

海上物品運送契約の履行不能に関する実証的研究

——イタリアの船荷証券の場合——

栗田和彦

目次

はじめに

一 出帆前の不能

二 航海中の不能

二―一 打切権の付与（確定的不能・長期的遅延の場合）

二―一―一 打切権条項の分類

二―一―二 打切権行使の制限

二―一―三 指図請求義務の排除

二―二 必要的積替（転送）義務の排除

二―二―一 確定的不能・長期的遅延の場合（転送義務の排除）

二―二―二 一時的不能の場合（転送の自由）

二―三 確定取得運送費の合意（割合運送賃の排除）

二―三―一 確定取得運送賃条項の分類

二―三―二 確定取得運送賃条項の有効性とその限界

三 到着時の不能

むすびにかえて

はじめに

われわれは、さきに、不可抗力あるいは当事者の責に帰することができない事由による海上物品運送契約の終了および解除（告知）に関し、イタリア航行法の規定（第四二七条―第四三〇条）をめぐる議論について、検討する機会を持った。⁽¹⁾そして、契約当事者の責に帰することができない事由により海上物品運送契約の履行が不能になった場合（以下、このような事態を履行不能、あるいは、たんに不能と表現する）、航行法の立法者が、当事者の利害を、きめ細かく、調整しよう、としていることを知るに至った。

しかし、そのおり、われわれは、紙数の関係などから、船荷証券中にみられる履行不能（など）に関する約款については、検討することができなかった。そこで、本稿において、イタリアの実務界において使用されている船荷証券の条項が、航行法の規定とどのように異なっているか——端的にいえば、運送人が、運送約款により、どのようにして、自己に有利に、航行法の規定を修正・排除しているか——を知り、そして、その約款の妥当性・有効性の限界につきイタリア学説がどのように判断しているかを探ることにしたい。作業に先立っていうと、ここでみるイタリアの船荷証券のなかに、わが国（および、その他の国）の実務界において使用されている船荷証券の条項と同一・酷似の条項が存在している。したがって、たとえ、イタリアとわが国で、法制度が異なるにしても——航行法には、わが国の商法・国際海上物品運送法の規定に酷似したものがいくつか存在しているが——われわれの作業は、やがて、わが国（および、その他の国）の船荷証券の約款の妥当性・有効性の限界につき検討する場合に、有益な示唆を与えるものとなるであろう。

この作業を始めるにあたり、われわれは、この作業には大きな困難が伴うであろうことを、あらかじめ、認識しておかなければならない。その困難さは、主として、船荷証券の履行不能(など)に関する約款が、航行法第四二七条以下の規定に対応するように、体系的には形成されていない、という事実起因する。すなわち、船荷証券の作成者は、いわゆる *liberty* 条項や *matters affecting performance* 条項において、履行不能の発生時点を区切り、そして、履行不能の程度に応じて、契約当事者の利害を調整する、というようなことをしていない。また、それらの条項は、——少なくとも、その文言上は——かならずしも、われわれがここでいう履行不能、すなわち、不可抗力あるいは当事者の責に帰することができない事由による海上物品運送契約の履行の不能(遅延)だけを、個別的に取り上げているわけではなく、他の事項をも重複的に規定しているもの、と思われる。したがって、われわれは、他の事項をも取り扱っている複雑な規定のなから、われわれの研究対象を規律している部分を抽出しながら、作業を進めることになるであらう。

本稿において参照する船荷証券(本稿においては、便宜上、*seaway-bill* もあわせて船荷証券と称することとする)は、以下の会社のものである。① *Cosimar* ② *Costa Line* ③ *Italia di Navigazione* ④ *Tirrenia Navigazione* ⑤ *Lloyd Triestino di Navigazione* ⑥ *Continental Anzees Lines* ⑦ *Saecs* の船荷証券および⑧ *Saecs* の *seaway-bill* である。①から③は、在来船による一般的運送の場の船荷証券のようであるが、④は、運送用具の運送(いわゆるカーフェリー)の場で用いられるもののものである。⑤から⑧は、複合運送船荷証券であり、そのうち、⑥から⑧は、イタリアの会社が参加している共同運航の場で用いられるもののものである。④のみがイタリア語印刷であり、他の書式は英語印刷である。

本論に入るまえに、うえにみた船荷証券を引用する方法につき、以下のように、合意しておきたい。⑤から⑧は、たがいに、きわめて似かよった形式のものであるから、まとめて引用しうる場合には「Lloyd Triestino 第※※条など」ということにする。④は、航行法第四六〇条に規定の船荷証券の記載事項を記入しうるようになっては、⁽²⁾「船荷証券」という表示を有しておらず、船荷証券であるか否か即断することができない。もちろん、たとえ、それが船荷証券でないにしても、そこに記載された運送約款を研究するかがざりにおいては、他の船荷証券と同じ有用性を有している、といえる。しかし、船荷証券の条項としての有効性を検討するべき場合には、当然、④の参照をさげなければならぬ（その場合、⑧の参照もさけるべきであろうが）。また、それが船荷証券であるにしても、運送用具の運送の場で用いられるものであるから、他の書式と同列に扱ってよいか、筆者にも、ためらいがないわけではない。そこで、とくにことわらずに、「すべての船荷証券」という場合は、④を除くもの、とする。

筆者は、他に一〇種類ほどの船荷証券を入手することができた。しかし、それらは、傭船契約書に付随して使用されるべきフォームであったり、あるいは、簡略なため、本稿の対象とする履行不能（など）に関する約款を有していないものである（あるいは、有していても、きわめて簡略）。そのため、本稿において参照する船荷証券の数がかざられてしまったことを、あらかじめ、読者諸賢に、ご了解をえておきたい。⁽³⁾⁽⁴⁾

(1) 拙稿「海上物品運送契約の履行不能——イタリア航行法の場合——」関西大学法学論集四二巻三・四号三五九頁。航行法第四二七条から第四三〇条の訳は、前掲拙稿・三六四頁注(1)以下にある。

(2) 航行法第四六〇条は、船荷証券の記載事項を列挙しているが、そのなかには、船荷証券たることを示すべき文言は含まれていない。わが国の商法第七六九条および国際海上物品運送法第七条と同様である。

(3) 参照する船荷証券の数がかざられてはいるが、そのことは、かならずしも、本研究の阻害要因にはならないように思われ

る。本稿がしばしば引用するところになる *Giorgia M. Boi, Gli impedimenti all' esecuzione del contratto di trasporto marittimo, Milano 1990, pag. 108 e segg.* は、多数の船荷証券の約款を引用しているが、それらと本稿において参照する船荷証券の約款が、しばしば、同一あるいは類似のものだからである。

(4) 本稿は、ローマ大学法学部航行法研究所長 *Gustavo Romanelli* 教授および同所研究員 *Michele M. Comenale Pinto* 氏など、イタリアの実務界において使用されている船荷証券の収集・提供にご協力下さった方々のご好意なくしては、ありえなかった。ここに、心よりの謝意を表したい。

一 出帆前の不能

航行法の立法者は、履行不能が出帆前に生じた場合についても、きめ細かく、当事者の利害を調節している。すなわち、不能(障害)の程度にしたがい、確定的不能の場合、契約の当然終了(航行法第四二七条一項前段)、長期的遅延(不能)の場合、契約解除権の発生(同後段)、そして、一時的不能の場合、契約の存続(航行法第四二八条一項)を認めている。さらに、不能が船積後・出帆前に発生し契約が解除された(終了した)とき、荷送人に運送品の陸揚費用の負担義務を課す(航行法第四二七条二項)一方、一時的不能のときには、荷送人に運送品の一時的陸揚権限(再船積をしなければ、損害賠償義務を負う)を認めている(航行法第四二八条二項前段)。

航行法の立法者のこのようなきめ細かな配慮は、船荷証券の作成者によって、いとも簡単に排除されてしまう。そもそも、船荷証券の作成者は、履行不能の発生時期については、ほとんど、興味を有していないようである。それは、たとえ *“Lloyd Triestino 第二〇条”* の冒頭の

“If at any time the Carriage is or is likely to be affected by any hindrance, risk, delay, difficulty or disadvantage of any

kind.....⁽¹⁾

あるは、Costa Line 第六条の冒頭の

"In any situation whatsoever and wheresoever occurring and whether existing or anticipated before commencement of or during the voyage, which in the judgment of the Carrier or the Master is likely to give rise to risk of capture, seizure, detention, damage, delay or disadvantage to or loss of the ship or any part of her cargo....."⁽²⁾

といった文言から、読みとることが出来る。すなわち、これらの船荷証券の作成者は、履行不能の発生時期を、出帆前(さらに、船積の前後)、航海中および到着前に区切り、各段階ごとに規定を設けることをしていない。これらの規定は、出帆前から到着前までのすべての段階を重複的にカヴァーしようようになっているもの、と思われる。

出帆前の不能について固有の規定を有しているのは、Cosimar の書式(第一六条e)のみのものである。Cosimar 第一六条は、Government directions, War, Epidemics, Ice, Strikes, etc. と見出しが付けられ、a から f によって構成されている。a は、政府・官憲などの指令・勧告にしたがう権限を船長・運送人に付与している。b は、戦争・封鎖などによる船舶・運送品の差押などの危険がある場合、船積港またはその他の安全・好都合な港での運送品の陸揚権限を船長に付与している。c は、流行病・検疫などにより出帆または陸揚港への到着が妨げられる場合など、船積港限を船長に付与している。d は、この条項のもとにおける陸揚権限を船長に付与している。e は、この条項のもとにおける陸揚またはその他の安全・好都合な港での運送品の陸揚権限を船長に付与している。f は、この条項のもとにおける陸揚が契約の履行とみなされ、そして、この条項のもとにおける権限の行使に関連する超過費用が荷送人側の負担であることを規定している。そして、e において、出帆前の不能について固有の規定が設けられている⁽⁴⁾。それは、つぎのような規定である。

“If any situation referred to in this clause may be anticipated, or if for any such reason the vessel cannot safely and without delay reach or enter the loading port or must undergo repairs, the Carrier may cancel the contract before the Bill of Lading is issued.”

