

保険相互会社による相互保険と商行為性の問題

村 田 敏 一*

目 次

- I はじめに
- II 相互保険と商行為性——大森忠夫博士の所論
- III 保険相互会社の相互保険と営利性の問題——解釈論（現行法）
- IV 商法総則・商行為法の改正と保険相互会社——立法論
- V おわりに

I はじめに

保険相互会社の引き受ける相互保険契約と商行為性の問題については、以前にも論じたことがある¹⁾。その一方で、商法の現代化の一環として、残された領域としての商法総則・商行為法（運送法を除く）の改正に向けた機運も漸次醸成されつつあるように思われる。そこで、相互保険契約と商行為性の問題についても、こうした立法論的な検討の俎上にのせて再度考察を行うべき必要性が生じているものと言えよう。本稿では、まず、大森忠夫博士の所論を踏まえて、保険相互会社の行う相互保険契約の商行為性の問題につき理論的な検討を行う（II章）。続いて、現行法の解釈論としてこの問題を検討する（III章）。そして、商法総則・商行為法の改正論を踏まえてこの問題を検討することとする（IV章）。

* むらた・としかず 立命館大学大学院法務研究科特任教授 立命館大学名誉教授

1) 村田敏一「『保険契約法』は商法の特別法か民法の特別法か——相互保険と営利性の問題を中心として——」保険学雑誌第596号（2007年）133頁。

II 相互保険と商行為性——大森忠夫博士の所論

1. 保険契約の商行為性

保険契約一般の商行為性に関する議論を踏まえ、相互保険と商行為性の問題に理論的に深く切り込み問題の本質を闡明されたのは、大森忠夫博士である²⁾。その論稿では、まず、実定法規（商法典）上も営業的商行為と位置づけられている保険株式会社が引き受ける営利保険契約の商行為性について理論的な考察がなされ、それを踏まえ——すなわち営利保険と相互保険の異同を踏まえて——相互保険の商行為性についての考察を行うというアプローチが採用されている。そこで、まず、営利保険の商行為性についての考察につき紹介する必要があることとなる。批判の対象として主に念頭に置かれているのは、田中耕太郎博士の所論である³⁾。田中博士の所論を要約すると以下のとおりとなろう。

保険は、一般商行為の範疇の性質である *Geschäft* たる性質を超越し、むしろ組織法の範疇に入る。相互保険のみならず営利法人である株式会社による保険も相互的精神に立脚し営利性を去るものである。保険法、就中、生命保険法を含む陸上保険法の特異性は、その社会性と団体性に求められる。ここで言う社会性とは、保険が純個人主義的性格を脱し、私保険も含め社会生活の規範としての共同経済的性格を帯びるとの考え方であり、すなわち、保険の *Gemeinschaft* 性が強調される⁴⁾。その帰結として、保険に対する公

2) 大森忠夫「保険契約の商行為性」『保険契約の法的構造』(有斐閣・1952年) 317頁。その初出は、『田中先生還暦記念 商法の基本問題』(有斐閣・1952年)への寄稿論文であるが、『保険契約の法的構造』に収めるに際して若干の加筆訂正がなされている。この大森博士の論文においては、献呈先である田中耕太郎博士の保険契約本質論に対して批判的な考察が加えられていることも興味深い。

3) 田中耕太郎「保険の社会性と団体性——保険法に於ける社会学的方法の適用——」『商法学 特殊問題 中』(新青出版・1956年) 107頁。初出は、法学協会雑誌50巻7号及び10号(1932年)。

4) その一方で、田中博士は、その商法本質論としての商的色彩論においては、とくに大数

的監督と保険法の強行規定化が必要となる。一方、団体性の理解としては、保険契約の平等待遇の要請を超え、さらに、構成員（保険契約者）の団体的関連性・紐帶の自覚や責任・義務までも必要とされる。保険団体は、技術的な意味でのリスクプールの要請を超えて、構成員（保険契約者）の主觀的・犠牲的団体として位置づけられる。

このような田中博士の所論への批判的検討を中心として、大森博士は、大きく三つの視点から保険の商行為性の問題を論じられる。

第一の視点は、保険の社会性と商行為性の関係である。私保険ないし個別保険制度は、各経済主体の私的利息の保護のための有償的自助の制度であり、その意味で純然たる個人主義を基調とした個別経済的制度である。保険制度が、各個経済の危険の分散とこれによる各個経済の不安定の除去を通じて、間接的に社会ないし国民経済全般の安定に役立っていることは事実であるが、そのことは、保険制度の直接的な目的ないし使命が加入者の私経済的利益の保障にあることを否定するものではないと説かれる（322頁。以下の本文中の頁数は、注2）文献のものである）。商法の本質は、営業的ないし企業的経済活動、取引自体に特有な法則の総体として把握され、すなわち、営業的ないし企業的経済活動が、その営利性と集団性ならびにこれらから演繹される諸々の特性のゆえに社会経済活動一般を規律する法則とは趣を異にする法則が要求され、そうした特則の総体が商行為法として独自の存在を認められる。商法が商人間の商取引を規律する特別法として誕生した初期にあっては、相互に平等の立場において冷静な利害の打算にもとづいて行動する経済人の間の取引の法として、商取引法は契約自由の原則に支配された。資本主義の発展に伴い経済的需要は企業者としての商人との交渉・取引を通じて調達されるようになる。こうして自らは商人でない

