

Title	続契約解除論 (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.10 (1920. 10) ,p.1359(21)- 1377(39)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19201001-0021

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.

s. 211)

- 1) Heinrich Dietzel, Karl Rodbertus, zweite Abteilung, Darstellung Seiner Sozialphilosophie, s. 224. u. J. B. Meyer, Fichte, Lassalle und der Sozialismus in Holzendorf, Deutsche Zeit- und Streitfragen. s. 35 u. P. Lauterbachs Einleitung zu Max Stirners: Der Einzige und Sein Eigentum, Reclam. S. 1.
- 2) Moses Glücksohn. s. 43
- 3) Moses Glücksohn. s. 55

續 契約 解除 論 (三)

神 戸 寅 次 郎

六

從來我國に於て學者は獨乙の學者に倣ひて物權契約なる語を用ひたり余も亦從來此語を用ひたり然れども余は素より之を以て獨乙の法學上に謂ふ所の物權契約なるものと全く同一の意味を有する法律行爲若しくは法律要件を指稱せんと欲したるにあらず只我民法上に於ても物權的意思表示を組成分子とする法律行爲は債權契約と比較するときは一の特色を有するか故に之を表彰するか爲めに便宜上此語を用ひたるに過ぎず然れども獨乙に於ても場合の如何に依り或は合意と登記との二者より成る法律要件を指して物權契約と稱することあり或は右の合意のみを指して物權契約と呼ぶとあるか如く (Vergl. Ruch, a. a. O. En.)。余も亦時には物權的意思表示より成る合意のみを以て物權契約と稱したることあり時

には又此合意と他の意思表示とより成る法律要件を指して物權契約と稱したることあるなり然れども孰れも場合の如何により論述の便宜上之を用ひたるに過ぎず然れども孰れの場合に於ても之を以て無因行爲なる意味を表示せることなしとす。

今物權的意思表示か一個の法律要件の組成分子を爲す場合は必ずしも少ぎにあらざれども以下に於ては煩を避けて主として債務の辨濟に付き物權を移轉する場合に付て論述することとせん蓋し此場合は最も頻繁に起る場合にして而も辨濟其のもの意義を明かにすると同時に契約解除の效力如何の問題に對し重要なる影響を及ぼすこととなるが故なり。

辨濟の意義如何に付ては既に其大要を述べおきたれども(拙著契約解除論本誌第十四卷第三號乃至第六號參照)而も辨濟と物權契約若しくは物權的意思表示との關係如何と云へる點に付ては未だ論述せる所なきを以て以下に於ては主として此點に付き論述することとせん但し此點に付ても日獨兩民法の間に著き相違點あるを以て其相違點を示すか爲めに先づ獨乙民法に付て論述し然る後に我民法に付て論述することとせ

ん。

獨乙民法の下に於ては辨濟の性質如何に關しては甚大なる論争あれども而も物權契約の性質に付ては殆んど全く論争あることなし即ち物權契約は無因行爲なりと云へる點に付ては學說全く一致せり既に述べたるか如く辨濟の性質に關しては從來大約四個の學說(拙著契約解除論本誌第十卷第三號三四頁以下)あれども余は其の中辨濟に付き當事者間に物權的意思表示か爲さるることを要する場合には日獨孰れの民法の解釋論としても當事者双方か辨濟意思の表示を爲すことを要すと云へる説を正當なるものと認めたり(拙著前掲第十四卷第三號)故に今辨濟と物權契約若しくは物權的意思表示との關係如何の問題も亦右の説を基礎として論述するものと知るべし。

即ち此説によるときは辨濟を爲すに付き當事者双方か物權的意思表示を爲すの外に辨濟意思の表示を爲すことを要するか故に茲に物權的意思表示より成る合意と辨濟意思表示より成る合意との二者か存在するものとす今此二個の合意は自然的には不可分關係を有すれども獨乙民法は特別の立法政策に依り此二者

を分離し單に物權的意思表示の合意のみを以て物權契約の内容と爲し辨濟意思表示の合意は之を内容以外に驅逐せり是故に此物權契約は一の獨立の法律要件たるの資格を有し明かに無因行爲たるの性質を有するものとす而して此物權契約なる無因行爲は法律の特に採用したる右の立法政策に従ひ外界に存する事物の存否如何に拘はらず常に單に物權移轉と云ふ一個の任意的法律効果を發生せしむるを唯一の目的と爲すものなり故に其發生する法律上の効果は常に物權の移轉なり如何なる場合にも其れ自身に於ては債務消滅と云へる法律効果は決して之を發生せしむることなし。

