



Title	合名会社の受けた判決の社員に及ぼす効力について（2）
Author(s)	本間, 靖規; HONMA, Yasunori
Citation	北大法学論集, 32(3), 41-79
Issue Date	1982-03-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16375
Type	departmental bulletin paper
File Information	32(3)_p41-79.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(以上第三一巻三・四号)
 - 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——ドイツ法——
 - 第一節 当事者能力をめぐる諸問題
 - 第二節 訴訟形態(以上本号)

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

第二章 準備作業としての実体法的考察——ドイツ法——

第二節 合名会社の社員⁽¹⁾の責任⁽²⁾

一 HGB一二八条は会社の債務のために負う社員の責任について次のように規定している。「社員ハ会社ノ債務ニツキ債権者ニ対シ連帶債務者トシテ人的責任ヲ負フ。之ニ反スル合意ハ第三者ニ対シテ効力ヲ有セズ。」

二 社員の責任は、合名会社が負うすべての債務に及ぶ。すなわち、単に会社が自己の名(商号)で行った契約にもとづいて生じる債務に限定されることなく、債務の発生原因を問わず、法規にもとづく債務(たとえば合名会社の機関(代理権を有する社員)の不法行為による債務(BGB三一条の準用)、社員の一人が他の社員の委託なしに行った業務執行によって生じた債務、租税債務など公法上の債務もこれに含まれると解されている。⁽³⁾

これらの債務のために会社の構成員たるすべての社員が自己の財産をもって責任を負うのであるが、その態様は、直接に(unmittelbar)第一次的に(primär)無制限に(unbeschränkte)連帯して(gesamtschuldnerische)等である。

三 何ゆえに合名会社の社員は会社債務のために右の責任を負うのであるか。換言すれば会社債務のための社員の責任を定めた規定の目的ないし実質的妥当根拠は奈辺にあるのであるか。

まず、前節で見たように合名会社の法人格を否定するのが通説であるが、ここから次のように帰結する立場がある。合名会社の法人格が否定される以上、会社が負う債務とはすなわち社員が負う債務にほかならない。債務者としての会社と社員とは異別の存在ではあり得ず、両者の間には一つの単一的な (einheitliche) 債務が存在する。この単一的な債務のために、一方では会社財産が、他方では社員の個人財産が責任を負うのである。(会社債務と社員の債務との Identität を認める見解)、と。

しかしこのような考え方に対しては次のような疑問がある。合名会社の法人格は否定されるとする立場からは、法人格≡権利能力を前提にすれば、合名会社自体が債務の主体であると帰結することはできなくなる。そこで会社というヴェールにおおわれていた社員が債務の担い手として登場する。ここまでは何人も承認するところであろう。しかしここから直ちにその責任が、社員が会社のために提供した会社財産を超えて社員の個人財産にまで広げられることが帰結されるであろうか。少なくともそこにつながって行く論理を明らかにする必要に迫られるであろう。ちなみに合名会社の法人格を否定する説の多くは合名会社の法的性質を民法上の組合と同様であると見るのであるが、合名会社と同様に法人格を持たない民法上の組合のもとでは、組合の負う債務につき組合員が人的責任を負うことを排除することができる。この考えも成り立ち得、また権利能力なき社團についても、法人格を持たず、従ってその権利義務の担い手は社團構成員自体であるが、社團主義の債務につき構成員個人の財産をもって責任を負うことが当然であるとも解されていない。(5)

以上のことはある団体の法人格が否定されることと、その団体の負う債務のために団体構成員が人的責任を負うこととが必然的なつながりを持つものではないことを意味する。すなわち HGB 一二八条に規定されている社員の連帯責任は、合名会社の法人格が否定されることからの論理必然的帰結ではない。

このように社員の人的責任が合名会社の法的性質から導き出されたものではないとすれば、その責任を認めるにあつ

説 　　ってなんらかの政策的配慮があつたものと考えられる。それはどのようなものであつたのであろうか。

論

Hueck は、HGB 一八条は合名会社の信用能力 (Kreditfähigkeit) を高めるといふ利益のために社員の人的責任を規定したものであるとする⁽⁷⁾。そしてこのような認識にもとづいて人的責任の本質と範囲がひき出されなければならないとする。すなわちこの規定は債権者の満足をできるだけだけ得やすく、かつそれを確実にしようと思つたものであり、そのことがひいては合名会社の信用能力を高揚することに貢献する。そしてこの債権者保護という観点をおし進めて行く⁽⁸⁾と、社員の責任は単に補充的なものではなく、第一義的な責任であるべきである。従つて社員は会社の債務不履行の場合にのみ金銭債務を負うと解するのは妥当ではなく、原則として会社と同一の給付義務を負う。ただすべての場合に、会社と同一の給付を社員に要求することは不都合であり、個々の事柄に即してその義務の性質と態様から、社員も会社と同一の給付をなすべきか、会社の不履行の場合の利益のみを請求されるべきかの吟味が必要である⁽⁹⁾。

このような考え方は、合名会社は法人に非ずという命題に対する批判として登場したのではなく、むしろこの命題を前提としたうえで、この命題から必然的に社員個人の責任が帰結されるとの見解を批判して、社員の責任の根拠は債権確保の利益とそれによつてもたらされる会社の信用能力高揚の利益、さらにはこれら二つの利益と調和する形でのみ請求を受けるといふ社員の利益などを総合したうえでの政策的配慮にもとづくものであると解している。

ここで注意すべきことは、右の主張の根底には既に責任主体としての合名会社と社員との截然たる分離があるということである⁽¹⁰⁾。特に社員の利益の考慮はこれによつてはじめて可能となる。もつともこの分離は直ちに合名会社の法人格肯定へとつながるものではない。むしろ分離を前提としたうえでなお会社債務のために社員の責任が認められていることを法人格否定の徴表であるとする見解があることは前述のとおりである⁽¹¹⁾。

四 合名会社を法人とみる説によれば、社員の個人的責任はどのような性質と目的を持つと解することになるのである

うか。法人説の旗頭とも目すべき Kohler によれば、合名会社は、法人格を持つゆえ、それ自体として債務を負う。他方で個々の社員は会社債務のために Garant として会社とならんで責任を負う。⁽¹²⁾

このような Kohler の主張に対しては次のような批判がある。Kohler のように社員の責任を Garantiehaftung であるとするならば、たとえば会社に対する有責判決の既判力が社員に及ぶことや、会社に対する時効の中断が同時に社員の債務の時効をも中断することをどのように説明するのであるか、と。⁽¹³⁾

この批判に対して Kohler は、社員の連帯責任はあらかじめ定まっている複数の債務のための責任ではなく、会社の営業が行われて行くそれぞれの時点で生起する、すべての会社債務のための責任である。従って判決によって会社が債務を負うことが確定すれば、たとえ観念的には債務が存在しなかったとしても、それ以後債務が発生するという意味を既判力は持っている。その判決によってあらたに生じた債務 (eine Schuld ex iudicato) のために社員は責任を負う。同様に会社が時効の中断によりさらにあらたな態様で債務を負うに至ったときは、そのために同じ態様で社員も責任を負うことになる。従って Kohler の立場からも結果としては通説と同様の結論が導かれるのであるから、右の批判はあたらないとする。⁽¹⁴⁾

Kohler によれば、彼のとる既判力本質論——実体法説——と HGB 一二八条の結びつきにより通説と同じ結論が得られるとされる。しかし有責判決によって判決を原因とするあらたな債務 (eine Schuld ex iudicato) が発生するという法制度をとらないところでは、たとえ実体法説に立つとしても、会社の有責判決に社員が拘束されることが承認されてはじめて会社判決と同一内容の債務を社員が負うことになるはずである。従って Kohler の説く結論を導き出すためには、会社判決が社員を拘束することの説明が必要となるはずであるが、この点が Kohler には欠落しているように思われる。⁽¹⁵⁾

ところで社員の負う責任が保証人としての責任であることと、社員の責任の内容をどのように把握するかは異別の問題である。この点につき同じ法人説の中でも Kohler は——明言しているわけではないが——会社の義務と同じ内容の義務を社員が負うと考えているようであるのに対し、Wieland は社員の義務は利益責任 (Interessenhaftung) であると考えている。⁽¹⁶⁾

五 最後に HGB 一二八条に規定されている社員の連帯債務の内容に関する議論を眺めてみる。

まず連帯債務が誰と誰の間に存するかの問題がある。社員間に連帯債務関係が成立することは疑いを持たれていない。問題は会社と社員の間に連帯関係が存するかである。会社と社員の間に連帯関係はない、あるいは真の (echte) 連帯債務は存在しないと考えるのが通説、判例である。⁽¹⁷⁾ これに対しては連帯債務関係が存在すると主張する立場がある。⁽¹⁸⁾ 後者は特にその根拠を示していない。否定説もその理由づけには若干のニュアンスがある。

① 合名会社は法人格を持たず、合名会社の商号のもとに取得する権利義務の担い手は個々の社員にはかならない。従って会社が負う債務と別個に社員が債務を負うわけではない。それゆえ会社と社員との間に連帯債務関係は成立せず、社員相互間のみこれが成立するとの見解。⁽¹⁹⁾ これによれば、社員相互間には BGB 四二一条以下が適用になるが、会社と社員の関係には右条文が当然適用になるわけではない。すなわちそこには一個の債務につき二個の責任が存在する関係があり、一方の責任財産からの支出により債務は消滅する。すなわち会社財産ないし社員の個人財産による弁済、供託、相殺により、一個の債務が消滅すると考えるわけである。

② 合名会社と個々の社員の間には真の連帯債務関係は存在しない。しかしその根拠は社員自身が会社債務の担い手であるということにはない。けだし、会社財産の独立性のゆえに社員の総体 (Gesamtheit) と個々の社員とはあい並んで存在する別個の債務者として取り扱われ得るからである。従って連帯債務関係が存在しないといてもそれは会社が

法人格を有しないからではない。それは個々の社員に固有の給付義務があるのではなく、会社の給付のために面倒をみる (sorgen) 義務があるだけであり、義務の内容如何によっては両者の責任の間に内容上の懸隔がある場合があるからであるとの見解⁽²⁰⁾。これによればどの程度 B G B の連帯債務規定が類推適用されるかの判断は個別的にその規定の目的によって吟味されなければならない。

③ 会社と社員の間に連帯債務関係が存するか否かは合名会社の義務の内容如何によるとする見解⁽²¹⁾。これは会社債務と社員債務との併存を前提とし、両債務に給付内容上同一性があれば連帯債務関係を肯定し、同一性が欠ける場合にはこれを否定するものである。

④ 社員の責任の付従的性格 (der akzessorische Charakter) から、両者の対等併存を否定し、従って連帯債務関係を否定する見解⁽²²⁾、など。

