



Title	合名会社の受けた判決の社員に及ぼす効力について (一)
Author(s)	本間, 靖規; HONMA, Yasunori
Citation	北大法学論集, 31(3-4上), 317-340
Issue Date	1981-03-25
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16333
Type	departmental bulletin paper
File Information	31(3-4)1_p317-340.pdf



合名会社の受けた判決の
社員に及ぼす効力について (二)

本
間
靖
規

目次

第一章 問題の所在

第一節 合名会社とその債権者間の訴訟の社員に対する判決の効力をめぐるわが国の従来の議論

第二節 本稿の意義と叙述の順序

第二章 準備作業としての実体法的考察——ドイツ法——

第一節 合名会社の権利能力(以上本号)

第二節 合名会社の社員の責任

第三章 準備作業としての訴訟法的考察

第四章 合名会社の受けた判決の社員に対する効力——ドイツにおける議論の概観——

第五章 わが国の解釈論のあり方

おわりに

第一章 問題の所在

第一節 合名会社とその債権者間の訴訟の社員に対する判決の効力をめぐる

わが国の従来(1)の議論

一 合名会社・債権者間の訴訟における判決が社員に対してその効力を及ぼすか。及ぼすとしてそれは既判力そのものであるのか、既判力の拡張であるのか、反射効であるのか、法律要件の効力であるのか。判決の効力は社員にとって有利のみ及ぶのか、不利にも及ぶのか。合名会社が受ける有責判決の執行力は社員に及ぶのか、などの問題は、わが国においてはこれを一つの論文で説明されるということとはなかった。すなわちこの問題は、従来、判決の効力が当事者以外の第三者に及ぶ場合を実体法上の依存（従属）関係という道具概念を用いて分析し、この概念によって、判決の効力が第三者に及ぶ場合を類型的に考察する際に、論者が好んでとりあげる一事例にとどまっていたのであった。しかし翻ってなぜわが国において合名会社事例がこのように依存関係説を主張する論者によって好個の一事例としてとりあげられたのかと問うならば、そのために重要な二つの契機が存在したからである、と答えることができよう。すなわち、第一に、もともと依存関係説はドイツで産み出された理論であり、ドイツでこの説の論者が好んでこの事例をとりあげたこと。⁽²⁾ 第二に、ドイツでこの事例がとりあげられる際にその根拠条文として掲げられるHGB一二八条ないし一二九条に相当する規定をわが国は商法八〇条ないし八一一条に持っていることである。

ところで依存関係説といっても論者によって若干ニュアンスがあるのであるが、基本的にはAがBのなした実体法上の処分行為の効果を受けるといふ関係にあるとき、Bの訴訟追行の結果得た判決の効力を受けるとの理論である。従

つてこれによればAがBの実体法上の処分行為に服するか否かが、Bの受けた判決の効力をAもまた受けるかの問題に答えるための重要な鍵となる。そこで、わが国において、合名会社の受けた判決の効力が社員に及ぶかの問題を考察するためには、わが国の合名会社と社員の実体法上の地位関係についての規定ないしその解釈を十分斟酌する必要がある。しかしながらわが国では、合名会社が受けた判決の社員に対する効力を論じる際、論者はわが国の商法八一条をめぐる解釈論にそれほど気をとめることなく、HGB 一二九条をめぐるドイツの解釈論をとり入れて、合名会社の受けた判決の効力は社員に有利にも不利にも及ぶと解する説が、依存関係を有する一事例として、有力に主張された。すなわち商法八〇条を根拠として社員の合名会社に対する全面的な従属性により、債権者・合名会社間の判決は社員に有利にも不利にも反射効が及ぶとする説⁽³⁾、商法八〇条、八一条により会社判決の既判力が社員に有利にも不利にも及ぶとする説⁽⁴⁾などがそれである。

しかしわが国の商法八一条をめぐる、実体法上の解釈論としては右に掲げた主張がなされる以前に既にHGB 一二九条をめぐる解釈論とは別個の主張が行なわれていた。すなわち、伊沢博士によれば、「債権者と会社間の合意を以て、社員に不利を及ぼす契約を為すことを得ない。会社は自己の抗弁を放棄しても、これによって社員に不利益を及ぼすことは出来ない。たとえば、会社が時効の利益を放棄し又は期限の利益を放棄するも社員には効力を及ぼさない。」⁽⁵⁾と。このような解釈論は当然依存関係説にとって重要な意味を持つはずであったが、その可否を判断することなく、これを無視したかたちで右に掲げた学説の主張が行なわれていたわけである。しかしその中において、右のような商法八一条一項の解釈論を敏感に把えて、会社判決は社員のために有利にのみ反射効を及ぼすとの説も展開されていたことは注目値する。しかしながらこの説がその後のわが国の民事訴訟法の学説において追隨を見ていないことは、⁽⁶⁾商法学者の間においては伊沢説がその後次第に浸透しつつあることと対照的である。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

二 ところで前述した依存関係説はわが国においていまだ定着した地位を占めてはいない⁽⁹⁾。このことは、判決の効力擴張を論じる際の道具概念としては実体法上の依存関係というだけではあまりに抽象的である⁽¹⁰⁾ということの他に、判決の効力擴張を単に実体法上の処分と訴訟追行の結果の平行(対応)関係(Parallelität)だけで説明することには無理があり、その他になんらかの手続法的要素⁽¹¹⁾が顧慮される必要があるのではないかと考えられるからである。さらに近時は當事者以外の、訴訟に関与しなかった者に判決の効力が及ぶ場合にその者の手続権という憲法上の保障(憲法三一、三二条)を奪うことになりはしないかという観点からの問題提起がなされ、第三者への判決の効力擴張を論じる場合にはこの観点からの吟味も必要とされるに至っている。

そこで右の要請をふまえたうえで、合名会社事例を、従来の会社債務に対する社員の責任の付従性(従属性、依存性)という観点から説明するのではなく、社員間の強い信頼関係から、会社代表者による訴訟追行は社員の訴権利益をも代表するものであり、社員もその結果に全面的に服することを、社員とすることによって、第三者に意思表示していと解し得、任意的訴訟担当が当然に行なわれている関係⁽¹²⁾を認め、会社の受けた敗訴判決の効力は社員に及ぶとす⁽¹²⁾る説やあるいは、会社という組織体が訴訟を行なっている以上、そこに構成員たる社員の意思が反映されると見て、合名会社と社員との間には右のような「紛争過程上の依存関係」が存在するとして会社判決の効力が社員に及ぶことを根拠づける説⁽¹³⁾がある。いずれの説も、従来の学説が会社の債務と社員の責任の間に存する実体法上の関係にのみ着眼して議論を行なっていたのに反し、会社あるいは(代表)社員と社員という人的関係に着眼する点において共通している。この観点は会社の敗訴判決の効力を社員が受けると解する場合、社員の手続権の保障という一つのいわばチェックポイントにとって重要な視点の提供といえよう。しかし会社の債務と社員の責任の関係を抜きにして、後者の観点のみで判決効論を論じることには不十分さを感じる。