是に於てか一個の問題を生ず即ち辨濟意思表示より成る合意の運命如何と云へる問題はなり然れども此問題は容易に之を解決することを得るなり即ち右二個の合意の中物權的意思表示の合意か獨立の一個の物權契約なるものを組成するも他の合意即ち辨濟意思表示の合意は勿論消滅することなしと云はざる可からず何となれば此説によるときは此合意は辨濟行爲に必要缺くへからざる合意なるか故に苟も辨濟行爲か成立する以上は其組成分子たる此合意のみか消滅す

ると云ふことは不可能なるか故なり。

是て於てか此二個の合意の關係如何と云へる問題か生起するに至る既に述べたるか如く物權的意思表示の合意は債務者の出捐意思表示と債權者の原因意思表示とより成る而して辨濟意思表示の合意は債權者の出捐意思表示と債務者の原因意思表示とより成るものとす而して前の合意は物權移轉と云ふ任意的法律効果の基因を爲し後の合意は債務消滅と云ふ任意的法律効果の基因を爲すものとす是故に此二個の合意は全く同等の資格若しくは同等の價值を有するものと云はざる可からず蓋し當事者双方の利害を比較するも又は二個の合意の法律上の形式を比較するも一の合意か他の合意に對して主若しくは從たるの關係を有するものと見ること能はざるか故なり今法律か物權的意思表示の合意を辨濟意思表示の合意と分離して一個の獨立の物權契約なる無因行爲を形成せしむるときは辨濟意思表示の合意は全く孤立することとなるに似たり。

元來辨濟意思表示の合意は債務者の意思表示より立言するときには物權的意思表示の合意に對して學者の所謂原因合意(Kausalvereinbarung)を爲すものなり其反對

に物權的意思表示の合意は債權者の意思表示より立言するときには辨濟意思表示の合意に對して學者の所謂原因合意を爲すものとす今法律が其立法政策上一個の法律行為の内容より原因合意を除外するを以て得策なりと爲し此理由により物權的意思表示の合意のみを以て一個の獨立の無因行為を形成せしめたる以上は孤立の姿となりたる辨濟意思表示の合意も亦其れ自身に於て一個の獨立の無因行為を形成することと成るものと見て可なるに似たり何となれば辨濟意思表示の合意より成る法律行為も亦物權的意思表示の合意なる原因合意を其内容より除外したるものとなるか故なり斯の如く觀察するときには茲に相互に獨立せる二個の無因行為が成立することとなるなり此觀察は果して正當なりや否や假りに之を正當なりとせば其結果如何と云ふに辨濟意思表示の合意より成る法律行為が取消されたる時も物權的意思表示の合意より成る法律行為は有効に存續することとなるか故に此場合には債務消滅と云ふ法律上の効果は發生せず單に物權移轉と云ふ法律上の効果のみが發生することとなり隨つて此場合には不當利得の請求權が發生することとなるなり然るに物權的意思表示の合意より成る

法律行為が取消されたる時又は其法律行為の不成立若しくは無効が發見せられたるときは辨濟意思表示の合意より成る法律行為は有効に存續することとなるへし故に此場合には物權移轉といふ法律上の効果は發生せず單に債務消滅と云ふ法律上の効果のみが發生することとなるなり今此場合に於ても不當利得の請求權なるものか發生するものと見ることを得べきや否や若し此權利が發生せざるものとするときは當事者間に極めて不公平なる結果を齎すものと云はざる可からざるに至らん然れども此場合に於て不當利得の請求權が發生すと爲す見解は之を立つること甚だ困難なるへし蓋し斯の如き見解の精確なる法典上の根據は獨乙民法上に於て之を發見すること甚だ困難なるへきか故なり今此問題は暫らく之を別問題と爲すも而も此觀察は他の理由によりて不當なりと云はざる可からず其理由如何といふに元來立法者が一定の法律事實を以て特に無因行為と爲さんと欲せば之が爲めに特別の法規を設けることを要す然るに辨濟意思表示より成る合意を以て無因行為と爲すと云へる法規は獨乙民法上には全然之れあることなし其外に又強ひて此合意を以て無因行為となすも何等の實益あるこ

