

海上物品運送契約の履行不能

——イタリア航行法の場合——

栗
田
和
彦

はじめに

一 航行法の規定

一―一 規定の概略

一―二 規定の位置

二 出帆前の不能

二―一 確定的不能

二―一―一 航行法第四二七条の適用範囲

二―一―二 当然終了

二―一―三 終了の効果

二―二 長期的遅延(不能)

二―二―一 長期的遅延の意義

二―二―二 解除権の発生

二―三 一時的不能

二―三―一 航行法第四二八条の適用範囲

二―三―二 契約の存続

二―三―三 再船積しない場合の損害賠償責任

三 航海中の不能

三―一 確定的不能

三―一―一 航行法第四二九条二項の適用範囲

三―一―二 主たる債務(運送債務)の当然消滅・必要的積替

三―一―三 必要的積替(転送)の法的性質

三―一―四 割合運送賃

三―一―五 積替費用・危険の負担

三―二 一時的不能

三―二―一 荷送人の担保提供義務

三―二―二 航行法第四二九条一項の存在理由

四 到着時の不能

四―一 確定的不能

四―一―一 契約の存続(一八八二年商法第五五三条の原則の維持)

四―一―二 航行法第四三〇条が内蔵する欠陥

四―二 一時的不能

四―二―一 規定の不存在

四―二―二 契約の存続

むすびにかえて

はじめに

海上物品運送契約の終了に関する商法の規定は、民法の契約の終了に関する規定、とりわけ、請負契約の終了に関する規定に比して、詳細である。これらの規定のなかに、不可抗力あるいは契約当事者の責に帰することができない事由による契約の終了および解除（告知）に関する規定を発見しうる。当事者の責に帰することができない事由により、運送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ことにする）、契約の継続を強制することは、不合理であるため、契約の終了および解除に関する規定が設けられているのである（わが国では、商法第七六〇条および第七六一条など）。

履行不能による海上物品運送契約の終了または解除は、国民経済的にみて、大きな経済的不利益を生じるだけでなく、運送契約の当事者の問題として捉えると、運送中止の危険を当事者のいずれが負担すべきか、あるいは、いかに分担すべきか、という深刻な事態を招くことになる。履行不能による海上物品運送契約の終了および解除に関する規定は、みぎにみた深刻な事態に対処するための、きわめて重要な規定である、といえる。しかし、これらの規定は、その本来的な重要性にもかかわらず、今日まで、あまり、研究の対象になっていない¹。その理由として、まず、規定が任意法であるため、運送契約中の詳細な約款により変更・排除され、実際に、適用されることがないことをあげようであろう。さらに、運送中止の危険が海上運送保険により保険者に転嫁されているため、運送契約の当事者（とりわけ、荷送人・船荷証券所持人）は、運送契約中の約款に不満を感じることが少なく、実際に適用されることがない法律の規定の存在を意識することすらないほどなのである。このような状況においても、なお、法律の規定の妥当

性あるいはそれを変更・排除する約款の合理性・有効性の限界について、理論的検討を怠るべきではない、と考える。この思いは、以前、船舶利用契約に関する研究⁽²⁾の途中、履行不能による契約の終了および解除に関する法律の規定と約款の隔たりの大きさに気づいたときより、筆者のなかに存在しつづけていた。さいわい、最近、イタリアにおいて、履行不能による海上物品運送契約の終了および解除に関する研究がふたつ連続して発表された⁽³⁾。以下、主として、そのふたつの研究によりながら、イタリア航行法の履行不能による海上物品運送契約の終了および解除の規定に関する議論の概略を知ること⁽⁴⁾⁽⁵⁾にしよう。

- (1) 小町谷操三「海上物品運送契約の解除を論ず」海商法研究一卷・大正一〇年・二八九頁以下および同「海商法要義・中巻 二」昭和一四年・六二八頁以下は、貴重な研究である。
- (2) 拙著「船舶利用契約の実証的研究」平成二年・二二一頁以下および二八〇頁以下。
- (3) Michele M. Comenale Pinto, L'art. 429 Cod. Nav. ed i problemi giuridici connessi al trasbordo in corso di viaggio, Diritto marittimo, 1987, pag.242; Giorgia M. Boi, Gli impedimenti all'esecuzione del contratto di trasporto marittimo, Milano 1990.
- (4) 船荷証券中にみられる契約の履行不能などに関する約款については、別の機会に検討したい。
- (5) なお、筆者は、前掲の拙著などにおいて、複数の文章からなっている複雑なイタリアの法律の規定、約款の規定または立法理由書などの引用・参照箇所を特定するため、第**条**項第**文**というように表示することが多かった(セミコロンの切れる文章などを、わが国の例にしたがい、第*段というように表示してよいか、ためらいがあったことなどを理由とする)が、本稿では、それほど複雑な規定に出会わないため、わが国の例にしたがい、第**条**項第*段というように表示することにする。ただし、三(a)の注(2)を参照のこと。

一 航行法の規定

一一 規定の概略

航行法は、第四二七条から第四三〇条において、海上物品運送契約の不可抗力または契約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 (impedimento・障害) について、規定している。そして、第四二七条以下は、一般
法であるイタリア民法において採用されている確定的履行不能と一時的履行不能の類別を守りながら、海上物品運送
契約が実行される段階にしたがい、規定を設ける形式となっている。

航行法立法理由書第二五五番によると、航行法の立法者は、第四二七条以下の規定により、偶然の事故の影響
(incidenza del fortuito) の当事者間における分配の問題を、作業(運送)完了に関する危険のすべてを運送債務者
(運送人) が負担しなければならない、とする原則の厳格さを修正することにより、解決しよう、とする意図を有し
ていたようである。そして、みぎの原則は、相対立する利益に対するバランスのとれた見方 (equilibrata visione dei
contrapposti interessi) にしたがい、修正されることとなった。

まず、第四二七条は、出帆前に確定的不能または長期的遅延(不能)が生じた場合の規定である¹。第一項前段が確
定的不能を契約の法定の終了原因とし、同項後段が長期的遅延を解除権の発生原因としているが、いずれの場合も、
契約当事者は、自己の損害を自ら負担しなければならない。ただし、解除が船積後になされる場合、運送品の陸揚費
用は、荷送人の負担とされる(第二項)。第四二八条は、出帆または航海の継続の一時的不能は契約の終了をもたら
すものではない、としつつ、荷送人に運送品の陸揚権限を認めている²。第四二九条は、出帆後の航海の中止に関する

規定である。⁽³⁾ とりわけ、その第二項は、いわゆる割合運送賃に関する規定であり、海上物品運送契約の履行不能に関する航行法の規定のうち、もっとも重要、と思われる（あるいは、興味深い）規定であるから、本稿の主たる検討の対象とする。そして、第四三〇条は、契約の最終段階である目的港到着時において確定的不能が生じた場合に運送人のとるべき措置について、規定している。⁽⁴⁾

このように、航行法は、出帆（前）から到着に至る段階で生じうる不能を、ひとまとめにして規定することにより、海上物品運送契約の履行不能に関する規定を理解しやすいものにした、と評することができるであろう。⁽⁵⁾ また、航行法は、履行不能をもたらす原因については、とりわけて、関心を示さず、第四二九条が不可抗力による船舶の修繕不能を具体的に明示するだけである。船舶の出帆（前）から到着に至るまでに生じる履行不能は、様々の原因（不可抗力または契約当事者の責に帰することができない事由）に起因する。個々具体的な原因ごとに規定を設けることは、煩瑣であり、かえって、規定間の均衡を失うことになる可能性を残す。航行法が履行不能の原因にこだわらなかつたのは、賢明だった、と評することができるであろう。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

(1) 第四二七条（出帆前の障害）「船舶の出帆が不可抗力により妨げられた場合、契約は、終了する。同様の事由により、船舶の出帆が著しく遅延した場合、契約は、解除される。」

解除が船積後になされる場合、荷送人は、陸揚費用を負担しなければならない。」

第一項前段の「終了する」は *risolto* に、後段の「解除される」は *può essere risolto* に対応する。同一の用語 (*risolto*) であるが、意味を考慮して、異なった訳語を与えておいた。

(2) 第四二八条（一時的障害）「船舶の出帆または航海の継続が、一時的に、運送人の責に帰することができない事由により、妨げられた場合、契約は、有効のままである。」

荷送人は、障害が続いているあいだ、再積積または損害賠償の義務を負担し、自己の費用で運送品の陸揚をさせることができる。障害が航海中に生じた場合、荷送人は、みぎの義務の履行のための適当な担保を供しなければならぬ。」

(3) 第四二九条（航海の中止）「出帆後、船長が不可抗力により修繕しなければならぬ場合、契約は、有効のままであり、そして、荷送人は、運送貨減額請求権を有しない。

船舶が修繕されえずもし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されもしくは著しく遅延した場合、船長が、荷送人のため、他の船舶による運送品の目的港への転送をなすための最善をつくしたかぎり、運送貨は、有効に通過した行程に依りて、支払われなければならない。」

(4) 第四三〇条（到着の障害）「着船が不可抗力により妨げられるか、または、著しく遅延した場合、船長は、指示を受け取っていないか、または、受け取った指示が実行不能のとき、他の近くの港に着岸するか、または、出帆港に帰るかして、船舶および運送品の利益にとり最善の方法を講じなければならない。」

(5) それに対して、一八八二年イタリヤ商法典（以下、一八八二年商法）の海上物品運送契約の履行不能に関する規定は、いささか、（少なくとも）形式的には、まとまりを欠くものであった。すなわち、一八八二年商法は、まず、備船契約に関する第四節第一款において、若干の規定をおいていた。第五二一条は、出帆前に生じた官憲の行為による不能（障害）につき、第五二二条は、出帆時の偶然の事故または不可抗力により生じた一時的不能につき、そして、第五二三条は、ロックアウトまたは偶然の事故・不可抗力により生じた目的港における不能につき、規定している。そして、同じ第四節第三款において、いくつかの規定をおいていた。第五七〇条は、航海中における偶然の事故または不可抗力による船舶の修繕につき、第五七一条は、出帆前に存在した不運航につき、第五七二条および第五七三条は、目的港における商取引の禁止につき、規定していた。

(6) 前注(5)においてみたように、一八八二年商法は、履行不能につき、包括的に規定せず、むしろ、個別的・具体的原因ごとに、規定を設ける形式になっている。

(7) 履行不能の原因として、なぜ、「不可抗力」と「運送人の責に帰することができない事由」が採用されているのかについては、議論の余地がありえよう。しかし、航行法の基本的姿勢が、個別的・具体的原因ごとに、規定を設けることなく、「不可抗力」と「運送人の責に帰することができない事由」一般を念頭に、包括的に規定を設けることにあることは、自明

である。

一―二 規定の位置

航行法においては、海上物品運送契約の履行不能に関する規定がひとまとめに規定されている、という形式的優越性もさることながら、それらの規定が配置されている場所も適切である、と思われる。すなわち、第四二七条から第四三〇条は、物品運送の総論部分におかれている。周知のごとく、航行法は、船舶利用契約の低位類型として、船舶賃貸借契約、傭船契約（航海傭船契約および定期傭船契約）および運送契約を想定しており、^①そして、運送契約は、全部運送契約、一部運送契約および簡品運送契約に細分されている。すなわち、第四二七条から第四三〇条は、運送契約についてのみ適用され、他の契約類型には適用されない。^②実務界にいう航海傭船契約が航行法にいう全部運送契約に相当するであろうことは、ほぼ、学説・判例の一致して認めるところであろう。しかし、実務界にいう定期傭船契約が航行法にいう全部運送契約に相当するかについては、大いに、議論されているところである。通説・判例は、否定的見解を採っている。^③したがって、通説・判例によれば、第四二七条から第四三〇条は、実務界にいう定期傭船契約には、適用されないことになる。

一方、先にみた一八八二年商法の規定は、傭船契約に関する節のなかにおかれていた。一八八二年商法にいう傭船契約の概念は、現行の航行法にいう運送契約、同じく航海傭船契約、そして、同じく定期傭船契約をも含む、きわめて、広汎なものだった。^④したがって、先にみた一八八二年商法の規定は、運送契約の履行不能にだけではなく、（実務界にいう）定期傭船契約についても、適用される可能性があったわけである。定期傭船契約に船舶賃貸借契約とし

ての性質を認める立場からは、もちろんのこと、たとえ、定期傭船契約の法的性質を運送契約、と考えるにしても、定期傭船契約と簡品運送契約につき、まったく同一の履行不能に関する規定が適用されるべき、と結論することは困難であろう。

一八八二年商法第五一条などの規定は、まとまりを欠くうえ、適用範囲があまりにも広すぎるため、妥当な立法と評することのためにためらいを感じさせる。それに対して、航行法第四二七条から第四三〇条は、少なくとも定期傭船契約をその適用から除外しているかぎりにおいて、一八八二年商法第五一条などの規定にみられた散漫さを回避しているもの⁵⁾、と思われる。

(1) 航行法第一部第三編第一章(第三七六条から第四六八条)「船舶利用契約」は、船舶賃貸借契約、傭船契約および運送契約について規定するだけである。理論的には、たとえば、曳船契約なども船舶利用契約の範疇に入りうるはずである。

(2) 通説。

(3) イタリアにおける定期傭船契約および航海傭船契約の法的性質に関する議論については、前掲拙著・二四六頁以下および三〇〇頁以下など。また、ここで、定期傭船契約および航海傭船契約に「実務界にいう」との修飾語を用いているかについては、同著・一五六頁以下。

(4) *Boi, op. cit., pag. 2 e seg.*

(5) それでもなお、実務界にいう航海傭船契約が運送契約である、とすると、航行法第四二七条から第四三〇条は、それに適用されることになる。それと簡品運送契約を同一の規定に服させることが妥当か、疑問の余地はありうる。しかし、そのことは、第四二七条から第四三〇条の適用範囲の問題にかぎったことではない。

二 出帆前の不能

二一 確定的不能

出帆前の確定的不能は、航行法第四二七条¹により規律されることになるが、その規定は、Brunettiにより、一八八二年商法第五一条²に比べ、格段の改良がなされている³、いう評価をえている。しかし、航行法第四二七条が完璧な規定、というわけではなさそうである。以下において、同条を分析してみることしよう。

(1) 一一一の注(1)にあり。

(2) 「船舶の出帆前に、目的地への航海が官憲の行為により妨げられた場合、契約は、解消され、そして、当事者のいずれも、損害を賠償する責を負わない。」

荷送人は、船積および陸揚の費用を負担する義務を負う。」

(3) Antonio Brunetti, *Manuale del diritto della navigazione marittima e interna*, Padova 1947, pag.220.

二一一 航行法第四二七条の適用範囲

航行法第四二七条一項前段は、船舶の出帆の確定的不能の発生原因として、不可抗力一般を採用している。官憲の行為 (*fatto d'una Potenza*)」のみを明示的に採用していた一八八二年商法第五一条に比べると、その適用範囲が拡大されていることは、明白である。官憲の行為により船舶の出帆が確定的に阻害された場合のみについて規定し、他の不可抗力の事由により出帆が確定的に阻害された場合を空白のままにしておく合理的な理由は、おそらく、発見不能であろう。その意味で、航行法第四二七条の一八八二年商法第五一条に対する優越性は、明白である、という

る。

そして、ここにいう「不可抗力」は、広い意味のものであり、船舶について（たとえば、不堪航、徴用、難破など）だけでなく、運送品について（たとえば、通商停止など）も、発生しうる、と解されている¹⁾。ここで若干議論が存在しているのは、当事者の破産、とりわけ、運送人の破産である。積極的に解する立場も存在しているが、たとえば、運送人の破産の原因がその放漫経営にある場合まで、不可抗力、といえるかは、たしかに、否定説のいうように、疑問である³⁾。

むしろ、ここでもっとも問題とされているのは、航行法の立法者が、なぜ、不可抗力、という用語を用いたのかである。すなわち、陸上物品運送の確定的不能および長期的遅延に関するイタリア民法第一六八六条¹⁾においては、「運送人の責に帰することができない事由」という用語が用いられている。航行法の立法者が、なぜ、一般法であるイタリア民法第一六八六条において用いられている用語に合わせなかったのか、さらにいえば、現行のイタリア民法典のなかには、不可抗力なる用語は、ほとんど、発見されえない、という。その用語を、なぜ、航行法の立法者が選択したのか、理解しえない⁵⁾、とする見解も存在している。

(1) Adriano Fiorentino, *I contratti navali*, 2 ed., Napoli 1959, pag. 110.

