

# 「法律行為」文言の確立と「法律行為」概念の現在の意義(三・完)

——法典調査会、ドイツの議論を手掛かりとして——

原 田 剛

はじめに 問題設定と本稿の構成

第一章 立法過程における議論(以上、第一二二卷第七・八号掲載)

第二章 「法律行為」文言に込めた起草者意思

一 問題の所在

二 法典調査会における議論——起草者意思

三 立法直後における起草者の「法律行為」概念(以上、第一二二卷第一一・一二号掲載)

四 立法当時における Windscheid および Dernburg の見解

五 小括

第三章 「法律行為」概念の現在の意義

一 はじめに

二 「法律行為」文言の二義性

三 法律行為と意思表示は同義か

四 法律効果の内容たる法律関係とは何か

「法律行為」文言の確立と「法律行為」概念の現在の意義(三・完)(原田)

五 法律関係と効果意思との関係

六 代理の構造——Akt（行為）とRegelung（法律）

結びに代えて 要約と課題（以上、本号）

## 第二章 「法律行為」文言に込めた起草者意思

### 四 立法当時における Windscheid および Dernburg の見解

(一) はじめに

本稿の冒頭で述べたように、ドイツの学説の紹介は、起草者が主として参照したと考えられるものに限定するものであり、それは起草者意思の背景を可及的に明確にしようとする意図にもとづくものである。一九世紀以降、とりわけ中葉ないし後半から民法制定を経て二〇世紀の初頭にかけてなされた、ドイツにおける法律行為概念の生成と展開については、独自の重要な課題として独立のものとして論じられねばならない。

さて、本節では、Windscheid（以下、ヴィントシャイトと表記する。）と Dernburg（以下、デルンブルクと表記する。）について、パンデクテン教科書（Lehrbuch des Pandektenrechts）に限定して紹介することとする。もともと、これらにおいては、起草者がどの時点の版を参照したかを明確に特定できないものであることを前提とし、ドイツ民法制定後（すなわち起草者が明らかに参照したとは考えられない教科書）の版も、法律行為概念が当時のドイツにおいても生成・展開過程であることの一端を一瞥する一助として紹介することとする。

以下、ヴァイントシャイトにおいては、第三版（一八七〇年）、第四版（一八七五年）、第六版（一八八七年）および、ドイツ民法典制定後となる第九版（Windscheid=Kipp, 一九〇六年）を中心として紹介し、<sup>(60)</sup>デルンブルクにおいては、初版（二八八四年）を中心として紹介する。<sup>(61)</sup>

## （二） ヴァイントシャイトの見解

### 1 法律行為の体系的位罫

本稿において既に紹介したように、そもそも「権利行為」か「法律（上ノ）行為」かの問題を法典調査会民法主査会において提起した起草委員の穂積陳重が、「権利行為」で何故いけないのかの論拠として示されたのが、ヴァイントシャイトのパンデクテン教科書であった。この意味でもヴァイントシャイトの「法律行為」概念の内容は、立法者意思の確認にとっても重要である。

以下、ヴァイントシャイトの *Rechtsgeschäft* の内容を確認する前に、まずその体系的位罫を目次によって明らかにしておく。

### 序論 (Einleitung)

- I パンデクテン法概念
- II パンデクテン法の法源
- III パンデクテン法の意義
- IV 文献
- V 叙述の配列

### 第一部 法一般について

「法律行為」文言の確立と「法律行為」概念の現在的意義（三・完）（原田）

第一章 法源、第二章 法の解釈とその学問的取扱い、

第三章 法における対立、第四章 法の範囲

第二部 権利一般について

第一章 権利の概念と種類、第二章 権利の主体、

第三章 権利の発生、消滅、変更

I 総論

諸概念、特別の権利の変更、権利の弱化、権利の取得および放棄、法律事実、

II 法律行為

A 概念および種類 B 権利の有効性の必要 C 法律行為の無効

D 法律行為の効果

III 不法の行態

IV 権利の発生、消滅および変更に対する時間の影響

V 原状回復

第三部 物権法

第四部 債務法

第五部 親族法

第六部 相続法

以下では、第二部第三章のうち、本稿に直接関連する項目として、「法律事実」、法律行為の「概念および種類」および「法律行為の効果」を中心に紹介する。

## 2 法律事実<sup>(62)</sup>

「権利の発生、消滅および変更が生じる事実の個々の要素が法律事実である。構成要件は、個々の事実にもとづいて存在し、しかも複数の事実の集まりにより形成され得る。後者の場合において構成要件を形成する事実は時間に従っても分解され得る、場合により（例えば、ある契約を構成する二つの意思表示）、そうでなければ当然に（例えば、取得時効はまず占有取得の一定の方法を前提とし、その後、占有の意欲された継続を必要とする）。《以下略》」

ここでは、具体例として挙げられている契約が二つの意思表示で構成されると述べている点が重要である。

## 3 「法律行為」概念

「法律行為」については、第三版・第四版と第六版・第九版とで違いがある。第三版では、法律行為を、「権利が発生し、消滅し、または変更を受けるべきことを内容とする私的意思表示である。」と定義<sup>(63)</sup>し、第四版でもほぼ同様に、「権利の発生、消滅、または変更」に向けられた私的意思表示である、と定義した<sup>(64)</sup>。ところが、第六版、第九版では、「法律効果を生み出すこと」に向けられた私的意思表示であると定義する<sup>(65)</sup>。

すなわち、それまでの「権利の発生、消滅または変更」が、「法律効果を生み出すこと」に修正されている。そして、この「法律効果」について、「法律行為の最終目標は、常に、諸権利（または諸権利の複合（Komplex））の発生、消滅、変更である。しかし、法律行為は権利の発生等に直接向けられている必要はない」、「法律行為による、意欲さ

れた法律上の効力が実際に生み出され、かつ即時に生み出されることは、法律行為概念には含まれない」と敷衍している。さらに、全ての版に共通して、「第37節 権利の概念」において、「権利概念に対して法律関係概念が定義されなければならない」としている（4の紹介を参照<sup>66</sup>）。

これに続き、第六版<sup>67</sup>、第九版<sup>68</sup>では、法律行為を以下のように分節して詳述する。

「1. 法律行為は意思表示である。法律効果を生じさせる意思が表示され、法秩序は法律行為の創造者 (Urheber) により意欲されたがゆえにこの法律効果を生じさせるのである。2. 法律行為は私的意思表示である。法律行為の創造者 (Urheber) は国家の権威にもとづいて行為をしない。3. 法律行為は、法律効果の創造に向けられている。法律行為のこの最終目標は、常に、諸権利（または諸権利の複合 (Komplex)）の発生、消滅、変更である。しかし、法律行為は権利の発生等に直接向けられている必要はない。4. 法律行為による、意欲された法律上の効力が実際に創造され、かつ即時に創造されることは、法律行為概念には含まれない。」

この「法律行為」概念において重要な点として、まず、「権利の発生、変更、消滅」が「法律効果を生み出すこと」に変更されていること、その「法律効果」が、「諸権利（または諸権利の複合 (Komplex)）の発生、消滅、変更」とされている点、つぎに、「法律行為は…意思表示である」としている点、さらに、その意思表示は、「法律効果を生じさせる」ことに向けられており、法秩序が法律効果を認めるのは、これが、「法律行為の創造者により意欲されたがゆえである」としている点である。

#### 4 法律関係概念

3で紹介したように、ヴィントシャイトは、法律行為概念の定義に関連して、「権利」概念に対して「法律関係」概念が定義されなければならない、としていた。以下、この点についての彼の立場を確認しておこう。

法律関係は、「場合によつては法律関係のみであり得る、すなわち法秩序により達成された関係、例えば所有権、または、それと同時に法秩序がただ歩み寄るにすぎない生活関係、例えば占有」と二義的に定義する。もっとも、この定義の二義性（曖昧性）につき、注において次のように注釈する。「法律関係概念は、常に必要な明確性と決定性によつて把握されるものではなく、しかも、とりわけ本文において強調された二重の意味となり、その意味において言語使用がしばしば誤解されるかまたは充分には強調されず、特に私法体系が権利の体系であるべきか法律関係の体系であるべきか(§84)とプフタ(§29)は、権利は抽象により析出された、法律関係の個々の側面であり、法律関係は権利の複合(Komplex)である、と考へた。したがつて、問題の本質として示されることは、何が場合により、あり得るにすぎないのか、ということである。例えば消費貸借からは債権者の権利としては何も発生しない。《以下略》」云々。

#### 5 法律行為の分類<sup>(70)</sup>

(i) まず、最も重要な分類として、一方的( einseitig ) 法律行為と双方的( zweiseitig ) 法律行為を挙げる。

「法律行為」文言の確立と「法律行為」概念の現在の意義(三・完)(原田)

「法律行為の最も重要な分類は、一方的法律行為と双方的法律行為である。すなわち法律行為は一人の意思表示により成立するか、さもなければ、法律行為のためには数人の (Mehrere) 意思表示を必要とする。より詳しくは、一方により表示された意思は他方の意思表示とかみ合い (eingreifen)、「保持され (festgehalten) なければならない。二人の法律行為は、周知の表現では、契約という。契約は、単に債務法においてのみでなく、全ての法律行為に適用される。」<sup>(71)</sup>

(ii) つぎに、上記分類を踏まえ、有償行為と無償行為に分類する。

「法律行為は負担のある (Verpflichtung) 法律行為と慈善の (Wohlthätigkeit) 法律行為 (別言すれば、有償の法律行為と無償の法律行為 (原注) に区別され、それに応じて、締結者にとって自己犠牲 (Aufopferung) を含み (それは利益と対立することもあり得る)、または、単に彼に利益をもたらす。」

(iii) さらに、生存者間の法律行為と死を原因とする法律行為に分類する。

「さらに、法律行為には生存者間の法律行為と死を原因とする法律行為とがある。後者は、表示者の法律関係が彼の死後に整序されることが決定される法律行為である。」

以上の分類の叙述において、本稿にとって重要な点は (i) の分類に関する。そこにおいて、意思表示は法律行為を構成する法律事実と捉えられていると考えられる点 (先の法律行為 II 意思表示とは異なる)、契約が債務法に限られな



いとしている点が重要である。

## 6 意思と法律効果との関係

まず、法律行為の効果の総論として以下のように述べる。<sup>(72)</sup>

「法律行為の効果は、法律行為において表示された意思の内容により決定される。この意思を確定することは解釈の課題である。

解釈は、ここでも、その意味が法の諸規定によって確定されるべきであるように、その文言の意味すなわち文法規則 (Sprachregeln) に従い、使用された文言に相応しい意味を出発点としなければならない。しかし、その場合、意思表示がなされた場所の特別の言語使用のみならず表示者の個人的な言い回し (Redeweise) も顧慮されなければならない。」

