

組合財産の帰属に関する共有主義の再検討 —BGB 草案の内容を端緒として—

金 旻 姝

- I はじめに
- II 制定当時の立法理由と BGB 草案の内容
 - 1. 共有主義の採用について
 - 2. 持分処分の制限、分割請求及び相殺の禁止について
 - 3. 小括
- III 制定以後の学説・判例及び改正内容
 - 1. 学説
 - 2. 判例
 - 3. 民法（債権関係）改正内容
 - 4. 小括
- IV まとめ

I はじめに

民法上、組合に関する規律は、2人以上の共同事業体、例えば、ジョイント・ベンチャー（建設工事共同企業体）⁽¹⁾、法人化していない弁護士事務所のパートナー契約、病院や民宿の共同経営、共同出資による宅地造成事業、会社その他の法人を設立する際の発起人団体、マンションの管理組合など、法人でない団体の中で社団とは区別される様々な団体に適用されている⁽²⁾。また「有限責任事業組合契約に関する法律」も民法上の組合に関する規定を準用⁽³⁾し

(1) 最判昭和 45 年 11 月 11 日民集 24 卷 12 号 1854 頁、最判平成 10 年 4 月 14 日民集 52 卷 3 号 813 頁。

(2) 潮見佳男『基本講義債権各論Ⅰ』（新世社、2017 年）283 頁。

(3) 同法第 56 により、民法第 668 条、第 669 条、第 671 条、第 673 条、第 674 条第 2 項、第 676 条、第 677 条、第 681 条、第 683 条、第 684 条及び第 688 条の規定が準用される。

ている。さらに、2006年の法人制度改革及び現代社会における法人でない団体の多様性及び役割を考えてみると、組合に関する規律の重要性は、非常に高くなったといえる⁽⁴⁾。

2017年の民法（債権関係）改正においても、このような組合に関する規律は、多く修正された。特に、契約総則の適用を排除した第667条の2の新設、組合員の一人についての意思表示の無効又は取消しは組合契約に影響を及ぼさないとした第667条の3条の新設、組合員の加入に関する第677条の2の新設、脱退した組合員の責任に関する第680条の2の新設などが挙げられる。一方、全般的には、組合財産の団体的性質を強調しながら関連規定を修正したことを確認できる。しかし、民法制定以後から絶えず議論されてきた組合財産の帰属に関する第668条の「共有」については、現行規定をそのまま維持し、解釈論に委ねているところである。このような組合財産の帰属に関する共有主義について、制定以後の学説・判例の展開及び民法改正中の議論を検討してみると、単なる共有とは異なる、組合財産特有の団体的拘束を受けている点は明確である。しかし、このような団体的拘束について、物権としての共有と債権関係としての組合共有の体系上の整合性については、依然として明快に整理されていない⁽⁵⁾。

本稿は、物権編の共有と債権編の組合共有（合有）の相違点であるといわ

(4) 法人制度改革によって、法人でない社団に関する議論は、組合に関する規律に含まれる方向に展開されると推測している見解として、我妻栄・有泉亨他『民法コンメンタール（第5版）』（日本評論社、2018年）103 - 104頁などを参照。

(5) 他方、共同相続債権の帰属について、従来の通説的な見解を変えて各相続人に当然分割されるものではない点を明確にした最高裁平成28年大法廷決定について、組合財産が債権である場合にその帰属はどうなるのかについて改めて検討してみる時期ではないかと思われる。団体の財産帰属に関する規律の見直しは、その団体にとどまるものでなく、他の団体に関する規律との整合性を考慮しなければならないものであるからである。遺産共有の二元的構造については、潮見佳男「遺産の帰属面から見た遺産共有の二元的構造」法学論叢第182巻第1・2・3号（2017年）1頁以下を参照。

れている、持分処分の制限と分割請求の禁止（第 676 条）、相殺の禁止（第 677 条）に関する規定及びこのような議論の前提となる組合財産の共有に関する第 668 条を中心に⁽⁶⁾、制定当時の立法理由及び参考としたドイツ民法（以下、BGB という）草案の内容を分析し、現行民法における学説・判例から 2017 年の改正内容まで検討したうえ、今後の組合財産の物権的帰属に関する規律の改正の際に考えてみるべきことについて提言しようとするものである。

II 制定当時の立法理由と BGB 草案

旧民法では、財産取得編第六章で、組合について「会社」として定義され、第 115 条ないし第 156 条の規定を置いていた。会社財産を共有とする規定は存在しなかったが、会社に対して債務を負担する第三者の弁済において、業務執行担当社員が自己の債権の弁済に充当することができないこと（第 129 条⁽⁷⁾）、会社財産の保存に必要な費用を自己の割合に応じて負担すること（第 133 条⁽⁸⁾）、原則として各社員が自己の持分を第三者に質入及び譲渡できるが、会社に対して対抗することはできないこと（第 142 条⁽⁹⁾）などが定められていた。