の法則の顕著な生命保険について、商的色彩（法的関係の集団性と個性的喪失）が著しいものとされる（田中耕太郎「方法としての商的色彩」『竹田先生古稀記念 商法の諸問題』（有斐閣・1952年）34頁）。この点、矛盾があるものと言わざるを得ない。もっとも、田中博士の思考の中では矛盾はないのかも知れない。

者も商人との取引関係に入る者は、その取引関係に関する限り、企業活動の内面的要求にもとづいて生成発展した商法の支配の下に入る。こうして一方的商行為についても双方の当事者に商法の規定が適用される（商法3条1項）。商法が商人間の法であった時代にその特色とされた契約自由の原則はそのままでは維持されず、商人である企業者と非商人である消費者の間の経済的勢力関係の不平等から、保険企業者の活動についての行政的監督と契約法規の部分的強行規定化が必要となる（326頁）⁵⁾。

第二の視点は、保険の団体性と商行為性の関係である。保険者による保険金支払いの原資となるのは各加入者からその曝された偶然なる保険事故発生の蓋然性に応じて拠出される保険料の集積であり、各加入者は他の加入者の釀金により保険され、各加入者は自らの釀金により他のすべての加入者を保険しているという相互的関係が認められ、こうした相互関係による結合を通じて加入者の間には一種の団体的関係すなわち保険団体が認められる。協同団体的結合から生じる保険の倫理性・道徳性を強調する見解があるが、保険の団体関係ないし相互関係は、加入者の団体的関係形成を目的とする意識的行為により形成されるものではなく、多数の加入者が保険の引受を業とする保険企業者と個別的に保険関係を結ぶことにより、多数の加入者の間に間接的に技術的意味での団体関係ないし相互関係が形成される。保険の団体性は、実は、保険企業の合理的経営のための技術的要請として、企業者の立場から要請され具体化されるものである。保険団体は、共同社会（ゲマインシャフト）ではなく、利益社会（ゲゼルシャフト）である。要するに、いわゆる保険の団体性ないし相互性は、決して保険行為の個人主義的性格を否定する根拠とはならず、従って、保険契約の商行為性を否定する積極的根拠とはならない（334頁）。

第三の視点は、保険事業の企業性と商行為性の関係である。保険が加入

5) 大森博士は、保険の商行為性の否定と保険法の（一部）強行規定化を関連付ける田中博士の所論への反論として、保険法の（一部）強行規定化は、保険の商行為性の問題とは論理的に連関しないとされるものである。

者の家計経済の不安定の除去のためになされる場合には、それは加入者にとっては全く商行為性は認められない。一方で、保険が企業者たる加入者によりその企業経済の不安定の除去のために利用される場合には、それは加入者にとっても企業的見地と関連をもつ附属的商行為となる（商法503条）。従って、保険契約をして常に商行為性を帯びさせるものは、それは加入者側にあるのではなく保険会社の側にあり、保険事業が企業として営まれるというところに保険契約が営業的商行為性を帯びる所以があるものとされる。あらゆる経済的欲求の満足が企業の対象としてとりあげられる資本主義的経済機構の下では、経済的生活の安定化を希求する各個経済の個人的欲求は、その安定化を引き受けることを業とする保険企業を成立させる（338頁）。保険の団体性といわれる危険の総合平均化の仕組みは、経済生活の安定を希求する加入者の欲求や協同精神が直接にこれを形成せしめたのではなく、こうした欲求の満足を企業としてとりあげた保険企業の合理的経営のための技術的要請から形成されたものである。保険という現象を人間の行為として見る法律の立場からは、保険契約を有償的・双務的な契約として把握し、保険者にとっては、営利的な営業的取引・商行為として把握することは、あるがままの保険制度の行為ないし過程としての面における経済的実態に即した最も自然な見方である（340頁）。保険本質論としてのいわゆる「企業説」（あるいは、「技術的特徴説」とも言う）に立脚する所論であろう。

