

Title	契約解除論 (二)
Sub Title	
Author	神戸, 寅次郎
Publisher	慶應義塾理財学会
Publication year	1920
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.14, No.2 (1920. 2) ,p.163(21)- 196(54)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19200200-0021

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

に止むことを得ざる次第である、殊に當時社會に有力なりし武士階級の人々は所謂武骨を尊び、不便なる山野を跋渉して手足の筋骨を鍛鍊するは武士に相應の行事として、却て之を得意とする傾向なきにあらざりしかば、少しく經濟に志ある者は、道路の清否を見て國の文野を知るべしなど、云つて、道路改良の重要なことを主張したる者ありしも、實際此等の名言は何處にも何等の反響なく、全國到る處殆んど完全なる道路の之れなかりしは、封建制度の下に經濟上の發達を妨げられたる一大原因であると云はねばならぬ。

契約解除論 (二)

神戸寅次郎

三

契約の解除は前上に於て一言せるが如く一の意思表示を組成分子となす法律行為なり元來法律行為は其意思表示の效果意思の内容に適應する所の法律上の效力を發生するものとす此種の法律上の效力は學者之を任意的法律效果と稱するを常とす然れども法律は亦時には同一の法律行為を前提として此外に尙ほ一の法律上の效力を發生せしむることあり學者は此種の法律上の效力を法定的法律效果と呼ぶを常とす蓋し法は意思表示の效果意思の内容如何に拘はらず特に法律の規定に依りて此種の法律上の效力を發生せしむるか故なり而して前者即ち任意的法律效果は苟くも法律行為か完全に成立する以上は常に當然發生するを原則とす之に反して後者即ち法定的法律效果は假令法律行為か完全に成立す

るも苟くも法が特別の規定を設けざる以上は發生することなしとす斯の如く一
の法律行為が單に一個の任意的法律効果を生ずるに過ぎざることあり又時には
此外に尙ほ所謂法定的の法律効果を生ずることありとす。

然らば解除なる法律行為は如何なる法律上の效力を生ずるか即ち單に一個の
任意的法律効果を生ずるに過ぎざるか又は此外に尙ほ所謂法定的法律効果を生
ずるか今此問題は立法政策の如何により自ら其解決を異にすることとなるへし、
例へば立法政策は(1)解除の意思表示に對して單に契約を除去すると云へる意欲
のみを其效果意思の内容として要求することを得べく又は(2)此意欲の外に更に
原狀回復の方法に關する意欲をも其效果意思の内容として要求することを得へ
し今第一の立法政策を採りたる場合に於ては解除は一の任意的法律効果を生し
而して原狀回復の方法の點に關しては法制の如何により種々の異りたる方法あ
るへし或は法律關係其ものの性質上當然原狀回復の行はるることあるべく或
は不當利得の制度が適用せらるることあるべく或は又特別の規定が設けらるる
ことあるへし故に此の立法政策の下に於ては解除は右の任意的法律効果の外に

法制又は場合の如何により更に所謂法定的の法律効果を生ずることあるへし然
るに之れに反して第二の立法政策を採りたる場合に於ては解除は單に任意的法
律効果を生ずるに止まり所謂法定的の法律効果を生ずることなかるへし然れど
も從來の立法例は多く第一の立法政策を採りたり第二の立法政策は之を採りた
るもの殆んど之れなきか如し然るに第一の立法政策を採りたる立法例中に於て
も亦其立法方法には二種あるものと見ることを得るなり即ち其の第一種の立法
方法は任意的法律効果と見るべきものと法定的法律効果と見るべきものとの二
者の發生を特別の條文を以て規定せり而して第二種の立法方法は單に法定的の
法律効果と見るべきものの發生のみを特別の條文を以て規定し其の任意的の法
律効果と見るべきものの發生は特別の條文を以て規定することなく一般の原則
に譲りたり例へば獨逸民法第一草按の如きは第一種の立法方法を採り(第四百二
我民法又は獨逸民法の如きは第二の立法方法を採り(我民法第五百四十五條獨逸民
法第三百四十六條第三百四十
七)たるものと見ざるへからず殊に近代の立法例に於ては任意的の法律効果の發
生は特別の條文を以て具體的に之を規定することは寧ろ稀なり蓋し一般の原則

上並に法律行為の性質上之を規定することは殆んど不用なるか故なり我民法上例へは第五百四十九條第五百五十五條第五百八十六條第五百八十七條第五百九十三條第六百一一條第六百二十三條第六百三十二條第六百四十三條第六百五十七條第六百六十七條第六百八十九條等の條文に於ても法律は單に任意的の法律効果を生ずる旨を規定するに止まり果して如何なる内容の法律上の効果か生ずるかを具體的に規定することなし又第五百三十七條の如きは單に法定的の法律効果を規定するに止まり任意的の法律効果に關しては全く何等規定する所なし今解除の規定たる第五百四十五條は此の第五百三十七條と全く同一の立法方法を採りたるものにして單に法定的の法律効果の發生のみを規定するに止まり任意的の法律効果に付ては全く何等規定する所なしとす

然れども日獨孰れの民法の下に於ても解除か二種の法律上の效力を生ずることとは明かにして何人も之を争ふこと能はざるへし而して大體に於て其任意的の法律効果は法律上の效力の中所謂權利消滅の效力なり其法定的法律効果は所謂權利發生の效力なりとす。

