

民法上の組合契約と組合財産の構造について

林 寿 二

一

本稿は、民法上の組合の構造を、財団、社団との類型的な対比の中においてみようとすする試みの一部である。民法上の組合は、社団に至らない団体組織を広く含むもので、民法の組合の規定は、これらさまざまの団体の通則的な性質をもつと言われる。⁽¹⁾ この性質にもかかわらず、本稿は、右のような意図をもっているから、通説からはなれて、むしろ、ローマ法に近いところがある。

(1) 我妻栄「債権各論中巻一(民法講義Ⅴ)七七七頁。即ち、特別法ないし、特別の規定の規律も受けず、また、社団の実質をもたない団体は、民法の組合の規定の規律を受けることになる。

二 組合の概念

民法上の組合契約と組合財産の構造について

民法上の組合契約と組合財産の構造について

組合は、組合員が出資して、共同の目的たる事業を達成するための契約関係である（民六六七）⁽¹⁾。

(一) 組合は契約関係である。組合を成立過程からみて、まづ契約としての組合契約があり、その効果として、「団体」としての組合が形成されることも考えられるが、しかし、組合関係の中には、結合体としての組合の外に、契約関係も含まれるから、これを広くみて契約関係として取扱っていく。

組合契約によって形成される人的結合体は、当事者がのぞみ、かつ、例えば創立總會のように一定の手続をふめば、社団のような組合と異質の団体の形成もできる。しかし、それが行われなにかぎり、組合契約によって形成される人的結合体は、やはり、組合契約と同質な契約関係、即ち、債権債務関係にほかならない。⁽²⁾

組合が契約関係であるということは、その構成員の点からみると、二人で形成されるということの意味する。もちろん、現実の組合は、必ずしも二人の組合員で構成されているのではない。また、法律上、二人以上なら組合員数に制限はない。しかし、契約関係としての組合の原型は二人であるから、組合理論も二人組合を解答できるものでなくてはならないであろう。

(二) 組合は、組合員の共同目的を実現しようとする契約関係である。⁽⁴⁾ 共同目的を遂行するために結ばれる結合関係は、一般の契約にもみられるところである。例えば、交換型契約の代表であるとされる売買でも、当事者間は、互に自己の目的を達しようとする点では、やはり共同の目的をもち、その目的を遂行する過程では、互に結合する。しかし、組合においては、組合員は、共同目的を実現する事業のために、助け合い、共同の目的物を生産し、その生産物を組合員に分配することによって、当事者の目的を達しようとする。⁽⁵⁾

(三) 総組合員は、その出資した組合財産を、団体的に支配する。組合員の出資によって組成される組合財産は、

組合の共同事業のために使われ、また、組合の債務の目的物になる。このため組合財産は、組合員の個人財産とは独立した、特別財産として取扱われる。組合は、法人のように、財産権の主体たり得ないから、組合員は、共同事業の経営体という目的的な合手的結合をしつつ、組合財産を支配する。このため、組合はあたかも組合財産の所有者であるかのような外観を呈するが、組合財産の終局の持主は各組合員である。

(1) 日本の組合に比して極めて団体性が強いと言われるドイツの組合概念についてみよう。

P. Heck: Grundriss des Schuldrechts, Tübingen, 1929, S. 373. によれば、民法上の組合は、商法または特別法の規律を受けないかぎり、契約によって基礎づけられる、権利能力なき団体関係である。契約関係にとって本質的な内容は、組合員が共同目的の確立に協力するということを義務づけられる、ということである。共同目的は、まづ第一に、契約によって形成され得る、と。J. Esser: Schuldrecht, 1960, S. 712. によれば、組合の法律的類型は、全ての業務領域を含む総手的財産の形成、および共同の、または特に任せられた構成員によって行使される業務執行を伴うものである。それは、HGBの人的、資本的会社に対立し、さらに一層特別化された企業者の行為に対立し、与えられる形式である。非商人的結合は、BGBに留保されている。それゆえ、それはまた、出資による組合財産の商人的形成を要求しないで(HGB一一一)、むしろ、無色の「出資」(BGB七〇五、七〇六)のみについて語り、かつ、組合財産の形成もないその日暮しを望むところの組合もまた認める。それゆえに彼の性格はまさに純然たる仲間契約である、と。Emecerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 1958, S. 725. は、ドイツ法律学は、狭義の組合および社團の組織形態の多様性を極めて強調し、かつ、この形成物の共通の組織問題を長い間見落した。そのため、すべてこれらの結合形態を適合させる社会法的性格から、結果として、共通の組織問題が生じ、かつまたわれわれに権能を与え、強要するところのそれら共通の組織問題は、すべて、広義の組合の意味の下に民法上の組合契約と組合財産の構造について

