

Title	契約解除論 (三)
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.3 (1920. 3) ,p.332(30)- 350(48)
JaLC DOI	10.14991/001.19200301-0030
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19200301-0030

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.

契約解除論 (三)

神戸寅次郎

五

我民法上物權の移轉を内容とする債權契約か締結せられ而して其法律上の效力として其物權を移轉するの債權債務か發生し而して其債務か履行せられたる後に於て右の債權契約か解除せられたる場合には其物權は當然原權利者に復歸するや又は當事者間に單に其物權を返還するの債權債務を生ずるに過ぎざるやか前上に於て述べ來りたる問題の中心點なりとす此問題に關しては從來學說極めて紛糾せるも其紛糾せるに至れる所以は主として此問題か二個の根本問題の解決を前提と爲し居るか爲めなりと云へる旨及び其二個の根本問題と云ふは即ち(1)辨濟の性質如何と云へる問題(2)物權契約は有因行爲なりや無因行爲なりやの問題なりと云へる旨は本稿の冒頭に於て既に之を述べ置きたり然らば本稿の右の中心たる問題即ち解除の效力問題に對して何故に此二個の根本問題の解決

か其前提を爲すかと云ふに物權契約か有因行爲なるや無因行爲なるやの問題の解決か其前提を爲す所以は殆んど説明を爲さずして明かなるへし蓋し反對論者の見解の如く物權契約か無因行爲なるときは解除の效力問題に關しても亦反對論者の見解の如く若しくは獨逸民法上の解釋論の如く物權は當然原權利者に復歸することなく單に當事者間に物權を返還するの債權債務を生ずるに過ぎざることとなるは前上の論述によりて明白なり之に反して物權契約か有因行爲なるときは物權は當然原權利者に復歸することとなるは亦自ら明白なりと云はざる可からざるか故なり然らば辨濟の性質如何の問題の解決か何故に前提を爲すかと云ふに此問題の解決は必ずしも直接に解決の效力問題の前提を爲すものにあらずとも而も直接に物權契約の性質如何の問題の前提を爲すものたり蓋し物權契約の性質如何の問題は種々の點より之を攻究することを要すれども而も辨濟の性質如何の問題の解決か其重要なる前提を爲すものなることは後の論述によりて自ら明かなりと云はざる可からざるか故なり茲に於てか先づ辨濟の性質如何の問題に付き概論するの必要を生ず

六

辨濟の法律上の性質如何に付ては獨逸に於ても亦我國に於ても甚大なる論議ありて學說未だ全く歸一する所なし

(Vergl. Oertmann, Komm. zu § 362 B. G. B.; Eneccerus, B. R. § 383; Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschrift über die Rechtsgeschäfte S. 45 fg.; derselbe, Willenserklärungen und Willensakten, S. 404 fg.; 岡松氏京都法學會雜誌第一卷一號同氏法學協會雜誌第三十四卷第二號八七頁以下石坂氏民法研究第一卷四〇五頁以下下野田氏債權總論第八一四頁以下川名氏債權法總論第四八六頁以下仁井田氏論文法學新報第二五卷第二號鳩山氏日本債權法第三二七頁以下中島氏京都法學會雜誌第十三卷第四號第六) 之に關する學說は詳細に之を分類するときは極めて多數と見ることを得へきも而も之を大別するときは約三個となすことを得へし即ち法律行爲說

非法律行爲說及び折衷說是れなり、

(1) 法律行爲說とは之を約言すれば辨濟には當事者双方又は一方の辨濟意思(Animus solvendie)を要す隨つて辨濟は法律行爲なりと爲すものなり

(2) 非法律行爲說とは之を約言すれば辨濟には全く當事者の辨濟意思を要せず隨つて辨濟は法律行爲にあらずと爲すものなり

(3) 折衷說とは之を約言すれば辨濟を分て二種と爲し一種の辨濟には辨濟意思を要すとなし他の一種の辨濟には辨濟意思を要せずと爲し隨つて或る辨濟は

法律行爲にして他の辨濟は法律行爲にあらずと爲すものなり、

即ち之に依るときは辨濟の法律上の性質如何と云へる問題は辨濟には辨濟意思を要するや否や隨つて辨濟は法律行爲なりや否やと云へるを以て其焦點と爲すものとす、

今余は本稿の問題即ち解除の效力如何の問題を論述するに當りては主として辨濟の際に行はるる所の物權契約と債權債務との關係如何を攻究するを必要となすに過ぎず故に以下に於ては煩を避けて主として此關係如何の點を説述するに止めんとす。

