

契約の解除と第三者（二）

その他のタイトル	Über die Wirkung des Rücktritts (2)
著者	高森 八四郎
雑誌名	関西大学法學論集
巻	26
号	2
ページ	307-322
発行年	1976-06
URL	http://hdl.handle.net/10112/00026063

契約の解除と第三者 (二)

高 森 八 四 郎

- はじめに
- 一 解除の遡及効
- 二 遡及効の意義 (総括) (以上二六卷一号)
- 三 起草者の見解
- 四 相対的遡及効 (私見) (以上本号)
- 二 解除の効果と第三者
- 一 解除前の第三者
- 二 解除後の第三者
- 三 解除について悪意の第三者
- 三 虚偽表示無効・詐欺取消における第三者との関係
おわりに

三 起草者の見解

民法典第三編債権第二章契約第一節総則第三款契約ノ解除(五四〇条乃至五四八条)の部分の起草者は、法典調査『契約の解除と第三者』(二)

会・民法議事速記録⁽¹⁾によれば、穂積陳重のようである⁽²⁾。調査会の議事において立案者としてもっぱら説明にあたって
 いる。富井・梅はほとんど補足的な意見しか述べていない。したがってここでは、速記録にしたがい、穂積の説明を
 起草者の中心的な見解として採り上げることとする。穂積は立法趣旨をつぎのように説明した。解除権行使の効果に
 ついては、いわゆる「物権上ノ効果」「即チ当事者ハ相手方ヲ原状ニ復セシムル」効果がある。しかし本案では「人
 権上ノ効果」すなわち「原状回復ノ義務ヲ負フ」「原状回復ノ義務ヲ生セシメル」という主義を採用した。解除のと
 きに元の法律行為はなくなるが、それに代って、「新タニ其義務ガ解ケテ而シテ新タニ法律上ノ債務ガ生ズルノデア
 ル相手方ヲ原状ニ復セシムル方ノ債務ガ生ズルノdeal」。此主義ハ独逸民法ガ近頃採リマシタ主義」であって、こ
 うしなければ、取引の保護が図れない。物権上の効果が生じて、権利自体が「後トニ返ヘル」ということになれば、
 物の所有権の移転を目的とする契約などにおいては、第三者にまでその効果を及ぼすことになって第三取得者の安全
 を害することになる。「何ウシテモ人権上ノ効果ヲ生セシメル方ガ宜シイ」。右の結果として、たとえ第三者が、解除
 権の行使されるということを知っていても、第三者において目的物を取得しても、返還の責に任ぜないし損害賠償の
 責にも任ぜない。さらに原状回復義務だから、果実も返還しなければならぬ。「金ハ原状ニ復スルト云ツテ元ノ高
 ヲ返ヘシタ丈ケテハ本統ノ元トニ復シタトハ言ヘヌ」、利息がつくのが普通だから明文が必要であり「第二項ニ於テ
 即チ法定利息丈ケハ払ハナケレハ往カヌ」と規定した。「夫レカラ解除シテモ損害賠償ヲ求メラヌト云フコトニナ
 ツテハ不都合テアリマスルカラ第三項ニ於テ損害賠償ノ請求ヲ妨ゲズト云フコトヲ殊更ニ記シタ」。第三項の規定を
 殊更に記す必要はないとの意見も考えられるが、解除請求権と損害賠償請求権を選択的にしか行いえないとする立法
 例などもあり、また不履行につき損害賠償を請求することができるということは、一般原則であるので、(解除によ

つて債務の)不履行もないから損害賠償請求権もなくなってしまふという疑いも起りうるが故に、「何処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」。

