

第一章では課題を示す。本稿は財産分割の観念を研究することを通して組合財産の構成を再検討する試みである。ここで財産分割とは、民法上の組合の条文に現れる利益分配、脱退者に対する払戻し、解散後の残余財産の分割、の総称である。本稿は、従来組合財産の議論を牽引してきた合有論が、これまで財産分割について適切な解釈論を提供することに成功していないという認識のもと、財産分割の観念を穿鑿し、これと組合財産の枠組みとがいかなる結びつきを有すべきかを明らかにすることを目的とする。

従来の議論においては、第一に全員の合意があれば解散前であっても「組合財産ノ分割」をしてよいという判例法理が一般に承認されてきたが、これが上記の民法上の財産分割、とりわけ利益分配の規律との間に緊張関係を生じさせてきた。第二に民法の規定が損失分担に傾斜した構造を有していることを前提として、利益は不分明なままに置かれ、組合員間の不明瞭な損益分布が合意の存在を介して黙認されてきた。

このことは逆に利益の観念が財産分割と組合財産にとって重要な意義を有しているのではないかということを示唆させる。日本では、ボワソナードの起草した明治23年公布の民法典（ボワソナード民法典）が、フランス法に倣い、組合は利益分配を目的とするものと規定したのに対して、明治29年公布の民法典（明治民法典）は、ドイツ民法典草案を参照しつつ、組合は「出資」と「共同の事業」とから成るものと定めて、非営利の事業をも組合の目的に含まれるものとした経緯がある。利益の不明確はこの経緯の延長線上に捉えることができる。ここで利益分配を目的とすることの意義が改めて問われる。

そこで二つの課題を設定する。第一に、財産分割を適切に位置づけることを通して組合財産の解釈論を再構成することである。第二に、その前提として、フランス法において組合が利益分配を目的とするという言説がいかなる前提をもって形成され、結果としていかなる機能を有したかを吟味することである。

第二章ではフランス古法を検討する。1804年制定のフランス民法典が利益分配を目的として組合を定義したことは、ポチエ Robert-Joseph Pothier（1699-1772）の『組合契約論』に示された体系による。このポチエの体系がいかなる特徴を有し、いかなる構想のもとに利益分配を組合の定義に含めたのが本章の主題である。そしてその問いに応じるには、さらにポチエがどのような議論を所与のものとしていたのかを確認する必要がある。そこで古法期においてポチエと並び古典的位置を占めるドマ Jean Domat（1625-1696）と、1673年商事王令の策定に参加しその解説書を著したサヴァリ Jacques Savary（1622-1690）を、併せて検討していくことにする。

ドマは組合を「二人または複数人間の合意であって、当事者の財産の全部もしくは一部、

または何らかの取引，仕事その他の事業を共同とし，共同としたものについて得られうる利益または被りうる損失のすべてを分け合うもの」と定義した。ドマの定義は契約締結時の出資および解散後の権利義務の分配と厳密に対応していた。しかしドマにおいて財産分割手続は領域として確立していなかった。

ポチエは組合を「組合契約とは，二人ないし複数人が一定の事物を共同に供し，または供する義務を負う契約であって，誠実な利益を共同にすることを目的とし，この利益について相互に計算し合う義務を負うものをいう」と定義した。ドマと異なり損失の分担が定義から落ちるのは，ポチエの定義が合意によっても排除しえない契約の本質に属する事柄を記述しているところ，組合契約は一部の当事者の損失負担の免除を排除しようと解されたことによる。この本質論の採用と引換えに，組合の定義は解散後の権利義務の分配とは厳密に対応するものではなくなった。

ポチエは他方で，組合財産に関する組合員の法関係を，慣習法上の法観念である財産共同として構成した。この財産共同は，これと結びつきの強い財団の観念，そして帳簿の観念との三層構造を成して，組合継続中から解散に至る組合員間の権利義務関係を調整する機能を有した。ここに組合の財産分割の観念が確立することになる。すなわち，組合の解散と財産分割とが峻別されたうえで，財産分割の準備として，業務を結了し，財団表すなわち試算表を調製して総利得と総損失を算出し，損益を確定する。そのうえで，約定の先取控除を行い，権利義務の種類ごとに各人に割り当てていくのである。各財産はそれが財産共同に属することになった当初から割り当てられた組合員に帰属していたものと遡及的に構成される。

このようなポチエの構想に対して，サヴァリはいくつかの重要な点で寄与している。確実にいえるのは，第一にポチエは商事組合を合名組合，合資組合，匿名組合に三分する議論を直接サヴァリの著作『完全な実業家』から継承している。第二に解散後の試算表の作成と債権の評価および割当ての仕方は，サヴァリに強く負うものである，ということである。

