

## 法律行為としての解除 —— 民法学における理論と解釈 —— (1)

藤 田 貴 宏

1. 遡及効・原状回復・損害賠償
2. 「解除の本質論」再考
3. 法律行為と法律関係 (a まで本号)
4. 原状回復関係の妥当根拠

### 1. 遡及効・原状回復・損害賠償

「解除権ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」という民法545条3項は、「解除権ノ行使」の法律効果を規定する同1項との結びつきによって、「相手方ヲ原状ニ復セシムル義務」の履行請求権と損害賠償請求権との間に、少なくとも実体法上の並存可能性を導いている。文理的論理的にはさしあたり当然のこの帰結は、3項に言う「損害賠償」を債務不履行による損害賠償として捉えるドグマを前提に、民法学では例えば次のように説明される。すなわち、契約解除による原状回復だけでは「債務不履行によって蒙る損害を償うに足りない場合が多い」ので、「解除の遡及効の範囲」は「制限」され、損害賠償請求権は「解除の遡及効にもかかわらずなお存続するものと解すべき」とか、「契約が遡及的に消滅するというのは原状回復を導くためのフィクション（擬制）であり、事実として債務不履行により損害が生じている以上、その賠償を認めるべき」とされるのである。<sup>(1)</sup>

かし、ここで、解除の「遡及効」というそれ自体多義的な表現を契約関係の遡求的消滅という意味で理解するならば、物権的効力の有無あるいは第三者との関係を問う前に、まず一つの素朴な疑問が生じる。それは、「相手方ヲ原状ニ復セシムル義務」の発生がなぜ契約関係の「遡求的」な「消滅」と両立しうるのかという点である。仮にそのような解除の遡及効を前提としないならば、545条3項の説明にあたって、当該遡及効を「制限」したり、「擬制」とみなしたりする必要はそもそもなくなる。上記のような説明は、解除の遡及効の正しさを前提とするドグマティッシュな説明として初めて、一個の法解釈たり得るのである。

それでは、解除の遡及効は、先の損害賠償の位置づけとともに、545条3項の正しい解釈にとって不可欠なドグマと言えるのであろうか。545条3項の「損害賠償」が415条の「損害ノ賠償」であるという前提は、契約上の債務の不履行による損害賠償の訴求可能性を、当該契約の解除によって新たに生じる原状回復請求権と並存させるという極めて実践的な帰結を導く。つまり、先の説明のように、「事実として債務不履行により損害が生じ」、原状回復請求だけでは「債務不履行によって蒙る損害を償うに足りない場合」には、債務不履行による損害賠償が認められるべきという主張が可能になるのである。これに対して、契約上の債務の遡求的消滅については、解除の効果を規定する545条に文言上の手がかりが見あたらず、「将来ニ向テノミ効力ヲ生ス」とするだけで債務の消滅そのものには言及しない620条等の反対解釈も決して自明ではない。その上、解除の遡及効という前提は、それ自体としても何ら実践的な帰結をもたらさないように思われる。確かに、先の説明によれば、「原状回復を導くため」に契約の遡求的消滅という「擬制」が必要と解されているようである。しかし、それは如何なる意味において必要なのであろうか。原状回復義務の発生という法律効果は、545条1項において、解除権の行使という契約当事者の行為に結びつけられている。解除権を行使する当事者が、契約上の債務の履行によらずに契約関係を終了させる旨の相互的な義務づけを意欲している

と判断される限り、解除権そのものの発生要件が「契約」によって規定されているか「法律」によって規定されているかに関わらず、原状回復関係という法律関係が「相手方ニ対スル意思表示」を介して成立することになる（540条）。まさにそれ故に、「当事者ノ一方」の「意思表示」による解除は、法定解除であると約定解除であるとを問わず、合意解除とともに、それ自体一つの法律行為と解される。この原状回復関係が妥当するにあたってまず必要なのは、契約当事者自身による新たな法律行為とその解釈であって、実定的根拠を欠く545条への遡及効の読み込みをそのような法律行為解釈に先立って行う必然性はないはずである。

また、原状回復請求権を、契約関係という「法律上ノ原因」の欠如を介して、不当利得請求権の一形態と捉える際に、解除の遡及効という前提が要求されるのだとしても、実定法上取消の効果とは区別された解除の効果を不当利得の返還の問題として捉える必然性そのものが論証されねばならない。そして、この点は、不当利得法解釈における類型論の採否以前の問題でもある。原状回復請求権が不当利得請求権であることの根拠を明らかにしない限り、前者の内容を給付不当利得という枠組で把握しても、それは結論の先取りにすぎないのである。<sup>(2)</sup>更に言えば、債務不履行によって「事実として」損害が生じているとか、その損害を原状回復では「償うに足りない」といった利益衡量もまた、545条3項解釈の根拠とはなり得ない。なぜなら、損害賠償責任の存続そのものは実定法として確定されているし、このように単純かつ抽象的な利益衡量だけならば、解除の遡及効の有無とは無関係に援用できるからである。ただ、先の説明では、契約関係の遡及的消滅が前提とされていたために、遡及効を制限しあるいは擬制視する論拠として当該利益衡量を提示し得たのである。<sup>(3)</sup>

以上のような「通説」の理論的不備は、裁判実務におけるそれと相関関係にある。解除の効果を「人権上ノ効果」に限定した上で、債務不履行による損害賠償義務との並存を認める起草者の立場に対して、我が国の学説及び実務におけるその後の展開は、周知のように、解除の遡及効をめぐる

ドイツ学説の継受によって規定された<sup>(5)</sup>。解除の効果に関して判示した当時の最上級審判決の中には、今日なお545条3項の解釈の「判例」として扱われ引用されるものが幾つか存しているが、それらを含む一連の判決は、まさにドイツ学説継受期のただ中に現れ、当時の学説との協働の下、「判例・通説」の確立に寄与したのである。ここで、「損害賠償」や「妨ケス」の解釈と、「解除権ノ行使」によって当事者に課される「相手方ヲ原状ニ復セシムル義務」の解釈とを区別するならば、解除の遡及効は、後者を介して前者に結びついており、また、条文中の文言の「解釈」ではなく、むしろ、545条各項の解釈に共通の前提として論じられている。従って、「判例」における545条3項解釈の意義を理解するためには、解除の遡及効につき「判例」が論ずる内容をより広い連関の下に考察する必要がある。

#### a) 遡及効と物権変動

大審院は、不動産の売主から買戻権を譲り受けた者が当該権利を行使し、買主に対して売買登記の抹消と所有権移転の登記を請求した事案について、「買戻権ノ売買契約解除権ニ外ナラサルコト及ヒ契約解除ノ効力ハ既存ノ契約関係ヲ消滅セシメ曾テ契約ナカリシト同一ナル状態ニ回復セシムヘキモノナルヲ以テ売買契約ニ因リ移転シタル所有権ハ売主ニ帰属スヘキモノナルコト」を前提に、「買戻権ハ一ノ債権ニシテ財産権ナルヲ以テ之ヲ他人ヘ譲渡シ得ヘキハ多言ヲ要セサル所ナリ而シテ不動産ノ売主ヨリ其買戻権ヲ譲受ケタル者ハ即チ不動産ノ売主ノ承継人ナルカ故ニ売主其人ト看故スヘキモノトス是故ニ買戻権ノ譲受人ニ於テ買戻権ヲ行使シ売買契約ヲ解除シタルトキハ其結果トシテ不動産ノ所有権ハ当然譲受人ニ帰属スヘキハ弁を待タサル所ナリ」と判示し、「買戻権ノ譲受人ノ権利単ニ契約解除権ニ過キ」ないので解除による「所有権ノ回復権利者ハ依然トシテ」自己であると主張する買主の上告を退けた（大判明41.7.8 民録14-859 [868以下]＝判決I）。この判決では、買戻権の行使、すなわち、民法579条に言う「売買契約ト同時ニ為シタル買戻ノ特約ニ依リ買主カ払ヒタル代金及

ヒ契約ノ費用ヲ返還シテ其売買ノ解除ヲ為スコト」を、545条1項に言う「解除権」の行使と解すべき点とともに、売買契約が解除によって「消滅」し、当該契約によって移転した「所有権」が「曾テ契約ナカリシト同一ナル状態ニ回復」すべく「売主ニ帰属スヘキ」点が、上告理由に対する判断の前提となっており、ここには確かに、解除による契約関係の遡求的消滅及びその物権的効力を認める趣旨を読み取ることができる。ただ、上告によって争われているのは、「買戻権ノ性質」、具体的には、買戻権の行使によって売主が取得し得る権利義務が買戻権の譲渡によって譲受人に承継されるか否かであり、大審院は、買戻権という債権の譲渡可能性を理由に、譲受人による売主の権利義務の承継を認める判断を下したのである。それ故、本判決において、当事者の権利義務を確定するという実践的意義を果たしているのは、直接には、買戻権が譲渡可能な債権か否かという466条1項の解釈であることになる。

また、建物の売買契約を解除した売主が、債権実行のために当該建物の競買を申立てこれを競落した買主の債権者に対して、当初、所有権に基づく建物の引渡を請求し、被告が建物を取り壊した後、建物引渡に代わる損害賠償を請求した事案について、大審院は、「特定物ヲ目的トスル売買ニ於テモ即時ニ其所有権ヲ移転スル場合ニ於テハ其売買契約即チ所有権ヲ移転スルコトヲ約スル意思表示ニ因リ其ノ目的タル所有権ハ契約ト同時ニ買主ニ移転スルモノナルヲ以テ其特定物ヲ目的トスル売買契約ヲ解除シタル場合ニ於テハ契約ノ解除ハ当事者間ニ契約ナカリシト同一ノ効果ヲ生セシメ換言スレハ当事者間ニ成立シタル権利関係ヲ消滅セシムルモノナルカ故ニ売買契約解除当然ノ効果トシテ買主ハ所有権ヲ取得シタルコトナキモノト看故サルヘク所有権ハ当然売主ニ帰属スルニ至ルモノト解スヘキモノトス」と論じた上で、「契約解除後ニ於テ当事者カ各自相手方ヲシテ原状ニ回復セシムルノ義務ハ解除ノ効果ヲ全フセシムル為メニ負担スル債務ナルヲ以テ此義務アルカ為メニ売買契約解除後特別ナル所有権移転ノ意思表示ナクンハ売主ニ於テ其所有権ヲ取得スルコトナシト解スヘキモノニアラ

ス」と判示し、「債権債務ノ発生ノ原因タル契約」とその「履行行為」とは「法律上別箇ノモノ」であるから「債務ノ履行トシテ物権ノ移転アリシ場合ニ於テモ契約解除ノ結果トシテ其物権ハ当然ニ原権利者ニ復帰スルモノニアラス」と主張する債権者の上告を退けた（大判大6.12.27民録23-2262 [2264以下] = 判決Ⅱ）。解除が「契約ナカリシト同一ノ効果」を生じさせる結果、売買目的物の「所有権ハ当然売主ニ帰属スルモノト解スヘキ」とする限りにおいて、この判決も、判決Ⅰと同様の趣旨で、解除の物権的遡及効を認めていると言える。しかし、ここで注意すべきは、所有権の「帰属」という物権的効力が、物権変動における意思主義（176条）及び物権行為不要論との関連で類比的に説明されているという点である。すなわち、「特定物ヲ目的トスル売買」において、「所有権ヲ移転スルコトヲ約スル意思表示」と「同時」に目的物の所有権が買主に移転するように、その解除においても、意思表示と同時に所有権が売主に「帰属」というのである。売買契約による所有権移転債務の発生と当該債務の履行による所有権移転との区別に依拠して、解除の遡及効を所有権返還債務の発生という債権的側面に限定すべきとする上告理由に対する大審院の否定的判断は、そのような上告理由の問題の立て方を受け入れることによって導かれている。換言すれば、ここでは、解除の効果という問題が物権変動というより一般的な問題に置き換えられ、特定物売買を解除する意思表示が176条に言う「意思表示」にあたるか否か判断されているのである。

解除の効果を物権変動に類比する大審院の理解が示された判決としては、他に例えば、贈与契約の「解除」を理由に贈与者が受贈者の相続人に目的不動産の引渡及び所有権登記の移転を請求した事案につき、判決Ⅱを引用し、「特定物贈与ノ契約ニ因リ其ノ物ノ所有権カ受贈者ニ移転シタル場合ニ於テ該贈与契約カ解除セラルルトキハ贈与ナカリシト同一ノ効果ヲ生シ目的物ノ所有権ハ当然贈与者ニ帰属スルモノト解スヘキ」旨判示して、「物権行為ハ債権行為ト離レテ独立ノ存在ヲ有」し「其ノ一方ノ行為ニ存スル無効取消解除ハ当然他ノ一方ノ行為ニ影響ヲ及ホスモノニアラ

