

合同行為論について

——岡松参太郎博士の所論を中心に——

中山 知己

一 はじめに — 近年の契約論と意思表示

本稿で検討対象とするのは、クンツェ (Kuntze, Johannes Emil [1824-1894]) の提唱にかかるとされる、いわゆる「合同行為 (Gesamtakt)」に関する議論である。¹⁾ この概念は、わが国でも周知のように法律行為の種類の一つとされてきたものであり、伝統的に単独行為 (一方行為)・契約 (双方行為) と並んで二つめの分類として民法総則教科書などにおいて説明されてきたものである。わが国の経緯を振り返れば、初期の頃は華々しく取り上げられたものの、その後は有力な学者によって手厳しく批判されることもあり、もはやその概念の有用性に根本的な疑問が生ずるに至ったは

ずである。しかしそれでもなお現在でも、教科書では普通に説明されることが多い。その理由はここでは詳らかにできないが、近年、全く別な角度から注目し指摘がなされている。すなわち、合同行為に対する上記のような批判を踏まえながらも、「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」という指摘である。もつともそのすぐ後のかっこ書きにて「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つて、再定義が必要である」と釘をさされている。

ここで新たに現代的意味を帯び始めるとされた、「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」とは、継続的契約のことを指しており、具体例として、代理店契約・フランチャイズ契約・ジョイントベンチャー契約・いわゆるアウトソーシング契約や分社化のための契約・サブリース契約が挙げられている。⁽⁴⁾ これらの契約ないし取引においては、「契約の形をとりながら実質的には事業体たる組織を形成したり、あるいは組織を分割しまたはその代替手段として契約を用いたりする種類のものが、現在では重要な意味を」⁽⁵⁾ 持つが、これらの契約に関する権利義務関係に関して争いが生じたときには、「これまでに受け継がれてきた契約解釈の基準によつては、これらの契約の権利義務関係の争いを解決することは不可能である」と評されている。⁽⁶⁾ 以上の指摘から、現代的取引における組織を創設する段階において、再定義の必要はあるとしても、なお合同行為概念を分析道

具として用いる可能性が示唆されているものと受け止められる。そしてその概念の再定義や内容如何によつては、その射程は氏の言われる組織の創設段階にとどまらないかもしれない。⁽⁷⁾

そこでこのような問題意識に立つて、合同行為概念を再定義する作業を考えるならば、まずはこの概念をはじめて本格的に展開したとされるクンツェはもとより、同世代の諸学説を関連づけた学説史の丹念な検討も求められるであろう。しかしここでは、さしあたりその前段階として、合同行為概念を輸入した当初の「わが国」における議論を確認しておきたい。この概念は法律によつて規定されたのではなく、ドイツの学説を通じて日本の学者が構成したものであり、そこに含まれる内容もドイツ法学の議論から少なからぬ変容ないし展開がみられるからである。とりわけクンツェをはじめとする合同行為論を本格的かつ徹底的に検討し、わが国の当時における通説形成を決定づけた岡松参太郎博士（以下岡松と記す）の所論にそのような議論が見出されることから、これを検討対象とする。⁽⁸⁾ その際、後にあまりにも比喩的と批判されたことを意識し、本来の意図がどのような点にあるのかを考えつつできるかぎり正確に整理することで今後の検討の手がかりを得ることにしたい。

二 岡松の合同行為論

1 合同行為概念

岡松の合同行為論⁽⁹⁾は、大正期という時代背景もあつてか、当時のドイツ法学の成果を存分に吸収しているが、しかし単なるコピーにとどまるものでもない。彼自身の独自の分析も見られ、またその後のわが国の学説に強い影響を与

えている。もつともこの「合同行為 (Gesamtakt)」なる語の由来である一九世紀後半の議論に遡るとき、岡松のよ
うに私法である民法の法律行為論の分類としてのみ検討するのが適切であるかは考慮する余地がある。この語の由
来とも指摘されるギールケは会社 (Gesellschaft) および国家 (Staat) における設立行為 (Gründungsakt) からこの概念
を構想していたからである¹⁰。しかし、ここではひとまず岡松の分析視点に即して、上記に述べたようにその法律行為
論としての合同行為概念を忠実に整理し、検討の方向性を探ることにとどめたい。

(1) 一方行為・双方行為の区別

法律行為の種類について一方行為と双方行為の区別があるが、従来の学説状況¹¹に対し次のように二点指摘する。

第一に、「従来此區別ヲ以テ意思表示ノ數ニ依ル區別ナリトシ一箇ノ意思表示ヨリ成ルモノハ一方行為ニシテ二箇
又ハ二箇以上ノ意思表示ヨリ成ルモノハ雙方行為ナリト¹²」する。従来の学説はこの区別を、意思表示そのものの区別
であるかのように、もしくは意思表示の区別から来た法律行為の区別であるかのように認める者が多いようであるが、
この区別は法律行為の区別であつて意思表示の区別ではない、という。

さらに、重要な指摘であるが、意思表示の数に基づく区別ではなく、「當事者 (Partei) ノ數ニ基ク區別ナリ¹³」とい
う。すなわち「一ノ當事者 (即一方ノ當事者) ヲ要スル法律行為ハ一方行為ニシテ二又ハ二以上ノ當事者 (二方又ハ多
方ノ當事者) ヲ要スル法律行為ハ雙方行為 (多方行為) タルナリ¹⁴」として、決して意思表示そのものの数による区別で
はなく、また法律行為に参与する人の数による区別でもない、という。この点は、当事者の数に着眼する多角的法律
行為に関する近時の議論からみて重要な指摘が含まれている。

第二に、一方行為を区別して、さらに受領を要するものと受領を要しないものがあるとの区別を主張する者がある。しかし、受領を要するか否かは、意思表示の区別であつてこれを法律行為としての一方行為の区別とするのは誤りである、という。受領を要するか否かは契約の場合にも適用があるからである。ドイツ法において契約における承諾の意思表示は受領を要する意思表示で、わが国においては受領を要しないものがある（民法（旧）五二六条、隔地者間の契約の成立時期）と。