思うに会社・社員間に連帯債務関係を認める説も B G B の連帯債務規定のすべての適用を認める趣旨であるかどうかは疑わしく、連帯債務関係を否定する説もすべての規定の適用を否定するわけではないから、両説の相違はそれほど重大なものではないであろう。そうするといずれにしても個々の規定ごとに適用の是非を判断する必要があるわけである。たとえば会社財産による弁済により社員は責任を免れる (B G B 四二二条)。代物弁済、供託、相殺についても同様であろう。また社員個人につき生じた右の事由により会社は責任を免れる。会社に対する債権者の遅滞の効果は社員に有利に及ぶ (四二四条)。問題は会社債務を悪化 (Verschlechterung) する事情が社員に影響を及ぼすかである。ドイツにおいては、わが国とは異なり、すべての影響は社員に及ぶと解されている。その根拠は社員の責任の会社債務への付従性にあると説明される。従って逆に社員の責任を悪化する事情が会社に影響を及ぼすことはない。

ドイツにおいて特に争われている問題は、債権者・会社間で社員に対する請求権を留保して行われる債務免除契約の

効力如何である。右契約の効力を認める説は次のように論じている。確かに会社債務の消滅は通常社員の債務の消滅をもたらす。しかしそれにもかかわらず社員の債務は留保しておいて会社の債務を免除することも考えられる。これを否定する理由はない。もともと責任を負う社員はこれによってなんらの不利益をも受けないのであるから社員の同意も必要ない。⁽²³⁾

これに対して右契約の効力を否定する説は、通常の連帯債務とは異なり、会社の持つすべての抗弁を社員が援用することを認めている（HGB一二九条一項参照）、会社と社員間においては、会社の持つ債務免除の抗弁を会社・債権者の間の契約により社員から奪うことになるのは許されないとする。⁽²⁴⁾

これに対しては会社に帰属する抗弁を社員はすべて援用できることにも例外がある（たとえば訴訟係属の抗弁）のであるから債務免除契約についても例外を認めることはさほど不当ではないとの反論がなされている。

このように留保付債務免除契約の効力の肯否をめぐっては不尽の議論が行われている。しかしこの争いにどれほどの意義があるか疑問を提出できる余地がないわけではない。社員に対する債務の追及を留保しての債務免除契約はたとえ有効であるとしても、社員の求償の権利（HGB一一〇条）にはなんらの影響もない。そこで弁済をした社員は当然のことながら会社に求償する。会社としてはこれを拒む理由はないからこれに応じざるを得ない。かくして会社としてはせっかく自分の債務を免除してもらっても、社員からの求償を考慮に入れるとそれほどの利点はないということになる。たかだか債権者からの直接の請求を免れる（あたかも債権者との間で不起訴の合意をしたのと同様）という意味を持つにすぎないのではないかと思われる。⁽²⁵⁾

最後に、社員が債権者から請求を受け支払った場合の会社に対する求償については、BGB四二六条の適用はなく、HGB一一〇条（「社員が会社ノ事務ニ関シ事情上必要ト認ムベキ費用ヲ支出シ、又ハ直接ソノ業務執行ニヨリ若ハ之

ト不可分ニニ結合セル危険ニヨリ損失ヲ被リタルトキハ、会社ハ社員ニ対シテ之ガ賠償ノ義務ヲ負フ。(26) により解決すべきであるとするのが通説、判例である。しかしこれに対しては、社員——現社員であれ退社社員であれ——の求償権（調整請求権 Ausgleichsanspruch）の根拠はHGB一〇条やBGB四二六条にあるのではなく、他人の債務のために負う責任（Haftung）の性質にあるとの主張がある。(27)

(1) 退社社員（der ausgeschiedene Gesellschafter）も退社時以前に会社に生じた債務につき責任を負う（Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl. (1971) S. 449.）。従って退社時以前に会社に生じた債務については、現在の社員ならびに退社社員がこれにつき責任を負う。ところでこの場合、現社員と退社社員との責任の性質を同一視してよいか問題であり、会社債務と社員の責任の法的関係をめぐる議論（後述）との絡みで議論のあるところである（Fünne, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Erster Band Erster Teil Die Personengesellschaft, S. 295ff. 参照）。しかし本稿ではこの問題の詳細に立ち入ることは避け、むしろあたっては現社員のみを考慮に入れて検討するにとする。もっとも入社時前に会社に生じた債務につき、新たに加わった社員も責任を負うとされた（§130 I HGB, Kornblum, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften (1972) S. 193ff. 参照）。これを含めることはむしろいかにあつてあつて。

(2) 社員の責任という場合、いわゆる債務と責任との概念の峻別（もしあつた）加藤正治「債務と責任」法学協会雑誌三三巻七六二頁以下参照）における責任（Haftung, Haftungsverbindlichkeit）に概念上限定しているわけではない。後述のとおり、会社の債務と社員の責任の法律上の関係につき議論があり、社員の負う義務の内容については争いのあるところである。本稿におけるドイツ法の紹介部分ではドイツ法における筆者の立場を決定する必要はないであろう。従ってここにおける責任は概念上限定の意味での責任というわけではな。

(c) Hueck, a. a. O., S. 311.

(4) Düringer-Hachenburg, HGB II, 3. Aufl. (1932) §128 Anm. 1. S. 700, Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. Band, (1900) §128 Anm. 2., vgl. Wach, Handbuch I, S. 525., Buchner, Gesellschaftschuld und Gesellschafterschuld bei

OHG, JZ 1968. 622ff. 本邦本文同法の判例として、RGZ139, 252., RG JW1916, 1409., BGHZ 5, 37., 34, 293(297). などがある。

(5) Hueck, a. a. O., S. 313. 参照。ちなみにBGB七〇五条(組合規定)には、組合債務に関する組合員の責任についての規定はない。そしてこの組合の法的性質上、組合員の責任は組合債務と不可分のもの(但し、債権者との合意があれば組合員の責任を排除するものはある)と考える方がよい。Flume, a. a. O., S. 327ff. 参照。

(6) Hueck, a. a. O., S. 313.

(7) Hueck, a. a. O., S. 313f. ところでこのように考えた Hueck の創始にかかるとどうわけではない。たとえは Wach, a. a. O., S. 526. 参照。

(8) Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, (1928) 2. 3. Aufl. S. 205. の主張するところである。なお参照できなかったが、Wieland (Handelsrecht I) の同様の主張をとりよる (Flume, a. a. O., S. 302f.)。判例としては RGZ 30, 33 (35) が社員の責任を「連帯、無限の責任ではなく、会社債務のための Garantieverpflichtung であると判示しているが同旨である。なお社員の責任の性質を右のように考える見解が必ずしも合名会社の法的性質論との関連性を有するものではないことを Müller-Erzbach が非法人説に与するものであるのに対して、Wieland は法人説に与するものであることが物語っている。

(9) Hueck, a. a. O., S. 314f. 社員の責任が何故認められるのかの問題と社員の責任の性質および内容如何の問題とは同一の問題ではない。しかし両者は密接な関連性を持っている。本稿では前者の問題につき Hueck をしてライッの学説を代表せしめたが、後者も看過しなくてはならない問題である。そこで次にこの問題につき大抵はな学説の概観を試みる。

(一) 会社債務と社員債務 (HGB 一二八条) との同一性 (Identität) を認める立場 (従って会社債務と社員債務とは常に併存しない) から、社員の責任内容は会社債務の内容 (それが金銭債務であろうと物の給付債務 (Sachleistung) であろうと不作爲債務 (Unterlassungspflicht) であろうと同一) と同一であると見る見解(たとえば Schlegelberger, HGB II, 4. Aufl. (1965) §128 Anm. 2. Z. 1.)。

(二) 会社債務と社員の責任の関係は主従 (Haupt-Neben) 関係であり、社員の責任内容は、会社に要求される本来の履行 (die Erfüllung in natura) ではなく単にその利益のうちの責任を負うとする見解 (中には Wieland 最近では R. Fischer, Großkommentar, Zweiter Band, 1. Halbband (1971) §128 Anm. 9ff. S. 289ff.)。

(三) 同一性原則に反対しつつ(蓋し付従する義務は本来の義務と対等関係に立たないがゆえに)、作為ないし不作為債務については原則として社員は債権者に直接の義務を負わないが、物の給付についてはそれが自己の所有に属するものであっても本来の履行の義務を負うとする見解 (Flume, a. a. O., S. 298ff.) などに分れている。

なお社員の責任の性質、内容が合名会社の法的性質と論理的関連性を有するかにつき Hueck は肯定的傾向を示し、Flume は肯定的傾向を示している。この問題につき否定的傾向を示した判例があるのでここで紹介しておく。BGHZ 23, 302 である。事案は、作為義務に関するものであり、次のとおりである。債権者たる原告は、原告の事務計算 (Rechnungslegung) をひき受けた、夫と妻とから成る合名会社がその計算義務を履行しないため、当該合名会社自体ではなく、社員たる夫を被告として義務の履行を求めて訴えを提起した。BGH は、会社の負う義務をそのまま社員もまた負うかどうかの判断は、合名会社の性質如何にかかるとしてではなく、HGB 一二八条によって生じる社員の責任の意味如何にかかるとする。そして同条の意味は、合名会社には債権者の利益となる会社財産の充実、維持の規定がないため、債権を確実ならしめるという債権者の利益を保護する必要がある、そのため社員の責任を認めたところにある。このことは同時に信用能力を高められる合名会社の利益になる。さらに HGB 一二八条の解釈の際、個々の社員の保護利益 (Schutzinteresse) が顧慮されるべきである。すなわち社員は債権者の担保利益 (Sicherungsinteresse) なし信用能力維持にのみとなく会社の利益と一致する限りにおいてのみ自己の私的関係に入り込まれることを許容するのである (既に RGZ 136, 270. の判示するところであった)。そこで右の諸利益を考量して、社員に対し債務の履行を直接請求することができるかどうかを判断されるべきであり、社員が単に補充的に金銭債務を負うと解すべきときは、まず社員のみを相手として請求することはできないと判示した。もっとも本件の結論としては債権者の請求を認容した。

- (10) この分離を表明する判例としては、RGZ 136, 266. があつた。
- (11) Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit (1963) S. 179f. Fabricius は Silberschmidt の説を引用して、ある経済団体の権利能力は、外部に対する十分な責任の基礎と社員の有限責任が存在すること、とりわけ前者に依存すると主張している。なお Silberschmidt, Gewerkschaft, Gesellschaft, Juristische Person, Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 11. (1917/8) S. 239f. 参照。

- (12) Kohler, Substanzrecht und Wertrecht, AcP Bd. 91. (1901) S. 204ff. など同じく法人説に立つ Wieland もまた社員の責任を保証人 (Bürge) のそれとみるようである (Flume, a. a. O., S. 302. 参照)。

