HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	合名会社の受けた判決の社員に及ぼす効力について（３）
Author(s)	本間, 靖規
Citation	北大法学論集, 33(2), 35-91
Issue Date	1982-10-22
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16396
Type	departmental bulletin paper
File Information	33(2)_p35-91.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

合名会社の受けた判決の社員に及ぼす効力について（三）

本間靖規

目次

第一章　問題の所在
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（以上第三一巻第三・四合併号上巻）
　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――（以上第三一巻三号）
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――
　第一節　既判力（反射効その他）
　第二節　執行力（以上本号）
第五章　わが国の解釈論のあり方
おわりに

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――

第一節　既判力（反射効その他）

一　以上の実体法ならびに訴訟法上の準備作業によって、合名会社と社員の（特に債権者との関係における）実体法ならびに訴訟法上の地位関係が明らかになった。さらに合名会社をめぐる具体的諸問題と合名会社の法的性質論との関わり、およびその解決のための解釈態度を見ることができた。そこで次に本稿の主題である、合名会社訴訟の判決の社員への効力問題を検討することにする。その際の叙述の順序としては、まず関係条文とその立法者意思を調べ、立法に至るまでの議論の状況、立法後の議論の変遷をたどりつつ、ドイツ法が、わが国における同問題の錯雑した状況にどのような解釈論的示唆を与えてくれるかを順次探究することにする。

二　HGB一二九条一項は「会社ノ債務ニ付請求ヲ受ケタル社員ハ、自己ノ一身ニ基カザル抗弁[1]ハ会社ヨリ之ヲ提出シ得ベキトキニ限リ之ヲ主張スルコトヲ得」と規定している。ところで会社に帰属する抗弁を「会社ヨリ提出シ得」ないときがどのようなときかについては種々の場合を考えることができる。しかし大きく分ければ、実体法上これを提出することができない場合と、訴訟法上これを提出することができない場合とがある。実体法上これを提出することができない場合としては、たとえば会社が時効の抗弁を有しているにもかかわらず債務の承認をした場合（BGB二〇八条）、あるいは期限の猶予を受けたにもかかわらず、期限の利益を放棄した場合などが考えられる。訴訟法上これを提出でき

ない場合の典型的な例としては、会社訴訟で合名会社が敗訴し、その判決の既判力によって口頭弁論終結時までに会社が有していた抗弁事由が切断される場合が考えられる。

HGB一二九条一項はこのいずれの場合にも、会社が抗弁を主張し得ないときとして社員もまた抗弁を提出することができないとする趣旨であろうか。あるいは一定の抗弁、たとえば実体法上の抗弁にその適用範囲を限定する趣旨であろうか。あるいはわが国で有力である、会社がその意思で抗弁を放棄しても、社員には影響はないとの趣旨であろうか。

三　立法者の意思

HGB一二九条はHGB改正の際（現行HGBは一八九七年五月一〇日に公布され、一九〇〇年一月一日から施行された[2]）新設された規定である。Denkschrift[3]によれば、「会社の責任と社員の責任との関係については論者の間に争いがあり、その最も困難な点はどの範囲で会社の社員個人に対する独立性が認められるべきかにあった。そのためこれを立法によって解決する必要があった。従って本条は必要に迫られた立法である。そして本条一項に関しては、社員は彼自身にもとづかない諸抗弁につき、それらが会社によって主張され得る限りでこれを提起することができると規定し、この問題を現時の学説ならびに判例において支配的であった見解と一致する形で立法した。従って法律上有効な(rechtsverbindliches)会社による債務の承認ならびに会社に対して宣告された確定判決は、会社債務自体を社員に対しても確定する効力を持つ。」と解説し、本条項を会社訴訟で下された判決の拘束力を社員に及ぼす趣旨の規定として位置づけている。そして上記の拘束力につき大方はこれを既判力と解した。このように本条項を根拠として、合名会社が会社債務につき受けた判決は社員に対しても既判力を及ぼすとする考え方がその後も有力に主張されて行くことになる。

四　判例の状況

ところでわれわれにとって関心ある問題は、右のような結論を妥当とする根拠（HGB一二九条一項が立法された後

はこの規定の実質的根拠）がどこにあったのかということである。本条項の立法は、Denkschrift によれば、それ以前の学説、判例の支配的見解に見合う形で行なわれたということである。そこで初めに立法以前の判例、学説に即してその根拠を探り、その後立法以後の判例、学説の検討をとおしてその根拠、理論構成等を考察することにする。

まず判例の検討から始める。もっとも判例といってもそれを最上級審のいくつかの判例に限ることをお断りしておく。[4] なお言うまでもなく一八七〇年以降、一八七九年まではＲＯＨＧの判例であり、一八八〇年以降はＲＧの判例である。

(1)　ＲＯＨＧ一八七二・六・一九 Verordnung[5]（ＲＯＨＧ六・六一四）

この命令は、債権者が清算中の合名会社に対して既判力ある有責判決を得た場合に、清算人として訴訟にあらわれた社員ならびに当事者としては訴訟にあらわれなかった社員に対して会社判決により執行できるかの問題につき、これを否定した判例としてしばしば引用されるものである。本命令はその理由の冒頭で次のように判示している。「合名会社自体に対して争って得た有責判決は、個々の社員に対しても、個々の社員に対する訴訟で社員が有責判決を受けた場合と意義ならびに有効性の点でなんらの違いもないものとして、法的効力（rechtliche Wirkung）を持つことはほとんど争いのないところである。」

この命令のそれ以下の部分からもその根拠についてはなにも得ることはできない。あたかも右の結論は自明であるかのようである。なお「法的効力を持つ」ことの意味が既判力を持つことを意味することは、後の部分で執行力を否定していることから推測される。但しそれが既判力そのものであるのか、既判力の拡張であるのかは明確ではない。

ところで合名会社の受けた判決の既判力が社員に及ぶことの根拠をやや明らかに示したのは次に掲げる判例である。

(2)　ＲＧ一八八〇・一二・八判決（ＲＧＺ三・五七）

事案はあまり明確ではないが、合名会社に対して債権を有する者が会社に対する訴訟で勝訴した後、社員に会社債務の履行を求めて訴えを提起したもののようである。RGは、このような場合、社員は会社が前訴において提出しまたは提出し得た抗弁をもはや債権者に対して主張できないと判示し、その理由は「合名会社はなんら特別の人格を有するものではない。会社財産の主体はその社員である。会社の商号は個々の社員が会社関係に関して総括される名称である。合名会社がその商号の下に訴えられるとき、個々の社員が訴えられているのであって、会社を代理する資格を有する社員に対して訴えが行なわれていればその訴訟係属はすべてその時の社員に対して発生する。従って会社に対して宣告された有責判決はすべての個々の社員に対して、しかもその者たちに対し共同連帯債務者(Korrealschuldner)として宣告されることになる」ところにあるとした。

この判決によってうち出されたルールすなわち、合名会社は法人格を持たない、従って会社財産の主体ならびに会社の行為主体はその構成員たる個々の社員にほかならない、従って会社が判決の名宛人となっているとしてもその実、社員が判決を受けるのとなんら異なるところはなく、判決の効力に社員が服するのは当然である、とのルールはこの判決以後も踏襲されて行く(6)(RGZ五・六九(7)、RG JW二三・五四二(8))。

(3) RG一八八四・一一・一九判決(RGZ一三・九六)

本判決は既判力よりもむしろ会社訴訟における判決の執行力が問題となり、社員に会社判決の執行力が及ぶことを否定したものである。しかし既判力については、会社に対する前訴で会社が提出しようと思えばすることのできた抗弁は、後の社員に対する訴訟で社員がこれを提起することはできない、と判示した(9)。ついでに執行力が社員に及ぶことを否定した理由を挙げれば、会社債務の確定は会社債務の確定として社員にも通用するが、それは社員の債務を確定するわけではないということである。このことは会社債務と社員の債務とは別個であることを前提するものであるから、従来の

判例とは異なる傾向を示すものである。そして次に掲げる判例は右判例の考え方を踏襲したものである。

(4)　RG一八九三・二・二八判決(Seuffert Archiv 四八・四三二)

本件は債権者の会社に対する請求棄却判決の社員に対する効力が問題となった事例である。RGは、合名会社は個々の社員とは異なる法主体であり、従って前訴は(後訴とは)異なる当事者間で行なわれたとみなすべきである、しかしそれにもかかわらず社員の債務は補充性を有し、会社債務の存在を前提として存在するものである、従って会社債務の存在を確定する判決の効力は社員にも及ぶのであり、また会社債務を否定する判決は個々の社員に有利に基準性を有することは保証の場合と同様である、と判示した[10]。これによると、(2)の判決とは異なり、社員は会社判決の既判力自体を受けるのではなく、会社の受けた判決の既判力の拡張を受けるということになる。

なお特に理由を示すことなく、会社判決の既判力が社員に及ぶ旨を判示した判例としてRG一八九四・一〇・一二判決(RGZ三四・三六[11])、RG一八九五・九・二四判決(RGZ三六・六〇)などがある。

ところで現行HGB成立以前の判例で、会社訴訟における判決の既判力が社員に及ぶことを否定した、と評価されているもの[12]がある。次に掲げる判例がそれである。

(5)　ROHG一八七六・七・二六判決(ROHG二〇・一八〇ならびにSA三二・二四〇)

本判決は、第二審の裁判官が、旧HGB一一二条によれば社員は会社の債務のために連帯して責任を負うこと、同一一七条によれば会社はすべての社員(jeder Gesellschafter)によって裁判上有効に代理されること、合名会社は法人ではないこと、会社に対する判決は社員に対しても効力を持つことなどを根拠として、会社に対して有する有責判決で社員の個人財産に対して執行することを認めたことを不当とする。そのため既判力の問題は後景に退き、執行力こそが問題となるべきではあったが、前者についても次のように判示されている。「会社債権者は、(旧)HGB一一二条によっ

て社員が会社債務につき連帯責任を負うのであるから、その全員または数名に対して、訴えを提起することができる。これに対して社員は自己固有の抗弁（たとえば pactum de non petendo）を提出することができる。しかしながら他方、債権者は会社に対しても訴えを提起することができるのであって、この場合代理に関する（旧）ＨＧＢ一一七条が適用になる。そしてその裁判は、たとえ当該訴訟において会社が一人の社員によって代理されているとしても、単に会社財産の範囲においてではあるが、すべての社員に対して通用する。[13]」この最後の判示部分が何を意味するのかは必ずしも明らかではない。しかしおそらくその趣旨は会社に対する判決の執行力は会社財産の範囲に限定されるということであろう。しかしここでＲＯＨＧはその目的を達成するためには、会社の有責判決の既判力（res judicata）が社員に及ぶことを否定しなければならないと考えた。もしこれを肯定すれば、社員の個人財産に対して執行しようと思えば判決債務履行請求訴訟（actio judicata）を提起すれば足り、あらためて社員を相手に会社債務履行請求訴訟を提起する必要はなくなる。しかしＲＯＨＧはこれを不当として、債権者の、社員に対する訴訟は判決債務履行請求訴訟ではないとした。

この判決は二つの方向から批判されている。一つは会社判決の社員に対する既判力（res judicata）を肯定し、債権者の社員に対する判決債務履行請求訴訟（actio judicata）を認めなければ、債権者としては二重の訴え（eine doppelte Klage）を提起しなければならないことになる。これではＨＧＢ一一七条による社員の代理権（裁判上の代理権）が、ＨＧＢ一一四条による代理権（法律行為上の代理権）よりも制限的になること、そして判決によって生じる会社の債務は、法律行為によって生じる会社の債務よりもより軽減されたものになるという誤った判断が本判決の基礎に存するという批判である。[14] 他の批判は、本判決が既判力の問題と執行力の問題とを混同しているというものである。すなわち両者は別個の問題であって、前者の肯定は必然的に後者の肯定につながるものではない。しかるに本判決はこの点を誤解し、後者を否定するために前者をも否定してしまったものであって不当であるという批判である。[15]

以上がHGB改正前のおもな判例である。

(2)に掲げた判例と同様の理論構成によって会社判決の既判力が社員に及ぶとする傾向は現行HGB成立以後も続いて行く。

(6)　RG一九〇一・四・一三判決（RGZ四九・三四〇）

本判決の判示するところによれば、合名会社は法人格を持たない、すなわち会社は社員とは異なる人格を持つ存在ではない。そこから実体法上帰結されることとして、会社債務は社員の債務と異なるものではなく、会社債務のために社員は一方では会社財産をもって、他方では自己固有の財産を持って責任を負っている。そして訴訟法的には合名会社が訴えまたは訴えられるとき、訴訟当事者は社員である。それゆえRGの確立した判例ならびにHGB一二九条が認めているように、合名会社訴訟で会社債務の存在あるいは不存在につき判断する判決は個々の社員に有利にも不利にも既判力を及ぼす。

その後の判例もほぼこれに従う傾向を示していた。たとえばRG一九二一・七・三〇判決（RGZ一〇二・三〇一）、RG一九二九・二・一九判決（RGZ一二四・一四六）、BGH一九五一・一一・一六判決（RGZ三・三八五）など。[16]もっともHGB一二九条一項成立後においても、会社訴訟における判決の既判力が社員に及ぶことを否定する判決がなかったわけではない。

(7)　RG一九〇三・四・四判決（JW一九〇三・二四一）

本判決はHGB一二九条一項を無視して会社訴訟における判決の既判力が社員に及ぶことを否定しているものではない。むしろ本条項で社員に対する既判力を認めていることを前提としつつもその適用除外例として社員への既判力を、本件では、否定したものである。事案は会社への貸金債務につき債権者が会社と社員の一人とを共同被告として訴えを

提起したところ、一方で会社は原告の請求を認諾し、他方社員は債務の存在を争って請求棄却を、会社が認諾する前に、申し立てたというものである。本判決はこのような事実関係の下では、社員は会社の受けた有責判決の効力を不当に受けるべきではなく、社員は会社債務の存在に関する抗弁を含むすべての抗弁を、HGB一二九条一項にかかわらず、留保されるべきであると判示した。

この判決に対しては、たとえ会社が認諾判決や欠席判決を受けた場合でも、社員はこの判決の効力を受けなければならないとする立場からの批判がある。(17)

五　判例のまとめ

これまでの判例においては、会社の受けた判決の既判力が社員に及ぶかの問題につき、これを肯定するものが圧倒的多数を占めている。しかしそれがどのような実質的根拠によって支えられているかを問うならば、多くの判例はあたかもそのことが自明であるかのごとく、あるいは既に確立した判例であることを根拠としてこれを肯定している。その中にあって根拠を示したと評価することができるものとしては(2)の判例が挙げられる。そしてその後の多くの判例は、少なくともその結論において、そして多くはその理論構成においてもこれに追随している。(18)しかしその根拠は、合名会社は法人格を持たないこと、その財産の主体は従って社員であり、合名会社訴訟の主体もまた社員自身にほかならないこと、従って社員は訴訟当事者として判決の既判力を受けるということに尽きている。(19)しかしこのような法的性質からの演繹論は、既に見てきたように、他の諸問題については批判の多いところであり、二重起訴の問題、共同訴訟形態の問題、参加形態の問題等を考え合わせると、果してこれが他の諸問題の解決のための理論と調和する妥当な解釈態度であると言えるかは問題であろう。