2. 相互保険と商行為性

保険の特質といわれる「団体性」ないし「相互性」と保険の商行為性とは矛盾するものではなく、保険の商行為性は、私保険事業のうち株式会社組織の保険会社により営まれる営利保険については問題なく承認される。一方で、相互保険の場合は、保険加入者と保険者が法形式的には別人格であることは営利保険と異ならないが、保険者たる相互会社は、保険加入者を構成員とする法人であり、保険団体は、営利保険では無意識的であるのに

対して、相互保険では意識的である。しかし、大規模な相互保険においても、加入者の協同精神に基づき直接に発達したと見ることには根拠が乏しく、むしろ相互保険は、資本主義的な企業家精神により合理化された営利保険制度において発達した技術と経験を応用して構想されたものと考えられる。相互保険においても、加入者の精神は、相互救済の協同組合的精神ではなく、自己およびその家族を経済生活の不安定から守ろうとする純粹に個人主義的な精神によることは営利保険と異ならない。営利保険と異なる点は、保険制度の技術的要請としての保険団体の形成とこれによる危険の綜合平均化が、営利保険では、加入者と別個の経済主体である保険企業により間接的に行われるのに対して、相互保険では直接的に行われる点にある(343頁)⁶⁾。相互保険も、保険事業活動の面に関する限り、営利保険と同じく一つの企業活動として運営される。保険会社にとっては、企業的見地からなされる取引行為と見られることは、営利保険と相互保険で全く異なる。従って、相互保険行為も実質上は商行為として取り扱うべきである。法形式的には、相互会社は、営利をその存立目的とする営利法人とはいえないため、その保険引受をもって当然に営利のための商行為とすることが困難である。その結果、相互保険行為については、法形式的に商行為である営利保険契約に関する商法の規定を(保険業法で)準用するに止まる。しかし、このことは、逆に、相互保険の実質上の商行為性を肯定するものにはかならない(345頁)。博士の展開された立論は十分な納得性を有するものであり、今日でもそのまま妥当する。

大森博士の論稿の意義は、保険契約の引受の商行為性について、実質論としては、営利保険と相互保険で何ら異なることなく共に肯定されることを理論的に明らかにした点に求められる。実定法的には、保険業法が、営

6) 全体の叙述の中で、営利保険の間接性と相互保険の直接性に関するこの箇所の文意にはやや違和感が覚えられる。相互保険も、加入者にとって保険相互会社を介した間接的結合に止まる。当時は、——現行法では削除されているものの——相互会社に限り、定款の定めにより保険金の削減が可能とされていたこと(保険業法第46条)の影響があろう。

利保険に適用される商法典の商行為に関する規律の多くを準用することが、相互保険の実質的商行為性の根拠とされる。それはその通りであるものの、法形式的には、相互保険会社の行う相互保険は、営業的商行為ではなく、また、保険相互会社は、伝統的な理解では（自己の名で基本的商行為を業とする者に当たらないため）商人ではないこととなり、保険相互会社がその事業のためにする行為は附属的商行為とならない⁷⁾。このように、現行法の建付けのもとでは、保険相互会社や相互保険について、その実質（商人・商行為への該当性）につき、法形式との懸隔は大きなものと評価される。そこで、実質論と法形式論の懸隔をどのようにして埋めるのかが課題となる。まずは、現行法の解釈論で埋めることができかの検証が必要となろうが、現行法の解釈については、既に多くの判例・学説が堆積しており、その「解釈変更」は容易ではない。立法論による解決を指向せざるを得ないこととなる。

III 保険相互会社の相互保険と営利性の問題——解釈論（現行法）

商法の適用範囲に関するわが国の現行法の態度は、折衷主義を採るものとされ、商人法主義（形式主義）や、商行為法主義（実質主義）と対比される⁸⁾。折衷主義に立つとされる現行商法の建付けを確認しておこう（以下の①～⑤）。① 講学上の基本的商行為（絶対的商行為及び営業的商行為）に該当する行為は限定例挙される（商法501条、同502条）。② 自己の名で基本的商行為を業とする者は商人とされる（商法4条1項）。③ 商人がその営業のためにする行為も商行為となる（商法503条1項：附属的商行為）。④ 商人がす

7) 営業的商行為（商法502条）の規律内容は、同502条9号で保険について、「営業としてするときは」商行為となるものとされる（同502条柱書き）。そうすると、「営業として」の理解が解釈上のポイントとなる。相互会社の行う相互保険も、私見では「営業としてするとき」と解する余地があり、むしろそのほうが素直な解釈のように思えるが、伝統的に通説ではそのようには理解しない。この点については、次章で詳論する。