民法上の組合契約と組合財産の構造について

集中する。BGB七〇五条以下の狭義の組合の設立契約は、前述の社会的意味をもつ純粹の債権法的交換契約として結合されていない。彼は、意思表示に関するBGB総則の個人法的形態の下にあることが少ない。設立契約は、団体的結合体の設立契約のように、社会的組織契約の性質をもつ。組合の設立、加入の意思表示は、もはや総則の無効または取消によっても無効にならない¹⁾と。また、H. K. Klauß: Der Gesellschaftsvertrag in seiner zweckmässigsten Form 5 Aufl. S. 136 は、民法上の組合は、さまざまの組合の根本形態を表わすものと思われる。それは、商業の経営に向けられないで、任意の目的(経済的でも、他の精神的でもいい)を追求する、と。

(2) 末川博「民法論集」、「民法上の組合の本質」二二一・二二四頁等。

(3) 松田二郎「株式会社研究」、弘文堂刊、一五五—一八頁によると、組合は構成員の少数のときに形成されるが、人数が増加することによって、組合と対立的、異質な社団に変質する、という。

(4) P. Heck *ib.*, S. 375 によれば、組合契約の本質的なメルクマールは、利益共同体の形成、共同目的の達成または形成にあり、という。

(5) 組合契約は、共同事業を行うため、当事者全員に共通目的のための団体を形成する契約である。(末川博前掲)「民法上の組合の本質」二〇二頁。

三 組合契約の構造

組合が組合契約によって生成することは云うまでもない²⁾。

(一) まず、契約の原則をみよう。契約の最も基礎的な原型は、申込者と承諾者の二人を必要とし、また、それだけで足りる。だから、組合の構造理論中の契約関係は、二人の当事者の問題として解明できなくてはならない。さらに、契約の当事者は人格者として独立を保持する。もちろん、契約によって自らを制限できるが、法律上彼の意

思によらないで、他人の意思に従う義務はない。そのため、契約上の諸活動では、全員一致が原則である。また、契約自由の原則は、組合契約に於ても当然に行われる。⁽²⁾

(三) 組合契約の性質。(1) 組合契約は債権契約である。その結果、当事者は債権債務関係に立つ。ただ、債権、債務の行使が、組合事業の遂行という目的な制約下にあるから、各組合員の権利行使が、単独・自由に行使し得るとは限らない。従って、例えば、一組合員の出資が、そのまま直ちに他の組合員のものになる筈がない。当事者の出資は、すべて一応は、共同事業の経営という統一目的のために、組合財産に集中される。⁽³⁾ 組合契約の本質が契約であるか否かについては争がある。その若干に触れる。④ 契約説、⑤ 組合契約は双務契約であるという見解がある。例えば、P. Heck *ib.* S. 375は、組合契約は、外觀が示すように、双契契約である。交換関係は明かに存在する。ただ、双務契約に関する一般規定は、債権者と債務者の存在を前提とする。組合が二人の組合員で構成されるときにのみ双務関係がある。他の場合には多数関係が存在する。それゆえ、組合に双務契約の規定を適用すべきか否かについては争があるが、原則としては適用を認むべきである。ただし、双務規定の適用は、二人組合の場合は僅かな例外と共に、また、多数構成員の場合は、多くの例外と共に適用すべきである、⁽⁴⁾ といふ。又、同書、三七四頁は、組合関係は、要素として、混合契約によって生ずる包括的關係に存立する。組合の主たる集団は、組合類似の契約、即ち利益参加を伴う双務契約を形成する、⁽⁵⁾ といふ。⑥ J. Esser *ib.*, S. 717は、組合契約は、給付交換に関する双務契約ではなく、むしろ、給付結合を伴う共同契約である、とする。⑦ O. Gierke *ib.*, S. 829によれば、組合契約の概念本質的なのは、目的の共同にありとし、この点から、組合契約が他の債権契約から区別されるとし、組合契約は、協力者の下で、共同体の形成を目的とする。組合契約は、明

民法上の組合契約と組合財産の構造について

民法上の組合契約と組合財産の構造について

かに、組合員の債権法的義務を相互に、根抵にもつ。組合員は、共同体の形成と維持に、互に協力する債務を負う。組合員は債権者として、同僚組合員に期待される給付を、ただ、自らにでなく団体に対する債務者として請求できる。だから、組合契約は、技術的意味の双務契約ではない。一方の給付が他方の給付によらないで、むしろ、各給付は共同体への協力によって報い得るとし、さらに同書八三一頁は、その結合上の効果にもかわらず、組合契約はやはり契約である。ただし、組合契約によって基礎づけられる共同体は組合員間の法律関係であるから。ただし BGB の組合契約は、純粹の債権契約ではない。むしろ、人法的契約である。組合契約が生んだ共同体は合手的団体であり、それゆえ、人法的団体である。④さらに *Enneccerus-Lehmann* ib. S. 723 によれば、個人の特別の目的と並んで、多数人の協力によってのみ実現される共同目的がある。それは交換契約によっては達せられない。交換契約によって、当事者は、相対立する利益の担い手として対立し、彼の履行は相手方の履行を考え、それが自己の履行と等価であるように行う。組合の契約上の結合は、単に債権法的拘束を招来するのみならず。個々の組合員は、また、共同体的経済組織を結合する。それはまた同時に、社会法的性格をもつ。それらものは、契約類型としては、組織契約として認めなければならない。

