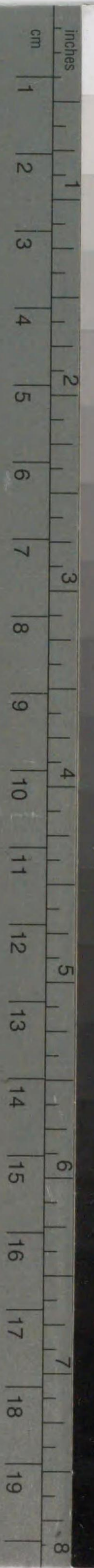


# Kodak Gray Scale



© Kodak, 2007 TM: Kodak

A 1 2 3 4 5 6 **M** 8 9 10 11 12 13 14 15 **B** 17 18 19



# Kodak Color Control Patches

© Kodak, 2007 TM: Kodak

Blue	Cyan	Green	Yellow	Red	Magenta	White	3/Color	Black
[Patch 1]	[Patch 2]	[Patch 3]	[Patch 4]	[Patch 5]	[Patch 6]	[Patch 7]	[Patch 8]	[Patch 9]

718  
92

718-92  
1200501586762





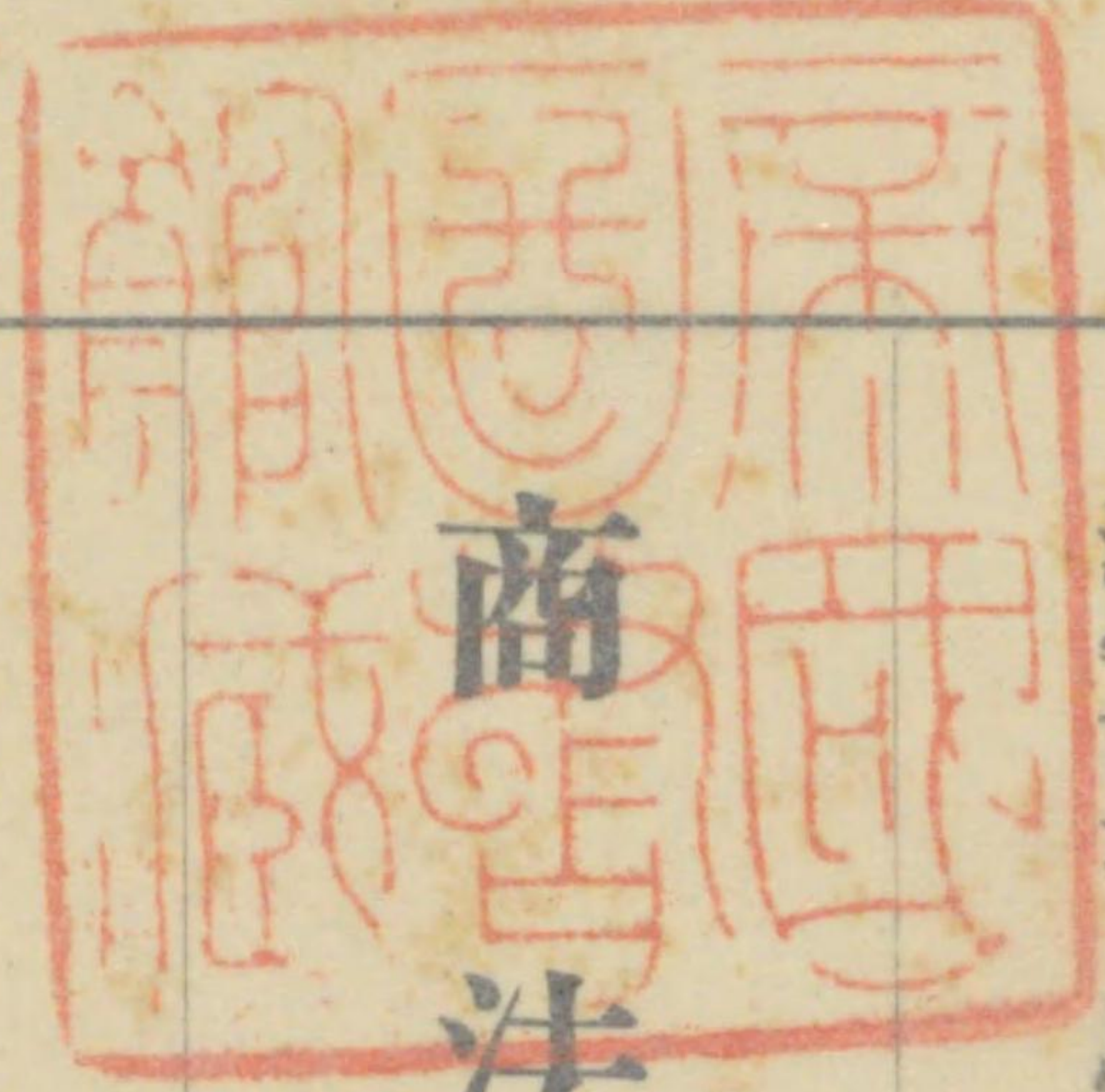


法學博士 烏賀陽然良著

商法研究

第四卷

東京書肆 有斐閣







法學博士 烏賀陽然良著

商法研究

第四卷

東京書肆有斐閣





## 序文

顧レハ法學界ニ身ヲ處シテ爾來既ニ春秋ヲ重ヌルコト三十有餘ヲ數  
フ而モ其ノ成果ノ甚タシク乏ヲ見テ誠ニ忸怩ノ念ニ堪ヘサルモノアリ  
サレト成ルニ從ヒ徐々ニ公表シタルモノ題ニシテ數十ニ及フ多クハ各  
種ノ月刊雜誌ニ掲ケタル所ニ係ルモ現ニ既ニ書棚ヨリ散逸セルモノ少  
カラス舊知同學ノ士ノ來リテ之ヲ蒐集シ書冊ニ綴リ之ヲ公刊シ一ハ以  
テ散逸ノ厄ヲ防キ一ハ以テ後學ノ資ニ供スヘキ旨ヲ慫慂セラハ散逸必  
シモ總テ惜マルルモノニ非ス後進ヲ益スルニ至リテハ蓋シ尠少ナルヘ  
シ唯時ニ自ラ援用スルノ便ニ想到シテ其ノ忠言ニ從フ

今ヤ商法改正案成リ數年ヲ出テスシテ將ニ之カ實施ヲ見ントスル秋  
ニ當リ研究ノ素材或ハ幸ニシテ其ノ用其ノ便ニ供スルヲ得ンカ微力又  
報ラレタルモノト謂フヘク學フ者ノ欣快亦之ニ若クモノナカルヘシ



本書ノ公刊ニ當リテ特ニ毫モ加筆スル所ナク荒削ノ儘赤裸々ニ展開シタル績ノミ是レ他ナシ精巧ナラサル所ニ斧正ノ美果ヲ收メントスル意圖アルニ因ル

本書ノ編纂ニ付テハ從來商法ノ研究ニ没頭セラレ居ル法學士千野國丸君ノ助力ニ待ツコト實ニ多大殊ニ其ノ内容目次ノ摘記ニ著シキ努力ヲ拂ハレ茲ニ公刊ノ運ニ致サレタルコトハ茲ニ之ヲ特記スルニ價スヘク其ノ勞ニ對シテ深謝ノ意ヲ表スルト同時ニ斯界ノ發展ニ永ク貢獻セラレタル有斐閣ノ切望ト厚誼ニ對シテモ深甚ノ謝意ヲ表スル所ナリ

昭和丙子九月

吉田 山東

烏 賀 陽 然 良

### 商 法 研 究 第 四 卷 目 次

再保險の意義並に性質	一
再保險の種類に就て	四三
再保險契約關係より生ずる特種の義務に就て	七一
英國法ニ於ケル船主有限責任制度ノ概要	一〇九
一九二三年船主責任の制限に關する統一條約準備案に就て	一三三
「ソウエート」聯合政府の海商法	一五七
中華民國海商法に於ける船舶制度に就て	二四五
中華民國海商法に於ける船舶所有者の有限責任制度に就て	二六七
中華民國海商法に於ける船荷證券(載貨證券)に關する規定に就て	三三三
滿洲國海商法に於ける運送契約に就て	三五七
中華民國海商法に於ける運送契約に就て	三五七



滿 中兩國に於ける船長の法律上の地位に就て……………三九三

判例批評

- 一 「製造中の船舶」と其の登記……………四三三
- 二 海上衝突豫防の通則……………四四〇
- 三 船舶の撞觸毀損の爲め休航に因る損害算定の標準……………四四二
- 四 官廳又は公署の所屬船舶が他船と衝突したる場合に於ける債權の時効……………四四七
- 五 海上運送に於ける荷受人の權利……………四五〇
- 六 再備船契約と船舶所有者の責任……………四五五

著者論文著作年表

再保險の意義竝に性質

目次

一 緒言

(イ) 再保險に關する規定は稀有なり (ロ) 法の欠缺 (ハ) 海上保險に着眼し再保險の意義乃至契約の性質の研究

二 再保險の意義

(イ) 如何なる契約を指すものなりや (ロ) 百餘年前に於ける佛國 Emerigon の定義 (ク) 獨國 Benecke の定義 (ニ) Arnold の定義

三 學說

(イ) 廣く解せんとする說 (ロ) 狭く解せんとする說 (ハ) 其の批評

四 保險金全額再保險の能否

(イ) 保險金全額に付き更に保險し得るや (ロ) 最初の保險料を控除すべきものなりや (ク) Valin の說 (ニ) 控除說の根據 (ホ) 非控除說の根據 (ヘ) 控除說は妥當を缺く

五 再保險の實益及び目的

(イ) 變事發生あるも海上運送終結せざる事を慮る場合に保險者が負擔したる危險より免るゝことを得る點 (ロ) 受領保險料より僅少保險料支拂に依り確實安全利益を獲得する (ハ) 危險重大、保險金多額の場合に保險者は資力維持のため、填補義務一部を再保險する必要あり (ニ) 會社全滅回避の手段 (ホ) 危險性質に従ふ危險の分配

再保險の意義竝に性質



- 六 保険金額を基準とする危険分配方法、一部保険
- 七 共同保険及び其の缺點
- 八 再保険と共同保険との區別
- (イ) 再保険は共同保険の缺點を救済する (ロ) 再保険と共同保険との區別は便宜の問題 (ハ) 再保険の目的 (ニ) 危険の性質と價額とを併せて分配する手段
- 九 再保険の性質
- (イ) 問題の重要性 (ロ) 超過額保険に於ける三様の見解 (1) 第一、組合説 組合説の誤謬 (a) 法律の精神に反す (b) 論據を缺く (c) 偶有性を常有性と思ひたる誤謬 (d) 元受保険料と再保険料とは二箇の獨立保險行爲に基き同一行爲に基くものに非ず (2) 第二、中庸説 中庸説も正當の見解に非ず契約である (3) 第三、獨立保險契約説 (a) 組合に非ず其他の契約でも無い (b) 此説を正當とす (c) 英佛に於ける理論
- 十 再保険は損害保険の一種なる事
- 十一 再保険は責任保険の部類に屬する事
- 十二 再保険と本來の意義に於ける責任保険との差異
- (イ) 責任保険の條理に依つて律すべき場合 (ロ) 要約

一

吾商法上再保險 (re-insurance, réassurance, Rückversicherung) に關する直接の規定は、實に稀有の狀態にあるものにして、僅に第六百七十四條第三項に於て「再保險ノ場合ニ於テハ第一項ノ期

間ハ其被保險者カ自己ノ被保險者ヨリ委付ノ通知ヲ受ケタル時ヨリ之ヲ起算ス」と定めたるのみで、恰も海上保險の一特種の如き感を起さしむるに過ぎない。然しながら、如何なる種類の保險なるを問はず、損害保險の各種は勿論、生命保險に至りても再保險の存することは、保險業法第四條但書に於て「生命保險ヲ目的トスル會社ハ生命保險ノ再保險ヲ爲スコトヲ得」と定めたるを見ても明かなる所である。假令、保險經濟の立場より觀察して、總て保險には再保險、再保險の再保險等の重疊的保險制度の確立を必要缺くべからざるものと認するも、之に伴ふ法規の伴はざるは明かに法の缺陷と謂はなければなるまい。之を學説と實際に委ぬるの便宜なるは、固より多言を要しない。されど學説は區々に分れ、實際の一致せざる場合に於ては、詮する所、法規に據りて決するの精確を期せなければならぬことは、特に力説するの必要もないことである(註一)。

(註一) 英國に於ては、第十八世紀の中葉に至るまでは、再保險を以て、保險料の騰落を投機するの手段に供したるが故に、賭事保險に類するものとして、ジョージ第二世の御世に於て原則として不合法なるものと定めた。但保險者が無資力となりたる場合、破産したる場合、死亡したる場合は例外として有效なる旨を認めた事實はあるが、後、ビクトリア女王の時代に至りて此の規定は廢止せられ、再保險は總て有效なるものとせられた。

今茲には主として海上保險に着眼して、再保險が如何なるものなりや、法律上如何なる性質を有する契約なりやの點に付て研究をして見やうと思ふ。されど、之を以て海上保險に於ける再保險が



他種の再保険とは異なる性質を有するものと認むる者でない。等しく再保険なる以上は同様なる理論に従ふべきものと信ずる。恰も男女の別に従つて服装の異なるものあるが如く、唯體様の別異なるは其の目的物の別異性に基く結果に外ならないと解すべきであらう。茲には攻究の便宜上より單に其の資料を多く海上保険に採るの意味に外ならない。

二

先づ再保険とは何ぞや、如何なる契約を指すものであるやを吟味して見やう。之に就ては、今を去ること百有餘年以前に於て佛國の *Émérigon* (*Traité des assurances*, t. 1. p. 252) は次の如く定義を下し説明を附したのである。即ち、

再保険は保險者（元受）が一定の保險料を支拂ひて、自ら擔保責任を盡すべき海上の危險を、他人に轉嫁して其の責任を免れんとする契約である。而も保險者は本來の被保險者に對して義務を負擔すること依然として舊の如きものである。再保險者は恰も保證人の保證人（*fidejussor fidejussor*）となり、元受保險契約は何等の更改又は變更を受くることなくして存續し、再保險は絕對的に元受被保險者には無關係なるものにして、再保險者は其の被保險者に對しては、何等の義務を負擔

せざるものである。換言すれば元受保險者が先に引受けたる危險が再保險の目的たるも、全然元受保險契約とは區別せらるべき新なる契約である。毫も元受保險契約の效力としては其の存續を認め居らないものであると。此種の觀念は獨國の *Benecke* (*System des See-Assekuranz und Bodmerei-Wesens*, Bd. 1 S. 211) も之を認めて居ることは、再保險を定義して、保險者が一定の保險料に對して、自ら責任を負擔せる危險の全部又は一部を他人に轉嫁する所の契約にして、之が爲めに元受被保險者に對する保險者との關係は毫も變更せらるゝことなしと爲せるを見て明々白々なる所である（註二）。

（註二）元受保險なる語は、近來普通語となりたるものにして、英の *Original insurance, first insurance*, 佛の *Assurance primitive, Premier assurance, assurance principal*, 獨の *Hauptversicherung, Erstvers., Vorvers., Direktvers., Originalvers.* に該當するものである。

是等の先覺によりて爲されたる説明が、其後の諸學者によりて繼受せられたる跡は、頗る歴然たるものである。殊に英國に於ける保險學者の一權威たる *Arnould* は其の著 (*Marine Insurance*, vol. 1. 10th. ed. no. 324) に於て、殆んど同一の文字を以て定義を下し、*Émérigon* の學說を援用したるを見て立證し得る所である。同國一九〇六年海上保險條例第九條に於て、左の如き規定を設けたるを見て如何に強大に其の影響を受けたるものなるかを察知することが出來やう。



(一) 海上保険契約によりて拘束を受くる保険者は、自己の引受けたる危険に付き被保険利益を有す、更に此の利益を、保険に付することを得

(二) 保険証券に別段の定なき限りは、元受被保険者は其の再保険に關して何等の權利又は利益を有せず

と定め、再保険契約は本則として全然元受保険と區別せらるべきものにして、無關係なる旨を明かにせるは、殆んど同一の轍を履みたるものと謂へる。

三

上述せる學説は再保険の意義を定めたるものとしては、一般に採用せられたる、否、一般に採用せらるべきものと信するも、茲に或は其の觀念を廣く擴張して、或は狭く制限して理解せんとする學説がないではない。

廣く理解せんとする學説は、上述せる觀念の外に、被保険者が保険者の無資力に對して保険せんとする場合を、再保険契約の觀念中に收めんとするものである (Benecke, 前掲 S. 212; Ehrenberg, Die Rückversicherung, S. 1) 然しながら、斯る資力擔保の保険は所謂信用保險 (Kredit-versicherung) に屬すべき性質を有し、茲に

所述の再保険契約中に收めんとするは、決して正當ではなからう。

之に反して狭く理解せんとする者は、再保険契約を以て保険者の引受けたる危険の一部の轉嫁を唯一の目的と爲すものと爲し、即ち其の目的は危険の分割 (Verteilung des Risikos) に在るものにして、危険全部の轉嫁を以て再保険の觀念より排除せんとする學説である。Jahn (Studien über Rückversicherung, in Zeitschrift für die Gesamte Versicherungswissenschaft, Bd. 12, Heft 3, S. 551.) は Emminghaus (Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 6, S. 473.) が再保険は保險者が自ら契約上引受けたる填補義務に付き更に他方より之が填補を受けんとする保險なりと定義したるに對し、精緻を缺くものなりと評し、再保険は單に危険の分配のみの作用を有し、決して危険の全部の再填補を期せざるものにして、再保険の主要なる特性を輕視するものなりと難じ、再保険の目的に適合せしめんが爲めに次の如く定義したのである。即ち、再保険は保險者が自ら契約上引受けたる填補義務の一部、即ち自ら自己の計算に於て保持し得る而も保持せんと欲する最高限度 (Maximum) を超過する部分に付き、更に再び他方より填補を受けんとする契約なりと解したのである。固より斯種の見解と雖も一概に排斥すべきものとは信じない。蓋し保險者も商人として利益を獲得せんには、必ずや自己引受の危険を履むの要あるべく、常に填補義務の全部を更に保険に付せんには、自ら得たる保険料の殆んど全部は之を再保險者に交付しなければならぬ結果を生じ、



商的經營の觀察點よりすれば、實に一理あるものと謂はざるを得ないからである。然しながら、再保險の一作用としては、同氏も認むるが如く(前掲<sup>S.</sup> 531)、脅威的なる危険の累積(Kumulativbildung)換言すれば同一の場所に於て、多數の被保險物が同一の保險者に湊合することの危険を回避するにありとせば、而も海上保險並に運送保險に其の類例多しとせば、保險經營の政策として、或は時に危険の全部を他人に移轉し得るの可能性を認めなければならぬだらう。氏の言の如く、斯る累積は固より希望せざるものであらう。被保險者に採りても更に新なる危険を加ふるものである。何故なれば、同一所に於て生じたる危険が、同時に同一保險者の責任負擔となり、其の負擔額に於て莫大なる結果、其の保險者の資力を脅威するからである。されば、時として、保險者が引受けたる數多の保險契約中の或ものに付て、全部の危険を他の保險者に轉嫁し得る再保險も認めねばならないことになるであらう。予は此の見地より同氏の説に従ふことを得ないのである。從て之と同じく再保險の通常(normal)の目的を以て、危険の分配に在りと爲す所の Hanzlik (Die juristische Natur d. Rückversicherung, S. 18)の學説も、其の總てに涉りて是認することは困難である。

## 四

斯の如く、再保險に依りて保險者が引受けたる賠償責任の危険の全部を保險に付し得るものとして、茲に此の場合に於て問題と爲りたるは、保險者が契約によりて最初引受けたる保險金額の全部に付き、更に保險を爲し得るものなりや、將た又最初の保險に於て保險者が受領したる保險料は、之を控除すべきものなりやの點である。其の始め Valin が保險者は元受保險に於て受領したる保險料は如何なる出來事の生ずるも、之を失ふの危険存せざるものなるが故に、之を控除せざるべからざるものである、と主張した。Boistel (Cours de droit com., no. 1360)亦之に唱和した。之に對して Emérigon (前掲 P. 265 et suiv.)は保險料を控除することなく元受保險の全額に付き、再保險を爲し得るものであると論じた。Lyon-Caen et Renault (Traité de droit commercial, tom. VI no. 1161 bis)は之に従つた。前説即ち控除説の根據とする所は、保險者の受けたる保險料は何等の危険に曝露せられて居るものでないと云ふ點にして、現實に受領したる保險料額の範圍に於ては責任額の減少を來たして居るものである。何等の危険なき部分までも再保險の範圍に收むることは、理論上正當でないと主張する。然るに後説即ち非控除説は、元受保險者は其の元受保險の全額に付き保險に付するも、何等の利得を得たものでない。假りに元受保險料を控除せざるべからざるものとせば、自ら再保險者に支拂ふべき保險料は何等の填補を受けたる金銭上の損害となるであらうと。前説は精緻なる理論に過ぎて、保險の商的色彩を無視



した傾きがある、既に元受保険者の蒙るべき填補責任の全部を擧げて、再保険に付することを許容する以上は、商的に觀て、保険業の經營費並に利益を包含する保険料を控除すべきものとするは、決して妥當を得たる見解とは謂へない(註三)。又固より被保険物の救助費用又は之に類似せる諸費用の總額に付き保険に付し得ることは論外である。

(註三) 前説に依れば、元受保険金額が拾萬圓とし、其の保険料を壹萬圓とすれば、九萬圓に付てのみ再保険を爲し得るのである。而も再保険料を九千圓とすれば、海難の發生したる場合に於て元受保険者は再保険者より正味八萬壹千圓を受領することとなり自己の得たる壹萬圓の保険料を如へて九萬壹千圓の現實の收入に對して被保険者に拾萬圓を支拂はざるべからざるに至るのである。保険業を以て營業となす者の耐へ得ざる所であることは明かであると思ふ。

五

上述したる所より、再保険者は、自己の引受けたる危険に付き、更に再び之を保險に付し得ることを考察するを得べく、經營上の必要より亦已むを得ざる所なりと謂ふを得るであらう。是れ再保険者も亦保険料に對して填補義務の危険が負擔し、此の危険を他人に轉嫁するの必要を生ずるからである。斯る實行上の手續は幾回にても繰り返され、再保険の再保険、其の再保険と謂ふが如く派生するに至るであらうことは、決して想定するに難からざる所である。

今再保険の意義を述べ終るに臨んで、再保険の實益 (utilite) に付て數言を費すも亦無益でなからう。再保険に付する實益は少なからず存するならんも、要は左の三點に歸するものと思はる (Ripert, Droit marit. time, tom. 2 no. 2363)

一、最も古くより再保険の實益として考へられたる所のものは、保險者は海上運送が一變事の發生あるも、之が爲めに終了せざることを慮る場合に於て、自ら負擔したる危険より免る、ことを得る點である。保險者は後悔し又は心配す (l'assureur qui se repent ou qui a peur) と謂へる言葉は、實に能く保險者の地位を表明せるもので、保險契約の成立後に於て事情變更の爲めに、種々なる危険が増大し來り又は其の危険の性質を變更することあるは、決して稀有の事實ではない。從て保險者の考へたる保險契約成立當時の其の意思が微妙の影響を受けて變更するに至ることあるは、蓋し珍しきことでなからう。斯る場合に於ける後悔又は心配は、確に再保険制度の存置によりて除かる、ことは疑なき所である。

二、再保険は保險者に對して上記の心配を除去せしむるに足るのみならず、更に保險者が受領したる保険料の總額よりも僅少 (常に然りと謂ふのではない) なる保険料を支拂ひて再保険を爲し、其の間に確實且安全なる利益を獲得することを得るのである。此の保険料の差額を收むることは、保険料率の協定に



よりて容易ではないが、再保険は多く特種の組織を有する會社によりて經營せられ、經營費用も普通の保險會社に比して少なく、其の取引先も廣く海の内外に涉りて饒多の取引を爲すものなるが故に、其の保險料率も比較的僅少なる結果として、如上の利益を生み出すことは左程難事ではなからう。茲に於て、再保険は全然保險料差額取引 (Prämien Differenzgeschäft) として、射利的行爲たる濃厚なる色彩を帯ぶるに至つたのである。

三、事實上重大なる危険殊に戰時其他騷亂の際に見るが如き危険を引受けたるとき、而も其の保險額も多額なる場合に於ては、保險者は自己の資力を維持せんが爲めに、其の引受けたる填補義務の一部を再保険に付するの必要あるは、固より當然とする所である。危険は大であり、價額は多きの故を以て、保險契約の締結を拒絶するが如きは、理に於て然るべくして、實に於て營業といふ立場より全然之を拒否する能はざるは是認しなければならぬ。是れ再保險が保險者に採りて必要缺くべからざる制度と爲る所以である。固より被保險者の利益にこそなれ、何等の損害は齎らさない。之を換言すれば保險者の支拂能力を維持せしめ、其の保險者の破産に對して被保險者を擔保する結果を生ずるからである。而して其の被保險者は保險者と再保險者との間に爲されたる契約に對しては、固より全然第三者であり(註四)、其の契約によりて自己に對抗せらるゝが如き虞は毫も存せざる

所である。約言すれば所謂百利ありて一害ないものと謂へよう。

(註四) 此の點は更に後述するが、元受保險契約と再保險契約とは當事者相互の間に何等直接なる關係の存するものでない。元受保險より再保險契約を見れば、所謂他人間に爲されたる行爲 (res inter alios acta) である。

上述せる所を綜合して再保險の目的を考察すれば、再保險は幾十、幾百にも其の負擔力を分解して、専ら總有の危険を原子化 (Atomisierung) し且水準化 (Nivellierung) することによりて、一保險存續の同種性 (Homogenität) を作り出だすものであると謂へる。詳言すれば一保險の存續に於ける一切の危険の引受に付て、出来るだけ損害發生の確率性を均等ならしめ、出来るだけ保險金額を均等ならしむることを以て、合理的保險經濟の理想と謂はねばなるまい。斯く再保險の目的を原子化し且水準化せしめんには、勢ひ出来るだけ饒多の保險契約を締結するの必要を生ずるであらう。蓋し之によりて損害填補の損失を數多の保險料によりて充實するの可能性を充分に發揮し得るからである。

損害發生の確率性を出来るだけ均等ならしめんが爲めには、其の危険の分配を危険の性質に従つて分配することを要する。同一の保險會社に同一の危険累積するに至るときは、斯種の危険を回避することは會社自身の防衛し能はざる所である。災事一度起れば、忽然として會社の全滅を來たす



の惧れがある。之を回避するの良好なる手段としては、必ず再保険の制度に依らねばならぬ。保險會社が營業として經營する以上は、時に危険率の高き危険も亦之を引受くるの已むを得ざることがある。例せば、海上保險會社が戦争危険を引受くるが如き、徒らに之を拒絶せんか其の取引先を失ふの損害あり、之を引受けんか巨大なる損失を招くの破目に陥るは事實上見易き所である。此の難關を切り開く所の唯一の途は、此種の特別危険を再保険に付するに在りといつて良からう。固より此の場合に於ても、所謂「財布の譲渡」(Soz. Abtretung des Portefeuilles)、即ち一保險會社が一切の保險契約より生ずる請求權並に責任、又は一定の種類に屬する保險契約より生ずる一切の權利義務を他の會社に移轉する方法 (Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. 1, S. 384. 参照) 中、後の方法を得るが、斯る方法が繰り返さるれば、漸次會社は營業としての立場を失ふが故に、到底良好なる方法として之を指示することは困難である。されば再保険により危険の全部又は一部を轉嫁して其所に保險の同種性を作り出すことを發見するに努めなければならぬであらう。

## 六

更に上述せる所の性質に依る危険轉嫁の方法と異にして、保險の金額を基準として、危険を分配するの再保險の方法亦行はる。是れ分量に依る危険の分配方法にして、保險金額の均等性を得せしめんが爲めに外ならず。例せば被保險物の價額著しく莫大にして、一保險會社に於て之を引受けんか、他の數多の被保險物との價額と著しく其の均衡を失し、一朝損害事故の發生ある場合に於て、他の保險料収入を加算し以て之が填補に充つるも、到底其の損害を填補するに足らざるが如き場合に於ては、若し再保險の制度を考慮外に置かんか、會社の採るべき商略としては、斯る危険の引受けを拒絶するか若しくは他の比較的少額なる危険に對して其の保險料率を増加するの外他に良途なかるべし。前策を採らんか會社の信用を傷つくに至るべく、後策を採らんか其の取引先を失ふの結果を生ずるは火を賭るよりも明かである。保險會社存續の目的は之が爲めに徹頭徹尾破壊せらるゝに至る。蓋し數多保險料に依る相互填補の可能性を失ふからである。固より被保險物の價額巨大なる場合に於て、被保險者が數多の保險會社と同時に保險契約を締結すること——所謂一部保險 (Teilversicherung) ——を爲し得るのである。然しながら、被保險者が數多の保險會社と保險契約を締結せんと欲するも、必ずしも隨所に自己の欲する保險會社の數を見出すことは可能ではない。假令此の點に於て可能なりとするも、保險會社の種類によりては其の保險條件を異にすることあるべく、告知義務、危険變更の通知義務等を履行するに當りても各會社に於て定めたる方式に従つて



各別に履行せざるべからざるの煩を生ずべく、損害事故の發生せる場合に於ては各別に之を證明するの責任を負担すべく、救助處分を爲すに際しても、亦各保險會社の區々たる、時には相矛盾する處置を採らざるの苦境に陥ることあるは數の免れない所である。是等は數多の保險會社と同時に一部保險を爲すの弊害と謂ふも差支なからう。

七

更に、保險者及び保險契約者（被保險者）に採りて上述の如き不利なる状態は、所謂共同保險（sog. Mitversicherung）に依りて、其の一部を避くることを得やう（Ehrenberg, Das künftige Rückverdes deut. Vereins für Versicherungs-）。此の場合に於ては、多數の保險者が豫め一の契約關係を作り、之に依りて各保險者が其他の保險者に對して、自己の取引上直接に引受けたる危険に關與せしむるの義務若くは少なくとも權利を有せしめ、保險契約者に對する關係に於ては、或部分に付きては保險契約を締結したる保險者と同様に直接の保險關係に立たしむるものにして、各保險者は最初の契約保險者のみに限ることなく、保險契約者に對して通常一定の部分に付き其の責に任ずるものである。時としては、高價品の保險に付ては、國際的高價品保險團體（der Internationale-Continen-

tale-Valoren-Versicherungs-Verbande）（一九二四年の頃には十の組合契約に依り、連帶債務者として各會社其の責に任じ、損害整理に關しても保險契約者に取り大なる便益を與ふるが如きは、共同保險中特例に屬するものである。共同保險の特色としては、保險契約者と組合關係に在る一切の保險者との間に直接の關係を生ぜしむるの點である。是故に、實際上保險契約を締結したる最初の保險者は自己の爲めに保險取引を爲したるのみならず、更に組合關係に在る一切の他の保險者の代理人として、保險契約を締結したるものと謂ひ得るのである。從て此の一切の保險者間に於ける内部關係と共に保險契約者を此の各保險者との間に於ける外部關係が存立するに至るものであり、自ら危険の一定部分に對し分配を爲すものである。されば保險契約者が數多の保險者と契約を締結する場合の如く、煩瑣なる手續を要することなく、一の保險契約の締結によりて其の目的を達し得るが故に、無益の時間を費すことなく、且無益の費用を要せざる點に於て其の特徴を有する。然しながら常に共同保險たらしむるには保險契約者の同意あることを要する。又若し各共同保險者の責任が高價品保險の如く連帶債務として作用せざる場合に於ては、一朝損害事故の發生せる場合には、被保險者は各保險者に對し一々其の通知並に證明を爲すの必要あるべく、各別に處理し、救助處分に付き各保險者の區々たる指圖に従はざるべからざる困難を生ずるの點に至りては、保險契約者が多數の保



險者と同時に保険契約を締結したる場合と毫も異なる所を發見しない弱點を有する。

## 八

上述したる諸種の缺點は、再保険に依りて始めて之を救済することを得るのである。即ち危険分配又は轉嫁の目的は之を完成したものと謂へる。即ち共同保険と再保険との兩者を識別し得べき點は、再保険に在りては、保険契約者は填補を受くることあるべき危険に干與せんとする他の保険者とは何等の契約關係に立つことなく、徹頭徹尾保険契約を締結したる該保険者との間に於てのみ契約關係に立つものにして、從て保険者が再保険を爲すに當りても毫も其の保険契約者の同意を要せざることは是れである。換言すれば、保険契約者より被保険者の危険を引受けたる保険者は自由に自己の引受け難しとする金額に付て之を再保険者に轉嫁し、此の再保険者は更に他の保険者に再々保険を付することを得る。第二の分配（轉嫁）、第三の分配等々と分割せらるゝが、最初の保険契約者は元受保険に於ける元受保険者に對してのみ法律關係を有し、其の保険契約者は元受保険者に對してのみ通知義務等を負擔するに過ぎない。又元受保険者獨り危険の全部に對して其の責に任ずるのみである。再保険は共同保険の如く内部關係と同時に外部關係を成立せしむるものでない。唯單

に再被保険者（元受保険者）と再保険者との間に内部關係を成立せしむるのみである。從て最初の保険契約者に對して代理の問題を生ぜしむる餘地はない。元受保険契約者に採りては法律上如何なる再保険が成立し居るやは全く問題ではないのである。此の保険契約者と再保険者との間には、直接關係の存せざることは多言を要しない（註五）。元受保険者（再被保険者）が保険契約者と再保険者との間に介在して、其の兩面に對して獨立的に直接關係に立つのみである。

（註五） 前註参照。

夫れ然り然りと雖も、前述する所の區別は、再保険と共同保険との間に存すること自體は疑ないが、Ehrenberg (Das künftige Rückver-) の認むる如くに、此の區別は、之を以て再保険の間に必要缺くべからざるもの、如く信ずるは正當でない。既に述べたる如く、共同保険中一切の共同保険者が連帶責任を負擔するが如き場合に於ては、最初の保険契約者が損害事故の發生せる場合に當りて、其の多數の保険者中の一人のみを相手方として交渉せんと欲するときは、其の選ばれたる一保険者との間にのみ直接關係を生せしめ得るの點に於て、共同保険は再保険に近似するに至るのである。從て又該保険契約者が再保険の法律關係に於て第三者なりと雖も、法律上利害關係を有するの點に於て、再保険が共同保険に近似するものであると謂へる。由是觀之、是等の差異は畢竟其の根本的



原理 (Prinzipien) を異にするに基くものに非ずして、寧ろ便宜 (Zweckmäßigkeit) の問題に歸するものである。元受保険者に於て其の保険經營上何等の支障が來たざる限りは、保険契約者と再保険者との間に、直接なる法律關係を作り出さしむる特約を爲すを妨げない。再保険が共同保険に近似するの故を以て、再保険に非ずと爲すの理由に乏しいのである。殊に外觀上全然共同保険として見ゆるも其の實、再保険として理解せらるべきものがある。例せば一保険者が多數の他の保険者と組合契約を締結し、此の契約に依りて各會社が一定の方法に於て其の保険契約に直接に干與すべき義務を負ふが如き場合には、其の内部的たる組合契約は相互間の再保険を目的として成立し、各會社が豫め損害事故の發生せる場合に於て、各自の存續を害せざる程度に填補能力を實行し得べき一定額を確定するを以て其の内容とし、外觀的には多數保険者の干與せるの點に於て共同保険の如く見ゆるものである。此の兩保險を區別する實益は、理論上よりも寧ろ現實に、損害事故の發生せる場合に於て始めて生ずるを通例とするものである。蓋し、其の事故の發生に至るまでは、實際は共同保險に屬する場合にても、再保険と同様に、保険契約者は事實上殆んど常に保險者の一人と交渉し、此の保險者は法律的には他の共同保險者の代理人として動作するものなるも、事實的には何等の交渉なきを普通とするからである。

之を要するに、前述の五に於て危険の性質を基準とする分配方法を説き、六に於て危険の數額 (金額) を基準とする分配方法を説き來たるも、是れ唯危険分配の可能的標準を説述したるに過ぎない。従て此の兩者即ち危険の性質と價額とを併せて再保険の方法に依り分配するの手段は、保險者に採りて最も有益なるものたるや論を俟たざる所である。之に依りて、出來得るだけ多數の保險契約を爲し、所謂大量の理法に従ひて危険の同種性を發見し、各種の危険の間に於て填補相殺の可能性を極度に行ふことを得るは、又再保険の目的であると謂はなければなるまい。

