

# 合同行為概念の初期段階について

中山 知己\*

## 目 次

- 1 はじめに
- 2 学説の展開・初期段階
- 3 学説の展開・批判
- 4 検 討
- 5 まとめに代えて

## 1 はじめに

(1) 筆者は先に「合同行為」なる概念について、岡松参太郎の所論を中心に検討した<sup>1)</sup>が、それ以外の学説との関連はなお残された課題であった。本稿はこれを補う作業の一つにすぎないが、ここでは特にわが国の学説史の初期段階で見逃されてきた点があることを主張しようとするものである。

もともとわが国の「合同行為」概念は、1903年の志田鉦太郎<sup>2)</sup>による留学帰朝講演に遡ると目される<sup>3)</sup>が、その後の学説史という関連では、鳩山秀夫がこれを採用したことが決定的<sup>4)</sup>であろう。この鳩山説の評価については、川島武宜が「合同行為 Gesamtakt という概念は、はじめドイツのクンツェ Kuntze によって唱えられ、ドイツ学界においても有力な学者がこれを支持して今日に至り、またわが国でも有力な学者（特に鳩山秀夫博士）がこれを受け入れ、今日ではほとんどすべての学者がこの概念を認め

---

\* なかやま・ともみ 明治大学専門職大学院グローバル・ビジネス研究科教授、明治大学専門職大学院法務研究科・明治大学法学部教授（兼担）

ている』<sup>5)</sup>と評し、また平井宜雄も単独行為・契約のほかには合同行為という観念がドイツにおいてクンツェによって提唱されて以来、ドイツの有力学者の認めるところとなり、「わが国でもとくに鳩山・法律行為乃至時効（註釈37以下）がとりあげてから、これを認めるのが通説」<sup>6)</sup>となっているとされ、そのことは鳩山のほか、我妻栄、松坂佐一、舟橋諄一の所説を引用していることから了解できよう。

(2) しかし、その一方で合同行為概念はかなり初期の段階から手厳しい批判にさらされてきた。たとえば、同概念を詳細に分析した岡松ですら、「幾何ノ価値アルカハー疑問タラスンハアラス」<sup>7)</sup>と評し、また安田幹太によれば、クンツェが合同行為概念を確かにつかみ得たと信じたところのものは、実は既に「往年の精氣を喪ひ終れる老教授の一の妄像に過ぎざりしものと言ふを得るかの如く、彼〔クンツェ：筆者注〕の合同行為論は、徒に霞の如き幻影を追ひて徒らに右往左往し、遂に明確なる結論を捉ふる事能はざる事を明白に曝露する拙作なりと言ふ可きであらふ」<sup>8)</sup>とまで酷評されていた。その後も、たとえば宮崎孝治郎は「契約の外に、合同行為なる法律行為の種別を設ける必要がなく、合同行為は、まさに契約のカテゴリー中に入るべきもの」<sup>9)</sup>とされていた。これらの批判はいずれも基本的には社団法人の設立行為を合同行為概念により説明しようとする試みに向けられたものであった<sup>10)</sup>。

しかしそれでも現在一般に、法律行為の種類の一つとされ、伝統的に単独行為（一方行為）・契約（双方行為）と並んで三つ目の分類として民法総則の体系書・教科書などで説明されてきている。その有用性の如何は評価の難しい点ではあるが、定着ないし一般化していることは疑いない。それではこの合同行為概念も含めて、これら三つの法律行為分類を区別する意味ないし実益はどのような点に求められるのであろうか。近時の学説で確認しておきたい。

ある学説によれば、たとえば単独行為のうち、「遺言」は「故人の最終

意思をできる限り尊重する趣旨から表意者の主観に即して解釈されるのを常とする」が、「(遺言以外の)単独行為」では、「それが一方的に効果を生じさせるものであるから、むしろ受け手の立場で客観的に解釈されるべきもの」とされ、「契約」に関しては「議論が多いが(……)両当事者の一致した合意内容の策定(債務内容の確定)が中心課題であるため(……)状況に応じて主観・客観の両面からの解釈が要請され」、「合同行為」については「構成員間で不公平のないよう、客観的に解釈されるべきことが説かれている」とされ、社団設立行為がその例として挙げられている<sup>11)</sup>。社団設立行為に基づいて設立された団体が「対外的活動を行う基本的枠組みが形成されるものであるため、できるだけ客観的に解釈されなければ対第三者関係で不公平な結果をもたらすといえよう」とされる<sup>12)</sup>。

また別の学説は、社団法人の設立を通常の契約と同一に考えれば、その「設立に関与する複数当事者の意思表示が一つでも無効であれば、社団法人設立行為全体が無効となってしまう」ので、通常の契約の無効は波及する範囲はそれほど大きくないことが多いが、「法人設立は事実上設立された後に設立行為が無効とされると、その法人に帰属したかみえた権利義務が、すべてその帰属点を失い、波及するところが大きい」ので、「取引の安全をはかるために(……)関係する当事者の意思表示のうち1、2が無効であったとしても、社団法人の設立行為全体は有効として取り扱う実践的要請が生まれた」として、「これに応えるために、契約とは別に、合同行為という概念が立てられた」<sup>13)</sup>とする。

さらには、「複数当事者の意思表示の合致によって成立する(すなわち合意がある)」という点では契約と合同行為とは同じであるが、契約の場合には申込みか承諾が欠けていれば契約全体が成り立たないのに対して、合同行為の場合には複数の者のうちの一人の意思表示が欠けてもそれで行為全体の成立には影響がない、という違いがあるといわれている」が、「しかし、契約もまた同一の目的のための協同行為であるともいえるのであり、この概念の特徴は、個々の意思表示以上に目的(団体の形成と維持)を強調

した点にあるにすぎない」として、結局「重要なのは概念的な区別ではなく、この目的のために契約の規定がどの程度排除されるかであり」個別具体的に考えざるをえない点では合同行為と言おうと契約と言おうと同様であるとされている<sup>14)</sup>。

(3) このように、社団設立行為に関連して合同行為概念を定立する意義が論じられ、単独行為・契約とは異なる意義を有するという、法律行為の一分類としての意味・実益を有することになるのであるが、近時では、とりわけ多数の関与者・当事者が関係する現代的な取引現象を対象に、その概念の再評価あるいは見直しの動きも見られる。たとえば、多数当事者の「合同行為的」な意思表示によって契約が成立するという構成（合同行為的契約論）が考えられるというものであり、複合取引において「二当事者からなる各個別契約と同時に、その取引を形成することについて全取引当事者による同一の意思表示がなされており（個別契約の意思表示にそのような意思表示が含まれている）、それによって複合取引自体を目的とする契約（基本契約）が成立している」という構成である<sup>15)</sup>。また、組合（契約）に関連して、「法律上は契約という形式を採りながら実質的には組織（団体）を創出するという法技術（組合契約はその古典的法技術であり、その権利義務の解釈にあたって一般の契約と同視してよいかは問題たりうる）が、新たに現代的意味を帯び始めており、このような組織形態における権利義務を解釈するには、少なくとも契約の解釈一般とは異なった態度を要求するとも考えられ」、「もしそうだとすると、そのような組織を創設するに至る段階に関するかぎり、合同行為の概念は、これを一概に捨て去るべきでないようにも思われる<sup>16)</sup>」という指摘がなされている。もっともそのすぐ後で「ただし、合同行為の伝統的な定義はあまりにも比喩的であって、再定義が必要である<sup>17)</sup>」と釘をさされていた。

