

法人における有限責任と組合型団体における無限責任 — ドイツにおける民法上の組合の組合員責任論 —

後 藤 元 伸

目 次

- I 法人の法人格の属性と構成員の有限責任
 - 1 法人の法人格の相対性から見た権利能力および有限責任
 - 2 構成員の有限責任のための制度的要件
 - 3 法人格のない団体における無限責任
- II ドイツ法上の民法上の組合における組合員責任論
 - 1 検討素材としてのドイツにおける民法上の組合の組合員責任論
 - 2 民法上の組合の権利能力の承認と組合員の責任
 - 3 学説による組合員の責任の根拠づけ
 - 4 集合体説かつ二重の義務づけ説による組合員責任論
 - 5 附従説による組合員の個人的責任の根拠づけ
- III 法人における有限責任と組合型団体における無限責任の再考
 - 1 構成員の責任論の再構築
 - 2 無限責任の原則と責任態様の法定性
 - 3 業務執行者の代理権による無限責任の根拠づけ
 - 4 一般的原則としての無限責任
 - 5 有限責任の制度的要件

I 法人の法人格の属性と構成員の有限責任

1 法人の法人格の相対性から見た権利能力および有限責任

ある団体が法人であることからいかなる法的帰結が導きうるか、つまり、法

人の法人格の法的意義が何であるかについては、それを法人の法人格の属性として分析することが、すでにわが国では行われているところである¹⁾。すなわち、法人の法人格に結びつけて論じることが可能な事項のそれぞれは、そのすべてを法定の各法人が備えているとはかぎらないのであるから、法人であることの法律効果と呼ぶことはできず、法人の法人格の属性とでも呼ぶほかない。法人の中には、法人の法人格の属性をすべて備えている完全法人もあれば（たとえば、株式会社）、その属性の一部を欠く法人もある（たとえば、構成員の有責任の属性につき、合名会社）。

法人格の属性をすべて備えた完全法人とそうでない法人が存在していることは、法人の法人格の相対性を示すものである²⁾。このような法人の法人格の属性に関する相対性の議論を発展させれば、法人でない団体も含めた団体法体系全体の中における諸属性の相対性を構想することも理論的には可能である。すなわち、法人に対しては、法人の法人格の属性の一部を部分的に拒絶することもあれば、法人でない団体に対しては、法人の法人格の属性の一部を部分的に付与することもありうる³⁾。

法人の法人格の相対性を構想した場合、法人の最小限の属性を措定することができるであろうか。法人の法人格の最小限の内容としては権利能力があり、この属性を欠く法人はなく、これについては法人成りの効果であるということができるかもしれない⁴⁾。しかしながら、比較法的に見れば⁵⁾、法的主体性、つまり、権利能力ですら、法人のみに固有の属性とすることは論理必然的な事柄ではなく、法人でない団体についても承認することができるのであるから、権利能力を法人とは離れた法技術的な立法の産物であるとも考えることもあながち背理ではあるまい。「法人とは、自然人以外のもので権利義務の主体となりうるもの⁶⁾」という法人の定義づけもなされているが、わが国においても法人の法人格の相対性の議論から、少なくとも、法人の法人格イコール権利能力ではないことはすでに明らかにされているものといえよう。

フランス法においては、非営利社団（association）の中においてすでに、権

利能力に関する法人格の相対性が見られる。すなわち、届出のない無届け非営利社団（association non déclarée）には法人格がなく、権利能力もない。県庁または郡庁に対する届出のなされた非営利社団法人（届出済み非営利社団：association déclarée）は法人ではあるが（非営利社団契約に関する1901年7月1日の法律⁷⁾5条）、その財産取得能力は、動産の現実贈与や団体目的の達成のために必要欠くべからざる不動産などに制限されている（同法6条）。非営利社団法人がコンセイユ・デタの審議を経たデクレにより公益認定を受ければ、公益社団法人（公益認定を受けた非営利社団法人：association reconnue d'utilité publique）となる（同法10条1項）。公益社団法人は、定款で禁じられていない民事生活上の全ての行為をなしえ、恵与（liberalité：贈与・遺贈）を受けることができるが、団体目的達成のために必要な不動産以外の不動産を取得することはできない（同法11条）。このように、無届け非営利社団には法人格がなく、非営利社団法人には小さな法人格（petite personnalité）しかない。公益社団法人は大きな法人格（grande personnalité）を有するが、それでもなおその能力は限定的である⁸⁾。これに対して、営利目的を有する会社（société）は完全な権利能力を有する。もっとも、会社の中には、構成員の有限責任のような法人の法人格の属性の一部を欠く合名会社などが存在する。非営利社団に加えて、会社をも考えあわせると、フランス団体法体系における法人の法人格の相対性⁹⁾は、権利能力に関する相対性を含めて、顕著である。

これに対して、ドイツ法では、法人の中における法人格の相対性は見られない。ドイツ法上、およそ法人は、法人の法人格の属性をすべて備えた完全法人である（たとえば、株式会社、有限会社）。合名会社および合資会社はその商号の下で権利能力を有する（ドイツ商法典124条1項、161条2項）が、法人ではないとされている¹⁰⁾。法人でない団体をあわせた団体法（Gesellschaftsrecht）体系全体を考慮してはじめて、法人格の属性の相対性の現象が見られる。ただし、構成員の有限責任に関しては、ドイツ法上、株式会社や有限会社など法人であれば構成員の責任は有限責任であり、合名会社や合資会社など法人でなけ

れば構成員の責任は無限責任であるというシェーマが従前は見えやすいものであった。

しかしながら、21世紀に入り、ドイツでは民法上の組合に権利能力を承認する見解が判例・通説となった(後述II1)。民法上の組合に権利能力という組合員から独立した法的主体性を認めた結果、組合員の個人的責任についても有限責任としうるのではないかとの議論が提示され、上記シェーマが動揺をきたすことになった(後述II2)。結果的には、ドイツの判例・通説は民法上の組合における組合員の個人的責任につき責任制限を認めず、無限責任を維持するにいたったが、その根拠づけの議論においては、法人格の有無ではないところで展開されている(後述II3-5)。

わが国においても、構成員の責任が有限責任でない法人が存在することを考慮に入れると、構成員の有限責任が法人の法人格の効果であるとまではいえず、それは法人の法人格の属性であるにすぎないということもできる¹¹⁾。

2 構成員の有限責任のための制度的要件

(1) 法人の法人格の効果としての有限責任

結論を先取りして提示するならば、対外的な責任制限の意味での構成員の有限責任が認められるためには、現行法の体系のもとでは、構成員の有限責任を定めた法律の規定が必要であると解すべきである。構成員の属する団体が法人であるというだけでは、もはや足りないというべきである。

たしかに、団体が法人であればそのことから当然に、明文の規定がなくとも構成員の有限責任が認められるというのが、従前からの一般的な理解であろう。法人における構成員の有限責任は法人の法人格の効果であるとされてきたものと考えられる。

このことを示すものとして、まず第1に、2006年改正前の民法典における社団法人を挙げることができる。社団法人の社員の有限責任については、これを承認する明文の規定を欠いていたが、当然のこととされていた。その論拠は明

示的ではなかったが、社団法人が法人であることによっていたものと考えられる。また、民法上の社団法人が公益法人であり、それゆえ、社員への利益分配がないという実質的評価にも依拠するものであったろう。このような議論のかぎりでは、構成員の有限責任が法人格の属性であるというだけでなく、法人成りの効果であるということができる。

第2に、株主の有限責任についても、同様の状況であったものと考えられる。株主の有限責任を定める会社法104条（削除前商法200条1項）は、株主の責任をその有する株式の引受価額を限度とすると定め、株主の有限責任の内容として会社に対する出資義務の限度を主眼とし、会社債権者に対する責任について文言上は明らかでない。株式会社が法人であることから、会社に対する責任のみを明示し、会社債権者に対する有限責任は当然のこととしたものとも考えられる。株主の有限責任が会社の法人格の効果であるというわけである。

しかしながら、第3に、合名会社および合資会社においては、それらが法人であるにもかかわらず、無限責任を負う社員が存在する。これに対しては、合名会社ないし合資会社における無限責任社員の無限責任が明文をもって定められているのは、法人の構成員の有限責任を法人であることの当然の帰結とし、構成員の有限責任を明文をもって否定する趣旨であるとされている¹²⁾。ここでも、構成員の有限責任は法人の法人格の単なる属性ではなく、法人であることの効果であると考えられているわけである。

このような構成員の有限責任に関する理解は今日もお存続しているものと考えられる。たとえば、一般社団・財団法人法に基づく一般社団法人の社員が有限責任を享受することにつき、明文の規定は存しないが、一般社団法人が法人であることからそれが認められるとするのが一般的であろう。また、一般社団法人では剰余金の分配が禁じられていること（一般社団・財団法人法11条2項、35条3項）は社員の有限責任を承認する実質的な制度的代償となっているものと考えられる。

(2) 法人における構成員の法定性と制度内容

しかしながら、一般社団・財団法人法には社員の有限責任を根拠づけうる法律上の規定が存在する。それは一般社団・財団法人法26条である。一般社団・財団法人法26条によれば、一般社団法人不成立の場合、その社員になろうとした者（設立時社員〔一般社団・財団法人法10条1項〕）は設立に関してした行為につき連帯責任を負う。反対解釈をすれば、一般社団法人が成立した場合、設立時社員は設立に関してした行為につき責任を負わない¹³⁾。このことをもちろん解釈により敷衍すれば、一般社団法人の社員は、法人成立後、設立関連行為についてすら責任を負わないのであるから、一般的に責任を負わないのももちろんのことであるといえる。つまり、一般社団・財団法人法26条は社員有限責任の原則を前提とする規定である。

有限責任に関する会社法104条のような規定が存在すれば、そこから法人の債権者に対する有限責任を導くことができたはずである。それにもかかわらず、会社法104条のような規定がもうけられなかったのは、一般社団法人の社員に出資義務が法定されておらず、出資義務のない場合には社員の責任は有限責任どころか、なんらの財産的出捐の義務を負わない「無責任」であるからであろう。しかし、たとえそのような明文の規定がなくとも上述のように、一般社団・財団法人法はその26条により、社員有限責任の原則を採用し、それとともに一般社団法人不成立の場合における設立時社員の無限責任を定めているものと解することができる。

したがって、一般社団法人においては社員の有限責任（あるいは「無責任」）が法律の規定（一般社団・財団法人法26条）によって承認されているものといえる。そして同時に、一般社団法人には公示制度（一般社団・財団法人法301条以下）が存在するとともに、団体財産の維持（構成員等への団体財産の流出防止）が剰余金分配の禁止（一般社団・財団法人法11条2項、35条3項）というかたちで図られている。

敷衍すれば、わが国の現行法体系の下においては、団体の債務に対する構成

員の有限責任を承認するために、団体に対する債権者の利益を考慮に入れた利益調整が、一般的な無限責任の原則をとらない代償措置として、制度的にはかかれているということもできる。有限責任承認の制度的代償として、①構成員の有限責任が法律の規定に基づいて認められ（明文の規定による構成員有限責任の原則の承認）、かつ、②構成員有限責任の承認された法形式であることが一般的に容易に確認しうるよう公示制度が設けられ（有限責任と結びついた法人・団体の公示制度の設置）、ならびに、③団体財産の流出防止のための制度（いわば資本維持の原則）が採用されているのである。このことを反対から論じれば、このような有限責任承認の制度的代償のない状況で、団体債権者に対する団体構成員の有限責任を承認することは、現行の法人・団体法体系を前提とするならば、きわめて困難である。かかる観点からは、権利能力なき社団の取引上の債務について、「社団の総有財産だけがその責任財産となり、構成員各自は、取引の相手方に対し、直接には個人的債務ないし責任を負わない」¹⁴⁾とする判例法理は、現行の法人・団体法体系と適合的なものではない。

このように見ると、一般社団法人の社員の有限責任は一般社団法人が法人であることから当然に導かれるものではないということも可能である。つまり、構成員の有限責任という属性は、法人であることから当然に生じる法律効果ではなく、法律の規定により根拠づけられているとするものである。

一般社団法人とは対向するところから、このことを表しているのが、合名会社および合資会社の無限責任社員に関する持分会社の規定（会社法580条1項）であると見ることもできる。すなわち、無限責任社員の責任を、法人における有限責任の原則の例外として定めているのではなく、法人であってもその社員が直接の無限責任を負うべきところを、補充的な無限責任に限定しているとも解することができるのである。

（3）法人でない団体における構成員の有限責任の法定性と制度内容

構成員の有限責任が法人であっても法定されていなければならないとすれば、

法人でなくても有限責任を承認するには、それが特定の団体形式につき法定されておればよいともいえる。構成員の有限責任が認められるために団体が法人である必要はない。その今日の例が、有限責任事業組合および投資事業有限責任組合である。そこでは、法律の規定によって有限責任が承認されている¹⁵⁾だけでなく、法人格のない有限責任組合（投資事業有限責任組合、有限責任事業組合）であれ、法人である持分会社（合資会社、合同会社）であれ、有限責任を享受するには登記による公示手続きを践むことが必要である¹⁶⁾。

構成員の有限責任をとるための実質的な制度的代償として、有限責任事業組合および投資事業有限責任組合にはそれぞれの利益分配規制がある¹⁷⁾。資本維持のための規制としては緩やかなものである。債権者保護の制度としては不十分な代物であるかもしれないが、ともかくも団体財産の流出規制制度が設けられていることに着目しなければならない。

