

解除の効果についての覚書

平井 一雄

1 はじめに

解除の効果については、これによって当事者のなした処分的効果も遡及的に消滅し、この遡及効は取消のそれと同じく本来的には第三者にも及ぶものであるが、545条1項但書によって、解除前に生じた第三者との関係においては制限されるものである、とするいわゆる直接効果説¹⁾が、従来わが国においては支配的であったと思われる。これに対し、近時、間接効果説的立場——解除は原契約による債権関係を消滅せしめるものではなく、既履行の場合には返還請求権を、未履行の場合には履行拒絶の抗弁権を生じさせる、という構成としての間接効果説ではなく、解除に遡及効を否定するという意味での——が支持を増しつつあり²⁾、さらには、遡及効を認めるとしても当事者間に限定すべきであるとする相対的遡及効説³⁾や、原契約変容説⁴⁾が有力に主張されるにいたり、絶対的遡及的構成をとる従来の通説は褪色しつつ

1) 我妻 講義 V₁ 188頁。

2) 滝沢「物権変動における意思主義・対抗要件主義の継受(1)」法協93巻9号76頁注(25)参照。

3) 高森「契約の解除と第三者」関西大学法学論集26巻1号2号。

4) 四宮「請求権競合問題について(5)」法協94巻10号。もっとも、四宮教授はこの前に、仮りに遡及的構成をとるにしても遡及効は当事者に限られるとするのが妥当であるとされ——「遡及効と対抗要件——第三者保護規定を中心として」法政理倫9巻3号——その論証の上で、遡及的構成によって妥当な結果に達するには、その構成にかなりの合理的制限を加えるとか、格別の注意を払うとかする必要があるのに対し、原契約変容説が解除の望ましい効果に対して適合的である、とされるのである。

あるかのようなのである。私も、曾って未熟ながら間接効果說的立場に賛成し⁵⁾、後に遡及効を相対的に把握すべきではないかとの簡単な一文⁶⁾を草した。解除に遡及効を認めるべきか否かは、原状回復義務の内容、解除権を行使してもなお請求を妨げずとされている損害賠償の性質、解除と第三者との関係、などの諸点から総合的に判断すべきものであって、現在のところでは、少くとも絶対的遡及効を認めるべきではないと思うが(後述5)、解除によっても原契約は遡及的に消滅せず原契約が存続しつつその内容を変えるに過ぎない、とみるべきか、債権関係ならびに処分的効果をも相対的に当事者間では遡及的に消滅すると構成すべきか、については現在のところ結論を得ていない、それ故、本稿は、これまでの拙稿では欠けていた解除の遡及効についての沿革を多少とも明かにして⁷⁾、今後の研究の一助とすることを当面の課題としているに過ぎない。

なお、本稿で扱う解除は、交換型契約における債務不履行を理由とする法定解除を念頭に置いていることは言うまでもない。

2 旧民法における解除

旧民法における現行545条に該る規定は、財産編409条2項、421条および424条である。

第409条2項(1項省略)

解除ノ条件ノ成就スルトキハ当事者ヲシテ合意前ノ各自ノ地位に復セシム

第421条 凡ソ雙務契約ニハ義務ヲ履行シ又ハ履行ノ申込ヲ為セル当事

5) 拙稿「解除・取消しと登記」不動産法大系 I 162頁以下(改訂版164頁以下)。

6) 拙稿「遡及的無効と登記」法学セミナー212号130頁

7) 545条について起草委員がどのように考えていたか、および、同条成立後現在に到るまでの学説の展開については、高森前掲1号に詳細な研究がある。したがって、本稿は屋下に屋を重ねるきらいもあるが、旧民法について論及しえたところに多小の意義もあるであろう。

解除の効果についての覚書

者ノ一方ノ利益ノ為メ他ノ一方ノ義務不履行ノ場合ニ於テ常ニ解除条件ヲ包含ス

此場合ニ於テ解除ハ当然行ハレス損害ヲ受ケタル一方ヨリ之ヲ請求スルコトヲ要ス然レトモ裁判所ハ第406条ニ従ヒ他ノ一方ニ恩恵上ノ期限ヲ許与スルコトヲ得

第424条 裁判上ニテ解除ヲ請求シ又ハ授用スル当事者ハ其受ケタル損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得

ボアソナードによる規定は次の通りである。

Art. 429, 2^eal. L'accomplissement de la condition résolutoire remet les parties dans la situation où elles étaient respectivement avant la convention [1183, 1^er al.]

