

保険契約法における共済の位置付け

－共済の独自性を維持するために－

東日本国際大学 松崎 良

初めに…問題の提起

平成 20 年 5 月 30 日に成立した保険契約法（法律の題名は保険法であるが法律の内容から本報告では保険契約法と称する）により、共済契約（一応この時点では共済契約としておく）には保険契約法が平成 22 年 4 月 1 日から、適用除外をせず全面的に一律に、準用ではなく直接適用されることになっている（保険 2 条 1 号）。然し、共済契約に保険契約法を適用することには、法理上、以下に述べるような疑義が少なからず存するように思える。又、保険契約法は任意法規であるから保険契約法の規定が共済にとって不都合であれば共済規約で修正すれば済むので目くじらを立てる程のことはない等と高を括れることではないし、実際上の悪影響は保険業法程酷くはないであろうから保険業法問題視しなくても良い等というものでもない。ことは共済とは如何なるものかという共済の本質に拘わる大事である。そこで、共済契約に保険契約法を本当に適用する必要があるか否かを検証することが本報告の課題である。

本報告は本学会で 2 年前に報告した「保険業法における共済の位置付け－共済の独自性を維持するために－」（注 1）の続編である。共済の指導理念・組織原理・保障技術は講学上の共済業法も講学上の共済契約法も同一であると考えている。それ故、共済の指導理念・組織原理の部分は講学上の共済業法と講学上の共済契約法に共通であるから前編と一部重複する所があるが、ご容赦いただきたい（注 2）。又、後述するように、結論としては共済契約に保険契約法を適用することには反対であるので、保険契約法が共済契約に適用された場合の各論には立ち入らない。又、保険契約法自体の総論・各論の当否は言及しない。本報告の関心事は保険契約法が共済契約に適用されるべきかという抑々の入口における総論的としての基本的な考え方である。

I. 共済の特長

私は共済保険異質論に立脚する（注 3）ので、共済と保険はどう違って共済の保険に対する特長なり優位性をどう把握するかについて、色々な接近方法がありうるが、共済の指導理念・共済の組織原理・共済の保障技術の側面から、検討してみる。

1. 共済の指導理念

共済は協同組合原則又はこれと極めて類似している指導理念を実践するものである。協同組合共済を直接的に指導する「協同組合のアイデンティティに関

する I C A（国際協同組合同盟、引用者注）原則の声名」における協同組合の定義「協同組合は、共同で所有し民主的に管理する事業体を通じ、共通の経済的・社会的・文化的ニーズと願いを満たすために自発的に手を結んだ人々の自治的な組織である」、及び協同組合の価値「協同組合は、自助、自己責任、民主主義、平等、公正、そして連帯の価値を基礎とする。…組合員は、誠実、公開、社会的責任、そして他人への配慮という倫理的価値を信条とする」に謳われているものは、実は労働組合共済や自主共済にも略等しく当て嵌まるように思える（注 4）。共済は保障を行うに当たり、「互いに密接な間柄にある結果として、組合員中の不幸な者を救済するために加入することを意識している」（注 5）のである。自主共済は共済の原初的形態を最も色濃く残存させていると思われるが、労働組合共済もこれと似ている。労働組合共済の場合は、「ナショナルセンターとして労働者福祉事業に取り組む。その一環として共済事業をおこなう。社会保障解体路線に対し、非正規労働者など未組織労働者の生活防衛のための「助け合い」共済とする。組織化を促進する可能性を広げる。「助け合い」の基盤を安定させ組合員の利益にかない、すべての組合員を対象とする共済への発展を展望する「団結の広がり」生かした制度設計の構築」とされている（注 6）。自主共済の場合は、「母体組織の社会的活動と極めて密接な関わりがあること。…母体組織の多くは人的結合の性格の強い組織であり、共済が母体組織とその構成員のセーフティーネットとなり活動を支える」とされている（注 7）。株式保険の場合はどのようなものであろうか？

2. 共済の組織原理

共済は協同組合原則又はこれと類似の組織原理を実践するものである。ICA の協同組合原則で確認してみると、特に「自発的で開かれた組合員制」（第 1 原則）（自発・自律性、閉鎖系・特定性）（注 8）、「組合員による民主的管理」（第 2 原則）（民主性）、「組合員の経済的参加」（第 3 原則）（特に、不分割社会的資本）等が、協同組合の組織原理を謳っている。事業を利用する為に、出資して協同組合という団体を形成し、その団体を経営し、更には監査するという四位一体（組合員の組合員による組合員のための企業）や非営利性、人的社団（持分譲渡の制限、一社員一議決権の頭数多数決等）等の点で、実は自主共済にもかなり当て嵌まるように思える（自主共済には統一された共通の組織原理は無いが）。労働組合共済で謳う、自主・民主・公開・原価（非営利性）・連帯の 5 つの原則（注 9）も、協同組合原則に親和性・近似性がある。自主共済の場合は、母体組織の構成員に加入者が限定されること、母体組織と一体化した共済であるため自己完結的で母体組織外への影響は共済としては全く無いこと、根拠法に基づく存在ではないため自治規範（規約・定款など）即ち内部ルールのみによる運営が挙げられている（注 10）。自治規範の部分以外は、協同組合共済

と根本的な相違がある訳ではない。

株式保険の組織原理は物的社団であり、組合員制とは違う株主制、資本多数決、出資額に応じた利益配当、持分譲渡の自由等であり、共済とは明らかに異質である。株式会社が剰余金配当の上限（例えば 8%）と ICA 原則の遵守を定款で定めれば株式会社形態でも非営利性を実現できるなどということはある得ないのである。何故ならば、株式会社が定款自治であれ剰余金配当の上限を画することは営利性に抵触する疑念があるだけではなく、そもそも株式会社が協同組合原則を採用することは背理であり自家撞着であるからだ。

