

<研究ノート>

## 組合契約における業務執行

——民法670条4項の新設をめぐって——

上 谷 均

- I はじめに一問題の所在
- II 旧670条の改正
- III 旧670条における業務執行権の帰属
- IV おわりに一残された課題

### I はじめに一問題の所在

いわゆる債権法改正（2020年4月1日施行）において、組合契約に関する改正はあまり関心を引くものではない。その理由は、改正された内容が判例通説に沿ったものであり目新しいものはあまりない、ということである<sup>1)</sup>。確かに概ね判例通説の明文化であると解することができる。とはいえ、まったく疑問の余地がないわけではない。本稿では組合の業務執行に関する改正に関連して若干の疑問を提示したい<sup>2)</sup>。

組合の業務執行に関する規定の整備は、組合契約に関する今回の改正の中では量的に大きな改正がなされた部分である。しかし、業務執行に関する改正過程では、とくに議論が対立する場面はなく、パブコメでもほぼ異論なく受け入れられている。その改正の要点は、①業務執行権の帰属の明確化（これに関連して「業務の意思決定と執行の区別（書き分け）」）と、②組合代理規定の新設、ということにまとめることができる。このうち本稿では、とくに①に関して、業務執行者を定めた場合もなお組合員全員による意思決定と業務執行を認めるとする670条4項が新設された点を取り上げたい。この規定は当然のことを明文化したものとされ、とくに注目されることはない。それにもかかわらずこれを取り上げるのは、その根拠をど

う説明するのか、という点において必ずしもはっきりしない点があるように思われるからである。

すなわち、Ⅱで検討するように、670条4項のもとになった提案では、その根拠は「合手的結合」であって「代理の法理ではない」と明言されていたが、審議の過程で「代理の法理の当然の帰結」であると説明されることになった。しかし、670条4項は「業務の執行」に関する規定であり、これを「代理の法理」で説明することをどのように考えればよいのであろうか<sup>3)</sup>。また、この点についてこれまでどのように問題にされてきたのかも必ずしも明らかではないように思われる<sup>4)</sup>。このような疑問を解明する手がかりを得たいと考えたのが本稿の主たる動機である。なお、②の組合代理規定の新設もまた、内部の業務執行と代理を明確に区別すべきであるという、それ自体はとくに異論のない従来の議論に基づくものであるが、この区別の理解について若干の疑問を合わせて検討することとしたい。

以下では、Ⅱで670条に関する今回の改正の経緯をまとめ、Ⅲで改正前の議論を確認する。

## Ⅱ 旧670条の改正

### Ⅰ 旧670条改正の基本的スタンス

#### (1) 改正に向けた問題提起

組合の業務執行に関する旧670条は、「業務の執行は…過半数で決する」と定めるのみで、業務執行権<sup>5)</sup>の帰属（決定された業務を誰が執行するか）が明確ではないと批判され、改正により「業務の決定及び執行の方法」と表題を改めた670条と「組合の代理」と題する新設の670条の2の二本立てになった。このうち670条では、判例・通説に従って、多数決決定原則を維持し各組合員又は各業務執行者の業務執行権を明確にするとともに、常務の組合員各自による単独執行権は従来通りとされている。その意味で、これまで理解されてきた業務執行権の基本構造は維持されている。その中で、業務執行者が置かれている場合でも「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。」とする670条4項が新設されたことが目新しい。この規定につながる提案が、債権法改正作業の事実上の出発点と言ってよい民法（債権法）改正検討委員会の『債権法改正の基本方針』に見られる<sup>6)</sup>。

## (2) 670条4項に関わる提案

『基本方針』は、組合の業務執行と組合代理について旧670条の大幅な改正と規定の新設を提案していた<sup>7)</sup>。その要点は、従来の学説が業務執行を対内的と対外的に分けて説明することは「不明瞭」であり、「業務執行は、組合としての意思決定の態様とその実行」であり、「組合代理は、第三者とした契約の効果帰属のメカニズム」であるとして、業務執行に関する規定と組合代理に関する規定を分けることにあった<sup>8)</sup>。業務執行と組合代理の双方について、業務執行者がいる場合といない場合の二本立てで規定化するという形式の点はともかく、内容の点では、基本的にその後の改正の方向を決定づけている提案である<sup>9)</sup>。

新設された670条4項のもとになったといえる『基本方針』の提案は、**「【3.2.13.09】〈4〉業務執行者を定めたか否かを問わず、組合員全員によって業務を執行することは妨げられない。」**であった（以下、便宜的に「原型」と呼ぶ）。この業務執行者は組合員である場合と組合員以外の第三者である場合の両方を含むものであるが、後者の場合が問題であることはいうまでもない。長くなるがまずその説明を引用する<sup>10)</sup>。