抑も辨濟とは債務の本旨に従ひたる履行行爲若しくは給付行爲を爲すことに外ならず今此履行行爲若しくは給付行爲を爲すに付きては或は事實行爲を爲すことあり或は法律行爲を爲すことあり債務の辨濟として物權を移轉し又は債權を讓渡する場合には其の物權移轉行爲又は債權の讓渡行爲換言すれば所謂物權契約又は準物權契約其れ自身は法律行爲的意思表示を以て其組成分子と爲すものにして此等の行爲か法律行爲なりと爲すの點に付きては從來學者間に何等の異

論あることなし随つて前上に擧げたる三個の學說亦孰れも此等の行爲を以て法律行爲なりと爲すの點に於ては全く一致せり。

然れども此物權契約(又は單物)を爲すに際し當事者は其物權契約の組成分子たる二個の法律行爲的意思表示を爲すの外に更に所謂辨濟意思なるものを有し若しくは之を表示することを要するや否やの問題に關しては既述の如く甚大なる論議ありて學說種々に分岐するに至りたり然るに茲に辨濟意思は當事者双方か之を有し若しくは表示することを要するや又は一方のみか之を有し若しくは表示することを要するやと云へる問題あり是に於てか此點よりして從來の學說は大約之を四個に分ちて觀察するを便宜とす即ち

第一說 債務者の辨濟意思のみを要すと爲すの說(例へば Rosenberg Thering's J. p. Bd. 433
S. 24 ff; Havenstein Erlächeren der Schuld-
verhältnisse durch Erfüllung,
S. 24 ff; 川名氏前掲等)

第二 債權者の辨濟意思のみを要すと爲すの說(例へば Hellwig, Lehrbuch, I. S. 283;)
岡松氏法學協會雜誌前掲等)

第三 全く辨濟意思を要せずと爲すの說(例へば Kohler, Thering's J. p. Bd. 17, S. 261 ff; Laus-
Ortmann, a. a. o.; 石坂氏
前掲鳩山氏前掲等)

第四 當事者双方の辨濟意思を要すと爲すの說(例へば Manigk, a. a. o. Klein, causa
Solvendi, S. 45 ff; Endemann, S. 795, etc.)
先づ此等の見解に對して略評を試み後に卑見の大要を述べんと欲す。

第一說は債務者は例へば物權移轉契約の場合に於ては物權を移轉するの意思即ち物權的法律行爲的意思表示を爲すの外に辨濟意思を表示することを要し之に反して債權者は單に物權を受領するの物權的法律行爲的意思表示のみを爲すことを要し辨濟意思の表示を爲すことを要せずと爲すなり今此說を採るものは之を採るにつき種々の理由を述べざるにあらざれども而も法典上の根據は全く之を擧ぐることも能はざるか如し即ち或は獨逸民法第三百六十二條第一項又は第三百六十三條等を以て其根據と爲さんとすれども而も此等の條文が單に債務者のみの辨濟意思を要求するものと解すること能はざるは明白にして何人も之を争ふこと能はざるへし又我民法には獨逸民法の右の條文に該當する法規あることなし更に此說に基きて生ずる所の法律要件の性質如何此法律要件は之を一個の法律行爲と見るべきか假りに之を一個の法律行爲と見るときは此法律行爲は三個の意思表示即ち債權者の物權的意思表示債務者の物權的意思表示及債務者

