

Title	信用保険と保証保険
Sub Title	Credit insurance and surety bond
Author	倉沢, 康一郎(Kurasawa, Koichiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1975
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology ). Vol.48, No.2 (1975. 2) ,p.30- 56
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19750215-0030">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19750215-0030</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

## 信用保険と保証保険

倉 沢 康 一 郎

- 一 問題提起・機能上の区別
- 二 危険・被保険利益
- 三 保険技術的要素
- 四 若干の法理的展望

### 一

わが国で、現在、主務官庁である大蔵省によって免許の与えられている損害保険事業の種類の中に、信用保険と保証保険とがある。そして、前者に属するものとして、身元信用保険・割賦販売代金保険・建物資金保険・住宅資金貸付保険・海外旅行資金貸付保険・請負信用保険・個人ローン信用保険の各約款が認可され、後者に属するものとしては、その第一部として履行保証保険・入札保証保険・住宅ローン保証保険の各約款が、その第二部として各種保証約款が認可されている。

このように、行政上の保険事業の免許において信用保険と保証保険との類別がなされており、また、一般に、保険制度ないしは保険契約の説明においても同様の分類がなされて来ているが、両者の区別の理論的な基準はかならずしも明確化され

ているものとはいえない。殊に、わが国においては、雇傭契約における被用者の身元保証のための保険を当初から信用保険と称んで来たために、いつそう事態が混乱することになる。

すなわち、現在、信用保険事業免許に属する約款として身元信用保険が認可されているが、その普通約款の一条によれば、身元信用保険契約とは、使用者を被保険者・被用者を被保証人として、保険証券記載の被保証人が、被保険者のためにその事務を処理するに当たり、または自己の職務上の地位を利用し、不誠実行為をしたことによつて被保険者にこうむらせた損害を填補することを内容とするものとされている。このような契約は、昭和八年に制定された「身元保証ニ関スル法律」によつて、身元保証人の責任が、片面的強行法規として（同法六条、かつ裁判所の裁量的な判断によつて（同法五条）制限されるにいたつたために、身元保証制度に代わるべき、または少なくとも身元保証制度と併存すべき制度として實際上その需要が喚起されたものであるといわれる<sup>(1)</sup>。要するに、身元信用保険とは、その内容上も、沿革上も、身元保証を目的とするものである。

右のような契約は、英米でいう Fidelity Bond なごしは Fidelity Guarantee がこれに相当するものであるが、これに對して、同じ信用保険事業免許に属するものとして約款が認可されている割賦販売代金保険等は、英米でいう Credit Insurance なごしは Guarantee Insurance に相当するものである。すなわち、例えば割賦販売代金保険普通約款の一条によれば、それは、割賦販売業者を被保険者として、保険証券に添付された売買契約書（写）によつて売買された商品につき、被保険者がその代金を回収できなくなつたことによつてこうむる損害を填補することを内容とするものとされている。身元信用保険の内容とこれとを比較すると、前者が被用者の不誠実行為によつて将来債権が発生すれば原則的に保険金が支払われうるものであるのに対して、後者は、債務者の債務不履行の事実の発生によつてはじめて保険金が支払われるものである。いいかえれば、前者においては、債権発生の実事が保険事故であり、そして保険給付として債務が肩代わりされるもの

であるのに対して、一方、後者においては、いわゆる貸倒れの事実が保険事故であり、そして保険給付として債務不履行による損害の填補がなされるものである。かくて、保険事故の内容がいわゆる信用危険であるという意味で、信用保険という名称は固有には後者のみを指すとする用法が正しいものとされている。<sup>(2)</sup>

他方、身元信用保険が Fidelity Bond に相当するものであるとすれば、それは広義の Surety Bond に含まれるものである。そこで、もし、わが国で保証保険として認可されている約款が Surety Bond に相当するものである場合には、むしろ身元信用保険は保証保険のカテゴリーに含まれるものとするの方が正しいことになる。

Surety Bond の法的性質は三当事者間の契約 (three-party contract) であるものとされている。すなわち、それは、保証者 (Surety)、債権者 (Beneficiary or Obligee) および債務者 (Principal or Obligor) のなす一個の契約であつて、保証者が債務者と同一の債務を負担することを約束する (agree to be equally liable) ことによつて、債務者による不履行の危険を、債権者から保証者に転嫁するものである。<sup>(3)</sup> そして、現代のアメリカの学説では、これは「非保险的危険転嫁手段」(noninsurance means of transferring risk) とされており、<sup>(4)</sup> その保険契約との間の法的な相違としては、保険契約が二当事者間の契約であるという点、したがつて契約当事者たる被保険者 (Insured) の保険料支払が対価約因 (Consideration) をなすのに対して、<sup>(5)</sup> Surety Bond においては、対価は債権者または債務者のいずれからも支払われうるといふ点が挙げられている。

わが国で保証保険 (そのうちでも特に第一部) として認可されている約款を見ると、例えば履行保証保険普通約款では、債務者を保険契約者、債権者を被保険者として、保険証券記載の契約につき保険契約者たる債務者が債務を履行しない場合における損害の填補が約されている。すなわち、ここでは、第三者のためにする二当事者間の契約として締結されているのであつて、決して三当事者間の契約ではない。

もつとも、この点は、日本と英米とにおける保証契約の構造ないしはその把握方法の相違が関連して来る問題であつて、わが国の保証保険契約が二当事者間の契約であることから、ただちにこれを Surety Bond とは異質なものとなすことはできないものである。すなわち、わが国においては、保証契約は債権者と保証人との間の契約とされ、したがつて、保証人と主たる債務者との間の事情——保証人となることを依頼されたかどうか、主たる債務の数额や態様、保証人の責任などについて主たる債務者が保証人にどのように説明したかなど——は、保証債務の内容に直接の影響を及ぼすものではないものとされているが、これに対して英米では、保証契約 (contract of guarantee) においては常に三人の当事者が存しなければならず、<sup>(6)</sup> 三当事者が存しない契約は保証契約ではないものといわれている。<sup>(8)</sup>

したがつて、英米において、Suretyship なし Surety Bond が三当事者間の契約として構成されているのは、とりも直さず、それが契約当事者の点では保証契約と同様の法的構造をもつものとされているということである。これをわが国の契約法理の中に移しかえるとすれば、わが国では保証契約自体が二当事者間の契約とされているのであるから Surety Bond もまた二当事者間の契約として再構成されるということは、充分ありえてよいわけである。

