

Title	続契約解除論 ( 四 )
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.11 (1920. 11) ,p.1542(40)- 1572(70)
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19201101-0040">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19201101-0040</a>

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.

## 續契約解除論(四)

神戸寅次郎

### 八

第一 契約の効力たる債務が履行せられざる場合

此場合は之を二個に分けて論述するの必要あり即ち第三者が關係を有する場合及び第三者が關係を有せざる場合是れなり然れども只第三者が關係を有する場合は第五百四十五條第一項但書の第三者なる概念と關連して種々の問題を生ずるか故に此場合は後に一括して論述することなし茲には先づ單に第三者が關係を有せざる場合のみに付き論述すへし。

即ち債權契約が締結せられ其効力として債權債務が発生したるも未だ其債權債務が履行せられず且第三者が其債權債務に對して何等の關係を有せざる場合に於て其債權契約が解除せられたるときは如何と云ふに此場合には其債權契約

が法律要件たるの資格を喪失し隨つて其法律要件としては契約締結の當時に遡及して全然消滅し其結果として其の一旦發生したる債權債務は亦契約締結の當時に遡及して全然消滅するものとす換言すれば此場合には契約解除の効力として債權契約及び債權債務は當然消滅するものとす隨つて當事者は契約解除の効力として何等の義務を負擔することなし更に換言すれば當事者は契約解除の効力として當然原狀に復するものとす。

此場合に契約の解除が斯の如き効力を生ずと爲すの見解如何の點に付ては從來學者は多く論議を爲さされども而も此點に付ては殆んど凡ての學者が一致するものと見て可なるへし今此點に付き論究すべき二個の問題あり即ち此見解の根據如何と云へる問題及び此効力の性質如何と云へる問題はなり先づ第一の問題より論究すへし。

此場合に於ける契約解除が斯の如き効力を生ずと爲すの法典上の根據如何と云ふに此問題に對しては大多數の學者が特に説明を爲さざるもの如し然れども其大多數の學者が説明を爲さざるは根據無きか爲めにあらず根據あるも特に

之を擧ぐるの要なしと爲すものなるへし然らば其根據如何と云ふに法律は特別の明文を以て之を規定すること無きも而も第五百四十五條は之を前提として規定せるものと解せざるへからず是れ余か第五百四十五條は契約消滅云々なる文字を挿入して讀下することを要すと爲したる所以なりとす。

次に第二の問題に付き論究すへし。

從來契約解除の效力の性質如何に關しては既述の如く甚大なる議論ありたり今此場合に於ける效力の性質如何即ち此效力は任意的法律效果なりや若しくは法定的法律效果なりや又所謂債權的效力なりや若しくは所謂物權的效力なりやと云ふに余は既述の如く此效力は任意的法律效果なりと爲すものなり蓋し屢々述へたるか如く此效果は解除なる法律行爲の内容に適應する效果に外ならざるか故なり而して又余は此效力は所謂物權的效力なりと爲すものなり元來債權的效力物權的效力なる觀念は未だ必すしも明確なる觀念にはあらざれども而も從來の通説に従ひ之を約言すれば債權的效力とは一定の債權關係を作成し之に因り只當事者間に事物の一定の變動を生せしむるものを云ふ之に反して物權的効

力とは何等債權關係を作成することなく當事者及び第三者に對して一般的に當然事物の一定の變動を生せしむるものを云ふなり是故に債權的效力が発生する場合には第三者は其效力によりて決して常に害せらるることなし之に反して物權的效力が発生する場合には第三者は其效力によりて害せらるることありとす今之に依るときは此場合に於ける效力は所謂物權的效力なることは極めて明白なるへし蓋し此場合に債權的效力が発生するものとせば解除なる法律要件完成の瞬時に於て當事者は相手方を原狀に復せしむるに付き債務を負担せざる可からず例へば債權者は解除せられたる契約の效果として既に發生したる債權を特に消滅せしむるの債務を負担し而して債務者は債權者に對して之に對立する債權を取得するものと爲さざる可からざるに至るへし然るに法律は當事者に相手方を原狀に復せしむるの債務を負担せしむることなく解除なる法律行爲の效力として當然契約及び債權債務を消滅せしめ随つて當然當事者双方を原狀に復せしむると云ふ事物の變動を生せしむるか故なり而して此所謂物權的效力なるものは遡及性を有すること勿論とす蓋し此所謂物權的效力は解除當時より將來に