- (12) Lehmann, a. a. O., S. 465.
- (14) Kohler, Nochmals die offene Handelsgesellschaft als juristische Person, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 40 S. 229ff. (insbes. 248).
- (15) この疑問は第四章でもう一度を詳しく触れるつもりである。
- (16) Wieland の主張ないしそれに対する批判としては Flume, a. a. O., S. 302. 参照。
- (17) Schlegelberger, Handelsgesetzbuch II, 4. Aufl. (1965) S. 1138., BGHZ 47. 379.
- (18) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, (1901) S. 27., Kuttner, Privatrechtliche Nebenwirkungen der Zivilurteile, (1908) S. 100., Güldenagel, JW 1928. 2612 Fn. 2. など。Güldenagel は会社債務と社員債務の単一性 (Einheitlichkeit) を認めながらも、社員と会社の連帯債務関係を肯定している。しかも両者は原則として同等の負担部分を有するとする。たとえば社員が二人の合名会社であれば、会社と各々の社員がそれぞれ三分の一の負担部分を持つとする。
- (19) Düringer-Hachenburg, a. a. O., §128 Anm. 5 und 12. S. 704., Schlegelberger, a. a. O., S. 1138., RG JW 1928. 2612. など。
- (20) Hueck, a. a. O., S. 320f.
- (21) Kötter, 但し Flume, a. a. O., S. 286. による。
- (22) Flume, a. a. O., S. 286f.
- (23) Hueck, a. a. O., S. 321., Schlegelberger, a. a. O., S. 1138. も同様の結論に達している。しかしその理由は、かかる免責は責任領域 (Haftungsbereich) において OHG をその義務から解放するものであるところにある。Buchner, Gesellschaftschuld und Gesellschaftersschuld, JZ 1968.622. も同旨。また同旨の判例としてはしばしば引用される RG JW 1928. 2612. は債権者・会社間の債務免除契約の脱退社員に対する効力が問題となった事実で、通常の社員に対する効力如何の問題との間には微妙なずれがある。ちなみに Schlegelberger (a. a. O., S. 1143.) は脱退社員に対する効力如何の問題を通常の社員に対する効力と区別して取り扱い、両者では結論を異にしている。
- (24) Flechtheim, JW 1929. 577., BGHZ 47. 379 (WM 1967. 680). 後者判例は本文のような契約が締結された場合、留保部分のみならず免除契約全体が無効になるとして債権者を保護した。Flume (a. a. O., S. 293.) もかかる免除契約は無効であると

するが、その根拠はHGB一二九条の規定によるまでもなく、社員の責任の付従的性格にあるとする。BGH, IZ67, 575.

なお当該社員の同意がある場合にはかかる免除契約の有効であることはいうまでもない (BGH WPM 75, 974.)。また社員に対する免除は会社に影響を及ぼすことはない (BGH BB 71, 975.)。

(25) ちなみに、わが国においてもいわゆる相対的免除契約の効力については争いがあり、求償による循環を避けるべきであるとして、このような契約の効力を否定する立場がある (注釈民法(四)一九七〇年 四三七条Ⅲ権解説、九四頁以下参照)。

(26) Hueck, a. a. O., S. 321., BGHZ 39, 323. もっとも退社社員についてはBGB四二六条が適用されるとする。

(27) Flume, a. a. O., S. 297.

第三章 準備作業としての訴訟法的考察——ドイツ法——

第一節 当事者能力をめぐる諸問題

一 ある者(人および団体)に当事者能力が認められるか否かの問題は、その者に権利能力が認められるか否かの問題に還元される(ZPO五〇条一項⁽¹⁾)。合名会社に権利能力が認められるか否かについては争いのあるところである(第二章第一節参照)。従って合名会社の当事者能力をめぐるも同様の争いが見られる。

当事者能力をめぐる諸問題を解決するにあたっての解釈の傾向としては、まず合名会社の法的性質を決め、その後その性質からの演繹により諸問題の解決にあたらうとするものがある。すなわち合名会社非法人説からは次のような主張がなされている。合名会社訴訟において当事者能力を持つ者は権利能力を持つ者でなければならない。しかるに合名会社は法人格を持たないのであるから独立した法主体であるということとはできない。つまり合名会社は権利能力を持たな

い。従つて合名会社の商号の下に進行される訴訟の主体は社員（の総体）以外のなものでもない。⁽²⁾

このような非法人説の主張に対しては、もし右のように考えるならば手続上の疑問が生じるといわれている。すなわち訴訟当事者はいつの時点をもつて決定するのか。もしこれを訴え提起時の社員と解するならば、訴訟係属中に退社した社員も、訴え提起時に社員であったのであれば、尋問を受けるときは当事者尋問の手続きによるのか。また訴訟係属中に入社した者は当事者とはならないのか。訴訟係属中の社員の交替は当事者の変更として扱うことになるのか。また会社と社員の共同訴訟あるいは会社訴訟に社員が補助参加することも許されないことになりはしまいか。

以上のような疑問に妥当な解決を与えるためには、合名会社自体を訴訟主体と把握すべきである。そしてその把握に至るためにはまず実体法上の態度決定をする必要がある。それは合名会社に法人格を認めることである。このようにして合名会社法人説から合名会社に当事者能力を肯定すべきであるとの主張がある。⁽³⁾

さらに合名会社法人説、非法人説の対立の中で、その解消を試みて、社員の共同体こそが合名会社の商号の下に表象される法主体であり、これに権利能力ないし当事者能力が帰属するという Jaeger の主張があつた。⁽⁴⁾ この Jaeger の説は右に掲げた法人説からの非法人説に対する批判にこたえるべく提出された第三の道であつた。⁽⁵⁾ 従つて、一応は、非法人説に与しながらも、この説による合名会社と社員の訴訟上の地位関係はむしろ法人説による帰結と一致している。

ところで第二章第一節において見たように、右に挙げた法人説、非法人説ならびに Jaeger 説はいずれも合名会社の法的性質をまず決めて、すべての結論をそこから演繹的にひき出すという解釈態度をとっていた。しかしこのような解釈態度自体を批判する立場が権利能力をめぐる議論の中から登場した。⁽⁶⁾ すなわち合名会社の法的性質をまず決めて、その後具体的問題の解決を演繹によってひき出すのではなく、合名会社について問題が生じるそれぞれの局面においてふさわしい解決方法を探り出そうとするものである。このような提唱は手続法上の諸問題を解決する場合においても、

従来 of 解釈態度に反省を迫るに至っている。そこで以下において、いくつかの手続的問題をとりあげて、訴訟における合名会社と社員の地位関係を検討することにする。

二 具体的諸問題

(1) 訴訟係属の抗弁

債権者が合名会社に対して会社債務の履行を求めて訴えを提起して訴訟係属中、社員に対しても同一の債務の履行を求めて訴訟を提起したという場合、社員は会社が持つ訴訟係属の抗弁をもって債権者に対抗することが許されるか。

この問題については右抗弁を認めることにつき肯定説と否定説に分れている。

まず肯定説の論拠を挙げてみよう。合名会社はその商号の下に訴えまたは訴えられることが認められている。しかし合名会社は法人ではなく、社員とは異別の存在ではない。従って実体法上会社債務は社員の債務とは異なるものではない。両者は一個の債務のために二つの責任が存するという関係にある。そこで訴訟法上、合名会社が訴えまたは訴えられるとき、訴訟当事者は社員自身にほかならない。会社債務の存否に関する訴訟の判決は社員に対しても既判力を及ぼす（HGB 一二九条一項）。すなわち社員は、債権者の請求に対し、既に会社判決が存在する場合、既判力の抗弁をもって対抗することができる。しからば訴訟係属の抗弁もまた彼に帰属しなければならぬ。さもなければ後に既判力の抵触が起り、また社員に二重の労力と費用の負担をかけることになる。⁽¹⁾

ところで、繰り返しになるが、ドイツにおいては債権者と会社ならびに社員（の債務）をめぐる実体法関係をどのように把握するかについては説が分れている。債務は一個で責任が二個（会社財産と社員の個人財産）と考える説、債務と責任ともに二個存するとする説、さらに会社と社員とは別個の存在であるが社員は会社債務のために責任のみを負うとする説（Flume）などである。第一説によれば、債権者の会社に対する請求と社員に対する請求とは同一訴訟物で

あることになり、第二説ないし第三説では訴訟物は異なることになる。前述した、社員に訴訟係属の抗弁を認める立場は前説に立っている。しかしこの説に対しては次のような疑問がある。第一に、この説によっても社員に対する訴訟の判決の既判力は会社には及ばないが、会社に対する訴訟の判決の既判力は社員に及ぶと解されており、一個の訴訟物に關して債権者が会社と社員のいずれを相手とするかにより、判決の効力關係について右の違いが出てくる。第二に、債権者が会社を相手とするか社員を相手とするかにより、攻撃防禦方法が異なる。すなわち会社を相手とする場合、会社は社員に帰属する防禦方法をもって債権者に対抗することはできないが、社員は会社に帰属する防禦方法をもって債権者に対抗することができる（HGB 一二九条）という關係をどのように説明するのか。第三に、債権者は会社に対する有責判決によって社員の個人財産に執行することはできない（HGB 一二九条四項）し、また、異論もあるが、たとえ社員全員に対する有責判決を得てもそれをもって会社財産に執行することはできない（HGB 一二四条二項、cf. ZPO 七三六条）との關係をどのように説明するのか。第四に、以上のことからもし会社訴訟と社員訴訟の同時提起（共同訴訟ではない）が二重起訴にあたるとすれば、一方で、債権者は会社に対する訴訟係属中、会社の資力に問題があることがわかって、会社に対する訴訟が終了しなければ社員に対して訴訟を提起することができないというのは、これを俟っていたのでは社員の財産的基礎が危うくなるなどの状態にあるときは特に、不都合が生じる。他方、社員としても会社判決の既判力は自分に及ぶのであるから、これをくい止めるため、自ら参加の手段をとるまでもなく、債権者の訴え提起に応じて会社債務の存否を争うことができることが便利である。しかし二重起訴としてこれが禁止されればこれらは当然認められない。⁽⁸⁾

以上のような不都合は避けるべきであるとの考えがドイツでは圧倒的に強い⁽⁹⁾。そこで法人説はもちろん非法人説の立場からも、会社訴訟における当事者は社員であるという命題からの演繹論はせずに、あるいは合名会社に対する訴訟は

社員に対する訴訟とは法的に異なるものである⁽¹⁰⁾、とか、あるいは会社と社員とで責任財産が異別である以上は、たとえ両者が負う債務は単一であっても両者に対する請求は同一のものではない⁽¹¹⁾、などの理由により訴訟係属の抗弁を否定するのが通説である⁽¹²⁾。

(2) HGB 一二四条の解釈をめぐって

HGB 一二四条一項には「合名会社ハ其ノ商号ニ於テ……裁判所ニ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得」と規定され、また同条二項には「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」と規定されている。

ところでHGB 一二四条一項について、Düringer-Hachenburg は次のように主張している。「この法文は本来、必要なものであった。既に一七条二項が『商人ハ商号ニ依リテ訴ヘ又ハ訴ヘラルルコトヲ得』と規定しているからである⁽¹³⁾」。

総則規定は確かに、HGB 六条⁽¹⁴⁾によって、会社規定に適用される。しかし商人がその個人名で訴えまたは訴えられることができ、またその商号で訴えまたは訴えられることもできるように、合名会社も社員全員の名で訴えまたは訴えられることができ、また会社の商号で訴えまたは訴えられることもできる、従ってその選択は債権者あるいは代理権を有する社員に委ねられている、と解すべきか、それとも合名会社はその商号でのみ訴えまたは訴えられると解すべきか、換言すれば、本条一項が文字通り *Kann*-規定であるか、*Muss*-規定と解されるべきかは争いのあるところである。