3. 共済の保障技術

共済法における保障技術は、共済が、特定人の絞り方が拡散し特定性が稀薄化する程、多数人を相手方として大規模化すればするほど、保険における保障技術と接近化するように見え易くなると言えそうではある。さりとて何も保障技術の点で、共済が保険に接近したとか真似たとかいう訳ではなく、相互に近似した保障技術になる傾向があるに過ぎず、保障技術の点で、共済が保険と同一になることは理論的にも実際的にもありえないと考える。従来はこの点への検証が弱く突込みが足らなかったため、保障技術が彼我で同質・同等で差がない以上共済と保険は同一の法規制に服すべきだとする保険からの共済保険同質論に基づく一元的規制論に対して有効且つ適切な反駁を必ずしもしてこなかったため、イコールフティング論の下地を提供してしまったように思える。

保障である以上保障技術（統計的確率論・大数法則・給付反対給付均等原則及び収支相当原則等）は大方は彼我の間でも共通性は在ると一応は言える。然し、彼我の間には、保障技術（数理 {経理と計理}）の点でも、理論と実際の両面で、かなりの相違ないし小さくない差異が在るように思えるのである。この点をどうしても解明する必要に迫られている。共済も本当に全ての局面で精緻な統計的確率論（損をしないように）や大数法則に依拠している訳ではないと思うのは、共済にあっては規模や社員の属性等の点で保険以上に振幅が大きいからである。総じて、保障数理において、保険数理の方が共済数理よりも優秀であるということが論証されたことは無かったのではなかろうか。保険数理の方が精緻なのは、営利保障で見ず知らずの他人間（個人主義的な都会のマンション住人の如し）の不特定且つ多数人相手の大規模保障を保障専業で行う以上、保障技術は高度に技術に特化・純化して精巧に組み立てる他ないからである。共済は非営利保障で共通の属性という紐帯で結び付く仲間内（集落の近隣住民の如し）の特定人相手の保障を原則として兼業で保障を行うものである（共済にはかなり幅がある）。以下では、特に、給付反対給付均等原則、収支相当原則を採り上げて、検証してみたい。

①給付反対給付均等原則

微視（ミクロ）的には、共済行為者の給付（純共済掛金）と共済者の反対給付（危険負担としておく）が均衡している（相互に対面的な意味合いがある）とする給付反対給付均等原則（公平原則と言われてきた）が、共済にも妥当すると一応は言えよう。

給付と反対給付はリスク対応で全て説明が可能であるのは保険だからである。保険契約者の間では全くの赤の他人であり、保険者（保険会社・少額短期保険業者）は保険専業であり、営利で保険営業を行っている以上（相互会社の場合も株式会社と実態においては大同小異であろう）、保険料と危険負担はリスクに見合うものでなければならない $P = \omega Z$ （ P ：純保険料、 ω ：事故発生率、 Z ：保険金）。給付反対給付均等原則を実質化するために、入口でリスクを把握する為に告知義務を、途中でリスクが増加したときに通知義務を課す必要がある（注 11）。

保険契約法では、保険者によるリスク選択の有無により適用が左右される。リスク選択は保険者が契約の種類・商品毎に行うようである。

ア．所が、共済の場合は、共済行為者相互間は仲間内であり（自助に基づく互助）、共済者は本来の事業の一環として共済を行っているに過ぎず（共済専業ではないから他業を禁止される謂れは無い、それ故他の本来事業への共済資金の流用も出来なくはない）、非営利で共済事業を行っているので、共済は厳密な意味でのリスク選択をする必要は必ずしもないのである。

イ．一部の生協の総合共済や労働組合共済で一般的な組織共済は組合員ならば全員加入することになっており、そもそもリスク選択を共済者が行っていない。

ウ．一律共済掛金は共済にかなり普遍的で卓越した掛金形態となっている（注 12）。生命共済における全年齢一律掛金（一部の生協・かなりの労働組合共済他）はその好例である。リスクに厳密に対応するのであれば、例えば、年齢別の掛金にすべきであろう。

エ．自動車保険では高度なリスク細分型（以下、単にリスク細分型）が外資系から始まり大いに普及しているようである。共済では必ずしもリスクが高度に細分されて沢山割引されてはいないようであり、理念型としてはリスク概括ないし包括型と評すべきリスク対応方法であり、割引項目は保険程は多くないようである。自動車共済に限らずかなり多くの共済種目でリスク概括型が原則であると思われる。

オ．保険契約者のように個々に分断されていればリスク細分型が当然である。然るに、共済は互酬的要素を持つから、リスク細分型にすればもっと掛金が安くなる共済行為者もリスク細分型による掛金の引下げの恩典を放棄してでも自分よりも劣位にある他の共済行為者（病弱者・障害者・高齢者等）を安い掛金で加入させて共済金を受取らせてやろうという暖かい配慮なのであろう（注 13）。

この掛金率区分はリスク集団を比較的均質な集団と大雑把に見て、ここに好い意味での村落共同体的な延長が残存していると把握すべきで、正に助け合い（例えば、全年齢一律掛金は世代間助け合い）の一端を如実に表明したものと解すべきである。詰まり、共済にあっては、給付反対給付均等原則は徹頭徹尾貫徹されるべき当然・必然の原則であると迄は考えられていないのではないだろうか。厳密に突き詰めた給付反対給付均等原則は保険にとっては公平原則でありえても、共済にとっては必ずしも公平原則とは言い難いように思える。

②収支相等原則

巨視（マクロ）的には、保険会社（少額短期保険業者を含む）にとって、純保険料に付加保険料（募集費・人件費・物件費・株主配当・利潤等）を上乗せした営業保険料収入と保険金及び費用支出は一致していなければならないとする収支相等原則（広義に把握している、必要十分原則）が、共済にも原則として妥当する。

社会的制度としての保険が成立する為には、保険者にとって収支が相等しなければ長期継続的に安定して保険を維持できないからである。収支相等原則を実質化するために、填補する範囲と支払基準を詳細に規定しておく必要がある。ア．共済の場合も、収支相等原則は当て嵌まらなないと安定的に維持し難いので、この点は略同様であろう。然し、亜種ないし変種が隅っこで残存していないであろうか？