つぎに、法律行為の効果と意思との関係について以下のように述べる。<sup>(73)</sup>

「法律行為において表示された意思は正にこの法律行為の本質を構成する点を内容とし、その結果、その本質が意欲されない場合、この種の法律行為は存在しないか、さもなければ、上記意思が、法律行為が、それが契約の場合であっても、要求しない点を内容とするか——法律行為の諸決定は本質的な諸決定であるか、さもなければ、非本質的な諸決定であるかまたは付随的諸決定 (Nebenbestimmungen) である。」

そして、この付随的諸決定につき注において以下のように敷衍する。<sup>(74)</sup>

「例えば売買契約にとつては、買主が代金の支払いに対して物を保持すべきとする決定は本質的であり、売買契約の締結時から代金に利息が付けられるべきであるとする決定は非本質的である。一般に法律行為に本質的な諸決定は、よく、行為の要素 (essentia negotii) と呼ばれ、非本質的な諸決定は行為の偶素 (accidentalia negotii) と呼ばれる。一般に分類の第三番目として行為の常素 (naturalia negotii) が付け加えられ、このもとで、それが特別に本質を構成しなくても、法律がそれに結び付けた、法律行為の効果であると理解される場合、意欲されたことと意欲されなかったことを一緒に置いているという、この古く使用された分類に対する非難が容易に思い浮かぶ。この非難は、一般に法律が彼の行為の常素の秩序において、当事者の現実の(意識的な)意思ではないが、しかし本来の意思を認めさせることが問われ、当事者自身が、正にこの場合を彼らの決定の中に引き入れていたならば述べていたであろうことのみが述べられる点においてのみ、生じ得る。」

法律効果の叙述において重要な点は、まず、「法律行為の効果は、法律行為において表示された意思の内容により決定される」としている点である。そして、法律効果と意思との、より具体的な関係に関し、法律効果を決定する本質的意思(本質的諸決定)を「行為の要素」、非本質的意思(非本質的諸決定)を「行為の偶素」、これらに加えさらに、本質を構成しないが法律がそれに結びつけた法律効果であると理解される「行為の常素」を抽出する点が重要である。

(二) Derenburg の見解

1 法律行為の体系的位罫

ここでも、まず法律行為の体系的位罫を理解しておくために、第一卷(序論、第一編 一般理論 第二編 物權法)の主要な目次を示しておこう。

序論

普通法、法源および文献

第一章 普通法の構成要素

I ローマ法 II カノン法 III 統一的法源

第二章 パンデクテン法の文献

第一編 一般理論

第一部 客観的および主観的意味における權利

第一章 客観的意味における權利概念、種類

第二章 法規範の発生と失効

第三章 法規範の種類

第四章 法規範の解釈と継統形成

第五章 主観的意味における權利

「法律行為」文言の確立と「法律行為」概念の現在の意義(三・完)(原田)

第三九節 概念。請求権。

第四〇節 法律関係および法律制度

第四一節 権利の行使

第四二節 権利の衝突

第六章 法規範の時間的および場所的適用範囲

第二部 権利の主体

第三部 権利の客体について

第四部 権利の取得および権利の喪失

第一章 主観的意味における権利の要素

第七九節 法律事実 第八〇節 権利の取得

第八一節 権利の承継。移転的取得 第八二節 権利の日付

第八三節 権利の変更および消滅 第八四節 承認 許可

第八五節 特権 (Privilegien)

第二章 構成要件の法的に重要な要素

I 不法。錯誤 II 時

第三章 法律行為

I 概念。種類 II 法律行為の構成要素 III 意思表示

IV 意思の瑕疵 V 法律行為の付款 VI 代理

VII 欠陥ある行為 VIII 法律行為の取扱い

## 第五部 権利の保護

## 第二編 物権法

以下では、第一編第一部第五章のうちの「法律関係および法律制度」、同第四部第三章「法律行為」のうち、「概念」、「種類」、「法律行為の構成要素」に含まれる内容を中心に紹介する。

### 2 法律関係および法律制度に関する叙述の要点<sup>(75)</sup>

「1 法律関係は、ある者の、他の者または物 (Sachitem) に対する法的に有効な関係であると理解されるべきである」とする。そして、この定義に関し注で補足し、「サヴィニーは、法律関係を定義して、「法的規律 (Rechtsregel) によって規定された人と人との関係」とするが、「物権の本質は、人と物との直接的な関係において存する」という見解に従えば、「法律関係」概念は本文の意味で維持されなければならない」と補足する<sup>(76)</sup>。

これに続けて以下のように述べる。

「この法律関係はしばしば将来の出来事に従い将来において初めて発生する、その結果、その間はその数および範囲は量定できない。例えば会社契約または信用契約を開始した場合がそうである。

「法律行為」文言の確立と「法律行為」概念の現在的意義 (三・完) (原田)

占有もまた法律関係として把握され得る。というのも占有もまた法律上有効な事実を形成するからである。権利のみが裁判上主張されるのではない。ある法律関係の存在または不存在の確定に向けても、かかる確定について法律上の利益を有する者は訴えを提起することができる。

法律制度は、例えば所有権、父権、後見制度のように、法的に規律された、市民社会 (bürgerliche Gesellschaft) の仕組み (Einrichtung) をいう。」

デルンブルクは、法律関係を、「ある者の、他の者または物に対する法的に有効な関係である」と定義する。

### 3 法律行為概念について<sup>(17)</sup>

法律行為概念について重要な部分を紹介しておこう。

「人の活動は大部分が法律行為の締結でありまたはこれの解消である。この行為 (Geschäfte) の幾つかは、売買、雇用、賃貸借のように日常生活に属する。他方、遺言や相続のように確かに稀ではあるが重要な行為がある。婚姻、養子は生涯の一時期を形成する。

多くの種類の行為は各々特別の種類の規律のもとで存在している。しかし、我々は、これら各種の行為を全て法律行為という一般的概念の下におき、全ての行為またはその大部分に当て嵌る法原則について詳述する。法律行為とは、法律関係の秩序のための表意者の意思表示である。<sup>(18)</sup>

法律行為の概念は現代的な体系の所産である。現今においても若干の者が概念の内的正当性に対して反対の意

を表明している。生活において生じるような個々の種類の取引のみが考慮されるべきであり、それについて共通の命題 (Satz) が立てられてはならない、というのもそれらはお互いの間では根本的に異なっているからである、という。この異議は正当ではない。個々における全ての相違にもかかわらず深い共通性が存在する。というのは、法律行為は、一般的に私法上の自己決定の手段 (Instrument) であるからである。したがって、法律行為にも、行為能力、意思およびその表示、更には取消に関し重要な原則が共通に存在する。

法律行為は、私法上の自己決定に奉仕する。このことが概念に確固たる限界づけを与える。法律行為は、法律関係の発生、変更または消滅に向けられた意思表示であり、表示のみによるか他の事実と結合することによって行われるかで違いはない、例えば、債務の弁済 (Zahlung)、猟師に射殺された野獣のような無主物先占。法律行為の行為者に彼の行為について意識されているか否かは問題とならない。これに対し、官庁の処分、とりわけ判決は決して法律行為ではない。」

#### 4 法律行為という表現について<sup>(79)</sup>

「法律行為という表現は二重の意味を有する。それは、ある場合には意思表示を意味し、さらに表示によって創造された関係を意味する。」

#### 5 法律行為の種類について<sup>(80)</sup>

「1 法律行為は、生存者間 (inter vivos) のもとでの行為であり、死亡を原因とする (morta causa) 行為 (引用

「法律行為」文言の確立と「法律行為」概念の現在の意義 (三・完) (原田)

者…死因行為と略称する。)もある。／死因行為は、処分者の関係を彼の死の場合に規律する。《以下略》」

「2 法律行為は、それが一人の意思表示において存在する場合は一方的 (einseitige) 法律行為であり、それが二人または何人かの一致した意思を必要とする場合は双方向的 (zweiseitige) 法律行為である。死因行為の主たる行為である遺言および終意処分 (Kodizill) は一方的法律行為である。というのは、それは被相続人により一方的に創造され、遺言の熟慮の同意はその成立にとって必要ないからである。《中略》

死亡の場合における双方向的行為は死因贈与および相続契約である。

生存者間の行為は広範に双方向的行為または契約である。

生存者間の一方的行為は、とりわけ、それが他方当事者に到達することにより生じる意思表示である。若干のものは、代理権、拘束力ある申込み (bindende Offerten) のように、行為の準備のために決定されるものであり、他は、告知、催告のように、その継続に奉仕する。

双方向的行為または契約は、二当事者の一致した表示を必要とし、その表示はそれにより双方向的に法律関係の発生、変更、強化または消滅を義務づけるものである。一方の申込み (Begehren) と他方の承諾 (Bewilligen) が必要である。主導権は法律関係の変更を申し込む者を出発点とするか、それを承諾する者を出発点とするかは問題ではない。

特別に重要な契約は債務 (obligatorische) 契約、すなわち債務 (Obligation) の発生に向けられた契約である。しかし、契約は物権をも基礎づける——物権契約。家族法上の行為、とりわけ婚姻および養子の契約にもとづく。契約には片務契約と双務契約が存在する。片務契約においては一方当事者のみが義務を負い、双務契約におい



ては二人の当事者が義務を負う。片務契約は贈与であり、双務契約は売買および賃貸借である。贈与は双務的行為である、というのは、贈与は贈与者の申込みと受贈者の承諾を必要とするからである。しかし、贈与は片務契約 (einseitiger Vertrag) である、というのは、贈与者のみが義務を負い、受贈者は義務を負わないからである。」

## 6 意思と法律効果 (Rechtseffekt) との関係について 以下のように叙述する<sup>(81)</sup>。

「法律行為は、法律効果が意思に依存している点に特徴がある。これにより法律行為は不法行為と区別される。不法行為においては、法秩序が、不法な意思に対し、それに非常に不快な (widerwärtig) 法律効果を結びつけるのに対し、法律行為においては、意思が、望んだ法律効果を生じさせるのである。

最近、意思と法律効果との間の直接の相互関係が、少なくとも学者によって話題にされている。そして、法律行為の最終的な法律効果は行為者が期待していることとしばしば異なっていることは絶対に認められるべきである。ある外国人が普通法の国において、彼の本国の法における場合と同様に、相続債務につき相続財産の額までのみ負担すべきものと考えて相続をし、適当な遺産目録を作成しない、そして、最終的にその予想に反し自身の資金で相続債務の弁済の義務を負うことに気づく。健康であると思って馬を売ったところ、隠れた病原菌により重篤な病気に罹っており、売却後に発病する。売主は按察官訴権にもとづき責任を負う。このことは当事者の

