

譲渡担保と火災保険ないし火災共済(一)

中馬義直

目次

- 一、序
- 二、譲渡担保の法律構成
- 三、判例の見解とそれをめぐる諸説
- 四、譲渡担保権設定者の被保険利益の有無(以上本号)
- 五、譲渡担保物件の付保についての考案
- 六、付保物件の譲渡担保差入れ
- 七、譲渡担保物件の付共済——付、所有権留保または仮登記担保にかかる物件の付保
- 八、結

一、序

譲渡担保(ここでは、いわゆる売渡担保を除外し、もっぱら狭義の譲渡担保、すなわち債権関係を維持する方式の

ものについて考える)の法律構成ないし具体的法律効果については、判例・学説上変遷を経たが、いずれも担保権者による不当の利得を制限する歩みを続けていることは確かである。

譲渡担保に供せられた物件が実際にどのような形で火災保険に付されているか、明確にはわからないが、金融機関の実務に限っていえば、①担保提供者は、担保権の存続の間、譲渡物件について提供者の負担において金融機関の指定する金額以上の火災保険契約を金融機関を被保険者として締結または継続し、その保険証券を金融機関に提出すること、②担保提供者において譲渡物件につき既に火災保険契約を締結済みであるときは、担保提供者はその被保険者名義を金融機関に変更のうえ、その保険証券を金融機関に提出すること、を約定するのが通例である。

これは、担保権者たる金融機関を当該譲渡担保にかかる物件の所有者として扱う前提に立つものである。このことは、多くの金融機関の関係約定書に当該担保物件の「譲渡は、外部関係のみでなく当事者間においても完全にその所有権を移転したものである」旨の文言があることによっても窺うことができる。

保険に関する前記のような取扱は、担保目的物の所有権の担保権者への移転という法律形式に即応するもので、その妥当性は疑う余地がないかのように見える。現に判例は、譲渡担保物件は担保権者を被保険者とすべきもので、譲渡担保設定者は被保険者たり得ないとする立場を貫いているし、保険実務家筋もこれを正当としているようである。

しかし、譲渡担保をめぐる関係者間の具体的利害関係の実質に着目するとき、果して付保形式を必ず所有権の法律形式に追従せしめねばならないものかどうか、疑なきを得ない。右の金融界ないし保険界の実務の扱いも、判例に順応せざるを得ない実務的必要に由来するところが大きいともみられ、再検討の余地のないものとは云い切れないように思われる。ことに、眼を転じて火災共済の場合をみるに、その事業の内容は民営の火災保険事業と同様であるが、

それは火災共済協同組合等の組合員に対する事業として行われる形式によるため、右のような考え方によれば、讓渡担保権者たる金融機関等（非組合員）を所有者とする火災共済はつけられないという不都合を生ずることになりそうである。

以下、これらの問題について少しばかり考えることにする。

二、讓渡担保の法律構成

まず、讓渡担保の法律構成を一瞥する（こまかい点は、あとで必要の都度述べることにする）。

わが国における債権担保の制度としての讓渡担保の法律効果を考えるについては、これを対内的・対外的の二面に大別し、さらにそれぞれにつき具体的に分別して検討することが便宜である。判例・学説はかなりの変遷を経たが、要するに、讓渡担保における経済的目的と法律的形式との乖離の事実をふまえ、担保権者・設定者・第三者間の利害の合理的調整をめざしつつ、とくに担保権設定者の利益の保護につとめ、近来は、讓渡担保権者はその担保権実行に当り常に清算義務を負うべきものとするに至っている（（最判昭和四六・三・二五）（民集二五卷二号二〇八頁））。

讓渡担保の法律構成は、右の法律効果と密接に関連することはいうまでもなく、これについても変遷があった。近時における学説・判例の通説的見解は、信託的讓渡説とでもいうべきものであったが、最近では他の幾つかの見解も出されており、そのうち有力なもの、設定者留保権説（鈴木祿弥「讓渡担保—経営法学全集九卷二九」）と抵当権説（米倉行取引と讓渡担保」銀行取引法講座下二二九頁以下、同「讓渡担保の法的構成に関する一考察」）である。法協九一卷三号三七四頁以下、同・民法学三一八四頁、川井・担保物権法一八五頁・二四四頁）である。

