

火災保険金債権の質権設定方式の得失及び手続

奥 多 計 三 (通称・貴雄)
おくの た け ぞう

The discussion about the advisability and the form
of the pawn of the fire insurance claim
—— inspected from the preservation
of the mortgage credit.

Takezo OKUNO

(本 稿 目 次)

[1]

1. 火災保険債権の質権設定方式の得失
 - (1) 抵当債権保全方法としての火災保険債権把握の種々相(序説)
 - (イ) 保険担保方法の効用機能
 - (ロ) 保険担保方法の種々相
 - ① 抵当権者特約条項(債権譲渡)
 - ② 債権保全火災保険
 - ③ 質権設定方式
 - (2) 火災保険債権の質権設定方式の得失(長所・短所)
 - (A) 長所
 - ①その1(慣行, 安易, 習熟性) ②その2(他の債権に対する独立性, 優先性) ③その3(手続の簡便性) ④その4(債務者の確保感情=安心感) ⑤その5(保険金債権のみの分離質入可能) ⑥その6(質権者の為め経済性)
 - (B) 短所
 - ①債務者側の作為不作為の影響 ②満期継続手続代行, 継続保険料立替払の負担 ③債権質優先性の限度 ④債務者側の非協力の救済 ⑤継続保険債権と国税(優先)
- (3) 質権設定方式の他の方式との得失上の比較
 - (A) 抵当権者特約条項方式との比較
 - (B) 債権保全保険方式との比較

[2]

1. 現行の質権設定方式の検討
 - (1) 二種の方式
 - (イ)「承認裏書」(承諾)の方法 (ロ) 質権設定「通知」の方法
 - (2) 二方式の効用及び効果
 - (イ) 二方式の手続上の便利性 (ロ) 二方式の効果(相違点)
2. 質権設定要件
 - (イ) 成立要件 (ロ) 対抗要件 (ハ) 質権設定承認裏書の方法に伴う問題点 (ニ) 対抗要件に伴う問題点
3. 質権設定の当事者
 - (イ) 通知方式の場合 (ロ) 承諾方式の場合
 - (ハ) 質権設定者と被保険者 (ニ) 質権設定「通知」の性質並に効力

[3]

1. 質権の目的
 - (イ) 目的は債権質 (ロ) 未必的条件附債権の質入 (ハ) 分割質入可能 (ニ) 目的の担保範囲拡張(火災以外の事故の問題)
2. 被担保債権
 - (イ) 種類 (ロ) 範囲 (ハ) 保険契約上の要求額

[4]

1. 質権者の権利内容
2. 質権設定者に対する効力
3. 質権の競合
4. 継続保険契約に対する質権の効力

本 論



1. 火災保険債権の質権設定方式の得失

(1) 抵当債権保全方法としての火災保険債権の把握の種々相（序説）

(イ) 保険担保方法の効用機能

火災によって、可燃性抵当物件の滅失毀損されることから抵当債権の損害を保全するため、予め抵当物件に火災保険を付ける。その火災保険契約に基いて担保される火災保険債権を目的として、その上に質権を設定する。その質権の行使によって抵当債権の安全を確保せんとする。このような方法が金融取引の実務界に於いて屢々、行なわれている。むしろ、これは、「慣行」といってよい。「質権設定」という用語は、損害保険ならびに金融の実務界においては、殆んど慣用語とされている^(注1)。

ところで、火災保険契約に基き、火災危険の発生をみた場合は、現実には、かつ具体的に保険金の金銭債権が確定化されるから、それを目的として質入譲渡することは、通常の債権質と何等選ぶところはなく、問題とすべき疑問は少ないのである。しかるに、将来未必の火災事故を条件として、具体化、確定化する保険金債権（一種の条件付請求権）だけを分離して質権の目的とするところに本稿で問題とする特異性がある。

かかる保険担保の方法については、種々のものがある。そのうち、最も古くより、且つ広範囲に採用された方法が、ここに採り上げんとする質権設定方式である。もとより、かかる諸種の保険担保方式は、独逸の *Hypotheken/interesseversicherung*（抵当保険）、英国の *Mortgaged property*、米国の *Mortgage clause* の先例に倣い、且つ影響されていることは否定できない。けれども、わが国の現行のかかる保険担保方式は、おのずとわが国法制の沿革に沿って、わが国なりに、ニュアンスをもつ方法として発生、変更、改善の過程を辿りきたったのである。

この種のわが慣行に類するものとしては、わが国と法制において同系列に属する独・仏にあって、同様のものが古くはやはり存在していたが、漸次立法によって取引上の紛議が解決された。即ち独・仏においては、わが国に比して遙かに早く、立法的措置によって、かかる慣行に伴う制度上の要請が明文化されるとともに、それに付随する債権保全上の不安と曖昧がかなり一掃されている。わが国においても、本稿において扱われる諸問題の多くが、民商法、その他の改正によって救済される日の近からんことを祈るものである。

さて、この質権設定方式が始まったのは、大正4、5年ごろの由である。爾来ひきつづき、各種の債権保全の諸方法が行なわれたが、就中、所謂「質権設定方法」というこの方式は、それらのうちにあって、今日まで最も優位を持続してきた。その普及率を推定して、一般に質権設定方式100に対し、抵当権者特約条項方式1、債権保全火災保険方式1、昭和36年度においては、抵当権者特約方式7、債権保全火災保険方式1.6の割合であると報告されている^(注2)。

(ロ) 保険担保方法の種々相

ところで、抵当債権保全の方法としての火災保険債権把握の種々相として、現在考え得る主たるものには、実務界に於いては凡そ次の通り、抵当権者特約条項、債権保全保険及び質権設定の三種がある。

① 抵当権者特約条項

抵当権者が、その保険金請求権を担保のため被保険者から譲受け（譲渡担保）保険金支払いについて、保険者の間に特約をする方式である（抵当権 特約条項第1条第2項）。即ち、被保険者は抵当物件所有者であり、抵当権者は、本来 抵当物件所有者の 受領すべき 保険金をもって債務の弁済に充てんとする。この方式はもと、米国の特約条項（Mortgage clause）に倣って立案せられ、昭和 27 年 9 月よりわが国に於いて採用された。この条項には、普通火災保険用と住宅総合保険用との二種がある。が、両者とも殆んど同様である。しかし、唯、後者に於いては、損害保険金以外の保険金（臨時費用、傷害費用のごとき事故によるもの）には効力が及ばない。

したがって、本稿に於いて、ひろく火災保険金債権と称する名目でもって採りあげているもののなかには、住宅総合保険の場合の如き、火災のほか、盗難、落下、風水害、臨時家計費なども保険事故として、加えられていることを付記しておく。

なお、抵当権者条項においては、抵当権に優先する他の権利の存するとき、その被担保債権額を控除して 特約抵当権者に 保険金が支払われることとなっていて、その譲歩条項の存在によって、抵当権の保護が薄弱である憾はある。が、実際において、保険金は、優先権者が、民法第 304 条によって、逸早く差押えをしなかったならば、被保険者たる保険契約者より権利譲渡の特約を受けている抵当権者の手に渡るので、実際の効用としては、かなり抵当権者の有利に運営されている。特約条項を受けた 抵当権者に対して、優先的地位に立つ他の権利といえども、その存在の明かならざるときは、特約抵当権者の方に素ばやく保険金が払い渡されることとなる。

② 債権保全火災保険

抵当権者が、その抵当物件の 存在乃至把握について 有する被保険利益（債権保全の利益）を、保険の目的とする保険契約である。わが国では、1955年から実施された債権保全火災保険普通保険約款が即ちこれである。

この種の保険は、昭和初頭まで、かなり行なわれていたが、有名な無効判例（東京地、昭 2.5.14、法律新報 118 号）以来、長年に亘り、契約の正式引受が中断されておった。ところが、その後、研究改善の暁、昭和 30 年 2 月に至って再度採り上げられきたったのである。

③ 質権設定方式

抵当物件の所有者が、火災保険を契約し、保険者の発行した保険証券を、抵当権者に質入することを合意し、且つ、保険証券を抵当権者に引渡（交付）する。その際、保険証券質入について保険者の承認を得るか、または、保険者に対し質入通知を発するかを方式を執らねばならぬ。しかも、その承認または通知については確定日付を徴することを以って、対世的対抗要件

とする。

(2) 火災保険債権の質権設定の方式の得失（長所・短所）

前掲のごとく、債権担保の方法として、質権設定方式が、もっとも優位的に採用されているが、その普及の所以（長所）または欠陥（短所）について略説すると、次のごとくである。

(A) 長 所

① その1（慣行、安易、習熟性）

わが国の火災保険制度並びにその普及が、金融の安全、即ち、債権担保の必要より促されたことが誘因となり、この方式は古くより既に一種の商慣習となって利用されたのである。即ち、この方式の伴う融通性からきた手続の簡易性、安易性、習熟性が多分に利用者に安心感を与えているようである。

② その2（他の債権に対する独立性、優先性）

質権設定方式を具備すれば、他の債権、例えば他の抵当債権や租税徴収権に対して、優先性が獲得できる。この点に於いては、債権保全火災保険や抵当権者条項の方式などが、他の債権に対して弱く謂はば譲歩的であるに比して、比較的強い安心感を与えられている。特に、昭和32年の福岡高裁宮崎支部の判例によって、質権設定方式の優先性が認められたので、この方式は今後利用者に一層の安心感を与えることはその融通性のもたらす長所である。が、これも民法学説の現状に顧みて、必ずしも手放しに安心できる立場ではない^(注3)。

③ その3（手続きの簡便性）

抵当権が消滅した場合に、質権は当然これに随伴して消滅する。だから、そのような場合には、保険債権は何等の手続きを為さずとも、被保険者、即ち、物件所有者のもとに帰る。

抵当権者特約条項の方式によれば、保険金債権の復帰を第三者に対抗するには、通知または承諾と確定日付の手続きを要する。しかるにこの方式には、かような煩わしさがない。

④ その4（債務者の確保感情＝安心感）

抵当権者特約条項などの方式によれば、抵当債権額より遙に高額の火災保険債権が、抵当債権者に対して、譲渡的方法が執られるので、所有権に伴う権利が全部抵当権者に移転し、喪失してしまったかの如き、不利益感情または不安感情が起り易い。「質入」といえば、保険金債権の権利がまだ手許に残されている。抵当債権を弁済すれば、その権利は当然に帰ってくるという気分させられて、一般債務者大衆としては、この質入方式を喜ぶようである。即ち、例えば、100万円の抵当債権を負担する被保険者が、300万円の抵当物件を担保として、保険金額300万円の保険契約を締結し、これを抵当債権者に差入れ譲渡方式を採るものとすれば、あたかも100万円を借りて、300万円の権利が債権者側にとりあげられたかの観を呈し、担保関係の法理に暗い一般債務者大衆は、これを喜ばないのである。

⑤ その5（保険金債権のみの分離質入可能）

債権確保の担保として、先に、抵当権が設定され、次いで抵当債権保全のため抵当物件に付保された保険金請求権が質入される順序が実務界の通例である。しかるに、抵当権は設定され

ずとも、保険金請求権のみが、債権者の債権保全方法として質入れできる便宜がある。債権関係の消滅に至るまで、当初より抵当権が設定されずして終るとき、保険金請求権のみが担保として利用される場合、または債権の発生後抵当権の設定をみるまでに先んじて、保険金請求金請求権のみがとりあえず担保の目的として、質入れされるというときもあり得るのである。

⑥ その6（質権者のため経済性）

債務者たる質権設定者が、債権者に協力的であり、債務履行に誠実であるかぎり、保険料は債務者側が負担し、保険契約に基く告知義務、通知義務その他の義務についても、債務者が履行し負担して、債権者に迷惑が懸らず、費用等は勿論債務者の責任となる。

(B) 短 所

① 債務者側の作為不作為の影響

抵当物件所有者たる質権設定者のなした保険契約上の違反不協力などに基く保険の免責解除の悪影響に禍される虞がある。（告知義務違反、通知義務違反、保険満期継続手続懈怠、継続保険料不払のごとき）。

② 満期継続手続代行、継続保険料立替払の負担

保険満期継続に伴う債務者側の懈怠放任に備え、予め抵当債権者は、貸付条項のうちに、満期継続手続の代行、継続保険料立替払についての包括的委任（債務者に代って債権保全上手続しうる）の権限をとりつけているものが多い。それにより、ある程度の無保険または保険契約上の手落を補い得るのではあるが、その危険の配慮または手続の煩わしさは避け難い。

③ 債権質優先性の限度

叙上長所の②にあげた優先性については、ある程度の限度がある。必ずしも独立性、優越性ありと信じて安んずることはむづかしい。

例えば、国税徴収法第53条1項は、保険の目的たる抵当物件を国税側が差押えた場合に於ては、同時に保険金債権に対する法定差押の効力を認めている。かような、立法態度に鑑みても、確定日付による対抗要件の先順位に期待して、債権保全ができると安心できないのではないか。けだし、保険債権に対する質権設定は、民法の物上代位性の行使を補足する作用をなすもので、保険債権のみが、抵当権より分離独立して優先性を確実として確保できない懸念もある。この辺は、わが民法、商法の制度は、保険債権質に対して、独乙民法、独乙保険契約法または紐育標準抵当条項などのごとく、抵当債権者保護に薄き憾がある。即ち、抵当権者に抵当物の代位物たる保険債権に対する法定質権を与える制度を採用していない現行民法の建前のもとにおいて、質権設定方式は、他の後順位抵当権者一般債権者より保険債権を侵されないように把握せんとする、せめてもの不完全な保全方法である。