(2) 一方行為・多方行為への展開

一方行為・双方行為の区別から始めた岡松の記述は、やがて一方行為・多方行為への区別へと展開される。クンツェの提唱にかかる合同行為説が登場して以来、一方行為・双方行為の区別が完全ではないことがドイツで認められ、当時においてすでに、法律行為は一方行為および多方行為に区別すべきものとされたとし、岡松もこの区別に従うと¹⁵いう。そのため一方 (einseitig) 行為と並んで多方 (mehrsseitig) 行為という分類となり、多方行為の中に双方行為が吸収され、その中に合同行為が加わるという構成となる。

(3) 一方行為

一方行為とは、上述のように一「当事者」の意思表示より成立する法律行為であるとされる¹⁶。通常一個の意思表示より成立するが、必ずしもそうではない。たとえば、二人の共同賃借人が解約の申込みをなす場合には、二個の意思表示を必要とする。この場合には「当事者ハ一ナリ」(Eine Partei)、つまり二個の意思表示が存在しながら「当事者」

としては一個となる。相手方たる当事者の意思表示を必要としないので、この共同賃借人の解約の申込みもまた一方行為である。このほかさらに、「一當事者ノ意思表示ノ有効ナルカ爲ニ他ノ補充的意思表示ヲ要スルモ亦同シ」⁽¹⁸⁾であり、たとえば未成年者が解約申入れをなし後見人がこれに同意する場合である。二つの意思表示が存在するが、なお一当事者の意思表示からなる法律行為であつて、一方行為である。このように一方行為であるか否かは、「當事者 (Partei) ノ數」、すなわち「一方ノ當事者ヲ要スルヤ多方ノ當事者ヲ要スルヤ」によつて決すべきものであつて、「意思表示ノ數又ハ法律行為關係者ノ數ニ依リ」⁽¹⁹⁾決すべきものではないとする。

(4) 多方行為

多方行為とは、「二又ハ二以上ノ當事者ノ意思表示ヨリ成ル法律行為」⁽²⁰⁾であり、多方行為は「今日ハ通常之ヲ分チテ契約及合同行為 (Vertrag u. Gesamtk) ノ二種ト爲ス」⁽²¹⁾。以降、契約は二つの当事者の意思表示から成立することが明らかであるから、合同行為の分析に移行する。ここで、ドイツの学説の中に、契約にも合同行為にも属さない多方行為があることを主張する学者がいることを指摘した上で、これらの学説の多くは、合同行為を狭く解して、後に岡松自身が独自に析出する「共同行為」のみを指すものであるとして批判する⁽²²⁾。それゆえ、それらの学説は、決議や法人設立行為などを合同行為ではない多方行為であるとするが、これは岡松が分析するように合同行為の觀念を正當に定めるときは、みなこの合同行為に入れるべきものであるという。そのほか、共同遺言は二つの遺言の合併であつて、特殊の行為ではない。またコーラー (Kohler) が挙げる多方行為とする種々の行為はことごとく契約であるという⁽²³⁾。

2 合同行為の分類

(1) 三つの分類

合同行為の概念は、ドイツ法学においては一般に用いられるようにはなつたが、近年はその不当な拡張が見られるとして、岡松自身はさらに検討を加え、以下の四種類に分類するのが正当であるという。

(一) 集合行為

複数の当事者が「内容ヲ同フスル集合的意思表示ヲ爲ス場合」⁽²⁴⁾であり、決議 (Beschluss) と選挙 (Wahl) がこれに属する。

(二) 結合行為

複数の当事者が「内容ヲ同フスル並行的意思表示ヲ爲ス場合」⁽²⁵⁾であり、法人や団体の設立行為がこれに属する。

(三) 共同行為

数人が一当事者として「内容ヲ同フスル數意思表示ヲ爲ス場合」⁽²⁶⁾であり、共有者が共同に地役権を設定し、契約の一方の当事者たる数人が共同に解約申入をなす場合をいう。

(四) 同意行為

一人の意思表示に他の一人が同意をなす場合であり、未成年者の意思表示に後見人が同意をなし、代理人の権限超越の行為を本人が追認する場合、すなわち同意行為である。

以上の四種類の行為の中で、(一)の集合行為と(二)の結合行為は真の合同行為であるが、(三)の共同行為と(四)の同意行為は合同行為の中に入る資格があるかは疑問があり、検討の結果後述のように岡松は合同行為に入れるべきではないという。この点につき、後のわが国の批判の中で、岡松の除外した(三)と(四)の類型を対象にしたものは、岡松合同行為論には妥当しないことになるであろう。

(2) 各種の分類について

(ア) (三)の共同行為については、数人が一当事者として共同的意思表示をなす場合であり、前述のように、共有者の地役権設定、数人の共同賃借人の解約申入れ、会社の複数の取締役が共同して法律行為をなす場合などである。このような共同的意思表示をなす場合を合同行為として認める学説は、これを法律行為の一種としてきた。

しかしながら、このような共同行為は契約ではない。共同行為の場合、法律行為に関与する者が数人いて数個の意思表示があり、その意思表示によって法律上の効果が生ずるのであるから、契約にきわめて類似するが、契約はこれと異なる。契約の場合、「其數人ノ關與者ハ異ナリタル相對立スル當事者タル身分ヲ有シ且其意思表示ハ相互ニ對シテ爲サレ又其意思表示ハ數人ニ對シ各異ナリタル意義 (Bedeutung) ヲ有ス」⁽²⁷⁾。たとえば、一方はかなり高く売ろうと欲し、多方はかなり安く買わんと欲するようなものをいう。

これに対して、共同行為の場合は、その数人の関与者は「相合シテ一方ノ當事者ヲ成シ即數人ハ共同當事者 Parteinossen ナリ」⁽²⁸⁾、かつその意思表示は並行的になされ、また各人の意思表示は各人に対し同一の意義を有する。したがって、このような共同行為は契約とは明確に区別する必要があるというのである。

その上で、このような共同行為を契約と対立するような法律行為の一分類とすることは誤りであるという。数人が数個の意思表示をなして相互に協力したとしても、そのことのゆえになんら特別の効果を生ずることはない。同一の法律行為は、数人が共同してなそうが、一人がこれをなそうが、その効果において異なることはない。すなわち、いわゆる共同行為なるものは法律行為の種類ではなく、意思表示の一方法にすぎないのである。言い換えれば、「共同行為ナルモノハ契約ノ如ク一ノ法律行為ヲ成スモノニアラス単純ナル一法律事實トシテ法律行為ノ一構成部分ヲ成スニ過キス」²⁹。先の例に即していえば、数人の共同賃借人の解約申入れは一方行為の場合における共同行為であり、数人が共同してなす申込みは契約の場合における共同行為である。さらに、共同行為の場合にも共同行為が生ずることはある。株式の共有者が株主総会決議に加入する場合がそれである。