もともと、後述するように、契約の当事者が誰であるかという点は、それ自体として契約の類別を決定すべき問題ではない。実は、アメリカにおいても、初期には Credit Insurance と Surety Bond とは混同されていたのであり、それが判例法的に區別されて来たのは、法形式にもとづくというよりは、むしろ両者の間の経済的機能の相違に着目されてである。<sup>(9)</sup> すなわち、Surety Bond においては、契約は債務者への与信行為として締結されるが、これに対して Credit Insurance においては、契約はもつぱら被保険者たる債権者の信用危険のために締結されるという点が異なる。それゆえ、結果的に、後者においては、債務者が契約当事者としては登場して来ないことになるのである。

わが国においても、窪田宏教授は、信用保険が債務不履行による損害の填補という債権者の事後的救済の機能を果たすも

のである点で、債務者の事前的な便宜のための制度である保証と區別されるべきものとされ<sup>(10)</sup>、また西島梅治教授は、保証保険につき、「被保険者としては事故の場合の損害てん補よりも事故の予防、つまり保険会社の信用調査、判定能力により多くの期待をもっている」<sup>(11)</sup>ものとされる。

このような機能的観点からいえば、身元信用保険は、身元保証制度に代わりうる機能を有すべき制度であるから、事前的な便宜ないし事故の予防を目的とする。なぜなら、そもそも身元保証人の機能が、「労務者の人物や技能を請け合つて使用者に迷惑をかけない責任を負うもの」<sup>(12)</sup>だからである。したがつて、右の観点に立つかぎり、身元信用保険は、それが信用保険事業として認可されているにもかかわらず、信用保険ではなくて保証保険であるということになる。そして、さらにわれわれは、今日信用保険事業および保証保険事業それぞれの免許の中で認可されている各約款につき、右の制度的機能の観点に照らしてこれらを再分類することがあるいは可能であるかも知れない。

ただ、かりにそうであつたとしても、法理論的には、このような制度目的ないしは機能における相違というものが、それぞれの制度を形成する法形式としての契約について、その構造的な類別の基準にそのままなりうるのかという問題をのこすものといわなければならないだろう。

近代市民法における契約自由の原則は、その締結の自由のほかに、内容の自由および方式の自由を含むものであるから、この世に存在しうるものとして観念される契約は、無限に千差万別であるはずである。そして、われわれは、それらの常にながしか他とは異なつた点をもつている無数の契約について、これを類型化し、カテゴリーライズして検討を加えるわけであるが、その場合、類型化の方法は、分類基準の樹て方によつて、それ自体がさまざまでありうる。それらのさまざまな方法の中で、あるいは民法が三種類の典型契約の類型を定め、あるいは商法がその六二九条で損害保険契約を類型化する際に採つている分類基準は、契約内容すなわち当事者の効果意思の内容である。それは、意思自治の原理の下において、当事者

間の法的紛争解決の基準となるべきものは、まさに当事者がいかなる法律効果を意欲し、それを表示したかにしたがうのが原則であるからである。したがつて、法理論的な契約の類型化は、当事者の効果意思の内容を基準としてなされるべきものであり、信用保険契約と保証保険契約の異同・区別の問題も、右の基準にしたがつて検討されなければならないことになる。

しかるに、右に見たような信用保険制度および保証保険制度の、それぞれの制度目的ないし機能は、かならずしも契約の類別基準である当事者の効果意思の内容と、直結的に同一視されるべきものとはいえないのである。すなわち、信用保険が制度的には債権者の信用危険の事後的救済を目的とするといつても、債権は履行されるべきが本来であるから、加入者たる債権者としては、不履行を希望するはずがなく、結局は、万一信用危険に遭遇した場合のために、いわば事前の安心の獲得を目的として信用保険に加入するものといわざるをえない。その意味では、信用保険への加入は、加入者たる債権者にとつて、債務者に人的担保が付されたことと同一の効果をもたらすものといえよう。一方、保証保険が債務者に対して事前に信用を供与することを目的とするといつても、それが信用の供与として機能しうるのは、現実に事故をもたらした債務者につき、保険者が事後的にその債務の履行の肩代わりをすることによつてである。

今、これを具体的な各種の保険についてみるとすれば、附合契約においては当事者の意思表示は約款をその内容として合致したものとみるべきであつて、したがつて約款の内容が当事者の効果意思の内容と認められることになるから、契約内容の比較のためには、約款内容を比較すべきことになる。現在の約款のうち、例えば最も典型的な信用保険と解されている割賦販売代金保険の普通約款一条は、

当会社は、この約款に従い、保険証券に添付された分割払売買契約書(写)によつて売買された物について、被保険者がその分割払販売代金を回収できなくなつたことにより被る損害をてん補する責に任ずる。

と定めており、一方、典型的な保証保険と解されている履行保証保険普通約款一条は、

当会社は、保険契約者たる債務者が保険証券記載の契約につきその債務を履行しない場合において、この約款に従い、被保険者たる債権者のこうむる損害をてん補する責に任ずる。

と定めている。

右の二つの契約内容を比較した場合に、信用危険の発生に際して債権者の損害を填補することを約しているというかぎりでは、両者における加入者の意思表示の内容である効果自体には、本質的な相違はなさそうである。それにもかかわらず、両者の制度的機能が、一方は損害填補であり他方は信用供与であるというように異なつてとらえられるのは、右の効果を意欲する主体が両制度において異なつているからである。<sup>(13)</sup>すなわち、信用危険の発生による損害の填補を望む者は債権者であるのに対して、事前的に信用の供与されることを望むのは債務者である。このように、意欲主体を異にして——ということを変えて——とらえれば、かりにその効果の実質的内容が同一であつたとしても、その有する機能的意義は異なつてあらわれることになる。

現行の保険業法の解釈においては、保証保険事業は、同法一条一項のカッコ書きがこれに相当するものとされている。すなわち同条同項は、

保険事業（売買、雇傭、請負其ノ他ノ契約ニ基ク債務ノ履行ニ関シ生ズルコトアルベキ債権者ノ損害ヲ填補スルコトヲ債務者ニ対シ約シ債務者ヨリ其ノ報酬ヲ收受スル事業ヲ含ム以下同ジ）ハ主務大臣ノ免許ヲ受クルニ非ザレバ之ヲ営ムコトヲ得ズ

と規定しているが、右の条文のうちカッコ書きの部分は、昭和二十六年の改正法によつて加えられたものである。これは、昭和二十四年制定の建設業法にもとづき、建設業の健全な発達に資するために Surety Bond の構想を採り入れ、保険会社が対価をえて請負人の保証人となり、請負人が債務不履行におちいつた場合には保険会社が代わつて発注者の損害を填補すると



いわゆる入札保証保険がおこなわれることとなつたが、この契約については、保険事故が偶然であることを要するものと定める商法六二九条および保険契約者または被保険者の事故招致の場合の保険者の免責を定める同六四一条との関係で問題が生ずるものとされたため、特に保険業法一条に付加して、いわゆる保証保険事業を保険事業に含ましめることとしたものである。<sup>(14)</sup>したがつて、現在の主務官庁による保証保険事業の免許および保証保険約款の認可は、右カッコ書きをその根拠規定とするものである。