(1) 本稿においては、債権者という場合、いわゆる社員債権者 (Gesellschafter-Gläubiger) はいの中に含まれない。社員債権者の地位をどのように考えるかは、争いある一箇の問題であり、現在のところこの争いに関する筆者の態度決定は留保せざるを得ないからである。

(2) ちなみにこの問題は、フランスにおいて、一定の実体関係を持つ数人の中の一人が受けた判決が訴訟に関与しなかった他の者に及ぶかの問題が論じられる際に、「フランスの学者の間で大いに争われている諸問題」の中には入っていないようである。木川統一郎「判決の第三者に及ぼす影響——主として反射効の理論——」法学新報六四卷二二号(一九五七年)九〇頁、徳田和幸「フランス法における There-Object 機能と判決効」実体法と訴訟法の交錯下(山木戸克己教授還暦記念、一九七八年、但し一九七四年九月脱稿)一九八頁以下参照。合名会社の法人格を否定するのが判例、多数説であるドイツや、法人格は与えるのであるが合名会社と社員間の連帯債務関係が通説により否定されているわが国とは異なり、フランスにおいては合名会社は法人格を有し、かつ合名会社と社員間の連帯債務関係が肯定されている(注釈フランス会社法)第一巻、早稲田大学フランス商法研究会、一九七六年、七八頁参照)ため、あるいは連帯債務事例に合名会社事例が組み込まれると考えているのであろうか。

(3) 中田淳一「判決の効力」法学セミナー一〇号(一九五七年)三〇頁、「訴えと判決の法理」所収、一五六頁。兼子一「判決の反射的効果」法学協会雑誌七四卷五・六合併号(一九五七年)六五八頁、なお「実体法と訴訟法」(一九五七年)一六五頁も同旨。但し合名会社の受ける判決が社員に不利に及ぶ場合を反射効として説明し、有利に及ぶ場合には触れていない。

(4) 鈴木正裕「既判力の拡張と反射的効果」神戸法学雑誌九卷四号(一九六〇年)五二二頁。但し鈴木教授は右稿執筆当時、判決効の種類についての決定を留保していた。しかし後に既判力拡張説に踏み切った(「判決の反射的効果」判例タイムズ二六一号(一九七一年)二頁以下、「判決の反射的効力」演習民事訴訟法上(一九七三年)四九四頁以下参照)。吉村徳重「既判力拡張における依存関係」法政研究二八卷一号(一九六二年)七二頁。但しその根拠づけは、単に実体法上の依存関係のみならず、訴訟法上もこれを争う「適格の依存性」があることによる。

(5) 伊沢孝平「註解新会社法」(一九五〇年)八四頁。大隅健一郎「全訂会社法論上」(一九五四年)九七頁ならびに田中誠二他「コンメンタール会社法」(一九五七年)九七頁も同旨。

(6) 木川、前掲(5)完、法学新報六八卷三号(一九六一年)一八〇頁。

(7) たとえば白川和雄「判決の第三者に及ぼす影響」実務民事訴訟講座2(一九六九年)一〇五頁以下(特に一一八頁)は、会社判決の効力を保証事例と同列に置く木川説には無理があると批判する。但しその理由は示されていない。

(8) 服部栄三／菅原菊志編「逐条判例会社法全書1」(一九七三年)一九一頁、柿崎栄治担当。「判例コンメンタール商法1上」(一九七八年)一六五頁、内海健一担当。田中誠二他「三全訂コンメンタール会社法」(一九七七年)一〇三頁。大隅健一郎、井井宏「新版会社法論上」(一九八〇年)一〇三頁。

(9) わが国以上に依存関係説が定着しているかに見えるドイツにおいても、これに対する批判があるが後述(第四章)に譲る。

(10) ちなみに鈴木(正)「既判力の拡張と反射的効果」前掲、五一五頁、によれば、一般債権者は債務者に対し実体法上従属しているから、債務者の受けた判決の効力は一般債権者にもその有利、不利ともに及ぶとし、具体的には配当異議訴訟の原告は、債務者が被告たる他の債権者に対してすでに債務不存在の確定判決を得ているときは、それを自己のために援用でき、また被告がすでに既判力ある債務名義を得ているときは、原告もこれに拘束され、その標準時前債務者について生じた事実に基づいては異議を主張できない、とされているのに対し、中野貞一郎「配当手続の性格」裁判法の諸問題下(一九七〇年)兼子博士還暦記念、三一九頁、「強制執行・破産の研究」所収、一八六頁、によれば、前訴当事者たる債務者と配当異議申立債権者との間には反射効を認める基盤となるべき実体法上の従属・依存関係はないとされている(宮脇幸彦「強制執行法(各論)」一九七八年、四八四頁も同旨)。このことは恐らく両教授の観念される依存・従属関係に相違があることにもとづくものであろう。とすれば、依存・従属関係という概念が何人にも共通する概念としてコミュニケーションの手段となるものではなく、このことばを用いるとき、まずその定義を決めなければならないというほどの抽象的なものであるということになる。

(11) すでに依存関係説の内部から、判決効拡張のためには実体法上の依存関係だけでは不十分であり、さらに「当事者適格の依存性」が必要であるとの主張がある(吉村、前掲、六七頁)。

(12) 新堂幸司「民事訴訟法」(一九七四年)四四一頁。

(13) 伊藤真「民事訴訟の当事者」(一九七八年)二二三頁。

第二節 本稿の意義と叙述の順序

合名会社の受けた判決の効力は社員に及ぶかの問題は、合名会社の債務と社員の責任の実体法上の地位関係を無視してこれを論ずることはできない。すなわち会社の債務と社員の責任の実体法上の関係ないし会社と社員の実体法上の関係の究明は本問題に欠かすことのできない先決問題である。⁽¹⁴⁾しかるに従来この点についての検討が十分であるとはいえない状態にあった。さらに第一節で見たように、現在わが国において合名会社と社員の地位をめぐる論議は商法学者と訴訟法学者との間で必ずしもかみ合っていないように思われる。そこで本稿では、まず会社の債務と社員の責任の關係について立ち入った実体法上の考察をすることから始めることにする。

そして会社と社員の間の実体法上の関係を理解したうえで両者の訴訟法上の地位関係を検討する。会社と社員の実体法ならびに訴訟法上の地位関係が明らかとなつてはじめて会社判決の社員に対する効力拡張の可否についての価値判断が得られる。そこで得られた価値判断どおりの解決を可能とする根拠は何かをさらに探るといふ順序で本稿を進める。その際、わが国商法の合名会社規定、とりわけ社員の地位をめぐる規定の沿革上の問題、わが国の合名会社事例をめぐる判決効論の状況などから、まずドイツでの議論をひととおり振り返ることが有益であると考えられる。そこで以下の数章では専らドイツの議論を紹介し、その成果を踏まえたうえでわが国における解釈論を考えてみる。⁽¹⁵⁾

