

國學院大學學術情報リポジトリ

民法上の組合の残余財産の分割と共有物分割訴訟

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 公開日: 2023-02-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 大江, 毅 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/00001124

民法上の組合の残余財産の分割と共有物分割訴訟

大江 毅

一 はじめに

二 民法上の組合の清算と残余財産分割の枠組み

三 民法上の組合の残余財産の分割に関する諸問題 四 結びに代えて

一 はじめに

1 民法上の組合が解散すれば、その清算が行われる。ここでいう「清算」とは、「解散した組合の財産関係を整理すること」⁽¹⁾をいう。

民法は、民法上の組合の清算につき、概ね、次のような枠組みを与えている。すなわち、民法上の組合の清算は、「総組合員が共同して、又はその選任した清算人がこれをする」(民法六八五条一項)。清算人による清算が選択される場合、「清算人の選任は、総組合員の過半数で決する」(民法六八五条二項)。清算人の職務は、「現務の結了」、「債権の取立て及び債務の弁済」ならびに「残余財産の引渡し」であり(民法六八八条一項各号⁽²⁾)、清算人はこれらの「職務を行うために必要な一切の行為をする」(民法六八八条二項)権限を有する。残余財産があれば、

「残余財産は、各組合員の出資の価額に応じて分割」される（民法六八八条三項）。なお、残余財産とは、「組合財産をもって組合債務を弁済した後に残存する積極財産の全部であって、出資を償還した残りではない」とされる。⁽³⁾

もつとも、民法の定める右のような清算の枠組みないし手続は、任意規定と解されている。それゆえ、「全員の合意があれば、清算として特別の手続をなさずに、適当な方法で組合財産を処分してもよい」と解されて⁽⁴⁾いる。

2 ところで、残余財産の分配に関する清算人の権限については、争いがある。この点、我妻博士は、次のように説く。

「分配の率が確定しており、かつ、残余財産が金銭であるか、現物であるときでもそれぞれの物について分配率に従つて分割する場合には、問題はない。これに反し、労務出資や信用出資を改めて評価して分配率を確定すべき場合や、各組合員に分配する現物の種類を違わせようとする場合などには、——清算人がとくにこれをする権限を与えられていない限り、清算人の過半数で決すべきではなく——全員の合意によるべきものと思う。ただし、清算の目的を越えることだからである。その点について合意が成立しなければ、共有に関する第二五八条を類推し、裁判所に分割を請求すべきである」⁽⁵⁾。

しかし、後述するように、大審院判決（大判大正一二年七月一四日民集二卷四九一頁——後掲〔1〕判決——、大判昭和一六年一二月六日法学一一卷七一四頁——後掲〔2〕判決——）は、清算人の職務権限を広く解釈し、残余財産の分配にあたり右見解のように共有物分割訴訟によることは消極的であるようにも思料される。

ともあれ、判例・裁判例上、民法上の組合の清算・残余財産の分割に関連して、右の大審院判決以降にも、共有物分割訴訟の関与が問題となったものが存在する。また、前述の学説に従い裁判上の共有物分割手続を利用する場合であっても、そこにおいては、通常の共有物分割手続とは違った要素があるのではないかと考えられる。

本稿は、民法上の組合の清算・残余財産の分割の過程を念頭に置き、そこにおける共有物分割訴訟の関与の有無ないしあり方について検討を加えることを目的とするものである。そこで、まず、民法上の組合の清算枠組みないし手続について、その沿革をたどりつつ、確認しておく。次に、関連する判例・裁判例を紹介し、これから民法上の組合の残余財産を共有物分割訴訟を用いて分割する場合の特徴的要素を抽出し、考察を加える。最後に、これらを踏まえて、前述の課題に取り組むこととしたい。

二 民法上の組合の清算と残余財産分割の枠組み

1 明治二三年民法における「会社」清算と残余財産分割の枠組み

明治二三年民法（以下、「旧民法」という。）⁽⁷⁾は、民事会社の清算および残余財産分割について、財産取得編「第六章 会社」⁽⁸⁾「第四節 会社ノ清算及ヒ分割」において、次のような枠組みないし手続を設けていた。

(1) 会社の「清算」段階と残余財産の「分割」段階の区分

旧民法財産取得編は、会社の「清算」の段階と残余財産の「分割」の段階とを区分し、清算は分割前にするのが原則であるとする（旧民法財産取得編一四八条二項本文）⁽⁹⁾。社員の多数からの請求に基づき清算前に分割をすることもできる（旧民法財産取得編一四八条二項但書）が、これに対しては、会社債権者が「故障」の申立てをすることができ（旧民法財産取得編一四八条三項）。

ここで、「清算」とは、「会社ノ債務ヲ弁済シ其債権ヲ実行シ各社員トノ特別ナル計算ヲ行フ如キ総テ解散シタル

会社資産ノ現状ヲ確定シ其損益ヲ決算スル事務⁽¹⁰⁾をいうとされる。清算人が「總計算」(旧民法財産取得編一五二条⁽¹¹⁾一項)をして社員ノ「認可」(旧民法財産取得編一五二条一項)を受けた後、「各社員ノ持分ニ応シテ会社ノ資本及ヒ其利益又ハ損失ヲ分配⁽¹²⁾」する「分割」がなされることになるが、「清算」は、分割を準備するために必要な事務として位置づけられる。⁽¹³⁾

(2) 会社「清算」の枠組み

会社ノ解散後、清算の請求⁽¹⁴⁾をすることができるのは、「社員ノ各自又ハ其承継人」である(旧民法財産取得編一四八条一項)。ここである「承継人」には、会社債権者等も含むと解するようである。⁽¹⁵⁾

会社ノ「清算」を担当するのは、清算人⁽¹⁶⁾である。清算人の選任について規定するのが、旧民法財産取得編一五〇条である。

「財産取得編一五〇条 会社契約ニ清算人ノ選任及ヒ其権限ニ関スル約款ナキトキハ清算ハ或ハ総社員之ヲ為シ或ハ社員ノ一致ヲ以テ委任シタル一人若クハ数人ノ社員之ヲ為シ或ハ社員ノ一致ヲ以テ選任シタル第三者之ヲ為ス

二項 社員カ清算人ノ選任ニ付キ一致セサルトキハ裁判所ニ於テ之ヲ選任ス」

また、清算人の職務および清算人の権限については、旧民法財産取得編一四九条・一五一条が規定する。

「財産取得編一四九条 清算ハ左ノ諸件ヲ包含ス

第一 著手シタル業務ノ成就

第二 会社ノ債務ノ弁済及ヒ其債権ノ取立

第三 各社員ト会社トノ間ノ特別ナル計算

第四 分割ス可キ貸方又ハ負担ス可キ借方ニ於ケル各社員又ハ其代人⁽¹⁷⁾ノ持分ノ指定」

「財産取得編」一五一条 清算人ハ如何ナル場合ヲ問ハス速ニ毀損又ハ滅尽ス可キ物ヲ譲渡スコトヲ要ス

二項 満期ト為リタル債務ノ弁済ノ為メ必要ナルトキハ此他ノ動産ヲ譲渡スコトヲ得

三項 不動産ニ付テハ清算人ハ社員ノ特別ナル委任ヲ受クルニ非サレハ之ヲ抵当トシ又ハ譲渡スコトヲ得ス

四項 前項ノ譲渡ハ競売競落ニ依ルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス但協議上ノ譲渡ヲ許シタル場合ハ此限ニ在ラス孰レノ場合ニ於テモ社員ノ過半数ヲ以テ決スルコトヲ要ス

五項 清算人ハ社員ノ名ヲ以テ原告又ハ被告トシテ訴訟ヲ為スコトヲ得

六項 清算人カ会社ノ債務又ハ債権ニ付キ承諾シタル和解及ヒ仲裁ハ第三者ト通謀シタル詐欺ノ為メニ非サレハ之ヲ攻撃スルコトヲ得ス」

ただし、旧民法財産取得編一四九条は、例示列举であるとされる。⁽¹⁸⁾ また、旧民法財産取得編一五一条は任意規定であるとされる。⁽¹⁹⁾

清算事務の終了後、清算人は、社員に「総計算」を報告し、社員の「認可」を受けなければならない（旧民法財産取得編一五二条一項）。

(3) 残余財産の「分割」の枠組み

会社の清算後、残余財産の分割を請求することができるのは、「社員ノ各自又ハ其承継人」である（旧民法財産取得編一五三条本文⁽²⁰⁾）。

残余財産の分割の基準は、社員の特分であるとされる。⁽²¹⁾ 持分は、契約等のない限り、出資に応じて決せられる（旧民法財産取得編一三六条⁽²²⁾一四一条参照）。

残余財産の分割は、社員等の合意に基づいてされるが、「分割部分ノ定方又ハ其配付ニ付キ当事者ノ一致セサル

トキハ財産共通ノ分割ノ為メ別ニ定メタル規則ニ從フ」(旧民法財産取得編一五四条一項)。したがって、社員等の合意が成立しなければ、裁判上の分割によることになる(旧民法財産取得編四〇九条以下参照)。この点、富井政章博士は、次のように説かれていた。

「商法ニ依レハ分割ハ清算人ノ職務タルコト明ナリ(第三百三十二條)⁽²³⁾ 是頗ル便利ナル規定ニシテ必ス一人ノ職務トシテ之ヲ行フ者ナカル可カラス之ニ反シ新民法ニ於テハ清算人ノ職務権限中ニ分割ノ事ヲ記載セス『清算人ハ各社員ノ持分ヲ指定ス』ト云ヒ(第四百九条) 又『清算後ハ社員ノ各自又ハ其承継人ヨリ分割ヲ請求スルコトヲ得』云々(第五百十三条) トアルヲ以テ見レハ全ク分割前ニ清算人ノ職務ハ解カレ不分ニテ存スル財産ハ当然旧社員ノ共有ト為ル如シ於是乎各社員ハ共有ノ通則ニ依リ(財産編第三十九条) 何時ト雖モ分割ヲ請求スルコトヲ得」⁽²⁴⁾

2 現行民法における組合の清算と残余財産分割の枠組み

現行民法は、民法上の組合の清算および残余財産分割について、次のような枠組みないし手続を設けている。旧民法における民事会社の清算・残余財産分割の枠組みに適宜言及しつつ、みておきたい。

(1) 民法上の組合の清算の枠組み

ア 清算人の選任

民法上の「組合が解散したときは、清算は、総組合員が共同して、又はその選任した清算人がこれをする」(民法六八八条一項)。清算人による清算が選択される場合、「清算人の選任は、総組合員の過半数で決する」(民法六八五条二項)。

清算人の選任について、旧民法では「社員ノ一致」(旧民法財産取得編一五〇条一項)が必要とされていた。⁽²⁵⁾ そ

れゆえ、清算人の選任につき社員の一致がない場合——「総社員」で清算をすればよいのかもしれないが——に備える必要が高く、旧民法財産取得編一五〇条二項は、裁判所による清算人選任⁽²⁶⁾を規定していた。これに對して、現行民法上、清算人の選任は、「総組合員の過半数」⁽²⁷⁾（民法六八五条二項）で決すれば足りるとされた。組合の業務執行の場合（民法六七〇条）と整合性をとるためである。しかし、清算人の選任につき総組合員の過半数の賛成が得られなかった場合には、「総組合員が共同して」清算にあたることになるからであろう、旧民法財産取得編一五〇条二項に相当するような、この場合に備える特別の規定はない。

イ 清算人が複数の場合の清算事務の執行

清算人が複数の場合、清算事務の執行については、業務執行に関する民法六七〇条の規定が準用される（民法六八六条）。したがって、「常務は単独に、その他は過半数で決する⁽²⁸⁾」とされる。