しかしポチエによる商事組合の三類型論は，サヴァリのそれと比較してみた場合，特に匿名組合を合資組合と同じくただ一人の商人が自己の名で取引をするものと構成する点で，大きな逸脱を伴うものであった。この逸脱は，業務執行者の選定にかかる展開の仕方と整合性を有することを踏まえると，一人の業務執行者が組合財産を管理するという構造を法的に確保することで，財団の確立と安定を狙ったものであったと解される。

こうしてポチエの構想は，財団を業務執行および財産共同の規律と結合させることで組合財産を帳簿の記載と観念的に対応させて，解散手続における法観念と帳簿操作との対応関係を導こうとしたものと解される。財産分割はこのような基盤を前提とすることによってその全体が導入可能であったものであり，この点の安定化において定義と解散との乖離の問題が極小化されるという構造をもつものであったといえることができる。

第三章では、第一に革命後の1804年に制定された民法典の構造を、その起草過程を追及して検討していく。第二に、19世紀末に組合法人論が確立するまでの民法典の解釈論を検討していく。

第一の民法典の起草作業は大きく二つに分けることができる。一つは前半のカンバセレス三草案である。もう一つは1804年民法典に直接結実することになる二つの原案である。

カンバセレス三草案は、組合の基底に財産共同の観念を組み込むという発想には向かわず、ポチエの構想とは別の方向性を示した。1804年民法典の起草作業は、このカンバセレス草案の成果をも相当部分取り入れつつ、基本的にはポチエの用いた表現を借用することで行われた。しかしこのとき、財産分割については相続財産に関する規定を包括的に準用する条文の一つ置くことで済まされた。ポチエの財産共同の構想は継承されず、業務執行者の権限行使が組合の計算ではなく組合の名義を軸とする方向に傾き、後の諸問題が生じるような前提を形成した。

第二の民法典の解釈論の検討作業も、大きく二つに分けて行った。一つはストラスブール大学の同僚オーブリ Charles Aubry (1803-1883) とロー Frédéric-Charles Rau (1803-1877) の共著による体系書を主たる検討対象とするものである。19世紀のフランス民法学は法典注釈の全盛期であるが、オーブリ＝ローは例外的に注釈的でない著述方法を採用し、かつ以後の民法学一般に大きな影響を与えた著述家である。もう一つは、個別の論点からの問題を検討する作業であり、組合のアフェクチオ、財産分割手続、組合解散前の利益分配の可否、に絞って19世紀の議論展開を追うものである。

オーブリ＝ローが最終的に到達した組合の定義は「組合とは、二人または複数人が、各人が供する出資をもって共同資本を形成することを合意する契約であって、この資本を運用し、その使用から挙がる利益を分配することを目的とするものをいう。」というものである。検討の結果、オーブリ＝ローの組合の叙述は組合財産共有論によって全体が構築されており、組合員が共有者として直接個々の財産の帰属主体となり、また責任を負うものと記述されていることが明らかとなった。契約の定義における利益概念は損失と数額的に対置される性質を失い、損失分担割合の妥当範囲が費用負担にまで拡大して、解散後の財産分割において損益を確定して分配するという古法以来の利益分配を目的とするという定義の意義も根本的に変容した。

他方、組合のアフェクチオ（組合組成意思などと言い換えられる観念）は、オーブリ＝ローにも見られた組合の定義の動揺や財産の帰属形式の争い（法人か共有か）のなかで生み出された言説空間として捉えることができる。契約の要素であるという体系上の位置づけと、それが均衡をとろうとする具体的な論点の所在と広がりにおいて、アフェクチオの観念には19世紀における体系とカズイスティクの相克が見られる。

財産分割手続と組合解散前の利益分配の可否の領域は、論点をカズイスティクに積み上げていこうとする註釈学派の議論によって展開された。財産分割手続については、財産分割そのものと区別された清算手続が議論を通じて確立されていった。組合解散前の利益分

配の可否は、解散後の財産分割の前倒しとして意識された。全員ないし大多数の同意によって可能となるか、定期的な収益があれば利益分配の合意が推定されるが、利益と損失とで分配割合が異なると推定されない、といった議論が展開された。しかし、19世紀末に組合法人論に組する判例が確立して組合財産共有論を完全に退けるまでに、厳密な定式化には到達しなかった。

19世紀の諸問題は、民法典の条文や組合法人論などの外在的な要因も作用して、組合の定義ないし本質としての利益分配目的と財産分割が乖離していったことを示す。

以上のような検討を踏まえ、第四章では、ボワソナード民法典と明治民法典の性質と問題構造の分析を加えて、第一章に示した二つの課題に対して応答を試みる。

まず第二の課題に対しては、ポチエの構想が利益分配目的の原像として把握された。しかしながらその構想が当然には実現しないことも同時に明らかとなった。

第一の課題に対しては、第一に、財産分割は組合の本質として位置づけられること、第二に、財産分割から財産共同が導かれ、ひいては財団の観念が用意されるべきこと、第三に、組合財産は損益と資本とから成るべきであり、そこで帳簿の観念が改めて必要となることを示した。