イ．自主共済は保険数理に反する保障もしばしば実施している（注 14）。共済は原初的には後払込掛金・事後清算寄付金方式ないし賦課方式であったのかもしれない（注 15）。従って、共済契約者には一定期間経過毎に追補義務が発生する可能性があったであろう（注 16）。本方式に戻る自主共済も実際に出現している（但し、保険業法が適用されたので已む無く選択したのである）。共済にとっても収支相等原則は目指すべき原則ではあろうが、共済の基底部分には厳密な意味での収支相等原則とは違う原則が残存しているように思える。

ウ．更に、共済が一步踏み込んで、出血サービスの瞬間的には収支相等原則を忘れて共済金を給付する（加えて、災害支援費用を負担する等）ことがあっても、共済の指導理念からは許容されるのではなかろうか。

II. 保険契約法を共済に適用した場合に発生する不都合

1. 保険契約法を共済に適用した場合に発生する理論上の不都合

① 共済と保険の差異の不明瞭化

保険契約法を共済に適用した場合に発生する理論上の不都合としては、第 1 に、共済行為が保険契約と実質的に同様の法規制をされることにより、一方で共済行為と保険契約の相違という保障の法形式が不鮮明・不明確になり、他方

で非営利・相互扶助・組合員への最大奉仕（農協 8 条）・社員の生活丸抱えの保障という保障の経済的実質も実際には曖昧になる傾向を帯びるであろう。共済関係者が共済と保険は矢張り同様な保障であるのかと思込まされて保険と拮抗・対抗してより良い共済を目指し鋭意精進する向上心を喪失していくことが、真に危惧される。このことは一人共済利用者だけではなく保険契約者にとっても不幸になる。保険の外部に健全な手強い競争者が存在することが、保険にとっての有力なガバナンス足り得る。そもそも共済と保険の実質的な定義を放棄して「契約として実質的に保険と同様のもの」と決め付けるのは、「共済保険一元的法規制論」という結論が最初にあるべきであることが透けて見える。又、後述するように共済から社員権を無理矢理引き離して「契約」保障の法形式即ち法律行為と保障の経済的実質即ち保障の内容の両面において共済は保険と異質であることを論証する必要がある。保険契約・共済契約と同等の内容を有する契約としては労組共済等があるとされているようであるが（その他の契約・第 3 の契約？）、そもそも労組共済は共済の一部である。一部の共済は、共済契約を保険契約と同等・対等のものとして認知し、共済に対する適用範囲を明確にせよ等の主張をしてきた（逆イコールフットィング論）が、全ての共済に保険契約法の網が掛かるといふ不利益があるとの認識は持っていたようである。保険契約法と保険業法とでは契約法が優先するようである。

② 私法体系上の不整合…保険契約法の法的性質の不透明化

保険契約法を共済に適用した場合に発生する理論上の不都合としては、第 2 に、私法体系上の不整合を指摘しておく必要がある。旧商法では当時は（今でもそう解されていると思われるが）相互保険には準用されているに過ぎなかったし増してや共済には適用されていなかったもので、旧商法の保険契約の規定は商法に所属していたと一般的に認識されていた。所が、保険契約法が株式保険・相互保険・共済を問わず直接適用されることになった結果、保険契約法は営利保険たる株式保険と非営利保険たる相互保険と共済とを抱え込んでしまい、私法体系上錯綜して分り難くなってしまった。株式保険は講学上の商法に所属するが、非営利保険たる相互保険と特に共済を包含しているので全体としては民法の特別法であるという説明は、余り説得的ではない。民商二法統一論・ハイブリッド型の民事法だから商法だの民法だのと小煩いことは言わなくて良いということであろうか。株式保険の営業的商行為性(商 502 条 9 号)・営利保険性・商事保障性・営業性も共済(相互保険も)の非営利保険性・事業性・民事保障性も共に曖昧にする無理を犯すことになったように思える(注 17)。それに共済と相互保険とでは非営利保険と言っても建付けや住み心地は大分異なる。保障の組織法や組織の特徴は一切保険契約法には投影ないし反映しないのであろうか？共済を保険契約法に取り込んだままだと何時まで経っても所詮「みにくいアヒ

ルの子」から脱却できないのであり、保険契約法の改正をして共済を旧商法のように保険契約法から除外すれば「美しい白鳥」に変身できよう(注 18)。

2. 保険契約法を共済に適用した場合に発生する実際上の不都合

保険契約法を共済に適用した場合に発生する実際上の不都合としては、保険契約法適用の共済への不利益は未だ不透明であるが、共済規程・約款や冊子の改訂及び電算システムの変更等の膨大なコスト（時間・費用）が必要になる。本来ならば要らない余計なコストが掛かることにより、コスト倒れの共済の体力が低下し保険と横並びの消費財(一般的には商品)になり保障の内容が低下して落ち込むようなことがあれば、それこそ「消費者」保護に違背する（共済掛金の引上げ・共済金の減額・保障期間の短縮等）。

保険契約法が基本的には（片面的強行法規を除いて）任意法規であるといっても、逐一共済に適合しない規定を洗い出だして共済に適合するように共済規程で修正を加えることは中々期待できない。共済が行為法の側面で特に対応しなければ補充的に保険契約法が適用されることになり、済し崩し的に保険に接近して共済の特長の稀釈・稀薄化が進行するように思われる。共済行為に保険契約法を適用するのは宛ら無理矢理に「仏作って魂入れず」の感が深い。魂（共済の指導理念）に相応しい仏（此処では講学上の共済行為法）が必要ではなからうか。

Ⅲ. 共済行為法

1. 共済行為の契約的側面

共済「契約」も保険契約に類似する同等な契約として保険法の規制の対象に組入れられることとなった（2 条 1 号）。然し、実は、共済には契約的側面と非契約的側面の 2 面性があるのではないかと、従って、共済は契約に純化・特化していないのではないのかという疑問がどうしても払拭できない。共済は全面的に契約であるから保険契約法に完全に服すべきであると言いつ渡されたときに反論の余地は無いのか？共済「契約」者保護の為には保険契約者保護と同様の法規制を甘受せよと宣言されたら従うしかないのか？