本条の審議はわりあいかんたんになされた。第二項について箕作麟祥が質問したほか、第一項の但書について土方寧より質疑が出されただけであつた。このうち、土方の質問は、解除の遡及効を理解する上に貴重である。土方によれば、本条第一項但書の意味がよくわからない。「既成法典ノ主義ニ依ルト解除權ヲ行フト云フコトハ当然解除条件ト見テアツテ既往ニ遡ルコトニナツテ居リマスカラ本来ヲ言ヘハ原状ニ復スルト云フコトハ殆ド言フヲ俟タヌ既往ニ遡ルカラ、夫レカ為メニ第三者ヲ害シテハナラヌ」。第三者を害するような場合においては「解除權ヲ其点ニ付テ行フコトハ出来ヌ」と定める必要があるかもしれないが、本案でみると「別ニ此但書ガナクツテモ一項ノ本文丈ケテ以テ但書ノ意味ニナルヤウニ思ハレマスルガ矢張り必要ナノテアリマセウカ其点ヲ伺ヒタイ」ということになる。この質問に対して穂積はさらにつぎのように答えている。「第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス」ということについては「吾々モ余程相談ヲシテ見マシタガドウモ前ニ申シマシタ通り是迄諸國ニ規定モ置イテアツテ原状ノ効果ヲ生ズルト云フヤウニナツテ居リマスルシ」「夫レカラシテ原状ニ復セシムル義務ヲ負フト斯ウ申シマスルト云フト既ニ第三者ノ權利ガ夫レニ加ハツテ居ツタノテモ尚ホ夫レヲ害シテモ(原状回復ヲ)シナケレハ往カヌト云フヤウナ風ノ疑ヒモ生シハシナイカト思ヒマシタカラ」これを置いた方がよからうということになつてついに置くこととなつたものである。だから「此但書ガナクテモ前ノ文章ヲ注意シテ読メハ多分間違ヒハ生ジハセヌト思ヒマス」⁵⁾結局、但書は單純な注意的な規定にすぎず、本来なら一項本文に吸収されてしかるべきものというのが穂積(他の起草者と相談をしたこ

とがわかる)の起草趣旨なのであった。

五四五条の起草趣旨を一貫した理論によって統一的に把握することは容易なことではない。穂積起草委員が本条において解除の効果を定めるにあたって強調した諸点はつぎのようである。第一は、立法例として解除の効果を「物権上ノ効果」を有するとするものがある。これは、解除によって当然原状回復が生ずるとする構成である。穂積によれば、この構成は民法系のもので旧民法もこの構成によっていた。しかし本案では「人権上ノ効果」しか認めない主義を採った。これは、原状回復の義務という新しい法律上の債務が生ずるとする構成である。ドイツがこの主義を採った。取引の安全を図るためには、解除は「人権上ノ効果」を生ずるものとしなければならぬ、というのである。第二は、一項但書の規定は單純な注意的規定にすぎないとしている点である。第三者の権利をいかなる意味においても害さない(解除するということを知っていた第三者も含めて)という効果を第一の「原状回復義務の発生」という表現にかからしめているにもかかわらず、あえて疑いの生ずるのを避けんがために、但書をもうけたとの趣旨が如実に現われている。第三に、原状回復義務だから、果実も当然返還しなければならぬという点である。「原状ニ復スル」とはいかなる意味かについてはっきりとした説明はない。果実の返還を当然の内容とするのであるから、契約締結時への復帰ではなく、契約が締結されなかったならば解除ないし返還時まで⁽⁵⁾に生じていたであろう状態の回復を意味しているといえる。このことから、二項における利息は「法定利息」であって、約定利息ではありえない。「本統ノ元トニ復スル」⁽⁶⁾のは右の意味である。第四に、解除しても損害賠償請求ができないのでは不都合である、という考えである。解除権と損害賠償請求権の選択的行使という立法例の存在を認識した上で、両請求権の並存を明示的に規定せんとしたものである。しかし債務不履行による損害賠償という一般原則を解除の場合にも重複的に規定したのか、一項

本文の原状回復の一還としての損害賠償の趣旨を疑いを除くために注意的に規定したもののかは若干疑問である。しかし解除がなされても不履行という事実は消失しない、一般原則上の損害賠償を請求しようと考えているようであるから、債務不履行損害賠償を定めたとみるべきであろう。

穂積の最大の関心は、解除によって債権的にも物権的にも遡及的に消滅して当然原状回復が生ずるといふ旧民法の解除条件の構成を明確に排除しようとしたことであつたことは疑いない。それゆえに、原状回復「義務」が発生すると明示したのである。したがって解除による新債務関係の発生という説明はむしろ間接効果説のそれと似かよっている。しかし原契約上の未履行債務の請求に対する抗弁権の発生という考えは念頭におかれていないので、そのものズバリというわけでもない。原契約上の債権関係が原状回復の債権関係に転化するといふ山中説に近いといえようか。

