

# 信託契約の無効・取消基準 —ドイツ組合法に照らした信託の特質の検討—

京都大学法学部准教授 西 内 康 人

## — 目 次 —

1. 序論	3.1 判例の状況
1.1 本稿の目的	3.2 学説の状況
1.2 本稿の背景	3.3 ドイツ法のまとめ
1.3 方法	4. 分析
2. 日本法の状況	4.1 団体の権利能力の有無
2.1 判例の状況	4.2 組合類型内部での線引きの有無
2.2 法令の状況	4.3 優越的利益の取扱い
2.3 学説の状況	4.4 主観の一部無効
2.4 まとめ	4.5 信託への応用可能性
3. ドイツ法	5. 結語

## 1. 序 論

### 1.1 本稿の目的

本稿は、信託法が持つ契約法と団体法の交錯点としての特性に着眼し、同様にこうした交錯点としての特徴を持つ法人以外の団体の性質と対比しつつ、信託および信託行為の特質を、検討することを目的とする。

### 1.2 本稿の背景

信託は、その特性について、古典的には、契約の一種として議論されてきた。この立場からは信託法が認める物権的效果が問題となるが、これについては、法律が認めた特殊性として説明されている。この点で、あくまで

契約法に基礎を置く関係と理解されている。

これに対して、最近では、信託財産の権利主体性、あるいはこれに類した構成を認める理解が有力となっている<sup>(1)</sup>。この点で、団体法の典型である法人法と近似するものとして理解されている。

このような立場の違いにもかかわらず、両説の具体的帰結には、大きな相違はない。とりわけ、信託法、信託業法が改正され、効果の定めが詳細になった現在では、理論的争いとしての側面が大きくなっている。

しかし、信託法において明確には規定されていない事柄で、かつ、契約法と団体法では効果が大きく異なる場面が存在する。たとえば、有効性の問題がある。とりわけ、法人設立につき、無効や取消の原因、その主張期間

が、法律上厳しく制限されている。しかし、この制限が法人を超えて妥当するのかの基準は、「団体性」というあいまいな言葉で議論されているのが現状である。

この結果、信託法でこの問題が、契約法と団体法のいずれに準じて処理されるべきなのか、その理由はどのようなものか、これらの問題は必ずしも明確でない。この問題を明らかにするためには、一方で、契約に対する特殊性がにつき、「団体性」としてひとくくりになっている問題の要素を分解するべきである。他方で、信託が契約と団体の両面の性質を持つことを念頭に置いて、信託の本質や機能を再検討するべきである。

### 1.3 方法

そこで本研究では、信託の有効要件の問題に着目して、法人以外の団体法から、信託の特質を明らかにしていく。この内容は大きく、二つのパートに分かれる。

一つは、法人以外の団体法における、団体法と契約法の関係を明らかにすることである。これは、「団体性」を要素分解していく作業である。本稿ではまず、2において、組合法に関する日本法の議論状況をまとめる。次に、本稿では3で、ドイツにおける瑕疵ある会社理論の争いに着目する。この議論に着目するのは、団体と契約という二つの性質がせめぎ合って、有効要件に関する結論が導かれている、格好のサンプルだからである。

もう一つは、信託において、瑕疵ある会社理論がどの程度妥当するかを明らかにすることである。そこで4では、2と3の結果をまとめた上で、信託法との比較分析を行う。

これら二つのパートをまとめて、日本の信託法において、団体法で議論されている特殊性がどこまで認められるのか、明らかにしたい。

## 2. 日本法の状況

ここでは、判例、法令、伝統的学説の状況を概観したのち、現在の学説の到達点を示す基準として民法（債権法）改正検討委員会での議論状況を簡単に取り上げ、問題点を抽出することとしたい。

### 2.1 判例の状況

大審院の判例には、合同行為であることを理由に民法94条の適用可能性を否定したものがある<sup>(2)</sup>。

しかし、現在の基本書・教科書では取り上げられることは多くない<sup>(3)</sup>。しかも、最高裁になってから同様の判例は存在していない。

### 2.2 法令の状況

契約・法律行為の原則については、説明する必要があるまい。ここでは、法人の典型とされる会社をまず取り上げてみよう。

会社に関する限り、会社設立後の無効・取消を制限する明文の規範がある（会社法832条1号）。そして、無効・取消原因が一部社員のみにある場合には、残余社員の同意で会社を継続でき、当該社員は退社したとみなされる（会社法845条）。また、一般社団法人 一般財団法人にも同様の規定がある（一般社団法人財団法267条1号、276条1項）。

さらに、会社や一般社団法人、一般財団法人では、無効・取消の遡及効が制限されている（会社法839条、一般社団法人財団法274条）。

### 2.3 学説の状況

#### 2.3.1 伝統的学説

古典的には、組合契約に対する無効規範、取消規範の効力に関して、二つの立場が存在した<sup>(4)</sup>。

一つは、第三者が登場した場合に、その効力を排除する見解である<sup>(5)</sup>。ただし、第三者が登場する以前であっても、取消や無効が一

部の者のみと関係しており、この者を除いても契約当事者が二人以上残る場合には、組合契約自体の成立や効力には原則として影響を及ぼさないとする。その理由は、取引関係による事業の開始後は、取消の遡及効や無効が組合の内外に多大な悪影響を与えることに、求められている。

もう一つは、内部関係と外部関係で区分を行なう<sup>(6)</sup>。つまり、内部関係では無効や取消の効力が貫徹されるが、外部関係では取消や無効が明らかになる前に生じた第三者との関係でそれらの効力が制限されるとする。

### 2.3.2 事実的契約関係

理論的な説明のために、ドイツ学説から、事実的契約関係の紹介が行なわれたことがある<sup>(7)</sup>。主として紹介されているのは、ハウプト Haupt の学説であり、この事実的契約関係の中に、無効・取消の場合の会社・団体関係が含まれている。

この考え方に対する態度は様々である。比較的好意的な紹介もある一方で<sup>(8)</sup>、無効・取消の場合の清算を背景となった表見的法律関係を基礎として処理する類型論の考えからすれば、ハウプトの指摘した困難が不当利得法の解釈によって解決しうるものだと示唆する見解もある<sup>(9)</sup>。そして、ハウプトが指摘するような困難は、とりわけ継続的法律関係一般についても問題となると指摘している<sup>(10)</sup>。

### 2.3.3 債権法改正

#### 2.3.3.1 取消し

取消しの遡及的無効に関する解説では、「継続的契約関係において長期にわたって契約が履行され、あるいは会社やその他の団体の法律関係が問題となる場合には、遡及的無効とすることにより、法律関係の清算をどのように行なうかという困難な問題が生じることは否定できないが、これは不当利得法の問題として解決すべきものであって、継続的契約関係一般について遡及的無効の効果を排除する

ことを正当化することはできないというべきである」と、説明されている<sup>(11)</sup>。

この部分は、①団体も継続的法律関係の一つと考えた上で、②継続的法律関係での遡及的無効の（少なくとも主たる）問題を清算の問題に限定し、③これは不当利得法によって解決すべきだとして、④取消の遡及的無効の効果を排除する正当化根拠とは考えない、と読むことができる。

#### 2.3.3.2 組合

これに対して、組合契約に関する箇所では、組合契約の無効・取消の効果を特に排除する規定が置かれている。その説明曰く、①第三者との取引が開始された後であれば、②無効・取消の遡及効は排除され、また、③無効・取消原因がない組合員が二人以上いる場合には組合契約は残余組合員で存続するとされている<sup>(12)</sup>。このように善意悪意を問わない第三者との取引が基準となる結果、絶対的取引保護が目的とされていることがうかがえる。

他方、このうち、②には例外があり、公序良俗違反の場合には、遡及効が貫徹される<sup>(13)</sup>。

さらに、内的組合<sup>(14)</sup>についても、上記無効・取消の効果制限の準用は、排除されていない<sup>(15)</sup>。つまり、内的組合も同様に、無効・取消が制限されるということになる。

この点は、後述するドイツ法の議論とは決定的に異なる。つまり、ドイツの学説では、内的組合一般に瑕疵ある団体理論を適用する連邦通常裁判所判例を批判する立場が有力化している<sup>(16)</sup>。

このような日本とドイツの対比からは、合有の形をとる組合に特殊な財産帰属形式は、日本では無効・取消の効果排除にとって決定的な意味を持っていないことがわかる。というのは、日本での内的組合は、組合財産が業務執行者の単独所有に属することを要求しているからである。

興味深いのは、ドイツの連邦通常裁判所判

例<sup>(17)</sup>とも、立場が異なることである。というのは、一方で、ドイツの判例では、継続的契約にも共通するような巻戻しの困難が、遡及効排除の決定的根拠とされているからである。他方で、日本の議論では、取消しの箇所<sup>(18)</sup>の議論が示すように、継続的契約一般については遡及効排除は否定されているからである。つまり、あくまで組合に特殊な根拠があることを前提に、日本法では遡及効排除を想定している。また、日本法の内的組合には、匿名組合が含まれない結果、匿名組合については遡及効が肯定、内的組合については遡及効が否定されることになる。この点も、匿名組合を含めた内的組合一般に瑕疵ある団体理論の適用を認めるドイツ判例とは異なる。つまり、根拠および範囲の点で、ドイツ判例と、日本法の議論は異なるのである。

