



Title	小町谷操三博士著「海難救助法論」：海商法要義下卷三
Author(s)	鴻, 常夫
Citation	北海道大學 法學會論集, 7(1), 90-97
Issue Date	1956-09
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/27753">http://hdl.handle.net/2115/27753</a>
Type	bulletin (article)
Note	書評
File Information	7(1)_P90-97.pdf



[Instructions for use](#)

## 書評

## 小町谷操三博士著「海難救助法論」

—海商法要義下巻三—

鴻 常 夫

## はしがき

本書はわが国海商法学界において指導的地位を占めておられる小町谷博士がその畢生の労作として二十年余にわたり執筆を続けられ、その構想の雄大さ、研究の丹念にして緻密なことにおいて世界の海商法学においても類稀な大著である海商法要義の一部として、昭和二十五年一月に私が先に紹介した船舶衝突法論（海商法要義下巻二）の刊行に相次いで公刊されたものである。A五版本文二一四頁、附録として海難救助統一条約のフランス語正文及び翻訳並びに条文及び事項の両索引を加えて二四八頁のものであるが、博士が序文にも記しておられるように海難救助法に関する単行の著書は従来わが国に存しなかつたから、本書は正に海難救助法に関するわが国最初の単行著書として劃期的なものであるのみならず、これまでも海難救助法に関しては若干の学者の手により、その海商法の教科書・概論書ですぐれた研究がなされていたとはいえ、それに比して遙かに詳細であり、また、この分野に

おいて加藤正治博士の海法研究に収められた五篇の研究はすでに古典的論文となつてにせよ、本書はこれとは異なり体系的に整つた体裁において敘述されているものであるだけに、その意味でも海商法中この部門に対する不滅の貢献といわなければならぬ。

いうまでもなく本書もまた博士の長い間にわたる海商法研鑽の結晶であり、これに先立つて世に現われた博士の海商法要義各巻の大部分と同じく、その基礎はすでに早く発表された研究論文及び判例研究にある。即ち博士の海難救助法に関する研究としては、まず論文として昭和十三年に牧野博士の遺曆を記念した法理論集に「海難救助論」と題する雄篇を発表され、海難救助法の沿革とともに海難救助義務の法理的基礎づけを試みられ、ついで昭和十二年には海法会誌二二号において「海難救助の要件」につき丹念な分析的研究を行い、昭和十六年には「対米船舶提供記念財団海事論文集」中に「海難救助法と水難救護法との關係に就いて」特殊研究を公にされ、この三篇はすでに博士の海商法研究第六巻の巻頭に収められていた。次に判例研究としては、まず海難救助の要件の検討に当つて遡ることのできない過去の二判例、即ち第一の霧島山丸事件の第二審判決である大邱覆審法院昭和元年十二月二十八日判決については海難救助の準拠法・海難救助の成立要件・救助料の請求と救助船舶長の権限・救助料算定の基礎と多数の論点にわたつて詳細な評釈を試みられ、第二の隠岐丸事件については海難要件を中心とし、海難報告書の証拠力にも触れた簡潔な評釈をされたほか、なお、大判昭和八年一月二十四日の南薩

丸第九号事件に關しても海難救助料の請求と船長の権限その他について批判的研究を試みられておられた(志林三五卷一〇号一二二六頁)。これら三つの判例研究はいずれも後に博士の海商法研究に収められている(四卷四四二頁、六卷三二六頁以下、五卷五三三頁以下)(なお、附言するに最近公刊された博士の判例商法(卷三海商)に再度まとめて収録されている)。本書はその大部分において右の諸研究の総合的体系化であるが、「はしがき」に記されているように本書の脱稿が昭和二十年十月中旬であると知られるとき、前著船舶衝突法論にも増して、それらの綜合作業として本書の執筆を試みられていた戦争末期及び戦争終了直後の学問に対する異常の御精進に対しては、ひたすら感歎敬仰の念を禁じえない次第である。

一

本書の構成としては、前著船舶衝突法論と同じく、かつ、それにつづくものとして、本書の内容全部が博士の海商法要義の第三編海上企業に伴なう危険の対応策中の第三章となつてゐる。そして、この一章がさらに三節に分れ、第一節総説として、海難救助法の地位及び特色・沿革・淵源・統一法を四款に分つて敘述された後で最後に第五款海難救助義務と題して、その法理論的考察を加えられておられるのが、とくに注目され、ついで第二節海難救助の要件と第三節海難救助と報酬につき、順次にそれぞれ詳細な分析的研究を試みられている。以下本書の内容に立入つての紹介を試みようとするわけであるが、前著の紹介を試みた場合と異な