この規定と、出帆前の履行不能に関する航行法第四二七条および第四二八条を、簡単に、比較してみよう。まず、航行法第四二七条一項後段は、長期的遅延の場合、「契約は、解除されうる」としている。この規定について、契約解除権は荷送人の権限に属する、とする有力な説⁽⁵⁾が存在しないわけではないが、規定の形式からして、契約解除権は契約当事者の双方に認められる、と解するべきであろう。これに対し、Cosimar 第一六条 e は、運送人にのみ解除権を付与している。この規定は、荷送人の解除権については、言及していない。それは、おそらく、荷送人の解除権を否定する趣旨であろう、と思われる。

また、航行法第四二七条一項後段によると、運送人の解除権が認められるのは、長期的遅延の場合に限定されている(ただし、遅延の原因についてはとくに限定はなく、不可抗力による長期的遅延で足りる)。しかし、Cosimar 第一六条 e は、少なくとも、その文言からすると、長期的遅延の場合に限定する意図ではないようである。⁽⁶⁾ そうであれば、この点においては、Cosimar の適用範囲は、航行法第四二七条一項後段のそれより、明らかに、広く、そして、一時的不能の場合の契約の存続を規定した航行法第四二八条一項を排除している。しかし、そのような条項がはたして有効性を主張しうるものであるかは、大いに、議論を要する。Po.によると、うえのような条項の関し、契約解除権の行使に長期的滞船を要しない、とする解釈は、イタリヤ民法第一二五六条の原則にしたがい、否定されるべきである、とされる。すなわち、一時的不能にすぎない場合にも、運送人に自由に契約の解除を認めるならば、それは、

運送人を不当に優遇することになるからである。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

ただ、Cosimar 第一六条 e は、「If any situation referred to in this clause may be anticipated, or if for any such reason……」というように、とくに指定された出来事の発生時に、運送人の解除権が認められる形式になっている。そのかぎりにおいては、遅延の原因についてとくに限定しない航行法第四二七条一項後段より、Cosimar 第一六条 e のほうが、運送人の解除権を認めるにつき、限定的である、といえなくはない。しかし、それは、おそらく、解釈上の可能性に留まり、Cosimar 第一六条 e の適用が遅延の原因のいかんにより排除されることはないもの、と思われる。⁹⁾

したがって、Cosimar 第一六条 e による運送人の解除権の行使に対する唯一の明示的な(実質的には)の条件は、船荷証券が発行されていないこと、という。この条件は、航行法第四二七条一項後段にはみられない。これは、運送人が自己の権限に制限を設けたまれな例外に属する、といえよう。ここで問題がありうる、とすれば、ここでは、船荷証券に、いわゆる船積船荷証券だけではなく、いわゆる受取船荷証券も含まれるか、である。これについては、おそらく、肯定的な解答がよせられるべきであろう。⁽⁹⁾

Cosimar 第一六条 e のほかに、Tirrenia Navigazione 第七条も出帆前の履行不能をカバーする条項に属する、と思われる。つぎのような規定である。

「荷送人の責に帰することができない不積のすべての場合、「Tirrenia」は、運送のために場合によっては領収済みの備船料を返却するだけの義務を負うが、いかなる事由または権原名義によるものであれ荷送人がこうむった偶然的損害およびその他のあらゆる費用につき、責を負わない。」

この条項は、われわれがここでいう履行不能に関してのみ適用されるべきものではないようである。その文言からすれば、運送人・Tirrenia の責に帰するべき事由による船積不能（荷送人の責に帰することができない不積の一例）の場合にも、適用がありえよう。しかし、本稿の研究対象に戻り、不可抗力または当事者の責に帰することができない事由による船積不能に本条が適用される場合のことを考えてみよう。すると、本条の簡略さに気づかないわけにはゆかない。まず、本条は、履行不能の程度（時間的長さ）について言及しておらず、また、履行不能発生により、契約が当然終了するのかそれとも、当事者に解除権が認められることになるのかが不明である（航行法または民法の規定により決せられることになるのであろうが）。本条は、契約終了・解除により当事者に損害が生じても損害賠償はなされない、との趣旨であろうから、その意味では、航行法第四二七条の原則に一致することになる、と思われる。

(一) 本文において引用した Lloyd Triestino 第二〇条の冒頭の文言は、Saecs 船荷証券および seaway-bill 第一八条ならびに Continental Anzees Lines 第一八条の冒頭の文言と同じである。これらの条項をしばしば参照する、ことなるから、Lloyd Triestino 第二〇条を掲げよう。

"If at any time the Carriage is or is likely to be affected by any hindrance, risk, delay, difficulty or disadvantage of any kind..... and howsoever arising (even though the circumstances giving rise to such hindrance, existed at the time this contract was entered into.....) the Carrier (whether or not the Carriage is commenced) may either——

(a) without notice to the Merchant abandon the Carriage of the Goods and place the Goods or any part of them at the Merchant's disposal at any place or port which the Carrier may deem safe and convenient, whereupon the responsibility of the Carrier in respect of such Goods shall cease.

(b) without prejudice to the Carrier's right subsequently to abandon the Carriage under (a), upon notice to the Merchant suspend Carriage..... The Carrier undertakes to use best endeavours to forward Goods, the Carriage of which has been suspended, as soon as possible after the cause to hindrance, risk, delay, difficulty or disadvantage has been removed

but makes no representations as to the maximum period between such removal and the forwarding of the Goods to the Place of Delivery named in the Bill of Lading.”

- (2) Costa Line 第六條が、*it is the liberty* 条項であり、その見出しに、“risks and forwarding” とある。
- (3) Cosimar 書式の原文によると、“Merchant” となっているが、その用語は、荷送人、受取人、荷受人、船荷証券所持人および運送品の所有者を含むもの、とみなされている（第一条）。
- (4) a は、政府・官憲などの指令・勧告にしたがいうる、とする一般の権限であり、その行使は出帆前にかぎられていない。b は、船長の運送品の陸揚権限を認めているが、船積港以外においても陸揚が許されているから、この規定も、出帆前のみ適用が限定されるものではない、と思われる。c は、出帆時の不能にも関連するが、明らかに、陸揚港への到着にも関連している。なお、f は、可能な場合、（運送人・船長の権限の行使が）荷送人側に通知されるべきことを規定している。この規定も、出帆前にのみ適用が限定されるものではない。
- (5) Antonio Lefebvre D'Ovidio-Gabriele Pescatore-Leopoldo Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, 7 ed., Milano 1991, pag. 610.
- (6) もし、約款の作成者に、長期的遅延の場合に限定する意図があれば、その旨を明示したであろう。
- (7) *Boi*, op. cit., pag. 114 e 139.
- (8) イタリア民法第二二五六条（確定的不能および一時的不能）は、履行以外の債務の消滅原因の「債務者の責に帰することできない事由による後発的不能」に関する規定である。同条の試訳を掲げておく。試訳にあたり、風間鶴寿「全訳イタリア民法典〔追補版〕」昭和五二年・二〇〇頁を参照した。
「債務者の責に帰することができない事由により、給付が不能になった場合、債務は消滅する。
不能がたんに一時的な場合、債務者は、不能が継続するあいだ、履行遅滞の責を負わない。しかし、債務の権原名義または目的の性質に関し、債務者がもはや給付の実行を義務づけられている、といえなくなるまで、または、債権者がもはや給付を追及する利益を有しなくなるまで、不能が継続した場合、債務は消滅する。」
- (9) 船積船荷証券と受取船荷証券は、実質的には、同一であり、後者が船積を証しただけ（Adriano Fiorentino, *I contratti navali*, 2 ed., Napoli 1959, pag. 156）だからである。

二 航海中の不能

海上物品運送契約の履行不能のうち、契約当事者の利害の対立がもっとも著しく現れ、そして、航行法の立法者が立法に際してもっとも腐心したのは、航海中の不能であろう、と思われる。

航行法第四二八条一項は、出帆前の不能と航海中の不能に共通の規定であり、不能が一時的な場合、契約の存続を定めている。荷送人に運送品の一時的陸揚権限を認めた第四二八条二項前段も、出帆前の不能と航海中の不能に共通の規定である。一時的陸揚した運送品の再船積を確保するため、荷送人に担保提供義務を課した第四二八条二項後段は、航海中の(一時的)不能に固有の規定である。そして、第四二九条は、航海中の不能に固有の規定である。同一項は、理論的には、第四二八条一項に吸収されるべきであろうが、第四二九条二項は、まさしく、航海中の確定的不能・長期的遅延に固有の規定として存在意義を有するものである。すなわち、運送の中止・長期的遅延の場合、運送品の目的港への転送のために最善が尽くされたかぎりにおいて、有効に通過した行程に依じて、割合運送賃を認める趣旨の規定である。

これらの航行法の規定を船荷証券の作成者がいかにして排除・修正しているかを、以下に概観してみよう。

二一 打切権の付与(確定的不能・長期的遅延の場合)

航行法第四二八条一項は、(船舶の出帆または)「航海の継続が、一時的に、運送人の責に帰すことができない事由により、妨げられた場合、契約は、有効のまま」としている。そして、第四二九条二項は、船舶の修繕が不能・長期

間を要する場合、または、航海が他の不可抗力により中止・著しく遅延した場合、契約の当然終了を定めている、と解されている。⁽¹⁾ すなわち、航行法の立法者は、航海中の不能に関しては、契約の存続と契約の当然終了の二者しか用意していないのである。

これに対して、船荷証券の作成者は、航海中に不能が発生した場合（および発生のおそれがある場合）、例外なく、運送人に運送を打ち切る（abandon the Carriage）権利を与えている。

(1) 前掲拙稿・三三八頁以下。

二—— 打切権条項の分類

打切権 (right to abandon; diritto di abbandonare) を定めた条項は、—— おおまかにいってのことであるが—— 特定の原因に基づく履行不能の場合に打切権を認めるタイプのもと、原因のいかんにかかわらず履行不能のある場合に打切権を認めるタイプのもとに分類されようである。前者のタイプは、在来船の船荷証券にみられるものであり、伝統的なタイプ、そして、後者のタイプは Lloyd Triestino など、複合運送船荷証券に共通のものであり、新しいタイプ、といいうるかもしれない。

(a) 伝統的なタイプ・その一 Cosimar 第一六条は、前者のタイプの典型例のようである。その(b)と(c)をみてみよう。

(b) Should it appear that the performance of the transport would expose the vessel or any goods onboard to risk of seizure or damage or delay, resulting from war, warlike operations, blockade, riot, civil commotions or piracy, the Master may discharge the cargo at port of loading or any other safe and convenient port.