向つてのみ債權債務を消滅せしむるにあらず解除せられたる契約の締結當時に  
遡及して其債權債務を消滅せしむるものなるか故なり要するに契約解除の任意  
的法律効果は物權的效力たる性質を有し而して遡及性を有するものとす。

然るに此場合には解除の法定的法律効果は全然發生することなし蓋し此場  
合には既述の如く當事者は右の任意的法律効果に依り當然原狀に復するか故な  
り随つて第五百四十五條の規定の中法定的法律効果に關する部分は此場合には  
全然其適用あることなし是れ余か既に解除の法定的法律効果は常に必ずしも發  
生するものにあらずと爲したる所以なり。

第二 契約の效力たる債務か履行せられたる場合

此場合は亦之を二個に分つて論究することを要す即ち勞務等を目的とする場  
合及び物權の設定又は移轉を目的とする場合は是れなり。

甲 勞務等を目的とする場合

債務の履行として勞務又は物の使用等か爲されたる後に契約か解除せられた  
る場合には其效力如何と云ふに民法は此場合に關して特別の規定を設けること

なし故に此場合に關する問題は凡て解除なる法律行為の内容と第五百四十五條  
の一般的の規定を根據として之を解決せざる可からず。

先づ(第一)に解除なる法律行為の内容に適應する法律上の效力即ち任意的法律  
效果か發生す而して此法律效果は既述の如く物權的效力にして遡及性を有する  
か故に此場合に於ても亦契約及び其效力たる債權債務は契約締結の當時に遡及  
して全然消滅す随つて既に爲されたる債務の履行も亦嘗て無かりしものと同一  
の狀態に歸するものと解せざるへからず。

(今此點に付き學者或は右の債權債務及び其履行行為が果して自然的に消滅して嘗て事  
實上無かりしものと解することを得るや否やを問題と爲すことなきにあらざるへし蓋  
し一旦終了したる債權債務か再び消滅することを得るや否やは從來學者間の問題なる  
みならず此の場合には當事者の一方か相手方を自然的に復せしむること能はす  
る更に經濟的問題を生ず即ち當事者の一方か相手方を自然的に復せしむること能  
はざる場合又は解除は常に債權債務等を自然的に消滅せしむること能はざるも  
るの外なきか又は解除は區別を爲すことを得るか否やを問題と爲すこと能は  
りて解除するべきも而も契約の目的物に對し第三者か權利を取得したる場合論  
を自然の二個に分て觀察すること能はざる場合も亦常に認むるものなり元來實  
際上於ては相手方が自然的結果に外ならざる可し然れども法律上に於ては茲に尙ほ一  
消滅すること能はざるの結果に外ならざる可し然れども法律上に於ては茲に尙ほ一





の効果として相手方を原状に復せしむる義務を負ふものとす。

今此法定的法律効果は債権的效力なりとす蓋し此効果は原状回復の債務關係を作成し之に因りて當事者間に事物の變動を生せしむるか故なり而して此法定的法律効果は遡及性を有するや否やと云ふに此債務關係の内容は過去の事實を回復するにあるか故に學者或は此點よりして債務關係其のものも亦過去に遡及して發生するものと解すること無きを保せず然れども是れ一大誤解なりと云はざる可からず何となれば此解釋は債務關係の發生時期と其債務關係の内容たる事項の存在時期とを混同するものなるか故なり元來立法者は立法政策の如何により或は此効果に遡及性を附着することを得へきも而も我民法は全然此効果に遡及性を附着することなし即ち第五百四十五條第一項は當事者の一方か其解除權を行使したるときは各當事者は云々義務を負ふと云へり今此行使したるときはと云ふは解除なる法律行為の完成と其完成の即時との二者を規定せるものなり而して各當事者は其即時に於て義務を負ふに過ぎざるか故に其債務關係は解除以前即ち債務の履行當時に發生せるものと見ることを得す右の即時に於て始

めて發生するものと解することを要するは勿論なるか故なり是故に債務履行の當時と解除なる法律行為完成の即時との中間に於ては辨濟期なく隨つて履行遲滯又は受領遲滯なる事實等の生起することは全然不可能なりとす此理論は後に詳論するか如く特定物返還の場合等に關して重要な實益ありとす。

