

安田火災記念財団叢書 No. 7  
昭和53年度版 VII

# 保 險 と 共 済

東京大学法学部教授  
法 学 博 士

鴻 常 夫 氏 講 演



# 保 險 と 共 済

東京大学法学部教授

法 学 博 士

鴻 常 夫 氏 講 演

財団  
法人 安田火災記念財団



本書は，昭和53年11月9日安田火災海上本社ビルで開催された当財団主催講演会における東京大学法学部教授法学博士 鴻 常夫氏 のご講演を収録したものです。

昭和53年12月

財団  
法人 安田火災記念財団

ご紹介をいただきました鴻でございます。「保険と共済」と題して約1時間15分程度私の日ごろ考えておりますこととお話いたしたいと思っております。

—

「保険と共済」という大きな演題を掲げましたが、あるいは「民営損害保険と大規模な組合共済」といった方がいっそう正確だったかもしれません。と申しますのは、保険と共済を比較するに当たって、比較される保険と共済のそれぞれの範囲をあまり広げ過ぎると、かえって問題点がぼやけることになるおそれがあるからであります。すなわち、一方で、一口に保険といっても、損害保険と生命保険では契約の面でも事業経営の面でも大きな違いがありますし、また、保険契約者側は保険料の支払いを約束し、保険者側は保険金の支払いその他の給付を約束するものが保険であるなどと統一的に説明をしても、あまり意味がないことでもありますし、他方で、一口に共済といっても、現在では農業協同組合の共済のように大規模なものから、事業別、職域別で、かつ地域単位の小規模な共済まで多種多様なものがあり、それらを、たとえば組合共済として一括して保険と比較するよりも、本当に比較の意味があるのは、大規模な組合共済に限られると思われるからであります。したがって、これからのお話も、その中で簡単に「保険と共済」という言い方をする場合には、民営損害保険と大規模な組合共済とを比較する意味で、そういう言い方で単純化をしているにすぎないというふうにお受け取りいただければと思います。そして、この場合に大規模な組合共済というものの範囲としては、農協の共済が第一に挙げられることはもちろんですが、水産業共済というものも入ります。それから中小企業協同組合による火災共済もあり、また、労働者共済その他の消費生活協同組合による共済などをお考えいただければけっこうかと存じます。

なお、保険と共済という問題を考える場合とある程度共通した問題としては、民営保険と社会保険その他の公営保険との関係でも似たような問題が生じ

てまいりますが、話を複雑にしないため、きょうの話では、保険という際には  
民営保険に限ることにいたしました。そういう趣旨であることを、念のため申  
し添えておきます。

## 二

さて、わが国では、保険事業は、大蔵大臣の免許を受けた資本金または基金  
が三千万円以上の株式会社か相互会社でなければ営むことができない、という  
ことになっております。この趣旨は、保険事業なるものは、多数の加入者から  
徴収した保険料を管理・運用し、保険事故の発生に際して確実に保険金の支払  
いをなすべきことを内容とするものでありますから、保険事業の運営の当否が  
保険加入者に対してはもちろん、国民経済全般の利害に影響するところがはな  
はだ大きいこと、その意味で保険の公共性が大であるということによるもので  
あることは、改めて申すまでもありません。しかし、多数の者が団体的に結合  
して、金を出し合って、その団体のメンバーが火災とか死亡など一定の事故に  
遭った場合に、その者に対してある金額を給付するという制度なり仕組みとい  
うものは、必ずしも保険事業としてしか成り立たないものではありません。保  
険については、よく「一人は万人のために、万人は一人のために」ということ  
が言われますが、一人は千人のために、千人は一人のためにもあれば、一人は  
百人のために、百人は一人のために、さらには一人は十人のために、十人は一  
人のために——これは少し極端かもしれませんが——そういうものがあっても  
もちろんおかしいことではありません。そういう小規模で閉鎖的なものもあり得  
るということでもあります。

近代的な保険制度が資本主義の確立・発展とともに、まず株式会社による営  
利保険として発達し、その後、相互保険形態の生成発展をみるに至りました  
が、かつての産業組合ないし今日の協同組合による共済ないし保険がおよそあ  
ってはならない、あるいは、およそ成り立ち得ないということはありません。