なお、昭和32年の判例は、質権設定方式の優先度について憂うべき動揺を示している^(註4)。抵当権そのものの「物上代位効」と、抵当物件を目的とする保険金債権質の競合優先の問題に対して、同一事件において異なる解釈が下されている。第1審においては、質権設定は対抗要件としての確定日付の時と、抵当権設定登記の時との先後比較によって優先を決すると解す

る。これと異り、第2審においては、上記の確定日付の時と「物上代位効」に基く差押の時の比較によって優先を決すると断じている。

かような、判決の態度のもとにあっては、保険債権質の債権者は債権保全に安堵し得ない虞があるのである。

④ 債務者側の非協力の救済

債務者が保険契約を締結しないとき、保険契約上の権利に質入手続を執らないとき、債務者が行方不明のときは、これに対する救済が致命的困難である。かような場合、抵当権者は債権保全火災保険方式を以って、その債権保全の自衛を為さざるを得ないである。

上記のほか、保険契約者が、保険者に対して、保険契約の合意的解除を申入れるとき、保険契約者が、保険の目的物件に放火するが如き、保険契約上の重大義務に違反して、保険者より各種抗弁が提出さるとき、といったようなリスクは、避くるに万全を期しがたい。

このほか、保険者側の自衛に基く保険者よりの契約者に対する解除権の行使——法定解除権（民法第541条以下、商法第644条、第653条、第657条のごとき）、約定解除権（保険約款に基くもの、ただし保険契約者にはこの解除権が与えられていない）——に因り、保険契約の存続が脅かさるる問題もある。

⑤ 継続保険債権と国税（優先）

昭和33年国税徴収法（法律第147号）の改正をみて、保険債権質の行使上、抵当債権者の立場は若干改善された。しかし、質権設定の効力が、保険継続の次年度契約についても、対抗性をもつという通説の確立しない現行法制下においては、保険債権質の立場の脆弱性は払拭しきれない。

要するに、債務者たる抵当物件所有者側の不協力不信の影響を免れ難いこと、他の債権者（他の抵当権者、国税側の如き）に対し、必ずしも常に優先的地位を確保し難いこと、特に抵当債権成立後（金銭貸借、販売など取引契約成立の後）債権者側は保険契約の局外に置かれ、抵当物件の状況惹いて保険契約のその後の状態に暗い場合、債務者側の経済状態の悪化または債務履行に対する道徳観念の欠如に推移したときに於いては、抵当権者の保険債権質の上に暗影を拭いきれないのではあるまいか。畢竟、この質権設定方式の不備は、「抵当権者特約条項」方式または「債権保全火災保険方式」を採用またはそれへ移行することによって救済されるのではないか。

(3) 質権設定方式の他の方式との得失上の比較

(A) 抵当権者特約条項方式との比較^(註4)

① 優先順位は確定日付による——両方式優劣なし。

同一の保険について、質権設定方式の債権者と、抵当権者特約条項方式のそれが競合したときは、すべて、確定日付の順位によって優劣がきまる（民法第364条、第467条）。したがって、優先順位に於ては両者の間に特に長短は認めがたい。

② 通知義務違反については特約条項が有利。

被保険目的（抵当物件）の譲渡、構造変更、増改築、移転その他の危険増があった場合、抵

当物件の所有者たる債務者は、保険者に対し通知義務を負う。この通知義務違反に対して普通火災保険のときの質権設定方式の場合は、保険者は保険金支払いの義務を免れる。そこに、不安がある。しかるに、抵当権者特約方式では、通知義務違反の場合でも直に免責を行なわないで、保険金を支払うこととなっている^(注5)。

そこに、この方式の安全性がある。但し、抵当権者がかかる危険増加を来すが如き抵当物件の変動について、これを知ったときはそのときから保険者への通知義務を負担せしめられる反面の問題はある。

③ 保険契約の解除に対しても特約条項が安全。

保険者よりの物件調査の拒否、契約者の告知義務違反、通知義務の発生などの場合に当り、保険者には保険契約解除権が与えられている（普通約款第4条第2項、同第7条、同第8条第3項）。また、保険契約者との合意によって解除が行なわれるときもある。かかる事態に当って、抵当権者条項方式のときは、10日間以上の猶予期間を設けて、保険者より書面を以って抵当権者に予告を行なう義務がある^(注6)。この点に於いて、質権設定方式については、まだ残された不意打的の保険自体の解除という危険にさらされているといわざるを得ない。これに反して、抵当権者条項では、それだけ厚く抵当債権者は保護されている。

④ 他の権利との優劣に於ては質権設定方式が優位。

質権設定方式と抵当権者特約条項方式との競合が同一の保険金債権の上にあるときは、確定日付の前後によって優劣を決するから、この間双方対等といえるであろう。ただし、保険の目的について、抵当権より先順位に設定された担保権（先順位の抵当権、質権、先取特権、国税地方税等で法定納期が前のもの）があるとき、その担保権の設定順位を反映して、抵当権者特約条項の債権者は、後順位に立たしめらるる不利がある。即ち、抵当権者特約条項第1条第2項によって、優先する他の権利により担保される債権額を控除した残額の限度について権利の追及ができる旨規定されている。しかるに、質権設定方式においては、前示判例により、確定日付の前後により些か優先度に於いて有利に保護されている^(注7)。

⑤ 抵当権者の負担が生ずる。

保険契約者、被保険者の側に、通知義務違反があっても、上記のごとく、抵当権者はそのことに拘りなく保険金の支払いを請求しうる。が、その半面、抵当権者はその知れる範囲内における通知義務を負担すべく、また、危険増加のあったときは、追加（割増）保険料の支払義務を負担するに至る（抵当権者特約条項第2条及び第3条）。この点においては、抵当権者側に不利の制度といえる。また、この限りに於いて、抵当権者の義務（負担）不履行に基く保険契約上、保険者側よりの抗弁に対抗しきれない。そこにまた、かくれたる危険をかぶせられる虞れなしとしない。抵当権者が、いかにこの特約条項を付加しても、保険契約そのものは契約者たる被保険者、即ち債務者が当事者であるから、その作為または不作為等による契約上の悪影響のはね返しから、抵当権者が完全に解放されることは困難である。即ち、保険契約上の抗弁は、畢竟、抵当権者の権利保全に波及して、不測の不利の立場に立たされることは、ある程度防止し

きれない事態のあるべきは遺憾と謂わざるを得るのである。というのは、抵当物件の実際上の使用収益ないし占有は、保険契約者たる被保険者側に存し、その抵当物件の実状に顧みて、保険者側に通知すべき事態の発生、その事態の継続、危険の増減などについては、抵当権者においてはかかる事情を知り、または通知するがごときチャンスは、乏しいであろう。それだけに、かかる事情を知っていて通知をしなかったかどうかの問題も起り易い。例えば、危険増加について、保険契約者であり被保険者たる債務者または抵当権者が幸にして通知義務を履行したとしても、契約者が追加保険料を支払わず且つ抵当権者も、追加保険料の支払をつい怠ったような場合は、保険者は、抵当権者に対し保険金支払いを為す必要がない。すなわち、特約条項第3条第2項によって、免責されるおそれがある。

(B) 債権保全保険方式との比較^(注 8)

① 設定継続等についての懸念については債権保全方式が安全

抵当債権は取引上成立しても、これをカバーする抵当物件による債権の保全について、保険金債権の質入に対し債務者側が消極的であるとき、保険金債権の質権が当初設定されても、その後抵当債権が長期に継続する場合に、保険の満期継続に当り質権設定者が、遅滞なく継続手続を執らずして、いわゆる無保険の状態が起きる虞あるとき、そのとき設定者が行方不明のときは、なおさら「無保険」となり易く、債権保全上懸念がある。かような場合、債権保全保険方式によれば、抵当債権者は抵当物件所有者たる質権設定者を俟つまでもなく、一方的に保険者に債権保全の保険申込をなすことによって叙上の如き困難より凡べて救済される。

② 質権設定方式の場合保険料不払、告知義務違反、通知義務違反による不安より債権保全保険方式は解放されて安全

質権設定方式に伴う質権設定者のかかる作為、不作為に因る保険契約に及ぶ不安な効果より解放されて、債権保全方式は安泰である。即ち、質権設定者のおかした保険料不払、告知義務違反及び通知義務違反のごとき、保険契約上の免責又は解除の原因より救済される長所がある。

③ 債権保全保険方式は、重複保険による支払保険金の削減を救済

債権保全方式は、その債権者のみとその被保険利益について付保し得るので、重複保険による支払保険金の按分的削減の厄に遭う虞はない。

④ 債権保全方式では、抵当債権者が保険料の支払をなす不利

質権設定方式は、抵当債務者が、保険契約者であるから、保険料は当然債務者が負担する。しかるに、債権保全方式では、抵当債権者が、保険契約者であるから、債権者が保険料を支払う。この場合、実質上債権者が、抵当債務者に対して保険料相当額の立替負担をする立場となる。

⑤ 債権保全方式では、支払保険金では債務の減少しないと債務者側に不利

債権保全方式では、債権者が抵当物件罹災によって蒙る損害（被保険利益）を目的とし、それを担保する建前であるから、保険金が支払われても債務者の債務額は減少しないという問題

がある。この点の法律構成について——抵当物説と抵当債権説がある。後者によれば、債権の損失額は、被災時には直ちに判明しない。債権弁済期に至って、債権額の実際上の損失額が確定することとなる。それでは実務界の取引の要望に副いがたい。そこで、抵当物件の罹災割合によってそれと同一割合の債権の損失が起るものとして、保険金額にその割合を乗じた額を保険金として支払い、それに引換えて、同額の債権を保険者が譲渡を受けるという処理をする^(注9)。そこで、譲受債権額について、保険者たる譲受人から債務者が弁済の追及を受けることとなる。そうしたことから、債権保全保険方式は債務者側には喜ばれず、ひいて、ひろく利用されていない。畢竟、質権設定方式により難きときの救済的方式として、利用されつつある現状である。即ち、債務者が、保険契約についての作為、不作為ないし債権弁済に非協力的であるとき、または、債権者が、後順位抵当権者であるときに於いて、この方式の存在意義がある。そうした場合に、債権者はこの方式による保険契約を自らの名に於いて、自らの保険料負担に於いて締結して債権自衛の方途を講ずるわけである。ただし、その場合の保険料は後口債権者より債務者に転嫁されて負担せしめられることは多いであろう。

(注1) 些か古い推計であるが、米国では火災保険契約についてその6割に抵当関係があると報告されている(吉井桃麻呂氏：火災保険所論 214頁)。

(注2) 南出弘博士著「保険担保の法理と実際」(昭41.6刊、金融財政事情研究会発行) 100頁。

(注3) ① 福岡高裁宮崎支部判決。昭和32.8.30、下級審民判8巻、1619頁。

② 同じく抵当権附で保険債権質の併存競合するときは、抵当権設定の先後により優先度が定まる。ただし、抵当権は登記による公示方法があるから、それに従うのが妥当とする学説が有力である(我妻、柚木、勝本、吾妻)。したがって、抵当権附の保険債権質と保険債権質のみの債権の競合の場合にあっては、保険債権質の設定の先順位のときはこれが優先する。南出弘博士：前掲書 30頁。

③ 従って、保険債権質の設定を以て、他の債権に対して必ずしもいつでも常に優先すると安心することはできない。

(注4) ① 独逸民法は、保険者は抵当権者に対して罹災通知が発せられてより1か月を猶予期間を設けて、抵当権者に保険金の支払いを為し得る機会を与え、且つ場合によっては質入の規定準用の条文を設けている。この点、わが国の制度の如く、抵当権者特約条項約款を待つまでもなく抵当権者保護に比較的厚い制度が設けているようである。スイス法も殆んど独逸のこの制度と同じである。南出弘博士：前掲書24頁にも同旨の説明がある。

② 仏伊の法制 仏伊とも法は明文を以て抵当権者の物上代位性を強く打出して、保険金把握の制度を認めている。その点の紹介は鈴木禄氏：民商法雑誌 25巻4号、5号。仏に於いてわが国の質権設定方式の如き慣行が謂わば実務の必要上自然発生的に先行し、抵当権者の権利保全が法の不備を補いつつあったことは、わが国の現行の状態に類するものがあつた。それが1889年の明文の立法的救済によって解決されたことについて、大森忠夫博士：「続保険契約の法的構造」73頁参照。