(4) 筆者も、このような問題指摘を受け、岡松・法律行為論を詳しく紹

介した上で、岡松以後の学説において彼の所論が必ずしも十分に吸収されていないことを指摘した<sup>18)</sup>。もっとも民法典成立後の初期段階の岡松以外の学説はまだ明らかではなかったので、さしあたり本稿では鳩山秀夫の所論を中心に、その当時の学説のアウトラインを、戦後の代表的学説からの評価を軸にして整理することにしたい。取り上げる学説は網羅的ではなく、有力と判断される見解に絞って合同行為概念を検証する。その際に検討する方向としては、社団法人の設立行為の次元、並びに組合ないし組合契約の次元の二つが考えられよう。本稿では主に前者を中心に法律行為の分類および意思表示の視点から検討し、適宜組合ないし組合契約にも言及することにする。

## 2 学説の展開・初期段階

(1) 法律行為の分類に関して、法典調査会民法起草委員の富井政章は後に合同行為概念に言及している。彼によれば、単独の意思表示によって成立する法律行為を一方行為、「二人以上ノ合意ニ因リテ成立スル法律行為」(傍点筆者)<sup>19)</sup>を双方行為としていた。したがって三人以上の合意も双方行為となる。「契約」という語は、従来 Contractus の訳語として「債権ノ發性ヲ目的トスル合意」の意義に解していた(ボアソナード民法財産編296条、フランス民法1101条)が、これを実益のない観念であるとして、日本民法はこれを採らずに、最も広い意義に用いて「總テ私法上ノ効果ノ發性ヲ目的トスル合意」をいうものとした。その例として、民法113条ないし117条の無権代理の諸規定を挙げるので、代理の効果を含めていることが分かる。しかしながら、第三編第二章にいわゆる契約は、なおフランス法系の立法に従い、「債権ノ發源トシテ規定セルモノ」と解すべきなので<sup>20)</sup> 典型契約においては債権債務の発生を目的とする合意ということになる。

さらに数人の行為といえども法律上の効果を生ずることがないものは双方行為ではないとして、数人がなす一つの寄附行為は当事者間に法律上の

効果を生じない、したがって双方行為にならないとしたが、一方行為と双方行為以外に、「共同行為」なる一種の行為を認める少数の学者がいるとして、これを考究すべき一つの問題であるとしていた。

このように富井においては、合同行為概念はまだ少数の学者が認めているという段階にとどまり、考究すべき問題ではあるとしたので、否定してはいないが、法律行為の一つの分類として肯定するまでには至っていなかったといえよう<sup>21)</sup>。

また、川名兼四郎は社団法人の設立者はその設立について「協定」しなければならず、その「協定」は契約ではなく「特別ノ法律行為」<sup>22)</sup>であること、設立者間に法人設立の債務関係を生ずるものではなく、「唯法人ヲ設立セント欲スル多クノ意思表示ヨリ成立シ、法人成立ノ効果ヲ生セシムルモノ」<sup>23)</sup>であるという。そして設立者の作製する定款は法人の目的を達するために準拠すべき「協定規則」であり、設立定款は設立者の「協定」によって成り、その後においては「社員ノ協定」によって変更・改訂される等、「協定」という用語で説明する。

ところがその一方で、このような「協定行為」は、すなわち「當事者ニ取りテ、皆同一ノ意味ヲ有スル法律上ノ効力ヲ發生セシメントス、數箇ノ意思表示」<sup>24)</sup>で、その意思表示の全体をいうが、単独行為を組織することがある。たとえば、総会、親族会の決議、数人の理事が共同して法人のためになす取消し、解除である。また契約の成分をなすことがある。たとえば、数人の理事が共同してある物の売買の申込みまたは承諾をなすことがあり、その申込み、承諾が協定行為であるという。いずれの場合も表意者にとって皆同一の意味の効力を生ぜしめようとする数個の意思表示である。したがって協定行為は、「契約、単独行為ノ外ニ存シテ、法律行為ノ特別ノ種類ヲ爲スニアラス」<sup>25)</sup>とまで断じ、社団法人の設立行為では「特別ノ法律行為」であった協定行為がここでは否定されることになる。

川名説は、このように合同行為という概念ではなく、協定行為なる概念により法人設立行為を説明し、「特別ノ法律行為」であると位置づける一

方で、それ以外の総会決議や数人の理事による共同してなす売買申込み等は法律行為の特別の種類ではない、ということになる。つまり、単独行為・契約とならぶ三つめの類型として認めないという結論になっている。後に、安田はこのような川名説を次の鳩山説をも含めて学界の大勢は「一方に於て合同行為論に少なからざる魅力を感じ又之に従はむとするの勢を呈すると同時に、他方其所説の矛盾誤謬を感知して之に赴くを狐疑すると言ふ不徹底なる状態に低迷した」<sup>26)</sup>と評する。そして、安田は、この状態を脱却する議論を展開したのが岡松・法律行為論であって、「爾後の通説を決定的に合同行為論の認容に導きたる者は岡松博士であった」<sup>27)</sup>という。

この川名説とその評価については、以下の二点を指摘することができる。第一に、川名説は合同行為概念ではなく、協定行為なる概念で説明しようとした点が注目される。協定行為という概念を合同行為という概念と同義であると了解したその後の学説は、合同行為(=Gesamtakt)論の中に川名・協定行為論を取り込んだために、その内部における議論の混乱〔特別の法律行為か否か〕がその後も続き、そのことへの評価が合同行為論への評価につながったと考えられる。しかし、後に述べるように協定行為は合同行為(=Gesamtakt)と同義なのか疑問があり、もし異なるものであるとすれば、この混乱は異なるものを合同行為概念に取り込んだ結果、川名説の混乱をも取り込んでしまった、といえるのではないか。

第二に、次でみる鳩山の合同行為論の評価との関係である。安田は、岡松・法律行為論を高く評価するが、その後の学説は、批判説においてすら、ほぼ鳩山・合同行為論に終始するといってもよいからである。しかしそれは、岡松・法律行為論における分析が学説史に適切に位置づけられなかったことを意味するのではないか。この点は、いわば学説継受における評価の問題とも考えられる。

(2) 民法典制定後の初期段階で公表(明治43〔1910〕年)された鳩山秀夫の合同行為論<sup>28)</sup>は、以上述べたところから、また後述するようにその後の

影響度からみても岡松以上の評価を受けるものであった。すなわち法律行為には学説上種々に分類され、単独行為（Einseitiges Rechtsgeschäft）、契約（Contractus, Contract, Contrat, Vertrag）及び「共同行為」の三種類あるという。単独行為は学説上「一方行為」ともいい、契約は「双方行為（Zweiseitiges Rechtsgeschäft）」という、「相互ニ對立シテ相對應セル内容ヲ有スル二個以上ノ意思表示ノ合致ニ因リテ成立スル法律行為」（傍点筆者）<sup>29)</sup>をいう。

