

保険事業者の国際的な倒産と保険契約の包括移転

かみ や たか やす
神 谷 高 保

目次

第1編 本研究の目的	78
1 本研究の内容	78
2 本研究の意味	78
第2編 保険事業者と適用法規	79
1 はじめに	79
2 外国保険事業者と内国保険事業者	80
3 個別の保険事業者の検討	80
4 問題点と立法論	84
第3編 国際的な強制管理	85
1 問題の所在	85
2 強制管理の根拠規定等とその手続の内容	86
3 諸外国における強制管理に類似した制度	90
4 強制管理に関する国際民事手続法上の諸問題	90
5 強制管理の準拠法	92
6 強制管理の国際的効力	92
7 強制管理の制度の問題点と立法論	95
第4編 保険契約の国際的な包括移転	96
1 問題の所在	96
2 強制的な保険契約の包括移転の根拠規定等とその手続の内容	96
3 諸外国における保険契約の包括移転の制度と同様の制度	100
4 保険契約の国際的な包括移転の制度の問題点と立法論	101
第5編 まとめ	105

第1編 本研究の目的*

1 本研究の内容

本研究では、「国際的な保険事業者」すなわち「一つの法人格を有しながら、本店所在国以外の国においては、支店または代理店を設置して保険事業を営むという方法により、複数の国において保険事業免許を取得して保険事業を営んでいる保険事業者」が経営危機に陥った場合に用いられる倒産処理の方法の中から、特に、「保険事業者の強制管理の制度とそれに伴う保険契約の包括移転の制度」について検討を加える。

具体的な検討を行うにあたって、本研究での検討が前提としている保険事業者の強制管理の手続とそれに伴う保険契約の包括移転の手続の概要は、まず、国際的な保険事業者が経営危機に陥った場合に、大蔵大臣によって「業務および財産の管理の命令」（強制管理命令）が出されて、その保険事業者の強制管理が行われ（保険業法〔昭和14年3月29日法律第41号〕100条1項・外国保険事業者に関する法律〔昭和24年6月1日法律第184号。以下、本研究では、「外者法」と略記する。〕23条1項）、次に、強制管理の手続の過程において、契約によって（保険業法111条1項・外者法21条1項）、または、大蔵大臣の命令によって（保険業法100条1項・外者法23条1項）、その保険事業者の全ての保険契約の包括移転が行われ、最後に、保険事業者の解散が行われる（保険業法108条1項4号）、または、保険事業者は保険事業を廃止したものと見做される（外者法21条4項）、というものである。

そこで、次に「本研究の意味」について述べた後に、序論としての性格を有する第2編において、「保険事業者」と「適用法規」に関する問題について検討し、更に、本論としての性格を有する第3編および第4編において、「強制管理」の問題および「保険契約の包括移転」の問題の検討を行う。ただし、第4編においては、特に問題の多い、強制管理の手続が開始された後に行われる大蔵大臣の決定による保険契約の包括移転（保険業法124条1項および125条1項、外者法23条3項）を中心に

検討する。

なお、本研究においては、「保険事業者」という用語は、原則として、株式会社（保険業法3条および外者法2条1項）、相互会社（保険業法3条および外者法2条1項）、「株式会社および相互会社」以外の法人（外者法2条1項）、ならびに、個人（外者法2条1項）という四つの形態を採る保険事業者を意味するものとして用いる。また、これに伴い、「保険契約」という用語は、原則として、保険契約、ならびに、相互保険の場合の社員契約および組合契約を意味するものとして用い、同様に、「保険契約者等」という用語は、原則として、保険契約者、相互会社の社員および相互保険組合の組合員、被保険者、ならびに、保険金受取人を意味するものとして用いる。

2 本研究の意味

国際的な保険事業者が経営危機に陥った場合に利用される「保険事業者の強制管理の制度とそれに伴う保険契約の包括移転の制度」について検討を加える意味としては、次のような五つの点を挙げることができる。

第一に、保険事業者の強制管理の制度およびそれに伴う保険契約の包括移転の制度については、これまで十分な研究が行われていない¹。

第二に、それにもかかわらず、現在においては、これらの制度が実際に利用される可能性が高まっているので、これらの制度が実際に利用された場合²の問題点を予め検討しておく必要がある。つまり、現在、日本においても金融制度の改革に関する検討が行われ、また、同時に、立法的な手当³も行われている。そして、この金融制度を改革する作業が、次の具体的な実施の段階にはいることになれば、行政当局によって現在行われている保険事業に対する監督および規制も、ある程度は緩和または自由化されると予想することができる。その結果として、将来においては、保険事業者が経営危機に陥る可能性は従来よりも高まることになろう。その場合において、経営危機に陥った保険事業者を救済するために最初に採用される方法は、

株式会社の場合には新株の提携先への割り当て、もしくは、相互会社の場合には提携先による基金の追加拠出、といった「資本提携」による保険事業者に対する支援、または、優良な保険事業者との「合併」（保険業法99条、128条ないし131条の2。ただし、外者法には合併に関する規定はない。）といった方法である。しかし、資本提携先、または、合併相手となる保険事業者が見つからない場合には、破産もしくは特別清算または会社更生、和議もしくは会社整理といった通常の倒産処理の制度が利用されるのではなく、大蔵省が保険事業者の経営情報を他の利害関係者よりも容易に入手できる立場にあるという理由により、また、他の制度よりも大蔵省が指導力を発揮しやすいという理由により、保険事業の監督官庁である大蔵省（大蔵大臣）の監督の下で行われる「保険事業者の強制管理の制度およびそれに伴う保険契約の包括移転の制度」が、経営危機に陥った保険事業者の救済のために利用される可能性が大きい。

第三に、現在の保険業法が制定された昭和14年以降、特に、第二次世界大戦後、サンフランシスコ平和条約の締結および発効による日本の独立を経て、日本の経済が国際的なものとなったのに伴い、日本において保険事業者が営む保険事業の内容も国際的なものとなっている。そして、一つの保険事業者が複数の国において保険事業免許を取得し、保険事業を営むようになった⁴結果として、昭和14年の立法時には予想もされていなかった問題が生じている（詳しくは、第3編および第4編を参照）。それゆえ、現時点において、保険事業者の強制管理の制度およびそれに伴う保険契約の包括移転の制度を実際に利用しようとするのであれば、いくつかの法律上の問題点について予め検討を加え、解答を用意しておく必要がある。

第四に、金融制度改革の一環として保険業法および外者法の改正が行われる際に、強制管理の制度およびそれに伴う保険契約の包括移転の制度の中の、少なくとも保険契約の強制的な包括移転の制度については見直しが行われることになっている⁵ので、本研究は、保険業法および外者法の改正

作業にも役立つことになる。

第五に、これらの制度に関する研究を行うことは、直接には、保険事業者と保険契約者等および一般債権者との関係について検討を加えることを意味するが、それだけでなく、国際的な銀行などの金融機関が経営危機に陥った場合における国際的な金融機関およびその利用者の救済方法についての研究にも役立つところがある。

筆者の意図は、本研究によって、第一に、国際的な保険事業者の強制管理の制度とそれに伴う保険契約の包括移転の制度に関して存在する理論的に興味深い問題、すなわち、相互会社法を含む会社法、保険契約法および保険監督法を含む保険法、倒産処理法、国際民事手続法および外人法を含む国際私法ならびに金融法に関する法律問題が相互に関連する問題を指摘し、その解決の方法を提示すること、第二に、実務家に対しては、その業務の遂行にあたり参考となるような問題の解決の方法を提示または示唆すること、第三に、行政当局に対しては、その監督の実務にとって参考となるような議論を提供すること、第四に、検討の過程で判明した立法により解決すべき問題については、関係する法律の改正提案を行うことにある。

第2編 保険事業者と適用法規

1 はじめに

ある特定の国際的な保険事業者について、国際的な強制管理および保険契約の国際的な包括移転が問題となった場合において、日本法が準拠法として選択されたときには、三つの問題、すなわち、第一に、日本法の下における外国保険事業者と内国保険事業者の要件、第二に、個別の保険事業者が、外国保険事業者なのか、それとも、内国保険事業者なのか、第三に、具体的に保険業法または外者法の中のどの規定の適用を受けるのか、ということが問題となる。

第3編および第4編において国際的な強制管理の制度および保険契約の国際的な包括移転の制度について検討を行う前に、このような保険事業者と適用法規に関する問題について検討を行うのは、

第一に、強制管理の制度が倒産処理制度の一つである以上、問題となった保険事業者が、法人または会社として有効に成立しているのか、また、日本において権利能力、倒産能力等を認められているのか、といった本研究の大前提となるような問題について検討しておく必要があるからであり、第二に、特に、外者法の下で行われる強制管理の手続の内容を検討するためには、問題となった外国保険事業者に対して、そもそも、商法の会社の整理の制度および破産、会社更生等の制度を用いることができるのか、さらに、保険業法の下で行われる内国保険事業者の強制管理の制度が会社の整理の制度の特別な形態と考えられている（第3編「2.2.1 強制管理の規定の性格」を参照。）のと同様に、外者法の下で行われる外国保険事業者の強制管理の制度においても会社の整理の規定が準用されるのか、という問題を検討するための準備作業として必要だからである。そこで、前提問題としての意味を有する前記の三つの問題を取り上げる。

2 外国保険事業者と内国保険事業者

2.1 外国保険事業者

外国保険事業者とは、「日本以外の国の法令に準拠して、主として日本以外の国において保険事業を営む法人又は個人」（外者法2条1項）をいう。この外者法2条1項の規定は、抵触法（抵触規定）としてではなく、外人法すなわち外国人・外国会社・外国法人の地位に関する日本の実質法（事項規定）の一つとして、外国保険事業者の要件を規定するものである。

そして、外者法における外国保険事業者に関する規定（外者法2条1項）と、その他の外人法における外国人・外国会社・外国法人に関する規定⁶との関係については、次のように考えるべきであろう。まず、日本の外人法の下で、「外国会社および外国法人」ならびに「内国会社および内国法人」の要件をどのように考えるかという問題について、日本の通説および判例⁷は、設立準拠法主義の立場を採っており、外国の法令に準拠して設立された

会社および法人を、それぞれ外国会社および外国法人と考えている⁸。このような日本の通説および判例に対して、外者法2条1項は、外国保険事業者の定義を、「日本以外の国の法令に準拠して⁹」という要件に加えて、「主として日本以外の国において保険事業を営む」という要件で定義している（外者法2条2項および4条2項も参照。）ので、この定義を見る限り、住所地法説の考え方、すなわち、本店または主たる営業所もしくは事務所の所在地を基準として「外国会社および外国法人」と「内国会社および内国法人」とを区別する考え方¹⁰が部分的に持ち込まれている。換言すれば、外国保険事業者の要件について「制限的な設立準拠法主義」の立場が採られている。

2.2 内国保険事業者

次に問題となるのは、内国保険事業者の定義である。外者法1条では、同様の用語として「日本保険事業者」という言葉が用いられている。しかし、外者法には日本保険事業者の定義に関する規定はない。そこで、日本の通説および判例が採用する設立準拠法主義の考え方に従うと、「内国保険事業者」とは、「日本の法令に準拠して設立された保険事業者」のことである。具体的には、日本の商法（株式会社の場合）または保険業法（相互会社の場合）に準拠して設立された、株式会社または相互会社の形態を採る保険事業者に限られる（保険業法3条）。

3 個別の保険事業者の検討

これまでの検討に基づいて、以下では、個別の保険事業者が、外国保険事業者なのか、それとも、内国保険事業者なのかという問題、および、具体的に、保険業法または外者法の中のどの規定の適用を受けるのかという問題を合わせて検討する。

3.1 日本の法令に準拠して設立された保険事業者

保険業法の下では、株式会社または相互会社の形態を採る保険事業者しか認められていない（保険業法3条）ので、この二種類の保険事業者について検討する。

3.1.1 株式会社の形態を採る保険事業者

「日本の法令に準拠して設立された株式会社の形態を採る保険事業者」は、商法第2編第4章の株式会社の規定（商法165条以下）に準拠して設立された法人（商法53条・54条1項）である。このような保険事業者は、外者法2条1項の外国保険事業者の定義に該当せず、通説および判例が採用する設立準拠法主義の考え方に従うと、内国保険事業者であり、このような保険事業者には、保険業法1条の規定に基づいて保険事業免許が与えられ、保険業法の規定が適用される。

3.1.2 相互会社の形態を採る保険事業者

「日本の法令に準拠して設立された相互会社の形態を採る保険事業者」は、保険業法の規定（保険業法第3章「相互会社」の34条ないし79条）に準拠して設立された法人（保険業法42条が準用する商法54条1項）である。このような保険事業者は、外者法2条1項の外国保険事業者の要件に該当せず、通説および判例が採用する設立準拠法主義の考え方に従うと、内国保険事業者であり、このような保険事業者には、保険業法1条の規定に基づいて保険事業免許が与えられ、保険業法の規定が適用される。

3.2 外国の法令に準拠して、設立され又は保険事業を開始し、主として外国において保険事業を営む保険事業者

3.2.1 株式会社の形態を採る保険事業者

3.2.1.1 問題の所在

「日本以外の国の法令に準拠して設立され、主として日本以外の国において保険事業を営み（外者法2条1項）、かつ、株式会社の形態を採る保険事業者」¹¹は、まず、第一に、日本においてその権利能力を認められ、第二に、外者法2条1項が定める「外国保険事業者」として、外者法3条1項に基づいて保険事業免許を受けることによって、はじめて、日本において保険事業を営むことができるようになる。では、このような保険事業者は、どのような法律上の根拠に基づいて日本において権利能力を承認され、私権を享有し、また、監督を受けるのであろうか。この問題に答えるために

は、法人に関する外人法上の問題の一つである「外国法人の認許」について規定している民法36条¹²と外者法2条1項との関係を検討する必要がある。

3.2.1.2 外国法人の認許

「外国法人の（成立の）認許」とは、通説の考え方によれば、外国法人すなわち外国の法令に準拠して設立された法人が、「内国法上その法人格を承認せられ、内国で法人として活動することを承認されること¹³」換言すれば「内国における外国法人の権利能力の承認」を意味している¹⁴。そして、具体的には、民法36条が、その1項本文で、外国法人である「商事会社」の成立を認許している。さらに、ここで検討を加えている「外国の法令に準拠して設立された株式会社の形態を採る保険事業者」は、通常、法人格を有しており、民法36条1項本文の外国法人たる「商事会社」に該当するので、民法36条1項本文によってその成立を認許される。すなわち、その権利能力を承認される。

3.2.1.3 外国株式会社の私権の享有

民法36条2項本文は、同条1項で認許された外国法人は「日本ニ成立スル同種ノ者ト同一ノ私権ヲ有ス」と規定している。しかし、「外国の法令に準拠して設立された株式会社の形態を採る保険事業者」は、「商法上の外国会社」に該当するために、民法36条2項によってではなく、商法485条の2の本文¹⁵によって「他ノ法律ノ適用ニ付テハ日本ニ成立スル同種ノ又ハ最モ之ニ類似スル会社ト看做」され¹⁶、原則としては、「日本の商法に準拠して設立された株式会社の形態を採る保険事業者」と同一の私権を享有することになる。ただし、商法485条の2但書も適用されるので、この但書の「法律ニ別段ノ定アル場合」という文言の「別段ノ定」として、外者法の中の私権の享有に関する規定¹⁷が、このような保険事業者に適用される¹⁸。

3.2.1.4 外国株式会社の監督

「外国の法令に準拠して設立された株式会社の形態を採る保険事業者」は、原則としては、「日本ニ成立スル同種ノ又ハ最モ之ニ類似スル会社」（商法485条の2本文）すなわち「日本の商法に準拠して設立された株式会社の形態を採る保険事業者」

と同一の「公法上の地位」に立ち¹⁹、同一の「監督」を受ける²⁰。ただし、商法485条の2の但書が適用されるために、この但書の「法律ニ別段ノ定アル場合」という文言の「別段ノ定」として外者法の監督に関する規定（外者法14条・15条など。）が、このような保険事業者に適用される²¹。

3.2.2 相互会社の形態を採る保険事業者

3.2.2.1 問題の所在

「日本以外の国の法令に準拠して設立され、主として日本以外の国において保険事業を営み（外者法2条1項）、かつ、相互会社の形態を採る保険事業者」²²は、株式会社の形態を採る保険事業者の場合と同様に、まず、第一に、日本においてその権利能力を認められ、第二に、外者法2条1項が定める「外国保険事業者」として、外者法3条1項に基づいて保険事業免許を受けることによって、はじめて、日本において保険事業を営むことができるようになる。では、このような保険事業者は、どのような法律上の根拠に基づいて日本において権利能力を承認され、私権を享有し、また、監督を受けるのであろうか。この問題に答えるためには、「外国の法令に準拠して設立された株式会社の形態を採る保険事業者」の場合と同様に、「外国法人の認許」に関する民法36条の規定と外者法2条1項の規定との関係を検討する必要がある。

3.2.2.2 外国相互会社の認許

「外国の法令に準拠して設立された相互会社の形態を採る保険事業者」は、通常、法人格を有しているものの、民法36条1項本文の「商事会社」には該当しない。その理由は、この「商事会社」の要件が、学説によって「商行為をなすことを業とする営利法人」である²³とされている²⁴のに対して、「外国の法令に準拠して設立された相互会社の形態を採る保険事業者」には、「商行為をなす」という要件もなく²⁵、また、「業とする」という要件もなく²⁶、さらに、「営利法人」という要件も欠けている²⁷からである。それゆえ、民法36条1項本文によって、このような保険事業者の成立が認許されることはない。これに対して、学説は、「相互保険会社は非営利法人であるが、外国保険事業[マ

マ]に関する法律（中略）は外国保険事業者が大蔵大臣の免許を受けて日本で事業を営むことを認め、そのうちには相互会社も含まれるから、外国の相互保険会社は日本においてその成立を認許されるものと解することができる。²⁸」と述べており、また、外者法は、民法36条1項但書の「法律（中略）ニ依リテ認許セラレタルモノハ此ノ限りニ在ラス」という規定にいう「法律」に該当する、と考えられている²⁹。しかし、外者法には認許に関する明文の規定は存在しない。この問題については、「外者法は、外国の法令に準拠して設立され、主として外国において保険事業を営み、かつ、相互会社の形態を採る保険事業者の成立が認許されていることを当然の前提とした上で、日本における保険事業免許を与えるという外者法3条1項の規定を置いているので、この外者法3条1項の規定の勿論解釈として、このような保険事業者の成立が認許されている」と考えるべきであろう。もっとも、論理の順序としては、「外国の法令に準拠して設立され、主として外国において保険事業を営み、かつ、相互会社の形態を採る保険事業者」の日本における権利能力を承認する規定が存在して、はじめてその保険事業者に免許を与えることができるのであるから、外者法の改正にあたっては、「改正された外者法が保険事業免許を与えることを認めた外国保険事業者」については、その成立をすべて認許する旨の規定を置くべきである。

3.2.2.3 外国相互会社の私権の享有

民法36条1項但書により、外者法3条1項の勿論解釈に基づいて認許された保険事業者は、民法36条2項本文によって、原則としては、「日本ニ成立スル同種ノ者ト同一ノ私権」すなわち「日本の保険業法に準拠して設立された相互会社の形態を採る保険事業者」と同一の私権を享有することになる。ただし、民法36条2項但書の「法律（中略）中ニ特別ノ規定アルモノハ此ノ限りニ在ラズ」という規定の「特別ノ規定」として、外者法の私権の享有に関する規定（外者法29条など）が、このような保険事業者に適用される。