そこで、日本法で内的組合にも遡及効排除が認められるべきとされた根拠は、もしかしたら、内的組合と匿名組合の区別に求められるのかもしれない。内的組合と匿名組合を分ける基準は、組合員相互が契約関係に立つか、業務執行者とその他の組合員が共同の事業を営んでいるか、この2点に求められている<sup>(18)</sup>。これらの2点が認められるものを、匿名組合ではなく、内的組合と分類する。しかし、一方で、これはいずれも組合の内部関係に関する事柄である。他方で、上記のように、基本方針で遡及効が排除される基準時は対外的な取引開始時に求められている。内部関係に注目した基準と、外部関係に注目した基準が、いかなる関係に立つのかは、直ちには明確でない。

### 2.3.3.3 継続的契約

継続的契約に関する説明の前注<sup>(19)</sup>は、組合や会社について取り上げていない。このため、取消しの部分とあわせてみた場合、組合や会社の取扱について、継続的契約としての性格がどの程度の意味を持つのかは、不明確である。

また、法制審議会における中間的な論点整理の補足説明<sup>(20)</sup>では、上記のような無効・取消の排除は組合の「団体的性格」に求められている。ただし、このような「団体的性格」の具体的内容は、必ずしも明確でない。少なくとも、「団体的性格」という言葉から確実に読み取れるのは、単なる契約、とりわけ単なる継続的契約とはみなされていないことである。

## 2.4 まとめ

まとめると、日本で、組合ないし団体に関して無効・取消の遡及効を排除する法理は、その根拠の点で不明確な部分がある。候補となる根拠としては、継続的契約としての性質、団体としての内部関係、団体としての外部関係がある。他方、無効取消規範の適用が排除されない根拠として、公序良俗違反性がある。これらの要素のいずれが、独立してまたは相互にどのように作用して無効取消規範の排除を根拠づけるのか、この点を解明することが、日本であまり議論のない<sup>(21)</sup>この問題に関する改正の方向やその後の解釈を合理的なものとするためにも、必要であろう。

この点を明らかにするため、以下で、ドイツ法の議論を見ていく。というのは、第一に、日本にも紹介されたドイツの事実的法律関係理論は、その後、各法律関係に特有の事情を精緻化する方向で、議論が深められたからである。会社・団体に関するこの議論は、瑕疵ある団体理論と呼ばれている。このような議論の進展を紹介することは、事実的法律関係の一部として捉えられた団体の問題を日本法で理解するのにも、有益な示唆を与えると考えられる。第二に、ドイツでは、判例・学説のそれぞれが、前述した日本法改正の方向性とは違った基準を、瑕疵ある団体理論の射程決定に用いているからである。やや結論を先取りすれば、ドイツの瑕疵ある団体理論には、一方で、判例上は匿名組合まで含まれている。他方で、学説では内的組合の中で線引き

を行う見解から、匿名組合を含め内的組合一般をこの理論から排除すべきだと主張する見解まで存在する。このような違いが生じる原因、および、日本法との違いを探ることは、日本法の議論を進める上で示唆を与えると考えられる。最後に第三に、日本法でも区別のカギとなっている内的組合という概念は、Innengesellschaftの直訳から来ているようにドイツに由来する概念だからである。この概念が瑕疵ある団体理論で持つ意味をより深く考察することは、匿名組合との区別の意味をいっそう明らかにしてくれると期待できる。

この瑕疵ある団体理論の議論は、非常に幅広い。対象となる場面は設立から加入・脱退、ひいては事業契約（株式会社291条以下）や事業譲渡まで、また、対象となる団体は株式会社から匿名組合まで、様々なものが議論されている<sup>(22)</sup>。しかし、本稿では、議論を拡散させないために、考察の対象場面を設立の場面に限る。また、対象の団体を、人的会社（合名会社、合資会社、民法上の組合、匿名組合）に限る。

### 3. ドイツ法

#### 3.1 判例の状況

##### 3.1.1 ライヒ裁判所

ライヒ裁判所は当初、会社契約・組合契約に関しては無効・取消は民法の一般原理から判断するべきであるとの態度をとった<sup>(23)</sup>。

このような無効や取消の効果は、権利外観を理由に、まずは外部関係で排除されていく。具体的には、登記簿への登記や、公共への意思表示が、排除の理由とされていた<sup>(24)</sup>。

他方、内部関係についての無効・取消の効果排除は、この後になって行われ<sup>(25)</sup>、一般的な原理として確認された<sup>(26)</sup>。この結論は、個別問題でも確認されることになる<sup>(27)</sup>。このように内部関係で無効や取消を排除する結論の理由付けは、外部関係とは異なり、権利外観によることができない。そこで、外部関

係と内部関係との密接関連性、不当利得法上の処理の困難性、会社法の構成員利益への適合性が、指摘されている<sup>(28)</sup>。

このようにして、ライヒ裁判所は、会社契約・組合契約の無効や取消を制限する結論を確立させた。

##### 3.1.2 連邦通常裁判所

###### 3.1.2.1 連邦通常裁判所による結論の承継

このようにして確立したライヒ裁判所判例の結論は、連邦通常裁判所に受け継がれていく<sup>(29)</sup>。

ただし、このような結論は、当事者が会社関係の通謀して会社関係を仮装している場合、内部関係には妥当しないとした裁判例もあることに注意が必要である<sup>(30)</sup>。これに対して、外部関係が問題となった場合<sup>(31)</sup>では、会社契約が推断的に存在するとされ、無効の可能性は検討されていない。

###### 3.1.2.2 連邦通常裁判所による内的組合への拡張

このような結論は、対外関係とは無関係な内的組合・匿名組合にも、無効や取消の排除が、明示的に拡張されていく<sup>(32)</sup>。この理由とされているのは、種々の関係が含まれる内的組合の中で線引きを行うことは難しいことである。

###### 3.1.2.3 連邦通常裁判所による具体的な理由付け

このような結論を導く法理を示す言葉として当初用いられたのは、「事実上の会社」という文言である<sup>(33)</sup>。しかし、「事実上の会社」という文言は、誤解を招きかねないことを理由に、批判されていく。というのは、通説は、会社が事実ではなく法律行為に基づいて成立すると考えているからである。この結果、この文言は「瑕疵ある会社」に変化していく<sup>(34)</sup>。

もっとも、この概念の下で重視される要素は、このような概念整理の前後で変化してい

ない。すなわち、連邦通常裁判所によると、事実上作出された状態は、法的に承認されねばならない。というのは、当事者が出資をもち、労務を行ない、利益の機会を利用して共同リスクを負担した、継続的に事実上実現された給付共同関係が、直ちに遡及効をもって法的生活から除去され、つまりはまるで存在しなかったかのように扱われるならば、たいていは、負担しがたい結論を招くからである<sup>(35)</sup>。まとめると、共同関係の下で一定の事実状態が形成されたことが、重視されているのである。

他方、「瑕疵ある会社」の概念の下では、取引保護も重視されている。この中には、構成員責任を絶対的に認めることも含まれる<sup>(36)</sup>。相手方の善意悪意は問わない。

つまり、「事実上の会社」ないし「瑕疵ある会社」という概念の下には、会社内部の要素も、対外的取引と関係する要素も、両方統合されている。

### 3.1.2.4 適用基準時

こうして確立された理論の適用基準時を画するために、「実行状態に置かれた in Vollzug gesetzt worden ist」という表現が使われている<sup>(37)</sup>。

この表現については、まず、「履行 Erfülleng」という言葉は使われていないことに注意すべきである。つまり、組合契約の履行にあたるような出資行為・目的実現行為とは、必ずしも一致するものではない。

他方で、契約締結時点から無効や取消の制限をうけるわけでもないことに、注意すべきである。少なくとも、契約締結以外の要素が必要とされていることがわかる。

これ以上にこの概念からわかることは多くない。というのは、連邦通常裁判所は、この概念の具体的内容を明らかにしていないからである。その結果、この概念の具体的内容は、「瑕疵ある会社」理論の理由付けやこの法理の適用範囲から、推察するしかない。

### 3.1.2.5 例 外

このような「瑕疵ある会社」理論は、優越的利益が認められる場合には、例外が認められる<sup>(38)</sup>。より具体的には、禁止法違反<sup>(39)</sup>、未成年者保護<sup>(40)</sup>、消費者保護<sup>(41)</sup>が問題となっている。

しかし、禁止法違反に関して例外を認めたように読める判決はいずれも、内的組合に関するものであると分析されている。その結果、後述のように内的組合を「瑕疵ある会社」理論の適用範囲に含めない学説からは、この理論の例外を認めた判例ではないと位置づける見解がある<sup>(42)</sup>。

