

典型契約としての組合契約の意義

岡 本 裕 樹

- 一 本稿の目的
- 二 組合契約に関する規律の検討
- 三 組合契約の典型契約性の意義に関する検討
- 四 終わりに

一 本稿の目的

日本の民法には、典型契約として十三種類の契約類型が規定されている。その中で最も異色なものはどれであるかと問われても、異色性の判断基準次第で答えは当然異なってくる。ただ、組合契約の異色性は、ある意味で抜きんでている。組合契約といえば、複数人から構成される共同事業体である組合を創出させるものというイメージで語られる。この組合には法人人格はないが、その社会的意義や、これを背景とする発展の経緯に照らすと、法人格を認められる他の団体と並列されるべき存在である。そのため、組合に関する規定を「契約」の一類型とし

て位置付けることの必然性はない。⁽¹⁾ そうした実態から、組合をめぐるのは、団体としての組合に関わる対外的な法律関係や組合財産の帰属態様の在り方が古くより論じられてきた。そして、この議論は、社団・組合峻別論のもとでの権利能力なき社団の法的取扱いを考えるうえで、理論的意義を有するものと評されている。⁽²⁾ このように、組合に関しては、その団体性を基本的視座とした分析が多くなされてきており、その一つの帰結として、組合契約を、契約とは別の法律行為、すなわち合同行為と解する見解も主張されてきている。他の典型契約が、契約であることを否定されることはない中で、組合契約は突出している。

組合契約が、その契約としての地位すら否定されることがあったのは、それが通常の契約とは異なる面を有すると考えられたからである。その相違点としては、第一に、合意に基づく給付の態様があげられる。これによると、契約総則の規定は、当時者が給付を交換する場合に関するものであるところ、⁽³⁾ 組合契約での目的は、組合員各自の利益のための給付交換ではなく、組合員全員の共通の利益のために給付を結合することにあるとされる。この点と関連して、第二に、組合契約という法律行為を構成する意思表示の方向の違いがいわれる。契約概念は一般的に、対立する二個以上の意思表示が合致して成立する法律行為であり、多数の意思表示が交換され、各当事者に別な意義を有するものと定義づけられている。⁽⁵⁾ これによると、契約を構成する意思表示は、相対した方向を向いていると描写されることになる。しかし、組合契約では、意思表示が反対の方向から合致するわけではないと説かれることもある。⁽⁶⁾ 組合契約は、方向を同じくする二個以上の意思表示の合致により成立する法律行為であり、この意思表示は、各当事者にとって同一の意義を有しているとされたのである。⁽⁷⁾

これらの指摘のうち、後者は、これまでの学説における主要な対立点の一つではある。だが、契約を意思表示の「交錯合致」と言い、合同行為を意思表示の「平行合流」としたところで、一種の比喩ないし文学的描写に過

ぎない、と冷淡に評されることもあるように、組合における法律行為を、契約というか、合同行為というかは、あまり意味のある議論とは見られない向きもある。意図もなく形だけの構造分析に固執しても、何も生まれないのは確かである。また、組合契約において意思表示の「交錯合致」を想定できないわけでもない。各当事者が他の全ての当事者との間で意思表示をやり取りし、こうして行われる法律行為全体を一つの組合契約と解する見解もある。⁽⁹⁾ そもそも、契約が対立構造とされるのは、二当事者間の契約を基本モデルとしてきたためである。なので、そこでの当事者や意思表示、あるいは債権関係の構造が、三当事者以上の契約にそのまま当てはまるとは限らないのは、当然とも思える。

これに対し、組合契約の当事者の行う給付が交換関係になく、当事者全員に共通する利益になるとの評価は、組合契約の異質性を基礎づける重要因子といえる。合同行為説は、この給付の非交換性・共通利益性に依拠しており、合同行為としての性質決定から導かれる法的取扱いは、こうした給付の性質から正当化されているからである。もともと、合同行為説の実践的意義の一つは、組合契約への契約通則の適用を否定するところにあった。⁽¹⁰⁾ 同説は、契約通則の規定は、当事者が給付を交換する場合に関するものであって、組合のように全当事者に共通の目的のために給付を結合する場合には適用されない、と説いているのである。⁽¹¹⁾ ただ、いかなる契約であっても、契約通則の適用範囲は元々、その契約の性質により限定されるものである。それゆえ、同時履行の抗弁や危険負担、契約解除に関する規定が、そのまま組合契約に適用されるべきでないとしても、直ちに組合契約の契約性を否定することにつながるわけではない。⁽¹²⁾ それでも、給付の非交換性・共通利益性が、組合契約への契約通則の適用を修正する要因とされるのは確かであり、この点は、契約説を採る見解も同様である。⁽¹³⁾ そのため、組合契約の特異性は、給付の非交換性・共通利益性によって説明されてきたといえよう。⁽¹⁴⁾

ところで、典型契約に関する規定は、当該契約類型に適合する具体的契約に適用されるだけではない。その規定の趣旨に合致する限りで、直接適用や準用、あるいは類推適用という形で具体的契約の内容を補充し、また、契約解釈の際の指針としても機能するとされる。⁽¹⁵⁾すると、組合契約も典型契約であるため、組合契約に関する規定は、厳密には組合ではない個別契約に対して、その趣旨が当該契約に妥当する限りで、内容補充の根拠規定や解釈指針たりうることになりそうである。現実では、複数の者が共同で事業を行う際、当事者が組合という形式を選択するとは限らない。また、契約に基づく給付が交換的でなかったり、当事者共通の利益のために行われたりする状況は、組合契約以外の契約でも考えられうる。これまでも、たとえば、組合契約を「組織型契約」の典型と位置付けて、「取引型契約」と対比しながら、この対立軸を、フランチャイズ契約や会員契約などの「組織性」のある非典型契約を分析するために用いようとする見解があり、これは、組合契約の典型契約性に着目したものと評しうる。あるいは、サブリース契約をめぐる問題の中で、当該契約における共同事業性を重視した契約解釈を試みる立場も見受けられるところであり、そこでも組合契約が引き合いに出されている。⁽¹⁷⁾このように、組合契約も典型契約としての機能を果たしているところであるが、これまで組合については、その団体性を基本的視座とした研究が発展したことと比べて、債権契約としての組合契約には、さほど関心が払われてこなかったように思える。そこで、本稿では、債権契約としての組合契約に対する規律内容を考察し、そうした規律を基礎づける理論的要因や、規律内容の射程を検討して、典型契約として見た場合の組合契約の意義を考えてみたい。

二 組合契約に関する規律の検討

1 組合契約に関する規律の分類

まずは、組合契約に関する規律を整理しておこう。

通説に従うと、組合契約も債権契約である。このことから、組合契約には、契約であることからの規律と、組合契約から生じる債権関係に関する規律が及ぶことになる。さらに、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」の合意である（民六六七①）。これにより、組合契約から生じる債権関係は、出資に関わるものと、「共同の事業」の運営に関わるものに分けることができる。

この整理に従い、契約であることからの規律、出資に関わる債権関係への規律、「共同の事業」の運営に関わる債権関係への規律を、順にみていくことにする。

2 契約であることに関わる規律

（1）全組合員の意思に基づく契約であることからの規律

組合契約は契約であるため、その拘束力は当事者の意思を基礎として生じる。そのため、契約の変動に関しては、全ての組合員の個別意思を必要とするのが原則である。

まず、契約の成立に、全当事者の意思表示が必要とすることは当然であるとして、一度成立した契約内容を修

正したり、補充したりするにも、組合員全員の合意が必要とされている。⁽¹⁸⁾これを定めた規定はないが、組合の契約的性質を理由に、そのように解釈するのが一般的である。⁽¹⁹⁾

また、組合員の変動（加入・脱退）⁽²⁰⁾は、既存の組合契約の消滅と新たな組合契約の成立を意味するのではなく、既存の契約の変更であると解されている。⁽²¹⁾そのため、組合員の変動の場合にも、組合員全員の意思が必要となる。組合員の除名に、正当な事由とともに、他の組合員の一致が求められている（民六八〇前）。組合契約に基づいて一部の組合員を業務執行者や清算人としたときに、この解任に他の組合員の一致が必要とされる（民六七二②・六八七）のも、同趣旨である。⁽²²⁾さらに、新たな組合員の加入に関する規定はないものの、この場合も、組合契約に別段の定めのない限り、既存の組合員全員との合意がなければ、加入は成立しないと解されている。⁽²³⁾そして、組合員の地位の譲渡は、実質的には譲渡人である組合員が脱退し、譲受人である新たな組合員が加入することと同じなので、譲渡も可能と解され、その際も、やはり他の組委員全員の同意が必要とされている。⁽²⁴⁾

このような組合員の変動に関する理解からは、ある組合員が他の組合員の同意なしに、一方的に組合から離脱することは、許されないと解しうる。しかし、民法は、少なくともやむを得ない事由があれば、組合員は組合から任意に脱退することができるとしている（民六七八）。また、脱退では事態解決に至らない場合のために、解散請求権を認めている（民六八三）。特に民法六七八条については、やむを得ない事由があっても任意脱退を許さない旨の組合契約は、組合員の自由が著しく制限するものとして公序に反することから、強行法規と解されている。⁽²⁵⁾そして、これらの規定に基づく任意脱退や解散請求は、解約告知の一種であり、組合契約に別段の定めのない限り、その意思表示は他の組合員全員に対してなされなければならないとされる。⁽²⁶⁾つまり、ここでも、組合契約の拘束力に関わる問題として、組合員全員との間の法律行為が要求されている。これもまた、組合契約が