周知の通り、明治 29 年の民法修正の際には、パンデクテン体系の採用によ

(6) 組合債務の帰属についても取り扱うべきであるが、組合財産の独立性、組合の権利能力と関連する問題まで拡張するので、本稿では、論点の集約化のため、組合の積極財産のみを扱うことにする。

(7) 第二百二十九条第一項 第三者カ会社ト業務担当社員ノ一人トニ対シテ同性質ノ債務ヲ負担シタルトキ其第三者カ二箇ノ債務ヲ消滅セシムルニ足ラサル金銭又ハ有価物ヲ此社員ニ弁済スルニ於テハ其社員ハ会社ノ債権額ト自己ノ債権額トノ割合ニ応スルニ非サレハ自己ノ債権ノ弁済ニ之ヲ充当スルコトヲ得ス

(8) 第一百三十三条 各社員ハ会社資本中ニ於テ使用スルコトヲ得ル金額ナキトキハ会社ノ所属物ニ関スル必要及ヒ保持ノ費用ヲ自己ノ権利ノ割合ニ応シテ分担スル責ニ任ス

(9) 第一百四十二条 各社員ハ自己ノ持分ニ第三者ヲ組合サシムルコトヲ得又其持分ヲ質入シ又ハ之ヲ譲渡スコトヲ得然レトモ此等ノ行為ハ之ヲ以テ会社ニ対抗スルコトヲ得ス

り、民法全般に散らばっていた団体の共同所有に関する内容を物権編「共有」節に位置付け⁽¹⁰⁾、会社に関する規定は債権編に位置付けられた⁽¹¹⁾（この「会社」という用語は、「組合」と同意語として解され、衆議院で「組合」と改められた⁽¹²⁾。以下、直接引用を除き、「組合」と呼ぶ。）。以下では、明治29年の民法修正当時の立法理由と、そのときに参考になったドイツ民法草案の内容を比較する。

-
- (10) 富井委員は、「旧民法は共有について、所有権のところ（旧民法財産編第37条ないし第40条）で規定している。なお、このほかに、旧民法財産取得編の「贈与及び遺贈」と題する第十四章の第五節「包括ノ贈与又ハ遺贈ニ基ク不分財産ノ分割」というところに、分割についての規定（第409条ないし第421条）がある。これらの規定は、包括の贈与及び遺贈の場合における規則であって、その適用範囲が狭くなっているが、やはり共有に関する規則であることに違いはない。本案を起草するにあたって最も参考にした部分である。もっとも、所有権のところにも分割についての原則が旧民法財産編第39条に書かれているが、細かなことは旧民法財産取得編の中で規定されている。本案では、共有に関する通則はすでに所有権の章に上げることにして、別段の規定のない限り、他の場合に適用すべきこととするのが最も至当であると考えた。故に、ここに明文を要する共有の規定を網羅して置いた」と説明した。前田達明＝大久保邦彦＝石田剛「<史料>共有法（一）」民商法雑誌105巻1号（1991年）127頁。
- (11) 当時のフランス民法には、共有に関する一般規定は存在せず、共同相続財産及び夫婦共同財産などに類似する規定があったのみであったことに注意を置きたい。フランス民法が一般規定として「共有」を明文化したのは、1976年12月31日にはじめて、一般的な共同所有ないし共有を規定した（第815-1条～第815-18条、第1873-1条～第1873-18条）。詳細は、南孝淳「フランス民法上の共同所有-共有を中心に-」ソウル大学校法学39巻1号（1998年）135-136頁を参照。また、営利目的の団体たるソシエテと、非営利目的の団体たるアソシアシオンと分けているフランス民法とは異なり、日本民法上の組合は、営利・非営利を問わない点などに関する詳細は、鈴木祿彌編（品川孝次執筆）『新版注釈民法（17）—債権（8）』（有斐閣、1993年）61-62頁を参照。
- (12) 広中俊雄編『第9回帝国議会の民法審議』（有斐閣、1986年）60・84頁、鈴木祿彌編（福地俊雄執筆）（注11）2頁。