信託的讓渡説は、信託法理によるもので、讓渡担保は債権の担保のために権利を信託的に債権者に移転したのであ

る、とする。そこで、讓渡担保権者・設定者間の関係（内部関係）においてはともかく、少くとも第三者に対する関係（対外関係）においては権利はその全部が担保権者に移転するが、担保権者は設定者に対して、自己に権利の全部が帰属したからといって、それを担保という目的から外れた態様で行使してはならない、という債務を負担する、ということになるのである。

信託的讓渡説が率直素朴な構成であるのに対し、最近の諸説はより具体的な構造をもつといえよう。すなわち、設定者留保権説は、二段物権變動説ともいべきもので、たとえば、まず、設定者乙から担保権者たるべき甲へ所有権が讓渡され、次にその直後に甲から乙へ設定者留保権（所有権のうち担保権能を除いた部分。所）が讓渡される。この結果、形式上は、甲Ⅱ所有者、乙Ⅱ設定者留保権者なのであるが、実質上は甲Ⅱ担保権者、乙Ⅱ担保権の負担の付着した所有権者といふべきである。甲・乙それぞれの権利取得の對抗要件は、乙↓甲、甲↓乙というそれぞれの物権變動につきなされる引渡しによって具備される。もつとも、設定者が担保物件を引続き用益する通常のタイプにおいては、実際には客体は乙に終始とどまり、引渡しは観念的になされ（占有改定）、これによりそれぞれの権利の第三者に対する對抗要件が具備される——というものである。この説は（讓渡担保の典型的な形である動産讓渡抵当）担保の動産の占有を設定者のもの（と）に——とどめる方式のもの（）について述べられたものであるが）依然として「権利の移転」に着目した考え方（「讓渡担保」）であるといえる。

右の二者に対し、抵当権説は、讓渡担保を担保物権（制限物権）そのものとみる説であって、上記の通常のタイプについてはこれを動産抵当権として構成することになる。この説を貫徹するためには、いくつかの点について伝統的な考え方を無視せざるを得ないが、合目的の見地からやむをえないと割切られている。

なお、設定者留保権説は、不動産の譲渡担保についても、二段物権変動の構成を採用するが、この場合に、登記上、設定者の設定者留保権が公示されない点が問題であるとして、抵当権説により批判されている(米倉・前掲民法)。
3一八―九頁。

三、判例の見解とそれをめぐる諸説

(1) わが国の判例は、伝統的に、譲渡担保は担保目的物の譲渡であり、所有者としての被保険利益は担保権者であり、担保設定者はこれを有しないという立場を一貫している。

〔1〕XはAの家屋を譲渡担保に取り、いわゆる内外共に所有権の移転を受けたが、その登記は未了であった。Xはこの家屋につきY保険会社と火災保険契約を結び、YはXを名実ともに所有者と信じていた。火災により建物が焼失し、XからYに対し保険金の支払を訴求。原審ではXが勝訴。Yは上告し、譲渡担保の目的物の保険では、被保険利益は被担保債権額でなければならないのに、原審は不当にも家屋自体を被保険利益と解した、また、火災保険契約は一応登記簿上の所有者を真の所有者と認めなければこれを締結しえない、と主張した。判旨次のとおり。

「然レドモ債権者が債権担保ノ目的ヲ以テ債務者ヨリ一旦建物ノ所有権ノ移転ヲ受ケタル以上債務完済前ニ於テハ依然其ノ所有権ヲ保有セルヲ以テ仮令当該建物ニ付移転登記手續ヲ了セザルトキト雖モ建物ノ滅失毀損ニ付緊密ノ利害関係ヲ有スルガ故ニ上叙ノ如キ担保権者ハ右登記未了前該建物ノ所有権者トシテ火災保険契約ノ締結ニ付テハ所謂被保険利益ヲ有スルコト論ヲ俟タズ。」

なお、判決は、Y会社はXが本件建物の所有者たることを認めて、Xの所有物として本件契約を締結したものである以上、事故発生後になってから、登記手續未了を口実にしてXの建物所有権を否定し保険金の支払を拒否しよ

