

民法672条 2 項における業務執行組合員の解任 —組合契約(民法上の組合)の本質とのかかわりを踏まえて—

西 脇 秀一郎

1. 組合契約の業務の決定・執行の法規整と業務執行組合員の解任
 - (1) 組合契約における業務決定・執行権限の明確化に伴う課題
 - (2) 非業務執行組合員が有する権限の意義
 - (3) 業務執行組合員の解任規定の特徴
 - (4) 組合契約の周縁とのかかわり
2. 民法672条の起草理由
 - (1) 起草の経緯と内容
 - (2) 旧民法財産取得編126条
 - (3) 小活
3. 学説における民法672条の規律内容の理解
 - (1) 民法典制定後の学説上の理解
 - (2) 「組合の本質」と解任権
 - (3) 近時の理解
 - (4) 小活
4. 民法672条に関する判決例
 - (1) 関連判例・裁判例
 - (2) 大審院判決
 - (3) 下級審裁判例
 - (4) 小活
5. 結語－業務執行組合員の解任規定と「組合自体の存立に関する事項」
 - (1) 民法672条 2 項の意義と組合契約の変更
 - (2) 民法672条 2 項の任意法規性
 - (3) 組合契約(民法上の組合)の本質との関係
 - (4) 未検討の課題

1. 組合契約の業務の決定・執行の法規整と業務執行組合員の解任

(1) 組合契約における業務決定・執行権限の明確化に伴う課題

2017年の民法（債権関係）の改正（平成29年法律第44号。以下では2017年改正とする）では、組合契約の規定に関してもいくつかの事項につき改正が行われた。そのうち、「やや漠然とした規定があるだけ」¹⁾であった業務執行に関する事項については、業務の決定と業務の執行との区別や、基本的には対内的な関係を意味する業務の決定・執行と対外的な関係である組合代理との区別、業務執行者を選任した場合の法律関係の明確化を意識した規律内容の修正・変更がなされた²⁾。これらの改正事項は、あくまで「解釈上異論のなさそうなルール」³⁾を「一般的な解釈に従い」⁴⁾明文化したものなどと評されることが多い。

もっとも、業務執行者を選任した場合の法律関係については、なお引き続き検討すべきように思われる課題も見受けられる。たとえば、2017年改正では、業務執行者を定めた場合でもなお総組合員による業務の決定・執行が認められることが新設の民法670条4項により明文化された。この規定に対しては、当初は「合手的結合」の帰結とされていたその根拠をめぐる説明が、改正審議の過程で「代理の法理の当然の帰結」として変更されたことを捉えて、すべての組合員の一致があることから当然に認められるはず⁵⁾の帰結を代理の法理を介して説明することへの疑問を示すとともに、当該規定の根拠をどのように説明すべきか、また、当該規定が置かれる必要性があるのかにつき、そのほかの業務決定・執行権限に関する規定を含めて検証すべき必要性を示す重要な指摘⁶⁾もみられる。

上記の指摘が示す問題意識をより一般化すれば、本来は総組合員に個別に帰属する業務決定への関与ないし執行権限を一定の者（業務執行者）に集約した場合に、非業務執行組合員にはいかなる権限があり（残り）、とりわけ、それがいかなる根拠・理由に基づき認められると解するべきか⁷⁾、を明確にすべきことが解釈論上の課題⁸⁾として残されていることを伺い知ることができる。これ

は、業務決定・執行事項と、それには属しないとされる組合契約の変更のような「組合自体の存立に関する事項」⁹⁾(以下、組合存立事項とする)との区別を踏まえ、組合契約における業務決定・執行権限の基本構造をどのように捉えるべきかという組合契約の本質的な理解に関わる問題でもあるように思われる。

(2) 非業務執行組合員が有する権限の意義

そもそも、組合契約により組成される民法上の組合では、本来はすべての組合員が業務の決定・執行に関与することが前提とされ、過半数による業務の決定のもとで、各組合員は個別に業務執行権限を有する（民法670条1項）¹⁰⁾。すべての組合員が業務の決定に関与し、業務執行権限を個別に有すべきものと考えられていることは民法上の組合の特徴の一つともいえる¹¹⁾。

もっとも、業務執行権限を一人または数人の組合員あるいは第三者に委ねた場合（民法670条2項）には、非業務執行組合員は業務の決定に（少なくとも直接的には）関与できず、執行権限をもたない。また、民法670条5項は、軽微で日常的な事柄などのいわゆる「常務」については、各組合員がその完了前に他の組合員から異議が述べられない限り単独で行うことができるとするが、非業務執行組合員はこの常務の執行権や異議権をもたない¹²⁾。委ねた以上、業務執行者に業務決定・執行権限を集約させることで法律関係が明瞭となり、組合の円滑な運営にも資する。

他方で、それにもかかわらず、なお非業務執行組合員にも組合の業務の決定・執行に（間接的に）関与しうるいくつかの権限が残される。たとえば、上述のように総組合員による業務の決定・執行が許されるだけでなく（民法670条4項）、各自は、組合の業務・財産状況を検査することのできる権限（民法673条）と（業務執行者が組合員である場合には）業務執行組合員の解任に関与しうる権限（民法672条2項）とをもつ。

組合員である以上、各自は組合の業務執行や財産状況に利害関心があるはずであり、不適正な業務執行を予防し監督するためにも適正に業務執行が行われ

ているかを検査する権限が重要となり¹³⁾、その上で、不適当な業務執行者（業務執行組合員）に対してはその解任の是非も問題となろう。そうすると、これらの権限が非業務執行組合員に残されていることは組合契約における共同の事業の遂行ないし業務の決定・執行の法規整のあり方として重要な意義をもつように思われる。そのためか、後で検討するように、学説上では「組合員の解任権は、検査権とともに、業務執行権のない組合員が最低有すべき権限である」との理解¹⁴⁾もみられ、解任権の意義が強調されることがある。さらには、非業務執行組合員の検査権や解任権を否定する契約内容であれば、もはや当該契約は組合契約（民法上の組合）とはみなされないとする見解¹⁵⁾もある。

(3) 業務執行組合員の解任規定の特徴

しかしながら、解任権とはいうものの、民法672条2項の文言を注意して読めば、業務執行組合員の解任には「正当な事由」と（業務執行組合員を除く）「他の組合員の一致」とを要するとされており、各組合員が個別に解任を求めることができるわけではないことがわかる。

むしろ、見方によっては、他の契約類型（民法628条や同651条など）や団体類型（会社法339条1項や一般法人法70条、176条、消費生活協同組合法33条1項・2項など）の規律と比べても、一人でも解任を望まない組合員がいれば解任が実現しないという意味で解任要件が厳格であると評価することもできる。

このように（業務執行組合員以外の）全員一致を要する点は、持分会社にも同様の規定（会社法591条5項）がみられ、従前は民法上の組合の規律の一部を参照していた合名会社などの持分会社の法律関係に類似点を見出すことができるものの、当該規定は定款で別段の定めをすることが許された任意規定であることが明文（同条6項）をもって示されているのに対し、民法672条2項が任意規定であるかは少なくとも法文上では明らかではない。仮に、（完全な）任意規定でないと解すべき余地があるとすれば、その意味で特異な規定ともいえ、なぜ組合契約にこのような規律が用意されているのか、また、組合存立事項や業

務決定・執行事項に関わる法規整の一つとして当該規定はいかなる意義をもつのかといった疑問が浮かぶ。

そこで、本稿では以上のような疑問をもとに、民法672条2項の業務執行組合員の解任規定がいかなる理由に基づき規律されたもの（と解すべき）か、その規定を置く必要性とその意義はいかなるものであるのかについて、同条の起草過程の議論を踏まえた上で、その後の判例・学説における理解・議論を整理し、検討を行う¹⁶⁾。

また、後述する検討内容を一部先取りすれば、当該規定は、組合の業務の決定・執行事項とは区別される組合存立事項（組合契約そのものを変更する事項など）に関わるものであるとみることができ、それを踏まえて、その規律内容が組合契約の「共同の事業を営むこと」（民法667条1項）とどのように関わりうるのか（解任権の有無が組合契約の成否または法性決定に影響しうるか）についても若干の検討を行う。最後の点は、当該規定と異なる内容を当事者間で取り結ぶことはできるのかという規律内容の強行または任意法規性の問題に連なる。

（4）組合契約の周縁とのかかわり

ところで、具体の検討に入る前に確認しておくべきは、一口に組合契約に基づく民法上の組合といってもその実態としてはさまざまなものが想起されうる¹⁷⁾ことである。そのため、実際に民法上の組合において業務執行組合員が選任される場面がどの程度想定されうるかについても取り扱う事業の種別ごとに異なりうるであろうし、業務執行組合員が選任される場合でも、個々の組合契約に応じて各種の権限の帰属や内容の構成が具体のケースごとにバリエーションに富むように思われる。

たとえば、不動産特定共同事業法（平成6年法律第77号）に基づく不動産小口化商品取引実務などにおいても、当事者間で民法上の組合を組成して事業者が唯一の業務執行組合員となり、投資家が非業務執行組合員となる形での不動

産特定共同事業契約（任意組合型の不動産小口化商品取引とよばれる）が用いられている（同法2条3項1号）¹⁸⁾。このような各種の事業の場面でも、業務執行組合員（事業者）の業務執行に対して疑義が生じた際、民法672条2項の適用の有無が問題となりうる。

ほかにも、いくつかの特別法上の組合に対して民法672条2項に顕現された規範内容が影響をもちうる。たとえば、投資事業有限責任組合（LPS）では民法672条が準用されている一方で（投資事業有限責任組合契約に関する法律〔LPS法〕16条）、民法上の組合と比べて各自の業務決定・執行権限が強固なものとされ、原則として業務執行の決定に総組合員の同意を要する有限責任事業組合（LLP）では、業務の決定・執行権限を一部のみに集約することが想定されていない¹⁹⁾ために、民法672条が意識的に準用されていない（有限責任事業組合契約に関する法律〔LLP法〕56条）²⁰⁾。民法672条2項の解釈論は特別法上の組合の法律関係をもその視野に含みうる。

なお、各匿名組合員が営業者と匿名組合契約を別個に締結する匿名組合（商法535条以下）においては、匿名組合員間に（法的には）共同の事業性がないと解されている²¹⁾ため、（あくまで各々の契約ごとに終了事由が問題となり）民法上の組合のような解任のあり方は問題にならないものの、近時の学説では匿名組合にも共同の事業（営業）性を肯定する立法の方向性を志向するものもあり²²⁾、また、上述したように、持分会社には同種の規定（会社法591条5項・6項）が存在しており、それらとの異同も問われる。

このように、組合契約（民法上の組合）における業務執行組合員の解任規定の解釈論は、民法上の組合に近い実態をもつ各種の組合ないし会社形態に相互に影響を及ぼしうることに留意しつつ、本稿ではひとまず民法672条2項の規律内容を民法学上の従前の議論に即して検討する。

2. 民法672条の起草理由

まずは、民法672条の立法の経緯を概観すれば、同条は次のような過程を経て起草²³⁾された。

(1) 起草の経緯と内容

(1) 原案（甲42号議案679条）

1895年7月20日に提出された法典調査会の原案である甲42号議案（民法第一議案）の議案679条は、「会社²⁴⁾契約ヲ以テ一人又ハ數人ノ社員ニ業務ノ執行ヲ委任シタルトキハ其社員ハ正當ノ事由アル場合ニ限り辭任ヲ為シ又ハ²⁵⁾他ノ社員ノ一致ヲ以テ之ヲ解任スルコトヲ得」と規定し、当該規律内容が現行の民法672条の原案²⁶⁾にあたる。

議案審議の際、当該規定を起草した理由として、富井政章から、次のように説明がなされている²⁷⁾。

「委任ノ規則ノ第六百五十七條（現在の民法651条-引用者注）ニ據レバ「各當事者ハ何時ニテモ委任契約ヲ解除スルコトヲ得」ト云フコトニナツテ居ル然ルニ會社契約ヲ以テ一人又ハ數人ノ社員ニ業務ノ執行ヲ委任シタル場合ニ於テハ夫レガ會社ノ條件トナツテ居ルモノデアリマスルカラ單ニ其委任ノ關係ヨリ一方ガ解除ヲスルト云フコトハ許スベカラザルモノデアラウト思ヒマス」（以下を含めて傍点は引用者）。

「夫レテ本條ノ規定ガ必要ニナツテ來ル去レバト申シテどんな事由ガアツテモ辭任又ハ解任ヲナスコトハ出來ストスルノモ不便デアル夫レ故ニ本條ノ如ク正當ノ事由アル場合ニハ業務執行者ノ一方カラモ辭任ガ出來ル又ハ業務執行者ノ承諾ガナクテモ他ノ社員ノ一致ヲ以テ解任スルコトガ出來ルト云フコトニ致シタ、デ是ハ取得編ノ第二百二十六條第一項²⁸⁾ト旨意ハ違ハナイ積リデアリマス原文ノ一部分ハ不必要デアラウト思ヒマス「又ハ其承諾及ヒ總社員ノ同意ヲ得タルトキ」此場合ニハ規定ガナクトモ双方ノ承諾ヲ以テヤルコトデアリマスカラ

無論解任が出來ヤウト思フ第二項モ分り切ツタコトデアラウト思ヒマス會社設立以後ノ契約ヲ以テ選任シタル場合ハ是ハ通常ノ委任關係デアリマスカラ規定ハ要ルマイト思ヒマス第三者ヲ業務執行者ニ選任シタ場合モ通常ノ委任關係デ宜シイノデアリマスルカラ規定ガ要ラナイ夫レデ本條ハ「一人又ハ數人ノ社員ニ」ト致シタ又既成法典ハ此辭任ニ就テ規定ガナイ解任丈ニ付テ規定ガアリマスルガ是ハ缺點デ矢張り兩方共同ジ理窟デアラウト思ヒマスルカラスウ云フ風ニ書イタノデアリマス」。