の辨濟意思の表示を以て其組成分子と爲すものとなる而して其法律上の効力は物權移轉といふ効力と債權消滅といふ効力との二者となるなり果して然りとすれば此場合には一個の獨立の物權契約なるものは存在せざることとなるなり何となれば所謂一個の獨立の物權契約なるものは從來の法學によれば二個の物權的意思表示のみを以て其組成分子と爲し而して單に物權移轉といふ一個の効力のみを生ずるものに外ならざるか故なり但し此點に付きては後に物權契約の性質を論述するに當りて詳論することとせん然らば此の法律要件は之を二個の法律行爲と見るべきか即ち債權者と債務者とか一個の物權契約を爲し而して其外に債務者か辨濟行爲といふ他の一個の單獨行爲を爲したるものと見るべきか而して此二個の法律行爲は各々全く獨立せる別異の行爲にして其間に何等不可分の關係の全く存せざるものと見ることを得べきか今假りに然りとすれば法律は物權契約に對して物權移轉といふ任意的法律上の効力を付し而して辨濟行爲なる單獨行爲に對して債權債務の消滅と云ふ任意的法律上の効力を付したるものと見ざる可らざるへし果して然りとすれば其結果如何例へば單に物權契約のみ

か取消されたるときは其物權契約は全然無効となるべきこと勿論なれども而も此場合に於ては辨濟行爲なる單獨行爲は依然として有効に存續するものと見ざる可らざるへし蓋し取消は此行爲には毫末も觸れざるか故なり果して然りとすれば債權債務は依然として消滅の儘に存するものと解せざる可からざるに至るへし然れども此結果は何人も之を承認すること能はざるへし何となれば其結果は少くとも我民法の規定に反するものと云はざる可らざるか故なり即ち我民法の規定によれば此場合には債權債務は復活するものと解せざる可らざるか故なり(第四百七十六條)是故に此説は之を採ることを得ず。

第二説債權者は物權を受領するの意思表示即ち一の物權的意思表示を爲すの外に辨濟意思を表示することを要し之に反して債務者は單に物權を移轉するの意思表示を爲すことを要し辨濟意思の表示は之を爲すことを要せずと爲すなり今此の説を採る者も亦第一説を採るものと同じく何等法典上の根據を有するることなし右に挙げたる獨逸民法の條文即ち第三百六十二條第一項及び第三百六十三條等は亦單に債權者のみの辨濟意思を要求するものと解すること能はざるは

明瞭なりとす學者或は辨濟は債權の處分なりと云へる理由を以て債權者の辨濟意思を要すとの論據と爲さんと欲すれども (Helwig, a. a. o.) 此理由も亦獨逸に於ては的確に法典に根據するものと見ることを得ず (Vergl. Oertmann, a. a. o.) 又學者或は辨濟は債權の處分なり(日民第四百九十條第五百條)と云へる理由の外に債權者は提供せられたる給付を辨濟として受領するや否やの自由を有すと云へる理由を以て債權者の辨濟意思を要すと爲せり(岡松氏法學協會雜誌 前掲第九三頁以下)今辨濟は債權の處分なりと云へる理由に對しては我民法第四百九十九條第五百條は其根據を爲すものと解することを得ざるにあらざるべきも而も此等の規定は之を辨濟に單に債權者のみの辨濟意思を必要と爲すと云へる理論の根據となすことを得ず又債權者は提供されたる給付を辨濟として受領するや否やの自由を有すと云へる理論は必ずしも不當にはあらざれども而も此點に付ては大に注意を爲すことを要す論者は其自由の意義を説明して曰く法律か債權者は提供せられたる給付を辨濟として受領せざるときは受領の遲滯にありとし一定の責任を生ずるものとし其給付を受領すへき義務ありと爲さざるは即ち法律か債權者に辨濟として受領するや否