法人構成員の有限責任の場合と同様に、法人でない団体においても、その構成員に有限責任を認めるためには、構成員の有限責任を承認する法律の規定が必要であるとともに、有限責任承認の形式および実質的な制度的代償として、公示および資本維持の原則が法律によって定められなければならない。そうだとすれば、構成員の有限責任は法人の法人格の効果どころか、法人の法人格の属性ともいえないことになる。

3 法人格のない団体における無限責任

法人格のない団体においては、構成員は無限責任を負う。これを否定して、構成員が有限責任を享受するには、それを承認する法律の規定が必要である。上述の有限責任事業組合および投資事業有限責任組合がその例である。権利能力なき社団の構成員について構成員の有限責任を承認することは、前述のように、団体形式と結びついた有限責任の法定と有限責任承認の制度的代償という法人・団体法体系から乖離するものではあるが、それを認めようとするならば、判例の確立を法定と同等のものとするることによるしかない。

さて、ここで検討しなければならないことは、団体が法人でなければ、なぜ団体構成員につき無限責任の原則が妥当するのかというその理論的根拠である。法人であればその構成員は有限責任であるというシェーマ以上に、法人でなければ構成員は無限責任であるというシェーマにはその理論的根拠づけがよく見えない。もっとも素朴には、私法上の一般原則である無限責任の原則から、法人格のない団体の構成員、とくに、民法上の組合の組合員が無限責任を負うことは当然のことであると考えられているからであろう。

すなわち、人はその債務につき自己の責任財産すべてによって責任を負う。法人格のない団体においては、団体がその構成員とは別人格ではないから、団体の債務と事実上呼称しうるものであっても、それは構成員自身の債務にはかならない。たとえば、民法上の組合において、民法上の組合は組合員と別の法人格を有するものではないとされているから、組合債務はすなわち組合員自身の債務であり、組合債務につき組合員は組合財産および個人財産で責任を負う。組合債務の引き当てとなる責任財産の構成が、単一の個人における責任財産の構成より複雑となっているにすぎない。

不法行為によって生じた債務については問題が複雑である。業務執行者の不法行為につき、各組合員が民法715条にもとづく責任を負うものとされているようではある¹⁸⁾。業務執行組合員は行為者として709条にもとづく責任を負い、それ以外の組合員は715条にもとづく使用者責任を負う。根拠条文は異なっても、全組合員が不法行為責任を負うのであるから、組合財産および各組合員の個人財産が責任財産となる。

しかし、このような理解は業務執行権限のない組合員につき問題がある。業務執行権のない組合員は業務・組合財産検査権を有するにすぎない（民法673条）のであるから、業務執行者に対する指揮・命令権限があるとはいえず、使用者責任にいう使用者にはあたらない。なぜなら、業務執行者と組合員の関係は委任（ないし準委任）であり¹⁹⁾、委任における受任者は雇用における労働者とは異なり、直接的指揮・監督を受ける従属的立場にないからである。そうす

ると、業務執行者の不法行為につき業務執行権限のない組合員が不法行為責任を負うことはなく、その個人財産が引き当てとなることもない。

問題なのは、業務執行者の不法行為につき業務執行権のない組合員が責任を負わないことから、業務執行権のない組合員にも共同的に帰属している組合財産もまた引き当てとならないのではないかという点である。組合財産が引き当てにならないとすれば、不法行為の被害者たる第三者は業務執行者にのみ不法行為責任を追及しうるにすぎない。

ここには法律の欠缺があるといわざるをえない。業務執行者の行った代理行為は、代理法により組合員に代理行為の効果が帰属する。これに対して、業務執行者の行った不法行為における責任の帰属につき、民法667条以下の組合規定には規定を欠き、また、民法709条以下の不法行為法ではうまく処理できないのである。

法人の代表者の行為についての損害賠償責任に関する諸規定（一般社団・財団法人法78条、会社法351条および600条。削除前民法44条1項）を類推適用すれば法人格のない団体（民法上の組合）の責任を導くことができる。この場合、法人格のない団体の財産（組合財産）が引き当てとなるにしても、業務執行より排除された出資をただけの構成員は、その個人財産で責任を負うことはないとの解釈も成り立ちうる。業務執行をしない無機能資本家は組合債務につき責任を負うべきでないという議論がすでにある²⁰⁾けれども、このことは法律行為上の債務については妥当させることができず、不法行為上の債務については妥当させることができるかもしれない。

II ドイツ法上の民法上の組合における組合員責任論

1 検討素材としてのドイツにおける民法上の組合の組合員責任論

ドイツにおいては今日、つぎにみるように、民法上の組合につき権利能力を承認するのが判例・通説となっている。民法上の組合の権利能力承認論は、権

利能力を法人格を有するもの、つまり、自然人と法人に限るというわが国における通常の発想からすれば、およそ受け容れがたいものであるかもしれない。民法上の組合をめぐる近時のドイツ法の議論は、権利能力の承認を前提とするがゆえに、わが国に対して何の示唆も与えないかのようにも思われる。

たしかに、民法上の組合に権利能力を承認することは、わが国においては、かなりの抵抗感があるであろう。しかし、そうであったとしても、ドイツ法における権利能力の承認を前提とする民法上の組合の組合員責任論は、わが国における法人あるいは法人でない団体の構成員の責任論、あるいは、法人の法人格の属性としての構成員の有限責任を再検討するための格好の素材となっている。なぜなら、権利能力はあるが法人ではないという法的位置づけにある民法上の組合をめぐるドイツ法上の議論が、構成員の有限責任という法人の法人格の属性の内容ないし法的根拠を認識させる可能性を有しているからである。けだし、民法上の組合に対して権利能力を承認し、一定の法的独立性を与えたならば、組合員の無限責任を私法上の原則からのみ説明するのでは不十分となるのであり、無限責任を定める明文の規定がなければ、積極的な根拠づけが必要となるからである。ここに示唆的な議論がある。

2 民法上の組合の権利能力の承認と組合員の責任

(1) 判例による民法上の組合の権利能力の承認

ドイツ連邦通常裁判所はその2001年1月29日の判決において、民法上の組合自体に権利義務が帰属することを明確に承認した²¹⁾。

それまでの連邦通常裁判所の判例は、民法上の組合の権利能力について言及することがなく、つぎに見る伝統的学説と同様の表現によって、組合員が「合手的結合状態にある (in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit)」ことを繰り返し判示していた²²⁾。それが後に、民法上の組合の取引における主体性を示唆する判決が現れて、民法上の組合の権利能力の有無につき両様の理解が可能な状況となった。

たとえば、ドイツ連邦通常裁判所第2民事部1991年11月4日判決は、民法上の組合の権利能力を明言しないものの、民法上の組合は、法律に別段の定めのないかぎり、法取引に参加する者としていかなる法的地位をも享受することができ、それゆえ、協同組合の組合員になることができるとした²³⁾。ドイツ連邦通常裁判所第11民事部1997年7月15日判決は、民法上の組合の権利能力については論争があるとして、同じくそれを明言しないままではあった。しかし、同判決は、民法上の組合の小切手能力につき、小切手法上それに反する別段の定めはないとして、承認した²⁴⁾。また、ドイツ連邦通常裁判所第2民事部1999年9月27日判決は、後述する集合体説(Gruppenlehre)の立場から民法上の組合の権利主体性を承認するフルーメ²⁵⁾などを引用して、集合体説に親近感を示している²⁶⁾。もっとも、集合体説に立つことを明言するものではない。また、後にみる集合体説かつ附従説(Akzessorietätstheorie)のいうようなドイツ商法典128条(合名会社における会社債務に対する社員の個人的債務および責任)の類推適用を明言するものでもなく、「民法および商法の一般原則」から組合員の個人的責任をいう²⁷⁾。

このようなドイツ連邦通常裁判所の諸判決につき、民法上の組合の権利能力を否定する学説(伝統的学説)と承認する学説(Gruppenlehre:集合体説)はそれぞれ、自説に引き寄せた判例解釈を提示した²⁸⁾。伝統的学説は、民法上の組合の権利能力を承認した連邦通常裁判所の判決は存在しないとし、集合体説は連邦通常裁判所の諸判決が民法上の組合の権利能力を前提とするものであるとした。したがって、権利能力を明確に承認したドイツ連邦通常裁判所2001年1月29日判決は、伝統的学説にとっては衝撃的なものであったが²⁹⁾、集合体説にとっては画期的ではあっても、判例の自然な継続的發展の結果にすぎなかった³⁰⁾。

(2) 組合員の個人的責任の根拠づけの問題

ドイツの伝統的学説(=従前の通説)³¹⁾もまた、民法上の組合の組合員からの

独立性を一定程度認めるものであった。すなわち、民法上の組合は自然人や法人とは異なり権利能力を有しない（法人格を有するものだけが権利能力を有する）が、民法上の組合の財産関係は、権利義務が合手的結合状態にある組合員（Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit）に帰属するものとして、個々の組合員の財産関係から区分されて構成されていた。

先のドイツ連邦通常裁判所2001年1月29日判決および集合体説（かつての有力説＝現在の通説）による民法上の組合の権利能力の承認という（伝統的学説から見れば）パラダイム転換は、民法上の組合の組合員からの独立性をいっそう強調するものである。しかし、それにともない、伝統的学説においては生じえなかった悩みが生じることとなった。それは組合員の個人的責任をいかに根拠づけるのかという問題である³²⁾。

伝統的学説によれば、民法上の組合に権利能力はなく、組合債務は合手的結合状態にあるとはいえ組合員自身の債務であるから、組合債務について組合員個人が無限責任を負うことは、組合員の責任制度に関する特別規定が民法典にもうけられていない以上、私法上の一般原則からすれば当然のことである³³⁾。特段の理由づけを要しない。

これに対して、民法上の組合の権利能力を承認する判例・学説によれば、民法上の組合の債務は組合自身の債務であり、それについて組合員個人が債務および責任を負うものとすれば、相応の根拠づけが必要となる³⁴⁾。すなわち、民法上の組合の権利能力を承認したならば、民法上の組合を中心とする権利・義務は、組合員ではなく、民法上の組合に帰属する。民法上の組合の債務の引き当てとなるのは、第一義的には民法上の組合に帰属する組合財産である。このような民法上の組合の法的主体性を重視すると、構成員たる組合員の個人財産は民法上の組合の債務の引き当てからはずれることになる。つまり、組合員の有限責任という結論に帰着することにもなりかねない。

3 学説による組合員の責任の根拠づけ

(1) 立法者意思とドイツ民法典における責任規定の欠如

ドイツ民法典は、民法上の組合における組合員の対外的な責任関係を定めた明文の規定を欠いている。ドイツ民法典起草の第2委員会は、組合員の個人的持分が原因となって組合目的の達成が阻害されることをおそれて、第2次草案において組合財産を合手的財産（合有財産：Gesamthandsvermögen）とする規定を付け加えた³⁵⁾（現行ドイツ民法典718条1項）。もっとも、合手的共同関係（合有：Gesamthandsgemeinschaft）の概念については解釈を要する³⁶⁾。

しかも、それは組合財産の帰属関係を定めるものであり、対外的な債務関係・責任関係を定めるものではなかった。ドイツ民法典は、民法上の組合の組合員の責任に関する規定を欠く。立法者の意思としては、民法上の組合を独立した権利・責任主体とするものではない。組合財産が合手的財産であるとはいつても、それは組合員の共同財産をいうにすぎず、法的に分離・独立せしめられたものではなかった³⁷⁾。

(2) 伝統的学説

したがって、伝統的学説（従前の通説）は、法的な帰属主体は合手的結合状態にある組合員（Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit）のみであるとせざるをえなかった。ドイツ民法典714条（業務執行組合員の代理権の、業務執行権限からの推定）は民法上の組合の対外関係に関する唯一の規定であるが、それは他の組合員を代理することに関するものであって、組合それ自体を代理することに関するものではない。文言自体が、業務執行権限のある組合員は「他の組合員を代理する権限がある（…ist…ermächtigt, die anderen Gesellschafter… zu vertreten）」となっている。それゆえ、組合員全員が法律行為をするのではなく、業務執行組合員が（他の組合員を代理するとともに、自身の行為として）法律行為をする場合であっても、組合員自身が債務の帰属主体である。問題は、組合員がいかなる財産で責任を負うかである。

ドイツ民法典は組合員の個人的責任に関する規定を欠く。連帯債務に関するその427条（契約による共同的債務負担の場合の連帯債務の推定）は、債務者が数人ある場合、つまり、すでに債務が複数人によって負担されている場合に関する規定であるにすぎず、当該の者に債務および責任が帰属していくことを定める規定ではない。

そこで、私法上の一般原則から、組合員の責任はそのすべての財産を引き当てとすることが導かれる。組合財産（に対する組合員の持分）のみを引き当てとすること、つまり、組合員の有限責任は、組合財産を合手的財産とした立法者の上記コンセプト（組合目的の達成が阻害されないように共同的財産としたにすぎないこと）にそぐわない³⁸⁾。

（3）集合体説—二重の義務づけ説および附従説—

民法上の組合の権利能力を否定する伝統的学説のみならず、権利能力を承認する判例³⁹⁾・通説もまた、組合員の責任制限＝有限責任を否定し、その個人的な無限責任をいう。問題となるのはその根拠づけである。

