慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	ドイツの行為者責任における行為者の概念 : 権利能力なき社団の責任に関する一考察
Sub Title	,,Handelnden" : Begriff in der deutschen Handelnden haftung : Ein Beitrag zur Haftung des nichtrechtsfähigen Vereins
Author	阿久澤, 利明(Akuzawa, Toshiaki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1980
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.53, No.10 (1980. 10) ,p.28- 62
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	研究ノート
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19801015-0028

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

研究ノート

ドイツの行為者責任における行為者の概念

——権利能力なき社団の責任に関する一考察——

阿久澤利明

一　はじめに
二　判例にみられる行為者概念
三　学説の動向
四　会社設立における行為者概念
　——主としてドイツ最上級審の判決を中心にして——
五　おわりに

一　はじめに

ドイツ民法典は、その第五四条で、いわゆる権利能力なき社団（nicht rechtsfähiger Verein, Verein ohne Rechtsfähigkeit）の法律関係を規定している。そして、本条後段は、権利能力なき社団の名で第三者と行つた法律行為については、行為者自らが責任を負い、行為者数人が行為したときには、彼等が連帯債務者（Gesamtschuldner）として責任を負う、と規定している。同様な文言の責任規定は、また、会社の設立規定の中にも見られる。[1] このような責任が、行為者の特別責任（besondere Haftung des Handelnden）[2]、行為者の個人責任（persönliche Haftung des Handelnden）[3]、もしくは、端的に行為者責任（Handelndenhaftung）[4] と呼ばれている責任

である。

この行為者責任は、法人格のない団体の為に行為をした者が、自らもその法律行為による責任を負う、という内容をもつものであり、従つて、この責任は、伝統的な法原則から導くことのできない、法政策上の必要性に基づいた責任と解される。[5] そこで行為者責任の政策目的ないしその必要性を明らかにすることが、当該責任理論についての重要な問題となり、また、これをめぐる理論上の大きな対立がドイツで見られるのである。そして、この行為者責任の、いわば機能に関する問題が中心となつて、行為者責任の要件もしくは効果をめぐる解釈問題が展開されることになる。この解釈上の問題としては、いわゆる行為者の概念をめぐる問題がある。これは、右の機能上の問題と並んで、大きな理論的対立をみせながら変遷してきた問題であつて、行為者責任における二つの重要問題のうちの一つとなる。なぜならば、行為者責任を考える場合に、その責任を正当とする根拠の解明のみならず、その責任をまさに実効性あるものとする為に、いつたい、どのような者が、行為者として責任を負うのか、という問題の解明も、必要かつ重要だからである。

ところで、ドイツ民法典の起草者は、第五四条後段の規定を設けるにあたつて、機関たる理事団（Vorstand）に属していない者も、社団の代理人（Vertreter）として行為をしたからには、行為者責任を負うべきであつて、個人責任が理事等に制限されるべきではない、と述べている。[6] この起草者の見解によれば、行為者の範囲は、社団の理事団をもつて必然的に考えられるわけではなく、これよりも広く解されることになる。しかし、この起草者の見解をめぐつては、社団の代理人もしくは復代理人（Substitut）が行為者責任を負担することになるけれども、その場合に、理事団は、法律行為に関するなんらの責任も負わないことになるのかどうか、という問題が現在争われている。

この問題に関して、ドイツの少数説は、民法上の行為者概念を考える際に、会社法上の理論が導入されるべきであるとしている。[7] また、権利能力なき社団は、いわゆる非営利社団（nicht wirtschaftliche Vereine）と営利社団（wirtschaftliche Vereine）とに分けられるが、民法は、一見同じように右の両社団について行為者責任を規定しているといつても、営利社団に関しては、会社法上の理論が導入されるべきである、という有力な見解も見られるのである。[8]

そこで、現行会社法に見られるような行為者責任を最初に規定したドイツ普通商法典の起草者の見解を見てみよう。会社設立の免許主義と行為者責任とを定めた右法典第二一一条の立法審議の中で、行為者責任は、大きな事業が行われたときに、ほんのわずかにしか役立たないので、公衆は、会社の設立において損害を蒙るであろう、という異論が出された。これに対して、提案者は、業務を執行する構成員のみならず、株式引受人の意思を体して行為がなされた場合に、すべての当該株式引受人も行為者となる、と答弁したのであつた。[9]

右に述べた会社法上の行為者責任に関する起草者の見解が、前述の少数説ないし有力説がいうように、すべて民法理論に導入される

べきかどうか、は問題である。これについては後の考察にゆずるとして、なお注意すべきことは、右の会社法上の理論自体について、変動が見られる、ということである。この変化は、行為者責任の基礎にあった債権者保護の思想が、大きく変動していることに基づいている。

そこで、本稿は、ドイツで論じられている行為者概念が、いったい理論的にどのようなものなのか、そして、この概念の背後に、いったい、いかなる政策的配慮がなされているのであろうか、という問題を扱おうとするものである。(10)(11)

(1) 現行一九六五年株式法の第四一条一項は、「商業登記簿への登記前は、株式会社は株式会社として成立しない。会社の登記前に会社の名において行為する者は自ら責を負う：数人が行為するときは、それらの者は連帯債務者として責を負う。」（慶應義塾大学商法研究会訳・西独株式法参照）と規定している。同旨、有限会社法第一一条（行為者責任については、同条第二項）。

(2) Soergel-Schultze = v. Lasaulx, Burgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, 10. Aufl., 1967, §54 Anm. 42.

(3) Schumann, Zur Haftung der nichtrechtsfähigen Vereine, 1956, S. 27.

(4) John, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 314.

(5) Staudinger-Coing, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1, 11. Aufl., 1957, §54 Anm. 39.

(6) Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des

Entwurfs eines BGB, Bd. II, 1898, S. 459. これは、以下において、BGB-Protokolleと記す。

(7) Stoll, Gegenwärtige Lage der Vereine ohne Rechtsfähigkeit, Reichsgerichts-Festschrift, Bd. II, 1929, S. 69; Heinsheimer, Anmerkung zum Urteil v. OLG Stettin, 26. 2. 1923, JW 1924, S. 218.

(8) Habscheid, Der nicht rechtsfähige Verein zwischen juristischer Person und Gesellschaft, AcP 155, S. 408f.; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Halbbd. 1 u. 2, 15. Aufl., 1959, S. 705, FN (51b); Soergel-Schultze = v. Lasaulx, aaO. §54 Anm. 45.

(9) Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, III. Theil, 1858, S. 1450.

(10) わが国でも、権利能力なき社団をめぐって、いわゆる行為者ないし代表者の法律行為上の責任を肯定する学説が見られる。しかし、それによる行為者ないし代表者のとらえ方は、人によって異なり、まだ十分に研究されているとはいえない。

石田文次郎博士（「権利能力なき社団」法学論叢第三一巻二号一七八頁）は、営利を目的とする権利能力なき社団に合資会社の規定を類推適用し、権利能力なき社団の「業務執行社員」が人的無限責任を負う、とされる。この見解によれば、業務執行権限を有する者すべてが、代表者の責任を負うことになるであろう（参照商法第一四八、一五一条一項）。

しかし、この見解に対して、川島武宜博士（民法総則一三九頁）は、「法律行為をした当該の理事」の責任を考えておられる。

さらに、大隅健一郎教授（「権利能力なき社団と信託法理」法学研究第

三六巻二号七七頁）は、社団の代表者か社団目的を遂行するために行つた法律行為については、信託の受託者たる現実の行為者であり、社団財産の信託的名義人でもある代表者自身が、債務を負担する、といわれる。

森泉章教授（「権利能力なき社団に関する研究」団体法の諸問題所収一一九、一二〇頁）が唱えておられる代表者の責任論を見ると、教授は、「社団の登記制度の不備・内部組織の不明瞭という点にかんがみて、債権者保護・取引の安全のために、理事等の代表者に担保責任としての人的無限責任を負わせるべきであろう」といわれる。また、森泉教授は、別のところでも、「社団の業務執行者である理事などの代表者」という表現をもちいられており、広く代表者の概念を認めておられるようである。

平出慶道教授（「株式会社不成立の場合における発起人の責任（二・完）――発起人の地位の再検討――」北大法学論集第一二巻三号三五五頁）も、社団財産が公示されていないことを理由に、代表者の責任を肯定されるが、この代表者を「法人格のない社団のために法律行為をする代表者」と解しておられる。

福地俊雄教授（「法人に非ざる社団について」神戸法学雑誌第一六巻一・二号一五四、一六七頁）は、営利団体について、補充的な担保責任を負担する特約を推定して、代表者の責任を認めておられるが、この代表者のことを社団の名において法律行為上の意思表示をなした者として考えておられるように思われる。

また、星野英一教授（「いわゆる『権利能力なき社団』について」民法論集第一巻所収二九八頁）は、営利を目的としない権利能力なき社団についてのみ、法律行為をした代表者の無限責任を認めることにしておけばよい、といわれる。

以上のように、わが国の学説は、行為者ないし代表者を定義する為に、「業務執行者」、「法律行為をした当該の理事」、「信託の受託者たる現実の行為者」、「理事等の代表者」等々といった様々な表現をもちいている。これらの概念の説明が決して一義的に考えられないことは、理事が複数存在する場合の問題を考えたときに、明らかとなる。社団の代表行為に関して、わが国の通説は、これを各理事個人の単独代表と解しているが、この通説に従えば、「法律行為をなした理事」は、非常に狭く解されざるをえない。反対に、「業務執行者」ないし「理事等」の責任として考えたときには、責任を負う者の範囲が広くとられる可能性がある。

さらに、後に検討するように、ドイツの行為者概念における一つの問題は、たとえば理事が復代理人を選任したとき(日本民法第五五条参照)に生ずる。復代理人は、ここで権利能力なき社団の名において行為するものと考えられる。従つて、法律行為を行つた者が行為者ないし代表者であるとすると、理事は、個人責任を負わないことになりはしないか、という問題が、わが国でも生じうる。

右の、理事の単独代表および復代理人の行為に関するわが国の理論については、藤原弘道・注釈民法(2)二〇九、二二〇頁を参照されたい。

以上において、われわれは、わが国での行為者概念が様々な表現をもつて説明されていることを知りえた。しかし、様々な表現が見られるといつても、大きく分類すれば、法律行為を現実に行つた者のみを行為者ないし代表者とする考え方と、それを広く解釈しようとする考え方とに分けられるであろう。そこで、まさに検討されるべき問題は、以下のことである。すなわち、まず第一に、それは、右の考え方の差異がなぜ生じるのか、はつきりと認識されねばならない、ということである。いいかえれば、右のそれぞれの考え方の背後に、いかなる理論的および実際的配慮がなされているかを、われわれは、具体的に知らなければなら

ない。そして、第二の問題としては、行為者概念を広くとらえようとする場合に、それがいかなる範囲で確定されるべきか、ということが考えられねばならない。いいかえれば、行為者ないし代表者の責任を理事等の責任と解したときに、それは、全理事の責任ないし機関としての責任と考えられるのか、さらに、理事の他には責任を負う者がいないのか、といったそれぞれの問題が検討されなければならない。本稿は、右の問題の基礎研究として、ドイツにおける行為者概念を明らかにするものである。

(11) なお、本稿でいうRGとはReichsgericht、BGHとはBundesgerichtshof、BAGとはBundesarbeitsgericht、OLGとはOberlandesgerichtのことである。また、判決の掲載紙も、以下の通りの略記をもちいた。RGZ=Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen; JW=Juristische Wochenschrift; Warn=Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts; BGHZ=Entschiedungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; BGH LM=Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen; MDR=Monatsschrift für Deutsches Recht; NJW=Neue Juristische Wochenschrift; JZ=Juristen-Zeitung; WM=Wohnungswirtschaft und Mietrecht; OLGE=Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen; HRR=Hochstrichterliche Rechtsprechung.

二　判例にみられる行為者概念

(一)、民法上の行為者概念ないしはその責任を扱つたいくつかのドイツの判決例をつぎに見ていくことにする。

①　OLG Frankfurt 28. 4. 1904, OLGE 10, S. 56.

