

## 研究ノート

## 民法（債権関係）改正案に関するノート（V）

## —組合契約—

荒井 俊行

## （はじめに）

今回は2015年10月17日の明治大学法科大学院公開寄付講座「組合契約」の聴講（講師は明治大学法科大学院教授 中山知己氏）をベースに、普段あまり検討する機会のない組合契約について、民法改正案の概要を纏めてみることにしたい。また、補論として、2015年11月7日同上公開寄付講座において「裁判実務から見た民法（債権関係）改正」（講師は中央大学大学院法務研究科教授 加藤新太郎氏）という興味あるテーマの講座を聴講できたので、筆者の曖昧な知識をベースに講義要旨を記録しているため、不正確・不十分との誹りを免れないが、東京高裁で長らく総括判事を務められた方の極めて貴重なご指摘であると考えられるので、ここにとどめておくことにしたい。

まず民法には、13の典型契約が定められている。このうち、①売買、②交換、③贈与は譲渡契約、④消費貸借、⑤使用貸借、⑥賃貸借は使用許与契約、⑦雇用、⑧請負、⑨委任、⑩寄託は労務契約というそれぞれに総括すべき類似性があるが、残りの⑪終身定期金、⑫和解、⑬組合にはそれが無い。

⑪の終身定期金は約束された給付が不定量の定期金であり、老後の生活保障という特殊性に加え、贈与、売買とは異なる特殊な規定を必要とすることに着目して典型契約のひとつに位置付けたものであろう。⑫の和解は、売買などの他の契約のように当事者間に新しい法律関係を創設するものではなく、契約や不法行為等により、既に当事者間に成立している法律関係に関する争いの確定を目

的とする特殊な契約類型として、特別に別個の位置づけが与えられたものである。そして、⑬組合は対立する当事者間の一方から他方への、又は双方互いの給付を約するのではなく、二人以上が一種の団体を作り共同事業をしようと約する点に着眼して、独立の典型契約として規定を置いているものである。

## （組合契約の典型契約性）

組合を典型契約として維持する理由としては、①共同事業を営む契約の典型であること、②通常の大務契約とは異なる特徴を持つこと（対外関係を伴う、合同行為の性質を持つ、団体としての存続維持の要請がある）、③社団法人と対比される契約的結合のモデルを示す意義があること、がある。

民法上の組合の例としては、法律事務所、建設業の共同企業体、映画製作委員会、会社設立過程における発起人組合、ヨットクラブなどがある。また、各種の法律が組合についての規定を置いており、例えば有限責任事業組合契約法（民法上の組合の特例）、労働組合法、建物区分所有法などの特別法、各種協同組合法などである。共同事業性を欠くが、商法535条以下には匿名組合に関する規定が、また、組合という名称はないが、会社法575条以下の合名会社も実態が組合に近接する。そのほか、従来民法上の組合形態をとっていた団体が法人格を取得する場合として、一般社団法人法10条以下による一般社団法人、弁護士法30条の2以下による弁護士法人などがある。

組合の法的性質論については、多くの議論があ

るが、中山知己教授によれば、我妻栄先生の「債権各論」(岩波書店)の以下の記述が今日においても本質を最も簡潔に言い尽くしている文献であるとのことであり、ここに引用して参考に供したい。

「組合の構成・運営を定める規範は、構成員の意思から独立した客観的存在を取得せず、最後まで構成員全体の意思の合致(組合契約)で定められ、かつ変更される。そして、組合の組織は、その意思の合致の効果として、各員が他の各員に対して出資義務その他団体運営についての協力を要求する権利を有することによって形成される。ここに組合の契約的性質が現れる。」

「各組員が他の各員に対して有するこの協力請求権は、各自それぞれの利益のために給付を交換することを目的とするのではなく、組員全員の共通の利益のために給付を結合することを目的とする。従って、この請求権を生ずる根拠たる組合契約において合致する各員の意思表示は、契約の場合と異なり、合同行為におけるように各当事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る事項の実施及び組合契約で定められた各員の義務の履行は、すべて全組員に共通の事項としての意義を有し、各組員の個人的事項ではなくなる。これらの点に組合の団体性と組合契約の合同行為性が存在する。」

「右の二つの特色が組合の財産関係に反映して、組合財産の特殊性を示す。組合の資産は組員全員の共同所有、組合債務は組員全員の債務、他方組合財産は一個の目的財産としての独自性を有し、組員の他の財産(個人財産)とは別個の扱いを受ける。そこに組合の資産が単なる共有ではなく合有<sup>1</sup>だとされ、組合の債務が単なる多数債務者の関係ではなく債務の合有的帰属とされ、さらに進んでは、資産と債務のすべてを含んだ組合財産を単一体とし、それに対する各組員の権利(持分)を組員たる地位と不可分のものとしてとら

えようとする理論を生ずる根拠が存在する。」

### (組合契約の民法改正案概要)

#### (1) 667条(現行のまま)

##### (組合契約)

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。

2 出資は、労務をその目的とすることができる。

##### (説明)

この規定は、民法上、組合とは、各当事者が出資をし、共同の事業を営むことの約束により成立し、出資は、金銭、財産のみならず、労務でもよいことを示す基本的な条文である。組合契約は、典型契約の一つであり、諾成・双務・有償契約である。

#### (2) 667条の2(新設)

##### (他の組員の債務不履行)

第533条及び第536条の規定は、組合契約については、適用しない。

2 組員は、他の組員が組合契約に基づく債務の履行をしないことを理由として、組合契約を解除することができない。

##### (説明)

組合契約については、その団体法的な性格から、契約総則の規定がそのまま適用されると不都合な場合があり、例えば、ある組員が出資を履行していない場合に、他の組員が業務執行者等からの請求に対し同時履行の抗弁権を主張して出資を拒むことができるとするとはできないと解されている。また、ある組員の出資が不可抗力により履行ができない場合に、危険負担の規定により他の組員の出資債務も消滅(あるいは履行拒絶)することもないと解されている。さらに、ある組員が出資を履行しない場合でも、もともと組合の脱退(678条・679条)・除名(680条)・解散(683条)の各事由が法定されていることから、債務不履行解除ができないと考えられている。しかし、現行民法にはこれらの契約総則の規定の組合契約