九

再保険契約が法律上如何なる性質を有するやの問題は、再保険より生ずる法律關係を明かにするに當りて、最も重要なものと謂はなければならぬ。Ehrenberg (Das künftige Rückver-) の述べたるが如く、危険の分割 (多くの場合には危険の全部の轉嫁に非ざるが故に斯く云ふ) を目的とする再保険は、元受保険者と再保険者との間に於て、確定せる利害の共同性ありと謂はんよりは、寧ろ利害の同一性 (Identität der Interessen) を生ずるものと謂ふを得やう。蓋し、危険の共同的なるのみならず、損益一に係りて此の危険に存するからである。今此の兩者を經濟的に觀察すれば、共に、保險者の地位に立つものと謂へる。され



ば共同の利害を感じる人々の間に於ける關係は、法律上組合契約に基くものに非ざるやを想はしむるのである。殊に超過額保險 (Excedentenvertrag, Traité d'excédent, traité de trop plein) (註六) に付ては、獨國に於て三様の見解が存して居るのである。一は再保險も亦保險契約なりとする學說。二は再保險は組合に關する規定に従つて判斷せらるべき法律關係なりとする學說。三は此の兩學說を折衷せる中庸説是れである。先づ便宜の爲めに組合説より紹述しやうと思ふ。

(註六) 超過額保險と謂ふは、第十九世の半ば頃に於て、火災保險に付き行はれたるものにして、漸次諸種の損害保險に擴大したるものである。再保險の契約中に於て、先づ再保險者が關與せざる額 (Priorität) を決定し、次に再保險者が關與する額即ち先きの關與し得ざる額に超過する額を決定し、同時に再保險者が責任を負擔する最高限度を示せる契約を指すも *Qyane* (Rau, in Zeitschrift für die gesamte Versicherungs-Wissenschaft, Bd. I, S. 404 ff, Ehrenberg, Rückversicherungsrecht, S. 33)。

第一 組合説 (Gesellschaftstheorie) 此の學説は *Voigt* (Seeverversicherungsrecht, § 58 S. 294 ff.), *G. Sieveking* (Das Seeverversicherungsrecht), *Ehrensweig* (Assekuranz-Jahrbuch, VII, S. 174 ff.), *Hanzlik* (Die juristische Natur der Rückversicherung, S. 50) 竝に曾て獨逸帝國裁判所 (R. G. Entscheidungen, Bd. 20, S. 43 ff.) の採用せる見解(註七)にして、再保險が特別なると一般なると超過額なるを問はず、専ら獨民法第七百五條の意味に於ける組合なる特徴を有するものなりと

唱導する。

(註七) 殊に注意すべきは、獨逸帝國裁判所の判例は、其後、組合説を固守することなく、組合に類似する關係なりと決定したることあり。今や組合説より絶縁せんとする傾向を見ることである。

獨國民法第七百五條に依れば、

組合員は相互に組合契約により一定せる方法に於て共同の目的を進捗し、殊に約束上の出資を爲すべき義務を負ふ、と。

此の精神は吾民法第六百六十七條第一項に於て、組合契約は各當事者が出資を爲して共同の事業を營むことを約するに因りて其の效力を生ずと定むるを見ても同一であると謂ひ得るのである。從て獨國に於ける組合説が吾國に於ても同様に主張し得るや否やの問題と關聯して居るとも謂へやう。兎に角組合の特徴としては共同の目的(事業)を進捗せしむるに在らねばならぬ。再保險契約に斯る共同の目的なる要件を具備して居るや否やを吟味して見やう。再保險に共同の目的ありと爲す説明に依れば、元受保險者(再保險契約者)は再保險者をして利益獲得の機會に關與せしめ、以て自己の目的を到達し得るのみなることを知り、再保險者は損失の危險を自己に引受けてのみ自己の目的を到達し得ることを知る。是れ元受保險者と再保險者との間に限定せる利害の共同性あるに止ま



らず、目的の同一性を作り出したることを意味し、從て契約當事者の双方は共同の目的即ち此の契約に依りて、利益の獲得を企望し、危険の分配を爲して同時に損失負擔の機會を減少せんとするの目的を遂行せんとするものであると主張するに在る。殊に繼續的超過額再保険に於ては、既に註六に於て述べたる如く、契約期間存續中、再保険者が關與せざる一定額（優先額——Priorität）を定め、次に此の優先額に超過する即ち再保険者が關與する額を定め、同時に通常再保険者が拘束せらる、最高額を約するに在るが故に、如何なる點に於ても保険契約の性質を有することなし。再保険なる名稱を附するも、名實相副はざる不當の稱呼なりと論斷して居るのである（Sieveking, Das sicherungsrecht, S. 20）。

思ふに、本説の由來する根本的誤謬の潜在する所は、再保険契約を以て、危険の分割（Teilung des Risikos）を目的とすと爲す點に在る。固より再保険によりて危険の分割が行はる、こと多き點は決して否認するものではない。否、否認することは出来ないが、既に詳述したやうに、其の分割ある場合に限りて再保険ありと云ふのではない。危険の全部を再保険者に轉嫁する場合をも亦再保険の目的なりと認むる以上は、其處に利害の同一性は愚か、共同性すらも之を認むることを得ざるは明々白々である。成程單に超過額再保険のみに付き其の經濟的作用を考察するときは、損益共擔

共有の事實は否、其の目的は Ehrenberg（掲前）の所説の如く、之を認むることを得やう。然れども之を以て直に其の再保険は保険に非ずして組合契約なりと論ずるは、決して正當ではない。是れ蓋し第一には、法律所定の精神に反する主張であるからである。獨國商法第七七十九條（掲前）に於ても、保險者の引受けたる危険を更に保険に付することを定め、是れ亦一種の保險たることを是認して居るからである。從て少なくとも海上保険には毫も適應せざる見解なりと謂はねばならぬ。吾商法に於て觀るも亦同じく、第六百七十四條第三項に於て「再保険の場合に於ては第一項の期間（委付通知の期間）は其の被保險者が自己の被保險者より委付の通知を受けたるときより之を起算す」と定め、再保険の如何なる種類なるを問はざると共に、再保険も亦保險なることを前提したる規定なることを推知し得るが故に、吾商法上の精神としても、再保険は保險契約に非ずして組合契約なりとの所論を容るゝの餘地はない。第二には、再保険は保險に非ざることの主張には之が論證を要する。然るに殊に超過額保険に於て損益の共同性又は同一性ありと説明するのみにては、未だ以て再保険が保險たるの性質を覆へし得ざるのみならず、組合契約たるの論據とはならないのである。Ritter（Recht der Seeversicherung, S. 155）は斯種の主張を評して、法律自身が質權（Pfandrecht）（獨商法七五五、七五六、七五九條）として示せる船舶債權者權利を以て、質權に非ず、一種の獨立なる領得權（selbstständiges Aneignungsrecht）



なりと謂ひ、或は第三者に對して效力ある債權なりと説明する所の、根據なき主張と何等擇ぶ所がないと謂つて居る。予は更に附加して評したい。即ち其の經濟的目的の同一性に着眼して法律上の性質を決定するは、恰も消費寄託 (depositum irregulare——不規則寄託) を指して消費貸借なりと謂ふの類よりも甚だしき法律觀であると謂ひたい。加之當事者の契約意思 (註八) を無視する獨斷に外ならないと思ふ。第三には或種の論者には再保險中の一部の偶有性よりして再保險の常有性と思慮したるの誤謬がある。理由なきにしても、再保險を以て始めより觀念上危険の分配に在りと爲し、危険の全部の轉嫁を認めざるの見解を採らば、尙寛容すべき點なきにしもあらざるも、斯る觀念上の制限を爲さずして、而も超過額保險の例を援用して以て、總て再保險は保險に非ずして組合契約なりと説くに至りては、其の可なる所以を發見するに困難である。第四には、再保險が組合たる性質を示さんが爲めに、再保險者の義務は専ら元受保險の危険と保險料とに關與するに在りと説明すれども、是れ正鵠を得たる見解ではない。再保險者の受くる保險料は法律的に觀ても、經濟的に觀ても元受保險者の受くる保險料とは異なるものである。元受保險料は、一切の事情を綜合し自由なる裁量に從て決せらるべきもので、多數の場合に於ては便宜性を帯びて居ると謂ひ得るものである。決して再保險者は此の元受保險料の上に權利を有するものではない。況んや、組合財産を作るなど

の觀念を容るべき餘地は毫も生じな<sup>ら</sup>ず。Jahn (前掲<sup>S. 33</sup>) の述ぶる所に依れば、再保險の保險料は假令元受保險者の保險料所得より支出せらるゝも、法律上竝に經濟上於て、元受保險者の受領したる保險料とは本質的に異なることを認めねばなるまい。獨國監督局が其の保險料を指して、異なる契約當事者間に於ける異なる契約上の給付に對する報酬なりと解したるは正當なりと謂はねばならぬ、之を要するに、元受保險料と再保險料とは同一の危険に結び付けられたる二箇の獨立なる内容を有する獨立なる保險行爲に基き存するものにして、決して同一行爲に基くものに非ざるを知らば、斯種の見解の採るに足らざるを知ることが出來やう。從て、再保險者は不時に生ずることあるべき保險料の不足を共擔すべき義務を負はざることは勿論である。元受保險の保險料の猶豫又は不足は、又毫も再保險關係に影響を及ぼすものではないことを知らねばならぬ。

(註八) 組合契約には共同事業即ち共同の目的の存することを要す。此の共同の目的を達成するの意思は各組合に於て共通に存しなければならぬ所である。然るに元受保險者と再保險者との意思に於て稽ふるに、組合契約の要素たるべき共通の意思は之を發見することは出來ないのである。何となれば元受保險者は自己の營業の立場より自己の給付能力即ち會社の資力に適せざらんと思慮する場合に於て之を再保險に付するのである。再保險に付するの意思は自己の活動的存在を有意義ならしめんとするもので、再保險者の營業に有利なるものなりやは之を顧みない。此の點に於て既に共同の事業を爲すの意思は存在しない。再保險者の立場より謂ふも亦然りである。元受保險者の營業的立場は毛頭考慮しない、唯自己の利益の進捗を念とするのみである。されば目的の共同性は再保險契約の當事者にはないと云ふて誤りはない。Ehrenberg の



所論の如きは畢竟双方に付き利害を共にする所あるを謂ふに過ぎないのである。是れ恰も利害を共にする所ある共有者の間に組合ありと論ずると彷彿たるもので、決して是認するを得ざる所である。是れ當事者の意思を無視するものと評した所である。尙 Hermannsdorfer は其の著「再保険本質論」一九頁以下に於て詳論して居るのである。

第二 中庸説 (Mittelmehnungstheorie) 又 Ehrenberg (Das künftige Rückversi-  
cherungsrecht, S. 13 ff.) 及び Wernberg

(Zur Rückversicherung, Monatschrift f. Har-  
desrecht u. Bankwesen, Heft, 25, S. 80 ff.) の主張する所にして、再保険は保険契約の性質、殊に損

害保険即ち責任保険の本質を有するも、而も同時に組合契約たる特性を有するの妨となることはない。兩觀念は決して相排斥し矛盾するものでなく、併存の可能性ありと爲し、前説の如く保険契約たることを否認せざるも、更に組合契約たる性質を有し、民法組合に關する規定を適用すべきものなることを結論したのである。固より同氏は危険の分割を目的とする再保険を前提したるものなるが故に、危険の全部を轉嫁せんとする再保険を考慮の外に置きたる點に付ては、前説の受くるが如き批難は之を免れるであらう。然しながら、同氏は再保険契約の當事者は其の契約に依りて利益を得、危険の分配によりて同時に各當事者に採り損失を受くる機會を減少せんとする所の、共同の目的を遂行するものであり、當事者の一方(元受保険者)は保険料の一部を支拂ひ、相手方(再保険者)は填補給付の一部を負擔し、相互に義務を負擔して以て其の契約の目的を達成せんことを努む

るものであると説くに至りては、又前説の受くる批難は之を受けねばならない。固より同氏の所論の如く、組合契約と保険契約とは相互に排斥するの觀念ではない。又組合契約の定義中に存する其の共同の目的又は事業なる要素は組合の觀念を定むるに缺くべからざる決定的の標準なりとしても、更に多數の契約は専ら當事者双方の負擔する給付の方法に着眼して其の性質を定むるを例とするとしても、再保険契約に組合契約を包含すと爲すべき理由はなからうと思ふ。再保険契約其のものが組合契約たるに非ずして、該再保険契約が組合類似の色彩を有するに止まるものと解し得べきである。是れ再保険契約の一體様に過ぎないと解して何等妨がない。斯る體様までも考察の中に置き、如何なる契約に屬するやを考慮するときは、恰も負擔附贈與が或は賣買を包含し、或は交換契約と併存し、或は定期金契約と共存すと謂はざるべからざるに至ると同一である。同氏は更に相互保險が組合契約の形式に於て締結し得る旨を説くといへども、是れ組合契約に因りて相互保險を目的とするものにして、相互保險其のものが同時に組合契約たるものでない。之を換言すれば組合契約の目的自體が保險を爲すに在るもので、此の目的に従て茲に保險契約を締結すること恰も組合が賣買を目的とすといふと同様である。組合と保險とは全く別種の行爲である。是故に同氏が此の場合に於て保險契約が同一の内容を以て締結せらるゝこと明かなりと説明するも、組合本體の存在と其の



目的の遂行々爲とを混同視せるものにして、其の可なる所以を發見しない(註九)。

(註九) 中庸説は一種の混合契約たるが如く解するものであるが、若し此の説を是認せんか、此の契約より生ずる請求權(債權)に付て消滅時効の期間を如何に決せんとするやの疑を生ず。例之保險金額支拂の義務又は保險料返還義務は商法第四百十七條に依りて時効期間を決すべきものなりや、民法の一般規定に従て決すべきものなりやの問題を生ずるのである。債權者又は債務者の自由に選擇し得べきものとなすが如きは、其の理由なく、時効制度存置の精神に反するの結果を生ず。中庸説を是認せんとするには此の問題までも考慮して、正當なる理由を以て解決の方法を明かにしなければならぬものと思ふ。

之を要するに、中庸説も亦一種の偏見にして、正當なる見解として採用することは出来ないと思ふ。然れども、之を以て危険の分配を目的とする再保險の場合に於て、元受保險者と再保險者との間に特に組合又は之に類似する關係を特に作り出すことを否認するものでない。此の點は Ripert (前掲<sup>10</sup>) も同様に認めて居る。此の場合に於ては、共同の目的として當然利益の獲得と損失の減少とを有し、之が目的を達成する手段として、相互的に一方には保險料の支拂を爲し、他方には填補額の給付を爲さなければならぬ。例せばかの所謂保險プール(Pool)の如きはプール契約に依りて、多數の元受保險者の相互間に、或は一再保險者に對して、一切の元受保險を提供する義務を負ふものにして一種の組合關係を作り出せるものである。又かの高價品保險團體、船舶衝突の超過額

填補を目的とする合同組合の如き亦此の類に屬する。是故に再保險契約其のものと組合契約とは分離して考察するを要するものにして、再保險契約自體に組合契約ありとする考察方法は適正なるものに非ざるを信ず。従て再保險契約には當然組合に關する規定の適用を見ることはない譯である。

再保險契約が組合契約の結果として締結せらるゝ場合に於てのみ、即ち組合契約の表徴を有する場合に限りて始めて組合に關する規定の適用を見るべきものである。Herrmannsdorfer (Wesen und Bedeutung der Rückversicherungs-) 等が説述するが如く、再保險の理論は固有の立場を有し、單純に再保險は再保險にして決して他種の契約に屬することなく、従て當事者間には再保險としての關係自體の性質より生ずる、一切の法律規定の適用を見るのみであるといつて、何等の誤謬はないと斷定する。

上來述べたる所に依りて、再保險は再保險として獨立の保險契約であることは、消極的に論證せられたのである。之と共に積極的に再保險が保險契約に屬するの論證を爲すことは、最早蛇足であると思ふから茲に之を述べない。唯如上の理論は獨國に行はれたる異説に付て詳述したるに過ぎない。今更に翻つて英國に付て見るに、斯る論議の行はれたることを見ない。再保險も亦保險關係なりとして毫も怪む所がない(註一〇)。之を佛國に付て見るに、從來幾多の學説、判例を生じ波瀾を起した跡を見るのである。Emérigon (前掲<sup>11</sup>) は再保險を以て再保險者が何等の積極的拘束を受けざる



所の、元受保険とは絶対的に異なる契約なりと思慮し、同時に再保険者を以て被保険者の受けたる損害を填補すべき委任を受くる保険者の受任者として、考察したるもの、やうである。時には保険を以て保證 (fidejussio) と同一視せられ、再保険者を以て保證人の保證人 (fidejussor fidejussoris) なりと考へられたることあり (前)、又時には保険と委任と組合とを同時に融合せる特種の契約なりとして判決せられたること (Desjardins, Traité de droit com. ありしも、是等の學說、判例は近時に至りては其の跡を絶ち、再保険も亦保險契約なりと觀る學說竝に判例が風靡して居るもの、やうである (Lyon-Caen et Renault, Traité de droit com. 從て、再保険にも其の性質上許さるゝ限りは、保險に關する規定の適用を受くるに過ぎずして、他種の契約に關する規定は當然其の適用を見ることはない) と謂つてよい。

(註一〇) 再保険が保險契約の一體であることは Porter (Laws of Insurance, p. 264) の述べる所で何人も怪まない點である。

十

斯く述べ來れば、再保険は再保險として、決して當然組合でもない、其他の契約でもない。矢張一種の保險に過ぎないことは首肯せらるゝであらう。敢て單純なる再保險なると繼續的再保險殊に繼續的超過額再保險なると繼續的分率再保險 (laufende-Quoten-Rückversicherung) (註一一) なることを區別することを要しない。又元受保險者が危險の一部を自ら負擔すべき場合なると否とは之を各別に取扱ふの必要はない。然らば再保險は保險の如何なる種類に屬するやは茲に論及すべき問題である。

(註一一) 茲に分率再保險と謂ふは再保險者が再保險契約中に於て、一定の歩合 (Quoten) を引受くる約束を爲すもので、其の最高限度 (Maxima) を約するを常とする。然れども同時に豫見し得ざる最高額以上の超過に付ては、再保險者は亦之が責に任ずることを約するものである。

再保險を爲すことに依りて、元受保險者は元受保險に於ける保險金額の全部又は一部に付き、拘束を受けざる結果を生ずるが故に、此の點に於て利益を有するものと謂へやう。此の利益は保險事故の發生前と其の後に付き、元受保險者の財産状態を比較するときは大に顯著なるものである。即ち保險事故發生の場合に於ては元受保險者は財産上の損害として之を甘受しなければならぬ。是故に、再保險を以て損害保險の一種として理解することは、決して不相當の見解ではなからう。然るに Gerhard (Kommentar zum Reichsgesetz über den Versicherungsvertrag, S. 591) の見解は之と異なり、元受保險者の給付は元受保險契約に基くものにして、保險契約者が保険料支拂等の義務を負ひ、之に對して元受保險者が其の



相手方に對して支拂ふべき純然たる契約上の給付にして、決して保險契約に依りて保險者の負擔たるべき損害ではないと主張して居る。斯る主張に對して Ritter (前掲 Bd. 1, S. 158 Anm. 153) は、若し此の見解を正當とすれば、商品の買主が運送の危険を負担するの結果として、其の代金を保險金額として保險を付する場合に於ても、其の保險は損害保險と稱することは出来ないであらう。何故なれば、保險者は代金でふ純然たる契約上の給付を填補するもので、商品の滅失した場合でも買主は賣主に對して代金支拂の義務を負ひ、之に基き代金を支拂はねばならぬ所のものであるからであると批難した。此の批難の當否は別としても、Gerhard の主張は正當ではない。如何なる原因に基くを問はず、財産上に受くる損害は所謂財産損害である。契約上の給付たると、其他の適法行爲上の給付たると、不適法行爲上の給付たるとを問はず、財産上の状態にして減少する事實を生ずるときは財産損害と稱して差支はなからう。固より斯る損害は如何なる場合でも之を保險に付し得るものであると謂ふのではない。損害發生の確實なる場合に於ては、保險の本質上危険、即ち損害發生の可能性ある場合に限り、其の發生したる損害を填補せんとする觀念と相容れざるものあるが故に、發生の確實なる損害は之を保險に付することを得ないのである。決して損害たらざるの故を以て保險に付することを得ないといふのではない。賣買の場合に於て買主が既に物品を受領せるときに於ては、其の支拂

ふべき代金に付て、之を保險に付し得るものでない。代金を支拂はなければならないが、其の買入商品が安着するや否やの不安あり、此の商品を受取ることなくして財産を減少するの虞ある場合に限りて、其の買入商品に付き其の代金を保險金額として之を保險に付し得るものである。此の考察方法に依りて再保險を觀んか、元受保險者の給付は常に保險事故の發生を以て條件とするもので、恐らくは此の事故の不發生を常態として觀、統計的に確立したる所の僅少なる發生率を基準として、定められたる少額の保險料收入に對して、一朝保險事故の發生することあれば、其の保險料の幾十、百倍以上にも該當する金額を支拂ふべき結果を生ずるは、是れ明かに元受保險者の財産減少の状態を生ずるものたることは疑なき所である。斯程の發生可能性ある財産上の危険に付き再保險を爲し、之に依りて此の損害の填補を受けんとするに在るが故に、再保險は明かに損害保險なりと謂つて正當なるを覺ゆる(註一二)。

(註一二) Ehrenberg, Das künftige Rückversicherungsrecht, S. 9 以下上述 Gerhard の見解を理解して次の如く述べて居る。契約上の責任の内容が契約不履行又は不完全履行に基く損害賠償より成立するときは、責任保險は可能である。例之運送人は運送品の滅失又は毀損に因り荷送人又は荷受人より請求せらるる賠償責任に付き保險を付し得るが如し。然れども通常の履行自體が損害の賠償たるときは、保險は可能に非ずといふにありと。斯る區別は固より爲し得ざるものではない。然し保險の給付と賣買に於ける賣主の物の引渡又は運送人の物の引渡とは同一に理解し得るものではない。保



險者の給付は必ず常に實現するものでない。被保險者の欲する所は賠償給付に非ずして、不確實なる而も可能的なる損害に對する擔保である。彼是決して混同すべからざるものである。

十一

再保險の性質を述べ終るに臨んで、再保險は責任保險 (Haftpflichtversicherung) の類として觀るべきものなりやの問題に付て考察しやうと思ふ。固より Gerhard 一派の所述の如く、再保險は損害保險に非ずと論ずる以上は、又再保險が責任保險に屬するものでないと主張しなければならぬ。然し、再保險を損害保險として考察するも、尙責任保險として一様に理解し得べきものなりやは、全く別箇の問題である。商法第六百七十四條第三項の規定即ち再保險の場合に於ける委付の通知期間を定めたる點より解すれば、海上保險の再保險も亦海上保險たるが如く思はるれども、こは、再保險の物體が元受保險の物體と異にして、獨國商法第七百七十九條、英國海上保險條例第九條は明かに保險者に引受けたる危険を保險に付し得る旨を定むるを見て、海上保險の再保險が海上保險に非ざることを推知し得るのである(註一三)。然るに、佛國商法第三百四十二條第一項、伊國商法第四百二十二條第一項の如きは、再保險は自ら保險を爲したる財産 (les effets, le coso) を更に他人に對して保險に付することを得、と定むるが故に、恰も再保險の物體と元受保險の物體とを同一視せる見解を生ずるの餘地を與ふるものである。西國商法第七百四十九條、葡國商法第四百三十條亦疑義を惹起するに足る文字を用ふ。然れども、是れ唯通俗の用語を其儘に便宜的に使用したるに止まり、必ずしも具體的に同一物を指稱したるものと解するは正當なるものでないと思ふ。Danjon (Traité de droit mari-, tome, tom. 4 no. 1282) は、佛國商法同條の語意を軽く解し、再保險に付する所のは其の元受保險と之より生ずる責任であると解し、同國一九〇四年の佛國草案編纂者の言を引用して居る。之に依れば、保險者は自ら保險を爲したる危険に對して、更に保險を爲すことを得ると。更に Ripert (前 tom. 2) には、保險者は其の再保險契約に於ては被保險者の役目を爲すものにして、保險者は元受保險の填補 (l'indemnité d'assurance) を保險に付するものである。この填補は被保險價額を即ち海難なる偶發性を有する保險者の債務を保險に付するものであると註して居る。其の所説の透徹せざる所ありとするも、畢竟英獨兩國の立法と同一の趣旨に解したるものと謂ふも過言ではなからうと思ふ。

(註一三) 英國の Porter (Laws of Insurance, p. 264) は、再保險は保險契約の體様の異なりたるもの (Modification) なりとし、元受保險者が保險契約に因りて引受けたる危険に於ける利益を保險に付するものである、と説明したる點に於



ては全然同意する所であるが、再保険が元受保険と同様に、兩保険の利益は異なるも、元受保険の動産、不動産又は生命を保険するものなりと説明したる點に於て正確ならざるを覺ゆ。是れ單に理解し易き説明的の語として解すべきものたるを信ず。決して或學者の解する如く元受保険と同種の保険を爲すものと爲すに非ざることは、同書二六六頁に於て、再保険は有效なる保険を前提し、再保険者の責任は元受保険者の責任に係り、再保険の物體は再保険者に依りて保險せられたる危険なりと説明したる所に依りて明かなるべし。誤解せざることを要するのである。

由是觀之、再保険は其の本質上責任保險であつて元受保険と同一種の保險に非ざることを知るこ  
とが出来やう。此の點は再保險法第四條但書に於て、生命保險を目的とする會社は生命保險の再保  
險を爲すことを得と定むるが故に、最も明瞭に生命保險の再保險は生命保險と同一に非ざることを  
推論するに足るものである。

十二

再保險は其の性質上責任保險の一類たることは、上來詳述したる所で明白になつたこと、思ふ。  
然し乍ら、再保險は其の經濟的使命が他の保險の種別殊に本來の意義に於ける所謂責任保險とは異  
なるものである。茲に所謂本來の意義に於ける責任保險は、獨國保險契約法第四百九條に於て見  
るが如く、保險契約者が保險期間中に於て、法律規定又は契約に因り第三者に對して賠償責任を負

擔したるに因り、其の保險契約者に生ずる財産上の損害に對する保險を指すものである。單に文字  
通りに再保險の性質を適合せしむれば、固より相合致するものなれども、茲に所謂責任保險には其  
の前提となるべき保險は存立して居らない。之に反して再保險には、其の前提として本來の保險が  
存するものである。此の本來の保險即ち元受保險を離れては再保險は其の存立の基礎を失ふもので  
あるから、始めより責任保險として其の立場を有するものとは、法律規定適用の上に於て差異を生  
じなければならぬ、又差異を生ずるは當然である。既に屢々述べたる如く、再保險者は元受保險  
契約者に對して直接に損害の填補を爲すものでない。唯元受保險者が保險者としての繼續的給付能  
力を維持せしめんとする資力を與ふるに過ぎない。是故に一定の財貨に付き財産的保護を受けんと  
する元受保險契約者は元受保險者との間に法律關係を有するのみである。斯の如く再保險者は元受  
保險者の經濟的立場を援助するに在るが故に、再保險者は通常元受保險者が填補を引受くる所の各  
別の保險關係に關して、何等獨立なる權能を有することはない。然しながら、再保險者の責任は元  
受保險者の責任が開始するに非ざれば開始せらるゝことなく、其の責任の内容も亦原則として元受  
保險の内容に相適應するものである。是故に、元受保險者は元受保險契約者との間に於て知悉した  
る、保險の測定に重大なる影響を及ぼすべき事項に付ては、是等の一切の事項を知らしめなければ



ならない。其他保険の變更、増加等の一切の通知を怠ることを得ないことは、元受保険の場合と同なるものである。従て、海上保険の再保険に在りては商法が海上保険に特有なる規定を設くるの結果として、先づ其の規定の適用を受けなければならぬ。是れ上述の意味に於て、前掲せる吾商法第六百十四條第三項の規定存在の理由を明かし得るものである。同時に獨國保險契約法第八十六條に、本法は海上保険及び再保険には之を適用せずと定めたる精神を知ることが出来る。

然し再保険が責任保険たるの結果として、元受保険契約者に付き生じたる損害事故其のものは、元受保険者が再保険者に對して、再保険契約に基き、填補請求權を行使するに付ては遠因 (causa remota) を作すものにして、元受保険契約者が元受保険者に對して現實に其の契約上の責任履行を請求することを以て近因 (causa proxima) と作すものである。而も此の時に於て其の遠因たる損害發生の出來事は又大なる意義を有するものなることは多く言ふを俟たない。是故に、海上再保険に付て海上保険に關する規定を適用し得ざる場合は、再保険の性質より生ずると、法律規定の缺陷より生ずるとを問はず、責任保険に關する條理に從て律せられなければならない。敢て條理と謂ふは、吾商法上責任保険に關する直接の規定を缺如するからである。

之を要約するに、再保険は眞の保險に屬するものにして、組合契約として見るべきものでなく、

又組合契約と保險契約との混合契約として觀察し得べきものでない。而して再保険としては損害保險の性質を有し、且責任保險の一類に屬するものである。然しながら、再保険は其の性質上當然始めより責任保險に關する原理によりて支配さるべきものでなく、元受保險に關する規定の適用を受けることは、元受保險、再保険共に同一の運命にあるが爲めである(註一四)。之を換言すれば、損害發生の出來事が統計的に數へらるゝ平均は再保険に共通なる基礎を爲すからである。

(註一四) 前註一三に述べたる Porter の説明は通俗的のものとして、同一の意味に於て味ふべきものとあらう。Arnould

(前掲 Sect. 323, p. 443) に於ても亦不精密なる文字を使用して居る。即ち再保險契約者が保險する所のは、始めて保險に付せられたるものである云々と、然れども是れ運命の同一性を表明する言葉として受けられなければならない。

——法學論叢第十七卷第二號所載——



## 再保険の種類に就て

### 目次

- 一 緒言
- (イ) 再保険の發達と多種多様の形態 (ロ) 特別再保険より始まる (ハ) 契約締結形式よりする區別 (元受保険契約締結後の場合、同締結前の場合) (ニ) 元受保険者と再保険者との地位の利、不利 (ホ) 再保険業の發展を阻害したる一大理由 (ヘ) 再保険業の發展の因は火災保險
- 二 集合保險と特別再保險
- 三 一般再保險と特別再保險及び其の觀念
- 四 一般再保險の分類と總括的再保險
- 五 繼續的再保險と其の發達
- (イ) 主として海陸運送保險に利用される (ロ) 繼續的再保險の特質
- 六 再保險より當事者間に生ずる法律關係
- (イ) 強制的關係と任意的關係 (ロ) 第三の關係と第四の關係 (ハ) 要約 (ニ) 第二の關係 (ホ) 第一の關係
- 七 繼續的再保險より當事者間に生ずる利益
- 八 繼續的再保險契約を締結するに當り確定すべき要素
- (イ) 分率契約 (ロ) 超過契約

再保險の種類に就て



九 繼續的再保險契約と其の豫約との區別  
繼續的再保險契約は條件附契約である

## 一

再保險の發展も亦進化の原理に従ひ、漸次時代の推移に伴れて、多種多様の形態を備ふるに至つたものである。然し其の始めは各場合の必要に應じ、各別の目的物に付き、再保險に付せらるゝが如き簡單なる形態を有したのである。所謂特別再保險 (Spezialrückversicherung) に屬すべきものであつた。經濟組織の單純なる場合に於て、之に伴ふ所の保險方法の簡易なることは、亦時代の欲求に適應せるものと謂ふべきものであらう。現時に於ける再保險契約締結の形式より觀れば、(一)元受保險者が再保險者と保險契約を締結する場合に於て、既に元受保險契約を締結したる後なる場合と、(二)元受保險者が未だ元受保險契約を締結せざる場合との二様の別を認め得るが(註一)、沿革的には、前の場合が主として行はれたることを窺知し得るのである。其の契約締結の方法は元受保險契約と全然獨立したる危險轉嫁の契約を至極簡單に締結したるに過ぎない。即ち、元受保險者が既に引受けたる危險に付き、再保險者をして一定の持分を以て關與せしめんと誘ひ、再保險者の受諾を

待つて、再保險契約を成立せしめたものである。約言すれば、此の契約に依りて通常保險料關與の確定を爲すと共に、再保險者の填補義務を認めたものである。斯る状態に於ては元受保險者は經濟上有利なる地位に立ち、再保險者は比較的不利なる地位に立つものと謂ふを憚らない。何故なれば、元受保險者は豫め危險中如何なるものを再保險に付すべきや、再保險者をして如何程の金額を填補せしむべきやの問題を決定するの權を有し、比較的不利なりと思はるゝ危險のみに付き其の全部又は其の大部分を委譲し、有利なる危險に付ては其の全部又は少くとも其の大部分を自己の手に保留し、以て再保險に付するは營業上當然の處置なりと考察せらるゝからである。

(註一) Ehrenberg, Rückversicherungsrecht, S. 18. Künftige Rückversicherungsrecht, S. 2 f.; Hermannsdorfer, Wesen u. Behandlung der Rückversicherung, S. 2 f.; Rau, Rückversicherung der Gegenwart, in Zt. f. d. gesamten Versicherungswissenschaft, Bd. I. S. 400 f.