この判決は、権利能力なき社団である消費協同組合（Konsumverein=Konsumgenossenschaft）に関するものである。この消費協同組合の従業員であるAは、商品を原告Xに注文した。しかし、これは、Y_1とY_8がその注文をAに委任し、あるいは、Y_1とY_8が少なくともそれを追認するかたちで行われたものである。他方で、Y_2……Y_7が当時の理事（Vorstandsmitglieder）であつたが、彼等は、その業務執行義務を果さずに、Y_1とY_8にそれを委ねていた。本件は、Y_1ないしY_8の八名が連帯債務者として行為者責任に問われたものである。判決は、Xの請求を認容した。

判旨は、Y_1とY_8の責任について、会社法上の行為者責任に関する一九〇三年九月二二日のライヒ裁判所（Reichsgericht）判決（RGZ 55/302.）に見られる解釈を採用している。すなわち、ある法律行為に同意ないし追認した者も行為者責任を負う、とするのが右ライヒ裁判所の判決であるが、(1) 本件判決も、この論理に基づいて被告Y_1とY_8の行為者責任を認めている。

つぎに、残る被告Y_2ないしY_7の行為者責任について、彼等は、$Y_1$$Y_8$もしくはそのどちらか一人がAの注文行為を追認する際に、このY_1とY_8に同意を与えている、と判断され、判決は、Y_2ないしY_7の行為者責任を認めた。ところで、この、Y_2ないしY_7による同意とは何かが問題となるが、判決は、彼等がY_1とY_8に理事団の業務を執行させたことをもつて、この同意と解している。(2)

② **OLG Breslau 10. 11. 1905, OLGE 12, S. 3.**

原告Xは、健康維持対策および自然療法を目的とする権利能力なき社団から、湯治施設の建設を請け負い、それを右社団に引き渡した。その後、右社団は、社団法人として登記されたが、[3] まもなく解散した。Xは、解散した社団の旧構成員二名に対して、行為者責任に基づき、請負代金の支払を請求した。請求は棄却された。

判決は、行為者を権利能力なき社団の名で第三者と法律行為を行つた者とし、第三者に対して法律行為上の意思表示をした者のことである、としている。そして、法律行為を単に同意もしくは追認した者に行為者責任を拡張することは正しくないとして、被告人の請求を棄却した。

③ **RG 22. 5. 1913, RGZ 82, S. 294.**

本件は、「ドイツ・ルーマニア商業シンジケート」という名称を有し、鉱業権や採掘許可願の換価を目的とする団体に関するものである。Aは、理事の任命契約と出資契約とを右のシンジケートと結んだ。その契約は、監事（Aufsichtsratsmitglieder）であるYとBとによつて、監事団（Aufsichtsrat）を代理するかたちでなされ、かつ署名されたが、さらに、理事団がこれを追認する条項が、その後に記載されていた。Aから出資払戻債権の譲渡を受けた原告Xは、右契約の期間満了後その出資の払戻を被告Yに請求した。第一審は、三五、〇〇〇マルクの支払を認めたが、第二審は、Yの行為者責任を否定した。しかし、本件ライヒ裁判所は、Xの請求を認めた。

右の団体の定款では、出資契約を締結しうる権限が監事団に与えられておらず、そこでまず、これに反する行為に行為者責任が妥当するかどうか、が問題となつた。ライヒ裁判所は、行為とは事実上の経過であるから、Yが契約を十分に検討し、さらに署名することによつて、Yは、その内容を明らかに承認しているのであつて、Yが社団を義務づけることができなかつたという事情は、Yの行為が全契約に関係していることを何ら変えうるものでもない、と判断した。そして、監事団の名での代理は、社団の為の行為の態様を示したにすぎず、その表示は、第五四条後段の適用にとつて重要ではないと判断した。

ところで、第二審は、出資に関する契約が監事団の権限外の行為である為、むしろ、契約書の中の理事の追認条項によつて、被告Yや監事団が理事を代理して行為していることになり、従つて、授権者たる理事が行為者と見なされるべきである、とした。ライヒ裁判所は、この場合でも、代理本人は、理事団ではなく、社団であつて、代理人たるYが行為者であることに変りがないと判断した。[4]

④ **OLG Stettin 26. 2. 1923, JW 1924, S. 218.**

本件は、社交目的の他に、構成員の世話をすることを目的とする、非営利目的の権利能力なき社団をめぐるものである。事実は、Aが、原告Xにワインを注文し、その引渡を受けた。その注文は、しかし、被告Yの指図・委任によつてなされた、というものである。[5] Xは、Yの行為者責任を追及した。請求は棄却された。

本件では、Yが行為者にあたるかどうか、がまさに問題となつ

た。判決は、民法第五四条後段と会社法上の行為者責任規定とを比較して、後者のところで同意または追認をした者による、行為者としての責任が考えられるのは、それが、営利会社（Erwerbsgesellschaft）たる特別な関係に基づくからである、という。さらに、株式会社は大きな企業であり、そこでは規模の大きな業務がなされるから、業務を執行する者の責任では法目的に通常合致しない。本件のような社団では、これと異なり、重要な財産利益がないから、委任者ではなく行為者自身が責任を負う、という明確な基準が確定されることで、法目的が十分に果されるとする。[6]

⑤ **RG 22. 7. 1926, JW 1926, S. 2907.**

ある手形が、権利能力なき保険団体（Versicherungsverein）宛に振出され、その理事である被告ＹＺの署名により、右社団の名で引受がなされた。判決は被告等の責任を認めた。

本件は、理事の行為者責任が直接に取りあげられた典型的事例である。判決は、当事者の意思が行為者の個人責任にむけられていたかどうかを問わず、行為者責任が法定責任であることを理由に、ＹＺ両名の行為者責任を認めた。

⑥ **OLG Stuttgart 12. 12. 1927, HRR 1928, Nr. 937.**

判決は、非常に簡単に紹介されているが、事実は、一応つぎのようになるであろう。Ａは、ある権利能力なき社団の名で、原告Ｘに印刷の仕事を注文した。Ｘは、直接注文していなかったＹに、彼が理事（団）の機能を有していたことを理由として、その行為者および構成員としての個人責任を追及した。その請求は棄却された。

被告Ｙの行為者責任について、地方高等裁判所（Oberlandesgericht）は、民法第五四条後段が、社団理事団としての資格でもって、行為者に個人責任を負担させるものではなく、行為者の代理（Vertretung）[7]権限の有無に拘らず、社団の為の行為のみが責任を基礎づける、として、原告Ｘに注文を行っていない被告Ｙの行為者責任を否定した。[8]

⑦ **BGH 21. 5. 1957, BGH LM Nr. 11 zu §31 BGB.**

ある地方の狩猟団体の主催で、狩猟展示会が企画された。その際に、右団体は、その名称の使用をＡに許諾した。Ａは、原告Ｘと、展示場の賃貸借契約を結び、Ｘも、その展示会に参加した。しかし、この展示会は、経済的に失敗であることが明らかとなり、Ｘは、団体幹部に対して詐欺を主張し、展示場を事前に片付けてしまった。Ｘが、さらに、この狩猟団体の理事ＹおよびＺＷ[9]に損害賠償を請求したのが[10]本件である。なお、右団体の定款では、Ｙのみに対外的代理権が与えられていた。

連邦裁判所（Bundesgerichtshof）は、右団体（権利能力なき社団）の理事たる被告Ｙが、行為者責任を負うことを認めた。すなわち、連邦裁判所は、Ｙが直接の行為者であるとはいえないが、Ａが賃貸借契約をＸと結ぶ際に、Ｙは、単なる容認（Duldung）もしくは授権（Ermächtigung）を超えた行動をとった、という事実に基づいて、Ｙの行為者責任を認めたのである。

つぎに、連邦裁判所は、Ｚの責任に関するＸの上告部分に対して、つぎのような判断を下した。すなわち、Ｚが、ＡおよびＹの活

動に単に同意をしているという理由で、Xは、民法第五四条後段に基づき、Zの責任を主張することはできない。[11] この場合に、資本会社の行為者責任規定に関する、ライヒ裁判所の判例を論ずる必要はない。法的事情は資本会社の場合と異なつており、債権者に対する大きな危険はない、と連邦裁判所は判断している。

⑧ OLG Celle 7. 11. 1975, NJW 1976, S. 806.

原告Xは、被告Y社団にホールを賃貸借し、理事（団）たる被告Zがその賃貸借契約に署名した。当該社団は、その後権利能力を取得したが、Xは、YZに賃料の支払を請求した。Zに対する請求は棄却された。

Zに対する請求が棄却された理由は、行為者概念の問題と関係しない。すなわち、本件のような賃貸借契約は、一つの継続的な債権債務関係であるがゆえに、これから生ずる、行為者の法律行為上の責任は、社団が権利能力を取得した後に免責される、という理由で、Zの責任が否定されたのである。行為者概念の観点から本件判決を見れば、これは、Zが行為者であることを当然の前提に置いている判決である。[12]

㈠、以上のように、われわれは、行為者の概念が問題とされる、いくつかのドイツの判例を見てきた。そこで、以上の判例の意味および動向について、一応のまとめをここでしておこう。

まず、前掲①の判決を除くその他の判決は、この①の判決と比較する限りで、行為者の範囲をより狭くとらえている。たとえば、前掲⑥の判決は、直接に行為をしていないが、理事たる機能を有する被告が行為者責任を負うことを否定した。さらに、前掲⑤の判決では、つぎのように述べられている。すなわち、「民法第五四条後段という特殊な法規定は、理事そのものとしての責任を規定するものではなく、ある法律行為を実行することによつて第三者に対し権利能力なき社団の名で行為するいかなる者も、そのことから個人責任を負う、ということをむしろごく一般的に規定しているのであつて、そもそも、行為者がその社団の構成員であるかどうか、彼がその代理権限をもつているかどうか、などは、どうでもよいことである。」と述べられているのである。[13] また、さらに、前掲②の判決は、行為者を、権利能力なき社団の名で第三者に対して法律行為をする者、すなわち、第三者に対して法律行為上の意思表示をした者のことである、とする。ここで、判決は、第三者に対して法律行為上の意思を表示する、ということが、直接の意思表示のみを意味するのか、あるいは間接の意思表示であつてもよいのか、を明確にしているわけではない。しかし、ここで、第三者に対して法律行為をさせた者ではなく、それを行つた者のことがいわれている以上、むしろ、行為者を直接かつ現実に第三者に対して行為した者と解しているといえよう。

要するに、以上のことから、つぎのことがいえる。すなわち、行為者責任は、理事たる地位にある者の責任と把握されずに、それは、㈠、一般に権利能力なき社団の名で、直接、かつ現実に行為をした者の責任であり、また、そこでは、㈡、行為者は、理事であつても、構成員であつてもよく、さらに、㈢、その代理権限の有無を

も問題とされない、といつた理論が、多くの判決例、とくに、まず、前掲②⑤⑥の判決によつて、とられていた。また、前掲③④の判決は、授権者ないし委任者たる者が行為者責任を負うことを否定するものであつたが、これらの判決の論理も、前掲②⑤⑥によつて述べられていたことを当然の前提に置いて、直接かつ現実に行為をしていない者の責任を否定したものである。

以上の結果、判決の多くは、行為者概念を非常に厳密な意味においてとらえている、といえる。ところで、被告の行為者責任を全部、ないし部分的に否定した判決について、その被告にあげられた者を見てみよう。前掲②の判決では、構成員二名が、④の判決では、理事と思われる者、もしくは理事が、⑥の判決では、いわゆる理事の機能を有していた者が、さらに、⑦の判決では、理事その他二名の者が、それぞれ被告であつた。[14] そして、以上の判決の中で、⑦を除いた他の判決は、被告が直接の行為者ではないとして、その行為者責任を否定したのであつた。しかし、原告が、これらの者を相手に訴を提起したのは何故であろうかを考えてみると、原告等のその意図は、行為者責任を負担すべき者の資力と関係している。従つて、現実に行為をした者の資力だけで、原告等が十分に保護されるであろうかという疑問が生ずることになる。

このような債権者保護の観点からばかりではなく、事実関係を見ても問題と思われるのは、前掲④の判決であろう。すなわち、命令に服し、現実に行為した者が行為者責任を負うのみで、その行為者の背後にあつて、これに指示を与えた者が当該責任を負わない、と考えることには、なお疑問の余地がある。しかし、仮に、この者の行為者責任を肯定しようとするならば、それは、多くの判決がよつていたのとは異なる特殊の理論にたよらなければならなくなる。これが、前掲①と⑦の判決がいう理論である。

前掲⑦の連邦裁判所の判決は、現実に行為をしたAの他に、ある一定の者（理事Y）を行為者とする判決である。この判決は、行為者を法律行為上の意思表示をした者としてでなく、その意思表示の形成に強く関与した者とし、その概念を事実上において確定している。従つて、これは、前掲の多くの判決によつてとられた行為者の範囲を拡張するものといえる。また、連邦裁判所は、控訴審の事実認定に基づいて、つぎのように判断している。すなわち、被告Yは、Aと緊密に協働していた。彼は、狩猟展示会を催すことを数年来念頭に置いていたのであり、失敗した企ての推進者であつた。彼なくしては、その計画は実現されえなかつたであろう、と判断している。[15] ところで、従前の判決は、ある法律行為に同意し、あるいはそれを委任した者が行為者であるとはしていなかつた。従つて、この判決理論によれば、本件で原告と直接に法律行為上関係していないYも行為者責任を負わないことになろう。しかし、連邦裁判所は、前にも述べたように、この催しに対するYの関与の程度、つまり、Yが展示会の開催の為に非常なエネルギーを投入した、ということで、Yの行為者責任を肯定したのである。

ところで、つぎに、右の連邦裁判所よりも、行為者の概念をさらに一層広く拡張していると思われる判決が、前掲①の判決であつた。

ここでは、被告の中の二名の責任は、現実の行為者Aに対する同意や追認によつて基礎づけられている。また、他の六名の被告に関する行為者責任では、彼等が、本来理事団の構成員として職務上有する権限を自ら行使することなく、自己に代つて他人に委ね、この他人を行為させていたことをもつて、その責任が肯定された。従つて、本判決は、権利能力なき社団の構成員が、ある法律行為に対して行つた同意ないし追認ゆえに、行為者責任を負う、という問題を扱つたものではなく、本来業務執行者であつた者が、その権限ないし法律行為の委任をしたことによる内部関係をとらえて、右の間接的な行為者の責任を引き出した判決である。