從來我民法第五百四十五條に關しては既に此點のみに關しても多少の論議ありたり即ち此條文は解除の效力の全部を規定せるものなりや又は單に其一部分を規定せるにすぎざるものなりやとの問題あり然れども解除は前述の如く場合の如何により任意的法律効果と法定的法律効果との二個の效力を生ずるものなるか故に此條文は單に其效力の一部分を規定せるに過ぎざるものなることは明白にして一點の疑を容るるの餘地なしとす蓋し此條文は既述の如く任意的法律効果の規定を包有せざること勿論なるか故なり是故に今此條文を以て解除の效力の全部を表示せんと欲せば大約獨逸民法第一章按第四百二十七條第一項の立法方法に倣ひ此規定の中に任意的法律効果の規定を挿入し大體に於て左の如き意味を表示せざるへからず。

第五百四十五條 當事者の一方か其解除權を行使したるときは契約は消滅す、隨つて各當事者は契約に従ひ受くべき給付の請求を爲すことを得ず且つ場合の如何により各當事者は其相手方を原狀に復せしむる義務を負ふ但し第三者の權利を害することを得ず。と此第五百四十五條の規定は我民法上に存する解除の

效力に關する唯一の規定なりとす。

今前上に挙げたる解除の效力に關する三個の學說の内孰れか此規定の意義に適合すべきや換言すれば我民法は果して孰れの學說を採用したるものと解することを得べきや第二說即ち間接效力說及び第三說即ち折衷說か此規定の意義に適合せざることは前上に述べたる略評によりて自ら明かなるか故に特に茲に再び之を述ふるの要なし、然れども既に一言せる如く我國の有力なる學者は我民法に於ては右の第一說即ち直接效力說を採りたりと爲せり故に此點に付ては少しく論述するの要ありとす。

前述の如く解除は日獨孰れの民法の下に於ても二種の法律上の效力即ち任意的法律效果及び法定的法律效果を生ずることは明かなりとす随つて第一說なる所謂直接效力說も亦此二種の法律效果を眼中に置いて立論せること明白なりとす、即ち先づ第一に此說に依るときは前述の如く解除は債務關係全部を遡及的に解消すと爲すなり今此點は獨逸民法か特に明文を以て規定せざる所の解除の效力の一部分なる所謂任意的法律效果のみに關するものとす何となれば是れ只解除

なる法律行爲の效果意思の内容に適應する所の法律上の效力に關するに外ならざるか故なり換言すれば解除の意思表示の内容は此說によれば契約の效力を遡及的に即ち其效力發生の當時より解消するの意欲なりと爲すものに外ならざるか故なり、次に此說は各個の債務か未だ履行せられざる場合には其債務は當然消滅すと爲せり此點も亦獨逸民法か明文を以て規定せざる所の法律上の效力なれども之れは矢張任意的法律效果にして勿論此說の上記の部分の中に包含せらるるものと見ざるべからざるものなるか故に特に論述するの必要なし今此說の任意的法律效果に關する部分は我民法か果して之を採用したるものと見ることを得るや否や我民法の下に於ても此任意的法律效果か發生すると云へる點については何人も之を争ふことなし而して此任意的法律效果か權利消滅の效力にして而も遡及性を有すると云へる點につきても亦何人も之を争ふことなし然れども此任意的法律效果か債權的效力の性質を有するや又は物權的效力の性質を有するやは一の問題なりと云はざる可からず併しながら日獨孰れの法學上に於ても此問題其のものに付ては多く論議を爲すもの稀なるが如し、然れども我國の學者

は解除が第三者の権利を害するや否やの問題を論ずるに當りて自ら右の問題に觸れざることを得ることとなるか故に此點に關して自ら多少の論議を爲せり而して其論議の結果より見るときは大多數の學者は此法律効果を以て物權的效力の性質を有するものと爲すか如し但し此點は第三者の權利侵害如何の問題に對して重要な關係を有するか故に後に至りて詳論することと爲すへし第二に此説は各個の債務が既に履行せられたる場合には云々返還請求權が發生すと爲せり此點は既述の如く獨逸民法が特に明文を以て規定せるものにして即ち所謂法定的の法律効果に關するものとす即ち同民法第三百四十六條か云々當事者は相互に受領したる給付を返還するの義務を負ふと規定せるによりて明かなりとす而して此點は獨逸民法の組織全體の上より見るも極めて正當なりと云はざる可からず蓋し獨逸民法の下に於ては債權契約の效力たる債務が物權契約によりて履行せられたる場合にも物權契約其のものは無因行爲にして其履行せられたる債務が嘗て存在せしと否とに拘はらず完全に成立するものとす隨つて債權契約が解除せられ其結果として債務關係が全然消滅するも尙ほ物權契約其のもの