斯る不利なる状態が再保險業の經營をして非常に困難ならしめたことは、多言を要せずして明かである。是れ永く再保險業の發展を阻害したる一大理由にして、延て保險事業の普遍的發展性を停止せしめたること亦容易に理解し得べき所で、其の再保險契約の成立が如何に單簡なるにせよ、營業者としての再保險者に脅威を感せしめたことは勿論である。茲に於てか、再保險業者相諮りて



一大結合を作り、以て自己存在の爲めに防衛手段を講じたること亦止むを得ない。蓋し弱者が強者に對抗するが爲めには、結合の力を以て相當の外はないからである。他方に於て再保險事業をして著しく發展せしめ、其の必要を痛切に感得せしめたるものは火災保險である。桑港、漢堡等に於ける大火が火災保險業者をして大に戰慄せしめたことは著しき事實にして、危険分割の要を認むるに至りて再保險業の顯著なる勃興を來たし、正に第十九世紀の初頭に於て其の頭角を顯はした次第である(註二)。再保險契約の必要は、同時に再保險事業の經營に付き漸次其の經濟上の基礎を鞏固にするに至り、從來行はれ來たりたる契約の様式に著しき變革が生じたのも、自然の歸趣と謂はねばなるまい。

(註二) 再保險は既に第十四世紀の頃に於て存立したることは、Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. I, S. 18 の述べる所である。

二

從來の特別再保險は、單に元受保險が人又は物の個性に着眼して保險を爲したる元受保險者の責任に歸したるも、漸次其の範圍を擴大して、人又は物の集合を單一物體として考察し、其の集合一

體を以て保險の物體とし、此の一體中より離脱する人又は物は當然保險關係より離脱し、此の一體中に新に入り來たる人又は物は保險關係中に包含さるゝに至る所の元受保險、即ち所謂集合保險(Kollektivversicherung)に付ても再保險を爲すに至つたのである。動産(商品)火災保險、家畜保險、集合的災害保險の如き場合に於ては各保險物體の個性に顧みて保險を爲すが如きは、非常なる不便と煩瑣なる手續を要する。蓋し、保險物體の變更は頻繁なるを常とするからである。斯る集合保險の有効なる前提としては、數多の保險物體上に於ける利益の同一性を要する。斯く保險の物體としては、多數の個性を包容するも、保險契約としては單一であり、保險金額も亦唯一にして、損害も亦從て單一のものとして取扱はるものである。之を換言すれば、各別の個性を有するものとしては全損に價ひするも、保險の單一性より觀れば分損であるから、保險者從て又再保險者も亦全保險金額に對する一部の割合を以て各自其の責に任ずるものである。由是觀之、集合保險も亦一種の特別保險であり、唯保險物體の態様に於て異なるを認むるのみである(註三)。

(註三) Ehrenberg, Rückversicherung, S. 18 f. は、集合保險を以て特別保險の第一の例外として説述したるも、例外として認むべきものでなからうと思ふ。然し同氏も認めたるが如く、再保險に付ては集合保險は獨立なる意義を有するものでない。蓋し再保險の物體は其の元受保險に於ける集合せる物又は人の一體に非ずして元受保險者の引受けたる危険たる



に過ぎないからである。

三

特別再保険も亦特別保険に伴ひて、集合的再保険へと展開したれども、未だ以て萬有の企業に對する擔保上の欲求を満たすに足らなかつたのである。是れに至りて、特別保険に對して一般保險 (Generalversicherung) の發展を促したると共に、再保險に付ても亦、特別再保險に對して一般再保險 (Generalrückversicherung) が漸次發達し來りたるを見る。特別再保險と一般再保險との兩種類に付き明確に最も能く其の觀念を説述せる所のものは、Rau の所論(註四)である。即ち特別再保險と一般再保險との關係は、恰も特定物の賣買契約と長期に涉りて締結せらるゝ供給契約との關係に類似して居る。丁度日々石炭の一定量を消費する製造業者が、所要の少量の石炭に關し各別的な連續せる契約を爲すの煩を避けて、一年間に涉る長期の單一なる契約を以て代ふるが如く、日々貨物の運送を引受くる商人が、箇別的に保險契約を締結する手数を省略して、全一年間を通じて一切の運送を保險に付する所の單一なる保險契約を締結するを以て至便とする。再保險の必要亦之と同様に、保險者が自己の引受けたる保險事故に付き一々再保險者と商議するの煩勞を避けんが爲め

に、一般再保險契約に依りて、長期に依り一切の保險事故に付き再保險を爲すの必要を生ずるものである。之を要するに、一般再保險契約の特徴とする所は、多數なる箇別的保險契約に代はるべき性質を有するの點に在る。従て特別再保險契約は其の保險契約締結の時に於ては、既に成立せる一定の保險關係に關するも、一般再保險契約は未だ成立せざると謂ふよりも、寧ろ將來に涉りて不定なる、而も特定し得べき連續的保險關係(註五)に關するの點に依りて、兩契約を區別することを得と。

(註四) Rau 前掲 Bd. I. S. 400; Ehrenberg, Rückversicherungsrecht, S. 25 に於て再保險業を今日の如く隆盛ならしめたるは實に一般保險の功に歸すべきものと説明した。

(註五) 特に保險關係 (Versicherungsverhältnisse) と謂ひ、契約と謂はざるは元受保險契約が繼續的運送保險契約たる場合を顧慮したるに基く。

左に現今に於て行はるゝ一般再保險の類別に付き詳細に涉りて説述しやうと思ふ。蓋し斯種の一般保險が實際に必要なは、運送保險と再保險であるからである。

四

再保險の種類に就て



一般再保険は、之を二様の形態に分たれて居る(註六)、總括的再保険(Pauschalrückversicherung)と繼續的再保険(Laufenderückversicherung)とである。

(註六) Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, S. 104. 松本博士、保險法四〇頁に於て、集合保險と區別すべきは一般保險又は總括保險之なりと説述せられ、一般保險と總括保險とを同視せらるゝが如きは、果して如何にや。而して繼續保險を以て總括保險の主なる場合として説述せられたるは、分類上明確ならざるを憾みとする。

總括的再保險契約は一定の日又は年内に於て、其の保險條件に該當する危険の不足の數々に付き填補すべきことを約するものにして、之を運送に付て考ふるに、元受保險が同一の日時に於て運送せらるゝ一切の貨物運送に付き價格の單一性を認め、單一なる保險金額と單一なる保險料を約するもの(Tages-Pauschalversicherung)と、一定せる年内を通じて、運送せらるゝ一切の貨物運送を單一なるものとして、單一なる保險金額と保險料を約するもの(Jahres-Pauschalversicherung)の別を見るが、孰れにしても、保險金額と保險料を一括して保險の内容と爲するの點に至りては、特別保險と同様の標徴が備はるものである。之は再保險に付ても亦同様である。唯特別再保險と異なる所は——元受保險に付ても同様であるが——危険に曝露せらるゝ物體が箇別的に特定せず、或る意味に於て種類的に一定するの點に存する。茲に種類的と謂ふは、一定の日時若くは年内に於ける

各別なる運送貨物の全體の價格より單一なる保險價格を發見し、此の保險價格と保險金額とを比較して以て、全額保險なりや超過保險なりや、將た又一部保險なりやを決定し、其の日時又は年内に受けたる損害の全部に付き填補を受け得べきや、單に比例的部分の賠償を受け得べきやを決定することを要するの意味である。然しながら年内保險に付ては斯る煩はしき清算手續は保險又は再保險に付したる目的を失はしむること甚だしきを以て、總保險金額を以て總賠償給付の最高額となすことなく、却て此の金額を以て保險の限度となし、既に運送し來りたる貨物全體の價格が保險金額に相等しきときは、其の保險は同時に終了(註七)したるものと同一に取扱ひ、殘存期間中に於ける運送は、全然無保險の状態に置かるゝものとして改變せられたのである(註八)。其の結果は、勿論、此の状態に於ける期間中に恰も一時に災害の襲來することありて、而も再保險者が何等の賠償を與へざることあるは已むを得ざる所である。從て元受保險者は斯種の損害を苦受せなければならぬ。斯る結論は或は年内保險に對して甚だしき不合理を生ずるの觀を呈すれども、此の理は單純なる定日上の總括的保險に付ても亦元受保險者は同様なる不利益を蒙るものである。即ち或る事情の爲めに、特定の日に於て、運送品の輻輳を來たし、當該日に於ける約束上の保險金額が遙に保險價格より僅少となりたるが如き場合に於ては、此の一定日に於ける保險は一部保險の結果となり、此の



日に於ける損害に付ては、元受保険者は保険金額の保険価格に對する割合に依りて、再保険者より填補を受けざるべからざるの理を解せんか、前述の結論は毫も怪しむに足らないであらう(註九)。

(註七) 理論的に考察すれば、尙保險期間中は再保險存続するの理なれども、斯の如きは元受保險者に取り何等の利益を與ふるものに非ざるが故に、便宜的の取扱方法を案出したるものと推知せらる。

(註八) Ehrenberg, Rückversicherung, S. 22f.; Lewis, 前掲 S. 105. 總括的再保險は、本來各別の危険を顧慮すること困難にして、保険金額及び保険料は大約の見當たるに過ぎない。見當違の爲めに保険料の多額を支拂ふべき場合も生ずるであらう。又反對に豫見したる危険よりも甚だしき場合に於ては、保険料の収入の低き場合も生ずるのであるから、斯種の保險は保險の當事者双方に採り有利なる制度ではない (Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. I, S. 407)。

(註九) Ehrenberg, Rückversicherung, S. 20f.

之を要するに、總括的再保險に在りては、再保險者は其の再保險金額に達するまで一切の損害全部に涉りて其の責に任ずるを以て限度として居るのである。而して總括的年内保險に於て、被保險者が其の中途に保險金額の全部に相當する運送を爲したるときは、前述の如く殘存期間に對して無保險の状態を呈するが故に、斯種の危険を避けんが爲めには、保險契約中に於て、被保險者は更に比例的保險料(全期間に對する殘存期間の比例)の追加支拂を爲し以て保險の效力を存続せしむるの條項を設けて、填補請求權の留保を爲すの良途に出づる外はない。兎に角當事者双方に對し特に

有利なるものに非ざるが故に、此の方法の弘く發展せざりし所以を知るに足るのである。

## 五

繼續的再保險は總括的再保險(註一〇)と異にして、現時非常なる發達を遂げたるものである。再保險の制度の今日あるは全然繼續的再保險の效果に歸せなければならぬと思ふ。再保險の場合に於て一般保險とし謂へば、殆んど例外なく、繼續的保險を指するもの、如く觀せらる、亦理由なきにあらずと謂はなければならぬ。從て總括的再保險は、専ら箇別的なる元受保險の填補を引受けたる危険を擔保する場合に於て實現せらるゝに過ぎない(註一一)。

(註一〇) Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. I, S. 407 に於て總括的保險を目して、事情に依りては被保險者に採り不利益なるが如く、保險者に採りても非常に危惧に滿ちたる取引 (Sehr bedenkliches Geschäft) なりと説述したるは、這般の消息を解するに足るのである。Lewis, 前掲 S. 106.

(註一一) 繼續的保險は、主として海上保險、内水運送保險及び再保險に應用せらる。然れども倉庫保管の寄託品に付き火災保險を爲したるが如き場合に於ても亦利用せらる。Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. I, S. 406 Note 2, S. 408 参照。

繼續的保險に在りては、前註十一に述べたる如く、主として海陸運送保險に利用せられ、保險者



は契約上運送せらるべき物體の種類、運搬具、運送の區域並に季節等に從て定まる被保險者に依れる運送に付き、一定の期間中に受くる損害に付き填補を爲すべき義務を負担するものにして、其の責任の範圍は、契約中に定まれる總額を以て限度とし、其の額に達する迄は保險者之を引受くるの義務を負ひ、運搬具の種類例せば汽船、帆船、河船、鐵道、電車等を標準とし、時には夏季なると冬季なるとに依りて各運送に對する最高額を一定し、而して保險者が請求し得べき保險料に關しては、一定の料率表に依り運送品の種類、運搬具の如何並に運送の區域に從て差等を設けて確定し得べきものとなすのである。是故に、總括的保險に於けるが如く、全運送に對する單一なる保險金額を定め、單一なる保險料に於て處理せらるゝものとは非常に異なるものあることを知らねばならぬ。然り而して、被保險者は契約中に入るべき一切の運送に付ては、保險者に詳細なる項目(註一二)を開示し、契約上一定せる期間(註一三)内に若くは少くとも遅滞なく通知するの手續を採ることを怠つてはならぬ(註一四)。之と同時に、各運送に對する保險金額と、一定の料率表に基く保險料とを確定することを要する。

(註一二) Ehrenberg, Versicherungsrecht, 前掲 S. 407 が非常に多く被保險者の側面に於ては信任 (Zuverlässigkeit) と、保險者の側面に於ては忠實 (Loyalität) とを前提す。換言すれば全然信義と誠實 (Treu und Glauben) の原則の

上に立てるものなりと説きたるは、實に能く特に繼續的保險に付き生ずることあるべき通弊を警めたるものと謂ふべきであらう。

(註一三) 通常二十四時、四十八時間又は三日間と定むるものを謂ふ。若し契約上何等の定めなきときは、遅滞なくの意なりと解すべきである。

(註一四) 元受保險者より再保險者への委譲は通常明細書 (Bordereaus) なる書面を以て爲さる。其の明細書には保險の物體、保險金額と再保險金額、保險料、再保險の開始と終了とを記載するものである。

繼續的再保險契約は、一定の期間に涉りて、元受保險者と再保險者との間に、繼續的再保險關係を作り出すものにして(註一五)、其の特質とする所は、唯一の(一般)保險契約に基き、種々なる内容を有する數多の保險關係(特別なると集合なるとを問はず)を成立せしむるものであつて、此の契約自體は、之が締結あるも決して唯一の保險關係を作るものではない。唯將來成立することあるべき保險關係に對する素地を作るに過ぎない。將來に於て成立する保險關係は各獨自の作用を有し、甲の關係が乙、丙、丁等の關係に影響を及ぼすものでない。恰も各保險關係に於ては其の特有の保險契約が締結せられたと同様に獨立なる點である(註一六)。此の再保險契約は、通常二通作成せられ各當事者署名の上交換せらるゝものである。然れども、斯る書面が此の契約の成立に必要なものと謂ふのではない。或は又簡單なる信書の交換を以てしても足るわけである。



(註一五) 繼續的再保險は亦二會社間に於ける交換的契約關係、即ち一會社は他の會社の引受けたる危険事故を再保險的に引受くべき關係に於て存することは少くない。(Lewis, 前掲 S. 106 f.)

(註一六) Ehrenberg, Versicherungsrecht, 前掲 Bd. I, S. 408.

## 六

當事者間に於ける繼續的再保險關係は通常強制的 (obligatorisch) と任意的 ( fakultativ ) の二に分け得らるゝも(註一七)、之を仔細に考察するときは、當事者の二人に着眼して左の四關係を作り出すことを得るのである(註一八)。

- 一、元受保險者が元受保險によりて引受けたる危険を再保險者に委讓すべき義務を負ひ、再保險者亦之を再保險として引受くべき義務を負ふ所の關係
- 二、元受保險者は自ら引受けたる危険を再保險者に委讓し得るも、此の委讓ありたるときは再保險者は必ず之を引受くべき義務を負ふ所の關係
- 三、元受保險者は自ら引受けたる危険を再保險者に委讓すべき義務を負ひ、再保險者は必ずしも、之を引受くる義務なく、之を引受け得る所の關係

四、元受保險者は自ら引受けたる危険を再保險者に委讓することを得、再保險者も亦之を引受け得る所の關係

是れである。故に、強制的再保險關係と謂ふも、實は第一の場合に適合するものなるに止まり、第二の場合は再保險者に採り強制的なるも、元受保險者に採りては任意的であり、第三の場合は元受保險者に採り強制的なるも、再保險者に採りては任意的である。當事者中孰れか一方のみを標準とするときは、第二、第三の中孰れか強制的と名づけ得る譯である。通常元受保險者の地位を標準とし、自ら引受けたる危険を再保險者へ委讓すべき義務あるときは之を強制的と謂ひ、委讓し得るの自由あるときは之を任意的と謂ひ、再保險者は其の契約の定むる標準に従て一定の危険を引受くべき拘束を受くるものと爲すの點に於て、前記の關係中第三及び第四の關係を無視したのである。今第一及び第二の關係を説くに先だちて、第三及び第四の關係が茲に所謂再保險契約關係を作り出したものであるかを吟味して見やう。先づ第三の關係に付て見るに、元受保險者は、自己の引受けたる危険を再保險者に委讓すべき義務を負擔するも、再保險者は之を引受くと否との自由を有するものである。再保險者に採り引受くと否との自由を有する場合には於ては契約に依りて何等の拘束を受けて居らぬと論じなければならぬ。果して然らば、是れ再保險契約關係の存するものに非



ずして、此の關係を作り出すべき準備(Punktation)の存するに過ぎないと謂へやう。此の當事者間の利害を顧み、當事者間の意思に一致あるものとして、此の場合に終局的の再保險契約の締結せられたるもの、如く論ずるは、決して正當ではない(註一九)。之と同様に第四の關係も尙更に同一の結論に到達するものである。第三の關係は、第四の關係に比して元受保險者は常に元受保險を再保險に付すべき義務を負担せる點に於て、拘束關係の程度は強力であるに反して、第四の關係は、元受保險者も再保險者も共に元受保險を再保險として委譲すべきや之を引受くべきやの兩面に於て全然自由である。斯る場合に於て一般的再保險契約關係の存するものと謂へないのは勿論である。假りに第三、第四の關係を停止條件付契約關係に依りて成立すと爲すときは、其の條件は單に債務者たる再保險引受の意思のみに係らしめたるものと謂ひ得べきを以て、民法第三百三十四條に依りて無効であると論じなければならぬ。之を要するに、第三及び第四の關係は、繼續的再保險關係の存するものとして考察することは穩當ではない。従て再保險の分類中に之を認容することを避くるを以て正當とする。Ehrenberg(註二〇)が一般的再保險が再保險者に採り單に任意的たることは、元受保險者に對し強制的たることを前提する。蓋し若し然らざれば決して拘束力ある一般保險存せず、却て各場合に於ける特別再保險契約の存するからであると述べて、恰も第三の關係の場合にも尙一般的再保險關係存するが如く解したるは是認することの出来ない點である。

(註一七) 此の分類及び其の名稱は Ehrenberg, Rückversicherung, S. 27 に依りて創設せられたるものである。Hermannsdorfer, 前掲 S. 49 は此の分類を以て一切の場合を包含するものに非ずと爲し、本文所述の如き可能性ある四關係に分類すべきものと述べた。予は此の四關係を以て、繼續的再保險關係中に於ける正當なる分類なりと看るべきやに於て、考察して見やうと思ふ。

(註一八) Rau, 前掲 S. 401 f; Hermannsdorfer, 前掲 S. 49; Hagen, Begriff u. Grundlagen der Rückversicherung, S. 146.

(註一九) 第三第四の兩關係を無視したる論者は Moldenhauer, in: Zeitschrift f. d. Gesamten Versicherungswissenschaft, S. 33 f; Lewis, 前掲 S. 107. 之に反して、殊に第三の關係を繼續的再保險契約關係として認めたるは Hermannsdorfer, S. 63.

(註二〇) Ehrenberg, Zukunfftige Rückversicherungsrecht, S. 3. Anm. 1. Rückversicherung, S. 27.

次に第二の關係、即ち元受保險者は自己の引受けたる危険を再保險者に委譲し得るの自由を有し、之を委譲したるときは、再保險契約の定むる條項に従て再保險者は必ず之を引受くべき義務を負担する關係に於て見るに、前述せる第三の關係と異にして、任意の權能が元受保險者に存し、孰れの元受保險を再保險に付すべきやの自由なる選擇を爲し得るものである。或は此の場合に於ても亦元受保險者の任意の決定を待つものなれば、第三の關係の如く契約關係の存立を疑はしむるものなる



も、既に再保険者が再保険を爲すべき義務を負担するが故に、元受保険者は再保険を爲すの目的は容易に達成せらるゝの關係に在るものと謂へる。此の觀察點より第三の關係とは大に其の趣きを異にするものと論じても大過はなからうと思ふ(註二一)。然り而して、此の第二の關係に於ける再保険者の責任は、元受保険者が自己の引受けたる危険を更に再保険者に對して開示したるときを以て開始するのである。他に何等の手續を要しない。蓋し此の關係は元受保険者の再保険に付するの意思決定を待つのみであつて、再保険者に對する危険の開示は此の意思決定の表示ありたるものと謂ひ得るからである。

(註二一) 第三の關係に於ては如何に元受保険者に對して再保険に付すべき拘束義務を課しても、再保険者の地位に於て任意なるが故に、再保険關係を作り出すの目的を達成することは出来ない。斯る場合に於て、尙繼續的再保険關係ありと謂ふも何等の意義を有せざるものと思ふ。

終りに第一の關係は、元受保険者と再保険者共に義務を負損する状態にして、元受保険者が必ず自己の引受けたる危険を再保険者に委譲すべき義務を負担するの點に於て、第二の關係と異なる、元受保険者が再保険に付すべき義務を負担するや否やの觀察點より第一の關係を強制的 (obligatorisch) 契約關係と謂ひ、第二の關係を任意的 (fakultativ) 契約關係と謂ふ(註二二)。今經濟的に此の

兩關係に於ける當事者双方の地位を比較するときは、第二の關係に於ては元受保険者は自己の引受けたる危険に付き之を再保険に付すべきや否やを決定するの自由を有するが故に、元受保険者は第一の關係に立つよりも一層有利なる地位に在りと謂ひ得るのである。蓋し自己の爲めに有利なりと考へらるゝ、保険の物體は自ら之を保有し、唯條件の不利なる物體に對してのみ再保険者をして關與せしむるからである。然れども、保険界に於ける躍進的發展は漸次任意的再保険關係を驅逐して主として強制的再保険關係を作るの傾向を生じたのである。畢竟各人の有する孤立的享益主義より相愛的享益主義に進展したる結果に歸すべきである。此の第一の關係に於ては、元受保険者が危険を引受けたる時に於て、再保険者の責任は開始するものと謂はねばならぬ(註二三)。蓋し元受保険者は繼續的契約關係に依り當然再保険者に委譲すべき關係に立ち、再保険者は必ず之を引受くべき關係に在るからである。爾後に於ける細目の開示は單に文書上明確にするに過ぎない。之を換言すれば、細目の開示は再保険契約の成立には何等の關係はない。斯の特別保險に於ては被保險者の負擔する告知義務は保險者の保險引受に付き重要な問題なれども、一般再保險關係に於ては、其の強制的なると任意的なるとを問はず、必ず危険を引受くべき再保險者の保險引受の決意に對しては重要な關係ではない。是故に細目の開示は、唯元受保険者の私心なき取扱を強制するの一手段



たるに過ぎない。再言すれば、比較的危険少なきものを保留し、既に危険の発生せるもの、填補を故意に要求するが如き不正なる手段を防遏せんとするに外ならない。従て、之が開示を怠るも再保険の法律上の効果には何等影響する所はないが、元受保険者に對して再保険者が損害賠償の請求權(註二四)を有するに至るは當然である。

(註二二) 任意的契約關係と強制的契約關係の中間性を認むることを得る。Lewis, 前掲 S. 107.; Ehrenberg, Versicherungsrecht, Bd. I, S. 411. Anm. 10.; Rau, 前掲 S. 401. 殊に Ehrenberg は此の關係を相對的強制契約關係 (relative obligatorische Verträge) と名付け、Rau 一派の使用せる相對的任意關係 (relativ fakultativ) なる文字を排斥し、此の關係は一部は任意的にして、他の一部は強制的なりとし、元受保険者が引受けたる危険を再保険に付すべきや否やの點は任意なるも、再保険に付せんとするときは、繼續的契約關係を作れる再保険者以外の再保険者には決して其の危険を引受けしめざるべしとの強制的意味を加へたる場合を指すのである。尙 Ehrenberg, Rückversicherung, S. 27 f. 參照。

(註二三) 此の危険開始の時期に付ては、英國判例に於ても夙に認められたる所にして、Imperial Mar. Ins. Co. v. Fire Ins. Corp. Ltd. (1879) の事件に於て、元受保険が其の效力を生じたる時に於て再保険者の責任を生ずる旨を判示した (Arnould, Marine Insurance, Vol. I, Sect. 188. Note b.)。

(註二四) 損害は音に失ひたる保険料のみに止まらず、再保険者が全然又は適時に再保険を引受け能はざりに因る損害、若くは引受けたる保険が無効となりたるに依る損害を包含する (Ehrenberg, Rückversicherung, S. 30)。

七

繼續的再保險契約に依りて生ずる當事者間に於ける利益は殊に著しきものである。元受保險者に採りては、自ら危険を引受けたるときは、其の危険の全部又は一部に付き既に自己に對して引受くべき義務ある再保險者に分割し得る地位に立つことである。再保險者に依り再填補を受くべき最高額を總最高額 (Bruttomaximum) と謂ひ、自ら保有すべき最高額を純最高額 (Nettomaximum) と謂ふ(註二五)。再保險に付せられたる物體の價額が再保險者の引受けたる總最高額を超過したる場合に於ては、元受保險者は其の超過額に付ては別契約として特別保險に依りて填補を求めなければならぬ義務を負ふ。再保險者に採りても亦莫大なる利益を與ふるものである。即ち特に募集に關する活動を爲すの要なく、之に要する經費を節して豫め一定の保險の存立を擔保せらるゝの點に在る。再保險會社の間に於ては、各會社の引受けたる最高額を超過する危険に付き、更に相互に分割すべき關係を作り以て自衛策と爲すを常とする。

(註二五) 此の最高額は常に同一たることを要するものに非ず。危険の種類に従ひ、或は大なる額となり或は小なる額たることを得るのである。例せば汽船と帆船とにより、季節に依りて異なる定めを爲し得るやうである (Lewis, 前掲 S. 110)。



繼續的再保險契約を締結するに當りて、其の内容上確定し置くべき要素は、各別の危険に對して再保險者の關與する方法と其の範圍是れである。此の要素に付き説述せんとするには、主として二個の契約體型に分ちて論ずるを便とする(註二六)。二契約とは分率契約(Quotenvertrag)と超過契約(Exzedentenvertrag)を指すのである。

(註二六) Ehrenberg, Rückversicherung S. 34; Rau, 前掲 S. 404; Hermannsdorfer, 前掲 S. 8 f.

一、分率契約は、元受保險者が引受けたる危険の總額如何に拘らず、保險金額の一定の割合即ち持分を再保險者に委讓するものにして、再保險者の持分即ち元受保險に對する關與の割合を二割五歩と定むるものとせば、元受保險額が拾萬圓なるときは、元受保險者の持分は七萬五千圓にして、再保險者の持分は貳萬五千圓である。又元受保險者が甲、乙、丙の三會社と分率契約を爲したるとき、元受保險者が四割を保有し、甲、乙、丙の三會社が各二割を以て再保險を引受けたりとせば、前例に於て四萬圓は元受保險者の保有となり、甲、乙、丙の三會社は各貳萬圓を引受くるが如き例である。危険發生の場合に於ては其の損害填補の割合亦其の率に従ふものである。然し、實際上多

くは、各保險會社が引受限度以上に涉りて引受の強制を受くる損害を妨げんが爲めに、其の負擔の最高額を定むるものである(註二七)。

(註二七) 最高額を定むると同時に、三十萬圓を超過せざる限度に於て約するが如き場合を謂ふのである。 Ehrenberg, Rückversicherung, S. 35.

時としては又再保險者の持分が専ら元受保險者が自己の計算を以て保有する額に對する比例的部分を以て指示せらるゝことないではない。或は同額たることあるべく、或は二倍と爲すことあるべく、或は二分の一と定むることもあらう。此の場合に於ても、最高額を定むると同時に斯種の持分の定めらるゝことが少くない。例せば、最高額拾萬圓に達するまでは少くとも二分の一の割合を以て引受くることを約するが如きものである。

上述せる契約關係に依る再保險者の關與の方法は、再保險者に採りては歓迎せらるゝ所である。蓋し此の方法に於ては、再保險者は危険の大小、良否如何を問はず一切同様に總ての危険に關與し、自ら引受けたる保險存立に對する調節が出来る丈け多く有利に作用するからである(註二八)。

(註二八) Rau, S. 406.

二、超過契約は經濟的見地よりすれば、分率契約と反對に、元受保險者に採り最も有利とする所



である(註二九)。茲に所謂超過とは一定額を超過する額を指すものにして、此の一定額は通常の最高額と稱するものと一致するを要しない。寧ろ、契約中に於ける危険の種類に従つて確定せらるゝを慣とする。又時として、超過額に付き最低額を定むる以外に最高額を定むることがある。此の最高額を超過する額に付ては更に元受保険者の自由處分に一任し、第三再保険者をして關與せしむるに適するものである。是れに由りて、始めより容易に同一の危険に付き多數の再保険者をして關與せしめ得るもので、元受保険者に採りては、非常に其の營業上の事務を簡捷と爲すの利益あるのみならず、更に同一なる危険の累積せる場合に於ては殊に其の必要を感知するものである。蓋し斯る場合には超過額と爲りたるやの通知は適時に爲さるゝことが至極稀なるからである。

(註二九) Rau 前掲。

超過額に付き再保険者が關與する方法には、或は段階的なることあり、或は分率的なることがある。例せば、元受保険者が甲會社に貳拾萬圓の超過額、乙會社に四拾萬圓、丙會社に六拾萬圓を委譲すべき義務を負ふが如きは段階的關與の方法である。又超過額に付てのみ例せば參拾萬圓の超過額あるとき、此の額に付き甲、乙、丙の三會社をして各三分の一の程度に於て關與せしむるが如きは分率的關與の一例である。

斯種の超過契約は、其の性質上再保険者に損害を齎すこと大なるものである。元受保険者は保險の物體が高價なるか又は危険の大なるが爲めに、其の再填補を絶對的必要缺くべからずとする危険に付てのみ再保險となし、小額にして危険性なきものに付てのみ自ら之を保有することとなり、危険の種類に従て自己保有の部分が大きなることあるべく、又小なることあるであらう。危険の悪性なるものに付ては出來得るだけ再保険者に負擔せしめ自ら免責を受けんと試み、危険の僅少なる良性のものに付き自己の負擔に歸せしむるものである。是故に、再保険者に採りては、少額なる危険性少なきものは全然除外せられ、多額なる悪性多き危険に付て關與することの結果を生じ、之が爲めに保險の存立に付き調節可能性は失はるゝものと謂つて誤はなからう(註三〇)。

(註三〇) 分率契約と超過契約との區別の存する點に付ては Rau 前掲 S. 404 ff. に於て最も詳細に説述せらる。超過契約の場合に於ては保險金額が一定の限度(最高額)を超過する場合に於て始めて再保険者の關與を生じ、此の限度に達せざる危険に付ては決して關與せざるものである。従て、分率契約に於ては關與の程度のみを定むるにあるも、超過契約に在りては先づ分立作用を生じ、關與の程度を定めたる時は此の作用を有するも、然らざるときは總超過額は再保険者の負擔に歸するものである。分率關與は絶對的なるも、超過關與は相對的である。各別の再保險契約に付てのみ考察すべき重要な意義を有するものである。是故に、超過額を解して、一會社に於て許されたる保險額の最高額を超過する額と爲すは正當ではなく (Ehrenberg, Rückversicherung, S. 33)。

再保險者の責任は、分率契約の場合に於ては元受保險の締結と同時に開始し、超過契約の場合に



於ては契約上に適應する超過額の存立したる時點を以て開始するものである。兩契約共に任意的なる場合に於ては、其の責任は保險契約上顯著なる要素を開始したるときを以て始めて開始するものたることは特に説明を要しない。

九

繼續的再保險は、尙種々なる他の契約の存する餘地を有するも、結局上述する所の分類を結合し、特殊の體型を有せしめたに過ぎない(註三二)。是れ、畢竟、當事者間に於ける經濟的威力の問題に係るものである。再保險者の經濟的地位にして強固なるときは、遂に再保險者に有利なる條件を作り出すに至ることは、多言を要せずして明かであらう。

(註三二) 優先的分率契約 (Quotenvertrag mit Priorität) の如きは其の一例であると思ふ。此の契約は、一切の危險に於ける一定額即ち優先額を超過する危險の一定の分率に付き、元受保險者が再保險者をして關與せしむる契約にして、其の一定額を超過する危險のみに關與する點に於て超過契約に近似するも、超過せる危險に付ては一定の分率を以て再保險者に委譲せらるゝ點に於て、全然分率契約と其の性質を同じふ。例せば、再保險者は壹萬圓を超過する一切の危險に付き五割の率を關與する。即ち壹萬五千圓の危險に付ては七千五百圓の額に付き關與するが如し。又分率超過契約 (Quotenexcedentenvertrag) 即ち元受保險者の保有する危險に付き一定額を定め、此の額を超過する額に付き一定の分率を以て再保險者に關與せしむる契約も亦一例である、例せば保險金額壹萬五千圓にして優先額を壹萬圓とすれば、之に超過す

る五千圓に付き五割の率を以て關與すといはゞ再保險者は貳千五百圓の範圍に於て關與するが如きものである (Rau, 前掲 S. 405 f.; Hermannsdorfer, 前掲 106 f.)

繼續的再保險契約は、單純なる繼續的保險契約と同じく、當事者双方が互に相手方の申出に依り將來に於て此の相手方と再保險契約を締結すべき義務を負擔する豫約 (Vorvertrag) ではない。蓋し再保險者をして各別の危險に關し義務を負はしむるに付き、更に新なる契約を取結ぶの必要はないからである。是故に、寧ろ當事者間に於ては既に眞の再保險關係の生じたるものと解し、唯其の效力の發生に關し不確實なる點あるに過ぎないと見るべきである。之を換言すれば、繼續的再保險契約を以て條件 (Bedingung) 付契約なりと解するを以て適當であると思ふ(註三三)。即ち強制的再保險契約の場合に於ては、元受保險者が保險を引受けたることを以て條件とし、其の時を以て條件が成就したるものと謂ふを得べく、任意的再保險契約の場合に於ては、更に元受保險者が再保險に付せんとする危險を開示するを以て條件とし、開示したるときを以て其の條件の成就したるものと觀察し、超過契約の場合に於ては元受保險契約に於ける保險金額が再保險契約中に一定せる金額を超過したることを以て條件とし、其の時を以て條件の成就したるものと考察するものである。

(註三三) Ehrenberg, Rückversicherung, S. 44; Lewis, 前掲 S. 111. 此の條件付契約なりとの説明に對し、Hermanns-



dorfer, 前掲 S. 157 f. は殊に強制的關係の場合に於て Ehrenberg 等の所説を批難し、是れ眞の條件に非ずして假裝條件 (Scheinbedingung) である。Conditio juris として取扱ひ得るもので、元受保険契約の締結は再保険契約の效力發生に必然的前提條件であると述べて居る。一應首肯し得べきが如しと雖も、再保険として效力の發生ありと謂ふには、客觀的に元受保険引受の事實等を要するものとせば、之を以て條件たる不確實なる事實として取扱ふことが正當視せらるゝのである。固より不確實の程度は非常に薄くして確實性に接近して居る事實は、保險の營業たること、再保險の經濟的必要性より、之を否認することは出来ない。而も未だ之を以て當然將來に於て必然的に其の效力を發生するものとして認むるを得ないのである。此の意味に於て Hermannsdorfer の説明に左袒することが出来ない。

——法學論叢第十八卷第二號所載——

## 再保險契約關係より生ずる特種の義務に就て

### 目次

- 一 緒言
- 再保險契約當事者相互間の法律關係の闡明
- 二元受保險者の告知義務の範圍
- (イ) 告知義務存在に付ては問題無し (ロ) 契約の内容 (ハ) 告知義務範圍如何の問題 (一) 特別再保險契約關係成立する場合 (ニ) 一般再保險契約關係存在する場合
- 三元受保險者に危険全部轉嫁を目的としたる場合
- (イ) 轉嫁が危険全部なる旨を再保險者に告知する義務ありや (ロ) 告知義務違背の効果
- 四 元受保險者の自己保有の義務
- (イ) 再保險の再保險の場合に自己保有の義務ありや (ロ) 自己保有の義務並に附隨告知義務違背の効果
- 五 超過保險及び重複保險に依る自己保有義務の違背
- 元受保險者に自己保有の義務無き場合
- 六 元受保險者の事務處理の任務
- (イ) 保險者に對する當然に負ふ任務 (ロ) 任務存在の根據 (ハ) 任務の誠實なる遂行 (ニ) 事務處理の任務は權利にして義務である
- 再保險契約關係より生ずる特種の義務に就て



七 事務處理任務の範圍

繼續的再保險締結の場合

八 元受保險者が危険事情及び條件に付き著しき變更をなしたる場合の効果

九 事故發生の場合に於ける元受保險者の事務處理の任務

- (イ) 救助義務及び違背の効果 (ロ) 損害通知の義務及び通知懈怠の効果 (ハ) 損害整理の義務 (ニ) 善良管理者注意懈怠の効果 (ホ) 任務遂行に當つて元受保險者が一定有價物上に權利を有するに至る事 (ヘ) 任務遂行に付き再保險者の利害關係 (ト) 再保險者の監視權 (チ) 監視權の限界

一

再保險契約關係も亦一種の保險契約關係であることを是認する以上は(註一)、特に再保險契約關係なる題目を選定して説述する必要を生じない理である。商法上何等此の點に關する明文なきに徴すれば一層此の感じを強ふする。殊に再保險の必要と其の發展とを促進したる海上保險に就て、Arnould (Marine Insurance, Vol. I Sect. 323) は無雜作に、再保險契約に關する法則は、一般に、特別なる事情を離れては、元受保險契約を規律する法則と同様であると説明して居るを見ても、上述の推理と感想は必ずしも正規を逸するものとして一概に排斥し去るべきものでないことは明かであらう。然しながら、

上述の推理は再保險契約が保險契約の一種であると爲したる當然の論理であつて、再保險契約にはそれ自體の内に特種の本質を有するの點を無視することは出來ないであらう。固より再保險契約も亦眞の保險契約であつて、決して他種の契約ではないが、保險契約中の他種のものとは又自然に別異なる性質を帯有することを閉却してはならない。再保險契約は其の性質上責任保險契約の一種であるが、本來的なる責任保險契約に比して、再保險契約には其の前提として元受保險契約の存する點に於て異なるものである。加之再保險契約の目的は普通の保險契約と異なりて、單に危険の轉嫁を主たるものと爲すことなく、寧ろ却て特例を除いては危険の分割を主たる目的として居るのである(註二)。換言すれば、危険を他人に轉嫁するの意味は割合に少なく、元受保險者竝に其他の再被保險者は再保險契約に依りて自己の引受けたる責任を各再保險者に分割するを以て、正常なる目的として居るのである。此の意味に於て亦再被保險者も再保險者も共に保險經營者で、相互的に商的色彩を有する取引であることの特質を發揮する。此の見地よりすれば營業利得の分配である。今是等の特質に顧みて、再保險契約の當事者相互間の關係を茲に闡明せんとする事亦必ずしも徒爾に非ざるを想ふのである。

(註一) 拙稿「再保險の意義並に性質に就て」参照。Malsz, Zeitschrift für das Handelsrecht, Bd. XIII S. 506.

再保險契約關係より生ずる特種の義務に就て



(註11) Ehrenberg, Rückversicherung, § 1 S. 10 ff.; Lewis, Lehrbuch des Versicherungsrechts, S. 114 ff.

