

## 1. 本論文の目的と意義

海上保険契約は、14世紀イタリアの商業都市において、最古の保険契約として生まれ、陸上保険契約を誕生させる母胎であった。かかる海上保険契約は、わが国の英文貨物海上保険証券中にある“doth”という語が端的に示すように、数百年以前の慣習が生き続け、今なおそれがかたくななまでに守り続けられている保険契約の最たるものである。このような、古い慣習が生き続け、その結果あまりにも多く歴史の枷をはめられている海上保険契約を研究するにあたっては、その歴史的研究が重要であること、言をまたない。

わが国の海上保険法は、1731年のハムブルク保険・海損条例を嚆矢とするドイツ法を継受したものであるが、同条例には、1681年の Louis XIVによる海事勅令が大きな影響を与えていた。また、フランス海上保険法も、淵源として上記海事勅令にさかのぼることができ、イタリア海上保険法についても同様である。結局、わが国、ドイツ、フランスおよびイタリアの海上保険法は、いずれも起源的には海事勅令に収斂するのだが、かかる海事勅令も、当時全く新規に定められたわけではなく、16世紀中葉ルアンにおいて編纂されたギドン・ドゥ・ラ・メールの影響の下に制定されたのであり、さらに、これには15世紀のバルセロナ海上保険条例が大きな影響を与えていた。

同条例は、現代海上保険法の母法と称せられ、今日の海上保険法はこのバルセロナ条例から一元的に発達したとさえいわれるほどに、その重要性が強調されるべき条例であるけれども、これもまた忽然と定められるに至ったわけではなく、その伏線となるべき14・5世紀イタリアの条例が存在した。つまるところ、わが国を始め、ドイツ、フランスおよびイタリアはいうに及ばず、ヨーロッパ、そしてひいては世界の現代海上保険法は、その源泉を14・5世紀地中海時代の海上保険条例に有するのである。

地中海時代という名辞は、海上保険契約の有効性が認められ、海上保険が誕生したものの、未だ同契約の法理が必ずしも十分に発達してはいなかったかの如き印象を与えるおそれがあるが、実際はそうではない。むしろ、この時代に海上保険法および海上保険契約法理の根幹は形成されたのであって、その意味で、同時代は、海上保険法史および海上保険契約法理の歴史において、最初の最も重要な時代の一つである。このように、14・5世紀地中海時代の海上保険条例は、現代海上保険法の源泉であり、また、この時代に海上保険法および海上保険契約法理の根幹が形成されたことから、同時代の海上保険条例がどのようなことを規定し、海上保険法および海上保険契約法理のどのような根幹が形成されたかは、わが国の現行海上保険法および海上保険契約の解釈問題のみならず、一般に現代海上保険契約の法理の探究にきわめて大きな意義を有するにもかかわらず、わが国において、そのような問題を解明した研究は少ない。欧米諸国においても、特定の都市または地域に限られた研究は散見されるけれども、イタリアおよびスペインの地中海沿岸諸都市にまたがる歴史的研究は多くはない。

本論文は、海上保険契約の研究におけるかかる歴史的探究の有益さおよび重要性ならびに従来の研究の手薄さを考慮して、14・5世紀地中海時代における海上保険条例を検討し、さらに同条例およびできるだけ多くの個別海上保険契約例から、当時の海上保険契約の法理を明らかにしようとするものである。

## 2. 本論文の構成

14・5世紀地中海時代に定められた海上保険条例は、今日知られているものだけでおよそ20条例を数える。それらは、海上保険法史の観点から、大きく二つの条例群、すなわちバルセロナの条例群が制定される以前、イタリアのジェノヴァ、フィレンツェ、ヴェネツィアで定められた条例群と15世紀スペインのバルセロナで定められた条例群に分けることができるであろう。これら二つの条例群は、その形式的な側面について違いがあるばかりでなく、規定内容の豊かさという実質的な側面においても、きわだった相違を示しているからである。したがって、本論文においては、全体を3部に分け、第1部では、上記イタリアの条例群をイタリア初期の海上保険条例と称して、それらの検討を行い、第2部では、15世紀バルセロナで定められた条例群の研究を行って、第3部において、イタリア初期の条例および当時のできるだけ多くの個別海上保険契約例を参考にしつつ、バルセロナ条例群を中心に、地中海時代の海上保険契約法理を明らかにしている。本論文の構成の詳細は、次の通りである。

