

判例批評

## 堪航能力担保義務の性質と範囲

—— 商法第 738 条と最近の最高裁判決 ——

椿 弘 次

### 商法第 738 条の堪航能力担保義務の性質と範囲

昭和49年3月15日最高裁判所第二小法廷判決（昭和45年（オ）第470号）

最高裁民集28巻2号222頁——上告棄却

〔判決要旨〕 商法第738条により担保される堪航能力は、単に船舶自体が安全に航海できることのほか、船舶による運送委託を受けた貨物を通常の海上危険に耐えて安全に目的地にまで運送できる能力を含み、船舶所有者は、船舶が堪航能力を有しないことによって生じた損害については、過失の有無にかかわらず、商法第738条に基づく賠償責任を負担すべきものである。

〔事実の概要〕 当事者間において争いのない事実および一審並びに原審において認定された事実は次のとおりである。

昭和29年12月に、訴外の商人A（買主・積荷保険の被保険者）は、インド国マドラス所在の訴外の商人B（売主）から、インド産半鞣羊皮を買付けた。Bと運送人Y（被告・被控訴人・上告人）との間で締結された海上運送契約により、マドラスから横浜（後に東京芝浦港に変更）まで運送せられるべく、当該半鞣羊皮はY所有の大江山丸に船積された。

本件積荷は、船積の際には、各包をアンペラで包み、その上に麻布で包装が施されていた。船積後、Bの請求に基づきYは船荷証券を発行したが、その船荷証券には、船荷証券所持人をBとし、マドラスからシンガポール経由で東京

まで積荷が運送される旨記載されており、外観上良好なる状態で (*in apparent good order and condition*) 積荷が船積されたことも船荷証券上に明らかであった。そして本件船荷証券は、Aに譲渡されAの所持するところとなった。

大江山丸は、シンガポールを經由して、昭和30年1月24日東京芝浦港に入港し、Aは、翌25日船側で本件積荷の引渡を受けた。その当時、既に海水濡れに因る損傷が認められたが、積荷の引渡に際しては、若干の個数について“少しく濡れている”(slightly wet)との摘要書き(remark)を付したのみで、Aはその積荷を引取った。その後、検査人の検査がなされた結果、予想以上に積荷の損傷は大きく、海水濡れに因る発熱、変色、醗酵腐蝕し、損傷していることが確かめられた。その損傷の結果、本件半鞣羊皮の価格は低減したので、1月29日に、AはYにその事実を通知し、積荷の運送契約上の債務不履行に因る損害賠償を請求した。

一方、Aは保険会社X(原告・控訴人・被上告人)との間の包括保険契約(open cover)にもとづき、本件積荷の海上保険契約を締結していた。そこで、前記の通りYに損害賠償請求をなすと同時に、Aは、その海上保険契約に従い、Xに保険金を請求した。Xは保険金の支払に応じた上で、AのYに対する損害賠償請求権を保険代位により継承取得し、それに拠ってXがYを訴えたのが本件である。

本件積荷を運送した大江山丸は、この航海に就航する前の定期検査に合格し、さらに本件航海終了後の昭和30年7月の中間検査にも合格している。そして、検査がなされたときには、水密扉を含め船体には何らの欠陥も指摘されていなかった。同船が本件航海に就航したのは、第一回定期検査後数ヶ月が経過してからであった。

大江山丸は、本件航海の途上において、シンガポール出航後、南支那海で荒天に遭遇した。それは、約6日間にわたり連日風速20米前後の季節風がふき、

船体の動揺が甚しく波濤が甲板を洗うほどのものであった。しかしながら、それはインド洋日本間の航海においては、常に予想できる季節風であり、しかも、難航したとはいえ船体自体には何らの損傷もなく、その後の航海を無事終えて、大江山丸は目的港に入港したのである。

また、本件積荷の積付場所の2番船橋楼貨物艙 (No. 2 Bridge Deck Cargo Space) は、他の船艙、殊にメインデッキの下部に位置する本来の船艙等と比べてぜい弱であるといわれるが、熱気、湿気あるいは汚れを嫌う積荷の性質上、かつ、前記の船艙以外の他の船艙には汚れた積荷が積込まれていたことから、他の船艙に比し清潔であり、機関室から遠いためより熱気が少い前記2番船橋楼貨物艙が、大江山丸における本件積荷の最適の積付場所であった。そして、出航に際しては、前後2つある船艙の開口部は水密扉によって完全に閉鎖され、航海中にも積荷に対し充分注意が尽された。

