

# フランスにおける組合契約の法的性質論

吉 井 啓 子

## 1. はじめに

旧民法から明治民法における組合規定の変遷、その後の組合をめぐる様々な議論は、ローマ法のソキエタス (societas) をそのまま受け入れたフランス民法典と、組合を債務発生原因の一つである組合契約として規定しつつもゲルマン法に由来する合手制 (合有制) の共同所有形態として体系化したドイツ民法典に端を発している。フランスとドイツの「狭間」で育った日本民法は、旧民法においてフランスと同様の組合規定を置いていたが、現在はドイツに倣った組合規定を有する。フランスでは、組合契約 (contrat de société [「会社契約」と訳されることも多いが、以下では「組合契約」と訳す。]) は双務契約と分類されることが多かったが、現在では従来の契約の分類には収まらない独自の性質を持った契約であると分析されることが多くなってきている。特に、その団体・組織を生み出す特質に着目して、「組織型契約 (contrat-organisation)」として、売買契約などの「交換型契約 (contrat-échange)」とは異なるその特質につき論じられるようになってきている<sup>(1)</sup>。冒頭で述べたように、歴史的に見ればドイツ法がソキエタスと合手制団体を起源とするのに対し、フランス法は純粹にローマ法のソキエタスのみを基礎とする<sup>(2)</sup>。フランスにおいては、(少なくとも条文上は) 人の集団 (団体) の存在は意識されていない。民法典成立後の各種の組合・会社の発展とともに、組合契約の組織形成という側面がクローズアップさ

れるようになってきたという違いがある。

フランス民法典1832条1項は、「組合は、契約により、共同の事業に、利益 (bénéfice) を分配するため又はそこから生じうる節約 (économie) を享受するために、財産又は労務を充てることを決めた二人又は数人の者により設立される。」と組合を定義する。フランスでは、商法典中に会社に関する総則的な規定がなく、民法典中に組合 (会社) を設立するための契約である « contrat de société » に関する条文があり、« société » は会社だけではなく民法上の組合 (営利目的のものに限られる) をも含む概念である。民法の契約法教科書では組合 (会社) 契約について詳述されることはほとんどなく<sup>(3)</sup>、商法の教科書で取り上げられることが一般的である。日本では「社団」と「組合」に分けて論じられるのに対して、フランスでは営利目的の « société » と非営利目的の « association » に分けて論じられることが多い。

本稿では、他の典型契約とは異なる特質を有し、従来の契約の分類に収めることが困難である組合契約の法的性質をめぐるフランスにおける議論の生成と展開を検討するが<sup>(4)</sup>、それは以下のような日本法に関する問題意識によるものである。

日本において、組合契約には契約の一般的規律が適用されず、同時履行の抗弁および危険負担に関する条文は適用されないほか、債務不履行による解除も認められないと解されてきた<sup>(5)</sup>。同時履行の抗弁権について、2017年の民法改正前は業務執行者が置かれている場合と置かれていない場合を分けたうえで、後者の場合には同時履行の抗弁権の行使の余地を認める見解が一般的であったが、民法改正により新設された667条の2第1項はこのような場合分けをしていない。また、解除については、民法改正前から判例は解除に関する総則規定の組合契約への適用を否定してきたが、この点は民法改正により新設された667条の2第2項で債務不履行を原因とする解除の場合のみについて規定を置き、540条から548条の規定を包括的に排除していない。学説は、解除について、解除規定の主要な目的を当事者の給付交換関係を規律

することに求め、そのことから組合契約への解除規定の適用を認めることは組合の団体的性質には適さないと解してきた<sup>(6)</sup>。組合契約への契約の一般的な規律の適用を否定するに際して、常に理由として持ち出されるのがこの組合の団体的性質である。

日本における組合契約の特質に関する議論の変遷を見ると、鳩山秀夫あたりまでは、上記のような組合契約の団体的性質への言及はあるものの、そのような組合契約の特殊性はさほど強調されず、組合契約を双務・有償契約とすることについて特に問題視されずに、そのことを前提として個別の規定の組合契約への適用の可否が検討されていた<sup>(7)</sup>。やがて、組合の団体的性質が強調されるようになり、組合設立行為は契約ではなく、共通の目的のために結合する合同行為であるとの見解へと発展する。しかし、現在は、合同行為概念の有益性を疑問視し、組合を契約であるとしつつもその双務契約性を否定し、他の契約とは異なる特殊な契約であるとしたり、「団体設立契約」であるとしたりする説が有力化している<sup>(8)</sup>。ただし、組合契約は他の契約と異なる性質を有する契約であると指摘しつつも、その契約としての特殊性、そしてそれが民法典の中でどのように位置づけられるべきかについてはあまり論じられてはこなかった。最近では、日本民法における組合契約の規律（契約であることに関する規律、出資に関わる債権関係への規律、「共同の事業」の運営にかかわる債権関係への規律など）の検討を通じて、組合契約の典型契約としての意義を探る岡本裕樹教授の論稿がある程度である<sup>(9)</sup>。日本における組合をめぐる議論は、団体論・法人論や共同所有論の観点からの研究が多く（団体としての対外関係、組合財産の帰属態様など）、典型契約の一つとして民法に規定されている組合契約の性質論や従来の契約概念との関係について正面から論じた論文はさほど多くない。2017年の民法改正の際の法制審議会においては、組合に団体性があることから一律に契約の一般的な規律の適用を否定するのではなく、個別の規定ごとにきめ細かくその適用の可否が議論された<sup>(10)</sup>。そのような意味で、組合契約の法的性質論は個別の問題の解決にとって大き

な意味を有さないと言えそうだが、他の契約との関係において組合契約の特質をどのような点に見出し、典型契約の一つとしてどのように民法の中に位置づけるのかはなお検討すべき課題であろう。今のところ、組合契約はあくまでも二当事者間契約の「例外」と位置づけられているが、このような位置づけにとどめておくべきか、二当事者の意思の合致により成立する債権発生原因であるとされてきた「契約」概念と組合契約の関係をどのようにとらえるのかという問題意識が本稿の前提にある。