Düringer-Hachenburg がHGB 一二四条一項を無駄な、不必要な規定であるとする根拠は、合名会社の商号は社員を包括的に表わす手段であり、会社訴訟における当事者はそれゆえ、社員自体以外のなものでもない、従って社員⁽¹⁵⁾の集合を表わすために商号を使用することの意味は取引行為ならびに訴訟追行を形式的に容易ならしめることである、というところにある。このような考え方はHGB 一二四条一項についての立法者の意思と合致する⁽¹⁶⁾。

右のような考え方に對しては、HGB一二四条二項との關係において整合的に解釈することが可能であるかとの疑問が呈示されている。⁽¹⁷⁾ すなわち債権者が会社に対して給付請求をする場合には、会社財産からの強制執行可能性がその請求を担保するが、会社財産に対する強制執行は会社に対する債務名義を必要とする。社員に對する債務名義を有しているときは、たとえそれが社員全員に對する給付判決であるとしても、会社に對して既判力を及ぼすことはなく、会社財産に對する執行を可能にするわけでもない。従つて会社財産からの強制執行を旨指すのであれば、債権者は常に会社の商号によつて訴えなければならぬ、と。この考え方によればHGB一二四条一項は、同一七条二項とは異なり、*num-*規定であることになる。⁽¹⁸⁾

いずれかといへば後説が有力であると言ふことができる。しかし近時は、HGB一二四条一項を文字通り *Kann-*規定と解しながら、合名会社に法主体性 (*Rechtssubjektivität*) を与えつつもそれは他人の権利を自己 (合名会社) の名において行使することを認めるにとどまり——この現象を法律上の権利担当 (*gesetzliche Rechtsstandschaft*) と呼ぶ——権利義務の帰属主体はあくまでも社員の合手的共同体 (*die Gesellschafter zur gesamten Hand*) であるとする主張がある。⁽¹⁹⁾ この説は前者の変形と評価することができよう。しかしこの説とても、根本的な問題として、なにゆゑに社員全員に對する訴えが、会社に對する訴えと同一視され、その判決の効力が会社に及ぶのかを明らかにするものではないように思われる。⁽²⁰⁾

(3) 尋問形態

合名会社訴訟において社員を尋問する場合、訴訟追行のために代理権を有する社員につきこれを当事者尋問の方法で行うべきであることは疑いないが、訴訟追行のために代理権を有しない社員の尋問は、当事者尋問の方法により行うべきか、証人尋問の方法により行うべきかについては争いがある。

RGの一貫した立場としては、代理権を有しない社員を証人として尋問することはできないとする立場がとられている。⁽²¹⁾ その根拠は、合名会社の法人格が否定される結果、代理権を有しない者も含めて社員全体が当事者であるということにある。

これに対して Jaeger は彼独自の合名会社性質論から、代理権を有しない個々の社員は訴訟当事者ではないとして、その者の証人能力を認めている。⁽²²⁾

しかし以上の見解に対しては、この問題の解答を合名会社の法的性質からひき出すという方法をとるのではなく、証拠法独自の理念(実体的真実の探究)ないし各個の規定の目的からこれを導き出すべきであるとの主張がある。

Hueck は、RGの立場は代理権を有しない社員の知識をおよそ一般的に訴訟における真実発見の手段として使うことはできないという結果につながるものであって不当であると批判しながらも、結局この問題の解決にとって決定的に重要なのは、社員が実体法上係争権利義務の担い手であるか否かの点であり、この点において代理権を有する社員と有しない社員とで違いはないから、後者もまた当事者尋問の規定に服するとする。⁽²³⁾

また Fischer によれば、代理権を有しない社員は会社訴訟において証人として尋問を受けるべきか、当事者として尋問を受けるべきかの問題に答えるに際しては、今日の訴訟法における証人尋問あるいは当事者尋問の特殊性ないしその相違に照準をあて、さらに合名会社訴訟においてはこの両方の証拠方法にどのような特殊な関係があるかを吟味すべきである。そしてこれを吟味するときにはまず ZPO 一四一条による当事者の聴取 (Anhörung) から出発すべきである。この聴取はなんら証拠方法となるわけではなく、それは当事者の陳述の矛盾、不明確を取り除き、陳述を補完することに寄与するものである。このような当事者聴取は代理権を有する社員に対してのみ行われる。それは訴訟追行過程における一つの行為だからである。代理権を有しない社員には会社訴訟の追行に影響する行為を行う権利がない。この

ZPO一四一条の解釈はZPO四四五条以上による当事者尋問のためにも単に代理権を有する社員のみが考慮されるべきであるとの結論を示唆する。この帰結は当事者尋問と証人尋問との間に存する本質的相違を考えてみればその確証が得られる。証人尋問とは異なり、当事者には陳述義務がなく、尋問のために設定された期日に出頭することも強制されない。その限りで当事者尋問は一つの証拠方法であるにとどまらず、同時に手続的処分行為でもある。かような手続的処分行為を代理権を有しない社員に委ねることは不可能である。会社訴訟においては訴訟追行の職責はいつに代理権ある社員に任されているからである。従って当事者尋問手続によるべきは代理権を有する社員についてのみであり、他は証人尋問手続によるべきである、とされている。⁽²⁴⁾

(4) 会社訴訟係属中の会社の消滅

合名会社訴訟の係属中に合名会社が消滅(Vollbeendigung)した場合、手続上どのように取り扱われるか。

判例ならびに学説の多数は次のように主張している。会社訴訟における当事者は、総体としての、あるいは会社の商号の下に包括される社員である。従って会社が訴訟係属中に消滅した場合、会社の商号の下における包括が解かれるだけであって、直ちに個々の社員が当事者となる。実際には会社の消滅の以前から社員が当事者であったからである。⁽²⁵⁾このようにして訴訟は会社の消滅にかかわらず、社員に対する訴訟として続行する。その際職権で当事者の表示が訂正されるべきである。これによってHGB一二四条にもとづく債権者の訴訟はHGB一二八条による訴えとして続行される。

しかしこのような考え方に対しては批判がある。すなわち、判例、多数説は合名会社の商号の下で行われる訴訟の当事者は社員にほかならないから、会社が消滅しても社員に対する訴訟として続行されるとするが、これは訴えの変更にはかならない。会社に対する訴えないし判決は社員に対する訴えないし判決とは法的に別個のものであるからである。

もしそのように解さなければ非常に不当な結果となる。判例が認めている会社と社員との共同訴訟あるいは社員の会社訴訟への補助参加を理論上認める余地がなくなるであろうし、また会社に対する訴訟と平行して他の裁判所に社員に対する訴訟が係属しているときに会社が消滅した場合、社員に対する訴訟との関係がどうなるかも疑問である。さらに会社財産と社員財産は截然と区別されており、前者に対する執行を可能にする債務名義で後者に執行する道を法規（HG B一二九条四項）は閉ざしているのに、職権による当事者の表示の訂正でこれを可能にする道を開くことは妥当ではない。また学説の中には会社に対する請求と社員に対する請求とは別個であることを認めながら、職権による当事者変更を許す⁽²⁹⁾と解するものがあるが、そのようなことを許す法規上の根拠は存在しない、などである。

しかし右に掲げた理由により、会社に対する訴訟が会社終了後は社員に対する訴訟として続行されることを否定する説も、それでは訴訟係属中の会社消滅の場合、どのような処置がとられるべきかという段になると意見が分れている。

まず会社の消滅によりその時点で係属していた訴訟が終了するとする見解がある⁽³⁰⁾。この見解に対しては、ZPO二六五条の根底にある思想すなわち当事者は一方的に公法的関係である訴訟関係から脱け出ることとは許されないとの思想に抵触する。従って会社の代理人が会社の消滅を意図して行行行為は、たとえ民法的には有効であるとしても、訴訟手続に影響を与えることはない、との批判がある。

そこで右の批判にもとづいて、会社は、ZPO二六五条が直接に適用になる場合と同様に、存続するものとして通用し、判決は会社に対して有効に宣告され、送達も会社に対して行われるとする説⁽³¹⁾がある。

しかしこれに対しては、債権者の訴訟追行の目的を貫徹させるために会社が存続すると擬制するための実体法上、訴訟法上の十分な根拠に欠けるとして、あくまでも会社の消滅により、訴訟の続行は不可能となったと解すべきであるとしながらも、それまでの債権者の努力は無駄にしないという必要はあるのであって、そのためには、判例のように会社

訴訟から社員訴訟への当然の移行を認めるという方法ではなく、債権者からの申立をまづ訴えの変更を認めるべきであり、他方社員としてもその後の訴訟過程において自己固有の抗弁を提出することができるわけであるから、右のように解したとしても社員の保護に欠けるわけではない、との主張がある。⁽³²⁾

三 小括

以上に見てきたように判例（特にRGの判例）およびいくつかの学説に見られる、合名会社の法的性格をまず決めておいてそこから具体的問題を解決しようという解釈態度は必ずしも大方の支持を得ているわけではない。むしろ合名会社の法的性格からの演繹によるのではなく、解決を迫られている具体的問題に適用される条文ないし命題の目的に則した解決により、妥当な解決を探ろうとする態度が近時は有力であるように思われる。このことは合名会社に法人格を認めているわが国において、合名会社をめぐる諸問題を解決する際に、法人格を否定するのが通説、判例であるドイツの議論を参考にすることによって、法人格の有無の相違が決定的な妨げとなるものではないことを示唆するものである。

(1) 権利能力ヲ有スル者ハ当事者能力ヲ有ス。

(2) 合名会社に関するRG（ライヒスゲリヒト）の判例を繙くとき、多くの判例が本文に述べた命題を出発点としていることに気づく。たとえばRGZ 3, 57, 17, 367, 35, 389, 45, 341, 49, 343, 141, 280など。もともとその中において、合名会社は法人格を持たないことを前提としながらも、「経済的必要性ないし取引の安全のために多くの関係において、（合名会社に——筆者）法人と同様の独立性が与えられるべきであり、特に会社訴訟においてその必要がある。」と判示する判例（RGZ 102, 302）や、「合名会社は確かに法人ではないが、それにもかかわらず社員の個人財産から区別される会社財産の担い手であり、かようなものとして固有の権利が与えられている。」と判示する判例（RGZ 136, 270）がある（但し、これらの判例が合名会社の手続上の地位を实体法上の法的性質に依存せしめない立場（Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung 19. Aufl. (1964) S.317）に立つものか否かは明確ではない）。