1. 共有主義の採用について

(1) 立法理由

修正案第 667 条（現行第 668 条）は、「会社財産は各社員の共有に属する」と定めた。その理由として、「本条ハ既成法典ト同一ノ主義ニ出ツ外国ノ法典モ亦多クハ共有主義ヲ採レリ蓋シ共有主義ハ能ク当事者ノ意思ニ適スルヲ以テナリ独乙民法草案及ヒ瑞士債務法ニ於テハ会社ノ解散ニ際シ各社員ノ出資ヲ現物ニテ返還ス可キモノトセリ此規定タルヤ一見公平ナルカ如シト雖モ会社財産カ総社員ノ出資ヲ返還スルニ足ラサル場合ニ於テハ頗ル不公平ナル結果ヲ生スルモノト云フ可シ此ノ如ク会社財産ヲ以テ総社員ノ出資ヲ返還スルコト能ハサル場合ニ於テハ出資ノ割合ニ応シ金銭ヲ以テ出資ノ返還ヲ為ストスルヲ以テ最モ当ヲ得タルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ会社財産ハ社員ノ共有ニ属スルモノトシ持分ニ応シテ之ヲ分割スルコト反テ便利ナリト謂ハサル可カラス但此規定タル一ノ任意的規定ニ過キス固ヨリ特約ヲ以テ別段ノ定ヲ為スコトヲ得ヘク従テ實際当事者ノ不便ヲ来ス事ナカル可シ加之共有物ヲ分割スル方法ハ当事者ノ自由ニ定ムルコトヲ得ルモノナルカ故ニ現物ノ存スルトキハ通常現物ヲ返還スルニ至ル可キナリ」と述べられている⁽¹³⁾。

(2) BGB 草案の内容⁽¹⁴⁾

上記規定に相応する BGB 草案はない⁽¹⁵⁾。本来物権編の共有（Miteigentum）については、1880 年に物権編の担当委員である Johow による部分草案の中で、第 210 条から第 221 条までの 12 カ条の規定が準備されていた⁽¹⁶⁾。このような

(13) 本稿で引用した修正案及び理由書は、主に <http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/reason/> による。

(14) BGB 草案及び立法経緯については、Hrsg. Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zuammenstellung der unveröffentlichten Quellen [Recht der Schuldverhältnisse III, § § 652 bis 853, de Gruyter, 1983 (zit: Beratung, SchuldR), Sachenrecht I, § § 854-1017, de Gruyter, 1985 (zit: Beratung, SachR)] を参照した。

規定は、第一草案及び第二草案を経て、所有権に関する一般規定及び債務編の共同関係（*Gemeinschaft*）に関する規定へ多数編入され、現在 *BGB* 物権編には、共有の定義に関する第 1008 条、共有者の負担に関する第 1009 条、共有者の特定承継人及び公示に関する第 1010 条、共有に基づく物的請求権に関する第 1011 条の 4 カ条しか残っていない。

また、*BGB* 上の組合（*Gesellschaft*）は、共有及び共同関係と区別される概念である。債務関係編第 705 条から 740 条までが組合に関する規定であり、その次に日本民法の共有と内容上類似している共同関係に関する規定（第 741 条から第 758 条まで）が位置づけられている点に注意を置きたい⁽¹⁷⁾。さらに、*BGB* で用いられている「持分」の概念について、共有と共同関係の場合には、主に具体的持分（*Bruchteil*）として現れ、組合の場合には、具体化される前の包括的な持分（*Anteil*）として、区分して表現されている⁽¹⁸⁾。

(15) 債務編の部分草案であるドレスデン草案では、共同の目的の達成及び出資義務に基づく組合契約において、出資された客体は、組合員らの共同の所有（*gemeinschaftlich Eigentum* 又は *Eigentum nach gemeinschaftlich*）として定めることができると規定していた（第 771 条）。

(16) その内容は、共有の定義（第 210 条）、同等の持分（第 211 条）、共有者のための負担の設定（第 212 条）、持分の処分（第 213 条）、第三者の持分の取得（第 214 条）、持分の放棄（第 215 条）、物権的請求権（第 216 条、第 217 条）、共有者間の債務（第 218 条）、廃止請求権（第 219 条）、分割排除の制限（第 220 条）、共同関係規定の適用（第 221 条）であった。Schubert, *Beratung, SachR*, S. 875-903.

(17) これに関する詳細は、拙稿「ドイツにおける共同所有に関する研究—共有と組合の関係を中心に—」*広島法学*第 41 巻第 3 号（平成 30 年 1 月）を参照。

(18) 共同関係と共有に関する具体的な解釈と、持分の概念については、拙稿「ドイツ民法における共同関係に関する研究—*BGB* 第 741 条以下を中心に—（一）、（二）、（三・完）」*広島法学*第 40 巻第 3 号、第 41 巻第 1 号、第 41 巻第 4 号（平成 29 年 1 月、29 年 6 月、30 年 3 月）を参照。また、組合財産に関する持分についての詳細については、鈴木祿彌編（品川孝次執筆）（注 11）137 頁以下などを参照。

2. 持分処分の制限、分割請求及び相殺の禁止について

(1) 立法理由

修正案第 675 条（現行第 676 条）は、「会社財産に対する持分の処分は、会社及び第三者に対抗できず、清算前に会社財産の分割請求はできない」と定めた。その理由として、「本条ハ財産取得編第一百四十二条ノ規定ヲ採用シタルモノナリ同条末文ハ之ヲ置クノ必要ナキヲ以テ削除セリ又本条第二項ハ共有ノ通則ニ反スルカ故ニ之ヲ置クノ必要アリ会社ノ性質上固ヨリ此ノ如クナラサルヘカラサルコトハ敢テ説明ヲ俟タサルナリ」と述べられている。