さらに、本稿の前提となる問題意識としては以下の点もある。フランスにおいて、他の契約とは異なる組合契約の性質の特徴ととらえられているのが「共通の目的 (intérêt commun)」である。「共通の目的」の存在を組合契約を他の契約と区別するメルクマールとするのはドイツにおいても同じであるが、両国で「共通の目的」が意味するものは異なる。ドイツ法において、組合は、営利、政治、宗教、スポーツ、芸術、慈善、科学など様々な事柄を目的としうる。目的は継続的なものでも一時的なものでもよい。これに対して、フランス法の組合（会社）は営利を目的とするものに限られ、損益の分配が必要である。日本民法667条1項は「組合契約は、各当事者が出資をして共同の事業を営むことを約することによって、その効力を生ずる。」と規定するが、日本法において上記の「共通の目的」と同じ意義を有すると考えられる「共同の事業」概念は広く、ドイツ法と同じく営利を目的とするものでも非営利を目的とするものでもよく、公益を目的とすることもできると解されている<sup>(11)</sup>。事業は継続的なものでも一時的なものでもよいが、利益の分配をする場合には利益は組合員全員が受けることを要する<sup>(12)</sup>。667条1項の「共同の事業」概念については、これまであまり議論されてこなかった経緯もあり<sup>(13)</sup>、「営利」概念も含めて検討の余地があるのではないか。

本稿では、このような問題意識をもってフランスにおける組合契約の法的性質論の生成と展開を検討したい。なお、組合契約の性質論を

論じるには、組合の種類に応じた検討も必要であるが、本報告は民法に規定された典型契約の一つとしての組合契約の法的性質を検討することを主眼としており専ら民法上の組合を検討対象としている。

## 2. フランスにおける組合契約の法的性質論の生成と展開

### (1) フランス民法典における組合規定の起源

フランスもドイツと同様に、組合概念の生成に際して、ローマ法のソキエタスに多くの影響を受けた。ソキエタスとは、複数の者が経済的な利益を得るためにその財産またはその活動の全部または一部を共にする双務契約である<sup>(14)</sup>。ソキエタスは、構成員間に契約関係を生じさせるが、当事者以外の第三者には効果を持たず、第三者と契約を締結できるのは各構成員に限られる。また、ソキエタスは人的性質 (*intuitu personae*) を有し、構成員としての権利は取引の対象とはならないほか、構成員の死亡により終了する。ソキエタスの財産は共同所有の対象であるほか、構成員には経営に参加する義務がある。

1804年のフランス民法典制定前から、組合（会社）は契約とされてきており、民法典もこれを典型契約の一つとして1832条に規定した。もっとも、組合（会社）は構成員の意思に基づいて形成されるが、団体・組織が形成された後は伝統的な契約技術とは異なる処遇を構成員は受けることになる。この点から、フランスでは、組合（会社）は契約か制度かという問題が古くから争われてきた<sup>(15)</sup>。1832条における組合の定義は、民法典起草に多大なる影響を与えたポチエ (Pothier) が組合を契約としたことによる<sup>(16)</sup>。ポチエは、組合契約の各当事者は契約により「相互に」他の者に対して義務を負うとしたうえで、組合契約とは「二人又は複数の者が…利益を共同のものとするために、何らかの物を共同のものとし、又は共同のものとするを義務付けられる契約」であると定義した。しかし、組合契約に債務の「相互性」を見出すことは困難であるため、現在ではポチエの考え方に誤りがあった

ことが指摘されている<sup>(17)</sup>。もっとも、ポチエ自身は、組合契約の当事者は何らかの物を「組合に」拠出する義務を負う「組合に対する」債務者であり、場合によっては「組合に対する」債権者ともなると説いていた。ポチエは、共同の物を他の構成員に使用収益させる義務を負う場合のような例外的な場合もあるが、基本的には構成員は「相互に」債権者・債務者の関係にないと説明していたのである。やがて、19世紀初めから、組合（会社）はさまざまな法律により規制されるようになる。構成員の意思に残された余地は減少し、契約自由が妥当しなくなり、組合の契約としての側面は薄まって行く。

1985年に一人有限会社（SARL unipersonnelle）という一人会社の創設が認められると<sup>(18)</sup>、1832条2項に「組合は、法律が規定する場合においては、一人の者の意思による行為（acte de volonté）により設立される。」という条文が置かれたが、この場合の設立行為は契約ではなく単独行為ではないかという疑念を生じさせる結果となった。このような疑念に対しては、複数人で組合を設立したものの持分譲渡により構成員が一人になった場合も考えられることから、本項により組合設立行為が契約ではなくなったということはできないとの反論も見られた。

フランスよりもドイツの方がローマ法の影響をより強く受けていると一般的に言われるが、組合に関しても当初はそうであった。フランスと同様にドイツも、組合概念の生成には、ローマ法のソキエタスに多くの影響を受けたが、やがて、産業化の発展、資本会社の登場により、その影響は弱くなっていく。パンデクテン学派は、組合をソキエタスと同じく契約と考えており、団体や組織ととらえることはなかった。組合の財産は組合員の共同所有となり、組合の目的はほとんどの場合において金銭的利益であると考えられていた。しかし、ドイツでは民法典の編纂において、ローマ法のソキエタスに由来する「契約としての組合」という考え方は一部放棄されることとなる。1888年の第一草案については、ローマ法にあまりにも多くの影響を受けすぎているとの批判があったため、1894年の第二草案では組合に関する混合的

な概念が採用されることになる。ドイツ民法典705条は組合を債務発生原因の一つである組合契約として規定しているが、同時に組合はゲルマン法に由来する合手制（合有制）の共同所有形態として体系化されたのである<sup>(19)</sup>。ただし、合手制に基づく財産の帰属形態は、ドイツ民法典自体における組合の構造の基礎となっているわけではない。このようなドイツ民法典の立場は、ローマ法のソキエタスをそのまま受け入れたフランス民法典とは明らかに異なる。フランス民法典は、組合契約を諾成・双務の契約ととらえて規定した。しかし、次に検討するように、フランス民法典成立直後から、学説により組合契約の双務性は問題とされることとなる<sup>(20)</sup>。