さらに、シンガポール出航時に季節風による荒天が予想されたので、荒天準備が十分になされ、荒天中には積荷に対し嚴重な見廻りが行なわれた。

ところで、本件と関連の深い船荷証券上の約款には、次に挙げるものがあった。

第一に、約款第15項は、不可抗力、海上における危険または事故その他ほとんどあらゆる事由について免責することを定めていた。

第二に、約款第26項は、堪航能力担保義務の性質を過失責任とする旨の免責を定めていた。すなわち、運送人が航海能力あらしめるため相当の注意をなしたるかぎり、船舶の隠れた瑕疵に因る損害については免責されると定めていた。

第三に、約款第30項は、荷主が保険により積荷の損害の填補を受けた限度において、運送人に対する損害賠償請求権は消滅する旨のいわゆる保険約款すなわち保険利益享受約款を定めていた。

一審（東京地裁，昭和39年1月31日判決・下級民集15巻1号113頁）においては，Xの請求は棄却された。その理由は次のとおりであった。

本件積荷の損傷は，当事者間に争いのない事実と認定された事実とを総合すれば，積付場所の「二番船橋楼貨物艙内において，海水によって濡らされたことが原因であると認め」られる（同，123頁）。その海水の浸入原因は不明であるが，途中で遭遇した荒天は海上の危険と解するほどのものではなく，かつ，本件積荷の積付時には船艙内に溜水はなかったこと，マドラス出港時より目的港到達までの間に，大江山丸の側に，本件積荷の積付，保管について過失があったと認めるべき証拠もなく，同船船員は相当の注意を尽したことが認められる。しかしながら，前記船艙内に海水が浸入していたことは事実である以上，「その浸入は，結局，同船について何らかの資材，構造上の欠陥或いはこの欠陥に加ふるに季節風による荒天遭遇に基因するものと推認せざるを得ない。」（同，125頁）とした上で，大江山丸が堪航能力を欠いていたものと認定し，それが本件積荷の損傷の原因であるとされた。

他方，商法第738条に定める船舶の堪航能力について，「単に船舶自体が安全に航海できるということのみに限るべきでなく，該船舶による運送委託を受けた貨物を安全に目的地に運送できる能力と解すべきである」（同，126頁）と定義し，同条の規定の文句は，「結果責任主義とも過失責任主義とも，いずれの解釈をも入れる余地のあるものであるが，商法における海上運送人の責任についての過失責任主義の原則も考慮に入れて，過失責任と解すべきであり，船舶所有者は船舶の堪航能力の保持について過失がなかった以上堪航能力が欠けていたことを原因とする責任を負わない」（同，128頁）と判示した。すなわち，過失責任主義を，商法第738条の正しい解釈と判断し，そのように解釈することが，運送人と荷送人の間の利益の衡平の点からも合理的であるとした。

そして，大江山丸の堪航能力の具備および積荷の積付・保管について，Yの

側に過失はなかったから、Xの請求は理由がないと結論した。

そこで、Xは次の理由を以て控訴した。すなわち、商法第738条は、堪航能力担保義務について運送人に無過失責任を課したものであり、仮に、同条を過失責任の規定なりと仮定してもYは責任を免れないものである。なぜならば、過失責任の法律のもとでは、運送人は堪航能力あらしめるために、相当の注意を尽したことを立証しなければならないが、本件においては海水浸入の原因を説明し、かつ、浸入個所を明らかにし、どこからいかにして浸入したかを説明し立証していないからである。

これに対し、原審（東京高裁、昭和45年2月28日判決・高裁民集23巻1号31頁）は、一審と同様の事実を認めた上で、商法第738条の堪航能力担保義務および本件船荷証券の約款について、次のような判断を示した。

「本件積荷は大江山丸の前記航海中における海水浸入に基づき損傷を受けたものと認めるを相当とし」（高裁民集、45頁）、「貨物が外観上良好な状態である以上、特段の事情がないかぎり、その内容も真実良好な状態にあるものと認めるほかないから」（同、45頁）、Yの反対の立証がないかぎり、前述の認定を覆すことはできない。したがって、「本件積荷についての海水濡れによる損傷は大江山丸の堪航能力を有しなかったことに基因するものと断ぜざるをえない。」（同、46頁）

そして、商法第738条は、「その文言上船舶所有者が航海に堪えることにつき相当の注意を用いれば足りることを窺うべきなんらの根拠もない。そもそも、『担保ス』るとは保障すると同じく、その文言自体当然に絶対的な意義を有するものである。」（同、49頁）また、商法第739条と相俟って、同条を絶対の担保責任を定めたものと解するのが妥当であり、「海上運送を業とする者はこれにより巨大な利益を取得するものであるから、受託貨物の運送にあたり貨物につき惹起された事故は、自己の支配内における原因により生じたものとして、原則として運送業者（船舶所有者）においてその責を負うべきものとするを至