このように意思表示の一方法であるから、共同行為は各種の法律行為において存在が認められることがあるが、それ自体が「特種ノ法律行為」³⁰をなすものではないことになる。当事者という概念を用いるならば、岡松によれば、法律行為は「其當事者カ單一ノ人ヨリ成ル場合ニハ單獨的意思表示ヲ含ミ其當事者カ數人ヨリ成ル場合ニハ共同的意思表示ヲ含ムモノ」とするのである。それゆえに、共同行為なる概念は法律行為からも合同行為からも除かなければならないことになる。なお上記の論旨の展開はクンツェによるものではない。クンツェ以降のドイツの諸学説に依拠していることは引用文献から確認できる。³¹

他方において、これらの学説は、合同行為を共同行為のみに限るとしたり、あるいは他の合同行為も共同行為と同じ性質のものとして、また合同行為はすべて法律行為ではないとして、合同行為の観念を排斥するに至っているが、それは適切ではない。共同行為とはまったく性質を異にする、特種の法律行為たる性質を有する集合行為と結合行為

があるからである。

(イ) 同意行為について

同意行為は、「數人カ主タル關係者及從タル關係者トシテ一法律行為ニ共力スル場合ニシテ法律上一人ノ行為ニ依リテハ完全ナル効果ヲ生スル能ハサルカ爲ニ他ノ人格ノ共力的行為ヲ要スル場合ニ生スル³²⁾」もので、同意、追認、承認等の場合をいう。

岡松は、同意行為が契約ではないことは明らかであるが、これを特種の法律行為として合同行為の中に入れることは誤りだという。というのは、合同行為であるためには「數當事者アリテ其當事者ノ同一内容ヲ有スル並行的意思表示ノ合致ニ因リテ法律上ノ効果ヲ生スル場合³³⁾」でなければならない。ところが、同意の場合には、第一に法律行為の當事者たるものは主たる關係者(たとえば未成年者)一人である。その行為は結局その者の行為であつて、同意者(たとえば後見人)はその法律行為の當事者ではない。まったく独立した同意なる行為の當事者にすぎない。第二に、同意の意思表示は、多くは主たる關係者に対してなされ、相手方に対してなされるものではない。したがつて各自の意思表示は並行的になされるものではない。ただ、追認の場合のように、同意の意思表示が相手方に対してなされる場合があるが、この場合、各自の意思表示は並行的になされると言いうるのであろう。しかしその内容は同一ではない。一つは法律行為をなす意思表示であるが、もう一つはこの法律行為をなすことを承認する意思表示である。第三に、同意の場合には意思表示の合致なるものがあることはない。内容を異にする意思表示が合致を生ずべき理由はない。ただ、一つの意味表示が他の意思表示を補充するにすぎないのである。

要するに、同意行為の場合には、主たる法律行為と同意という法律行為との二個の独立した法律行為が存するものである。[「³⁴ 數個ノ意思表示ヨリ成ル特種ノ法律行為アルニアラス」となる。したがって合同行為の中に入るものではないという。

(ウ) 合同行為の性質

以上のように、従来共同行為や同意行為をも合同行為としてきた学説を批判し、これらの行為を合同行為から除き、上述の(一)集合行為と(二)結合行為が合同行為であるとする。そこで、合同行為が契約と異なる点、および一方的意思表示と異なる点について論究する。岡松は各学説に承接して細かく論じているが、本稿の視点との関係でその点は割愛する。そして契約との真の区別の標準を以下の二点に求める。

1) 団体関係において

契約においては、「意思表示ハ數人格 (Mehrere Individualien) ノ事務ニ關ス」るが、合同行為においては「意思表示ハ一團體ノ事務ニ關ス」る。そしてここでいう団体というのは必ずしも法人に限らず、組合たることもあり、法人格なき社団たることがある。「是合同行為ハ團體關係ニアラサレハ生セサル所以ナリ」³⁵という。このように団体関係の存否は契約と合同行為とを区別する重要な標準とされる。

2) 意思表示の交換と合同

契約においては、「意思表示ノ交換 (Austausch) ヲ目的トス」⁽³⁶⁾。それゆえに「各当事者ハ相對立シ其爲ス意思表示ハ相對向ス (Entgegengesetzte W. E.)」⁽³⁷⁾。すなわち、その目的は意思表示を交換することであるから、各当事者は相互に對立し、その当事者がなす意思表示は相互に對向していることになる。

これに対して、合同行為においては、「意思表示ノ合同 (Zusammentreffen) ヲ目的トス」⁽³⁸⁾。それゆえに「各当事者ハ相對立シ其爲ス所ノ意思表示ハ相平行ス (Parallele W. E.)。すなわち、その目的は合同 (zusammentreffen) にあるから、各当事者が相互に並立していて、その当事者がなす意思表示を相互に並行してなしていることになる。zusammentreffenを「合同」とする訳語については、zusammentreffenの語義が sich treffen⁽³⁹⁾であるから、人にたとえて「ある場所で同時に会う」、あるいは人ではなく「一つに合わせること」という語義も見られるので、「合同」という訳語で適切であろうと思われる。

このように岡松は、契約と合同行為とは、団体関係の存否に加え、当事者の立場、および意思表示の三点において差異があるという。

この結果として、契約においては本来意思表示の交換を目的とするから、双方の意思表示 (申込みと承諾) は原則として時を異にするべきである一方、合同行為においては本来意思表示の合同を目的とするから、当事者の意思表示は原則として同時に為されるべきであるという。ここで岡松は意思表示の同時性の存否を両者の差異に挙げる。もちろんいずれにおいても常に同時であることを要求するものでなく、個々の事例によっては時間差も生じることは認めつつ、したがって原則的な差異に止まるというものである⁽⁴⁰⁾。これを上記の三点に加え、四点目めの差異とすることがで