- な合名会社訴訟における当事者は社員ではないと主張する学説として、Düringer-Hachenburg, a. O., S. 655 §124 Anm. 6, Schlegelberger, a. O., S. 1105 §124 Anm. 9, Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch (1910) S. 168 §124 Anm. 2 などがある。
- (3) Eccius, Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Prozeßpartei, ZHR 32: 1ff (1886). 以下の説は特に手続法上の個々の問題から帰納的に合名会社法人説を導き出したと評価すべきものかもしれない。
- (4) Jaeger, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozesse, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Rudolph Sohm zum 8. Juli 1914 なお拙稿、北大法学論集、第三二巻、第三・四合併号、上巻、三二九頁以下参照。
- (5) vgl. Lehmann, ZHR 78, S. 306.
- (6) 拙稿、前掲、三三五頁参照。さうして指摘した Hueck (a. a. O., S. 331ff.) には既にこのような問題意識を持った上での訴訟上の問題についての叙述がある。むしろこの問題意識を明確に表明して訴訟上の局面の考察を行った論稿として、Fischer, Die Personalhandels-gesellschaft im Prozeß, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zum 80. Geburtstag (1958) S. 75ff. がある。
- (7) RGZ 49, 343. もっとも本文判示部分傍論である。事案の解決としては、一方の訴訟がチリ国において係属していたという関係からいわゆる相互主義 (ZPO 三二八条一項五号) に欠けるとして、訴訟係属の抗弁を否定した。ところで右判決は Wach (a. a. O., S. 523ff.) によるところが大きいが、Wach はある意味では、合名会社の法的性質からの論理的演繹による解決を徹底して主張したものと評価することができる。すなわち合名会社の法人格が否定されるのであれば、合名会社とはすなわち個々の社員の集合にはかならないとの認識に立って、会社訴訟が係属中社員に対する訴訟が提起されたならば、社員に訴訟係属中の抗弁が帰属しなければならぬと主張する。もっとも Wach の論述の総合的評価からすれば(後述)、右の主張は Wach においては傍論であるといえることができる。
- (8) 訴訟係属については、一九七七年の ZPO 改正以前においては、被告からの抗弁事由であるかのような規定を置いていた (ZPO 二六三条二項一号)。しかし、学説は規定の体裁にかかわらず、これを職権調査事項と解していた (Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht 11. Aufl. (1974) §101 III 1. S. 520)。一九七七年の改正により「相手方へ裁判所係属ノ抗弁ヲ提出スルコトヲ得」という法文が削除され、職権調査事項である旨を条文上 (ZPO 二六一条三項一号) も明らかにした (Rosenberg/Schwab,

a. a. O., 12. Aufl. (1977) S.540)°

(6) 本文はあくまでも訴訟係属の抗弁肯定説と同様の実体法関係に立っての肯定説に対する批判である。これに対し債務も二個あるとの立場から、会社と社員を肯定説のように同一当事者と解すれば、会社の社員に対する、あるいは社員の会社に対する訴訟も不適法にはしないかの疑問が提起されている(なお Jaeger, a. a. O., S.41によれば右の訴訟を不適法とする RG の判決があるとのことであるが、Jaeger の掲げた典拠箇所には該当判決は見あたりになかった)。そしてむしろ多くの判例は会社の社員に対する訴訟を適法としうる。ROHG 25.158, RGZ 36.10, RG LZ 1914.1030 Nr5, RGZ 47.16。(おもに会社の清算人から社員に対して貸金の弁済を請求する事例が多い。)

(10) RGZ 36. 139 (141).

(11) Fischer, a. a. O., S. 77.

(12) Düringer-Hachenburg, a. a. O., S. 707 §128 Anm. 8, Schlegelberger, a. a. O., S. 1147§129 Anm. 5, Hueck, a. a. O., S. 326 などがある。

(13) Düringer-Hachenburg, a. a. O., S. 655 §124 Anm. 601.

(14) 商人ニ関スル規定ハ商事会社ニモ亦之ヲ適用ス。

(15) Düringer-Hachenburg, a. a. O., S. 655 §124 Anm. 602.

(16) 拙稿「前掲『三三七頁社(七)』参照」。

(17) Jaeger, a. a. O., S. 9ff.

(18) 同前主張は Fischer, a. a. O., S. 78ff. にも見られる。

(19) Kammerer, Die Rechtsnatur der offenen Handelsgesellschaft, NJW 19. Jahrg. S. 801ff. によればこれは合手的社員が権利義務の担い手となる。しかし法律の文言上からいえば、会社は終極的帰属主体(Zurechnungsendobjekt)として一つの組織された社会的統一体(eine organisierte soziale Einheit)である。このことは、立法者は会社に権利能力を認めず、単に権利行使を自己固有の名を以て行なう Rechtssubjektivität を与えた、ということを意味する。

(20) 周知のように Wach (a. a. O., S. 522ff.) は、いわゆる形式的当事者概念と実質的当事者概念とを区別し、その区別の有効性をあらゆる好個の一例として合名会社訴訟を挙げた。彼によれば合名会社の商号で行われる訴訟においては、当事者は必要的共同

- 訴訟人としての、すべての個々の構成員 (alle einzelnen Mitglieder als Streitgenossenschaft) である。合名会社は形式的のみ当事者であると考えた。この考えは、あるいは Kammerer 説と一脈相通するものであるともしえる。しかしこの考えは Wach の合名会社観に深く根ざしている。すなわち彼は、合名会社は単に個々の社員の Gesamtheit である、と考えた。そして彼は、会社の債権者との関係でいえば、債権者と各個の社員の間の債権債務関係が第一次的に重要であり、各社員が出資した財産からなる会社財産 (Wach はこれが Sondervermögen であるとする) が社員の債務の満足を確保ならしめる担保であると考えた。従ってここでは右のような会社訴訟における判決によって社員の財産ならびに会社財産に対する執行が可能であるのは当然のこととされている。そして Wach のこの主張は HGB 一二四条二項ならびに一二九条四項などが新設された一八七七年 (但し施行は一九〇〇年) の改正前、一八八五年のものであることに注意する必要がある。vgl. Planck, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, (1887) S. 211 Fn. 12.
- (21) RGZ 17, 365, 32, 398, 35, 388, 82, 131 など。もっとも一九三三年の民事訴訟法改正前に認められていた当事者宣誓については、代理権を有する社員のみこの方法によるとしていた (RGZ 45, 341)。
- (22) Jaeger, a. a. O., S. 35f. その性質論については拙稿、前掲、三二九頁参照。
- (23) Hueck, a. a. O., S. 335ff. 本文で述べた根拠のほか Hueck は実際の根拠として、多くの場合会社と並んで社員に対する訴えも提起されることに鑑みて、代理権を有しない社員が偶々訴訟当事者となった場合には当事者尋問により、訴訟当事者とならなかった場合には証人尋問によるというのは正当ではないことを挙げる。
- (24) Fischer, a. a. O., S. 81ff. 同頁(奇説)に Rosenber, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 5. Aufl. (1951) §42 III S. 165 があつた。
- (25) 訴訟係属中に合名会社が解散し、清算手続終了によって商号消滅の登記 (HGB 一五七条) が行われたような場合のこと。なお上柳克郎「合名会社の法人性」商法保険法の諸問題、七頁、「会社法・手形法論集」二二二頁参照。
- (26) RGZ 46, 39 (41), 64, 77 (78), 124, 146 (150), 141, 277 (281).
- (27) Schlegelberger, a. a. O., S. 1111 §124 Anm. 28, Düringer-Hachenburg, a. a. O., S. 660f. §124 Anm. 13 その他文献として、
 1) は Fabricius, a. a. O., S. 167 Fn. 1 参照。
- (28) もっとも判決によって表現方法にヒューブスがある。RGZ 46, 41 は「会社の終了によって当事者としての役割は、共同訴訟人

としての従来の全社員で移行 (übergehen) する。」と表現し、RGZ 124 150 は「会社の終了とともに、直ちに会社に替わって (an deren Stelle) 社員が活動する……。」と表現する。その RGZ 141. 281 は「消滅以前に会社の商号の下で包括的に訴訟進行していた当事者たる社員は、その後も当事者として残る (bleiben)。」とする。その表現にはかような微妙な相違があるが、意味するところにはそれはどの違ひはなうであらう。vgl. Fischer, a. a. O., S. 86.

(23) Düringer-Hachenburg, a. a. O., S. 663 § 124 Anm. 17.

(30) Schaefer, Thiele, Wilmowski-Lewy など。但し Jaeger, a. a. O., S. 56f. からの孫引である。

(13) Jaeger, a. a. O., S. 57, Rosenberg-Schwab 12. Aufl., a. a. O., S. 211f. §43 III 2, Fabricius, a. a. O., S. 172.

(23) Fischer, a. a. O., S. 85ff. など Fischer によれば ZPO 二六五条は Jaeger らの解するように広く解釈すべきでない。広く解するならば、結局包括承継の場合もこれに含まれてしまうからである。しかしそれを含めることは ZPO 二六五条の趣旨に反する、とされる。ところで Fischer 説によれば、第二審口頭弁論終結後に会社が消滅したという場合には、どのような処理がなされるべきかの問題が残る。これにつき Fischer は右の事実が上告審段階でわかれば、原判決を破棄して事件を控訴審に差し戻すべきであるとす。

第二節 訴訟形態

一 合名会社の債権者が合名会社とその社員双方に対して訴えを提起する場合、その訴訟形態は通常共同訴訟であるか、必要的共同訴訟であるか (合一確定の必要があるか)。また、合名会社が訴えまたは訴えられている訴訟に社員が補助参加することができるか、できるとすればその参加の態様は通常の補助参加であるか、共同訴訟的補助参加であるか、などが本節で論じられる問題である。

本章第一節で見たように、合名会社訴訟の当事者は誰であるのかについては考え方が分れているところであった。当事者は総体としての社員にほかならないとして、会社訴訟係属中の社員に対する訴訟提起は二重起訴になるとした RG

の判例⁽³³⁾があつた。このような立場からすれば理論上、会社と社員の共同訴訟も、会社訴訟への社員の補助参加も（訴訟当事者自身が同時に参加人となることはできないから）認められないことになるはずである。しかし後に見るように共同訴訟ないし補助参加が問題となる局面においては、R Gの判例に支配的である、「会社訴訟における当事者は社員にほかならない」との見解はなりをひそめ、会社と社員とは手続法上別個の地位を有するとの判示がなされている⁽³⁴⁾。そして他の判例および学説の中に、会社と社員の共同訴訟ないし会社訴訟への社員の参加を否定する見解は見あたらない。このことはとりもなおさず、共同訴訟ないし補助参加の問題を論じる際には、ドイツにおいては、その可能性を論じる必要はないことを意味している。そこで本節においては問題を専ら共同訴訟ないし補助参加の形態に局限して述べることにする。

ところで訴訟形態の問題は判決の効力と密接な関連を有する問題であり、あるいは先決問題として判決効の問題を論じた後に、この問題を論じるほうが順序としては適當であるかもしれない。しかし本稿においては、合名会社と社員の手続上の関係をできるだけ明らかにした上で判決効の問題に入りたいという意図から、この問題をも判決効を論じるための準備的考察の一つに加えることにしたい。