それは、あくまでも国の政策のいかんにかかわる問題であります。明治32年の旧保険業法のもとにおいては、産業組合による組合保険の発生が見られなかったということは、この保険業法が保険事業の経営を株式会社か相互会社に限定しており、その建前が一般に良しとされたためでありましょう。早くから協同組合保険の首唱者であり、第二次大戦後は特に強力な推進者でありました賀川豊彦さんらの組合保険の法制化の運動・努力によって、終戦後間もなくの金融制度調査会や、昭和22年から24年にかけての2回にわたる保険業法改正委員会において、協同保険組合による保険を法律上認める趣旨の改正要綱案をまとめたことがありましたけれども、それも結局実現を見ることはなかったわけでありまして。また、24年に商工協同組合法、これは戦後できたものですが、これをすぐ廃止して中小企業等協同組合法を制定することになった際に、当時の商工省の立案した法案には入っておりました保険協同組合の規定が、当時の国会——衆議院においてでございますけれども——で削除されたことについても、ある程度同じことが言えるかと思えます。しかし、当時において協同組合関係法令の整備ということは、国の重要な課題であり、22年11月の農業協同組合法、23年7月の消費生活協同組合法、同じ年の12月の水産業協同組合法、翌24年5月には前に述べました中小企業等協同組合法といったぐあいに、各種の協同組合法の制定が続いたわけでした、そして、それらの法律には協同組合の事業として、「共済に関する施設」とか「組合員の生活の共済を図る事業」などが掲げられ、ここに初めて協同組合による共済施設ないし共済事業が、法制的基礎を与えられることになりました。このようにして、実際に、きょうの話で問題としております保険との関係で、いわば実質的な意味で市場における競合ないし競争ということが問題になるようになりましたのは、23年における北海道共済農業協同組合連合会による農協共済、26年の水産業協同組合共済会による水産業共済、翌27年における北海道共済商工協同組合による中小企業火災共済、少し飛びまして30年の消費生活協同組合法による労働者共済といった各共済そ

それぞれの発足によってでございます。そして、これらの協同組合による共済は、それぞれ農業者、漁民ないし水産業者、中小商工業者、俸給生活者、労働者というように、職域、地域のメンバーを対象とするものとして、それぞれ農林省、通商産業省、厚生省といった所管官庁の監督のもとに共済事業を行ってまいりました。農協共済の飛躍的發展は言うに及ばず、他の組合共済も相当な發達を見ながら現在に及んでいることは御承知のとおりであります。

それでは、以上のような組合共済の發達のよって来るところは何なのでありましょうか。これはなかなかむずかしい問題であります。確かに、その一つとして、協同組合の精神ないしその理念の浸透ということもありましょう。しかしました、たとえば農協共済に見られるように、全国で5,000くらいもある単位農協を一番下の段階として、県連、全協連という三段階の整備された全国的組織の強力なことが、農協共済の發展に大きくあずかって力があることは否定しがたいことでしょうし、さらに、民営保險について保險業法が規制している生保・損保兼営禁止という制約が組合共済には存しないため、火災、傷害、輸送、定期生命、自動車、長期定期生命、住宅建築、自賠責の共済といったぐあいに、漸次、共済の種目を拡大して、養老生命共済や建物更生共済を中心にしながらも、農業者の求める補償需要のほとんどをカバーできる利点のあったことも、以上のような發展の理由として看過し得ないところであります。

以上に見てきたような組合共済の發達の過程で、共済が保險との関係で問題とされたことが何度かございます。あるいはむしろ、何度もあったといった方がよいかも知れません。また、現在でも問題があるからこそ、きょうの講演の演題として取り上げられることにもなったといえるであります。それでは、「保險と共済」との関係を考える際に、その問題点はどのような点なのか、もちろん經營的立場からの問題点がいろいろあるかと思えます。しかし、そうした点は私は門外漢といえますか、全く不案内であります。私としては、専門とする法律の立場に限って考えてみるができるだけであります。そこ