富井が上記を説いた後、横田國臣から、その他の組合員の全員一致のほかにも正当事由を要することにつき、あまりに「窮屈デハナイカ」、共有者が多数人で寄ったものであれば「あの人ハ危険ダト思ヘバ」それで（解任できるとして）よいのではないか²⁹⁾として、正当事由を必要とした理由が尋ねられている。これに対し、富井からは、通常委任関係と同様にはできない理由として、「會社契約ヲ以テ業務執行者ニスルト云フコトハ夫レガ會社契約締結ノ條件ニナツテ居ル憲法ノ一箇條ニナツテ居ル夫レデアリマスカラ輕々シクスル譯ニハ往カナイ」、「夫レ程重イ條件ニナツテ居ルモノヲ輕々シク多數決位テ動かスト云フコトニナツテハ會社契約ノ根本ヲ潰スコトニナルデアラウト思フテ夫レ德斯ウ云フ規定ニシタ」³⁰⁾、そして「會社契約ヲ替ヘルト云フコトハ一人ノ意思デハ出來ヌ總社員ノ承諾ガナケレバ出來ヌ是ハ正當ノ事由アル場合ニ限ツテ社員ノ一致ヲ以テ解任ヲ爲シ或ハ辭任ヲ爲スコトガ出來ル」³¹⁾ことにしたとの応接がなされている。

そのほか、（雇用契約の解除に関する）甲38号議案635条（現在の民法628条）における「已ムコトヲ得サル事由」と比べた際の甲42号議案679条の「正當ノ事由」の意味内容につき議論があり、やむを得ない事由がない（または一方の過失に基づく損害賠償責任が発生しない）ような場面でも正当事由があるとされる場合があり、その意味でより広くその内容を捉えようとしたこと³²⁾、また、やむを得ない事由には自己に過失がある場合が含まれるところ、（辞任の場面では）自己に過失がある場合には679条にいう事由にはあたらないとする趣旨で

「正当ノ事由」という文言としたこと³³⁾などが指摘されている。

以上によれば、組合契約により業務執行権限を一部の組合員に委ねる（集約する）ことは、そのこと自体が組合（契約）の条件となるがゆえに、委任の終了の規定を適用することは妥当ではなく、他方でどのような場合にも解任ができないとすると不便であるという便宜的な理由から、本来は組合契約の内容・条件の変更には全員一致が必要であるところ、例外的に、業務執行組合員の承諾がなくとも他の組合員の一致で解任できるように特別に規定を置いたことがわかる。また、業務執行組合員の解任は組合契約（の条件）を変更することを意味するために、軽々しく多数決によることも妥当でなく、本来は総組合員の一致が必要などころ、正当事由がある場合に他の組合員の一致による解任を認めたことが示されている。なお、この際の説明によれば、民法上の組合設立後に業務執行組合員が選任される場合には当該規定は適用されず、第三者が業務執行者となる場合にも適用されないと考えられていたようである。

なお、同条の起草に際しては、旧民法財産取得編126条および127条、フランス民法1856条2項、イタリア民法1720条2項、スイス債務法539条、モンテネグロ民法424条、スペイン民法1692条、ベルギー民法草案1919条、ドイツ民法第一草案638条、同第二草案652条が参照されている³⁴⁾。

(2) 民法672条の編纂

甲42号議案679条は、その後、1895年の整理案670条、1896年の衆議院議案（第9回帝國議会へ提出された政府案〔民法修正案（前三編）〕）671条、貴族院議案672条を経て、民法672条として編纂された³⁵⁾。

民法修正案理由書には、前述の富井の説明と同様に、「委任ノ場合ニ於テハ當事者ハ何時ニテモ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ會社契約ヲ以テ委任ヲ爲シタル場合ニ於テハ其委任ハ會社契約ノ一條件タルヲ以テ當事者ヲシテ隨意ニ解任又ハ辭任ヲ爲スコトヲ許ス可キニ非ス然レトモ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ許ササルモノトスルハ其當ヲ得サルヲ以テ正當ノ事由アル場合ニハ之ヲ許

シタリ」との理由が付されている³⁶⁾。

なお、上記をこえて、法典調査会の審議や理由書においては、同条の内容が強行法規性をもちうるか否かなどについての言及はみられない。そもそも、当初、組合契約の各規定のうち、いずれの規定が強行法規であるかを列挙していた甲43号議案697条（その後の整理案で同規定は削除）にも、甲42号議案679条は列挙されていない³⁷⁾。

(2) 旧民法財産取得編126条

ところで、上述のように、甲42号議案679条の起草の際には、旧民法財産取得編126条（特に1項）が参照³⁸⁾されていたため、本稿に関係しうる限りでその内容を確認しておこう。

同126条では、1項にて「会社契約ヲ以テ業務担当人ニ選任セラレタル社員ハ正当ノ原因アルトキ又ハ其承諾及ヒ総社員ノ同意ヲ得タルトキニ非サレハ委任ノ期限内ニ之ヲ解任スルコトヲ得ス」と、2項にて「会社設立以後ノ契約ヲ以テ選任シタル業務担当人ハ之ヲ選任シタルト同一ノ方法ヲ以テ其承諾ヲ要セスシテ之ヲ解任スルコトヲ得」と規定され、すでに旧民法の同条起草時において、前述の甲42号議案679条に関する富井の説明と同趣旨の起草理由が示されている。

すなわち、会社契約により業務担当人を選任した場合には、業務担当人は「定款ヲ以テ定メタルモノナルカ故ニ」、「會社ノ定款ヲ変更スルノ方法」（「總社員ノ一致」）によることになり、本来は担当人の承諾を得て解任すべきことは当然であるものの、担当人に「背徳非義ノ所為」があるときには承諾を待たずして解任が可能であり、規定の「正當ノ原因」とはこのことを意味し、当該原因の成否に争いがあるときは裁判所が「解任の當否を判定」する³⁹⁾。

また、同規定に対しては、学説上で熊野敏三から、もし業務担当人が社員の「監査」に服せず業務が担当人の自由に一任された場合、「軽率妄動」により「會社ノ失敗ヲ来タシ」、また担当人が「私利ヲ營ム」こともあり、「權限ヲ濫用

スルヲ制止スル方法」がないと困るために、解任の規律が設けられたとの指摘がある⁴⁰⁾。加えて、熊野によれば、会社契約により選任された業務担当人の解任は、選任が会社契約の一条件をなし、担当人を担う社員は「自ら會社ヲ管理スル目的ニテ會社ニ加入」し、他の社員は業務担当人の「人トナリヲ信シテ會社ニ加入シタルモノ」とみなしうるために、担当人の解任は「定款ヲ變更スルモノ」といえるという⁴¹⁾。

以上によれば、旧民法においては、組合（会社）契約の内容（一条件）として業務執行者（業務担当人）が選任された場合、その者の解任は（各自が組合加入の前提とした）定款の変更を意味するために、総組合員（社員）の全員一致を要することとされ、しかし、「背徳非義」の行為の疑いがある場合に業務執行者である組合員の承諾まで必要とすると不便で不当な結果を招く場合があることから、業務執行組合員の承諾（同意）に代わるものとして正当事由（原因）が必要となるものと解されていたといえる。なお、旧民法起草時の学説において、業務執行者を「監査」する視点から、権限の濫用を防ぐ手段として解任権の意義が捉えられていたことは注目に値する。

(3) 小活

起草時の審議および旧民法の規律を踏まえれば、民法672条2項が設けられた理由は、組合契約によって（その成立時に）業務執行組合員を定めた場合には、それは組合契約⁴²⁾の内容および一条件を構成するため、当該業務執行組合員の解任は（業務執行組合員と他の組合員とが組合への加入の前提とした）組合契約（規約ないし定款）の変更を意味することとなり、委任の解除のように随意にできうるとすることは適当ではなく、その変更には本来は総組合員の同意がいるところ、不当な結果を避ける便宜から、業務執行組合員の同意に代えて正当事由を要件とすることで、業務執行組合員を除く他の組合員の一致によって解任できる旨を特別に定めるためであったことがわかる。そこでの正当事由とは業務執行組合員に「背徳非義」の行為の疑いがある場合などを意味する。

ただし、起草時の理解では、第三者を業務執行者に選任した場合だけでなく、民法上の組合の設立後（組合契約成立後）に業務執行組合員を定めた場合には、民法672条2項が適用されないと理解されていたようである。

起草審議の際、同項の内容が強行法規であるかにつき具体的な言及はないものの、富井によれば「輕々シク多數決位デ動カスト云フコトニナツテハ會社契約ノ根本ヲ潰スコトニナル」ために同項を起草したとの指摘があり、規定に比して解任要件を緩和できるかはその理解との関係で問題となるように思われる。なお、旧民法起草当時の学説において、業務執行組合員が「輕率妄動」により事業に失敗したり「私利ヲ營ム」ような権限の濫用を防止するために、他の組合員の「監査」に服せしめる実効的な手段の一つとして解任の規定を設ける意義があることが示されていた点は同規定の意義を考える上でも示唆に富む。

3. 学説における民法672条の規律内容の理解

(1) 民法典制定後の学説上の理解

(1) 前提－民法典制定当時の学説による規律内容の理解

民法典制定当時の学説には、法典調査会での富井⁴³⁾の発言と基本を同じくする理解に基づき、民法672条の規律内容の意味につき言及するものがある。

(ア) 梅謙次郎

たとえば、梅謙次郎は、「組合契約ヲ以テ」組合員のいずれかを業務執行者と定めた場合、それは「組合契約ノ一條項ナルカ故ニ」、本来は業務執行者との組合員全員の同意（承諾）を要するが、他の組合員全員の承諾がないと業務執行者が辞任できないとなれば「其者ノ自由ヲ束縛スルコト甚タシク」、また「組合ノ業務執行ノ如キハ任意ニ之ヲ爲スニ非サレハ到底組合ノ事業ヲシテ満足ナル結果」を得ることはできないし、他方で、「他ノ組合員全體カ業務執行者ヲ罷メント欲スル」にもかかわらず業務執行者が頑なに業務を継続する場合には「他

ノ組合員ノ利益ヲ害スルコト甚タシク」、「組合ノ目的ヲシテ貫徹スルコト能ハサラシムルニ至ラン故ニ」、民法672条では、正当事由があれば、第一に、業務執行者は他の組合員の意思にかかわらず辞任でき、第二に、他の組合員はその全員一致により業務執行者の意思にかかわらず業務執行者を解任できるとしたと述べる⁴⁴⁾。なお、梅は、何が正当事由にあたるかは、「事実問題」であり裁判官の認定に任せるほかないとした上で、正当事由を認定しうる例として、業務執行者と他の組合員との意見の衝突、業務執行者が疾病・公務のために業務を担えない場合、不正行為がある場合を挙げる⁴⁵⁾。

もっとも、その上で梅は、民法672条について「本條ノ規定モ敢テ公益規定ニ非サルヲ以テ組合契約ヲ以テ之ニ異ナリタル規定ヲ設クルハ固ヨリ妨ナキ所ナリ」⁴⁶⁾として、法典調査会の審議の際には直接の言及がなかった同条の任意法規性を指摘する。

(イ) 吾孫子勝

同時期において、組合契約の規定全般を検討する詳細な論稿を公表していた吾孫子勝も、解任の方法につき、梅と同様の理解を示している⁴⁷⁾。

もっとも、そこでは、委任契約の解除に関する民法651条1項の方法を当該関係において適用できないとする理由の一つに、（業務執行組合員の選任が組合契約の一部を構成するだけでなく）その業務執行の権利が「組合権ノ一ヲ成スモノナルカ故ニ」、本来はその「権利ヲ奪ハルルコトナキノ理ナリ」として剥奪には（解任方法ニ付キ組合契約ニ別段ノ定無キ限ハ）全員一致が必要となるものの、民法672条2項は例外的に一定の要件のもとで（業務執行組合員の同意のない）解任を可能とした⁴⁸⁾と説明されており、業務執行者の側の権利保障をも考慮に入れて、理論面だけでなく当該規律を置くべき実質的な理由が示されている。

その上で、吾孫子も、解任権に関する672条を含め、いくつかの業務執行に関わる規定につき、「別段ノ合意無カリシ場合ニ関スル補充規定ニシテ所謂任意規

定ナリ」⁴⁹⁾とする。

また、吾孫子においても、解任につき正当事由に加えて他の組合員の全員一致を必要とする前提として、組合の業務は組合員の過半数によって決定および執行できる（民法670条1項）一方で、「業務執行ニ屬セサル事項」については、「總組合員ノ一致」を必要とするからの理解がある⁵⁰⁾。当該事項とは、「組合契約ノ變更」のように（当初取り決めた）契約内容に含まれていない事項を意味するため⁵¹⁾、（原則として）各組合員の同意が求められる。

(ウ) 通底する理解

当時において、岡松参太郎によっても、民法672条2項の解任をなすこと自体は業務執行（行為）ではないために、業務執行者を除く組合員が業務執行権限を有するか否かを問わずにその一致を必要とするとの理解が示されていることから、そのような前提理解があったことを窺い知ることができる⁵²⁾。

そうすると、以上の論者によれば、民法672条2項は、別に正当事由を必要とすることで、本来は組合員の全員一致（同意）が必要な事項（解任方法）につき、例外⁵³⁾的に、業務執行組合員を除く他の組合員の一致で足りるとする規定であり⁵⁴⁾、当該規定は「公益」に関わるものではないため（他の業務執行権限に関するいくつかの規定とともに）任意規定であると解されていたといえる。全員一致を一部緩和した上で、正当事由かつ他の組合員の一致を必要とする理由としては、組合契約の一条件の変更を意味するという学理的な点だけでなく、業務執行権限を含む組合員固有の権利の保障の視点など、業務執行組合員と他の組合員双方の権利利益、あるいは組合全体の利益が考慮されている⁵⁵⁾ように思われる。