3.2.2.4 外国相互会社の監督

民法36条1項但書によって認許された「外国の法令に準拠して設立された相互会社の形態を採る保険事業者」は、民法49条の適用を受ける。また、外者法の監督に関する規定（外者法14条・15条・30条・31条）も適用される。

3.2.3 その他の法人の形態を採る保険事業者

まず、「日本以外の国の法令に準拠して設立され、主として日本以外の国において保険事業を営み（外者法2条1項）、かつ、株式会社・相互会社以外の法人の形態を採る保険事業者」は、外国法人であり、民法36条の適用を受ける。次に、このような法人の形態を採る保険事業者³⁰が、民法36条1項本文の「商事会社」にも「商法上の外国会社」にも該当しない場合においても、「外者法2条1項が規定する外国保険事業者の要件を満たす保険事業者」は、民法36条1項但書の「法律（中略）ニ依リテ認許セラレタルモノハ此限ニ在ラス」という文言によって、日本においてその成立を「認許」され、民法36条2項本文によって、原則として、「日本ニ成立スル同種ノ者ト同一ノ私権ヲ有」する。ただし、民法36条2項但書によって、外者法の中の私権の享有に関する規定（外者法29条など）の適用を受け、監督の問題に関しては、民法49条および外者法の規定（外者法14条・15条など）が適用される。

また、このような法人の形態を採る保険事業者が、「商法上の外国会社」と評価される場合においては、その保険事業者は、私権の享有の問題についても、監督の問題についても、原則として、商法485条の2本文により「日本ニ成立スル同種ノ又ハ最モ之ニ類似スル会社ト看做」され、商法の外国会社の規定（商法479条ないし485条）も適用される。ただし、商法485条の2但書によって外者法の中の私権の享有に関する規定（外者法29条など）の適用を受け、監督の問題についても商法485条の2但書によって外者法の規定（外者法14条・15条など）が適用される。

結論としては、外者法2条1項が規定する外国保険事業者の要件を満たす保険事業者は、先に述べたいずれかの理由によって、その成立を日本に

において認許され、私権の享有を認められ、かつ、監督を受けることになる。

3.2.4 個人の形態を採る保険事業者

「日本以外の国の法令に準拠して保険事業を開始し、主として日本以外の国において保険事業を営み（外者法2条1項）、かつ、個人の形態を採る保険事業者」が外国人である場合には、民法2条によって「私権ヲ享有」することが認められている。ただし、外者法の規定が民法2条の「法令（中略）ニ禁止アル場合³¹」という規定に言う「法令」に該当すると考えられている³²。また、その個人が日本人である場合には、当然のことながら、日本において権利能力が認められる（民法1条の3）。このような保険事業者の具体的な例としては、ロイズ保険組合の引受組合員（underwriting member）がある。

3.2.5 法人でも個人でもない保険事業者

「外者法の下で、法人でも個人でもない保険事業者の存在を認めることができるのか」という問題については、肯定的な見解³³がある。これに対して、英国のいわゆる「ロイズ」に関する日本の国会における政府の答弁³⁴を見る限り、「外者法の下では、法人でも個人でもない保険事業者は、認められない」というのが公権的な解釈であると考えられている。しかし、理論的には、「保険契約者等または一般債権者という利害関係者に対して、法人でも個人でもない保険事業者の責任負担の内容、すなわち、有限責任かそれとも無限責任か、負担する保険金支払債務は連帯債務かそれとも分割債務か、負担する債務の引き当て（担保）となる財産の範囲、といった事項が、法律的な観点からみて明確になっている」という条件が満たされているのであれば、外者法の下で、「外国の法令に準拠して設立され、主として日本以外の国において保険事業を営み（外者法2条1項）、かつ、法人でも個人でもない保険事業者」を、法人と個人との中間形態を採る外国保険事業者として認めることは可能である。

3.3 外国の法令に準拠して、設立され又は保険事業を開始し、主として日本において保険事

業を営む保険事業者

外国の法令に準拠して、設立され又は保険事業を開始し、「主として日本において保険事業を営む保険事業者」は、当初は、「主として外国において保険事業を営む保険事業者」として、その外国において保険事業を開始し、その次の段階として、外者法3条の2の条件を満たした上で、外者法3条1項に基づき保険事業免許を受けて日本における保険事業を開始し、その後、日本における保険事業がその保険事業者にとって「主たる保険事業」となった場合、すなわち、外国における保険事業の規模に比べて、日本における保険事業の規模の方が圧倒的に大きなものとなった場合に、初めてその保険事業者は「主として日本において保険事業を営む保険事業者」となる。

ここでは、理論的にも又実務的にも問題のある、株式会社の形態を採る保険事業者の場合を取り上げて検討する。すなわち、「外国の法令に準拠して設立され、主として日本において保険事業を営み、かつ、株式会社の形態を採る保険事業者³⁵」は、外者法上の外国保険事業者ではない「外人法上の外国保険事業者」であり、法人格を有する商事会社であるので、民法36条1項本文によってその成立を認許され、さらに、商法上の外国会社でもあるので、民法36条2項の特別法である商法485条の2によって、原則として、「日本ニ成立スル同種ノ又ハ最モ之ニ類似スル会社」すなわち「日本の商法に準拠して設立された株式会社」と同一の私権の享有が認められる。ただし、ここで検討している株式会社の形態を採る外人法上の外国保険事業者は、外者法2条1項にいう外国保険事業者には該当しないので、外者法の規定は適用されない。しかし、このような保険事業者は、「日本ニ於テ(保険)事業ヲ為スヲ以テ主タル目的トスル」(商法482条)保険事業者に該当するので、商法482条が適用される³⁶。その結果として、このような「外人法上の外国保険事業者」には、商法および保険業法の規定が適用されることになる。

ところが、商法482条の「日本ニ於テ設立スル会社ト同一ノ規定ニ従フコトヲ要ス」という規定の

適用について、判例は、「外国ニ於テ設立」された会社は、「我商法所定(ノ)株式会社設立ノ要件ヲ具備スルニアラサル限りハ我国法ニ於テ其成立ヲ認ムル能ハサルヘキ³⁷」ものである、という考え方を採っている³⁸。この考え方によれば、「外国の法令に準拠して設立され、主として日本において保険事業を営み、かつ、株式会社の形態を採る保険事業者」は、「日本の商法に準拠して設立された株式会社の形態を採る保険事業者」として再設立されない限り、商法上の外国会社としての存在も認められないことになる。そして、このような事態が生ずるのは、外者法2条1項の外国保険事業者の定義が、設立準拠法主義の考え方ではなく制限的な設立準拠法主義の考え方を採用していることに起因している。それゆえ、このような不都合な事態の発生を回避するためには、外者法の改正において、外国保険事業者の定義を設立準拠法主義の考え方に基づいて改めるべきである³⁹。

なお、現在実際に存在している「外人法上の外国保険事業者」について再設立をもとめることは妥当とは思われない。なぜなら、この保険事業者は、日本で保険事業免許を取得して以来、外者法に基づき適法に保険事業を営み、大蔵大臣による監督を受けてきている以上、この保険事業者に外者法の規定の不備から生ずる負担を課することはできない、と考えられるからである。それゆえ、具体的には、外者法の改正を行う際に、外国保険事業者の定義を変更した上で、現在の外者法の附則3項と同様に、「この法律施行の際現に外国保険事業者に関する法律[昭和24年6月1日法律第184号]の規定によって免許を受けている外国保険事業者は、この法律の規定によって免許を受けたものとみなす。」という規定を、改正された外者法の附則に置くという方法を採用すべきである。

4 問題点と立法論

この第2編での検討の過程で明らかになった問題点と、その問題点に対する立法論の主なものは、次のとおり。

第一に、相互会社の形態を採る外者法上の保険

事業者については、外者法の法文上、このような保険事業者が日本においてその成立を認許されるか否かが、必ずしも明確ではないことを指摘し、この問題に対応するために、外者法の改正において、改正された外者法が保険事業免許を与えることを認めた外国保険事業については、その成立をすべて認許する旨の規定を置くことを提案している（「3.2.2 相互会社の形態を採る保険事業者」を参照。）。

第二に、外者法における外国保険事業者の定義が制限的な設立準拠法主義の考え方を採っているために、「日本以外の国の法令に準拠して、設立され又は保険事業を開始し、主として日本において保険事業を営む保険事業者」は、外者法が適用される外国保険事業者には当たらない、という事態が生じてしまっていることを指摘し、この問題を解決するためには、外者法の改正において、設立準拠法主義の考え方に基いて「外国保険事業者」を定義することを提案している（「3.3 外国の法令に準拠して、設立され又は保険事業を開始し、主として日本において保険事業を営む保険事業者」を参照。）。

第3編 国際的な強制管理

1 問題の所在

第3編では、国際的な保険事業者に対して用いられる強制管理の制度について、その内容および問題点を検討する。具体的には、業務および財産の管理の命令、すなわち、強制管理命令（保険業法100条・外者法23条1項）が出された場合において、この命令の効果として生ずる事業の停止（保険業法103条・外者法23条3項）の対外的な効力、および、大蔵大臣の処分（保険業法104条1項・外者法23条3項）の対外的な効力、について検討することを第3編の最終的な目的とし、これらの問題について検討を加える前提として、強制管理の根拠規定、その沿革とその手続の内容、諸外国における強制管理に類似した制度、強制管理に関する国際民事手続法上の諸問題、および、強制管理の準拠法について、予め検討を行う。

第3編で事業の停止の対外的な効力および大蔵大臣の処分の対外的な効力について検討を加える理由は、国際的な内国保険事業者または外者法上の外国保険事業者が日本において強制管理命令を受けた場合に、次のような二つの問題が生ずるからである。

第一に、強制管理命令が出された効果として保険事業者の事業が停止される場合において、その国際的な保険事業者の外国における保険事業は停止されるのか、という問題である。また、この問題に付随して、国際的な内国保険事業者が日本において取得した保険事業免許の下で引き受けられた保険契約の保険契約者等が、日本において強制管理の手続が行われているにもかかわらず、自己の有する債権を優先的に回収する目的で、その保険事業者が免許を取得している外国において保険金支払請求権、解約保険料返還請求権等に基づく訴を提起⁴⁰し、他の日本の保険契約者等に先だつて弁済を受けることは可能なのか、という問題がある。

第二に、強制管理の手続の過程で大蔵大臣の処分によって契約条項等の変更が行われる場合において、国際的な保険事業者が外国で取得した保険事業免許の下で引き受けられた保険契約の契約条項等を、この大蔵大臣の処分によって変更することができるのか、という問題である。このような保険契約の契約条項等を変更できないとすると、外国の保険契約者等なんらの不利益も受けないにもかかわらず、日本の保険契約者等だけが契約条項等の不利益な変更の効果を受け、その保険契約のその時点における経済的な価値が削減されてしまうことになる。さらに、この問題に付随して、第一の場合と同様に、大蔵大臣の処分によって契約条項等を不利益に変更された保険契約者等が、日本における大蔵大臣の処分を無視し、変更前の契約条項等に基いて、その保険事業者が保険事業免許を取得している外国において保険金支払請求権、解約保険料返還請求権等に基づく訴を提起することができるのか、という問題がある。

2 強制管理の根拠規定等とその手続の内容

2.1 強制管理の根拠規定とその沿革

2.1.1 強制管理の根拠規定

保険業法が規定する強制管理とは、主務大臣(大蔵大臣)が、「保険会社ノ業務又ハ財産ノ状況ニ依リ其ノ事業ノ継続ヲ困難ト認ムルトキ又ハ業務ノ状況著シク不良ニシテ公益上其ノ事業ノ継続ヲ不適當ト認ムルトキ」(保険業法100条1項)において、保険業法100条1項に基く「業務及財産ノ管理ノ命令」(強制管理命令)によって行われる管理のことである⁴¹。

これに対して、外者法が規定する強制管理は、大蔵大臣が、「外国保険事業者の業務又は財産の状況により、その日本における事業の継続が困難であり、又は不適當であると認めたと」(外者法23条1項)場合において、外者法23条1項に基く「日本における業務及び財産の管理の命令」(強制管理命令)によって行われる管理のことである⁴²。

2.1.2 強制管理の制度の沿革

保険業法の強制管理の制度は、デンマークの制度を参考にして作られている⁴³。しかし、一方では、保険業法の強制管理の制度は、昭和13年の商法改正で導入された会社の整理の制度の特別な形態と考えられており(「2.2.1 強制管理の規定の性格」を参照。)、また、会社の整理の制度そのものは、「外国の特定の立法例を直接の手本にしたものではない⁴⁴」とされている。つまり、断定はできないが、日本の保険業法の強制管理の制度は、デンマークの保険業法の制度を参考にして、日本で独自に作り上げた制度であるということが出来る⁴⁵。

これに対して、外者法の強制管理の制度は、外者法の前身である勅令「外国保険会社ニ関スル件」[明治33年勅令第380号]が昭和16年に改正された際に追加された同勅令7条の4の規定により初めて導入されたものである。

2.2 強制管理の手続の内容

2.2.1 強制管理の規定の性格

保険業法の強制管理に関する規定は、「商法の整理(商法第二編第四章第七節)に対する特別規定

をなすもの⁴⁶」であると考えられており、強制管理の手続は、「保険会社の公共性にかんがみ、裁判所の監督の下に行われる会社の整理に代えて、大蔵大臣の判断により、その監督の下に行われる会社の整理更生の手続である⁴⁷」と説明されている。このような見解の下では、強制管理は、特別な形態の会社の整理である。そして、強制管理の手続について保険業法が規定していない部分については、商法の会社の整理の規定が「準用⁴⁸」される、と考える。

これに対して、外者法に基づいて外国保険事業者の強制管理が行われる場合には、外者法23条3項によって保険業法の規定が準用されているものの、この場合に商法の会社の整理の規定が準用されるか否かは、法文からは明らかではない。外者法の法文からは、外者法の強制管理の制度は会社の整理の制度の下で行われる「会社ノ業務及財産ニ関スル管理ノ命令」(商法386条1項11号・398条)に基く管理と類似した制度である、としか言い得ない。しかし、解釈によって、可能な範囲で、商法の会社の整理の規定を強制管理の手続に準用すべきであろう。

(なお、この「準用」の問題について再検討した論稿が、『損害保険研究』第55巻第4号(財団法人損害保険事業総合研究所、1994年2月)に掲載される予定である。)

2.2.2 強制管理命令

保険業法が適用される場合において、強制管理命令が出されると、保険会社の取締役、監査役、株式会社の形態を採る保険事業者の場合の「六月前ヨリ引続き発行済株式ノ総数ノ百分ノ三以上ニ当ル株式ヲ有スル株主」、または、「資本ノ十分ノ一以上ニ当ル債権者」(商法381条1項を参照。)は、会社の整理の開始を裁判所に申し立てることができなくなる(保険業法107条は、商法381条1項の適用を排除している。)

これに対して、外者法の下での強制管理の制度と会社の整理の制度との関係については、保険業法107条が準用されていない。しかし、解釈によって、可能な範囲で保険業法107条の規定を準用する

ことにより、商法381条1項の準用を排除し⁴⁹、外者法23条1項に基づいて強制管理命令が出された場合には、株主または債権者が会社の整理の開始を申し立てることはできないと考えるべきであろう。

2.2.3 保険管理人の選任

保険業法の下で強制管理命令が出されると、保険管理人が大蔵大臣によって選任される（保険業法101条1項）。保険管理人は、強制管理を受ける会社に代わって、保険契約その他の取引ならびに財産の管理および処分をなす権限を持っている（保険業法101条3項・6項）。

また、外者法の下で強制管理命令が出された場合も、外者法23条3項が保険業法101条を準用しているため、保険業法が適用される場合と同一である。

2.2.4 事業の停止

保険業法の下で強制管理命令が出されると、原則として、管理を受ける保険事業者の保険事業は、強制管理命令の直接の効果として⁵⁰停止される（同103条本文）。しかし、事業の停止の効力の内容については、議論がある。

まず、「保険事業者」に対する事業の停止の効力について検討すると、第一の考え方は、強制管理命令が出されても、強制管理命令が既存の契約関係を直接変更するものではないことを理由として、保険事業者は保険料の收受、保険金の支払等を行うことができる⁵¹というものであり、第二の考え方は、すべての事業が停止する、すなわち、保険事業者は保険料の收受、保険金の支払等を行うことができないというものである。この問題を検討する場合には、昭和43年に、外者法23条1項に基づいて強制管理命令が出された事例⁵²が参考となる。この事例における強制管理命令には、保険業法103条但書を準用する外者法23条3項の規定に基づき「停止しないものとする事業」として、「保険金の支払」、「解約返戻金の支払」、「未収保険料の收受」、「代理店勘定の精算」、「引受に関するものを除く再保険取引」および「これらに関連する業務」が列記されていた。この命令の内容を見る

限り、仮に保険業法103条但書を用いなくて、無条件で強制管理命令が出されたときには、文字どおり全ての事業が停止されると考えられていた、すなわち、行政当局の先例としては第二の考え方が採られていた、とすることができる。

次に、「保険事業者以外の第三者」、特に、保険契約者等および一般債権者に対する事業の停止の効力の問題について検討すると、この問題に対して直接答えを与えるような判例はないが、参考となる判例⁵³が存在する。この判例の事案は、旧銀行法22条を準用する昭和56年の改正前の「協同組合による金融事業に関する法律」6条に基づいて、長崎県知事が信用協同組合に対して業務停止命令を出したというものであり、「(中略)長崎県知事の(中略)業務停止命令は、預金者(中略)が預金債権の支払を求めため債務名義を得、それに基づいて強制執行をすることを妨げるものではない⁵⁴。」と述べている。ただし、このように考える理由については、「協同組合による金融事業に関する法律6条によって準用される銀行法22条による行政庁の信用協同組合等に対する業務停止の命令は、預金者その他第三者の当該信用協同組合等に対する私法上の権利の行使を制限する効力を有するものではない⁵⁵。」としか述べていない。

結論としては、保険業法103条の事業の停止については、原則として、全ての事業が停止するとともに、商法383条2項の規定が準用されるために、強制執行という形での保険事業者に対する私法上の権利の行使は認められないと考えるべきである。その理由としては、次の二つの点を挙げることができる。

第一に、保険業法には、10条3項、104条1項および125条1項のように、行政処分に私法上の権利すなわち保険契約に基づく権利の「内容を変更」する効力を認める規定がある。これと比較すると、大蔵大臣の強制管理命令という行政処分に、私法上の権利すなわち保険契約に基づく権利の「行使を制限」する効力を認めることは、理論的に可能である。すなわち、権利の「内容」を変更する権能が認められるのであれば、いわんや、その権利

の「行使」を制限する権能は、当然認められるはずである。

第二に、仮に、第一の考え方を採らなかったとしても、保険業法107条は、商法383条から385条の規定の準用を排除していないので、強制管理命令が出された場合には、債権者が債務名義を得たとしても、商法383条2項の規定によって、会社財産に対する強制執行ができなくなる（「2.2.6 会社の整理の規定の準用の可否」を参照。）と考えられるからである。逆に言えば、強制執行はできなくとも、債務名義を得ることまでは可能であり、また、確認判決を得ることも可能である。

つまり、保険業法103条によって保険事業者の事業が停止された場合には、少なくとも、商法383条2項の規定によって、「保険事業者以外の第三者」による保険事業者に対する私法上の権利の行使も制限される、と考えるべきである⁵⁶。そして、このような考え方を採る限り、「保険事業者」に対する事業の停止の効力の問題についても、その第二の考え方、すなわち、保険事業者は保険料の収受、保険金の支払等を行うことができない、という行政当局が採用した考え方を採るのが整合的である。