(c) Should it appear that epidemics, quarantine, ice — labour troubles, labour obstructions, strikes, lockouts, — difficulties in loading or discharging would prevent the vessel from leaving the port of loading or reaching or entering the port of discharge or there discharging in the usual manner and leaving again, all of which safely and without delay, the Master may discharge the cargo at port of loading or any other safe and convenient port.”

ここに列挙された履行不能をたらす原因は、おそらく、すべてが、不可抗力または当事者の責に帰することができない事由に該当しうるもの、と思われる。わずかに、(c)にある“difficulties in loading or discharging”が、包括性・抽象性を帯びるだけである。この文言の解釈としては、おおまかにいうと、ふたつの方向が考えられる。まず、その文言どおりに、「船積または陸揚の不都合」のすべてを含みうる、と広く解釈する立場を想定しうる。この立場によれば、運送人の責に帰すべき事由による「船積または陸揚の不都合」もそこに含まれることになるのかもしれない。他方は、その文言を先行する文言と類似のもの、とする立場である。すなわち、先行する文言によって、不可抗力または当事者の責に帰することができない事由に該当する具体例が、ほとんどすべて、列挙されていても、なお列挙しつくされていないおそれがあるため、「船積または陸揚の不都合」を最後に挿入してある、とするのである。換言すると、その文言は、厳密に言えば先行する事由と同一でないが、それに類似する事由を表すためのものではなく、「運送人の責に帰すべき事由による船積または陸揚の不都合」を含まない、とするのである。解釈としては、ふたつが成り立ちうるが、⁽¹⁾後者の解釈を支持するべきであろう。いずれにせよ、このような重大な解釈の対立を生む可能性がある。

(1) Boi, op. cit., pag. 118.

(b) 伝統的なタイプ・その二 Italia di Navigazione 第四条および Costa Line 第六条も、特定の原因に基づいて履行不能の場合に打切権を認めるとタイプに属するものと想われる。Italia di Navigazione 第四条は、Costa Line 第六条よりも、さらに多くの具体的事由を列挙していることで、より典型的なタイプ、といえるかも知れない。しかし、むしろ長い Italia di Navigazione 第四条よりも短い。

"In any situation whatsoever or wheresoever occurring, including strikes and work stoppages of any kind or obstruction, delay and interruption of passage through the Panama Canal, Suez Canal, or other water ways, and whether existing or anticipated before the commencement of, or during the voyage, which in the judgement of the Carrier or the Master is likely to give rise to risk of capture, seizure, arrest detention, injury, damage, delay, danger, or disadvantage to, or loss of any goods, or to make it unsafe, imprudent, inadvisable or unlawful for any reason to receive, keep or load the goods or commence or proceed on or continue the voyage or to enter or discharge..... the goods..... the Carrier or the Master (a)..... may decline to receive, keep or load the goods or may discharge them..... and may require the shipper..... to take delivery..... and if he fails to do so, may warehouse or store or hold the goods..... (c) may have the ship proceed to the port of discharge by another or different route, (d) may have the ship proceed or return, directly or indirectly, to any port or place, and discharge the goods, (e) may retain the goods, on board until the return trip or until such time as the Carrier or the Master deems advisable and discharge the goods, (f) may tranship or forward the goods..... by any means, but always at risk and expenses of the goods..... Any disposition of the goods pursuant to this clause shall constitute complete delivery of the goods and performance of this contract by the Carrier who shall be free of further responsibility."

この条項は、最初、具体的な内容を伴う事由（たとえ、capture, seizure, detention など）を掲げておられるが、

そのあと、きわめて抽象的・包括的な内容の事由 (damage, delay or disadvantage) を掲げるに至っている。したがって、この条項は、一見したところ、列挙された特定の原因に基づく履行不能の場合にのみ、打切権を付与することになっているように見えるが、そのあとに続くいわゆるバスケット・クローズが機能して、実際には、あらゆる履行不能のケースに運送人に打切権を付与することになるのかもしれない (Costa Line 第六条は、delay or difficulty in arriving, discharging at or leaving the port of discharge……とつた文言も留意して①)。

しかし、われわれは、この条項を一覧して、直ちに、Cosimar 第一六条(b)および(c)との明白な差異に気づく。すなわち、Cosimar 第一六条(b)および(c)は、履行不能の発生に際して、運送人に、運送品の陸揚権限を与えているだけである (ただし、不能の終了まで待機する自由を除く)。一方、Italia di Navigazione 第四条は、いくつもの権限を選択肢として、運送人に用意している。運送人が陸揚権限を行使した場合、その陸揚は、「完全な運送品の引渡であり契約の履行とみなされる」。その点では、Cosimar 第一六条(d)と同じである。これらの条項は、「運送を打ち切る (abandon the Carriage)」とつう文言を、直接的には、用いてはいないが、その意味するところは、まさしく、「運送の打切」といふことである。

(1) 最初に列挙された事由は、不可抗力または当事者の責に帰することができない事由に該当するものであろう。そのあとに掲げられた抽象的・包括的な内容の事由については、Cosimar 第一六条(c)の “difficulties in loading or discharging” に ついてありえたのと同様の解釈の対立がありうるかもしれない。

(c) 新しいタイプ Lloyd Triestino 第二〇条 a など四種の船荷証券の条項 (一の注(1)においてみた) は、原因のいかんにかかわらず履行不能のある場合に打切権を認めるタイプに属する^①。その本文の冒頭に列挙されている用

語（あらゆる障害、危険、遅延、困難またはあらゆる種類の不都合）は、その発生原因を特定していないし、また、用語自体からその発生原因を推測しうるものでもない。このタイプの条項は、伝統的に認められてきた打切権の認められる事由を、具体的に、列挙することはない。したがって、その規定の形式・文言のみからすると、(a)および(b)でみた船荷証券の場合以上に、列挙された用語（たとえば、困難または不都合）に、「運送人の責に帰すべき事由による船積または陸揚の不都合」が含まれるか否か、という解釈の対立の生じる可能性が大きくなりうる。

この点につき、Lloyd Triestino 第二〇条などは、「運送を打ち切る」という文言を、明示的に、用いているので、この文言の持つ意味については、英（米）法にしたがって解釈すべきことが要請されるものもしいない。すると、打切権の要件（のひとつ）として、「運送契約締結時、契約の基礎となった事情が、その後当事者によらずして客観的かつ確定的に変更⁽²⁾」たことがあげられている。すなわち、当事者の責に帰すべき事由による履行不能・遅延の場合、打切権は適用されないことになる。しかし、少なくとも、Lloyd Triestino には、船荷証券の文言を英（米）法にしたがって解釈すべきことを明示した条項はない（英文印刷の船荷証券は、すべて、英（米）法にしたがって解釈すべき、というのであれば、議論の必要はないが）。むしろ、Lloyd Triestino 第二七条は、この船荷証券のもとに生じるあらゆる請求・紛争は、イタリア航行法により規律されるべき旨を定めている。⁽³⁾

- (1) Tirrenia Navigazione 第一七条前段もこのタイプに属する⁽⁴⁾と思われる。“Il Comando di bordo, per qualsiasi occorrenza della nave e del viaggio, potrà sbarcare i veicoli e gli accompagnatori in porto diverso a quello di destino.”
- (2) 谷川久・高田四郎・桜井玲二「改訂コンテナB/L」昭和四九年・一七七頁。
- (3) “Any claim or dispute arising under this Bill of Lading shall be governed by the Italian navigation code and determined by the courts of the country where the Carrier has its principal place of business i. e. Trieste.”

二一一—二 打切権行使の制限

うえに検討したように船荷証券の作成者は、広い範囲で、打切権を運送人に付与する意図を有しているように思われる。それは、多くの船荷証券の条項において、遅延が生じた場合（生じるおそれのある場合）、打切権を運送人に付与するにあたり、遅延（一時的不能）の時間的長さについて、なにも限定が設けられていないことについても、あてはまる。むしろ、運送人は、契約の履行中、わずかの遅延が生じた場合においても、船積港または安全・好都合な港で運送品の陸揚をなしうる、と解釈される余地のある条項すらみられる。たとえば、二一一—の(a)でみた *Costmar* 第一六条 b と c である。そして、これらの条項は、いうまでもないことであるが、運送人に陸揚権限を認めているが、それは、権限であり義務ではなく（「いずれの条項も」、「…… the Carrier may…… abandon the Carriage…… あるうは」、「…… the Carrier may discharge the cargo……」いう文言を有している）。したがって、運送人は、履行不能が生じた場合、この権限を行使するか、あるいは、運送品を陸揚せず、船舶において保管し、不能が終了するまで待つことも許されている。そのことを明示的に規定している例として、*Lloyd Triestino* 第二〇条 b などをあげることができる。

そして、これらの船荷証券に共通なのは、履行不能が現実には発生している場合だけではなく、それが予測される（…… whether existing or anticipated）あるいはその可能性がある（…… is or is likely to be）場合にも、運送人に打切権を認めることである。さらに、*Costa Line* 第六条などは、履行不能の存在・発生可能性の判断が運送人・船長によつて（…… in the judgement of the Carrier or the Master……）なされるべきことを、明示に、確認している⁽¹⁾。

これらの規定は、はたして、文言どおり、運送人に広い範囲で打切権を認めるものなのであろうか。もし、ここに

いう打切権 (right to abandon; right to discharge) を英 (米) 法にしたがって解釈するべき、というのであれば、確定的不能・長期的遅延の場合にのみその行使が認められ、一時的不能の場合にはその行使は認められない、と結論づけられることになるであろう。しかし、その文言 (とりわけ、right to abandon) の解釈に、英 (米) 法が大きな (あるいは、決定的な) 影響を与えるかもしれないが、とりわけ、二——の (c) でみた Lloyd Triestino 第二七条 (準拠法および裁判管轄) のような規定のある場合 (そして、それが機能すれば)、航行法 (および民法) にしたがった解釈が要求されることになるはずである。