さて右のような判例の状況に対して、学説はどのような反応を示し、あるいはどのような理論構成で、どのような結

論を導き出してきたであろうか。次にこのことを検討することにする。

六　学説の状況

(1)　学説においても、判例と同様に、会社訴訟の判決の既判力が社員に及ぶ根拠を、合名会社は法人格を持たず、その法主体すなわち訴訟における当事者は個々の社員にほかならない、会社を名宛人とする判決もその実、社員個人に宛てて宣告されるのと異ならない、従って社員個人は訴訟当事者として判決に拘束されるとするものがある。(20)

しかしもしこの立場を貫くならば、債権者の会社に対する訴訟において、当事者たる個々の社員は、自分が債権者に対して個人的に持っている抗弁を提出して争うことができなければならないはずであり、また会社判決は既判力のみならず執行力をも社員に及ぼすと帰結されることになろう。(21)この結論はしかし当時としても好ましくないと考えられた。けだし合名会社訴訟は多くの場合、裁判上代理権を有する代理人によって追行される（旧ＨＧＢ一一七条一項）のであるが、この代理人は合名会社の代理人であって、個々の社員の代理人ではない。従って債権者の請求に対して提出できる防禦方法も、社員個人に帰属する抗弁に限られると考えられたからである。(22)

(2)　そこで右の不都合を避けるために次のような主張があらわれた。すなわち、確かに会社に対する訴訟と社員に対する訴訟とでは、当事者は同一である。しかしそれぞれ強制執行の対象となる財産が異なる、独立した存在である。従って会社の商号の下に行なわれる訴訟は、たとえその当事者が社員個人ではあっても、会社関係に対してのみ向けられるものである。そこから防禦方法も会社に帰属するものに制限されることが帰結される。しかしそうであるからといって会社訴訟において下された判決の効力を社員は受けないというわけではない。社員は会社債務につき債権者に対して連帯して責任を負うのであるから、債権者としては社員の個人財産をも自己の債権を担保する財産として把握できる。それゆえ会社訴訟における判決の既判力は社員に及ぶ、と。(23)

しかし右説のごとく会社関係において、その法主体は社員にほかならないと主張するが、主体の同一性を認めながら、独立した執行対象財産を持つことから会社関係という独立した法律関係を導き出すことはいかにして可能であろうか。このような理論は独立した財産による会社関係という仮面の下で実は合名会社の法人格を認めるものであると批判されている。[24]

(3) Wach は合名会社がその商号の下に訴えまたは訴えられる現象を、形式的当事者能力という当事者能力概念探究のための好個の例として挙げている。その説くところの骨子は次のとおりである。合名会社は形式的当事者能力のみを持つ。従って合名会社がその商号で訴えまたは訴えられることを認めることの意義は社員が一つの集合名称 (Kollektivname) であらわされるということにある。すなわち実質的な当事者は社員であって、合名会社は法人格を持たない以上、あたかもこれに法人格を付与するような帰結を認めるべきでない。すなわち社員が当事者であれば、執行対象財産の制限は実定法規がこれを認める場合にのみ可能となる。[25] 従って執行対象財産を会社財産に限るか否かは原告の意思如何にかかるのである。しかも原告の意思でこれを社員の個人財産にまで広げるとしてもそれは訴えの追加的変更ではなく、単なる請求の拡張にすぎない。従って会社財産の独立性をもって執行対象財産の制限は導き得ない。以上が合名会社訴訟の当事者を社員と解する場合の論理的帰結である。しかし問題を解く鍵はむしろ、会社と個々の社員とは異なっているということ、会社の債権債務は社員のそれとは異なるものであるということ、会社の訴えまたは会社に対する訴えは、社員のまたは社員に対する訴えとは異なるものであることなどの認識の中にあり、さらに会社の別財産 (Sondervermögen) は個々の社員の個別的処分から免れる、会社の目的に役立てられる財産を形成しているということの中にある。ここから訴えと判決の必然的統一が導かれ、さらに純粋に個人的な性質を持つ防禦方法の不許が導かれる。従って会社に対して判決が下されてもなお、社員は固有の抗弁を行使できる機会が与えられなければならない。

もっとも右のような制限があるからといって会社に対する判決が社員に対して既判力を持たないとは帰結されない。個々の社員の債務でもある会社債務に関する判決として、後に社員に固有の抗弁が提出されるという留保付で既判力を持つ。社員はもはや会社債務の存在を争うことができない。従って会社訴訟における棄却判決は社員に直接既判力の抗弁を与え、会社の有責判決は社員の個人財産に対する執行力を与える。

以上がWachの主張である。Wachは会社訴訟においては、社員の個人的抗弁を提出することができないとする反面、抗弁提出の機会は会社に対する判決後も社員に留保されなければならないとしながらも、判決は社員に対して既判力を持つとする。それは個々の社員の債務でもある会社債務に関する判決として既判力を持つのであって、あたかも被相続人に対する判決が相続人に対して既判力を持つことと同様であるとする。ここでWachが考えているのは、明文で既判力の拡張が認められている訴訟係属後の承継人と同様の根拠で社員に対する既判力拡張が認められるということである。しかし社員はその入社が会社訴訟の係属の前後を問わず会社債務のために責任を負う。しかもその責任の根拠は義務の承継にあるのではなく、会社の信用能力を高揚するための法定責任である。そうであるとすればWachが相続人に似せて既判力の拡張をはかる根拠は、社員の責任が相続人の被相続人に対する関係と同様、会社の責任とその範囲、態様において一致するということであろうか。しかしそうであるとすればむしろ承継という点に重点が置かれていると思われる明文規定を根拠として、社員に対する既判力拡張を説くことには問題があろう。

ところで会社と社員とは別個の法主体であるとの認識をWachが持った（前々項(4)判例以前である）ということは注目に値する。しかしながらWach以降も、一方では合名会社の法的性格を個々の社員の総体としての合手的共同体(die Gesamthandgemeinschaft)であるとして[26]、会社訴訟における判決の既判力は有利にも不利にも社員に及ぶとの主張が続いて今日に至っている[27]。

(4) 右の傾向とは逆に合名会社法人説の立場を主張していたのは Eccius,[28] Kohler[29] などである。そこで彼らが会社訴訟における判決の社員への効力についてどのように考えていたかを見てみよう。法人説の立場からは、合名会社の訴訟と社員個人の訴訟とは別個であり、それぞれの訴訟における当事者も、従って、別個であることが当然の前提である。しかしそれにもかかわらず会社に対する判決は社員にとって意味のないものではない。すなわち「たとえ有責判決が債務の原因 (causae obligatonis) とはならず、既に発生している債務を確認するだけであるとしても、なおこの確認は義務を課する (obligatorisch) 効力を持つ。判決が不当な根拠によって不当に言い渡されたのであるとしてもなお既判力を有するのであれば、その確定によって債務を負っていなかった者が債務を負うに至る。そこで社員は合名会社のすべての義務のために責任を負うのであるから、判決までに社員であった者、あるいはその後社員となった者に対して、確定判決によって生じた義務が存することになり、その結果社員は判決後に会社が取得するに至った抗弁あるいは自己固有の抗弁をもってのみ防禦することができるにすぎなくなる。また会社に対する請求を棄却する判決は、その判決自体としてではなく、会社を債務から解放するものとしてすべての社員のために効力を及ぼす。けだし社員はかつては一度会社が債務を負うに至ったが、今は存在しない債務について責任を負うのではなく、会社が今現に負う債務のためにのみ責任を負うからである。[30]」

右の主張は必ずしも合名会社法人説とのみ結びつくものではない。合名会社非法人説に立ったとしても、会社と社員とが訴訟法上別個の主体であることを認める説に従う者によって繰り返し主張されている考え方である。

この考え方は、会社が確定判決によって一定の債務を負うことを確認された、あるいはなんら債務を負うものでないことを確認されたということを、社員との関係においてはあくまでも実体法のレベルの問題、すなわち社員の責任内容の解釈の問題として評価しようとするものである。しかしこのような考え方に対しては、なにゆえ社員の責任を実体法

上そのように解釈することができるのかという素朴な疑問が湧く。換言すれば、なにゆえ会社が不当に有責判決を受けたという場合、社員は会社債務の不存在を主張・立証して責任を免れる道が閉ざされるのかの問題である。社員の責任の性質上、その内容は、会社が有責判決を受けた場合にはその判決内容によって決定されるという帰結は実体法の解釈だけから当然帰結されるものであろうか（ＨＧＢ一二九条一項を抜きにしてＨＧＢ一二八条から当然導き出されるものであろうか）。右の結論を導き出すためには、会社判決の判断内容の社員に対する拘束力を認めることが前提となるのではなかろうか[31]。

(5)　合名会社法人説の有力な論者であった Kohler は同時に、既判力本質論におけるいわゆる実体法説の信奉者であったことは周知のとおりである。この実体法説によれば、確定判決の既判力によって真の実体法的権利関係が変更を受け新たな実体法的権利関係が創り出されるとされる。そして合名会社の社員は会社に現在および将来発生する義務のために責任を負うのであるから、会社に対する判決確定以後は、判決によって生じた債務（Schuld ex judicato）のために責任を負うとされる[32]。ここでも問題はすべて実体法レベルに還元され、社員に対する既判力拡張は問題にはならないかのように説かれている。確かに社員は会社に現在および将来発生する債務のために責任を負う。しかし会社が判決を受けると以後は判決によって生じる債務のために責任を負うとまでいえるかは問題である。訴訟は一定の実体法上の権利義務関係の存在を前提として行なわれることを認める実体法説の立場からはなお、社員は会社に対する判決内容の不当性を主張・立証して会社の有責判決以後も責任を免れる余地はあるはずである。実体法説といえども判決の相対効は原則として承認するものであるからである。それにもかかわらず社員が会社の有責判決以後は判決内容どおりの債務を負うと解するならば、なにゆえ社員は右判決の不当性を主張・立証することが妨げられるのであるかの根拠が示されなければならない。そして社員が会社債務のために連帯債務を負うことと、会社が判決により Schuld ex judicato を負うこ

との連結だけではその根拠として十分とは言えないように思われる。

同様の疑問は他の実体法説論者に対しても向けられる。たとえばMendelssohn-Bartholdyによれば「XY間の判決の中でXY間に存在する法(Recht)として宣告されたことは、XY間で法であることを何人も争うことができないということは自明の理である。そこで会社債務を会社に対して既判力を持って確定する判決の既判力効は社員に対しても及ぶ。けだし社員が第三者の抗弁(会社が債権者に対して持つ抗弁)を提出しようとする際には、それに関する第三者の判決を尊重しなければならないからである。」とされる。[33] その結果HGB一二九条一項は一種の注意規定であるということになる。

確かに会社が債権者に対して有する抗弁を社員が援用するときこれを第三者の抗弁と評価することができる。[34] しかしその場合、常に、第三者が、当該抗弁を契約あるいは既判力の効果として遮断されることなく、実際に主張できるときに限って援用権者の援用が認められるとする根拠はどこにあるのであろうか。すなわちなにゆえ第三者が判決の既判力により当該抗弁の主張を妨げられるとき、援用権者はこれを尊重しなければならないのであろうか。確かに第三者に属する抗弁ではあるが、これを手続上主張する機会が援用権者に独自に与えられているということが全く認められないと頭から決めつける根拠は認められず、第三者がこれを援用できないとき、直ちに援用権者もこれを主張できなくなることがア・プリオリのものであるわけではなく、[35] そのためにはそれなりの根拠が必要であると考える。

同様の疑問はPagenstecherに対しても向けられる。彼によれば「社員は会社のすべての義務のために連帯債務者として責任を負うのであるから、会社が既判力をもって支払いのために有責判決を受け、会社が現在債務を負うことが確定される場合には、あとは自己の人的抗弁を提出することができるだけである。」とされる。[36] しかも社員は会社が債権者と共謀した場合であっても判決により生じた債務につき責任を負うとする。[37] しかしこの場合、社員がHGB一二八条

により当然のこととして責任を負うと解することには疑問がある。

以上において実体法説論者の説くところを概観したわけであるが、これによればＨＧＢ一二九条一項は注意規定であるにとどまり、社員に会社判決の内容どおりの責任を負わせるためにはＨＧＢ一二八条で足りるということになる。しかし私には右のように言い切ることができるかについて疑問がある。

そこで次に訴訟法説によるＨＧＢ一二九条一項の位置づけならびに会社判決の社員に対する効力問題一般を概観してみることにする。

(6) Hellwig は Wach が否定的評価を与えたＲＯＨＧの判例理論こそが合名会社の性質を判断する際に重要であるとする。確かに合名会社は法人ではない。しかし同時に合名会社はいくつかの非常に重要な関係において法人と同様に取り扱われ、それによって民法上の組合とは性質を異にする。すなわち合名会社は独自の財産を有し、それは社員の私的財産から完全に分離した単一体 (Einheit) として取り扱われ、その主体として会社が考えられている。その会社の持つ別財産 (Sondervermögen) により会社は社員から分たれ、実質的にも当事者能力を持つ。従って会社訴訟は社員の訴訟から完全に独立したものである。しかし会社の権利関係が社員の権利関係のために基準性を持つ限りで、会社の訴訟追行の結果は社員にとっても基準性を持つ。すべての社員は彼の社員関係存続中に発生する債務のために、その発生の態様を全く顧慮することなく、会社とともに連帯債務者として責任を負う。このような視点から自ずと理解されるのであるが、ＨＧＢ一二九条一項は従来存在した疑いを取り除くために――会社が提起することのできないあらゆる抗弁が社員に切断されるというかたちで――次のことを明示的に規定したものである。すなわち会社債務の既判力ある確定もまた社員に対して、社員の債務の確定としてではなく、会社が債務を負うかどうかの問題を不可争とするために効力を及ぼす。しかし社員個人に帰属する抗弁はそれによってなんらの影響を受けることなく残る。他方それに対応して判決によ

る会社債務の否定は社員を利する。[38]

以上がHellwigの主張である。ところで会社債務の会社に対する確定が、それとして社員に対しても効力を及ぼすとする、その効力の内容についてHellwig自身の中にその考え方について変遷がある。彼は最初右の効力を反射効と解していた。すなわち当事者の権利関係に第三者の権利関係が依存する場合に、当事者のために判決が持つ諸効果に関して、当該判決は第三者のためにも効力を及ぼすという一般論をたて、その特徴ある例をHGB一二九条一項の中に見出していた。[39]彼によれば会社と社員とは連帯債務者の関係にある。しかし会社債務の存在が社員債務の存在の前提問題であるという関係にもある。そこで会社債務の存否という前提問題についての判決が社員を拘束するかを決定するためには、BGB四二五条だけでは不十分である。むしろHGB一二九条一項が同一二八条との結合により特別な法命題を構成するのであって、それは次のように定式化される。「債権者が現在会社から請求することのできるすべてを、社員が人的抗弁を有しない場合には、社員に対しても請求することができる。」このことは、債権者が会社に対して請求することができることは、その義務が判決によって肯定されるときは、誰も疑うことのできない事実であるという根拠によって支えられている。