①共済の非契約的側面…主体客体一体型（第 4 の？）法律行為

共済は元々は主体客体一体型（第 4 の？）法律行為なのではなからうか。即ち、共済事業の利用者・客体が論理的に先ず在って、自らが共済の提供者・主体（共済者）をも兼ねするのが協同組合共済を初めとする共済ではないだろうか。自助に基づく互助を行うために共済団体を組織する以上客体と主体の利害は一致するのが筋であり両者の利害は原理的には対立しない筈であり（注 19）、高度の自治・自律・自己統治に裏打ちされた私的自治に委ねてよい世界であり(注 20)、自主規制・自治法規こそが最も効果的なコーポラティブガバナンスである。

それ故、共済には本来は法規制は無縁で不要であるが、敢えて共済に対して法規制をせざるを得ないとしても、必要最低限に止めるべきである。本来的に道德危険（モラルハザード）と無縁で、コーポラティブガバナンスを敢えて高唱しなくてもコーポラティブガバナンスが組織原理として最初から組み込まれているのである。

この法律関係は既存の法律行為概念では中々説明仕切れない。少なくとも契約ではなく契約とは別異の法律行為であるように思える。勿論単独行為ではなく、社団設立行為のような一方向の合同行為でもない（双方向の法律行為である）。因って、主体客体一体型（第 4 の？）法律行為が共済の原型であると思う。保険にはこのような側面は全く存在しない。

②共済の契約法的側面

そうは言っても、共済が成長してくると実際上は、共済利用者と共済提供者の利害が必ずしも一致しない傾向が出てくることは殆ど必然である。然のみならず、原理的にも、両者間で不一致の契機があるのであろう。又、共済利用者であっても略同一平面で両者を比較して保険も利用している者が少なくないであろう。解約は保険よりは少ないと思われるがあることはあるし、道德危険も絶無ではなかろう（特定性の絞込みが弱まる程道德危険の発生可能性が高まろう）。ここでは保険と類似の法律状態に接近してくる。

③共済の両面的法律行為性……共済の非契約的側面即ち主体客体一体型（第 4 の？）法律行為性が出発点の筈である

ア．共済には両面的法律行為性があると考えているが、どちらの側面が共済の原則的な側面であるかと言えば、共済の非契約的側面即ち主体客体一体型（第 4 の？）法律行為性が出発点の筈であり本来中心に据えられなければならないのではなかろうか。詰まり、両者を合わせて共済行為と解しておく（注 21）。かく解すると、共済は保険契約法に全面的に服する必要は無いのであり、本来は共済行為法で規制されるか共済行為法の外で任意に行うべき筋合いのものであり、そうできなかったとしても保険契約法の適用除外を受けるべきである。適用範囲が限定されている片面的強行規定のみでは不十分であり、一般的な約款規制を検討すべきであるとする意見もある（注 22）。

イ．加えて、消費者契約法にも言及しておきたい。消費者契約法は事業者と消費者は利害が対立し主体の中には客体が入り込んでいない通常の契約類型（業者と顧客）を措定している（2 条）。所が、共済団体では、社員は事業者であると同時に消費者でもあるので純粋な消費者とは言い難い。因って、主体客体一体型（第 4 の？）法律行為は全面的には事業とは言い難いように思えなくもない（注 23）。消費者契約法の適用が共済行為には排除されるとまでは言わないまでも、信義則に違反して消費者の利益を一方的に害するものは無効とされる（消契 10

条)場合は、共済行為には極めて少なからう。

ウ. 共済行為は契約とは違う法律行為の側面が主であるから、保険契約法や金融商品販売法等の法解釈論にも小さくない影響を及ぼすことがあり得る。実際には、共済行為を独自の法律行為として貫徹することは中々困難であるから、原則と例外が逆転することにはなるが、共済行為は共済契約として一応既存の契約法理で説明して、共済論に基づく共済法の観点から、部分的に必要な応じて、非契約的要素を加味して共済契約を共済行為に修正することになるであろう。

エ. 此処で大いに懸念されることは、保険契約者保護を錦の御旗として掲揚することにより、不動金縛りに合って、共済は共済行為の面でも保険と同一に規制されるべきであると共済関係者が思い込まされて抵抗できなくなることである。事業利用者保護は共済に内在的な本源的な要請であり利用者保護（そもそも利用者は主体でもあるから一方的な保護の客体ではないが）は共済の専売特許である。消費者保護（注 24）を謳い文句にしながら共済行為者の利益確保という「消費者」「保護」を掘り崩す側面をも有する保険契約法における契約者保護の危険な陥穽・ある種の欺瞞性に目覚めるべきである。

2. 社員関係と行為関係の関連性

共済には、共済者と共済行為者との間には、一方では、出資に基づく組織法上の社員関係が存在し、他方では、事業提供・利用に基づく行為法上の行為関係が存在する。両者の関連性は言うまでもなく原則的な員内利用の場合にのみ発生する。両者の関連性をどう解するかは共済にとって重要な本質的な問題である。

①社員関係

共済団体(協同組合共済・労働組合共済・自主共済等)においても、出資に基づく組織法上の構成員関係は発生し、構成員は共済団体の主体となる。共済団体は広義の社団の中で、民法組合ではなく狭義の社団である。狭義の社団の中で、物的社団ではなく人的社団であると考えられる。人的社団とは社員資格が特定の仲間内に限定され、社員間の人的信頼関係ないし結合が重視され、社員たる地位に相場が立って持分の譲渡が自由で頻繁に社員が交代することが前提とされていないような社団を想定している。株式保険は物的社団の典型であるので、この点で株式保険とは明らかに異なっている。相互保険はどうであろうか？