組合員全員の意思に基づいていることからの解釈であろう。すなわち、そのような組合契約は、ある組合員の視点から見れば、他の組合員全員との契約である。組合からの離脱は、他の組合員との契約全体を解消することを意味するため、他の組合員全員に対する告知が必要とされているのだと思われる。そして、こうした見解は、組合契約に基づく債権関係は他の組合員全員に対して個別的に成立するとの構造的な理解に結び付くといえる。

（２）組合契約の瑕疵の取扱い

組合契約も法律行為であるため、当事者が意思能力を欠いたり、行為能力の制限を受けたたりしていることや、契約を構成する意思表示に瑕疵があることも考えられる。ただ、組合契約の当事者の一部にそうした事情があった場合に、民法総則の規定を適用してよいかについては、争いがある。ここでは、二当事者の組合契約であれば、通常どおりの適用に支障はないが、三当事者以上の組合契約で、無効・取消し事由のない当事者が複数残存するような状況につき、そのようにはいかなないと考える見解が見られる。

通常どおりの取扱いに慎重な立場は、組合が事業を開始して第三者と取引関係を生じる前後で問題を分けて考える。まず、第三者登場以前であれば、行為能力制限や意思表示に関する規定がそのまま適用されるとする。そのうえで、組合契約が相互の信頼に基づく関係であることを理由に、残部の者だけで組合を成立させる意思がない限り、一部の意思表示の無効や取消しにより、契約全部が効力を失うとする見解がある。⁽²⁷⁾ただし、無効を当該当事者限りとし、他の組合員間での契約存続を原則とするものもある。⁽²⁸⁾いずれの見解も、第三者登場以後であれば、第三者の信頼を保護する必要性が考慮され、民法総則の規定はそのまま適用されないという。⁽²⁹⁾これにより、団体としての組合は存続し、当該組合員は通常の脱退組合員と同様の責任を負うとされる。このように解する根

拠としては、これらの規定が個人対個人の取引関係を規律することを主眼とするものであるところ、団体設立の基礎となる行為にそのまま適用し、団体の存在を無に帰せしめることは妥当性を欠くといったことや、会社の設立行為であれば、民法総則の規定の適用が制限され、設立無効の訴えの制度（現行法では、会社八二八①一・八三九）により第三者が保護されていることが挙げられている⁽³⁰⁾。

こうした考えに批判的な立場は、まず、一部の当事者の意思表示について無効・取消し事由が存在する場合、組合契約の存続の可否は、当事者意思の解釈の問題であり、一律に無効あるいは存続と考えるべきでないとする。そして、社団法人の設立行為と組合契約を同一に取り扱うことを否定する。その理由は、社団法人の設立無効と異なり、組合の場合には、権利義務の帰属点が消滅することはないため、第三者保護の必要性が欠けるためである。というのも、組合契約が有効に存続すれば、第三者との契約に基づく権利・義務は、組合ではなく、各組合員に合有的に帰属する。また、組合契約が無効でも、それらの権利・義務は各組合員に帰属すると考えればよく、判例もそうした帰属を認め、ただ「民法六六八条にいう共有に属しないだけ」としているのである⁽³²⁾。この見解は、組合契約に対する民法総則規定の適用について制限の要否を明示していない。しかし、「組合契約が非交換契約としての性格を有するとは考えるが、契約総論の規定の適用の問題、組合契約の無効、取消しの取扱いの問題につき、それが解釈論的な影響を与えるとまで考えるものではない⁽³³⁾」とも述べているので、適用が当然に制限されると解してはいないと思われる。

さて、このように基本的立場を異にする見解が三つほどあるが、いずれの見解でも、一部の当事者の意思表示について無効・取消し事由が存在する場合での契約存続の可否は、残りの組合員の意思の解釈に委ねられることになるので、この点で実質的に大きな違いはない。また、前の二説は、第三者の信頼の保護を強調するが、民法

総則中の第三者保護規定（民九四②・九六③・一〇九・一一〇・一一二）による処理でどのような不都合が生じるのか、全く説明していない。⁽³⁴⁾

3 出資に関わる債権関係への規律

（1）出資の非交換性・共通利益性

前述のとおり、組合契約の特殊性は、これに基づく給付が交換的に行われるのではなく、「共同の事業」という当事者全員に共通の目的のためになされるところにある。こうした組合に基づく給付の特性は、出資に関わる債権関係について特にいえる。ただ、この特性は、相対的なものに過ぎないことに留意する必要がある。なぜなら、出資された各財産が組合員の共有になるのは、各財産の持分が互い違いに交換されることによるものといえるため、組合財産の出資にも、交換的な側面を全く否定することはできないからである。⁽³⁵⁾

（2）出資請求権の帰属態様

組合契約に基づき組合員が出資義務を負うとなると、この義務に対応する出資請求権も生じる。出資義務が未履行の場合、この出資請求権は、組合財産に属して組合員の共有となり、その権利行使は組合の常務にあたるものだが、一般的な理解である。⁽³⁶⁾かつては、各組合員に対する出資請求権は他の組合員全員の不可分債権であり、組合財産ではなく、各組合員の個人財産に帰属するとの見解もあった。⁽³⁷⁾しかし、債権であるからといって組合財産であることが否定されるわけではなく、出資請求権も組合のために存在する債権であることから、現在では支

持されていない。現在の理解は、出資給付の共通利益性との親和性が高いといえる。

(3) 双務性・有償性と契約通則の適用可能性

組合契約を合同行為と解する論者は、給付の非交換性をもって、双務契約であることを否定する。しかし、多くの学説は、双務契約の内容として、交換関係にある債務の相互負担を決定的なものとせず、当事者が互いに、相手が債務を負担するから自己も債務を負担するという関連を有する債務を負担し合っているれば、双務性を承認してよいと解している。こうした理解により、組合契約も双務・有償契約であると考えるのが通説となっている。⁽³⁸⁾ そのうえで、前述のとおり、そうした組合契約に契約通則がそのまま適用されうるのが、これまで組合契約に関わる大きなトピックの一つであった。組合を契約と解しても、契約通則の適用の可否は組合契約の性質次第であり、また、組合契約の性質に適合するかは、通則の各規定の内容によって異なる。そのため、この問題は、契約通則の規定ごとに検討されてきており、その中で、見解の対立が見られるものもある。

まず、ほぼ異論のないところでは、契約解除に関する規定は、組合契約には適用されない。一人の組合員の債務不履行を理由として組合契約全体が解除されるのは組合の団体性に反すること、および、組合については、組合員間の契約関係を終了させることを意味する任意脱退・除名・解散に関する規定が置かれており、これらが契約解除に関する特別の規定と解されることが、その理由である。⁽³⁹⁾

また、危険負担についても、さほどの議論はない。一般的な理解では、民法五三四条から五三六条は、組合契約にも適用されるものの、三当事者以上の組合契約では、一人の組合員に関する出資義務の履行不能は、当該組合員の脱退をもたらすのみで、他の組合員の義務に影響を与えず、組合は存続する。このとき、民法五三四条一

項の適用は排除されることになる。ただ、不能となった出資が組合の目的到達について重要な関係を有するものであるときは、民法六八二条により、事業の成功不能を理由として組合の解散が生じうる。⁽⁴⁰⁾ こうした取扱いの理由とされているのは、出資された財産を基礎に「共同の事業」を営み損益を分担する組合において、特定物の出資義務の履行が不能となった組合員が、出資したものととして利益分配を受けるのは趣旨に反することや、民法五三六条が適用される場合であっても、その効果は、履行不能となった債務者が反対給付の債権を失うにとどまること、一組合員の出資不能によって組合を終了させるのは、組合の団体としての性質や組合契約当事者の意思に反することなどである。⁽⁴²⁾

他方で、同時履行の抗弁権に関する規定をめぐっては、見解が分かれる。⁽⁴³⁾ 適用否定説は、組合契約成立後の出資請求権が組合財産に属し、その行使は組合の業務執行になることや、組合に対する債務と組合員に対する債権との相殺を禁止する民法六七七条の趣旨を理由に、自らは出資義務を履行していない組合員からの請求に対しては、同時履行を主張してこれを拒むことはできないとする。⁽⁴⁴⁾ 別の見解は、民法五三三条が組合に適用されるとしながらも、これを制限するか、あるいは類推適用に止める。具体的には、自らも未履行の組合員からの請求には同時履行の主張を認める。被請求者も請求者に対して同一内容の請求ができるため、同時履行を認めるのが公平であると説明される。⁽⁴⁵⁾ しかし、請求者が既履行の組合員であれば、他の組合員の未履行を理由に履行拒絶することとはできないとする。ある組合員の債務不履行は、他の組合員の義務を免除するものではないためである。⁽⁴⁶⁾ また、業務執行者が選任されていて、この者が請求する場合にも、同様に履行拒絶できない。⁽⁴⁷⁾ それが民法六七七条の趣旨に適し、かつ、このときに同時履行の抗弁を認めれば、引換え給付判決しか得られず、強制執行について困難が生じるとともに、後述の民法六六九条が最後の未履行者にしか適用されない結果になってしまうとの理由から

