



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（４・完）
Author(s)	本間, 靖規; HONMA, Yasunori
Citation	北大法学論集, 34(1), 1-42
Issue Date	1983-07-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16426
Type	departmental bulletin paper
File Information	34(1)_p1-42.pdf



合名会社の受けた判決の社員に及ぼす効力について(四・完)

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
 - 第一節 合名会社の権利能力(以上第三二卷三・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(以上第三三二卷三号)
 - 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——(以上第三三卷二号)
 - 第五章 わが国の解釈論のあり方
 - 第一節 合名会社の法的性質と法規整
 - 第二節 会社判決の社員に及ぼす効力
- おわりに(以上本号)

第五章 わが国の解釈論のあり方

第一節 合名会社の法的性質と法規整

本節においては、第四章までに述べたドイツ法の議論とわが国の議論とがどのようにかかわってくるのかを念頭におきつつ、まず合名会社の法的性質をめぐるドイツの判例、通説の見解とわが国における合名会社の法的性質に関する立法政策の相違が、わが国の解釈論を探る際に、ドイツ法を参考とすることの決定的な妨げとならないかを考察し、次いで判決効論を論じる際に重要ないくつかの法規の比較検討を行なうという順序で叙述を進めて行くことにする。

一 合名会社の法的性質をめぐる議論、すなわち法人格の有無が解釈論を左右するものではないことについて述べる。

ドイツにおいては合名会社法人説が有力に主張されていたにもかかわらず、合名会社の法人格を否定するのがROH G以来の判例の基本的立場であり、また通説である。そしてこの合名会社の法的性質から具体的問題における解決を演繹的に導き出す傾向があった。⁽¹⁾これに対してわが国では、ドイツにおける判例、通説とは逆に、合名会社、合資会社を含めて会社はすべて法人格を有するものとされている(商法五四条一項)⁽²⁾。そこでドイツとわが国の合名会社の法的性質をめぐる立法政策の相違は具体的問題の解決にどのような差異をもたらすのであるかが問題となる。私見によれば、法人格の付与が一定の法的効果を導き出すための法技術であるとしても、本稿の主題である、合名会社判決の社員に対する効力問題について、直ちに合名会社非法人説をとるドイツ法と異なる結論が得られるわけではない。⁽³⁾⁽⁴⁾第一に、一方で合名会社を非法人とするドイツにおいても、合名会社法人説が有力に主張されているという状況が示しているよう

に、HGB一二四条一項（わが国の旧商法七三条に近似する規定である）、同一二九条四項の規定によって法人説をとると実質的には径庭のない取扱いがなされていること、他方でわが国の商法においても、合名会社に法人格が付与されているとはいえず、内部関係については民法上の組合に関する規定の準用が認められており（六八条）、さらにドイツにおける非法人説の有力な根拠である会社債務に対する社員の連帯責任規定が存する（八〇条一項）³⁾などに見られるように、法人格の付与と法人の責任と構成員の責任の峻別という図式がわが商法では貫かれておらず、結局法人格の存否は単に形式的な差異にとどまっており、実質的構造においてドイツとわが国で重要な差異は存在しないことが挙げられる。第二に、会社判決の社員に対する効力如何の問題は、ドイツにおいてもHGB一二八条ないし一二九条一項のゆえに法人説と非法人説とで結論を異にできなかったように、合名会社の性質が法人であるか非法人であるかによって一義的に解答が決まるといふ類の問題ではないことが挙げられる。確かに法人格が否定される結果、法主体としての会社と社員の区別はなくなり、会社訴訟における当事者は社員にほかならないという観点からは、会社判決の社員への効力が直ちにひき出され得た。しかし同じ否定説でも会社と社員の責任財産の区別からあたかも会社が法人格を有するかのように取り扱ふ立場があり、また法人格肯定説からも会社判決の社員への拘束力を認める結果となる主張が行なわれているなど、いずれの立場からも同じ結論が導かれていたことは既に見たとおりである。

二 判決効を論じる際に重要な諸規定の比較

この項では一で述べた法人格の有無が解釈論を左右するものではないとの結論をふまえた上で、より具体的、実質的に個々の法規に即して日独の合名会社に関する法規上の構造の差異の有無について検討する。

(1) 合名会社の当事者能力

HGB一二四条一項は、会社訴訟において会社はその商号で訴えまたは訴えられることができると規定している。こ

の規定が会社に単に形式的当事者能力のみを与えたものか、実質的当事者能力をも与えたものか、本条項が *Legal* 規定であるか、*sub* 規定であるかは争いのあるところであった。しかしいずれにせよ合名会社自体に会社訴訟における当事者能力が認められている。

わが国においては合名会社に法人格が与えられている以上、会社は裁判上、社員とは別人格のものとして、独立して訴訟追行をする地位が与えられている。商法五四条は旧商法七三条を受け継ぎ、会社の法人たることを明確にする意図の下に規定されたものであることは前述(注(2)参照)のとおりである。従って会社が当事者能力を有する点においてドイツ法と差異はない。もっともわが国においては会社と社員とは別人格を有するものであるから、会社が受ける判決は、社員とは別個独立の、会社自体に宛てられるものであり、社員が会社訴訟の当事者として既判力に拘束されると解する余地はない。この点ドイツの一部の説とは異なっている。従ってわが国においては問題は社員が会社に宛てられる判決の効力の拡張を受けるかということに限定される。

(2) 会社と社員の責任関係

HGB 一二八条は、社員が会社債務につき連帯責任を負う旨を規定している。前述のとおりこの連帯責任の意味については、会社債務につき社員間に連帯責任関係が存することにつき争いはないが、会社と社員の間に連帯責任関係が存するかについては考え方が分れている。もっとも後者につき連帯責任関係を肯定する説も BGB の連帯債務規定のすべてが準用されると考えているわけではなく、またこれを否定する説も真の (*echte*) 連帯債務関係は存在しないと主張するのであって、BGB の連帯債務規定のうちいくつか(特に絶対効規定)の準用は認めているなど学説の対立はそれほど深刻であるとはいえない。

わが国の商法八〇条は次のように規定している。「①会社財産ヲ以テ会社ノ債務ヲ完済スルコト能ハザルトキハ各社

員連帯シテ其ノ弁済ノ責ニ任ズ ②会社財産ニ対スル強制執行ガ其ノ効ヲ奏セザルトキ亦前項ニ同ジ(昭和一三年改正法により新設) ③前項ノ規定ハ社員ガ会社ニ弁済ノ資力アリ且執行ノ容易ナルコトヲ証明シタルトキハ之ヲ適用セズ(昭和一三年改正法により新設)」

ドイツにおいては社員の責任は第一次的(primary)なものであると解されていたのに対し、わが国ではこれに補充的ないし従属的性格を与えている。その点でわが国の合名会社の社員の地位は通常の保証人の地位に類似しているといふことができる。しかし社員の責任と保証人の責任とはともに補充性ないし従属性を有するということができるとしても、種々の点で社員と保証人とは異なっており、社員の責任は保証債務またはその変態ではなく、また社員の責任を法律によって保証債務が生ずる場合であると解するのは誤りであるといわれている。

右規定は債権者の社員に対する請求が「会社財産ヲ以テ会社ノ債務ヲ完済スルコト能ハザルトキ」という要件にかかっている点でHGB一二八条とは体裁を異にしている。しかしこの要件は債権者が社員に債務の履行を請求する場合に証明すべき事項をつけ加えるという意味しか持たず、社員の責任の内容が、債権者に対する関係で、直接責任であり、人的責任であり、無限責任であり、連帯責任であることはドイツ法とは異ならない。連帯責任の意味についてはドイツにおいて会社と社員間にこれが存在するかにつき争いがあつたが、わが国ではこれを否定的に解するのが一般である。もっともわが国においても合名会社・社員間に民法の連帯債務規定のいくつかが類推適用されることも考えられ(特に負担部分とかかわらない絶対効規定)、真の連帯債務関係とは言えないまでも、連帯債務に類似する関係が存在するということができる。しかしこのような合名会社と社員の責任関係から直ちに会社判決の社員に対する効力如何についての解答は得られないであらう。

(3) 会社に帰属する抗弁と社員の援用の関係

会社に帰属する抗弁を社員は援用することができるか、できるとすればどの範囲までかの問題についてHGB一二九条一項ないし三項がこれに答えている。これらの条項にあたる規定を、わが国では、商法典成立当時（明治三二年）、まだ知るに至っていないかった。しかし昭和一三年の商法改正の際、次のような規定が設けられた。「①社員ハ会社ニ属スル抗弁ヲ以テ会社ノ債権者ニ対抗スルコトヲ得 ②会社が其ノ債権者ニ対シ相殺権、取消権又ハ解除権ヲ有スル場合ニ於テハ社員ハ其ノ者ニ対シ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得⁽¹⁾」

本条はHGB一二九条一項ないし三項と同趣旨の規定として設けられたものである。HGB一二九条中一項の立法目的は従来の争いに決着をつけることであつた。すなわち会社による法律上有効な債務の承認（*ein rechtsverbindliches Anerkenntnis*）を会社債務の承認として社員もまたこれを認めなければならぬかの問題および会社に対して言い渡された会社債務を確定する判決は社員に対しても確定されるという効力を持つかの問題につき、いずれをも肯定し、しかもこれを一つの規定の中に表現しようとしたのがHGB一二九条一項である。ところがこれを受けて規定された商法八一条一項の解釈としては、第一にこれを手続法規定を含むと解するものは見あたらず、第二に実体法規定としての解釈もHGB一二九条一項の立法者の意図に反する形で展開されるに至っている。すなわち、社員の債務の成立、存続は会社債務の成立、存続を前提としており、会社債務の成立によって社員の債務も成立し、会社債務が消滅すれば社員の債務も消滅する。会社債務が存在であれば社員の債務も不存在であつたことになる。この関係は社員の債務の会社債務に対する従属性（*Akzessorität*）と呼ばれる。このように社員の債務が会社債務に対して従属的な関係を有する結果として、社員は会社が債権者に対して持つ抗弁を援用することができる⁽²⁾。従つて商法八一条一項は社員の債務の従属的性格からすれば当然の規定（注意規定）ということになる⁽³⁾。しかし債権者と会社の合意をもって社員に不利益を及ぼすような契約をすることはできない。従つて会社が、たとえば時効の利益や期限の利益を放棄してもその効力

を社員に及ぼすことはできない⁽¹⁵⁾。ただ会社が法律の規定によって自己の抗弁を失う場合、たとえば除斥期間を経過し、あるいは債権譲渡を異議を留めずに承諾した場合には、社員もまた抗弁権を失う⁽¹⁶⁾。右のような解釈の可否については次節に譲ることにし、本項では右の解釈論が当然会社判決の社員への拡張論にも影響を与え得ることに鑑みて、HGB一二九条一項についての解釈論と商法八一条一項についての解釈論の相違が彼我の合名会社の法的性質ないし法規整の構造の差異にもとづくものであるかについて検討を加えるにとどめる。