はじめに

### 第1部 イタリア初期の海上保険条例

#### 第1章 序

#### 第2章 ジェノヴァ、フィレンツェおよびヴェネツィア初期の条例

##### 第1節 1369年 Gabriele Adorno によるジェノヴァの条例

—世界最古の海上保険条例—

##### 第2節 フィレンツェ初期の条例

##### 第3節 ヴェネツィア初期の条例

#### 第3章 イタリア初期の条例の整理と検討

##### 第1節 諸条例の整理

##### 第2節 諸条例の検討

###### 1 制定機関

###### 2 制定理由

###### 3 規定内容

## 第2部 バルセロナの海上保険条例

### 第1章 序

### 第2章 1432年のバルセロナ条例

－バルセロナ最古の海上保険条例－

### 第3章 諸条例の整理と関係史料

### 第4章 1435年バルセロナ条例の制定理由

### 第5章 バルセロナ四大条例のテキスト

#### 第1節 1435年条例

#### 第2節 1452年条例

#### 第3節 1458年条例

#### 第4節 1484年条例

## 第3部 14・5世紀地中海時代における海上保険契約法理

### 第1章 契約当事者資格

#### 第1節 契約者資格・外国船舶・貨物の保険の禁止・制限

#### 第2節 同資格・内国船舶・貨物の付保制限

#### 第3節 保険者資格

### 第2章 被保険利益

#### 第1節 所有利益

#### 第2節 保険の目的

#### 第3節 《valeguen mes o menys》または《hage o no haje》条項

#### 第4節 他人のためにする保険と不特定人のためにする保険

### 第3章 危険

#### 第1節 担保危険

#### 第2節 免責危険

##### 1 非行(barateria)

##### 2 性質危険

#### 第3節 保険期間

#### 第4節 波及保険

### 第4章 損害

#### 第1節 損害防止義務

#### 第2節 損害のてん補

## 3. 第1部イタリア初期の海上保険条例

第1部においては、イタリア初期の海上保険条例として、世界最古の海上保険条例－それはとりもなおさず世界最古の保険条例でもあるが－といわれる1369年ジェノヴァのドージェ、Gabriele Adorno によって定められた条例からバルセロナ条例制定に至るまでの、ジェノヴァ、フィレンツェおよびヴェネツィアで定められた諸条例を取り上げる。これらイタリア初期の条例は、従来わが国ではその存在が知られていなかったり、あるいは知られていてもその内容が正確に伝わっていなかったことを勘案して、第1章序に続く第2章において、若干の考察とともに、ジェノヴァ、フィレンツェおよびヴェネツィアの初期の条例の全体像を、マニスクリプトのコピー、テキストおよび試訳を付して紹介した後、第3章で、条例が制定された機関はいかなる機関であったか、条例に明示されている制定の理由はどのような理由であったか、どのようなことが規定されていたかを究明し、そしてイタリア初期の条例について、次の五つの点を指摘している。

第一には、同条例は、後に検討する1435年バルセロナ条例に比べ、ヴォリュームの点で大きく劣ると同時に、内容的にも体系づけられていず、そのために断片的なものであったことである。この点は、以前から斯学研究者により主張されてきたところであるが、とかく条例の制定された地および時あるいはヴォリューム等の、きわめて外観的な側面からまたは欧米の先学の書物から、そのように指摘されていたきらいがないわけではなかった。しかしながら、個々の条例を検討すれば、上記バルセロナ条例に比べ、はるかに断片的であることは明らかである。

第二には、イタリア初期の条例の多くは、確かに一般にいわれるように公法規的な規定を置いたが、それはすべてではなく、私法規というべき規定を置いた条例も存在することである。1420年頃のジェノヴァ条例は、外国人の契約者資格を原則的に認める一方、他方で無事または損害発生情報が到達した後に締結された保険契約を無効とする私法規的な規定を置いた。

危険がなければ保険は存在しない。危険は、一般的には事故発生の可能性をいうから、事故の発生・不発生が確実ないし確定していれば、危険は存在しない。したがって、すでに船舶等が無事に仕向港に到達するまたはすでに事故に遭遇することがあるならば、危険は存在せず、保険契約はこれを無効とせざるを得ない。