⑤以上の契約論に対して、組合契約は、むしろ他の法律行為、たとえば、単独行為または合同行為である、とする。⑥組合契約は、団体形成行為であるから、相対立する当業者によって形成する契約とちがって、むしろ、共同目的に全構成員が並行的に向う関係である。したがって、組合契約と言われるものの実質は、契約ではなくて合同行為といわれる法律行為であるという。合同行為論の一、二をみよう。組合契約が契約でなければならぬという必然性はない、ただし、契約によって或種の事業体を作り出すことは可能であり、また、これが必要な

場合もある⁽⁴⁾。合同行為という特殊の類型を認める利益は、これに契約の規定、殊に双方代理の規定の適用のない点にある。⁽⁵⁾合同行為は、組合員の共通利益のために、給付を結合することを目的とする意思表示で、この意思表示は、各当軍者にとって同一の意義を有する。そして、組合契約によって定められた事項の実施、義務の履行は、すべて全組合員に共通事項として意義を有し、各組合員の個人的事項ではなくなる。⁽⁶⁾ただし、この組合契約たる行為合同は、社団設立行為とちがひ、多分に契約的色彩をもつ。この色彩は、組合の構成・運営に関する規則が最後まで各組合員の意思にかかり、かつ、各組合員は、互に、他の組合員に対する権利義務によって形成されているという意味に於てである。⁽⁷⁾⑥単独行為論は、組合契約を契約ともみないし、合同行為と呼ばれる法律行為を認める必要はないとする。そのいうところは、例えば組合契約は、法律行為の成立過程を標準とする契約では、単独行為や契約と同一次元で対立し得る法律行為ではなく、単なる合同意思とも言うべきものによって成立する単独行為であるとするが如きである。⁽⁸⁾

(2)組合契約は、債権債務的結合関係を生ぜしめる。

①債権契約としての組合契約から生成する組合は、その内容は債権債務的結合関係である。この結合関係は、組合契約の目的が共同事業を営むことを内容とし、契約当事者は、最初から一団となって協調的態度をとることが必然的に要求されること⁽⁹⁾から、当軍者は対立するのではなく、むしろ、目的に向つて結合され、このために、組合の結合関係は、或程度の団体性を与えられる。⁽¹⁰⁾②組合契約により、当事者間に債権債務関係が発生する結果、当事者は債務の内容に従つた履行をしなければならない。例えば、出資の義務・組合の目的たる事業に協力の義務、組合財産維持の義務の如き。債務の履行の相手方は、他の組合員である。ただし、組合に業務執行者が

民法上の組合契約と組合財産の構造について

民法上の組合契約と組合財産の構造について

あれば、この者に対して行えばいい。また、債務の履行の請求は、業務執行者があればこの者、なければ、他の組合員が行う。ただ、右の債権債務の履行も、組合の目的たる事業の遂行および組合外の第三者保護のため、若干の制限をうけることは既に触れた。

(3) 組合員は、組合を形成した後も、その組合に関し、自由に、新たな組合契約ができる。¹⁰⁾したがって、例えば、組合規約に定めてなくても、組合員全員の同意があれば、組合規約の変更もできる。

(4) 組合契約の目的は、組合員の共同目的を行うにあるから、純粹な交換契約型の事項を規定する民法の契約総則の規定は、適用されない¹¹⁾ことは言うまでもない。

(三) 組合が債権債務的結合体であることは上述の通りであるが、この組合は団体であるとするのが、現在、通説である。若干の見解をみよう。(a) 組合の団体組織は、構成員間の権利義務として構成されるもので、ある意味では契約的色彩をもつ。組合は構成員たる個人がなお独立の存在を有し、ただ、共同目的を達成するために必要な限度で統制され、そこに団体性を取得するに過ぎない。例えば、組合では、各組員自身により、又は全員から代理権を与えられた者によって行動し、その法律効果は各組合員に帰し、又、組合員は各自、組合の運営に参画できる。業務執行について意見の合わないときは、多数決によらねばならぬが、それは最少限度に止められる。又、組合では資産は各自の所有であって、ただ、団体的拘束を受けるに過ぎず、又、負債は各自の負債であり、組合員として有する財産の外に、各自の財産によっても責任を負う。¹²⁾(b) 組合が団体としてなう性格は、必然的に、それが成立する過程から生れる。組合契約は、個人と個人とが、いわば対立する方向に交換する多数の意思表示の合致によって生ずる。いわば横の関係につながる。組合は団体としては、組織は分散的で、団体としての