やの自由を與ふるものなりと然れども此の如き意味に於ける自由は假令債權者か受領の義務を負ひ居る場合に於ても亦之を有するものと云はざる可からず其理由如何と云ふに元來我民法上に於ては債權者は受領の義務を有するとなし然れども論者の云ふか如く債權者は提供せられたる給付を辨濟として受領せざるときは所謂受領遲滯の責任を負担せざるべからず即ち債權者の不受領といふ舉動は義務違反にはあらざれども而も之に對して一定の責任を負課せらるるか故に此責任發生の瞬時に於て債權者は法律上に於ては既に一種の意味に於て其自由を奪却せられたるものと見ざるべからず何となれば債務者か辨濟の提供の時より不履行に因りて生ずべき一切の責任を免かるる以上は債權者の不受領と云ふ舉動其のものは法律の許容せる純然たる自由と見ることを能はざるか故なり換言すれば法律か債權者の不受領なる舉動に對して一定の責任を課するといふことは間接に債權者の受領を強制することに外ならざるか故なり殊に我民法も亦供託制度を設けたり随つて債務者は債權者の意思なきも辨濟の目的物を供託して其債務を免かるることを得るか故に此點より見るときは債權者は殆んど何等

の自由を有せざるものと云はざるへからざるか故なり、今債権者が假りに受領の義務を有するものとせば如何といふに此場合に於ては債権者は法律によりて直接に強制せらるるものとす故に債権者か受領の義務を有すると否らざるは單に法律によりて直接に強制せらるると間接に強制せらるるとの相違を生ずるに過ぎず是故に債権者は法律によりて強制せらるるに至る迄只單に事實上の自由を有するに過ぎず然るに斯の如き意味に於ける事實上の自由は債務者も亦之を有するものと云はざるへからず何となれば債務者も亦法律によりて強制せらるるに至る迄は辨濟を爲すと否との事實上の自由を有すること勿論なるか故なり是故に法律か此種の自由の存在を理由として債権者に對して辨濟意思を要求するものとせば法律は同一の理由によりて債務者に對しても亦辨濟意思を要求するものと論結せざるへからず然るに論者は債務者に對しては法律は辨濟意思を要求せざるものと爲せり是故に此説は之を採ることを得ず、要するに右の意味に於ける自由の存在は法律か單に債権者のみの辨濟意思を要求すと云へる主張の根據と爲すこと能はざるなり更に今此説に基きて生ずる所の法律要件の性質如

何と云ふに此法律要件も亦第一説に基きて生ずる所の法律要件と殆んど全く同一の性質を有することとなるへし即ち此法律要件は之を一個の法律行爲と見るときは此法律行爲は三個の意思表示を以て其組成分子と爲すこととなるへし若し又之を二個の法律行爲と見るときは其一の法律行爲は二個の物權的意思表示を以て其組成分子と爲し他の一の法律行爲は一個の辨濟意思の表示を以て其組成分子と爲すこととなるへし其結果の不當なることは第一説に關して上述せる所と殆んど同様なりとす然れども此點に付きては尙ほ後に詳論することとせん。第三説は當事者双方か共に全く辨濟意思の表示を爲すことを要せすと爲すなり即ち例へは辨濟として物權移轉契約か爲さるべき場合に於ては債務者か物權を移轉するの意思表示即ち一の物權的意思表示を爲し而して債権者か之に對して物權を受領するの意思表示即ち一の物權的意思表示を爲すときは之に依りて物權契約は成立するものとす故に債権者又は債務者は其外に更に債權債務を消滅せしめんとするの意思表示即ち辨濟意思の表示を爲すことを要せず債權と所謂給付行爲たる物權契約との關係は特に意思表示によりて連絡せらるることを

要せず單に其關係が存在することのみを以て十分なりと爲すなり更に換言すれば物權契約は單に二個の物權的意思表示を以て其組成分子と爲すことを要するに過ぎず而して債權と其物權契約との關係は特に主觀的に指示せらるることを要せず單に客觀的に存在することを要するに過ぎず而して其關係か客觀的に存在するときは其れにて物權契約は辨濟行爲となるものなりと爲すなり。