なお、下級審レベルでは、ハンブルク上級地方裁判所は、カルテル禁止に抵触したケースについて、外的組合にも例外を認めている<sup>(43)</sup>。

### 3.1.2.6 無効や取消の遡及効が排除されることの代償

合名会社や合資会社の場合、会社の解散が、商法133条に従い、形成判決によって行なわれる。この要件としては、会社契約が無効であることで、十分である。この他に商法133条の意味での重大原因の主張は、必要でない<sup>(44)</sup>。これに対して、ライヒ裁判所時代には、解散時点で解散原因や脱退原因が改めて必要だとされていた<sup>(45)</sup>。

また、詐欺や強迫のように取消原因が社員の一部と関係する場合には、自らの脱退、強迫者や欺罔者の除名、事業引受といった選択肢がある。詐欺・強迫の被害者にこれらの選択肢を行使させるため、商法の規定よりも緩和された要件で権利行使できるとの判断が、補充的契約解釈から導かれている<sup>(46)</sup>。

## 3.2 学説の状況

### 3.2.1 概論

結論としては、判例に基本的に賛同する立場がほとんどである。例外は、カナリス Canaris や、ラーレンツ Larenz など少数に

とどまる。カナーリスは、清算は不当利得法により、また、財産の帰属は共有関係法により、規律されると考える。そして、外部関係の保護は、権利外観法理で十分だとする<sup>(47)</sup>。ラーレンツもこの見解に近い。もっとも、ラーレンツは、内部関係で「瑕疵ある会社」理論を認める必要があるのは、会社関係の清算には不当利得法より会社法の方が適しているからであると考え、このような会社法の清算規定の関係でのみ、会社の有効性を仮定 *unterstellen* する<sup>(48)</sup>。これらの少数説に共通するのは、民法への修正を最小限にとどめようとする態度である。

多数説が少数説のように考えない理由は、合手財産<sup>(49)</sup>が成立しないと考えるなら、容易な破産や執行、訴訟の可能性が失われること、法律関係が相対的になり法的安定性が害されることが、問題となるからである<sup>(50)</sup>。

この結果、多数説は、①外部関係のみならず、内部関係でも、無効原因や取消原因の主張を許さない、また、②外部関係の保護は相手方の善意悪意には依存しないとの見解が多数である。ただし、細かな理由付けは分かれる。理由付けの点では大きく分けて、二つの対立軸があることに注意すべきである。

一つは、法律行為法・契約法との距離に關係する。一方に、伝統的な法律行為法・契約法から一番遠い、社会法上の意思表示・人法上の契約説や、事実的契約関係論がある。他方に、伝統的な法律行為法・契約法を出発点として、そこからの相違を探る無効制限説がある。

もう一つは、内部関係と外部関係のいずれに重心を置き、相互の関係をどのように考えるかについて、相違がある。

以下では、それぞれについて見ていく。その後、結論に違いがある場面に絞って、各説の対比を行う。

### 3.2.2 法律行為法・契約法との距離

#### 3.2.2.1 社会法上の意思表示・人法上の契約

最も古典的には、会社契約・組合契約は社会法上の意思表示による人的共同関係を設定するものであるとオットー・フォン・ギールケ O. v. Gierke が主張していた。そして、無効・取消の規定は、このような社会法を前提としたものではないからこそ、適用できないのだと説いていた<sup>(51)</sup>。また、ユリウス・フォン・ギールケ J. v. Gierke は、会社類型に関わらない形で、このドグマの発展を試みた<sup>(52)</sup>。

このドグマは、最近では、権利能力の設定という点で特殊な人法上の契約という形で、フルーメ Flume によって改めて定式化された<sup>(53)</sup>。フルーメがこのような見解をとる実践的意図は、特に後述の事実的契約関係論に見られる事実関係との単なる衡量によって問題を解決する立場を退けることによって、無効であっても組合に契約が必要な立場を維持しようとするためであると、考えられる。というのは、事実状態の尊重を強調すればするほど、そもそも組合に契約が必要なのかという根本的部分まで、疑念にさらされることになるからである<sup>(54)</sup>。また、事実的契約関係論の理解では、物的会社に関する判例・法理を、人的会社に移植できないことも、フルーメからは問題視されている<sup>(55)</sup>。

#### 3.2.2.2 事実的契約関係

古典的な考えとして上記の考えに対立してきたのは、内部関係で形成された事実関係の保護を重視する事実的契約関係論である。

たとえば、ハウプト Haupt は、「事実的契約関係」という観念の下に、会社・組合のみならず、労働関係や婚姻関係をも含めて存続保護を図ろうとした<sup>(56)</sup>。また、ジーベルト Siebert<sup>(57)</sup>も、労働関係を含めた人法上の継続的債務関係と共通して、共同活動には高度の存続保護が認められると説く。ただし、事実的契約関係というラベルを用いながらも、ジ

ーベルトは、会社関係の基礎には意思的な関与が基礎にあること、ひいては、契約が存在しないとは言えないことを、強調している<sup>(58)</sup>。ジーベルトはこの点で、ジミティス Simitis とは意見を異にする。ジミティスによれば、ライヒ裁判所の判決は、契約の必要性を完全に放棄したものと読むべきだからである<sup>(59)</sup>。

継続的債務関係としての特徴に加えて、ジーベルトの説が重視するのは、活動 *Betätigung* という事実である<sup>(60)</sup>。そして、関係当事者による会社法上の活動と、会社の活動という言い回しが、ほぼ互換的に用いられている<sup>(61)</sup>。

### 3.2.2.3 無効の制限

他方、無効規範や取消規範の目的を重視する、無効の制限も、理論的に主張されていた<sup>(62)</sup>。上記二つの学説と違うのは、上記二つの説よりは、事例ごとの利益衡量を広く許容する点にある<sup>(63)</sup>。そして、一部で制限的解釈の根拠となっていたのは、法が持つ秩序付け機能や正義機能が失敗することである。このような失敗の原因は、社員としての関係当事者の活動によって成立した財産結合の解消不能であるとされる<sup>(64)</sup>。

もっとも、継続的法的関係が持つ会社法上の特性も援用されており、衡量要素が上記学説と大きく異なったわけではない。また、人法上の契約説からは、会社・組合の特殊性が、無効規範や取消規範の目的との適合性を判断する上で、副次的にしか考慮されていないことが批判されている<sup>(65)</sup>。つまり、人法上の契約であることを強調する見解は、無効規範や取消規範は個人法であって、適用可能性を欠いていることを出発点とするわけである<sup>(66)</sup>。

## 3.2.3 内部関係と外部関係

### 3.2.3.1 内部関係の重視と、契約法との連続性の重視

会社法上の意思表示や事実的契約関係論といった伝統的見解に共通するのは、内部関係

や契約法との連続性を、比較的重視していることである。

このことは、たとえば、外部関係が存在しない労働関係などを含めて社会法、ないしは事実的契約関係の主張を行なうことに見られる。また、外部関係が考えられない内的組合にも、同様の結論を肯定する。

論理の面でも、内部関係の保護を前提として、これを勿論解釈によって外部関係に拡張することによって、両者の保護を図っていると評価されている<sup>(67)</sup>。

### 3.2.3.2 外部関係の重視と、物的会社法との連続性の重視

しかし、このような伝統的見解の限界が説かれるようになる。たとえば、通謀虚偽表示によって会社を設立したケースでは、一方で、会社契約は社員の意思により無効であるのに、他方で、社員の意思に基づく存続保護によって会社の無効を制限しようとするのは、背理だと説かれたのである<sup>(68)</sup>。

その結果、外部関係、特に権利能力の有無を重視して、内部関係をこれに従属させる方向で、団体に関する法律行為規範の修正を行なう見解が、現在では有力である。つまりは、物的会社と同様の処理を指向していく。

この流れにとって障害となりうるのは、物的会社では、登記が設権的意味を持つことである。つまり、設権的登記によって成立する物的会社などは、そもそも成立面で法律行為には大きな基礎をおいておらず、確認的登記が認められ、法律行為の基礎を持つ人的会社とは異なるとも考えられる。これに対しては、1994年組織変更法によって物的会社と人的会社の敷居が低くなり、同一性説がより強固なものとなっている事情の他<sup>(69)</sup>、登記には特に重大な瑕疵まで有効にする効力が認められるに過ぎないとの説明も加えられている<sup>(70)</sup>。

現在の有力説は、権利能力を架橋点として、物的会社法と人的会社法との連続性を強調する。この立場からは、潜在的な取引相手方、



取引社会一般が保護の対象とされている。たとえば、シェーファー Schäfer やフルーメは、上記のような通謀虚偽表示の問題に関して、この場合の社員の意思を無視する方向をとる。なぜなら、通謀虚偽表示は、会社のような外部第三者が典型的に登場する場面を無視して立法されたからである<sup>(71)</sup>。ここで問題とされているのは、①本人不存在を理由に代表者に対する無権代理人の責任に甘んじることになること、②構成員の責任が絶対的でなくなること、③団体財産に対する優先的執行権を失うこと、この三点である<sup>(72)</sup>。

