

組合型団体における共同事業性の意義：損益分配と事業の共同性の連関～仏独法を参照して

著者	後藤 元伸
雑誌名	関西大学法学論集
巻	59
号	3-4
ページ	871-916
発行年	2009-12-18
その他のタイトル	Die Gemeinsamkeit des Zwecks im japanischen, französischen und deutschen Gesellschaftsrecht
URL	http://hdl.handle.net/10112/1517

組合型団体における共同事業性の意義

—— 損益分配と事業の共同性の連関—— 仏独法を参照して ——

後 藤 元 伸

目次

- I 民法上の組合と消費貸借
- II 組合における損益分配の意義
- III 組合における事業の共同性の意義
- IV フランス法における損益分配と「共同の意思 (affectio societatis)」
- V ドイツ法における「共同の目的 (gemeinsamer Zweck)」
- VI おわりに——組合型団体における共同性の要素としての損益分配——

I 民法上の組合と消費貸借

1 消費貸借から民法上の組合までの類型論的構成

(1) 事業への財産の出捐——出資と貸付け——

何らかの事業を展開しようとする場合、通常そのための資金が必要である。事業資金を調達するには、出資を募るか、あるいは、金銭を借り入れるかのいずれかの方法によることになるであろう。

資金調達において出資の方法によった場合、金銭の出資をなした者は共同事業者となる。一つの典型としては、共同事業者の全員が事業運営に参与し、利益の分配を受け、または、損失を分担することになる。このような共同事業関係の原初的な法形式が、民法六六七条以下の民法上の組合である。出資者は事業を行う団体（民法上の組合）の構成員（組合員）となる。

資金調達において金銭を借り受けた場合、その原初的な法形式は民法五八七条以下の消費貸借である。金銭を貸し付けた者は、事業者に対する債権者である。

事業に対する金銭の出資および貸付けは、経済的に見れば事業に対する資金提供である。両者はともに事業に対する出捐行為でありながら、法律関係としてはたとえば、一方は民法上の組合であり、他方は消費貸借である。金銭の出捐をなした者は、一方は共同事業者（民法上の組合の組合員）であり、他方は単なる債権者（貸主）であるにすぎない。このように、民法上の組合における出資および消費貸借における貸付けは、経済的に同一の機能を有し、また、法的にも財産的な出捐として共通点を有するにもかかわらず、民法六六七条以下の組合法理に従うのか、あるいは、

民法五八七条以下の消費貸借の法理に従うのかという点では、彼我の差は大きいようにも思われる。

(2) 出資と貸付けにおける返還——消費貸借と民法上の組合における類型的要素——

民法上の組合における出資および消費貸借における貸付けの類似性は、財産的出捐という点だけでなく、その資金の返還という点にも見出すことができる。資金の返還請求権は、民法上の組合においては持分払戻請求権（民法六八一条参照）または残余財産分配請求権（民法六八八条参照）として、消費貸借においては貸金返還請求権（民法五八七条）としてあらわれる。

もつとも、事業の失敗の影響という点で両者は異なる。消費貸借における貸主の返還請求権は、事業の成否にかかわらず、貸付けをなした額と同額で存続する。なぜなら、借主には数量の同じ物をもってする返還義務（民法五八七条）、つまり、全額の返還義務があるからである（消費貸借における全額返還の要素）。これに対して、民法上の組合における脱退または清算の際の出資の払戻請求権は、その時点での持分の払戻しを内容とする。事業の失敗から生じた損失があれば、出資額より損失分担額を控除した額が、払戻請求額となる（民法六八一条一項、六八八条一項二号、六八八条三項）。つまり、民法上の組合においては、組合員に損失分担義務があり、出資の返還がかならずしも全額の返還を意味するものではない（組合における損失分担の要素）。

このような損失分担というリスクをとるか否かに応じて、出捐に対する対価も異なっているものと考えることができる。すなわち、有償の消費貸借においては、損失分担のリスクがないので（Ⅱ全額返還の要素）、貸付けの対価は貸付額に応じた定率の利息である（消費貸借における利息の要素）。営利を目的とする民法上の組合においては通常、

損失分担のリスクがあるので（＝損失分担の要素）、出資の対価は変動しうる利益額に応じた利益分配である（組合における利益分配の要素）。出資の法的な対価は、より正確に言うならば、利益分配請求権を含む組合員たる地位そのものである。

(3) 消費貸借から民法上の組合までの類型論的構成

消費貸借における全額返還の要素および利息の要素、ならびに、民法上の組合における損失分担の要素および利益分配の要素は、消費貸借と民法上の組合を両端とする典型類型における類型的要素であると考えることができる。事業に対する財産の出捐とそれによる対価の獲得という機能的観点を基軸として、法定の典型類型として消費貸借（民法五八七条以下）から、匿名組合（商法五三五条以下）を経て、民法上の組合（民法六六七条以下）までを想定することができる。三者の中間類型として共算的消費貸借（*partiarisches Darlehen*; *prêt participatif*：利益参加型消費貸借^②）および内的組合（*Innengesellschaft*）たる民法上の組合を構想するならば、その類型論的系列は、①消費貸借、②共算的消費貸借（利益参加型消費貸借）、③匿名組合、④内的組合、⑤民法上の組合の順となる。

2 消費貸借における民法上の組合の要素の取り込み

(1) 利益分配の要素の取り込み

右の類型論において、消費貸借に民法上の組合（および内的組合・匿名組合）の要素である利益分配の要素を取り込んだものが、いわゆる共算的消費貸借である。それは、確定した利率にもとづく利息の代わりに、利益に応じた配

当が貸主になされるものであるとされている。共算的消費貸借は商法学説が商行為法の体系書等の中で、おそらくはドイツ法上の議論を参酌して、匿名組合に似てそれに非ざるものとして論じるものである。⁽³⁾

(2) 損失分担の要素の取り込み?——フランスにおける共算的消費貸借の議論より——

さて、ここで注目したいのは、消費貸借における損失分担の要素の取り込みについてである。事業に対する財産の出捐において、損失分担の要素を取り込んだならば、それはもはや消費貸借とは言えず、民法上の組合における組合員としての出資（または匿名組合における匿名組合員としての出資）というほかないようにも思われる。この点に関連して、フランス学説による示唆に富む言及がある。⁽⁴⁾

フランス法においてもドイツ法と同じく共算的消費貸借 (*prêt participatif*: 利益参加型消費貸借) の契約類型が承認されている。ドイツ法には共算的消費貸借を直接規律する法規定がなく、それは契約自由の原則に委ねられているが、フランス法には共算的消費貸借に関する法規定が存在する (通貨金融法典・法律三二二の一二条以下)⁽⁵⁾。これは一九七八年七月一三日の法律により創設されたものであるが、通貨金融法典に收容され現在に至っている。フランスの通貨金融法典上の共算的消費貸借は、貸主の利益参加 (貸主への利益分配) が想定されているとはいえず、それは特約の効果として認められているにすぎない (同法典・法律三二二の一七条)。したがって、利益参加の特約がなければ利益参加の面では共算的 (共同計算的) とはいえない。しかし、貸主の債権が一般債権者にも劣位する劣後債であるとされているので、この意味において利益参加の特約がなくとも、なお共算的であるということができるとされている。

このように、共算的消費貸借の貸主は、一般債権者を含む他のすべての債権者の債権が弁済されてはじめて、弁済

を受けることができる（同法典・法律三二二の一五條）。フランスの共算的消費貸借（prêt participatif）は、わが国でいうところのいわゆる劣後ローンに対応する。劣後的地位の代償は高めの金利設定であるか、あるいは、利益参加の特約がある場合には利益分配および（借主が株式会社の場合の）その分の配当可能額からの控除（同法典・法律三一三の一七條）である。

ところで、フランスにおいては、損失分担（損失への参加）が債権者（貸主）から、会社ないし組合（société・ソシエテ）の構成員を区別する要素であるとされている。⁽⁷⁾ すなわち、事業への財産の出捐において、損失分担がなければそれは消費貸借の貸付けであり、損失分担があれば会社・組合への出資である。しかしながら、この規準は明確なものとはいえないという。なぜなら、前述の共算的消費貸借の貸主は一般債権者にも劣後するがゆえに、元本全額の返還がない場合には元本の毀損部分につき損失分担をしているに等しいからである。会社への出資と同様、会社債務の引き当ての原資となっているのである。

(3) 小 考

以上のようなフランス学説による共算的消費貸借をめぐる議論において注意しなければならないことは、法人格のあるソシエテ、つまり会社、とくに株式会社への貸付けが念頭に置かれていることである。法人格のある会社への貸付けにおいては、それが損失分担の要素を取り込んだような共算的消費貸借であったとしても、貸主たる債権者が出資者、つまり、社員または株主として法的に取り扱われることはありえない。ここのところでは、共算的消費貸借が出資にいかにも近似しようとも、出資とは異なる存在である。

これに対して、法人格のない組合 (*société en participation*) においては、つまり、わが国におけるその対応物でいうならば匿名組合または民法上の組合においては、⁽⁸⁾一般債権者に劣後する消費貸借の貸主は、出資者たる組合員にきわめて近似する。

もちろん、返還の時期という観点からは、劣後ローンたる消費貸借と出資はなお相違点が残る。脱退を度外視すれば、出資は組合の解散後に返還されるのが本則だからである。しかし、一つのプロジェクトのための当座組合を想定した場合、貸付金の返還時期がプロジェクト終了時となるのがふつうであろう。つまり、貸付金の返還時期は当座組合の解散時となり、出資の返還時期と一致する。したがって、このような場合の劣後ローンたる消費貸借は、損失分担保もある上に、返還時期が出資の返還時期と同じであるから、消費貸借としての本質的要素を失っているといわざるをえないのではないか。