③ 独逸民法第1128条(1896年) 建物ガ保険ニ付セラレタル場合ニ於テ、保険者又ハ被保険者カ損害ノ発生ヲ通知シ且其通知受領ノ時ヨリ一カ月ヲ経過シタルトキハ、保険者ハ抵当権者ニ対シ有効ニ被保険者ニ被保険金額ノ支払ヲ為スコトヲ得。抵当権者ハ右ノ期間内ニ於テ保険者ニ対シ支払ニ付異議ヲ述フルコトヲ得。通知ヲ為スコト能ハサルトキハ、之ヲ為スコトヲ要セス。此場合ニ於テハ一カ月ノ期間ハ保険金額カ弁済期ニ達シタル時ヨリ計算ス、其他ノ場合ニ於テハ質入シタル債権ニ関スル規定ヲ準用ス。但保険者ハ土地登記簿ニヨリ知り得ヘキ抵当権ニ付キ其不知ヲ主張スルコトヲ得ス。

④ 英法に於ても1881年の **Covregancing Act** は抵当権者が、抵当物件を目的とする保険金に対して直接の権利を取得しうる制度がある。

⑤ 同旨の類似規定——1908年瑞西保険契約法第57条，質権に関し類似規定——澳太利保険契約第79条参照。

⑥ なお，抵当権者条項により，保険契約者（質権設定者）の作為又は不作為のため保険契約が免責乃至解除のごときに脅かされることなきよう債権者を保護した進歩的約款は，「紐育標準抵当権者条項」である。同条項は次の通りである。

○紐育ニュゼルシイ，コンネクチカット及びロードアイランド標準抵当権者条項。

罹災ニ當リ，損害ハ本証券ニ基キ抵当権者（又ハ受託者）ノ利益ノ為メニ之ヲ填補ス。且本保険ハ抵当権者（又ハ受託者）ノミノ利益ノ為メニ，証券ニ表示サレタル保険ノ目的ヲ目的トスル抵当権設定者又ハ其ノ所有者ノ作為又ハ不作為，保険ノ目的ノ抵当流レ，其ノ他ノ処置又ハ告知，保険ノ目的ニ関スル名義又ハ所有權ノ変更，本証券ニ於テ許サレタル以上ノ危険ナル占有ニ依リテ其ノ効力ヲ失ハサルモノトス。但右ハ抵当権設定者又ハ所有者カ本証券ニ基ク保険料ノ支払ヲ怠ル場合，請求ニ応シ抵当権者（又ハ受託者）カ之ヲ支払フコトヲ条件トスルモノナリ。而シテ抵当権者（又ハ受託者）カ知リタルトキハ，本証券ニ依リテ告知スルヲ要スル所有權者ハ占有權ノ変更，又ハ危険ノ増加ヲ当会社ニ告知スヘキ条件ヲ履行シ，且抵当権者（又ハ受託者）カ本特約条項ノ実施ニ依リ増加シタル危険ニ相当スル保険料ヲ請求スルニ応シテ支払フモノトス。然ラサレハ本証券ハ無効タルヘシ。当会社ハ右ノ如キ期間内ニ於テハ，本証券ヲ解除スルノ權利ハ常ニ之ヲ保留ス。但其ノ際，本証券ハ右ノ解除ヲ抵当権者（又ハ受託者）ニ通知シタル後，猶10日間ハ抵当権者（又ハ受託者）ノミノ為メニハ依然トシテ其ノ効力ヲ持続シ，然ル後初メテ効力ヲ失フ。

而シテ，当会社ハ本契約ノ解除ハ催告ヲ為シテ行フ權利ヲ有スルモノトス。本証券ニ依リ当会社カ抵当権者（又ハ受託者）ニ對シテ損害金ヲ支払ヒ，抵当権設定者又ハ所有者ニ関シテ何等ノ責任ナキコトヲ要求スルトキハ，何時ト雖モ，当会社ハ其支払金額ヲ限度トシテ，全担保中滅失抵当物ニ對シテ，副担保ト看做サルヘキ保険金受取人側ノ有スル総ヘテノ權利ニ代位權ヲ取得スルカ，又ハ選択ニ從ヒ，抵当物に關スル利益ニ付，全部ノ元金ヲ抵当権者（又ハ受託者）ニ支払フコトヲ妨ケス。猶代償物全部ヲ受取り，抵当物又ハ其ノ他ノ担保ヲ差換フルモ妨ナシ。但代位ニ依リテ抵当権者（又ハ受託者）ノ有スル全債權額ヲ回収スル權利ヲ侵害スヘカラサルモノトス。

日附（会社名） 証券（第何号）ニ添附ス。

⑦ 抵当権者条項を紹介し且開發的功績のあった文献として次のものがある。北沢有勝博士：「火災保険普通約款改正私案」（国民經濟雜誌第45巻，第4号）

（注4） 第一審鹿児島地判，昭32.1.25（下級民集8巻，114頁），第二審福岡高裁（宮崎支部）判，昭32.8.30（下級民集8巻，1619頁）。本事件は注3の引用判例と同じ。本件判例に対する評釈は学界を賑わせ，すこぶる多数の研究が発表されている。

（注5） 抵当権者特約条項の保険約款。

第2条

① 当会社は火災保険普通保険約款（以下「普通約款」という。）第8条第1項に定める保険契約者，又は被保険者の義務の不履行があった場合においても，前条の規定により損害をてん補する責に任ずるものとする。

② 抵当権者は，普通約款第8条第1項各号に掲げる事実の発生を知った場合は，遅滞なく，書面をもってその旨を当会社に申し出で，保険証券に承認裏書を請求することを要する。但し，保険契約者又は被保険者がこの手続を完了した場合はこの限りでない。

第3条

① 抵当権者が，前条第2項の承認裏書を請求する場合及び保険契約が普通約款第9条第1項の規定による追加保険料の支払を怠った場合には，抵当権者は，当会社の請求により追加保険料を支払わなければならない。

② 抵当権者が，前項の手続を怠ったときは，当会社は，追加保険料領収前に生じた損害をてん補する責に任じない。

(注6) 抵当権者特約条項約款.

第4条 当会社が普通約款の規定により又は保険契約者との合意により上記保険契約を解除する場合は、抵当権者に対して少くとも10日間の猶予期間を設けて書面により予告するものとする。

(注7) 抵当権者特約条項約款.

第1条 ② 前項の抵当権に優先する他の権利がある場合は、前項の支払限度は、上記保険の目的中同一の保険の目的について存在するすべての保険契約によりてん補を受けるべき総額から損害発生時における優先する他の権利により担保せられる債権の額を控除した残額を超えないものとする。

抵当権者特約条項方式と質権設定方式との比較得失については、東京海上火災保険株式会社編集「新損害保険実務講座」第7巻、第303頁（和久利昌男）以下参照。

(注8) 債権保全保険方式の制度については、些か古いけれども、制度そのものの当初よりの紹介並に附帯の問題に関して次の文献がある。

北沢有勝氏著：「火災保険論」55頁。

栗津清亮博士：「債権保全の為にする火災保険契約を論ず」（保険雑誌第232号）。

なお、債権保全方式ならびに抵当権者特約条項方式などが立案施行されつつある所以は、現行民法の規定が抵当権の物上代位性についていまだ欠陥を蔵し、抵当権者保護に足らざるところありとして改正の審議が行なわれつつある。そうした改正が実現の暁にはかかる諸方式はその任務を終えて、質権設定方式は動産についてのみ残置施行せられ、抵当権者特約条項方式は、その使命を果して影を消すこととなるやも知れぬ。この辺の解説、山田：「抵当制度改正の方向」法律時報28巻、11号。

(注9) 債権保全、火災保険普通保険約款.

第1条 当会社は、保険証券記載の抵当権の目的（以下 抵当物という。）が火災にかかったことにより保険の目的たる被保険債権（以下被担保債権という。）について生ずる損失を、この約款に従い、てん補する責に任ずる。

第13条（損失のてん補） 抵当物が火災にかかったときは、当会社は被担保債権について生じた損失をてん補するため、被担保債権のうち第14条の規定により算出した額に相当する債権の譲渡をうけて、これと同額の保険金を支払う。

第14条（譲渡債権の額の算出） ① 前条の規定により譲渡を受ける債権（以下譲渡債権という。）の額は、保険金額に抵当物の損害額の抵当物の価額に対する割合を乗じた金額とする。（以下省略）

なお、この得失（長短）の問題については、東京海上火災保険株式会社編集「新損害保険実務講座」第7巻、284頁（和久利昌男）参照。

⑦ 紐育標準約款と同様に保権債権の確保について債権者擁護の立法例としては、次の独逸保険契約法が注目さるべきであろう。

。1908年独逸保険契約法第100条。

建物保険ノ場合ニ於テ抵当権者ガ、其ノ抵当権ヲ保険者ニ申出テタルトキハ、保険関係ノ終了ヲ来タス解約、解除又ハ其ノ他ノ事実ハ抵当債権者ニ対シテハ、其ノ終了后1カ月ヲ経過シタルトキ、且 未タ終了セサルトキハ、其ノ終了ノ時期ニ付キ抵当債権者カ保険者ヨリ通知ヲ受ケ又ハ其ノ他ノ方法ニ依リ之ヲ知リタルトキ始メテ其ノ効力ヲ生ス。且 保険関係カ正当ナル時期に保険料ノ支払ノナカリシ為メニ解約セラレ、又ハ保険者ノ破産ニ因リ終了シタルトキハ此ノ規定ヲ適用セス。保険者及ヒ保険契約者間ニ於ケル保険金額ヲ減少シ、又ハ保険者カ責任ヲ負担スル危険ヲ縮少スル 同意ノ効力ニモ此規定ヲ準用ス。第51条第2項又ハ第59条第3項ノ規定ヨリ生スル保険契約ノ無効ハ保険者ニ其ノ抵当権ヲ申出テタル抵当権者ニ之ヲ主張スルコトヲ得ス。但其ノ保険関係ハ抵当権者ニ対シ保険者ヨリ無効ナルコトヲ通知シ、又ハ其ノ他ノ方法ニ依リ抵当債権者カ之ヲ知リタル後1カ月ノ満了ト共ニ抵当権者ニ対シ終了ス。

（参考） 以上の類似規定。1917年、奥太利保険契約法第83条。

。1908年独逸保険契約法第101条。

建物保険ノ場合ニ於テ保険者カ保険契約者ノ行為ニ依リ、給付義務ヲ免ルルトキト雖モ、抵当債権者ニ対シテハ其ノ抵当権ヲ申出テタルト否トヲ問ハス其ノ義務ヲ負フ。

保険者カ保険事故発生后ニ契約ヲ解除シタルトキ亦同シ。
 (参考) 類似規定. 1917 年, 奧太利保險契約法第 82 条.

二

1. 現行の質権設定方式の検討

(1) 二 種 の 方 式

現行の質権設定方式は, 民法第 344 条並びに第 364 条に依り, 債権者は債務者より保険証券の引渡しを受け, 債権者及び債務者は連署を以って第三債務者たる保険者に対して, 質入れの承諾を求むるか, さもなくば, 被保険者より質入れを通知するかのいずれかである. ただし, 通知または承諾の様式は, 法律で定められていない. ただ對抗要件として通知又は承認に確定日付ある証書を以ってすることが要求されている. 実務上は一種の例文によって, 簡易に処置されるを例とする. 以下, 承認裏書と通知の二つに分けて論及する.

(イ) 質権設定承認裏書(承諾)の方法

保険の目的罹災の節, 支払わるべき保険金請求権を, 何年何月何日付貸借証書による金何円の債務の担保として質入したるにつき, 保険金は, 直接債権者に払渡すことを承認されたと債権者及び被保険者(多くの場合, 同時に債務者)が, 連帯の書面を作成し, 之を保険証券に添付し, 保険者に提出する^(註 1). 保険者はこれに対し, 承認の奥書を与え, 債権者に返付する. この場合, 保険者は債権者たる質権者に承諾の意思表示を為す外, 質権設定者たる保険契約者(債務者)に対して之を為すことも法的に可能である. けだし, 對抗要件は第三債務者たる保険者が, 質権設定を了知すれば目的の達成をしうるからである. 債権者たる質権者は, この承諾書を公証人役場に携行して, 確定日付を受ける. その確定日付を徴することが, 民法第 364 条によって援用された民法第 467 条による対世的對抗要件だからである.

この場合, 継続保険契約成立以前に「承認文言」中に, 之を事前に承認されんことを請求し且つ之に対して承認を与える旨を付記することが多い. 多数説は第三債務者たる保険者にとってこの事前承認は有効であるが, 質権設定の事前通知は無効と解している. 質権者が保険者より承諾をとるとき「裏書承認方式」と「別紙承認方式」の二種がある. 前者は保険証券を添付して承認請求書と共に, 保険者に提出する. 後者は, 保険証券の提出を要しないことが建前で, また実務界に於いては証券を提示しない事例が多い.

