

# 「法律行為」とは、どのような法的概念か(一)

——私的自治と国家による秩序の区別・連関性——

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに
- 二 「法律行為」概念の論理的・全体的構造  
——意思表示と法律行為の区別・連関性——……………本号
- 三 意思表示の代理と私的自治の原則
- 四 私的自治と国家による補強(一)  
——市民社会における自治の限界と国家の必要性——
- 五 私的自治と国家による補強(二)  
——裁判所による法律行為の評価——
- 六 私的自治と国家による補強(三)  
——法律行為の解釈と事情変更の原則——
- 七 むすび

## 一 はじめに

一 わが国の民法学の草創期において、法律行為論は占有論や連帯債務論と並んで、民法学における難問の一つと

されていた。<sup>(二)</sup> 今日でも、法律行為論は非常に難かしい、あるいは最も難かしく、分かりにくいものの一つとされている。<sup>(三)</sup>

近代法学の基礎をなす民法学には、この他にも難解な問題は数多く存在しているが、「法律行為」という概念は、私法のみならず行政法や国際法にも関連性を有する基本的概念である。したがって、この「法律行為」という概念について、精確に理解することは極めて大事なことになる。

注(一) 中島玉吉「連帯債務ノ性質ヲ論ス」統民法論文集第四版「金刺芳流堂・一九二二年」二〇三頁。なお、中島玉吉「法律行為ノ觀念」前掲論文集一八六頁以下。

(二) 星野英一「『法律行為』をどう考えるか」民法論集第八卷「有斐閣・一九九六年」二七三頁以下二七六頁・二七九頁・二八一頁・二八五頁・二九七頁(初出「専修法学論集五二号」一九九〇年)。

二 わが国の民法典は、まず明治二三年(一八九〇年)に公布され、明治二六年から施行されることになっていたが、家族法の部分が、わが国の醇風美俗に合わないということで、施行が延期されることになった。これが、フランス民法典を参考にして作られた旧民法典である。

その後、ドイツ民法第一草案やドイツ普通法学を主として参考にしながら、旧民法典の改正が行われ、明治二九年(一八九六年)に総則編・物権編・債権編が公布され、明治三一年(一八九八年)に親族編・相続編が公布され、共に同年七月一六日から施行された。これが新民法典であるが、親族編・相続編は昭和二二年(一九四七年)に改正され、債権編は平成二九年(二〇一七年)に改正されたが、これが日本の現行民法典である。

ところで、フランス流の旧民法典からドイツ流の新民法典へと変るといふことは、民法典の編別構成がユスティー

ニアームス式編別からパンデクテン式編別へと変ることを意味した。つまり、民法全体に亘って基本となる法的概念や基本原理・原則を民法総則編に規定することになる。日本民法第一編総則の第五章として「法律行為」に関する規定を纏めているのは、この一例である。

「法律行為」という概念は、ドイツ語の *Rechtsgeschäft* を翻訳したものである。西欧の言葉を日本語に翻訳すること自体、大変な難事業であったと思われるが、ドイツ法に特有な *Rechtsgeschäft* という、イギリスの法学者から「人知のすぐれた勝利なのか、それともまた、ある種の常軌の逸脱の行為なのか」と評される概念を、「法律行為」という日本語に翻訳するのは大変なことであったようである。まして、これまで馴染みのなかった法的概念を理解することは一層、大変なことであつたらうと思われる。「法律行為論」が難問とされた第一の原因は、この辺りにあつたのであろう。

因に、旧民法典を制定する際に参考にされたボアソナード草案の中に見られる自然法思想は、わが国においても一定程度、理解されていたことが、わが国において法律行為概念を受け容れる素地として存在していた、とする見解がある。<sup>(六)</sup> そのような素地はあつたのかも知れないが、「法律行為」という概念を知らなかった日本の法学者が、この概念に出会ったときに、その意味内容を理解するのは、容易なことではなかつたのではあるまいか。

注(三) 星野・注(二)論集(8)二七六頁二八〇頁二八六頁、平井宜雄(川島武宜編)・注釈民法(3)「有斐閣」一九七三年「一四頁以下・二二頁以下。

これに対して、浜上則雄「法律行為の『ローマ・ゲルマン法系的性格』」*阪大法学*六五号(一九六八年)五頁二二頁以下・二一六頁以下は、「法律行為」という概念は普遍的な概念であるとされる。

(四) F. H. Lawson, *A Common Lawyers looks at The Civil Law*, 1953, P.167. 小堀憲助ほか訳・英米法とヨーロッパ大陸法「日本比較法研究所」一九七一年「一九五頁(なお、一九七頁)」。これに対して、浜上・注(三)「阪法六五号」二二頁は、法律行為概念

は「人間精神の価値ある征服であって、常軌の逸脱では決してない」とされる。

(五) この点については、平井注(三)注民(3)二頁以下、浜上・注(三)阪法六五号八五頁以下、原田 剛「法律行為」概念の現在の意義(一)(二)(三)―法典調査会、ドイツの議論を手がかりとして―法学新報一二二巻七・八号(二〇一六年)二七頁以下、一二二巻一・一二号(二〇一六年)六九頁以下、一二三巻八号(二〇一七年)三五頁以下。

(六) 新井 誠「我国における法律行為概念の成立に関する理念史的考察」法の理論5「成文堂・一九八五年」二二頁以下。

因に、神田 桂「意思と表示の不一致論」水本 浩・平井一雄編「日本民法学史・続編」信山社二〇一五年」七五頁以下は、「意思と表示の不一致」に関する条文について、フランス民法を手本とした旧民法とドイツ民法第一草案を主要な手本とした新民法の共通点・相違点を概観している。

三 日本の民法学者が「法律行為」概念を理解するのに困難を感じた原因は、日本民法典が成立した右のような沿革にもあるであろう。しかし、より根源的な原因は、「法律行為」という概念によって把握しようとしている法現象の全体像が掴めていなかったところにあつたのではないだろうか。

「法律行為」は契約や遺言のような単独行為、さらには団体設立などの合同行為から抽象した上位概念であると考えられている。それは、契約や遺言・団体の定款などの私的自治規範を意味するのか、これらの規範を設定する行為を意味するのか。

規範の設定は意思表示によって行われるが、この意思表示は効果意思、即ち権利・義務を発生・変更・消滅させる意思の表示によって行われるとされている。そして、このような意思表示によって、あるいは意思表示の合致によって自治規範が設定されると、この規範の拘束力に基づいて当事者間に権利・義務関係、即ち法律関係が形成される(発生・変更・消滅する)。

このような一連の現象を区別・連関づけて、法律行為の全体像を、どのように描き上げるのか。つまり、右の全

体構造の中に各構成要素を、どのように位置づけ、区別・連関づけければ良いのか。この点について、立法(当時)の民法学者に明確な認識がなされていなかった。そして、今日においても認識されていないことが、法律行為論を難問にしているように思われる。<sup>(七)</sup>

法律行為に関する個別的・部分的な研究は詳細を極め、外国の学説の紹介・研究も数多く発表されている。しかし、「法律行為」という概念を明確にすること、つまり、この概念によって把握しようとしている法現象の全体像を掴むことが出来ていない。したがって、細部の研究が積み重ねられれば、されるほど、全体像を掴むことは益々、困難になっている。

因に、ドイツ普通法学の大家サヴィニーは、意思表示と法律行為の関係について両者を区別することなく同一視し、意思を重視するところから、法律行為よりも意思表示を重視していたとされている。<sup>(八)</sup> その後の学説は両者を区別するようになったが、<sup>(九)</sup> 両者の関連性を重視しないために、法律行為の全体構造は明らかにはされていない。

なお、法律行為と意思表示という二つの概念を、そんなに神経質に意識する必要はないとする見解もある。<sup>(一〇)</sup> しかし、この二つの概念を明確に区別した上で連関づけないと混乱が生じる。例えば、わが民法では、法律行為の「無効」について定めている<sup>(民九)</sup>のに対して、意思表示については「無効」とされる場合と「取り消すことができる」とされる場合が定められていた<sup>(民九三条九四条)</sup>。そして、「取消すことができる行為」を認めている<sup>(民二〇条)</sup>。この「行為」は法律行為を指すのか、意思表示を指すのか。この「行為」は意思表示を指しているが、法律行為には取消しはないのか。この点を明らかにするためには、「意思表示」と「法律行為」の区別を明確にしておく必要がある。しかし、行為としての意思表示によって規範としての法律行為は形成されるのであるから、両者を区別するだけでなく、連関づけておく必要がある。

注(七)

磯村 保「ドイツにおける法律行為解釈論について(1)―信頼責任論への序論的考察―」神戸法学雑誌二七巻三号(一九七七年)二八四頁・二八五頁は、「法律行為解釈論を検討する前提として、解釈の対象たる意思表示ないし法律行為とはそもそも何かという困難な問題がまず解明されなければならない」とし、「法律行為概念の確定が、その対象の限定として、法律行為解釈論そのものの課題である」とされる。