二 共同訴訟形態

合名会社と社員の共同訴訟が許されると解する場合、その共同訴訟の態様は通常共同訴訟であるのか、必要的共同訴訟であるのかの問題について、ドイツでは争いがある。

必要的共同訴訟は、Z P O 六二条一項によれば「争ニ係ル権利関係ガ共同訴訟人ノ全員ニ対シ合一ニノミ確定セラルルコトヲ得ル場合又ハ共同訴訟ガ他ノ理由ニ因リ必要的ナル場合」に認められる。後段はいわゆる訴訟共同の必要を規定したものであり、合名会社との関連でいえば、合名会社解散の訴え（H G B 一三三条）は、一人または数人の社員に

よる訴え提起で足りるが、被告となるのは解散に反対すると否とにかかわらず他の総社員であるから、この場合には訴訟共同を必要とする。また社員除名の訴え（HGB一四〇条）は他のすべての社員の共同を必要とするから、この場合もまた訴訟共同の必要がある。業務執行権の剥奪（HGB一一七条）や社員の代表権の剥奪（HGB一二七条）なども同様である。⁽³⁵⁾しかし合名会社の債権者が会社債務につき会社と社員の両方に同時に訴えを提起する場合には訴訟共同の必要がないことは明らかである。そこでZPO六二条一項前段の適用があるか否かがここでの専らの問題である。

債権者と合名会社・社員間の訴訟で判決の統一が必要であるとはいえない場合がある。特定の社員だけが期限の猶予を受けたりするなど固有の抗弁が特定の社員に帰属する場合があるからである。そこで必要共同訴訟を肯定する立場も社員に固有の抗弁が帰属しないという留保を付したうえでこれを認めている。この必要共同訴訟につき判例、⁽³⁶⁾学説とも肯定説と否定説があい拮抗している。

肯定説は、訴訟があい前後して（*Nacheinander*）行われる場合に前訴の既判力が後訴に及ぶのであれば、訴訟が同時に（*Nebeneinander*）行われる場合には必要共同訴訟となるとの定式⁽³⁸⁾をここに適用して、合名会社が受ける判決の既判力が社員に及ぶのであるから、合名会社と社員とが共同訴訟人となる場合は必要共同訴訟であると説明する。もつとも前述のように社員に固有の人的抗弁が帰属する場合が考えられる。そしてその限りにおいては判決の統一は達成されない。そこで社員に固有の抗弁が帰属し、これを社員が提出しない限りでZPO六二条が適用になるとする。

これに対して否定説は次のように主張している。右のように留保付で必要共同訴訟を認めるといふのでは、社員の訴訟における態度次第で訴訟形態が左右されることになり、手続が不安定になってしまう。これを安定させるためには、社員に固有の抗弁が帰属する可能性がある以上、通常共同訴訟形態がとられるべきである、と。

以上が肯定説、否定説の議論の概観である。ところでZPO六二条一項前段の要件は「争ニ係ル権利關係が共同訴訟

人ノ全員ニ対シ合一ニノミ確定セラルルコトヲ得ル場合」と規定されている。前訴判決の既判力が後訴に及ぶ場合には統一した判決が法律上必要になると通常解されているが、前訴判決の既判力が後訴に及ぶという場合、既判力の効果としてどのような内容の効果が後訴に及ぶのかについては説の分れるところである。たとえば、A. Blomeyer は「民事法 (Zivilrecht) による既判力の拡張」を認めるのであるが、その際、既判力の効果は後訴の訴訟物自体ではなく、その先決問題（たとえば保証債務に対する主たる債務関係）に及ぶとする。⁽³⁹⁾これに対して Schwab は、既判力の効果は後訴においてその訴えを不適法却下する作用を通常は持つはずであるとして、先決関係にのみその効果があらわれるとすれば、それはもはや既判力拡張の効果としてではないと主張する。⁽⁴⁰⁾そこで既判力拡張の効果の及ぶ範囲の中に Blomeyer の挙げる事例をも含めるとすれば、前者の既判力が後訴に及ぶからといって直ちに判決の統一の必要が存するということにはならない。そこで右のような既判力の作用をめぐる議論が共同訴訟形態をめぐる議論とどのように関連するのかが問題となる。そしてこの点の解明は、合名会社と社員とがいかなる態様の共同訴訟として取り扱われるかの問題にあって必須のものである。

Rosenberg によれば、「争ニ係ル権利関係が共同訴訟人ノ全員ニ対シ合一ニノミ確定セラルルコトヲ得ル場合」という規定の意味するところは、第一に、本案の裁判が合一に行われなければならないということであり、その結果、一人の共同訴訟人のまたはこれに対する訴えの不適法却下 (die Abweisung der Klage als unzulässig) が他の共同訴訟人の訴えを不適法却下するということではないこと。第二に、その意味するところは、基準となる権利関係が、裁判ないし既判力の対象を形成する権利関係であって、先決的権利関係ではないということであるとする。⁽⁴¹⁾

ところで債権者・社員間の訴訟において会社債務の存否の問題は訴訟物自体の問題であるか、先決関係をなす問題であるかについては論者の認識にずれがあり、これが事態を一層複雑にしている。今これをまとめてみると、(1) 会社訴訟

と社員訴訟では訴訟物が同一であり、かつ必要的共同訴訟である。(2)訴訟物は同一だが必要的共同訴訟ではない。(3)訴訟物は異なる(先決・後決関係)が、必要的共同訴訟である。(4)訴訟物は異なるし、必要的共同訴訟ではない。

右の Rosenberg のたてたテーゼからいえば(3)説は採り得ないから、彼は(1)説に立つということであろう。(2)説は Schwab の主張するところであり、(3)説は Blomeyer の立場である。(4)説を明確に表明するものは見あたらなかった。以上がドイツにおける学説の状況である。

ところでドイツにおいては合名会社と社員の共同訴訟の形態をめぐっては、一見学説が鋭く対立し、いずれを選択するかによって訴訟の取り扱いが實際上大きく異なってくるかに思われる。しかし実際、本当にそうであるかは疑わしくない。ドイツにおいては広く、いわゆる共通の事実 (sogenannte gemeinsame Tatsache——Rosenberg-Schwab, a. a. O., §49. III 2 a) の理論が認められているからである。この理論は、一人の共同訴訟人が主張した事実が他の共同訴訟人の援用を俟つまでもなく直ちに他の共同訴訟人に対しても顧慮されるべきであるというものである。⁽⁴²⁾これを合名会社と社員の共同訴訟に即してみれば、会社に帰属する事実については、それが社員にとって有利なもの(たとえば会社が債権者に対して反対債権を有し、それをもって相殺したという事実)であろうと、不利なもの(たとえば会社が相殺権を放棄したという事実)であろうと社員に対してもいわゆる共通の事実である。⁽⁴³⁾

このように会社債務の存否を基礎づける事実が共通の事実と評価されるのであれば、会社と社員の共同訴訟を通常共同訴訟であると解したとしても、社員が欠席判決を受けたり、債権者の請求を認諾したりした場合を除いては、これを必要的共同訴訟と解する見解と結果的には懸隔はないということになるであろう。

二 会社訴訟への社員の補助参加形態

ZPO 六六条によれば、補助参加が認められるのは「他人間ニ係属スル訴訟ニ於テ当事者ノ一方ガ勝訴スルコトニ付

法律上ノ利益ヲ有スル者」である。そしてこの補助参加人が主たる訴訟の既判力を受ける者である場合には「主たる當事者ノ共同訴訟人ト看過」される（ZPO六九条）。ところでどのような者がこの「法律上ノ利益ヲ有スル者」にあたるのかは、一義的に決めることはできず、諸説のあるところである。⁽⁴⁴⁾ 本稿では補助参加論一般に立ち入ることをせず、⁽⁴⁵⁾ 具体的な事例を、判例に即して掲げ、それを手がかりとして会社訴訟に社員が補助参加することの意義を考えるにとどめる。

例(1) R G一八八一・七・九判決（R G Z五、六九）

〔事案〕三名の社員（A B C）から成る合名会社（Y）は、その定款に、三名の社員が共同してのみ代理権を有するとの規定を置いていた。しかしそのうちAのみの懇請により原告（X）が会社Yに対して金員の貸付を行なった。本件はその貸金返還請求事件である。被告はYならびにその社員A B Cである（なお社員の会社訴訟への補助参加の明示的な意思表示はない）。

〔経過〕この事件で社員Bは答弁期日（Klagebeantwortungstermin）に、彼個人のためには訴えに対するなんらの異議も提起しない旨の意思表示をした。これに対し社員A Cは共同で弁護士をたてて争った。第一審裁判官は、会社としてはなんらの意思表示もなしておらず、従って自白したものとして、会社に支払義務有りと判断し、共同被告人A B Cも社員として会社債務の支払のために連帯責任を負うと判示した。A Cからの上訴（Appellation）は棄却された。R GはNichtigkeitsbeschwerde⁽⁴⁶⁾（不服申立）にもとづき原判決を無効として、事件を原審に差し戻した。

〔理由〕会社の受ける有責判決によって社員は自己の個人財産をもって責任を負うに至る。このことは会社に対する請求を棄却する判決が社員に既判力の抗弁（*exceptio rei Judicatae*）を及ぼすことと対をなしている。これはたとえ会社の責に帰すべき欠席により会社が有責判決を受けた場合でも同様であり、どのように会社が有責判決を受けるに至ったかの過程は問題ではない。ところで確かに定款により会社の代理のために社員が共同する旨の規定はある。しかしこのことは個々の社員が参加人として会社の防禦を引き受けることを排除しない。確かに補助参加の諸規定は参加人が当事者とは異なる第三者であることを前提にしており、合名会社は法人と理解するべきではないから、個々の社員が会社に対する訴えによって実際にはともに請求されていることになる。しかしあらゆる

局面でこのことが通用するのではない。社員の個人財産とその責任に関する限りでは、社員は会社に対する訴えにより請求を受けるわけでも、会社の代理人によって代理されているわけでもない。それにもかかわらず会社に対する判決は社員にとって先決性を有する (präjudizieren)。社員にとって会社債務の存在は攻撃不可能なものとして確定し、そのために法規は社員の責任を定めているからである。それゆえ補助参加 (die accessorische Intervention) に関する諸原則が適用になる。

この事例では会社と社員とがともに訴えられ、社員 A C は自己のためにのみ争った。ところが第一、二審は会社の自白を擬制するという形式的な判断をしたため、せっかく社員 A C が自己の債務を争うべく主張、立証を尽しても、会社の有責判決の効力を受けてしまうことになる。この結果の不当性を争う手段として、RG は一種の当然の補助参加を認めた。なお本事例においては、会社を受ける判決の効力を社員も受けると解されているから、補助参加の態様としては、共同訴訟的補助参加が認められるべきであるが、本判決はこの点を意識していない。しかし通常の補助参加と共同訴訟的補助参加を画する重要な点の一つである、被参加人の行為と抵触する訴訟行為ができるか否かは、本件では問題とはなっていない。従って参加人が専ら被参加人のために訴訟行為を行うことを認められれば、それで社員を救うことはできたのであり、この点については通常の補助参加と共同訴訟的補助参加とで異なるところはないから、必ずしも両者の区別を意識して両概念を使い分ける必要はなかったのであろう。