(2) Fiorentino, *op. cit.*, loco cit.

(3) *Boi, op. cit.*, pag. 61; Andrea Torrente, *L'impresa e il lavoro nella navigazione—I contratti di utilizzazione della nave o dell'aeromobile*, Milano 1964, pag. 152.

(4) 民法第一六八六条（運送の実行の障害または遅延）「運送の開始または継続が、運送人の責に帰することができない事由により、妨げられるか、または、著しく遅延した場合、運送人は、直ちに、荷送人（mittente）に指示を求め、自己に引

き渡された運送品の保管を手配しなければならない。

事情が荷送人に対する指示の請求を不能にするか、または、指示が実行不能である場合、運送人は、第一五一四条の規定にしたがい、運送品を供託することができる。運送人は、速やかに、荷送人に、供託または売却を通知しなければならない。運送品を売却させることができる。運送人は、速やかに、荷送人に、供託または売却を通知しなければならない。

運送人は、費用償還請求権を有する。運送が開始されていた場合、運送人は、果たした行程に応じて、運賃 (prezzo) 支払請求権をも有するが、運送の中止が偶然的の出来事 (caso fortuito) から生じた運送品の全部滅失によるときは、このかぎりではない。」

(5) *Torrente, op. cit., pag. 151.* たしかに、たとえば、債務不履行に関するイタリア民法第一二二八条や債務の消滅原因に関するイタリア民法第一二五六条などでは、「債務者の責に帰することができない事由」という用語が用いられている。イタリア民法第一六八条と一致している。

二——二 当然終了

航刑法第四二七条一項前段は、出帆前の確定的不能の発生により、「契約は、終了する」というのみであり、契約の解消方法について、なにも言及していない。すなわち、契約は、当然に (di diritto)、終了するのか、それとも、司法当局の何らかに介入があつたのち、解消されるのか、明示されていない。この点につき、従来の学説は、あまり多くを論じていない。出帆前の確定的不能の発生により、「契約は、当然に、終了する」と明言するものがある（しかし、それ以上は論じない）一方、ただ、「契約は、終了する」としかいわないものも存在している。

立法理由書第二五五番も、かならずしも、決定的ではないように思われる。すなわち、「事故が船舶の出帆前に発生した場合、旧法典（第五五一条および第五五二条）に合わせて、確定的不能のときには、契約は、終了する、と規

定した。」というのみだからである。しかし、Boiは、この立法理由書第二五五番から、航行法の立法者の意思が「当然終了」にあったことが推論可能である、としている。すなわち、一八八二年商法第五一条および第五二条に言及しているが、同法のもと、当然終了説が多数説であつただけでなく、契約終了のための特別の要件が課せられていないことから、航行法の立法者の意思が「当然終了」にあつたことが明らかである、とするのである。筆者は、航行法第四二七条一項前段の解釈として、当然終了を否定する学説を知らない⁴。また、Boiも、その支持者の名前を具体的に明示しているわけではない。当然終了説を支持しうるもの、と思われる。

(1) Antonio Lefebvre D'Ovidio—Gabriele Pescatore—Leopoldo Tullio, *Manuale di diritto della navigazione*, 7 ed., Milano 1991, pag.610; Brunetti, *op. cit.*, pag.221.

(2) Fiorentino, *op. cit.*, loco cit.

(3) Boi, *op. cit.*, loco cit.

(4) 一八八二年商法第五一条も、「契約は、解消される」というように、簡略な表現をしていた。当時、当然終了を認めず、司法当局の事前の介入を必要とする説が存在したようである。同条が問題としている「官憲の行為」による不能は、短期間に終了することもあるので、同条の適用要件の存否をその都度確認する必要がある、という理由に基づいたようである(Boi, *op. cit.*, pag.9が引用してゐるGiorgio Berlingieri)。

二——三 終了の効果

出帆前の確定的不能により契約が当然終了した場合の効果について、航行法第四二七条二項が規定をおいている。なお、この規定は、つぎの二——二でみる長期的遅延による解除の場合にも、適用される。

第二項は、船積後に終了した場合の荷送人の陸揚費用負担義務について、明示的に、規定している。しかし、立法理由第二五五番によると、その規定は、むしろ、当事者のそれぞれが、契約終了に伴い、各自がこうむった損害を負担すべき¹⁾とする原則に対する航行法の立法者の妥協を表明しているようである²⁾。いずれにせよ、航行法第四二七条一項の適用される場合は、当事者双方の責に帰することができない事由(不可抗力)に基づく契約の履行不能であるから、損害賠償は、なされない(イタリア民法第一二二八条一項)。ただし、船積のための碇泊期間を徒過したのちに不可抗力が発生した場合、荷送人は、債権者遅滞に陥っているので、運送人に対し、損害賠償責任を負わなければならない(イタリア民法第一二〇七条一項³⁾)。

航行法第四二七条一項前段により契約が当然終了した場合、当事者は、それぞれ、契約上の主たる債務の履行を免れる。すなわち、運送人は、運送債務を免れ、荷送人は、運送賃支払義務を免れる。もし、すでに運送賃の支払がなされていれば、運送人は、それを荷送人に返還しなければならない。

しかし、その当然終了により、運送人は、あらゆる債務から、免れうるわけではない。航行法第四二七条以下の規定は、イタリア民法第一六八六条の規定を、全面的に、排除するものではない、と思われる。したがって、実際には、運送人は、不可抗力により確定的不能が生じた場合、すでに運送品を受け取っていれば、その保管の手配をし、そして、荷送人に指示を求めなければならない(同条一項)。さらに、同条二項の適用も肯定されるであろう。すなわち、荷送人に対する指示請求不能または受け取った指示の実行不能の場合における、供託・競売およびその通知義務である⁴⁾。

(1) 当事者のそれぞれが、契約終了に伴い、各自がこうむった損害を負担すべき旨は、航行法第四二七条二項に、少なくとも、明示的に言及されていない。しかし、同条がその旨を含むことは、立法理由書第二五五番の明言するところであり、学説の確認するところである（たとえば、Brunetti, op. cit., loco cit.）

(2) *Boi. op. cit.*, pag. 64.

(3) *Florentino, op. cit.*, pag. 111. 荷送人は、船積の遅滞がなかった場合にも、同様に、不可抗力が発生したであろうことを立証できれば、損害賠償の責を免れうる。

(4) *Boi. op. cit.*, loco cit. によると、立法理由書第二五五番において、当事者のそれぞれが、契約終了に伴い、各自がこうむった損害を負担すべき、とする原則に対する航行法の立法者の妥協がなされているが、それは、荷送人により運送品の陸揚費用が負担されるべきことのほか、イタリア民法第一六八六条に規定の権利・義務、および、それらの義務の不履行に対する損害賠償請求権が維持されるべきことを、意味する、という。

二—二 長期的遅延（不能）

不可抗力による船舶の出帆の著しい遅延（長期的遅延）は、確定的不能の場合と同様、航行法第四二七条一項（後段）により、規定されることとなった。長期的遅延は、一八八二年商法第五一条以下においては、規定されていない。長期的遅延と確定的不能を同一の条文により規定する方法は、イタリア民法第一六八六条の採用するところでもある。

二—二—一 長期的遅延の意義

長期的遅延は、確定的不能とは異なり、理論的には、むしろ、一時的遅延の下位類型にあたる。航行法第四二七条

一項後段は、長期的遅延の定義づけをしていない。その作業は、解釈に委ねられることになる。航行法が歴日幾日をこえれば長期的遅延となる、というような具体的基準を示さなかったのは、賢明である、と評することができる。すなわち、船舶が出帆の準備に要する期間は、各契約の具体的事情により、大いに異なるからである。

したがって、ここにいう長期的遅延は、イタリア民法第一六八六条にいうそれと同じように解釈されるべきであろう。すなわち、遅延の終了後、運送の給付がなされても、それが、運送債権者（荷送人・荷受人）にとり、待つに足るだけの有用性を欠くような場合、そして、引き受けられた運送の性質を考慮に入れて、運送人の運送のための組織が合理的に拘束されうる期間をこえて、遅延がながびく場合、長期的遅延になる、とするのが一般的傾向のようである。すなわち、長期的遅延にあたるか否かの判断には、単に、遅延期間の長さだけでなく、契約実行に対する契約当事者の利益の評価も関連してくるもの⁽¹⁾⁽²⁾、と思われる。

- (1) Mario Iannuzzi, *Del trasporto*, 2 ed., in *Commentario del codice civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna-Roma, 1970, pag.145 e seg.
- (2) *Boi*, op. cit., pag.62 は、契約実行に関する債権者の利益の評価も基準になる旨を主張するが、本文でみた長期的遅延に関する Iannuzzi の主張を受け入れるかぎり (*Boi* も同様の分析をなしている)、債務者たる運送人の利益の評価を無視することはできない⁽³⁾、と思われる。
- (3) 破棄院一九五三年六月一七日判決・一七九四番 (*Lefebvre D'Ovidio-Pescatore-Tullio*, op. cit., loco cit. e seg., nota 91) は、船舶の出帆前の船長の死亡を、確定的不能ではなく、長期的遅延にあたる、とした例として知られている。

二一—二 解除権の発生

航行法四二七条一項後段は、船舶の出帆の長期的遅延が発生した場合、「契約は、解除されうる」と規定している。すなわち、前段が船舶の出帆の確定的不能を契約の当然終了事由としているのと異なり、後段は、長期的遅延を、解除権の発生原因としている。航行法立法理由書第二五五番から明らかなように、航行法の立法者は、形式的には確定的不能を構成しないけれども、いわゆる長期的遅延になるデリケートな場合につき、契約の解除可能性、という新しい中間的な解決方法を、創設したのである。

まず、問題となるのは、当事者双方に解除権が認められうるかである。後段の形式からすれば、疑いもなく、肯定的な回答がなされるべきであろう。事実、「当事者の一方の請求により、契約は、解除されうる」とか、「当事者双方は、契約解除権を有する」と明言する立場が有力のようである。しかし、特別の理由を示さず、「契約解除は荷送人の権限に属する」とする有力説が存在している。

航行法第四二七条（以下）の規定は、イタリヤ民法第一六八六条を全面的に排除するものではなく、後者の規定が海上物品運送にも適用がなされるのであれば、長期的遅延が発生した場合、運送人は、「直ちに、荷送人に指示を求め」なければならぬ（同条一項）。すなわち、運送人は、「直ちに」契約を解除しえない。一方、荷送人は、自らそれを欲すれば、「直ちに」契約を解除しうる。そのかぎりにおいて、後者の説のいうように、契約解除は荷送人の権限に属する、といいうる。しかし、同条二項によると、運送人が荷送人に指示を求めることができない場合や荷送人が運送人に対してなした指示が実行不能の場合、運送人は、運送品の供託・売却権を認められており、運送の継続を義務づけられてはいない。すなわち、運送人は、長期的遅延が発生した場合、「直ちに」契約を解除しえないにし

ても、条件（指示請求の不能または受け取った指示の実行不能）次第で、契約を解除しうる。航刑法第四二七条一項後段の「契約は、解除されうる」という文言の解釈として、「契約解除は荷送人の権限に属する」という説明が、「荷送人のみ解除権を与え、運送人には認めない」というのであれば、同意することは困難である。

つぎに問題となるのは、後段の長期的遅延が発生した場合、解除権の行使は、司法当局の判断に服するのか、それとも、当事者により、独自に、行使されるのか、という点である。この点につき、Boiは、解除権の行使は司法当局の判断に服すべき、とする考えを表明している。すなわち解除権は、遅延の継続期間の評価にかかるとは、その評価を当事者に任せることができるか疑問であり、客観性を理由とするかぎり、司法当局の判断に委ねた方が望ましい⁽⁴⁾、とするのである。この考えに対する反論は、まだ、なされていないようである。しかし、一般論としていうと、解除権の行使になにも条件を付していない後段の規定を、素直に読めば、解除権の行使は司法当局の判断に服すべき、という結論にたどり着きたいように思われる。⁽⁵⁾

- (1) Fiorentino, op. cit., pag.110.
- (2) Brunetti, op. cit., pag.221.
- (3) Leleuvre D'Ovidio—Pescatore—Tullio, op. cit., pag.610.
- (4) Boi, op. cit., loco cit.; この説は、一八八二年商法第五五一条につき当然終了を否定していた論者が現存すれば、その支持をえられたかもしれない。
- (5) 航刑法の立法者が、確定的不能の場合と長期的遅延の場合を分けて規定し、そして、「長期的遅延になるデリケートな場合につき、契約の解除可能性」という新しい中間的な解決法」を創設したのは、事実である。しかし、そのことをもって、解除権の行使を司法当局の判断にからせざるべき、とする主張の論拠となす (Boi, op. cit., pag.63) のは、いさよか、論理

の飛躍のように感じられる。

二―三 一時的不能

出帆前の一時的不能は、航海中の一時的不能と同じく、航行法第四二八条により規律されることになる。その規定は、Brunettiによると、一八八二年商法第五二条⁽²⁾に比べ、格段の改良がなされている⁽³⁾、という評価を与えられているが、Boiによると、たとえ、イタリア民法第一六八条の補充をうけるとしても、余すところのない満足のゆく規定にはなっていない⁽⁴⁾、とされている。

(1) 一―一の注(2)にあり。

(2) 「船舶の出帆または航海の継続が、一時的に、偶然の事故 (caso fortuito) または不可抗力 (forza maggiore) により、妨げられた場合、契約は、存続し、そして、運送貨の増額はなされず、遅延に基づく損害の賠償もなされない。

荷送人は、一時的障害が続いているあいだ、運送品を再船積するまたは船長に補償する義務を負担して、自己の費用で運送品を陸揚させることができるが、みぎの義務の履行のための担保を供しなくてはならない。」

(3) Brunetti, op. cit., pag.220.

(4) Boi, op. cit., pag.92.