排他的性格をもつ。組合は馳緩した形態における団体である。¹⁴⁰又、組合契約は、個人的立場を超えて、全一体として組織される団体の立場に重点がおかれる。但し、個人的立場が全く没却されてしまうのではない。¹⁴¹◎組合は、構成員の個人的結合として存在する、個人性の強い団体である。組合は、各組員相互に出資の債務を負担せしめる契約であり、有償、双務契約である。双務契約ではあるが、同時履行の抗弁はできないし、一組員の出資債務不履行はその者の脱退を来すのみ。¹⁴²④ドイツの近時の組合団体論になると、団体的性格が濃くなる。これは、ゲルマン法に負うところの歴史的展開のためのものであろうか。¹⁴³O. Gerke¹⁴⁴は組合契約によって成立した合手的団体は人法的団体である。それゆえ、この合手的団体は債務関係の觀念によらず、むしろ、合手的關係に起因し、かつ、それに関係ある債務関係の内容や形式が決定する。合手的団体の人法的結合によって、組員は、内部および外部から、強力なまたは弱い有効な契約上の刻印を取払った人的単一体を形成する、とし、さらに、¹⁴⁵組員は、外部に従って単一的取引能力ある共同体を形成する。民法上の組合は、恒常的な人的単一性を法律上の承認をもって示すところの名前、あたかも商事会社の商号におけるように、権利を取得し、義務を履行し、訴訟をおこし、おこされ得るところの名前を欠く。組合が一定の名前を持っている場合に、組合として或は個人として取引したのかどうかという疑いに対しては、ただ、慣例的に、事実上重要性があるに過ぎない。しかし、第三者に対しては、効果的な人的単一性が妥当する。このように、組合は、単に組員が組合業務を共同に行う場合のみならず、組員が共同体のために、組合の代理権によって活動するときにもまた、確証するという。

K. Larenz: *Lehrbuch des Schuldrechts II*, Bd. 1959, S. 239 は、BGB七〇五条の概念規定には、組合に双務関係、債務関係が問題になるようにみえるが、それは正当ではない。組員が共同目的をきめて、その

民法上の組合契約と組合財産の構造について

民法上の組合契約と組合財産の構造について

協力を義務づけられるということは、相互の給付義務以上の意味をもつ。同時に、その業務は個々の組合員の業務にかぎらず、全員の共同業務である。共同業務は共同体のものである。これらのことは、組合が組合員間の債務関係であるのみならず、同時に組織上、最少の団体として要求され、かつ、組織された全体として、それらから個々の構成員が区別されなくてはならないところの社会的に結合された人間団体であることを意味する。組合の債務法および社会法的要素の内部的結合は、各組合員の義務において、共同業務の達成・実行に際して組合の制約として存在する。さらに、民法上の組合における各構成員の意思は、社団や権利能力をもつ結合体におけるように、共同意思から、あまり遠くに、隔離されてはいない。組合は原則的に、これら構成員の下にのみ成立し、構成員中の個々人が変更しても、永続的・社会的活動単位として存立しているようなものは考えていない。組合員は全く組合契約によって封じこめられ、彼の意思と合致するように変更できる組合契約に義務づけられる。また、社団が、その意思を述べかつ実行し、それを代表するところの「機関」を形成するのに反し、組合は、ただ、共同事務の世話をする業務執行者のみを知る。ただし、業務執行者には、権利能力なき社団の理事団のような地位を与えられる。又、J. Esser *ib. S. 710* は、目的に適った人的結合体は、個々の組合員の債権法的結合を強調し、また、組合規約により、不特定な或は交替する構成員団体を、団体的秩序にしたがい、或はゆるく或は強く、個々の或は集团的に組織し得る。社団に比べて組合は、団体的に組織されていない。むしろ、団 thể規約を断念して個人的に結合する。このことは、組合が、ことを債権的拘束で済まして、何ら人的組織を必要としないというのではない。人的および殆んど財産的集合体であるところの組合も、単一の行為を必要とする、という。

(四) 組合はその事業を組織的・合理的に行うために組合規約を作る場合が多い。組合規約は、広義では、組合契約はもちろん、法律の規定も含まれる。狭義では、特に組合規約として制定した組合契約、また組合契約に基礎をおく組合の規範を指す。組合規約の制定の変更・廃止は全組合員の一致を必要とする。組合規約に定めてなくとも、全組合員の一致によって、組合の意思が形成できる。組合規約は、口頭、文書、何れの形式でもいい。