これより穏健な立場として、外部関係を重視するものの、二つ目の見解と異なり、内部関係をも考慮する見解がある。この立場からは、潜在的な取引相手方のみならず、潜在的な出資者、潜在的加入者の保護も目的とされている。この結果、内的組合に関しても一定の存続保護を認める。複数の社員の構成員資格、脱退や加入、機関の有無といった要素に着目したカールステン・シュミット Karsten Schmidt がこの方向性である<sup>(73)</sup>。また、オリファー・シュルツ Oliver Schultz は、憲法学説や物的会社法を参考として、法的安定性を目的とした「継続性原理」を提唱している<sup>(74)</sup>。つまり、会社の基礎となる組織行為は、別の措置の基礎となる以上、具体的相手方の信頼保護を超えて、「法的取引」「債権者」「出資者」などカテゴリとしての利害関係者の保護が、法秩序によって要請されている。したがって、高度の法的安定性が必要となる、と説く<sup>(75)</sup>。

### 3.2.4 結論の相違

#### 3.2.4.1 悪意者に対する責任

権利外観責任を主張する論者からは、もちろん、悪意者に対する構成員の対外的な個人責任は生じない<sup>(76)</sup>。

これに対して、多数説は悪意者に対しても、このような責任が生じることを認める。つまり、相手方の善意悪意は、契約の有効性に対して影響を与えない<sup>(77)</sup>。そして、契約が有効

である結果、構成員の責任は法律の効力として当然に発生する（商法128条、130条）<sup>(78)</sup>。もっとも、悪意の抗弁を認める説も存在する<sup>(79)</sup>。

#### 3.2.4.2 主観的一部無効の処理

ドイツ法は民法139条で、法律行為が一部無効の場合には全部無効と推定する原則を採用している。

しかし、この原則は会社契約・組合契約に適合しないと考えられている。たとえば、シェーファーによると、会社契約・組合契約の締結時には、社員の利益に照らして、契約の存続を望むのが通常の意味である。つまり、当事者の意思を考慮すれば、この場合、民法139条の原則と例外が逆転すべきだと考えられている<sup>(80)</sup>。

この認識によって、客観的一部無効や、主観的一部無効のケースは、当該無効部分が本質的でない限り、契約全体の有効性に影響を与えない。主観的一部無効は、加入契約の瑕疵として取り扱われる<sup>(81)</sup>。

#### 3.2.4.3 内的組合の取扱

判例は、匿名組合を含めた内的組合も、この遡及的覆滅を許容しない見解を採用している。この立場であれば、結果的には、継続的債務関係一般と組合は、統一的に扱われることになる<sup>(82)</sup>。

このような判例の方向性に賛同するのが、伝統的学説である。ただし、内的組合の内部で区別を行なう見解も存在した。たとえば、ジーベルトは、典型的匿名組合と非典型的匿名組合を分けて、後者にのみ事実上の会社理論の適用を肯定する<sup>(83)</sup>。ここで、非典型的匿名組合とされるのは、匿名組合員の債務法上の財産参加と、事業中での社員の共同活動が、両方満たされる場合である<sup>(84)</sup>。もっとも、このような区別の際に焦点が当てられているのは、継続的契約関係のうち特に労働関係との近親性である。つまり、業務執行への参加を核とした内部関係の重視である<sup>(85)</sup>。この

ようなジーベルトの考えは、伝統的な連邦通常裁判所判例<sup>(86)</sup>から導かれている。

これに対して、特に外部関係を重視する学説からは、内的組合を処理に組入れることが否定されている。つまり、無効・取消の排除を、外的組合に限るべきだと主張している。というのは、外部関係に着目する限り、内的組合とその他の法律関係の相違は、存在しないからである。その結果、内的組合は、せいぜい継続的法律関係と同様に扱われるに過ぎない。そして、契約締結によって生じたリスクから免れることを許容するのが無効・取消法の趣旨である以上、事実状態を重視して共同のリスク負担を求める判例や伝統的通説の立場は、このような法律の評価に反すると批判されている<sup>(87)</sup>。

この中間に、内的組合の一部でのみ、無効や取消を排除する立場が存在する。たとえば、シュミットがこの立場を採用し、典型的内的組合と非典型的内的組合を区別する<sup>(88)</sup>。典型的・非典型的の区別に際しては、代表組織や議決権、加入と脱退の可能性を定めた内部規範を持つことを重視するようである<sup>(89)</sup>。対外的には自己の名前で取引を行っている場合も、この非典型的な内的組合に含まれうるとしている<sup>(90)</sup>。具体的に、彼が例としてあげるのは、財産運用者を受託者とする「有限匿名会社」と呼ばれる類型である。つまり、有限会社としての有限責任を享受しつつ、実質的な社員は匿名組合の形で加入し、税法上のメリットを受ける形態である<sup>(91)</sup>。このようなシュミットの説は、内部関係と外部関係の峻別を、やや後退させた説だとみることが可能である。

#### 3.2.4.4 未成年者取消に関する例外

判例は、未成年者取消は、例外的に遡及効が貫徹されると言及している。

通説は、このような例外の許容に賛同していた<sup>(92)</sup>。つまり、未成年者取消は、未成年者の強い要保護性から、例外を認めていた。

この結果、会社が無効になることを認める<sup>(93)</sup>。

しかし、最近では以下のような批判も見られる<sup>(94)</sup>。

後見裁判所による未成年保護を定めた1643条、1822条に関するこのような通説などの態度は、未成年者保護法（現在の民法1629a条）によって時代遅れになったとされる。つまり、未成年者の責任は、成年時に制限できるのだから、不都合はないと見ている。未成年者を合名会社社員とする連邦通常裁判所判決<sup>(95)</sup>を破棄した連邦憲法裁判所判決も、未成年者保護をどのような形で図るかは、立法政策の問題だとする<sup>(96)</sup>。

また、利益相反に関する民法181条、1795条2項、1629条2項1文については、そもそも、自己取引や双方代理が未成年者に特有の問題でないことを指摘して、通説に反駁する<sup>(97)</sup>。ただし、そもそも利益相反一般が、本人に帰責できないのではないかという反論もあり得る。この反論については、相手方よりもリスクに近いこと、あるいは、権利外観を惹起したことから、本人は代理人の利益相反のリスクを引き受けているというのが、ドイツ代理法の態度であり、未成年者については両親の保護権の中にそれが体现されていると、再反論している（民法1629条）。

逆に、このような責任制限のない成人の行為無能力者については、保護を肯定すべきだという（民法104条、105条）<sup>(98)</sup>。

#### 3.2.4.5 公序良俗違反に関する例外

判例は、公序良俗違反では、遡及効が貫徹される例外が認められると示唆している。実際、これにそって判断した高裁判決がある。

通説もこのような判例の処理に賛同してきた<sup>(99)</sup>。その理由は、公序良俗違反行為を有効とするなら、法体系の内在的矛盾が生じることに、求められている<sup>(100)</sup>。

しかし、この処理に対しても、最近は強い批判がある。

たとえば、頻繁に公序良俗違反の例に出さ

れるカルテル禁止に反した会社を、考えてみよう。このようなカルテル禁止違反の会社のうち、通説が法体系の内在的矛盾が生じると考えるのは、人的会社のみである。物的会社で人的会社と同様の処理を否定する理由は、登記時の調査<sup>(101)</sup>や、債権者保護のために要請される存続保護の度合いの違い<sup>(102)</sup>に、求められている。

このような区別に対して、シュミットが反論を加えている。カルテル禁止は、会社の不存在を命じているのではない。しかも、カルテル違反の行為といった事実は除去されない。また、課徴金などの罰則によっても、カルテル違反の抑止ははかられている。さらに、1994年組織変更法により、人的会社と物的会社の違いは、相対的になっているとする<sup>(103)</sup>。

またシェーファーは、通説は債権者保護に関して一貫しないとも述べている。というのは、通説は一方で、カナリスのような信頼責任論を債権者保護に欠けると退けつつ、他方、公序良俗違反の場面では債権者保護を考慮しないからである<sup>(104)</sup>。また、抑止に注目したとしても、公序良俗法理の制約上、せいぜい有責なカルテル違反のケースしか不成立にできない結果、抑止として不完全であるとも批判する<sup>(105)</sup>。

#### 3.2.4.6 消費者に関する例外

消費者については、遡及効を肯定していた判例が存在した。

しかし、このようなケースについても、取引社会保護のみならず、投資家の平等取扱という観点から、消費者の保護を否定する見解がある<sup>(106)</sup>。

#### 3.2.4.7 基準時

学説は一般に、判例が用いる「実現状態」概念が不明確だと批判した上で、これを明確化しようと努めている。

しかし、学説は多岐に分かれている。そして、この分かれ方は、無効・取消が排除され

る上述の物的範囲と、一方で、関連するものの、他方で、一対一の対応にはならない。

具体的に、もっとも極端なものとして、契約締結時を基準時とする立場がある。フルーメがこの立場である。その理由の前提となるのは、外的組合が成立すれば、無効・取消が排除されるとの、彼の立場である。つまり、契約成立とともに発生する構成員への出資請求権が、団体自体に帰属する以上、契約成立時から団体自体に権利能力が認められることになる、フルーメは考える。そして、フルーメにとって、外的組合の重要な基準は権利能力である以上、結局契約成立時から外的組合が成立することになる<sup>(107)</sup>。この結果、フルーメの立場からは、対外的取引の有無は、基準とならない。ただ、このような立場に対しては、無効・取消の排除が、取引社会保護を目的としていることを、看過しているとの批判がある<sup>(108)</sup>。内部的な財産形成さえあれば十分だとするウルマー<sup>(109)</sup>にも、同様の批判が妥当しよう。