Hellwigの反射効説の内容は右のとおりである。この説は、私見によれば、既に述べた実体法説の欠陥を、会社が有責判決の効力によりもはや提出することのできなくなった抗弁を社員もまた提出できなくなるとするHGB一二九条一項を加味することによって補いつつも、実体法説と同様の結論を実体法レベルの議論で導き出そうとする巧妙な理論であった。[40]

しかしこれがHellwigの既判力の本質に関する基本的立場[41](訴訟法説)とどのように調和するかは問題であった。彼の基本的立場からすれば、債権者・合名会社間の訴訟における会社債務の存否の判断は、同一当事者間・同一請求の後

訴において、裁判所が矛盾する判断を下すことを阻止する効力を持つにとどまる。前訴で会社債務が存在するとの判断が下されたのであれば、それによって会社は債権者からの請求を拒むことができなくなる。そして右の判決が存在するかは事実の問題である。しかし判決の判断内容を社員が争うことができるかはもはや事実の問題ではない。社員・債権者間の後訴で社員が前訴判決の判断内容を争うことができなくなるということは、社員もまた前訴の判断内容に拘束されることを意味する。これは社員に会社判決の既判力が及ぶということにほかならない。HGB一二九条一項に前訴判決の効力による会社の抗弁の切断の効果を社員にも及ぼす内容を与えようとする限り、本条項をたとえHGB一二八条と組み合わせたところで、問題をすべて実体法のレベルにおしとどめることは無理であると言わざるを得ない。かくしてHellwig自身後にHGB一二九条一項を反射効（実体法上の効果）規定とすることに疑問を呈するに至った。[42]

しかしHellwigの反射効説が主張されて以来これを信奉する学説が相次いだ。しかしここでは特徴ある二人の学説を掲げるにとどめる。[43]一人はKuttnerであり、他はHofmannである。

(7) Kuttner[44]もHellwigと同様、合名会社と社員とは債権者に対して連帯債務者として責任を負うと考える。そしてBGBの連帯債務規定の適用、就中、確定判決の相対効を明示した四二五条二項の適用があり、HGB一二九条一項はその例外を定めた規定ではないとする。HGB一二九条一項は既判力拡張を認めてはいないからである。本条項が認めているのは、会社に帰属する抗弁が、会社に対して生じる実体法ならびに手続法上の根拠によって提出不可能となるとき、社員もまたこれを援用することができなくなるという規範である。たとえば会社が債務の承認により時効の抗弁を放棄すれば、社員は時効の抗弁の援用ができなくなり、会社が敗訴判決を受ければその判決の効果により会社が遮断される抗弁を社員もまた主張することができなくなる。そして後者はあくまでも判決の存在と結びつく実体法上の効果であると主張する。[45]

この Kuttner の付随効 (Nebenwirkung) 説に対しては、合名会社自身でさえ訴訟法上失うだけの抗弁を社員は実体法上も失うことになるのは、社員の債務の態様は会社債務の態様に従うという社員債務の会社債務への依存関係からいえば背理ではないかとの Pagenstecher からの批判がある。(46)

ところでHGB一二九条一項を判決の存在を要件として抗弁援用権喪失という実体法上の効果を生み出す実体法規範であるとすれば、そこからの当然の帰結として、当該の効果を生み出すための要件たる判決の存在の主張、立証は当事者が行なうことになる。この点に既判力拡張説との重要な実際的相違があるということになる。(47)(48)

(8) Hofmann は、(49) HGB一二九条一項を、Kuttner と同様、純粋に実体法上の内容を持つ規定であるとしながらも、(50) Kuttner の付随効説とは異なり、本条項はHGB一二八条とあいならんで、しかもHGB一二八条から独立して、社員の責任の範囲を規定したものと解している。すなわちHGB一二九条一項は社員の責任につき、その特殊な場合の規定であり、その内容は会社に対する有責判決があれば、真実会社が債務を負っているか否かに全くかかわりなく、会社が既判力効により抗弁の主張ができなくなったことのゆえに負う債務のための責任を規定したものである。すなわちHGB一二九条一項に規定する社員の責任は、会社の有責判決があってはじめて発生するという特殊な責任であるということになる。また同条項の抗弁制限は、社員の責任を会社債務が実際に存在するかどうかの問題から解放する点に意味があるということになる。

これによれば社員の責任は将来会社が有責判決を受けた場合に、会社が負う判決内容どおりの債務と同じ内容、態様で社員が責任を負うというものであるから、判決の存在によって請求権が発生する点に着眼すれば、これを法律要件的効果説と位置づけることができる。(51)

この説の既判力拡張説との相違は次の例によって明白である。債権者がまずはじめに社員に対して訴えを提起する。

この訴えは社員が会社に帰属する抗弁を援用することにより棄却された。そこで債権者は会社を相手に訴えを提起し、会社は欠席したため、欠席判決を得た。しかし会社は無資力で破産に陥ったため、債権者はあらためて社員に請求したというとき、社員は自己に対する前訴の既判力の抗弁をもってこれに対抗することができるか。既判力拡張説によれば、確かに会社判決の既判力は社員に及ぶため、会社債務の存在は社員に対して確定するが、社員に対する前訴と後訴とは同一当事者間の同一請求原因にもとづく同一の請求であるから、社員は前訴の既判力の抗弁を自己固有の抗弁として債権者に主張して請求を退けることができることになる。これに対してHofmannの法律要件的効果（反射効）説によれば、このような場合債権者の請求は認められることになる。HGB一二九条一項によって、会社が有責判決を受けたときは、新たな債務を社員が負うことになるからである。しかもHofmannによれば、右の結論こそが、既判力拡張説による結論よりも社員の責任の全構造に合致しているとされる。(52)

Hofmannの考え方は全く実体法からのアプローチとしては傾聴すべきものがある。会社が有責判決を受けたときに社員の負うべき責任の内容はどのようなものかという問いに対して、彼は、それは判決内容どおりの債務であり、それ以外にはあり得ないとする。すなわち判決の権利状態とかけ離れたところに存在する真の権利状態は、彼によれば、全く問題とはならず、従ってここでは不当判決の評価について議論する必要はなくなるわけである。しかしながらHGB一二九条一項がHofmannのいうような法律要件を規定しているかは問題とされる余地があるであろうし、また既判力拡張説との相違で述べた例に関するHofmann説の妥当性が優位に立つかも疑わしい。債権者と社員間の紛争は第一の訴訟で解決済であると考えるほうがより妥当であるともいえるからである。

ところでHellwigが会社判決の社員に対する効力を肯定して反射効としてこれを認めた根拠は、社員の責任が実体法上会社の責任に依存していることであった。この説は一方では、右に述べたように、Kuttner, Hofmannに引き継が

れて行くが、他方では、会社判決の社員に対する拘束力を実体法的に把えるのではなく、依存関係にもとづく訴訟法上の効果（既判力拡張）を認める説として引き継がれて行く流れを見ることができる。[53]

そして後者の流れを形成したのは Jaeger, Rosenberg, Bettermann, A. Blomeyer などである。[54]

(9) Jaeger によれば合名会社の法的性質は、個々の社員の単なる集合とは異なる折り折りの社員の共同体である。かようなものとして合名会社は権利能力ならびに当事者能力を持つ。従って社員個人を相手とする訴訟はたとえ社員全員を、相手とするものであっても会社を相手とする訴訟とは異なる。[55] しかし会社の受ける有責判決は会社債務の存在が肯定される限りで、社員に対しても既判力を及ぼし、逆に会社によって取得された会社債務の不存在の確定は社員に有利に既判力を及ぼす。このことは社員の責任の特性にもとづいている。すなわち社員の責任は会社の責任から法律上必然的に導かれるものである（HGB一二八条）。しかし会社と社員とは連帯債務関係になく、むしろBGB四二五条二項とは反対に、会社の責任が告知、遅滞、有責などによって増減する場合には、社員の責任もまたそれにともなって増減し、会社に対する時効の中断、中止も社員に不利にはたらく。確定判決の相対効も適用されない。[56] 社員の責任の会社の責任に対する依存性がそれを排除するからである。[57]

以上が Jaeger の主張である。ところで Jaeger のいう「依存性」とはどのようなものであろうか。確かに会社の責任の存在しないところに社員の責任の存在もない。[58] しかしBGB四二五条二項の会社に対する告知、遅滞、有責、時効の中断、中止などが社員に影響すると解すること自体、その根拠を必要とする。ましてこれらの事由が社員に対しても効力を持つことから会社判決の既判力が社員に及ぶことが導かれるわけではない。告知、遅滞、有責等は法律行為ではなく、単なる事実的行為あるいは事実的行為の法的評価の問題にほかならない。従って右の諸事由と判決を同列において較べるとき、これを判決の効力についての規定と見ることには躊躇を感じる。むしろ判決の存在という事実の効力の

レベルで問題を把えるべきであろう。従って依存関係の内容として告知、遅滞、有責などの効力が社員に及ぶことを挙げるとしても、判決の既判力が社員に及ぶとするためには、それだけでは根拠としては不十分である。Jaeger は右の叙述に先立つ箇所において社員の受けた判決の効力が会社に及ばないことの根拠として、社員個人の名による法律行為（契約）による義務が会社を義務づけることにならないと同様、専ら社員個人の名で行なう訴訟行為によって会社を拘束することはできないと説いている。[59] ここから逆に会社の法律行為上の義務は社員に義務を課すると同様、会社の訴訟行為の結果としての判決は社員を拘束すると解する趣旨であろうか。

(10) Bettermann は会社財産の担い手としての合手的共同体 (die Gesamthand) たる会社と合手者 (der Gesamthänder) たる社員とを別個の法主体としたうえで、会社債務の範囲が社員債務の範囲を規定するということの中に社員債務の会社債務への付従性 (die Accessorität) を見出す。そしてこの付従性が既判力拡張のための基準たる根拠であるとする。他方 Bettermann は合手者の債務が合手的共同体の債務に依存しているところでのみ、合手的共同体債務の確定は個々の合手者のために意味を持つことができ、その判決による確定は個々の合手者に対して既判力を及ぼすとする。

権利あるいは義務の伝来的取得の際、その伝来という点に前権利者と権利承継人との間の依存関係を認める Bettermann は、付従性を依存関係の継続とみて、付従性と依存関係を区別する Reichel を攻撃している。[60] 従ってここでは付従性による既判力拡張というのも、依存関係による既判力拡張というのも同義である。[61] かくして依存関係の内容は、会社債務の範囲が社員債務の範囲を規定するということになる。[62]

(11) Blomeyer (Arwed)[63] は Hellwig, Bettermann 流の依存関係説を受け継ぎ次のように説明している。

第三者への既判力拡張が認められるためには、まず第三者の権利関係が、前訴における訴訟当事者の権利関係とは別個の権利関係であることを前提とする。しかしまた第三者の権利関係が当事者の判決による権利関係となんらかの関連

があることを要する。この関連は前訴と第三者との後訴とで訴訟物の同一性を欠くことになるのであるから、先決性(Präjudizialität)としてのみ把えられる。この先決性は二つの権利関係の実体法上の関連をあらわす手続的表現であり、それは第一に、一方の存在が他方の存在の前提となっていること、第二に、第二の権利関係が先決的権利関係に実体的に依存していることをあらわす。

ところでこの先決性だけでは既判力拡張のために十分ではなく、他に手続的適性(prozessuale Zumutbarkeit)が必要である。訴訟当事者、殊に敗訴者に既判力効が適しているのは、彼が訴訟において彼の意見(Auffassung)を陳述し、審理を受ける機会を与えられたからであって、裁判された問題について争い、または争うことができたからである。この観点から第三者に有利な既判力拡張が容易に帰結される。問題は第三者に不利な既判力拡張である。裁判に関与しなかった第三者に不利な既判力拡張が認められるためにはそれなりの根拠が必要である。そこでその根拠として次のことが考えられる。第一に第三者がたとえ訴訟に関与していたとしても、裁判所が当事者あるいは第三者に依存せずに裁判を行なうべき場合、すなわち判決が関与者の処分権主義に服さない場合には第三者への既判力拡張は適する。次に訴訟手続が弁論主義によるために判決が当事者の処分行為に服する場合、a第三者の権利関係が前提となる権利関係の既判力ある確定の後の時点に発生した場合には第三者は前訴の既判力拡張を受けるに適する。b第三者が先決的権利関係の法律行為による変更によってその地位を悪化されることを甘受しなければならない場合にも既判力拡張は適する。

合名会社事例は右のbにあたる。すなわち会社と社員とでは責任財産が異なっているから、会社に対する前訴と社員に対する後訴とでは訴訟物が異なる。しかも会社訴訟における係争権利関係は社員の権利関係にとって先決的である。そして社員の責任は会社の責任に対して完全な付従性を有するのであるから、会社訴訟の判決の既判力は社員に及ぶ。

このようにBlomeyerは基本的考察方法をBettermannに依拠している。[64] これを端的に言えば、実体法(法律行為)

と訴訟法（訴訟行為）の対応関係（Parallelität）で判決効を論じる方法ということができる。すなわち民事訴訟に通用する処分権主義、弁論主義を媒介として、訴訟法を実体法に対応（反映）させる。その結果まず第一に弁論主義が排除されるところ、従って職権探知主義が採用される結果、当事者の裁判への影響が薄れるところでは、真実が訴訟に実現すると考えるためか、第三者への既判力拡張が導かれる結果となっている。第二に弁論主義が適用になるところでは、裁判が当事者の自治に委ねられるため、不当判決の可能性が濃くなるとするためか、実体法の処分に第三者が服さなければならない場合にだけ、第三者への既判力拡張が適するという結論が導かれている。そして合名会社事例に即していえば、Blomeyer においても Bettermann と同様、合名会社訴訟における判決の既判力が社員に拡張される根拠は、社員の地位は会社の法律行為上の処分によって悪化され得るという広範囲にわたる付従性（weiter reichende Akzessorität）に置かれている。

ところで身分訴訟においては職権探知主義が採られ、たとえ実際上は当事者が提出する事実が重要であって、裁判官の釈明権の行使にも限界があるため、職権による真実の探知が必ずしも容易ではないとしても、少なくとも建前としては職権探知主義の採用により、多少なりとも真実発見につとめて、身分関係の画一的確定による法的安定を達成するために対世効を認めようとしていた。[65] しかしこれをいかに実質的に基礎づけようとしても、[66] 実際に手続に関与していない第三者の手続権保障という観点からみれば、第三者が現に訴訟に関与するかまたは少なくとも関与する機会を与えられるまでは十分な保障をしたということはできない。そこでドイツにおいては、対世効が認められる身分関係訴訟を中心に、第三者の審問請求権（Anspruch auf rechtliches Gehör）保障のために、実際に第三者に訴訟関与の機会を与えるべきであるとの解釈論が有力に展開されるに至っている。[67] このような状況に鑑みれば、一般に対世効が認められるために、職権探知主義が採用され、同時に処分権主義、弁論主義が制限される身分関係訴訟においてさえ、判決の効力を受ける

