

# 海上保険に於ける瑕疵危険

久 木 久 一

- 一 瑕疵危険の意義
- 二 瑕疵危険の本質
- 三 瑕疵危険免責の理由
- 四 瑕疵危険擔保特約の有効性

## 一 瑕疵危険の意義

損害保険一般に關しては商法第六四一條に、亦海上保険に就ては同第八二九條一號に、「保險ノ目的ノ性質若クハ瑕疵、其自然ノ消耗……ニ因リテ生シタル損害」は保險者の填補責任外なる旨の規定がある。是即ち茲に謂ふ瑕疵危険に對する保險者の免責規定である。然らば瑕疵危険の意義如何。具體的には如何なる損害を瑕疵危険に因る損害と見做すべきか。保險の目的たる船舶積荷は其自身航海中の總べての危険に對して完全性を

保持し得ざるはもとより當然のことであつて、保険は一面この物的不完全性に對する經濟的補完作用を爲すものであるが、此の物的不完全性が環境即ち外部的諸條件に影響されるに因り顯現せらるべき程度に依り、通常保険の保護を得らるゝ場合と然らざる場合とが生ずることとなるのである。保険の目的の航海上の環境換言すれば、之を動的に觀察して、其の外部的諸條件に因る刺戟が保険の目的の性質に與へる物理的化學的變化即ち損害となつて現はれるのであるが、これが原因を探求するに當り、若しその外部的諸條件の中に異常なものが存在する限り、これを抽出することによつて當該損害の原因と觀念せらるゝものである。之に反して、其の外部的諸條件が通常豫期せられてゐるものであつてその中から特別に取象せらるべきものがないときには、保険の目的たる船舶積荷の質的量的の變化により發生した損害をその物の性質的な損害と考へられてゐるのである。従つて保険の目的の物的損害は如何なるものであるにせよ、その性質上の不完全性の表現に外ならないのであるが、只其の表現の爲の條件がその航海環境の異常性に依り特色づけられてゐるか否かに依り、之を性質的な損害と然らざるものとに區別されるのである。而してこの性質的損害發生の可能性は、保険の目的の特に海上保険にありては積荷の航海上の普通の危険に對抗し得ざる性質上の脆弱性 (Infirmité) に依存するのであつて、斯かる脆弱性を有つ積荷の運送に於ては、當該航海上の環境に適應し得らるべき相當の保護的處置を講ずることを必要とする。若しこの處置によつてその積荷に航海適合性を賦與し得たるときは、必然的に發生を期待される普通の危険には對抗し得らるゝのであつて、容易にその性質的脆弱性の曝露があり得ないのであ

る。この保護的處置はもとより保險の目的の脆弱性を除去するものではなく、只外部的刺戟の影響より隔離せんとするにあるのであるが、それは完全に目的を達し得らるゝものではない。時には斯かる處置が殆んど其目的を果し得ない場合もあり得る。即ちその脆弱性が環境自體に無關係であるかの如く、自然的經過に於て當然顯現されて來る場合があるのである。

亦保險の目的の性質的脆弱性に對する保護的處置は絶對的完全を期し得ることは勿論不可能の事であるが、取引の通念上一定の限度を以つて完全であると觀念せられ慣行せられてゐる場合にありても、普通の航海環境に於て或程度の質的又は量的の變化は回避し得ず、當該航海に於ては當然期待され得るものであるときは、斯かる性質的損害は自然の消耗と稱されてゐる。自然の消耗はかくの如く性質上脆弱性を有する保險の目的に就てのみ起り得るのではなく、特にかゝる脆弱性を有せざる、普通の航海環境に對抗し得る保險の目的の場合にも起るのである。即ちその物の使用及び時間的經過に際して發生し得る損害であつて當然に期待され得るものである。其の發生が必然的であるの故を以て斯くの如く稱される。

保險の目的の性質的脆弱性に對する保護的處置が、取引の通念上一定の限度に於て完全性を有せず、その爲に普通の航海環境にありても容易に其の脆弱性を曝露し以て保險の目的に損害を惹起せしめたる場合は、これを瑕疵に因る損害と認識される。亦保險の目的の一般的性質上普通の航海環境に對抗し得る種類の物であるにも拘はらず、被保險者側の注意の缺如によりその性質を脆弱化し、普通の航海環境にありても容易にその脆弱