すなわち、共同事業に対する劣後ローンの性質を有する財産的出捐は、その共同事業関係が法人格を有しない場合、とくにそれが事業終了(エグジット)を意識した当座組合であるときには、もはや消費貸借とはいえず、組合に対する出資といわざるをえないのではなからうか。なぜなら、全額返還を受けられないという意味で、損失分担のリスクを負担するからである。

法人格のない共同事業関係に対する財産的出捐が、組合に対する出資であるということになれば、財産の出捐者は債権者ではなく、組合員となる。この場合、フランスでいえば匿名型組合 (*société en participation occulte* : わが国の匿名組合・内的組合に対応)、わが国でいえば匿名組合または内的組合でないかぎり、組合債権者に対する個人的債務が生じうることになる。⁽⁹⁾要するに、財産の出捐者は資金提供先の事業が債務超過のときに、資金の提供関係が消

費貸借であると法性決定されれば、貸主としてなお資金全額の返還を請求しうるが、組合に対する出資であると法性決定されたなら、資金の返還請求ができないだけでなく、事業の債権者から出捐分を超えた自己の責任財産に対する責任追及を受ける可能性⁽¹⁰⁾がある。

3 投資事業組合に対する財産的出捐

さてつぎに、貸付けとして行った共同事業への財産的出捐が共同事業への出資ときわめて近接する事例として、個別的な投資ファンドたる投資事業組合に対する金融機関の資金提供について考えてみたい。⁽¹¹⁾

(1) 投資事業組合の法形式

プライベート・ファンド（私募ファンド）たる投資事業組合は、その法形式として多様なものが考えられる。

ふつうは手じまい（エグジット）を考慮して、一つまたは少数の投資事業に対する当座組合であり、投資事業を継続するにしても、別個の当座組合を立ちあげる。このような個別のプロジェクトとしての投資事業を行う投資事業組合には解散後の手続きの簡便さが求められるので、会社など法人格のある法形式よりも、法人格のない組合などの法形式が適している。たとえば、民法上の組合、匿名組合および投資事業有限責任組合が考えられる。このうち投資事業有限責任組合については、法人格がないとはいえ、登記による公示制度があるのでここでは考察の対象外とする。⁽¹²⁾

民法上の組合および匿名組合が個別の投資事業組合の法形式として好都合だとされる理由として、公示制度がないなど、外部に対する情報開示度が低いという点もあるとされている。もつとも、内部的には、機関投資家が出資者と

なっている場合などのように、他の出資者が誰であるかわからないことが嫌われることがあるので、こういったときに匿名組合は不向きである。

民法上の組合および匿名組合が好都合な理由は、税制上の利点にもある。たとえば、レバレッジ・リース事業を行う組合においてとくに見られることであるが、減価償却などの事業初期の損失を出資者が本業の利益と損益通算することにより、課税繰延べ効果が得られる。

(2) 投資事業組合に対する財産の出捐者

投資事業組合の当事者とされるのは、ファンド・マネージャー（ジェネラル・パートナー）および出資者（リミテッド・パートナー）である。これらの者が、たとえば民法上の組合の組合員になるものと考えられる。以下では、法形式として民法上の組合を想定する。

ファンド・マネージャーは、事業運営のみを行う単なる受任者（組合員でない事業執行者）であることも考えられるが、自己資金が混じっていると運営の本気度が増すと考えられているので、ふつうは些少でも金銭出資をしている。また、事業運営に関する労務提供というかたちで労務出資をしているとも考えられる。それゆえ、ファンド・マネージャーは業務執行者たる組合員（民法六七〇条二項、六七二条）にあたるということが出来る。

これに対して、出資者は業務執行権限を有しない組合員（民法六七三条）にあたるであろう。リミテッド・パートナーとも呼ばれるが、投資事業組合が民法上の組合と法性決定されたときには、組合債権者に対し無限責任を負う（民法六七五条）ものと考えられるから、この意味ではリミテッドではない。

投資事業組合の資金調達は、右に見た二者の出資のほかに、金融機関からの借入れによっても行われる。レバレッジ効果による配当利回りの増大をはかるためである。要するに、借金によって自己資金を増やして大きく儲けようとするものである。超低金利時代には、イーロード・ギャップ（貸出し金利と投資事業利回りの差）が拡大し、より大きなレバレッジ効果が得られる。

投資事業組合に対する財産の出捐者は、ファンド・マネージャー、出資者および金融機関となる。

(3) 金融機関による資金提供の法的性質

金融機関が金あまりの中で収益確保のために、事業者への担保貸付けから、事業案件ごとのプロジェクト貸付けへ向かう帰結の一つとして、投資事業組合への資金提供がある。それは事業単位への無担保のノンリコース（非遡及）型の資金提供であり、対価は高めの利率にもとづく利息がその対価となる。ノンリコースとは、投資事業組合の構成員の個人財産を引き当てとしないことをいう。つまり、投資事業組合の資産のみが金融機関への返済の原資となる。

このようなノンリコース型の資金提供は、一般には消費貸借だと考えられている。しかしながら、以下のような理由から、消費貸借だとはいえない場合もあるのではないだろうか。

第一に、ノンリコース特約により組合員が個人的責任を負わないのであるから、投資事業組合の債務超過の局面だけでなく、出資総額の減少の局面でも金融機関は提供した資金の一部または全部を喪失することが約定されている。消費貸借における全額返還の要素（民法五八七条にいう数量の同じ物をもってする返還）が欠けている。さらには、債務超過の場合の自己の責任財産による損失分担はないにしても、出資総額減少の場合には提供した資金を限度とす

る損失分担があると見ることができ、組合における損失分担の要素が存在する。

第二に、資金提供に対する対価が、確定率の利息だけでなく、固定部分に加えて利益に応じたプラスアルファがあるとすれば、そこには利益参加があると見ることができ、組合における利益分配の要素である。

第三に、組合事業に関して金融機関による運営状況・資金活用の情報開示要求あるいは経営指導・アドバイスなどが特約で認められている場合、それが単なる監視・助言にとどまるときはともかく、単なる監視・助言を超えて、組合員の権限としての組合契約に関する基本的意思決定への共同的参加（民法六六七条）、共同的な事業執行権限にもとづく意思決定（民法六七〇条一項）または業務・財産状況検査権（民法六七三条）に相当するものいえるときには、消費貸借ではなく、組合契約の存在をうかがわせる徴表が存在するものといえる。⁽¹³⁾ 組合における事業運営の共同性の要素である。⁽¹⁴⁾

以上のこと斟酌すると、投資事業組合に対する金融機関の資金提供が、投資事業組合に対する出資となる場合もあるのではなからうか。金融機関が貸主ではなく出資者であるとして投資事業組合の組合員にあたるものとすれば、清算時には一般債権者に劣後することになる（民法六八八条一項）。また、投資事業組合が内的組合または匿名組合とされないかぎり、一般債権者に対する個人的債務を負担することになる（民法六七五条）。

II 組合における損益分配の意義

ここでは、わが国の民法上の組合に関する規定およびその解釈を基本として、損益分配の意義⁽¹⁵⁾について考察する。損益分配の意味内容について確認した後に、民法上の組合の成立要件である「共同の事業」（民法六六七条）との関

連性について述べる。

1 損益分配（利益分配と損失分担）

損益分配とは、利益分配および損失分担をいう。わが国の民法典は損益分配につき組合契約に定めのあることが通常であると想定しているようであり、損益分配の割合に関する補充規定のみをもうけている。すなわち、損益分配の割合は出資の価額に比例する（民法六七四条一項）。組合契約が利益分配または損失分担の一方についてのみ割合を定めたときは、その割合は双方に共通であるものと推定する（同条二項）。

わが民法典には、利益または損失の意味、あるいは、利益分配または損失分担の意味について明示的に定めた条文はない。

(1) 利益分配

利益分配という利益とは、純資産から出資総額を控除した部分をいうものと考えられる。しかしながら、次のような理由から、利益分配という利益の意味を探求することにそれほど大きな意義はない。

一つのプロジェクトのための当座組合である場合などにおいて、組合の解散前に利益分配が行われないうとき、組合債務弁済後の残余財産は出資額に応じて分配される（民法六八八条三項）。これは、各組合員は出資額に、出資額に応じた利益分配分（民法六七四条一項）を上乗せしたものを残余財産の分配として受け取れることを意味する。したがって、利益分配の割合と残余財産分配の割合が組合契約によって異なった割合となっていないかぎり、利益分配は

残余財産の分配に帰着する。利益分配と残余財産の分配の両者の割合を違えて組合契約でわざわざ合意するのはまれであろうから、利益分配における利益自体の意味は、組合の解散前に利益分配が行われない場合、さして重要ではない。

次に、事業年度をもうけるなどして、組合の解散前に利益分配を可能にした場合はどうか。事業が長期にわたるときや同種事業が反復継続的に行われることが予定されているときには、解散の時の利益分配を待てないということは十分に考えられる。会社を想起すると、事業年度ごとに利益分配が行われるのがむしろ常態ともいえる。この場合の利益分配における利益もまた内部留保を度外視すれば、純資産から出資総額を控除したものといえることができる。

しかし、民法上の組合においては、利益分配につき利益配当規制のような法律上の制限がない。つまり、合同会社に見られるような（会社法六二八条、会社計算規則一九一条。株式会社については会社法四六一条）⁽¹⁶⁾ おおよそ純資産から出資総額を控除した部分に相当する利益額のみを配当するという法律上の制限はない。⁽¹⁶⁾ したがって、過去において損失があり、出資総額が毀損していたとしても、それを爾後の利益または追加出資により補填することなく、当該営業年度の利益を分配しうる。このように解しても、組合員が無限責任を負うので、債権者を害するおそれはない。したがって、事業年度をもうけるなどして組合解散前の利益分配を可能とした場合もまた、利益分配における利益自体の意味に重要性はないのである。