者の手続権保障のため、訴訟関与の機会を認めるべきであるとするのであれば、弁論主義が通用する訴訟における判決の既判力を受ける者にはまして手続権のあつい保障があって然るべきではないかとも考えることができる。しかし当事者の法的地位が第三者の法的地位に対して先決性を持ち、後者が前者に依存している場合、すなわち第三者が当事者の法律行為上の処分を甘受し、それに従わなければならない場合の第三者は審問請求権者から除かれるべきであると解されている。(68)(69)

(12) 合名会社訴訟における判決の社員に対する効力を、既判力拡張とは区別された、既判力の第三者効 (Drittwirkung) として位置づけるのが Schwab である。(70)

Schwab によれば Bettermann や Blomeyer によって「民事法 (Zivilrecht) による」既判力の拡張とされた諸事例は、同人によって「手続上の根拠 (prozessualen Gründen) による」既判力拡張とされた諸事例とは、その既判力効のあらわれ方において常に異なる一つの特徴を持っている。それは前者においては前訴と後訴とで訴訟物が異なるため、その効力が先決問題における拘束力としてのみあらわれるということである。確かに既判力効が先決性 (Präjudizialität) としてあらわれることはある。しかし常にそれとしてのみあらわれるということは、既判力が本来同一訴訟物につき再度訴えを提起されることを妨げる効果、従って一事不再理説によれば訴えの不適法却下という形でその効果をあらわすことと かみ合わない。むしろ前者と後者とでは、既判力の別個の効果が存在すると考えるべきである。そして既判力拡張のためには前訴と後訴とで訴訟物の同一性が必要であって(71)、それを欠く前者の諸事例においては自ずから別個の考察が必要である。そこで Schwab は前者の諸事例につき、既判力の第三者効という新概念を提唱するが、その内容である相対的確定の絶対的効力 (die absolute Wirkung der relativen Feststellung) という考え方は古くから、実体法説ならびに訴訟法説の論者によって認められていたとする。

この既判力の第三者効は三つの方向から根拠づけられる。第一に、既判力の内容（Wesen）を単に消極的なものと決めるのではなく、「裁判内容の基準性」の中にその本質を見出す。すなわち当事者は判決以後はその判決の内容に従った行動をすべきであり、それとは異なる行動をすれば違法となる。この基準性が当事者を拘束し、その結果裁判所をも拘束する。ところがこの基準性が単に当事者だけのものに留まり、第三者に対して主張できないものであれば、それは中途半端なもの（nur eine halbe Sache）になってしまう。従って第三者に対してもこれを主張できて然るべきである。第二に、一事不再理説が第三者効を支える。たとえば債権者・主債務者間で主債務につき裁判が行なわれた後、債権者から保証人に対して訴訟が提起されたとき、債権者と保証人との間で「同一物（idem）」[72]が問題となるのであるが、この問題については既に裁判がなされているのである。従って「再びかかわることなかれ」ということになる。このことは前訴の訴訟物が後訴の先決問題をなすとき常に妥当する。そしてこれはいわゆる相対的確定の絶対的効力にほかならない。第三に、「正当な当事者」の理論[73]が第三者効を支える。すなわち訴訟当事者が彼らの間に存する権利関係について訴訟を行なうとき、その訴訟の正当なる当事者（legitimi contradictores）である。彼らだけが当該権利関係に対するすべての主張を持ち出す可能性を持ち、彼らにだけ立法者は当該訴訟に関係する訴訟物を処分する可能性を与えた。このように当事者が彼らの間に存する権利関係について最も緊密な関係を有するがゆえに、彼らが正当な当事者として争った判決もまた第三者に対して効力を及ぼさなければならない。

Schwab は第二、第三の根拠を提示することによって「何が審理されたか」の問題と「誰が争ったか」の問題の両側面から第三者効を基礎づけている。しかし第三者に対する判決の効力を論じる際さらに問題となるのは、弁論主義をどのように評価するかということである。というのは弁論主義を私的自治の手続的表現であるとすれば、第三者への効力拡張は容易に導かれ得ないからである。Schwab は Kuttner に従い[74]、弁論主義はむしろ真実発見のための有効な手段な

のであるから、第三者への効力拡張と調和しないものではないとする。[75] さらに訴訟が共謀 (Kollusion) によって行なわれた場合の手当てとして、まずBGB二四二条（信義則）を根拠として第三者効が及ばない旨の抗弁を第三者に認めるという方法と、第三者に損害賠償請求権を認める方法とが考えられるが Schwab 自身は前者に傾いている。[76]

以上が Schwab の説く第三者効の一般論である。そこで Schwab が合名会社事例につきどのように考えているかというと、彼はこの問題を、会社に対する前訴と社員に対する後訴とで訴訟物は客観的に同一ではあるが、前訴の当事者と後訴の当事者との間に、包括的権利承継も特定権利承継もなく、ただ継続的依存関係が存在する場合と把握し、合名会社訴訟と社員に対する訴訟とでは訴訟物が客観的に同一であることは疑いないのであるが、ただ後訴が不適法却下される場合ではないため、制限的既判力拡張 (eingeschränkte Rechtskrafterstreckung) もしくは遮断効 (Präklusionswirkung)——両者には結果的に差異はない——とするかあるいは訴訟物の客観的同一性にもかかわらず既判力の第三者効を認めるべきであるとする。[77] いずれにしてもHGB一二九条一項は前訴判決の基準性を争わせない趣旨の規定である。[78]

なおこの Schwab の第三者効については、Bettermann によって「既に久しい以前に克服された、第三者効と既判力拡張を区別する図式は、論理的に可能なものでも、法規上正当化されるものではない」と批判され、Fenge もまた両者の区別の意義を疑っている。[79]

なお合名会社事例に限っていえば、会社訴訟と社員訴訟とで訴訟物が客観的に同一であると考えている点で依存関係による判決効拡張説と立場を異にしている。この見解はドイツにおいてなお一部に有力に主張されているところではあるが、それを果して手続法上貫徹できるかは、Eccius に見られたように久しい以前から疑問視されてきたところであり、右に見た Schwab の判決効に関する迷いもこの根本的問題の解決を見ないまま同一説をとったことに帰因するも

のと推測する。

以上が会社訴訟における判決の社員への効力をめぐる学説の状況である。

七　小　括

(1)　合名会社の法的性質論と合名会社訴訟における判決の社員への拡張論との関連

前述（第一章）のように合名会社の法的性質に関しては争いのあるところであり、およそ合名会社と第三者の法律関係、合名会社と社員の法律関係さらに社員と第三者の法律関係について論述する際には、まずこの点についての解釈者の態度を決定しておくのが実際であるように思われる。しかし他方においては、合名会社の法的性質から演繹的に具体的問題についての解決をひき出すという解釈態度も批判されるところである。Fischer をして「訴訟法においてはいまだに合名会社の法的性質論からの演繹論が行なわれている」[80]と嘆かせた状況はこの判決効論においてはどのようであるか。まずこの点から考察をはじめることにする。

この問題に関して叙述するどの学説、判例も合名会社と社員の関係に関して、明示または黙示的に各自なりの態度を持っているということができる。それが微妙にそれぞれの説に反映していることをわれわれは見ることができた（たとえば Blomeyer と Schwab とでは両訴訟の訴訟物の関係につき考え方が異なっていることを想起されたい）。

既に見たように判例は、少なくともその初期において、合名会社の性質から直ちに会社訴訟の判決の既判力が第三者たる社員に拡張されるというのではなく、合名会社は法人格を持たず、社員の集合[81]にすぎない、従って合名会社訴訟における当事者は社員個人にほかならないから社員は、当事者として判決の効力を受けると解していた。この考え方は学説の一方においても有力であり（Behrend, Binder, Walsmann など）、現在主として商法学者の間で主張されている（Flechtheim, Schlegelberger, Lehmann-Diez など）。しかしもしこの立場を貫くとすれば、既判力の問題と密接な関連

を有する訴訟係属の抗弁の問題について、会社を相手とする前訴と社員を相手とする後訴とでは、前訴における当事者たる者を後訴で相手にすることになるわけであるから、この抗弁（現在では職権調査事項）を容れざるを得ないことになろう。しかし判例の中にもこれを否定する趣旨の判示をするものもあり、学説に至っては Wach を除いてはこれを肯定するものはなく、抗弁認容説は完全に凌駕されたと指摘されている。[83] 同様の疑問は会社と社員の共同訴訟や会社訴訟への社員の参加の問題につきこれを認める判例の態度とどのように調和するかという形であらわれよう。[82]

以上のことだけからでも合名会社が法人格を有せず、権利義務ならびに訴訟の担い手は個々の社員（の集合）であるとの法的性質論から直ちにあらゆる具体的問題を演繹的に解決するという解釈態度には問題があると結論することができる。このことは既判力（拡張）問題においても、会社訴訟の当事者は社員自身であるという根拠づけに対して疑念を抱かしめるものである。

もっとも右に挙げた非法人説の問題点を回避できるからといって一足跳びに合名会社法人説が妥当であると言い切ることもできない。HGB一〇五条二項をどのように解するかという問題や、社員の無限責任との理論的調和が問われるからである。そしてそれ以上にいったい法人説をとる必要があるのか、法人であることのどのような効果を狙うものか、またその効果を与えるためには法人格を有する必要があるかなどの問題につき十分な検討が加えられるべきであると考えるからである。

ところで法人説に対しては、この説では社員に対して既判力が及ぶことを説明できないのではないかとの批判があった。この批判に対して Kohler は判決によって会社債務があらたに創造され、従来の権利義務関係が判決内容どおりの変更を受けることと、社員が会社債務のために連帯して責任を負う（HGB一二八条）こととの結合により、非法人説と同じ結論（確定された内容どおりの債務につき社員は責任を負う）に達することができると考えた。しかし判決によ

って変更を受けた権利義務関係を社員に通用させることが果して実体法のレベルだけで導かれるかにつき疑問が残った。むしろ右の結論は会社と社員を別個の法主体とすれば、会社の受けた判決の効力が社員に及ぶ根拠を俟ってはじめてこのことが可能になるように思われる。

ところでWachは、合名会社が法人格を持たないのであれば、あたかも法人格を持つかのような解釈も許されないとして、合名会社財産と社員の個人財産との区別から合名会社の受けた判決の効力（執行力）が社員に及ぶことを否定したROHGの判決を批判した。しかし逆にROHGの判示の中にこそ問題の正しい核心があるとHellwigが主張して以来むしろ後者が主流を占めるに至る。すなわち責任財産の異別性こそが法主体の異別性にとって重要な要素となってくる。[84] しかもそこではWachとは全く逆の表現がなされている。「合名会社は法人ではないが、一定の関係において手続的にも法人として取扱われる」[85]と。そこで合名会社は会社財産との結びつきにおいて最終的には会社財産からの満足を目的とする訴訟における当事者であるとみなされる。そしてここに至って合名会社と社員ならびに債権者との実体法上の関係にも変容があることに注意する必要がある。すなわちWachによれば——そしてその後も繰り返し主張されるのであるが——債権者は会社と社員に対して単一的な債権を有しており、そのひきあてとなる財産が会社財産と社員の個人財産という二種類の財産から成っている[86]とされる。従ってその場合債権者が会社財産のみをあてにして会社を相手に訴訟を提起し、後に社員に対する請求を追加しても、請求の変更はなく、単に請求の拡張があるにすぎないことになる。しかし責任財産の相違による、法主体としての会社と社員の区別が行なわれるようになると債権者は会社財産の主体としての会社と個人財産の主体としての社員に対し別個の債権を有することになる。従って会社に対して有責判決が下されたとしても、それは会社財産にのみ関係することであるから、その判決は会社に対する権利のみを認めるものである。従って当該判決の効力を受けるのは原則として会社のみである。逆に会社訴訟で会社に対する権利が否定

されるとしても、社員に対してもその主張が許されなくなるわけではない。従ってもし社員に対する判決効の拡張を認めようとするならば、その法的根拠を探る必要があるわけである。

(2) 会社訴訟の社員に対する判決効と依存関係

独立した財産を一つの法主体とする立場から、法主体としての合名会社と社員を区別することは既にROHGの判例に見られるところであるが、同時にそれは Hellwig の出発点であった。もっとも Hellwig は会社判決の社員に対する効力を反射効とするか既判力拡張とするかについては迷いを見せている。しかし拡張を認める基礎理論については、一貫した理論が展開されている。すなわち「会社の権利関係が社員の権利関係のために基準性を持つ限りで、会社の訴訟追行の結果もまた社員の権利関係のために基準性を持つ。」[87] この依存関係にもとづく判決効の拡張は、Hellwig によれば、事物の本性 (die Natur der Sache) にもとづくものである。[88]

確かに社員の責任の範囲は会社のその折り折りの債務の範囲によって決定されると解されている。その意味で右に掲げた Hellwig の命題の前段は妥当である。しかしそこから必然的に会社判決の社員への既判力拡張が導かれるものであろうか。右のような意味での付従性ないし依存関係からは、会社が有責判決の効力によって失った抗弁事由を社員もまた切断されるということは必然的に帰結されるものではなく、その趣旨の政策目的による立法あるいは特別の法的根拠が必要なのではあるまいか。[89] 少なくとも単に債務の範囲についての付従性 (Bettermann の所説参照) というだけでは、仮りに実体法説に立ったとしても、社員への既判力拡張は帰結され得ないと考える。[90]

さらに依存関係説は、法律行為と訴訟行為の対応関係 (Parallelität) をその基盤に据えている。しかしこの対応関係については、ドイツにおいても——転貸借関係事例を挺子としながらも一般論として——浅薄な議論と批判されているところである。[91]

近時は判決効を拡張される者の手続権の保障が問題とされている。この手続権保障という視点はBlomeyerにおいては手続的適性(prozessuale Zumutbarkeit)という視点に置き換えられて考慮されていた。Blomeyerによれば、第三者に有利な既判力拡張は問題にならない。しかし不利益を受ける第三者については、第三者から審問請求権を奪う根拠が必要であり、これを正当化する理由が、第三者は当事者の行なう法律行為上の悪化(Verschlechterung)を甘受しなければならないというところにあるとした[92]。この部分については前述のように批判のあるところであり、また有利な既判力拡張についても、これでは債権者は一回の取得機会で二重の喪失危険を負う(einfache Gewinchance, doppelte Verlustrisiko)ことになるから、債権者の保護利益の保障に欠けるとの批判がある[93]。

(3)　既判力拡張か反射効か法律要件的効果か

合名会社訴訟における判決の社員に対する効力は既判力拡張である(Jaeger, Rosenberg, Bettermann, Blomeyer)のか、反射効である(Hellwig)のか、法律要件的効果である(Kuttner, Hofmann)のかという問題があった。この問題はHGB一二九条一項をどのように解するのかという問題と密接な関連を有していた。