<sup>1</sup> 組合の共同目的に拘束され、団体的性質を持ち、各共有者は持分を潜在的には有するが、持分処分が否定され、また、目的物の分割請求の自由も否定される共同所有のことである。

への適用の有無についての明文がないことから、民法改正案では、組合契約については同時履行・危険負担・解除の規律の適用がないことの明文化が提案された。

### (3) 667条の3 (新設)

#### (組合員の一人について意思表示の無効等)

組合員の一人について意思表示の無効又は取消しの原因があっても、他の組合員の間においては、組合契約は、その効力を妨げられない。

#### (説明)

組合契約も意思表示によることから、その意思表示が無効・取消となる場合がある。組合契約は多数の組合員により締結される団体的性格を有することから、ある組合員の組合契約が無効・取消となることにより、他の組合員の契約全体が無効・取消となると、組合と取引をした第三者は勿論のこと、組合契約により共同して事業を行うことを目的とした他の組合員の期待も損なわれる。そこで民法改正案では、ある組合員について意思表示が無効・取消となっても、他の組合員の意思表示についての効力は妨げられないとの明文化を提案した。

### (4) 670条

#### (業務の決定及び執行の方法)

組合の業務は、組合員の過半数をもって決定し、各組合員がこれを執行する。

2 組合の業務の決定及び執行は、組合契約の定めるところにより、一人又は数人の組合員又は第三者に委任することができる。

3 前項の委任を受けた者（以下「業務執行者」という。）は、組合の業務を決定し、これを執行する。この場合において、業務執行者が数人あるときは、組合の業務は、業務執行者の過半数をもって決定し、各業務執行者がこれを執行する。

4 前項の規定にかかわらず、組合の業務については、総組合員の同意によって決定し、又は総組合員が執行することを妨げない。

5 組合の常務は、前各項の規定にかかわらず、

各組合員又は各業務執行者が単独で行うことができる。ただし、その完了前に他の組合員又は業務執行者が異議を述べたときは、この限りでない。

#### (説明)

現行民法 670 条 1 項は「業務執行者」を置かない場合の組合業務の意思決定は組合員の過半数で決する旨を規定するものの、各組合員に業務執行権がある旨が明文では定められていない。そこで民法改正案では、各組合員に業務執行権があることが明示されるように現行民法 670 条 1 項の文言を改正することが提案された（現行規定は「組合の業務の執行は、組合員の過半数で決する」である）。

次に、現行民法 670 条 2 項は、業務執行者を複数置く場合には、業務の執行はその過半数で決する旨を定めるものの、その前提となる、業務執行者の委任、業務執行者の権限についての定めがおかれていない。そこで、民法改正案では、組合契約により、業務の決定・執行を組合員または第三者に委任をすることができること（2 項）、委任を受けた「業務執行者」が業務を決定・執行すること（3 項）を明文化した上で、「業務執行者」が複数いる場合は業務執行者の過半数で決定し、各業務執行者が決定に基づいて執行をすること（3 項）を明らかにすることが提案された。なお、業務執行者が置かれた場合でも、総組合員の同意によって業務を決定し、執行をすることは妨げられない旨の規律（4 項）、また、組合の「常務」について、各組合員・各業務執行者が単独で行うことができる旨の規律（5 項）（現行 670 条 3 項）については従来通りである。

### (5) 670条の2 (新設)

#### (組合の代理)

各組合員は、組合の業務を執行する場合において、組合員の過半数の同意を得たときは、他の組合員を代理することができる。

2 前項の規定にかかわらず、業務執行者があるときは、業務執行者のみが組合員を代理することができる。この場合において、業務執行者が数人

あるときは、各業務執行者は、業務執行者の過半数の同意を得たときに限り、組合員を代理することができる。

3 前二項の規定にかかわらず、各組合員又は業務執行者は、組合の常務を行うときは、単独で組合員を代理することができる。

#### (説明)

組合は、法人格を持たないので法律行為の主体となることができない。このため組合が第三者と法律行為を行うには、代理の形式を用いざるを得ない。しかし民法には組合代理の規定がなく、判例も業務執行権と代理権とを厳密に区分することなく、業務の執行の方法(670条)を組合代理にも適用しているとみられる。そこで、民法改正案は、業務執行権と代理権とを区別する観点から、業務執行権に関する670条の規律とは別に、組合代理に関する規律の新設を提案した。内容的には、670条の適用により組合員の代理権を説明してきた判例法理を維持している。

1項は業務執行権を置かない場合の組合代理について、各組合員が他の組合員を代理して組合の業務を執行するには、組合員の過半数をもって代理権の授与を決定しなければならないものとして、組合の常務については、各組合員が単独で他の組合員を代理して行うことができることを3項で明示した。

2項は、業務執行者を置く場合、その者のみに組合の業務の執行に係る代理権を付与し、それ以外の組合員には代理権を付与しない旨を条文化し、業務執行者が2人以上の場合は、組合代理権をどの業務執行者に授与するかは、業務執行者の過半数で決するという670条2項を継承している。なお組合代理も代理の一種である以上、民法の表見代理の規定が適用される。

### (6) 675条

#### (組合の債権者の権利の行使)

組合の債権者は、組合財産についてその権利を行使することができる。

2 組合の債権者は、その選択に従い、各組合員

に対して損失分担の割合又は等しい割合でその権利を行使することができる。ただし、組合の債権者がその債権の発生の際に各組合員の損失分担の割合を知っていたときは、その割合による。

#### (説明)

組合の債権者は、組合の財産に対して権利行使ができる。組合財産は総組合員の「合有」となると解されており、組合の債務も各組合員に分割して帰属するのではなく、総組合員に帰属し、組合の財産がその引当となる。しかし現行民法にはこのような規律が明文化されていない。そこで民法改正案では組合の債権者は、組合の債務を一個の債務として組合の財産に対して権利行使ができるという一般的な理解を明文化した。