(ロ) 質権設定通知の方法

この方法は, 現在に於いては, 若干少数の実務例に属する. これは, 債務者誰某の債権者誰某に対する何年何月何日付貸借証書に基く金何円の債務の担保として, 保険金請求権を質入したので, 罹災の場合は, 保険金は債権者に支払われたいといった文言を認め, 被保険者たる質権設定者より, 第三債務者たる者あて通知書を発送する方法であることは繰り返すまでもない. しかも, 通知書は, 内容証明郵便を以ってせられることが好ましい. が, その目的とする

ところは、内容証明の奥書の日付が、民法施行法第5条第5号によって確定日付となり、前記民法第467条第2項の対抗要件を備え得る点に狙いがある^(註2)。これを、内容証明を伴わない書留郵便を以ってしては如何。判例は、その封筒に付せられた郵便官署の日付は確定日付というが、通知書自体に対する確定日付たり得ずと解している^(註3)。判旨素より正当である。従ってただの書留郵便の方法は採り得ない。

(2) 二方式の効用及び効果

(イ) 二方式の手続上の便利性

質権設定通知は、従来の質権設定承認裏書の方法に比して、其の手続が簡易迅速正確にして、且つその費用も亦低廉なるを便とする。すなわち、承認請求書は之を証券に添付して、保険者に提出し、保険者に於いて承認の奥書が与えられたる後債権者に還付される。次に、債権者は、これを公証人役場に持参して確定日付を受ける。かくて、承認請求書の発送より確定日付を終るまで、極めて順調に経過して、かれこれ約1週間を要し、債権者、保険者及び公証人役場に於いて事務繁忙のときなどは前後数十日を閲する現状にある。これに対して、質権設定通知書は、郵便局にて発送の当日直ちに確定日付が得られ、且つ之を配達証明付とすれば、発着ともに正確であり、同一市内ならば、遅くとも翌日、遠隔地と雖も数日中には相違なく到着する。のみならず通知書自体も、差出後2年以内は郵便官署に保存さるるため、該認証謄本に照し、謄本の証明書が交付せられる(郵便規則第43条ノ6参照)。故に、通知書に関し証明方法を維持する上に於いても、極めて好都合と謂える。

なお、承認裏書によるときは、債権者の取得したる保険証券がその手許を離れ、保険者自体その代理店又は支店に提出して裏書を徴する必要上その書類または証券の往復にあたって紛失、毀損等の虞がなくもない。これ多くは、その間の授受の関係の不明確なるに基因するのであるが、こは質権確保上とかくの不安を債権者に与うるものである。いうまでもなく、民法第363条により債権者たる質権者は債務者たる保険契約者より保険証券の交付を受け、これを占有して始めて質権設定の効力を生ずる(要物契約性)。従って保険証券が質権者の手許より搬出され(即ち占有が喪われ)るが如きは、質権確保上まことに好ましからざる事態といわざるを得ない。しかるに、質権設定通知書によれば、保険証券の持出さるる必要がなくなり、かかる不安だけは完全に一掃される。更に、費用の点に於いても、承認裏書による公証人の確定日付は僅かに1件50円を要するが、設定通知書による内容証明配達証明証明郵便は、謄本1枚100円、配達証明料は通常郵便物で70円と規定されている(公証人手数料規則第22条、郵便規則第63条参照)。のみならず、承認裏書によれば、公証人手数料のほかに、数回に亘り証券送付に——使送または郵便による——費用を要するが、設定通知書によれば、この種の(隠れたる)余計の費用は一切不要に帰する。

以上のごとく、通知書の方法は、種々の長所を有するが、就中重視すべき特長は、質権の設定が迅速且つ確実に取運ばるる点にある。承認裏書の場合その手続の遷延中にして、万一火災に逢着せんか、保険金は直接被保険者に払渡さるる憂なしとしたい。保険者の周到なる注意と

債権者への好意により、たとえ被保険者に対する保険金の直接的支払いが一時留保されたにせよ、第三債権者より逸早く差押の申請があれば、当該の抵当債権者は結局保険金を獲得しがたき場合に立至る。かくては、質権者に対し、謂わば致命的打撃を与うべく、而もこの危険は、質権設定手続全部を可及的に、迅速に処理することによってのみ防止しうる。この点に於いては通知書の方法は、優れりと思う。

(四) 二方式の効果（相違点）

しからば、質権設定の承諾と通知とは、その法律的效果に於いて全然同一なりやというに、然らず。保険者が「異議を留めず」して承諾したときは、民法第 468 条により、承諾前に於いて保険者が保険契約者乃至被保険者に対抗しうべかりし事由あるも、それらの抗弁権を質権者に対しては悉く放棄したものと認められる。しかるに、通知を受けたるとどまるときは、通知到着前に有したる上記のごとき抗弁権（例えば、保険契約者乃至被保険者の作為又は不作為に因る保険契約失効又は解除の請求権、保険者の被保険者に対する貸付金請求権のごとき）を放棄せず、通知到達後獲得したる抗弁権のみが封ぜらるるに過ぎぬ。この点については学説の主張するところのみならず^(註 4)、判例も亦同旨である^(註 5)。これを債権者側より観れば、承諾の方法によれば、通知の方法による結果蒙るべき不測の損害を免れ得る筋合になる。上記の欠陥を救済するには、通知を受くるまでに、保険者が既に前記のごとき抗弁権を有しておったときは、通知の直後これを質権者に申告されたい旨を付記して質権設定通知を発し、これを受理した保険者がかかる抗弁の申告を発したときは質権者は即座に抗弁権を消滅せしむる対策を講ずればよいのでないか。さすれば、法律的効用に於いて、通知と承諾とは、毫も選ぶところなきこととなる。而して、実際の取引界に於いて、債権関係を伴う保険契約について、商法第 399 条の 1、第 411 条、第 405 条の 1、第 451 条及び保険約款第 7 条乃至第 12 条に因りて^(註 6)、保険者が解除請求権を有しつつこれを留保しあること、または被保険者に対して貸付金を行なうこと等は極めて稀有の事例に属し、これがためにいよいよ罹災に直面して解除権の行使、相殺の援用等に依り、債権者が不慮の損失を蒙ることは割合に少ないのではないか。しかし、素より絶無とはいいがたいが、万一かかる事情の存したるときは、契約に基き、質権設定通知に際して前陳のごとく債権者が、保険者より抗弁権の申告を受くれば充分善後の対策を講じうると思う。

(注 1) (A) 保険債権質権設定承認請求書の一例。

被保険者は添付協定書記載の債務弁済の担保として添付保険契約一覧表記載の保険契約およびその継続契約に基く保険金請求権の上に質権を設定いたしましたからご承認ください。なお、保険の目的が罹災し貴社が保険金をお支払いの節は、損害発生時の債務額を限度として、債務の弁済期前であってもその弁済に充当するため、債権者間に協定された添付協定書に基き直接質権者代表にお支払い願います。

以上の件ここに保険証券を添え連署をもって請求いたします。

(被保険者、質権者、連名調印)

.....

上記ご請求のとおり承認いたします。

昭和一年一月一日 裏書第一号保険会社名印

(B) 保険債権質裏書承認文言の一例。

裏書第一号当会社が昭和一年一月一日付質権設定承認ご請求の通り承認いたしました。よって当会社が、本契約およびその継続契約に基いて保険金を支払う節は債務の弁済期前であっても、損害発生時の債務額を限度として直接質権者一殿へ払渡します。

昭和一年一月一日 保険会社職氏名印

(注2) 同説、長島潔判事：「物権法」304頁。

(注3) 東京控訴院明治43年3月13日判決，台湾覆審院明治43年2月28日判決。

(注4) 柚木馨：「判例物権法各論」229頁，末弘厳太郎：「債権総論」現代法学全集8巻44頁，近藤英吉：「物権法論」177頁。

(注5) 大審院大正5年9月5日，民録1670頁。

(注6) 火災保険普通保険約款。

(告知義務)

第7条 保険契約の当時，保険契約者又はその代理人が故意又は重大な過失によって，保険申込書の記載事項について，当会社に，知っている事実を告げたときは，当会社は，保険契約を解除することができる。他人のために保険契約を締結する場合に，保険契約者又はその代理人が自己に過失あると否とを問わず，被保険者又はその代理人の故意又は重大な過失によって知っている事実を告げず，又は不実のことを告げるに至ったときも，また同様とする。

2 前項の規定は次に掲げる場合には適用しない。

(1) 前項の告げなかった事実又は告げた不実のことがなくなったとき。

(2) 当会社が契約の当時，その事実若しくは不実のことを知り，又は過失によってこれを知らなかったとき。

(3) 保険契約者又は被保険者が保険申込書の記載事項につき，書面をもって更正を当会社に申し出で，当会社がこれを承認したとき。

(4) 当会社がその事実又は不実のことを知ってから，契約を解除しないで1月を経過したとき。

3 保険申込書の記載事項中，第1項の告げなかった事実又は告げた不実のことが，当会社の危険測定に関係のないものであった場合には，第1項の規定を適用しない。但し，他の火災保険契約その他火災保険を負担する保険契約に関する事項については，この限りでない。

4 第1項の解除が損害発生後にされた場合でも，当会社は，損害をてん補する責に任じない。もし，既に保険金を支払っていたときは，その返還を請求することができる。但し，損害が第1項の告げなかった事実又は告げた不実のことに基かないことを保険契約者又は被保険者が証明した場合は，この限りでない。

(通知義務)

第8条 保険契約締結後，次の事実が発生した場合には，保険契約者又は被保険者は，事実の発生がその責に帰すべき事由によるときは，あらかじめその発生を知った後遅滞なく，書面をもってその旨を当会社に申し出で，保険証券に承認の裏書を請求しなければならない。但し，その事実が止んだ後は，この限りでない。

(1) 保険の目的につき，他の保険者と火災保険契約その他火災危険を負担する保険契約を締結すること。

(2) 保険の目的を譲渡すること。

(3) 保険の目的又は保険の目的を収容する建物の構造を変更し，又はこれを改築し若しくは増築し，又は引続き30日以上空家若しくは無人とし，又はその建物が工場である場合に，引続き30日以上作業を休止すること。

(4) 保険の目的を他の場所に移転すること。但し，当会社の負担する危険を避けるために，他に搬出した場合の5日間については，この限りでない。

(6) 前各号の場合のほか，危険が著しく増加すること。

2 前項の手続を怠ったときは当会社は、その事実が発生した時、又は保険契約者若しくは被保険者がその発生を知った時から承認裏書請求書を受領するまでの間に生じた損害をてん補する責に任じない。

3 第1項に掲げた事実が存する場合には、当会社は、その事実について承認裏書請求書を受領したと否とを問わず、保険契約を解除することができる。

(追加保険料)

第9条 第7条第2項、第3項又は前条第1項の承認をする場合には、当会社は、その定めるところに従い、追加保険料を請求することができる。

2 保険契約者が前項の追加保険料の支払を怠ったときは、当会社は、追加保険料領収前に生じた損害をてん補する責に任じない。

(保険契約解除の効力)

第10条 保険契約の解除は、将来に向ってのみその効力を生ずる。

(保険料の返還、無効失効の場合)

第11条 保険契約の無効又は失効が当会社の責に帰することのできない事由によるときは、保険料を返還しない。

2 保険契約の無効又は失効が当会社の責に帰すべき事由によるときは、無効の場合には保険料の全額を、失効の場合には未経過期間に対し日割をもって計算した保険料を返還する。

3 保険期間が1年をこえる保険契約の無効又は失効の場合には、当会社がこれを知った日の属する契約年度に対する保険料については、前2項の規定によることとし、その後の年度に対する保険料はその全額を返還する。

(保険料の返還—解除の場合)

第12条 (省略)

2. 質 権 設 定 要 件

火災保険証券に関する質権設定については、民法に規定された権利質の一般原則により、その成立上、質入れに対する意思表示の合致と証券の引渡しが必要であり、更にこれを第三者に対抗するためには質入れの承認又は通知が確定日付ある書面を以てするを要する(民法第342条—第351条、第362条—第368条)。次にこれを分説する。

(イ) 成 立 要 件

質入れの合意と、保険証券の引渡しを要する。質入れの合意に付いては、基本たる貸借証書の条項に規定されたる場合と、別に質入契約証書の作成される場合があり^(註1)、また、その両者の併用される場合もある。保険証券の引渡しを要するは、民法に、「債権ヲ以テ質権ノ目的ト為ス場合ニ於イテ、其ノ債権ノ証書アルトキハ、質権ノ設定ハ其ノ証書ノ交付ヲ為スニ因リテ其ノ効力ヲ生ス」とあるに因るのである(民法第363条)。蓋し、証書なるものは、「弁済者カ全部ノ弁済ヲ為シタルトキハ其ノ証書ノ返還ヲ請求シ」得るもので(民法第487条)、これが債権者の手中に在ることは、債権が未だ弁済されざるを推測せしむるものである。即ち、証書を質権者の掌中に収むることによって、質権者は被保険者の有する損害填補請求権の行使を妨げる。と同時にそのことが、対外的には質権取得の徴表たる作用を演ずる。ところで、保険証券なるものは保険契約書にあらず^(註2)、と説明されている。その説の支持者は保険証券の発行が、保険契約成立の要件とならず、唯既に成立したる契約の内容を明らかにするに止まる証拠