しかし、英 (米) 法にしたがうにしても、航行法 (およびイタリア民法) にしたがうにしても、結論自体には変わりはないようである。出帆前に運送人に解除権を認めた規定の適用範囲が、文言からうける印象ほどに広くなかったように、この打切権の規定の適用範囲も、無制限ではないように思われる。ここにおいても、イタリア民法第一二五六条あるいは同第一二二八条を論拠に、出帆前の解除権の場合と同様、たんに一時的な遅延の場合には陸揚権・打切権は認められず、遅延が長期に及ぶ場合にかぎり陸揚権・打切権は認められる、と主張されている。⁽²⁾

すると、たとえば、Costa Line 第六条などにみられた履行不能 (遅延) の存在・予見可能性の判断を運送人・船長に委ねている条項は、当該条項において認められた権限を行使するまえに、その遅延の時間的長さについても、判断を委ねているもの、と解されうる。そうであれば、運送人・船長は、イタリア民法あるいは航行法の原則にしたがい、遅延の判断をなし、長期的遅延と判断される場合のみ、運送打切を選択しうる、ということになる。⁽³⁾

なお、筆者は実見することはできなかったが、イタリアの船荷証券のなかには、船長が「例外的な遅延 (excessive delay)」であることを主張した場合に、運送人に運送品の陸揚権限を認め、陸揚不能のとき、運送品の

積替・寄託のためもつとも近くの港に向かう権限を認め、さらに、後日運送品を目的港で陸揚するため船中で保管する権限を認めるものがあるようである。⁽⁴⁾ この事実は、打切権行使の可能性を制限的に解する解釈に、ひとつの論拠を与えることになるかもしれない。

(1) ほかに、二一一一の(b)でみた *Italia di Navigazione* 第四条。

(2) *Boi, op. cit., pag. 140 e seg.* イタリア民法第二二八条(債務者の責任)「なすべき債務を正しく実行しない債務者は、不履行または遅滞が自己の責に帰することができない事由から生じた給付の不能によるものであることを証明しなければ、損害を賠償しなければならない。」

(3) *Boi, op. cit., pag. 142. 二一一二の(c)も参照のこと。*

(4) *Boi, op. cit., pag. 141* に引用されている *Lauro Lines* や *Sidama/Costa Line (joint service)* などの船荷証券にみられるようであるが、そのような例は例外的のようである。

二一一一三 指図請求義務の排除

打切権の行使に関しては、以下の事実も特筆に値する。すなわち *Cosimar* 第一六条 f を除き、参照したすべての船荷証券は、荷送人に対する通知なしに、打切権(および、その他の権限)の行使が可能である旨を、明示的に、規定していることである。海上物品運送契約にも、イタリア民法第一六八六条の適用がありうるのである。⁽¹⁾ 本条によると、運送人は、履行不能の発生に際して、少なくとも可能なかぎりにおいて、運送品の処分(供託または売却)のまえに、荷送人に対して、指図を求めることが要求されている。しかし、本条は、荷送人に対する通知なしに打切権の行使を認める条項により、排除されることになる。荷送人に対する通知なしに打切権の行使を許容することは、運送品の処分のまえに荷送人に対して指図を求めべき義務を排除することを意味するからである。⁽²⁾

イタリア民法第一六八六条は、荷送人に対する通知なしに打切権の行使を認める条項により、排除されることとなるが、Cosimar 第一六条 f によつては、排除されていない、といふのは、疑問である。Cosimar 第一六条 f は、*"The Merchant shall be informed if possible."* という簡略な規定である。たしかに、同条項は可能であれば、荷送人への通知を要求している。しかし、その通知が何時までになされるべきかを明示していない。すなわち、少なくとも、明示的には、事前（運送品の陸揚のまえ）に通知するべきことを要求していない。運送人は、運送品の陸揚後、その旨を通知すれば足りる、との解釈が成り立ちうる可能性を、全面的に否定できないのである。

(1) イタリア民法第一六八六条の試訳およびその海上物品運送契約への適用可能性については、前掲拙稿・三六九頁注(4)および三七二頁。

(2) 当該条項において、運送人が唯一課せられている義務は、運送品を陸揚あるいは保管するための場所の安全性と便宜性に關する判断のみである (Boi, op. cit., pag. 116)。

二二二 必要的積替（転送）義務の排除

航行法第四二九条二項は、航海中に、船舶が修繕されえなくは長期間を要する場合、または、航海が他の不可抗力により中止もしくは著しく遅延した場合、船長が、荷送人のため、他の船舶によって運送品を目的港へ転送⁽¹⁾（イタリアでは、必要的積替：*trasbordo necessitato* という）するための最善をつくしたかぎりにおいて、有効に通過した行程に応じて、（割合）運送賃の支払請求を容認している。目的港への転送のための最善の努力が、運送人にとつて、義務であるのか、それとも、責務 (*onere*) にすぎないのか、理論的にはきわめて重要な問題⁽²⁾——ここでは、便

宜上、義務としておく——であろうが、いずれにせよ、航行法第四二九条二項によると、運送人は、転送のための最善の努力をなさなければ、運送貨をまったく取得できないことになる。そして、航行法第四二八条一項および第四二九条一項は、航海中の一時的不能の場合、契約の存続を規定している。

しかし、これらの航行法の規定は、船荷証券の条項により、ほとんど全面的な排除・修正が試みられている。もちろん、そのような船荷証券の条項が全面的に有効か否かは、慎重な検討を要する。

(1) ことばにこだわる必要はないのかもしれないが、ここにいう「転送」は、誤送・不明貨物を発見後に目的港へ移送する、という限定された意味で用いているのではない。他の船舶により運送を継続する、といった一般的な意味である。

(2) この点については、前掲拙稿・三九四頁。

二―二―一 確定的不能・長期的遅延の場合（転送義務の排除）

ここで参照しているすべての船荷証券⁽¹⁾は、二―一においてみたように、航海中に、確定的不能・長期的遅延が生じた場合、運送人に、運送の打切権を付与している。運送が打ち切られ、寄港先などで運送品が陸揚されると、完全な履行があったもの、とされるので、運送人は、これ以上、転送する義務を負わない。くりかえしのべるように、打切権は、権利（権限・自由）であり、義務ではないから、運送人は、確定的不能・長期的遅延が生じた場合にも、これを行使せず、航行法第四二九条二項にしたがい、他の運送人の船舶を傭船し、その船舶により運送品を目的港まで転送することを試みておかまわぬ。しかし、莫大な費用を伴う転送契約を締結し、割合運送貨の取得に甘んじるような運送人は、おそらく、皆無であろうと思われる⁽²⁾。

事実上、船荷証券の打切権を認めた条項により、運送人の転送義務（航行法第四二九条二項）は排除されることに

なる。このような船荷証券の条項における荷送人の地位は、航行法のもとにおけるそれと比較して、相当に、悪化している、といわなければならない。しかし、確定的不能・長期的遅延の場合に運送人の転送義務を免除する（打切権を認める）ことについては、航行法の立法者が荷送人に与えた保護を排除することになるにしても、転送に伴う運送人の経済的負担の大きさを考慮すれば、あるいは、確定的不能・長期的遅延の場合、契約の継続を強制することが不合理をもたらすことを考えると、致し方ない面を認めるべきであろう。

(1) *Tirrenia Navigazione* の船荷証券には、いわゆる *substitution clause, liberty cl. あるいは transhipment cl. など*、転送権を認めた条項がみあたらない。当該船荷証券が運送用具の運送契約のものであることによるのかもしいない。

(2) 確定的不能・長期的遅延が生じた場合、通常、運送人には、運送の打切権のほか、転送の自由や船積港に帰る自由なども、選択肢として認められている。しかし、航海中の転送（積替）には大きな費用が必要となりうる（他の船舶の備船料のほか、積替ための荷役費用など。これらの費用の負担者は、当然に荷送人ということにはならない）。運送を打ち切り、安全・好都合な港に運送品を陸揚すれば、その陸揚が正当な契約の履行とみなされるのであれば、運送人とすれば、費用の少なからず、なくてはならない（陸揚費用だけですむ）打切権を選択する。

二二二二 一時的不能の場合（転送の自由）

船荷証券は、航海中に一時的不能が発生したにすぎない（確定的不能・長期的遅延に至っていない）場合にも、運送の打切（転送義務の排除）を認めうるような文言を有している。しかし、すでにみたように、一時的不能が発生したにすぎない場合、運送人は、打切権を行使できない（転送義務は排除されない）、と解される。すると、この場合、運送人は、一時的不能の終了後、自船により運送を継続するか、または、他の運送人の船舶を備船し、その船舶により運送品を目的港まで転送するか、そのいずれかの実行を義務づけられたまま、ということになるはずである。

しかし、すべての船荷証券は、他船による転送（または自船による航海の継続）を運送人の義務とすることなく、むしろ、権利（権限・自由 liberty）として⁽¹⁾いる。すなわち、転送は、履行不能が生じたときに（規定の形式からすると、かならずしも、履行不能の場合にかぎられていないが）運送人が選択しうるいくつかの権利のひとつ、とされている。そして、この転送権の行使には、まったく制限が付されていないか、制限が付されていないに等しいため、その権利行使は、確定的不能・長期的遅延の場合だけでなく、一時的不能の場合にも、許容されうることになる。しかし、すでにのべたように、確定的不能・長期的遅延の場合には、打切権が行使され、転送権は行使されることはないであろうから、転送権は、実質的には、一時的不能の場合に行使されうる権利（のひとつ）、ということになる。すなわち、航行法第四二八条一項および第四二九条一項の契約存続の原則は、転送を義務ではなく権利とした船荷証券の条項によって、排除されることになる。もちろん、すべての船荷証券が同一の文言によって、航行法の規定を排除しているわけではなく、そして、それらの条項が全面的に有効性を認められるわけではなさそうである。以下の(a)および(b)において検討してみよう。

(1) 二二二一の注(1)を参照のこと。

(a) 転送区間につき無責任とするタイプ 他船による転送を運送人の権利として認める条項の例として、liberty clause、substitution cl.、transhipment and forwarding cl. など、多様なものがみられる。これらの条項を、ここでは、便宜上、「積替条項」といっておくことにしよう。これらの条項は、かならずしも、本稿が研究対象としている、不可抗力または当事者の責に帰することができない事由による運送契約の履行不能の場合にのみ、その適用が予定されているものではない。むしろ、積替の自由は、履行不能とかかわりなく、運送人・船長の便宜的判断により、行使さ