(八) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.III, 1840, S.511.98ff. 小橋一郎訳・サヴィニー現代ローマ法体系第三巻「成文堂・一九九八年」八頁以下・九三頁以下。

サヴィニーの法律行為論については、平井注(三)注民(3)一一頁・二六頁、浜上・注(三)阪法六五号一九頁、原田・注(五)新報二二三巻八号六四頁、山下末人「サヴィニーにおける意思・法律行為について」(一)(二)(三・完)神戸商科大学論集四二号(一九六一年)三三頁以下・四三三号(一九六一年)三九頁以下・四四号(一九六二年)二七頁以下、伊藤 進「法律行為の基礎理論」ジュリスト七三二二号(一九八一年)八四頁以下、新井 誠「サヴィニーの意思表示・法律行為概念」民商法雑誌九六巻五号(一九八七年)四三頁以下、湯川益英「サヴィニーの『意思の表示』理論に就いて」山梨学院大学社会科学研究一五号(一九九五年)一頁以下。

なお、中田邦博「ドイツ民法典における意思表示法の形成過程―第一章案に対する諸批判を中心に―」(一)(二)(三・完)「立命館法学一九四号」一九六号(一九八七年)、同「ドイツ民法典における意思表示法の形成過程―第一章案に対する諸批判を中心に―」私法五四号(一九九二年)二二頁以下。

(九) 平井・注(三)注民(3)二六頁以下・三六頁以下。

(一〇) 幾代 通・民法総則第三版「青林書院・一九八四年」一八四頁。

四 「法律行為」に限らず、あらゆる法学的概念には、その背後に、その概念によって把握し、表現しようとしている法現象が展開されている。したがって、この法現象を理論的に把握し、表現する道具である法学的概念が、把握する対象である法現象を正確に捉えていなければ、その概念を用いて展開される理論も正確なものに成らない虞れがある。つまり、ある法学的概念についての説明が過不足なく、その対象となっている法現象の全体像を捉えたものになっていないければ、この概念を用いて展開される理論が誤ったものに成りかねない。それ故に、理論構成のために使う

概念は、これによって把握しようとしている対象の全体を正しく捉えていなければならぬのである。<sup>(二二)</sup>

「法律行為」という法的概念についても、この概念によって把握しようとしている法現象の全体像を正しく捉えていないと、法律行為論が精確なものに成らないだけでなく、難解なものに成ってしまう虞れがある。そのようなことに成らないようにするためには、「法律行為」に関連している法現象の全体像を過不足なく捉える方法論が必要である。その方法論は、従来の法解釈学の方法論のように既存の法条を矛盾なく、整合性をもたせて解釈する方法を求めるのではなく、既存の法条の背後で展開されている法現象を客観的・論理的に把握した上で、全体像を描き上げる方法でなければならない。

そのような方法論として、私は考察対象を**本質・実体現象形態**の三つの次元を構成する要素に分解した上で、それを繋ぎ合わせて全体像を作り上げるといふ、分析と総合の方法論を考え出した。

この方法論は、商法<sup>(二二)</sup>企業法説の企業概念が経済学(経営学)からの借り物で、法学に固有の概念が形成されていないことに不満を抱いて考え出したものである。<sup>(二二)</sup>この発想の背後には、その当時、社会科学の手法とされていたマルクス経済学(資本論や、マルクス経済学に基づく批判的経営学の企業<sup>(二二)</sup>個別資本説の影響があり、私の単なる思いつきによるものではない。しかし、この方法論が法現象を捉える方法として有効か否かは、色々な法現象について試してみないことには、判断することができない。そこで、この方法論を用いて組合(合名会社)や社団(株式会社)の存在構造や所有権・占有権・債権・有価証券・貨幣・不法行為・不当利得などの論理構造を分析して来た。本稿は、この方法論を用いて「法律行為」概念を見直し、難解とされる「法律行為」論を少しでも分かり易くしようとするものである。

注(二二) 同旨、マルクス・ガブリエル(斎藤幸平編・未来への大分岐―資本主義の終わりか、人類の終焉?「集英社」二〇一九年)一三三頁以下。

因に、恒藤 恭「法と経済Ⅰ」法<sup>(一)</sup>の精神「岩波書店・一九六九年」三二七頁は、体系的知識としての学問における概念の重要性を指摘した上で、「特に法律学は概念の精密化に力をそそぐ点において際立っている」とされる。しかし、実用としての実定法学が法的概念の精密化に力を注いでいるといえるか否か、疑わしい。

(二二) 拙稿「法律学から見た『企業』の内部構造」株式会社<sup>(二)</sup>の法的構造「佐賀二二巻五号(一九八〇年)一頁以下、拙著・企業と団体の基礎法理」成文堂・一九八九年」一頁以下。

私が「なぜ」<sup>(三)</sup>どのようにして、このような方法論を考え出したのかについては、拙稿「最終講義」民商法二元論と資本主義私法<sup>(四)</sup>論の漂着点「私法哲学・実定法の哲学を自差して」佐賀三七巻六号(二〇〇五年)一頁以下。

なお、貨幣概念についても一部の法律学者は経済学<sup>(五)</sup>の概念を、そっくり、そのまま借用しており、法律学固有の概念を形成する努力をしていない。この点については、拙稿「法律学から見た『貨幣』とは何か」(一)「おかぬ」の法理論的分析」佐賀四八巻六号(二〇一六年)七一頁以下。

五 ところで、私が法律行為<sup>(六)</sup>について詳しく学んだのは、大学院における原島重義教授の民法特殊講義で、ライザ<sup>(七)</sup>の約款論<sup>(八)</sup>とフルーメ<sup>(九)</sup>の法律行為論<sup>(一〇)</sup>を読んだ時である。その際、単位認定のために法律行為に関連するレポートを提出することになった。それで、航空機の墜落事故に伴う損害賠償額を一〇〇万円に制限する約款条項を公序良俗に反して無効とした昭和四二年五月三〇日の大阪地裁判決(判例時報四八四号二頁を手がかりにして、約款の法的性質や拘束力の根拠について、従来の学説を整理し検討したレポート)を書き、これを大学院の論文集<sup>(一一)</sup>に発表した。

これが、私の処女論文<sup>(一二)</sup>になったが、その後、約款に関する論稿を数本、発表<sup>(一三)</sup>したものの、私が目差した実定私法を客観的・論理的に考察せんとする法律学<sup>(一四)</sup>(第四節参照)とは程遠いものであった。そこで、法律行為の基礎理論<sup>(一五)</sup>に立ち帰って、根本的に考え直す必要性を感じ、基礎から出直そうと試みたが、<sup>(一六)</sup>そのため、どのような方法<sup>(一七)</sup>を採れば良いのか、全く手懸りを見出すことができず、闇の中をさ迷うことになった。

この闇から抜け出すために、法律行為論から一旦、離れて、私が大学院で研究したいと考えていた団体法論<sup>(一八)</sup>・法

人論に戻り、そこで方法論を発見する途を探すことにした。悪戦苦闘の末に漸く見付けたのが前掲注(二二)の方法論である。本稿は、この方法論を用いて法律行為概念の全体像を論理的に把握しようとするものである。

注(二三) Kaiser: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935. Derselb. Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit. Hundert Jahre Deutsche Rechtsleben, Bd. I, 1960.

(一四) Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie. Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I, 1960. Derselb. Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft, 1965.

フルーメの法律行為論については、浜上注(三)阪法六五号一〇六頁以下。高橋三知雄「Flumeの法律行為」関西大学法学論集一六卷四・五・六合併号(一九六七年)四三三頁以下、吉岡祥充「W・フルーメの法律行為論に関する一考察」ラレンツ行為基礎論との比較を通して(二・定)「大阪市大法学雑誌三三卷二号(一九八五年)八一頁以下、山下末人「法律行為論の現代的展開」法律文化社、一九八七年「三二頁以下、同「フルーメの法律行為論」その意思主義について」法と政治四四卷二号(一九九三年)一頁以下。

(一五) 拙稿「普通取引約款と契約説」判決に関連して「九大法学二〇号(一九六八年)五九頁以下。

(一六) 拙稿「約款と『認可』」保険監督法を中心に「九大法学二二号(一九六九年)一〇三頁以下、同「現代資本主義と約款の機能」約款を手懸りとした資本主義法理解の出発点として「九大法学二三号(一九七一年)九九頁以下。

なお、約款に関して私の考え方を一応、整理した論稿として、拙稿「私的自治・契約の自由の原則と約款」[上]・[中]・[下]「約款規制法制定前のドイツ約款論を手がかりに」佐賀二四卷四号(一九九一年)二六五頁以下・二四卷五号(一九九二年)九三頁以下・二四卷六号(一九九二年)九頁以下。

(一七) 拙稿「法律行為論」再検討の動き「法学における理論と実用」佐賀八卷一・二合併号(一九七五年)一八七頁以下。

原島重義「契約の拘束力」とくに約款を手がかりに「法セ」三四五号(一九八三年)三二頁は、約款の拘束力の問題と対決するには法律行為論・契約理論の見直しを迫られるとされる(なお、三四頁・五一頁・五七頁)。