当と思う。」(同, 50頁)

船荷証券の約款第30項の保険利益享受約款については、「海上運送契約の当事者間のみの契約で運送委託者(船荷証券の所持人)の運送人に対する損害賠償請求権を消滅させても、これをもって保険代位の権利を有する保険者に対抗することはできないと解すべきである。」(同, 48頁)したがって、Yは本件船荷証券の約款第30項を援用して、Xに対し本件積荷の損傷について免責を主張できない。また、本件船荷証券の諸約款、殊に約款第15項および26項は船荷証券統一条約(ハーグ・ルール)に類似の内容を有していたが、その条約に従う商慣習を認めるに足りる確たる証拠はないとも付言された。

これに対し、Yから上告した。

〔上告理由〕 海水浸入の事実認定は経験則に違反し、海水浸入の原因は不明であるとしたことは無責任であり、外観良好の文言は、包装の内容物をも真実良好の状態にあったものとするものではない。かつ、無留保受取による免責を原審はよく理解していない。

堪航能力担保義務については、その性質はこれを国際的に観れば、国際海上物品運送法第5条2項に規定されている如く、過失責任主義が採られている。商法第738条をかく解することができないとしても、同条に定められた担保義務の範囲に堪航能力は含まれるものではない。本件損傷については、大江山丸が無事目的港に到着していることに鑑み、堪航能力の欠如に因るものと解される。したがって、本件損傷については、堪航能力担保義務は船荷証券の約款第26項とも相俟って過失責任主義の性質を有するものであるから、運送人は免責される。

〔判決理由〕 「ところで、運送品を外観上良好な状態で船積みした旨の記載がある船荷証券の所持人が、荷揚げ当時外部から運送品そのものについて損傷等の異常を認めることができる状態にあったときは、特段の事情がないかぎり、

運送品そのものの損傷等の異常は、運送人の運送品取扱中に生じたものと事実上推定できることは、当裁判所の判例（最高裁昭和44年（オ）第543号同48年4月19日第一小法廷判決・民集27巻3号527頁）とするところであるから、前記原審が確定した事実関係のもとにおいては、本件積荷がその内容においても真実良好な状態において船積みされたと認められる……」

「商法738条にいう『船舶が安全に航海をなすに堪うる能力』（以下堪航能力という。）とは、単に船舶自体が安全に航海できることにかぎられるものではなく、その船舶による運送委託をうけた貨物を、通常の海上危険に耐えて安全に目的地にまで運送できる能力をもいうのであるところ、船舶の構造に欠陥があり、これに加わるに通常の海上危険によって海水が船艙内に浸入して、そのために貨物が損傷をうけたような場合には、その船舶は堪航能力を有しなかったというべきであり、また、船舶所有者は、船舶が堪航能力を欠如していることによって生じた損害については、同条により、過失の有無にかかわらず賠償責任を負担すべきものと解するのが相当である。」

したがって、原審が確定するところの事実によれば、「Yが、その過失の有無にかかわらず、本件積荷の損傷について、商法第738条に基づく賠償責任を負担すべきことは、前記説示に照らして明らかである。」

以上のように判示して、商法第738条の堪航能力担保義務の性質を無過失責任と判断することを明らかにし、上告を棄却した。

〔批評〕 商法第738条を無過失責任を定めたものと解することには賛成しえない。

一、日本の商法第738条は、船舶所有者（以下、荷送人との関係において船舶所有者に準ずる船舶賃借人および用船者を含めて、運送人と呼ぶ。）の堪航

能力担保義務を次のように規定している。

「船舶所有者ハ傭船者又ハ荷送人ニ対シ発航ノ当時船舶カ安全ニ航海ヲ為スニ堪フルコトヲ担保ス」

本条は、明治32年の商法にはじめて規定されたものが、そのまま現行法に受けつがれたものである。したがって、制定以来80年近く経たことになる。それにもかかわらず、同条の解釈を真正面からとりあげた判例は、ここに検討するものが最初のものである。堪航能力担保義務は、海上運送人の主要な義務であるが、そのような重要な義務を定めた条文の解釈について、制定以来これまでに一件の判例もなかったことは不可思議なほどである（大橋・海運，p. 109）。

現在では、国際海上物品運送法（昭和32年6月13日，法律第172号）の制定をみているので、商法の規定は専ら国内運送（ただし、国際海上物品運送法の適用を受けない国際運送を含む）にのみ適用がある。今回の新判例は、今後の国内運送契約の解釈に影響を及ぼすものと思われる。その意味で、重要な意義を持つ判例である今回の最高裁の判決をここに検討してみる価値があると思う。