証券に過ぎず、という理由によるものと、保険証券に対しては商法第 649 条に依り、保険者之に署名するを要するが、保険契約者はその必要なきを理由とするものとに分れる。が、いずれの説も、保険証券が保険契約成立に関する証拠として、保険契約者の請求によって交付さるる書面たるを否定するのではない（商法第 649 条、保険業法施行規則第 1 条及び商法第 1 条）。従って、保険証券は保険契約による保険債権の内容を証する書面、換言すれば保険債権証書というを妨げず、この意味に於いて証券は債権者に於いて民法が引渡しを要求したる「証書」と謂わねばならぬ。しかば、債権者が保険証券の引渡しを受けざるとき、質権は完全に成立し得ないか。この問題については、引渡しをうけないときは、要物契約の要素を失うものとして、質権自体は未だ成立せずと解釈されている^(註 3)。したがって、質権設定通知書発達の当時、証券の引渡しなく、その後引渡しありたる場合と雖も——後日質権が成立しうることは兎も角曩に発せられたる通知の効力は無効であったと断ぜざるを得ぬ^(註 4)。而して、証券の引渡しを受けたる債権者が、質権設定手続きのため、承認裏書の必要上、一時証券を保険会社に回付することあるも、その際債権者は、保険会社を代理人として証券を占有するのであって、債権者の占有は継続されておる。従って、証券の回送は、質権の成立存続上毫も妨げとならぬ。

(ロ) 対 抗 要 件

民法第 364 条並に第 467 条によって、質権設定を通知するか、又は第三債務者の承諾を得るを要し、且つその通知又は承諾は確定日付ある書面を以てしなければならぬ。上記の対抗要件を俟たずして、質権の成立を既に第三債務者の知れる場合と雖も、質権は法律的に対抗力を有しない。判例も同旨である^(註 5)。また単なる通知又は承諾のみにて、確定日付なきときは、第三債務者たる保険者その他の第三者に対抗し得ない^(註 6)。要するに、保険者は、前記の通知又は承諾の時「スデニ質権設定者ニ対シテ生ジタル事由ニ非サレハ、之ヲ以テ質権者ニ対抗スルコトヲ得サルコト言ヲ俟タ」ないのである^(註 7)。即ち、通知又は承諾の後に於いては、保険会社は、質権者たる債権者を害する一切の行為を為し得ない。換言すれば、通知又は承諾の後には、保険会社が、質権設定者たる被保険者に対抗し得べき債権を取得するも、これと自己の保険金支払債務とを相殺し得ざるは勿論、被保険者に対する既存債権の弁済期が到来したる場合と雖も、前記と同様に解すべきである^(註 8)。損害填補請求権を目的とする質権は、抵当債権と分離して単独に譲渡し得ざるは素よりであるが、被担保債権が譲渡さるれば、反対の意思表示なきかぎり、質権も亦之に随伴して譲渡される。但し、抵当権設定のない債権者の場合、債務者側より保険金請求債権のみが質入れされることはある。この場合保険の目的は債務者の一般財産の一部であるから、その限りに於いて債権の一般担保の一部であるから、保険の目的の損害をカバーする請求権を債権者に質入れして、債権の保全の一助とすることは可能といわねばならぬ。次に、被担保債権の譲渡に際しては、譲受債権者は譲渡債権者より債権証書等と共に、保権証券の引渡しを受けることを要する。即ち、質権は移転する。が、その移転をもって、第三者に対抗するためには、保険者に対して、改めて確定日付ある証書を以て、通知又は承諾の手続きを執り新規に質権移転の対抗要件を履践しなければならぬ。以上の場合、保

險者を呼んで、第三債務者と称するのは、保険者が質権者の債務者（主として被保険者）の債務者に当り 直接 当事者よりは 第三者たる地位に在るので、債権者の立場より かくいうのである。而して、第三債務者たる 保険者に於いて、質権設定對抗要件の 欠陥を 主張するに 当っては、その主張に付いて保険者が正当の利益を有するや否やの審査を要しない。蓋し保険者は、その保険金支払債務に関する質入れについては、法律上当然正当なる利害関係を有するからである。

なお、保険金債権の質入れ後、当該の被担保債権が他人に譲渡されたる場合、質権設定の通知又は承諾がいまだ確定日付ある証書を以って為さざるに先だち、保険金債権の譲渡の通知又は承諾が、確定日付ある証書を以って為されたとき、たまたま罹災ありとせんか、保険会社は何人に対して保険金を支払うべきか。この点に関し、類似の事案に於いて、大審院は、保険金債権譲受人は、その債権の譲受を以って質権者に対抗しうるに拘らず、債権者は質権に付き未だ対抗力を取得し得ざる結果、第三債務者たる保険者は、債権者の質権の行使を拒み、保険金債権の譲受人に対して保険金を支払うべしと断定した^(註9)。この点については、既に保険会社が、確定日付こそなければ、質権設定の通知を受け又は承諾を發しおる以上、質権者に対する限りに於いては、その質権の行使を拒み得ざるものとする反対論もある^(註10)。反対論に従えば、保険金債権譲渡に於いて既に別箇に完全な手続きを了したる、對抗要件の効果を否認する不都合に逢着する。されば、確定日付の効力と効用とを重要視し、結局判例の見解に賛成するの外はあるまい。かかる事案に顧みても、債権者は、可成り迅速に保険債権に対する質権設定の對抗要件を完備するに留意すべきである。しからざれば、不測の損害を蒙る 虞なきを保証し難い。

(ハ) 質権設定承認裏書の方法に伴う問題点

現行の質権設定要件の手続きは、保険証券の裏面に債権者及び被保険者連署より提出された質権設定承認請求書を添付して保険者に回付し、これに承認の奥書を受くる方法によりつつある。外に、通知によるものなどないではないが、この方法が、蓋し、最も多く行なわれおるもののごとくである。これ呼んで「債権裏書」、「質権設定裏書」、「質入れ承認」などというが、質入れにつき保険会社の「承諾」を徴するには、この「裏書」という方法に依らざるを得ないのか。これについて、先ず保険債権の質入れに関する商法・保険業法・普通火災保険約款等の条項をたずぬるに、何ら規定されていない。そこで、この問題は、民法の質権に関する一般原則によって律するの外なきこととなる。さすれば承認の書類は、保険証券とはこれを分離し、別箇に作成するも妨げなきは当然である。従って、火災保険証券に対する現行の債権裏書乃至質権設定裏書なる形式は、必ずしも法律的に要求された唯一のものに非ざるは明らかである。蓋し、保険金請求債権の質入れは、民法第 364 条に、所謂指名債権を、目的とする債権質の設定に外ならぬからである。即ち、保険証券が指名式にて発行されたる場合、異論がないのである。換言すれば、裏書によりて譲渡または質入れさるるが如き性質を帶有する有価証券性を有しないで、唯単なる証拠証券にとどまると解されているからである。而して、旧商法は、

その第 648 条に保険証券を指図式又は無記名式にて発行し得る旨を規定したるも、現行法に於いてはこれを省略し何等の明文を置かぬ。が、現行商法第 649 条は、証券の法定記載事項として、保険契約者を挙ぐるが故に、無記名式証券なるものはあり得ない。また海上保険に於いては兎も角、火災保険に於いては、指図式の証券は、実際に殆んど行なわれていない。さて、火災保険証券が指図式で発行されている場合であるとすれば民法第 469 条、第 366 条に依って、譲渡質入れは証券に裏書して之を交付するを要すると解すべきであろうか。この点につき、指図式発行されたる海上保険証券に対して、大審院判決は之を非有価証券と解し、裏書による方法の効力を否定した^(註11)。これは学界の通説とも一致するところであり^(註12)、大体次のごとき理由により証券に裏書することに依って、権利移転又は権利処分の対抗力を生ぜしむる流通性は、判旨と同様に、之を否認すべきものと思う。

- (a) 事故発生前に指定された指図人は何人たる場合と雖も、その指図人に対して保険金を払い渡すという真意を以って証券が発行されおるや否や疑わしい。
- (b) 保険証券は契約成立の要件にあらず、証券記載以外の事由を以って対抗しうる。かくて保険債権に付いては、法律並びに約款の諸規定に基き数多くの抗弁権を生じ易く、保険金請求権が証券に化体せりとみるは行過ぎである。
- (c) わが法制上に於いては、保険証券を指図証券たらしめ、裏書によりて転展流通せしむることを予想する明文の規定がない。以上の結論については、海上保険に関して、近藤民雄氏の反対論があるけれども^(註13)、之を措いて通説に従うこととする。かくして、現行の質権設定承認の裏書方法は、何等法律の要求する形式にあらずと断定しうる。が、實際上従来慣行は、保険証券を有価証券に準じて、特異の裏書を採用するに馴致されきたったのであろう。

(二) 対抗要件に伴う問題点

④ 法的性質

「通知」又は「承諾」は、法律上一種の「觀念通知」たるにとどまり、意思表示解釈上単なる觀念の表示に過ぎぬ。保険者に対し、質入の事実を通知によって了知せしむれば足り、これによって、第三債務者以外の一般債権者に対し質入を公示し、不測の損害を及ぼさざらしめんとした法意に出ずるものである。「承諾」についても、質入の事実を了知したことを質権設定者に知らせる行為であって、その行為（承認）をもって、対抗要件を具えしめて、第三者が質入の確認により、不測の損害を防止せんと期したことは、「通知」の場合と同様である。その際、通知又は承認については、質入の意思表示内容を当事者が認識したるや否やは、意思表示の効力に影響がない。即ち、通知はそれが到達すればそれで足り、承諾はその質入が單純に了知されればそれでよい。ただし、意思表示に関する民法の一般規定は類推適用される。要するに、この対抗要件の手続の承認または承諾のごときは、法律行為のうち「契約」に属せざることを留意すべきである。また、かく解するのが、一般の多数説である。

⑧ 手続の時点

質入の事実があって後、通知又は承認の対抗要件が手続されるのが通例である。即ち、事後手続が多い。しかし、例外的に、質入に先んじて、予め手続されることもある。以上のうち、事後手続の有効なるは勿論であるが、かかる事前手続もまた有効であろうか。

多数の学説は、事前手続は無効、ただし事前手続は第三債務者についてのみ有効としている。事前手続の場合、第三債務者に対する対抗要件と、その他の一般第三者に対する対抗要件とはこれを区別して解釈され、前者については有効、後者については無効とされている。

けだし、第三債務者は、これが通知承認の手続が事前に執り行なわれても、これを承知するかぎり不測の損害を蒙ることはない。従って第三債務者に対する効力は問題ない。が、一般第三者については、質入関係を了知しがたく、惹いて不測の損害を受けやすく、取引の安全が害されるから無効とするのが有力説である^(注14)。これと些か趣が違うが、事前手続と雖も、質入の事実が後日備わるに至れば、その時点より対抗要件が有効となるとする説がある^(注15)。しかし、前説が、有力且つ多数説である。取引安全の立場より、多数説を支持すべきである。

因みに、効力発生時点は、「通知」については到達のとき、「承認」については、保険者が承認請求を了知したときに成立する。実務上は、質権者に対して承認書（又は承認裏書）が交付されることが通例である。

なお、ここで問題にする事前手続の実例は、保険契約の継続に先だち、あらかじめ、継続保険債権の質入承認が手続されるケースである。この場合、保険者たる第三債務者については、保険債権の履行に当り二重弁済等の不測の損害をうける虞はなく、事前の差入手続を有効として差支えないこととなる^(注16)。

◎ 当 事 者

質入の「通知」は質権設定者ならびに質権者よりの連署を以って発せられる。但し、質権者のみよりの「通知」は適法でない。設定によって負担を蒙る被保険者たる質権設定者のみより発する通知であってもよいが、質権者のみよりのそれでは成り立たない。

質入の「承認」は、第三債務者たる保険者より質権者及び質権設定者の双方に発せられて差支えない。しかし、実務界において質権設定者のみに対して発せられる例は乏しい。但し、質権者のみに対して発せられることは通例であり、勿論差支えない。ただし、質権成立の対抗要件の権利を取得しうるのは質権者だから質権者が承認の確保を期するからである。法律上においては、何人に対してこれを為すべきかに関し明文がない。一般には質権者、質権設定者のいずれかの一方又は双方に対して為して差支えなしと解されている^(注17)。

⑨ 保険証券交付（占有継続）

保険証券の交付が成立要件となる。保険債権質は、民法第363条の規定に基く要物性を伴い、その要請上の帰結であるとされる。この場合、質権者は質物に相当する保険証券を継続して占有していなければ、その質権をもって第三者に対抗できない。これが実務界の通説

である。しかし、これに対しては有力な反対説がある。けだし、指図債権以外の（動産と看做されるものを除く）債権においては、証書の交付は質物の処分権を奪うものでもなく、また、質権成立の公示方法として完全なものでもない。そのあたりは動産質権とは異なる。すなわち、証書（証券）の返還は質権を消滅せしめないと説かれている^(注18)。が、これと異なる説は、かなり強硬に要物性を認め、証書の交付は質入債権の利用を奪う権能を有し、第三債務者たる保険者は、証券の返還を得て始めて弁済を為すと解している^(注19)。