二―三―一 航行法第四二八条の適用範囲

航行法第四二八条一項は、船舶の出帆の一時的不能の発生原因として、運送人の責に帰することができない事由をあげている。航行法第四二七条、第四二九条および第四三〇条が、それぞれ、運送契約の不能の発生原因として、不

可抗力を採用していることと比較すると、第四二八条の特異さが際立って見える。

しかし、すでにみたように(二——一)、現行のイタリア民法典のなかには、不可抗力なる用語は、ほとんど、使用されておらず、同法一六八六条においては、運送人の責に帰することができない事由、という用語が用いられている。すなわち、航行法第四二八条は、一八八二年商法第五二条の束縛から解き離され、イタリア民法第一六八六条に歩調を合わせたことになる。したがって、航行法第四二八条は、二重の意味での改良がなされている、ということが出来る。まず、一八八二年商法第五二条は、一時的不能を偶然の事故または不可抗力にからせていた。この規定においては、「偶然の事故」と「不可抗力」との概念上の異同を問う、といった、労多くして、ほとんど実益の伴わない議論を避けることができなかった。しかし、「運送人の責に帰することができない事由」が広い意味を持つものであり、「偶然の事故」と「不可抗力」の双方を含む、と考えられるため、航行法第四二八条においては、一八八二年商法第五二条においては不可避であった議論を避けることができるわけである。その意味で、航行法の立法者が「運送人の責に帰することができない事由」を採用したのは、正しい選択¹、といいうる。

つぎに、航行法第四二八条は、第四二七条、第四二九条および第四三〇条についてみられる批判から免れうる。すなわち、航行法の立法者が、なぜ、一般法であるイタリア民法第一六八六条において用いられている用語に合わせなかったのか、あるいは、なぜ、航行法の立法者が不可抗力なる用語を選択したのか、理解しえない²、といった批判から免れうる。

航行法第四二八条が「運送人の責に帰することができない事由」を採用したことについては、第四二七条、第四二九条および第四三〇条との統一性を欠くことになる、といった批判がありうるかもしれない。しかし、その批判は、

むしろ、的外れであり、第四二七条などが「不可抗力」ではなく「運送人の責に帰することができない事由」を採用すべきであった、というべきであろう。

なお、第四二八条の規律対象とする一時的不能は、本来の意味における一時的不能から、二―二においてみた長期的遅延を除外したものである。それは第四二七条と対比すれば、自ずから、明白である。すなわち、ここにいう一時的不能は、長期的遅延と異なり、その本質を変えてしまう程度まで決定的に契約に影響を及ぼさないものである⁽³⁾。

(1) *Boi. op. cit., loco cit.*

(2) *Torrente, op. cit., loco cit.*

(3) *Boi. op. cit., loco cit. 同註・Fiorentino, op. cit., pag. 123.*

二―三―二 契約の存続

航行法第四二八条一項は、出帆前に一時的不能が発生しても、「契約は、有効のまま」としている。出帆前の一時的不能の発生を契約の終了(当然終了・解除権の発生)原因としなかったのは、一八八二年商法第五二条一項と変わりはない。しかし、後者の規定は、運送賃の増額および遅延に基づく損害の賠償がなされないことを、確認している。航行法第四二八条一項がその旨の文言をおかなかったのは、契約が有効のままであれば、契約内容に変化が生じるべきもなく、運送賃の増額も、また、減額もありえない⁽¹⁾ため、規定するに及ばない、との考えによるものであろう。

(1) 契約締結時に確定額の運送賃の合意がある場合、本文になにも付加する必要はない。運送賃が船舶の出帆の日の相場で決定される旨の合意がある場合 (*Fiorentino, op. cit., loco cit.*)、若干、説明を要するかもしれない。この場合は、運送賃の増

減の基準となるべき額が契約締結時には決定されておらず、運送貨の増額または減額の問題は生じえない、と思われる。契約当事者は、それぞれ、運送貨相場の変動の危険を承知のうえ、出帆日の相場で運送貨を決定する合意をしたからである。

二―三―三 再船積しない場合の損害賠償責任

航行法第四二八条二項前段は、荷送人に、一時的不能の継続中、運送品の陸揚権限を認めている一方、もし、荷送人が一度陸揚した運送品を再度船積しない場合、運送人に対する損害賠償責任を課している。しかし、同項は、その場合に荷送人が運送人に支払うべき損害賠償償額^{①②}については、なにも規定していない。

もし、再船積しない場合を出帆前の任意解除と類似する、と考えれば、第四三二条の類推適用が認められるかもしれない。^③ 同条一項によると、荷送人は、運送貨の半額、荷役費用（それが運送貨に含まれていなければ）および停泊料（あれば）を支払い、契約を解除しうる。そして、同条二項によると、荷送人は、運送人が損害をこうむらなかつたこと、または、少額の損害しかこうむらなかつたことを立証して、第一項に規定の義務を、全部または一部、免れることができる。もし、第四三二条の類推適用を認めるのであれば、再船積しない場合の損害賠償額は、運送貨の半額（および、あれば、停泊料との合計額）以下、ということになる（陸揚費用は、航行法第四二八条二項によると、荷送人の負担であり、損害賠償額の算定から排除される）。

たしかに、再船積がなされない場合は、出帆前の任意解除に類似した状況、といえる。しかし、再船積がなされなかつたため、運送人がこうむつた損害が運送貨の半額（および、あれば、停泊料との合計額）をこえる場合、その額に荷送人が支払うべき損害賠償額を限定してしまうことが正しいか、疑問に感じられる。航行法の立法者が、

航行法第四二八条二項において、損害賠償額の算定方法につき規定しなかったのは、あるいは、第四三二条に言及しなかつたのは、運送人が実際にこうむつた損害額を基準にして損害賠償額を決定すべき、と考えたからであろう。⁽¹⁾

(1) この問題について、かつて、詳しく論じたものはなく、Boiがはじめて詳しく論じたらしく(Diritto marittimo, 1991, pag.288 e segg.にあるイニシャルD.G.によるBoiの著書の紹介、とりわけ, pag.289を参照のこと)。たしかに、第四二八条が、一時的不能につき、出帆前のもつと航海中のもつとを、分けずに、規定しているためか、従来、同条二項という損害賠償額につき、詳しい分析がなされていなかつたのは、事実のようである。少なくとも、第二項にいう損害賠償額につき、出帆前のもつと航海中のもつとを、明確に、分けて論じたものをみかけない。

(2) 航行法第四二八条二項に基づき荷送人が運送人に支払うべき金額の性質につき、議論がある。たとえば、Lefebvre D'Ordi-Pescatore-Tullio, op. cit., pag.611は、再船積がなされない場合、荷送人が運送人に支払うべきものは運送賃である、としている。そして、運送人は、いずれにせよ、約定の運送賃以上に請求しえないから、航行法第四二八条が、再船積がなされない場合、損害賠償につき論じているのは、不正確、としている。しかし、ここでは、規定の文言にしたがい、損害賠償金、としておこう。

(3) 航行法第四三四条は、運送品の一部しか船積されなかつた場合、荷送人に、原則として、運送賃の全額支払義務を課している。しかし、この規定を再船積がなされない場合に類推適用するには、あまりにも、ふたつの規定が予定している状況が異なるように思われる(Boi, op. cit., pag.94 e seg.)

(4) Boi, op. cit., pag.95.

(5) その他、航行法第四二八条が明示的に規定していない事項で問題となりそうなものを指摘しておく(Boi, op. cit., pag.96 e seg.が詳細に論じている)。まず、荷送人は、不能の継続中であれば、つねに、陸揚権限を行使しうるかである。すなわち、陸揚を欲する荷送人の運送品が、他の荷送人の運送品のしたに積付されている場合、他の荷送人の同意なしに、陸揚可能かである。規定の文言からすると、荷送人は、費用さえ負担すれば、陸揚権限を行使しうる、と思われる。しかし、いわゆるLCL貨物については、そのコンテナ内その他の貨物の荷送人の同意を要する、と解すべきであろう。つぎに、陸揚された運送品の保管をだれがなすべきかである。運送人の責任は、運送品が運送のため運送人に引き渡されたときから、はじ

まつているから、原則として、陸揚された運送品の保管は、運送人によってなされるべき、と思われる。しかし、たとえば、荷送人が運送品を自己の倉庫のもとに寄託した場合などは、運送人は、まったく、保管責任を負わない。さいごに、再船積される運送品は、陸揚された運送品と同一の品でなければならぬのである。原則として、運送品の全部または一部の取替は、認められない。たとえば、陸揚された運送品につき、すでに、船荷証券が発行されているような場合、運送品の取替は、許されない。考えうる例外は、運送品が代替可能であり、再船積の時点でまだ特定されていない場合であろう。

三 航海中の不能

(a) 規定の歴史的譜系 海上物品運送契約の履行不能に関する規定のうち、もっとも議論の多い航海中の不能（航海の中止）について定めた航行法第四二九条の解釈に入るまえに、その解釈作業をより実り多いものとするため、その歴史的譜系を省察しておくことにしよう。いわゆる大陸法系、とりわけ、フランス法の影響を強くうけた、といわゆる国の海商法の歴史的譜系について省察する場合、ルイ一四世の海事勅令にまで遡っておけば足りるであろう。¹⁾ その第三部第三編第一一条は、つぎのように規定していた。

「船長が航海中に船舶を修繕させなければならなくなった場合、荷送人は、（修繕を）待つか、または、全運送貨を支払をしなければならない。そして、船舶が修繕されえなかつたとき、船長は、直ちに、他の船舶を傭船する義務を負う。そして、他の船舶を発見することができなかつたとき、なされた航海に²⁾ 応じて運送貨の支払を³⁾ ける。」

この規定につき、海事勅令の注釈者として知られる Vaujois³⁾ は、その立法形式にもかかわらず、船長の他船の傭船義務を否定し、船長が転送を欲した場合にのみ、他の船舶を傭船し³⁾ うる、と解していた。しかし、Vaujois⁴⁾ の解釈が海事勅令第三部第三編第一一条の解釈として妥当であったか、疑問なしとしない。

その後、一八〇七年フランス商法第二九六条は、ほぼ忠実に、海事勅令第三部第三編第一一条を再現した。フランス商法第二九六条についていえば、本船の修繕不能の場合における他船の傭船は、船長の真実・固有の義務、と解するのが一般的傾向のようである。

イタリア王国統一以後の立法⁵⁾である一八六五年商法第四〇三条は、フランス商法の伝統に影響をうけつつも、同時に、明確な独自性を表明している、といえる。すなわち、一八六五年商法第四〇三条二項は、「船舶が修繕されなかつた場合、運送賃は、なされた航海に応じて、支払われなければならない。」としている。すなわち、ここにおいては、割合運送賃請求権は、船長による他の船舶の発見のための努力と切り離されて、規定されている。船舶の修繕不能により航海が中止された場合、船長が他の船舶の発見のための努力したか否かにかかわらず、割合運送賃の支払がなされることになるのであろう⁶⁾。もちろん、同条三項前段は、長い立法の伝統にしたがい、「船長は、もし可能であれば、運送品を目的港まで転送するため、他船を傭船しなければならぬ。」というように、船長に、他船の傭船を義務づけることを忘れてはいない。しかし、同条三項は、あくまでも、船長の他船の傭船義務を、独立のものとして、規定している。少なくとも、形式的には、第二項の割合運送賃請求権は、第三項の他船の傭船義務の履行を成立要件としていない⁷⁾。

さらに、一八六五年商法第四〇三条三項後段は、注目すべき文言を付加している。すなわち、船長が他船の傭船義務を履行した場合の「新しい傭船は、荷送人のためになされたもの、と解される。」という付加である。この付加は、イタリア立法者の独自の発想によるものではなく、フランス学説の影響のもとになされたものかもしれない⁸⁾。しかし、船長が締結した転送のための傭船契約は、荷送人のためになされたものなのか、運送人のためになされたもの

なのか、というきわめて重大な議論に立法上の解決をもたらした、という意味で、注目に値する。

そして、一八六五年商法第四〇三条は、一八八二年商法第五七〇条に受け継がれて行く。つぎのような規定である。「船長が、航海中に、偶然の事故または不可抗力により、船舶を修繕させなければならなくなった場合、傭船者は、待つかまたは全額の傭船料 (Fonc) を支払わなければならない。

船舶が修繕されなかった場合、傭船料は、なされた航海に応じて、支払われなければならない。

運送品を目的港に転送するため、船長が他の船舶を傭船した場合、新しい傭船は、荷送人のためになされたものと解される。」

本条と一八六五年商法第四〇三条とのもつとも大きな差異 (少なくとも、形式的には) は、後者の第三項前段における船長の他の船舶の傭船義務が、前者では、(少なくとも、形式的には) 規定されていない点であろう。ここでは、その点を指摘するだけにとどめておくことにする。一八八二年商法第五七〇条については、のちに(三一—四(a)) 検討する機会がある。

- (1) Comenale Pinto, op. cit., pag. 247.
- (2) 便宜上、三段(三つの文)に分けて訳したが、原文は……によって分けられていたようである。ただし、第一段(文)と第二段のあいだに……が、第二段と第三段のあいだに……がある、とする者と、その逆にする者がある。筆者には、いずれが正しいのか調べる術がないので、三段に分けて訳した。
- (3) M. René-Josué Vain, Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine du mois d'août 1681, nouvelle édition, T. I. La Rochelle, 1766, p. 652.
- (4) Comenale Pinto, op. cit., pag. 248, n. 11によると、Vainの解釈は、偽ロード海法、オレロン海法そしてウイスピー海法の

規定といった、海事勅令の規定とは異なった形式の立法に、大きく、影響をうけていた、という。しかし、ここで海事勅令以前の海法について立ち入ることは、適切ではない。

(5) イタリア商法の規定につき、歴史的研究をする場合、一七八六年ヴェネツィア商船法典、一八四二年のいわゆるアルベルト (Carlo Alberto) 商法典などについても、検討を加えるべきかもしれない。しかし、本稿には、その余裕はない。

(6) *Comenale Pinto, op. cit., pag. 249*、一八六五年商法第四〇三条の原文を直接みることはできなかった。*Comenale Pinto, op. cit., loco cit. e seq. によつた。*

(7) 第三項の備船義務を（可能にもかかわらず）履行しなければ、損害賠償責任を負うことになるであろうから、割合運送貨は、実際には、他船の備船義務を履行することにより、確保されることになるであろう。

(8) *Comenale Pinto, op. cit., pag. 250, n. 15*によると、この点につき、フランス学説も、当時、不確かだったようである。なお、当時、近隣の国の立法に同様のものがあつたかもしれないが、筆者は、寡聞にして、知らない。

(b) 商法典改正草案 一八八二年商法から航行法への移行は、長い改正作業を経てなされたものである。改正作業中に公表されたふたつの草案において、「航海の中止」がいかに取り扱われていたかを知ることが、航行法の「航海の中止」に関する規定をよりよく理解するうえで、かならずしも、無益ではなく、むしろ、有益であろう。まず、一九三二年草案第二七四条は、つぎのような規定であつた。

「船舶が、出帆後、偶然の事故または不可抗力により、停船しなければならなくなつたか、または、修繕をしなければならなくなつた場合、備船者は、遅延に耐えなければならず、そして、備船料減額請求権を有しない。

船舶が修繕されえず、または、合理的期間内に航海を継続せず、そして、備船者が、自己の費用で運送品を転送させる手配をした場合、備船料は、支払われる必要がない。しかし、備船者が合意された備船料より安い備船料で運送品を目的港まで転送させる可能性を有したとき、費用の差額は、船舶提供者に支払われなければならない。

運送品が売却され荷受人の利益がある場合、同じ規定が適用され、その利益は全備船料の範囲で船舶提供者に帰属する。」

第一に注目すべきは、第二項前段が、原則として、運送人の割合運送賃請求権を否定していることである（もし、割合運送賃請求権を否定している、というのが間違いであれば、割合運送賃の算出方法に関するいわゆる距離主義の伝統を放棄している）。しかし、同後段は、例外的に、割合運送賃請求権を認めている、といいうる。そして、その割合運送賃の算出方法は、いわゆる積荷主義に基づくもの、といいうる。すなわち、航海中止後に締結された（されたであろう）転送のための運送契約の運送賃が、最初に荷送人と運送人のあいだで締結された運送契約の運送賃より少額で済む場合、後者から前者を控除した差額が最初の運送人に帰属する。逆に、転送のための運送賃が最初の運送賃と同額かそれをこえる場合、最初の運送人は、運送賃をまったく取得しえないことになる。

一九三一年草案第二七四条は、いわゆる距離主義の伝統を放棄する一方で、一八六五年商法第四〇三条以来のイタリア商法の特徴ある伝統を守っている。すなわち、一九三一年草案第二七四条においても、割合運送賃請求権は、運送人が他の船舶を発見するために尽力したか否かにかかわらず、成立しうる、という立法形式を守っているのである。つぎに、一九四〇年草案第二五四条は、つぎのような規定であった。

「出帆後、船長が不可抗力により修繕をしなければならなくなった場合、荷送人は、待たなければならず、運送賃（*port・備船料*）減額請求権を有しない。船舶が修繕されえず、または、長期間を要する場合、運送賃は、有効に通過した行程に応じて、支払われなければならない。