以上のように、利益分配に対する法律上の規制がない組合型団体においては、利益分配における利益概念は法的に重要な意味を持たず、利益分配あるいは組合員の利益分配請求権の存在自体こそが組合の法的性質との関係で重要である。つまり、後述する一部の者に利益分配のない組合（獅子組合）の問題、さらには、事業の共同性の要素として

の利益分配という位置づけの問題である。

次項との関連でいうと、利益の概念自体に法的な意義がそれほど認められないとすれば、利益概念に対応して損失概念の意味内容を定めることは論理必然的な事柄ではない。すなわち、組合理型団体において、利益概念を純資産から出資総額を控除したものと理解することに対応させて、損失概念を負債総額から出資総額を控除したもの、つまり、債務超過と解する⁽¹⁷⁾必然性はないのである。

(2) 損失分担

損失分担という損失とは、学説によれば、債務超過をいう⁽¹⁸⁾。しかし、通常の語意から、損失には出資総額の減少の意味もあると解すべきである。つまり、損失はまず出資総額（組合財産）の減少としてあらわれ、つぎに出資総額がすべて毀損してなお債務が残れば債務超過となる。

損失分担は組合における各組合員の内部的な負担であり、組合債権者に対するものではない。損失の分担とは、損失額を損失分担の割合に従って各組合員に計算上割り当てることをいう。商法学説は匿名組合に関してこのように解している⁽¹⁹⁾。

したがって、損失分担とは、損失が生じた時点で組合員が損失分担額を組合に払い込むことではない。現実の損失を組合解散前に補填するような損失補填は、出資の増額に等しい。各組合員には、全組合員の同意にもとづく組合契約の変更のないかぎり、出資の増額に應じる追加出資義務はなく、それゆえ、損失補填義務もない。

損失分担の具体的な処理は、組合解散後の清算の段階で行われる。清算後の残余財産は出資額に応じて分配するも

のとされている（民法六八八条三項）から、損失による出資総額の減少の場合に、出資額から計算上割り当てられた損失分担額を控除した額の分配を各組員が受けることを意味する。したがって、残余財産がある場合の損失分担の内実は、出資の返還に相当する持分の払戻しが割り当てられた損失分によって減少することである。

債務超過の場合については、民法六八八条三項にいう残余財産の分配はなく、債務超過額につき各組員が原則として出資額に応じて分担する（民法六七四条）。各組員は各自の損失分担部分につき、直接、組合債権者に弁済するか、あるいは、自己の損失分担部分を超えて組合債権者に弁済した他の組員に弁済することになる。

組員の一人が脱退した場合には、その時点で損失分担の処理が行われる。脱退した組員は組合財産全体に対する持分（財産の帰属関係を合有と解すれば合有持分）を失い、脱退した組員の有していた持分は残存組員に帰属する（民法二五五条類推）。それゆえ、持分喪失の対価として、脱退までの財産の共同関係（合有関係）の清算が行われる。これが持分の払戻しである（民法六八一条条文見出し）。持分払戻しのための計算は、脱退の時における組合財産の状況に従ってしなければならない（民法六八一条一項）とされているから、脱退した組員が有していた合有持分（潜在的持分）を計算し、黒字であればその者に持分を払い戻す（脱退した組員の持分払戻請求権となる）。赤字となるときは損失分担の割合に従って（民法六七四条）その者に負担額の支払いを求める（脱退した組員の損失払込義務となる）。

したがって、脱退した組員は、持分払戻しの場合、持分払戻し額が出資額よりも少なければその差額を、そして、損失の払込みの場合はその額を、損失分担として負担することになる。

2 損益分配と組合における事業の共同性

(1) 獅子組合の議論

組合員の一部のみが利益を受ける組合を獅子組合という。組合員の一部のみが利益分配を受けるような団体は、その目的が営利目的の場合には、獅子組合であるとして、民法上の組合ではないとされている。利益分配は営利目的と不可分だからである。⁽²⁰⁾

これに対して、組合員の一部が損失を分担しない場合であっても、それは民法上の組合の性質に反しないとされている。⁽²¹⁾

すなわち、債務超過の意味の損失についていえば、債務超過の際の損失を負担しない組合員がいてもさし支えない。名古屋地判平成一六年一〇月二八日⁽²²⁾は「……営利事業を目的とする団体が、これによる利益を特定の者だけで配分し、他の者が全くこれに関与しない場合（いわゆる獅子組合）は、共同事業性が否定されるから、民法上の組合としての性格を有しないとわざるを得ない（これに反し、内部的に出資額以上の損失を負担しない当事者がいたとしても、共同事業性に反するものとはいえない。）とする。」とする。

また、出資総額の減少という意味の損失についていえば、出資総額の減少の際の出資の毀損をも負担しない組合員がいてもよい。後述のドイツ法における議論を参照するならば、損失は分担せずとも出資義務の負担というかたちで「共同の事業」（民法六六七条）に貢献すればよいからである。

(2) 損益分配と「共同の事業」

営利目的の民法上の組合においては通常、すべての組合員が出資をなし、利益分配を受け、そして損失を分担することになるであろう。つぎに見るように、出資および損益分配には、共同の事業に各組合員が同等の立場で参加するという組合の要素、つまり、「共同の事業」(民法六六七条一項)にいう共同性Ⅱ組合員の共同的参加があらわれているものと見ることができる。

Ⅲ 組合における事業の共同性の意義

1 組合における「共同の事業」と団体目的

そもそも、民法上の組合における「共同の事業」とはいかなるものであろうか。

民法六六七条一項は組合契約を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であると定義している。すなわち、組合契約の成立要件は「各当事者の出資」と「共同の事業」に関する合意にあるが、同条同項は組合契約の契約的側面のみに着眼した嫌いがある。⁽²³⁾ 組合契約は、各当事者に出資たる給付を義務づける契約であるとともに、共同関係 (Gemeinschaft) たる民法上の組合を設立する行為でもある。けだし、共同の事業を営むためには共同関係 (ないし団体的組織) が必要となるからである。

出資をして共同事業を営むのは、何らかの共同目的を達成するためである。民法上の組合の目的は営利・非営利を問わないとされている。⁽²⁴⁾ このような基礎的目標たる共同目的 (団体目的としての目的) を達成するために営む具体的な事業 (事業目的としての目的) が民法六六七条一項にいう共同の事業であるということが出来る。

共同の事業（事業目的）は営利事業であっても公益ないし非営利事業であってもよく、また、継続的なものであっても一時的なものであってもよい。要するに、事業内容は問わないのであるから、「共同の事業」という民法上の組合の要件はその共同性にこそ重点があるとしなければならない。

2 事業の共同性を構成する要素

このように、組合契約における「共同の事業」（民法六六七条一項）の共同性、つまり、事業への共同的参加を構成する要素は、まず第一に損益分配の要素を含む財産関係の共同性である。そして第二に、事業運営の共同性である。

(1) 財産関係の共同性

組合における事業の共同性における損益分配の要素（利益分配の要素・損失分担の要素）に関してはすでに述べたところであるが、それを一般化すれば、財産関係の共同性の要素であるということができる。そして、損益分配に向けて財産関係の共同性が明らかになるのは、共同の事業を行うための共同の財産（組合財産。民法六六八条）の形成である。

もっとも、財産関係の共同のために共同財産の形成が必ずしも必要であるというわけではない。組合員の一人に事業用財産を帰属させ、損益分配のための共同計算のみがある場合が考えられるからである。いわゆる内的組合がこれにあたる。つまり、内的組合は損益分配の要素を含みうるが、財産関係の共同性の要素が損益分配にむけた計算の共同性とどまっている。匿名組合にも損益分配のための計算の共同性の要素がある。

(2) 事業運営の共同性

組合における事業の共同性を構成する事業運営の共同性の要素は、組合の基礎的事項および業務執行に関わるものである。

組合員相互の法律関係ないし共同事業のための団体的規律の変更（組合の基礎的変更）は組合契約の変更であり、組合契約または法律に別の定めがないかぎり、組合員全員の同意が必要である。たとえば、共同事業の変更・出資の増額（民法六七六条一項）、組合員の加入・交替（持分の譲渡）、組合員の除名（民法六八〇条）、損益分配の変更（民法六七四条）などがある。これに対して、組合の業務執行は、組合の目的（Zweck〔独〕；but〔仏〕）を達成するために、組合契約で定められた共同の事業（Gegenstand；objet）を営むにあたっての具体的な活動（Tätigkeit；activité）を行うことである。業務執行には、内部的業務執行と対外的業務執行⁽²⁵⁾がある。業務執行がなされるためには、組合においてそのための意思決定がなされる⁽²⁶⁾。民法六七〇条によれば、業務執行は組合員の過半数（一項）または業務執行者の過半数（二項）で決するのが原則である。

業務執行者でない組合員には、組合の業務および組合財産の状況の検査権のみが残されている（民法六七三条）。この検査権は、組合契約の要素である「共同の事業」（民法六六七条一項）にいう共同性、つまり、組合の事業への全組合員の共同的参加という本質的要素に由来するものと見ることができるといえる。

このように、組合における事業運営の共同性の要素には、組合員の組合への関与の程度に応じた段階制がある。すなわち、全員の同意を要する意思決定への参加（たとえば、組合契約の変更。民法六六七条）から、業務執行についての過半数による意思決定への参加（民法六七〇条一項）、そして業務執行から排除されているときには、最低限の

共同性としての組合の業務および財産状況の検査権（民法六七三条。匿名組合につき商法五三九条）である。

(3) 事業の共同性を構成する要素

以上をまとめると、営利を目的とする組合型団体における事業の共同性には、損益分配の要素に向けられた財産関係の共同性（共同計算→共同財産）および事業運営の共同性の要素を関連づけることができるであろう。⁽²⁷⁾