「(※1)〈4〉は、組合員全員で合手的に（代理の法理によるのでなく）業務執行ができることを示すものである。ドイツ民法709条1項は、組合の業務執行は全組合員に共同して（gemeinschaftlich）帰属するものとし（前段）、いずれの業務についても全員一致を要すること（後段）を規定する。本提案は、業務執行を過半数決議に係らしめるという点ではドイツ法と異なるが、共同の事業を営むという組合の目的に照らせば、組合員全員が共同して業務を執行できるのは当然のことである（ドイツ民法709条1項前段参照）。〈4〉は、このことを確認するものであるが、(※2)さらに、次の2つの具体的機能を持つことが想定されている。第1は、組合員以外の第三者に業務執行を委任した場合である。この場合、なお組合

員が業務を執行できるかどうかは、ある事務を他人に委任した者が委任を解除しないまま委任事項を自ら処理することができるかの問題となる。本提案は、業務執行を委任した以上、個々の組合員は業務執行ができなくなるとしても、組合員全員が揃えばなお可能であるというのが、組合の性質に照らした業務執行委任契約当事者の合理的意思であると考えられるものである。第2は、組合員以外の第三者が組合に対して意思表示等をしようとする場合である。相手方は、常務に属しない行為について、組合員の過半数決議がないとしても、組合員全員に対する意思表示をすればよいことになる。」(※1、※2、下線は上谷による)

この説明の前半(※1)では、「原型」の根拠を「合手的に(代理の法理によるのでなく)」業務を執行することであると説明し、組合員以外の第三者に業務執行を委任した場合も含めて「代理の法理」を根拠とするものではないことが明言されている点に注目したい<sup>11)</sup>。提案の「合手的」の根拠はドイツ民法709条1項、とくにその前段である<sup>12)</sup>。この1項前段が「合手的」結合である組合の業務執行の原則であるという、いわば組合契約の本質論のようなものを体現しているものとして提案の根拠となるという趣旨であろう。そして、同条1項後段が全員一致原則を定め、同条2項が組合契約による多数決を認めているほか、710条で一人又は数人の組合員に業務執行を委託すると他の組合員は業務執行権限を失うことを明記している<sup>13)</sup>。したがって、709条1項後段及び2項と710条は「合手的」結合という本質論とは異なる次元で業務執行権限の帰属を定めているという理解になるものと解することができる<sup>14)</sup>。このように考えると、「原型」は、709条1項前段に従って「ある組合契約において業務執行権の帰属がどのように定められていようとそれとは関わりなくつねに組合としての業務執行が優先する」ということを明らかにした規定ということになるであろう<sup>15)</sup>。しかし、この根拠の説明が、その後の改正作業の過程で、「合手的」結合における業務執行の問題から「代理の法理」に置き換わることになる。

また、解説の後半(※2)は、この規定を設けることによる具体的機能として想定されていることとして、「組合員以外の第三者に業務執行を委任した場合」と「組合員以外の第三者が組合に対して意思表示等をしよう

する場合」の2点を挙げる。前者の場合に委任契約との関係をどのように説明するのかという点がとくに問題になるものと考えられるが、委任契約の意思解釈の問題として処理されるということが指摘されている<sup>16)</sup>。

## 2 旧670条の改正審議

### (1) 『中間試案』まで<sup>17)</sup>

(a) 第18回部会における組合の業務執行に関する論点提示は基本的に『基本方針』に沿ったものであると言える<sup>18)</sup>。その「補足説明」において、業務執行者が選任されると他の組合員は業務執行権を失うという解釈論を条文上明記すべきであるという考え方<sup>19)</sup>とその場合でも組合員全員が共同して業務を執行することを明文化すべきであるという考え方を検討課題としてあげている<sup>20)</sup>。これらの点については部会では意見は出されていない。「中間的論点整理」でも同様の説明が維持されている<sup>21)</sup>。

(b) 『中間試案』では「決定し、執行する」と書き分けられたほか、「業務執行者を置いている場合であっても、総組合員によって組合の業務を執行することは妨げられないものとする。」という『基本方針』と同様の条項を新設することが提案された。これらの提案は、パブコメでもほぼ賛成の意見が寄せられ、部会審議でも議論の対象にはなっていない。したがって、意思の決定と執行を条文上書き分けることと、組合員全員が共同して業務を執行することを明文化するという提案は異論なく採用されている。

しかし、『中間試案』の「補足説明」では「原型」の説明から変化している点があるので、まずその説明を引用する<sup>22)</sup>。

「(3) ところで、業務執行者を置く場合に、なお組合員が業務を執行することができるかどうかについては、議論がある。

一般には、業務執行者に業務の執行を委任した場合には、個々の組合員は業務執行権を失うと解されているが、その場合であっても組合員全員で行うときは、業務を執行することができるものとすべきであるとの考え方が示されている。この考え方は、代理法理から当然に導かれる帰結といえる。この考え方を採用すれば、組合に対して意思表示等をしようとする者がいた場合に、組合の業務執行者

が不明であっても、組合員全員に対して意思表示等をすればよいことになる。

そこで、本文(4)では、このような考え方にに基づき、業務執行者を置いている場合であっても、総組合員によって組合の業務を執行することは妨げられないものとしている。」(下線は上谷による)