意思に起因するものではない。というのも、物の瑕疵の思想 (Gedanke) は、全く彼の觀念には存在しないからである。ここから一般に導かれることは、意思表示の表明 (Abgabe) のみが表意者の決意 (Entschluss) に依存しているということである。これに対して、表示の効果は、表意者が意欲したか否かにかかわらず不可避的に法力にもとづいて (vis legis) 生じる。

正当な觀察はここに真実からあまりにそらせる結論へと至った。

問題は、いかなる法律効果が意思の所産であるかということである。これには以下のように答えることができる。すなわち、ある法律関係の発生、消滅、変更、ということである。私は相続人となろうと欲し、相続人となる。私は売買契約を締結し、買主となり売主となる。意思とその法律効果との相互関係はより明らかである。一度生じた法律関係が如何なる効果を有するか、またはどの範囲で効果を有するかについては、表示者の意思のみがこれを決定し得るものではない。このことはむしろ、行為者の意思をおそらく一定の段階まで顧慮する法秩序が規範化している。しかしいずれにしてもこれ以上には意思に決定させない。それゆえ、人が相続人となった場合、彼は、法秩序によつて生ずる権利と義務を有するが、自身が夢みた (errantime) 効果は有しない。」

## 7 法律行為の構成要素<sup>(82)</sup>

「現代の体系は、行為の要素、常素および偶素に区別する。

a) 行為の要素 (Essentialia negotii) は取引の本質的な要素である。行為の要素が行為自体に特徴を与える。例えば売買について、要素は、物と代金についての買主と売主の一致である。

b) 常素 (Naturalia) は取引の性質および効果であり、通常は取引に適しているが、しかし本質的ではない。その結果、常素は当事者によって排除され得る。例えば売買の常素は、売主は買主に目的物の隠れた瑕疵につき責任を負う、ということである。この責任は合意により排除され得る。

c) 偶素 (Accidentalia) は、概念的には取引に本質的ではなく、その性質からも導かれず、むしろ個々の場合に特別に付加される決定である。例えば売買の場合の解除約款 (lex commissoria) の付加の場合であり、この場合、売買は代金が期限内に支払われない場合に解除される、また、質の場合の質物の使用収益権の合意があり、この場合、質債権者は利息に代えて質物を使用できる。

取引が成立すべき場合は、いずれにしる本質的な点にもとづきその種類の意図された取引の全ての規律 (Regelung) が必要である。

さらに、行為者が締結の必須条件 (conditio sine qua non) にする全ての点を処理することが必要である。それゆえ、契約の場合には、これら全ての点が対象となっている。そうでない場合、たとえ契約の相手方が取引の種類について概念的に本質的な点について了承していても取引は成立しない。

それゆえ、当事者の一方が特定の行為の常素の排除を要求する場合、例えば隠れた瑕疵に対する責任からの解放の場合、または特定の行為の偶素の付加を要求する場合、例えば売買取引の場合の解除約款の場合、相手方がこれを受け入れないとき、取引は完全ではない。

これに従い要素には二つのグループが存在する、すなわち、取引の種類グループと行為者の特別の意思のグループである。

概念的に本質的な要素の規律は法規範にもとづき必要である。その他の点の満足すべき取決めは、行為の成立のために関与者の決断にもとづき必要である。」

(三) ヴィントシャイトとデルンプルクの要点整理

以上、ヴィントシャイトとデルンプルクについて、前者については、法律事実(2)、法律行為概念(3)、法律関係概念(4)、法律行為の分類(5)、意思と法律効果との関係(6)の項目を立て、後者については、法律関係および法律制度(2)、法律行為概念(3)、法律行為文言の二重性(4)、法律行為の分類(5)、意思と法律効果との関係(6)、法律行為の構成要素(7)の項目を立てて整理した。ここで改めて、両者の叙述における「法律行為」の内容についての要点を整理しておくことにしよう。

1 法律事実について 法律事実とは、「権利の発生、消滅および変更が生じる事実の個々の要素」であり、「複数の事実で構成される」こともある。契約は二つの意思表示により構成される(ヴィントシャイト)。

2 法律行為の定義 ヴィントシャイトの法律行為の定義の要点…法律行為は、「法律効果を生み出すこと」に向けられた私的表示である。敷衍すると、「1. 法律行為は意思表示である。法律効果を生じさせる意思が表示され、法秩序は法律行為の創造者(Urheber)により意欲されたがゆえにこの法律効果を生じさせるのである。2. 法律行為は私的表示である。法律行為の創造者(Urheber)は国家の権威にもとづいて行為をしない。3. 法律行為は、法律効果の創造に向けられている。法律行為のこの最終目標は、常に、諸権利(または諸権利の複合(Komplex))の発生、消滅、変更である。」

デルンブルクの法律行為の要点…「法律行為は、私法上の自己決定に奉仕する。このことが概念に確固たる限界づけを与える。法律行為は、法律関係の発生、変更または消滅に向けられた意思表示であり、表示のみによるか他の事実と結合することによって行われるかで違いはない、例えば債務の弁済、猟師に射殺された野獣のような無主物先占。法律行為の行為者に彼の行為について意識されているか否かは問題とならない。これに対し、官庁の処分とりわけ判決は決して法律行為ではない。」

3 法律関係概念 法律効果と同義である法律関係概念につき、ヴィントシャイトは、二義的に、すなわち「諸権利または諸権利の複合の発生、消滅、変更」と定義し、デルンブルクは、法律関係は、ある者の、他の者または物に対する法的に有効な関係である、と定義し、さらに、「権利のみが裁判上主張されるのではない。ある法律関係の存在または不在の確定に向けても、かかる確定について法律上の利益を有する者は訴えを提起することができる」と敷衍する。

4 「法律行為」文言の二義性 デルンブルクは、法律行為という表現は、「ある場合には意思表示を意味し、さらに表示によって創造された関係を意味する」とする。

5 法律行為の種類に関する要点 一方的行為（単独行為）と双方的行為（契約）の叙述が重要である。

ヴィントシャイト…「法律行為は一人の意思表示により成立するか、さもなければ、法律行為のためには数人の意思表示を必要とする。より詳しくは、一方により表示された意思は他方の意思表示とかみ合い、保持されなければならない。二人の法律行為は、周知の表現では、契約という。契約は、単に債務法においてのみでなく、全ての法律行為に適用される。」

デルンブルク：「生存者間の一方的行為は、とりわけ、それが他方当事者に到達することにより生じる意思表示である。若干のものは、代理権、拘束力ある申込みのように、行為の準備のために決定されるものであり、他は、告知、催告のように、その継続に奉仕する。」

「双方的行為または契約は、二当事者の一致した表示を必要とし、その表示は、それにより双方向的に法律関係の発生、変更、強化または消滅を義務づけるものである。一方の申込みと他方の承諾が必要である。」

「特別に重要な契約は債務契約、すなわち債務の発生に向けられた契約である。しかし、契約は物権をも基礎づける——物権契約。家族法上の行為は、とりわけ婚姻および養子の契約にもとづく。」

6 意思と法律効果との関係の要点 ヴィントシャイトは、「法律行為の効果は、法律行為において表示された意思の内容により決定される」とし、法律効果と意思とのより具体的関係として、法律効果を決定する本質的意思（本質的諸決定）を「行為の要素」、非本質的意思（非本質的諸決定）を「行為の偶素」、本質を構成しないが法律がそれに結びつけた法律効果である「行為の常素」を抽出する。

デルンブルクの要点はつぎのとおりである。「私人の意思が法律行為を決定する。」「法律行為的な意思は、通常は経済的必要性および生活関係により引き起こされ、関連する全ての要素、とりわけ給付と反対給付との関係、および、自身の給付能力の程度に信頼をおくからである。強力な調整装置は行為者の利益である。」「法律行為の最終的な法律効果は行為者が期待していることとしばしば異なっている」。例えば「健康であると思つて馬を売ったところ、隠れた病原菌により重篤な病気に罹つており、売却後に発病する。売主は按察官訴権にもとづき責任を負う。このことは当事者の意思に起因するものではない。というのも、物の瑕疵の思想は、全く彼の観念には存在しないからである。

ここから一般に導かれることは、意思表示の表明のみが表意者の決意に依存しているということである。これに対して、表示の効果は、表意者が意欲したか否かにかかわらず不可避免的に法の力にもとづいて生じる。「問題は、いかなる法律効果が意思の所産であるかということであり、それは、「ある法律関係の発生、消滅、変更、ということである。私は相続人となろうと欲し、相続人となる。私は売買契約を締結し、買主となり売主となる。意思とその法律効果との相互関係はより明らかである。」しかし、「一度生じた法律関係が如何なる効果を有するかまたはどの範囲で効果を有するかについては、表示者の意思のみがこれを決定し得るものではない。このことはむしろ、行為者の意思をおそらく一定の段階まで顧慮する法秩序が規範化している、しかしいずれにしろこれ以上には意思に決定させない。それゆえ、人が相続人となった場合、彼は、法秩序によって生ずる権利と義務を有するが、自身が夢みた効果は有しない。」

デルンブルクもまた、「法律行為の構成要素」として、行為の要素（取引の本質的要素）、常素（取引の性質および効果。当事者により排除可能）、偶素（個々の場合に個別的に付加される決定）を区別する。

## 五 小括

### （一） 整理の視点

本章では、前半において、現行日本民法の立法過程および立法直後の起草者の文献を手掛かりとして、「法律行為」概念について立法者意思ないし起草者意思の内容を探究し（二、三）、それに関連して、後半において、立法当時において起草者が参照したと考えられるドイツの代表的学説における「法律行為」概念の主要な内容を紹介し、その要

点を整理してきた(四)。既にこの時点で、わが国の起草者の理解の内容がドイツの代表的な学説から多くの影響を受けていることが垣間見られた。

ここでは、本章の最後に、以下の三点に絞り、改めて両者の関連性に着目して整理を行いつつ、それによって見出される、「法律行為」概念の新たな解釈論上の課題を抽出することにする。

## (二) わが国の立法者意思ないし起草者意思との関連性における確認事項

### 1 法律上の効果を生じさせるものとしての法律行為

まず、起草者は、法典調査会(立法過程)において、訳語の問題を超えて、「権利行為」を否定し「法律行為」文言に拘った。そしてそこには、「法律行為」が「法律上の効果を生ずる意思表示である」こと、そして、そこにおける「法律効果とは、法律関係の発生、変更、消滅」を意味するものであること、さらには、法律行為は、当事者間に「法律(法律上の効果)」を設定する行為であるとの認識が存在していたことを確認した。これらはドイツの代表的学説において、とりわけ「法律行為概念」および「意思と法律効果との関係」において整理した内容とも一致するものであることが確認される。