Art. 441 Dans tout contrat synallagmatique, la condition résolutoire est toujours sous-entendue au profit de la partie qui a exécuté ses obligation ou qui offre de la faire, pour le cas où l'autre partie ne remplirait pas les siennes en entier.

Dans ce cas, la résolution n'a pas lieu de plein droit : elle doit être demandée en justice par la partie lésée ; mais le tribunal peut accorder à l'autre un délai de grâce, conformément à l'article 426 [1184]

Art. 444 La partie qui demande la résolution en justice ou invoque la résolution opérée de plein droit, peut, en outre, obtenir la réparation du préjudice éprouvé [1184, 2^{eme} al.]⁸⁾

8) Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'Empire du Japon* (以下 *Projet*と記す)1891 t. II pp404-405 ボアソナードの *projet* と *Code Officiel* とでは、条文の数字が一致しておらず、*Projet* の Art. 429, Art. 441, Art. 444 がそれぞれ財産編 409 条, 421 条, 424 条に該当する。したがって Art. 441 中における l'article 426 は財産編 406 条に該る。

独 協 法 学

前条の末尾に参考として記されているフランス民法1183条1項および1184条の規定は次の通りである。

Art. 1183, 1^{er}al. La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

Art. 1184 La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommage et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

ボアソナードによる規定とフランス民法の条文とを比較してみると、(ア)双務契約においては、債務不履行を蒙った一方の当事者を救済するため、解除条件が暗黙の中に含まれているとする構成——解除条件的構成——を採用している点、(イ)解除は条件成就によって当然には効力を生ぜず、裁判所にこれを求めなければならない点、および、(ウ)解除をしても損害賠償を請求しうる点で、大綱は殆ど変らない。むしろ、財産編421条と424条に関しては、フランス民法が1ヶ条にまとめていたものを確たる理由なく2ヶ条に分けたに過ぎないとさえ思われる。

ところで、ボアソナードは、これらの規定を設けた趣旨をかなり詳細に説明しているのであるが、解除制度を設けるべき理由としては、契約を互に履行する途しが残されていないとすれば、相手方の財産状態が悪化している場合には、こちら側の給付に対してその何分の一かの反対給付を受けることで

解除の効果についての覚書

満足をせざるを得なくなり、解除はまさにかような不均衡な給付の負担から免れられるところに意味があることを述べるのみであって、フランス民法と同様の解除条件の構成を採り入れた理由については格別には触れていない。母法たるフランス法の構成を遵守することには何等の疑問を持たなかったものと推測される。もっとも、後述のように、損害賠償については独自の考えを有していた。ところで解除の効果については、次のような例が挙げられている。「例えば、不動産の売主が、その所有権を合意 (consentement) のみで移転し、さらにこれを引渡し、買主が占有を取得していた場合に、買主が支払期日に対価を支払わなかったとすれば、売主は、解除により、当該不動産の所有権を回復しその占有をも回復することが可能である」⁹⁾ この例で見ると、解除によって債権関係は効力を失うとともに、履行として移転した所有権も当然に復帰するものとされており、結果的には、先述の直接効果説と同一の効果が当事者間においては認められていた、といえよう。フランス民法の解釈と同様であり、*lex commissoria* の伝統にも合致する。

さて、ボアソナードの規定において、解除がなされた場合に、解除者に損害賠償請求が許されることはフランス民法同様であるが、その性質については、ボアソナードはフランス民法とは異った考え方を有していた。彼は次のように述べている。「本条では解除をなした一方の当事者に認められるのは、『蒙った損害の賠償』(réparation du préjudice éprouvé)であって『失われた利益』(gains manqués)ではないことに注意しなければならない。『蒙った損失および失われた利益』(la perte éprouvée et gain manqué)を指して通常用いられる。“domages intérêts”という語を避けたのはそのためである。解除をなした者に、合意からの解放と企図した利益とを同時に得しめるのは、実に道理と衡平に反する。この利益は、第三者との新規の合意により得ることが可能であり、二重に得しむべきではない。本草案では、右の