は依然として存續することとなり一旦變動したる物權は當然原權利者に復歸することとはならざるか故に各當事者は單に其受領したる給付を返還するの義務を負擔するの外なきを以てなり即ち此法定的法律効果は權利發生の效力なりとす而して此説が解除の效力は債權的效力の性質を有すと爲すは解除の效力の中主として茲に謂ふ所の法定的法律効果を指して立論せるものなり然らば此法定的法律効果は遡及性を有するや否やと云ふに此説は一般的に解除の效力は遡及性を有すと爲せとも之れは主として前上に述べたる解除の任意的法律効果を眼中に置きて立論せるものたり茲に謂ふ所の法定的法律効果が果して遡及性を有するや否やは一の別異の問題なりと見ざるへからず此問題に關しては獨逸に於ても特に論議を爲すもの甚だ稀なるか如し然れとも大體に於ては既述の如く此説は獨逸民法の解釋論としては正當なりと評するの外なきなり。

然らば我民法は此説の此部分を採用したるものと見ることを得るや否や此問題を論究するに付ては左の數問題に注意することを要す即ち我民法の下に於ても(一)此種の法定的法律効果が常に發生するや否や若し發生するものとせば其内

容如何と云へる問題(二)此法律効果は遡及性を有するや否やの問題(三)此法律効果は債権的效力の性質を有するや否やの問題是れなり此等の問題の中第一及び第二の問題は後に各種の場合を論述するに當り自ら詳論することとなるか故に今茲には之を述べ以下に於ては便宜上主として第三の問題に關するものの中殊に特定物の物權變動に關する場合に付き述ふる所あらんとす蓋し此場合か論議の焦點たるか故なり。

四

今單に一見するときには日獨兩民法の規定は此點に於て頗る相類似せり即ち我民法も亦第五百四十五條第一項後段に於て所謂法定的法律效果の規定を設け各當事者は其相手方を原狀に復せしむる義務を負ふと爲すか故なり然れども此類似か果して眞の類似なりや又は單純なる外形上の類似に過ぎざるやは勿論問題なりとす余は此類似は單に外形的の類似に過ぎずして實質的の類似にあらずと爲すものなれとも而も特に此の點に關し從來學者間見解大約二個に分かれたり一派の學者は大體に於て特定物の物權變動に關するときは其の效力は物權的效

力なりと爲し(横田氏債權各論一九七頁以下、法曹記事一八卷九號一頁以下、牧野英一氏部判決同四十二年七月六日東京控訴院第二民事部判決明治四十一年七月八日大審院第二民事十三日同部判決明治四十三年十月十二日長崎控訴院第一民事部判決等)他の一派の學者は特定物の物權變動に關するときは雖ども尙ほ此效力は債権的效力なりと爲せり(石坂氏民法研究第二卷四〇〇頁以下、同氏日本民法二三一七頁以下、末弘氏前掲二四民事部判決明治四十年十二月二十日長崎控訴院第一民事部判決等)余は大體に於て前の見解を採り後の見解を排斥するものたり以下に於て先づ反對論を擧げ之を略評し然る後に卑見の大要を述べんとす。

學者或は曰く解除は單に債権的效力を生ずるに過ぎざるか故に解除により第三者の權利を害することを得ざるは云ふを俟たず故に第五百四十五條第一項但書は無用の冗文たり此規定は解除か遡及的に物權的效力を有するものと解して始めて意義を有す即ち物權契約か取消されたる場合若しくは物權契約に附せられたる解除條件か成就し且遡及力を有する場合と同しく解除によりて債権契約と共に給付行爲たる物權契約も亦解除せられ物權か當初より移轉せざりし結果を生ずる場合に於てのみ契約の目的物に關し取得せる第三者の權利は影響を受

くるものとす此場合には契約の目的物上に権利を取得せる第三者は解除により無権利者より権利を取得せる結果となるか故に第三者は一旦取得したる権利を失ふの結果を生ず従つて第五百四十五條第一項但書は第三者を保護するか爲に解除により第三者が其取得せる権利を害せられざることを定めたるものと解することを得へし然れども解除か遡及的に物権的效力を生ずるものにあらざるは既に前に論せるか如し故に此見解に従ふ事を得ざるは云ふを俟たずと(石坂氏前掲二三頁)而して茲に解除か遡及的に物権的效力を生ずるものにあらざるは既に前に論したるか如しと云へる其論とは主として左の論を指して云へるなり即ち曰く契約の解除は原状回復の義務を生ずるに過ぎざるか故に解除は債権的效力を生ずるに止まり物権的效力を生ずることなし本來債権契約と之に基きて爲さるる給付行爲とは獨立するものにして解除は單に原因たる債権契約をして效力を失はしむるに止まる之か爲めに給付行爲は其效力を失ふことなし云々と(同氏前掲六三頁)又曰く解除か債権的效力を生ずるに過ぎざるは解除せられたる契約か特定物上の物権移轉を目的と爲せると否とに關する所なし特定物上の物権の移轉

を目的とする場合に於ても債権契約と物権契約とは之を區別することを要し物権は物権契約によりて始めて移轉するものとす而して解除は單に債権契約のみを解除するものなるか故に物権契約は其效力を失ふことなし隨つて原状に復するか爲めには更に物権を移轉する契約あることを要す云々と(同氏前掲二三頁)