IV フランス法における損益分配と「共同の意思 (affectio societatis)」

1 ソシエテ (société : 会社・組合) の定義

フランス民法典一八三二条一項は「ソシエテ (société : 会社・組合) は、出資から生じることある利益を分配し、または、節約の利益を享受することを目的として、共同事業に財産またはその労務を出資することを契約により合意した数人の者によって、設立される」と規定する。その三項は「構成員は損失を分担する義務を負う」と規定する。この定義規定によれば、営利を目的とする団体、つまり、会社・組合⁽²⁸⁾の成立要件は、①二人以上の構成員（法律の定めがあれば一人でもよい。フランス民法典一八三二条二項）、②営利目的（利益分配または節約の利益の享受という団体目的）、③各構成員の出資および④損失分担である。

フランスにおける伝統的な学説は以上の要件に加えて、フランス民法典一八三二条の定義規定にはない共同の意思 (affectio societatis = volonté de s'associer) とこの概念もまた会社・組合 (société) の構成要素であると解釈している。⁽²⁹⁾ この共同の意思という要件は学説においては affectio societatis というラテン語をもって表記するのが一般的で

ある。フランス語の *volonté de s'associer* (お互いを結びつける意思) への言い換えも行われているとはいえ、共同の意思の要件は現在でもなおラテン語 *affectio societatis* で表現されている。

2 「共同の意思 (*affectio societatis*)」

(1) ローマ法的淵源

前述の現行フランス民法典一八三二条は一九七八年と一九八五年の二度の改正を経ているが、一八〇四年の制定当時のフランス民法典一八三二条もまた「共同の意思」に言及していない。これは、ローマ法以来の伝統的要件である「共同の意思」を立法者が意図的に排除したものであるとされている⁽³⁰⁾。

一つには、法典を接しやすく読みやすいものとするためにラテン語を排除するという意図があったという。つまり、会社・組合 (*société*) の要件としての共同の意思が、ラテン語で *affectio societatis* と一般に表現されていたという形式的な理由により、民法典から排除されたのである。このことは、共同の意思 (*affectio societatis*) を会社・組合の定義に付加すべきだという通説による現行法の解釈につながっている。

立法者はまた、ローマ法が多くの契約の基礎に置いていた友愛や信義といった人間的な心情に疑義を抱き、理性をそなえた人間を法ないし権利の主体として措定したとされる。婚姻が愛情からの行為でなく契約であるとしたのと同じように、会社・組合もまた友愛的共同 (*fraternité*) にもとづく行為ではなく単なる契約であると位置づけたのである。

このようにして、共同の意思 (*affectio societatis*) については、定義規定であるフランス民法典一八三二条も含め

て、法律上これに言及する明文の定めはない。それにもかかわらず、共同の意思 (*affectio societatis*) を意思的構成要素ないし主観的構成要素として位置づけるのが通説である⁽³¹⁾。

ローマ法に依拠してつぎのように説明されることがある。すなわち、会社・組合契約 (*contrat de société*) は、当事者の利益の対立と相互的な給付に基礎をおく厳格な意味での契約とは異なるものである。そこには構成員間に存在する利益の共同がある。つまり、会社・組合契約は兄弟的友愛の法 (*Jus fraternitatis = droit fraternal*) に属する。このことから、構成員間の平等の原則が帰結され、また、構成員の一人が利益を独占する獅子組合 (*societas Leonina*) は禁止される。現代的には、共同の意思 (*affectio societatis = volonté de s'associer*) とは、他人である構成員を兄弟間に見られる自然の結びつきと同じように互いに結びつける (*s'associer*) 心理的な動因を表すものである⁽³²⁾。

(2) 共同の意思 (*affectio societatis*) の機能とその基礎的内容

会社・組合 (*société*) の構成要素である共同の意思 (*affectio societatis*) はたとえば、それがなければ会社・組合は成立しないというかたちで用いられる。こうした言説は、会社・組合として外見上は成立したかのように見えるものを排除する機能を果たす (仮装会社 [*société fictive*]) の法理。仮装会社の法理はわが国でいう法人格否認の法理に対応する)。その論理は、フランス民法典一八三二条の要件を充足してはいるが、共同の意思の要素を欠くために、会社・組合とはいえないとするものである⁽³³⁾。

反対に、共同の意思は当事者の明示的意思に基づかない会社・組合を承認するための道具でもある。事実上設立さ

れた会社 (société créée de fait) がこれにあたる。フランス民法典一八七三条によれば、法人格のない組合 (société en participation : わが国における匿名組合ないし民法上の組合に対応⁽³⁴⁾) に関する民法典の規定が適用される。これにより、たとえば、内縁関係中の事業につき内縁関係解消後、配偶者の一方が他方に対し、組合関係の清算というかたちで、財産の分配請求をすることができる⁽³⁵⁾。

また、会社・組合 (société) に属する法人格のない組合 (société en participation) を利益参加型の消費貸借契約 (prêt participatif : 共算的消費貸借) や労働契約から区別するための抽象的論理でもある⁽³⁶⁾。

共同の意思 (affectio societatis) にはこうした多様な機能が承認されているが、その基礎にある共通の内容は、構成員が会社・組合に参加する意思、つまり、会社・組合契約に対する構成員の同意ないし合意であるとされている⁽³⁷⁾。すなわち、会社・組合における共同の意思とは、各構成員が平等の立場で会社・組合に共同的に関与することをいい、したがって、すべての構成員が出資および損失分担をなし、また、利益配当にあずからなければならないことをいう。しかし、会社・組合 (société) には、株式会社から、合名会社や民事会社、さらには法人格のない組合 (société en participation) まだが含まれ、それらにおける団体への共同的参加・関与の度合いとそれに関する主観的意思の程度の振幅は大きいので、すべての会社・組合に共通した内容の共同の意思 (affectio societatis) を措定するのは困難であるとの指摘がある⁽³⁸⁾。

さらには、共同の意思という民法典の定義規定にない概念を用いる必要はないとする学説もある⁽³⁹⁾。なぜなら、その内容が曖昧であるというだけでなく、共同の意思が当事者にあるか否かは、当事者の実際の活動から事後的に判断され、結局、それはフランス民法典一八三二条の定める会社・組合 (société) の構成要素の有無の判断に帰着するから

である。トートロジーである。

(3) 組合理団体と共同の意思

しかしながら、少なくとも組合理団体 (*sociétés de personnes*) に限って言えば、共同の意思 (*affectio societatis*) の内容を法的に意義あるものとして具体的に措定することができる。⁽⁴⁰⁾ すなわち、共同の意思 (前述の、平等性にもとづく運営への参加、出資および損益分配) から、とくに兄弟友愛的精神 (*jus fraternitatis*) にもとづく平等性を中核として、つぎのような二つの法規範を正統化することができる。第一に、いわゆる獅子組合理条項 (*clause leonine* : 一部の者だけが利益の全部を受け、または、損失分担の全部を免れる条項) の禁止である (フランス民法典一八四四條の一第二項)。第二に、構成員間に会社・組合の運営を麻痺させるほど重大な不和が生じた場合にこれを正当の理由とする会社・組合の解散である (同一八四四條の七第五号)。

3 損益分配と「共同の意思 (*affectio societatis*)」

右に挙げた二点のうち、ここでは本稿の関心に沿って、フランス民法典一八四四條の一が定めている獅子組合理条項の禁止の点に絞って、それに関する議論を見てみよう。⁽⁴¹⁾

(1) 損益分配の平等性 (フランス民法典一八四四條の一第一項)

フランス民法典一八四四條の一第一項はその前半部分で、会社・組合 (*société*) における各構成員の損益分配の割り当ては会社・組合資本中の持分に比例して定まるものとしている。資本中の持分 (*part dans le capital social*) と

は出資 (apport) の意味に解されているので、損益分配は出資額の割合に従うことになる。わが国の民法六七四条一項と同旨に帰着する。

同条一項の損益分配が出資割合に従うという部分は、ローマ法の考え方に由来するという。すなわち、兄弟友愛の法 (jus fraternitatis) に基づく利益と損失の共同 (communicatio lucri et damni) であり、平等性が要求される。損益分配が出資割合に応じることが平等性に適うのである。それゆえ、同条一項がその後半部分で、労務出資者の損益分配の割合が価額の最も少ない金銭または現物出資をなした者と同じであると定めているのは、平等性の観点からは不十分であると評価されている。もつとも、この部分については、労務出資者も含めた構成員の全員に利益分配、そして損失分担がなされるという点こそが重要であるという指摘がなされている。

損益分配が出資割合に応じるという同条一項の規定は、同条一項自体が明示するところであるが、強行規定ではない。損益分配の平等性を破るような反対の条項があればそれに従う。

(2) 獅子組合条項の禁止 (フランス民法典一八四四条の一第二項)

しかし、右のような損益分配を定める条項には法律上の制限がある。これがフランス民法典一八四四条の一第二項の定める獅子組合条項の禁止である。同条同項によれば、構成員の一人に利益の全部を割り当てること、または、構成員の一人に利益を全く与えないことを定める条項は書かれざるものとみなされる。けだし、かかる条項が共同の意思 (affectio societatis) と通底し、同条一項の趣旨でもある兄弟友愛的精神 (jus fraternitatis) にもとづく平等性という会社・組合の本質に悖るからである。

フランス民法典一八四四条の一第二項は損失分担についても同様の法律上の禁止を定めている。すなわち、構成員の一人を損失の全部から排除すること、または、損失の全部を構成員の一人の負担とすることを定める条項も書かれざるものとみなされる。一部の者だけが利益を受ける条項がローマ法以来の本来的な獅子組合条項であるが、同条同項は獅子組合条項の意味内容を拡大するものである。一部の者が損失分担を全く免れる条項もまた、前述の会社・組合の本質に悖ると考えられているからである。