しかし、解除による契約の効力の（遡及的）消滅を絶対的に排していたといえるか否かは問題である。むしろ穂積は、解除の効果は「人権上」の、すなわち債権的の効力を有し「物権上」の効力を有しないということ、従つて第三者の権利を害することを得ずということが解除の本質的な効果として原状回復義務という表現の中に吸収されることをねらつたといえるのではないだろうか。⁽⁷⁾ 穂積にとっては（遡及的）消滅の有無は問題ではなかつたのではなからうか。

もし右のように理解できるならば、解除の効果は当事者間にのみとどめて（人権上ノ）、第三者には影響しないといふ効果をねらつただけで、（遡及的）消滅を否定したのではないともいえそうである。他の起草委員、富井も前述のように、解除は債権的効力を生ずるだけだといいつつ、遡及的消滅だけは肯定していた。また他の一人、梅謙次郎は、みずから起草を担当した貸借の解除に関する第六二〇条の「解除ハ将来ニ向テノミ其効力ヲ生ス」⁽⁸⁾を説明するにあたり、五四五条の解除の一般規定を指して、「本案デハ第三者ニ対シテ文ケハ既往ニ遡ルコトヲ得マセヌケレドモ当事者間

デワ矢張り既往ニ遡ツテ効力ヲ生ズルコトニナツテ居リマス⁽⁹⁾。普通の場合にはこれでよいのであるが、賃貸借の場合、既往に遡る構成はとりえないのであるという旨を述べている。結局、起草委員は三人とも、解除は契約の効力を遡及的に消滅させるが、これは当事者間においてのみのことであり、第三者には遡及的消滅をもって対抗できない、という意味において、解除の効果は債権的であつて物権的ではないといひ、当然の原状回復ではなく、原状回復の「義務」が生ずると説明したのではなからうか。継続的債権関係には右の対内関係においてのみの遡及的消滅すら不適合であるから、特に将来に向つてのみ権利義務は消滅すると述べるにいたつたものではなからうか。だとすれば、起草者の見解としては、山中説というよりは、私のいう、相対的遡及的消滅を規定したものだといふべきであらう。

(1) 日本學術振興會編、二五卷一〇八丁以下。

(2) 星野通「三博士と民法制定」法学志林四九卷一号五〇頁によれば、第二章契約中、第一節、第二節は穂積、第三節から第七節までは梅の起草になるものとされている。

(3) 人権上ノ効果という表現は何度も使われるが、一一〇丁では「人権上ノ効果則チ法律上ノ債務ヲ新タニ生スル」ことであるとしている。その意味するところは必ずしも明確ではない。

(4) 一一三丁。

(5) 一一三—四丁。

(6) 一一〇丁。

(7) 「主トシテ經濟上ノ理由ヨリ致シマシテ人権上ノ効果則チ法律上ノ債務ヲ新タニ生スルト云フコトニ致シタ」一〇九—一〇丁。

(8) ただし原案は「当事者双方ノ将来ノ権利義務ヲ消滅セシム」となっていた。最終的に現行法六二〇条のように改められた。法典調査會・民法議事速記録三三卷一八三丁以下。

(9) 同、一八三丁。

四 相対的遡及効（私見）

解除の効果と第三者についての具体的な解釈論を展開するためには、解除の遡及効の意義を確定しておかなければならないので、これまでのわがくにの解除効果論を必要最小限度においてではあるが振り返ってみた。本章のしめくりとして、ここで、私見を確定しておくことが便宜であろう。その場合、まず、これまでの解除効果論の理論的優劣を明らかにしなければならない。

一 遡及的消滅を否定する見解のうち、いわゆる間接効果説は、つぎのように説いている。契約は解除によって消滅せず、ただその作用を阻止するにすぎない。未履行の債務については、履行拒絶の抗弁権が生じ、既履行の債務については、新たな返還義務を生ぜしめる、と。このような間接効果説を採用する学説はわがくにはほとんど存在しない⁽¹⁾。おそらく、未履行債務について履行拒絶の抗弁権が発生するという構成では、債務はあくまで消滅しないから、自然債務として債務は残存するし、抗弁権の永久性の問題なども生じてくる。抗弁権を行使せずに債務を履行してしまつた場合には、自己の給付は取戻しできないのに、相手方からの給付返還請求には応じなければならないという實際のにきわめて不都合な結果が生じるなど、理論的にも實際的にも難点があるからであろう。