再保険契約關係に於て先づ當事者間に生ずる問題は、該契約を締結するに當り、再被保險者殊に元受保險者の告知義務 (Anzeigepflicht) (註11) の範圍に關する點である。單に告知義務の有無に關する問題に付ては特に茲に詮議するを要しない。是れ再保險契約も亦保險契約なりと理解する結果として商法第三百九十九條の二の適用を受くるもので、特に明文を缺つて後知るべき問題でないからである。海上保險に關する再保險契約關係に於ても、此の點に付ては商法第六百五十三條第二項に依りて、特に海上保險の規定中に別段の定めある場合を除く外、商法第三編第十章第一節第一款の規定を海上保險に適用する旨を明かにして居るから、當然前掲法條の告知義務に關する規定の適用を受くることは、多く論ずるの要はないであらう。斯の如く告知義務の存否に付ては問題ではないが、契約の内容に至りては必ずしも同一でない。通常の保險契約に在りては其の形式内容共に全然新しき契約關係を創造するものであるから、保險の目的物に關しては詳細なる開示を要するの理である。然し再保險契約關係に在りては、常に既に完成せられたる保險契約關係を前提し、新しく

作らるべき再保險契約の内容は其の完成せる保險契約關係を標準と爲すものである。是故に再保險契約の目的物の何たるやは、單に元受保險契約を提示すると共に、再保險者が關與する分率を明かにせば足るものと謂はねばならぬ。一般再保險の場合に於ても亦同様の理であるが、其の保險の性質上當事者間の意思に於て多少特權の點の存するに顧みて、更に再保險契約中に入るべき危険の種類を仔細に明瞭にしなければならない(註四)。

(註三) 告知義務に付ては、固より廣狹の二義存する。然し茲に所謂告知義務は狹義に用ひらるゝ文字で、保險契約成立の際に於ける保險契約者の負擔する義務を指すものである。決して、保險期間中危険が著しく其の性質を變更し又は著しく増加したる場合に於ける保險契約者又は被保險者の負擔する義務を包含して居るものではない。

(註四) Ehrenberg, Rückversicherung, S. 67; Ehrenberg, Künftige Rückversicherung, S. 13 ff. 再保險契約關係の成立に當り、其の契約の内容と爲るべきものを明かにしなければならぬことを述べたが、實は、此の文字は精緻なる用法ではない。何故なれば、特別再保險に關しては兎に角、一般再保險殊に繼續的再保險契約に於ては、各別の再保險關係が成立する以前に於て、既に本來的なる契約關係が存するからである。是故に此の點に於ては、多少言葉の意味に制限を付して理解されねばならぬ。即ち強制的再保險關係の場合に於ては、當事者間に何等の協力を要せずして再保險關係を生じ、任意的再保險關係に於ては、元受保險者よりの一方的委譲を待つて再保險契約關係を生ずるものである。再保險契約關係の強制的、任意的の分類に付ては拙稿再保險の種類に付て参照。是故に、再保險契約關係が、繼續的關係に推移せる時代に及んでは、本文所述の如き目的物に關し、元受保險者が再保險者に提示するの必要は、漸次其の價值を失ひつゝあるものと謂ひ得るのである。

再保險契約關係より生ずる特種の義務に就て



さて、告知義務に立ち戻りて其の告知すべき範囲如何の問題に付て考察しやう。本来告知義務は保険者の引受くる危険の測定に必要な所の、保険契約者が知りたる一切の事情を、正當に何等の隠蔽なく開示すべき義務を指すものであるから、之を再保険契約に付て考ふるも亦同様で、再保険者に引受くべき危険の選定を容易にするの目的の爲めに、其の測定に必要な一切の事情を開示しなければならぬ理である。然しながら、再保険者が必ず危険を引受くべき義務を負担し（強制的再保険契約關係）、上記の如く引受くべき危険の選定を爲し得ざる場合に於ては、一概に茲に所謂告知義務ありと爲すことは出来ない。説明の便宜上特別再保険關係と一般再保険關係とを區別して觀やう。

一、特別再保険契約關係の成立する場合 此の場合に於ては、此の契約の成立のときに當り、再保険者の引受くべき危険の測定に重要な一切の元受保険の知りたる事情を告知すべき義務を負担し、加之再保険契約なるの故を以て、再保険契約なる旨或は再々保険契約なる旨の表示を爲さなければならぬ。固より此の點に關しては曾て疑はれたる所である（註五）。再保険契約が第一次的なりや、第二次的又は第三次的等なりやの事情に付て、再保険契約者は告知すべきものなりや。是等の事情が再保険の場合に於て危険の測定に重大なる影響ありや否やを考察することに依りて、完全に解決

し得べきものと思ふ。再保険契約は其の本質としては責任保険契約の一類で、元受保険契約等を前提し、損害處理の信任を受くる者は常に其の元受保険者であるとするならば、其の人格（信用）は、再保険者等が引受くべき責任危険の測定に付き特に重要なものとして理解しなければならぬ。再保険、再々保険、再々保険の再保険と相累加するに從て元受保険者を始めとし、其の中間の保険者の人格は益々重要な程度を増し、地方を異にし國を異にし法律を異にするに至りては、最後の再保険者に採り一切の關係保険者の告知を要するものと解するを以て穩當と爲すものである（註六）。

（註五） Ehrenberg, Rückversicherung, S. 70 ff. Künftige Rückversicherung, S. 19; Lewis, 前掲 S. 117; Mol-denhauser, Veröffentlichungen des deut. Verein f. Versicherungs-Wissenschaft, Heft II S. 282 参照。 Vivante, Assurance Maritime, § 104. 之に反して Malsz (前掲 S. 511) は、再保険契約に在りては其の契約の相手方が元受保険者なりや、再保険者、再々保険者なりやは問ふ所に非ず。再保険契約者は此の點に付き告知義務ありと、爲す能はざる旨を論じて居る。

（註六） 契約者は互に相手方の身狀を熟知することを要す qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse, non ignarus conditionis ejus. と謂へる法諺の最も適切に適用せらるる場合である。

若し夫れ元受保険契約又は再保険契約等に於て普通行はれない所の所謂異常の保険條件を以て締結せらるる場合に於ては、是等の條件も亦再保険者等の責任負擔に影響を及ぼすべき事項なるが故



に、告知すべき範囲内に属するものと謂はなければならぬ。然し茲に所謂異常条件を告知しない場合に於ては、契約の内容に付き不一致あるものとして、再保険者は契約の無効を主張し得るものと論じなければならない。

二、一般再保険契約關係の存する場合 殊に繼續的再保険關係の存する場合に於ては、再保険者が危険の如何なる種類のものを受くるや、如何なる程度で引受くるやの問題は、既に當事者間に約せられて居り、各別の危険に就て殊更に再保険契約の成立に付き商議するを要しないものであるから、危険を選定するの目的を以てしては、此の意味に於ける告知義務を論ずるの要は存しない(註七)。又元受保険契約又は其の後の再保険契約が所謂異常の条件を以て締結せらるゝ場合に於ても、必ずしも告知義務存するものと論ずることは出来ない。蓋し斯種の問題は繼續的契約に依りて、再保険契約者が其の所謂異常の条件を以て自己の保険者に對し同意すべき權能を有するやの問題に係り、後述せんとする事務處理の問題に屬するからである。繼續的再保険契約中には、往々再保険契約者は、再保険者に對して各別の危険を委讓するに當りて、成るべく詳細なる開示と共に、特に危険の測定に重要な所の自ら知りたる一切の事情を告知すべき義務を負ふ旨を約するも、是れ唯通知義務と稱すべきものであつて、本來の意味に於ける告知義務と謂ふべきものでない。蓋し斯種の

通知義務は、繼續的保險關係の性質上決して再保険者に危険の選定を容易ならしめんが爲めに爲されたるものでなく、再保険者に更に自己の引受けたる危険の一部を再々保險に付すべきやの判断に付き有力なる材料を提供するに止まるからである。是故に、此の通知義務に違背せるも、直に告知義務に違背せる場合の如く、再保険者に對し契約解除權を與ふるものでない。單に常に一般契約上の理論に従ひ、損害賠償の義務を成立せしめ得るに過ぎない(註八)。

(註七) 危険の選定を目的としては、危険の種類等に付き告知する要なき點は必ずしも繼續的再保険契約の特質を爲すものでなく、廣く一般に繼續的保險契約の特質であると謂ふことを得る(Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 20)。此の意味に於て、一般再保険契約の場合に於ては、危険測定上の告知義務成立の可能性は奪はれたるものと謂ひ得るのである。

(註八) Ehrenberg, 前掲 S. 20. Ehrenberg, Rückversicherung, S. 90. 又 Molderhauer (前掲 S. 285 Art. 7)は此の場合に於て故意の義務違背あるときは、保險契約關係の成立せざりしものと看做さる。即ち保險契約關係の無効を生ずと論じて居る。何故に故意の違背と過失による違背との間に區別を設けたるや。其の理由を解するに苦しむのである。

再保険契約者に危険の全部の轉嫁を目的としたる場合に於ては、此の轉嫁が全部なる旨を再保險



者に對して告知すべき義務を負担するや否やの問題を生ずる。若し夫れ再保險契約の目的が保險者の引受けたる危険の一部の轉嫁を唯一の目的を爲すものであると解すれば、危険の全部の轉嫁は再保險契約に屬しないと謂ひ得る結論に到達し、問題は忽ちにして消滅するの理であるが、卑見は危険全部の轉嫁をも、假令異例に屬するとはいへ、尙再保險の觀念中に收めんとするものであるから、此の事情は再保險者等が自ら引受くる危険の測定に重要なものと考察し得るやを決しなければならぬ理である。再保險契約の主たる目的が危険の分割に在りと謂ふも、危険全部の轉嫁ある場合に於ては危険の分割なる分子を失ふものである。此の意味に於て危険全部の轉嫁に付き、再保險契約を爲さんと欲せば、其の轉嫁が全部なることを告げねばならないものと思はるゝのである。唯疑となるは、再保險者が引受くる危険の測定に重要な事情なりと謂ひ得るや否やの點である。若し危険の引受に對する重要性を解して、告知すべき事情と保險事故發生との間に因果關係の存することを要するものとせば、茲に所論の事情は明かに重要性を缺如するものと謂はねばならない。從て告知することを要しないものと論じ得るものである。然しながら、斯の如き見解は、直に採りて以て妥當なるものと爲し得ない。稍廣く解して、危険を測定するに影響を及ぼすべき重要な事項なるを以て足るものとしなければならぬ。曾て吾判例(註九)に於ても、他の會社に對する申込を拒絶

せられたる事實を告知せざりし場合に於て、告知義務の違背たるを免れずと爲されたるを見る。是故に、單簡に因果論を以て、此の場合を片付けることは至難である。果して然らば、此の再保險契約の場合に於て、危険全部の轉嫁を以て、再保險者が危険を引受くるに影響を及ぼすべき重要な事項なりや否やと謂ふに、卑見は之を積極に解して、危険の測定に重要性を有する事情であると思考する。是れ、再保險契約の目的は主として危険の分割を爲すもので、此の目的を有せざる再保險契約は通例ではなく、寧ろ異例に屬するものであるから、特に其の事情を明かにする必要がある。何故に異例的に危険全部の轉嫁を欲するものであるかは、危険の引受に付き再保險者の心裡に響く重要な問題でありと謂はねばならぬ。更に後に述ぶるが如き、再被保險者は再保險者の爲めに損害事故發生の場合に於て事務處理 (Geschäftsführung) の義務を負ふものであるから、此の點に付ても、危険全部の轉嫁の場合に於ては、特に利害關係を薄ふせる事情を生じ、再保險契約の締結に當り殊に特別なる條項を設けて、損害整理の點に關し再保險者の關與を要求するの事情を生ずるものである。從て、危険全部の轉嫁は、危険事故其のものに直接なる影響を及ぼさざること明かなるも、其の危険全部を引受くるや否やに付き、重要性を有するものとして論ずるを正當とする(註一〇)。是故に、再保險契約者は、上述の意味に於て、告知義務を負担するものと解して誤はなからうと信



する。

(註九) 大審院大正十年五月二日判決。此の判決は生命保険契約に關するものであるが、告知義務に關しては、商法第三百十九條の二に於て生命保険に於ける第四百二十九條と同一の趣旨を規定せるが故に、損害保険に付ても同一の精神として解し得るものと思ふ。曾て獨逸最高等商事裁判所に於ては、危険全部の轉嫁に付ては之を通知すべき要なき旨を判示したるものである。Malsz, 前掲、亦同意見である。之に對する批難は Ehrenberg, Rückversicherung, S. 72ff. に詳述せらる。氏は此の義務を解して、再保険契約の正常なる目的より發展したるものであつて、再保険法の根本原理を形成するものであると力説して居るのである。

(註一〇) Ehrenberg, 前掲 S. 72; Lewis, Lehrbuch d. Versicherungsrecht, S. 118 〇 述ぶる如く、再保険契約者と再保険者との間に於て、再保険契約によりて全部の危険の轉嫁あることを期待し得べかりし場合に於ては、斯種の告知義務なしと論ずるは固より當然なる所である。Moldenhauer, 前掲 S. 282 Art. 2. Begründung; Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 23 に於ては、再保険者の引受けたる危険は、元受保険者の自己危険の保有によりて何等の影響を受けず、且此の義務違背に依りて生じたる損害との間には直接關係存するものとして考察するを得ずと論述し、從來氏の抱懷せる所の告知義務に關する所説を以て、稍々不自然たるを免れないと謂つて居る。Vivante, Assurance Maritime, § 105. 危険の全部を轉嫁したる場合には、或は元受保険者の危険の選定を誤りたるるか、或は保険の時期と再保険の時期との間に於て危険の増大したるに非ざるやを思はしめ、或は災害發生の徴ありしに非ずやとの強き推定を下すに足るものと説明して居る。

此の告知義務の違背ある場合に於ても、亦再保険者は再保険契約の解除を爲すことを得。再保険契約は保険料を失ふの結果を生ずることは、通常の保険契約の場合と異なることはない。

四

既に屢々述べたる如く、再保険契約は主として危険の分割を目的とするの觀察點より、更に元受保険者は他の再保険者の爲めに事務處理(後述)の任務を有するのであるから、最善の注意を拂はしむべきものとするの見地より、元受保険者自身に經濟的に固有の利害關係を有せしむるを以て妥當視せらるべきであらう。又商的に然かあるべきものである。此の意味に於て、元受保険者は繼續して自己の爲めに危険の相當なる分率を保有すべき義務ありと稱せらるゝのである。單に自己保有の義務 (Pflicht des sog. Selbstbehalts oder Plein) と稱せらる。繼續的保険契約に於ては、例外なしに元受保険者は此の義務を負擔して居るものであるから、絶對的に慣習法を爲すものと論せられて居る(註一一)。特別再保険契約に於ても亦其の理由を異にすべきものと考察せられないから、一應斯様の義務あることを是認することが出來やう(註一二)。果して斯の如く斯種の自己保有の義務存すと爲すならば、之より契約締結後に至りて、元受保険者が此の保有額を減少し、又は其の保有額を他人へ轉嫁せんと欲したる場合に於ては、再保険者の同意を受けなければならぬ筋合である。蓋し斯る事情の變更は、其の始めに於て再保険者が危険を引受けたる當時の利害關係を同じふせん



との重要な根拠を覆へし、従て事務處理に對する擔保 (Garantie) は全然裏切られるからである (註一三)。

(註一) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 21. 如何程の分率を以て相當と見るべきやは、契約上何等の定めなき場合に於ては、各場合に於ける鑑定人の意見に依りて決すべきものであると説明して居る。當事者間に於て争を生じたるときは、此の手段に出づる外はない。

(註二) 之に反する學説は Malisz (前掲 S. 508) の主張する所で、既に再保險として危險の全部の轉嫁を認むるならば、再保險者は元受保險者に對して當然自己保有の義務を期待することは出来ない。然し、危險の全部の轉嫁も再保險たるに妨げはないが、是れ例外に屬すべき場合として、一般に原則を樹つる上に於ては普通に生ずる場合を觀察すべきのみでなく、取引上の信義の原則によりても、再保險者の立場を顧み、元受保險者の爲すべき自己保有の妥當なることを認め得べきものである、換言すれば、既に述べたる如く、危險全部の轉嫁に付ては特に告知あることを期待し得べきものと考察し得るに於ては元受保險者に自己保有の義務を認むること必ずしも苛酷なる負擔なりとは論じ難き所である。Ritter, Recht der Seevericherung, Anm. 177 z. § 1. 海上保險に於ても、通常自己保有の特約あるものである。此の特約なき場合に於ては、危險の相當なる部分を保有するものと當然解すべきものであると説明する。

(註三) Ehrenberg, 前掲 S. 21; Ehrenberg, Rückversicherung, S. 92. 茲に同意と謂ふも時として事情上事前の同意を得られないことがあらう。さる場合に於ては、事後の同意も亦已むを得ないものと謂はねばならぬ。

更に、疑問を生ずるは、再保險者が又自己の引受けたる危險に付き之を再保險に付する場合即ち再保險の再保險 (Retrosession) に於ても、亦自己保有の義務を負擔せしむる必要在りやの點である。

或は再々保險に付したる再保險者は、元受保險者とは法律上直接の關係に在るも、危險を左右し得べき地位に立たない者であるから、此の見地より相當なる自己保有の義務を課する必要なもの、如く考察せらる。其後の再々保險者に至りては、尙更斯る義務存せざるものと論じ得やう (註一四)。然し元受保險に存する事情は再保險者亦之を知るを要するものであり、再々保險者に對し拂ひたる信用は再保險者が元受保險者に對し拂ひたる信用と甲乙あるべき理由はない。再々保險者の引受けたる危險は本來の保險に於ける危險とは直接なる關係を有しないにしても、再々保險契約の締結に當り又は其後に於て生ずる危險全部の轉嫁、換言すれば一切の再保險關係中より全然利害關係を失ふことの事情、其の以後に於ける再々保險者等の危險の引受に對して重大なる影響を及ぼすものであると謂はねばならない、是故に、實際上稀有の場合であらうが、再々保險契約中に於て、最初の再保險者が自己保有の分率に付ても更に再保險契約を爲し得るの規定を包含し、事務處理の任務を辭し得ること明かなる場合に於ては、固より再保險者と雖も自己の引受けたる危險全部を自由に再保險者に付することを得るのである。又上述する所と異にして、再保險者が元受保險者の負擔せる全部の危險を引受けたるも、事務處理の任務は、依然として元受保險者に存するときは、斯る事情も亦再々保險者に告知しなければならぬ。蓋し、普通の場合に於て、事務處理の任務ある元受保



險者が危険を負担するや否やは、再々保険者にとり危険の引受に對して重大なる影響を及ぼすものであるからである。危険全部の轉嫁と同時に元受保険に於ける事務處理の任務を有せざる場合に於ては、尙更何人の手に依りて事務處理の任務が遂行せらるゝやを知るの必要存するからして、前述の場合と同様に、再々保険者に其の事情を告知しなければならぬ(註一五)。

(註一四) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 21 ff. は本文所述の如き考察を爲したるも、手数料収益の

濫用を防止するの目的を以て告知するの必要を説き、再保険契約中に此種の契約條項存すと説明したのである。

(註一五) Ehrenberg, Rückversicherung, S. 79 fg; Ritter, 前掲 Ann. 183 z. § 1; Herrmannsdorfer, Rückversicherung S. 95 fg. 本文所述の理論は再々保険の再保険と謂ふが如く相連続する場合に於ても適用せらるべきものとして論じなければならぬものと信ぜらる。

上來説述したる自己保有の義務竝に之に附隨せる告知義務に違背せる場合に於ては、前掲第三百九十九條の二に依り、總て再保険者再々保険者等に於て、一般の場合と同じく、解除權を有するものと謂はなければならぬ。蓋し、總て危険を引受くる保険者に對して引受を爲すや否やを決するに重要な客觀的事情に係つて居るからである。

五

自己保有の義務が又超過保険及び重複保險の方法に依りて違背せらるゝことがある(註一六)。保險價額即ち保險契約の目的たる金錢に見積り得べき利益の最高額が一定せるが爲めに、超過保險及び重複保險の弊害に陥り易いものである。殊に再保險の場合に於て其の危険性に富むものである。何故なれば、元受保険者は保險事業經營者として、活動の獨立と自由を有するが故に、保險價額竝に現實に生じたる損害額に關しては、實に再保險者の關與をして困難ならしむるからである。殊に元受保険者と保險契約者との間に何等かの不正の策應ありとせば勿論のことである。既に保險が保險契約者に對して何等收益の源泉と爲るものでなきことを是認すれば、此の根本觀念は再保險契約に關しても亦同様に行はれなければならぬ。換言すれば、元受保険者は自己の引受けたる同一の危険に對し、不當に自己保有の分率を控除したる殘部に應ずる額以上の高額を再保險に付し、又は一部保險なるも數箇の再保險に付し、其の總額が自己の保有額を控除したる殘額を超過し、之に依りて不當の利得を得るが如き場合に於ては、其の超過したる部分に付ては、商法第三百八十六條及び第三百八十七條の標準に従て無効と爲り(註一七)。同第三百九十九條に従ひて保險契約者及び被保險者



が悪意又は重大なる過失あるときは、保険料の一部に對する返還請求權を失ふものである。元受保者が自己保有の義務なき場合、即ち再保険に於ける危険全部を轉嫁し得る場合ならば、上記の原則は何等の修正を加ふるを要せずして其儘適用することを得やう。

(註一六) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 24 ff.

(註一七) 獨逸保險契約法第五十一條第一項前段に於ては、超過保險により保險契約者が利益を得んと欲する場合に於ては、其の契約は無効なる旨を定む。利益を得んと欲する意思ありや否やの問題に關しては、常に争なきを保し難い。此の點に於て獨逸の立法必ずしも良好なる制度として認むることは出来ない。然しながら、同國商法第七百八十六條第三項に於ては、保險金額が保險價額に超過する範圍内に於ては、保險は法律上の效力を生ぜずと爲すと定められてゐる。吾商法亦之に倣ひたるものである。唯制裁的規定としては如何にも寛大に過ぎざるやを思ふのである。重複保險に關しては、獨逸保險契約法第五十九條第一項に於ては損害額を超過せざる範圍内に於て各保險者連帶債務者として其の責に任ずべきものと定め、第三項に於て保險契約者は不當の利益を得んと欲したるときは、此の意思に本づきて爲されたる各契約は無効とすと定めて居る。然し海上保險者に於ては、同國商法第七百八十八條第一項に於て各保險者に其の持分を定め、其の持分額に應じ減額せられたる金額に付き保險契約者は各保險者に對し請求し得る旨を規定するが故に、稍々吾商法の主義と類似したるものがある。吾商法に於ける重複保險と爲る場合に於ては、超過保險と同じく一部無効を生ずる結果と爲る。即ち各保險者の分擔額は、同時重複保險なるときは各自の保險金額の割合に依りて定まるが故に、其の額を超過する部分は無効と爲り、異時重複保險なるときは、後の保險契約は前の保險契約と重複する部分に於て無効となる(商法三八七、三八八)。吾國の實際に於ては、同時と異時とを分割しない主義を實行して居るやうに思はる。

六

總て保險者は、其の種類(火災、運送、海上、生命等)の如何を問はず、自己の引受けたる危険を再保險に付するの自由を有するものである。此の點に於て、保險契約者より何等の制限を受くべきの理は毫も存しない。然しながら、保險者が自己の引受けたる危険を再保險に付して、危険の全部又は一部を他人へ轉嫁したるの故を以て、保險契約者に對する保險契約關係に影響を及ぼしてはならない。換言すれば、恰も保險者は自己の引受けたる危険に付き少しも再保險に付せざると同様な態度を維持しなければならぬ。是れ、保險者は自己の營業上の利益を保持せんが爲めに、危険の全部又は一部を再保險者に轉換したるものなれば、之によりて、保險契約者に對する關係に於て此者の有する保險契約上の地位に寸毫の異動を生じてはならないと同時に、再保險者、再々保險者等に對しては其の危険に付き一切の業務上の信任を受け居るものなるが故に、共同の利害問題として保險契約者に對する關係を處理しなければならぬものと論ずることが出来る。固より、此の點に於ては、明文上何等據るべき規定は直接に之を發見し得ないが、再保險、再々保險等を許與したる制度に顧みて、其の再保險契約の性質より當然流れ出づるものとして理解し得るのである。之を

再保險契約關係より生ずる特殊の義務に就て



約言すれば、再保険に關する條理として是認しなければならぬものと謂へやう。再保険の實際に於ては再保険契約中の斯種の約款を認むるを例とする(註一八)。是れ、上來屢々述べたる事務處理の任務にして、再保険者の權利たると同時に義務を形成するものである(註一九)。恰も組合又は會社等に於ける業務執行と相似たる任務である。此の事務處理の任務は、特別再保險者たると繼續的再保險たるを問はず、廣く再保險契約には必ず附隨する所の任務であると考察して誤謬はなからうと思ふ。唯其の任務は、特別再保險契約の場合に於ては各別に該契約の締結に伴ひて發生するを例とするも、繼續的再保險契約の場合に於ては、將來に於ける危険の引受に對しても包括的に發生し居ることの差異あるに止まる。

(註一八) Hermannsdorfer, 前掲 S. 280 ff; Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 25 ff; Ritter, 前掲 Anm. 162 ff. z. § 1. 事務處理に關する約款としては、英國海上保險契約には rubber clauses として知らるゝ約款に 1) Being a re-insurance, subject to the same clauses and conditions as the original policy, and to pay as may be paid thereon と記載せられ、其の適用の範圍に付ては争はるゝ所である。然し Arnould (Marine insurance, Sect. 327) の解する所に依れば、再保險者は元受保險者が保險金額を支拂ふべき責任を負はざるものなりとの抗辯を主張することを得ない。元受保險者が損害事故發生の場合に於ては、事情調査の上元受保險金額を支拂ひたる以上は、之に應じて再保險者も亦何等の抗辯權を有せずして支拂ふべき意味を有する趣旨を述べて居る。佛國に於ても、海上再保險契約に於て le réassureur s'oblige à rembourser (payer) le réassuré sur la vue (simple exhibition) de la quit-

tance donné (souscrite) par le premier assuré (l'assuré) の條項、又は l'assureur s'engage à rembourser son pro rata dans les pertes et avaries sur a la simple production des quittances de l'assuré. を設け、再保險者は被再保險者の保險金受領證の提示以外の證明を要求する能はざらしめ、居る (Ripert, droit maritime, tom. 2 no. 2369; Désjardins, Droit maritime, tom. VI no. 1371)。獨逸に於ては同様、Der Rückversicherer hat zu zahlen, was der Versicherer nach den Bedingungen, ..... und nach den hiesigen Usancen gesetzmässig zu bezahlen hat. 又は一般に廣く Die ganze Geschäftsführung liegt allein in den Händen des Rückversicherer. 又は Im Schadenfall bedarf es zur Einkassierung des Rückversicherung nur der Quittung über den geleisten Ersatz. (Ehrenberg, Rückversicherung, S. 109, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 26; Ritter, 前掲 Anm. 164 z. § 1) の約款を設け、元受保險契約關係を處理するに誠實を以てし、恰も自己の引受けたる危険に付き再保險契約を締結せざりし場合に於て處理するが如き方法に依りて處理するの權限を與へたるもので、決して元受保險者に我儘なる行動を爲すべき權利を與へたるものではない。絶對の信用を與へたのであるから、之を裏切るやうな動作はあつてはならぬことを意味するものと解せらる。

(註一九) Lewis, 前掲 S. 120 fg; Malsz, 前掲 S. 506; Werneburg, Monatsschrift f. Handelsrecht u. Bankwesen, Bd. 25. S. 82; Ehrenberg, Rückversicherung, S. 14. Künftige Rückversicherungsrecht, S. 25 ff. 此の事務處理は權利にして義務であるから、之を拋棄することを得ない。是故に予は事務處理の任務と名づけたのである。

上述せる事務處理の任務は、再保險契約の存する所には、必ず隨伴する所の缺くべからざるものたることを知ることが出來やう。而も此の任務の遂行は、獨り元受保險者の誠實に信賴して此者に一任しなければならぬものと思はるゝのである。若し然らざれば、損害發生の場合に於ても、之



が整理に關して一々再保險者及び再々保險者の同意を要すること、爲り、而も其の同意にして容易に得る能はざるものとせんか、時間、勞力並に之に伴ふ費用は可なり著しき空費となる理である(註二〇)。再保險契約關係に於て一々契約若くは同意に係らしむべきものと論ずれば、保險經營の圓滿なる進展は到底之を望むことを得ないであらう。然し亦元受保險者の我儘なる行動殊に再保險者等に對し損害を及ぼすべき行動を防止するの策を探り、元受保險者に對し厚き信任を拂ひたる再保險者を保護すべきは正に衡平の觀念に適するものと謂へやう。此の我儘防止の良策は、即ち再保險者と共に利害の共同關係を作るに優るもの外にはない。此の利害の共同關係は元受保險者に對して自己保有額を強制するの點に歸着すると謂はねばならぬ。元受保險者が自己保有額を維持することは再保險者等に對して誠實なる事務處理の任務に付き實質的に擔保を供する所以である。是れ先に元受保險者に本則として自己保有の義務ありと爲した所以に相應するものである。元受保險者は自己の引受けたる危険の全部を轉嫁し、契約上何等事務處理の任務を負はざるものとせば、再保險者は直接に元受保險に於ける保險契約者に對して何等契約關係に立つものでないから、再保險者は直接に損害整理の任に當るの筋合はない。然し元受保險者は、元受保險契約に定むる所に從て、自己の義務として、損害整理を忽諸に付することは出来ない。さればとて、此の場合に於て元受保險

者の爲す所の損害整理は、自己に利害關係の薄きものであるから、其の損害整理は甚だ以て誠實になされたるや疑はしい。直に再保險者に對して其の效力を生ずるものと爲すことは苛酷である。是故に、此の場合に於ては、本則として、元受保險者の爲したる損害整理は再保險者の同意を待つて始めて再保險者に對して其の效力あるもの即ち拘束力あるものと論じなければならぬと思ふ(註二一)。例外は再保險契約上の定ある場合である。

(註二〇) 吾商法に於ては斯種の筋道を抽出する端緒と爲るべき規定を見出し難いが、獨逸保險契約法第六十二條に於ては斯種の理論の根據を發見することが出来る。即ち、同條には保險契約者は保險事故發生の場合に於ては、成るべく損害の防止並に減少に注意し、同時に保險者の指圖に従はねばならぬ。事情の許す限りは其の指圖を受けなければならぬ。保險者の多數が關與し、各自の指圖に一致せざるものあるときは、保險契約者は自己の義務に適する裁量に従ひ行動することを要するの旨を定め、保險契約者に事務處理の任務を負はしめて居るのである。此の理は亦以て元受保險者に當儀めることが出来やう。

(註二一) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 37; Werneburg, 前掲 S. 83.

事務處理の任務は一面に於て權利であり、他面に於ては義務であるから、元受保險者は任意に拋棄し得べからざる性質を有するものと謂へやう。然らば斯る任務成立の根據如何、即ち法上の構成に付て考ふるに、從來述べたるが如く、特に法律上元受保險者に課せられたる任務であるとは謂へ



ない。必ず其の根據を再保險契約上に索むるの外はない。然しながら、再保險契約其のもの、觀念より生ずる效果でないことは多言を要しない。何故なれば、再保險契約は保險者が一定の保險料を支拂ひ、自ら責任を負擔せる危険の全部又は一部を再保險者に轉嫁する所の契約で元受保險者は、保險料を支拂ふ以外には再保險契約として何等の義務を負擔せず、法律亦直接に附隨の義務を課して居らないからである。然し、元受保險者も再保險者も共に、元受保險契約に於ける危険の物體に關しては、保險經營の見地よりして共同の利害を有するものである。假令元受保險者が引受けたる危険の全部を再保險者に轉嫁する場合にしても、自己の保險經營の立場よりして特に其の場合に於ける措置であつて、決して大多數の危険を全部再保險に付するものでないことは明かである。さすれば全部轉嫁の場合も一部轉嫁の場合と同様に、利害の共通は否認すべからざる事情である。約言すれば、保險經營者は自己の危険の引受に付ては全然自由なる立場に立ちて活動するものであるが、引受けたる保險に付ては拘束を受け、其の拘束を全部又は一部に付き輕減せんとするも、亦自己の經營の必要から來たるものであり、再保險者之を引受くるも亦自己の經營の必要より生じたるものである。同一なる危険に對し、各自の經營上の立場より再保險に付し又は之を引受くることは、之を大局より觀察して同一の危険の上に共同に利益を獲得せんとする行動に外ならないと論ずることを得るのである。果して然らば、事務處理の任務は再保險契約に存する經濟的基礎の上に結晶せる性質より生じたるものと謂ふも誤りではなからう。此の考へ方は再々保險の存する場合に於ても同様である。此の見解にして是認せらるれば、特に或る論者(註二二)の述ぶるが如く、再保險契約に委任關係を包含するものなりと説明するの要なく、又有償と見るべきものであるから事務處理を目的とする雇傭契約又は請負契約が再保險契約と共に附隨の契約關係ありと説明するの要なく、又組合契約の存立を高唱する必要は毫も存しない結果を生ずる。唯再保險契約を觀察するに危険の分割の點よりせずして、保險料の見地より經濟的に保險料收入より生ずる利益の分配を基礎としたる性質を有するものとして論斷し、換言すれば、再保險契約は利得分配行爲 (Partiarische Geschäfte) に類似したるものとして解するを以て足るのである(註二三)。從て元受保險者は、當然に事務處理の任務を負ふものである。

(註二二) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungrecht, S. 26 ff, 再保險契約が危険の分割を目的とするときは、組合の觀念より、例外として全部の危険を轉嫁する場合に於ては有償の事務處理として理解し、前者の場合には組合の規定に従ひ、後者の場合には委任の規定を準用すべきものと論じて居るのである。

(註二三) Hermannsdorfer, 前掲 280 ff; Ritter, 前掲 Ann. 164 z. § 1. 茲に所謂利得分配行爲は或者が他人の受くる利得上の一部を受くるに對して一定の給付を約する行爲を謂ひ、斯の利得分配の約束に對して營業上に勞務を提供する再保險契約關係より生ずる特種の義務に就て



commis interesse は適例である。利潤分配を約して版權を書籍商に委託する亦同じである (Enneccerus, Lehrbuch d. Bürgerlichen Rechts, § 138, 5)。

七

事務處理の任務上の範圍に關する問題は甚だ廣大である。蓋し、元受保險契約の締結に當り生ずる任務あるべく、元受保險關係存續中に生ずるものあるべく、保險事故發生の場合に於て生ずる任務があるからである。元受保險契約の締結に當り生ずる任務は、繼續的再保險契約に於て生ずるに過ぎない。何故なれば、特別再保險契約は通常元受保險契約が前に既に締結せられ、從て再保險契約者が適當に告知義務を履行したるや否やの點に關するのみで、其の危險に關與するや否やは再保險者の爲すべき事項であるからである。萬一未だ元受保險契約が成立せず、之から後に締結せらるると謂ふ場合であるならば、再保險者は元受保險契約の成立に付て其の條件を定むることを得べく、又元受保險者に一任するの自由を有するに過ぎない。孰れにしても左程闡明すべき問題を生じない。之に反して繼續的再保險契約の場合に於ては、元受保險者が如何なる範圍内に於て危險引受の決定を爲し得る自由を有するやを明瞭ならしむる必要が存するのである(註二四)。

(註二四) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 29 ff.