きる。

3) 一方的意思表示の集合との区別

契約ではないとされる合同行為は、それでも結局は一方的意思表示の集合ではないかと批判されることがある。しかしながら、合同行為における各意思表示はそれが独立しては何ら効果を生ずるものではなく、各意思表示がそれぞれ独立して一つの法律行為をなすということもない。そこが集合してなされた一方的意思表示との違いであり、また同意の場合のように独立した法律行為の集合とすることもできない。結局は各意思表示が合同して一つの法律行為をなすものなのである。

先に挙げた共同行為においては、その複数の関与者は「相合シテ一方ノ當事者ヲ成」す共同当事者であつて、そこで各自が一方的意思表示をなした場合、あたかも合同行為であるかのように解される。そしてクンツェのように実際そのように理解する学説もある。しかし、そのような一方的意思表示の単純な集合ではなく、集合行為である決議や、結合行為である団体設立行為という合同行為では、「各人カ獨立ノ當事者トシテ獨立ナル數箇ノ意思表示ヲ爲スコトヲ要素⁽⁴⁾」とするのであつて、その合同により特別の効果を生じ、それゆゑに特種の法律行為となすものである、とする。

(エ) 集合行為

合同行為とされる集合行為の具体例として、岡松は決議と選挙を挙げる。決議は、古くは契約とされたことがある

が、今では「契約ヲ離レ一種ノ法律行為ヲ爲スコトハ多少ノ異論ナキニアラサルモ今日ニ於テハ一般ニ是認セラルルモノ」とされる。⁽⁴²⁾ ただし、法律行為でない決議もあるが、法律行為とされる決議に限定される。⁽⁴³⁾

選挙が合同行為であることを明瞭に言明する学者は少ないが、法律行為たる選挙は結局選挙という決議に外ならないのであるから、結局決議の一種であり、合同行為とならざるをえない。⁽⁴⁴⁾ ただし、ここでも法律行為とされる選挙に限定される。

(オ) 結合行為

合同行為とされる結合行為の例は、団体設立行為である。決議は前述の通り一般の認めるところであるとされたが、結合行為、ことに法人設立行為については必ずしもそうではない。あるいは法律行為でないとし、あるいは契約と同視する立場もあり、あるいはまた決議と同視する者もいるが、そのいずれでもなく、結合行為は一種の合同行為であり、かつ集合行為たる決議ともその性質を異にするという。場合によっては、決議と設立行為とが同時に生ずることがありうるが、「内部ニ於ケル決議ト外部ニ對スル設立行為トハ尚觀念上之ヲ區別セサルヘカラス」という。⁽⁴⁵⁾

また結合行為を共同行為と同視する者もいるが、共同行為は数人が一当事者としてなす意思表示であつて、結合行為は、集合行為と同様に、「數多ノ當事者トシテ爲ス意思表示」なのであるから、その間に差異がある。ここでは当事者が多数存在するのであつて、ひとつの当事者ではない。

設立行為は、かつては契約あるいは債権契約と同視したが、ギールケなどにより契約でないことが主張され、賛同も得て今日では一般に債権契約でないことが認められているところ、なお近時では一種の契約であるとの主張をする

者（フォン・トゥーア⁴⁶）もいるが、契約説をとる彼も決議は議長に対し意思表示をなすものであるから、合同行為であるとする。フォン・トゥーア自身は、設立行為はなお相互に意思表示を交換し、意思の合致を要するものであって、契約としなければならない。ことに設立行為は、組合または法人格なき社団の場合にも存在する。そしてこれらの団体は契約法に従うべきものであるから、設立行為もまた契約とならざるをえないとする。法人設立行為も同様である。これに反論して、岡松は次のようにいう。

第一に、設立行為の意思表示は必ずしも相手方に対してなすものとしなければならないものではない。いわゆる受領を要しない意思表示とみれば足りる。フォン・トゥーアはかようなものは事実には反するというのが、なにゆえ事実には反するかは知り得ない。かつ財団法人の場合には明らかに受領を要しない意思表示が存するのではないか、という。

第二に、組合または法人格なき社団の場合にも設立行為があるのは明らかであるが、組合契約と設立行為とは区別せざるをえない。ただ、通常、形の上において組合契約の中に設立行為が含まれるにすぎない。設立行為そのものが契約なのではない、と。

第三に、設立行為をもって契約であるとすれば、社員の入会または退会のようなものもまた契約とならざるをえない。しかし入会、退会は一方行為をもってこれをなすことができることは一般に認められている、と。⁴⁷

(カ) 集合行為と結合行為との区別

以上の所論を通じて集合行為と結合行為を説明してきたが、ここで両者の区別、差異に岡松は言及する。

集合行為（決議・選挙）は「内容ヲ同一ニスル數當事者ノ集合的意思表示」にして、結合行為（設立行為）は「内容

ヲ同一ニスル數當事者ノ並行的意思表示ナリ」。「數當事者」とは複数の当事者のことをいうであろうから、両者は集合的か、並行的かの違いはあれ、複数の当事者によってなされる内容が同一の意思表示ということから合同行為とされることになる。

これを称して、「共ニ多數ノ併行的意思表示ノ融合 (Verschmelzung) ニ因リ法律上ノ効力ヲ生スルモノニシテ」、この点において両者は異なる点はないが、結合行為 (設立行為) においては各意思表示は「融合スルモ其獨立ヲ失ハス」、これに反して集合行為 (決議・選挙) においては「融合セル意思表示ハ皆其獨立ヲ失ヒ將來唯集合的意思表示 (Gesamtwillenserklärung) トシテ其存在ヲ有スルノミ」⁽⁴⁸⁾とする。その結果、結合行為においては必ず全員の意思表示があることを要し、かつ後よりその集合した意思表示に加入することができる。この必ず全員の意思表示があることを要するというのは、意思表示をなす者でなければ、その合同行為の効果を受けないという意味である⁽⁴⁹⁾。そして、後よりその集合した意思表示に加入するとは、後になって前の設立行為に社員は入ることができることをいい、ここでは並行的意思表示に新たなる一方の意思表示を付加することをいう⁽⁵⁰⁾。

これに反して、集合行為においては、多数決によることができると同時に、後に加入することができない。すなわち集合行為における意思表示は「時ヲ異ニシテ爲サルコトヲ得ス」⁽⁵¹⁾、すなわち同時になされなければならないのである。もつとも決議に関しては意思決定の方法についてなお議論があるという。とくに、多数決か全員一致かであり、この点岡松は、合同行為すなわち決議において多数決を採る場合、決議はその多数者間のみで成立するのか、全員の決議が成立するのかが「困難ナル問題ナリ」という。一部学説を引用して、多数者間に決議が成立するときは、法規により全体の決議と看做さざるをえないとするとどめている。