9) *Projet t. II P. 455*

Projet op cit. P. 461 ボアソナード講義民法契約編(和綴手写本)第2巻第24号にも、損害、賠償については原状回復を限度とする説明がみえている。

の趣旨を明言し、通例の形式に従い *domages - intérêt* を認めた他の法典において重大な疑義を生じうる問題を明白に解決した。」¹⁰⁾。このようにして、ポアソナードは、フランス法で用いられている *domages et intérêts* なる語を意図的に避けたのであり、独自の見解を示めたものといつてよいであろう。

しかし、その性質たるや必ずしも明かではない。先に引用したところの直前には、「解除は、物を合意前の状態に復することを目的とする。けれども、その結果は常に生ずるものではない。返還さるべき物の価格が返還義務者の責に帰すべき事由により減少したり、現実に履行を受けられるものとして更に合意をなした者が、相手方の不履行により自ら履行を果しえなくなる場合など、彼が蒙った損害の賠償を求められることは当然である。」¹¹⁾との説明があり一方では、売買目的物が動産であり、かつ、それが相手方を経て第三取得者の手中にあるときは、解除によって現物を取戻すことが通常は不可能であるが、その場合、解除者は、相手方に対し、売買代価を請求する代りに解除時においてそれが売買の代価よりも増価していればその価格を請求することができる¹¹⁾、と述べられている。ここには、解除の遡及効とからんで、解除者に認められる損害賠償は、契約の有効を前提としたそれか、無効を前提としたそれか、という発想は見られず、先にその性質が明かではないと述べたのはその意味である。しかし、解除に伴う損害賠償の範囲は、現物が返還された場合であれ、返還不能で価格による償還の場合であれ、解除時における目的物の客観的価格が限度であり（原状回復の貫徹）、これがまさに解除において許される損害賠償の内容だとするポアソナードの態度は、契約が有効であり履行がなされたとしたら得られたであろう利益、しかも、それは相当因果関係なる曖昧な基準で決定されることから生ずる紛糾を避けることを目

10) *Projet op. cit.* P. 466

11) *Projet op. cit.* P. 464

解除の効果についての覚書

指しており、それなりに評価することができると思われる¹²⁾。

ともあれ、ポアソナードの考え方では、解除は、当事者間では債権関係の遡及的消滅のみならず、目的物の所有権復帰をももたらすが、目的物が動産であるなど、取引保護の見地から第三取得者が保護されなければならない場合には所有権は復帰せず、解除は、単に相手方に対する原状回復に代る価格による償還（損害賠償）という対人的な権利を生ぜしめるに止まる、とされていたことに疑はない。

3 現行545条への修正

右の、解除の効果に関する旧民法の規定は、現行545条へ一本化され修正されてゆくのであるが、それはどのような理由によるものか、当面、修正案理由書および議事速記録によってこれを見ることとしよう。

先づ、旧民法の解除条件の構成を捨てて、意思表示による解除権の行使と構成された理由について、修正案理由書は次のように説いている

「契約解除ノ方法ニ付テハ諸国ノ立法例ハ凡ソ三種ニ分クル一ハ仏、伊、蘭諸国ノ法典及ヒ既成法典ノ如ク裁判上ノ解除方法ニ依リ一ハ独逸民法草

12) これに類似する現在の学説としては、545条3項の損害賠償の性質を、同条1項にいう原状回復義務の方法又はその補充として損害賠償の手段によるも可なることを定めたものに過ぎないとする勝本説——債権法概論（総論）84頁——がある。ただし、勝本説は、解除によって債権関係の遡及的失効じ（物種関係までも消滅せしめるものではない）、不履行の効果をも消滅せしめるのであるから履行利益の損害賠償を請求しう理由はなく、かつ、信頼利益の賠償とみるもの不可であるという認識に基づかれており、ポアソナードとは発想が異なることはいうまでもない。