1420年頃のジェノヴァ条例は、直接的には、無事または損害発生の情報をも有する、それぞれ悪意ある保険者または契約者の不当な保険料または保険金の取得を禁ずることを目的としたが、その根底には、保険契約における危険の存在に関する基本的考慮があり、本条例は、今日の保険契約法理の最も基本的な原則の一つを成立せしめたといえる。

この点は、これまで指摘されることがなかった。しかしながら、かかる規定は、重要で、イタリア初期の条例とバルセロナ条例との関係を考える場合にも、また14・5世紀地中海時代においてどのような海上保険法および海上保険契約法理の根幹が形成されたかを探究する場合にも、きわめて大きな意義を有している。

第三には、海上保険契約したがつて保険契約の有効性を明規した条例が存在することである。冒険貸借から保険への転化の契機となったのが Gregorius IX のいわゆる徴利禁止令であったことはつとに主張されているが、航海の無事終了の際の高利が魅力であった冒険貸借は同禁止令により禁止された。そのために、商人衆はこれに代るものを考え出さなければならなかった。そこで、冒険貸借の融資および危険負担という二つの機能から、危険負担の機能のみを抽出した海上保険が誕生する。

海上保険が誕生して間もない頃、これが教会法に抵触するのではないか、という問題が存在したであろうことは容易に想像しうるし、また海上保険契約が、ローマ法に定められた諸契約とは異なる新しい契約形態であったために、その契約としての効力に疑いが抱かれたことも、想像に難くない。海上保険契約締結後、教会法を援用して同契約上の債務の履行を拒絶する不心得者も存在した。このような問題および事態を解決するためには、海上保険契約が教会法に抵触せず、有効な契約であるとする旨の条例の制定が必要であり、同契約の有効性を定めた条例は、かかる目的のために制定されたのであって、イタリア初期の条例の特徴的なものといえる。

この種の条例については、その重要性を正しく認識しなければならない。これにより、海上保険契約が教会法に抵触せず有効な契約であることが初めて成文化され、後の諸条例および立法はいずれも同契約の有効性を前提としているから、これは、海上保険法史上第一段階の最も重要な条例の一つであり、今日の保険立法は、つまるところこれに源を發するといってもあえていい過ぎではない。

第四には、イタリア初期の条例の多くが、外国人所有船舶または貨物、あるいは外国人所有船舶に積載された貨物の保険を禁じたことである。ジェノヴァ、フィレンツェおよびヴェネツィアのいずれの都市においても、多かれ少なかれ外国人を保険することが禁じられており、これを別の観点、すなわち保険契約の一方の当事者である保険契約者としての資格がどのような範囲で認められたかという点からいえば、イタリア初期の条例は、きわめて制限的で、外国人はこの資格を認められてはいなかった。しかしながら、かかる外国人の資格は、年月の経過とともに、漸次認められる方向に変わり、フィレンツェでは1419年条例、ジェノヴァでは1420年頃の条例によって、ほぼ原則的にかかる資格が認められることになる。このような変遷ないし推移は、14・5世紀地中海時代の海上保険条例において、いわば中世的な色彩が次第に払拭されていく過程を示している。

そして、最後には、イタリア初期の条例に、中世社会の風景を彷彿とさせる規定が多々残っていることである。たとえば、違反者に科せられた罰金の使途に関する規定などは、まさしくその一つであろう。

#### 4. 第2部バルセロナの海上保険条例

第2部は、これをバルセロナ条例の研究に充てている。そこでは、第1章で序言を述べ、第2章において、従来知られていなかった1432年のバルセロナ最古の海上保険条例を検討して、第3章では、同年以降、バルセロナ四大条例と称される諸条例の中の最後の条例が制定された1484年までに、同地で定められた諸条例に関する史料、制定期日、条数等を吟味する。そして、第4章においては、なぜ1435年条例が海上保険契約の多くの要素に触れることになったか、その問題を解く鍵は同条例の制定理由にあると考え、それを1432年条例の制定理由と比較しつつ解明し、第2部最後の第5章には、バルセロナ条例の規定内容を容易に理解することができるように、かつまた第3部で海上保険契約の法理を研究するための基礎的知識を得るべく、バルセロナ四大条例といわれる1435年、1452年、1458年および1484年条例のテキストおよび試訳を掲げている。