また、組合の債権者は組合員の固有財産に対しても権利行使をすることができる。現行民法675条は各組合員に対して等しい割合でその権利行使をすることができることを原則とし、組合員間において損失分担の割合が定められている場合に、債権者がこれを知っていた場合には、定められていた損失割合で権利行使をすることとしている。しかし、債権者に組合員相互の損失分担割合を知らなかったことの証明を求めるよりも、均等割合を原則とし、例外的に、その債権の発生時に組合員の損失分担の割合を知っていたときは、債務者が債権者の悪意を立証すれば、その割合によってのみその権利を行使することができることとして、主張・立証責任の所在の明確化を図ることとされた。

やや細かいことになるが、改正案の文言には「その選択に従い」及び「損失分担の割合又は」が追加されている。組合の債権者が均等割合によって各組合員に対して権利行使ができることとしているのは、組合内部の取り決めにすぎない損失分担割合を知らなかった債権者を保護するためであり、本来であれば組合内で決められた損失分担割合によるのが筋であろう。このため、債権者がその債権の発生の際には各組合員の損失分担割合を知らず、後に知るに至った場合については、債権者の選択により、損失分担割合によって権利行使をするこ

とも可能であると考えられる。このことが読み取れるよう、上記文言が追加されているのである。

#### (7-1)676条 (2項を新設)

##### (組合員の持分の処分及び組合財産の分割)

組合員は、組合財産についてその持分を処分したときは、その処分をもって組合及び組合と取引をした第三者に対抗することができない。

2 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。

3 組合員は、清算前に組合財産の分割を求めることはできない。

#### (7-2)677条 (現行「組合の債務者は、その債務と組合員に対する債権とを相殺することができない」を全部改正)

##### (組合財産に対する組合員の債権者の権利の行使の禁止)

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。

##### (説明)

組合財産の帰属については、総組合員の共有に属する(668条)としながら、組合財産について持分処分や分割請求を禁止している(676条)。これは組合財産が組合員の固有財産からの独立性があること、換言すれば組合財産が共有ではなく、合有であることを意味しているのであるが、その旨の明文の規定がなく、具体的規律内容が明らかではなかった。

現行民法676条は、組合財産について、持分の処分や清算前の分割請求を禁じており、組合財産は、総組合員に「合有」として帰属すると解されることから、現行民法676条の規律は維持される。

その上で、組合員が、組合の財産である債権の自己の持分相当を行使できるとすると、組合員が組合財産を処分したことに等しい状態になってしまうので、民法改正案では、現行民法676条の規律に加えて、組合員が組合の債権を権利行使することを禁止する明文規定を設けることを提案した。

ところで「組合員の債権者がその債権と組合に対する債務とを相殺することができない」ことを意味する現行677条の規定は、677条改正案の「組合員の債権者は、組合財産について権利を行使することができない」との規律に含まれる関係にあるので、前者の規定は重ねて設けないのが適切であり、他方、組合員がその持分について権利を単独で行使することができない旨の規律は、すでに676条2項につけ加えているところである。これにより組合活動の財産的基礎の確保、組合財産に属する債権には分割主義の原則(427条)が妥当しないことが示されている。

#### (8)677条の2 (新設)

##### (組合員の加入)

組合員は、その全員の同意によって、又は組合契約の定めるところにより、新たに組合員を加入させることができる。

2 前項の規定により組合の成立後に加入した組合員は、その加入前に生じた組合の債務については、これを弁済する責任を負わない。

##### (説明)

組合成立後の組合員の加入について、民法は規定を置いていない。組合では、組合成立後に新たに組合員が加入することがあり得、現行民法は既存組合員の除名・脱退についての規律は存するが(678条~680条)、加入についての規律がない。しかしながら、組合員が全員同意している場合や、組合契約において加入の要件が定まっている場合に、組合員の加入を否定する理由はない。そこで、組合員の全員の同意あるいは組合契約の定めによって新規に組合員が加入することができる旨の規律を設けることが提案された。

また、675条「組合の債権者は各組合員の固有財産に対してもその権利を行使することができる」との関係で、新たに加入した組合員がその加入前に生じた組合債務についても自己の固有財産の引き当てとする責任を負うかが明らかではなかった。民法改正案はこれを否定する一般的な理解を明文化した。

**(9) 678条（現行のまま）****（組合員の脱退）**

組合契約で組合の存続期間を定めなかったとき、又はある組合員の終身の間組合が存続すべきことを定めたときは、各組合員は、何時でも脱退することができる。ただし、やむを得ない事由がある場合を除き、組合に不利な時期に脱退することができない。

2 組合の存続期間を定めた場合であっても、各組合員は、やむを得ない事由があるときは、脱退することができる。

**（説明）**

中間試案では、最判平成11年2月23日を受けて、やむを得ない事由があっても組合員が脱退することができないことを内容とする合意を無効とする旨の規律を設けることを提案していた。しかし、一部の規定についてのみ強行規定であることを条文中明示する場合には、他の規定がすべて任意規定であるかのような反対解釈を招く恐れがあることなどを理由とする反対意見が寄せられたことから、明文の規定を設けないこととされた。

ここで、問題となった最判平11.2.23の事案と判旨は以下のようなものである。

**（事案）** 組合契約での「オーナー会議で承認された相手方に対して譲渡することができる。譲渡した月の月末をもって退会とする」という任意脱退を制限する約定の有効性が争われた事案。

**（判旨）** 民法678条は、組合員は、やむを得ない事由がある場合には、組合の存続期間の定めの有無にかかわらず、常に組合から任意に脱退することができる旨を規定しているものと解されるどころ、やむを得ない事由があっても任意の脱退を許さない旨の組合契約は、組合員の自由を著しく制限するものであり、公の秩序に反するものと言うべきであるから、同条のうち右の旨を規定する部分は、強行法規で