ス」と主張する相続人の上告を退けたもの（大判大8.4.7 民録25-558 [560以下] =判決Ⅲ）や、材木の買主の所有権に基づく目的物への仮処分に対して、売主が売買契約解除を理由に異議を申立てた事案につき、「特定物ノ所有権ヲ移転スヘキ債務ヲ生スル法律行為例ヘハ売買ヲ為シタルトキハ其所有権ハ売買ノ意思表示ト共ニ当然買主ニ移転スルカ如ク当事者ヲシテ売買契約ニ基キ取得シタル物ノ所有権ヲ相手方ニ復帰セシムルノ義務ヲ負ハシムル売買解除ノ場合ニ在テモ其所有権ハ意思表示ト共ニ当然相手方ニ移転スヘキナリ」と判示して、「契約解除ノ効力」は「物権的ニ非スシテ債権的」であるので「解除ニ因リテ当然ニハ売主カ其所有ヲ回復スルモノニアラス」と主張する買主（仮執行申立人）の上告を退けたもの（大判大8.5.13 民録25-770 [774以下] =判決Ⅳ）などがある。ただし、判決Ⅲの事案は、養子縁組に伴う「所謂持参分の贈与契約」の「解除」が、「離縁ノ場合ニ当然解除トナリ贈与ノ目的物件ハ之ヲ贈与者ニ返還セサルヘカラサル慣習」に基づいて生じた事案であり、大審院がこの「当然解除」を「離縁ノ事実発生スルトキハ特別ノ意思表示ヲ要セスシテ持参分ノ贈与契約カ解除ニ帰スル」という意味に捉えていることから（判決Ⅲ [562]）、ここで問題となっているのは、意思表示による解除権行使の法律効果ではなく、贈与契約に付された解除条件の成就の法律効果であると考えられるべきであろう。それ故、判決Ⅱの引用にもかかわらず、判決Ⅲを解除の物権的遡及効の「判例」とみなすことそれ自体にも問題がある。とはいえ判決Ⅲはもう一つ別な意味で注目値する。それは、「解除」の法律効果が物権変動として把握される際に、法律行為の解釈という次元が介在しているという点である。上記のような「慣習」が存在し、当事者がこれに依拠する意思を表示して贈与契約を締結したという原審の事実認定の下に、大審院は、当該慣習を解除条件成就の非遡及効を定める127条2項とは「異ナリタル慣習」（92条）と解し、「解除」の物権的遡及効を当該贈与契約の内容として確定したとも考えられるのである。しかも、解除条件成就の遡及効については、そのような法律行為解釈の方法が法的に義務づけられている（127

条 3 項)。契約解除の意思表示の解釈と解除条件が付された契約それ自体の解釈という違いはあれ、その法律効果の確定において法律行為解釈という媒介項が意識されたという点は、解除の効果と物権変動との直接的な結びつけの限界を示唆するものとして理解されうる。

更に、立木の売買契約を解除した売主が、買主から更に当該立木を買い受けた転得者に対して、自己の所有権の確認を請求した事案について、大審院は、判決Ⅱ及びⅢを引用して、「特定物ヲ目的トスル売買契約ノ場合ニ於テ当事者ノ意思カ即時ニ其所有権ヲ移転セシムルニ在ルトキハ其売買契約ノ効力トシテ売主ヨリ買主ニ所有権ヲ移転スルモノナルヲ以テ其売買契約ヲ解除シタルトキハ該解除ノ効力トシテ買主ハ初メヨリ所有権ヲ取得シタルコトナキモノト看故サレ所有権ハ当然売主ニ帰属スルニ至リタルモノト解スヘキ」と判示し、「凡ソ立木売買契約ハ何等ノ公示方法ヲ為ササルトキハ将来伐採ノ上木材トナルヘキモノノ所有権移転ヲ目的トシタル債権的契約ニ過キサルカ故ニ立木カ伐採セラレ動産トナリ且所有権移転ノ意思表示ナキ限りハ其木材ノ所有権ハ依然トシテ」自己に存するという売主の上告理由を退ける一方で、買主から「未タ其木材ノ引渡ヲ受ケサル」転得者は「木材ノ所有権ヲ第三者タル上告人ニ主張對抗スルコトヲ得ス」という上告理由についてはこれを受け入れ、「解除前」に転得者の「所有ニ帰シタル木材ト雖モ未タ引渡ヲ了セサル間ハ其所有権移転ヲ以テ第三者タル上告人ニ對抗シ得ルサルモノナルヲ以テ上告人ヨリ之ヲ観レハ該木材ノ所有権ハ依然トシテ」買主に「属スルモノト看故スコトヲ得ヘキヲ以テ解除ノ効力トシテ其所有権モ当然上告人ニ復帰スルモノト解スヘク而シテ上告人カ」転得者に「先チ木材ノ占有ヲ有スルニ至リタルトキハ完全ニ其所有権ヲ回復シタルモノト謂フコトヲ得ヘシ」と判示した（破棄差戻。大判大10.5.17 民録27-929 [932以下] =判決Ⅴ）。545条解釈の次元で講学上「直接効果説」と呼ばれる立場の一端は、本判決によって、裁判実務の内にはば確立したと言える。それによれば、少なくとも特定物売買を前提とする限り、解除の効果は売主への所有権の「復帰」という物権変動として捉え



られ、物権行為不要論に基づく176条解釈の下、売主と転得者との間の権利義務が対抗問題として処理される。本判決の事案は公示を欠いた立木の売買であったので、「引渡」（178条）の有無を以て権利義務が確定されたのである。また、このような対抗問題的処理が、同時に、545条1項但書の解釈でもあるとするならば、「第三者ノ権利ヲ害スルコトヲ得」ない要件として「第三者」における対抗要件の具備が要求されていることになる。解除の物権的遡及効という理論はここで漸く545条の具体的な解釈に結び付いたのである。

しかし、逆に言えば、判決IIやIVで解除の効果として言及された所有権の「帰属」や「回復」と、545条1項本文に言う「相手方ヲ原状ニ服セシムル義務」の発生との結びつきは決して自明ではなかった。そもそも、「相手方ニ移転ス」べき「財産権」が所有権である場合に、そのような売主の債務の発生が、文字通りの所有権移転債務ではなく、所有権それ自体の移転を前提とした目的物の引渡や登記移転の債務とされるか否かは、何よりもまず個々の契約の解釈として確定されるべきであって、176条の解釈あるいは物権変動論は、本来、そのような契約解釈の一環を担うにすぎない。そうであるとするならば、解除の効果を物権変動として捉えても、同様の問題が生じるはずである。すなわち、売買契約の解除によって目的物の所有権が如何にして売主に回復されるべきかは、さしあたり、解除の意思表示の解釈によって確定されねばならない。それ故、物権変動という次元に問題を一般化して処理することは、176条の解釈である同時に、解除という法律行為の解釈という枠組みの内に位置づけられ得るのである。そして、この点は、判決Vの判旨とも矛盾するわけでもない。というのも、本判決は、「当事者ノ意思カ即時ニ其所有権ヲ移転セシムルニ在ルトキハ」と述べて、目的物の所有権移転を契約解釈によって判断する余地を示唆しており、解除の効果を物権変動に類比する立場からすれば、売主への所有権の「帰属」もまた、解除という法律行為の解釈によって判断され得るはずだからである。更に、「特定物ヲ目的トスル売買契約ノ場合ニ於

テ」といった限定からは、解除の物権的遡及効とその対象たる契約の類型の把握や性質決定との連関を読み取ることも不可能ではない。契約の解釈と性質決定との相互連関を前提とするならば、そこには、解除の意思表示そのものの解釈とともに、解除される契約の解釈が、解除行為の解釈の内に包括される可能性を見出し得るのである。しかし他方で、解除の効果を法律行為解釈によって確定することと物権変動として処理することとの間に何ら必然的な結びつきはないし、上記の諸判決においても、解除の効果と物権変動を直結させる積極的理由づけが提示されているわけではない。そして、解除の物権的遡及効という理論の果たす役割が、545条の解釈にとってこのように限定的で相対的なものに留まる以上、当該理論それ自体は、必ずしも、545条1項但書の解釈を対抗問題という次元に位置づけるべき根拠とならないことになる。売買契約の解除によって直ちに目的物の所有権は売主に復帰するから、転得者との優劣は対抗要件の有無で決定されるべきであるといった推論は、解除の法律効果として如何なる権利義務が発生すべきかという最も根本的な問題にふれないまま問題を簡略化してしまう不十分な推論なのである。<sup>(7)</sup>

## b) 原状回復義務の性質論

また他方で、原状回復義務の性質論の前提として、復帰的な権利移転とは無関係に、契約関係の「遡求的」な「消滅」に言及する判決が存在する。請負契約解除後に注文者が請負人の保証人に対して既払着手金の返還を請求した事案について、大審院は、「保証人カ主タル債務以外ニ当然負担スヘキモノハ主タル債務ニ関スル利息違約金損害賠償其他ノ総テ其債務ニ従タルモノニ限ルハ民法四百四十七条一項ノ規定スル所ナリ原状回復ノ義務ハ主タル債務カ契約解除ニ因リテ消滅シタルノ結果生スル別個独立ノ法律上ノ義務ニシテ主タル債務ニ従タルモノニ非サレハ保証人ハ特約ノ存セサル限り之ヲ履行スル責ニ任スヘキモノニ非ス」と判示した上で、更に、「契約ノ解除ハ契約上ノ債務関係ヲ遡求的ニ消滅セシムルモノニシテ

原状回復ノ義務ハ既ニ履行セラレタル給付カ其原因タル債務関係ノ消滅ニ因リ法律上ノ原因ナキニ至リタルヲ以テ之ヲ返還セシムルヲ目的トスルモノナレハ其原理ニ於テ不当利得返還ノ義務ニ外ナラス唯不当利得ノ一般ノ場合ト返還義務ノ範圍ヲ異ニスル所アルヲ以テ民法五百四十五条ニ於テ特ニ之ヲ規定シタルニ過キサ」る旨論じている（大判大6.10.27 民録23-1867 [1871以下] = 判決VI）。本件当事者の権利義務を確定するために直接必要なのは、解除によって生ずる原状回復債務が447条1項に言う「従タルモノ」にあたるか否かの判断である。この点、原状回復債務は契約上の債務とは「別個独立」であるから、両者の間に447条適用の前提となるような主従関係はないというのが本判決の結論であるが、問題はなぜ「別個独立」と言えるのかである。まず、主たる債務が「消滅シタルノ結果生スル」という点は、その一方で例えば主たる債務の履行不能による填補賠償債務が447条1項の「損害賠償」にあたるのだとすれば、原状回復債務を保証の範囲から排斥する決定的な理由にはならない。また、原状回復債務が契約上の義務ではなく「法律上ノ義務」とされている点については、その趣旨が不明確である。原状回復債務を発生させる要件事実、あくまで、「相手方ニ対スル意思表示」によって「解除権ヲ行使シタル」こと、つまり、解除という法律行為であり、そうである以上、たとえ解除権発生の要件事実が「契約」ではなく「法律ノ規定」するところであっても、原状回復債務を「法律上ノ義務」と呼ぶだけでは、契約上の債務に対する「別個独立」を論証したことにならない。仮に、そのような呼称が、法定解除によって生ずる債務だから法定債務であるという趣旨のものならば、次元の全く異なる問題を混同していることになる。従って、理由づけとして残っているのは、「特約ノ存セサル限り」という限定によって示唆される法律行為解釈だけである。

とはいえ、解除の遡及効という理論が果たし得る役割を裁判実務の内に批判的に辿ってきた流れからするならば、ここで検討されるべきなのは、むしろ、本判決において「契約上ノ債務関係」の「遡求的」な消滅が論じ