共同行為については、「共同行為又ハ合同行為トハ獨逸ノげざむとあく（Gesamtakt, Vereinbarungen）ノ翻譯ニシテ又協定行為ト云フ」<sup>30)</sup>とし、この「共同行為又ハ合同行為」とは、「契約ト同シク二個以上ノ意思表示ノ合致ヲ必要トスルモノナルモ其二個以上ノ意思表示ハ契約ノ場合ノ如ク對應シ別異ノ内容ヲ有スルニアラスシテ同一ノ方向ヲ有シ、同一ノ内容ヲ有スルモノナリ從ッテ前者ニ在リテハ交錯合致シ後後者ニ在リテハ平行合流ス前者ニ在リテハ獨立セル二個以上ノ目的アリ後後者ニ在リテハ共同セル一ノ目的アルニ止マル」とする。

このように鳩山・法律行為論においては、まだ合同行為概念の用語が、共同行為の用語と区別・確定されていなかった段階であろう（以下両者を合せて「合同行為」と記す）。

合同行為は、契約と同様に、二個以上の意思表示の合致を必要とするが、その二個以上の意思表示は、契約の場合のように、対応し別異の内容を有するのではなく、同一の方向を有し、同一の内容を有するものである。要するに、二個以上の意思表示が合致する点では契約と同じでありながら、その内容は同一で、同一の方向を有することになる〔同一内容・同一方向〕。鳩山はこのことをさらに言い換え、契約について二個以上の意思表示が「交錯合致」といい、合同行為について「平行合流」という。「交錯合致」は別異の内容を有する二個以上の意思表示が対応しているからであり、また契約には独立した二個以上の目的がある〔給付目的が異なることか〕一方、合同行為には共同する一つの目的があるにすぎな



いので、二個以上の〔同一内容・同一方向〕の意思表示が一つの共同の目的へと「平行合流」するというのであろう。

以上の中で、本稿冒頭で平井が「比喩的」と評した部分は、「交錯合致」と「平行合流」という記述部分ではないかと思われる。確かにこのように言えば図式化しやすく、実際にもその後教科書等でも図式化されている<sup>31)</sup>。分かりやすい一方、概念の図式化にとどまるがゆえに「比喩的」ともいえようが、合致する二個以上の意思表示が〔同一内容・同一方向〕で、「一つの共同の目的」へと向けられていること自体を、法的意義なしと否定することには疑問が生ずる。そしてこの「共同の目的」の事例として、法人の設立行為、総会の決議、土地の共有者が共同してなす地役権設定行為が挙げられ、多数の同一の意思表示により成立するという。鳩山は、この合同行為を契約と区別する見解としてクンツェの始めて唱えたものといい、いまだ通説を圧倒する勢いを得ていないとはいえ、有力なる学者が少なからずこれを採用するという<sup>32)</sup>。

後に上記鳩山説を批判する学説は、この文献を対象とするが、その後、鳩山は社団法人の設立行為について詳細に論じている。すなわち社団法人の設立行為は二人以上の設立者の合意を要素とする法律行為であって、「此法律行為ノ性質ニ付テ契約説ト合同行為説トアルモ近時ノ學者ハ多ク合同行為説ヲ採ル。設立行為ハ設立者相互間ニ権利義務ノ関係ヲ成立セシムルコトヲ目的トスルモノニアラズシテ権利主体ヲ創設スルコトヲ目的トスルモノナルガ故ニ、此法律行為ノ各当事者ニ對シテ總テ同一ノ意義ヲ有スル法律効果ヲ生ズルモノナリ。故ニ法律行為ノ各当事者ニ對シ、異ナリタル意義ヲ有スル法律効果ヲ生ズル契約トハ別個ノ法律上ノ性質ヲ有スルモノトシ、合同行為（Gesamtakt）タル性質ヲ有スルモノトスルヲ正當トス」<sup>33)</sup>。

このように設立行為は、設立者相互間に権利義務関係を成立せしめることが目的なのではなく、権利主体の創設が目的なのであるから、設立者全員が同じ意思表示、たとえば「(権利主体としての) A社団法人を設立する」

という意思表示となる。A社団法人が何を事業目的とするのか、どのような組織構成になるのかも含めて、全員がすべて同一の意思表示をすることになるであろう。このことを評して「此法律行為ノ各当事者ニ對シテ總テ同一ノ意義ヲ有スル法律効果ヲ生ズルモノナリ」というのである。もっともこのように解すると、各人が単独の意思表示を人数分だけなしているとも解することもありうるであろう。

(3) したがって、社団設立行為につき単独行為（一方行為）説の主張もありうることになるが、まさにその主張をしていたのが中島玉吉である。彼によれば、設立行為について契約説、共同行為説の二説あるとして、契約説を批判する。

設立行為は設立者間に法律関係を生ぜしむることを目的とするが、それゆえにその（当事者の）外部において法人を設立することが目的である。そのため、契約上の意思とその内容を異にするという<sup>34)</sup>。

共同行為説は法人の設立という共同の目的を有する多数の一方行為の協力なりと説明するものだといひ（ギールケ、エルトマンを引用）、これが正しいという。その多数の一方行為（単独行為）が相集合して契約でも一方行為でもない一種の法律行為を形成するのか、単に多数の一方行為が並列するものとみるべきかは別問題として、後者の見解を採る。その理由は、以下の通りである。

単独行為（一方行為）か契約（双方行為）かは意思表示が単独か複数かで決することはできない、契約は複数の意思表示より成立するが、多数の単独の意思表示の総計ではなくて、申込みと承諾の二個の相当する意思表示が合体して契約という一つの法律事実が形成されるという。他方、一方行為においても多数の意思表示を要することがある。多数決による決議を一例とする。この場合、相平行する多数の一方的意思表示が存在し、一定の数に達することにより法律上の効果を生ずるもので、その多数の意思表示が相結合して一体をなすものではないという。ゆえにその一部分が錯誤に

より無効になる場合であってもその有効な部分のみで定足数に足りるならば決議として効力を生ずることを妨げないという。この点で契約と性質を異にするという。そして、多数の意思表示が存在して一定の法律上の効果を生ずる場合に契約であるのか、一方行為の集合であるのかは、表意者間に法律上の効力を生ずるか否かによる。契約は必ず当事者間に効力を生ずるので、当事者間に効力を生じないものは契約でない。一方行為が多数併存する場合、その意思が互いに結合することはないので、当事者間に効力を生ずることはないという。