これに対して、「有効性は、第三者に対する関係でも、生じる必要がある」として、商法123条2項に焦点を当てる見解がある。つまり、シェーファーは、対外的な営業準備行為の開始に焦点を当てられている<sup>(110)</sup>。この見解によると、この商法123条2項の目的は、無効・取消の排除を認める理論枠組みの目的と同様だとされている<sup>(111)</sup>。

これはシュミットの事業法論と親和的である<sup>(112)</sup>。つまり、団体法に特有の責任を発生させるため、商法上商人としての性格をもたらす事業の帰属状態さえあれば、構成員の意思を問わずに権利能力とこれに伴う責任を認定する見解と、親和的である<sup>(113)</sup>。ただし、対外的法律行為を会社財産へ帰責するために、シュミットは対外行為開始で十分だとする<sup>(114)</sup>のに対して、シェーファーは社員への帰責が必要だとする<sup>(115)</sup>。もっとも、そういった社員への帰責は、通説<sup>(116)</sup>とは異なり、構成員全員に生じる必要はないと、シェーフ

ァーは主張する<sup>(117)</sup>。

### 3.2.4.8 解散可能性と脱退可能性

外部関係を外觀法理で処理する少数説によれば、無効や取消の効果は、少なくとも内部関係では制限されない。その結果、団体関係全体（主観的全部無効）または構成員資格（主観の一部無効）が、遡及的に消滅することになる。

これに対して、判例は、解散可能性、あるいは、脱退可能性を認めるに過ぎない。これが学説の多数説でもある。つまり、上述の外觀法理を適用する説以外は、このような判例の処理に賛同する。

しかし、無効原因や取消原因をそのまま解散原因や脱退原因としていることに対しては、賛否が分かれる。反対説は、無効原因や取消原因は、解散や脱退が正当化されるか判断される上での一要素に過ぎないとする<sup>(118)</sup>。他方、無効原因や取消原因が、そのまま解散原因や脱退原因になるとする説<sup>(119)</sup>からも、長時間が経過した場合や、会社側が瑕疵の治療準備をしている場合に、誠実義務により解散可能性を制限し、結果的には大きな違いはない処理も主張されている<sup>(120)</sup>。

この結果、学説には判例との比較で、いったん成立した法律関係を存続させる強い傾向を見て取ることができる。

## 3.3 ドイツ法のまとめ

以上がドイツ法の紹介である。一般的な理由付けの点と、具体的処理の点で、様々な組み合わせが見られ一概には言えない点があるが、次の点が傾向として抽出できよう。

一つ目は、内的組合の取扱いである。裏返せば権利能力の取り扱いである。三つほどの流れにまとめることができる。①一方で、判例や伝統的な見解は、内部関係を重視する立場から、内的組合をも議論に取り込む。この立場からは、線引きの有無と線引きの基準が問われることになるのは、内的組合とその他

の契約一般である。たとえば、継続的契約一般との違いが問われることになる。特徴的なのは、判例のように内的組合をすべて含める立場と、ジーベルトのように労働関係との連続性に注目して業務参加の有無で線引きする立場である。②他方で、最近有力となった見解からは、外部関係が重視される。権利能力によって設定される会社債権者のための排他的責任財産の有無、これと並立して法律の効力によって発生する構成員責任の有無が、問題とされるわけである<sup>(121)</sup>。この結果、内的組合は議論に取り込まれない。この立場からは、権利能力がいつどのようにして発生するかが決定的であり、契約（フルーム）、財産形成（ウルマー）、事業（シュミットら）といった基準が乱立している<sup>(122)</sup>ものの、前二者は取引社会保護との関連性がないという弱点がある。この中間に、③シュミットのように、組織を備えた団体にも特別取扱いを認める説がある。この説からは、対外的取引を自己の名前で行っていたとしても、無効・取消の排除が認められる余地があるのだという。

二つ目は、優越的利益の取扱いである。一方で、判例や伝統的な見解は、組合をあまり特別取扱いせず、その他の契約と同様に広く優越的利益の存在による例外を認めていた。つまり、未成年者や公序良俗違反について、利益衡量による無効主張を認めている。他方、最近の有力説は、優越的利益の主張に対してかなり高いハードルを課している。このように、法律関係の存続をどの程度重視するかには、温度差がある。判例に比して、脱退や解散の可能性まで制限する学説の傾向も、この対比と大筋で重なる。

三つ目は主観の一部無効の取扱いである。この点は、上記二点とは異なり、判例、伝統的学説、最近の流れのいずれでも大きな違いはない。つまり、一部無効が契約全体を無効にするわけではないとの原則が、法律に反して採用されている。この意味で、組合契約であっても、人的信頼関係を基礎に置くとは考

えられていない。むしろ、物的なものと把握されている。

## 4. 分 析

### 4.1 団体の権利能力の有無

#### 4.1.1 権利能力と合有構成の違い

ドイツでは、連邦通常裁判所判例により、民法上の組合、特に外的組合には権利能力が認められている<sup>(123)</sup>。

これに対して、日本では、組合の財産関係は、一条文上、合有という言葉は用いられていないものの、共有を基礎とした合有構成に基づいている。これと対比して、ドイツでは、無効・取消の排除を権利能力と結びつけて論じる立場が広く見られたことに照らせば、日本の団体にその理論をただちに持ち込むことは問題があるかもしれない。

しかし、日本での合有構成は、団体債権者のための責任財産確保という点では、典型的な法人と連続したものである<sup>(124)</sup>。また、ドイツの実体法上では、権利能力という言葉は避けてきたものの、古くから団体に権利能力を認めるような処理が行われてきた。にもかかわらず、最終的にドイツで権利能力を認める必要があった理由は、当事者能力を認めるためである。というのは、ドイツでは日本の民事訴訟法29条に相当する規定が存在しない結果、当事者能力を認めるためには権利能力が必要だったからである<sup>(125)</sup>。この結果としてドイツで権利能力として構成された状態と、日本での合有構成の間では、見た目ほどには差は大きくない。

#### 4.1.2 団体の権利能力と取引社会保護

つぎに、かりに、団体に権利能力が存在しなければどうなるのか考えよう。

ドイツの学説が利益衡量上強調していたのは、①本人不存在を理由に代表者に対する無権代理人の責任に甘んじることになること、②構成員の責任が絶対的でなくなること、③

団体財産に対する優先的執行権を失うこと、この三点である。③が特に強調されている。つまり、団体財産がなくなり、これが構成員に帰属する結果、構成員の個人債権者と同順位で弁済を受けることになることが、特に問題とされている。

もっとも、この主張が前提としている、「団体財産が団体債権者の引き当てとなるべき」という考えに対しては、留意が必要である。たとえば、ドイツでは事業の存在や自由業者の活動などの事実状態に着目して、そもそも相手方を保護するために、構成員の意思を問わずに権利能力、ひいては②と③を成立させる場面が広くあることに、留意しなければならない<sup>(126)</sup>。また、日本の会社法学説を見た場合、設立中の会社を、設立後の会社と、総有構成を通じて連続的に理解しているものの、これをもって債権者優位の結論を演繹することは戒められる傾向にある<sup>(127)</sup>。

このように、権利能力の発生と、取引社会保護の必要性は、関連するとしてもドイツと日本では関連性の度合いが異なる。

### 4.2 組合類型内部での線引きの有無

次に、権利能力以外の基準で、いかにして組合類型内部での線引きが行われているか、この意味を考えよう。この線引きは、ドイツ判例、ジーベルト、シュミットで、それぞれ以下のように異なる。

ドイツ判例の見解であれば、線引きを行う意味は大きくない。継続的債務関係一般と同様に扱えばすむからである。この結果、グラデーションの一部として扱えば足りることになる<sup>(128)</sup>。

次に、ジーベルトの見解ではどうか。業務執行への参加を重視する彼の立場は、労働関係との連続性を重視していた<sup>(129)</sup>。この基準を採用する場合、対外的取引の有無よりは、業務執行といった対内的取引が、時間的な線引きの基準となる。

最後にシュミットを取り上げよう。彼があ

げていた要素は、代表組織や議決権、加入と脱退の可能性を定めた内部規範といった抽象的なものであった。

これらの要素は、日本の最高裁が権利能力なき社団の判断基準として掲げたメルクマール<sup>(130)</sup>と、抽象的には一部重なり合うことになる。つまり、シュミットの言うところに従うならば、日本では内的組合を含めて社団的団体の一部に限って、無効や取消に関して特別の取扱いを受けることが正当化されうる。