である。⁽⁴⁸⁾このように、ここでの争いは、自身も未履行の組合員からの請求に対する同時履行の抗弁の可否に集約される。

そのほか、組合契約も有償契約であるとして、民法五五九条に従い、担保責任などの売買に関する規定の準用も問題となる。これについては、その性質に反しない限り準用されるとの理解が、大勢である。⁽⁴⁹⁾ただし、異論もある。この見解は、有償契約の本質を当事者の対価的出損とする。そして、この対価的出損とは、当事者が相手方の出損を自己の利益として収めることを意味し、各当事者が共通の目的のために出損することを含まないと解したうえで、そのために売買の規定は組合契約に準用されないとする。⁽⁵⁰⁾

(4) 金銭を目的とする出資義務

組合契約に基づく出資義務に関しては、金銭を出資の目的とする場合の不履行責任について、民法六六九条に特別の規定がある。これによると、履行遅滞にある組合員は、遅延損害金としての利息に加えて、そのほかに組合財産に損害が生じていれば、この損害も賠償しなければならない。金銭債務一般に関する民法四一九条一項に對する例外である。⁽⁵¹⁾この例外的規定が設けられているのは、組合では組合財産の充実を確保するためとされる。⁽⁵²⁾

4 「共同の事業」の運営に関わる債権関係への規律

（1）業務執行に関する組合員の原則的地位

組合契約の当事者は、共同で事業を営むことを約束している。そのため、組合員は組合の業務執行について、原則として、全員が執行権を有し、また、執行義務を負う。⁽⁶³⁾このように組合員としての資格に基づき、全員に業務執行に関する権利と義務が認められるのは、業務執行に係る給付の共通利益性に基礎づけられているといえる。組合では、どのように事業が運営されるかは、組合全体の利害だけでなく、各組合員の個人的な利害にもかかわる事柄であり、また、ある組合員の行う事業活動は、他のすべての組合員の利害に影響を与える。このように、組合の事業は、誰が実際の活動を行うにせよ、各組合員にとって、自己のためのものであると同時に、同じ程度において他の組合員のためのものということになる。そして、各組合員は、こうした形で利害を共にする事業に向けて協同することを、契約によって約束している。そのために、全ての組合員に組合の業務執行に参与する権利が認められ、かつ、適正に業務が執行されることについて義務が負わされるのである。⁽⁶⁴⁾このように共通の利害にかかわる契約は、当事者相互の信頼関係の上に成り立っていると解されている。⁽⁶⁵⁾こうした、自らが行うにせよ、他の組合員が行うにせよ、組合の業務執行は、自己のためと同時に、他の組合員のために行われるという相互委託の関係こそが、業務執行に関わる組合員間の債権関係の規律において、明確な指針となっている。

このように、組合業務の執行には、まず、自己の利益のためになされるという側面がある。そのため、業務執行に参与する権利は、当該組合員の同意がなければ、他の組合員の一致があっても、これを剥奪することができないと解される。⁽⁶⁶⁾

また、各組合員にとり、他の組合員による業務執行には、自己の事務の処理という側面がある。⁽⁵⁷⁾ このことから、各組合員が単独で行えることとされる組合の常務について、その完了まで、他の組合員は異議を述べうることになっている（民六七〇③）。⁽⁵⁸⁾ また、業務執行を行う組合員は、他の組合員の事務を処理することにもなるため、業務を執行する組合員と他の組合員との関係には、民法六四四条から六五〇条までの委任の規定が準用される（民六七一）。

ただし、常務に当てはまらない組合業務については、組合員の過半数で決することになっている（民六七〇①）。反対派の組合員にとって、自己の利害にかかわる事柄が他人の意思によって決定されることになり、契約法理⁽⁶⁰⁾から見ると例外的取扱いに映る。これは便宜的理由によるもので、ここに組合の団体性が現れていると評される。

（2）業務執行者を選任した場合の組合員の地位

これに対し、業務執行者を選任した場合、業務執行者ではない組合員は、常務であっても、自ら業務執行をすることができなくなる。しかし、その場合でも、各組合員にとって、組合の業務執行が自己の事務の処理であることに変わりはない。業務執行者との間で委任契約を締結することにより業務執行を委託した場合には、当然、各組合員は委任者の立場で、受任者たる業務執行者に対して、委任契約に基づく権利を取得する。また、組合契約により一部の組合員を業務執行者を選任した場合、業務執行者⁽⁶¹⁾と他の組合員との間には委任契約は存在しないが、ここでも民法六七一条により、民法六四四条から六五〇条までが準用される。これも、業務執行者の業務執行が、実質的に他の組合員の事務処理にあたることからの規律である。⁽⁶¹⁾ さらに、業務執行権を失う組合員に、組合の業務や財産状況を検査する権利（民六七三）が認められるのも、同趣旨である。⁽⁶²⁾

ただ、民法六七二条の趣旨はよく分らない。第三者や一部の組合員を、委任契約によって業務執行者とした場合、この業務委託関係には民法六五一条が適用される。そのため、受任者たる業務執行者も、委任者たる組合員も、辞任や解任を意味する契約解除を、基本的に任意で行うことができる。これに対して、組合契約に基づいて一部の組合員を業務執行者に選任したとき、民法六五一条は準用されない（民六七二参照）。この場合の業務執行者の辞任や解任に関する規定が民法六七二条であり、この規定により、ここでは辞任や解任に「正当な事由」が必要とされる。問題は、こうした相違を正当化する組合契約上の事由であるが、同条の趣旨の説明は論者により異なり、また、あまり説得力がない。組合契約による業務執行者は委任契約による受任者ではないためとか、総組合員の一致により組合契約を変更しない限り、辞任や解任はできない理であるためとか、組合契約をもって組合員中のある者に業務執行を委任するのは本来の権利義務を集中強化するに過ぎないともいえ、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とか、業務執行者にとり業務執行は義務でもあるから、みだりに辞任を許すと組合の事業を達成できなくなるおそれがあるとか、個人的信頼に基づいて委託されたにもかかわらず、いつでも解任されうるというのは、業務執行者の地位は不安定であり、業務執行の成果は多く期待できないとか、理由らしい理由は見当たらない。委任契約の受任者ではないというのは、形式的に過ぎ、実態に適合していない。組合契約の変更には総組合員の一致が必要というのであれば、脱退や除名の場合のように、辞任には他の組合員全員に対する告知を、解任には他の組合員全員の一致を要求すればよい。業務執行者の地位を安定させる必要性も不明である。業務執行者にとって業務執行が義務であるとか、委託が個人的信頼に基づいているとか、地位が不安定だと成果が期待できないであるとかは、委任の場合も同様である。いずれも、「正当な事由」が要件とされていることを説明していない。

(3) 損益分配

組合事業からの利益や損失については、これらが組合員に分配されるのが当然の前提とされている。民法は、損益分配の割合に関して、これが組合契約などによって定められていない場合の補充的な規定（民六七四）しか置いていない。損益分配が当然とされるのは、組合事業が組合員全員に共通の事務であることからの帰結である。

どのように分配するかは、基本的には組合員間の同意に委ねられている。そのため、利益だけを分配し、損失は分担しないとの特約があっても、組合であることが否定されずとは限らないとされている。⁽⁶⁶⁾しかし、利益分配を組合員の一部に限定するいわゆる「獅子組合」は、民法上の組合ではないとするのが、一般的な理解である。⁽⁶⁷⁾組合事業が組合員にとって共同のものというためには、組合員がいずれも事業の達成について利害関係を有していなければならないためとされる。⁽⁶⁸⁾ただ、組合員の受ける利益は金銭的なものである必要はないとも解されているので、利益分配の必要性に関する実務的意義はあまり大きくないが、組合の法的性質を示すものと解されよう。

(4) 組合の解散事由

組合の解散は、組合契約全体の終了を意味する。民法に定められている解散事由は、先に触れた解散請求（民六八三）とならび、組合事業の成功と成功の不能がある（民六八二）。これは、全組合員が満足を受け、または、全組合員の債務が履行不能となった状況といえる。これらのほか、組合契約で定められた解散事由の発生（存続期間の満了など）、全組合員の合意、および組合員が一人となることも、組合の解散事由と解されている。⁽⁶⁹⁾いずれも、契約の一般的終了事由に照らして、特筆すべきものではない。

5 中間的考察

ここまで確認してきたことを、「契約性」「給付の非交換性」「給付の共通利益性」の観点から、簡単に考察しておきたい。

（1）契約性に関する規律

まずは、組合契約が契約であることによる規律である。組合契約は、全組合員の同一内容の意思表示により成立する。そして、その後の契約内容や組合員の変更においても、全組合員との間で意思表示がやり取りされなければならぬこととなっている。このことは、二当事者間の組合契約であれば、一般的な契約と異なる状況を何らもたらすわけではないが、三当事者以上の場合に、多くの意思表示が行き交う様相を呈することになる。その中では、基本的に一つの意味表示も欠けてはならないため、契約の成立や存続をめぐる二当事者間契約よりも厳格な規律となる。こうした原則に対する例外は、常務以外の組合業務の執行に関わる意思決定について、便宜上、組合員の過半数で決することとしている民法六七〇条一項くらいであった。

ただ、このことと、一部の組合員の意思表示が無効である場合に、残りの組合員だけで組合契約が成立し、存続しうることは、分けて考えるべきである。意思表示が無効となる組合員を含む組合契約と、当該組合員を除く組合契約は、別個のものといえ、後者の組合契約が成立・存続しうるかは、残りの組合員の意思の解釈に依存するためである。この問題に関するいずれの立場も、実質的には、こうした理解に至るものであった。ただ、第三者との関係において、当該組合員をどのように取り扱うにつき、民法総則の規定を排除する見解もあった。