8) 三様の立法主義につき、簡潔にまとめるものとして、森本滋編『商法総則講義 第3版』（成文堂・2007年）29頁〔洲崎博史〕。

る行為はすべて営業のためにするものと推定される（商法503条2項）。⑤ 限定列挙された基本的商行為に該当せずとも、店舗等での物品販売を業とする者や鉱業を行う者は商人となる（商法4条2項：擬制商人）。擬制商人についても、附属的商行為の規律は適用される。こうした建付けのもとでは、基本的商行為が限定列挙されているため、明文で商人と規定されるかが大きなポイントとなる。

なお、会社法の制定に伴い、会社（株式会社、合名会社、合資会社、合同会社）につき、旧商法52条1項相当の「商行為を業とする」ものであるとする規定や、固有の商人でない会社について、これを商人とみなす規定（商法4条2項後段）は設けられていない。これは、立案担当者によれば、会社の株主・社員には、利益配当請求権・残余財産分配請求権の少なくとも一方が認められていることが明らかであり、会社が「対外的」活動を通じて上げた利益を社員に分配することを意味する「営利を目的とする」という用語を用いる必要がないという理由によるものとされる⁹⁾。また、「商人とみなす」旨の規定を設けないのは、会社法の総則・計算関係の規定において、商法において商人に適用される商法総則の規律を実質的にすべて規定していること、会社法5条により会社が事業として行う行為および事業のために行う行為は商行為とされるため、会社を商人とみなす必要性がないという理由によるものとされる¹⁰⁾。

最高裁は、会社法上の会社の商人性につき若干の条文操作を行いこれを肯定する（以下、「平成20年最判」という）¹¹⁾。そのロジックは、①会社がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は商行為とされているので（会社法5条）、②会社は、自己の名をもって商行為をすることを業と

9) 相澤哲編著『一問一答 新・会社法』（商事法務・2009年）25頁。そこでは、「対外的」という概念が用いられており、保険相互会社は、保険契約者が社員として社員（契約者）配当を受けるため、「対外的」活動に当たらないものと伝統的には理解されてきた。

10) 相澤・前掲注9) 25頁。

11) 最判平成20年2月22日民集62巻2号576頁。

する者として、商法上の商人に該当する（商法4条1項）。③したがって、①と②から会社の行為は、その事業のためにするものと、すなわち商行為と推定される（商法503条2項。同条にいう『営業』は、会社については『事業』と同義に解される）。④以上より、会社の行為は商行為と推定されるため、これを争う者において当該行為が当該会社の事業のためにするものでないこと、すなわち、当該会社の事業と無関係であることの主張立証責任を負う¹²⁾。この最高裁判例で注目されるのは、「営業」と「事業」の概念を会社について同義に解する点である。最高裁の考え方は、明確には解らないが、営利目的にいう対外的活動性が重視されていないとの理解もあり得るものと思われる。保険相互会社では、会社法5条に相当するその事業としてする行為及びその事業のためにする行為を「商行為」とする規定を欠くため、会社法上の会社と同様の条文操作により、その商人性を導くことはできない。もっとも、保険業法21条2項が、商法の商行為に関する規定のうち、総則、売買、交互計算、仲立営業、問屋営業、寄託に関する規律の大宗を準用することを重視すると¹³⁾、相互会社にも、平成20年最判の趣旨を及ぼすこと

12) この最高裁判例により、会社法上の会社については、既に、折衷主義を改め実質的に商人法主義への転換がなされているとの理解も多い（村田敏一「商法の適用範囲と商法典の将来」立命館法学第411・412号（2024年）381頁、伊藤雄司「会社の行為についての商行為性の推定——最二判平成20・2・22 NBL882号（2008年）34頁など）。

13) 安居孝啓編著『最新 保険業法の解説【改訂4版】』（大成出版社・2024年）112頁。保険業法21条2項により、商法第2編1章（501条～503条を除く。）（総則）の規定は相互会社の行う行為について、同編2章（売買）の規定は相互会社が商人又は相互会社（外国相互会社を含む。）との間で行う売買について、同編3章（交互計算）の規定は相互会社が平常取引をする者との間で行う相殺に係る契約について、同編5章（545条を除く。）（仲立営業）の規定は相互会社が行う他人間の商行為の媒介について、同編6章（558条を除く。）（問屋営業）及び同法595条（受寄者の注意義務）の規定は相互会社について、それぞれ準用することとされている。この場合において、必要な技術的読替えは政令で定める（保険業法21条2項）。また、会社法に定める会社の使用人に関する規定及び会社の代理商に関する規定（会社法1編3章1節（会社の使用人）の規定及び同章2節（会社の代理商）の規定（18条を除く。））は、それぞれ相互会社の使用人、相互会社のために取引の代理又は媒介をする者について準用される（保険業法21条1項）。さらに、事業の譲渡をした場合の競業の禁止等に関する規定（会社法1編4章の規定（24条を除く。））は、相互会社が事業を譲渡し又は事業や営業を譲り受けた場合について準用される（保険業法21条1項）。なお、