り、必ずしも内容を細大洩らさず紹介するといつたことではなく、理論的・解釈的に重要な点を拾い上げて、若干詳細な紹介をなすとともに、あわせて筆者の批評を加えることにより、博士の御高教を仰ぐの機縁ともいたしたく思うものである。この点について博士及び読者の御了承を願うものである。

なお、附言するに、本書もまた博士の他の諸著におけるがごとく充分な比較的研究の上に物されたものであり、同時に統一法自体についても、その研究はそれ自体として一カ所にまとめられているわけではないにせよ、それらが総じて海難救助条約に関する最も纏つた信頼すべき研究であるといえる。これらのことは海商法の分野のうちでも、とりわけ条約草案をいわば母法として制定されたわが商法中海難救助に関する規定の沿革に鑑みるときは、船舶衝突法の場合にも増して一層適切な研究態度であり、わが商法の解釈に當つても直接的に有益な参考資料を提供する(とくに、救助料請求権の阻却事由(一〇四頁以下)・救助料額の算定に當つて斟酌すべき事情(一四七頁以下)についてそういえる)ものであることを指摘しなければならない。

二

総説のうちまず海難救助法の沿革については、従来の權威的研究、すなわち、わが国の沿革に關するそれは中田博士及び住田氏の研究を、歐洲における沿革に關しては加藤博士の研究を主として簡潔に要約され、結局「東西の法制史を概観すると、それは一方に於て、海難に際して行われる掠奪の禁止及び救助命令を規定

するとともに、他方に於て、救助物の返還義務と救助料の請求権とを規定するものであり、救助料請求権は、比較的後の時代に至り、初めて認められている。而してこの史実によれば、海難救助法はまず公法規定が発達し、次いで私法規定を見るに至つたのであつて……」と述べられている(一三三頁)。この限りにおいては全く正当であつて異論の余地はない。しかし海難救助法の沿革を考へる場合に注意すべきことは、現在においてはその区別の必要を一般に否定されている「救援」と「救助」の区別である。なるほど汽船航海その他の発達によつて海難における救援・救助の法規整の対象としては救援の方に重点が移行し、否より適切には、救援を主眼とするにいたつてゐることは、これを認めなければならぬが、沿革的には、海難救助法はその起源を救助法としての性質をもつものとしてはつきりととらえられるべきものではないかと思はれる。というのは古代及び中世を通じて遭難者を掠奪して奴隷に使用するという野蛮な事実が一部にあつたにしろ、いわゆる遭難物占取権は、現在の救援法との間にではなく、救助法との間においてのみ意味のある関連をもつ風習とみるべきもので、近世にいたるまで救助法はかかる沿岸諸侯の特権と救助者の遭難物に対する権利と遭難物所有者の権利保護という三つの要素の交錯をうちに展開してきたものとみるべきものではないかと思われるからである。近世以後救助者に救助料請求権を認めて救助を奨励する態度がとられたと一般に指摘されているところも実は、右の三つの要素のうち、遭難物占取権が王権の確立とともに脱落したこととの関連において、救助者の遭難物に対する権利をそれとし

て確認するようになったという意味のもの、その限りで、救助の奨励にも役立つものといえる。これに對して救援法は宗教の力による人道的精神のある程度の向上が認められた以後においても容易になるに従つて漸次重要性を加へ、ここに、道徳的なものと政策的なもの、常識的なものと技術的なものの融合(三頁参照)として一つの法律制度として確立するにいたつたものである。この意味において私は海難救助法の沿革を顧みるとき、救助法と救援法とを明確に区別して考へる必要があると思うものである。博士は「海難救助制度が……道徳的な觀念を、その制度の基礎としてゐることによつて、海難救助法の大綱は、その成立以來殆ど変化を見ていない……」といつておられるが、それは右に述べた救援法の範囲内についてのみいいうるにすぎず、この点は沿革との関連を明瞭にすべきものであつたと思う。

なお、附言するに、私は海難救助条約及びわが商法の解釈において右のような救援・救助の区別が重要な意味を今日もつてゐると考へてゐるわけでない。この点は加藤博士のすぐれた研究以來すでにわが国においては解決された問題といつてよい。私もまた両者の区別が高々救助方法等の点で技術的意味における相違が認められるにすぎず、法律的には結局は救助に際しての危険の大小の相違を考慮しうるにすぎないものと考えてゐる。しかし、たとへば、一方においては第二次世界大戦を通じて世界の各水域における莫大な船舶の沈没という現実に際し、他方において、サルヴェージ技術の著しい進歩を考へるとき、一度び無用化したとも