その論拠として、個人対個人の取引関係を規律するためのこれらの規定が団体を消滅させることの不当性や、会社の設立行為との比較が持ち出されていた。しかし、一部の意思表示の無効が契約全体に影響を及ぼすとは限らないことは、この見解も認めているところであり、また、会社の設立行為と同様に取り扱う必要性も乏しいと指摘されていたことから、民法総則の規定を排除することに、あまり説得力は認められない。

なお、以上に述べた契約性に関する規律は、必ずしも組合契約に特有のものとはいえない。より一般的に、三当事者以上の契約に当てはまる内容であり、典型契約の中で、三当事者以上を通例とする契約が組合契約のみであったために、組合契約との関連で論じられてきたという程度の関連性しか認められないと解される。

(2) 給付の非交換性からの規律

組合契約に基づく給付が非交換的であることを理由に、組合契約の規律に関して議論されていたものとして、出資に関わる債権関係への契約通則の適用可能性があった。ただ、契約通則といっても様々であるため、規定ごとに適用の可否の議論がなされていた。また、出資給付についても、出資財産が共有関係になることから、その交換性が全く否定されるわけでもない。

個別的に振り返ってみると、出資債務が履行されない場合に、債務不履行解除や危険負担の規定の適用により、組合契約全体が終了させられることはないというのが、一般的な理解である。もともと、この点は、出資給付の非交換性が根拠となっているのではなく、主に組合の団体性から導かれている。組合契約は、一部の組合員が離脱しても、組合事業に支障がなければ、残りの組合員間で存続しうるものであることを理由に、任意脱退・除名・解散に関する規定が契約解除に関する特則と解され、また、一部組合員に監視する出資義務の履行不能は基本的

に当該組合員の脱退をもたらすのみとの理解がなされていたのであった。さらに、当該組合員に帰責事由のない履行不能の場合でも、その組合員は組合にとどまることができず、脱退するものとされていたのは、出資を行っていない組合員に組合活動からの利益を分配することの不当性からであった。これは、むしろ、出資給付の交換的側面の現れといえよう。

同時履行の抗弁権をめぐっては見解の対立があった。民法五三三条は給付の交換を強制するものであるので、非交換的給付をめぐってこの規定の適用が問題となるのも、必然である。ただ、ここでの対立は、つまるところ、出資の履行を請求している組合員も未履行だった場合に、同時履行の主張が認められるか否かの問題であった。肯定説の根拠は、それが公平であるからとする。これに対し、否定説の援用する民法六七七条の趣旨とは、「共同の事業」のための組合財産を確保することにあると解されている。⁽⁷⁰⁾したがって、ここでの争いは、組合員間の個別的公平をとるか、組合財産の充実をとるか、ということになる。組合財産の充実を組合員に共通の利益と考えれば、給付の利益共通性をどこまで重視するかに関わる問題ともいえよう。⁽⁷¹⁾

このほか、担保責任をはじめとする売買に関する規定の適用を一般的に否定する少数説があった。この見解は、有償契約の本質を当事者による対価的出捐と解し、各当事者が共通の目的のために出捐する組合契約には有償契約に関する規定は適用されない、というものだった。しかし、こうした理解は、組合契約における給付の非交換性にとらわれすぎている感がある。組合契約に基づく給付に交換的側面が全くないわけではないことは、先に確認したところである。組合員は、組合事業という共通の目的のために出資するとはいえ、それぞれが他の組合員の出資から個人的に利益を得ている状況は否定できない。つまり、組合でも、他人の出資からの利益を得るための対価として、自分も出資しているという構図はあるのだから、少数説のように組合契約を異端視する必要はな

からう。ただし、そのように解しても、組合契約の性質に反する規定が準用されないのは、法文上当然である（民法五五九但）。たとえば、民法五七三条は組合契約の出資債務に準用されないとされているが、これは、出資の非交換性に基づく理解と考えられる。⁽⁷⁾

（3）給付の共通利益性からの規律

給付が他の組合員と自己に共通する利益のためのものであることからの規律は、様々な局面で現れていた。

まず、利益分配を一部の当事者に限定する契約が、民法上の組合とは取り扱われないとされたのは、組合では全ての組合員が事業の達成に利害関係を有していなければならないと解されているためであった。このことは、組合契約での給付の共通利益性からの規律というよりも、この共通利益性が、組合契約として性質決定されるための不可欠な要素であることを示すものといえる。つまり、事業における損益を当事者全員に分配することを根拠に、組合を基礎づける共同事業性が認定されると解されているのである。

出資や業務執行に関する給付の共通利益性の意味するところは、これらの給付の全てが、各組合員にとって、自己の利益のためであると同時に、他の組合員の利益のためのものであるということになる。このことは、業務執行の場面において、この執行が、自己の事務の処理であると同時に、他の組合員の事務の処理であるという形で現れる。そうした「共同の事業」の運営を約束した組合員には、業務執行に関する権利が認められるとともに、義務が課されている。

執行権の基本的な内容としては、常務に関しては単独で、常務以外の業務については組合員の過半数による決定に従って、業務執行を行うことができる（民六七〇①③本）。また、他の組合員の常務の執行に対しては、異

議を述べることができる（民六七〇③但）。さらに、業務執行者の選任により自ら業務執行を行えなくなる組合員には、委任関係、またはこれに準じる関係として、業務執行者に状況の報告を求める権利（民六四五・六七一）とともに、業務や財産状況を積極的に検査する権利も認められている（民六七三）。そして、こうした執行権を完全に剥奪することは、当該組合員の同意がない限り、他の組合員の一致があっても許されないと解されている。他方、執行義務については、他人の事務を取り扱う側面があるので、委任関係がなくても、業務を執行する組合員は、善管注意義務をはじめとする委任の受任者としての義務を負う（民六七一）。

なお、本稿では検討対象としていない組合の財産帰属関係に関しても、その規律において、給付の共通利益性が基礎的論拠となっている。ここまでで触れた限りでは、出資の履行請求権の帰属先や民法六六九条の責任、民法六七七条の相殺禁止がそうであるし、組合員の組合財産に対する持分権に制約を加える民法六七六条も同様である。⁽⁷³⁾

三 組合契約の典型契約性の意義に関する検討

1 共同事業を目的とする契約のモデルとしての意義

（1）共同事業目的の観点からみた組合契約の特徴

ここまでの考察をもとに、組合契約を典型契約として見る場合に、組合契約規範が類似の契約の解釈にいか

る影響を及ぼしうるかを検討しよう。

周知のとおり、組合のもつとも顕著な特徴は、契約の観点から見ても、団体の観点から見ても、共同事業を目的とする点にある。ただ、協力関係のもとで事業活動を行う手段としては、なにも組合という結びつきを選択する必要はなく、請負や委任、あるいはそれらを基礎とする無名契約として解釈される契約関係もある。それでは、組合として認められるような「共同の事業」とは、いかなるものであろうか。ここまでの考察を基にすると、「共同の事業」を行う契約関係が組合として認められるには、二つの要素が必要と考える。一つは、全ての当事者が事業に関する損益を共にすることである。利益分配を一部の当事者に限定する場合、それは組合としての「共同の事業」と評価されない。もう一つは、契約に基づく給付が、当事者全員の利益において行われることである。組合では、全ての給付が、給付者の利益のためであると同時に、他の当事者の利益のためになされる。業務執行の場面での各当事者の相互委任的關係は、その現れである。

(2) 契約解釈における「事業損益の分配の必要性」の意義

こうした理解に立つと、第一の要素より、組合的な共同事業として何らかの法的取扱いを正当化するには、事業損益の分配が求められることになる。しかし、個々の契約類型の解釈の際、これとは逆に、取引の共同事業性を指摘することで、一部の当事者のみによる損失負担を根拠づけようとする見解がみられることもある。具体的には、サブリース契約での賃料自動増額特約をめぐる議論において、この契約への借地借家法三二条の適用を否定し、サブリース業者からの賃料減額請求を認めない論者の一部により、そうした主張がなされていた。さらに、こうした解釈に関連して、より包括的な基礎理論の提示を試みる見解として、平井宜雄の「組織型」契約論があ

る。サブリース契約の問題そのものは本稿の主題ではないし、また、すでに何度も確認されてきた議論ではあるが、共同事業性から導かれる解釈を巡る代表的事例であるため、その限りで少し立ち入ることとする。

適用否定説に立つ下森定の考えによると、「共同事業」型契約関係では、損益分担条項が「共同事業」の開始や存続の上で死活的重要性を持つがゆえに、損益分担条項としての意味を有する特約に反する減額請求は認められないとされる。⁽⁷⁴⁾ この立場の理論的基礎となっている平井の見解では、サブリース契約を、「取引特殊性」をもつ財についての契約とされる「組織型」契約のうち、「共同事業型」契約に位置づける。⁽⁷⁵⁾ この「組織型」契約は、「中間組織」の法的枠組みとされ、その解釈にあたっては、「組織原理」を類推するだけでなく、「市場原理」を無視するわけにはいかないとして、「市場原理」より次の準則が示されている。①「共同事業型」契約に不可欠の損益分担条項は厳格に解釈されるべきこと、②利益保証や損害担保に関する合意は原則として認めるべきではないこと（ただし、明示の特約のある場合を除く）、③「事情変更の原則」による契約内容（とくに、損益分担条項）の改訂を安易に認めるべきではないこと、④契約当事者の一方の信用不安が生じた場合や、事業の不採算の状況が相当の期間継続したときは、契約期間中であっても原則として解約できること、⑤事業内容開示義務は、原則として認められるべきではないこと、である。⁽⁷⁶⁾ この①②③より、サブリース業者の賃料減額請求を否定することになるであろう。