既に一で合名会社の法人格の有無が解釈論を左右するものでないことを述べたが、そのことは商法八一条一項をめぐる解釈論においても通用すると考える⁽¹⁷⁾。確かにわが国の商法においては合名会社が法人格を有することと社員の責任が補充性を有することが結びついている⁽¹⁸⁾。その限りでドイツ法に較べて社員の利益保護によりあついている⁽¹⁹⁾ことができる。しかしこのことは、社員の地位について、あたかもこれを保証人と同様に見るべきであるという価値判断をする一つの誘因にはなり得ても、会社の抗弁放棄が社員に影響を及ぼさないと解釈するための根拠とはなり得ないであろう。むしろわが国の合名会社の法人性は対外的法律関係処理の単純化のための法技術として採られたものであって、それにともなつて社員の責任につき補充性が認められはしたものの、社員に保証人類似の地位を与えようとしたものではない。しかも合名会社の実質は各社員の組合的共同企業であることに鑑みれば、社員の責任規定は右の実質に見合った処置であつてこの点ドイツとなら異なる⁽²⁰⁾ところはない。以上のように考えれば、会社の抗弁放棄に社員が従うべきか否かについてのドイツ法とわが国法における解釈の相違は、合名会社の法人格の有無ないし社員の補充責任を認めた法規の有無を根拠にして直ちに導かれ得るといふものではない。

(4) 会社判決の社員への執行力拡張規定について

HGB一二九条四項は明文で会社判決の執行力が社員に及ぶことを否定している。これに対してわが国の商法には、

HGB一二九条四項にあたる規定は存在しない。これはわが国においては合名会社に法人格が与えられている以上、執行力が社員に及ばないことは当然であつて、あらためて規定を置くまでもないと考えられたためであらう。⁽²¹⁾ そのせいであろうかわが国においては会社法の教科書類で会社判決の社員に対する執行力拡張につき論及しているものはあまりない。⁽²²⁾

しかしドイツにおいては立法論にとどまっていた執行力拡張説は、逆に法規定の存在しないわが国において、解釈論としては主張されるに至つて⁽²³⁾いることは興味深い。

第二節 会社判決の社員に及ぼす効力

一 合名会社の受けた判決の既判力は社員に及ぶか否か、執行力は社員に及ぶか否かを論じる際の叙述の方法としては二通りの方法が考えられる。一つは会社債務と社員の債務との関係（付従性ないし依存関係）に着眼して、一般論としての実体法上の依存関係による既判力拡張説等との結びつきで論じる方法あるいは会社と社員の実体法上の地位関係ないしその手続法への投影（たとえば Identität 説）という視角でこれを論じるという方法であり、他は商法八一条一項から本問題の結論を導き出すという方法である（HGB一二九条一項につき Stein-Jonas, 19, Auf. 等の採る立場）。私としては一般論としての依存関係説に疑問を持つものであり、会社と社員の実体法上の関係をいかにつきつめても既に既判力拡張のための（手続）法規範上の根拠なくこれが導かれることはないのではないかと考えるものであるから、結局後者の立場を妥当とし、これをもって本稿の基本的立場とすることにす。しかしながらこれはあくまでも基本的な立場であつて、第一の方法と第二の方法とは密接に関連し合うものであるから、でき得る限り、会社債務と社員債務の関連ないし会社と社員の地位関係に立ち入つて結論を妥当ならしめる実質的根拠を探ることは重要であると考える。

このことはHGB一二九条一項とは異なり、商法八一条一項が、社員の援用することのできる抗弁という側面のみを語り、社員が遮断される抗弁について語っていないことから形式的な結論（会社判決は社員に有利にのみその効力を及ぼす）の是非を検討する際にはどうしても必要な作業であるからでもある。叙述の順序としては、従って、まず商法八一条一項が判決の効力拡張の根拠となることを述べ、次に本論として会社判決の社員に対する拘束力を検討し、さらに判決効の種類を決定する。そしてさらに社員訴訟が先行する場合の若干の問題を考察し、最後に簡単にではあるが、会社判決の社員に対する執行力拡張問題を検討する、という順序をとることにする。

二 商法八一条一項を会社判決の社員への効力拡張の根拠規定とすることについて

(1) 実体法規定としての商法八一条一項の解釈

商法八一条が新設される以前から社員は会社が債権者に対して有する抗弁 (Einwendung) ならびに Einrede) を援用して債権者からの請求を拒むことができるとの主張があった。²⁴⁾ これに対しては、従属性あるいは付従性といっても、そこには二つの意味があり、権利不発生ならびに権利消滅の抗弁 (Einwendung) は明文の規定を俟たずに事柄の性質上当然に援用が認められるが、狭義の抗弁 (Einrede) —— たとえば同時履行の抗弁権、期限の猶子の抗弁権など —— を援用できるとするには明文の規定による根拠が必要であるとの主張がある。²⁵⁾ しかし商法八一条一項が明文をもって社員に会社に帰属する抗弁の援用を認めるに至り、少なくとも合名会社と社員の関係においては右の対立の意味は失われたということができよう。

右は抗弁権が会社に属する限りの問題である。そこで次に会社に帰属しなくなった抗弁 —— たとえば会社が当該抗弁を放棄したという場合 —— 社員は会社が（放棄した結果）失った抗弁を援用することができるかについては、ドイツではほとんど疑いなくこれが否定的に解されているのに対し、わが国では逆にこの問題について論及する学説はほとん

どこれを肯定的に解している。この相違を積極的に根拠づけようとすると、この相違はHGB一二九条一項と商法八一条一項の規定の体裁の違いに見ることのできる、社員の債務の付従性の程度の違いに由来するものである。すなわち、わが商法八一条一項は「社員ハ会社ニ属スル抗弁ヲ以テ会社ノ債権者ニ對抗スルコトヲ得」と定めるにとどまるのに対し、HGB一二九条一項は「社員ハ会社カ尚提出シウル限りニ於テノミ抗弁ヲ主張シウル」と規定しており、会社の抗弁につき社員が会社の地位に全面的に付従する趣旨が明白である。この趣旨の明瞭でないわが商法八一条一項の解釈としては、一般原則に立ち戻って、会社が契約または単独行為で抗弁を放棄しても社員の地位を害することができないと解するのが穩当である、⁽²⁸⁾。しかし右に掲げたHGB一二九条一項と商法八一条一項の規定の体裁の相違から、ドイツでは社員の地位の全面的付従性が認められるが、わが国ではそれが認められない、従って会社の抗弁放棄に社員が服するかの判断の相違が正当化されるという結論が導き出されるものかは疑問である。まずHGB一二九条一項の体裁であるが、この規定が、一定の抗弁は単に限定的にのみ主張され得るとだけ規定されているのは適切な規定の仕方であるとはいえない、⁽²⁹⁾ (*die Fassung der Vorschrift ist nicht glücklich*)との批判があり、また社員は債権者からの請求に対して、およそ存在するすべての抗弁を防禦のために主張することができるのであって、その趣旨はBGB七六八条一項(「保証人ハ主タル債務者ニ属スル抗弁權ヲ実行スルコトヲ得」)に近似すると解されている。⁽²⁸⁾ それにもかかわらず批判を加えている論者自身、社員の地位の全面的付従性を全く疑っていない。このことは単に規定の体裁だけを較べて、付従性の範囲の相違が導かれるわけではない、従って規定の体裁の相違から、会社による抗弁放棄の社員に及ぼす影響についての判断の相違を正当化することができないことの証左となるであらう。

そこで会社による抗弁放棄に社員が服すべきかをもう一步立ち入って分析してみると、会社債務と社員債務に関し次の図式が成り立つ。

I 会社債務

1 範囲……増減

①債権譲渡の異議の放棄

2 態様……抗弁の得喪

②時効の抗弁の放棄

II 社員債務

1 範囲……(i)、I 1 に従って増減するか。

2 態様……(ii)、I 2 に従って抗弁を得喪するか。抗弁の種類によって区別があるか。

通常 (i) の問題と (ii) の問題を合わせて、社員債務の会社債務に対する付従性の有無、程度の問題として括られることが多いが、両者は一応区別することのできる問題である。

(i) の問題、すなわち会社の行なう債務負担加重(軽減)契約に社員は服するかにつき、通常は次のように解されている。「社員はその折り折りの会社の債務と同じ内容の債務について責任を負うのであるから、保証債務の範囲に関する民法四四七条の規定や、保証債務は主たる債務の法律行為による拡大に従わないという命題を適用される機会も、おそらく、まずあるまい。」²⁹⁾すなわち右の図式でいえば II 1 は I 1 に全面的に服することになる。この結論はドイツにおいては全く疑いのないところであり、わが国においても直接この結論を否定する趣旨の叙述はない。

問題は (ii) である。もっともどのような抗弁であれ、会社が抗弁を取得した場合には商法八一条一項により、社員もまたこれを援用して給付を拒絶することができることは明らかである。そこで問題は会社が抗弁を放棄した場合の社員への影響如何に限られる。この場合の考え方としては①会社の抗弁放棄は社員に影響を及ぼさない(大隅他)、②原則として会社が抗弁(たとえば時効の抗弁、期限猶予の抗弁)を放棄しても社員には効力を及ぼさないが、会社が法律の規定により自己の抗弁を失った場合(たとえば除斥期間の経過、債権譲渡の異議なき承諾による抗弁の喪失)には社員も抗弁権を喪失する(伊沢孝)、③すべて社員に影響する、などに分けることができる。このうちいずれの考え方が

妥当かの問題を解く鍵は、商法八一条一項で会社に属する抗弁の援用をなにゆえ社員に認めたかにある。私見によれば、商法八一条一項は同八〇条と密接な関連を有する。確かに合名会社は法人格を有するゆえに法律上、一個の独立した存在として法律関係を形成することができる。しかしその財産的基礎の弱さのゆえに債務関係においては、合名会社だけで法律関係が完結せずに、財産的基礎を補充して会社の信用能力を高めるという政策的配慮のもとに社員の人的責任が存在する。従って債務関係においては、会社と社員とは法的には別個の存在であつても、「経済実質的」には一個の存在である。この実質的同一性を法的に評価して、別個の存在である会社に属する抗弁の社員による援用が認められたのである。この実質的同一性から、会社に属する抗弁の援用を認めるのであれば、同じ理由で、会社が抗弁を喪失すれば社員もまたこれを喪失すべきである。さもなければ実質的同一性と論理的に矛盾する結論が導き出されるからである。もっとも会社と社員が実質的に同一の存在であるとしても、法的には別個の存在であるから、実質的同一性に法的地位を与えようとすれば、立法政策的配慮が必要である。そこで規定されたのが商法八一条一項である。そしてこの条項によって会社と社員の実質関係が法的に評価されるに至ったことに鑑みれば、社員の抗弁権援用と表裏一体をなす、会社の抗弁喪失についても、抗弁の種類を問わず、すべて社員に影響が及ぶと解すべきである。また形式論からいっても、会社が放棄、喪失した抗弁はもはや会社に属する抗弁ということではできないから、社員はこれを援用することはできないということになる。

以上のように考えると、私としては、③説がもっとも妥当であるように思われる。

(2) 手続規定としての商法八一条一項の解釈

(ア)会社・債権者間の訴訟で、会社債務の存否が確定するとき、確定判決の既判力によって、判決に示された命題と矛盾する内容の命題の主張が妨げられ、またそれにもなつて矛盾する命題を理由あらしめる事由の主張もできなくなる。⁽³⁰⁾