(3) 合同行為の価値について

以上のような分析を経て、ドイツ法における議論を検討した結果、岡松は従来論じられてきた合同行為を四種類に分類し、共同行為と同意行為とを合同行為から除外し、残る集合行為と結合行為の二つを真の合同行為として承認する。上述したように、この二つについてもなお批判はあるが、岡松は同論文の各所で反論して、その結果、当時の法学において合同行為の観念はもはや動かすことはできず、重要な観念であると結論づけている。

しかしながら、その法学上の価値に至っては「従来頗過重視サレタルノ観ナキニアラス」⁵²という。というのも、合同行為に属すべき法律行為の数にいたっては、わが法典、近世諸国の法典の上において、集合行為として決議（選挙を含む）と、結合行為として団体設立行為があるのみだからである。それゆえ、その「法律上ノ取扱及之ニ適用スヘキ法規ニ至リテモ契約ト大差ナク（例ハ能力、意思表示等ニ付キ）法學上此観念カ幾何ノ価値アルカハ一疑問タラスンハアラス」⁵³としている。

三 岡松合同行為論の評価

以上のように、岡松は、提唱者と目されるクンツエのみならず以降の学説をも渉獵して分析したものである。現在から見ればその所論は概念分析に終始しているといっても過言ではないが、しかし意思表示あるいは法律行為という概念そのものが、まだ当時の学会や裁判実務に必ずしも十分に定着していなかったであろう時代においては、概念分析それ自体ですでに重要かつ必要な作業であったというべきであろう。しかしそれ以上に評価すべきは、合同行為概

念をさらに細分化し、再分類をして集合行為、結合行為、共同行為、および同意行為の四つの下位の分類を立て、そこから決議と団体設立行為という、彼のいう「真の」合同行為を析出したことにあると思われる。この概念の細分化・再分類は、冒頭に述べた合同概念の再定義という視点からみて評価に値する作業である。とりわけクンツェの論文は、その後わが国でも少なからぬ批判を受けてきた。これを最初に紹介した志田ですら、クンツェの合同行為概念が法学上に「非常ナ貢献」をなすべきものであると言いながら、疑問も提起して「是カラ先ノ學者ガソレヲ唱ヘテ行クト云フコトハナカラウト思ヒマス」⁵⁴と断じている。後に、岡松・法律行為論を好意的に引用した安田も、「彼「クンツェー筆者注」の合同行為論は、徒ら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」⁵⁵と酷評する。

しかし、岡松自身はおそらくはこれらの批判がありうることは理解しつつ、なお合同行為概念を以上の四種類に細分化・再分類することができたのは、クンツェにのみとらわれず、子細に諸学説も含めて検討した結果であるから、この点は高く評価されるべきであると考ええる。ここでは以下の点に絞って若干の検討を試みたい。

1 集合行為としての決議について

共同行為の分類には、共有者が共同して設定する地役権（複数人による地役権の共同設定）、複数賃借人が共同してなす解約申入れ（複数人による賃貸借の解約申入れ）がそれに属していた。これらは、数人が一個の当事者として「内容ヲ同フスル數意思表示ヲ爲ス場合」、換言すれば「一個の当事者としての複数人のなす同一内容の意思表示」といえる。複数の人がそれぞれ独立した意思表示をなしていても、これをまとめて一個の当事者たる地位を有し、意思表示

が同一内容であれば、共同行為の分類に入るのであるから、岡松・法律行為論によればこれらは合同行為ではない。通常の契約法理、意思表示・法律行為論で対応できる範囲内にあるともいえるだろう。

さらには、地役権の共同設定者も、解約申入れをなす共同賃借人も、他の社団設立行為事例にみられるような、なんらかの団体ないし組織が、少なくともその前提として存在するわけではないであろう。共同行為をなす複数人については、まとまって一個の当事者であるがゆえに、岡松によれば真の合同行為の関係にはないことになる。これに対して、決議や選挙が属する集合行為は真の合同行為であって、単独行為（一方行為）や契約（双方行為）と異なる。とはいえ、共同行為は想定される事例が多い。地役権のほかにも他の物権の設定が考えられるし、また賃借人以外でも契約当事者が複数存在する場合は想定できであろう。

これに対して集合行為は対象が決議に限定されている。そのため、後のドイツの体系書や教科書さらには論文などが「合同行為としての」決議を検討するのではなく、端的に決議そのものとして検討するようになったのは自然な流れともいえる⁵⁶。また決議のみであれば集合行為なる概念も屋上屋を架すようなもので不要となろう。岡松自身、この集合行為概念を立てたのは、他の共同行為の分類と区別するためであったはずである。

これに加え、集合行為では、共同行為にみられるような当事者論はない。各人がそれぞれ当事者なのであって、その場合には各人をまとめて一つの当事者にする必要はないからであると考えられる。

2 団体ないし組織の存在

団体の設立行為が属する結合行為では、同一内容の並行的意思表示をなす場合となる。契約と区別されるのはそこ

に何らかの団体（あるいは組織）が存在する点である。かかる合同行為は団体関係でなければ生じない。この団体関係とは、設立目的とされる団体のことではなく、意思表示をなす複数の人々の関係を指している。意思表示をなす者達に何らかの団体ないし組織の関係があり、その上で同一内容の並行的意思表示がなされるのであって、団体や組織から切り離されて意思表示がなされるわけではない。この点で、後のわが国の学説は、合同行為が「方向を同じくする」二個以上の意思表示の合致といい、契約が「対立する」二個以上の意思表示の合致と対比するのが主流である⁵⁷が、その際にはもっぱら意思表示の次元でのみ対比していて、団体や組織との関係は捨象されているようにみえる。もちろん、その後、合同行為当事者は共同の目的をめざして協力するという関係にあるとはされているが、団体や組織との関連性はなお薄いように思われる⁵⁸。鳩山に至っては、契約では「独立セル二個以上ノ目的アリ」、合同行為では「共同セル一ノ目的アルニ止マル」⁵⁹として団体・組織の関係性はほぼ見られない。同一内容の並行的意思表示をなす者の間の、団体ないし組織の存在という岡松の指摘は、通説を形成したとされる鳩山以降は実際には希薄化したのではないか。