だが、この問題において賃料自動増額特約の効力が修正されなければ、サブリース業者は、転賃料額が原賃借料額を下回る状態になっても、約定どおりの支払いを強いられる。もちろん、組合契約においても、損益の配分方法は、当事者の合意に委ねられている。しかし、当事者の一方のみが事業からの利益を得て、他方が損失を負担する状況まで肯定するといえるのであれば、少なくとも、組合契約における「共同の事業」としての性質を欠く

ことになる。むしろ、契約の組合的性質を強調するのであれば、事業開始後の事情変化に応じた損益分配の変更を認める解釈に向かうべきはずである。⁽⁷⁷⁾ そうすると、平井らの考える事業の「共同性」は、事業損益の分配を否定することにつながる点で、組合契約の場合と、その内容を本質的に異にするといえよう。なお、ここでの「共同事業」概念に対しては、その不明確さについても批判があることを、付言しておく。⁽⁷⁸⁾

(3) 契約解釈における「給付の共通利益性」の意義

続いて、組合的な「共同の事業」の第二の評価基準である契約給付の利益共通性が、契約解釈に際していかなる意義を有するのかを検討するが、結論から言えば、この観点から導かれる組合契約上の債権関係に関する規律については、その他の類似の契約に果たす役割は小さいと考えられる。

まず、出資給付の共通利益性の持つ意味から見ていくと、この性質が出資に関する債権関係に影響を与える場面は、それほど多くなかった。まず、金銭債務の不履行に関する特則である民法六六九条が、組合財産の充実にいう全組合員の共通の利害にかかわる問題を処理するものと解されている。また、未履行当事者からの同時履行の抗弁の帰趨においても、出資給付の共通利益性が考慮されていた。このうち、同時履行関係に関しては、これを一般的に基礎づける当事者間の公平という規範的価値が、全く異質の考慮要素として対峙しており、出資の共通利益性に決定的意義が認められるかは、評価が分かれるところであった。実際のところ、出資給付の共通利益性から導かれる最も重要な帰結は、出資された財産の物的帰属関係（いわゆる合有的帰属）であろう。この点について他の共同事業が組合と同様に取り扱われるかは、団体法における評価にもとづいて判断される事柄であり、組合契約の典型契約性が機能する場面ではない。したがって、出資給付に関わる規律の典型契約性が現れるのは、

共通の利益のための財産形成が行われる際に、民法六六九条の準用が問題となる場面くらいということになる。

また、業務執行に関する給付についていえば、そもそも、組合契約上の債権関係に関する規律も、その多くを委任の規定に依拠している。もともと、契約中に自己の事務処理を他人に委託している関係さえあれば、組合でなくても、委任の規定が準用されるのであり、組合契約のように委任関係が相互に存在している必要はない。そのため、わざわざ組合契約の規定が出る幕は、あまりない。

とはいえ、「給付の共通利益性」に一定の意義が認められる場面もあると考える。たとえば、公益のための事業に関わる契約がそれである。とりわけ、行政機関が行政目的の実現のための手段として締結する契約を、その典型とする。極めて粗い素描ながら、若干敷衍すると、まず、第一義的な公益の担い手である行政機関であつても、これは公益の帰属先ではない。ただ、行政機関が行政活動を行う際には、自己の事務（業務）として行っている。また、公益が社会全体の利益であるならば、公益のための活動を行う私的主体は、自己と他人の利益に関わる事務処理を行っていると見えよう。そうすると、公益のための事業を契約によって行う場合、当事者には相互委任の関係を認めることができる。それゆえ、こうした契約の解釈に際しては、組合契約に関わる規律をモデルとすることが実態に適合的であり、具体的には、契約類型にかかわらず、業務の執行方法や当事者相互の説明義務などを契約内容に含めるといった解釈の可能性が考えられる⁽⁸¹⁾。

2 三当事者以上の契約のモデルとしての意義

(1) 組合契約をめぐる議論にみる普遍性

さらに、注目すべきと解するのは、共同事業目的のほかの組合契約の特徴として、二当事者間の契約を基本とする他の典型契約と異なり、三人以上の当事者による契約が当初から想定されている点である。このことは、組合契約に、三当事者以上の契約に関する典型契約としての意義を与えるものと考ええる。

まず、先にも確認した通り、一部当事者の意思表示の無効に際しての契約全体の効力に関わる問題は、これは契約内容と無関係に、三つ以上の意思表示によって成立した契約一般に生じうるものである。そのため、組合契約におけるこの問題に関する議論は、共同事業のためではない三当事者以上の契約にも、同じように当てはまる。さらに、任意脱退や除名により一部の組合員が離脱しても組合契約が存続しうるものとされていることと、脱退や除名が契約解除に関する特則と解されていることを合わせて考えると、三当事者以上の契約一般において、一部当事者に係る契約解除が必ずしも契約全体の終了をもたらすわけではないとの準則も認められよう。危険負担の規定の取扱いについても、同様である。組合契約における契約解除や危険負担に関わる取扱いは、組合の団体性から説明されてきているが、三当事者以上の契約であれば、団体を構成することを目的としないものであっても、同様に当てはまるといえ、むしろ、三当事者以上の契約であることからの帰結と解すべきである。

また、三当事者以上の契約であれば、その内容にもよるが、各当事者による給付の間の交換関係が薄まること⁽⁸²⁾が予測される。こうした契約では、組合契約における給付の非交換性に起因する問題が、同様に生じることになるであろう。とりわけ、同時履行の抗弁をめぐる議論は、三当事者以上の契約一般において妥当しうる。

（２）組合契約の成立構造からの示唆

最後に、組合契約の成立構造の持つ意義についても考えておきたい。

本稿の冒頭でも触れたとおり、組合の成立に関する構造分析に対しては、消極的評価がなされることもある。これは、合同行為説に対する批判の中で示されていた。そのためか、組合を契約として捉える立場からも、その成立構造の理解について、ほとんど関心が向けられていない。その結果、三当事者以上の組合契約がどのように成立するのかについて、定見がない状況といえる。

しかし、三当事者以上の契約の基本モデルとしての役割を組合契約に求める立場から、組合契約の成立構造の分析により一般的に三当事者以上の契約の成立構造を理解するうえでの手掛かりを求められてもよいことは、二当事者間の契約を基本モデルとする理論や制度が、三当事者以上の契約に当然に妥当するわけではないことは、ここまで強調してきたところである。そして、三当事者以上の契約については、一般的に、その締結可能性が否定されることはないもの、これまでその成立構造すら検討されることはあまりなかったように思われる。そのため、組合契約の成立構造を明らかにする試みは、そのまま、三当事者以上の契約一般に関する成立構造の理解を促し、ひいては、現実に行われている契約の法的取扱いの理解にも影響を及ぼしうると解されるのである。

こうした視点から議論状況を振り返ると、組合契約の成立に関して、二当事者間の契約における意思表示の「交錯合致」を、三当事者以上の関係にも要求する見解があった。⁽⁸³⁾ こうした見解は、契約の基本モデルを修正することなく、三当事者以上の契約を理解しようとするものといえる。これによると、四当事者以上の場合、当事者相互の意思表示のやり取りが、（四＋X）角形を形成するだけでなく、その対角線の全てに存在することが必要となる。契約の基本モデルに依拠するなら、こうした理解は極めて素直である。契約内容の変更や組合員の変動の

際に、組合員全員の意思表示、もしくは、組合員全員に対する意思表示が必要と解されることと親和的ともいえる。また、こうした方法での契約締結も少なくないであろう。⁽⁸⁴⁾とはいえ、当事者が多ければ、そのような多数の意思表示のやり取りが実際に行われるとは思われないし、そうした事実が認定されているわけでもなからう。この理解は、当事者が増加すればするほど、いつそう現実離れたフィクションを強いるという結果になるのではないか。⁽⁸⁵⁾そもそも、組合契約内で各組合員間の個別的債権関係を想定するために、各個の意思表示のやり取りを要求する必然性もない。他の成立形式により一個の契約が成立し、その契約に基づき、各組合員間に債権関係が生じると解することもできよう。この点、実質的には、組合の発起人が組合契約の内容を策定し、他の者がこれに従う意思表示をすることで、一個の組合契約の成立が認定されていると解しうる場合もある。⁽⁸⁶⁾

それでも、三当事者契約であれば、組合契約が各当事者間の相互的意思表示により成立すると認定・解釈することに困難は少ないし、これを否定する必要もない。この場合、各当事者による相互的意思表示により、三角形の債権関係を発生させる一つの組合契約が認定されることになろう。これは、三者間で三つの契約を締結している場合と形式的にはほぼ変わらない。こうした組合契約の理解からは、組合契約以外でも、三者間の三つの債権関係について、一つの包括的な契約を認定する可能性を見出しうるに違いない。ただし、その認定には、複数の債権関係を一体的な契約関係へと結合させる法的要因が必要となる。そして、組合契約のそれは、先に見た損益分配や給付の共通利益性・相互委任の関係を要素とする「共同の事業」であると解される。そのため、組合に範を求めたとしても、単なる提携関係や分業関係に基づく当事者の「経済的一体性」や「共同の利益」、あるいは、単一の経済目的の達成に向けた複数契約の「統合化」や「相互依存関係」を指摘するだけでは、複数の債権関係を包括する契約の認定を説明するには、なお不十分となる。⁽⁸⁷⁾