本稿は、本問題を論じる際に、従来十分検討が加えられなかった部分に光をあて、これをやや詳細に考察する点、さらにわが国では提示されていなかった解釈論を提示する点（第五章）に意義を持つものである。

(14) 訴訟に直接関与しなかつた第三者に判決の効力を及ぼすべきかの問題に関し、次の叙述は本稿のためにも重要である。「あくまでも訴訟の実効性を高めるために、第三者の利益を不当に侵害することなく最大限に既判力の拡張をはかることである。そのような意味の既判力の限界を定めることが目的であり、そのための作業としては、第一にその問題となる第三者に実体法上どのような地位が与えられているのかまた与えられるべきかを分析することであり、第二に、その地位にふさわしい救済手段は何かを探究することである。……実体法上の地位に見合った訴訟上の地位を定めることがこゝでの作業のはずである。」(新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位」——争点効の主観的範囲に関する試論(その二)をかねて——)判例評論一五二号一四四頁。

以上のように判決の効力を拡張する者と拡張される者の実体法上の関係を分析する必要性は重要である。そのことは次のことによっても示唆される。すなわち鈴木正裕教授は教授の理論、すなわち「訴訟当事者間で訴訟物たる権利関係を判決の内容とおり実体法上も処分したと仮定し、そのさい、当該の第三者が実体法上その処分の効果に服すべき地位にあるか否か」(前掲、五一頁)を判決の効力拡張の規準にした場合、拡張される者に有利にのみであるが判決効の拡張が肯定されていた連帯債務者相互間について、連帯債務の担保的機能という視点から拡張を否定するに至つた(「連帯債務と判決効」判例タイムズ三九一号、一九七九年、四頁以下)。この改説はいわゆる連帯債務の担保的機能に関する、教授の実体法解釈の改説にもとづいている。すなわち保証、物上保証等の持つ担保的機能はある特定の債務者(主債務者)が現にある一定の債務を履行すべきであるという場合に、その履行を担保する、いわゆる履行の担保(於保不二雄「債権総論新版」一九七二年、二五五頁参照)として機能する。従つてここでは主債務者が現に履行すべきであるということが、保証の機能する前提であるという関係が存する。これに対して、連帯債務の担保的機能は、連帯債務者の一人が一定の事由によつて履行の必要から解放された場合にこそその機能を發揮するものである。このような担保としての機能の違いが、教授の場合、直ちに判決の効力の拡張の肯否となつてあらわれてくるわけである(なお若干の私見を補足させていただきたい。右の「履行の必要から連帯債務者を解放する、事由としては実体法上の事由(消滅の抗弁ないし延期の抗弁)と手続法上の事由(既判力の抗弁など)とが考えられる。鈴木教授の場合、両者を含めて「担保的機能」が發揮することを認めたことになる。もつとも「担保」的機能というからには、現にある連帯債務者が無資力であるなどの理由で、債権者が当該連帯債務者から満足を受けることのできない場合に、他の者から満足を受けるという形で機能するのが本来の姿であるはずである。従つて債権者から請求を受けた連帯債務者が権利消滅の抗弁(弁済、代物弁済など)を提

出し、その立証に成功して勝訴した場合には果して担保として機能させるべきかという疑問が湧く。しかし訴訟手続の中で弁済があった事実が認定され、債権者敗訴の判決が宣告されたということと、実際に弁済があったことは一応区別される。従って連帯債務の担保的機能は、手続法的に評価すれば、債権者からの請求を受けた他の連帯債務者に再度弁済の事実を主張・立証させ、債権者にこれを争うチャンスを与えるという形で機能することになるがこれは公平妥当であるかという問題が残る。なお小山教授は債権を不存在・消滅させる事由が認められて一人の連帯債務者に対し債権を主張し得ないことが確定した後に、債権者が前訴判決を援用する他の連帯債務者に債権を主張し得るとすることは、債権の觀念に反し理論的ではなく、公平ではないという観点から自説を展開する。「連帯債務と判決効」判例タイムズ四〇四号、一九八〇年、九頁以下。

(15) ドイツにおける *Personengesellschaft* をめぐる文献はかなり多く、そのすべてを網羅することは現在の私の力を越えている。従ってその数は限定せざるを得なかった。そのため思わぬ見落とし、誤解があることを恐れる。しかし、この点は大方の御批判、御教示により今後補充していくことを約束し、お赦し戴くほかはない。

第二章 準備作業としての実体法的考察——ドイツ法——

第一節 合名会社の権利能力

一 自然人に権利能力が認められることは、現在では、問題がない。自然人以外にどのような者（団体）に権利能力が認められるかの問題は、当該団体が法人格を有するか否かによって決すべきであると、一応、考えることができる。そこでドイツにおいては、合名会社に権利能力が認められるかの問題は、とりもなおさず、合名会社に法人格が認められるかの問題に移し変えられて学説上鋭い対立を見せた。すなわち合名会社はその法的性質において民法上の組合であるのか法人であるのかの対立である。しかし合名会社の法的性質を組合と同一であると見ても、すなわち合名会社に法人

格を認めないとしても、そこから直ちに合名会社の権利能力を（全面的に）否定すべきかは問題であり、また現に法人格と権利能力を結びつけない説も存在している。さらに合名会社の法的性質をめぐっては、あれかこれか式に法人か組合かというのではなくその中間形体であるとする説もある。然く問題は単純ではない。

そこで本節では、合名会社とはどのような存在であるのかを理解する手掛りとして、合名会社の権利能力の肯否をめぐる議論を眺めてみることにする。その際、叙述の方法としては、ここでは考え方そのものの比較対照を重要視するため、必ずしもそれぞれの説のあらわれた年代順にはこだわらない、すなわち本節はいわゆる学説史的研究を対象とはしないものであることを御了承戴きたい。

二 まず本問題に関する導入として、合名会社法人説、非法人説の対立状況を眺めてみよう。⁽¹⁾

合名会社非法人説、すなわち合名会社は法人格を持たず、その性質は民法上の組合となら異なるところのない、いわゆる合手的共同体（*Gemeinschaft zur gesamten Hand*）であると解する説、が通説である。⁽²⁾ この説は通常、合名会社自体を社員とは別個独立の法主体とみることを否定する。従って合名会社の権利能力は否定される。この説の法規上の根拠は、「合名会社ニ付テハ、本章ニ別段ノ規定ナキ限り組合ニ関スル民法ノ規定ヲ適用ス」と規定するHGB一〇五条二項である。⁽³⁾

これに対して、少数ではあるが、合名会社を法人とする説がある。⁽⁴⁾ この説では合名会社自体に権利能力が認められる。この説の法規上の根拠は、HGB一二四条一、二項、すなわち「①合名会社ハ其ノ商号ニ於テ権利ヲ得、義務ヲ負ヒ、土地ニ付所有権其ノ他ノ物権ヲ取得シ、又裁判所ニ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得。②会社財産ニ対スル強制執行ニハ会社ニ対スル執行力アル債務名義ヲ必要トス。」ならびにHGB一二四条二項と対をなすHGB一二九条四項、すなわち「会社ニ対スル執行力アル債務名義ニヨリテ社員ニ対シ強制執行ヲ為スコトヲ得ズ。」である。この説によれば