②行為関係

共済団体においても、事業提供・利用に基づく行為法上の行為関係は発生し、社員は共済団体の客体となる。まず、出資をすることにより社員となり、社員権の一部としての抽象的利用請求権を持つことになるが、共済単営でない限り、

全ての社員が共済事業を利用する訳ではないので、共済行為を共済団体と締結した上で、具体的利用請求権としての共済事業利用請求権を共済団体に対して持つことになる。此处で共済行為とは契約とは異なる法律行為であると考えられる。契約の場合は、両当事者は利害が宿命的に対立することが前提とされている。例えば、株式保険で言えば、保険者は保険料を高く取りたいし保険金の支払いが少なければその分利益配当を株主に余計に支払えるので支払いは控えたいという動機が顕在化する危険性に常に晒されており、保険契約者は保険料は安い方がよく保険金は確実に全額支払って欲しいということであろう。相互保険はどうであろうか？所が、共済の場合は、主体と客体が基本的に一致しているので、共済者と共済行為者の利害が原理的に鋭く対立するという構図に立っていないのである。主体即ち客体であり、共済者は事業利用者を内部に抱え込んでいる(内部市場化?)。共済行為者は決して単なる顧客ではなく主体でもあるので、更殊契約者保護等と高唱するには及ばないのであり、共済行為者保護は当然のこととして内包されている(実際には、両者の利害が寸分違わず一致することは無いであろうから、利害が事実上齟齬を来たすことは在り得よう)。

③社員関係と行為関係の関連性

そこで、社員関係と行為関係の関係・関連性をどのように解するかであるが、共済団体においては、先ず、事業を利用したいが単なる利用者に留まらずに共済団体を組織して団体を設立してその主体になる。次に、共済団体と共済行為を締結して事業の利用者即ち客体ともなる。此处で事業の主体と客体が一体化するのである。詰まり、社員は事業提供者であると同時に事業利用者でもある。更に、社員自ら経営まで行う(員内理事)ので、共済団体の業務執行機関は自己機関が原則である。第三者機関とならざるを得ない株式保険とは明らかに相違する。加えて、社員自ら監査まで行うことが想定されており、株主以外に監査役を設置する株式保険とはこの点でも異なる。以上を要するに、共済団体では、社員は四位一体の地位を兼ねているのであり、夫々の地位は不可分一体に緊密に強固に結合しているのである。社員が社団から脱退するときも、社員関係の喪失即行為関係の喪失＝解約に繋がる。行為関係は社員関係を論理的な前提にしているので、社員になってから社員である内に共済行為を締結するからである。但し、員外利用が許容される範囲(2割[農協10条19項但書]等)では、両者が分離し社員関係無しに行為関係だけが存在する。社員関係と契約関係が平等の立場で結合していると相互保険で説明される結合説(注25)とも相違する。それ故、事業利用者たる地位だけを殊更引っこ抜いて保険契約と同等の共済契約だから保険契約法に従えというのは、共済の法理を弁えない謬論であると考えている。共済行為法では主客一体型が原則であるから、共済行為者は一方的な保護の対象ではないので、契約者保護を殊更に高唱されて保険と同一

の法規制を行為法の側面から課されるのは筋違いのように思える。

3. 共済行為の非営利性

共済行為の非営利（注 26）保障である。これを分説する。

①第 1 の非営利性の不存在

共済団体は共済利用者と共済行為を締結するのであるが（員内利用を想定する）、内部の社員たる共済利用者との経済行為から結果的に剰余金（危険差益・費差益・利差益）が発生しても、それは外部の第三者との取引から獲得した利益ではないので、第 1 の意味の営利性を欠如している。株式保険では、保険契約者という外部の第三者との取引（保険料払込・保険金支払等）から利益を獲得する。此处では明らかに株式保険と相違する。相互保険は文字通り相互に保険し合うのであれば、共済と似ている。然し、実態からすると、相互保険に社員を措定するのは擬制であるように見えるので、いっそのこと相互会社は財団であると割り切った方が却ってすっきりと腑に落ち易くないだろうか。

②第 2 の営利性の欠如

第 2 の営利性は第 1 の営利性が成立して初めて意味を持つ営利性であるから、既に第 1 の営利性が認められない以上は、第 2 の営利性は論理必然的に成り立たないので検討する必要は無いのであるが、一応眺めておこう。協同組合共済で言う出資額の配当ないし割戻し（以下、出資配当）は上限が設定されていて（単位農協 8%…農協 52 条 1 項、生協 1 割…生協 52 条 4 項）、その主旨は出資を誘う甘味料として預金金利程度を付すということであり、現実にはかなり低い配当率であると思われる（注 27）。株式保険では、第 1 の営利性で言う利益を内部の構成員たる株主に剰余金配当の主要な構成要素たる利益配当として分配する。此处でも明らかに株式保険と相違する。相互保険は文字通り相互に保険し合うのであれば、共済と似ている。

尚、利用分量の配当ないし割戻し（以下、利用分量配当）は第 2 の営利性とは明らかに別異のものであり、剰余金配当は本来は利用分量配当が原則的な還元方法であるから、出資配当は副次的・補助的な従たる還元方法と考えられる。株式保険で言う契約者配当に相当する利用分量配当はあくまでも安全を見越して多めに払い込んでもらった共済掛金の事後精算としての割戻しである（注 28）。詰まり、共済においては、第 2 の営利性も欠如していると言って大過ないであろう。

4. 共済行為法の法源…共済規程の法源性

共済においては共済利用者の自治・自律・自主規制・自己統治が基本であるから、自治規範こそが本源的な第 1 の法源の筈である。社員ガバナンスが元々組み込まれているのである。然し、協同組合共済位になると、現実には、全くの自己規制に委ねておくという訳には行かなくなり、国家法で規制される側面