うなどという論旨は到底採用できない、と云っている（大判昭和二二・六・一八民集一六卷九四〇頁。なお、大判明治三五・七・一民録八輯七卷一頁も同旨）。

〔2〕Xは家屋の火災保険契約をY保険会社と締結したが、その当時にその家屋を担保の目的でAに売渡し、所有権移転登記もすませていた。家屋がXの自火で全焼したので、Yに保険金の支払を訴求した。Yは、Xは契約当時既に所有者としての被保険利益を有しなかったから、保険契約は無効だ、と主張する。判旨は、

「XとAとのいわゆる内部関係がいかようなものであっても、少くとも本件家屋の所有権自体は完全にAに移転しており、ただ場合によってAがその所有権行使を債権担保という目的によって拘束されることがあるにすぎないと解すべきである。すなわち、本件家屋の所有権は、右売買によってAに移転し、Xは前記所有権移転登記手続の結了によって、確定的に本件家屋の所有権を喪失したものであるというべく、ただ、場合によってXはAの本件家屋の所有権行使を債権担保という目的によって債権的に拘束し得る法律上の地位を有しうるにすぎないといわねばならぬ。ところで、本件……火災保険契約……はX〔の〕……本件家屋の所有者としての利益を被保険利益として成立したものである……。そして一般に不動産である建物の上には所有権者としての利益のみならずその他の法律上あるいは事実上の利益が重複交錯して存しうるものであり、それらが金銭に見積り得る限りそれらの利益をそれぞれ火災保険契約の目的となしうることも多言を要しないところである。しかし被保険利益は火災保険契約の目的であり、したがってこれが異なれば契約自体類型を異にする別個のものになるのであるから、火災保険契約関係において、具体的に被保険利益が選択特定されれば、その被保険利益によって特定された火災保険契約の被保険利益の有無に關する問題は、右特定された被保険利益についてのみ生ずるのであって同一目的上に存し得る他の類型の被保険利

益にまで及ぶものではないというべきである。この関係を本件についていえば、本件家屋を保険の目的とした各火災保険契約が被保険利益を欠除するか否かの問題はXが本件家屋の所有権者であるか否かの点に帰着し、Xが所有者として利益以外の利益をもっていたかどうかの点にまで及ぶものではないということになる。ところでXは……本件火災保険契約締結当時すでに本件家屋の所有権を債権担保のため、Aに譲渡しかつその移転登記手続を了していたのであるから、Xは本件家屋につき所有権者としての利益を失っていたものというべきである。もつとも右債権担保のための所有権譲渡がXにおいて債権者であるAの本件家屋の所有権行使を債権担保という目的から拘束しうる場合であったとすれば、Xがなお本件家屋につき、何らかの法律上のあるいは経済的な利害関係を有することは考えられる。しかしそれとても所有権者として有する利害関係とは全く異なる類型のものであることは明白である。してみれば本件各火災保険契約中本件家屋を保険の目的とする部分は、保険契約の目的である被保険利益を全く欠除し無効というべきである。」——棄却（岐阜地判昭和三四・三・二三下級民集一〇巻三号五二八頁）。

(2) 右の二つの判例のうち、「1」は譲渡担保権者が火災保険をつけた場合に関するものであるが、極めて単純明快な論理によっており、所有権が誰に帰属するかの判定は登記の所在のいかんに拘泥することなしになされるべきことを説く点に特色をもつだけである。これに対し、「2」は譲渡担保権設定者が保険をつけた場合に関するものだが、被保険利益について種々具体的な考察を加えている。もつとも、設定者が既に所有者としての被保険利益を有しないことの理由づけに、彼が既に所有権を有しないことを述べ、所有権を有しないことの根拠として、移転登記の完了をあげているが、これは、登記の完了は所有権が確定的に移転したことの証拠だといっているに止まる。

(1) 「1」についての多くの判例評釈（豊崎・判民昭和一二年度六六事件、西島弥太郎・民商七巻一〇二頁以下、三宅一夫・商事法判例研究昭和一二年度二二頁以下、水口・法律論叢一六巻九号六三頁以下、伊

沢孝平・法学七卷八号一四一頁以下）は、それぞれ理由づけに多少のニュアンスはあるが、いずれも判旨の結論には賛成している。これらの外に特に注目すべきものとして、近藤博士の判例研究（近藤民雄・損保研究四（巻一号二五四頁以下））は、当時のいわゆる弱い譲渡担保の場合には、設定者の所有者利益と譲渡担保権者の特殊な被保険利益とが併存し、それぞれについて保険契約を締結し得るとした。

