

〔論文〕

成年の意思無能力者による 「日常生活に関する行為」の有効性（1）

——BGB第105条aをめぐる議論を素材として——

大 原 寛 史

名古屋学院大学法学部

要 旨

「民法の一部を改正する法律案要綱」は、意思無能力者がした法律行為を無効とする準則を明文で規定する。この準則は、判例および学説において異論なく認められてきたものである。しかしながら、この準則を明文で規定する以上、行為能力理論および制度との関係性、とりわけ「日常生活に関する行為」との関係性の問題については、より詳細に検討しておく必要がある。

この問題について、ドイツにおいては、2002年に成年の行為無能力者による「日常生活に関する行為」については一定の要件のもとで例外的に有効とする規定が新設されたものの、当該規定めぐって様々な観点から議論がなされている。本稿は、この議論を素材として上記問題を検討することにより、民法改正により生じる問題点、とりわけ成年の意思無能力者による「日常生活に関する行為」の効力についての解釈における一視座を提示し、今後の課題を明らかにすることを目的とするものである。

キーワード：民法、意思無能力、意思表示、契約、日常生活に関する行為

Die Wirksamkeit der Geschäfte des täglichen Lebens volljähriger Geschäftsunfähiger

Hirofumi OHARA

Faculty of Law
Nagoya Gakuin University

発行日 2015年7月31日

目 次

- I. はじめに
 - 1. 問題の所在
 - 2. 検討の方法および順序
- II. BGB第105条aをめぐる議論
 - 1. 規定の内容及と目的
 - 2. 各要件をめぐる議論
 - (1) 成年の行為無能力者
 - (2) 日常生活に関する行為
 - (3) 低額性
 - (4) 給付および反対給付の実現
 - (5) 行為無能力者の身上または財産に対する著しい危険の不存在（以上、
本号）
 - 3. 効果をめぐる議論
- III. 成年の意思無能力者による「日常生活に関する行為」の有効性
 - 1. ドイツにおける議論の分析と日本法への示唆
 - 2. 残された課題

I. はじめに

1. 問題の所在

周知のとおり、民法（債権関係）改正作業において、2015年（平成27年）3月31日、「民法の一部を改正する法律案要綱」が国会に提出された¹⁾。改正作業は、債権関係を中心として、関係する領域の規定も改正するものであることから、民法制定以来初の大規模な改正となるため、各領域において激しい議論が交わされていた。

この「民法の一部を改正する法律案要綱」は、「第二 意思能力」において、意思無能力者がした法律行為を無効とすることを示している。意思表示をした者が意思能力を欠いていたときは、その意思表示は無効であるという準則を明文で規定するものである。この準則は、現民法においては規定されていないものの、古くから当然のこととして判例²⁾ および学説³⁾ において異論なく認められてきているものである。

1) 法務省ホームページ（http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00175.html）を参照。

2) たとえば、大判明治38年5月11日民録11輯706頁などを参照。

なお、判例の状況については、熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』（有信堂高文社、2003年）283頁以下を参照。

3) 我妻榮『新訂 民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）60頁以下などを参照。

なお、意思能力に関する従来の議論については、武川幸嗣「意思無能力無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』（日本評論社、2001年）291頁以下、熊谷・前掲注（2）45頁以下などを参照。

民法（債権関係）改正作業において当初より示されていたその目的⁴⁾ からして、この準則に関する明示的な規定を設けることについて、特に異論を述べるつもりはない。しかしながら、このような規定を設けることとすれば、行為能力理論および制度との関係性⁵⁾、とりわけ「日常生活に関する行為」との関係性⁶⁾ の問題については、より詳細に検討しておかなければならないといえることができるであろう。すなわち、第一に、成年被後見人等が意思能力を欠く状態で「日常生活に関する行為」をしたときに、意思無能力の法理は「日常生活に関する行為」まで及ぶかという問題、第二に、成年後見制度を利用していない成年の意思無能力者がなした「日常生活に関する行為」にまで、意思無能力者がなした法律行為は無効であるとする準則を及ぼすべきであるのかという問題である。

第一の問題については、成年後見制度導入以降議論はされていたものの、明確な理論的解決が得られているというわけではない⁷⁾。また、第二の問題については、民法（債権関係）の改正の議論において、その基本方針から提案や言及がなされてはいたものの、今回の法律案要綱におい

-
- 4) 民法（債権法）改正の目的のうちの一つとして、「国民一般に分かりやすいものとする」ことが挙げられている（2009年10月諮問第88号）。具体的にいえば、約120年の間に、たくさんの裁判を通して条文の外に形成された判例のルールを法律の中にきちんと明文化すること、内容が不明確な条文を明確化すること、条文に書かれていないが法律専門家の共通の理解となっている原則や、基本的な概念の定義などを補うことなどが挙げられている。詳しくは、内田貴「いまなぜ『債権法改正』か？（上）（下）」NBL871号16頁（2007年）、872号72頁（2008年）、同「債権法改正の意義」NBL872号1頁、同『債権法の新時代——「債権法改正の基本方針」の概要』（商事法務、2009年）、同『民法改正』（ちくま書房、2011年）、同『民法改正のいま 中間試案ガイド』（商事法務、2013年）など、民法（債権法）改正に関する諸文献を参照。
- 5) この点について、成年後見制度導入以降、意思能力法理と行為能力法理との関係性について詳細に検討するものとして、村田彰「新しい成年後見制度下における意思能力」NBL784号71頁以下（2004年）、
- 6) 日常生活法理に関する諸外国の法状況についての先行研究として、柳澤秀吉「被保護成年者の必要品契約」須永醇編『被保護成年者制度の研究』（勁草書房、1996年）459頁以下、須永醇『『日常生活ニ関スル行為』の法理——成年後見制度の一局面——』下森定編『現代民事法学の構想』（信山社、2004年）6頁以下、また、韓国における成年後見制度に関する民法改正案の訳出として、金祥洙「成年後見に関する民法改正案について〔上〕」国際商事法務37巻12号1710頁（2009年）などを参照。
- 7) この点に関する立法の態度として、小林昭彦＝原司『平成11年民法一部改正法等の解説』（法曹会、2002年）110頁注（1）によると、成年被後見人による日常生活行為において、本人が意思無能力であったときは、その行為は原則として無効となるものと考えられるものの、その例外をなんらかの法理によって認めるかどうか、またその行為の相手方からの無効主張を認めるかどうかについては、その結論を解釈に委ねている。