また、外者法が適用される場合においても、外者法23条3項が保険業法103条を準用しているので、保険業法が適用される場合と同様に考えることができる。

2.2.5 大蔵大臣の処分

保険業法が適用される場合には、大蔵大臣は、その必要があると認めるときは、強制管理を受ける会社の保険契約について、(1) 責任準備金の積立方法の緩和など⁵⁷の「計算ノ基礎ノ変更」、(2) 「保険金額ノ削減及将来ノ保険料ノ減額」、および、(3) 利益配当条項といった保険契約等の内容の変更など⁵⁸の「契約条項ノ変更」、という三つの大蔵大臣の処分、いわゆる「管理に必要な処分」を行うことができる（保険業法104条1項）⁵⁹。

これらの処分は、行政処分（行政行為）であるが、つぎの二つの点に注意する必要がある。

第一に、(1)の計算の基礎の変更の処分と、(2)の保険金額の削減および将来の保険料の減額の処

分は、いずれも保険契約の内容を変更する効力がある、つまり、「契約条項ノ変更」と評価することのできる部分がある、という点である。

第二に、これらの処分は、既存の契約の内容を変更するもの、すなわち、将来の契約だけでなく、既存の契約をも対象としている、という意味での遡及効を有するものであるが、さらに、すでに発生している保険金支払請求権、解約保険料返還請求権等の内容を変更する効力があるか、という問題である。言い換えれば、この問題は、既存の契約について、その契約の内容を現時点から将来に向けて変更する、例えば、保険契約の保険金額を80%にするというだけでなく、現時点から過去に遡って変更する、例えば、既に保険事故が発生している保険契約について、保険金額を80%にするのに応じて、保険金請求権の価額も削減する、という意味での遡及効があるかという問題である。この問題については、保険金支払請求権等が既に発生している場合においても、その権利の内容を変更することができる、と考えるべきであろう⁶⁰。なお、この大蔵大臣の処分については、処分が出された後に、公告が行われる（保険業法104条3項前段）。

また、外者法が適用される場合においても、外者法23条3項が、保険業法104条1項および3項前段を準用しているので、保険業法が適用される場合と同様に考えることができる⁶¹。

2.2.6 会社の整理の規定の準用の可否

保険業法が適用される場合から検討すると、商法の会社の整理の規定は、商法に準拠して設立された株式会社の形態を採る保険会社にも適用される。また、保険業法に準拠して設立された相互会社の形態を採る保険会社にも準用されている（保険業法78条）。そして、保険業法の下での強制管理の場合においては、強制管理命令を出された株式会社の形態を採る保険事業者または相互会社の形態を採る保険事業者に、保険業法107条の反対解釈の結果として、会社の整理の規定の一部が準用される（「2.2.1 強制管理の規定の性格」を参照。）。

強制管理命令が出された場合において準用される会社の整理の規定とは、(1)強制管理命令の効果に関する規定としては、(i)破産もしくは和議の申立の禁止、強制執行、仮差押、仮処分もしくは企業担保権の実行等の禁止、または、これらの手続の中止の規定(商法383条2項⁶²⁾、(ii)競売手続の中止の規定(同384条)、および、(iii)時効の停止の規定(同385条)、ならびに、(2)強制管理命令が出された場合の大蔵大臣による処分に関する規定としては、(i)発起人、取締役または監査役(以下では、「取締役等」という略称を用いる。)の責任の免除の禁止処分の規定(商法386条1項6号)、(ii)取締役等の責任の免除の取消処分の規定(商法386条1項7号)、(iii)取締役等の責任に基づく損害賠償請求権の査定処分の規定(商法386条1項8号)、および、(iv)前号の損害賠償請求権に付取締役等の財産に対してなす保全処分の規定(商法386条1項9号)、を挙げることができる。なお、商法386条1項1号ないし5号ならびに10号および11号は、準用されない(保険業法107条)。

これに対して、外者法23条1項に基づいて強制管理命令が出された場合には、同法23条3項によって事業の停止に関する保険業法103条が準用されるものの、保険業法107条の規定および商法の会社の整理の規定は準用されていない。しかし、保険業法の下で強制管理命令が出された場合と同様に、保険業法107条の規定および会社の整理の規定を、解釈によって、可能な限り準用すべきである。

以上のように、会社の整理の規定がどこまで強制管理の手続に準用されるのか、という問題については不明確なところも多い。ここまでの検討においては、もし、今、強制管理の手続を開始しなければならない事態となった場合にはどのように考えたら良いのかという観点から、解釈によって、強制管理の手続に会社の整理の規定を可能な限り準用することを試みた。しかし、その結果を見ると、取締役等の責任に基づく損害賠償請求権の査定処分(商法386条1項8号)等の処分を、大蔵大臣が行うことになり、このような準用を行うこと

については、現在の法意識からすると、「これらの処分は本来裁判所が行うべきものであるから、このような結論をもたらすような、解釈による会社の整理の規定の準用を行うことは問題である」という考え方が出てくるのは当然であろう。しかし、そのような考え方を主張するのであれば、会社の整理の規定の準用を問題とするのではなく、強制管理の制度そのものを問題とすべきであろう。というのは、保険業法および外者法の体系の中では、このような準用を行って大蔵大臣に前記の査定処分等を行う権限を認めることは、明文で大蔵大臣に株主の名義書換の禁止の処分(保険業法104条2項)、契約条項等の変更処分(保険業法104条1項・外者法23条3項)等の処分を行うことを認めている以上、相対的には均衡を失したものとはいえないからである。加えて、戦前において、強制管理に関する争訟は行政裁判所にすら出訴することができず、裁判所の関与が排除されていたことを考えると、現在では、少なくとも大蔵大臣の行った処分を裁判所で争うことが認められている以上、このような準用を行うことは止むを得ないものである、と考えることは可能である。前記の問題点は、法律の改正によって対応すべきものであろう。

2.2.7 強制管理の手続とその他の倒産処理手続との関係

保険事業者に対して行われる倒産処理手続としては、八種類の手続が考えられる。その中で、(1)破産、(2)(和議法による)和議、(3)会社更生、(4)外者法の特別清算(外者法29条)、および、(5)外者法の強制管理(外者法23条)は、いずれも、原則としては、それぞれの倒産処理手続の効力の及ぶ範囲を「日本における財産」とする、属地主義の考え方に立った制度である。これに対して、(6)会社の整理(商法381条以下)、(7)通常の特別清算(商法431条以下)、および、(8)保険業法の強制管理(保険業法100条以下)については、その国際的な効力に関する規定はない⁶³。

具体的に、株式会社の形態を採る外者法上の外国保険事業者を例にとると、このような保険事業者は、民法36条1項によって認許され、商法485条

の2の本文によって日本に成立した株式会社と見做されるとともに、商法の特別法としての保険業法の適用も受ける（第2編「3.2.1.3 外国株式会社の私権の享有」を参照。）。また、商法485条の2の但書によって外者法の適用を受ける⁶⁴だけでなく、この但書によって破産法2条、和議法11条および会社更生法3条も適用される⁶⁵。加えて、「外国会社の会社整理能力、特別清算能力については、商法482条および485条の2によって内国株式会社と同一の地位に立つと解すべき⁶⁶」であるという考え方に従うと、このような保険事業者は、理論的には、日本において会社の整理に関する規定、および、通常の特別清算に関する規定の適用も受けることになる。ただし、特別清算については外者法の特別清算の規定である外者法29条によって商法485条の1項と2項だけが準用される、と考えるべきであろう。

3 諸外国における強制管理に類似した制度

3.1 ドイツ

ドイツには保険監督庁の命令によって保険事業者を管理するという制度は存在しない。しかし、経営状態が悪化した保険事業者に対して命令を出して保険金の支払等を禁止しうること、また、保険監督庁が生命保険事業を営む保険事業者の引き受けた保険契約から生ずる債務を削減することができること、が規定されている（ドイツ保険監督法(VAG)89条）。このドイツ保険監督法89条1項第2文が規定している保険金の支払等の禁止は、日本においては、保険業法103条の事業の停止の一内容として規定されている。また、生命保険事業者の保険契約から生ずる債務の削減について規定するドイツ保険監督法89条2項は、日本の保険業法104条1項に類似する規定である⁶⁷。

3.2 フランス

1976年に従前の法令を法典化してできたフランスの保険法典では、経済および財務担当大臣の命令によって保険事業者を管理するという制度は存在しない⁶⁸。しかし、経済および財務担当大臣は、経営状態が悪化した保険事業者に対して命令を出

して、解約返戻金の支払等を禁止することができ（フランス保険法典L323-1）。このL323-1条が規定している解約返戻金の支払等の禁止は、日本においては、保険業法103条の事業の停止の一内容として規定されている。しかし、日本およびドイツの場合と異なり、保険金の支払の停止については規定されていない⁶⁹。

3.3 イギリス

イギリスには国務大臣の命令によって保険事業者を管理するという制度は存在しない。ただし、国務大臣ではなく、裁判所が解散命令に代えて保険契約の保険金額を削減するという制度がある（保険会社法(ICA)58条⁷⁰）。

3.4 アメリカ（ニューヨーク州）

ニューヨーク州には保険庁長官の命令によって保険事業者を管理するという制度は存在しない。ただし、裁判所の監督の下に保険庁長官が保険事業者の保険事業を管理する制度が存在する（ニューヨーク州保険法§§7402, 7403⁷¹）。

4 強制管理に関する国際民事手続法上の諸問題

4.1 強制管理の管轄

強制管理の管轄とは、強制管理の手続をどこで行うべきか、という問題である。この強制管理の管轄の問題は、強制管理の手続において行われた行政処分に対して提起される行政事件訴訟の裁判管轄権の問題、および、保険事業者に対して提起される民事訴訟の裁判管轄権の問題とは区別して考える必要がある。この問題を検討するに当たって、強制管理の手続と破産の手続とを比較すると、次のような相違がある。

第一に、破産の場合には、破産管財人の選任および監督は裁判所が行う（破産法157条・161条・167条）のに対して、強制管理の場合には、保険管理人の選任および監督は、大蔵大臣が行う（保険業法101条1項・4項・5項。外者法23条3項もこれらの規定を準用している。）。第二に、強制管理を行う旨の決定、または、強制管理を終了する旨の決定は、裁判所の決定（破産法143条1項1号ならびに非訟事件手続法135条の31第1項および同

法135条の34第1項を参照。)という形ではなく、大蔵大臣の命令という形で行われる(保険業法100条1項・106条1項。外者法23条1項および同条3項が準用する保険業法106条1項。)。第三に、強制管理の手続においては、裁判所が債権者集会などの手続を主宰することはない。

つまり、強制管理の場合には、裁判所が、破産法の場合におけるいわゆる破産裁判所に相当する役割を果たすということはない。逆に、大蔵大臣が破産裁判所の役割を果たしている場合がある(保険業法101条6項。外者法23条3項もこの規定を準用している。)

結局、ここでいう管轄とは、行政庁の監督の下で保険管理人が強制管理の手続を行う国はどこかという問題にほかならず、その保険事業者がその保険事業に対して免許を与えられた場所、すなわち、「その保険事業免許の下で保険事業を営んでいる保険事業者の事業所が所在する国」の日本に管轄があるというべきであろう、つまり、保険業法100条1項および外者法23条1項自体が管轄に関する規定としての性格をも有している、と考えるわけである⁷²。

そこで、以下では、強制管理の手続において行われた行政処分に対して提起される行政事件訴訟の裁判管轄権、および、強制管理の手続が行われている保険事業者に対して提起される民事訴訟の国際的裁判管轄権について検討する。

4.2 強制管理命令および大蔵大臣の処分に関する訴訟の裁判管轄権

強制管理の手続において行われた行政処分に対して提起される訴訟は行政事件訴訟である。その具体例としては、保険業法100条1項または外者法23条1項が定めている強制管理命令を出すための要件が存在していなかったことを理由として強制管理命令の取消訴訟を提起する場合、および、大蔵大臣の処分(保険業法104条1項・外者法23条1項)の内容が違法なものであることを理由としてその処分の取消訴訟を提起する場合、などが考えられる。この場合には、行政事件訴訟法12条1項ならびに裁判所法24条1号および33条1項1号括

弧書により、大蔵省の所在地の裁判所である東京地方裁判所に管轄権がある、と考える。

また、この結果として、保険契約者等が外国人・外国会社・外国法人であっても、強制管理命令または大蔵大臣の処分の違法性について争うためには、東京地方裁判所に訴えを提起する必要がある。

4.3 民事訴訟の国際的裁判管轄権

強制管理に関連する民事訴訟の具体例としては、保険会社に対する債務名義を得るために提起される訴訟などが考えられる。会社の整理の場合には、強制執行をすることはできない(商法383条2項)が、債権確定の手続がないことを理由として、このような訴訟の提起は禁止されていない⁷³。保険業法および外者法の下での強制管理の場合にも、商法383条2項が準用されるという考え方を採る以上、強制執行はできないが、債務名義を得るための訴訟の提起は許されると考えるべきであろう。

そして、民事訴訟の国際的裁判管轄権について見ると、この問題に関する判例であるマレーシア航空判決⁷⁴は、国際的裁判管轄権は条理によって決定し、その条理の具体的な内容は民事訴訟法の国内の土地管轄に関する規定であり、例外的な処理の余地を残さない、というものであった。また、これに対して、判例が条理の具体的な内容を、民事訴訟法の国内の土地管轄に関する規定であると考えた点を批判し、国際民事訴訟法独自の観点から修正を加えて国際的裁判管轄権を決定するための準則を設定しようとする「特段の事情を認める国際的裁判管轄権規則独自説(管轄配分説・修正類推説)⁷⁵」が有力に主張されている。

いずれの考え方を採っても、少なくとも、保険事業者に対する保険金支払請求、解約保険料返還請求等の財産関係事件の給付訴訟の国際的裁判管轄は、(1)個人の形態を採る保険事業者を被告とする場合にはその住所地国、(2)法人の形態を採る保険事業者の場合には、その本拠地国、すなわち、主たる事業所の所在地国、および、その事業所と取引が行われた場合の被告の従たる事業所の所在地国、について認められ、また、(3)契約に係する有効な裁判管轄の合意が存在すればその合意に

従い、(4)応訴管轄も認められることになろう⁷⁶。つまり、一般の給付訴訟に関する国際的裁判管轄権の決定準則に従うことになる。

5 強制管理の準拠法

破産の場合において、国際的な破産の手続の準拠法に関する通説は、「手続法は法廷地法にしたがうという国際私法上の原則の適用として、(中略)日本において破産手続が行われるかぎり、日本の破産法が適用される。(中略)いわゆる破産実体法についても同じである。⁷⁷」というものである。これに対して、強制管理の場合には、日本に強制管理の管轄があると考ええる以上、強制管理の手続の準拠法は、強制管理の手続地法である日本法である。また、保険業法および外者法の下での国際的な強制管理においても、すべての実体問題についてそれぞれの準拠法が決定されなければならないという点は、国際的な破産の場合と異ならない。

6 強制管理の国際的効力

6.1 法律の規定

保険業法の下での強制管理の手続(保険業法100条1項)については、会社の整理(商法381条以下)および通常の特種清算(商法431条1項)の場合と同様に、その国際的効力に関する規定はない。

これに対して、外者法の下での強制管理の手続(外者法23条1項)については、属地主義の考え方を採っている破産法3条、和議法11条1項(破産法3条を準用している。)、会社更生法4条および6条ならびに外国会社の営業所閉鎖命令に基づく特別清算(商法485条)の場合と同様に、「日本における業務および財産」(外者法23条1項)が管理の対象とされている。

以下では、このような法律の規定の下で、事業の停止の国際的効力および大蔵大臣の処分⁷⁸の国際的効力についてどのように考えるべきか、また、どのような問題があるのか、という点について検討する。ここでは、特に、保険業法の下での強制管理の手続については、国際的効力に関する規定がないために、法文上は、属地主義的な解釈を緩

和する余地があることに留意すべきである。

6.2 事業の停止の効力

6.2.1 保険業法が適用される場合

保険業法の下での強制管理の手続の国際的効力について、一般的に述べている文献は見当たらない。これに対して、行政当局は、保険業法100条1項に基づく強制管理命令が出された場合の事業の停止(保険業法103条)について、「外国における営業(保険業法1条の2)も停止されるものと解する⁷⁸」と述べている。しかし、強制管理は、行政処分という手法を用いた会社の更生手続であるために、強制管理命令の外国における効力の問題は、そのままでは、保険監督法の域外適用の問題または国家行為の承認の問題となろう。つまり、強制管理命令が出された場合には外国における営業が当然停止される、という考え方を採ることはできず、事業の停止の効力は、そのままでは外国には及ばない、と考える。では、このような立場を採った場合に、保険業法103条が規定する事業の停止の効力を確認する目的で日本の裁判所に保全処分を出してもらい、外国においてこの日本の裁判所の決定を承認⁷⁹する手続を経た上で、事業の停止の効力を外国に及ぼすことができる、と考えることは可能であろうか⁸⁰。

この問題については、次の二つの点を考慮する必要がある。第一に、保険業法103条が規定する事業の停止の効力を、保険事業者が外国において有する支店または事業所に及ぼすためには、まず、その事業の停止の効力が日本において「確定」したものであることが要件となろう⁸¹。しかし、強制管理命令という行政処分に関する争訟は、行政庁の処分についての異議申立て(行政不服審査法6条)、または、抗告訴訟の中の処分取消しの訴え(行政事件訴訟法3条1項・2項)として提起されると考えられる⁸²ので、行政事件訴訟法14条1項・3項の規定を考慮すると、少なくとも3カ月から1年の間は行政処分の効力は確定しない、すなわち、手続上、取り消される可能性のなくなった状態に至っていないことになる。また、行政処分については、理論的には、その撤回は自由であり⁸³、判決

の確定と同様の意味での、強制管理命令という行政処分の効力の確定、というものを考えるのは難しい。第二に、事業の停止という強制管理命令の効果は、通常、保険事業者に対して、一定の不作為義務、たとえば、保険金の支払をしてはならないという義務を生じさせるものであるが、この事業の停止の効力を海外に及ぼすためには、裁判所の確認判決では不十分であり、裁判所がその保険事業者の外国における支店または事業所に対して、不作為を命ずるものでなければならない。しかし、一方で、保険業法107条は、商法386条1項1号の適用を排除しており、裁判所がそのような保全処分を出すことを認めていない⁸⁴。

以上の二つの理由により、事業の停止の効力を外国に及ぼすことは難しいと考える。この結果、保険業法の下での強制管理の手続については、国際的効力に関する規定がないために法文上は属地主義的な解釈を緩和する余地があるにもかかわらず、日本における事業の停止の効力を保険事業者の外国にある支店または事業所に及ぼして、その支店または事業所に対して行われる強制執行等に対抗することは難しいということになる。つまり、外国法人・外国会社・外国人を含む保険契約者等は、日本においてその内国保険事業者の事業が停止された場合であっても、その内国保険事業者が保険事業免許を取得している外国において保険金支払請求訴訟等の訴を提起すると、日本では事業の停止の効力によって債権を回収することができないにもかかわらず、その外国では債権を回収することができる場合が生ずることになる⁸⁵。

このような事態を回避するためには、強制管理命令を出す場合に、大蔵大臣は、予め、問題となった内国保険事業者が保険事業免許を取得している外国においてその内国保険事業者の保険事業を監督している官庁と協議を行うことによって、または、その国の裁判制度を利用することによって、問題となった内国保険事業者の日本における保険事業と外国における保険事業とを、同時にまたは可能な限り短い時間を置いて、共に停止させる必要がある⁸⁶。