## (2) 民法典成立以後の学説の展開

### ①不完全双務契約論

民法典成立後から、学説により、双務契約と片務契約のハイブリッドと言えるカテゴリーの存在が指摘されていた。「不完全双務契約 (contrat synallagmatique imparfait)」と呼ばれるものであり、そこにはドイツにおける議論の影響が見られる<sup>(21)</sup>。ドモロンブ (Demolombe) によれば、不完全双務契約というのは、当事者の一方の債務は契約の主たる債務であるが、その他の債務はすべて付随的なものにすぎないという場合である。その後、多くの論者がこの分類に従うことになった。オブリー＝ロー (Aubry et Rau) は、当事者が合意により、そして合意後の出来事に左右されずに双方向的な約束に拘束されるか否かにより、双務契約は完全双務契約と不完全双務契約とに分けることができると論じた。マゾ兄弟 (Frères Mazeaud) も、もともとは片務契約だが、契約締結後に法律により付随的な債務が生じる場合など、契約成立後に当事者に債務を生じさせる契約があることを指摘し、それを不完全双務契約ととらえた。「不完全」という表現は、当事者の債務は双方向的であるが相互依存関係にないことによる。中にはカピタン (Capitant) のように「不完全双務契約」概念不要論を唱える者もいたが、やがて伝

統的な双務契約の概念に当てはまらない契約はすべて「不完全双務契約」であると分類されるようになり、そこに組合契約も分類されるようになる。

## ②合同行為論

19世紀末のドイツやイタリアではギールケ（Gierke）らが提唱する合同行為論が盛んになるが<sup>(22)</sup>、20世紀初頭からフランスでも合同行為概念が議論されるようになった<sup>(23)</sup>。多くの学説が組合（会社）の設立行為を契約ととらえたのに対して、一部の学説は組合契約を合同行為（acte collectif）ないし合同的単独行為（acte unilatéral collectif）ととらえることを主張した<sup>(24)</sup>。このような学説は、特に、契約であるとは説明しがたい公開株式会社の設立行為の性質をめぐる議論の中で展開された。組合（会社）設立行為を合同行為ととらえる学説は、リペール（Ripert）らによる単独行為（acte unilatéral）説に対する異論として登場したとされる<sup>(25)</sup>。合同行為（または合同的単独行為）において意思は同じ内容を有し同一の目的に向けられており、合同行為とは共通の利益に向けられた人の集団の意思を表明する法律行為である。そこにあるのは、意思の対立ではなく、意思の競合（concours de volontés）であるとされた。合同行為説の論者は、組合設立行為は当事者が他方当事者の犠牲において自らの利益を追求する双務契約とは異なり、このような合同行為であると分析した。合同行為説の立場によっても、組合設立行為に独自性を与えているのは、契約説と同様に「共通の目的」の追求であると説かれた。そして、この共通の目的の重要性は、社団意思（*affectio societatis*、*volonté d'alliance*）を組合（会社）の設立要件とする古典的な立場から説明された<sup>(26)</sup>。合同行為説によれば、設立行為における、同一の目的に向けられた意思間の相互依存性、契約に見られる自由な交渉や譲歩の不存在なども組合の特徴であるとされる。一部の論者からは、契約を超える効果の発生という点も特徴として指摘された<sup>(27)</sup>。組合（会社）設立行為は、行為時の当事者だけではなくその後加わった当事者をも拘束する点で契約とは異なるというのである。

このような合同行為説への批判としては、組合（会社）は契約により設立されるということを明確に規定するフランス民法典1832条との齟齬がまずあげられるだろう<sup>(28)</sup>。確かに構成員間の関係を双務的であると性質決定することは困難であるが、各人は他の者の意思を参考にしつつ自らの意思を表明するのであり、そこには意思の合致ないし意思間の相互依存性が存在しており、合同行為説はこの意思間の相互影響関係を無視しているとの批判もあった。そもそも合同行為と契約を対置させてとらえる考え方がおかしいのではないかとの批判もあり、このような批判によれば、そもそも契約概念を対立する意思の合致のみに限る必要はない。

もっとも、フランスにおける合同行為論について調べてみると、組合（会社）の契約的分析に代わる制度理論に着想を得たルジュウ・ド・ブベ（Roujou de Boubée）の博士論文が常に引用されているが、彼の論文以外の文献はほとんど引用されておらず、フランスにおける合同行為論は広がりを持っていた議論とは言えないのではないかと思われる。では、組合契約はやはり双務契約か。この点については、組合契約はかつて双務契約と分類されることが多かったが<sup>(29)</sup>、現在ではその双務性を否定しつつ組織型契約などと分析しうる新しい形の契約類型であるとして、他の典型契約とは異なる特質が指摘されている。以下では、近時の学説が組合契約の特質をどのような点に見出し、どのような契約であると分析しているかを検討する。

### (3) 双務性の否定

20世紀における新たな契約、特に流通契約やフランチャイズ契約といった組織型契約と分析される契約は双務契約・片務契約という二分法に問題を投げかけた。組合契約は1804年から民法典に存在する典型契約であるが、当事者の経済的利益を結合するための法的仕組みという点では売買契約をはじめとする交換型契約と同じであるものの、団体・組織の形成とそこから導かれる継続性という点から売買契約など

とは異なる特質が見られる。このような組合契約が双務契約・片務契約の分類に当てはめられないことについては、現在では多くの論者が指摘している。フランス民法典1106条は、双務契約・片務契約について、第1項で「契約は、契約当事者が相互に、その他方に対して債務を負うときは、双務的である」、第2項で「契約は、一人又は数人が他方の一人又は数人に対して債務を負い、他方の者が相互的な約務を負わないときは、片務的である」という定義を置く。組合契約において、構成員は「相互に」債務を負っているわけではなく、構成員の一部のみが債務を負うわけでもない。現在、論者の多くは、組合契約における「相互性」を以下の二つの観点から否定し、組合契約を双務契約に分類することはできないとする<sup>(30)</sup>。

組合契約においては、売買契約のように一定の財産がある者の資産から他の者の資産に移されるわけではなく、構成員が出資する財産や労務が共同の事業のために「充当 (affectation)」される。当事者は、他の契約当事者に対してではなく、自らが含まれる団体 (collectivité) に対して一定の請求ができるにすぎない。当事者は「組合 (会社) によって」実現された利益の一部を受け取ることができるのであり、相互的ではなく「併存的な」給付があるだけである。