繼續的再保險契約の締結せらるゝに當りては、元受保險契約者は、事務處理の任務を行ふに付き各別の危險に對し、獨立して引受を爲すの權利 (Recht der selbstständigen Annahme) を有するのである。然し、再保險契約中に於て當事者間に特約の存するときは(註二五)、積極的に事情又は法的條件の附加せらるゝと、消極的に事情又は法的條件の除外せらるゝとを問はず、元受保險者は斯種の制限を遵守しなければならぬ。之に反して明約なきときは、普通行はるゝ再保險契約の條件に從ひたるものとして考察することを得るから、單に異常性ある條件に關してのみ之を告知し、再保險者の同意を得なければならぬ。然らざれば、再保險者は其の危險に關與したるものと謂へない。又危險事情に關しては自由に之を引受け得るも、唯善良なる管理者の注意が拂はなければならぬ。ことは言ふまでもない。尙保險料の問題に關しては、元受保險者が保險契約者との間に於て其の保險料の額を定めたるときは、再保險者は即時に之に拘束せらるゝものである。茲に問題と爲るは、元受保險者が保險料の支拂に付き猶豫を與へたるときは、再保險者も亦自己の受くべき保險料額に付き猶豫を與へざるべからざるか、再々保險者等に對しても同一の影響を及ぼすものなるか、又元受保險契約者の無資力と爲りたるが爲めに保險料を受くる能はざるに至りたるとき如何の諸點であ

再保險契約關係より生ずる特殊の義務に就て



る。是等の諸點は總て消極的に決しなければならぬ。蓋し、元受保険者が其の保険契約者に對する保険料支拂の猶豫約束は、單に其の營業上の取扱に係る問題にして、再保険契約の内容に寸毫も交渉する所なき點である。換言すれば、元受保険者が保険料を現實に收得すると、之を相殺の用に供すると、貸付債權として記帳すると其他の方法に依るとを問はず、再保険者は直に自己の受くべき保険料債權を取得するものにして、元受保険者が保険契約者に對する營業的關係に依りて其の影響を受くべきものでないからである。Ehrenbergの言を借りて謂へば、再保険者は再保険者の保險營業に於ける關與者ではなく、單に、各別に危險に付き關與するものである(註二六)。

(註二五) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 30 ff. 是故に元受保険者が一定の危險を引受くるも、再保険者との關係に於て、特約上再保険契約中に包含せられざることがある。此の場合に於ては、特に再保険者の同意を要するものなれば、此者の同意なきときは、再保険は全然存在しないものである。

(註二六) Ehrenberg, 前掲 S. 31. 再保険者は再保険に付せられたる危險に關して、元受保険者の保險運命 (Asssekuranzschicksal) に關與するも、決して、其の商人的運命 (Kaufmännisches Schicksal) に關與するものでない。言簡なるも、能く其の意を盡したるものと評し得るのである。

八

保險關係の存續中に於て、元受保険者が自己の引受けたる危險事情及び條件に付き、著しき變更を爲したりとせば、再保険者の同意なき限りは、其の著しき變更ありたるより、再保険者は其の再保険契約より生ずる拘束を免るゝに至ることは、商法第四百十條を適用して明瞭なる所である(註二七)。危險を著しく増加したる場合に於ても同様である。是故に、曾て Ehrenberg が、危險事情の變更、特別條件の變更竝に一般條件の變更に分ち、前の二變更に付ては、元受保険者に完全なる行動の自由 (Vollste Bewegungsfreiheit) 存し、最後の變更に關しては、之を缺くと説明するが如きは(註二八)、立法論として兎に角、適用論としては到底支持し得べからざるものと謂はねばならぬ。上述の如く、再保険者は再保険契約上の拘束より免るゝも、其の免責の時期は危險に著しき變更又は増加を來たしたるときなるを以て、其の以前に於ては依然として契約上の責任を負擔せるものと解するを得べく、從て、其の時期に至るまでの保険料請求權を有するものと理解せねばならぬ(註二九)。海上保險に於ては、商法第六百六十二條に依り、航海の變更に付き、保險者の責任の始まる前後に因りて其の效果を異にする。即ち責任の開始以前に於ては保險契約は全然其の效力を失ひ、開始後に於ては其の變更後の事故に付き全然免責せらるゝものであるから、元受保険者は、此の範圍に付きては、當然事務處理の任務として注意を拂はなければならぬ。到達港を變更し其の實行に

再保險契約關係より生ずる特殊の義務に就て



着手したるとき亦航海の變更と看做され、同様なる効果を生ずるのである。

(註二七) 再保険契約も亦損害保険契約なりと解したる當然の論結として、商法第四百十條の適用を受くべきものであり、何等の疑を生じない。要は、危険の變更又は増加が著しき場合なることを要する。従て、其の變更が著しからざる場合に於ては同條の適用なく、元受保険者は、善良なる管理人の注意を以て、再保険者に對し自ら知りたる各種の變更ある毎に、遅滞なく通知すべき義務を負ふものと解せらる。再保険者亦同様に再々保険者に通知すべきである。是れ、殊に危険の變更に依りて、或は再保険者又は再々保険者の各別の危険に對する最高額を超過することがあるから、必要なる處置に屬する。例せば、保険に付せられたる積荷が海損に因りて他船に積換へられたるも、關係再保険者の一人が、此の船舶上に既に他方にて保険又は再保険を爲した場合である (Ehrenberg, Künftige Rückversicherungrecht, S. 35 中)。同條に依れば、保険契約者又は被保険者の責に歸すべき事由に因り云々と定むるが故に、惡意又は重大なる過失に因る場合に限らないことは明かである。是故に、告知義務違背の場合と異なることを知らねばならぬ。又何が著しき變更なりやは各場合に於て決すべき問題であるが、危険事情に重大なる變化を來たし、保険條件中に豫見せざりしが如き所謂異常性を有するに至りたる場合で、斯の如き變更ありとせば保険者は前に締結したる條件にては到底危険を引受くることなかるべしと思はるゝ客觀的考察方法に依らなければならぬ。海上保険に在りては、航路の變更は著しき危険の變更と同様に取扱はる (商法第六百六十三條)。

(註二八) Ehrenberg, 前掲 S. 53 ff. Ehrenberg, Rückversicherung, S. 99.

(註二九) 若し夫れ、元受保険者の責に歸すべからざる事由に因りて、危険に著しき變更を生じたるが如き場合に於ては、商法第四百十一條第一項の適用を受くべき場合にして茲に所述の範圍には屬しない。

九

保険事故の發生せる場合に於て、元受保険者の採るべき事務處理の任務としては、所謂救助義務 (Retungspflicht)、損害通知の義務、損害整理の義務を以て主たるものとする。

先づ茲に所謂救助義務といへば、保険事故發生せる場合に於て、商法第四百十四條に應じて元受保険契約者が損害の防止に力むるの義務を指すもので、或は元受保険契約に於ける被保険者の救助行爲に關與するを要することあるべく、或は元受保険契約者獨立して救助行爲を爲すを要することあるべく、或は元受保険契約に於ける保険契約者の不當なる請求を極力斥けるの要あるべく、時には訴訟の方法に依ることあらうが、總て損害の防止に外ならない。殊に不當の請求を斥けるが如き救助義務は再々保険に於ても生じ、生命再保険に付ても生じ得る點である。然し現實の救助行爲は損害再保険の特徴とする所である。此の義務の違背ある場合に於ては、一般の契約上の原則に従ひ再保険者等に對して、此の義務違背に因り生じたる損害を賠償しなければならぬ (註三〇)。假令、約款上再保険者が損害防止の費用を負担せざる旨を定むるも、之が爲めに元受保険者は此の防止義務を免るゝの根據とはならない。従て又義務の違背あるに於ても、再保険者の有する損害賠償請求權を失ふの理由とはならない。唯損害賠償の範圍を決定するに當りて、其の額を斟酌する程度に止まるものと解しなければならぬ (註三一)。



(註三〇) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 36; Hermannsdorfer, 前掲 S. 309 ff.

(註三一) 松本博士、保險法一一四頁に於て損害防止義務の違反あるも、損害賠償の請求権なきものと解せらるゝも、餘りに損害防止義務と必要の負擔との間に必至の關係あるものゝ如く前提せられたるに非ざるや。防止費用によりて防止義務違反に因る損害の莫大なることあるべく、從て費用の負擔を爲さざる故を以て損害賠償請求権の全部を失ふものと解するは決して妥當に非ずして保險者に對し苛酷であると謂はなければならぬ。之を逆に論ずれば、防止費用を負擔せざるの約ある場合に於ては防止義務を怠るも何等の制裁なきの結果を生ずる。是れ果して立法の精神に反する所に非ざるやを思ふのである。更に極言すれば斯る特約あれば損害防止の義務なしといふと同一に歸着するに至るではなからうか。

次に、元受保險者は損害通知の義務を負擔する。即ち元受保險者が保險事故の發生に因りて其の損害の生じたることを知りたる場合に於ては、遲滞なく再保險者に對して通知を發すべき義務を負ふのである。是れ商法第四百十二條に徴して明かである。此の通知義務の違背ありたる場合に於ては、一般契約上の原則に従ひ元受保險者は再保險者に對して、通知の懈怠に因りて生じたる損害を賠償する義務を負擔するものである。此の場合に附隨して生ずる義務は、事故の發生並に給付義務の範圍に關し成るべく速かに、多くは約款上其の期間を定むるが、其の期間内に、詳細なる説明書を提出することを要することである(註三二)。是れ寧ろ契約上の義務であつて、法律規定に因りて直接に此の義務を課しては居らない。更に進んで、再保險者の請求によりて事情の説明又は證明等を

爲すべき義務を負擔せしむる類例は乏しくはない(註三三)。

(註三二) 元受保險者は固より、元受保險契約の物體たる被保險利益上に受けたる損害事實上の説明を爲す能力を有しない。

此の事實に基く損害計算上の説明に止まるであらう。

(註三三) 獨逸商法第八十八條に於て同じく損害通知の義務を認め、此の義務違背の制裁として保險者に與ふるに、賠償額より適當の通知ありたるときは減少し得べかりし額を控除し得る權利を以てして居る。同國保險契約法第三十三條第一項に於ても亦同様の規定を設くるも、第二項に於て、保險契約者又は被保險者が通知義務を怠りたるが爲めに、保險者が給付義務を免るべき特約ある場合には、保險者が他の方法に依り保險事故の發生を適時に知りたる以上は、其の免責の主張を爲し得ざる旨を定めて居る。同法第三十四條第一項に於て、保險契約者に保險事故の確定又は保險者の給付義務の範圍に必要な明細書を提出すべき義務を課して居るが、固より保險者の要求ありたる場合とする旨を認めて居る。

終りに損害整理 (Schadensregulierung) の義務につき述べやうと思ふ。茲に所謂損害整理は、裁判上なると裁判外なるとを問はず、保險給付上の請求權に關する一切の關係に涉るもので、元受保險者は再保險者の爲めに損害の整理を爲すべき任務を負ふものである。再保險者も亦善良なる管理者の注意を拂ひて爲されたる元受保險者の損害整理の措置に付ては、當然に拘束を受くるものと謂はなければならぬ。通常の場合に於ては、再保險者は、損害發生の事實に付ては直接に關與せざるものなるが故に、整理問題に關し容喙し得る地位に立つて居ない。從て豫め再保險者と共に其の諒



解を求めつゝ、整理を行はゞ後日の紛争を生ぜざるであらうが、然らざる場合は、後日兩者の意見に扞格を生ずる恐れがある。是れ再保険契約上事務處理を爲し得べき範圍に付き契約上確定せらるべき要を生ずる所以である。而して、元受保険者に賠償義務の確定に當りて自由なる決定權を與へ、以て此の確定は、直に再保険者を拘束するの結果を生ぜしむるものである(註三四)。元受保険者の損害整理上の任務は、常に再保険者に對する關係のみならず、更に一切の再々保険者の爲めに行動するものである。是れ、一切の關係者間に、利害の共同關係即ち利得分配關係が成立する當然の結果であつて、決して、再保険契約が組合契約である結果として論じ得べきものでない(註三五)。

(註三四) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 37. 事務處理に關し元受保険者の行動の自由を與ふる契約上の條項は、殆んど一切の再保険契約書に認められて居るから、慣習法と成つて居ると證明する Ehrenberg, Rückversicherung, 109. に於て契約上の約款が指示されて居る。果して、慣習法として成立せるや否やは、之を速斷することは出来ない。然し或は元受保険者は、獨立して損害整理に任ずるか或は再保険者は損害に對する負擔部分を支拂ひ何等の異議を述べざるべしといふが如き條項の存することは疑ない (Hermannsdorfer, 前掲 S. 308 ff. 311)。

(註三五) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 38 に於ては、損害整理の任務は保險法上規定なきもので、其の由つて出づる根據は、再保険契約が組合契約を包容して居る結果であると説明する。

元受保険者が損害整理に付き善良なる管理者の注意を怠りたる場合に於ては、元受保険者等に對して損害賠償の責に任ずべきことは、上述せる諸種の義務を怠りたる場合と異なることはない。又再保険契約上定まれる權限を超越したる場合に於ては、再保険者は其の填補義務を免るゝものと謂へやう。

損害整理の任務を遂行するに當りて生ずる事項は、元受保険者が一定の有價物上に權利を有するに至ることである。從て是等は遂に現金化して清算することを要するものである。或は商法第四百十六條に依り第三者に對して保險契約者又は被保険者が有せる權利であることあり、或は同第四百十五條に依り其の保險の目的に付き被保険者が有せる權利であることがある。殊に海上保險に於て船舶が行方不明と爲りたるが如き場合に於て、同第六百七十七條に依り委付を受けたる物體上に權利を有するに至ることがある。是れ總て元受保険者が損害整理の任務として繼續するものと謂はねばならぬ(註三六)。

(註三六) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 42 ff.

元受保険者が損害整理の任務を遂行する上には、再保険者は大なる利害關係を有する。之が爲めに必要上元受保険者に對して非常に厚き信用を與ふものであるが、同時に再保険者は何等か適當なる方法によりて元受保険者の爲したる事務處理殊に損害整理が果して正當に行はれたるやの問題に



付き、調査すべき監査手段を有しなければならない。茲に果して監視権 (Kontrollrecht) が成立するや否やは、容易に判断することを得ない。法律上何等の定めなく、契約上特に斯種の約款の存せざる場合に於て、尙更再保険者に監視権を認むるは獨斷たるの嫌を生ずる。然しながら利害の共同關係に立ち利得分配の目的の下に互に厚き信任の下に共同的事務處理の行はるゝ場合に於て、事務處理を爲し得ざる者に監視権を認むるの制度は、之を各種の法律規定に發見し得る所である。例せば組合關係に於て民法第六百七十三條に従ひ業務執行権を有せざる組合員は監視権を有し、合名會社に於ても商法第五十四條に依り業務執行権なき社員は監視権を有し、合資會社に於ても有限責任社員は當然業務執行権を有せざる結果として同法第七十一條に依り監視権を有し、匿名組合に於て匿名組合員は同法第三百四條に依り監視権を有するが如きは夫れである。されば此の再保險契約關係に於ても亦條理上再保險者に斯種の監視権を成立せるものと見て敢て不穩當だとも謂へないものと思ふ。唯其の監視権は、再保險に係る事務處理に涉るのみであるから、監視権の行使せらるゝ限界も自ら一定せらるゝもので、決して前記引例に於て見るが如き廣汎なる範圍を有しないことは、多言するまでもなからう(註三七)。

(註三十) Ehrenberg, Künftige Rückversicherungsrecht, S. 41 ff; Hermannsdorfer, 前掲 S. 271 ff. 共に監視権

の存在を認む。唯後者は、再保險者を保護する必要性より當然生ずべきものと論斷して居るので、或は其の根據は同一に歸着するものと考へらるゝのである。事務處理、殊に損害整理の跡始末などは、相當の手續と費用を要するものである。従て商法第二百七十四條に依り相當の報酬を請求し得るものと謂へやう。

——法學論叢第十九卷第四號所載——



## 英國法ニ於ケル船主有限責任制度ノ概要

### 目次

#### 緒言

- (イ) 研究ノ必要ノ理由 (ロ) 平和ノ戦争ハ各國商船間ニ錯雜紛糾セル法律關係ヲ生ズ (ハ) 我國ニ利害關係密接ス (ニ) 萬國船主責任統一法案 (ホ) 法制比較研究ノ必要
- 一 英國ニ於ケル船主責任制限法ノ由來
  - (イ) 英國ニ於ケル海商慣習法 (ロ) 羅馬ニ於ケル私法上ノ原則 (ハ) 責任制限規定ノ濫觴 (ニ) 一七三四年六月二十四日以後 (ホ) 一八五四年ノ商船條例 (ヘ) 價額責任主義 (ト) 商船條例第五〇四條 (チ) 一八六二年ノ修正條例第五十四條 (リ) 金額責任制限主義 (ヌ) 一八九四年ノ商船條例 (ル) 一八九八年、一九〇〇年、一九〇六年、一九〇七年ノ修正補充 (ヲ) 英國商船條例ハ大部分公法的規定
- 二 英國法ニ於ケル船主トハ何ゾヤ
  - (イ) 法律ニ定義無シ (ロ) 船舶所有者ノミナラズ利用者ヲモ包含ス (ハ) 利用者モ直接ニ責任ヲ負フ、日本商法第五七七條第一項ノ精神ト異ラズ (ニ) 船舶所有者ト利用者トノ間ニ如何ナル法律關係有スルヤ (ホ) 船舶ノ占有ハ利用者ニ在リ (ヘ) 船舶所有者ガ船長ノ給料ヲ支拂ヒ解任權ヲ有スル場合 (ト) 人的有限責任制度ガ物的有限責任度ヨリ優レル點
- 三 船主ノ責任ガ有限ナル場合
  - 英國法ニ於ケル船主有限責任制度ノ概要



- (イ) 船主責任發生ノ原因 (ロ) 契約ニ依リ其責任ニ任ズ (ハ) 船員ガ其職務ヲ行フニ付キ過失ニ基キ第三者ニ加ヘタル損害ニ對スル責任 (ニ) 此原則ヲ絕對的ニ貫徹セズ (ホ) 共同海損ノ出資、海難救助料 (ヘ) 運送契約上ノ擔保責任 (ト) 一八九四年ノ商船條例ニ於テ船主責任ノ有限ノ四場合(第五〇三條) 第一 被運送人ニ死傷發生ノ場合 第二 船内動産商品等ニ滅失損傷ヲ生ジタル場合 第三 航行上ノ過失指揮ニ依リ他船舶被運送人ニ死傷發生シタル場合 第四 航行上ノ過失指揮ニ依リ他船舶内ノ動産商品其他ノ貨物上ニ滅失損傷ヲ生ジタル場合 (チ) 一九〇〇年商船條例第一條ニ定メタル船主有限責任ノ場合 (リ) 英國法ト我國法トノ異同 (ヌ) 船舶衝突ノ場合ノ說明 (1) 衝突船ノ何レニモ過失ノ無キ場合 (2) 一船舶ノ航行上ノ過失ニ基キ衝突シ過失船舶ノミガ損害ヲ受ケシ場合 (a) 船員ガ船内ノ他ノ船員ニ加ヘタル損害 (b) 水先ノ過失懈怠ノ責任 (一八九四年商船條例第六百三十三條、第七百四十二條) (c) 曳船關係 (3) 無過失船ガ過失船ニ依リテ衝突ヲ受ケタル場合 (4) 兩船過失アル場合 (ル) 懈怠ノ有無ニ關スル證明(一八九四年商船條例第四一九條第三項第四二二條) (ヲ) 共同海損分擔ニ付キ、船主ノ責任
- (ワ) 海難救助料ニ對スル船主ノ責任
- 四 有限責任ノ範圍
- (イ) 稀有ノ例外ヲ除キテハ船主責任ノ制限ハ有限ナリ (ロ) 一八九四年商船條例第五百三條 (ハ) 人命身體ノ死傷ト物ノ滅失毀損トノ場合 (ニ) 總噸數一噸ニ付八磅以下—十五磅以下 (ホ) 總噸數ノ標準 (ヘ) 數多ノ海難ガ一航海中ニ前後シテ生ジタル場合 (ト) 船主責任ガ各海難毎ニ更新スル觀念ハ批難セラル (ト) 責任制限主張ノ方法ハ抗辯 (チ) 裁判所ハ職權ヲ以テ責任制限ヲ採用シ得ズ
- 五 船主ノ免責ニ就テ
- 第一 普通法ノ默示ノ免責事由 第二 一八九四年商船條例(第五〇二條) 第三 免責約款ニ依ル場合 (a) 免責前提要件 (b) 船荷證券中ノ免責條項ノ效力 (c) 故意ニ對スル免責約款ノ效力
- 六 債權者ノ有スル先取特權其他ノ權利

- (イ) 海上留置權 (ロ) 普通法上ノ留置權トノ區別 (ハ) 海上留置權ノ定義 (ニ) 海上留置權ノ物體

緒言

茲ニ、英國ニ於ケル船主有限責任制度ノ概要ヲ述ブル所以ハ、嘗ニ英國ガ海運國トシテ多數國家ノ上ニ超然トシテ、優越ナル地位ヲ占ムルガ爲メニ止マラズ、平和ノ戰爭ハ、各國商船ノ間ニ錯雜紛糾セル法律關係ヲ生ズルノ可能性ヲ有シ、殊ニ東洋唯一ノ海運國タル吾國ニ採リテ、利害關係ノ更ニ密接ナルモノ存スレバナリ。加之、數年來ノ世界大亂ノ爲メニ、白耳義國ガ永年來提唱セル萬國船主責任統一法案ノ決定ガ中斷セラレタルモ、平和ノ復光ニ由リ、更ニ此問題ノ再燃スルヤ、何等ノ疑ナキ所トス。此意味ニ於テ、法制ノ比較ヲ爲スニ當リテ必要ナル研究ナリト信ズレバナリ。

一 英國ニ於ケル船主責任制限法ノ由來

英國ニ於ケル海商慣習法ニ於テハ、古來永ク船主ノ責任ヲ制限シタルコトナシ。船主ガ負擔セル債務ヲ履行スルニハ、常ニ債務ノ全額ニ付キ自己ノ全財産ヲ以テ其責ニ任ジタリ。此點ニ於テハ、羅馬ニ於ケル私法上ノ原則ト何等異ナル所ナシ(デルンブルヒ、私法論 第二卷上一四頁參照)。然レドモ英國ニ於ケル海運ノ



發展ハ、其經濟上ノ必要ヨリ同國船主ノ責任ヲ制限セントスルノ輿論ヲ生ジ、今ヲ去ル約二百年前即チ一七三四年ニ於テ一船長ガ高價品タル積荷ヲ押領シタルトキ其船主ニ無限責任ヲ課シタル裁判例(ブリーチャイ對ローション事件)ヲ動機トシテ、倫敦ニ於ケル船主連ハ議會ニ請願書ヲ提出シ、其責任ノ制限ニ付キ努力ヲ爲シタル效果空シカラズ、遂ニ一成文法(7 Geo. 2, C. 15)ノ發布ヲ見ルニ至レリ。其法律ニ依レバ、船主ハ自己ノ知ラザル間ニ、船長又ハ其他ノ船員ノ爲シタル盜奪又ハ押領ニ付テハ、一七三四年六月二四日以後ハ、其船舶及ビ其航海中ノ全運送貨ノ總價額以上ニ責任ヲ負擔セザル旨ヲ明カニセリ(アポット商船法第十、三版五一四頁以下)。是レ、英國法ニ於ケル、責任制限ニ關スル規定ノ濫觴ニシテ、其後屢々改正ヲ受ケ其適用ノ範圍ヲ擴大シ倫敦以外ノ船主ニ及ボシ、殊ニ適用ノ場合ヲ盜奪又ハ押領ノ場合ニ限ルコトナク、船舶ノ衝突上ノ損害責任ニ推及シタルヲ見ル遂ニ一八五四年ノ百二十ノ星霜ヲ經タルトキニ至リテ、統一セル商船條例ノ制定アリタリ。此當時ニ於ケル責任制限ノ制度ハ、學者或ハ金額責任制限主義ニ屬スト論ズル者アレドモ、寧ロ現今ノ米國ニ於ケル制度ニ彷彿タルモノニシテ、價額責任主義ニ屬スト爲スヲ以テ正當ト信ズ。即チ船主ハ人的責任ヲ負擔スルモ其責任ノ範圍ハ海産ノ價額ニ止マルモノトシ船舶ノ價格ハ損害發生ノ時點ヲ以テ其標準ト爲シ、船舶ノ滅失又ハ毀損ノ場合ニ於テハ、其災厄前ニ其船舶ノ有シタル全價額ヲ支拂ハザルベカラザルモノト定メ

タリ。運送貨ノ價格ニ付テハ、船舶ノ航海ガ終了シタリシナランニハ、船主ノ手ニ歸シ得ベカリシ額ナリト算定セリ(アポット上、掲五一六頁)。

一八五四年ノ商船條例發布ノ後ニ至リテハ、該條例第五〇四條ニ於テ船主ハ船舶ノ價格及ビ其航海中ニ得タル又得ベキ運送貨以上ニ其責ニ任セザル旨ヲ定メ且船員ガ旅客ニ加ヘタル身體上ノ損害(死傷)ニ付テハ其船舶ノ價格及ビ運送貨ハ登簿噸數ニ依リ一噸ニ付キ十五磅以上タル旨ヲ明カニシタルモ、船主ノ責任事故發生前ニ於ケル船舶ノ價格ヲ知ルコトノ困難ト運送貨ヲ定ムルノ煩雜ハ上記規定ノ修正ヲ促ガシ、一八六二年ノ修正條例第五十四條ニ依リテ、船主ハ一般ニハ噸數一噸ニ付キ少クトモ八磅ノ割合、人命身體上ノ死傷ノ場合ニハ十五磅ノ割合ニテ其責任ヲ負フベキ旨ヲ明カニセリ。一噸ニ付キ八磅ト謂フハ一八六二年時代ニ於ケル全英國商船ノ一噸ノ平均價格ニシテ、人命身體上ノ死傷ニ付テ七磅ヲ増加シタルハ、既ニ古法ニ於テ十五磅以上ト定メタルノミナラズ、旅客船ノ建造及ビ其設備ニハ一噸十五磅以上ヲ費サシメントノ希望ニ出デタルモノト稱セラル、此時代ニ至リテ、古來ノ價額責任制度ノ主義ヲ變ジテ、金額責任制限ノ主義ト爲リタルヲ見ル。

上述セル兩條例ハ英國ニ於ケル現今ノ船主責任制限ニ關スル淵源ヲ爲スモノニシテ一八九四年ノ商船條例ニ採用セラレ、其後同條例ハ、一八九八年、一九〇〇年、一九〇六年、一九〇七年等ノ數



回ニ修正補充セラレタリト雖モ、其根本主義ニ至リテハ何等ノ變化ヲ蒙ラザリシモノト謂フベキナリ。即チ獨佛ノ大陸主義ガ物的有限ナルニ反シ、人的有限ノ責任タルコトヲ知ルコトヲ得、此原則ニ關シテ、例外ト看ルベキモノハ、海上貸借ノ場合ニシテ、此場合ニ於テハ嚴格ナル物的責任ノ存スルヲ見ル(ステーション銀行對フエンニング事件、ステーション銀行對シエフハード事件)。

海商法ト稱スルトキハ、多數ノ諸國ニ於テハ主トシテ私法の規定ヲ包含スルモノナレドモ、英國ニ於ケル商船條例ノ大部分ハ公法の規定ニシテ、唯僅少ノ私法の規定ヲ包含スルニ過ギズ。然レドモ、上述セル一八九四年ノ條例ハ、海商ニ關スル主タル法規ニシテ、此條例ニ規定セザル事項ニ付テハ、他ノ修正補充條例ニ依リテ決スベク、而モ尙適用法規ヲ發見セザルトキハ、所謂普通法(Common law)ノ定ムル所ニ從ハザルベカラズト雖モ、船主ノ責任制度ノ研究ニ關シテハ、此普通法ハ多クハ其圈外ニ立ツガ故ニ、他ノ制度ノ研究ニ比シテ一層容易ナルモノアルガ如シ。

## 二 英國法ニ於ケル船主トハ何ゾヤ

前記ノ條例ニ在リテハ、船主ノ何タルヤハ、之ヲ定義スルコトナシ。然レドモ Shipowner 又ハ Owner of a ship ナル文字ヲ使用スルガ故ニ、船舶ノ持主即チ所有者ナルコトハ疑ナキ所ナリ。然

レドモ有限責任制度ノ適用ヲ受クベキ船主ニハ、其船舶ガ所謂英國船舶ナラザルベカラザルハ勿論(同條例第一條 第二條參照)、海上航行ノ用ニ供セラル、コトノ制限ヲ附スルヲ要ス(第五〇二條參照)ルヤ、之ヲ推知シ得ベキガ如シト雖モ、一方ニ於テ、英國船舶ニ限ルコトナク、之ヲ外國船舶ニ擴大シ同時ニ、他方ニ於テ船主ノ觀念ヲ一九〇六年ノ商船條例第七十一條ニ於テ其範圍ヲ擴大シ Owner ナル文字ハ、利用者 (locatio navis) ヲ包含スベキコトヲ定ムルガ故ニ、固有ノ意義ニ於ケル船舶所有者ハ勿論、船舶利用者 (所有者以外ノ艤裝者) ヲ包含スルモノトス。斯ノ如ク、利用者亦責任制限ノ利益ニ浴スルガ故ニ、利用者自身モ亦第三者ニ對シテ直接ニ其責任ヲ負フベキコト、吾商法第五百五十七條第一項ノ精神ト異ナラザルヲ推知シ得ベキナリ。

本來ノ船舶所有者ト利用者トノ間ニ如何ナル法律關係存スルヤハ、各場合ニ付テ決スベキ問題ナリト雖モ、茲ニ所謂利用者ガ船舶ニ對スル地位ヲ稽フルニ、船舶ニ對シ直接ノ支配權ヲ有スベキコトヲ要スルヤ勿論ニシテ、船員亦其指揮ニ服シ、船員ハ本來ノ船舶所有者トハ、全ク服從關係ノ圈外ニ立チ、利用者獨リ其任免權ヲ有スルガ故ニ、船舶ノ占有ハ利用者ニ在リト謂ハザルベカラズ。唯注意スベキハ、船長ガ利用者ニ依リ選任セラル、ノ事實存スルモ、本來ノ船舶所有者ガ、其給料ヲ支拂ヒ其解任權ヲ有スルガ如キ場合ニ於テハ、其船長ハ本來ノ船舶所有者ノ使用人トシテ目セザ



ルベカラズ。從テ、其船舶ハ利用者ノ占有ニ在ルモノト稱スルヲ得ザルコト是レナリ。然レドモ、既ニ船舶ノ占有ガ利用者ニ在ル以上ハ第三者ニ對スル關係ニ於テハ、本來ノ船舶所有者トシテ考察セラルベキモノトス(アボット前掲五七頁、カ)。英國法ニ於テハ、既ニ述べタルガ如ク、船主ノ責任ハ船舶其自體ニ關係ナキガ故ニ、換言スレバ物的責任ヲ負ハザルヲ以テ原則ト爲スガ故ニ、船主ガ本來ノ所有者ニ非ザルモ、其内部ノ關係即チ對所有者關係ニ於テ、何等ノ困難ナル問題ヲ生ズルコトナシ。此點ハ、人的有限責任ノ制度ガ、物的有限責任ノ制度ニ比シテ、優レル所ナリト評セザルベカラズ。

### 三 船主ノ責任ガ有限ナル場合

如何ナル損害發生ノ場合ニ於テ船主ガ有限責任ヲ負擔スルヤヲ述ブルニ先チテ、如何ナル海上ノ事項及ビ契約ニ從テ船主ガ責任ヲ負擔スルヤ、換言スレバ船主責任發生ノ原因ニ付テ、知ル所ナルベカラズ。

船主ハ、自身又ハ其代理人ガ船主ノ爲メニ締結シタル契約ニ依リ其ノ責ニ任ス。殊ニ、船長ヲ以テ包括代理人トシ、船舶ノ運航ニ關シ自由ニ契約ヲ締結シ得ルコト吾國及ビ歐洲大陸諸國ノ法制ト

異ナル所ナシ(アボット前掲一九頁、リ)。又船主ハ船員ガ其職務ヲ行フニ付キ、過失ニ基キ、第三者ニ加ヘタル損害ニ對シ、其責ニ任ズベキヤ明カナリ。蓋シ、所謂普通法ニ依レバ船員亦船主ノ使用人ニシテ其者ノ懈怠ニ付キ其責ニ任ズベキコトヲ原則トスレバナリ(テリノ普通法原理一二三、二二七、四四二ノ諸節)。然レドモ、船舶ニ關シテハ必ズシモ、絶對的ニ此原則ヲ貫徹スルコトナシ。斯ノ船舶ノ衝突ニ因リテ生ジタル損害ニ付テハ、殊ニ兩船ノ過失ニ因リテ、衝突ヲ來タシタル場合ニ於テ其過失ノ輕重ヲ知ルコト能ハザルトキハ、其衝突ニ基ク全損害ヲ平分シテ、各船其一半ヲ負擔スベキモノト爲セリ。是レ海事裁判所ノ判例ニ依リテ決定セラレタル所ニシテ、爾來標準法ト爲レルモノナリ。尙船主ハ、船舶ト積荷トノ間ニ分擔セラレタル共同海損ノ出資ニ付キ、當然其責ニ任ジ、海難救助ニ付キ、船長ノ約束ヨリ生ジタル救助料ニ付キ亦其責ニ任ズ(アボット前掲六五、八頁、七四〇頁)。運送契約ニ付キテモ、船主ハ特約ナキ限リハ原則トシテ、陸上運送人ト同ジク普通法上嚴重ナル擔保責任ヲ負擔シ、唯例外トシテ神的行爲、國敵、運送品ノ内部ヨリ生ズル損滅竝ニ、共同海損發生ノ場合ニ爲シタル犠牲處分ヲ除外スルノミ(カバ前掲二頁以下)。是等ノ責任ニ關シテハ後述セン。

前述セル一八九四年ノ商船條例ニ依リ船主ノ責任ガ有限ナル場合ヲ述ブレバ次ノ四種トス(同條例五〇三條)。但シ船主自身ニ過失ナキコトヲ要ス。



第一、船舶ヲ以テ運送セラル、人ニ加ヘラレタル死、傷ヲ生ジタル場合 船舶ガ衝突ノ結果難破シタルニ因リテ生ジタル旅客及ビ船員ノ死亡ヲ包含ス(クラホルム對バリーカー事件)。

第二、船内ニ在ル動産、商品其他ノ貨物上ニ滅失又ハ損傷ヲ生ジタル場合 旅客ノ手荷物ヲ包含ス。然リ而シテ此場合ニ於テ船主ノ責任ハ自己ノ支配權ノ下ニ在ル船内ト貨物トノ間ニ存スル事實上ノ關係ニ結付ケラル、モノニシテ、衝突等ノ事由ニ因リ他船ニ積替ヘラレタル場合ニ於テハ船主ハ有限責任タル旨ヲ主張スルコトヲ得ズ。

第三、船舶ノ過失アル航行上ノ指揮ニ依リ、他ノ船舶ヲ以テ運送セラル、人ニ死、傷ヲ生ジタル場合衝突ノ結果海岸ニ打揚ゲラル、船舶ニ因リ生ジタル死、傷ヲ包含ス。而シテ曳船ノ航行上ノ過失ニ基キ身體上ニ損傷ヲ生ジタル場合ニ於テモ亦適用セラル(ワールベルク對ヤング事件)。

第四、船舶ノ過失アル航行上ノ指揮ニ因リ他船上又ハ其他船内ニ在ル動産、商品其他ノ貨物上ニ滅失若クハ毀損ヲ生ジタル場合 茲ニ毀損ト謂フハ、衝突ノ結果坐礁シ之ガ爲メニ受ケタル損害ヲ包含ス。然レドモ、縱令、衝突ニ基因スト雖モ、他船ニ積替ヲ爲ス間ニ生ジタル損害ハ之ヲ包含セズ。

上述セル以外ニ、尙一九〇〇年ノ商船條例第一條ニ於テ、船主ノ有限責任タル場合ヲ認ム。即チ

一八九四年ノ商船條例第五百三條ニ定マレル、船舶、動産、商品其他ノ貨物ノ滅失又ハ毀損ニ關スル船主責任ノ制限ハ、船舶ノ過失アル航行若クハ管理ニ因リ陸上ナルト水上ナルト將タ又定著セルト動的ナルトヲ問ハズ、一切ノ財産又ハ權利ニ滅失又ハ毀損ヲ加ヘタル場合ニ擴大シテ適用スベシト。

由是觀之、英國法モ亦吾國法ト同ジク、船員ノ過失ニ因リ他人ニ加ヘタル損害ニ付キ、船主ニ責任ヲ認メ、而モ有限ナル點ニ於テ一致スルモノト謂フベク、又縱令船主自身ガ契約スル所ニ係ルモ、其履行ガ船長ニ依リテ爲サル、トキ、其職務執行ニ付キ、人ニ死、傷ヲ加ヘ又ハ積荷ノ滅失、毀損ヲ生ジタル範圍内ニ於テハ、船主ノ責任ハ一八九四年及ビ一九〇〇年ノ條例ニ從テ有限ナリ。然レドモ、英國法ニ於テハ、吾國法ト異ニシテ、抽象的ニ船長ノ法定ノ權限内ニ於テ爲シタル契約ヨリ生ズル船主ノ責任制限ニ付キ規定ヲ設クルコトナシ。而モ船長ハ法律上當然運送契約ヲ爲スノ權限ヲ有スルコトナク唯實際上其權限アリト推定セラル、ニ過ギズ(アボット前掲一頁)。從テ斯ル推定ノ下サルベキ場合ニ於テ、船主ハ其契約ニ付キ責任ヲ負フモノ、如シ。其責任ノ種類ハ、前記ノ制限ニ該當セザル以上ハ、無限ナリト論セザルベカラズ。殊ニ積荷引渡ノ遅延ニ因リテ生ズル損害ニ付テ然リトス。更ニ船舶ノ衝突ノ場合ニ付テ説明セン。是レ船主ノ有限責任ヲ主張シ得ベキ重要ナル場合ニ屬ス