(3) 損失分担にいう損失の意味

フランス民法典一八三二条は構成員の損失分担義務を定め、一八四四条の一第二項は損失分担義務を完全に免除する条項を無効とする。ここにおける損失分担にいう損失の意味は、次のような議論の文脈からは、債務超過分の損失のみならず、出資総額の減少分の損失をも含んだものであると考えられる。

すなわち、構成員による損失の分担と債務の負担は異なる。債務の負担は会社・組合の債権者に対するものであって、それが有限責任か無限責任であるかは会社・組合の法形式ごとに法律で強行的に定められているのに対して、損失の分担は構成員間の問題である。フランス民法典一八三二条（会社・組合の定義規定）および一八四四条の一第二項（獅子組合条項の禁止）からは構成員の必須的損失分担が導かれるが、一八三六条二項は構成員の同意なき出資増額の禁止を定めているので、損失分担は原則として会社・組合の継続中ではなく、解散後の清算の一貫として行われることになる。この場合、損失は解散までは計算上のものであり、清算時に自己の損失分担分を超えて損失を負担した構成員が他の構成員に対し求償することになる。⁽⁴²⁾

(4) 損益分配と共同性の連関

以上のように、フランス民法典およびその解釈においては、損益分配の要素が共同性との連関の中で把握されているのである。つまり、会社・組合 (*société*) の定義規定であるフランス民法典一八三二条において利益分配 (一項) および損失分担 (三項) が必須の要素であることが定められているとともに、当事者の「共同の意思 (*affectio societatis*)」が主観的要素として解釈上付け加えられている。「共同の意思」は友愛的精神による平等性にもとづく事業運営および出資・損益分配への共同的参加に向けられた意思を意味するものとされている。その精神は、損益分配の平等性および獅子組合条項の禁止を定めるフランス民法典一八四四条の一条の趣旨と通底する。

損益分配については、会社ないし組合契約 (*contrat de société*) に射幸性があるということもできる。⁽⁴³⁾ 構成員は損失が出たときに損失を分担するからこそ、利益が出たときに利益の分配を受けることができる。このような会社・組合の射幸的性格と報償的性格を前提として、フランス民法典一八三二条三項が構成員の損失分担義務を定めているのである。

かかる見解を基礎にすれば、損失分担のリスクに段階に応じてフランス法においては、消費貸借から、共算的消費貸借 (*prêt participatif* : 利益参加型消費貸借) を経て、組合型団体 (*sociétés de personnes*) への連なりが想定されるであろう。

4 比較法と次節への架橋

(1) フランス団体法体系における会社・組合 (*société*)

フランス団体法は人の団体 (groupements de personnes) を団体目的 (but; finalité) に応じて営利団体 (ソシエテ [société]: 会社・組合) と非営利団体 (アソシアション [association]: 非営利法人) に区分する。すなわち、ソシエテ (会社・組合) が利益を分配する(と) (partager le bénéfice) または節約の利益を享受する(と) (profiter de l'économie) を目的とし (フランス民法典一八三二条一項)、アソシアション (非営利法人) は利益分配を目的としない (非営利団体契約法⁴⁴一条)。これは、会社法および一般社団・財団法人法を基本的法律として、剰余金の分配可能性を規準に法人を営利法人と非営利法人に区分するわが国の法人法体系に酷似する。もともと、フランス法上のソシエテ (会社・組合) は利益分配のみならず節約利益の享受を目的としうるから、営利概念がわが国のそれより若干広い。

フランス法上のソシエテ (会社・組合) は登記の有無により、法人格のあるもの (会社。民事会社 [société civile] および商事会社 [société commerciale]) と法人格のないもの (組合 [société en participation]⁴⁵) に分けられる。

(2) 組合の要素としての利益分配

したがって、フランス法上の法人格のないソシエテ (société en participation: 組合) は定義上つねに営利を目的とする。この点は、わが国およびドイツと大きく異なる。すなわち、営利をつねに目的とする法人格のないソシエテ (組合) は、わが国の匿名組合および民法上の組合に対応するものであるが、わが国における民法上の組合、そしてドイツ法上の民法上の組合 (Gesellschaft des bürgerlichen Rechts) はその目的が営利目的に限定されない。

わが国およびドイツにおいては、利益分配を目的としない民法上の組合が存在しうる。民法上の組合の定義規定に利益分配が含まれていないからである（フランス民法典一八三二条一項に対するわが国の民法六六七条一項およびドイツ民法典七〇五条）。利益分配ではなく、「共同の事業」（民法六六七条一項）あるいは「共同の目的（*gemeinsamer Zweck*）」（ドイツ民法典七〇五条）が組合の成立要件となっている。ここに見られる事業または目的の共同性に、利益分配の要素が昇華され、一般化されていると見ることができる。

フランスにおける「共同の意思（*affectio societatis*）」に関する議論はこのことを強く示唆する。利益分配を会社・組合の定義規定（フランス民法典一八三二条一項）にとり込みながらも、それとは別に共同の意思を法文にない要件として付加し、その意味内容を各構成員の運営・出資・損益分配への共同的参加とすることにより、再び利益分配に言及しているのである。

すなわち、「共同の事業」「共同の目的」「共同の意思」に見られる共同性⁴⁶は、組合型団体を基礎づける本質的要素をなし、利益分配はそれを構成する重要な要素であるが、常素とはいえないといえるのではなからうか。

もちろん、営利を目的とする組合では営利を目的とするがゆえに利益分配の要素が必ずあるともいえる。これに対しては、ドイツにおける現在の通説はつきに見るように、営利を目的とする場合であっても、利益分配は民法上の組合の要件ではないとしている（利益分配以外の何らかの利益が構成員にあればよいとしているから、営利目的の語義の問題であるともいえるが）。

V ドイツ法における「共同の目的 (gemeinsamer Zweck)」

1 組合理団体における「共同の目的」の共同性

最初に、現在の通説的見解⁽⁴⁷⁾に従って、組合理団体 (Personengesellschaft) における「共同の目的 (gemeinsamer Zweck)」について整理しておく。

(1) 共同の目的とその推進義務

ドイツ民法典七〇五条によれば「組合契約により、各組合員は契約により定められた方法で共同の目的 (gemeinsamer Zweck) の達成を推進すること、とくに合意された出資を履行することに相互に義務づけられる」。ここにいう共同の目的とは、営利目的などの組合理団体の基礎的目標としての団体目的 (Gesellschaftszweck) をい、具体的な事業 (Unternehmensgegenstand : 事業目的) の執行によって達成される。

かかる共同目的を達成するために、各組合員には共同目的達成の推進義務 (Förderungspflicht) がある。この義務の基本的かつ最小限のものは出資義務である。つまり、出資は事業執行とそれによる共同目的の達成のために最低限必要なものである。

(2) 共同の目的における共同性

共同の目的における共同性は、まず、各組合員の義務が共通の団体目的の達成に向けられていることを意味する。売買のような当事者の利害対立を前提とする給付交換契約とは異なる。

つぎに、事業運営への共同的参加権 (Mitwirkungsrecht) である。これはたとえば、共同的な事業執行権限 (ドイツ民法典七〇九条) や事業執行者が定められた場合の監督権 (ドイツ民法典七一六条) にあらわれている。そして、財産的な共同性である。

(3) 共同の目的と損益分配

財産的な共同性についていえば、まず、共同目的達成の推進義務としての出資義務である。出資をすれば最低限度の推進義務を果たしたことになるから、組合契約により損失分担義務は組合員の一部につき排除しうる。匿名組合に関する商法二二二条二項において、匿名組合員が損失を分担しないことを組合契約で定めうるとされているので、これが援用されている (後述のように、ドイツでは匿名組合は民法上の組合の特殊の形態と考えられている)。

ここにいう損失は出資額の減少の意味を含む。つまり、損失分担がすべて免除されて、出資金額の返還請求権を有する組合員が存在しうる。

利益分配については、営利目的の場合に、従前の通説は共同性の観点から必須のものとしていた (獅子組合の禁止。次述) が、現在の通説はこれを否定する。事業運営の成果につき、利益分配ではなくとも、何らかの精神的・抽象的な利益を構成員が受ければよいとしている。

2 「共同の目的」の意義

(1) 団体の定義の中の「共同の目的」

団体 (Gesellschaft: ゲゼルシャフト) とは、特定の共同目的達成のために法律行為により設立された私法上の人の結合体をいう。⁽⁴⁸⁾ この団体 (ゲゼルシャフト) の概念は民法上の組合 (Gesellschaft des bürgerlichen Rechts) および匿名組合 (stille Gesellschaft) から登記済み社団法人 (eingetragener Verein) および株式会社 (Aktiengesellschaft) までは広く含む。⁽⁴⁹⁾ ゲゼルシャフトの法 (Gesellschaftsrecht) とは会社法または組合法を意味するものではなく、団体法全般を意味する。

「共同の目的」がなければ団体 (Gesellschaft) は存在しない。それゆえ、「共同の目的」の意義、および、「共同の目的」にいう共同性 (Gemeinsamkeit) の意義もまた定義上重要な位置を占めることになるはずである。しかし、株式会社など法人格を有する団体にあつては、「共同の目的」は法人の目的 (法人の団体目的 [Gesellschaftszweck]) の問題に解消され、「共同の目的」の共同性についても、たとえば会社運営への関与や利益配当については、個々の法律上の規定の解釈が問題となり、共同性自体については議論の対象とならない。⁽⁵⁰⁾

「共同の目的」が定義中の重要なメルクマールとなるのは、法人格のない団体である組合型団体 (Personengesellschaft) である。組合型団体は民法上の組合を基礎類型とし、合名会社 (offene Handelsgesellschaft)、合資会社 (Kommanditgesellschaft) および匿名組合を含む。⁽⁵¹⁾ 民法上の組合の定義規定であるドイツ民法典七〇五条はまさに「共同の目的」を要件として定めている。「共同の目的」がなければ、それは民法上の組合ではない。