伝統的学説においては、組合債務は組合員自身の債務であるから、組合員の個人的責任を、私法上の一般原則よりほかに、積極的に根拠づける議論が生じにくい。これに対して、現在の判例・通説のとっている集合体説からは、民法上の組合の法的主体性をいう以上、組合員の個人的責任を積極的に根拠づけなければならないのである。当初は集合体説の中で主流であった二重の義務づけ説（Doppelverpflichtungstheorie）は、これに対する応答となっている。

二重の義務づけ説（集合体説かつ二重の義務づけ説⁴⁰⁾）は、業務執行組合員は民法上の組合とともに、組合員全員を代理行為により（業務執行組合員自身には自己の行為として）義務づけるとするものである。つまり、業務執行組合員の意思表示は、独立した権利主体である民法上の組合を義務づける（組合債務：Gesellschaftsschuld）と同時に、自己および他の組合員全員をも義務づける（組合員債務：Gesellschafterschuld）。組合員の債務は、ドイツ民法典427条（契

約による共同的債務負担の場合の連帯債務の推定)により原則として連帯債務となる。組合債務の引き当ては組合財産であり、組合員債務については各組合員の個人財産が引き当てとなる⁴¹⁾。

二重の義務づけ説は、条文上の大きな根拠として、ドイツ民法典714条(業務執行組合員の代理権の、業務執行権限からの推定規定)をあげる。同条は、業務執行組合員につき、その業務執行権から代理権を推定する規定である。この規定から、業務執行組合員は、民法上の組合に加えて、他の組合員全員をも代理する権限が与えられているとするのである。つまり、伝統的学説とは異なり、組合それ自体が債務および責任の主体となるのはその権利能力からすれば当然のことであって、ドイツ民法典714条は組合の債務負担に関する規定ではなく、組合員の債務および責任を、業務執行組合員の代理権を介して、付加的に定めるものであると解釈されている。

(集合体説かつ)二重の義務づけ説は、組合の権利能力を承認する判例によって集合体説(Gruppenlehre)が通説化する以前より存在する有力説であった。もっとも、組合の権利能力を承認するドイツ連邦通常裁判所の判決⁴²⁾が、組合員の責任につきドイツ商法典128条(合名会社における会社債務に対する社員の個人的債務および責任)の類推(Analogie)を強く示唆するものであったから、今日では商法典128条の類推適用をいう(集合体説かつ)附従説(Akzessorietätstheorie)が通説的見解となっている⁴³⁾。付従説によれば、ドイツ商法典128条の類推適用により、民法上の組合の組合員はいわば自動的に責任を負う⁴⁴⁾。この意味では、私法上の一般原則を根拠とする伝統的学説と同様に、法律上当然の責任となっている。

4 集合体説かつ二重の義務づけ説による組合員責任論

(1) 二重の義務づけ説の理論的難点

二重の義務づけ説は、法律上別段の定めがないかぎり組合員の個人的な無限責任の原則が妥当することを前提とし、業務執行組合員の代理権から各組合員

の制限のない個人的債務および責任を法的に構成しようとするものである。しかし、そのためにかえって、各組合員の責任制限＝有限責任の法的可能性が生じる。なぜなら、業務執行組合員の代理権を前提とした責任構成であるがゆえに、つぎのような業務執行組合員の代理権の制限が考えられるからである。すなわち、業務執行組合員の代理権の範囲として、当該法律行為の引き当てを組合財産に限定することにより、組合員の個人財産は当該法律行為の引き当てからはずすのである。かかる責任制限の法律構成としては、相手方との合意による方法と組合契約による方法が考えられる。相手方との個別的合意による責任制限は理論的な問題をなんら生じさせるものではない。実務的にも重要なのは組合契約による責任制限である。なぜならば、民法上の組合の組合員がいわば一方的に責任制限を設定するものであるからである。これが法理論的にも議論の中心である⁴⁵⁾。

二重の義務づけ説に対する批判の中には、それが二重の代理権授与といういわば擬制的な当事者意思によっていることに対するものもある⁴⁶⁾が、何よりも問題なのは、擬制的に把握された当事者意思が、明確な、あるいは、明示的な当事者意思に反する場合である⁴⁷⁾。すなわち、一般的には業務執行組合員の代理権にもとづき、他の組合員についても個人的な債務および個人財産をも引き当てとする無限責任が生じうるとしても、そうではなくて、組合契約において組合員の個人的責任を組合財産に限定するような代理権を業務執行組合員に授与することが考えられる。組合契約において一方的に業務執行組合員の代理権および組合員の責任を制限しうることが二重の義務づけ説の大きな難点である。また、二重の義務づけ説は、組合員の個人的責任が業務執行組合員の代理行為によって構成されていることから、不法行為等による法定債務についての組合員の個人的責任を根拠づけることは困難である。このような理論的難点⁴⁸⁾が、二重の義務づけ説の後に附従説が生じ、さらにはそれが通説的地位を占めるに至った理由となっている⁴⁸⁾。

組合契約による責任制限＝有限責任の可能性という難点に対して、集合体説

の中で当初有力であった二重の義務づけ説は、責任制限の可能性を否定することに努力を傾けた⁴⁹⁾。なお、組合員全員が共同して行為を行った場合には、業務執行組合員による代理行為がないので、以上のような代理権の制限による組合員の責任制限の問題が生じない。

(2) 二重の義務づけ説からの責任制限否定論

(a) 業務執行組合員の代理権制限の可能性

そもそも業務執行組合員の代理権の制限の可能性を否定しさえすれば、組合員の責任制限＝有限責任という事態は起こらない。業務執行組合員の代理権の制限を否定する見解⁵⁰⁾は、組合財産に責任財産を限定する代理権の制限が代理法の一般的なコンセプトに矛盾するとする。代理は法主体において生じるのであって、責任財産において生じるのではないから、責任財産を限定するようなかたちでの代理権の設定は代理法上ありえないというのである。また、ドイツ法上の団体・法人法定主義 (numerus clausus der Gesellschaftsformen) から、有限会社および合資会社において構成員の有限責任が認められるのであって、有限責任組合員を構成員として含む民法上の組合は認められないとする。

以上の見解に対して、組合契約における業務執行組合員の代理権の制限を原理的には可能とした上で⁵¹⁾、そのような制限の限界を示そうとする見解も有力に展開されてきた。業務執行組合員の代理権の制限を原理的には許容する最大の理由は、民法上の組合に関するドイツ民法典705条以下の規定のほとんどが、代理権に関する714条 (業務執行組合員の代理権の、業務執行権限からの推定規定) も含めて、任意規定であるからである。もっとも、業務執行組合員の代理権の制限が認められるとしても、個別の事案においてそれが組合員の責任制限という所期の目的を達成しうるかは別問題である⁵²⁾。

(b) 権利外観法理による責任制限の否定

すなわち、集合体説かつ二重の義務づけ説においては、組合契約による業務執行組合員の代理権の一方的な制限は、権利外観 (Rechtsschein) によって、

第三者に主張しえないとするのが一般的である⁵³⁾。

取引観念によれば、(自由業者・農業者・小商人などの)共同事業者の組合ないし事業を営む組合(Mitunternehmer-oder Erwerbsgesellschaften)にあつては、組合員が個人的責任を負うことが通常のことと考えられているのであるから、それに応じて、①組合の名でなされた意思表示は、ドイツ民法典133条(意思解釈における真意の探求)および157条(取引慣習を考慮した信義則に基づく契約解釈)により、疑わしい場合には、組合自体のみならず組合員全員の名においてもなされたものと解されるべきである⁵⁴⁾(顕名における二重性)。同じ理由づけによって、②組合を代理することに関する授權は、組合のみならず組合員個人をも義務づける権限を包含するものと解すべきである⁵⁵⁾(代理權授与における二重性)。③組合契約において以上の解釈と異なる(組合員個人を排除する)定めがある場合には、認容ないし外觀代理權(Duldungs-oder Anscheinsvollmacht)によって処理されるべきである⁵⁶⁾。

権利外觀法理を用いることにより、組合契約による一方的な組合員の責任制限は一応のところ克服される。しかし、そうであるがために、これを回避する法的構成が、相手方との明示的な合意による以外に、2つまで生じるのである。1つは①相手方の認識可能性にもとづく権利外觀法理の排除であり、もう1つは②相手方に対する一方的な表象にもとづく権利外觀法理の排除である⁵⁷⁾。

(c) 権利外觀法理の回避可能性

前者の方法によるときは、①組合員の責任制限のためには、業務執行組合員の代理權の範囲が組合(ないし、組合の權利主体性を認めないときは、合手的結合状態にある組合員)を義務づけることのみ限定され、かつ、そのことが相手方に認識可能(erkennbar)ないし明白(offenkundig)であればよいとされていた⁵⁸⁾。

これに対しては、代理權の制限が相手方にはっきりと認識可能なものであったとしても、組合契約で定めるだけでは組合員個人を義務づけることを排除することができないとする有力説が生じた⁵⁹⁾。けだし、組合契約の解釈準則を規

定するドイツ民法典714条（業務執行組合員の代理権の、業務執行権限からの推定規定）は業務執行組合員の代理権の存在および範囲を推定するものであるから、相手方に代理権について調査する義務（Obliegenheit）は生じないからである⁶⁰。つまり、業務執行組合員の代理権の推定規定により相手方に調査義務がないのであるから、相手方の認識可能性や明白性は問題になりえないとするのである⁶¹。重要なのは業務執行組合員の行為によって生じた外観およびそれに対する信頼である。組合員が個人的責任を免れるためには、当該業務執行組合員に活動させないなど、外観を生じさせないか、または、外観に対する信頼を壊すかのいずれかしかない⁶²。

②外観を破壊するための方法が、相手方に対する一方的な表象である。相手方に対する一方的な表象にもとづき、権利外観法理を排除するわけである。そのためには、業務執行組合員の代理権の制限が相手方に明確に示されていて、一義的に認識可能であればよいとするのが（集合体説かつ）二重の義務づけ説の中で有力であった⁶³。

ここで議論の俎上にのぼっていたのが、名称を「有限責任・民法上の組合（GbR mit beschränkter Haftung; または、その略称としてのGbRmbH）」とする手法である。たとえば、それをレターヘッドや取引書類などにおいて用いるのである。代理権が組合財産範囲に限定されていることが明確に示されているとして、これを代理権制限の表象手段として承認する見解もあった⁶⁴。これに対しては、「有限責任・民法上の組合」を示すのにGbRmbHという略称を用いるのは、一般的な周知があるとはいえないうえに、有限会社の略称であるGmbHと混同されうるとして、略称のGbRmbHでは不十分であり、有限責任であることを略語によらずして（GbR mit beschränkter Haftungなどと）示すことが必要であるとする見解が生じた⁶⁵。

しかしながら、ドイツ連邦通常裁判所は、上記のような代理権制限の一方的表象の手法を認めなかった。ドイツ連邦通常裁判所第2民事部1999年9月27日判決である（この判決自身は集合体説や二重の義務づけ説に立つことを明言し

たものではない）。同判決は、民法上の組合の組合員は組合債務に対して、法律上当然に、その個人財産により個人的責任を負うものであるとする⁶⁶⁾。なぜなら、責任制限が個別の契約によって合意されるか、または、法律によって定められているのでなければ、個人として、あるいは、他のものとともに事業を営むものはその個人財産によっても責任を負うことが、民法および商法の一般原則であるからである⁶⁷⁾。また、責任制限は有限会社などの設立により実現しなければならないとする⁶⁸⁾。したがって、有限責任・民法上の組合（GbRmbH）という名称が署名とともに示され、かつ、その後の事情から相手方が認識していた判断される場合であっても、組合契約による業務執行組合員の代理権の組合財産への限定、つまり、組合契約による一方的な組合員の責任制限を認めることはできない⁶⁹⁾。

このように代理権制限の一方的表象による権利外観の排除が認められないのであれば、組合財産に代理権の範囲を限定するには相手方との個別的合意によるしかない。

(d) 小括

以上のような考え方に立つ（集合体説かつ）二重の義務づけ説を整理すると、つぎのような論理展開となる。すなわち、①業務執行組合員の代理行為にもつぎ、民法上の組合自体とともに組合員個人が義務づけられる。②原理的には、代理権を組合財産のみが責任財産となる範囲に限定し、組合員の個人財産を当該法律行為の責任財産から除外することを組合契約において定めることが可能である。

しかし、③認容ないし外観代理権という権利外観法理から、本人である組合員個人は当該法律行為の義務づけから免れられない。しかも、④つぎの2つの理由から、民法上の組合において権利外観法理を排除することはできず、結局のところ、組合員個人は業務執行組合員のなした法律行為より生じる義務および責任を一般的に免れることができない。民法上の組合一般における組合員の個人的責任である。

④ a) ドイツ民法典714条（業務執行組合員の代理権の、業務執行権限からの推定規定）により業務執行権限から業務執行組合員の代理権が推定されるのであるから、相手方に業務執行組合員の代理権に関する調査義務はなく、代理権制限の認識可能性を根拠にして、権利外観法理を排除することができない。④ b) 代理権制限の一方的表象の手法によって権利外観を壊すこともできない。有限責任組合と名乗ったとしても、構成員の有限責任の実現は有限会社などの設立によってのみ実現しうるのであるから、外観を壊すことはできず、したがって権利外観法理を排除することはできない。