このような立法態度に対して、須永醇『『日常生活ニ関スル行為』の法理——成年後見制度の一局面——』下森定編『現代民事法学の構想』（信山社、2004年）21頁は、民法9条ただし書が日常生活に関する行為について成年被後見人に法律上一律に意思能力があることを認めてしまう規定となってしまうと批判している。

ては姿を消してしまっている⁸⁾。意思無能力者による法律行為の効果を無効とすることを明文を

8) 民法（債権関係）改正作業におけるその経緯については、下記のとおりである。

「債権法改正の基本方針」においては、その法律効果について、無効とする案を併記しつつも、意思無能力者の保護を目的と考え、行為能力の制限による規律と同様に取消しと構成していた（この点については、民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL126号25頁以下（2009年）、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅰ 総則』（商事法務，2009年）84頁以下（以下、「詳解」として引用。）を参照）。そのうえで、日常生活に関する行為の特則を設けていた。

【1.5.09】（意思能力）

〈1〉「法律行為をすることの意味を弁識する能力（以下「意思能力」という。）を欠く状態でなされた意思表示は、取り消すことができる。」

〈2〉「〈1〉の場合において、表意者が故意または過失によって一時的に意思能力を欠く状態を招いたときは、意思表示は取り消すことができない。ただし、表意者が意思能力を欠いていたことを相手方が知り、または知らなかったことにつき重大な過失があったときは、この限りでない。」

* 効果に関して、次のように定めるという考え方もある。

〈1〉「法律行為をすることの意味を弁識する能力（以下「意思能力」という。）を欠く状態でなされた意思表示は、無効とする。」

〈2〉「〈1〉の場合において、表意者が故意または重大な過失によって一時的に意思能力を欠く状態を招いたときは、意思表示はその効力を妨げられない。ただし、表意者が意思能力を欠いていたことを相手方が知り、または知らなかったことにつき重大な過失があったときは、この限りでない。」

【1.5.10】（日常生活に関する行為の特則）

「現民法9条ただし書に該当する行為は、意思能力を欠く状態でなされたときでも、取り消すことができない。

* 1 効果に関して、次のように定めるという考え方もある。

現民法9条ただし書に該当する行為は、意思能力を欠く状態でなされたときでも、その効力を妨げられない。

* 2 本案および* 1案について、現民法9条ただし書に該当する行為に関する特則を置かないとする考え方もある。」

その後、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」においては、法律効果を無効としつつも、日常生活に関する行為についての規律への言及がなされていた（この点については、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』別冊NBL143号2頁以下（2013年）を参照）。

第2 意思能力

法律行為の当事者が、法律行為の時に、その法律行為をすることの意味を理解する能力を有していなかったときは、その法律行為は、無効とするものとする。

（注1）意思能力の定義について、「事理弁識能力」とする考え方や、特に定義を設けず、意思能力を欠く状態でされた法律行為を無効とすることのみを規定するという考え方がある。

（注2）意思能力を欠く状態でされた法律行為の効力について、本文の規定に加えて日常生活に関する行為についてはこの限りでない（無効とならない）旨の規定を設けるという考え方がある。

しかしながら、「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」、「民法の一部を改正する法律案要綱」においては、法律効果については無効としつつ、日常生活に関する行為の規律は姿を消してしまっている（なお、要綱仮案の解説については、潮見佳男『民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の概要』（金

もって規定しつつも、改正作業における議論で検討されていた「日常生活に関する行為」についての規定を見送るのであれば、高齢化社会問題、障害者同権化問題がさげばれて久しい今日においては、意思無能力者、とりわけ成年の意思無能力者による「日常生活に関する行為」の効力に関する解釈上の問題点について、さらなる理論的検討が不可欠であるといえることができる。民法改正が目前に迫っている今、両問題を再検討しておくことは、民法改正後の法解釈においても、少なからず意義があるといえることができるであろう。

2. 検討の方法および順序

以上のような問題意識のもと、本稿においては、さしあたり第二の問題点、すなわち意思無能力者による法律行為のなかでも、とりわけ成年の意思無能力者による「日常生活に関する行為」の効力を中心として、ドイツ法を参照しながら検討することにより、民法改正後の規定の解釈に示唆を得ることを目的とする。

ドイツにおいては、ドイツ民法（以下、「BGB」という。）第104条以下に行為能力に関する規定があり、BGB第105条には行為無能力者による意思表示を無効とすることが規定されている。この行為無能力者については、日本の意思無能力者に対応するとされてきており、日本における意思無能力者理論にも大きく影響を与えているといえることができる⁹⁾。また、2002年には、成年の行為無能力者による「日常生活に関する行為」については一定の要件のもとで例外的に有効とする規定として、BGB第105条aを新設している。ところが、この規定に関しては、後述するように、各要件および効果の解釈をめぐる、現在も議論がなされている。

ドイツにおけるこのBGB第105条aをめぐる議論を素材として検討することは、民法改正によって意思無能力者による法律行為の無効の規定を新設することにより生じる問題点、とりわけ成年の意思無能力者による「日常生活に関する行為」の効力をめぐる今後の課題を検討するにあたって、有益な示唆をもたらすものであるといえることができるであろう。

もっとも、BGB第105条aをめぐるドイツの議論については、立法経緯から新設後の議論までをふまえた詳細な先行研究が存在している¹⁰⁾。しかしながら、日本民法の改正が目前に迫っている今、先に述べたような問題意識のもとで再度BGB第105条aをめぐる議論状況を参照しつつ、改正後の規定の解釈のために検討されるべき問題点を明らかにしておくことは、少なからず意義があるといえることができるであろう。