以上にみた規律内容の捉え方は、（後述の一部の見解が提示する新たな視点を除けば）その後の学説においてもおよそ共通しているように思われるため、以下では、この梅および吾孫子（ならびに岡松）による民法672条2項の規律内容の整理を前提に、本稿の検討に必要な限りで、その後の同項に関する学説上の

理解を整理する。

(2) 民法672条2項の解任方法（正当事由+他の組合員の一致）に対するその後の理解

民法制定後、とりわけ20世紀半ばまでの学説においても、上記と同様の理解に立つものが多数を占める⁵⁶⁾。

個別には、民法672条2項の内容につき、同条は委任契約の受任者に比べて業務執行者の地位を確実なものとする特則である⁵⁷⁾、同条は実際上の不便に対応した規律であり解任に他の組合員の一致が求められるのは業務執行組合員の権利に消長を及ぼすためである⁵⁸⁾、などとする指摘がある。

また、業務執行者の業務の決定・執行権限に関連して、組合の目的の変更、組合員の加入・除名、解散の事項については、業務執行の内容に含まれず、それらは組合員固有の権能に属し、組合契約をもってしても当該権能を業務執行者に委託することはできず、民法672条の業務執行者の任免も当該権能に含まれるとする見解がある⁵⁹⁾。そのほか、正当事由に関して、民法673条の組合の業務および財産状況検査権を組合員が行使したにもかかわらず、それを正当な理由なく拒絶した場合にも、民法672条2項の解任事由を満たしうる⁶⁰⁾とされる。

なお、解任に際して他の組合員の一致がない場合には、不満のある組合員は脱退するか、適当な事由があれば解散を請求するほかないとの指摘があり、注目に値する⁶¹⁾。

(3) 民法672条の任意法規性

規定の性質につき、梅および吾孫子の見解以後、少なくとも20世紀半ばまでにおいては、管見の限り、明示的に民法672条の任意法規性（あるいは強行法規性）について言及するものは見受けられない。

もっとも、業務執行者を定めること自体は業務執行事項に属さないとした上で「總組合員ノ合意ヲ以テ業務執行者ヲ定ムル權利ハ組合員固有ノ權利ニシテ

之ヲ制限スル特約ハ其効ナキモノトス」⁶²⁾とする見解がある。選任と解任の局面とを同一に捉える場合には、この理解のもとでは解任の規律も強行法規性を有するとも解釈しうることとなる。

なお、後で検討する我妻栄の見解のように、当該解任権が組合（契約）の本質を構成するといった解釈は、管見の限り、民法起草当時（その後の20世紀半ばまで）の学説においてはみられない⁶³⁾。

(4) 民法672条に基づく業務執行権限の制限の可否

そのほか、解任権行使の態様ないし業務執行組合員任免の効果面にも関わる問題かと思われるが、民法制定当時の学説では、業務執行組合員の（解任ではなく）業務執行権限の一部を部分的に制限・剥奪することができるかについても論じられていた⁶⁴⁾。

それによれば、当該場合に民法672条を用いて、権限の一部制限（あるいは業務執行組合員からの業務の一部分の辞任）が一般的に許されるかは明言されていないが、少なくとも、正当な事由がある場合には一部制限（または一部辞任）を認めてよいとされる⁶⁵⁾。なお、その場合を含めて、業務執行権限が失われた場合における効果については、民法に直接の規定はなく、民法670条の規律が補充的に適用されるという⁶⁶⁾。

(2) 「組合の本質」と解任権

(1) 我妻栄による「組合の本質」と解任権

以上にみた従前の理解に対して、民法672条2項の解任権の意義に関し、我妻栄は新たな視角を呈示する。

我妻の理解では、同項の解任権が組合の本質、あるいは組合契約（組合の設立）の成否とも関わりうることが示されているため、以下では、組合の成立要件に関する我妻の見解とともに整理する⁶⁷⁾。

我妻は、組合の成立要件につき、民法667条1項に基づき2人以上の当事者が

出資をして共同の事業を営むことについての意思の合致を要するとした上で、「共同の事業を営むといい得るため」には「各当事者が組合の目的たる事業の遂行に關與する権利をもつ場合でなければならない」⁶⁸⁾とする。

そして、当該権利は、「最大の場合には、みずから業務を執行し組合を代理する権限となるが、最小の場合には、単に業務の執行を監督する権限（監視権）だけになる。然し、当事者が、この最小の権限をも持たないときは、その契約關係は、組合ではない」⁶⁹⁾。したがって、「組合が成立したというためには、最小限度として、一定の目的とそれを当事者全員の共同の事業として営むという二点についての合意が成立しなければならない。いいかえれば、共同に営む事業を決定することが組合規約によって定められなければならない最小限度の要素である」⁷⁰⁾とされる。

このような組合（契約）の成立要件の理解のもと、我妻によれば、本来は各組合員が業務執行権を有する⁷¹⁾ものの、業務執行を一部の組合員に委託した場合でも、非業務執行組合員は民法673条の検査権（「監視権」）と「業務執行組合員を、一定の條件の下に、解任する権限とを保有する」として、「これらの権限さえ保有しない特約があるときは、その關係はもはや組合ではない。けだし、そのときには、共同の事業を営むという組合の本質が失われるからである」⁷²⁾とされる。

業務執行組合員の権限の観点からみると、通常の委任の終了の規定（民法651条）に比して、組合契約における業務執行組合員の地位は「特別なもの」とされ、その理由は、組合契約で一部の組合員に業務執行を委ねることは「組合の目的を達成するための重要な手段とされることを意味するから」であり、解任が叶わない場合には「脱退するか解散の途を選ぶ他はない」とする⁷³⁾。我妻は、その際にも「この解任権が組合の本質的なものである」⁷⁴⁾ことを強調する。

関連して、我妻は、「組合の運営に参加する権利」について、組合では運営に対し「各組合員が直接に参加」し「この権利は組合の本質をなし、組合員たる地位そのものである」として、具体的には、組合規約（組合契約）の変更など

の「組合の存立に影響する重要な事項については、各組員は、常に平等の権利を保有」⁷⁵⁾し、また、組員相互間の権利義務につき、各組員は組合の業務に協力する義務にとどまらず、「みずから執行する権限を有する」⁷⁶⁾とする。

なお、以上でいう組合契約とは「当事者全員の意思の合致」を意味し、成立時だけでなく、成立後についても当該意思の合致があればその内容が組合契約となる。その理由は、原始定款により定まる事項と（多数決による）定款変更手続により定まる事項の効力に差異がある法人（会社）に比べて、「組合契約の変更・補充は、常に組員全員の合意によるものである以上、効力に差異をつける理由はないから」⁷⁷⁾であるとされる。

以上の理解には、民法667条1項による共同の事業を営むことを約する合意には、「組合の構成・運営に関する規則を作ることを含むのは當然であろう」⁷⁸⁾といった前提がある。

(2) 星野英一による「組員の最低の権限」

星野英一も、業務執行権限を一部の組員に委ねた場合には、民法672条の解任権と673条の検査権が非業務執行「組員の最低の権限」⁷⁹⁾であるとする。

星野は、組合契約をもって組員の一部を業務執行者としたときには、その辞任も解任も「組合契約の変更ゆえ全員一致を要するということになる」ものの、辞任を困難とすれば業務執行者の自由を著しく束縛し、他方で、他の組員が一致して解任したくとも業務執行者が反対すれば解任できないとなると困るため、正当な事由（および解任の場合の他の組員の一致）があれば辞任・解任を可能とするのが民法672条の趣旨であり、同条の「組員の解任権は、検査権と共に業務執行権のない組員の最低の権限ということになる」⁸⁰⁾とする。なお、星野は、合名会社の規律（当時の商法86条1項。現在の会社法860条に相当）を参考に、正当事由の例として、著しい義務違反、病気による業務執行不能、他の組員との意見の著しい不一致を挙げる⁸¹⁾。

もっとも、星野は、組合契約の成立要件に関して、各当事者が出資をするこ

とと、共同の事業を営むことの2点が「組合契約の最低限の要素」であるとし、「共同」の事業であるから、各当事者が少なくとも業務および組合財産の状況を検査しうるだけの権原を持っているものでなければならない⁸²⁾と述べるにとどまり、その際には解任権への言及がなく、我妻のように「組合の本質」の文脈で解任権が論じられているわけではなく、あくまで非業務執行組員に保障されるべき権限の観点から解任権の意義が論じられているようにも思われる。

(3) 三宅正男による民法672条2項の任意法規性と「組合の本質」

そのほか、三宅正男は、我妻と同様の視角を示す。すなわち、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契約（民法667条1項）であるため、一部の組員に業務執行権限を集約した場合でも、非業務執行組員は「各当事者が事業を共同して営む権利」として、民法672条2項の解任権と673条の検査権とを有しなければならず、「事業を共同経営するのではなく当事者の一方が検査権、解任権さえも有しないときは、たとい収益の分配を受ける場合でも組合契約ではない⁸³⁾。

そして、共同の事業を営むと約する内容は「共同の組合業務に関し全員が共同して業務を執行することを主眼⁸⁴⁾とし、本来は全組員に共同的に帰属する業務執行権限を特定の組員に集約した場合には、他の組員は業務執行から排除される⁸⁵⁾こととなり、それゆえに、(通常の)「委任とは異なり全員一致の組合契約で定めることを必要とする⁸⁶⁾。このように、組合契約による業務執行組員の選定は、組合結成の一条件として、業務執行の権利義務の集約を承認した負担したのであるから、業務執行の単なる委任とは異なり、民法672条の規律のもとで処理される⁸⁷⁾。

もっとも、三宅は、「組員の過半数の同意で解任できる旨を（全員の同意を要する-引用者）組合契約で定めるならば、それは有効である⁸⁸⁾として、民法672条2項は（その範囲内で）任意法規であることを指摘する⁸⁹⁾。ただし、他方で、「解任権を全く排除すれば、共同経営という組合の本質を失うことになる⁹⁰⁾

とし、解任権を完全に排除する内容は組合契約と相容れないとする解釈の余地を示す。

なお、三宅の上述の理解では、組合と社団との区別において、社団では構成員が間接的に社団の管理運営に関与するのに過ぎないのに対し、組合では相互に直接に組合業務の執行に関与する権利を有することが重視されている⁹¹⁾。

(4) 組合員としての地位と解任権

ほかに、組合の業務執行や財産関係に関与するための組合員の地位に触れて、「組合員は利己的な立場を離れて組合そのものの生々発展のために力を致すべき権利義務を有する」として、業務執行を委ねられた組合員は（容易に）辞任することが許されず、民法672条2項および同680条で業務執行組合員の解任や組合員の除名について正当の事由が要求されていることも、このことを示すものといえるとする見解⁹²⁾などもある。一部の組合員に業務執行を委ねる場合、「本来の権利義務を集中強化するのに過ぎぬともいえ、かつその地位は容易に動かすことを得ぬものとしておく必要もあるのだから、委任を受けた組合員は、正当の事由がなければ辞任することを得ず、また解任せられることもなく、しかも正当の事由によって解任をするには他の組合員の一致があることを要する」⁹³⁾という。

(3) 近時の理解

(1) 近時の概説書・体系書での理解

以上にみた従前の学説の展開に比して、近時の概説書などにおいては、民法672条の規律内容とその趣旨を詳しく論じるものや、同条2項の解任権と「共同の事業を営むこと」（あるいは組合の本質）との関係について言及するものはあまりない⁹⁴⁾ように思われ、従前の理解に基づき同条の置かれた趣旨や正当事由の例が示されるにとどまる⁹⁵⁾。

ただし、近時でも民法667条1項の「共同の事業を営む」ことの意味につき、

上述した我妻のように、事業遂行に全ての組合員が関与する権限をもたなければならないことを意味するとの理解を「通説」⁹⁶⁾と位置づけて言及するものもある。留意すべきは、そのような理解に立つ論者においては、そこでいう権限として主に民法673条の検査権（監視権）が念頭に置かれており⁹⁷⁾、解任権について詳述するものは（管見の限り）みられないことである。

また、「組合の本質を何に見出すべきであるかは、民法の組合の規律の冒頭規定である667条1項から明らかになる」として、その「本質は、「共同の事業を営む」ことに見出される」ことを直截に指摘⁹⁸⁾するものもある。ただし、そこでの「本質」を構成する具体的内容は詳細には述べられていない。

(2) 民法672条の注釈

(ア) 民法672条の趣旨

他方、民法672条（あるいはそれと関連する限りにおいて667条1項）の注釈に目を向けると、672条の規定の意義については、以上にみた民法起草時以降の解釈論の一部に即った形で、次のように説明される⁹⁹⁾。

すなわち、業務執行組合員の辞任・解任に関して民法651条の準用を排斥し、民法672条で厳格な制限を設けた理由として、組合の共同事業遂行のために業務執行を任された以上、執行者にとって業務執行は権利であるとともに義務でもあるから、濫りにその辞任を許すと組合事業達成が困難となるおそれがあり、また、業務執行者はその個人的信頼に基づいて委任されたのだから他の組合員の側からいつでも解任できるとすると、その地位は不安定となり、業務執行の成果も多くは期待できない。だからといって、いかなる場合にも辞任できないとすれば業務執行者の自由を束縛するし、いかなる事由があっても解任を認めないとすれば他の組合員の利益を害するおそれがあるために、正当の事由という厳格な制限のもとで辞任と解任を認めたものとされる。

なお、全ての組合員が共同で業務を執行する場合には、民法672条の適用はないという。つまり、（特定の者に業務執行権限を委ねていない〔業務執行者の定

めがない) 場合には) 同条を根拠に特定の組合員の業務執行権限そのものを剥奪することはできない。その理由は、特定の者に業務執行権限を委ねたり、脱退をしない限りは、「業務執行の権利を放棄したりその義務を免れたりすることができないからである」¹⁰⁰⁾。

正当事由に関しては、従前の梅の見解に加え、具体例として、後述する松山地裁昭和25年7月25日判決(後述の【③判決】)の例や、(民法672条の起草時にも参照された)ドイツ法上¹⁰¹⁾の規律内容をもとに、重大なる義務違反、業務執行者の無能力などがその内容となるとされている¹⁰²⁾。