六 第二章では、私の独特の方法論を用いて、単独行為(遺言・手形行為形成権行使)や契約、合同行為(合手組合設立・団設置)について、その全体構造を論理的に分析した上で、これらの各類型の行為に共通する論理構造を抽出する。こ

「法律行為」とは、どのような法的概念か(一)

の作業により、今まで断片的にしか説明されて来なかった法律行為概念の全体像の基本部分が明らかになる。

第三章では、第二章の成果を踏えて代理の構造を説明する。私的自治は自分(達)の意思に基づいて、自分(達)の欲する法律関係を形成する(發生・変更・消滅させる)ことだとされているが、<sup>(二八)</sup>他者(代理人)の意思表示によって本人を拘束する規範を設定し、法律効果を本人に帰属させる代理制度は、私的自治の原則に反しない所以を明らかにする。

個人の私的自治能力や市民社会の自治能力には限界がある。この限界を補い、あるいは矯正するために国家権力という、市民社会とは異なる要素を持つ政治組織を創り出す。この国家権力は市民社会のために秩序を維持することを任務としている(「国家による自由」の実現)。したがって、国家組織の構成や権力行使の手続、そして権力行使の規範を定める国家規範の内容は、市民社会の原理や市民社会に自生する規範を参考にしたものでなければならず、市民社会の要請に副うものでなければならない。第四章では、この点に言及する。

当事者間における私的自治規範としての法律行為をめぐる、当事者間、あるいは利害関係人の間で対立が生じた場合、まず当事者間の話し合い、さらには第三者に入ってもらった話し合いによって解決することになる。これも私的自治の一場面である。しかし、このような話し合いによつて解決しないときには、国家権力(裁判所)の力を借りて解決することになる。

法律行為をめぐる紛争には種々あるが、その根底にある共通の紛争は法律行為の成否や効力の有無、そして何よりも解釈をめぐる対立である。法律行為、とくに契約の解釈については、当事者の意思を重視する立場と表示を重視する立場がある。第五章・六章では法律行為の論理構造に即して、これらの問題を考える。

注(一八) Flume, aa.O.N(14), Allg.Teil, Bd.2, S.1ff.

## 二 「法律行為」概念の論理的・全体的構造

### — 意思表示と法律行為の区別・連関性 —

一 日本の民法学を長らく牽引されて来た我妻博士によると、「法律行為(Rechtsgeschäft)とは、意思表示を要素とする私法上の法律要件であり」、「意思表示は契約の申込・承諾、遺言などのように、表示者が一定の効果を意欲する意思表示し、法律がこの当事者の意欲した効果を認めてその達成に努力するもので」、「一定の生活関係が存在すると、これについて法律的保障のある一定の効果」、つまり法律効果が発生することになるが、「この法律効果を生ずる生活関係を法律要件という」とされる。そして、「民法上の法律要件は悉く直接または間接に権利の変動を生ずる」と説かれる<sup>二九</sup>。

この説明を一読して「法律行為」とは、どのような法現象を把握し、説明するための概念なのか、つまり「法律行為」という概念によって把握され、表現しようとしている法現象の全体像を想い描くことが出来るであろうか。このような、ドイツ民法学に倣った説明に対して、川島博士は「法律行為」や「意思表示」は、一定の権利義務関係の変動—発生・変更・消滅等—を欲する旨を表示する伝達 communication 行為(権利変動欲求伝達行為)を法的に処理・説明するための道具概念・技術的な道具として作られたものとして、アメリカのコミュニケーション論に倣った言い換えをされている<sup>三〇</sup>。

我妻博士の説明にしろ、川島博士の説明にしろ、次のような事態の説明が十分ではない。つまり、当事者が一定の効果意思、即ち一定内容の権利義務関係の変動を欲する意思表示して、相手方に伝達し合意に達すれば、「なぜ」どのようなにして「一定の法律効果、権利義務関係の変動が生じることになるのであるのか。このような法現象の中において、当事者の意思は、どのような位置を占め、どのようにして一定の権利義務関係の変動に辿り着くの

「法律行為」とは、どのような法的概念か(一)

であろうか。<sup>(三二)</sup>そして、このような仕組みの全体構造は、どのようになっているのであるか。この問題を理論的に説明することが、本章の課題である。

注(一九) 我妻 栄・新訂民法総則「岩波書店一九六五年」二三〇頁以下。平井・注(三)注民(3)二〇頁は、昭和八年(一九三三年)の我妻・民法総則の説明によって「法律行為論の現在のおおよその方向は決定されたといつてよい」とされる。

(二〇) 川島武宜・民法総則「有斐閣一九六五年」一五二頁以下、同「法律行為」川島武宜著作集(6)「岩波書店一九八二年」九六頁以下(初出・法学セミナー九号「一九五六年」)。平井・注(三)注民(3)二二頁は、川島説によって法律行為をめぐる具体的な論点が異なつて解されるようになったわけではないが、ドイツ的伝統を切断了る点に意義が認められるべきものとされる。

(二一) 磯村 保「法律行為論の課題(上)——当事者意思の観点から」民法研究二(二〇〇〇年)五頁は、当事者の意思にしたがった法律効果を発生させる法律要件という法律行為の定義は、それ自体として必ずしも正確ではないとされる。

二 「法律行為」という概念は遺言や手形行為・一人財団や一人会社の設立行為などの単独行為や契約、複数人による組合組合や社団・財団の設立行為のような合同行為を抽象して導き出された概念であり、「法律行為」そのものが存在しているわけではない。<sup>(三三)</sup>

したがって、「法律行為」という概念の全体構造を論理的に把握するには、遺言などの具体的な行為を、私の独特の方法論「掲掲注(二)参照を用いて分析した上で、これらの行為に共通する構造を探り出すほかはない。

遺言は、直接的・間接的に自己の財産の処分に関して、一定の方式に従ってなされる相手方のない一方的かつ単独の意思表示である。つまり、遺言者の死後の財産をめぐる法律関係を定める最終意思の表示であり、遺言者の死亡によって法律効果が発生する(民九六〇条)、<sup>(三四)</sup> 独特の法律行為である。

このような遺言によって定めることが出来る法律関係として、民法は九種の事項を掲げているが、このほかに信

託法二条は遺言信託について規定し、一般財団法人の設立について規定している。

これらの事項の中には、遺言者の死亡によって自動的に法律関係が形成されるわけではなく、遺言で遺言執行者や後见人・後見監督人、受託者として指定された者の承諾を要するものもある。いずれにせよ、遺言は最終的に相続人の間に一定の法律関係を形成させたり、被後見人と後見人の間や受益者と受託者の間に一定の法律関係を発生させたり、相続人の代理人とされる遺言執行者(民一〇一五条)に対する法律関係や遺言によって設立される財団の法律関係を発生させる遺言者の意思が表示されている。

したがって、このような法律関係を発生させる遺言者の意思が遺言の**本質**をなし、このような意思を一定の方式に従って表示することによって遺言という法律行為は成立し、遺言者の死亡によって遺言という法律行為の効力が発生する(民九八五一条一項)。つまり、遺言が利害関係人間の法律関係を形成し、秩序づける規範として拘束力を有するようになる。

この遺言者の意思の拘束力が遺言という法律行為の**実体**をなし、遺言に従って利害関係人の間に形成される法律関係が遺言の**現象形態**をなす。つまり、利害関係人の間に一定の法律関係を形成させることを欲した遺言者の意思**＝遺言の本質**が具体化した姿である。

注(一一) Plume, aaON14), Allg. Teil, Bd.2, S.23.