また、修正案第 676 条（現行第 677 条）は、その理由として、「民事会社ハ法人ニ非サルヲ以テ会社ノ債務者ハ其債務ト社員ニ対スル債権ト相殺スルコトヲ得ルモノト謂ハサル可カラス然レトモ若シ果シテ此ノ如クンハ会社ノ共同事業ヲ妨クルニ至ルヘキヲ以テ独乙民法第二読草案ニ倣ヒテ本条ノ規定ヲ設ケタリ」と述べられている。

(2) BGB 草案の内容⁽¹⁹⁾

BGB 第一草案第 645 条は、「ある組合員は、他の組合員に対して、清算のときまで、組合契約の結果、共同になった客体に対して有する自己の持分を処分しない義務を負う。各組合員は、清算のときまで、その客体の分割を請求する権利がない。」と規定していた⁽²⁰⁾。つまり、組合の清算の前には、組合契約によって、客体に対して有する持分 (Anteil) を処分しない義務を負うこ

(19) 組合財産と合有制に関する BGB 立法過程の詳細は、上谷均「ドイツ民法典の組合契約における合有制一七一条・七一八条・七三八条の立法過程を中心に一」『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999 年）385 - 417 頁を参照。

(20) EI § 645 Ein Gesellschafter ist gegenüber den übrigen Gesellschaftern verpflichtet, sich bis zur Auseinandersetzung der Verfügung über den ihm zustehenden Antheil an den in Folge des Gesellschaftsvertrages gemeinschaftlich gewordenen Gegenständen zu enthalten.

Ein Gesellschafter ist nicht berechtigt, vor der Auseinandersetzung die Theilung solcher Gegenstände zu fordern.

と、その客体の分割を請求する権利がないことを定めていたのである。

BGB 第二草案第 658 条第 1 項は、「ある組合員は、組合の出資及び業務執行による取得によって、共同に属する債権を含む客体（組合財産）への自己の持分に関して処分することができない；組合員は、分割を請求する権利もない。組合財産に属する債権に対して、組合の債務者は、各組合員に対して有する債権で相殺することができない。」と規定していた⁽²¹⁾。ここで組合の出資及び業務執行によって取得した共同に属する債権を含む客体（組合財産）に対して、持分の処分ができないこと、分割を請求する権利がないことは、第一草案と同一であり、「組合の債務者が各組合員に対して有する債権で相殺することができないこと」が加えられたことを確認できる。この規定は、現行 BGB 第 719 条（Gesamthänderische Bindung; 合手的拘束）⁽²²⁾ にあたる。

3. 小括

上述したように、明治 29 年の民法修正の理由によると、組合財産の帰属形

(21) EII § 658 (1) Ein Gesellschafter kann über seinen Antheil an den durch die Beiträge der Gesellschaft und durch den Erwerb aus der Geschäftsführung gemeinschaftlich gewordenen Gegenständen, mit Einschluß der Forderungen, (Gesellschaftsvermögen) nicht verfügen; er ist nicht berechtigt, Theilung zu verlangen. Gegen eine Forderung, welche zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung nicht aufrechnen.

(22) BGB § 719 [Gesamthänderische Bindung] 合手的拘束

(1) Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen.

(2) Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen.

(1) 各組合員は、組合財産及び各々の客体への自己の持分に関して、自由に処分することができない；各組合員は、分割を請求する権利がない。

(2) 債務者は、組合財産に属する債権に対し、個々の組合員に対して有する請求権で相殺することができない。

態については、「既成法典と同一の共有主義」を採ったと述べられている。しかし、修正案第 676 条（現行第 677 条）の立法理由によると、「BGB 第二草案に倣ってこの規定を設けた」と言及したことに注目する必要がある。なぜなら、この修正案の立法理由で現れている BGB 第二草案にあたる内容が、ローマ法的共有とは区分されるゲルマン法的概念である「合手的拘束」にあたるものであるからである。要するに、立法当時には、共有主義の採用を言いながら、それを修正したドイツ民法第二草案の内容を倣ったと是認しているものである。それでは、当時の立法者が BGB 草案を参考にして考えた共有主義の意味は何か。上記の BGB 第一草案（第 645 条）と第二草案（第 658 条）の関連規定をも比べてみると、以下のように解釈できると思われる。

まず、第一草案で、各組合員は、組合契約によって、客体に対して有する持分を処分しない「義務」を負うことにとどまったが、第二草案では、持分を処分することができないという処分禁止を定めることに変わる。これは、現行第 676 条第 1 項で、持分の処分を原則として禁止せず、第三者に対抗することができないと規定している点に相応する。立法者がいう共有主義は、持分の処分の自由を貫徹している点においては、合手的拘束の原理が導入される前の BGB 第一草案と同様である。