また、民法672条による辞任・解任の効果に関しては、判然とはしないとされつつも、委任の特則であることから委任終了に準じて処理されうるとの指摘がある¹⁰³⁾。

(イ) 任意法規性について

その上で、民法672条2項の近時の注釈では、同条の意義につき、委任契約における任意解除権(民法651条)に比べ、業務執行組合員の辞任と解任とを正当の事由がある場合に制限した規定であると評した上で、「本条が任意法規か否かはあまり明確な議論がない」ものの、前述した三宅の見解として、一方で、多数決で解任できるという緩和は構わないとしつつ、他方で、解任権を完全に排除できないとの解釈の余地があることが示されている¹⁰⁴⁾。

(3) 2017年改正と民法672条2項の解任権

冒頭でも触れた2017年改正においては、民法672条(およびそれに関連する範囲での同667条1項)の規定内容について、実質的な変更は行われていない¹⁰⁵⁾。

ただし、2017年改正によって、前述したとおり、業務執行に関しては、組合が目的達成のための活動をするに際して、どのように組合としての意思決定を行うのか(意思決定手続)という問題と、決定された組合の意思をどのように実行するのか(意思執行手続)という問題とを意識的に区別すべきという考え

方¹⁰⁶⁾のもと、組合意思を実行する権限（業務執行権）の所在を明らかにするために、その区別を反映する形で規定上の文言の修正がなされ（民法670条1項、671条、672条1項、673条）、また、組員以外の者を業務執行者に選任できる旨が明示されるなど、業務決定・執行に関する法律関係の明確化（同670条2項・3項・4項、670条の2第2項・3項など）が試みられている¹⁰⁷⁾。

なお、改正審議の過程では、現実中存在する（民法内外の）組合の多様性を踏まえると「民法が想定する組合像が曖昧で、分かりにくいものとなっているのではないかという問題意識」が示され、「どのような組合を想定して規定を設けるのか整理する必要がある」との問題提起¹⁰⁸⁾がされているが、改正審議の前段階である改正提案の局面において、民法上の組合が「共同事業を営む契約の典型」であること、「さまざまな組合の中で単純で基本的なものであること、契約としての面が明確であること、現実にも利用されうるものであること」から、引き続き民法典で民法上の組合の規律を規定する意義があるとの指摘¹⁰⁹⁾があったことには留意を要する。

とりわけ、改正提案・審議の過程では、上記の組合像の問題に加え、従前の規定の全体的な構造が不明確であることへの問題意識も示されており、民法上の組合の規律には「団体を形成する契約としての側面」と「契約によって形成された団体としての側面」とがあり、「こうした側面ごとに規定を整理することにより、組合に関する規定を構造的にわかりやすくすべきである」との指摘¹¹⁰⁾がみられた。

このことは、民法上の組合の契約的（結合の）側面を強調するか、団体的側面を強調するかのニュアンスの違いに応じて、組合の事業の遂行ないし業務の決定・執行に関する規律内容の構造理解にも違いが生じる可能性を示唆するものともいえ、ある団体を法的に民法上の組合と評価すべきかが問題となる場面において、組合の事業に関与する権利の有無・態様（および権限の内容）やそこから派生する民法672条2項の解任権の有無・態様がいかなる意味をもち、それらの権利と、同667条1項にいう「共同の事業を営むこと」とのかかわりにつ

いて考える際にも留意すべき視点の一つとなりうるように思われる。

たとえば、改正後の民法670条4項は、業務執行者を定めた場合であっても組合員全員が共同で業務を執行することができることを示すが、同規定を置いた理由として（当初は）「共同の事業を営むという組合の目的に照らして認めるべき」¹¹¹⁾であるとも説明されており、そのような理解からは、何らかの形において各組合員に事業遂行への関与を可能にする余地を残すべきことを「共同の事業を営むという組合の目的」から導きうるという視座を見い出すことができる。

(4) 小活

民法起草当時の学説（および20世紀半ばまでの学説）を概観すると、民法起草の審議過程での理解と同様に、民法672条2項は、本来は組合員の全員一致が必要な組合存立事項（組合契約の変更）につき、正当事由を要件とすることで例外的に（解任方法に関しては）他の組合員の一致で足りることとする規定であり、その際に正当事由が求められるのは、組合契約の一条件を変更する重大な事項であるからという理由だけでなく、業務執行組合員と他の組合員双方の利益に加え、組合全体の利益が考慮されていることがわかる。

また、民法典編纂直後から（少なくとも）20世紀半ばまでの学説上では、解任は業務執行組合員の業務執行権限を剥奪することを意味するなど、組合員固有の権能に関する事項であることを理由に（全員一致を緩和しつつも）厳格な解任方法が定められていること、当該解任方法による解任が叶わないことに不満のある組合員は、脱退または解散請求の手段をとるしかないとの指摘があったこと、民法典編纂直後には民法672条2項の内容は任意法規であると解する見解¹¹²⁾があったこと、民法673条の検査権による監督が理由なく拒絶された場合には民法672条2項の解任事由を満たしうること、さらに、業務執行者が定められているかにかかわらず組合員の業務執行権限の一部を部分的に制限・剥奪しうるかといった問題も提起されていたこと、が注目に値する。

その上で、以上にみた我妻（および星野ないし三宅）により提起された解任権の意義の再考を促すような視点は、組員が組員としての地位に基づき当然に有する事業遂行に關する固有の権限を保障する積極的意義を示すだけでなく、その権限（に關する当事者の効果意思・合意内容）の存否が、当該当事者間での契約關係が組合契約の性質（本質）を有するといえるか（組合が成立するか）否かの判断に影響を及ぼす可能性を示す。

また、このような視点は、民法672条の規律内容を（民法起草当時から指摘されているように）任意法規性を有するものとみて、全員一致により組合契約を変更することで異なる辞任・解任方法を採用することも可能ではあると解する場合でも、組員の地位に基づく固有の権限である解任権を完全に排除するような当事者間の合意内容をどのように評価するかが別に問題となることを示唆する。すなわち、完全に権限を排除する合意までは認められない（その合意部分が無効となりうる）と考えるか（その意味で民法672条2項は強行法規性を部分的に帶有するか）、あるいは、三宅が示すように、解任権の存在が組合の本質にかかわるゆえに、そのような合意内容のある契約關係はもはや組合契約ではない¹¹³⁾と性質決定されるのが問題となりうる。

従前の解釈論をみる限り、これまで民法672条2項との關係では上記の問題に対する立ち入った議論はなく、我妻の見解が通説と説明される場合があることや、後述のようにその理解に倣った裁判例があることを踏まえれば、結局、業務決定・執行事項を含む組合の事業遂行の法規範の整序・規整に関する積み残された課題として、民法667条1項の解釈論を含めた日本民法における民法上の組合像、あるいは、各組員が当然に有するとされている業務執行権限¹¹⁴⁾やそれ以外の固有の権限の内実および事業遂行にかかわる諸規定の全体構造の考察が改めて必要とされるように思われる。

このことについては、以下での民法672条に關する判例・裁判例の検討を経て、再度考えることとする。

4. 民法672条に関する判決例

(1) 関連判例・裁判例

判例・裁判例において民法672条2項の解任権がいかに問題となっているかといえ、管見の限り、解任権を直接問題とする最高裁判決はこれまでみられず、大審院判決および下級審裁判例がいくつか存在するにとどまる。複数の判決例データベースにおいて、民法672条を参照条文とする判例・裁判例を検索すると、9つの下級審裁判例が検出¹¹⁵⁾され、そのうち解任の問題を直接取り扱うものはわずかである。なお、その中には、672条2項の意義に対する理解につき、前述した我妻栄の見解に影響を受けたと思われる裁判例も存在する。

(2) 大審院判決

まずは、(民法上の組合とされた) 頼母子講¹¹⁶⁾に関する大審院判決がある¹¹⁷⁾。その総会において講則の理事の員数部分を改正した上で選任された理事が講員に月賦金を請求した事案において、当該講則の変更¹¹⁸⁾に講員全員の同意を要するか否かが争われ、【①大判大正7年4月30日民録24輯809頁】は、次のように判示する。

「其講則ハ組合契約ノ一部ヲ成スモノナレハ之カ変更ハ即チ組合契約ノ変更ナリト謂フヘク組合契約ハ総組合員ノ合意ニ因リテ成立シタルモノナルヲ以テ之カ変更ヲ為スニモ亦特別ノ規定ナキ限りハ総組合員ノ一致アルコトヲ要ス其法意ハ民法第六百七十二条第二項ノ規定ノ解釈ニ依リテモ之ヲ窺知スルコトヲ得ヘシ何トナレハ組合契約ヲ以テ組合員ニ業務ノ執行ヲ委任シタル場合ニ於テ其組合員ノ解任ヲ為サント欲セハ組合契約ヲ変更スルコトヲ要シ随テ総組合員ノ同意ヲ經ルコトヲ要シ解任セラルヘキ組合員ノ同意ヲモ經サルヘカラス斯クテハ解任ハ輒ク之ヲ為スコトヲ得サルヲ以テ解任セラルヘキ組合員以外ノ組合員ノ一致アルヲ以テ足レリト為シタルモノナレハナリ」。したがって、「組合タル頼母子講ニ付テハ無尽業法其他ノ法律ニ於テ講則ノ変更ヲ為スニ全講員ノ一致

ヲ要セサル旨ノ特別規定ナキヲ以テ講則ノ変更ニ付テハ全講員ノ同意アルコトヲ要スルモノト謂ハサルヘカラス」。

なお、時期は前後するが、同じく頼母子講につき、講則上の「講員の互選による」とする理事の選任方法が総講員の全員一致を意味するか否かが争われた【②大判大正6年8月11日民録23輯1191頁】は、業務執行組合員の選任に総組合員の一致の合意が必要か、あるいは講員の多数決の方法によりなしうるかについて、「其如何ハ一ニ契約ノ定ムル所ニ依リ決セラルヘキモノ」とする。そして、当該事案における講則上の講員の互選とは、理事以外の講員の多数決により理事を選任すべきとの意味であり、また、「多数決ナル方法カ合議体ノ決議方法ノ通則ナルトニ徴シテ疑ヲ容レス」として、当該事案では総講員の一致は必要とはならないとされた¹¹⁸⁾。

以上からは、組合契約（およびその内容を示す規約・規則）によって定められた内容の変更については、（民法672条2項のような）法律上で特別な定めがない限り、（業務の決定・執行の場合とは異なり）総組合員の同意（全員一致）が必要であり（【①判決】）、その上で、（全員の同意によって）組合契約上で多数決の方法により業務執行組合員を選任できる旨を定めた場合には多数決¹¹⁹⁾による選任も許されうる（【②判決】）、との理解を導くことができる。【①判決】のように、民法672条2項の解釈から導かれる「法意」の説示によれば、業務執行権限を特定の組合員に集約するか否かが組合契約の変更にかかわる事項とみなされるがゆえに、解任についても、全員一致による組合契約の変更に基づく解任方法緩和（多数決による方法など）の合意がされない限りにおいて、（解任対象となる業務執行組合員を除く）他の組合員の全員一致を必要とするとの解釈の余地を示唆するものといえる。

(3) 下級審裁判例

(1) 洋裁学校経営を目的とする組合の事例

民法672条の関連裁判例として現在でも度々引用¹²⁰⁾され、その嚆矢となるも

のに【③松山地判昭和25年7月25日下民1巻7号1178頁】がある。もっとも、同判決が詳細に検討されたことはほとんどないように思われるため、以下では少し詳しく検討を行う。

洋裁学校経営を目的として設立された民法上の組合である教育機関（松山女学院）において、（当初の組合契約に基づき）理事長に選任された者の解任方法（出資者〔組合員〕総会における出資者決議権の過半数による解任等の決議が有効か）が問題となり、組合規約に任期を3年とする定めがあるものの、ほかに具体的な解任や組合員の除名方法に関する定めがなかった事案に対して、【③判決】は、任期中であれば、理事長の解任は民法672条2項に「準拠して他の組合員の一致を以て而も正当の事由がなければ解任することは出来ないものと謂うべきである」として、経営方針変遷の経緯、経営状態の変動の要因、経営を独占するなどの組合員としての適格性を欠く事実があったか否かなどを具体的に検討した上で、当該事案ではそもそも正当事由が認められず、理事長を解任する決議は有効ではないとした¹²¹⁾。

当該事案では、以上のほかに、組合規約の修正・変更・改廃は組合員の総会によって定めるとする規約の規定と、総会の決議は議決権の過半数によるとする規定とがあった場合に、後者の決議要件は前者の場合にも適用されるのが問題とされ、【③判決】は、後者の規定は業務執行事項に関する通常の決議要件を定めたものとみて、役員任期および組合の名称変更（それに伴い総会決議により任期前でも役員を議決権の過半数で解任可能とする定めの変更）のような「組合契約の一部変更」の場合には、規約に特別な定めがない以上は「業務の執行等に関する通常の決議とは異り組合員全員の合意を以てするのでなければ有効に之を爲すことは出来ないものと謂うべきである」として、全員一致が必要であるとする。

なお、【③判決】の規約変更方法に関する判示部分については、規約変更を総会決議によりなしうる規約の定めがある場合にも、それを「無用の規定とみる」ことに対し学説の批判がある。その批判によれば、「判旨の根底には、業務

執行以外の重要事項の決定は可及的に全員一致によるべきことは民法上の組合の本質に属するという考え方があるのであろう」が、「ある場合に多数決でよいとされるのは」、「組合」と「社団」との観念的な峻別に拠るべきでなく、総会を設けて諸事を議することが予定された団体では「はじめから多数決原則を予期して加入するのが普通であり、また、脱退の自由が前提（原文ママ）されている団体だから、とみたほうがよい（したがって、個々の場合にその程度に応じて判定すべきものといえよう）」¹²²⁾。