あり、これに反する組合契約における約定は効力を有しないものと解するのが相当である。

1 口100万円で出資をして共同でヨットを購入し、出資者が会員となり、ヨットを利用して航海を楽しむことなどを目的とするヨットクラブを結成する旨の組合契約が締結され、ヨットクラブの規約には、会員の権利の譲渡及び退会に関して「オーナー会議で承認された相手方に対して譲渡することができる。譲渡した月の月末をもって退会とする（これは、不良なオーナーを防ぐためである）」との規定がある場合に、この規定を、本件クラブからの任意の脱退は、会員の権利を譲渡する方法によってのみすることができ、それ以外の方法によることは許されない旨を定めたものであると解釈するとすれば、やむを得ない事由であっても任意の脱退を許さないものとしていることになるから、その限度において、民法678条に違反し、効力を有しないものと言うべきである。

**(10) 680条の2****（脱退した組合員の責任等）**

脱退した組合員は、その脱退前に生じた組合の債務について、従前の責任の範囲内でこれを弁済する責任を負う。この場合において、債権者が全部の弁済を受けない間は、脱退した組合員は、組合に担保を供させ、又は組合に対して自己に免責を得させることを請求することができる。

2 脱退した組合員は、前項に規定する組合の債務を弁済したときは、組合に対して求償権を行使することができる。

**（説明）**

組合員は組合の債務について責任を負うが(675条)、組合員が脱退(678条・679条)した場合にまで責任を負うのか否かについては明文の規定がない。もし、脱退をすることにより組合員が組合

の債務を免れることできるとすると、組合の債権者に不利益となる。そこで脱退までに既に発生していた組合の債務については、組合員は脱退後も責任を負うと解されることから、民法改正案ではこのような規律を明文化した。

もともと、組合員は脱退をする際に、脱退時の組合財産の状況に応じた計算に基づき、その持分割合によって払戻を受けており(681条)、組合との関係では既存債務を考慮した持分の払戻がなされていることから、更に組合員が固有の財産を持って組合債務について責任を負うことは、他人の債務を弁済することに等しい状態になるとも言うことから、民法改正案では、弁済をさせられた脱退した組合員は組合に対して求償権を行使できるとの規律を設けること、弁済前であれば組合に対して担保を供したり、債権者に自己の免責を得させることを請求することができる旨の規律を設けることが提案されている。他方、組合は、その組合債務を履行したり、債権者から免除を得たりするなどして、脱退した組合員の固有財産を引き当てとする責任を免れさせるか、相当な担保を供して脱退した組合員が不利益を被らないようにしなければならないと解されている。

#### (11) 682条関係 (2~4号新設)

##### (組合の解散事由)

組合は、次に掲げる事由によって解散する。

- 1 組合の目的である事業の成功又はその成功の不能
- 2 組合契約で定めた存続期間の満了
- 3 組合契約で定めた解散の事由の発生
- 4 総組合員の同意

##### (説明)

現行民法は、組合の解散事由として、「事業の成功」、事業の「成功の不能」を掲げている。しかし、組合契約において存続期間や独自の解散事由を定めること、総組合員の同意により組合を解散することは当然認められると解される。そこで民法改正案では、これらの解散事由についても明文化することが提案された。

なお、当初、「組合員が一人になったこと」も解散事由と考えられていたが、一般社団法人法 148条4号が、設立時に2人以上が共同して法人を設立しなければならないものの、社員が1人になったことによっては、法人の事業遂行が不可能になるわけではないこと、社員が1人になったら直ちに法人が解散することは法人の継続性が保てず不都合なことから、「社員が1人になったこと」は解散事由とはされないこと等から、本条の解散事由からも「組合員が1人になったこと」は除かれた。

## (参考) 組合の財産関係の整理 ( ) は民法改正案の関係条文)

物権的 権利	<ul style="list-style-type: none"> <li>・総組合員の共有 (668) に属し、各組合員は出資額の割合に応じ、その権利の上に持分を有する。</li> <li>・各組合員は持分を処分できるが、その処分は①他の組合員、②組合と取引を下第三者に対抗できない (676 I) (←これを認めると、組合目的に協力すべき地位と目的達成の手段たる財産とが帰属を異にし、組合の活動の障害となり、第三者を害する)</li> <li>・各組合員の組合契約の終了前に分割を決議できない (676 III) (←組合の事業のための財産だから。ただし、組合員全員の合意での分割は可能 (大判大 2. 6. 28))</li> </ul>
債 権	<ul style="list-style-type: none"> <li>・総組合員に合有的に帰属し、各組合員は潜在的持分を有するに過ぎない。</li> <li>①債権の持分の処分は他の組合員・第三者に対抗できない (676 I)</li> <li>②組合員の持分の割合で分割した一部についても個人の資格では請求できない (676 II)</li> <li>③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出来ない (677)</li> </ul>
債 務 (675)	<ul style="list-style-type: none"> <li>・金銭債務のように可分でも、分割されずに全額が各組合員に合有的に帰属し、組合財産が引当となる。</li> <li>・各組合員は、個人財産を引き当てとする個人的責任を負担する。</li> <li>・債権者は、債権権全額について、①組合財産に対しても、また、②各組合員の負担する分割された数額についての各組合員の個人的財産に対しても、執行することができる。</li> <li>・この 2 つの請求権は、理論的には主従の差はなく、債権者はいずれを行使することも自由である。</li> <li>・各組合員の負担する割合は、債権発生当時の損失分担の割合によるのが原則であるが、債権者が債権取得時に損失分担の割合を知らなくとも、その後に損失分担の割合を知った場合は、その選択により損失分担割合によって権利行使が可能である。</li> <li>・各組合員の責任は、脱退しても、脱退前に生じた債務については、従前の責任の範囲内で弁済する責任を負う (680 の 2)</li> </ul>

### (補論) 裁判実務から見た民法(債権法)改正 (民法改正に向けた裁判官の関心)

裁判官は今回の民法改正それ自体にはニュートラルの立場である。平成8年の民事訴訟法の改正時は、手続法を適用する主体的な当事者として、改正内容に高い関心を示したが、今回は、それとは好対照をなしており、傍観者的である。理由は、民法は行為規範であり、もともと裁判官は自説を持たないし、当事者が一定の行為をし、トラブルが生じて、弁護士を介して訴訟が提起された後で、裁判官は受け身の立場でそれを処理すれば足りることが影響している。双方の言い分を聞いたうえで、対比熟慮するため、必要に応じて改正民法の解説書を読めば大丈夫という意識があるためであろう。