今之によるるときは此論者の論旨は極めて明瞭なり即ち物権契約は無因契約なり故に其原因たる債権契約か解除せらるるも物権契約其のものは依然として存續し隨つて其效力を失ふことなし此理由により第五百四十五條第一項但書は無用の冗文なりと云ふに歸着す更に換言すれば無因行爲制度と第五百四十五條第一項但書の規定とは相兩立すること能はず是故に此但書の規定は無用の冗文なりと云ふに歸着するものとす然れども此説は獨逸民法の解釋論としては正當なれとも而も我民法の下にありては全然不當なり即ち此説は我民法の解釋論にあらずして純然たる立法論なりとす何となれば論者は第五百四十五條第一項但書の規定を以て全然無用の冗文なりと斷言するか故なり是故に此見解は我民法の解釋論としては一顧の價値なき謬見にして素より論評を爲すに足らず只論者は

我民法も亦獨逸民法と同じく無因行為主義を採りたりと爲すか故に此點に付ては後に論述することとせん。

又他の學者は第五百四十五條第一項但書の規定を解して或は曰く解除は獨り債權契約を除去するものにして當然に履行行為をも除去するものにあらざるを以て第三者に對しては何等の影響を及ぼすことなし是れ即ち第五百四十五條第一項但書に於て但第三者の權利を害することを得すと規定する所以にして素より當然のことに屬すと(末弘氏前掲 第二六三頁)又或は曰く若し解除を以て當然物權的效力を生ずるものとし債權契約に基きて爲されたる履行行為の效力をも消滅せしむるものと爲すときは其履行行為によりて移轉又は設定せられたる物權又は其他の權利を受領者より取得したる第三者の權利も亦消滅するの結果となるへし然れども解除は債權的效果を生ずるに止まり即ち原狀回復の債務を生ずるものにして法律上當然原狀回復を生ずるものにあらざるか故に第三者の權利には影響を及ぼす事なく返還義務者か是等の第三者の權利を消滅せしむべき債務を負ふに止まるものとす之れ寧ろ言を俟たざる所なるも民法は疑を避くるか爲に特に規

定(第五百四十五條第一項但書の規定)を設けたるなりと(鳩山氏前掲 第二四七頁)

今是等の見解は前の見解の如く第五百四十五條但書を以て無用の冗文なりと云はさるか故に只單に外形上に於ては之を解釋論といふことを得るにあらざるへきも而も此等の見解も亦前の見解と全く同一の根本思想より出てたるものなること明瞭なりとす即ち一言にて云へば債權契約は物權契約とは獨立なり解除は債權契約のみの解除なり物權契約は無因行為なるか故に解除に拘はらず依然存續す解除の効力は債權的効力なりと云ふに歸着す隨つて論者は第五百四十五條但書の規定の存在を以て或は當然の事に屬すといひ或は言を俟たざる所なりと云ひ只言葉を異にするのみにして實は前の見解と同じく但書の規定を全く無用視し此但書の存在すると否とに拘はらず同一の解釋を爲さんとするなり是故に此等の見解は前の見解と同じく甚大なる謬見なりと評するの外なしとす。

今右の見解に對する反對の理由を述ふるに當りては問題を二個に區別するを便宜とす即ち(一)第五百四十五條第一項但書の規定即ち第三者の權利を害することを得すと云へる規定の意義如何と云へる問題(二)我民法上に所謂物權契約なる

ものの性質如何と云へる問題はなり先づ第一の問題より論述すへし。

我民法上に於ては第五百四十五條但書の如き規定は單に此一個條のみに止まるにあらす他にも亦之れあること一般學者の稔知せる所なり元來第三者の權利を害する事を得すと云へる立法の方法は如何なる場合に於て又如何なる必要によりて之を爲すかと云ふに凡そ此種の規定を設くるの必要ありや否やを考察するに付き立法者が豫しめ注意すべき場合は大約二種と見ることを得へし即ち(1)一定の法律上の効力か當事者の權利を害し随つて第三者の權利を害し得る場合(2)一定の法律上の効力か當事者の權利を害することなく随つて第三者の權利を害する事の不可能なる場合は是れなり本來第三者なる觀念は當事者なる觀念と相對立するものなるか故に一定の法律上の効力か第三者の權利を害するや否やか問題となる場合には亦同一の法律上の効力か當事者の權利を害するや否やは一層重大なる理由を以て問題となること勿論なりとす今之か比較として我民法上に於ける最も多數の用語例なる第三者に對抗することを得すと云へる文字に付て言はんに法文か一定の事項を以て第三者に對抗することを得すと規定する

場合には其事項は之を以て必ず當事者には對抗する事を得る場合に限るものとす蓋し當事者にすらも對抗することを得ざる事項は之を以て第三者に對抗する事を得ざるは勿論にして一點の疑を容るるの餘地なく隨て何等特別の規定を設くるの必要な事は明々白々なるか故なり(民法一六條四五條五四條九四條九六條五六條三六五條三六六條四六六條四六七條四六八條四六九條)是故に上に擧げたる二個の場合の中單に第一の場合のみに限り立法者は第三者の權利を害することを得すと云へる但書の規定を設くべきや否やを考究するの必要あるに過ぎず第二の場合に關しては之を考究するの必要は絶對に之れあることなしとす即ち第一の場合に於ては立法者は一定の法律上の効力か當事者の權利を害するは勿論なれとも而も之と同時に第三者の權利をも併せて害するものと爲すを政策上必要となすへきや否やを考究せざるべからず而して場合の如何により或は第三者の權利をも併せて害するものと爲すことを得へく或は第三者の權利は之を害することを得ざるものと爲すことを得るなり若し立法者が第三者の權利をも併せて害するものと爲すを以て得策と思考したる場合には特に但書の規定を設くるの必要な