組合契約における相互性は、利益の「分配 (partage)」という点からも否定される。交換型契約のように一方が得て他方が失うのではなく、共に得て共に失うのが組合契約の特質である。ポチエはこの点に債務の相互性を見ていたとの指摘もある。後述するように、学説においては、この損益分配という特徴に着目して、組合契約を「分配型契約 (contrat-partage)」と分析するものもある。組合にとって、出資に応じた構成員間での損益分配は非常に重要な意味を持つ。フランス民法典1844条の1第1項は「反対の条項がない限り、利益および損失への寄与における各組合員の持分は、組合資産における各人の持分の割合に応じて決まり、労力の出資のみをなした組合員の持分は出資が最も少なかった組合員の持分に等しい。」と規定する。同条は任意規定であり、

出資の割合に関わらず平等な分配を約することもできるとされるほか、利益と損失の分配割合を別々に約することもできる。分配時期も自由に約することができる（本来は事業終結時であるが、通常は年度末ごととされる）。しかし、同条2項でいわゆる「獅子条項 (clause léonine)」は禁止されている。獅子条項とは、一人の構成員に組合のすべての収益を取得させるかまたは損失についての負担をすべて免除する不平等分配条項である。ローマ時代からこのような条項は組合契約の当事者の意図を無に帰するとされており、ポチエやドマ (Domat)、そしてフランス民法典起草者もそのように考えたのである。現在でも、損失を一人または一部の組合員に負担させる条項あるいは一部の者に負担させない条項の有効性をめぐる議論は続いている。

上記の2点から組合契約の相互性つまり双務性は否定されているほか、組合契約を双務契約と分類すると、後から組合（会社）に加わる者と設立時からの構成員の関係を説明しにくくなるという点も指摘されている。組合契約のような組織型契約では構成員の増加は共同の事業の実現に寄与するだけで、当初の債権債務の関係を変容させることはない。

ところが、1978年1月4日法による会社法改正の際に、双務契約の債務不履行解除に関するルールを組合契約にも適用することになった（フランス民法典1844条の7第5号）。これは、他の構成員に債務不履行がある場合または組合の機能を麻痺させる構成員間の見解の不一致がある場合に正当な理由ありとして裁判所が構成員からの解散請求により組合の解散を認める規定である。シェヌデ (Chénédé) は、この条文を批判し、構成員は他の構成員の不履行を理由に解散を求めることはできないとし、裁判において同条が一度も適用されたことがないことも指摘している<sup>(31)</sup>。なお、シェヌデは、同号後半の「組合の機能を麻痺させる構成員間の見解の不一致がある場合」に解散を認めることには問題はないと考えている。1844条の7第2号で「組合の目的の達成又は消滅」による解散が認められているからであり、この場合は見解の

不一致の原因を作った構成員からの解散請求も認められている。

このように、組合契約の双務性を否定するのが現在では一般的な見解であると思われるが、では組合契約の特質をどこに求めるのか。

#### (4) 「共通の目的」をめぐる議論

後述するように、リブシャベール (Libchaber) は組合契約を「同盟型契約 (contrat-alliance)」と分析している<sup>(32)</sup>。「組織型」ではなく「同盟型」とする分析は、「共通の目的」の存在という組合契約の特徴による。組合契約について、フランス民法典1833条1項は「すべての組合 (会社) は、合法的な目的 (objet licite) を持たなければならず、構成員 (社員) の共通の目的 (intérêt commun) のために設立されなければならない。」と規定する。民法における組合の「共通の目的」が、会社法における「会社の目的 (intérêt social、but social)」と同じかをめぐっては議論があるが、これらは別物ととらえる考え方が一般的である<sup>(33)</sup>。民法が規定する「共通の目的」は組合の一般的な方向性に関する契約上の基礎であるのに対して、会社法が規定する「会社の目的」は定款に規定された活動を指す。

前述の1978年の会社法改正以前、組合契約における「共通の目的」は「利益の分配」を意味していた。組合の事業から生じた利益を組合員が享受する点が「共通の目的」に欠かすことができないと考えられていた。1978年改正以前は、フランス民法典1832条に「…そこから生じうる節約 (économie) を享受するために」という箇所がなかったからである。このような文言が挿入された背景を考える際に重要な点は、同条の「利益」とは何かをめぐるフランスでは多くの議論があったということである。フランス革命前の18世紀、ローマ法に由来する「利益」概念は広い意味でとらえられており、金銭により評価可能であればすべて「利益」とされた<sup>(34)</sup>。民法典起草者はこの「利益」という言葉を用いて組合契約を定義し、19世紀の学説の多くも広い「利益」概念に好意的であった。トロロン (Troplong) やプラニオル (Planiol)

らは、金銭での評価が可能であるという基準で十分であると考えていた。しかし、産業化が進行し商事会社を営利目的の組合（会社）のモデルとする考え方が強まることで、「利益」を「構成員の財産に付け加わった金銭的な利益または物質的な利益」と考える説が有力化する<sup>(35)</sup>。そのような中で出された破毀院連合部1914年3月14日判決（コムューン・ド・マニゴ判決）は、このような19世紀末の狭い「利益」概念を採用した<sup>(36)</sup>。同判決では、マニゴ（Manigod）というコムューン（地方公共団体）の農業金庫が組合（société）か非営利目的の団体（association）が争われたが、破毀院は営利目的の事業を行うことを目的とする場合のみが組合とされるという非常に狭い概念を採用した。しかし、その後の立法や学説によりこのような判決の立場は否定されることになった。

今日では「利益」概念はコムューン・ド・マニゴ判決と同様に狭くとらえられているが、1978年改正により節約を享受するためにも組合契約を締結しうるとされたことで、結果として組合の「目的」は広くとらえられることとなった。1978年改正によりフランス民法典1832条に「…そこから生じうる節約を享受するために…」という文言を挿入することで、立法者は「利益」概念をめぐる議論に終止符を打った。組合は出費を回避することまたは削減することのみを目的とすることもできるとされ<sup>(37)</sup>、立法者は、積極的な利益を追求しない団体にも組合の領域を広げたのである。このような改正により非営利目的の団体である「association」との区別が困難になり、これまで「association」に認められていたような領域を侵食するのではないかとの危惧が示された。立法者は組合（会社）の中に二つの相いれない団体を取り込もうとしたがこの両者は大きく異なると批判された<sup>(38)</sup>。