私としては、解除に遡及的失効をたとえ当事者に限定するにせよ認められた場合に、損益相殺がなされるとはいえ、履行利益の賠償まで解除に併せて認められるとするのは解除者に過ぎたる保護を与える結果となるのではないか、解除本来の機能が契約の清算すなわち原状回復にあるとすれば、損害賠償もまた原状回復を限度とするものではないか、とも思っているが、詳細は後日に譲りたい。

（なお、私が取消と異なる相対的遡及効を考えたのも解除における清算の機能を重視した故である。拙稿前掲セミナー130頁、四宮前掲法政理論9巻3号24頁。）

案、瑞士債務法ノ如ク意思表示ニ依ル解除方法ヲ採リ一ハ当然解除ノ主義ニ依ルモノトス而シテ当然解除ノ主義ハ極メテ簡便ナリト雖モ簡易ニ過クルノ弊害ハ未ダ法律に慣レサル一般人民ヲシテ住々不知不識ノ中ニ權利ヲ失ハシメ意外ノ不利益ヲ蒙ラシムルモノナレハ当然解除ノ主義ハ便宜上或場合ニ限りテ之ヲ認ムヘキモ一般ニ此主義ニ從フハ法律保護ノ趣旨ニ反スルヲ以テ本案ハ既ニ相殺ノ規定ニ付当然相殺カ行ハルヘキ主義ヲ採ラサリシ如ク本案ニ於テモ当然解除ノ主義ヲ排斥セリ又裁判上ノ解除方法ハ極メテ鄭重確實ナルカ如シト雖モ顛ル干涉ニ失シテ其必要ナキノミナラス之カ為メニ当事者ハ費用及ヒ手数ヲ要シ且ツ人民ハ裁判所ニ出ツルコトヲ厭フ如キ感覺上ノ理由ヨリ立法者カ取引ノ便宜ヲ計リテ特ニ認定シタル解除權モ其効用ヲ減殺セラルコト少シトセス之レ本案ハ既成法典財産編第 421 条第 2 項ニ規定スル如キ解除方法ヲ採用セカリシ所以ニシテ寧口独逸民法草案瑞士債務法等ノ主義ニ倣ヒ契約ノ解除ハ解除權ヲ有スル者カ相手方ニ對シ解除ノ意思ヲ表示スルニ依リテ之ヲ為ストシ以テ實際ノ便宜ニ適セシムルト同時ニ取引ノ確實ヲ失ハサラシメタリ」¹³⁾

次いで、解除の効果については以下のように説明がある。

「本条ハ解除權行使ノ結果ヲ規定スルモノニシテ既成法典財産編第 409 条第 2 項ハ解除条件カ成就スルトキハ當時者ヲシテ合意前ノ各自ノ地位ニ復セシムト規定シ其他多数ノ立法例ニ依レハ解除權ノ行使ハ法律行為ヲシテ根本ヨリ消滅セシメ從テ物權上ノ効果ヲ生スルコトヲ認ムト雖モ若シ斯ノ如クナレハ仮令既成法典財産編第 410 条第 2 項ノ如ク公示ノ方法ヲ盡サシムルモ第三者ハ往々損害ヲ蒙ルコトアルハ免レサル所ニシテ從テ取引ノ安全ヲ妨クルノミナラス解除ヲ慮ルノ餘第三者ヲシテ其取得シタル物ヲ保護改良スルコトヲ躊躇セシメ一般ノ經濟ヲ害スルコト少シトセス故ニ本案

13) 民法修正棄理由書附質疑要録 4 第 539 条。

解除の効果についての覚書

ハ独逸民法草案等ニ倣ヒ解除権ノ行使ハ単ニ人権上ノ効果ノミヲ生シ之ニ
因リテ各当事者ハ其相手方ヲ原状ニ回復セシムル義務ヲ負担ストシ解除権
ノ行使ニ因リテ第三者ハ其権利ヲ害セラルルコトナキヲ認メ以テ取引ノ安
全ヲ保チ経済上ノ利益ニ適セシメタリ」……「又解除権ノ行使ハ損害賠
償ノ請求ヲ妨ケサルコト殆ント疑ナシト雖モ多数ノ立法例ニ依レハ解除権
ト賠償請求権トニ付キ其何レカヲ撰擇セシムルモノナレハ或ハ解除権ノ行
使ハ損害賠償ノ請求権ヲ除去スルモノナリトノ疑ヲ生セシムル虞レアルニ
因リ特ニ本条第3項ノ明文ヲ掲ケタリ」¹⁴⁾