例(2) RG 一八九四・一〇・一二判決⁽⁴⁸⁾ (RG Z 三四、三六〇)

〔事案〕社員 A B から成る合名会社が社員 B の債務につき債務引受をした。そこで債権者が会社ならびに社員 B に対して債務の履行を請求して訴えを提起した。

〔経過〕B が会社と自己のために訴訟代理人を選任し、その代理人は請求を認諾した。右訴訟に他の社員 A が補助参加し、彼自身と会社の名において他の訴訟代理人をたてて請求棄却を申し立てた。第一審裁判所は二人の代理人の意思表示は矛盾し、互いに主張は

相殺されるとして欠席判決をなし、請求を認容した。この判決はBによってたてられた代理人に先に送達され、Aによってたてられた代理人にはその一週間後に送達された。後者が欠席判決に対して異議申立(Einspruch)をしたがLGは、実際には欠席判決は全く存在しなかったという理由で異議申立を不適法として却下した。OLGは控訴に対し、欠席判決の存在は認めただのであるが、異議申立期間は被参加人への送達がなされた日を基準として計算すべきであるとして、期間徒過後の異議申立であるから不適法であるとして控訴を退けた。これに対してAが上告。異議申立期間は補助参加人に送達があったときを基準にすべきであることを理由とする⁽⁴⁹⁾。RGは、一週間後のAの代理人に対して行なわれた送達が基準となるべきであるとする上告人の攻撃は正当であると判示し、上告人の異議を適法と宣告して事件を第一審に差し戻した。

〔理由〕Aの参加が全くの補助参加であれば格別、補助参加人が共同訴訟人として通用する場合には、合一確定の必要が生じるのであるから、単に被参加人のみを基準とすることはできない。被参加人たる当事者に対して宣告された判決は、相手方と参加人にとっても基準性(Maßgeblichkeit)を持つことに鑑みて、補助参加人には他の訴訟におけるよりも独立した地位が与えられる。彼は訴訟追行につき共同訴訟人として通用するのであるから、その限りで彼にも送達が行われなければならない。上訴期間も彼に送達された日を基準とする⁽⁵⁰⁾。

例(1)を見てわかるように合名会社訴訟への社員の参加の問題を考える場合、ここでも合名会社の法的性質との関連が問題となる。しかし合名会社の法人格を否定する結果、合名会社訴訟の当事者を社員にほかならないと解したとしても、社員の個人財産の主体としての地位という、会社とは法的に別個の地位を社員が持つことを根拠として、参加が認められている。例(2)では参加の可能性は全く疑われていないのである。

ところで補助参加の要件をどのように解するかは問題であるとしても、相手方・被参加人間の訴訟が参加人にとって法的にも、事実上もなんらの影響がないのに補助参加の利益が認められることはないことは自明である。そこで合名会社訴訟の判決が社員にどのような影響を及ぼすかが問題となる。これは本稿の主題でもあり、次章でこの問題につき詳

論するつもりであるが、少なくとも判例は、例(1)例(2)によってもわかるとおり——一、二の例外はあるが——合名会社訴訟の判決は社員に対して既判力を及ぼすとする。この場合参加の態様如何は問題であるにせよ、参加自体を否定する者はいない。特に例(2)のような場合、自己の債務を会社に引き受けてもらった社員のたてた訴訟代理人が請求を認諾するという、一種の馴合ともみられる訴訟追行態度を示しているとき、他の社員が自ら訴訟に参加して自分に不利益が及ばないための主張、立証を尽くす機会が与えられる必要がある。さらにこの場合、被参加人と参加人の主張が対立状況にあるのであるから、被参加人の訴訟行為と抵触する訴訟行為を認めないのは、参加の意義を著しく減殺することになる。従って被参加人の主張に反する主張を参加人に認める必要がある。すなわち訴訟行為につき参加人に独立した地位を与えるべきである。同様のことは上訴期間についてもあてはまる。一般的には補助参加人にも判決の送達が行われるのであるが、もし例(2)の原審が考えたように被参加人の上訴期間内では補助参加人の上訴は許されないとすれば、同日に送達される保障がない限り、送達が遅れば上訴するか否かを考慮するのに十分な期間が与えられなくなるため、判決の効力を受ける者に補助参加を認めて、自己の権利を保護防衛する機会を与えたことの意味も、送達することの意味もなくならかねないことになる。⁽⁶⁾ところでRGは右の結論を認めるにつき社員は会社訴訟の判決の既判力を受けるのであるから、この場合通常の補助参加とは異なり、参加人に共同訴訟人としての地位を認めるべきであると判示し、上訴期間は独立して算定すべきであるとした。社員に会社訴訟の判決の既判力が及ぶ以上、現に会社を代理している者が他の社員に不利益が及ぶような訴訟追行をするのを、代理権を有しない社員に拱手傍観することを強いるのは妥当ではない。この不利益を回避するために訴訟に参加し、しかも独立した訴訟追行をできる限り認めるべきであるから、RGの判断は正当なものであろう。

ところで社員の参加問題を一般化して考えた場合、社員が会社訴訟の判決効を受けることと、それゆえにできる限り

の手續権を社員に保障するという観点からは、社員に共同訴訟的補助参加人の地位が与えられるべきである。そしてこのことは会社訴訟の判決の効力がどのような形で及ぶか（既判力自体、あるいは既判力拡張として及ぶか、反射効ないし法律要件の効果として及ぶか）にかかわらず、およそ会社判決の判断内容に社員が拘束される限り通用すべきである。⁽⁵²⁾従ってこの観点からも補助参加の要件を反射効をもって律する説に対する批判は正鵠を射ていると言うことができ。もっとも右の説の創始者である Wach が反射効という概念のもとに把握した諸事例と Helwig, Kuttner が反射効ないし法律要件の効果という概念のもとに把握した諸事例とは完全に重なり合うものではなく、そこにはずれが存在する。そして合名会社事例は前者には含まれず、後者に含まれる事例であることに鑑みれば、右の批判は後者に対してのみ向けられるべきであるということになる。

(33) RGZ 49, 340.

(34) RGZ 36, 139 (141) 本判決は——注(33)に掲げた判決と異なる（対立、矛盾する）見解を表明したものと評価されている——合名会社に対する訴えは、個々の構成員に対する訴えとは法的に異なるものであると判示する。しかし法的に異なることの根拠は示されていない。Staubによれば、会社はHGB一二四条一項により形式的当事者能力を持ち、独立した訴訟当事者として通用するがゆえであるとする（Kommentar zum Handelsgesetzbuch 1. Band (1900) §129 Anm. 2. 5）。しかしこのいわゆる形式的当事者能力という概念に対しては批判が強い。そこで Helwig は、合名会社は、民法上の組合と同様に、法人格を持つものではないが、二、三の重要な関係においては法人として取り扱われる点で組合とは異なる性質を有するとし、会社財産の社員の個人財産からの峻別を基礎にして、合名会社の独立した単一体としての地位を導いている（Anspruch und Klagerecht (1924) §37 S.267）。

(35) 高橋宏志「必要的共同訴訟論の試み(2)」法学協会雑誌九二卷六号六三二頁参照。

(36) RGZ 133, 151 (154), 136, 266 (268) 後者は有名な判例であるのでここで紹介しておく。事案は、ある合名会社がある株式会社土地を賃貸し、後者はそこでガソリンスタンドを営んでいた。その賃貸借契約締結の際、合名会社は自分が持っている他

の土地 (Trennstück) と競業禁止義務を負う (2) の旨は制限的人的役権 eine beschränkte Dienstbarkeit として登記された) としていたところ、合名会社の社員が隣接地にガソリンスタンドを建てたため、株式会社は合名会社ならびに社員を相手に不作為請求をしたというものである。RGはこの訴訟を例外的に必要な共同訴訟にあたるとした。すなわち必要な共同訴訟は通常、裁判の統一を前提とするのであるが、請求原因がすべて被告に対して同一である場合には、例外的に必要な共同訴訟が認められること、本件はそれにあたるかと判断した(なお本判決は社員の責任の内容如何という点でも興味深い。Hueck, a. O., S. 316ff., Flume, a. O., S. 306f.)。BGH, NJW 61. 1066 はこのRGの判決に従うか否か態度を保留してしたが、BGH, NJW 70. 1740に肯定説を採りてこれを明らかにした。

(25) 肯定説として Rosenber, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 5. Aufl. §95 II 1. S. 434, Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung, 30. Aufl. §62 Anm. 2A S. 131, Seuffert-Walmsmann, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 9. Aufl. §62 Anm. 2A da S. 94 などがある。

否定説 (通常共同訴訟説) として Nikisch, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. §110 II 2 c S. 440, Stein-Jonas-Schönke, ZPO, 17. Aufl. §62 Anm. II 3, Jaeger, a. a. O., S. 19, Hueck, a. a. O., S. 216, Schiller, NJW 1971 Heft 10 S. 410ff. などがある。

(26) A. Blomeyer, Rechtskräfterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit, ZZP Bd. 75 (1962) S. 9. 但し Blomeyer は一般論として、既判力は後訴において先決関係としてのみ及ぶと主張するわけではなく、あくまでも「民事法による既判力の拡張」に事例を限定した場合、右のようない言うことがあると主張する。

(27) Schwab, Rechtskräfterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, ZZP Bd. 77 (1964) S. 124ff. Schwab は合名会社と社員の共同訴訟事例は必要的共同訴訟の事例ではなるとする。その前後する訴訟の間に既判力拡張が存しないからである (Die Voraussetzungen der notwendigen Streitgenossenschaft, Festschrift für Lent, S. 283)。もともと合名会社訴訟の判決は社員に対して遮断 (Präklusion) なくして既判力の第三者効を及ぼすとされているが、これらの効力と共同訴訟形態との関係は明らかではない。

(11) Rosenber, a. a. O., S. 433. なお Blomeyer は彼のいう既判力拡張の諸事例については必要的共同訴訟を認めるのならぬら困難もなるとして、「前後の訴訟の既判力拡張は同時的訴訟の必要的共同訴訟につながる」というテーゼの下に、合名会社事