HGB 一〇五条二項はなんら法人説と牴触するものではなく、会社の内部関係を規律することを狙ったものであると説明される。⁽⁶⁾ また逆に、この説の挙げる右根拠規定（HGB 一二四条一項）は、なんら非法人説と牴触するものではなく、取引行為あるいは訴訟行為を容易にするための便宜をはかったものにすぎないと、反論を受けている。⁽⁷⁾

このように、法人説・非法人説の対立は、立法者意思を絶対視しない限り、法規上の根拠という、いわば形式的側面だけからでは解消されるものではない。そこで次に両説の實質的対立点をみてみることにする。その際、本稿ではわが国で従来からとりあげられていた Kohler と Lehmann の論争に即して問題を考えてみる。⁽⁸⁾

Kohler が法人説を主張する實質的根拠は、(1)もし合名会社の法人格が否定されて、権利義務の主体は社員個人であるとする、国際法 (Völkerrecht) 上困難な問題にぶつかること。⁽⁹⁾ (2)比較法上も合名会社に相当する団体に法人格が認められることが多いこと。(3)合名会社を法人と見るほうが法生活の実体 (4)取引制度、(5)土地登記制度、(6)会社の破産能力、(7)訴訟制度、などにおいて合名会社は (individuelle) Einheit として取り扱われている⁽¹⁰⁾ に見合っていること、などである。

Lehmann は右の Kohler の挙げる根拠を逐一批判する。すなわち(1)に対しては次のように述べる。なるほど国際法上の問題の解決は統一的なものでなければならぬ。国際法上の問題の解決は、個々の国家の諸規範の上に存するところの、すべての国家に同等に適用される規律を含むものであるからである。しかしそこから国家の法制度の性質 (ここでは合名会社が法人であること——筆者) を推論することが許されるのは当該国の法規がそれに衝突しない場合に限られる。そして各国の法制度を概観するとき、合名会社の性質は実に多様に規整されていることがわかる。従って国際法ならびに比較法的考察から合名会社法人説をひき出すことはできない。⁽¹¹⁾ さらに Kohler の根拠とする (3) (4)、(8) (9) については次のように説明する。合名会社がその商号で土地登記を行なうことができることは、法人の格別の徴表であ

説
るとKohlerは言うが、個人商人 (Einzelkaufmann) もまた彼の名前とは異なる商号で登記できることは多くの者の承認するところである。また合名会社に独自の破産能力があることも、法人であることの特徴として存在するのではなく、債権者の利益のために設けられた法制度である、と。

ところでKohlerが合名会社法人説を極力主張した背景にはある国際法上の問題の解決という実際的問題意識があったのであるが、右の問題の解決が法人であるか否かにかかわる性質のものではないとすれば、法人説・非法人説の実際的相違がどこにあるのかが問題となる。Lehmannによれば、比較法的に見れば確かに合名会社ないしそれに相当するものを法人とする法制をとる国は多いが、たとえば法人観念をすべての会社に広くおし及ぼすラテン系の法制の下においても、学者は合名会社に法人に関する理論の適用をまじめに認めようとはせず、ある問題においては実務にドイツと同様の動揺が見られることであり、またフランスの学者が法人であることの帰結として認めている命題の多くを、ドイツの実務は、合名会社を非法人と性格づけた上でなお、不可分の共同的権利 (ungeteilte Mitberechtigung) という基礎のもとに認めているということである¹³⁾。

このように見てくると、少なくともKohlerとLehmannの論争に即してみる限り、合名会社の性質を法人と見るか非法人と見るかで実際上の問題解決において鋭く異なった結論が導かれるというわけではないように思われる。すなわちKohlerとLehmannの対立は、法人あるいは非法人の特徴をどこに見出すかという、抽象のレベルでの法人観念の相違に帰することができる。しかるに、ドイツにおいてなお法人説ではなく非法人説が優勢を占めているのは、合名会社の債務をめぐる責任関係が合名会社のみで完結しない点 (HGB 一八八条参照) において法人と相容れないとする考え方がドイツにおいては強いからであるように思われる¹⁴⁾。

三 ところで右のKohlerとLehmannの論争の基盤として次の前提があったことに注意する必要がある。すなわち法人と

はそれを構成する個々人から別個独立の法主体として法律関係に関与する存在であるのに対し、組合においては、それを構成する組合員相互の債務法上の関係が存在するのみであって、組合自身には個々の組合員を越える法主体性は認められない。両者は対極に位置する存在である。そして合名会社はいずれかに組み込まれるべきであり、いずれかに組み込まれるや、権利能力をはじめ具体的問題が、組み込んだ存在の法的性質から演繹的に解決される、と。

このような前提に対しては、大きく分けて二つの問題点が考えられる。第一は、合名会社の法的性質をひとたび組合と同一のものと見るや直ちに合名会社の権利能力は否定されるものであるかという問題であり、第二は、具体的問題における解決は法的性質からの演繹で導かれるべきかという問題である。まず第一の問題から見てみる。

Jaegerは⁽¹⁵⁾ Kohlerの法人説を法規(HGB一〇五条二項)ならびに立法者の意思に反するものであることを根拠として否定する。しかしそうであるからといって直ちに、合名会社に個々の社員とは別個のEinheitとしての存在を認めない立場をも否定する。「真理はその中間にある⁽¹⁶⁾。」というわけである。合名会社を沿革的に見れば、たとえば父親から相続して得た営業(Handelsgeschäft)を兄弟が共同して継続する事例、あるいはある商人が彼の息子を共同経営者(Teilnehmer)として採用するという事例などがその原初形態であり、そればかりか今日においてもその典型的な適用事例である。これらの事例においては、共同役員(Gemeinschaftsgenossen)自身が、会社財産を構成する権利義務の担い手(Träger)であり、このように密接に結びついた人的結合体としての共同体という觀念を基礎として理論構成が行なわれなければならない。このようにして、Jaegerは、会社の商号の下で遂行される行為の主体は会社自体ではなく、さりとて個々の社員でもなく、その折り々々の社員の共同体(die Gemeinschaft der Jeweiligen Mitglieder)であると主張する。そして会社自体は法人格を持たないが、会社の下に結合する、個々の社員から区別される、社員の共同体が権利能力を持つと主張する⁽¹⁷⁾。

Jaegerの主張は、法人であるか組合であるか、しかも法人に非んば組合、あるいは法人に非んば個人という二者択一思考を否定することを前提としている。そして法人と組合の間に権利能力を有する存在(折り々々の社員の共同体)を認める。JaegerはあきらかにKohlerとLehmannの論争を意識し、その対立解消をはかる解釈を試みた⁽¹⁸⁾。しかしなにゆえ法人ではない社員の共同体に権利能力が認められるのであろうか。この疑問はJaegerのもとでは解明されていないように思われる。もっとも右のJaegerの主張は必ずしもJaeger独自の見解というわけでもない。そこで右の問題の解答を他に尋ねてみることにする。