本件の中心的問題は、首題のとおり堪航能力担保義務の性質およびその範囲であり、商法第738条の解釈問題である。本件の船荷証券には、1924年ハーグ・ルールに従った内容を持つ約款が含まれていた。とりわけ、堪航能力担保義務を過失責任とする約款の効力が問題とされ、また、保険利益享受約款（benefit of insurance clause）と保険契約上の保険利益不供与約款（not to inure clause）との間の優劣の問題も係争された。しかし、これら問題は、第二義的なものであるから割愛し、ここでは、堪航能力の問題のみを批評したい。

二、判決理由にも明らかなように、商法第738条にいう堪航能力（seaworthiness）とは、「船舶が安全に航海をなすに堪うる能力」であると定義でき



る。換言すれば、堪航能力とは、運送の用に供する船舶が運送契約に従い運送品を積載してなす特定の航海において、通常生ずることのある海上危険に堪えて安全に航海をなすことのできる能力である（例えば、森・後掲書、p. 201 参照）。したがって、堪航能力は、個々の具体的な状況において決定される相対的な観念である。換言すれば、航海の行なわれる時間、航路、運送されるべき運送品の種類およびそれに特殊の性質等に関して考慮されるべきことである。この点で、世界の判例・学説とも一致している（Audouin, p. 3）。また、個々の運送品を基準にその船積港発航の当時、目的港への安全な到着のために、予想しうる一切の条件を考慮した上で、運送本船に要求される堪航性が具備されていることを要する（小町谷・証券論、p. 69 以下、田中（誠）・詳論、p. 267、石井・海商法、p. 225 等）。

堪航能力担保義務の内容は、国際海上物品運送法第 5 条 1 項に規定せられているように、次に掲げる 3 つの能力から成っている。

1. 船舶を航海に堪える状態におくこと。
2. 船員を乗組ませ、船舶を艤装し、及び需品を補給すること。
3. 船倉、冷蔵室その他運送品を積み込む場所を運送品の受入、運送及び保存に適する状態におくこと。

それぞれは、船体能力、運航（又は航海）能力および堪荷（貨）能力（*cargoworthiness*）と称されている。

三、運送人の堪航能力担保義務を定めた商法第 738 条の規定の解釈については、学説は二説にわかれている。一つは、無過失責任（結果責任・客観主義）を明らかにしたものと解し、他の一つは過失責任（主観主義）を定めたものと解している。そして、前者が通説であり、後者が少数説である（各国の立法・

判例の詳細については、大橋・後掲書，pp. 448-451 および Audouin, p. 6 以下参照)。

通説が無過失責任を定めたものと解する理由には、次のようなものがある(石井・海商法, p. 226, 田中(誠)・詳論, p. 269, 大橋・後掲書, p. 446 以下, 戸田・後掲書, p. 125, 鈴木・後掲書, p. 131, 森・後掲書, p. 203, 西島・論叢, p. 116, 大浜・早法, p. 5 等)。

一つには、同条の立法趣旨が、航海・船舶の安全を目的とする公益的なものであることである。同条は、1888年のブリュッセル万国商法会議の勧告を入れて制定されたものであり、殊に、同会議における船舶の堪航の完全状態を妨げる性質の行為または過失についての免責約款の禁止の勧告の思想が採り入れられたといわれる(大橋・海運, p. 109, 田中(誠)・條款論, p. 250 参照)。第二に、「……航海ヲ為スニ堪フルコトヲ担保ス」と規定し、ドイツ改正商法第 559 条にいう注意について何ら言及するところなく、さらに、商法第 739 条は「船舶カ航海ニ堪ヘサルニ因リテ」生じた損害の賠償を免責することを禁じているから、文理上も、堪航能力担保義務を当然に絶対的な意義のあるものとしたと解せられることである。第三に、過失責任を定めた商法第 766 条・577 条との関係で考慮すれば、無過失責任を定めたものと解釈しない場合、同条の存在理由がなくなるから、前者とは異なる趣旨のものと解するのが自然である。第四に、運送中に生じた事故は、運送人が貨物を自己の支配内においている時に惹起されたものであるから、まったく貨物に物理的支配を及ぼしていない荷送人または船荷証券所持人に損害を負担させるよりも、その損害賠償責任を運送人に負担させることが公平の理念に適うというのである。この理由は、ローマ法のレセプツム責任の法理に由来するものであり、イギリスのコモン・ロー上の運送人の責任の理由でもある(ローマ法のレセプツム責任の法理については、加藤正治・海法研究, 第二巻, p. 266 以下参照)。第五に、田中誠二博士は、船舶所有者の委付について定めた商法第 690 条が「……船長其他ノ船員カ其職務ヲ