この問題提起は、各組合員の業務執行権限が認められない場合に、なお組合員全員で行う業務執行が認められるかということである。それを「代理法理から当然に導かれる帰結」という表現で肯定し、その適用例として意思表示の受領を挙げている。「原型」では、組合員全員で行う業務執行が認められることを所与の前提とした上で具体的機能として2点が挙げられるという構成であったが、この構成の変化がどのような意味を持つのかは明らかではない。

「代理法理」による説明は「中間試案のたたき台(5)」で登場したと考えられるが<sup>23)</sup>、ここで取り上げている「考え方」が『基本方針』で示されたものと同じであるとすると、「代理の法理ではない」と強調されていたこととの関係をどのように考えればよいかという疑問が生じる。しかし、「代理法理の当然の帰結」については、とくに議論も説明もないため不明であると言えない。

## (2) 要綱案における文言の変更

『中間試案』から要綱案の過程でも基本的な考え方に変更はない。しかし、『中間試案』から文言が変更されているが理由がよくわからないという点がいくつかある。

まず、『中間試案』では「(4) 業務執行者を置いている場合であっても、総組合員によって組合の業務を執行することは妨げられないものとする。」となっており、ここでは「決定」と「執行」は書き分けられていなかったが、要綱仮案で「(5) 業務執行者がある場合であっても、総組合員の同意によって組合の業務を決定し、又は執行することは、妨げられない。」に変更された。他の条項案と異なり「決定」と「執行」が「又は」でつながれている理由は不明である<sup>24)</sup>。また、『中間試案』では、業務執行と同様、常

務についても「単独で決定し、これを執行することができるものとする」となっていたが、要綱案仮案の段階で「単独で行うことができる」という旧規定の文言に戻されているが理由の説明はない<sup>25)</sup>。

このように、要綱案に至る過程で生じた文言の変更については説明はなく疑問は残るが、残念ながら答えを見いだすことはできない<sup>26)</sup>。本質的な問題ではないとはいえ、最後の詰めの段階がヴェールに包まれてしまっているという印象である。

以上に示した疑問を考える手がかりを探るために、つぎのⅢでは、簡単ではあるが関連するこれまでの議論を振り返ることとする。

### Ⅲ 旧670条における業務執行権の帰属

#### 1 旧規定の立法者の立場

670条に該当する677条に関する法典調査会における富井政章の説明は、代理も含めて業務執行をまとめて論じるものである<sup>27)</sup>。

まず、業務執行者を置かない場合について、フランス民法、ドイツ民法、旧民法の立場を批判的に検討し、そのいずれでもない、過半数に依ることを原則とする立場を採用している<sup>28)</sup>。その際、フランス民法について「原則トシテ社員ガ各自ニ勝手ニ業務ヲ行フコトガ出来ルト云フコトニスレバ會社ト云フモノハ統一ヲ缺テ到底其目的ヲ満足ニ達スルト云フコトハ出来得マイ當事者間ニ代理ガアルト云フ推定モ夫レガ果シテ當事者ノ意思デアルカ即チ慥カナ推定デアルカ少ナクモ私丈ケハ疑ウ」(下線は上谷)と批判する。下線部は各自が当然に代理権を持つと解することを批判しており、これは代理権の帰属も当然に視野に入れた議論であるといえよう<sup>29)</sup>。

さらに、業務執行者を置いた場合は組合員が業務執行権を失うことは、「會社契約ヲ以テ業務執行者ヲ選任シタ場合ニ付テ申シマス此場合ニ先ヅ他ノ社員ハ業務ノ執行ニ與カルコトハ出来ナイト云フコトハ明文ヲ要セスト思ヒマス」と説明し当然視している<sup>30)</sup>。常務について、旧民法と結果は余り変わらないとしつつ、旧民法の「通常的管理行為」と「重要な行為」の

区別を批判している<sup>31)</sup>。

このように、組合員の中から業務執行者を選任している場合の業務執行者と他の組合員の関係と、第三者である業務執行者と組合員との関係を区別することは特に意識されていないようである。したがって、いずれの場合も業務執行者以外の組合員は業務執行に関わる権限を一切失うものと理解されていたことは明らかであるが、第三者である業務執行者を置く場合に組合員の全員一致で業務執行を決定・執行するという場面が想定されているか否かは読み取ることはできない。さらに、組合契約ですでに定められている事業に関する業務の執行の権限は過半数の決定によって組合員または業務執行者各自に与えられるということであるから、業務に関する意思決定、執行、代理権の全てがひとまとめにされており、立法段階では業務執行と代理の区別は意識されていなかったということである<sup>32)</sup>。また、「決定」と「執行」の区別はまったく意識されていないように読める。「決ス」というのは、「誰が何をするのかを決める」ということだから当然両者を含むという理解ではなかろうか。その意味で、旧670条が意思の決定しか定めていないという認識ではないように思われる。ましてや業務執行者を定めた場合でもなお全員一致で業務執行ができるかという問題意識はできそうにない<sup>33)</sup>。