そうすると、【③判決】は、組合契約（の一条件）を変更する際の意味決定方法につき、（当事者が加入の前提とした内容や脱退の自由の程度を踏まえて）当該組合における契約（規約）内容をいかに読み込むべきかという規約解釈の問題にも考慮が必要であることを促す重要な事例であるといえる。

（2）航空機リース事業を目的とする組合の事例

ほかに、航空機リース事業を目的とする投資事業組合に関する契約関係が、民法上の組合であるとされた【④名古屋地判平成16年10月28日判タ1204号224頁】がある¹²³⁾。

【④判決】については、同判決の民法673条の検査権に関する説示部分につき別稿¹²⁴⁾においても詳しく取り扱ったために、本稿に必要な範囲に限定して整理すれば、同判決は、民法667条1項に基づき組合契約が有効に成立するための要件について次のようにいう。

すなわち、組合契約の成立には、①2人以上の当事者の存在、②各当事者が出資をすることを合意したこと、③各当事者が共同の事業を営むことを合意したことの3点が必要であり、そのうち、③の合意が認められるには、「共同で営む事業の内容（組合の目的）についての合意」と、「事業を共同で営むことについての合意」を要する。そして、後者の「事業を共同で営む」というためには、まず、「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ふべきであるから」、組合員は民法673条の検査権と（業務執行を一部の組合

員に委任した場合には) 同672条2項の解任権とを有する必要があると解されるという。

したがって、問題となる契約関係が民法上の組合契約の性質を有するか否かは、各組員が「検査権及び解任権を有するか否か並びに事業の成功に利害関係を有するか否かにかかる」。【④判決】によれば、「民法上の組合契約の成立において必要とされる効果意思」は、「共同出資を行うことについての意思」と、「共同の事業を営むことについての意思」とであり、後者は「業務執行組員を選任した場合には、解任権及び検査権を有すること及び共同で行う事業によって当事者が利害関係を有することについての認識・合意で足りると解すべき」ことになる。

そして、民法672条2項の解任権の意義については、「組合の共同事業遂行のために業務執行が任せられた以上、みだりにその辞任や解任を認めると、その地位が不安定となってかえって事業の達成の支障となることが予想されるので、民法651条については準用せず、その特則として辞任及び解任の自由を制限するとともに、他方で、どのような事由が生じても一般組員が業務執行組員を解任することができないとすれば、業務執行組員の専横を抑止することができず、業務執行に対する監督権が無に帰する事態も想定されることから、両者の要請を調整し、正当な事由の存在と他の組員の一致という厳格な制限を設けた上で、一般組員に解任権を保障することにしたものと解される」と評し、本件の契約条項の内容を検討した上で、本件契約では組員の解任権を排除する条項もなく、組員は「民法672条2項に定める業務執行組員の解任権を有していることは明らかというべきである」とする。

以上の【④判決】の説示部分は、組合の「事業を共同で営む」ことにつき、「事業の遂行に関与し得る権利」、とりわけ業務執行組員が選任された場合には検査権と解任権とをもつことを重視する点において、先にみた我妻栄の組合契約の成立要件ないし組合の本質に関する理論に影響を受けているようにも思われる。

ただし、このような説示を行う【④判決】に対しては、検査権の説示部分に関してではあるが、同判決のように当該権利の「本質性」を認め、それを組合契約の本質とみることに疑問があり、租税事案ゆえの特別の処理をしたものと考えべきとの指摘¹²⁵⁾もあり、そもそも当該投資事業の契約関係を民法上の組合と評価しうるか否かも問題となりうる。

いずれにせよ、ここで【④判決】について注目すべきは、それが、民法672条2項の解任権の意義につき、従来の解釈論に依拠するだけでなく、当該権利を認めなければ「業務執行組合員の専横を抑止することができず、業務執行に対する監督権が無に帰する事態も想定される」として、より積極的に、解任権と民法673条の検査権との関連性を意識し、それらの権利をとおして業務執行（または事業遂行）への実効的な監督が保障されうることを示す点である。検査権による監督機能と関連させた解任権の意義の強調は、従来の解釈論には明示的にはみられなかった視点であるといえる。

(3) その他の事例¹²⁶⁾

そのほかの裁判例としては、【④判決】の控訴審判決である【⑤名古屋高判平成17年10月27日税務訴訟資料255号（順号10180）】は【④判決】と同様の結論を示す。また、船舶リースの投資事業を目的とする契約関係が民法上の組合契約とされた【⑥名古屋地判平成17年12月21日判タ1270号248頁】、【⑦岐阜地判平成20年1月24日税務訴訟資料258号（順号10870）】も同種の事案に対し【④判決】に倣った判断を示す。

たとえば、【⑥判決】では、「民法上の組合契約において、業務執行組合員が定められた場合、業務執行については、基本的に当該業務執行組合員にゆだねられ、ただ、その専横を防止するために、一般組合員に解任権や検査権が保障されている」として、「組合員の基本的な権限」が「民法上の組合としての本質」にかかわることが指摘されている。また、【⑦判決】は、非業務執行組合員が検査権と解任権とを有していることを踏まえて「共同事業目的の合意」が

あるとし、それらの権利により当該組合員が「組合の意思決定や業務執行に間接的に関与することができる」とする。

なお、株式の公開が期待できる発展途上の企業等への出資を行う投資事業組合に関する【⑧東京地判平成24年2月29日判タ1385号282頁】は、民法672条2項の正当の事由の判断につき、業務執行組合員と他の組合員との間の信頼関係の破壊の有無を検討するが、結論として正当事由はないとする。

(4) 小活

民法672条2項の解釈から導かれる「法意」に言及する【①判決】、および【②判決】からは、組合契約そのものを変更するためには(672条2項のような)法律上で特別な規定がない限りは全員一致を必要とするものの、全員一致により別段の定めが取り決められた場合には、多数決の方法による(組合契約の変更として)業務執行者の選解任も認められうるとの解釈の余地が示されている。

また、下級審裁判例ではあるものの、【③判決】は、正当事由の検討の際に参考となる具体的な考慮事項を示すだけでなく、業務執行事項に関する(多数決による)決議方法が規約で定められていたとしても、組合契約の変更にかかわる事項については明示的な規約上の定めがなければ、なお(解任の場合は他の組合員の)全員一致による決定を要することを示す。さらに、組合員の権限の側面について、【④判決】は、我妻栄の見解に近い立場を採り、(業務執行組合員を定める場合には)他の組合員が解任権(と検査権)をもつか否かが、「共同の事業を営むこと」の合意の存否にかかわりうるとの視角を提示し、組合契約における組合員の基本的な(固有の)権限の意義を重視する(【⑤⑥⑦判決】も同旨)。とくに、【④判決】では、検査権と解任権の連関性が指摘され、(間接的に事業遂行に関与する)監督手段の一つとしてのそれらの権利(権限)の意義が重要視されていることが注目に値する(【⑤⑥⑦判決】も同旨)。

5. 結語－業務執行組合員の解任規定と「組合自体の存立に関する事項」

(1) 民法672条2項の意義と組合契約の変更

以上の検討をとおしてみると、民法672条2項の規律内容に関して従前の学説および判決例にみられる理解は、やや乱雑無章の感があるようにも見受けられるが、そのような中でも民法672条2項を（民法670条にもとづき多数決で定まる業務の決定・執行事項とは区別すべきとされる）組合存立事項にかかわる規律であると捉える視点は、いずれにおいても通底しているように思われる。

その上で、これまでの検討から、民法672条2項の規律内容の必要性と意義は次のようにいえる。

規定の立案時（ならびに旧民法当時）の理解によれば、少なくとも組合契約成立時（民法上の組合設立時）に一定の業務執行組合員に業務執行権限を委ねた場合には、それが（各組合員が加入の前提とした）組合契約の条件・内容となり、その解任は（組合契約の変更となり）本来は総組合員の承諾（同意）を要するために、解任（および辞任）に関しては委任の規定の準用（民法671条）を認めることはできない一方で、いかなる事由があっても当該業務執行組合員の承諾がなければ解任できないとするのは「不便」であるために、解任の正当事由（「背徳非義ノ所為」の存在など）があれば解任対象の業務執行組合員の承諾は不要として、承諾に代わる正当事由と他の組合員の一致を要件とする規定が必要とされた。大審院判例（【①判決】）は、特別な規定がない限りは組合契約の変更には全員一致を必要とするとの「法意」を民法672条2項の解釈から導いており、同項は（本来は全員一致を要する）組合存立事項の決定（変更）方法に対する例外を顕す特別な規定であることを示す。

また、民法典編纂直後の学説では、組合契約の変更のような組合存立事項であるとする理由に加え、解任は組合員固有の権利の一つをなす業務執行権限を業務執行組合員から剥奪する意味をもちうるため、その点でも本来は全員一致が要求される事柄であるものの、その例外の規律が必要になるとの理由が示さ

れていた。

さらに、起草の審議の段階では触れられていなかったものの、上記の組合存立事項にかかわる学理上の必要にとどまらず、規定を必要とする実質的な理由があることもその後の学説上で幾度も取り上げられている。すなわち、業務執行組合員の選任（業務執行権限の集約）は組合の目的を達成するためにも重要な手段であり、その地位が不安定となるとかえって事業達成に支障が生じうるため、委任の規定の準用を排し解任方法を厳格にする必要性がある。このことも、その規定が必要とされる実質的な理由となる。

このように、理論的な理由により解任ができない事態となれば、(他の)組合員の利益を害するだけでなく、組合の目的の達成の実現にも支障が生じるといった実質的な理由も考慮されており、民法672条2項は、業務執行組合員と他の組合員双方の利益、組合全体（組合の目的のための事業の遂行）の利益が考慮された規定としての意味をもつ。

組合員の権限の側面からみると、解任権は、（業務執行権限からではなく）組合員たる地位を根拠として、そこから導かれる各組合員に固有の権限といえ、検査権とも相まって、業務執行組合員を監査・監督する権限として、より積極的な意義をもちうる。

(2) 民法672条2項の任意法規性

もともと、従来の解釈論および関連裁判例の検討によっても、結局、民法672条2項の内容が任意法規であるのか、強行法規性を有するのかはなお判断としない。

しかしながら、少なくとも民法起草当時から、同条は任意法規であるとの見解があったこと、その後の学説でも、その点を肯定するものはあっても否定するものはとくになく、また、【①②判決】（および【③判決】）からは、組合契約の内容・一条件である業務執行者の選解任を含め、全員一致による組合契約の変更によって、法律上の規定とは異なる方法を定めることが可能であること

が示されており、そうすると、同条（同項）は少なくともその意味において任意法規性を有するものと解することができるといえる。

ただし、解任方法を（多数決に）緩和¹²⁷⁾するのではなく、同条に規定する解任権を完全に排斥するような合意内容があるとするれば、そのような当事者間の合意の有効性は別に検討を要するように思われる。

（3）組合契約（民法上の組合）の本質との関係

すなわち、我妻栄のように、組員としての地位に基づき当然に有するとされる固有の権限の有無（に関する当事者の効果意思・合意内容の存否）を基準の一つとして、当該当事者間での契約関係が組合契約の性質（本質）を有するか（組合が成立するか）否かが決定づけられうるとする理解があることをも踏まえて、民法672条の規律内容が任意法規性を有し、全員一致により組合契約を変更することで異なる辞任・解任方法とすることも可能ではあるとした上で、組員の固有の権限である解任権を完全に排除するような合意内容のある契約関係をどのように評価するかが問題となりうる。

このような問題については、「[共同の事業]の遂行を妨げる約定は、絶対的に禁じられているわけではなく、組合とは異なる法的性質を与えることによって解決される場合」があり、「民法が想定する一定の契約内容が、当該契約にとって本質的であるとされることと、それが強行法規であることが同義ではないことに注意を払う必要がある」として、「共同の事業」を営むという本質に反しうる上に、強行法規にも抵触しうる合意がされたときは、契約全体の趣旨を勘案して、組合以外の契約ないし法律関係と法性決定できるかを考え、それでは当事者の意思に反すると解される限りにおいて、当該条項を無効としたうえで、組合契約として当該契約全体の存続を図るべきとの解決の方向性を志向する見解¹²⁸⁾がある。

しかしながら、我妻のように検査権や解任権を組合の本質にかかわるものと捉える場合には、それらを排する合意内容が問題となる際にも上記と同様の処

理が思料されうるものの、上記の論者においては、組合契約の目的となる共同の事業について、(精神的な利益を含む) 出資の集積に尽きない利益を獲得することが事業の内容となり、その事業の共同性はもっぱら出資と利益分配とに着目して規定されると解することが論理的であり、事業遂行への関与の共同は(目的実現のための手段であり) 組合契約の目的それ自体ではないとして、関与にかかわる権限が組合の本質を構成するものとはみられていない¹²⁹⁾ ことに留意を要する。

結局、民法672条2項が保障する解任権に関して、組合員の固有の権限の一つとしてその積極的意義を捉えるだけにとどまらず、それを組合の本質を構成するものとみることができるとについては、同項の解釈論をこえて組合契約の規定全般の全体構造・機序を踏まえた検討を必要とするように思われる。

いずれにしても、組合の本質が示す内容を具体化する作業に先立って(あるいは併行して)、そもそも(組合の本質にかかわりうるものが示されている) 組合員の各種の権利(権限)がそれぞれいかなる根拠に基づき(固有の権限として) 保障され、いかなる性質と内容を有するものであるとみるべきかをより具体に見定める作業自体は必要であろう。

業務執行組合員の解任に関する規律内容の精査も、事業遂行への関与の共同性を組合契約(の目的)を捉える際にどのように位置づけて評価すべきかという問題にかかわり、2017年改正の際にも改めて意識された「団体を形成する契約としての側面」と「契約によって形成された団体としての側面」という組合契約の特徴にいかように目配りをすべきかが改めて問われうる。

(4) 未検討の課題

本稿では、業務執行組合員の解任の場面に限った検討をしており、第三者が業務執行者となった場面、対外的な関係とされる組合代理の場面を含めた包括的な検討はできていない。また、民法672条2項の正当事由の判断の際には、善管注意義務違反の有無も問題となろうし、単なる事実問題にとどまらない規範