このような帰結にいたる二重の義務づけ説は、組合員個人に関する業務執行組合員の代理権の制限は原理的に可能であるとしながらも、権利外観法理によって、結局は、組合員個人もまた義務づけられることを一般的に論じるものである。そうだとすれば、二重の義務づけ説の根本的な論理的特質が失われていると見ることもできる。なぜなら、二重の義務づけ説は法律行為にもとづく分析的説明であるにもかかわらず、一般的議論に帰着しているからである。業務執行組合員のなした法律行為にもとづく法的分析をいいながらも、結局は法定責任を説いているのに等しいのである⁷⁰⁾。

5 附従説による組合員の個人的責任の根拠づけ

(1) 附従説の概観

(a) ドイツ商法典128条の類推

そこで生じたのが以下に紹介するドイツ商法典128条（合名会社における会社債務に対する社員の個人的債務および責任）の類推適用をいう附従説（Akzessorietätstheorie）である⁷¹⁾。附従説は、二重の義務づけ説をそれが責任制限を容認しうる点で非難し、合名会社に関するドイツ商法典128条の類推によるべきことを説く。

すなわち、まず、二重の義務づけ説のうち、組合員の責任制限を容認する見解に対しては、その点で不当だと批判する。つぎに、二重の義務づけ説のうち、

権利外観法理の回避可能性を否定して組合員の責任制限を認めない見解に対しては、それが法律行為にもとづく責任といいながら、その実質は法定責任というのとかわらないとして批判する。そして、二重の義務づけ説が民法上の組合に合名会社に関するドイツ商法典124条1項（1つの商号の下での合名会社の権利能力）と同じ法状態を認めつつ、同じく合名会社に関するドイツ商法典128条を類推しないのは首尾一貫しないとして、ドイツ商法典128条の類推によるべきことを説く⁷²⁾。

ドイツ法においては、合名会社の社員はドイツ商法典128条により、会社債務が成立すれば法律上当然に、つまり、附従的に、会社債務と同一内容の個人的債務および責任を負担する。それは、わが国の商法580条のような補充的責任ではない。したがって、ドイツ商法典128条を民法上の組合に類推適用すれば、組合員は法律上当然に、民法上の組合の債務と同一内容の個人的債務および責任を負うことになる。付言すれば、附従説の立場に立てば、ドイツ民法典714条（業務執行組合員の代理権の、業務執行権限からの推定）はもはや組合員の個人的責任を定める規定であると解釈することはできない。

二重の義務づけ説は業務執行組合員の代理権を介して、ドイツ民法典714条を組合の債務とともに組合員の個人的債務および責任を基礎づける規定であると解釈していた。附従説によるならば、組合の権利能力を承認した以上、ドイツ民法典714条は業務執行組合員が組合それ自体を代理する権限（代表権）を推定する規定であると解さなければならない。業務執行組合員に組合を代理する権限（代表権）があり、それによって組合が権利を取得し、義務を負うことを定めているのがドイツ民法典714条であるということになる。それはちょうど、合名会社に関するドイツ商法典125条1項（定款で排除されていなければ、社員に合名会社を代理する権限がある）に相当する。ドイツ民法典の組合規定には、合名会社におけるドイツ商法典128条のような構成員の責任関係規定を欠いているのであり、それを補うのがドイツ商法典128条（合名会社における会社債務に対する社員の個人的債務および責任）の類推適用である⁷³⁾。

(b) 判例による附従説の採用

民法上の組合の権利能力を承認したドイツ連邦通常裁判所2001年1月29日判決⁷⁴⁾は、附従説に従ったものであるとされている。すなわち、2001年判決に先行する1999年判決⁷⁵⁾が、個人として、あるいは、他のものとともに事業を営むものはその個人財産で責任を負うものであるという「民法および商法の一般原則」から組合員の個人的責任を判示していたところ、2001年判決は1999年判決を受けて、民法上の組合の責任と組合員の責任の関係が、合名会社に関するドイツ商法典128条以下の定める附従的な社員の責任の場合における法状態と同様のものであることを判示した。2001年判決はドイツ商法典128条の類推適用につき明言を避けてはいるものの、附従説を採用したものとして理解されている⁷⁶⁾。

ドイツ連邦通常裁判所が商法典128条の類推適用を明言せず、一般原則にのみ言及し、かつ、それを他のものとともに事業を営むものもまたその個人財産で責任を負うものであるというかたちで敷衍したことについては批判も根強い⁷⁷⁾。そもそもそのような法原則があるのかということが問われるだけでなく、大上段の議論をせずとも、民法上の組合も合名会社もともに組合型団体 (Personengesellschaft) の類型に属し、共同の商号または名称のもとで数人が事業をしていることをいえば十分ではないかというわけである。もっとも、連邦通常裁判所のいう「民法および商法の一般原則」を支持し、法人格の有無を問わず、共同の事業を営むものは、法律の定めのないかぎり、原則として無限の個人的責任を負担するという論を展開する見解もある⁷⁸⁾。

(c) ドイツ商法典128条類推の基礎の要旨

附従説のいうドイツ商法典128条 (合名会社における会社債務に対する社員の個人的債務および責任) の類推適用には、規整の欠缺および規整対象の類似性という類推の基礎が必要である。これらの類推の基礎はつぎのように要約される⁷⁹⁾。

すなわち、立法者は、ドイツ民法典705条以下の民法上の組合の諸規定を組合に権利能力があることを前提にして定めたものでなく、組合の法的性質は民法

典制定後の議論に委ねることとして、ともかくは、組合財産を共同目的達成のための特別財産として構成した（＝合手〔Gesamthand〕）にすぎない。それゆえ、組合に権利能力を承認し、その法的主体性を承認した後では、民法典705条以下の組合規定には、欠缺があるといわざるをえない。とくに、組合員の責任関係に関する規整については、このことがよくあてはまる。

かかる欠缺の補充については、以下の3点において民法上の組合に類似する合名会社の規定、つまり、ドイツ商法典128条を類推すべきである。構成員の責任に関する両者の類似性は、①団体財産の流出防止ないし資本維持を図るような債権者保護規範の欠如、②自己機関性から生じるところの、事業を支配する者が責任を負うべきであるとする構成員の個人的責任（支配あるところに責任あり）、および、③ともに組合理型団体（Personengesellschaft）の類型に属することにある。

(d) 附従説の特徴ないし優位性の主張

二重の義務づけ説が分析的議論から出発するものであるのに対し、附従説による組合員の個人的責任の根拠づけは類推論（Analogie）による一般的・体系的議論である。附従説においては、ドイツ商法典128条（合名会社における会社債務に対する社員の個人的債務および責任）を類推することによって、説明の容易さおよび結果の妥当性を追求することに特徴がある。すなわち、ドイツ商法典128条を民法上の組合に類推適用すれば、二重の義務づけ説のような擬制的あるいは煩雑な法的構成が不要になるばかりでなく、二重の義務づけ説からすれば根拠づけの困難な、しかし、妥当と考えられる結論を導くことができるとされている⁸⁰⁾。二重の義務づけ説はいわば、暫定的・過渡的な理論構成であるにすぎない⁸¹⁾。

第1に、組合員の個人的責任はドイツ商法典128条類推適用より導かれ、同条により責任制限は不可である。二重の義務づけ説において論じられたような、業務執行組合員の代理権の制限による組合員の個人的責任の制限が入りこむ余地はない。なぜなら、ドイツ商法典128条第1文は、社員が会社債務につき債権

者に対して連帯債務者として個人的責任を負うことを定め、その第2文は、第1文に反する合意が第三者に対して無効であることを定めているからである。

第2に、法律行為にもとづくものだけでなく、不法行為にもとづく民法上の組合の債務についても、組合員の個人的債務および責任を基礎づけうる。法律行為構成をとる二重の義務づけ説では、不法行為の場合の組合員の個人的責任を基礎づけるのが困難である。

第3に、二重の義務づけ説は、新たに加入した組合員がそれまでの組合債務につき個人的債務および責任を負担することを基礎づけるのも困難である。これに対して、附従説はドイツ商法典128条を類推適用するから、新加入の組合員が組合の旧債務につき責任を負うことは当然のこととなる⁸²⁾。

(e) 附従説に対する一般的批判

以上のような附従説に対しては、附従説が結局のところ結果の妥当性のみをうまく説明しうるのみであって、組合員の責任の実質的な根拠づけを欠き、なぜドイツ商法典128条を類推適用しうるのかについての法理論的な根拠づけを見出すことができないとの批判がなされることになる⁸³⁾。附従説のいうドイツ商法典128条の類推適用は、結局のところ、組合員の個人的債務および責任に関するさまざまな法的結論の総体を縮約していつているにすぎないというわけである⁸⁴⁾。

(f) 不法行為債務に対する組合員の個人的責任の問題

また、附従説によって、不法行為にもとづく組合債務に対する組合員の個人的責任を理論的に根拠づけることについては、問題がある。たしかに、組合自体と組合員個人を二重に代理するという二重の義務づけ説は法律行為を念頭においた論理構成であるから、それよりはドイツ商法典128条（合名会社における会社債務に対する社員の個人的債務および責任）の類推といったほうが、一見、根拠づけが明快ではあるが、つぎのような解消すべき難点がなお残る。

業務執行組合員の不法行為によって、民法上の組合に債務が生ずることは一般的に承認されている。ドイツ民法典31条（機関が職務の執行につき第三者に

加えた損害に対する登記済み社団法人の責任）の類推適用による⁸⁵⁾。もっとも、ドイツ民法典31条の類推適用によって基礎づけられるのは、民法上の組合自身の債務、つまり、組合債務であるにすぎない。登記済み社団法人（eingetragener Verein : e. V.）に関する規定を類推しても、組合財産が責任財産となることを導くにすぎない。ドイツ民法典31条は、組合員の個人的責任を根拠づけるものではない。同条は他人の行為に対する構成員の責任を根拠づけるものではない⁸⁶⁾。

組合員全員の共同的業務執行についての不法行為であれば、それによる債務の責任財産を組合財産および各組合員の個人財産が形成するとしても理論的難点はない。しかし、業務執行組合員のなした不法行為につき、ドイツ民法典831条（被用者に対する責任）により、業務執行権限のない組合員が個人的な債務および責任を負担すると解することには理論的難点がある。

すなわち、業務執行権限のない組合員は業務・帳簿・組合財産の検査権を有するにすぎない（ドイツ民法典712条、716条〔組合員の監視権〕）のであるから、業務執行組合員との間に指揮・命令関係（Weisungsgebundenheit und soziale Abhängigkeit）があるとはいえ、業務執行組合員はドイツ民法典831条の使用責任にいう被用者にはあたらない。そうすると、業務執行組合員の行為にもとづく不法行為債務につき引き当てとなるのは、ドイツ民法典31条の類推適用による組合財産のみであり、業務執行権限のない組合員は債務を負担することもなく、その個人財産が引き当てとなることもない⁸⁷⁾。

もっとも、伝統的学説は業務執行権のない組合員と業務執行組合員の間に選任・監督を通じた指揮・命令関係があると解して、組合員の個人的債務および責任を肯定していたようではある⁸⁸⁾。この場合には、法律行為による債務と同じく不法行為債務においても、組合員は個人財産を組合財産から分離して、組合財産に責任を限定することができない。

伝統的見解に比して、民法上の組合に権利能力を承認する現在の通説からは、組合の不法行為債務に対する組合員の個人的責任を根拠づけることにつき、より積極的な根拠づけが必要である。組合債務は組合員からすればいわば、他人

の債務だからである⁸⁹⁾。附従説は、ドイツ商法典128条を類推適用することにより、組合員の個人的責任を合名会社社員の個人的責任と同様のものとして、うまく説明しているようにも見えるが、同条は他人の不法行為に対する責任を根拠づける規定ではない。また、ドイツ民法典31条の類推適用も、団体構成員の責任を根拠づけるものではなく、団体自身の債務負担を基礎づけるだけである⁹⁰⁾。それゆえ、学説の中には、業務執行組合員のなした不法行為に関して、ドイツ民法典31条により組合財産が引き当てとなることだけで満足し、組合員の個人的責任をも認めないものがある⁹¹⁾。被害者にとっては、行為者のほかに、それに加えて、民法上の組合が不法行為責任を負担すれば十分ではないかというわけである。

このような議論状況の下では、附従説においても、不法行為債務について組合員の個人的責任を承認するには、ドイツ商法典128条の類推適用をいうだけではない一層の理論的説明が求められるのである。

(2) 一般法的評価にもとづく根拠づけ

(a) 私法上の一般原則としての個人的責任

附従説からはまず、一般法的評価にもとづく議論が展開されている。もっともプリミティヴな議論は、民法上の組合の権利能力を承認しても組合員が個人的責任を負うことは法律上当然のことであり、これを否定して有限責任とする論拠が見あたらないとするものである。この議論の流れにのる見解はまず、一般的法原則として個人が無限責任を負うことを前提とする。このことを明言する文献は少ないが、それは当然のことであると考えられているからであろう。

この点につき、前述のドイツ連邦通常裁判所1999年9月27日判決は「民法および商法の一般原則」について、つぎのように判示している。すなわち、「法律に別段の定めがあるか、または、契約の相手方と責任制限が合意されていないかぎり、個人として、あるいは、他のものとともに事業を営むものは、事業より生じる義務につきそのすべての財産によって責任を負う⁹²⁾」。ドイツ連邦通常