### 2 単独行為、契約を包括するものとしての法律行為

つぎに、起草者は、同じく法典調査会において、単独行為、契約を包括する上位概念として「法律行為」文言を確立したこともみた。この点も、ドイツの代表的学説においては、とりわけ「法律行為の分類」において整理した内容と一致するものである。



### (三) 起草者の誤った理解とされる問題

#### 1 催告を法律行為としたことの誤り？

既に本稿においても示唆しておいたように、起草者（梅、富井）は、立法過程およびその後の文献において、法律行為の例として催告を挙げており、これが起草者の法律行為についての無理解を示す例証とされていた。確かに、催告は、準法律行為とされているところから、こんにち的立場からすれば、誤っているとされねばならないであろう。しかし、既に紹介し整理した如く、デルンブルクは、法律行為の分類において、一方的（単独）行為の例として、催告を挙げています。また、既に指摘した如く、ドイツ民法典の起草者もデルンブルクなど当時の支配的見解に従い、催告を法律行為に分類していたのである。日本の起草者もこれらの学説を参照した可能性は高く、それゆえ、このことをもって起草者を無理解と断じることとはできないであろう。

それどころか、この催告については、こんにち的立場から見ても、これを法律行為としたことにはそれなりの根拠があったといわれる。フルーメは以下のように洞察する。

「債権者は、遅滞の効果を発生させるためにしばしば催告をする。しかしながら、これにより、催告が法律行為となるのではなく、Regelung（法律）としての意味における法律効果の規定（Saturierung）となるものではない。法秩序および個人は法的に有意義な行為の定式化について決定しない。債権者が催告によって債務者を履行遅滞に陥れようと思ひそしてこのことを言うか、ということとは、催告の法律効果にとつては重要ではない。それでもやはり催告は私的自治の要素を有している。債権者は、遅滞が法律によって生じない場合、催告により遅

滞の法律効果が基礎づけられるかについて意のままにできるのである。それゆえ、やはり初期には催告は法律行為とみなされたのである」(傍点は引用者)<sup>(83)</sup>と。

## 2 無主物先占

無主物先占については、現在では、広義の準法律行為のなかの混合事実行為として位置づけられている。<sup>(84)</sup>しかし、既に見たごとく、デルンブルクは、「法律行為は、法律関係の発生、変更または消滅に向けられた意思表示であり、表示のみによるか他の事実と結合することによって行われるかで違いはない」とし、例として、「猟師に射殺された野獣のような無主物先占」を挙げていた。<sup>(85)</sup>

3 以上の確認は、こんにち的な民法学の到達点からすれば必ずしも適切ではないであろう。しかし、以上のことから明らかなように、日本民法の起草者が催告や先占を法律行為の例として挙げていたことを以て、「法律行為」概念についての無理解を指摘することの根拠とはならないであろう。むしろ、より発展的な視覚からすれば、このような「誤解」は、法律効果を発生させる法律要件(行為の側面)としての法律行為においてその中心的役割を担っている法律事実たる意思表示が法律効果に与える射程の問題を改めて提起しているといえよう。

## (四) 「法律行為」概念の現在の意義との関連で有意な事項

以上の知見を踏まえ、最後に、わが国における「法律行為」概念の現在の意義を考察する際の解釈論上の課題を提起しておくことにしよう。

## 1 「法律行為」文言の二義性

まず、この点については、これまで直接には触れてこなかったが、既に、現行日本民法典の立法直後の起草者（富井博士）は、「法律行為ナル語」の用例は、「二様二分カレ」「意思表示其モノヲ意義スル外意思表示ニ因リテ生シタル法律関係ヲ指示スル」と述べ<sup>(86)</sup>、ドイツでは、デルンブルクが「ある場合には意思表示を意味し、さらに表示によって創造された関係を意味する」と述べていることを見た<sup>(87)</sup>。この問題は、現在、日本においても、フルーメに依拠し、Akt（行為）としての法律行為、Regelung（法律）としての法律行為を区別する立場が存在する。このような立場の有意性とその解釈学上の意義について確認しておく必要がある。

## 2 法律行為と意思表示は同義か

つぎに、本章で確認したように、日本においてもドイツにおいても、「法律行為は…意思表示である」と定義し、法律行為＝意思表示とするかのごとくである。現在でも、法律要件たる法律行為とその主たる法律事実である意思表示とを同義であるとする有力な見解が存する<sup>(88)</sup>。この見解は、その論拠の一つとして本章で紹介した、日本における法典調査会の議論、当時のドイツ民法草案の理由書を挙げられる。この問題は、意思表示は法律行為の法律事実かという問題にも関連している。そこで、この点につき、これまでの本稿の成果をも踏まえ検討することが有意である。

## 3 法律効果の内容たる法律関係とは何か

さらに、法律行為によって生ずる法律効果としての「法律関係」の内実を明らかにする必要がある。この点は、とりわけドイツにおける代表的学説の紹介において示唆されるところであるが、ここで改めて現在の課題として整理しておくことが有意である。

#### 4 法律関係の形成と意思（意思表示）との関係

最後に、3において整理した「法律関係」概念を踏まえ、法律行為において形成される「法律関係」において、その最も中心的な役割を演じる意思表示は、行為（Akt）としての法律行為によって形成された法律（Regelung）としての法律行為、すなわち「法律関係」にいかなる範囲で意義を有するのか、を明確にしておく必要がある。紹介したドイツの代表的学説を踏まえつつ、日本における法律行為の支配的定義、「当事者の意思どおりの法律効果が生じる」という場合の「意思どおり」とは何を意味するのか、ということが問題となる。

### 第三章 「法律行為」概念の現在の意義

#### 一 はじめに

前章の小括において設定した現在の課題を受け、それらの点について分析・検討を加えることが本章の課題である。

#### 二 「法律行為」文言の二義性

(一) ここで検討する「法律行為」文言の二義性とは、具体的には、Akt（行為）としての法律行為（以下、行為としての法律行為という。）と Regelung（法律）としての法律行為（以下、法律としての法律行為という。）を意味する。この点についての現在の意義の必要性については、既に本稿の冒頭で示しておいたとおりである。<sup>(89)</sup> 日本の実定法解釈学に

においてこの立場に立つ学説についてもそこで指示しておいた。<sup>(90)</sup> かかる見解の基礎には、フルーメの立場の承継があることは論者の説明により明らかである。<sup>(92)</sup>

ところで、「法律行為」文言をこのように、「行為」自体と、「行為」によって生じた「法律効果」を意味するものでもあることについては、既に検討した如く、立法者意思としても、「法律行為」をして、単なる訳語の問題を超え、当事者が単に「権利」を設定するのみならず、当事者が必ずしも効果意思の内容としていない「権利」をも含む「法律効果」をも発生させるものとして考えていたこと（法律としての法律行為）、また、契約、単独行為を包摂する上位概念として法律「行為」を觀念し、これを総則に配置するという考えを示していたこと（行為としての法律行為）から、かかる立場を認識していたと考えられる。それゆえ、「法律行為」文言を、行為としての法律行為と法律としての法律行為の二義に解する立場は、立法者意思としても承認され得る。このような見地は、既に前章の小括で整理した如く、起草者（富井博士）の立法直後の文献における指摘、および、デルンブルクの指摘<sup>(93)</sup>によっても推測し得るものである。

(二) かかる立場の現在の意義は、とりわけこの間、代理の構造を理解する点において、緻密かつ非常に深い議論が展開されている。この点については、本章の最後に、改めて取り上げ、若干の検討をしたいと考えている。

### 三 法律行為と意思表示は同義か

(一) 行為としての法律行為と意思表示の關係については、既に指摘した如く、「法律行為は意思表示そのもので

「法律行為」文言の確立と「法律行為」概念の現在の意義（三・完）（原田）

ある」とされる有力な見解が存在する（石田（稷）説）。その根拠の一つとして、まず起草者は両者を「区別していなかった」ことを挙げられる。<sup>(94)</sup> 確かに立法過程（法典調査会）の議論においては、両者の区別が明確に意識されていたかは明らかではない。もつとも、梅博士も富井博士も立法直後の体系書において逸早く「法律行為と意思表示」との関係を「契約と意思表示」との関係において考察し、「二つの意思表示の合致によって成立する契約は二つの法律行為か一つの法律行為か」について論じ、二つの意思表示の合致によって成立する一つの法律行為である、との立場に立っていることは、既に確認したところである。<sup>(95)</sup>

しかし、この見解に関するより重要な検討課題は、論者がさらに指摘されるように、ドイツ民法の第一草案の理由書においても、「意思表示は法律行為と…同じ意味として使用されている」点である。すなわち、「意思表示のもとで法律行為上の意思表示が理解される。意思表示と法律行為は規則に従い同じ意味として使用されている。とりわけ意思表示は、意思の表明（Willensäußerung）がそれ自体前面にあるかまたは意思表示が同時に法律行為の構成要件の要素としてのみ問題となつている場合に出くわすところである」とされ<sup>(96)</sup> ている点である。ヴァイントシャイトもデルンブルクも、既にみた如くパンデクテン教科書において、法律行為を「法律行為は…意思表示である」と定義している。石田（稷）説がドイツ民法の理由書を援用されるのもこの点を指示しているものと思われる。<sup>(97)</sup> かかる指摘は、サヴィニーの現代ローマ法体系第三卷に遡り、そこでは、「法律行為」という術語と「意思表示」という術語が同義語として扱われていることからも有意である。

(二) もつとも、より細部に拘ってみていくと、既に紹介したヴァイントシャイトにおいては、他面で、法律行為と

意思表示とを同義ではないとも考えていると推測し得る指摘がある。ヴァイントシャイトは、法律事実として、「権利の発生、消滅および変更が生じる事実の個々の要素」であり、「複数の事実で構成される」こともあるとし、契約は二つの意思表示により構成される、と述べ、<sup>(99)</sup>また、法律行為の種類の説明において、「法律行為の最も重要な分類は、一方的法律行為と双方的法律行為である。すなわち法律行為は一人の意思表示により成立するか、さもなければ、法律行為のためには数人の意思表示を必要とする。より詳しくは、一方により表示された意思は他方の意思表示とかみ合い、保持されなければならない。双方的法律行為は、周知の表現では、契約という」としている。<sup>(100)</sup>この文脈で唯一気になる部分は「双方的法律行為」の部分である。しかし、原文は、“das zweiseitige Rechtsgeschäft”と単数である。そうすると、ここでも、法律行為と意思表示とは同義でないということになるのか。