従来、バルセロナ最古の海上保険条例は1435年のそれであるとされていた。しかしながら、1432年の条例が存在するから、1435年条例がバルセロナ最古の条例であるとはいえない。少なくとも現在の段階では、1432年条例をもって、バルセロナ最古の海上保険条例であるといわねばならない。

同条例は、わが国はもちろん、英、米、独、仏の海上保険契約研究の先進国たる国々においても、未だ知られていない。そこで、第2章には、同条例のマニスクリプトのコピー、テキストおよび試訳を掲げている。

バルセロナ最古の条例たる1432年条例の主な規定内容は、ヴェネツィア等の、一定の外国商人の船舶および貨物に関する保険を引き受けてはならないことであった。したがって、これまでイタリア初期の条例は「断片的、公法的」とされ、同条例とバルセロナ条例とは没交渉的であるとみなされてきたけれども、1432年条例は、規定内容からして、イタリア初期の条例の特徴的なそれと同じであり、バルセロナ条例とイタリア初期の条例の間の継受関係を示す有力な証拠となるものであって、この点にこそ本条例の、従来の主張を翻させる大きな意義を認めることができる。

バルセロナ条例の定められた15世紀は、イタリアの諸都市において誕生した海上保険がおよそ1世紀を経、その法理の発展を著しくした時代である。それは、バルセロナ条例、殊に多くの規定で海上保険契約の要素に触れた四大条例によるところが大きかったのであるが、なぜバルセロナにおいて、条例が海上保険契約の多くの要素に触れ、法理の著しい発展を促したのか、素朴ではあるが、最も重要であると思われるこの問題に明快な解答を示した研究者はほとんどいない。

この問題に対する解答は、四大条例の最初の条例、すなわち1435年条例が掲げた制定理由に着目することで得ることができるであろう。同条例は、1432年条例の一般的な制定理由に比べ、「一切の詐欺…を一掃するために、したがって、被保険者のみならず保険者の保護のために」という、より特殊的、具体的制定理由を掲げた。なぜか。

14世紀後半海上保険が伝えられたバルセロナは、1428年頃に、世界の海上保険市場の中でも中心的役割の一つを担う程に成長する。Masonsは、1428年7月20日から翌1429年12月10日までの海上保険取引を記帳

したのだが、それによれば、この期間に1091件(保険者1名毎)の海上保険契約が締結され、付保された貨物の総価額したがって総保険金額は121,168.10リブラで、その内1428年に付保された額108,398リブラは、当時の世界の保険取引の1/4にも達していた。付保された貨物のおよそ3/4すなわち96,363.10リブラは、バルセロナ固有の商人の所有であり、明らかにバルセロナ商人衆に海上保険は一段と普及することとなったけれども、保険者についてどうであったかといえば、事情は必ずしも同じではない。

Masons の「海上保険簿」に見える保険者数134名の内、バルセロナ保険者は106名を占め、契約件数からいえば、1091件の内、781件をこれが引き受けているが、それらは総保険金額121,168.10リブラの内、1/2にも満たない53,968.10リブラを保険したにすぎなかった。

バルセロナ保険者と外国人保険者との1名あたりの平均的数字を比較すれば、後者は前者の2倍強の契約を引き受け、その額は5倍強、しかも1契約あたりの保険金額も3倍弱にも達していた。結局、バルセロナ固有の商人たる保険者は中小規模のそれに他ならなかったのであって、106名の内30名は、わずか100リブラ未満の保険を引き受けていたにすぎない。これに比べ、外国人保険者の約半数は、1000リブラを超える多額の保険を引き受けていた。バルセロナ海上保険市場は、1428年世界有数の市場にまで急成長したが、それは、主としてイタリア商人が大部分を占める外国人保険者の支配するところであった。

不運にも、丁度その頃からバルセロナは、危機に見舞われ、一時期の華々しいバルセロナの商業活動は、過ぎ去ることとなる。1428年7月10日から12月31日までに締結された総保険金額は108,398リブラにも達したが、翌1429年1月1日ないし12月10日については、1ケタも違う12,770リブラに落ち込んだ。その主たる理由は、バルセロナ商業の落ち込みとイタリア商人の資本の引き揚げにあった。