すなわち債権者の会社に対する請求が棄却された場合、会社は債権者からの再度の請求に対して前訴判決の既判力をもって対抗することができる。これを既判力の抗弁といふことができる。⁽³¹⁾この抗弁を社員が援用することができるか。また債権者の会社に対する請求が認容された場合、会社はその判決の既判力により判決の基準時までには有していた、給付拒絶のための抗弁を喪失(手続法上主張することができなくなる)する。社員は、この会社が喪失した抗弁を援用することが許されるか。右の問題と商法八一条一項とはどのようなかかわりを持つかが問題となる。

(イ)商法八一条一項は右の問題を解決するために設けられたと説明する教科書、注釈書等が、ドイツにおけるのは異なり、わが国においてはほとんどないことに注目する必要がある。ただわずかに商法八一条が新設される以前ではあるが、次のような論述が、なされている。「本来会社ニ属スル抗弁ヲ社員カ行使スルコトヲ得ルヤ否ヤト謂フニ原則トシテ社員ハ会社カ抗弁ヲ為シ得ル範圍内ニ於テノミ之ヲ主張スルコトヲ得ヘキモノト謂ハサルヘカラス即会社カ拘束力アル債務ノ承認ヲ為シタル場合又ハ会社ニ対シ判決カ確定シタルトキハ会社ノ債務ハ社員ニ対シテモ確定セラレ社員ハ之ニ対シ抗弁ヲ提出スルコトヲ得ス独逸商法第一二九条一項ハ此点ニ関シ規定ヲ設ケタリ此点ハ保証人カ主タル債務者ノ抗弁ヲ用フルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ関シテト略同一ニ之ヲ論スルヲ得ヘシ。」⁽³²⁾最後の部分、すなわち社員の抗弁援用権の問題と保証人の抗弁援用権の問題とを同一に論じることができるとする点は問題であるとしても、ドイツにおいてHGB一二九条一項によって法規上の解決が試みられた、会社判決の社員への効力の問題をわが国においても解釈論として、しかもHGB一二九条一項と同じ趣旨で認めようとする試みが行なわれていたことは興味深い。それにもかかわらず、立法者が自らHGB一二九条と同趣旨の規定として設けたと説明している商法八一条につき、その後この規定を手續規定として取り扱う者はなかったというのが従来の学説の状況である。

(ウ)私見によれば、商法八一条一項は会社に帰属する既判力の抗弁を社員が援用することができる旨、ならびに会社に対

する既判力の抗弁を社員に対して援用することができる旨を認めたものである。

まず、商法八一条一項が実体規定たる側面を持つことは、少なくともわが国においては、異論がない。そこでこれを認めることを前提にする。その際確かに「他人の実体権（抗弁権）を援用する権能を有する者が、他人の訴訟法上の権能をも当然に行使しうると結論するのは飛躍である」⁽³⁵⁾。またある者が他人の実体法上の抗弁権を援用する権能を有するとき、その他人が当該抗弁権を主張することが手続法上できなくなったからといって、その抗弁権の援用権者も直ちに援用権を喪失するわけではない。右に述べたことは実体法上の抗弁と手続法上の抗弁とは法的に別個の存在であって、一方が存在するからといって他方も存在し、一方を喪失したからといって他方も失われるというように形影相伴う関係にはないことを意味する。従って商法八一条一項が手続法上の抗弁を含むとすれば、その根拠ないしそのように解さなければならぬ必要性が存在することを要する。そして私見によれば右の必要性は存在する。それは会社と社員の実質的關係に由来する。この点についてはここではこれ以上立ち入らず、後述（三の③）に委ねたい。ところで右の結論を支える補強的な根拠としては次のことを挙げることができる。すなわち商法八一条一項が社員の会社に属する「抗弁」の援用について規定を設けたのは、わが国独自の立法の必要に迫られたからというわけではなく（けだし社員の地位が従属的である以上、会社に属する抗弁を社員が援用できるのは当然と解するむぎが多かったからである）、HGB 一二九条二・三項と同趣旨の規定を設ける際、念のため一項に相当する規定も置いておこうとしたためであると思われる。しかし採り入れられた当のHGB 一二九条一項は、ドイツにおいては、会社判決により会社債務が確定されれば、社員に対しても確定されたものとするという重要な役割をも担っていたのであり、立法者の意図としては、HGB 一二九条一項は実体規定ならびに手続規定を制定するために両規定に共通する「抗弁」ということばが用いられたわけである。そしてHGB 一二九条一項の解釈としては、異論もあるが、両規定を含むと解するのが多数である⁽³⁶⁾。

三 会社判決の社員に及ぼす効力

(1) 債権者の会社に対する訴訟において、債権者の請求を認容する判決あるいは請求を棄却する判決は社員に対してどのような効力を及ぼすであろうか。わが国では、ドイツとは異なり、合名会社は法人であると規定されたことにより、合名会社と社員とは別個の責任財産を持つ、別個の権利義務主体であることは疑われない。従って合名会社の負う債務と会社債務のために社員が負う債務（責任）とは単一の債務ではない。それゆえドイツに見られた両債務の単一性から導かれる種々の帰結は直ちにわが国において通用するわけではない。そこでわが国においては両債務がどのような関係にあるかが先決問題となる。

(2) わが国においてはドイツにおいて有力であるところのいわゆる依存関係説 (Abhängigkeitstheorie) を受けて、会社債務に対する社員の債務の付従性、従属性から会社判決の社員に対する効力を認めようとする説がある。しかしその際、付従性の範囲、判決効の種類について争いがある。すなわち付従性を片面的にのみ認める立場から社員に有利な判決についてのみ反射効が及ぶとする説、会社債務と社員債務間の完全な付従性を前提として債権者、会社間の判決は社員に対して有利にも不利にも既判力を拡張するとする説に分かれている。さらに近時は依存関係という概念で合名会社事例を分析することをやめ、社員間の強い信頼関係から当然の任意的訴訟担当が行なわれている関係にあるとして会社判決は社員に有利にも不利にも既判力を及ぼすとする説、会社と社員との間に紛争過程上の依存関係を認めて、会社判決は有利にも不利にも社員に及ぶとする説など学説は多岐に分れている。

(3) 私見

① 実体法的考察

ドイツにおいては合名会社の法人格が否定される結果、債権者と合名会社および社員の実体法関係につき次のような

見解があった。債権者は合名会社および社員に対し一個の債権を有し、この一個の債権のために会社財産および社員個人財産が責任財産を構成する、と。しかし合名会社に法人格が与えられているわが国においては、会社は社員とは別個の債務者たる地位を持つ。すなわち会社が債権者に対して負う債務と社員が債権者に対して負う債務とは別個のものである。別個の債務であることを前提にしたうえで両債務の関係が問題となる。

ところでなにゆえ会社債務のために社員が責任を負うのかについて、ドイツにおいては、会社というのもすなわち個々の社員から切り離された存在ではあり得ないからであるという、いわば当然の理としてこれが認められるとする見解と、会社は個々の社員から切り離された存在ではないとしても、会社財産と社員財産とは截然と区別されるのであって、社員が個人財産をもって責任を負うのは当然の理とは言えず、合名会社については資本の確定、充実のための制度的保障が欠け、その結果会社の財産的基礎が弱い。それにもかかわらず、会社の信用能力を高めるために政策的、技術的配慮にもとづいて社員の責任が認められるのであるとの見解の対立があった。しかしわが国においては、ドイツと同様、会社の財産的基礎が薄弱であるにもかかわらず、会社はそれ自体完結した法主体として取り扱われるのであるから、会社債務のための社員の責任は当然の理とは言えず、商法八〇条一項は、法人格の付与とはあい容れないが、合名会社の信用能力を高揚するための政策的規定と解することになる。すなわちわが国においては合名会社に法人格が付与される結果、合名会社は一個の法主体 (individuelle Einheit) として、個々の社員とは別個の存在として活動することができる。しかしその活動によって生じた会社の債務が問題となるや、債権者との関係においては会社という一個の法主体のみで法律関係は完結せず、会社の信用能力高揚のためという政策的配慮のもとに、同一内容を持つ社員の責任が登場するというわけである。従って会社の債務関係という局面においては合名会社はあたかも各社員の集合的結合 (kollektive Einheit) という性質をもってあらわれ、この場合会社は個々の社員から切り離された存在ではなくなる

ことになるのである。²⁹⁾ 以上のことから社員の債務はその範囲、態様において会社の債務と同一であるとの結論が導かれる。すなわち会社債務と社員の債務の間には、会社債務の存在しないところに社員の債務も存在しないという関係、換言すれば、会社債務の無効ないし消滅は直ちに社員の債務の無効ないし消滅につながり、また会社債務の増減は直ちに社員の債務の増減につながるという関係が存在する。これを保証債務について使われる付従性ということばで表現することもできようが、それは単なる比喩的な意味を持つにとどまり、むしろ会社と社員の間の実質的同一性ないし不可分一体性から右の結論が導き出されると考えるべきである。そしてこの社員の責任は、社員が会社の営業活動によって生じる利益を直接享受することができることと対をなしているわけである。

もっとも定款に特別の定めがない限り、各社員が業務を執行する権利義務を有する(商法七〇条)のであるから、社員は他の社員の業務執行によって得た利益を享受する反面、他の社員の業務執行によって生じた債務につき責任を負う。これを可能にしているのは、社員間が強い信頼関係によって結合しているからであるといえよう。

②手続的考察

①に見たように債権者の合名会社に対する債権と社員に対する債権とは強い関連性を有するにもかかわらず、法律上両者はあくまでも別個の債権として存在する。従って債権者が会社に対して請求する場合と社員に対して請求する場合とでは訴訟物は異なる。会社に対する訴訟における訴訟物は会社債務であり、社員に対する訴訟における訴訟物は社員の債務である。しかしかように訴訟物が異なるとはいえ、会社に対する請求と社員に対する請求とは同一の原因(たとえば会社と債権者との契約、会社の不当利得、不法行為など)にもとづいており、ただ社員に対する請求は商法八〇条一項を根拠とするため、被告が会社に帰属する構成員(社員)であること、ならびに会社財産をもってしては債務を完済することができないことの証明の必要が加わるということになる。ところで同一の原因にもとづく二個の請求権を債権

者が有するというだけでは、会社に対する訴訟によって得られた判決が社員をも拘束する根拠にはならない。同一原因であっても、それについての判断が裁判所によって異なることが可能であるからである。従って社員が会社判決の判断内容に拘束されるという場合、そのための根拠が必要である。①で見たように社員の債務は会社債務の成立、存続を前提として成立、存続するものである。従って会社に対する債権の存否は社員に対する訴訟における先決関係をなしている。しかし単に先決関係であるというだけでは会社訴訟の判断内容が社員を拘束するための十分な根拠たり得ない。