ところで、右の規定においては、保証保険事業が「債務者ヨリ其ノ報酬ヲ收受スル事業」とされている。保証保険契約における報酬は契約上の対価的な給付の内容をなすものであるから、右の規定によれば、この場合の契約の当事者すなわち保険契約者は原則として債務者であるものとされていることになる。その結果、現在の免許行政の下では、保証保険として認可されている約款は、債務者が保険契約者となり、債権者を被保険者とするいわゆる他人のためにする保険契約の形式となつている。

このような保険業法のあり方は、右に見た保証保険の相対的な信用供与の機能——信用危険に対する損害填補の約束が意欲主体との相対的な関係で有する意義——とは一致しているものといえよう。しかしながら、このことによつて、信用保険契約と保証保険契約との理論的区別の問題に決着がつくものとは決していえない。そもそも、保険業法の本来の守備範囲からして、それがいかなる事業を保険会社の営業として可能ならしめるかということを決するにとどまり、保険契約そのものの性質・構造・効果等を規制しうるものではないといふことがある。いいかえれば、保険業法一条一項のカッコ書きの規定による保証保険事業免許にもとづいて認可された約款であるといつても、その契約の性質・構造はこのこととは直接に関わらない問題である。特に、信用保険は本来の保険事業として免許されるものであつて、右カッコ書きによるものではないと解されるであろうが、この場合には、法文は単に「保険事業」といつているだけであり、報酬が誰から支払われるか、すなわ

ち保険契約者が誰であるかということとは法文上まつたく問題にされてはいない。現に、典型的な信用保険である割賦販売代金保険約款では、その三条、四条、七条、一〇条、十一条等において、「保険契約者、被保険者またはこれらの者の代理人」という文言が定められ、いわゆる他人のための契約として締結されることのあることが予定されている。この場合に、債務者が保険契約者として信用保険契約を締結すれば、そのことによつて契約それ自身が保証保険契約に変質してしまうのか。理論的にいえば、自己のためにする契約であるかあるいは他人のためにする契約であるかということとは、契約そのものの区別とは関係のないことである。家屋の所有者が自身で火災保険契約を締結した場合と、第三者が所有者のために火災保険契約を締結した場合とで、火災保険契約そのものの種類が異なるわけではない。火災保険契約という契約類型を画定するものは、なされた意思表示の内容すなわち契約内容であるからである。

商法六六七条は、「賃借人其他人ノ物ヲ保管スル者」がその保管物を火災危険に対して付保することを認めており、この場合の契約は、その規定の位置にもかかわらず、火災保険契約ではなくて責任保険契約に属するものであるが、これは、その内容が「其支払フコトアルヘキ損害賠償ノ為メ其物ヲ保険ニ付シタ」ことによるのであつて、決して保管者が付保したということによるのではない。責任保険契約の一般的性質を、(不特定の)第三者のためにする契約として把握する考えがあり、このような考え方においては、契約当事者の構造が保険契約の類型化に関係づけられていることになるわけであるけれども、私は、このような考え方自体に賛しえないものである。何よりも、右の考え方によれば、通常の物保険・人保険に対する責任保険の独自性を不明確化してしまふであらう。

したがつて、もし、信用保険と保証保険との間で、契約の当事者以外の点——殊に契約内容の点——に質的な差異が認められないものとすれば、両契約そのものが理論的に区別されえないということになるであらう。そして、信用保険と保証保険との理論的な区別の可否ということは、それ自体、単なる理論上の問題にとどまりえないで、立法政策上および法解釈学

上の重要な問題とならざるをえないものである。

すなわち、一九三〇年に制定されたフランス保険契約法の一条四項は、「信用保険(assurance-crédit)とよばれる取引は本法により規制されない」ものと定めているが、その立法理由書によれば、信用保険とよばれる取引は、その最も真の保険に近いもの(その例として、被保険者によつて振出された手形の支払の保証を目的とする取引が挙げられている)といえども、これを保険として法律上取扱うには余りにも特殊な性質を帯びており、かつ、これらの取引に保険契約法の規定を厳格に適用するとすれば、かえつて「信用についての保険」(assurance des crédits)とよばれる取引の将来の発展を阻害するおそれがあるということがその理由とされている。<sup>(15)</sup>これに対して、現代の学説は、信用保険の保険性を認めた上で(後述)、この場合の契約の自由は濫用に道を開くものとして右の立法を批判しているのである。<sup>(16)</sup>

さらに、一九〇八年制定のドイツ保険契約法一八七条一項は、同法に定められた強行規定が信用保険(Kreditversicherung)には適用されない旨を定めているが、この規定によつて、ある契約において強行規定に反する約定をした場合には、その契約が信用保険契約に属するか否かということが、直接に右約定の効力に影響を及ぼすことになるわけである。

特に、保証保険については、もしそれが英米法上の Surety Bond と同一の性質のものであるとするならば、上述のように、その保険性については否定的に解されている。もつと MacGillivrayによれば、Fidelity Bond は、父親が子供の就職のために使用者に対して差し入れるような場合には保険契約とはいえないけれども、会社が事業として継続的に複数の使用者に差し入れるような場合には、「会社と使用者との関係は原則として保険者と被保険者とのそれである」とされている。<sup>(17)</sup>一方、わが国においては、保険業法一条一項のカッコ書きが英米の Bond を継受したものとされているが、この本質

を保険ではなく保証と解し、ただ経済的需要を考慮して保険会社の営む保険事業に含ましめたものとする見解と、「保険事故が保険契約者の作為・不作為に左右されるものとはいえず、契約成立の時においては事故の発生が未確定である」という意味で

偶然の事故といふことができるし、また、保険契約者が事故を招致した場合において免責とする商法の規定も、信義則と公序良俗に反しない限り、必ずしも絶対に例外をみとめない性質の原則とは考えられない」ものとしてその保険性を認め、右のカッコ書は本来の保険事業に含まれるものについて「念のため」そのことをあきらかにしたにすぎないとする見解とが<sup>(18)</sup>ある。いずれにしても、このような状況の中で、信用保険の保険性を主張するためには、保証保険あるいは Surety Bond との質的な異同が考究される必要がある。