保険債権質において、債権自体と証書たる保険証券の結びつきをどの程度に強度に認めるかが問題となる。実務界においては、保険金の給付に当り、保険者は、常に保険証券との引換（証券の返還）を要求するのが、取引上の慣習であること、保険債権に伴う権利の変動行使などは証券に接着し（化体的に）取扱わんとするのが、保険約款の要請であること、また、かかる証券との密着的取扱いが、関係当事者間における紛議を防止しやすいこと、等に鑑みて、本問の保険債権質の場合については、とくに、質権の要物契約性を反映させた解釈が、惹いては、取引安全の法理にも適するのであるまいか。かような立場より、保険証券の交付、保持、継続、占有をある程度強く要求する態度に賛成したいと思う。

（注1） 保険証券は設権証券や有価証券でないもまた受戻証券でもない。単なる証拠証券である。要するに、保険契約の成立を立証する証拠資料的性格を帯びるものとするは殆んど通説である（例えば大森忠夫博士：「保険法」1138頁、田中誠二博士：「保険法」159頁）。したがって、債権質に於いて民法第363条に規定する交付すべき証書に該当するものとして、保証証券が認められる。貸借証書の条項中に規定され別に前記のごとき証書を作成せざる例（之が「火災保険条項」と呼ばれている）。

第何条 債務者ハ抵当建物ニ対シ金何万円以上ノ火災保険会社ト締結シ本契約期間中継続スベシ。

前項ノ保険契約ハ保険契約満期日前ニ之ガ手続ヲ為シ保険契約満期参日前マデニ債権者ニ差入ルベシ。

第何条 債務者ハ債権者ノ指図ニ従イ保険契約ニ基ツク権利ヲ債権者ニ譲渡シ若クハ債権者ノ為メ其ノ権利ノ上ニ質権ヲ設定スル手続ヲ為スベシ。

第何条 債務者ハ債権者ヨリ保険会社ノ変更ヲ要求セラレタルトキハ何時ニテモ之ニ応ジ前条及前々条ニヨリ手続ヲ為スベシ。

（注2） 水口吉蔵博士講述：「法律上より見たる火災保険の諸問題」（大日本聯合火災保険協会刊）121頁。吉井桃磨呂氏：前掲116頁、北沢有勝氏：「火災保険論」257頁、田中耕太郎氏：「保険法講義要領」60頁。

（注3） 同説長野潔判事：「物権法」大衆法律講座第2巻302頁、小池隆一教授：「担保物権法」332頁、石田文次郎博士：「担保物権法論」上巻465頁、中島玉吉博士：「民法論集」995頁。

（注4） 同旨の判例あり、大審院大正4年7月10日判決。

（注5） 大審院大正11年6月17日判決、同明治45年5月29日判決。

（注6） 通知の場合は確定日附なきも、第三債務者たる保険会社に付對抗しうとする説があるが（民法467条2項を根拠とするもの長野判事前掲304頁）之を採らず。参照、大審院大正8年8月25日判決、民録25軒1513頁。

（注7） 大審院大正7年3月25日判決、民録2422頁。

（注8） 小池隆一教授：前掲325頁。

（注9） 大審院大正8年8月25日判決（注5に於いて前掲の通り）。

（注10） 三浦信三博士：「担保物権法」440頁、田島氏：「担保物権法」166頁。

（注11） 大審院昭和9年（オ）1224号、同10年5月22日判決（集14巻11号923頁）。

- (注12) 田中耕太郎氏：「保険法講義要領」61頁，水口吉蔵氏：「保険法論」281頁，松本丞治氏：「保険法」93頁，北沢有勝氏：「火災保険論」259頁，生命保険に付いて有価証券性を否定せるもの，柴官六氏：「保険実務論」92頁。
- (注13) 近藤民雄氏論文：「指図式保険証券の効力」（判例研究）損害保険研究1巻2号334頁。
- (注14) 我妻栄博士：「担保物権法」252頁。
- (注15) 放保：「債権総論」280頁。
- (注16) 下記は債権譲渡についての判例であるが，同旨の結論に達している。最高裁判，昭和28.5.29，民集7(708頁)。
- (注17) 判例も同旨。ただし，債権譲渡についてその見解を示している，大判，大正6.10.2（民録1510頁）。
- (注18) 民法第363条の質入の一般論について，我妻栄博士：前掲113頁以下。
- (注19) 石田文治郎博士：前掲464頁。なお，定期預金証書の質入について参考判例，同旨——大阪地裁判，昭和36.7.4。

3. 質権設定の当事者

(イ) 通知方式の場合

質権設定の通知の対抗条件たる通知承諾の当事者たる発信者は，被保険者たる設定者であり，受信人は第三債務者たる保険者である。受信人については疑義はない。が，発信人については，債権者たる質権者のみにても差支えなきやという疑がある。しかし，これについては，既に大審院判例があり，質権者のみより発したる設定通知は対抗要件として無効なりとしている^(注1)。蓋し，質権設定について，義務を負担すべき設定者のみよりこれを発したるはともかく，権利のみを獲得すべき質権者よりなしたる通知は，信頼しがたいからである。従って質権者と質権者設定者が，連署して，保険会社に通知するは，素より有効である。質権設定者たる保険契約者のみより単独に通知発信のみきの効力はどうか。この場合は，判例は，かような自己に不利益な通知をなす事例に於いては，既にそれ相当の事実の存することが常であるから，かような単独通知は有効と解すると断定している^(注1)。

(ロ) 承諾方式の場合

質権設定の承諾は，現在の「質権設定の裏書」の定型的様式に於いては，第三債務者たる保険会社より，質権並びに質権設定者の双方に対して，これを為すこととなっている。が，必ずしも，その双方に対して為すを要せず，いずれか，その一方のみに対して，これを為すも妨げない^(注2)。

(ハ) 質権設定者と被保険者

以上(イ)及び(ロ)に於いて，質権設定者たりうるは，保険契約に於ける被保険者たるを原則とする。蓋し，保険金請求権を有するは，被保険者，即ち，多くの場合は保険の目的の所有者であり，保険契約者ではないからである。しかれば，保険金請求権を譲渡したる被保険者は，質権設定者たりうるやいなや，また，保険金請求権のみを譲渡したる保険の目的の所有者と雖も，依然として被保険者と称しうるや，保険の目的を保険金請求権とともに，譲渡するの可能なるについては，何等の疑いなきも，保険の目的と独立に保険金請求権のみを——保険事故発生前

に——譲渡しうるやに關しては、古くより學者間に議論がある^(註 3)。それは、被保険利益の主体にしてのみ、能く損害の填補を請求し得べしという保険の原則に照して、疑いを挾むので、中には遂にこれを否認する説さえも存立する。而して立法例に徴するに、独逸商法に於いては、明文を以てその移転を肯認してをる^(註 4)。翻って、わが商法は被保険利益の主体と分離して、契約上の権利を移転しうるや否やについて何ら明文を設けていない。しかし、次の諸点に基きわが国に於いても、これを積極的に解すべきである^(註 5)。

- (i) 保険金請求権と雖も、債権者たる性質に於いて、一般契約法上の未必的条件付債権と毫も異なるところがない。さすれば保険債権の譲渡もまた、素より之を可とすべきである。
- (ii) 被保険利益の主体と、損害填補請求権の主体が同一たるを要するは、保険契約成立当時のみの条件であって、その後に於いてその両者が異別となるは差支えない。蓋し、保険金請求権なるものは、保険契約の成立と共に客觀的存在を獲得し、それが譲渡することは、即ち譲受人たる他人をして事故発生後その給付を受けしむることを謂うのである。従って、被保険利益なるものは、終始存続し、その主体は保険の目的の所有者たるに変わりなく、保険をして賭博化するの虞はない。
- (iii) わが、商法第 650 条第 1 項に「保険ノ目的ヲ譲渡シタルトキハ同時ニ保険契約ニ因リテ生ジタル權利ヲ譲渡シタルモノト推定ス」と規定せるは、保険契約に因り被保険者の有する権利の性格が移転性有することを、前提として承認せるものである。

而して、かくのごとき保険金請求権の譲受人はその譲渡の効力を主張するには、第三債務者たる保険者に対して、民法の債権譲渡の規定に従い、通知又は承認の手続きを執らねばならぬ。前記の手続きを了したる譲受人は、その保険金請求権を、債務の担保として質入れしうる。一方、被保険者は譲渡したる保険金請求権を喪失するの外は、保険関係に於いて、保険会社に対する関係は従前の通りである。従って、被保険者たる地位は、依然これを喪わないのであるから被保険者と称するは差支えない。故にかかる、特異の場合は、質権設定の当事者たりうるは、むしろ保険金請求権譲受人である。されば、被保険者譲受人の連署を以って、質権設定手続きを執るのはともかく、もとの（譲渡人たる）被保険者のみにて質権設定の手続きするは不可能である。上記の論旨に対しては、かかる債権は未必的条件付債権であり、且つ上記債権は被保険利益の享有を前提としてのみ有効に行使し得るものなるに依り、単独譲渡を否定する反対論^(註 6)もあるが、未だ之に承服し得ない。蓋し、保険金請求権が未必的且つ条件付の性質を有すればとて、譲渡性を阻止し得ざるは前述のとおりである。また、被保険利益の享有者以外の者と雖も保険金請求権を譲受け獲得しうるは、商法第 667 条の場合に明定さるところである。同条は、質借人その他他人の物を保管する者が、其の支払うことあるべき損害賠償のため、保険契約を締結したるとき、物の所有者は保険者に対して直接に保険金を請求しうるとしている。さすれば、被保険利益の主体たらずと雖も、保険金請求権の単独的譲渡のごとき特例に於いては、被譲受人の請求権を承認せざるを得ないのではなからうか。

(二) 質権設定通知の性質並びに効力

質権設定当事者として、通知を為しうる能力如何、そもそも通知は法律行為であろうか、然り、一方的法律行為なりとする学説も存する^(注7)。しかし、多数説は、むしろ事実の通知又は觀念の通知にして、純粹なる法律行為にあらずとなし、準法律行為と解すべき説を可とする^(注8)。されば、法律行為に関する民法総則の規定が準用せられるから、通知をなす者は、行為能力を有することを要し、未成年者については法定代理人の同意をうることを要する。従って、実務上に於いては、通知の当事者としては、行為能力者たるを可とし、事を処理するを以て万全とする。例えば、未成年者が通知発信の名義人たるときは、法定代理人（親権者等）の同意の捺印を求め置くがよからう。

(注1) 最高判昭和34年7月14日民集13, 990頁同旨、大審院大正11年6月17日判決、民法1巻337頁。学説も上記と同旨なり。例えば田島氏：「担保物権法」15頁、近藤氏：「物権法」177頁、山下氏：「担保物権法論」247頁、柚木氏：「判例物権法論」223頁、小池氏：「担保物権法論」336頁。

(注2) 小池氏：前掲336頁。

(注3) 諸家の議論の詳細については、岡野敬次郎氏論文：「保険契約ニ因テ生スル權利ノ移転ト保險ノ目的ノ移転」法協29巻1号38頁以下参照。わが国に於いて、單獨的移転を否定する説、松波博士：「日本商行為法」1358頁、青山博士：「保険契約論」312頁。

(注4) 独逸商法第891条「被保險者ハ既ニ發生シタル事故ノ為メニ有スル填補請求權ノミナラズ将来ノ請求權モ亦之ヲ第三者ニ移転スルコトヲ得」

(注5) その根拠は区々であるが移転性を肯認する学説。例えば前掲岡野博士法協29巻1号の論文、田中耕太郎氏：「保険法講義要領」106頁、松本博士：「保険法」132頁、水口博士：「保険法論」549頁。尚、岡野博士：「商行為及保險法」531頁、野津博士：「保険法」新法学全集17巻210頁、村上隆吉氏：「最近保険法論」311頁以下。

(注6) 北沢有勝氏：「火災保險論」98～9頁。

(注7) 中島玉吉氏：「釈義物権」1001頁。

(注8) 牧野菊之助博士：「民法要綱」313頁、石坂博士：「債権法」(中)158頁。

三

1. 質権の目的

(イ) 目的は債権質

質権の目的たるものは、保険証券自体か、それとも損害填補請求権か、換言すれば、保険金債権を化体(Verkörpern)せりと観るべき保険証券であるか、又は、損害填補請求権という無形の債権であるのか。更に別言すれば、この場合の質権の種類は、動産質又は債権質のいずれであろうか。普通取引上実務界に於いては「証券を質にとる」というが、法律的にこれを解釈すれば、質にとるのは証券自体ではなく、証券を、証拠証券として、存立する保険契約に基く保険金請求権という無形の権利である。何となれば、火災保険証券は、それ自体が保険金請求権を化体する程度に有価証券性を有しないからである。指図式で発行された海上保険証券の法律的性質に関して、わが大審院は、「保険金請求権ハ其ノ本質上保險証券ニ化体シ得ベキモノ

ニ非ズシテ寧ロ保険証券ハ單ニ保険金請求權ニ對シ、從屬的性質ヲ有スルニ過ギサルモノト解セサルベカラズ」、となし、畢竟、「其ノ免責証券タル性質ハ之ヲ肯認シ得ベシトスルモ、有価証券タル特性ハ之ヲ帶有シ得サルモノト断スルヲ相当トス」といっている^(注1)。上記の判旨の根拠とするところは、既に二に於いて上述のごとくである。指図式の保険証券の性質に対する解釈にして既に然りとすれば、殆ど例外なく指名式にし発行さるる火災保険証券が、それ自体有価証券として裏書によって質入さるるに非ざるは、もはや絮説するまでもない。