行フニ当たり他人ニ加ヘタル損害ニ付テハ……」船舶所有者の無過失責任を認めている以上、それとの権衡上、損害防止を目的とする商法第 738 条が無過失責任を定めたものと解するのが妥当である、と説かれている（詳論、p. 269、島谷・海商法、p. 256 以下も同旨）。

これに対し、少数説は次のような理由により、過失責任を定めたものとして商法第 738 条の規定を解釈している（小町谷・研究、p. 254 以下、小町谷＝窪田・上巻、p. 115 以下、竹井・後掲書、p. 234、志津田・後掲書、p. 9）。

第一に、商法第 766 条・577 条の規定からして、また商法においては海上運送人の責任についても、原則として過失責任主義を採用していることは明らかである。したがって、他に別段の理由がないかぎり、商法第 738 条の規定は無過失責任を規定したものであると解することはできない。商法第 766 条・577 条が定める過失責任主義と同条が、それを過失責任主義を定めたものと解するとき、両者が重複し後者は無意味であると主張されるが、前者は運送人に対し、運送品の受取、引渡、保管、運送等について無過失の挙証責任を負担させる趣旨の規定である。これに対し、後者は、堪航能力担保の性質の重要性からでた注意的な規定である。さらに、後者は海上運送についてその運送用具たる船舶の堪航能力担保に関する規定であるという点で、前者と趣旨を異にする。したがって、商法第 738 条は前述した意味において充分存在意義を有するというのである。第二に、海上の危険は、海上運送人に無過失責任を負担させたとしても、回避できる性質のものではない。逆に、相当の注意（*due diligence*）を海上運送人にうながすことによって、荷主の利益を保護することが本旨である。第三に、現在の船舶は、大型化しかつ構造、機械は複雑化しており、そのような船舶の全部について現代の高度の技術による検査を以てしてもなお発見することが不可能な欠陥が残存することは、充分考えられるところである。したがって、かかる隠れたる瑕疵（*latent defect*）に因って生じた損害を

も海上運送人に負担させることは苛酷である。厳しい国際競争下にある海上運送人にとって、世界の立法が過失責任主義についているとき、無過失責任を負担しなければならないとすることは、不利な条件をしいられることになる。第四に、無過失責任と解するか、過失責任と解するかは、損害防止のためにする公益問題とは何等関係のない事柄である。なぜならば、何人も通常避けえざる損害が発生した場合に、これを誰れに負担させるのが公平であるかという利益の考量によって決せられるものに過ぎないからである。そして、免責約款を認めることの可否、認めるとすればどのような範囲において認めるかということが、堪航能力担保義務についての公益問題である（小町谷・証券論， pp. 64-65）。

四、本件の一審判決は、小町谷博士の学説に拠って過失責任主義を採り、Yは運送人として要求される相当の注意を尽したから、海水濡れによる損害について免責されるとした。これに対し、原審および最高裁は、学界の通説に従い、無過失責任主義を採り、Yの側に過失は認められないが、運送本船の資材・構造上の何らかの瑕疵に因る損害について、Yは賠償の責に任ずべきものとしたのである。

思うに、過失責任か無過失責任かは、究極のところ、慎重な運送人（prudent carrier）として運送人が運送本船について要求される相当な注意を尽してもなお発見することができない隠れたる瑕疵が残存し、それに起因して生じた損害を誰れに負担させるのが妥当かという問題である。

通説にいうところの公益的理由の船舶・航海の安全は、船舶技術・運航技術等について現在と比すれば格段に劣っていた帆船時代の海上交通を考慮においたものである。しかしながら、一審判決にも説示されているように（下級民集，127頁），船舶はますます巨大化し、高度に自動化・機械化され、構造は複雑になっていることは周知である。そのような船舶の安全を維持し運航するため

に、高度の知識・技能を有した船員が乗船している。それにもかかわらず、相当の注意を尽しても発見することのできない隠れたる瑕疵は残存するし、また残存の可能性が著しく減じているとはいいきれない。そして、船舶の不堪航によって生じる運送人の責任は、その大部分が船舶の隠れたる瑕疵に起因するといっても過言ではない（原茂・後掲論文，p. 95）。かつまた、船舶の不堪航に因る損害は往々にして巨額にのぼる（例えば、ポリバア丸事件）。