みられる救援・救助の区別が、再び考慮される日が到達しないと断言するわけにはいかない。現在の海難救助法を支配する規整理念とは異なつた、いずれかといへば占有離脱物に関するそれにも比せられるような、右の沿革に示されたような救助法の必要を生じはしないかと思われるのである。この意味において、博士が詳細をきわめる本書において、救援と区別された意味での救助の問題について触れられるところが余りにも少なかったことを惜しく思うものである。

つぎに海難救助義務と題してその法理的基礎の考察をなした部分は注目すべき論述である。すなわち博士は海難救助条約やが船員法で船長に認められている海難救助義務を考察されるに先立つて救助義務の一般論を簡単ながら試み、「人命救助につき、法律が未だ一般的な救助義務を認めないことに對しては甚だ疑なきを得ない」とされ、「少なくとも人命救助について、極めて厳格な要件の下に、救助義務を認めて差支えない時代が、既に到来している」という信念のもとに、「救助を要する者と救助をなす者との間に、事実上密接な関係があり、且つ後者が救助をなすことによつて、自己の生命身体に何等の危険をも感じない場合には……社会の一員として、進んで救助をなす義務があると解するのが、妥当ではあるまいか」といわれ、その思想的根柢を「社会連帯」ということに求められ、また、その法律的構成として右のような場合になお人命救助をなさないことを以て、「不作為による権利の濫用」があると解すべきものとされている（三〇—三一頁）。私は実定法上認められている救助義務の社会哲学的ないし法哲学的基

礎づけとして博士の考え方に深い敬意を表するものであり、私もまた右のような場合に人命救助をなさないことを全く道德の世界の問題に放置し、法規整の対象としないでも思わない。しかし、これを法律上の一般的義務として認めるとしても、その制裁の種類・程度・救助義務者の範囲を定めることが法技術的にも相当困難であるし、さらにいえば、そもそも救助義務がいかなる場合に認められるかについての基準も法律的には必ずしも明確でなく、一般的救助義務の法認は道德心の余りにも稀薄なものに對する一般予防的效果は認められうるにしても、具体的な場合において救助義務ありと認定するのが困難なことは当初から予想されることといわねばならぬ。のみならず、かかる一般的な救助義務を法律上強制することから、それを媒介として「不作為による権利の濫用」という論理で不法行為責任を基礎づけようとすることも簡単に首肯することには躊躇せざるをえない。その趣旨は不作為の場合に不法行為責任の発生を認める一つの理論構成を試みんとするにあると思われるが、たとえば船長の救助義務にしても、海上危険の特異性に鑑み、救助能力ある船舶の指揮者としての地位に着目して、とくにその救助義務を法定するとともに同時に、その場合には救助に従事したことをいわば不可抗力的なものとみて少なくとも他の不利益からも免れしめる配慮をなしているわけであつて、一般的な救助義務を解釈上承認しようとするためには、同時に、救助義務者の法律上の地位と救助に従事することによつて惹起される他の法律関係への影響も顧慮されなければならない問題だと思ふ。私は救助義務が実定法上きわめて限定された範囲

において法定されているにすぎないことを必ずしも不当とは思わない。ただ、救助義務が漸次広い範囲にわたつて認められるであろうこと、「一般化」される傾向をもつておることを承認し、且つ方向として、そうであることを期待すること勿論であるが、その場合においても、事の困難性に鑑み、これに対する法規整の重点は刑事責任の問題におかれるべきものと考え、そのことから直ちに民事責任の発生を認める時代の到来を早急に予想するわけにはいかない。しかし、ともあれ、博士が右のような立場から、船長の海難救助義務の承認をめぐる賛否の論拠を詳細に指摘されておられる部分（三二頁以下）のごとき、右の問題を考えるに當つて逸しえない貴重な考察であることに変わりはない。

## 三

海難救助の要件に関しては、まず博士は海難の存否についていわゆる孤立無縁説を反駁し、船舶が孤立無縁でない場合でも、船員が自力で脱出しえない危険がある限り、海難の存在を認められておられるが（五五頁・六一頁）、海難救助制度は一応船舶の孤立無縁ということを現実的前提として認められたものであり、他船または陸上の設備を利用しうるような場合であれば、その場合の危険が自力を以て防止しえない場合であつても、これを海難救助という特殊の法規整に服せしめる理由はないといわねばならぬ。船舶の孤立無縁ということ之余りに狭く解釈することは妥当であるまいが、しかし、危険を自力で防止しえない場合でも必ずしも海難救助の成立を認めえない場合を限定する意味では孤立無縁説