##### (5) 交換型契約との異同をめぐる近時の議論と2016年債務法改正

組合契約の組織型契約としての特徴は、ドイツにおいても、20世紀前半に指摘されるようになって以来肯定されている。ただし、このよ

うな分析は、組合の契約としての性質を否定するものではなく、契約であるという側面のほかに、上述のように団体・組織を生み出すという側面があることを明らかにするものであり、組合契約はそのような特別な性質を帯びた契約であるという理解が一般的である。フランスにおいても、先述したように、組合契約の特質を組織型契約であるという点に求める論者が多いと思われるが、組織型とする分析に批判的な見解も見られる。

組合契約の特質としては、組織を形成する契約であることに由来する継続性のほか、先ほど検討した「共通の目的」の追求がある。シェヌデは、交換型契約においては相対立する個別の利益を当事者が追求するのに対して、組織型契約においては当事者が共通の利益を追求する点および当事者の個人的利益を統合する点で、両者は大きく異なると指摘する。一方が得て他方が失うのではなく、共に得て共に失うという点を強調し、組織型契約ではなく、「分配型契約 (contrat-partage)」と呼ぶ方がよいと説く<sup>(39)</sup>。シェヌデは、複数人の参加とこれらの者の間での収益の分配という点を組合契約の最大の特徴ととらえるのである。

これに対して、リブシャベールやアムラン (Hamelin) は、「同盟型契約 (contrat-alliance)」という分析をする。彼らが組織型契約の語を用いない理由は、一定の流通契約のように交換型契約によっても組織形成がなされる場合があるからである<sup>(40)</sup>。また、組織という言葉からは「機関 (organe)」が連想されるが、すべての組織型契約により生み出された人の集団に常に機関があるわけではない。匿名組合 (société par participation) がそうである<sup>(41)</sup>。また、組織という言葉では「利益を共通とする」という特徴を示すことができない点も批判する。

フランス民法典は1804年の制定当時から契約の分類につき詳細な規定を置いていたが、2016年の債務法改正によってもそれは維持されたほか、さらに新たな契約の分類が付け加わった (1111条の粹契約・適用契約など)<sup>(42)</sup>。1106条の双務契約・片務契約の定義についてはすでに述べ

たが、その定義には1804年民法典から大きく変わった点はない。改正後も契約の定義と分類はそれまでと同じように売買などの交換型契約を念頭に置いたものであり、組合契約のような組織型契約は考慮の対象とされていない点は多くの論者により指摘されている。組合契約は、組合員の意思により組合（会社）に加入するという点では1101条の契約の定義（「契約とは、二人又は数人の間の、債務を創設し、変更し、移転し、又は消滅させることに向けられた意思の合致をいう。」）に合致すると考えられるとしても、1106条以下により分類することは困難である。1106条が規定する双務契約・片務契約の分類については、すでに検討したように、組合員は「相互に」債務を負っているわけではないため組合契約を双務契約に分類することは困難である。1107条が規定する有償契約・無償契約の分類は明らかに交換型契約を念頭に置いている<sup>(43)</sup>。同条は、他方当事者からもたらされる利益に着目しており、共同の事業により得られる利益には言及がない。そこで、アムランのように、1107条に「契約は、当事者の各々が共同の活動を行うことにより得られた利益を受けるとき相互的（à titre mutuel）である。」という第3項を設けることを提言する論者もある<sup>(44)</sup>。その他、組合契約については、1110条（相対契約か附合契約か）、1112条（一回的履行契約か通次履行契約か）も問題となるだろう。

このように、従来の契約の分類に収まらない組合契約をリブシャベールは「特別な契約（contrat particulier）」であるとし、民法典において組合契約などの同盟型契約の存在は否定されていると述べる<sup>(45)</sup>。1101条の「…債務を創設し、変更し、移転し、又は消滅させることに向けられた意思の合致」という定義自体も、契約の新たな機能を示す組合契約などの同盟型契約には適合せず、契約について矮小化された見方を示すものと説く。リブシャベールは、近著においても、国際的な商取引を起源としフランス国内でも用いられるようになった新しいタイプの契約や情報技術の革新が契約法にもたらした変化が2016年の債務法改正においてほとんど取り上げられていないことを指摘したう

えで（「沈黙」と表現）、実務における新たなタイプの契約の登場、それらの契約に対応するための方法、そしてそれらの契約が契約の共通法（一般法）に生じさせる諸問題について検討している<sup>(46)</sup>。その中で、リブシャベールは、契約の伝統的な構造として双方向性（bilatéralité）・交換（échange）・設計の単純性（caractère élémentaire du projet）をあげるが、民法典の中にはこのような伝統的な構造を持たない組合契約や委任契約のような契約が当初より存在していたことを指摘する<sup>(47)</sup>。1960年代頃から、このような構造に合致しない新たなタイプの契約や取引（例としてあげられているのは、レバレッジド・バイアウト（LBO）やジョイントベンチャーである。）が登場した。リブシャベールは、新たなタイプの契約の特徴として、当事者の協働（collaboration entre les parties）・期間・当事者の複数性・契約の管理の組織化（organisation de la gestion du contrat）などをあげる<sup>(48)</sup>。当事者の複数性という点では、すでに組合契約が民法典中に存在していたが、それはあくまでも二当事者間契約の「例外」と位置づけられていたのである。

### 3. 終わりにかえて

本稿で検討してきたフランスにおける組合の法的性質論に関する議論の生成と展開につき、日本における議論の生成と展開と対比することで終わりに代えたい。1890年に公布された旧民法から明治民法制定過程における衆議院での修正まで、「組合」は「会社」と呼ばれてきた。旧民法財産取得編115条が会社（組合）を定義しているが<sup>(49)</sup>、「収利」「営利」を目的とすると規定されている点が現行民法667条との違いである。旧民法の規定は、もちろんフランス民法典に由来する規定であり、旧民法について講じた富井政章の教科書でも、民法および商法が規定する会社とは「民事又ハ商事ヲ行フヲ手段トシテ金銭上ノ利益ヲ収ムルヲ目的トナスモノニ限ル」のであり、会社（組合）の特質は営利にあると説かれている<sup>(50)</sup>。「会社」という言葉が商法上の会社のみを