となし蓋し此合意の法律上の効果は債権消滅と云へる消極的の效力にして零を生ぜしむるに外ならざるか故に此零に關して第三者を保護し又は取引を安固ならしむると云ふことは不可能なること勿論なるか故なり此等の理由により此合意は無因行爲たる資格を有することは不可能なりと云はざる可からず是故に此合意は之を一個の獨立の法律行爲と爲さず隨つて無因行爲と爲さずして只單に一個の法律事實たるの資格を有するものと爲すを正當なりと認む蓋し一旦發生したる合意は特別の法規なきも之を一の法律事實と見ることが得るは勿論なるが故なり然らば此法律事實を組成分子とする法律要件如何と云ふに此法律要件は即ち辨濟行爲なりと云はざるへからず元來辨濟行爲なるものは此說によれば辨濟に付き自然的に生ずる所の凡へての意思表示を以て其組成分子と爲すものなり隨つて辨濟行爲は前上に述べたる二個の合意を以て其組成分子と爲すものと云はざるへからず此理由に依り辨濟行爲其のものは既述の如く有因行爲なりと云はざるへからず然るに今債務か事實上存在せざる場合には辨濟意思表示より成る合意は先發不能の理由に依り不成立となる隨つて之を組成分子とする辨

濟行爲は亦不成立となるなり其結果として一般の原則より云ふときは物權的の意思表示より成る合意も亦全然消滅するものと見ざるへからざる筈なれとも而も此點に關しては法律か特別の立法政策により此合意のみを無因行爲として取扱ふこととなしたるか故に此理由により此合意は無因行爲たるの資格に於て獨立の法律行爲として有効に存續することとなるなり故に此場合には物權移轉といふ法律上の効果のみか發生し債務消滅と云へる法律上の効果は發生することなしとす然るに之に反して物權的意思表示より成る合意即ち物權契約か取消されたるとき又は其契約の不成立若しくは無効か發見せらるるときは辨濟行爲全部か不成立若しくは無効となるなり蓋し辨濟意思表示より成る合意は法律か特別の立法政策により之を無因行爲となすことなきか故なり隨つて此場合には物權移轉と云ふ法律効果か發見せざるは勿論のこと債務消滅と云ふ法律効果も亦全然發生することなしとす。

要するに辨濟意思表示より成る合意は常に單に一の法律事實たるの資格のみを有し常に辨濟行爲の一の組成分子を爲し常に辨濟行爲と其運命を共にするも。

のとす之に反して物權的意思表示より成る合意は辨濟行爲より立言するときは、一の法律事實たるの資格を有し此辨濟行爲の一の組成分子を爲し更に又同時に其れ自身に於て一個の獨立の無因行爲たるの資格を有するものと見ざる可からず是れ法律か物權契約のみにつき特に無因行爲主義を採りたるの結果なりと云はざるへからず。

前上に於ては既述の如く辨濟の性質に付き當事者双方が辨濟意思表示を爲すことを要すと云へる學說に基き辨濟行爲と物權契約との關係如何を論述せるものなり余は此學說を採るものなるか故に少くとも本稿の目的上他の學說に付きては多く論述するの必要なしと雖とも只問題を提出するの意味に於て茲に他の學說につき一言しおく可し他の學說には既述の如く三個あり即ち第一債權者の辨濟意思のみを要すと爲す說第二債務者の辨濟意思のみを要すと爲す說第三當事者双方の辨濟意思を要せすと爲す說是れなり今第一及び第二の學說は辨濟に關しては二個の物權的意思表示と一個の辨濟意思表示との三者が現出すと爲すものなり然れども此二個の物權的意思表示より成る合意即ち物權契約は此場合

にも之を無因行爲なりと爲すことを得へきや否や今日の法學上に於ては無因行爲とは既述の如く原因合意 (Kausalvereinbarung) を其内容より除外するものを云ふと解するを通例とす (Erneuerung, a. a. o. etc.) 然るに第一及び第二の學說によれば物權契約は辨濟意思表示の合意即ち原因合意^①を其内容より除外すること能はず即ち債務者の辨濟意思表示は原因意思表示なれども債權者の辨濟意思表示は原因意思表示にあらずして出捐意思表示なり故に第二の學說によれば物權契約は原因意思表示は之を除外することを得れども原因合意は之を除外することを得ず而して第一の學說によれば單に原因合意を除外することを得ざるのみならず原因意思表示すらも之を除外することを得ず只單に出捐意思表示を除外することを得るに過ぎず第三説は全く當事者双方の辨濟意思表示を要せすと爲すものなるか故に之に依るときは物權契約は其内容より何物をも除外すること能はず即ち原因合意若しくは原因意思表示を除外すること能はざるのみならず何等の意思表示をも除外すること能はざるなり故に之に依るときは物權契約は單に此除外と云へる點のみより論ずるときは無因行爲にあらずと云はざる可らざるに至らん然れ