ところで、造船上・機械構造上の欠陥は、運送人の相当の注意力を超えたもので、不可抗力にも等しい性質のものと理解しうるから、海上運送人に無過失責任を課したからとて、船舶・航海の安全がより容易に達成されうるものではない。

したがって、不可抗力にも等しき船舶の隠れたる瑕疵に起因して生じた損害については運送人を免責し、それと交換に相当の注意を尽したことを立証できない場合は免責を取消すことを以て、この問題に対する 妥当な解決方法とすべきであると考え。そして、何が相当の注意かについては個々の場合に具体的に決定せられるべきであるけれども、往時より厳格になることは考えられるであろう。なぜならば、船舶を巨大化し、構造を複雑にした同じ技術革新は、船舶の安全性維持の面にも同様にみられるから、過失責任主義を採ったとしても、船舶の安全は充分に留意されるべきであるからである（小町谷・証券論，p. 67。これに対し、池垣批評は、技術革新の安全性維持の面を強調され、無過失責任主義にくみされるようである（商事法務研究 No. 396, p. 417)）。他方、船舶の不堪航に因る損害は往々にして巨額にのぼるから、これを他に転嫁・分散し、ひとり運送人の負担にしないのが合理的である（田中（誠）・條款論，p. 449 以下参照）。海上運送契約の一方の当事者である荷送人もしくは荷受人または用船者は、その大部分が商人として相当の資力を有し、危険の分散・転嫁について運送人とほぼ同等の能力を有している。これを保険契約面から観れば、積荷保険には、被保険者と保険者との間においては船舶が堪航である

ことを承認する約款 (Institute Cargo Clauses 第8条 — Seaworthiness admitted clause (堪航承認約款)) があり、船舶の不堪航に起因する損害について荷送人等は保護されている。一方、船舶保険においては、機関もしくは船体の隠れたる瑕疵に起因して生じた損害について担保する趣旨の約款 (Institute Time Clauses (Hulls) 第7条インチャマリー約款 (*Inchmaree Clause*), 船舶保険普通約款第3条8項但書き) があるが、間接損害としての運送品の損害に対しては関係がないといえる (詳細については、葛城照三・イギリス船舶保険契約論, p. 246 以下, 東京海上編・新損害保険実務講座 (第4巻 船舶保険), p. 23 以下参照)。したがって、この点からも、船舶の隠れたる瑕疵に因って生じた損害は、これを荷送人等に負担させても著しく利益を害することはないであろう。

また、「担保ス」との文言に、過失責任を意味するものは何もないといわれるが、公益的理由が前述したように技術革新とともにその存在理由を薄弱にしているとき、また小町谷操三博士の説かれるように利益考量の問題として堪航能力担保義務を捉えるべきものであることを考慮すれば、文理上の解釈にとらわれることは適切でないと思われる。むしろ、可能ならば、立法論にそった解釈がなされるべきものとする。したがって、運送人は隠れたる瑕疵に影響された船舶の不堪航は、これを知らないことがあるのは当然であって、このような場合、フランスの判例は旧仏商法典第297条 (用船者が、船舶が出航に際し堪航能力を有していなかったことを立証した場合、船長は運送貨請求権を喪失し、用船者の損害賠償に応じなければならない。) の規定にもかかわらず、一般に、運送人は何ら責任を負わないと判決しているといわれる (G. Ripert・Droit Maritime t. II, n° 1709, Audouin, p. 5)。このフランスの判例の態度が妥当であると思う。

後述するように、田中誠二博士は堪航能力担保義務の範囲につき、堪荷能力は過失責任であり、商法第738条にいう堪航能力担保義務に含まれないとされ

る。もしそれが、運送人と荷送人との間の負担の衡平という考え方からでたものとすれば卓見であろう（上告理由書，週刊金融・商事判例 No. 416, p. 15）。しかしながら，後述する理由で堪荷能力のみを過失責任と解することには賛成しえない。

商法第 738 条の解釈について，文理上・公益上無過失責任を定めたものと解する学者といえども，立法論としては過失責任主義を採るべきであると主張される点で一致している（石井・海商法，p. 257，戸田・後掲書，p. 125，森・後掲書，p. 203，大橋・後掲書，p. 451 等）。しかしながら，商法第 738 条の改正がここ当分の間見込まれないとすれば，約 80 年も前の歴史的背景をもつ条文を文理のみで解釈することでは事態の平衡のとれた解釈は望みえないであろう。したがって，国際性を有する海運事業については，たとえ国内運送についてであっても，世界の一般的動向を反映した解釈が可能な範囲でとられるべきであると思う。現実をみれば，1920 年代の後半から 1930 年代にかけて船荷証券には堪航能力担保義務を過失責任とする旨の約款が，常に，挿入されていたし，保険約款の発達は荷送人等に当該過失約款にみあう保護を提供してきている。また，最近では国際的な通し運送（through carriage）が行なわれつつある。このような現状において，国内運送と国際運送に二本立の責任体系が存在していることは望ましくなく，そうした事実を存続させる合理的な根拠はないといえよう。