私見はそのための根拠として商法八一条一項が存在するとするものである。けだし、ドイツにおいて会社判決が社員を拘束するかの問題につき立法による解決の必要性が存在していたように、わが国においても立法による解決の必要性が存在しており、ドイツにおいてHGB二九条一項がその必要性に応じた規定であったように、わが国においてもそれと同趣旨の商法八一条が存在しているからである。すなわち、(イ)既に見たように会社と社員とは法律上別個の存在であり、従って会社債務と社員の債務も法律上別個である。社員は自己の債務の存在を争うために、その前提たる会社債務を会社とは別個に与えられてよい。また債権者としても社員の債務を社員に対して追求する際に、会社に対する敗訴判決によって、社員に対しても会社債務の不存在を争い得なくなる、いわゆる二重の喪失危険 (*das doppelte Verlustisistio*) を当然のこととして負うわけではない。以上のことから会社債務の存否について会社に対すると社員に對すると別個の判断がなされるとも考えられる。(4)しかし他方で、①で検討した社員の債務が債権者に対して担う役割に立ち返ってみると、債権者の会社に対する請求が判決によって確定したとすると、社員の債務の存在理由からすれば、会社財産をもってしては債権の充足が得られないのであれば、会社判決の内容どおりの責任を社員は負う。即ち前訴たる会社敗訴判決に社員は拘束されるという結論が導き出されてよいであろうし、逆に社員の債務は会社が債務を履行すべき場合に同一内容で履行すべき債務であり、会社が債務を履行する必要がない場合には原則として社員も履行の

必要を免れるべきである。社員の債務は会社が履行する必要がなくなつたときに備えて履行すべきものであるという性質を持つものではないからである。そうであるとすれば実体法のみならず手続法上の事由によって会社が履行の必要を免れるのであれば、社員もまた右事由を援用して債権者の請求を免れるのである。換言すれば会社が債権者に対して勝訴判決を獲得すれば、社員は会社に属する既判力の抗弁を援用して債権者の請求を退けることができるべきであるとも考えられる。そして(ア)、(イ)を較べた場合、(イ)の見解が①で考察した会社債務をめぐる会社と社員の密接な関係に合致した見解であると評価され得よう。そこで(ア)説と(イ)説の対立相剋の中で、(イ)説に軍配を挙げべく商法八一条一項が規定されたものであると考える。

ところで商法八一条一項は「社員ハ会社ニ属スル抗弁ヲ以テ会社ノ債権者ニ對抗スルコトヲ得」と規定したが、その意味は右に述べたように実体法上の抗弁、手続法上の抗弁を問わず「会社ニ属スル抗弁」で債権者に対抗することができるということである。この規定はHGB一二九条一項と同趣旨でありながらその体裁に若干のずれがある。HGB一二九条一項は実体法、手続法を問わず会社が主張することのできない抗弁を社員もまた提出することのできない旨を明らかにしようとしたものであるし、またそのように解されている。これに対し商法八一条一項の文言からその趣旨を読みとめることは難しい。しかし商法八一条一項を制定する際、HGB一二九条一項と右の点で殊更区別しようとしたものでないことは前述のとおりである。しかも社員が会社に属する抗弁を援用することができる規定された、実質的根拠が会社債務をめぐる会社と社員の密接不可分の存在に根ざしていることに鑑みれば、債権者が会社との訴訟で会社債務を確定する判決を得た場合には、会社に対して得た会社債務の確定を社員に対しても通用させることが会社と社員の実質的關係に見合った解決であるということが出来る。

ところで本章本節二(1)で検討したように、実体法上の抗弁については、会社に属する抗弁に関する限り、その取得の

場合のみならず、その喪失の場合においても、社員の援用権は常にその運命に服するものである。しからば、会社と社員との債務の関係をめぐる実質的同一性に鑑みて、債権者・会社間の訴訟における会社敗訴判決のゆえに、会社が手続法上その抗弁を提出することができない（Ⅱ喪失した）場合にも、社員はその運命を甘受すべきである。従って債権者は会社に対抗することができるのと同じ手段（方法）で社員に対抗することができる。即ち、債権者は会社との後訴（たとえば会社からの請求異議訴訟）で会社の抗弁提出に対し、それが前訴の口頭弁論終結時に発生したものであれば原則として、前訴判決の既判力の効果としてこれを遮断することができるのであるから、社員との訴訟において右抗弁の社員による提出に対して、会社に対する前訴判決の既判力の効果が会社に及ぶことにより当該抗弁は遮断されることを、社員に対しても、前訴判決を援用することによって主張することができる。以上のことは規定の形式に即して見れば、社員が対抗することのできる「会社ニ属スル抗弁」とは実体法上、手続法上の原因によって会社がこれを喪失している場合には、もはや「会社ニ属」さない抗弁となったのであるから、社員の債権者に対する対抗手段とはなり得なくなった、と形式論理的には評価するべきであるということになる。この結論は会社に対して敗訴した債権者が「会社ニ属スル」既判力の抗弁をもって社員に対抗されることとの関係で公平にかなっている。

③手続権保障の観点から見た右の結論の評価

定款に別段の定めがなければ各社員は業務を執行する権利義務を有し（商法七〇条）、業務を執行する社員は各自会社を代表する（商法七六条）。そして会社を代表する社員は会社の営業に関する一切の裁判上の行為を為す権限を有する（商法七八条一項）。他方定款または総社員の同意があれば、業務執行社員中特に会社を代表すべき者を定めることができる（商法七六条）。また同様にして数人の社員が共同して会社を代表すべき旨を定めることができる（商法七七

条一項)。

定款または総社員の同意がなく各自代表するという場合には、一人の社員あるいは、代表社員を定めている場合には代表権を有する社員の業務執行により会社が負った債務につき他の社員は連帯責任を負う。一人の社員が為した行為によって生じた債務につき会社財産のみならず、他の社員が彼の個人財産をもって責任を負うことは、一面では財産的基礎の弱い合名会社の信用能力を高めることになるが、他面、他の社員は自己の個人財産を犠牲にするという危険を負う。このことが可能であるのは合名会社が社員間の信頼関係によって結合する人的会社であるからである。ところで代表権を有する社員は裁判上の行為を為す権限も与えられている(商法七八条一項)。その訴訟追行はあくまでも会社が負う債務につき会社の有する防禦方法によってのみ行なわれる。しかし会社債務が判決によって確定すれば社員は会社債務の存在を会社訴訟の口頭弁論終結時に会社に属していた抗弁をもって争うことができなくなるといのが私見による結論であった。すなわち会社債務の存否については、これを争うことを代表社員に委ねたと評価することができる。社員の債務にとって先決関係を有する会社債務の存否については代表社員の訴訟追行に委ねるといのは、社員の一人のなした行為により会社が債務を負えば、その債務のために社員が責任を負うに至ると同様、これを社員間の強い信頼関係による結合ということで説明しようと思えばすることができる。

ところで前述のとおり、会社と社員とは別個の責任財産を有する別個の法主体である。確かに社員は会社の債務のために連帯責任を負うのであるが、会社の債務の履行を請求して会社に対して提起する訴訟と商法八〇条一項にもとづく社員に対する訴訟とは別個の訴訟であり、社員は自己に対する訴訟で先決関係としての会社債務の存否を争う手続上の地位を有している。代表社員が会社に対して提起された訴訟を進行する場合、それは社員個人に対する訴訟とは別個の会社訴訟を進行するのであって、他の社員は、会社債務の存否を争う権限を代表社員に委ねたとしても、このことから

代表社員に他の社員個人の訴訟における訴訟追行まで委ねたということは、当然のこととして、言うことはできないはずである。従って代表社員と他の社員との間に当然の任意的訴訟担当の關係があるとはいえないのではないだろうか。少なくともそれは比喩的な意味を持つにとどまるのではないか。しかしそのような關係にはないということ、代表社員による訴訟追行の結果たる会社債務の確定を社員も争うことができなくなる、すなわち会社訴訟における判決の効力が社員に及ぶということとは別である。後者については商法八一条一項のゆえに、代表社員の訴訟追行の結果たる判決の効力を社員が受けることになり、その結果会社に帰属していたが会社が提出することができなくなった抗弁を社員が自分に対する訴訟において自己を防禦するために提出することができなくなるのである。以上のように考えると、商法八一条一項は、社員が自己の訴訟において自己を防禦するために会社債務の存在を争う手続上の権利と債権者が会社に対して獲得した会社債務の確定をでき得る限り実効性のあるものとする⁴²ことをはかりにかけ、両者の均衡点を一方では会社に属する既判力の抗弁を社員も援用できることを認め、他方では会社に対する既判力の抗弁を社員に対しても援用することを認めることの中に見出したと解することができる。もっとも代表社員が追行する訴訟の判決の効力を受ける社員の利益を保護すべきことも場合によってはあり得るのであって、そのための方策としては、まず事前の措置として共同代表の定めを定款に掲げることが考えられる。これがない場合には会社訴訟に社員が参加する方法がある。その際、社員に会社の訴訟行為に抵触する訴訟行為を認めないのである⁴³。社員が会社訴訟に参加する場合には共同訴訟的補助参加人の地位を与えるべきである。

四 判決効の種類確定

(1) 商法八一条一項によって、会社が債権者との訴訟において判決を受けたとき、債権者からの請求に対して社員はどのような抗弁を提出でき、またどのような抗弁を遮断されるかを考察するという私の立場からしてもなお社員は会社・債

権者間の判決の既判力を拡張されるのか、それとも反射効とも呼ぶべき効力を受けるのかという問題が残る。もともと既判力拡張といっても、先決問題として既判力の本質をどのように考えるか、既判力の作用をどのように見るかなどの問題の解決に迫られることであり、また反射効といっても論者によって様々な使われ方がなされているため、私としてどのような内容を持つ効果として反射効ということばを使うかを明らかにする必要がある。しかし既判力の本質および作用をどのように考えるかについては、結論を後日の検討に俟たせていただきつつ、当面、現在わが国で有力多数である訴訟法説をとることにし、また既判力の作用については、これを前訴判決の判断内容に対する矛盾判断の禁止として作用すると考えることにする。⁽⁴⁴⁾

(2) 反射効については次のように考える。およそ判決の存在と内容が問題となる場合は大きく四つに分類することができる。

1 判決の判断内容に立ち入ることなく、判決の存在といういわば外在的事実が一定の実体法上の効果をひき起こし、あるいは訴訟物とは異なる実体法上の請求権を発生ないし行使可能にする場合。⁽⁴⁵⁾

2 判決の存在が一定の実体法上の効果をひき起こし、あるいは訴訟物と異なる実体法上の請求権を発生ないし行使可能にするのであるが、その際この効果を受け、あるいは請求を受ける者が判決の判断内容に拘束される場合。⁽⁴⁶⁾