なり、何となれば當事者の権利と第三者の権利とは斯の如き場合に於ては同一の事物に關係を有し殊に侵害の點に關しては自然的に同一の運命に従ふべきものなるを常とするか故なり若し立法者が第三者の権利は之を害せざるものと爲すを以て得策と思料したる場合には特に但書の規定を設くるの必要あるなり何となれば立法者は右の自然的に生ずる運命を防止するか爲めに特に人工的に第三者の権利を保護するの必要あるか故なり、之に反して第二の場合に於ては一定の法律上の効力か當事者の権利すらも之を害することなく随つて第三者の権利は之を害すること不可能なるか故に特に但書の規定を設くることを要するや否やを考究するの餘地あることなし是故に此場合に於ては立法者は思考上既に斯の如き但書を設けんと欲することは不可能なりとす随つて實際上斯の如き但書を設くることは決して之れあることなきなり。

是に於てか法律の規定か豫想する場合は大約三個となるなり即(1)一定の法律上の効力か當事者の権利(若くは)を害し且第三者の権利を害する場合換言すれば立法者が殊更に但書の規定を設けざる場合(例へば第六(2)一定の法律上の効力か

當事者の権利を害することなく随て第三者の権利を害することの不可能なる場合換言すれば立法者が但書を設くるの必要なき場合若くは之を設くるの理論上不可能なる場合(此例は後に擧ぐ)(3)一定の法律上の効力か當事者の権利を害し而も第三者の権利を害することを得ざる場合換言すれば立法者が殊更に但書の規定を設け以て特に第三者を保護する場合はなり

此等三ヶの場合の中(3)の場合が即ち本稿の問題となれる場合なりとす今我民法上に於ける一二の重要な條文に付き前上に述べたる理論の正當なる所以を證明することとせん

第十六條 追認は別段の意思表示なきときは契約の時に遡りて其效力を生ず但第三者の権利を害することを得ず

此條文は追認の遡及效を認めたるものにして此効力か所謂物權的効力なること及其所謂物權的効力なるものか一方に於ては當事者の権利を害し而も他の一方に於て第三者の権利を害することを得ざる旨を定めたるものなり例へは無權代理人甲か乙の土地を丙に讓渡するの契約を爲したる後乙か其讓渡契約を追認

するときは其讓渡契約は締結當時より效力を生ずることとなるなり隨て其土地の所有權は契約當時に於て乙より丙に移轉したることとなるなり是れ即ち追認の物權的遡及効か當事者乙の權利を害する場合の一例なりとす又右の場合に於て讓渡契約が爲されたる後乙か丁の爲めに其土地に地上權若しくは抵當權を設定し其後に至り乙か右の讓渡契約を追認するときは其讓渡契約は其契約當時より效力を生ずることとなり隨て其土地の所有權は契約當時に於て乙より丙に移轉したることとなれども而も丁の地上權若しくは抵當權は消滅することなしとす是れ即ち追認の物權的遡及効か一方に於て當事者乙の權利を害するも而も他の一方に於て第三者丁の權利を害することを得すと云へる場合の一例なりとす今此解釋は本條の解釋として正當なる普通の解釋にして何人も之を争ふことなし

(梅氏民法要義、第百十六條註釋、岡松氏民法理由、第百十六條註釋、富井氏民法原論第一卷總論下、第四四九頁、川名氏日本民法總論、第二四四頁、鳩山氏註釋民法全書第二卷法律行為乃至時效、第百十六條註釋、中島氏民法釋義、卷の一、第百十六條註釋等)然れども此條文の但書は只單に追認の物權的遡及効か當事者の權利を害し且第三者の權利を害することの可能性を有する場合のみを規定したるものなり是故に以下の如き場合には此但書の規定は全く其適用

あることなしとす蓋し立法者は以下の如き場合に對しては但書の規定を設くるの必要なきか故に素より此等の場合に對しては此但書を設けたるものにあらずるか故なり即ち先づ第一に追認の遡及効か當事者の權利を害することなく隨て第三者の權利を害することの不可能なる場合はなり前例に於て無權代理人甲か乙の土地を丙に賣却するの債權契約のみを爲したる後乙か丁に對し其土地に地上權若しくは抵當權を設定し其後に至り乙か右の債權契約を追認したる場合には其追認は勿論遡及効を生ずるか故に乙は其契約當時より其土地を讓渡するの債務を負擔し丙は之に對立する債權を取得することとなるなり然れども第三者丁の地上權若しくは抵當權は但書の適用を受くるとなくして當然害せらるるとなく依然として存立するものとす其理由如何と云ふに此場合には追認の遡及効は物權的效力にあらずして債權的效力なり隨て當事者乙の權利を害することなしとす何となれば當事者乙は單に債務を負擔するに止まり何等權利を害せらるることなし即ち乙は依然丙に對することとしては完全にして無害なる土地の所有權を有するか故に追認の後に於ても尙ほ其所有權を他人に讓渡し其他人をして丙に