- (1) 組合契約によって生ずるのは、法律効果として継続的な社会関係としての組合である。組合は、相対立して相互に交換される意思表示の合致たる契約が基礎をなす。(末川博「債権各論第一部」岩波書店刊三三二頁・三五六・三六一頁、同前掲書「民法上の組合の本質」二一六頁)。組合は、組合契約という団体の構成・運営およびこれについて各員の協力義務などを定める合意によって生れる(我妻栄前掲書七五九頁)。P. Heek *ib.* S. 375 は、組合契約は、組合を成立するのみならず、法律関係の形成のためにも決定的なものである。ドイツでは、法律上、BGB 七一六条の例外と共に、内部関係については任意に規定でき、個人と全体との利益の争は、当事者の自らの解決に委せてある、とこう。

- (2) 例えば、H. K. Krauss, *ib.*, S. 138 は、組合契約について特別な形式は規定されていない。したがって、口頭でも設立できる。ただ、組合員の直接的、制限された責任のため、また、全参加者の安全のために、無条件の契約書の作成がすすめられるという。組合契約の方式に制限のないことについては、J. Esser *ib.*, S. 717, O. Gierke: Deutsches Privatrecht III, Bd. Schuldrecht, S. 835 同(三)。

- (3) 末川博前掲(民法上の組合の本質)二三三頁——O. Gierke *ib.*, S. 828, Enneccerus—Lehmann *ib.*, S. 726.

- (4) 末川博前掲(民法上の組合の本質)二二二頁、同前掲書「債権各論第二部」三五九頁。

- (5) 末川博前掲書「民法上の組合の本質」二二〇頁。

民法上の組合契約と組合財産の構造について

民法上の組合契約と組合財産の構造について

(6) 我妻栄前掲書七五六頁。

(7) 我妻栄前掲書七五八頁。

(8) 末川博前掲「民法上の組合の本質」二一九頁・二二〇頁、同前掲書「債権各論第二部」三六〇頁。

(9) 末川博前掲「民法上の組合の本質」二三三頁、同前掲書「債権各論第二部」三六一頁、松坂佐一「民法提要」 「債権各論」有斐閣、一四八頁。

(10) 組合は広義の団体の一種である（我妻栄前掲書七四五頁）。組合契約に於ては、これによつて生ずる共同生活に、団体たる性格が認められる。但しそれは、組合員の個性の極めて強く押出された、いわば、契約関係の団体である（末川博前掲「民法上の組合の本質」二一六頁、同前掲書「債権各論第二部」三六三頁）。組合は、組合員相互間の契約関係であるが、成立した組合は、或程度団体性を付与される（石田文次郎「債権各論」早大出版部一九五頁）。

(11) 組合契約は……組合成立の当初のものに限らない（我妻栄前掲書七五七頁）。

(12) 我妻栄前掲書七五八頁。

(13) 我妻栄前掲書七五四頁。

(14) 末川博前掲「民法上の組合の本質」二二六頁、二二七頁、同前掲書「債権各論第二部」三六四頁。

(15) 末川博前掲書「債権各論第二部」三六二頁。

(16) 松坂佐一前掲書一四八頁。

(17) O. Gierke ib., S. 831.

(18) O. Gierke ib., S. 840.

(19) O. Gierke ib., S. 841.

(20) K. Larenz ib., S. 240.

四 組合財産の構造

組合財産は総組合員の共有に属し、その主たる機能は組合目的を達成するための経営資本である。

(一) 組合財産は、各組合員の出資、組合事業・組合財産からの収入などで組成される。それらは、また、動産、不動産、債権、債務その他の物また権利を含む。①組合員の出資は積極財産に限る。組合員の出資義務は、実際上は組合に対する債務と考えられ、出資の相手方は、業務執行者があるときはその者に対して行われ、ないときは出資請求権をもつ組合員に対して行う。出資は、法律上は他の組合員に対してなされるが、これが対価的意義をもつかどうかは争がある。②事業収入または財産収入は、終局的には各組合員に帰属するが、事業経営中は、経営共同体としての組合団体に帰属する。

(二) ① 組合財産は組合事業の経営資本であるから、その機能の面からみると目的財産であると共に、それは個々の物や権利の機能的な集合体であるから、包括財産であり、また、組合員の個人財産とは独立した特別財産である。この目的財産としての組合財産の性質は、② 組合財産の構成要素としての個々の目的物が包含され、この構成要素の交替にもかかわらず、不変の統一性が形成される。⁽¹⁾ ③ 組合財産は、その終局の持分者即ち組合員の個人財産から区別される一の特別財産を形成する。⁽²⁾ この組合財産も組合事業が終り、組合が解体されると個々の個人財産に分解され、やがて各組合員の個人財産に帰属する。このように、組合財産が目的財産性または特別財産性をもつ理由を、組合財産の所有形態からみて、組合財産は組合員の単なる共有関係とちがった特殊性、即ち全組合員の共同所有とされ、組合債務は全組合員の債務とされるのだから、組合の資産と組合員に対する帰