(ロ) 「2」についても多くの学者・実務家の批評があるが、賛成説（南出・損保研究二二卷二九三頁、石田満・損保研究二二号、四宮・綜合判例民法叻一一三三四頁、倉沢・保険契）と反対説（長谷部・金融法務二二九号七四頁、大隅・法学論叢六六卷四約の法理七六一七頁、西島梅治・保険法一七四一五頁）の対立が際立っている。もつとも、賛否いずれとも明示せず、個々具体的事件に即した解決の集積（同・ジュリスト学説展望二二二二頁）の対立が際立っている。もつとも、賛否いずれとも明示せず、個々具体的事件に即した解決の集積にまっべきだとするもの（三宅一夫・商事法（務二一四号一二頁））もある。

(a) まず反対説から述べると、長谷部判事の見解は次の通りである。

(i) 所有者としての被保険利益の有無は、もつぱら経済的見地から決すべきであって、法律的立場から決すべきではない。けだし、保険は被保険者の経済的損失の填補を目的とするものであって、保険者は目的物の権利関係につき有効な取引関係に立つものではなく、その権利関係自体の存否につき直接の利害関係を有するものではないからである。

譲渡担保の経済的機能はその法形式に拘らず担保の供与であり、したがって担保設定者は依然として所有者である。譲渡担保の目的物が不可抗力により滅失・毀損しても、設定者の債務は依然として存在するから、滅損の危険は設定者に帰するのであり、その危険による損害の填補については設定者が利益を有し、その利益はすなわち所有者としての利益である。

(ii) 譲渡担保の設定者に所有者としての被保険利益がないと仮定した場合にも、本件の火災保険契約はなお譲渡担保権者の所有者としての利益を被保険利益とするものとして、その効力を生ずると解すべきである。

(b) 大隅博士は、基本的には長谷部判事(a)(i)と同じ発想に立ちつつ、次のように述べられる(西島説も)。
(同旨か)

(i) 譲渡担保にあつては、債権担保という経済上の目的を達するために、その目的を超える法律的手段がとられ、担保の目的物そのものが債権者に譲渡されるのであつて、その内部関係を当事者の目的に即して観れば、債権者は債権担保の目的の範囲内で目的物の処分権を有し、債務者はその余の点で目的物の支配権を有するとするのが、当事者間の関係を最も忠実に反映するといえる。ここでは、いわば所有権に属する権能が債権者と債務者とに分裂しているのがその実体である。したがつて、所有権としての被保険利益も債権者(譲渡担保権者)と債務者(譲渡担保設定者)の間に分かたれ、そのいずれもが同一物につきみずから所有者として損害保険契約を締結しうると解して差支えなく、却つてそれが適當である。

(ii) 右のように考へても、これにより被保険者が不当な利得をすることにはならない。

① 債権者が担保の目的物につきみずから所有者として火保契約を締結した場合、保険事故が発生し、債権者が保険金の支払を受けたとする。この場合に商法六六一条を適用しうるものとすれば、保険者は支払った保険金額の限度で被担保債権を取得することになるから、債権者の不当な利得は問題とならないし、また右の規定が適用ないとしても、債権者はその債務の弁済に当りその債権額から債権者の受けた保険金の額を控除して弁済すれば足り、もしその保険金の額が債権額を超過しているときは、債権額および保険料を控除した残額の返還を求めうることになるから、やはり債権者は利得しない。

② 債務者が担保目的物につきみずから所有者として付保した場合、保険事故が発生したとしても、これにより債務者はその債務を免れるわけではなく、かえって債権者は保険金の上に物上代位をなしうると解されるから、債務者が保険契約により不当に利得することにはならない。

③ 問題は——債権者、債務者双方が担保目的物につきそれぞれ独立して所有者としての保険契約をした場合、この場合に、双方が保険金の支払を受けるならば、債務者は債権者が支払を受けた保険金の限度で債務を免れると同時に、他方自己のなした保険契約の保険金を受取るわけで、不当な利得をすることになるかのようである。しかし前述のように、保険者が被保険者たる債権者に保険金の支払をしたときは、商法六六一条により債権者に代って被担保債権を取得することになるものと解しうるならば、右のような危険はないわけである。また六六一条の適用が認められないとしても、この場合には保険者は同一の被保険利益につき重複して保険契約をしているのだから、保険者の立場では重複保険が存するわけであって、商法六三一条、六三二条が類推適用され、これによって債務者が不当に利得することは避けられる。