融財政事情研究会、2014年）2頁）。

9) たとえば、我妻・前掲注（3）61頁は、意思無能力者による法律行為は無効であることは判例も学説も一致しているとして、ドイツ民法においては、この内容がBGB第105条において明示されているとする。また、石田穰『民法大系（1） 民法総則』（信山社、2014年）154頁は、ドイツ民法上の行為無能力は、日本でいわれる意思無能力に相応するとしている。

10) とりわけ、村田彰「意思無能力者の『日常生活行為』——ドイツ法を参考として——」小林一俊＝小林秀文＝村田彰編『高齢社会における法的諸問題（須永醇先生傘寿記念論文集）』（酒井書店、2010年）63頁以下を参照。

以上の理由から、具体的には、次の順序で検討を進めることとする。すなわち、BGB第105条aをめぐる各要件および効果上の議論を参照し（Ⅱ.），その議論内容を分析することにより、民法改正後の規定の解釈のための示唆を得ることとしたい（Ⅲ.）。

Ⅱ. BGB第105条aをめぐる議論

1. 規定の内容と目的

すでに述べたように、BGB第105条aは、成年の行為無能力者による日常生活に関する行為について、一定の要件のもとで、その契約を有効とみなすことができることを規定している。BGB第105条aをめぐる要件および効果上の議論をみる前に、BGB第105条aの規定内容とその制定目的を簡単にみておくこととする。

BGB第105条a（日常生活に関する行為）

「成年の行為無能力者が低額であることができる日常生活に関する行為をした場合において、給付及び合意された限りにおける反対給付を考慮して、それを実現したときは、その者が締結した契約は、有効とみなす。第一文は、行為無能力者の身上又は財産に著しい危険を及ぼすときは、適用しない。」

私的自治の原則の現れである意思表示による法状況の形成は、合理的な意思形成が可能である最低限の能力、すなわち行為能力が存在することが前提となっている。この行為能力については、原則として誰でも有することが前提となっており、例外を規律することを制限している。その例外においてもっとも厳格である形態が、行為無能力である。この行為無能力について、民法は、BGB第104条¹¹⁾に規定している。すなわち、第1号においては、年齢につき7歳未満の者の行為無能力を規定し、第2号においては、年齢を問わず通常自由な意思決定をすることができない生来的な行為無能力を規定している。

BGB第104条に規定される行為無能力者は、意思決定について自ら責任を負うことができないため、法秩序による特別の保護を受けている。具体的にいうと、行為無能力者による意思表示は、BGB第105条¹²⁾により、それが行為無能力者にとって経済上または法律上利益をもたらすか

11) BGB第104条（行為無能力）

「次に掲げる者は、行為無能力者とする。

第1号 満7歳に達しない者

第2号 精神活動の病的障害によって自由な意思決定をすることができない状態にある者。

ただし、その状態がその性質上一時のものでないときに限る。」

12) BGB第105条（意思表示の無効）

第1項 「行為無能力者の意思表示は、無効とする。」

第2項 「意識喪失の状態または精神活動の一時的障害の状態のもとでした意思表示も、無効とする。」

どうかに関わりなく、無効とされている。

もっとも、行為無能力者も、多様な治療、教育などの特別な措置を講じることにより、行為能力者と同様に日常生活を送っている。それにもかかわらず、上記規定により日常生活における取引への参加から常に完全に排除してしまうことは、措置による成果を脅かすことになるのみならず、行為無能力者の法的地位に対する過剰な介入となってしまうという問題が指摘されていた¹³⁾。

この問題に対処すべく、成年の行為無能力者の法的地位を改善すること、社会におけるノーマライゼーションを促進すること、取引に関する能力を強化することを目的として、現在まで法秩序により与えられている保護を維持しつつ、そのうえで日常生活に関する行為という限定された範囲で行為無能力者が法的取引に参加する可能性を開くことが求められた¹⁴⁾。様々な議論が交わされた結果、2002年7月23日の「上級地方裁判所における弁護士による代理権の変更に関する法律（Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten: OLG-Vertretungsgesetz）¹⁵⁾」により、BGB第105条aがドイツ民法典に規定されることとなった¹⁶⁾。

13) たとえば、BGB第105条aの制定前の状況を批判的に検討する論稿として、Claus-Wilhelm Canaris, *Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht*, JZ 1987, S. 993を参照。Canarisは、BGB第105条第1項が行為無能力者の法的地位に過剰に介入するものであるとして、過剰介入を禁ずる基本法第2条第1項に照らして疑義があると指摘している（S. 996ff.）。

14) BT-Drucks. 14/9266, S. 43.

15) BGBl. I S. 2850.

16) 立法過程における議論の詳細については、村田・前掲注（10）65頁以下を参照。

当初、BGB第105条aは包括的な差別防止法の一部として起草されていた。すなわち、連邦司法省は、「人種または民族的出身に関わりなく個人間の均等待遇原則を実施する2000年6月29日の理事会指令（Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft (ABl. EG Nr. L 180 S. 22)）」を国内法化するために計画された「民事法における差別を防止するための法律の討議草案（差別防止法討議草案：Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht (Stand: 10. Dezember 2001)）」第1条において、一定の領域における法取引への参加に際して精神障害者の法的地位を改善することが企図されたこと、そこでBGB第105条aの民法典への追加挿入が提案されたことが契機となっている。

その後、差別防止法討議草案が第14被選挙期間中に可決されることは断念され、同討議草案（BGB-DE）第105条aは、上級裁判所代理変更法草案に引き継がれ、最終的に同法34条に基づいて、2002年8月1日に施行されている。もっとも、BGB第105条aを追加挿入する案は、上級裁判所代理変更法の原案である連邦政府法律案（Rechtsausschuss. 14/9266）には盛り込まれず、連邦議会法務委員会においてはじめて提出されている。そうして、同委員会によって上級裁判所代理変更法草案第25条第1項に盛り込まれた草案が、連邦議会、両院協議会、連邦参議院を経て、一度も修正されることなくBGB第105条aとして規定されている。