れうる形式になつてゐる。しかし、一時的不能が発生した場合、この権利の行使は、ありうるであろうから、ここで、若干の検討を試みておくことにしよう。

Cosimar 第六條は、積替條項の典型的な例であろう。広い範囲で積替の自由を認め、積替のための契約については、荷送人の運送取扱人とみなされるだけであり、運送人としての責任は自分が実行した運送区間に限定され、転送区間については責任を負わない、とするのである。

航行法第四五一條は、筒品運送において、船積前の代船を原則的に認めた規定である。⁽²⁾ この規定が運送契約一般に妥当する原則的な規定であるか否かについて、ここで立ち入るのは、適當ではないと思われる。むしろ、航行法には、筒品運送に関しても、航海中の代船を明示的に容認した規定はない事実⁽³⁾に注意するべきである。航海中に運送船を別の船舶に代えることは、たとえ、それが自己の所有船舶であっても、容認されないもの、と思われる。ましてや、航海中に運送船を他人の船舶に代えることは、イタリア民法第一五六條の下請け禁止の原則により、認められないであらう。⁽⁴⁾ しかし、同條も、そして、航行法に代船を禁止した黙示的な規定があつたとしても（第四五一條は、出帆後の代船を禁止した原則の規定、といえなくはない）、それらの規定は、任意規定であらうから、いわゆる代船條項や積替條項が契約に挿入されていれば、運送人は、航海中であっても、運送船を他の船舶（自己所有船にかぎらず、他人の所有船でもよい）に代えることができる、と思われる。

他人の所有船に積替がなされた場合、元の運送人が、積替後の運送区間についても、運送人として責任を負いつづけるのであれば、問題はな⁽⁵⁾い（積替を引き受けた船舶が最初の船舶と同等の船級・適性をそなえていれば）、と考えられている。しかし、Cosimar 第六條は、元の運送人は積替後の運送区間については責任を負わない、としている。

このような合意の有効性は、大いに、疑問のあるところ、とされている。このような合意は、運送人の責任制限の性質を有するであろう。運送人の責任に関する規定の運送人の有利変更は、航行法第四二四条(または、適用があるならば、一九二四年船荷証券統一条約第三条八および第七条)の許容する範囲内(船積前および陸揚後の有利変更のみを認める)でしか、容認されない。しかし、積替後の運送区間については責任を負わない、とする合意は、明らかに、船積前または陸揚後の責任の変更ではないからである。⁽⁶⁾

(1) "Whether expressly arranged beforehand or otherwise, the Carrier shall be at liberty to..... tranship..... the goods..... at Carrier's expense but at Merchant's risk. When the ultimate destination at which the Carrier may have engaged to deliver the goods other than the vessel's port of discharge, the Carrier acts as Forwarding agent only.

The responsibility of the Carrier shall be limited to the part of the transport performed by him....."

(2) 航行法第四五一条(代船)「運送が簡品を目的とする場合、運送人は、明示的禁止がないかぎり、特定された船舶を、同等の船級の、遅滞なく運送を完遂することに適した他の船舶と代える権限を有する。」

(3) Francesco Berlingieri, *Il trasporto marittimo*, Genova 1975, pag. 17.

(4) イタリア民法第一六五六条(下請)「請負人は、注文者によって授權されていないかぎり、作業または役務の実行を、下請に委ねることとすべきな。」

(5) Michele M. Comenale Pinto, *L'art. 429 Cod. Nav. ed i problemi giuridici connessi al trasbordo in corso di viaggio*, *Diritto marittimo*, 1987, pag. 276.

(6) Comenale Pinto, *op. cit.*, loco cit. e segg. Comenale Pinto は、積替条項を、FIO条項と同様、運送人の責任制限に関する合意ではなく、運送人の給付の制限に関する合意である、とする説を排斥している。FIO条項は、運送の給付に対して付属的な給付(船積・陸揚作業)をなす債務を免じるものであるが、積替条項は運送の給付そのものにかかわるものである、とする考えによる。また、積替条項は運送人に任意解約権を認めるものである、とする考えは、結果の債務の引受と矛盾する、としている。結局、積替後の運送区間については責任を負わない(運送取扱人としての責任のみ負う)とする合意

は、確定的不能・長期的遅延による契約終了後転送の手配をした場合にのみ、容認されうることになる。

(b) 尽力の債務に変更するタイプ *Lloyd Triestino* 第二〇条(b)なども、転送の自由を運送人に認めた条項、といえる。同条項によると、運送人は、打切権を留保したまま、履行不能の終了するまで待つことができる(その間、運送品の一時的陸揚もできる)が、履行不能の終了後、可能なかぎり速やかに (as soon as possible after the cease to hindrance, or disadvantage has been removed) ——ただし、履行不能の終了と運送の継続とのあいだの最大期間につき、¹⁾ ながらも表明せられてなら (but makes no representations as to the maximum period between such removal and the forwarding of the Goods to the place of Delivery) ——、運送の継続をなすための最善の努力を払うべきことを約束する (The Carrier undertakes to use best endeavours to forward Goods)¹⁾ としている。

同条(b)などは、運送人に履行不能の終了を待つ権限を認めるものである、といっても、運送契約が意味を失ってしまうほど、長期にわたって待つ権限を認めるもの、と解することは不合理である。したがって、これらの条項は、一時的不能の場合に適用されるべき(適用されうる)規定である、と考えるのが論理にかなうことになる。²⁾ そして、運送を再開する場合、船舶は、当初の船舶であっても、また、別の船舶であってもかまわない。³⁾ したがって、同条(b)などは、一時的不能の場合に、運送人に他人の船舶による転送の自由(もちろん、最初の船舶による航海の継続の自由)を認めているといえる。

しかし、同条(b)などは、運送人の責任に関して、(a)でみた *Cosimar* 第六条などとは、異なった規定の仕方をしていいる。それは——そのような一方的な変更が是認されるか否かは別論として——運送人の負担した債務が、結果(運送品の目的港への場所的移転)の債務から、尽力(運送の継続をなすための最善の努力を払うべきこと)の債務に変

更されている点である。⁽⁴⁾

もし、この規定が、文字どおりのものであるとすると、運送人は、たとえ、本来の運送契約の目的である運送品の目的港への移転を完了しえなくとも、転送（航海の継続）のために努力をしたことを立証できれば、債務を履行したとみなされることになる。これは明らかに、運送人の責任の範囲を制限している、といわなければならない。⁽⁵⁾ このような船荷証券の条項のもとにおける荷送人の地位は、航行法のもとにおけるそれと比較して、著しく劣悪なものになっている。すなわち、荷送人は、一時的不能が発生した場合、転送（航海の継続）を要求することができるのだが、規定の形式のみからすると、不明確だけでなく——権利として要求しうる、という解釈に合理性があるにしても、他の解釈の余地がありうる文言になっているだけでも（むしろ、転送請求権がないような形式になっている）、荷送人は、不安定な立場に立つことになる——、それを要求しうる、としても、債務の内容が「結果の債務」から「尽力の債務」に変わってしまったからである。このような船荷証券の条項は、運送人の責任を減免するものであり、その有効性については、イタリヤ民法第二三四一条および一九二四年船荷証券統一条約第三条の八（適用があるならば）に照らして、大いに疑問、とされている。⁽⁶⁾

(1) 下線に相当する部分に *Continental Anzees Lines* および *Saecs* の *seawaybill* の第一八条は、*reasonable endeavours* とし、*Saecs* の船荷証券の第一八条は、*will endeavour* としているが、趣旨は同じ、と思われる。

(2) すると、同条(a)などは、長期的遅延に関する規定もの、と考えるのが論理にかなうことになるのかもしれない（同旨・*Boi, op.cit.*, pag. 140 e seq.）。同条(b)なども、二——二の(a)でみた条項と同じく、不可抗力または当事者の責に帰することができない事由による履行不能の場合にのみ、その適用が予定されているものではない、と思われる。むしろ、不可抗力・当事者の帰責性にかかわらず適用が認められる形式になっている、といえる。

(3) Lloyd Triestino であれば、第一九条に、「運送の方法および経路 (methods and route of transportation)」につき、広い自由を認めた条項がある。航海中の代船の自由については、二二二—二二二の(a)で検討した。

(4) これは、イタリアの複合運送用の船荷証券のみならず、最近の各国の複合運送用の船荷証券にもみられるところである。しかし、在来船の船荷証券には用いることができない、というものではない、と思われる。

(5) *Boi, op. cit., pag. 127.*

(6) *Boi, op. cit., pag. 130.*

二二三 確定取得運送賃の合意 (割合運送賃の排除)

すでに何度かふれているように、航行法第四二九条二項は、航海が不可抗力・当事者の責に帰することができない事由により、終了した場合、運送人が他の船舶による転送をなすために最善をつくしたかぎりにおいて、運送人に対して割合運送賃請求権を認めている。この規定は、すべての船荷証券^①にみられる、いわゆる「確定取得運送賃」条項により、排除される。

(1) *Tirrenia Navigazione* 第一七条は、割合運送賃を認めている。しかし、ここでは、その事実を指摘するだけにとどめておく。

二二三—一 確定取得運送賃条項の分類

(a) この条項も、いくつかのタイプに分類しようであるが、*Italia di Navigazione* 第一五条および *Costa Line* 第一七条一項の規定は、船荷証券の運送賃に関する条項としては伝統的なもの、と思われる。まず、前者を概観してみよう。

“..... Full freight (sic) charges against the goods shall be considered completely earned on receipt of the goods by the Carrier, whether the freight or charges be stated or intended to be prepaid or to be collected at the port of discharge or destination or subsequently, and the Carrier shall be entitled absolutely to all freight and charges, whether actually paid or not, and to receive and retain them under all circumstances whatever, and whether or not ship and/or cargo are lost or damaged; or the voyage changed, broken up, frustrated or abandoned.”