られた趣旨であろう。「契約ノ解除ハ契約ノ効力ヲ消滅セシムルモノニアラスシテ契約ニ因テ生シタル本来ノ債務関係ノ内容ヲ原状回復ノ関係ニ変更セシムルニ過キサルモノナルヲ以テ契約ニ因テ生シタル債務ノ履行ヲ保証シタル者ハ其債務関係ノ内容ノ変更ニ過キサル原状回復債務ノ履行ニ付テモ亦当然履行ノ責任」があるという上告人の主張から明らかなように、本件で争われていたのは解除によって契約上の債務が「消滅」するか否かであり、それが「遡求的」であるか否かではない。にもかかわらず、本判決が遡及効に言及したのは、上告人が、原状回復関係を契約関係の内容変更と捉えるべき根拠として、「法律上ノ原因」の欠如を要件とする703条とは別に545条が設けられている点を挙げたからである。このような上告人の理由づけを否定するために、つまり、原状回復債務が少なくとも「其原理ニ於テ」不当利得返還債務と変わらない点を論証するために、解除の遡及効をも前提とせざるを得なかったのである。しかし、契約関係の消滅が「遡求的」であるか否かによって、本件当事者の権利義務が左右されるわけではない。

また、そもそも、「返還義務ノ範囲ヲ異ニスル」ことを認め、703・704条の適用を排除しながら、なお原状回復債務の性質を不当利得返還債務と捉えることに一体如何なる意味があるのであろうか。本判決に前後する諸判決をみても、そこに首尾一貫した理論を見出すことは困難なように思われる。例えば、本件と同様、請負契約の法定解除によって既払代金の返還が請求された事案において、大審院は、「契約カ解除セラレタルトキハ各当事者ハ相手方ヲ原状ニ復セシムル義務ヲ負フヲ以テ相手方ヨリ給付ヲ受ケタル金銭ハ之ヲ相手方ニ返還セサルヘカラサルモノニシテ其返還義務ハ契約解除ノ効果トシテ生シ不当利得ニ基キ生スルモノニアラス」と判示しており（大判大6, 10, 4 民録23-1391 [1392] =判決Ⅶ）、判決Ⅶにおける原状回復義務の性質論と矛盾した印象を受ける。しかも、この判決Ⅶでは、解除の遡及効には全く言及されず、何よりも、原状回復を不当利得の返還から区別することが上告を退ける直接の理由となっている。ただし、所掲の

上告理由からは必ずしも明らかではないが、仮に、703条に言う「利益ノ存スル限度」を盾に代金返還義務を免れようという上告人の主張を退けるにあたって、703条の適用を排除する趣旨で上記のように判示したのであれば、両判決は矛盾するとまでは言えないことになる。なぜなら、703条の適用を排除してもなお、原状回復義務を「其原理ニ於テ」不当利得返還債務と性質づけることそれ自体は可能だからである。しかし問題なのは、その「原理」の内容的な正しさであり、そのような性質づけの必然性如何なのである。

更に、大審院は、売買契約の合意解除によって既払代金の返還が請求された事案において、「契約ノ解除ハ当事者双方ノ合意ニヨルト又当事者ノ一方カ契約又ハ法律ニヨリ与ヘラレタル解除権ノ行使ニヨルトヲ問ハス契約ヲシテ初ヨリ存在セサリシト同一ノ効果ヲ生セシムルモノニ係リ即チ債権債務ハ初ヨリ存在セサリシコトナリ従テ其債務ヲ履行スルカ為メニ為シタル給付ハ法律上ノ原因ナクシテ為シタル給付トナルカ故ニ茲ニ不当利得返還ノ義務ヲ生スルモノトス」と論じた上で、「此ノ不当利得返還義務ノ範圍ニ付テハ別段ノ定ナキ以上ハ不当利得ニ関スル一般ノ原則タル民法七百三条以下ニヨリ決スヘキモノナリト雖モ同法ハ当事者ノ一方カ契約又ハ法律ニヨリ与ヘラレタル解除権ノ行使ニヨリ契約ヲ解除シタル場合ニ於ケル効果ニ付テハ特ニ第五百四十五条以下ニ於テ其特例ヲ設ケ之ニ依ラシムルコトトナシタル」という理由から、「契約ノ一部履行アリタル後当事者双方ノ合意ニヨリ契約ヲ解除シタル場合ニ於ケル各当事者ノ返還義務ノ範圍ニ付テハ当事者カ特ニ別段ノ定ヲ為スヲ以テ通例ヲ為スト雖モ若シ何等ノ定ヲ為ササルトキハ不当利得ノ法理ニ従ヒ民法七百三条以下ノ規定ニヨリ之ヲ定ルノ外ナク同法第五百四十五条以下ノ規定ヲ準用スヘキモノニアラス」と判示した（大判大8.9.15 民録25-1633 [1640以下] =判決Ⅷ<sup>(9)</sup>）。契約上の債務が解除によって「初ヨリ存在セサリシ」ことになるとされ、それが法定解除であるか約定解除であるか合意解除であるかを問わず「不当利得返還ノ義務」が発生するとされる点で、本判決は判決Ⅵにおける原状

回復義務の性質論を一般化したと言える。しかも、本件では、そのような性質論が当事者の権利義務の確定に結び付いている。というのも、原審が545条2項に基づき代金受領時以降の利息支払を命じたのに対して、本件被上告人(附帯上告人)は、返還代金に付されるべき利息の有無や範囲を争い、その軽減を望んで703条適用を主張しているようであり、この場合、契約上の債務の「遡求的」な消滅を理由に原状回復義務の法的性質を不当利得返還義務とみなす理論は、そのような主張を認める前提となり得るからである。本判決は、この性質論を前提とすることで初めて、545条以下を、約定及び法定の解除にのみ関わるものとして、703条以下の「一般ノ原則」に対する「特例」と位置づけ、合意解除の効果の確定から545条2項の適用を排除することができたのである。しかしながら、そのような帰結は、「当事者カ特ニ別段ノ定ヲ為スヲ以テ通例ヲ為スト雖モ若シ何等ノ定ヲ為ササルトキハ」という条件の下で、換言すれば、合意解除の補充的な解釈という枠組みの中で引き出されている。従って、法律行為の効果として生じる原状回復債務の内容の確定に、なぜ「法律上ノ原因」の欠如を要件とする不当利得法が準用されるべきなのかという根本的疑問は残ったままである。そして、そうである以上、性質論の前提たる解除の遡及効そのものがやはり問われねばならない。にもかかわらず、解除法を不当利得法の「特例」とみなす点が今日「判例・通説」たる「直接効果説」の一内容として位置づけられていることもまた確かなのである。

### c) 原状回復と損害賠償

以上にみてきたように、解除の遡及効は、一方で、復帰的な権利移転と第三者保護の対抗問題的处理を正当化し、他方で、原状回復義務を不当利得返還義務として位置づける論拠として用いられている。「解除権ノ行使」によって生ずる「相手方ヲ原状ニ復セシムル義務」の内容は、専ら対抗要件具備と利得返還の義務づけという観点から確定されているのである。しかし、このような原状回復義務の捉え方は、大審院自身にもしばしば意識

されていた法律行為の解釈という観点と容易に整合しがたい。原状回復と損害賠償の併存に対する説明を裁判実務の内に辿る際にも、この点を十分にふまえておく必要がある。

545条3項に言う「損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」の意義は、多くの場合、制度趣旨の問題として論じられている。例えば、売買契約が解除され債務不履行による損害賠償が請求された事案で、大審院は、「契約ヲ履行セサル者ニ対シテ之ヲ解除スルノ権ヲ其相手方ニ有セシメタルハ此当事者ヲ保護スルノ法意ニ出テタルモノニシテ若シ夫レ契約ノ解除アリタルトキハ契約アラサリシト同一ノ状態ニ復スルモノナリトノ理論ヲ厳密ニ適用シ契約アラサリシカ故ニ損害賠償ノ原由ナシトスルトキハ契約不履行ノ責アル当事者ニ対シ其相手方ヲ保護スル為メニ之ニ解除権ヲ与ヘタル法意ヲ貫徹スル能ハサルヘシ是ヲ以テ右ノ場合ニ於テ契約ヲ解除シタル当事者ニ民法第四百十五條ノ原則ニ従ヒ損害賠償ノ請求権ヲ有セシメンカ為メニ民法第五百四十五條第三項ノ規定ヲ設ケタ」旨論じた上で、「原判決ノ認定シタル事実ニ於テ現実ノ損害ヲ生シタリトセハ被上告人ハ上告人ニ対シテ契約ヲ解除シタルニ拘ハラズ損害賠償ノ請求権ヲ有スルヤ明カ」であると判示して、545条3項について「該条ハ唯法律カ特殊ノ理由ニヨリ特殊ノ損害賠償ヲ認メタリト解スル外ナシ」とする上告を退けた（大判明40.6.25 民録13-709 [710以下] = 判決IX）。本判決は、解除制度の趣旨を、「契約ノ不履行ニ責アル」当事者の相手方保護、つまり、債務不履行責任の一環として捉えることによって、債務不履行による損害賠償請求と解除との併存を正当化しようと試みているが、その一方で、「契約ノ解除アリタルトキハ契約アラサリシト同一ノ状態ニ復スルモノナリトノ理論」それ自体を否定しているわけではない。ただ、解除制度の趣旨に鑑みて当該「理論」の適用が限定されているだけである。では、そもそもなぜそのような限定が必要だったのであろうか。当該「理論」の内容が、仮に、「契約アラサリシト同一ノ状態ニ復スル」義務を課すべき旨の主張、その意味で545条1項本文の単なる敷衍であるならば、「契約アラサリシカ故ニ損害賠償ノ原由ナ

シ」といった不都合は生じなかったはずである。というのも、原状回復の義務づけと契約関係の消滅との間に必然的な結びつきはないからである。にもかかわらず、そのような不都合が意識されたのは、解除の効果として、当事者への義務づけを介さない契約関係の文字通り直接的な消滅が想定されていたからに他ならない。そして、そうであるならば、上記「理論」と545条1項本文との整合性が問題となる。また、このようにそれ自体疑問の余地ある「理論」の下で説かれた解除制度の趣旨も、あくまで「解除権ヲ与ヘタル法意」であって、なぜ原状回復が損害賠償と併存し得るのかという問いに答えるものではない。ここで論じられているのは、当事者の法律行為によって直接生じる原状回復の義務づけと債務不履行という事実を介して生じる損害賠償の義務づけとを同時に説明し得るような「法意」ではないのである。

制度趣旨による同様の545条3項解釈は、既にふれた判決 VI にもより詳細な形で見出すことができる。すなわち、解除によって請負契約上の債務（保証債務により担保された主たる債務）が消滅するわけではないと主張する上诉人がその理由として3項の存在に言及したのに対して、大審院は、「民法第五百四十五条第三項ニ解除権ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケスト規定シタルハ契約上ノ債務関係ハ解除後モ尚存在ストノ見地ニ於テ規定シタルモノニ非ス契約ヲ解除シタル以上ハ契約上ノ債務関係消滅シテ之ニ基ク義務ハ其存在ヲ失フニ拘ラス解除権行使者ノ相手方ヲシテ尚債務不履行ノ責ニ任セシムルハ理論上正ヲ得タルモノニ非サレトモ不履行ニ因ル契約解除ノ場合ノ如キハ相手方カ契約上ノ義務ヲ履行セサルニ原因スル止ムヲ得サルノ救済手段ナレハ相手方カ義務ヲ履行シタランニハ解除権行使者ノ被ラサルヘカリシ損害ノ賠償ヲ相手方ニ負担セシムルハ正義ノ觀念ヨリ論スルトキハ敢テ不当ナリト謂フ可カラス是レ民法カ解除権行使者ヲシテ原状回復ニ依リテハ未タ償フニ足ラサル損害ノ補償ヲ得サシメンカ為メニ右ノ規定ヲ設ケタル所以ニシテ畢竟解除権者ノ利益保護ヲ全フセントスルニ出タル政策的規定ニ外ナラ」ないと判示した（判決 VI [1872]）。ここ