第二に、分割請求の制限について、BGB 第一草案と第二草案は同様に、「分割を請求する権利がない」と定めている。これは、組合員の分割請求権を原則として否定している点において、現行第 676 条第 2 項で、清算前に組合財産の分割を求めることができないと規定している点に相応する。つまり、組合財産が共有か合有かとは関係なく、共同の目的の達成のために結成された組合の制度趣旨に照らして、当然の内容であるため規定されたと思われる。

第三に、BGB 第一草案では存在しなかったが、第二草案で加えられた内容の核心は、「組合の債務者の相殺禁止」に関する規定である⁽²³⁾。修正案の理由では、単に、「このような場合に組合の債権者に相殺を認めると、組合の共同事業を妨げるに至るためこの規定を設けた」と述べている。しかし、この相

殺禁止に関する問題は、組合財産と構成員個人財産との分離を意味するものであって、両債権 (Forderung) の相互対立性 (Gegenseitigkeit) が欠けていると解される⁽²⁴⁾。また、組合持分の本質の側面に照らしてみると、組合員の「持分 (Anteil)」の本質が単なる財産的持分 (Bruchteil) でなく、団体の構成員としての身分的性質をも有する包括的持分 (Anteil) である点にも差があると考えられる⁽²⁵⁾。つまり、BGB 第二草案で想定されていた組合財産に関する持分は、単なる組合契約によって生じた債権だけでなく、組合に加えられた合手的拘束による団体的性質、その成員として認められる身分的性質をも含んでいる概念として変えられたため、一部組合員の単なる債権者がその債権として相殺することができないものとなると考えられる⁽²⁶⁾。

要するに、現在の共有と合有の重要な差異点について、主に持分処分の制限及び分割請求の禁止は、厳密にいうと、現行民法は持分処分を禁止してない点、分割請求の禁止は組合契約の目的達成のための特性である点で、一見

(23) 組合財産と同様に、合手的拘束を受けると解される相続共同関係に関する第 2040 条第 2 項にも、「遺産に属する債権に対して、債務者は、各共同相続人に対して有する債権で相殺することができない (Gegen eine zum Nachlass gehörende Forderung kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Miterben zustehende Forderung aufrechnen.)。」という規定がある。

(24) この問題は、組合の権利能力の認定の問題とつながる。Staudinger/Stefan Habermeier (2003), Vorbemerkungen zu § § 705-740, Rn 15, BGH WM 61, 303; OLG Düsseldorf ZIP 96, 1749; Ingo Saenger, Kommentar-BGB:HK, 8. Aufl., Nomos, 2014, S. 1103.

(25) この点について、ドレスデン草案及び第一草案でも組合に関する規定で「持分 (Anteil)」という単語が用いられていたが、その本質は「定められた持分 (bestimmter Bruchtheil) 又は部分 (Theil)」、つまり組合員の共有 (Miteigentum) 的持分」の意味であったことが確認できる。なぜなら、この持分 (Bruchtheil) 又は部分 (Theil) は各組合員が清算の前にも有効に処分することができるかと解されていたからである。Protokolle I 2961; Schubert, Beratung, SchuldR, S. 289.

(26) なお、中田英幸「組合財産の法的構造に関する史的考察 (1)」駒澤法学 16 卷 2 号 (2017 年) 87 頁以下は、この規定について、債権的構成のみでは説明しがたい場面があると指摘する。

共有主義をとっていると言える。しかし、相殺禁止というのは、もともと組合財産について、それに属する個々の物又は権利を包括した一体的存在として、合手的拘束を受けるものである点を前提とした規定である点については十分な理解がなされなかったのではないかと思われる⁽²⁷⁾。

Ⅲ 制定以後の学説・判例及び改正内容

1. 学説

上記のように、立法者が明確に述べた共有主義とは異なり、学説では、組合財産の帰属について、合有説又は合有的帰属説が通説的な見解として位置づけられた。合有説⁽²⁸⁾は、純粹の共有の本質的要素である持分の処分及び分割請求の自由を制限するのは、組合員間の共同の目的のための人的結合に基づく拘束であるとして、その法的性質は「合有」と解すべきであるという。これについて、「各構成員の持分が認められるものの、物権編にいう「共有」とは異なり、持分が表面にでない—潜在化している—共同的帰属形態（合有）