落ち込んだバルセロナにおける海上保険取引は徐々に回復し、同海上保険市場は、1428年の盛況にはほど遠いが、活況を少しずつ取り戻すこととなり、1454年には、およそ1429年の段階まで回復する。しかも、1444年には、バルセロナ海上保険市場の支配者層の交代が明らかに示されている。同年には45名ほどの保険者衆が約103件の契約を引き受け、その額は6,655リブラになるのだが、外国人保険者1名あたり1.6件、金額168.75リブラ、これに対し、バルセロナ保険者は、2.3件、金額132.6リブラであり、さらにそれぞれの1契約あたりの金額は、168リブラと55.8リブラで、その割合は以前とほぼ同じであるものの、保険者1名あたりの契約件数および金額については、1.6件:2.3件、168.75リブラ:132.6リブラと、前者については逆転、後者については大幅に近似することとなった。また、肝要なことには、バルセロナ保険者衆は、全体6,655リブラの内、大半の5,305リブラを引き受けたのに対し、外国人保険者は残りの1,350リブラを引き受けたにすぎず、さらに同保険者の数は、わずか全体の13%、5名に減少しており、しかも、この割合は、1454年、そして1459年と次第に減少していくのである。

皮肉にも、取引が回復するにつれ、保険に寄生する詐欺等も増大し、保険取引をめぐる争いも増えることとなったために、1435年条例は、制定理由に「一切の詐欺…を一掃するために」という文言を掲げた。と同時に、その頃バルセロナ保険者衆が、外国人保険者衆に代わり、支配的地位を獲得しつつあったから、詐欺等の犠牲に供されるのは、他ならぬバルセロナ保険者衆であった。同条例は「被保険者のみならず保険者の保護のために」という理由をも、並列して掲げたのであった。

詐欺等を一掃し、海上保険市場の新しい支配者層たるバルセロナ保険者衆を保護するには、必定契約内容に立ち入り、海上保険契約を妥当なものに規制しなければならない。さもなければ、詐欺等を排除するのに、隔靴搔痒の感すら残れ、他の何ももない。ために、1435年条例は、多くの規定で、海上保険契約の内容に立ち入り、同契約の諸要素に触れることとなったのである。しかして、1435年条例の諸規定は、後の諸条例に受け継がれていくのであって、本条例の制定理由は、一連のバルセロナ条例が海上保険契約の諸要素に多くの規定で触れた根本原因となるものであり、バルセロナ条例が海上保険契約法理の発展を促した始源的な根本原因となるものである。

## 5. 第3部14・5世紀地中海時代における海上保険契約法理

バルセロナ条例は、イタリア初期の条例とは異なり、多くの規定で海上保険契約の要素に触れ、同契約の法理を著しく発展させた。そこで、第3部では、バルセロナ条例の諸規定を土台とし、それまでのイタリア初期の条例および当時の多くの個別海上保険契約例をも参考にして、当時の海上保険契約の法理を探究している。それについては、第1章を契約当事者資格、第2章ないし第4章を、海上保険契約の三大要素である被保険利益、危険および損害のそれぞれに充てて、これを行っている。

海上保険契約が有効に成立するには、第一に資格ある当事者の合意が存在しなければならない。さもなければ、該契約は有効に成立し得ない。したがって、契約当事者資格は、海上保険契約法理の最初の重要な問題である。

契約当事者資格は、契約者(被保険者)資格と保険者資格に分けることができる。しかしながら、バルセロナ条例は、前者について、一方で外国人の所有船舶・貨物の保険の禁止・制限を定め、実質上外国人の自己所有船舶・貨物に関する付保資格、したがって契約者(被保険者)資格を否定・制限しており、また他方では一定の条件の下に内国人の自己所有船舶・貨物に関する付保資格を制限しているから、これらはいずれも契約者(被保険者)資格の問題ではあるが、第1節と第2節に分けて扱い、そして第3節で、保険者資格に言及している。