要するに此場合には任意的法律効果と法定的法律効果との二者か發生するものとす。

#### 乙 物權の設定又は移轉を目的とする場合

當事者か債權契約の效力たる債務の履行として特定物に關する物權の設定又は移轉を爲したる場合に付きては從來學者間に一大論議あり然るに此場合は之を二個に大別して論述するを便宜とす即ち第三者か關係を有する場合及び第三者か關係を有せざる場合是れなり然れども第三者か關係を有する場合は既述の如く第五百四十五條第一項但書の第三者なる觀念と關聯して種々の問題を生ずるか故に此場合は後に一括して論ずることとし茲には單に第三者か關係を有せざる場合のみに付て論述すへし今煩を避くるか爲めに左に一例を設け主とし

て此例に付て論述することとせん。

例へは甲か乙に一の土地を賣却するの債權契約を爲したりとせんに今此債權契約は其效果として當事者の一方に二大債務を負擔せしむるものとす即ち例へは賣主甲は乙に對して土地の所有權移轉の債務及び對抗條件作成の債務を負擔するものたり是に於てか此場合は亦之を二個に區別して論述することを要す即ち單に一の債務のみか履行せられたる場合及び二個の債務か共に履行せられたる場合は是れなり。

(A) 單に所有權移轉の債務のみか履行せられたる場合即ち對抗條件の備はらざる場合

此場合は即ち當事者双方の辨濟意思の表示の合意と第七十六條の所謂物權的意思表示の合意とが完成したる後に於て債權契約が解除せられたる場合なり今此場合に於ける解除の效力如何と云ふに此場合に於ても解除の他の凡ての場合に於けると同じく解除なる法律行爲の内容に適應する任意的法律效果即ち遡及性を有する物權的效力が發生するものとす即ち此物權的效力は遡及的に債權契約及び其效力たる債權債務の全部を消滅せしむるものとす例へは賣主に付て

云へは所有權移轉の債務が消滅するのみならず對抗條件作成の債務も亦全然消滅するものとす此點に付きては何人も之を争ふこと能はざるへし。

然るに此所有權移轉の債務が消滅するの結果として右の辨濟意思表示の合意及物權的意思表示の合意も亦同時に消滅するや否や殊に物權的意思表示の合意か消滅するや否やか從來の問題なりとす而して一派の學者は此物權的意思表示の合意即ち我國の從來の學問上に所謂物權契約なるものは尙ほ依然として有効に存續するものと爲し而して此合意によりて移轉せられたる物權の返還を目的とする債權債務が發生すと爲すなり即ち解除は單に債權的效力を生ずるに過ぎずと爲すなり(石坂氏前掲、末弘氏前掲、鳩山氏前掲、二四二頁等)但此等の學者と雖も此場合に於ても亦余の前上に述べたる遡及性を有する物權的效力の發生は之を認めざることを得るか故に解除は唯單に一個の債權的效力のみを生ずると爲すは甚大なる謬見なりと云はざる可らず之に反して他の一派の學者は所謂物權契約なるものも亦當然消滅し隨て之に依りて移轉せられたる權利は當然原權利者に復歸するものと爲せ

り(横田氏債權各論、一九七頁以下、牧野英一氏法學志林、第一六卷、第五號、七九頁以下、明治四十年七月八日大審院判例民錄、一四輯、八五九頁、大正六年六月一六日、大審院判例民錄

二三輯一、二) 元來此點に付き何故に斯の如く二個の異なりたる見解が生ずるに至りたりやと云ふに其の理由は極めて明白なりとす今之れを約言すれば即ち從來辨濟行爲を爲すに際して生ずる所の所謂物權契約なるものは無因行爲なりや有因行爲なりやの問題あり之れを以て無因行爲なりと爲す學者は之れに關する獨逸民法の規定と我民法の規定とを同一視するものなるか故に獨逸學者の解釋論に従ひて右第一の見解を採るなり之れに反して所謂物權契約を以て有因行爲なりと爲す學者は之れに關する獨逸民法の規定と我民法の規定との間に相異ありと爲すものなるか故に獨逸學者の解釋論を排斥して右第二の見解を採ることとなるなり、余は既に契約解除の效力に關する問題解決の前提として二個の根本問題即ち辨濟の性質如何と云へる問題及所謂物權契約なるものの性質如何と云へる問題を掲げ前の問題に關しては辨濟は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辨濟意思の表示を以て成立要件と爲すものなりと論結し(四卷第三號乃至第六號)又後の問題に關しては所謂物權契約なるものは一個の獨立の法律行爲にあらず辨濟行爲の一組成分子たるに過ぎすと爲し隨て所謂物

權的合意を組成分子と爲す法律行爲即ち辨濟行爲は有因行爲なりと論結せり(本誌第十四卷第八號及第九號)是故に余は勿論右第二の見解を採るものなり稍々重複に涉るの嫌ひなきにあらざれども以下に於て更に其理由を略述すへし。