レバナリ。曾テ「ウードロップ」事件ニ於テ、スタウエル卿ハ、衝突ノ原因ニ付キ可能ナル四種ノ場合ヲ述べタリ(アボット前掲。八二四頁以下)。之ニ由レバ左ノ如シ。

(一) 衝突セル再船舶ノ孰レニモ過失ノ責ナキ場合 例之衝突ガ暴風雨又ハ其他ノ不可抗力ニ因ル場合ノ如シ。此場合ニ於テハ、各船主ハ其船舶上ニ受ケタル損害ヲ自ラ負擔スベク、一船主ハ他ノ船主ニ對シテ衝突ニ因リテ生ジタル人又ハ物ノ上ニ受ケタル損害ニ付キ賠償ヲ求ムルコトヲ得ズ。而シテ、船主ハ全部備船チャイターノ場合ヲ除キテハ、積荷利害關係人及ビ旅客ニ對シテ、普通法上陸上運送人ト同一ノ責任ヲ負擔スルモ、衝突ニ過失ナキコトヲ前提スルガ故ニ、普通法上ノ人的無限ノ責任ヲ負ハザルハ勿論、前記セル兩條例ニ基ク有限責任ダモ負擔スルコトナシ。約言スレバ、船主ハ何等ノ責任ヲ負擔セザルモノトス。

(二) 船舶ノ衝突ガ一船舶ノ航行上ノ過失ニ基キテ生ジ此船舶ノミ損害ヲ受クル場合 此場合ニ於テハ、此船主ハ自己ノ船舶上ニ受ケタル損害ニ付キ賠償ノ責ニ任ズ(前記五〇三條第一及ビ第二)。然レドモ之ガ爲メニハ、先ヅ船員ニ過失又ハ懈怠アルコトヲ要シ、次ニ其過失又ハ懈怠ハ船員ノ職務ノ範圍内ナルコトヲ要ス。船主ガ船員ノ過失又ハ懈怠ニ付テ其責ニ任ズルハ、船員ハ所謂普通法上船主ノ使用人ナリトスル觀念即チ雇傭關係ニ其責任ノ基礎ヲ置クガ爲メナリ。職務ノ範圍内ナルコトヲ要スルモ、

畢竟此關係ニ歸セザルヲ得ズ。蓋シ職務外ノ不法行爲ニ因リテ旅客又ハ積荷ニ損害ヲ及ボスモ、船主ハ其損害ニ付キ責任ヲ負擔スベキ法的根據ヲ有セザレバナリ。茲ニ注意スベキハ、船員ノ一人ガ職務執行ニ當リ同船内ニ在ル他ノ船員ニ加ヘタル損害ニ付テハ、船主其責ニ任ゼザルコト是レナリ。此點ハ、吾國法ニ比スルニ責任負擔ノ範圍ガ頗ル狭小ナルヲ覺ユ。

水先人ニ就テハ、強制水先ト任意水先トニ區別セラル。強制水先人ハ船主ノ使用人ニ非ザルヲ以テ、船主ハ其水先人ノ過失又ハ懈怠ニ付キ其責ニ任ゼズ。是レ一八九四年ノ商船條例第六百三十三條ニ於テ明言セラル、所ナリ。之ニ反シテ、任意水先人ハ船主ノ使用人ナリト稱シ得ルガ故ニ、船主ハ此水先人ノ過失ニ因リテ生ジタル損害ニ付キ、其責ニ任ゼザルベカラズ。蓋シ水先人ガ船員中ニ屬セザルコトハ同條例第七百四十二條ニ依リテ明カナリト雖モ、船主ノ責任ハ任意ニ雇入レタル水先人ト船主トノ間ニ存スル雇傭關係ニ其源泉ヲ汲ムモノナレバナリ。而シテ其責任ノ有限タルヤ、第五百三條ニ照シテ明カナリ。之ト同様ニ曳船關係ヲ説明スルコトヲ得。然レドモ曳船ガ動力及ビ指揮ノ全部ヲ有スルトキハ、曳船ハ被曳船ニ雇入レラレタルモノト謂フヲ得ザルヲ以テ、曳船ノ船主ハ、常ニ其責ニ任ゼザルベカラズ。

(三) 過失ナキ船舶ガ過失アル船舶ニ依リテ衝突ヲ受ケタル場合 此場合ニ於テハ、過失アル船舶



ノ所有者ガ、自己ノ船舶ヲ以テ他船ニ與ヘタル損害ニ付キ其責ニ任ズベキヤ明白ナリ。然レドモ、他船ハ常ニ自己ノ受ケタル損害ガ責任ヲ負ハシムベキ船舶ノ過失、懈怠ニ基因スルコトヲ證明セザルベカラズ。

(四) 兩船舶ガ衝突ニ付キ過失ノ責アル場合 是レ所謂 Both ships to blame ノ場合ニシテ、兩船舶ノ船長ガ共ニ必要ナル航海上ノ注意ヲ怠リタル場合ニ於テ見ルガ如シ。此場合ニ於テハ、損害ハ兩船舶ノ過失ニ因リ生ジタルモノトシテ、兩船舶間ニ分擔セラレザルベカラズ。此場合ニ於ケル標準法ハ、曾テ海事裁判所ト普通裁判所ノ間ニ差異ヲ生ジ、海事裁判所ハ、損害賠償ヲ求ムルノ權利アリトシ、普通裁判所ニ於テハ、賠償請求權ナシト判定シタルコトアレドモ、一八七三年ノ裁判統一條例第二十五條ヲ以テ、海事裁判所ノ採リタル規則ニ對シ、其效力ヲ保有スベキ旨ヲ定メタリ。即チ各船舶ハ各船ノ受ケタル損害ノ二分ノ一ニ付キ賠償ヲ請求スルコトヲ得ト。而シテ積荷所有者ノ權利ニ關シテモ船主ノ權利ト同ジク各自ノ受ケタル損害ノ二分ノ一ヲ請求スルコトヲ得ト判定セリ。然レドモ此原理ハ、單ニ私犯上ノ訴權ニ適用セラル、ニ過ギズ。若シ夫レ荷主ガ運送契約上ノ違反ニ基キ損害賠償ヲ請求スルトキハ、海事法ハ船主ノ責任ヲ制限スルコトナシ。

懈怠アリヤ否ヤノ證明ニ關シテハ、特ニ一八九四年ノ商船條例第四百十九條第三項及ビ第四百二

十二條ニ於テ懈怠アリト看做サル、場合ヲ明定ス。即チ船舶衝突豫防規程ニ違背セル行爲ヲ爲シタルトキ是レナリ(詳細ノ點ハ多岐ニ涉ルヲ以テ茲ニ之ヲ省略スベシ)。

次ニ、共同海損ノ分擔ニ付キ船主ノ責任ヲ一言説述スベシ。英國法ハ此點ニ付テハ明白ナル規定ヲ設クルコトナシ。然レドモ同國法ノ下ニ在リテハ共同海損ノ分擔問題ヲ論ゼント欲セバ、先ヅ海損、害ト海損費用トニ區別スルコトヲ要ス。海損、害ニ付テハ、船主ハ其分擔額ノ支拂ニ付キ人的責任ヲ負擔スルコトナシ。却テ責任拘束ヲ受クル物件ニ制限セラレタル物的責任ヲ負擔スルノミ。故ニ、此物件ニシテ航海終了前ニ特別海損、内部ノ損敗若クハ其他ノ事情ニ因リテ全部又ハ一部ノ滅失ヲ來シタルトキハ、其滅失ノ範圍内ニ於テ船主ハ其責任ヲ免ル。之ニ反シテ、海損費用ニ付テハ、船舶ガ分擔セル額ノ範圍内ニ於テ船主ハ人的無限ノ責任ヲ負フ。船舶ガ救助セラレタルト否トハ之ヲ問ハザルナリ。蓋シ海損費用ヲ立替ヘタル者ガ共同利益關係者ヨリモ於テ不利益ナル地位ニ立ツベカラザルノ理ニ基ク。

終リニ、海難救助ノ救助料ニ對スル船主ノ責任ニ付キ説述セザルベカラズ。此問題ニ關シテモ、英國法ハ明白ナル規定ヲ設ケズ。從テ異論ヲ生ズル餘地アリト雖モ、英國船主ハ人的無限ノ責任ヲ負フモノト解スルヲ正當ト信ズ。蓋シ一八九四年ノ商船條例第五百四十四條第二項ハ、人命救助ニ



關スル救助料ハ其以外ノ救助料ニ先ンジテ船主之ヲ支拂フベキ旨ヲ定ムルニ止マリ、且同條第三項ニ於テ船舶、積荷、屬具ガ滅失シ又ハ其價額ガ現實ノ負擔費用ヲ支拂ヒタル後、人命救助ニ關スル救助料ヲ支拂フニ不充分ナルトキハ、商務局ハ任意ニ通商航海基金中ヨリ(現今ハ議會ノ特ニ定ムル基金中ヨリ之ヲ支拂フ)適當額ヲ支拂フベキ旨ヲ定ムルノミニシテ、船主ノ責任ニ關シ一語ノ推定シ得ベキモノ存セザレバナリ。アボットノ説ク所ニ由レバ(前掲五(四二頁))、救助料ガ被救助物件ノ價格ノ二分ノ一ヨリ多キコト又三分ノ一ヨリ少ナキコト稀ナリト。

#### 四 有限責任ノ範圍

英國法ニ於ケル船主責任ノ制限ハ、既ニ述ベタルガ如ク、稀有ノ例外ヲ除キテハ人的ナリ。故ニ此點ニ於テハ、債權者ハ吾國及ビ歐洲大陸主義ト異ニシテ、債務者(船主)ノ特有財産トモ看ルベキ海產上ニ制限セラル、コトナク、船主ノ總財産ハ債權者ガ執行シ得ベキ物體ヲ成スモノニシテ、唯其取立テ得ベキ金額ニ付テノミ、海產ノ價格ニ超過スルコトヲ許サバルモノナリ。而モ其海產ノ價格ハ人爲的、推定的ニシテ、賠償義務ノ附著セル船舶ノ總噸數ニ從ヒテ一定シ不變ナリ。一八九四年ノ商船條例第五百三條ニ從ヘバ左ノ如シ。

船主ノ責任負擔ト爲ルベキ事情ニ依リテ、一八九四年ノ商船條例第五百三條第一項(ロ)及ビ(ニ)(前述セル第二及ビ第四ニ該當ス)、若クハ一九〇〇年ノ商船條例第一條所定前述ノ損害ヲ生ジタルトキハ、船主ハ其船舶ノ總噸數一噸ニ付キ八磅以上ノ割合ヲ以テ被害者ニ賠償ヲ爲スベキ責任ヲ負フコトナシ。之ニ反シテ、人命、身體ノ死傷ガ前記第五百三條第一項(イ)及ビ(ハ)(前述セル第一及ビ第三ニ該當ス)ニ該當スルトキハ、單獨的ナルト物ノ滅失毀損ト共合的ナルトヲ問ハズ、船主ノ責任ハ一噸ニ付キ、十五磅ノ割合ニ制限セラル。從テ共合的ナルトキハ、物ノ損害ヲ受ケタル債權者ハ、該責任價額ノ分配ニ付テハ一噸八磅ノ割合ニ付テノ責任價額ニ干與スルコトヲ得。之ヲ例示シテ複雑ナル分配方法ヲ釋明セシ。

一千噸ノ船舶ガ航行上ノ過失ニ依リ他船ト衝突シ、之ヲ沈没セシメ其他船ニ乗組メル船員ヲ死ニ至ラシメ且其積荷ニ損害ヲ加ヘタリトセバ、加害船ノ船主ノ責任ハ損害賠償ノ要求ニ對シ一萬五千磅ニ制限セラル。此一萬五千磅ハ一切ノ被害者ニ分配セラルベキ總金額ニシテ、人命、身體ノ死傷ニ因リ賠償ヲ受クベキ債權者ハ物ノ滅失、毀損ニ因リ賠償ヲ受クベキ債權者ニ優先シテ分配ヲ受クル者ナルガ故ニ、物的損害ノ場合ニ於ケル最高責任額八千磅ヲ控除シタル七千磅ハ、總テ人的損害ヲ受ケタル債權者間ニ分配セラル。而シテ殘餘ノ八千磅ノ分配ニ付キテハ、人的損害ヲ受ケ而モ未



ダ七千磅ノ分配ニ付キ充分ナル賠償ヲ受ケザル債權者ハ、初メテ分配ヲ受クベキ物的損害ヲ受ケタル債權者ト同等ノ地位ニ立チテ (Parti Passu) 分配ヲ受ク。即チ人的損害ノ合計ヲ九千磅トシ物的損害ノ合計ヲ一萬磅ト爲ストキハ、人的損害ニ付テハ先ヅ七千磅ノ分配ヲ受ケタルヲ以テ、其殘額二千磅ニ付テ八千磅ノ分配ニ與ルコトヲ得。而モ物的損害ヲ受ケタル債權者ト同等ノ權利ヲ有スルヲ以テ、八千磅ノ内十二分ノ二ヲ人的損害ヲ受ケタル債權者ニ更ニ分配スルヲ得ベク、十二分ノ十ハ物的損害ヲ受ケタル債權者間ニ分配セラル、ニ過ギズ。

船主責任ノ範圍ヲ決スベキ標準タル總噸數ト謂フハ、原則トシテ、乗組メル船員其他ノ使用人ノ専用ニ供セラルベキ規程ニ依ル場所(室)ハ常ニ之ヲ控除スベク、汽船ニ在リテハ機關室ハ之ヲ控除セザル總噸數ヲ謂ヒ、帆船ニ在リテハ登簿噸數ヲ謂フ。而シテ此總噸數ハ損害ノ生ジタルトキニ於ケル總噸數ニシテ、登録ハ一應ノ證據ヲ爲スモノナリト雖モ、必ズシモ決定的ノ標準ニ非ズ。反證ヲ擧ゲテ登録上ノ噸數以上ナルコトヲ主張スルヲ妨グズ。然レドモ、裁判所ハ之ニ拘束セラル、コトナキヤ明カナリ(同條例第五〇。三條第二項)。

數多ノ海難ガ一航海中ニ前後シテ生ジ、同様ニ人命身體ニ死傷ヲ與ヘ、積荷、船舶等ニ滅失毀損ヲ生ジタルトキハ、賠償ノ責アル船主ハ、各海難毎ニ恰モ一以外ニ他ノ海難ガ發生セザリシモノ、

如クニ考察シ、其責任ヲ負擔セザルベカラズ(同條例同。例セバ、一船ガ引續キ二度ノ衝突ヲ惹起シ

タルトキハ、而モ其衝突間ニ何等ノ因果關係ナシトセバ、賠償責任アル船主ハ各衝突毎ニ前述セル

最高額ヲ支拂ハザルベカラザルガ如シ。一衝突アリタル後、之ガ爲メ淺瀬ニ乗リ上ゲタル損害ハ同

一ノ海難中ニ生ジタルモノトシテ考察セラルベシ。然レドモ、他船積替ノ途中ニ積荷ニ生ジタル損

害ノ如キハ、同様ニ考察スルヲ得ズ(ナ事件)。斯ノ如ク船主ノ責任ガ各海難毎ニ更新スルノ觀念ハ、

英國主義ガ他國ノ主義ニ比シテ船主ニ採リ苛酷ナルモノトシテ批難セラル、所ナリ。英國主義ハ、

船舶ガ海難後滅失シタル場合ト雖モ、人的責任ノ結果トシテ、大陸主義ト異ニシテ、船主ニ其賠償

義務ヲ認ム(マ1ステン海上。衝突一六〇頁)。

船主ガ其賠償責任ヲ制限セント欲セバ、抗辯ノ方法ヲ以テ之ヲ主張セザルベカラザルコト、吾國法上船主ガ委付ノ意思表示ヲ爲サルベカラザルト異ナル所ナシ。裁判所ハ其職權ヲ以テ自由ニ之ヲ援用シテ責任ノ制限ヲ爲スコトヲ得ザルモノトス。

### 五 船主ノ免責ニ就テ

英國法ニ從ヘバ、種々ナル場合ニ船主ノ責任ヲ免脱セシム。或ハ所謂普通法ニ依ルコトアリ。或



ハ成文法ニ基クコトアリ。或ハ契約上免責條項ヲ設クルコトアリ。

第一、普通法ハ默示ノ免責事由トシテ(一)神的行爲 即チ暴風雷雨ノ如キ自然的出來事ニシテ、通常ノ豫防方法ニテ之ヲ防止シ能ハザルモノ、(二)國敵 即チ英國政府ガ交戦セル敵國又ハ其國ノ臣民ヨリ受クル損害、海賊ハ一切ノ國家ノ敵者トシテ考察セラル、ガ故ニ國敵ナリト雖モ陸賊ハ國敵ニ非ズ、(三)積荷ノ自然的内部ノ性質瑕疵ヨリ生ズル損害ヲ認ム(カーバー前掲八頁以下)。

第二、一八九四年ノ商船條例ニ依リテ、船主ハ次ノ場合ニ於テ其責ニ任スルコトナシ。(一)船内ニ積込マレタル物品ガ、其船内ノ火災ニ基キ燒失又ハ毀損ヲ受ケタルトキ(舢舨船内ノ火災ヲ包含セズ)、(二)船内ニ船積セル高價品ノ滅失又ハ毀損ヲ生ジタルトキ(主トシテ盜奪ニ基ク)、但シ船積ノ際其品質及ビ價格ニ付キ書面ヲ以テ明告アリタルトキハ船主ハ其責ヲ免ル、コトヲ得ズ、上述セル二箇ノ場合ハ英國海船ニノミ適用セラレ其船主ニ過失ナキコトヲ要ス(同條例第五〇二條)、(三)強制水先人ノ過失(又ハ無能力)ニ依リテ損害ヲ生ジタルトキ(前掲)是レナリ。此最後ノ場合ニ於ケル損害ハ必ズシモ船艀ガ強制水先人ノ指揮ノ下ニ在ル間ニ生ジタルコトヲ必要トスルモノニ非ズ。

第三、契約ニ依リテ船主ハ免責ノ利益ヲ享ク。古來其契約條項ヲ免責約款ト稱シ、殊ニ船荷證券中ニ採用セラル、所ナリ。通常神的行爲、國敵等ト併記セラル、モノニシテ、海上ナルト河上ナル

トヲ問ハズ、航行中ノ危險、危難及ビ不慮ノ出來事ヨリ出ズル滅失毀損ノ損害ヲ除外ス。然レドモ、船主ガ此免責ヲ受クルニハ、必ズ常ニ船主自身又ハ船員ニ過失ナキコトヲ要ス。是レ免責ノ前提條件ニシテ、船員ノ遵守スベキ衝突豫防規程ニ反シタルガ如キ場合ニ於テハ、既ニ過失存スルガ故ニ船主ハ其責ヲ免ル、コトヲ得ズ。縱令此不遵守ガ危險ノ發生ヲ於少ナク防止シ得ベシト考察シ得ル場合ト雖モ、船主ハ免責ノ利益ニ浴スルコトヲ得ザルナリ(カーバー前掲一九頁以下)。

漸次、船主ハ益々自己ノ責任負擔ヲ輕減又ハ免責セシメンガ爲メニ、船荷證券中ニ其事由ヲ列記スルノ傾向ヲ生ジタリ。一見船主ハ、殆ンド生ジ得ベキ多數ノ場合ニ於テ其責ヲ免ル、カノ如キ觀ヲ呈セリ。然レドモ、斯ル證券記載ノ條項ガ當然船主ヲシテ免責セシメ得ルヤ、英國法ニ於テ既ニ疑義ノ存スル所ナリ。唯各場合ニ付テ、契約上免責セシメ得ベキ事由ナリヤ否ヤニ付キ熟慮ヲ要スルモノト謂ハザルベカラズ。斯ノ故意ニ對スル免責ノ如キハ公安上絕對的ニ認ムルヲ得ザルナリ。船主ハ船員ノ不法行爲ヨリ生ズル債權ニ對シ懈怠約款及ビ匪行約款ヲ設ケテ、其責ヲ免ル、コトアリト雖モ、船主ガ船員ノ選任ニ付キ過失ナキコトヲ要ス。然ラザレバ其免責條項ヲ援用シテ免責ヲ享クルコトヲ得ズ。之ヲ要スルニ、免責約款上ノ事由ガ法定ナルト契約上ナルトヲ問ハズ。殊ニ注意スベキ點ハ、船主ガ相當ナル注意ヲ拂ヒ運送上ノ適法ナル履行ヲ爲スニ、危險ノ發生又ハ之ヨリ



生ジタル結果ヲ防止シ得タリシヤ否ヤ是レナリ。

### 六 債權者ノ有スル先取特權其他ノ權利

上述スル所ニ依リテ、船主責任ノ概要ヲ述ベタリ。然レドモ、之ニ附隨シテ、其相手方タル債權者ハ如何ナル保護ヲ受クルヤヲ説述スルコト必至ノ業ナリトセザルベカラズ。是レ茲ニ之ヲ畧述スル所以ナリ。

英國法ニ於テモ亦一定ノ債權ヲ保護スルガ爲メニ、優先的辨濟ヲ受クルノ權能ヲ有スル物權即チ海上留置權 (Maritime lien) ヲ認ム。是レ吾國及ビ佛國ニ於テ認ムル先取特權、獨國ニ所謂船舶債權者權利ト同視セラル、モノナリ。此海上留置權ハ其名稱上留置權ナリト雖モ、普通法上ニ所謂留置權トハ明カニ之ヲ區別スルコトヲ要ス(アポット前掲 八六八頁以下)。普通法上ノ留置權ハ此權利ノ物體タル物ヲ占有スルコトヲ要ス。是レ吾國ニ於ケル諸種ノ留置權ト其性ヲ同ジフスル本質上ノ條件タリ。然ルニ海上ノ留置權ニ至リテハ、其物體タル物ノ占有ヲ爲スコトヲ要セズシテ、成立スルコトヲ得。又前者ハ物ノ占有者即チ留置權者ニ單ニ留置スルノ權能以上ニ與フル所ナシ。然ルニ、後者ハ優先權ハ勿論追及權ヲ與フ(マツクラクラン商 船法六九頁以下)ルノ點ニ於テ異ナル。船舶ノ艤裝ニ必要ナル物ノ供給者及ビ修

繕者ハ、其船舶ヲ占有スル留置權ヲ得、以テ自己ノ權利ヲ満足スルコトヲ得ルニ止マリ、海上留置權ヲ有セザルナリ(アポット前掲 二四二頁以下)。今海上留置權ヲ定義スル所ニ由レバ(アポット前掲 八六八頁以下)

「船舶ノ爲メニ盡シタル勤勞又ハ船舶ニ依リ受ケタル損害ヨリ生ジタル債權ニ付キ、法定ノ手續ニ依リテ執行シ得ベキ其船舶上ニ存スル優先的請求權ナリ。」

ト。此訴ハ海産ニ對シ存スル所謂物上訴權 (actio ad rem) ニシテ、普通裁判所ノ管轄ニ屬シ其手續ハ船舶ノ差押ヲ以テ開始ス。保證金ヲ納ムルトキハ差押ノ方法ヲ免ル、コトヲ得。裁判所ハ優先的請求權ノ效力ヲ調査シタル後其權利者間ノ順位ヲ確定ス。

海上留置權ノ物體ト爲ルベキ範圍ハ、船舶及ビ運送貨是レナリ。船舶ニ勤勞ヲ盡シタル者ハ船員タルト水先人タルト又他船即チ曳船タルト救助船タルトハ之ヲ問ハザルナリ。船長ガ給料ニ付キ有スル債權及ビ立替ヨリ生ジタル債權ノ爲メニ斯種ノ留置權存ス。其順位ニ付テハ前述ノ如ク裁判所之ヲ決スレドモ、其標準タル原則ハ、先ニ發生シタルモノハ後ニ發生シタルモノニ優先スト謂フニ在リ。然レドモ船員ノ給料ニ對スル債權ニ付テハ、特ニ之ヲ保護シ、他ノ債權ニ優先セシメ其債權ガ何時成立シタルヤノ時期ヲ問ハザルモノナリ。

船舶ニ依リ受ケタル損害ヨリ生ズル債權トハ、過失アル航行ノ爲メ生ジタル債權ニシテ、主トシ



テ船舶ノ衝突ニ基ク賠償請求權ニ關ス。共同海損ノ分擔上ノ債權ニ付テハ出資義務アル船舶上ノ留置權ヲ認ムルコトナク、又運送契約ヨリ生ズル債權ニ付テモ、亦斯種ノ特權ヲ賦與セザルモノ、如シ。衝突ノ場合ニ於テ、同一船舶ニ付キ二度ノ衝突ヲ引續キ惹起シタルトキハ、第一衝突ノ場合ニ於ケル債權者ハ第二ノ衝突ノ場合ニ於ケル債權者ニ對シテ優先的地位ヲ有ス。而シテ衝突ニ因リテ生ジタル債權ハ既ニ衝突ノ當時ニ存セル抵當權及ビ海上貸借上ノ權利ニ優先ス。

海上留置權ハ單ニ普通法上ノ留置權者ガ占有セル状態ニ於テ之ヲ有シ、其後生ジタル改良ノ状態ニ於テ之ヲ有スルコトナシ(アポット前掲 八八六頁以下)。

——法學新報第二十九卷第九號所載——

## 一九二三年船主責任の制限に関する統一條約 準備案に就て

### 目次

#### 一 緒言

- (イ) 船主責任の有限無限の問題は興味ある研究事項 (ロ) 有限責任制度案出の目的 (ハ) 船舶所有者自身の行爲は無限 (ニ) 有限責任として保護を受ける對象 (ホ) 海運界の實狀 (ヘ) 船主と船長との間に於ける代理の法理
- (ト) 船長の過失と代理の法理 (チ) 民法第七百十五條の適用無し (リ) 純理上は無制限 (ヌ) 無限責任と破産
- (ル) 國運隆替と海運業の盛衰 (ヲ) 有限責任の政策的理由

#### 二 主義

- (イ) 海運業の保護と産業上の國際的競争 (ロ) 五主義 (1) 佛國主義 (2) 英國主義 (3) 獨國主義 (4) 米國主義 (5) 白國主義

#### 三 統一の企劃

- (イ) 一八八五年ハムブルグ國際法協會の會議 (ロ) 一八八八年ブラッセル會議 (ハ) 一八九二年ゼノワ會議 (ニ) 一八九七年ブラッセル國際海法會 (ホ) 一八九八年アントワープ會議 (ヘ) 一九〇〇年の巴里會議 (ト) 一九〇四年のアムステルダム會議 (チ) 一九〇五年リパブリール會議 (リ) 一九〇六年巴里會議 (ヌ) 一九〇七年ベニス

一九二三年船主責任の制限に関する統一條約準備案に就て



會議 (ル) 一九一〇年のブラッセル外交會議 (ヲ) 一九一三年ブラッセル國際海法會議副委員會ノ決議 (ワ) 一九二二年十月ブラッセル萬國海法外交會議の將來の準備案

四 統一の困難

(イ) 各國の主義は歴史的產物 (ロ) 統一企劃に長年月を經過したる事國際立法上比類無し (ハ) 抽象的理論に走るの弊 (ニ) 統一のためには各國讓歩の精神を必要とする

五 統一準備案

(イ) 一九〇七年のベニス案第二條 (ロ) 一九一〇年の甲乙二案 (ハ) 一九一三年ブラッセル萬國海法會の決議並に一九二二年の外交會議の準備案は乙案なり (ニ) 甲案は捨てられた (ホ) 將來條約の基礎案 (ヘ) 乙案第一條の内容

六 主義の批評

(イ) 價額責任主義の當否 (ロ) 各國主義の優劣 (ハ) 佛國委付主義は實際上不便である (ニ) 簡便上ドイツの執行主義の方が優る (ホ) ドイツの執行主義も理想的に非ず (ヘ) 物的有限の大陸主義は實際上不便不利の弊あり (ト) 英國の金額責任主義は有利なるも缺點あり (チ) 物的責任主義と同一の不便不利の弊あり (リ) 白國の選擇主義は單一主義に比して債權者に不利 (ヌ) 米國の價額責任主義は諸主義に優るも選擇權を與ふるは實際上不便なり 七 準備案は如何

(イ) 如上の諸主義の缺陷 (ロ) 統一條約は此缺陷を除去するを要す (ハ) 條約基礎案の内容 第一 選擇主義を捨て單一免責方法を採用す、一九一〇年ブラッセルの甲乙並行案よりも優る 第二 價額責任主義を採用したるは適切 第三 責任最高限度に關する二重の制限 第四 積量每一噸八磅の總額制限を適用せざる債務 第五 汽船と帆船との間に責任負擔の範圍に差異無きや

八 結論

(イ) 基礎案の根本精神は現今貨幣經濟の時代に適す (ロ) 從來提議諸案より遙に優る (ハ) 基礎案の精神は努めて尊重すべきである (ニ) 多少の苦痛と犠牲とは忍ばざるべからず (ホ) 斷行の二字 (ヘ) パルデツシユーの言 (ト) 統一は海法の本質なり (チ) 統一法成立の曉に於ける更に一要求 (リ) 海事國際裁判所の設立 (ヌ) 著者の提案 (ル) 移動的の海事國際裁判所の設立を要望する (ヲ) 一國に常設するは事實と相遠ざかる

一 緒 言

船舶所有者の責任を有限と爲すべきものなりや、將た又他の普通の債務と同様に、無限として其の責を負はしむべきものなりやの問題は、實に法理の研究事項として興味あるも、一に數ふることを得るのである。然し、實際上の問題としては、由來政治の局に當る者は、海運業が一國の國富を増進する手段として有力なるものと爲し、如何にしても海運業の隆盛を希圖し、積極的には、航路補助金、航海獎勵金などを下附して保護獎勵に努むると同時に、消極的には、一國が海洋上の覇權を掌握し獨占的利益を收むるの事實を排除し、海洋の自由を高唱すると共に、特に海運業を保護せんとする目的を以て、海運業者たる船舶所有者の負擔すべき責任を軽減し、如何に莫大なる損害を他人に加ふるも、僅かに一定の限度に於て其の責任を免れしむる所の所謂有限責任の制度を案出し



たものに外ならない。斯の如く船舶所有者は特に保護せらるゝの地位に置かれたのであるが、其の總ての責任に付て有限たるのではない。船舶所有者自身が爲したる行爲に係る場合に於ては、其の行爲より生ずる責任を有限として保護すべき理由は毫も之なきこと多言を要せざる所であらう。是故に、船舶所有者の特に保護を受くる所の對象は、自身の行爲ではない。自己の利用する船舶上に勞務を爲せる人々の職務を行ふに當りて他人に加へたる損害發生の行爲又は船長が法律上當然に有する権限内の行爲に限らるゝものである。

今、現時に於ける海運界の實狀に付て觀察すれば、船舶所有者は多くは法人たる會社であるが、假令個人たる自然人であるとしても、此の者が船舶に乗込んで一切の行爲を爲すといふやうなことは殆んど稀なる現象である。大船巨舶に關しては絶無ともいへやう。されば、船舶所有者が船長其他の船舶職員を一定の資格を有する者の中より選任し、自己に代りて航海中に於ける萬般の運送並に運航の事務に當らしむることは、法規上當然でもあり、事實上亦止むを得ざる所といはなければならぬ。茲に於て其の選任せられたる船長等の行爲に對する船舶所有者の責任を議するの必要を生ずるのである。詳細なる論議は暫く之を不問に附するとしても、船長等の爲したる法律行爲的行爲に付て觀察するときは、船長等は船舶所有者の代理人たる地位を有することは明かであるから、

夫等の者の爲したる行爲に付て船舶所有者が總て其の責に任じ、自らなしたる行爲と同様に無限に其の責任を負ふべきは、代理の法理に照して何等の疑義なき所であらう。又船長等の過失ある行爲に付て考察せんか、代理の法理は之を適用することは困難である。從て、民法第七百十五條の認むる所の使用者が被用者の過失に付き其の責に任ずるの原則を以て解決し得るやといふに、是れ亦正當なる船舶所有者責任負擔の根據とはならない。何故なれば、船舶所有者が船長等の船舶職員を國家の施したる適格試験を経た者の中より選任したもので、毫も其の間に選任上の過失といふべきものがないからである。又多くは陸上に在る船舶所有者が航海中に在る船長等を監督するなど事實上不可能である。されば監督上の過失もないわけである。果して然らば第七百十五條の適用もない。故に、船舶所有者は自己の利用する船舶上の職員の行爲によりて其の責を負ふは、畢竟、自己の物より生ずる責任の一種に外ならないと解すべきであらう。斯く考へ來れば、矢張船舶所有者は船員等の行爲に付き、無限責任を負はなければならないといふ結論を生ずるのである。然れども先きに述べたやうに、國家が海運業の隆盛を希圖する以上は莫大なる損害の生じ易き海上危険に對する責任を有限ならしめて船舶所有者を保護しなければ、船舶所有者は到底莫大なる損害に對する責任を履行することは出来ない。直に破産の運命に逢着するものと考察せねばならぬだらう。海運業を



經營するものは終に少なくなり、他國に運送上の利益を奪はるゝ結果を生ずるは看易き所といはねばならぬ、國運の隆替の原因は、亦海運業の盛衰に係るものありといふも過言ではなからう。是故に、先きに述べたやうに、一面には、船舶所有者に無限の責任を負はしむべき充分なる法理的根據あるに拘らず、特に責任を有限とするの利益を與へた所の政策的理由は、非常に大なる意義を有することゝなるのである。

## 二 主義

一國が船舶所有者の責任を有限として保護するときは、他國も亦之に倣ふて、特に有限として保護しなければ、其の國家は産業上の競争に於て遂に敗者と爲ることは數の免れない所である。各國が均しく船舶所有者の有限責任の制度を認むるのは、蓋し此の點に基くものといふて良い。然れども、責任を有限的に制限するも、其の制限の仕方は各國必ずしも同一でない。現今左の五主義に分類することを得やう。

(一) 佛國主義 或は之を委付主義と謂ひ、吾國の採用する所である。此の主義の特徴とする所は船舶所有者に無限責任との間に選擇を爲さしむること、前に述べた所の一面の法理的論據を存置して居る點である。所謂海産なる船舶・運送貨其他船舶附隨の權利を委付して有限と爲したものである。兎に角此の主義が船舶所有者をして無限責任を負擔するの餘力を残した所に長所があり、理論上正當と思はる。

(二) 英國主義 或は金額責任主義と謂ひ、船舶所有者は船舶の噸數に應じて其の責任を負擔するものとして、其の責任の範圍が始めより金額上確定不動なる所に其の特色を有するものである。即ち船舶の一噸につき財産上の損害にありては八磅、身體上の損害にありては十五磅の割合を以て計算したる限度内に於て其の責に任じ、航海中に數度の事變を生じたるときは船舶所有者は其の回數だけ各債權者團に對し其の責に任じ、一航海中に其の責任を更新するの觀念を認むることは本主義と他の諸主義と異なる重要な點である。

(三) 獨國主義 或は執行主義と謂ひ、各船舶が各別の海産を形成し、船長等の行爲に基きて債權者と爲りたる一團は單に其の船舶の上上に獨立して強制執行を爲し得べきものと爲し、純然たる物的責任を認めたる點に於て其の特徴を有し、佛國主義の如く無限責任を負擔するの觀念を免れざる點に於て異なり、英國主義の如く船舶の新舊に頓着せず一定することなく、船舶の上に行はるる現實の執行によりて責任の範圍を異にするの點に於て異彩を放てるものなり。船舶所有者の一般



債権者は固より其の全財産上に執行し得べきであるが、海産に付ては海産債権者を満足せしめた後でなければ支拂を受くることを得ないとせられて居るのである。

(四) 米國主義 或は價額責任主義と謂ひ、委付が如何にも理論に走り過ぎ實際の取扱上不便あり。債権者が委付を受くるも結局は金錢賠償の方法によりて債権者間に分配せらるゝものなる點に顧みて、船舶所有者は船舶の委付と事變後に於ける其の船舶の價格給付との間に選擇を爲さしめんとするを以て特色として居る。船舶所有者に船舶の價格給付を許すが故に、船舶所有者は事變後と雖も自由に其の船舶に付き處分するの利益を有し、而も各航海に付き船舶所有者の責任は決して海産の價額を超過すること無しと爲し、英國主義の如き過重なる責任負擔の制度を排斥したる點は遙に實際に適合したるものと謂ふべきである。