ともあれ、当事者が多くなればなるほど、二当事者間契約を基本モデルとする契約締結構造は、現実からの乖離の度合いを強める。この状況に対処する方向性としては、三当事者以上の契約に際して二当事者間契約モデルから離れ、取引全体を包括する合意の存在を認める基礎理論を探索することが考えられる。こうした方向性からのより一般的な試論としては、「合同行為的」契約論がある⁽⁸⁵⁾。これは、プーフエンドルフの「同意理論」⁽⁸⁶⁾からの着想にもとづき、複数の契約から構成される取引を、全取引当事者の同意に基づく取引全体の基本事項を定めた基本契約と、この基本契約に基づいて各当事者間で締結された個別契約から構成されるものと分析している。この見解は「合同行為」という表現を用いるが、組合における合同行為説が、当事者の意思表示の内容について団体形成の意思と考えるのに対して、ここでは、予め定められた契約内容に同意する（拘束される）意思を意思表示の内容とする点で、質的な違いがある。そして、実務との関係でいえば、銀行取引約定書に基づく取引を具体的に念頭に置いているが、組合契約の成立に関する裁判の中にも、ここでもいう基本契約の締結のような形で、契約成立を認定していると説明できるものがあるといえそうである。

こうした見解は、三当事者以上の契約の成立構造に関する理解の仕方に、いくつかのバリエーションがあり得ることを示している。さらに、仮に、この「合同行為的」契約論を二当事者間契約モデルとの対局におくとすれば、その間に別の契約成立構造モデルを想起することも可能である。たとえば、二当事者間契約モデルに近い順に、各当事者が円形を作って中央に向けた意思表示を行い、その内容の合致により契約成立を認める理解や、当事者が申込者側と承諾者側に分かれ、申込者側が契約内容を提示し、承諾者側がこれに同意することで契約成立すると解する考え方がありえよう。まだそのほかにも考えられうるかもしれないが、これ以上は組合契約から生じる債権関係の規律内容の検討から離れていくため、ここでは立ち入らないことにしたい。ただ、誤解を避ける

ために付言しておく、これらの各種契約成立構造モデルは、排他的・択一的な選択肢ではないと解すべきであろう。契約自由の原則からは、三当事者以上の契約の成立構造にも、当事者の自由が認められて然るべきと考えるからである。

四 終わりに

最後に、本稿の考察内容をまとめておく。

本稿では、組合契約が典型契約の一つであるとの基本的視座から、組合契約に関する規律が、他の契約において内容補充の根拠規定や解釈指針として機能する可能性を探ってきた。組合を契約としてみる際、これまでは、給付の非交換性と共通利益性によって、その特性が説明されてきていた。

このうち、非交換性は、組合契約への契約通則の適用可能性を否定する根拠としても利用されていた。しかし、組合契約に基づく給付にも交換的側面は認められうるものであり、非交換性は相対的な評価に過ぎなかった。また、非交換性からの契約通則の適用可能性に関する議論は、組合契約が三当事者以上の場合を通例とすることに起因するものとして解することができた。そして、三当事者以上による契約であることからの規律は、意思表示の瑕疵に関しても見受けられた。

他方で、給付の共通利益性は、組合を基礎づける「共同の事業」の認定において重要な役割を果たしていることが確認された。この共通利益性に関しては、当事者間で事業損益が分配されていることと、全ての給付が、給

付者自身のためであると同時に、他の当事者の利益のためになされるという状況が、「共同の事業」を基礎づけているものと分析した。

こうした考察から、典型契約としての組合契約には、共同事業を目的とする契約のモデルとしての意義と、三当事者以上の契約のモデルとしての意義とが認められるとの結論に至った。これに基づき、組合的な共同事業であるとの評価には、事業損益の分配が付随することや、複数の契約関係を法的に一体と評価するには、当事者間の相互委託的關係のような給付の共通利益性が必要であることなどを主張した。また、三当事者以上の契約の成立構造に関する理解を確立することに向けて、組合契約の成立構造を検討する有用性を指摘した。

以上が本稿の要旨である。これらの考察結果は、とりわけ三当事者以上の契約の成立構造が不明確であるため、実務的にどこまで適用可能であるか、甚だ心許ない。組合契約の規律が典型契約として機能するためには、多くの場合、三当事者以上の契約の成立が認定されることが前提となると考えられるからである。そうした事実認定が実務で行われるためには、こうした契約の成立構造の理解が確立している必要がある。そうした状況にないのは、これまでの契約法の中で、二当事者間の契約を基本モデルとする態度が強固であり続けたためであり、まだ未解明な点が多いのは致し方ないことなのかもしれない。

中舎教授からは、踏み込み不足との評価を頂戴するのではないかと恐れるところではあるが、これまで何度となく研究室内で中舎教授と議論し、その中で投げかけられたいくつかの疑問に対する現時点での一応の回答として、謹んで本稿を献呈したい。

（本研究は、科学研究費補助金・若手研究（B）一二二七三〇〇七八の助成を受けたものである。）

注

- (1) 星野英一『民法概論Ⅳ（契約）』（良書普及会、合本新訂、一九八六年）二九七頁以下。
- (2) 鈴木祿彌編『新版注釈民法（一七）債権（八）』（有斐閣、一九九三年）一三頁〔福地俊雄〕。
- (3) 我妻栄『債権各論中巻二』（岩波書店、一九六二年）七五八頁。
- (4) 我妻・前掲注(3)・七五六頁。
- (5) 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、一九六五年）二四四頁。
- (6) 穂積重遠『債権法及び担保物権法（講義案）』（有斐閣、第四版、一九四〇年）二〇八頁。
- (7) 我妻・前掲注(5)・二四四頁、同・前掲注(3)・七五六頁。
- (8) 川島武宜『民法総則』（有斐閣、一九六五年）一六〇頁。
- (9) 末川博『債権各論第二部』（岩波書店、一九四一年）三五九頁。
- (10) 星野・前掲注(1)・三〇二頁。
- (11) 我妻・前掲注(3)・七五八頁。
- (12) 広中俊雄『債権各論講義』（有斐閣、第六版、一九九四年）三〇五頁。
- (13) 末広嚴太郎『債権各論』（有斐閣、第五版、一九二〇年）八一七頁以下、鳩山秀夫『日本債権法各論（下）』（岩波書店、第四刷、一九二六年）六六五頁以下・七一六頁、石田文次郎『債権各論講義』（弘文堂、一九二七年）一七五頁以下、末川・前掲注(9)・三六〇頁以下。
- (14) なお、加藤雅信『新民法大系Ⅳ契約法』（有斐閣、二〇〇七年）四六二頁以下は、組合が多くの場合、三当事者以上による多当事者存立構造にあることに、組合契約の特殊性を見出している。

- (15) 山本敬三「契約法の改正と典型契約の役割」山本敬三他『債権法改正の課題と方向―民法一〇〇周年を契機として（別冊NBL五一号）』（商事法務研究会、一九九八年）八頁、同『民法講義Ⅳ・1契約』（有斐閣、二〇〇五年）九頁。
- (16) 大村敦志『基本民法Ⅱ債権各論（第二版）』（有斐閣、二〇〇五年）一五一頁以下。このほか、フランチャイズ取引の社会的觀察に基づき、フランチャイズ契約の解釈において、団体・組合の要素を考慮する必要性を示唆する見解として、藤原正則「ネット契約としてのフランチャイズ契約？（二・完）」北法六一巻一号（二〇一〇年）五一頁。
- (17) 澤野順彦「サブリースと賃料増減請求」NBL五五四号（一九九四年）三七頁以下、下森定「サブリース契約の法的性質と借地借家法二三条適用の可否（一）」金法一五六三号（一九九九年）一〇頁以下。
- (18) 広中・前掲注(12)・三〇五頁。
- (19) 合同行為説を採る我妻も、組合の契約的性質を承認しており、この性質から本文のような解釈を示している。我妻・前掲注(3)・七五六頁。
- (20) 組合員の変動に関する伝統的な説明によると、組合を組合間の契約関係とみるならば、組合員の変動は、本来なら、組合の性質を変更するものであるため、既存の組合を終了させ、新たな組合契約の締結を必要とさせるものであるはずだが、民法は、組合の団体的性を顧慮し、組合員の脱退を承認して、既存の組合が同一性を保って存続することを認めている、とされてきた。鳩山・前掲注(13)・七〇四頁以下、末川・前掲注(9)・四〇九頁、我妻・前掲注(3)・八二五頁以下、星野・前掲注(1)・三一六頁、鈴木編・前掲注(2)・一五二頁以下（菅原菊志）。こういった説明は、組合法史の観点からの理解に則したものだといえよう。だが、債権を債権者と債務者の「法鎖」とし、両者の間の人格的なつながりを重視して、債権者の主体の変動を債権の同一性を消滅させるものとしていたかつてのローマ法と異なり、現行の民法のもとでは、債権譲渡は原則自由とされ、債務引受や契約上の地位の移転も解釈上認められており、債権の主体の変動は債権の同一性に影響を与えないというのが、基本的な考え方となっている。そのため、

組合についても、これが契約関係であるからといって、当事者の変動が組合の性質を当然に変更させ、組合は同一性を保って存続できなくなる、ということの原則とする必要はない。むしろ、組合契約の解釈の問題として、組合契約の締結目的に照らし、組合員の変動が解散事由（民六八二）にあたるかを判断すればよいとも考えられる。