清算人が複数の場合、旧「民法ハ此場合ニハ一致ガナケレバナラヌト云フ精神デアラウト信ジマス」とするのが起草にあたった富井政章委員の見解⁽²⁹⁾である。そのうえで、旧民法の枠組みは、「甚ダ不便」であると評価し、それゆえ、「業務執行ニ付テノ規定ト同ジコトデ過半数デナケレバナラヌ⁽³⁰⁾」と考えられたことが、現行民法六八六条起草の理由である。

ウ 組合員である清算人の辞任および解任

組合契約で組合員の中から清算人を選任した場合、その清算人の辞任および解任については、業務執行組合員の辞任および解任に関する民法六七二条の規定が準用される（民法六八七条）。すなわち、この場合の清算人は、正当な事由がなければ辞任することができず、また、正当な事由があるときに他の組合員の一致によってでなければ解任されることはない。

他方、旧民法におけるこの問題に関して、富井政章博士は、次のように説かれる。旧「民法ハ又清算人ノ解任ノ事ヲ規定セス是一ノ欠点ナリ普通代理ノ規則ヲ適用シ委任者一方ノ随意ニ解任スルコトヲ得セシムル如キハ立法ノ本旨ニ反ス左レハトテ業務担当人ニ関スル特別ノ規定ヲ適用スルモ亦法理ノ許ス所ニ非ス」⁽³¹⁾。

エ 清算人の職務および権限

清算人の職務は、「現務の結了」、「債権の取立て及び債務の弁済」ならびに「残余財産の引渡し」であり（民法六八八条一項各号）、清算人はこれらの「職務を行うために必要な一切の行為をする」（民法六八八条二項）権限を有する。これは、法人の清算の場合とほぼ同様の枠組みである（一般社団法人及び一般財団法人に関する法律二二条参照）。細部にわたる規定を設けていた旧民法に比べ、現行民法は清算人の職務・権限を簡潔に規定する。「清算人ノ仕事ハ法人ノ場合ト少シモ違ウコトハ」⁽³²⁾ないと考えられたからであろう。⁽³³⁾

(2) 残余財産の分割の枠組み

ア 残余財産の分割基準

残余財産の分割基準について、民法は、「残余財産は、各組合員の出資の価額に応じて分割する。」（民法六八八条三項）との規定を設ける。この点、旧民法においては、社員の特分が基準になるようであるが、その特分は、契約等のない限り、出資の価額に応じて決せられるから（旧民法財産取得編一四一条一項参照⁽³⁴⁾）、分割基準に関して、現行民法とほぼ同様である。もともと、旧民法には、技術・労務の出資の場合における裁判所による出資の価額の評定（旧民法財産取得編一四一条二項参照⁽³⁵⁾）といった注目すべき規定もある。

イ 残余財産分割の請求権者、残余財産分割の時期

組合財産の分割について、民法は、「組合員は、清算前に組合財産の分割を求めることができない。」（民法六七

六条二項）と定める。この規定は、組合財産の分割を請求できるのが、組合員であることを示すと解される。旧民法において、残余財産の分割を請求することができるのは、「社員ノ各自又ハ其承継人」（旧民法財産取得編一五三条本文）であるから、現行民法とはほぼ同様であるといえよう。また、清算手続が終了した後に残る積極財産は、残余財産であろうから、民法六七六条二項は、残余財産の分割を求めることができる時期について、清算手続終了後であることを示すと解釈できよう。この点、旧民法は、清算は分割前にするのが原則である（旧民法財産取得編一四八条二項本文）、ただし、例外的に、社員の多数からの請求に基づき清算前に分割をすることもできる（旧民法財産取得編一四八条二項但書）旨を規定する。残余財産分割の時期については、明文の例外はあるが、原則として清算後である点で、現行民法と旧民法とは概ね共通しているといえよう。

ウ 残余財産の強制的分割に関する起草者の構想

旧民法において、残余財産の分割は、社員等の合意に基づいてされるが、「分割部分ノ定方又ハ其配付ニ付キ当事者ノ一致セサルトキハ財産共通ノ分割ノ為メ別ニ定メタル規則ニ従フ」（旧民法財産取得編一五四条一項）とされていた。したがって、社員等の合意が成立しなければ、裁判上の分割によることになる（旧民法財産取得編四〇九条以下参照）。

この枠組みは、少なくとも現行民法起草の段階で、大きく変わったとはいえない。起草にあたった富井政章委員は、組合財産を総組合員の共有とする旨を定めた民法六六八条の立法理由のなかで、概略、次のような説明を加えている。⁽³⁶⁾すなわち、民法上の組合の解散後、出資された特定物が現存する場合、それを出資者に現物で返還するとの立法例がある。⁽³⁷⁾しかし、出資された現物を返還するとの考え方を採用すれば、残余財産が組合員の出資を返還するのに不足するとき、現物の返還を受ける組合員とそうでない組合員との間で不公平が生じる。そこで、このよう

なときは、その特定物を売却して代金を組合員間で分割することになる。このようにときに備えるならば、組合財産は出資の価額に応じて総組合員間で共有されるとしておくのが便利であろう。損益分配の基準もまた、出資の価額である（民法六七四条）。そうするならば、組合財産を総組合員の共有とする建前を貫徹するのが便宜であろう。組合財産を総組合員の「共有」（民法六六八条）としたことからの帰結として、残余財産の分割については、民法の共有物分割に関する枠組みが適用される。それゆえ、残余財産の分割は、第一義的には当事者の協議によりなされるが、協議が調わないときは裁判所に分割を請求することになる、と。

3 小 括

(1) 旧民法において、民事会社の清算は、総社員または社員の一致で委任した社員もしくは清算人が行うとされた（旧民法財産取得編一五〇条一項）。「社員カ清算人ノ選任ニ付キ一致セサルトキ」（旧民法財産取得編一五〇条二項）は裁判所が清算人を選任するとされた。³⁸⁾これに対して、現行民法においても、清算は、「総組合員が共同して」するか、または、清算人がするとされた（民法六八五条一項）が、清算人の選任の要件は「一致」が必要とされた旧民法に比べ緩和され、「総組合員の過半数」で足りるとされた（民法六八五条二項）。

現行民法は、清算人複数の場合の業務執行に関する規定を設けた（民法六八六条）ほか、組合員である清算人の辞任および解任についての規定も設けた（民法六八七条）。とくに、民法六八七条の立法は、旧民法が清算人の解任について規定を設けていないことが「是一ノ欠点ナリ」と考えられたことに由来すると思料される。

清算人の職務・権限について、旧民法は詳細に定めた。これに対して、現行民法は、法人の清算の場合における清算人の職務・権限と同様にするかたちで、簡潔に規定した。

(2) 旧民法は、民事会社の清算および残余財産の分割について、それぞれの段階を区分し、前者については清算人の職務・権限とするが、後者については「当事者」（旧民法財産取得編一五四条一項）の権限とする。そのうえで、分割について当事者が一致しないとき——厳密には「分割部分ノ定方又ハ其配付ニ付キ当事者ノ一致セサルトキ」（旧民法財産取得編一五四条一項）——は、裁判所に分割を請求するとされた。このような枠組みは、現行民法における民法上の組合の清算および残余財産の分割に関しても、少なくとも起草者の構想⁽³⁹⁾としては、概ね維持されていたといえよう。

三 民法上の組合の残余財産の分割に関する諸問題

1 残余財産の分配権限

民法上の組合が解散し、清算された後、残余財産が生じた場合、清算人が残余財産を分配する権限を有するの
か。

(1) 判例・裁判例

大審院判決には、清算人が残余財産を分配する権限を有すると説く旨のものがある。次の〔1〕判決、〔2〕判決がそうである。

〔1〕 大判大正一二年七月一四日民集二巻四九一頁

〔事案の概要〕 $X \cdot Y_1 \cdot Y_2$ は、甲地内金銀鉱区に対する鉱業権を共同で有していた。ところで、旧鉱業法（明治

三八年法律第四五号) 七条三項は「共同鉱業出願人又ハ共同鉱業権者ハ組合契約ヲ為シタル者ト看做ス」と規定するため、 $X \cdot Y_1 \cdot Y_2$ は組合を結成したものとみなされた。大正四年二月二三日、 Y_1 は、やむを得ない事由がある(民法六八三条)として、当該組合の解散を請求し、同日、当該組合は解散した。 $Y_1 \cdot Y_2$ は、 Y_3 を清算人に選任し、 Y_3 は、大正五年一月一八日当該鉱業権を清算処分として Y_4 に売却し、同年二月五日鉱業原簿にその旨を登録した。 X は、 Y らを被告として、本件共同鉱業権取得登録の抹消申請手続等を求める訴えを提起した。原審は X の請求を棄却。 X 上告。上告理由は多岐にわたるが、後掲判旨に関わるのは、清算人が組合の共有財産を分割する方法としてこれを売却するには共有者の同意または裁判所の許可が必要であるところいづれも得ていないものである。

〔判旨〕「組合ノ清算人ハ民法第六百八十八条第七十八条ノ規定ニヨリ現務ノ結了債権ノ取立及債務ノ弁済ヲ為ス権限ヲ有シ且残余財産ハ各組合員ノ出資ノ価額ニ応シ之ヲ分割シテ引渡スヘキ職責ヲ有スルモノナレハ清算人ニ於テ叙上ノ職務権限ヲ行使スル為組合財産ヲ他ニ売却スル必要アル場合ニ於テハ同法第二百五十一条及第二百五十八条ノ規定ニ準拠スルコトヲ要セサルモノト解スルヲ相当トス」。

〔2〕 大判昭和一九一六年二月六日法学一 一巻七二四頁

事案の概要は不明である。

〔判旨〕「原審ハ本件物件ヲ以テ XY 及訴外 A ノ三名間ニ締結セラレタル組合ノ財産ナリト認定シタルコト判文上明瞭ナルヲ以テ該事実ニシテ確定セラルル以上ハ組合員タル X ハ右組合ノ存続中本件物件ニ付分割ノ請求ヲ為シ得サルハ勿論右組合カ所論ノ如キ事由ニ因リテ解散シタリト仮定スルモ清算手続遂行セラレ残余財産ヲ生シタル後ニ於テ清算人ニ対シ之カ分配ノ請求ヲ為スハ格別單ニ組合解散ノ一事ニ依リ直ニ本件物件ニ付民法第二百五十八条ノ規定ニ依ル分割ノ請求ヲ為シ得サルヤ論ヲ俟タス」。

〔1〕判決は、共有物分割訴訟のなかで示された判断ではないが、清算人について、「残余財産ハ各組合員ノ出資ノ価額ニ応シ之ヲ分割シテ引渡スヘキ職責ヲ有スル」と述べる。もつとも、〔1〕判決の事案において、清算人Yが「清算処分」として鉱業権を売却したのは、「清算」のためであるのか、「残余財産の分割」のためであるのかは、はっきりしない。また、〔2〕判決は、共有物分割訴訟のなかで示された判断であり、「残余財産ヲ生シタル後ニ於テ清算人ニ対シ之カ分配ノ請求ヲ為スハ格別」と述べるが、そもそも清算手続を経ない段階での共有物分割訴訟の提起であろう。さらに、後掲〔6〕判決は、「清算人は現務を終了し、債権を取立て、債務の弁済をした上で残余財産を分配すべきである」と清算人が残余財産を分配する権限を有するとも読める部分がある。もつとも、〔6〕判決は、清算人による清算手続が行われていないが、「実質的に観察し、清算手続を経たのと同じの結果が認められ」として、「共有物分割の規定を類推して」残余財産の分配を行っている。

これに対して、残余財産の分配（帰属）につき共有物分割訴訟によるべきことを示す旨の高等裁判所の判決もある。次の〔3〕判決がそうである。

〔3〕 東京高判昭和四五年六月一八日下民集二一卷五〇六号八一〇頁、判時五九六号四四頁、判タ二五四号一四六頁

〔事案の概要〕 XとYは、Xが所有する本件土地の使用権を出資し、Yが本件土地上に建築した本件建物を出資して、マーケット式貸店舗を共同して経営する旨の本件組合契約を締結した。本件組合契約によれば、本件建物はXYの共有とするが、Xを代表者と定めた関係で建物の登記名義はXとするとされた。XYは、七軒に区分された貸店舗のうち四軒をXが、残り三軒をYがそれぞれに賃貸して収益をあげていた。その後、Xは、隣地所有者と協力して本件土地上にビルを建築するため、本件土地の取戻しを計った。そこで、Xは、Yから店舗を賃貸してい