3 判決の存在というよりはその判断内容の拘束力の問題ではあるが、この拘束力を後訴裁判所が認めるためには、当事者の主張（援用）が必要であるという場合。⁽⁴⁷⁾

4 判決の判断内容の拘束力の問題であり、かつこれを当事者の主張（援用）を俟つまでもなく、後訴裁判所が職権で調査すべき場合。

1は通常判決の法律要件的効力と呼ばれるものであり、4は通常既判力拡張と呼ばれるものである。問題は2および

3である。2については判決の存在という外在的事実から一定の実体法上の効果(ないし請求権)が導かれるという側面に着眼すれば、これを法律要件的效果と呼ぶことができるであろうし、判決の判断内容の拘束力という面に着眼すれば既判力拡張と呼ぶことができる。あるいはこの場合も当事者の主張(援用)を俟って前訴判決の内容を斟酌することになるであろうから、この点に既判力拡張との相違を見てこれを反射効と呼ぶこともできよう。3については、これまで当事者の主張を俟ってはじめて裁判所が前訴判決の内容に拘束される点に既判力拡張との相違を見出し、両者をあくまでも区別するためにこれを反射効と呼ぶことができるであろうし、これをもまた既判力拡張として位置づけることも可能である。⁽⁴⁹⁾

しかしより重要なことはこれらの場合の名称を何と呼ぶかという問題ではなく、具体的事例がどこに組み入れられるかである。それによって判決の存在を争うことができるか、判決の存在を争うことはできないとしても判決の判断内容と矛盾する主張が許されるか、判決の判断内容に拘束されるとしても判決の存在を当事者の主張を俟って斟酌すべきか、裁判所が職権で調査すべきか等の実際的な相違があるからである。

(3) そこで合名会社判決の社員に及ぼす効力について、それが前記1-4のどれに組み入れられるかの検討を要する。その際商法八一条一項(HGB一二九条一項)をもって会社にあらたな債務発生の原因を判決が与えた規定であると見るHofmann流の法律要件的效果説は商法八一条一項の解釈としてかなりの無理があり、従ってこれを採用することはできないと考える。そこで問題は3に組み入れられるべきか4に組み入れられるべきであるかに絞られる。

結論から言えば、この事例は3に組み入れられるべきではないかと考える。その理由は第一に、商法八一条一項は「社員ハ会社ニ属スル抗弁ヲ以テ会社ノ債権者ニ対抗スルコトヲ得」と規定しており、「対抗スル」か否かの判断を社員に委ねる形式をとっていること。第二に右のことは単に形式にとどまらず次のことを意味している。即ち社員が自分

に属する固有の抗弁をもって債権者に対抗することができるとは当然のこととして掲げず、会社に属する抗弁については実体法上の抗弁であれ、手続上の抗弁であれ、「抗弁」として「会社ニ属スル抗弁ヲ以テ債権者ニ対抗」することができること、あるいはこれとの公平上、実体法上の抗弁であれ、手続上の抗弁であれ、会社が喪失した抗弁は主張できず、あるいは会社に対して相手方が取得した抗弁をもって社員は対抗され得るということを表明したものである。すなわち本条はある者と他の者間で手続上確定した事柄であることを第三者が援用して自らに対する請求を拒むための抗弁事由とすることができる旨を規定したものである。このことはなんらかの法規範の存在なしには行なわれ得ないであろう。そして本条はこれを可能とするための規定である。第三に、社員が右抗弁をもって対抗しないとしても裁判所の威信にかかわるわけでも、法的安定性を欠くわけでもないこと、等が挙げられる。以上はいささか粗雑かつ素朴な考え方であり、その基礎づけは今後の検討課題であるが、合名会社判決の社員に対する効力を、当事者から適格性あるいは紛争主体としての地位を受け継いだ承継人と判決内容の拘束力とともに受け入れるということから、他のあらゆる点でも同日に論じなければならぬ⁽⁹⁾については疑問なしとしない。

以上のような考え方を「反射効説と呼ぶか、当事者の主張（援用）にかかる既判力拡張説と呼ぶかははやことばの問題であって重要ではない。しかしここでは抗弁によって前判決の内容を後訴の当事者間で不可争とする場合を便宜上（制度の本質上既判力拡張と異なる機能を有するものではないという意味で）反射効と呼ぶことにする。

五 社員訴訟が先行する場合の若干の問題

(イ)債権者の社員に対する訴訟において、社員が会社に属する抗弁をもって争ったが奏効せず、請求が棄却された後、債権者の会社に対する訴訟において請求が棄却された場合、社員は債権者からの強制執行に対して、会社に対する棄却判決の存在を理由として請求異議の訴えにより執行をくい止めることができるか。(ロ)債権者の社員に対する訴訟におい

て、社員が会社に属する抗弁をもって対抗し、請求棄却の判決を得た後、債権者が会社に対して訴訟を提起し、請求が認容された場合、社員は債権者の再度の請求に応じなければならないか。

(1) (イ)、(ロ)の問題を具体的に論じる前に次のことを明らかにしておく必要がある。

① まず会社債務と社員債務の実体法的論理関係を考えてみると、社員債務は会社債務の存在を論理的前提として存在する。従って会社債務の存在しないところに社員債務が存在することは実体論理的にはあり得ないことである。他方、会社債務が存在する場合には、常に社員債務が存在すべきであるとは言えない。社員は自己に固有の抗弁（たとえば債務免除）を提出することによって会社債務の存在にもかかわらず、自分に対する債務の履行を免れる旨を主張・立証することにより自己に対する請求を免れることがあり得るからである。

② 手続的關係。債権者・社員間の判決は会社を拘束することはない。⁽⁵⁾しかし債権者・会社間の判決は社員を拘束する（商法八一条一項）。社員を拘束するということの意味は、判決によって新たな債務が発生し、その新たな債務のために社員が責任を負うことではなく、債権者・会社間の判決の判断内容に矛盾する主張を社員は、あるいは社員との関係において債権者は禁じられるということである。従って債権者・会社間の判決は、債権者・会社間の実体法関係ならびに債権者・社員間の実体法関係になんらの影響も与えない。

(2) (イ)の問題は社員に対する債権者の請求が認容された後、債権者の会社に対する請求が棄却されたという場合である。

この結論を端的に表現すれば、社員は自分の債務を履行すべし、会社はその債務を履行する必要なしということになる。これは会社債務がないところに社員債務が存在するということであって(1)①の論理からすればあり得べからざることである。しかしこれに手続的論理を加味すればどうか。

社員に対する訴訟において追求されるのは社員債務であり、会社に対する訴訟において追求される会社債務とは別個の債務である。従って社員に対する訴訟の訴訟物は、会社に対する訴訟の訴訟物とは異なる。しかし前述(1)①)の通り、社員債務は会社債務の存在を前提として存在するものであるから、社員に対する訴訟において会社債務の存否の判断は先決問題である。この先決問題につき既に会社に対し裁判所の判断が下されていれば社員はその判断に従う(1)②)が、会社に対する裁判所の判断がない場合には社員は独自に会社債務の存在を争う地位を有する。しかも社員この独自の地位による訴訟追行の結果は会社になんらの影響も与えない(1)①)。従って社員に対すると会社に対するとで統一的判断の手続的保障がない限り、異なる判断が下されることがあり得る。しかも(1)①)の論理とは逆に、社員に対しては会社債務が存在し、また社員の債務も存在すると判断され、会社に対しては会社債務が存在しないと判断されることも可能である。この判断のそごを回避するためには常に会社訴訟を先行させるか、社員に対して訴訟を提起する場合に常に同時に会社に対する訴訟共同を必要とすることに依ることになる。いずれも否定されるということは、(1)①)に述べた実体論理に反する結論を手続論理上認めるということにほかならない。ところで(1)②)に述べたごとく会社に対する訴訟で会社債務の不存在を認めると判決することは、実体法上会社債務は不存在であることとは一致しない。以上のことから、(1)の問題において社員は請求異議訴訟で後続する会社に対する棄却判決を異議事由とすることはできないと考える⁵²⁾。

(3) 次に(4)であるが、先行する社員の訴訟においては社員が勝訴し、後行する会社訴訟においては会社が敗訴したというものである。

会社債務が存在しても社員債務は存在しないということはあり得ることであるから、右の結果は(1)①)の論理に反するものではない。しかも手続論理からいっても、(2)で述べたごとく、社員に対する請求棄却判決は会社に対する請求を妨

げるわけではなく、従つて会社に対しては認容判決が下ることも可能である。確かに社員は会社敗訴判決に拘束される。しかし会社債務が社員に対しても確定されるとしても、社員は自己固有に帰属する社員債務を履行する必要なしとの既判力ある判断をもつて債権者に対抗することができる。さらに会社敗訴判決によつてあらたな、判決を理由とする債務が発生するとの立場をとらない私見(1)(2)にあつては、(四)の問題において社員は債権者の再度の請求を、債権者・社員間の前訴判決の既判力により退けることができる³⁹と考える。

六 会社判決の社員に対する執行力拡張

(1) 昭和一三年の商法改正の際、HGB二二九条一項ないし三項まではわが国に採り入れられ、商法八一条に結実した。しかし会社判決の社員に対する執行力拡張を否定したHGB二二九条四項が右商法改正の際、顧りみられなかつたのは、わが国の合名会社には、ドイツにおける判例、通説とは異なり、法人格が与えられている結果、あらためて明文の規定を設けるまでもなく、執行力拡張は否定されると考えられたためであろうことは想像に難くない。しかし、ドイツとは異なり執行力拡張否定の趣旨を明文で規定しなかつたために、わが国においては執行力拡張肯定説が解釈論として主張されるに至っている。

(2) 会社判決の社員への執行力拡張を肯定するか否定するかは、執行力拡張の規準をどのように考えるかにかかっている。そして執行力拡張の規準をどのように考えるかについては説が分れている³⁹。しかしいずれの説に立つにせよ執行力拡張を認めることの目的は、前訴の被告に対して得た執行力の実効性を最大限に確保することにあるといえる⁴⁰。そこで債権者が合名会社に対して得た給付判決の実効性を最大限に確保するということの意味が問題である。

第一次的には会社財産からの執行による満足を目的として会社を相手に訴訟を提起した債権者は、給付判決を取得することによつて会社財産に付する執行力を確保することで、会社に対する給付判決は最大限の実効性を確保したという

ことができる。従つてそれ以上、社員の財産からの執行を会社に対する債務名義と社員に対する執行文を得ることによつて確保する必要はないと考えられる。⁽³⁵⁾

しかし翻つて考えてみると執行力拡張を受ける場合に社員が蒙むる不利益——会社債務が既に判決によつて確定しているからあととは社員に固有の抗弁を主張するための手続（通常は請求異議の訴えであろう）開始のための起訴責任を負担するという不利益——と社員が会社債務のために無限責任を負うことで信用能力が高められている合名会社の債権者が、社員に対してあらためて訴訟を提起しなければならないという債権者の側で蒙むる不利益との間のバランスがとれているかは問題である。ここでドイツにおいて、合名会社の法人格が認められるためには「現在ある規定よりもその構造が定型化され、強行法規の数が増加され、そればかりではなく、個々の社員が、経済的に望ましいと思われ