- (1) 竹内啓介「信用保険」新損害保険実務講座8巻四〇三頁。
- (2) 野津務「信用保険」法律学辞典Ⅱ一四六頁、窪田宏「信用保険」契約法大系Ⅴ三二八～九頁。
- (3) Snider, *Suretyships and Hold-Harmless Agreements*, in *Risk and Insurance*, 1964, p. 154.
- (4) Snider, *op. cit.*, p.152.
- (5) Snider, *op. cit.*, p.154.
- (6) 我妻栄・新訂債権総論(民法講義Ⅳ)四五四頁。
- (7) Anson, *Principles of the English Law of Contract*, 20th Ed. by Brierly, 1954, p.68.
- (8) Cheshire and Fifoot, *The Law of Contract*, 6th Ed., 1964, p.160.
- (9) Bickelhaupt and Magee, *General Insurance*, 8th Ed., 1970, p.546.
- (10) 窪田・前掲三〇九頁。
- (11) 西島梅治・保険海商法(戸田Ⅱ西島編)一三三頁。
- (12) 我妻・債権各論中巻二(民法講義Ⅴ一3)五七〇頁。
- (13) Bickelhaupt = Magee, *op. cit.*, p.546; 石田満「保証保険について」損害保険研究三二巻一号九五頁以下、古池春光「割賦販売代金保険の機能と特質」手形研究二一〇号四五頁。
- (14) 海原公輝「保険業法」金融関係法Ⅱ(高橋編)二五二頁。
- (15) Margeat et Favre-Rochex, *Précis de la loi sur le contrat d'assurance*, 5e éd., 1971, pp.18~9.
- (16) Picard et Besson, *Les assurances terrestres en droit français*, t. 1, 3e éd., 1970, n°38.
- (17) MacGillivray, *On Insurance Law*, 4th Ed., 1953, §1869.
- (18) 海原・前掲二五二～三頁。

信用保険とは、一言でいえば、信用危険に対して被保険者をカバーすることを目的とする保険である。<sup>(1)</sup>けれども、この定義では、契約内容が特定されたものとはいえず、特に保証保険との区別をあきらかにすることはできない。保険契約において、その契約の類型化の基準となる内容の特定は、約束された危険、被保険利益および給付を要素としてなされるべきものである。この点について、窪田宏教授は、「信用保険と保証保険との区別の道は、まず法律行為の社会的・経済的機能、つまり客観的意義におけるカウザのちがひ、に注目することによつて、ひらかれるであろう」としておられるが、別異の見解とおもわれない。なぜなら、契約上の債務の cause とは、ほかならぬ当事者の意思表示の目的をいうものだからである。<sup>(2)</sup><sup>(3)</sup>

ところで、右の簡単な定義においては、信用保険契約の目的たる危険が、信用危険 (Les risques du credit) としてとらえられているが、問題はその多義性にある。先ず、信用とは、一定の時間的間隔において給付を交換しあう場合において、一方当事者が相手方と与える二重の信頼 (double confidence) —— 先ず給付の実現自体における信頼および次いで約束された期日の遵守における信頼 —— であるものといわれる。<sup>(4)</sup>一方、危険 (risque) とは、損害を生じうる渊源 (source possible du dommage) をいう。<sup>(5)</sup>ところで、信用に関して、損害を生じうる渊源たる事實は、あらゆる段階に存在するといえるであろう。というのは、信用が信頼を要素とするものである以上、それがうらぎられる可能性は、信用の発生当初からある。いいかえれば、信用の存在それ自体が危険であるともいえる。したがつて、満期未到来の時期においても、債権を妥当な対価で確定的に譲り受けてくれる者があらわれれば、それ自身が信用危険超克の機能をもつことになるわけである。

しかし、損害保険制度としての信用保険における目的は、このような信用自体の有する危険の転嫁ではありえない。<sup>(6)</sup>損害保険契約が (条件附) 損害填補をその目的とするものである以上、信用保険における信用危険は、何らかの意味でそれが損

害事実でなければならぬものである。商法六五八条は、「保険者ノ負担シタル危険ノ発生ニ因リテ損害カ生シタル場合ニ於テ保険契約者又ハ被保険者カ其損害ノ生シタルコトヲ知リタルトキハ遅滞ナク保険者ニ対シテ其通知ヲ発スルコトヲ要ス」と定めており、この規定が信用保険契約に適用される場合に、信用の発生ないしは存在それ自体が通知すべき損害ではありえない。損害が発生したというためには、契約の目的とされた信用が、その後、保険期間内に、当初よりもその経済的価値を減少せしめる事実がなければならぬのである。

問題は、どのような事実をもつて信用についての損害事実ととらえるかである。野津務博士は、信用保険を定義するにあつて、「債務者の債務不履行に因り生ずる債権者の損害を填補することを目的とする保険」であるものとされる。ここでは、「債務不履行」の事実が信用保険における危険とされているわけである。これに対して、窪田教授は、「信用保険契約の『カウザ』(社会・経済的機能)は、債務者の確定的支払不能の結果、信用価値が全部または一部うしなわれることによつて、確定的な財産減少をきたした場合に、その損害を排除するということである。一口にいえば、損害填補にほかならない。しかるに保証の『カウザ』は、第一の債務者(主たる債務者)のかたわらに、これと同等の第二の債務者(従たる債務者)を補充してにおいて、債務の履行を担保すること(債権の確保)である。それは債権担保であつて、損害填補ではない」ものと述べられる。すなわちこの記述にしたがえば、信用保険における危険とは、単なる弁済期における不履行(履行遅滞)ではなく、確定的な支払不能の結果債権者に確定的な財産減少が生じた場合をいうことになる。そして、債務の履行を担保するための取引は、その保険性も否定されている。

一方、フランスにおける信用保険についての学説をみると、信用保険の中に、履行遅滞を担保すべき危険とするものと、債務者の支払不能をその危険とするものとの二種類があるものとされている。すなわち Picard = Besson によれば、今日、信用保険(assurance-crédit)には、assurance-aval ou caution と assurance-insolvabilité の二つの形式があり、

前者は、被保険債権の弁済期における不履行 (non-paiement a l'échéance de la créance garantie) に対して被保険者をカバーするものであつて、これに対し後者は、債務者の支払不能から生ずる確定的な純損失の危険 (risque de perte nette définitive résultant de l'insolvabilité du débiteur) をカバーするものであるとされている。<sup>(6)</sup>

Assurance-aval ou caution については、この場合、保険者は、債務者に対して保証人としての求償権を有しているのであるから、何ら危険を負担しているわけではなく、単に債務を肩代わりしてその前払いをしているだけであるということ。を理由に、それが銀行取引に属するものであつて保険取引ではないとする主張がなされて来ているが、近時の有力な見解は、assurance-aval ou caution が一面では銀行取引たる性格を有するものであることを認めながらも、なお、次のような理由によつてそれが保険としての性格を有するものであるとする。すなわち、第一に、求償権の存在は保険者の危険負担を排除するものではない。なぜなら、求償権は満足させられないおそれが充分にあり、結局は保険者は債務者の支払不能の危険を負担することになる。第二に、求償権が満足させられたとしても、なお保険者が負担する危険がある。すなわち、求償権を行使するための諸費用——ことに裁判費用——は保険者の負担となるが、これは債権者が本来負担すべき危険を保険者がカバーしたものであつて、しかも、訴訟費用の負担というものが保険しうべき危険であるという点についてはまったく異論がない<sup>(10)</sup>と。