船長は、運送品を目的港まで移送するため、荷送人のために、他の船舶を備船することができる。」

一九四〇年草案第二五四条は、現行の航行第四二九条に、相当に、近い形式になつてきている。まず、一九四〇年草案第二五四条第一項後段は、一九三二年草案第二七四条と異なり、再び、原則として、運送人の割合運送賃請求権を認めている。割合運送賃の算出方法は、いわゆる積荷主義に属する、といいうるであろうが、一九三一年草案第二七四条のそれ（最初の運送契約の運送賃と転送契約の運送賃の差額による）と異なり、割合運送賃の算出方法については、「有効に通過した行程に應じて」というように、抽象的に規定されているだけである。「有効に通過した行程に應じて」という表現が、いわゆる距離主義を表すものではないことについては、疑問はない。しかし、「有効に通過した行程に應じて」は、かならずしも、「最初の運送契約の運送賃と転送契約の運送賃の差額」によつて表示されるもの、とはかぎらないであろう。³⁾

みぎにみたような重大な差異の存在にもかかわらず、一九四〇年草案第二五四条は、一九三一年草案第二七四条との重要な共通点をも有している。すなわち、割合運送賃請求権は、運送人が他の船舶を発見するために尽力したか否かにかかわらず、成立しうる、という立法形式を守っている点である。⁴⁾

(1) もし、第二項前段が、原則として、運送人の割合運送賃請求権を否定しているのであれば、それは、運送契約の請負契約としての性質に合致するもの、といいうるであろう (Comenale Pinto, op. cit., pag. 257)。

(2) 第三項も、運送品の売却により荷受人に利益があつた場合にかぎり、運送人に運送賃請求権を認めるものであるから、第二項と同じく、いわゆる積荷主義に属するのであろう。

(3) 「有効に通過した行程に應じて」の意味については、航行法第四二九条の解釈の場でみることになる。

(4) その他、一九四〇年草案第二五四条と一九三一年草案第二七四条との重要な差異および共通点をいくつか指摘することは可能であるが、ここでは、あえて、立ち入らないことにしよう。

三十一 確定的不能

三十一—一 航行法第四二九条二項の適用範囲

航海中に生じた確定的な履行不能は、航行法第四二九条二項¹により、規律されることになる。そして、同項は、ふたつの確定的不能の発生原因を明示することにより、その適用範囲を画する、という形式になっている。すなわち、船舶の修繕不能・修繕の長期化および他の不可抗力（による中止・著しい遅延）がそれである。したがって、その立法形式からすれば、同項の適用範囲は、一八八二年商法第五七〇条二項（船舶の修繕不能についてののみ言及していた）のそれより、広くなっている。そして、もし、航行法第四二九条二項は、不可抗力による航海の障害または遅延についてののみ、明示的に、言及しているけれども、他の原因による場合についても、妥当するものである²、とするならば、その適用範囲は、かなり広汎になるもの、と思われる。

しかし、Fiorentino は、その適用範囲を、船舶の修繕不能・修繕の長期化の場合と、船舶をおそった他の不可抗力（による中止・著しい遅延）の場合に、制限し、そして、履行不能が運送品に（のみ、または、にも）関連した場合³は、イタリア民法第一六八六条が適用される、としている。もし、二一一—一においてみたように、航行法第四二七条一項にいう「不可抗力」を、船舶にも運送品にも生じうる、広い意味を有する、とするのであれば、第二項にいう「（他の）不可抗力」も、同様、広い意味を有する、と解しうるように思われる。⁴

ところが、最近 Comenale Pinto により、あらたに、同項の適用範囲を限定的に解する学説が提唱されるに至った。この学説は、同項の適用範囲を、（とりわけ、）陸上物品運送に関するイタリア民法第一六八六条と比較しながら、確定しよう、とするものである⁶。Fiorentino の見解より、さらに限定的に解するものであり、注目すべき見解であるか

ら、少し長くなるが、その結論の部分を直接引用してみよう。

「とりわけ、つぎのこと明確にしておく必要がある。すなわち、航行法第四二九条二項の適用範囲は、民法第一六八六条のそれに比べて、より限定されている。第四二九条二項の文言にのみ依拠している解釈者は、つぎのことを主張するに至るであろう。すなわち、同項は、必要的積替の適用範囲を、航海中に生じた後発的な船舶の不堪航に限定する趣旨ではなく、不可抗力から生じる航海継続の不能のすべてケースに、一般的に、適用を拡大する趣旨であつたと。実際には、そのような解釈は、航行法第四二九条二項が同条一項と整合しないので、まったく同意されえないであろう。第二項がいつている航海の中止または長期的遅延は、不可抗力による修繕の必要性にかかるものだけである。」

この見解によると、航行法第四二九条二項の「航海が他の不可抗力により中止されもしくは著しく遅延した場合」というのは、たとえば、船舶が修繕のため立ち寄つた港で徴用され、その結果、航海の継続ができなくなつてしまつたような場合を指すことになる。そして、運送人が不可抗力により航海を継続しえなくなつても、船舶の不堪航が生じていない場合、航行法第一条により、民法第一六八六条が適用されることになる。

みぎにみた限定適用説、とでもいうべき少数説に対して、通説（拡大適用説）の側から、*Bo.*によつて、直ちに、詳細な反論がなされている。もちろん、通説の側からの反論も、航行法第四二九条二項の立法形式に、疑問の余地がありうることを認めている。すなわち、同項が船舶の修繕不能・修繕の長期化と他の不可抗力による航海の中止・著しい遅延を分けて規定した理由の不明確さを認めている。しかし、同項が「他の不可抗力による航海の中止・著しい遅延」に対して一般的な言及をするまえに、「船舶の修繕不能・修繕の長期化」という典型的な場合に言及したのは、

単なる歴史的な遺産にすぎず、真に必要なものではなかつた、⁽⁹⁾という。そして、つぎのようにいう。

「第四二九条の規定を、運送契約の履行中に生じうる運送人とは無縁の不能のすべてに、適用するためには、不可抗力の場合、または、運送人の責に帰することができない事由に対する言及で足りたであらう。⁽¹⁰⁾」

これだけでは、限定適用説に対する反論として、不十分であらう。「第四二九条の規定を、運送契約の履行中に生じうる運送人とは無縁の不能のすべてに、適用するためには」という前提のもとでの立論でしかない、という再反論がなされるからである。⁽¹¹⁾ そのことはB.O.自身がよく心得ているのであらう。つぎのように、つづけている。

「そのような解釈(限定適用説・筆者補足)に対しては、まさしく、まず、その適用を修繕の場合から不可抗力による他のすべての障害に拡大して、その適用範囲を、明確に、画している第四二九条二項の文言自体が反している。

第二に、そのような説は、つぎのことをうまく説明していない、ということに注意すべきである。すなわち、偶然の事故の場合のすべてに適用される規定を創造しよう、とする立法者の意図は、広く知られている(さらに、立法理由書中に明確に表明されている)のに、なぜ、船舶の不堪航状態による修繕の必要の場合だけが、航行法中に、明示の規定を発見し、そして、航海中に生じたその他の責に帰することができない出来事は、明示的规定を発見すべきではないのか、ということ⁽¹²⁾を。」

たしかにB.O.のいうように、限定適用説は、規定の文言に反するし、さらに、限定適用がもたらす実益を明確に示していない。航行法第四二九条二項の適用範囲は、通説のいうとおり、広く、解しうるであらう。⁽¹³⁾

(1) 一一の注(3)にあり。

(2) Fiorentino, op. cit., pag. 116. xv 4-5; Fiorentino, op. cit., pag. 122 は、航行法第四二九条二項の「不可抗力」のなかには、

いわゆる海の危険のほか、船舶衝突も含まれる、とする。すなわち、船舶衝突は、船員の過失により生じることもあるが、この場合、いわゆる航海上の過失の範疇に入るので、運送人は、荷送人に対して、責を負わず、当事者間では、偶然の事故 (fortuito) とみなされる、という理由である。

(3) Fiorentino, op. cit., pag. 123.

(4) Fiorentino, op. cit., pag. 110 は、その見解の提唱者である。また、前注 (2) も参照のこと。

(5) Boi, op. cit., pag. 67, nota 38 は、Fiorentino の見解を、イタリア民法第一六八条が運送品に関する不能についてのみ適用される、とする点に不満をのべている。そして、運送人は、同条に規定の行為 (運送品の供託・売却義務) をあらゆる不能との関連で行わなければならない、としている。ただし、その Boi も、Fiorentino の見解の航行法第四二九条二項にいう「他の」不可抗力」の意味についての部分について、直接的に批判しているわけではない。

(6) Comenale Pinto, op. cit., pag. 243 e segg. は、航行法第四二九条二項とイタリア民法第一六八条 (とりわけ、第三項) とのちがいを、およそ、つぎのように理解している。すなわち、前者においては、不可抗力による運送の履行不能の危険は、運送人の負担である (船長が、荷送人のため、他の船舶による運送品の目的港への転送をなすための最善善をつくした) ことを立証できなければ、割合運送賃は認められない) が、後者においては、その危険は、荷送人の負担である (運送が開始されているかぎり、割合運送賃は、原則として、認められる)、としている。Iannuzzi, op. cit., pag. 145 により、つとに、ふたつの規定のあいだには、その表面的類似性にもかかわらず、根源的な差異が存在する、と評されている。

(7) Comenale Pinto, op. cit., pag. 245.

(8) Comenale Pinto, op. cit., pag. 246.

(9) Boi, op. cit., pag. 65.

(10) Boi, op. cit., loco cit.

(11) Comenale Pinto により、実際に、なされているわけではなく、あくまでも、筆者の考えである。

(12) Boi, op. cit., pag. 66.

(13) ただし、Boi, op. cit., loco cit. は、つづけて、自己の説 (通説) の正当性を論証するため、航行法立法理由書第二五五番が、航行法第四二九条の説明部分において、船舶の修繕のケースに対して特別の言及をする、という形式を採っていないことを

あげている。すなわち、船舶の修繕のケースに対する特別の言及がなされていないことは、航行法第四二九条がそのケースに対する排他的規定でないことを意味する、というのである。しかし、B.C.のしたような、立法理由書の一節(それも、ごく一部)の引用により自説の正当性を論証することが可能か、また、引用した部分が論証に適しているか、筆者には疑問に感じられた。

三―一―二 主たる債務(運送債務) 当然消滅・必要的積替

航行法第四二九条二項は、航海中の確定的不能および長期的遅延の発生が運送契約に及ぼす影響を、逐一、明示しているわけではない。むしろ、簡潔な規定、というべきであろう。

まず、確定的不能および長期的遅延の発生が運送契約の消長に影響を及ぼすか否か、解釈上、問題となりうる。すなわち、第四二七条一項前段によると、出帆前の確定的不能は、契約の当然終了をもたらす、同項後段によると、出帆前の長期的遅延は、解除権の発生事由とされている。ところが、第四二九条二項においては、確定的不能と長期的遅延とのあいだに、第四二七条一項においてみられる差異が設けられていない。

学説の多くは、この点につき、関心を有しないのか、確定的不能と長期的遅延を分けずに、双方の場合とも、簡単に、「契約は終了する(*si resolve*)^[1]」という程度である。筆者が接した範囲では、わずかに Brunetti が「契約は、直ちに終了する(*senza altro risolto*)^[2]」と明言している。すなわち、第四二九条二項においては、第四二七条一項においてとは異なり、確定的不能の場合だけでなく、長期的遅延の場合も、契約は、当然終了するのである。

もちろん、ここで、確定的不能および長期的遅延が、契約の当然終了をもたらす、といっても、その終了は、遡及効を有しない。契約のすべてに実行された部分は、有効である。そして、確定的不能または長期的遅延の発生以後、

運送契約に関連して生じる債務のすべてを消滅させる、というのではない。たとえば、運送人は、確定的不能または長期的遅延が発生しても、直ちに、運送品の保管義務を免れるわけではない。⁽⁴⁾しかし、運送人は、確定的不能または長期的遅延の発生地点から目的港までの運送義務を免れることになる。

確定的不能または長期的遅延の発生により、(最初の船舶による)運送が中止されても、そこで、別の船舶に運送品を積み替えて、目的港まで運送(転送)がなされることがある。これを、イタリア法において、必要的積替(trasbordo necessitato)と称する。第四一九条二項によると、運送人は、その必要的積替をなすための最善をつくさないかぎり、割合運送賃を請求しえない。必要的積替のために船長が他の船舶を傭船した場合、その船長の行為は、荷送人の代理人としてではなく、運送人の使用人として(ただし、荷送人のために)なしたものと、と解されている。かつて、一八八二年商法第五七〇条三項は、その旨を、明示的に規定していた。航行法第四一九条にその旨を表す文言が挿入されていないが、航行法の立法者は、当然のこと、と了解して、あえて、その文言を挿入しなかったもの、と思われる。⁽⁵⁾なお、必要的積替の法的性質については、つぎの三——三において、検討することになる。

(1) たゞせば、Fiorentino, op. cit., pag. 122 e seg. なお、risolversiの訳語が分かれる点については、一一一の注(一)を参照せよ。

(2) Lefebvre D'Ovidio-Pescatore-Tullio, op. cit., loco cit.などは、契約が終了するか否かを論じないで、いきなり、割合運送賃の説明に入っている。

(3) Brunetti, op. cit., pag. 221.

(4) 運送人が運送品の保管義務を免れない、という結論自体について、異論はないもの、と思われる。ただし、それが運送人としての義務なのか、運送取扱人としての義務なのか、議論が分かれる。

(5) かつて、フランス商法第二九六条について、船長は、必要的積替を、運送人の代理人としてなすのか、それとも、荷送人の代理人としてなすのか、議論があったようである。フランスの立法者は、一九六六年二月三日勅令六六一一〇七八号第四〇条により、必要的積替の主体が運送人である旨を定めた。イタリアは、当然のこととして、規定を削除し、他方、フランスは、規定を設けた。まったく逆の経過をたどったことになる。

三一一—三 必要的積替（転送）の法的性質

航刑法第四二九条二項によると、船舶の修繕が不能もしくは長期を要するか、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、他の船舶による運送品の目的港への転送をなすための最善をつくしたかぎり」、運送人は、割合運送賃の請求をなさう。同項を反対解釈すれば、他の船舶による転送をなすための最善をつくさなければ、割合運送賃は、認められないことになる。ここに、理論的に¹、きわめて重要な問題が存在している。すなわち、目的港への転送が、運送人の責務 (onere) にすぎないのか、それとも、義務 (obbligo) であるのか、という問題である。

(1) 責務が、一般にいわれているように、ある利益を実現するための条件あるいは前提であり、責務主体が、それを行使すれば、利益を実現できるが、行使しなければ、利益を実現できない、というだけであり、それ以上の不都合（たとえば、損害賠償責任）を負うことはない、というのであれば、責務が義務かの問題は、実際にも、きわめて重要な意義を帯びることになる。義務の不履行は、原則として、損害賠償責任を伴うからである。

(a) 責務説 従来の通説的見解および判例は、責務説を支持している。たとえば、Fiorentino は、つぎのように、明言している。すなわち、「他の船舶への積替は、法律により、運送人による、いわゆる割合運送賃の請求のための

条件 (condizione) または前提 (presupposto) とされているから、それは、運送人にとって、義務 (フランス法の「¹とく」) でもなければ、権限 (旧法の「¹とく」) でもなく、責務である。」としている。

そして、破棄院一九六一年九月一八日判決・二〇二九番は、つぎのようにいう。すなわち、「・・・他の船舶によるそして荷送人のための運送品の目的港への転送は、その履行が運送人の割合運送賃支払請求権を条件づける責務をなすにすぎない。すると、つぎのとおりとなる。すなわち、——すでに、学説により強調されているが——他の船舶による運送品の目的港への転送の不履行は、——運送人にとり——距離に応じた運送賃の請求権の喪失をもたらし、とがあつても、契約中で推論される給付を阻害する後発的な不可抗力に基づく、目的港でのその運送品に不返還につき、運送品の権利者がこうむつた損害を賠償する債務をも、運送人に、もたらしものではない (運送品の管理につき、運送人の負担となる過失の別の要素が存在する場合は、このかぎりではない)。²」

破棄院は、このあと、ほとんど間をおかずに、同旨の判決をなしている。³そして、その後も、破棄院が態度を改めた様子は、ないようである。⁴

(1) Fiorentino, op. cit., pag. 117.