(ロ) 未必的条件付債権の質入

次に、損害填補請求權なるものは、火災という偶発的事故に際して、初めて權利行使し得べき所謂未必的条件付債権である。かかる債権を、事故發生の前に予め、或る債権保全の爲め、質権の目的となしうるか。この点については、疑を挟む説もないではない。が、前述のごとく、商法第 650 条第 1 項が、事故發生前に損害填補請求權の単独移轉性を前提として、承認するに徴すれば、その譲渡性を否認し得ざるは当然である。されば、既に譲渡性を有する損害填補請求權が、質権の目的たり得ざる理由なしといわねばならぬ。

(ハ) 分割質入可能

損害填補請求權の一部を目的とする質入れは可能なりや。現在行われつつある質権設定承認裏書の方法に於いては、その承認請求書のうちに、保険の目的罹災の節支払わべき保険金額全額の中、金何円也に充つるまで、質権者が優先して受領し得べきことを規定するの形式が、慣行されておる。例えば保険金額 500 万円の契約に於いて、そのうち、金 300 万円也の賠償請求權を質入れするが如きそれである。かくのごとく、保険金請求權の一部を質入れすることは、その一部が独立した經濟価値を有し、且譲渡性を有する以上、理論的にも可能である。しからば、前の設例に於いて、残存請求權 200 万円也を 2 番抵当債券者に質入れ承認の裏書をなし、証券の引渡しを為す方法ありや、損害填補請求權の一部に質権設定を為しうる以上、残の一部にも質権を設定しうるは理論上当然差支えない。上記の場合は、二番抵当権者は、一番抵当権者の把握する証券を、一時借用して質入承認の裏書手続を了え、証券を一番権者に返すと共に、一番権者の側より二番権者の爲にも、証券を代理占有する旨の一札を貰えばよい。その他にも、なおこれを、可能ならしむる方法はあるその他保険証券を先順位質権者に代理占有せしめたままその了解を得て保険者の承認を得て残存の保険金 200 万円の請求權の上に質権設定することもできる。証券の占有の移轉の不可なる場合と断念して、上記の場合を以て質権の競合的成立を回避し、または拒否する必要はない。残存保険債権を別に抵当権者が別箇に質権の目的となし得る。なお、保険金請求權の質入れについて、特に一部の質入れを為すべき意思表示のない場合は請求權の全部が当然に質入れされたとみるべきである。

もっとも、保険条項のうちに質入された保険契約の維持、質権そのものの存続、保険金の請求について抵当債権者が必要な手続をとりうることを、従って、上記に伴う立替費用（保険料その他）追加保険料は当然債務者たる被保険者の負担とし、かつ被保険者はその支払日より一定の日歩に当る賠償金を支払うと規定される場合のごとき、実務界における取引に当っては、上

記条項により、かかる立替金または追加保険料のごときは、いうまでもなく被担保債権の範囲内に算入される。このほか、保険条項のうちに、被保険者側の通知義務告知義務の違反、保険継続の不履行のごとき保険契約の効力に影響を及ぼすべき作為または不作為のおそれに対して、債権者が債権保全火災保険契約を締結できることが規定されており、しかも、その保全契約締結に要する保険料は、債務者側の負担に帰する旨の規定ある場合は、債務者の債権元本に組入れらるる旨を併せ規定されることが多い。かような場合は、勿論上記保険料は、前記の被担保債権の範囲に組入れられる。かかる保険条項（債権保全の火災保険契約を締結しうる規定）の明文なき場合、抵当債権者の負担した保険料については、ここで問題の被担保債権として当然には認めがたい。若干、疑問ありとすべきである。けだし、債権保全火災保険契約上の被保険者は、抵当債権者であって、債権者自らの被保険利益をまもるために、支弁する保険料であるから、その保険料の負担を直ちに債務者に転嫁さるべきでない。むしろ、抵当権者の営業費ないしは、債権保全費用として自らの負担に帰すべきが理論上の結論である。ただし、債務者が保険条項による義務不履行により債権擁護上已むなく債権者が保険料負担させられたとしてそれを損害金とみて債権者より賠償請求はできよう。

(二) 目的の担保の範囲拡張（火災以外の事故の問題）

次に、火災保険を含む「新種保険」として近時クローズ・アップされて施行されつつある総合保険について、火災以外に事故担保の範囲が拡張せられたがかかる事故との質権の及ぶ関連について問題を検討する。

総合保険（Package policy）には二種ある。その一は、住宅総合保険であり、その二は、店舗総合保険である。

前者は、保険の目的たる、住宅、または、家財について、①火災、②落雷、③破裂又は爆発、④航空機つい落接触等、⑤車両又は積載物の衝突接触、⑥騒じょう、労働争議の暴行、⑦家財の盗難による損害、⑧臨時生計費用を総べて含んで事故として担保する。

後者は、前者が住宅を主体とするのと異り、店舗を主体とすることに特色があるが、その他の担保範囲については、上記に準ずるものである。

これらの直接間接の損害及び臨時生計費用を対象とする点に於いては、両者は撰ぶところがない。そして、損害てん補の請求権にして、物上代位性（民法第304条、第305条及び第372条）の認められるものは、質権設定の対象たり得る性質を有する。ただし、臨時生計費用保険のごときは、殆ど代位性代替性が認められず、社会性が濃厚のものであるから、前記の対象たりがたいケースが多いと解する。質権設定者が、これを敢えて目的となし、これを明示して質入したとしても、公序良俗の見地より、その有効性については、消極的に解すべき説もある。

しかし、これをしも原理的には可能とする説もあるが^(註2)問題である。臨時費用と雖も、融通性、換価性等に於いて、譲渡性があるからとて質入が可能なりと断定されるのであろうが、前示の公序性の立場より消極説が有力である。

通常債権者と債務者との間に成立した債権証書のうちに規定されている「保険条項」の中に

は、火災保険債権の質入がうたわれているが、火災以外の事故による抵当物件の滅失毀損に基づく損害担保のことは明定されていないことが多い。そして、債権者（即ち質権者）と債務者（質権設定者）の側より第三債務者（保険者）に対して提出される質権設定承認書のうちにも、火災以外の事故による担保に因る保険金のことに明かに触れてない場合もある。さすればそうした総合保険の事故発生に当り、火災以外の事故に因る損害てん補の保険金にまでは質権は及ばないか次にこれを検討してみたい。

質権の設定に当っては、証券番号、保険期間、保険金額、保険の目的ならびにその所在地、被保険者などについて特定一括されるから、新種総合保険においては、火災以外の事故に基づく損害てん補の保険金の上にも当然質権が及ぶと解すべきである。但し前記の如く「特約」によって付加された保険事故の損害てん補が明かに社会性を多分に帯びる場合は、それが質権の目的として譲渡性を有しないものとしてそのような事故によるてん補の場合のみは、除外すべきを原則とする。住宅総合保険の具体例について、例えば、臨時生計費の損失てん補保険金の如きは、質権の目的としてみて、余りにも社会政策的のものであるから、通常は目的範囲外とすべきであろう^(注4)。

なお、上記の如く質権の目的となるか否かの今一つの判断の根拠には意思解釈がある。すなわち、質入の当事者が、その事故を含めてそれを対象としたかどうかの、意思解釈の如何が極め手となる。

そもそも保険者が、住宅総合保険において、火災以外の事故による損害てん補をする特約方式について、その引受に当り、①この特約は火災保険契約の拡張担保として扱うもので、②総合保険証券記載の担保危険を付加したものである。従って、保険の目的のうち、一部の項目を除外して扱い得ないことを建前としている。即ち、この総合保険の「特約」は、ただ普通保険約款の一部変更ないし補充の性質を有し、付加されて初めて一体を為すものである。実務上の扱に於いても、付帯の「特約」には、別箇に保険証券が発行されないし、また別箇の保険番号といったものは付せられていない。故に、本来の火災危険に基づく事故はもとより、本来の損害に伴う間接損害と雖も、因果関係のつながりが延長拡大されて、それらの損害に基づくてん補の保険金はすべて、質入の対象となることを当事者は希望しているものと解釈すべきである。

総合保険に於ける事故の数は複数となるけれども、保険の目的とそれを対象とする被保険利益とは同一である。したがって、保険金額も、保険価額も同一である。さすれば、いずれの事故が発生しても、（例えば、火災、爆発、風水害、盗難のごとき）その損害を担保すべき被保険利益は同じである。同じ一つの保険の目的の滅失毀損によって被保険者の蒙る担保価値の滅失減少に備え、質入の当事者がこれを保険金によってカバーしようとしていると解釈すべきである。

なお、総合保険における「特約」の文言であるが、本来それは、「付加」(extend)に当る立場にあるので、本体の火災保険に対して別箇の特約的保険が、併立ないし対立するものではない、わが国の保険業界において、すべて「特約」の文言が使われ、形式上「特約」扱されてい

るのは、保険業法施行細則第11条第8号によって、主務官庁より「特約認可」をうける方式を践むからであり、その実体は火災保険に付加包含される一体の保険とみるべきである。ただし、例外として、そのうちに含まれる「特約」が、一体として同一性質とみられないものもある。例えば、臨時生計費担保特約が付加されていても、異質のものである。主契約の保険目的の火災事故に付帯して、その建物を住居として生計を立てる世帯員が火災によって、居住可能性を喪失または困難にされることによって受ける臨時生計費負担の損害をてん補するもので、直接火災を受けて滅失毀損することによって、こうむる建物の物的設備自体の損失のきたす直接間接の損害による経済的不利益をてん補するものとは、明かに性質を異にする。

したがって、この異質の社会性をもつ臨時生計費にまで質権は及ばないと解すると共に、また、経済性を主眼とする損失についてはそれが、火災のみならず、爆発、風水害、盗難などその事故の同質のものによるものは総べてを含んで、損害をてん補保険金の上に質権は及ぶのであると解する。即ち、保険の目的の建物が焼けたために、建物の担保価値が失われたのをてん補するというのが、質権設定当事者の意思であり且期待である。だから、その保険金に対しては、火災事故にかぎらず他の事故に因るときも質権が及ぶ。これと異り上記の当事者は、その建物が住めなくなったことから受けた臨時生計費をてん補する保険金までも「あて」にしていなとみて、その線に沿うて、臨時生計費負担の保険金にまでは質権が及ばないというのが当事者意思解釈よりくる結論である。

なお、実務界においても、臨時生計費担保特約の付加された火災保険（総合保険）における保険債権質の場合、質権の効力は、上記生計費保険金には当然には及ばないものとして扱われている。しかし当事者の意思により、（被保険者が経済的に裕福で臨時生計費を現実に直ちに充用するまでもないとき債権保全を図るに急なる場合）その保険金をも質入したいと明かにこれを欲するときは、これをしも否定すべき限りでもない。

そこで、保険業者の実務上では、こうした問題の扱について紛議を避けんとして、昭和37年より質権設定承認請求の用紙に、生計費保険金はこれを含まずと明記することに統一改正されている。

（注1）大審院昭和10年5月22日判決，民集14巻11号923頁。

（注2）西島梅治：「保険金債権に対する物上代位」（法政研究23巻1号），同氏：「質権と物上代位性との優劣」（損害保険研究18巻4号）。

（注3）この問題について詳論，南出博士：前掲書33頁以下。なお，損害保険料率算定会編「臨時生計費担保特約条項の解説」26頁，細田弥彦：「火災臨時生計費保険に対する質権設定の効力」（高崎経済大学論集4号）。

（注4）総合保険において「保険の目的」たる「物」が抵当物件であるとき，この「物」の滅失，毀損によって間接的に誘発される損害であって，しかも社会性を多分にもつ傷害，臨時生計費のごとき間接的のものとはそれを区別して扱い，前者に対しては抵当権の「物上代位効」が及ぶけれども，後者に対してはそれが及ばないと解されている。「物」それ自体の直接損害には効力が及ぶが「物」の滅失毀損に伴う間接損害には及ばないと解されている。この解釈と軌を一にして，抵当物件を目的とする保険債権質の効力も亦，前記の直接損害のみに及ぶと解すべきである。

2. 被 担 保 債 権

(イ) 種 類

普通の消費貸借による金銭債権を被担保債権とするの不可なきは勿論である。實際上に於いても、この種のものが最も多い。問題は、根抵当債権である。まず根抵当なる担保物権の有効なることは、現在学説判例ともこれを肯定している。しかし、これを有効とする根拠は極めて区々である。が、究極するところ、将来の債権につき、質権又は抵当権を設定しうるやの一点に帰する。この点については、被担保債権は現在存在する債権たるを原則とするが、債権の存在が客観的に観て——将来の債権（根抵当債権）ではあるが——現存すると同様の意義を有する場合は、将来の債権と雖も敢えて妨げなしと解釈し、結局質権の成立を肯認すべきである。