性の爲に保険の目的に損害を惹起せしむる場合にも、同様に瑕疵的損害であるとされる。

之を要するに、保険の目的の性質瑕疵並に自然の消耗より生ずる損害は、其の特質として第一には普通の航海環境に於て生ずるものであると謂ふこと、従つてこれを以て外部的損害でなく内部的損害 (not from external damage, but from internal decomposition)<sup>1)</sup>であるとされてゐる。これは保険の目的の内部的變化に重點を置き之を強調したものと謂ふことが出来るが、その爲に保険の目的の内部的變化に外部的條件の作用せることを否定することゝはならぬ。その特質の第二は普通の航海環境の作用を受けても損害發生を促進する内在的素因を有することであり、これは航海と無關係に保険の目的の自體に内在せることである。そしてこの内在的素因が損害と結び付き取象されて瑕疵危険と呼ばれる。その特質の第三はこれ等の損害は性質上の脆弱性の顯現であることである。即ち脆弱性の顯現其自體が損害であつて、これが原因となつて他の損害を發生せしめたる場合にその損害は性質的損害又は瑕疵的損害でない。之を例ふれば、濕氣を含める綿花の自然發火は瑕疵的損害であるがこれが爲に船舶の焼失は瑕疵的損害でなく、亦船舶の老朽摩損は自然の消耗として性質的損害であるが、その老朽箇所よりの浸水沈没は必ずしも性質的損害ではないのである。

今具體的に此等の損害に就て見れば、先づ船舶に就て謂へば、堪航性の缺如と自然の消耗である。堪航性 (Seaworthiness, navigabilité, Seetuchtigkeit) はもとより相對的觀念であつて、當該航海の普通危険に對抗し得る船舶の状態設備 (L'état ou l'équipement du navire) の完全性を意味するのであるが、その缺如に基因する

損害は瑕疵的損害である。<sup>2)</sup>而して其の堪航性の缺如は潜在的であると否とを問はない。潜在瑕疵 (Latent defects, Vices cachés) は船主並に慎重なる船長が相當の注意を怠らなかつたにも拘はらず近代船舶の構造の複雑化の爲發見し難きものであつて、そこに被保險者の過失も存在せず、亦瑕疵證明の困難の故を以て之を瑕疵と認むることを得ずとなす者<sup>3)</sup>あれど、正當ではない。

次に自然の消耗 (Wear and tear, Vétusté, Abnutzung) に就て謂へば、佛蘭西白耳義では Vétusté は Pourriture (腐朽) と區別して Vice propre として認めてゐない。<sup>4)</sup>蓋しそれは損害發生の機會を増大するものとして保險者は之を豫見し新船に對するより更に高率の保險料を課してゐるのは、丁度生命保險に於て保險料は被保險者の年齢と共に増大するのと同様であるからであるとしてゐる。<sup>5)</sup>然し乍ら、之が損害の唯一の原因である限り (Si la vétusté est la seule cause de la perte ou de l'avarie) 之は vice propre であり、<sup>6)</sup>假令其の損害が如何に大きくとも (however considerable) その性質を變へるものではない。<sup>7)</sup>但しこれを普通の海難と區別することは甚だ困難である場合がある。佛蘭西の實際は、獨乙に於けると同様に之を Vice propre として取扱つてゐる。獨乙ではその損害は老朽の直接且つ避け難き結果 (Unmittelbare, unvermeidliche Folge der Abnutzung im gewöhnlichen Gebrauch) であるときは之を Beschaffenheitsschaden としてゐる。<sup>10)</sup>英法でも同様である。<sup>11)</sup>

積荷に關する性質的又は瑕疵的損害に就て見れば、其の種類も多數に上るであらうが、物の缺陷より生ずるものとして動物の病氣、荷造の不充分、荷造材料の不良、商品製造上の缺陷、品質粗惡等による損害で瑕疵的

損害を認められ得るものと、取引の通念上相當の注意が拂はれてゐるにも拘らず物の一般的性状より來る脆弱性の爲に發生する普通の漏損破損の如き自然の消耗と認められるべき損害と變質、腐敗、變色、黴、鏽、汗濡自然發火、自然爆發、動物の斃死の如き、その航海の長期又は困難 (*à la longueur ou à la fatigue du voyage*) の爲に容易に起り得る性質的な損害がある。此の場合普通の漏損破損の如き自然の消耗に因る損害は、普通の航海上或程度期待されてゐるのであるが、他の保險事故に因る損害との區別困難な場合が生じ得るので、獨乙の如く一定割合以下の損害のみを普通の漏損又は破損とし、亦多數の國に於ける負責歩合規定の如きも、一定割合以下の損害を普通の漏損又は破損とせる趣旨を含むものと言はざるを得ず。