で、これから「保険と共済」との関係の法律的な問題点について、少しばかり考察を加えてみたいと存じます。

### 三

保険との関係における共済についての法律的な問題点は、これまでもいろいろ議論されてきておりますが、現在において考える場合、問題点は二つに分けられるかと存じます。一つは、保険業法上の問題点であって、具体的には組合共済が、いわゆる類似保険として保険業法の規制に触れることはないかという問題であります。他の一つは、共済契約は、私法上いかなる契約であるのか、保険契約に関する商法の規定との関係をどう見るべきかという問題であります。そこで、まず組合共済事業と保険事業との関係を考えてみたいと存じます。この点は御承知の方も多いかと思いますが、昭和27年に、先ほど言及しました北海道共済商工協同組合——北共商と略称されているようではありますが——この北共商が中小企業等協同組合法を根拠として設立された際に、その事業が保険業法第一条の規定に違反するのではないかということが問題になり、それは同法の改正の動きともからんで問題になったものでございます。その際に、松本烝治博士が、損害保険協会から提供されたこの組合の定款、共済事業規約等の資料に基づいて、「北海道共済商工協同組合に関する意見書」というものを書かれております。その中で、松本博士は、結論として、この共済事業は保険業法第一条の規定に違反したものであって、大蔵大臣の免許を受けないでこの事業を営めば、保険業法の罰則規定である同法138条、149条——これは3年以下の懲役または30万円以下の罰金という罰則の規定であります——この両条の適用があるというふうに述べております。いま、この意見書の内容を詳しく紹介する時間的余裕はありませんので、ここでは、この火災共済が保険事業に該当するとした理由だけを要約して申しますと、まず積極的な理由としては、火災共済に加入し得る組合員の範囲が相当広大であって、かつ、ある

程度危険の選択が行われているという点、これが一つです。それからもう一点、見舞金と称する当時一口15万円、一件10口を限度とするという共済金と、一口200円の共済寄託金及び年額一口170円から千口1,250円まで、口数によって異なる付加金ということが決められておりましたが、それらの内容を見ても、この組合は、加入者から保険料に該当する共済掛金を徴収し、これを対償として、加入者に生ずることあるべき火災損害をてん補することを事業として経営するものであって、相互的の保険事業者というべきものであるという点を挙げております。意見書は、もう少し項目を細かに分けていますけれども、要するに、以上の二点が理由でございます。

そして、その後つづけて予想される反対論の三つを挙げまして、これについて松本博士一流の強力な駁撃を加えておるのでございます。

第一に、当時の中小企業等協同組合法70条1項3号には、「組合員の福利厚生に関する施設」という規定があり、その法律規定を根拠として火災共済事業を営むのだから違法とすべき理由はないのではないかという反論に対しては、松本博士は、法律の規定によって保険業法の適用を除外している場合——その例として、地方自治法とか簡易生命保険法というのを挙げておられますが——は別として、保険業法の例外を定めた特別規定のない限りは、免許を受けた保険業者に限って保険事業を営むことができるという保険業法の規定の適用があることは当然である、というふうに反駁しています。

第二に、消費生活協同組合法や農業協同組合法によって認められている共済事業や共済施設といったもの、それら両方あわせて一口に共済事業といういたしますと、それと保険事業との間にいかなる区別があるかという問いに対しまして、松本博士は、まず、保険は広義の共済事業の一種であるというふうに言った上で、損害のてん補その他の保険金額の支払いが、これに対する対償たる保険料の支払いを条件として、かつ事業的に行われる場合に限って保険事業ということになるのであるから、保険事業は一定の計画に従い保険料と保険金額と

を算定し、これによって経営されなければならないものであって、掛金と共済金との間に計算上、相互に対償たる意味のないような程度の共済は保険にあらざる共済である、しかし、共済事業であっても保険事業と目すべき程度に達したものは、法律の特別規定がない限り保険業法の支配を受けるべきものであって、この場合事業者がその事業につける名称・用語が保険であるかどうかは関係がない、というふうに答えております。