(ロ) 範 囲

被担保債権の範囲は、原則として質権設定契約によって定まる（民法第346条但書）。もっとも現行の実際は、多くの金融機関の作成する債権証書中における保険条項の規定により何年何月何日付証書に基く金何円の債権の担保する為該債権保全の質権の目的として保険関係の各条項が規定されているにとどまり、設定契約に別段の定めがない場合は、結局民法第346条本文の規定により、元本、利息、違約金、質権実行の費用質物保存の費用及び債務不履行又は質物の隠れたる瑕疵に因って生じたる損害の賠償をも担保すると解すべきである。なお、保険料立替支払金債務ならびにこれに関連する立替金の類についても質権の被担保債権として算入することは、ドイツ保険契約法第35条の明定するところである。明文はないが、わが民法の解釈においても、これに準じて解釈して差支えない。

(ハ) 保険契約上の要求額

債権者が、保険契約に対し、抵当物件を目的として保険契約を締結せしむるに当り、要求すべき契約額は、前記の被保険債権との関連を主たる基準として、これをカバーすることから割出される。次に上記の基準に従たる標準として、物件の火災危険度の高低を加味し、債権自体の安全性の程度を斟酌すべきはいうまでもあるまい。即ち、主として被保険抵当物件の負担債権額割合を考慮して決定される。実際行われつつある契約上の要求額決定の方針は、次の四種位に分たれるかと思う。

(i) 被保険抵当物件の負担債権額程度

(ii) 被保険抵当物件の負担債権額の三割増程度

(iii) 前の(ii)の程度を要求し、その他に重複分担保保険契約の存するときは、それらの凡べてを質入れせしむること。

(iv) 被保険物件の時価以上

これらの方針は畢竟債権回収を究極的目的とするので、余り多くを説明するまでもない。が、(ii)に於いて、三割増程度を要求する所以は当初の貸付金がその後引続き弁済遅滞の為

利息・遅延利息等の累積に依って、その三割増程度にまで、増嵩する場合あるべきを考慮したのである。(iii)に於いて、前の三割増の外、重複分担契約の質入れ裏書承認手続きをも要求せるは、債権者の予定せる契約の外、余分の重複分担契約の併存により、実際の損害填補に当り、保険金が按分で支払われる結果、予定填補金を収得しがたきを懸念したのである。この原則は、三割増要求の趣旨を遺憾なく徹底せしめ、罹災に際して不測の回収難に陥る虞を回避せんとしたものである。さらに、最後の(iv)の方針は、抵当物件の時価全額以上の保険を当初より要求し、(iii)に於けるが如き重複保険の余地を少からしめ、重複併存よりくる按分支払いに基く保険金取得額低減の懸念を未然に防止せんことを図ったのである。しかし、(iv)の方法を以ってしても、なおかつ、重ねて分担契約の付せらるる虞は全然なしとは断じ難く、のみならず、それは債務者側(保険契約者)の保険料の負担をして兎角強制的に大ならしむる嫌がある。

以上の実務上の諸方針については重ねて説明を加うる迄もなくいずれも一長一短がある。従って、債権者は、この他債務者の資産信用、可燃性抵当物件と不燃性抵当物件との割合、その他保証人連帯債務者の資産信用等諸般の事情を考慮して、その都度具体的個別的に、いずれかの方針の一を採るのが恐らく最もよいのではあるまいか、これに反し、いずれの場合にも、上記のうち一方針を以って、悉く劃一的に一貫するの結果は、時として債権保全上不測の不良事態を生ずる憾があるであろう。

四

保険金債権質入に於ける質権の効力について、次に若干検討を加えることとする。

1. 質権者の権利内容

債権者は民事訴訟法に規定された執行方法によるの外、質権の目的たる債権を直接に取立てることができる(民法第367～8条)。もっとも、債権者は、債権額の限度内に於いて、損害填補請求権を行使し、保険金を収得しうるに過ぎぬ。保険金取立の手段は、民法に何らの規定がないから、裁判上たると裁判外たると、任意である。ただし、取立てしうるには、被担保債権が弁済期到来後にあるを要する。しかし、實際上において罹災と同時に偶然に債権の弁済期が到来するは望み難いので、罹災の節は、弁済期前と雖も特に保険金を取立てし、債権の弁済に充当するを債権者債務者及び第三債務者とも予め特約をなし、(承認裏書にもこれを明記し)この障害を安全弁式に排除する形式が執られつつある。かくて、債権者が、質権の行使として直接取立てを為した場合、保険者に於いて、契約者の約款違反等の行為に因り、一例えば放火の事実判明して、一保険金支払いの義務なかりしことが明瞭となったとき、債権者は保険会社に対し、既に受領した保険金を返還するの義務ありやいなやが問題となる。先ず、保険金受領に当って、債権者は、「前記の保険金正に領収しました。就いては本件に関し今後何等の請求を為さざるは勿論、万一

貴社約款に違背の所為のありました節は保証人連帯して一切の責に任じます云々」の領収証一札を保険者側に入るを通例とする。それ故、この例に従えば約款違反行為の判明したる場合は当然、保険金返還の責に任ずべきである。さすれば、上記の「就いては云々」の条項を削除した領収証を作成して受領した場合はどうか、この場合と雖も、債権者は被保険者たる質権設定者の保険会社に対して有する保険金請求権を、質権の効力に基き行使するに過ぎないので、その保険金請求権なるものは、やはり保険約款に基いて成立しうるのである。したがって、約款違反に因り、被保険者に請求権なきに立至らば、質権者も之を取立つるに由なく、既に受領したる保険金は、受領すべき権利なきに受領したるものとして、不当利得の法理に依り、当然これを返還すべきこととなる。この際、保険者は、質権者又は、債務者（被保険者）のいずれか一方又は双方を撰んでこれに対して返還請求を為しうる。そして質権者は、それが善意の受益者であれば、返還すべき額は利益現存の限度にて足りる。この場合、受領保険金は、被保険者の債務の弁済の一部に充当せるを以って、現存する利益なしといいうるであろうか。民法第 707 条は、非債弁済に依り証書毀滅・担保拋棄等の特殊事情を生じたる場合なるを以って、上記の場合にはこれを援用し得ずと解釈せられる。

然らば、受領保険金を以って、債権金額の弁済の充当にあて証書を毀滅し、抵当権を拋棄した場合はどうなるか。民法第 707 条は、弁済されたる債務と弁済事由の発生したる債権とに何らかの関係があり錯誤に因って生起したる事案を対象とする規定であるに拘らず、質権の行使に因る保険金の債務弁済充当に於いては、上記のごとき錯誤の関係が認められぬ^(注 1)。故に、債権の為に全部弁済となりたる場合と雖も、民法第 707 条は援用すべきでなく、債権者は依然として返還義務を免れざるることとなる。しからば、保険金額収後、約款違反の事実判明せるときは常に例外なく、債権者は保険者に保険金返還の責に任ずべきか。次のごとき場合は、例外たりうる。即ち、保険者が、保険金払渡後及び損害査定に当って、故意又は過失を以って、約款違反を看過したるが如き場合は、質権者は、保険者に対して、抵当権拋棄・証書毀滅・時効等に因りて蒙った損害の賠償請求権を取得する。そして、この請求権と保険金返還請求権とを相殺することにより、債権者は返還を免れる結果になる。要するに、極めて特殊なる（前掲の如き）例外的場合を除き、約款違反の事実が判明せる場合は、債権者は既得保険金を返還すべきこととなる。この結果、起るべき損害を未然に防止すべき対策如何。勿論、保険金領収に当って、債権者が、保険者より予め上記のごとき返還請求を為さざるべき旨の一札を徴し置かば可ならんも、こは保険者の到底承諾しがたきところであろう。この種の不安を克服する対案講究は、火災保険を扱う抵当債権者側に課せられた興味ある問題である。もっとも、約款の改正により、米国に於ける抵当条項のごとき抵当債権者保護に厚き規定と制度が樹立制定せらるるなれば、問題は雲散霧消するであろう。^(注 2)

(注 1) 大審院大正 7 年 3 月 8 日判決。

(注 2) 1 の序論に於ける(注 1)にて詳述したところ参照。なお、北沢有勝氏：「火災保険論」104 頁も同旨にして、The New York Standard Mortgage Clause が詳細に引用され解説されている。

2. 質権設定者に対する効力

ここで論ずべきは、物上保証人の場合である。他人の債務を担保する為、債務者の委託を受けて、自己の有する保険金債権に質権を設定したる場合である。この際、物上保証人たる被保険者は、債権者より損害填補金を直接取立てらるることによって、損害を受くる。その損害は、民法第442条の準用により、債権者の取立てたる保険金に相当する額を債務者に対して求償しうる。なお、弁済その他免責ありたる最後の法定利息及び避くことを得ざりし費用その他の損害賠償をも請求しうる（民法459条参照）。債務者の委託を受けずして質入れしたる被保険者の場合は、民法第462条が準用さることは勿論である。

3. 質権の競合

同一の保険金請求債権を目的として、数箇の質権の競合しうるは既述のごとくである。それらの間に於ける効力の優劣は、抵当権に於ける一番二番の場合と同じく、質権設定の日の前後に依る。もっとも競合関係において質権設定というのは、対世的関係に於いて問題となるのでその優先度は対抗要件として、質権設定の通知又は承諾の書面に徴したる確定日付の前後による。すなわち、通知又は承諾の自体の前後をいうのではない。なお、通知の効力の発生は、その到達の時であり、了知の時にあらざるは、判例学説の一致するところである。

4. 継続保険契約に対する質権の効力

保険契約について、一度質権承認裏書をとれば、その後の継続保険契約に基く損害填補請求権の上にその質権設定の効力は持続するであろうか。現行の裏書の建前は、当然持続するを原則として前提となし、継続証券に対しては、裏書を為さざるを寧ろ例とする。その根拠と看るべき点は、凡そ二つである。その一つは、裏書文言に「本契約及其の継続契約に基く保険金請求権を債権者に質入れ致します」という文言の存することであり、その二は、継続契約は同一契約の延長なりとする解釈である。ところで継続契約が新規契約なりとすれば、現在存在せずして、将来締結すべき契約に基く保険金請求権を予め質入することとなる。が、将来に属する予約中の債権は質権の目的たり得ない。故に、その一の根拠は成立しかねる。つぎに、その二の契約延長説は、外国の法制下に於いては、多く一定の期間内に解約申入れなきかぎり、当然継続延長することとなっている関係上^(注1)、むしろ支持され易いかと思う。そこに、期間の延長と解される節が伏在する。が、少なくともわが法制下に於いては次のごとき事由により、同一契約延長説には左祖しがたい。

- (a) 期間の満了により契約は消滅する。たとえ、同一条件を以ってして引続き保険が付けられても、一旦消滅した契約が再び復活すべきいわれはない。それは契約の黙示の更新たるにとどまる^(注2)。
- (b) 継続なるものは、ただ申込みの手続きを省略したに過ぎないので継続の如何は契約者の自由に係り、契約者の継続保険料払込みにより新契約が成立するのである。判例も同旨である^(注3)。

(c) 継続の前と後とに於いて、両者の契約の間に危険の増減、告知義務の履行不履行、保険契約者の作為又は不作為によりて及ぼす影響に相違があるから単純なる契約延長とは看がたい^(注4)。従って、前の主張が許されるとすれば、継続の契約に対しては、質権の効力は及ばざることとなる。これが、理論上の帰結であり、現にこの見解に従って、継続証券に対しても一々その都度質権の裏書を執りつつある抵当債権者もある。しかし、多くの場合は実務上これは省略されつつある。それは、保険社側備付の保険契約申込書綴込台帳に、債権関係の存続継続が——継続の度毎に質権設定手続きを経なくとも（債権者より質権消滅通知を受けないかぎり）——記載されていて、それが罹災の際保険金を直接被保険者に払うことを留保せしむる働きをなすからである。

(注1) 1908年発布、1924年改正独逸保険契約法第8条。契約期間ノ経過前ニ解約予告ナキトキハ、保険関係ヲ暗黙ニ延期シタルモノト看做ス旨ノ合意ハ、各場合ニ其ノ延期カ1箇年ヲ超ユルトキハ之ヲ無効トス。1829年1月1日瑞典保険契約法第84条、保険契約カ1箇年有効ニ継続シ、且保険期間ノ終了前遅クトモ1週間ニ何レノ当事者ヨリモ解約セラレサリシトキハ保険契約ハ尚1年間延長セルモノト看做ス。1917年12月23日奥太利保険契約法第18条。確定期ヲ定メタル保険関係カ暗黙ニ延長セラレタルトキハ、其ノ保険関係ハ更ニ一保険料期間存続ス、保険関係カ契約期間満了以前ニ解約セラレサルトキ、保険関係ハ延長セラレタルモノト看做ス。

(注2) 松本丞治博士：「保険法」136頁。

(注3) 東京控訴院明治43年10月14日判決（同旨、東地明43.2.8判決 青木徹二氏編：商法判例集298頁）。なお、英国の判決例に於いても、継続をもって新契約とする解釈をとっている由である。

(注4) 村上隆吉氏：「保険法論1巻」404頁。

（添え書）

本稿の検討について、指導の便を与えられたる関西学院大学法学部長足立忠夫博士および同大学西沢修教授に対し、その労を多とし、附記して以って謝意を表する次第である。（昭和43.8.15）