に消極的な存在理由を認められるのではないと思う。同様の意味から、博士が海難の意義について海難は「航海に固有の危険」であると説くことをなんらの根拠もないとして否定されておられるけれども（五九頁）、「航海に固有の」という限定のうちに、海難救助制度を解釈上拡張適用しうる範囲の限界づけが示されているのではなからうか。

つぎに博士は救助を要する危険がなかつたのに救助を求める信号をしたために救助作業に著手した者がある場合に、この者を海難救助者に準ずるとし、その根拠を民法第九三条の規定及び禁反言の一般原則に求められておられる（六二頁）。しかし、海難がないのに、しかも救助の奏効を問わず海難救助者に準ずる場合を認めるのは明らかに海難救助制度の不当な拡張であつて、この場合にはその者のなした労力、負担した危険その他の損害について補償請求権が認められるにとどまると解すべきものである。

救助の奏効に関連しての間接救助の問題はとくに相次救助の場合に問題となるが、後者につき数人の救助者と救助料の分配の問題を詳論されておられるところはわが国従来文献のほとんど触れていないところであり、教えられるところがきわめて多い。ことに相次救助者の利害衝突に関する部分は（一八六頁以下）敘述の詳細ここにきままるの感を深くする（なお、一三七頁註四のごときも同じ）。ただ博士が間接救助の場合には、間接救助者が適確に救助奏功への寄与を立証しえない場合が屢々あることから、海難救助奨励の趣旨に鑑み、なるべく救助者に有利な認定をなし、救助料の額において適当な斟酌を加えるのが妥当であるとされ（六

五頁)、しかも、ある行為が救助なりや否や疑わしいときは寧ろこれを積極的に解すべしという一般原則を立てることは危険であると警告されながら(六七頁注一)、他方において、相次救助の場合に、救助行為と救助の成功との因果関係が疑わしいだけである場合には救助奨励のため共同救助を認めようという議論をされておられるのは(一八五頁)、博士の立場に矛盾がないのであろうか、疑問なきをえない。

海難救助の要件としての救助行為が「義務なくして」なされたことを要するとされる場合のその義務に公法上の義務が含まれるかについては問題のあるところである。博士は通説に敢然と反対され、「義務の履行に対して、当然に報酬を請求するのが矛盾であることは、その義務が公法上のものなりや、私法上のものなりやによつて、結論を異にすべき何等の理由もないから」という理由で「義務なくしてとは単に私法上の義務がないのみならず、公法上の義務もない場合である」とされる(七四頁)。私は通説が「私法上の義務なくして」の意であるとし公法上の義務があつてもかまわないとする態度にも賛成ではないが、そうかといつて博士の反対論にも従うことはできない。主として私法上の義務、しかし商法附属公法上の義務を除外しないという折衷の見解もあるが、それにも賛しがたい。私は、ここに問題になっている義務については、それが私法上のものであるか公法上のものであるかが重要なことなのではなくて、その義務が被救助者に対する義務であるかどうかが決定的に重要なことなのではなからうかと考えている。すなわち「義務なくして」とは「被救助者に対する義務なくして」

ということであつて、その義務が公法上のものか私法上のものかは問題でないと思ふものである。このような考え方は博士が逐一詳論を試みられるこの点をめぐる各個の問題(七五頁以下)の各々がそれ自体としては有益であるが)の解決にとつても少なからず役立つであらう。なお、姉妹船間の救助にも救助料を認める理由のうち博士が各船舶が独立の海産を構成するからという理由を排斥される箇所(九八頁)は、その文意を充分に了解することができなかつたのが残念である。

#### 四

第三節「海難救助と報酬」は本書の半ば以上を占め問題点の多いところであるが、紙幅の関係上ごく少数の問題のみ取上げるにとどめよう。

まず救助料請求権の阻却事由がある場合の規整として一律に救助料の請求を阻止しているわが商法の規定(商八〇九条)よりも裁判官に自由裁量の余地を与えている条約の規定(八条三項)の方が遙かに優秀であること全く同感である。ただ、その理由として衝突の場合における過失の競合に論及されておられるが(一〇七頁)、衝突の場合において過失船と同一船主に属する船舶による救助がなされた場合に救助料を認める必要があるということの方が理論的に一層強い理由として挙げられてしかるべきではないかと思ふ。この点は博士も右とほぼ同様の考え方を多数の救助者と一人の過失の効果の箇所(一一一頁以下)においてとられているのではないかと思ふ。