一般に既判力拡張は手続法上の効力であり、反射効ならびに法律要件的効果は実体法上の効力であるといわれている[94]。ところで社員は「会社の義務のために」会社とならんで責任を負う(HGB一二八条)。会社の義務の存在、内容が社員の責任の存在、内容を規定するのであるから、会社の義務の存在、内容が社員の責任の存在、内容にとって前提問題となる。そこで問題は会社の義務が訴訟という手続の経過をへて、その存在、内容を確定判決の中に示されたとき、社員はいかなる内容の責任を負うかということである。

(イ)　既判力拡張説によれば——既判力本質論における実体法説と訴訟法説とで表現に相違はあるが——社員は会社判決の既判力を受ける結果、会社判決が不当であって、既存の権利関係は判決内容とは異なる旨の主張・立証の余地がなく

なる。その結果、会社判決の判示内容どおりの債務につき社員は責任を負うということになる。その根拠づけは、実体法説においてはHGB一二八条（これのみで足りるかは疑問であるが）であり、訴訟法説の中でも依存関係説は社員の債務の会社債務への実体法上の依存関係であり、また端的にHGB一二九条一項は会社判決の社員への既判力拡張規定であるとするものもある[95]など様々である。

(ロ) 反射効（法律要件的効果）説といっても論者によりその内容が異なっている。Hellwig や Hofmann はHGB一二九条一項に積極的意味を与えるのに対し、Kuttner は同条項に消極的意味のみを与えている。

Kuttner は、会社債権者が会社に対して得た有責判決によって社員は会社に属する抗弁を奪われる、すなわち会社有責判決の存在が抗弁を奪うという付随的効果をもたらす。この効果はたとえば会社が自己に属する抗弁を放棄すれば社員もまた当該抗弁を主張できなくなるのと同じ効果であって実体法上の効果である、とする。これに対しては Pagenstecher から、もし訴訟法説に立てば会社は自己の敗訴判決によって、一定の抗弁を手続法上主張することができなくなるだけであるのに、社員は実体法上もこれを主張することを禁ぜられるのは、会社が失う以上のものを社員が失うという意味で会社債務への社員の債務の完全な付従性という性質に反すると批判されている。しかし翻って考えてみるとこれはさほど手痛い批判のようには思われない。実体法上の抗弁事由であれ、手続法上の抗弁事由であれ、訴訟という場面では、抗弁の提出という一つの訴訟行為としてその主張が行なわれることに変わりはない。たとえ会社がある抗弁を手続法上でのみ失い、実体法上はこれを有しているといっても、それを訴訟で主張することが封じられるのであれば実際的意味はない。むしろここで Kuttner が意図したことは、判決の存在が一定の効果をもたらすということ、つまりその効果を実現するためには判決の存在の主張・立証で足りるという法規の存在の認識にあったように思われる。ところで Fenge によれば反射効（法律要件的効果）と既判力拡張との実際的相違は、前訴判決の存在が職権調査事項で

あるか、当事者の主張を俟って斟酌すべき事項であるかにあった。[96] そうであるとすればKuttnerは後者を選択したということになり、彼の説の存在意義もその点に見出すことができよう。

(ハ)　これに対してHofmannの法律要件的効果説では、会社が判決内容とは異なる観念的既存債務を負っているか否かは全く問題とはならない。従ってPagenstecherの批判はここではあたらないという利点がある。しかしこの説に対しては別の角度からの批判がある。それはKuttnerのHellwigに対する批判の中にある。Hellwig（そしてそれを受けたHofmann）の見解は「社員の責任が会社の有責判決によってはじめて発生するものではなく、既にそれ以前に存在していたことを充分に尊重してはいない。この見解は会社の有責判決を債権者の社員に対する訴えにとって権利発生の基礎（rechtserzeugende Fundament）とするものであって正当ではない」[97]と。すなわちHellwig-Hofmann流の法律要件的効果説によれば、社員の責任の発生時期、履行期の到来時期、従って時効進行の起算点はすべて判決確定時とすべきことになる。その場合会社債務の発生時ならびに履行期と社員の責任の発生時ならびに履行期との間にずれが生じることになる。そしてこのずれの存在は会社債務に対する社員の債務の付従性との調和を欠くことにつながるのではないかが疑問である。この疑問に対してHofmannは次のように説明している。会社が売買契約にもとづいて一〇〇支払うべしとの有責判決（しかも不当判決）を受けたとき、会社は、真実債務を負うか否かを顧慮することなく、債権者に対して一〇〇支払わねばならない。そこでHGB一二八条、一二九条一項により社員も一〇〇につき責任を負う。会社と債権者との間には実際には売買契約が存在しなかったという場合、会社が有責判決を受けたという事実にもとづいて社員の債務は発生する。しかし右の場合、債権者の社員に対する訴えは判決にもとづくのではなく、あくまでも実在しない売買契約にもとづくものである、[98]と。しかし実在しない売買契約によって社員の責任が発生するとの擬制を用いなければ理論的に筋が通らないこと自体、この説の破綻を示すものではあるまいか。少なくともHGB一二八条、一二九条

をそこまで読み込むことには疑問を感じる。

ところで従来、判決の法律要件的効果といわれたものは、判決の判断内容を問題とせず、その外在性が一定の実体法上の効果を生み出す現象の総称であった。しかし右に述べた法律要件的効果はいずれも判決の判断内容を不可争とするものである。このような内容を含みながらなお法律要件的効果といわれるのは、判決の存在が判決の対象となる法律関係とは別個の実体法上の請求権を生み出すという側面を有するからであった(99)。従ってHGB一二九条一項に抗弁の切断という消極的意味しか認めないKuttnerの所説を法律要件的効果と呼ぶのは適当でないかもしれない。そこで当事者ないし第三者の判決の存在に関する主張を俟って、判決の判断内容を不可争とする効力を通常の法律要件的効果と区別する意味で反射効と呼ぶことが考えられる。もっともその場合、判決の存在の考慮が当事者の主張にかかるというだけであって、判決の判断内容の不可争力という点において既判力拡張となんら異なるものではない(100)。

(二) 最後に若干の感想をつけ加えることにする。そもそもHGB一二九条一項は、立法者の意図によれば、会社と債権者との間の訴訟で会社債権が確定するとき、その裁判による確定を社員にも通用させることを目的として規したものであった。他方で同時に裁判外での債務の承認の場合でも、承認された債務の存在を社員にもはや争わせないことも意図された。すなわち立法当初はHGB一二九条一項は、手続規定と実体規定の両方を含むものであった。そして学説においても同様に解するものがあった(Hellwig, Jaeger)。ところがその後右条項を専ら実体規定と解する学説があらわれ(Kuttner, Hofmann)、また逆に全くの手続規定と解する者もあらわれた(Blomeyer)。しかしいずれにしても判決による会社債務の確定を社員にも不可争にする効力を持つものであることにかわりはない。そこでHGB一二九条を手続規定と解するか実体規定と解するかの争いにどのような意義があるのかが問われなければならない。私見によれば、Kuttner説の意義は会社債務の存否の判断を職権調査事項からはずすことにあるわけであるが、手続規定と解したからといって

必然的に職権調査事項となるとは限らない。債権者・会社間で会社債務を確定する判決が下された場合、会社が既判力によって切断される抗弁を社員も切断されるという規定がある場合に、これを「債権者が前訴判決を援用すれば」という条件にかからせることはなんら妨げないからである。そして判決の判断内容の拘束力をもたらす規定はこれをむしろ手続規定と解すべきであろう。

ところで会社と債権者との間の訴訟で債権者の請求が棄却された場合はどうであろうか。Schlegelberger-Gessler はHGB一二九条一項の規定の体裁を問題とし、その趣旨は社員が会社に属するすべての抗弁を援用できることにあると主張し、Düringer-Hachenburg-Flechtheim もまた右条項は、保証人が主債務者に属するすべての抗弁を援用することができる旨を定めたBGB七六八条一項と同趣旨であるとする。右のBGB七六八条一項につき、この抗弁事由の中に主債務の不存在を確定する判決の存在を含むことを認めるBGHの判例がある。[101] この判例は、債権者・主債務者間の債権者の請求棄却判決の保証人への既判力拡張を認めた。従ってこれによれば、保証人による前訴判決の存在の主張を俟たずに、極端な場合たとえ保証人が欠席しても、後訴裁判所は保証人勝訴の判決をすることになろう。この結論は果して妥当であろうか。私はむしろBGB七六八条一項を文字通り kann- 規定と解して、右の場合にも保証人の援用を俟つべきではないかと考える。そこでHGB一二九条一項も会社債務不存在を確定する判決がある場合、社員は会社に属する既判力の抗弁を援用することができる。そしてその援用があれば債権者に会社債務の存在を根拠づける主張が禁止され、その結果、債権者の社員に対する請求は棄却されると解すべきである。[102] 従って会社債務を確定する判決の存在についても同様に債権者の主張を俟って裁判所は斟酌すべきである。[103] このような見解を当事者の主張を俟つ点に既判力拡張との差異を見出し、これを特に反射効説と呼ぶことにも意義があると考える。[104]

(1) 原語は Einwendungen であるが、狭い意味での抗弁をも含む趣旨で用いられている。

(2) 立法の経緯ならびに概観については現代外国法典叢書「独逸商法[1]」序説参照。

(3) Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetz VI, Materialien zum Handelsgesetzbuch, S. 267 による。

(4) Hahn, a.a.O. S. 267 によれば Entwurf の一二七条（現一二九条）一項については「学説、判例で近時既に支配的な見解に一致して」とあり、四項（執行力）については「最上級審の判例と一致して」とあるところから、一項については審級を限らない趣旨とも解することができるが、判例上は――これから見るように――既判力の問題と執行力の問題とは重なり合う事例が多く、立法者としては特にそのような区別をする意図を持ちあわせていたわけではないと考える。

(5) 一応「命令」と訳しておく。

(6) なお本判示の後半部分すなわち「(社員は) 共同連帯債務者として宣告される」の意味が必ずしも判然としない。既に第二章第二節で見たように、「社員は会社のすべての義務のために連帯して責任を負う」(旧HGB一一二条) というとき、連帯関係が社員と会社との間にも存するかについては議論があった。ところで会社を名宛人とする訴訟＝社員全員に対する訴訟であるという本判決の立てたルールからの論理的帰結としては会社と社員間には連帯関係は成立し得ない。しかし他方RGは一貫して会社を名宛人とする訴訟における判決の執行力が社員に及ぶことを否定している。このことからすれば会社に対する訴訟と社員個人に対する訴訟とではなんらかの区別が存することになる。とすれば本判決が「(社員は) 共同連帯債務者として云々」と判示するとき、あるいは (会社財産と社員財産との区別にもとづく) 会社と社員の連帯関係を意味していたとも考えられよう (けだし特に共同連帯債務というとき、連帯債務者間には単一の債務が存する場合を指し示すことを想起されたい)。さらにこの前提に立てば、判示部分は会社判決の効力を社員も受ける根拠としての役割をも担っていると思われる (共同連帯債務者間の絶対効――もっとも一般論としては共同連帯債務者間の絶対効を肯定しつつも、判決の効力につきこれを否定する者が少なくない。たとえば Fitting, Die Natur der Korrealobligation, (1859) の否定の根拠は、判決が訴訟当事者とその承継人の間にのみその効力を及ぼすことは自明の理であり、このことは連帯債務者間でも貫かれるべきである、けだし連帯債務者の一人が争点決定 (Litiscontestation) を受けることによって他の連帯債務者も終極的な免責を受けるのであるから、その後に判決の効力を問題にする余地はなくなるということにある。さらに Kuntze, Die Obligation im römischen und heutigen Recht, (1886) § 23 III Die Korrealobligation, S. 141 ff. は肯定説が債務の Einheit から結論を導き出すのに対し、債務の Einheit であるか Mehrheit であるかによって結論を導き出すのは詭弁であり、むしろ個々の共同

債務者（correus）が彼固有の債務を持ち、それぞれに干渉も保証もせず、その性質が共有や共同相続に似るところにあるとする。さらに Mitteis. L, Die Individualisierung der Obligation, (1886) も否定説に立つ。理由は、判決の効力を争点決定や宣誓の絶対効といっしょくたにすることはできない、むしろ個々独立した訴訟が行なわれているのである、RCPOによれば判決の効力が及ぶのは、同一当事者の同一物についての訴訟に限られる、とするところにある。さらに Binder. J, Korrealität und Solidarität im römischen Recht, (1898) は、否定説に立つ理由を、既判力効が及ぶのは常に当事者と第三者との間に論理的関係がある場合であるが、共同連帯債務にはそのような関係は存在しない、というところにおいている。さらに Dernburg, System des römischen Rechts II, 8. Aufl. (1912) は、その理由を、肯定説のように考えるには、判決の中で共同連帯債務（の存在）が否定されるという場合でなければならないが、これによって一人の連帯債務者に対する債務が否定されるだけであり、既判力の相対効をまげる理由はここからは出て来ない、保証ともその性質が異なるので保証関係の類推もできない、というところに置いている。序ながら、この否定説が次第に有力になり、肯定説にとって代わる勢いを持つに至り、肯定説の有力な主張者の中には Windscheid がいたにもかかわらず、BGB制定の際には、その第一草案の段階から、連帯債務者間の判決の絶対効は否定されたという次第である）。しかし本件の場合、「共同連帯債務者として云々」が根拠として妥当であるかは問題である。というのは共同連帯債務者間に判決の効力が及ぶのは、債権者が共同連帯債務者の一人に対して債務の履行を請求したが奏効せず、請求棄却判決（Freisprechendes Urteil）を受けた場合に限るとするのが Ribbentrop 以来の学説であり、判決の絶対効肯定論者の中で債務者の一人に対する請求認容判決の効力が他の債務者に及ぶと解する者はいない（たとえば Ribbentrop, Zur Lehre von der Correal Obligation, (1831), Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. (1900), Unger, Passive Correalität und Solidarität im römischen und heutigen Rechte, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 22. (1884) S. 207 ff., Waldner, Die Korreale Solidarität, (1885), Savigny, Das Obligationen Recht, Bd. 1. (1851) S. 188 ff. など参照）。本件では、債権者が合名会社に対して勝訴した判決の社員に対する効力が問題となっているのであるから、このような場合に、共同連帯債務者として判決の効力を受けるというのは、当時の議論の状況からいっても、問題である。なお Wach は、社員が会社の債務につき責任を負うのは、社員として負うのであって、共同連帯債務者としてではないと主張している（a.a.O. S. 526）。

（7）第三章第二節(1)の判例。

（8）事案は明らかではないが、これもまた会社訴訟への社員の補助参加の事例である。ここでは、参加の態様が共同訴訟的補助参加

(CPO六六条)であることの前提として、本判決は、RGの確立した判例によれば、会社に対して下された判決は、会社債務の確定が問題である限り、個々の社員に対しても既判力を及ぼすとして合一確定の必要を肯定した。その際、個々の社員は、通説によれば、会社訴訟の当事者とみなされている、と判示している。

(9) 事案は次のようである。商人であるALが、いずれも銀行家である社員BBとEHからなる合名会社B&Hに対して、一八七四年四月二四日に提起した訴えにもとづいて、一八七六年一月一八日に判決(Purifikationsurteil)を得、被告は原告に対して二七〇〇マルクを一八七三年三月一一日より五%の利息を付して支払えとの旨が確定した。その後一八七七年に合名会社B&Hが解散。本訴はALが社員BBに対して、一六〇〇マルクを一八七三年三月一一日より五%の利息を付して支払えとの申し立てをしたものである。第一審は原告の申し立てどおりの判決を下した。そして被告による控訴ならびに上告は棄却された。その際BBは前訴で看過された事実として、ALとB&Hとの取引の際B&HからALに手交された三〇〇マルクの前金があり、それが勘定に入れられるべきであったと抗弁したが、本文判示のごとくこの抗弁は退けられた。

(10) なお本判決は、この事例においては共同連帯債務に関する命題(棄却判決が他の債務者に効力を及ぼす)は問題とはならない、けだし社員は会社に対して共同連帯債務者の地位に立つわけではないから、と判示している。

(11) 第三章第二節(2)の判例。

(12) たとえば Kuttner, Privatrechtliche Nebenwirkungen der Zivilurteile, (1908) S. 99, Fn. 33 参照。

(13) Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch, 11. Aufl. (1893) S. 119 もまた本判決と同様に「会社に対する訴訟が単に一人の社員によって代理されている場合でも、その裁判はすべての社員に、共同連帯債務者として、会社財産の範囲で通用する」と説明している。この見解もその真意は必ずしも明らかではない。もっとも彼は Kommentar, § 129. Anm. 1 で会社判決が社員へ既判力を及ぼすことを肯定している(但し、Jaeger, a.a.O. S. 63 による)。

(14) Hahn, Commentar zum Handelsgesetzbuch I, (1887) S. 404 f.