民法上の組合契約と組合財産の構造について

属関係は、団体の存在にかかわらず遮断されていない。そこで、組合資産は全組合員の合有とされ、組合債務は、多数債務者の関係ではなく、債務の合有的帰属であると考えられ、組合財産は、合手的な団体としての全組合員に帰属するから、組合員の個人財産とは別個、独立の特別財産となる、とするのである⁵³⁾。この目的財産たる組合財産も、ある見解によれば、法律上の存在として認め得るとする。それによれば、組合財産を主体間の結合の反映とみれば、当然に、全体としての一体性を認むべきである。組合は、一定の程度において、団体としての存在を示す複合体であるから、組合財産もこれを反映すべきであるという。β組合財産は、機能上、統一体として一の目的財産を形成するが、法律上は、それを構成する個々の個別財産として取扱われる場合がある。例えば、組合財産に対する物権的取扱をうけるとか、組合債権者は、組合債務について各組合員にそれぞれの分担額に充じた請求ができるとか、組合の可分債権は組合員に分割されるなどである。

(三) 組合財産の支配形態をみよう。組合は、組合員の個性の強い契約関係であるが、他方、共同事業遂行と第三者保護の必要上、組合財産に対する組合員の支配関係も、一般の共有関係とちがった性質をもつ。

① 近代法の一般の共有は、共有者が共有財産に対して管理共同体を作り、共有物の変更以外、管理については多数決によって行うことができ、共有者全員の同意があれば、管理以外の行為もできる⁵⁴⁾。また、共有者は、共有物の持分分割請求も持分処分も自由にできる。共有は、たまたま共有物が同一であったということからおきる共有者間の制約以外には、各人は皆、単独の所有者のような地位にある。

② しかるに、組合員は、単に組合財産を静的に共有するという関係だけではない。民法(六六八)の「総組合員ノ共有」の意味は、共有者たる総組合員が共同目的遂行という目的的结合をしているということに基づいて成

立する特殊の共同所有関係である。これを一般に合有（広く言えば総有）⁽⁷⁾と言ひ、これは、組合財産が組合員として結合状態にある全組合員に共同的に帰属し、全組合員の集合的意思に服することを意味する。⁽⁸⁾

以下、合有の性質に触れる。②我國の合有論によれば、組合財産の共有は、共同目的のために成立した人的結合に基づく共同所有関係であつて、共有者間に結合がなく、単に目的物の分割のあるまで一時的に成立する共有関係とはちがう。⁽⁹⁾この組合財産は、持分処分の制限や、持分分割請求の禁止がなされる。このような共有の本質を欠く制限をもつものは、共有とちがつて合有とされるものである。⁽¹⁰⁾合有は共同主体間に共同目的ある場合に生ずる団体的所有の一類型で、共同目的の存続する限り、持分は潜在的となり、組合財産の債権債務は合有的債権債務関係になる。合有に於ては共同所有者間に主観的結合があり、共同所有者は合手的共同体を構成する。合手的共同体は、構成員がばらばらのまま権利主体になるのではなく、全員が手をつなぎながら主体になると考へる。⁽¹¹⁾

⑤ドイツにおける組合財産合有論は、沿革上からも法律の規定上からも、組合の団体結合性を強調することから、我國の組合財産合有論と若干ちがう。その一、二の所説をみよう。例えば「Fischer⁽¹²⁾は、組合財産は、組合員の総手的財産として形成される。その性質は、客観的な特別財産として存在し、合手的組合に帰属する。それは単に経済的のみならず、法律的に閉鎖された、そして保護された特別財産である。それはまた、組合員からその単独処分を禁止し、組合解散前の分割請求を禁止し、持分の不可譲性は合手的にのみ処分できるとし、また Eneccerus—Lehmann⁽¹³⁾は、組合財産は、一の觀念上の法主体に所属しないで、組合員に所属する。しかし、各組合員は、ローマ法のように自主的権利から分離した部分権 Teilrecht を少しも持たない。組合財産および、それに所属する個々の権利は、全組合員に共同に所属する。組合財産および各目的物を支配する意思は、全組合員

民法上の組合契約と組合財産の構造について

民法上の組合契約と組合財産の構造について

の統一意思である。法律が個々人の「持分」について語る場合、それは、この共同支配に対する協力においてのみ意味がある。個々人の持分はまだ計算的に決定されていない、と。