6.2.2 外者法が適用される場合

外者法が適用される場合における事業の停止の効力に関しては、行政当局の見解は明らかではない。しかし、「日本における業務および財産」（外者法23条1項）が管理の対象とされているので、法文上は、事業の停止の効力は、日本における業務および財産に対してしか及ばないことになる。言い換えると、外者法23条1項の「大蔵大臣は、（中略）その〔筆者注：外国保険事業者の〕日本における業務及び財産の管理の命令をすることができる。」という規定は、破産の手続における破産法3条1項の「日本ニ於テ宣告シタル破産ハ破産者ノ財産ニシテ日本ニ在ルモノニ付テノミ其ノ効力ヲ有ス」という規定に類似するものである、と考えることができる⁸⁷。そして、この「日本における」という法文の存在に加えて、保険業法が適用される場合と同じ理由により、事業の停止の効力を外国に及ぼすことは難しい⁸⁸。

6.3 大蔵大臣の処分の効力

6.3.1 保険業法が適用される場合

大蔵大臣の処分（保険業法104条1項）の効力については、事業の停止の効力とは別に検討する必要がある。なぜなら、事業の停止の効力が保険事業者に対して不作為義務を課するものであるのに対して、大蔵大臣の処分は、保険事業者と保険契約者等との間の契約の内容すなわち私法上の権利義務関係の内容を変更するもの⁸⁹だからである。また、大蔵大臣の処分は、保険事業者の有する財産に応じて契約条項等を変更するという保険契約者等に不利益な処分を行うものであるから、破産の場合における免責の制度（破産法366条の2以下）に類似する制度であり、強制管理の手続に特有の一部免責の制度であるということができる。

しかし、そもそも、大蔵大臣は、国際的な内国保険事業者が外国において取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約の契約条項等を一方的に変更することができるのであろうか。確かに、保険業法104条1項の法文は、このような場合の契約条項等の変更を否定していない。しかし、このような契約条項等の変更については、保険業法の

規制は間接的なものであり、規制の実効性も充分には担保されていないので、日本の保険業法と外国の保険監督法の双方の要件を満たさなければならず、その外国の保険監督法によっても認められるのでなければ、一方的にその契約条項等を変更することはできない、と考えるべきであろう。これに対して、大蔵大臣の処分の対象となっている契約が、国際的な内国保険事業者によって日本で取得された保険事業免許の下で引き受けられたものである場合には、理論的には外国の保険監督法の規制が及んでいる場合であっても、大蔵大臣の処分だけで契約条項等の変更を行うことができる⁹⁰。このように考えなければ大蔵大臣による保険事業の監督が阻害されてしまうからである。

では、このような国際的な内国保険事業者が日本の保険事業免許の下で引き受けた保険契約の契約条項等の変更、たとえば、保険金額の削減が保険業法104条1項に基づいて行われた場合に、この内国保険事業者が保険事業免許を取得している外国において、保険契約者等が変更の処分が行われる前の契約条項等に基づいて訴を提起したときは、その内国保険事業者はその保険契約者等に対しその外国においてどのような法律上の主張をすることができるのであろうか。

この問題を考えるために、まず、仮定の問題として、この契約条項等の変更を裁判所が裁判によって行った場合を考える。たとえば、保険契約で定められた保険金額の削減が裁判所によって行われ、その後保険事故が発生したために、保険契約者が削減前の保険金額に基づいて保険金の額を算定して外国で保険金支払請求訴訟を提起しようとしている場合を考えると、これに対抗するために、内国保険事業者は、削減された保険金額に基づいて算定された保険金を支払う債務の不存在確認訴訟を日本において提起し、日本において取得した債務不存在確認判決を保険契約者等が訴を提起している外国において承認してもらうという方法を採用することを検討することになる⁹¹。

これに対して、大蔵大臣の監督の下で行われる

強制管理の手續における大蔵大臣の処分は行政処分であり、その処分の効力は確認訴訟を提起することのできるような最終的に確定したものではなく、その効力を外国の裁判所において承認してもらうことは難しい。つまり、この内国保険事業者が保険事業免許を取得している外国において、保険契約者等が変更が行われる前の契約条項等に基づいて提起した訴がその外国において認容される場合が生じてくる⁹²。

6.3.2 外者法が適用される場合

外者法の下で行われる強制管理の手續における大蔵大臣の処分(保険業法104条1項を準用する外者法23条3項)においては、そもそも、「大蔵大臣は、外者法上の外国保険事業者が日本において取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約の契約条項等を変更することができるのか」という問題がある。確かに、外者法23条3項によって準用される保険業法104条1項の法文は、このような場合の契約条項等の変更を否定していない。しかし、これに対して、その外者法上の外国保険事業者の主たる住所、事業所のある外国においても保険監督法が存在しているので、その法律によっても認められるのでなければ、一方的にその契約条項等を変更することはできない、という考え方も成り立ち得る。また、特に、相互会社の形態を採る外者法上の外国保険事業者の強制管理の場合においては、保険加入者が相互会社の社員であるために、大蔵大臣の処分は相互会社の社員の権利義務関係の変更をもたらすことになり、相互会社の設立準拠法による規制が問題となる⁹³ことにも留意する必要がある。

しかし、結論としては、外者法上の外国保険事業者が日本の外者法に基づく保険事業免許の下で引き受けた契約の契約条項等を大蔵大臣の処分によって変更する場合においては、理論的には外国の保険監督法の規制が及んでいると言い得る場合であっても、大蔵大臣の処分だけで一方的に契約条項等の変更を行うことができる、と考えるべきである。なぜなら、このように考えないと大蔵大臣による保険事業の監督が阻害されてしまうから

である⁹⁴。

また、大蔵大臣が日本の保険事業免許の下で引き受けられた保険契約の契約条項等を変更する処分を行った場合において、保険契約者等が、例えば、その外者法上の外国保険事業者の設立準拠法を制定した国で、変更を受ける前の契約条項等に基づいて訴を提起したときの問題点については、保険業法の下での強制管理の手続における大蔵大臣の処分の場合と同様に考えることができる。

7 強制管理の制度の問題点と立法論

これまで見てきたように、保険業法および外者法の下で行われる強制管理の制度には様々な問題がある。具体的には、次のような問題である。

まず、第一に、そもそも、行政処分によって保険事業者と保険契約者等との間における権利の行使を制限し、権利義務関係の内容を変更するといった現在の強制管理の制度そのものが、法技術的にみても行政処分の効力が確定しないという問題があるだけでなく、立法政策という観点からみても問題がある。すなわち、本研究で取り上げた、強制管理命令の直接の効果として生ずる事業の停止の制度、および、大蔵大臣の処分(いわゆる「管理に必要な処分」)の制度、ならびに、会社の整理の規定の準用による取締役等の責任に基づく損害賠償請求権の査定処分などの制度については、次のような二つの問題がある。

一つは、私法上の権利の行使を制限する権能、および、私法上の権利の内容を変更する権能、ならびに、損害賠償責任の有無およびその額を認定する権能などは、原則として、これらの権能を行使するのにふさわしい手続を備えているという理由によって、裁判所に委ね、裁判所の監督の下に行うのが望ましいということであり、もう一つは、強制管理の手続においては、大蔵省(大蔵大臣)自身が常に監督責任の有無を問題とされる立場にあり、大蔵省(大蔵大臣)以外の中立的かつ客観的に判断できる立場にある機関、すなわち、原則として裁判所、に判断を委ねるのが望ましいということである。この二つの理由により、保険業法

および外者法の改正に当たっては、少なくとも、強制管理の制度について全面的な見直しを行い、強制管理の制度を裁判所の命令によって開始し、裁判所の監督の下で手続を行い、裁判所の決定により契約条項等の変更を行う⁹⁵という内容の制度に改めるべきであろう。

第二に、強制管理の制度の具体的な内容が必ずしも明確ではない、という問題がある。本研究では、現時点で強制管理の手続を実際に開始しなければならないとすれば、どのような考え方を採るべきか、という観点から筆者なりの解答を示している。しかし、大蔵大臣の処分によってどのようなことまでできるのかという問題、および、取締役等の責任に基づく損害賠償請求権の査定処分などの会社の整理の規定がどこまで準用されるのかという問題については、保険業法および外者法が現在用意している仕組みの中では本研究で提示した考え方が成り立ち得るということ、および、本研究で示したような解釈を採らないとそもそも強制管理の制度そのものが機能しないということ、は言い得るとしても、本研究で提示した考え方が裁判所によって認められるという保証はなく、強制管理の制度の内容はその意味で制度の利用者にとって十分に明確なものとは言えない。それゆえ、保険業法および外者法の改正に当たって、強制管理の制度を存続させるのであれば、明文による準用の形にせよ、新たに規定を置く形にせよ、強制管理の制度の内容をより明確なものとする必要がある。

第三に、保険会社の事業活動が国際化した現在において、国際的な倒産処理の制度として問題はないのかという観点から見ると、保険業法および外者法が用意している強制管理の手続には、問題が多い。具体的には、国際的な内国保険事業者による保険事業の経営が危機的な状態に陥った場合において、その内国保険事業者が外国において取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約と外国に在る財産をどう取り扱うか、という問題である。この問題については、各国毎に法制度が異なっている結果、完全に整合的な倒産処理手続を

用意することは難しいにしても、各国で並行して、利用可能な倒産処理手続または倒産処理手続に類似する効力を有する手続⁹⁶を利用することにより、可能な限り保険契約者等および一般債権者の公平を確保することが必要であろう。具体的には、事業の停止の効力に関して述べたように⁹⁷、二つの方法がある。その一は、保険業法および外者法の下での保険管理人の制度（保険業法101条1項・外者法23条3項）を利用し、外国においても並行して倒産処理手続を開始することができるのであれば、日本において、国際的な保険事業者に対して強制管理命令を出すのと同時に保険管理人を選任し、その保険管理人に外国においてその国際的な保険事業者の倒産手続の開始の申立を行わせる、という方法である。また、その二は、保険事業を監督する官庁の協議による方法であり、たとえば、問題となった外国がドイツであれば、日本の大蔵大臣とドイツの保険監督庁との協議によって、問題となった保険事業者の日本における保険事業の停止とドイツにおける保険金等の支払の禁止とを同時に行うという方法である。実際には、この二つの方法を場合に依りて使い分けることになる⁹⁸。

第4編 保険契約の国際的な包括移転

1 問題の所在

第4編では、国際的な保険事業者に対する強制管理の手続の過程で行われる保険契約の国際的な包括移転の制度について、その内容および問題点を検討する。

1.1 保険契約の包括移転の制度の分類

保険契約の包括移転の制度⁹⁹には、(1)任意的な保険契約の包括移転の制度（保険業法111条1項・外者法21条1項）と(2)強制的な保険契約の包括移転の制度（保険業法100条1項・外者法23条1項）とがあり、さらに、後者には、(2-1)「包括移転命令」を受けた保険事業者の間で協議を行い、保険契約移転契約書を作成した上で、認可を受けて行う包括移転の制度（保険業法121条1項・4項および同法125条1項、外者法23条3項）と、(2-2)包

括移転命令を受けた後に、協議が行われないうちに、または、協議がまとまらないために、「包括移転決定」によって行われる包括移転の制度（保険業法124条1項および同法125条1項、外者法23条3項）という二つの制度がある。本研究においては、最も問題の多い(2-2)の意味での強制的な保険契約の包括移転の制度を中心に検討を行い、(1)および(2-1)の制度については、必要な範囲で検討する。

1.2 検討の対象

強制的な保険契約の包括移転の制度について詳しく検討した文献は殆どない¹⁰⁰ために、次のような基本的な問題についてさえ未解決の問題がある。そこで、具体的には、どのような保険事業者間においてどのような包括移転が認められているのか、ならびに、包括移転が認められる場合、および、包括移転が認められない場合にはどのような問題があるのか、という点について検討することを最終的な目的とし、その前提として、強制的な保険契約の包括移転の手続の根拠規定、その沿革とその手続の内容、および、諸外国における保険契約の包括移転の制度と同様の制度について、予め検討を行う。

2 強制的な保険契約の包括移転の根拠規定等とその手続の内容

2.1 強制的な保険契約の包括移転の根拠規定とその沿革

2.1.1 強制的な保険契約の包括移転の根拠規定

保険業法が規定する強制的な保険契約の包括移転とは、主務大臣（大蔵大臣）が、「保険会社ノ業務又ハ財産ノ状況ニ依リ其ノ事業ノ継続ヲ困難ト認ムルトキ又ハ業務ノ状況著シク不良ニシテ公益上其ノ事業ノ継続ヲ不相当ト認ムル」（保険業法100条1項）ときに、保険業法100条1項に基づく「契約ノ移転ノ命令」（包括移転命令）によって行われる保険契約の包括移転のことである¹⁰¹。なお、保険会社は、そもそも営業の譲渡を行うことができない（保険業法127条）。その理由については、「保険会社については免許事業の特殊性から契

約の包括移転が商法の営業の譲渡の特別規定として認められているため¹⁰²」と説明されている¹⁰³。

また、外者法が規定する強制的な保険契約の包括移転とは、大蔵大臣が、「外国保険事業者の業務又は財産の状況により、その日本における事業の継続が困難であり、又は不相当であると認めた」

(外者法23条1項)ときに、外者法23条1項に基づく「日本における保険契約の移転の命令」(包括移転命令)によって行われる保険契約の包括移転のことである¹⁰⁴。なお、営業の譲渡を禁止する保険業法127条は外者法には準用されていない(外者法23条3項を参照)。

2.1.2 強制的な保険契約の包括移転の制度の沿革

保険業法の強制的な保険契約の包括移転の制度は、昭和14年に現在の保険業法が制定されたときに初めて創設された制度である¹⁰⁵。これに対して、外者法の強制的な保険契約の包括移転の制度は、外者法の前身である勅令「外国保険会社ニ関スル件」(明治33年勅令第380号)が昭和16年に改正された際に追加された同勅令7条の4の規定によって初めて導入されたものである。

2.2 強制的な保険契約の包括移転の手続の内容

2.2.1 包括移転命令とその効果

保険業法100条1項に基づき包括移転命令が出されると、命令を受けた保険会社の保険事業は、原則として、停止する(保険業法103条本文を準用する同法126条。)¹⁰⁶。また、大蔵大臣がその必要があると認定したときは、包括移転命令を受けた保険会社の「保険契約ニ付〔筆者注：「大蔵大臣の処分」によって〕計算ノ基礎ノ変更、保険金額ノ削減及将来ノ保険料ノ減額又ハ契約条項ノ変更ヲ為スコト」ができる(保険業法104条1項を準用する同法126条。)¹⁰⁷。さらに、保険業法123条によって、大蔵大臣は、その必要があると認定したときは、「移転スベキ保険契約ニ関スル計理¹⁰⁸ニ付特別ノ計算ヲ為スベキ」旨の命令を出す¹⁰⁹ことができ、また、「其ノ他移転ヲ受クル会社ノ保険契約者、被保険者又ハ保険金額ヲ受取ルベキ者ノ利益ヲ保護スルニ必要ナル命令」を出すことができ

る。

また、外者法が適用される場合には、外者法23条3項が、保険業法103条、104条1項、および、123条を「保険契約の移転の命令があった場合」に準用しているので、保険業法が適用される場合と同一である。

2.2.2 強制的な保険契約の包括移転に関する協議

保険業法が適用される場合において、包括移転命令(保険業法100条1項)を受けたときには、命令を受けた保険会社は、(1)その命令に相手会社の指定があるときは、その相手となる保険会社と、また、(2)その命令に相手会社の指定がないときは、大蔵大臣の認可を受けた上で他の保険会社と、保険契約の移転に関して協議を行わなければならない(保険業法121条1項)。この場合において、大蔵大臣が、(1)包括移転命令において移転の相手方となる保険会社を指定したとき、または、(2)協議の相手方となる保険会社について認可を与えたときは、大蔵大臣は、指定した旨または認可を与えた旨をその相手方となる保険会社に対して通知する(保険業法121条2項)。

この協議を行うためには、「包括移転命令を受けた保険会社」および「移転の相手方として指定された保険会社」または「認可により協議の相手方とされた保険会社」が、それぞれの株主総会または社員総会において特別の決議を行うことが必要である(保険業法121条3項・5項)。しかし、実際には、特別の決議が成立しない場合、または、協議が成立しない場合が多いと予想される。

これに対して、外者法が適用される場合には、外者法23条3項が、保険業法121条を「保険契約の移転の命令があった場合」に準用している。ただし、この場合において、外者法23条4項に「前項に掲げる規定中總會の決議に関する規定は、外国保険事業者については準用しない。」という規定があるために、保険業法121条3項および5項の規定は、外者法上の外国保険事業者については準用されない。また、保険業法121条3項の「各会社」という文言が、「相手会社である日本の会社」と読み

替えられている（外者法23条3項）ために、外者法上の外国保険事業者について強制的な保険契約の包括移転を行う場合においては、その移転の相手方となることのできる保険会社は内国保険事業者に限られる¹¹⁰。

2.2.3 包括移転決定

保険業法が適用される場合において、包括移転命令（保険業法100条1項）を受けたにもかかわらず、「包括移転命令を受けた保険会社」および「移転の相手方として指定された保険会社」もしくは「認可により協議の相手方とされた保険会社」が協議を行わない場合、特別の決議が成立しないために協議ができない場合、または、協議をしてもまとまらない場合には、大蔵大臣は「勅令ノ定ムル所ニ依リ¹¹¹契約ノ移転ニ付必要ナル決定」（包括移転決定）をなすことができる（保険業法124条1項）。そして、この大蔵大臣の包括移転決定によって保険契約の移転の私法上の効力が生ずる（保険業法125条1項）。この場合において、包括移転決定を受けた保険会社、すなわち、「保険契約を移転する保険会社」および「保険契約の移転を受ける保険会社」は、「遅滞ナク其ノ〔筆者注：決定の〕定ムル所ニ依リ財産ノ引渡其ノ他契約ノ移転ニ必要ナル手続ヲ為スコトヲ要」する（保険業法施行規則〔大正元年12月27日農商務省令第29号〕54条）。さらに、強制的な保険契約の包括移転を受けた保険会社は、三か月以内に、移転された保険契約の契約者に対して保険契約の包括移転を受けた旨の通知を出さなければならない（保険業法施行規則53条により準用される同規則52条）。

また、外者法が適用される場合には、外者法23条3項が、保険業法124条、125条および保険業法施行令12条ないし14条¹¹²を「保険契約の移転の命令があった場合」に準用している。また、外国保険事業者に関する法律施行規則〔昭和26年8月25日大蔵省令第81号〕17条が、保険業法施行規則52条および54条の規定を「大蔵大臣の命令によって外国保険事業者が保険契約の移転をする場合」に準用しているので、結局、保険業法が適用される場合と同一である。

2.2.4 包括移転決定の実例

2.2.4.1 包括移転決定の実例の内容

キャピタル社についての強制管理および強制的な保険契約の包括移転の事例¹¹³においては、保険業法124条1項を準用する外者法23条3項の規定に基づいて、「X社（保険契約の移転の命令を受けた保険会社）の（中略）日本における保険契約の全部を包括して、Y社（中略）に、次の条件を付して移転する。（1）（略）再保険貸をY社に移転する。（2）“上記(1)の資産の額”と（中略）“保険契約に関する支払備金、未経過保険料準備金及び再保険借の合計額”との差額に相当する金額については、Y社のX社に対する債権とする。（3）X社は、移転日現在の貸借対照表を作成し、必要な計数等をすみやかに確定するとともに、移転に関する必要な書類等を遅滞なくY社に引渡すものとする。¹¹⁴〔筆者注：“ ”は、筆者が付け加えた。〕という内容の包括移転決定がなされている。