た Z ほかに対して、建物所有権に基づく店舗の明渡しを求める訴えを提起した。他方、Z らの窮状を察した Y は、X に対し、建物共有を理由に本件建物の持分権確認および持分移転登記を求める訴えを提起した。両訴は併合され、一審では Y が全部勝訴した。X 控訴。控訴審において、X は Y に対し、本件組合契約が存在したとしても X が脱退の意思表示をしたから本件組合契約は終了したとして、第一次請求として建物所有権が自己に復帰したとして Y 使用店舗の明渡しを、第二次請求として土地所有権に基づく Y 使用店舗収去・土地明渡しを求める反訴を提起した。他方、Y も附帯控訴をし、組合存続を前提として土地使用権も共有であるとしてその持分権確認、ならびに、組合解散を前提として X の組合脱退により組合は清算手続に入り Y が清算人となるから清算のため土地使用権、建物所有権全部が Y に帰属することの確認および建物所有権移転登記を求めた。本件訴訟の争点・判示事項は多岐にわたるが、本稿の関心との関係で次の判旨に引用するのは、組合解散により X の出資した土地使用権の出資の帰趨、ならびに、附帯控訴のうち組合解散を前提とする Y の土地使用権、建物所有権全部が Y に帰属することの確認および本件建物の所有権移転登記手続、にかかる部分である。

〔判旨〕「なお、附言するに、組合は解散により清算手続に移るが、組合有の特定財産は清算のため換価される場合か、その財産が残余財産として分割がなされて、はじめてその帰属が決定する。本件の如く組合にその所有の建物がある限り、その建物の敷地用として所有土地の利用を組合に出資した者は、組合解散後といえども無条件に土地利用権を回収することはできず、清算のため換価するか、もしくは残余財産分割のため建物の帰属を定めるに際し、その敷地の利用関係を決定すべきものと解するのが相当である。清算または分割の結果建物の所有権が土地所有者の所有に帰すべきときは、土地利用権の回収は問題とならない。建物を土地所有者でないものの所有と定めるときは、土地利用の問題につき土地所有者と協議すべく、その協議がととのわないときは、建物は収去を免れな

いこととなるであろう。いずれにせよ、その帰すうは清算もしくは残余財産分割の結果を待たなければならず、これを経ないで土地所有者が土地利用権を回収することをえないのである。さらに、それら手続の結果本件建物は何人の所有に帰したとしても同人は本件建物に存する賃貸借関係を承継すべき関係にあるから、XがZらに対しその占有部分の明渡を求め得る関係にないことも当然である」。

「組合が建物を所有するため組合員の一人が、その敷地の使用権を出資したとしても、それはただ土地を建物の敷地として利用させるといっただけのことに過ぎず、その出資は当然に組合の存続を前提としてなされたものであつて、組合のために借地権その他の使用権を設定したものというを得ないから、組合が解散した後は、土地利用は地上建物の帰属決定をまつて当然にその所有者に回収さるべきものといわなければならない」、「建物の敷地たる本件土地の使用権がXに回収さるべきものであつて、組合の残余財産に属しない」。

「本件組合の組合員はXとYとの二人だけであるから、右のように本件建物だけが残余財産として存し、他に清算手続を必要としない場合には、右の両者間において右建物の帰属を協議決定すべく、その協議が調わないときは裁判所に対し共有物分割の訴を提起してその帰属を決定すれば足りるから、清算を必要とする場合のように、本件建物の所有権が残存組合員としてのYに帰属するものと解すべきではなく、その所有権関係はただか右両者の共有関係として存続するにすぎないものと認むべきである。したがつて、Yの所有権確認の請求も右建物の共有権の確認を求める限度を超えては認められず、その登記手続の請求もYに単独所有権がない以上認められず、また、共有権の登記手続の請求もその利益がない」。

最高裁判決である後掲〔5〕判決は、清算手続終了前に提起された共有物分割訴訟を請求棄却とした原判決を追認したものであるが、原判決は残余財産の分割を共有物分割訴訟によるべき旨を示唆したともみる余地はある。⁽⁴⁰⁾ ま

た、後掲〔7〕判決は、残余財産の分割権限について触れず、共有物分割訴訟を（一部）適法としている。

こうしてみると、大審院判決には、清算人が残余財産を分配する権限を有すると説く旨のものがあがるが、そのことから直ちに残余財産の分配権限は清算人にあるとするのが判例の立場であると理解することには慎重であるべきであろう。大審院判決以降も、下級審裁判例には、共有物分割訴訟によるべき旨を示唆したり、実際に共有物分割訴訟により残余財産の分割を実施したこともあり、判例・裁判例の立場は定まっていまいとみるべきではないか。なお、仮に、残余財産を分配する権限が清算人にあるとしても、後掲〔7〕判決が示唆するように、このことから直ちに共有物分割訴訟が一切許されないと解することにもならないのかもしれない。

(2) 学 説

学説上は、清算人が残余財産を分配する権限を有するか否かにつき、これを肯定する見解（鳩山等）と否定ないし制限する見解（末弘・我妻等）がある。

肯定する見解は、その理由として、民法六八八条一項三号の文言をあげる⁽⁴⁾。

これに対し、末弘博士は、〔1〕判決に対する批評のなかで、次のように説く。「清算人の有する権限は『現務の終了』、『債務ノ取立及ビ債務ノ弁済』及び『残余財産ノ引渡』である。而して法人の場合にあつては其の『引渡』は帰属権利者（第七二条）に対して為され、其財産が彼等に帰属する時期は『引渡』の時なりと云はねばならないのに反し、組合の場合にあつては従来組合の共有なりし組合財産は解散後も尚依然として共有状態にあり、清算人は単に其の共有物分割及び分割された物をそれぞれ各組合員に引渡すべき権限を有するに過ぎない、而して民法第六八八条第二項が『残余財産ハ各組合員ノ出資ノ価額ニ応ジテ之ヲ分割ス』と云つて居るのは単に『分割』の割合を規定せるに過ぎないものと見るべきであつて、如何に分割するかの問題は第六八八条及第七八条に依つて毫も清

算人に一任されて居るものと見ることは出来ない。元来分割方法の如何は各共有者の利害に対して重大なる関係をもつ事項なるを以て、特別の規定なき限り一般共有に関する規則（第二五一条第二五八条）によつて之を為さねばならぬ（第六六八条参照）。而して第六六八条は分割された財産の引渡を清算人の権限なりと規定すると共に単に分割の割合を規定して居るに過ぎない所から見ると分割の手続はやはり共有物分割普通の手続に依るべきであると解するのが正当であると考⁽⁴²⁾える」。

また、我妻博士は、既に引用したように、「分配の率が確定しており、かつ、残余財産が金銭であるか、現物であるときでもそれぞれの物について分配率に従つて分割する場合には、問題はない。これに反し、労務出資や信用出資を改めて評価して分配率を確定すべき場合や、各組合員に分配する現物の種類を違わせようとする場合などには、——清算人がとくにこれをする権限を与えられていない限り、清算人の過半数で決すべきではなく——全員の合意によるべきものと思う。けだし、清算の目的を越えることだからである。その点について合意が成立しなければ、共有に関する第二五八条を類推し、裁判所に分割を請求すべきである⁽⁴³⁾」と説く。

(3) 検 討

本稿の課題設定との関係で、残余財産が共有物分割訴訟の対象となりうる場合であることを前提に、議論を進める。また、議論を簡略化するために、清算手続完了後、各組合員への分配前の段階であるとする。図式的理解をすれば、清算人が残余財産を分配する権限を有するとすれば、〔2〕判決の説くように、組合員は清算人を被告とする組合契約の目的達成に基づく残余財産分配請求訴訟⁽⁴⁴⁾を提起することになる。これに対して、組合員全員の合意で残余財産を分割すべきとすれば、全組合員間の固有必要的共同訴訟としての共有物分割訴訟を提起すべきことになる。

さて、我妻博士の見解からは、組合員の清算人に対する残余財産分配請求訴訟によるべき場合と、全組合員間の共有物分割訴訟によるべき場合があることが示唆される。が、両訴訟のいずれによるべきかの区分ないし役割分担を明瞭に断じることの難しさをもみることができるのではなからうか。このこと自体が一つの課題であろうが、ともあれ、ここでは、「労務出資や信用出資を改めて評価して分配率を確定すべき場合」および「各組合員に分配する現物の種類を違わせようとする場合」について、考察したい。いずれの場合においても、訴訟法の立場からみれば、残余財産分配請求訴訟と共有物分割訴訟のうちのどちらがより適切に残余財産分配をめぐる紛争を処理できるかが決め手になると思料される。

まず、「労務出資や信用出資を改めて評価して分配率を確定すべき場合」についてはどうか。清算人に残余財産の分配権限があるとすれば、出資の価額の評価について不満のある組合員は、清算人を被告として、残余財産分配請求訴訟を提起することになる。ことに、残余財産は「出資の価額」に応じて分割されるが（民法六八八条三項）、ある組合員の出資の価額の評価、したがって、当該組合員の持分率ないし分配率は、他の組合員のそれに影響する関係にある——分配率の合計は一になるはずである——から、複数の残余財産分配請求訴訟の提起も想定される。しかし、複数の残余財産分配請求訴訟が提起されても、出資の価額の評価についての判断が統一的になされる保障はないから、判決内容の衝突が起りうるのではない。例えば、 $X_1 \cdot X_2$ の二名で構成される民法上の組合において、 X_1 は労務を出資し、 X_2 は金一〇〇〇万円を出資したとする。 X_1 は自己の労務の出資の価額を二〇〇万円と評価し、清算人に対し、分配率三分の二で残余財産分配請求訴訟を提起し、他方、 X_2 は X_1 の労務の出資の価額を一〇〇万円と評価し、清算人に対し、分配率二分の一で残余財産分配請求訴訟を提起した場合、いずれの訴訟も請求認容となれば、分配率の合計は一を超えており、かえって残余財産の分配に混乱を来すのではない。清

算人の応訴の負担や、訴訟経済の観点からみても、躊躇を覚える。これに対して、組合員全員の合意により残余財産を分配すべきであるとし、全組合員間の共有物分割訴訟によるときはどうか。この場合は、全組合員による固有必要的共同訴訟⁽⁴⁵⁾になるから、出資の価額の評価も統一的になされ、内容的に矛盾のない判断が一度の訴訟で示されよう。さらに、個々の組合員に分配されるべきものないし分割の割合が明瞭になるのも利点である。

ところで、残余財産は各組合員の出資の価額に応じて分割される（民法六八条三項）から、当事者は出資の価額について主張・証明しなければならない。しかし、労務出資の場合等には、出資がなされたことは証明できても、その価額を証明することが困難な場合がある。では、この場合、裁判所は請求棄却とすべきか。この問題を扱った下級審裁判例として、次の〔4〕判決がある。

〔4〕 甲府地判昭和五三年一〇月四日判タ三七八号一二〇頁

〔事案の概要〕 XYの二名で構成される組合が解散し、残余財産として時価六〇〇万円相当の庭石があつたところ、庭石はYが取得し、Xに対しては金銭により分配する旨の本件合意が成立した。Xは、出資割合がXとYと二分の一宛であつたと主張し、本件合意に基づき三〇〇万円の支払を求める訴えを提起した。しかるに、裁判所の審理の結果、全証拠をもつても分配の基準とすべき出資の価格が明らかとならなかった。