最後に、前掲⑦の判決では、営利社団における行為者概念の問題が直接触れられているわけではないし、また、その必要も本件ではなかつた。しかし、判決理由を見ると、少なくとも、営利目的を有する権利能力なき社団の行為者概念が、非営利目的のものとは異なつて法律構成されることが示唆されている。[16] また、同時に、連邦裁判所は、会社法上の一九〇三年九月二二日ライヒ裁判所の判決（R.GZ 55/302）を引用していることから、営利社団に関する行為者概念が、このライヒ裁判所の判決や、さらに本連邦裁判所判決より二年前に下された連邦裁判所一九五五年六月一六日の判決[17]をもとにして考えられる余地がある、といえよう。

しかし、その場合に、右の二つの会社法上の判決を中心とする理論に対しては、後に述べるように、その後の連邦裁判所による批判が見られ、新たなる会社法上の判例理論が確立されてきつつあることが、見逃されてはならない。従つて、会社法上の行為者概念がここに導入される、といつても、その概念についての、いかなる部分の判例理論が導入されうるのか、なお検討が必要となる。

われわれは、以上において、判例がどのように行為者概念を把握してきているか、という判例の動向について見てきた。そこでは、まず、行為者に対して法律行為の委任を行つた者も、責任を負う、とする判決がはじめに見られたが、その後、行為者とは、第三者に対して法律行為上の意思表示をした者と解されるようになり、また、現実に法律行為をした者のみの責任が取りあげられるようになつた。しかし、このように現実に法律行為をした者のみの責任が考えられる結果、これらの判例が自らも指摘するところの債権者保護の目的が、ときに否定され、ないし狭く限界づけられることにもなるという事実が看取される。[18] 以上のような判例の動向が見られる反面、一九五七年の連邦裁判所の判決は、それまでの判例が現実に法律行為をした者のみの責任を問題としたのに対して、それを若干拡張しようとする新たな展開の可能性を与えているのである。

（1） ある法律行為に事前に同意をした者ばかりではなく、とくに、追認をした者も行為者責任を負う、という考え方は、後に述べるように、ライヒ裁判所一九〇三年九月二二日以後の判決では、全く否定されている。後掲第四章注(10)。

（2） 本件で、現実に法律行為を行つている者は、Aであろう。しかし、Aのみの責任では、原告の保護として十分ではなく、そこで、現実に行為していない者の責任が認められたものと思われる。Y_1とY_8は、実質的に業務執行をなす者であり、Y_2…Y_7は理事であるが、これらの者の責

任を認める為に、本件では、追認ないし同意、さらに業務執行権限の委任、といつた法律構成が使われている。

(3) 判決は、当該社団が、非営利社団であるか、あるいは、営利社団であるか、について明確に述べてはいない。しかし、当該社団が登記されたという事実から、一応前者であるとも思われる。

(4) ライと裁判所は、この判断を導く為に、Nußbaumの所説を引用しているが、このNußbaumの学説については、後に触れる。

なお、本判決は、現実に行為した者の責任であつて、行為者をこれ以外の者に拡張しうるかどうかを問題とするものではない。

(5) 判決として紹介されたところから、より具体的な事実を見い出すことはできないが、Heinsheimer の評釈によると、本件は、将校クラブを主宰する高級将校が、ある少尉にワインの注文を命令したものであり、その高級将校は当該団体の理事であつた、とされる。Heinsheimer, aaO. S. 218.

(6) ここでいわれている法目的とは、第三者を保護する目的である。

ところで、本判決は、先に述べた②の判決と見解を同じくするもの、といえよう。②の判決は、相手方に対して現実に法律行為上の意思表示を行つた者を行為者とみるが、本件判決も、また、かかる意思表示をした者Aを行為者とみるからである。

しかし、判決のいうように、行為者責任をAのみの責任に限定することによつて、債権者保護の目的が十分果されるとすることには、批判的見解が唱えられている。Heinsheimer は、つぎのようにいう。「判決は、なるほど、有力に主張されている見解と一致するけれども、民法第五四条後段の目的にそぐわないであろう。…法的生活の中で独立して行為しようとする人の団体は、法人格を取得すべく努力すべきであつて、その団体がこれを行わなければ、何はさておいても、この蝙蝠の組織の為に業務を行う者の個人責任を含む、特別の保護措置が、取引の為に講ぜられねばならない。…この少尉も、第五四条後段に従つて責任を負担したことは、正しい。しかし、かの、部下を使つて行為したにすぎない理事が、このようにして、個人責任を免れうる、などとは、法政策的に理解されえないであろうし、第五四条の文言によつて示されない。」以上のようにいつて、Heinsheimer は、前掲①の判決を支持している。

(7) あるいは、これを代表権限と訳すべきかも知れないが、権利能力なき社団のVertretungという表現がドイツでは一般に使われており、本稿は、代理という用語で統一した。

(8) 判決は、被告Yの構成員としての責任については、原則として、構成員が民法第七一四条の責任を負うが、定款、社団目的、構成員の地位と数から、業務執行者の代理権制限が望まれ、認識されうる場合に、社団財産に責任が制限される、という論理をもちいる。

このように、構成員の有限責任が考えられ、さらに、行為者の範囲が狭く解されると、債権額が、行為者からも、また社団財産からも取り立てられない危険性が生ずる。Heinsheimer, aaO. S. 218.

(9) Wはその後死亡し、Zは理事ではなかつた。なお、別に、狩猟団体に対する訴訟手続が行われたが、それは、団体の破産開始によつて中断された。当該団体は、本件で問題とされた行為がなされた後に、登記されたが結局破産したのである。

(10) 本件では、契約締結上の過失（Verschulden bei Vertragsschluß, culpa in contrahendo）による損害賠償請求権が、またZに対しては、その他にも、民法第八三一条による責任が問題となつている。

なお、行為者責任では、履行請求権ばかりではなく、法律行為上考えられる、あらゆる損害賠償請求権の行使ができるとされる。Vgl. Soergel-Schulfze = v. Lasaulx, aaO. §54 Anm. 47.

(11) 以下のことが、本件の判決要旨の一つとして、あげられている。「ある権利能力なき社団の為に行われる行為に、社団構成員として、あるいは理事としても、単に社団の内部関係の中で同意している者は、その社団目的が経済的営業にむけられていなかったときには（いわゆる精神的社団）、いずれにせよ、民法第五四条の意味における行為者ではない。」

(12) なお、理事が責任を負うことを認めた判決として、つぎのようなライヒ裁判所の判決もある。すなわち、ドイツ職長団体（権利能力なき社団）の従業員Xは、業務執行者YZによって即時解雇された。Xは、そこで、賃金の支払および将来生じる損害の賠償をYZに求めた。なお、雇用契約が締結された時点では、Zは、まだ理事でなかった。

ライヒ裁判所は、継続的法律関係たる雇用契約を変更する解雇という法律行為の効果については、Zが当該契約締結後に業務執行者になったとしても、Zも共同責任を負う、と判断した。RG 22. 2. 1924, Warn. 1924, Nr. 79.

(13) JW 1926, S. 2908

(14) 前掲⑧の判決は、行為者概念そのものを狭くとらえるものであった。しかし、この狭い概念をもつてしても、被告理事Yが行為者に該当することになるので、本文の考察に加えなかった。

(15) BGH LM Nr. 11 zu §31 BGB.

(16) 前掲注(11)参照。

(17) BGHZ 17, S. 385.

(18) たとえば前掲④の判決では、行為者責任規定の目的が第三者保護であり、第三者が、社団財産の状態を見てとり、それとともに、社団の支払能力を正しく評価することが困難である、という点に、責任の根拠が求められている。しかし、これに対しては、前掲注(6)(8)における Heinsheimer の批判を参照されたい。

三　学説の動向

(一)、前章で見てきたような判例の動向を踏まえ、つぎには、行為者概念をめぐる民法上の学説を検討したい。しかし、その前に、行為者概念に関する民法起草者の見解と、さらに右の考察の前提となる諸問題とを、まず見ておきたいと思う。

行為者責任をめぐる立法審議は、第二委員会の議事録の中に見られる。まず、はじめに提案された規定（§659 a）の後段は、「かかる社団（権利能力を取得していない社団……筆者注）の理事等は、その社員の責任に関係なく、彼等が社団の名においてなした法律行為ゆえに、連帯債務者として個人責任を負う。」とあつた。(1) そして、さらに、この審議では、右の規定に賛成する動議の他に、六つの動機が提出された。それを大別すると、右のように、「理事等」の法律行為上の責任を規定しようとするもの（動議3と4）、さらに、「権利能力なき社団の名で行為されるならば、その行為者等が連帯債務者として個人責任を負う」（動議2）とするもの（同じく行為者等の責任とするものに動議5がある）、あるいは、明確に「理事団の法的行為（Rechtshandlungen）から理事等は連帯債務者として個人責任を負う。」とするもの（動議7）もある。(2) ここで注意を要する点は、いずれの動議も、「理事等」、「行為者等」という複数の人々を責任主体の前提としている、ということである。とくに、先の動議7では、理事団という機関を構成する全理事についての責任が考えられているとい

つてもよいであろう。[3]

つぎに、行為者責任の意味についてであるが、立法審議では、ある法律行為において、権利能力なき社団の代理人等と関係するところの相手方を保護する為に、社団の名で行為する者達は、連帯債務者として個人責任を負うことが必要である、と考えられ[4]、ここに、いわゆる取引保護の思想が看取される。そして、右のような法律行為上の責任を、理事等の責任とするか、あるいは行為者等の責任とするか、の選択に関しては、理事団に属してはいない者等が、社団の代理人として社団の名で第三者と法律行為を行うときにも、行為者責任は生じなければならない、ということから、個人責任が理事に制限されるべきではないと解されるに至つた。[5]

ところで、起草者は、ここで、行為者を理事等としてとらえると、それは概念として狭くなるので、責任を行為者等の責任として考えるべきである、というが、そこで、考えられねばならないことは、社団の代理が理事以外の誰に認められるのか、そして、理事団が数名の理事からなるときに、その理事団における権限がいかに考えられるのか、という問題である。これらに関して、ドイツでは、それぞれいかなる法律構成がとられているのか、以下あらかじめ検討しておきたい。

Schumann によれば、行為者責任は、理事ばかりではなく、他のいかなる社団の代理人でも、すなわち、特別代理人（besonderer Vertreter）であろうと、通常の代理権に基づく代理人であろうと、その代理人にも妥当するとされる。[6] ところで、右の特別代理人とは、その任命が定款に基づき（ドイツ民法第三〇条）、理事団と並んで補充的に存在する社団（法人）の機関と考えられている。[7] しかし、このように特別代理人の機関性が考えられたとしても、結局問題となるのは、社団の本来の代理人、すなわち理事団が自ら行為をせずに、その内部関係で他人に委任あるいは追認をして、その者に業務（Geschaft）を行わせ、[8] または、その授権行為によつていわゆる復代理（Untervollmacht）の関係が生じた場合である。[9] ここで、理事団が支払能力のない者を社団の代理人として送り出す危険が生じるのであり、[10] これをめぐつて、後に述べるような学説上の見解の相違が見られることになる。

ところで前章に掲げた一九五七年の連邦裁判所の判決は、その判決要旨の中で、社団構成員ばかりではなく、理事でも、権利能力なき社団の為の行為について、単に社団の内部関係の中で同意したにすぎない者は、その社団が非営利社団である限り、行為者ではない、としていた。[11] そこで、法律行為をせずに、単に内部で同意をしたにすぎない理事とは、いつたいどのような理事であるのか、考えられねばならない。

理事団が複数の理事から構成されているときに、理事団による代理行為が、その理事のいわゆる共同代理（Gesamtvertretung）によるか、あるいは、その多数決原理（Mehrheitsprinzip）によつてもよいか、という問題は、ドイツで争われている問題であるが、通説は、原則として、理事の多数決でもつて代理行為がなされるとしている。[12] しかし、通説によつても、定款に規定されることによつ

て、共同代理あるいは各自代理（Einzelvertretung）が可能である、と考えられている。[13] そして、さらに、理事団は、ドイツ民法第二八条一項、三二条の規定によって、包括代理権（Generalvollmacht）を第三者に与えることもでき、また、一定の理事に、そのつどの理事団の決議に応ずる意思表示を外部にむけて行う権限を与えることもできると解されている。[14][15] 従って、行為者の概念を法律行為上の意思表示をなす者としてとらえる見解からみれば、右のような場合に、外部にむけて意思表示をなす権限の与えられた一定の理事（理事長—der Vorsitzende）が、行為者となる、と解されるであろう。しかし、右の者のみに果して行為者概念が限定されるかどうかは、一つの問題となる。これは、とくに、会社法上の行為者責任をめぐる最近の判例理論の中に見られる問題であり、これについては、第四章の分析を通して考察していくことにする。

(二)、権利能力なき社団の名で法律行為が行われた場合に、法律行為上の意思表示を行った者が行為者としての責任を負う、という判例の中に見られた見解は、また、行為者の概念に関する民法学上の通説でもある。