今此の第三說の理由とする所は極めて種々なるか故に簡單に之を擧ぐることを得されとも而も論者の所謂獨逸の法典上の根據なるものは主として消極的の根據にして左の點にあるか如し即ち獨逸民法は特に辨濟意思を要求する條文を設くることなし殊に獨逸民法第三百六十二條第一項は單に給付行爲 (Leistungsk) を要求するのみにして特に法律行爲を要求することなし隨つて效果意思たるの資格を有する辨濟意思を要求することなし加之第三百六十六條第二項は辨濟意思なきも債務消滅の効果を發生せしむと (Vergl. Oertmann, a. a. o.) 云へる點是なり又我國に於ても學者は法典上の根據としては殆んど右と同様の根據を擧ぐるもの如し (石坂氏前掲第四一六頁四三四頁) 即ち一方に於ては法典は辨濟意思を要

求する特別の規定を設くることなしと爲し而して他の一方に於ては辨濟充當に關する規定 (九十一條獨民第三百六十六條) を根據とし法律は辨濟意思なきも尙ほ能く債務消滅の効果を發生せしむる旨を主張せり尙ほ此外に論者は法典か行爲法律行爲又は辨濟なる文字を用ひたる箇所 (七十二條第十四條第百八條第百) の解釋に關し此等の文字は辨濟其他のものを意味するにあらず只給付行爲を意味するに過ぎずと爲し (石坂氏前掲四) 以て辨濟には辨濟意思を要せずとの理論の根據と爲さんとせり。

右に擧げたる論者の所謂獨逸民法上の根據の正否如何に付きては學者間一大論議あり (Vergl. Oertmann, a. a. o. Meinigk, a. a. O.; etc) 余は斯の如き根據は獨逸民法の解釋論としても絶對に不當なりと爲すものなれども而も長文に渉るの虞あるを以て煩を避けて之に論及せず今我國の論者の擧ぐる所の右の根據なるものは果して正當なりや否や即ち論者は一方に於ては辨濟充當の場合には法律は辨濟意思を要求することなし是故に法律は一般に辨濟には辨濟意思を要求することなしと主張し此主張の一論據として辨濟充當の規定を引用し而して又他の一方に

於ては給付と一定の債務との間に關係の存することを必要とすれども而も此關係は必ずしも當事者の意思表示によりて指定せらるることを要せず法律の規定によりて指定せらるることありと主張し此主張の一論據として亦辨濟充當の規定を引用せり然れども此等の主張は全然不當なりと云はざる可からず今其理由如何と云ふに元來辨濟其れ自身と辨濟の充當とは全く別異の觀念に屬するか故に此二者は嚴正に之を區別して攻究することを要す辨濟充當の條文は單に充當其れ自身を規定するのみにして辨濟意思か辨濟其れ自身の組成分子を爲すや否やの問題には毫末も觸るることなし何となれば債務者か債權者に對して單一の債務を負擔する場合には辨濟其れ自身は存在することを得れども而も充當といふことは生起すること不可能なり又債務者か同一の債權者に對して異種の目的を存する數個の債務を負擔する場合にも辨濟其れ自身は存在することを得れども而も充當といふことは生起すること不可能なり而して又債務者か同一の債權者に對して同種の目的を有する數個の債務を負擔する場合に於ても提供せられたる給付か總債務を消滅せしむるに足るときは辨濟其れ自身は存在することを

得れども充當といふ事は生起すること不可能なり又提供せられたる給付か總債務を消滅せしむるに足らざるときと雖も其の提供せられたる給付か其數個の債務に對する辨濟の爲に爲されたることか他の事實によりて明かとなりたる後に於て始めて充當の規定なる第四百八十九條乃至第四百九十一條の規定か適用せらるることを得るに過ぎず若し其の提供せられたる給付か其數個の債務に對する辨濟の爲めに爲されたるものなるか又は贈與其他の趣旨にて爲されたるものなるかか絶對に不明なる場合には充當に關する此等の規定を適用することは全然不可能となるか故なり殊に第四百九十條及び第四百九十一條は其文字の上より見るも極めて明瞭に此意味を指示するものと云はざるへからず即ち此等の條文は云々辨濟者か其債務の全部を消滅せしむるに足らざる給付を爲したるときはと云へり是れ即ち當事者双方か其給付か其債務の辨濟の爲めに爲されたることを了知し而して債權者か既に其給付を受領し終りたる瞬間以後の場合を規定せるものなり換言すれば辨濟充當の規定は給付と債務の關係を指定するものにあらず其關係か他の事實によりて指定せられたる後に於て只單に其指定の範圍