(27) 中田英幸（注 26）86 頁も、当時の共有の意義に関する立法者の理解について BGB 第二草案の立法趣旨が伝わっていない可能性を指摘する。

(28) 石田文次郎『物権法論』（有斐閣書房、1932 年）511 頁、玉田弘毅「共同所有形態論序説」法論 30 卷 1 号（1957 年）136 頁、我妻栄『債権各論中巻二』（岩波書店、1962 年）798 頁以下、鈴木祿彌編（品川孝次執筆）（注 11）63 頁以下、加藤雅信『新民法大系Ⅱ—物権法（第 2 版）』（有斐閣、2005 年）294 頁、後藤元伸「法人、組合などの団体に関する規律の体系化とその内容的整備についてどう考えるか」『法律時報刊行—民法改正を考える』（日本評論社、2008 年）67 頁、清水元『プログレッシブ民法—物権編（第 2 版）』（成文堂、2010 年）164 頁、河上正二『物権法講義』（日本評論社、2012 年）298 頁、内田貴『民法Ⅱ—債権各論（第 3 版）』（東京大学出版社、2012 年）310 - 311 頁など。特に、2017 年の民法改正以後の説明としては、松尾弘『民法の体系（第 6 版）』（慶應義塾大学出版会、2016 年）140 - 141 頁、松岡久和『物権法』（成文堂、2017 年）62 頁、大江忠『要件事実民法（5）2—契約Ⅱ（第 4 版）』（第一法規、2017 年）700 頁、大村敦志・道垣内弘人編『民法（債権法）改正のポイント』（有斐閣、2017 年）478 - 481 頁、我妻栄・有泉亨他『コンメンタール民法—総則・物権・債権（第 5 版）』（日本評論社、2018 年）459 頁などがある。

が觀念される」と述べる⁽²⁹⁾。このような合有説は、共有との区別基準として、持分の処分及び分割請求の自由を制限する第 676 条を取り上げながら、組合財産に対する組合員の持分の包括性について言及する点が特徴的である。一方、組合財産が債権である場合に、分割帰属否定説⁽³⁰⁾に帰結され、組合の債権は、団体的な拘束の一つの現れとして、各組合員の分割債権とはならないという。また、第 676 条により持分処分ができない結果、組合員に対する債権者は組合財産上の持分を差し押さえることもできず、その限りで、組合財産は構成員の財産から独立しているのであるという。これはさらに「組合財産は第 668 条によりそう組合員の共有に属するから、組合財産に属する債権も、各組合員の準共有（第 264 条）に属する」という準共有説⁽³¹⁾と、「所有権その他の物権のほか組合が第三者に対して有している債権は、組合員全員に合有的に帰属するため、組合が取引相手方に対して取得した売掛金債権のように、分割可能な給付を目的とする組合債権も分割されない」という合有的帰属説⁽³²⁾に分けられる。

これに対して、明文の通り共有で解すべきであり合有という概念で説明する必要はなく、第 249 条以下の典型としての共有とは異なった点のある「特殊な共有」と解すれば足りるという共有説的立場も⁽³³⁾が有力に展開されてきた。特に不明瞭な「合有」の概念を用いるよりも、組合財産の「共有」について具体的規律を明確にすることを目指すべきであるという⁽³⁴⁾。一方、組合財産が債権である場合に、多数当事者間の債権債務として見るべきであり、それは「共同債権」として位置づけるのが適切であるという⁽³⁵⁾。

(29) 潮見佳男（注 2）288 - 289 頁。

(30) 内田貴（注 28）311 頁。

(31) 松尾弘『債権法改正を読む』（慶応義塾大学出版会、2017 年）307 頁を参照。

(32) 潮見佳男（注 2）289 頁、松尾弘（注 28）141 頁、青野博之他『新プリメール民法 4—債権各論』（法律文化社、2018 年）147 頁、潮見佳男・千葉恵美子編『詳解改正民法』（商事法務、2018 年）223 頁。

2. 判例

まず、組合財産が不動産である場合について、最判昭和 33 年 7 月 22 日民集 12 卷 12 号 1805 頁は、「組合財産が理論上合有であるとしても、民法の法条そのものはこれを共有とする建前で規定されており、組合所有の不動産の如きも共有の登記をするほかはない。従って解釈論としてはかような制限のあることがすなわち民法の組合財産合有の内容だと見るべきである。そうだとすれば、組合財産については、民法 667 条以下において特別の規定のなされていない限り、民法 249 条以下の共有の規定が適用されることになる。ところで、ある不動産の共有権者の一人が、その持分に基き、当該不動産につき登記簿上所有名義者たるものに対して、その登記の抹消を求めることは、妨害排除の請求に外ならず、いわゆる保存行為に属するものというべきであるから、民法における組合財産の性質を前記の如く解するにおいては、その持分権者の一人は単独で右不動産に対する所有権移転登記の全部の抹消を求めることができる筈である。」と判示している。本判決に対して、組合財産の共有の性質について合有説をとっていると解する見解⁽³⁶⁾と、「理論上の合有」