的な評価も問題となるように思われるが、この点についても、本稿では具体的に検討は行えていない。

さらには、民法672条2項の解釈論でも触れられることのあった委任契約の終了の規定や、（同種の規律に関する先行した議論がある）持分会社、特別法上の組合など、関連しうる制度間の相互を比較した検討も積み残されている。ほかにも、本稿で検討した内容は近時改正が行われた通常の共有の規律（とくに共有物の管理者を設定した場合など）の解釈とも（相互に）関連しうるかなど、より広い視野をもった考察も必要となるようにも思われる。これらの検討については今後の課題となる。

【付記】

本研究は、JSPS科研費（課題番号：JP19K23164〔研究活動スタート支援〕）、同（課題番号：JP21K13214〔若手研究〕）、令和2年度愛媛大学研究活性化事業・スタートアップ支援の各助成を受けた研究成果にもとづくものである。

なお、脱稿後、遠藤直哉『新団体論—国家・会社・社団・財産の法動態論—』（信山社、2022年）に触れた。とくに209-244頁では、委任契約の規律と対比する形で各種の法人および組合における解任に関する規律の比較のもと、正当事由の有無やその具体的内容につき詳細な検討が行われており示唆に富む。さらに、265-282頁（とくに269頁）では、紛争事例に対する加賀山茂の意見書が掲載され、そこでは委任の終了の規定を各種団体に準用することの可否およびその留意点が明瞭に整理されている。

注

- 1) 内田貴『改正民法のはなし』（東京大学出版会、2020年）150頁。
- 2) 改正事項の要点につき、筒井健夫＝松村秀樹編著『一問一答 民法（債権関係）改正』（商事法務、2018年）369頁以下、潮見佳男＝千葉恵美子＝片山直也＝山野目章夫編『詳解 改正民法』（商事法務、2018年）543-545頁〔西内康人担当部分〕などを参照。
- 3) 内田・前掲註(1) 150頁。
- 4) 筒井＝松村・前掲註(2) 373頁。
- 5) 組員全員が共同して業務を遂行できるとするのが「共同の事業」を営むという組合の目的に照らしても妥当であることがその理由の一つとなりうる。【法制審議会民法（債権関係）部会資料75A】49頁、潮見佳男『新契約各論Ⅱ』（信山社、2021年）431頁参照。

- 6) 上谷均「組合契約における業務執行—民法670条4項の新設をめぐる—」*修道法学* 43巻2号(2021年)173-190頁。
- 7) たとえば、組合契約の変更、組合員の加入・除名、組合の解散などは「組合自体の存立に関する事項」であるため、「業務の執行」に属さず、だからこそ業務決定・執行権限を一部に委ねた場合でもなお非業務執行組合員が関与できる事項となるとの理解を導くことができる。組合自体の存立に関する事項につき、鈴木祿彌編『新版 注釈民法(17) 債権(8)』(有斐閣、1993年)99頁〔森泉章担当部分〕、潮見・前掲註(5)425頁など参照。
- 8) 上谷・前掲註(6)183頁も、民法670条4項の規律内容の仔細な検証には「組合員全員一致を必要とする委任契約の解除ないし変更の問題、あるいは組合契約の変更の問題との関係を検討する必要があるのではないか」との明瞭な問題意識を示す。
- 9) 潮見・前掲註(5)425頁。前註(7)も参照。
- 10) たとえば、潮見・前掲註(5)425-426頁。原則として組合の業務は組合員全員の協議の上で過半数をもって決定され各組合員が業務を執行する(民法670条1項)ため、より厳密に言えば、業務の意思決定は多数決により行われ、決定された組合意思のもとで各組合員は個別に業務執行権限(および常務の決定・異議の権限〔同670条5項〕)を有する。【民法(債権関係)部会資料75A】48頁、中田裕康『契約法〔新版〕』(有斐閣、2021年)573-576頁も参照。
- 11) 持分会社(とくに合名会社)においても各社員に業務執行権限があることが前提とはされているものの(会社法590条1項から3項)、定款自治が(明示的に)広い範囲で認められていることから、民法上の組合との異同は問題となる。
- 12) 【民法(債権関係)部会資料75A】50頁。潮見・前掲註(5)431頁も参照。
- 13) 民法673条の検査権の意義につき、西脇秀一郎「組合契約における共同の事業性と民法673条の業務及び財産状況検査権」*愛媛大学法文学部論集社会科学編*51号(2021年)19頁以下。
- 14) 潮見・前掲註(5)429頁。内田貴『民法Ⅱ 第3版』(東京大学出版会、2011年)313頁も参照。また、本文後述の3(2)での星野英一の理解を参照。
- 15) 本文後述の3(2)における我妻栄の見解を参照。
- 16) 民法672条2項は、組合員の一人または数人が業務執行組合員に選任された場合に適用される規定であり、本文後述のように第三者が業務執行者に選任された場合には通常は委任の終了の規定(民法651条)が適用されると解されているため、本稿の検討の対象はあくまで組合員が業務執行者(業務執行組合員)に選任された場合に限定される。
ただし、第三者が選任される場合を含む「業務執行者」という用語法について、後藤元伸「民法改正後の民法上の組合と権利能力なき社団—ドイツにおける権利能力なき社団

論の現代的展開とともに——」ノモス47号（2020年）32頁は、業務執行者は業務執行という労務を出資していると解することができるから、第三者が業務執行者となった場合でも、その者は労務出資をする「業務執行組合員」になると解することが可能であるとす。組合員としての個人的責任を負わせた方が適正な業務執行の可能性が高まること、持分会社では業務執行社員のもとで自己機関の原則が採用されていることも当該解釈を正当化するというが、このような後藤の理解は、本文で後述する不動産特定共同事業契約において事業者が事業に必要な労務を出資して業務執行組合員を担う取引形態が実際に見受けられることから示唆に富む。このように解する場合には、業務執行者が第三者の場合でも民法672条2項の適用が問題となる。

17) たとえば、会社設立の際の発起人間の関係、建設工事等の事業を共同して行うジョイント・ベンチャー、シンジケートローンにおける銀行団、法人化されていない弁護士事務所のパートナー契約、病院・民宿・学校・芸妓置屋の検番の事業、定置漁業・林業事業、共同出資による宅地造成事業、映画製作委員会等の共同出資事業の経営なども民法上の組合と認定される。潮見・前掲註(5) 406頁、内田・前註(14) 309頁、稲本洋之助ほか編『民法講義5 契約』（有斐閣、1978年）297頁、河上正二「組合(1)」法学セミナー785号（2020年）75頁の例などを参照。

18) 具体には、事業者（不動産会社）は自ら所有する賃貸不動産を複数の共有持分に分割して、その小口化した共有持分を各投資家に販売し、その共有持分の売買契約を締結する際に、事業者と各投資家が民法667条における民法上の組合を組成する不動産特定共同事業契約が締結されるもので、そこでは事業者が組合の唯一の業務執行組合員として選任される。これに対し、先に事業者と投資家間で不動産特定共同事業契約を締結して民法上の組合を組成し、事業者を業務執行組合員に選任した後に、組合自体が賃貸不動産を取得する形での任意組合型の不動産小口化商品取引の形態もあるとされる。これらについては、大野武「賃貸人たる地位の移転と不動産小口化商品取引」宮本健蔵古希記念『民法学の伝統と新たな構想』（信山社、2022年）259-261、268頁などを参照。松本岳人＝山辺紘太郎＝宮城栄司『逐条解説 不動産特定共同事業法第2版』（金融財政事情研究会、2022年）17頁によれば、特別法に基づく投資事業有限責任組合や有限責任事業組合も不動産特定共同事業法2条3項1号に掲げる契約類型に含まれる。

なお、不動産証券化協会編『不動産証券化ハンドブック2020』（不動産証券化協会、2020年）133頁によれば、1995年の不動産特定共同事業法施行後から2019年3月までの累計として、任意組合型のものは1088億円（87件）である。実態としては、匿名組合型の不動産小口化商品取引（不動産特定共同事業法2条3項2号）が主流のようである（施行後累計が2兆6311億円〔791件〕にのぼる）。

- 19) ただし、LLPの業務執行の一部のみを一人または数人の他の組員または第三者に委任することはできる（LLP法13条2項）。
- 20) LPSとLLPの法規整につき、とくに民法673条の検査権の観点から考察を加えたものとして、西脇・前掲註(13) 57-68頁参照。
- 21) 民法上の組合との異同も含めて、高田晴仁「匿名組合」北居功=高田晴仁編著『民法とつながる商法総則・商行為法〔第2版〕』（商事法務、2018年）291頁以下、『基本法コンメンタール 商法総則・商行為法 第4版（別冊法学セミナー147号）』（日本評論社、1997年）126頁〔和座一清担当部分〕参照。
- 22) 神作裕之「交互計算・匿名組合」NBL935号（2010年）35頁、高橋英治「ドイツ法における匿名組合の発展と現状—日本法への示唆—」早川勝=正井章彦=神作裕之=高橋英治編『ドイツ会社法・資本市場法研究』（中央経済社、2016年）45頁以下など。議論の整理として、高田・前掲註(21) 302-304頁、長島・大野・常松法律事務所編『アドバンス債権法』（商事法務、2023年）1002頁〔池袋真実担当部分〕も参照。
- 23) 民法上の組合の規定の起草理由の整理については、相本宏「民法上の組合について—編纂過程を中心に—」佐賀大学経済論集9巻1・2・3合併号（1977年）373頁以下、民法672条につき388-390頁。また、各規定の起草・編纂の経緯および資料に関しては、名古屋大学大学院法学研究科・佐野智也特任講師の運営による「法律情報基盤」HP (<http://www.law.nagoya-u.ac.jp/jalii/meiji/civil/>) 上の史料集データベースも参照。なお、本稿におけるURLの最終確認日はすべて2022年12月1日である。
- 24) 民法起草過程において、当初は（民法上の）「組合」に代えて「会社」の語が用いられていたことにつき、広中俊雄『広中俊雄著作集5 民法典編纂史の研究』（信山社、2020年）164頁。「学振版」ともよばれ、国立国会図書館デジタルコレクションでも公開されている『法典調査会 民法議事速記録 第37巻』（日本学術振興会、1935年）30丁裏-31丁表によれば、そもそも、民法667条の原案（甲42号議案674条）の当初の審議の際にも、「会社」の語を「組合」に改めるべきかが議論されている。ほか、西脇・前掲註(13) 24頁註(17) に挙げた文献を参照。
- 25) 議案679条の「又ハ」の文言から、原案では解任の要件として正当事由を要するかが一見不明瞭のようにもみえるため、法典調査会でも土方寧よりその点につき確認の質問があったが、その後の富井の応答に照らせば、「正當ノ事由アル場合ニ限り」の文言は（辞任だけでなく）解任の場合にも掛かっており、正当事由があり、かつ、（業務執行組員の承諾がなくとも）その他の組員の全員一致の決定によって解任できるとする規定として起草されている。速記録37巻・前掲註(24) 108丁表裏参照。
- 26) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書13『民法第一議案』』（商事法

民法672条2項における業務執行組員の解任（西脇）

務研究会、1988年）262頁、『民法第一議案』（日本学術振興会、1940年）429丁表。

- 27) 以下、速記録37巻・前掲註(24) 107丁裏-108丁表。
- 28) 旧民法財産取得編126条1項および2項の規定内容については本文後述のものを参照。
- 29) 速記録37巻・前掲註(24) 108丁裏-109丁表。
- 30) 速記録37巻・前掲註(24) 109丁表裏。なお、ここまでの富井の回答は、正当事由がなぜ必要であるのかという横田の疑問に直接対応するものではないともいえるため、再び横田から、会社契約を改正することになるということはそうであるとしても、正当の事由を必要とする何らかの「確タル理由ガアルコト、思ツタ」が「所ガ唯會社契約ハ憲法ナリ然ウスルト會社契約ヲ替ヘルコトニナルカラ往カスト云フコトデアルガ夫レダケノコトナラバ別段ニ定メル丈ケノ必要ハアルマイト思フノデス」との指摘がされ、その後本文後述のとおり、富井から、本来全ての組員の承諾がなければ会社契約自体の変更ができないところを「正當ノ事由アル場合ニ限ツテ」（当該変更を意味する）辞任・解任ができることにしたとの応答がなされた経緯がある。
- 31) 速記録37巻・前掲註(24) 109丁裏-110丁表。
- 32) 速記録37巻・前掲註(24) 110丁表裏の富井政章発言部分を参照。また、辞任については同112丁裏の梅謙次郎発言部分も参照。
- 33) 速記録37巻・前掲註(24) 111丁裏-112丁表の梅謙次郎発言部分を参照。なお、辞任・解任の事由（過失の有無・程度など）によっては、損害賠償責任が生じるとされる（113丁表裏）。
- 34) 速記録37巻・前掲註(24) 107丁表。
- 35) 民法典編纂史の略年表につき広中・前掲註(24) 30頁以下、民法672条につき330頁参照。なお、民法672条は2004年の民法の一部改正（平成16年法律第147号）により条文が現代語化され、2017年改正により若干の文言の修正がなされているが、規律内容に実質的な変更はない。
- 36) ほかに（法典調査会での審議内容と同様に）旧民法財産取得編126条2項の通常の委任関係の場合および第三者に委任する場合については特に規定を置く必要はないこと、既成法典では辞任に関する規定がないために辞任および解任としたとの理由が付されている。廣中俊雄『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987年）639頁。
- 37) 甲43号議案697条の内容につき『民法第一議案』（日本学術振興会、1940年）436丁表、『法典調査会 民法議事速記録 第38巻』（日本学術振興会、1935年）119丁裏-135丁表。同条の際の審議によれば、同条は「反對ノ契約ヲ許サナイ」（「無効デアル」）という意味において、いずれの規定が強行法規となるかを示していた。解任権とは異なり、同条が現行の民法673条の検査権の規定を強行法規として列挙していたことについては、西脇・前掲