でも、「契約ヲ解除シタル以上ハ契約上ノ債務関係消滅シテ之ニ基ク義務ハ其存在ヲ失フニ拘ラス」債務不履行責任を追及することの「理論上」の矛盾がはっきり意識されてはいるが、契約関係の消滅という「理論」それ自体はそのまま維持され、解除による債務消滅と債務不履行による損害賠償の併存という帰結については、「正義ノ観念ヨリ論スルトキハ敢テ不当ナリト謂フ可カラス」とされるに留まっている。そして、「不履行ニ因ル解除」を「相手方カ契約上ノ義務ヲ履行セサルニ原因スル止ムヲ得サルノ救済手段」と位置づけるその観方は、解除の制度趣旨を債務不履行責任のそれと同視するものに他ならず、しかも、それは、不履行解除への射程の明確な限定の故に、判決 IX 以上にはっきりと示されている<sup>(10)</sup>。従って、545条3項が「解除権者ノ利益保護ヲ全フセントスルニ出タル政策的規定」と位置づけられるとき、そこに言う「解除権者ノ利益保護」とは、債務不履行という事実によって脅かされる債権者一般の利益の保護を意味することになる。しかし、解除による義務づけが、契約による義務づけと同様に、法律行為の拘束力の直接的な表現である以上、原状回復を債務不履行責任として説明する必然性はない。解除の制度趣旨として論じられた内容は、原状回復それ自体ではなく、専ら541条以下による解除権の付与の説明なのである。また、545条3項を特に「政策的規定」とみなして、問題を法解釈から立法政策の次元へと置き換えても、それは、上記のような理論的矛盾の「理論的」な克服を自ら断念するものでしかない。

解除による契約上の債務の消滅という理論的な前提との不整合を放置したまま、原状回復と損害賠償の併存を債権者保護という制度趣旨の一致によって説明する立場の問題性は、賠償されるべき「損害の範囲」について判断した幾つかの判決において一層顕在化している。動産の買主が売主の債務不履行を理由に契約を解除し代金額と代替物購入費相当額との差額を損害賠償として請求した事案で、大審院は、「民法第五百四十五条第三項ヲ以テ契約解除権ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケサル旨ヲ規定シタル所以ハ契約ヲ解除シ当事者間ニ存在セシ契約関係ヲ既往ニ遡リテ消滅セシムル

カ為メニ若シ債務不履行ヨリ生シタル損害賠償請求権ヲモ共ニ消滅セシムルモノトセハ法律カ債権者ノ利益ヲ保護セント欲シテ契約解除権ヲ与ヘタルカ為メニ却テ債権者ノ利益ヲ害シ其保護十分ナラサルノ嫌アルヲ以テ既ニ生シタル賠償請求権ハ契約関係ノ消滅シタルニ拘ハラス尚之ヲ行使スルコトヲ得セシメタルモノ」であると論じた上で、「其賠償請求権ノ目的タル損害ノ範囲ハ民法第四百十六條ノ規定ニ則リテ定ムヘキヲ至当トスルカ故ニ苟モ其債務不履行ニ因リテ通常生スヘキ損害ナルニ於テハ仮令契約解除後ニ生シタルモノト雖モ普通ノ取引觀念ニ於テ其間ニ因果関係ノ存スルモノト認ムヘキモノナル以上ハ賠償ノ請求ヲ為スヲ妨ケサルモノト解スルヲ妥当トス」と判示し（大判大7.11.14 民録24-2169 [2172以下] =判決X）、また、同様に代金額と目的物の時価との差額につき賠償請求された事案でも、「契約当事者ノ一方カ解除権ノ行使ニ因テ契約ヲ解除シタル時ハ其解除ノ効力ハ既往ニ遡及シ当事者間ニ存在セシ債務関係ハ当初ニ遡リテ全然消滅スルモノナルヲ以テ債務不履行ニ因ル損害賠償請求権ヲ存続スルノ余地ナキニ似タリト雖モ斯クノ如クスル時ハ法律カ債権者ノ利益ヲ保護スルノ目的ヲ以テ契約解除権ヲ与ヘタルカ為メニ却テ債権者ノ当然取得シタル損害賠償請求権ヲ失ハシムルコトナリ債権者ノ保護充分ナラサルヲ嫌アルヲ以テ民法第五百四十五條第三項ノ規定ヲ設ケ契約解除ノ場合ニ於テモ尚賠償請求権ノ行使ヲ妨ケサルモノト為シタルモノナリトス」と545条3項の「法意」を論じた上で、「解除後ニ生シタル損害ノ賠償」について判決Xを引用しつつ同趣旨の判断を下した（大判大9.8.28 民録26-1298 [1305以下] =判決XI）。

両事案とも、当事者によって争われているのは、解除後に生じた損害が賠償されるべきか否か、及び、賠償額算定の基準時であり、545条3項に言う「損害賠償」が債務不履行による損害賠償である点につき争いがない以上、つまり、両者の併存が前提とされている以上、賠償されるべき損害の内容は当然416条の解釈によって確定されることになる。にもかかわらず、両判決が545条3項という規定の「所以」や「法意」を論じているの

は、原状回復と損害賠償の併存可能性を認めるにすぎない545条3項の解釈から損害範囲の確定や賠償額の算定の基準を引き出すとする上告人の主張内容をそのまま受け入れたというよりも、解除による「契約関係」あるいは「債務関係」の消滅という理論的前提それ自体に伴う問題を意識していたからに他ならない。しかも、両判決では、そのような解除の効果が遡求的である旨明言されている。では、契約上の債務が解除によって契約時に遡って消滅するにもかかわらず、その債務の不履行を理由に損害賠償を請求できるのは一体なぜなのか。「損害賠償ノ請求」が「解除権ノ行使」と両立する旨545条3項に定められている以上、この根本的な問いに対して当該規定の「法意」を以て答えることそれ自体は確かに可能であろう。しかし、両判決で述べられているのは、債務の遡求的消滅にもかかわらず損害賠償の請求を認めなければ、541条以下が契約当事者に解除権を与えた趣旨に反するという点だけである。つまり、545条3項の「法意」は541条のそれとの関係で消極的に把握されているにすぎない。相手方に債務不履行責任を負わせて債権者としての「利益」を保護しようする趣旨において、541条以下による解除権の付与が415条による損害賠償請求権の付与と一致することは確かだとしても、このような制度趣旨は、本来、なぜ解除権が付与されるべきなのかという問いに答えるものであって、「解除権の行使」、つまり、解除という法律行為によって生じる法律効果と不履行当事者に課される損害賠償責任との両立を正当化するものではない。545条3項の解釈という次元においても、問題の根本は、やはり、原状回復の義務づけ以外に契約関係の遡求的消滅を解除の効果として想定する理論そのものにある。裁判実務はこの点に正面から取り組むことのないまま今日に至っており、その理論的不備は、<sup>(12)</sup>「認定シタル事実ニ於テ現実ノ損害ヲ生シタリトセハ」(判決IX)、「原状回復ニ依リテハ未タ償フニ足ラサル損害」(判決VI)といった抽象的な利益衡量とともに、冒頭にふれたような「通説」にそれとして自覚されることなく受け継がれているのである。

#### d) 法律行為としての解除

「判例・通説」による545条解釈に対する批判的な考察の立脚点となったのは、「解除権ノ行使」が、「相手方ニ対スル意思表示」によって行われ、相互に「其相手方ヲ原状ニ復セシムル義務ヲ負フ」という法律関係を成立させる一個の法律行為であるという認識である。このような認識は、現行民法の解釈を介して提示される限りにおいて、自らの規範的な妥当を主張することができる。解除が法律行為であるならば、その法律効果はその解釈によって確定されねばならず、解除の効果につき規定した545条は、法律行為解釈の基準として理解されるべきことになる。つまり、545条の解釈は同時に個々の法律行為の解釈として遂行されねばならないのである。ただ、解除という法律行為は、法律行為一般と同様、解除権者の単なる意思表示としてではなく、当事者に原状回復を義務づける法律関係として解釈されるのであり、545条はその際に依拠されるべき多様な基準の一つにすぎない。しかも、本条を含めて制定法によって提示される抽象的な基準は、その都度具体化される必要があり、原状回復関係の内容確定にあたっては、とりわけ、解除の対象となった契約関係の具体的内容が参照されるべきであろう。なぜなら、既存の契約関係を終了させることが原状回復関係において実現されるべき目的に他ならないからである。その意味で、原状回復関係の内容は常に契約関係との連関において把握されねばならない。以上のような理論的前提から帰結し得る545条の解釈を既に検討した論点に即して再度敷衍するならば、さしあたり次のようになる。

まず、既履行給付の目的物の所有権が解除の意思表示と同時に元の所有権者に移転するか否か、換言すれば、原状回復義務の内容が給付物の返還等にすぎないのか所有権それ自体の移転なのかについては、それが物権変動に関わる以上、545条に加えて176条が法律行為解釈の基準として当然参照されるべきである。つまり、解除の意思表示「ノミニ因リテ」所有権が移転するか否かは、当該意思表示の意義内容によって左右され、解除の意思表示につき176条とは異なる意義内容（いわゆる「反対の意思表示」）が確

認められたならば、原状回復関係の下で所有権それ自体の移転が義務づけられ得ることになるのである。その際、176条以外に援用される解釈基準については、一方当事者による「解除権ノ行使」と当事者双方の合意による解除とで区別され得るし、解釈基準の具体化にあたって既存の契約関係がどの程度参照されるべきかもその都度異なる。ただここで重要なのは、解除の法律効果と物権変動とが、解除の遡及効という理論的前提の下に直結される必要はないという点である。従って、545条1項但書による第三者保護が対抗問題として処理されるべきか否かも、法律行為解釈による原状回復関係の内容確定を経た上で判断されるべき問題であることになる。

更に、原状回復義務の性質が不当利得返還義務であるか否かという点については、そもそも問題設定自体が適切ではないと考えられる。というのも、原状回復による契約関係の終了は、解除という法律行為を介して義務づけられるのであって、「法律上ノ原因」を欠くが故に義務づけられるのではないからである。たとえ返還すべき利得の範囲につき703・704条の適用を排除したとしても、原状回復の義務づけそのものを「不当利得ノ法理」によって説明する限り、原状回復が法律行為に基づく法律効果であるという点を看過していることになる。原状回復義務の内容は、既に述べたように、その発生根拠たる法律行為の解釈によって確定されるし、既存の契約関係との関連づけに際して、例えば給付不当利得論といった迂路を経る必要はない。そして、原状回復が不当利得の返還であるべき根拠として解除による契約関係の消滅に言及されるならば、そのような理論的前提それ自体の当否が問われるべきなのである。

解除の意思表示とともに既存の契約関係が消滅すると捉えることの矛盾は、545条3項の説明において顕在化する。契約上の債務が消滅してしまうならば、それが遡求的であろうとなかろうと、もはや当該債務の不履行を理由とする損害賠償は請求できない。にもかかわらず、「解除権ノ行使」によって発生した原状回復義務の履行請求がなぜ「損害賠償ノ請求」と併存し得るのか、この点に理論的に答えることが545条3項解釈の課題なの

である。そして、3 項解釈もまた、原状回復関係の内容確定という意味において、法律行為の解釈の一端であるとするならば、その際まず考慮されるべきは、既存の契約関係が原状回復の義務づけによって終了することの意味である。そもそも、二つ以上の意思表示の内容的な一致によって生ずる契約の拘束力を一方当事者の意思表示のみによって否定することは、契約そのものの意味を否定することになる。意思表示による一方的な債務の消滅が可能であるとするならば、それは、表示主体自身の債務ではなくて、契約の相手方の債務でしかない<sup>(13)</sup> (519条)。これに対して、原状回復関係は、契約上の債務を履行せずに契約関係を消滅させることを目的として創出される。それ故、原状回復の義務づけには、その本質上、契約上の債務の履行を請求しないという不作為の義務づけが内包されるはずである。原状回復関係が成立しても、契約上の債務はその履行を請求され得ないだけで依然として存続し、原状回復債務の履行によって初めて消滅する。原状回復関係成立後に、仮に契約上の債務の履行が請求され現実に履行してしまったとしても、原状回復債務の履行としてあらためて目的物の返還を請求し得るし、原状回復債務の不履行を理由に損害賠償を請求することもできる。いずれにせよ、解除の意思表示によって契約上の債務そのものが消滅するわけではない以上、当該意思表示以前に生じた債務不履行を理由とする損害賠償の請求は当然可能である。原状回復と損害賠償の併存は、解除権が損害賠償請求権と同様に債務不履行責任の追及手段であるか否かによって全く左右されないし、契約上の債務の存続を、例えば抗弁権の発生や債務の内容変更によって説明する必要もないのである。

このような545条 3 項の解釈が、既に主張されている別の諸解釈との関係において、より正しい旨主張できるか否かは、その前提となっている理論の当否にかかっている。そして、たとえ解釈の結論が全く同じであっても、解釈の根拠づけという理論固有の意義が失われるわけではない。ここで問題にしているのは、あくまで学としての法ドグマティック内部における主張内容の正しさであって、その意味での解釈の正しさは、結論ではな