かようにして、旧民法＝既成法典の修正過程において、解除は、既存の法
律行為の効力に何等影響を及ぼさず、単に原状回復債務を生ぜしめるに過ぎ
ないことが明瞭に示めされているのであるが、この点を、いささか煩雑には
なるが、さらに議事速記録によって見てみることにする。

545条を起草されたのは穂積委員のようであり¹⁵⁾、同委員は次のように述
べる。

「本条ヲ採リマシタ主義ハ此解除権行使ノ効果ハ即チ人権上ノ効果デア
リマシテ原状回復ノ義務ヲ負フ彼ノおふりかつしよんいんてらーぶ原状回
復ノ義務ヲ生セシメルト云フ方ノ主義ヲ採リマシタノテゴザイマス、デ即
チ此解除権ト云フモノヲ行フノハ前ノ法律行為ヲ根本カラ排斥スルノテハ
ナイ法律行為ト云フモノハ其儘元トノ通りニナリテ居テ夫レカ其時ヨリシ
テナクナルノデアリマスガ之に代ッテ新タニ其義務カ解ケテ而シテ新タニ
法律上ノ債務カ生ズルノテアル相手方ヲ原状ニ復セシムル方ノ債務カ生ス
ルノテアル、デ此主義ハ独逸民法ガ近頃採リマシタ主義テゴザイマス」¹⁶⁾
……「物権上ノ効果ヲ生シテ其者自身、権利自身ガ後トニ返ヘルト云フヤ

14) 同第545条。

15) 明治民法と穂積文書77頁。

16) 民法修正案議事速記録25ノ109表裏。

ウナコトニ為リテハ別シテ物ノ所有權ノ移転ヤ何カヲ目的トシテオリマス所ノ契約杯ニ於キマシテハ第三者ニ迄其効果ヲ及ボスコトニナツテ自然其信用ガ薄クナル第三取得者ノ安全ヲモ害スルコトニナツテ何ウシテモ人權上ノ効果ヲ生セシメル方ガ宜シイ」¹⁷⁾……「夫レカラ解除シテモ損害賠償ヲ求メラレヌト云フコトニナツテハ不都合テアリマスカラ第3項ニ於テ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲヌト云フコトヲ殊更ニ記シタノテアリマス是ハ事ニ依ツタラハ或ハ要ラナイト云フ説モ出ルカモ知レマセヌガ併シナガラ御承知ノ通り既成法典杯ニ於テモ然ラハ解除ヲ請求スルカ損害賠償ヲ請求スルカト云フヤウニ選択ヲ為スコトノ出来ル場合杯モ往々ニアルノテアリマス又不履行ニ付テハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ト云フノカ一般ノ原則テアリマス之等ハ不履行モナイカラ損害賠償ノ權モナクナツテ仕舞ウト云フ疑ヒモ起リ得ル夫故ニ是ハ何處ニモアリマス損害賠償ノ請求權ト云フモノハ成立シ得ルモノテアルト云フコトハ何ウモ明カニ書イテ置カナケレハ往カナイト思ヒマス¹⁸⁾」。

以上で明らかのように、解除においては人權上の効果を認めるに過ぎない、とするのが本条の立法趣旨であつたのであり、その態度はドイツ民法にならうものであるとされている。

解除に関するこれまでの直接効果説・間接効果説・折衷説の各説の対立は、ドイツを源としており¹⁹⁾、わが国においてははいわばそれを直輸入した形といつてよいが、注意しなければならないのは、ドイツ民法は無因主義を採る結果、たとえ遡及効を認める直接効果説に立つても、契約の債権的効力が遡及的に失効するに過ぎず、履行行為たる既存の物権行為はそれによつて何の

17) 同 25ノ109裏

18) 同25ノ110裏, 25ノ111表。

19) ドイツにおけるB G B 制定前後からその後の学説の展開については、北村「ドイツにおける契約解除効果論の展開——B G B 制定の前後から」竜谷法学9巻1号に詳細である。