BGB第105条aにより、成年の行為無能力者が行った日常生活に関する行為は、一定の要件のもとで有効とみなされる。政府草案の理由書によると、この有効の擬制により、すでになされた給付と反対給付の巻戻しが排除されることになる。その結果として、成年の行為無能力者に対しても、有効に日常生活に関する行為をすることのできる可能性が開かれることになる。そのため、英米法における「必需契約 (necessaries-Verträge)」の法理を継受するものであるとの説明もなされている¹⁷⁾。

以上のような経緯により制定されたBGB第105条aではあるが、成年の行為無能力者が行った日常生活に関する行為を有効とする条文上の各要件についても、またその効果についても、制定後もなお様々な観点からの議論が続いている。以下では、各要件および効果における一般的な理解と、その理解に対してどのような観点から批判がなされているかという点を中心にみていくこととする。

2. 各要件をめぐる議論

(1) 成年の行為無能力者

a) 意義

まず、成年の行為無能力者であることが必要である¹⁸⁾。ここでいう成年についてはBGB第2

BGB-DE第105条aの内容は、次のとおりである。

BGB-DE第105条a

第1項「成年の行為無能力者が低額ですることができる日常生活に関する行為をした場合において、給付及び合意された限りにおける反対給付を考慮して、それを実現したときは、その者が締結した契約は、有効とみなす。」

第2項「成年者又はその契約の他方当事者によってなされた給付は、成年者が第1項において契約締結の時に行為無能力者であったか、締結後に行為無能力者になったことにより、実現されていないとはみなされない。」

第3項「第1項は、行為無能力者の身上又は財産について著しい危険を及ぼすときは、適用しない。」

17) BT-Drucks. 14/9266, S. 43.

18) J. von Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch. 1, 2011, § 105a Rn. 4/Hans-Georg Knothe; Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band. 1, 3. Auflage, 2012, § 105a Rn. 2/Holger Wendtland; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band. 1, 6. Auflage, 2012, § 105a Rn. 4f./Jochem Schmitt; Jauernig BGB Kommentar, 15. Auflage, 2014, § 105a Rn. 2/Heinz-Peter Mansel; Erman Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Band. 1, 14. Auflage, 2014, § 105a Rn. 2/Hans-Friedrich Müller; Hanns Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich (Hrsg.), BGB Kommentar, 9. Auflage, 2014, § 105a Rn. 2/Barbara Völtzmann-Stickelbrock; Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 74. Auflage, 2015, § 105a Rn.2/Jürgen Ellenberger.

条¹⁹⁾、行為無能力についてはBGB第104条第2号²⁰⁾の規定によることになる²¹⁾。

また、BGB第105条aは成年の行為無能力者に日常生活における法的取引への参加の可能性を開くものであるという目的から、成年の行為無能力者どうしが日常生活に関する行為をした場合についても、BGB第105条aが適用されると解されている²²⁾。

b) BGB第14条との関係性

もっとも、行為無能力者がBGB第14条²³⁾にいう事業者としてした行為については、BGB第105条aは適用されないと解されている。この場合における営業活動は、BGB第105条aの目的には含まれないと考えられるからである²⁴⁾。

c) BGB第104条第1号、BGB第106条以下との関係性

また、BGB第104条第1号に規定されている満7歳未満の子による行為や、BGB第106条以下

19) BGB第2条 (成年の開始)

「満18歳に達することにより、成年となる。」

20) BGB第104条第2号の条文訳については、注(11)を参照。

21) すなわち、BGB第104条第2号にいう「生来の行為無能力者」に該当する者であることが必要である。病による精神作用の障害が問題となり、それが精神病であるか、または知的障害であるかどうかは重要ではない。その障害は、一時的な性質のもののみとされるべきではなく、長期間継続している性質のものでなければならないとされている。この点については、Frauke Wedemann, Die Geschäftsunfähigkeit, JURA 2010, S. 587, 591; 異なる見解として, Matthias Casper, Geschäfte des täglichen Lebens -kritische Anmerkungen zum neuen § 105a BGB, NJW 2002, S. 3425, 3426.

22) Casper, a.a.O. (Fn. 21), S. 3426; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 2; Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 2; PWW/Völzmann-Stickelbrock, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 2.

この点について、Jauernig/Mansel, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3は、BGB第105条aにより包括される行為は些細な行為であるとして、裁判上の分析が回避されてきており、グレーゾーンとなっていたことを指摘している。また、Martin Lönig/Christoph Schärfl, Zur Dogmatik des § 105a BGB, AcP204, 2004, S. 25, 27によると、このような背景とあわせて、行為無能力者は、成年者が世話下にあるかどうかを問わず、債務法上の義務負担行為も、また物権法上の処分行為についても、有効な意思表示をすることができないために、従来はBGB第105条1項に基づいて否定されていたという。

23) BGB第14条 (事業者)

第1項「事業者とは、法律行為の締結の際に、その営業上の活動又は独立した職業上の活動の実施として行為する自然人、法人又は権利能力を有する人的会社をいう。」

第2項「権利能力を有する人的会社とは、権利を取得し、義務を負う能力を有する人的会社をいう。」

24) Casper, a.a.O. (Fn. 21), S. 3426; Ignacio Czeguhn, Geschäftsfähigkeit - beschränkte Geschäftsfähigkeit - Geschäftsunfähigkeit, 2003, Rn. 51, S. 43; Volker Lipp, Die neue Geschäftsfähigkeit Erwachsener, FamRZ 2003, S. 721, 725; Lönig/Schärfl, a.a.O. (Fn. 22), S. 33; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 2; Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 6.