◎組合債権の合有についてみよう。組合財産が総組合員に合有的に帰属することから、各組合員は、債権の全額について、割合的、潜在的持分を有するに過ぎない。⁽⁴⁴⁾従って、例えば、債権が可分債権でも、組合員は分割された債権を有するのではなくて、債権全額に対する計算上の持分を有するに過ぎない。⁽⁴⁵⁾債権の取立・処分も、各組合員が合手的にのみ課し得、取立てたものもまた合有財産になる。⁽⁴⁶⁾また、組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権とで相殺することができない（民六六七）。組合のこの債権も、各組合員個人の財産とは区別されるべきもので、組合目的のための総組合員に合有的に帰属する。この相殺禁止によって組合財産の減少をさげようとする。組合員の出資義務不履行または組合財産に対する第三者の不法行為による損害賠償請求権の場合も、一般債権と同じに取扱う。⁽⁴⁷⁾従って、業務執行者は、総組合員のために請求する。

Enneccerus—Lehmann ⁽⁴⁸⁾によれば、組合債権は、組合員に、総手的結合において所属する。例えば、所有権その他の物権はもちろん、債権についても、各組合員は、組合債権における彼の持分について、支払の引受、相殺またはその他の法律行為によっても、間接的に訴訟によっても処分し得ない。同様に、組合債務者は、組合員に対し個別的に有する債権をもって、相殺し得ない（BGB七一九Ⅱ）。また、占有訴権は、組合に属する限り、当然に、個々の組合員に許さるべきではない。そこでは、財産保護もまた、全部または一部、他の組合員のために占有するところの組合員に持続される、という。

①組合・債務の合有。組合債務は、終局的には組合員が、分割分を計算的割合において無限責任を負うが、⁽⁴⁹⁾実

際は、組合財産と組合員の個人財産が並んで引当となるものと考えられる。²⁰⁾かくて、組合債務も合有的に総組合員に帰属する。組合債務についても、組合債権の場合と同様、共有説と合有説がある。合有説によれば、債務が可分給付の場合にも数学的に分割されず、全額として総組合員に帰属し、組合財産を引当とする個人的責任を負担し、両者は併存的であるとする。²¹⁾

㊦組合員の持分についてみよう。組合財産に対する組合員の持分は、一方には合有権者としての権利であると共に、その実質は、組合員としての地位ともみられる。²²⁾組合員の持分を、その組合財産に対する権利と組合員としての地位と不可分のものとして扱えようとするところが、通常の共有持分とちがう。持分が組合員の地位と分離し、持分と不可分のものとして扱えようとするところから、組合員は、組合に加入したり脱退することによって持分を得喪する。また、他の組合員全員の同意があれば、持分の譲渡も相続もできる。ただし、特にもっぱら利益分配に意味をもつ組合の持分は、組合規約に定めてあれば、一般に譲渡性が認められて差支えない。²³⁾組合員としての地位と分離して、財産上の持分権だけを、他の全組合員の同意のない限り、譲渡・質入などできない。²⁴⁾

O. Gierke *ib.* S. 834 は、持分の性質について次のように言う。持分の直接の客体は、全体としての財産である。全体における持分は、分割請求権も処分も差押も認められていない。組合財産の特別法的内容は、組合結合体の解体によって、財産分割の結果として、個々の組合員に帰属するところの、持分に関する期待権の請求権に一切が含まれる。これらは、組合関係の存続中は、他の組合員の同意がなければ、効力を生じない。BGBによれば、全体における持分には、その時々々に所屬する個々の目的物の持分が含まれる。この持分は、処分も差押も禁ぜられる。要するに持分は、組合解散の場合においてのみ各組合員に帰属し得る。その時、持分は団体的

民法上の組合契約と組合財産の構造について

に存続した目的物の分割分になる。組合財産が存続するかぎり、持分には、組合結合体の解体の場合に、個々の目的物に対する期待権的請求権が与えられるのである。団体的物 *Körperschaftlichen Sache* におけるあらゆる物その他の抽象的権利は、合手として、分割なく持分権者に帰属する。債権もまた同じである。

次に、持分分割禁止と持分処分の制限について少し触れよう。④民法（六七六Ⅱ）は、清算前の持分分割を禁じている。法律がこのように、持分の通則に反して禁止するのは、組合財産の維持と組合債権者の保護のためである。したがって、組合が解散され、従来の目的たる事業に終止符が打たれ、清算が終了すれば、もはや組合員の持分権は通常のものに還り、分割請求ができる。²⁰³⑤法律（民六七六一）によれば、組合員が組合財産の持分を処分することを禁じてはいないが、ただ、この処分をもって、組合や組合と取引した第三者に対抗できないとした。²⁰⁴この結果、組合や右の第三者は、その処分を否認して、各自の財産の維持や保護をはかることができる。