ただし、留意が必要なのは、効果との関係でなぜこの基準が機能しうるのか、シュミットは必ずしも明確にしていない点である。つまり、どのような利益が保護されることになるのか、なぜその保護が必要なのか、この点は明確にされていない。この結果、日本法でこの基準を用いるならば、権利能力なき社団と組合の峻別に関して行われた批判と、同様の批判を受けることになろう<sup>(131)</sup>。この点に関しては、シュミットが典型としてあげる例が「有限匿名組合」、つまり、匿名組合形態をとるとはいえ、出資財産に変動を生じさせるような営利的な対外的行為が行われる場合であることが参考になり得る。この結果、利益と損失の帰属確定困難と、事業リスクを負担しない不当性が、問題となり得ることになる<sup>(132)</sup>。このように、シュミットの学説を解釈するなら、一方で、議決権を持つ意味は後退することになる。他方で、団体の定義からの演繹ではなく、無効や取消が財産法上の処理を要求することとの関係で、これに対する特殊取扱いの要件を限定することが可能となる。そして、シュルツのように出資者と債権者の垣根を越えて利害関係人を一般化、抽象化して、この法的安定性のために権利能力、継続性を要求することも、この延長線で考えられる。他方、要保護者の範囲を一般化すればするほど、トレードオフとして、あくまで典型しか示されないことになり、適用基準や説明力に問題を残すことになる<sup>(133)</sup>。

以上をまとめると、権利能力以外の団体性

は、継続的取引性、労務性、営利社団性の三つに分解されることになる。

#### 4.3 優越的利益の取扱い

ここでは、①未成年や制限能力者、消費者の保護をどうするか、②公序良俗違反の場合に一律に例外を認めるか、問題となる。

①に関しては、たとえば、投資商品の一部として組合契約が組み込まれた場合には、また、後述のように信託に一定の組織性を持たせた場合には、未成年保護・制限能力者保護と団体法理の衝突が問題となりうる。そして、ドイツでは未成年者取消に例外を認める立場が、判例・伝統的通説だった。また、現在のドイツの有力説がこの通説を批判する最大の理由は、債務に関して特別の未成年者保護規定が設けられたからである。このような規定を持たない日本で、未成年者に例外を認めるべきかどうかは、問題となり得る<sup>(134)</sup>。この延長線上として、消費者の扱いをどうするかも問題となろう。

②に関しては、ドイツでの伝統的通説と、現在の有力説とは結論が一致しないことに、注意すべきである。この有力説の論拠は、権利能力や構成員責任を消滅させることは無効規範の目的に含まれていないことにある。たとえば、競争法違反の組合契約は、一方で、これを遡及的に無効としても競争法違反の事実状態まで遡及的に除去できるわけではない。他方で、課徴金・刑罰などの抑止手段も存在する以上、法主体の消滅や構成員責任の消滅は、競争法秩序の維持にとって必要不可欠ではない。この有力説の立場に従うならば、遡及効が生じる場面は限定されることになる。

#### 4.4 主観の一部無効

ドイツでは、取引開始前か取引開始後かを問わずに、ある組合員に存する無効・取消原因は他の組合員による組合契約に影響しないとの立場が通説である。これに対して、日本の通説的見解は、取引開始後に限ってこの法

理を認める<sup>(135)</sup>。言い方を変えれば、日本では、主観的一部無効が全部無効をもたらさないのは、例外的措置である、と捉えられている。

このような日本法の取扱は、組合契約が依然として人的信頼関係に基づくものであると捉えられていることの名残なのかもしれない。つまり、人的信頼関係に基づく組合契約の締結にとって他の組合員の人格が重要である以上、主観的一部無効は契約全体の効力に影響を及ぼすのが原則である、と<sup>(136)</sup>。これに比して、ドイツの組合契約は、より物的に理解されていることがわかる。

## 4.5 信託への応用可能性

### 4.5.1 団体性

信託が実質的法主体であるという場合、重視されているのは財産の分離である。つまり、委託者の債権者または受益者の債権者が、執行できない財産を作り出すことにその意味がある。そして、ドイツの議論で権利能力論がまず重視していたのも、出資者の債権者が執行できない財産を作り出す機能であった。この意味では、ドイツの議論は応用可能性を持っている。

他方、かりに信託が無効とされたとしても、取引相手方からは無権代理人の責任しか追及できない事態にはならない。唯一問題となり得るのは、限定責任信託の場合である。限定責任となる原因について代理に近いスキームが採用されていると考えるなら、信託がかりに無効だと判断されると、無権代理人の責任が生じうる。他方、限定責任信託の受託者として行為する場合の明示義務は、顕名よりも厳しいものとなっており（信託法219条）、商事取引かどうか、相手方に過失に過失があるか、これらの点を考慮していない。また、不法行為に関する責任は、当然に限定されるとの議論がある以上<sup>(137)</sup>、代理スキームとは異なり、本来負うべき責任を法律の効力によって限定されたものだとの見方をするべきである<sup>(138)</sup>。そうなると、受託者が負うのは本人

としての責任であり、無権代理人の問題は生じないというべきである。

結局、限定責任信託であるか否かを問わず、権利能力に注目したドイツの瑕疵ある団体理論は、信託への応用可能性があるものの、非常に弱い。日本法での権利能力と取引社会保護との結びつきの小ささからすれば、論拠としては、さらに弱くなる。

これに対して、権利能力以外の団体性は、当てはまるだろうか。

まず、ジーベルトの見解は、あまり適合しない。というのは、受託者の地位は労働契約ほど保護されていない上、受益者が積極的に関与する形態も、信託契約の柔軟性から考えられなくはないが、非典型なものとなるからである。

これに対し、継続的取引としての性格は、当てはまりやすい。また、シュミットの見解は、信託に関しても応用可能である。この点では、シュミットが、「有限匿名組合」での有限会社を、受託者と位置づけていることも参考になる。もちろん、ドイツ法には信託法が存在しない以上、ここでの受託者はより債務法的なものである。信託とは法的性質が異なる。しかし、裏を返せば、我が国の信託のような物権的な地位、財産分離がなくても、シュミットは団体法理の適用を認めているということである。契約法的に組織が作られれば十分なのである。この結果、たとえば、受益者が複数で、対外的、継続的に財産を共同運用し、しかも、受益者に入れ替わりがありうる場合、組織性を認める余地がある<sup>(139)</sup>。

この結果、現行法の下でも解釈として、信託に「団体性」を認めるとの扱いができそうである。もちろん、組織性の持つ意味に対しては、上述したように日本法への応用可能性には疑問符をつける余地がある。ただ、「団体性」に特殊性を認める立場に大きな異論は差し挟まれておらず、有効要件のような一定の効果との関係で「団体性」の要素が信託にも備わっていることは、信託も広い意味での

団体と位置づけることを可能とする。

#### 4.5.2 無効の人的範囲

かりに信託に「団体性」があるとしても、その影響を当事者間にとどめること、つまり主観的一部無効を原則とすると考えることは、十分に可能である。というのは、かりに複数の委託者が一個の信託契約を締結する場合であっても、そこに人的信頼関係を見いだす見解は、見る限り存在しないからである。

## 5. 結 語

本稿は、信託法が持つ契約法と団体法の交錯点としての特性に着眼し、同様にこうした交錯点としての特徴を持つ法人以外の団体の性質と対比しつつ、信託および信託行為の特質を、検討することを目的とした。そのために、「団体性」の内容を分解し、信託の特質と比較する作業を行った。

結果として明らかにできたのは、「団体性」の中身である組織性をもとに信託でもドイツの議論を参考とする可能性、ならびに、主観的一部無効の可能性である。この意味で、信託は、実質的法主体を超えて、広い意味での団体として議論を展開する素地を持っている。

残された課題は、法人以外の団体法を明確化していく作業である。たとえば、権利能力と取引社会保護の結びつきに関する本稿の分析は、網羅的ではなく試論的なものに過ぎない。また、組織性は、社団と組合の峻別論の沈静化とともにほぼ議論されなくなったこともあり、手つかずの状態である。さらに、団体法理と未成年者保護・制限能力者保護がいかなる関係に立つのか、本稿では問題となりうることを示すことができたに過ぎない。

また、強調しておかねばならないのは、「団体性」の中身を効果との関係で分析し、重要な要素の意味と限界を分析することにより、隣接法領域との議論が明確化できる可能性がある。この可能性を明らかにして、信託法の