この条項の特徴を確認しておくことにしよう。①まず、ここにいう運送賃は、全額の運送賃であることが明示されている。そして、その支払時期が前払いのものであろうと、着払いのものであろうとまた、すでに支払済みのものであろうと否とを問わない。およそ運送賃であるかぎり、すべての運送賃がこの条項の対象になる。②つぎに、運送賃が全額・確定的に取得された、とみなされる時期は、運送人により運送品が受け取られた時点である。取得時期が早期に設定されている。③船舶および・または運送品が滅失・毀損しようとも、航海が変更・中止・打ち切られようとも、確定取得されるべきことが明示的に確認されている。

Costa Line 第一七条一項の規定は、Italia di Navigazione 第一五条とは、②運送賃が全額・確定的に取得された、とみなされる時期を、遅く、船積の時点 (on shipment) として⁽¹⁾いるところが異なるが、基本的には、さきこのべたように、伝統的なタイプに属する。

一方、Lloyd Triestino 第一五条一項などは、簡略な形式であり、比較的新しい船荷証券にみられるもの、⁽²⁾ とい

“Freight shall be deemed fully earned on receipt of the Goods by the Carrier and shall be paid and non-returnable in any

event”

この条項は、①運送賃がなにを指すかを逐一説明していないが、その範囲は、Italia di Navigazione 第一五条および Costa Line 第一七条一項のいうところと同じであろう。②運送賃が全額・確定的に取得された、とみなされる時期は、Italia di Navigazione 第一五条と同じく、早期に、運送人により運送品が受け取られた時点、としている。そして、③“non-returnable in any event”という短い文言は、船舶および、または運送品が滅失・毀損しようとも、航海が変更・中止・打ち切られようとも、確定取得されるべきこと意味している、と考えられる。

したがって、これらの船荷証券の条項は、Costa Line 第一七条一項が②運送賃が全額・確定的に取得された、とみなされる時期を遅くして、船積の時点としている点を除けば、実質的に同じ内容のもの、と思われる。これらの条項により、航行法第四二九条二項の原則は、全面的に排除されることになる。

(1) 運送賃が取得された、とみなされるべき時期を何時にするかについては、ほかに、「船荷証券交付の時点」なども考えられるであろうが、筆者の実見した船荷証券のなかには、そうした例はなかった。その時点を何時にするかは、契約当事者にとっては、大きな問題であろうが、理論的には、それほど大きくはない。

(b) みぎにみた条項に対して、Cosimar 第一一条 a は、簡略な条項であるが、顕著な特徴を有している。

“Prepayable freight, whether actually paid or not, shall be considered as fully earned upon loading and non-returnable in any event ……”

運送賃が全額・確定的に取得された、とみなされる時期を、遅くして、船積の時点 (upon loading) としている点は、Costa Line 第一七条一項と同じであるため、⁽¹⁾Cosimar 第一一条 a の顕著な特徴、といふことはできな

ここにおいては、確定取得が認められる運送賃は「前払い」のものにかぎられている。他の船荷証券は、確定取得されるべき運送賃について、なにも制限を設けてはいない。むしろ、Italia di Navigazione 第五条および Costa Line 第一七条一項は、運送賃であれば「前払い」のものであれ「着払い」のものであれ、確定取得されるべきことを明示的に言及している。Cosimar 第一条 a は、「前払い」運送賃の確定取得に関する条項であり、「着払い」運送賃については、なにも規定していない。したがって、同条 a は、「前払い」運送賃が合意された場合、航行法第四二九条二項の原則を排除するが、「着払い」運送賃が合意された場合には、航行法第四二九条二項の原則を排除しないことになる⁽²⁾。この点を Cosimar 第一条 a の顕著な特徴として指摘することができる。

(1) Cosimar 第一条 a に「upon loading」と Costa Line 第一七条一項に「on shipment」は、同じ意味、と思われる⁹⁰。

(2) 「着払い」運送賃についてなにも規定していないのは、約款作成者に、航行法第四二九条二項の原則を排除する意思がな
いことを意味するはずである。

(c) いずれのタイプのものであれ、確定取得運送賃条項は、運送人が運送にまったく着手していない段階においても(運送品の受取または船積がありさえすれば)、運送賃の取得を認めている。当該条項は、運送契約の双務契約性、あるいは、運送債務の先履行性——運送の完成があつてのち、運送賃の支払がなされる——を排除することになる⁽¹⁾。それは、運送の着手以前に、当該条項が機能した場合、明白である。また、運送の途中で当該条項が機能した場合にも、あてはまる。この場合、荷送人は、本来、有効に通過した行程に応じた運送賃を支払えば足りるはずであるが、当該条項が機能すれば、運送賃を全額支払わなければならない。すなわち、作業の量とそれに対する対価の量の均衡

がとれていない。荷送人にとつては当該条項が運送のどの段階で機能しても、不利益なわけである。とりわけ、運送の着手以前にも機能しうる点は、明らかに、荷人にとつて、当該条項が「苛酷な」性質を帯びることを表している。⁽²⁾

確定取得運送賃条項が機能すると、後発的不能の発生により給付を免れた当事者は反対給付を請求することができず、受け取った給付があれば返還しなければならぬ、とするイタリア民法の基本的な原則のひとつ（第一四六三条）を排除することになる。⁽³⁾このような条項の有効性およびその限界について、イタリア学説・判例がどのように考えているかは、つぎの二―三―二においてみることにする。

(1) Mario Iannuzzi, *Impedimento alla partenza della nave e clausola "nolo guadagnato ad ogni evento"*, *Rivista del diritto della navigazione*, 1949 II, pag. 64 e seg.

(2) *Boi, op. cit.*, pag. 145. それ故、書面による特別の承認を要するべきである、としている。明言はしていないが、明らかに、イタリア民法第一三四一条二項の規定のことである。

(3) *Boi, op. cit.*, pag. 146. イタリア民法第一四六三条（全部不能）「対価的給付を伴う契約において、なすべき給付の後発的不能により債務を免れた当事者は、反対給付を請求することができず、そして、すでに受け取った反対給付を、非償弁済の返還に関する規定にしたがい、返還しなければならぬ。」

二―三―二 確定取得運送賃条項の有効性とその限界

確定取得運送賃条項は、運送賃保険（希望利益保険）の禁止を回避するための便法として利用されていたものであるが、その禁止が解けたのちも、今日まで、存続しつづけている。周知のとおり、わが国の学説の多くは、当該条項が世界的に広く利用されているものであり、その有効性については、判例により承認されている、⁽¹⁾として、ほとんど、疑問を呈示していない。それでもなお、二・三の学説により、当該条項の有効性に対して、疑問が投げかけられてい

⁽²⁾。結果的には、当該条項の有効性を再確認することになるせよ、あるいは、少数説の疑問の正当性を支持することになるにせよ、イタリアの判例・学説を省察してみるのには、大いに、意義がある、と思われる。本稿においては、航行法施行以後の若干の判例・学説を取り上げることとする。⁽³⁾

確定取得運送賃条項の有効性について論じる場合、いささか旧聞に属するが、ジェノヴァ地裁一九五三年四月二一日判決⁽⁴⁾に言及しないわけにはゆかない。事実関係の詳細は不明であるが、原告（荷送人）の運送賃返還請求に対して、被告（運送人）が船荷証券中の確定取得運送賃条項を盾に、返還を拒んだ事件のようである。ジェノヴァ地裁は、つぎのような論理で、当該条項の効果がない、とした。すなわち、「当該条項は、運送実行の危険を運送人から荷送人に転換する効果を有する。当該条項は、それ自体、運送人に有利な責任制限を伴うものであり、そして、被告によりあらかじめ印刷された契約書式に含まれる合意であるから、イタリア民法第一三四一条二項の規定に服する。同項によると、当該条項は、書面により、特別に承認されなければ、効果を有しない。本件においては、船荷証券は、荷送人により、まったく署名されていないので、書面による明示的承認がない。」

このジェノヴァ地裁判決に対して、イニシャル C. P. により、反対の立場から、批評がなされている。C. P. は、確定取得運送賃条項が問題にしているのは、運送の実行とそれに伴う危険と責任ではなく、運送賃の危険である、との認識を有している。彼がフランスの泰斗 Ripert の影響をうけていることは、明白である。結局のところ、当該条項は、保険（料）負担の転換に帰するから、イタリア民法第一三四一条の予測するところではない、⁽⁵⁾としている。

たしかに、C. P. のいうとおり、確定取得運送賃条項は、運送実行に伴う責任の制限に——少なくとも、直接的に——関するものではないであろう。もし、そうであれば、ジェノヴァ地裁がイタリア民法第一三四一条二項を適用

した論拠が崩れることになる。その後、カターニア控訴院一九五七年一月八日判決⁽⁶⁾は、確定取得運送貨条項の有効性を承認している。その事実の詳細は、これも不明（ジェノヴァ地裁判決において問題となった荷送人による船荷証券の署名の有無についても不明）であるが、木材運送の途中、運送が打ち切られたため、前払運送賃と割合運送賃の差額の返還請求がなされた事件のようである。カターニア控訴院は、請求を棄却した。

カターニア控訴院判決の批評（賛成）において、Russo は、確定取得運送貨条項についてはイタリア民法第一三四一条の適用はなされない、とした C. P. に反対している。Russo も、当該条項が運送人の責任制限に関するものではない、という認識において、C. P. と一致している。しかし、それでもなお、同条の適用がありうる、というのである。すなわち、確定取得運送貨条項があれば、荷送人は、運送人の運送賃全額の支払請求に対して、債務（運送）の完全な履行がなされていない、という抗弁を持ち出せなくなる。すると、当該条項は、抗弁提出権限の制限条項であるかぎりにおいては、同条の適用をうけることになる、というのである。⁽⁷⁾ C. P. は、当該条項が運送人の責任制限に関するものではない、というところで、その内容の検討を打ち切って、同条の適用を否定したが、Russo は、検討をさらに一歩進め、当該条項が抗弁提出権限の制限条項に該当することを究明し、同条の適用を肯定した。これは、Russo の功績として、ながく記憶にとどめられることになるであろう。

その後、Russo から二〇数年を経て、Tullio によって、新しい説が提唱された。Tullio は、確定取得運送貨条項が抗弁提出権限の制限条項に該当する、とする Russo の認識を正しい、としながら、イタリア民法第一三四一条二項の適用については、Russo とは少し異なった意見を持っているのである。Tullio は、航海備船契約書の確定取得運送貨条項については、イタリア民法第一三四一条二項の適用の必要性を認めないが、船荷証券の確定取得運送貨条