既に屢々述べたるか如く我民法上に於ては學者の所謂物權契約なるものは辨濟行爲の一組成分子を爲すに過ぎず而して辨濟行爲の他の一の組成分子たる辨濟意思の合意は債權契約の效力として生じたる債務を終了せしむるを以て其内容と爲すものなり今其債權契約が解除せらるるときは其解除なる法律行爲は既述の如く其任意的法律效果即ち遡及性を有する物權的效力を生じ隨つて債權契約及び其效力たる債權債務の全部が消滅するものとす此理由に依り辨濟意思の合意は其内容と爲したる債務の存在と云へる外界の事物を喪失することとなるなり此結果として其合意は恰かも先發不能の法理に基き絶對に無効に歸するものとす是故に辨濟行爲の他の組成分子たる物權契約も亦論理上當然絶對に無効に歸するものと解せざるべからず此理由により解除なる法律行爲が完成するときは其瞬時に於て債權契約其效力たる債權債務及び辨濟行爲の三者は同時に



遡及的に從來の法的資格を喪失し絶對に消滅するものと解せざる可からず隨つて既に移轉せる物權は當然原權利者に復歸するものと論斷せざる可からず。

今假りに反對論者の見解即ち第一の見解に従ひ此場合に單に物權的合意のみか有効に存續するものとせば其結果は果し如何。

(1) 反對論者の見解に従ひ物權的合意か有効に存續するものと爲すときは其效力たる物權の變動も亦依然として有効に存續するものと解せざるへからざるは勿論なるへし此場合に於ける物權の變動と云ふは既に屢々論述せるか如く我民法上に於ては之と同一の法律上の效力は絶對に生起することなしとす而して余は從來此場合に移轉する物權を便宜上相對的物權と名つたり(拙著物權變動論附白紙委任狀付株式讓渡有效論、法學協會雜誌第三十二卷第六號參照)然るに此相對的物權なるものは對抗權の發生を可能ならしむるの權能即ち對抗條件作成の債權と相結合して始めて權利たるの價值若しくは資格を有することを得るに過ぎず今反對論者の見解に従へば債權契約の解除により其效力たる凡へての債權債務殊に對抗條件作成の債權か消滅し只單に赤

裸々の相對的物權のみか殘存するものと爲さざることを得ざるに至るへし故に斯の如き權利は全然權利たるの價值若しくは資格を有せざるものと云ざるへからず隨つて我民法は斯の如き權利は全然之を認めざるものと解せざる可からず其理由如何と云ふに本來此相對的物權なるものは對抗條件作成の債權と相結合して存在する場合には之を第三者には優先的に對抗することを得されども而も當事者には優先的に之を對抗することを得るものたり然るに今此相對的物權か對抗權作成の可能性を有せざるに至るときは單に第三者に對して永久的に之を對抗すること能はざるのみならず當事者にも亦之を對抗すること能はざるか故なり今當事者に之を對抗すること能はざるに至るの理由如何と云ふに元來當事者の一方例へば買主か相對的物權と對抗條件作成の債權とを有したる場合に賣主に之を對抗することを得るの理由換言すれば賣主か買主の登記の欠缺を主張することを得ざるの理由は主として賣主か對抗條件作成の債務を負擔し居るか爲めなりと解せざる可からず(登記法第五條準用)然るに今此對抗條件作成の債務か全然存在せざるに至るときは買主は永久的に登記を爲すの權能を喪失し隨つ

て他の一方に於て賣主の從來の登記は永久的に確定不動のものとなり此結果として賣主は買主の登記の欠缺を主張することを得るのみならず寧ろ反對に賣主自身の登記の存在を買主に對抗することを得るに至るか故なり。

(2) 反對論者は物權契約は有効に存続し移轉したる物權も亦其儘に存在すれども只解除の効果として當事者間に返還の請求權か發生し此請求權に基き新たに物權契約か締結せられたる時に限り其物權契約の効果として物權は原權利者に移轉すとなすなり即ち當事者間に再移轉ありたる場合に始めて原權利者に復歸すと爲すなり然れども反對論者の見解によるも契約解除の任意的法律效果に依り對抗條件作成の債權債務は全然消滅するか故に買主は今亦單に赤裸々の相對的物權を有するに過ぎず今我民法は果して斯の如き權利の移轉なるものを認めたりや否や之を認めたりと爲す法典上の根據は之を發見することを得るや否や我民法第七十六條は相對的物權移轉を認め且第七十七條は此權利に關する對抗條件作成の方法等を規定せり然れども此等の規定は只單に其相對的物權か對抗條件作成の可能性を有する場合に限り其適用あるに過ぎず故に我民法は此可