も考えられないではないものの、やはり、条文構成の相違から無理もあるものと考えられる。

また近時、東京地裁は、監査法人の行う業務は営利を目的とするものとして、監査法人は、商法上の商人に当たるものとした¹⁴⁾。裁判所の判断としても、商人・商行為の範囲を、漸次、解釈を通じて拡大的に解する流れが現れつつあるようにも思われる。

わが国の伝統的な解釈としては、「商行為を『業』とするとは、商行為を営業としてすること、すなわち、利益を得る目的をもって、一定の計画に従い、同種の行為を反復継続して行うことをいう」ものとされてきた¹⁵⁾。また、利益を得る目的=営利の目的とは、一般的に対外的取引によって利益を獲得する目的を意味するものとされてきた¹⁶⁾。そのため、保険相互会社については、構成員の拠出金（保険料）の運用等から生じた剰余金の分配・配当をなし得る（保険業法55条の2）としても、それは対外的経済活動を目的とせず、団体の内部的活動により構成員に直接的な経済的利益を与えることを目的とするものとして、営利性の要件を満たさないものとされる¹⁷⁾。

こうした限定的な準用を根拠として、相互会社について商人性を論じる実益はないとする見解も見られるが、保険業法は相当程度に限定的な範囲での準用を行うに止まることが理解され、相互会社の商人性を論じる実益はなお存在するものと言わざるをえない。

- 14) 東京地判令和3年6月24日金判1626号34頁。監査法人は、他人の求めに応じて報酬を得て財務書類の監査又は証明をする業務を組織的に行うことを目的として、公認会計士法に基づいて設立された法人であり、監査法人が行う財務書類の監査に関する業務は、請負の性質を有すると解される監査報告書の提出を主要な目的の一つとするため、営利目的が肯定されるものとする。判例詳釈には、その理論構成につき、批判的見解も多く見られる。
- 15) 大隅健一郎『商法総則〔新版〕』（有斐閣・1978年）91頁。
- 16) 大隅健一郎=今井宏『会社法論 上巻 第3版』（有斐閣・1991年）18頁。得津晶「形式的意義の商法と商法の適用範囲」法学教室499号（2022年）48頁。
- 17) 鈴木竹雄=竹内昭夫『会社法 第三版』（有斐閣・1994年）15頁、江頭憲治郎『株式会社法 第9版』（有斐閣・2024年）23頁など多数。協同組合、信用金庫、会員組織の取引所も同様とされ、講学上は、「中間法人」として括られる。もっとも、松本烝治博士は、「営利法人の概念についてであるが、「営利事業により得た利益を社員に分配する社団である」と理解し、対外的取引か内部的取引かの区別は重視されていないように理解される（松本烝治「営利法人ノ観念」法学協会雑誌28巻3号（1910年）351頁）。

学説にあっては、相互会社に商行為法の規定を適用することが合理的と考えられる理由としては、営利性ではなくその企業取引性に求めるべきものとする見解も見られる¹⁸⁾。また、営利性概念につき内在的に検討するとしても、得津教授が指摘されるように、営業すなわち営利性の必要要件として、すなわち、商法の適用を画するメルクマールとして、対外的経済取引か内部的取引かを持ち出す積極的な意味は見出しがたい¹⁹⁾。そもそも、保険契約者＝社員と別人格である相互会社＝法人との間で行われる取引＝保険契約が内部取引と觀念されるのであろうか。外部と内部で區別することは、法人の利益分配の在り方と取引行為の在り方という本来は異質の事象を混同しているのではないだろうか²⁰⁾。この点について若干敷衍すると、取引法としての商行為への該当性は、あくまでその取引行為としての態様、すなわち合理的計算に基づき一定の利益を得ることを目的として反復・継続して行うという取引の態様から判断されるべきものであり、利益分配の態様すなわち外部性・内部性の觀点は組織法の範疇の問題であって、取引法にそのような本来異質の觀点を持ち込むことは筋違いであると考えられる。保険業法が相互会社につき商行為法の多くの規律を準用することから、議論の実益が乏しいとする見解については、少なくとも保険相互会社の行う保険事業以外の事業についてはその営利法人性を肯定し、資産運用行為等

18) 森本滋編著『商行為法講義 第2版』(成文堂・2006年) 10頁〔森本滋〕。

19) 得津・前掲注16) 50頁。得津教授は、内部的取引を主とする相互会社において保険業法21条2項が商行為規定を準用することから、対外的取引と内部的取引で、商法の適用範囲を区別する意味はないことは明らかなるものとされる。実質論としてはそのとおりであるものの、その準用範囲は限定的であり、論拠としては「明らか」とまでは言えない。