(五) 白國主義 或は選擇主義と謂ひ、委付に代へて航海の終りに於ける海産の價額を支拂ふか、又は各航海に付き船舶總噸數の一噸に付き二百佛克の割合に應ずる金額を支拂ひて、船舶所有者は其の責任を免れ得べしと定め、海難救助料に關する債務の履行に付ては此の選擇權を行使し得ざる旨を定めたるもので、一九〇五年ブラッセルの提案とベニス會議の議決に従ふたものである。希國亦此の主義に屬するのである。

### 三 統一の企劃

斯の如くに現在に於て各國の立法主義は區々たるのであるから、世界の海面を以て活躍の舞臺と爲し、各國の海外貿易業者を顧客とせる海運業者に付き、其の責任の範圍が一定せざることは、洵に諸種の利害關係人にとりて、請求權の範圍に差異を生じ、法律關係を處理するに當りての不便は實に尠少ではないのである。是故に、船舶所有者の有限責任に關する規定の統一を爲さんとする企劃は、既に一八八五年ハムブルグに於ける國際法協會の會議に表はれ、大陸主義、即ち物的責任(獨・佛)の主義を基本と爲すべきことを英國に採用せんことを要求したものであるが、特に其の効果を生じなかつたのである。一八八八年白耳義政府に依り開催せられたるブラッセル會議に於ては、大陸主義と英國主義との間に船舶所有者をして選擇を爲さしむべきことを提案したものであつたけれども、一致することは出来なかつたのである。次で一八九二年ゼノワ會議に於て、船舶を法人として其の範圍内に於て責任を負はしめたならば可ならんと提議されたが、決議を見る事が出来なかつた。一八九七年ブラッセルに於て國際海法會開かれ、英國の委員側より船舶の衝突と船舶所有者の有限責任とを結び付けんことを要望したものである。一八九八年アントワープの會議にては大



陸主義を可として、英國主義を排したのであるが、到底英國側の承認を得ること出来ないのは明かである。一九〇〇年巴里の會議に於ては、大陸主義と英國主義との間に調和を得んことを試みたのであるが其の效を奏せなかつた。一九〇四年阿姆斯特ダムの會議に於ては、英國主義の一噸に付き八磅と謂ふ數を採用して國際案として提案されたのであるが、固より容易に決議するには熟せなかつた。一九〇五年リバプール一九〇六年巴里の會議に於て、各國の委員に依りて充分に討議せられ、一九〇七年ベニスの會議に於て、船舶所有者の責任に關する一切の問題を決定したものである。要は事變後の船舶の價格が一噸に付き八磅を越ゆるも、船舶所有者は其の額に應じて支拂を爲し其の責を免る。若し之を欲せざる時は船舶の委付を爲して其の責を免ることを得と定めたのである。換言すれば、英國主義に於ける八磅の數を採用し、米國主義に従ひ價格責任主義を以て本則とし、佛國主義を加味したものである、一九一〇年に於けるブラッセルの外交會議の開かれたときには、甲乙二案を作り、甲案は大陸主義を本則とし、船舶所有者に米國主義又は英國主義孰れか一を選択し得べき自由を與へ、乙案は米國主義を本則として、其の價格は一噸に付き八磅を越ゆることを得ずと爲したのである、後一九一三年ブラッセル國際海法會議副委員會の決議として國際條約準備案として成れるものは、其の大綱に於て一九一〇年の乙案に従ひたるもので、價格責任主義を以て本

則とし、船舶の價額計算の基礎に付て英國主義に於ける八磅の數を最大限度として採用した。一九二二年十月に於てブラッセルに開かれたる萬國海法外交會議に於ては、多少の修正を施して、將來の準備案とすることに決定せられたが、其の主義に於て少しの變改をも加へらるゝことなく、價格責任主義を採用して居るのである。

#### 四 統一の困難

斯る成り行きを見ても、本問題に對する國際的立法の容易ならざること想到し得らるゝのである。當然近き將來に於て統一さるべき運命を有する問題にして、而も容易に一致し難き所以のものは、各國の採用せる主義なるものは決して一朝一夕に成りたるものに非ずして永き歴史的產物であるからである。理論上相當の根據を有し、實際上取扱の便宜に立脚した關係上、各國が從來の主義を捨て、新主義に迎合せんことは少なからざる苦痛とする所である。従て、敍上の如き數多の會合を見たのであるが、其の統一の必要を認めながら、今日に至るまで、逡巡一致することの出来ないのは決して無理とはいへない。否な、各國が他國をして成るべく自國の主義に従はしめんと試みたるか、若くは其の主義を加味せしめんとした結果に外ならないのである。恐らくは斯の如く長き



年月を費して、國際的立法上の問題と爲りたるものは、他に類例はあるまい。數多の委員より成る會合がいつも抽象的理論に走るの弊は、到底之を免るゝを得ない。従て經濟的、技術的並に社會的の道義に係れる當事者間の關係は事理整然たる理論に依りてのみ決せらるゝものでない。各國に於ける實際上の取扱は時として、理論的に言へば不完全なる根據の上に立つものもあるのである。是故に、國際的立法事業の困難なることは固より多言を要しない位である。然しながら統一事業の完成には、各國の採用せる主義に關して多少の讓歩を見るに非ざれば、到底成功するの見込は立ち得ない。されば、比較的合理的にして而も實際的なる制度を編制して、其の立案によりて各國の同意を求むるの方法より他に良途はなからう。最近一九二二年の準備案も、此の精神によりて、從來の決議を參酌して生れたるものなることは毫も疑を生ずるの餘地はない。

### 五 統一準備案

統一の準備案は、先づ各國の主義に讓歩を爲さしむるの精神よりして、船舶所有者の責任制限に付き、各國の主義の間に船舶所有者をして自由に選擇せしむるの方法を採つたのである。是れ一九〇七年ベニス案第二條に依りて明かである。即ち原則として、海産其のものに依りてのみ其の責任

を負ふべき旨を定め、委付の方法に依ると價額責任の方法に依ると、船舶總噸數の一噸に付き八磅の額を支拂ふの方法に依るとは全く船舶所有者の意思に一任したものである。換言すれば物的有限責任を原則として之に人的有限責任の間に選擇を許したものである。然るに一九一〇年の甲・乙二案殊に、甲案に於ては上述ベニス案と同様に物的有限責任より出發し、之と共に價額責任主義を認め、且一定の場合に於て、英國の所謂金額責任主義を選擇するの餘地を残し、佛國の委付主義を捨てたものである。乙案は人的有限責任而も價額責任を以て其の基本と爲し、船舶所有者は船舶及び從物の價額並に運送賃の總額のみを以て其の責を負ひ、一定の場合に於て、船舶の總噸數一噸に付き八磅の額に達するまで其の責に任ずることを得る旨を定め、英國主義を加味したるものである。茲に一定の場合とは、海難救助・共同海損・航海中に於ける船舶の保存又は航海繼續によりて支拂ふべき責任を生ずべき場合を除外したる船舶所有者の責任を負擔すべき一切の場合を指すものにして、上記の場合に於ては、一噸に付き八磅の制限を以て、其の責任を免るゝことを得ず、必ず船舶の價額及び運送賃等の總額によりて其の責任の範圍を制限すべきものと爲したものである。一九一三年のブラッセル萬國海法會の決議並に一九二二年の外交會議に於て準備案と爲りたるものは殆んど上記の乙案であつて、甲案は捨てられたのであつた。今後に於ける條約の基礎案と爲るものは、



乙案の價額責任を本則とし、一定の場合に於て、八磅の價額上の制限を見るのみとなつた。左に便宜の爲めに其の第一條を譯記して見やう。

左ノ各號ニ付テハ船舶所有者ハ船舶・運送貨及ビ是等ノ附隨物ノ價額ニ至ルマデ其ノ責ニ任ズ。

一、陸上又ハ水上に於テ船長・海員・水先人若クハ其他一切ノ船務ニ從事セル者ノ行爲又ハ過失

ニ因リテ第三者ニ加ヘタル損害ノ賠償。

二、運送ノ爲メニ船長ニ引渡シタル積荷又ハ船内ニ在ル一切ノ財貨上ニ加ヘラレタル損害ノ賠償。

三、船長又ハ其ノ代理人ノ署名シタル船荷證券ヨリ生ズル債務。

四、契約ノ履行ニ付キ航海上の過失ヨリ生ズル損害ノ賠償。

五、沈没船ノ難破物ヲ除去スベキ義務及ビ之ニ附隨ノ義務。

六、海難救助に對スル報酬。

七、共同海損ニ關シ船舶及ビ運送貨ノ割合ニ從フ船舶所有者ノ分擔額。

八、船長ガ其ノ法定ノ權限ニ據リ船籍港外ニ於テ緊急ノ場合ニ當リ船舶ノ保存又ハ航海ノ繼續ニ

付キ現實ニ必要ナル範圍内ニ於テ締結シ又ハ實行シタル行爲ヨリ生ズル債務、但シ此ノ必要ガ

航海ノ初メニ於ケル艤裝又ハ給養品ノ不充分又ハ瑕疵ニ基クトキハ此ノ限ニアラズ。

前項ニ定メタル責任ハ船舶ノ積量每一噸ニ付キ八磅ノ割合ニ依ル總額ヲ超ユルコトナシ、但シ此ノ制限ハ第六號第七號及ビ第八號ハ掲ゲタル場合ニハ之ヲ適用セズ。

と定められて居る。即ち船舶所有者の責任は從來の米國主義に従ひ價額責任の制度に則りたることを知るに足るのである。而して價額計算の基礎に付て第一號乃至第五號の場合に於ては、更に船舶の積量每一噸に付き八磅の制限を附加したものである。人身上に受けたる死傷上の損害に付ては、第八條第一項に於て更に每一噸に付き七磅を加算したる範圍内に於て、其の責に任ずる旨を定めたのであるが、條約準備案に於て八磅と修正せられたのである。今の此の準備案が採用せる單一主義が理論上正當にして竝に實際上實行し易きものなるやを左に聊か述べて見たいと思ふ。

## 六 主義の批評

價額責任主義の正否、當非を判斷するには、順序として從來各國の採用せる諸主義の優劣を検すべきは當然であらうと思ふ。案するに、佛國の採用せる委付主義は、單純なる理論上より考察すれば船舶所有者の責任の基本と適合し、而も人的無限の責任觀念を容るゝことは實に正當なるものと論せざるを得ない。何となれば、船舶所有者の所有に係る物件自體に因りて他人の身體上又は物件



上に損傷を加へたる場合に於ては常に其の責任者たる所有者は人的無限の責任を負ふべきは、恰も自己の利用せる自動車に因りて他人に損害を加へたる場合に於て人的無限の責任を負ふと同一であるから疑はなからう。唯、國家經濟上の立場より船舶所有者を保護するの必要上責任を有限として委付の制度を採用したものであるから、此の點より觀察すれば、人的無限の責任觀念を容れざる他國の諸主義は其の當を得たものでない。事の實際を論ずれば、人的無限の責任を負擔する船舶所有者は責任負擔額が所謂海産の評価額より僅少なる場合には人的無限の責任を負ふべきは言ふを俟たないが、然らざる場合に於ては人的無限と物的有限と其の孰れを選択するやといへば、人情必ずや責任を有限にせんとするは、營利を目的とする商人の常態とも謂ふを得ん。されば、佛國主義は即ち委付主義と解して、海産委付の有限責任を採用したものと謂ふも不可はないであらう。委付の効果として其の物體の一たる船舶の所有權の移轉を生ずるや、單に精算處分の物體と爲るやは争の存する所にして、予は寧ろ後説を以て正當視するものなれども、此の點は其の何れに決するも、實際上各種の債權者間に於て委付ありたる船舶を處分し其の賣得金を分配せざるべからざる必要を要するは、瞭然たる所である。されば、委付を爲したる船舶所有者は其の責任を免るゝことを得たとしても、委付を受けたる債權者間には非常に面倒なる手續問題を生ずるは明白で、實際上の不便此

の上もない。是れ委付の物體たる船舶の換價處分に伴ふ困難である。此の點より論ずれば獨逸の採れる執行主義が、理論の點は兎に角別として簡明な手續に依るだけ優れて居ると謂へやう。何となれば船舶所有者に何等委付すべきや否やの選擇的決定意思を煩はすの要なく、無益に船舶を繫留するの損失なく、直に執行の結果によりて得たる賣得金の分配を爲し得るからである。然しながら、執行主義といへども決して理想的のものではないことは續いて述べやう。

海産上に優先的に執行を爲し得べき債權者であつても、陸産上に執行を爲し得べき場合を生じたるときに於ては、手續上面倒なることは免れない。例せば船舶所有者が海産の一部たる運送賃を陸産中に混入したるときは、其の運送賃の額に付て執行せざるべからざること、爲り、又船舶所有者が自己の商品を運送したる場合に於ても同様に其の運送賃相當額を陸産上に執行せねばならないだらう。更に又船舶所有者が債權者に支拂を爲すこと無くして新に航海をなし、此の航海中に加へたる損害に付き其の責に任ずべき場合などに於ては、一層複雑なる手續を要するものである。凡そ是等の不便は、物的有限責任を本則とする佛國主義・獨國主義に共通なるものといへやう。何んとなれば、責任の有限を常に船舶を中心とする海産其のものに限定するからで、事理當然である。況んや、海産中殊に船舶を立往生せしむるの不便を生ずるに於ては一層忍び難い經濟上の損失を招き、



延いては國民經濟上の大損害を醸すに至ることを知らなければならぬ。委付主義にしる執行主義にしる孰れにしても或る期間中は少くとも船舶其のもの、修繕等の保存を缺き、航海に従事せしむることを得ない。是れ、啻に船舶所有者にとり不利益たるに止まらず、廣く國民全體の上より觀て一大損耗たることは多言を俟たない所だらう。

斯の如く、物的有限の大陸主義は、理論上は兎も角實際上に於て不便利の伴ふの弊害ありとすれば、人的有限の主義に依らなければならぬ。今英國の採れる金額責任主義を閱するに、大なる特徴を有して、實際上便益多きものと謂はなければならぬ。船舶所有者の責任負擔の最高限度は、責任原因の未だ生ぜざる始めから確定し、船舶の評価に伴ふの困難なく、海産の清算又は執行に伴ふ不經濟的費用を支出するを要しない。債權者に採りては、始めより確實なる擔保を有せしむる結果を生ずるから、自然に船舶の立往生即ち無益の繋船なく、海運業の發達を助けて漸次惡船を淘汰するの利益がある。蓋し良船所有者と惡船所有者と同一の責任を負ふのであるから、惡船によりて損害を多大ならしめんよりは、良船によりて損害を少からしめんとの念慮を起さしむるからである。斯の如く實に有利なる主義であるが、英國主義と雖も亦缺點ないではない。即ち船舶所有者の責任が各事變毎に更新するの點である。假に一航海中に三度の事變ありとせば、船舶所有者の責任は、

最高限度の三倍の責任を負擔するに至るのである。是れ恐らくは、船舶所有者の負擔に堪へない所であらうと思はれる。更に、英國に於ては一の船舶を以て唯一の財産として成立する會社即ち單船會社なるものと認めて居るから、此の點より觀れば、惡船所有者は單船會社を設立して、其の責任負擔の最高限度を其の惡船の價格に制限し、畢竟物的責任主義の受くる同一の不便・不利又は弊害を生ずるのである。尙汽船と帆船とに付き其の間に何等の區別を設けないのであるから、決して衡平なる規準と稱することは言へない。

白國の採れる選擇主義は、單に各國主義の調和を圖らんが爲めの制度にして、決して良好なる制度として推稱すべきものではない。船舶所有者をして其の孰れかに付き選擇權を行はしむるは、畢竟各主義の不利益・缺點を併せ實行せしむるものにして、同時に單一主義に比して債權者に有利なるものでない。蓋し、船舶所有者の選擇權を行使せしむる期間、自己の權利主張の範圍に何等の確定を生じないからである。

餘す所の米國の採れる價額責任主義は、佛國の委付の缺點を除去せんが爲めに生れたる制度にして、債權者の一團は、畢竟金錢的賠償を得れば満足するものなりとの見地より出發して、船舶の委付と事變後の船舶の價格給付との間に船舶所有者をして自由に選擇せしめたものである。此の主義



は、前の諸主義に比して、良好なる制度であると考察し得るも、選擇權を船舶所有者に與ふることの實際上不便なるは、前にも述べたやうに、其の意思決定の期間中船舶をして立往生せしむるの利益を生ずるは免れ難き所である。加之委付の免責方法を選択したりとせば、更に委付主義の受くる不利益不便を生じ、船舶の價格賠償の免責方法を選択したりとせば、其の價格算定方法に付き、争疑の生ずるを免れないのである。されど船舶を立往生せしむるの弊は、全然之を生じないことは明かである。

### 七 準備案は如何

從來の諸主義に就て考察し敍上の如き缺陷ありとせば、近き將來に於て制定せらるべき船舶所有者の責任制限の統一條約は、必ずや是等の缺陷を除去したるものであらねばならない。此の見地より前掲せる條約の基礎案を觀察せんか。第一に同案は選擇主義を捨て、單一なる免責方法を採用したる點に於て、一九一〇年のブラッセルに於ける甲・乙二並行案に比して大に優るものと謂はねばならない。船舶所有者の免責方法として、諸種の間選擇を爲さしむることの不適切なることは、既に述べた所であるから茲に之を再説しない。第二に價額責任主義を率直に採用したる點に於て大

に吾ハの意を得たるものである。債權者が如何なる原因によりて債權を取得したりとするも、結局受けたる損害の賠償を受ければ足りるもので、賠償の方法として最も公平なるものは金錢賠償の方法と謂ふべきものであらう。従て、同案が金錢賠償の手段として、其の責任の最高限度を船舶の價格・運送賃並に是等附隨の價額の總計に制限したることは、實に至當なる規準と謂ふべきものである。第三に船舶所有者の負擔すべき責任の最高限度は、更に船舶の積量每一噸に付き八磅の總額を超へざるものとして、二重の制限を爲したるは、船舶の評價に伴ふ激變を緩和し、更に死傷上の損害に付ては、此の制限の外に船舶の積量每一噸に付き八磅の總額を加ふべきものと爲し、其の最高限度を倍加せる點に於て、從來の英國主義を加味したるものである。人身上の損害に付き、船舶所有者の責任負擔の範圍を擴大したる點に於ては、至當なるに疑がないが、甚だしく人身を物的取扱と爲したる嫌がないではない。寧ろ、後述の海難救助等の場合と同様に此の二重制限より除外すべきものではなからうかと思ふ。本來英國主義に於ても同案に於ても何故に八磅なる數額を基礎と爲したるものなりやの論據の問題に付ては争を生ずる餘地がないではない。聞く所に由れば、英國に於て二三十年前に於ける船舶の建造費は一噸に付き八磅を要し、殊に旅客船に付ては設備を加へて十五磅を要したるものなるが故なるべしと。幾多の星霜を経て、經濟界の進展推移甚だしき現今に



於て、八磅なる數額を固守するの正當なるや否や、大に疑はざるを得ない。されども一方に於て評價の不確定にして爭議を醸すの餘地を残すものに比するときは、假令人工的・擬制的なりと雖も、優に勝れたる點あるを覺ゆる。第四に船舶の積量每一噸に付き八磅の總額なる制限を、海難救助の費用賠償・共同海損の分擔並に船舶の保存又は航海繼續の爲めに生じたる債務に付き適用せざりし點は、實に妥當なるものと評せなければならぬ。是等の責任に付き八磅の最高限度の責任限界を定むるは、前に述べたやうに二重の制限を爲すものにして、決して救助行爲、共同海損處分又は船舶の保存若くは航海繼續に必要な行爲自體の性質に徴して穩當ではない。宜しく船舶等の現實の價額に依りて責任を負はしめて差支はない。同案に於て、是等の三様の行爲を除外して一噸八磅の最高限度の制限を適用することを許さなかつたことは、實に妥當なる規定と謂はなければならぬ。第五に汽船と帆船との間に責任負擔の範圍を異にすべきものでなからうか。

## 八 結 論

之を要するに、此の基礎案は、其の根本の精神に於て、現今の貨幣經濟の時代に恰適せる制度なりと謂ふを得べく、從來提議せられたる諸案にして遙に勝れるものなることを疑ふの餘地はない。

多少の修正と追補とを許すべしとしても、此の基礎案の精神を尊重するに力むべきものである。各國の永く採り來りたる制度を捨て、此の新しき制度に變改するは大なる苦痛たるには相違なからふが、結果の便宜を顧慮して、諸國の間に統一を圖るが爲めには多少の犠牲は之を拂はなければならぬ。要は斷行の二字あるのみである。されば、海商法の統一性は其の發達の自然的經過に従ひて發揮せられたるものと謂ふを得べく、バルデツシユが曾て統一は海法の本質なりと絶叫したる至言を現實化するものである。

統一法にして既に成れるの曉に於ては、更に一の要求を提出しなければ、眞の目的を達することは出来ないのである、夫れは外ではない。統一法の適用を司るべき海事國際裁判所の設立の要求である。如何に唯一の法規であつても各國に獨立の裁判所存し、各裁判所が獨立の適用を爲すに至つては、如何に名法の存することあるも死法と爲り終るの弊を生ずるは、恰も一國內に於て司法の統一を爲さんが爲めに最高の裁判所を設くるを見ても、之を推知し得るものである。私見としては、更に移動的の海事國際裁判所の設立を要求するものである。是れ實際上必要なる事實の拾集に便宜でもあり、係争の當事者に採りても便宜なることは謂ふまでもない。或る一國に常設するが如きは事實と相遠ざかる結果を見ること多しとせねばならぬ。活きたる法律、否な活かして用ふべき法律



を殺すやうな方法は、決して統一法を設くるの精神ではなからふ。予は重ねて謂はんと欲するのである。統一法の制定に努力せらるゝ委員方は、更に移動的海事國際裁判所の設立の方面に向はれんことを切望するものである。

——國民經濟雜誌第三十五卷第五號所載——

# 「ソウエート」聯合政府の海商法

## 目次

### 緒言

- (イ) ハ・フロインドの獨譯 (ロ) ドイツ商法及び破産法雜誌第九十五卷 (ハ) 一九二九年七月十七日公布三ヶ年後實施 (ニ) 公民法混淆の點英國商船條例に似る (ホ) 國際海法會議の結果を取入れて居る (ヘ) 獨立なる特別法となす (ト) 立法機關の英斷 (チ) 二百四十四ヶ條第十四ヶ章 (リ) 第一章施行規定 (ヌ) 第二章船舶に關する規定 (ル) 第三章船員に關する規定 (ヲ) 第四章對外交通と沿岸航路に於ける海上運送に關する一般規定 (ワ) 第五章海上運送契約に付ての規定 (カ) 第六章曳船契約 (ヨ) 第七章共同海損と單獨海損に關する規定 (タ) 第八章船舶衝突より生ずる損害賠償に關する規定 (レ) 第九章救助に對する救助料に對する規定 (ソ) 第十章船舶利用者責任の限界に關する規定 (ツ) 第十一章優先的效力を有する債權に就ての規定 (ネ) 第十二章海上保險契約に付ての規定 (ナ) 第十三章船舶抑留處分に關する規定 (ラ) 第十四章消滅時效に關する規定 (ム) 海上貸借制度が影を没したるは特筆に値す

### 第一 船舶の範圍

- (イ) 第一條 (ロ) 戰艦に付ての例外 (ハ) 科學上の船舶及び快遊の目的を有する船舶に適用無き規定(第二條)
- (ニ) 船舶所有者の名稱を避け船舶利用者<sup>を</sup>海商法上の主體とす(第三條)

### 第二 國旗權

「ソウエート」聯合政府の海商法



(イ) 國旗掲揚の前提條件、船舶所有者が政府の國籍を有する事 (ロ) 船員は原則として國籍を有する事及び例外 (第五十三條) (ハ) 何人が船舶所有者として國旗掲揚權を有するや (a) 原則として外國資本の關與せざる法人 (b) ソウエート法に依る法人たるを要す (第十二條、第十三條及び第十五條第二項) (ニ) 國旗掲揚の義務明文無きも推知し得 (ホ) 我國も同様に解す (ヘ) 國旗掲揚權の重要性 (a) 公法私法上兩方面に於ける意義 (b) 沿岸貿易權船舶衝突法の適用限界

第三 船舶上の物權

(イ) 一九一八年十二月二十六日布告の商船の國有化に於ける小船階級の除外、一九二四年九月五日の布告に依る商船私有性能の擴大 (ロ) 船舶所有者能力 (第八條、第九條) (ハ) 商船國有を本體、一人の所有能力の制限 (ニ) 私有船の國家先買權外國人の手に移轉の防止 (第十一條、第十二條) (ホ) 共有者の先買權 (第十三條) (ヘ) 商船讓渡質入に付ての制限 (第三十七條) (千九百二十六年六月十一日布告) (第五十條) (ト) 船舶賣却質入の有効たるためには公證人に依る確證手續を要す (チ) 質入は民法の規定に依る書面行爲 (民法第八十五條以下殊に第九十條) (リ) 相續に依る船舶所有權の移轉の制限撤廢

第四 船舶の登録と登記

(イ) 政府の一商港に登録を要す (ロ) 商港の自由選擇 (第十六條) (ハ) 登録噸數二十噸以上の船舶の登録簿に登記の要 (ニ) 商港の行政官廳船舶登記を司る (第十七條) (ホ) 船舶標示の名稱の附加及び變更 (第十八條) (ヘ) 船舶登記簿に表示内容 (第十九條) (ト) 登記の公信力 (チ) 登記閲覧及び抄本下附權 (第二十條) (リ) 船舶に關する一切の權利の設定變更は登記に依つて第三者に標準を與ふ (第二十二條)

第五 船舶備付の書類

(イ) 二十噸以上の總積能力を有する船舶の備付を要する書類 (第二十四條) (ロ) 十二人以上の旅客を運送する船舶の備付すべき書類 (ハ) 商船及び科學上の目的を有する船舶の備付すべき書類 (第二十六條) (ニ) 船舶所有權を證する書類と鑑札以外の書類の原本、認證謄本 (第二十七條) (ホ) 登記と國旗掲揚權を證する證明書 (第二十九條) (ヘ) 例外 (第三十條) (ト) 船舶積量測定に關する證書等 (第三十一條) (チ) 船員名簿船舶日誌等 (第三十二條) (リ) 機關日誌等 (第三十三條) (ヌ) 衛生日誌等 (第三十四條) (ル) 日誌の保存 (第三十五條) (ヲ) 外國船の書類備付の要否 (第三十六條) 相互主義 (ワ) 外國船舶の航海能力

第六 船員

(イ) 船舶の指揮者並に機關士及び其の故障の場合 (附則第二、第三) (ロ) 船員の構成、船長、高級者、船舶諸長 (第五十二條) (ハ) 船員となり得る者 (第五十三條) (a) 任免上の手續其他 (第五十四條) (b) 契約解消の場合送還費用等 (第五十五條) (c) 船長の地位の專制的 (ニ) 船長が船舶利用者及び積荷利害關係人に對する關係 (第六十七條) (ホ) 航海中に於て急に金錢を要する場合 (第六十八條) (ヘ) 船長の不當處置に付き船舶利用者に對する損害賠償責任 (第六十九條) (ト) 船長の船舶指揮權其他の權能 (第五十七條乃至第六十四條) (チ) 強制水先ならざる水上に於て水先人を執り得る權利を船長に認めた (第六十五條)

第七 海上運送

(イ) 内國港と外國港との間を往來する場合 (第七十條) (ロ) 内國港間を運送する場合 (第七十一條) (ハ) 例外的場合 (第七十二條) (ニ) 海上運送契約の四種 (第七十三條第一項) (ホ) 備船契約と簡品運送契約 (ヘ) 物品運送契約の登録強要 (第七十三條第二項、第三項) (ト) 登録を要せざる運送契約 (チ) 登録の效力 (第一百一條) (リ) 強行法に従はざる運送契約は無効 (第七十四條) (ヌ) 強行法たるの明言は立法技術優る (ル) 運送契約の形式 (第七十五條) (ヲ) 運送人と荷受人との間の法律關係は船荷證券の内容に依つて定まる (第七十六條) (ヅ) 運送契約中より定期備船契約を切り離せり (カ) 備船契約證書の記載事項 (第七十七條) (ヨ) 作成通數不眞實記載に對する責任等 (第七十八條、第七十九條) (タ) 船荷證券の三種、讓渡の方法 (第八十條、第八十一條、民法第二百二十四條、第三百三十六條、第三百三十七條) (レ) 指圖式又は無記名式の場合に於ける簡易 (第八十條) (ソ) 船荷



證券の記載事項(第八十二條) (ツ) 船荷證券の通數等(第八十三條) (ネ) 荷送人の権利の二種(第八十四條) (ナ) 船舶の航海に堪ゆる状態の擔保(第八十五條) (ラ) 積荷積替自由の有無に關する規定(第八十七條) (ム) 荷送人の必要書類を運送人に交附する義務及び其の違背の効果(第八十六條) (ウ) 積荷の甲板積不許に關する規定(第八十八條) (キ) 必要の場合の積替自由(第八十七條) (ク) 船積期間(第八十九條) (オ) 船積期間經過後の約束其他(第九十條) (ク) 全部備船契約の有する場合に於ける船積期間終了後に於ける船長の權限(ヤ) 一部備船契約若しくは特定船腹使用契約の存する場合(第九十一條、第九十二條) (マ) 他人の積荷の持出を請求する事を得る荷送人の權利(第九十三條) (ケ) 危険積荷處置に關する運送人の權利(第九十四條) (フ) 積荷の性質を知り積込を運送人が同意したる場合(第九十五條) (コ) 積荷全部が積込まれざる場合の發行義務及び運送貨の全額請求權(第九十六條) (エ) 現實の積荷の價額が運送貨其他の費用を償ふに足らざる場合(第九十七條) (テ) 船積せられざる場合に於ける發船權及び運賃請求權等(第九十八條) (ア) 荷送人の賠償解除權行使(第九十九條、第一百條) (セ) 積荷が(サ) 運送人も荷送人も相互に賠償義務無くして契約解除權を有する場合等(第一百一條、第一百二條) (キ) 解除の表示無く賠償義務無くして契約が終了する場合(第一百三條) (ユ) 全部備船の場合に於て或事由に依り到達港に航行不能の場合(第一百四條、第一百六條) (メ) 已むを得ざる航路の變更は運送契約の違反に非ず(第一百五條) (ミ) 積荷が何人に引渡さるゝやは船荷證券の定むる所に従ふ(第一百七條) (シ) 積荷の検査及び其の費用負擔(第一百八條) (エ) 運送貨其他の支拂金に對する擔保提供の義務等(第一百十條) (ヒ) 積荷の滅失毀損の場合に於ける運送貨全額請求權(第一百一十條) (モ) 運送貨不拂の場合に於ける積荷引渡拒絶權其他(第一百十二條) (セ) 荷受人の積荷受領拒絶の場合等(第一百三三條) (ス) 運送人の積荷供託等(第一百四四條) (ン) 積荷の競賣等(第一百五條) (イ) 積荷の滅失其他の場合に運送人が責任を負はざる場合等(第一百六條) (ロ) 滅失毀損の積荷に對する賠償價格法定等(第一百七條) (ハ) 賠償額の限度等(第一百八條) (ニ) 船長の目を忍んで、船舶内に持込まれたる積荷に對する處置(第一百九條) (ホ) 定期備船とは何か(第二十條) (ヘ) 當事者間の法律關係の決定(第二十一條)

(ト) 運送人の義務(第二十二條) (チ) 海難救助料等(第二十三條) (リ) 旅客運送契約上の義務(第二十四條) (ヌ) 旅客の權利を縮減する特約の無効(第二十五條) (ル) 乗船切符の證據力(第二十六條) (ヲ) 運送人の船舶利用權(第二十六條) (ワ) 運送貨の返還義務の存否(第二十八條) (カ) 航海地棄運送貨返還請求權(第二十九條) (ヨ) 運送人の事由に因り旅客が航海上の權利を利用せざる場合の運送貨の拂戻(第三十條) (タ) 旅客海上契約解除の事由(第三三條、第三十一條) (レ) 旅客の受けたる損害に對する運送人の賠償義務(第三十二條) (ソ) 荷物として認めらるゝ物(第三十三條) (ツ) 運送人の荷物留置權、荷物競賣權等(第三十四條) (ネ) 荷物の滅失毀損に對する運送人の責任(第三十五條) (ナ) 旅客の荷物無償携帯權及び其の滅失毀損に對する運送人の責任(第三十六條)

第八 曳船契約

(イ) 運送契約の一種 (ロ) 當事者間の權利義務(第三十八條) (ハ) 締結の方式(第三十九條) (ニ) 被

曳船を曳船する場合に人及び物に加へたる損害に對する責任等(第四十條)

第九 共同海損と特別海損

(イ) 一九二〇年十月二十九日の布告、翌年十月十七日の布告 (ロ) 一八九〇年のヨーク・アントワープ規則及び商慣習 (ハ) 一九二六年四月七日の布告、一九二七年四月七日の規定 (ニ) 第七章の規定と一九二七年の規定との差異(第四十二條) (ホ) 共同海損と成るべき損害(第四十三條) (ヘ) 共同海損として認めらるゝ異常支出を避くる目的を以てなされたる費用に因り生じたる損害(第四十四條) (ト) 航海繼續不適狀又は不能に因る拒絶の確定の場合に於ける或費用(第四十五條) (チ) 特別海損(第四十二條乃至第四十四條に定まらざる船舶積荷運送貨に生じたる損害(第四十六條) (リ) 共同海損の分擔(第四十二條) (ヌ) 過失の責ある人に對する共同海損關係者の損害賠償の權利(第四十七條) (ル) 船舶利用者の知らざる間に積込まれたる物及び不實表示貨物の滅失毀損より成る損害は、分擔せられず(第四十八條) 然し被救助貨物は分擔す (ヲ) 舊材料が新材料に換へられた



る場合の控除(第五十條) (ワ) 積荷の滅失毀損の共同海損の決定標準(第五十一條) (カ) 共同海損の填補に  
關與ある總財産額(出捐資本) 決定標準(第五十二條) (コ) 共同海損分擔に對する精算(第五十三條) (ク) 任意法規(第五十四條) (ケ) 精算人の任務資格活動等

第十 船舶の衝突より生ずる損害の賠償

(イ) 一九二六年七月二十七日の海損に關する規定 (ロ) 同年十二月二十一日の規定 (ハ) 現行海商法は一九一〇  
年九月二十三日のブラッセル條約に準據せず (ニ) 自治的規定に據らしめた (ホ) 衝突の場所、衝突船舶(第五  
十五條) (ヘ) 損害負擔の原則(第五十六條) (ト) 船舶一方の不當操縦又は不作爲に因りて生じたる場合(第  
百五十七條) (チ) 責任平分の場合(第五十八條) (リ) 死亡又は健康上の傷害の損害に對する連帶責任等(第  
百五十九條) (ヌ) 水先人の過失に依る場合(第六十條) (ル) 各船長の船舶船員及び旅客の救助義務(第六  
十一條) (ヲ) 衝突に關する原則適用の擴大(第六十二條)

第十一 海難救助の報酬

(イ) 一九一〇年九月二十三日のブラッセル條約の規定に依り編制されたもの (ロ) 軍艦にも適用される (ハ) 救  
助料請求權の創設(第六十四條) (ニ) 救助さるゝ船舶及び場所等(第六十三條) (ホ) 人命救助と被救助者  
との關係等(第六十五條) (ヘ) 救助料を請求し得ざる場合(第六十六條) (ト) 救助船が被救助船の利用者  
に屬する場合の救助料(第六十七條) (チ) 救助料額の確定(第六十八條、第六十九條、第七十條) (リ)  
救助料中に含まるゝもの(第七十一條) (ヌ) 救助料は裁判所が之を定む(七十二條) (ル) 救助料の分配  
(第七十三條、第七十四條)

第十二 船舶利用者の責任の限界

(イ) 船舶利用者の意義 (ロ) 自己の全財産に對して一切の債務の責に任ずるを本則とす (ハ) 例外として有限の  
場合(第七十五條) (ニ) 強制執行を爲し得ざる船舶(第七十六條) (ホ) 船舶利用者の責任有限なる請求權

(ハ) 有限責任に非ざる場合(第七十七條) (ト) 有限責任額の範圍(第七十八條、第三十七條) (チ) 船  
舶價額の決定(第七十七條第一項、第七十九條) (リ) 本章に所謂運送賃(第八十二條) (ヌ) 船舶利用者  
の責任を低下せんとする約束の無効(第八十一條)