能性を有せざる相對的物權なるものの移轉又は之に關する物權的意思表示なるものは全然之を認めざるものと解せざる可からず故に買主は斯の如き權利を單に第三者に移轉すること能はざるのみならず舊賣主に對しても亦之を移轉する方法を有せざるものと云はざるへからず要するに斯の如き權利の所謂再移轉可能の法典上の根據は全然之れ無しと云はざる可からず隨つて亦結局我民法は斯の如き財產權を認めざるものと論結せざる可からず。

(3) 更に又反對論者の見解に従ひ所謂物權契約なるものか無因行爲なりとし債權契約の解除あるにも拘はらず其所謂物權契約は有効に存続するものと爲し隨つて前述するか如き赤裸々の相對權のみか殘存するものと假定せんに斯の如き解釋の下に於て所謂無因主義なるものか果して其主義本來の職責を盡すことを得るや否や元來此主義は第三者を保護し取引を安全ならしむるを以て其唯一の職責と爲すものなり然るに今此赤裸々の相對的物權なるものは之を第三者に讓渡すること能はざるは前述の如し隨つて此物權に對し他の權利を設定すること亦全然不可能なりとす是故に此場合に於ける無因行爲主義なるものは其本來

の職責を盡すといふことは全然不可能なりと云はざる可からず是れ即ち我民法か此點に關し無因行爲主義を採らざることを明確に證明するものと云はざるへからず。

以上論述する所を綜合すれば此場合には解除なる法律行爲は單に其任意的法律效果たる遡及性を有する物權的效力のみを生し之に因りて債權契約其效力たる債權債務の全部を消滅せしめ其結果として又辨濟行爲及び其效力たる物權變動を全然消滅せしむるものたり隨つて原權利者は當然原狀に復するものとす是故に此場合には解除なる法律行爲の法定的法律效果たる債權的效力即ち原狀回復の義務は全然發生することなし更に之を約言すれば我民法は此場合に關し無因行爲主義を採らざるものと論斷せざる可からず。

(B) 所有權移轉の債務及び對抗條件作成の債務の二者か共に履行せられたる場合(即ち對抗條件か備はりたる場合)

此場合は從來學者か常に債務の履行後に於ける解除の場合として論述せる普通の場合なり即ち二個の債務か悉く履行せられたるの結果として登記か完成し

隨つて當事者の一方か普通の物權を取得したる場合に債權契約か解除せらるるときは其效果如何と云ふに反對論者は此場合にも亦理論上に於ては前上(A)の場合と全く同一の效果を生すと爲すなり即ち物權契約は無因行爲なり故に契約の解除あるも物權契約及び其效力は依然として存續す隨つて債權的效力か發生し再移轉によりて始めて物權は原權利者に復歸すと云ふに歸着するものとす換言すれば此場合に於ても亦解除は獨逸民法の下に於けると殆んど同一の效果を生すと爲すなり。

今一見するときは獨逸學者の解釋論は此場合に對しては其儘に之を適用することを得へきに似たり即ち此場合には所謂物權契約を無因行爲なりと解し而して無因行爲主義の職責を完全に發揮せしむることを得へきに似たり然れども日獨民法の間には既に屢々述べたるか如く甚大なる相違あるか故に獨逸學者の解釋論は此場合に對しても亦全く意味を爲さざるものと云はざるへからず以下其理由を説述すへし。

例へば土地の賣主甲か所有權移轉の債務及び對抗條件作成の債務の二者を履

行したるときは其結果は獨逸民法の下に於て同法上の物權契約が締結せられたるときと全く同一に見ゆるなり是故に我民法の下に於ても右二個の債務の履行の結果を以て一の物權契約が締結せられたるものと解釋するを得るものとせば契約の解除は獨逸民法の下に於けると全く同一の效果を生ずるものと爲すことを得るなり然れども我民法は決して此解釋を爲すことを許さず其理由如何と云ふに既に述べたるか如く獨逸民法の下に於ては對抗條件作成の債務なるものは之れあることなし此債務に該當すべき事物は物權契約締結の中に包含せられ而して其物權契約其のものか無因行爲なるか故に當然の結果として契約が解除せらるるときは辨濟行爲の他の組成分子は消滅するにも拘はらず物權契約のみは有効に存続するとなるなり然るに之に反して我民法の下にありては學者の所謂物權契約なるものは單に第七十六條の物權的意思表示のみより成立するものとす而して對抗條件作成の債務の履行は所謂物權契約其のもの組成分子にはあらず寧ろ辨濟行爲の一部なりとす故に暫らく反對論者の見解に従ひ物權契約か無因行爲なりと假定するも而も尙ほ對抗條件作成の債務の履行か無因行爲な