〔判旨〕 「残余財産分配につきその基準とすべき出資の価格が明らかでない場合には、要件事実の立証がないとして原告のこれにもとづく請求を棄却すべきであるという反論も予想されるが、さらに何らかの基準を探索することが組合の特質及び当事者の意思に合するものといわなければならない。そして民法解釈の指導理念である信義誠実の原則に照らして考えるとき、他に特段の事情がないかぎり、当事者に平等に分配するを相当とする。したがって、本件において右特段の事情の主張も立証もないので、当事者平分として計算することとする」。

二人で構成される組合の場合には、「4」判決のような解釈による処理も可能であろう。しかし、例えば、A・B・C の三名で構成される組合で、A は労務、B は金一〇〇〇万円、C は金二〇〇〇万円を出資したような場合、A の労務の出資の価額が不明となったときには、平等分配や解釈による処理⁽⁴⁶⁾は困難ではなからうか。請求棄却にしないとなれば、裁判所が労務の出資の価額を決するといったような証明責任に関する特則が必要であろう——関連して興味深いのは、旧民法財産取得編一四一条二項⁽⁴⁷⁾である——が、この点で、残余財産分配請求訴訟による場合には、難問を抱えるのではなからうか。では、共有物分割訴訟によるときは、この問題を容易に解決できるかというと、必ずしもそうではない。共有物分割訴訟においては、共有物について分割を求める旨を申し立てれば足りるとされるが、分割方法について裁判所の裁量が働いても、裁判所はあくまで共有持分の割合を基準に分割しなければならず、各当事者は、自己の持分の割合について取得事由とともに主張・立証すべきであるとされるからである⁽⁴⁹⁾。この点、通常の共有物分割訴訟であれば、持分平等の推定規定が働く（民法二五〇条）が、民法六八八条三項は民法二五〇条の特則ともみることができし、また、前述の三名で構成される組合の例を民法二五〇条で処理するのも困難であろう。とはいえ、形式的形成訴訟である共有物分割訴訟は、その本質は非訟事件とされ、裁判所が請求棄却判決をすることのできる場合は限定されている⁽⁵⁰⁾。各当事者は、出資および出資の価額を主張・証明しなければならぬが、出資の価額について証明のない場合であっても裁判所は直ちに請求棄却とすべきでない、この場合には裁判所の裁量が証明責任の部分に及び裁判所が出資の価額を決めてよい、と解する余地があるのではないか。そうだとすれば、残余財産の分割を共有物分割訴訟を用いて処理する理論上の利点がある。いずれにせよ、理論的に詰めるべき点はある、なおよく考えてみたい。

次に、「各組員に分配する現物の種類を違わせようとする場合」はどうか。清算人に残余財産の分配権限があ

り、各組合員に分配すべき現物についての決定権限も清算人にあるとすれば、清算人の分配に不満のある組合員は、清算人を被告として、残余財産分配請求訴訟を提起することになる。そこでは、当該組合員は、自己に分配されるべき現物について特定して申し立てることになる——もつとも、組合員による特定は、清算人の権限に背馳するところがある——。いずれにせよ、仮に当該組合員の請求が認容された場合、他の組合員に分配される現物へも影響を及ぼしうる。一人の組合員による一つの残余財産分配請求訴訟だけであれば、実体法上の調整は可能であらう。しかし、例えば、複数の組合員が、自己に分配されるべき現物について同一のものを特定して、残余財産請求訴訟を個別に提起したような場合、いずれも請求認容判決が出されうるとすれば、かえって残余財産の分配に混乱を来すであらう。これに対して、組合員全員の合意により残余財産を分配すべきであるとし、全組合員間の共有物分割訴訟によるときは、固有必要的共同訴訟として、内容的に矛盾のない判断が示されよう。

要するに、我妻博士の例示にかかる二つの場合の処理については、残余財産の分配をめぐる複数の残余財産分配請求訴訟が提起されればその判決内容の衝突が起こりうる可能性を考慮すると、組合員全員が当事者となる固有必要的共同訴訟である共有物分割訴訟によるのが優れていると考えられるのではない。

また、そもそも、清算人に分配権限があるとしても、自己の分配率や自己にいかなる現物が引き渡されるのかについて最も密接な利害関係を有するのは個々の組合員である。一人の組合員の提起した残余財産分配請求訴訟は、他の組合員にも実体法上の影響を与える可能性がある——だからこそ、複数の残余財産請求訴訟の提起の可能性がある——。にもかかわらず、清算人に被告適格のある残余財産分配請求訴訟において、他の組合員の利益が清算人によってつねに適切に代替されうるかは、疑問なしとはいえない——清算人が組合員の中から選ばれている場合には、とくにその疑問があてはまりうる——。そうだとすれば、原告となった組合員以外にも当事者適格を与えるこ

とが検討されてよいはずであるが、残余財産分配請求訴訟のなかでこれを与えることは可能であろうか。訴え提起に与していない他の組合員に原告適格が与えられるのは奇妙であろう。清算人と並んで他の組合員にも被告適格があると考える余地はあるが、この場合には、清算人に被告適格を与える意義や、その前提である残余財産の分配権限を与える意義が問われるのではないか。他方、共有物分割訴訟においては、原告以外の組合員に被告適格を与えることになろうから、他の組合員の手続関与ないし手続保障の点でもより適切ではないか。

このように考えてくれば、共有物分割訴訟の方が残余財産の分配をめぐる紛争をより適切に処理できる場合がある。このことを実体法的にみれば、その前提として、残余財産の分配については全組合員の合意によるべきとすることになろう。我妻博士の見解に従うのがよいのではなからうか。

ただし、共有物分割訴訟による処理にも限界がある。例えば、残余財産が金銭のみ場合には、金銭の共有が觀念できたとしても、持分に応じて現物を分ける方法によるしかなく、その他の多様な分割方法が考えがたいことから、共有物分割訴訟の前提を欠くとも考えられよう。分配率について組合員間に争いがあり、残余財産が金銭のみのとき等は、実践的には、清算人および他の組合員に対する持分権確認訴訟と、清算人に対する残余財産分配請求訴訟とを提起して処理することになるのではないか。

2 残余財産の分割請求が可能になる時期

(1) 導 入

民法は、「組合員は、清算前に組合財産の分割を求めることができない」（民法六七六条二項）と定めるが、その反対解釈により、ないし、清算の性質に鑑みれば、清算後にはじめて残余財産の分割を請求することができること

になる。

しかし、明瞭な民法六七六条二項の規定にもかかわらず、判例・裁判例上、清算手続終了前に残余財産の分割が請求される事案がある。例えば、後掲〔5〕判決の事案はそうであるし、前掲〔2〕判決の事案もそうであろう。後掲〔6〕判決の事案でも、形式的な意味での清算手続は経ていないとされる。

（2）判例・裁判例

既に、前掲〔2〕判決が清算手続遂行後、残余財産が生じた後の清算人に対する分配請求を認めているが、最高裁判所の判決としては、次の〔5〕判決がある。

〔5〕 最判昭和四四年一月一八日集民九七号四〇一頁、判時五八〇号五二頁、判タ二四二号一七〇頁

〔事案の概要〕 Xは、昭和三三年、Yとの間で、①訴外A所有の本件建物を賃借して共同で遊技場（Bゲームセンター）の経営を目的とすること、②業務執行者をXとすること、③事業資金は四〇〇万円とし、Xの出資額は三〇〇万円、Yのそれは一〇〇万円とすること、④共同経営の結果生ずる損益は毎月の決算終了時にXが三分の二、Yが三分の一の割合で分配又は分担すること、等を内容とする民法上の組合契約を締結し、Bを経営していた。ところで、昭和三九年、Bの經理關係について税務署から調査を受け、その結果過去三年分の税金として約一〇〇〇万円を追徴される更正決定を受けた。Yの調査によると、この更正決定は、XがBの所得を帳簿に記載せず他に送金し、所得を不正に領得していたことなどによるものであった。このため、YはXのやり方に不信を抱くようになり、両者間に紛争が生じて共同経営の継続についても意見が分れるようになった。そして、YはXと共同してBを経営する意思が全くなり、強くその解消を要求するようになった。

Xは、首位的に、Yに対して、遊技場営業について業務執行権を有することの確認等を求めて、予備的・追加的

(Y が本訴係属中に本件組合の解散を請求したことに対応する措置) に、本件建物賃借権は X が持分四分の三、Y が持分四分の一ずつの共有であることの確認、および、X・Y が共有する建物の賃借権についてその持分に応じて分割することを求めて、訴えを提起した。原審は、首位的請求を棄却し、予備的請求のうち共有持分権確認については認容したが、共有物分割については、「その清算手続が終了するまでは組合財産の分割は許されず、清算手続が終了して特定の財産が残余財産となったときにはじめてその分割請求ができるものと解すべきである」、「右賃借権の分割を求める X の請求はこの点において理由がない」として請求を棄却した。X 上告。後掲判旨に関する上告理由は、次のようなものである。すなわち、原判決は、清算手続が終了していないことを理由に共有物分割にかかる請求を棄却したが、「法人においては、清算が終了すれば、債務について責任を負うものがなくなるので、先ず債務弁済等を済ませた後残余財産の分割を認めるのが、債権者を保護する所以であるに反し、組合においては、組合員は清算終了後も、組合債務について、個人財産による無限責任を免れ得ないから、組合債権者の地位は依然として保護されており、従って債務の弁済即ち清算終了前に組合員が特定財産の分割を請求しても、一向に差支えないものといわねばならない。この意味で組合の清算に関する規定は、むしろ組合員間の公平をはかるためのもので、すべて任意規定というべく、且つ清算終了前の特定財産の分割を決して禁ずるものではないと解すべきである」とのものである。

〔判旨〕「原判決の確定した事実関係のもとにおいては、X は、本件賃借権について分割を求めることができない旨の原審の判断は正当である」。

前掲〔2〕判決や〔5〕判決から、清算手続終了までは残余財産の分割は請求できないとするのが判例の原則的立場であるといえるのではないか。

もつとも、「他に償却すべき債務がなく、残余財産が存する以上は、たとい全部の清算を終了しなくとも、組合員間の同意によつて、その一部について分割をすることは許される（大阪控判「年月日不詳」新聞一〇一二・二六）。さらに清算人は、組合債権者または組合員の権利を害しないかぎり、清算の状況により、その中途においても、組合財産を組合員に分割できる権利を有する（長崎控判大一一・七・一〇新聞二〇二九・一五）」旨の裁判例もある。⁽⁵⁾

さらに、形式的に清算手続を経ていなくとも、清算手続を経たのと同じの結果が認められれば、残余財産の分配を請求する権利が認められる旨判示した下級審裁判例もある。次の〔6〕判決がそうである。

〔6〕 横浜地判昭和五九年六月二〇日判時一一五〇号二一〇頁、判タ五三九号三五七頁

〔事案の概要〕 XとY（いずれも医師）は、ともに医療行為に従事し、病院を共同で経営し、その財産は持分各二分の一の共有とするが、対外的にはYの単独名義とし、利益の收受および損失の負担は共に平等とするという黙約の組合契約を締結し、昭和四六年八月二〇日、A病院を開業した。その後、両者間に対立が生じ、昭和四八年四月二〇日ころ、XはYに対し、同月末日限りで共同経営を解消する旨の意思表示をし、これをもって本件組合は解散した。XはYとの間で残余財産の分配について協議したが、合意が成立しなかった。そこで、Xは、残余財産のうち、①建物については、共有持分権に基づき、Xの共有持分二分の一とする所有権移転登記手続、②土地については、現物分割および分割によりX所有とされた土地について所有権移転登記手続、③動産については共有物分割請求権に基づくその価額の半額に相当する金員の支払、および④組合契約に基づく利益分配金の支払、等を求める訴えを提起した。

〔判旨〕 「組合が解散したときは清算をする必要があるが、脱退により組合員が一名になったために解散した場

合には、残留組合員が清算人になるものと解するのが相当である。そして、清算人は現務を終了し、債権を取立て、債務の弁済をした上で残余財産を分配すべきである。

ところで、本件の場合、Y は本件契約の成立を否認しているので、Y が形式的に清算手続を行うことを期待し得ないが、このような場合でも、解散後の組合財産に関する Y の行動を実質的に観察し、清算手続を経たのと同じの結果が認められれば、形式的に清算手続を経ていなくとも、清算手続を経たものとして、これに基づく X の権利を認めるのが信義則上相当である」。