さらなる発展へささやかながら道筋を示せたのであれば、本稿の十分に目的は達されたことになるだろう。

### 【注】

- (1) 四宮和夫「信託法（新版）」（有斐閣・1989年）287頁、72頁
- (2) 大審院大正8年3月19日判決刑録25号319頁、大審院昭和7年4月19日判決民集11号837頁。いずれも、合資会社設立行為に関するものである。
- (3) 例外は、谷口知平ほか編集代表「新版注釈民法（3）」（有斐閣・2003年）51頁（平井宜雄執筆部分）。
- (4) まとめは、水本浩「契約法」（有斐閣・1995年）371頁（以下、水本「契約法」）が詳しい。
- (5) 我妻榮「債権各論 中巻二（民法講義5-3）」（岩波書店・1962年）762頁（以下、我妻「債権各論 中巻二」）
- (6) 星野英一「民法概論 4 契約」（良書普及会・1994年）303頁
- (7) 基本書ながら詳細な紹介としては、加藤雅信「新民法大系Ⅳ 契約法」（2007年・有斐閣）37頁以下（以下、加藤「I」）。また、さらに詳細な紹介としては、遠藤浩監修「現代契約法体系1」（有斐閣・1983年）217頁以下（森孝三執筆）、五十川直行「いわゆる『事実的契約関係』について」法協100巻6号1106頁以下を参照。
- (8) 水本「契約法」28頁、372頁。
- (9) 加藤「I」37頁以下参照。
- (10) もっとも、加藤雅信「新民法大系 V（第二版）」（有斐閣・2005年）11頁では、相手方の同意のない医者の報酬請求権の発生根拠について、事実的契約関係論が好意的に紹介されており、事実的契約関係論を一律に否定するものではない。また、同76頁以下では、会社不成立の場合の処理として、「一定の場合には事実上の会社の清算に準じて取り扱われる」ことを認める（ただし、



- 会社不成立の問題は、組合とは項目が区別されている。もっとも、事実上の会社と連続して「民法」の問題として論じられているに過ぎないので、区別の多くは民商の違いによるものかもしれない。
- (11) 民法（債権法）改正検討委員会「詳解 債権法改正の基本方針 I 序論・総則」（商事法務・2009年）365頁
- (12) 民法（債権法）改正検討委員会「詳解 債権法改正の基本方針 V 各種の契約（2）」（商事法務・2010年）275頁（以下、「基本方針 V」）
- (13) 「基本方針 V」276頁
- (14) 日本での内的組合概念の詳細は、「基本方針 V」270頁以下のほか、谷口知平ほか編集代表「新版注釈民法（17）」（有斐閣・1993年）25頁以下（福地俊雄執筆部分）を参照。
- (15) 「基本方針 V」317頁
- (16) 3.2.4.3参照。
- (17) 3.1参照。
- (18) 「基本方針 V」319頁
- (19) 「基本方針 V」401頁
- (20) 法務省 法制審議会—民法（債権関係）部会のホームページ（[http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai\\_saiken.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html)）を参照。
- (21) 比較的詳細なまとめとしては、谷口知平ほか編集代表「新版注釈民法（17）」38頁以下（福地俊雄執筆部分）（有斐閣・1993年）がある。
- (22) たとえば判例だけ見ても、設立行為のみならず、加入（BGH NJW 1975, 2505 ; 1992, 1501は、出資の履行か、あるいは構成員権の行為が必要だとする）、人的会社の持分譲渡（社員の範囲が変動したか否かが決定的に重要だとする（BGHZ NJW 1988, 1325）。物的会社については、瑕疵ある団体理論を適用しない（BGH NJW 1990, 1915）、組織変更（BGHZ 62, 20）なども対象とされている。
- (23) RGZ 127, 186参照。ただし、この判例は、
- 会社契約の解釈論を中心に論じたものである。
- (24) たとえば、RGZ 142, 98。
- (25) RG JW 1935, 2617
- (26) RGZ 165, 193
- (27) RGZ 170, 109; RG DR 1941, 1943; 1942, 275; 1943, 1220
- (28) RGZ 165, 193
- (29) BGHZ 3, 285
- (30) BGH NJW 1953, 1220
- (31) BGHZ 22, 240
- (32) BGHZ 55, 5 ; BGH NJW 1993, 2107
- (33) たとえば、BGHZ 3, 285 ; BGHZ 8, 157 ; BGHZ 11, 190
- (34) たとえば、BGHZ 47, 293 ; BGHZ 55, 5
- (35) たとえば、BGHZ 55, 5
- (36) たとえば、加入に瑕疵がある場合にも商法130条の適用、つまりは加入者の責任を認めたBGHZ 44, 235を参照。
- (37) 場合によっては、「対外的に nach aussen」という言葉が、この表現の前に付け加わる。以上はたとえば、BGHZ 47, 293。
- (38) 一般論としては、BGHZ 3, 285がすでにこのことを述べていた。
- (39) BGHZ 62, 234（非弁活動の事案）；BGHZ 97, 243（公的に選任された測量士のケース）
- (40) BGHZ 17, 160
- (41) BGH NJW 1997, 1967。反対の結論は、BGH ZIP 2000, 1430, und 1483。まったく違う結論は、BGH JZ 2002, 247。
- (42) Karsten Schmidt, "Fehlerhafte Gesellschaft" und allgemeines Verbandsrecht -Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Institutes-, AcP 185, 421, 446ff.; Carsten Schäfer, Die Lehre vom fehlerhaften Vorstand (2002), S. 83ff., 257ff.
- (43) OLG Hamm WuW/E 3748 und 4033; 3498 und 4323

- (44) 以上はBGHZ 3,285。
- (45) RG DR 1941, 1943; 1942, 275
- (46) 以上の一般論はBGHZ 47, 293。この判決自体は、商法の規定(商法142条)が定める原則とは異なる、判決によらない引受権の認定に、かかわるものである。また、補充的契約解釈により解約権を認めたBGHZ 63, 338も参照。
- (47) Claus-Wilhelm Canaris, Vertrauenshaftung (1971), S. 120ff. これについては、Wernhard Möschel, Das Aussenverhältnis der fehlerhaften Gesellschaft, FS Hefermehl (1976), S. 171ff も参照。
- (48) Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrecht Bd. 2 Bes. Teil 12 Aufl. (1979), S. 410ff.
- (49) 合手財産(ドイツ法)と合有財産(日本法)では、前者に権利能力が認められる(BGHZ 146, 341)という理論的違いはあるものの、実際の取扱いでは、大きな違いはない。
- (50) Carsten Schäfer, S. 131ff.
- (51) O. v. Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung (1887), S. 133ff.; ders, Das Wesen der menschlichen Verbände (1902), S. 16ff.
- (52) J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 7. Auf (1955), S. 171ff.
- (53) Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts: Band 1, Teil 2: Die juristisch person (1983), S. 17を参照。
- (54) この点については、特にFlume AT S. 15を参照。また、Oliver Schultz, Die Behebung einzelner Maengel von Organisationsakten in Kapitalgesellschaften (1997), S. 156ff. も参照。
- (55) Flume, AT S. 16
- (56) Günter Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift der Leipziger Juristenfaktät, Bd. 2, (1943), S. 1
- (57) Worfgang Siebert, Die "faktische" Gesellschaft, in Festschrift für J. W. Hedemann (1938), S. 266ff. ; ders, Faktische Vertragsverhältnisse (1957)
- (58) ders, Faktische Vertragsverhältnisse (1957), S. 44ff., 61f. 参照。
- (59) Spiros Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse (1957), S. 140ff.
- (60) ders, Faktische Vertragsverhältnisse (1957), S. 49
- (61) ders, Faktische Vertragsverhältnisse, 1957, S. 46f.
- (62) Alfred Hueck, Die offene Handelsgesellschaft, 2. Aufl. (1951), S. 44ff.
- (63) この評価について、Worfgang Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse (1957), S. 47f.
- (64) Walter Erman, Personalgesellschaften auf mangelhafter Vertragsgrundlage (1947), S. 59ff.
- (65) Carsten Schäfer, S. 127ff.
- (66) Flume AT, S. 12
- (67) 社会法上の意思表示や事実的契約関係論について、Canaris, Vertrauenshaftung, S. 120ff. がこのような状況をまとめている
- (68) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 120ff. ; Wernhard Möschel, Das Aussenverhältnis der fehlerhaften Gesellschaft, FS Hefermehl (1976), S. 171ff.
- (69) Carsten Schäfer, S. 149ff.
- (70) Karsten Schmidt, "Fehlerhafte Gesellschaft" und allgemeines Verbandsrecht -Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Institutes-, AcP 185, 421, 428ff.
- (71) Carsten Schäfer, S. 204ff.; Flume, AT S. 20f.
- (72) ①と②はCarsten Schäfer, S. 76ff、③はders, S. 79ff. 参照。
- (73) Karsten Schmidt, "Fehlerhafte Gesellschaft" und allgemeines Verbandsrecht -Grundlagen und Grenzen