3 意思表示の方向と比喩

そして「方向を同じくする」二個以上の意思表示の合致（合同行為）と、「対立する」二個以上の意思表示の合致（契約）と対比された点が、後に鳩山により前者が「並行合流」、後者が「交錯合致」⁶⁰などの対比に展開されるに至って、そのような対比が「一種の比喩ないし文学的描写」に過ぎないと評され⁶¹、「数個の意思表示の『方向』のちがい、つまり『交錯型』か『平行型』か」という点も、一種の比喩的描写以上のものではない⁶²とされ、ついには「たとえば

公益社団法人の設立に参加する人々が法人設立という目的に向っているとしても、初めから終りまで同方向に向っているものならば、平行線はついに、合致する機会はないであろう⁽⁶³⁾とまで評されるに至っては、議論として実りがあつたというには程遠いというべきである。冒頭で引用した「合同行為の伝統的な定義はあまりに比喩的」という指摘は、まさにこの点を考慮したものと考えられる。それゆえ、「平行合流」、「交錯合致」、「交錯型」、「並行型」との表現が比喩的で使えないのであれば、どのような法的表現であれば（たとえば性質決定として）よいのか、あるいは適用されるべき規範概念として適切なのか、法律行為の分類としての表現として考えるかどうかを含め、検討しなければならぬであろう。

4 組合契約との関係

岡松・法律行為論においては、まさに法律行為としての分類として合同行為が論じられており、焦点はその意思表示の法的な分析にある。岡松は、団体設立行為の分析に際して、設立される団体として法人、権利能力なき社団のほかに、組合も挙げている。

他方、組合自体が組合「契約」によつて形成される点をどう理解するか。岡松の紹介するように、設立行為はギールケによれば契約でないとされたが、フォン・トゥーアによれば一種の契約とされ、相互に意思表示を交換し、意思の合致を要するので契約としなければならない。設立行為は「団体」設立行為であつて、「団体」には法人のほか法人格なき社団も組合も存在するのであつて、これらの団体は契約法に従うべきものであるから、設立行為も契約とならざるをえないとしたフォン・トゥーアに対して、岡松は反論する。その主たる理由は、設立行為の意思表示は必ず

しも相手方に対してしなければならぬものではないこと（受領を要しない意思表示とすれば足りる）、そして組合「契約」と設立行為は区別せざるをえないが、通常、「形の上において組合契約の中に設立行為が含まれるにすぎない」ことの二点にあるといえる。前者の点はともかく、後者の点はどうか。

岡松は、「契約」における意思表示と「合同行為」における意思表示が異なるのであるから、設立行為という「合同行為」は「契約」とは異なる、別の法律行為分類として立てるのであるが、その一方で、組合契約の中に設立行為が含まれることを「形の上において」認めている。これは、分類も性質も異なる意思表示が一つの組合契約の中に存在するということなのであるか。あるいは一つの意思表示が、契約であるとも合同行為であるとも解されるというのであろうか。そうするとフォン・トゥーアの議論とどのように異なるのかという疑問も生ずるが、岡松はこの点につき特に詳しく論じてはいない。

後に合同行為論は何人かの論者から批判されるが、そのうちの一人である川島武宜は、以下のように指摘する。契約も合同行為も「法的判断の道具概念」として考えて、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）⁶⁴と。したがって「契約を構成する一つの意思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、たとえ一つの意思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⁶⁵⁾」という。

ここでいう「共通な権利義務」がいかなるものか、「共同性」が害される場合とはどのようなものを指しているのか、きわめて興味深い。この指摘は複数の契約関与者の意思表示を分析する際にも重要ではあるように思われるが、少なくとも本稿の上述³⁾（意思表示の方向）において言及した点に関わっている。

いずれにせよ、ギールケが設立行為を契約でないとした理由ないし背景とともに、フォン・トゥーアが契約であるとした議論はなお興味深い。さらには川島の上記指摘と共に、後に組合契約を合同行為と解しながら、これを社団の設立行為とは異なり、「多分に契約的色彩を有する⁶⁶⁾」とした見解（我妻）の関係も検討に値するであろう。

四 まとめに代えて

この小論では、現代的な意味を持ち始めた組織を形成する取引について、組織を創設する段階における合同行為概念の再定義という視点から、わが国の先達として岡松参太郎博士の所論を取り上げた。彼自身、最終的に「幾何ノ価値アルカハ一疑問タラスンハアラス⁶⁷⁾」とされたのではあるが、その理由は、主に一方行為（単独行為）と双方行為（契約）にならぶ法律行為の種類として新しい概念が立てられたというのに、その素材は決議と団体設立行為という二つに限られており、結局材料が乏しいという点にあると思われる。しかも（行為）能力規定、意思表示規定の適用

上は契約と大差がなくなるとすれば、それ固有の法的効果を導くことは困難である。かりにわずかな差異があるとしても、たとえば柔軟な解釈を施すことで対処できるのであれば難しい議論を立てる必要もないであろう。それゆえ上述のように、合同行為論はその後もいくつかの厳しい批判を受けるのも当然ではある。もつともそれらの批判の多くは、クンツェを根本的に検討した岡松・法律行為論がなした作業によって真の合同行為ではないとされた共同行為に向けられたものであった。そうであれば、その後の学説が岡松をどこまで継承していたかにつき若干の疑問も生ずるが、なお概念の再定義という視点から検討する必要があるように思われる。とりわけ我妻にみられるような組合契約の法的性質論において、契約と合同行為の両概念がどのように結びつくのか、に留意すべきであろう。

他方、ドイツ法における合同行為 (Gesamtakt) 概念はクンツェ以外にも、会社法、国際法、公法分野においてもこれを論ずる学者が少なくなかった⁽⁶⁹⁾。この概念に類似したものとして、一九世紀後半に「合意 (Vereinbarung)」なる観念を用いて同様の議論を展開した者もいる一方で、団体法の視点からのギールケの所論⁽⁷¹⁾は、団体・組織と切り離せないことから関心が持たれるところである。そのような学史的検討も概念の再定義という視点から今後に期したいと思う。

(一) Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, in: Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. jr. Otto Müller zum 14. Mai 1892, S. 27, 1892. なお現在の表記である「Gesamtakt」は、一九世紀後半であった当時は「Gesamtakt」と表記されていたようである。もつともこの語自体は、ギールケの創唱にかかるもの (Otto von Gierke, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S.133) で、これを採用したのがクンツェであるとの指摘もある。安田幹太「合同行為の

観念を排す(二・完)」司法協会雑誌第一九卷第二号(一九四〇)二二七頁参照。

(2) 川島武宜・平井宜雄編『新版 注釈民法(3)総則(3)』(有斐閣、初版二〇〇三)【平井宜雄】五一―五二頁。

(3) 平井・前掲注(2)五二頁。

(4) 平井・前掲注(2)九一頁。

(5) 平井前掲注(2)九一頁。筆者はかかる視点から、組織型契約としての組合契約について、端緒的な論文を公表している。拙稿「ドイツ法における組織契約論序説」MBS Review No.18, 14-21.