裁判所は設立中の有限会社につき同旨のことをすでに判示していた⁹³⁾。

(b) 団体の中にあっても個人的責任

上記のような1999年判決の判示は、人がその財産で個人的責任を負うという一般原則を、団体が形成されている場合にも敷衍するものである。つまり、個人として事業を行っている場合は当然として、他のものと共同で事業を行っている場合には、権利能力のある民法上の組合のような団体の中にあっても、人は個人的責任を負うことを意味する。

(c) 法人の中にあっても個人的責任

上述の権利能力のある民法上の組合のような団体の中にあっても、人が個人的責任を負うことをさらに敷衍すれば、法人の中にあっても人は個人的責任を負うのが原則となる。このことを説く学説がある。それによれば、民法上の組合のような権利能力のある団体となっているか、あるいは、法人となっているかなどを問わず、およそ共同の事業を営むものは、法律に別段の定めのないかぎり、原則として無限の個人的責任を負担することが、私法上の一般原則である⁹⁴⁾。

ここにまでいたると、法人であってもその構成員は法人であることからただちに有限責任を享受するのではなく、有限責任を規定する法規定によって初めて有限責任が認められることになる。

(3) 団体法上の体系的評価にもとづく根拠づけ

一般法的評価にもとづく根拠づけは、附従説の中においても、それだけでは不十分なものであると評価する見解が示されている。一般原則による議論が不十分であるという議論は、附従説の中で私法上の一般原則を強調する前述の見解に対する批判となっていると同時に、二重の義務づけ説に対する批判ともなっている。前述のように、二重の義務づけ説は法律行為からする分析的議論が出发点でありながら、組合員の個人的責任をいうとき、結局は無限責任の原則を説くに等しい一般的議論に帰着しているからである⁹⁵⁾。

附従説の立場において組合員の個人的責任を根拠づけるのに、私法上の一般

原則である無限責任の原則をいうだけでは足りないはずである。そもそも、民法上の組合に権利能力を承認する附従説においては、組合債務は民法上の組合自身の債務であるから、それに対する組合員の個人的責任は積極的に根拠づけられなければならない⁹⁶⁾。

そこで、附従説においては、合名会社の社員の無限責任を定めるドイツ商法典128条の類推適用を、民法上の組合の組合員の無限責任に関する実定法上の根拠とするのが一般的である。

(a) 組合型団体における構成員無限責任の原則

しかしながら、ドイツ商法典128条から類推するという根拠づけは一種の循環論法に陥っていることがある。

たとえば、合名会社の社員の無限責任を定めるドイツ商法典128条は組合型団体 (Personengesellschaft) における構成員の一般的な責任モデルを示す規定であるとし、そこから、組合型団体における構成員無限責任の原則を導く見解がある⁹⁷⁾。すなわち、事業を営む組合型団体の構成員は、責任制限のための特別の法形式をとらないかぎり、無限責任を負うのが原則である。民法上の組合は合名会社と同じく組合型団体に属するのであるから、この原則は民法上の組合にも妥当する (ドイツ商法典128条類推)。

これに対しては、合名会社に関するドイツ商法典128条の民法上の組合への類推が論証されて初めて、組合型団体における構成員無限責任の原則が存在するといえるのであるから、論法が循環しているとの批判がなされている⁹⁸⁾。

(b) ドイツ商法典128条の限定的類推適用論

合名会社に関するドイツ商法典128条を民法上の組合に類推する学説の中には、同条を法律行為についてのみ限定的に類推適用すべきことを主張する見解がある。かかる見解はドイツ商法典128条自体も限定的に解釈し、同条は法律行為にのみ適用されるべきであって、不法行為には適用がなく、したがって、同条の類推適用も法律行為のみに限定されるべきことをいう⁹⁹⁾。

すなわち、合名会社や民法上の組合などの組合型団体 (Personengesellschaft)

にあって、不法行為の被害者は、法律行為の相手方とは異なり、構成員の個人的責任を信頼して法律関係に入ったものではないから、被害者の保護は構成員の個人的責任によるべきものではなく、機関の行った不法行為に対する社団法人の責任を定めるドイツ民法典31条の類推適用によるものでまずは十分である。したがって、被害者の損害賠償請求権の引き当てとなる財産は、合名会社や民法上の組合の財産のみとなる。

もっとも、ドイツ民法典31条の類推適用にもとづいて、民法上の組合の財産からの賠償によるものとした場合、民法上の組合には組合員への団体財産の流出を制限する制度、つまり、資本維持の原則を支える制度がないから、その代償として、組合員が組合財産から財産を引き出したことに対する組合員の責任（引き出し責任：Entnahmehaftung）が認められるべきである、とされている。

かかる見解に対しては、それが資本金会社における資本維持原則を範とするものであり、資本金会社の制度にならって組合型団体ないし人的会社（Personengesellschaft）を規律しようとするものであるから、そのような指向は団体法の法体系に価値評価において矛盾するという批判がなされている¹⁰⁰。組合型団体ないし人的会社において、債権者の保護が資本金会社の手法によって行われることは法体系にそぐわないというわけである。

さて、上記見解の中で注目すべきなのは、民法上の組合においては、団体財産を維持するための制度がなく、組合員への組合財産の流出が自由に行われうることが指摘されていることである。

(c) 制度的代償としての構成員の個人的責任

すなわち、民法上の組合において、組合員の出資の有無および組合財産の範囲は、組合契約で自由に定めうる。そもそも、組合財産が形成されるかどうかもわからないのである。組合財産が形成されていたとしても、そこからの引き出し、つまり、持分の払戻しは民法上の組合が存続中であっても、組合内部の意思決定により自由になしうる。すなわち、民法上の組合においては、その共同財産に関しては組合員の自律的決定にゆだねられ、資本充実および維持を支

える制度的手当がなされていない。資本充実・維持の原則がとられていないのである¹⁰¹⁾。

このように組合員が自由に設定した組合財産に、組合契約によって相手方の同意なく一方的に責任を限定し、組合員が個人的責任を免れることは不可である。また、資本金会社体系からの法的価値評価からしても、公示もなく、資本充実・維持もないところでの団体構成員の責任制限は承認することができない。構成員の責任制限は、資本金会社の法形式を選択することによってのみ達成されるべきものである。債権者保護システムのないことに対しては、組合員の個人的責任が代償とならなければならない。すなわち、法律行為によるものであれ、不法行為によるものであれ、組合に対する債権者に対しては組合財産が責任を負うところ、組合財産が組合員によって縮減されうるのであれば、組合員個人が責任を負うべき（維持原則のないことに対する代償）であり、そもそも組合財産が十分でないことがありうるのであれば、この場合にも組合員個人が責任を負うべき（充実原則のないことに対する代償）である¹⁰²⁾。

(d) 支配と責任、それによる期待可能性

ドイツ連邦通常裁判所は、業務執行組合員の不法行為に対する民法上の組合の責任およびそれに附随する組合員の個人的責任を根拠づけるにあたって、それが債権者保護のためになることを説示するとともに¹⁰³⁾、個人的責任を業務執行権限のない他の組合員にも期待しうる (zumutbar) ことを説示している。なぜならば、組合員は業務執行組合員の選任および業務執行に対して決定的な影響力を有しているのがふつうであるからである、としている¹⁰⁴⁾。

このような期待可能性は、学説によれば、支配あるところに責任ありとする考え方に依拠している。そもそも組合員は民法上の組合を組織するにあたって、内容形成の自由 (Gestaltungsfreiheit) にもとづいて、上述のように自由に組合財産を形成するのであるから、組合員に個人的責任を負担させることは、責任を負うリスクにより軽率なミス・マネージメントを防止するというかたちで、組合員の活動のコントロールに資するのである¹⁰⁵⁾。また、組合の事業から生じる

リスクは、組合員の利益に帰着する事業からもたらされる利益の反面である¹⁰⁶⁾。自己の責任を避けるために、また、自己の利益のために、その領域により近い組合員がより適切にリスクを管理しうるのである¹⁰⁷⁾。

このような支配と責任から生じる組合員への責任の期待可能性は、ドイツ商法典128条において合名会社社員の会社債務に対する個人的債務および責任が定められていることの根拠づけに用いられていた考え方であり¹⁰⁸⁾、それが民法上の組合に転用されるというわけである¹⁰⁹⁾。

それでは、影響力を有しない組合員についてはどうなるのか。つぎのような例を挙げて、支配と責任という考え方を否定する論者もいる。すなわち、家族経営の組合において、創設者ではあるが93歳で老人ホームにいる組合員は、その子である組合員がもっぱら業務を執行していた場合に、その子の行った不法行為につき個人の全財産で責任を負うのは不当であるとする¹¹⁰⁾。これとは反対に、支配と責任という考え方からすれば、影響力を有する構成員のみが責任を負担するという結論にいたりかねない。たとえば、有限会社において影響力を有する社員は、業務執行社員の不法行為に対して責任を負わなければならないことになる¹¹¹⁾。

これに対しては、前者については、後見法などの一般法が指摘され、後者については、有限会社において会社財産は社員の影響力とは関係なく維持されるのであり、当事者がそのような団体形式を選択したことが指摘されている¹¹²⁾。逆に、有限責任社員となりうる合資会社ではなく、民法上の組合を選択した場合には、個人的責任を当事者に期待するのに十分である¹¹³⁾。そもそも民法上の組合においては、同じく組合理型団体に属する合資会社とは異なり、有限責任組合員としての登記をなすことができない¹¹⁴⁾。有限責任社員の責任制限を定めるドイツ商法典171条は合名会社社員の無限責任を定めるドイツ商法典128条に結びつくものであり、かつ公示を要求している。このような合資会社制度を考慮すれば、公示があってはじめて有限責任を認めうるともいえる。

実務的にも、業務執行組合員を注意深く選任・監督することが推奨されると

ともに、組合員の業務・帳簿・組合財産の検査権（ドイツ民法典716条〔組合員の監視権〕）を強化すること、あるいは、監督機関を設けることを組合契約に定めることにつき言及がなされている¹¹⁵⁾。

Ⅲ 法人における有限責任と組合理型団体における無限責任の再考

1 構成員の責任論の再構築

株式会社や一般社団法人などの法人の構成員は有限責任を負担し、民法上の組合や合名会社などの組合理型団体の構成員は無限責任を負うという図式は、わが国の現行法の下で、現在でもなお一応のシェーマとしては提示することが可能である。しかし、その内実は複雑であり、かなりの注釈を要するものといわざるをえない。

以前の法状態であれば、上記図式はかなりの程度妥当し、それ以上の理論的説明への要請はそれほど大きくはなかったともいえる。すなわち、法人においては有限責任の原則が妥当し、合名会社の社員および合資会社の無限責任社員はその例外をなすにすぎない。この例外は明文の規定によって認められているというだけで正当化されるのではない。実質的にも、合名会社および合資会社は人的会社であり、組合理型団体に属するのであるから、組合理型団体として組合理型団体における無限責任の原則に従う。この意味では例外ではない。

こうした中で、2004年に「投資事業有限責任組合契約に関する法律」が、2005年に「有限責任事業組合契約に関する法律」が成立し、それらは一般的な有限責任組合の設立を承認するものではないとはいえ、組合理型団体における無限責任の原則を措定するならば、それに対する例外をなすものである。このことについては、単行法の中で生じた例外現象として矮小化することも、もちろん可能である。

一方、ドイツ法の法発展を参照するならば、それは有限責任組合を承認するまでにはいたっていないが、民法上の組合に権利能力を承認する見解がドイツ

の判例・通説となった。日本法的地平からすれば驚きの結末であり、わが国ではわずかに理論的萌芽が見られる¹¹⁶⁾にすぎないから、現時点において民法上の組合に権利能力を承認することはきわめて困難である。しかしながら、民法上の組合に権利能力を承認しつつも、無限責任の原則を維持すべく展開された議論は、わが国においても無限責任の原則の理論的説明を深化させるのにきわめて有用である。それとともに、ドイツにおける民法上の組合の組合員の責任論は、法人における有限責任の原則に関する理論的説明の深化にもつながるものである。こうしたドイツの法発展および議論状況にかんがみると、法人であるから有限責任であるとか、組合であるから無限責任であるといった言説は、それだけではまったくもって不十分であることがわかる。

さて、わが国において、法人における有限責任の原則をどのように法体系に適合的に根拠づけるか。まずは、有限責任が法人の法人格の効果とどういうかが問題となりうる。これに対しては、合名会社・合資会社制度および株式会社における会社財産の流出規制（ないし資本維持の原則）の制度を勘案するならば、やはり、有限責任は法人の法人格の効果ではなく、法人の法人格の属性にすぎないとするのが穏当であろう。さらに、投資事業有限責任組合や有限責任事業組合といった法人でない団体につき、構成員の有限責任を承認する現行法の態度を斟酌すると、有限責任が法人の法人格の属性というのもさし控えるべきなのかもしれない。

有限責任を法人の法人格の属性というべきかはともかく、構成員の責任論を団体に対する債権者の側から見れば、法人であれ、非法人であれ、債権者の保護システムとしては、現行法体系のもとでは、団体財産の流出規制を図る制度か、あるいは、構成員の個人的責任を採用する制度かのいずれかとなっている。こうした観点からすれば、構成員の有限責任は、これを法人の法人格と関連づけて論じるよりも、その制度的要件を団体債権者に対する構成員の責任論として独立的に論じるほうが多少とも適切であるように思われる。