20) 例えば、大澤康孝博士は、「相互保険を継続反復して行っても、営利を目的としない以上、商行為とはならない。しかし、相互保険でも相互保険会社の行うものは、営利を目的とはしないものの、若干の剩余金を生ずることを目的としていると言ってよいと思われる。……少なくとも収支相償うことは目的とされてなくてはなるまい。このように企業採算的見地から行われていることは周知のことと言ってよく、その限りでは営利保険と同じである。……その企業取引的性格ゆえに、実質的に商行為と同じ規範が妥当しえると考えるべきであろう。」とされる(大澤康孝「相互会社と生命保険契約との関係」ジュリスト951号(1990年) 76頁)。問題の本質には気づきつつも、歯切れが悪いことは否めない。

が基本的商行為等にあたる限り、その事業に関して商人性を肯定する必要性がかねてより主張されてきた²¹⁾。現行商法の解釈としても、保険相互会社の行う取引について、保険取引を含めて営利性を肯定し、相互会社を商人と解する余地はあり得るものと考えられ²²⁾、また、近時の裁判所による商人概念の拡大化傾向は、このような解釈を後押しするものとも言えよう。もっとも、利益分配の内部性／外部性により営利性の線引きを行う考え方には現在においても圧倒的な通説の地位を占めており、また、判例も大審院以来、相互会社の保険金支払債務の商行為性を否定する²³⁾。

21) 前田雅弘「相互会社の存在意義と基本的属性」文研論集111号（1995年）126頁。もっとも、前田教授は、相互会社の行う保険取引については、その内部性から、営利性を肯定されない。この考え方には、相互会社を含む保険会社の二大固有業務である①保険引受業務については相互会社に限り商行為性を認めず、②資産運用業務については相互会社を含めて商行為性を肯定することとなる。そうすると、このような解釈に基づく場合、相互会社は、資産運用業務については商人となり、保険引受業務については商人とはならないのであろうか。それとも、現行商法の建付けからは、部分的な「商人」概念は採れないものとして、やはり商人性は否定されるであろうか。全面的に商人性を肯定したとすると、商人である相互会社の本業中の本業である保険引受業務について、——伝統的な通説に従えば——その商行為性の推定が覆されることになるのであろうが、こうした解釈はいかにも不自然である。

22) 村田・前掲注1) 151頁。

23) 大審院大正13年12月24日第三民事部判決法律新聞2360号21頁。そこでは、「Y会社ハ相互保険会社ニシテ営利ヲ目的トスルモノニ非ス従テ本件保険契約ニ基キY会社ノ支払ウヘキ保険金債務ハ商行為ニ因リ生シタル債務ナリト謂ウヘカラサレハ其ノ支払遲延ニ因ル損害金ハ民法上ノ法定利率ニ依ルヘキモノナリ」と簡単に説示される。なお、その原審は、相互会社の保険金支払債務につき商事法定利率を適用したが、大審院は、これを破棄し民事法定利率を適用したものである。こうした判例の姿勢は戦後にも踏襲され、例えば、大阪地判昭和49年7月17日判タ325号277頁は、相互会社が営利を目的とするものでないことは、定款および保険業法によって明らかであるものと判示した。なお、その一方で、相互会社の政治献金による取締役の責任に関する株主代表訴訟事案において、保険業を営む相互会社の特殊性を強調する原告（株主）の主張に関して、「……相互会社も株式会社組織の保険会社と同様、対外的な取引を通じて資産運用を行っているのであり、その経済活動の実態は株式会社組織の保険会社と基本的に異なるものではない。」と判示されている（大阪高判平成14年4月11日判タ1120号115頁）。因みに、古くに社員権否認論を唱えた松田二郎判事は、「……株式会社の内部関係の考察に当っては、これを相互保険会社の内部関係と比較する必要があり、そのことが私の主張する株式債権論の一つの根拠ともなるのであります……。」と述べている（松田二郎「大学における法律学と裁判」「私の少数意見 商事法を

相互会社の商人性、相互保険の商行為性を安定的に肯定するには、やはり立法による解決を指向せざるを得ないものと言える。

IV 商法総則・商行為法の改正と保険相互会社——立法論

現在、一連の商法の現代化作業の一環として、その残された領域としての商法総則・商行為法（運送法を除く）の改正問題が関心を集めつつあり、すでに注目するべき立法提言も現れている。