前述のように合名会社の法的性質を法人ではなくGesamthandと性格づけるのがドイツにおける通説である。しかしその内容、性質をどのように解するかについては論者により意見を異にしている。ところで右の問題(Jaegerの残した問題)はGesamthandをどのように理解するかにより、その解答にニュアンスがある。

まずGesamthandを財産を基準にして規律される存在と考える者がある⁽¹⁹⁾。すなわちBGB七一条一項、七一九条一項はそれぞれ「組合員ノ出資及業務執行ニ依リ組合ノ為ニ取得シタル目的ハ組合員ノ共同財産(組合財産)ト為ル。」「各組合員ハ、組合財産及之ニ属スル各個ノ目的ニ対スル自己ノ持分ヲ処分スルコトヲ得ズ。」と規定しているが、これらの規定(特に後者)により、組合財産は組合員の個人財産(Privatvermögen)から分離した別財産(Sondervermögen)として独立に存在することになる。この別財産については、組合員の個人財産と異なり、全組合員が共同してのみ処分あるいは行使することができる。以上のことはHGB一〇五条二項を通じて合名会社にも通用する。しかも合名会社のもとでは、会社財産の別財産への独立化をより一層推進する三つの契機が存在している。第一に、社員は会社の商号の下で会社のために権利を取得し義務を負うことができること、第二に、会社がその商号の下で訴訟当事者としてあらわれる能力を有すること、第三に、会社債務のために会社財産が優先的な責任を負っていることである⁽²⁰⁾。

このように財産を基準にして Gesamthand を考える立場では、別財産は個人財産とは別個の責任対象となることは理解されるが、主体の面においては社員個人とは異なる、社員全体 (Gesellschaftergesamtheit) の法主体性は後景に退くことになる。⁽²¹⁾ そこでこのような議論からは合名会社（＝社員全体）の権利能力は否定される結果になっている。⁽²²⁾

このような議論とは逆に、Gesamthand について、結合した社員の法主体性を基準とするアプローチがある。

この考え方は、財産を基準とする説が Gesamthand を財産法に位置づけていたのに対し、これを人に関する法律 (Personenrecht) に位置づけている。Gierke によれば Gesamthand によって常に人法上の結合 (Personenrechtliche Verbundenheit) が生じる。⁽²³⁾ すなわち構成員は一つの単一体 (Personeneinheit) を形造る。このように Gesamthand によって結合された単一体は、構成員個人のためにはなく、その結合した状態で、すなわち集合的に (kollektiv) 権利を取得し、義務を負う。いわば Kollektiv-einheit である。⁽²⁴⁾ この集合的単一体自身が権利能力ないし行為能力を持つ。⁽²⁵⁾ もっとも Gierke の場合、Gesamthand が有する権利能力は kollektiv-Rechtsfähigkeit であり、その範囲は共同体の構造と目的に応じて様々に測定されるものである。⁽²⁷⁾ ところで Gesamthand を単一体 (Einheit) と見るとき、法人との区別が問題となる。Gierke によれば、法が（法概念である）人格を認めているのは個人と法人であるが、人が単に自己のためではなく、共同して (gemeinsam) 権利を得、義務を負う場合、この、人の複数 (Personenmehrheit) に法主体としての地位を与えることができる。そしてこの場合、人の複数が単一の人格を持つことなしに権利能力を有する。すなわち、結合した複数の人 (Verbundene Personenmehrheit) としての Gesamthand は団体人 (Verbandsperson) としての法人とは区別されるものである。⁽²⁸⁾

このような Gierke の考え方に対しては、Einheit を、いわゆる集合的 Einheit と、より高次の理念的 Einheit (法人) に分離する二元論は論理に反するとする Buchda の批判がある。⁽²⁹⁾ すなわち合手者 (Gesamthänder) も法人の構成

員もともに *Einheit* とされるのであるが、実際に *Einheit* である場合には、決して同時に *Vielheit* ではないはずである。人が合手者を一定の関係において *Einheit* とするならば、合手者は同一の關係においては *Einheit* 以外のなにもでもない。Buchda によれば、*Gesamthand* と法人とは同一の段階に置かれるべきもので、その間に質的な区別は認められないとされる。⁽³⁰⁾しかし、Gierke 流の概念の使い分けは後に継承されていくことになる。

Fabricius は集合的単一体 (*kollektive Einheit*) と個体的単一体 (*individuelle Einheit*) という分析概念の使い分け、ならびに部分的権利能力を有する集合的単一体 (*teilrechtsfähige „kollektive“ Einheit*) という新たな視点の下に *Gesamthand* を把握する。⁽³¹⁾すなわち、*Fabricius* は、合名会社規定を見るとき、そこには個体的単一体原理と集合的単一体原理が存在するとする。前者は合名会社が法取引において単一体としてあらわれることを可能にした HGB 一二四条一項に見られる原理であり、これは BGB 七一八、七一九条、HGB 一〇五条二項による会社財産の拘束性と結びつくことにより強められることになる。他方、合名会社のもとでは資本の確保についても維持についても規定はなく、会社財産は社員の任意の処分権に服する。そこで合名会社の不十分な責任能力の補完のため、社員が会社債務のために連帯責任を負って会社の信用能力を増大させる必要がある。このような社員の責任は *Koller* の考えているような保証責任 (*Garantehaftung*) ではなく、合名会社の構造上必然的にあらわれてくる責任である。従って社員の責任を規定した HGB 一二八条は集合的単一体原理をあわす規定と把握すべきである。そしてこの規定は HGB 一二四条に見られる個体的単一体の組織原理と相抵触する。この点において合名会社は完全な権利能力を有する主体であるとはいえず、単に部分的な権利能力を有する主体であるということになる。⁽³²⁾

以上の Gierke から *Fabricius* に至る説は、*Gesamthand* を法人ではないが、単一性を持つ存在とする点で、ドイツにおける一つの系譜を形造っている。もっとも右のいわば単一性概念二元論に対しては批判のあるところであり、⁽³³⁾右

の系譜はドイツにおいては異説ないし少数説に属している。しかし Fabricius によって主張された、相対的権利能力という觀念自体は一つの新たな道を切り開いたものであると評価され得よう。もっとも右の觀念は少数説からのみ演繹される結論というわけではない。

Hueck⁽³⁷⁾ は合名会社の法的性質を法人ではなく民法上の組合と同様 Gesamthand であると主張する点においてなら他の説と異なるところはない。Hueck に特徴的なのは通説と同様、法人と組合を対置した上で合名会社をその中間形態とする点である。