(15) Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, (1900) S. 366 f.

(16) しかし近時は「会社に対すると社員に対するとで請求が同一であるかはさておき、両請求権は責任対象が異なるのである」ことを理由に会社訴訟から社員訴訟への移行を当事者変更とみる判決(BGHZ六二・一三一)もあり、判例の今後の理論構成に関する見とおしも予断を許さない。

(17) Hueck, a.a.O. S. 323, Fn. 39.

(18) その意味で(2)判例はこの問題におけるリーディングケースということができる。但しその挙げられた根拠のうち、社員が会社に対して共同連帯債務者(Korrealobligation)の地位に立つことを根拠とすることには問題があることは既に述べたとおりである。

(19) 判例(4)は会社判決の社員に対する既判力拡張の根拠として、社員債務の会社債務への付従性を挙げたが、これはその後の判例の追随をみていない。

(20) Römer, Die Haftung für die Gesellschaftschuld der offenen Handelsgesellschaft nach dem A.D. H.G.B. und dem Gemeinen Recht, S. 149 f. 但し Hahn, Commentar zum Handelsgesetzbuch I, (1877) S. 406 による。Römer によれば合名会社の商号の下における訴訟は、全社員に対する訴えの競合 (eine Häufung der Klagen gegen sämtliche Gesellschafter) として理解されるべきであるとのことである。

(21) 現に Römer 自身は本文に述べた帰結を肯定している。

(22) 現行 HGB では、一二九条四項により明文でこの結論は否定されている。

(23) Hahn, a.a.O. S. 407. なお執行対象財産の違いから防禦方法の制限を導くものとしては他に Petersen, Civilprozeßordnung für das deutsche Reich, (1899) S. 539 がある。

(24) Wach, Handbuch I, S. 525.

(25) このような規定は Wach がこの本を公刊したときには存在していなかった。しかし後に(一八九七年)HGB 一二九条四項に会社判決の執行力の範囲を会社財産に制限する旨の規定が設けられた。もっとも Wach 自身は右規定の新設に終始反対していたことは本章第二節で後に述べるとおりである。

(26) この説は(1)(2)説とは合名会社の性質に関する理解が異なっていることに注意されたい。

(27) Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, (1886) S. 516 ff., Binder, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, (1895) S. 77 ff., Walsmann, Streitgenössische Nebenintervention, (1905) S. 178 f., derselbe, ZZP Bd. 39 S. 546 (Kuttner, Die Privatrechtliche Nebenwirkungen der Zivilurteile の書評), Schlegelberger, a.a.O. S. 1109 § 124 Anm. 21., Lehmann-Diez, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. (1970) S. 160.

Binder, Walsmann によれば会社訴訟において社員はその Gesamtheit に包括されているゆえ、Gesamtheit に対する判決は社

員に及ぶとする。また Schlegelberger, Lehmann-Diez は会社訴訟の当事者は Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit であると解しその判決は個々の社員に既判力を及ぼすとする。両者ともその趣旨に大差はないであろう。

(28) Eccius, Die Stellung der offenen Handelsgesellschaft als Partei, ZHR Bd. 32 S. 1 ff. が発表されたのは、Wach の Handbuch I が出された翌年、一八八六年である。

(29) Kohler のいくつかの著作の中で特に Nochmals die offenen Handelsgesellschaft als juristische Person, Archiv für bürgerliches Recht Bd. 40 S. 229 ff. は、法人説によれば、判例・通説が認めている、合名会社判決の社員への既判力が否定されるのではないかとの Lehmann の疑問に答えたものである。

(30) Eccius, a.a.O. S. 13.

(31) もっとも私とてあらゆる場合に、判決の判断内容を実体法上、訴訟当事者以外の第三者がその責任のために基準としなければならないと解釈しうることを否定しようというわけではない。たとえば BGH (Versicherungsrecht 1959 S. 256) は責任訴訟における、被保険者に対する損害賠償請求権の存在と範囲に関する確定判決は、原則として、保険訴訟のためにも基準性を持つが、このことは責任判決の既判力から生じるのではなく、保険者は被保険者を既判力を持って確定された責任義務から免責させるという責任保険の性質から生じる、と判示している。合名会社の社員の責任の性質からあたかも責任保険における保険者の責任と同種の責任内容が帰結されるかが私にとっては疑問であるわけである。

(32) Kohler, a.a.O. S. 248.

(33) Mendelssohn-Bartholdy, Grenzen der Rechtskraft, (1900) § 29 S. 480 ff.

(34) この場合、会社と社員とは別個の法主体であって、会社債務と社員債務も別個のものであることを前提とする。

(35) 債権者の主たる債務者に対する訴訟で主たる債務者が敗訴しても、保証人は主たる債務者が持つ抗弁を援用して主たる債務の存在を争うことができなくなるわけではない。

(36) Pagenstecher, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, (1905) S. 77.

(37) Pagenstecher, a.a.O. S. 78.

(38) Hellwig, Anspruch und Klagrecht, § 37 III 1. 但し初版は参照できず、第二版（一九一〇年）ならびに Neudruck der Ausgabe Leipzig（一九二四年）S. 270 ff. による。

(39) Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, (1901) S. 27 f. Neudruck der Ausgabe, Leipzig 1967, による。

(40) 本文のような視点から見れば、この Hellwig の反射効説に対する Pagenstecher (a.a.O. S. 75) の反論、すなわち「Hellwig のたてた法命題はHGB一二九条一項を俟たずにHGB一二八条だけで処置できる」との反論は正鵠を射たものではないといえよう。

(41) Hellwig, a.a.O. S. 19.

(42) Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts, (1912) S. 804.

(43) 他に反射効を主張するものとして、Nikisch, Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. (1952) S. 432 f. がある。Nikisch は既判力拡張のためには訴訟物の客観的同一性が必要であるが、反射効は請求が異別であり、一方が他方に依存する関係にある場合に認められるものであるとする。この点、既判力拡張のために訴訟物の客観的同一性を要求せず、第三者に対し判決による確定の不可争性が問題となるところでは、第三者に対する既判力拡張が生じるとする Hellwig (Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, S. 42) とは見解を異にする。

(44) Kuttner, a.a.O. S. 98 ff.

(45) Kuttner の所説一般については既に、木川統一郎「判決の第三者に及ぼす影響(二)」法学新報六五巻一号（一九五八年）一八頁以下に詳細な紹介がある。さらに鈴木正裕「判決の反射的効果」判例タイムズ二六一号（一九七一年）三頁以下に紹介と批判がある。

(46) 鈴木（正）、前掲、七頁および九頁注（2）参照。

(47) Kuttner は会社が敗訴した場合のみを論じ、勝訴した場合を論じていない。Kuttner にとって重要であったのは、社員が会社に属する抗弁をどのような場合に喪失するかという問題であり、会社が勝訴した場合は、依然としてこれを援用することが認められるため問題にはならないと考えたためであろうか。

(48) 他に Kuttner の挙げる既判力拡張説との相違については批判のあるところである。鈴木（正）、前掲注(46)参照。

(49) Hofmann, Über das Wesen und subjektive Grenzen der Rechtskraft, (1929) S. 123 ff.

(50) Hofmann によれば、HGB一二九条一項が実体法上の抗弁の遮断と手続法上の抗弁の遮断の両方を含むものであるとすれば、立法者は同一規範の中に、同一の文言によって二つの異別の現象を言い表わしていることになる。しかしこれは次の範例によって見ればわかるように奇異なことである。すなわち会社が時効の抗弁を放棄し、その後債権者が社員に対して会社債務の履行を請求した場

合、当該訴訟で社員が時効の抗弁を提出すれば、債権者から会社の抗弁放棄を持ち出さない限り、請求は棄却される。しかし時効の抗弁が先行する会社の訴訟の判決によって遮断される場合には右のような結果にはならない。時効の抗弁の不適法性は既判力効として職権で顧慮されるからである (a.a.O. S. 125)。

(51) Hofmann は、Hellwig の主張した反射効説は、実は Hofmann と同様の趣旨であったと評価する (a.a.O. S. 127)。

(52) Hofmann, a.a.O. S. 131.

(53) 既に見たように Hellwig 自身、合名会社判決の社員に対する効力について反射効説を改めるに至った。もっとも明確に既判力拡張説に立つに至ったものではなく、反射効説に疑問を抱くにとどまった (System des deutschen Zivilprozeßrechts, S. 804)。

(54) ある者の地位が他の者の地位に依存するというとき、両者は法的に別個の地位を有することが当然の前提となる。法人説の立場からはこのことは自明である。しかし非法人説からはその性質をどう解するかの判断に迫られる。しかし既に Wach 以来、その根拠づけに若干の相違はあるが、非法人説からも会社と社員とは別個の法主体であるとする流れを見ることができる。

(55) 同旨の学説として Fischer, Die Personalhandelsgesellschaft im Prozeß, Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann zum 80 Geburtstag, S. 78 がある。逆に Kämmerer, Die Rechtsnatur der Offenen Handelsgesellschaft, NJW 19 Jahrg, S. 802 は、彼の法的性質論から逆の結論を導いている。

(56) 仮りに連帯債務規定の中に確定判決の絶対効が含まれていたとすると（ちなみに日本学術振興会編、法典調査会議事速記録第一九巻九四頁以下によれば、わが国の民法制定の際に、第四四〇条として「前五条ニ掲ケタル事項ニツキ債権者ト連帯債務者ノ一人トノ間ニアリタル確定判決ハソノ各条ニ定ムル範囲ニ於テ他ノ連帯債務者ニ対シテモ効力ヲ生ス。連帯債務者ノ一人カ為シタル弁済ニ関スル確定判決モ又他ノ債務者ニ対シテ効力ヲ生ス。」と規定されていたが、法案として議会に提出される直前に削除されるに至ったという経緯がある)、そのことが意味するのは一人の連帯債務者の債務不存在を確定する判決の存在が他の債務者の債務をも消滅させるということである。このことは連帯債務者の一人の債務不存在の確定がそれとして他の連帯債務者にも通用するかとは別の問題である。後者は一人の連帯債務者に対する判決の既判力（反射効）の他の連帯債務者への拡張の問題であり、後者はＢＧＢ四二五条二項によっては否定されていない。両者の混同は避けるべきである（鈴木（正）「既判力拡張と反射的効果㈠」神戸法学雑誌九巻四号五二四頁以下参照）。

(57) Jaeger, a.a.O. S. 61.

(58) このことは会社債務の存否の判断が社員の債務の存否の判断にとって先決性(Präjudizialität)を持つことを意味するが、後者の前者に対する依存性(Abhängigkeit)を意味するわけではない。しかも先決性を有するということだけからは既判力拡張は導かれない(Bettermann, Die Vollstreckung des Zivilurteils in den Grenzen seiner Rechtskraft, S. 101 f. 参照)。

(59) Jaeger, a.a.O. S. 60.

(60) Bettermann, a.a.O. S. 79.

(61) 鈴木(正)「既判力の拡張と反射的効果(一)」前掲注(56)五一二頁参照。

(62) 社員の債務の会社債務に対する付従性は既に Hellwig の認めるところである(Anspruch und Klagrecht, Neudruck der Ausgabe Leipzig, 1924, S. 273. Fn. 23)。そしてそれ以前に判例の中に社員の責任は法規によって課せられた Garantieverpflichtung であることを表明するものがあった(RG 一八九二・一一・三〇判決 RGZ 三〇・三三(三五))。しかしこのように社員の責任を会社の責任から截然と区別して、前者の後者に対する付従性を認めることは、合手的共同体としての合名会社の法的性質に反するとして、右判決はその後の RG の判例により批判を受けている(RG 一九一六・七・一二判決 JW 一九一六・一四〇九)。そこで Bettermann は、合名会社事例につき、付従性＝依存関係による既判力拡張を認める際、慎重を期して、付従性を認めることが決して合名会社の法人格肯定につながるものではないことを強調している(a.a.O. S. 169. Fn. 143)。従って Bettermann の説くところは、合手的共同体債務たる会社債務への合手者債務たる社員債務の付従性である。

(63) Blomeyer, Rechtskrafterstreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit, ZZP Bd. 75 (1962) S. 1 ff.

(64) Blomeyer, a.a.O. S. 1.