## 2 学説

### (1) 通説

その後の学説を見ても、管見の限りでは、670条4項に直接的につながる議論は見いだせないので、学説を網羅的に検討することはせず、若干関わりがありそうな議論のみを確認しておきたい。

立法者も明確に述べていることであるが、第三者に業務執行を委託した場合に組合員の業務執行権（常務は除く）は失われると解されている<sup>34)</sup>。通説とされる立場では第三者に組合事務の処理を委任する場合は、「組合契約すなわち全組合員の合意によつて、ある第三者に事務の処理を委任する



旨を決定し、その組合意思によつて当該第三者と委任契約を締結することになる（組合側の意思表示は組合代理の理論による）。」ことになり、「組合員がみずから組合業務を執行することができるかどうかは、ある事務を他人に委任した者は委任を解除しないで委任した事項をみずから処理することができるかどうかの問題に歸着する。組合のすべての事務を処理することを委任するような場合には、原則として、その者の裁量にまかせ、本人は手をつけたい趣旨と解すべきであろう」と説明される<sup>35)</sup>。

これによると、すべての業務執行を第三者に委任した場合に、委任契約はそのままで670条4項により組合員全員で行うことができるということを「代理の法理」で根拠づけることはできないのではなからうか。

## (2) 三宅説

このような通説の理解に対して、第三者に組合事務の処理を委任する場合でも組合員が業務執行をすることができるとする学説がある<sup>36)</sup>。

それによると「組合契約で一人または数人の組合員を業務執行者と定め、これらの者に業務執行権を集約した場合」（傍点原文）には、「他の組合員は業務執行から排除され、共同的業務執行は行われぬが」、このことと「業務執行の委任とは区別しなければならない」（傍点原文）という<sup>37)</sup>。そして、「第三者にすべての業務執行を委任する旨を組合契約で定め、組合の名で第三者と委任契約を締結した場合については問題がある」として、「解任されない限り組合員は自ら業務を執行することができない」とする我妻説を次のように批判する。すなわち、「委任者は委任存続中でも委任事項を自ら処理することができるから、組合員は常務か常務以外かの区別に応じ組合業務を専行しまたは過半数の同意により執行することができる。」というのである<sup>38)</sup>。

しかし、この説は670条4項の反対解釈により否定されることになると指摘されている<sup>39)</sup>。そうすると、三宅説が「代理の法理」に基いて、第三者に業務執行を委任した場合でもなお過半数による意思決定と執行を肯定していたものと解されるところ、670条4項が「代理の法理による当然の帰

結」であるとする説明は、第三者に業務執行を委任した場合は組合員は全員一致でしか業務の決定と執行に関わることはできないことを明らかにしたということになるであろう。

### 3 内部的業務執行と外部的業務執行

最後に670条4項と670条の2の関係について若干の疑問を提示したい。

(1) 前章で見たように、従来の学説における内部的業務執行と外部的業務執行の区分が「不明瞭」だと批判され、業務執行と組合代理の区別に置き換わることになる。立法者は、これをとくに区別していなかったが、その後の学説において区別の必要性が論じられる。

たとえば、代表的な学説によると、この内部的業務執行とは「組合員相互間ノ關係ニシテ組合員ガ他ノ組合員ニ對スル關係ニ於テ組合ノ目的タル共同事業ヲ営ミ法律行為又ハ事實行為ヲ爲ス權利義務ヲ有スルヤ否ヤノ問題ナリ」と説明され、外部的業務執行との違いは「業務執行ハ組合員相互間ノ對内的關係ニシテ又事實行為タルコトト法律行為タルコトトアリ得ベク、之ニ反シテ組合代理ハ第三者ニ對スル對外的關係ニシテ其内容ハ意思表示又ハ法律行為ニ限ル」と説明されている<sup>40)</sup>。ここでは、内部的業務執行（対内関係）が事実行為と法律行為の両方を含むとされているが、その後の学説では、事実行為に限定されているように読める<sup>41)</sup>。この立場によれば、670条の対象は、組合の業務執行に関する意思決定とそれに基づく事実行為が対象であるということになる。

しかし、業務執行権の所在に関係なく組合員全員で業務執行をするという場合（670条4項「総組合員が執行する」）には、第三者と法律行為をすることも含まれるはずである。したがって、670条4項は、法律行為と事実行為を区別する意味はないということになる<sup>42)</sup>。

(2) 改正作業においては、内部的業務執行については、すでに指摘したように、業務執行に関する組合としての意思決定と業務執行権の所在の明確化が課題とされているが、業務執行の内容についてとくに触れられている

わけではない（「組合内部の意思決定及びその執行」と組合代理（組合が第三者と法律行為を行う方法）という説明にとどまる）。また、外部的業務執行すなわち組合代理については、判例が670条を適用するのに対して、「学説では、民法第670条が適用される業務執行の問題と組合代理の問題とは区別すべきであるとの見解が主流であるとされている」ことを指摘しているが、結局、学説に従って、規定上両者を区別することにしたものの、その内容は、判例理論と同じである（つまり旧670条の適用）<sup>43)</sup>。