しかし、右の主張は、それ自身がおのずからあきらかにしているように、assurance-aval ou caution における履行遅滞の際の保険金支払について、それ自体が危険の実現による保険給付たる性格を有するということを論証してはいない。なぜなら、論者は、第一に、履行遅滞の事実の被保険危険性を論証するのに、債務者の支払不能による求償権の不満足をもち出しているのである。ということは、この場合においても、真の危険は、債務者の支払不能の事実にあるということを意味しているものといわなければならない。また、第二の点は、たしかに求償権を実行するための費用危険は保険者が負担し

ており、かつそれは保険の対象たりうるものであるが、もしその費用危険が付保されているものとする、それは債権そのものについての保険とは別個の、いわゆる費用保険を意味することになるものであり、信用保険における保険給付ないしは危険を論証することにはならないといえる。

このことは次のようにいいかえることができるであろう。すなわち、信用保険における危険は、いかなる契約の形式をとろうとも、結局は債務者の支払不能の事実である。ただ、契約の形式が *assurance-insolvabilité* の場合には、現実に右の危険が発生してはじめて損害填補としての保険給付がなされるのに対して、*assurance-aval ou caution* の場合には、右の危険が未必である間に、未必の危険そのものが肩代わりされることになる。もし、債権それ自体についての損害は、債務者の確定的な支払不能によつてはじめて生ずるものであるとすれば、履行遅滞の事實は、損害の蓋然性が発生したことを意味するだけであるといえよう。そこで、この場合の保険金の支払が保険給付であるとするためには、それなりの理論構成が必要である(後述)。

ところで、信用保険における危険が債務者の支払不能の事実であるとした場合には、その意義を明確化する必要がある。一般的にいえば、それは、有効な債務名義を所持している債権者が、實際上執行が不可能な時であるとされている。フランスの約款ではこれを明確化して、破産、法定清算、保険会社により合意されあるいは保険会社の承諾した破産予防のための和議等による支払停止 (*clôture*) から生ずるものと定めている。そのほか、単なる和解も、それが保険会社に承認された場合にかぎつて支払不能となるものとされる。<sup>(11)</sup>

アメリカにおいては、*Credit Insurance* の危険は、債務者の支払不能によつて生じた被保険者の損失 (*loss occasioned by the insolvency of debtors*)<sup>(12)</sup>とされている。ただ、問題になるのは、この場合の支払不能の意味である。すなわち、これを何らかの法定手続にもとづく支払不能の確定の場合にかぎるのか、それともよりひろく支払不能と認むべき事実を約定し



うるのかという点であるが一般的にはこれを後者と解しているものとしてよいであろう。外国取引信用保険に関するものがあるが、約款上、バイヤーの支払不能のほかに、長期の履行遅滞 (protracted payment default) をも危険と定めるものがある。ただ、約款において、単なる弁済期における履行遅滞をも危険として約定しうるのかという問題が依然としてこのころ。これに対して、イギリスの書物では、Guarantee Insurance Policy は、債務者の履行遅滞または支払不能について被保険者を保証する (the insurers guarantee the insured in respect of the default or insolvency of his debtors)<sup>(13)</sup> ものと述べている。あるいは、この点に、Guarantee Insurance の Credit Insurance に対する相違があるのかも知れないとおもわれる。識者の教えを乞いたい。

ドイツおよびスイスにおいてもまた、Kreditversicherung の危険は、債務者が支払不能となつたとき (wenn der schulder insolvent wird) とされているが、その支払不能 (Insolvenz) の意義は、約款の定めるところによるものとされている。<sup>(14)</sup> そして、学説の中には、支払不能という定義では Kreditversicherung の危険としては狭すぎるものであつて、弁済期において債権が償われえないこと (Uneinbringlichkeit) が危険であり、そして、いつ債権が償われえないものとみられるかは約款によるとするものもあらわれている。<sup>(15)</sup>

わが国の約款における危険条項をみると、例えば信用保険として認可されている割賦販売代金保険普通約款では、この点、単に「支払期日に代金を回収することができなかつたとき」(二〇条 一条) と定めるのみである。ただ、同約款 二一条は、契約者・被保険者の損害防止義務として、代金支払の督促義務と商品返還請求義務とを規定しており、実務上は、この条項をもつて、購入者の支払不能が保険金支払の要件とされる旨を規定したものと解しているようである。<sup>(16)</sup> もつとも、この場合に購入者の支払不能ということの趣旨は、法定手続にもとづく確定的な支払不能のみを意味しているものではなく、しかもそれはあくまでも保険金支払のための手続的要件であつて、約款 二一条所定の手続を履践してはじめて危険が発生するとい

うことではありえない。結局は、同約款における危険は、履行遅滞の事実をも含むものと解さざるをえないといえよう。この点、個人ローン信用保険普通約款においては、より明確に、保険事故そのものを支払不能事故と履行遅滞事故の二種類に分けて定めている。すなわち、同約款一二条では、(1) 債務者が破産宣告、和議の開始、相続の限定または財産の分離により期限の利益を失つた場合」と、(2) 被保険者が前条に定める手続(所定の方法により三回の督促手続を行ったにもかかわらず遅滞が六〇日に及んだとき)にもつぎ債務者に対し期限の利益を失わせた場合」における債務者の不履行を保険事故としている。ここでは、履行遅滞事故において、単なる履行遅滞の事実ではなく、*protracted payment default* が危険とされていることが注目される。ところが、保証保険として認可されている約款をみても、右の点については、信用保険との間にもつたく相違が認められないのである。すなわち、履行保証保険普通約款における危険条項は割賦販売代金保険のそれと同一であり、また、住宅ローン保証保険普通約款の危険条項は個人ローン信用保険のそれと同一である。要するに、わが国の現在の実務においては、こと危険に関するかぎり、信用保険と保証保険との間に何らの相違もなく、ともに、債務者の支払不能の事実ばかりではなくて、一定条件の下における履行遅滞の事実もまた担保すべき危険とされているのである。いつた、信用保険と保証保険とは、理論的にもその危険の点で相違がないものであろうか。