く理論的根拠に即して判断されねばならないのである。ただ、学的な正しさへの反省は、同時に、法ドグマーティクのもう一方の側面、すなわち、法適用による紛争解決という実践への反省でもある。現実の法適用における矛盾として実定法秩序内在的に意識される問題のみが、法ドグマーティクにおける学的反省の対象となり得るのである。先に、545条の解釈の理論的不備を指摘するにあたって、諸学説を列挙せずに、最上級審の解釈を批判的に敷衍したのは、法ドグマーティクにおける理論と実践とのこのような内在的連関を強調するためであった。しかし、当然ながら、それだけでは、原状回復関係上の義務づけを法律行為論に即して説明することの正しさが論証されたとはいえない。法解釈の根拠づけが如何にあるべきかという方法的な問題意識の下に、更なる考察を試みる必要がある。

## 2. 「解除の本質論」再考

1に指摘した「判例・通説」の理論的不備への反省をふまえるならば、545条の解釈を根拠づけるためには、少なくとも次の問いに対して首尾一貫した答えを用意する必要がある。それはすなわち、既存の契約上の義務づけとの関係において原状回復の義務づけが如何に位置づけられるべきかという問いである。既にみたように、原状回復関係が解除という法律行為を介して成立するとするならば、そこでの権利義務の内容は、何よりもまず、個々の解除行為に即した545条の解釈、あるいは、545条を基準とする解除行為の解釈によって確定されねばならないはずである。当事者の権利義務がその都度如何に確定されるべきかが問題となる実践的な法適用の過程においては、制定法解釈と法律行為解釈とを抽象的に区別しても意味がない。そして、それは、法ドグマーティクにおける解釈一般が、単なる事実認識ではなく、解釈主体自身の規範的な自己理解として言明されざるを得ないということの一つの現れだと言える。例えば、制定法解釈では立法者の意図が、法律行為解釈では当事者の意図が、それぞれ探求されたと

しても、その探求結果がそのまま当該事件における当事者の権利義務を確定する根拠にはなり得ないし、同様に、個々の裁判における解釈の正しさが裁判官の意図そのものによって根拠づけられるわけでもない。裁判官による解釈は、現在の実定法秩序の意味連関に即した「法律論」として論証されるからこそ、他者を法的に義務づけ得るような規範的な正しさを主張できるのである。しかも、この点は、如何なる主体による解釈であろうと、法ドグマティックの内部で言明される限り、本質的な違いはなく、ただ、法ドグマティックそのものが成立し存続するにあたって個々の解釈主体にアプリオリに課せられている責任の内容が異なり得るにすぎない。そして、それは、法ドグマティックに必然的に内在する実践と理論の区別に対応した相違、つまり、解釈の正しさの表現として最終的に要求されるものが、権利義務の確定による紛争解決という具体的ではあるが形式的な正しさなのか、根拠づけられた解釈という抽象的ではあるが内容的な正しさなのかの違いである。しかし他方で、解釈を根拠づける理論には、実践との内在的な関係の故に、逆に、法ドグマティックの限界を超え出る可能性が常に伴っていることになる。というのも、個々の解釈において依拠される意味連関が、義務づけの対象となる他者との間においてドグマとして共有されていない限り、その意味連関自体を正当化することが必要となるからである。つまり、原状回復関係を法律行為に基づく効果として論じ、既存の契約関係に対置するためには、現行法秩序がなぜそのような法律効果の発生を承認しているのかを説明せねばならないのである。この点を意識的に論じた数少ない業績の一つとして、山中康雄による「解除の本質」論を挙げることができる。そこで以下では、彼の主張の内在的な批判を通じて、解釈の根拠づけのあり方を検討することにしたい。<sup>(14)</sup>

山中は、「なぜ解除により原状回復の債権関係が生ずるのか」という問いに答えること、つまり、「原状回復の債権関係の本質的基礎付け」によって、「解除の本質」を明らかにしようとしている(1937, 84-85; 1949b, 132; 1950b, 44-45)。それによれば、民法540条以下に言う「解除」とは、



「解除される契約債権関係」上の「給付間の等価的均衡」を「債務不履行上の関係において」実現する方法の一つとされる。「一給付につきいかなる事由にもとずかを問わず、全部または一部の価値の不実現のある場合」に給付間の等価的均衡を実現する方法には、当該給付を「増補」する「積極方式」と反対給付を「縮減」する「消極方式」があり、後者による実現を「当事者の自由意思」に委ねるのが解除だというのである。このように解除を専ら契約上の債務の「不履行」との関連で捉えるならば、解除によって発生する法律関係において回復されるべき「原状」とは、契約が「締結」されなかった状態ではなく、「履行」されなかった状態であることになる。「すでに給付のなされた反対給付についても、はじめからまったく履行がなされなかったとおなじ状態（原状）が回復されねば、給付と反対給付とのあいだの等価交換的均衡がたもたれない」のである以上、この給付間の等価的均衡こそが、「原状回復関係が発生せねばならぬ根拠」、つまり、山中が問うところの「発生根拠」に他ならない（1949a, 191-194; 1949b, 133/137; 1950b, 47-48; 1958, 153）。従って、ここでは、解除による原状回復関係の「発生」、すなわち、545条1項本文に規定された解除権の行使と原状回復の義務づけとの結びつきが、給付間の等価的均衡によって根拠づけられている。既存の契約関係のそのような「志向」が原状回復を介して維持され実現される点に「解除の本質」が存しているのである。

ところで、「両給付が等価交換を志向する相互関係におかれてあること」は、一般に有償契約あるいは双務契約と呼ばれる「契約の種別」の「本質」をなしているとされる。山中は、そのような給付間の「対価的牽連関係」を、給付請求の「一方性」、原因関係からの「抽象性」、責任追及方法の「厳格性」等によって規定される「一方的債権関係」に対して、「双方的債権関係」と呼び、契約解除による原状回復を、この双方的債権関係において妥当する「規範原理」の一つと位置づけている。「債務不履行の場合に、解除という一方的債権関係の規範原理に見るをえざりし制度を必要とする」のは、「双方的債権関係を一構成分子とする具体的な契約債権関

係」、つまり、「双務ないし有償契約」なのである (1948, 21-26; 1949a, 13-16/168-171/221; 1949b, 134-139; 1951, 54)。そうだとすると、先にみたような「原状回復の債権関係の発生根拠」は、有償契約あるいは双務契約のいわゆる不履行解除にのみあてはまることになる。実際、山中は、「まったく反対給付なき贈与においても、受贈者の忘恩による契約解除の制度もありうるし、継続的契約においては終期を到来させるための解除の制度は必要であるし、契約に解除契約ないし解除権を留保する特約の効力をみとめる必要がある」ことを認めつつ、「反対給付債務につき完全なる履行ははじめからなされていないこととの等価的均衡のために」、「すでに履行せられた給付について、あたかもはじめより履行せられなかったと同一の状態を実現すべき債務が生じる」という意味での「原状回復の効果」に「有償契約の解除の特色」を求めているのである (1949a, 221-222)。

このような「解除の本質」論が545条解釈の理論的前提として用いられる場合、その妥当領域をなぜ不履行解除による原状回復に限定せねばならないのかという疑問が生じる。というのも、545条は、541条以下により相手方の債務不履行を理由に付与される解除権の行使以外に、少なくとも約定解除権の行使について、その法律効果を確定する際の基準たりうるはずだからである。約定解除による原状回復関係の発生について、山中は、「債務不履行解除とおなじ事情のものが多い」という経験則から「債務不履行解除の場合とおなじところに根拠を求めうる」と結論づけるだけで、原状回復関係発生の必然性について十分な説明がなされているとはいえない (1958, 154)。しかし、ここで根本的に問題なのは、等価的均衡の「志向」に由来する原状回復関係の「発生」の必然性が、債務不履行という事実を介して論証されているという点である。既にみたように、解除が、契約上の給付の対価的均衡を存続させ実現する方法の一つであるとするならば、債務不履行だけでは原状回復関係の発生にとって十分ではない。「消極方式」たる原状回復を損害賠償という「積極方式」から区別しているのは、解除権を行使する行為、つまり、解除の意思表示である。原状回復の

義務づけという法律効果は、債務不履行という事実ではなく、解除という法律行為を介して初めて発生するのである。にもかかわらず、山中によれば、債務不履行は「法定解除権」の「いちじるしい発生原因」であるだけでなく（1949a, 223）、「原状回復の債務関係を発生せしめる」のもあくまで「双方的債権関係における一給付の債務不履行的不実現」なのであって、「解除の意思表示」はそのような原状回復関係発生の「機縁」とされるにすぎない（1950b, 48）。

ここから、山中の「解除の本質」論に内包される次のような問題点を指摘することができる。まず、「給付間の等価的均衡実現の志向」が原状回復関係の「発生根拠」であることと、「一給付の債務不履行的不実現」が原状回復関係を「発生せしめる」ことと同じ次元で論じられている結果、原状回復関係の発生と妥当が混同されてしまっている。契約関係上の給付間の等価的均衡を維持し実現すべきであるが故に、原状回復関係の発生が正当化されるのであるならば、前者は後者の規範的妥当の根拠に他ならない。原状回復関係がなぜ発生すべきかという問いとそれが如何にして発生するのかという問いは全く異なるのである。そこで、山中の言う「一給付の債務不履行的不実現」を原状回復関係の事発生の根拠と解するとしても、他の等価的均衡の実現手段から原状回復を区別できるわけではない。それ故、山中自身、解除の意思表示に「債権関係の発展の方向を正より負に転換せしめる」役割を認めることによって、解除による原状回復が等価的均衡実現の「消極方式」である点を明らかにしようとしている（1949a, 226；1950b, 48）。しかし、それは「解除の本質」にとって付随的な論点にすぎず、原状回復関係の発生や妥当が解除という法律行為それ自体の問題として論じられているわけではない。原状回復関係の妥当根拠や発生根拠をただ「給付間の等価的均衡実現の志向」や「一給付の債務不履行的不実現」に求めるだけでは、解除の意思表示と原状回復の義務づけとの結びつきの法的な正しさを論証したことにはならず、両者の関係は依然として外在的偶然的なままである。「解除の本質」論は、自ら提起した「な

ぜ解除により原状回復の債権関係が生ずるのか」という問いに十分には答えていないのである。

「解除の本質」論の限界は次のような解除の「理論構成」において更に顕在化する。山中によれば、「解除によって原契約関係は原状回復の債権関係に変形し、かくて原契約上の未履行債務は原状回復債権関係の既履行債務に転化して消滅し、また原契約上の既履行債務は、原状回復の債権関係の未履行債務に転化し、その履行があってはじめて消滅する」とされる(1950b, 45; 1958, 152-153)。山中は、上記「本質」論にこの理論構成の組み合わせることで、解除の効果をめぐる既存の諸説、すなわち、直接効果説・間接効果説・折衷説への批判を試みている。まず、原状回復関係の「発生」について、間接効果説及び折衷説が「なんらその説明をしていない」のに対して、直接効果説は契約関係の溯求的消滅という根拠を提示しているが、それによって根拠づけられるのは不当利得の返還にすぎず原状回復ではない。つまり、直接効果説では、「本質上不当利得の返還義務であるべきものが、なぜその返還義務の範囲を拡張せられて、原状回復の債権関係となっているのかが、説明されていない」というのである(1950a, 15-17; 1950b, 42-44; 1958, 147-148)。また、直接効果説は、契約関係の溯求的消滅を主張する以上、解除が「債務不履行上の損害賠償請求権の行使を妨げざる所以」を説明できないし、「解除により契約が爾後にのみ消滅する」と主張する折衷説の場合もまた同様である。「解除によって契約がただちに消滅しない」とする間接効果説でも、「契約債権関係と原状回復の債権関係が本質的な関連の関係にたたしめられずして同等の立場において相互に独立のものとして並列させられ」る結果、「契約債権関係上の約定給付それじたいを請求しうる権利が、解除にかかわらず、存続する」ことになるので、説明不足という点において他二説と結局変わらないとされる(1950b, 45-47)。しかし、ここでまず問題なのは、以上のような既説への批判に際して依拠された解除の「本質」論と理論構成とが一体如何なる関係にあるのかという点である。契約関係は消滅せず原状回復関係に「変

形」するという理論構成が、原状回復関係の「発生根拠」とともに、「解除の本質」の一部として説かれていることは確かであるが（1950b, 45; 1951, 60-61）、両者の内容的な連関は必ずしも明らかではない。「一給付の債務不履行的不実現」に際して契約関係上の「給付間の等価的均衡」を維持実現するために原状回復が要求されるのである以上、当該契約関係が解除後になお存続するという点は理解できるとしても、そこから直ちに原状回復関係への「変形」が導かれるわけではない。