るよりはるかに鋭く、法的に会社から分離していなければならない。」との主張があつたことを想起すべきである。確かにわが国においては合名会社に法人格が与えられている結果、法的には会社と社員が分離されているといえる。しかし経済的にも分離しているといえるかは疑わしい。株式会社とは異なり、資本充実、維持の原則ならびに資本確定の原則などが強行法規によつて確保されていない合名会社にあつては、⁽³⁶⁾株式会社などと較べてその財産的基礎が薄弱である。しかも合名会社においては社員の債権者が社員の持分を差し押えて営業年度の終わりにその社員を退社させ、社員の持分を自己の債権の満足に充てることが認められている（商法八九条、九一条参照）ことに鑑みて、その財産的基礎はますます弱められていると言わざるを得ない。それでもなお合名会社の取引活動を円滑に行なうことを可能にしているのは会社債務のために社員が自己の財産をもつて無限責任を負うからである。このような事情に即してみれば、前述した社員の蒙むる不利益と債権者の蒙むる不利益を比較するとき、むしろ後者を重要とみて債権者に有利な判断をすべきである。すなわち起訴責任を社員が負担することにして、債権者が得た会社有責判決の執行力を社員に拡張する（会社

に対する債務名義で社員に対する執行文の付与を受け社員の個人財産に執行することができると思えるべきではないであろうか。⁽⁵⁸⁾

もっとも社員が債権者に対して有する固有の抗弁が提出されること頻繁で、社員が請求異議訴訟で勝訴する蓋然性が高いのであれば、起訴責任の転換を認めることは適當ではない。従つて右の結論は社員の有する抗弁の稀少性によつて支えられるものである。⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾

(3) 社員の責任についてドイツ法と異なっているのは、社員の責任に補充性がある点である。そこでこの補充性を執行段階でどのように評価するかが問題である。⁽⁶²⁾

債権者が会社財産に対して執行したが奏効せずには終わったため社員に対して執行しようとするときは(商法八〇条二項)、会社に対する執行が奏効しなかつた旨は裁判所に明白であろうから、債権者は民執法二六条により社員に対する執行文付与を受けることができる。⁽⁶³⁾社員が会社に弁済の資力があり、かつ執行が容易であることを証明できるときは(商法八〇条三項)、執行文付与に対する異議の訴え(民執法三四条)によつてこれを行なうことができる。債権者が会社に対して債務名義を得たが、会社に対して強制執行することなく、社員に対して直接責任を追及する場合には、会社が債務超過の状態にあるという条件を証明する必要がある(商法八〇条一項)。この証明は通常貸借対照表などを用いて行なわれることであるが、会社が債務超過の状態にあるか否かは実体判断の問題であり、社員の利益に密接なかわりを持つ判断であるから民執法二七条によつて処理されるべきである。

(1) もっとも法的性質からの演繹によつて具体的問題の解決を導き出すという解釈態度に対して批判があることは前述のとおりである。

(2) 会社を法人とする立法政策は、わが国の商法典の歴史上、一貫して採られてきた立場である。ただ明治二十三年法三二(明治二十四

一月一日施行の予定であったが、延期された)、七三条は次のように規定していた。「会社ハ特立ノ財産ヲ所有シ又独立シテ権利ヲ得債務ヲ負ヒ動産、不動産ヲ取得シ又訴訟ニ付キ原告又ハ被告トナルコトヲ得」(なお、日本学術振興会編、商法草案議事速記(明治二十年十二月七日)によれば本条(右資料当時は七四条)二項として次のように規定すべきかの問題があった。「会社ノ通常ノ裁判管轄ハ其住所ヲ管轄スル裁判所ニ属ス。」しかしこの項については、「此商法ヲ議定シマス時分ニハ訴訟法モ御座イマセン、民法モ御座イマセン、委員長カラ御注文ガ御座イマシテ独立シテ発布ノ出来ル様ニシテ呉レト云フ御注文ガ御座イマシタ今日ニ至リマシテハ置ク必要ハアリマセン」(本尾報告委員発言、商法一ノ一〇一)として削除された模様である)。この規定が明治三二年三月九日法律第四八号で「会社ハ之ヲ法人トス 会社ノ住所ハ其ノ本店ノ所在地ニ在ルモノトス」と修正され、今日に至っている。その間の事情を起草委員の発言によつて見ると、「梅委員ノ説明ニ曰ク本条ハ旧商法七十三条ト同一ナリト雖モ右第七十三条ハ其書方悪シキヲ以テ従来議論多シ乃チ「会社ハ特立ノ財産ヲ負フ又訴訟ニ付キ原告又ハ被告トナルコトヲ得」トアリ是ニ解シ得ルヲ以テ不可ナリ或ハ会社ヲ法人トセリト云フアリ或ハ又非法人ナリト云フアリ「ロエスレル」氏原案ニ於テハ法人ヲ広義ニ採リスベテ財産ノ主体トナリ訴訟ノ主体トナルモノハ皆法人トセリ併シ之ハ程度論ニシテ常ニ之ヲ自然人ト同様ニハ見ズ自然人外ノモノハ皆法人トセリ本条モ斯クセルナリ」(日本学術振興会編、法典調査会商法委員会議事要録、明治二十九年七月六日一ノ一二四)。すなわち旧商法七三条には既に会社が法人格を有することを、その実質的効果の側面から規定していたのであるが、これでは会社が非法人であるとの解釈(ロエスレル)も可能であつたため、そのような誤解を取り除く必要から、法人の觀念を広義に解して、会社を法人とすることを明定したというわけである。

(3) 上柳克郎「合名会社の法人性」商法保険法の諸問題(大森先生還暦記念)一〇頁以下は、「法人格が承認されている日本商法のもとで、法人格を否定する見解が支配的であるドイツ法のもとで、合名会社をめぐめる具体的法律関係の処理に若干の点で可成りの程度の差があるが、その差異は著しく大きいものではないといえよう。」と指摘している。法人であるか否かが合名会社をめぐめる具体的な問題の解決にとつて決定的な違いとなつてあらわれる局面はそれほど多くはないことを示すものとして興味深い。

(4) 会社の性質が *societas* であるか *Universitas* であるかによつて構成員への既判力(拡張)問題は結論を異にするとの立場から、会社が法人格を有するのであれば既判力は構成員には及ばないとの見解がある(Binder, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft, S. 79)。しかしこの図式は単に原則論としての意味を持つにすぎず、あらゆる場合の結論がこの図式へのあてはめによつて得られるというものではないと考える。

(5) 周知のように合名会社の性質を社団と見るか組合とみるかにつき学説の対立がある。しかしこれを社団とみることにより形式的法人性を貫くことができるとする説も社員の連帯責任規定は実質的な組合性の反映であり、その限りで完全な法人格を有するとはいえないとする(鈴木竹雄「会社の社団法人性」会社法の諸問題(松本先生古稀記念、一九五一年)七一頁参照)。

(6) ドイツにおいても社員は会社と同一内容の給付義務を負うのではなく、会社が債務不履行に陥った場合の損害賠償債務につき責任を負うとの説(Wieland, Müller-Erzbach)があつたが少数説にとどまつている。この説によれば社員の責任は補充的(subsidiär)な性格を持つことになるが、その内容はわが国で社員の責任が補充性を有するという場合の補充性とは異なるものである。

(7) 合名会社の社員の責任と保証人の責任の異同については、田中耕太郎「合名会社社員責任論」(一九二二年)二五〇頁以下に詳し。

(8) 田中(耕)、前掲書、二五五頁。

(9) それぞれの責任の意義については、田中(耕)、前掲書、二二九頁以下参照。ただし連帯責任であることはHGB一二八条ならびに商法八〇条一項の明定するところであるが、連帯債務規定については、BGBとわが国の民法とで若干の相違があることに注意する必要がある。

(10) 確かに本文で述べたごとく合名会社と社員の間には真の連帯債務関係は存在しないといふことができる。一般に会社の義務に關して生じたすべての事由が同時に社員にもその効果を及ぼすと考えられていること、および逆に社員の義務について生じた事由は、債務を消滅させる事由を除いて、原則として会社にはその効果が及ばないと考えられているからである。しかし会社の義務と社員の義務との間に厳密な意味での連帯債務関係は存在しないと、そこには連帯債務規定のうちのいくつかが類推適用されるべき基盤が存在している(一方による弁済や、会社の受ける債務免除は他方の債務をも消滅させるなど)。そこで連帯債務者の一人に対する判決の効力が、他の連帯債務者に及ぶかという一般論の中に、合名会社が受けた判決の効力が社員に及ぶかの問題を包摂解消することができるかが問題となる。しかしこれは否定されるべきである。というのは会社の義務と社員の義務との關係が、後者の成立、存続が前者の成立、存続を前提にしている点で通常の連帯債務とはその義務關係を異にしており、しかもこの相違点は判決効論にとって重要な要素となり得るからである。ちなみに依存關係による既判力拡張を連帯債務者間にも肯定する説(鈴木(正)「既判力の拡張と反射的效果」)「神戸法学雑誌九卷四号五二四頁、ただし同「連帯債務と判決効」判例タイムズ三九一号一四で改説)も合名会社事例は別個に考察の対象としており、しかも依存關係の程度を異にするという理由の下にそれぞれの事例で結論を異にしてゐる。

ところで商法八〇条の立法者は本条制定の際、判決効の問題まで既に考慮に入れていることが立法資料から窺える。すなわち旧商法一一二条には「会社ノ義務ヲ完済スルコト能ハザルトキハ各社員ハ連帯ニテ其弁済ノ責ニ任ズ」という現行法とほとんど同じ(「連帯ニテ」が現行法では「連帯シテ」に変わっただけ)条文に改めるにあたり、次のような発言があった。「田部(芳一筆者)君ノ説明ニ曰ク本条ハ旧商法第一一二条ノ文章ヲ改メタルニ過キス故ニ其主意ニ至テハ彼我同一ナルヲ以テ敢テ説明セズ次手ニ一言スヘキハ会社ニ對スル判決ノ効力カ当然社員に及フヤ否ヤノ点ナリ余輩ハ及フヘキモノト信スレトモ玆ニ疑問トシテ述ヘ置クト」(日本學術振興會編、法典調査委員會、商法委員會議事要録第貳卷二ノ十四、明治二十九年七月二十四日)。ここに述べられた「判決の効力」が既判力を指すのか、執行力を指すのか、いずれをも含むものかは明確にすることはできない。しかしこの発言が行なわれた翌年に現行HGBが公布され、そこにおいては、少なくとも立法者の意図としては、会社判決の社員への既判力ならびに執行力について明文による規程が行なわれたわけである。

(II) 商法改正要綱には本条二項のみが改正要綱第三十五として新設されることになっていた(商法改正要綱については、立法者の一員であった松本蒸治「常識としての商法改正の話」昭和六年参照)。改正要綱第三十五についての立法者の解説(松本「商法改正要綱解説」法学協會雜誌第四九卷一〇号、昭和六年、一八四六頁)によれば、「会社がその債権者に対して相殺権、取消権、解除権を有して居る場合であっても、社員は是等の権利を行使することを得ないことは理論上当然である。然しながら此結果は社員を保護する所以でなく且實際上不便であるから、独逸商法第一二九条の趣旨を採って、此場合に於ては社員に給付拒絶の抗弁権を与へよう」と謂ふのである。すなわち本条二項は社員保護のためHGB一二九条二項ないし三項(ただし会社が解除権を有する場合についてはHGBに規定はなく、わが国独自の立法法である)に範をとって規定されたものである。ところで本条一項は要綱が公にされた当時は存在しなかったが、法案として提出されるときに付加されたものである。そして本条一項もまたHGB一二九条一項を模範として設けられたものである(烏賀陽然良他「商法改正法案を評す(三)」法学論叢第三四卷三号、昭和十一年、一二六頁参照)。