本件において病院の業務は終了し、債権の取立て・債務の弁済も完了し、「残るは、X・Y 各二分の一の割合による残余財産の分配であるところ、これについては、X は民法第二五八条（共有物分割請求の訴）に準じて、裁判所に対し、個々の財産につき分割の請求をすることができると解するのが相当である。ただし、組合財産は組合目的達成のための経済的手段であるから、組合員の共有に属し（民法第六六八条）、清算前にその分割を求めることはできない（同法第六七六条）が、既に組合が解散し、組合の債権債務の整理を完了した後の残余財産はもはや組合目的に拘束されず、分割の対象としての共有財産であるから、その分割については、清算人による分配の手続がなされない以上、共有物分割の規定を類推してこれを行うのが相当であるからである」。

建物に関する共有持分権に基づく持分権移転登記手続については、請求認容。

土地の分割に関しては、現物分割をすれば土地の価格を著しく低下させるおそれがあるから、「その競売を命じ、売却代金を分割することするのが相当である」。

「X は本件動産について共同経営を解消した昭和四八年四月末日をもつて評価した金額の二分の一の分配金を請求するが、これは共有物分割における価額賠償の方法による分割を求めているものと考えられる。しかし、裁判上

の分割において、裁判所は現物分割又は代金分割のいずれかを選ぶほかに、価額賠償の方法によることは許されないと解すべきである。

また、多種多様な本件動産につきこれを現物で分割することは事実上不可能といわざるをえない。

よって、本件動産についても競売の方法による代金分割をするのが相当である（なお、本件動産中、水銀血圧計付属付一個、十二指腸ファイバースコープ一個、医療関係書籍一二冊が現在Xの占有にかかることはその自認するところである）。

利益分配金債権については、YがA病院の債務を弁済したことによって取得したXに対する求償債権で相殺する旨の抗弁を容れて、Xの請求を棄却した。

(3) 検討

残余財産の形成には、組合の有する債権の取立ておよび組合の負う債務の弁済が不可欠の業務となるが、これらは、いずれも清算人の職務である（民法六八八条一項二号）。清算人がその職務遂行中であるにもかかわらず、組合員が残余財産の分割を請求することは、清算人の職務を煩瑣なものにし、かえって清算手続の終了、ひいては残余財産の分割全体を遅らせることになる。また、組合債権者および組合に対する債務者が、清算人の行う清算手続のなかで、それぞれ簡易に組合債務の弁済を受け、または、組合に対する債務を履行する便益を失わせる恐れがある。このような理由から、組合員が残余財産の分割を請求することができるのは、原則として、清算手続終了後であると解すべきであろう。換言すれば、組合の残余財産を対象とする共有物分割訴訟は、残余財産の分割について組合員間に「協議が調わない」こと（民法二五八条）に加え、清算手続の終了であることを要件とするといえる。

では、清算人による清算が実施されないような場合はどうか。例えば、前掲〔6〕判決の事案では組合契約の成立が争われているため、残余組合員による形式的な意味での清算はされていない。清算人間の意見対立を多数決で処理できないため清算が滞る場合もあろう。前掲〔6〕判決の事案の場合には、実質的にみて清算手続を経たのと同じの結果が認められることを理由に、分割請求を認めたが、つねにこのような処理ができるとは限らない。清算が機能不全に陥ったにもかかわらず、清算後でなければ残余財産の分割を請求できないとするのは、残余財産の分割を期待している組合員に酷なこともあろう。その一方で、清算人による清算が実施されないような場合には、組合債権者も、清算手続内で清算人から組合債務の弁済を受けることが期待しがたいこともある点で、その利益は一考に値する。だが、「組合債権者の地位は、清算終了の後にも各組合員が個人財産による責任を免れないことによつて保障されている」⁽⁵³⁾。そうだとすれば、このような場合には組合員の権利を優先し、共有物分割訴訟を許してもよいとの考え方もあろう。さらに、組合の有する債権の取立てに関しては、履行期の到来しない債権等については、残余財産として組合員中に譲渡する方法で清算手続を進める途がある⁽⁵⁴⁾が、履行期の到来した債権につき現実の取立てがされない場合であつても、これを残余財産として処理することができなくもないように思料される⁽⁵⁵⁾。ただし、後述のように、可分給付を目的とする債権が共有物分割訴訟の対象になるかの問題はある――。突き詰める、と、共有物分割訴訟は清算事務の一部を取り込む余地を有するのかもしれない。なおよく考えてみたい。

なお、比較的小人数で構成される民法上の組合を想定すると屋上屋を架すことになろうが、清算手続が確実に実施されればよいのだから、立法論としては、旧民法財産取得編一五〇条二項のような、裁判所による清算人選任の制度を再評価してもよいかもしれない。清算手続が滞りなく完了するか否かは、一人の適切な清算人が選任できるかにかかると多いと思料されるからである。この点、民法上の組合と法人とを同列に論じることには躊躇なし

とはいえないが、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律二〇九条二項等は、裁判所による清算人選任の途を設けている。

3 残余財産の複数物件性・多様性

(1) 組合が解散した場合、その残余財産が多種多様な内容の複数物件で構成されることがある。前掲〔6〕判決や次の〔7〕判決の事案における残余財産の構成がその例である。既に、民法「二五八条に基づく共有関係の解消・分割は、基本的には、個別的・具体的な共有物件の解消・分割を前提としており……、少なくとも、複数の共有物件同時の一括処理を前提とする規定ではなく、かつ、これに触れている諸著作も、複数の共有物件の同時一括処理を予想しての記述はなかったといつてよい」⁽⁵⁶⁾と指摘されていたが、組合の残余財産の分割については、多種多様な内容の複数の共有物件を同時に一括処理することがありうる。この点に、組合の残余財産の分割の場合の類型的特徴をみることでできると思料される。

〔7〕 福島地判昭和五〇年九月二十九日下民集二六卷九ノ一二号八六八頁、判時八一八号八三頁

〔事案の概要〕 X（〔5〕判決のXと同じ）は、Y（〔5〕判決のYと同じ）に対して、組合の解散による清算終了後の残余財産である①現金、②当座預金、③普通預金、④C地区遊技場協同組合への出資金、⑤建物賃借権および敷金返還請求権、⑥車両、⑦営業器具、ならびに、⑧器具および備品について、出資の割合に応じて分割を求める共有物分割訴訟を提起した。

〔判旨〕 「組合が解散し清算手続が終了すれば、共同目的のため組合財産に存した制限は、解消されるので、残余財産については、通常の共有関係に還元されるわけである。したがって、残余財産中に可分給付を目的とする債

権があるときは、民法第四二七条によって、各組合員の出資額の割合に應じ当然に分割されるのであり、その結果、これに対する共有物分割の訴は、その対象を欠くこととなるから、不適法な訴として許されないものといわなければならない」。

①現金は、「数額的に可分であるから、前記説示に従い当然に分割されて、原・被告各自に帰属するものである」。

②当座預金および③普通預金についても、「清算手続終了後の預金払戻請求権は、可分であるから、前記説示に従い当然に分割されて、原・被告各自の個人財産となる（当座勘定取引契約については、組合の解散による清算終了によって終了し（民法第六五三条）、これを銀行が知るか通知を受けることによって、銀行に対抗し得る（民法第六五五条）ものと解する。）」。

④出資金についても、「本件組合は、その解散によってC地区遊技業協同組合を脱退し（中小企業等協同組合法第十九条第一項第二号）、同協同組合に対し出資額を限度として持分払戻請求権を取得する（同法第二〇条、C地区遊技業協同組合定款第一四条）のであるが、右請求権は、清算終了時において、可分債権として前同様当然に分割され、原・被告各自に帰属するものと解すべきである」。

したがって、本件訴えのうち①ないし④の資産に関する部分は、不適法として却下を免れない。

⑤建物賃借権および敷金返還請求権については、「組合の解散による清算終了時において、通常の共有関係となることは前叙のとおりである。そして、（準）共有にかかる賃借権が可分債権でないことは、いうまでもない。ところで、本件敷金返還請求権は、賃貸借終了後建物明渡のときにおいて、それまでに賃貸借契約より生ずる賃貸人の被担保債権を控除し、なお残額があることを条件として、その残額につき具体的に発生する条件付権利であると

解されるが、本件において右条件が成就したことの主張・立証はないから、本件質借権に付従する条件付権利として、これまた可分債権ではないというべきである。

すなわち、右質借権及び敷金返還請求権は、原・被告の内部関係において（準）共有に属する残余財産として、本件分割の対象になるものである」。

建物質借権の分割方法については、現物分割の方法によることができないから、「質借権については、これを競売に付し、売得金の中より競売の費用を控除した残金を、原告四分の三・被告四分の一の割合で分割するのが相当である」、また、敷金返還請求権については、「それが未発生・未確定の条件付権利として、本件各質借権に付従するものであることは、前叙のとおりである。したがって、これについても、……現物分割に代えて競売の方法による分割を認めることとする」。

⑥車両、⑦営業器具、ならびに、⑧器具および備品については、「それぞれにつき現物分割することは、事実上不能といわざるをえない。また、社会通念上これらを一团の営業用資産として一体視し、一括して分割の対象とすることを考えるとしても、営業用資産としての効用を維持するためには、部門別（パチンコ店とバッティングセンター）に分類して分割する必要があるし（しかし、右資産中には、いずれにも分類できないものがある。）、また、持分の割合に応じた公平な分割をも図らなければならない。このような見地に立つと、価額賠償の方法による限り、右の一括現物分割も、不可能と考えられるのである。よって、右各資産についても、……競売の方法による分割を認めるのが相当というべきである」。

(2) ア 民法上の組合の残余財産が多種多様な内容の複数物件で構成される場合があるとしても、残余財産のすべてが共有物分割訴訟の対象となりうるかについては、別途検討する必要がある。すなわち、民法上の組合の残余

財産の中には、残余財産ではあるが「共有」(または「準共有」)されていないものや、残余財産であり「共有」(または「準共有」)されているが、共有物分割訴訟の対象とならないもの、がありうるからである。この点で、前掲〔7〕判決が、預金債権等を対象とする共有物分割訴訟を不適法としたのは、それが組合員間の(準)共有ではないからである。また、前掲〔7〕判決は、建物賃借権が準共有の関係にあることから共有物分割訴訟を適法としたが、前掲〔3〕判決は、土地使用権は出資者に回収されるべきものであり組合の残余財産に属しないと(57)する。さらに、前掲〔7〕判決は、現金について可分債権の論理を用いて処理しているが、金銭そのものだけを共有物分割訴訟の対象とできるかについては、一般に現物分割の方法で処理するしかない点で疑義が残ろう。こうしてみると、そもそも、共有物分割訴訟の対象となりうる共有物の意義ないし範囲が問われてくるが、この点については今後の課題としたい。

むしろ、「複数の目的物件の分割の場合に、全部の物件を個別的な共有関係としてのみしか、共有物の分割ができないとなると、分割内容は非常に細別化し、かつ、非常に困難になるし、また、具体的妥当性を期したい」と指摘されていたが、この視座からみると、民法上の組合の残余財産の分割にあたって、残余財産のすべてが共有物分割訴訟の対象に含まれるとは限らないことの方が問題としては大きいのもかもしれない。実体法上は、民法上の組合の残余財産の組合員への帰属形態にかかわる点が問題処理の鍵を握るのであるが、残余財産すべてが共有物分割訴訟の対象となりうるとした方が、具体的に妥当な分割になり得ると思料される。しかし、本来的に個別物件の個別的共有関係解消を役目とする理解されてきた共有物分割訴訟に、多種多様な複数物件で構成されうる民法上の組合の残余財産の一括処理を担わせるのは、徒に共有物分割訴訟を複雑にすることにもなりかねない。起草者構想は共有物分割訴訟による残余財産分割を想定していたが、それが民法上の組合の残余財産の類型的特性を前提と