そして、この疑問は、契約関係が「同一性をたもちつつ」原状回復関係へと「変形」するという主張、すなわち、「原契約上の債権関係と解除による原状回復の債権関係とは、同一物の発展延長の関係にある」という主張によって（1950a, 13/15/19-20; 1950b, 45; 1958, 152-153/193）、解消されるどころか一層深まることになる。原状回復関係が契約関係の「変形」や「発展延長」である理由が示されないまま、今度は両者が「同一」であるとされているのである。確かに、この債権関係の「変形」や「同一性」は単なる記述概念として提示されているわけではない。前者は、契約関係上の未履行給付の履行請求を排除するという実践的な帰結に結びつけられているし（1950b, 45-46）、後者からは、給付間の対価的牽連関係の原状回復関係における「維持」が引き出され、また保証債務の存続や消滅時効の起算点等に関する法解釈も展開されている（1958, 154-155/193-204ただし同趣旨の法解釈を提示する1949a, 231-235; 1951, 44-52等では「同一性」に言及していない）。しかし、「解除の本質」論との関係でさしあたり問題なのは、そのような個々の法解釈の当否ではなく、その理論的前提である。仮に、ここに言う「変形」が「債権関係の発展方向を正より負に転ぜしめる」趣旨であるならば、その根拠は既にみたように解除の意思表示そのものに求められるはずである。ところが、山中によれば、「解除によりて、契約債権関係は、原給付の実現というかたちでの展開を中止せられて、債務不履行上の損害賠償権に、同一性をたもちつつ転形する」とされ、このように「債務不履行上の損害賠償請求権によって履行利益を実現せしめること」

が「契約債権関係の正の方向への展開」として位置づけられている (1950 a, 19-20/21)。つまり、契約関係から原状回復関係への「変形」のみならず、契約上の債務の不履行による損害賠償請求権の発生までもが、「同一性」の名の下に解除の効果として包括されているのである。また、そのような「正の方向への展開」が解除による「負」への展開とは「別途になされる」という趣旨だとしても (1949b, 141)、なぜ解除による債権関係の「変形」が、未履行給付に関して履行請求を否定するに留まり、履行利益の賠償請求の可能性をそのまま存続させ得るのか。「同一性」や「バランス維持」(1958, 151) といったレトリックではこの疑問を解消できない。ここでは、原状回復請求と履行利益の賠償請求の両立を導くために両者の「同一性」を論じる必要が果たしてあるのかという疑問が当然生じてくるが、より重要なのは、この「同一性」論が先にふれた「解除の本質」論自身の限界に由来しているという点である。すなわち、如何なる理由で解除権が行使されたのかという原状回復関係の発生過程への問いと、なぜ原状回復が義務づけられるべきなのかという原状回復関係の妥当根拠への問いが混同されているために、債務不履行責任が解除の効果に直結され、また、解除の意思表示を介した原状回復関係形成への主体的関与が「解除の本質」として論じられないが故に、契約関係と原状回復関係が単純に同一視されてしまっていると考えられるのである。

規範的根拠づけにおける行為の主体性の軽視や発生と妥当の混同は、単に「解除の本質」論だけでなく、むしろ山中の民法理論全体を方法論的に規定している。山中によれば、民法学とは「社会現象の本質」を探究する「実証的な社会科学」の一つであり、その目指すところは「人が法認識して実践するもろもろの法現象」の「本質」の把握である (1949b, 1-8/130-131)。民法学がそのような意味での「社会科学」であるために必要な条件を山中は二つ挙げる。すなわち、「人間の意識するとせざるとにかかわらず、客観的に存在する、哲学ではまさしく物ともいうべき、法的事実—それは市民社会法秩序を構成している—の存在を肯定すること」、及び、「社

会によって、右の人間の意識が決定されていることを、あきらかにすること」である（87）。まず、「法的事実」あるいは「法的な存在」一般が「哲学上の物」とされる趣旨は、それが「人間の意識の所産であると同時に、人間の意識の客観化・疎外化したものとして、逆に人間の意識を羈束する客観的存在になっている」という点に存する（33-36/87）。従って、その限りでは、法認識による「意味づけ」やその「価値的」で「実践的」な側面が顧慮されているようにみえる。しかし、山中は、認識と存在の互換性に言及する一方で、「人間の認識とりわけ制度をたてるものとしての法範疇の形成—法認識形式の範型化—は、人間のなにものによっても制約されない自由な意識の所産であろうか。それとも右の認識は、じつは、社会的に決定されたものであろうか」という択一的な問いを提起して、後者の立場に与している<sup>(15)</sup>（37）。山中にとって、「法の定立、法による裁判、人々のなす法律行為、法の解釈、すべて」は、「客観的法秩序を価値的法認識しそれを実践すること」であり、そのような「客観的法秩序をいとなむための個々の人々の価値的法認識」がまさに「社会的に決定されたもの」とされるのである（59/123）。確かに、法認識主体はこの「社会的な必然」にもかかわらず「自由」であり得るとされる。しかし、それは、「客観的法秩序」をありのままの「現象」として把握し、「それをうごかす歴史的な発展法則や発展の方向」を「本質」として明らかにした上で、当該「法則」を「わがものにし、且自由につかいこなすことによって、自分の理想と信ずる客観的法秩序を構想し、それを実現するために右の認識を実践する」限りにおいてである。この「自由」な法認識を「高度に社会科学的な法認識」として単に被決定的な法認識とは区別する山中にとっては、民法学上の「価値的法認識」もまた「自由」であり得るのであり、その「真理性の基準は実践であり、理想どおりに現実を変革しえてのみ、その真理性は、確証されあたうのである」（59-65/125-129）。

法認識の対象たる「客観的法秩序」を「物」と位置づけて、その法則的な被決定性を強調する以上、認識対象そのものの主体性などは問題となり

得ない。山中自身、「もっとも端緒的な法範疇」として、『人』・『物』・『行為』を掲げながら、『人』や『行為』を『物』の魂たり手足たる存在」としてのみ把握しており(184-194)、意思表示や法律行為も「哲学上の物としての、部分的な客観的法秩序」として「解釈」されるにすぎない(68-72/80-86)。また、「法制史や法社会学」上の法認識の真理性を認識対象との「合致」に求めて、価値的法認識の真理性から区別することはできても(58-61)、それだけでは後者に固有の正しさを根拠づけたことにはならない。結局、民法学上の法認識の正しさ如何は、個々の認識主体がそれぞれの「理想」を実現したという発生的歴史的事実に委ねられることになる。確かに、山中は、「市民社会的法秩序の歴史的事実としての発展」と「市民社会的法秩序のもつ、もろもろの法範疇の論理的発展」とを区別し、後者が前者の「理念像」として両者「相関的に併行する」としている(1947, 85; 1949b, 199)。しかし、「法範疇の論理的発展」として実際に叙述されているのは、「商品交換社会」における「生産力の発展」に即した「財産法体系」である。つまり、財産法の諸概念の体系的連関は、人々の意識を決定している社会の発生過程、「商品交換社会」の成立から「市民社会」が「あらゆる社会存在の物質的経済的基礎を独占的に掌握」するに至る「資本制社会」への発展に即して論じられるのである。そこでは、「財産法体系の端緒は、商品交換を経済的に成立しえせしむるための可能根拠たりうる法範疇をもってはじめられるべき」であり、「財産法体系の発展は、まさに商品交換社会に内在する法秩序の発展にほかならぬのであるが、後者における発展の起動力ともなり推進力ともなるものが、商品交換取引の経済的・商技術的発展である以上は、商品交換の増大発展が、なんらかの意味で財産法体系の発展にたいしても、機動力ともなり推進力ともなっているはずだ」とされ(1947, 85-87/128-129)、「解除」といった「法範疇」の内容規定も、これを含む民法典が「資本制社会法秩序」内部における法認識の所産であることをふまえてなされている(1947, 244-245; 1949b, 198-199)。だが、経済(史)学上の法則そのものを根拠に、現行法



の解釈という規範的な自己理解を提示し他者を義務づけることはできない。そして、そのような経験的な「法則」以外に法の「理念像」を見出し得ない山中において、「価値的法認識」という「実践」は、実現されるべき「理想」の当否ではなく、「実現」の有無によっていわば事後的に正当化されざるを得なかったのである。

### 3. 法律行為と法律関係

#### a) 解除条件と解除の「沿革的関連」

ところで、山中の「解除の本質」論は、当初、「生産力の発展」という「商品交換社会」の「法則」には言及することなく、専ら「沿革的比較法的関連の下に」論じられていた。山中は、「原状回復の債権関係の本質的基礎付けの問題」、すなわち、「原状回復の発生を解除の内在的性格とする事は何故かと謂ふ問題」を、「我民法の母法たる独逸民法」を念頭に、「原状回復の債権的効力はゲマイネス・レヒトの解除条件の物権的効力を以った遡求的消滅との間には、同質性があり、両者相互移行の関係にある事、換言すれば、債権的効力の規定は解除条件の自己否定による解除への飛躍という事の契機となった」という認識に基づいて「解決」しようと試みたのである（1937, 84-85/113-115）。

ドイツ民法上の解除を普通法上の解除条件の「発展的延長」あるいは「止揚」として捉える視座は、まず、ドイツ民法典の解除規定の沿革とその後の学説上の議論を整理検討する際の立脚点として未論証のまま援用されている。例えば、解除の効果を、「契約締結者は契約があたかも締結されなかったかのごとく互いに権利を有し義務を負う」旨規定し、その趣旨を、「いずれの当事者も契約上の給付を請求できない」こと、及び、「いずれの当事者も既に受領した給付を他方当事者に返還する義務を負う」ことの二点において敷衍するドイツ民法典第一草案427条が、理由書や学説上、「契約非消滅・抗弁権発生」という理論構成によって説明されている点を

承けて、山中は、「債権的効力への転換と謂ふ質的修正が、従来ゲマイネス・レヒトに於て解除条件範疇形式の下に現れて居た解除をして、其の非物権的効力の故に最早解除条件範疇形式を採る事を絶対に不可能ならしめた事を正当に把握して、範疇形式的に解除条件たる事を否定し去り、此処に今日の独法系の立法が他の仏法・英法の解除体系に比して著しい特色を示す所の解除条件より独立せる範疇としての解除を新設した」という「間接効果説の歴史的意義」に言及しつつ、その「理論的誤謬」の原因として、「債権的効力の点に付いて模範となったゲマイネス・レヒトの *Wandelungsklage* に於ても、又同じくゲマイネス・レヒトの解除条件の沿革に於ても、遂に見るを得ざる特異」で「沿革破壊的」な構成を主張した点を挙げている (1937, 90-101)。また、上記第一草案の規定に対しては、「契約上一方当事者が解除を留保した場合、解除の効果として、契約によって創出された債務関係が消滅する」という修正案が第二草案委員会で提案され、「契約非消滅・抗弁権発生」という理論構成が「当事者の通常の意味に反する」とされたが、山中は、そこに言う「当事者の意思」を「ゲマイネス・レヒトの下に解除条件の原則の下で解除を觀念し来れる人々の意識」とみなし、「当事者の意思」を理由とする間接効果説批判に「可及的に解除条件の昔に復帰しその結果解除条件に於ける契約の遡求的消滅と謂ふ範疇属性を肯定せんとする傾向」を読み取っている (1937, 101-106)。更に、当該修正案が約定解除を念頭におく形式以外は結局法文に反映されることなく、最終的に原状回復のみを規定する民法 (旧) 346条が制定され、理論構成が学説の解釈に委ねられるに至った経過は、「第一草案を擁護する間接効果説及び其の修正理論としての直接効果説及び折衷説の間に展開された理論上の争も、単なる便宜論・或は独逸民法三四六条の解釈論の問題では無く客観的な問題の存在一其の正しい解答は唯一しか無い一」の存在する事を前提し、之を如何に認識把握するやに繋って居る」という主張から明らかなように、山中の言う「本質」論の課題設定に直接結びつけられている (1937, 85-87/89-90)。そして、そのようにして提起される「原状回