(2) Rivista del diritto della navigazione, 1962, II, pag. 27.

(3) 破棄院一九六一年一〇月三一日判決・二五一八番・Giustizia civile, 1962, I, pag. 135.

(4) 下級審の同旨の判決・トリエステ控訴院一九六三年六月五日判決・Diritto marittimo, 1965, pag. 142.

(b) 義務説 (Comenale Pinto 説) 従来、航行法第四一九条二項に規定の運送人のなす転送が責務である、とする通説・判例に対して、それほど、掘下げられた反論がなされたことはなかったようである。しかし、最近、Com-

enale Pinto により、それを義務、とする見解が呈示されるに至った。¹⁾ 以下に、その見解を紹介することにしよう。

(1) Comenale Pinto は、すでにみたように (三一一—) 、航行法第四二九条二項の適用範囲を限定的に解し、不可抗力による船舶の修繕不能・長期化についてのみ適用されるべき、としている。転送が義務か責務か、という議論に、第四二九条二項の適用範囲に関する考えが影響を及ぼすか否か、筆者には、にわかには、判断がつかない。しかし、Comenale Pinto 自身がその影響の有無を意識せず議論を進めているように思われるので、その主張を通説・判例に対する反論としても、さしつかえないであろう。

(b) の 1 運送取扱の独立性 まず、Comenale Pinto は、同項に規定のケースは債務者が履行を開始したのちに発生した後発的不能によるものであり、一般法においては、イタリア民法第一四六四条により規律されるべき性質のもの、としている。¹⁾ この点については、大方の認識に一致しているもの、と思われる。²⁾ そして航行法第四二九条二項は、最初に運送に着手した船舶 (本船) による運送の継続不能を、イタリア民法第一四六四条という意味での契約の解除原因とはしないで、不能発生地点から目的港までの運送債務を免除するかわりに、目的港までの転送に関する運送取扱債務を負わせることにした。³⁾ という。この点についても、大方の認識に一致しているもの、と思われる。

しかし、転送に関する運送取扱は、運送契約の付属的な給付ではなく、簡品運送において船積前になされる運送品の保管のようなものとは異なる、としている。すなわち、船積前の運送品の保管の causa (カウザ・原因) は、寄託ではなく、運送であるが、航行法第四二九条二項にみられる運送人がなす転送のための手配行為の causa は、運送取扱であり、運送ではない。⁴⁾ という。しかし、この最初の出発点について、のちにみるように (三一一—三(c) の 1) 、通説からの反論に会うことになる。

(1) Comenale Pinto, op. cit., pag. 263 e segg. なお、イタリア法においては(も)、運送途中における運送品の他の船舶への積替は、特約がないかぎり(おそらく、すべての船舶証券に記載の運送約款が、その積替の自由を認めているのであろうが)、認められない、といわれている(たとえば Francesco Berlingieri, Il trasporto marittimo, Genova 1975, pag. 17)。航行法第四五一条は、代船の自由を認めているが、一般には、出帆前にかぎる、と解されているようである。したがって、運送していた船舶が確定的に堪航能力を失ってしまったような場合、航海中の積替の自由を認める特約がないかぎり、履行不能にならざるをえない。

(2) Torrente, op. cit., pag. 148; Boni, op. cit., pag. 65, nota 34. ただし、Iannuzzi, op. cit., pag. 144 は、陸上運送に関するイタリア民法第一六八六条に規定のケースは、同法第一四六四条の適用範囲外、としている。すなわち、第一四六四条は、給付が可分性を有する場合の規定であるが、運送契約の目的である給付は、運送品の目的地における返還、という結果であり、分制不能の性質を有する、との考えによる。

(3) Comenale Pinto, op. cit., pag. 265.

(4) Comenale Pinto, op. cit., loco cit. 彼の意見を補足すると、航行法第四二九条二項にみられる運送取扱は、契約の causa の観点からすると、船積前の運送品の保管が運送に吸収されるのとは異なり、運送に吸収されるものではない、ということになる。

(b)の2 義務としての運送取扱 運送人のなすべき給付(運送給付)が、さらには、請負人のなすべき給付(請負給付)が、可分か不可分かは、大いに、議論の分かれるところであろう。¹⁾しかし、航行法の分野においては、運送給付の可分性(divisibilità)は、立法者により、肯定されることとなった。すなわち、航行法の立法者は、航行法立法理由書第二五五番にみられるように、航行法第四二九条二項により、運送給付の可分性を承認したうえで、運送の中止が不可抗力による場合、その一部給付(途中までの運送)が荷送人にとり有益であったかぎりにおいて、報酬の一部請求を認めている。Comenale Pinto は、運送給付の可分性を肯定する立場に立ち、興味深い論証を展開してい

る。

彼は、まず、「運送の一部給付が、目的港への転送の手配の企てとは無關係に、荷送人にとって、有益でありうることは、明白である。」と指摘する。運送給付の可分性を肯定すれば当然のことであろうが、それを否定するにしても、運送品が途中まで到達したことにより、荷送人に、事實上（経済的に）、利益が生じることがありうることまで、否定することはできないであろう。そして、その利益が、運送中止ののち、運送人により目的港への転送の手配がなされたか否かにかかわらず、存在しうることも、否定できない。作業が（不可抗力により）が途中で中止された場合、イタリア民法は、一般的にいうと（たとえば、同法第一四六四条、第一六七二条および第二二二八条など）、一部履行された部分が債権者にとって有益であったかぎり、債務者に報酬の一部請求権を容認する傾向にある、⁵ といいうる。そこで、Comenale Pinio は、つぎのように考える。すなわち、「たとえ、相手方にとって有益性（utilitas）が存在した、としても、ある特定の行為をしなかったため、たとえば、積替をしなかったため、一部給付の報酬を否定することとは、実際には、その不作為に対する制裁を意味する。」¹ 換言すると、ある行為の不作為が制裁されるのであれば、たとえ、別のすでになした給付に関する報酬請求権の喪失、² というかたちでの制裁（だけ）によるにしても、その行為の性質は、単なる責務ではなく、義務というべき、³ というのである。

これを航行法第四二九条二項にあてはめて、つぎのようにいう、すなわち、「航行法第四二九条は、運送人が目的港への転送のための手配をしなければ、通過した行程に関する報酬を否定している。すでに指摘したように、海上物品運送の給付は可分のもの、⁴ とみなされるべきであり、そして、一般原則によると、完全正確な履行に先立つ一部給付は、債権者にとり有益であるかぎり、割合的に、報酬を認められるべき、⁵ と考えられるので、運送品の目的港への

転送の義務としての性質を結論づけうる、と思われる。」⁵⁾さらに補足すれば、「一部履行の一般原則によると、運送人は、すでに、割合運送賃請求権を取得しているのだから、割合運送賃の喪失は運送継続の不履行の結果である、といったほうが、割合運送賃の取得は他の手段による運送の継続の結果である、というより、現実に一致するよう⁶⁾に思われる。」というのである。

そして、割合運送賃の喪失は、転送義務不履行に基づく損害の定額賠償 (risarcimento forfetario) として機能する、⁷⁾というのである。

(1) 陸上運送につき、Iannuzziが運送給付の可分性を否定することは、(b)の1の注(2)でみた。請負給付の可分性については、従来、一般には、否定的に解されてきたが、肯定する有力説も存在しているようである (Comenale Pinto, op. cit., pag.267, nota 51)。

(2) Comenale Pinto, op. cit., pag.266 e seg.

(3) イタリア民法第一六八六条は「一部履行された部分が債権者(荷送人)にとって有益であったか否かにかかわらず、一部履行がなされたかぎり、報酬の一部請求権を容認する。」

(4) Comenale Pinto, op. cit., pag.267 e seg.

(5) Comenale Pinto, op. cit., pag.268.

(6) Comenale Pinto, op. cit., pag.269, nota 53.

(7) Comenale Pinto, op. cit., pag.268.

(b)の3 運送取扱義務発生のみカニズム 航行法第四二九条二項が、不可抗力による航海の継続不能の発生に際して、運送人に、真にして固有の義務 (vero e proprio obbligo) を課すものであれば、その発生のみカニズムを明らかに

かにしておく必要がある、と思われる。運送人が荷送人のためにする運送取扱が、海上物品運送人の給付の通常の内容でないことは、疑いない。その義務が、どのようにして、運送人と荷送人のあいだで、発生するか。結論的にいうと、Comenale Pinto は、更改、それも、法定更改 (novazione legale) によるもの、と考えるようである。

彼の論証を要約すれば、つぎのようになる。運送人が荷送人のためにする転送のための運送取扱が、運送人の給付の通常の内容ではないことは、疑いない。運送と運送取扱は、たとえ、空間的・時間的な隣接関係にあっても、同時に、併存することはない。一方が他方を吸収する、というものではないからである。運送義務が終了した時点で、運送取扱義務が発生する。¹⁾

ここに、履行とは異なる債務の消滅および新たな債務 (運送取扱) の発生がみられる、とするのである。²⁾ われわれには (少なくとも、筆者には)、「法定更改」なる用語は、馴染みがうすが、イタリアにおいては、すでにかなり広く、その成立可能性が認められているようである。³⁾

- (1) Comenale Pinto, op. cit., pag. 271.
- (2) Comenale Pinto, op. cit., pag. 272 は、不可抗力による航海の継続不能の結果として、法律上当然に (ipso iure)、運送債務からの運送人の免除が生じるのではなく、運送債務と転送債務の更改が生じる、とする。いずれにせよ「法定更改」に馴染みがうすいため、論評を避けたい。
- (3) Comenale Pinto, op. cit., loco cit., nota 61.

(c) 通説 (Boi) の反論 本稿においてこれまでしばしば引用してきた Boi の研究は、航行法第四二九条二項に規定の運送取扱 (必要的積替) の法的性質につき、従来の通説・判例を支持している。以下に、その研究を紹介する

が、それが *Comenale Pinto* の研究と相互にうまくかみ合いうるものか、若干、疑問の余地を残すかもしれない。しかし、*Boi* 自身、明らかに、*Comenale Pinto* の研究を反対説と位置づけて、反論している。したがって、この場所の見出し語として、「通説 (*Boi*) の反論」を選んだのである。

(1) 航行法第四二九条二項の適用範囲につき、両者に対立があるからだけでなく、運送取扱の法的性質に関する論証方法自体につき、両者にくいちがいがあるように思われるからである。

(c) の 1 運送取扱の付属性 *Comenale Pinto* は、(b) の 1 においてみたように、航行法第四二九条二項に規定されている運送取扱の独立性を認めている。これに対して、*Boi* は、その運送取扱を付加的行為 (*comportamento aggiuntivo*) にすぎないとしている。まず、その点からみることにしよう。

両者の認識のちがいは、航行法第四二九条二項とイタリア民法第一六八六条の関係に関する認識のちがいに起因するもの、と思われる。たしかに、*Comenale Pinto* は、前者が後者の特則 (*deroga*) であることを明言している¹⁾。この「*Boi* は、*Comenale Pinto* の「特則 (*deroga*)」をもって、イタリア民法第一六八六条の規定を「排除する (*escludere*)」意味に解している。すなわち、*Comenale Pinto* のいうように、航行法第四二九条二項が、運送品の転送の手配について規定している部分において、イタリア民法第一六八六条の特則をなす、とすると、民法第一六八六条の適用可能性が排除される、換言すれば、運送人の運送品保管義務および荷送人に対する指示請求義務が排除されることを意味することになるはずである、²⁾ というのである。これ (仮定的結論) に対して、*Boi* は、運送人の運送品保管義務および荷送人に対する指示請求義務の排除を、受け入れる意思がない。

そして、運送人がなすべき運送取扱が付加的行為にすぎないことを、つぎのよのべてている。すなわち、「法律が、運送人に対して、荷送人のために、運送品の運送を促進するよう命じている、という事実は、決して、保管義務を消滅させるものではないし、また、最善の方法による運送品の目的港への転送を可能にするために、可能であれば、荷送人に対し指示を請求すべきことから、運送人自身を免じるものでもない。第四二九条による運送品の転送は、それ故、航海中の確定的不能のケースにおいて、運送品の保護のため、そして、寄港先で運送品が放棄されることを避けるため、運送人に要求される付加的行為、とみなされるべきである。」³ すなわち、航行法第四二九条二項は、イタリ

ア民法第一六八六条の特則（同条を排除するもの）ではなく、運送人の任務を拡大するもの、³ ということになる。したがって、Boiによると、航行法第四二九条二項がイタリ民法一六八六条を排除するものではないため、海上物品運送人が割合運送貨を取得できる場合が広く認められることになる（少なくとも、理論的には）。しかし、Boiは、ここで、損敗し易い運送品の売却に伴う割合運送貨の発生の有無について、奇妙な論理を展開している。すなわち、まず、航行法第四二九条二項によると、運送品が損敗し易い物品であったため、運送人が、転送の手配をせず、売却した場合、荷送人は、割合運送貨支払の義務がない、と結論づけられる、³ とするのである。そして、それを修正するため、つぎのよういいう。「運送人は運送品の保管・管理を義務づけられており、そして、損敗し易い物品の売却はその義務のひとつの実行形式とみなされる、とすると、（もし、荷送人から指示をうけることができなかつたか、または、指示の実行ができなかつたから）事実、つぎのように主張することは不可能ではない。すなわち、もし、運送人が、相当の注意をなしたにもかかわらず、運送品の積替のための他の船舶を発見できなければ（損敗し易い物品の場合、かなり短いであろう技術的必要時間も考慮して）、運送貨の請求を排除するような第四二九条の規定の違

反は、存在しない。』

筆者は、寡聞にして、航行法第四二九条二項につき、うえにみたような表面的な解釈をなす者を知らない。同項は、転送の手配が可能であるにもかかわらず、しなかった（おこたった）場合、割合運送賃請求権を認めないのである。転送の手配が不可能であった（運送品が損敗し易い物品であった）ため、しなかった（できなかった）場合、割合運送賃請求権を認めないのである。いったん奇妙な結論を導き出しておいてから、それを修正するため、イタリア民法第一六八条に規定の保管義務を持ち出す必要はない。

(1) Comenale Pinto, op. cit., pag.243.

(2) Boi, op. cit., pag.68. ただし、Comenale Pinto が、ふたつの義務を排除する意思なのかは、明白ではない。彼自身が、そのようにしているわけではない。Boi が、反対説によるならば、本文にのべたようになるはずだ、といているにすぎない。「特則 (deroga)」という用語の意味の解釈にかかってくる。

(3) Boi, op. cit., loco cit.

(4) Boi, op. cit., pag.67 e seg.

(5) Boi, op. cit., pag.68.

(6) Boi, op. cit., pag.69.