2.2.4.2 包括移転決定の内容の分類

包括移転決定の内容を分類すると、次の(a)ないし(e)の五つの決定に整理することができる。その第一は、(a)保険契約を移転する決定であり、「2.2.4.1 包括移転決定の実例の内容」(以下では、単に「実例」という。)の柱書にあたる部分だが、これに該当する。そして、この決定によって、私法的にも保険契約が移転することになる（保険業法125条1項）。第二は、(b)財産の移転に関する決定であり、この決定は、さらに、次の二つに分けることができる。一つは、(b-1)「財産の所有権を移転させる効力を有する決定」であり、「実例」の「条件」の(1)の部分がこれに該当する。また、もう一つは、(b-2)「その他の財産の移転に関する決定」あり、「実例」の「条件」の(3)の部分がこれに該当し、この例では、保険契約を移転した保険事業者に対して移転に協力する義務を課している。第三は、(c)契約条項等を変更する決定であり、「実例」には、これに該当する部分は存在しない。しかし、このような「決定」をなし得ると考えられている¹¹⁵。第四は、(d)債権債務関係を創設する決定であり、「実例」の「条件」の(2)の部分

がこれに該当する。第五は、(e)債権者保護のための留保財産に関する決定である。ただし、「実例」には、この決定に該当する部分は存在しない。しかし、このような決定をなし得ると考えられている¹¹⁶。

2.2.4.3 検討の対象

以下では、前記の(a)ないし(e)の決定の中で、法文に明記されている(a)を除き、(b-1)、(b-2)、(c)および(d)の決定の効力について検討を加える。なお、(e)の決定については、この決定は(b-1)の決定と裏腹の関係にあるので、本研究では取り上げない。

2.2.5 財産の移転に関する決定（包括移転決定の効力—その1—）

保険業法が適用される場合には、保険業法124条1項の文言が、「契約ノ移転ニ付必要ナル決定」という用語を用いているために、「財産の移転に付必要ナル決定」を「契約ノ移転ニ付必要ナル決定」の中で行うことができるか否かについては、法文上は明確ではない¹¹⁷。しかし、この「移転ニ付必要ナル決定」（包括移転決定）には、少なくとも、保険業法121条1項の「協議」によって定めなければならない事項が含まれ、この「協議」によって定めなければならない事項には、「移転財産に関する事項」も含まれている、と考えられている¹¹⁸。

この「財産の移転に関する決定」の具体的な例の第一は、「財産の引渡等に関する決定」であり、包括移転決定がなされると、「包括移転命令を受けた保険会社」および「保険契約の移転を受ける保険会社」は、決定¹¹⁹「ノ定ムル所ニ依り財産ノ引渡其ノ他契約ノ移転ニ必要ナル手続ヲ」行わなければならない（保険業法施行規則54条）。

また、具体例の第二は、「財産の所有権を移転させる効力を有する決定」である。「財産」の一例として「金銭債権」を取り上げると、包括移転決定によって、保険契約の包括移転の効力を生じさせる（保険業法125条1項）ことによって保険契約の当事者である保険者を変更することができる、すなわち、保険事業者の有する分割払保険料支払請求権などの債権を移転させることができる、とさ

れているので、これと同様に、包括移転決定によって金銭債権の債権者を「包括移転命令を受けた保険会社」から「保険契約の移転を受ける保険会社」へ変更することができると思えることは可能である。それゆえ、包括移転決定には、財産の所有権を移転させる効力を有する決定が含まれる、と考えるべきである¹²⁰。ただし、不動産ないしは動産といった財産については個別の対抗要件を備えるための手続が別に必要である。

また、外者法が適用される場合には、外者法23条3項が、保険業法121条1項および124条1項を「保険契約の移転の命令があった場合」に準用している。また、外国保険事業者に関する法律施行規則17条が、保険業法施行規則54条の規定を「大蔵大臣の命令によって外国保険事業者が保険契約の移転をする場合」に準用しているため、結局、保険業法が適用される場合と同一である。

2.2.6 契約条項等を変更する決定（包括移転決定の効力—その2—）

保険業法が適用される場合について検討すると、行政官の著した解説書によれば、保険業法124条1項の「包括移転決定」の内容には「保険契約の契約条件の変更等に関する事項」が含まれる¹²¹、と考えられている。しかし、一方で、包括移転される保険契約の契約条項等を変更するためには、包括移転決定に頼らなくても、この包括移転決定を行う前に、保険業法126条で準用されている保険業法104条1項を用い、大蔵大臣の処分によって、包括移転命令を受けた保険会社の保険契約の契約条項等を変更することができる。それゆえ、この点に着目する限り、必ずしも、包括移転決定に、移転される保険契約の契約条項等を変更する効力がある、と考えなければならない必要はない。しかし、キャピタル社の事例¹²²の場合も同様であるが、実際には、責任財産の確定手続とそれに伴う大蔵大臣の処分を待たずに、直ちに保険契約の包括移転を行わなければならない場合が生じ得る。他方で、保険業法126条が準用している同法104条1項の大蔵大臣の処分は、「包括移転命令が出された時」と「保険契約の包括移転の認可または決定が行われ

る時」との間に行われるものなので、包括移転を行った後に、責任財産の価額に応じて大蔵大臣の処分によって契約条項等を変更するためには、保険業法124条1項の「契約ノ移転ニ付必要ナル決定」の一つとして、「実際に回収することが可能な債権の価額等の責任財産の価額が確定した時点において、大蔵大臣は、その責任財産の価額に応じて、移転された保険契約につき、計算の基礎の変更、保険金額の削減および将来の保険料の減額または契約条項の変更を行う。」という趣旨の停止条件付の「契約条項等を変更する決定」を行うことを認めることが必要となる。

また、外者法が適用される場合においては、外者法23条3項が、保険業法104条1項、124条1項および125条1項を「保険契約の移転の命令があった場合」に準用しているので、保険業法が適用される場合と同様に考えることができる。

2.2.7 債権債務関係を創設する決定（包括移転決定の効力—その3—）

保険業法が適用される場合における「債権債務関係を創設する決定」（「2.2.4.1 包括移転決定の実例の内容」の条件の(2)の部分。）については、責任財産の確定手続とそれに伴う大蔵大臣の処分を待たずに、直ちに保険契約の包括移転を行わなければならない場合が生じ得るので、行政当局の先例と同様に、解釈により、包括移転決定（保険業法124条1項）によってこのような決定を行うことができると考えるべきであろう。ただし、立法当時には、経営危機に陥った保険会社に対して、強制管理命令または包括移転命令を出した後に、その保険会社に残されている財産に応じて大蔵大臣の処分により契約条項等を変更（保険業法104条1項・126条）した上で、その保険契約等の包括移転を行うという手続が典型的な事例と考えられていたのであろう。というのは、このような前提に立たないと、包括移転を受けた保険会社は、責任財産による裏付けのない状態で保険契約等に基づく債務だけを負担することになり、包括移転を受けた保険会社の債権者、株主または社員の利益を法律上の正当な根拠なく害することになるからで

ある¹²³。このような場合には、大蔵大臣は、保険業法123条に規定された「其ノ他移転ヲ受クル会社ノ保険契約者、被保険者又ハ保険金額ヲ受取ルベキ者ノ利益ヲ保護スルニ必要ナル命令」を出さなければならない。

なお、外者法が適用される場合においては、外者法23条3項が、保険業法104条1項、123条および124条1項を「保険契約の移転の命令があった場合」に準用しているので、保険業法が適用される場合と同様に考えることができる。

2.2.8 包括移転決定のその他の効力（包括移転決定の効力—その4—）

保険業法が適用される場合において、包括移転決定が出されると、保険契約を包括移転する保険会社とその契約について有する権利義務は、保険契約の包括移転を受けた保険会社がこれを承継する（保険業法117条1項第1文を準用する同法126条）。また、包括移転命令を受けた保険会社が移転される財産について有する権利義務についても同様である（保険業法117条1項第2文を準用する同法126条）。この承継は包括承継である。さらに、相互会社に対して、包括移転決定がなされると、保険業法126条によって同法118条が準用され、「其ノ保険契約者ハ其ノ会社ニ入社」（保険業法118条）することになる。

なお、外者法が適用される場合には、外者法23条3項が、保険業法117条および118条を「保険契約の移転の命令があった場合」に準用しているので、基本的には、保険業法が適用される場合と同一である。

3 諸外国における保険契約の包括移転の制度と同様の制度

3.1 ドイツ

ドイツには、強制的に保険契約を包括移転する制度は存在しないものの、「保有保険契約の移転（die Bestandsübertragung）」と呼ばれる日本の任意的な保険契約の包括移転の制度と同様の制度が存在しており、保険監督庁の認可を条件として、保有保険契約の全部または一部を他の保険事業者

に移転することが認められている（ドイツ保険監督法14条1項・44条）。

3.2 フランス

フランスでは、かつては、日本の強制的な保険契約の包括移転の制度と同様の「行政決定による移転」(le transfert d'office)の制度が、特定の保険事業を営む保険事業者について存在していた（フランス保険法典旧L324-5条）。しかし、現在、この制度は廃止されている¹²⁴。これに対して、日本の任意的な保険契約の包括移転の制度と同様の制度は存在しており、経済および財務担当大臣の認可を条件として、保険契約のポートフォリオの全部または一部を他の保険事業者に移転することが認められている（L324-1条）。

3.3 イギリス

イギリスには、強制的に保険契約を包括移転する制度は存在しないものの、保険会社法の下で、日本の任意的な保険契約の包括移転の制度と同様の制度が存在する。ただし、生命保険事業者と損害保険事業者とでは、制度の内容が異なっており、生命保険事業者の場合は、裁判所に申請して、移転を認可する決定(order)を出してもらうことにより生命保険事業の一部または全部を移転することができる(保険会社法49条1項)。また、損害保険事業者の場合には、国務大臣の承認(approval)を受けることにより特定または全部の損害保険契約を移転することができる(保険会社法51条1項)。

3.4 アメリカ（ニューヨーク州）

日本の強制的な保険契約の包括移転の制度および任意的な保険契約の包括移転の制度と同様の制度は存在しない。保険金等の支払いを保障する基金が存在していることも、このような制度が存在していない理由の一つであると考えられる。

4 保険契約の国際的な包括移転の制度の問題点と立法論

ここでは、これまでの検討を踏まえて、どのような保険事業者の間で、かつ、どのような条件の下で、保険契約の包括移転の制度が利用できるの

か、さらに、そこにはどのような問題があるのか、という点について検討する。

4.1 保険契約の国際的な包括移転が行われる場合の適用法規

国際的な保険事業者の保険契約の包括移転については、以下に述べる四つの理由によって、日本の保険業法または外者法の定める要件と外国の保険監督法の定める要件の双方の要件を充足した場合に初めて移転を行うことができる、という考え方を採るべきか否か、という問題が生じている。

まず第一に、保険監督法の問題として、(a)国際的な内国保険事業者に対する監督は、日本の保険業法によってだけではなく、その内国保険事業者が保険事業免許を取得している外国の保険監督法によっても行われる以上、日本の保険業法の要件を充足しただけで移転を行うことができる、という考え方には問題がある。さらに、(b)外者法上の外国保険事業者に対する監督は、日本の外者法によって行われるだけでなく、その保険事業者の設立準拠法を制定した国の保険監督法、または、その保険事業者が保険事業を開始するにあたって準拠した法律を制定した国の保険監督法によっても行われている。第二に、保険契約の包括移転が特別な営業譲渡¹²⁵と考えられていることからわかるように、会社法の問題として、会社の形態を採る外者法上の外国保険事業者の場合においては、会社の形態を採る外者法上の外国保険事業者の設立準拠法による規制、すなわち、日本の商法245条1項に対応する規制が行われることが予想される。第三に、相互会社法の問題として、保険契約の包括移転は社員の地位の変更と評価される問題である¹²⁶ために、相互会社の形態を採る外者法上の外国保険事業者の設立準拠法による規制、すなわち、任意的な保険契約の包括移転の場合における日本の保険業法112条1項ないし3項に対応する規制、が行われることが予想される。第四に、このような外国の会社法の定める要件、および、外国の相互会社法の定める要件を充足しているか否か、ということ自体が、その外国の保険事業の監督を行う官庁による監督の対象となってい

る。

この問題については、一般論としては、法文の制約がない限り、次のように考えるべきであろう。まず、「国際的な内国保険事業者または外者法上の外国保険事業者が日本の保険業法または外者法の保険事業免許の下で引き受けた保険契約の包括移転を行う場合」には、理論的には外国の保険監督法の規制が及んでいると言い得る場合であっても、大蔵大臣の認可（保険業法110条・外者法21条2項、および、保険業法121条4項・外者法23条3項）または決定（保険業法124条1項・外者法23条3項）だけで移転を行うことができる、と考える。さもないと、大蔵大臣による保険事業の監督が阻害されてしまうからである¹²⁷。次に、「国際的な内国保険事業者または外者法上の外国保険事業者が外国の保険事業免許の下で引き受けた保険契約の包括移転を行う場合」には、保険業法または外者法の規制は間接的なものであり、その規制の実効性も充分には担保されていないので、日本の保険業法または外者法と外国の保険監督法の双方の要件を満たさなければならない、と考える¹²⁸。

4.2 保険契約の包括移転が認められる場合の検討

保険契約の包括移転の制度を用意することのできる保険事業者の組み合わせとしては、理論的には以下の八つの場合が考えられるので、それぞれの場合について、強制的な保険契約の包括移転の場合と任意的な保険契約の包括移転の場合とに分けて検討を加える。

(1) 内国保険事業者が、日本で取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約を、日本において、他の内国保険事業者へ包括移転する場合

(1-1) 強制的な保険契約の包括移転の場合には、保険業法121条1項の法文を見る限り、その「相手会社」および「他ノ保険会社」という文言、すなわち、「移転の相手方として指定された保険会社」および「認可を受けて移転の相手方とされた保険会社」には、同じ保険業法1条1項に基づいて保険事業免許を受けている他の内国保険事業者が含まれる。次に、(1-2)任意的な保険契約の包括

移転の場合にも、保険業法111条1項の法文を見る限り、その「他ノ保険会社」という文言、すなわち、「移転の相手方となる保険会社」には、同じ保険業法1条1項に基づいて保険事業免許を受けている他の内国保険事業者が含まれる。

(2) 内国保険事業者が、日本で取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約を、日本において、外者法上の外国保険事業者へ包括移転する場合。

(2-1) 強制的な保険契約の包括移転の場合について見ると、保険業法は、その法文において、「保険会社」という文言に外者法上の外国保険事業者が含まれている場合にはその旨を明記している（保険業法5条1項の括弧書。なお、外者法21条1項も参照。）にもかかわらず、保険業法121条1項はこの点について何も規定していないので、保険業法121条1項の「相手会社」および「他ノ保険会社」、すなわち、「移転の相手方として指定された保険会社」および「認可を受けて移転の相手方とされた保険会社」には外者法上の外国保険事業者は含まれないと考える。つまり、内国保険事業者から外者法上の外国保険事業者への移転は認められない。次に、(2-2)任意的な保険契約の包括移転（保険業法111条1項）の場合も、強制的な保険契約の包括移転の場合と同様に、内国保険事業者の任意的な保険契約の包括移転の相手方となる保険会社は内国保険事業者に限られると考える。つまり、内国保険事業者から外者法上の外国保険事業者への移転は認められない。

(3) 内国保険事業者が、外国で保険事業免許を取得して、その外国で取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約を、その外国で同様に保険事業免許を取得している他の内国保険事業者へ包括移転する場合。

(3-1) 強制的な保険契約の包括移転の場合について見ると、保険業法121条1項およびその他の規定には、このような強制的な保険契約の包括移転を否定する規定はない。しかし、この場合には、保険業法の規制は間接的なものであり、その規制の実効性も充分には担保されていないので、保険

契約の包括移転を行うためには外国の保険監督法と日本の保険業法の双方の要件を満たすことが必要である、と考える。次に、(3-2)任意的な保険契約の包括移転の場合について見ると、保険業法111条1項およびその他の規定に、このような任意的な保険契約の包括移転を否定する規定はない。また、包括移転の対象となっている保険契約が外国で取得された保険事業免許の下で引き受けられたものであるからといって、保険業法の規制が及ばないと考えることはできない。保険契約の包括移転とともに、巨額の財産が移転される場合があり得る以上、日本の保険業法の規制も及ぶと考えるべきであろう。しかし、包括移転の対象となっている保険契約が外国で取得した保険事業免許の下で引き受けられたものであるために、(3-1)の場合と同様の理由により、外国の保険監督法と日本の保険業法の双方の要件を満たすことが必要である、と考える。

(4) 内国保険事業者が、外国で保険事業免許を取得して、その外国で取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約を、その外国で同様に保険事業免許を取得している外者法上の外国保険事業者へ包括移転する場合¹²⁹。

(4-1) 強制的な保険契約の包括移転の場合には、(2-1)の場合と同様に、この(4-1)の場合の移転の相手方が外者法上の外国保険事業者であるために、このような強制的な保険契約の包括移転は認められないと考える。次に、(4-2)任意的な保険契約の包括移転の場合にも、(2-2)の場合と同様に、この(4-2)の場合の移転の相手方が外者法上の外国保険事業者であるために、このような任意的な保険契約の包括移転は認められないと考える。

(5) 外者法上の外国保険事業者が、日本で取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約を、日本において、内国保険事業者へ包括移転する場合

(5-1) 強制的な保険契約の包括移転の場合には、外者法23条3項による保険業法121条1項の「準用」および同条3項の「読み替え」によって、このような移転が認められている。この場合にお

いても、保険事業者の設立準拠法を制定した国の保険監督法、または、保険事業者が保険事業を開始するにあたって準拠した法律を制定した国の保険監督法によって、日本における強制的な保険契約の包括移転が認められるのか、という点が問題となる。しかし、大蔵大臣の認可(保険業法110条を準用している外者法21条2項、および、保険業法121条4項を準用している外者法23条3項)または決定(保険業法124条1項を準用している外者法23条3項)だけで保険契約の包括移転を行うことができる、と考える。さもないと大蔵大臣による保険事業の監督が阻害されてしまうからである¹³⁰。

次に、(5-2)任意的な保険契約の包括移転の場合にも、外者法21条1項によって、法文上、このような移転が認められている。この場合においても、(5-1)の場合と同じ理由により、大蔵大臣の認可または決定だけで契約の移転を行うことができる、と考える。

(6) 外者法上の外国保険事業者が、日本で取得した保険事業免許の下で引き受けた契約を、日本で保険事業免許を取得している外者法上の外国保険事業者へ包括移転する場合。

(6-1) 強制的な保険契約の包括移転の場合については、外者法23条3項による保険業法121条1項の「準用」および同条3項の「読み替え」を見ると、このような移転は認められていない¹³¹。次に、(6-2)任意的な保険契約の包括移転の場合には、外者法21条1項によって、このような移転が認められている。この場合にも、(5)の場合と同じ理由によって、大蔵大臣の認可だけで契約の移転を行うことができる、と考える。

(7) 外者法上の外国保険事業者が、外国で取得した保険事業免許の下で引き受けた契約を、その外国で保険事業免許を取得している内国保険事業者へ包括移転する場合

(7-1) 強制的な保険契約の包括移転の場合について見ると、外者法23条1項は、「日本における保険契約の移転の命令」についてのみ規定している。この「日本における保険契約」とは、日本の外者法3条1項に基づく保険事業免許の下で引き