次に航海の長期化即ち遅延に基く積荷の品質悪化は性質的損害なりや否やに就て見るに、英國では假令其の航海遅延が保險事故に因るものであつても、之が爲に積荷の品質悪化による損害は性質的損害として認めており、獨乙にありても海上保險定則の解釋上 *Ritter* は同様の見解を述べてゐる。<sup>13)</sup> 然し乍ら獨乙商法(第八二一條三號)は保險事故の爲航海が著しく遅延せるときは (*ungewöhnlich verzögert wird*) 之を性質的損害として取扱つてゐない。即ち著しき遅延に於て其の例外を劃してゐる。之は佛蘭西の學者が、<sup>15)</sup> 止むを得ざる避難 (*Relâche forcée*) による航海遅延に限り、これが爲の積荷の損害を性質的損害と見做さないと同様である。然れども佛蘭西の積荷證券(第五條)はこれを性質的損害として取扱つてゐる。之を要するに、各國の規定學說に多少の差異があるとしても、航海遅延が普通豫測し得らるゝが如き場合にありては、斯かる損害は普通の航

海環境に於て生ずる性質的損害であると認むべきであり、亦その遅延が通常豫測し得られざるもの換言せば異常的なものである限り之を保険事故として取上げ、その損害も亦斯かる保険事故に因るものとして性質的損害と見做さざるを理論上至當とすべきである。

以上保険の目的の性質瑕疵自然の消耗に因る損害に就て一應の説述をなしたのであるが、これ等の事故は性格的には一應各別に考慮せらるべきであるが、その法律的實際的取扱に於ては殆んど區別せらるべき理由を見出し得ないものとして、茲では一括して瑕疵危険の名稱に於て取扱ふふこととする。事實獨乙に於ては *Natürliche Beschaffenheit* とし、佛白では *Vice propre* を以て一括し、英法では *Inherent vice or nature* として取扱はれてゐる。

- (1) Arnould, *On Marine Insurance*, 11th Ed. Vol. II, p. 755.
- (2) 反對 今村有 海上保険論 一九三頁
- (3) Ripert, *Droit Maritime*, tome III, p. 755.
- (4) Danjon, *Traité de droit maritime*, 2me éd., tom. IV, p. 457.  
Ripert, *op. cit.*, p. 754.  
Smeesters et Winkelmoelen, *Droit maritime et droit fluvial* tom. III, p. 129.  
Smet, *Les assurances maritimes*, pp. 272-3.
- (5) Danjon, *loc. cit.*
- (6) Ripert, *op. cit.*, p. 755.

- (7) Arnould, Ibid., pp. 998-999.
- (8) Police française d'assurance maritime sur corps, 1928, Art. 14.
- (9) H. G. R. § 821, Allgemeine Deutsche Seeverversicherungs-Bedingungen, § 59.
- (10) Domas, L'assurance maritime au Lloyd's, p. 389.
- (11) Allg. Deut. Seeverversicherungs-Bedingungen, § 86.
- (12) Marine Insurance Act, § 55 (2) (b).
- (13) Ritter, Das Recht der Seeverversicherung. Bd. II. S. 1030.
- (14) Ripert, op. cit., p. 762.

## 二 瑕疵危険の本質

損害原因としての保険の目的の性質瑕疵並にその自然の消耗は、商法第八一六條に謂ふ「航海に關する事故」に屬すべきものなりや否や、換言すれば瑕疵危険に海上危険の性質を認め得べきや否やに關し、之を否定する説と肯定する説とがある。前説は概ね通説として認められてゐるが、其の主張するところは瑕疵危険は航海に關係なき事故であるとし、又はそれは偶然の事故に非ずとなし、或ひは外來的事故に非ずとなすものである。以下此等の諸點に就て吟味しつゝ、瑕疵危険の本質を明かにして見よう。

先づ第一の點に就て見るに、白の *Smeesters* は<sup>1)</sup>「海上保險契約本來の目的は、被保險者をして海上航海の出



來事から免れしめんとするにある。然るに瑕疵は航海そのものには何等關係なく、反つて完全に之から獨立したものである。(Or, le vice propre, loin de se rattacher à la navigation elle-même, en est, au contraire, complètement indépendant.)となつてゐる。この説は明かに Desjardin の論を受繼いだもので、同氏も大體前者と同様の言をなし、茲に瑕疵の特質がある (C'est même la ce qui le caractérise.) と強調してゐるのである。