フルーメは、先に示したドイツ民法第一草案が「法律行為と意思表示を同義」としている点を挙げ、これが起草者の見解でもあるとしたうえで、「法律行為は意思表示である。それは法律効果を発生させようとする意思を表示し、かつ法秩序はこの法律効果が法律行為の創造者によって意欲されているがゆえにこの法律効果を生ぜしめるのである」とするヴァイントシャイトの法律行為の定義を引用し、この定義を「徹頭徹尾正しい」とする。<sup>(101)</sup>ところが、彼は他方で以上の内容に隣接して、「法律行為」概念と「意思表示」概念の関係につき、「法律行為は意思表示のみにもとづいて存在し得る」、「法律行為は複数の意思表示にもとづいて存在し得る」等として、両概念が同義ではなく区別されるべきことを指摘する。「法律関係の自己形成行為すなわち自身の意思にもとづく形成行為としての法律行為は、Regelungが妥当 (Gelten) される意思の表明 (Manifestation) を要求する。これが、意思表示である。それゆえ、意思表示は法律行為の一部である (gehören)。法律行為は、概念と、意思表示、概念は、法秩序により定式化された、法律

關係の自己形成という行為 (Akt) が一人の者において、すなわち一つの意思表示の自己形成の表明においてのみ存在する場合は、一致する。このことは、例えば単独の告知 (einseltige Kündigung) の場合がそうである。告知表示は意思表示であり、この意思表示は告知という法的行為 (Rechtsakt) を意味し、それゆえ、それは告知＝法律行為である。」ところが、続けてつぎのように述べる。「一般に法律關係の形成には複数の者の共同を必要とする。範例は契約である。契約締結者の意思表示が共同して (zusammen) 契約という法律行為を生み出す。例えば売買という法律行為は、売主と買主の意思表示から成り、これらにより二人が売買契約を締結する。したがって、契約の場合は、意思表示」と、法律行為は「は区別されねばならない。」<sup>(10)</sup>そして、「一つまたは複数の意思表示以外になお別の事象 (引用者の補足：所有權讓渡における引渡し、官庁の行為、第三者の同意) が法律行為の行為 (Akt) の一部である」点を指摘したのち、「法律行為」概念に対する「意思表示」概念の意義」として以下のように述べる。「意思表示」概念は「法律行為」概念と並んで、法律行為が複数の意思表示もしくは一つの意思表示とその他の事象から成る全ての場合に対して特別の意義を有する。しかしながら、一般に法律上の議論において「意思表示」に照準が当てられる場合であっても、常に「法律行為」が問題となる、すなわち法律行為は有効か、法律行為にはいかなる法律効果が生じるか、である。法律行為に対する意思表示の独自性はその意義 (Sinn) のみに存し、法律行為の問題性は、それが意思表示に関して生じる限り、意思表示から判断して整理すること (Ausrichtung) により、より良く把握される。」<sup>(10)</sup>

フルーメがこの矛盾するが如き指摘をいかに理解すべきか。フルーメが、ヴァイントシャイトの法律行為の定義につき「徹頭徹尾正しい」と評価するには実は一つの限定が存在する点を見落としてはならないように思われる。ヴァイントシャイトの定義は、「一般に、法律行為、「自体」は存在せ



ず、むしろ法律行為概念が、法秩序により承認された、法律関係の形成のための行為類型であり、しかもこの行為類型が概念として与えられていると熟慮するのみである——しかもこの点で定義を補充するのみである——場合（傍点は引用者）を前提としているのである<sup>(四)</sup>。すなわち、ヴァイントシャイトに代表される「法律行為」概念は、個々の法律行為を包括する抽象概念として存在するものであり、このような意味での「法律行為」概念は、「法秩序によって承認された、法律関係の形成のための法律行為類型」のみを把握するために有意義なものであり、その本質的内容は「意思表示にもとづく法律関係の形成」である。法律行為概念のこの本質的内容こそが法律行為を法律行為たらしめ、法律行為を法律行為以外の行為類型（例えば違法な事実自体によって損害賠償義務という法律効果が発生する不法行為）と区別するのである。この意味における本質的メルクマールこそ「意思表示」であり、この点を象徴する表現ないし定義が「法律行為」＝「意思表示」である。フルーメが、ヴァイントシャイトの定義を援用して「徹頭徹尾正しい」と規定したのは正にこのレベルにおける「法律行為」概念であると考えられる。

しかしながら、ひとたび抽象化された法律行為概念に包摂される諸法律行為（単独行為、契約、合同行為）が考察の、あるいは考慮の対象とされる場合、これらに全て共通する「意思表示」を援用して、「法律行為は意思表示である」と定義することにはもはや特別の意義はない。なぜなら、これらの概念は全て意思表示を含んでいるからである。つまり法律行為概念に包摂される諸々の法律行為、より正確には現実の問題となる当該の（個々の）法律行為（単独行為、契約。これらもなお包括概念（抽象概念）であり、これらに包括される遺言、売買等が個々の法律行為ということになる。）の個別的意義を抽出するためには、法律行為概念の本質的要素とされる意思表示の態様（例えば契約の場合には一方の意思表示が他方の意思表示とかみ合う（合致する）こと）等より詳細に考慮されることにより、個別かつ具体的な法律行為類型

の差異を明確にし得る。それゆえ、このレベルにおいては、法律行為≡意思表示には格別の意味は存しないであろう。ここでは、法律行為と意思表示との関係が改めて問題とされることになり、単独行為としての法律行為は一つの意味表示で形成されており（この意味では法律行為と意思表示は一致する）、契約としての法律行為は二つの意思表示の合致により形成されている、ということになる。

(三) 現在の日本における通説的見解も、意思表示は法律要件たる法律行為の法律事実であると考えている。例えば以下の説明は、初学者に向けたものであるが、「法律行為」概念の抽象性とその抽象度の段階構造（契約、単独行為等および売買、遺言等）、「法律行為」概念と「意思表示」との関係、および、「法律行為」概念の実定法学的意義（有用性）を、「法律行為」概念が登場した歴史の経緯をも踏まえ、精密かつ含蓄を以て巧みに表現されている。

「1 『法律行為』という法概念（法律用語）」

(1) 法律行為の意味

以上の種々の内容の意思の合致によって法律効果の発生するものを、『契約』と抽象化し、免除とか相殺のようにな一方的意思表示だけで法律効果が発生するものを、『単独行為』と抽象化したのですが、さらに『契約』も『単独行為』も、意思表示を要素としている点に着目して、一個または複数の意思表示（意思表示を、契約や単独行為といった『法律要件』を形成する事実という意味で、『法律事実』と呼びます。）から成り立って、効果意思とおりの法律効果を発生させる法律要件として、『法律行為』と呼びます。そして、この契約や単独行為といった法律行為

には民法九〇条から一三七条の『法律行為』の規定が適用されます。

(2) 抽象化された法概念(法律用語)の実益

難しい概念が次々と飛び出してきて、とまどったでしょう。だから法学は嫌いだ、というのでしょうか。でも、このような思考方法は、法学に特有のものではありません。それどころか、先に述べてきたような思考方法は、一九世紀のドイツの法学が、当時、ヨーロッパで輝かしい成果をおさめつつあった自然科学の方法論をまねたものなのです(例えば、ラヴォアジエ(一七四三—一七九四年)やドールトン(一七六六—一八四四)の業績を思い出して下さい)。

先のビールの売買や、五右衛門とサザエさんの土地売買を、例えば、『隅田川の水』や『琵琶湖の水』といった段階のものと考えると、『売買契約』という抽象化は『水』といった段階の問題、『契約』という抽象化は『無機化合物』といった段階の問題、『法律行為』という抽象化は『分子』といった段階の問題、『意思表示』という抽象化は『原子』といった段階の問題、『効果意思』や『表示意思』そして『表示行為』という抽象化は『素粒子』といった段階の問題に、対比しうるでしょう。そして、このような思考方法の実益は、次の点にあります。

すなわちビールの売買の場合であろうが、土地の売買の場合であろうが、売買といった分類に入れられる社会現象(経済取引)のすべてに民法五五五条から五八五条を適用しうるし、売買であろうが賃貸借であろうが、『契約』という分類に入れられる社会現象(経済取引)のすべてに民法五二一条から五四八条の『契約』の総則の規定を適用しうるし、契約であろうが単独行為であろうが『意思表示』については民法九三条から九八条の『意思表示』の規定を適用しうるし、さらに『法律行為』という分類に入れられる社会現象(経済取引)のすべてに民

法九〇条から民法一三七条の規定を適用しようというように、多種多様な社会現象（経済取引）をごく限られた数の条文で規制することができる、というメリットがあるのです。<sup>(106)</sup>

#### 四 法律効果の内容たる法律関係とは何か

##### (一) 法律効果の意味

さて、法律行為によって形成される法律効果とは一体いかなる内容をいうのか。これは、行為としての法律行為から生じる法律としての法律行為とは何か、という問いでもある。本稿との直接的な関係からすれば、「法律行為」をして「権利行為」ないし「権利義務設定行為」という場合の、権利（ないし権利義務）は一体どのような内容を指示しているのか、別言すれば、「効果意思とおりの法律効果を生じさせる」という場合の法律効果とは一体どのような法律効果を指示しているのか、ということである。

この点についての立法者意思は、「法律効果」の発生において、この法律効果を「法律関係」の発生、変更、消滅と捉えていた。<sup>(106)</sup> かたや、当時を含めドイツにおいてはどのように考えられていた、ないし考えられているのか。

既にみた如く、ヴィントシャイトは、第三版において、法律行為を、「権利が発生し、消滅し、または変更を受けべきことを内容とする私的意思表示である」と定義し、第四版でもほぼ同様に、「権利の発生、消滅、または変更」に向けられた私的意思表示である、と定義した。ところが、第六版、第九版では、「法律効果を生み出すこと」に向けられた私的意思表示であると定義する。すなわち、それまでの「権利の発生、消滅または変更」が、「法律効果を生み出すこと」に修正されている。デルンブルクは、「法律行為とは、法律関係を秩序づけるための表示者の意思表

示である。」、または、「法律行為は、ある法律関係の創設、変更または消滅に向けられた意思表示である。」と定義した。

これらにおいては、発生する法律効果は、単に個々の権利の発生、変更、消滅にとどまらないことが示されている。すなわち、行為としての法律行為によって生じる法律としての法律行為とは、「法律効果」を意味し、この「法律効果」は、「法律関係の発生、変更または消滅」を意味することになる。それでは「法律関係」とは一体何か、すなわち「法律関係」概念の内実である。