たとえば、Nußbaum は、つぎのようにいう。「行為者のみが、すなわち法律行為を自ら行ったところの者が、民法第五四条後段から義務を負う。その法律行為の着手（Vornahme）とは、それ自体法律行為上の意思表示をなすこと（Abgabe der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung）と定義されうる。」[16] と。従って、単に契約の締結を準備したような者は、ここにおける行為者と解されず、とくに、文書によって行われた契約では、当該契約書に署名した者のみが行為者としての責任を負う、と解される。[17] また、法律行為上の意思表示をなす者とは、法的取引の中で直接にあらわれている者をさしていわれる。[18] 従って、復代理人が選任され、それが法律行為を行った場合にも、行為者はこの復代理人であり、代理人（Substituent）たる理事団が問題とされることはない、ということになる。[19]

右のように行為者概念を限定的にとらえようとする見解に対して、他方で、この概念を拡張しようとするいくつかの見解が見られる。まずその一つは、行為者を法律行為上の意思表示をした者と解する通説と同様の立場に立ちながらも、ある一定の概念の拡張を行おうとする見解である。すなわち、これは、行為者が、理事団から委任あるいは授権されて、その理事団の名で社団の為に行為した場合に、[20] その理事団が行為者としての責任を負うとする見解である。[21] しかし、この見解に見られる問題点は、その理論構成について、不明確な点があることである。この学説を支持する一人である Schultze=v. Lasaulx は、「行為者が、理事団に委任され、かつその理事団の名で行為したときには、第五四条後段の意味における行為者たる彼は、いわば、理事団の代理人であるから、その結果、理事団自体が、第五四条後段の意味での行為者と見なされる」という。[22] しかしながら、行為者が、理事団から委任あるいは授権されて理事団の名で法律行為を行った場合に、この行為者が理事団

の代理人であるから、代理された理事団が行為者責任を負う、という Schultze=v. Lasaulx の理論構成は、法律行為上の意思表示を直接行つた者が行為者である、とする通説の理論と矛盾するものである。むしろ、この見解が一つの意義をもつているのは、行為者概念をあえて拡張しようとすることによつて意図された法政策的価値についてである。(23)

つぎに、右の見解よりもさらに概念を広くとらえている Schumann の見解を見てみよう。Schumann によれば、社団の代理人が自ら行為せずに、他人が、その代理人の委任で、もしくは事前あるいは事後の同意をもつて、その行為を行う場合に生ずる問題に関しては、一方で、行為者責任を回避する為に他人が前面に出される危険と、他方で、行為者責任規定の法文とが考慮されるべきである、といわれる。このような前提に立つて、Schumannは、右にあげた、行為者概念を拡張しようとする見解と同様に、行為者が、「X社団の理事団を代理する」というかたちで「社団の代理人」の名で行為をしたときには、行為者が責任を負うことなく、「社団の代理人」すなわち社団の理事団が行為者責任を負う、とする。この Schumann の見解は、(おそらく支払能力のない)他人が身代りに出され、理事団の責任が回避されてしまう危険が除かれるべきである、という法政策的評価に基づいているのである。このような評価は、また、つぎのような概念の拡張にもあらわれてくる。すなわち Schumann は、右のような「X社団の理事団を代理する」行為の場合の他にも、行為者が「社団の名において」行為をしたときに、行為者の概念の拡張を行つている。つまり、この場合に、社団の名において行為をした者が責任を負うが、さらに、それを委任した間接的行為者である社団の理事団も、行為者責任を負う、と述べているのである。(24)

さらに、行為者概念を拡張することを唱える他の見解を見ていくと、たとえば、Stoll は、つぎのようにいう。「債権者の利益は保護されねばならない。すなわち、社団の名で行為する者は、いずれにせよ、債権者に対して責任を負う。民法第五四条後段は、単に固く守られるべきではなく、通説とは異なり、しかも、同じ文言の商法規定(商法第二〇〇条、有限会社法第一一条)の解釈に応じて、つぎのような者にも適用されねばならない。すなわち、直接の行為者ばかりではなく、ある者の同意(Einverständnis)もしくは追認(Genehmigung)をともなつて行為がなされた場合におけるその者についても、民法第五四条後段が適用されなければならない。さもないと、その社団の理事団が支払能力のない、一人の第三者を容易に前面に出す危険がある。」という。(25)

ところで、Stoll は、商法上の行為者概念をめぐる解釈がここに参考とされるべきであるというが、それが、どの程度まで取り入れられるべきであるか、ということを明確には述べていない。すなわち、商法上の解釈は、いわゆる設立中の会社における取締役会や業務執行者ばかりではなく、ある法律行為に、個別的もしくは包括的に同意を与えた発起人や株式引受人といつた、一応設立中の会社の構成員と考えられる者(26)も、行為者の範囲にとりこんで責任を負わせ

ようとするのである。しかし、Stollが、右の解釈に応じて、理事の他にも、権利能力なき社団の構成員にまで行為者責任を及ぼそう、と考えていたとはいえないであろう。なぜならば、Stollは、責任を直接の行為者だけに負わせると、社団の理事団が容易に支払能力のない者を身代りとする危険があることを指摘しているのであつて、これに注目すれば、Stollは本来代理権限を有する理事団ないし理事が、他人を行為者として行為させることによつて生ずる弊害の除去を狙つて、先のように述べたと考えられるからである。[27]

以上のことをまとめてみると、SchumannやStollが考えていることは、本来社団を代理しうる権限を有している者が、他人を行為させて、行為者責任の不利益を免れる、という潜脱的方法を防止する手立てを講じながら、同時に、法律行為の相手方の保護を図ろうとすることである。そして、このように考えずに、直接に法律行為の場面にあらわれ、あるいは、法律行為上の意思表示を行つた者を行為者とみる通説の見解では、直接に法律行為を行つた者のみの行為者責任が肯定されるだけで、十分な問題解決を与えるものではない、という認識が、この少数説の論者の中に見られるであろう。

ところで、StollならびにHeinsheimerは、商法上の行為者概念に関する解釈が、民法でも参考とされるべきであるというが、通説はこれを否定する。[28] しかし行為者概念を狭くとらえようとする民法上の通説の中にも、営利事業を目的とする権利能力なき社団がとりあげられたときには、商法上の解釈が参考とされるべきであるという見解が見られる。たとえば、このことをはじめて唱えたHabscheidは、民法第五四条後段の狭い解釈が、いわゆる非営利社団に受け入れられるとした後に、さらに、つぎのようにいう。すなわち、営利社団に関しては、それにも拘らず、同じ文言の商法規定（株式法第三四条一項、有限会社法第一一条二項）の解釈に応じて、取引行為に関与した者すべての連帯責任を承認することが必要であるように思われる、とし、この諸規定の法的思考を登記前の株式会社や有限会社に制限する何らの根拠もない、と述べている。[29]

このHabscheidの見解は、さらにNipperdeyやSchultze-v. Lasaulxの支持を得た。[30]

しかし、右のような考え方が成り立ちうるかどうかは、問題である。[31] むしろ、まず行われるべきことは、商法上の解釈を検討し、そこで見られる債権者保護の基準を分析することであろう。そこで、次章では、商法上の右解釈に関する学説に多大の影響を与え、なおかつ、それ自身も目まぐるしく理論的に変動した、会社の設立をめぐるドイツ最上級審の判決を見ていくことにしよう。

(1) BGB-Protokolle, Bd. II, S. 452.
(2) BGB-Protokolle, Bd. II. S. 452f.
(3) 現行民法第五四条後段は、行為者を責任主体として規定している。なぜ、「行為者等」ないし「理事等」という複数の表現が、「行為者」に改められたか、という点は、第二委員会の議事録では明らかではなく、この点については、なお筆者が明らかにしたい課題である。
(4) BGB-Protokolle, Bd. II, S. 459.
(5) BGB-Protokolle, Bd. II, S. 459.
(6) Schumann, aaO. S. 28.

（7） Soergel-Schultze = v. Lasaulx, aaO. §30 Anm. 1; Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 656.

（8） Schumann, aaO. S. 28f.

（9） Vgl. RG 22. 5. 1913, RGZ 82, S. 294, 297. （前掲判決③）。なお第二章注（4）参照。

（10） Stoll, aaO. S. 69; Habscheid, aaO. S. 409; Schumann, aaO. S. 29.

（11） 第二章注（11）参照。

（12） Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 657 FN (19); Soergel-Schultze = v. Lasaulx, aaO. §26 Anm. 13.

（13） Soergel-Schultze = v. Lasaulx, aaO. §26 Anm. 14.

（14） Soergel-Schultze=v. Lasaulx, aaO. §26 Anm. 15; Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 657 FN (19).

とくに、Nipperdey によると、理事団が一定の理事に意思表示をなす権限を与えることができ、また、疑わしいときは、理事長が、決議に応じた意思表示をなす権限を黙示に授権されたと見なされるべきであるといわれる。

（15） わが国では、ドイツにおいて見られるような理事団と理事との明確な区別がなされていない為に、各理事の単独代表が考えられている。しかし、すべての理事が代表権をもつと、法人の統一的な意思の表現がむずかしくなり、法人運営上大きな障害となるとして、民法第五三条により、法人内部で、一般理事の代表権を制限してあるのが普通であるとされる。公益法人実務研究会編・新版公益法人の理論と実務一一〇頁参照。

さらに、わが国の理事会の構成、権限、議決等の制度については、藤原・前掲書二〇五頁以下、公益法人実務研究会編・前掲書一一四頁以下、を参照されたい。

（16） Nußbaum, Beiträge zur Auslegung des §54 Satz 2 BGB, Sächs. Archiv f. Bürg. Recht und Prozeß, Bd. 10, 1900, S. 348.

同様の概念をとるものとして、以下のものがある。Staudinger-Coing, aaO. §54 Anm. 41; Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 705 FN (51a); Soergel-Schultze = v. Lasaulx, aaO. §54 Anm. 45.

同様に考える通説の立場をとる論者として、つぎのような者がいる。O. v. Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Aufl., 1902, S. 20; RGR-BGR Kommentar-Denecke, Das Burgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 10. Aufl. 1953, §54 Anm. 8; Palandt-Heinrichs, Burgerliches Gesetzbuch, 37. Aufl., 1978, §54 2 (A) e.

（17） Nußbaum, aaO. S. 348.

（18） Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 705 FN (51a).

（19） Nußbaum, aaO. S. 348; Staudinger-Coing, aaO. §54 Anm. 41; RG 22. 5. 1913, RGZ 82, S. 294, 298. （前掲判決③）。

（20） 具体的に、この行為は、「X社団の理事団を代理して」というかたちで行われるものと考えられる。Vgl. Schumann, aaO. S. 29.

（21） Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 705 FN (51a); Soergel-Schultze = v. Lasaulx, aaO. §54 Anm. 45.

（22） Soergel-Schultze = v. Lasaulx, aaO. §54 Anm. 45.

（23） Nipperdeyがあげている例は、権利能力なき社団の三人の理事が、一人の弁護士に行為をさせて、その理事等の名で社団の為に住居を賃貸させる例であり、この例に対して、Nipperdey は、行為者責任がその弁護士に生じ、代理された三人の理事に責任が本当に生じないのであろうか、という疑問を投げかけている。Enneccerus-Nipperdey, aaO.

S. 705 FN (51a).

(24) Schumann, aaO. S. 28f.

(25) Stoll, aaO. S. 69.

(26) Brodmann, Kommentar Aktienrecht, Bd. IV, 1928, §189 Anm. 1 (a).

(27) これは、また、同様な構成をとる Heinsheimer の見解でもいえるであろう(第二章注(6)参照)。

(28) Nußbaum, aaO. S. 348; Vgl. Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 705 FN (51a).

(29) Habscheid, aaO. S. 408f.

(30) 第一章注(8)参照。

(31) これらの論者が、その導入を論ずる際に引用している判決は、後掲③(第四章)の連邦裁判所判決である。Vgl. Enneccerus-Nipperdey, aaO. S. 705 FN (51b).