(33) 三島宣也「組合財産の法的構成(一)」法と政治 15 卷 1 号(1964 年) 34 頁、槇梯次「共同所有の諸形態」『現代社会と民事法－打田峻位一先生古希記念』(第一法規出版、1981 年) 31 頁以下、千葉恵美子＝藤原正則＝七戸克彦『民法 2－物権(第 2 版補訂版)』(有斐閣アルマ、2008 年) 86－87 頁、上河内千香子「共有規定をどう見直すか－合有、総有の明文化をどう考えるか－」『法律時報刊行－民法改正を考える』(日本評論社、2008 年) 131 頁、伊藤栄寿「共同所有理論の現状と課題」民事研修 674 号(2013 年) 6 頁、同「組合財産の共有－物権編の共有との比較検討－」法政論集 270 号(名古屋大学、2017 年) 199 頁以下、武川幸嗣「共同所有論」吉田克己＝片山直也編『財産の多様化と民法学』(商事法務、2014 年) 718 頁など。

(34) 中田裕康『契約法』(有斐閣、2017 年) 575 頁。

(35) 中田裕康(注 33) 576 頁。共同債権とは、複数の債権者が共同でないといふ履行請求できない債権を意味するという。潮見佳男・千葉恵美子編(注 32) 224 頁。

(36) 遠藤浩編『民法(6)－債権各論(第 4 版)』(有斐閣、1997 年) 268 頁、大江忠『要件事実民法(5)－2－契約Ⅱ(第 4 版)』(第一法規、2017 年) 701 頁など。

と説明することは、必ずしも積極的な意味を有するものではないという見解⁽³⁷⁾に分かれる。

また、組合財産が債権である場合について、大判昭和13年2月12日民集17巻132頁は、「民法上ノ組合財産ハ同法第六百六十八条ニ所謂総組合員ノ共有ニ属スルカ故ニ第三者カ不法ニ組合ノ所有物ヲ侵害シタルトキハ之ニ因リテ生スル損害賠償ノ債権モ亦組合財産トシテ同シク共有ニ属スヘキハ当然ニシテ其ノ債権ハ持分ノ割合ニ応シテ組合員ニ分割セラルルモノニ非ス只総組合員ノ合意ニ因リ又ハ組合解散ノ場合ニ於テ清算ノ一方法トシテ組合員ニ分割セラルルコトアリ得ルニ過キサルモノナルコト民法第六百七十六条第二項第六百八十八条等ノ規定上明白ナルカ故ニ縦令被上告銀行ニ上告人主張ノ如キ不法行為アリトスルモ之ニ因ル損害賠償債権ハ総テ組合財産ニ属シ上告人カ単ニ一組合員トシテ毫モ之ヲ請求シ得ヘキ筋合ノモノニ非ス乃チ本訴請求ハ上告人ノ主張自体ニ依リ其ノ理由ナキモノトスサレハ仮ニ原審ノ認定ニ不当ノ点アリトスルモ本訴請求ヲ排斥シタル原判決ハ結局正当ニシテ論旨何レモ採用シ得サルモノトス」と判示した。本判決は、組合財産に属する債権は、総組合員が共同してのみ行使することができ、個々の組合員が組合財産に属する債権（組合財産への侵害という不法行為により生じた損害賠償請求権）を自己の持分に依りて分割して行使することはできないことを判示したものである⁽³⁸⁾。この判例について、組合債権の合有的帰属を示したと解する見解⁽³⁹⁾が多い。

3. 民法（債権関係）改正内容

(37) 石外克喜編（上谷均執筆）『現代民法講義5 - 契約法』（法律文化社、1991年）306頁、我妻栄・有泉亨他（注4）460頁。

(38) 最判昭和41年11月25日民集20巻9号1946頁などもこの判決を前提にしている。

(39) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（金融財政事情研究会、2017年）339頁、我妻栄・有泉亨他（注4）1346頁などを参照。

今回の改正には、組合財産の団体的な性質を強調し、組合財産の共有の性質が合有的である点を前提に議論したが、組合財産の帰属に関する第 668 条は、改正されなかった。その理由については、「第 668 条の組合共有の本質を『合有』と解するのが通説であるが、その具体的な意味が曖昧であるため、ここで明文化するより、特殊な共有として処理しながら具体的な債権法上の規律のみを定める方向で取り扱った」と説明し、「もっとも、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律や有限責任事業組合契約に関する法律などの団体法理に関する制度の整備が進んだ現在において、公示機能なしに組合財産の独立性を強調する規律を明文化することには慎重であるべきであるとする考え方があり、これについて、このような規定を設けるべきではない（解釈にゆだねる）という考え方がある。」⁽⁴⁰⁾と述べられている。