(iii) なお、上述のような立場では、すでに付保されている物件につき譲渡担保が設定された場合にも、商法六五〇条の適用はなく、保険契約によって生じた被保険者の地位は原則として債権者（譲渡担保権者）には移転しない。

(c) 次は贅成説であるが、南出博士が判旨を肯定される論旨は次のとおりである（石田説もこ）。

(i) 火災保険における被保険利益としての所有権者の利益は、いうまでもなく経済的利益関係であって、法律的形式のものではないとされている。しかし、多数の契約を定型的に取扱わねばならない保険者としては、まず形式的・外観に着目せざるを得ない。そのためには、被保険者が法律上の所有権者であるか否かによって判別するのが最も合理的で

ある。…：所有権が担保権者に移転した以上は担保権者が被保険者となり、一応は担保権設定者は被保険者でなくなると見るべきである（商法六五〇条）。

(ii) 大隅博士は担保権者・担保権設定者それぞれに所有者利益を付保することができ、これによって不当利得など不都合を生ずることはないとする。しかし、この立場では、重複保険が保険者ならびに被保険者を異にして生ずることもあり得る道理で、このような場合、実際上の処理はかなり困難と思われる。火災保険普通保険約款では重複保険の場合はすべて同時重複保険の処理方法によることになるが（約款一七条）その発見が困難であると共に（けだし約款八条一項一号による通知義務）同一保険目的につき他の契約を締結したときの通知義務が履行されないことが多いためであろうから）、場合によっては前に保険契約を締結した者によって総保険金額あんの取り前を削減される結果となることもある。

(iii) 右に対し、近藤博士の説〔前掲(i)〕は、担保権者の被保険利益と担保権設定者のそれとは相互に異質で重複関係を生じないとされるが、現実の問題として無条件に認めることは困難である。

(d) 倉沢教授によれば、「損害保険契約の目的の確定のために被保険利益を分類し、所有者利益というカテゴリーが成立するとすれば、そこでは所有権が目的とされて居り、したがって、それは可能な損害の対象である被保険利益と事故の対象である保険の目的物に対する所有権とがたまたま一致する場合を指称するものとして理解する。保険保護の目的が所有権の回復ではなく、その有する価額と同額の金銭による填補であるというものは、決して、喪失したものが法律的権利関係ではなくその有する経済的価値であるということを意味するものではない。喪失したものはまさに所有権であり、ただその損害填補が経済的価値に従ってなされるということである」（西島説もこ）（これを支持）

(e) 四宮教授(「¹」の判例にも関する)は、最終的には南出説を採つて判例を支持するほかないとされるが、その論旨は次のように注目すべきものを含む。

△被保険利益▽は、本来、経済上の利害関係を指すものだから、この本来の意味に即していえば、讓渡担保目的物における所有者利益は、讓渡担保の両当事者に分属し、あるいは、考え方によっては設定者に存するといえる。かような見地からは、(甲)大隅説、(乙)近藤説、(丙)つねに設定者としての被保開利益と讓渡担保権者としての被保険利益との併存を認める。(丁)両当事者の協力によってのみ所有者利益を被保険利益とする保険契約を締結しうる、などの考え方が可能であるが、いずれも難点がある。現在の保険慣行のもとでは、讓渡担保の目的物に関する所有者利益を被保険利益とする保険契約の効力を問題とするほかなく、保険者としては法律上の所有者すなわち讓渡担保権者をもって所有者利益を有する者とみるほかはない。とはいえ、この結果は、経済的利害關係たる△被保険利益▽の本来の觀念に反することを否定できないので、この觀念に反せず、しかも実際上も不都合を生じないような、讓渡担保目的物に関する保険の新しい形態を、立法上あるいは実務上(普通契約約款として)考案する必要があるように思われる。