四　会社設立における行為者概念

―主としてドイツ最上級審の判決を中心にして―

(一)、行為者責任を規定する現行ドイツ株式法第四一条一項後段は、会社の登記前にその会社の名において行為する者が自ら責任を負うということを規定している。[1]

このような規定の内容を見れば、行為者は、会社の名において行為する者のことであつて、法律行為を実際に行つていない者は、行為者に含まれない、と文理解釈上考えられよう。[2] しかし、この問題について、ドイツの最上級審、すなわち、ライヒ裁判所、連邦裁判所、そして連邦労働裁判所 (Bundesarbeitsgericht)、といつた裁判所の判決は、行為者の概念を様々にとらえているが、実際に会社の名で行為した者だけを行為者としない、という点で共通している。[3] Schultze = v. Lasaulx は、行為者概念を最も広くとらえるライヒ裁判所その他の判決には批判的である。しかし、それでも、彼は、ライヒ裁判所が、直接の行為者による責任だけでは、民法第五四条後段の場合と比較して、法規定の目的を達成する為に十分ではない、と述べている点については、賛成しているのである。[4] 要するに、Schultze = v. Lasaulx がここで述べていることをもとにして考えれば、民商法の行為者責任がそれぞれほぼ同じ文言でもつて規定されているといつても、民法上の行為者概念が文理上厳格に解釈されるのに対して、商法上の概念は、債権者保護が不十分である場合に、[5] 拡張されうる傾向がある。現に、行為者の概念を機能的に広くとらえようとする判決は多い。

会社の設立をめぐる最上級審の判決を見ると、前にも述べたように、民法の通説のような厳格な解釈をとるものは見られない。[6] 最上級審の判例は、㈠、最も広く行為者の概念をとらえて、法律行為に抽象的または具体的に同意した者をも行為者とする、[7] ㈡、法律行為に積極的に関与した者も行為者とする、さらに、[8] ㈢、業務執行者 (Geschäftsführer) や取締役会 (Vorstand) という資格で一般に行為者が決定される、[9] といつた諸見解に分けられる。判例の動向は、右の㈠の見解から㈡のそれへ、さらに、㈢の見解から㈢へ、というように変遷している。そこで、以下では、右のそれぞれの見解をとる判例をあげ、何ゆえに右のような変遷が見られたのかを検討して

いきたい。

(二)、① **RG 22. 9. 1903, RGZ 55, S. 302.**

すでに株式会社の成立前に、ビール醸造業を経営していた会社の取締役Z（旧被告）は、その営業の為に、株式会社の名で原告Xから貨車積みの麦芽を購入した。原告Xは、株式引受人たる被告Yに右売買代金の支払を請求した。Yの上告棄却。

ライヒ裁判所は、Yが、Zによつて業務が執行されていることを知つていたのみならず、Zによる貨車の注文に同意し、追認していた、[10]という原審の認定に基づいて、Yにも行為者責任を負わせた。ライヒ裁判所は、その理由をいくつかあげているが、その主要なものを整理すると、つぎのようになる。(一)、株式会社は、登記前に成立しておらず、株式会社の為に行われた行為について、その責任は一般に生じない。それゆえに、法律行為の相手方を保護する為、行為者責任規定がある。(二)、行為者責任規定は、現に存在する諸関係の法律上の性質に基づくものではなく、むしろ実定的規定としての性格を有するにすぎず、とくに刑罰的規定の性格を有している。(三)、株式会社は、より大きな企業であつて、そこでは規模の大きな取引が行われるのが通常である。それに対して、業務執行者の責任だけでは、法目的に通常応ずることはない。

② **RG 19. 2. 1909, RGZ 70, S. 296.**

被告YZ、および訴外Aは、セメント事業を行う会社の業務を引受けて、これをさらに有限会社Bでもつて継続しようとした。営業は、すでに一九〇七年五月一日にはじめられたが、登記は、社員の衝突の為に行われなかつた。ところで、業務執行者Aは、同年五月二日から一八日までに、原告Xに石炭を注文した。Xは会社に右石炭を給付したが、代金が一部未払であつた。そこで、Xは、AがYZの同意を得て会社Bの名で石炭を注文していることから、行為者責任規定に基づいて、YZに四、〇五三マルクの代金支払を請求した。第一審、請求認容。第二審、控訴棄却。上告審、Yの上告棄却、Zについて原判決破棄差戻。

ライヒ裁判所は、Yの行為者責任については控訴審の判断を支持した。すなわち、公衆の為に配布される回状（Rundschreiben）の草案が、Yにすでに通知されていた、という事実に基づいて、その責任を肯定したのである。ところで、右の草案文書には、会社Bが五月一日にすでに営業を開始し、Aが業務執行者に任命されている旨が記載されていた。そこで、Yがこの草案に同意していることは、とりもなおさず、Aが会社Bの代理人として活動することを知り、かつ承諾していることの推定として働く、というように判断されている。そして、ライヒ裁判所は、つぎのようにいう。すなわち、会社の名で、他人が行為することを望む者は、その行為者が、当該社員の意思のむけられている範囲内で行つたものに対する責任では、その行為者自身と通常は同格であり、行為者は、同時にその社員の為にも行為している、という。

ライヒ裁判所は、このようにしてYの責任を認めたが、Zの責任については、Zが単に法律行為を追認しているにすぎない、とし

て、その責任を認めなかつた。裁判所は、行為者責任が生じる為には、つぎのことが考慮されなければならないという。すなわち、行為者としての責任を負う者の側に、何らかの作為、またはそれと同置されるべき不作為があつて、本件の法律行為に何らかの点で考慮されうるものがなければならない。そして、ある者が、事後に、はじめて、活動が行われていることを知り、同意をしたときには、現実に何らの関与も認められず、いいかえれば、共同に活動してはいないのであつて、また、行為者責任という法定責任は、過去のものに該当せず、その者は、何らの危険も引きおこしてはいない、と判断している。

③ **BGH 15. 6. 1955, MDR 1955, S. 726; NJW 1955, S. 1228; JZ 1955, S. 614.**

本件は、被告YZが、それぞれ、三六、〇〇〇ドイツ・マルクと四、〇〇〇ドイツ・マルクの資本を出資して設立した被告・有限会社Wに関係するものである。Zは、会社の設立過程のときから、右会社における単独の業務執行者であり、原告Xとも、継続的な信用開始契約（Kredit-eröffnungsvertrag）を結んだ。会社Wは登記されたが、その後、破産の申立がなされた。しかし、その申立は、会社財産が全くない為に、拒まれ、その後、会社登記も抹消された。そこで、Xは、Yが、設立中の会社の社員であり、さらに、有限会社法第一一条二項の行為者であることを理由に、Yに対しても、会社の設立過程においてなされた約一一、〇四四ドイツ・マルクの貸金の返還を請求した。これに対して、Yは、この信用開始契約がなされたことを知らないし、また、事前に同意もしていない、と争つた。控訴審はこのYの主張を認めたが、連邦裁判所は、Yが登記前の営業行為に同意を与えている、として、Yの行為者責任を認めた。

連邦裁判所は、前掲①②の判決、とくに②のライヒ裁判所の判決を引用して、同意を与えた者とは、必ずしも、特定の行為に事前の同意を与えた者のことである、とはいえないとしている。すなわち、ある社員が営業開始について一般的に同意を与えており、問題とされる特定の行為が、その営業の範囲内に含まれていれば、その同意をした者の責任が生ずる、というのである。さらに、連邦裁判所は、つぎのようにいう。すなわち、解釈にとつて決定的なことは、ライヒ裁判所の判例の中で、契約の相手方を保護する目的が絶えず中心にあるということである。その目的からすれば、依然として、以下のことが正当であることが明らかになる。つまり、いまだ存在していない会社の名で活動する者を行為者の責任に服させるだけではなく、存在しない会社の為に行動する者に、発起人および株式引受人として、明示もしくは黙示に同意を与えており、それをもつて行為の誘発者（Triebfeder）である者も、その責任に服させることである、と、連邦裁判所は述べている。そこで、当該裁判所は、Yが、すでに登記前の営業開始に同意を与えており、とくに、その営業開始を定める会社契約（Gesellschaftsvertrag=会社定款）に署名していることをもつて、Yの行為者責任を認めた。(11)

④ **BGH 11. 1. 1962, WM 1962, S. 391.**

外国人夫婦W_1W_2は、A会社から乗用車を購入したが、その購入代

金の一部をX銀行の貸付金にたよつた。貸付申込書には、W_1 W_2の他に、YZが借主として署名した。YZは、その際に、設立中であるB有限会社の社員の資格で署名をしたが、この会社の会社契約には、YZが共同してのみ会社を代理できるとされていた。ところが、Yは、単独で貸付申込書を持参し、銀行から小切手を受領した後に、逃走した。原告Xは、W_1 W_2 YZを連帯債務者として、貸付金の返還支払を請求した。[12] 第一、二審とも、Z敗訴。Zの上告は棄却された。

連邦裁判所は、Zの承知の上で、会社の名での行為が行われたときには、そのZも責任を負う、という結論を述べている。この結論に至る為に、裁判所は、ZがYに黙示の授権を与えていた、とし、これを、Zが、以前に貸付金がYに支払われることについて、すでにXに照会していた、という原審の認定事実に基づいて判断している。

⑤ BAG 8. 11. 1962, NJW 1963, S. 680.

設立中の有限会社（werdende GmbH）Yは、すでに営業活動を行つており、その業務執行者Aは、その従業員Xを解雇した。そこで、Xは、Y会社とその社員であるZに対して、解雇無効の確認と賃金の支払を求めた。連邦労働裁判所は、Zの行為者責任を認めた。

連邦労働裁判所は、つぎのように述べている。設立中の会社Yは、Zおよび社員Bとの同意（Einvernehmen）によつて、[13] Xと労働関係もしくは類似の法律関係に入つた。設立中の有限会社が、その社員の同意でもつて、業務執行者により商取引の中で活動するときには、その設立中の有限会社の社員が責任を負う。[14]

以上、ある法律行為が会社の名で行われたときに、その行為に明示もしくは黙示の同意を与えた者も、行為者責任を負う、という意味で、行為者概念を非常に広くとらえる一連の判決を見てきた。しかし、この判例の見解も、やがて、その後の連邦裁判所の判決によつて修正されていくのであるが、この変遷をたどる前に、右に見てきた判決を分析しておきたい。

前掲①の判決で、ライヒ裁判所は、行為者責任の根拠の一つとして、これが刑罰的性格を有する、ということをあげていた。しかし、行為者責任にこのような機能があるからといつて、必然的に、行為者の概念が拡張されることにはならない。むしろ、概念の拡張が考えられるのは、ライヒ裁判所もいうように、ビール醸造業がすでに会社成立前に行われたときに、取締役たるZの単独責任だけでは十分でないからであろう。

ところで、前掲④の判決は、実際に金銭を受領した者が逃走し、この者には欠席判決が下された、という特殊な事情を有しているが、この判決以外に、前掲②⑤の判決でも、直接の行為者たる業務執行者が訴えられずに、その背後にいる者（Hintermänner）で、設立中の会社の社員である者が訴えられていた。これも、やはり、実際の行為者を被告とする訴だけでは、原告が行為者責任による満足を受けられないことを意味しており、行為者概念が拡張されるこ

とによる契約相手方の保護が強調されてくる。これは、また、前掲③の判決を見ても明らかとなるであろう、すなわち、連邦裁判所は、たとえ、業務執行者ではなく、また、個別の法律行為が行われたことを知らなくとも、ある者が営業の開始に同意をしていれば、彼が当該行為の誘発者である、と述べていた。これは、個別の行為の誘発者を、営業の開始に同意をした者という抽象的次元でとらえ、これによつて考えられる誘発者の概念を行為者概念の中に含ませようとするものである。そこで、この誘発者について、判決を具体的に見ていくと、本件での被告Yは、資本の一〇分の九を引き受け、それをもつて、Zに対して全営業に関する優越した地位を有しており、会社に対する優越した財産的支配を有する者である。[15] 従つて、誘発者という概念は、企業の本来の誘発者をもさすもの、と考えられてくる。このように考えてくると、むしろ、経済的に力のある資本提供者（Geldgeber）が設立中の会社の社員である、という事実から、この者が、行為者責任を媒介として、無限責任を負担する可能性が生じてくる。

以上のように行為者の概念を拡張することは、とりもなおさず、実際の行為者（前掲③の判決ではZ）が無資力であるような場合に、契約の相手方が保護されないことによる債権者保護の必要性に基づいている、といえる。

しかし、債権者保護の観点から考えられる、右のような概念の拡張は、理論的に決して問題がないわけではない。前掲②や③の判決は、営業の開始に同意している者に行為者責任を負わせるものである。すなわち、右の判決は、他人の業務執行活動に、ある前提を与えはするが、それに具体的影響を与えてはいない者も行為者責任を負担することを認める判決である。ところで、強力な資本をもつて参加した社員は、多数決原理を通して、制限的に業務執行に影響を与えうる、といえよう。しかし、業務執行活動に対する直接の影響力行使という側面から問題を見たならば、強力な資本をもつて参加した社員が、ときに会社の業務執行に対して影響を与えるといつても、必ずしも、常にそうであるわけではなく、[16] その者は、業務執行に無関心であることもあろう。[17] このような場合をも含めて、営業開始に同意を与えたとか、行為者ないし業務執行者と同格である、といつた論理だけによつて、資本をもつ者が個人的無限責任を負担させられることは、問題である。[18]

ところで、民法上の見解の中には、行為者の概念が、商法上の解釈を参考として考えられるべきである、という見解があつた。そして、これらの見解が、参考とすべきであるとして指摘する判例は、前掲①ないし③の判決であつた。しかし、今までに見てきた商法上の判例を分析すれば、むしろ、右の見解は正しくない、といえるであろう。そこで、以上のことについて、つぎに考えてみよう。

まず、商法上の解釈が民法上参考とされる、と一概に言うことのできない理由は、今までに見てきた判例が、いずれも、将来成立する会社の為の行為にのみ、行為者責任を認めているということにある。すなわち、以上の判例は、問題とされる行為が、将来成立する会社の名で行われ、その将来成立する会社との関係で一種の無権代

理関係が生じるとする。[19] そして、このように一種の無権代理関係が生じる場合にこそ、行為者責任が妥当する、と考えられているのである。従つて、会社が成立するまでは、行為者責任以外の責任を負担する責任主体が、ここでは存在しないのである。そこで、先の諸判決は、行為者責任のみを問題とし、設立中の会社についての責任、ないしその構成員の責任を論じるものではないが、かかる責任構成が権利能力なき社団の責任問題と相容れないものであることは、いうをまたないであろう。

以上のように、商法上の判例では、行為者責任が、会社成立に至るまでの、唯一の、法律行為についての責任と考えられる為に、それによる債権者保護の徹底を図るとすれば、行為者責任を負担する者の範囲は、拡張されてくることになろう。しかも、その際に、責任を追及された者が、設立中の会社における構成員としても責任を負うかどうか、といつた検討は、必要でなくなる。[20] 従つて、法律行為ないし営業への同意によつて、行為者の範囲を確定する基準が考えられるとしても、その責任を負担する主体的範囲については、何らの制限も付されなくなる。このような判例理論も、権利能力なき社団における構成員の責任と行為者の責任とを分けて考える民法理論と矛盾するものである。

最後に、後の最上級審の判例を検討する為に必要と思われる範囲で、前掲の諸判決を要約しておこう。前掲②の判決は、行為者責任を適用する上で、行為者への事前の同意と追認とを区別していた。そして、ひとたび、行為者への事前の同意が考えられたときには、それは、抽象的包括的な同意でもよいとした。すなわち、当該ライヒ裁判所は、行為者に対する同意が、各個別具体的な法律行為について、そのつど要求されるものではなく、業務執行者が任命され、営業が開始されることについての、一般的包括的な同意であればよい、としたのである。これは、さらに、前掲③⑤の判決によつて踏襲された。しかし、それは、個別の行為に同意をした者を行為者とする前掲①の判決の論理を拡張するものといえる。

㈢、前述の判決に対して、以下の判決は、行為者の概念を相対的に狭くとらえようとするものである。

⑥ BGH 27. 2. 1961, NJW 1961, S. 1016; JZ 1961, S. 544.