註(13) 27頁以下。

38) 旧民法財産取得編第6章(115条から156条)では(民事)「会社」の法律関係が規定されており、同126条は民法編纂局期の1236条、法律取調委員会期の原案774条(再調査案774条)、上申案132条、元老院議定上奏案126条の経過を辿って起草された。編纂経緯につき前註(23)の佐野・史料集データベースも参照。

同条のほか、辞任・解任に関連して、旧民法財産取得編127条は「業務担当人ヲ選任シタル方法ノ如何ヲ問ハス其中ノ一人又ハ数人ノ死亡、辞任又ハ解任アリテ此等ノ事件ノ為メニ会社ノ解散セサルトキハ総社員ノ過半数ヲ以テ其補闕者ヲ選任ス」と規定する。

39) ボアソナードによる Code civil de l'Empire du Japon accompagne d'un exposé des motifs. Traduction Officielle Torme 1-4 (Kokubunsha, 1891) の立法理由書部分の翻訳(森順正)である、司法省記録課『民法理由書 財産取得編 8巻』(司法省記録文庫、年不明) 126条該当部分 [<https://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1367481/97>] を参照。選任が定款によらず会社契約以後である場合には、通常の代理人(委任関係)と同様に担当人の承諾なく解任できるという(会社契約成立以後でも定款で定められた管理人としての業務担当人とみなされる場合には126条1項が適用されるようである)。なお、担当人の承諾を得て解任する場合にはそれは「辞職」をするのと同様であるとも述べられている。

40) 熊野敏三『民法正義 財産取得編巻之壹』(新法註釋會、1890年) 683-686頁。

41) 熊野・前掲註(40) 684頁。その上で、「正當ノ原因」とは、業務担当人の懈怠、不能力、不誠実により到底任務に耐えられない場合をいうとする。なお、熊野も、会社設立以後、および社員以外の第三者が業務担当人となる場合には、通常の代理(委任関係)によって、本条の適用なく解任可能であることを指摘する(685-686頁)。

42) 岡松参太郎(富井政章検閲)『再版 註釈 民法理由 下巻(債権編)』(有斐閣書房、1897年) 次353頁によれば、同条の「組合契約」とは「組合ノ成立後最初取結ヒタル契約ヲ變更スル契約ヲモ包含ス」る。

43) 富井の見解については、富井政章『債権法講義 下巻』(東京帝国大学明治45年度講義録、1912年) 276頁も参照。なお、組合契約により業務執行組員を定めた場合において、なぜ当該関係が(あくまで組合契約の一内容であり)純粋な委任契約とはみなされないかについて、富井は、関係受託者である当該組員は組員全体の義務を担っており、その義務の中には(組員である)自らのために為すことも含まれているのであるから、「之レハ決シテ委任ニアラス」という。

44) 梅謙次郎『民法要義 巻之三債権編 訂正増補第31版』(有斐閣書房、1910年) 796-798頁。

45) 梅・前掲註(44) 798-799頁。また、岡松・前掲註(42) 次351-次354頁も同旨。

46) 梅・前掲註(44) 799頁。なお、岡松・前掲註(42) 次354頁によれば、辞任・解任を求め

て正当の事由を主張する者がその事由が存否を証明する責任を負う。

- 47) 梅謙次郎＝吾孫子勝『民法債権』（法政大学37年度第2学年講義録、1904年）678-683頁。
なお、同書の記述は、吾孫子勝『民法債権』（和佛法律学校、1902年）352-357頁（以下、吾孫子①）、同「組合契約論（二）」国民経済雑誌7巻2号（1909年）65-70頁（以下、吾孫子②）、同『債権法要論』（嚴松堂書店、1928年）426頁（以下、吾孫子③）と同一であり、同部分は吾孫子による記述であると思われる。

吾孫子によれば、業務執行の委託が組合契約に基づいて生じたか否かに応じて、適用条文（民法651条1項か672条か）が異なり、その区別の基準は、契約の成立時・後を問わず事務の委託が組合契約の一部を構成するか否かに求めるべきとして、委託が組合契約の一条項となっていれば、民法672条が適用される（特に吾孫子①354頁）。

- 48) 梅＝吾孫子・前掲註(47) 681-682頁、吾孫子①・前掲註(47) 355-356頁、同②・前掲註(47) 68頁、同③・前掲註(47) 426頁。
- 49) 梅＝吾孫子・前掲註(47) 684-685、吾孫子①・前掲註(47) 358頁、同③・前掲註(47) 427頁、同「組合契約論（三）」国民経済雑誌7巻3号（1909年）47頁。
- 50) 梅＝吾孫子・前掲註(47) 677頁、吾孫子①・前掲註(47) 351頁、同②・前掲註(47) 64頁、同③・前掲註(47) 425頁。
- 51) 梅＝吾孫子・前掲註(47) 677頁、吾孫子①・前掲註(47) 351頁、同②・前掲註(47) 64頁、同③・前掲註(47) 425頁。
- 52) 岡松・前掲註(42) 次354頁。
- 53) 梅＝吾孫子・前掲註(47) 681頁、吾孫子①・前掲註(47) 355頁、同②・前掲註(47) 68頁。
- 54) その意味で、見方によっては、業務執行事項に属さない組合契約の内容・条件に関する事項に対する決議要件を緩和する規定であるともいえる。
- 55) 梅＝吾孫子・前掲註(47) 681頁、吾孫子①・前掲註(47) 355頁、同②・前掲註(47) 68頁参照。
- 56) たとえば、末弘巖太郎『債権各論』（有斐閣、1920年〔5版。初版は1918年〕）839、842頁、岡村玄治『債権法各論』（嚴松堂書店、1929年）506-507頁、磯谷幸次郎『債権法論（各論）下巻』（嚴松堂書店、1929年）722頁、三瀧信三『契約各論講義要領』（有斐閣、1931年）157頁、石田文次郎『債権各論講義』（弘文堂、1942年〔11版。初版は1936年〕）180頁、勝本正晃『債権法各論概説』（嚴松堂書店、1948年）168頁、戒能通孝『債権各論』（嚴松堂書店、1950年〔4版。初版は1946年〕）340-341頁、吾妻光俊『民法 債権各論〔Ⅱ・完〕』（弘文堂、1953年）140-141頁、林信雄『債権法各論』（評論社、1955年）216頁、小池隆一『債権各論』（慶応通信、1961年）149頁、来栖三郎『契約法』（有斐閣、1974年）637頁、山

本進一『債権各論』(日本評論社、1979年)170頁、松坂佐一『民法提要 債権各論』(有斐閣、1993年〔5版。初版は1956年〕)220頁など。

横田秀雄『債権法各論』(巖松堂書店、1924年)356-357頁は、民法651条1項の特則として672条が必要となる理由につき、組合の目的である業務の執行につき各組合員が直接の利害関係を有することをその一つに挙げる。

- 57) 鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論(下)』(岩波書店、1924年)679頁。林・前掲註(56)216頁も同旨。
- 58) 磯谷・前掲註(56)722頁。
- 59) 末弘・前掲註(56)840頁、鳩山・前掲註(57)680頁、岡村・前掲註(56)507頁、林・前掲註(56)216頁。また、戒能・前掲註(56)339頁も業務執行者の選任・解任を全員一致を要する重大な事項とする。
- 60) 小池・前掲註(56)150頁。
- 61) 戒能・前掲註(56)341頁。
- 62) 岡村・前掲註(56)503頁。
- 63) 20世紀後半以後のものではあるが、山本・前掲註(56)163頁は、組合契約では事業が各当事者により共同に営まれるものであることを要するために各当事者は事業運営について関与権をもつことを要するとして、そのための条文として民法670条と同673条のみを挙げる。
- 64) 梅=吾孫子・前掲註(47)683頁、吾孫子①・前掲註(47)357頁、同②・前掲註(47)69-70頁。
- 65) 梅=吾孫子・前掲註(47)683頁、吾孫子①・前掲註(47)357頁、同②・前掲註(47)69-70頁。もっとも、業務執行者が一部辞任を申し出た場合には、そのことが(全部)解任のための正当事由になりうるとされる。
- 66) 梅=吾孫子・前掲註(47)683頁、吾孫子①・前掲註(47)357頁、同②・前掲註(47)69-70頁。
- 67) 民法673条の検査権との関係で、この点を検討したものとして、西脇・前掲註(13)34-43頁。
- 68) 我妻榮『債権各論 中巻二』(岩波書店、1962年)772頁。我妻は、その上で、当事者の私益の追求を目的とし利益分配をする組合の場合において、共同の事業を営むといいうるためには、全ての当事者が利益の分配を受けなければならないことを付け加える(同773頁)。
- 69) 我妻・前掲註(68)772-773頁。その例として、甲が乙に企業設備一式を貸与し、乙をして企業を経営させ、対価として企業収益の一定割合額を給付させるような契約でも、甲が

民法672条2項における業務執行組員の解任（西脇）

当該企業の経営に対して最小限度の権限さえ持たない場合には、「組合ではなく、企業の賃貸借である」とする。

70) 我妻・前掲註(68) 774頁。

71) なお、我妻は、業務執行と委任契約の問題につき、各組員がそれぞれ業務を執行する権利を有するのは「組合の本質からくること」であるとし、だからこそ、組合を設立する合意は組合業務を執行することについて相互に委任し合う別個の委任契約を伴うとみるべきではない（そのため準用とする規定が置かれた）とする。我妻・前掲註(68) 777, 780-781頁。

72) 我妻・前掲註(68) 778頁。加えて、検査権と解任権につき、スイス債務法の規定（SOR539条2項）およびドイツ法の解釈においては、契約（特約）によってもこれを制限しえないとされていると指摘する。

73) 我妻・前掲註(68) 783頁。なお、民法672条1項の正当事由につき、我妻も従前の解釈と同様に、業務執行組員の重大なる義務違反、組合業務の正常な処理をする能力がなくなったことをその例とする（同782頁）。

74) 我妻・前掲註(68) 783頁。

75) 我妻・前掲註(68) 766-767頁。我妻は当該重要事項として、組合規約の変更のほか、組員の脱退・加入、組合の解散を挙げる。

76) 我妻・前掲註(68) 767頁。もっとも、当該叙述部分においては、業務執行権限を一部の組員に委ねた場合に非業務執行組員がもつ権利として民法673条の検査権のみが挙げられている。

77) 我妻・前掲註(68) 774頁。同781頁も参照。

78) 我妻・前掲註(68) 757頁。

79) 星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、1986年）312頁。

80) 星野・前掲註(79) 313頁。その際、星野は、合名会社（当時の商法86条。現在の会社法860条に相当）においてはこの点が若干異なることを指摘した上で、民法上の組合では解任権が（非業務執行組員の）最低の権限の一つであることを示す。

81) 星野・前掲註(79) 313頁。

82) 星野・前掲註(79) 300-301頁。加えて、民法上の組合の中でも、利益分配をする組合に関しては、共同の事業の合意を契約の要素とすることから、全員がこれを受けるものでなければならず、一部の者だけが利益を受けるものであってはならないとする。

83) 三宅正男『契約法（各論）下巻』（青林書院、1988年）1105-1107頁。三宅の理解によれば、民法は共同の事業を営むことを組合契約の要件とするだけで、収益の分配を要件としていないため、金銭的収益の分配を目的として事業を共同経営する場合でも、組員が直

接し業務執行に関与する権利を有することが求められ、その半面として、組合の債務について個人的責任を負うことになる。また、利益分配が成立要件ではないために、公益を目的とする事業も組合契約の目的となり得るといふ。

- 84) 三宅・前掲註(83) 1125頁。
- 85) ただし、この場合でも、民法673条の検査権を有する限りで「事業の共同経営を目的とする組合の本質は失われない」。三宅・前掲註(83) 1129頁。
- 86) 三宅・前掲註(83) 1129頁。
- 87) 三宅・前掲註(83) 1129-1130頁。
- 88) 三宅・前掲註(83) 1130-1131頁。
- 89) なお、このような理解は本文後述の大審院判決の判断内容とも親和的であるといえる。
- 90) 三宅・前掲註(83) 1131頁。
- 91) 三宅・前掲註(83) 1126頁。
- 92) 末川博『契約法 下(各論)』(岩波書店、1975年) 246頁。
- 93) 末川・前掲註(92) 251頁。同『債権各論 第二部』(岩波書店、1941年) 372, 378頁も参照。
- 94) ただし、単に「検査権と業務執行組合員の解任権とが組合員の最低の権限である」とするものもある。林良平編『債権各論』(青林書院、1986年) 214頁〔三島宣也担当部分〕。また、石田穰『民法V(契約法)』(青林書院、1982年) 386頁、堀田泰司=柳勝司=森田悦史編著『債権法各論[第2版]』(嵯峨野書院、2020年) 226, 228頁〔岡田愛担当部分〕、木村一夫『組合事業の会計・税務(第3版)』(中央経済社、2012年) 9-12頁も参照。
- 95) たとえば、中田・前掲註(10) 576頁、田山輝明『債権各論 中巻』(成文堂、2001年) 103-104頁、川井健『民法概論4(債権各論)[増補版]』(有斐閣、2010年) 338頁など。なお、加賀山茂『契約法講義』(日本評論社、2007年) 549頁は、民法672条と673条は組合の性質を考慮して定められた特別規定であるとする。
- 96) 潮見・前掲註(5) 418頁。ただし、その際、「最小の権限」として民法673条の検査権が挙げられ、672条2項の解任権は挙げられていない。また、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年) 576-577頁、水本浩『契約法』(有斐閣、1995年) 370頁も参照。ほかに、山本敬三『民法講義IV-1 契約』(有斐閣、2005年) 753頁は、「共同の事業といえるためには、組合員全員が「事業の遂行一少なくともその監督一」に関与し、利益の分配にあずかる必要がある」とする。大澤彩=三枝健治=田中洋(山本敬三監修)『民法5 契約』(有斐閣、2022年) 286頁〔大澤彩担当部分〕、原田剛『債権各論講義』(成文堂、2021年) 275頁も同旨。
- 97) ほかに、たとえば、石外克喜編著『契約法[改訂版]』(法律文化社、1994年) 304, 307