するものであったのかは判然としない。悩ましいところであるが、理論としては、可能な限りすべての残余財産を一括処理する方向を追求してみたい。

イ 前掲〔6〕判決および〔7〕判決は、価額賠償や全面的価額賠償の方法による分割を認める最高裁判決⁽⁵⁹⁾の登場以前のものであることに留意を要する。ともあれ、前掲〔6〕判決は、医療器具等の動産について、競売による代金分割の方法を採用した。また、前掲〔7〕判決も、車両、営業器具、器具・備品等の動産について、競売による代金分割の方法を採用したが、これにあたつて、営業用資産としての効用を維持しつつ「社会通念上これらを一団の営業用資産として一体視し、一括して分割の対象とすること」の可否を検討している。

競売による代金分割の方法をとる場合、競売に付した共有物の評価は競売市場で決せられるから問題は少ない。これに対して、現物分割や価額賠償の方法による場合は、共有者に割り当てる部分を形成するにあたつて、または、持分の価格以上の現物を取得する共有者に支払わせるべき超過分の対価の額を決するにあたつて、これらの方法によつて分割される共有物の評価が必要となる。全面的価額賠償の方法による場合も、共有物の評価が必要である。この点、民法上の組合の残余財産は、組合の事業に一体的に供されていたものであり、例えば、前掲〔7〕判決の事案における動産は営業用資産として捉えられるものである。そうすると、例えば、組合解散後、一部の組合員がその事業を引き継ぐような場合、その組合員が取得する残余財産の評価基準のあり方が問われるであろう。筆者の力不足のため、この点も、問題の指摘にとどめざるを得ない。

四 結びに代えて

1 本稿の内容を以下に要約しておく。

(1) 民法上の組合が解散し、清算された後、残余財産が生じた場合、清算人が残余財産を分配する権限を有するの
か。

ア 民法起草者は、組合財産を総組合員の「共有」(民法六六八条)としたことからの帰結として、残余財産の分割については、民法の共有物分割に関する枠組みが適用されるとした。したがって、起草者の考えによれば、民法上の組合の残余財産の分割は第一義的には当事者の協議によりなされるが、協議が調わないときは裁判所に分割を請求することになる。

イ 図式的理解をすれば、清算人が残余財産を分配する権限を有するならば、組合員は清算人を被告とする残余財産分配請求訴訟を提起することになる。他方、組合員全員の合意で残余財産を分割すべきとなれば、全組合員間の共有物分割訴訟を提起することになる。しかるに、残余財産の分配をめぐる複数の残余財産分配請求訴訟が各別に提起・審理されれば、判決内容の衝突が起こる可能性があり、かえって残余財産の分配に混乱を来すことが考えられる。また、分配率や引き渡されるものについて最も密接な利害関係を有する他の組合員の手続関与・手続保障の点で、清算人に対する残余財産分配請求訴訟という構成は疑問が残る。これに対して、全組合員間の共有物分割訴訟による方が、内容的に矛盾のない判断が一度の訴訟で示される点、および、すべての組合員に当事者適格が与えられる点で、優れている。かくして、共有物分割訴訟によることの実体法的前提として、残余財産の分配は全

組合員の合意によるべしとすることになる。我妻博士の見解に賛成する。

なお、試論の域ではあるが、本質を非訟とし、請求棄却判決をすることのできる場合が限られる共有物分割訴訟においては、分割基準である出資の価額が不明の場合に、裁判所の裁量が出資の価額の証明責任の部分に及び、裁判所が出資の価額を決めてよいと解する余地があるとすれば、残余財産の分割を共有物分割訴訟を用いて処理する理論上の利点がある。

(2) 組合員が残余財産の分割を請求することができるのは、清算人の職務遂行の円滑、および、清算手続のなかで組合債権者が組合債務の弁済を受ける便益を顧慮すれば、原則、清算手続終了後であると解すべきである。もともと、清算人による清算が実施されないような場合をどうすべきかは悩ましい。組合債権者の地位は、個々の組合員が一定の分割された数額において（民法六七五条）個人財産による責任を免れないことによって保障されていること、他方、組合の有する債権は残余財産として処理しうる余地があることに鑑みれば、共有物分割訴訟の提起を認めてよい場合であろう。

(3) 民法上の組合の残余財産の分割を共有物分割訴訟により処理する場合、残余財産が多種多様な内容の複数物件で構成されうることは、基本的に個別物件の個別的共有関係解消を想定してきた通常の共有物分割訴訟のあり方ないし理論にも影響を及ぼしうる。ともあれ、理論としては、共有物分割訴訟は複数物件の共有関係の解消を一括で処理しうるものであり、この点でも、民法上の組合の残余財産の分割に適したところはある。ただし、残余財産のすべてが共有物分割訴訟の対象になるとは限らないなかで、残余財産の一括処理を共有物分割訴訟の役割とするのは、過重な負担を強いるのかもしれない。また、民法上の組合の残余財産が、組合の事業に一体的に供されているものであることから、その評価基準をどうするかが問われる場合がある。

2 本稿は、民法上の組合の残余財産の分割を共有物分割訴訟により処理することにつき検討を加えてきたが、今後の検討に委ねる部分も多く、また、そのあり方については、問題点の指摘ないし若干の方向性となりうるものを抽出したに過ぎない。今後の更なる検討に委ねることとしたい。

(1) 我妻栄『債権各論中巻二(民法講義V3)』(一九六二年・岩波書店) 八四六頁参照。

(2) 平成一八年六月二日法律第五〇号による改正前の民法六八八条は、清算人の職務について、法人の清算人の職務に関する改正前民法七八条の規定を準用するかたちをとっていた。なお、平成一八年法律第五〇号による改正前民法七八条および同六八八条の規定は、それぞれ次の通りである。

「(清算人の職務及び権限)

第七十八條 清算人の職務は、次のとおりとする。

一 現務の結了

二 債権の取立て及び債務の弁済

三 残余財産の引渡し

2 清算人は、前項各号に掲げる職務を行うために必要な一切の行為をすることができる。」

「(清算人の職務及び権限並びに残余財産の分割方法)

第六百八十八條 第七十八條の規定は、清算人の職務及び権限について準用する。

2 残余財産は、各組合員の出資の価額に応じて分割する。」

(3) 鈴木祿彌編『新版注釈民法(7) 債権(8)』(一九九三年・有斐閣) 一九〇頁(菅原菊志) 参照。

(4) 我妻・前掲注(1)八四六頁参照。「組合債権者の地位は、清算終了の後にも各組合員が個人財産による責任を免れないことによつて保障されているのだから、民法の定める清算手続は、専ら組合員間の公平をはかる目的を有する」(我妻・前掲注(1)八四六頁参照) からである。

(5) 我妻・前掲注(1)八四六頁参照。「例えば、二人だけの組合の一人が脱退し他の組合員が組合の目的とされた事業を継続する場

合などには、脱退組合員に対して一定額の給付をなすことによつて清算することも妨げない（同旨、大判大正一二・六・六新聞二一四八号一九頁）（我妻・前掲注（一）八四六頁参照）とされる。

（6） 我妻・前掲注（一）八四九頁参照。

（7） 民事会社には、法人格を有するものと、法人格を有しないものの両者がある。旧民法財産取得編一一八条参照。また、民事会社と、明治二三年公布の商法上の商事会社とは、目的の点で区別される。商法（明治二三年法律第三二号）六六条参照。富井政章『民法論綱 財産取得編 中』（二〇〇一年復刻版（初版は一八九三年）・新青出版）二九頁参照。

なお、旧民法財産取得編一一八条は、次のような規定である。

「財産取得編一一八条 民事会社ハ当事者ノ意思ニ因リテ之ヲ法人ト為スコトヲ得

二項 此場合ニ於テハ会社ニ社名ヲ付シ且其契約ハ商事会社ノ公示ノ為メ法律ニ規定シタル方式ニ従ヒテ之ヲ公示スルコトヲ要ス但社名ヲ付シ又ハ公示ヲ為シタルトキハ其会社ヲ法人ト為ス意思アリト推定ス」

また、商法（明治二三年法律第三二号）六六条は、次のような規定である。

「六六条 商事会社ハ共同シテ商業ヲ営ム為メニ之ヲ設立スルコトヲ得」

（8） なお、「旧民法ニ於テハ全ク清算ノ事ヲ規定セス又分割ニ付テモ相統財産ノ分割ニ関スル規定ヲ適用スヘシトアルノミ（第八百七十二条） 於是乎清算人ノ選任及ヒ殊ニ其権限ニ関シテ解釈者ノ見解区々ニ分レ未タ確然一定スル所ヲ見ス新民法ハ之ニ反シテ頗ル細密ナル条規ヲ設ケ以テ仏國ニ於テ大ニ議論アル数多ノ疑題ヲ決定セリ独逸民法草案ニ於テモ清算ノ事ニ関シテハ大ニ参考ニ資スヘキ規定アリ（仏國比較法学会雑誌千八百八十九年第六号第六百四十五頁参看）」とのことである。富井・前掲注（7）一一八頁参照。

（9） 旧民法財産取得編一一八条は、次のような規定である。

「財産取得編一一八条 会社ノ解散シタルトキハ社員ノ各自又ハ其承継人ヨリ清算ヲ請求スルコトヲ得

二項 清算ハ分割前ニ之ヲ為スコトヲ要ス但社員ノ多数カ全部又ハ一分ノ分割ヲ先ニスルコトヲ請求シタルトキハ此限ニ在ラス三項 又会社ノ各債権者ハ清算前ニ分割ヲ為スコトニ付キ故障ヲ申立ツルコトヲ得」

（10） 富井・前掲注（7）一一七頁参照。

（11） 旧民法財産取得編一五二条は、次のような規定である。

「財産取得編」一五二条 清算ニ於ケル總計算ハ社員ノ認可ヲ受クルコトヲ要ス

二項 右ノ計算ヲ認可スルニハ社員ノ過半数ノ議決ヲ以テ足レリトス

三項 此議決ハ總計算ニ付キ之ヲ為シ又ハ計算ノ或ル部分ニ付キ各別ニ之ヲ為スコトヲ得

四項 認可ヲ得サル計算ニシテ仕直スコトヲ得ヘキモノナルトキハ清算人其費用ヲ以テ之ヲ為ス若シ仕直スコトヲ得サルトキハ

清算人ハ代理ノ規則ニ從ヒ其過失ニ因リテ加ヘタル損害ノ責ニ任ス」

(12) 富井・前掲注(7)一一八頁参照。

(13) 富井・前掲注(7)一一八頁参照。

(14) 清算の請求の相手方について、富井・前掲注(7)一一九頁は、次のように説く。

「社員ハ何人ニ對シテ之ヲ請求スヘキヤ会社契約ヲ以テ清算人ヲ選任シ置キタル場合ニハ議論生セス反對ノ場合ニハ如何通常民事会社ハ僅々数名ノ社員ヲ以テ組織スルモノナレハ實際總社員協議ニテ清算ヲ行フカ又ハ其一致ヲ以テ清算人ヲ選任スルコト多カルヘシ若其選任ニ付キ社員一致セサルトキハ裁判上ニ於テ之ヲ選任ス」。

(15) 「承継人トハ主トシテ債権者ヲ云フ各社員ノ債権者ト旧会社ノ債権者トノ間ニ差別ナク各清算ヲ請求スルヲ得ヘシ会社ノ債権者ハ同時ニ總社員ノ債権者タル資格ヲ以テ其權利ヲ行フコトヲ得ヘシ(第四百三十三條)」とのことである。富井・前掲注(7)一一九頁参照。熊野敏三『民法正義 財産取得編卷之七』(一九九五年復刻版・信山社)七八二頁も、「会社ノ債権者ニ至テハ一己ノ資格ニ於テ又ハ社員ノ承継人トシテ清算ヲ請求スルヲ得ヘシ」と説く。