(一二) 於保不二雄「有効要件についての一考察」「財産管理権論序説」有信堂一九五四年三四九頁(なお、三二〇頁「初出、法学論叢四二巻三号(一九四〇年)」は、遺言者の死亡を受遺者の生存とともに、法律行為の継続的成立に関連する要件とされる。しかし、遺言という法律行為は書面上の表示によって成立し、遺言者の死亡によって効力が発生するのであるから、遺言者の死亡は効力発生要件と解すべきである。

三 手形行為の法的性質については、契約か単独行為なのか、見解の対立がある<sup>(三四)</sup>。この問題についても、手形行為一般としてではなく、手形の種類や手形行為の種類に合わせて考察した上で、共通の構造があるのか否かを見出す必要がある。

約束手形の振出しは、振出人自身が手形証券の正当な所持人に対して一定の金額を支払う債務を負担する意思を手形証券に一方的に表示しており、この証券が受取人に譲渡され、そこに表示されている債務負担意思が受取人に到達した時に、その効力が発生する<sup>(二五)</sup>。<sup>(九七)</sup>

約束手形の振出しに必要な記載をしたが、振出人が受取人に証券を交付する前に流通した場合、この手形証券の現所持人は手形からの権利(通説では手形上の権利)を有しているか、ということが問題になる。最判・昭和四六年一月一六日・民集二五巻八号一一七三頁は、盗まれて流通におかれた場合であっても「流通におく意思で約束手形に振出人としての署名または記名押印した者は、たまたま右手形が盗難・紛失等のため、その者の意思によらずに流通におかれた場合でも、連続した裏書ある右手形の所持人に対しては、悪意または重大な過失によって他人がこれを取得したことを主張・立証しないかぎり、振出人としての手形債務を負うものと解するのが相当である」とした<sup>(二六)</sup>。

手形債務負担の意思表示は手形証券への手形要件の記載によって成立しており、証券上に記載され成立している債務負担意思は証券所有権を承継取得または善意取得した正当な所持人の下で効力を発生する。したがって、手形振出の際に振出人による交付がなくても、証券を善意取得した者は手形証券からの権利を取得する。このようなことを、右の最高裁判決は述べているわけであり、正当であるが、「流通におく意思で約束手形に署名または記名押印した」とする部分は、事実論にすぎず、法律論としては言葉足らずである。

為替手形の引受は手形の支払人とされた者が、手形債務の負担を引受ける旨の一方的な意思表示であり、約束手形や為替手形の保証は主たる債務者が債務を履行しない場合に、債務を負担する旨の一方的意思表示である。これ

らの行為とは異なり、為替手形の振出は第三者(支払人)に自己の債務を負担させる旨の一方的意思表示であり、為替手形や約束手形の裏書は第三者(為替手形の支払人や裏書人の前者、あるいは約束手形振出人や裏書人の前者)に自己の債務を負担させる旨の一方的意思表示である。この手形証券上に表示され、成立している自己の債務を第三者に負担させる意思は、手形証券が交付されるべき者に交付され、あるいは善意取得されて証券の正当な所持人となった者の下で効力を発生させる。<sup>(二七)</sup>

このように、各種の手形行為に共通していることは、手形行為者が自ら債務を負担し、あるいは第三者に債務を負担させる旨の意思を表示することによって手形債務を成立させ、右の意思を表示している手形証券が承継取得、あるいは善意取得されることよって、右の債務負担意思(自ら負担する意思・第三者に負担させる意思)は効力を発生させる。したがって、右の債務負担意思が手形行為の本質をなし、手形証券の正当な所持人の下で発生する債務負担意思の拘束力が手形行為の**実体**をなし、手形の正当な所持人と手形行為者との間に形成される法律関係が手形行為の**現象**形態である。

因に、ここに述べた私見に可成り近い見解として、鈴木博士の学説(前掲注(二四)参照)がある。鈴木説によれば手形要件の記載という債権行為により手形債権は発生し、手形証券所有権の移転という物権行為により受取人に手形債権が移転するという二段階行為説を主張される。

鈴木博士が手形所有権を重視される点は妥当である。しかし、手形行為を手形債務負担行為と解さずに、手形債権を発生させる行為と解されるために、手形の裏書を通説と同じように債権譲渡と解するに止まらず、振出人のところで手形債権が発生すると解することになる。振出人を受取人とする約束手形の場合には、この構成で破綻を来すことはないが、それ以外の場合、とりわけ引受前の為替手形や引受制度のない小切手については説明できない。<sup>(二八)</sup>

注(二四) 小橋一郎「手形行為論」[有信堂・一九六四年]六八頁以下、同「手形行為論」[商法論集Ⅲ手形(2)]「成文堂・一九八四年」一頁以下(初出・私法二八号「一九六六年」)、同「手形行為の意義」河本一郎ほか編「現代手形小切手法講座(2)」[成文堂二〇〇〇年]一頁以下、鈴木竹雄「手形法の基礎理論」手形法小切手法講座(1)[有斐閣・一九六四年]一〇頁以下(商法研究Ⅰ総論・手形法)有斐閣・一九八四年)に収録)、同「有価証券における権利の存在と権利の所在」研究Ⅰ二七九頁以下「初出 私法一七号(一九五七年)」、前田 庸「手形理論」北沢正啓ほか編「商法の争点Ⅱ(一九九三年)三三四頁以下。

(二五) 同旨、小橋、注(二四)手形行為論一三五頁。

(二六) 本件の解説として、蓮井良憲「手形小切手判例百選(第三版)一九八一年三二頁以下、同「第四版(一九九〇年)二二頁以下、大塚龍児」第五版(一九九七年)二〇頁以下、洲崎博史「第六版(二〇〇四年)一八頁以下、同「奥島康孝 倉沢耕一郎教授還暦記念論文集・商法の判例と論理」昭和四〇年代の最高裁判例をめぐって」[日本評論社・一九九四年]二九三頁以下。

意思表示の伝達過程に問題のある場合に関する学説につき、蓮井良憲「交付欠缺手形の署名者の責任」注(二四)争点Ⅱ三四頁以下、今井 宏「手形行為と手形の交付」注(二四)講座(1)一〇〇頁以下。

(二七) 手形の裏書に関する私見につき、拙稿「手形裏書は債権譲渡なのか(一)」(四・完)「手形所有権説の再興を目差して」[佐賀三九巻三号「四〇巻一号(二〇〇六年)〜七年」。

(二八) 鈴木説に対する私の批判については、拙稿：注(二七)佐賀三九巻四・五号(二〇〇七年)一七一頁・一七六頁、四〇巻一号(二〇〇七年)一三一頁以下。

**四** 遺言は直接的・間接的に自己の財産権の処分に関する意思表示であり、手形行為は直接的・間接的に自己が債務を負担する旨の意思表示で、いずれも意思表示をした者の財産権に影響を及ぼすものである。これと同じように、機関の組織体である社団あるいは財団を設立する場合、第一段階として定款を作成しなければならぬ(一般法人<sup>(一)</sup>以下<sup>(二)</sup>条以下)。この定款は、将来、社団あるいは財団が成立したときに、社団・財団の憲法ともいえるべき規範となるが、出資者あるいは出捐者が一人で設立する場合、定款作成行為は定款に記載されている目的事業をさせるために、自己の財産を出資ないし出捐し、定款に記載されている規模や機関を有する組織体を設立する意思の一方的な表示であ

り、相手方のない単独行為である。相殺<sup>(二九)</sup>(民法五〇五条以下)や債務の免除<sup>(三〇)</sup>(民法九条)も自己の財産権を処分する行為であり、相手方に迷惑をかけるわけではないので、一方的意思表示によって自由に(一定の要式を守りつつ)行いうるとされている。

これに対して、取消権<sup>(三一)</sup>(民法二二条)や時効援用権<sup>(三二)</sup>(民法五四条)・契約の解除権<sup>(三三)</sup>(民法五〇四条)などのように、一方的意思表示によって法律効果を発生させる行為であっても、形成権といわれる権利を行使する単独行為は、一定の要件を充たす場合にしか認められず、遺言などのように自分の気が向けばないうるというわけではない。というのは、形成権の行使は相手方との法律関係に影響を及ぼし、場合によっては財産権を消滅させるなどの不利益を与えることもあるからである。

我妻博士は、単独行為が契約ほど自由には認められない理由を「他人の意思に関係なくこれに義務を負担させることはできないからである」とされる<sup>(三四)</sup>。これは間違いではないが、遺言などの一般の単独行為と形成権の行使を区別する必要がある。そうしないと、「意思表示を出発点に権利義務関係を説明する考察は契約についてはよくあてはまるが、単独行為(詐害行為取消権など)については、それが取消権の行使という意思の表明を契機に効果が発生することは確かであるが、それによって影響を受ける者がなぜそれを受け入れなければならぬかを十分に説明できない」という見解<sup>(三五)</sup>が登場することになる。

なお、ドイツ普通法学において形成権という新しい種類の権利概念が誕生する際に、その内包と外延につき見解の対立があった。とりわけ、代理権や契約の申込、遺言、財団設立、さらには抗弁権なども形成権に含まれるの否かが検討された<sup>(三六)</sup>。このような議論がなされたのは、代理の構造や、形成権と抗弁権の違いが未だ明確でなく、単独行為の中には一般の単独行為と形成権の行使という特殊な単独行為があること、さらには契約が申込という一方的意思表示と承諾という一方的意思表示に分解されるものではなく、両者の意思表示が合致するところに設定される自治規範であるという理解にまで至っていなかったことによるものである。

注(二九) 相殺は自己の債権を満足させる制度と解されているが、自己の債権で自己の債務を一方的に代物弁済することを例外的に認める制度ではあるまいか。

代物弁済(三四)は相手方との契約によって行われるのが原則である。しかし、同種の債権債務の間では、自己の債権で自己の債務を弁済しても相手方に何ら不利益をもたらすことはない。したがって、契約によらずに一方的に代物弁済することを認めたのが相殺といえよう。一方的意思表示によって他者との間の法律関係を消滅させる相殺権は形成権であるが、他者に何ら不利益を与えない点は他の形成権と異なっている。