もとより保險の目的の脆弱性は航海そのものから獨立してゐることは明かであるが、之が損害を發生せしむるに於て、始めて損害原因としての危険と稱し得るものであつて、Ripert の謂へる如く、「瑕疵は航海前に (antérieur au voyage) 存在し、航海に因り發展せしめられたものである」限り、航海に關する事故と稱するに何等の不都合は存しないのである。盜難は航海中船内の乗客又は船員により行はれることもあるが、陸上より來りて強奪されることもある。何れにしても共に航海に關しての事故である點には渝るところがないのと同様である。

第二に問題とするところは、瑕疵危険は偶然の事故に非ずとなすものにして、即ち航海に關するものである點は一應之を認識すると雖も、危険の本質たる偶然性の缺如を主張するものであつて、多數有力なる學者の採る所であるが、果して偶然性を缺くものであるか。危険の偶然性は發生の可能性のみを意味しない。假令其の發生が必然であつても、その損害の範圍に豫測され得る確定性を有しない場合、即ち危険の程度の不明も偶然性の一内容をなす。亦危険の發生が必然で其の程度も確定してゐても、其の發生の時期の不確定も亦危険の偶

然性たるを失はないのである。この意味に於て瑕疵危険を考察するに、自然の消耗はその發生の必然性は認め得るとしても、その損害の範圍が確定せざる限りに於て偶然的事故たるを失はない。保險の目的の性質瑕疵は必然的に損害を發生せしむるものでなく亦その損害の範圍も豫め確定したものでない。従つてその偶然事故たるの性質を失はないのである。故に瑕疵危険を以て偶然なる事故に非ずとなすは、眞に誤りたる觀察と言はざるを得ない。

最後に瑕疵危険は外來的事故にあらざるを以て航海に關する事故とは謂ひ難いとするものであつて、Arnoldの謂ふ如く、*“Not from external damage, but entirely, from internal decomposition”*はこの意味であり、亦村瀨博士がこの瑕疵危険に關し「危険の他動的なることに關し缺くる<sup>5)</sup>」ところありとなし、更に詳しくは佐々博士が、「蓋し危険は他動的ならざるべからず拘らず、本條(第三九六條)の示すが如き原因は自動的と謂ふべく、自動的のものは偶然性蓋然性を有せず、従つて保險の性質に反するを以てなり。」<sup>6)</sup>と謂ふも、其の主張するところ同一である。

扱て論者の謂ふ如く、瑕疵危険は他動性に於て欠くところありや。既に述べた如く、瑕疵危険と雖も航海環境に對し全然無關係と言ふにあらず。只他の危険にありては保險の目的に影響すべき環境即ち外部的條件の異常性を取象することにより瑕疵危険と區別せらるべきのみ。船舶の自然の消耗は風波の作用を除外しては成立せず、石炭の自然發火その他性質的又は瑕疵的損害は航海状態と切り離して發生し得ざるところ、従つて或論

者は其の性質よりも寧ろ状態に因るものとして、その外部的諸條件を重視するに於ておやである。亦自動的とは一體何を意味するか。保險契約の關係者たる被保險者又は保險契約者の招來的事故の意なりや、又は特別な外部的條件よりの刺戟なくして發生せる損害の意なりや不明ではあるが、若し前者の意に解すれば、關係者の故意又は重大なる過失に因るものは、或ひは論者の謂ふ通り偶然性蓋然性を認め難く保險の性質に反するかも知れぬが、これを瑕疵危險として論ずるに適當でなく、輕過失とすれば事故の偶然性を害ふものとは斷ぜられず。亦後者の意に解すれば、既に述べた如く、瑕疵危險は偶然性に欠くところなければ、その言の當らざる、敢へて贅言を要せず。

以上要するに、瑕疵危險は危險の本質たる偶然性に欠くところ無く、航海に無關係の事故とも稱し難く、商法第八一六條に謂ふ航海に關する事故と認め、以て之に海上危險性を賦與し得るに何等の躊躇すべきところはないのである。<sup>8)</sup>

- (1) Smeesters & Winkelnoten, op. cit., pp. 127-128.
- (2) Désjardine, Traité de droit commercial maritime, tom. VI, p. 324.
- (3) Ripert, op. cit. p. 756.
- (4) 例へば、松本蒸治博士 保險法 九七頁 田中耕太郎博士 保險法講義要領 一一五—一六頁  
松波仁一郎博士 新日本商法 九六三頁 久川武三 海上保險要論 一七二頁
- (5) 村瀬春雄博士 保險全集 五七七頁