四、讓渡担保権設定者の被保険利益の有無

讓渡担保に供せられた物件に関する被保険利益については、上記のように多彩な諸見解がみられる。果してどのよう

に解するのが妥当であろうか。担保権設定者の被保険利益に焦点をおいて考えてみよう。

(1) 問題のむずかしさは、讓渡担保の当事者たる担保権者と設定者が目的物について有する利害關係の実質と、所

有権の帰属のさせ方とが喰い違っていることに胚胎している。

(イ) 近代法においては、財物に対する人の支配の法的側面は、まずその財物に対する全面的・直接的な支配者すなわち所有者が居ることを前提にし、財物に対するあらゆる人々の利害関係は、法的には、この所有者が財物に対して有する円満なる支配権すなわち所有権を出発点とし、これに依存して構成される。南出博士によって代表される判例肯定説が、所有者の有する被保険利益は、彼が所有権を有することを前提とせねばならないと説くときの所有権は、右のような円満具足の所有権を想定しているものである（そうでなければ、他の者が問題の財物に関して所有者としての被保険利益を有することを拒否するわけにいかないであろう）。

ところが、譲渡担保権者が担保目的物について有するとされるいわゆる所有権は、実質的には右のような円満具足の所有権には余りにも程遠いものである。すなわち、譲渡担保権者は、実質的には、その債権を満足するために目的物を私的に換（評）価し、換（評）価代金のうち自己の債権に相当する額だけを優先的に弁済に充当しうる権能（換（評）価充当権能）を有するに過ぎず、ただ彼が担保設定者に対し優位に立つがゆえに、所有権ないし所有者という僭称を許されているに止まる。他方、担保設定者は目的物に關し実質的に無権利なのではない。彼は、少くも、被担保債務を完済すれば円満なる所有権を回復しうる期待権（所有権回復期待権）と、もし不幸にして担保権実行のやむなきに至ったときは、換（評）価金額と債務額との差額の返還を求めうるといふ権利（差額清算請求権）とを有する。以上要するに、実質的にみれば、担保権者と設定者とは、いわば目的物に關する支配権ないし所有権を分有しており、その分有の割合は、被担保債務の弁済に伴って浮動するといえよう。

(ロ) 併し、わが民法は、一物一権の主義をとり、所有権の分有、いわんや浮動的分有なる觀念を認めない。所有権

は単有であることを要する。しかし、譲渡担保と称せられる担保方法が選ばれるのは、設定者を従前のまま所有権者の地位にとどめ、これに依存して担保権能を構成するところの抵当権ないし質権の方式を採り得ないか、または、そのような方式を採ることを欲しない場合であるため、債権者が所有権を取得するものとして構成されたのである。

(2) 担保の目的物が不動産ないし動産という有体物の形をとる段階においては、目的物の換価権能を表章するものとして所有権なる概念を借用することは有意義であらう。

しかし、目的物が保険に付される段階では、換価という手続は不要である。この段階では、目的物の評価額たる保険価額のうち担保権者に帰すべき部分と設定者に帰すべき部分とを直ちに観念し分別することができる。すなわち、ここでは所有権なる概念の媒介を要せずして、担保権者、担保設定者間の利害を調整しうるのである。判例反対説ここに大隅説の根拠はこの点にかかわっていると考える。

(3) 譲渡担保のうち、真にその必要性と合理性を主張しうるものは動産の譲渡抵当に限られる。

(1) 不動産については、抵当という合理的な制度があり、譲渡担保の形式をとる必要はない。もつとも、面倒な手数を要するにかかわらず担保物件の処分価額の不当な下落を招きかねない抵当権実行手続を回避するために、譲渡担保の方式が有用だ、と反論されるかもしれないが、抵当権においても、いわゆる抵当直流（流抵当）は認められている。そして、抵当権に代物弁済予約または停止条件付代物弁済契約を伴わしめれば、実質上、抵当直流の目的を達しうるし、この方が譲渡担保よりもまだしも合理的である。なお、伝統的な考え方に立つならば、譲渡担保の方式により担保提供者の物件処分を封じ、担保提供者の他の債権者のする物件差押を防ぐためには譲渡担保が有用であろうが（登記面上は、譲渡担保であることはあらわれず、完全な譲渡のような形をとるのが普通だから）、抵当権は追及効と