第三に、先ほど申しました略称北共商の火災共済事業では、掛金率が一律に定められ地域等によって差異がなく、科学的基礎に基づくものではないから保険事業とは言えず、したがって保険業法の適用を受けるものではない、という反対論は採るに足りないというふうについております。すなわち、合理的、科学的な経営を必要とするのは保険事業の属性ではあるけれども、その法律上の要件ではなく、保険業法は保険事業が合理的、科学的に経営されるためにその監督規定を設けているのであって、もし科学的基礎に基づくものでないという点がある事業が、そういうものなら保険ではなく、したがって保険業法の適用がないというものであるとすれば、保険業法の立法の趣旨は全く没却されてしまうというふうに述べているわけであります。

以上、松本意見書の内容の紹介を要約するといいながら少しく時間をかけてしまいました、御承知のとおり、松本博士は、現行保険業法が昭和14年に旧法の全面改正としてできた際の、改正委員会の委員長であった方であります。大正時代から昭和を通じて戦前はもちろん、この意見書の日付が27年10月4日付というふうになっておりますが、この当ても保険法を含めて法律学の最高権威者であったわけでありまして、保険業法の解釈として松本博士の右に出る方はなかったと申して差し支えありません。当時の法律論として、私は全く以上のとおりであると考えております。

しかし、この北共商の問題は、中小企業等協同組合法を改正して火災共済協同組合を法制化するという政治運動に発展し、6年の経過があって、32年に同

法が改正されて、火災共済協同組合及び火災共済事業というものが法律で認められることになりました。ただ、その共済事業は火災共済に限定され、また共済金額の制限が設けられ、省令で通産、大蔵両省の共管となり、さらに商法、「保険募集の取締に関する法律」の準用ないし読みかえということが明文化されることになりました。そういうことで、法律問題としては、当時一応の決着をみたことは御承知のとおりであります。

なお、松本意見書で触れられている問題の中で、今日皆様にとって一番関心が深い、それも実際的にばかりでなく理論的にも関心が深いのは保険と共済の区別ということであろうかと存じます。しかし、この点については、私は、「保険事業と共済事業の区別」という問題と「保険契約と共済契約との異同」の問題とをはっきり分けて考える必要があるということについて、注意を喚起したいと思います。保険契約と共済契約の異同——これは必ずしも区別ということではないわけです——の問題は後で触れることにいたしまして、ここでは保険事業と共済事業との区別について、もう一度振り返ってみたいと思います。

私は、先ほど、この点は松本意見書の言うとおりにあるということを示しましたが、この問題については後に大森忠夫博士が、松本博士の見解よりももう少し正確な議論を展開していることに注目する必要があるかと思えます。すなわち、大森博士は組合共済を含めての、いわゆる類似保険の問題の議論に関連して、次のように説かれております。大森博士は、まず、保険業法にいわゆる保険事業の意義いかんという点については、結局は経済学上保険事業と観念される実体を備えた事業であるか否か、これを標準として決するほかはないといたしまして、しからは経済学上の保険と単なる共済との差異——私としてはここは保険事業と単なる共済事業といった方が正確だったのではないかという感じをちょっともっておりますが——について、第一に、制度の目的ないし機能として偶然的事故に脅かされている経済主体の不安定の除去・軽減というこ

とが主動的意味をもっているか、あるいは他の主たる目的の遂行と関連して単に付隨的意義を有するにすぎないかどうか、そして、その判定には、たとえば事故発生に際して支払われる金額の限度、単なる見舞い金程度にすぎないかどうかといった点などが重要な標識となるであろうというふうに、まず第一点でそう述べておられます。第二点は、加入者の拠出する金額がいわゆる給付反対給付均等の原則に従って公正に定められているか否か、これが第二番目の標識です。それから第三に、大数の法則の合理的利用に適する程度に広範囲の加入者を集合し得る仕組みになっているか、あるいは特殊な関係で結びついた限定的な組合員のみを対象とする閉鎖的な結合にすぎないか否かが標識となり、そして、特殊な関係で結びついた限定的な組合員のみを対象とする閉鎖的な結合にすぎないかどうかという点は、名目的な制限の有無だけでなく、実質について判定すべきことはもちろんであるというふうに断っておられます。大森博士は、このような三つの標識を挙げた上で、以上のような諸点を総合的に観察して決定すべき問題である、というふうに説いておられます。そして、さらに、それに加えて、これらの各要素はいずれも、いわば程度問題とも言うべき性質の問題であって、しかもこれらの各要素は相互に関連性をもっているから、どれかそのうちの一つの要素のみをもって明確な判定の基準を求めることは、性質上はなほだ困難であり、結局はそれぞれ具体的事例について問題を決するほかはない、というふうに一般的には説いているわけであります。ただ、大森博士は、保険業法は不特定の一般人に公開された保険事業——ただし「公開された」の後に括弧で「実質上」という字を補っておるところが、なかなかむずかしいところでありましょう——保険業法は不特定の一般人に公開された（実質上）保険事業の運営に伴う諸種の弊害を防止することを主要な目標としているものと考えられるから、同法にいう保険事業であるかどうかを決定するものとしては、さきに三つあげた標識の中では第三の最後に挙げた点が、比較的重要な標識となるのではないかと考えるというふうに述べております。保険事業と