これらを要するに，運送人に無過失責任を課したからとて回避することのできない性質の事由である船舶の隠れたる瑕疵は，これを法定の一般責任として運送人に課すことではなく，むしろ，運送契約においては不可抗力に準じた扱いをすることが運送人と荷送人側との間の衡平に適するものである。ただし，運送人が相当の注意義務を尽したことを条件とすることはいうまでもない。したがって，商法第 738 条は，これを過失責任主義を定めたものと解すべきである。技術革新，船荷証券統一条約の世界的採択，保険約款の発達は過失責任主義

を支持する強力な事実といえよう。そして、国際海上物品運送法の制定は、商法第 738 条につき過失責任主義を採る説に追認を与えたものといえよう（鴻・百選, p. 229 は、国際海上物品運送法の制定を以て商法第 738 条はその性格を過失責任主義に変えたと説かれるが、これには賛成しえない。志津田・後掲書, p. 9 に説かれているように、本来、過失責任の規定である）。

五、堪航能力担保義務の範囲につき、商法第 738 条の立法理由により、前述した 3 つの能力のうち堪荷能力については他の 2 つと区別して考えるべきものとし、堪荷能力は商法第 738 条の規定の対象にはならないとの見解がある。すなわち、田中誠二博士は次のように述べておられる。

「堪荷能力を要するかについては、特殊施設を要する貨物については、わが商法上もこれを認める説があるが、疑問であって、第 738 条の公益的規定である点からみて狭く解するのを適当とする。」（詳論, p. 266）

換言すれば、堪荷能力は、運送契約上の担保義務であって、商法第 738 条の堪航能力担保義務は公益上もうけられた法定上の一般責任であるから、両者は性質を異にする。したがって、冷凍室等を含めた堪荷能力は、商法第 738 条にいう堪航能力には含まれないというのである。

そして、堪荷能力というのは、具体的な積荷を、海の危険以外の運送危険を考慮して、損害なく保管するために船舶が適当であることをいい、この意味の堪荷能力というものは、海の危険の克服とは関係がないので、これを堪航能力ということは、すでに語の理由からいえないことであると、ヴュステンドエルファー（Wüstendörfer）等の見解を引用して、主張されている（本件裁判の鑑定書、海運、第 564 号, pp. 130-136）。そして、この見解は上告理由書においても強力に支持されている。



しかしながら、一審から最高裁を通じて、この見解は支持されていない（下級民集，126頁，高裁民集，45頁，最高裁民集，227頁）。それが妥当な判断と思う。

また、堪航能力担保義務の内容を成す3つの能力は、運送契約の目的の達成のために要求せられるものであるから、可分なものとして考えられるべきものではない。したがって、それらのうちの1つの能力を欠いても、堪航能力担保義務の違反となる（戸田・新報10号，p. 10，森・後掲書，p. 201，小町谷・証券論，p. 75 以下）。特に英法においては、従来からそのように解せられてきた（Carver・Carriage by Sea, para. 112）。

なぜならば、商法第738条は「船舶カ安全ニ航海ヲ為スニ堪フル」ことを規定しているが、それは、船舶が安全に航海をなすこと自体を目的として想定されたものというよりは、むしろ、運送品が運送契約に従い安全に運送されるための条件を規定したものと判断するを適切とし、したがって、堪航能力を広義に解し、堪荷能力をそれに含めるのが適当であるからである。

さらに、堪航能力という観念が相対的観念であって、特定の運送契約から離れてこれを抽象的に決定することはできないから、個々の運送品の性質・数量等を捨象して考えることは妥当ではない。

それゆえ、海上物品運送契約において、前述の3つの能力を同一に扱い同一の責任原則がそれらに適用されるべきものとする。

六、不堪航の举证責任につき、商法第738条のもとでは、荷送人または船荷証券所持人は損害の発生、船舶の不堪航の事実ならびに損害が不堪航に基因するものであることを、一応証明すればよく、堪航の举证責任は運送人の側にあると解せられている（戸田・新報7号，p. 9，田中（誠）・詳論，pp. 269-270）。これに対し、堪航能力の具備につき相当の注意を尽したとの举证責任は運送人に負担せしめるものであると解する学者もある（小町谷・研究，p. 258）。後説