つぎに人命救助者の救助料請求権については沿革的にも、法的にも、はたまた政策的にも最も問題のあるところであり、とくに人命被救助者に救助料を負担させるべきか否かがその頂点をなしているともいえる。この点につき博士は人命救助者の救助料請求権を否定する根拠がないとする立場のもとにさらに進んで立法論としては人命の被救助者にも救助料を負担せしめ、ただ、その方法としてはイギリス式の商船基金制度による間接の方法を採用するのが妥当であるとされる(一三三頁)。私も将来の理想としては、この線での国際的統一が実現すれば、それにこしたことはないと思うものである。しかし、一方において道徳的見地にも、とくに人命救助者の救助料否定説を簡単に排斥しがたいものが海事信念としてもあるのではないか、いいかえれば、人命救助はいわば仲間の意識による救助行為としての性格を今なお強くもっているのではないかと臆測され、他方において右のような方法を探つた場合に生ずる多くの実際上の困難を考慮するとき、それが一つの統一的制度として実現することに差当つて大きな期待をもつことができない。人命救助の問題には、法律で救助者に救助料請求権を与えることによるその単なる奨励ということを超えたりより広汎な見地から解決されるべき何物かの存在を感じせしめられるのである。なお、救助料請求権の阻却事由があるため財産救助者が救助料の請求権を取得しない場合に人命救助者の救助料請求権がどうなるかは、人命救助者に直接の救助料請求権を認めるか否かに関する条約(九条二項。なお、独商七五〇条二項も条約と同じ立場)とわが商法(商八〇四条二項)との規定上の相違とも関連し議論

の分れているところであるが、わが商法の解釈としては人命救助者に救助料請求権の阻却事由がない限り、救助者は救助料を請求しうるとする博士の結論に賛成すべきである。その理由として博士は間接の利益ということを説かれているが(一四三頁)、元来右の阻却事由が人的なものであることからして、博士が多数の救助者と一人の過失の効果の問題についてとられたような考え方(一一頁以下)をこの場合の理論的根拠にしてもよいのではないかと思われる。

最後に救助料請求について船長が当然に救助料債権者をも代理して行動しうるかについて学説が分れている問題につき、博士は商法第八一条の規定が救助料債権者の便宜をも考えた規定であることからの類推解釈と商法第八〇五条第二項・第八〇七条第三項からの推論により、これを肯定されておられる(二二二頁)。なるほど商法第八一条は債務者が多数のときにおける債権者の権利行使の便宜をも考慮して認められたものには違いないが、かかる規定が設けられているには、それを不可避ならしめる必要があるわけで、これに対して、債権者のための訴訟追行権は当然にこれを認めるまでの必要は必ずしも存しない点で両者の間に規定の有無という形式的な理由のほかに、さらに実質的にも重大な相違があるといわなければならない。実質的な救助料債権者を船舶共同体とみて船長にその機関的地位を承認するならばともかく、商法第八一条の類推適用によつて肯定するという問題ではないのではないのではなからうか(なお、肯定論の法律上の根拠としては船主に対する関係で商法第七一三条を逸することはできないであら

う。  
終りに本書のもつ重要性のゆえに、商船基金の原文の不一致（一二七頁・一二九頁）と船員の直接請求権に関する箇所（前説・後説が逆で誤植と思われる点（一九九頁））のごとき瑣細なことではあるが、改版の折には是非訂正して頂きたいと思つたので序でながら一言する次第である。

### むすび

紹介の筆を擱こうとするに當つて、改めて本書が従来の欠陥を十二分に埋めたこの分野におけるスタンダード・ワークとしての価値をもつ貴重な業績であることを痛感する。このような書物を取上げるに當つては先ず何よりも内容の正確な紹介が第一で、批評などは二の次にすべきものであることは筆者の充分に承知するところである。にもかかわらず、かえつて批評に終始してしまつた感があるのは忤怩の念を禁じえないが、前著の紹介を試みた際に博士が私に与えられた懇篤な激励に対して少しでも応えるところがありたいとの微意にであるものである。博士長年の研究の成果に対して筆者の浅学に基づく誤解によつて見当違いの批評を加えたところがなかつたかをひたすら恐れ、若し万一そのような点があれば切に博士の御寛恕を願わなければならぬ。刊行後五年以上も経過した今日このような形の書評を試みたことは、種々の事情によるところがあつたにせよ、その怠慢を自から恥づるものであるが、遅ればせ乍らも博士の雄大な御研究の跡をフォローして、できうべくは一步をその上に出るのが海商法の勉強に携わる者の

責務でもあると考えられたからである。終りに臨んで博士が益々御健康に、そして心血を賤いでその完成を急がれておられる海上保険法の研究を完成される日の一日も早からんことの願望を表明して拙い書評を終ることにしたい。