内に於て其給付を債務中の孰れに充つべきかを確定するに過ぎず要するに辨濟充當の規定は法律か辨濟に付き辨濟意思を要求するや否やと云へる問題には毫末も關係を有することなし又辨濟の充當其のものは給付と債務との關係を指定するの職責を有するものにあらす是故に充當其のものが辨濟意思の代用若しくは之に類似する作用を爲すといふことは全然不可能なりと云はざるへからず。

給付と債務との關係は時には四圍の事情によりて自然に現はるるか如く感ずる場合なきにあらざれども而も此場合に於ても其の四圍の事情其のものが之を指定するものにはあらす單に四圍の事情か辨濟意思の存在を推斷せしむるに過ぎざるなり尙ほ此點に付きては後に詳論すへし。

又論者は既述の如く法典か行爲法律行爲又は辨濟なる文字を用ひたる場合に付き其文字は單に給付行爲を意味するに過ぎずと解釋し以て辨濟に法律行爲的意思表示の必要なき所以を論證せんとせり然れども是れ解釋論にあらすしで寧ろ立法論なりと云はざるへからず蓋し法典か右の如き明確なる文字を用ひたる場合に付き強ひて之を給付行爲と解せざる可らざるの理由は絶對に之れあるこ

となし然るにも拘はらず強ひて斯の如き解釋を爲すことは法典の文字を削除して新たなる法規を制定するものに外ならざるか故なり。

第四説は當事者各自か物權契約の組成分子たる物權的意思表示の外に辨濟意思の表示を爲すことを要すと爲すなり今此説は獨逸に於ては之を採り且種々の重要な論據を示すものあれども(殊にManitz, p. 10.)我國に於ては之を採るもの甚だ稀なるか如し然れども余は此説を正當と爲すものなり但し茲に左の點に付き特に一言しおくことを要す獨逸の Manitz の如きは凡ての辨濟に關し原則として此説を採らんとするものなれども而も余は辨濟を二個に大別して論述せざる可らず即ち(1)辨濟に付き當事者間に法律行爲的意思表示か爲さるる場合(2)辨濟に付き當事者間に法律行爲的意思表示か爲されざる場合是れなり今茲に第一の場合と云ふは主として前上に於て述べ來りたる所の辨濟に付き物權契約か爲さるる場合を云ふなり即ち此場合に於ては物權契約の組成分子たる意思表示は法律行爲的意思表示にして且當事者間に爲さるるものたること勿論とす然れども履行行爲として假令法律行爲的意思表示か爲さるるも當事者間に於て爲さるるものにあ

らざる場合例へは受任者の履行行為の場合の如きは右第一の場合に屬せずして第二の場合に屬するものと見るなり第二の場合に付き第四説か果して正當なりや否やの問題に關する論述は之を他日に譲らんと欲す蓋し是れ極めて重要な問題にして特別の論究を要するか故なり余は第一の場合に於ては第四説を正當と認むるものなり即ち此場合に於ては當事者双方が各々辨濟意思の表示を爲すことを要するものと爲すを正當と認むるものなり今其理由如何と云ふに此理由は少しく詳細に述ふるの必要あるか故に以下に於て項を更めて論述することとせん(未完)

西比利亞撤兵論(三)

板倉卓造

六

四 干涉の合法なる場合

凡そ一國內に於ては主權に對抗す可き何等の權力を認めざるが故に主權に對しては單に服従あるのみ。然れども其主權の行はるゝ範圍は各國家の領域内に留まり其以外に及ぶ可からざるものなるを以て一國と他國との關係は最早や主權に對する服従の夫れに非ずして兩國家は互に平等の基礎の上に對立するものなり。即ち主權は國家最高無上の權力なるが故に苟も一國家として存在する以上は其上に如何なる權力をも加へらるゝことなきを以て

(一) 國家と國家との關係は常に平等ならざる可からず。

(二) 又一國は他國が其主權を行使するに對して何等の拘束妨害を加ふること