(2) 従前の通説による共同性の意義

ドイツの従前の通説⁽⁵²⁾によれば、「共同の目的」における共同性は、追求されるべき目的が全構成員にとって共通の

ものであることを意味する。つまり、目的（たとえば、営利目的）に全構成員が共同的に関与することが必要である。それゆえ、利益についても全構成員が参加しなければならない。また、全構成員による共同的参加の義務的側面にはドイツ民法典七〇五条の定める共同目的達成の推進義務（Förderungspflicht）、とくに出資義務がある。

利益への参加から排除される構成員が存在するいわゆる獅子組合（societas leonina）は、利益への共同的参加がなく共同性を欠くがゆえに、民法上の組合ではない。

利益への共同的参加については、それだけでは足りず、成果のすべてへの共同的参加という意味から、損失についても共同的に負担しなければならないとする見解がある⁽⁵³⁾。しかし、一般には出資義務のみでも共同目的の推進義務として十分であるとされているので、損失分担をも共同性の要素とする見解は少数説にとどまる。

(3) 従前の通説に対する批判

共同性に関する従前の通説に対しては、まず、売買などの給付交換契約と組合契約の相違という観点から、共同性を理解すべきであるとの批判がなされた⁽⁵⁴⁾。組合契約では、給付交換契約に見られるような当事者の利益の対立がなく、各当事者の利益が目的達成という同一方向に向けられているとする。この意味での目的の共同性が認められればよいのであって、成果への共同的参加のあり方もさまざまなかたちが考えられる。それゆえ、損失分担のみならず、利益分配もまた共同性に必須の要素ではない⁽⁵⁵⁾。

さらに進んだ観点からの批判として、共同の目的とは、当事者間の共同ないし共通の目的ではなく、当事者により設定された共同関係ないし共同的組織の超個人的な（überindividuell）目的をいうとする学説が出てきた⁽⁵⁶⁾。共同の目

的は共同的組織の基礎であり、団体目的 (Verbandszweck ; Gesellschaftszweck) というにふさわしい。したがって、構成員個人に関していえば、共同的組織における構成員の法的地位 (Mitgliedschaft) こそが問題となり、損益分配等に関する権利義務は構成員たる地位にもとづくものである⁽⁵⁷⁾。

組合における共同の目的 (団体目的) が組合契約において、客観的にはその対象として共同の事業 (事業目的) となつてあらわれ、主観的には構成員の法的地位 (Mitgliedschaft) となつて、たとえば目的達成の推進義務 (Förderungspflicht) となつてあらわれる。このようにして、組合型団体における共同目的は、他の契約関係においては行為基礎として契約内容の外で想定される利益の共同関係 (たとえば、共算的消費貸借における貸主の利益への参加の基礎にあるもの)、つまり、合意原因 (causa) が契約内容にまで高められたものである⁽⁵⁸⁾。

3 組合と消費貸借——損失分担の要素の意義——

(1) ドイツ法における内的組合の概念

団体 (Gesellschaft) において、構成員相互の関係はこれを内部関係ということができ、団体の第三者に対する関係はこれを対外関係ということが出来る。社団型団体 (Körperschaft) はつねに内部関係と対外関係を有するのに対して、組合型団体 (Personengesellschaft) についても、内部関係にのみとどまり対外関係を有しない団体類型が存在する。この団体類型を内的組合 (Innengesellschaft) という⁽⁵⁹⁾。たとえば、民法上の組合は内的組合の類型に属するものが存在しうる (内的組合たる民法上の組合)。

内的組合においては、組合員に共同的に帰属する組合財産が形成されず、事業用の財産はたとえば事業執行者たる

組合員の一人に帰属する。また、対外的法律関係の当事者は総組合員ないし組合型団体ではなく、事業執行者たる組合員の一人である。

(2) 内的組合としての匿名組合

ドイツにおいては、匿名組合 (stille Gesellschaft) は内的組合たる民法上の組合の特殊類型であるとされている。匿名組合は民法上の組合の成立要件 (ドイツ民法典七〇五条) を満たしているからである。すなわち、匿名組合にも「共同の目的」が存在する⁽⁶⁰⁾。

財産的な共同性については、出資と損益分配が認められる。営業者の出資は業務執行としての労務出資および財産的出資であり、その財産的出資は匿名組合員の出資とあわせて営業者自身に帰属し、共同的な組合財産は形成されない。利益分配の要素はつねに存在しなければならないが、損失分担については匿名組合員につき免除することができる (ドイツ商法典二三一条)。つまり、事業が債務超過の場合でなくとも、出資金額の返還請求権を有するような匿名組合員が存在しうる。

事業運営の共同性については、民法上の組合 (ドイツ民法典七一六条) におけるのと同様の監視・監督権が匿名組合員に認められている (ドイツ商法典二三三条)。

(3) 匿名組合と共算的消費貸借

匿名組合はその出資関係が外部にあらわれないがゆえに、それと類似する共算的消費貸借 (paritarisches Darlehen) との異同が論じられる。そして、ドイツにおいては、匿名組合が内的組合たる民法上の組合の特殊類型

ととらえられているがゆえに、匿名組合と共算的消費貸借に関する議論は、民法上の組合と共算的消費貸借の異同を論じることに通じる。⁽⁶¹⁾

共算的消費貸借と匿名組合（ないし内的組合）との共通点は、事業者への出資財産の移転および出資者の利益への参加である。⁽⁶²⁾

相違点は共同目的の有無である。そのもっともわかりやすい徴表は損失分担の有無である。⁽⁶³⁾ 出資者に出資総額の減少の意味における損失の分担があれば、そこには消費貸借ではなく、匿名組合ないし内的組合たる民法上の組合が認められる。つまり、損失分担は組合成立の必要条件ではないが、十分条件である。

もっとも、匿名組合においてはその契約関係の性質から匿名組合員の損失分担を特約により排除しうる（ドイツではその商法典二二二条二項の明文規定により、わが国では商法五四二条ただし書の解釈としてこのことが承認されている）。また、民法上の組合においては共同目的の営利たると非営利たるとを問わない。したがって、目的の共同性の内容として、利益分配も（出資総額の減少における）損失分担も組合の本質的要素ではないということもできる。⁽⁶⁴⁾

しかし、共同目的の存在、つまり、組合関係の存在にとつて、損失分担は必要条件ではないが、十分条件なのであるから、損失分担には重要な意義を見いだすことができる。出資総額が減少した場合に出資額の全額が返還されないことは、出資義務の意義を強調したものであるといえる。出資額の全額の返還請求権が存在する場合、つまり、損失分担義務が構成員にない場合には、事業に対する出資としての色彩が弱くなる。

VI おわりに——組合型団体における「共同の事業」と損益分配——

(1) 組合の成立要件と損益分配

さて、損益分配は民法上の組合の成立要件といえるか？

民法六六七条を文言どおり読むかぎりでは、「各当事者」による「出資」義務および「共同の事業を営むこと」の合意が民法上の組合の成立要件である。損益分配が成立要件とはされていない。

判例・通説⁽⁶⁵⁾によれば、一部の組合員が損失分担をしない合意は有効であるから、損失分担は民法上の組合の成立要件ではない。また、利益分配についてはすべての組合員が利益分配を受けることができなければならないとされているが、これには利益分配をする組合の場合という限定がついているから、利益分配もまた民法上の組合一般の成立要件ではない。

わが国においては損益分配が民法上の組合の成立要件であるとはいえない。明文でもって損益分配を成立要件とするフランス民法典とは事情が異なる。

もっとも、損益分配を要件とするか否かは定義づけの問題であるにすぎない。フランス法においても、損益分配がないという条項によって当該契約が無効になるのではなく、当該条項が書かれざるものと見なされる（フランス民法典一八四四条の一項第二項）か、あるいは、当該条項は維持されて当該契約が他の法律関係として性質決定される。

後者の場合、利益分配がなければ、たとえばアソシエーション (association：非営利団体) であり、損失分担がなければ、たとえば共算的消費貸借 (prêt participatif：利益参加型消費貸借) である。⁽⁶⁶⁾

(2) 「共同の事業」にいう事業

損益分配は組合の成立要件ではないが、成立要件の「共同の事業」の要素であると考えられる。

ところで、「共同の事業」にいう事業は、組合の共同の目的（ドイツ法にいう *gemeinsamer Zweck*）を達成するための手段である。組合の共同の目的とは、営利目的または公益などの非営利の何らかの目的をいう（＝団体目的。ドイツ法にいう *Gesellschaftszweck*）。共同の事業は、一般社団・財団法人法二二条一項一号や会社法二七条一号にいう定款の絶対的記載事項として定められている「目的」に相当するものであり、組合の行う具体的な事業活動の範囲を画するものである（＝事業目的）。組合契約が書面になっていればそこに記載されるべきものである。⁽⁶⁷⁾

(3) 「共同の事業」にいう共同性

「共同の事業」にいう共同性を認定するための要素には、事業運営の共同性、および、損益分配の要素を含む財産関係の共同性の要素がある。

事業運営の共同性とは、組合の事業への共同的参加、および、共同の事業の基礎となる組合契約に関する意思決定への共同的関与をいう。事業への共同的参加にはたとえば、業務執行についての意思決定への参加（民法六七〇条一項）や、最低限の参加として業務・財産状況の検査権（民法六七三条）がある。

財産関係の共同性には、損益分配の要素または共同財産（組合財産）の形成の要素がある。

営利目的の組合にあって、「共同の事業」にいう共同性を認定するためには、各当事者の組合への共同的参加、つまり、事業運営の共同性および財産関係の共同性が認定されなければならないが、これらの共同性を認定するための