指すようになったのは、旧民法で用いられていた「会社」という言葉に代わり「組合」という言葉が登場してからである。明治民法で「組合」という言葉が用いられるようになった経緯についてはここでは詳述しないが<sup>(51)</sup>、起草者の一人である梅謙次郎は« société »を一体的なものにとらえ、その中で商行為を業として行う商法上の会社とそれ以外の事業を共同して行う民法上の会社（組合）を分けることになった点について単なる立法者の嗜好にすぎないとし、それが理論面に影響することを否定している<sup>(52)</sup>。梅は、民法の組合と商法の会社の基底は民法の組合理論であるとするフランス法的な理解を貫いたと言えよう。

名称の問題もあり、制定時より組合そして組合契約の民法における位置づけは必ずしも明瞭とは言えなかった。次に、組合契約の法的性質に関する明治民法成立以降の学説の展開を見ておこう。岡松参太郎は、1897年に出版された『註釈民法理由下巻（債権編）』の中で、明治民法が参考としたドイツ法を参照しつつ各条文について説明をしているが、組合契約が双務・有償契約であるかなどについて特別な言及はない<sup>(53)</sup>。20世紀初頭になると、鳩山秀夫が、組合は双務契約であり、各組合員は出資をなす義務を負いその債務は相互に対価をなすものであると解するのが通説であると説いた<sup>(54)</sup>。鳩山は、組合における出資は相互に交換されず、組合員の一人または第三者に対してなされることが多いが、対価たる債務が生じるときに給付が交換されることはなくても双務契約であるとしつつ、双務契約に関する規定が組合についても適用されるかについては個別の議論に委ねている。検討に際して組合の団体的性質への言及が見られるものの、それはさほど強調されず、組合契約を双務・有償契約とすることについて特に問題視はされていなかった。

このように民法制定後からしばらくは組合契約を双務・有償契約ととらえる見解が一般的であったと言えるが、やがて、組合契約は合同行為であるとの見解が有力化することになる。そこでの議論の中心は契約に関する一般的規律の組合契約への適用の可否であった。社団法

人の設立が合同行為にあたるとする見解は、鳩山以来、わが国の多数説とされるが、組合設立行為についても、穂積重遠が1934年に書いた講義案中でその合同行為性を指摘するなど<sup>(55)</sup>、ドイツでの議論の影響を受けた合同行為説が広がって行った。我妻栄も、社団法人設立行為だけではなく、組合設立行為も、契約的色彩は強いものの、社団法人設立と同様に考えることが可能であるとした<sup>(56)</sup>。

現在、日本ではフランス同様、組合契約の双務性を否定し、特殊な契約や「団体設立契約」であるとする説が有力化している。組合契約は他の契約と異なる性質を有する契約であると指摘しつつも、その契約としての特殊性についての分析は十分とは言い難いが、組合設立行為を合同行為ととらえる考え方には懐疑的な見解が増えていると言える。福地俊雄教授は、「組合契約を、従来の通説のように双務契約とするか、特殊の契約とするか、それとも『合同行為』とするかは、一面では、組合契約の特殊性をどれだけ前面に持ち出し強調するかによるが、他面では、用語の問題だともいえる。」と説く<sup>(57)</sup>。双務契約概念を単に片務契約でない契約としたり、成立により当事者双方に債務を負担せしめるものとしたりすれば、組合契約を双務契約とすることも大きな問題ではないが、売買規定の準用などを含めて考えれば、組合契約をこれに属させることは困難であり、むしろ「特殊の契約」や「団体設立契約」とするのがよいと説く<sup>(58)</sup>。また、中田裕康教授は、組合契約は諾成・有償契約であり、牽連性や対価的意義についてより柔軟にとらえることで広義の双務契約であるにとらえることも可能であると説く。また、現在は、株式会社の発起人や持分会社（合資会社は除く）の社員は一人でありことから、社団法人設立行為においてさえ合同行為と呼べない場合があることを指摘し、合同行為の概念の意義は失われているとし、また組合契約を「団体設立行為」などにとらえることも同様であると指摘する<sup>(59)</sup>。合同行為論については日本の民法理論に影響を与えた外国法（特にドイツ法）での議論をふまえつつ、現在における意義を再検討する必要があると考えているが、本稿で検討したよ

うにフランスにおける合同行為論は概念自体の曖昧さもあり必ずしも広がりを持った説ではなかったことは指摘できる。

2017年の債権法改正では数多くの組合契約に関する条文が改正されたが、従来の解釈の明文化が中心であった。「基本方針」では、民法上の組合の多様性、民法以外の法律における組合の多様性、組合に近接する団体（合名会社など）の存在といった民法上の組合像が曖昧な理由をあげつつも、典型契約としての組合契約の意義（「社団法人と対比される契約的結合のモデル」）を認めた。そこで念頭に置かれているのは、「契約によって形成される団体の最も基本的な類型としての組合契約」イコール「単純組合契約」であり、変容類型や隣接類型を民法に規定することは断念された。その後の「研究会試案」を経て、法制審議会での部会審議に入った後、「中間的な論点整理」以降は上記のような総論的な議論はなくなり、各論的な検討が中心となった。債務法改正の議論においては、どのような組合を念頭に置くかが中心的問題であり、各人が想定する組合像がバラバラなことにより議論が錯綜した感がある。各論的な議論の中でも各人が想定する組合像の違いが問題となることは少なくなかった<sup>(60)</sup>。

組合に関する議論は、現代におけるその多様性、その契約としての特殊性ゆえに錯綜することが多いと思われるが、組合契約が他の典型契約に対する「例外」という位置づけでよいのかを検討し、典型契約の一つとして規定されていることの意義を再考する必要があるだろう。そのための基礎として、まずはフランスにおける議論の生成と展開を本稿では検討したが、今後の論稿において、ドイツにおける議論の生成と展開、そして両国の法が日本法に与えた影響を順次検討する予定である。