復の発生を解除の内在的性格とする事は何故か」という問いに対する答えは、「間接効果説の歴史的意義」の論証、つまり、「ゲマイネス・レヒトがその物権的効力の存するが故に遡求的消滅として構成し得た所の解除の遡及効は今や原状回復の債権関係を以て構成されるに至った」という沿革的事実の論証から引き出され得るとされるのである（81-83）。しかし、このような見通しの下で展開される主張が、そのまま日本民法545条の「正しい」解釈の理論的根拠とされるならば、沿革上比較法上の事実認識と法の妥当要求とが混同されることになる。普通法上の解除条件がドイツ民法制定過程においてその物権的効力を否定され債権的効力を備えた解除として制度化されたという事実認識は、たとえそれが「母法」の沿革であっても、545条の解釈の規範的根拠とはならない。解除の債権的効力あるいは原状回復関係の発生は、それ自体の正しさが論証されない限り、法解釈の理論的前提として妥当し得ない<sup>(17)</sup>のである。

とはいえ、山中自身の弁明を尊重して（1949b, 137; 1951, 63）、2でみたような「本質」論の到達点との連関で理解するならば、「沿革的比較法的」な「本質」論の妥当論的限界はそれほど単純ではない。山中は、解除条件から解除への「発展」の論証そのものに先だって、まずその意義を定式化している。それによれば、解除への「発展」は、単に「解除の自己純化（解除条件の性格の清算）の過程」であるだけでなく、「双務契約に於ける両債務の対価的有償的相互牽連性」の「解除的認識の発展」であるとされる（1937, 313-314）。「本質」論にとって決定的に重要なのはこの第二の意義である。というのも、「解除の対象とされる法律関係の双務性」及び「対価的債務」間の「均衡の破壊」が、「原状回復の債権関係を発生せしめる内在的性格」、つまり、解除に「内在的」な原状回復関係の「根拠」とされているからである（535-536）。しかも、それは、後に原状回復関係の「発生根拠」として説かれた「給付間の等価的均衡実現の志向」や「一給付の債務不履行的不実現」に一致する。同時に、「哲学上の物」としての法、社会による人間の意識の決定といった方法論的基礎も、例えば、解除

や原状回復を「客観的に当事者をして通常しかく意識せしめる所の客観的な内容性格を具備した実体の存在」と位置づける点 (90) などに既に示されている。ただ、「商品交換社会」の「生産力の発展」が未だ法の「発展」の「理念像」として明示されていなかった。その代わり、そこでは、「双務契約」の「当事者の一方がその義務を果たさない場合」に「黙示」の解除条件を認めるフランス民法1184条1項が「両債務の双務性の解除的法認識の拡大、而して双務契約のすべてを包摂するに至る迄の発展」の帰結とされ、これに対してドイツ民法 (旧) 346条の沿革は「解除条件範疇形式を否定」した「解除の自己純化の過程」と位置づけられている (343/348-352)。しかしながら、このような「沿革的比較法的」な「本質」論の証明は、結局、「牽連性の解除的認識の萌芽」たる「羅馬法に淵源した解除条件範疇」と両条との「関連」という法史学的事実に委ねられる他ない (344-348/499-517)。そしてまた、山中自身の反省 (1949b, 141/198-199) を経つつその後も繰り返し説かれるこの「沿革的比較法的関連」が (例えば 1949b, 139-141; 1950b, 48-53; 1958, 143-150/153-154)、2 で指摘した「本質」論の妥当論的限界を解消しているわけでもない。法史学的知見も経済史学的知見と同様、それ自体としては発生的事実に関する認識にすぎないのである。

自覚的な「哲学的反省」 (1949b, 1-29) を経てもなお、「解除の本質」論が原状回復関係の妥当根拠を提示し得なかったのは、そこで遂行された根拠づけが二重の意味で外在的であったためであると考えられる。すなわち、原状回復関係の規範的根拠を発生的事実を求めるという方法的な外在性に加えて、解除という法律行為の効果が、「解除の対象」たる契約関係上の給付間の均衡そのものによって法律行為外在的に説明されているのである。このような外在的な根拠づけを克服する方途は後にあらためて論じることとし (4 参照)、以下ではさしあたり、古典期ローマ法学と近代法学の「方法論的」な比較という観点から解除条件の沿革に言及しつつ解除の法律行為性を否定するヴェルナー・フルーメの見解の検討を通じて、解

除論的方法的問題点を今少し見定めることにしたい。

- (1) 我妻栄・債権各論上巻（1954）189/199各頁以下、内田貴・民法Ⅱ（1997）101頁。
- (2) 双務契約上の債務の牽連性を、解除によって生じる原状回復債務にも及ぼすべき点が、給付不当利得論の一内容として主張される場合があるが、このような主張は、解除による原状回復が不当利得の問題であるという認識を前提として初めて成り立つ。しかし、不当利得論を展開する前にまず説明されるべきなのは、契約関係という「法律上ノ原因」の消滅を、545条1項の文言を離れてまで、解除の効果に据えねばならない理由である。例えば、原状回復請求権が個々の不当利得請求権として扱われてしまう直接効果説の不都合につき、これを是正する利点を間接効果説に認めた上で、そのような利点をそのまま給付不当利得論の内に見出そうとする見解（鈴木禄弥・債権法講義（1980）438頁以下）があるが、そこでは、上記の説明が欠けているだけではなく、契約関係の消滅を否定する間接効果説の結論だけが、契約関係の消滅を前提とするはずの給付不当利得論の枠組みに無媒介に組み込まれてしまっている。「解除があれば、契約が無効だったのと同様同じ状態になる」という前提そのものが論証されない限り、「契約の無効という事態自身が契約不存在と同一視されるべきではなく、無効な契約にもとづいてなされた給付の復原については、それなりの処理がなされる」旨の給付不当利得論に解除の効果論を結びつける必然性はないはずであり、そのような論理的な曖昧さが、「間接効果説は、給付不当利得論に発展的に解消された」という主張に端的に現れているのである。
- (3) 解除の遡及効そのものを否定し、例えば、未履行の債務を将来にむかって消滅させ、既履行であれば返還させると結論づけても、解除という法律行為によって意欲された契約関係の終了が、一体なぜ未履行債務の非遡求的な消滅と既履行給付の返還債務の発生という形で実現されるべきなのかを論証しないかぎり、545条1項の解釈としては不十分であるし、そうである以上、3項解釈における抽象的な利益衡量の援用は単なるレトリックに留まることになる。なお、いわゆる折衷説の論拠として、545条1項但書による第三者保護を対抗問題として扱う立場との整合性に言及される場合がある（広中俊雄・債権各論講義第6版（1994）352頁）。確かに、解除の物権的な遡及効の否定と第三者保護の対抗問題の処理とは矛盾しないが、このことは、未履行債務の非遡求的な消滅を解除の効果として位置づける積極的な論拠とはなり得ない。というのも、第三者保護を対抗問題として処理する旨の「説明」、つまり、そのような但書解釈が「直接効果説によらないほうが容易である」というだけでは、たとえそれが非遡及的であれ、未履行債務の「消滅」そのものを根拠づけたことにはならないからである。1項本文の解釈を提示しこれと整合的な但書解釈を試みるためには、それらの解釈の理論的前提を論証する必要があるのである。なお、545条の起草者は、解除の効果を「物権上ノ効果」ではなく「人権上ノ効果」とする理由の一つとして「第三取得者ノ安全」を挙げているが（法典調査会民法議

事速記録三 (日本近代立法資料叢書 3・1984年)、822頁)、このような主張は、1 項本文との関係で但書の趣旨を当然視する理由にはなっても (824頁)、そこから、「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デハナイ法律行為ト云フモノハ其儘元トノ通りニナツテ居テ夫レガ其時ヨリシテナクナルノデア ルマシガ之ニ代ツテ新タニ其義務ガ解ケテ而シテ新タニ義務ガ生ズルノデア ル」 (821頁以下) という法律構成が直ちに導かれるわけではない。解除の意思表示による原状回復関係成立の必然性や既存の契約関係との関係を説明するためには、「第三取得者ノ安全」だけでは不十分なのである。

ところで、545条 1 項の解釈として解除の物権的な遡及効を否定し、3 項による原状回復と損害賠償との並存という帰結を説明するにあたって、「いったん有効に成立した契約」と「契約に基づく個別的な債務」との区別に言及する見解がある (好美清光「契約の解除の効力」現代契約法体系第 2 巻 (1984) 189 頁以下)。それによれば、解除は、前者を否定するのではなく、後者が未履行であれば消滅させ既履行であれば返還させるだけであり、既履行給付の返還によっても「償われずに残ることのありうる債権者の契約によって保障されている利益」について、債務不履行による損害賠償請求の可能性が認められているというのである。しかしながら、「契約」と「契約に基づく個別的な債務」とを区別することは可能であっても、解除によって「消滅」するはずの「個別的な債務」の不履行を理由になぜ損害賠償請求を認め得るのか依然として不明であるし、また、「個別的な債務」から区別された「契約そのもの」の不履行というものを想定しているのであれば、それ自体の説明が必要となろう。そこで援用されている「契約利益説」 (同「民法 416 条 2 項の予見時期」民法判例百選Ⅱ第二版 (1982) 20 頁以下) によってもこの論証不足を補うことはできない。なぜなら、賠償されるべき損害の範囲を定める 416 条の解釈にあたって依拠される「契約利益説」が、なぜ原状回復請求権と損害賠償請求権の「併存」の論証に援用できるのか不明だからである。「契約利益説」が、債務不履行による損害賠償責任を「契約責任」として捉え、「契約の意義・目的、当事者意思なども勘案した、その契約の解釈」によって当該責任の範囲を限定する「契約に関連づけた責任確定の考え方」であるとしても、既存の債務の不履行による損害賠償請求権の発生を前提とした理論であることに変わりはない。そうである以上、「契約利益説」は、契約によって保障されている債権者の「利益」を当該契約に基づく「債務」の「消滅」にもかかわりなく存続させ賠償させるべき旨の言明、つまり、そのような 545 条 3 項解釈を根拠づけることはできないのである。

- (4) ただし、起草者は、「物権上ノ効果」を否定する「経済上ノ理由」については詳細に論じているが、原状回復義務の発生と債務不履行による損害賠償請求とを両立させる点については、「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」と述べて、解除と損害賠償いずれかを「選択」させる「既成法典」との違いという比較法的事実に言及するに留まっている (法典調査会民法議事速記録三、821 頁以下)。

- (5) 当時のドイツにおける学説上の議論が我が国に持ち込まれたという事実認識によって、以下に扱う諸判決における法解釈の正しさへの評価が左右されるわけではない。より一般的に言えば、ドイツ民法典の沿革やドイツ学説のその後の変遷（例えば非週及的構成の通説化）、あるいは、我が国の学説との内容的相違を指摘する法制史的比較法的事実認識が、法解釈の規範的な正しさを論証する直接の根拠となることはない（3 a 参照）。
- (6) ここに言うドイツ学説の継受とは、民法学の主要部分として今日でも続けられているドイツ法（学説）を素材とする比較研究一般ではなく、過去のある時期の民法学研究について観察される歴史的事実である。この意味での学説継受を、例えば、「民法典施行以後第一次世界大戦後の一九二〇年頃まで」あるいは「明治末期から大正一〇年頃にかけて」の「ドイツ法学の圧倒的流入という歴史的现象」として位置づける見解があるが（北川善太郎・日本法学の歴史と理論（1968）25頁、154頁以下、163頁、305頁以下等）、以下で取り上げる「判例」はいずれもこの時期に属している。また、「学説との協働」という場合、裁判所が、ドイツ学説を、我が国の学説による敷衍翻訳を介してではなく、直接に参照した可能性をも含意している（前掲書245頁以下も「裁判官自体がドイツ理論を摂取した場合の方がいるは多かったのではないか」と指摘する）。

なお、あらためて言うまでもないが、「歴史的现象」としてのドイツ学説継受の原因やその帰結に関する因果論的説明は、当時の判決や学説の規範的言明に対する内在的評価とは無関係である。学説継受を、「法の継受の一般理論におけるタイプ」として位置づけ、「法的構成・法構造」（法の「固定化傾向」）と「法形成」（法の「変遷の傾向」）との「緊張関係」の下に分析するとしても（前掲書259頁以下）、「民法解釈学や解釈学説」を「歴史的现象」として説明するだけでは、法命題の規範的根拠づけの営為たる民法解釈の問題を「内部から解明しあるいは解明するための手掛かりを得ること」（前掲書2頁以下）にはならず、それは、方法的な批判対象たる「法社会学」や「経験法学」と同様、「民法解釈学にとって外在的」な分析に留まざるを得ないであろう。