(c) の 2 責務としての運送取扱 Comenale Pinto は、航行法第四二九条二項においては、運送取扱義務違反の効果として、割合運送賃の喪失、というかたちで、定額損害賠償責任が規定されている、としている。この点についても、Boi の反論は、かならずしも、Comenale Pinto の議論とかみ合っていないように思われる。彼女は、義務説によると、運送取扱義務違反の効果として、割合運送賃の喪失と損害賠償責任のふたつを生じる、という結論に至るはず

である、とするのである。すなわち、「この説（義務説・筆者注）によると、運送人の相当の注意の欠如は、有効に通過した行程に関する運送賃を請求不能にするほか、荷受人の損害賠償請求を当然のもの、とするであろう。何故なら、割合運送賃請求権の喪失が、とりわけ、荷受人の損害が取得された運送賃の額を大きく上回る場合（出帆直後に発生した不能のケースにおけるように）、荷受人にとつて、定額賠償に等しい、ということではできないからである。」

くりかえすが、Comenale Pinto は、割合運送賃の喪失が損害賠償責任そのもの、としているのである。運送取扱義務違反の効果として、割合運送賃の喪失と損害賠償責任のふたつが生じる、とはしていない。さらに、Bo. は、義務説が主張していない結論を根拠づけるため、割合運送賃の喪失（荷送人・荷受人にとつては、割合運送賃支払の免除）でもって、荷受人の損害が填補されない可能性があることを、指摘している。しかし、これは、損害賠償額が実損害額とかならずしも一致しない（そのかわり、損害賠償額の算定をめぐる余分の紛争を回避しうる）定額賠償制度の特徴を指摘するだけにとどまる。

うえにみた論理だけでは、義務説に対する反論として不十分、と感じたのであろうか。Bo. は、議論の転換を企てる。すなわち、運送取扱の法的性質の問題の結論は、航海中の確定的不能が、契約の当然終了原因であるか否か、という問題の検討を通じて、導かれるべき、とするのである。しかし、ここにおいても、彼女は、義務説の示した結論にそつて、議論を進めていないようである。

彼女は、また、義務説が成立しうる論理を、義務説にかわり、呈示することから作業をはじめめる。その論理を要約すると、おおよそ、つぎのようになる。すなわち、航行法第四二九条二項は、航海中の確定的不能が、契約の当然終了原因になるか否か、明言していない。そこで、もし、航海中の確定的不能は、契約の当然終了をもたらさない、と

すれば、運送取扱が義務の性質を有することを結論づけられる。すなわち、航海中の確定的不能が契約の当然終了原因ではない、とすると、運送契約は存続し、運送人の運送義務も存続することになる。本船での運送継続が不能になれば、運送人は、残りの行程の運送（転送）のため、再運送を締結しなければならなくなる。この転送は、運送契約から生じる義務の履行にほかならない⁵¹、と。

そして、このようにしてえられた結論が不都合なことを、ふたつの方向から、指摘する。まず、確定的不能（・長期的遅延）が契約の当然終了（・解除権発生）原因になる、という原則が、航法第四二七条で認められているのに、航海中の確定的不能が契約当然終了原因にならないと、不均衡になることを指摘する。そして、また、荷受人・荷受人の損害が割合運送賃（の喪失）により填補されない場合のありうることを持ち出し、そのような重大な不履行に対して、立法者が、割合運送賃の額に等しい定額賠償だけを規定した、ということはいできない⁵²、とするのである。たしかに、Boi.の指摘するように、航法第四一九条二項は、航海中の確定的不能が、契約の当然終了原因になるか否か、明言していない。しかし、すでにみたように（三——二）、学説は、義務説も含めて、航海中の確定的不能を契約の当然終了原因、と解する方向で一致しているもの、と思われる。したがって、Boi.の論証が義務説に対する反論として有効なものになっているのか、疑問を残すもののように感じられる⁵³。

(1) Boi. op. cit., pag. 71.

(2) Boi. op. cit., loco cit. e seg.

(3) Boi. op. cit., pag. 72.

(4) Boi. op. cit., loco cit. e seg. くりかえし、割合運送賃の額に等しい定額賠償に伴う不都合を指摘するので、Comenale Pin. 10にかわり、いわずもがなのことをいうと、荷受人の実損害額が割合運送賃の額を下回ることもありうる。そのときにも、

割合運送賃の額に等しい定額賠償がなされるのである。

(5) 筆者にはBoiの論証が、支持者が存在しない(とりわけ、反対説である義務説が支持しない)前提に立ち、結論を導き出し、それを反対説のものとして、それに批判を加える、というかたちになっているように感じられてならない。

(c)の3 責務説の論拠 (c)の2で検討したBoiの論証が義務(Comenale Pinto)説に対する反論として妥当なものであるか、疑問を残したままであるが、以下に、彼女が責務説を支持する理由をみることにしよう。

まず、彼女は、航行法第四二九条二項においても、同第四二七条におけると同様、確定的不能が運送契約の当然終了原因である、とすると、運送人に課せられた運送取扱行為は、元の運送契約の存続を前提として必要とする再運送契約の締結行為にはあたらない、とする。すなわち、運送人は、荷送人のため、運送取扱人として、目的港への転送のための運送契約を締結することになり、そして、(元)の運送人(いまでは、運送取扱人)は、その転送区間につき、荷送人に対して、運送取扱人としてのみ責を負うことになる、という。

ここまでは、Comenale Pintoの主張と変わりがないように思われるが、Boiは、ここで、注意を要すべき発言をしている。直接引用してみよう。「いったん、最初の運送人、いまでは、運送取扱人の責任が、まちがった選任(mala elección)のケースにのみ限定されると、運送賃請求権の喪失を、運送人に運送品を積替させるための圧力手段としてだけではなく、定額の損額賠償責任の形式としても規定している法律の規定が、正当であるように思われる。」

ここで確認をしておこう。運送賃の喪失は、運送人に運送取扱を促すための手段であるだけでなく、定額の損害賠償責任の形式でもある、といっているのである。それでは、義務説とどう異なるのであろう。

くりかえすが、Boiによると、義務説は、確定的不能発生後も運送契約が存続する、という前提に立たなければ、

成立しえない、とされている。そして、運送取扱が運送契約上の義務であるならば、その不履行につき、割合運送賃の喪失、という制裁だけでは、小さすぎることもありうる、というのである。

ところが、Boi.によると(義務説によってもないのであるが)、確定的不能の発生により、運送契約は終了する。運送契約の終了に伴い、運送契約上の債務も消滅するから、運送人に残るのは責務だけであり、その遵守が割合運送賃支払請求権の条件(前提)になっている、というのである。すなわち、責務説によると、運送取扱は運送契約上の義務ではないので、その不履行につき、割合運送賃の喪失、という程度の軽い制裁を認めても、不都合はないが、義務説によると、運送契約上の義務違反という「重大な不履行が存在するとき、何故、立法者が、債務不履行に関する一般原則によらず、きわめて限定的な損害賠償責任を規定しようとしたのか、その理由をうまく説明しえないはずである。」³⁾というのである。

Boi.は、自分自身が責務説に立つもの、という認識を持ちながら、論証をつづけている。また、彼女が責務説に立つもの、と位置づけるものもある。⁴⁾しかし、ここでみたように、彼女は、割合運送賃の喪失を定額の損害賠償責任の形式でもある、といっている。しかし、「責務」が、その不行使に、利益の未実現を伴っても、制裁を伴うものではない、とすると、転送の不行使に、割合運送賃の喪失、という「制裁」⁵⁾が伴う、というのであれば、義務説に立つ Comenale Pinto と異なる(ことになりそうである)。

(1) Boi. op. cit., pag. 74.

(2) Boi. op. cit., loco cit. e seg.

(3) Boi. op. cit., pag. 75.

(4) Diritto marittimo, 1931, pag.289.にあるイニシャル D.G. の書評。

(5) *Boi. op. cit.*, pag.76 は、¹⁾じぎのようにもいつている。すなわち、「運送人は、実際には、割合運送貨のみを取得しながら、船舶に関する損害、すなわち、その他に自己の手段を利用できないことから生じる損害を負担している。その取得が、運送品の目的港への転送の手に配に際して、相当の注意をなすべきことに条件づけられている、という事実は、うえにみた原則の特則をなすものではない。何故なら、「制裁」は、運送貨の額に制限されており、荷送人がこうむった実際の損害の賠償に及ばず、よって、対立する利益の公平な調和のみが考えられるからである。」

三一—四 割合運送貨

航法第四二九条二項は、割合運送貨の成否を、運送人が転送のための運送取扱をなしたか否かにかからせるだけではなく、さらに、中止された航海により荷送人に利益が生じたか否かにもかからせている。すなわち、運送貨は、「有効に通過した行程に応じて (*in proporzione del tratto utilemente percorso*)」支払われるのである。少なくとも、その文言は、一八八二年商法第五七〇条二項の「なされた航海に応じて (*in proporzione del viaggio fatto*)」と異なっている。「有効に (*utilemente*)」の一語が挿入されたことにより、どのように、割合運送貨が変わったのか、以下に、省察することしよう。

(a) 一八八二年商法第五七〇条二項にいう割合運送貨 周知のように、「なされた航海に応じて」について、学説が対立していた。立法者は、その簡略な文言により、いわゆる距離 (航海マイル) 主義の採用を意図した¹⁾、いわれられている。学説の多くは、考慮されるべきは、船舶の航海距離ではなく、むしろ、「なされた航海」から荷送人 (備船者) に生じた利益のほう²⁾、とする傾向を示していた。しかし、立法者・割合運送貨の伝統にしたがう有力学説も、存

在した⁵⁾。

ところが、転送契約の運送賃が（最初の契約の運送人に支払われべき）割合運送賃の計算に影響を及ぼさない、とする点では、一致していたようである。⁴⁾ たとえば、わが国の有力説は、「途中港から陸揚港までの運送が可能なる限り、荷送人は運送契約に於て定めた運送賃と、途中港から陸揚港までの運送賃との差額を支払ふべく、後者が前者より高額の場合には、割合運送賃の支払を要しない」という。このような解釈によると、途中港から陸揚港までの運送賃が決まらないかぎり、割合運送賃の額は、決まらないことになる。

しかし、イタリアでは、荷送人は、途中港から陸揚港までの運送賃の大小を問わず、割合運送賃の全額を支払わなければならない、と解されていたのである。一八八二年商法第五七〇条二項は、航行法第四二九条二項と異なり、割合運送賃の成否を、運送人が転送のための運送取扱をなしたか否かに、そして、中止された航海により荷送人に利益が生じたか否かにかからせる文言を有していない。そのような規定のもとでは、転送契約の運送賃が割合運送賃の計算に影響を及ぼさない、と解しても、それは、なかば、当然のことに属するかもしれない。

- (1) Boi, op. cit., pag.13 e seg.
- (2) Dario Guidi, Il contratto di noleggio e polizza di carico, Roma-Messina 1922, pag.344.
- (3) Brunetti, Diritto marittimo privato italiano, vol.3-1, Torino 1935, pag.637.
- (4) Guidi, op. cit., pag.346; Brunetti, op. cit., pag.265. 一八八二年商法第五七〇条二項により、最初の船舶の船長が、転送のため、他の船舶を傭船した場合、その傭船は、荷送人のためになされたもの、とされていたことも、一因になっていたのかもしれない。
- (5) 小町谷・前掲・五二八頁。同旨・村田治美「割合運賃法論」海法会誌復刊五号一四二頁。

(b) 航行法第四二九条二項にいう割合運送賃 航行法第四二九条二項は、「有効に (utilemente)」の一語を挿入することにより、純粹な意味での距離主義に伴う弊害（荷送人にとり利益があつたか否かを問わず、航海した距離のみに応じて割合運送賃を決める）を回避することができた。そのことにつき、規定の文言上、疑問の余地はないもの、と思われる。事実、同項が純粹な意味での距離主義を維持している、と解する説をみない。しかし、同項が、その一語により、いわゆる積荷主義を採用したわけでもなさそうである。

(b)の1 距離主義からの不完全な離脱 航行法第四二九条二項にいう運送賃は、現在も、多くの学説により、一八八二年商法のもとにけると同様、「nolo proporzionale」と称されるほか、「nolo di distanza」なる用語が用いられている。この用語は、航行法の立法者自身が使用するところでもある。¹⁾この用語からうける印象は、まさしく、距離主義である。たとえば、Fiorentino は、²⁾つぎのような説明をしている。すなわち、有効に通過した行程に應じて、運送賃を計算すべき、というのは、「船舶がたどるべきであつたもつとも短い航路による、出帆港と中間港のあいだの実際の距離に基づくのであり、物理的に進んだ航海のマイル数に基づくのではない。何故なら、債権者にとり、有効に通過した³⁾行程を意味するのは、前者のみだからである。それ故、船舶が出帆港に帰ってくれば、運送賃は、まったく、支払われるべきではない（第四三〇条。何故なら、この場合、航海は、債権者にとり、一部の有益性すらなかつたからである。ドイツ法とは異なる⁴⁾。）」というのである。ここに、距離主義の残像をみることは、おそらく、容易であろう。少なくとも、いわゆる船舶主義（ドイツ法）と異なることが銘記されている。といつても、積荷主義を肯定しているわけでもなさそうである。

また、Russo も、「有効に」の挿入により、航行法第四二九条二項がイタリア民法第一六八六条の規定と大きく異

なってしまう、とは考えていない。すなわち、「有効に、という副詞は、荷送人が契約の締結により予定した目的ではなく、契約自体から生じる客観的目的に関連した有効性、すなわち、ある場所から他の場所への運送品の移転の意味に解されるべきである。その結果、この目的にとり無益に通過した行程（たとえば、離路に重きがおかれるべきではないが、運送品を半ばまで近づけるのに役立つ行程を考慮すべきである。」³⁾という。

これに対して、Bo.の主張は、むしろ、割合運送賃の算出に際しての荷送人がえた有効性の強調に、ことばを換えば、距離のもつ重要性の否定に、重点がおかれているように感じられる。少なくとも、Fiorentinoほど、距離のもつ意義を認めているようには思われない。すなわち、「第四二九条の文言から、運送人に支払われるべき運送賃は、通過したマイル数により計算されうる、とか、最初に約定された報酬から第二の運送人に転送のために支払われた対価を控除して計算されうる、という考えは、排除されるべきであろう。荷送人が出帆港から接岸した港までの運送品の移転の結果えた有効性は、多くの要素を基礎にして、評価されるべきである。」⁴⁾としている。すなわち、Bo.によれば、Fiorentinoが設定した船舶が出帆港に帰ってきた場合には、割合運送賃は、当然、否定されるだけでなく、船舶が途中まで到達していた場合にも、割合運送賃が否定されることもありうる。しかし、彼女も、荷送人がえた有効性の判断の基礎となる多くの要素（諸般の事情）のなかに、船舶が到達した場所の地理的位置が入ることを否定しない。むしろ、最初に、それをあげている。やはり、航行距離を度外視しての割合運送賃ではないのである。

(1) 航行法立法理由書第二四三番（旅客運送における割合運送賃に関する第四〇五条および第四〇六条について説明している）にみられる。同第二五五番は、第四二九条が第四〇五条および第四〇六条と同じ趣旨であることをのべている。

(2) Fiorentino, op. cit., pag. 146, nota 10.

(c) Raffaele Russo. In tema di clausola "nolo acquisto ad ogni evento", Rivista del diritto della navigazione, 1957 II, pag.330.

(4) Boi, op. cit., pag.79.

(5) 本文において、「当然」としたが、もちろん、ここでは、出帆港における運送品の価格の変動を考慮の外にしている。

(b)の2 割合運送賃の計算 (b)の1においてみたBoiのことばのなかに注目すべき一節があつた。すなわち、

「運送人に支払われるべき運送賃は……最初に約定された報酬から第二の運送人に転送のために支払われた対価を控除して計算されうる、という考えは、排除されるべき」とする一節である。これと同様の考えは、(a)においてみたように、一八八二年商法第五七〇条二項についても、大方の支持をえていた。その規定の形式からすれば、当然の成り行きであつたかもしれない。

航行法第四二九条二項は、明らかに、一八八二年商法第五七〇条二項と異なる形式を採っており、また、同三項のような規定（船長が転送のために締結した契約は、荷送人のためになされたもの、と解する）を伴っていない。明白な規定の形式のちがいが存在する以上、割合運送賃の計算にあたり転送のための運送賃を控除する、と考える余地もありうるかもしれない。しかし、現在も、以前と同様の計算方法が支持されているようである。それは、船長が転送のためになす行為を運送取扱、と理解するかぎり（責務としようが¹⁾、義務としようが²⁾、変わりないようである。

若干問題になりうるのは、運送人が転送のための船舶に自己の船舶を選択した場合である。この場合にも、運送人は、転送のための運送賃を市場価額により設定しうるか、という問題が生じうる。これにつき、Comenale Pino³⁾が明示的言及をなしている。彼は、最初の運送契約で定められた条件での運送賃の支払がなされるべき、としている。すなわち、荷送人からみると、運送賃の市場価額が高騰しても、差額の追加支払を要しないかわり、逆に下落しても、

差額を利得しえないことになる。

(1) Fiorentino, op. cit., pag. 147, nota 12.