保険相互会社の商人性や相互保険の商行為性の問題については、かねてより、限定的な範囲ではあるものの立法論が見られた。山下友信教授は、「営利性を理由とする規定といえども、相互会社に適用することが適當と考えるべきではなかろうか」と指摘された²⁴⁾。もっとも、この立法提言は、あくまで、保険業法による商法の規律の適用・準用範囲の拡大を指向するものと理解される。

一方で、商法総則・商行為法の抜本的な見直し・改正を通じ、商人・商行為概念自体を見直すことによりそもそも商法の適用範囲の問題からアプローチする試みも現れてきている²⁵⁾。こうしたアプローチの中で、特に注目されるのは、得津晶教授による具体的な立法提案である（以下では、「得津案」という）²⁶⁾。

中心として』（商事法務研究会・1971年）423頁）。

24) 山下友信「相互会社」竹内昭夫編『保険業法の在り方 上巻』（有斐閣・1992年）366頁。

25) 平成29年の民法改正（債権法の現代化）の検討過程では、債権法改正と商行為法との関係の整理につき商法研究者グループ（商行為法 WG）に検討が要請され、「①商行為総則の規定は基本的に民法典に移行させる。②移行する規定の適用範囲を画するための概念として、新たに「経済的事業者」の概念を導入する。」といった提言がなされたが（山下友信＝洲崎博史＝藤田友敬＝後藤元「商行為法 WG 最終報告書・商行為法に関する論点整理」）、主として民法研究者からの反対により、立法には至らなかった。

26) 得津・前掲注16) 49頁。なお、筆者は、——その細部はともかくとして——基本的に得津案に賛成していたが（村田・前掲注12) 383頁）、その後の議論を通じて、本稿において、一部改説するものである。この改説は、令和6年12月24日に開催された生保・金融法制研究会（生命保険文化センター・座長 洲崎博史教授）における洲崎教授、北村雅史教授、山

そこで、得津案の骨子を摘出すると以下のとおりとなろう。①商法総則の4条1項で、「商人とは事業を行う者をさす。」と規定する。②同条2項で、「個人または家族の日常生活や労働に関するものを除いて、同種の行為を反復継続して行う場合には、事業として行ったものとする。」と規定する。③商法501条（絶対的商行為）を削除する。④商法502条（営業的商行為）を削除する。⑤商法503条1項を改正し、「商人がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とする。」とする。⑥同条2項を改正し、「商人の行為は、その事業のためにするものと推定する。」とする（以上①～⑥は、商法の改正）。⑦会社法5条1項で、「会社は商人とする。」と規定する。⑧同条2項で、「会社がその事業としてする行為及びその事業のためにする行為は、商行為とする。」と規定する。⑨同条3項で、「会社の行為は、その事業のためにするものと推定する。」と規定する（以上⑦～⑨は、会社法の改正）。

得津案の特徴を摘示すると、i 会社法と商法（会社以外）の二元構成を徹底する。ii 会社法上の会社についてはストレートに会社を商人と規定し、商人法主義を徹底する。iii 限定列挙主義による基本的商行為（絶対的商行為、営業的商行為）の規律を全面的に削除する。iv（会社以外）商人概念を「事業」概念から導く（「営業」概念の収束）。v 「事業」概念を純化し、同種の行為の反復継続性一本から導く。の5点にまとめることが出来よう。この中で、特に賛否が分かれるであろうvについて補足すると、従来、営業（事業）概念が、①対外的取引、②利益獲得目的、③反復継続性の3要素から構成されるものと解されてきたところ（ただし、②利益獲得目的については緩やかに解されてきた）、①と②を収束し、③のみをもって、「事業」概念のメルクマールとするものである。ある意味で、大胆ともいえる提言である。会社法上の会社については、会社法で会社は商人であると端的に規定することで商人法主義が貫徹され、法の適用関係が簡明となる。もっとも、現行

下徹哉教授からのご指摘を踏まえたものである。

法のもとでも最高裁判例は、解釈を通じて会社の商人性を肯定していることから、あえて、明文で会社の商人性を規定するまでの必然性には乏しいとの意見もあり得よう。一方で、個人商人については、ドイツ法制を参考に登記制度との連絡を図ることがわが国では現実的でない以上、どうしても商行為概念の再構築を基礎として適用範囲を画するしかない。そうだとすると、会社についてのみ商人性を明文で規定し、個人商人については規定しないというのは立法の態様としては平仄を欠くのかも知れない。得津案は、「① 従来からその妥当性に疑問があった対外的取引と対内的取引での区別を収束するとともに、② 従来から相当に緩やかに解されていた利益獲得目的の要件も収束し、③ 事業概念について、同種の行為の反復継続性一本に純化する。」というものである²⁷⁾。このように、商行為・事業の概念を純化し、利益獲得目的（営利性）をその必須の要素から除外すると、商法上の商行為の概念と消費者契約上の事業の概念の区別が困難となる可能性があるものとして、なお、営利性の要件を維持するべきとの見解も見られる²⁸⁾。要するに、消費者契約法上の事業（者）概念は、商法の適用範囲を画するための概念としては広範に過ぎ²⁹⁾、何らかの絞込みをかける必要性があるとの理解である³⁰⁾。その一方で、消費者契約法上の事業（者）概念と、商法上の事業（者）概念を、むしろ一致させることが法適用上の正攻法で