(21) 大判明治四三年二月三日民録一六輯九八二頁。

(22) 岡松参太郎『註釈民法理由下巻』（有斐閣、訂正九版、一八九九年）次三五二頁以下、梅謙次郎『民法要義卷之三債権編（復刻版）』（有斐閣、大正元年版復刻、一九八四年）八一五頁、石田・前掲注⑬・一八〇頁。

(23) 末広・前掲注⑬・八五〇頁、鳩山・前掲注⑬・七一三頁、末川・前掲注⑨・四一〇頁、来栖三郎『契約法』（有斐閣、一九七四年）六四六頁、広中・前掲注⑫・三二四頁、加藤・前掲注⑭・四八三頁。

(24) 我妻・前掲注③・八四一頁。

(25) 最判平成一二年二月二三日民集五三卷二号一九三頁、我妻・前掲注③・八二九頁。

(26) 大判昭和十五年一〇月一日新聞四六三三五号七頁、鳩山・前掲注⑬・七〇五頁・七一五頁、末川・前掲注⑨・四二一頁・四一九頁、来栖・前掲注⑫・六四七頁、広中・前掲注⑫・三二三頁・三二五頁、加藤・前掲注⑭・四八〇頁・四八四頁。

(27) 我妻・前掲注③・七六二頁以下、近江幸治『民法講義Ⅴ契約法』（成文堂、第三版、二〇〇六年）二七七頁、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（二）』（商事法務、二〇一〇年）二七七頁。

(28) 石田穰『民法Ⅴ（契約法）』（青林書院、一九八二年）三八七頁。

(29) 我妻・前掲注③・七六三頁以下、近江・前掲注⑫・二七八頁。石田・前掲注⑫・三八七頁も結論において同じ。

(30) 我妻・前掲注③・七六三頁以下。

(31) 最判昭和四一年一月二五日民集二〇卷九号一九四六頁。なお、我妻説を支持する星野英一は、この判決を、組合の有効な存続

の効果を認めることと同じ結果を承認したものとして引用する。星野・前掲注(1)・三〇三頁。

- (32) 加藤・前掲注(14)・四六五頁。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』（二〇一三年）五二七頁も参照。

- (33) 加藤・前掲注(14)・四六四頁の脚注二二。

- (34) なお、我妻・前掲注(3)・七六五頁は、無能力を理由とする場合に当該組合員は免責されるとする。また、石田・前掲注(28)・三八七頁は、悪意の第三者に対する無効の主張を認める。

- (35) 石田・前掲注(28)・三八四頁以下。

- (36) 鳩山・前掲注(13)・六八七頁以下、石田・前掲注(13)・一八二頁、末川・前掲注(9)・三九六頁以下。

- (37) 末広・前掲注(13)・八二二頁。

- (38) 末広・前掲注(13)・八一七頁・八二〇頁、鳩山・前掲注(13)・六六五頁以下、末川・前掲注(9)・三六一頁、石田・前掲注(28)・三八四頁以下。

- (39) 大判明治四四年二月二六日民録一七輯九一六頁、大判昭和一四年六月二〇日民集一八卷六六六頁、石田・前掲注(13)・一七八頁、末川・前掲注(9)・四二〇頁、我妻・前掲注(3)・七六二頁、石田・前掲注(28)・三八四頁、星野・前掲注(1)・三〇二頁・三一八頁・三二三頁。

なお、民法制定当初は、解除の一般規定に基づく組合契約の解除を認める解説もあった。岡松・前掲注(22)・次三三三〇頁。

- (40) 末広・前掲注(13)・八一九頁以下、鳩山・前掲注(13)・六六八頁以下、石田・前掲注(13)・一七八頁、戒能通孝『債権各論』（巖松堂、一九四八年）三三八頁、末川・前掲注(9)・三六三頁、石田・前掲注(28)・三八三頁以下。

ただし、我妻等は、同時履行の抗弁権とともに、危険負担に関する規定は、給付が各自の利益として交換されることを前提し、

その間の公平を図ることを目的とするものであるから、組合契約には適用なしとする。そのうえで、出資義務の履行不能については、専ら「組合の理論」によって解決すべきとする。具体的には、特定の不動産の出資義務の履行不能の場合には、民法五三四条一項の適用はなく、組合契約で別の給付をする合意がなければ、出資義務を履行できない者は組合員になれないと解し、また、労務給付の履行不能に際しては、履行不能となった者が当然に脱退すると解すべきではないが、それまでの労務だけで出資と認める合意が成立しない限り、将来に向けて出資をしないことになるため、それを理由に脱退することになるという。我妻・前掲注(3)・七五九頁以下。

(41) 石田・前掲注(28)・三八三頁。

(42) 鳩山・前掲注(13)・六六九頁。

(43) 本文で述べた見解のほか、加藤雅信は、二当事者の組合契約と三当事者以上の組合契約を区別するという基本的視座より、前者の場合には同時履行の抗弁を認め、後者の場合は、出資の履行期が同一なら、他の当事者全てが未履行の状況で履行を求められれば同時履行を主張できるが、相当程度の当事者が履行済みであれば、抗弁を認めるべきでない場合が多いとする立場をとる。加藤・前掲注(14)・四六二頁。

(44) 石田・前掲注(13)・一七八頁、末川・前掲注(9)・三六二頁以下。

(45) 我妻・前掲注(3)・七六〇頁、民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(27)・二七四頁。我妻は、二当事者間の組合においては、やはり公平の見地から、業務執行者による請求の場合であっても、同時履行の抗弁を認める。

(46) 末広・前掲注(13)・八一七頁以下。石田稜は、履行していない組合員との関係で不公平な点があり疑問があるが、組合財産の円滑な充実という観点から支持できなくもないとする。石田・前掲注(28)・三八三頁。

(47) 戒能・前掲注(40)・三三八頁。

- (48) 鳩山・前掲注(13)・六六六頁以下。
- (49) 末広・前掲注(13)・八二〇頁以下、鳩山・前掲注(13)・六七〇頁、石田・前掲注(13)・一七六頁、末川・前掲注(9)・三六三頁。
- (50) 我妻・前掲注(3)・七六一頁。
- (51) ただし、遅延利息を超える損害について賠償請求する際には、金銭債務の特則である民法四一九条二項や三項は適用されず、損害賠償一般のルールに戻ることになる。そのため、損害発生に関する証明責任は賠償請求をする者に課され、また、債務者たる組合員は地帯について不可抗力により抗弁とすることができるとされている。鈴木編・前掲注(2)・九二頁以下〔品川孝次〕。
- (52) 鳩山・前掲注(13)・六九〇頁、石田・前掲注(13)・一八三頁、末川・前掲注(9)・三九七頁、我妻・前掲注(3)・七九九頁、石田・前掲注(28)・三八六頁。
- (53) 鳩山・前掲注(13)・六七五頁、石田・前掲注(13)・一七八頁、末川・前掲注(9)・三七五頁。
- (54) 民法上の組合と匿名組合との違いとして、匿名組合では、匿名組合員は出資以外の義務や負担を課されないことがいわれる。来栖・前掲注(23)・六二九頁。
- (55) 末川・前掲注(9)・三七五頁。
- (56) 末川・前掲注(9)・三七五頁。末川は、権利だけでなく、義務も、本人の同意がなければ剥奪できないとするが、義務については、他の組合員の一致により免除できると解してよいのではないか（民五一九参照）。
- (57) 梅・前掲注(22)・七九四頁。
- (58) 末川・前掲注(9)・三七七頁。
- (59) 岡松・前掲注(22)・次三四二頁、梅・前掲注(22)・七八九頁、鳩山・前掲注(13)・六七六頁以下。
- (60) 石田・前掲注(13)・一七七頁、末川・前掲注(9)・三七五頁。

- (61) 末広・前掲注(13)・八四四頁、石田・前掲注(13)・一八〇頁、末川・前掲注(9)・三七七頁以下・三八一頁。
 (62) 岡松・前掲注(22)・次三五五頁、梅・前掲注(22)・八〇〇頁、鳩山・前掲注(13)・六八〇頁以下、石田・前掲注(13)・一八一頁、末川・前掲注(9)・三八〇頁。

- (63) 岡松・前掲注(22)・次三五二頁以下、梅・前掲注(22)・七九八頁、石田・前掲注(13)・一八〇頁。

- (64) 末川・前掲注(9)・三七八頁。

- (65) 鈴木編・前掲注(2)・一二二頁〔森泉章〕、民法(債權法)改正検討委員会編・前掲注(27)・二九二頁。

- (66) 大判明治四四年一月二六日民録一七輯九一六頁。

- (67) 岡松・前掲注(22)・次三五六頁以下、来栖・前掲注(23)・六三一頁、石田・前掲注(28)・三八六頁、広中・前掲注(12)・三〇三頁。

- (68) 鳩山・前掲注(13)・六六三頁、石田・前掲注(13)・一七六頁、末川・前掲注(9)・三五七頁。

- (69) 梅・前掲注(22)・八二〇頁、鳩山・前掲注(13)・七一六頁以下、石田・前掲注(13)・一九四頁、末川・前掲注(9)・四二〇頁、我妻・前掲注(3)・八四五頁、石田・前掲注(28)・四〇三頁以下、加藤・前掲注(14)・四八四頁。法務省民事局参事官室・前掲注(32)・五四〇頁