右に反し折衷説は、未履行の債務は解除の時から消滅するが、既履行の債務は消滅せず、それによる給付については新たな返還請求権が生じる、と説く⁽²⁾。原契約にもとずいて何ら変更が生じていない未履行債務については、契約の効力を否定して簡易に決済（ないし清算）させることが望ましいため、契約上の債務は消滅するといひ、履行による給付がなされてのちには、契約の効力を消滅せしめては、不当利得返還義務とは異なる原状回復義務の発生を根拠づけることができないので、そのために契約の効力を存続せしめて、債務は消滅しないと論じている、と考えられる。

解除の遡及効を否定するか否かの問題につき、それを否定した場合の原状回復義務の発生を根拠づけるためにのみ、あえて都合のよい所だけ結びつけたきらいが濃い。私は、原状回復義務の発生根拠につき、とくに取らたてて議論をする必要がないと考えている。民法が債務不履行という事態が生じた場合に、一方当事者に解除権を与えて、原状回復義務の発生を明記しているのであるから、原状回復義務は單純に「解除」自体によって基礎づけられており、あえてその理論的根拠を問う必要はないというべきである。それにも拘らず、あえて問うならば、まさに「債務不履行」に帰せしめればよいのではなからうか。

さらに、一方当事者の既履行、他方の未履行がある場合、他方の債務が消滅してしまっているのに一方では、いぜん債務が残っていて返還請求権が生じるというのは契約の効力を同一当事者間において、一方で否定して他方で肯定することとなり、いかにも技巧的な構成である。そして実際の結果においては、債務が未履行の場合、解除後に現われた第三者は、債務が消滅しているから、無権利者からの承継人となるが、同じ解除後の第三者でも既履行の場合には、第三者は権利者からの承継人となり、解除者と対抗関係となるなど、未履行債務であるか既履行債務であるかは第三者にとって関係のない事柄であるのに、彼此における、この質的な差の出る理由を合理的に説明することができないのではなからうか。³⁾

二 つぎにもっとも体系的な解除論を展開している山中説をみてみよう。山中説によれば、解除によって原契約関係は原状回復関係に変形し、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、原状回復債権関係の未履行債務に転化し、その履行があつてはじめて消滅する。解除がなされない間は正の方向での契約の発展であるが、解除がなされると負の方向へ契約の発展が変るのみであつて、契約の

効力はいぜん方向を轉換して存続している、と説かれる。右の如き基本的な見解を前提に通説たる直接効果説、(とくに絶対的遡及的消滅説)をつぎの諸点において批判している。⁽⁴⁾ 第一に、五四五条一項本文の「各当事者ハ其相手方ヲ原状ニ復セシムル義務ヲ負フ」という文言からみて、原状回復の債権関係の発生という趣旨に解すべきで、遡及的に消滅することを解除の本体的効果とすべきではない。第二に、契約の遡及的消滅ということから原状回復債権関係の発生は根拠づけられない。せいぜい不当利得の返還義務が基礎づけられるにすぎない。第三に、解除により、はじめからまった契約が締結せられなくなると説くならば、民法上債務不履行解除の場合に債務不履行損害賠償の請求を妨げざることとされている根拠の説明に苦むことになる。第四に、五四五条一項但書は直接効果説にとって都合のよい規定である。しかしこの但書を根拠に直接効果説を主張するのは形式的解釈である。第五に、直接効果説では、解除は取消と本質を同じくするが、もし約定解除権を留保した場合、取消権の約定留保と同じ効果を有し、これを当事者間だけの債権的効力というような制限なしにその有効を承認することになれば、取引安全の見地から容認しがた