本件は、有限会社の設立に関するものである。事実はあまり明確ではないが、Aは原告Xから有限会社の名で一〇〇、〇〇〇ドイツ・マルクの金融を受けた。Xは、その支払を社員である被告Yに求めた。控訴審は、Yが、営業の開始および金融の受入れに同意しているとして、Yの行為者責任を認めた。Yの上告は斥けられた。

連邦裁判所は、原審がYの同意による行為者責任を認めた点には触れず、より積極的なYの関与の程度をもつて、その責任を認めた。すなわち、業務執行者が、会社の登記前に営業を開始し、個々の法律行為を行うことに動因（Anstoß）や共同原因（Mitverursachung）を与えている社員も、行為者責任を負う、と、まず判断した。そして、本件では、業務執行者Aが無資力であり、Yには資力があること、Yは、営業を即時に開始するように、Aに奨励し（ermuntern）、

Aの行為の誘発者であること、また、Yは、Aに金融の開始を督促していること、といつたような、Yによる原因的な（ursachlich）挙動によつて、Yの行為者責任を認めたのである。

なお、連邦裁判所は、本件でつぎのような実質的判断を行つている。すなわち、何らの財産をもつていなくとも、業務執行者が、まずその行為について責任を負うけれども、その業務執行者を動かして、法律行為を行わせている社員が、責任を負わないものとすると、第三者の保護にとつて、効果的でない。その取引行為の（共同）誘発者と、行為を行う者自身とを、別異に扱う真の理由はない、さもないと、資力のない業務執行者によつて登記前に行為が行われ、将来の会社に給付すべき義務を負う第三者には、結局、得るところがない。この危険があるということを本件の訴訟が示している、と述べている。

⑦ **BGH 26. 1. 1967, BGHZ 47, S. 25.**

被告YZは、プレハブ住宅の製造販売を目的とする有限会社を創設し（grunden）たが、登記は行われず、しかも、会社はプレハブ住宅の注文を受けて、それを完成させていた。そして、業務執行者Wは、原告Xにプレハブ住宅の床仕事を委任した。その後、Xは、YZWにその出費した金銭の支払を請求した。WZについては、欠席判決。なお、本件では、Yが営業に同意を与えたことについて、当事者間に争いがなかつた。しかし、Yは、彼が、単に提供した資本に応じて会社設立に参加し、業務の執行とは関係しておらず、単なる営業一般の開始についての同意では、行為者責任を負うのに十分ではない、と争つた。Yの上告は、成功した。

本判決は、営業の開始に関する発起人の一般的同意でもつて、行為者の概念が充足されるか、という問題がまさに取りあげられた判決であり、これを否定した判決である。連邦裁判所は、行為者責任による債権者保護の機能として、営業開始に単に同意をし、会社の業務執行に対し何らの影響ないし原因を与えていない発起人に、行為者責任を拡張するところまでは要求されていない、という。すなわち、会社設立に単に参加したに過ぎない者には、行為者責任が発生せず、共同原因の程度が低い、というのである。この実質的論拠となる点は、前掲⑥の判決とは逆の論理によつている。すなわち、連邦裁判所は、まず、直接の行為者が相手方を経済的に満足させうるかどうかは問題でない、という。そして、資力のある発起人が資力のない業務執行者を活動させるときに、その発起人も責任を負わなければならない、とする⑥の判決の論理を否定して、行為者責任は、資力の点で確実な債務者を第三者に与えることに使われるのではなくて、要するに、明確な一人の債務者を第三者に獲得させることにもちいられる、というのである。

⑧ **BGH 24. 10. 1968, BGHZ 51, S. 30.**

原告Xは、個人会社でもつて電気器具を販売していたが、その会社を現物出資してAB等と有限会社を創設した。会社は直ちに営業を開始したが、その登記は、社員の不和の為に行われなかつた。会社はその後解散され、Xは、登記官吏に設立中の会社の清算手続の形態について照会した。その回答が虚偽のものであつたことが後に

なつてわかり、Xは、民法第八三九条の官吏の責任による損害賠償を州に請求した。

本件で行為者責任が問題とされたのは、つぎの点である。すなわち、Xは、本件設立中の会社が合名会社である、という登記官吏の報告を信頼し、自分が個人責任を負つているものと考えて、Bの注文から生じた債務を弁済した、と主張した。そこで、連邦裁判所は、これが、合名会社として信頼したことによる損害発生の問題ではなく、そもそも、Xが、行為者として当然に弁済する責任を負つていたのではないか、と判断して、訴を差戻したのである。

この事件について、原審は、Xが業務開始を承諾していることにより、Xの行為者責任を認めた。しかし、連邦裁判所は、前掲⑦の判決をもとにして、営業開始についての単なる同意では、行為者責任を基礎づける為に十分でない、とした。そして、さらに、つぎのように述べている。他方で、行為者責任規定は、固有の人による直接の行為を要求するものではない。具体的な業務活動への積極的な影響で十分でありうる。ここで意味があるのは、原告自らが、会社によつて営業される事業をもちこんでいるということであり、さらにこの営利事業を維持し、将来の有限会社に移行させる為に、原告自身が、どの程度業務上活動しているか、ということが考えられねばならない。そして、事情に応じて考慮されることは、Xが、明示または黙示の取り決めに基づいて日頃業務執行者のようにあらわれていること、これとともに、具体的な取引行為をも共同決定していることが明白であること等である。

以上紹介してきた判決は、少なくとも、それ以前の判例理論によつて唱えられていた拡張的解釈を抑制しようとするものである。すなわち、問題となつている法律行為に動因や共同原因を与えた者を行為者と考えることによつて、行為者概念の限定化が試みられている。そこで、かかる判決の背後における実質的考慮について見てみよう。

前掲⑥の判決は、資力のない業務執行者だけが行為者責任を負うとすると、その法律行為の相手方が保護されない危険が生じる、としていた。そして、この危険が生じうることが、具体的な訴訟を通して考えられているので、なおさら説得力をもつている。また、このような債権者保護を理由にして、行為者概念を拡張しようとする論理は、まさに、本章第二節の判例理論によつて考えられていたことを代弁するものといえよう。

しかし、この⑥の判決と前掲⑦の判決とでは、債権者保護のとらえ方に関して、明白な相違が見られる。すなわち、⑦の判決によれば、行為者責任は、ある確実な責任主体を第三者に与えることに使われるのではなく、要するに、一人の債務者を第三者に得させる為にもちいられる、といわれるのであり、債権者保護の思想が後退している。

しかし、右の⑦の論理が首尾一貫したものであるということはできない。この連邦裁判所の判決は、行為者責任が、ある一人の債務者を第三者に得させることにもちいられるとしていた。そこで、こ

のように解されるとすれば、右の債務者としては、直接の行為者一人が考えられればよいことになろう。しかし、判決は、かかる概念をとつておらず、論理的に不明確なものとなつている。

右に述べたことに止まらず、本節における諸判決が総じて不明瞭となつているのは、動因や共同原因その他の抽象的概念が使われている、ということによる。ところで、前掲⑥の判決は、債権者保護によつて行為者の概念を拡張する点では、従前の判例理論を踏襲していた。しかし、従前の判例理論が踏襲された、といつても、その拡張の具体的内容は、従前のものと異なつている。すなわち、以前の判例が、ある法律行為に包括的もしくは具体的に同意を与えた者をも行為者としたのに対して、本件判決は、このような同意よりもさらに強い程度における法律行為への関与、というものを行為者認定の基準としている。そして、連邦裁判所は、様々な表現を駆使して、その基準の説明に努めようとする。すなわち、その為に、動因、共同原因、奨励、誘発者、督促、原因的挙動、といつた表現がもちいられ、また、第三者との行為にあつて、その行為に原因が帰せられるところのすべての者が責任を負わねばならない、とも説示している。しかし、これに対しては、右の諸概念が、行為者を法律上一義的に決定する為に適切でない、という批判が容易に考えられ[21]、また、前掲⑦の判決が指摘するような原因の程度では、定義として何ら確実な基準とはならない、と批判されることになる[22]。要するに、以上の判決は、定款の作成に参加するというような原因だけでは、行為者責任を導くことができない、ということを消極的に示しているにすぎない[23]。

最後に、前⑧の判決は、やはり、直接には行為していない者の行為者責任を問題とするものである。連邦裁判所は、ここで、Xの行為者責任を認める為には、㈠、Xが事業をもちこんでいること、㈡、Xが業務執行者のようにあらわれていること、㈢、具体的な取引行為を明白に共同決定していること、といつた諸点についての認定が必要である、としている。ところで、本件の事実関係からは、いつたい誰が業務執行者であつたのか明らかでない。しかし、連邦裁判所は、その名称を別として、Xが業務執行者の如く活動していたかどうかを一つの基準としており、Xの業務執行者としての機能に注目している。このとらえ方は、行為者概念の確定の為に、業務執行者としての機能、そして地位を重視していこうとする、後掲⑨以下の連邦裁判所判決の先駆けとなつているものである。

㈣、⑨ BGH 9. 2. 1970, BGHZ 53, S. 206.

事案は、つぎのとおりである。被告Yは、BCDとともに、自家用車の売買と仲介を事業目的とするA有限会社を創設した。四人の全社員は業務執行者となつた。しかし、Yは、設立契約の付帯契約(Zusatzvertrag)により、業務執行者として積極的に活動することなく、息子Eに、業務執行の全事務をYの代りに行い、許される限りで会社を代表する権限を与えた。Eは、BCFと共同して原告Xに融資を求め、登記されていない有限会社の為に契約を結んだ。そこで、Xは、行為者責任規定に基づいて、Yに消費貸借上の債務

の弁済を求めた。なお、会社はその後営業を停止し、登記もなされてはいない。

かかる事実関係に基づいて、控訴審は、Yが、有限会社の発起人の義務、すなわち、会社の代理人の選任や業務活動に一般に同意すること以上に積極的に行動しておらず、Yは、具体的な業務執行に影響を及ぼしてはいない、として、前掲⑦の判決理論に依拠し、Yの行為者責任を否定した。Xの上告に対し、原判決破棄差戻。

連邦裁判所は、右の原審の判断をつぎのような理由で覆している。すなわち、Yは、業務執行者に選任されており、前身のA合資会社によってすでに営業されていた商行為（Handelsgeschäft）を、いまだ登記されていない有限会社の為に継続する、という任務を帯びていた。Yは、付帯契約によって積極的な共同の仕事をなしえず、確かに、彼自身行為していない。しかし、Yは、業務執行の全事務について、代理して彼に代り活動する権限を授与していた。このように述べて、連邦裁判所は、包括的であれ、具体的であれ、自分自身の代りに他人を行為させる者が行為者であるとした。さらに、連邦裁判所は、つぎのようにいう。「なぜならば、被告Yは、業務執行者としての固有の義務を履行する為に他人を使用し、その他人が彼の代理権の範囲で行為するものである限り、あたかもそれが自分自身のものであるかのように、その他人の具体的行為についても責任を負う。……従って、代理権授与者たる被告は、彼自らが活動しているときのように、この業務について責任を負わなければならない。」

⑩ **BGH 9. 2. 1970, BGHZ 53, S. 210.**

被告YZは、W有限会社を創設し、共同代理権を有する業務執行者に選任された。彼等から土地の事務について任意代理権を与えられたAは、YZの代理人として、「設立中の有限会社の業務執行者たるYZの資格で」原告Xと土地共有持分の売買契約を結んだ。なお、右の売買契約書には、有限会社が成立するまで、YZが契約上の義務を負う旨の規定があった。Xは、右会社が登記された後に、この売買契約を解除し、W会社YZを連帯債務者として、Xがすでに支払った代金の返還を請求した。Yは、Zが、右契約締結のときに精神障害にかかり、行為無能力者であったと争った。Yの上告に対して、原判決は破棄され、Zの行為能力の有無についての認定の為、事件は原審に差戻された。