- (6) 佐々穆博士 保険法講義 三九頁
- (7) 角田總 火災保險 六四頁
- (8) 同説が加藤由作博士 海上危險論 二〇三頁  
 瀬戸瀾三次博士 海上保險體系(被保險者の擔保義務篇) 四〇一頁 三八五頁  
 今村有 前掲 一八五頁

### 三 瑕疵危險免責の理由

保險の目的の性質瑕疵自然の消耗に因る損害即ち瑕疵危險に對する保險者免責の規定は既に古くより存在し、一五六〇年の *Ordnance de Bilbao* (第五〇條)、一五八二年の *Coutume d'Anvers* (第一五條)、十六世紀頃の *Guidon de la mer* (第五章第八條)、一六八一年の *Ordnance de la marine* (第三冊第六卷第二九條) に之を見るのみならず、今日に於ても佛商法(第三五二條)を始め、獨乙商法(第八二二條)英國海上保險法(第五五條)伊太利商法(第四三條・第六一五條)其他各國法に規定され、亦其の實際に於ても我國では船舶普通保險約款第三條七號、積荷普通約款<sup>1)</sup>第三條五號に、佛蘭西船舶證券第四條二號、同積荷證券第五條に又獨乙海上保險定則第五八・九條第八六條にそれ〴〵同趣旨の規定を有してゐる。<sup>2)</sup>

斯くの如く、瑕疵危險に對し今日に至るも各國に於て保險者の免責を規定し之を肯定してゐるのは如何なる理由に據るものであるか。學者の説くところ各々其の理由を異にし歸一するところがないが、以下各説を紹介

して私見を述べて見たいと思ふ。

瑕疵保険に對する保險者免責の理由として第一に論すべきは、その海上危險的性質の欠缺に之を求むるものである。瑕疵危險を海上危險の範疇より拉し去る Smeesters の論は既に述べたが、茲では更に Desjardin の言を聽くことにする。瑕疵の特質を述べて後曰く、「この點に就き航海の單なる事實 (le simple fait de la navigation) と該航海の出來事 (les accidents de cette navigation) とを混同してはならぬ。保險者は普通法に據れば航海の單なる事實により被保險物件に與へられたる損害を負擔はしない。例へば、多少航海が長びいた爲の單なる故障や、此の航海中に生ずる船舶又は船用品の價値の減少の如きである。これ等の損害は航海の偶然事故 (des cas fortius maritimes) でもなければその偶然事故の結果でもない。契約當事者は之を既に豫測してゐたのであり、亦海上航海の普通の出來事として先づ以て豫測するのが當然である、」と。即ち同氏の所論は瑕疵危險免責の理由をその異質性即ち海上危險性の否定に置き、斯かる損害は豫定すべきものとしてゐる。此の説は Smet の批難せる如く、<sup>4)</sup> 瑕疵危險免責は海上保険にしか成立し得ず、他の保險の場合にも同様免責規定を有するが之等に通ずる理由とはなり難い。亦既に述べた如く、海上保險者は航海が原因としての危險のみならず航海を現場とせる危險をも擔保するものであつて、従つて海上危險性の否定は成立し得ない。

海上危險性を否定する免責理由の第二は、海上危險を狹議に解し、海上保險者の負擔する危險は本來は海固有の危險 (Perils of the Sea) であるとし、之を擴張しても少くとも海上に於ける外來的原因による危險である