受けられた保険契約を意味すると考えられるので、外者法に基づいて、このような外国で取得した保険事業免許の下で引き受けられた保険契約の包括移転を行うことはできない¹³²。次に、(7-2)任意的な保険契約の包括移転の場合にも、外者法21条1項は、「日本における保険契約の移転」についてのみ規定しているので、(7-1)の場合と同様に、外者法に基づいて、外者法上の外国保険事業者が外国で取得した保険事業免許の下で引き受けた契約を、内国保険事業者へ移転することはできない。

(8) 外者法上の外国保険事業者が、外国で取得した保険事業免許の下で引き受けた契約を、その外国で保険事業免許を取得している他の外者法上の外国保険事業者へ包括移転する場合。

(8-1) 強制的な保険契約の包括移転の場合には、(2-1)の場合と同様に、移転の相手方が外者法上の外国保険事業者であること、および、(7-1)の場合と同様に、移転される保険契約が外国の保険事業免許の下で引き受けられた保険契約であるために、「日本における保険契約の移転の命令」(外者法23条1項)という要件を満たしていないこと、という二つの理由によって、このような移転は認められないと考える。次に、(8-2)任意的な保険契約の包括移転の場合にも、(2-2)の場合と同様に、移転の相手方が外者法上の外国保険事業者であること、および、(7-2)の場合と同様に、移転される保険契約が外国の保険事業免許の下で引き受けられた保険契約であるために、「日本における保険契約の移転」(外者法21条1項)という要件を満たしていない、という二つの理由によって、このような移転は認められないと考える。

以上をまとめると、「国際的な内国保険事業者または外者法上の外国保険事業者が、日本の保険業法または外者法の保険事業免許の下で引き受けた保険契約の包括移転を行う場合」、すなわち、(1)、(2)、(5)、(6)の場合においては、保険業法および外者法の下で(1-1)、(1-2)、(5-1)、(5-2)、(6-2)に該当するときに、大蔵大臣の認可または決定によって包括移転を行うことができる。

また、「国際的な内国保険事業者または外者法上

の外国保険事業者が、外国の保険監督法に基づく外国の保険事業免許の下で引き受けた保険契約の包括移転を行う場合」、すなわち、(3)、(4)、(7)、(8)の場合において、法文上は、保険業法および外者法の下で(3-1)、(3-2)に該当するときに、大蔵大臣の認可または決定によって包括移転を行うことができる、ということになる。

4.3 保険契約の国際的な包括移転を行うことができない場合の問題点

これまでの検討によると、結局、「4.2 保険契約の包括移転が認められる場合の検討」の(1)、(5)、(6-2)および(3)¹³³の場合に限って保険契約の包括移転の制度を利用することができるということになる。これは大きな問題をはらんでいる。特に、(4)の場合が認められないと、すなわち、内国保険事業者が外国で保険事業免許を取得して、その外国で取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約をその外国で同様に保険事業免許を取得している外者法上の外国保険事業者へ包括移転することができないと、次のような二つの問題が生ずる。

第一に、現在の保険業法の下で、経営危機に陥った国際的な内国保険事業者を救済する場合には、その内国保険事業者が外国で取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約は、その方法が強制的なものであれ、また、任意的なものであれ、常に、外国の保険監督法の要件を満たした上で、内国保険事業者に対してしか包括移転することができない。このような考え方を採ることは、その外国において他の内国保険事業者が保険事業免許を取得していない場合には、「救済の対象となった内国保険事業者がその外国で取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約のみを、その外国において保険事業免許を取得している他の外者法上の保険事業者へ包括移転する」という救済ないしは再建の手法はそもそも採り得ない、ということの意味する。このような選択肢が用意されていないということは立法論の観点から検討されるべき問題である。

第二に、国際的な内国保険事業者が、ある外国

で取得した保険事業免許の下で引き受けた契約を保有している場合において、その外国での保険事業の形態を再編しようとするときには、大きな問題が生ずることになる。たとえば、ある内国保険事業者がドイツ・フランス・イタリアで保険事業免許を取得し、この三つの国に代理店を置いて保険事業を営んでいる一方で、イギリスには保険事業を営む子会社（この会社をX社とする。）を所有している場合において、この内国保険事業者は、ECの統合に対応するために「子会社であるイギリスのX社にもドイツ・フランス・イタリアで保険事業免許を取得させた上で、親会社の代理店がこれらの国で保有している保険契約を、それぞれの国で保険事業免許を取得したX社に対して、それぞれの国で契約に基づいて包括移転することによって、この内国保険事業者のECにおける保険事業をX社に統合する」という戦略を採ることができなくなる。このような選択肢が用意されていないということも、また、立法論の観点から検討されるべき問題である。

4.4 立法論

これまでの検討を踏まえると、保険業法および外者法の改正にあたっては、保険契約の包括移転の制度を次のような方針に基づいて改正すべきである。

第一に、強制的な保険契約の包括移転の制度は、大幅に見直し、特に、その包括移転決定による包括移転の制度は、廃止すべきであろう¹³⁴。その理由は次のとおり。まず、これまでの検討で見たように、日本の保険事業免許の下で引き受けられた保険契約を大蔵大臣の包括移転決定で一方的に包括移転することはできても、国際的な保険事業者が外国で取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約を大蔵大臣の包括移転決定で一方的に包括移転することは難しい。つまり、外国の保険事業免許の下で引き受けられた契約については、その外国においてその外国の保険監督法に従って任意的な保険契約の包括移転の手続を踏む必要がある¹³⁵。また、包括移転命令が出される場合には保険事業者には聴聞の機会が与えられ（保険業法100

条2項・12条2項ないし4項、外者法23条1項・2項）¹³⁶、包括移転決定が出される場合には予め保険事業者の意見が聴取される（保険業法124条2項、外者法23条3項）¹³⁷ものの、保険業法126条および外者法23条3項によって保険業法104条1項が準用されるにもかかわらず、保険契約者等には、事前の告知、および、防御の機会すなわち権利を主張し、意見を述べる機会を保障するための手続は用意されていない¹³⁸。そして、仮に、保険事業者の倒産処理手続の一つとして強制的な保険契約の包括移転の制度が必要だと判断し、保険業法および外者法の改正にあたって、この制度を残すのであれば、この制度を裁判所の監督の下で行う制度に改めて、保険契約者等に事前の告知をし、防御の機会すなわち権利の主張をし、意見を述べる機会を保障するための手続を用意した上で、裁判所の認可によって保険契約の包括移転を行う制度に改める¹³⁹べきであろう¹⁴⁰。

第二に、「4.2 保険契約の包括移転が認められる場合の検討」の(2)の場合には、日本の保険業法で任意的な保険契約の包括移転を認め、(3)、(4)、(7)および(8)のいずれの場合についても、日本の改正された保険業法または外者法および外国の保険監督法の双方の要件を満たした場合には、任意的な保険契約の包括移転を行うことができるように明文で規定すべきである。このような手当を行わないと、現在健全な経営を行っている国際的な保険事業者にとっても、その国際的な事業の展開の方法が制約されることになるだけでなく、経営危機に陥った国際的な保険事業者の救済ないしは再建の手段が制約されることになるからである。

第5編 まとめ

本研究では国際的な保険事業者が経営危機に陥った場合に用いられる強制管理の制度とそれに伴う保険契約の包括移転の制度、特に、強制的な保険契約の包括移転の制度の問題について検討を行った。本研究の本論としての意味を有する第3編と第4編で述べたところを要約すると次のようになる。

まず、第3編「国際的な強制管理」では、大蔵大臣の強制管理命令により保険事業者の保険事業を停止し、大蔵大臣の処分により契約条項等を変更することによって保険事業者を再建するという強制管理の制度の三つの問題点を指摘している¹⁴¹。具体的には、第一に、行政処分によって保険事業者と保険契約者等との間の権利義務関係を変更するといった大蔵大臣の処分の制度そのものが、法技術的にみても行政処分の効力が最終的に確定しないという問題があるだけでなく、立法論の観点からみても問題があることを指摘した。そして、私法上の権利の行使を制限する権能、および、私法上の権利の内容を変更する権能などは、原則として、その機能にふさわしい手続が用意されている機関に委ねることが望ましいこと、さらに、現在の強制管理の手続においては、大蔵省自身が常に監督責任の有無を問題とされる立場にあるために、大蔵省以外の中立的かつ客観的に判断できる立場にある機関に判断を委ねるのが望ましいこと、という二つの理由により、保険業法および外者法の改正にあたっては、強制管理の制度について全面的な見直しを行い、強制管理の制度を裁判所の命令によって開始し、裁判所の監督の下で手続を行い、裁判所の決定により契約条項等の変更を行うという制度に改めることを提案している。

第二に、現在の強制管理の制度の具体的な内容が必ずしも明確なものではないという問題点を指摘し、保険業法および外者法の改正にあたって、強制管理の制度を存続させるのであれば、明文による準用の形にせよ、新たに規定を置く形にせよ、強制管理の制度の内容をより明確なものとすることを提案している。

第三に、国際的な倒産処理の制度として問題はないのかという観点から見ると、強制管理の制度の下でも、国際的な内国保険事業者の経営が危機的な状態に陥った場合において、その内国保険事業者が外国の保険事業免許の下で引き受けた保険契約とその外国に在る財産とをどのように取り扱うか、といった問題点があることを指摘した。そ

して、この問題に対応するために、保険業法および外者法の下での保険管理人の制度を利用して外国において保険管理人に国際的な保険事業者の倒産手続の開始の申立を行わせるという方法、および、保険事業を監督する官庁の協議による方法を提案している。

次に、第4編「保険契約の国際的な包括移転」では、強制的な保険契約の包括移転の問題を中心にして、次のような問題点を指摘し、提案を行っている¹⁴²。

第一に、健全な経営を現在行っている国際的な保険事業者の国際的な事業展開の方法の多様性を確保するために、国際的な内国保険事業者同志の間、外国保険事業者同志の間、および、内国保険事業者と外国保険事業者との間で、任意的な保険契約の包括移転を行うことができるように明文で規定することを提案している。

第二に、国際的な保険事業者が外国で取得した保険事業免許の下で引き受けた保険契約を大蔵大臣の包括移転決定で一方向的に包括移転することはできないこと、また、包括移転決定が出される場合において保険契約者等に事前の告知および防御の機会を保障するための手続が用意されていないことを指摘して、強制的な保険契約の包括移転の制度を大幅に見直すこと、特に、その包括移転決定による包括移転の制度を廃止すべきことを提案している。

そして、仮に、保険事業者の倒産処理手続の一つとして強制的な保険契約の包括移転の制度が必要だと判断したとしても、この制度を裁判所の監督の下で行う制度に改めて、保険契約者等に事前の告知および防御の機会を保障するための手続を用意した上で、裁判所の認可によって保険契約の包括移転を行う制度に改めることを提案している。

注

* 本研究は、『損害保険研究』第55巻第1号（財団法人損害保険事業総合研究所，1993年5月）1頁から157頁に掲載された論文「国際的な保険事業者の強制管理および保険契約の包括移転の研究——国際

的な保険事業者が経営危機に陥った場合における強制管理の制度および保険契約の包括移転の制度の問題点と立法論の研究——」の内容を、財団法人損害保険事業総合研究所の御承認を得て、約五分の二の長さに要約し、補筆したものです。御承認をいただいた財団法人損害保険事業総合研究所に対し、心より御礼を申し上げます。また、本研究を行うにあたって、東京大学大学院法学政治学研究科の新堂幸司教授（当時）、青山善充教授、江頭憲治郎教授、山下友信教授、道垣内正人助教授、および、宇賀克也助教授より、御指導または御教示をいただきました。ここに、心より御礼を申し上げます。なお、当然のことながら、本研究の中の意見に関する部分は、筆者の個人的な見解です。

- 1) これまでに発表された論文の中で、「保険契約の包括移転の制度」に関するものとしては、石田 満「包括移転と保険契約者の保護」『保険業法の研究 I』（文真堂、昭61）110頁以下がある。また、「強制管理の制度」および「保険契約の包括移転の制度」に触れているものとして、大沢康孝「保険会社の破産について」江頭憲治郎編『八十年代商事法の諸相』（有斐閣、昭60）773頁以下、および、山下友信「保険会社の経営破綻と保険契約者の優先権」法学協会雑誌108巻12号（平2）65頁以下がある。さらに、これら二つの制度に関する論文として、石田 満「会社の管理・保険契約の移転・保険保障基金」竹内昭夫編『保険業法の在り方 上巻』（有斐閣、平4）237頁以下がある。
- 2) 第二次世界大戦後、この「保険事業者の強制管理の制度およびそれに伴う保険契約の包括移転の制度」が利用されたのは一回だけである。

具体的には、昭和41年5月および昭和43年10月に、業績が悪化したフィリピンの損害保険会社キャピタル・インシュアランス・エンド・アシアティー・カンパニー・インコーポレイテッドに対して、保険業法9条を準用している外者法19条に基づき、追加供託が命ぜられた。ただし、昭和43年10月の命令に従った供託は、行われなかった。その後、保険業法8条を準用している外者法19条に基づいた大蔵省の検査、および、外者法22条2項ないし4

項を準用している外者法23条2項に基づいた公開の聴聞を経て、同年11月に「業務および財産の管理の命令」（外者法23条1項）が出され、保険業法101条1項・2項を準用している外者法23条3項に基づき、保険管理人として東京海上火災保険株式会社が選任された。さらに、昭和44年1月にはこの外国損害保険会社の日本における全ての保険契約が、保険業法124条1項を準用している外者法23条3項に基づく大蔵大臣の決定によって、安田火災海上保険株式会社に包括移転された。詳細は、大蔵省銀行局内銀行局金融年報編集委員会編『第18回 銀行局金融年報 昭和44年版』（金融財政事情研究会、昭44）349-351頁を参照。

- 3) 平成4年6月19日に、「金融制度及び証券取引制度の改革のための関係法律の整備等に関する法律」いわゆる「金融制度改革法」が成立している。ただし、保険事業に関連する金融制度改革のための法律は、未だ準備段階にある。
- 4) 今日では、内国損害保険事業者13事業者、外国損害保険事業者33事業者、外国生命保険事業者3事業者の合計49事業者が国際的な保険事業者である。
- 5) 保険審議会総合部会最終報告（平成4年5月29日）『新しい保険事業の在り方』（大蔵省、平4）95-96頁は、「強制移転等の制度については、上に述べた新しい経営危機対応制度〔筆者注：「支払保障基金のような安全ネット」のことである。〕の整備を前提に、廃止の可能性を含め見直すことが適当と考える。」と述べている。
- 6) 本研究において、その適用の可否が問題となる外人法の規定としては、民法〔明治29年4月27日法律第89号〕2条・36条・49条、商法〔明治32年3月9日法律第48号〕479条ないし485条の2、有限会社法〔昭和13年4月5日法律第74号〕76条、破産法〔大正11年4月25日法律第71号〕2条、和議法11条〔大正11年4月25日法律第72号〕（破産法2条を準用している。）、会社更生法〔昭和27年6月7日法律第172号〕3条などがある。
- 7) 大決大正7年12月16日民録24輯2326頁〔2328頁〕。本件は、デラウェア州の会社法に準拠して設立され、営業の中心地が東京にあった株式会社の支店

- 設立登記抹消通知に関する異議事件の決定に対する再抗告事件であり、住所地法説の考え方を否定している。
- 8) 「外国会社」に関しては、岡本善八「外国会社」上柳克郎ほか編『新版注釈会社法(13)』(有斐閣, 平2) 522頁, および, 澤木敬郎『国際私法入門[第3版]』(有斐閣, 平2) 169頁を参照。また, 「外国法人」に関しては, 溜池良夫「外国法人の認許及びその権利能力」林 良平ほか編『新版注釈民法(2) 総則(2)』(有斐閣, 平3) 192頁, および, 澤木・前掲・169頁を参照。
- 9) 外者法2条1項のこの文言は, (1) 法人の場合には, 日本以外の国の法令に準拠して「設立され」(外者法2条2項を参照。), かつ, その法令に準拠して保険事業を「営んでいる」という意味であり, (2) 個人の場合には, 「保険事業の開始にあたって」(外者法2条2項を参照。) 日本以外の国の法令に準拠し, かつ, その法令に準拠して保険事業を「営んでいる」という意味である, と考えられている(保険業法研究会『最新保険業法の解説<付>外国保険事業者に関する法律 保険募集の取締に関する法律 大蔵省銀行局関係通達』(大成出版社, 昭61) 163-164頁)。このような考え方に対して, 落合誠一「外国保険事業者」竹内昭夫篇『保険業法の在り方 下巻』(有斐閣, 平4) 257頁は, 外者法2条1項の「法令に準拠して」という文言は「保険事業を営む」という文言にかかるという解釈が適当である, と述べている。この考え方の方が法文に忠実な解釈である。
- 10) 澤木・前掲注8・168頁を参照。
- 11) 外者法3条1項に基づく保険事業免許を受けている保険事業者の中で, 損害保険事業者28事業者および生命保険事業者3事業者の計31事業者が, 株式会社の形態を採る保険事業者である。
- 12) 民法2条の「外国人」とは, 「日本の国籍を有しない自然人である」(三浦正人「外国人の権利能力」谷口知平ほか編『新版注釈民法(1) 総則(1)』(有斐閣, 昭63) 236頁)とされているので, 外国法人の認許およびその私権の享有の問題については, 民法2条ではなく民法36条が適用される。また, 外国法人の監督の問題は, 民法49条が規定している。
- 13) 江川英文『国際私法(改訂)(増補)』(有斐閣, 昭45) 172-173頁。また, 溜池・前掲注8・194頁も同趣旨である。さらに, 澤木・前掲注8・171頁は, 「外国法人の認許」を「外国法人が, 内国において活動をする事の承認」である, と述べている。
- 14) 我妻 栄『新訂民法総則』(岩波書店, 昭40) 196頁も同趣旨。
- 15) 民法36条2項は, 外国法人の「権利(私権)の享有」に関する規定である(江川・前掲注13・179頁を参照。)。これに対して, 商法485条の2は, 民法36条2項の本文が規定する「私権の享有」以外の問題について内国会社と外国会社の平等を規定したものである, と解釈するのが自然ではないかと考えられる。しかし, 学説は, 商法485条の2の規定は, 法人格の有無を問わず, 外国会社の「公法上の地位」のみならず「私権の享有」についても, 広く内国会社と外国会社の平等を認める規定である(岡本・前掲注8・548頁)と考えている。この考え方に立つ限り, 商法485条の2は, 外国会社の「私権の享有」に関する規定という性格も有することになる。
- 16) 青山善充「倒産手続における外国人の地位」鈴木忠一ほか監修『新・実務民事訴訟講座 7』(日本評論社, 昭57) 287頁は, 倒産手続における外国人の地位に関連して, 「会社整理や特別清算においては破産法2条や会社更生法3条のような規定はないが, そこにおける外国人・外国法人の権利・義務は, 民法2条, 36条2項の規定によって内国人と平等であり, その外国会社の会社整理能力, 特別清算能力については, 商法482条および485条の2によって内国株式会社と同一の地位に立つと解すべきである。」と述べている。
- 17) この「別段ノ定」の具体例としては, 少なくとも, 外者法29条を挙げることができる。
- 18) 商法485条の2但書にいう「別段ノ定」に該当する規定の中で, 本研究にも関係する他の規定としては, 破産法2条, 和議法11条および会社更生法3条を挙げることができる(岡本・前掲注8・550-551頁を参照。)
- 19) 岡本・前掲注8・548頁。
- 20) 澤木・前掲注8・174-175頁。なお, 外国法人の中