共済事業との区別については大森博士の説かれたとおり、総合的観察の上で決定すべき問題で、結局は具体的ケースについて判断するほかはないし、また、その区別の困難なものがあり得ることを否定するものではありませんが、だからといって、保険事業と共済事業との区別ができないというわけのものではないと私は考えます。保険事業は、民営保険に関する限り、典型的な保険事業ということをおいなくても、保険事業としてその意味するところが割合とはっきりしておりますが、共済事業の方は、現に行われているものとしてもかなりのバラエティーがあり、典型的な、いわばイデアル・タイプの共済事業とはいかなるものかを現代の問題として明確化した上で、初めて保険事業との区別、異同というものを明確にし得るといふほかはないのではないかと思います。私が「保険と共済」と題するこの講演で、民営保険、特に民営の損害保険と農協共済等の大規模な組合共済との関係という形で考察の対象をしぼったのは、そこにこそ、まさに現在の問題があるからであります。小規模ないし閉鎖的な組合共済については、これと保険事業とを区別することは松本・大森両博士の挙げた区別の基準ないし標識からみても、さして困難なことではありません。これを要するに、民営保険との関係では、現在の問題としては大規模な組合共済だけを念頭において問題をとり上げることが必要であり、また、それが適当であり、そして、それで十分であると考えたからであります。

以上で不十分ながら「保険事業と共済事業との区別」の問題の考察を終わります。そして、引き続いて「保険契約と共済契約との異同——区別ということではなくて、同じか違うかということ自身が問題であります——について論を進めようと思います。

保険契約、その中で損害保険契約というものは、商法629条の規定で「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——対価といつてもいいと思いますが、要するに保険料——ヲ与フルコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」る契約だということ

になっております。この商法の損害保険に関する規定は、ほんらい、商行為である損害保険契約、すなわち独立の保険事業者、株式会社である保険会社が営利の目的で締結する保険、すなわち営利保険に適用される建前であります。そうではあります、相互保険についても営利保険を予定した商法の規定を一般的に準用することにしております。商法 664 条がそのことを定めております。ただ、同条は相互保険の性質がこれを許さないときは準用がない、という但し書きの規定を置いております。これは相互保険も、社員関係の点はこれを別にしまして、保険関係の面では営利保険における保険契約の場合と異なることはないという考えに立つものであって、当然そうあってしかるべき法規制をしているというふうに認められるわけであります。

ところが、相互保険には準用されている商法の規定が組合共済にも準用されるという規定は、少なくとも商法に一般的な規定はありません。そして、各種の組合共済の根拠法を見ますと、そこには損害保険契約に関する商法の規定が準用されるとしているものと、準用していないものとの両方がございます。前に一言しましたように、中小企業等協同組合法は同法に基づいて設立される火災共済協同組合が行う「組合員のために火災によりその財産に生ずることのある損害をうめるための火災共済事業」（同法 9 条の 7 の 2 第 1 項 1 号）、同じくその連合会が行う「会員が火災共済事業を行うことによって負う共済責任の再共済」（同法 9 条の 9 第 1 項 3 号）については、商法の損害保険の総則と火災保険に関する規定を準用するというふうに定めております（同法 9 条の 7 の 5 第 1 項・9 条の 9 第 6 項）。また、水産業協同組合法は、同法に基づいて、水産業協同組合がその共済会を設立して行う「共済事業で保険に該当するもの」については、商法の保険に関する規定を準用するというふうに定めております（同法 100 条の 14 第 1 項）。これに反して、農業協同組合法は、同法に基づいて農協及びその連合会が「共済に関する施設」（同法 10 条 1 項 8 号）として行っている共済契約について、商法の規定を準用することはしておりません。ま