とすることにより、外來的原因によらざる危険に對しては保險者は責任を負擔すべきものに非ずとする理由に基くものである。Lloyd's policy の Perils clause は保險者の擔保する危険の第一に Perils of the sea を掲げ、順次其の負擔危険を追加して今日の形式を備へたものであつて、保險者の責任はその列舉危険又は之に類似の危険に限定され、それ等以外の危険に關しては保險者の當然負擔すべきところとはならないのである。<sup>5)</sup>そしてこれ等の危険は外來的のものであつて内部的なものは排斥されてゐる。即ち瑕疵危険は海上危険と見ないであつて、この意味に於て保險者の責任から除外されてゐるのである。亦白耳義に於ては、一八七四年の商法第一八條（一般保險に關する規定）に關し、上院委員會の報告は「保險は反對の特約なき限り物の瑕疵に因り直接生じたる損失損害に對し責任を負はず。本條は契約當事者の意思に基いたものである。保險の目的とするところは被保險者に對し外部的原因又は少くとも保險の目的に關係なき原因より來る偶然の危険を保證するものであつて、被保險者に對し保險の填補の方法によりその財産の瑕疵 (Defectuosities) の賠償を許與せんとするものではない。」としてゐる。その趣旨亦同様である。既に述べた通り、保險の對照たる危険から瑕疵危険を内部的の理由によつて排斥することは許されぬことであり、偶然是内部外部を問はず等しく吾人の經濟生活に影響するものであり、保險はこの偶然の危険から吾人を離脱せしめんとするところに意味を持つ。亦瑕疵危険を海上危険の範疇に入れ乍ら、其の内部的理由により保險者の責任より除外せんとするのは、<sup>7)</sup>即ち被保險者の負擔とするのは被保險者にしてその危険の發生を支配し得る限りに於て意味を持つが、然らざる場合にありては斯る

區別の要はない。

瑕疵危険免責理由の第二として主張するところは、瑕疵危険を被保険者の過失と認めるにより其免責の根據を見出さんとするものである。Ripert は瑕疵危険免責を規定せる佛商法第三五二條は、被保険者自身の招來事故免責を規定せる第三五一條並にその使用人たる船長船員の惡意過失を免責せる第三五三條と共に、同一の理念より生れたものとして、「危険に關して締結された射倖契約があり、兩當事者は僥倖を賭けるべきで之を修正する爲に何事をもなすべきでない。被保険者は彼の行爲により契約上豫測し得た危険を原因とする損害の填補を求むることは出來ぬ。彼は自身損害填補の原因を創造して保険者の利益を害してはならぬ。」と言ひ、亦「保険の目的の損失損害はそれ自身に潜在する瑕疵よりも生じ得る。そこに被保険者の過失があり、その過失は物が破壊又は海損を受ける様宿命づけられてゐる状態にあるその物の性質に於て成立するのである。實を謂へば、斯かゝる過失は眞に輕微なものである。然し惡意の觀念が全然存在しなくとも、それは依然として被保険者の行爲であつて、被保険者はその物の出來事に就き責任がある。彼は航海から生じない損害に對する填補を主張する譯には行かぬ。そこには海の危険がない。」として、瑕疵危険は被保険者の輕過失であり、保険契約に射倖契約性あるを以て智識均等の原則から瑕疵危険に對する保険者免責の理由を見出さんとするにあるのである。これは保険契約を以て射倖契約 (Contrat aleatoire) と見る佛民法 (第一九六四條) の規定より打立てられた議論であり、保険契約の射倖性に就ては吾人は賛成し得ないからこの論を採るを得ないが、過失に就て

は行爲者自身其の結果に責任を有すべき點を認め得る。然し乍ら、獨乙佛蘭西<sup>10)</sup>白耳義<sup>11)</sup>の如く、過失は輕過失と雖も保險者の免責理由となる國に於ては兎も角、英國<sup>13)</sup>又は我國<sup>14)</sup>の如く、輕過失を以て保險者の免責理由とせざる國に於ては此の理由は成り立ち得ないことは明かである。而して亦瑕疵にして被保險者の過失と認め得べきものに就てはこの理論も成り立ち得るが、瑕疵危険必しも被保險者の過失によりてのみ生じ得るものとは言ひ得ない<sup>15)</sup>。被保險者が取引の通念上相當と認めらるべき注意を怠らざる場合にありても危険は發生し得る。斯かる場合に尙且つ被保險者の過失を認めることは、被保險者にとり酷に失するのみならず亦至當でもない。

最後に、瑕疵危険免責の理由としては、瑕疵危険は其の發生の蓋然性が比較的確實であつて、<sup>16)</sup>之を豫測し得られるからであるとなす。Danjon は謂ふ<sup>17)</sup>。「瑕疵即ち被保險物件の欠陥的又は特に脆弱的性質より生ずる危険は、完全に保險の對照とはなり得る (parfaitement susceptibles d'assurance)」。然し乍ら、保險契約が豫測し得ざる損害の發生に對し向けられてゐるものであり、瑕疵は殆んど確實とは謂ひ得ないこととしても容易に起り得る損害 (dommage probable) の原因をなすものであるから、當然には保險の中にとり入れられてゐない。更に若し保險者が當然被保險物の瑕疵に責任を持つとせば、虞るべき被保險者側の訴偽が大いに存在することゝならう、<sup>18)</sup>と。Smet も亦瑕疵危険排斥の眞の理由はその危険の實現が餘りに容易であり、爲に保險訴偽を生じ易いと謂ふ簡單な理由に之を求めてゐる。私も大體此の説に賛成せんとするものである。即ち、瑕疵は保險の目的に内在し容易に損害發生の可能性のある點は他の危険と大いに事情を異にするにより、若し保險者が此の危