(3) 業務執行と組合代理が規定上も区別されたことによって、670条の対象は「組合としての意思決定の態様とその実行」に限られることになった。それによって、組合員の過半数で決定した、第三者との契約締結は、670条ではなく670条の2の問題として説明することになるはずである<sup>44)</sup>。しかし、繰り返しになるが、670条の2に670条4項に該当する規定が存在しないことは、670条4項が組合代理とは関係のない規定であることを意味しないと解される。このような670条4項の位置づけからすると、これを「代理の法理の当然の帰結」と説明するのみで十分なのかという疑問が残る<sup>45)</sup>。

#### IV おわりに—残された課題

組合の業務執行に関する改正は、従来の「一般的理解」に沿ったものとしてほぼ異論なく受け入れられている。しかし、670条4項については、その根拠をどう説明するのか、その必要性は何か、という疑問は解消されないままである。改正作業ではほぼ説明や議論がないまま当然のこととして受け入れられているが、第三者の業務執行者がいない場合に組合員全員一致で業務執行ができるという、明文の規定がおよそ必要のない当然のことと、第三者が業務執行者である場合を同列に論じることができるのであろうかという疑問を拭えないからである。「合手的」という構成を持ち出すかどうかはともかくとして、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考えている。

また、本稿では検討の対象としなかったが、最近の共有法の見直しの議論における共有物の利用管理の仕組みの再検討を踏まえて、業務執行と組合財産の利用・管理との関係について検討する必要があるのではないかと考えている。今後の課題としたい。

## 注

- 1) たとえば、金子敬明「第11章 組合」安永正昭・鎌田薫・能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅲ』（商事法務，2018年）327頁は「組合については、何かを打ち出そうという意欲がそもそも欠けていたという印象を拭えない。」と厳しい指摘をしている。
- 2) 組合契約の意思表示を巡る問題に関して、上谷「【研究ノート】債権法改正作業における組合契約」修道法学39巻2号（2017年）309頁以下で、前提とする組合像のあいまいさと組合契約を締結した一部の者の意思表示に無効・取消し原因がある場合に組合契約の効力が影響を受けるかどうかに関する議論における通説的理解を巡る不一致を指摘した。
- 3) 中田裕康『契約法』（有斐閣，2017年）567頁は、「新670条4項を「代理法理から当然に導かれる帰結」だという説明……は、代理とは区別された業務決定・執行の説明としては、不十分であろう」と指摘する。
- 4) 山本豊編新注釈民法（14）（有斐閣，2018年）517頁〔西内康人〕は670条4項の新設に関連して「この点と関連する従来の解釈論では、業務執行者以外の組合員は、業務執行に関する権限を、673条に掲げるものを除いて失うと解されることにつき、争いはなかった。そして、業務執行者が第三者である場合にも通説は同様に考えてきた…」と説明している。これが670条4項に関する議論の対立を示唆する記述であるかどうかははっきりしない。
- 5) この業務執行とは、内部的業務執行（事実行為）を指す。組合代理との区別に関する問題についてはⅢで検討する。
- 6) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』（別冊 NBL / No. 126）（商事法務，2009年）を『基本方針』とし、その解説である『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）を『詳解Ⅴ』として引用する。
- 7) 『基本方針』前掲注（6）396～399頁。旧671条～673条はほぼそのまま維持されている。
- 8) 『基本方針』前掲注（6）396頁、『詳解Ⅴ』前掲注（6）288頁。
- 9) 各組合員による業務執行に関する規定と業務執行者による業務執行に関する規

## 上谷：組合契約における業務執行

定を区別して二本立てとし、組合代理についても同様の区別にとする提案は、民法改正研究会（加藤雅信代表）「日本民法改正試案」判例タイムズ1281号5頁（2009年1月）（以下、「研究会試案」とする）の提案と共通する。「研究会試案」では、組合契約は、「組織化されておらず、業務執行者が付かない組合契約」である「一般組合契約」と、「組織化されており、業務執行者が存在する組合契約」である「業務執行者付組合契約」の2類型としている。また、『基本方針』前掲注（6）【3.2.13.09】（組合員の業務執行）の第1項は、「〈1〉各組合員は、組合員の過半数の決議に基づき、組合の業務を執行する。」であった。その後の改正作業によって、「決議に基づき…執行する」が「決定し、…執行する」というスタイルに変わっているだけである。

- 10) 『詳解V』前掲注（6）289頁。
- 11) 「研究会試案」前掲注（9）では、組合員又は業務執行者による代理の効果は、「組合財産の合有の規定に従い総組合員に帰属する」ものとされている。
- 12) ドイツ民法709条の訳は次の通りである。

### 【共同の業務執行（Gemeinschaftliche Geschäftsführung）】

(1) 組合の業務執行は、組合員が共同で（gemeinschaftlich）行う；すべての業務について全組合員の一致を要する。(2) 組合契約に従って多数決による場合において、疑わしいときは、組合員数によって計算する。