(2) Comenale Pinto, op. cit., pag. 262.

(3) Comenale Pinto, op. cit., loco cit. e seg. これは、他の論者によっても支持されるのであろう。たとえば、Fiorentino によると、運送人が自己の船舶に運送品を積替えた場合、契約は存続し (op. cit., pag. 117)、また、運送人は、合意した運送賃請求権を維持するために、自己の費用および危険で転送しうる (op. cit., pag. 147) とされている。これも、Comenale Pinto 説に同調するものであろう。すなわち、この場合、運送手段が変わるだけであり、運送人のなす給付自体には変化がなく、報酬にも変化がない、と考えるようである。しかし、運送取扱契約の独立性を強調するのであれば、また、請負における作業の可分性を肯定するのであれば、航海が中止された時点で、最初の契約は終了しており、たとえ、同一の運送人が転送をなそうとも、その契約は別個のものである、と解される余地も残っているように思われる。もし、そうであれば、運送人は、転送契約につき、他人がそれを引き受けた場合に荷送人が支払うべき額の運送賃を、荷送人に請求しうるようにも思われる。しかし、イタリアにおいてこのような主張をする実例を知らないで、これ以上立ち入らないことにする。

三十一—五 積替費用・危険の負担

航法第四二九条二項は、必要的積替に伴う費用および危険を、運送人または荷送人のいずれが負担すべきか、明示的に、規定していない。明示的規定がないのであれば、運送契約・請負契約あるいは双務契約一般に関する一般規定・原則にしたがって、解決しなければならない、ということになる。

Florentino は、この問題について、いち早く明確な回答をなしている。すなわち、「積替の費用およびその作業の危険は、反対の特約がないかぎり、たとえ、不堪航が不可抗力によるにしても、作業の請負契約においては、作業の

より大きな負担の危険は債務者にかかる、とする一般原則により、運送人にかかる。」¹⁾としている。たしかに、「Caum sentit debitor」の原則になつた結論のように思われる。あるいは、運送人・船長に課せられた運送品の処分義務を根拠に、積替費用・危険を運送人の負担、とすることも可能かもしれない。²⁾

これに対して、Boiは、Fiorentinoの主張(積替費用・危険を運送人の負担とする)が、必要的積替が割合運送賃を請求するための条件であること、および、運送契約・請負契約に関する一般原則に適合しているようにみえることを認めながらも、その主張は、(陸上)運送人の費用償還請求権を認めたイタリア民法第一六八条三項に照らすと、かならずしも、正当ではない、³⁾としている。そして、つぎのようにいう。「運送人は、第二の行程につき、荷送人の運送取扱人として行動する、とすると、なおさら、積替費用を運送人・運送取扱人に負わせることにつき、効果的な正当性の証明があるかが問われるべきである。もし、出帆前の確定的不能につき、契約が運送品の船積後に終了する場合、陸揚費用の負担を荷送人としている航行法第四二七条二項とのある種の対応の維持を望むのであれば、それは、なおのことである。」⁴⁾たしかに、運送人が運送取扱人として転送区間の運送契約を荷送人のために締結するのであるから、その契約に基づきなされる荷役の「費用」を荷送人の負担とすべき、という主張に、説得力があるように思われる。しかし、出帆前・船積後の解除(終了)に伴う陸揚費用の負担と同列で論じてよいものか、若干疑問が残る。⁵⁾

それよりも、引用したBoiの主張の結論部分をよくみると、荷役の「危険」については、明示的論及がなされていない。そこに至るまえ、すなわち、Fiorentinoの主張に対する批判の部分においては、「費用と危険」について論じている。結論部分においても、「費用・危険」ともに荷送人の負担、という意図なのかもしれない。しかし、航行法第四二七条二項は、陸揚「費用」を荷送人に課してはいるが、「危険」をも荷送人に課した規定ではなさそうである。⁶⁾

Boi は、同項が陸揚「費用」を荷送人に課した規定である、⁽¹⁾といつてはいるが、——筆者のみすこしでなければ——「危険」をも荷送人に課した規定である、と明言していないようである。すると、彼女は、「費用」を荷送人に課し、「危険」を運送人に課す意図なのかもしれない。この点において、彼女は、不明確さを残したことになるであろう。

(1) Fiorentino, op. cit., pag. 117 e seg.

(2) 小町谷・前掲・七一三頁。

(3) Boi, op. cit., pag. 34.

(4) Boi, op. cit., pag. 35.

(5) 船積港とする陸揚と途中の寄港先での積替で、費用の差がなければ問題はないかもしれない。しかし、前者は、運送人と荷送人の関係であるが、後者には、転送を引き受けた運送人が加わる。この点が、船積港での陸揚と寄港先での積替とを対応させることについて、障害にならないのか、筆者には、疑問に感じられたのである。

(6) おそらく、反対説をみないであろう。

(7) Boi, op. cit., pag. 52 e 64

三二一 一時的不能

航海中の一時的不能は、二二三においてみたように、出帆前の一時的不能と同じく、航行法第四二八条により、規律される。すなわち、同条一項および第二項前段が、出帆前の一時的不能と共通の規定になっているので、航海中に一時的不能が発生した場合、出帆前に一時的不能が発生したと同様、契約は存続し、運送賃の増減はなされず、唯一、荷送人に運送品の一時的陸揚権限が認められる。第一項および第二項前段については、出帆前の一時的不能について

論じたことが、そのまま、航海中の一時的不能についても、妥当するもの、と思われる。

同項後段が、航海中の一時的不能に固有の規定になっており、さらに、第四二九条一項も、航海中の一時的不能について、規定している。したがって、ここでは、第四二八条二項後段および第四二九条一項について、分析する。

(1) 航刑法第四二八条一項は、一八八二年商法第五二条一項と異なり、運送貨に関する明示的言及をしていない。Boi. op. cit. pag. 99.によると、このことがささやかな欠点であるかのように指摘されている。しかし、彼女自身が認めるように、「契約は、有効のまま」としておけば、当然、運送貨の増減はなされることが推論可能である。それとも、航海中の一時的不能については、運送貨に関する明示的言及を必要とするような事情があるのだろうか。

三―二―一 荷送人の担保提供義務

(a) 航海中の一時的不能の場合にのみ認められる義務 航海中の一時的不能の場合、航刑法第四二八条二項後段により、荷送人は、再船積または損害賠償義務の履行のための適当な担保 (*idonea cauzione*)⁽¹⁾ を供しなければならぬ、とされている。一時的にせよ、運送品が陸揚されれば、運送人は、運送品の占有 (所持) を失い、よって、そのうえに有する先取特権を失うことがある⁽²⁾。後段は、そのような危険を排除・緩和するために設けられたのである。そのような危険は、運送品の一時的陸揚が航海中になされようとも、また、出帆前になされようとも、変わりはないはずである。しかし、後段は、航海中の一時的不能の場合についてのみ、荷送人は、運送品の一時的陸揚に伴う担保提供義務を課している。

航刑法の立法者が、何故、航海中の一時的陸揚の場合にだけ担保提供義務を課し、出帆前の一時的陸揚の場合には

義務を課さなかつたのか、その理由は、明らかではない。³⁾再船積がなされなかつた場合、運送人が他の荷送人を発見しうる可能性は、航海途中におけるより、船積港におけるほうが大きいかもしれない。そのため、航行法の立法者は、出帆前の一時的陸揚の場合には、運送人の保護を、それほど、考えなくてよい、と判断したのかもしれない。しかし、運送品のうえに有する先取特権を失う危険あるいは他の荷送人を発見しえない危険は、出帆前の一時的陸揚の場合にも、存在する。その意味では、一八八二年商法第五二条二項が、出帆前の一時的陸揚の場合にも、荷送人に担保提供義務を課していたのは、正しかった、と思われる。

(1) ここにいう「適当な担保 (idonea cauzione)」は、筆者の考えによると、少なくとも、文言上は、かならずしも、金銭でなくとも、たとえば、銀行の保証などでもよい、と解釈されうる。一八八二年商法第五二条二項においては、「適当な」の修飾語が付されておらず、「担保 (cauzione)」を供しなければならぬ」とされていた。往時、「担保 (cauzione)」が金銭であるべきか否かにつき、議論があつたのか、筆者の知るところではない。

(2) 立法趣旨は、一八八二年商法第五二条二項と航行法第四二八条二項後段とで、異ならぬであろう。前者に関して、Prospero Ascoli, *Del commercio marittimo e della navigazione*, Torino 1923, pag. 487 e seg.

(3) *Boi, op. cit., loco cit., nota 79.*

(b) 保証金の額 航行法第四二八条二項後段は、簡略な規定であり、荷送人に、「適当な担保」を供すべき義務を課す旨を定めるだけである。その簡略さが、種々の疑問の要因となりうる。とりわけ、担保提供の法的性質(担保提供は、再船積しない場合の損害賠償額の予約か、単なる担保の差し入れにすぎないのか)¹⁾については、理論的に、大きな対立が生じうる可能性を否定できないであろう。しかし、ここでは、より、実践的に、保証金の額について論じることしよう。後段は、「適当な担保」として保証金を供する場合につき、たとえば、運送貨の全額あるいは半

額に相当する額を供すべし、というかたちの規定になっていない。したがって、いくら額の保証金を供すべきかが、問題となりうる。

Leleuvre D'Ovidio-Pescatore-Tullio は、すでにみたように (二—三—三注 (2))、再船積されなかった場合に荷送人が運送人に支払うべきものは運送賃である、とし、第二項前段が、損害賠償債につき論じているのは、不正確、としている。また、Fiorentino も、出帆前の一時的不能について、再船積されなかった場合の損害賠償義務は、「正しくは、航行法第四三二条に基づく、約定の運送賃支払義務」である、としている。第四二八条二項前段にいう「損害賠償義務」を (解除) 運送賃支払義務、と解する立場によると、同後段にいう担保提供義務も、なかば必然的に、(解除) 運送賃支払義務、と解することになるであろう。Fiorentino は、後段にいう担保提供義務につき、「運送賃の全額が、まだ、支払われていない場合に」履行されるべきことを主張する。

前段にいう「損害賠償義務」を文字どおり、「損害賠償義務」と解するにしても、保証金の額の算定につき、第四三三条の (類推) 適用可能性が認められるかもしれない。航海中止により運送人がこうむる損害は、多くの場合、運送賃の喪失であろうから、航海途中における任意解除に準じて、第四三三条に基づき、保証金の額を、運送賃の全額および運送人が負担した偶然的費用の合計額、とするのである。

しかし、この考えに対しては、ふたつの疑問が生じうるであろう。まず、再船積がなされず、運送人が保証金全額を受け取ったのち、他の荷送人と空いたスペースにつき運送契約を締結できた場合、その契約の運送賃相当額を控除して、保証金の額は決定されるべきではないか、という疑問である。事実、空スペースについての運送契約の運送賃相当額を控除すべき、とする有力説も存在している。しかし、保証金の支払の時点で、再船積がなされなかった場合、

空いたスペースにつき、他の、しかも、あとから締結されるかもしれない運送契約の運送賃を控除して、保証金の額を算出することは、理論的に可能であつても、実際にはきわめて困難であらう。⁵⁾すると、保証金の支払の時点で、いったん、運送賃の全額および運送人が負担した偶然的費用の合計額を支払っておき、のちに空いたスペースにつき運送契約が締結されれば、その契約の運送賃相当額を、先の契約の荷送人に返却する、⁶⁾という手順も考えられそうである。しかし、この手順にも、実際上の困難がつきまといそうである。

つぎの疑問は、より、根源的なもの、といひうる。すなわち、第四二八条二項後段における保証金の額の算定につき、第四三三条の(類推)適用を認めること自体に対する疑問である。かつて、一八八二年商法第五二条二項における「担保(保証金の額)」の算定につき、解除運送賃の規定(同法第五六五条および第五六七条)に準拠することゝ否定した有力学説が存在した。Ascoliである。彼は、形式的論拠と実質的論拠をあげて、論証した。まず、形式的論拠は、「保証する」という文言である。すなわち、もし、立法者が、再船積しなかつた荷送人に、運送賃の全額または半額の支払を課す意思を有したのであれば、そう規定したはずであり、「保証する」という文言も使用しなかつたはずである、という。実質的論拠として、偶然の事故・不可抗力による一時的履行不能の場合に再船積しなかつた荷送人には、任意性が無いことをあげている。一方、任意解除は、出帆または航海の継続が、一時的にすら、妨げられたわけでもないのに、なされるのである。この両者を同等に扱い、やむをえず再船積しなかつた荷送人に、任意解除した荷送人が支払うべき運送賃と同額の金銭支払義務を課すのは、正当ではない、⁷⁾というのである。このような主張は、航行法第四二八条二項後段および第四三三条の関係についても、妥当しうるように思われる。⁸⁾

どうやら、保証金の額は、一時的に陸揚がなされた場所までの割合運送賃に相当する額と運送人に生じる費用の合

計額⁽⁹⁾、とするのが妥当のように思われる。

- (1) 同項前段の「損害賠償義務」を文字どおり解釈するか、運送貨支払、と解するか、ここにも影響してくるもの、と思われる。
- (2) Fiorentino, op. cit., pag. 110 e seg.
- (3) Fiorentino, op. cit., pag. 123.
- (4) Lefebvre D'Ovidio-Pescatore-Tullio, op. cit., loco cit.
- (5) Boi, op. cit., pag. 102.
- (6) Boi, op. cit., loco cit.
- (7) Ascoli, op. cit., pag. 488 e seg.
- (8) 現在、イタリアにおいて、このような主張をなす者が存在するのか、筆者は知らない。しかし、Ascoliのいうように、不可抗力に基づく一時的履行不能の場合における運送品の陸揚・再船積の不履行と、任意解除では、少なくとも、荷送人の側からすれば、大きなちがいがあ、る、といいうる。
- (9) Boi, op. cit., loco cit.

三一―二二 航行法第四二九条一項の存在理由

航行法第四二九条一項は、航海中に、不可抗力による船舶修繕の必要が生じた場合、契約が存続し、そして、荷送人は運送貨減額請求権を有しない旨を規定している。しかし、航行法の立法者がこの規定を設けた理由は、かならずしも、明白ではない⁽¹⁾。同項は、船舶修繕の必要が生じた場合、契約が存続する旨を明示している(第二項が修繕不能・長期化に関する規定である)ことからすると、航海中の一時的不能に関する規定であろうことについては、異論はないもの、と思われる。そうであれば、同項を独自に設けなくとも、第四二八条が、不可抗力による船舶修繕の

ケース（運送人の責に帰することができない事由に基づく一時的不能の範疇に入る）をカバーしうるはずである。

航行法の立法者が第四二九条一項を独自に設けたのは、その本来的な必要性の結果ではなく、一八八二年商法第五七〇条一項の継承を意図したから、と考えるのが、穩当のようである。²⁾しかし、もし、そうであれば、航行法の立法者は、第四二九条一項を規定するにあたり、「契約は、有効のままであり、そして、荷送人は、運送賃減額請求権を有しない」とするよりも、むしろ、一八八二年商法第五七〇条一項が、傭船者（荷送人）に、修繕を「待つかまたは全額の傭船料を支払わなければならない」とした部分を、忠実に、継承すべきだったかもしれない。

後者の規定によると、荷送人は、修繕が終わるのを待つか、待つのが嫌であれば（合意された）運送賃を全額支払って契約を終了させることになる。これと同様に前者の「荷送人は、運送賃減額請求権を有しない」を解釈することができれば、³⁾問題は生じない。しかし、航行法第四二八条二項についてみたように、不可抗力による一時的履行不能に際し、陸揚された運送品の再船積がなされない場合、第四三三条（運送賃の全額支払）の適用を排除し、割合運送賃相当額の支払がなされるべき、とすると、第四二九条一項においても、同様に、割合運送賃相当額の支払がなされるべき、と解される可能性がある。⁴⁾すると、第四二九条一項においては、一八八二年商法第五七〇条一項が特別になしていた運送人に対する配慮が、欠けることになる。

(1) *Boi, op. cit.*, pag.103.