解除の効果についての覚書

影響を受けない点である²⁰⁾。要するに、遡及効を認めるか否かの対立は、債権契約の効力に関してであり、わが国における直接効果説が物権の遡及的復帰を認め、間接効果説がこれを否定するのとは、内容と異にするのである。穂積委員のいう、「法律行為ト云フモノハ其儘元トノ通りニナッテイテ夫レカ其時ヨリシテナクナルノテアリマス」という意味は、参照したとされているドイツ民法第1草案の態度からしても²¹⁾、債権的効力についてすら遡及的失効を認容するものではない、という趣旨に解してほぼ間違いないと思われるが、仮りにそのような分析を抜きにしても、一旦相手方に移った目的物の所有権が解除になって失われることはないと考えられていたことは、既に引用した穂積委員の解説の内容から明かであろう²²⁾。

かくて、わが民法の解除の効果は、(イ)履行行為としてなされた物権変動の効力は解除によって影響を受けない点でドイツ民法に類似し、解除をなしなくても損害賠償をなす点でこれと異なり、(ロ)フランス民法が *lex commissorica* の系譜をひいて解除によって物権行為の遡及的失効をも認める点でこれと異なり、解除と損害賠償請求を両立せしめる点で類似するという、立法としては、折衷的な特異な性格を持たしめられたものとして発足したのである。

4 学説の概要

学説は、現在に到るまでをほぼ三期に分けることができよう²³⁾。

第一期は、債権契約と物権行為とをドイツ流に概念的に区別することをせ

20) この点についてはすでに、末弘「解除の性質について」民法雑記帳(下)12頁に指摘がある。また、山中「解除の効果」総合判例研究叢書民法(4)146頁。

21) Motive II S. 280

22) 本文で引用した穂積委員の解説の後で、土方委員より、穂積委員の説明の如くであれば545条1項但書は無用の規定ではないか、との質問があり、同委員は同条但書が注意規定に過ぎないことを確認している。(議事速記録25ノ114)

23) 前述7)のように、この点については高森教授の研究があるが、以下は私なりに概要を纏めたものである。

ず、起草委員の説明と同じく解除には物権的効力はないことを説くのであるが²⁴⁾、この時期においても、解除の効果は、当事者間においては既往に遡って契約を締結しなかったと同様の原状回復義務を生ぜしめるに過ぎず、第三者の権利はこれによって何等の影響を受けるものではない、と述べるものがあり²⁵⁾、これは、前記起草委員の見解が、解除の効果は全く既往に及ばないとしているのに対して、当事者間では遡及的失効を認めるかの如き態度（相対的遡及効的構成）に読めなくもない。なお、損害賠償は、原状回復義務が盡くされてもなお損害ある場合には追求しうるものであること、すなわち、いわゆる履行利益の賠償を認めており²⁶⁾、現物返還の全部ないし一部不能の場合の価格による償還という原状回復実現の範囲を限度とするポアソナードの見解（ただしポアソナードは算定基準時を解除が認められた時点とする）とは異なることが、すでに明らかにされている。

第二期は、債権契約と物権行為とを区別し、物権行為の無因性を肯定し、かつ、解除の効果としてはドイツ流に三説あることを紹介しつつ、そのいずれかに立って自説を展開するものであり、大勢は直接効果説を是とする。その結果、解除は、既往に遡って債権関係を消滅せしめるが、原因行為たる債権契約と履行行為たる物権行為とは区別することを要し、解除は常に債権契約のみを解除するものなるが故に物権行為はその効力を失うことはない、解除によって不当利得を生ずるが、利得償還については解除においてはとくに現状回復が認められたものであり、545条1項但書は無用の冗文である、ということになる²⁷⁾。この立場はドイツにおける直接効果説の立場と一致する²⁸⁾。

24) 梅・民法要義巻之二 445頁。

25) 松波他・民法正解第5巻897頁、岡松・民法理由(下)510頁。

26) 前掲民法正解第5巻900頁。乙所有不動産を甲が買い丙に転売したが、乙の不履行のため甲も丙に履行できずこれによって違約金を取られたときは、乙が既に受領していた代金ならびに利息を甲に返還しただけでは、違約金支払の損害を填補しきれないという例が挙げられている。