#### (時効について)

今回の改正で短期消滅時効が廃止され、民法170条から174条及び商法522条が削除されるが、特別法については、整備法で改正されるものとされないものがあることに留意が必要である。整備法で改正されるものとしては、製造物者責任法、鉱業法、大気汚染防止法などがあり、整備法で改正されないものとして労働基準法(賃金債権(2年)、退職金債権(5年))、保険法(保険金請求権(3年)、保険料請求権(1年))などがある。債権の主観的な消滅時効が5年であることとの関係上、保険金請求権の時効3年に問題を感じないわけではない。

#### (契約の解釈について)

契約の解釈について述べたい。この項目自体が民法の立法項目として論点になった。契約の解釈の実質的な意義についてはよく理解しておく必要がある。契約の解釈とは、成立した契約の内容を確定する作業のことである。順序としては、まず、契約の成否が問題となり、その上で、契約の解釈が問題になる。現在、契約の成立が表示主義を基準にして解釈されることになっており、次いで、内容たる当事者の合意した表示の客観的意味を明らかにする契約の解釈が行われる。近時の学説で

は、①当事者の意思が一致している場合には、表示の客観的意味よりも共通意思が優先される。②当事者の意思が不一致の場合には、(i)表示の客観的意味を基準にするという見解(四宮=能見説)と(ii)契約当事者が表示に付与した意味のうち、いずれが正当であるかに従って契約内容を確定するという見解(磯村説)が対立しているが、(i)が一般的な理解である。

契約の解釈の基本形は、契約の内容を確定するための表示行為の意味を明らかにする「意味の確定」であり、これが狭義の契約解釈である。具体的な解釈基準としては、①当事者の意図していた目的、②慣習、③任意法規、④信義誠実の原則(条理)がある。「当事者の用いた表示が、当該事情の下で、慣習・取引慣行や条理に従って判断した場合に、相手方又は一般社会にとってどのように理解されるか」というのがスタンダードな解釈方法である。ただし、契約の一部に矛盾する条項を含むときは、統一的な解釈する必要があり、当事者が達成しようとしたと考えられる経済的・社会的目的に適合するよう、かつ、できる限り契約が有効となるように解釈する。

次に契約の解釈の応用型として、契約に意味を持ちこむ補充的解釈と修正的解釈とがある。契約には当事者の表示によっても明確にならない部分が残る場合があり、この場合には、裁判官は、契約の内容を補充することが求められる。これが「補充的解釈」と言われるものである。また、当事者の表示は明らかであるが、その表示のままに法的効果を認めると条理に反すると思われるような場合があり、この場合には、裁判官は、法律行為の内容を修正せざるを得ない。これが「修正的解釈」と言われるものであるが、正当化根拠なしに行うことは慎まなければならない。

#### (契約の解釈に係る中間試案第29の提案について)

契約の解釈に係る中間試案第29の提案は次のようなものである。

1. 契約の内容について当事者が共通の理解をしていたときは、契約は、その理解に従って

解釈しなければならないものとする。

2. 契約の内容についての当事者の共通の理解が明らかでないときは、契約は、当事者が用いた文言その他の表現の通常の意味のほか、当該契約に関する一切の事情を考慮して、当該契約の当事者が合理的に考えれば理解したと認められる意味に従って解釈しなければならないものとする。

3. 上記1及び2によって確定することができない事項が残る場合において、当事者がそのことを知っていれば合意したと認められる内容を確定することができるときは、契約は、その内容に従って解釈されなければならないものとする。

上記中間試案において、1、2は通説、実務を踏まえた内容であるが、3の補充的解釈論には異論もあるところであり、少なくとも1、2の立法化は十分に考えられたところである。もちろん、立法化されなかったからといって、実務に悪影響が生ずるわけではないが、判断枠組を明示することの意味は少なからずあったと考えられる。契約の解釈方法論の精緻化及びこうした規定を明示的に意識したうえで、いわば目覚めた実務への取り組みと展開が期待できるからである。

なお、周到な比較法研究に基づいて、最近の国際標準では、①契約解釈の際に疑いが残る場合、その契約文言を用いた当事者に不利に解釈しなければならないという「表現使用者に不利に」準則、②債務又はその他の義務の大小に疑いがある場合、より小さい債務又はより軽い義務を負わされているものと解すべきであるという「義務者に有利に」準則、③不明確な条項が存在することにより有利な法的地位を得る者に不利に解釈すべきであるという「有利な法的地位を有する者に不利に」準則、に整理する見解が示されている状況を考慮すれば、上記1、2くらいの立法化はすべきだったように思われる。

#### (継続的契約について)

継続的契約の解消について、民法上一般的な規

定は置かれておらず、解釈に委ねられている。これについては、裁判例を分析すること等を通じて期間の定めの有無を考慮しつつ、継続的契約一般に妥当する規定を設けるという立法提案があった一方、多種多様な継続的契約を統一的に扱うことへの慎重論を唱える反対意見があった。中間的な論点整理までの議論は、継続的契約を、「契約の性質上、当事者の一方又は双方の給付がある期間にわたって継続して行われるべき契約」のうち、「総量が定まった給付を当事者の合意により分割して履行する契約」を除くものと定義した。この「総量が定まった給付を当事者の合意により分割して履行する契約」を「分割履行契約」というが、これを継続的契約から除外する趣旨は、分割履行契約は、給付の総量が決まっているという点で、単発型契約と共通する性質があり、これを継続的契約に含めると、継続的契約の概念がかえって不明確なものになるという考慮が働いたためである。

また、継続的契約一般に妥当する規定を設ける場合には、定義に該当する個別の規定(消費貸借、使用貸借、賃貸借、雇用、委任、寄託、終身定期金等)との関係をどう整理するかという点も、一般法と特別法の関係として問題があるとされた。このため、中間試案では継続的契約の定義規定は置かずに、継続的契約の終了に関する一般的な規律を設けることが望ましいとされ、その概要は以下に示した中間試案第34のとおりであるが、それらはいずれも裁判例の傾向に沿った具体的な規範として提案されたものであったにもかかわらず、最終的には明文化されなかった。