さらに共同行為概念を主張する学説を紹介する(ただし彼自身は採用しないが)。契約でも単独行為でもない中間の種類法律行為で、社団法人を設立する行為、親族会、法人の社員総会などである。これらはその法律上の効果は一つであり、そして多数の意思表示の一致を要する点で契約に近いが、相互の間に法律関係を生ずることがない、これを共同行為と称する。しかし、中島はこれに賛成しない。その場合は、一方行為の集合であるとする。一方行為は「一方ノ意思表示ノミニヨリ行爲トシテ完成スル」ものをいうのであって、社団法人の設立行為についていえば、その効力の発生に多数の意思を要するといっても、各員の意思表示は「皆格別ニ完成」する、ゆえに一方行為の集合である。ただし、一方行為と契約が併存する場合もないわけではない。例えば、法人設立者間において、中途撤回をなす者は違約金を払うべきであると約するようなものは、契約と一方行為とが共に存在するもので、中間性質の一個の行為ではないという<sup>35)</sup>。

中島説は、社団法人の設立行為について多数の一方行為(単独行為)の集合説をとるので、契約説も合同行為説も採らないことになる。

ここで注目すべきは、彼いうところの共同行為説の紹介に際して、ギールケ、エルトマンを引用して、クンツェではない点である。

(4) この一方行為(単独行為)説は、しかしながら多数説を形成するには至らなかった。中島説から10年後に公表された穂積重遠の文献<sup>36)</sup>がその

ことを示唆する。それによれば、社団法人の設立行為につき、当時の民法37条が設立者の定款作成であるとされており、「其性質上二人以上」でなければならない設立者（当時の商法119条及びドイツ民法56条）が、定款を作成する行為の法律上の性質について、法律行為であることは疑いないとした上で、どのような種類があるかにつき契約説、合同行為説そして単独行為説を紹介する。

穂積（重）は、「或はそれが意思の合致であるのに基づいて契約だと云ふ者がある」と断りつつ、「社團を組織し定款を作成してこれを法人にしようといふ設立者間の申合せは契約であつて、即ち法人設立前の社團は組合であるが、定款作成其もの即ち設立行為其ものは當事者間に債権債務を發生する意味の契約とは云ひ得ない。即ち各當事者に對してそれぞれ違つた意義の効果を生ずることを目的とする契約ではなくて、各當事者にとつて全然同一意義の効果を發生する別種の法律行為である。」<sup>36)-2</sup>（傍点筆者）。

ここで注意すべきは、定款作成＝設立行為は「契約」であるといつても、各當事者間に債権債務を發生する意味の契約ではなく、各當事者にとってまったく同一意義の効果を發生する別種の法律行為であるとした点である。したがって、売買契約における売主買主、賃貸借契約の賃貸人賃借人などのように各當事者にとってそれぞれ異なる意義・内容の効果を發生を目的とする契約ではない。各當事者にとって同一の意義・内容の効果を發生する別種の法律行為であるから、契約と同じ種類にすることはできない、という。

「或はこれをも含めて廣く契約と云つても差し支えないことであるが、此種の法律行為を合同行為（Gesamtakt）と名づけて契約および單獨行為と對立させるのを今日の通説」<sup>36)-3</sup>であるとして、次いで、この定款作成＝設立行為を単独行為であるとする学説を紹介する。「或はこれを合同的單獨行為と説明する學者」もあるが「社團法人の設立は偶然に合同的たり得る單獨行為ではなくて、設立者の意思の合同を必要とするものであることは看過し得ない」<sup>36)-4</sup>とする。複数の人数分だけ同じ単独行為がなされ

るので、これを「合同的單獨行為」と称するが、そのように偶然に合同的たり得るような単独行為ではなく、相互に「意思の合致」を必要とするので、単独行為ではない。設立者が複数の、あるいは多数に及ぶとしても相互間に意思の合致があるので、単独行為ではないとするものであろう。

そして、定款は「設立されやうと云ふ社團法人の基礎的協定」であり、「設立者總員の合同的意思表示である」とする<sup>37)</sup>(ここでも「協定」の表現が出てくる)。

そうであるならば、法人設立前の社団を組合としたのであるから、組合との関係がここで生ずることになるが、穂積(重)は組合における意思表示をどうみているか。学説は、民法が組合を契約として規定していることに忠実に従って、組合を双務有償契約であるとして厳格な解釈をすれば、同時履行・危険負担の規定が絶対に適用され、数人の組合員中の一人がその債務の履行を提供しない間は他のすべての組合員もその債務の履行を拒むことができ、組合員中何人の責めにも帰すべからざる事由によってその一人が債務を履行することができなくなったときは組合は消滅するという結論に達することになる。しかしこれは頗る實際に不都合であるので、その不都合を緩和するための別解釈もなされうる。だが、穂積(重)は根本的にこの契約説に異を唱える<sup>38)</sup>。

「私は組合を契約と見ることの根本が謬つて居るのではあるまいかと思ふ。即ち組合は合意であるが意思表示が所謂反對の方向よりして合致するのでなく、其當事者に債権者債務者と云ふ如き對應的地位を與へるよりも寧ろ組合員と云ふ一様の地位を與へるのが主眼で」あり、「故に普通に所謂契約とは異なる合同行為と見て、其團體的性質に重きを措き、社團法人と連絡を保つて規定し且説明すべきではなかつたであらうか」<sup>39)</sup>(傍点筆者)。

このように民法が組合を契約として規定している根本が誤っているとみて、それゆえに合同行為であるとの解釈論により説明する。すなわち、組合は意思の合致=合意であるが、組合員という一様の地位を各当事者に与

えることを主眼とするという。

このことと合わせて注目すべきなのは、合同行為とみることによって「其團體的性質に重きを措き、社團法人と連絡を保つて規定し且説明すべき」としている点である。すなわち穂積（重）においては、意思表示、法律行為レベルでの単独行為・契約と異なる合同行為論の中で、組合の団体的性質へと議論が展開されたとみることができよう。合意により設立された組合は団体的性質を有することになり、この点は後の学説、とりわけ我妻説にも影響を与えることになると推測される。

### 3 学説の展開・批判

(1) 合同行為論に対する批判者には、すでに先述した志田、宮崎がいたが、現在の学説にも強い影響を与えたのが川島武宜の所論であろう。本稿冒頭に取り上げた川島・民法総則がそれであり、さらに平井<sup>①</sup>においても、合同行為概念がクンツェによって唱えられたという経緯を踏まえ、ドイツ学界においても有力な学者がこれを支持して今日に至っていると認識し、その上で鳩山がこれを受け入れて通説化して、わが国ではほとんどすべての学者がこの概念を認めていると理解<sup>40)</sup>していた。そしてこの理解は以降の合同行為概念批判の主流となっているといえる。そこで川島説、平井説およびそれを継承する幾代説の骨子を検討する。

川島は、合同行為の概念は学者によって必ずしも同一ではないとし、鳩山以外は主にドイツの学者を引用して、二点指摘する。第一に、「数人が共同して解除や告知や地役権設定行為をなす場合には、数人によってなされる共同の意思表示が存在することを認めれば十分であって、特に単独行為・契約とならんでそれらと同一の平面において、合同行為という概念を構成する必要は存在しない」（傍点原文、以下川島引用部分において同じ）<sup>41)</sup>。というのは、共同の意思表示は、単独行為についても、契約を構成する意思表示（申込みまたは承諾）についても存在し得るからであり、単に意思表