条文訳は右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）585～588頁〔上谷担当〕による。「部会資料18-2」356頁にも翻訳がある（上谷訳とは若干異なる表現がある）。なお、ドイツ民法では「合手」（gesamthand）という言葉は、組合財産（gemeinschaftliches Vermögen）の持分処分を禁じた719条の表題（Gesamthänderische Bindung）で用いられているだけであり、業務執行では使用されていない。

- 13) ドイツ民法710条の訳は次の通りである。

### 【業務執行の委託（Übertragung der Geschäftsführung）】

組合契約において、一人又は数人の組合員に業務執行を委託している場合には、他の組合員は、業務を執行することができない。数人の組合員に業務執行を委託している場合には、第709条の規定を準用する。

- 14) 業務執行に関して全員一致を原則とするか、多数決を原則とするかということは立法政策の問題である。たとえば、投資事業有限責任組合契約に関する法律7条2項は無限責任社員の過半数による決定を定めているが（670条4項にあたる規定はない）、有限責任事業組合契約に関する法律12条は「共通の目的に向かって主体的に組合事業に参画するという制度」の趣旨から総組合員の同意を原則としている。
- 15) (※2) 下線部は「組合の性質に照らした業務執行委任契約当事者の合理的意

思」であるとの説明もしている。業務執行委任契約の解釈としても当然にこのことが導き出されるといふ趣旨であろうか。

- 16) 中田・前掲注(3) 566頁は、「この場合、組合の業務執行の統一性を保つため、業務執行者もその決定に服すると解すべきである」とする。また、この場合に業務執行者の業務執行権限が存続するかどうかは「組合契約、業務執行委任契約及び総組合員の同意による決定の趣旨による」(同前)とする。注(15)参照。
- 17) 部会でほとんど議論の対象になっていないことから、詳細な段階区分はせず、若干の変化の見られる『中間試案』の前後で区切ることにした。『中間試案』は法務省民事局参事官室『民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明』(PDF版)から引用する。
- 18) 論点提示は「組合の業務執行については、組合としての意思決定とその実行とを区別することができるところ、民法第670条は、主に組合の意思決定の部分を定めていて、その意思決定を実行する権限(業務執行権)の所在が分かりにくいことなどの問題が指摘されている。そこで、例えば、各組合員は原則として業務執行権を有すること等、現在の通説的な理解に基づき条文を明確化すべきであるとの考え方が提示されているが、どのように考えるか。」というものであり、「原型」に関係する説明はない。『民法(債権関係)部会資料集 第1集(第5巻)』(商事法務, 2012年) 297~299頁参照。部会資料および議事録の引用は原則としてこの資料集による(『資料集1-5』のように表記する)。
- 19) 『資料集1-5』前掲注(18) 298頁。「業務執行者が選任された場合には、その業務執行者のみが業務執行権を有し、業務執行者でない組合員は組合の常務も含め業務執行権を有さないと解されている。業務執行者が組合員以外の第三者である場合にも、組合の全ての事務を処理することを委任するような場合には、受任者の裁量に任せる趣旨と解されるためなどと説明されている。」という考え方である。
- 20) 同前『資料集1-5』前掲注(18) 299頁。「業務執行者を定めた場合であっても、組合員全員が共同して業務を執行することは、共同の事業を営むという組合の目的に照らして認められるべきであり、このことを明文で定めるべきであるとの考え方」である。「合手的」との説明はなく、「組合の目的」が根拠である。
- 21) 『資料集2-3(下)』前掲注(18) 905頁以下参照。
- 22) 『中間試案』(補足説明)前掲注(17) 534頁。
- 23) 『資料集2-11』前掲注(18) 273頁。
- 24) 『資料集3-4』前掲注(18) 585頁(部会資料75-A51頁)では文言案を繰り返しているだけで説明はない。

- 25) 『資料集3-4』前掲注(18)583頁(部会資料75-A49頁)では、「組合の業務の決定と執行とを区別して規律する考え方」に合わせて、常務についても「決定」と「執行」に書き分けたという説明をしている。これが変更されたのは、常務は一人で決定し執行するから旧規定の「単独で行う」という文言で「単独で決定し単独で執行する」の両方が含まれておりこれを書き分ける意味はないということではないかと思われる。

この他に、組合代理についても『中間試案』で「組合員の過半数をもってした決定」とされていたものが、やはり要綱案の段階で過半数の「同意」に変更されている。Ⅲで関連する問題に触れることにする。