(16) 清算人の法的性質について、富井・前掲注(7)一二〇頁は、次のように説く。

「清算人ノ性質如何ト云フニ受寄者且代理人ナリ受寄者トシテハ法律ハ特ニ担保ト為ルヘキ規定ヲ設ケス目錄表ヲ作ルヘキ規定モナク又物ノ保存ニ付キ一定ノ注意ヲ用ユヘキ規定モナシ唯代理人トシテ清算後ニ總計算ヲ為スコトヲ命シ此点ニ於テ其責任ヲ定ムルヲ以テ足レリトセリ(第五百五十二條)」。

(17) 「代人トハ其通義ニ反シテ承継人ト解スヘシ」とのことである。富井・前掲注(7)一二四頁参照。熊野・前掲注(15)七八五頁は、「本条ノ代人ハ相続人又ハ承継人ヲ謂フナリ是レ文義上明白ニシテ疑ヲ容レサル所ナリ但シ本条原文ニルプレサンタンノ語ヲ用ヒタルヨリ意義ノ異ナルニ注意セスシテ代人ト訳シタルノ過ナリ然レドモ原文ニハ複数ヲ用ヒ其承継人ナルコト明カナリ」と説く。

(18) 「本条二列記スル所ノ行為ハ只清算処分ヲ例示シタルニ過キス敢テ限定的ノ規定ニ非サルナリ加之茲ニ列記セサル所ノ他ノ行為タリトモ必要ナルモノハ多少本条ノ列記中ニ自ラ包含スト謂ハサル可カラス」とのことである。ポワソナード民法典研究会編『民法理由書第1巻―第5巻（財産編物権部、財産編人権部、財産取得編、債権担保編、証拠編）ボワソナード民法典資料集成後期IV』（二〇〇二年・雄松堂）五七二頁参照。

(19) 富井・前掲注(7)一二六頁参照。

(20) 旧民法財産取得編一五三条は、次のような規定である。

「財産取得編一五三条 会社ノ清算後ハ不分ニテ存スル財産ノ分割ハ社員ノ各自又ハ其承継人ヨリ之ヲ請求スルコトヲ得但当事者カ財産編第三十九条ニ從ヒ不分ニテ存スルコトヲ会社ノ解散後ニ合意シタルトキハ此限ニ在ラス」

(21) 富井・前掲注(7)一二八頁は、「清算人ニ於テ右計算ノ報告ヲ了ヘタル後ハ社員各自ノ持分ニ応シテ会社ノ財産ヲ分配スルコトヲ要ス（商法第百三十二条）」と説く。商法（明治二十三年法律第三二号）一三二条については、後掲注(23)参照。

(22) 富井・前掲注(7)八八頁は、「社員自身ニテ若クハ仲裁人ヲ以テ持分ノ定方ヲ為サス又ハ仲裁人ノ定方ノ無効ト為リタルトキハ法律ニ於テ直接ニ社員ノ持分ヲ定メサル可カラス此場合ニ於テ法律ハ實際最モ公平ニシテ且当事者普通ノ意思ニ違ハサル判定ヲ採リ会社ノ資本及ヒ其利益又ハ損失ハ社員ノ出資額ノ割合ニ応シテ之ヲ配当スヘキコトニ定メタリ（仏民法第千八百五十三条第一項）」と説く。

なお、旧民法財産取得編一三六条から一四一条までの規定を、次に示しておく。

「財産取得編一三六条 社員ハ会社解散ノ際ニ現在スル資本ニ於ケル各自ノ持分ヲ会社契約又ハ其後ノ契約ヲ以テ随意ニ定ムルコトヲ得但第百三十八条ニ掲ケタル二箇ノ場合ハ此限ニ在ラス」

「財産取得編一三七条 社員ハ其一人又ハ数人ノ持分カ利益及ヒ損失ニ於テ同一ナラサルヲ合意スルコトヲ得

二項 然レトモ利益ノミヲ予見シテ右ノ持分ヲ定メタルトキハ損失ニ付テモ同一ノ定方ヲ合意シタルトノ推定ヲ受ク

三項 如何ナル場合ニ於テモ受ケタル損失ヲ控除シ会社ノ貸方トシテ残ル所ノモノニ非サレハ配当ス可キ利益ト看做サス又右貸

方ヲ竭シタル後借方トシテ残ル所ノモノニ非サレハ損失ト看做サス

四項 然レトモ会社ノ存立中ニ被害ナクシテ既ニ為シタル利益又ハ損失ノ一分ノ配当ハ之ヲ変更セス」

「財産取得編一三八条 会社資本ノ全部又ハ会社ノ得タル利益ノ全部ヲ社員中ノ一人ニ帰ス可キ約款ハ無効ナリ

二項 技術又ハ勞力ヲ出資ト為シタル社員ニ非サル社員ニ全ク損失ノ負担ヲ免カレシム可キ約款モ亦同シ

三項 会社契約ニ右ノ約款ヲ附記シタルトキハ其約款ハ契約ヲシテ全ク無効ナラシム又日後ニ右ノ約款ヲ追加シタルトキハ其約款ハ契約ノ存立ヲ妨ケスシテ会社ノ清算ハ第四百四十一条ニ從ヒテ之ヲ為ス

「財産取得編一三九条 社員ハ自己ノ選任セシ又ハ選任ス可キ社員又ハ外人タル一人若クハ數人ノ仲裁人ヲシテ会社解散ノ際各自ノ持分ヲ定メシムルコトヲ会社契約又ハ其後ノ契約ヲ以テ合意スルコトヲ得

二項 仲裁人ノ為シタル定方ハ仲裁人カ仲裁ノ適法ノ方式又ハ仲裁契約ヲ以テ授ケラレタル条件ヲ履行セサルカ又ハ明カニ公平ヲ失シタルトキニ非サレハ之ヲ攻撃スルコトヲ得ス

三項 右定方ノ無効ノ請求ハ此ニ因リテ害ヲ受ケタリト主張スル社員ニ在テハ其社員カ定方ノ執行ニ加ハリタルトキ又ハ其定方ヲ知リタルヨリ三カ月ヲ經過シタルトキハ之ヲ為スコトヲ得ス」

「財産取得編一四〇条 会社契約ヲ以テ持分ノ定方ヲ仲裁人ニ委任ス可キコトヲ定メタル場合ニ於テ少ナクトモ社員ノ過半数カ仲裁人ヲ選任スルコトニ一致セサルトキハ裁判所ニ於テ其選任ヲ為ス

二項 選任セラレタル仲裁人カ定方ヲ為スコトヲ欲セス又ハ之ヲ為スコト能ハサルニ當リ社員カ其改選ニ付キ一致セサルトキモ亦同シ」

「財産取得編一四一条 社員自身ニテ若クハ仲裁人ヲ以テ持分ノ定方ヲ為サス又ハ仲裁人ノ定方ノ無効ト為リタルトキハ会社資本及ヒ利益又ハ損失ハ社員ノ出資額ノ割合ニ應ジテ之ヲ配当ス

二項 社員ノ出資ト為シタル技術又ハ勞力ノ評價ナキトキハ裁判所ハ各般ノ事情ヲ斟酌シテ其出資ノ価額ヲ定ム

三項 技術又ハ勞力ト財産トヲ出資ト為シタル社員ハ前項ニ定メタル価額ノ外尚ホ其財産ノ価額ニ從ヒテ計算シタル持分ノ配当ヲ受ク」

(23) 商法 (明治二三年法律第三二号) 一三二条は、次のような規定である。

「一三二条 清算人ハ委任事務ヲ履行シタル後社員ニ計算ヲ報告シ第百五条及ヒ第二百二十四条ノ規定ニ準シ会社財産ヲ社員ニ分配ス又清算中ト雖モ自由ト為リタル財産ハ之ヲ社員ニ分配スルコトヲ得」

(24) 富井・前掲注(7)一二八頁参照。

(25) 旧民法財産取得編一五〇条が清算人の選任につき総社員の一一致を要するとした趣旨につき、ボアソナード断案・森順正算輯

『民法弁疑（復刻版）』（一九八四年復刻版）（一八九三年〔明治二五年版〕・有斐閣）三七〇頁は、「百五十条ニ於テ清算人ノ撰任ヲ為スニ総社員ノ一致ヲ要トス為セシハ法律ノ趣意清算人ノ撰任ヲ以テ清算又ハ分割ノ順序方法ニ比スレハ更ニ重要ナリト思考シタルニ由ルナリ蓋シ清算ノ誤ハ唯タ清算ニ留マリ分割ノ誤リハ又唯タ其分割ニ止マルト雖トモ清算人ハ甚広大ナル權力ヲ有スルヲ以テ其利害関係ノ及フ所亦大ナリ是ヲ以テ利害関係人ノ総員之ヲ選任スルカ否ラスンハ裁判所之ヲ選任セサル可能カラス是レ本条ノ規定アル所以」であると説く。

(26) 熊野・前掲注(15)七九〇頁は、「清算人ノ選任ニ付テハ何レノ裁判所ヲ以テ管轄ト為スヘキカ会社カ定マリタル營業所ヲ有セシトキハ其地ノ区裁判所ヲ以テ管轄ト為スヘキヤ明カナリ然レトモ民事会社ニ在テハ特ニ一定ノ營業所ヲ設ケサルコト少ナシトセス此場合ニ於テハ如何スヘキカ社員ハ其住所ノ区裁判所ニ請求スルヲ得ヘキモノト為スノ外ナシ」と説く。

(27) 富井政章委員は、次のように述べている。

旧民法財産取得編一五〇条は「甚ダ鄭重ノ規定デアリマス既ニ極ツタ六百七十七条即チ業務執行ニ関スル規定ト權衡ヲ失ウノデアリマス此清算ト云フモノハ会社ガ解散ヲシタトキニハ可成速ニセネバナラヌモノデアリマス而シテ若シ既成民法ノ如クデアレバ少シク多人数ノ会社デアレバ清算ガ出来ヌト云フコトニ為リマス総社員自カラ為スカ或ハ総社員ノ一致ヲ以テ選任ヲシタ者デナイト清算ハ出来ヌト云フデアリマスカラ非常ニ日数ガ掛ル一日モ早クセネバナラヌノガ余程遅ラカサネバナラヌ而シテ到底出来ヌカモ知レヌサウ云フ事デハ大変不便デアラウト思ヒマス」。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5 法典調査会 民法議事速記録五』（一九八四年・商事法務）一三頁（富井政章委員の説明）参照。

(28) 鈴木編・前掲注(3)一八七頁（菅原）参照。

(29) 前掲注(27)・一三頁（富井政章委員の説明）参照。

(30) 前掲注(27)・一三頁（富井政章委員の説明）参照。

(31) 富井・前掲注(7)一二七頁参照。なお、現行民法六八六条について、富井政章委員は、「之ハ此通りノ規定ハ何処ノ法律ニモナイ」と説明する。前掲注(27)・一六頁（富井政章委員の説明）参照。