(1) 組合契約を組織型契約と分析する論稿として、P.Didier, Le consentement sans l'échange: contrat de société, RJcom., 1995, numéro spécial « L'échange des consentements », p.74. — P.Didier, Brèves notes sur le contrat-organisation,

in L'avenir du droit, Mélanges François Terré, Dalloz, 1999, p.635 et s. が  
ある。

- (2) K.Peglow, Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés, LGDJ, 2003, n° 863.
- (3) たとえば、フランスの代表的な契約法の教科書の一つである Ph.Malaurie, L.Aynès et P.-Y.Gautier, Droit des contrats spéciaux, 12<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022 では、組合契約に関する説明はほとんどなされていない。
- (4) 本稿は、2022年に比較法学会で行ったミニ・シンポジウム「フランス法・ドイツ法の狭間で育った日本民法——契約概念の再考を中心に——」における報告「組合契約——法的性質論の生成と展開を中心に——」のうち、フランス法に関する部分を基礎とする（同ミニ・シンポジウムの概要については比較法研究83号（2022年12月刊行予定））。同ミニ・シンポジウムにおいて、筆者は、組合契約の法的性質に関する現在の日本法における議論の到達点を明らかにする過程において、日本民法の成立・経過・現在におけるフランス法・ドイツ法の影響を検討するとともに、学説におけるフランス法・ドイツ法を中心とする外国法理論の導入や影響などについて報告した。
- (5) 大判昭14・6・20民集18巻666頁。
- (6) 我妻栄『債権各論中巻二（民法講義）V<sub>3</sub>』（岩波書店、1962）761頁。組合契約の全部または一部の終了については解散請求・組合員の脱退・除名に関する特別な規定が存在していることも、解除規定の適用を否定する理由とされた。
- (7) 鳩山秀夫『日本債権法 各論下』（岩波書店、1916）。同書は、655頁から717頁において組合契約について扱う。
- (8) 鈴木禄弥編『新版 注釈民法〈17〉債権8』（有斐閣、1993）31頁〔福地俊雄〕。
- (9) 岡本裕樹「典型契約としての組合契約の意義」名古屋大学法政論集〔中舎寛樹先生退職記念論集〕254号（2014）723頁。同論文は、組合契約の「三当事者以上の契約のモデル」としての意義を、日本民法における組合契約の規律（契約であることに関する規律、出資に関わる債権関係への規律、「共同の事業」の運営にかかわる債権関係への規律）の検討を通じて探っている。
- (10) K. Peglow, op.cit., n° 859.
- (11) 判例（最判平成11・2・23民集53巻2号193頁）の事例のように、1口いくらかの出資をしてヨットを共同購入しヨットを利用して航海などを楽しむことなど共益を目的とするものでもよい。
- (12) 前出注（6）・我妻栄『債権各論中巻二（民法講義）V<sub>3</sub>』773頁。
- (13) 数少ない「共同の事業」概念に関する研究として、後藤元伸「組合型団体における共同事業性の意義」関西大学法学論集59巻3＝4号（2009）

557頁がある。

- (14) ローマ法におけるソキエタスについては、高橋英治「ローマ法上の企業形態としてのソキエタスとソキエタス・プブリカノルム——近時のドイツの研究を基礎にして」大阪市立大学法学雑誌62巻2号(2016)217頁を参照のこと。
- (15) 納屋雅城「フランス法における団体設立行為の法的性質——民法上の組合の法的性質の再検討」近畿大学法学52巻1号(2003)107頁(特に109頁以下)。
- (16) ポチエの見解については、D. Galbois-Lehalle, *La notion de contrat Esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020, n° 382 et s. を参照のこと。
- (17) D. Galbois-Lehalle, *op.cit.*, n° 382 et s.
- (18) フランスにおける一人会社については、ジャン・クロード・アルアン(亀井克之訳)「フランスにおける一人会社」ノモス20巻(2007)45頁を参照のこと。
- (19) 服部榮三「合手制(Gesamthand)と民法の組合(一)・(二・完)」同志社法学7号(1951)48頁・8号(1951)59頁。
- (20) 本稿では詳述しないが、フランスと他のヨーロッパ諸国との相互影響関係も興味深い。フランスにおいては、ソキエタスを原型とする組合のほかに、イタリアの商事会社概念が1807年に成立した商法典に導入された。それが後に、1861年の普通ドイツ商法典(ADHGB)に多大なる影響を与えることになる。逆にフランスの立法者がドイツの会社類型に影響を受けることもあった(1925年3月7日の有限責任会社法)。
- (21) フランスにおける不完全双務契約論については、D. Galbois-Lehalle, *op.cit.*, n° 379 et s. を参照のこと。
- (22) Otto Friedrich von Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Tome 1, Verlag von Duncker & Humblot, Leipzig, 1895, (Nachdruck, 1936), p.486.
- (23) M.Hauriou, *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, Cahiers de la Nouvelle Journée, n°4, La cité moderne et les transformations du droit, 1925, p.1. — G.Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, Thèse Toulouse, LGDJ, 1961.
- (24) G.Roujou de Boubée, *op.cit.*, p.17, p.59 et s. et p.66. — J.-B.Bertrel, *Liberté contractuelle et société*, RTDcom, 1996, p.595など。
- (25) 単独行為説については、G.Ripert et R.Roblot *Traité de droit commercial*, Tome 1, Volume 2, 18<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2003, par M.Germain, n° 1461を参照のこと。
- (26) 学説および判例は「社団意思(affectio societatis)」を組合契約の特徴的要素と考えている。利益・節約や出資の共通化とは異なり、この要素は主観的性質を有している。構成員は他の構成員と共同して、組合を富ませることにより利益・節約をもたらす共通の事業を行うことを企図する意