- 26) 組合契約とは関係がなく蛇足であるが、要綱案に至る過程で生じた文言の変更の理由がわからない例として、112条(代理権消滅後の表見代理等)の文言修正を挙げておきたい。我妻栄『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』(岩波書店、1965年)375頁は、旧112条について「本条が任意・法定両代理に適用があることには、疑問の余地がない…」(傍点原文)と説明している。旧112条の主語?は「代理権の消滅」だから法定代理を含むと読んでもおかしくないが、改正後の112条の主語は「他人に代理権を与えた者」だから法定代理にはあてはまらない文言であろう。『中間試案』では「本人」であったが、要綱仮案で「他人に代理権を与えた者」に変わった。立法担当者等による説明はなく理由は判然としなが、改正後は任意代理にのみ適用されるという説明になるのであろう。傍点まで振って疑問の余地なしと強調した我妻説はいつのまにか葬り去られていたということであろう。
- 27) 日本近代立法資料叢書4・法典調査会民法議事速記録四(商事法務、1984年)860頁以下(以下、『速記録四』とする)。梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権編(復刻版)』(有斐閣、1984年)787頁以下も同様の説明である。周知の通り、法典調査会では、まだ、組合は会社、組合契約は会社契約と表現されていた。若干の文言の修正はあるものの規定内容は改正前670条と同じである。
- 28) ドイツ民法が「總社員共同デナクハ出来ナイ即チ一致ガナケレバ出来ナイト云フ主義」であり、「民事會社ノ原則トシテハー寸正シイヤウニハ思ヘル」が不便であると説明し、フランス民法が「各社員ガ出来ル各社員ハ相互ニ委任サレタ、社員間ニハ暗黙ノ委任ガアルニ依ツテ業務執行ハ銘々出来ル唯ダ外ノ社員ガ異議ヲ述ベタトキハ其行爲ヲ中止セネバナラヌト云フヤウナ制限ハアリマスガ先ヅ出来ルト云フ」主義である、と説明している。このいずれも採用せず過半数によるものとした理由は結局「此位ヒガ穩カデアラウト思ヒマス」ということである(『速記録四』前掲注(27)860~861頁)。また、物権法上の共有物の管理と比較して「既ニ共有物ノ管理ニ付テサヘモ多数決ニ依ルト云フ規定ニ爲ツタ本案ノ二百五十條(二百五十一條? 現252条を指すと思われる-上谷)、概

シテ言へハ會社ヨリ人ガ少ナイ夫レデサヘモ多数決デ宜シト云フコトニ爲ツテ居リマス」という（『速記録四』861頁）。物権法上の共有と組合財産の共有を単純に同一視しているわけではなさそうである。

- 29) 『詳解V』前掲注(6)293頁は、「各組合員には、組合契約に内在する代理権が一般的なものとして与えられる」としつつ、常務を超える行為については「組合員の過半数決議によって、具体的な代理権が与えられる」と説明する。常務では「一般的代理権」が当然に「具体的代理権」になるという趣旨であろうか。
- 30) 『速記録四』前掲注(27)861頁。また、組合員以外の第三者も業務執行者となることができることは明言している。すなわち「第三者ヲ業務執行者ニスルコトガ出来ヌト云フコトハドウモ窮屈ナ話シト思ヒマス」という。同前862頁。
- 31) 常務については、旧民法の「通常ノ管理行為ト重要ナル行為ト其區別ト云フモノハドウモ分界ガはつきりシナイ」と批判する。すなわち、「管理行為」というのは「權利ヲ無クシテ仕舞ハナイ行為」のことであり、「例ヘバ或ル期限内ノ賃貸借」がそれにあたるが「會社ノ業務ニハ縁ノ遠イモノデアツテモ銘々どん々々勝手ニ出来ルト云フテハ不都合デアル」。これに対して「金ヲ出ストカ支拂ハスルトカ」は「權利ヲ如何ニ無クスル行為」であるから管理行為ではなく多数決が必要であるとすると「會社ノ仕事デアル會社ノ常務デアルト云フコトガ出来ネバ困マル」ということになるというのである。この点が旧民法と一番違う点であるという。『速記録四』前掲注(27)861頁。
- 32) 組合代理に関する問題は、671条に該当する678条の説明で、業務執行者を定めた場合は純粹の委任であり、業務執行を委任されていない者は法律の規定によって業務執行をすることができるとして本条の意義を説明しているだけである（同前864～865頁。組合契約説の否定）。
- 33) もしかしたら当然のことだから規定するまでもないということであろうか。法典調査会における富井政章の説明は、組合契約の変更等にあたることを全員一致ですることは「明文ガナクテモ當然ノコトデアルト思ヒマス」としてその規定は設けないという前置きから始まる（同前860頁）。
- 34) たとえば、末川博「組合の業務執行について」『債権』（岩波書店、1970年）416頁は「全く業務執行の圏外に置かれる」と表現する。
- 35) 我妻栄『債権各論 中卷二（民法講義V3）』（岩波書店、1952年）784頁。
- 36) 三宅正男『契約法（各論）下卷』（青林書院、1988年）1129頁以下。
- 37) 三宅・前掲1129頁。すなわち「組合契約による業務執行組合員の選定」は一部組合員への「業務執行権の集約」であるから他の組合員は業務執行権を失う。
- 38) 三宅・前掲注(36)1129～1130頁。「常務を通常の業務の意味に解し、組合の目的とする事業の部類に属する取引は、取引額の多少を問わず常務であり、右の取引以外では、組合財産の保存、利用、管理が常務に属すると考える。」とす