りや否やの問題を決定せざるべからず本來此債務の履行々爲は辨濟行爲の一部なるか故に辨濟行爲の消滅と共に當然消滅すべきものなれども若し之を無因行爲なりと解することを得るものとせば辨濟行爲の消滅にも拘はらず此履行々爲のみは有効に存続し物權契約と相合體して獨逸民法の下に於ける一物權契約と同一の作用を爲すものと見ることを得へし然れども此履行々爲か無因行爲なりと云へる法典上の根據は全く之れあることなし又理論上に於ても之を無因行爲と爲すは全く無意義なりと云はざるべからず何となれば此履行々爲を無因行爲と爲すも單に此行爲のみの力によりては特に第三者を保護し取引を安全ならしむると云ふ目的を達すること能はざるか故なり論者或は曰はん此債務の履行々爲の結果は物權契約の成立條件にはあざされども而も對抗條件なり故に物權契約とは不可分關係を有するものなり故に此條件が作成せられたるときに物權契約の效果は始めて完成するものなりと然れども此論は既述の如く我民法と獨逸民法とを全く同一視し而して物權的意思表示と對抗條件作成の債務の履行々爲との中間に生ずる所の法律上の效果(第七十六條)を全然無視するものなり若し論者



か此法律上の効果を認めんと欲すれば論者は左の結論に到着せざることを得ざるに至るへし即ち一旦成立したる物權契約か其對抗條件の作成の有無に因り或は有因行爲となり或は無因行爲となり随つて契約解除は對抗條件の作成の有無によりて全く正反對の効果を生ぜざるへからすと云へる結論是れなり然れども斯の如き理論の法典上の根據は全然之を發見すること能はざるは勿論なるへし故に余は之を採ること能はず既に述べたるか如く所謂物權契約は辨濟行爲の一の組成分子に過ぎざるか故に此場合に於ても亦對抗條件作成の有無如何に拘はらず契約解除によりて全然消滅するものと解するを正當なりと認めざるへからず。

更に又反對論者の見解は原狀回復の點より見るも不當なりと云はざるへからず即ち其見解に従へば物權契約は無因行爲なるか故に契約解除あるも尙ほ依然として有効に存續し随つて物權は再移轉によりて始めて原權利者に復歸すと爲すものなるか故に原權利者は實質上に於ては原狀に回復すへきも形式上に於ては決して原狀に回復すること能はず元來第五百四十五條の原狀に復せしむると

云ふは出來得る限り實質上に於ても又形式上に於ても完全に原狀に復せしむることを要すとの意味を有するものと解せざるへからず然らば第五百四十五條の原狀なるもの意義如何と云ふに是れ素より債務の履行當時に於ける原狀を意味するものと云はざるへからず何となれば茲に相手方の原狀といふは相手方の一般的の財産状態を云ふにあらず單に移轉したる物權其のものを享有し居る状態を云ふに外ならず而して此意味に於ては相手方は解除當時に於ては事實上所謂原狀なるものを有することなく單に債務の履行當時に於て之を有したるに過ぎざるか故なり而して此相手方の原狀と云ふは積極及び消極の二個の状態より成るものと解するを正確とす即ち相手方か物權其のものを享有しつつある状態及び他の一方か其物權を享有し居らざる状態是れなり何となれば他の一方か其物權を享有しつつある間は右の相手方の原狀なるものは絶對に成立すること能はざるか故なり今反對論者の見解に従ひ物權か再移轉によりて始めて原權利者に移轉するものと爲すときは債務の履行當時より解除に至る迄の中間に於ける買主の物權享有状態は永久に存続することとなり随つて登記面に於ける此享有状