以下も参照。

- (70) 鳩山・前掲注(13)・六九九頁、末川・前掲注(9)・四〇四頁。

- (71) 法務省民事局参事官室・前掲注(32)・五二八頁も参照。

- (72) 梅・前掲注(22)・四八四頁、鳩山・前掲注(13)・六七〇頁。

- (73) 鳩山・前掲注(13)・六九一頁、石田・前掲注(13)・一八五頁、末川・前掲注(9)・三六七頁、四〇〇頁以下、我妻・前掲注(3)・八〇〇頁。

- (74) 下森・前掲注(17)・一〇頁以下。このほか、一定のサブリース契約の共同事業性を根拠に、借地借家法の適用を否定する見解として、

澤野・前掲注(17)・三七頁以下、内田勝一「サブリース契約における賃料保証・賃料自動改定特約の効力」ジュリ一一五〇号(一九九九

年）六〇頁以下、鈴木祿彌「いわゆるサブリースの法的性質と賃料減額請求」ジュリ一五一号（一九九九年）九三頁以下。ただし、内田は、共同事業的なサブリース契約への借地借家法の適用を否定するのみで、賃料減額請求を一切認めないという趣旨ではなく、共同事業者間での損失の公平な分担という視点から、契約内容の改定として考えることを主張している（同六一頁）。

- (75) 平井宜雄「いわゆる継続的契約に関する一考察——「市場と組織」の法理論」の観点から「星野古稀『日本民法学の形成と課題下』（有斐閣、一九九六年）七二〇頁以下。

- (76) 平井・前掲注(75)・七一八頁以下。さらに、平井宜雄『債権各論Ⅰ——契約総論』（弘文堂、二〇〇八年）一一六頁以下も参照。

- (77) 吉田克己「サブリース契約と借地借家法三二条に基づく賃料減額請求」清水古稀『市民法学の課題と展望』（日本評論社、二〇〇〇年）三五三頁以下・注（二四）、奈良輝久「サブリース契約の法的性質に関する考察（下）」銀法五九〇号（二〇〇一年）六八頁以下、松岡久和「建物サブリース契約と借地借家法三二条の適用」論叢一五四卷四・五・六号（二〇〇四年）一六二頁。このうち、松岡は、民法六七四条二項が任意規定であるという理由で、この規定と異なる損益分配の特約をもって、反論可能であるとする（鈴木・前掲注(74)・九四頁も参照）。しかし、同規定が任意規定であり、これと異なる損失分担が可能であることと、組合的な「共同の事業」を強調しながら、サブリース業者の一方的損失負担（損失の「分担」ではない）を肯定することの不整合性は、別の問題である。

なお、誤解のないように付言しておけば、本文で述べているのは、契約解釈に際して、共同事業性という因子を重視するのであれば、この因子は一般的に損益分配を肯定する方向に働きうるということのみであり、合理的自由意思に基づいて当事者が同意したリスク分配の事後的な変更の可否に関する何らかの主張を含むものではない。

- (78) 清水俊彦「サブリースにおける賃料増減額（下）」判タ二〇三号（一九九九年）五八頁、松岡久和「建物サブリース契約」法教二七三号（二〇〇三年）二六頁以下。

(79)

澤野順彦は、用地確保・建物建築・建物賃貸借の管理を、それぞれ賃貸人とサブリース業者のどちらが主体的に行っているかという基準により、サブリース契約を、「総合事業受託方式」、「賃貸事業受託方式」および「転貸方式」に分類する。このうち、全てについてサブリース業者が関与する「総合事業受託方式」を、全体としては組合契約類似の契約（または組合契約そのものの）、事業細部については、委任もしくは準委任、請負、賃貸借類似の契約もしくはこれらの混合契約と評価する。また、建物賃貸借の管理のみをサブリース業者が受託する「賃貸事業受託方式」は、準委任、請負、賃貸借類似の契約もしくはこれらの混合契約とされる。そのうえで、「転貸方式」ではないこれらについて、借地借家法の適用を否定する（澤野・前掲注⑦・三七頁以下）。

平井説における「共同性」も必ずしも明確ではない。同説は、まず、「取引特殊性」を持つ財についての契約のことを、合理的に行動すれば継続的とならざるをえないために、市場の枠組みそのものを組織に近づける契約であるとして、「組織型」契約と呼ぶ。これを、「共同事業型」契約と「下請型」契約とに分け、利益と損失について独立の帰属主体を当事者とする「共同事業型」と、当事者間に上下のヒエラルヒーを形成する「下請型」という性格付けをしている（平井・前掲注⑦・七一〇頁以下）。ここでは、当事者が、契約により、平井のいう「中間組織」を形成しながら、同レベルの立場にいることをもって、「共同」と表現しているように読める。また、平井は、「共同事業型」契約として、サブリース契約のほかに、フランチャイズ契約や、代理店・特約店契約を挙げるが、そこで「共同事業型」契約と呼ばれているのは、個別当事者間で締結される個々の契約であり、取引全体を指しているのではないと解される。

これに対して、平井説を基本的に支持する下森の理解が、同説と同じであるかは不明である。下森は、先の澤野の分類のうち、「総合事業受託方式」における取引態様を、「対立する協議関係に立つ広義の共同事業」と評価し、この「広義の共同事業」関係には融資銀行も含まれるとする（下森・前掲注⑦・一一頁）。ここでの「共同事業」関係は、賃貸人とサブリース業者間にとどまらない広い概念として使われている。そして、サブリース契約のうち、共同事業性の有無を判断する基準として、サブリース業者が

物理的な自己使用をする権利の取得を目的としているか、転貸差益の取得を目的としているかに求め、後者の場合に、共同事業性を認める（下森定）「サブリース訴訟最高裁判決の先例的意義と今後の理論的展望（下）」金判一 一九二号（二〇〇四年）九頁以下）。内田勝一も、共同事業としての性質を有するサブリース契約とそれ以外のものとを区別するが、この区別の基準は、賃貸人とサブリース業者が不動産開発から転貸借までを共同で行っているかというものである（内田・前掲注⑦・五八頁以下・六〇頁）。そのほか、最判平成一六年一月八日判時一八八三号五二頁の福田博判事が、反対意見の中で、サブリース契約全体の本質は、賃貸人とサブリース業者、さらには金融機関や設計事務所等が合同して行う共同事業にほかならないとしている。

このようにサブリース契約に共同事業性を認める諸見解も、その理解しているところは多種多様である。この点について、本稿の考察を踏まえるなら、事業損益が分配されるとともに、当事者間に契約給付の共通利益性、とりわけ相互委任的関係が存在しない限り、組合契約における「共同の事業」をサブリース契約に見出すことはできない。

(80) たとえば、フランチャイズ契約の中に準委任関係を認めてフランチャイザーに受任者としての報告義務を課した最判平成二〇年七月四日判時二〇二八号三二頁を参照。

(81) ただし、公益のための事業に関わる契約においては、当然ながら、公益の内容や、公益に関わる当該事業を個別の法的主体が行うための資格といった重要な先決問題がクリアされなければならない。なお、行政契約の特徴に関する私法学の立場からの研究として、拙稿「行政契約に関する私法的観点からの覚書」松本還暦『民事法の現代的課題』（商事法務、二〇一二年）一〇八七頁を参照。

(82) 三当事者以上の間の同時履行関係に関しては、拙稿「相互的給付請求関係にはない者の間における同時履行の抗弁権の主張——大阪高裁判平成十六年七月六日判決を契機として」名法二二七号（二〇〇八年）四二三頁も参照。

(83) 末川・前掲注(9)・三五九頁。民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注⑦・二六四頁も、同様の理解を示している。

(84) 前掲・最判平成一二年の事案では、七人によるヨット購入・利用のための契約が組合契約と認定されていた。当事者がある程度

の数に収まっていれば、当初の当事者の間で相互的意思表示が実際に交わされるといふことも、非現実的ではないであろう。

- (85) さらに、理論的には、ある組合員の意思表示の瑕疵が、他の組合員の一部に対する意思表示のみに存在する場合に、そうした意思表示の効力をめぐって複雑な問題が生じることなども考えられうる。ただ、実際にそうした状況が生じるためには、他の各組合員に対する複数の意思表示を想定して、一つ一つを確認していく必要があるが、そのような作業が実務で行われているわけではないであろう。

- (86) とりわけ、投資事業組合といった事業資金を調達する目的で民法上の組合を利用する際には、このような形で組合契約が締結されているのが実態ではなかろうか。ただ、この場合も、各当事者が組合契約書に署名押印し、全員の名前が出そろったところで契約書が全当事者に交付されるなどすれば、全当事者間の相互的意思表示が形式的に認定されるのであろう。名古屋地判平成一六年一〇月二八日判タ一二〇四号二二四頁を参照。そのほか、中之条簡決昭和四三年四月一〇日判時五三九号六三頁では、三五四名による組合契約の締結が前提とされているが、各組合員間に相互的意思表示が存在していたとは想像できない。

- (87) 複合契約取引の観点から複数の契約や債権関係を法的に一体として取扱うための理論的基盤が不十分と解する考察として、中舎寛樹「多角的法律関係の法的構造に関する覚書」名法二七号（二〇〇八年）一八五頁、とりわけ一九六頁以下、拙稿「複合契約取引論の現状と可能性」加賀山還暦『市民法の新たな挑戦』（信山社、二〇一三年）五二三頁、とりわけ五三五頁以下を参照。

- (88) 中舎・前掲注(87)・二二一頁以下。

- (89) 契約の成立を、申込みと承諾という対立的な意思表示ではなく、当事者が事前に交渉して確定した合意事項に対する各当事者の同意の構造により理解する考え方。筏津安恕『失われた契約理論』（昭和堂、一九九八年）八四頁以下、同『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』（昭和堂、二〇〇一年）六七頁以下。