對することとして完全無害の所有権を取得せしむることを得るか故なり是故に又此場合には追認の遡及効は第三者丁の地上権若くは抵當権を害するの可能性を有することなしとす何となれば此地上権若くは抵當権の設定者たる乙の所有権は依然として完全無害にて乙の手裡に存するか故に右の遡及効は此地上権若くは抵當権には毫末も觸るること能はさるか故なり又第二に追認の遡及効が當事者の権利を害するも而も尙ほ第三者の権利を害するの可能性を有せざる場合是なり前例に於て無權代理人甲か乙の土地を丙に譲渡するの契約を爲したる後乙か丁に對して同一の土地を賣却するの債權契約のみを爲し其後に至り乙か右の譲渡契約の追認を爲したる場合には其追認は遡及効を生ずるか故に其土地の所有権は契約當時に於て乙より丙に移轉することとなるなり然れども第三者丁の債權は但書の適用を受くることなくして當然害せらるることなく依然として存立するものとす其理由如何と云ふに此場合には追認の遡及効は債權的效力にあらずして物權的效力なり隨て當事者乙の所有権を害し乙をして之を喪失せしむること勿論なれども而も直接に第三者丁の債權を害し丁をして之を喪失せ

しむるの力を有することなしとす何となれば第三者丁の権利は債權にして其性質上直接に土地其のものを支配することなし隨て右の遡及効は其の間接の結果として時に或は右の債權の履行不能を來さしむることあるべきも而も尙ほ直接に此の債權を消滅せしむることは不可能なるか故なり(同說鳩山氏前掲)之を要するに第一百十六條但書の規定は單に追認の法律上の效力が當事者の權利を害し且第三者の權利を害するの可能性を有する場合のみを豫想して設けたる規定に外ならざるか故に單に此種の場合に限りて其適用あり其他の場合には絶對に其適用あることなしとす

更に尙ほ第四百十一條に付き前上に挙げたる理論の正當なる所以を證明せん第四百十一條 撰擇は債權發生の時に遡りて其效力を生ず但第三者の權利を害することを得ず

此條文は撰擇の遡及効を認めたるものなり而して本條但書も亦其遡及効が當事者の權利を害し且第三者の權利を害するの可能性を有する場合のみを豫想して設けたるものなり故に其場合以外には絶對に其適用あることなしとす

從來本條の解釋に關しては學者の見解岐れたり即ち本條但書の規定は果して之を適用すべき場合ありや否やに付き論議あるなり

第一説は本條但書は之を適用すべき場合ありと爲し設例して曰く不動産又は金若干を與ふべき場合に於て選擇權者か其不動産を選擇したりとせんに若し其以前に於て債務者か其不動産に付き地上權永小作權質權抵當權等を設定したるときは敢て此等の權利を蔑如すること能はずと即ち此説は斯の如き場合を以て但書の規定の適用ある場合と爲すなり(梅氏前掲第四百十一條註釋 横田氏債權總論第一三六頁)

第二説は此但書の規定は全く之を適用すべき場合なしと爲し其理由として大要下の如く論せり選擇に依りて選擇債權は單純債權に變するのみ故に選擇せられたる給付の物體か特定物なる場合に於ても債權者は其特定物を給付すべき債務を負ふに止まり特定物上の物權は當然債權者に移轉することなし故に選擇か遡及效を有するも物權は債權發生當時に債權者に移轉するものと見做さるることなし從て選擇か遡及力を有するか爲めに第三者の權利を害するか如きことなし即ち債務者か選擇前に一の給付の物體を處分し第三者か其物上に物權を取得

せる場合には其處分は有效にして後に至り選擇に依り其處分せられたる物か當初より給付の物體たりしものと見做さるるも第三者は其取得せる物權を害せらるることなく第三者か物權を有する状態に於て給付の物體となる故に第四百十一條但書に於て選擇の遡及力の爲めに第三者の權利を害することを得すと云ふは無意義の規定なりと云はざる可らずと爲せり(石坂氏前掲第一五〇頁第一八八頁)

第三説は大體に於て右第二説を是認するものなれとも而も只本條但書の規定の適用あるべき場合は絶無にはあらずと爲すなり即ち債權か例外として第三者の權利に優先する效力を有する場合に於て本條但書の適用を見るの餘地ありと爲せり而して其場合と云ふは不動産上の權利の設定移轉等を目的とする選擇債權に付て不動産登記法第二條に依り假登記のなされたる場合なり即ち此場合に選擇債權特定後本登記を爲せば其本登記の順位は假登記の順位によるか故に之によりて或は本登記以前に成立し且登記せられたる第三者の權利を害することあるへし然れども本條の規定か登記法第二條に對する特別規定を爲すか故に第三者の權利は害せらるることなしと爲すなり(川名氏要論第五八頁、鳩山氏日本債權法總論第四九頁以下)