(三〇) 免除を単独行為ではなく、契約とする立法が多いが、わが国では物権を放棄しうるのに、債権を放棄しえないとするのは不公平だということ、<sup>1)</sup>「恩恵は強制されるべきではなく、beneficium non obradatur」の原則に反して、免除を単独行為にしたとされている(磯村 哲編・注釈民法(2)「有斐閣・一九七〇年」四九九頁「石田喜久夫」)。

(三一) 我妻・注(一九)総則二四四頁。

(三二) 金子 宏ほか編・法律学小辞典(第四版)「有斐閣・二〇〇四年」一一〇八頁。

(三三) 永田真三郎「形成権概念の成立過程」関西大学法学論集二二巻四・五・六合併号(一九七四年)一七六頁以下、同「形成権理論の展開」(「関法二六巻二号」一九七六年)一九七頁以下、同「形成権概念の位置と構造」関法二六巻四・五・六合併号(一九七七年)一三〇頁以下。

(三三a) 抗弁権と形成権の違いについては、拙稿「抗弁権とは、どのような権利か(一)」(六・完)「抗弁権の永久性論を検討するため」佐賀四七巻一号(二〇一四年)「四七巻六号(二〇一五年)」。

五 取消権の行使⇨取消は、一定の法律関係を形成するために行った意思表示の過程に瑕疵があった場合に、その意思表示の効力を無力化して、右の意思表示をしなかったのと同じ状態にする旨の意思の一方的表示であり、一旦形成された法律関係は、初めから形成されなかったことになる(民二二)。<sup>1)</sup>この意思が取消という単独行為の本質をなす。瑕疵ある意思表示が取消されたことにより、瑕疵ある意思表示(と他者の意思表示)によって設定されていた規範は、遡及的に設定されなかったことになり、法律行為としての実体をなす拘束力を失う。これが取消の実体である。

そして、この規範の拘束力に基づいて形成されていた法律関係も形成されなかったことになる。<sup>(三三b)</sup>これが、取消の現象形態をなす。したがって、取消された意思表示により設定されていた規範に基づいて給付義務が履行されていた場合、その受領者は債権の現象形態をなす受領権能を持たなかったことになり、受領した利益を不当利得として返還する義務を負う<sup>(民一二)</sup>。<sup>(条の二)</sup>

契約解除権の行使である解除は、一旦、有効に成立している契約が締結されなかったのと同じ状態に戻す行為である。その本質は、既に設定されている契約規範が設定されなかった状態に戻す解除権者の意思である。その実体は契約規範の拘束力のみならず、契約規範そのものを消滅させる力であり、契約が締結されなかった状態、つまり契約規範が設定されなかった状態に戻った姿が解除の現象形態である。したがって、契約に基づく給付義務が履行されている場合、取消の場合と同じように、不当利得の返還が問題になる<sup>(民五四)</sup>。<sup>(五)</sup>

時効援用権の行使は、取得時効の場合は、他者の所有物を長年、自主占有している者が他者の所有権を消滅させた上で、自己の所有権を発生させたり<sup>(民一六)</sup>、<sup>(二)</sup>、他者の所有物を長年、無断使用している者が、他者の所有権の上に地上権や地益権を発生させる<sup>(民一六)</sup>行為である。消滅時効の場合、債権者が長期間、権利を行使しないで放置しているために、その権利を債務者などの利害関係人が消滅させる<sup>(民一六)</sup>行為である。<sup>(三四)</sup>

したがって、時効援用行為の本質は、他者の権利を消滅させる意思、さらには他者の所有物を自己の所有物とする意思、あるいは他者の権利の上に自己の利用権などを取得する意思である。その実体は権利を消滅させたり発生させる力であり、所有権や地上権・地益権などの取得や債権の消滅が時効援用行為の現象形態である。

注(三三b) 遺言については、その効力発生前(遺言者の死亡前)に遺言証を破棄して遺言(意思表示)を撤回するという方法がある。

手形については、意思表示を取消しても、証券を回収しない限り、証券の善意の第三取得者に対して「取消したこと」を

主張できない。「手形行為と意思表示の瑕疵」については、平出慶道注(二四)手形法小切手法講座(1)八一頁以下、小橋一郎・注(二四)争点II三三〇頁以下。

(三四) 時効に関する私の考え方については、拙稿「日本民法・商法における権利の期間制限(一)」(二・完)「実体法上の権利の構造論を根底に据えて」佐賀四四巻三号(二〇一一年)～四六巻六号(二〇一四年)。

六 契約は法律行為の代表例である。契約という言葉は、「契約をする」とか「契約を結ぶ」というように、①契約という自治規範を設定する行為を指すためにも使われるが、②設定された自治規範を指すためにも使われる。①と②は密接に関連しているが、契約の全体構造を理解するためには、両者を明確に区別した上で関連づける必要がある。つまり、契約は相手方との間に一定内容の法律関係を形成したい旨の申込という一方的意思表示と、それに対する承諾という一方的意思表示が合致するところに成立するが、この申込や承諾という意思表示が、①の契約規範を設定する行為である。このプロセスを経て、双方の意思表示が合致したところに設定されるのが、②の規範としての契約である。この契約規範に基づいて申込人と承諾者の間に当事者が望む一定の法律関係が形成される。

「法律関係が形成される」というのは、契約の結果として、当事者の間に一定内容の権利・義務関係が発生し、あるいは法律関係の内容に変更がなされたり、法律関係が消滅するということである。このような現象が生じるのは、当事者が一定内容の法律関係を形成したからであり、一定当事者間に一定内容の法律関係を形成する意思が契約の**本質**をなす。一方の当事者が相手方に対して一定の法律関係を形成したい旨の申込の意思表示をし、相手方が承諾の意思表示をして、両者が合致したところに設定された契約規範の拘束力が契約の**実体**をなす。有効な契約は両当事者を拘束する力を有している(「契約は守るべし pact sunt servanda」)。したがって、この契約に基づいて当事者間に権利・義務関係が発生・変更・消滅する。これが契約の**現象形態**であり、契約の**本質**が契約規範の拘束力(契約の**実体**)

を媒介にして具体化した姿である。

因に、民法五二九条は「ある行為をした者に一定の報酬を与える旨を広告した者(以下「懸賞広告者」という。)は、その行為をした者がその広告を知っていたかどうかにかかわらず、その者に対してその報酬を与える義務を負う」としている。

この懸賞広告に関する規定は「契約の成立」の款に置かれている。右の広告を見て、それに応じて「ある行為」をする意思を持つに至り、その行為を遂行した者にだけ報酬を与えるというのであれば、懸賞広告を契約として扱うこともできよう。しかし、広告を知らずに一定の行為をした者に対しても報酬を与える旨の意思表示をしていると解されるのであれば、契約の申込というよりも、約束手形の振出行為と同じように、一方的な債務負担の意思表示に近いのではあるまいか。だとすれば、懸賞広告は債務負担意思を表示する単独行為であり、広告を出した時に右の意思表示は成立し、効力を発生させており、求められている行為の完了は、その行為者に対して広告者が債務を負担するという法律効果が発生し、帰属する要件ということになる。

優等懸賞広告(二条<sup>民五三</sup>)の場合に、Aが広告を見て応募したのではなく、友人Bが勝手にAの論文を送付したところ、これが選ばれるということが起りうる。優等懸賞広告の場合にも、求められている「行為」は、自らの意思で募集に応じるという行為ではなく、優秀な作品を作り提出することである。提出した作品の優秀性が求められているのであって、懸賞広告に自ら応じることが求められているわけではない。したがって、懸賞広告は契約の申込ではなく、一方的な債務負担の意思表示と解すべきである。<sup>三二五</sup>

注(三五) 懸賞広告の法的性質に関する議論については、谷口知平編・注釈民法(3)「有斐閣・一九六六年」二七五頁以下「植林 弘」、谷口知平「五十嵐 清編・新版注釈民法(3)「有斐閣・二〇〇六年」五〇八頁以下「植林 弘」五十嵐 清、末川 博「懸賞広告の

法律上の性質」末川 博法律論文集Ⅲ・債権「岩波書店一九七〇年」一八七頁以下(初出・立命館法学一七号・一八号「一九一八年」)、西沢 修「懸賞広告」契約大法系VI「有斐閣・一九六三年」一頁以下。

通説であった契約説に対して単独行為説を主張された神戸博士、末川博士、我妻博士の見解を検討した論稿として、人見康子「懸賞広告の法的性質―神戸先生の所説とその後学説の展開を中心として」法学研究三八卷一號(一九六五年)二三三頁以下。

因に、我妻 栄・債権各論上巻「岩波書店一九五四年」七四頁・七六頁は、懸賞広告を停止条件付債務負担行為とされる。しかし、応募者の「行為の完了」によって懸賞広告の効力が発生するのではなく、応募者への法律効果が発生・帰属することが決まるのではあるまいか。

七 AとBが共同出資して、共同事業体(合手組合)を設立したり、機関の組織体としての社団や財団を設立するため

には、団体の事業目的や規模・組織機構などの重要事項を定めた定款を作成する必要がある。(三二五)この定款はAとBの合意によって作成されるが、この合意は売買契約や賃貸借契約などは、異なったところがある。