要綱を含めて商法改正法案が公にされ、広く世の意見が求められたが、本条について反対意見は全くなかったようである。松本、前掲はもちろんであるが、烏賀陽他、前掲は本条を正当であると評している。横田正俊「商法中改正法律の質疑応答(一七)」法学志林四一卷三号(昭和十四年)には本条に関する質疑応答はない。高窪喜八郎「商法改正要綱に對して反対すべき点(一一四)」法学新報四二卷三一六号(昭和七年)には本条に関する反対意見は述べられていない。野津努「商法改正要綱」その第一編に就いて「法政研究

二卷二号、昭和七年、七五頁以下には、当然のことながら本条についての言及はない。佐々穆「商法改正法律案略注(二)」法学新報四六卷三号(昭和一年)は本条に反対していない。

(12) この抗弁は *Einwendung* ならびに *Einrede* の両方を含む意味に用いられる。

(13) 松本丞治「日本会社法論」(一九二九年)五三五頁、田中(耕)「会社法概論」(一九三〇)二〇五頁など。

(14) 司法省民事局編纂「商法中改正法律案理由書(総則・会社)」(昭和二年)によれば、「前条(八〇条)筆者」ノ如キ弁済責任ヲ認ムル以上社員ニ於テ会社ノ有スル抗弁事由ヲ以テ債権者ニ対抗スルコトヲ得ベキモノトスルハ權衡上当然ナリト謂フベク云々とある。

(15) 伊沢孝平「註解新会社法」(一九五〇年)八四頁、大隅健一郎「全訂会社法論上」(一九五四年)九七頁、同「新版会社法論上」(一九八〇年)一〇三頁も同旨、田中誠二他「コンメンタール会社法」(一九五七年)九八頁、なお同「三全訂コンメンタール会社法」(一九七七年)一〇三頁に至るまで同旨の解説がなされている。その他、判例コンメンタール「商法上」(一九七七年)内海健一担当、一六五頁など。

(16) 伊沢、前掲書、八四頁。

(17) もっとも何をメルクマールにして法人格を認めるかの考え方につき、ドイツの多数説とわが国の立法者意思との間にずれがあることに注意する必要がある。上柳、前掲、一二頁参照。

(18) 上柳、私法三三号、六三頁参照。

(19) 石井照久「会社法下」四〇五頁はわが国の通説である。

(20) HGB 一二四条一項は、立法者によればまさに対外的法律関係の簡便な処理を意図したものであり (Kammerer, Die Rechtsnatur der Offenen Handelsgesellschaft, NJW 19 Jahrg. S. 802) これをわが国では法人格の付与により行なっていることに鑑みれば、法人格の有無は社員の責任を規整する上で決定的相違をもたらすものではない。

(21) HGB 一二九条四項が合名会社法人説の有力な根拠であったことは前述のとおりである。わが国の立法者はわが国においては合名会社に法人格が認められる以上、もはや執行力が社員に及ばないことは争う余地がないと考えたのではないであろうか。昭和十三年法改正の際、HGB 一二九条一項ないし三項まで採り入れられ、四項が顧みられなかったのはこれを必要なしとして意識的に排除したと考えるほうが自然であろう。

- (22) 松田二郎「新会社法概論」(一九五七年) 三七六頁および「注釈会社法(1)」三〇八頁が執行力拡張を否定しているのが目につく程度である。
- (23) 吉村徳重「既判力拡張における依存関係(三)」法政研究二八巻一号七三頁参照。
- (24) 田中(耕)、前掲書、二五九頁以下。
- (25) 石坂者四郎「保証人抗弁論」民法研究2(一九一三年)四二四頁以下。これによれば付従性には二義がある。一つは、一方の債務が存在あるいは消滅すれば、他方も存在あるいは消滅するという関係。他は一方の持つ狭義の抗弁権を他方も援用できるという関係。保証においては前者は明文による根拠なく事柄の性質上導き出されるが、後者についてはこれを認める規範が存在していることが必要であるとする。後に述べるようにBGBはこの両者を区別している。すなわちBGB七六七条は主債務と保証債務の範囲の関連の問題を、そして七六八条は抗弁の援用の問題を規定している。わが国では従来とかく前者の問題から後者の解答をひき出すことが行なわれてきた。しかし両者は密接な関連を有しながらも別個の問題であることに注意する必要がある。
- (26) 木川統一郎「判決の第三者に及ぼす影響(三・完)」法学新報六八巻三号一八一頁。なお本文中のHGB一二九条一項は木川博士の私訳。
- (27) Schlegelberger, Handelsgesetzbuch II, S. 1146, § 129 Anm. 1 u. 2.
- (28) Düringer-Hachenburg, HGB II 2. 3. Aufl. S. 720, § 129 Anm. 1. なお現代外国法典叢書・独逸商法〔一〕一二九条解説(四五頁)参照。
- (29) 注釈会社法(1)、三〇一頁参照。なお、ちなみにBGB七六七条一項一文は「保証人ノ債務ニ付テハ、主タル債務ノ其時時ノ現状ヲ以テ標準トス」と規定して、保証契約成立後の債権者・主債務者間の契約による影響が保証人に及ぶことを明示している。その趣旨は合名会社社員の債務についても同様に通用する。ただ保証については保証契約成立時に保証すべき債務額が定まっており、一定の債務額についての保証人の期待を保護する必要性が認められる。そこでBGB七六七条一項一文に対する例外として同第三文に「主タル債務者ガ保証ノ引受後ニ於テ保証人ノ債務ハ之ニヨリテ拡張セラルルコトナシ」と規定した。しかしながら社員の責任については、保証人のように一定の債務額についての期待ということをその性質上考えることはできないから、むしろ同条項第一文の原則どおり広汎な付従性が認められる。
- (30) 小山昇「既判力の客観的範囲について」民事訴訟の法理(中村宗雄先生古稀祝賀論集)三五九頁以下参照。

- (31) Stein-Jonas, 19. Aufd. S. 1381. 参照。
- (32) 田中(耕)、前掲書、二六〇頁。
- (33) HGB 一二九条一項とBGB七六八条一、二項とを比較されたい。
- (34) HGB 一二九条一項についてはこれを全くの手続規定(既判力拡張規定)であると解する説がある(A. Blomeyer, a. a. O. S. 25)。
- (35) 木川、前掲(三)、一六四頁注(五)。
- (36) HGB 一二九条一項を全くの実体規定であると解する説(Kutner, Hofmann)、ならびに全くの手続規定であると解する説(A. Blomeyer) がある。
- (37) Hellwig, Anspruch und Klagrecht (1924) S. 272, F.n. 21, Jaeger, a. a. O. S. 62, F.n. 87, Düringer-Hachenburg, a. O. S. 720 f. § 129 Anm. 1, Schlegelberger, a. a. O. S. 1147 § 129 Anm. 6. など。
- (38) わが国における議論の状況は既に拙稿(「北大法学論集三一巻三・四合併号上巻」)で紹介したので、ここでは以下の叙述に必要な限度でのみ紹介にとどめる。
- (39) 注釈会社法(1)、二九九頁によれば「会社に対して社員が法律形式上別人であるとしても、経済実質的には同一人である」と説明されているのは本文の内容を指すものであろう。
- (40) 新堂、「民事訴訟法」第二版、四四二頁参照。
- (41) 新堂、前掲、四四二頁。
- (42) 上田徹一郎「判決効の主観的範囲拡大における法的安定と手続権保障との緊張関係の調和点」判例タイムズ二八一号、四七頁以下参照。
- (43) その他ドイツにおいて問題となっていた審問請求権保障のための法技術(必要的呼出、告知を義務づける等)の準用については、ドイツではいわゆる依存関係事例にそれが必要であるとの認識が薄い。実体法上の処分に服するということだけで、そのように解するべきかはなお検討を要するようと思われる。但しこの点についての詳細は別稿に譲らせていただきたい。
- (44) 鈴木忠一「非訟事件の裁判の既判力」二〇頁参照。
- (45) たとえば民法一七四条ノ二(確定判決の存在が確定した権利の時効を十年にするという実体法上の効果をひき起こす)、同四五九

条一項(受託保証人に対する確定判決の存在が、保証人の主債務者に対する求償権の行使を可能にする)などが挙げられる。その他の事例については、鈴木正裕「判決の法律要件の効力」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)一四九頁以下参照。

(46) たとえば民事執行規則一〇条一号は「銀行等は、担保を立てるべきことを命じられた者のために、発令裁判所が定めた金額を限度として、担保に係る損害賠償請求権についての債務主義又はその損害賠償請求権の存在を確認する確定判決若しくはこれと同一の効力を有するものに表示された額の金銭を担保権利者に支払うものであること」と規定している。即ち裁判所によって担保を立てることを命じられた者が、銀行等と支払委託契約を締結する方法で担保を立てたという場合、担保義務者に損害賠償請求義務を確認する確定判決があれば、銀行等に保証金支払債務(これは右の損害賠償債務とは別個の原因にもとづく別個の債務である)が発生し(あるいは抽象的には既に発生していた債務が具体的に行使可能となり)、しかも損害賠償義務の内容(額)が保証金支払債務の内容を規定するというものである。これによって保証金支払請求を受ける銀行等は損害賠償債務の範囲はより少ないものであることを立証して保証金支払義務を免れることはできなくなる。(もともと保証金額を限度とすることは当然である。)この点でたとえば確定判決を受けた受託保証人が主債務者に対し求償権を行使する際、主債務者は、債権者・保証人間の判決の効力を受けるものではないから、あらためて保証債務の存否、内容を争うことができるのと著しく異なっている。なお本条項については、最高裁判所事務総局編「条解民事執行規則」三七頁以下参照。

(47) イギリスにおけるレス・ジュディカイターの拘束力が効果を發揮するためには、当事者の援用を必要とする(任吉博「イギリス法における民事判決の拘束力」法学新報七五巻三一四号、一〇二頁以下参照)。さらにドイツにおいてAGBG二一条は、抗弁としての援用を前提とする片面的(第三者に有利な)判決効拡張規定を置いたことは注目に値する。もともとの判決効拡張を体系上どこに位置づけるかをめぐっては争いがある(Schlosser, AGBG, § 21, 4, S. 418 f.)。

(48) 小山教授の反射的効力(民事訴訟法〔三訂版〕一九七九年、四〇九頁)はこれにあたるものであろう。

(49) Schlosser, a. a. O. S. 419. なお既判力拡張の弾力化については、三ヶ月章「わが国の代位訴訟・取立訴訟の特異性とその判決の効力の主観的範囲」民事訴訟法研究第六巻六〇頁参照。

(50) 抗弁に依存するにもかかわらず、この点はAGBG二一条の判決効を既判力拡張と捉える Schlosser の見解は首肯できる。もともとこの点については批判もある。たとえば Gaul, Die Erstreckung und Durchbrechung der Urteilswirkungen nach §§

19, 21 AGBG, Festschrift für Beitzke, S. 1035 ff.