頁〔上谷均担当部分〕、加藤雅信『新民法体系Ⅳ 契約法』（有斐閣、2007年）467、469頁、野澤正充『契約法 第3版』（日本評論社、2020年）277頁、清水元『プロGRESS民法〔債権各論Ⅰ〕』（成文堂、2012年）257-258頁、笠井修=片山直也『債権各論Ⅰ』（弘文堂、2008年）353頁〔笠井修担当部分〕、後藤卷則ほか編『プロセス講義民法Ⅴ 債権2』（信山社、2016年）171頁〔有賀恵美子担当部分〕、田井義信監修=手嶋豊編『ユーリカ民法4 債権各論』（法律文化社、2018年）172頁〔永田泰士担当部分〕、水辺芳郎『債権各論第2版』（三省堂、2006年）238頁など。

98) 山野日章夫『民法概論4 債権各論』（有斐閣、2020年）304頁。また、広中俊雄『債権各論講義〔第6版〕』（有斐閣、1994年）303頁も参照。

99) 本文以下は主に鈴木祿彌編『新版 注釈民法（17）債権（8）』（有斐閣、1993年）122-123頁〔森泉章担当部分〕（加藤一郎=鈴木祿彌編『注釈民法（17）債権（8）』（有斐閣、1969年）97-98頁〔森泉章担当部分〕も同一）。ほか、同旨として、篠塚昭次編『条解民法Ⅱ 債権法 改訂版』（三省堂、1987年〔初版は1982年〕）526-527頁、『基本法コンメンタール 債権各論 第4版新条文対照補訂版（別冊法学セミナー186号）』（日本評論社、2005年）228頁〔関彌一郎=高橋良彰担当部分〕、『新基本法コンメンタール 債権各論2（別冊法学セミナー264号）』（日本評論社、2020年）299-300頁〔後藤元伸担当部分〕、我妻榮=有泉享=清水誠=田山昭明『我妻・有泉コンメンタール民法 第6版』（日本評論社、2019年）1355-1356頁。

松岡久和=中田邦博編『新・コンメンタール民法（財産法）第2版』（日本評論社、2020年）1136頁〔後藤元伸担当部分〕は、厳格な規律の理由につき、民法上の組合における人的信頼関係を基礎とする組合契約にもとづくものであることを理由とする。篠塚昭次編『判例コンメンタール5 民法Ⅲ』（三省堂、1977年）471頁、篠塚昭次編『新・判例コンメンタール民法8 契約（3）』（三省堂、1992年）170-171頁〔田山輝明担当部分〕も同旨。

なお、林良平編『注解 判例民法 債権法Ⅱ』（青林書院、1989年）879頁〔田原睦夫担当部分〕は、複数の業務執行組員を解任するためには、それぞれの解任について他の組員の一致を要し、業務執行組員を除く他の組員の一致によって解任できないとする（680条を参考とする）。能見善久=加藤新太郎編『論点体系 判例民法<第3版>7 契約Ⅱ』（第一法規、2019年）295頁〔四ツ谷有喜担当部分〕も同様。

100) 森泉・前掲註(99) 122頁。

101) ドイツ民法（BGB）では解任という表現ではなく、業務執行権限の剥奪として、日本でも度々参考とされる規定が置かれている。（2021年改正前）ドイツ民法（BGB）712条は次のような規定である（以下の仮訳については右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）590頁〔上谷均担当部分〕も参照）。

(2021年改正前) BGB 第712条第1項

「組合契約によって、ある組合員に委託された業務執行権限は、重大な事由があるときは、他の組合員の全員一致の決議により、または、組合契約に従い多数決によるときは他の組合員の多数決により、剥奪することができ、とくに重大な義務違反または通常の業務執行のための能力の欠如はその事由となる。」

同条第2項

「重大な事由があるときは、その組合員自らも業務執行の解約告知を行うことができ、委任に関する第671条第2項および第3項の規定を準用する。」

しかしながら、近時、2021年8月10日に公布された「人的会社（組合）法の現代化のための法律（Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrecht [Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz-MoPeG]）」により、上記規定を含む民法上の組合の規律についても大がかりな改正が行われた。当該改正法は2024年1月1日から施行される。その概要や経緯については、金改妹「ドイツにおける組合法の改正動向」広島法学45巻3号（2022年）67-84（132-115）頁、同「2021年ドイツ組合法の改正」ジュリスト1581号（2023年）76-81頁、高橋英治「ドイツにおける民法上の組合と人的会社に関する法律の大改正と日本法」法学雑誌69巻1号（2022年）1-39頁に委ね、以下には改正前712条に対応する改正後715条5項および6項の仮訳を挙げるにとどめ、ドイツ法上の新旧規定の検討は他日を期したい。

MoPeGによる（2021年改正後）BGB 第715条第5項

「重大な事由があるときは、他の組合員の決議により、ある組合員から業務執行権限の全部または一部を剥奪することができる。とくにその組合員の重大な義務違反または通常の業務執行のための能力の欠如は重大な事由となる。」

同条第6項

「重大な事由があるときは、その組合員自ら業務執行の全部または一部の解約告知を行うことができ、第671条第2項および第3項の規定を準用する。」

102) 森泉・前掲註(99) 123頁。

103) 山本豊編『新注積民法(14) 債権(7)』（有斐閣、2018年）549頁〔西内康人担当部分〕。効果については、村田涉編『事実認定体系<新訂 契約各論編>3』（第一法規、2019年）325頁〔徳増誠一担当部分〕も参照。

104) 西内・前掲註(103) 548-549頁。

105) 民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針V—各種の契約(2)』（商事法務、2010年）292頁、松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』（法律文化社、2020年）935頁〔西内康人担当部分〕など。業務執行組合員への委任が組合契約の定めに基づ

民法672条2項における業務執行組合員の解任（西脇）

くことを明確化する字句の変更が行われていることにつき、【民法（債権関係）部会資料84-2】141-142頁も参照。

民法670条4項の問題にかかわる業務執行権限に関して、本文冒頭で前述したように上谷・前掲註(6)173頁以下が重要な視角を提示する。

- 106) 【民法（債権関係）部会資料18-2】14頁など。
- 107) この点につき、西内・前掲註(2)544頁。また、大阪弁護士会民法改正問題特別委員会編『逐条解説新債権法』（有斐閣、2021年）679頁以下も参照。ただし、改正審議を振り返ると、民法上の組合の「業務執行」概念をどのように捉えるのかについてなお検討すべき課題があることが示されており、とくに「(対内的・対外的)業務執行」（あるいは業務の決定・執行・委任の用語）と「組合代理」との用語・概念の関係の整理は今後に残された課題であるように思われる。この点につき、民法（債権法）改正検討委員会編・前掲註(105)287頁、【民法（債権関係）部会資料18-2】16頁、法制審議会民法（債権関係）部会第59回会議・議事録16頁以下（とくに22頁〔佐成実発言部分〕など）、同第69回会議・議事録3頁（とくに〔能見善久および佐成実発言部分〕）、同第85回会議・議事録50-51頁（とくに〔中田裕康および岡正晶発言部分〕）など参照。
- 108) 【民法（債権関係）部会資料18-2】3-4頁。また、法制審議会民法（債権関係）部会第18回会議・議事録20頁以下も参照。
- 109) このように、改正提案・審議の過程では、組合契約の概念ないし本質にかかわる論議も存在した。民法（債権法）改正検討委員会編・前掲註(105)263-265頁参照。議論の整理につき上谷均「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年）309頁以下、西脇・前掲註(13)41-42頁も参照。
- 110) 【民法（債権関係）部会資料18-2】4頁、民法（債権法）改正検討委員会編・前掲註(105)263頁。
- 111) 【民法（債権関係）部会資料18-2】15頁。また、組合契約の無効または取消しに関する議論の際のものではあるが、法制審議会民法（債権関係）部会第59回会議・議事録9頁〔中田裕康発言部分〕も参照。なお、業務執行者を置いた場合に、（解任権を行使するのではなく）同670条4項に基づき総組合員が共同で業務執行できるとすることの固有の意義について、法制審議会民法（債権関係）部会第59回会議・議事録21-22頁（とくに〔大村敦志発言部分〕など）では、とくに業務執行者が（組合員でない）第三者である場合に、代理人である業務執行者とは別に総組合員が本人として行為できることを明らかにする点で意義があると指摘されている。
- 112) ただし、業務執行者を定める権利は組合員固有の権利であるから、それを制限する特約は無効であるとする見解も存在した。前註(56)の岡村の指摘を参照。

- 113) たとえば、能見善久＝加藤新太郎編『論点体系 判例民法<第3版>7 契約Ⅱ』（第一法規、2019年）284頁〔四ツ谷有喜担当部分〕では、「2人以上の当事者が団体を結成した場合について常に組合契約の成立を認めるべきではなく、当事者の合意内容に照らして当該団体が組合に該当するといえるか否かが判断されなければならない」といった指摘があるが、ここでの問題もそのような問題の一つとして位置づけることができるか。
- 114) たとえば、我妻・前掲註(68) 777頁は、各組合員が業務執行権を有することが民法上の組合における「根本の建前」であるとする。この点、民法（債権法）改正検討委員会編・前掲註(105) 288頁も参照。
- 115) 2022年12月1日時点までにおける Westlaw Japan 判例検索、LEX/DB インターネット TKC 法律情報データベース、D1-Law.com 判例体系による検索。ただし、本文後述の大審院判決は今回行った検索方法では検出されなかった。
- 116) 講（特に無尽講）とは、加入者（講員）が定期的にかかれる講会において、口数に応じた一定額の掛け金を払い込み、それを抽選や入札の方法で最低の価格を付けた者にその申出金額を交付して金融を与える制度である。無尽講のうち、講員全員の共同事業として営まれるものは、組合類似の契約であると解されており、無尽の中で非営利を目的とするものが講（頼母子講）と呼ばれている。代表的な判例の整理を含めて、篠塚昭次編『新・判例コンメンタール民法8 契約(3)』（三省堂、1992年）154頁〔田山輝明担当部分〕参照。
- 講については、最高裁においても組合類似の関係であるとされるものの（最判昭和42年3月31日民集21巻2号492頁）、消費貸借の性質が増加して、組合性が後退した場合には、民法上の組合の規定をそのまま適用することはできないとする判例（最判昭和42年4月18日民集21巻3号659頁）がある。四ツ谷・前掲註(113) 284頁も参照。
- なお、三宅・前掲註(83) 1112頁以下は、講を相互的消費貸借とみて、共同の事業を営むという契約ではないため、組合類似の性質を有せず組合の規定を適用する余地はないとする。
- 117) 本文以下の大審院判決については、我妻栄『民法教材(五)』（岩波書店、1941年）329-332頁にも掲載されている。
- 118) 【②判決】は、末川・前掲註(93) 378頁において、業務執行者の委任方法は組合契約の定めに拠るとの説示の際に引用されている。
- 119) 【①②判決】後には、組合類似の講において、業務執行者の選任方法につきたとえ規約に全員の過半数でなすとある場合でも、掛込代金の不履行の続発や講解散の場合に利害関係をもつのは未落札者のみであり、したがって、特別の事情のない限りは、（全員ではなく）未落札者の過半数の決議によれば足りるとする判決がある（【大判昭和17年10月22日法学12巻419頁】、【大判昭和13年7月13日判決全集5輯15号13頁】）。

民法672条2項における業務執行組合員の解任（西脇）

- 120) 民法672条の註釈である森泉・前掲註(99) 123頁、西内・前掲註(103) 549頁でも、【③判決】が正当事由に関する裁判例として列挙されている。
- 121) ほかに【③判決】は、本件の女学院における組合員の除名については民法680条に準拠して判断すべきとした上で、除名することにつき「正当な事由」はないとした。
- 122) 鈴木祿彌編『新版 注釈民法(17) 債権(8)』(有斐閣、1993年) 53-54頁〔福地俊雄担当部分〕(加藤一郎＝鈴木祿彌編『注釈民法(17) 債権(8)』(有斐閣、1969年) 43頁〔福地俊雄担当部分〕も同一)。
- 123) もっとも、【④判決】では当該契約関係が民法上の組合契約であるか否かが問題となつてはいるものの、主としては、その事業所得が税法上の不動産取得か雑所得か否かが問われ、税務署長がした更正処分等の取消請求が争われた事案に関するものである。
- 124) 西脇・前掲註(13) 31-32頁。
- 125) 平野秀文「組合財産の構造における財産分割の意義(5)」法学協会雑誌135巻3号(2018年) 547頁、554頁註(11)。
- 126) なお、前註(115)で行った検索では、ほかに【大阪地判昭和40年12月24日判時455号51頁】も民法672条を参照条文とする判決として検出された。しかし、同判決の事案は講の解散に伴う清算関係を問題とするもので、業務執行者の解任が争われた事案ではない。同じく検出された【東京地判平成25年3月8日判例集未掲載(平成22(ワ)13704号)】についても、一方がクリニック開設運営に必要な経費等を支出負担し、他方が医療知識・技術等を提供する形でのクリニック経営を行う契約が組合契約であるとされた事案ではあるが、民法672条2項の解任が争われた事案ではない。また、同様に検出された【東京地判平成26年7月18日判例集未掲載(平成24(ワ)13638号)】も、投資事業を営む民法上の組合において組合員の善管注意義務違反、除名が問題とされたものであり、解任は問題とされていない。
- 127) この点については、正当事由を不要とするような合意内容があった場合、その有効性も問題となろう。
- 128) 山城一真「共有法の基礎理論とその課題・補遺」吉田克己編著『物権法の現代的課題と改正提案』(成文堂、2021年) 172-173頁。
- 129) 山城・前註(128) 170-172頁。