要素は、あくまで総合的・全体的評価のための斟酌要素であり、必ず存在しなければならぬ常素というわけではない。

たとえば、損益分配は財産関係の共同性を認定するための一要素にすぎない。

(4) 共同性の要素としての損益分配

利益分配および損失分担がともに共同性の一要素にすぎないという考え方からすれば、利益分配を目的とする組合にあっても、一部の組合員が利益分配を受けないことがあってもよい。事業成果に対する何らかの利益が精神的な条件を満たされるのではないだろうか。わが国の民法上の組合は、フランス法が会社・組合(société)を営利目的に制限しているのは異なり、ドイツ法上のそれと同じく、組合目的の種類・内容には何の法律上の制限もないのである。損失分担もまた組合型団体の常素ではない。債務超過の際の損失を分担しないだけでなく、出資総額の一部の毀損にとどまる場合にも損失を分担しない場合があってもよい。つまり、一部の者が出資全額の返還を受けられるという約定があってもよい。なぜなら、出資義務の負担というかたちで「共同の事業」に貢献すればよいからである。

このように組合契約中に組合員の一部に損失分担のないことを定めることも可能である。これに対して、損失分担の定めがあれば、当該契約は組合契約であるとの法性決定に強く傾く。

損失分担の定めがあれば、財産関係の共同性が強く示唆され、これに加えて事業運営の共同性が最低限の監視権(民法六七二条)というかたちでも認められるなら、当該契約は組合契約である。

共同財産が形成され、事業名義が共同であれば民法上の組合であり、共同財産がなく事業が組合員の一人の名義であれば内的組合たる民法上の組合か、あるいは匿名組合である。

(1) 損失分担は組合における各組合員の内部的な負担であり、組合債権者に対するものではない。損失の分担とは、損失額の損失分担の割合に従って各組合員に計算上割り当てることをいう。損失が生じた時点で損失分担額を組合に払い込むことではない。したがって、後に本文でも論じるように、損失分担という損失とは、負債が出資総額を超える債務超過の場合のみならず、出資総額の毀損の場合をも含むと解すべきである。

(2) 共算的消費貸借 (partiarisches Darlehen ; prêt participatif) なる訳語がいかにして出てきたかについては不明の致すところであるが、ドイツ文献がラテン語源の partiarisch を auf gemeinsamer Rechnung と言い換えているところから考えると、利益の「共同計算 (gemeinsame Rechnung)」を「共算」的と翻訳したのであろう。しかし、共算的消費貸借の内容からは利益参加型消費貸借 (フランス語の participatif に対応) ないし利益配当型消費貸借とも呼んだほうがわかりやすいように思われる。

(3) たとえば、平出慶道『商行為法 (第二版)』三三〇ないし三三二頁 (青林書院、一九八九年) がある。詳細なものとしては篠田四郎「非典型匿名組合——その類型論的・法的構成——(1)」名城法学三二巻一四八頁以下 (一九八二年) がある。匿名組合に関する商法学説の記述は一所にはほぼ収斂したものとなっているが、その内容については米田保晴「匿名組合の現代的機能(1)——その現状と法律上の論点——」信州大学法学論集四号七七頁以下 (二〇〇四年) および細川健「匿名組合の税務とその問題点」税務弘報五四巻一一号一三九頁以下 (二〇〇六年) に整理がある。

(4) Yves GUYON, Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et société, 7^e éd, 1992, n° 109, 123; Philippe MERLE et Anne FAUCHON, Droit commercial, Sociétés commerciales, 12^e éd, 2008, n° 40.

(5) Code monétaire et financier art. L. 313-13.

(6) フランス法上、営利を目的とする団体である会社ないし組合 (société : ソシエテ) は、法人格を取得することが可能である (フランス民法典一八四二条一項、フランス商法典・法律二一〇の六条)。したがって、この場合のソシエテ (société) は、営利性、社団性および法人格を備えているから、会社と訳すことができる。また、社員が登記しないことを合意するこ

ともできる(フランス民法典一八七一条一項)。これをソシエテ・アン・パルティシパシオン(société en participation:以下「組合」と訳す)という。歴史的には伝統的な意味での匿名組合(association en participation)の流れを受け、日本でも匿名組合と訳されているが、それにとどまるものではない。わが国でいうところの匿名組合および(内的組合を含む)民法上の組合に対応する。要するに、フランス法においては、法人格のあるソシエテ(société)(=会社)および法人格のないソシエテ(société)(=組合)がある。なお、フランスのソシエテ・アン・パルティシパシオン(組合)については、山田誠一「フランスにおける法人格のない組合」日仏法学一七号一〇五頁以下(一九九一年)に紹介がある。なお、後掲注(28)参照。

(7) より一般的には、消費貸借に対する会社・組合への出資の要素として、会社・組合の解散後にのみ返還されること、対価は利益に応じた利益配当であること、および、出資からなる資本が会社債務の引き当てとなることが挙げられている。GUYON, op. cit., n° 109.

(8) 前掲注(6)および後掲注(28)参照。

(9) フランス民法典一八七二条の一第二項によれば、第三者に知られて(au vu et au su des tiers)組合員の資格で活動する組合(société en participation)構成員は、組合債務につき債務を負担する(このかぎりでは、非匿名型組合[société en participation ostensible])となる。わが国の民法上の組合に対応する)。わが国の民法典には組合員の無限責任を直接定める明文の規定はないが、民法六七五条が組合員の無限責任を前提とする。

(10) フランス文献においてこのことを指摘するものとして、GUYON, op. cit., n° 126; Kerstin PEGLOW, Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés, 2003, n° 547.

(11) 以下の投資事業組合に関する叙述は、宮武敏夫「匿名組合契約と税務」ジュリスト二二五五号一〇六頁(二〇〇三年)、米田保晴「匿名組合の現代的機能(1)(2)」その現状と法律上の問題点——(1)(2完)——信州大学法学論集四号七七頁(二〇〇四年)・六号一五九頁(二〇〇六年)、名古屋地判平成一六年一〇月二八日判タ二二〇四号二四頁、細川健「民法上の任意組合の税務とその問題点——航空機リース事件を題材にして」税務弘報五四卷八号一五二頁(二〇〇六年)、田中慎一・保田隆明『投資事業組合とは何か』(ダイヤモンド社、二〇〇六年)による。

(12) もっとも、投資事業有限責任組合に関する公示制度には問題がある。とくに有限責任(投資事業有限責任組合契約)に関する

る法律九条二項) に関して、組合員が有限責任を享受するための要件は、各当事者による出資と共同の投資事業の合意(同法三条一項) および無限責任組合員・有限責任組合員の別の合意(同法三条二項四号) であると考えられるが、有限責任組合員が誰であるかは登記事項ではなく、無限責任組合員についてののみが登記事項となっている(同法一七条二項)。それゆえ、第三者との間で、有限責任組合員であるか否か、あるいは、そもそも組合員が誰であるかが争いになることも考えられる。一般には同法一七条の登記により有限責任を第三者に主張しようと考えられているようだが、再考の余地がある。有限責任事業組合では、有限責任(有限責任事業組合契約に関する法律一五条) を負担するにすぎない組合員(同法四条三項四号) の全員について登記される(同法五七条一項) ので、登記の意義を有限責任との関係でどう解するか(効力発生要件か、對抗要件か、あるいは、単なる公示にすぎないか) についての難問は残るにしても、有限責任である組合員の名が公示されるという点で問題は小さい。

投資事業有限責任組合において組合員の誰であるかが問題になるとすれば、以下に述べる民法上の組合に関する議論が同様にあてはまるものと考えられる。

(13) フランス文献でこのことを指摘するものとして、GUYON, op. cit., n° 126; PEGLOW, op. cit., n° 549; MERLE et FAUCHON, op. cit., n° 44.

(14) 後述するように、事業運営の共同性は財産関係の共同性ととも、組合契約における「共同の事業」(民法六六七条) の共同性(共同的参加) の一要素である。

(15) 損益分配に関しては、我妻栄『債権各論 中巻二』八二〇頁以下(岩波書店、一九六二年)、鈴木祿彌編『新版 注釈民法(17)』(有斐閣、一九九三年) 二二五頁以下(品川孝次) および品川孝次『契約法 下巻』(青林書院、一九九八年) 三三六頁以下がわが国における通説的見解であろう。

(16) 有限責任事業組合および投資事業有限責任組合にはそれぞれの利益分配規制がある(有限責任事業組合契約に関する法律三四条一項「組合財産は、その分配の日における分配可能額……を超えて、これを分配することができない」・有限責任事業組合契約に関する法律施行規則三七条「純資産額から三百万円(……出資の総額が三百万円に満たない場合には、組合員による出資の総額) を控除する」、投資事業有限責任組合契約に関する法律一〇条一項「組合財産は、貸借対照表上の純資産額を超えて、これを分配することができない」)。

- (17) 鈴木編・前掲注(15)〔品川〕一二六頁、品川・前掲注(15)三三六頁。
- (18) 我妻・前掲注(15)八二一頁。
- (19) たとえば、平出・前掲注(3)三三七頁。
- (20) 我妻・前掲注(15)七七三頁、広中俊雄『債権各論講義(第六版)』三〇三頁(有斐閣、一九九四年)。わが国の通説は、ドイツにおけるかつての通説に呼応する。Vgl. Peter ULMER, *Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, Sonderausgabe aus Band 5 (Schuldrecht · Besonderer Teil III) des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 4. Aufl., 2004, § 705 Rn. 149.
- (21) 大判明治四四年十二月二六日民録一七輯九一六頁。
- (22) 前掲注(11)、判タ一二〇四号二五九頁。
- (23) 我妻・前掲注(15)七五七頁。
- (24) 我妻・前掲注(15)七七七頁。
- (25) 対外的業務執行は第三者との法律行為をとまうのがふつうである。それゆえ、対外的業務執行については、組合員全員が共同して対外的業務執行および法律行為をする場合を除き、業務執行をなす者に組合(全組合員)を代理する権限が必要である(組合代理)。
- (26) この項を、Ulrich EISENHARDT, *Gesellschaftsrecht*, 13. Aufl., 2007, Rn. 55f.; PEGLOW, *op. cit.*, n° 409 et ss. を参照している。
- (27) 前掲注(11)・名古屋地判平成一六年一〇月二八日は民法六六七条一項の成立要件について、『事業を共同で営む』というためには、まず、(i) 各当事者が当該組合の事業の遂行に関与し得る権利をもつことが必要というべきである」とし、「次に、(ii) 各当事者が事業の成功に何らかの利害関係を有することが必要である」としている(判タ一二〇四号二五九頁)。
- (28) 野田良之「会社という言葉について」鈴木竹雄先生古稀記念『現代商法学の課題(中)』七〇五ないし七〇七頁(有斐閣、一九七五年)は、フランス法上のソシエテ(société)に会社、組合または社団のいずれの訳語をあてるのも適当ではないとする。現行フランス法の下では、ソシエテ(société)は営利性および(一人会社の例外はあるが)社団性をそなえ(フランス民法典一八三二条)、かつ、法人格を取得することが可能である(同一八四二条一項、フランス商法典・法律二一〇の六