#### (継続的契約に係る中間試案第34の提案について)

##### 1 期間の定めのある継続的契約の終了

(1) 期間の定めのある契約は、その期間満了によって終了するものとする。

(2) 上記(1)に関わらず、当事者の一方が契約の更新を申し入れた場合において、当該契約の趣旨、契約に定められた期間の長短、従前の更新の有無及びその経緯その他の事情に照らし、当該契約を存続させることにつき、正当な理由がある

と認められるときは、当該契約は、従前と同一の条件で更新されたとみなすものとする。ただし、その期間は、定めがないものとする。

## 2 期間の定めのない継続的契約の終了

(1) 期間の定めのない契約の当事者の一方は、相手方に対し、いつでも解約の申入れをすることが出来るものとする。

(2) 上記(1)の解約の申入れがなされたときは、当該契約は、解約の申入れの日から相当の期間を経過することによって終了するものとする。この場合において、解約の申入れに相当な予告期間が付されていたときは、当該契約は、その予告期間が経過することによって終了するものとする。

(3) 上記(1)及び(2)に関わらず、当事者の一方が解約の申入れをした場合において、当該契約の趣旨、契約の締結から解約の申入れまでの期間の長短、予告期間の有無その他の事情に照らし、当該契約を存続させることにつき正当な事由があると認められるときは、当該契約はその解約申入れによって終了しないものとする。

## 3 解除の効力

前記1(1)及び2(1)の契約を解除した場合には、その解除は、将来に向かってのみ生ずるものとする。

### (継続的契約解消の規律理念について)

以下で、継続的契約解消の規律理念についても少し詳しく検討しよう。

裁判例にみられる継続的契約の解消を規律する理念は、①当事者の合意の尊重、②長期契約の弊害の防止、③継続的契約関係の安定性の保護の3つである。

第1の規律「当事者の合意の尊重」が原則型であり、意思自治の原理・原則に基づいた基本の理念である。これを規範として整理すると次の4つになる。

- i 契約期間経過前は一方的に終了させることはできない。
- ii 期間が経過すれば契約は自動的に終了する。

iii 契約を更新するか否かは当事者の自由である。

iv 解除や解約について合意された条項があるときは、その効力を尊重する。

次に第2の規律、「長期契約の弊害の防止」がある。契約の流動性の保証と言い換えてもよい。長すぎる契約はそれ自体が良くないと考えべきであり、その理由として、以下の視点がある。

- i 長期の拘束が個人の自由を侵害すること
- ii 取引が長期間に及ぶ場合には、経済状況等の大きな変化に対応することが出来ず、契約が硬直的になりがちなこと
- iii 長期契約に伴うモラルハザードの防止を図る必要があること。例えば、特約店契約が長期化すると特約店が地位に安住して努力しなくなるなど給付の質が低下すること
- iv 将来の不確実性に伴うリスクの負担に不均衡がある場合には、契約が長期化すればするほど、不均衡が拡大するので、それを抑制する必要があること
- v 長期契約からの離脱を保障することにより、消費者保護ないし社会経済的弱者の保護に繋がること
- vi 長期契約からの離脱が競争の促進により社会的利益を増大させること

第三の規律は「継続的契約関係の安定性の保護」という要請である。その視点は、以下のようなのである。

- i 相手方の生活・営業の基盤としての契約関係継続に対する信頼を保護する要請があること
- ii 適切な先行投資を保護し、投資の促進を図り、情報・経験の蓄積、信頼の醸成などによる当該取引の効率性を向上・増大させる要請があること
- iii 契約解消により大きな損失を受ける恐れのある当事者に対し、相手方が更新拒絶を武器に不当な契約条項を押し付けるなど機会主義的行為により、結果として契約の自由が損なわれることを抑制しようという要請があること

と

- iv 当事者の交渉力・情報処理能力の不均衡を補完して契約自由の基盤を確保することにより社会経済的弱者を保護する要請があること
- v 取引の安全性を高めることにより社会的利益の増大を図るべきこと

#### (上記各規律間の関係について)

##### 1 期間の定めのある継続的契約

合意の尊重によると、期間満了により契約は当然終了することになるはずだが、安定性の保護により、黙示の更新、更新拒絶の制限、金銭的保証等による調整がされ得る。

##### 2 期間の定めのない継続的契約

合意の尊重、長期契約の弊害防止により、いつでも一方的に解消できるはずだが、安定性の保護により、予告が要求されたり、解約申入れが制限され得る。

##### 3 期間の定めの有無を問わない規律

期間の定めの有無を問わず、債務不履行による解除があるし、約定解除権・解約権があれば、合意の尊重により、それに基づく解除・解約も可能なはずだが、いずれも、安定性の保護により、解除の要件が加重されたり、解消が信義則により制限されることがある。

#### (改正見送りについての評価について)

継続的契約解消を制約する正当化根拠としては、当事者間において、継続させることにメリットがあり、社会経済的にも相当(有益)であると解されることが必要である。解消の制約という効果を導く構成(裁判例の類型)は、一つは、解消という契約文言がない場合でも、当該継続的契約の「契約の解釈」(補充的解釈)により、「契約を継続しがたいやむを得ない事由」を要件とすることであり、もう一つは、解消の制約原理として、信義則、権利濫用、公序(一般条項)の活用を図るものである。両者の違いは弁論主義を前提に、主張立証責任の所在を明らかにするためである。前者は、解除者側に、「やむを得ない事由」評価根拠事実の

主張立証責任を求めるものであり、後者は、被解消者側に一般条項の評価根拠事実の主張立証責任を求めるものである。

改正法にこのような解釈基準を設けることは、継続的契約の基準の大枠を付与・示唆するものとしての意味があったと思われる。しかし、一面、期間の定めの有無により、典型契約と同じように、定型的に方向付けがなされるとの受け止めがされてしまうとすれば、個別性が捨象され硬直化を招く恐れがある。そこで本改正が見送られたものであり、その判断は相当であったと思われる。