た、消費生活協同組合法は、同法に基づいて、消費生活協同組合が「組合員の生活の共済をはかる事業」（同法10条1項4号）として行う共済について商法の規定を準用しておりません。中小企業等協同組合法に基づく事業協同組合が「組合員の福利厚生に関する施設」として行う共済（同法9条の2第1項3号2項）や「環境衛生関係営業の運営の適正化に関する法律」に基づく環境衛生同業組合の行う「組合員の共済に関する事業」（同法8条1項10号）についても、ことは同様でございます。

このような法規制の現状はいかに理解すべきものなのでしょうか。これは合理的にはなかなか理解しにくい問題であります。純形式論として考えれば、各種の協同組合の根拠となっている法律は、組合共済に対する商法の準用については個別的に立法判断を加えているのだということは、確かに言えるかも知れません。しかし、同じ組合共済の中でも、大規模な共済事業として行われている農業共済のように、その契約、すなわち約款の内容において保険契約とほとんど差異がないともいえる共済契約に商法の準用がなく、農業共済に比較すれば事業の規模の小さい火災共済や水産業共済について商法の準用があるというのはどうも合点がいかないことでもあります。各種の共済契約の法律上の性質を判断するに当たりましては、当然のことではありますけれども、そこで使われている定款、事業規約、約款その他の関係文書、さらにはそれらの上で展開されている慣行なり実務なりを、仔細に検討してみなければならぬことはもちろんであります。それらの一斑を比較、通覧しただけでも、損害保険契約と共済契約が、保険と共済という名称の相違にもかかわらず、契約としての法律上の性質においては本質的に同一性が認められるということは、争いがたいことのように私には思われるのであります。このことは、——共済保険の関係者の中には、協同組合による保険事業は保険の名称を用いることができないから共済と称している、というような言い方をしている者も見受けるのであります。そういう言葉のつかい方について揚げ足取りの議論をするという趣旨

ではありませんが——たとえば商法の準用のない農業共済においてすら、他の共済との間ばかりでなく、他の保険との間での按分規定を設け、重複契約の場合の共済金の決定方法について、その重複契約が共済契約であるか保険契約であるかを問わずに、同じ扱いをしていることに如実に裏書きされていると認めることができるように思われます。まさに、保険契約と共済契約の私法上の性質の本質的同一性のゆえに、保険の約款の方でも、他の保険契約等の通知義務とか、重複契約の場合の独立責任額によるてん補額の分担の問題については、共済契約を保険契約と同一に取り扱っているものが少なくないわけでありませぬ。火災保険普通保険約款や自動車保険約款等はその例かと思ひます。こういうことは故なきことではないのでありまして、このように保険契約の側と共済契約の側の双方において、言葉が適切かどうかわかりませぬが、相互乗り入れ的な取り扱いがなされている事実の意味というものは、私法上重視すべきことではないかと思ひます。

以上に述べたような意味で、共済契約の私法上の性質は、本質的に保険契約と同一のものとみるべきであります。この点に関連して、一般に共済契約にあっては加入者が原則として組合員でなければならぬとして、加入資格を制限したり、また、共済の目的物であつて高い価額のものである場合には、共済給付額に限定をつけるという特徴をもたせているという点が強調されております。そういうことがあるといたしましても、そのことは共済事業が保険事業に該当するか否かという点については、先ほど申しましたように影響のあることがらではあり得ましようけれども、当該共済契約が保険契約と本質上同一であるというふうに判断することを、少しも妨げるものではないのであります。ただ、注意すべきことは、共済契約が保険契約と本質的に同一と認められるべきであるというふうに私は申しましたが、そのことは共済契約に、商法の損害保険に関する諸規定のすべての適用、準用ないし類推適用——何といたしても結構ですけれども——そういう商法の規定の広い意味での適用があるということ