る。旧民法の分類に近い考え方もかもしれないが、組合財産は共有であるにもかかわらず、利用・管理も単独でできるということであろうか。

- 39) 新注釈民法・前掲注(4) 517頁〔西内康人〕
- 40) 鳩山秀夫『増訂 日本債権法各論(下)』(岩波書店, 1924年) 675頁, 683頁。
- 41) 三宅・前掲注(36) 1134頁は、「組合員相互の間で、組合契約に基づいて、出資を請求・受領し、業務執行により受取った金銭等の引渡を請求するのは、組合内部の事実行為と共に対内的業務執行である」(傍点原文)とする。これに対して我妻・前掲注(35) 777頁では、対内関係(狭義の業務執行)とは「組合意思を決定することと事実行為をすること」であるとする。『基本方針』前掲注(6) 396頁では「組合としての意思決定の態様とその実行」と表現されている。
- 42) 新注民・前掲注(4) 530頁(「本人の行為にすぎない」から670条の2に規定がないのは当然という趣旨)。平野裕之『新債権法の論点と解釈』(慶應義塾大学出版会, 2019年) 445頁は670条4項を組合代理に適用することを否定する理由がないとするが、結論的には同じことになる。改正作業では「事実行為」とせずたんに「行為」としているのはこの場面を想定してのことであろう。
- 43) 「部会資料18-2」『資料集1-5』前掲注(18) 299頁, 『中間試案』前掲注(17) 535頁, 「部会資料75-A」『資料集3-4』前掲注(18) 584~585頁。なお、組合代理について『中間試案』で「組合員の過半数をもってした決定」とされていたものが、要綱案の段階で過半数の「同意」に変更されている。670条が判例理論の明文化であるとする決定と同意は手続的に区別されているはずである。最判昭35・12・9民集14巻13号2994頁の多数意見は「組合契約その他により業務執行組合員が定められている場合は格別、そうでないかぎり、対外的には組合員の過半数において組合を代理する権限を有するものと解するのが相当である」として、7人の組合員のうち4人で行った売買契約が組合員全員に効力が生じることを認めている。これに対して河村大助裁判官の反対意見は「同条の「組合員の過半数を以て決す」とは総組合員に決議に参加する機会を与え、その過半数の同意によつて業務執行の方法を決定することを要する趣旨と解すべきであつて、各組合員に対し賛否の意見を表する機会を与えることなく単に組合員の過半数の者において、業務執行を為し得ることを決めたものではない。」として、決定手続きを経っていないにもかかわらず代理権を認めたことを批判する。ただし、三宅・前掲注(36) 1128頁は反対。
- 44) 潮見佳男他編著『Before/After 民法改正』(弘文堂, 2017年) 456頁以下の組合の業務執行に関する解説(「組合⑤228業務執行」石川裕一弁護士執筆)は、3人で構成される組合で、そのうち2人の賛成で物件の賃借を決定し、そのうちの1人が貸主との間で「賃借手続」を行うという例を挙げている。解説によれば「組合の業務執行は、厳密には、対内的業務執行、対外的業務執行および組

合代理という3つの場面に区別される」とし、過半数決定を経ているので組合員の1人による業務執行（対外的業務執行の趣旨であると思われる）としてのこの「賃借手続」は、新旧両規定（670条）の下で有効であるとしている。しかし、この「賃借手続」が組合を代表して賃貸借契約を締結するという意味であれば、3人の組合員全員に賃貸借契約の効力が生じるかという問題は、業務執行者を定めない場合の組合代理の問題ではないかと思われる。山野目章夫『民法概論4 債権各論』（有斐閣、2020年）306頁の例では、契約の締結は組合代理の問題であり、その契約を締結することの決定と結ばれた契約の履行が業務執行であると分けられている。

- 45) 平野・前掲注(42) 前掲445頁は、業務執行者を定めていない場合について、「事実行為の業務執行と代理行為について差を設けた理由は不明」とであると指摘する。「差を設けた」が何を意味するのかははっきりしないが、「どうして法律行為については別個に実行権限の付与まで過半数で決定されなければならないのか」という問題提起からすると、670条の業務執行（事実行為）の場合は、事実行為をすることを過半数で意思決定すると各自が実行することができることになるのに対して、670条の2の組合代理における法律行為では、法律行為をすることを670条1項により過半数で決定した上に、さらに670条の2第1項で各組合員が代理権限を有することについて過半数の同意（「決定」ではない）を得なければならないのか、という趣旨であると思われる。おそらく、ドイツ民法714条と同様に業務執行権限を有する者には代理権もあるものと推定すればよいということであろう。しかし、改正で、内部的業務執行と組合代理を規定上分離し、意思決定と実行を峻別することにこだわったために、組合代理ではあらためて実行権限（すなわち代理権）の付与について規定せざるを得なくなったという事ではないかと考える。