態は永久に存続することとなるへし故に賣主は少くとも登記上即ち形式上に於ては原狀に回復すること能はざるることとなるなり。

是故に此場合にも所謂物權契約は解除によりて消滅し同時に物權は債務履行當時に遡及して原權利者に復歸するものと解するを正當とす、今此の如く解するときは其結果如何と云ふに對抗條件作成の債務の履行々爲は絶對に無効に歸するものとす蓋し對抗權の單獨の存立は不可能なり故に我民法は對抗權の單獨の存立を認めざるは勿論なりと云はざるへからざるか故なり今右の履行々爲及び所謂物權契約の二者か共に全然消滅し若しくは無効となるときは既に爲されたる登記は亦全然無効となるは勿論とす而して我民法及び登記法は公信主義を採らざるか故に其登記は公信力をも有すること能はざるなり故に此場合には勿論移轉登記を爲すことを要せず單に抹消登記を爲すを以て十分とす、是れ形式上に於ても原權利者を完全に原狀に復せしむるの方法なるか故なり故に債務者は此抹消登記を爲すにつき協力するの債務を負擔するものと解せざるへからず而して此債務は第五百四十五條第一項の原狀回復の債務の一なりと云はざるへから

す蓋し第五百四十五條は原狀回復債務の内容の性質若しくは分量に付き何等特別の規定を設けることなし随つて此債務の内容の性質若しくは分量は解除の凡へての場合に於て必ずしも同一なることを要するものにあらずるか故なり。

債權の讓渡ありたるときに其讓渡行為即ち所謂準物權契約が解除せられ又は解除せられたるものと同一の取扱を受くべき場合に關しては多少議論あり此場合には解除の效果は物權的に且遡及的に發生し随つて債權は當然原權利者に復歸すと爲すの點に付きては學說一致せり然れども其の債權の復歸は之を債務者其他の第三者に對抗するか爲には普通の債權讓渡の場合と同しく對抗條件を作成することを要するや否やと云へる點に付きては議論なきにあらず學說判例は多く此場合にも對抗條件を作成することを要すと成せり(末弘氏前掲二三頁鳩山氏三五日大判民錄一八輯二五頁等)而して其理由とする所は主として債權の復歸の場合にも債權者の轉換あり而して此債權者の轉換を生ずるの點に於ては債權讓渡の場合と毫も異なる所なしと云ふに在り(前掲末弘氏)他の學者は讓渡行為の解除によりて債權の復歸するは債權の讓渡にはあらず故に第四百六十七條は當然適用すべきにあらず

して第四百九十九條及び對抗要件を必要と爲したる法律の趣旨に基きて第四百六十七條を類推適用するに過ぎずと爲せとも(鳩山氏)而も此理由も亦第四百九十九條等を引用する以上は債權者の轉換と云へることを基礎として立論せるものと見ざるへからず然れども余は此債權者轉換説を採ること能はず其理由如何と云ふに元來解除による債權の復歸と讓渡による債權の移轉の場合とは全然別異の場合なり故に此二者は嚴正に區別せざる可からず即ち前の場合には債權者の轉換なるものなく單に後の場合にのみ債權者の轉換あるに過ぎず更に之を詳言すれば債權者の轉換と云ふは例へは時間の點より觀察して甲か一つの期間中債權者たるの位地を有し而して其期間以外の時間に於て乙か同一の債權に對して債權者たる位地を取得せる状態を意味するものなり是故に單に甲のみか常に債權者たるの位地を有し而も乙は嘗て債權者たるの位地を有したることなかりし場合には債權者の轉換なるものは決して生ずることなし今債權讓渡の場合には例へは讓渡人甲か一つの期間中債權者たるの位地を有し而して讓受人乙か其期間以外の時間に於て債權者たるの位地を有するに至るか故に茲に債權者の轉換

なるものか生ずるなり然れども其讓渡行爲か解除せらるるときは其讓渡行爲に基き嘗て生したる效果は物權的に且遡及的に消滅す換言すれば解除の效果は物權的に且遡及的に發生するものとす随つて其讓渡行爲は嘗つて無かりしと同一の状態に復歸するか故に讓受人乙の嘗て有したりし債權者たるの位地は遡及的に消滅し嘗て債權者にあらずしと全く同一の結果を生じ他の一方に於て讓渡人甲は原狀に回復し始めより常に自己一人のみにて債權者たるの位地を有したるものとなるなり是故に此場合には債權者の轉換なるものは生起すること不能なりとす即ち債權讓渡により一旦生したる債權者の轉換なるものか只單に物權的且遡及的に消滅するに過ぎず随つて更に新たに債權者の轉換なるものか生起するの餘地は絶對に之れ無きか故なり而して讓受人の債權者たりし位地の遡及的に消滅と云へる解除の效果換言すれば讓渡人の原狀回復と云へる解除の效果は屢々述べたるか如く物權的の效果にして債權的の效果にあらず是故に此效果は之を以て第三者に對抗することを得るものと論結せざるへからず即ち之を以て第三者を害するの可能性を有するものと論結せざるへからず是故に此場合