27) 石坂・日本民法債権総論(下)2310頁、2320頁、鳩山・日本民法債権各論(上)198頁、203頁。

28) これら諸家は直接効果説としてOertmannを引用しており、それに賛成している。

解除の効果についての覚書

この時期においても、後述第三期として分類した現在の直接効果説同様解除に物権的効力を認めていた学説もないわけではないが²⁹⁾、前記見解が支配的であったといつてよいであろう。

第三期は、解除によって、契約より生じた債権的效果のみならず処分的効果も遡及的に消滅するとする我妻説が通説的地位を占める時期である³⁰⁾。物権変動に関し、物権行為の無因性をわが国においては認めるべきではないとする見解が支配的となるのと軌を一にする。ドイツ流の不当利得論を容れる余地がないという批判には、占有の不当利得が用意されたこと³¹⁾も周知のところである。推測ではあるが、すでに判例は、特定物売買においては、解除の効果として目的物の所有権は当然に復帰すると解さなければならない、という態度を繰返し示めていたのであり³²⁾これが若干の影響を与えていたということも考えられなくはないであろう。

5 まとめにかえて

4で述べた第三期における通説の態度、すなわち、解除によって処分的効果も遡及的に消滅し、この遡及効は取消の遡及効と同じく第三者に対しても本来効力を及ぼすべきものであるが、545条1項但書によって解除前に出現した第三者との関係では制限される、ただし第三者がこの保護を受けるためには対抗要件を備えなければならない、とする構成には、最後の部分を除いて賛成できない。それは、第一には、すでに見たように545条の沿革に反すること、第二には、取消が、判断能力が不十分であったり意思形成過程に他

29) 牧野・法学志林16巻5号97頁、他に特異な見解であるが、神戸・契約解除論49頁。

30) 我妻教授は、すでに昭和6年に、「解除セラレタVertragカ物権変動ヲモ生シタモノテアル場合——解除ノ結果物権モ当然ニ復帰シ相手方ハübergabe Eintragungノ原状回復ヲナスヘキニ至ル——第三者保護ノタメ但書ヲオク、始メヨリ相手方ハ無権利者トナル」とされている。我妻榮祖述・最近債権法各論(完)(学生の手になると思われるガリ版刷りの書物である)

31) 我妻「法律行為の無効取消の効果に関する一考察」民法研究II所収

32) たとえば、大判大6・12・27民録23・2266、同大8・5・13民録25・770など。

人の不当な干渉があった故に、意思表示の効力を失効せしめることによって取消者を保護しようとするものであり、それ故にこそ96条3項を除いて原則として第三者保護規定を欠く形となっているのに対し、解除は、遡及効を認めるとすれば、それは契約の清算目的を達するためであり原状回復実現のためである、とする両者の制度目的における差異を看過してしまうものであること、第三には、本来第三者にも遡及効が及ぶものとするならば、解除後に出現した第三者も遡及的失効の影響を受けなければならないのに、解除前の第三者との関係は545条1項但書、解除後の第三者との関係は177条の問題として処理することは、解除時を境にして遡及効を切断するものでありいわゆる爾後の失効を顧慮しないものであること、にある。したがって、解除に遡及効を認めるとすれば、それは当時者間に限られるとする相対的遡及効説を是としなければならず、しかも、第三者保護としては、解除の相手方からの取得を相対的遡及効を認める結果としての権利者からの取得として扱えば足りるとする立場に立つときは、第三者に対抗要件の具備を要求する相対的遡及効—対抗説に拠らざるをえない。しかしながら、これらについてはすでに論評もあることであり³³⁾、結局問題となるのは、相対的にせよ解除の効果として遡及的構成を残すことの是非に帰着する。この点については、既に述べたように、原状回復の内容、損害賠償の性質、第三者との関係をそれぞれ検討した上で総合的に判断すべきものであって、現在結論を得ていない。したがって、以下2・3の点を付記してとりあえず本稿を了りたい。