優先弁済の権能をもつるのだから、債権者としてはこれで満足すべきであり、これを超えて右のような望蜀を策することとは、不当なエゴイズムに過ぎない。

動産の場合は、まさに質権の要物契約性と非占有質禁止とを回避するためにこそ譲渡担保の必要性と合理性が認められるのだから、動産譲渡質（債権者が目的物を占有する形式の譲渡担保）は譲渡担保の自殺といつてよい。

(四) ただ、債権者たる金融機関にとつては、破産や会社更生との関係で、法定担保権よりも譲渡担保の方が有利だといふことが、法律の形式的解釈からは云い得た（破産法八七条・九一条、会社更生法六二条・六六条参照）。しかし、学説、判例は譲渡担保権について別除権や更生担保権を認めるにとどめる方向に確実に動いている（米倉・前掲講座二五〇頁、鈴木・前掲全集二〇〇巻四一・四・二八民集）。私担保権と租税徴収権との競合の面においても、譲渡担保の方が抵当権や質権よりも格別に有利だといふほどのこともない——多少は有利だが（国税徴収法一五一条・一六条・二四一条、地方税法一四一条の九・同条の一〇・同条の一八など）。

(4) 譲渡担保の目的物が罹災滅損すれば、譲渡担保権者が困るのは当然だが、最も困るのは債務者（本人が譲渡担保の場合）ないし物上保証人である。このことについては、詳説を要しないであろう（長谷部・前掲金融法務一五七頁下段など参照）。要するに、譲渡担保の目的物に火災保険をつける必要を自分自身の利害関係として最も切実に感じており、また感

ずべき者は、債務者ないし物上保証人だといふべきである。彼等がみずから進んでは保険をつけないとすれば、それは無知ないし無思慮によるというよりは、保険料支出を苦痛とすることに基づくのみであるべきであろう。

当事者の実際の感覚からすれば、法律形式的な名称にかかわらず譲渡担保権者には所有者たるの感覚は薄く、彼らもっぱら債権者としての意識で思惟し行動するのであり、目的物の火災保険のごときも債権回収との関係で考えられるに過ぎない、といつてよいであらう。そして、担保提供者は、法律形式的には非所有者として性格づけられている

にかかわらず、実感としては自分が所有者だと思っっているであろう。したがって、ほうっておけば——すなわち、担保権者・設定者間に保険についての合意がなければ——恐らく設定者が自己の所有物として保険をつけようとするに違いない。以上のことは、譲渡担保制度の嫡出子ともいうべき動産譲渡抵当の両当事者の場合には、殊に然りである。

(5) 保険実務の扱いにおいては、付保に際しては付保物件の所有・占有関係について十分に確認することは行われていないようである（確認するよう事務手続を改めること）。また、譲渡担保権設定者の所有名義での付保は認められない旨、周知せしめる手段が構じられているわけでもない。そうすると——前記(4)とも関連するが——保険者として、目的物罹災後の段階に至って、卒然として「譲渡担保設定者の所有名義による火災保険契約は無効である」旨主張する（これは、譲渡担保物件の無（保険状態を現出しかねない）ことは、極めて不当である（なお、保険者として、「保険契約者（被保険者）たる譲渡担保告知義務違反である」と主張すること、実質上失当であろう）。

(6) 譲渡担保設定者に譲渡担保物件の付保を認めるならば、その保険金請求権の上に、譲渡担保権者が物上代位権を行使し得るとする実質的な見方が可能であり、また、譲渡担保権者が右請求権の上に質権を取得する可能性もある。したがって、このような保険は譲渡担保権者にとっても有利な面をもつ、といえる。

(7) 譲渡担保権の法律構成については、これを所有権的にみる立場は近來ますます弱まり、担保権的構成に向って進みつつあること、そして、本来は所有権的構成に立って制定された破産法や会社更生法の規定も、現実には担保権的立場で運用されつつあることは、既に述べたとおりである。さらに、——ここで詳説することは避けるが——譲渡担保の具体的法律効果についても、譲渡担保権者・設定者間の関係はもとより、これらの者と第三者との関係におい

ても、担保権的な解決のしかたが、いろいろの場面で勢を加えつつある。

他方、アメリカにおいては、所有権の帰属という形式よりは担保目的の有無という実質的な見かたが極めて強く、ドイツにおいても担保権的に処理しようとする傾向もあることが、指摘されている(西島梅治・前掲商事判例研究二二五―六頁)。