今第一説は債権か特定物に關する物權の移轉等を内容とする債権なるときは債権者は選擇の遡及效に依り債權契約當時より當然物權を取得するととなるか故に契約當時と選擇との中間に於て其特定物に對する物權を取得したる第三者の權利は本來害せらるべき筈なれども而も本條但書の規定の適用あるか故に害せらるることなきに至ると爲すなり然れども此解釋は債權契約と物權契約とを混同し單に債權契約のみか締結せられたる場合に於ても其效力に依り物權か當然變動するものと爲すか故に佛民法の解釋論としては兎も角も我民法の解釋論としては全然誤謬なりと云はざる可らず(同說石坂氏前掲)然れども此説は選擇の遡及效か當事者の權利を害し且第三者の權利を害するの可能性を有する場合に限り本條但書の規定の適用ありと爲すの根本思想より出でたるものなること明瞭なりとす故に此根本思想だけは正當なりと云はざる可らず然るに只此説は其根本思想に該當すべき正當なる場合を挙げざるのみ、第二説は選擇の遡及效は選擇債権を單純債権に變するの力を有するに過ぎず故に選擇せられたる給付の物體か特定物なる場合にも債務者は只單に其特定物を給付すべき債務を負ふに止ま

り何等其特定物上の物權の變動あることなし是故に選擇の遡及效は當事者の權利を害するの力なし隨て第三者の權利を害するの可能性を有することなきか故に本條但書の規定は無意義にして全然不用なりと云ふに歸着す換言すれば此説は本條但書は單に選擇の遡及效か當事者の權利を害し且第三者の權利を害するの可能性を有する場合に限り其適用あるに過ぎざれども只其場合は絶無なりと云ふに歸着するものとす故に此の理論は極めて正當なれども只立法論なるか故に之を採用すること能はざるのみ第三説は第二説と同一の思想に基くものなれども而も只本條但書の規定の適用ある場合は絶無にあらず之を發見せりと爲すなり今其發見せりと云へる場合如何と云ふに選擇債権の發生原因たる債權契約のみか締結せられたるときに其選擇債権に付て假登記を爲されたる後に第三者の權利か取得せられ而して後選擇か爲され其遡及效として選擇債権か單純債権に變し然る後に物權契約か爲され而して本登記か爲されたるの結果として始めて右の遡及效か物權的效力の性質を有するに至るものと見る場合なり然るに本條但書の規定の適用に依り此の第三者の權利は害せらるることなしと解する

なり斯の如き場合か選擇の遡及效に對する但書の規定の適用ある場合なりと爲すの解釋か果して正當なりや否やは少しく疑問なれども余は暫らく此の第三説に從はんと欲す今此の第三説も亦本條但書の規定は單に遡及效か當事者の權利を害し且第三者の權利を害するの可能性を有する場合に限り其適用あるに過ぎすと云へる根本思想より出てたることは明白なりとす

之を要するに本條但書の規定は單に遡及效か當事者の權利を害し且第三者の權利を害するの可能性を有する場合のみに對して設けられたるものなること勿論にして學者は皆此理論に關し全く一致するものと云はざる可らず

尙ほ此外に我民法上に於ける第三者の權利を害することを得すと云へる前上以外の種々の規定に付き右の理論の正當なる所以を證明することを得れとも煩を避けて之を省略することとせん

然らば第五百四十五條第一項但書に謂ふ所の第三者の權利を害することを得すと云へる規定は如何なる意義を有し又如何なる場合に適用ありやと云ふに此規定も亦前上に挙げたる他の規定と毫末も其意義を異にするの理由あることな

し隨て亦其適用あるべき場合を異にするの理由あることなしとす是故に此但書の規定も亦遡及效か當事者の權利を害し且第三者の權利を害する可能性を有する場合に限り其適用あるものと論斷せざる可らず、

然るに反對論者は此點に付き一大誤解を爲せり即ち例へば甲か乙に對し特定の馬を賣却するの債權契約を爲し而して甲か其債務の履行として乙に對して馬の引渡を爲し其所有權を移轉したる後に於て右の契約か解除せられたる場合に於て反對論者は買主乙は賣主甲に對して單に其馬を返還するの債務を負擔するに至るに過ぎすと爲すなり而して又反對論者は此債務の發生は即ち解除の法律上の效力の發生にして而して此效力は如何なる時期に發生せるものと見るかと云ふに解除當時に發生せるものと見るべきものにして右の履行當時に發生せるものと見るべきものにあらずと解せり(鳩山氏前掲)即ち之に依るときは反對論者は一般的に且種々の場所に於て解除は遡及效を有すと説明するにも拘はらず茲に述ふる所の解除の效力は遡及性を有せざる旨を特に自白しあるなり是故に反對論の説によれば第一に解除の此の效力か遡及性を有せざるの結果として其效力

か第三者の権利を害するといふことは不可能なりとす第二に此效力といふは單に債務の發生に過ぎざるか故に其效力が當事者即ち買主乙の権利を害するといふことは不可能なりとす何となれば既に述べたるか如く買主乙は解除後に於ても其買受たる馬の完全無害の所有権を有するか故に尙ほ其馬を他人に譲渡し此他人をして完全無害の所有権を取得せしむる事を得るか故なり随つて亦其效力が解除前に於て既に取得せる第三者の権利を害することの不可能なるは勿論にして一點の疑を容るることを許さざるなり。

斯の如く反對論者の説によれば解除の場合には第三者の権利を害することの不可能なることは明々白々たり然るにも拘はらず尙ほ反對論者は既述の如く第三者の権利を害することを得すと云へる但書の規定を以て或は當然の事に屬すと解釋し或は疑を避くるか爲めに特に設けたる規定なりと解釋せり論者は斯の如き解釋を以て眞面目に自ら正當なる解釋なりと信するの勇氣ありや否や若しありとせば何故に第百十六條又は第四百十一條の但書に對しても亦同一の解釋をなさざるか例へば昇天の行爲は不可能なること明々白々たり然るに國家か天