(2) 新しい立法が古い法律の伝統を継承すること自体は、一概に、排除されるべきではない。新しい立法といえども、古い法律との連続性を完全に断ち切って、成立しうるものではない。

(3) 航行法の立法者の意思がどうであったか、立法理由書第二五五番からは、判断できない。第四二八条一項においては、「契約は、有効のまま」とされているだけであり、運送賃請求権についての言及はない。一方、第四二九条一項においては、

「契約は、有効のまま」というだけでなく、消極的にせよ、運送賃請求権についての言及がなされている。そのかぎりにおいて、「運送賃減額請求権を有しない」という消極的表現を、「全額の備船料を支払わなければならない」という積極的意味に解することも可能かもしれない。

(4) もし、割合運送賃も一部のな給付に対する報酬、とするのであれば（航行法第四二八条と第四二九条を同等に扱うことに反論がありえようが）、「運送賃減額請求権を有しない」は、割合運送賃相当額の支払義務を意味するであろう。

四 到着時の不能

四―一 確定的不能

運送契約の履行を不能とする出来事は、船舶の目的港への到着目前の時点においても、発生しうる。到着時の確定的不能については、航行法第四三〇条¹⁾が規定を設けている。同条が予測するケースは、船舶は堪航能力を維持しているが、目的港が封鎖され入港できないような場合であろう、と思われる。もちろん、到着時の不能は、船舶自体についても、生じうるであろう。たとえば、目的港を目前にして、船舶が堪航能力を失った場合などである。しかし、この場合、むしろ、問題は少ないであろう。すなわち、運送は、実質的には、ほとんど完了している。運送人は、運送品を船舶から卸し、別の運送手段で、目的港まで運べば足りる。問題となるのは、船舶は堪航能力を維持しているが、目的港が封鎖され入港できない（目的港で陸揚できない）ような場合である。航行法の立法者は、――排他的にはないにしても、主として――後者の場合を念頭において、立法作業したもの、と思われる。

(1) 一一一の注(4)にあり。

四一—— 契約の存続（一八八二年商法第五五三条の原則の維持）

航行法の立法者が、一八八二年商法第五五三条をスマートなものに改良し、航行法第四三〇条として再生させようとしたことは、航行法立法理由書（第二五五番）により、明白である。たしかに、いくつかの改良がなされていることは、事実である。

一八八二年商法第五五三条は、まず、その適用されるべき場合の具体例として、目的港の封鎖をあげ、そして、「その港への入港を妨げる偶然の事故もしくは不可抗力が発生した場合」というように、その適用範囲を拡大している。航行法第四三〇条は、その適用されるべき場合の具体例の呈示をしていない。「不可抗力」を広く（自然的作用などに限定しないで）解釈すれば、そのなかに「目的港の封鎖」も含まれるので、それを具体的に、呈示する必要がない、といいうる。したがって、同条は、立法形式が簡略化された、という意味では、一八八二年商法第五五三条より進化した、といいうる。

そして、荷送人から指示をえられないか、指示が実行不能のときに、船長にはふたつの選択肢が与えられているが、一八八二年商法第五五三条においては、船長は、「荷送人の利益」だけを考慮して、ひとつの選択肢を選択すれば足りた。一方、航行法第四三〇条においては、「船舶および運送の利益」を考慮して、ひとつの選択肢を選択するようになっており、運送人の利益保護が計られている。これも、ひとつの改良であろう。

ところが、航行法第四三〇条について、一八八二年商法第五五三条につき論じられなかった欠陥の指摘がなされている。航行法第四三〇条の理解を深めるため、一八八二年商法第五五三条がどのように解釈されていたのかを、簡単に、ふりかえってみることにしよう。目的港の封鎖・その他の不可抗力により、入港不能になっても、契約は、終了

しない。⁽³⁾ 船長は、荷送人（傭船者）に対して指示を求め、その指示が実行可能であれば、それにしたがわなければならぬ。もし、指示をえられないか、指示が実行不能であれば、近くの港に行くか出帆港に戻るか、荷送人の利益にかなうほうを選択しなければならない。指示にしたがうか、近くの港に行くか、出帆港に戻るか、いずれの場合にも、運送人は、運送賃（傭船料）全額の支払請求権を有するが、航海距離の延長に伴う運送賃の増額請求権は、認められない。⁽⁴⁾

うえにみたように、航行法の立法者は、航行法第四三〇条において、一八八二年商法第五三条の原則を維持しよう、としたにもかかわらず、航行法第四三〇条について、新に、欠陥の指摘がなされるに至った。それについては、つぎの四——二でみることにしよう。

- (1) 「目的港の封鎖の場合またはその港への入港を妨げる偶然の事故もしくは不可抗力が発生した場合、船長は、指図を受け取らなかつたかまたは指図が実行不能とのき、他の近くの港に寄港するか、出帆した港に戻るかして、荷送人の利益にとり最善の方法で、行動しなければならない。」
- (2) ほかに、航行法第四三〇条は、同第四二九条と同じく、長期的遅延を確定的不能と同等に扱っている。
- (3) 到着時の確定的不能は、出帆前または航海中のそれと異なり、契約を終了させない、と解されていた。たとえば、Ascoli, *op. cit.*, pag. 489.
- (4) Ascoli, *op. cit.*, pag. 491; Brunetti, *op. cit.*, pag. 258.

四——二 航行法第四三〇条が内蔵する欠陥

(a) 契約存続の有無 航行法第四三〇条は、一八八二年商法第五三条と同様、船舶の到着時に確定的不能が発

生した場合、契約が存続するか否かについて、明示的に規定していない。この点が、まず、航行法第四三〇条の欠陥、¹⁾ といえるであろう。しかし、四一―一でのべたように、同条の適用が予測されるケースは、もっぱら、船舶が堪航能力を維持している場合であろうから、契約を終了させる必要性に乏しい、と思われる。航行法第四三〇条も、一八八二年商法第五三条と同様、契約の存続を黙示的前提とした規定である、と解しうるのである。したがって、契約が存続するか否かにつき明示的な言及を欠く点は、解釈で補えるものであるから、致命的なものではない、と思われる。

(1) *Boi, op. cit., pag. 85.*

(b) 運送貨の全額請求の可否 一八八二年商法第五三条については、すでにみたように(四一―一)、運送人は、到着時に確定的不能が発生した場合、どのような措置を採ろうと、運送貨の全額請求が認められる(むしろ、運送貨の増額請求は認められない)、と解されていた。それは、目的港における通商禁止の場合に運送貨の全額支払を義務づけていた第五七二条に一致するものであった。すなわち、同条は、不可抗力の発生により船舶が目的港を目前にしながら出帆港に帰らざるをえない場合に関する原則的な規定、と考えられていたようである。ところが、航行法は、同条に対応する規定を有していない。すなわち、航行法は、船舶が目的港を目前しながら出帆港に帰らざるをえない場合について、原則的な規定を有していないのである。そこで、到着時に確定的不能が発生した場合、運送人は、一八八二年商法施行当時と同様、運送貨の全額を請求しうるのである、という疑問が生じてきたのである。

Brunettiなどは、航行法の立法者の意思を忠実に守り、運送人に運送貨の全額取得を認めている。¹⁾ しかし、近年は、運送人に割合運送貨のみを認める説が有力のようである。²⁾ 航行法第四三〇条は、運送貨につき規定を欠いていても、

運送品が近くの安全な港に陸揚される場合には、実際上は、ほとんど、欠陥をあらわにすることはない。運送品が近くの安全な港に陸揚された場合、運送人に、運送賃全額あるいはそれに近似する額の支払請求権を認めても、不公平は生じないであろう（ここでは、いわゆる *near* 条項を考慮していない）。

航行法第四三〇条の欠陥は、船舶が出帆港に帰ってきた場合に、あらわなものとなる。もし、運送人に運送賃の全額取得を認めれば、荷送人は、航海により、利益をえることができなかつたにもかかわらず、むしろ、時間の無駄をしたうえに、運送賃を全額支払わなければならないことになる。逆に、まったく、運送賃の取得を認めなければ、とりわけ、つぎのような場合に運送人がこうむる不利益は、明白である。すなわち、目的港への入港不能・出帆港への帰還の原因が、船舶にかかわりなく、運送品にのみかわる場合、たとえば、運送品の属する種類の物品が通商禁止になった場合などである。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

- (1) Brunetti, *Manuale cit.*, pag.222 ; Mario Casanova, *Appunti di diritto della navigazione*, Ed. riveduta, Genova (出版年不明), pag.106.
- (2) Lefebvre D'Ovidio-Pescatore-Tullio, *op. cit.*, pag.612.
- (3) Boi, *op. cit.*, pag.87.
- (4) Boi, *op. cit.*, loco cit.
- (5) 本文でみた不合理は、出帆港への帰還を荷送人が命じた場合と船長が選択した場合に分け、前者では運送人の運送賃請求権を認め、後者では否定する、同様に、出帆港への帰還の原因が運送品にある場合とそうでない場合に分け、前者では運送人の運送賃請求権を認め、後者では否定する、というようにすれば、緩和されるかもしれない (Boi, *op. cit.*, pag.88)。しかし、そのような技巧的な解決が、明文の規定なしに、正当化されうるか、疑問を覚える。

(c) 運送人による超過費用の負担の有無 到着時に確定的不能が発生した場合、運送人は、荷送人の指示にしたがうか、近くの港に行くか、出帆港に戻るか、いずれかをの措置をしなければならぬ。そのとき、運送賃に含まれていない超過費用が必要になりうる。この超過費用をだれが負担すべきかにつき、航刑法第四三〇条は、明示の規定をおいていない。

たとえば、Fiorentino は、作業のより大きな負担の危険は債務者にかかる (il rischio della maggiore onerosità dell'opera grava sul debitore)、とする請負の一般原則にしたがい、反対の合意がないかぎり、運送人の負担¹⁾とするだけで、それ以上の論述をしていない。

これに対して、Bo. は、その原則が、海上物品運送の特殊なケースにおいて、一様に、適用されるかにつき、疑問を呈している。彼女は、請負の一般原則よりもむしろ、イタリア民法第一六八条三項の適用可能性につき、検討すべき、としている。もし、出帆港に戻った場合、割合運送賃を請求しえない、とすると、運送人の負担がきわめて重いことになる。このような場合に同項の適用可能性を肯定しよう、とするのである。しかし、目的港の近くの港に陸揚された場合については、運送賃と費用の双方の取得を認めると、運送人に予期せぬ利益を与えることもありうるので、同項の適用を疑問視している。²⁾

海上物品運送契約は、請負契約の一下位類型であるかぎり、当然、請負の一般原則の適用を免れない。しかし、海上物品運送契約は、同じ請負契約の一下位類型である陸上物品運送契約と関連性・類似性が強い。その意味で、いきなり請負の一般原則に論拠を求めるよりさきに、同項の海上物品運送への適用可能性を検討した Bo. の主張に説得力を感じうる。

(1) Fiorentino, op. cit., pag. 125 e seg.

(2) Boi, op. cit., pag. 90 e seg.

四—二 一時的不能

四—二—一 規定の不存在

航行法は、一八八二年商法と同様、到着時の一時的不能について、明示的規定をおいていない。航行法の立法者は、到着時の一時的不能が、特別の立法を要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、明示的規定をおかなかつたのであろう。たとえ、到着時の一時的不能が、契約に何らかの影響を及ぼすことがありえても、すでに検討した航行法第四二七条から第四三〇条の規定の趣旨をしんしゃくすれば、妥当な解決がえられるもの、¹⁾と思われ。したがって、到着時の一時的不能についての明示的規定の欠如は、航行法の欠陥ではない、といいうるであらう。

(1) 一八八二年商法についても、事情は同じ、と思われる (Boi, op. cit., pag. 47 e segs.)

四—二—二 契約の存続

到着時に一時的不能が発生した場合、出帆前・航海中の一時的不能の発生を契約の終了（解除権の発生）原因としていない航行法第四二八条一項および第四二九条一項にしたがい、契約は存続し、荷送人は運送賃減額請求権を有しない、とすべきであらう。荷送人は、不能が終わるのを待たなければならず、¹⁾遅延に基づく損害の賠償を請求しえない。²⁾

しかし、第四二八条二項の類推適用は、排除されるべきであろう。すでに、目的港に入港するだけになっているとき、たとえ、保証金の支払がなされるにせよ、荷送人に運送品の一時的陸揚権限を認めるべきではない³⁾。また、実際上、それを認める実益はない、と思われる。

(1) *Boi, op. cit.*, pag.105 e seg.

(2) 一八八二年商法第五二条一項参照(一一三の注(2)にあり)。

(3) *Boi, op. cit.*, pag.105 e pag.47 e seg.

むすびにかえて

われわれは、航行法の海上物品運送契約の履行不能に関する規定(第四二七条から第四三〇条)の内容およびその規定をめぐる学説の状況を、ある程度詳細に、知ることができた。

航行法第四二七条から第四三〇条を一覧しただけでも、履行不能が生じる段階(出帆前・船積後、航海中および到着時)ごとに、そして、不能の程度(一時的不能、長期的遅延および確定的不能)に応じ、きめ細かく、運送人と荷送人の利益を調整しよう、とする航行法の立法者の意思を窺い知ることができる。航行法第四二七条から第四三〇条の規定は任意規定であるので、航行法の立法者の意思は、運送約款により、たやすく排除されうる(事実、排除されている)。しかし、航行法の立法者は、それを充分に承知のうえで、あえて、詳細な規定を設けたのであろう。立法作業のあとを省察しただけでも、航行法の立法者の苦心のあとを読みとることができる。たとえ実際には適用されることがないにしても、その確固たる正義感情を規定のかたちで表明することは、立法者の責務である。その意味で、

航行法の立法者は、航行法第四二七条から第四三〇条の立法にあたり、その責務に忠実であつた、といひうるであらう。

また、学説に目を転じると、任意法である航行法第四二七条から第四三〇条の規定について、最近まで、詳細な研究がなされていなかったのは、事実である。しかし、われわれが本稿においてつねに参照したふたつの研究 (Comenale Pinto と Boi) は、¹⁾ 丁寧に、航行法の規定の解釈をなし、そのあと、航行法の規定を修正する約款について、分析を行っている。ふたつの研究は、意見を異にする部分を多く有しながらも、約款の分析に先立ち航行法の規定の解釈をなす、という基本的姿勢において、一致している。約款の有効性 (の限界) について判断をする場合、最終的には、法律の規定 (に示された正義) に戻ることになるであらう。その意味で、ふたつの研究は、約款研究の正しい在り方を示すもの、といひうるであらう。

「はじめに」においてのべたように、履行不能による海上物品運送契約の終了および解除に関する法律の規定 (航行法の規定にかぎらず、わが国の商法の規定なども含めて) と約款の隔たりは、きわめて大きい。たとえば、運送人に大幅な契約解除・打切権を与える約款や運送打切後の運送品の転送義務を排除した約款などである。筆者は、こうした約款の合理性・有効性 (の限界) について、検討する機会を持ってみたいと思つている。本稿はそのために不可欠な作業だつたわけである。なるべく早く、約款を検討する機会を持ちたい。

(1) ふたつの研究の約款を分析した部分については、別稿で検討する機会を持ちたい。