- eines verbandsrechtlichen Institutes-, AcP 185, 421, 432ff.
- (74) Oliver Schultz, Die Behebung einzelner Maengel von Organisationsakten in Kapitalgesellschaften (1997), S. 151ff.
- (75) ただし、考察の中心は物的会社であり、人的会社を含めた法秩序全体での妥当性は、未解決であるとされる (Oliver Schulz, Kontinuität im Gesellschaftsrecht, NZG 1999, 89, 100)
- (76) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 175ff.
- (77) 各有効要件に対する個別的な応接につき、Carsten Schäfer, S. 203ff. が詳しい。
- (78) 構成員の責任を発生させるこれらの条文は、商法にあるものの、民法上の組合にも適用範囲が拡大されている。商法128条についてはBGHZ 142, 315とBGHZ 146, 341、商法130条についてはBGHZ 154, 370を参照。とりわけBGHZ 146, 341が重要な役割を果たしている (位置づけについては、拙稿「団体論における契約性の意義と限界 (1) ドイツにおける民法上の組合の構成員責任を契機として」法学論叢165巻4号1頁 (2009年))。
- (79) Flume AT S. 18f.
- (80) Carsten Schäfer, S. 18ff., 235ff. BGHZ 49, 364もこれを下支えする。なお、139条の適用不能を示唆して、法理として定款の特殊性を強調するものとして、BGHZ 47, 172を参照。
- (81) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse (1957), S. 65
- (82) Karsten Schmidt, "Fehlerhafte Gesellschaft" und allgemeines Verbandsrecht -Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Institutes-, AcP 185, 421, 432ff.
- (83) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse (1957), S. 42
- (84) Siebert, Die faktische Innengesellschaft, BB 1958, 1065, 1067
- (85) Siebert, BB 1958, 1065, 1069
- (86) BGHZ 8, 157
- (87) Flume, AT, S. 27
- (88) Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (2002), S. 144ff.
- (89) Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 168ff.
- (90) Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1845ff.
- (91) ただし、ドイツ法で匿名組合という場合、日本法のように契約当事者が二人であるとの拘束は存在しないことに留意が必要である。
- (92) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. (1986), § 705, Rn.255ff. (Peter Ulmer); Georg Wiesner, Fehlerhafte Gesellschaft (1980), 132f.
- (93) Flume, AT S. 19f. 参照。そのほか、権利のみが与えられるとする説 (Robert Fischer, Die faktische Gesellschaft, NJW 1955, 849) や、外部関係で社員と取り扱われるものの責任が制限される説 (Karsten Schmidt, Grenzen des Minderjahrschutzes im Handel- und Gesellschaftsrecht, Jus 1990, 517) が存在する。
- (94) Carsten Schäfer, S. 269ff.
- (95) BGHZ 92, 259
- (96) BverfGE 72, 155
- (97) Carsten Schäfer, S. 274ff.
- (98) Carsten Schäfer, S. 278
- (99) Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse (1957), S. 62f.; Flume AT S. 19
- (100) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. (1986), §705, Rn.252 (Peter Ulmer)
- (101) Herbert Wiedemann, Die Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, WM 1990, Beil. 8, S. 26
- (102) Georg Wiesner, Fehlerhafte Gesellschaft (1980), S. 131
- (103) Karsten Schmidt, "Fehlerhafte Gesellschaft" und allgemeines Verbandsrecht-

- Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Institutes-, AcP 185, 421, 446ff.
- (104) Carsten Schäfer, S. 262
- (105) Carsten Schäfer, S. 264ff.
- (106) Carsten Schäfer, S. 280ff.
- (107) Flume AT, S. 13ff. ただし、Georg Wiesner, Fehlerhafte Gesellschaft (1980), S. 117ff. も参照。ヴィースナーは、フルーメが、人法上の契約による権利能力の成立に加えて、出資請求権の成立も重視していることは、一貫しないと述べている。
- (108) Carsten Schäfer, S. 157ff.
- (109) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Aufl. (1986), § 705, Rn. 209 (Peter Ulmer)
- (110) 「実現状態」の意味について、Carsten Schäfer, S. 157ff. 参照。帰責原理について、ders, S. 252ff. 参照。
- (111) Carsten Schäfer, S. 159参照。商法123条2項は、商人概念の決定規定であるのみならず、第三者保護規定であるとみなしている。
- (112) もっとも、この場面で、シュミットは、内的組合の一部を議論に加えるため、外的組合を対象とする団体の外部的な開始では境界設定基準として不備があるとして、「形成された組織の進入 *Ingangsetzen einer verfaβten Organisation*」というあいまいなメルクマールを用いている。Karsten Schmidt, "Fehlerhafte Gesellschaft" und allgemeines Verbandsrecht -Grundlagen und Grenzen eines verbandsrechtlichen Institutes-, AcP 185, 421, 440ff.
- (113) このような考え方については、拙稿「団体論における契約性の意義と限界」私法73号168頁参照。
- (114) Karsten Schmidt, Schlegelbelger, Franz: HGB, 5 Aufl. (1986), § 105 Rdn. 209
- (115) Carsten Schäfer, S. 253f.
- (116) 取引開始について社員全員の同意がない場合には、会社は成立せず、行為者は無権代理人の責任を負うと考えられている。Heymann, Ernst, HGB, 2 Aufl. (1995), Rn § 123 Rdn. 13a
- (117) Carsten Schäfer, S. 254ff.
- (118) Flume, AT S. 13ff.
- (119) 解散については Carsten Schäfer, S. 173ff.、脱退については ders, S. 333ff. を参照。
- (120) Herbert Wiedemann, Die Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, WM 1990, Beil. 8, S. 28; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 156
- (121) 構成員責任の発生メカニズムの違いについては、拙稿「団体論における契約性の意義と限界 (1) ドイツにおける民法上の組合の構成員責任を契機として」法学論叢 165巻4号1頁 (2009年)。
- (122) 3.2.4.7のほか、概要は拙稿「団体論における契約性の意義と限界」私法73号168頁
- (123) BGHZ 146, 341
- (124) 上柳克郎「法人論研究序説」(同「会社法・手形法論集」1頁 (有斐閣・1980年))
- (125) Johannes Wertenbruch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung (2000)
- (126) 拙稿「団体論における契約性の意義と限界 (8・完) ドイツにおける民法上の組合の構成員責任を契機として」法学論叢 166巻4号1頁 (2010年)
- (127) たとえば、江頭憲治郎「株式会社法 (第二版)」109-110頁 (有斐閣・2008年) は、会社不成立で発起人が無資力の場合に、設立後募集株式の引受人は債権者に劣後して弁済を受けるべきとする見解があることを紹介したうえで、これを退けている。こう結論付ける直接の理由付けは、債務者が設立中の会社ではなく発起人組合だからとの点に求められている (同72頁)。しかし、

- 利益衡量や法令の趣旨を重視するこの見解が、債権者と設立後募集株式引受人の利益状況を比較せずに結論を出しているとは、考えにくい。また、発起人組合を債務者とする理由は資本充実を害しないためであって、この理由は会社不成立の場合にはもはや当てはまらない。以上からすれば、少なくとも、設立中の会社の構成員との関係で債権者保護を絶対視しないとの考えを、背景に読み取ることができる。また、森本滋「会社法講義」216頁（有信堂高文社・2001年）も参照。
- (128) 継続的売買や保険、フランチャイズなどを中間型として、取引型と組織型の対比を行う大村敦志「基本民法Ⅱ（第二版）」（有斐閣・2005年）158頁（以下、大村「基本民法Ⅱ」）を参照。
- (129) 大村「基本民法Ⅱ」で掲げられた継続的売買、保険、フランチャイズという中間型の中では、フランチャイズが最も近いものとなろう。
- (130) 「団体としての組織をそなえ、そこに多数決の原則が行われ、構成員の変動にもかかわらず団体そのものが存続し、しかしてその組織によって代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定しているものでなければならない」（最高裁昭和39年10月15日判決民集18巻8号1671頁）。
- (131) 星野英一「いわゆる『権利能力なき社団』について」（同「民法論集第一巻」（有斐閣・1970年）273頁）参照。
- (132) Carsten Schäfer, S. 80を参照（シェーファー自身は、内部関係を重視する枠組みに属しないが、内部関係に係した不利益の可能性も、著作ではコンパクトにまとめている）。
- (133) また、大村「基本民法Ⅱ」で取引型と組織型の中間としてあげられた継続的売買、保険、フランチャイズのうち、保険は本文で掲げたような団体に近づくことになるが、団体性の強調に対して、保険法学説は慎重である（山下友信「保険法」（有斐閣・2005年）62頁以下）。
- (134) 制限能力者保護を優先すべきとする説として、我妻「債権各論 中巻二」765頁参照。
- (135) 我妻「債権各論 中巻二」763頁
- (136) 谷口知平ほか編集代表「新版注釈民法（17）」（有斐閣・1993年）38頁以下（福地俊雄執筆部分）
- (137) 信託法217条。新井誠監修「信託法コメンタール」（ぎょうせい・2008年）526頁以下
- (138) 同538ページ参照
- (139) ただし、このような法律関係は、組合のような団体とは、区別されて理解される余地がある。たとえば、構成員相互に関係がある「組合理」と、中軸となる一当事者と多数の当事者が個別に契約関係に入る「会員型」を区別して、信託を後者に分類する考え方である（たとえば、「基本方針V」264頁、注13では、受益者複数信託を「応用型」と位置付けており、ただちに「組合理」に含まれるとはしていない）。
- （にしうち やすひと）