また、改正民法第 676 条は、従来の持分の処分及び分割請求に関する規定は修正せず、第 2 項を新設し、「組合員は、組合財産である債権について、その持分についての権利を単独で行使することができない。」と定める。これは、現行民法第 676 条第 2 項が、組合員は清算前に組合財産の分割を求めることができないとしている結果、組合財産に属する債権は、総組合員が共同してのみ行使することができ、個々の組合員が組合財産に属する債権を自己の持分に応じて分割して行使することができないとの上記の判例（大判昭和 13 年 2 月 12 日民集 17 卷 132 頁）を明文化したものである⁽⁴¹⁾。

また、改正民法第 677 条は、従来の組合の債務者による相殺の禁止に関する規定を、「組合財産に対する組合員の債権者の権利の行使の禁止」という表題で、「組合員の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができない。」と修正する。これは、組合活動の財産的基礎を確保する観点から、組合財産に属する債権には分割主義の原則（第 427 条）が妥当しないことを前提に、

(40) 法務省「民法（債権関係）部会資料 57」44 - 45 頁。

(41) 法務省「民法（債権関係）部会資料 57」47 頁。

当該債権の債務者がその債務と組合員に対する債権とを相殺することを禁じているといった従来の態度には変化がないと解される⁽⁴²⁾。また、持分の差押えは、組合活動の財産的基礎を損なうという意味で、現行民法第676条第1項で制限する持分の処分と変わらないので、組合員の債権者が当該組合員の組合財産上の持分を差し押さえることはできないと解されてきた⁽⁴³⁾。改正民法は、このような解釈を前提に、組合員の債権者による差押え・仮差押え等の権利行使一般について、組合員の債権者は、組合財産に属する財産に対し、その権利を行使することができないものと明文化した⁽⁴⁴⁾。

4. 小括

民法第668条で規定している組合財産の共有の本質について、共有説と合有説の対立は周知の通りであるが、2017年の民法改正後にも、その論争は終わらないと思われる。判例は、組合所有の不動産については、明文規定により共有の登記をするほかないと言及している。この判例が組合財産の合有説を認めたか否かについて学説がまた対立しているが、不動産の登記が問題になった事案で、明文上規定がない合有概念を認めるよりは、理論上合有と認める可能性はあるが、現行民法による判決をするしかなかったと考えられる。

また、組合財産が債権である場合について、学説・判例は組合債権が可分債権であっても分割債権として属するものではない点については一致しており、改正民法もその点を明確にしている。ただし、「分割して帰属する債権ではないこと」は、準共有に帰属するのかなど、その意味が明確ではない。さらに、改正民法第676条及び677条が、組合財産である債権は、組合員1人が単独で行使することができない点、組合員の債権者が組合財産についてその権利を行使することができない点を明確に規定しているが、これは単なる

(42) 法務省「民法（債権関係）部会資料57」46頁。

(43) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針V—各種の契約（2）』282頁。

(44) 法務省「民法（債権関係）部会資料57」46頁。

行使不可の内容を定めた規定であり、その債権の帰属については、議論の余地があると思われる。

IV まとめ

上記のように制定当時に参考とした BGB の規定は、物権編の共有とは関係なく、組合財産の債権的側面に合手的拘束というドイツ団体法的概念が適用された点を考えてみると、BGB の立法者も、日本民法の立法者も、その当時には、組合財産の物権法的側面について考慮しなかった点が見える。そのような民法の制定以後、その物権法的側面を研究して展開したドイツの団体法学者 Otto von Gierke の研究が日本の学者らによって継受され、より完結的形態の共同所有論として位置づけられたと思われる。これが可能であった一つの理由は、組合 (Gesellschaft)、共同関係 (Gemeinschaft) を債務関係で並列的に規定し、対外的な効果についてのみ物権編の共有 (Miteigentum) の内容として規律している BGB と異なり、共有関係における内部関係・対外関係全てを通則的規定として物権編に位置付けたことにあると思う。

しかし、日本民法の制定の際に立法者が述べた組合財産に対する共有主義を採用した規定の中では、BGB 第二草案の段階で、すでに現れていた合手的拘束の原理が反映された点を強調しておきたい。また、それは、持分処分の制限、分割請求の禁止という組合契約で説明できる制約を意味することではなく、相殺禁止という内容を通じて、組合財産と組合員の個別財産の分離、相殺の要件である債権の相互対立性の欠陥ということに基づいて、より明確になる点を確認できる。

近時の債権関係及び相続編の改正とともに活発に議論されている共同相続債権の帰属の問題においても、団体財産に対して構成員が有する持分の意味と本質、客体による取扱いの区別という側面では、組合財産の帰属とその軌を一にするとと思われる。制定以来から絶えず議論されてきた組合財産の帰属に対する共有説・合有説という対立は、他の私法上の団体に関する規律及び

物権編の規律と整合的に解釈できるように、立法的に補完しなければ解決できない課題であると考えられる。そのような意味で、**BGB** 草案を端緒としたこの検討が、少しでも有意義なものになることを期待したい。