## (二) 法律関係の意味

単なる個々の「権利」を超えた、「法律関係」とは、何を意味するのか。この具体的内容についての日本の立法者意思是、「法律関係を」を「法律上の権利義務」と理解していた。ドイツに目を転じてみよう。既に紹介した如く、デルンプルクは、「法律関係のもつて、ある者の、他の者または物に対する法的に有効な関係であると理解されるべきである」とし、ヴァイントシャイトは、二義的に、「諸権利または諸権利の複合の発生、消滅、変更」と定義する。<sup>(107)</sup>

さらに、ドイツの現在の定義を確認しておこう。ラーレンツ／ヴォルフによれば、<sup>(108)</sup>「法律関係とは、その他の社会的生活関係とは対照的に、法的に規律された人と人との間の関係である。法秩序によって形成された特定人間の関係が存在し、一般国民の諸義務を超えた個人の諸権利と諸義務が付与されるということが、決定的である。したがって、法律関係は、人（第一章を見よ）と並んで、私法の第二の中心的な根本概念である。」

以上から、「法律関係」は、少なくとも、特定人間に法的に規律された関係が存在し、それは権利（義務）の複合で

ある、といひ得るであろう。それでは、この権利の複合と個々の権利とはどのような関係にあるのだろうか。最後にこの点を確認しておこう。

(三) 権利の複合と個々の権利との関係  
ヴォルフ／ノイナーは次のように述べる。<sup>(10)</sup>

「法律関係は、一般に、全体としての法的関係としても、権利、義務または例えば権能の形式における個々の要素としても理解される。この個々の要素は全体としての法律関係と同じ構造であることから、個々の要素をその側から再び法律関係として把握することにとつてそれ自体何も邪魔にはならない。にもかかわらず、専門用語的にも、複合形象 (komplexes Gebilde) としての法律関係を個々の権利義務と区別することが必要である。したがつて、法律関係」といふ表現は、専ら、広義において、全体としての債務関係として、所有権として、家族法上の関係として、または例えば社団における社員として理解されるべきである。」

## 五 法律関係と効果意思との関係

(一) 以上のように、「法律効果」＝「法律関係」とし、この法律関係を、権利の複合と捉える場合、これら権利の複合において、各々の権利はいかなる根拠にもとづいて存在しているのか、が問題となる。この問題を別言すれば、行為としての法律行為によつて発生する法律としての法律行為の根拠は、法律効果を生じさせる意思を表示した法律

行為の創造者により意欲されたが故に、法律としての法律行為が生じたものであるが、しかしそこにおいて生じた権利の複合のすべてが法律行為の創造者の意思にもとづくものではない、ということである。

この点につき、既に紹介した如く、起草者（富井博士）は、文献において、つぎのように述べている。「法律行為は当事者の欲望した法律上の効果を全て生じさせるものと解すべきではなく、また、「その効果は欲望のみを生じさせるものと解すべきではない」、「ある法律行為に如何なる効果を生じさせるかは必ずしも当事者の意思のみにより決定せられるべき事柄ではない」、それゆえ、「その効果は必ずしも当事者の欲望する所に適中するとはいえない」<sup>(11)</sup>。

デルンブルクは、この点を、より明確に述べている。「法律行為の最終的な法律効果は行為者が期待していることとしばしば異なっている」。例えば「健康であると思つて馬を売ったところ、隠れた病原菌により重篤な病気に罹つており、売却後に発病する。売主は按察官訴権にもとづき責任を負う。このことは当事者の意思に起因するものではない。というのも、物の瑕疵の思想は、全く彼の観念には存在しないからである。ここから一般に導かれることは、意思表示の表明のみが表意者の決意に依存しているということである。これに対して、表示の効果は、表意者が意欲したか否かにかかわらず不可避免的に法の力にもとづいて生じる」<sup>(12)</sup>。

(二) それでは、意思にもとづくものと法律にもとづくものとはどのように棲分けが行われるのか。この点につき、起草者（富井博士）は、法律効果が「当事者の意思の結果であることを要するのは」「その成立させようとする法律行為およびこれにより生ずべき本然の法律関係である」、「例えば売買の成立には一定の目的物と代金が当事者双方の意思の合致する時に止る」という<sup>(13)</sup>。

デルンブルクはいう。「問題は、いかなる法律効果が意思の所産であるかということである。それは、「ある法律関係の発生、消滅、変更、ということである。私は相続人となろうと欲し、相続人となる。私は売買契約を締結し、買主となり売主となる。意思とその法律効果との相互関係はより明らかである。」しかし、「一度生じた法律関係が如何なる効果を有するかまたはどの範囲で効果を有するかについては、表示者の意思のみがこれを決定し得るものではない。このことはむしろ、行為者の意思をおそらく一定の段階まで顧慮する法秩序が規範化している、しかしいづれにしろこれ以上には意思に決定させない。それゆえ、人が相続人となった場合、彼は、法秩序によって生ずる権利と義務を有するが、自身が夢みた (erträumte) 効果は有しない。」<sup>(113)</sup>

(三) 行為の要素、偶素、常素との関連

これに更に関連するのは、行為の要素、偶素、常素であった。ヴァイントシャイトは、「法律行為の効果は、法律行為において表示された意思の内容により決定される」とし、これに関連して、法律効果を決定する本質的意思(本質的諸決定)を「行為の要素」、非本質的意思(非本質的諸決定)を「行為の偶素」、本質を構成しないが法律がそれに結びつけた法律効果を「行為の常素」とした。<sup>(114)</sup> デルンブルクは、「法律行為の構成要素」として、行為の本質的要素を「行為の要素」、行為の性質および効果であり当事者により排除可能なものを「行為の常素」、個々の場合に個別的に付加される決定を、「行為の偶素」とした。<sup>(115)</sup>

この行為の三要素について、法律としての法律行為の観点から、フルーメは次のように現代的意義を述べる。



「中世以来一般に、行為の要素、行為の常素および行為の偶素について言及されてきた。この分類は、たびたび疑わしいと評価されてきた。しかしながら、この分類は、これが *Regelung* としての法律行為に關係する場合は、有意義である。

行為の要素の場合に問題となるのは、いかなる対象に法律行為上の *Regelung* が存在せねばならないか、それに関して法秩序により承認された法律行為類型の一つが存在するのかという点である。質権設定の要素は、質物の担保権と満足権の設定についての合意である。

行為の常素は、法律行為上の *Regelung* のために補充される、法秩序の *Regelung* である。質権設定の場合は、それは質権設定者と質権者の権利義務に関する諸規定である。売買の場合は、例えば、民法上の危険移転規律が行為の常素である。

最後に、行為の偶素は、法秩序により定められた法律行為類型の本質——売買の場合の商品と代金についての合意——を構成せず、法秩序により規律された行為類型の合意の場合に、追加的に、とりわけ制定法上の *Regelung* を変更する規律がなされる合意である。例えば、売買契約の場合は、契約当事者が危険移転について民法上の規定と異なつて規律したときに行為の偶素が存在するであろう。行為の偶素は、とりわけ条件および期限の合意である。

行為の要素および行為の偶素は同一レベルで存在する。それらは、法律行為の行為により発生するように、法律行為上の *Regelung* の内容である。これに対し、行為の常素は、行為としての法律行為によつてする必要はない。それは、彼の代理人が行為の常素をも法律行為上の行為者の意思、しかも法律行為上の行為と關係づけた場

合、一九世紀における意思理論の過ち (Verrung) であった。ヴィントシャイトの場合、『たとえ当事者の現実の (意図した) 意思ではなかったとしても真の意思を妥当させるために、当事者自身が述べたであろうことのみを述べる場合、当事者がまさにこの場合にその確定の領域に取り込む場合、法がかの行為の常素を整える<sup>(116)</sup>』ことを意味する。もつとも、これに対して、行為の常素の場合には、法律行為的形成を顧慮して、すなわち行為の当事者の潜在的 (virtuelle) 意思ではなく、法律行為の目下の (aktuelle) Regelung を顧慮して、法的評価にもとづき制定法上の Regelung が問題となる。

これにもとづき、法律行為の法的評価の場合は、常に先ず、いかなる Regelung が法律行為の対象であるのか、ということが検討されるべきである。意思と表示が一致する正常な場合については、法律行為の行為者は行為によりいかなる Regelung を妥当させようと思欲したのか、を意味する。Regelung の内容が把握される場合、その行為は法秩序により承認されたいかなる法律行為類型に対応するのか、ということが問われねばならない。その後、制定法上の諸規定がこの法律行為類型の実行 (Vornahme) に対して充足されるのか、例えば場合によっては方式規定、さらに、法律行為上の行為の一般的要件、例えば行為能力が存在するのか、が検討されねばならない。

法秩序により承認されたいかなる法律行為類型が存在するのかということの検討の場合には、既に行為の偶素と行為の常素との分離が生じる。そのつぎに、法律行為上の Regelung についていかなる範囲で制定法上の Regelung が行為の常素に歩み寄るのか (hinreten)、とりわけ行為の偶素はいかなる範囲で妥当しないのかということが確定されることになる、なぜなら、それらを強制する規定は行為の常素と矛盾するからである。その場

合、個々具体的な行為類型に関して存在するような制定法上の *Regelung* のみならず一般諸規定もまた行為の常素に属する。例えば売買における行為の常素は、第四三三条以下の諸規定のみならず、例えば債務法総則の諸規定、例えば第二七五条または第三三三条以下の諸規定もそうである。

行為の要素および偶素は私的自治の形成に関係し、行為の常素は制定法上の *Regelung* に関係する。三分類により一目瞭然に、法律行為上の形成はどのように法秩序と法律関係が密接にからみあっているか (*verweben*) ということが象徴化される (*versinnbildlichen*)。』

## 六 代理の構造——Akt (行為) と *Regelung* (法律)

最後に、本章の冒頭に述べた、「法律行為」文言の二義性の具体的有用性の問題として探究されている代理の構造との関係に関する議論に言及しておくことにする。もっとも、この問題については、そこに引用した文献により既に精緻な議論と法的構成が展開されていることから、本稿では、要点についてのみ言及しておくこととする。

### (一) 代理の構造

行為としての法律行為と法律としての法律行為は、本人が契約などの法律行為を行う場合には一致している。しかし、代理人が介入すると、両者は分離する。代理においては、「代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。」(民法第九九条)。他方、「意思表示の効力が意思の不存在、詐欺、強迫又はある事情を知っていたこと若しくは知らなかったことにつき過失があったことによって影