売買契約においては、売手Aと買手Bとの間に、ある商品を「売ろう」「買おう」という意思の合致がある。賃貸借契約の場合には、ある物の使用・収益権能を「貸そう」「借りよう」という意思の合致がある。AとBの「売ろう」「買おう」という意思や「貸そう」「借りよう」という意思は対蹠的に、向い合う形で合致している。そして、Aの売主としての権利はBの買主としての義務によって基礎づけられ、Bの買主としての権利はAの売主としての義務によって基礎づけられている。

これに対して、団体を設立する場合には、Aの意思とBの意思は対向線の上で合致するのではなく、円の中心点にある団体を造るという目的に合わせて合致する。そして、Aの出資義務はBに対する義務ではなく、設立される団体に対する義務であり、Bの出資義務もAに対する義務ではなく、設立される団体に対する義務である。

したがって、AもBも出資義務を履行していないにも拘わらず、AがBに出資の履行を求めた場合、BはAに対

して同時履行の抗弁権(三民五三)を主張することは出来ない。さらに、Bが出資義務を履行しない場合、Aは契約解除をするのではなく、Bを団体から除名するという方法を採用する(三七七)。というのは、Bの出資義務は設立される団体に対する義務であつて、Aに対する義務ではない。したがつて、Bの出資義務とAの出資義務の間には履行上の牽連関係が存在していないし、Bの出資義務の不履行はAがBと合意をした目的の不到達をもたらすというよりも、団体の目的を達成する障碍となるからである。

複数人が出資(出捐)して団体を設立するために定款を作成する合意は、商品交換社会の合意である契約とは異なつた機能を有しており、異なつた性質を有している。合手組合を一人で設立することは出来ないが、一人で社団や財団を設立する場合の定款作成行為が単独行為であることに準えて考えると、複数人が社団や財団を設立する場合の定款作成行為は単独行為を合体させた合同行為といふことが出来る。そして、合手組合と社団は、その内部構造を異にしているもの(三八八)、複数人の意思が合致しなければ定款は作成されないし、合手組合も社団も成立しない点は同じである。したがつて、合手組合の定款作成<sup>二</sup>合手組合設立行為が合同行為であるように、<sup>(三九九)</sup>社団の定款作成行為も合同行為といふことができる。

合同行為の特徴とされることは契約も備えているので、合同行為という特殊な概念を創る根拠はなく、契約の中に包摂されるべきであるとする見解がある(四〇)。この説は組合や贈与、使用貸借、婚姻を取り上げて、これらの契約においても目的の共同性や利益の共同性があるとして、契約と合同行為を区別することは不可能であるとする。

しかし、贈与者と受贈者の目的や利益に共同性があるとか、使用貸借の貸主と借主の目的・利益に共同性があるというのは、通常の理解とは違ひすぎている。組合や婚姻は共同して事業や日常生活を営もうといふ合意であり、同一方向に向つて協力し合う関係を形成する。したがつて、商品交換関係を形成する合意とは性質を異にしており、合同行為とされるのである。

このような反論に対して、宮崎博士は複数人が同じ方向に向っているならば、平行線が合致する機会はなく、合同行為は成立しないとして、意思の合致を本質とする契約とは別に合同行為概念を創る必要はないとされる。しかし、同じ方向に向っているといっても、別々の目標に向っているのではなく、同じ目標に向っているが故に、この目標のところでは複数の意思は合流するのである。

複数の意思表示が同一方向に向って平行し合流するというのは、単なる比喩にすぎないという批判がある。<sup>(四二)</sup> 比喩は物事の一面しか捉えないという難点はあるが、分かり易くするという利点も有しており、右の難点があることを認識しておりさえすれば、比喩を使うことは許されるであらう。

安田博士は一人で社団や財団を設立する行為が単独行為であるように、複数人が社団や財団を設立する場合、数個の意思表示によって構成されるにも拘わらず、多数の意思表示の共同によってなされる単独行為ということができるとされる。<sup>(四三)</sup> 多数当事者の間に利害の対立がない場合、多数の意思表示は合一して単一の当事者の意思表示となり、単独行為になるとされる。したがって、多数の意思表示がなされる事例につき、契約と単独行為とは別に合同行為という概念は不要であるとされる。<sup>(四三)</sup> たしかに、多数当事者の意思表示が合致すると単一の規範が設定されるが、設定された規範と設定するプロセスは区別すべきであり、複数の意思表示が合体するプロセスを合同行為として、単独行為や契約と区別することは、団体の設立無効や設立取消を考える上で有用である。

注(三六) 定款には実質的意思と形式的意義があることにつき、服部栄三「会社の定款」株式の本質と会社の能力「有斐閣」一九六四年「二六三頁以下、石原 全」定款に関する一考察「田中誠二先生追悼論文集・企業の社会的役割と商事法」経済法令研究会・一九九五年「八三頁。

一般法人法三〇一条〜三〇三条、会社法九一条〜九一条により、実質的定款の一部分が登記されると、形式的定款になる。

(三七) 民法上の組合(民法六七)の設立行為などに民法の契約の規定が適用されるか否かを検討した論稿として、我妻 栄・債権各論中巻二(岩波書店一九六二年)七八頁以下、加藤 一郎・鈴木祿弥編・注釈民法(7)「有斐閣一九六七年」二七頁以下「福地俊雄」、鈴木祿弥編・新版注釈民法(7)「有斐閣一九九三年」三三頁以下「福地俊雄」。

ゲルマン法系の合手組合(設立登記前の合名会社は複数人が共同出資して一つの事業体を設立し、これを出資者全員が共同して一体となって経営するものであり、複数出資者の共同して事業する意思が本質をなし、企業の実体をなす事業権は一体としての出資者全員に帰属し、各出資者は業務執行権を有する。合手組合の事業活動によって取得・負担した権利・義務は一体としての出資者全員に帰属し、各出資者に共有持分や負担部分はない。その代りに、個々の事業用財産を有機的・組織的に一体化して運用している営業財産に対して持分を有しており、利益配当請求権や持分払戻請求権・残余財産分配請求権として具体化する。そして、合手組合(合名会社)が負担する債務につき、各出資者は個人財産で責任を負わされる(会五八〇)。

民法上の組合は、このような合手組合ではなく、ローマ法のソキエタスを想定している。つまり、民法六六七条一項は「共同の事業を営む」としているが、出資者全員が一体となって一個の事業を営むというよりも、各出資者は自己固有の事業を営みながら、各出資者に共通する事項について共有する事業体を設立するような場合を想定している。

例えば、商店街で営業している商店が各自、出資をしてアーケードを創るとか、中元大売り出し、歳末大売り出しのちらし広告を配るような事例が考えられる。この場合、予め設立されている商店街組合が企画しようが、この事業のためだけに組合を設立しようが、いずれにせよ、アーケードは各出資者の共有物となるが(民法六六)、商店街構成店の共有財産として利用されている限り、共有物分割請求権(民法三五)は制限される(民法七六)。ちらし広告作成費用は、商店街組合に積立金があれば、そこから支払うであろうが、それが無い場合には、商店街組合か、組合債権者が各店舗に分担金を請求することになる(民法七四)。

(三八) 合手組合と社団の違いについては、拙稿「株主の法的地位と株式株券(二)」電子化される株券とは何だったのか(佐賀四一巻六号(二〇〇九年)一七一頁以下、同「法人の不法行為と犯罪行為(三)・(四)完」その背後に実在している事業体を重視する必要性(佐賀五一巻一号(二〇一八年)七八頁以下、五一巻二号(二〇一八年)九八頁以下)。

(三九) 拙著・注(一一)企業と団体 一頁以下。

(四〇) 宮崎孝治郎「合同行為否認論」愛知学院大学法学研究一〇巻二号(一九六七年)六三頁以下、同「合同行為否認論」私法三〇号(一九六八年)一三二頁以下。

(四一) 安田幹太「合同行為の觀念を排す」司法協會雜誌一九卷二号(一九四〇年)四三頁。同旨、幾代・注(一〇)総則一八七頁以

下、川島・注(二〇)総則一六〇頁、宮崎・注(四〇)愛学一〇巻二号六九頁。

(四二二) 安田・注(四一)四八頁以下。同旨、松本丞治「會社設立行為性質論」商法解釋の諸問題「一九五五年」一六五頁以下(初出・法学新報「二五卷五号」一九一五年、「二六卷二号」一九一六年)。

(四三三) 安田・注(四一)五〇頁以下。

八 婚姻(民七三)のように、家族法上の身分の取得・変動という法律効果を生ずる法律行為は身分行為と呼ばれている。そして、婚姻の法的性質は契約と解されている。(四四)