項については、イタリア民法第一三四一条二項の適用を認めるのである。その理由は、およそ、つぎのとおりである。同項は、定型書式に基づき締結される契約のなかでも、強いほうの契約上の力を有している当事者によってあらかじめ作成された定型書式にのみ適用される。船荷証券に記載された契約の大半および備船者によって作成されたオイルタンカー用の備船契約の多くが、その例にあたる。しかし、当該規定の精神は、運送人およびそれと同等の契約上の力を有する荷送人の協会によって作成された定型書式への、適用の拡大を認めない⁽⁸⁾。

こうして、簡単に振り返っただけでも、イタリア判例・学説から教ええられるところは多い。確定取得運送賃条項は、たんに、運送賃保険料の負担の問題にすぎない、というより、抗弁提出権限の制限条項にあたる、という認識が広くゆきわたっている。そして、——少なくとも——船荷証券にある当該条項については、荷送人（船荷証券所持人）にとつて、「苛酷な（vessatorio）」ものであるから、無条件で、その有効性を承認しえない、とされている。すなわち、荷送人が船荷証券に署名することにより承認しないかぎり、当該条項は、効果を有しないのである⁽⁹⁾。

- (1) 確定取得運送賃条項の有効性を承認した例として、大判明治三十九年一月五日民録二二輯一四二五頁および大判昭和二二年二月一日民集二六卷二三号一七九三頁をあげることが適当かについては、ここでは立ち入らない。
- (2) 和座一清「不積運送賃取得の特約」海事判例百選（増補版）一〇五頁、大崎正瑠「船荷証券の研究」平成元年・一九四頁。
- (3) 半世紀以上もまえのことになるが、Lebre D'Ovidio によって、確定取得運送賃条項の機能について、鋭い指摘がなされたことは、すでに、別の機会に（拙著「船舶利用契約の実証的研究」平成二年・二九七頁）検討済みのことである。
- (4) Diritto marittimo, 1955, pag. 423.
- (5) C. P., Note sulla clausola "nolo guadagnato ad ogni evento", Diritto marittimo, 1955, pag. 424 e seg.
- (6) Rivista del diritto della navigazione, 1957 II, pag. 326.
- (7) Raffaele Russo, In tema di clausola "nolo acquisito ad ogni evento", Rivista del diritto della navigazione, 1957 II, pag.

(8) Tullio, I contratti di charter party, Padova 1981, pag. 119 e seg.

(9) もちろん、確定取得運送貨条項が荷送人にとってもメリットがあることは、広く知られている。そして、船荷証券発行のたびに署名を求めて、そこにある条項を特別に承認させることにより、荷送人の保護を図るような手続は、時間の無駄である、という批判の余地はありえよう。フランスの事情については、中村真澄「フランス海上運送法の改正——一九八六年法を中心として——」早稲田法学六七巻一号二七頁以下を参照のこと。

三 到着時の不能

履行不能が船舶の目的港への到着時に発生した場合については、航行法第四三〇条が規定を設けている。同条は、船舶の目的港への到着の確定的不能の場合につき、契約が存続することを前提に、運送人の採るべき措置について規定している。到着時の一時的不能に関しては、航行法は、明示的规定を有していないが、航行法第四二八条一項および第四二九条一項が参考となる。これらの航行法の規定が船荷証券の条項により、どのようにして排除・修正されているかを、以下において省察する。

(a) 確定的不能・長期的遅延の場合　すでに指摘したとおり、船荷証券の作成者は、一般的に、履行不能の発生時期に応じて、規定を設ける、といった配慮をしていない。到着時の確定的不能は、やはり、これまでたびたび参照してきた liberty 条項（たとえば、Costa Line 第六条）あるいは matters affecting performance 条項（たとえば、Lloyd Triestino 第二〇条の(a)）によつて規律されることになる。これらの条項の分析は、すでに済ませているので、到着時の確定的不能について、これらの条項が航行法第四三〇条をどのように排除することになるのかを確認してお

けば足りる。

航行法第四三〇条は、運送人に、「近くの港に着岸するか、または、出帆港に帰る」かの措置を採る以前に、荷送人に対して指示を求めることを、要求している（もの、と思われる）。しかし、船荷証券の条項によると、船舶の目的港への到着時に確定的不能が発生した場合、運送人は、打切権を行使し、安全・好都合な港 (safe and convenient port)⁽¹⁾ で運送品を陸揚して、それを荷送人の処分に委ねることができる。運送人は、運送の打切・運送品の陸揚に先行して、荷送人に指示を求めることを要求されていない（二——三でみたように、Cosimar 第一六条 f についてのみ疑問があるが）。そして、なにより、運送人は、自己の裁量により安全・好都合と考えられる港で運送品を陸揚すれば足りるのであって、「近くの港に着岸するか、または、出帆港に帰る」べき義務から解放されている。

航行法第四三〇条は、運送貨につき規定していないだけでなく、運送人が何らかの措置（荷送人の指示にしたがうか、近くの港に行くか、または、出帆港に帰る）を採った場合に要する費用（運送貨に含まれていなければ）の負担をだれがするべきかについても、規定していない。しかし、この欠陥⁽³⁾が実際に表面化することは、まず、ない。すなわち、確定取得運送貨条項が機能するかぎり、運送人は、全額の運送貨を取得し、そして、超過費用については、すべての船荷証券が荷送人の負担であることを定めている⁽⁴⁾。

- (1) Italia di Navigazione 第四条は、陸揚する港が「安全・好都合」であるべき旨を明示していないが、それは、どんな港でもよいことを意味しなうであらう。
- (2) Cosimar 第一六条は、「安全・好都合」の判断主体が運送人・船長である旨を明示していないが、その趣旨であらう。
- (3) この点については、前掲拙稿・四二四頁以下を参照のこと。
- (4) Cosimar 第一六条 d、Costa Line 第六条および Italia di Navigazione 第四条は、さらに、超過報酬についても、明示的

に規定している。

(b) 一時的不能の場合 航行法の立法者は、到着時の一時的不能については、それが特別の法規制を必要とするほどの重大な影響を契約に及ぼすことはない、と考え、明示的規定を設けなかった、と思われる。航行法第四二八条一項および第四二九条一項は、契約の存続を定めていることから、航行法の立法者は、到着時の一時的不能の場合にも、契約が存続すべきことを、当然の了解事項、としたのであろう。すると、運送人は、不能の終了を待たなければならぬ⁽¹⁾。しかし、この場合にも、Liberty 条項あるいは Matters affecting performance 条項 (の (b)) などに規定された積替 (転送) の自由が、運送人に認められることになるであろう。これらの条項の適用要件、効果およびその有効性の限界については、すでに (二一一—二二) 検討したことが、ここにもあてはまるであろう。

(1) この点については、前掲拙稿・四二八頁以下を参照のこと。

むすびにかえて

履行不能に関する船荷証券 (運送契約) 中のいくつかの約款につき、若干の考察を加えただけであるが、そこからわれわれは、多くの示唆をうけることができた。それを、再確認して、むすびにかえておくことにしよう。

(a) まず、契約解除権および航海打切権につき、イタリア学説は確定的不能・長期的遅延の場合にかぎり、それを行使しうる、としている (一および二一一—二二)。このとき、具体的に、根拠となるべき条文 (イタリア民法第二二五六条および第二二二八条) を指摘している点に、われわれは、注意を要する。わが国においても、解除権および打切権については、英 (米) 法の frustration の法理あるいは大陸法の事情変更の原則の適用ある場合に、この行使が可

能な旨の説明がなされている。⁽¹⁾すなわち、わが国の理解においても、解除権および打切権の行使は、確定的不能・長期の遅延の場合にかぎり、容認される、と解されている。この点に関しては、イタリア学説から、とりわけ、示唆をうける点はないようにも感じられる。しかし、船荷証券のなかの準拠法条項が日本法を指定しているとき、さらにいえば、条項の解釈につき争いがある場合に日本法の解釈による旨の条項⁽²⁾があるとき、「英米」法の frustration の法理あるいは大陸法の事情変更の原則の適用ある場合に、解除権および打切権の行使が可能⁽³⁾といっておけば、実質的には正しい(実務上疑問がない)としても、理論的に、それだけで足りるのか、議論の余地が残るように思われる。根拠となるべき条文を具体的に指摘し「つめるべきところは、つめておく」というイタリア学説の解釈態度を軽視するべきではない、と思われる。⁽³⁾

(1) 谷川・高田・桜井・前掲一七七頁、大崎・前掲一六五頁以下、藤代和雄「貿易運送の実務(船荷証券の解説)」昭和六〇年・一二六頁以下など。

(2) 注(1)でみた文献が注釈をしている船荷証券のなかには、この旨の条項はないが、準拠法を日本法、とする条項が存在する。

(3) わが国においては、解除権・打切権の行使制限の根拠として、商法第七六一条をあげるのが適当であろう(同条については、小町谷操三「海商法要義中巻二」昭和一八年・六八七頁以下が詳しく、同書七〇〇頁で、同条が「事情変更の原則」を認めた規定、とされる)。旧来より、わが国のみならず、諸外国においても、約款による任意規定の無視・排除の傾向が著しい。いうまでもなく、任意規定といえども、約款により無制限的に排除されうるものではない。逆に、約款の妥当性・有効性の検証の基準となりうるであらう。

(b) つぎに、いわゆる「積替」条項については、たんに理論的にだけではなく、実務的にも注目を要する議論がなされている。積替以後の他船による転送区間につき(元の)運送人を無責任、とする旨の条項(一一一一の(a))お

よび運送継続をなすための最善の努力を払うべきことを定めた条項（二二—二二の(b)）につき、イタリア学説は、やはり、具体的な条文を示して（航行法第四二四条、イタリア民法第一三四一条、一九二四年船荷証券統一契約第三条八および第七条）、その有効性の限界を論証している。

前者のタイプの特項につき、わが国の実務手引書に、つぎのような説明をしているものがある。「この積替の場合においては、この船会社（第1次運送人）は、第2次以後の運送人に対しては、荷主の単なる運送代理人（Forwarding Agent）として、第2船（または他の運送機関）の選択、第2船との運送契約の締結、第2船への積込をすれば足り、この船会社は、本船 Tackle から貨物が離れたとき以後の危険から免責される」と。これに対して、イタリア学説は、航海途中における積替の自由を認めながらも（合意がある場合のことであるが）、元の運送人が積替以後の運送区間につき（運送）責任を負わない、とする部分の有効性に疑問を呈している。すなわち、このような合意は、運送人の責任制限の性質を有し、航行法第四二四条（または、適用があれば、船荷証券統一契約第三条八および第七条）に抵触する、としている。航行法第四二四条は、わが国の法律の規定でいえば、国際海上物品運送法第一五条に相当する、といえる。両者の規定は、船荷証券統一契約第三条八および第七条を国内法化したものである。したがって、航行法第四二四条に関する議論は、おそらく、そのままのかたちで、わが国の国際海上物品運送法第一五条に関する議論として取り入れることが可能（少なくとも、参考にすることは可能）である、と思われる。すると、積替以後の運送区間につき（運送）責任を負わない、とする部分は、国際海上物品運送法第一五条（とりわけ、その三項）に抵触する、ということになりそうである。⁽²⁾⁽³⁾⁽⁴⁾