おもうに、信用保険も保証保険も、それが損害保険契約であるとすれば、被保険者の有する債権(将来において具体化する<sup>(17)</sup>ことが客観的に予期されうるものを含む)を被保険利益とする契約でなければならぬ。そして、その被保険利益たる債権につき生じた損害を填補することが、契約の目的である。そのような契約の目的の同一性から、信用保険も保証保険も、それとともに損害保険であるかぎり、債権保険という同一の種類に属することになる。ただ、もし両者において約定危険が異なることすれば、損害填補の条件たる危険もまた契約内容の一要素であるから、そのことを基準として、両者はさらに類別されることが可能となるわけであるが、債権保険における約定危険であるためには、それが、何らかの意味において、必ず被

保険債権につき損害を生ぜしめる事実でなければならぬ。

債権という積極財産について損害を生ぜしめる事実としては、第三者による債権侵害のような債権そのものの滅失の場合と、債務者の確定的な支払不能のような給付の実現の不能の場合とが考えられる。これに対して、単なる履行遅滞は、債権者にとつてそれが何らかの不利益をもたらすにしても、債権それ自体につき損害を生ぜしめる事実ではない。

したがつて、もし、損害保険契約としての債権保険においては被保険債権について生じた損害の填補の引受のみが可能なのであつて、損害が未必であるにもかかわらず給付をなすことを引受けることは損害保険契約としてはなしえないものとするならば、債権侵害および確定的な支払不能を危険とする（その徴表を具体的にいかなる事実として約定するかは別問題として）契約のみが保険契約であり、単なる履行遅滞の事実のみを給付の条件とする契約の保険性は否定されることとなる。そこで、かりに前者を信用保険、後者を保証保険と概念づけるとすると、両者は、その給付の条件たる危険において異なるという点とどまらず、その保険性の有無という点で本質的に異なることになるわけである。わが国において、保証保険の保険性を否定する見解が強いのは、右の観点に立つものと考えられる。

ところで、後に検討する純粹の保証の場合と異なり、わが国において保証保険として認可されている約款においては、信用保険約款と同様に、単なる履行遅滞だけを危険として定めているのではなくて、支払不能事故と履行遅滞事故とをあわせて定めているのである。そこで、一つの考え方としては、わが国における実際の信用保険と保証保険とは、その中に保険の部分と保証の部分とを併せもつているものとみることができよう。

しかしながら、債権を被保険利益とする損害保険契約において、弁済期における履行遅滞の事実の発生によつて保険金額の支払われることがありえないかといへば、必ずしもそのようにはいえないものとおもわれる。すなわち、契約の目的たる保険給付としては、債権保険契約の効果である以上、被保険債権自体について損害が発生した場合のその填補を内容とする

るものでなければならぬ（したがつて、履行遅滞の事実のみを給付の条件とする契約の保険性は否定される）が、しかし、被保険利益自体についての損害は未必であつても、何らかの附有的利益がうしなわれた場合に、保険金額と同額の金銭給付のなされる例として商法八三三条の保険委付がある。

商法八三三条は、「左ノ場合ニ於テハ被保険者ハ保険ノ目的ヲ保險者ニ委付シテ保險金額ノ全部ヲ請求スルコトヲ得」とし、船舶の沈没・行方不明・修繕不能等の事実をその原因と定めているが、これは、被保険利益たる船舶の有する利用価値とでもよぶべき附有価値の有する経済的利益の喪失の場合に、その損失を填補する手段として、その附有価値をうしなつたものを保険金額をもつて保険者に譲渡しうるといふ制度である。<sup>(18)</sup> このような制度が損害保険の中で認められるのは、附有価値を喪失したものを譲渡しうるといふことの中に、その附有価値喪失によつて生じた経済的損害の填補という意義があるからである。

債権が弁済期に履行されないことによつては、債権それ自体についての損害は未必であるが、しかし、債権者としては、給付の目的物である具体的な財貨についての利益の享受が期待どうりに実現しないという損害はこうむつたものといえる。そして、右の利益もまた債権という被保険利益の中に附有されているものであつて、債権を目的とする損害保険の中でそのような損害を填補することは可能であるものとおもわれる。そのような附有的な損害を填補する手段として、約款上の委付というものが考えられることについては、つとに抵当保険等に関して学説上認められて来ているところである。<sup>(19)</sup> 詳言すれば、現行の債権保全火災保険契約の内容は、抵当権者が自己のために抵当物につき火災保険契約を締結するものであるが、抵当物の火災滅失に際して抵当権者（被保険者）が保険者に対して被担保債権を譲渡しうることをあらかじめ合意し、そして現実に債権譲渡があつたかぎりにおいて保険金額が支払われるものであつて、これは、被保険利益たる債権自体には損害は未必であつても、債権の被担保性という利益の喪失があつた場合のために、委付制度を導入したものであるものと解されるの

である。<sup>(20)</sup>

同様に、債権を被保険利益とする保険である信用保険・保証保険においても、弁済期における履行遅滞の事実の発生によつて、被保険者が債権を保険者に委付することにより、保険金額の給付のなされうることが認められてよい。換言すれば、弁済期における履行遅滞の事実の発生によつて保険金が支払われるべきものとされている契約においても、理論的には、必ずしもその事実を被保険危険と把握しなければならぬものではなく、これを委付の要件として把握することもできるのである。したがつて、そのような契約が、当然に保険性を有しないものということにはならないのである。

ちなみに、割賦販売代金保険および個人ローン信用保険の各約款においては、債務者に対する被保険者の権利は、保険代の法則によつてではなくて、支払保険金額を限度とする被保険者からの債権譲渡行為によつて、保険会社に移転すべきものとされている（割賦販売代金保険普通約款一二条、個人ローン信用保険普通約款一三条）。そして、この場合には、実際上も民法四六七条の通知が履踐されていると<sup>(21)</sup>のことである。このことは、履行遅滞の場合の保険金額の支払が、その実質はむしろ委付であることと相応するものではあるまいか。

履行遅滞の事実によつて被保険利益たる債権の附有的な利益の喪失という損害が発生するわけであるが、例えば財産権の利用価値といつたような附有的な利益は、積極的にはその財産権そのものの利益から独立の利益ではない点で、それ自体を保険契約の目的とすることはできない。利用価値の有する利益のような附有的利益自体を保険契約の目的とすることの不当性は、その喪失による固有の損害額を算定することが不可能であること、および、当該財産権の損害は未必なのであるから損害不発生の蓋然性も未だ存在し、損害不発生が確定化してその財産権をふたたび獲得したときは、それに附随して当然にその利用価値も回復するため、利用価値の喪失に対する保険金の給付は損害填補を超える結果となることにもとめられる。このような結果は、ある財産権の利用価値が財産権そのものの価値に附随するといふ本質的理由から、利用価値についての損害