Hueck によれば、合名会社の法的性質をめぐる論争の中で強張されるべきことは、会社財産に含まれる権利義務の管轄 (Zuständigkeit) —— 権利義務が誰に帰属するかの問題) に関して議論が行なわれてきたことである。これに関して法人説の意味するところは、会社の権利が完結した単一体 (eine geschlossene Einheit) としての合名会社に帰属し、個人としての社員は法的にはならぬそれに関与しないということである。これに対して非法人説は諸権利は社員に帰属するとする。しかしそこでは互いに全く独立した社員が権利の保持者 (Inhaber der Rechte) となるのではなく、社員が共同して彼らに帰属する権利を行使し、それを処分することができるという形で社員の内部的結合が存在する可能性が残る。この内部的結合が強まると Gesamthand は法人に近似する。以上のことが合名会社に当て嵌る。すなわち合名会社においては右の完結性がその外部関係に強くあらわれ、外部に対して、合名会社は単一体として、その商号のもとに権利を取得し、義務を負い、訴えまたは訴えられることができる (HGB 一二四条一項)。ここから合名会社を相対的法人 (eine relative juristische Person) ということばで説明する余地も出てくる。合名会社は独立した個人がただ共同して権利を有する形態から、完全に完結した単一体 (法人) としての団体に権利が帰属する姿への移行形態 (Übergangsform) をなしているからである。⁽³⁸⁾

法人と組合を対置（対極視）するという考え方は、法人でなければ個人、すなわち団体の法人格が否定されるとき、同時に当該団体の単一性（Einheit）も否定されるという思考と結びつくものである。実際、BGBにおける組合の位置づけは債務法としてであり、そこでは組合員相互の債務法的な関係が存在するのみと考えられている。そこで Gesamthand に Einheit を肯定する場合、BGBにおける組合の体系的な位置づけから問題にしなければならなくなる。Gierke は既に Gesamthand を人に関する法（Personenrecht）の中に位置づける主張を行っていた。近時この Gierke の主張を受け継いで Gesamthand の独自の性質論を展開する説があらわれている。Flume の説がそれである。⁽³⁶⁾

Flume に「⁽³⁵⁾合手者（Gesamthänder）が一定の目的の下に結合し、一つの Gruppe を形成するとき、その Gruppe 自体が構成員個人から独立して法取引に参与する。Gesamthand とはこのような人々の結合すなわち Gruppe として理解されるべきである。そして個々の合手者はこの Gruppe の構成員たるにすぎず、Gesamthand の法律関係に個々の合手者が直接関与することはない。このように Gesamthand はそこに結合した人々の Gruppe として理解されるべきであるから、個々の構成員が機能的構成部分として形造る組織体（Organisation）としての、⁽³⁷⁾しかもそれ自身が人として存在する法人とは異なる、いわゆる集合的単一体なのである。」

権利能力に関して Flume の説くところは次のとおりである。法律関係が効力帰属者（Wirkungseinheit）としての Gesamthand のみに終始し、その個々の構成員に達しないのであれば、その限りで権利能力ということばを、しかも Fabricius のいう部分的権利能力（Teilrechtsfähigkeit）ということばを使うことができる。しかし権利能力という概念は本来、人に関する概念であり、包括的な性格を持つものである。それは自然人を基準とする概念であるから、人につき同一の概念を用いる場合、人間に固有の能力は持たないという限定付である。しかるに Gesamthand は人ではなく、一定の目的のために法律関係の担い手たるべく法によって承認された、人の Gruppe である。部分的権利能

力という概念は類語反復的な性格のみを持っている。すなわちそれは Gesamthand の法形態によって変化する内容ともなうことを一語であらわしたものである。従って当該の Gesamthand に法律関係が帰属することを法規が規定していると同じだけ、部分的権利能力としての規定ということばを使うことができるにすぎない⁽³⁸⁾。

次に第二の問題、すなわち合名会社の法的性質を法人とするか組合とするかを論じることの意義に関する議論を眺めてみる。

既に述べたように Kohler の法人説は、国際法上の具体的問題の解決策という極めて実際的な問題意識に支えられていた。また同様に法人説を主張する Eccius も訴訟法上の問題の解決のための先決問題として合名会社を法人と性格づける必要があったための主張であった。このような主張は、合名会社（= Gesamthand）の法人格が否定されるや否やその構成員個人から区別される単一的存在をも否定する通説的な理解に対して向けられた反論として登場したものである。この通説的理解は今日なお通用している⁽⁴⁰⁾。しかし Kohler と Lehmann の論争に即してみたら合名会社の性格を法人とするか組合とするかで具体的問題が演繹的に解決されるわけではないとすれば、こういった論争の意味自体が疑問とされる。たとえば合名会社の法人格を否定する説も、代表社員の不法行為につき、法人に関する BGB 三一条を類推して会社の責任を認める⁽⁴¹⁾。この場合合名会社の法人格を否定すること、代表社員の不法行為につき会社の責任を認めることがつながっていない。そこで合名会社（を含む Personengesellschaft）の性質論争は具体的問題の解決にとっては意味を持たないとの主張が行なわれるに至っている。たとえば Hueck は、合名会社の法人格の否定によって得られるものはそれほど多くはないのであって、むしろ適用になる法規は、財産がいずれに帰属するかが一定の役割を演じ、かつ法律が明文で規定していない限り、合名会社の特殊な関係を吟味して、個別的に探究されなければならぬ⁽⁴²⁾と主張する。同様の主張は Fischer によっても行なわれている⁽⁴³⁾。

もつともこういった主張にもかかわらず性質論を重視する傾向はなおあとをたたずに現われていること Flume に
いて見たとおりである。⁽⁴⁴⁾

(1) 以下に論述する問題については、すでに上柳教授による一連の業績がある。上柳克郎「シンポジウム法人論」私法三三三号(一九七一年)五五頁以下、「法人論研究序説」法学論叢九〇巻四・五・六号(一九七二年)二一頁以下、「合名会社の法人性」商法保険法の諸問題(大森先生還暦記念、一九七二年)一頁以下(上二者につき、会社法・手形法論集(一九八〇)に所収)、「会社の社団性と法人性」商法の争点(一九七八年)二〇頁以下。本稿がこれらの業績に負うところ大である。