後者の最善の努力を払うべきことを定めた条項の有効性についても、イタリア学説は、イタリア民法第一三四一条

および船荷証券統一契約第三条八(適用があれば)に抵触する、としている。すなわち、当該条項は、運送人の債務の内容を「結果(運送——運送品の場所的移転の実現)の債務」から「尽力の債務」に変更するものであり、運送人の責任を減免することになる、という理由による。しかし、この議論をわが国に導入するについては、慎重さが要求されるかもしれない。すなわち、イタリア民法第二三〇一条に相当する規定をわが国の法律のなかに発見することに、困難が伴うのである。同条は、イタリア法に固有の消費者保護の思想に立脚した規定、といえるからである。これに対して、わが国の国際海上物品運送法第一五条一項にあたる船荷証券統一契約第三条八に関する議論については、導入にそれほどの困難が伴わない、と思われる。

(1) 津田昇「貿易実務叢書第十巻・船荷証券」第六版・昭和四六年・一九五頁。本書は、簡略な手引書であり、著者(津田氏)の意図するところがつくされる性質のものではない、と思われるので、引用を避けるべき、とも考えたが、伊・日、彼我のちがいを示すため、引用した。

(2) 藤代・前掲書は、コンテナー船荷証券の良心的な解説をした書物として知られている。積替条項について、つぎのように解説しておられる。「本条たりとも文字通りの効力を有するものではない。接続があらかじめ予定されている場合には、格別の問題を生じない。……これに対し、在来船による運送の場合には、本項が有効とされる場合は、かなり限定されることになる。……事前の合意のない積替えは、それを不可避とする特殊な客観的事情が存しないかぎり、運送人の契約違反となろう」(一四九頁以下)と。これにあえて異を唱えれば、コンテナー運送の場合も、接続港に達する以前に自由に積替が可能、というわけではない、と思われる。しかし、ここでは、藤代氏が在来船の船荷証券の積替条項の有効性につき疑問を呈された点を大いに評価するべきであらう。

(3) さらに、イタリア学説は、積替条項が運送人の責任制限に関する合意ではなく、運送人の給付の制限に関する合意である、とする説に対する反論も用意している(二二二(一)(a)の注(6))。

(4) 高橋正彦「船荷証券条項の研究——Kasbi 逐条的解説——」昭和四七年・五九頁以下は、積替自由(以後免責)を認め

る条項を、基本的に有効、としている。

(c) さらに、確定取得運送賃条項についても、イタリア学説は、参考となるべき議論を展開している。当該条項に関するイタリア学説の意義を再確認するまえに、わが国の状況を大まかにみておくことにしよう。

わが国に当該条項の有効性を正面から認めた判例が存在するかについては、疑問のあるところである(二―三―二の注(一))⁽¹⁾が、通説は、その有効性につき、ほとんど疑問を抱いていないようである。そのなかにおいて、小町谷教授は、——当該条項はつまるところ保険料負担の問題に帰着する、とする Ripert などの影響をうけている、と思われるが——当該条項の適用範囲(有効性の限界、といってもよい)につき、詳細な分析を展開される。すなわち、運送の不完了が①不可抗力により生じた場合のほか②運送人の責に帰すべき事由による場合にも、荷送人は運送賃の支払を要するの、か、という点に関して、当該条項の有効性を前提として、(①の場合はもちろん)②の場合にも、運送賃保険の普通約款において保険者が危険を担保しない事由のほか、運送人は運送賃請求権を取得する、⁽²⁾とするのである。

これに対して、少数説は、(おそらく、①と②の場合とも)「前払いされた報酬は当然に不当利得として返還されるべきものであり、また商法第五七六条第一項の規定から考えて運送賃確定取得の特約の効力については疑問」⁽³⁾とするのである。

わが国の学説がごぞつて指摘するように、確定取得運送賃条項が実務上あるいは経済的にみると、運送賃(積荷)保険料の負担を運送人から荷送人に転嫁する機能を有している。当該条項は、実務上、荷送人にそれほど大きな負担を強いるものではなく、ほとんど無視しうるものかもしれない。イタリアにおいても、当該条項は運送賃保険料の負

担の転嫁の問題に帰着する、としていたことがある。しかし、ここで議論を打ち切らず、当該条項が割合運送賃に關する航行法第四二九条を排除するだけではなく、同時履行または先履行の抗弁を放棄させる条項である、という意味において、荷送人にとって不利益・苛酷である、と認定し、荷送人の特別の書面による合意を要する（イタリア民法第一三四一条二項）、とする考えが有力になってきている。すでにのべたように、わが国にはイタリア民法第一三四一条二項に相当する条文が存在しない（であろう）。したがって、イタリアの議論を、そのままのかたちで、わが国に導入することは困難である。しかし、当該条項の有効性に關する議論を、保険料負担の問題に矮小化することなく、あくまでも、運送契約上の問題として、その有効性の限界を明確化しておこう、とするイタリア学説の態度に注目すべきである。⁽⁴⁾

すなわち、ある契約上の不合理・不公平が、他の契約により補完されるかぎりにおいて、受容されうる、という論法は、経済的合理性を追及する社会においては、肯定されうるにしても、法理論的にいえば、説得力を欠くように思われる。海上運送契約の問題につき海上保険を無視して論じることは、机上の空論に等しいのかもしれない。それでもなお、確定取得運送賃条項は、運送賃保険によりカバーされているかぎり、荷送人に不利益をもたらさなから有効である、というのは、運送賃保険が存在しなければ、荷送人に不利益をもたらすから無効である、というに等しい、と思われるのである——外航運送貨物のほとんど百パーセントが保険のカヴァーをうけているにしても、内航運送貨物については、無保険のものも相当の量にのぼる、と思われる——。くりかえしいうと、イタリア学説は、当該条項が荷送人にもたらす経済的利益・不利益を十分に認識したうえで、その有効性の限界ないし条件を、運送契約の問題として（保険の存在に頼ることなく）法理論的に、つめているのである。この点に注目すべきなのである。⁽⁵⁾⁽⁶⁾

- (1) 石井照久「海商法」昭和三九年・二四三頁、田中誠二「海商法詳論」昭和四五年・三一九頁、中村「海商法」平成二年・一九六頁。
- (2) 小町谷・前掲五〇七頁。
- (3) 和座・前掲同所、同旨（と思われる）・大崎・前掲同所。筆者は、和座教授の結論に全面的に賛成するものではない。しかし、同教授が、本文でみたとおり、確定取得運送貨条項の有効性を否定（疑問視）する論拠として、任意規定である商法第五七六条一項を持ち出すことに峻巡されなかつた点に畏敬の念を覚える。
- (4) 船荷証券所持人は、運送人に対して劣後の立場にある、という前提のうえで、船荷証券証券統一条約やわが国の国際海上物品運送法は立法されている。それを受け入れるかぎり、優越的立場にある運送人が、一方的に、劣後の立場にある荷送人・船荷証券所持人から、同時・先履行の抗弁権を奪うことが許されるのか、という疑問は、イタリアにおいても、わが国においても、共通に、存在しうるはずである。
- (5) 約款研究の重要性は、商取引法の分野においては、否定することができない。しかし、もし、「生きた法」の研究を目指すにしても、約款の内容の理解のみにとどまり、その法的妥当性の承認の可否に及ばないのであれば、それは実務への追従にすぎない。
- (6) その意味で、小町谷・前掲五〇八頁注(2)に紹介されている寺井久信氏の主張を、かならずしも、無視してしまふわけにはゆかない。同氏は、「本約款ハ第五九二条ノ適用ヲ受クルモノニシテ、所謂如何ナル場合トハ船主ノ責ニ帰スベカラザル事由ニヨル場合ト解スベキモノトス、即、船主ノ過失船員其他使用人ノ悪意若クハ重大ナル過失ニヨル運送品ノ全部又ハ一部滅失ノ如キ……場合ニツイテハ運送貨ヲ請求スルコトヲ得ズ……」（改訂増補「船荷証券」大正一五年・一六五頁以下）というように、当該条項に対する旧商法第五九二条（現行第七三九条）の直接的適用を意図されたもの、と思われる（ここでは、同氏が当時としては進歩していた、と思われる「当該条項は保険料負担の問題に帰着する」との発想を知っていたか否かに触れないことにする）。当該条項は、運送人の損害賠償責任の制限条項には——少なくとも、直接的には——あたらない、と思われる。したがって、当該条項の適用範囲（有効性の限界）の問題につき、同条の直接的適用を認めることには困難が伴うであろう。また、同条は、強行規定であり、さらには、とりわけ、堪航能力担保義務違反についての免責の絶対的禁止を定めた点について、批判の多い規定であるから、安易な拡大（類推）適用にはなじまないもの、と思われる。その

かぎりにおいては、同氏の主張を、直接的・全面的に、支持することはできない。しかし、同条は、わが国の海上運送契約法の重要な原則のひとつを表す規定であり、われわれの正義感情に合致する立法者の意思を示した部分が存在することも、また、事実である。確定取得運送賃条項の適用範囲（有効性の限界）について論じる場合にも、そのような立法者の意思を尊重することに躊躇する必要はないのであれば、同氏の主張を全面的には否定しえない、と思われる。すなわち、たとえば、船員の悪意・重過失により生じた損害について、賠償責任の免責を認めることが立法者の意思・われわれの正義感情に著しく違背するのであれば、同様に、船員の悪意・重過失により滅失した貨物につき運送人の運送賃支払請求権を認めることは立法者の意思・われわれの正義感情に著しく違背する、と思われる。この場合には、確定取得運送賃条項の有効性を否定しうる、と思われる。