(6) 平井・前掲注(2)九一頁。

(7) 長谷川貞之教授は、インターネット上のプラットフォームを通じて契約の締結・履行をコンピュータ・プログラム、AIなどを応用して行ういわゆる「スマートコントラクト (Smart Contract)」について、「当事者間に合意や約束の相互交換を要する伝統的な契約理論からすれば、スマートコントラクトがそれ自体、必然的に契約を意味するわけではない」として、スマートコントラクトの浸透が「従来の伝統的な契約理論を根底から揺さぶるもの」と位置づけ、現代的な取引現象を視野に置いた多角取引の視点からの検討の方向を示唆されている。長谷川「スマートコントラクトによる契約と伝統的契約理論」日本法学第八六卷(二〇二〇)二・三号六三頁。本稿は、契約当事者ないし関与者が三者以上となる現代的な取引を検討する問題意識から、伝統的な意思表示・法律行為概念上注目すべき合同行為論を取り上げるものである。多角的法律関係の構想は椿寿夫博士に由来するものであり、中舎寛樹名誉教授らによりさらに展開されている。さしあたり椿寿夫・中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』(日本評論社、二〇一二)、椿寿夫編著『三角・多角取引と民法法理の深化』別冊NBL一六一号(二〇一六)、中舎寛樹『多数当事者間契約の研究』(日本評論社、二〇一九)に掲げられた諸論考参照。

(8) 時期的には最も早い紹介が、志田鉦太郎『クンツェ』氏ノ『ゲザンムトアクト』論ニ就テ」法学協会雑誌二一巻六号(一九〇三)七六四頁に見られる。留学からの帰朝講演で合同行為論を紹介しているが、これが最初と推測される。安田幹太「合同行為の観念を排す」司法協会雑誌第一八卷第二〇号(一九三九)一一頁は、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。

(9) 岡松参太郎『法律行為論』(有斐閣書房、一九一四)。初出は、京大法學會雜誌第七卷第一一号及び第一二号(一九一二)であり、これを加筆修正・増補の上京都法科大学研究叢書として発行されている(同書端書き、以下「岡松・法律行為論」として引用する)。安田前掲注(8)論文において、志田以降の日本における初期の学説を詳しく検討するが、岡松の同論文がわが国における合同行為論の始祖であると称し(同一〇頁)、わが国の通説を決定的に合同行為論の認容に導いたという(同一四頁)。さらに近時、岡松・法律行為論を取り上げるのが山城一真「共同型の法律行為について」岡本裕樹・沖野真己・鳥山泰志・山野目章夫編『民法学の継承と展開 中田裕康先生古希記念』(有斐閣、二〇二二)一三九頁以下である。フランス法における議論、とくにレミー・カブリヤック (Rémy CABRILLAC) による「共同行為 (acte juridique conjonctif)」構想とも関連づけて検討する同論文には興味深い指摘も見られる。しかし同論文は基本的に共同型の法律行為という視点から岡松の「共同行為」概念を検討するものであるから、本稿の上述のような問題意識から岡松・法律行為論を全体として取り上げる関心とはやや異なるであろう。

(10) Gierke 前掲注(1)論文一三三頁以下。

(11) ここでいう「従來の学説」は、日本の学説というよりもドイツの学説のことを指していると思われる。たとえば Biernann, Bürgerliches Recht I, 1908の文献を引用、参照させているからである(岡松・法律行為論六九頁注2)。

(12) 岡松・法律行為論六八頁。

(13) 同前。

(14) 同前。

(15) 同六九頁。

(16) 同六九頁。

(17) 岡松は、意思表示の種類を、独立的意思表示 (selbständige Willenserklärung)、相対的意思表示 (unselbständige Willenserklärung)、そして従属的意思表示 (abhängige Willenserklärung) の三つに分類する(同一一頁以下)。独立的意思表示とは、一定の法律上の効果を惹起しうる意思表示であり、寄附行為・無記名証券の発行・相殺の対抗・解約の申込み・遺言

を例とする。相対的意思表示とは、他の意思表示と合体して法律上の効果を生ずる意思表示で、他の意思表示に対する関係は対立的にして従属的ではないもので、契約における申込みまたは承諾の意思表示、合同行為（例 決議）における意思表示である。そして、従属的意思表示とは、独立して直接に一定の法律上の効果を生ずることなく他の法律事実（必ずしも意思表示に限らない）の効果にある影響を及ぼす意思表示であるとする。この二つの分類のうち、最後の従属的意思表示が、エルツバッハー (Elzbacher) に従い、さらに二つに分類される。すなわち①補充的意思表示 (Ergänzende Willenserklärung) と、②破壊的意思表示 (Entkräftende Willenserklärung) と、さらに③指定的意思表示 (Bestimmende Willenserklärung) である。①補充的意思表示とは、その他の法律事実が独立して完全な法律上の効果を生ずることができない場合に、これを補充してその目的とする効果を生じさせる意思表示をいい、制限行為能力者の行為に対する法定代理人などの同意、許可、無権代理行為の追認、第三者のためにする契約における利益を享受する意思表示、および意思表示ではない法律事実に従属するもの（事務管理の追認、未成年者の営業の許可）などが挙げられる。②破壊的意思表示とは、他の法律事実が生じさせたまたは生じさせるべき法律上の効果を破壊する意思表示で、取消し、撤回、申込みの拒絶、追認の拒絶、懸賞広告取消権の放棄、相続の放棄が挙げられる。そして③指定的意思表示とは、種々なる法律上の効果を生じうべき法律事実の効果を確定する意思表示で、選択債権における選択、不定（不特定か「筆者」）給付における指定が挙げられる。ここではこの①の補充的意思表示のことを指している。