-
- 27) 当該提案への反発としては、商法・商行為法の適用対象が拡大し、たとえば商業帳簿の作成が義務付けられる対象範囲が拡大するといった批判が予想されよう。およそ（非営利のものも含めて）事業を営む以上、合理的な計算に依拠し、（どんぶり勘定ではなく）合理的な帳簿に基づく事業遂行を行うことは当然であろう。もっとも、その一方で、批判を全く無視することも現実の立法過程を考えると妥当ではなく、商行為を事業行為に名称変更するといった対応も必要かも知れない。
- 28) 山下友信「商法の現代化と商人概念」同志社法学71巻1号（2019年）108頁。
- 29) 消費者契約法は、その2条2項（定義）で、「事業者」について、「法人その他の団体及び事業として又は事業のために契約の当事者となる場合における個人をいう。」と定義する。ここでの事業者には例えば学校法人なども広く含むものと解されている。
- 30) 平成29年の民法改正の過程で、商法研究者グループにより提言された「経済的事業者」の概念（前掲注25）も、その意味で商法の適用範囲が過度に広がらないための絞込みの試みとして理解される。

あるとの考え方もあり得よう。しかしながら、事業（者）概念を、③反復継続性のみに純化し、商行為法適用のメルクマールとした場合、例えば学校法人の行う教育活動など、明らかに商法の適用対象としては違和感のある行為が包含されてしまう惧れがある。やはり、何らかの絞りをかける必要があることとなるが、これ（絞込みのための具体的な法文言の作成）は難問である。

限定列挙主義による基本的商行為（絶対的商行為及び営業的商行為）の収束については、おそらくは、大多数の賛成が得られるであろうし、また大きな方向性としての商人法主義への転換についても多くの支持が得られるのであろうが³¹⁾、基本的商行為概念を収束した場合、商人法主義採用の前提としての、「事業」概念の安定性がより重要とならざるを得ない。そこで、立法の態様としては、商法典から「営業」の文言をなくし、「事業」の文言にすべて切り替えることによって、新たな解釈を盛り込むことが考えられる。新たな「事業」概念の解釈としては、①本質的には組織法の問題である対外的取引の要素は完全に払拭し、③反復継続性と、②きわめて緩やかな意味での利益獲得目的（要するに合理的計算に基づく取引）で構成することが考えられる。それでも、なお、適用対象が広がり過ぎる懸念が払拭されないのであれば、以前に提言された「経済的事業」概念をリバイバルさせることも考慮されよう。

そこで次に検討の俎上に上るのは、相互会社を含む講学上の中間法人の取扱いである。立法の在り方としては、大きくは次の二つのアプローチが考えられる。A案：新たな事業概念から対外的取引の要素を払拭した以上、相互会社が事業を行うものとして商人に該当することは自明であり、あえて、「相互会社は商人とする」という規定を保険業法に置く必要はない。B案：会社法上の会社とパラレルに、保険業法で「相互会社は商人とする」と規定することで無用の解釈の混乱を避けることができ、また、商人法主

31) 原弘明「商法総則商行為」『特集 2024年学界回顧』法律時報96巻13号(2024年12月)117頁。

義の徹底にも資する。特に、明文で「商人」として位置づけることにより、その行為について事業のためにする行為すなわち、「商行為」との推定が働く効果が生じることとなり、B案が望ましいものと言える³²⁾。資産運用取引等のみでなく、相互保険取引も商行為として位置づける以上は、正面から、相互会社の商人性を規定することが正攻法と言えよう。

V おわりに

大森忠夫博士は、保険相互会社の行う相互保険につき、実質論としては、株式会社の行う営利保険と同様にその商行為性は何ら否定されないものと説かれた。企業＝商人の保険制度運営に果たす中核的機能が強調され、その機能は、株式会社と相互会社で異ならない。いわゆる保険制度の本質論としての企業説あるいは技術的特徴説である。一方で、法形式的には、相互保険の商行為性や相互会社の商人性は否定されてきた。そこには、営利性の概念についての誤解があったように思われる。商法総則・商行為法改正の大きな機運を捉え、立法を通じて、実質論と法形式の齟齬を埋める必要性が強く求められるものと言えよう。

32) 他の中間法人についても同様の改正が望まれる。