しかし、婚姻は財産法上の交換契約のように相対向している二当事者が、相手方の義務によって自己の権利を基礎づける関係を形成するのではなく、家族共同体を形成するという同一目的に向って結合したことにより、家族共同体構成員としての対内的法律関係が発生する。(四六)したがって、合手組合を設立するのと同じような側面を有しており、契約ではなく、合同行為と性質づけるべきである。家族関係の形成は純粹に経済的な協力関係の形成を目標とする行為ではなく、精神的な協力関係の形成が重きをなすので、家族共同体を合手組合と同一に扱うことは出来ない。しかし、家族の間で精神的に支え合い、協力し合って生きて行くという側面は、同じ方向に向って助け合い、補い合う関係にあり、契約のように対向的に向い合って自己の利益のために相手方を利用するという関係ではなく、力を合わせて同一方向を旨差す関係にある。

「婚姻をもって合同行為と解する者は、日本にもドイツにも一人もおらぬようである」とする説がある。(四七)もし、そうであれば、それは「なぜ」なのかということが問題になる。その理由の一つとして考えられるのは、夫婦の平等が実現されておらず、対等な当事者による婚姻共同体が形成されることなく、相手方を利用する契約関係でしかなかったからではあるまいか。

合同行為によつて合名会社のような合手組合を設立するには構成員間に信頼があり、対等な関係がなければならぬ。ドイツでは eheliche Genossenschaft という概念は生じていたが、夫は婚姻生活の首長であり、責任者となつており、夫婦は対等な人格者ではなかった。これでは合同行為による Genossenschaft の形成はもとより、契約による Gesellschaft を形成するところ考えも出て来ないであろう。<sup>(四八)</sup><sup>(五〇)</sup>

注(四四) 青山道夫編・注釈民法②「有斐閣一九六六年」一六〇頁「青山道夫」有地 亨、青山道夫「有地 亨編・新版注釈民法②」有斐閣一九八九年」一五〇頁以下「青山」有地、阿南成一「婚姻」尾高朝雄ほか編・法哲学講座第八卷「有斐閣一九五六年」二一五頁以下(但し、契約としての側面と制度としての側面があるとされる)、川島武宜「近代的婚姻のイデオロギー」カントの婚姻法理論「イデオロギー」としての家族制度「岩波書店一九五七年」三三四頁以下(初出「日本法哲学会編私法の理論」朝倉書店一九五一年)。

(四五) 家族を家団という共同体として捉える見解として、末弘巖太郎「私法関係の当事者としての家団」民法雑考「日本評論社一九三二年」三七頁以下、同「三つの団体型」社團組合ならびに「家団」民法雑記帳下巻「日本評論新社一九五五年」八五頁以下、同「家団の不法行為」前掲書一八四頁以下、同「被害者としての家団」前掲書一九二頁以下、同「家団と家と世帯」前掲書二一九頁以下、山中康雄「市民社会と民法」総則・物権・債権「日本評論社一九四七年」三七頁以下。

末弘博士の家団論を当時の家族関係の展開状況と、それに伴う学説判例の動きとの関連において考察し、その性格を検討した論稿として、利谷信義「家団論に関する覚書」成立の契機と性格「社会科学研究」一卷三号(一九六〇年)八九頁以下。末弘博士の家団論を社会学法の観点から取り上げた論稿として、白羽祐三「賃借権と家団論」末弘家団論の関連において「中央大学九〇周年記念論文集」法学部「中央大学一九七五年」二二九頁以下。末弘博士の家団論をフランスにおける家族団体論とくにカルポニエ説と対比して、日本の特質を指摘する論稿として、高橋朋子「家団論についての一考察」私法五四号(一九九二年)二二九頁以下、同「わが国における家族団体論の特質」フランスとの比較において「鈴木椋弥先生古稀記念」民法法学の新展開「有斐閣一九九三年」四六五頁以下(高橋朋子「近代家族団体論の形成と展開」有斐閣一九九九年」に収録)。

なお、民法が団体としての家族を、どのように規制しているのか、今後、いかに規制していくべきかについて検討した論稿として、水野紀子「団体としての家族」ジュリスト一一二六号(一九九八年)七三頁以下。

(四六) 『星の王子さま』で有名な、サン・テグジュペリは「人間の土地」(一九五五年に新潮社から堀日大学の翻訳が出ていた)の中で、「愛は、お互いを見つめあうことではなく、ともに同じ方向を見つめることである」と述べている(朝日新聞二〇二〇年五月五日、パートナー)が、夫婦は同じ方向を見つめるだけでなく、同じ目的に向けて協力する必要がある。

(四七) 宮崎・注(四〇)愛学一〇巻二号四三頁。

(四八) 近藤英吉「夫婦財産法の研究」(巖松堂書店・一九二八年)一〇四頁以下、人見康子「現代夫婦財産法の展開」(鳳舎・一九七〇年)一一三頁。

(四九) 人見・注(四八)一一三頁・一一六頁。

(五〇) 「夫は家の首長である」夫婦は一体であり、その頭は夫である」という考え方が強かったイギリスでは、婚姻はパートナーシップであるという考えは見られないようである(人見・注(四八)二頁・七頁・二〇頁)。これに対して、女性の数が少なかつた開拓時代に女性優先レディファーストの慣行を生み出し、「妻は法律の寵児である」という観念を生み出したアメリカでは、婚姻の経済的側面をパートナーシップとする考え方がある(人見・注(四八)九〇頁以下・一〇九頁)。

九 欧州では第一次世界大戦・第二次世界大戦時に、女性が内地において活躍したことにより、その地位が評価され、妻の無能力制度が廃止されたり、婦人参政権が認められるようになり、序々に男性と対等になって行った。このような女性の地位の向上が、法の建前だけのことか、実質的な内容を伴ったものであったのか疑問はあるが、法の建前を前提にして考えると、婚姻は対等な当事者が家族共同体を形成する合同行為になったということが出来る。

この婚姻という合同行為の**本質**は二人の間で精神的・経済的に助け合い、協力し合う共同体を創り、共同の生活関係を営む意思である。<sup>(五一)</sup>婚姻生活を営む中で両当事者の意思によって婚姻共同体の規範が形成され、両当事者を共同団構成員として拘束することになる。この規範の拘束力が婚姻の**実体**をなす。そして、この規範に拘束される両当事者は共同団構成員として協力し合い、婚姻共同体を維持する義務を負うが、このような具体的な法律関係が婚姻の**現象形態**である。

民法七五二条は夫婦間の同居・協力・扶養義務を定め、七六〇条は婚姻費用分担義務を定めているが、これは婚姻共同体規約で明示的に定めていないときのための補充規定である。なお、七五二条とは異なり、七六〇条の婚姻費用分担義務は当事者間における個人的な権利義務関係ではなく、婚姻共同体に対する出捐義務であり、出捐された財産は婚姻共同体の財産となる。したがって、民法七六二条二項の「共有」は民法二四九条以下の共有ではなく合有と解すべきである。<sup>(五二)</sup>民法七六一条は日常家事債務につき夫婦で「連帯してその責任を負う」としているが、これは民法四三六条以下の連帯債務という意味ではなく、会社法五八〇条一項と同じように、共同体の債務につき夫婦が共同して責任を負うという意味である。<sup>(五三)</sup>

持分会社の設立と婚姻の間には純粋に経済的な共同事業体なのか、精神的な共同生活に経済活動を伴う共同体かという違いはあるが、当事者の結合は合同行為であるという共通性がある。その点で、両者に共通する論理構造が見られる。複数人が共同して事業体を形成する意思が**本質**をなし、当事者が制定する定款や婚姻共同体規約の拘束力が**実体**をなす。そして、この規範に基づいて展開される共同体と構成員間の権利義務関係、および構成員相互間の権利義務関係が**現象形態**をなしている。

注(五二) 離婚は契約の解除ではなく、婚姻共同体の解散であり、夫婦間の財産分与<sup>(民法七五二条)</sup>は共同体の残余財産の分配に相当するが、妻や子の、その後の生活を配慮する必要がある、合名会社の清算と同じように考えることは出来ない。

なお、財産分与には夫婦財産の清算と扶養料の分配という側面があることに争いはないが、慰養料が含まれているか否かについては見解が分かれている。この点については、島津一郎・阿部 徹編・新版注釈民法②「有斐閣二〇〇八年」一九三頁以下「天伏由子」。

(五三) 民法七五五条以下は夫婦財産「契約」とされているが、一方の権利が相手方の義務によって基礎づけられる、商品交換契約のようなものではなく、財産の帰属や管理に関する取り決めという意味であり、婚姻という合同行為の一部である。

因に、「夫は家の首長である」という觀念が強し、「夫婦は一体であり、その頭は夫である」と考えられていたイギリスの  
 コモンローの下では、妻の財産は夫の管理・支配下におかれており、夫婦財産契約は衡平法として發達した。これに対して、  
 アメリカでは婚前契約 antenuptial contract と呼ばれ、ニューヨークを中心とする資本主義の成熟による有産階級の台頭、  
 および取引法を通じてのフランス法の浸透と合いまって、現在でも、この契約は有産階級とヨーロッパ人の末裔には必要  
 とされている（人見・注（四八）二頁以下・七頁以下・五一頁・七八頁）。