に規定されている未成年者による行為²⁵⁾についても、BGB第105条aが適用されるかどうかという問題がある。

この問題については、BGB第105条aの適用を否定する見解が主張されている。この見解によると、これらの者については、民法上の各規定により特別の保護が図られている。それにもかかわらず、これらの者にまでBGB第105条aの適用があると解すると、各規定の保護目的と両立しなくなってしまうことが理由に挙げられている²⁶⁾。また、同様の理由から、これらの者が仮に行為無能力であったとしても、BGB第105条aは類推適用されないと解されている²⁷⁾。

もっとも、BGB第105条aの適用ないし類推適用を認めないというこの結論については、次のような観点から批判がなされている²⁸⁾。

まず、「日常生活に関する行為」の実情をふまえた批判である。すなわち、満7歳未満の子が低額で日常生活に関する行為をすることの方が、成年の行為無能力者が小遣いにより日常生活に関する行為をすることよりもはるかに多い。この実情にかんがみると、BGB第105条aの適用を否定するべきではない、と批判する見解がある²⁹⁾。

次に、立法論の観点からの批判である。すなわち、たとえ7歳未満の子であっても、法的取引への参加から完全に排除することは適切であるとはいえず、さらには解釈上の矛盾も生じさせることとなる³⁰⁾。BGB第105条aは、例外的な規定であるとの理解から、原則として狭く解されている。しかしながら、それにより認められる法的取引への参加の可能性の範囲は、各規定における年齢に応じた行為無能力者の保護を超えてしまっている。したがって、各規定との関係性をふまえた体系の構築が立法において要求されることになると主張している³¹⁾。

25) BGB第106条（未成年者の制限行為能力）

「満7歳に達した未成年者は、第107条から第113条までの規定に従って、行為能力を制限される。」

26) Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 2; Siebo Adena, Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens in Deutschland und Österreich, Diss, 2009, S. 10, 15.

27) Jacob Joussen, Die Rechtsgeschäfte des Geschäftsunfähigen -der neue § 105a BGB, ZGS 2003, S. 101; Staudinger/Knothe Rn. 4; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 2; Palandt/Ellenberger a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 2.

28) BGB第105条aの類推適用を認めない見解として、たとえば、Hans-Martin Pawlowski, Willenserklärungen und Einwilligungen in personenbezogene Eingriffe, JZ 2003, S. 66, 67, 72; Lipp, a.a.O. (Fn. 24), S. 721; Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 27; Hannes Ludyga, Die Stärkung der Rechtsstellung Geschäftsunfähiger -Auslegung von § 105a BGB, FPR 2007, S. 3, 4; Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3などを参照。

29) Pawlowski, a.a.O. (Fn. 28), S. 67, 72.

30) Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 27. Lönig/Schärtlは、6歳の子による甘菓子やアイスクリームの購入する場合を例として挙げ、この場合にはしばしば行為無能力者が使者として構成されているが、なぜその子が使者として具体的なアイスクリームの種類や甘菓子の選択をすることが可能であるのかについては未解決であるという。

31) Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 27.

d) BGB第105条第2項との関係性

この「成年の行為無能力者」という要件においてとりわけ問題となっているのは、BGB第105条第2項という意識喪失または精神活動の一時的障害の状態のもとで意思表示をした者に対して、BGB第105条aの適用ないし類推適用を認めるかどうかである。

BGB第105条第2項に該当する者に対しては、BGB第105条aの文言からすると、成年の「行為無能力者」が要件となっていることから、BGB第105条aの適用を否定することも考えられる。すなわち、BGB第104条第2号においては、「精神活動の病的障害によって自由な意思決定をすることができない状態にある者」であり、「その状態がその性質上一時のものでないときに限り「行為無能力者」としている³²⁾ことから、「行為無能力者」と認められないからである³³⁾。

また、先にみたBGB第105条aの規定の趣旨および目的からして、BGB第105条aの類推適用も否定される。この者は、永続的に法的取引から排除されることになる行為無能力者とは異なり³⁴⁾、障害がなくなれば再び法的取引に参加することができる。そうすると、障害がある間の法的取引への参加については、保護に値するような利益がないと考えることができるためである³⁵⁾。

もっとも、「行為無能力者」の要件をみたまないことのみをもってBGB第105条aの適用を一律に否定することに懐疑的な見解も存在する³⁶⁾。この見解によると、障害に関する両部類の法律上の処遇を異にすることは、実際の事例においては困難であり、結論の妥当性を欠くというおそれがあるという³⁷⁾。したがって、この見解は、このような事例についてはBGB第105条aの類推適用を認める方が自然であると主張している³⁸⁾。

e) 「一時的な正気」をめぐる問題

他方で、行為無能力者が一時的に正気を取り戻したときに行った日常生活に関する行為については、一般的にBGB第105条aの適用ないし類推適用は否定されている。すなわち、BGB第104条にいう行為無能力であるということが出来るためには、精神活動の障害が意思表示をしたときに存在していなければならない。一時的に正気を取り戻したときは、精神活動の障害が存在しないこととなるため、行為無能力であったとはいえない。したがって、BGB第105条aの要件をみ

32) BGB第105条第2項にいう意識喪失については、完全な意識の欠如であると理解されているわけではなく、高度の意識混濁、たとえばBAK3.0/1000以上が必要であるとされている。この点については、Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 18), § 105 Rn. 2を参照。

33) Wedemann, a.a.O. (Fn. 21), S. 591; MünchenerJ. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 5.

34) BGB第105条第1項の憲法適合性に関する議論については、Canaris, a.a.O. (Fn. 13), S. 996ff.を参照。

35) Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 27.

36) たとえば, Casper, a.a.O. (Fn. 21), S. 3426.

37) たとえば, Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3は、その具体例として、販売所における行為や、居住者どうしの行為の場合においては、利害関係人は少なくともBGB第105条第2項により有効とはならないことを挙げている。

38) Lipp, a.a.O. (Fn. 24), S. 725; Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3.