なお、わが国における譲渡担保の立法論としても、担保権的な方向がめざされていることは周知に属する(四宮渡保法要綱解説(一)―(五)―立教法学二二号・三三号・五号・六号・一〇号、鈴木竹雄ほか「譲渡担保立法の問題点」私法三一号)。

(8) 以上を要するに、譲渡担保権者が有するとされるいわゆるわゆる所有権は、その実質においては担保権に過ぎず、円満具足の所有権には程遠いこと(1)、これに対し、担保目的物の減損について最も切実な利害関係を有し、率直に自己を所有者として意識している者は担保設定者であること(4)、このことと関連するが、付保の段階では譲渡担保設定者名義での保険契約を阻止する方法がとられていないのに、付保物件罹災の段階で保険契約の無効を主張するのは不当であること(5)、担保目的物の価値を保険金という形で分配するについては(やや表現の正確を欠く)目的物の価値という手続は必要ないから、換価権能を表章する所有権概念はここでは不可欠とはいえず、所有権にとらわれる必要はない(他の概念によってもかまわない)こと(2)、譲渡担保のうち、真にその必要性と合理性を具えるものは、動産の譲渡抵当だけであるのに、それ以外の形の譲渡担保について、いわゆる所有権をもたないという理由で、担保設定者には所有者としての利益がないとする(付保を認めない)ことは、設定者がもともと強いられている不利益を更に加重するもので、著しく不当であること(3)、譲渡担保設定者の所有名義による保険は、譲渡担保権者にとっても有利な面があること(6)、解釈論(判例・学説)および立法論として、譲渡担保権を所有権的にみるよりも担保権的にみる傾向が近來著しくなっており、ますますその歩みを進めるであらうこと(7)、これらの点にかんがみれば、形式的所有

権を有するが故に譲渡担保権者にのみ所有者としての被保険利益を認め、形式的所有権を有しないが故に譲渡担保権設定者は全く所有者としての被保険利益を有しないとすることは、どうしても実質的に無理があるように思われる。

このような感想は、譲渡担保の正統派たる動産譲渡抵当の場合にとくに切実である。ただし、動産の譲渡抵当においては、担保設定後債務完済までの間も、担保物件の事実上の占有・利益・保守の状態には従来と変りがないのみならず、譲渡抵当設定者は、譲渡担保一般におけると同じく、被担保債権の完済後は担保物件に関する法律関係を復旧することを本来の趣旨とし、このことを期待する立場にあり、要するに実質上の所有者に極めて近似するからである。

そこで、譲渡担保物件については、現実的立場から、担保設定者に所有者としての被保険利益を認めるのが妥当である。

譲渡担保権者については、大隅博士は、その所有者たるの名目に即応して、所有者としての被保険利益を認められるが、近藤博士は、そのいわゆる所有権の実質的機能が債権の担保にあることを重視して、所有者利益とは異質の特殊な被保険利益をもつものであるとされた。しかし、大隅説においては、両当事者が物件上に有するいわゆる所有者としての利益はいわば部分的なものに過ぎないのに、実際の扱いでは、各自が目的物についてそれぞれ全部の所有者利益を有するものとみなして、各自で目的物の価額全部につき付保しうるものと認められるわけだから、重複保険の生ずるおそれを増大する。この点、博士みずから認められ、これによる不都合は回避し得ると説かれるが、南出博士は實際上難点が残るとされる。他方、近藤説についても、解釈論としては無条件には認めがたいとの南出博士の批判があることは、既にふれたとおりである。これらの点については、次節以下において考えることにしたい。

なお、譲渡担保設定者の所有者としての被保険利益を否定する立場からは、動産譲渡抵当の場合には、設定者は自

己のために保管者の責任保険（商法六六七条）を付し得るから差支えないという主張がなされるかもしれないが、責任保険は、保管者が実質上の所有者の性質をも持つ場合においては、損害填補の方法として十分なものではない。ただし、保管者の責任保険は、保管者としての被保険利益を付保するものであるため、保管者の無過失、不可抗力による担保物件の滅損の場合には、保管者は損害賠償義務を免れることとなるので、この場合には保険金は給付されないからである。

（未完）