の外国会社については、商法の外国会社の規定（商法479条-485条の2）が適用されるために、民法49条の適用はない（溜池良夫「外国法人の登記」林 良平ほか編『新版 注釈民法（2）総則（2）』（有斐閣、平3）343-344頁）。

- 21) 岡本・前掲注8・553頁。
- 22) 外者法3条1項に基づく保険事業免許を受けている外国保険事業者の中には「相互会社」の形態を採る損害保険会社が2社ある。
- 23) 我妻・前掲注14・137頁
- 24) ただし、山田鎌一「外国会社」田中耕太郎編『株式会社法講座 第五巻』（有斐閣、昭34）1833頁は、「商事会社」の意味を広く解し、「営利事業を目的とする会社」と考えている。
- 25) 相互会社の社員の地位に関する通説は、相互会社の提供する保険に加入する行為は、保険契約を締結する行為ではなく、すなわち、商行為（商法502条9号）ではなく、相互会社の社員となる行為であると考えている（鈴木竹雄『新版商行為法・保険法・海商法 全訂第一版増補版』（弘文堂、昭60）71頁および72頁の注（4））。なお、この通説とその問題点については、山下友信「相互会社法の問題点」山下友信監修・財団法人矢野恒太記念会編『相互会社法の現代的課題—西ドイツ相互会社法の研究』（財団法人矢野恒太記念会、昭63）12頁以下における通説の整理、および、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、平4）367頁以下を参照。また、各種の学説の内容については、石田 満「相互保険における保険加入者の地位」『保険業法の研究Ⅰ』（文真堂、昭61）152頁以下を参照。
- 26) 相互会社は「相互保険を行うことを目的とする社団法人」（大森忠夫『保険法[補訂版]』（有斐閣、昭60）346頁を参照。）であり、相互会社の営む保険事業には、「業とする」（「営業とする」）、すなわち、「営利の目的—収支の差額を利得する目的—で取引を計画的に反復および継続する」（落合誠一・大塚龍児・山下友信『商法Ⅰ—総則・商行為』（有斐閣、平1）34頁を参照。）という要素はない。
- 27) 相互会社は、営利を目的とする法人、すなわち、「対外的な取引活動によって利益をあげ、かつ、そ

の利益を利益配当または残余財産の分配という方法で構成員に分配することを目的とする法人」（鈴木竹雄・竹内昭夫『会社法[新版]』（有斐閣、昭62）14頁を参照。）ではなく、「対内的に社員（加入者）に対してのみ保険の保護を提供し、剰余金が生ずれば、剰余金を構成員である社員（加入者）に分配することを目的とする社団法人である」とされている（竹内昭夫『会社法講義(上)』（有斐閣、昭61）24-25頁を参照。）。なお、「相互会社の非営利性」の問題点については、山下・前掲注25「相互会社」358頁以下を参照。

- 28) 江川・前掲注13・175頁
- 29) 山田・前掲注24・1834頁、溜池・前掲注8・196頁。澤木・前掲注8・172-173頁も同趣旨。
- 30) このような保険事業者として、三つの船主責任相互保険組合を挙げることができる。
- 31) 民法2条の「禁止」の文言は、「制限」を含むものと考えられている（三浦（正）・前掲注12・238頁を参照。）。この考え方では、「制限」を、「条件付の禁止」と評価しているのであろう。
- 32) 三浦（正）・前掲注12・242頁は、外者法の規定の具体的な例として、外者法3条1項・8条1項を挙げている。
- 33) 保険業法研究会・前掲注9・166頁
- 34) 昭和38年2月26日参議院大蔵委員会議事録第10号6頁における、柏木雄介説明員の答弁を参照。
- 35) 現実に、このような生命保険事業者が1社存在している。
- 36) この問題について、落合・前掲注9・258頁は、設立準拠法によってのみ外国性を判定するという立法論を述べた上で、外国法に準拠して設立され、主として日本で営業を行う保険事業者について、「かかる事業者は、疑似外国保険事業者として内国保険事業者と同様の規制を受けるとすべきである。その際商法482条を参考とする規定が考えられるべきである。」と述べている（なお、落合・前掲注9・267頁の注4）も参照。）。
- 37) 大決・前掲注7・2328頁。
- 38) 岡本・前掲注8・534頁を参照。ただし、再設立は不要であるとし、「設立に関する規定以外の内国会

- 社に関する規定」の適用がある，という考え方（落合ほか・前掲注26・255頁。また，岡本・前掲注8・534頁を参照。）も有力である。
- 39) 落合・前掲注9・258頁は，立法論として，「設立準拠法のみで外国性を判定することで足りる」と述べており，同じ考え方を採っている。具体的には，「この法律において『外国保険事業者』とは，日本以外の国の法令に準拠して設立され，かつ，日本以外の国の法令に準拠して日本以外の国において保険事業を営む法人若しくは会社又は日本以外の国の法令に準拠して保険事業を開始し，かつ，日本以外の国の法令に準拠して日本以外の国において保険事業を営む個人をいい，外国生命保険事業者及び外国損害保険事業者に分ける。」という規定が考えられる。
- 40) この場合には，その保険契約には裁判管轄条項が存在するのか，また，仮に存在するとしても，その外国においてその効力が認められるものなのか，といった点が問題となる。
- 41) 三浦義道『改正保険業法解説』（巖松堂書店，昭15）247-248頁。また，この命令を出すときには，保険事業者に対する公開の聴聞が行われる（保険業法100条2項・12条2項ないし4項）。
- 42) 田辺博通「損害保険事業関係法 B 外国保険事業者に関する法律」東京海上火災保険株式会社編『損害保険実務講座 第1巻 損害保険法と市場』（有斐閣，昭58）165頁。また，この命令を出すときには，保険事業者に対する公開の聴聞が行われる（外者法23条2項・22条2項ないし4項）。
- 43) 三浦・前掲注41・248頁。また，生命保険数学会編『保険業法講義』（生命保険数学会，昭17）138頁は，強制管理について「尚ほドイツの保険業法にも同趣旨の規定が見えて居ります」と述べているので，昭和14年当時のドイツの保険業法も参考しているようである。ただし，現在のドイツ法には，強制管理に関する規定はない。
- 44) 青山善充「会社の整理」上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（12）』（有斐閣，平2）114頁
- 45) この強制管理の制度を保険業法に導入した背景については，第74回帝国議会貴族院保険業法改正法律案特別委員会議事速記録第3号（昭和14年3月14日）26頁における，牧樞雄政府委員の答弁を参照。
- 46) 保険業法研究会・前掲注9・125頁
- 47) 保険業法研究会・前掲注9・125頁
- 48) 保険業法107条が「適用」という文言を用いているのは，強制管理の手続は会社の整理の手続そのものである，という考え方を採っているからであろう（三浦・前掲注41・256頁）。しかし，本研究では，強制管理の制度は会社の整理の制度とは別の制度であると考えて，「準用」という言葉を用いる。
- この「準用（適用）」の問題については，三浦・前掲注41・256頁が，「若し保険会社（株式・相互）が本法によりて強制管理命令を受けた時は商法の会社整理に関する条文中本条〔筆者注：保険業法107条〕に掲げた左の規定〔筆者注：保険業法107条が列挙している商法の規定〕は適用する必要ない〔ママ〕。其趣旨は強制管理は主務大臣の選任した管理人が主務大臣の命を受けて管理を為すのであるから事態が茲まで進んだ場合には専ら主務大臣の任命した管理人に管理せしむればよい。従て二重になる規定を不適用なりとした。」と述べていることからわかるように，この保険業法107条の規定は，商法第2編第4章第7節の「会社ノ整理」に関する規定（381条ないし403条）の一部が強制管理が行われた場合に「準用」（法文は，「適用」）されることを，適用されない規定を列挙する方法によって，定めたものである，ということができる。つまり，強制管理命令を受けたときには，商法の会社の整理に関する条文中，保険業法107条に掲げた規定以外の規定が適用されることを当然の前提としていたわけである。もっとも，保険業法研究会・前掲注9・126頁には，「強制管理を受ける会社については商法の会社の整理の規定の適用がない」との記載があるが，疑問である。
- 49) 外者法上の外国保険事業者の中で，株式会社の形態を採る保険事業者を例に採ると，このような外国保険事業者は商法485条の2によって日本の商法に準拠して設立された株式会社と見做されるという考え方（第2編「3.2.1 株式会社の形態を採る保

險事業者」を参照。)の下では、この株式会社の形態を採る外者法上の外国保険事業者にも商法の会社の整理の規定が適用され、その結果として、商法381条1項が適用され、強制管理命令が出された場合においても、会社の整理開始の申立をすることができる、と考えることになる。

しかし、保険業法107条が商法381条1項の適用を排除することにより、強制管理の制度と会社の整理の制度との関係について「強制管理命令が一旦出された場合には、会社の整理開始の申立を行うことは認めない、すなわち、会社の整理の手続よりも強制管理の手続を優先させる」という考え方を採用しているので、解釈により、「強制管理を受けた、株式会社の形態を採る外者法上の外国保険事業者にも、商法381条1項は適用されない」、すなわち、保険業法107条を準用する、という考え方を採用する方が整合的である。

- 50) 三浦・前掲注41・253頁
- 51) 田辺博通「損害保険事業関係法A 保険業法」東京海上火災保険株式会社編『損害保険実務講座 第1巻 損害保険法と市場』(有斐閣, 昭58)115頁。保険業法研究会・前掲注9・127頁。
- 52) 前掲注2を参照。
- 53) 最判昭和45年3月27日判時588号74頁。詳しくは、山下友信「昭和44年度第20事件評釈」『商事判例研究第20巻』(有斐閣, 平3)147頁以下、および、同「昭和44年度第27事件評釈」『商事判例研究第20巻』(有斐閣, 平3)196頁以下を参照。
- 54) 最判・前掲注53・75頁
- 55) 最判・前掲注53・75頁
- 56) ドイツ保険監督法(VAG)89条1項が規定している保険事業者の保険金等の支払の停止命令には、保険事業者に対する私法上の権利の行使を制限する効力があると考えられている。具体的には、R. Schmidt & P. Frey, Prölss Versicherungsaufsichtsgesetz § 89 (1), Anm.9, S.970-971, (10 Aufl. 1989)を見る限り、ドイツの保険監督法に関するドイツの判例の考え方は、日本の最高裁が出した改正前の「協同組合による金融事業に関する法律」6条に関する判例とは異なり、債務名義を得て強制

執行することを認めていないようである。つまり、ドイツの保険監督法の下では保険金等の支払を停止する処分そのものに、債務名義を得て強制執行することを禁止する効力があるのに対して、本研究の本文で採った考え方では、少なくとも、強制管理の手続に準用される商法383条2項によって強制執行が禁止される、という点が異なる。

- 57) 保険業法研究会・前掲注9・127頁。
- 58) 保険業法研究会・前掲注9・127頁
- 59) 強制管理の手続の問題点の一つは、この手続の下では、一般債権者の権利を削減する規定がないために、一般債権者の権利はなんらの変更を受けないのに、保険契約者等の権利のみが大蔵大臣の処分によって削減されるという点にある。この点については、保険業法および外者法の改正にあたって、抜本的な改正が必要である。この問題については、山下・前掲注1・65-67頁を参照。なお、この問題を解決するために、行政処分によって一般債権者の権利を削減するという制度を創設することについては、一般債権者に対して適正な手続が用意されていない以上、賛成できない(保険契約者等に関する後掲注61を参照。)
- 60) 山下・前掲注1・68-69頁の注(117)は、保険業法104条1項の大蔵大臣の処分について、「これら[筆者注：参照した文献の内容]からみると、[筆者注：将来の保険料の減額をすることなくして]直接に保険金額の削減をなすこと、あるいは、それと実質的に同じ効果をもたらすようなことまで認められるものではないが」、「そのような制限的解釈に当然になるのかどうかは疑問の余地があるようにも思われる」と述べている。この問題については、既に発生している債権の削減を認めないと、保険事業者の更生といった強制管理の制度の目的を達成することはできないので、立法論の観点からは適正な手続が用意されていないという問題はあるものの、現行法の解釈としては、保険金支払請求権等が既に発生している場合においても、その権利の内容を変更することができる、と考えるべきであろう。なお、ドイツの保険監督法89条には、監督官庁は生命保険事業者が引き受けた保険契約から生ずる債務を削減

できる旨の規定がある。

61) 保険業法および外者法の改正にあたって、この大蔵大臣の処分を廃止するのであれば、大蔵大臣の処分によって契約条項等を変更される保険契約者等に、事後の公告だけでなく、事前の告知および防御の機会を与えるための手続を用意する必要がある。また、この問題は、憲法31条の適正手続の保障が行政手続にも及ぶか否か、という問題とも関連する。最判平成4年7月1日大法廷判決民集46巻5号437頁[446頁]は、工作物の使用禁止命令が問題となった事案において、傍論かつ仮定的な判断として、「行政手続については、それが刑事手続ではないとの理由のみで、そのすべてが当然に同条[筆者注：憲法31条]による保障の枠外にあると判断することは相当ではない。しかしながら、同条による保障が及ぶと解すべき場合であっても、(中略)行政処分の相手方に事前の告知、弁解、防御の機会を与えるかどうかは、行政処分により制限を受ける権利利益の内容、性質、制限の程度、行政処分により達成しようとする公益の内容、程度、緊急性等を総合較量して決定されるべきものであって、常に必ずそのような機会を与えることを必要とするものではないと解するのが相当である。」と述べている。しかし、保険業法のように現在の憲法が制定される前に作られた法律の諸規定を合憲的に解釈する場面があるならばともかく、今後どのような制度を用意すべきかという、あるべき制度を論ずる立法論の場面においては、形式的には、強制管理の手続の下で行われる大蔵大臣の処分の相手方が保険契約者等ではなく保険事業者であるとしても、保険契約の契約条項等の変更の効果を直接受ける保険契約者等に対して事前の告知および防御の機会を与えるという手当を積極的に行うべきである。この点は、巨額の保険金請求権または解約保険料返還請求権を有している被保険者または保険契約者が存在している場合を想定してみれば当然であろう。また、前記の最高裁の判決の事案が、工作物の所有権という財産権から生ずる「使用权」を「制限」する行政処分が問題となった事案であったのに対して、強制管理の手続における大蔵大臣の処分の場合には、保険金

請求権等の「財産権」そのものを縮減する形での「変更」が問題となる以上、なおさら、保険契約者等に事前の告知および防御の機会を与えるという手当が必要であろう。

62) 準用される商法383条2項には更生手続開始の申立に関する規定はないので、このような準用を行う以上、強制管理命令が出された場合であっても、株式会社の形態(会社更生法1条を参照。)を採る保険事業者の場合には、会社更生法の更生手続開始の申立てをすることができる应考虑すべきであろう(会社更生法37条を参照。)。また、立法当時には、強制管理の手続はすなわち会社の整理の手続である(三浦・前掲注41・256頁を参照。)と考えられていたので、会社更生法67条1項の法文の「整理」に「強制管理」が含まれていると解釈して、更生手続開始の決定があったときには強制管理命令を出すことはできず、すでに開始されている強制管理の手続は失効する、と考えるべきであろう。

63) 保険事業者に用いられる倒産処理の制度を保険事業者の形態別にまとめると、次のようになる。

形 態	破 産	和 議	会社更生	整 理
(内) 株式会社	○	○	○	○
(内) 相互会社	○	○	×[1]	○[2]
(外者)株式会社	○	○	○	○[4]
(外者)相互会社	○	○	×	○[6]
(外者)その他の法人	○	○	[7]	[8]
(外者)個人	○	○	×	×
(外人)株式会社	○	○	○	○
(外人)相互会社†	×	×	×	×
(外人)その他の法人†	×	×	×	×
(外人)個人†	×	×	×	×

形 態	特別清算	強制管理	(外)特別清算	(外)強制管理
(内) 株式会社	○	○	×	×
(内) 相互会社	○[3]	○	×	×
(外者)株式会社	×	×	○[5]	○
(外者)相互会社	×	×	○[5]	○
(外者)その他の法人	×	×	○[5]	○
(外者)個人	×	×	○[5]	○
(外人)株式会社	○	○	×	×
(外人)相互会社†	×	×	×	×

(外人)その他の法人†	×	×	×	×
(外人)個人†	×	×	×	×

† これら三つの場合は、現時点においては専ら理論的な問題であり、実務上問題となっているわけではない。

<略称の意味>

- (内)：「内国保険事業者の」という意味である。
- (外)：「外者法上の」という意味である。
- (外者)：「外者法上の外国保険事業者の」という意味である。
- (外人)：「外人法上の外国保険事業者の」という意味である。

<注>

- [1] 会社更生法は「株式会社」に対してのみ用いられる(会社更生法1条)。
- [2]・[3] 保険業法79条を参照。
- [4] 第2編「3.2.1 株式会社の形態を採る保険事業者」に述べた考え方に従うと、商法の会社の整理の規定も適用されることになる。
- [5] 外者法29条を参照。
- [6] 民法36条2項および保険業法79条を参照。
- [7] 「株式会社と“同種”または“最も類似”の保険事業者」に対して用いられる。
- [8] 「株式会社と“同種”または“最も類似”の保険事業者」および「相互会社と“同種”の保険事業者」に対して用いられる。

- 64) 岡本・前掲注8・553頁。
- 65) 岡本・前掲注8・550-551頁
- 66) 青山・前掲注16・287頁
- 67) ドイツ保険監督法が、生命保険事業者の債務を直接削減する旨を規定しているのに対して、日本の保険業法は、生命保険事業者および損害保険事業者の双方について契約条項等の不利益変更処分を規定することによって、間接的に債務の削減を規定している、ということが出来る。
- 68) かつては、裁判所による管理に関する法律があったようであるが、現在は存在していない(社団法人日本損害保険協会業務開発室『保険監督法制海外調査報告書 フランス編』(社団法人日本損害保険協会業務開発室、平1)51頁注1を参照。)
- 69) なお、この他に、「欧州市場開放への保険法典の適応に関する法律」によって、法文上は、保険事業者の支払不能とは無関係な形で、保険監督委員会が法律等に違反した保険事業者に対して「特定の(保険)事業を行うことの禁止、および、あらゆる業務を行うことの制限」をすることができる旨を定めるL310-18条の規定が新設されている。
- 70) イギリスでは、契約条件の変更の一形態である保

険金額の変更(削減)が、国務大臣の命令によってではなく、裁判所によって行われていることに留意すべきである。

- 71) ニューヨーク州保険法では、保険庁長官は、保険庁長官自身に対して州内保険事業者(domestic insurer)を再建するように命ずる決定(order)を裁判所へ申請することができ(\$7402)、この申請を受けて、裁判所は、保険庁長官に対して、再建人としてその保険事業者の財産を占有し、その事業を管理することを命ずる(\$7403)。ただし、州外保険事業者(foreign insurer)および外国保険事業者(aalien insurer)については、この再建手続は用意されておらず、保険庁長官は、清算手続において、前記の再建手続の開始要件とほぼ同一の要件に従い、保険長官自身にその保険事業者が州内に有する財産を保全するように命ずる決定を裁判所へ申請することができ(\$7406)、これに対して裁判所がその保全を命ずる(\$7407)という手続が用意されているだけである。
- 72) 仮に、保険業法および外者法を改正して、強制管理の手続を裁判所の監督の下に行われる手続とした場合には、その管轄の決定については、破産法での議論を参考にすると、次のように考えることになる。