第1節では、バルセロナ条例における外国人の契約者資格の否定・制限から認可へ変化していく過程およびなぜそのように変化していったか、その理由を明らかにし、第2節では、内国人の契約者資格の制限から制限の原則的撤廃への過程およびその理由を示して、第3節において、バルセロナでは、フィレンツェとは異なり、当初より保険者となりうべき資格につき、何ら制限を加えることはなかったことを明らかにしている。

第2章被保険利益では、所有利益、保険の目的、《valeguen mes o menys》または《hage o no haje》条項および他人のためにする保険と不特定人のためにする保険を4節に分けて、検討する。

「被保険利益は現代の何れの国の損害保険法に於ても直接又は間接に認められている観念であり、「損害保険契約の小宇宙をなす」といわれるほどに該契約法理上重要な概念である。けだし、これが保険契約の目的とされ、損害保険契約の有効性および同一性の判定基準となると同時に、損害概念と表裏の関係にあって、損害保険契約の最も重要な要素とみなされているからである。

第1節では、被保険利益の中でも代表的な利益である所有利益につき、バルセロナにおいては、イタリア初期の条例よりもはるかに判然と、所有利益概念が存在していたことを明らかにしている。

海上保険契約が仮装のものでなく、真実の保険契約として認められるには、保険の目的が被保険者の所有にかかることが必要とされていた。このことは、被保険者と保険の目的の間に、全く何の関係も認められないというのであってはならず、所有(権)を基礎とした関係が存在することを要求しており、所有利益概念が明らかに存在していたのである。しかしながら、当時においては、所有利益は、所有者をして利益主体となし、この者にあるいはこの者のために、有効な保険契約を締結せしめ、そして損害発生の際には、この利益主体に保険金請求権を認める保険金請求権者地位を示すに他ならず、未だこれを保険契約の目的とするとはなかったのもまた事実である。

第2節では、保険の目的たる船舶および貨物の概念の射程範囲を明らかにするとともに、それらの保険価額の問題を扱い、第3節では、従来解釈が大きく分かれていた《valeguen mes o menys》または《hage o no haje》条項について、いずれも保険価額関係条項であることを、個別海上保険契約例から証明している。第4節では、他人のためにする保険と不特定人のためにする保険に触れる。被保険利益は人と物の関係である。最もオーソドックスな契約形態は、あらかじめ契約締結時に人および物、しかしてその間の関係も特定された契約であるが、他人のためにする保険は、この「人」の要素が契約当事者ではない点で特徴的であり、さらに不特定人のためにする保険は、その「人」が不特定である点で一層特徴的である。

従来、不特定人のためにする保険は16世紀以降行われたといわれていた。しかしながら、バルセロナでは、すでに15世紀中葉にこの保険が存在するのであって、この事実も、当時のバルセロナ海上保険契約法理が格段と進化したことを示している。それは、「人」の要素に関して被保険利益概念の拡張をおそらく意味するのであって、当時のバルセロナはすでにこのような段階にまで達していたのである。

第3章危険では、第1節ないし第4節で担保危険、免責危険、保険期間およびそ及保険を扱っている。

第1節では、14・5世紀地中海時代において、果たして包括責任主義と列挙責任主義のいずれが採られていたかをそもそもの問題意識として、担保危険がどのような危険であったかを当時の個別契約例から探究している。それによれば、第一に、危険条項からして、航海の危険に限らず文字通り「一切の危険」を被保険者が負担していたと考えることが解釈として無理のないところであろうと思われること、第二に、契約および条例中に、「一切の危険」に対して制限的機能を有する文言または規定が見当たらないこと、第三には、世界最古の保険論著といわれる Santerna にも同様な文言が存在しないことから、絶対的包括責任主義が採られていた可能性が高いことを明らかにしている。

第2節においては、これも多くの個別海上保険契約例から、当時の典型的な免責危険である非行 (barateria) と性質危険がどのような危険で、なぜ免責とされていたかを究明し、第3節では、保険期間について、その拡張過程を明示する。危険は偶然なものだけではなく、その判定基準は契約成立時とするのが一般的である。しかしながら、海上保険にあっては、契約成立時に、すでに船舶が航海を始め、しかもその時に船舶・貨物の安否が不明である場合が少なくない。このような場合に、保険契約を締結し得なければ、商人にとって取引上不便であること、いうまでもない。そこで、古くからこの種の場合のための保険、すなわちそ及保険が認められていた。第4節では、このそ及保険について、考察を加えている。