条) から、ソシエテは営利社団法人であるということが出来る。基本的には会社と訳するのが適切である。民法上のソシエテ (*société civile*) は法人格を備えているから、わが国でいうところの民法上の組合に対応するものではなく、民事会社である。前述したように、法人格のないソシエテのうち、構成員が登記しないことを合意したソシエテがソシエテ・アン・パルティシパシオン (*société en participation* : 組合) であり、従来、匿名組合と訳されてきた。しかし、ソシエテ・アン・パルティシパシオン (組合) は、民法典の民事会社 (*société civile*) または合名会社に関する規定が適用される (フランス民法典一八七一条の二) 組合型団体であり、かつ、法人格がないのであるから、わが国における民法上の組合ないし匿名組合に対応するものである。本稿はこのフランス法上の法人格のない組合 (*société en participation*) の存在を勘案して、ソシエテ (*société*) を会社・組合 (*société*) としつゝ、なせ、前掲注(6)参照。

- (29) GUYON, op. cit., n° 97, 124; MERLE et FAUCHON, op. cit., n° 25, 43; Maurice COZIAN, Alain VIANDIER et Florence DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 21^e éd., 2008, n° 134 et ss.
- (30) PEGLOW, op. cit., n° 21; Vincent CUISINIER, *L'affectio societatis*, 2008, n° 6.
- (31) 前掲注(29)参照。
- (32) G. RIPERT et R. ROBLLOT sous la direction de Michel GERMAIN, *Traité de droit commercial*, Tome 1-Volume 2, *Les sociétés commerciales*, 18^e éd., 2002, n° 1056-34; CUISINIER, op. cit., n° 6.
- (33) RIPERT et ROBLLOT par GERMAIN, op. cit., n° 1056-37; MERLE et FAUCHON, op. cit., n° 44; CUISINIER, op. cit., n° 162 et ss.; PEGLOW, op. cit., n° 449.
- (34) 前掲注(9)及び(29)参照。
- (35) GUYON, op. cit., n° 126; RIPERT et ROBLLOT par GERMAIN, op. cit., n° 1056-39; MERLE et FAUCHON, op. cit., n° 44; CUISINIER, op. cit., n° 77 et ss.; PEGLOW, op. cit., n° 448.
- (36) GUYON, op. cit., n° 97; MERLE et FAUCHON, op. cit., n° 73 et 599; COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, op. cit., n° 136.
- (37) RIPERT et ROBLLOT par GERMAIN, op. cit., n° 1056-34; MERLE et FAUCHON, op. cit., n° 43; COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, op. cit., n° 134.

- (38) GUYON, op. cit., n° 125; COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, op. cit., n° 134; PEGLOW, op. cit., n° 445; CUISINIER, op. cit., n° 520.
- (39) Michel De JUGLART et Benjamin IPPOLITO par Jacques DUPICHOT, Les sociétés commerciales, Cours de droit commercial, 10^e éd, 1999, n° 49; Paul DIDIER, Droit commercial, Tome 2, L'entreprise en société Les groupes de sociétés, 3^e éd, 1999, p. 33 et ss.; CUISINIER, op. cit., n° 12 et ss., 362 et ss.
- (40) GUYON, op. cit., n° 124; RIPERT et ROBLLOT par GERMANN, op. cit., n° 1056-23, 1056-34, 1056-45, 1246; MERLE et FAUCHON, op. cit., n° 40, 41, 42, 43; PEGLOW, op. cit., n° 444.
- (41) GUYON, op. cit., n° 122, 123; Yves CHARTIER, Droit des affaires 2/Sociétés commerciales, 3^e éd, 1992, n° 22; RIPERT et ROBLLOT par GERMANN, op. cit., n° 1056-44 et ss.; MERLE et FAUCHON, op. cit., n° 41 et s.; COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, op. cit., n° 123 et ss.; PEGLOW, op. cit., n° 402 et ss.
- (42) GUYON, op. cit., n° 123; RIPERT et ROBLLOT par GERMANN, op. cit., n° 1056-24; MERLE et FAUCHON, op. cit., n° 40; COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, op. cit., n° 127 et ss., 325, 361, 1105.
- (43) JUGLART et IOPPLITO par DUPICHOT, op. cit., n° 49; PEGLOW, op. cit., n° 403, 405, 455, 548; RIPERT et ROBLLOT par GERMANN, op. cit., n° 1056-45 et s.; COZIAN, VIANDIER et DEBOISSY, op. cit., n° 122.
- (44) 非営利団体契約に関する一九〇一年七月一日の法律 (Loi du 1^{er} juill. 1901 relative du contrat d'association)°
- (45) 前掲注(9) 及び注(8) 参照°
- (46) PEGLOW, op. cit., n° 52, 455.
- (47) Alfred HUECK, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., 1971, S. 3ff.; ULMER, a. a. O., Vor § 705 Rn. 1ff., 104ff., § 705 Rn. 142ff.; Barbara GRUNEWALD, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2005, S. 5ff.; Friedrich KÜBLER/Heinz-Dieter ASSMANN, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2006, S. 34f., 44f., 47ff.; EISENHARDT, a. a. O., Rn. 34ff.; Götz HUECK/Christine WINDBICHLER, Gesellschaftsrecht, 21. Aufl., 2008, S. 46f.
- (48) KÜBLER/ASSMANN, a. a. O., S. 1.; HUECK/WINDBICHLER, a. a. O., S. 1.
- (49) 狭義の団体の概念 (Gesellschaft im engeren Sinne : 狭義のゲゼルシャフト) と区別するべきは広義の団体 (Gesell-

schaft im weiteren Sinne : 広義のゲゼルシャフト) という。狭義のゲゼルシャフトとは社團型団体 (Körperschaft; Verein) に対する組合型団体 (Personengesellschaft; Gesellschaft) のことである。

(96) Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, S. 57 ff.

(97) ドイツ法上合名会社および合資会社には法人格がない。もっとも、ドイツ商法典二二四条一項(合資会社については一條二項)が、合名会社は商号の下で権利を有し、義務を負うことを定めているので、合名会社は法人ではないが、(部分的) 権利能力を有するものとされている。財産の帰属関係は合手的共同関係 (Gesamthandsgemeinschaft : 合有関係) であるとされている。連邦通商裁判所二〇〇一年一月二十九日判決 (BGHZ 146, 341 ff., 343) 以降は、民法上の組合についても同じように考えるのが通説となっている。つまり、内的組合ではなく民法上の組合は法人ではないが、権利能力を有する。KÜBLER/ASSMANN, a. a. O., S. 45, 70; EISENHARDT, a. a. O., Rn. 70 ff.

(98) Karl GEILER, DÜRINGER-HACHENBURG, Das Handelsgesetzbuch, II. Band/1. Hälfte, 3. Aufl., 1932, Vor § 105, Anm. 15; Kurt BALLERSTEDT, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Recht der Personengesellschaften, Juristische Schulung 1963, S. 255; Joachim SCHULZE-OSTERLOH, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, 1973, S. 13 ff., 18 ff., 21 ff., 37; Ernst KEßLER, J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungssetz und Nebengesetzen, II. Bd, 4. Teil, 10./11. Aufl., 1975, Vor § 705 Rn. 31.

(99) SCHULZE-OSTERLOH, a. a. O., S. 31 f., 37 ff.

(100) Wolfgang FIKENTSCHER, Zu Begriff und Funktion des „gemeinsamen Zwecks“ im Gesellschafts- und Kartellrecht, Festschrift für Harry WESTERMANN zum 65. Geburtstag, 1974, S. 87 ff.

(101) 前掲注(47)参照。

(102) Werner FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1, Die Personengesellschaft, 1977, S. 37 ff., 39 ff., 47 f., 48 ff.; Karsten Schmidt, Verbandzweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, S. 29 ff.; ders., Gesellschaftsrecht, S. 58 ff., 61 ff., 1735 f.

(103) SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 547 ff.

(104) BALLERSTEDT, a. a. O., S. 254; ULMER, a. a. O., § 705 Rn. 148.

- (59) KÜBLER/ASSMANN, a. a. O., S. 26f.; HUECK/WINDBICHLER, a. a. O., S. 24f.
- (60) Folkmar KOENIGS, Die stille Gesellschaft, 1961, S. 1 ff., 22 ff.
- (61) ULMER, a. a. O., Vor § 705 Rn. 106 ff.
- (62) EISENHARDT, a. a. O., Rn. 468.
- (63) SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 1843; EISENHARDT, a. a. O., Rn. 468.
- (64) ULMER, a. a. O., § 705 Rn. 148.
- (65) 前掲注(15)(21)参照。
- (66) RIPERT et ROBLOT par GERMAIN, op. cit., n° 1056-47.
- (67) 前掲注(26)参照。