東京地裁平 12. 11. 29 は、コンピュータグラフィックス事業に関する業務委託契約(継続的契約)について、解除権留保特約の効力を認めた裁判例であり、OA 機器・ソフト業界における技術革新の進展に伴い、技術の陳腐化がきわめて速いことに対応し、契約当事者がこれに即応する必要性、双方のビジネスチャンスの機会確保の要請から、解約に関する合意(3 か月の予告期間を置く解約申し入れ)には合理性があるとの「契約の解釈」を施し、「契約を継続しがたいやむを得ない事由」の要件を補充することは不要という判断枠組みを示した判決である。

#### (保証について)

##### 1 保証に関する平成 16 年民法改正

保証契約には、無償性、利他性、情誼性、軽率性などの特性があり、平成 16 年の民法改正は保証意思表示の慎重性の保証として書面性を要件とすることとされた。この改正の裁判実務に対して与えた影響として、保証契約の成否を争う類型の訴訟が減少したことが確かめられる。

保証類型別の当事者の属性と救済の要否については、個人保証では、自分にはメリットがないのに、義理で連帯保証をしている場合において、主債務が遅延損害金で膨れ上がっているのに、保証についてきちんとした説明がなかったケース、保証意思があり、書面が作成されていたが、それがたまたま自署でなかったことを奇貨として保証を否認し、主債務者も同調しているケースなど、事

案ごとに責任を持たせるべきものをよく見極める必要がある。経営者による会社債務の保証は、経営への規律付け及び信用補完としての資金調達の円滑化に寄与しており、悪いことばかりではないが、思い切った事業展開、早期の事業再生に対しては阻害要因になる場合もある。平成25年12月に出された中小企業庁「経営者保証に関するガイドライン」では個人保証の原則禁止を打ち出している。

## 2 書面性要件の判断基準

保証書の差し入れ方式による場合には、それが書面性要件を満たすかという論点がある。これについて、立法担当者は「外部性明示性説」を取っている。

大阪高裁平 20.12.10 はこれをそのまま採用している。具体的には、民法446条2項の書面性は、保証意思が外部的に明示されていれば足りるという「外部性明示性説」を取り、金銭消費貸借契約の借主欄に署名押印したような場合でも、保証意思の外部明示性を肯定した。しかし、表示行為は金銭の借り入れであり、表示主義原則からすると、金銭消費貸借契約が成立したはずであるが、上記判決は、債務を保証する意思で、金銭消費貸借契約書の借主欄に署名押印したと認定・判断して、書面性要件を肯定した。その理路を辿ると、金銭消費貸借契約は無効であるが、債務保証意思を認定することが出来るから、無効行為の転換として保証契約に転換し、その書面性を肯定したというかなり特殊な事案であり、射程距離の狭い事案である。

他方、東京高裁平 24.1.19 は、民法446条2項の書面性について、①保証債務の内容を了知したこと、②書面で保証意思を明示したことを要するという「内容了知・保証意思明示説」という立場である。従って、保証人が保証契約書の作成に主体的に関した場合には、①、②の要件を充足するほか、保証人が保証契約書に自署、押印していないなど、書面作成に主体的に関与していなかった場合でも、署名押印の代行の承諾があるときは、②の要件を充足するものと定式化している。

この事例では、電話機リース料支払い債務に係る妻の連帯債務契約について、署名代行・認印代用の保証契約書とリース会社従業員作成の電話記録（保証意思 Yes との記載）があったが、電話でのやり取りが不明であること、抑々電話に出た女性が妻であったかどうかの疑念があること、電話で署名押印の代行の話がなされた形跡がないこと、署名代行・認印代用の理由もないことなどから、記名押印の代行の承諾は認められず、②の書面性要件を欠き、保証契約は不成立とされた。

「内容了知・保証意思明示説」は、「外部性明示説」の要件に、保証債務の内容の了知を加えたものであり、書面性を要求する趣旨が意思表示の慎重性を保証するものである以上、「内容了知・保証意思明示説」が相当である。なお、保証債務の内容をどのように解するのが相当かについては、保証対象となる債務の特定・法的性質（代金債務、貸金債務など）及び保障の範囲（保証金額、弁済期、債権者、債務者、連帯性、違約金、利息、遅延賠償金など）認識したうえで、保証人は保証意思を形成・表明することが必要であるとされている。

### （経営者保証に係る救済判決）

最判平 22.1.29 は、経営者による会社債務の保証が権利の濫用とした事例である。

「A社の財務部門を法人化して設立され、A社を中核とするグループに属するX社が、上記グループに属するB社に金員を貸し付け、B社の代表取締役であるYがこの貸付に係るB社の借入債務を保証した場合において、B社がすでに事業を停止している状況下で、X社がYに対して保証債務の履行を請求することは、次の(1)～(5)などの事情の下においては、権利濫用に当たる」とされた。

(1)B社は、A社と代表取締役を共通にするC社の支店を法人化し、上記グループに属するD社が全額出資して設立された会社であり、その設立後は、上記グループに属するE社がB社の資金を掌握するなどして、上記グループに属する各社が、B社との間で締結した経営顧問契約等の

各契約に基づき、B社の売り上げから顧問料等の名目により確実に収入を得ることが出来る体制が周到に築かれていた。→グループ内の法人との関係と体制

(2) B社は、その業務遂行に関し代表取締役にはほとんど裁量の余地がなく、資金繰りを含め経営判断は、A社の代表取締役に依存し、その指示に従わざるを得ない経営体制にあった。→B社の実態

(3) Yは、上記支店でアルバイトとして勤務を始め、B社が設立された際に同社の正社員となり、わずか数カ月後にB社の代表取締役に就任したものの、B社の設立の前後を通じてその勤務場所や勤務実態等に格別の変化はなく、上記(2)のB社経営体制の下にあっては、単なる従業員とほとんど異なる立場にあった。→Yの属性

(4) Yは、近い将来B社の資金繰りが行き詰まる恐れがある状況の下で、強く働きかけられてB社の代表取締役に就任し、就任後間もなくしてB社の資金繰りが行き詰まるや、A社の代表取締役が全株式を保有するX社からB社が融資を受け、この融資に係る債務を保証するよう指示されたものであり、これを拒むことは事実上困難であった。→保証時の事情