險を引受くるときは高率の保険料を要求することを必要とする。若し普通の保険料を以て此の危険を擔保すべきものとせば、それ丈保險者の填補責任を増大するを以てある。さればこの場合瀬戸博士の如く、<sup>19)</sup>保險者保護の目的にあるとなすは一應の理由となる。

- (1) 改正積荷普通約款 第三條一・二號
- (2) 英證券には特別に斯かる規定を有し得ない。
- (3) Désjardin, op, cit., P. 324.
- (4) Smet, op. cit., P. 266.
- (5) Ritter, a. a. O. S. 774.
- (6) Smet, op, cit., pp. 266-267.
- (7) 加藤由作博士 前掲 二〇四頁
- (8) Ripert, op. cit., P. 739.
- (9) Ripert, op. cit., p. 753.
- (10) H. G. B. § 821 (4), A. D. S. § 33.
- (11) Code de commerce, art, 351r.
- (12) Lois des 21 août 1879 et 10 fév. 1908 coordonnées, art. 206.
- (13) Mar. Ins. Act, 1906, § 55 (2).
- (14) 商法第八二九條第一號後段
- (15) Smet, op. cit., p.266, 今村有 前掲 一八八―一九頁

海上保險に於ける瑕疵危険 (久木)

- (16) 今村有 前掲 一八五頁  
 (17) Danjon, op. cit., pp. 454-455.  
 (18) Smet, op. cit., p. 266.  
 (19) 瀬戸彌三次博士 前掲 三八七頁

#### 四 瑕疵危険擔保特約の有効性

疵瑕危険は、既に述べた通り、各國の法律並に約款は原則的に之を保險者の填補責任より排斥してゐるのであるが、若し保險者が之に反し瑕疵危険擔保の特約をなしたる場合には、其の特約は有効なりや否やとの問題が起る。これに對する回答は、瑕疵危険の海上危険性の有無並にこれに對する法律の免責規定が強行性を有するや否やにより決定せられるものである。

瑕疵危険に海上危険性を認め得る點に於ては、既に述べた通りであつて更めて絮説を必要としない。従つて茲では法の免責規定が強行性を有するや否やを吟味すれば足りる。

今日少數の學者<sup>1)</sup>を除き、商法第八二九條の瑕疵危険免責規定を以て強行規定と解するものはない。蓋し、瑕疵危険免責の理由は既に述べた通り保險技術上の問題であつて、之が擔保の爲に被保險者に特別の不當利得を得さしむるものにもあらず、亦保險者に特別に損害を與へるものではない。故に之を公益規定と解し強行性を賦與する譯には行かぬからである。然れども、堪航性欠如による瑕疵危険に關しては、運送契約上法は特約を

なしたる時と雖も自己の過失船員其他使用人の悪意又は重過失又は船舶の不堪航に因り生じた損害の賠償を免れずとの船主の責任は公益規定なるに依り、之が免責を規定せる第八二九條二號の規定も同様この情神を貫かざる可からずとの理由に依り、この免責規定を公益規定と看做して反對の特約を許さずとする者あれど、これは保險の精神即ち天理により人間の蒙むる損害を悪意を以てする特別な場合を除き、人爲的經濟的方法により調整せんとする要請に背反しその精神を滅却せるものにして、吾人の採らざるところである。

亦或學者は<sup>4)</sup>瑕疵危險につき被保險者の過失 (Fault) なき限りその特約は有效であるとしてゐるが、過失殊に輕過失は事故の偶然性の一内容であり、之が爲に保險者が填補責任を負擔することありとて何等公益に反するものではない。況んや、悪意に因り生じたる損害に非ざる限り、重大なる過失に因り生じたる損害をも填補すべき特約を有效と認むるに於てをや。