(18) 同前。

(19) 同七〇頁。

(20) 同前。

(21) 同前。

(22) 同前七〇頁、注4。

(23) Biermann, Bürgerliches Recht, I. S. 355, 1908. を引用する。

(24) 岡松・法律行為論七三頁。

- (25) 同前。
- (26) 同前。
- (27) 同七六頁。
- (28) 同七六頁。
- (29) 同七六、七七頁。
- (30) 同七七頁。
- (31) Gierke, Brockhausen, Gleitsmann, Endemann, Crome, Cosack, Filtzbacher, Biermann, Tuhr, Enneccerus らを挙げる (同七八頁、注7)。
- (32) 同七九頁。
- (33) 同八〇頁。
- (34) 同八一頁。
- (35) 同八七頁。
- (36) 同八七頁。
- (37) 同前。
- (38) 同前。
- (39) Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6.Aufl, 2007. sich treffen のほか、sich begegnen もあり、「私は劇場で知人と出会った」(ich traf im Theater mit Bekannten zusammen.) という例文が出ている。独和辞典でも同様の例文は使われる(「小学館独和大辞典」[二〇〇〇])。このほか、Duden では、gleichzeitig gegeben sein, geschehen, stattfinden の語義も示され、「(時間的に)ぶつかる、重なり合う…(内容的に)一致〈合致〉する」と訳出される(同上独和大辞典)。名詞化した Zusammen treffen の訳語は、1 出会い、遭遇…会合、会談、2 重なり〈ぶつかり〉合いである(同独和大辞典)。本文にて言及するように、同時性という時間の概念・意味も入る。

- (40) 同八八頁、注15。なお、契約における意思表示の相互関係について、それらが互いに条件をなしている、相互に有機的関係があることも指摘されることを踏まえ、合同行為においては各意思表示の間にそのような結合関係がないことにも言及している(同八八頁、注16)。
- (41) 同八九頁。
- (42) 同九一頁。多少の異論の中に、合同行為概念の提唱者であるクンツェも、またギールケも入っていて、彼らによれば決議は法律行為でないとする(同九一頁)。
- (43) 同九二頁、注3によれば、組織的団体の決議であっても、決議事項の如何により法律行為ではないとされることはもちろんであるという。
- (44) 同九二頁。
- (45) 同九三頁。
- (46) von Tuhr, *Der allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, S. 476ff. (出版年は明示されていないが、一九一〇年か)。
- (47) 同九四、九五頁注9。
- (48) 同九六頁(注12)。この「集合的意思表示」なる語は、岡松が注12で引用するOertmann, *Kommentar* によるものかは定かではない。注12で言及するのは、同書が決議の場合に、各意思表示が「其獨立ヲ失ハサルカ如キ言ヲ爲スモ恐クハ正當ニアラス此點ニ於テハ契約ト異ルコトナシ」としているにすぎない。
- (49) 同九七頁、注13。法人の設立者たる者は設立の意思表示をなした者に限るといふ。たとえば、設立者となろうとして合意した者が五人いて、その中の四人のみが設立の意思表示をなすときは、その四人のみが設立者となるのであって、残り一人はこれに与らない。この場合に五人全員の設立の意思表示があるのでなければ、設立行為無効であるというのではない、と説示する。
- (50) 同九七頁注14。

- (51) 同九七頁。
- (52) 同九八頁。
- (53) 同九八頁。
- (54) 志田・前掲注(8)論文七七九頁。
- (55) 安田・前掲注(8)論文六頁。
- (56) 版を重ねている Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 46. Aufl., 2022, S.39は、法律行為の分類として一方行為 (einseitige Rechtsgeschäfte) と多方行為 (mehrseitige Rechtsgeschäfte) を挙げて、後者の事例に契約 (Vertrag) と決議 (Beschluss) を説明し、合同行為概念を説明することはない。体系書レベルで合同行為概念が取り上げられることはないわけではない (Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl., 2011, S. 171; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., S. 404など) が、それでも独立した一つの分類項目になっているわけでもない。
- (57) 幾代通『民法総則「第二版」』(青林書院、一九八四)一八六頁、鳩山秀夫『法律行為乃至時効』(厳松堂、一九二二)三七頁。
- (58) 幾代・前掲注(57)一八六頁。
- (59) 鳩山・前掲注(57)三七頁。
- (60) 同前。
- (61) 川島武宜『民法総則』(有斐閣、一九六五)一六〇頁。
- (62) 幾代・前掲注(57)一八七頁。
- (63) 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六九頁(一九六七)。なお、契約においては利益が対立し、合同行為においては利益が並立するという対比もあり、これも宮崎は批判する(同六四頁以下)が、岡松・法律行為論においては利益の対立・並立という議論はとくに現れてはいないと思われる。本論で取り上げない理由であるが、合同行為論としては浮上してくる問題であろう。

- (64) 川島・前掲注(61)一六〇頁以下、とくに一六一頁。
- (65) 川島・前掲注(61)同一六一頁。後に、川島は合同行為という第三の類型を認めること自体に反対ないし批判的な学説として引用されることがあるが(幾代前掲注(56)一八七頁)、そうではなく積極的に評価していたともいえるのではないか。
- (66) 我妻榮『債権各論 中巻二』(岩波書店、一九六二)七五八頁。
- (67) 岡松・法律行為論九八頁。
- (68) たとえば、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数人の共同の意思表示の存在を認めれば十分と評して、単独行為、契約と並ぶ「合同行為という概念を構成する必要は存在しない」とされる。川島・前掲注(61)一五九頁。
- (69) さしあたり、Binding, Die Gründung des norddeutschen Bundes, in: Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888, 1888, S.3; Jellinek, System des subjektiven öffentlichen Rechts, 1892^註か。この点^註安田「合同行為の観念を排す(二・完)」司法協会雑誌第一九卷第二号二七頁以下に詳しいが、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学者は、その際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いう。宮崎孝治郎「合同行為否認論」愛知学院大学法学研究一〇卷三九頁以下(一九六七)、とくに四八頁。
- (70) Binding 前掲注(69)論文。
- (71) Gierke 前掲注(1)論文、とくに二二三頁以下。