(32) その理由につき、注(8)参照。

(33) 前掲注(27)・一七頁（富井政章委員の説明）参照。

(34) 注(22)参照。

(35) 注(22)参照。

(36) 明治二八年九月二日に開會された第一〇八回法典調査会において、富井政章委員は、次に示すような説明を加えている。「：会社解散ノ後ニ至リマシテ特定物が現物ノ形状ヲ存スル場合ニ於テハ瑞西債務法独逸民法草案等ニ拠リマスレバ出資ヲ返ヘス現物デ返ヘスト云フコトニナツテ居リマスサウスレバ公平ノヤウニ思ハレマスケレドモ若シ残ル財産ガ他ノ社員ノ出資ヲ返ヘスニ足ラヌトキニハ夫レデモ矢張り現物デ存シテ居ル特定物ヲ出シタ者ニハ其特定物ヲ返ヘセバ甚ダ不公平ニ為ル夫レデハ不都合デアル其場合ニハドウシテモ其特定物ヲ売払ツテ金ヲ分配スルコトニナル、サウシテ見レバ初メカラ共有ニシテ仕舞ツテサウシテ持分ニ依テ会社財産並ニ利益ヲ分配スルト云フ方ニシタ方ガ煩雜ヲ避ケテ便利デアラウト考ヘマス尤モ出資ノ返還ト云フモノト損益ノ分配トハ別々ノ標準ニ拠ルベキモノトスレバ譬ヘバ瑞西債務法独逸民法草案等ニ拠レバ別々ノ標準ニ拠ルコトニナツテ居リマス即チ出資ハ出資ノ返還トアリマスカラ銘々出シタ丈ケノ価額ヲ受取ルサウシテ損益ノ分配ト云フモノハ特約ノナイ限りハ平等ト云フコトニ為ツテ居ル、サウ云フ主義ヲ採レバ、ノヤウニ出資ハ返ヘスト云フ方ニスルガ至当デアリマセウケレドモ本案ハ後ノ第六百八十二条第六百九十条ニ掲ゲテアル如ク其主義ヲ採ラズシテ總テ出資額ニ拠ルト云フコトニ致シ即チ出資ヲ会社ノ利益ト云フモノモ会社ノ損失ト云フモノモ又清算ノトキニ残ツテ居ル財産モ皆出資額ノ標準ニ依テ配当スルト云フ主義ヲ採ツタ、サウシテ看レバドウモ共有主義ヲ貫ヒテ何処マデモ持分ニ拠ルトシタ方ガ便利デアラウト考ヘマシタ尤モ本条ノ規定ハ命令的ノ規定デナイ、ドウアツテモ斯ウ云フ風ニセヨト云フノデナイ、サウセネバ会社契約ハ成立シナイト云フノデナイ夫レハ当事者ニ於テ或ル特定物ヲ出資トシタ者ハ清算ノ折リニ其物ヲ受取ルト云フヤウナ約束ハ固ヨリ出来マス尚ホ序デニ一言シテ置キタイコトハ清算ノトキニ或ル社員が出資ヲ為シタ物が現物デ存シテ居レバ實際ハ出資ノ返還ト云フコトヲ言ハズトモ其物ヲ受取ルト云フコトニ為ル場合ガ多カラウト思ヒマス如何トナレバ本条ノ規定ニ拠ツテ共有デアル以上ハ会社ノ性質又ハ本節ノ規定ニ反セナイ限りハ既ニ議定ニ為ツタ共有ノ規定ガ行ハレル其規定ニ拠レバ何ウナルカト云フト二百五十七条ニ掲ゲテアリマスガ共有財産ノ分配法ハ当事者ガ随意ニ定メラルル若シ議ガ合ハナイトキハ裁判所ガ分配スルサウシテ売ツテ金デ別ツト云フコトハ例外ノ場合ニナツテ居リマス、ドウモ現物デハ別ケ悪クイ場合或ハ別ツニ付テ余程不便ノアル場合ニ限ツテ居リマスカラ多数ノ場合ニ於テハサウ云フ風ニ特定物ヲ出資トシタ者ガアツテサウシテ其特定物ガ清算ノ折リニ現物デ存シテ居ルトキニハ夫レヲ出シタ者ガ其物ヲ持ツテ帰ヘルコトニ為ルデアラウト思ヒマス、ケレドモサウヲ為ラヌデモ不都合デナイノミナラズ一般ノ規則トシテハ共有トシテ持分ノミヲ定メルト云フノガ便利デアリ且会社ノ性質ニ適ヒ当事者ノ意思デモアラウト思ヒマスカラ一応ノ規則トシテ如斯ニ極メタノデアリマス」。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4 法典調査会 民法議事速記録四』（一九八四年・商事法務）八五〇頁参照。

(37) ドイツ民法七三三条・七三四条参照。

(38) 詳細につき、熊野・前掲注(15)七八九頁以下参照。

(39) 共有物分割訴訟（民法二五八条）に関する起草者の構想については、拙著「共有物分割訴訟に関する史的考察」民法二五八条制定過程を中心にして―阪大法学五三巻二号四六七頁参照。

(40) 鈴木編・前掲注(3)一五〇頁（品川孝次）参照。

(41) 鳩山秀夫『増訂日本債權法各論 下巻』（一九二四年・岩波書店）七二〇頁は、「第六百八十八条第一項ニ依レバ残余財産ノ引渡ハ清算人ノ職務及ビ権限ニ属スルコト明ニシテ且同条第二項ハ唯残余財産ノ処分方法ニ対シテ特則ヲ設ケタルニ止マルモノト解スルヲ正当トスルガ故ニ特約ナクバ清算人ハ清算事務トシテ残余財産ヲ分割シ各組合員ニ之ヲ引渡スコトヲ得ルモノト解ス」と説く。

(42) 民事法判例研究会編『判例民事法(3) 大正十二年度』（一九二五年・有斐閣）三七五頁（末弘厳太郎）参照。なお、(1)判決登場以前に、末弘博士は、「分割方法ハ通常ノ共有分割ノ規定（二五八）ニ依リテ定マルベク、特約アル場合ノ外清算人ノ任意ヲ以テ定ムルコトヲ得ザルハ勿論、組合員ノ過半数ヲ以テスルモ之ヲ決スルコトヲ得ベキモノニアラザルナリ。蓋シ分割方法ノ如何ハ各組合員ノ利害ニ対シテ重大ナル関係ヲ有スル事項ナルヲ以テナリ」と説かれていた。末弘厳太郎『債權各論（四版）』（一九一九年・有斐閣）八五九頁参照。

(43) 我妻・前掲注(1)八四九頁参照。

(44) 大江忠『要件事実民法(4) 債權各論（第三版）』（二〇〇五年・第一法規）五五九頁参照。

(45) 共有物分割の訴えは、共有者全員が当事者となる固有の必要的共同訴訟である旨を説くものとして、大判明治四一年九月二五日民録一四輯九三一頁参照。

(46) なお、組合解散後に提起された利益分配請求訴訟において、組合員間で特約された利益分配の割合から、組合員の出資した現物または労務の評価を推算した事例として、熊本地八代支昭和三六年六月二日下民集一二巻六号一二八七頁がある。

(47) 注(22)参照。

(48) 富井・前掲注(7)八九頁は、旧民法財産取得編一四一条について、次のように説く。

「此規定タル極メテ公平ニシテ非難スヘキ所ナシト雖モ其適用上ニ於テハ稍々困難ナキ能ハス若シ各社員ノ出資金錢ナルカ又ハ他ノ有価物ト雖モ金錢ニ評價シタルモノナルトキハ實際何等ノ困難ヲモ生スルコトナシト雖モ反對ノ場合ニ於テハ裁判所ハ凡百ノ事情ニ基キ以テ出資ノ評定ヲ為サ、ル可カラズ殊ニ最モ困難ナルモノハ技術労力ノ評價ナリ

此問題ニ付キ立法ノ方法ニアリ其ハ一般ノ財産ト同シク裁判所ヲシテ之ヲ評價セシムル事ナリ又一ハ法律上其価額ヲ一定シ一般ノ場合ニ於テ之ニ依ラシムルニ在リ此最後ノ方法ハ簡便ナルノ点ニ於テ優ルコト固ヨリ論ナシ民法ニハ即チ此方法ヲ採リ技術又ハ労力ヲ出資ト為シタル社員ハ其他ノ社員中最少額ノ出資ヲ為シタル者ト同一ノ持分ヲ有スト規定セリ(第千八百五十三條第二項)然ルニ此規定タル其実施ノ簡便ナル利益ヲ以テ償フニ足ラサル不都合アリ即チ多クノ場合ニ於テ事實ニ反シ甚シク公平ヲ失スルコトナリ其故ハ蓋シ技術労力ヲ出資ト為ス者ハ往々会社ノ業務ニ當リ其隆昌ノ為メ大ニ与リテ力アル者ナリ此出資ニ依テ存立ヲ維持スル会社実ニ少ナシトセス然ルヲ特約ナキ場合ニトハ言ヘ最少額ノ出資ヲ為シタル者ノ持分ニ准ストハ不当モ亦甚シト謂フヘキナリ

新民法ニ於テハ初メボ氏ノ草案ニ右民法ノ規定ヲ採用セシニ拘ハラス『出資ト為シタル技術労力ノ評價ナキトキハ裁判所ハ各般ノ事情ヲ斟酌シテ其出資ノ価額ヲ定ム』ト規定セリ(本條條第二項)是固ヨリ余輩ノ賛成スル所ナリ

技術労力ト財産トヲ出資ト為シタル社員ハ前項ニ示ス評價額ノ外ニ尚ホ其財産ノ価額ニ從ヒテ計算シタル持分ノ配當ヲ受ク(第三項)是実ニ明文ヲ俟タル当然ノ事ナリ原案ニハ技術労力ヲ出資ト為シタル社員ノ持分ニ付民法ノ規定ヲ採用シタルカ為メ斯ノ如キ一項ヲ設ケ以テ疑問ノ起生ヲ防止スルノ必要アリシト雖モ已ニ技術労力ノ出資ヲ評價スヘキコトニ定メタル以上ハ本項ハ全ク冗文ト為リタリ

草案ニ対スル非難トシテ更ニ一言セン財産ト共ニ技術労力ヲ出資ト為シタル場合ニハ之ヲ評價スヘキモノトシ単ニ之ノミヲ出資ト為シタル場合ニハ最少額ノ出資ト同一視ストシタルハ実ニ理解スヘカラス」。

(49) 判例・學説も含め、詳細につき、奈良次郎「共有物分割の訴えについて(四)」判タ五八四号三頁参照。

(50) 共有物分割訴訟において請求棄却判決をすることができるとする場合の詳細につき、奈良次郎「共有物分割の訴えについて(五)」判タ五八八号一七頁参照。

(51) 鈴木編・前掲注(3)一八九頁(菅原)参照。

(52) 「清算人の職務としては、組合財産をもつてできるだけ組合債務を弁済し、不足分があるときは、損失分担の割合に従つて組

合員から負担額の取立をなし、あるいは、組合債務について担保を供与しまたは組合員の一部の者をして全額について債務の引受をさせる……など、適当な方法を講じて、組合債権者に不当な損害を蒙らせないようにする（組合員であつた者が個人財産による分割的責任を負うだけでは組合債権者の不利益となることがある）義務がある」と解されている。我妻・前掲注（1）八四八頁参照。

（53） 我妻・前掲注（1）八四六頁参照。ただし、個々の組合員が負う責任は、無限責任ではあるが、一定の分割された数額においてである（民法六七五条）。

（54） 「履行期の到来しない債権や条件付債権は、即時に取り立てることができないから、適宜に譲渡その他の換価処分をするか、または残余財産として組合員中に譲渡すべきである」とされる。鈴木編・前掲注（3）一八九頁（菅原）参照。我妻・前掲注（1）八四七頁も同旨。

（55） 組合債権が「組合の存続中に組合員全員の合意によりもしくは組合の解散に際して清算の1方法として分割された場合には……各組合員は分割された債権を取得し、単独で自由に履行請求ないし処分をすることができる」とのことである。鈴木編・前掲注（3）七九頁（品川）参照。

（56） 奈良次郎「共有物分割訴訟の分割方式の多様化と審理への影響」判タ九一一号五二頁参照。

（57） 借地権についてであるが、奈良次郎「共有物分割訴訟をめぐる若干の問題点——最近の若干の裁判例を参照しながら——」判タ八七九号六三頁参照。

（58） 奈良・前掲注（56）五一頁参照。

（59） 価格賠償による分割を認めたものとして、最大判昭和六二年四月二日民集四一巻三号四〇八頁、全面的価格賠償の方法による分割を認めたものとして、最判平成八年一〇月三一日民集五〇巻九号二五六三頁参照。