響を受けるべき場合には、その事実の有無は、代理人について決するものとする。」(同第一〇一条)。

例えば、Aが自己所有の土地を代理人Bを介してCに一〇〇万円で売った場合、この売買契約から生じる法律効果、すなわち *Regelung* (法律) としての法律行為はAとC間(本人相手方間)に成立し、その主要内容 (*essentialia negotii*) は同第五五五条であり、それはAが物の所有権を移転する義務を負い(Cはその権利)、Cは代金支払いの義務を負う(Aはその権利)、すなわちAとCとの間にこれらの権利義務関係を含む法律関係が生ずるといふことである。これに対し、同第一〇一条第一項は、*Akt* (行為) としての法律行為を規定しているといえる。

このことから解るように、代理においては、契約締結は代理人Bと相手方Cとの間で行われ(法律要件たる行為としての法律行為)、これによって生じた法律効果 $\parallel$ 法律関係は、本人Aと相手方Cとの間に生ずる (*Regelung* としての法律行為)。

## (二) 奥田説

この点に関連して、奥田説は、日本における最も代表的な教科書(四宮 $\parallel$ 能見、加藤(雅)、河上<sup>(17)</sup>)において、代理人Bと相手方Cとの間で契約締結の意思表示がなされると、本人Aと相手方Cとの間に売買契約が成立するという記述を踏まえ、「概念・用語の混乱回避の必要性」を考慮し、かつ、意思表示ないし法律行為の瑕疵を理由とする無効・取消の対象と解除の対象とを分けて理解する道を拓く意義から、法律要件—法律効果の結合を三段階に分けて捉えることを提唱される。

すなわち、①B—C間で締結された契約締結行為、②B—C間で締結された「契約」 $\parallel$ 規範としての契約」

③ B—C間で締結された契約にもとづいて生じた法律効果<sup>118</sup>当事者としての地位および権利義務関係「規範としての契約」、に分け、②の「規範としての契約」は、B—C間の手を離れ、A—C間において成立するのが自然であるとされる。そして、この「規範としての契約」がA—C間に権利義務関係を発生させるとされるのである。<sup>118</sup>

(三) フルーム

奥田説に対しては、そもそも上記のように、日本における民法学の到達点を踏まえられての提唱であり、かつ、熟読玩味され奥深い認識にもとづかれるフルームをここに援用することには、ほとんど意味がない。このことを承知で敢えて、本稿において、以下、改めてフルームを援用しておきたい。周知の如く、本稿における「法律行為」概念論における問題意識の重要な一つが、「法律行為」の二つの意味であり、これがフルームにより自覚化されたものであり、フルームはこのような捉え方が代理の理解にも資することを意識していたからである。<sup>119</sup>

「一般に、法律行為的行為を、この行為の結果としての法律行為、Regelungとしての法律行為と分離する場合、代理の本質について以下のことが生じる。

私的自治の原則によれば、特定の個人は——通常、他人との共同作業において、すなわち契約により——自己決定において Regelungを作り出し、これにより法律関係が形成される。このことは、法秩序が一般に代理を承認する場合、その個人は自己決定において、ある他人にも彼について、法的に妥当する一つの規律を作り出す権限を与え (autorisieren) 得ることと異ならない。それゆえ、代理は私的自治の原則と対立するものではなく、

逆に私的自治の原則の首尾一貫した (konsequente) 貫徹である。もつとも、このことは、本人の自己決定によって権限が与えられる代理、すなわち代理権が法律行為によって付与される場合にのみ妥当する。これに対し、法定代理の事柄または職務代理の場合には私的自治の事柄は問題とならない。これらの場合は、むしろ代理が生じる。なぜなら、これらの場合、本人は自己決定をする状態にないからである。それゆえ、法定代理または職務代理によっても私的自治の原則は侵害されない。

代理人は、能働(動)代理の場合には法律行為上の行為者であり、受働(動)代理の場合には法律行為上の行為がなされた者である。しかし、この行為の結果としての法律行為は、本人の *Regelung* である。なぜなら、代理人は本人のために行為し、このために権限が与えられているからである。例えば代理人が他人の名でかつ代理権によって売買契約を締結する場合、確かに代理人が法律行為上の行為者であるが、法律行為上の行為の結果としての売買契約、*Regelung* としての売買契約は、代理人の売買契約ではなく、本人の売買契約である。代理人ではなく本人が買主であるかまたは売主である。正当にも一般に、本人は行為の主 (*dominus negotii*)<sup>(20)</sup> である、と言われた。この見地においては、一九世紀のいわゆる代表理論とは反対に擬制の余地はない。代理人が、彼が作り出した *Regelung* が本人のために生ずることを表明する場合、しかも、彼が本人のために規範を作り出す権限が与えられている場合、代理人の行為および権限が妥当する場合、規範たり得る。なぜなら、これは本人の *Regelung* であり、また代理人にはなく本人についてのみ妥当するからである。

理由は、代理を「意思における代理」と理解し、こんにちも学説および判例においてなおしばしば「意思における代理」に言及される。このことは一九世紀の意思理論と関係している。しかしながら、「意思における代

理、は神秘的傾向 (Mystizismus) である。代理は、意思における代理<sup>レ</sup>ではなく、法律行為の遂行 (Vollzug) に  
おける代理である。代理は法律行為を遂行する、すなわち代理はみずから法律行為の構成要件を実現する。例  
えば代理人が契約を締結する。しかしながら、締結された構成要件としての法律行為は、代理人ではなく本人の  
Regelung<sup>レ</sup>である。<sup>[12]</sup>

本稿の到達点からすれば、奥田説においては、Regelungとしての法律行為(契約)が二度登場することになるの  
はないだろうか。種々の考慮にもとづくものであることを認識しつつも、やはり屋上屋を架すことになるのではない  
かと思われる。すなわち、代理人による契約締結行為により形成される法律関係は誰の意思にもとづくものか、とい  
う本稿の観点をも加味し、より厳密に言えば、②B—C間で締結された「契約」＝「規範としての契約」の段階におい  
て既に、A—C間に法律効果＝地位を含めた法律関係 (Regelung) が発生している、ということである。

### 結びに代えて 要約と課題

本稿は、民法の根本原則である私的自治原則の実現手段である「法律行為」について、その文言が、ドイツ民法第  
一草案における Rechtsgeschäft の訳語であるとされているが、この「法律行為」文言については、立法過程におい  
ては「法律上ノ行為」から変更されたものであるものの、これまでその変更の経緯が未解明のままであった。この点  
を、法典調査会の議論を精査し、解明した(第一章)。

つぎに、この解明を踏まえたくて、「法律行為」が単なる訳語の問題を超え、起草者が「法律行為」文言に込めた意義を法典調査会の議論から明らかにすることにより、「法律行為」概念における立法者意思の内容を解明した。また、この点に関連して、立法直後における起草者の文献を参照し、立法者意思の内容をより深く推測せしめていく。さらに、起草者が当時参照したと考えられる、ドイツの代表的学説であるウイントシャイトとデルンブルクについて、法律行為概念に関連する内容を紹介し整理することにより、立法者意思に対する誤解を解き、また現在のな問題への関連づけと課題の発見を行った（第二章）。

最後に、以上を踏まえ、「法律行為」概念の現在の意義を確認している。すなわち、法律行為を以て、これまで前提とされてきたAkt（行為）としての「法律行為」のみならず、このAktとしての法律行為により形成される、法律上の地位を含む「法律関係」を設定するという意味における「Regelung（法律）」としての法律行為の民法学上の有意性を検討するとともに、Regelungの内実を、とくに意思と法律との関係を意識しつつ検討した（第三章）。

「法律行為」概念の現在の意義で検討した諸項目、とりわけ、「法律効果の意味」、「法律関係と意思との関係」をより深めることを課題として、ひとまず本稿を閉じる。

- (60) Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts, Erster Band. 以下では、版と頁のみを示す。
- (61) Heinrich Dernburg, Pandekten, Erster Band, 1884.
- (62) Windscheid, 3. Aufl., aaO., S. 154.
- (63) Windscheid, 3. Aufl., aaO., S. 158. Rechtsgeschäft ist die Privatwillenserklärung des Inhalts, dass ein Recht entstehen, untergehen, oder eine Veränderung erleiden solle.



- (64) Windscheid, 4. Aufl., aa.O., S. 174. Rechtsgeschäft ist die auf die Entstehung den Untergang oder die Veränderung von Rechten gerichtete Privatwillenserklärung.
- (65) Windscheid, 6. Aufl., aa.O., S. 186, 9. Aufl., aa.O., S. 310. Rechtsgeschäft ist eine auf die Hervorbringung einer rechtlichen Wirkung gerichtete Privatwillenserklärung.
- (66) Windscheid, 3. Aufl., aa.O., S. 87, 4. Aufl., aa.O., S. 92, 6. Aufl., aa.O., S. 98, 9. Aufl., aa.O., S. 165. なお、第九版では、目次において、「第37a節 法律関係。法律制度」が追加され、本文の記述がこれに当てられている。ただし、第八版がドイツ民法制定後の初めての改定版であるからこの版も確認する必要があるが、残念ながら現時点では未読である。
- (67) Windscheid, 6. Aufl., aa.O., S. 186ff
- (68) Windscheid, 9. Aufl., aa.O., S. 310ff
- (69) この具体的内容については、注(76)を参照された。
- (70) Windscheid, 3. Aufl., aa.O., S. 159.
- (71) 原注4において、「契約が債務法にのみ適用されるとするのが、「かつての支配的見解であった。このことは、異なった種類の義務 (Verbindlichkeit) が区別されず、 Verbindlichkeit と obligatio が同一視されていたことに関連している」と述べる。
- (72) Windscheid, 3. Aufl., aa.O., 207f., 6. Aufl., aa.O., S. 260.
- (73) Windscheid, 3. Aufl., aa.O., S. 210, 6. Aufl., aa.O., S. 263.
- (74) Windscheid, 3. Aufl., aa.O., S. 210, 6. Aufl., aa.O., S. 263f.
- (75) Dernburg, aa.O., S. 88ff.
- (76) 「法律関係」概念に「ギ、テルンブルクが遡るサヴィニーの「法律関係」概念について、ここで補足しておく」(Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Erster Band, 1840, S. 7f., 331ff. (332f.)) (サヴィニー『現代ローマ法体系第一巻』一八四〇年)。サヴィニーの『現代ローマ法体系第一巻』は、「第一編 現代ローマ法の法源 第一章 本書の課題 第二章 法源の一般的性質 第三章 現代ローマ法の法源 第四章 法律の解釈 第二編 法律関係 第一章 法律関係の本質と種類」で構成されている。このうち、「法律関係」概念が最初に登場するのは、第一編第二章「法源の一般的性質」の冒頭である(ちなみに、本章は、「法律関係」、「法律制度」、「法源の概念」、「法の一般的成立」、「民族」、「国家 国法、民法、公