連邦裁判所は、右契約中に規定されていた、会社が成立するまではYZが契約上の義務を負う、という条項から、右契約が将来の会社の名においても締結されており、従って、行為者責任が考えられる、とする原審の判断を支持した。また、Yの行為者責任について、連邦裁判所は、設立中の会社の業務執行者たる地位にある者で、代理人を自分自身の代りに行為させた者も、有限会社法第一一条二項のいわゆる行為者である、と判断した。これは、前掲⑨の判決での考え方に基づいている。

⑪ **BGH 2. 5. 1974, NJW 1974, S. 1284.**

控訴審の認定した事実は、つぎのとおりである。家屋建築を目的とするA有限会社が創設され、会社の登記も申請された。この設立

中の会社では、当初、Bが、単独に代理する権限を与えられていたが、その後、YBCによる共同代理が会社契約に規定された。しかし、それにも拘らず、Bは、依然として会社の為に単独で行為をしていた。そして、Bは、Dを介してXに家屋の静止力学の研究を委託した。原告Xが被告Yにその謝礼の支払を請求したのが本件である。連邦裁判所は、Yの行為者責任を認めた。

本件は、YBCによる会社の共同代理が定められていたにも拘らず、実際には、Bが単独で代理していたものである。連邦裁判所は、この法律関係について、全般的な合意ないしYによる特定の同意があることを認めている。そして、連邦裁判所は、業務執行の任務を直接自分では果してはいないが、その固有の任務を他人に委ね、その他人に有限会社の為に単独に行為する可能性を与える者は、それでもつて彼の責任を免れることができず、彼が自ら直接対外的に活動したときのように責任を負う、としている。

⑫ BGH 15. 12. 1975, NJW 1976, S. 419.

被告YZは、建築材料の製造を目的とするA有限会社を創設し、会社の登記が行われたが、その直後会社は破産手続を開始した。すでにこの登記前に、営業財産が引き受けられており、Yは、営業の継続に必要な融資を銀行から受けていた。会社の業務執行者はYの息子Zであり、このZの右会社名による注文で、原告Xは工業原油を給付した。本件は、Xが右石油代金の支払をYZに求めた事件であり、地方裁判所（Landesgericht）は、Yに対する訴を棄却したが、地方高等裁判所は、YZの連帯責任を認めた。そこで、Yが上告し、原判決破棄差戻の結果となつた。

控訴審は、前掲⑧の判決に基づき、Yが、営業財産の引受に協力し、営業継続に必要な融資を手に入れているから、Yにも責任があるとした。しかし、連邦裁判所は、これを否定し、本件では、業務執行者に任命されておらず、また、何らかの方法で直接間接に業務執行任務を帯びていない発起人—社員（Grunder-Gesellschafter）が問題となつているとする。そして、Yは、いずれにせよ社員としての資格で営業財産の売買契約に共同署名しており、また、Yは、融資を世話することにより、業務執行者たるZが、登記されるはずの有限会社の名で商業上活動しうる為の経済的基盤を作つたにすぎないものであつて、これは、Yの行為者責任を認める為に十分ではない、と判断した。[24][25]

以上の如く、われわれは、業務執行権限を有するか、あるいはその権限を本来有していた者が、行為者として責任を負う、という連邦裁判所の新たな理論を見てきた。つぎに、これらの判例を検討する。

ところで、第三節の前掲⑧の判決は、実際に他人によつて法律行為が行われたが、具体的な取引行為を共同決定している者が、行為者責任を負担するとした。従つて、ここでは、行為者責任の有無は、内部的な意思形成によつて決められる。すなわち、業務執行について共同に決定し、内部的な意思の形成に加わつた者が、行為者責任を負うことになる。

この判決に対して、前掲⑨の判決は、実際の具体的な業務執行に何ら関係していない者の行為者責任を認めた。従つて、第三節の一連の判例理論から見れば、前掲⑨の判決は、行為者の概念をさらに拡張した、という印象をもたれる。[26] 実際に、⑨の控訴審は、共同原因となつている程度、ないし業務執行に対する具体的影響度から概念を確定しようとする前掲⑦の理論を導入して、被告Yが、発起人としての義務、すなわち、代理人の選任や業務執行活動についての同意以上の活動をしておらず、具体的な業務執行に影響を与えていない、として、Yの責任を否定していた。これについて考えてみるならば、Yは、業務執行者にこそ任命されはしたが、全事務をその息子Eに行わせており、従つて、むしろ、Eが実質的に業務執行者に類似する地位を有していたといえよう。[27] だから、Eにかかる地位を包括的に与えたYの立場は、たとえば、業務執行者を選任した発起人の立場と実質上変らないとも考えられよう。

しかし、やはり同様に、親たるYが行為者責任を負うかどうかが問題となつていた前掲⑫の判決では、Yが、業務執行任務を帯びておらず、業務執行者に任命されていないことを理由として、⑨の判決とは反対に、Yの責任が否定されていた。以上のことから、むしろ、⑨の判決は、Yが、仮に権限を行使していなくとも、業務執行者たる地位にいた以上、行為者責任を負う、ということを認めた判決といえる。[28] そして、これによつて、業務執行や代理の方法が、定款で一定の者に権限上帰属することになつたときに、それ以外の業務執行者も行為者責任を負担する、と解されることになるのである。

㈤、われわれは、今までに、ドイツの最上級審が商法上の行為者概念をどのようにとらえているか、という問題を分析、検討してきた。そこで、われわれは、最後に、以上の判例が今後の理論に与えるであろうところの意味について考えておきたい。

まず、判例は、行為者責任が将来成立する会社の為の行為のみに妥当するとし、従つて、ここでは、設立中の会社における構成員の責任が取りあげられることは少なかつた。[29] それゆえに、判例は、行為者責任をいわゆる代償責任[30]（Ersatzhaftung）と見なしているといえよう。会社法上の行為者責任をこのような代償責任としてとらえ、しかも、この責任による債権者保護の機能を重視した初期の判例は、債権者に与えられた唯一の責任である行為者責任でもつて、債権者保護の徹底を図つた。その結果、この初期の判例は、行為者の概念を広くし、法律行為の背後にいる者にも一般的に概念を拡張していつたのである。しかも、この判例理論は、ある法律行為に個別的ないし、包括的に同意をしたかどうかという点で、一応の基準を設けながらも、いかなる資格の者が行為者となるかという点では何らの制約も与えなかつた。従つて、設立中の会社の構成員もここで行為者責任を負う、ということが考えられたのである。

この判例理論に対して、その後、新たな行為者概念の提起が考えられるようになつた。これは、法律行為に対して共同原因を与え、あるいは業務執行に具体的な影響を与えた者も、行為者である、とする理論である。しかし、この理論構成自体、かなり不明確であり、また、そこでも背後にいる構成員が行為者責任を負う場合が認

められる。

そして、連邦裁判所による新たな判例は、業務の執行に有責的に（verantwortlich）協力し、また固有の業務執行任務を有する者が、行為者である[31]、という理論を唱えるに至つた。このような理論では、業務執行者の背後にいる構成員が行為者責任を負担する、ということが否定されてくる。従つて、ここでは、設立中の会社の構成員とその業務執行者との分離が、結果として生じてくる[32]。従つて、連邦裁判所による、この新たな理論は、行為者責任が一つの機関責任として考えられる可能性を生み出すものである[33]。

(1) ここでいわれる会社の名とは、法人としての会社の名、すなわち将来成立する会社の名のことであるのか、あるいは設立中の会社の名のことであるのか、については見解が対立している。Vgl. Hachenburg-Ulmer, Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschrankter Haftung, Großkommentar Bd. 1, 7. Aufl., 1975, §11 Anm. 75.

この問題は、さらに設立中の会社の社員（Gesellschafter）が個人責任を負うか否か、という問題にとつて、重要な前提問題の一つとなる。この個人責任の問題に関しては、本稿で必要な限りで触れる他は、拙稿・「ドイツにおける行為者責任の機能をめぐつて―権利能力なき社団の責任に関する一考察―」（近時発表予定）を参照されたい。

(2) Scholtz は、当該規定を見れば、「会社の名で」法律行為を行う者以外に行為者がいるとは、文理上解釈されえない、という。Scholtz, Die Haftung der Handelnden in der Vor-GmbH, GmbH-Rdsch. 1956/1, S. 4f.

(3) Fleck, Die neuere Rechtsprechung des BGH zur Vorgesellschaft und zur Haftung des Handelnden (§11 Abs. 2 GmbHG, §41 Abs. 1. S. 2 AktG), ZGR 1975/2, S. 223.

(4) Schultze=v. Lasaulx, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 15. 6. 1955, MDR 1955, S. 730.

(5) Schultze=v. Lasaulx, aaO. S. 730.

(6) 学説では、わずかに、つぎの論者によつて狭義に行為者概念がとられている。Scholtz, aaO. S. 3f; Reinecke, Die Stellung der Mitglieder in der Vorgesellschaft, 1960, S. 62.

(7) 民法上の判決としては、第二章で触れた判決①が理論的にこの見解に含まれるであろう。

(8) やはり民法上の判決では、第二章判決⑦がこの見解と同じであるように思われる。

(9) 学説についてはつぎのものを参照されたい。Hachenburg-Ulmer, aaO. §11 Anm. 71.

(10) ライヒ裁判所は、ここで、追認という表現をもちいているが、後の判例は、右のライヒ裁判所が、いわゆる事後の同意をした者にも行為者責任を負わせようと真実考えていたかどうか、疑問であるとし、また、後の判例も、右の場合には、行為者責任が生じないとしている。RG 19. 2. 1902, RGZ 70, S. 296, 303; BGH 8. 7. 1957, NJW 1957, S. 1359.

(11) 今まで見てきたライヒ裁判所の判決は、法律行為が将来成立する会社の名で行われたときに、行為者責任が生ずるとしていた。この意味で、「株式会社は、登記前に成立しておらず、株式会社の為に行われた行為について、その責任は一般に生じえない。」といわれていたのである。前掲判決①参照。

このような理論は、つぎのような考え方をその前提に置いている。す

なわち、それは、会社成立前にその会社の名で法律行為が行われたとき、たとえば、営業行為が行われたときに、それは、将来成立する会社との関係で一種の無権代理行為になり、当該行為の法律効果が会社に帰属する為には、会社の追認を必要とし、それまでは、その行為から生ずる権利義務関係が浮動状態になる、ということである。そこで、このような浮動状態によつて生ずる、行為の相手方の地位を保護する為に、行為者責任が機能する、と考えられるのである。Vgl. Staub-Pinner, Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Bd., 14. Aufl., 1933, §200 Anm. 7.

以上のような見解に対して、本連邦裁判所は、本件での法律行為が、設立中の会社の名で行われたと同時に、将来の会社が、その登記と共に設立中の会社の代りになるという関係でもつて、将来の会社の名でも行われている、としている。これは、会社の名での行為が、一方で、設立中の会社の為の行為であると同時に、他方で、将来成立する会社の為の行為であるという見解である。Vgl. Zuelch, Rechtsnatur und Haftungsverhältnisse der Vor-Genossenschaft, 1964, S. 41ff.

しかし連邦裁判所のように考えると、設立中の会社の社員としての責任が問題となつてくるはずであるが、本判決はこれに言及していない。

(12) Zは、XがYのみに貸付金を支払うべきではなかつたし、また、Yは、その受領を委任されている者でもなく、受領権限の授権もされなかつたと争つた。

(13) 本件のいわゆる設立中の有限会社は、Zと訴外Bとの両名からなる。ところで、この設立中の有限会社の団体性について、裁判では、この団体が受働的当事者能力ある団体であるかどうかが争われた。連邦労働裁判所は、これを肯定し、右団体が有限会社の前形態たる社団であるとした。

(14) Bは、本件訴訟で被告として行為者責任に問われていない。しかし、連邦労働裁判所は、このBも、業務執行者を営利的に活動させている者であり、もしBが訴えられていれば、Bも行為者責任を負う前提があつたという。

(15) 本件判決で述べられているものである。JZ 1955, S. 615.

(16) Schultze=v. Lasaulx, aaO. S. 730; Bismarck, Rechtsnatur und Haftungsverhältnisse der Gründungs GmbH, 1963, S. 112.

(17) Schultze=v. Lasaulx, aaO. S. 730.

(18) Flume, Die werdende juristische Person, Festschrift fur Gessler, 1971, S. 35f.; Schultze=v. Lasaulx, aaO. S. 730; Bismarck, aaO. S. 112.

(19) 前出注(11)参照。

なお、下級審の判決の中には、すでに、行為者責任と設立中の会社の構成員の責任との並存関係について触れるものが見られる。OLG Hamburg 25. 3. 1952, Der Betrieb 1952, S. 760.