解除がなされた時点において、原契約の両債務ともに未履行の場合、一方の債務のみが既履行の場合、両債務ともに既履行の場合がありうる。まづ、両債務とも未履行の場合について、近時有力に主張されている原契約変容説³⁴⁾では、解除による未履行債務からの解放という効果は、原状回復の債権関係においては未履行債務自体が既履行債務となりしたがって消滅していると

33) 四宮前掲法政理論9巻3号、拙稿前掲不動産法大系I、同セミナー212号。

34) 四宮前掲法協9巻10号32頁以下。山中前掲判例研究叢書民法(4)152頁以下。

解除の効果についての覚書

構成する³⁵⁾。契約が解除された以上もはや履行する必要がないということを解除に伴う清算関係の一環として把えることについては異存はないが、物または労務もしくは無形の給付があつてはじめて原状回復が生ずると解するのが通常であり、したがって、未履行であるが故に具体的には生じえない原状回復債権の存在を想定し、それが既履行に転化することによって未履行債務の消滅を説明するのは、あまりにも技巧に過ぎるように思われる。むしろ、原契約の遡及的失効あるいは将来に向つての失効によってこれを説明することがより素直ではあるまいか。

次に、両債務ともに既履行であり、解除による両当事者の返還義務履行実現前に返還目的物が滅失毀損した場合についてである。解除による原契約変容の契機が、原契約自体にすでに内在しているとする立場では、返還義務相互間の双務性はより強調されることにならう。解除により原契約は遡及的あるいは将来に向つて失効するとすれば、原契約と原状回復義務の連続性は解除によって切断されるから、返還義務相互の双務性に基く牽連性は一層稀薄となる。不当利得返還請求権との関係は別として、とにかく545条1項本文による法定債権が対立している関係に過ぎない。

ところで、かかる給付目的物が毀滅した場合についても（以下還えりの関係という）——交換型契約により不代替物が給付された場合とする——、解除前に毀滅した場合と解除後返還義務履行実現前に毀滅した場合とに分けることができる。

第一に解除前に毀滅した場合は、不代替物給付に関する交換型契約に還元すれば（以下往きの関係という）、毀滅原因のいかんを問わず給付義務発生前の原始的不能であるから、損害賠償債務の発生は別として少くとも反対給付自体は成立しない。これに対して、還えりの関係では、解除者の故意過失によって毀滅したときは解除権を喪失し相手方も返還義務を負わないのを原則とする（548条1項）から、往きの関係に対応するが、解除権者の故意過失

35) 山中前掲156頁。

によらずして毀滅した場合には解除権は消滅せず（同条2項）、相手方の返還義務は解除によって発生し、しかも、毀滅原因が両当事者の責に帰しえない場合には解除者も全部返還をすべきだとする見解³⁶⁾に従うならば、完全な形で返還義務が対立することとなる。

解除後に毀滅した場合は、往きの関係では毀滅原因により危険負担あるいは債務不履行の問題となる。毀滅が両当事者の責に帰しえない場合、還えりの関係にも双務性を認め546条を修正適用するとすれば、給付目的物を受領した解除者は往きの関係における反対給付に該る相手方からの返還義務の履行をえられない筈であるのに、縮限返還あるいは全部返還で相互に返還義務が認められている³⁷⁾。毀滅が返還義務者の帰責事由による場合、往きの関係では債務不履行が生じ、還えりの関係では相互に全部返還となる。もっとも、債務不履行は契約の双務性とは切り離された問題であるから、往きと還えりを双務性の観点から対置することはできない。要するに、相手方の帰責事由によって返還目的物が滅失した場合以外は、何らかの範囲で返還義務が対立するわけであって、往きの関係における双務性に基因する牽連関係から生ずる処理とはかなり扱いが異なる、といえるであろう。このことは、やはり、解除による返還義務が、原契約の両債務ともに既履行の場合には対立して発生するが、本来的には互に牽連性のない法定債権の対立関係であり、原状回復による契約の清算目的達成の一還としての目的的限制に服する故である、と理解できるのではあるまいか。

以上の諸点から、私としては目下のところ相対的遡及的構成を捨てきれないものである。

36) 川村「不当利得の諸類型(2)」判例評論77号60頁。

37) 四宮前掲法協9巻10号29頁。