第十三 優先權の伴ふ債權

(イ) 一切の債權殊に擔保權に依りて擔保されたる債權に優先するもの(第八十二條、第八十四條) (ロ) 優先  
債權の順位(第八十三條、第八十五條) (ハ) 債權者の共同利益に於て爲されたるもの(第八十六條) (ニ)  
順位同一なる場合等(第八十七條、第八十八條) (ホ) 船舶移轉ありたる場合に於ける優先的辨濟(第八十九  
條) (ヘ) 優先辨濟請求權の消滅時効(第九十一條) (ト) 有限責任として拘束を受くる財産の拘束(第九十  
條) (チ) 斯る債權の特別保護(一九二六年四月十日の海法上の先取特權及び抵當權に關するブラッセル條約に倣ふ)  
(リ) 船舶債權者なる名稱を用ひず (ヌ) 國有船舶の強制執行の不許容 (ル) 優先的辨濟を受くる權利の物權性  
(ヲ) 一債權が兩類に屬する場合に關して解決の標準を定めざるは大缺點

第十四 海上保險契約

(イ) 國家保險に關する規定に従はざれば無効(第九十二條、第九十三條) (ロ) 保險の目的(第九十四條)  
(ハ) 海上保險契約の存立並に内容の證明(第九十五條) (ニ) 保險者の證書署名發行の義務(第九十六條)  
(ホ) 他人のための保險契約及び其の法律關係(第九十七條、第九十八條、第九十九條) (ヘ) 保險證券と引換  
にのみ保險金額を支拂ふべき場合(第二百條) (ト) 被保險積荷の讓渡の場合、保險料の支拂に關する抗辯の證券所  
持人に對する效力(第二十一條) (チ) 被保險船舶の讓渡の場合(第二十二條) (リ) 保險金額と保險價額(第二  
三條) (ヌ) 保險金額が保險價額に超過するときは無効(第二十四條、第二十五條) (ル) 重複保險の場合(第二  
七條) (ヲ) 損害發生の可能性既に消滅したる場合に於ける保險契約の效力等(第二十八條) (ワ) 總括保險(第  
二百九條) (カ) 總括保險に付き開示事項通告義務等(第二十條) (コ) 總括契約に基く特別保險證券又は證書



作成義務等(第二百一十一條) (タ) 保険者の責任無き場合(第二百一十二條、第二百一十三條、第二百一十四條) (レ)  
保険者の共同海損分擔支拂額に付き擔保を供すべき義務(第二百一十六條) (ソ) 共同海損の精算書作成の場合に於ける  
保険契約者の義務(第二百一十七條) (ツ) 戦争危険其他の損害に付き保険者の責任に任ぜざる場合(第二百一十八條)  
(ネ) 危険變更のため割増保險支拂を諾する旨を表示したるとき例外(第二百一十九條、第二百二十條) (ナ) 事故  
を保險者に知らしむべき保險契約者の義務(第二百二十一條) (ラ) 保險契約者の損害防止減少等の義務及び其の違背  
等(第二百二十二條) (ム) 保險者が全保險金額を支拂ひ保險契約より生ずる一切の義務を免るゝ權利を有する場合  
等(第二百二十三條)(嶄新の立法例) (ウ) 保險者が保險契約者の支出したる費用填補の責任ある場合等(第二百二十  
二條、第二百二十四條、第二百二十五條、第二百二十六條) (キ) 保險者は保險金額の範圍内に於ける損害に付てのみ  
其の責に任ずる(第二百二十七條) (ノ) 一切の全損害額が保險金額に超過する場合も同様(第二百二十八條) (オ)  
被保險物上の一切の權利の保險者への移轉(第二百二十九條) (ク) 船舶行方不明となりたる場合に於ける全保險金  
額請求權等(第二百三十條) (ヤ) 期間保險の場合に於て船舶が期間内に行方不明のものとして責に任ずる場合(第  
二百三十一條) (マ) 船舶の行方不明の場合に於ける保險委付等(第二百三十二條) (ケ) 填補額を支拂たる後に於  
て船舶が滅失せざりし事判明したる場合(第二百三十三條) (フ) 委付の通知を保險者が受けたる場合に於ける被保  
險物上の權利の移轉等(第二百三十四條) (コ) 委付權の消滅、撤回等(第二百三十五條) (エ) 犠牲に對する賠償  
額受領上の權利を保險者に移轉する契約者の義務等(第二百三十六條) (テ) 賠償請求權の行使に必要な通知書類  
交附等の義務(第二百三十七條) (ア) 契約者が第三者に對する損害賠償請求權を拋棄したる場合(第二百三十八條)

第十五 船舶の抑留

(イ) 政府の海商港長の船舶又は積荷の抑留權及び其の消滅 (ロ) 不當抑留に對する責任負擔者 (ハ) 此の規定を  
適用せざる船舶(第二百三十九條) (ニ) 航海を終了せざる船舶に付ての差押不能(第二百四十條)

第十六 消滅時効

(イ) 各種の請求權に付て異なる (ロ) 一年の消滅時効にかゝるもの (ハ) 二年の消滅時効にかゝるもの(第二十  
四十一條) (ニ) 時効の中断停止再進行等に付ては民法に従ふ (ホ) 其の例外(第二百四十二條) (ヘ) 時効期  
間の伸長(第二百四十三條、第二百四十四條) (ト) 同民法第四十四條は別段の定めなければ消滅時効は三年

緒言

最近に於て「ソウエート」聯合政府の海商法典がハ・フロインドの手に依りて獨譯せられ、其の  
獨譯全文と梗概が、又獨逸商法及び破産法雜誌第九十五卷の附冊上に載せられたことに據りて、該  
政府の海商法の何たるかを知ることを得たことは、小生に採りては、大なる喜びを感じたのであつ  
た。今同氏の説述に據りて、該政府の海商法に就き茲に紹述すること亦徒爾ではなからう。

該海商法は一九二九年七月十七日公布せられ、其後三ヶ月を経過して實施せらるべき旨を定めて  
居るから、現今に於ては既に實施せらるゝ所と思はるゝのである。該法典は、其の本質に於ては從  
來殊に一九二四年以來發布せられたる各別の海商に關する布告を成典化したもので、私法的規定と  
數多の公法的規定とを包容する。謂はゞ、公・私法混淆の法典であることは、恰も英國に於ける商  
船條例に似た所である。だが其の公法的規定が私法的規定と相交錯して規定せられたことは、英國



に於ける自然にして特有なる發展に基くものとは異にして、一方に於て商船の國有を認むると同時に、他方に於て對外通商の國家獨占と運送行爲の國營を基本として、該政府の採れる綱領を實行せんとしたる所は、其の特色を作すものである。而も、世界通商の必要上「ソウエート」法の精神を絶對的に貫徹することは、稍々困難であるとの考察より、國家經濟と個人經濟との調和を圖りたる點あるを見るは亦止むを得ない所、其他の法規が其の全體より觀て、社會主義的法規と個人經濟的法規の混淆より成るものと異なる。

海商法が多く本來國際的色彩を帶有し、諸國の立法に於て、國際的法規に従はしめんとする努力が現に行はれつゝ、あることは、何等疑なき顯著なる事實である。該海商法が幾多の國際海法會議の結果を採り入れたことは、殊に目覺しき事柄であり、清新の氣持を感せしむるに足るのである。該海商法中には明かな任意的規定を諸所に見出すことを得べく、而も外國法の適用すらも時に許容せらるゝは、實に其他の該政府の法規が全然外國法に準據する特約を認めないものとは、非常に異なる行き方をしたことを推知することが出来るのである。

該海商法は商法の一部を作すことなく、民法に對する獨立なる特別法として其の地位を占めて居ることは、從來の法典國とは全然異なる立法例を作したものである。之を換言すれば、民法と商法との分類法に依らずして、從來の商法中に規定せらるべき諸制度は、多くは全然特別法として存せしめ、商法典なる一編制體を作らないで直に「ソウエート」聯邦法の一部として考察せられ、民法の附屬法として看做し、疑ある場合に於ては直に民法典の所定に據らしめたのである。此の意味に於ては、該海商法も亦民法に優先して適用せらるゝも、該法に規定なき場合に於ては民法典の定むる所に從ひ補充せらるべきである。實に商法典なる存在を抜きにしたる所は同國立法機關の英斷に由るものと謂はなければならぬ。

該海商法は、二百四十四條より成り、十四章に彙類せらる。第一章に於ては、施行規定として第一條より第五條に至り、第二章に於ては第六條より第五十一條に至り、船舶に關する規定を收め、(甲)國旗掲揚權と船舶上の所有權 (乙)船籍港の選定と其の登録並に船舶登録簿に於ける登記 (丙)船舶備付の書類 (丁)船舶の讓渡と質入に關する規定に分類せられ、第三章に於ては船員に關する規定を第五十二條より第六十九條に收め、第四章は對外交通と沿岸航路に於ける海上運送に關する一般規定を收め、第七十條より第七十二條に至り、第五章に於ては海上運送契約に付て規定し、第七十三條より第三百三十七條に至り、(甲)物品海上運送契約 (乙)定期傭船契約 (丙)旅客海上運送契約 (丁)軍隊運送の四節に分類せられて居る。第六章に於ては曳船契約に關する規定を定め、



第三百三十八條より第四百一一條に至り、第七章に於ては第四百四十二條より第五百五十四條に至るまで、共同海損と單獨海損に關する規定を設け、第八章に於て船舶の衝突より生ずる損害の賠償に關する規定を作し、第百五十五條より第百六十二條に至り、第九章に於ては救助に對する救助料に關する規定を定め、第百六十三條より第百七十四條に至り、第十章に於ては船舶利用者の責任の限界に關する規定を收め、第百七十五條より第百八十一條に至り、第十一章に於ては優先的效力を有する債權に就て規定し、第百八十二條より第百九十一條に至り、第十二章に於ては第百九十二條より第二百三十八條に至るまでに海上保險契約に就て規定を設け、第十三章に於ては船舶の抑留置分に關する規定を作し、第二百三十九條より第二百四十條に至り、第十四章に於て消滅時效の期間に關する規定を設け、第二百四十一條より第二百四十四條に終る。

單に上記の編別に就てのみ觀察するも、施行規定を頭首に置きたる點を別にし、第二章に於ける船舶に就き國旗掲揚權と船舶國籍證書に關する規定を設け、第五章に於ける海上運送契約に於ても、特に定期備船契約と軍隊運送に關する規定を設け、第八章に於て船舶の衝突より生ずる損害賠償に關する規定、第十章に於て船舶利用者の責任の限界に關する規定、第十三章に於て船舶の抑留處分に關する規定、第十四章に於て消滅時效の期間に關する規定を獨立せしめたる點に於て、吾商法上

の編別と其の趣を異にし、從來、歐洲の立法に現はれたる海上貸借の制度が、既に陳腐に歸したるの故を以て、全然其の影を沒したることは、特筆するに價するものと思ふのである。左に各別の制度に就き其の概要を見よう。

### 第一 船舶の範圍

該海商法の適用を受くべき船舶に就ては、第一章の施行規定中に於て、列舉的に各種の船舶を明記し、商船は、勿論漁船、救助船、引揚船、曳船より碎氷船、港内曳船、人命救助船、職業保護船、檢疫船、海底電線敷設船、練習船等の如き特別なる目的を以て該政府の用務に供せらる、船舶、科學上の目的のみを有する船舶、快遊其他の目的に使用せらる船舶を包含し、殊に海船のみに適用せらる、ことを明かにして居る(第一條)。戰艦に付ては適用なきを原則とし、國の水先、港の水先並に沈没物の引揚に關する規定に付ては例外たる旨を示し、前記の政府の用務に供せらる、船舶には第五章乃至第十一章及び第十三章に於ける規定を及ぼさざる旨を定め、第五章及び第七章の規定は前記の科學上の船舶及び快遊等の目的を有する船舶に適用なき旨を明かにし(第二條)、各場合に於て生ずることあるべき疑義を排除したる意味に於て、用意の周到なるに敬意を拂はざるを得ない。



更に船舶所有者なる名稱を避け、船舶利用者なる名稱を以て海商法上の主體となしたることは、特に注目すべき所であつて、自己の名義を以て船舶を利用する者を指して、船舶利用者と名づけ、其の利用者が船舶の所有者たると、所有者との契約に基き又は其他の法定の事由に基き利用するとは之を問はないことを定義し(第三條)、以下二條に於て適用上の例外の規定若くは場合を詳細に定むるのである。

## 第二 國旗權

「ソウエート」聯合政府の國旗を掲揚するの權利は、其の船舶の所有者が該政府の國籍を有することを以て前提條件とする。該船舶の製造地如何は之を問はない。船員に關する條件としては他の諸國の立法例に於て見るが如くに、國旗掲揚權の前提條件と觀ない。寧ろ國旗權の效果として考察し得るやうである。固より、船員は原則として該政府の國籍を有しなければならぬことを定むるが、其の例外をも認むる(第五十二條)。

何人が船舶所有者として該政府の國旗を掲揚する權利を有するやを見るに、國民委員會が各場合に付き行政命令を以て許容し得る可能的の例外は之を別問題とし、該政府の國民なるか若くは外國資本の關與せざる法人に非ざれば、國旗權の主體たる能はざるものと謂ひ得るのである。法人に就て謂へば「ソウエート」法に依る法人たることを要し、而も常に資本の力に依りて外國人の關與することを排斥する。法人は、公法上のものたる私法上のものたるを問はない、又營利を目的とするを公益を目的とするを論じないが、共に該政府のみの國籍を有することを要する。たゞ相續又は國籍喪失に因りて船舶上の所有權又は共有權が外國人に移轉する場合に於ては、夫々場合に應じて六ヶ月又は三ヶ月の短き期間内は止むを得ざる例外を作すを見るのである(第十二條、第十三條及び第十五條第二項)。

國旗權が同時に國旗を掲揚すべき義務を伴ふものであることに付ては特に明記する所はないが、各船舶は總噸數二十噸以上なるや否やに依りて船舶國籍證書又は船鑑札孰れか一を受有すべき義務を課したる點より觀て、間接に其の義務を強要することを推知し得るのである。此の點に於ては、吾國法に従ふも同様であると解し得る。更に其の國旗權の重要性に至りても亦同じく、公法上並に私法上の兩方面に於て其の意義を有する。此の權利を有する船舶に非ざれば沿岸貿易に従事し得ざるが如きは、其の一例である。船舶衝突法に於ても、幾多の法律要件に付き該政府の法規の適用に其の限界を定むる標準を作すものである。



## 第三 船舶上の物權

船舶が所有權其他の物權の物體として取扱ひ得る點に關しては、何等の特異なる所あるを見ない。然し何人にも船舶上の所有權者たり得るやの問題に至りては、必ずしも其の符を一にしない。多くの立法例に於ては、各人は原則として所謂商船の所有者たるの能力を有するものなるも、「ソウエート」法に於ては、自然人たるを問はず、私法上の人格者に悉く總て商船の所有者たるの能力を與へない。是れ、海運事業が海外通商の重要な補助手段たること明白にして、既に海外通商が該政府の獨占として經營せらるゝ以上は、此の經營方針と相適合するを要するものであるから、此の點より觀て、私人が有し得べき船舶の所有能力に非常なる制限を加ふることあるは論を俟たない所である。該政府の制度上に於ては、國家獨り海外通商の主體として認めらるゝものであるから、商船亦其の本質上國家の所有たるものとして、一應其の根本方針を定むるは當然とする所であり、唯已むことを得ない場合に於てのみ私人の商船所有の能力を認むるに過ぎないことは、首肯し得らるゝ所である。從て、何人が商船上の所有權を有し得るやに關する能力許與の規定は、海外通商の獨占到關する規定の補充法規として觀らるべきものである。單に海運上の監督に伴ふ制限として理解すべきものではなく、寧ろ海外通商に必要な船舶の所有能力を國家の專屬權として認め、之を以て國家の海外通商の獨占を確保せんとするに外ならないものと解しなければならぬ。

上述の觀察點よりして、商船の重要な換言すれば比較的大なる船舶は國家の專屬に歸せしむるものと考へ得べきも、比較的小なる船舶は之を私人の所有に委すること、必ずしも其の根本方針に適せざるものとは謂ひ得ない所である。一九一八年一月二十六日の布告に於て、既に船舶の國有化に關し、一定の小船階級を除外したるを見ても明かである。例せば、登簿噸數二十噸に満たざる船舶の如きである。然り而して、現海商法は必ずしも此の布告に定むる所を墨守しない。又一九二四年九月五日の布告に依りて多少商船私有の可能性を擴張し、或種の法人は定款の定むる所に從ひ（固より其の定款は官廳の許可を要する）各種の船舶所有能力を有し得たのであつた。しかし現海商法は更に其の範圍を擴大して其の船舶所有の能力に關する範圍を明確に限定したものである（第九條）。是れに由れば、船舶の種類、大小を問はず所有能力を有する法人としては、「ソウエート」聯合政府、其の共和政府、地方行政團體、國家の營造物と企業團體、公私合同の企業團體なるときは外國資本の關與せざる、指揮機關の國人なる場合に限り、其の混合企業團體、公共の福利を目的と



する公益法人、重大なる公共組合團體（純然たる地方的のものでない）を擧ぐることを得る。

「ソウエート」聯合政府の國民、私的株式會社、其他の會社、同業組合、思想上の社團並に最低の公共團體は補助機關を有すると否とを問はず、帆船、快遊船、商船に屬せざる船舶、登簿噸數二十噸を超へざる機械力を有する船舶の所有能力を有するのである。又該國民及び最低の公共團體は上述の船舶の外に、更に機械力を有する登簿噸數二十噸以上の船舶にても、其の長さ百五十呎を超へざるときは、該國民又は團體員自己の勞働力を以て船舶に關係し、單に一船舶を有する場合に限り、之を所有する能力を有するものと規定せらる（第八條）。

斯の如く、同政府に於ては、商船の國有を以て本體とし、一私人の所有能力を極度に制限したるの點に於て、一大新立法例を開いたものである。かく制限したる私有制度を認むると同時に、私有船舶が外國人の手に移轉するの不利益を防止せんが爲めに、國家に先買權を賦與するのである（第十一條、第十二條）。船舶共有の場合に於ては、他の共有者に先買權の賦與せらるゝことは、吾國の制度に付き見る所と異なる（第十三條）。前の場合は、國家若くは之と同視すべき法人に非ざる法人の解散したる場合、及び船舶所有者が該國の國籍を失ひ又は相續に因りて外國人の手に移轉する場合を包含する。此の先買權は、國家の特別委員に依りて支拂はるべき實價が確定せられ、六

ヶ月内に行使せらるゝのである。後の場合に於ては、契約上又は裁判上確定せらるべき實價に従ひ三ヶ月以内に實行せらる。上述せる先買權が上記の期間内に實行せられない場合には、國旗權は消滅し、其の船舶の所有者又は共有者は該政府の國籍を有する船舶を所有するの能力を失ふに至るものである。

商船の讓渡又は質入に就ても、亦公法上及び私法上の制限に服する。公法上の制限としては、商船の讓渡の方法に依りて、商船の所有能力なき人に移轉するを禁ずるは勿論である。國有船舶は國有財産の讓渡に關する規定に従ひ、他人に之を讓渡することを得る（第三十七條）。然し全「ソウエート」經濟の基本と爲れる布告に依れば、國有財産は私人（自然人と法人とを包含する）及び公共的並に公益的の諸團體に之を讓渡し得ざる旨を定め、從て又之を是等の者に質權又は執行の物體と爲し得ざる旨を定むる。例外は、船舶が例せば老齡脆弱と爲りたるとか又は使用に堪へざるに至りたるが如き場合に於ては、各々許可の手續を経て讓渡することを得る（一九二六年六月十一日布告）。其他の場合に於ては「ソウエート」聯合政府は聯邦共和國の國民委員會の處分に基く場合に於てのみ其の船舶を私人に讓渡し又は質入することを得る。既に船舶が質入の物體を爲せる場合に於ては質權者の同意を求むることを要する（第五十條）。上述せる以外の船舶の場合に於て取得者が外國人



(法人を包含する)なるときは、該船舶の譲渡に付き特別の許可を受くることを要する。即ち豫め「ソウエート」聯合政府の交通部及び内外通商部の國民委負會の許可を求むべく、契約が外國に於て締結せらるゝ場合に於ては管轄領事の許可を求めなければならぬ。

私法上の制限としては、船舶の賣却、質入共に其の法律行爲の效力を保有せしむるが爲めに、公證人に依る確證の手續を要する。外國に於ては管轄領事之を管掌する。登記船舶の所有權の移轉又は質權の存立に付ては船舶登記簿に登記することを要する。是れ第三者に對する關係に止まらない。當事者間に於ける内部關係に於ても必要な手續である。登記せられざる船舶の譲渡に付ては其の所有權の移轉又は質權の存立は船鑑札上に、場合に從ひ或は公證人或は領事の記入あるを以て足るのである。外國に於て取得し、未だ登記を受けざる船舶に付ては、國旗權に關する假證明書上に記入するの手續を履踐することを要する。

船舶の質入に付ては民法の定むる所に從ふのである。從て書面行爲の一に屬する(民法第八十五條以下、殊に第九十條)。

船舶所有權の相續に因る移轉は民法上更に新に認めらるゝ所であるが、始めは遺産額一萬留に制限せられたるも、一九二六年以來斯種の制限なしに移轉せらるゝのである。

#### 第四 船舶の登録と登記

「ソウエート」聯合政府の國旗を掲揚し得る船舶は、該政府の一商港に登録することを要する。其の商港は船舶所有者自由に之を選択することを得る(第十六條)。少くとも登簿噸數二十噸以上の船舶は、上記の登録以外に船舶登記簿に登録しなければならぬ。之より小さき船舶は、其の所有者の申請に基きて、船舶登記簿に登録し得るのである。斯る船舶は單に登記能力を有するに止まる。船舶登記は商港の行政管廳の司どる所である(第十七條)。各船舶には之を標示すべき特別な名稱を附加することを要する。此の名稱の變更には特別な手續を要し、自由なる變更を許さない(第十八條)。

船舶登記簿に表示さるゝものは、(イ)船舶登記の日附と番號、(ロ)船舶の名稱、(ハ)登録港と番號、(ニ)製造の日時と場所、(ホ)容積、(ヘ)登記容積、(ト)動力の種類、(チ)船舶の目的、(リ)船舶の所有者、(ヌ)船舶上の負擔、(ル)登記上抹削の事由と日附に關するものである(第十九條)。此の登記に依りて、登記船舶に付き公信用を與ふるものである。何人も登記を閱覽することを得べく、港の行政廳は願出に據り登記の抄本を下附すべき義務を負擔する(第二十條)。而して船舶に關する



一切の権利の設定及び變更は其の設定及び變更が船舶登記簿に登記せられて始めて第三者に對する標準を與ふるものである(第二十二條)。

### 第五 船舶備付の書類

前記二十噸以上の總積載能力を有する船舶は原則として次の書類を備へ付けなければならぬ。

(イ)船舶國籍證書、(ロ)船舶所有權を證する書類、(ハ)船舶積量測定證書、(ニ)航海能力に關する證書、(ホ)船員人名簿、(ヘ)船舶日誌、(ト)機關日誌、(チ)衛生日誌是れである。二十噸以下の船舶に在りては船鑑札、航海能力に關する證書及び船員名簿を備へ付けなければならぬ(第二十四條)。十二人以上の旅客を運送する船舶に在りては上記の書類以外に、更に旅客に關する證書、無線放送機を有する船舶は斯種の權利に關する證書、更に商船たる船舶及び専ら科學上の目的に使用せらるゝ船舶は該政府の登記委員が特に免責せざる以上は、甲板上の最低額を證する書類を備へ付くることを要する(第二十六條)。是等の書類中船舶所有權を證する書類と船鑑札を除いては、其の原本を船舶内に備へ置かねばならぬ。上記二書類は認證ある謄本を備へ付くるを以て足る(第二十七條)。船舶登記簿に登記を爲すべき船舶に付ては船舶所有者が其の登記と國旗掲揚權に關する證明書と

船舶所有權を證する書類とを受有するに非ざれば、原則として國旗掲揚權を有しない。登記を要せざる船舶に付ては船鑑札を受有するに非ざれば原則として國旗掲揚權はない(第二十九條)。例外は外國に於て「ソウエート」聯合政府の國旗を掲揚せる船舶の所有者より船舶を取得したる場合であつて、此の場合には該政府の領事が國旗掲揚權に關する假證書を交付し、之を以て前記の書類に代ゆることを得る。固より其の有効期間は一ケ年以上に涉ることを得ないが、商港に於ける登記と船舶登記簿に於ける登記を爲すに至るまで其の效力を保有する(第三十條)。

船舶積量測定に關する證書、積載能力に關する確認證書、航海能力に關する證書、旅客に關する證書、甲板上の最低額に關する證書、無線放送局の利用權に關する證書は「ソウエート」聯合政府の登記局より下附せらるゝ所である(第二十一條)。船員名簿と船舶日誌は船長の作成する所に係り、其の形式と記載に付ては交通部の所定に従ふ(第二十二條)。機關日誌、無線電報日誌は船長の監督の下に其の係員の作成する所にして、其の形式と記載に付ては交通部の所定に従ふ(第二十三條)。衛生日誌に付ても同様の形式と記載とを爲さなければならぬ(第三十四條)。前記最後の三日誌は登記ありたる後、船舶利用者三ケ年間之を保存することを要し、該期間後は交通部の海上運送を管掌する中央局報部に依りて保存せらる(第二十五條)。若し夫れ外國船にして該政府の商港を往來す



る場合に於ては、前記の書類は當該船舶の所屬國との間に於ける條約の定むる所に従ひ、當該國が條約國に非ざる場合に於ては「ソウエート」政府の國籍を有する船舶が當該外國に於て同様の取扱規定に従ふ範圍内に於て「ソウエート」港の官廳に依りて船舶の積量測定、検査並に旅客收容能力の決定を爲すものである(第三十六條)。總て此の點に於て相互主義を採用したものと謂ひ得るのである。外國船舶の航海能力にして疑はしき場合又は該政府の港に入るに當りて海商法に定むる確認書類を有せざる場合に於ては、「ソウエート」官廳は該船舶の諸條件に關して審檢並に技術上の検査を爲す權利を保有する(同條)。

## 第六 船 員

船舶の指揮者並に機關士に關しては特に附則第二に於て之を定め、船長、船員並に機關士に付き一時的故障ある場合に於て執るべき處置に關しては附則第三に於て之を定め、商船上に乗込むべき船員の最少の定員に關しては附則第四に於て之を定む。海商法に於ては主として船員の構成、資格、任免及び權利・義務に就き規定を設く。船員の構成は(イ)船長、(ロ)其他の高級者、(ハ)船舶諸長である。高級者とは船長の補助者、機關士、無線電信技師、貨物監督及び船醫である。諸長とは甲

板係長、機關長及び其他一切の船務に従事する人々を指すものである(第五十二條)。

船員は「ソウエート」聯合政府の國民より成るを以て原則とする。例外は四場合に存するも、船長と其の最高の補助者に付ては常に自國人たることを要し、外國人の任命を許さざるものである(第五十三條)。其の任免上の手續、労働の條件及び勤勞上の權利・義務は(イ)現行労働法、(ロ)本法、(ハ)特に許されたる労働定款、(ニ)一般の手續規定に依る内規、(ホ)合同契約並に労働契約に依りて定まる(第五十四條)。契約の解消ありたる場合に於て船舶利用者が送還又は之に代るべき費用等を負擔するの點(第五十五條)に至りては各國の立法例とは大差はない。一切の船員は船長の諒解の下に於てのみ任命せられ、航海中に於て船員に義務違反の行爲ありと認めたるときは、其の事情に従ひ其の待遇を下げ、勞務の行使を禁じ或は解任するの權を有し、労働法の定むる所に従ひ處罰權を實行するの權を有し、外國港に於て碇泊中なるときは領事館規則第四百四條に定まれる手續に従ひ審理せられたる上處罰權を實行することを得る。勞務行使の禁止又は解任ありたるとき船舶利用者が送還の義務を負ふことは前記第五十五條に定むる所と異ならない(第五十六條)。實に船長の地位は航海安全の必要上專制的なるものと稱することを得る。

船長が船舶利用者及び積荷利害關係人に對する關係に於ては、船舶、積荷及び航海の必要上爲す



べき行為に關しては上記の人々の法律上の代理人たるの地位を有することは、各種の立法例に付て見ると同様であり、船舶利用者又は積荷利害關係人の代理人の現存せざる場合に於て、船長が船舶積荷竝に運送賃に關し裁判上原告と爲り又は被告たるの權限を有する。而して船長の是等の代理權に加へたる制限は單に内部的に其の效力を有するに止まり、總て善意の第三者に對抗することを得ないと定めたる點に於ては吾國の立法と異なる所を認めない(第六十七條)。

航海中に於て急に金錢を要する場合殊に船舶の修繕、從物の補充、船員への支給、其他航海繼續に必要な場合には、船長は船舶利用者の指圖を待つゝの違なきときに限り、(イ)特種の艤裝物件を除いては船舶に餘りある從物を賣却するを得べく、(ロ)船員の給養に必要ならざる貯藏品の一部を賣却するを得べく、(ハ)積荷の全部又は一部を賣却し得る權能を認めたことは別に異なる色彩を有しない。船長の有するこの緊急處分權は内地にありては港長、外國港に在りては領事、該港に領事なきも電信に依る聯絡を執り得る以上は其の領事の許可を受けなければならぬ。船長が上記の處分中如何なる手段を選択すべきやは、船舶利用者及び積荷利害關係人に最も損害の少なき方法を探擇すべき義務を負ふものである(第六十八條)。不當なる處置を採りたる爲め船舶利用者に損害を加へたるときは、船長は之が賠償責任を免るゝことを得ない(第六十九條)。

船長が船舶の指揮權を有し、處罰行為を爲したる船舶内に在る者に對し相當の處分を爲すべき職務を有し、生死の場合に於て適宜に認證處分を爲すべき職責を有し、船舶、在船者及び積荷の安全を圖るが爲めに一切の必要な處分を爲すべき義務を負ひ、船舶の沈没を避くべからざるものとして考へらるゝときは船長は最後の在船者として他の在船者をして先づ船舶を去らしむる義務を負ひ、船長は船員會を招集するの權を有し、其の意見を徵することを得るのみにて、何等の掣肘を受けざること、危険信號を接受し又は海上の危難に在る者を發見したるときは、事情上許し得る限りに於て救助義務を有すること、公海上給養品に不足を告げたる場合に於て積荷を處分し得るの權能を認めたるの諸點に就ては第五十七條乃至第六十四條に規定し、何等の特異なる所を見出さない。

強制水先ならざる水上に於ても、船長が必要と認めたる場合には船舶利用者の計算に於て水先人を執り得る權利を船長に認めたるが如きは、從來の慣習を明定したるものなるべく、生すべき疑を未然に防止したものと謂へやう(第六十五條)。是れ一に航海の安全を期待せんが爲めに外ならない。

## 第七 海上運送

海上運送は其の運送の地域に應じ大別して二となし、之が運送に従事し得る船舶の資格に付て其



の條件を定むる。一は内國港と外國港との間を往來する場合であり、他の一は内國港間を運送する場合である。前の場合に於て海上運送に従事し得る船舶は「ソウエート」聯合政府の國旗を掲揚し得るものと、外國の國旗を掲揚し得るものであるが、後の船舶は相互主義を認めたる外國の該國旗を掲揚し得るものに限らる(第七十條)。後の場合は沿岸小航海と沿岸大航海との二に小分せられ、同一海内を運送するを沿岸小航海と謂ひ、異なる海を航行するを沿岸大航海と名づくる。共に「ソウエート」聯合政府の國旗を掲ぐる船舶のみに限らる。即ち内國船舶に非ざれば沿岸航海に依りて運送に従事することを得ない。沿岸運送に關しては(イ)黒海と「アゾウ」海、(ロ)白海と氷海、(ハ)日本海、「オコック」海と「ベーリング」海は一の海と看做さるゝのである(第七十一條)。唯一例外として看らるゝは沿岸大航海の場合に於て「ソウエート」聯合政府の國旗掲揚船に依り運送すること困難であり、而も該運送を急がざるべからざるの止むを得ざる事情に在るときは、交通部の許可を得て荷送人は外國國旗を掲揚する船舶に依りて運送することを得ることである。固より此場合は一般的に例外的許可を與ふるの筋合でなく、各箇の具體的事實に依りて判斷せられ許可さるゝものである(第七十二條)。

海上運送契約は該海商法に於ては前記の如く四種の場合に分ちて規定せらる。然し就中物品運送契約に就て詳細なる規定を設くることは他の立法例に就て見ると異ならない。第七十三條第一項に於ては海上物品契約に因りて如何なる效果的内容を有するやを明かにしたのである。即ち當事者の一方が船舶に依り一地より他の地へ海上を涉りて積荷を運送すべき義務を負ひ、相手方が之に對して約束上の報酬(運送賃)を支拂ふべき義務を負ふものであることを定むる。此の點に付ては海上運送契約が特種の契約に屬することを明かにしたのみで毫も他の立法例と異なる所を見出さない。然し運送義務を負擔する當事者の一方が前述せる如く船舶所有能力に於て制限せられるから、船舶所有者なる文字に依りて表明することを許されない。寧ろ傭船者又は運送人と稱する文字に依りて表明することの正當なるは明かであらう。

海上物品運送契約が傭船契約と簡品運送契約に分たれ、傭船契約は船舶の全部を以て約せらるゝことあり、一部を以て約せらるゝことあり、一定の場所を指定して運送に充てらるゝことがある。従て全部傭船と一部傭船との別を生ずることは少しも變りはない。然し物品運送契約が附則第七に定まれる規定に従て登録を強要せらるゝの點に至りては其の特色を發揮したるものと謂はなければならぬ(第七十三條第二項、第三項)。但登録を要せざる運送契約は(イ)外國に於て外國人(法人を含む)との間に締結せらるゝもの、(ロ)輸入の場合には、(ハ)條件の附帶せる賣買契約、輸出の場合



合には F.O.B. 條件の附帶せる賣買契約の目的たる積荷の運送契約である。外國と内地間に往來する場合は固より、大沿岸航海に従事する船舶に依る運送の場合、又外國港の間に於ける運送に付ても運送契約の當事者の一方が「ソウエート」聯合政府の法人なるか國民なる場合に於ても、其契約締結地に於て登録することを要する。

此の登録は通常は何等の私法上の効果を齎すことはない。然し登録の遅延又は拒絶の爲めに或は契約に依る適時の履行を爲すを得ざることあるべく、或は全然履行の不能を生ずることあらう。斯る場合に於ては當事者雙方に契約の解除權を與へ何等の賠償義務を認めない。固より當事者に過失なきことを要する。登録の遅延が短き期間に過ぎざるときに於ては、荷送人に此の解除權を與へない(第一百一條後述參照)。

該海商法上の運送契約に關する規定は原則として任意法の性質を有することを表明し、當事者間に於ける約束の自由を認むるも、特に法律要件として法律所定の内容を強ゆる、即ち強行法に従はしむる各場合に於ては、之に據らざる約束は無効であることを定むる(第七十四條)。此の任意性は實に運送契約の場合のみに限らない。其他の契約殊に外國法に従ふことの許容ある場合に於ても存するものであるから、該海商法の行はる、全範圍に於て存するものと謂へやう。但外國法の内容が

該政府の公序に反するときには固より其の許容性を缺くことは謂ふまでもない。果して法規が強行法に屬するや否やを決定するは屢々争を生じ易き問題であるが、該海商法に於て任意性を奪ふ場合に於ては、常に明文を要する旨を明かにしたる點に於て立法技術の優れたるを思はしむるものである。殊に國際私法上未だ明かならざる點に付て海商法の國際法的性質を有するの點に顧みて外國法に従ふ所の約束の効果を認めたることは、大に進歩したる立法として賞揚せなければならぬ所である。運送契約の形式に付ては、特に該海商法上規定せらるゝ所はない。さればとて、同政府の民法の規定に據るべきやと謂ふに、此の問題に付ては該海商法の規定は特に形式を要する場合には特に要式たることを明かにするが故に、形式問題に關する標準は該法自體に従て決すべく、民法の規定に戻ることではないと考へらる。從て運送契約の成立には特に形式を要しないものと解して誤はなからう。第七十五條に於て運送人と荷送人との間に於ける法律關係は約束に依りて定まり、此の約束の存在と内容は専ら傭船契約、船荷證券及び其他の書面上の證據材料に依りて之を證明することを得る旨を定むるから、運送契約も亦口頭にて成立することを推知し得る所である。唯證據としては證書上の材料を要するに過ぎないものと謂へよう。往復書面は固より、一方的通知も亦時に證據材料として役立つものと考へらる。