国際的な破産の管轄の決定にあたって、通説は、国内の破産管轄に関する規定(破産法105条ないし108条)が国際的な破産の場合にも適用されると考えている(伊藤 真『破産法[新版]』(有斐閣、平3)88頁)。この考え方を、会社の整理に関する国際管轄の決定準則についても採用すると、国内の会社の整理に関する事件の管轄を「会社ノ本店所在地ノ地方裁判所」と規定する非訟事件手続法135条の24が、国際的な会社の整理の場合にも適用される。そして、更に、強制管理が会社の整理の特別の形態であることを理由に、強制管理の国際管轄についても会社の整理の場合と同様に考えると、強制管理の手続が裁判所の監督の下に行われる手続であると仮定した場合の国際管轄は、非訟事件手続法135条の24の場合と同様に、会社の本店所在地国にある、ということになる。しかし、このような逆推知説的な

考え方については、批判（道垣内正人「国際的裁判管轄権」新堂幸司ほか編『注釈民事訴訟法（1）』（有斐閣，平3）105頁）があり，より実質的に考えるべきであろう。

そこで，国際倒産について，国際的単一倒産主義・普及主義が実現されていない現状では，並行倒産を認める国際的複数倒産主義による必要があるとし，成文法が欠けていることを理由に，条理によって債務者の形式上の本店，および，従たる営業所・事務所を含んだ意味での営業所・事務所，その住所の所在地国，および，財産の価額の多寡を問わないでその財産の所在地国の管轄を認める考え方（道垣内正人「第I部 国際取引法序論 第3章 国際取引紛争の解決手続 第3節 倒産」高桑 昭・江頭憲治郎編『国際取引法』（青林書院，平3）89頁）を，会社の整理の国際管轄については強制管理の国際管轄を決定する場合に当てはめると，保険事業者の事業所，その住所およびその財産の所在地国に，改正された強制管理の管轄を認めることになる。

- 73) 最判昭和37年3月23日 民集16巻3号607頁。五十部豊久「整理処分」上柳克郎ほか編『新版注釈会社法（12）』（有斐閣，平2）198頁，青山・前掲注44・153・158頁。高橋宏志「会社整理手続における債務弁済禁止の保全処分」別冊ジュリスト116号『会社判例百選（第五版）』（有斐閣，平4）182-183頁。
- 74) 最判昭和56年10月16日民集35巻7号1224頁
- 75) 道垣内・前掲注72「国際的裁判管轄権」・102頁
- 76) 道垣内・前掲注72「国際的裁判管轄権」・109-127頁。ただし，強制管理の手続が倒産処理手続であることを強調して，強制管理の管轄が認められる場所においてのみ訴を提起すべきである，という考え方も成り立ち得る。
- 77) 伊藤・前掲注72・115頁。道垣内・前掲注72「倒産」・90頁も，法廷地法（倒産手続地法）によるべきである，としている。
- 78) 保険業法研究会・前掲注9・127頁
- 79) 道垣内・前掲注72「倒産」・76頁は，外国判決の承認および執行について，外国の「保全処分命令であっても，それ自体としての確定を認めるべきであると解される。」と述べている。本文では，これとは

逆に，日本の保全処分の裁判が外国において承認および執行される場合についても，同様に考えるわけである。

- 80) ここで念頭に置いているのは，次のような問題である。つまり，アメリカでは，破産法(Bankruptcy Code, Title 11 U.S.C.A. §§101-1330)の下で，破産または更生の申立が行われると，automatic stay (§362)によって，債権回収等の行為が禁止される。そして，このような制度の下で，例えば航空会社が更生手続にはいったという場合には，外国において自社が所有する航空機が差し押さえられることを防ぐために，別途，automatic stayと同様の効力を持つ裁判所の命令（判決）をもらい，この判決を外国において承認してもらうことにより，その外国における差押を免れるということが行われている。そこで，保険業法の下での強制管理の手続においても，同じように事業の停止の効力を外国に及ぼすことが可能かという問題を，本文で検討する。
- 81) 民事執行法244条3項を参照。
- 82) 戦前は，訴願法[明治23年10月10日法律105号]1条の訴願事項にも該当せず，また，行政裁判法[明治23年6月30日法律48号]15条およびこの15条の規定を受けた同年の法律106号の下で行政裁判所に出訴することが認められていた事件にも該当せず，結局，争うことはできなかった。
- 83) 田中二郎『新版 行政法上巻 全訂第二版』（弘文堂，昭49年）155頁
- 84) ただし，この場合においても，民事保全法の下で，問題となった保険事業者の外国における支店または事業所に対して保険金等の支払の禁止を命ずるという内容の仮処分命令の申立を行い，この申立に対する決定を外国において承認および執行してもらうことは可能か，という問題は残っている。
- 85) このような問題に対応するために，さまざまな解釈論が提示されている。その中で代表的な二つの考え方を取り上げる。

まず第一の考え方は，「日本に生活ないし活動の本拠たる住所または主たる営業所がある者に対する日本における倒産手続は，」「外国が日本の倒産手続における裁判を承認するか，またはこれに執行的

補助を与える」ことを条件として「外国にある財産に対する関係においても効力を生ずる」（青山善充「倒産手続における属地主義の再検討」民事訴訟雑誌25号（昭54）154頁）というものである。しかし、すでに検討したように、日本の強制管理の手続の下での事業の停止の効力を外国に及ぼすための前提条件が欠けているので、仮に、この第一の考え方を採ったとしても、日本における強制管理の手続の効力を外国に及ぼすことはできない、ということになる。

また、第二の考え方、すなわち、「破産法3条1項は、外国にある財産については当該外国が日本の倒産手続の効力を承認しないことを前提として日本の制度を組み立てるという趣旨を規定したものであると解」しながら、「外国が日本の倒産処理手続の効力を認めることまでも排除するものではなく、「日本の管財人は、外国においてその権限が認められる限り、当該外国法に基づいて債務者の財産の処分、倒産申立ができ、またそのように行動することが望ましい」ものの、「これは管財人の義務ではない。」（道垣内正人「免責裁判の渉外的効力」ジュリスト986号（平3）77-78頁。道垣内・前掲注72「倒産」・87頁もほぼ同じ。）という考え方を保険業法の下で行われる強制管理の手続に当てはめると、保険管理人は、強制管理を受けている内国保険事業者が外国において有する財産を保全するために、また、外国において倒産処理手続の開始を申し立てるために、行動することができることになる。しかし、日本の強制管理の手続の下での事業の停止の効力を外国に及ぼすための前提条件が欠けているので、保険管理人にはその外国において倒産処理手続の開始の申立をする道しか残されていない、ということになる。

86) たとえば、その外国においても並行して倒産処理手続を開始することができるのであれば、強制管理命令を出すのと同時に保険管理人（保険業法101条1項）を選任し、その保険管理人に外国においてもその内国保険事業者の倒産手続の開始の申立を行わせる、といった方法がある。この他に、問題となった外国がドイツであれば、日本の大蔵大臣とドイツ

の保険監督庁との協議によって、問題となった内国保険事業者の日本における保険事業の停止とドイツにおける保険金等の支払の禁止を同時に行うことが可能である（「3.1 ドイツ」を参照。）。

87) ただし、このような法文にもかかわらず、属地主義的な解釈を緩和する試みがなされている（前掲注85を参照。）。

88) ただし、前掲注85の第一の考え方を採った場合には、外者法の下での強制管理の対象となっている保険事業者の住所または主たる事業所は必ず外国にあるので、そもそも、日本における外者法の下での強制管理の手続の効力は外国に及ばないことになる。

89) 行政行為によって私法上の権利を創設し、変更し、消滅させる制度の例としては、他に鉱業法〔昭和25年12月20日法律第289号〕の下での、鉱業権（同法12条によって物権と見做されている）の設定の許可（同法21条）、変更の処分（同法36条他）、および、取消の処分（同法53条他）の制度を挙げることができる。

90) ただし、実務的には、日本の大蔵大臣と外国の保険事業を監督する官庁との協議により、日本の保険監督法とその外国の保険監督法の双方の要件を満たすための努力がなされるべきであろう。

91) この例では、この他に、この保険契約者に対して、外国において保険金支払請求訴訟を提起することを禁ずる仮処分命令を、民事保全法の下で裁判所に出してもらい、という方法も一考の余地がある。

92) この場合において、保険管理人によるこの保険契約者等に対する不当利得返還請求は認められないと考えるべきであろう（道垣内・前掲注85「免責裁判の渉外的効力」・78-79頁。）。

93) 江川・前掲注13・168頁は、「法人の従属法〔筆者注：設立準拠法〕は社団または財団に法人格を与えた法であるから、つぎの事項についても適用がある。（中略）（ロ）法人の内部組織並びに外部関係に関する事項、すなわち（中略）法人と社員との関係、（以下略）等。」とのべている。

94) この場合においても、前掲注90と同様に考えるべきであろう。

- 95) 前掲注70を参照。
- 96) たとえば、ドイツの保険監督法89条1項が規定している保険監督庁による保険金等の支払の禁止処分を挙げることができる(「3.1 ドイツ」を参照。)
- 97) 前掲注86を参照。
- 98) 外国銀行であるBCCIグループの国際的な倒産処理の手続では、プーリングシステムと呼ばれる任意的な清算手続が採用されようとしている(詳しくは、「BCCI事件のその後」NBL499号(平4)4-6頁, 501号(平4)15頁, 505号(平4)4-5頁, 514号(平5)5頁, および, 528号(平5)6-7頁を参照。)
- 99) 保険業法および外者法にこのような制度が存在する理由は、倒産処理手続が開始された時点で保険事故が発生していると、保険料を返してもらっても新たに保険に加入することができない場合があるために、たとえ契約条項等の内容を不利益に変更された状態であっても、契約関係を存続させることが保険契約者等の利益に叶うことがあるためである。
- 100) 前掲注1を参照。
- 101) 三浦・前掲注41・248頁。また、この命令を出すときには、保険事業者に対する公開の聴聞が行われる(保険業法100条2項・12条2項ないし4項)。
- 102) 保険業法研究会・前掲注9・143頁
- 103) 保険契約の包括移転を営業譲渡の特別の形態と考えると、独占禁止法と保険契約の包括移転の制度との関係が問題となる。しかし、それ自体別個に取り上げて論ずべき問題であるので、本研究では検討を行わない。
- 104) 田辺・前掲注42・165頁。また、この命令を出すときには、保険事業者に対する公開の聴聞が行われる(外者法23条2項および同法22条2項ないし4項。)
- 105) 青谷和夫監修『コンメンタール保険業法(下)』(千倉書房, 昭49)152頁
- 106) 本研究では、典型的な事例として、強制管理命令が出されて事業の停止の効力が発生した後に、強制管理の手続の過程において包括移転命令が出される場合を想定している。このような場合には、
- 包括移転命令によって新たに事業の停止の効力が発生することはない。
- 107) 強制管理の手続において保険業法104条1項に定められた大蔵大臣の処分(いわゆる「管理に必要な処分」)が行われていない場合には、包括移転命令が出された後に、この大蔵大臣の処分が行われ、さらに、認可または包括移転決定が行われることになる(「2.2.2 強制的な保険契約の包括移転に関する協議」を参照。)
- 108) 「保険契約ニ関スル計理」とは、保険料算出方法、責任準備金算出方法、利益または剰余金計算方法、配当金の割当方法などを意味している(田辺・前掲注51・127頁)。
- 109) このような命令を出す意味については、「移転したる保険契約を別個の計算として(ママ)移転を受けたる会社にある保険契約の利益を害せざる様に為し以て移転の実行を容易ならしめんとするに在る。」(三浦・前掲注41・284頁)と説明されている。
- 110) 田辺・前掲注42・165頁
- 111) 保険業法124条2項は、「主務大臣前項ノ決定ヲ為サントスルトキハ予メ各会社ノ意見ヲ徴スルコトヲ要ス」と規定している。そして、これに加えて、保険業法124条1項の「勅令ノ定ムル所ニ依リ」という文言を受けて、保険業法施行令[昭和14年12月29日勅令第九百四号]では、(1)この「決定」をしようとするときは「期間ヲ指定シテ各会社ニ意見書提出ノ機会ヲ与」えなければならないこと(同施行令7条)、(2)「決定ニハ理由ヲ附」さなければならないこと(同施行令8条1項)、(3)「決定書ノ謄本ハ之ヲ各会社ニ交付」しなければならないこと(同施行令8条2項)、および、(4)「決定ハ官報ヲ以テ之ヲ公示」すること(同施行令9条)が定められている。
- 112) 保険業法施行令12条ないし14条という規定(外者法が制定された当時は、現在の保険業法施行令7条ないし9条と同一の規定が、12条ないし14条として規定されていた。)は、昭和39年に同施行令が改正された際の「立法の誤り」(田辺・前掲注42・165頁)によって実際には存在していない。このような立法の誤りを30年近く放置するのは問題である。

- 113) 前掲注 2 を参照。
- 114) 昭和44年 1 月16日付決定（大蔵省銀行局内銀行局金融年報編集委員会編・前掲注 2・350頁）
- 115) 後掲注118を参照。
- 116) 後掲注118を参照。
- 117) ただし、保険業法111条 1 項・2 項および117条 1 項の用例を見ると、「保険契約の移転」という文言には「財産の移転」という意味は含まれていない。
- 118) 田辺・前掲注51・127頁は、保険業法124条 1 項の「移転ニ付必要ナル決定」（包括移転決定）について、「決定すべき内容は、本来第121条の協議により定めなければならない事項である。すなわち、移転財産、債権者保護のための留保財産、移転すべき保険契約の契約条件の変更等に関する事項である。」と述べている。
- 119) この包括移転決定という行政処分には、(1)包括移転命令を受けた保険事業者と保険契約者との間に存在する保険契約関係、または、(2)包括移転命令を受けた保険事業者と加入者との間に存在する社員契約関係を、(1)保険契約の移転を受けた保険事業者と保険契約者との間の保険契約関係に変更する、または、(2)保険契約の移転を受けた保険事業者と加入者との間の社員契約関係に変更する、という形成的な効力があるので、包括移転決定という行政処分の相手方は、包括移転命令を受けた保険事業者と保険契約の移転を受ける保険事業者の双方であると考えられる。なお、この包括移転決定という行政処分の性格については、「法律行為的行政行為の中の形成的行政行為」（田中・前掲注83・122-123頁）と評価することができる。つまり、(a)包括移転命令を受けた保険事業者と保険契約者または保険加入者との間の法律関係を消滅させる形成的行政行為という要素と、(b)保険契約の移転を受ける保険事業者と保険契約者または保険加入者との間の法律関係を設定する形成的行政行為という要素、とを合わせ持つ形成的行政行為と考えるわけである。このように考えた場合には、立法論としては、権利を消滅させるという性格を有する行政処分（(a)の行政行為）を行う以上、この処分は司法機関または準司法機関によって行われることが望ましい、ということになろう。
- 120) 行政の先例も、こう考えている（「2.2.4.1 包括移転決定の実例の内容」の条件の(1)を参照。）。
- 121) 前掲注118を参照。
- 122) 前掲注 2 を参照。
- 123) 現在では、憲法29条との関係が問題となろう。
- 124) ただし、現在では、「欧州市場開放への保険法典の適応に関する法律」によって、法文上は、保険事業者の支払不能とは無関係な形で、保険監督委員会が法律等に違反した保険事業者に対して「保険契約のポートフォリオ (portefeuille) の全部または一部の行政決定による移転」を行うことができる旨を定めるL310-18条の規定が新設されている。
- 125) 前掲注102を参照。ところで、保険業法109条によれば、任意的な保険契約の包括移転には特別の決議が必要とされている。しかし、現在の商法245条 1 項 1 号が「営業ノ全部又ハ重要ナル一部ノ譲渡」についてのみ商法343条の特別の決議を要件としていることを考慮すると、任意的な保険契約の包括移転が行われる場合においても、重要ではない移転については、特別の決議を不要とすべきである。
- 126) 包括移転を受けた保険事業者が相互会社の形態を採る保険事業者である場合について、「2.2. 8 包括移転決定のその他の効力（包括移転決定の効力—その 4—）」を参照。
- 127) この場合においても、前掲注90と同様に考えるべきであろう。
- 128) 具体的には、フランスの行政当局が、国際的な内国保険事業者に対して、フランス保険法典と日本の保険業法の双方の要件を充足するように求めた例がある。
- 129) 具体的に言うと、たとえば、「日本の法令に準拠して設立され、かつ、日本とイギリスにおいて保険事業免許を取得して保険事業を営んでいる保険事業者」（内国保険事業者）が、「イギリスまたは日本以外の国の法令に準拠して設立され、かつ、イギリスおよび日本において保険事業免許を取得して保険事業を営んでいる保険事業者」に対して、イギリスの保険事業免許の下で引き受けられた保険契約のみを包括移転することが可能か、という問題であ

- る。
- 130) この場合においても、前掲注90と同様に考えるべきであろう。
- 131) 田辺・前掲注42・165頁
- 132) 具体的には、たとえば、イギリスの法律に準拠して設立された法人の形態を採る保険事業者が日本においても保険事業免許を取得している場合において、この保険事業者のイギリスの本店が引き受けている契約については、イギリスにおいて保険事業免許を取得している内国保険事業者に対して保険契約の強制的な包括移転を行うことはできない。
- 133) ただし、(3)の場合には、外国の保険監督法の要件をも満たす必要がある。
- 134) すでに見たように、海外においては、強制的な保険契約の包括移転の制度を用意している国は多くない(「3.2 フランス」の前掲注124を参照。)
- 135) 外国の保険監督法に従って任意的な保険契約の包括移転の手続を踏むことができるとしても、その包括移転は、日本の保険業法または外者法によっても認められるものでなければならない(「4.1 保険契約の国際的な包括移転が行われる場合の適用法規」を参照。)
- 136) 前掲注101および前掲注104を参照。
- 137) 前掲注111を参照。
- 138) 前掲注61における議論を参照。
- 139) イギリスの生命保険事業者の任意的な保険契約の包括移転について、このような制度が存在することを想起すべきである(「3.3 イギリス」を参照。)。任意的な保険契約の包括移転の場合に裁判所が関与することが必要なのであれば、強制的な保険契約の包括移転の場合には、なおさら必要であろう。
- 140) では、このような強制的な包括移転の制度を廃止した場合には、従来、直ちに強制的な保険契約の包括移転を行うべきであると考えられていた事案、すなわち、問題となった保険事業者の従業員の多くが退職したためにその保険事業者の業務を継続することができなくなったような事案を、どのように処理すべきであろうか。基本的には、改正された強制管理の制度の中で、または、これに代わる倒産処

- 理の制度の中で処理すべきである。具体的には、他の保険事業者を保険管理人として選任し(保険業法101条2項および外者法23条3項を参照。)、強制管理命令を受けた保険事業者の業務を代理および代行させることによって対応するという方法がある。この場合には、保険管理人となった保険事業者には、保険業法101条6項が準用する破産法166条の報酬を大蔵大臣の定めるところによって支払うことになるが、この報酬の水準は、代理および代行業務の内容に対応したものにする必要がある。また、このような考え方からすると、保険業法100条1項および外者法23条1項が、包括移転命令を強制管理命令とは別に単独で出すことができると規定していることには問題があることになる。
- 141) 第3編「国際的な強制管理」の「7 強制管理の制度の問題点と立法論」を参照。
- 142) 第4編「保険契約の国際的な包括移転」の「4 保険契約の国際的な包括移転の制度の問題点と立法論」を参照。