- 例をも、社員の人的抗弁が問題にならない限り、必要的共同訴訟に含めてゐる (Zivilprozessrecht, (1963) §109 III a. S. 616)。
- (42) Hellwig, Lehbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, Bd. 3 (1909) S. 148ff. の問題を詳細に論じている Hellwig によれば、この問題は一定の制約の下に肯定されるべきである。すなわち第一に、一人の共同訴訟人のためにおよそあるいははや審理が行われない場合と、裁判所が全共同訴訟人によって一致して行われた訴訟行為のみを顧慮しなければならない場合は除かれ、専ら、複数の共同訴訟人が弁論をなし、しかも矛盾した裁判が彼らに対してなされる場合に、その適用が限定される。第二に、主張された事実が、民法上これを提出した共同訴訟人のみならず、他の者との関連においても効力を持つ場合に、この命題は肯定される。どのような場合がこれにあたるかといへば、①判断されるべき権利関係の間に同一性 (Identität) が存する場合と②民法によれば一方が他方に対し依存関係 (Abhängigkeit) にある場合である (a. a. O., S. 137f)。以上に該当する事実については、他の共同訴訟人の異議もこれを妨げることはできないし、他の共同訴訟人にとってこれが有利であるか不利であるかもなんらの意味を持たない (a. a. O., S. 150——新堂教授はこの点に注目し、その根拠を、第一に、客観的には一つの事実であるのに、区々の主張ないし認定になるのはおかしいという考えと、第二に、共同訴訟人独立の原則から他の共同訴訟人が異なる主張をしようとすればそれをなし得たのに、それをしなかつたときは、相共同訴訟人の主張がたとえ自分に不利に働いても仕方がないとの考えにあると想像する。「共同訴訟人の孤立化に対する反省」法学協会雑誌八八巻一一・一二号九四七頁注一。しかし Hellwig によれば、「民法が、訴訟行為という形態において行われた法律行為 (形成行為) が他の共同訴訟人に対しても効力を及ぼすと規定している場合にはそしてその限りでは、他の共同訴訟人の異議 (ein Widerspruch) はこれ (一人が行つた権利変更を他の者に対しても顧慮すること―筆者) を妨げるものではない。」とされている。従つて Hellwig はこの問題を一種の私法秩序維持の立場から肯定してゐるのであつて、これを相共同訴訟人の不作為責任に帰するのは妥当ではないように思われる)。
- (43) Hellwig, a. a. O., S. 150f.
- (44) Wieser, Das rechtliche Interesse des Nebenintervention, (1965) S. 15ff. 参照。なお右論文については井上治典教授の紹介 (民事訴訟雑誌 一四号 一九六八年 二三五頁以下) がある。
- (45) 補助参加論一般については、通常の補助参加と共同訴訟的補助参加の峻別自体に対する鋭い批判の目が向けられるなど、検討すべき問題が多く存する (井上治典「補助参加人の訴訟上の地位について」(一、二)「民商法雑誌五八巻一・二五頁以下、二五〇―二五七頁以下、新堂幸司「参加的効果の拡張と補助参加人の従属性——争点効の主観的範囲に関する試論(その一)——」裁判

法の諸問題(中)兼子博士還暦記念、一九六九年、四〇七頁以下)。また参照すべき文献も多々存する。しかし本稿においてはそこまで立ち入る余裕がなかった。従って問題を極く狭い領域(合名会社事例)におしとどめざるを得なかった。

(46) この言葉の持つ意味ないしその内容の変遷については、鈴木正裕「上告理由としての訴訟法違反——史的考察」民事訴訟雑誌二五号二九頁以下に詳しく紹介されている。

(47) *Lent-Jaennig, a. a. O., S. 249, §83 V2* 参照。

(48) 井上治典「共同訴訟的補助参加(一) 甲南法学九卷一、二合併号三四八頁に本判決の紹介がある。

(49) その他、会社に対する訴訟は判決の送達前に会社ならびに社員Bの財産に関する破産開始により、またそれによって効力が生じた会社の解散によって中断されている旨の理由が付加されている。

(50) なおついでに述べておくが、CPO六六条(ZPO六九条)が適用にならない限り、当事者に宣告された判決は補助参加人に対して送達される必要はなく、また参加人の上訴期間も当事者に与えられた期間内に限るとする判例がある(RG JW Bd. 23 1894, 542, vgl. RGZ 18, 416)。

(51) 井上治典「補助参加人の訴訟上の地位について(二・完)」民商法雑誌五八巻二号三九頁参照。

(52) *Hellwig* は最初、会社判決の反射効が社員に及ぶとする立場から、会社訴訟における社員の参加形態を共同訴訟的補助参加とすることに反対していた(*Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, (1907) II §135 S.489*)。しかし後に反射効説に対する疑問を呈示するとともに、合名会社と社員につき共同訴訟的補助参加を認めるに至った(*System des Deutschen Zivilprozessrechts Bd. 1 (1912) §93 S. 230*)。私見によれば、反射効か既判力(拡張)かの問題もさることながら、社員が会社訴訟のどのような判断につき拘束されるかが参加形態の問題について重要である。

(53) たとえば鈴木正裕「判決の反射的効果」判例タイムズ二六一号(一九七一年)一三頁以下参照。通常の補助参加の要件を反射効理論で説明しようとする説は *Wach (a. a. O., S. 626 §55 III2)* の創始にかか。 *Wach* がここで挙げてゐる諸事例は、(a) 当事者の一人の有責判決という事実が契約や法規によって第三の義務の発生ないし権利の喪失という効果が結びつく場合。(b) 当事者の第三者に対する義務の存続が当事者間で争われた権利によって条件づけられる場合。(c) 裁判と参加人の権利の間の条件関係が次のことに存する場合、すなわち参加人のための補償となる財産が裁判によって奪われることになる場合(遺産債権者の相続人に対する訴訟と受遺者)。(d) 第三者が敗訴当事者から償還請求される場合。後に見るように(a)の事例に合名会社と社員を組み

照)。入れる考え方もある。しかし *Max* 自身はむしろそのような意図を持ち合わせていなかったと思われる (*a. a. O.*, S. 529 参

Über die Wirkungen des Urteils gegen die offene Handelsgesellschaft auf die Gesellschaftern (2)

Yasunori HONMA*

2. Kapitel Die materiellrechtliche Forschung als die Vorbereitungsarbeit.

Paragraph 2. Die Haftungsverbindlichkeit des OHG-Gesellschafter.

Die Gesellschafter haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner persönlich (§128 HGB). Warum haften die Gesellschafter für die Verbindlichkeiten der OHG ist streitig. Die herrschende Lehre geht davon aus, daß die OHG nicht juristische Person sei. Träger der Pflichten seien vielmehr die Gesellschafter. Deshalb die für die OHG bestehende Verpflichtung und die für die Gesellschafter bestehende Verpflichtung seien identisch. Es gebe eine einheitliche Schuld, und für diese Schuld hafte einerseits das Gesellschaftsvermögen, andererseits das Vermögen der einzelnen Gesellschafter. Aber führt die von der herrschenden Lehre betonte Tatsache, daß die Gesellschafter Träger der Verpflichtungen sind, für sich allein gar nicht mit Notwendigkeit zu einer persönlichen Haftung der Gesellschafter. Also behauptet die entgegengesetzte Ansicht folgenderweise; entscheidend sei vielmehr, daß das Gesetz in §128 HGB im Interesse der Kreditfähigkeit der OHG die persönlichen Haftung vorgeschrieben hätte (Hueck).

Gibt es das Gesamtschuldverhältnis zwischen die Verpflichtung der OHG und die Verpflichtung des Gesellschafter? Soweit die Identität der Gesellschaftsverbindlichkeit mit der Schuld der einzelnen Gesellschafter vertreten wird, ist selbstverständlich für die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses kein Raum. Hueck annimmt das Nebeneinander der beiden Verpflichtungen, aber verneint er das Bestehen eines Gesamt-

* a. o. Professor an der Univ. Ryukoku

schuldverhältnisses wegen des von ihm angenommenen Unterschieds des Inhalts der Verpflichtung der Gesellschaft und der einzelnen Gesellschafter. Nach Kötter kommt es für die Frage, ob ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter besteht, auf den Inhalt der Verpflichtung der OHG an. Als konkrete Probleme erörtert man über die Wirkung der Verschlechterung der OHG-Schuld von der Gesellschaft auf die Gesellschafter, und die Wirkung der Erlass zwischen die OHG und den Gläubiger auf die Gesellschafter. Über das letztere Problem ist mir fraglich die Bedeutung der Erörterungen wegen des Regreßanspruch des Gesellschafters gegenüber die Gesellschaft (§110 HGB).

3. Kapitel Die prozeßrechtliche Forschung als die Vorbereitungsarbeit. Paragraph 1. Probleme um die Parteifähigkeit.

Die herrschende Lehre auch hier geht davon aus, daß die OHG nicht juristische Person sei. Wird die OHG unter ihrer Firma verklagt, so werden die einzelnen Gesellschafter verklagt. Dagegen werden Zweifeln von Eccius eingebracht. Z.B. die aktuellen Mitglieder der offenen Handelsgesellschaft sind die Prozeßpartei, d.h. doch wohl die Mitglieder zur Zeit der Klageerhebung. Hören diese nun auf, Prozeßpartei zu sein, wenn sie durante processu aus der Gesellschaft austreten? Oder bleiben sie Partei, obgleich sie nach ihrem Austritt nicht mehr dabei beteiligt sind, daß das Aktivum für die Gesellschaft erstritten wird, oder daß die Schuld der Gesellschaft vollstreckbar in das Gesellschaftsvermögen zur Feststellung gelangt, und obgleich sie mit dem Austritt jede Einwirkung auf die Prozeßführung verloren haben? usw. Jaeger hat den eigene Standpunkt äußert, um auf diese Fragen zu antworten.

Aber neuestens erörtert man die Probleme ohne Berücksichtigung auf die rechtliche Natur der OHG (Hueck, Fischer).

Also habe ich diese Probleme durch die folgende konkrete Fragen geforscht.

- 1) Ist es nicht möglich, daß nach Einleitung eines Prozesses gegen die Gesellschafter, der wegen seiner persönlichen Haftung nun von dem Gläubiger in Anspruch genommen wird, die Einrede der Rechtshängig-

keit geltend macht ?

- 2) Ist der §124 Abs.1 HGB wegen des §17 Abs.1 HGB überflüssig?
- 3) In dem Gesellschaftsprozeß, sind nur ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter oder alle Gesellschafter als Partei zu vernehmen?
- 4) Was treten die Stellung der OHG im Prozeß auf, wenn es während des Gesellschaftsprozesses zur Vollbeendigung der Gesellschaft kommt?

Paragraph 2. Die Streitgenossenschaft und die Intervention.

Die Zulässigkeit einer Streitgenossenschaft oder einer Intervention steht außer allem Zweifel in der Literatur und der Rechtsprechung. Bestritten ist, ob, wenn die OHG und alle oder einzelne Gesellschafter gleichzeitig verklagt wird, sie notwendige Streitgenossen im Sinn des §62 ZPO sind. Z. B. Jaeger verneint diese Frage, da die Entscheidung der Gesellschaft und dem Gesellschafter gegenüber verschiedenartig ausfallen kann. Dagegen lehrt Seuffert, es liege notwendige Streitgenossenschaft vor, soweit nicht Einwendungen erhoben werden, die nur in der Person eines Gesellschafters begründet sind.

Es ist mir zweifelhaft, welche schärfere Verschiedenheit unter dieser Lehren in der Tat besteht, wo man „die sogenannte gemeinsame Tatsache“ anerkennt.

Im Hinblick auf die Intervention, soweit das auf den Gesellschaftsprozeß vergehende Urteil die Rechtskraft auch in der Person des Gesellschafters wirkt, hat der Gesellschafter die Stellung eines streitgenössischen Nebenintervenient im Sinne des §69 ZPO.