は、商法第 577 条および国際海上物品運送法第 5 条 2 項に規定する挙証責任に等しい。

一審では、船舶所有者が堪航能力の保持について無過失であったことの挙証責任を負うものであることは当然であるから、荷送人側において船舶所有者の過失を立証するまでもない（下級民集，127頁）と述べ、後説に拠ることが明らかにされた。原審ではこれを否定し、過失責任主義を建前とするわが法制上明文がなくその立証責任を転換することは許されないと判示した（高裁民集，49頁）。最高裁も原審の判示を承認したものであろう。

思うに、運送人の支配内において惹起された損害について、船舶の不堪航の事実ならびに損害が不堪航に基因して発生したことを立証することは、船舶の検査をする方法を有しない荷送人側にとっては極めて困難であり、かつ不可能に近い。だからといって、これが直ちに商法第 738 条を無過失責任を定めたものと解すべしとの主張に結びつくものではない。むしろ、営利を目的とする企業者の責任として、挙証責任の転換を行なったとしても不都合はないと思う。なぜならば、商法第 738 条は挙証責任について特別の規定を設けないから、商法第 577 条に従い運送人に無過失の挙証責任を負担せしめうるからである（小町谷・証券論，p. 83）。

終りに、商事は一般に時代の変化を敏感に反映するものであり、殊に海商はその傾向に加え国際性を有しているが故に、それらを律する法律は、不合理な事態を早急に回避するために、適時に再検討がなされるべきものである。この点において、フランスの立法の態度は大いに参考とされるべきである。そうした態度は、憲法に掲げられた国際主義の思想にも合致するものである。現行の海上運送人の責任体系の再検討が望まれる。

(1974. 12. 7)

## 参 考 文 献

一審判例批評として、

- 小町谷操三・ジュリスト No. 364, p. 108  
 窪田 宏・判例評論 No. 69, p. 37  
 池垣定太郎・商事法務研究 No. 396, p. 16  
 戸田 修三・別冊ジュリスト海事判例百選（増補版），p. 90

二審判例批評として、

- 田中 誠二・週刊金融・商事判例 No. 233, p. 2  
 中田 明・ジュリスト No. 532, p. 108  
 鴻 常夫・別冊ジュリスト海事判例百選（増補版），p. 228  
 佐藤 幸夫・法学セミナー（判例と学説）1973年7月号，p. 133（一審の批評をも含む）

本判決の批評として、

- 大橋 光雄・海運 No. 564, p. 108  
 田中 誠二・週刊金融・商事判例 No. 416, p. 2  
 東條 敬・ジュリスト No. 566, p. 86  
 戸田 修三・判例評論 No. 189, p. 146

—。—。—。—。—。

- 森 清・海商法原論（昭和35年版）  
 田中 誠二・海商法詳論（昭和45年版）——詳論として引用  
 船荷証券免責条款論（昭和14年版）——条款論として引用  
 小町谷操三・海商法研究第四卷（昭和8年版）——研究として引用  
 統一船荷証券法論（昭和33年版）——証券論として引用。  
 小町谷操三・海商法上卷（昭和35年版）——小町谷=窪田・上卷として引用  
 窪田 宏  
 石井 照久・海商法（法律学全集31）（昭和43年版）  
 大橋 光雄・海上物品運送法論（昭和19年版）  
 戸田 修三・海商法（昭和45年版）  
 堪航能力に関する注意義務と法定免責との関係（法学新報64巻7号，10号）——各々，新報7号，新報10号として引用  
 竹井 簾・海商法（新法学全集）（昭和13年版）  
 志津田氏治・堪航能力と海事法の研究（昭和48年版）  
 島谷 英郎・保険法・海商法（昭和45年版）  
 鈴木 竹雄・商行為法・海商法・保険法（昭和29年版）  
 大浜 信泉・航海堪能力ヲ論ズ（早稲田法学第1巻）

西島彌太郎・発航に際する船主の航海堪能力担保義務（法学論叢第15巻1号）

東 季彦・船舶所有者ノ航海堪能力担保（海法会誌6号）

原茂 太一・国際海上物品運送法における船舶の隠れたる欠陥と堪航担保責任の一考察（一橋論叢43巻1号）

Audouin, E. • *De la Responsabilité de L'armateur pour Innavigabilité du Navire au Depart (Revue de Droit Maritime Comparé, Vol. 7)*

追記。最近、中村真澄教授が、本判決の批評を發表され、無過失責任主義を採った判旨に反対の見解を明らかにされている（中村真澄・商法738条の堪航能力担保義務の性質と範囲，判例タイムス No. 314, p. 119）。