示の共同について観念すれば足りるからである、とする<sup>42)</sup>。第二に、決議における投票、法人設立行為について、これらを契約から区別して合同行為概念を構成する学者は、契約についての一定の概念を前提としているという。「契約においては、当事者は相反する利益 *entgegengesetzte Interessen* をもって対立 *gegenüberstehen* するのに対し、合同行為においては当事者は共同の目的を達成するために協力 *zusammenwirken* しつつ並列 *nebeneinander sich zusammenschließen* するのだ、と説明<sup>43)</sup>し、あるいは、「意思表示の内容が、契約においては『対応シ別異ノ内容ヲ有スル』のに反し、合同行為においては『同一ノ方向ヲ有シ、同一ノ内容ヲ有スルモノ』であり、二個の意思表示【鳩山は二個以上の意思表示とする〔中山注記〕】は、契約にあつては「交錯合致シ」合同行為にあつては「平行合流ス」、また契約にあつては前者は「獨立セル二個以上ノ目的アリ」、合同行為にあつては「共同セル一ノ目的アルニ止マル」としていることについて、契約と意思表示の分析から批判する<sup>44)</sup>。すなわち「契約においても意思表示の内容は売主・買主との間で完全に同一<sup>45)</sup>であつて、『『売る』・『買う』』というのは、売主・買主の利害との関係において同一の内容——売主から買主への売買目的物の権利移転、買主から売主への一定対価の支払——が異なつたことばで表現されているだけのことである<sup>46)</sup>、という。さらに株式会社設立行為（合同行為）をする者の間においても利益の対立は有り得るのだから、ことに当事者の利益対立の有無によって法人設立を合同行為、組合を契約と構成することは論理的には困難に当面せざるを得ない、という<sup>47)</sup>。

そして川島説固有の視点、すなわち実用法学（法的判断のための規準を論理的に整序し或いは体系化するという操作的要請にこたえるもの）という視点からみて、「交錯合致」と言い「平行合流」と言うだけでは、「一種の比喩ないし文学的描写にすぎず、そのような実用法学の要請にこたえることはできない<sup>48)</sup>とする。

このような川島説の基本的立場を共有・継承しているのが、幾代説であ



る。社団法人の設立行為について「利益対立がありえないと断ずることは不可能」<sup>49)</sup>とし、数個の意思表示の「方向」の違い——「交錯型」か「平行型」か——は「一種の比喩的描写以上のもではない」<sup>50)</sup>とするからである。ここでの課題は法的効果にあるとみて、合致すべき数個の意思表示のうちの一つが無効・取消しなどで効力を生じない場合に、残余の意思表示をもってしては、所期の法律効果を生ずる余地の全然ない場合(ア)か、残余のものだけでも所期の法律効果を生ぜしめうる場合(イ)か、であるとして、これは「複数の意思表示を必要とする具体的な法律行為ごとに、実定法規や解釈によって具体的に判定されるべきものであろう」<sup>51)</sup>とする。その際に、(イ)の場合に社団法人の設立行為が入ることはたしかであるが、それを「合同行為」の言葉で呼ぶことには「積極的な不都合はあるまいが、これを、通説のような説明のしかたでもって単独行為・契約とならぶ第三種とたてるだけの実益があるかといえ、かなり懐疑的にならざるをえない」<sup>52)</sup>として川島説に同意する。

もっとも川島説が完全な合同行為否認論とまでいうのは適確ではないであろう。契約においては、「各契約当事者の個別的な権利義務について意思表示がなされ、まさにそれ故にそれらの意思表示が交換される必要があり、且つ交換されるのである」が、合同行為においては、「意思表示の内容は直接には意思表示者の個別的な権利義務に関するのではなくて、複数の意思表示者に共通な権利義務に関するものであり、それ故にそれらの意思表示は交換されるのではなくて共同して gesamt なされるのである」(傍点原文)<sup>53)</sup>と。したがって「契約を構成する一つの意味表示が効力を生じない場合には、他もまた効力を生じ得ないのを原則とする」が、「合同行為においては、たとえ一つの意味表示が効力を生じなくても、残る他の意思表示によってその共通の目的たる権利義務の変動を生ぜしめることを必然的に妨げられるわけのものではなく、問題はむしろ当該行為の『共同性』が害せられたかどうかにあるだろう」とし、「合同行為という概念を主張した人々は、このような点に問題を見出していたものと推測される」



のであり、その限りで一般の契約から分離して観念することを「実用法学上の価値を有するものと認むべきである」<sup>54)</sup>と評しているからである。すなわち、川島説は合同行為概念の積極的な側面を認める一方で、意思表示の方向性に関する比喩を批判したにすぎないとみるべきであろう。

(2) そして以上の川島、幾代ならびに宮崎の批判を踏まえ、平井は「純粹に実用法学上の概念として考えるかぎり(……)かような批判はおそらく適切だと思われ、合同行為の観念は契約のうちのやや特殊な扱いをする法律行為、という定義に吸収されるべきものと思われる」<sup>55)</sup>と受け止められた。平井によれば、単独行為・契約とならぶ第三種の法律行為概念として承認するほどではなく、契約の観念の中に組み込まれ、「やや特殊な扱い」という消極的な位置づけとなるのであろう。そのかぎりでは、宮崎のいう「契約のカテゴリーの中に入るべきもの」という位置づけと合致する——川島・幾代の引用部分ほど宮崎の議論を記述・展開してはいないが——。

しかしながら、平井②の段階(2003年)では、初期の注釈民法(1973年)執筆時とはいささか趣を異にし、本稿の冒頭で引用したように、多数当事者ないし多数関与者が関わる現代的契約現象において、平井自身が「法律上は契約という形式を採りながら実質的には組織(団体)を創出するという法技術」が新たに現代的意味を帯び始めており、「そのような組織を創設するに至る段階に関するかぎり、合同行為の概念は、これを一概に捨て去るべきでないようにも思われる」<sup>56)</sup>としているのであるから、契約のカテゴリーに収まらない評価へと転化しているようにも思われる。

## 4 検 討

以上の川島、幾代、平井による批判説は、いずれも、合同行為論がドイツの学者クンツェに由来すること、わが国への導入時点で鳩山・法律行為

論に従うという判断である。しかしこの理解にはいくつかの問題点が伏在していたと思われる。

第一に、合同行為論をクンツェのみに代表させており、さらにはクンツェの合同行為論と同視できない概念（Vereinbarung）が含まれていることが見落とされているように見える。ここには学説継受における欠落があるのでなかろうか。

第二に、わが国への導入に鳩山・法律行為論が寄与したのは間違いはないが、寄与したのは彼のみではない。岡松参太郎もその一人で、鳩山・法律行為論以上に分析検討がなされていたのは中山①で紹介したとおりである（後述）。

第一の点については、前述した鳩山説の冒頭説明「獨逸ノげざむとあくと（Gesamtakt, Vereinbarungen）ノ翻譯ニシテ又協定行為ト云フ」とした中に、「Vereinbarungen」が見出される。訳語としては「協定行為」とされている（あるいは「合意」と訳されるであろう）。この概念が以降の学説の展開からは消えていくことになる。しかしそれでよいのか、は検討の余地があるように思われる。