とも亦此物權契約は之を有因行爲なりと爲すこと能はず何となれば此物權契約は特に原因合意又は原因意思表示と見るべきものを其内容中に加ふること能はざるか故なり斯の如く觀察するときには此物權契約は無因行爲にあらず又有因行爲にもあらず養子縁組等に關する法律行爲の範疇に屬すべきものにして一種の法律行爲と見るの外なきに至らん是に於てか種々の問題を生ず即ち此等の學說を正當なるものと爲すときは獨乙民法上の物權契約は果して嚴正なる意味に於て之を無因行爲と稱することを得るや否やと云へる問題又は獨乙民法上の辨濟と物權契約との間の分界線如何若しくは此二者の法律要件上又は法律效果上の關係如何と云へる問題等是なり然れとも煩を避けて此等の問題は他日之を論究することとせん。

次に我民法上に於ける辨濟と物權的意思表示との關係如何を論述すへし。

我民法上に於ける物權的意思表示(第百七十六條)は直接に物權の變動其のものを欲望し物權變動の債權債務を欲望するものにあらずるか故に此意思表示は債權的意思表示とは其性質に於て異なること勿論なりとす然れとも物權的意思表示は既

述の如く其れ自身に於ては意思表示に外ならざるか故に只單に意思表示たるの資格を有するに止まり法律行爲若しくは法律要件たるの資格を有することなきは勿論とす然らば此物權的意思表示なる法律事實は如何なる法律行爲の組成分子を爲すやと云ふに辨濟の場合に於ては辨濟行爲の組成分子を爲すものと解せざる可らず元來余は前上述へ來りたるか如く我民法上に於ても獨乙民法上に於けるか如く辨濟には當事者双方の辨濟意思を要すとの學說を採るものなり今此說によるときは既述の如く辨濟行爲は當事者間に物權契約が爲さるることを要する場合には四個の意思表示を以て其組成分子と爲すものなり即ち當事者双方の辨濟意思表示及び當事者双方の物權的意思表示是なり更に換言すれば辨濟意思表示より成る合意及び物權的意思表示より成る合意を以て其組成分子と爲すものとす故に此等二個の合意は孰れも共に單に一の法律事實たる資格を有し辨濟行爲の組成分子を爲すことを得るに過ぎず如何なる場合に於ても其れ自身に於ては一個の獨立の法律行爲を形成することなしとす是故に若し債務が事實上存在せず随つて辨濟意思表示より成る合意が先發不能の理由により全然無効な

るときは辨濟行爲其のものか無効となるものとす何となれば我民法は獨乙民法と異にして無因行爲主義を採らす随つて物權的意思表示より成る合意を無因行爲と爲ささるか故なり又物權的意思表示より成る合意か取消さるときは即ち其取消は辨濟行爲其のもの取消に外ならさるか故に辨濟行爲其のものか無効となり一旦發生したる債務消滅と云へる法律上の効果は全く發生せざるものとなり随つて債務は復活するものとす(第四百七十六條)又此の合意の不成立等か發見せらるるときは亦辨濟行爲其のものか不成立となるものとす蓋し我民法は此點に於ても亦勿論無因行爲主義を採らす随つて辨濟意思表示より成る合意を無因行爲と爲ささるか故なり。

之を要するに我民法の下に於ては物權的意思表示又は此意思表示より成る合意は一個の獨立の法律行爲にあらず随つて無因行爲にあらず單に一個の法律事實たるの資格を有するに過ぎず而して辨濟の場合に於ては其辨濟行爲の一の組成分子を爲すものたるに過ぎず而して辨濟行爲其のものは有因行爲なりとす蓋し學者の所謂主觀的辨濟原因(Animus Solvendi)は債務者の物權的意思表示(主觀的

出捐)に對しては原因を爲すものなり而して辨濟行爲は此原因を其内容外に驅逐することなく之を其内容の中に加ふるか故なり即ち物權的意思表示か組成分子を爲す所の法律行爲は其物權變動の點に重きを措きて觀察する場合には便宜上之を物權契約と稱すること必ずしも不可なかるへしと雖ども而も此の所謂物權契約なるものは辨濟の場合には他の方面より觀察せる辨濟行爲と全く同一のものなるか故に素より有因行爲たるの性質を有するものと云はさるへからず。