(65) 小室直人「形成訴訟における処分権主義、弁論主義の制限」会社と法 上(西原寛一先生追悼論集、一九七七年)三四五頁以下参照。

(66) その努力として、当事者適格者の充実した訴訟追行への期待による実質的根拠づけを試みるものとして、谷口安平「判決効と当事者適格者」民事訴訟の理論 下(中田淳一先生還暦記念、一九七〇年)五〇頁ならびに同「会社訴訟における訴えの利益」法学論叢八二巻二・三・四号(一九六八年)三〇二頁以下(特に三一七頁)参照。

(67) フリッツ・バウア「第三者の訴訟関与」民事訴訟の理論 下(前注参照)三〇三頁以下。Schlosser, Urteilswirkungen und rechtliches Gehör, JZ 1967. S. 431 ff., Bettermann, JZ 1962. S. 673 ff., Röhl, Das rechtliches Gehör, NJW 1953. S. 153 ff., Wolf, Rechtliches Gehör und die Beteiligung Dritter am Rechtsstreit, JZ 1971. S. 405 ff. これを受けたわが国の解釈論とし

ては、吉村徳重「判決効の拡張と手続権保障――身分訴訟を中心として――」実体法と手続法の交錯 下（山木戸克己教授還暦記念、一九七八年）一一八頁以下参照。

(68) たとえば Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, 2. Aufl. (1974) § 25 II 2. S. 228 und § 47 VI 2 c) S. 544. Zeuner もまた裁判によって権利を害される者のすべてに審問請求権が与えられているのではないことは、形成判決や既判力効、既判力の対世効のことを考えてみればわかるとする(Der Anspruch auf rechtliches Gehör, Festschrift für Nipperdey I 1965, S. 1038)。

(69) Hellwig から Blomeyer に至る依存関係による既判力拡張に対しては近時（もっとも同様の主張は以前からたとえば Hofmann などに見られたが）、手続保障とのからみで ZPO 三二五条以外の依存関係による既判力拡張の法的根拠を疑う見解が出されている。Calavros, Urteilswirkungen zu Lasten Dritter, 1978 S. 84 ff.（その紹介として池田辰夫、民事訴訟雑誌二八号二八〇頁がある）もっとも合名会社事例に限っていえば Calavros も HGB 一二九条一項を根拠に会社判決の社員への既判力拡張を肯定している (S. 109 ff. insbes. S. 111)。もっともこの Calavros の見解全体の検討は別の機会に譲りたい。また依存関係による既判力拡張説に対するその後の学説の攻撃、非難については後述する。

(70) Schwab, Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft, ZZP Bd. 77. S. 124 ff.
なおこの論文の紹介として、坂口裕英「シュワブ『第三者に対する既判力拡張と既判力の第三者効』(1)(2)(3)」名城法学一四巻六八頁以下、一五巻三五頁以下、一六巻一二〇頁以下（一九六六年）がある。さらに上村明広「確定判決の反射効と既判力拡張」民事訴訟の法理（中村宗雄先生古稀祝賀論集、一九六五年）三八二頁以下（特に三九七頁以下）参照。

(71) Nikisch, a.a.O. S. 433 は同旨。

(72) 主たる債務の存否。

(73) この理論については、鈴木（正）「既判力の拡張と反射的効果(二)」四七頁、同「判決の反射的効果」判例タイムズ二六一号一二頁注(1)参照。

(74) Kuttner, Urteilswirkungen außerhalb des Zivilprozesses, (1914) S. 9.

(75) Schwab, a.a.O. S. 141. もっとも周知のごとくこの点は評価の分れるところである。Schwab と同旨の主張者としては Botticher, Die Bindung der Gerichte an Entscheidungen anderer Gerichte, S. 536, Martens, Rechtskraft und materielles Recht, ZZP Bd. 79. (1966) S. 404 f. (insbes. S. 429) などがある。またこれに反対するものとしては Grunsky, a.a.O. S. 548 参照。

(76) Schwab, a.a.O. S. 141.
(77) Schwab, a.a.O. S. 152.
(78) Bettermann, Streitgenossenschaft, Beiladung, Nebenintervention und Streitverkündung, ZZP Bd. 90 (1977) S. 121 ff. (insbes. S. 128)
(79) Fenge, Rechtskrafterstreckung und Streitgenossenschaft zwischen Hauptschuldner und Bürgen, NJW 1971. S. 1920 Fn. (11). なお Calavros, a.a.O. S. 171 ff. も批判的である。
(80) Fischer, a.a.O. S. 76.
(81) あるいは合名会社を合手的共同体とするものもある。
(82) Wach 自身果して肯定説に立っているのかすら疑問である (a.a.O. S. 528 f.)。
(83) Fischer, a.a.O. S. 77.
(84) Hellwig は独立した財産自体に法主体性を認めるようである (Anspruch und Klagrecht, S. 273.)。なおわが国でも兼子博士は破産財団自体に法主体性を認めている（「破産財団の法主体性――目的財産論を背景として」法学協会雑誌五八巻七号七八一頁、八号九八七頁（民事法研究第一巻四二一頁所収））。
(85) Hellwig, a.a.O. S. 269 f.
(86) この場合社員は債務を負うのではなく、単に責任だけを負うと解するか、会社と同一の (zwei aber identisch) 債務を負うと解するかで実際上差異はあるかは疑問である (Hueck によればドイツにおける通説は後者である。しかしたとえば Flume は前者に立ち、しかも責任の付従性により実際的問題解決をはかろうとする。たとえば会社訴訟の既判力が社員に及ぶ根拠を右のように説明している Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 1 Bd. S. 291)。なおこのような議論は民法上の組合に関してわが国でも行なわれている。我妻栄、民法講義 V_3、八一〇頁は、組合員は債務がなく責任のみを負うとする。これに対し上田徹一郎「組合と訴訟、執行」契約法大系V、一四五頁は、組合員は債務をも負うとする。
(87) Hellwig, a.a.O. S. 272.
(88) Hellwig, a.a.O. S. 256. Fn. 3).
(89) Hofmann, a.a.O. S. 126 は民事上の関係はせいぜい既判力拡張のための法政策的根拠となり得るにすぎないとする。また小山昇

「口頭弁論終結後の承継人の基準に関する学説の展開について」北大法学論集三一巻三・四合併号（小山教授退官記念特集）上巻、一一九四頁も同旨。

(90) 小山教授は、債権者対主債務者の訴訟において債権者が敗訴の確定判決を受けた場合、この敗訴判決の存在という「事実をあてはめるべき法規としていかなるものが存するかを探究すべきであろう。筆者は、既判力により債権者が主債務者に対して債務（債権）の存在を主張しえないときは債権者は保証人に対しても主債務の存在を主張しえないとの法規が存すると解するのである。」（「債権者・主債務者間の判決と保証人――実体法と訴訟法その二――」民商法雑誌七六巻三号三三七頁）とし、「この規範は債務が消滅したときは保証債務も消滅するという実体規範と同じではない。」（同、三三八頁注2）とする。小山教授の主張される法規の存在の必要性は合名会社事例においても同様に存する。しかし従来の依存関係説は、依存関係という概念のあいまいさとあいまって、会社債務の増加減少が社員債務の増加減少をもたらすことから、その他の手続法的根拠を欠いたまま、会社判決の社員への既判力拡張を導いてきたように思われる。

(91) Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl. (1972) Bd. II S. 1390. 他に Calavros, a.a.O. S. 92, Münzberg, ZZP Bd. 80. S. 496 f., Sinaniotis, ZZP Bd. 79 S. 83 ff., Olshausen, Rechtskraftwirkung von Urteilen über Gegenforderungen bei der Forderungszession, JZ 1976 S. 85 ff. 理由とするところはそれぞれに多少のニュアンスがあるが、法律行為と訴訟行為では、一方は純粋に私的意思にもとづき、他方は国家的意思にもとづくものであるがゆえに両者に同価値を与えることができない（Calavros の紹介による J. Blomeyer の見解）とか、判決の既判力の意味するところは、形成判決を別にすれば、単に判決による確定の不可取消性のみであって、実体法的意味における処分ということばを使うことは許されない（Sinaniotis）とか、あるいは不当判決の場合の救済に重きを置く立場（Münzberg）にもとづくものもある。

(92) Henckel, Parteibegriff und Rechtskrafterstreckung, ZZP Bd. 70 (1957) S. 448 ff. (insbes. S. 462) もほぼ同旨。

(93) Stein-Jonas, a.a.O. S. 1390.

(94) Bettermann によれば、反射効は法律要件的効果の下位事例（Unterfall）であって判決の存在が実体法規範の中での法律要件的徴表となって訴訟外で実体法上の効果をひき出す場合（Kuttner によれば民事判決の私法上の付随効）にほかならないとする。またこれは既判力拡張と混同されてはならず、後者が実体法関係の手続法への反映であるのに対し、前者は判決の存在の実体法への反映であるとする（a.a.O. S. 114）。

(95) Stein-Jonas, a.a.O. S. 1391, Calavros, a.a.O. S. 110 f.
(96) Fenge, a.a.O. S. 1920.
(97) Kuttner, a.a.O. S. 106.
(98) Hofmann, a.a.O. S. 129.
(99) もっとも典型的な法律要件的効果の規定（たとえばBGB七七五条一項四号）と較べてこれを明文による法律要件的効果ということができるかは問題とされている（鈴木（正）「判決の反射的効果」判例タイムズ二六一号四頁参照）。
なお、上田徹一郎教授が責任訴訟における責任判決の拘束力を法律要件的効果（構成要件的効果）とされるとき（「責任判決の準参加的効力と構成要件的効力」民事訴訟雑誌二三号一七三頁以下）、その意味はHofmann流の法律要件的効果に近似する（Kuttnerも保険事例を法律要件的効果と位置づけている。a.a.O. S. 12）。しかしドイツの判例は責任訴訟の判決の保険関係への拘束力を責任保険の性質から導いている（BGH Versicherungsrecht 1959, S. 256）。
(100) 既に鈴木（正）、前掲のつとに指摘するところである。本間義信「反射効と依存関係に依る既判力拡張」島根大学論集（人文科学）一五号一三九頁以下も同旨。
(101) BGH NJW 1970, S. 279.
(102) Stein-Jonas, a.a.O. S. 1391は同旨。
(103) 結果としてKuttner, Hofmann説と同じことになる。しかしHGB一二九条一項を手続規定と解する点では両説とは異なる。
(104) 但しドイツでは本文の意味で反射効説は見あたらない。

第二節　会社訴訟における判決の社員への執行力

一　法的規整

HGB一二四条一項は「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」と規定している(1)。合名会社はその商号で訴えまたは訴えられることができる（HGB一二四条一項）。この規定が文字通りkann-規

定であるのか、すなわち合名会社に対して有効な債務名義となる判決を得るためには、合名会社の商号で訴えを提起する方法のほかに、社員全員に対して訴えを提起するという方法をとることもできるかについては、前述（第三章第一節二(2)）のとおり考え方が分れている。[2] そしていずれの立場をとるかで合名会社判決の社員に対する執行力拡張の問題につき相違がもたらされる。ここでは、社員全員に対する判決で会社財産に対する執行ができるかの問題はさておき、会社の商号の下で行なわれた訴訟における判決の社員への執行力（拡張）の問題をとりあげる。

ところでドイツにおいては会社訴訟における判決の社員への執行力（拡張）を明文で否定している。すなわちＨＧＢ一二九条四項で「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ス」と規定している。[3] この規定もまた既判力に関する同条一項と同様、当時の最上級審の判例において通用していた原則を条文化したものであると説明されている。[4]

従って合名会社の債権者が会社財産に対して執行するためには、会社に対する判決を得る必要があるとともに、会社に対する判決で社員の個人財産に対して強制執行することができないという法的規整をドイツ法は選択したということができる。そこでＨＧＢ一二九条一項に対応する規定（商法八一条一項）を持ちながら同条四項に対応する規定を持たないわが国において、会社判決の社員に対する執行力拡張を論じるために、右の規定がどのような実質的根拠に支えられているのかを検討しておく必要がある。

二　立法以前の判例、学説の状況

沿革的には社員の財産と会社の財産とが区別されなかった時代もあったようであるが、[5] やがて両者は截然と区別されるに至り、今やこの区別を疑う者はいない。[6] たとえ会社判決の社員に対する執行力（拡張）を認めるとしてもこの区別を前提としてのことである。

ところでHGB一二九条四項の立法以前の判例は会社判決の執行力は社員に及ばないと判示していた。たとえば、ROHG一八七二・六・一九判決（ROHG六・四一六）、ROHG一八七六・六・二六判決（ROHG二〇・一八〇）、RG一八八四・一一・一九判決（RGZ一三・九六）などがそうである。執行力が社員に及ばないとする根拠は、右諸判例によれば、①合名会社の性質は法人ではない。しかし合名会社の財産は社員の財産とは法的に全く別個の財産である。すなわち社員は会社とは別個の責任財産をもって会社の債務につき責任を負う。そこで債権者が社員の財産からも満足を受けようと思えば、会社とならんで社員に対しても訴えを提起すればよいのであって、その選択は債権者に委ねられる。債権者がその意思によって社員に対する訴えを提起しなかったときに、あたかも社員に対する訴えを提起したと同一の結論を導くのは妥当ではない。②債権者が代理権を有する社員あるいは清算人に対して訴えを提起する場合、これらの者は一個の社員として行動するのではなく、あくまでもその職務行為として訴訟を追行する。しかもこれらの者は専ら会社に属する抗弁をもって債権者に対抗するのであって、たとえ彼ら自身が債権者に対して固有の抗弁をもっているとしても、それを持ち出す必要もないし、またそうすることもできない。従って会社に対する有責判決をもって社員の個人財産に執行できるものとすれば、それがたとえ代理権を有し、訴訟追行をした社員に対するものであっても、社員に属する固有の防禦権（Verteidigungsrecht）を奪うことになって妥当ではない。以上が判例による社員への執行力否定の根拠である。

これに対して執行力拡張肯定説を強力に主張したのはWachであった。(7) Wachはまず否定説の根拠①に対して次のように反論している。合名会社の性質を法人ではないと把握し、会社訴訟において当事者たる地位を有するのは社員にほかならないとするならば、会社財産を社員の財産から独立した、それ自体完結したものと見ることによって結局は合名会社に法人格を認めるような解釈をすることは正当ではない。会社財産が社員の財産から区別されるものであるとし

ても、それは別除された債権充足対象（ausgesonderte Befreidigungsobjekt）とみるべきである。すなわち債権者が会社を相手に訴えを提起する場合と、社員を相手に訴えを提起する場合とでは同一人（いずれも社員）に対する、同一の請求原因にもとづく訴訟が存在している。右の事情の下で、執行の対象を会社財産に限るというようなことは実定法規によってはじめて可能となることであるが、そのような規定は（一八八五年当時――筆者）存在しない。従って社員の個人財産から区別される会社財産の存在は、債権者からの請求に対する限定責任という目的を持つのではなく、債権のための、より強化された担保を目的とするのである。論理的整合を保とうとすれば、判例の基本的な立場からは右の結論が導かれるべきであった。しかるに実質的当事者は社員である会社訴訟における判決で社員に対する執行力を認めなかった判例の態度は首尾一貫を欠く。[8] さらに根拠②については、社員の抗弁主張の機会が執行手続にないということから直ちに会社判決の社員に対する執行力が否定されるのは妥当ではない。執行力を受ける社員に固有の抗弁が帰属する場合には執行文付与に対する異議（ＣＰＯ六六八条、現行ＺＰＯ七三二条）を提起すればよいしまたいざとなれば請求異議の訴え（ＣＰＯ六八六条、現行ＺＰＯ七六七条）を提起することによって執行を妨げることができるとする。[9] そして社員に固有の抗弁が帰属することが稀であることを考えれば、社員に右に掲げた抗弁主張の機会が与えられれば足りるとする。