(2) たとえば Hueck, „Das Recht der offenen Handelsgesellschaft“ 4 Aufl. (1971) S. 32 参照。もつとも Gesamthand の内容をどのように把握するかは論者により見解を異にしている。また合名会社非法人説Ⅱ合名会社合手的共同体説という図式に対しては疑義がないわけではない。合名会社の法的性質をどう見るかは、合名会社の起源をどこに求めるかの問題と深いかわりを持っており、合名会社の沿革については考え方が分れているからである。合名会社の起源については(1)ローマ法の societas をもつて合名会社の原型とする説(Societäts-theorie)。(2)ゲルマン法の家族団体(Familiengemeinschaft)にその起源を求める説(Gesamthandtheorie)。(3)中世イタリアの諸都市に発達したコンパニアという企業団体が合名会社の起源であるとする説など、学説の対立がある。各説の提唱者ならびにそれぞれの説に対する批判については、田中耕太郎「合名会社社員責任論」(一九二〇年)二〇頁以下、大塚久雄「株式会社発生史論」大塚久雄著作集第一巻四七頁以下(特に九〇頁以下、一一〇頁以下)参照。本文に掲げた通説は(2)説の系統をひくものと思われるが、田中博士(前掲書、二四頁)によれば、家族団体の法律上の性質は組合ではなく、法人であると認めざるを得ず、その法律行為の方式も複雑であって、合名会社が社員の一人の法律行為によって義務を負担するような状態とはかなりの懸隔があると批判され、むしろ(3)説を妥当とする。従って法人格を否定した後の問題として、合名会社の性格をどう把握するかの問題は残る。しかし合名会社非法人説自体がドイツの通説、判例であることは疑いなく。

RGZ 3. 57. 5. 69, 49. 340, 102. 300, Wach, Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts I (1885) S. 518ff. Düringer-Hachenburg, HGB II, 2. Aufl. (1932) § 124. Anm. 6, Schlegelberger, HGB, 4 Aufl., (1965) § 124. Anm. 9, Lehmann-Diez, Gesellschaftsrecht, 3 Aufl., (1970) S. 160. Fischer, HGB II/1 3 Aufl. (1973) § 124. Anm. 2, S. 233 など参照。

- (3) 訳文は外国法典叢書、独逸商法 Ⅰ(一九五六年)による。なお特にことわりのない限り以下の引用はすべてこれによる。
- (4) Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Einf. G., S. 80 (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs Justizgesetzen (1897) S. 256. による) には「合名会社がその財産の独立性ならびに自己の商号によって取引を行なう」とに鑑みて、法人として理解されるべきかの問題は、現在では、学説・判例において、ほとんど一般に否定的に解されている。さらに将来において法人格が承認されそうな誘因も存しないであろう。……それゆえ、この問題に明文で結着をつける必要も存在しない。」とある。立法者の意思としては、合名会社は非法人であると考えていたことがわかる(なお Lehmann, Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. Zeitschrift für Handelsrecht (以下 ZHR と略す) 74, S. 462ff. (insbes. S. 467) は立法者意思を非法人説の有力な根拠として挙げている)。
- (5) Eccius, Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei. ZHR 32. (1886) S. 1ff., Kohler, Einführung in die Rechtswissenschaft (1905) § 39. S. 81 ff., derselbe, Die offene Handelsgesellschaft als juristische Person. ZHR 74 (1913) S. 456 ff., derselbe, Nochmals die offenen Handelsgesellschaft als juristische Person Archiv. Bürg. R., 40 (1914) S. 229 ff. 法人説を明示的に主張しているものではないが、同じく Kohler, Substanzrecht und Wertrecht, AcP 91 (1901) S. 204 ff. も参照されるべきである。なお Kohler 以後の法人説については、上柳、「合名会社の法人性」(前掲書) 一頁注(1) 参照。なお右に掲げた Eccius 論文以前にも法人説は主張されていた構様である(Eccius, a. a. O. S. 4)°。さらに法人説に立つ判例もあったようである(Gierke, Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung (1887) S. 49)°。
- (6) Kohler, ZHR 74 S. 459.
- (7) Protokolle der Commission zur Beratung eines allg. deutschen HGB. Würzburg (1858) S. 276 (但し Kämmerer, Die Rechtsnatur der Offenen Handelsgesellschaft. NJW 19 Jahrg. 18 Heft S. 801 ff. (802 F. n. 16) の引用からの孫引き) によれば、HGB 二二四条一項は、社員名をいちいち列挙する負担を省くという単に便宜的意味を持つにすぎないものである。
- (8) 上柳、前掲、一〇頁以下参照。
- (9) Kohler, ZHR 74 S. 459f. なお上柳、前掲、一二頁注(2) に事案の紹介がある。
- (10) Kohler, a. a. O. S. 456f. derselbe, Einführung in die Rechtswissenschaft. S. 81.

- (11) Lehmann, a. a. O. S. 463.
 なお Kohler の提出した国際私法上の問題は、現在では、法人の国籍決定により解決すべき問題であるかは疑問視されている(折茂豊「国際私法(各論)」一九七二年、三六頁)。なお上柳、前掲、一三頁参照。
- (12) Lehmann, a. a. O. S. 466.
- (13) Lehmann, a. a. O. S. 465.
- (14) Lehmann の次のことばは「このために示唆的である。「もし合名会社に法人格を認めることをまじめにとりあげようとするならば、我々はただちに合名会社の構造 (Verfassung) がかなりの程度に定型化 (formalisieren) せられ、かつ強行法規の数が増加しなければならぬばかりでなく、個々の社員と会社とが、経済的に願わしいという以上に法的に分離していなければならない」(a. a. O. S. 464. なお上柳、前掲、一一頁、同「シンプジウム法人論」私法三三三号六二頁参照)。Lehmann は合名会社と社員とが法的に分離していないことの例証として、合名会社が動産(機械)を取得する際、社員一人が悪意であれば会社は当該動産を善意取得しない旨を判示した R G Z 9, 143 を挙げてゐる。(但し事案は機械の売主が、同一機械を出資して合名会社の社員となつたのに対し、買主が売主の所有にあるとして引渡を求めたというものである)。Laband, Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften, Z H R 30 (1885) S. 468ff. (insbes. 500) も同様に構成員が団体の債務のために無限責任を負う場合に、当該団体を法人とみる可能性を否定する。vgl. Eccius, a. a. O. S. 7
- (15) Jaeger, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß, Festgabe der Leipziger Juristentakultät für Rudolph sohn zum 8. Juli 1914 (1915) の論文及び Lehmann, Z H R 78 (1916) S. 306ff. の書評がある。
- (16) Jaeger, a. a. O. S. 3.
- (17) Jaeger, a. a. O. S. 14.
- (18) 但し Lehmann (前掲注(15) S. 309)によれば、Jaeger の主張は合名会社非法人説から出發して、その変形 (Modification) を考え出したものと評価されてゐる。しかし後に述べるように Jaeger の主張は Lehmann の主張からあきらかに區別されるべきものである。
- (19) この考え方がドイツでは通説とされてゐる。たゞは v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1. (1910) S. 78ff., Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personengesellschaften des

Handelsrechts, (1970) S. 61ff.