ゲザムトアクト（Gesamtakt）は確かにクンツェが主張したものであるが、19世紀のドイツ語圏ではギールケを始めとしてもっと幅広く議論されていた。同概念に関連する議論・学説として、民法領域では岡松・法律行為論ですら、ギールケ、ブロックハウゼン、グライチュマン、エンデマン、クローメ、コザック、エルツバッハー、ビールマン、フォントゥーア、エンネクテルスらが挙げられている<sup>57)</sup>。さらに、広く会社法、国際法、また行政法などの公法分野においても、ゲザムトアクト（Gesamtakt）ではなく、合意や契約概念について議論のあったところで、ビンディング、トリール、イェリネックらのように Vereinbarungen を論ずる学者が少なくなかった<sup>58)</sup>。また前述のように、中島もクンツェでなくギールケ、エルトマンを挙げている。さらに合同行為概念は契約概念の中に包摂されるべきであるとした宮崎は、クンツェがビンディングの「合意

(Vereinbarung)」の代わりに合同行為(Gesamtakt)を置き換え、契約(Vertrag)と対立させ、それぞれの意思内容については全く同様な議論をくりかえしているに過ぎないとしていた<sup>59)</sup>。

加えて、鳩山は「協定行為」を合同行為と同義の概念として紹介しているが、鳩山が引用する美濃部達吉によれば、民法上の法律行為においても公法上の行為においても、すべて二つ以上の意思の合致によって成立する行為には二つの全く異なる種類を区別することが必要であるとして、契約と合同行為を紹介する<sup>60)</sup>。「二以上ノ意思ノ合致ニ依テ単一ナル法律意思ヲ作成スルモノ」と、「當事者雙方カ互ニ反對又ハ少クトモ獨立ノ利益ヲ有シ、其ノ一方ハ或ル負担に任シ一方ハ之ニ相當スル利益ヲ受クルコトヲ約スルニ依リテ成立スル行為」<sup>61)</sup>とし、いずれも多数の意思の合致によって成立するものである。一般にはいずれも契約と称するのが通常であるが、その性質においては全く異なる。真正の意義における契約は後者であるが、前者は「協定行為」と称し、ドイツ語はVereinbarung, Gesamtaktとする(鳩山の説明と順序が逆)。協定は「各當事者カ共同ノ目的ノ為ニ意思ヲ表示スルモノニシテ其ノ合致ニ依リテ始メテ法律上有効ナル單一ノ意思カ作成」(傍点原文)されるという。この限りで、GesamtaktとVereinbarungは同義であるとみてもよい。

そして真の意義における協定は、独立した人格者の間に行われる協定のみを意味するとして、それは国法、私法および国際法のすべての領域に存在するという。国際法では国家の上に立つ立法権力は存在しないので、国家を拘束すべき国際法の制定は、各国家自身の協定によって定めるほかはなく、国際条約とりわけ列国会議において決定した条約は契約の性質を有するものではなく、協定の性質を有するとい<sup>62)</sup>、私法の領域では会社設立、法人格を有しない組合総会の決議、親族会の決議、後見人・後見監督人の同意をもってなす行為、共有者相互の同意をもってなす行為は、いずれも協定の性質を有する、という。

行政法では、「或ル法律上有効ナル意思カ一個人又ハ一團體ノミノ意思

ヲ以テ決定スルコトヲ得ス、之ヲ決定スルニハ他ノ團體又ハ個人ノ同意ヲ必要トスル場合」<sup>63)</sup>常に協定行為がある。そのもっとも多い場合は、公共団体相互間に行われる協定で、数町村の協議によって町村組合を設け、数個の同業組合がその協議によって同業組合連合会を設ける場合である。公共団体と国家との間では、市町村の条例を定めるには監督官庁の同意を得ることを必要とし、市長の就任には市議会において選挙した上でなお勅裁を得ることが必要とされる場合である。いずれの場合も、公共団体は自己の単独の意思をもってこれらの行為をすることはできず、国家の同意を得てはじめて有効にその行為が成立するもので、団体の意思と国家の意思とは二つながらその行為の成立する要素である<sup>64)</sup>。そして、協定行為は数個の意思の合致によって成立するが、意思の参加の程度は一律ではない。各自平等の場合もあれば、発案権がいずれか一つに専属し、他の者は同意をなすかなさない権利を有するのみ、という場合もあれば、修正をなす権利がある場合や、修正権はないが、全体についての可否を決定する権利があるに止まる場合もある。しかしいずれも協定行為である、とする。以上の説示はきわめて示唆に富むもので、行政法のみ限定されるのではなく、民法の合同行為論にも影響するのではなかろうか。

また国際法においても<sup>65)</sup>、条約の分類において、当事国数による分類があり、二国間条約と多数国条約（多辺条約）に分けられるほか、合意がめざす方向を基準とした契約条約（contract treaty）と立法条約（law-making treaty）という区別がある。前者は、相互に対立する利害関係にある二当事者間で双務的な権利義務を定める合意であるが、後者は「諸国の共通利益の達成をめざして将来にわたる行為規範を設定する条約であり、同一方向の意思が合致したものである」<sup>66)</sup>である。「この区別は、国内法上の契約（Vertrag）と一種の合同行為的な合意（Vereinbarung）の概念を国際法に導入したものであり、従来、前者の法源性を否定的にとらえる趣旨がこめられていた（とくにトリーペル [H. Triepel]）が、今日では、一般国際法の定立における後者の意義が強調される傾向にある」<sup>66)</sup>という。

このように、契約 (Vertrag) と合意 (Vereinbarung) が区別され、かつ、合同行為的と評されている合意 (Vereinbarung) が議論されているのであって、わが民法の体系書・教科書で定着した Gesamtakt の表現は強調されることはない。「合同行為 (Gesamtakt)」が「合意 (Vereinbarung)」と内容的に同じか、異なるかは慎重に吟味しなければならないが、もし異なるのであれば、合同行為概念を紹介する時点で鳩山自身が Vereinbarung を記述していたというのに、その後の学説はその「合意 (Vereinbarung)」なる概念を脱落させていったことにならないか。冒頭に示した本稿の視点からすれば、原点 (鳩山・法律行為論) に遡って「合意 (Vereinbarung)」概念に立ち返り、その現代的射程を検討する必要があるように思われる。