- (7) ところで、解除の効果を無媒介に物権変動に結びつけがちな以上の諸判決とは別に、545条1項本文に言う「原状ニ復セシムル義務」の解釈の前提として、解除による「債権」の「復帰」に言及する判決も確かに存在する。例えば、請負契約上の代金債権が一旦他人に譲渡され当該譲渡契約が解除された後に、新たに当該債権を譲り受けた者が債務者に代金を請求した事案において、大審院は、「債権譲渡契約カ解除セラレタルトキハ当事者間ニ於テハ債権ハ解除ノ意思表示ノミニ因リ譲渡人ニ復帰スト雖モ譲渡人ヲシテ譲渡以前ノ如ク債務者其他ノ第三者ニ対シ其債権ヲ主張スルコトヲ得セシメンニハ譲受人ニ於テ解除ノ事実ヲ債務者ニ通知セサルヘカラス而シテ其通知ヲ為ササル可カラサルハ譲受人カ民法五百四十五條第一項ニ依リテ負フ所ノ義務ナルカ故ニ譲受人カ其履行セサルトキハ譲渡人ハ之ヲ強要スルヲ得ルコト勿論ナレトモ未ダ之ヲ履行セサル限りハ譲渡人ハ解除ノ事実ヲ以テ債務者其

他ノ第三者ニ対抗スルコトヲ得サル」旨判示し、新譲受人の請求への抗弁として解除による債権「復帰」の対抗不能を主張する債務者の上告を受け入れた（破棄差戻。大判明45.1.25 民録18-25 [29以下]）。本判決は、まず、「債権ハ解除ノ意思表示ノミニ因リ譲渡人ニ復帰ス」とする点で、売買契約等の解除による所有権の当然復帰を論ずる先の諸判決に類似している。だが、「債権ノ譲渡」が「物権ノ設定及ヒ移転」ではない以上、解除による債権「復帰」を物権変動に類比したり物権的遡及効と捉えたりすることは説明不足でありミスリーディングである。とはいえ、解除の意思表示のみによる債権の「復帰」は、当然ながら、譲受人の原状回復債務の履行による債権移転とも異なる。実際、本判決も、債権の「当然復帰」それ自体を争う上告人の主張内容にもかかわらず、解除による債権復帰を当然の前提として、そのような法律効果を発生させる「解除ノ事実」の対抗の可否につき判示している。仮に、本判決における545条解釈の前提として解除の遡及効を想定するとしても、ここでは1項但書解釈を物権変動との類比によって根拠づける余地はないのであるから、遡及効の内実は、物権債権の区別を問わない復帰的な権利移転一般とも言ふべきものにならざるを得ない。いずれにせよ、本判決において、545条1項の解釈が467条の解釈に置き換えられ、第三者への「解除の事実」の通知が譲受人の原状回復債務として確定されたのは、債権の当然復帰という前提があったからである。しかしここでも、解除の意思表示のみによる権利移転をそのように当然視すべき積極的な理由が示されているわけではない。

- (8) この点は、いわゆる「請求権の同一性」論との関連でも論じられている。
- (9) 本判決は、いわゆる斤先堀契約を公序良俗違反で無効とし、不法原因給付による利得返還否定の要件として当事者の善意悪意を問わないとしたものであるが、同時に、石炭鉱区の売買契約の解除により返還されるべき既払代金に付される利息の範囲について附帯上告されており、引用したのはこの附帯上告に関する判示部分である。
- (10) なお、「止ムヲ得サルノ救済手段」という表現は、填補賠償請求の前提として契約解除を要求する別の「理論」との関連を示唆しているとも考えられる。
- (11) その場合、545条3項によってその利益を保護されるべき債権者は「解除権者」に限定されるのか否かという問題が生じ得る。この点に関連する大審院判決として次のようなものがある。すなわち、目的物の引取及び代金と遅延利息の支払を請求する別訴によって、当該請求を認容する確定判決を既に得た売主に対して、買主が、当該判決の執行に応じることなく、数年後逆に売主の履行不能（価格騰貴及び品薄に帰因する供給不能）を理由に契約を解除し原状回復を求めた事案について、大審院は、「抑契約解除本然ノ効力ハ契約ノ効力ヲ消滅セシムルモノトス故ニ売買契約解除ノ場合ニ在リテハ売主タリシ者ハ売主ノ義務ヲ負ハサリシト同時ニ買主タリシ者ハ買主ノ義務ニ任スルコト有ルヘカラス是レ民法五百四十五条第二項ニ於テ返還スヘキ金銭ニハ其受領ノ時ヨリ利息ヲ付スルコトヲ要スト規定シタル所ニ徴スルモ亦法意ヲ概見スルニ足ルヘシ何トナレハ売主カ目的物ノ引渡ニ先タチ代金ヲ受



取りタル場合ニ於テ若シ売買契約ノ解除ヲ為スモ解除以前ノ期間ハ当事者間ニ契約關係存続セシモノト看故スヘクンハ売主カ契約ノ効力ニ因リテ受取りタル代金ニ受領ノ時ヨリ利息ヲ付セシムヘキ理アラサレハナリ」と論じた上で、「本件ニ於テハ仮令一旦上告人ハ遅滞ノ責アル者トシテ代金ニ利息ヲ付シテ被上告人ニ支払フヘキ判決ヲ受ケタルニセヨ其後売買契約ノ解除アリタルニ因リテ上告人ハ未タ曾テ被上告人ニ対シテ代金支払ノ義務ヲ負ハサリシ者ト看故スヘキヲ以テ遅滞ノ責ニ因ル損害賠償ヲ為スヘキ義務ナキモノト謂ハサルヲ得ス」と判示している（破棄差戻。大判明44, 10, 10 民録17-563 [568]）。本判決によって破棄された原審の判断とは、「契約ノ解除ハ売買ノ効力トシテ生スル代金支払ノ義務ヲ消滅セシムルニ止マリ其債務不履行ニ因リ既ニ生シタル遅延利息支払ノ義務ニ何等ノ消長ヲ来ササルコトハ説明ヲ要セスシテ明ナリ」というものであり、そのような判断は、おそらく、売買契約解除による買主の既払代金の返還請求に対して売主が主張した、既存の遅延賠償債権による相殺の抗弁を認める前提として述べられたものを考えられ、これに対して「契約解除ノ結果トシテ既ニ遅滞利息ノ因テ生スル根源タル契約カ曾テ当事者間ニ存セサリシモノトナル以上ハ之ニ從タル遅延利息ノ問題モ亦当然消滅ニ帰スヘキ」旨主張する買主の上告を大審院は受け入れたのである。従って、ここで問題となっているのは、「解除権者」たる買主の損害賠償請求と原状回復との関係ではなく、解除の相手方たる売主の損害賠償請求と原状回復との関係であることになる。それでは、なぜ大審院は後者の場合について545条3項の適用を否定したのであるうか。本判決では、ただ解除による契約の効力の遡求の消滅に言及されているにすぎないが、3項不適用という結論を、判決VIIやIXで示された解除の制度趣旨によって説明することも可能であろう（本判決は判決IXの4年後同じ第一民事部によって下されている）。というのも、解除による原状回復が損害賠償とともに債務不履行責任の一端であるならば、3項の適用によって保護されるべきは、当然、相手方の債務不履行を理由に解除権を行使する者でなければならないはずだからである。しかし、そうである以上、判決VIIやIXと同様の理論的矛盾が本判決に潜在しているという点もまた明らかなのである。なお、本判決の差戻審の上告審判決でも上記のような立場に全く変更はなかった（大判明45, 2, 21 民録18-135 [139]）。

- (12) ここでの目的は、「判例・通説」における545条解釈の理論的不備を確認することであり、それが達成された以上、裁判例の網羅的な収集整理はさしあたり不要である。
- (13) 確かに、契約関係の一部あるいは全体を直ちに消滅させる権利を、契約上予め一方当事者に付与することは可能である。しかし、当該契約の解釈によってそのような権利の存在が確認されたならば、その行使の意思表示を540条の意味において約定「解除」とはもはや呼べないし、その法律効果について545条を適用する余地もない。また、契約当事者間のあらたな合意によって、545条に規定されたような原状回復関係が生じるのか、それとも、契約関係の一部あるいは全体が直ちに消滅するのかは、当該合意の解釈に委ねられている。そして、この場合には、一方当事

者による「解除権ノ行使」が問題とならない以上、545条が直接適用されることはないが、他方で、合意「解除」を不当利得返還債務の発生に無媒介に結びつける必然性があるわけでもないのである。

- (14) 参照する著作は、「解除の遡及効 (1) ~ (3)」法協55巻 (1937) 62頁、311頁、499頁以下、市民社会と民法 (1947)、債権法総則講義 (1948)、契約総論 (1949a)、民法と哲学 (1949b)、「解除論 (1) ~ (3)」志林48巻 2 号 (1950a) 2 頁、3 号 (1950b) 30頁、49巻 2 号 (1951) 43頁以下、「解除の効果」総合判例研究叢書民法10 (1958) 137頁以下であり、公刊年 (同一の場合はアルファベットで区別) 及び頁数で引用する。

- (15) ここであらゆる法的な存在が言語を介して表現されるという点を顧慮するならば、法認識の対象が認識主体の意識とは区別されるべき「客観的存在」に属するという知見それ自体は、山中の依拠する「弁証法的唯物論」に特有のものではない。例えば、戦後法解釈論の「非合理主義」を批判する際の立脚点の一つとして、「言語は単に心理的過程を外部に伝える媒体に尽きるものではなく、思考活動そのものを規定する存在であること、したがって言明そのものの客観的内容と言明を発した者の心理とは区別されるべきものである」という「言語哲学の大前提」が援用されている (平井宜雄・続法律学基礎論覚書 (1991)、17/24/60各頁以下)。問題なのはそこに言う「客観性」の意味あるいは根拠である。

- (16) 周知のように、ドイツ民法典は、「債務法現代化法」によって債務法部分を中心に一部改正され、2002年 1 月 1 日から施行されている。346条については、既受領給付及び使用利益の返還を義務づける点に変わりはなく (1 項)、ただ、約定解除のみならず法定解除を想定した表現に改められ、また、給付返還に代わる価額賠償の可否に関する詳細な規定がこれまでの350条以下に代わって設けられており (2 項及び 3 項)、返還義務違反による損害賠償の可能性も明記されるに至っている (4 項)。解除の効果に関わるより重要な改正は、双務契約における債務者有責の履行不能の際に履行利益の賠償と契約解除との選択を債権者に課していた325条が、「双務契約において損害賠償を請求する権利は解除によって妨げられない」という規定に改訂された点である。この改正によって、解除による給付物等の返還と契約上の債務不履行による損害賠償との関係について新たな理論的説明が要求されることになる。

- (17) ドイツ解除法の沿革やドイツ民法第一草案を参照した日本解除法の沿革が「現在」の545条解釈において解除の物権的遡及効を否定する規範的根拠とはなり得ないのと全く同じ意味で、例えば、物権行為の独自性・無因性を前提とするドイツ法上の直接効果説との相違というそれ自体比較法的な知見だけでは、我が国の直接効果説を法ドグマティックの内部で批判したことにはならない。なお、解除の効果に関する「沿革的比較法的」な理論として、山中の「本質」論以外にも、解除と「近代法概念に疎遠なローマ・ゲマイネスレヒトに於ける不当利得返還請求権」との「歴史的関連」に言及し、「解除概念の確立は歴史的に新しく、沿革的には不当利得

（condictio）によって解除の機能が果たされていた」とする見解もある（山下末人「取消・解除における原状回復義務」論叢61巻5号（1955年）99頁以下、同「契約解除における原状回復義務と不当利得」谷口遼暦（1971年）125頁以下）。しかし、例えば、「ドイツ民法においてはじめて確立された解除概念が、両給付の原因的ないし条件的結合関係の下での condictio その他の制度をいわば止揚して、双務的結合すなわち意思理論（Willensdogma）を背景にした統一的契約概念を前提に成立したという事情」が、「現行法」解釈の「理論的」な前提として、解除や不当利得等を「原状回復の制度として総括」したり、「不当利得と解除の限界は流動的であり、原状回復が一面では不当利得法理に服する」とみなすべき根拠にはならないはずである。そうでなければ、解除と不当利得の「関連性」が「歴史的にも理論的にも重要である」という主張は、それら法概念の「歴史的連関」と「現行法」解釈の規範的根拠とを単純に同一視していることになってしまう。

（未完）