- (20) Huber, a. a. O. S. 62. もっとも第三の点については議論の余地があるであろう。
- (21) この説の場合、Gesamthand は法人と対置される。そして確かに会社財産に社員を結合する Einheit としての存在が認められるが、社員全体を Einheit と見ることはない (v. Tuhr, a. a. O. S. 78ff. は一つの権利関係が複数の権利主体により支配される関係と位置づけている)。
- (22) Huber, a. a. O. S. 82, v. Tuhr, a. a. O. S. 82.
- (23) Gierke. O.v., Deutsches Privatrecht I Bd. (1895) S. 675.
- (24) Gierke, a. a. O. S. 676.
- (25) Gierke, a. a. O. S. 682.
- (26) Gierke, a. a. O. S. 684.
- (27) Gierke, a. a. O. S. 682.
- (28) Gierke, a. a. O. S. 267f. und S. 682.
- (29) Buchda, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, (1936. Neudruck 1970) S. 258f.
- (30) Buchda, a. a. O. S. 261.
- (31) Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, (1963). insbes. S. 163ff.
- (32) Fabricius, a. a. O. S. 181.
- (33) Fabricius に対する総合的批判は、Schünemann, Grundprobleme der Gesamthandsgesellschaft (1975) S. 110ff. によって行なわれている。
- (34) Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4 Aufl. (1971). もっとも、その主張は Fabricius 以前から行なわれているものである。ちなみに、第一版は一九四六年、第二版、一九五一年、第三版、一九六四年で、第二版以降のみ参照した。
- (35) Hueck, a. a. O. S. 33.
 なお以上の叙述につき Flume (注36参照) によるところが大きい。
- (36) Gesamthand の性質ないしそれを基礎とする具体的問題についての Flume の一連の業績は Allgemeiner Teil des bürger-

lichen Rechts¹/1. Die Personalgesellschaft (1977) に集約されている。なおこれについては書評(を兼ねた論文)がいくつか出されている。Fischer, Neue Wege im Recht der Personengesellschaften? ZGR 1979, S. 251ff., Westermann, Möglichkeiten und Grenzen dogmatischer Erfassung des Rechts der Personengesellschaften, ZHR 144 (1980) S. 232ff., Teichmann, Die Personengesellschaft als Rechtsträger, AcP 179 (1979) S. 475ff. なお、Gesamthand の性質をめぐる Flume の個別論文としては Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972) S. 177ff. がある。

- (37) Flume, a. a. O. S. 89. derselbe, ZHR 136, S. 192.
- (38) Flume, a. a. O. S. 90f.
- (39) Eccius, Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei, ZHR 32 (1886) S. 1ff
- (40) Fischer, Handelsgesetzbuch (Großkommentar, 1973) S. 233.
- (41) Hueck, a. a. O. S. 274f.
- (42) Hueck, a. a. O. S. 34.
- (43) Fischer, a. a. O. S. 10. なお Huber, a. a. O. S. 91f. もこれに同調する。さらに Huber によれば、同一の問題は権利能力を有する物的会社 (Kapitalgesellschaft) のもとでも生じる。すなわち会社がその構成員とは異なる法主体であるという事実から一定の法律問題解決の鍵がひき出されるかは増々疑問とされるに至っていること、近時の責任透視 (Durchgriff) に関する議論や会社の目的への権利能力の制限 (ultra-vires-doctrin) などに鑑みてあきらかであるとする。さらに人的会社の法的性質如何の問題は単に会社が権利能力を有しないことが正当であるか否か、あるいはこういった命題が制限を要するか否かの問題を提示するととまらず、人的会社の権利能力に関する意見表明が果して法的に意味のあるものか否かの問題を提示しているとする (S. 92)。
- (44) Flume においても具体的問題の解決にあたっては法の実際に即した、実用的な意見が主張されていることを指摘するのは、Fischer, Neue Wege im Recht der Personengesellschaften, ZGR 1979, S. 251. さらに合名会社の性質につき通説と同じ立場に立ちつつも独自の議論を行なうものとして、Kämmerer, Die Rechtsnatur der Offenen Handelsgesellschaft, NJW 19 Jahrg. (1966) S. 801f. がある。

Über die Wirkungen des Urteils gegen die offene Handelsgesellschaft auf die Gesellschaftern (1)

Yasunori HONMA*

Wirkt das Urteil des Prozesses zwischen der OHG und ihrem Gläubiger auf die Gesellschaftern? Wenn man auch auf diese Frage ja antwortet, bleibt es die Frage nach dem Inhalt der Wirkung (Rechtskraft? Rechtskrafterstreckung? Reflexwirkung? Tatbestandswirkung?). Erstrecken die Verurteilung gegen die OHG auf die Gesellschaftern? Die Aufgabe dieses Manuskripts ist zu antworten auf diese Fragen.

Bei der Erörterung der Urteilswirkungen zu Lasten Dritter in Japan, hat man den OHG-Fall oft aufgenommen. Aber, in Japan diskutiert man über diesen Fall, ohne die rechtliche Natur der OHG und die Beziehung der Gesellschaftsschuld auf die Haftungsverbindlichkeiten der Gesellschaftern eingehend zu untersuchen. Ich glaube aber, diese Untersuchungen sind für die Diskussion unvermeidlich.

Übrigens gibt es die Aufhäufungen der Literaturen und Rechtsprechungen dieser Fragen kaum in Japan, dagegen gibt es viele in Deutschland. Überdies das japanische Recht der OHG stammt aus dem deutschen. Also ich fange dieses Studium mit der Überblick der Erörterungen der deutschen Literaturen und Rechtsprechungen an.

Mir scheint, daß in Deutschland zwei Hauptgedankengruppe über die rechtliche Natur der OHG im Gegensatz stehen. Die erste Gedankengruppe stellt die juristische Person der BGB-Gesellschaft gegenüber, und behauptet daß die OHG entweder die juristische Per-

* Assistent des Zivilprozeßrechts, Juristische Fakultät, Hokkaido-Universität

son (Kohler, Wieland) oder die BGB-Gesellschaft (Lehmann) ist. Dieser lehnt die Rechtsfähigkeit der OHG ab, und jener bejaht sie. In dieser Gruppe gibt es auch die Mittelmeinung mit der Behauptung: die OHG habe beide Naturen (Hueck). Diese Meinung nimmt die sogenannte relative juristische Person an. Dagegen lehnt die zweite Gedankengruppe die Gegegenüberstellung der juristischen Person als über individuelle Wirkungseinheit und der BGB-Gesellschaft ab. In dieser Gruppe versteht man unter der rechtlichen Natur der OHG die Gesamthand, und zwar sieht die Gesamthand als eine Einheit (kollektive Einheit) an (Gierke, Fabricius, Flume). Diese Meinungen erkennen die Rechtsfähigkeit (Teilrechtsfähigkeit) der OHG an. Die erste Gedanke ist die herrschende Meinung.

Übrigens die Bedeutung der Erörterung über die rechtliche Natur der OHG liegt darin, daß aus der Natur die praktische Lösungen der konkreten Problemen abgeleitet werden. Aber neustens wird die Auffassung vorherrschend, daß die Lösungen der Problemen nicht immer aus der Natur abgeleitet werden. (Diese Behauptung scheint mir wichtig für die Interpretation der Rechte der japanischen OHG, deren rechtliche Natur anders als die deutschen herrschenden Meinung ist.) Dennoch sind die dogmatische Diskussion über die Natur der OHG in Schwung in Deutschland (*e.g.* Flume).

(Fortsetzung folgt)