右の持分処分は、組合員の個々の財産上の持分に関し、かつ組合員の地位と分離した場合にできるのである。処分の結果組合員の地位の変動を伴う持分とが、利益配当請求権の基本権のような、組合員の身分と結合した持分には、右の規定は援用できない。²⁰⁵身分と結合した持分を処分するには、組合員の地位を退かなくてはならない。ただし、全組合員の同意があれば、組合と取引した第三者には対抗できないが、組合には差支えない。また、全組合員の同意のない処分は、単に当事者間の債権的効力を有するに過ぎない。²⁰⁶即ち持分の処分は、組合員の地位の承継を介しなくてはならないし、地位の承継は、総組合員の同意により、その者の組合財産に対する一切の持分権の移転と共に行われる。この場合には、組合にも組合と取引した第三者にも対抗できる。²⁰⁷組合財産に所属する個々の財産につき、各組合員は、彼らの統一（合手された）意思によってのみ処分できる。²⁰⁸

(1) O. Gierke *ib.*. S. 842.

(2) 我妻栄前掲書五七九頁。ローマ法的解釈をとる共有説は、一般に、特別財産を認めない(甲斐道太郎「組合の財産関係」(有斐閣、契約法大系V)一三三頁)。組合財産は、客体的単一として、それ自体閉鎖された、彼の持分者その他の財産に相対的に独立する一の全体である(O. Gierke *ib.* S. 842)。

(3) 我妻栄前掲書五七九頁、甲斐道太郎前掲論文二二二頁。

(4) 我妻栄前掲書八〇一頁、八一四頁。

(5) ローマ法上の共有と近代法上の共有とちがう重要な点は、共有者にアナルヒーがあるかどうかにある。ローマ法上の共有者は、他共有者の禁止権に服するが、各共有者は、単独に共有物を使用収益でき、共有物の事実的変更をなし、又、単独で持分を譲渡し、担保権の設定・放棄などができ、共有物の使用は、単独に実体全部に及び得た。但し、共有物に又は共有物のために、役権を設定するような、共有物全体に法律的效果の及ぶ行為は、単独ではできなかった(山中康雄「共同所有論」(法律学体系第二部、法学理論篇66)四五頁・四六頁)。ローマ法の共有は、各自が物の一部の所有者ではなくて、物全部の所有権を不分割のまま、部分づつ所有しているのである。(山中康雄前掲書四四頁)。

(6) 石田文次郎前掲書六五頁。

(7) 末川博前掲書「債権各論第二部」三九八頁。

(8) 甲斐道太郎前掲論文二二四頁。

(9) 石田文次郎前掲書(債権各論)二〇一頁。

(10) 我妻栄前掲書八〇〇頁。

(11) 甲斐道太郎前掲論文二二四頁。

民法上の組合契約と組合財産の構造について

民法上の組合契約と組合財産の構造について

- (12) J. Esser *ib.*, S. 729.
- (13) Enneccerus — Lehmann *ib.*, S. 248.
- (14) 我妻栄前掲書八〇八頁。
- (15) 松坂佐一前掲書一五三頁。甲斐道太郎前掲論文二二八頁。
- (16) 甲斐道太郎前掲論文二二八頁。
- (17) 末川博前掲書「債権各論第二部」三九七頁。
- (18) Enneccerus — Lehmann *ib.*, S. 248
- (19) 民法は、フランス民法（一八六二—四）と同じ分割主義をとるが、ドイツ民法（四二七）、スイス民法（五四四II）は連帯主義をとるといわれる。
- (20) 松坂佐一前掲書一五三頁、我妻栄前掲書八〇一頁。
- (21) 甲斐道太郎前掲論文二二九頁。
- (22) 石田文次郎前掲書二〇二頁。なお、O. Gierke *ib.*, S. 843 は、組合財産では、個々の組合員に持分が帰属する。持分は、組合員としての人法的地位と分離しがたく結付けられているといい、また J. Esser *ib.*, S. 730 は、組合員の組合財産に対する財産権は、組合員資格と不可分的に結合している。彼は彼の「持分」即ちそれら総手的共同権利を、自主的に処分できない、という。
- (23) 石田文次郎前掲書二〇二頁。
- (24) 末川博前掲「債権各論第二部」三九五頁。
- (25) 解散前でも、全組合員の同意があれば分割でき、このため組合債権者が多少の不利になっても、これを禁止する力はないという見解（我妻栄前掲書八〇二頁）がある。

- ②6 持分の処分を、ローマ法では自由とし、ドイツ法では無効とした（我妻栄前掲書八〇四頁）。
- ②7 我妻栄前掲書八〇五頁。
- ②8 我妻栄前掲書八〇九頁。
- ②9 石田文次郎前掲書二〇二頁。
- ③0 Enneccerus—Lehmann *ib.*, S. 248.

（一九六五・二・八）