に昇ほることを得すと云へる禁止法を發布したりと假定せんに斯の如きものを以て法規たる價值を存する當然の規定なりと解し又は疑を避くるかために特に設けたる規定なりと解する者あるへきか即ち論者の解釋の不當なることは問はずして明らかなるへし又論者の中或者は既述の如く但書の規定を以て全然無用の冗文なりと斷言せり此論は論者自身の前提的説明と比較するときは論理一貫せり然れども此論は既述の如く本條但書を全然無視するものなるか故に解釋論にあらすして純然たる立法論なり随つて解釋論として之を採ることを得ざるは勿論なりとす。

之を要するに反對論者は多少説明の方法を異にすれども而も孰れも皆實質上に於ては結局第五百四十五條第一項但書の規定を以て無用の冗文なりと爲すに歸着するものとす。

今反對論者か斯の如き純然たる立法論を爲さざるへからざるの窮地に陥りたるの理由如何といふに此理由は極めて明白なり即ち解除の效力の意義を誤解せるか爲めなり元來我民法上に於ける解除は獨逸民法上に於ける解除とは其效力

を異にするものたり即ち獨逸民法上に於ては既述の如く解除は前上に述べたる點に關し單に當事者間に債權債務の關係を生ずるに過ぎず換言すれば所謂債權的效力を生ずるに過ぎず然るに之に反して我民法上に於ては解除は所謂物權的效力を生ずるものたり而して此效力は遡及性を有す是故に解除の此效力は當事者の權利を害し且第三者の權利を害するの可能性を有するものとす此理由により第五百四十五條第一項但書の規定は一大重要なる意義を有するものとす即ち此但書の規定は右の可能性を制限し之に依りて第三者を保護するといふ重要な職責を盡すものたり。

獨逸民法上に於ける解除の茲に述ふる所の所謂債權的效力は既述の如く法定的法律效果にして權利發生の效力なり之に反して我民法上における此の所謂物權的效力は法定的法律效果にあらず任意的法律效果の結果として生ずる所の法律上の效力にして而も權利消滅の效力なりとす更に兩國民法上に於ける解除の效力の異同を詳言すれば獨逸民法に於ては解除は債權契約の效力を消滅せしむるといふ任意的法律效果を生じ且場合により(債務か履行せられたる後に)給付返

還の債務の發生と云ふ法定的法律效果を生ずるものとす然るに我民法に於ては解除は債權契約の效力を消滅せしむると云ふ任意的法律效果を生じ且つ後に詳論するか如く場合により前上に述べたる權利消滅の效力なる物權的效力を生じ更に又場合に依り原狀回復の債務の發生なる法定的法律效果を生ずるものとす要するに獨逸民法に於ては解除は原則として物權的效力を發生することなきに反し我民法に於ては物權的效力を發生する場合ありとす是故に我民法に於ては解除の效力に關する獨逸の學說の一なる所謂直接效力説なるものの少くとも一部分は之を採用せざるものと論結せざるべからず然らば此説の他の部分は之を採用せるものと見ることを得るや否やと云ふに此問題に付ては後に各種の場合を論述するに當りて詳論することとせん。

然らば反對論者の見解と余の卑見との間に何故に斯の如き重大なる相違を來たすに至れりやと云ふに是れ主として我民法上の所謂物權契約なるものの性質に關し其所見を異にするか爲めなり元來物權契約の性質論と解除の效力論とは自ら別異の問題なるか如くなれども而も物權契約の性質如何は極めて汎き範圍

に涉りて解釋上重要なる影響を及ぼすものたり第五百四十五條第一項但書の解釋に關しては殊に然りとす是故に解除の效力の解釋につき前上述べ來りたる理論の正當なる所以を説明するか爲めには必然的に物權契約の性質如何の問題に論及せざることを得ず本來此問題に關しては我民法制定以來學說極めて紛糾し有力なる學者にして此問題を論究せざるもの殆んど之れ無しといふも過言にあらず然るにも拘はらず尙ほ未だ今日に於ても說一に歸するものと見ることが得ず是故に外形上稍々岐路に入るの觀なきにあらざれども以下に於て此問題につき少しく論述する所あらんとす。(未完)

英國の二大政黨制と勞働黨(一)

占部百太郎

大戰前に於ける英國政黨界の分野は、第拾七世紀以來兩々對峙したる自由統一兩大黨に劃立せられて居た。外に愛蘭國民黨と勞働黨とが在つたけれど、前者は民族を代表して愛蘭自治を目的としたる一時的存在の理由を有するに過ぎざる黨派、又後者は勞働者てふ一階級の利益を主張せむが爲發生したる黨派で、然も大なる勢力を成すに至らなかつた。兩者孰れも英吉利帝國全體の國利民福を目的とするものでないから、真正なる意義に於ける政黨とは謂い難かつた。英國は依然たる兩大黨交立の國柄として、この約二世紀半に亘つて確立せられたる所謂 *Two-Party Politics* の制度は、未來永劫破壊せらる可くも見へなかつた。所が大戰は英國の凡ゆる國家社會の制度をば、殆ど全く破壊し去つた。財政も、産業も、交通も、教育