の填補は、当該財産権そのものを目的とする損害保険契約においてはじめて考えられうるということを意味する。<sup>(22)</sup>

したがって、損害保険契約として、履行遅滞の事実により保険金額の給付が約束されうるためには、契約の目的すなわち被保険利益が債権であること、ならびに、約定の保険事故が債権自体についての損害事実——債権侵害または確定的な支払不能——であることが前提条件である。これに対して、履行遅滞の事実のみを条件として債務の肩代わりを引受けるものは、保証契約であつて、損害保険契約ではない。この点からわが国の現行の信用保険と保証保険とをみるかぎり、両者の間にまったく質的な差異はなく、ともに保険性の基準を充たしていることになる。一方、純粹の保証——保証保険事業の第二部として認可されている、契約保証委託契約・契約保証保証契約・法令保証委託契約・法令保証保証契約の各約款——は、主債務または法令にもとづく義務の保証が保険会社により引受けられているだけであつて、保険性を有するものではない。

- (1) Picard et Besson, *Traité général des assurances terrestres en droit français*, t. III, 1943, n° 107.
- (2) 窪田・前掲三二六頁。
- (3) Capitant, *De la cause des obligations*, 1927, n° 3.
- (4) Geisenberger *L'aval, des effets de commerce*, 1955, p.2.
- (5) Kahn, *La notion de l'aval dans les contrats*, 1924, n°23.
- (6) 坂口光男「信用保険の法的構造」手形研究二二〇号三四頁。
- (7) 野津・前掲一四六六頁。
- (8) 窪田・前掲三二七頁。
- (9) Picard-Besson, *Traité général*, t. III, n° 198.
- (10) *Ibid.*: Houin・金沢理井博士訳「フランス法における手形保証保険契約」信用保証五〇号一〇二—三頁。
- (11) Picard-Besson, *Traité général*, t. III, n° 115.
- (12) Bickelhaupt-Magee, *op. cit.*, p.546.
- (13) MacGillivray, *op. cit.*, § 1882.
- (14) Koenig, *Schweizerisches Privatersticherungrecht*, 2 Aufl., 1960, S. 328.
- (15) Massmann, *Die Kreditversicherung in juristische Betrachtung*, Z. g. V., B. 26, S. 154; 坂口・前掲三四頁參照。

- (16) 竹田晴夫「武中守夫『割賦販売代金保険』新損害保険実務講座8巻四五五頁。
- (17) Koenig, *a. a. O.*, S. 328.
- (18) 拙稿「委付による保険金支払の損害填補性」法学研究三七卷一〇号四六頁以下。
- (19) 鴻常夫「抵当保険の法律的構成」私法一一号九四頁、田辺康平「保険者の請求権代位の根拠」損害保険事業研究所三五周年論集一九七七八頁。
- (20) 拙稿・前掲四五頁註(13)。
- (21) 川原林順一「個人ローン信用保険の機能と特質」手形研究二〇号四一〜二頁。
- (22) 拙稿・前掲五〇頁。

三

Bickelhaupt=Magee によれば、信用を目的とする契約の中で、厳密な意味での保証 (Guarantee) と保険との間の最も明確な相違点は、前者においては、主たる債務者の個人的な地位 (individual standing) にもとづいてリスクが定められるのに対して、後者においては、ある特定の階層 (class) に属する多数の債務者グループの信用経験 (credit experience) にもとづく点にあるものとされている。<sup>(1)</sup>

このことは、制度的に言えば、保険のリスクが多数の法則にもとづくべきこと、したがって、信用保険と保証とを区別するものが、保険制度の技術を基礎としているか否かの点にあるということを意味し、また、契約的に言えば、信用保険は包括契約あるいは予定保険契約としてのみ締結されるべきことを意味する。<sup>(2)</sup>

ある契約が保険契約であるためには、その契約によつて形成される制度が、保険技術を基礎とする制度すなわち保険制度でなければならぬということは、ある意味ではきわめて当然のことである。なぜなら、わが商法六二九条は、「当事者ノ一方カ偶然ナル一定ノ事故ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ填補スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ与フルコトヲ約スル」ものを損害保険契約と意義づけているが、しかし、これと同一の内容の契約が締結されても、それが一人対一人の孤立

した当事者間の契約である場合には、それは保険契約ではありえないからである。特に、有償の保証契約を考えてみると、それが、主たる債務不履行という、契約当事者にとつては偶然の事実を条件とする金銭給付の射替契約であるという点<sup>(3)</sup>で、個々の契約の法的構造自体としては損害保険契約と同種のものであるから、これら両者の間の相違すなわち保険契約であるか否かの区別の基準は、結局それぞれの形成する制度が保険制度であるか否か、換言すれば、報酬の額が本質的に保険技術による計算に依拠するものであるか否かということに存すべきこととなる。

もつとも、有償の保証契約の中でも、通常の形式のものは、単に履行遅滞の事実の発生によつて債務の肩代わりが引受けられているものであるから、前節で検討して来たように、契約内容上すでに保険契約たる性質は有しない。そこで、本節で検討すべきものは、債権自体の損害についてその填補が有償で引受けられている契約の中における保険性の有無の区別である。しかも、本稿の目的に即していえば、右の区別基準によつて、信用保険と保証保険とを類別しうるか否かということである。

実際の面から考えると、右の区別基準が信用保険と保証保険との類別に妥当する場合が多いものとはいえるであろう。というのは、債権者が、自分自身の債権についての損害填補を目的として締結する契約を信用保険とし、これに対して、債務者が信用の供与を受けるために締結する契約を保証保険とした場合に、前者においては、当該債権者に対する多数の債務者グループの信用経験というものは比較的とらえやすいことはたしかである(例えば、ある割賦販売業者に対する多数の買主の信用経験)。これに対して、個々の債務者がそれぞれ保険会社に信用の供与をもとめて来た場合には、リスクも個別的となる傾向をもちやすい。

しかしながら、必然的に、前者が常に保険技術をその要素とし、後者が常に保険技術をその要素とはしないということにはならない。すなわち、ある特定の階層の多数の債務者グループに属する者が、それぞれその債権者のために保証保険型の



契約を締結することも理論的にはありえてよいし、実際上も、各種の保証保険約款においては、その契約の目的である債権の種類を特定することによつて、契約者たる債務者の階層を特定し、リスクの経験的な平均化をはからざるをえないのである。したがつて、保険料が保険技術的に定められるか否かという基準をもつてしては、信用保険と保証保険との本質的な類別はなしえない。たかだか、信用保険において、技術的な保険性の要素を含むことがより容易であるといいうるだけであろう。