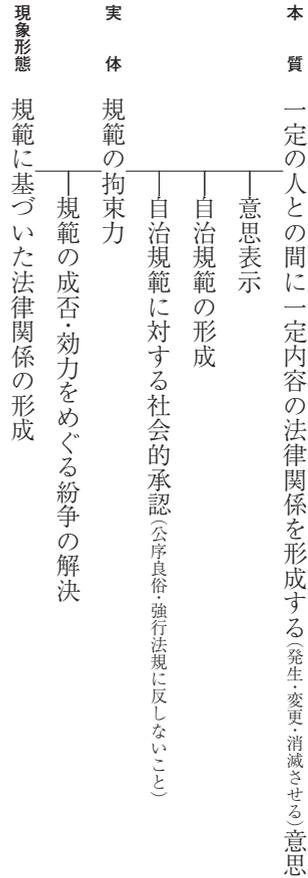
（五三） この点については、拙稿「分割債務・不可分債務・連帯債務の區別・連関性（二完）——連帯債務論は「なぜ民法学における難問の一つに  
 なったのか」——佐賀五三巻一号（二〇二〇年）一五二頁以下。

一〇 「法律行為」という概念は、単独行為・契約・合同行為に分類される行為の全てを包括した概念である。したがって、これらの行為全部に共通する構造が在るのか否かを明らかにするために、各種の行為の構造を論理的に分析した。その結果、「法律行為」には、次のような共通の構造があるといえる。

「法律行為」の本質は、一定の人と人との間に一定の法律関係（権利義務関係）を形成する（発生・変更・消滅させる）意思である。このような意思を、一方当事者が一方的に表示し、あるいは複数当事者から対向的に表示されて合致したり、共同目的を達成するために同一方向に向けて表示されて合致したところに、当事者間で妥当する自治規範が設定される。この規範の拘束力が法律行為の**実体**をなす。そして、この規範に基づいて（ときには、国家規範による補充・修正を受けて）、当事者間に一定内容の法律関係が形成される。これが、法律行為の**現象形態**である。つまり、法律行為の本質をなす、一定当事者間に一定内容の法律関係を形成する意思が、自治規範を媒介にして具体化した姿である。

ここに述べた法律行為の論理構造を分かり易くするために図式化して整理すると、次のようになる。

図1 法律行為の論理構造



なお、旧稿では法律行為の**本質**を当事者を拘束する意思と書いたが、本稿のように改める。というのは、当事者の意思表示によって、法律関係が形成される基礎になる規範を設定し、この規範が有効と評価されることによって拘束力を発揮するのであって、当事者の意思が即時的に(規範を媒介することなしに)拘束力を発揮するわけではないからである。もし、旧稿のように当事者を拘束する意思を法律行為の**本質**と解するならば、法律行為の**現象形態**をなす一定の法律関係が形成されることと、法律行為の**本質**との間に繋がりが無いことになってしまう。

旧稿で、このような間違いをしたのは、法律行為の**実体**をなす規範の拘束力を重視しすぎて、そこから法律行為の**本質**を導き出してしまい、**現象形態**との繋がりを見落していたからである。本稿のように解してこそ、法律行為は当事者が自己決定し、その意思を表示することによって法律関係を創造的に形成するという私的自治の原則を**実現する手段**となる。<sup>(五五)</sup>

「法律行為」とは、どのような法的概念か(一)

注(五四) 拙稿・注(一六)佐賀二四巻六号一〇頁以下。

(五五) Plume, a.o.N.(14), Allg. Teil, Bd. 2, S.1ff.

一 法律行為論を私的自治の一環に位置づけ、サヴィニイに立ち帰って考え直そうと試みがある。<sup>(五六)</sup>つまり、サヴィニイによって基礎づけられた私的自治論は、法律行為について主観的権利の発生・消滅・変更のための構成要件という見方をしていた。これに対して、フルーメは自己決定による法律関係の創造的生成という見方へと、視座を転換している。この視座の転換こそ、サヴィニイの法源論への回帰の表現であり、重層構造を再び自覚した法律行為論の構築を可能にしたと評されている。<sup>(五七)</sup>

フルーメは法律行為を法律関係の創造的生成とした上で、規範 *Regelung* を設定する行為 *Akt* としての意思表示と、行為によって設定される規範としての意思表示を区別・連関づけ<sup>(五八)</sup>ており、ここに従来の法律行為論にない新らしさがある。しかし、規範を設定する意思表示と、これによって設定される規範を意思表示という同じ概念で表現するために、法律行為と意思表示の区別・連関づけが明らかにならず、法律行為概念の全体構造も明らかにな<sup>(五九)</sup>らない。さらに、自治規範と国家規範の協力の下に法律関係が形成されるとするものの、その協力の構造も明確にな<sup>(六〇)</sup>っていない。

「法律行為」という概念は、単独行為・契約・合同行為を包摂した自治規範の設定を中心にして、当事者が法律関係を自己形成するプロセス全体を指す概念として使い、「意思表示」という概念は規範を設定する行為を指す概念として区別して使う方が、法律行為論を分かり易くするであろう。

フルーメは、意思表示の内容は *sollen* であるとする。つまり、表示者は自分の表示したところが合法なものとして妥当すべき *als Rechtsens gelten soll* を意欲<sup>(六一)</sup>していると<sup>(六一)</sup>する。したがって、意思表示は意思と表示が一致した

Geltungserklärung と(六二)となる。(六三)の考え方は Geltungstheorie と似ているが、Geltungstheorie が錯誤の場合にも意思表示の存在を認め、表示主義に接近する点で袂を分かち、意思主義を支持している。(六四)

意思表示は、法律行為の本質をなす一定内容の法律関係を形成する意思の表示であり、この意思表示(の合致)によって規範が設定され、規範が有効なものと評価されて当事者を拘束する力(法律行為の実体)を発揮することを、規範が合法なものとして妥当するものである。この規範の拘束力を介して、当事者間に一定内容の法律関係を形成することになるが、これが法律行為の現象形態であり、法律行為の本質が具体化した姿である。

このように、「法律行為」概念の全体構造を論理的に把握することによって、行為としての意思表示と規範としての意思表示を区別・連関づけたことが意味を有することになる。フルーメの法律行為論は、わが国でも高く評価されているが、フルーメ説に含まれている難点を止揚するところまでは行っていない。(六五)

注(五六) Flume, aa.ON(14), Allg. Teil, Bd. 2, Vorwort.

(五七) 児玉 寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義編『近代法学の形成と現代法理論』九州大学出版会・一九八八年)一一九頁以下。

(五八) Flume, aa.ON(14), Allg. Teil, Bd. 2, S.62ff. u. 78ff. 前田達明「意思表示の構造」判例タイムズ四二二五号(一九八〇年)四頁以下は、意思表示を法規範を設定する行為とされる。表示意思を重視される点が通説と異なっている。

(五九) 中松纒子「契約法の再構成についての覚書」判例タイムズ三四一四号(一九七七年)三五頁注(11)は、Flume, S. 78f. は規律としての意思表示なし法律行為について具体的な説明を行っていないとされる。

(六〇) 同旨、山下・注(一四)法と政治四四卷二号一五頁・二六頁。

(六一) Flume, aa.ON(14), Allg. Teil, Bd. 2, S.8 u. 51f.

(六二) Flume, aa.ON(14), Allg. Teil, Bd. 2, S. 58.

(六三) K.ラレーレンツの Geltungstheorie に(六六)磯村 保「ドイツにおける法律行為解釈論について(三)」信頼責任論への序論的考

「法律行為」とは、どのような法的概念か(一)

察「神戸法学雑誌三〇巻三号（一九八〇年）五一三頁、森田 修・契約規範の法学的構造」〔商事法務・二〇一六年〕二二六頁以下。  
ラレンツ説とフルーメ説を比較した論稿として、山下・注（一四）法と政治四四巻二号一〇頁以下・三三〇頁以下・  
三八頁以下、新井 誠「Gehungstheorieの体系的構造に関する覚え書き」慶應義塾大学大学院法学研究科論文集一一号（一九  
七七年）五三頁以下。

（六四） Flume, aa.O.N(4), Allg. Teil, Bd. 2, S. 58ff.

（六五） 前掲注（一四）の論文のほかに、見玉・注（五七）一一一頁、原島重義「民法理論の古典的体系とその限界―ひとつの覚え書き―」  
山中康雄教授還暦記念・近代法と現代法「九州大学出版会・一九七三年」一四〇頁・一四三頁・一五四頁注4、奥田昌道「代理、授権、  
法律行為に関する断想」京都大学法学部創立百周年記念論文集・第三卷・民事法「有斐閣・一九九九年」二五頁以下。なお、於  
保不二雄「奥田昌道編・新版注釈民法(4)」〔有斐閣・二〇一五年〕七頁〔奥田〕。

〔未完〕