たさないという理解である³⁹⁾。

むしろ議論がされているのは、以上の理解を前提とした他の論拠についてである。ある見解は、BGB第105条aの適用を否定するにあたって、次のような論拠を用いている。すなわち、一時的に正気の状態であった行為無能力者による行為は、その相手方や第三者からみて、事実上も法律上も障害のない者による行為とまったく異ならない。また、一時的に正気の状態であったことにより特定の行為を自らなすことができるという点で⁴⁰⁾、行為能力者であるといえることができる。その行為が一度限りであり、かつ合理的なものである限り問題はない、というものである⁴¹⁾。

この見解に対しては、行為無能力の定義や、行為無能力者の保護目的の理解といった観点からの批判がなされている。この批判によると、まず、行為無能力であると認められるためには、障害があることが必然ではないため、障害があることを前提とした理論構築は正確ではない。また、行為無能力者の行為の相手方や第三者からみても障害がないという、行為能力の有無についての認識が挙げられているが、この行為能力の存在に対する正当な信頼については民法典において直接に保護されているものではない。さらに、特定の行為を自らなすことができることから行為能力を認める、という論調になっていることは、行為無能力が知的能力に焦点が当てられているのではなく、むしろ一般的に自由な意思決定の可能性があるかどうかをその基準として重要視していることを看過するものである。ここでいう自律的な意思形成において、行為の単発性や合理性はそもそも無関係の要素である。このように行為無能力を把握することは、結果として、誰も知らないような相対的な行為能力概念をドイツ法に持ち込むことになってしまうという⁴²⁾。

(2) 日常生活に関する行為

a) 意義

BGB第105条aにいう「日常生活に関する行為」とは、一般的に、取引の観点からみて日常生活に関する行為とみなされる、有償または無償の法律行為⁴³⁾、とりわけ即時の受益または消費が目的とされていると考えられるものであると解されている⁴⁴⁾。

b) 判断基準

日常生活に関する行為に該当するかどうかの判断基準においては、当該行為が日常的に必ずな

39) Lipp, a.a.O. (Fn. 24), S. 725; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 104 Rn. 10; Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 15.

40) このような理解が一般的である。たとえば, Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 104 Rn. 4などを参照。

41) Jauernig/Mansel, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3.

42) Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 29. なお、Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 104 Rn. 10も参照。

43) BT-Drucks. 14/9266, S. 43; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3; Adena, a.a.O. (Fn. 26), S. 35.

44) BT-Drucks. 14/9266, S. 43; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3.

されているかどうかではなく⁴⁵⁾、取引の解釈により日常生活に関する行為ということができるかどうか⁴⁶⁾が重要であり、その行為の日常生活上の頻度に焦点をあてているということができる⁴⁶⁾。

c) 典型例

この日常生活に関する行為の例として挙げられるのは、量や価値などからして一般的な基準を超えない範囲の食料品や嗜好品(日用品)、化粧品(歯磨粉)、大衆用医薬品(のどの痛み止め錠剤)、新聞、雑誌(グラフ雑誌)、繊維製品(衣服)、切手などのような、日常的に必要な物である⁴⁷⁾。また、理髪、博物館・美術館の見学、公共交通手段の利用、旅客輸送による近距離の旅行、手紙の発送など、日常生活において頻繁に利用される一回限りの簡素なサービスも、日常生活に関する行為に含まれると解されている⁴⁸⁾。

d) 片務契約の理解

以上のような理解のもと、ここでいう「行為」には、あらゆる双務契約が把握されている。

もっとも、BGB第105条aが贈与などの片務契約まで把握しているかどうかについては、BGB第105条aの保護目的と、贈与による行為無能力者の利益との関連性の観点から議論がなされている。

まず、行為無能力者に対する贈与については、行為無能力者の利益となるものであり、行為無能力者の保護という目的からしても日常生活に関する行為として認められる可能性が高いと考えられている⁴⁹⁾。また、一部では、常に認められるべきであるとする見解も主張されている⁵⁰⁾。この見解に対しては、BGB第105条aにおいては、BGB第107条⁵¹⁾におけるような考え方とは異なり、行為の法律上の利益を直接の問題としているわけではないことや、その贈与の内容によっては、かえって行為無能力者を害するおそれもあり、その場合には保護目的にも反することになることから、批判する見解も主張されている⁵²⁾。

次に、行為無能力者による贈与については、一般的に行為無能力者にとって利益とはならないと考えられることから、日常生活に関する行為として認めるべきではないとする見解が主張され

45) Diskussionsentwurf, S. 33; BT-Drucks. 14/9266, S. 43.

46) BT-Drucks. 14/9266, S. 43.

47) BT-Drucks. 14/9266, S. 42ff.; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3; Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 6.

48) BT-Drucks. 14/9266, S. 42ff.; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3; Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 6.

49) たとえば, Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 6.

50) Lipp, a.a.O. (Fn. 24), S. 727.

51) BGB第107条(法定代理人の事前同意)

「未成年者は、単に法的利益を得るのみではない意思表示をするには、法定代理人の事前同意を得なければならない。」

52) Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 32.

ている⁵³⁾。この見解に対しては、II.2.(3)にみる低額性の要件をみたすような贈与であれば、行為無能力者に法的取引への参加の可能性を開くというBGB第105条aの目的に照らして、日常生活に関する行為として認められるべきであると批判する見解も主張されている。もっとも、その前提として、日常生活に関する行為として行為無能力者による贈与の有効性を認めるためには、II.2.(5)にみる行為無能力者の身上または財産に対する著しい危険の不存在、とりわけ財産に対する危険の不存在の要件をみたさなければならないという⁵⁴⁾。

e) 単独行為の排除

他方で、たとえば取消権、解除権、解約権といった形成権の行使のような単独行為については把握されていないと解されている。その理由としては、BGB第105条aの規定において「その契約」という文言が用いられていること、形成権の行使が日常生活に関する行為となるのは極めて特殊な事例でしかないことなどが挙げられている⁵⁵⁾。

f) 隔地者間契約または訪問契約⁵⁶⁾

そのほか、この日常生活に関する行為が隔地者間契約や訪問契約によりなされた場合にBGB第105条aが適用されるかどうかについては、これらの契約をどのように把握するかといった取引の解釈の観点から、議論がなされている。

多くは、隔地者間契約や訪問契約について、これらの契約類型は形式的にみて必ずしも日常生活に関する行為とはいえないとして、BGB第105条aの適用を否定している⁵⁷⁾。

これに対して、隔地者間契約や訪問契約の類型であったとしても、BGB第105条の目的および取引の解釈の観点からより実質的な内容を検討することにより、BGB第105条aの適用の可能性を探る見解もある。すなわち、訪問契約の類型については、その形態上ほぼ日常生活に関する行為には含まれず、また成年の行為無能力者にとっては不意打ちとなるおそれもあることから、BGB第105条aの保護目的から適用を否定すべきであるとするが、通信販売については、その契約内容によっては日常生活に関する行為に含まれる可能性があるとしている⁵⁸⁾。

53) Lipp, a.a.O. (Fn. 24), S. 727.

54) Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 32.

55) Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 32.

56) この隔地者間契約および訪問契約に関する規定については、2014年に改正されているが、この改正をふまえた議論は展開されていない。そのため、本稿において取り上げた議論は、もっぱら改正前の規定に関するものであることを付言しておく。

なお、この改正の内容については、右近潤一「消費者の権利指令に基づくドイツ民法改正後の営業所外契約と各地販売契約の撤回要件」京都学園法学74号43頁以下（2014年）、寺川永「ドイツにおけるEU消費者権利指令の国内法化」関西大学法学論集64巻5号37頁以下（2015年）を参照。

57) Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 6; PWW/Völzmann-Stickelbrock, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3; Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 3.

58) Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 33. Lönig/Schärtlは、各類型について、訪問契約においてはセールスマ

(3) 低額性

a) 意義

BGB第105条aにいう日常生活に関する行為は、II.1.においてみた行為無能力者保護の目的から、低額で実現することができるものでなければならない。立法理由によると、日常生活において真に必要とされるのであればその対価も低額なものであることが予想されるため、その支出については行為無能力者にとってもそれほどの負担とはならず、したがって行為無能力者の保護に欠けることにもならないと考えられたことによる⁵⁹⁾。この低額性については、典型的に、現金払いによる行為が想定されている⁶⁰⁾。

b) 判断の対象と基準

立法理由によると、この低額性の判断の対象となるのは、締結した契約におけるすべての給付である。したがって、複数の商品を購入した場合は、各商品の価格ではなく、購入総額であり⁶¹⁾、分割払いの場合は、その支払総額である。このように解することにより、行為無能力者を浪費から守るとともに、個々の契約品目数を一目で概算することができるようになるとされている⁶²⁾。

また、この低額性の判断にあたっては、行為無能力者個人の経済状況ではなく、取引通念にしたがって当該行為の目的物の平均的価格水準および所得水準が考慮される。このように解することにより、法的安定性の保障および訴訟リスクの軽減が図られるという⁶³⁾。

ンによる掃除機の売買の例を、通信販売においてはインターネットによる文庫本の注文の例を挙げている。また、Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 6は、通信販売についてはしばしば肯定されることがある、としている。なお、Staudinger/Knothe, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 5も、訪問販売の日常生活性に疑問を呈している。

59) BT-Drucks. 14/9266, S. 44. なお、この低額性と日常生活行為の法理に関するBGB第1903条、BGB第105条aとの関係性については、須永・前掲注(6) 15, 22頁、村田・前掲注(10) 66頁、80頁以下を参照。

60) BT-Drucks. 14/9266, S. 44; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 4; Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 7;

61) Lipp, a.a.O. (Fn. 24), S. 728; Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 7; 異なる見解として、Casper, a.a.O. (Fn. 21), S. 3426; Czeguhn, a.a.O. (Fn. 24), Rn. 52, S. 43.

62) BT-Drucks. 14/9266, S. 44. 批判的なものとして、Casper, a.a.O. (Fn. 21), S. 3426. もっとも、Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 7は、異なる契約当事者と複数の(法律)行為がなされた場合において、その総額が低額性の要件における基準を超えるときは、この保護を及ぼすことはできなくなること指摘する。このような場合に機能するのが、BGB第105条a第2文であるという。

63) BT-Drucks. 14/9266, S. 78; Adena, a.a.O. (Fn. 26), S. 41; Staudinger/Knothe, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 7; Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 4; Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 8; Erman/H. P. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 7 (なお、この点において、BGB第1903条に関する通説とは異なっていると指摘する); Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 4; 異なる見解として、Pawlowski, a.a.O. (Fn. 28), S. 72; Jauernig/Mansel, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 5.

立法理由においては以上のように説明されてはいるものの、低額性の概念および判断基準をどのように解することについて、批判がないわけではない。

たとえば、立法理由における低額性の判断対象については、あまりにも大雑把なものであるとの批判がなされている。この批判によると、立法理由のような立場を前提とすると、行為無能力者が一回の契約により多量の日用品を購入する際の解決に疑問が生じる。日用品が個々に購入されるか、買置きであるか、他の日用品とともに購入されるかは、BGB第105条aの目的からして同じである。そのように理解する以上、むしろ重要であるのは、当該契約による日用品の買置きが通常であるといえるか否かである。通常の範囲内でなされなければならないと解する以上は、合理的とはいえない買置きについては、日常生活に関する行為とはいえないという⁶⁴⁾。

また、立法理由に対して、具体例を挙げて批判するものもある。その批判によると、たとえば、スーパーマーケットで日用品を購入する場合においては、むしろその売買が通常行われている範囲内であるか否かが重要であるとしたうえで、行為無能力者がある店で歯磨粉を100個購入したときは、浪費からの保護が優先されなければならない。しかしながら、複数の店で1個または2個の歯磨粉を購入したときは、合計が100個になったとしても、これらの行為を有効であるとしなければ店が行為無能力者と取引をしなくなってしまうため、BGB第105条aの適用を受けなければならないという⁶⁵⁾。

(4) 給付および反対給付の実現

a) 意義

BGB第105条a第1文は、合意された限りにおいて給付および反対給付を考慮して、それが実現されたことをもって、はじめて当該行為が将来にむかって有効とみなされることを規定する⁶⁶⁾。BGB第105条aは、行為無能力者が日常生活上の取引に参加することを認めるものの、それは行為無能力者の保護が変わらず保障される限りで、である。そのため、給付および反対給付の実現によってのみ、当該行為が有効であるとみなされ、行為無能力者の保護に反するような契約上の反対給付の負担を負わせないようにしている。

b) 判断基準

この給付の実現については、契約の相手方が給付により完全な満足を受けていることが必要で

64) Casper, a.a.O. (Fn. 21), S. 3426.

65) Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 34. また、Lönig/Schärtlは、行為無能力者が大規模なスーパーマーケットで歯磨粉を数回にわたり購入する場合においては、店主が1人でレジを処理しているようなスーパーマーケットであるときは、行為無能力者の無意味な行為に注意を払うことはできるであろうが、大規模なスーパーマーケットのように分業化されているようなときは、それによる不利益は甘受しなければならず、成年の行為無能力者の浪費からの保護が優先するとしている。

66) Bamberger/Roth/Wendtland, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 5; Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 9ff.

あるとされている⁶⁷⁾。

もっとも、ここでいう「給付及び反対給付の実現」の判断基準については、具体的な場面における議論が進んでいるというわけではない。各場面における問題提起がなされている状態にとどまっているのが現状である⁶⁸⁾。

（5）行為無能力者の身上または財産に対する著しい危険の不存在

a) 意義

BGB第105条a第2文は、行為無能力者の身上または財産に重大な危険を及ぼすこととなるときは、第1文の適用を排除することを規定する。立法理由によると、被世話人が一定の事情のもとでは保護されなければならないという第1903条（事前同意の留保）⁶⁹⁾の基本思想を引き継ぐかたちで、このような場面から行為無能力者が保護されなければならないと考えられたことによるものである⁷⁰⁾。

b) 行為無能力者の身上に対する危険

具体的にいえば、行為無能力者の身上に関しては、行為無能力者の生命、身体、健康および自由などの人的利益が脅かされるようなときに、著しい危険があるとされる。この危険は、取得した物それ自体から生じる可能性もあれば、行為無能力者による（濫用的な）利用によってはじめ

67) Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 12.

68) Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 12f. は、立法理由の態度は基本的に認めることができるとしつつも、たとえば代物による給付、給付に代わる物の受領（BGB第364条）や、供託（BGB第372条以下）の場面に、この実現性をみたしうのかどうかについては、あまり論じられていないことを指摘している。

また、Bernhard Ulrici, Alltagsgeschäfte volljähriger Geschäftsunfähiger, JURA 2003, S. 520, 521 は、その低額性の限界となる具体的な基準として、およそ30ユーロとしている。

69) BGB第1903条（事前同意の留保）

第1項「後見裁判所は、被世話人の身上又は財産についての著しい危険を回避するために必要な限りで、被世話人が世話人の職務範囲にある意思表示をするには、その事前の同意を要するものと命ずる（同意の留保）。第108条ないし第113条, 第131条第2項および第206条（現210）条は、これを準用する。」

第2項「同意の留保は、婚姻締結への意思表示、死因処分並びに制限行為能力者が第4編及び第5編により法定代理人の同意を要しないとされる意思表示には及ばない。」

第3項「同意の留保が命じられた場合において、意思表示が被世話人に単に法律上の利益をもたらすのみであるときは、被世話人は、世話人の事前の同意を要しない。裁判所が別段の命令をしていない限り、意思表示が日常生活の軽微な事務にかかわるものであるときも、同様とする。」

第4項「第1901条第5項は、これを準用する。」

なお、条文訳は、村田・前掲注（10）67頁による。

70) BT-Drucks. 14/9266 S. 79. なお、立法過程におけるBGB第1903条との関係性については、村田・前掲注（10）67頁以下を参照。

て生じる可能性もある⁷¹⁾。

この点について、危険があるか否かは、問題となっている行為無能力者本人の個人的事情によって判断されることになり⁷²⁾、障害者の利益の侵害が契約当事者にとって認識可能であるかどうかは重要ではないとされている⁷³⁾。

c) 行為無能力者の財産に対する危険

他方、行為無能力者の財産に関しては、経済的に不利益な法律行為がなされたときに、著しい危険があるとされる⁷⁴⁾。行為無能力者が現存する財産を浪費するかたちで行為が複数回なされた場合などが主に想定されているが⁷⁵⁾、行為により著しく事後的な費用を要する物を行為無能力者が取得した場合を想定する見解もある⁷⁶⁾。

もっとも、この行為無能力者の財産に対する著しい危険の不存在という要件をあまりに広く解しすぎると、行為無能力者を過度に保護することになり、取引安全の保護が図られないことになる。II.2.(3)e)においてみたように、具体例を挙げて立法理由に対して批判する見解は、まさにその点を問題視し、BGB第105条aの適用を肯定していたといえる。この見解によると、そもそもBGB第105条aの制定目的として、行為無能力者にも法的取引への参加の可能性を開くことが挙げられており、行為無能力者の保護との調和の観点から、日常生活に関する行為に限定することとなっていた。このことから、BGB第105条aは、行為無能力者を絶対的に保護するというものではなく、平等の観点から、日常生活に関する行為から生じるわずかなリスクについては行為無能力者に対しても負担させるということを意味しているといえることができる。それにもかかわらず、行為無能力者の保護を過度に図ろうとすることは、他の制定目的を看過することとなり、まさにBGB第105条aを形骸化させてしまうことになるという⁷⁷⁾。

71) Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 17. その具体例として、Casper, a.a.O. (Fn. 21), S. 3427は、低額ではあるが、危険を伴う打ち上げ花火を、Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 10は、刺激の強い映画などを挙げている。

なお、村田・前掲注(10)83頁は、BGB第1903条の立法理由においては、アルコール中毒者が少量のアルコール飲料を購入した場合が例として挙げられているとする。

72) Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 10; PWW/Völzmann-Stickelbrock, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 6.

73) Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 17; Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 12; Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 5.

74) Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 17.

75) Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 17; 同旨をいうものとして、Erman/H. F. Müller, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 11; Palandt/Ellenberger, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 5.

76) Münchener/J. Schmitt, a.a.O. (Fn. 18), § 105a Rn. 17.

77) Lönig/Schärtl, a.a.O. (Fn. 22), S. 34.