更に亦各國の法律に於ても一定の場合に瑕疵危險の擔保を認むる以上、その特約を反公益的のものとして其の無効を主張するを得ず。即ち、船舶積荷の自然の消耗は各國の法律に於て一定割合を以て瑕疵損害と認めしむる免責歩合に關する規定<sup>6)</sup>に對して、佛商法<sup>7)</sup>の如く免責歩合を越へたる損害よりその歩合額丈必ず控除する場合を除き、大多數の國は斯かる場合に於ては共同海損の場合と共に損害額全部を負擔するものとなす例外は、他危險發生の際に於ける瑕疵危險の保險者負擔を規定せるものと謂はざるを得ず。これ即ち、保險者の瑕疵危險免責の一般原則に關する例外規定と認むることが出来る。

されば白耳義商法は瑕疵危険免責を規定するに當り「反對ノ特約ナキ限り (à moins de stipulation contraire)<sup>9)</sup>」と謂ふ語句を挿入しその特約の有効性を認めてゐる。亦佛蘭西の碩學 Emerigon も「物の瑕疵より生ずる損失は本來の意味の海上危険でないとしても、特約を以て (par un pacte special) 定めらるゝ限り、保險者は之に對し責任を負擔するに何等の妨げあることなし」と述べ、一般に其の特約の有効を疑はないのである。而して其の特約は明示 (expresse, ausdrücklich) されるを要するや亦默示的 (implicite, stillschweigend) たるを要すべきか。英海上保險法第三三條第三項は不堪航に就き明示の特約を要すれど、第五五條第二項 (C) の瑕疵危険に就ては特に *express* の語を用ひず。亦佛の Desjardin,<sup>10)</sup> Danjon<sup>11)</sup> 亦白の Smeesters<sup>12)</sup> 獨の Ritter<sup>13)</sup> も默示的であることに差支へなしとしてゐる。亦我國に於ても瀬戸博士は同意見である。<sup>14)</sup> 私見も之を認むれど、單に保險者が瑕疵的事實を承知し居るの理由を以て默示の特約ありとなすは早計にして、保險者の單なる知了は Smet の指摘する如く、<sup>15)</sup> 瑕疵の結果に因る損害の擴大の承認 (Acception de l'aggravation du risque résultant de ce vice propre) に外ならず。當事者の意思が餘程明白ならざる限り、妄りに之を付度すべきにあらず。要は事實問題である。

斯くの如く、瑕疵危険擔保の特約は有効であり、この特約は明示又は默示を以て行ひ得るが、以下斯かる特約の實際に就て見よう。

船舶保險に於ては古來より行はれてゐる修繕費中よりの新舊交換費 (New for old) の控除に就て之を行は

ざる特約は、自然の消耗に對する保險者責任の負擔を定めたものであり、亦英の Inchmaree Clause 米の Latent defects & negligence clause 亦我船舶普通保險約款第三條七號の規定の如きは、瑕疵的損害の負擔を明示せるものにして、何れも保險者の瑕疵危險擔保の特約である。

更に積荷保險に於ては、我國の無制限分損擔保や英の Irrespective of percentage はその例であり、亦英國に於ける "Full outturn" clause と稱されてゐる特約は、積込まれたる時の數量と陸揚されたときの數量上の差額を、自然の減量を控除することなしに保險者の填補するものであつて、漏損破損其他損害を蒙り易き商品に對して積荷の性質的損害と然らざる損害との割合を定むることなく、その何れに對しても保險者の責任を負擔し得る如く定めたものである。

- (1) 青木徹二博士 海商法論 三四五頁
- (2) 商法第七三九條
- (3) 片山義勝博士 海商法通義 三九〇頁 松波仁一郎博士 日本海商法 一二八〇頁
- (4) Ryon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, p. 358.
- (5) 松本蒸治博士 保險法 九七頁
- (6) 免責歩合設定の趣旨は瑕疵危險の程度決定とのみ見るべきでなく、僅少損害に對する保險者負擔の煩雜回避並に非保險事故に因る損害の負擔回避の目的を併せ持つことは謂ふ迄もない。
- (7) Code de commerce, art. 408.
- (8) Code de commerce, titre X, art. 18.

海上保險に於ける瑕疵危險 (久木)

- (9) Boulay-Paty, *Assurances et contrats à la grosse*, p. 590.
- (10) Désjardin, *op. cit.*, p. 325.
- (11) Danjon, *op. cit.*, p. 459.
- (12) Smeesters et Winkelmoelen, *op. cit.*, p. 134.
- (13) Ritter, *a. a. O. S.* 783.
- (14) 瀬戸瀧三次博士 前掲 三九〇頁
- (15) Smet, *op. cit.*, p. 274, 同氏は黙示の特約を認めず。

(昭和十七年六月二十一日)