も生じてくる。共済行為法の法源としては、各段階のものがあるが、共済規程を取り上げて共済の特長を眺めておく。

共済規程は農協が共済事業をどのような方針ないし方法で実施するかを定めた内部規定であり、その制定・変更・廃止に際して行政庁の承認を受けなければ、共済規程の制定等は効力を発生しない(農協 11 条の 4)。農協の共済規程は事業方法書及び普通保険約款、保険料・責任準備金算出方法書、財産利用方法書の内容を併せ持った(注 29)独特のものである。その変更を理事会の議決で済ませることが出来る場合でも、その設定・廃止は総会の議決が必要である(農協 44 条 5 項)。設定・変更・廃止が農林水産大臣の承認にかかる共済約款も、申込者に対して使用することが共済規程で定められている。共済行為者は共済事業の提供者(主体)でもあること、共済規程は株式・相互保険の約款より広い概念であること、共済規程は原則として総会で決定していること等から、共済規程は株式・相互保険の約款とは大分異なる部分があり、附合ないし附従契約であるとは言い切れない側面を持っている(注 30)。

5. 小括

以上を要するに、共済行為は共済に独特の法律行為であり、共済「契約」に中々収まり切らずかなり食み出ると考えられる。現実には、一応契約法理に立脚しながら、透徹した共済論で、契約法理から導き出される結論を、共済の指導理念や組織原理に則って、目的論的立法及び法解釈で、修正することになる。契約法理がコモンローであるならば、共済からなされる修正はエクイティーに相当すると言えようか。同様の事故であれば共済でも保険でも同様の結論になるべきだ(支払うときはどちらも支払う、支払わないときはどちらも支払わない)式の論法に陥ってはならないのである。

IV. 共済の今後の対応

以上から、本報告は共済行為には保険契約法を適用すべきではないという論理に到達した(注 31)。保険契約法を共済に適用する部分は共済と保険のかなり大きな相違を弁えない不適切な瑕疵を帯有した立法であると考えられ、理論的にも実際的にも不都合・弊害が多いと思われる(注 32)ので、保険契約法が共済に適用されてしまった後速やかに保険契約法から離脱する必要があるように思う(取り込まれる前に阻止できれば最善であったが)。保険契約法の共済への全面的且つ直接適用が、保険業法の共済への全面的適用に道を開き、総体としての共済保険一元的法規制の布石にはしてはならない。共済に保険契約法が適用されることを前提に共済側から保険よりは不利に取扱わないように要望する逆イコールフットィング論を主張しなくてよいように、保険側から頻々と高唱されるイコールフットィング論を確り防御しておくべきなのである。そこで、共済は

今後どのように対応をすべきであろうか。

1. 第 1 段階の目標—保険契約法適用除外の道

第 1 段階の最低限の短期の目標は、保険契約法を改正して、保険契約法から共済行為を適用除外する道である。緊急避難的に共済への適用を排除しようとする方策ではある。各共済毎に一括して適用除外を規定する方策を採用すべきであり、例えば、現行保険業法を前提とした規定振りに置き換えるとしたら、協同組合共済は「他の法律に特別の規定のあるもの」（保険業 2 条 2 項 1 号）に該当する、労働組合共済は「一の労働組合がその組合員(略)を相手方として行うもの」(2 条 2 号ハ)に該当する、自主共済は、位置付けが困難であるが、「政令で定める人数」(2 条 3 号)をかなり多く設定することで、対応することになるだろう(注 33)。各規定毎に部分的に適用除外を規定することも考えられなくもないが、「本節の規定はその性質が許さざるときは共済契約に適用せず」(旧商 664 条参照)等という規定振りは却って疑義が生じ易く分り難い。然し、そもそも共済が保険契約法に組み入れられていることを前提とした上で例外を認めてもらおうとする弥縫策であること、保険契約法を改正して再び共済に保険契約法が適用されてしまう危険性があること等から、三善であろうか。

2. 第 2 段階の目標—保険契約法から共済「契約」を切り離す道

保険契約法が共済に少なからぬ不利益を与える部分は不当であるから、保険契約法を改正して、共済の扱いを旧商法の立場に戻すことが、理論的には、第 2 段階のより望ましい中期の道である。保険契約の定義から、「共済契約その他のいかなる名称であるかを問わず」を削り、明文で、「保険契約(共済契約を除く)」（新保険 2 条 1 号）と改めるのである。協同組合共済は夫々の監督省庁の下で各々の根拠法で、労働組合共済は厚生労働省の下で労働組合法で、自主共済は厳格で高度の自主規制で、共済を規制していくことに復帰するのである。これで保険に勝るとも劣らない規制を確保できよう。然し、再度押し寄せてくるであろう保険契約法に基づく法規制という荒波に常に準備・対抗しておかなければならないが、果たして食い止めることができるか？

3. 第 3 段階の目標—独自の共済法を制定する道

理論的に最も望ましいは独自の共済法を制定し、共済行為法と共済業法を一本の法律に包摂して、各種の共済を統一的に一括して管轄する長期の道である。矢張り共済行為に相応しい固有の法律を制定した方が、不安に怯えることなく安心して共済事業を継続して行えると思うからである。「保険業法における共済の位置付け—共済の独自性を維持するために—」で言及したことは再説しないが、指導理念、組織原理、保障技術や共済行為等を全部引っ括めて規定することになるだろう。