七

余は既に契約解除の效力問題の前提たるべき二個の根本問題に付きて略述せり即ち之に依り辨濟行爲は當事者か其當事者間に法律行爲的意思表示を爲すことを要する場合には法律行爲たるの性質を有する旨(本誌第十四卷第三號乃至六號拙著契約解除論參照)を論證し更に前上に於て從來學者の所謂物權契約なるものは我民法上に於ては原則として一の法律事實たるに過ぎず而して之を組成分子とする法律行爲は有因行爲たる性質を有する旨を論證せり以下に於て契約解除の效力に關する問題の中其主要なるものに付き概論せんと欲す。

茲に先づ前提として我民法第五百四十五條第一項の規定に付き一言しおくの要あり。

我民法第五百四十五條は契約解除の效力の全部を規定せるものなりや又は單に其の一部分を規定せるに過ぎざるものなりやは從來の一問題たり然れども既に一言せる如く此條文は單に其效力の一部分のみを規定せるものと解せざる可からず其理由如何といふに元來契約解除なる法律行為は既述の如く場合の如何に依り二個の法律上の效力を生ずるものとす即ち任意的法律効果及び法定的法律効果是れなり又既に一言せるか如く任意的法律効果とは契約解除なる法律行為の内容に適應する法律上の效力にして即ち契約を消滅せしむるの效力なり法定的法律効果とは契約解除なる法律行為の内容中に存するものにあらずして法律か此法律行為に對して特に附着せる法律上の效力なりとす今我民法第五百四十五條は單に此法定的法律効果を規定するのみにして右の任意的法律効果は之を規定せざること明瞭なりとす是れ即ち第五百四十五條は單に解除の效力の一部分のみを規定せるに過ぎざるものと解せざる可からざる所以なり是故に既

述の如く(拙著契約解除論本誌第十四卷第二號二五頁以下參照)若し吾人か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乙民法第一草案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是て左の如き意味を表示せざる可からず即ち

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随つて各當事者は契約に從ひ受くべき給付の請求を爲すことを得す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

從來學者は解除は單に一個の法律効果のみを生ずるもの如く思考し而して其法律効果の性質を論究して或は債權的效力なりと爲し或は物權的の效力なりと爲し而して又場合の如何に依り或は遡及性を有するものと爲し或は之を有せざるものと爲せり而して其法律効果といふは主として余の所謂法定的の法律効果を眼中に置きたるもの如し蓋し法律か特に此法律効果のみを明定せるか故なるへし随つて解除の效力に關しては各種の場合に付き極めて不正確なる論究

を爲せるものの如し然れとも解除は前上に示すか如く明かに二個の法律効果を生ずるものなるか故に此二者は嚴正に區別して觀察することを要す而して此二者の中の一たる任意的法律効果は苟も契約の解除ある以上は常に必ず發生する效果なりとす蓋し此法律効果は既述の如く解除なる法律行為の内容に適應するものなるか故なり然るに之に反して他の一たる法定的法律効果は假令ひ契約の解除あるも必しも常に發生するものにあらず蓋し此法律効果は法文の明定するか如く所謂原狀回復債務の發生に外ならざるか故に解除の結果として原狀回復の必要な場合には發生すること不可能なるか故なり例へば後に詳論するか如く債權契約の效力たる各種の債務が未だ全く履行せられざる時に解除ありたる場合の如し是れ余か前上に於て第五百四十五條の規定に對して特に場合の如何によりなる文字を挿入して讀下することを要するものと爲したる所以なり殊に此二個の法律効果は全く其性質を異にするものとす即ち既述の如く任意的法律効果は解除なる法律行為の内容より生ずるものなるか故に既に發生したる事物を消滅せしむるを其職責と爲すものとす然るに法定的法律効果は其事物の消滅

其のものをして徹底的の結果を生せしむるか爲めに之に適應する手段を講ずるを其職責と爲すものたり故に既述の如く任意的法律効果は所謂權利消滅の效力にして法定的法律効果は所謂權利發生の效力なりとす又前者は所謂物權的效力にして遡及性を有し後者は所謂債權的效力にして遡及性を有することなしとす以下に於て種々の場合に付き此理論の正當なる所以を證明することとせん。

(未完)