しかも、さらに一歩つき進めた考察をすれば、右の基準は、包括的に多数の同種取引が付保されるかぎり多数の法則が妥当し、したがつて、ここでは保険技術が保険料の対価性の基礎となりうることを前提としているが、しかし、信用危険団体というものは、内在的にいかに同質の危険を包含していても、それ自体が超時間的に、抽象的に存在しうるものではない。それは、歴史的に、景気の変動というマクロ経済の波の中に浮遊しているものである。このことは、過去の信用保険制度の浮沈の事実が実証している。<sup>(4)</sup>したがつて、ここでは、本質的に、いくつかの与件の下でかろうじて保険的計算が可能であるにすぎない。その意味では、保険技術が保険料の対価性の基礎となつていくつたところで、火災保険等とは異なり、むしろ質的には一般の与信取引における報酬の対価性の基礎と五〇歩一〇〇歩だといえなくもない。

そうだとすれば、信用保険における包括契約性・予定保険契約性という要素は、契約の理論的・本質的要素であるというよりは、危険の逆選択によるモラル・リスクの防止という観点にもとづくものにすぎないといわざるをえないであろう。

- (1) Bickelhaupt-Magee, *op. cit.*, p. 546.
- (2) Hémar, *Théorie et pratique des assurances terrestres*, t. II, 1925, n°520; 古池・前掲四三頁。
- (3) Houin・金沢・井上訳・前掲一〇五頁。
- (4) 信用保険の歴史については、窪田・前掲三〇三頁以下。

## 四

これまで述べて来たように、今日の学説・実務の理解においては、信用危険については、信用危険についての保険のうち、債権者自身が自己のために契約を締結するものを信用保険とよび、債務者が債権者のために契約を締結するものを保証保険とよんでいる。そして、これは両者の経済的機能の相違に照応するものとされている。

本稿では、契約者すなわち表意者が何人であるかということ自体は契約の理論的構造には関わりがないということを前提として、いわゆる信用保険契約と保証保険契約との異同を、被保険危険の点と制度的な保険技術の点から検討を加えて来た。その結果右の二点に関するかぎり——筆者としては右の二点を最も本質的なものと考えたのであるが——、債権を被保険利益とする保険契約としての両者の間に、本質的な相違は認め難いということであつた。

信用保険・保証保険の法律論としては、右の結論それ自体は、格別に実践的な意義を有するものではないといえる。しかし、信用保険契約・保証保険契約の法的構造の分析の結果は、それに対しての法律論的な展望を可能とする。

その一つは、保険事業法に関する展望である。特に、信用・保証保険事業に対する国家的な監督の問題は、信用危険というものの特殊性と密接に関連する。例えば、銀行の与信取引が通常充分な担保を供することによつて行なわれるのに対して、保険取引においては、保険団体的計算——再保険を含めて——が実質的に担保と同様の機能を果たすべきこととなるのだが、はたして信用危険というものはそのような構想をどこまで可能とするものであろうか。そこでは当然にいくつかの与件を前提とするものであるから、それは具体的には保険として認められうる事業範囲の限定ということに結びつかざるをえないであらう。その場合に、契約当事者が誰であるかということによつて保険性の有無を決定するということは、ことがらの解決を誤らしめることになるものとおもわれる。

その二つは、保険契約法に関する展望である。その中にも現行法の適用・解釈に関する問題と、立法論的問題とがある。前者としては、与信行為的側面すなわち保証契約と同質的な側面における、附従性・補充性の問題、求償権の問題等、および、保険的側面における、告知義務の問題、保険代位の問題等が、それぞれ、名称の如何を問わず、契約の内容・性質に応じて解決されなければならないことになる。例えば、商法六六一条・同六六二条による代位は、保険給付のなされることを前提とするものであるから、その信用・保証保険についての適用は、被保険利益たる債権そのものについての損害が発生した場合、すなわち第三者による債権侵害または確定的な支払不能による保険金支払の場合に限定され、履行遅滞による保険金額の支払の場合における保険者の権利取得は、保険ならば委付行為（債権の一方的移転、ただし物の移転の場合と異なりこの場合には債権譲渡に準じた方式が必要か）、純粹の保証ならば民法上の求償権によるべきこととならう。

この点に関連して問題となるのは、保険と保証とが、その経済的機能において同一であつた場合に、そのことが契約上の効果の面にどのように反映せしめられるべきかということである。というのは、イギリスやフランスの学説の中には、契約の保険性と保証性とが、その効果の面においても、必ずしも相互に排斥しあうものではないとする見解があるからである。特に MacGillivray は、保証契約も保険契約も、善意契約性にもとづく義務 (duty of uberrima fides) に関するかぎりでは保険契約の属性を有し、同時に、義務の附従性・補充性に関するかぎりでは保証契約の属性を有するものであるという。このような結果は、根本的には法解釈の方法論の彼我における相違に由来するものであるが、この問題をわれわれの今日の解釈論の中で扱ふとすれば、保険者の義務の附従性は被保険利益たる債権の有無の観点から、同じく補充性の問題は約定危険の観点から、それぞれ決することになるべきものである。これに対して、善意契約性にもとづく義務すなわち告知義務は、保険契約においてのみ認められ、純粹の保証契約においては認められないということにならざるをえないものかとおもわれる。この点、民法上の通説として、債務者が保証人に委託する際に、主たる債務について虚偽の事実を告げた場合

にも、一般に、詐欺としては第三者の詐欺となり、錯誤としては単なる動機の錯誤となり、保証契約の効力には影響を及ぼさないと解されていること<sup>(3)</sup>からすると、両契約の効力の間にはなほだしい差異があるということになる。ただ、告知義務の法的根拠を、保険契約の射伴契約的構造にもとめる立場<sup>(4)</sup>からすれば、有償の保証取引については、告知義務を約款上定めるとすることになるかも知れない。

後者すなわち立法論的問題としては、信用保険・保証保険という区別された概念を基礎とする立法は、正しいあり方ではないといえる。現在行なわれている各種の信用保険・保証保険を、それぞれその経済的機能に応じて法規制の対象とするかぎりでは、問題はもつばら国家的監督における枠組に帰する。契約法的な問題とすれば、むしろ名称・形式・機能のいかんを問わず、抵当保険その他のものをも含めて、契約の目的すなわち被保険利益が債権であるということから生ずべき効果の観点から、これを規制の対象として構想されるべきものと考える。

(1) 拙稿「保険代位について」法学研究四〇巻一一号二三頁以下。

(2) MacGillivray, *op. cit.*, § 1882; Hounin・金沢井上訳・前掲一〇四頁以下。

(3) 我妻・新訂債権総論四五六頁。

(4) 拙稿「告知義務の法的根拠」生命保険文化研究所々報二一五七頁以下参照。

**追記** 筆者は、さきに本稿と同題の論文を脱稿し、鈴木竹雄先生の古稀をお祝いして献じた。本稿は、右の論文において紙幅の関係

上委細をつくしえなかつた点および割愛せざるをえなかつた点と、脱稿後にあらたに検討した点を論じたものである。