2 無限責任の原則と責任態様の法定性

ここで、無限責任の原則をどこにどのように据えつけるかが問題となる。法人でなければ、無限責任の原則が妥当するといえ、合名会社・合資会社の存在を考慮した場合の説明に工夫が必要である。さりとて、組合型団体であれば、無限責任の原則が妥当するといえ、投資事業有限責任組合・有限責任事業組合の存在のために、それに応じた注釈が必要となる。そこで、法人であるか否かを問わず、また、社団型団体か組合型団体であるかを問わずに、自己の財産を運用するものは、他のものとの共同であるがために団体的拘束を受けていたとしても、無限責任を負うという一般的言説を基礎に据えて、団体構成員の責任論を再構築することもあながち不当ではあるまい。ドイツ判例の表現を借りるならば、「責任制限が個別的契約によって合意されるか、または、法律によって定められているのでなければ、個人として、あるいは、他のものとともに事業を営むものはその個人財産によっても責任を負う¹¹⁷⁾」。

構成員の無限責任を一般原則として採用したならば、構成員の属する団体がたとえ法人であっても、構成員の対外的有限責任を定めた法律の規定が必要となる。より一般的にいうならば、無限責任と異なる構成員の責任形態を採用するには、その内容を定めた法律の規定が必要である（構成員の責任態様に関する法定主義）。

第1に、法人において有限責任が認められている場合について、たとえば、一般社団法人においては一般社団・財団法人法26条が、株式会社においては会社法104条が、それにあたる。ただし、一般社団・財団法人法26条については、一般社団法人が成立したときは社員は責任を負わないとの反対解釈が、会社法104条については、同条のいう株主の責任には会社債権者に対する責任も含むとの解釈が必要である。

第2に、法人でない団体につき有限責任が認められている場合においては、たとえば、有限責任事業組合につき有限責任事業組合法15条が、投資事業有限責任組合の有限責任組合員につき投資事業有限責任組合法9条2項が、債権者

に対する有限責任を直接に定めている。なお、投資事業有限責任組合法9条1項は、無限責任組員の連帯責任を定めるが、これは構成員の無限責任を当然の前提として、その責任態様を定めた規定である。

第3に、法人でありながら、有限責任が認められていない場合について、たとえば、会社法580条1条が持分会社（合名会社・合資会社）の無限責任社員の責任態様を定めている。持分会社の無限責任社員の責任は無限責任とはいえ、民法上の組合の組員の責任とは異なり、会社債務の完済不能か強制執行の不奏効を要件とする補充的責任である。会社法580条1項は緩和された無限責任を定めるものである。

第4に、民法上の組合については、組員の責任態様を定めた法律の規定がない。したがって、無限責任の原則が妥当する。

3 業務執行者の代理権による無限責任の根拠づけ

さて、ここで問題となるのは、なぜ無限責任か、である。とくに、民法上の組合の組員が無限責任を負担することについての根拠づけを、ここでは念頭に置く。組員全員が共同的に業務執行する場合に、組員が責任を負担することについては説明を要しない。業務執行者が行った対外的行為に対する、他の組員の責任負担の根拠づけこそが問題となる。

ドイツでのかつての二重の義務づけ説の議論を参照してみるならば、二重の義務づけ説の論理構成のうち、業務執行組員が組合と組員を二重に代理するという部分は、民法上の組合に権利能力を認めない以上、借用することはできない。ここで参照しうるのは、業務執行組員の代理権を組合財産の範囲に限定しうるかという部分である。ドイツの二重の義務づけ説における結論は、相手方との個別の合意によらずして、業務執行組員の代理権を組合財産のみを責任財産とする範囲に制限することはできないとするものである。その論理を日本法において翻案すればつぎのようになろうか。

すなわち、①ドイツ民法典714条（業務執行組員の代理権の、業務執行権限

からの推定)のような推定規定は存在しないが、業務執行者には、組合契約において原則として、対外的業務執行のための代理権が授与されているものと解釈する¹¹⁸⁾。

つぎに、組合の業務執行者の代理権に関する規定が民法典には欠けているので(法律の欠缺)、法人の代表者の代表権に関する規定を類推適用すべきである。すなわち、一般社団・財団法人法77条(一般社団法人の代表)、会社法349条(株式会社の代表)および599条(持分会社の代表)である。一般社団・財団法人法の制定にともない削除された2006年改正前民法53条・54条はこれらの規定に相当する。53条・54条が民法の総則規定から削除された以上、法人の代表に関する諸規定より類推するほかない。

②一般社団・財団法人法77条、会社法349条および599条のそれぞれの4項(削除前民法53条本文)を類推適用し、業務執行者の代理権は裁判外の一切の権限に及ぶものと解釈する(訴訟代理の問題はここでは措いておく)。業務執行者の業務執行権限は、他の業務執行権限のない組合員には業務執行権限を残さず、検査権のみを残す(民法673条)ものであるから、それは包括的なものである。したがって、業務執行者の代理権も包括的であり、それは包括的な代理という意味で代表と呼ぶものであるから、法人の代表に関する法律の規定を類推するにふさわしいものである(類推の基礎)。

③一般社団・財団法人法77条、会社法349条および599条のそれぞれの5項(削除前民法54条)を類推適用し、業務執行者の包括的な代理権、つまり、業務執行者の代理権の「制限は、善意の第三者に対抗することができない」と解する。ここでは、業務執行者の代理権の制限につき、民法110条(権限外の行為の表見代理)を適用することも考えられる。しかし、業務執行者の代表権は特定の業務につき授与されたのではない包括的な代理権である。基本権限とその権限外という構図が問題となっていないから、業務執行者の代理権の制限については、民法110条の適用ではなく、法人の代表に関する諸規定(一般社団・財団法人法77条、会社法349条および599条のそれぞれの5項、削除前民法54条)の類

推適用によるべきである。第三者の主観的態様としては善意のみでよく、無過失は要求されない。つまり、業務執行者の代理権の制限につき、第三者に調査義務は課されない。このことは、業務執行者の業務執行権および代表権の包括性という構造に適合的である。

第三者の主観的態様につき、最判昭38・5・31民集17巻4号600頁は、業務執行者の代表権の制限は善意・無過失の第三者に対抗できないとして、無過失まで要求している。しかし、協同組合の理事の代表権の制限に関する最判昭60・11・29民集39巻7号1760頁を斟酌するならば、第三者は善意であればよいと解し、ただ、第三者が代表権の制限につき善意とはいえないために、法人の代表に関する法人諸規定（一般社団・財団法人法77条、会社法349条および599条）の5項の類推適用による保護を受けられない場合であっても、組合契約に定められた特別の手続きを経て代表権の制限がはずれて当該行為につき代理権ありと信じ、かつ、そう信じるにつき正当の理由あるときには、民法110条の表見代理規定が類推適用されるものと解すべきであろう¹¹⁹⁾。

業務執行者の代理権の制限に関する議論は、組合員の責任を組合財産に限定するような代理権の制限にもあてはまる。すなわち、④組合員の責任を有限責任とするような代理権の制限は、法人諸規定（一般社団・財団法人法77条、会社法349条および599条）の5項の類推適用により、善意の第三者に対抗しえない。なおかつ、第三者との個別の合意によらずして、第三者の善意を覆すことは一般的にできないとすべきである。なぜなら、第三者を悪意とするような外観、つまり、組合員の責任が有限責任であるかのような外観を一方的に作出する方法がないからである。④業務執行者の代理権を組合契約で制限することは原理的には可能である¹²⁰⁾が、組合員の責任を有限責任とするような代理権の制限は第三者が常に善意として扱われるため、そのような制限は第三者に対抗できず、したがって、業務執行者の代理権によって、組合員の無限責任が根拠づけられる。

このようにして、業務執行者の代理権から組合員の無限責任を説明した場合、

⑤法人においては、代表者と構成員の代理関係が消滅するから、構成員には個人的責任は生じないと説明することになる。もっとも、この説明手法は、団体構成員が法人格の有無にかかわらず原則として無限責任を負うという一般的言説から出発する考え方をとった場合には、それと平仄が合わない。なぜなら、法人格の取得による代理関係の解消を理由づけに用いているからである。

また、法律行為に基づかない債務、たとえば、不法行為債務については、代理・代表の問題として扱えないので、構成員の無限責任を根拠づけるのは困難である。⑥業務執行者は、民法715条にいう被用者ではないから、同条により業務執行権限のない組合員の個人的責任を根拠づけることはできない。⑥' 法人の代表者の行為についての損害賠償責任に関する諸規定（一般社団・財団法人法78条、会社法351条および600条。削除前民法44条1項）を類推適用して、民法上の組合の責任を導くことも可能である。その責任財産が、組合財産にとどまるものとするれば、業務執行権限のない組合員は責任を免れる。

4 一般的原則としての無限責任

ここで、より一般的に構成員の無限責任を根拠づける説明方法がないかが問われる。民法上の組合における組合員の個人的な無限責任の根拠づけについては、すでになされているところである。すなわち、組合員の無限責任は自己の財産を自ら運用する結果である¹²¹⁾。また、組合財産は組合員が自由に処分しえ、財産状態にかかわらず利益配当や持分の払戻しをなしうるなど、その独立性が不完全なことと表裏一体をなす¹²²⁾。このような考え方は、法人格の有無にかかわらず団体一般に普遍化することができるのではないだろうか。

すなわち、有限責任が個別的契約によって合意されるか、または、法律によって定められているのでなければ、個人として、あるいは、他のものとともに事業を営むものはその個人財産によっても責任を負うものとするべきである。なぜなら、団体の構成員が出資により団体において共同財産を形成して、事業活動の範囲を拡大し、財貨の獲得可能性を高め、それに応じて利益配当の可能性

を増大させながら¹²³⁾も、他方で、構成員（ないしその債権者）が団体財産の設定およびその変動につき影響力を及ぼしうる¹²⁴⁾状況のもとでは、団体の債権者に対する関係で、構成員に無限責任を負わせるよりほかに方法がないからである。法律行為にもとづく債務であるか、不法行為にもとづく債務であるかなど、債務の発生原因は問わない。

5 有限責任の制度的要件

以上のようにして、構成員の無限責任を原則とし、その有限責任は法律の規定がある場合にのみ認められるものとするれば、有限責任は法人格との関連性が希薄化し、法人においてのみ妥当するものではなく、法人でない団体においても妥当する。さらには、団体が構築されていない場合においても、有限責任を妥当させることが可能である。

すなわち、法律において有限責任が承認され、そこでは有限責任が特定の法形式（団体においては特定の法人形式ないし団体形式）に結びつけられて、その法形式が公示に服する¹²⁵⁾ことにより、第三者（とくに債権者）の保護につき形式的な配慮がなされる。それとともに、財産の流出規制（資本維持の原則）のための制度により、実質的にも第三者の保護が図られる。このように、有限責任とそのための制度的要件を構想するのは、いわば「要件を効果の方から遡って考察¹²⁶⁾」し、「団体論として論じられてきたかなりの部分を『団体性』とは無関係に説明¹²⁷⁾」するものである。有限責任は必ずしも法人の法人格や団体に結びつける必要はない。個人のレベルでも、たとえば有限責任個人事業として、有限責任を承認することも制度的には可能である。

注

- 1) 上柳克郎「法人論研究序説」『会社法・手形法論集』1頁以下（1980年、有斐閣）、納屋雅城「小規模法人と技術としての法人格」早稲田法学会誌第50巻175頁以下（2000年）、江頭憲治郎『株式会社法 第4版』（2011年、有斐閣）27-29頁。
- 2) 星野英一「法人論—権利能力なき社団・財団論をかねて—」『民法論集 第四巻』（1970

- 年、有斐閣) 136頁。
- 3) Bruno DONDERO, Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé, Contribution à la théorie de la personnalité morale : Tome 1, 2006, p. 52 et ss.
 - 4) 上柳・前掲注(1) 6頁。
 - 5) 上柳・前掲注(1) 6頁、10頁注(11)、同「合名会社の法人性」『会社法・手形法論集』16頁以下(1980年、有斐閣)。
 - 6) 我妻栄『新訂 民法総則』(1965年、岩波書店) 114頁。
 - 7) Loi du 1^{er} juill. 1901 relative du contrat d'association.
 - 8) Jean CARBONIER, Droit civil, 1/ Les personnes, 1994, n° 211.
 - 9) フランス法における法人の法人格の相対性の議論については、拙稿「独仏団体法の基本的構成(2)」阪大法学47巻6号84-85頁(1998年)、納屋雅城・前掲注(1) 164-165頁を参照されたい。
 - 10) Friedrich KÜBLER/Heinz-Dieter ASSMANN, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2006, S. 70 u. 100 f. 上柳・前掲注(1) 1頁以下、高橋英治『ドイツ会社法概説』26-29頁、65-66頁(2012年、有斐閣)。
 - 11) 上柳・前掲注(1) 5-6頁、同「合名会社の法人性」『会社法・手形法論集』(1980年、有斐閣) 26-27頁。
 - 12) 上柳克郎=鴻常夫=竹内昭夫編集代表『新版 注釈会社法(1)』(有斐閣、1985年) 273頁〔大塚龍児〕は、合名会社は法人とされ、社員とは別人格であるから、社員の無限責任は法現象としては例外に属するとする。
 - 13) 一般社団・財団法人法26条のもとになっているのは、会社法56条である。商法学説の中には会社法56条を、設立時の募集株式の引受人を保護するための発起人の連帯責任を規定するものと解するものがある(江頭・前掲注〔1〕111頁)。一般社団法人については、募集設立という形態はなく、発起人と引受人の区別がないのであるから、一般社団・財団法人法26条をそのように解する余地は少ない。
 - 14) 最判昭48年10月9日民集27巻9号1129頁。
 - 15) 有限責任事業組合法15条、投資事業有限責任組合法9条2項。
 - 16) 有限責任組合につき組合契約効力発生の対抗要件としての登記(有限責任事業組合法57条・8条、投資事業有限責任組合法17条・4条)、持分会社につき設立登記(会社579条)。
 - 17) 有限責任事業組合法34条1項は「組合財産は、その分配の日における分配可能額…を超えて、これを分配することができない」とし、有限責任事業組合契約に関する法律施行規則37条はこれを受けて「純資産額から三百万円(…出資の総額が三百万円に満たない場合には、組合員による出資の総額)を控除する」とする。また、投資事業有限責任組