結びに代えて…保険共済一元的規制論に対抗するために

現状のままでは、共済は保険に完全に取り込まれて屈服することにならざるを得ない。一番不利益を受けるのは共済利用者である。この窮状を打開するために、共済の保険への牽制力・拮抗力が十分働いていることが、一人共済に対してだけではなく保険に対しても、安全弁として機能していることを認識しておく必要がある。共産主義という敵対者を喪失した資本主義の暴走・凶暴化(大競争・世界標準等)を想起すべきである。今回の世界同時大不況でも、共済はそれ程大きな運用損を出さなかったようである。シカゴ学派的な新自由・新古典主義の極限状態が大きく躓き、ケインジアン的な福祉国家・社会国家主義も復活し、金融・財政総動員のポリシーミックスで深手を負った経済を立て直さざるを得なくなった。後者の福祉国家観は共済に親和的である。共済は個人主意的 *gesellschaft* と団体主義的 *gemeinschaft* の両者の側面を兼備する *genossenschaft* 的団体である。共済には共済に独特の色・味・匂いがある。それは取りも直さず日本民族の色・味・匂いである。共済は、近世以前だけ見ても、義倉・常平倉・社倉(三倉)・郷倉・頼母子講・無尽(信用協同組合)・無常講(賦課式の生命共済)・友子同盟(坑夫の共済)・報徳社(農協の源流の1つ)等の系譜を引き継ぐ由緒正しい伝統を有しているのであるから、共済を確固たる名実を伴って残していかななくてはならない。共済は決して色・味・匂いの無い単なる保障に留まるものではない。共済は単なる *sachlich* で唯物論的な技術だけではなく、*geistig* で唯心論的な指導理念も併せ持っている複雑で多面的な存在である。単なる保障技術だけでは割り切れない奥が深い存在である。然も、その保障技術も保険とは微妙に異なっていて、似て非なる違う保障技術である。共済の指導理念・組織原理・保障技術を総合すると、共済と保険は本質的に別異の保障であるとの結論に到達した(注 34)のであり、相互に違う保障である共済と保険を同一平面で比較して議論するのは恰も異種格闘技をどちらかの掟で競技をして決着を付けよと言うに等しい無謀な暴論である。理論も実際の異なる共済と保険は各々別異に扱うべきである(注 35)。保障の多様性を企業形態でも多くの選択肢を提供する必要がある。

民主党政権に歴史的転換を遂げた。野党時代に民主党が平成 21 年 6 月に提出した、自主共済を存続させるために保険業法を一部手直しする「保険業法の一部改正案」の議員立法は廃案になったが、今度は政権与党になった民主党は自民公明政権下で成立した保険業法だけではなく保険契約法も、共済が従来通り十全に活動できるように法律整備をする責任が発生したことを深く認識すべきである。保険業法と異なり、保険契約法ではアメリカの影が直接の因果関係を持って追跡できる形では見えてこないが、アメリカの隠秘の間接的な意向が日本政府に働いていないであろうか？共済と保険の腕力勝負・体力消耗戦的なイ

コールフティング論は、我が国の国富消尽即ちアメリカへの国富移転という死に至る病の一環を構成していることに思いを致すべきである。

共済はもっと明確に共済行為法でも自己主張する必要がある（注 36）。保険契約法への異議表明・反対は共済側から盛り上がりず精彩に欠けたように思う。保険契約法の不利益は見え難く、又保険業法改正で共済側の頑強で徹底的な抵抗に遭った金融庁の事例を反面教師として学習したであろう法務省の立法が巧妙であったということもあろうが、共済側の反応の弱さも気になる所である。保険業法はカウンターパンチのように即効的に強烈な打撃を与えるので反発し易いが、保険契約法はボデーブローのようにじわじわと時間を掛けて深部を蝕んでいくので反撃をする必要性に気付かないことすらある。納得できないことには、共済側としては適時に異議を唱えておく必要がある。更に、共済内部でも、各共済相互間の中小の相違・異質性を意識しすぎず、寧ろ相互の共通性・同質性を大切にして、以って保険との大きな相違・異質性を強調すべきである。日本的な団体主義・地域立脚・互惠互助という良き伝統を守る為にも、共済は奮闘しなければならない。

注

1. 松崎「保険業法における共済の位置付け—共済の独自性を維持するために—」『保険学雑誌 603 号』 pp.165—184、平成 20 年 12 月、日本保険学会。
2. 本報告では、前報告では触れなかった保障技術について、補足している。
3. 松崎「共済法」『現代保険法』（石山卓磨編）pp340-343・平成 17 年 9 月・成文堂。
4. 国際連合の 2001 年総会で決議された「社会開発における協同組合」で、国際連合が協同組合について支援するように決議している。又、2002 年に国際労働機構（ILO）は「協同組合の振興に関する勧告」で、雇用の側面から協同組合を支援するように決議している。
5. 印南博吉『インシュアランス生保版』昭和 53 年 1 月 1 日。
6. 全労連共済（仮称）の場合。連合系の共済の場合も略同旨か。
7. 齊藤義孝「若干の補足の報告」（第 28 回日本協同組合学会秋季大会シンポジウムの提出資料）・1 頁・平成 20 年 9 月。
8. 閉鎖系とは誰でも組合員になれるのではなく組合員資格は限定・特定されているということであり、「開かれた」とは、組合員資格を有する者は協同組合に加入する又はそれから脱退する際に差別されないで平等に取り扱われるということであり、相互に矛盾するものではなく、閉鎖性→公開性（open membership）という流れになる。