第二の点についていえば、川島説、幾代説、さらに平井説にも岡松・法律行為論で析出された合同行為分析に言及がない。鳩山論文「法律行為乃至時効」の公表の4年後、岡松は「合同行為」を、「集合行為」(決議・選挙)、「結合行為」(法人・団体の設立行為)、「共同行為」(共有者が共同して設定する地役権・契約一方当事者が複数いる場合の共同の解約申入れ)、そして「同意行為」(後見人のする未成年者の意思表示への同意・代理人の権限超過行為の、本人の追認)の四種類に分類して、集合行為と結合行為は真の合同行為であるが、共同行為と同意行為は合同行為に入れるべきではないと主張した<sup>67)</sup>。上述したように川島の批判は、合同行為概念のもとに学者の理解することばの理解が同一でないとして、たとえば数人の共同賃借人による共同の契約告知や土地共有者が共同してなす地役権設定行為については、数人によってなされる共同の意思表示を認めれば足りるとしたが、これらは岡松のいう「共同行為」であって合同行為に入れるべきではないとされたものであった。幾代説にも同様のことはいえる<sup>68)</sup>ので、岡松・法律行為論の評価が不当に低いか、もしくは評価そのものがなされていないように思われる。その一方で、批判に際しては、鳩山・法律行為論の、とくに比喩的・文学的描写に比重がかけられているようである。この比喩的・文学的描写については再定義を施して、冒頭引用の平井の指摘に即していえ

ば、まさに組織を創設する段階での、すなわち社団法人の設立行為ないしは組合契約との関係における合同行為概念の意義を検討する必要があるように思われる。

## 5 まとめに代えて

本稿においては、中山①に続いて、鳩山・法律行為論およびその周辺の学説と、合同行為概念の批判者（川島・幾代・平井）らの議論を中心として、関連的に検討した。その中で引用・紹介した諸学説は主なものに限られているので、参照すべき文献・資料の欠落は少なくないであろう。その補充は今後の作業に委ねられる<sup>69)</sup>。

なお、債権法改正の議論の中で団体型もしくは組織型契約に関して、図式化された契約の型が提示されたことがある。合同行為概念を扱う本稿においても椿（寿）の描写を参照した<sup>70)</sup>が、その後、彼は「契約・法律行為の分類」につき合同行為について、3本以上の矢が同一方向を向く図の隣に、四角形の中心点に向かって周辺から矢印が集中する図を並列させる<sup>71)</sup>。この図は、かつて民法・債権法改正での議論において、組合契約の一般性に関して提示されたいわゆる「会員型（ハブ＝スポーク型）」の図（丸い円の内部に、周辺点から中心点に向かう図）に近似している。すなわち中心点は「中軸となる一当事者」で、周辺点にあるのは多数の相手方であり、それぞれ個別の契約を結び、相手方が全体として団体を形成しているというものである<sup>72)</sup>。意思表示の向かう先・到達点が「当事者」なのか、意思表示の目的（社団設立など）なのかの違いはあるが、椿（寿）の描く合同行為の図が「会員型」に近似し、「組合理」（ダイヤモンドの形の図）と対照され、団体型もしくは組織型の契約の検討に際して使用されている。ただしそこでは、この「会員型」をも含む「団体一般についての共通規範を団体契約という形で抽出することには、無理がある」<sup>73)</sup>とされたが、この図示とその含意はいわゆる現代的契約現象<sup>74)</sup>へのアプローチに際し、参考

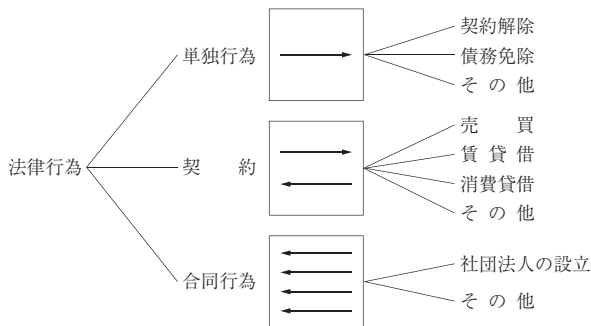
になるかもしれない。

さらに合同行為概念は、社団法人の設立行為に限られない。穂積(重)に見られるように法人設立前の社団とされる組合を契約と見ることの根本が謬っているとし、これを合同行為と見て、団体的性質に重点をおく穂積(重)の議論は注目される。とくにその後、同じく組合の団体的性質に重点を置き、しかし契約の性質をも合わせ持つ我妻説へと継承されたように見られるが、その検討も今後の作業に委ねられる。

- 1) 拙稿「合同行為論について——岡松参太郎博士の所論を中心に——」日本法学第88巻第4号(2023)273頁以下(以下、中山①)。なお学説、氏名の引用に際しては敬称、学位、職位等は略する。
- 2) 志田鉦太郎「くんつえ氏ノげざむとあくと論ニ就テ」法学協会雑誌21巻6号(1903)764頁以下。
- 3) 後にこれを強く批判した安田幹太も、志田がクンツェの合同行為論を最初にわが国に紹介したという。同「合同行為の観念を排す」司法協会雑誌第18巻第12号(1939、以下安田①)11頁参照。
- 4) 川島武宜編『注釈民法(3)総則(3)』(有斐閣、1973)【平井宜雄】(以下平井①)38頁～39頁同旨。
- 5) 川島武宜『民法総則』(有斐閣、1965)159頁(原文注略、以下川島・民法総則)。
- 6) 平井①38頁。
- 7) 岡松参太郎『法律行為論』(有斐閣書房、1914、以下、岡松・法律行為論)98頁。
- 8) 安田①6頁。
- 9) 宮崎孝治郎「合同行為否認論」愛知学院大学法学研究10巻第2号(1967)71頁(以下、宮崎・合同行為否認論)。
- 10) 前掲宮崎・合同行為否認論のほか、川島・民法総則160頁、幾代通『民法総則〔第2版〕』(有斐閣、1984、以下幾代・民法総則)187頁などがあるが、鳩山説に対する指摘ないし批判なので改めて後述する。
- 11) 河上正二『民法総則講義』(日本評論社、2007)247頁。
- 12) 同前247頁～248頁。【合同行為の解釈】に関する説明。
- 13) 加藤雅信『民法総則第2版』(日本評論社、2005)193頁。
- 14) 中舎寛樹『民法総則【第2版】』(日本評論社、2018)69頁。
- 15) 中舎寛樹『多数当事者間契約の研究』(日本評論社、2019)216頁～217頁。もともとその後中舎はその構成の限界を指摘し、多角取引について、多数当事者による合意に対する同意によって一つの契約が成立するという構成の下での多数当事者間契約を認める。同252頁。