そ及保険においては、契約成立時にすでに危険が生じていた場合に、契約成立と同時に被保険者は保険金支払い義務を負うから、本保険がその構造上とかく悪用され易い一面を有していることは否定できない。危険がすでに生じたことを知った被保険者(被保険者)が被保険者の不知に乗じて本保険を付し、ただちに首尾よく保険金を詐取せんとする場合がしばしば生じたし、船舶が無事到達したことを知る被保険者が、保険契約者(被保険者)の不知に乗じて契約し、保険料を詐取する場合が生じた。それゆえ、今日いずれの国の海上保険法も、かかるケースを排除すべく、当事者の一方または被保険者が危険の生じないことまたはすでに生じたことを知っている場合には、本保険契約を無効とする旨定めているが、かかる規定は、1420年頃のジェノヴァ条例に存在し、バルセロナにおいても、1458年条例に置かれていた。

第4章では、海上保険契約法理の中の、被保険利益および危険と並んで同契約の三大要素の一つである損害を扱い、第1節を損害防止義務、第2節を損害てん補に充てている。

損害防止義務は、今日でこそ義務として一般に理解されているが、Lloyd's S.G. Policy のように、かつては義務というより権利として定められており、そこには、海上保険契約に対する基本的観念において、現代と異なる、その点ではきわめて中世的な考え方が存在していた。

被保険者が保険契約により危険を負担することは昔も今も変わらない。しかしながら、現代では、被保険者の危険負担と保険契約者(被保険者)の危険負担とは異なり、後者が保険契約とは無関係の天賦のものであるのに対し、前者は保険契約により人工的に作り出された、保険の目的との関係からいえば間接的なものであるとされているにもかかわらず、昔時にあっては、被保険者の危険負担がこの保険の目的との関係について直接的に理解されていた。被保険者が危険を負担することは、被保険者自らが被保険者の地位に立ち、被保険者があたかも消滅するかのごとく、被保険者に取って代わることであって、保険の目的は被保険者の危険負担とともにその所有が被保険者に移転するかのように考えられていた。Bosco のように、保険契約は売買契約であって、そして売買契約では買主が契約後すべての危険を負担するから、被保険者も一切の危険を負担するのであった。

保険契約が売買契約であるとみなされるならば、保険の目的の所有は契約締結後被保険者に移転され、損害発生の際に被保険者が損害防止の努力をすることは他人の物に対する不当な干渉である。しかしながら、損害発生の際に、被保険者がただ成り行きに事を任せ、拱手傍観することは、被保険者の利益に悖る。そこで、被保険者は被保険者に権利として損害防止の努力をなすものとするようになったのであって、損害防止を被保険者の権利としたのは、保険契約を売買契約と同様に扱い、保険の目的の所有が契約とともに被保険者に移転するかのごとく考えた、今日から見ればはなはだ奇異な中世的保険契約観に基づくのであった。

しかしながら、損害防止の程度および費用の負担については現代的な考えがすでに採られており、いわゆる無被保険者主義が採用されていた。損害防止義務を権利として構成していた点では、中世的な契約観が存在したが、実際の損害防止の程度および費用の負担については、すでに今日と同じ無被保険者主義が採用されており、当時の契約法理は、一般に想像するよりもはるかに発達した段階を示していたということができ

る。

第2節では、損害のてん補として、損害通知・証明義務の発生時期、保険金支払い債務の履行期の変遷、船

船の行方不明の扱い方、分損不担保条項の起源、そして一部保険において分損が生じた場合に、果たして比例てん補の原則が適用されていたか、あるいは実損てん補方式が採用されていたか、という問題を解明している。

一部保険における分損の場合に比例てん補の原則または実損てん補方式のどちらが適用または採用されていたかについて、バルセロナでは、いずれもが適用または採用されていた。しかしながら、およそ14世紀末を境にして、それ以前においては、実損てん補方式、15世紀には比例てん補の原則が採用または適用されていたのであって、このことは、比例てん補の原則が古くから適用されていたという従来の考えを翻すことになろう。