事案は、原告Xが、設立中の有限会社に信用を与えたが、その後、取引に関与していなかつたYを相手に支払を請求した、というものである。なおYは業務執行者であり、社員であつた。また、会社の登記は、結局なされなかつた。

地方高等裁判所は、Yが会社の設立、他の業務執行者の任命、そして機械や労働力の引渡等について協力しただけであり、融資をめぐる一定の法律行為に関与しておらず、行為者ではない、とした。そして、つぎに、行為者責任は、それと並存する他の責任を排除するものではない、として、設立中の会社により営業がなされているときには、合名会社の規

定（商法第一〇五、一二六、一二八条）が適用され、Yは個人的無限責任を負うとした。

(20) 前掲⑤の判決理由にはつぎのことが述べられているが、これは、むしろ、設立中の会社の構成員としての責任を考える場合に、あてはまるであろう。「有限会社法第一一条二項において、会社の名で、すなわち、将来の有限会社の為に行為をした者が個人責任を負う、といわれたときに、だから、彼だけが責任を負う、とはいえない。……もし、設立中の会社が、発起人の同意をもつてその業務執行者により営利活動にすでに着手しているとすれば、その業務執行者は、設立中の会社の社員等を義務づける。その社員等は、その際に、社員としての合手的（gesamthänderisch）結合の中で義務づけられているのである。社員等は、その場合に、有限会社法第一一条二項の意味において、すでに活動していたところの者である。」NJW 1963, S. 682.

Feineは、右と同様のことを、行為者責任ではなく設立中の会社の社員についての責任のところで述べている。Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Bd. III/3, 1929, S. 205f.

なお、右の⑤の判決では、設立中の有限会社は、ZとBとからなり、また、行為者責任が本来Bにも及ぶ、と考えられていた。前掲注（13）(14)参照。従つて、この判決では構成員の個人責任が認められたのと等しい結果となる。

(21) Fleck, aaO. S. 226.

(22) Fleck, aaO. S. 226; Riedel/Rabe, Die Vorhaftung bei der Vorgesellschaft, NJW 1968, S. 874; Lieb, Abschied von der Handlungshaftung－Versuch einer Neubestimmung der Haftung aus Rechtsgeschäften im Grundungsstadium von Kapitalgesellschaften, Der Betrieb 1970/21, S. 962ff.

(23) Fleck, aaO. S. 226.

(24) 判決では、さらに、つぎのことが指摘されている。「将来の会社の為に業務を執行する際に、自分でまたは他人を通して、有責的に（verantwortlich）共同の活動をなし、しかも、この一定の範囲の中で、責任の原因となつている具体的な業務上の活動をも共に担つていたところの者すべてが、その債権者に対して責任を負う」。

(25) 連邦裁判所は、Yの行為者責任を否定した後に、Yが設立中の会社の社員としていかなる責任を負うか、という問題を取りあげている。本件判決は、このように二つの責任を取り扱つたものとしても、大きな意味をもつている。Vgl. Binz, Anmerkung zum Urteil v. 28. 11. 1975, GmbH-Rdsch. 1976/3, S. 66.

連邦裁判所が右の両責任の並存を認めるようになつたのは、先に述べたような（前掲注(11)参照）、会社の名での行為に関する二面性の考え方を徹底させたからである。この二面性の考え方によるときには、行為者責任は、つぎのように構成される。すなわち、一つの、会社の名での行為について、その行為が、将来成立する会社の為の行為であると同時に設立中の会社の為の行為でもあると考えられることにより、この前者の行為に関して、行為者責任が生じ、後者の行為について、設立中の会社の社員としての責任が生ずる、というように、両責任の存立基盤を異にして構成される。なお、Yの社員としての責任に関して、本件連邦裁判所の判決は、「有限会社」という名称が使われているから有限責任である、とする。しかし、連邦裁判所による、以上の法律構成には対して、つぎのような者からの批判が見られる。Schmidt, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28. 11. 1975, NJW 1976, S. 421f.; Binz, aaO. S. 66f.

(26) Emmerlich, Anmerkung zum Urteil v. 9. 2. 1970, JuS

1970, S. 475.

(27) Fleck, Anmerkung zum Urteil v. 9. 2. 1970, BGH LM Nr. 18 zu GmbHG.

(28) 設立中の会社の業務執行および代理の方法は、まず、法および定款によるが、設立規定ないし定款がこれを定めていないときには、会社法人規定が類推適用される、と解する見解がある。Buttner, Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, 1967, S. 73; Flume, aaO. S. 25. 28.

そこで、この見解に従つて、株式会社における業務執行・代理の各規定を見てみると、まず、取締役会が複数人からなるときは、業務執行権限および代理権限は、それらの者によつて共同に行使されることになる（株式法第七七条一項前段、七八条二項）。しかし、会社の代理行為については、定款によつて、個々の取締役員が、単独でまたは支配人と共同して、会社を代理する権限を有することもでき（同法第七八条三項）、また、共同代理権限を有する取締役員は、そのうちの一人に、特定の行為または特定の種類の行為を行う為の授権をすることもできる（同法第七八条四項）。さらに、定款でもつて、一定の者が、業務執行や代理についての権限を有することもできる（同法第七七条二項後段、七八条二項）。

(29) 但し前掲⑫の判決・前掲注(25)参照。

(30) Vgl. Lieb, aaO. S. 964.

Lieb によれば行為者責任には、この代償責任と付加的な（zusätzlich）責任とがあるといわれる。民法上の行為者責任は、権利力能なき社団の構成員の責任と並ぶ付加的な責任として構成される。

(31) 前掲注(24)参照。

この「有責的に」という場合の有責性とは、結局、他人を通して活動する場合であつても、業務を執行し、さらに対外的な業務上の活動を本来担うべき者が有していたところの責務から生ずるものといえる。

(32) Fleck, aaO. ZGR, S. 226f.; Schmidt, Der Funktionswandel der Handelndenhaftung im Recht der Vorgesellschaft, - Ein Beitrag zur Abgrenzung des "Handelnden"-Begriffs-, GmbH-Rdsch. 1973/7, S. 149f.

とくに、右のSchmidtは、行為者責任を機関責任(Organhaftung)としてとらえる。同じく、機関責任とする者に、Ulmer がいる。Hachenburg-Ulmer, aaO. §11 Anm. 72.

(33) 本稿では、行為者概念に関する商法上の学説を検討しない。なぜならば、学説の理論展開は、判例理論の展開と大きく関係し、その多くが判例理論の影響を受けているからである。しかし、行為者責任は機関責任である、と明言するSchmidtやUlmer の見解に関しては、ここで指摘しておくべきことがある。

SchmidtやUlmerは、行為者責任が機関責任である、と考えることにより、機関に属さない代理人（支配人・商事代理人その他）が行為しても、この代理人は、行為者責任を負わない、とする。これは、行為者責任を機関責任と解することによつて生ずる結果である。Schmidt, aaO. GmbH-Rdsch, 151f.; Hachenburg-Ulmer, aaO. §11 Anm. 73.

他方で、連邦裁判所の判決も、明らかに、行為者責任を機関責任と解する方向にむかつている。Vgl. Schmidt, aaO. NJW, S. 421. しかし、連邦裁判所は、授権者としての行為者の他にも、代理人（被授権者）が責任を負うかどうか、という問題に対して、まだ明白な解答を与えていない。この問題に関する判断が待たれているところである。Vgl. Fleck, aaO., ZGR, S. 226.

五　おわりに

われわれは、今までに、ドイツにおける行為者責任に関して、民法上の行為者の概念と会社法上の行為者概念とをそれぞれ検討してきた。そこで、最後に、これらをもう一度、整理、補足して、筆者にとつて後日の研究課題となる諸問題を提起していきたい。

民法上の判例学説の多くは、行為者を、法律行為上の意思表示を行つた者、ないし法律行為上の取引に直接あらわれた者、と定義した。ところで、ドイツでは、理事団という一つの機関が考えられ、また、理事が複数存在するときでも、理事団による代理行為は、その理事の多数決をもつて原則として行われた。従つて、ここでは、理事団、あえていえば、これを構成する理事が、行為者責任を負うことになる。このように考えられる以上、理事団が権利能力なき社団の名で自ら行為した場合には、先の通説の立場に立つても、問題は生じなかつた。しかし、通説が批判されるのは、理事団がある一定の者に授権行為を行い、あるいは、内部関係から見れば、理事団がある一定の者に事務を委任し、理事団に代つてその一定の者が法律行為を行つた場合である。

右の場合に、通説は、その復代理人あるいは受任者のみが行為者であるとする。しかし、この通説に対して、たとえば、Schumann は、理事団から授権ないし委任された者が、その理事団の名で社団の為に行為するときには、その理事団のみが行為者責任を負い、また、右の直接の行為者が単に社団の名で行為するときには、この直接の行為者と並んで、間接の行為者たる理事団も責任を負う、と述べていた。また、Stoll も、ライヒ裁判所その他の、初期の最上級審によつて唱えられた会社法上の理論を参考とすべきである、といつて、民法上の行為者概念を拡張しているが、これも、結局は、支払能力のない第三者を行為者として身代りとしてしまう理事団を規制する為の理論であつた。この Schumann や Stoll が唱える少数説は、そこで、結局において、本来行為者であるべき理事団を、行為者責任の場へできるだけ引き出そうとすることを狙つていたのである。

そこで、つぎに、会社法上の理論について考えてみよう。そこでの行為者概念は、当初、ある法律行為に対して個別的もしくは包括的に同意を与えた者をも含む概念として、広く考えられていた。しかし、やがて、判例理論の変遷とともに、行為者の範囲は、狭く考えられるようになつたのである。そして、現在の連邦裁判所は、本来ならば共同に代理行為しうる業務執行者や取締役が、その権限を他人に与えた場合や、その者の代理権限や業務執行権限を他人に行使させた場合にも、(1) 右の業務執行者や取締役が責任を負う、という立場をとつている。この連邦裁判所の判決における論理を押し進めていくと、行為者責任を機関責任とする見解が唱えられてくる。

右の、行為者責任を機関責任として構成する見解は、企業所有者と企業管理者とをそれぞれ分けて、(2) 異なつた責任に服させようとする見解であり、考慮に値する見解である。しかし、行為者責任全般について、とくに、民法上の行為者責任を法律構成する際に、右の

機関責任による説明は、ドイツ民法第五四条後段との関係で、問題を生じる。なぜならば、行為者任責任を機関責任と解し、理事団ないしそれに属する理事のみが行為者責任を負うと考えることは、そもそも、民法における起草者の意思に反するからである。[3] 従つて、機関責任としての行為者責任、という概念の定立は、ドイツの民法では、むずかしくなるであろう。

最後に、民法上の判例学説のいくつかは、いわゆる営利社団に関して、行為者の範囲を最も広くとらえた判例理論が参考とされるべきである、という見解を唱えていた。ところで、ライヒ裁判所の判決を基礎とする、この判例理論は、行為者責任をいわゆる代償責任と解し、それゆえに、債権者保護目的を徹底させる為に、設立中の会社の社員にも責任を負わせるものであつた。しかし、権利能力なき営利社団の構成員に個人責任を負わせる見解が、Stollをはじめとするドイツ民法上の通説でもある。[4][5] 従つて、ある法律行為に同意を与えた構成員の責任は、むしろ、右の営利社団における構成員の責任に吸収されるものである。以上のことから、行為者の概念を最も広くとらえた会社法上の判例解釈が、そのまま、権利能力なき営利社団に導入される、ということには、疑問がある。

しかし、現在の連邦裁判所によつてとられている行為者の概念を、権利能力なき社団に導入することについては、考慮される余地がある。なぜならば、対外的な業務執行権限を有する理事団が、その権限を社団の構成員その他の者に与えたような場合に生じる問題を、右の行為者概念によつて解決しうる余地があるからである。ところで、ライヒ裁判所や初期の連邦裁判所等の判例理論は、権利能力なき非営利社団では考えられない、といわれていた。その理由は、非営利社団が広範囲の事業を行うことはまれであるから、会社設立の場合と比較して、債権者の蒙る危険が少ない、ということにあつた。[6] しかし、会社の設立では、広範囲の事業が行われ、それに対する債権者の危険が大きい、といつても、むしろ、最近の連邦裁判所は、少なくとも行為者の概念をとらえる際に、行為者責任による債権者保護の意味を後退させている。従つて、会社法上の行為者概念が権利能力なき非営利社団に導入されることはない、と考えられていた時代とは異なる判例理論が、今は、見られるのである。最近の連邦裁判所のとる判例理論が、民法上の権利能力なき社団に導入されるべきではないとする根拠は、現在では存在しないように思われる。

（1）以上の具体的例としては、代理権限を他人に与えたとはいえ、なおその業務を共同に決定しうる権限を有する者、また、右の両権限を他人に与えたとはいえ、業務執行者たる地位にある者が考えられよう。

（2）Vgl. Schmidt, aaO., GmbH-Rdsch., S. 151.

（3）第三章注(5)およびその本文参照。

（4）Stoll, aaO. S. 70f.; Vgl. Soergel-Schulzte=v. Lasaulx, aaO. §54 Anm. 38.

（5）営利社団について、会社法上の理論の導入を説く論者も、この通説論者である。Vgl. Habscheid, aaO. S. 407; Enneccerus-Nipperdey, S. 708; Soergel-Schultze=v. Lasaulx, aaO. §54 Anm. 38.

（6）第二章の判決④⑦を参照されたい。