9. 全労連共済（仮称）の場合。連合系の共済の場合も略同旨か。
10. 斉藤義孝「若干の補足の報告」（第 28 回日本協同組合学会秋季大会シンポジウムの提出資料）・1 頁・平成 20 年 9 月。
11. 「契約の規律の方から、裏から書いている。…書かれざる要件というような形で、解釈の指針になる」（保険の基本問題に関するワーキング・グループ（第 42 回）議事要旨）・3 頁・平成 19 年 12 月。
12. 「共済の掛金は、一般的にはリスクに対応するのではなく、原則的に一律の額を拠出することになっています」。武田久義『リスク・保障・保険』38 頁・平成 21 年 4 月・成文堂。
13. 「高齢者・病弱者・身体障害者・高度危険職業従事者などの実際死亡率を少し低く抑えて危険共済掛金をいくらかでも安くしようとするものです。他方、その少し抑えられた実際死亡率分を相互救済の精神に立って若年者・健康者・通常の職業従事者などに負担してもらおう」という指摘は、均等原則の緩和である。根立昭治「共済の歴史と特質」『共済事業の基礎理論』11-16 頁・平成 7 年・（社）日本共済協会。
14. 斉藤義孝「若干の補足の報告」（第 28 回日本協同組合学会秋季大会シンポジウムの提出資料）・1 頁・平成 20 年 9 月。
15. 井上亨「保険料のキャッシュレスと約款の責任開始規定」『生命保険論集 160 号』219-222 頁・平成 19 年 9 月・（財）生命保険文化センターに出てくる前近代的保険。
16. 産業組合法に在った保証責任（例：出資額の 3 倍まで負担する責任）を彷彿させる。
17. 押尾直志『保険学雑誌 599 号』164 頁・平成 19 年 12 月は、共済契約にまで保険契約法を適用すると保険事業の商行為性が曖昧になる、とする。
18. 萩本修「保険法はみにくいアヒルの子？」『Westlaw Japan 今週のコラム第 26 回』ホーム・平成 20 年 9 月 8 日に出てくる用語。
19. 「保険」商品の売り手と買い手という相対立した関係とは決定的に異なる。押尾「保険契約法と共済について一保険法部会『中間試案』における保険契約法の『適用範囲』を中心に一」『保険学雑誌 600 号記念論文』217 頁・平成 20 年 3 月。
20. 弁護士会に主務省庁が存在しないのは弁護士会に高度の専門性に基づく自治が期待できるからであろうが、共済とて今まで特段大きな問題を起こすことなく社員や社会の期待に十分応えてきた。
21. 私法上の信託は信託契約と信託宣言に基づく自己信託（信託 3 条 3 号、単独行為である）を合わせて信託行為と称すべきであるが、これと似ている。
22. 伊勢田道仁・保険法の改正について（保険問題研究会記念講演）・3 頁・平

成 20 年 5 月。

23. 因みに、労働契約は事業に当たらないとされる（他人の指揮命令に服するから）。『逐条解説消費者契約法新版』67 頁・平成 19 年 6 月・(株)商事法務。

24. 平成 21 年 9 月 1 日から消費者庁が設置されたが、通常の消費者問題とは異なる側面があることを消費者庁にも働きかけていく必要もあろう。

25. 洲崎博史『保険法 2 版』(山下＝竹濱＝洲崎＝山本)15 頁・平成 16 年 10 月・有斐閣。山下友信『保険法』84 頁・平成 17 年 3 月・有斐閣も同旨(但し議論の実益が殆んど無い)。

26. 非営利性一般については、松崎「『企業』に関する一試論」『酒巻先生古希記念論文集』(石山＝上村＝川島＝尾崎編)769－792 頁・平成 15 年 3 月・(株)商事法務で詳述した。

27. 例えば、横浜農協の 3%(平成 19 年度)はかなり高いのではないだろうか。又、生活クラブ生協神奈川(ユニオン)は出資配当を行っていない。生協コープ神奈川は 0.2%である（平成 20 年度）。

28. 30%を超過する生協もある。例えば、横浜農協では共済事業に対する配当は無く、生活クラブ生協神奈川(ユニオン)では前年度に払い込んだ共済掛金に応じて組合員に割り戻されるが、割り戻された額は各自の出資金に増資される（準回転出資金と称すべきもの）。

29. 全国農業協同組合中央会『共済事業 JA 教科書 5 版』60 頁・平成 20 年 4 月・(社)家の光協会。

30. 略同旨、押尾「保険契約法と共済について—保険法部会『中間試案』における保険契約法の『適用範囲』を中心に—」217－218 頁。共済には「『保険契約』と同じ意味での『附合契約性』は存在しないというべきである。『共済』において使われる規約・規程等はすべて組合員総（代）会に提案され、事前に審議、承認された後に初めて導入されるものである。」

31. 逆に、共済行為に保険契約法が適用されるという前提に立つ場合は、更に、法解釈の方法（保険契約法の学説・判例を類推適用してきた従来の解釈方法の適否も含めて）や各論も検討することになる。

32. 法務省は共済の専門家ではないので、共済行為を管轄することになって内心困惑しないのであろうか？

33. 竹内昭夫「損害保険契約法改正の基本的問題—保険・共済と消費者保護—」『創立四十周年記念損害保険論集』10 頁・(財)損害保険事業研究所昭和 49 年ですら、小規模共済には「一般の保険の場合のようにきびしい法的規制をする必要もないし、あえてそれを行えばこのような自主的な相互扶助の仕組みに徒に過大な負担をかけることになろう」としていた。直接的には保険業法の共済への適用に関する論及であらうが、保険契約法でも、最低限、自主共済には適

- 用除外しなければ「消費者保護」に悖るとも読めなくもないがどうであろうか。無論、保険契約法を適用除外すべきなのは自主共済に限定されるべきではない。
34. 押尾「保険契約法と共済について—保険法部会『中間試案』における保険契約法の『適用範囲』を中心に—」の「保険法部会『中間試案』では…『共済』の最も重要な組織・運営原則を排し『共済契約』に矮小化することによって『保険契約』と同様なものとして『適用範囲』に含めようとしているのである。…『中間試案』の見解は、『共済』の社会的意義・役割を軽視し、憲法に定める『基本的人権の尊重』や『経済活動の自由』に抵触する恐れがあるのではないかとの疑念を抱く」との指摘も、結論同旨であろう。
35. 「憲法第 14 修正は事実の異なるものを同一に扱うように要請していない」(農民への反トラスト法適用除外条項を含む刑法典を合憲と判示したアメリカ最高裁 1940 年ティグナー判決)。高瀬雅男「米国における反トラスト法からの農協適用除外立法の発展」『第 29 回日本協同組合学会大会報告要旨』37 頁・平成 21 年 9 月・日本協同組合学会。
36. 「本来は共済会計があるべきですが、このままではなし崩しに保険会計になりかねません。そこで、共済には保険プラスアルファがあることを積極的に考えて欲しいと思います。ここが保険との違いだということを経営的に説明すれば、発展にもつながる」。会計を法に置き換えれば、共済法にも当て嵌まる。齋藤敦「協同組合と国際会計基準」『共済と保険 50 巻 9 号』20 頁・平成 20 年 9 月・(社) 日本共済協会。