思を表明しなければならない。この意思は、売買契約における意思とは異なり、組合が存続する限り存在し続けなければならない。

- (27) G.Roujou de Boubée, *op.cit.*, p.270.
- (28) 合同行為説への批判について詳しくは、K. Peglow, *op.cit.*, n° 859を参照のこと。
- (29) K. Peglow, *op.cit.*, n° 834.
- (30) D. Galbois-Lehalle, *op.cit.*, n° 384 et s.
- (31) F.Chénéde, *Les commutations en droit privé, contribution à la théorie générale des obligations*, *Economica*, 2008, n° 314.
- (32) R.Libchaber, *La société, contrat spécial*, in *Prospectives du droit économique Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p.281 et s.
- (33) ドイツにおいても、ドイツ民法典705条における組合の「共通の目的」が会社法における「会社の目的」と同じかをめぐっては議論があり、見解が分かれている。両者は同じではないとする説が多数説である。
- (34) ポチエは、組合契約の例として、2人の農民が一緒に牛を購入して牛乳を分ける場合などを想定していた。フランス民法典旧1841条・旧1842条には、物（の利用）に関する組合契約、職業に関する組合契約、事業に関する組合契約という3種の組合契約が規定されていたが、民法典成立後には、物に関する組合契約がはたして真の組合契約と言えるかが議論されていた。なお、現在は、1841条は削除され（欠番）、1842条は別の条文となっている。
- (35) この説によれば、共同での物の利用は組合契約を特徴づけるものとはならない（物に関する組合契約の否定）。
- (36) Cass.ch.réunies, 11 mars 1914, DP 1914, 1, p.257, note L.Sarrut.
- (37) 同一の危険にさらされる人々が損失を分配するために組合を作るような場合（相互保険など）のような損失の緩和も「節約」であると考えられている。
- (38) D. Galbois-Lehalle, *op.cit.*, n° 388.
- (39) F.Chénéde, *op.cit.*, n° 123 et s.
- (40) J.-F.Hamelin, *Le contrat-alliance*, *Economica*, 2012, n° 9.
- (41) フランス法における匿名組合は、民法典の組合規定に基づき設立される法人格を持たず公示もなされない組合のことである（日本法の匿名組合との違いに留意する必要がある）。
- (42) 2016年債務法改正による民法典の新条文の翻訳は、荻野奈緒＝馬場圭太＝齋藤由起＝山城一真「フランス債務法改正オールドナンス（二〇一六年二月一〇日のオールドナンス第一三一号）による民法典の改正」同志社法学69巻1号（2017）279頁によった。
- (43) フランス民法典1107条「①契約は、当事者のそれぞれが、自らが給付する利益の対価として他方から利益を受けるときは、有償的である。

②契約は、当事者の一方が他方に対して、対価を期待することも受けることもなしに利益を給付するときは、無償的である。」

- (44) J.-F.Hamelin, Les classifications du contrat, in Blog Réforme du droit des obligations, M.Lationa et G.Chantepie (dir.), Dalloz, avril 2015.
- (45) R.Libchaber, La société, contrat spécial, préc., p.281 et s.  
 従来の契約分類に納まらない新たな契約の形として「提携型契約 (contrat-coopération)」も問題となるだろう。これも2016年債務法改正から漏れ落ちたタイプの契約である。提携契約については、S.Lequette, Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat, Economica, 2012を参照のこと。
- (46) R.Libchaber, Le contrat au XXI<sup>e</sup> siècle L'ingénierie juridique et les nouveaux contrats d'affaires, LGDJ, 2020.
- (47) リブシャベールは、伝統的な契約の特徴は二当事者の存在というよりも2つの利益の対立構造と言った方がよいかもかもしれないと述べ、このような構造に契約の拘束力の基礎が見出されていたことを指摘する。さらに、リブシャベールは、新たなタイプの取引契約を基礎づける契約者の意思、契約自由の原則、契約書の技術（基本合意という表現、契約終了後について規定するものなどさまざまな契約条項）について検討し、特に英米の契約書に見られる条項のフランス民法における意味について探る。さらに、新たなタイプの契約を、契約の一般理論（契約総則）および各種の契約理論（契約各論）の中でどのように位置づけるかについて検討し、特別法の役割についても言及している。契約交渉から締結段階の不明確さ、証拠、契約の有効性の不明確さ、契約の期間、契約の解釈、契約の履行・不履行など、新たなタイプの契約が各段階でもたらすさまざまな問題を指摘しており示唆に富む。
- (48) 期間が新たなタイプの契約の特徴の一つであるというのは、これまでの交換型契約では、当該契約自体の期間というよりも、契約の開始時点（成立）と契約の終了時点（履行）が問題とされてきたにすぎないことによる。つまり、契約ではなくそこから生じる債務の「期間」が問題とされていたにすぎない。
- (49) 旧民法財産取得編115条「会社ハ数人カ各自ニ配当ス可キ利益ヲ収ムル目的ニテ或ル物ヲ共通シテ利用スル為メ又ハ或ル事業ヲ成シ若クハ或ル職業ヲ営ム為メ各社員カ定マリタル出資ヲ為シ又ハ之ヲ諾約スル契約ナリ」
- (50) 富井政章『民法論綱 財産取得編 中』（復刻版、新青出版、2001）〔初出、1893〕2頁。
- (51) 高田晴仁「会社、組合、社団」法学研究83巻11号（2010）25頁。
- (52) 梅謙次郎『民法要義卷之三 債権編』（復刻版、有斐閣、1984）〔初出、1912〕781頁。

- (53) 岡松参太郎『註釈民法理由下巻（債権編）』（復刻版、信山社、1991）〔初出、1897〕。
- (54) 前出注(7)・鳩山秀夫『日本債権法 各論下』。
- (55) 穂積重遠『債権法及び担保物権法（講義案）』（有斐閣、1934）208頁
- (56) 前出注(6)・我妻栄『債権各論中巻二（民法講義）V<sub>3</sub>』758頁。
- (57) 前出注(8)・鈴木禄弥編『新版 注釈民法〈17〉債権8』31頁。
- (58) このほか、四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第6版〕』（有斐閣、2002）180頁は「社団設立行為は、関与者を相互に拘束する点で一種の契約ではあるが、そこで企図される効果が関与者を拘束するだけでなく、継続的な団体と団体に不可欠な組織を創造するものである点、参加者の一人の意思表示が無効でも残余の者の意思表示をもって可能な限り所期の効果を発生させるべきである点など、一般の契約と異なる側面もある。」と説く。
- (59) 中田裕康『契約法〔新版〕』（有斐閣、2021）563頁。
- (60) 組合契約に対する意思表示の無効・取消しに関する規定の適用をめぐって、比較的多人数の組合を念頭に置いて議論する能見善久委員と、組合は契約であるから2人から成立するという観点は外せないとする中田裕康委員の間で交わされた議論がその例である。この点を指摘する論稿として、上谷均「債権法改正における組合契約——『組合契約の無効・取消し』について」修道法学39巻2号（2017）309頁、特に324頁。