以上のように会社判決の執行力が社員に及ぶかをめぐっては意見が対立していた。そこでこの対立を立法によって解決すべく、判例の見解に合わせるかたちでＨＧＢ一二九条四項が設けられたわけである。

三　法人格と執行力

合名会社の起源を何に求めるかによって合名会社の性質についての把握のし方に差異があるのであるが、合名会社の法人格が否定される結果、合名会社訴訟における当事者は社員個人であるとするのがＲＯＨＧならびにＲＧの判例の立

場であった。しかしもしこれを社員個人であるとするならば、会社に対する訴訟と社員に対する訴訟とは明確な区別なく、会社に対する判決は即ち社員に対する判決ということになって、技術的問題は別として、会社（商号）に対する判決で社員の個人財産に対する執行が認められるべきであるということになろう。現に会社訴訟の主体（当事者）は社員であるとしながら、会社判決による社員の財産への執行を認めないのは明らかな矛盾であると主張するものがある。[10] しかし会社の性質を組合と同一に見るとしても、会社財産への責任の制限を認めることも可能であり、この可能性を認める立場から、HGB一二九条四項は合目的的な責任制限規定であると解するのが一般である。[11] しかしこのような責任制限を法律によって行なうことができることは当然であるとしても、それがなにゆえ合目的的であるのか、その論拠を論者は明確に示してはいない。[12]

ところで合名会社に法人格を認める立場、ならびに法人格を認めないにしても、訴訟という局面では法人と同様の取り扱いをすることを認める立場からは、執行力拡張の否定は容易に導かれ得る。会社は会社財産の主体として、社員から区別される存在であって、会社と社員が別個の責任財産の主体であるとき、一方に対する執行力が他方の責任財産をも把握することは、当然のこととしては、許されることではないからである。ちなみに会社判決の社員に対する執行力拡張を否定したHGB一二九条四項は法人説の有力な根拠条文であった。もっとも法人説は必然的に執行力否定説につながるものではない。Lehmann とは逆の意味での合目的的考慮によって会社判決の社員に対する執行力拡張を認めることもできる。けだし執行力拡張は、既判力拡張とは異なり、合目的性をその指導理念とするからである。[13] とはいえ、会社判決の社員への執行力拡張を認めることは、HGB一二九条四項が存在する現在、立法論としてのみ論じられる。

四　立法に対する批判――執行力拡張の規準と合名会社事例の特殊性

(1)　右に見てきたように Wach の力説にもかかわらず、執行力（拡張）否定説が採択され、HGB一二九条四項に結実

した。しかしそれ以後も立法に対する批判としてではあるが、合名会社判決の執行力は社員に及ぶと解すべきであるとの主張がないわけではない。そこでまずこの批判に耳を傾けることにする。

(2) 右の批判はBettermannによるものである。[14] 彼によれば、権利関係が確定されずに執行力が拡張される根拠は、拡張を受ける者に対する請求権が、確定された請求権と同一であるか、これに広く依存しているかのいずれかである。[15] そして社員の債務は合名会社の債務に対して完全な付従性(vollständige Akzessorität)を有しており、ここに広い依存関係(weitgehende Abhängigkeit)を認めることができる。しかも社員の債務にとって先決関係たる会社債務が判決によって確定され、これにつき法的確実性(Rechtsgewißheit)が存するとき、その判決の既判力は社員に対しても及ぶ(HGB一二九条一項)。ところで社員に固有の抗弁が帰属していて、これによって債権者からの請求を免れることができる場合がある。そこで問題は起訴責任(Prozeßlast)を社員に課することができるほどに社員に固有の抗弁は稀少(selten)であるかということである。Bettermannは、社員は権利承継人や相続人、財産引受人(Vermögensübernehmer)、営業譲受人(Geschäftsnachfolger)ならびに用益権者[16]などより頻繁にかような抗弁を有するわけではなく、右に掲げた諸事例と同様に、会社債務が存在するとき社員の債務もまた存在するという事実上の推定がはたらくと判断する。これによって起訴責任をむしろ社員に課することが正当化する。社員がもし固有の抗弁を有するのであれば、社員の側から請求異議の訴え(ZPO七六七条)を提起すればよい。そしてZPO七六七条二項の文言にかかわらず、社員が会社訴訟の口頭弁論終結時前に有していた抗弁をもって請求異議事由とすることができることは既にWachの説くとおりであるとする。[17][18]

このように立法に対しては鋭い批判があるわけであるが、通説はこれに正面から反論を加えることなく原則論を繰り返している状況にある。

（1）この規定は同条一項とは異なり、一八九七年の改正の際新設されたものである。

（2）kann-Vorschrift と解するのはたとえば Kämmerer, NJW 1966. S. 801 f., muß-Vorschrift と解するのはたとえば Jaeger, a.a.O. S. 10, Fischer, a.a.O. S. 78 などである。

（3）この規定もHGB一二四条二項とともに一八九七年の改正で新設されたものである。

（4）Hahn, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. VI S. 267 f.

（5）Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, (1898) 4. Aufl. S. 537 参照。

（6）但し、合名会社の起源をローマ法のソキエタスに見る場合には、社員の個人財産から次第に会社財産が独立したものと認められるに至ったと説明されるのに対し、これをゲルマン法の合手的共同体に見る場合には共同体財産から次第に社員の個人財産が分けられていったと説明される。前者によれば会社財産が担保的性格を有し（Wach, a.a.O. S. 526）、後者によれば社員の個人財産が担保的性格を有する（Cosack, a.a.O. S. 537）。

（7）Wach, a.a.O. S. 525 ff., derselbe, Verhandlungen des 19ten Deutschen Juristentages, Bd. II. (1888), S. 69 ff.

（8）もっとも Wach 自身の見解は本文において紹介した反論の中に展開された立場とは異なっている。繰り返しになるが、Wach によれば、会社は社員個人とは同一ではなく、会社の債権債務も社員のそれとは異なる。さらに会社に対する訴えもまた社員に対する訴えと同一ではない。このように解してはじめて会社訴訟において社員が純粋に個人的な抗弁を提出できないことや、会社が社員の、債権者に対して有する反対債権で相殺できないとの結論が導かれる。しかしこのことから会社に対する判決の執行力が社員に及ばないと解すべきことにはならない。右判決は会社債務に関する判決として社員に対して既判力を持ち、また社員の個人財産に対する執行力を持つ。そして実際に執行する場合には、社員に対する執行文の付与手続（CPO六六五条以下、現行ZPO七二七条以下）によるとする。

（9）ZPO七六七条二項によれば請求異議の訴えを提起する際の異議事由としては、「本法ノ規定ニ従ヒテ遅クトモ異議ヲ主張スルコトヲ要スベキ口頭弁論ノ終結後始テ異議ノ原因ヲ生ジ且故障ヲ以テ之ヲ主張シ得ザルトキニ限リ之ヲ許ス」と規定されている。そこで社員が会社訴訟の口頭弁論終結時前に発生した自己固有の抗弁をもって異議事由とすることができるかが問題となる。Wach はこれを肯定する。彼はまず一般論として、当事者が口頭弁論において使用することのできなかった実体的防禦方法を訴訟の経過後、喪失してしまうことはないから、それらについては判断が留保されていると考えるべきであるとする。このことは法理（ratio legis）

上明白である。そして右の防禦方法はCPO六八六条（現行ZPO七六七条）に規定された形式で主張されるべきである。そこで会社訴訟については会社訴訟の特性によって使用することのできなかった防禦方法が問題である。会社に対して下される判決は会社財産を充足対象とするものであり、社員に固有の抗弁は会社財産からの満足を妨げることはできないからである。それゆえその判決はたとえ実質上は社員に対する判決であっても社員固有の抗弁を切断してしまう（präjudizieren）ものではない。しかし他方で社員にかような抗弁が帰属し得るからといって、債権者にあらためて社員に対する訴えを提起させる必要はない。あらゆる判決の執行は被執行人（Exequendus）に執行時までになお抗弁が帰属する可能性をもっており、その主張方法として請求異議の訴えが認められているからである（Deutscher Juristentag 19. S. 75）。

（10） Saenger, JW 1929. S. 1578.

（11） Wach, Handbuch I, S. 526 が既に示唆していたところである。Lehmann, ZHR 74. S. 467 はこの規定を実際上の合目的的考慮にもとづく規定であるとする。なお Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, S. 166 参照。

（12） 責任制限が合目的的であるというときの目的は社員の利益保護という価値判断であろう。これと相対立する価値判断は債権者保護であろう。合名会社においては何故前者が優先すべきかの論拠が明らかにされていない。もっともこの問題は執行力拡張を認める規準をどこに置くかに関連するので後述する。

（13） 中野貞一郎「執行力の客観的範囲――承継執行と転換執行――」実体法と手続法の交錯 下（山木戸克己教授還暦記念、一九七八年）二八八頁以下（特に二八九頁）参照。

（14） Bettermann, a.a.O. S. 236 ff. なお Bettermann の所説（依存関係説）ならびにその批判については、中野（貞）、前掲、二九四頁以下参照。

（15） Bettermann, a.a.O. S. 43.

（16） いずれも明文により執行力拡張が認められている。ZPO七二七条以下参照。

（17） Bettermann, a.a.O. S. 237.

（18） Bettermann のいわゆる依存関係説一般については中野教授（前掲、二九六頁以下）の批判がある。ところでこの Bettermann の結論については、中野教授の提示された起訴責任転換説からは次のように評価されるのであろうか。すなわち執行力拡張を認める根拠は「債権者の既得的地位の維持の必要性」がある場合である。債権者が会社に対してせっかく債務名義を得ても、「その後の責

任主体の変動によって容易に債務名義が形骸化」されることを阻止するために執行力拡張という手段が用いられる。「従って債務名義に表示された請求権自体の執行になんの支障もないところでは、承継執行を問題にする余地は本来ないはずである。」合名会社判決によって会社財産に対する執行が可能となった債権者の地位は社員の存在によって少しも揺らぐものではなく、会社に対する債務名義で会社財産に対する執行が確保される以上、もはや執行力を社員に拡張する余地はない。「あくまで、名義のない請求権については強制執行を認めないのが裁判機関と執行機関の分離の上に立つ現行法の建前であ」るからである。と（もっとも中野教授自身は合名会社事例についてはなんらの言及もされておらず、右はあるいは私の曲解かもしれない）。なお中野教授とは執行力拡張の規準を異にしているが、Schultze (Alfred) も、合名会社の負う債務と社員の負う債務の同一性を認めながらも事柄 (die Sache) の特定性、明確性が係争性概念 (der Streitbefangenheitsbegriff) の本質的要求であるとして、合名会社判決で社員に対して執行文を付与することを否定している (Die Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen die Rechtsnachfolger, 1891 S. 100)。

しかしこれに対しては次のような反論も可能であろう。確かにHGB一二九条四項の立法者は社員に固有の抗弁が帰属する可能性がある以上、これを主張して債権者からの請求を拒絶するための手続が保障されねばならず、そのためには、あらためて債権者の社員に対する訴えの提起を俟つという道をとり、あくまでも起訴責任を債権者が負うのが妥当であると考えたと思われる。しかし果してこの考慮は真に合目的的であったかは疑わしい。Lehmann が主張しているように、合名会社においては、株式会社などとは異なり、その財産的基盤が制度上充分に確保されているとはいえない。それにもかかわらず合名会社の取引活動を円滑に行なわせているのは会社債務について社員が全面的に責任を負うからである。このことがとりもなおさず合名会社の社員に無限かつ人的責任が認められる所以である。すなわち合名会社と取引関係に立つ債権者としては、はじめから会社財産のみならず、社員の個人財産をも引き当てとする期待を持っているのである。ここに社員に対する執行力拡張を肯定する実際的必要性ないし社員に起訴責任を転嫁することを正当化する契機が存する。しかし他方で、社員に固有の抗弁が帰属することが頻繁であれば、債権者の右のような利益にかかわらず、社員に対する執行は多くの場合、社員からの請求異議訴訟の提起により不奏効に終わる。それならばむしろはじめから社員に対する執行力拡張を否定して、債権者からあらためて社員に訴えを提起させる方途をとるほうが賢明であろう。しかし社員に固有の抗弁が存すること稀少であって、債権者の社員に対する給付請求が認容される蓋然性が高いというのであれば（新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位(二)」判例評論一五三号一一四頁参照）、執行力拡張を認めたうえで、社員に固有の抗弁主張のための機会は請求異議訴訟など社員からの主張を俟って考慮すればよいことになる。従って問題は右の蓋然性の高低にかかってくることにな

る。このことについては Wach, Bettermann の主張に正面から反論を加える者はいないというところに通説にはもの足りなさをおぼえる。ただ、Wach や Bettermann の主張の核となっている、社員からの独自の抗弁提出の稀少性という認識はいったい何を基準として決められるものであるのか、もう一つその点が不明確であるという感じは払拭できない。従って右の理論を執行力拡張の一般的規準とすることが果して適切であるかはさらに検討を要するように思われる。

Über die Wirkungen des Urteils gegen die offene Handelsgesellschaft auf die Gesellschafter (3)

Yasunori HONMA*

4 Kapitel Die Wirkungen des Urteils gegen die offene Handelschaft auf die Gesellschafter—eine Überblick der Diskussion in Deutschland

In diesem Kapitel habe ich die Rechtsprechung und die Lehre von der Urteilswirkungen auf die Gesellschafter im OHC-Prozeß in Deutschland übergesehen.

Wir können aus der Denkschrift kennen, daß der Gesetzgeber dieses Problem durch die Gesetzgebung zu lösen versucht hat (§ 129 HGB). Aber auch danach wurde dieses Problem in Beziehung auf die Frage nach der Rechtsnatur der OHG behandelt. Die Rechtsprechung und die Lehre der frühen Zeit gehen davon aus, daß die OHG nicht juristische Person ist. Die Partei im Gesellschaftsprozeß ist also nichts anderes als Gesellschafter und das Urteil wirkt auf die Gesellschafter als Partei. Andererseits hat auch die Lehre, die die OHG als juristische Person auffaßt, anerkannt, daß die Urteilswirkung auf die Gesellschafter erstreckt. Neuestens aber die Auffassung, daß sich aus der Rechtsnatur der OHG notwendigerweise die Beantwortung aller Rechtsfragen ableiten lasse, wird bezweifelt. Dabei handelt es sich um den Grund dafür, die Rechtskrafterstreckung auf die Gesellschafter zu bejahen. Über diesen Grund gibt es verschiedene Auffassungen. Seit Hellwig ist die sogennante Abhängigkeitstheorie (hier die Abhängigkeit der Gesellschafters-verpflichtung von der Gesellschaftsschuld) herrschend. Dagegen wird die Meinung geltend gemacht, daß die Theorie oberflächlich ist. Diese Meinung bejaht die Rechtskrafterstreckung auf die Gesellschafter unmittelbar auf den Grund des § 129 I HGB.

Für die japanische Lehre, die von der Hellwigstheorie beeinflußt wird, dient die letztere Diskussion in Deutschland zur guten Belehrung.

* a.o. Professor, Juristische Fakultät, Ryukoku Universität