(51) この命題はあくまでも原則論である。たとえば社員が提出した相殺の抗弁を容れて債権者の請求を棄却する判決の効力が会社及びぶかの問題は別途考察の余地がある。

(52) 社員が後に不当利得返還請求(訴訟)を債権者に対して行なうことが考えられるが、債権者の社員に対する債権の満足は判決を債務名義として為された執行によるものであって、右訴訟に前訴の既判力は及ばないとしても、債権者の満足は法律上の原因なくして行なわれたものであるということはできないから、右請求による循環も考えられない。

(53) 諸説について、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)二八八頁以下参照。

(54) 新堂幸司「訴訟当事者から登記を得た者の地位(一)」判例評論一五三号八頁。

(55) 中野(貞)・前掲、三〇四頁参照。

(56) Lehmann, ZHR 74, S. 464. なお上柳克郎「合名会社の法人性」商法保険法の諸問題(大森先生還暦記念、一九七二年)一一頁参照。

(57) 昭和一三年の商法改正前には、資本維持のための配慮がなされ、次のような規定が置かれていた。即ち商法六六条は「社員ノ出資ノ減少ハ之ヲ以テ会社ノ債権者ニ対抗スルコトヲ得ス但本店ノ所在地ニ於テ其登記ヲ為シタル後ニ二年間債権者カ之ニ対シテ異議ヲ述ヘサリントキハ此限ニ在ラス」と規定し、同六七条は「会社ハ損失ヲ填補シタル後ニ非サレハ利益ノ配当ヲ為スコトヲ得ス 前項ノ規定ニ違反シテ配当ヲ為シタルトキハ会社ノ債権者ハ之ヲ返還セシムルコトヲ得」と規定していた。これらの規定が債権者の保護を目的とするものであることは明らかであった。もともと右規定の前身である旧商法一九九条は「社員ノ持分ヲ減シタルタメ会社ノ債権者カ其会社財産ヨリ得ヘキ弁償ヲ減損セラレ又ハ支障セラレタルトキハ減少ノトキヨリ二年内ニ在テハ其減少ニ対シテ異議ヲ述フルコトヲ得」と規定していたが、その趣旨は予め会社の資本を確定しておいてそれを維持することによって債権の引き当てとなる財産を確保しておこうとするものではなく(日本學術振興会編、法典調査会、商法草案議事速記 第貳卷ノ一七 松岡発言参照)、債権者が引き当てとなることを期待した財産につき、あたかも詐害行為により責任財産の減少が行なわれた場合に債権者保護の必要があるのと同趣旨で、しかも詐害の意思を問題にしないという形で(前掲、二ノ一三、本尾発言ならびにロエスレル、商法草案上巻 第一三〇条解説二九八頁参照)、設けられたものであった。

昭和十三年改正まで右に掲げた諸規定(六六、六七条)が保持されてきたのであったが、同時に他方で、一定の条件にかかりこそすれ、社員の無限責任も認められていた(六三条)。そこで社員が無限責任を負うのであれば、会社財産を確保して債権者の利益をはかる必要はないと考えられた結果、昭和十三年の改正の際、六六、六七条は削除されるに至ったという経緯がある(烏賀陽他「商法改正法案を評す(三)」法学論叢三四卷三号四九八頁参照)。

(58) 執行力拡張の前提として会社判決の既判力が社員に拡張されることを要する(民執二三条の文言からは合名会社判決の社員に対する拡張が含まれることが一義的には明確ではない)。しかしこれは判決の判断内容の不可争力があればよいと解すべきであつて、私見による反射効が及ぶ場合もこれに準じて取り扱うことができると考える。

(59) *Bettermann* は執行力を否定することが實際上の必要性(*das praktische Bedürfnis*)と全く合致すると説明する *Denkschrift* の考え方には全く賛成できないと主張して暗に執行力肯定の実際的必要性を示唆している。

(60) 社員に起訴責任が転換されることができると考える。確かにわが国においては、ドイツと同様、請求異議事由の発生時期について制限が設けられている(民執三五条二項)。しかし *Wach* や *Bettermann* の主張するとおり、わが国においても社員に固有の抗弁はその発生時期が会社訴訟の口頭弁論終結前であつたとしても請求異議事由となると解すべきである。すなわち請求異議事由に時的限界が認められているのは既判力の時的限界と密接な関連を有するのであり、訴訟物との関連で、口頭弁論終結前に主張した、あるいは主張しようと思えば主張することのできた事由を後訴ないし請求異議訴訟で主張することを許すならば、訴訟の紛争解決機能は働かなくなり、それまでに費した労力、時間、費用が無駄になってしまう。そこで既判力ある判断の実効性を確保するためにどうしても時的限界を設けて、それ以前に生じた事由の主張を遮断する必要があるわけである。しかし事柄の性質によつては基準時に生じた事由(あるいは主張しえた事由)を基準時後に主張することを認める必要がある場合がある(たとえば相殺の主張について、通説、判例は基準時に相殺適状が生じていても基準時後の相殺の意思表示によつて債務が消滅したことを主張することができるなど)。

まして社員に固有の抗弁については、そもそも債権者・合名会社間の訴訟における訴訟物は社員の債務とは法律上異なる会社債務の給付であり、前訴において社員の抗弁をもって債権者に対抗する余地は全く与えられていなかったのであるからたとえ当該抗弁事由が会社訴訟の口頭弁論終結前に生じたものであるとしても民執三五条二項の趣旨から判断してこれを請求異議事由にすることにほならぬ妨げもないはずである。このように債権者の会社判決による社員への執行力拡張に対して、社員が固有の抗弁を有する場合には請求

異議の訴えにすることができるわけであるが、これを債権者からの執行文付与の訴えにおいて主張することができるかは問題である。執行文付与の訴えに対して請求異議事由をもって対抗することができないとする判例（たとえば最判昭和五二年一月二四日民集三一巻六号九四三頁他）、学説（たとえば中野貞一郎「執行文付与に関する訴訟と請求異議」民事訴訟の理論下（中田淳一先生還暦記念）一六九頁同「強制執行破産の研究」五四頁以下）などその他の文献についてはジュリスト六六六号（昭和五二年度重要判例解説一三〇頁以下参照）がある。これに対しては有力な反対説（たとえば兼子一「増補強制執行法」一〇〇頁）がある。筆者の見解はここでは留保させていたきたい。

(61) 既に述べたように（本稿（三）北大法学論集三三巻二号三八八頁以下）、社員からの抗弁提出の稀少性という規準についてはその不明確さと相まって疑問が存するのではあるが、この点については後日の検討を俟つことにし、とりあえず本稿では本文のように解することにする。

(62) 既に述べたように、この社員の責任の補充性は債権者の社員に対する請求権の行使条件であつてそれ以上の意味を持つものではない。従つてこの性質によつて社員への起訴責任の負担転嫁が妨げられるものではないと考へる。

(63) 社員が商法八〇条二項にもとづいて弁済すべき額が会社財産をもって満足を受けられなかった額に限られるか、会社債務全額であるかは争いがある。しかし後者が判例、通説である（田中誠二他「三訂版 コンメンタール会社法」一〇〇頁参照）から、これによれば、会社に対する執行が奏効せずに社員に対し執行する場合でも、会社に対する債務名義をもつてそのまま社員に対する執行文の付与を受けることができる。

おわりに

一 従来依存関係説が合名会社事例を好個の一事例として取り扱う際、合名会社事例においては社員の責任が会社債務に対して完全な付従性を持つとして、保証事例などと較べた場合、そこに付従性の程度の差が存在するとして、付従性の程度という視角から、保証事例においては保証人に有利な判決の効力のみが及ぶが、合名会社事例においては合名会社社員には有利、不利を問わず会社判決の効力が社員に及ぶという結論の差異をひき出した。ところで付従性という概

念は、合名会社社員の責任の性質をあらわす固有の概念というわけではなく、保証債務の性質につき使われていたものを合名会社社員の責任に借用したものである。⁽¹⁾そして付従性という概念は多義性を持つものである。⁽²⁾私は本稿の準備作業を通して、合名会社事例を保証事例と同類のものとして程度の差はあるが付従性という概念で括ることができるかについて疑問を持つに至った。繰り返しは避けるが合名会社事例は合名会社の本質自体に即して判決効(拡張)のあり方が論じられるべきであると考ええる。

ところでBGBは主たる債務と保証債務との関係について、主たる債務の範囲が保証債務の範囲に与える影響の問題(七六七条)と主たる債務者の持つ抗弁を保証人が援用することができるかの問題(七六八条)とを截然と区別している。そして近時BGHは後者の問題として主たる債務者が獲得した勝訴判決(債権者の請求を棄却する判決)の既判力が保証人に拡張すると結論した。⁽³⁾私見によればこれを既判力拡張とするか、反射効とするかは議論の余地がある(第五章第二節四参照)ことになるが、前訴判決の判断内容を争わせないために、前訴判決(の効力)を後訴で保証人が援用できる抗弁の一つとして評価するという観点は、合名会社判決の社員への効力問題を考察するうえで有用であった(商法八一条一項)。もつともある者が他の者の抗弁を援用することができるという関係が存在するとき、いかなる場合にも判決の存在を抗弁事由とすることができるかは問題である。これを肯定するためには事例ごとにもう一步立入ってその論拠を探る作業が必要であると思われる。従って合名会社事例における私見の持つ普遍性についての判断は今のところ留保せざるを得ない。

二 本稿では随所に未検討の箇所があった。私見による反射効の十分な基礎づけ、一般化の問題の検討の他、執行力拡張についての論述に不足が目立つ。しかしとりあえず本稿を公にして大方の御批判を仰ぎつつ、先に進みたく思い敢えて本稿を発表した次第である。

- (1) 注釈会社法(1)、三〇七頁参照。
- (2) 石坂、前掲書、四二四頁参照。
- (3) BGH v. 24. 11. 1969, NJW 70, 279.

《Summaries of Contents》

Über die Wirkungen des Urteils gegen eine offene Handelsgesellschaft auf die Gesellschafter (4)

Yasunori HONMA*

5. Kapitel Die Auslegungen über dieses Thema in Japan und meine eigene Stellungnahme dazu.

A. In diesem Kapitel habe ich zunächst eine Vergleichung der deutschen Vorschriften mit der japanischen gemacht. Dann habe ich darauf verwiesen, daß die Abweichung der beiden Vorschriftsweisen voneinander nicht zu unterschiedlichen Folgerungen führen soll.

B. Und ich habe dann darauf verwiesen, daß §81 Abs. 1 Japanisches Handelsgesetzbuch (JHGB) von §129 Abs. 1 Deutsches Handelsgesetzbuch (DHGB) herrührt.

C. M. E. soll §81 Abs. 1 JHGB eine prozessuale Bedeutung enthalten, und zwar soll sich nach dieser Regelung die Rechtskraft des Gesellschaftsurteils nur einredeweise für und gegen die Gesellschafter erstrecken.

D. Abweichend von §129 Abs. 4 DHGB soll, so denke ich, sich in Japan die Vollstreckbarkeit des OHG-Urteils auf die Gesellschafter erstrecken, weil aufgrund der wirtschaftlichen materiellen Identität der OHG mit der Gesellschafter die Gesellschafter die Prozesslasten tragen sollen.

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