合同行為概念の初期段階について（中山）

- 16) 川島武宜・平井宜雄編『新版 注釈民法（3）総則（3）』（有斐閣、2003初版）【平井宜雄】（以下、平井②）51頁～52頁。
- 17) 平井②52頁。
- 18) 詳しくは中山①290頁～291頁（集合行為としての決議）、291頁～292頁（団体ないし組織の存在）、292頁～293頁（意思表示の方向と比喩）、293頁～295頁（組合契約との関係）。
- 19) 富井政章『民法原論第1巻（総論）17版』（有斐閣、1905）321頁～322頁。
- 20) 同前322頁。
- 21) なお梅謙次郎は、法律行為の類別として、(一)有償行為・無償行為、(二)要式行為・不要式行為、(三)主たる行為・従たる行為、(四)不能行為、(五)不法行為を挙げていただけである。少なくともこの時期においては、合同行為への言及はないのみならず、一方行為・単独行為や双方行為・契約という分類もない。梅『民法第二編総則下巻』国立国会図書館デジタルコレクション <https://dl.ndl.go.jp/ja/pid/2937478/1/25> 19頁～20頁。また組合についてもこれを双務契約とすることに古来かつて議論のないところとしている。梅『民法要義巻之三債権編』（有斐閣書房ほか、第31版、1903）785頁。
- 22) 川名兼四郎『日本民法総論』（金刺芳流堂ほか、1912）87頁～85頁。
- 23) 同前。
- 24) 同189頁。
- 25) 同189頁～190頁。
- 26) 安田①14頁。
- 27) 同前。
- 28) 鳩山秀夫『法律行為乃至時効』（三書楼、1910、以下鳩山・法律行為論）。
- 29) 鳩山・法律行為論36頁。「二個以上ノ意思表示」という点は注目に値する。現在では、たとえば「契約は申込みと承諾という二つの意思表示の合致によって成立する」（前掲揚13加藤190頁）という理解が一般的であるからである。
- 30) 鳩山・法律行為論37頁。
- 31) たとえば、椿寿夫『民法総則』（有斐閣、2007）44頁の図。左端に法律行為を置き、単独行為・契約・合同行為の三種がそれにつながり、各々に記された矢印の向きにより意思表示の方向性が示される。

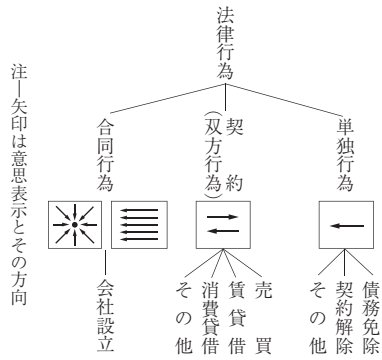




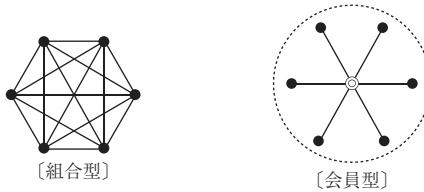
- 32) 鳩山・法律行為論38頁。
- 33) 鳩山『日本民法総論増訂改版』(岩波書店、1931) 164頁。
- 34) 中島玉吉『民法積義卷卷之一総則編』(訂正13版、金刺芳流堂、1920) 251頁。
- 35) 同439頁～442頁。
- 36) 穂積『民法総論』(有斐閣、1930) 205頁以下。
- 36)-2 同前205頁。
- 36)-3 同前。
- 36)-4 同205頁～206頁。
- 37) 同206頁。
- 38) 穂積『債権各論及び担保物権法(講義案)』(有斐閣、初版1928) 78頁。
- 39) 同前。
- 40) 川島・民法総則159頁。そこで引用された合同行為説は、穂積重遠『改訂民法総論』(有斐閣、訂正10版1939) 289頁、我妻栄『民法総則(民法講義I)』(岩波書店、1951)〔275〕(3)【原文ママ、新訂版244頁】、柚木馨『判例民法総論下巻』(有斐閣、1952) 12頁、田島順『民法総則』(弘文堂、1938) 223頁、近藤英吉『註釈日本民法〔総則編〕』(巖松堂、1932) 290頁、松坂佐一『民法提要総則』(有斐閣、1954) 153頁、於保不二雄『民法総則講義』(有信堂、1951) 161頁、舟橋諄一『民法総則』(弘文堂、1955) 97頁である。いずれも体系書・教科書であるが、もっとも重要な文献と思われる岡松は一顧だにされていない。
- 41) 川島・民法総則159頁。
- 42) 同前。
- 43) ここは、Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Auf., 1927, Vorb. 5 zu §§ 21 ff. を引用する。19世紀のクンツェの時代からドイツ民法制定後、相当年数が経過しており、表現も言うまでもなく「比喩的」なものではない。
- 44) 川島・民法総則159頁～160頁。
- 45) 同前。
- 46) 同前。
- 47) 同前。
- 48) 同前。
- 49) 川島・民法総則の記述をそのまま注にて引用していることから同説に同意していることは明らかである。幾代・民法総則188頁注(5)。
- 50) 幾代・民法総則187頁。なお、幾代は川島・民法総則のみならず、宮崎・合同行為否認論をも引用している。
- 51) 幾代・民法総則187頁。
- 52) 幾代・民法総則187頁～188頁。
- 53) 川島・民法総則161頁。
- 54) 同前。
- 55) 平井①39頁。
- 56) 平井②51頁～52頁。注16と同一箇所。

- 57) 岡松・法律行為論78頁注7。
- 58) Binding, Die Gründung des norddeutschen Bundes, in: Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888, 1888, S. 3, Jellineck, System des subjektiven öffentlichen Rechts, 1892. 安田「合同行為の觀念を排す（二・完）」司法協會雜誌第19卷第2号27頁以下（以下安田②）が詳しいが、後述する美濃部達吉の所論にも登場する。美濃部達吉『日本行政法第一卷』（有斐閣、1909-1916、以下美濃部①）184頁。
- 59) 宮崎・合同行為否認論48頁。中山①303頁注（69）。
- 60) 美濃部①183頁～184頁。
- 61) 同前。
- 62) 美濃部①185頁～196頁。
- 63) 同前。
- 64) 美濃部①185頁～186頁。もともと一個人同士の私人の協議により公共組合を設立する場合もあるという。
- 65) 杉原高嶺・水上千之・白杵知史・吉井淳・加藤信行・高田映著『現代国際法講義〔第5版〕』（有斐閣、2012）284頁以下。
- 66) 同前。同書によれば、そもそも条約の用語・形式については、統一的な規則を欠くために、条約（treaty, convention）（狭義）のほか、協定（convention, agreement, accord）、議定書（protocol）、宣言（declaration）、憲章（charter, constitution）、規約（covenant）、盟約（pact）、決定書（act）、規程（statute）、取極（arrangement）、暫定協定（modus vivendi）、交換公文（exchange of notes）、交換書簡（exchange of letters）、合意覚書（memorandum of agreement）、合意議事録（agreed minutes）などの各種名称があるとされる。同283頁、284頁。
- 67) 中山①279頁～280頁。
- 68) 土地所有者全員による地役権設定行為、契約の一方当事者が複数の場合の全員による、または全員に対する解除など。幾代・民法総則187頁。
- 69) 岡松・法律行為論の紹介ならびにその後の学説展開に関しては、本稿でも取り上げた安田①15頁以下および安田②26頁以下が詳細である。ただし、19世紀にドイツに登場したビンディング（Binding）による Vereinbarung の議論でなく、クンツェの Gesamtakt の用語に従うので、議論・整理の方向性は筆者と異なる。
- 70) 前掲注31) 参照。

- 71) 椿寿夫『民法(財産法)25講〔第2版3訂版〕〈有斐閣双書〉』(有斐閣、2016)46頁。



- 72) 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)264頁。



- 73) 同前264頁。
- 74) そこでは、保険契約、預託金型ゴルフクラブ会員契約、フランチャイズ契約、クレジット・カード会員契約、アパートの友の会などが挙げられている。同前264頁。