合契約に関する法律10条1項「組合財産は、貸借対照表上の純資産額を超えて、これを分配することができない」とする。

- 18) 我妻栄『債権各論 中巻二』（岩波書店、1962年）809頁。
- 19) 我妻・前掲注（18）779頁。
- 20) 我妻・前掲注（18）810頁、江頭憲治郎「企業の法人格」竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座2』（1985年、東京大学出版会）76頁。
- 21) ドイツ連邦通常裁判所第2民事部2001年1月29日判決（BGHZ 146, 341）。この判決は、民法上の組合の権利能力を明言した（BGHZ 146, 341, Tz. 5）最初の最上級審判決であり、民法上の組合における組合員の個人的責任をめぐる議論の基本的判決となっている。同判決については、福田清明「日独における社団と組合の峻別論の発展—民法上の組合の権利主体性を中心に—」明治学院論叢法学研究72号29-31頁（2001年）、福瀧博之「ドイツ法における民法上の組合の権利能力（1）—BGHの判決とKarsten Schmidtの見解—」関西大学法学論集54巻2号5頁以下（2004年）、西内康人「団体論における契約性の意義と限界（3）—ドイツにおける民法上の組合の構成員責任論を契機として—」法学論叢165巻5号18頁以下（2009年）に詳しい。
- 22) たとえば、ドイツ連邦通常裁判所第2民事部1955年6月6日判決（訴状における組合という表記は、組合員個人ではなく、合手的結合状態にある組合員を表すとするBGHZ 17, 340, Tz. 8）、第8民事部1966年12月21日判決（民法上の組合は固有の法人格を有さず、取引の当事者は合手的結合状態にある組合員であるとする。Neue Juristische Wochenschrift [zitiert als: NJW] 1967, 821, Tz. 13）、第2民事部1973年10月15日判決（一般論として組合員の合手的結合状態をいう。BGHZ 61, 338, Tz. 18）、第1民事部1975年11月21日判決（訴状では民法上の組合たる共同事業体が原告として記載されていたが、原告は合手的結合状態にある組合員であるとする。VersR 1976, 286, Tz. 9）、第2民事部1980年1月3日判決（民法上の組合の有限会社の設立への参加につき、組合員が合手的に持分を有することになるとする。BGHZ 78, 311, Tz. 28）、第2民事部1980年12月15日判決（一般論として、組合は構成員に対して独立したものではないとし、組合員の合手的結合状態をいう。BGHZ 79, 374, Tz. 12）、第8民事部1983年1月24日判決（組合員の合手的な共同占有をいう。BGHZ 86, 300, Tz. 22）、第8民事部1983年1月26日（同じく合手的な共同占有をいう。BGHZ 86, 340, Tz. 24）、第5民事部1989年5月18日判決（民法上の組合は合手的結合状態にある組合員であるにとどまるから、住居所有権法〔Wohnungseigentumsgesetz〕上の管理人になれないとする。BGHZ 107, 268, Tz. 13.）などがある。
- 23) BGHZ 116, 86, Tz. 7.
- 24) BGHZ 136, 254, Tz. 17 ff.

- 25) Werner FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/1, Die Personengesellschaft (zitiert als: Personengesellschaft), 1977, S. 286 ff., insbes. S. 327.
- 26) BGHZ 142, 315 (ドイツ連邦通常裁判所第2民事部1999年9月27日判決), Tz. 15. この判決については、福田・前掲注(21) 27-29頁、西内・前掲注(21)(1) 法学論叢165巻3号21頁以下に詳論がある。
- 27) BGHZ 142, 315 (連邦通常裁判所1999年9月27日判決・前掲注(26)), Tz. 8 u. 12. 責任制限が個別的契約によって合意されるか、または、法律によって定められているのであれば、個人として、あるいは、他のものとともに事業を営むものはその個人財産によっても責任を負うことが、民法および商法の一般原則であるとする。
- 28) 学説・判例の展開につき、高橋英治「ドイツ法における民法上の組合の法人格」奥島孝康教授還暦記念(第1巻)『比較会社法研究』(1999年、成文堂) 433頁以下、福田・前掲注(21) 24頁以下を参照されたい。
- 29) Hans-Jürgen HEIL, Parteifähigkeit der GbR- der Durchbruch der Gruppenlehre?, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (zitiert als: NZG) 2001, S. 303.
- 30) Peter ULMER, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, Sonderausgabe aus Band 5 (Schuldrecht・Besonderer Teil III) des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. (zitiert als: MÜNCHNER/ULMER, 4. Aufl.), 2004, §705 Rn. 11 u. §714 Rn. 4; Kurt LUKA, Rechtsnatur und Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2004, S. 34 f.; Valerie KELLERMANN, Die Haftung der Gesellschafter einer BGB-Außengesellschaft, 2007, S. 31 f.; Thomas RICHTER, Die BGB-Gesellschaft im Vergleich zu den französischen Zivilgesellschaften, 2009, S. 47 ff.
- 31) Z. B., Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band., Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., 1986, S. 389 f.
- 32) Barbara DAUNER-LIEB, Unternehmen in Sondervermögen- Haftung und Haftungsbeschränkung (zitiert als: Sondervermögen), 1998, S. 553; MÜNCHNER/ULMER, 4. Aufl., §714 Rn. 32; LUKA, a. a. O., S. 37, 44 f. u. 95.
- 33) Tobias HUEP, Die Haftungsbeschränkung zugunsten Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft, NZG 2000, S. 286.
- 34) Barbara DAUNER-LIEB, Die BGB-Gesellschaft mit beschränkter Haftung- Phantom oder zulässige Spielart der GbR?, Deutsches Steuerrecht (zitiert als: DStR) 1998, S. 2016 u. 2017; HUEP, a. a. O., S. 286 u. 292; Walther HADDING, Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung

- ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (zitiert als: ZGR) 2001, S. 738 f.; Holger ALTMIPPEN, Verfassungswidrigkeit der Akzessorischen Haftung in der GbR?, NJW 2004, S. 1563; Jan-Hendrik SCHULZE, Die akzessorische Haftungsverfassung der Außengesellschaft bürgerlichen Rechts, 2006, S. 74 ff.; RICHTER, a. a. O., S. 49 f.
- 35) Benno MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II Recht der Schuldverhältnisse, 1899 (Nachdruck 1979), S. 990 f. u. 1259 f.
- 36) Z. B., Friedrich KÜBLER/Heinz-Dieter ASSMANN, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2006, S. 30 f.
- 37) HUEP, a. a. O., S. 286; LUKA, a. a. O., S. 6; SCHULZE, a. a. O., S. 35 ff.
- 38) LARENZ, a. a. O., S. 389 f.; Alfons KRAFT/Peter KREUTZ, Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., 2000, S. 104; Peter ULMER, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, Sonderausgabe aus Band 5 (Schuldrecht · Besonderer Teil III) des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. (zitiert als: MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl.), 1997, 3. Aufl., §714 Rn. 32; RICHTER, a. a. O., S. 35 ff.
- 39) BGHZ 146, 341 (連邦通常裁判所2001年1月29日判決・前掲注(21)), Tz. 39 (組合員の個人的責任につき、これを附従説的立場から承認する); BGHZ 154, 88 (ドイツ連邦通常裁判所第2民事部2003年2月24日判決), Tz. 19 ff. (不法行為による法定債務についても組合員の個人的責任を承認する). 後者の判決については、西内・前掲注(21)(6)法学論叢166巻2号8頁以下に詳しい。
- 40) Walther HADDING, Haftungsbeschränkung in der unternehmerisch tätigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag (zitiret als: FS Rittner), 1991, S. 137 ff.; Dieter HECKELMANN, Die GbRmbH als (neue) Gesellschaftsform, Festschrift für Karlheinz Quack zum 65. Geburtstag, 1991, S. 244 f.; MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 25 ff.; Harry WESTERMANN, ERMANN Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, §§ 1-853, 10. Aufl., 2000, §714, Rn. 10; HUEP, a. a. O., S. 286 f. u. 293. なお、福田・前掲注(21) 27-28頁、西内・前掲注(21)(1)法学論叢165巻3号21頁以下を参照されたい。
- 41) 伝統的学説の中でも、二重の義務づけ論によって組合員の責任を根拠づける見解がある (Volker BEUTHIEN, Die Haftung von Personengesellschaften, Der Betrieb 1975, S. 725 ff.; KÜBLER/ASSMANN, a. a. O., S. 58)。しかし、伝統的学説は組合員以外の (組合自体の) 権利義務主体性を認めないものである。それゆえ、組合員と組合の両者を二

重に義務づけるという議論、つまり、二重の義務づけ論は、伝統的学説においては用語において不精確である。組合財産と組合員の個人財産を責任財産とするという意味で、二重の義務づけ (Doppelverpflichtung) ではなく、二重の責任 (Doppelhaftung) というほうが適切である (RICHTER, a. a. O., S. 80)。

- 42) BGHZ 146, 341 (連邦通常裁判所2001年1月29日判決・前掲注 (21)), Tz. 39 (附従説的立場に立ち、民法上の組合の責任と組合員の責任の関係が、合名会社に関するドイツ商法典128条以下の定める附従的な社員の責任の場合における法状態に対応するとする)。
- 43) MÜNCHNER/ULMER, 4. Aufl., §714 Rn. 34.; Torsten SCHÖNE, Beck'scher Online-Kommentar BGB (zitiret als: BeckOK/SCHÖNE), Stand: 1.2.2012, Edition: 22, §714 Rn. 1.
- 44) Peter REIFF, Die Haftungsverfassungen der nichtrechtsfähiger unternehmenstragender Verbände, 1996, S. 167 ff. u. 289 ff.; SCHULZE, a. a. O., S. 95 ff.; RICHTER, a. a. O., S. 82 f.
- 45) HUEP, a. a. O., S. 287, 291 u. 293; LUKA, a. a. O., S. 254 ff. u. 257.
- 46) Herbert WIEDEMANN, Wertpapier-Mitteilungen1994, Sonderbeilage Nr. 4 (zitiert als: WM), Rechtsverhältnisse der BGB-Gesellschaften zu Dritten, S. 18.
- 47) DAUNER-LIEB, DStR 1998, S. 2017; RICHTER, a. a. O., S. 81 f.
- 48) HUEP, a. a. O., S. 293; MÜNCHNER/ULMER, 4. Aufl., §714 Rn. 58; MÜNCHENER Handbuch/Hans GUMMERT, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, hg. von Hans GUMMERT/Bodo RIEGER/Lutz WEIPERT, 2010, §18, Rn. 8.
- 49) MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 29 u. 31; Mathias HABERSACK, Haftung der Mitglieder einer GbR für Bürgschaftsverpflichtungen der Gesellschaft, Betriebs-Berater (zitiert als: BB) 1999, S. 61 ff.
- 50) REIFF, a. a. O., S. 345 ff.; Karsten SCHMIDT, Das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1998, S. 2164; DAUNER-LIEB, DStR 1998, S. 2015 f.; HUEP, a. a. O., S. 293 f.; Karl-Nikolaus PEIFER, Der BGH und die GbRmbH- Rückschlag oder Fortschritt auf dem Weg zum Verständnis der Gesamthand?, NZG 2001, S. 198 f (もっとも、これらの見解は二重の義務づけ説を採るものではなく、二重の義務づけ説を批判するために、代理権の制限という構成自体を否定している)。
- 51) Hans GUMMERT, Zur Zulässigkeit einseitiger Haftungsbeschränkungen auf das Vermögen der BGB-Außengesellschaft, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (zitiret als: ZIP) 1993, 1063 ff.; HUEP, a. a. O., S. 286 u. 293; LUKA, a. a. O., S. 257 f. u. 263 f.; BeckOK/SCHÖNE, §714 Rn. 37.
- 52) HADDING, FS Rittner, S. 138; HECKELMANN, a. a. O., S. 246; HUEP, a. a. O., S. 286 f.,