法」、「国家に関する異なつた見解」、「国際法」、「慣習法」、「立法」、「学問法」、「法源の相互の関連」、「絶対法と媒介法、原則法と例外法」で構成されている。まず、この冒頭の「法律關係」のなかで、「法律關係」をつぎのように述べている（以下の訳は、小橋一郎『サヴィニー 現代ローマ法体系第一巻』（成文堂、一九九八年）三六一—三七頁も参考にさせていだいた）。「我々は現代ローマ法についてその基礎をそれに属する法源のなかに求めなければならない。このことが首尾よく行われうるためには、法源一般の性質に関する一般的な研究が必要である。／実生活においてあらゆる面で我々を取り囲み貫いているような法律状態を観察する場合、そこにはまず個々人に帰属する力が現れる。それは、彼の意思が支配し、しかも我々の賛同をもつて支配する一つの領域である。この力を我々はこの人の権利と呼び、これは権限と同義である。すなわちそれを主観的意味における権利と呼ぶ人も少なくない。かかる権利は、とりわけ、それが疑われまたは争われ、そして、今やその存在と範囲が裁判の判決により承認される場合に目に見える姿で現れる。しかし、より正確な観察は我々に次のことを確信させる。すなわちこの判決という論理形式は、ただ偶然の必要性によつてのみ引き起こされたものであり、しかも事柄の本質を汲み尽くすものではなく、それ自体より深い基礎を必要としている、ということ。さて、我々はこのことを法律關係のなかに見いだすのであり、そのなかの各々の個別の権利は、ただ一つの特別の、抽象により析出された側面を意味するにすぎず、その結果、個々の権利についての判決でさえ、それが法律關係の全体的直観（Gesamtanschauung）を出発点としている限りでのみ真実であり得、説得力があり得る。しかし、法律關係は、有機的性質を有しており、しかもこの性質は、一部はその相互に支え合いそして依存しあう構成部分の關係において現れ、一部は我々が法律關係の發生と消滅という仕方において認める前進的な展開において現れる。個々の所与の場合における、法律關係の生き生きとした構造は、法実務（Juristische Praxis）の精神的要素であり、しかも、これが法実務の高貴な使命を、専門知識のない非常に多くの人々がそこに見ている単なる機械論と区別しているのである。《以下略》。つぎに、「第二編 法律關係 第一章 法律關係の本質と種類」（三三—一頁）のうち、本稿に関連して要点と思われる箇所（三三—一—三三—四頁）を引用しておこう。「いま得られた観点から、我々にとつては、各々個別の法律關係は、ある法規（Rechtsregel）によつて決定された人と人との間のある關係のように見える。しかし、法規によるこの規定は、個人の意思に一つの領域が割り当てられ、そこにおいては個人の意思は各々の他の意思に左右されないで支配しなければならないということのうちに存する。／したがつて、全ての法律關係においては二つの部分が区別され得る。第一に、実質（Stoff）すなわち人と人との間の關係自体、第二に、この実質の法

的決定 (rechtliche Bestimmung) である。第一の部分を我々は法律関係の實質的要素 (materielle Element) または法律關係における純然たる (blosse) 事実と呼ぶことができ、第二の部分を法律關係の形式的要素すなわち事実關係を法的關係に高める要素と呼ぶことができる。／しかし、人間の人間に対するあらゆる關係は、法的規律 (Rechtsregeln) によるかか決定に影響を受けやすく (empfindlich) しかも必要であることから、その關係の全てが法的領域に属するというわけではない。この点で三つの場合に区別され得る。完全に法的領域に属する人間關係、全く法的領域に属さない人間關係、一部のみの法的領域に属するかまたは法的規律により支配される人間關係である。例として、所有権が第一のグループに妥当し、友人關係が第二のグループに、婚姻が一部は第三のグループに妥当する、婚姻は一部が法的領域に含まれるが、一部は法的領域の対象外であるからである。／§53. 法律關係の種類／法律關係の本質は、個人の意思の独立的支配の領域として決定された (§52)。《以下略》]

- (77) Denburg, a.O., S. 207ff.
- (78) 原注：法律行為に関する種々の定義はヴァントシャイト第1巻69節注1を参照せよ。
- (79) Denburg, a.O., S. 211.
- (80) Denburg, a.O., S. 211ff.
- (81) Denburg, a.O., S. 208f. なお、本文の第一段落(三行)は、第五版(一九九六年)では、以下のように改訂されている。  
「私人の意思が法律行為を決定する。したがって、一時的な気分 (Laune)、『随意 (Willkür)』、我意 (Eigensinn) が支配すべきことは考えられていない。かかることは私法においては例外的にのみ役割を演じる。というのは、法律行為的な意思は、通常は経済的必要性および生活關係により引き起こされ、関連する全ての要素、とりわけ給付と反対給付との關係、および、自身の給付能力の程度に信頼をおくからである。強力な調整装置 (Regulator) は行為者の利益である。」
- (82) Denburg, a.O., S. 213f.
- (83) Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, 1992, S. 107.
- (84) 四宮和夫『民法総則第四版補正版』(弘文堂、一九九六年)一四一頁、一四二頁(補注3)は、「混合事実行為について」「事實行為を主体とするものであり、「当事者も、法の付与した効果を予期してこれを行なうことが少ない」としている。
- (85) 本稿(三・完)(本号)四九頁、五五頁。

- (86) 本稿(二)(法学新報一二二卷一一・一二号(二〇一六年))九九頁。
- (87) 本稿(三・完)(本号)四九頁、五五頁。
- (88) 石田穰『民法総則』(信山社、二〇一四年)四七五—四八一頁(以下、石田(穰)・前掲書という)。
- (89) 本稿(一)(法学新報一二二卷七・八号(二〇一六年)(以下、単に、本稿(一)という))四〇頁。
- (90) 奥田昌道「代理、授權、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』(有斐閣、一九九九年)二五頁、於保不二雄〓奥田昌道編『新版注釈民法(4)』(有斐閣、二〇一六年)七頁、奥田昌道・(聞き手)金山直樹・松岡久和・佐々木典子「奥田昌道先生に聞く・2——恩師、民法学、スポーツ」法律時報八二卷一—号(二〇一〇年)六八頁(七〇頁)、奥田昌道・能見善久・金山直樹・水津太郎・山城一真・高秀成「座談会 代理行為における要件と効果(上)——奥田昌道先生の問題提起を受けて」法律時報八七卷二—号(二〇一五年)八四頁(九〇—九一頁)、前田達明『民法学の展開』(成文堂、二〇一二年)一七頁。
- (91) Flume, aa.O., S. 78. 「行為としての意思表示は事象 (Vorgang) である。これと区別すべきことは、行為の結果すなわち Regelung (法律) としての意思表示である。単独の法律行為 (単独行為) の場合にのみ一つの意思表示により Regelung が発生する。通常は、複数の意思表示を必要とする、範例は契約である、例えば、契約締結と並んで、契約締結の結果としての契約が存在している。法律行為の結果としての Regelung は、立法行為と法律 (Gesetz) が区別されねばならないのと同じように、行為すなわち事象としての法律行為と区別されねばならない。」
- (92) なお、フルーメのかかる見解について、高橋三知雄「Flume の法律行為論」法学論集(関西大学)一六卷四・五・六合併号(一九六七年)四三三頁(四六一頁)も、以下のように評価している。「十九世紀の法律行為論に好意を示す Flume もこれを無批判に受入れているわけではない。抽象概念である法律行為そのものが絶対化されていること、意思表示が重視され、規制としての法律行為が看過された傾向があることを指摘する。これは意思主義のみならず、表示主義においても同じことである。表示主義は法律行為の要素としての意思を追出したにすぎない。Flume が行為としての意思表示と規制としての意思表示を区別したのは卓見であると思う。立法者の立法行為によって法律が成立するように、意思表示という行為によって規制としての意思表示が作り出され、それが以後、当事者の法律関係を規律する。Rechtsgeschäft とは、意思表示という Handlung によって作り出されたこの規制のことである。」云々。

- (93) 本稿(三) 四九頁、五五頁、六一頁。
- (94) 石田(穰)・前掲書四七六頁。
- (95) 本稿(二) 八五頁、八七頁(梅博士)、本稿(二) 一〇一頁、一〇六頁(富井博士)。
- (96) Motive, I, 126 (Mugdan) I, S. 421.
- (97) 石田(穰)・前掲書四七六頁。
- (98) Flume, aaO., S. 31.
- (99) 本稿(三・完) 三九頁。
- (100) 本稿(三・完) 四二頁。
- (101) Flume, aaO., S. 33.
- (102) Flume, aaO., S. 25f.
- (103) Flume, aaO., S. 27.
- (104) Flume, aaO., S. 33.
- (105) 佐藤幸治・鈴木茂嗣・田中成明・前田達明『法律学入門第3版補訂版』(有斐閣、二〇〇八年) 一九―二〇頁〔前田達明執筆〕。
- (106) 本稿(二) 七一頁。
- (107) 本稿(三・完) 三九頁、五五頁。
- (108) Karl Larenz / Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, 2004, S. 226.
- (109) Manfred Wolf / Jörg Neuer, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Auflage, 2012, S. 204. なお、日本におおむね私法体系を「権利の体系」ではなく「法律関係の体系」であることを強調する見解として、前田達明「民法の体系について(下)」法学セミナー七三二号(二〇一五年) 四八(四九)頁。
- (110) 本稿(二) 一〇五頁。
- (111) 本稿(三・完) 五一頁〜五三頁、五六頁。
- (112) 本稿(二) 一〇五頁。
- (113) 本稿(三・完) 五二頁。

「法律行為」文言の確立と「法律行為」概念の現在の意義(三・完)(原田)

- (114) 本稿(三・完) 四四頁、五六頁。
- (115) 本稿(三・完) 五三頁、五七頁。
- (116) 本稿(三・完) 四四頁、五六頁参照。
- (117) 四宮和夫『能見義久』『民法総則(第8版)』(有斐閣、二〇一〇年) 二九三頁、二九四頁、加藤雅信『民法総則(新民法大系1) [第2版]』(有斐閣、二〇〇五年) 二九七頁、河上正一『民法総則講義』(日本評論社、二〇〇七年) 二九七頁。
- (118) 於保不二雄『奥田昌道編』『新版注釈民法(4)』(有斐閣、二〇一六年) 一頁(三十七頁)。
- (119) 高橋・前掲論文注(33) 四六二頁。
- (120) 柴田光蔵『法律ラテン語辞典』(日本評論社、一九八五年) 一〇九頁では、「事務の本人」とされている。
- (121) Plume, aaO., S. 754f.

(本学法学部教授)