(5) 上記貸付においては、利息制限法所定の制限税率を超える利率による利息及び損害金の約定がされていた。→違法性、悪質性

#### (個人保証に係る救済判決)

いま一つの権利濫用評価根拠事実の主張に基づく判例が東京高裁平 25. 4. 24 である。

「区の住宅扶助を受けながら区営住宅に入居していた借借人が同居者（借借人の子）との不和を理由に退去した後、区の許可がないまま、住宅扶助を受給することなく、引き続き居住した同居人が、使用料及び共益費の滞納に陥った場合において、期限の定めなき賃貸借契約自体は、借借人の退去申し出と一定期間の経過により、終了したものと認定したうえで、区住宅課は、同居人に住宅使用承継の許可を与え、区生活福祉課は、必要な

生活扶助を支給することにより、住宅使用料の滞納を十分防止することが出来たにもかかわらず、これを怠ったことは相当でないとして、連帯保証人（借借人の子・同居人の兄弟）に対する区の滞納使用料及び使用料相当損害金の請求の一部が、信義則に反し、権利の濫用として許されない」とされた。

#### (債務不履行について)

債務不履行に関する改正案 415 条 1 項についてはまだ解釈論に選択肢が残されているのではないと思われる。

#### (参考：改正案415条)

「債権者がその債務の本旨に従った履行をしないとき又は債務の履行が不能であるときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。ただし、その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由によるものであるときは、この限りでない。」

#### (参考：現行規定415条)

「債務者がその債務の本旨に従った履行をしないときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者の責めに帰すべき事由によって履行することができなくなったときも、同様とする。」

第一は潮見佳男先生がその著「民法（債権関係）改正法案の概要」（金融財政事情研究会）60 ページで指摘されているように、契約責任論（無過失責任）を採用し、①不履行があれば、原則損害賠償義務があり、②例外的に帰責事由がないときに免責されるという立場である。帰責事由は「契約の性質、契約をした目的、契約締結に至経緯その他の事情に基づき、取引通念を考慮して定まる契約の趣旨」に照らして判断される。このことを「発生原因及び取引上の社会通念に照らして」と表現したという立場である。

第二は、民法 415 条 1 項は、債務不履行は本旨不履行+帰責事由が要件であること(伝統的見解、過失責任)は変更しておらず、主張立証責任の転換を図ったものという立場である。債務不履行の本旨を削除し、履行請求権の限界規定を規定するという契約責任論からする提案は、本旨という文言が復活し、帰責事由を但書構成とした改正案では、文言上も契約責任説が維持されていると見ることはできず、従来の債務不履行に関する通説が確認されたと見るという立場である。

立法担当者は第一の立場に立つが、それが常に裁判実務で生きるとは限らない。このことは先に、保証における「外部性明示説」と「内容了知・保証意思明示説」との分岐でみたとおりである。一番気になるのは、運送契約の債務不履行(商 577 条)は過失責任のまま残されており、民法で債務不履行=無過失責任を採用したとすると、一般法と特別法の関係が逆転するという法体系上の難問が生じてしまうことである。

また、証明論・要件事実論の観点からすると、帰責事由は行為義務違反と解され、規範的要件であるから、改正法下では、「帰責事由なし」という評価を根拠づける事実が主要事実(抗弁)となり、「帰責事由なし」という評価を傷害する事実(再抗弁)となる。

#### (今後の期待)

法改正と裁判実務との関係については、改正法に裁判が引っぱられるところはあるにしても、裁判所にはバランス感覚が働くので、極論すれば、改正法に問題があっても、それほどの混乱は生じないと思われる。具体的には、①立法事実が明確であり、議論の方向にコンセンサスがみられる法改正は、改正の効用が直ちに現れる。②議論状況に対立がみられる法改正は、訴訟代理人としては依頼者に有利な解釈論を採用して請求事実を組み立て、被告はこれに反論し、結果として解決の当否が裁判例として蓄積されて行くプロセスを辿る。③立法事実が乏しく、机上で構想された要素の強い法改正は規範として使われず、実務にも表れな

い。と考えられる。

研究者の方々には外在的批判ではなく、少なくとも、外在的批判とともに、内在的な規範構造を解明する解釈論を、名宛人についても、内向けではなく、少なくとも内向けとともに実務家(弁護士等)に向けても発信してもらい、立法過程での議論をしっかりフォローし、部会関係者の解釈論と非関係者の解釈論との優劣を学説としてきっちりと比較してもらいたい。部会関係者の解釈が常に優勢とは限らない。原理的には等価と考えるべきである。今後、解釈論の市場での学説の淘汰が期待される。この機能があるからこそ、判例変更が起こる素地が作られていくのであり、そのためにも詰めた議論、学説が日々展開・提示されなければならない。2000年代に入り、司法制度改革が俎上に上り、研究者は軸足を研究から教育に移した。また、2006年以降の債権法改正論議は研究者の関心を解釈から立法に向かわせた。このことが判例⇄学説の相互の好循環を形作る作用を揺るがせ、弱めた。大村敦志先生、小粥太郎先生の最近の共著「民法学を語る」(有斐閣)<sup>2</sup>の中でも、「消費者関係の議論は十分できなかったが、民法改正議論が交わされたことは無駄ではなかった。今後、改正されなかったところでも立法過程を反映した議論を基に解釈が深められるべき」旨が提言されている。

[あらい としゆき]

[(一財)土地総合研究所 専務理事]

<sup>2</sup> 大村敦志先生は本書 73 ページにおいて、「(消費者の問題は消費者の問題として、民法典という一般法ではなく特殊な利害を持つ人々がその形成に参画する特別法としての消費者法の問題として扱えばよいという考え方を拡張するとその場合に)民法典に残るのは何でしょうか。現代においては、商取引や消費者取引こそが取引の中心を占めているのは否定しがたい事実です。このような取引の在り方に関心を示さない民法典は、もはや「市民社会の基本法」と呼べないでしょう。民法は、消費者法や商取引法の一部を取り込んでこそ、その本来の性質を維持することができる。私自身はそのように考えています。」と述べている。