- 291 u. 293; LUKA, a. a. O., S. 265 ff.
- 53) HECKELMANN, a. a. O., S. 250 ff.; MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 31 f.; HADDING, FS Rittner, S. 141 f.; Barbara GRUNEWALD, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2002, Teil 1 A, Rn. 58.
- 54) Walther HADDING, SOERGEL Kohlhammer-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zitiret als: SOERGEL/HADDING), Bd. 4, 11. Aufl., 1985, §714 Rn. 29; HECKELMANN, a. a. O., S. 251; MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 31 u. 35; GRUNEWALD, a. a. O., Teil 1 A, Rn. 56 u. 58.
- 55) SOERGEL/HADDING, aa.O., §714 Rn. 9; MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 32; GRUNEWALD, a. a. O., Teil 1 A, Rn. 56.
- 56) HADDING, FS Rittner, S. 142; HECKELMANN, a. a. O., S. 251 f.; MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 36 f.; GRUNEWALD, a. a. O., Teil 1 A, Rn. 58.
- 57) MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 34; DAUNER-LIEB, DStR 1998, S. 2017 f.; Peter ULMER, Wege zum Ausschluss der persönlichen Gesellschafterhaftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts- Relevanz von Namenszusätzen für die Haftungsverfassung der GbR aus Sicht der Doppelverpflichtungstheorie, ZIP 1999, S. 512; HUEP, a. a. O., S. 291; LUKA, a. a. O., S. 266 ff.
- 58) SOERGEL/HADDING, a. a. O., §714 Rn. 25 u. 32; HADDING, FS Rittner, S. 140 ff. このような方法による権利外観の排除を主張する見解は、業務執行組合員の代理権の制限に関する従前の見解を、集合体説かつ二重の義務づけ説のもとの権利外観の排除の場面に接ぎ木したものである。ここでいう従前の見解は、民法上の組合の権利主体性を認めない伝統的学説であれ、それを承認する当初の素朴な集合体説であれ、業務執行組合員の代理権を合手的結合状態にある組合員ないし組合に限定するには、代理権の制限だけでは不十分で、代理権の制限が相手方に認識可能ないし明白でなければならないとしていた（Werner FLUME, Schuld und Haftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag (zitirt als: FS Westermann), 1974, S. 133; Ernst KEßLER, Julius v. STAUDINGER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, II. Bd, 4. Teil, 10./11. Aufl., 1975, §714 Rn. 12 f.; Hermann-Arnold SCHULTZE-v. LASAULX, SOERGEL Kommentar Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 4, 10. Aufl., 1969, §714 Rn. 9)。
- 59) MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 36 ff.; LUKA, a. a. O., S. 267 ff.
- 60) 反対に相手方の調査義務を肯定するのが、前述の、代理権制限に認識可能性ないし明白

性を要求する学説である (Vgl. HADDING, FS Rittner, S. 142)。

- 61) HECKELMANN, a. a. O., S. 250 f.; MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 37; LUKA, a. a. O., S. 267 ff.
- 62) HECKELMANN, a. a. O., S. 251 f.; MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 37.
- 63) HADDING, FS Rittner, S. 140 f.; HECKELMANN, a. a. O., S. 252; MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 38.
- 64) HADDING, FS Rittner, S. 141.
- 65) HECKELMANN, a. a. O., S. 252; MÜNCHNER/ULMER, 3. Aufl., §714 Rn. 39.
- 66) BGHZ 142, 315 (連邦通常裁判所1999年9月27日判決・前掲注(26)), Tz. 9.
- 67) BGHZ 142, 315 (連邦通常裁判所1999年9月27日判決・前掲注(26)), Tz. 12.
- 68) BGHZ 142, 315 (連邦通常裁判所1999年9月27日判決・前掲注(26)), Tz. 16 f.
- 69) BGHZ 142, 315 (連邦通常裁判所1999年9月27日判決・前掲注(26)), Tz. 4, 8 u. 18 f.
- 70) DAUNER-LIEB, DStR 1998, S. 2017.
- 71) Wolfram TIMM, Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, NJW 1995, S. 3215 f.; Peter ULMER, Gesellschafterhaftung in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Durchbruch der Akzessorietätstheorie?, ZIP 1999, S. 563 f.; DAUNER-LIEB, DStR 2001, S. 356 ff.; Mathias HABERSACK, Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH, BB 2001, S. 477 ff.; HADDING, ZGR 2001, S. 727 ff.; Karsten SCHMIDT, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, S. 993 ff.; Harm Peter WESTERMANN, Erste Folgerungen aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft, NZG 2001, S. 289 ff.; Stefan HABERMEIER, Julius v. STAUDINGER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 §§705-740, 13. Aufl., 2003, Vor. zu §709-740 Rn. 31 f. u. 35; Karsten SCHMIDT, Die Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als gesetzliches Schuldverhältnis, NJW 2003, 1903 f.; MÜNCHNER/ULMER, 4. Aufl., §714 Rn. 35 ff. (ウルマーはミュンヒナー・コンメンタールの第3版から第4版で二重の義務づけ説から附従説に改説した)。
- 72) DAUNER-LIEB, DStR 1998, S. 2017; RICHTER, a. a. O., S.81, Anm. 365 u. 366.
- 73) ULMER, ZIP 1999, S. 557; Peter O. MÜLBERT, Die rechtsfähige Personengesellschaft, Archiv für die civilistische Praxis 199, 1999, S. 67 u. 86 f.; Mathias CASPER, Anmerkung zum Urteil d. BGH v. 21.1.2002-II ZR 2/00, Juristische Zeitung 2002, S. 1112; Carsten SCHÄFER, Offene Fragen des BGB-Gesellschafters, ZIP 2003, S. 1226,

- Fn. 7; SCHULZE, a. a. O., S. 74 ff.
- 74) BGHZ 146, 341（連邦通常裁判所2001年1月29日判決・前掲注（21））, Tz. 39.
- 75) BGHZ 142, 315（連邦通常裁判所1999年9月27日判決・前掲注（26））, Tz. 12. 前掲注（27）参照。
- 76) MÜNCHNER/ULMER, 4. Aufl., §714 Rn. 35; SCHULZE, a. a. O., S. 70 f.
- 77) CASPER, a. a. O., S. 1112 f.; MÜNCHNER/ULMER, 4. Aufl., §714 Rn. 35.
- 78) RICHTER, a. a. O., S. 88 f.
- 79) MÜNCHNER/ULMER, 4. Aufl., §714 Rn. 36; SCHULZE, a. a. O., S. 36 ff., 72 ff. u. 81 f.; RICHTER, a. a. O., S. 88 f.
- 80) SCHMIDT, NJW 2001, S. 998.
- 81) Karsten SCHMIDT, Gesellschaftsrecht (zitiret als: Gesellschaftsrecht), 4. Aufl., 2002, S. 1801.
- 82) RICHTER, a. a. O., S. 82 ff.
- 83) ULMER, ZIP 1999, S. 557 u. 559; HUEP, a. a. O., S. 292; Holger ALTMIPPEN, Deliktshaftung in der Personengesellschaft, NJW 2003, S. 1555.
- 84) SCHMIDT, NJW 2003, S. 1902.
- 85) LUKA, a. a. O., S. 148 ff.; SCHULZE, a. a. O., S. 31 ff.
- 86) LUKA, a. a. O., S. 159 ff. ドイツの判例・通説が民法上の組合に権利能力を承認する以前における、民法上の組合へのドイツ民法典31条の類推適用およびドイツ民法典831条（被用者に対する責任）の適用不可については、西内・前掲注（21）（6）法学論叢166巻2号21頁以下に詳論がある。
- 87) LUKA, a. a. O., S. 148 ff.
- 88) Martin SCHÖPFLIN, Entsprechende Anwendung des §31 BGB und persönliche Haftung für gesetzliche Verbindlichkeiten bei der GbR, DStR 2003, S. 1350.
- 89) FLUME, Die Personengesellschaft, a. a. O., S. 343 f.; ders, FS Westermann, S. 142 f.; SCHÄFER, ZIP 2003, S. 1228.
- 90) Werner FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I/2, Die juristische Person, 1983, 394 f.; ders, FS Westermann, S. 142 f.; ALTMIPPEN, NJW 2003, S. 1556; SCHÄFER, ZIP 2003, S. 1228.
- 91) ALTMIPPEN, NJW 2003, S. 1558; Claus-Wilhelm CANARIS, Die Übertragung des Regelungsmodells der §§125-130 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als unzulässige Rechtsfortbildung contra legem, ZGR 2004, S. 112 f.
- 92) BGHZ 142, 315（連邦通常裁判所1999年9月27日判決・前掲注（26））, Tz. 12.

- 93) BGHZ 134, 333, Tz. 13 (設立中の有限会社が GmbH [有限会社] または GmbH i.G. [設立中の有限会社] という名称を用いても、構成員は個人的責任を免れない).
- 94) RICHTER, a. a. O., S. 88 f.
- 95) 前述 II 4 (2) (d) 小括。
- 96) DAUNER-LIEB, Sondervermögen, S. 553; MÜNCHNER/ULMER, 4. Aufl., §714 Rn. 32; LUKA, a. a. O., S. 37, 44 f. u. 95.
- 97) TIMM, NJW 1995, S. 3215; REIFF, a. a. O., S. 16 f. u. 345 ff.; Kai-Steffen SCHOLZ, Die BGB-Gesellschaften nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 29. 1. 2001, NZG 2002, S. 162; Herbert WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht Bd. II, Recht der Personengesellschaften, 2004, S. 658.
- 98) ULMER, ZIP 1999, S. 556; CANARIS, ZGR 2004, S. 112; Riever NAGEL, Begründung und Beschränkung der Gesellschafterhaftung bei der BGB-Gesellschaft, DStR 2000, S. 2098; SCHULZE, a. a. O., S. 87 ff. u. 108 f.
- 99) Holger ALTMIPPEN, Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft für Delikte, NJW 1996, S. 1024 f.; ders., NJW 2003, S. 1558; CANARIS, ZGR 2004, S. 112 f.
- 100) Arnd ARNOLD/Wolfgang DÖTSCH, Persönliche Haftung für Altschulden beim Eintritt in eine GbR, DStR 2003, S. 1399 u. 1402; SCHULZE, a. a. O., S. 81 f. u. 115 f.
- 101) DAUNER-LIEB, Sondervermögen, S. 549 f.; REIFF, a. a. O., S. 314; SCHÖPFLIN, DStR 2003, S. 1350; SCHULZE, a. a. O., S. 116 u. 121.
- 102) SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, S. 1409; DAUNER-LIEB, Sondervermögen, S. 547 ff.; CANARIS, ZGR 2004, S. 111; SCHULZE, a. a. O., S. 92 ff., 113 f., 116 u. 119 ff.
- 103) BGHZ 154, 88 (連邦通常裁判所2003年2月24日判決・前掲注(39)), Tz. 20.
- 104) BGHZ 154, 88 (連邦通常裁判所2003年2月24日判決・前掲注(39)), Tz. 21 (Peter ULMER, Die höchstrichterlich "enträtselte" Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 2001, S. 597を引用).
- 105) PEIFER, NZG 2001, S. 197.
- 106) REIFF, a. a. O., S. 318; Peter ULMER, Die Haftungsverfassung der BGB-Gesellschaft, ZIP 2003, S. 1115.
- 107) ULMER, ZIP 2001, S. 597.
- 108) Mathias HABERSACK, STAUB Großkommentar des Handelsgesetzbuches, Bd. 2, 4. Aufl., 1997, §128 Rn. 1.
- 109) SCHULZE, a. a. O., S. 82 u. 122.
- 110) ALTMIPPEN, NJW 2003, S. 1555.

- 111) Werner FLUME, Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft für deliktisches Handeln der geschäftsführenden Gesellschafter, Der Betrieb 2003, S. 1776.
- 112) SCHULZE, a. a. O., S. 123 f.
- 113) WIEDEMANN, WM, S. 17; DUNER-LIEB, DSrR 2001, S. 360; STAUDINGER/HABERMEIER, Vor. zu §709-740 Rn. 40;
- 114) Peter HOMMELHOFF, Wider das Akzessorietätsdogma in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZIP 1998, S. 14.
- 115) SCHOLZ, NZG 2002, S. 162; Kaspar FREY, Gesellschaftsrecht als Systembaukasten, NZG 2004, S. 172.
- 116) 来栖三郎『契約法』661頁（有斐閣、1974年）、三宅正男『契約法（各論）下巻』1143頁（青林書院、1988年）、福田・前掲注（21）38-40頁。
- 117) BGHZ 142, 315（連邦通常裁判所1999年9月27日判決・前掲注（26））、Tz. 9.
- 118) 我妻・前掲注（18）788、791頁、最判昭38・5・31民集17巻4号600頁。
- 119) 山本敬三『民法講義IV-1 契約』767頁注33）（有斐閣、2005年）を参照されたい。
- 120) 我妻・前掲注（18）791頁。
- 121) 横俣次「組合員の責任」『契約法大系V』157頁（有斐閣、1963年）。
- 122) 鈴木祿彌編『新版 注釈民法（17）』（有斐閣、1993年）130頁以下〔品川孝次〕。
- 123) 「利益の帰するところ損失も亦帰する」（星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」『民法論集 第一巻』296頁〔1970年、有斐閣〕）。
- 124) 資本充実・維持の原則がないということも可能である。なお、星野・前掲注（123）295-296頁を参照されたい。
- 125) 江頭・前掲注（20）76頁は、有限責任を認めるための財務状況の開示につき、合理的な形で行われておれば登記等公的な形でなくともよいとする。しかし、どのような方法があるのか寡聞にして知らないし、そもそも、特定の法形式と結びついて公示されていることに意義があるのではないだろうか。
- 126) 星野・前掲注（123）279頁。
- 127) 西内・前掲注（21）（8完）法学論叢166巻4号（2010年）21頁。