には對抗條件作成の必要なのみならず債権者の轉換なるものは全く生起せざるか故に對抗條件の作成と云ふことは法規上全然不可能なりと云はざるべからず反對論者は此場合に於ける解除の効力は物權的且遡及的なりと爲すにも拘はらず他の一方に於ては之を以て第三者に對抗することを得すと爲せり是れ論理の抵觸を包含するものにして一大謬見なりと云はざる可からず。

斯の如く此場合には解除の効果は物權的且遡及的に生ずるものなるか故に債權讓渡の爲めに嘗て作成せられたる對抗條件即ち通知又は承諾の効果も亦勿論物權的且遡及的に消滅するものと云はざるべからず何となれば解除は債權讓渡其のもの解除に外ならされども而も通知又は承諾の効果として生じたる對抗權か債權其のものと獨立して讓受人の手裡に残存すると云ふことは不可能なるか故なり是故に通知又は承諾も亦解除により絶對に無効に歸するものと云はざるべからず。

然れども只債務者か右の通知又は承諾の無効に歸したる旨を知らざるときは此不知か基因を爲して讓渡人に事實上損害を生せしむるの虞れなきにあらず例へば債務者か讓受人に對して辨濟を爲したりとせん此辨濟は勿論無効なれども而も此場合に債務者及び讓受人か共に無資力となりたるか如し是故に此通知又は承諾の無効に歸したる旨は之を債務者に通知することを要するものと解せざるべからず今此通知は何人か之を爲すとを要するかと云ふに反對論者は通知を以て債權移轉の對抗條件たる資格を有するものと爲し或は讓渡人か之を爲すべきものと爲し(未弘氏)或は讓受人か之を爲すべきものと爲せり(鳩山氏)然れども余は此等孰れの見解も之を採ること能はず既述の如く此通知は對抗條件たる資格を有するものにあらず只單に既に爲されたる對抗條件の無効に歸したる旨を通知するの意味のみを有する觀念表示たるに過ぎず故に第四百六十七條は此場合に對しては全く適用若しくは準用あることなし隨つて此場合には債務者の承諾の如きは何等の意味を爲すことなしとす蓋し第四百六十七條の債務者の承諾は債権者の轉換を承諾するの意味を有するものなれども此場合には既述の如く債権者の轉換なるものは之れなきか故なり然るに此無効の對抗條件の存在は既述の如く時に讓渡人に事實上損害を生せしむるの基因を爲すものなるか故に債



務者か此通知を受けざる間は讓渡人は未だ事實上完全に原狀に回復したるものと云ふことを得ず是故に讓受人か此通知を爲すことを要するものと解せざるべからず而して此通知を爲すの債務は此場合に於ける原狀回復の債務の一にして讓受人は第五百四十五條第一項により此債務を負擔するものと解せざるべからず蓋し第五百四十五條は既述の如く原狀回復債務の内容の性質若しくは分量に付き何等特別の規定を設けずと只單に其債務の内容か原狀を回復するの手段たるの性質を有することのみを要求するに過ぎざるか故なり。

要するに此場合には解除は任意的法律效果たる遡及性ある物權的效力を生し之に依りて債權契約其效果たる債權債務を消滅せしめ其結果として辨濟行爲及び其效力を消滅せしめ且法定的法律效果たる遡及性なき債權的效力を生し之に依りて實際上に於ても完全に相手方を原狀に回復せしむるものとす。(未完)

## 株式會社發起人論 (三)

西本辰之助

### 第四章 設立行爲

#### 第一 直接の設立行爲と間接の設立行爲

發起人か會社の創立に關係して爲す行爲は其種類頗る多く契約あり單獨行爲あり契約にても有名契約あり無名契約あり有償なるあり無償なるあり財産上の法律行爲の殆んど全部を網羅し得と云ふも過言にあらざるべし然れども是等多種多様の行爲は自ら二個の種類に分るゝ見るべし

其一は商法會社編の規定によりて會社の設立に必要なりと認められたる行爲にして定款の作成株式の割當第一回拂込の催告第一回拂込の遲滯著に對する失權手續創立總會の招集等之に屬す此種の行爲は何れも法律上相對的又は絶對的に會社の成立に必要にして一面より見れば是等の行爲の合成によりて會社の成立なる效果を生ずるものと解し得べし(一)是等の行爲の合成を以て會社の設立を