い。
以上の批判は、すべて絶対的遡及的消滅説としての直接効果説に対するものであるから、(ことに第四、第五の点は)債権的遡及的消滅、相対的遡及的消滅説にはあたらぬ。債権的遡及的消滅説に対しては、わが民法が物権行為の独自性、無因性を承認していないと山中説は考えるので、全く採りえない見解となる。しかし絶対的遡及的消滅説の立場からみてもこの批判諸点は必ずしも正当なものではないと思う。第一点及び第二点は、原状回復の債権関係の発生根拠を説明していないということに尽るが、契約の遡及的消滅は原状回復債権関係発生論理的前提なのであって、単に不当利得返還義務を基礎づけるためにのみあるのではない。法律行為が無効であったり、取消されたりし

た場合にも全く同様の関係が生じうるのである。契約締結時に遡って効力が失効（無効）する以上、有効な行為ありとして給付したものの返還を求めることは解除の場合にのみ限らない。右の場合も、単なる現存利益の返還ではなく、広い意味での原状回復（占有の不当利得）と呼びうる。無効、取消は右の如き返還請求関係の論理的前提なのである。解除によって契約が遡及的に消滅するが故に債務から解放され、既履行債務による給付の返還を求めるというのは、はるかに山中説よりも簡明な構成である。ただ、通説のように、原状回復義務を不当利得返還義務とみた場合、七〇三条の一般不当利得が現存利益の返還なのに解除の場合には特別な不当利得返還関係としての原状回復まで、その義務が拡大されると説くことは、遡及的消滅のさいに、いったん捨象された契約原理を原状回復のさいに再び持ち出して論理的矛盾をきたしているとの批判がありうるが、⁽⁵⁾法律行為が無効となり、取消されるには諸種の理由があり、その理由いかんによって返還関係の範囲と内容が異なりうる（例えば、無能力を理由とする取消の場合の、無能力者の返還範囲は現受利益に縮限される（二二一条但書））のであるから、（有償）双務契約上の債務不履行を理由として解除がなされた場合、法律行為一般の諸種の事由に基づく、無効・取消の場合と異った範囲と内容において返還関係が規律されることは少しも論理的に矛盾していないのである。このような意味において五四五条一項本文の原状回復義務の発生と同二項はあたかも二二一条但書と同性質の規定と見ることが可能である。⁽⁶⁾むしろ従来のいわゆる直接効果説論者（とくに我妻説）は、契約の無効・取消の場合に、「占有の不当利得論」を媒介として、この場合の不当利得返還請求関係から契約法原理を追出したことこそ問題があったにすぎない。⁽⁷⁾解除と無効・取消から発生する両者の返還請求権の本質を不当利得（給付利得）返還請求権と規定した上で、これらの返還請求権を基礎づける事由の相違に
 応じて異なった内容がとられても一向に構わないといえる。

五四五条本文の「原状回復義務」は、前節において述べたように遡及的消滅を否定したのではなく、旧民法の「解除条件的構成」を否定する、すなわち、解除の効果を第三者に及ぼさないようにするためのものであるから、この規定を根拠に遡及的消滅説を批判することはできないと思われる。

第三点は、遡及的消滅説に対してしばしばなされる批判である。とくに我妻説が、五四五条三項を債務不履行損害賠償とみて遡及効を制限したものと説明するところから、一層、理論的矛盾とされている。しかし私は、この批判も遡及的消滅説に対してはあてはまらないと考える。この批判は、解除の効果を原状回復関係の発生ならびに損害賠償請求権の発生の両者を包含するものと考えるところからきている。だが、解除の本来の効果は理論的には契約の遡及的消滅であり、具体的には当事者双方の原状回復義務の発生だけであり、それ以上の何ものでもない。五四五条も「解除権ノ行使ハ損害賠償ノ請求ヲ妨ケス」、解除権行使の効果が発生しても、損害賠償の請求をして妨げないと定めて、両者が別個のものであることを示唆している。起草者は、債務不履行という事態に依じて不履行者に二つのサックションを与えた。一つは原状回復義務、二つは債務不履行にもとづく損害賠償義務である。すでにみたように五四五条三項は起草者としては債務不履行にもとづいて一般原則上、損害賠償義務が生じるから、あえて規定するまでもないと思わしつ、ドイツ民法のように、解除と損害賠償請求とを選択的に行か行使しえないとの立法例もあることから、誤解を避けるために、わざわざ「妨ケス」としたのである。だから、この損害賠償は、解除の効果ではなく、一般原則（四一五条）の債務不履行損害賠償以外考えられないというべきである。⁽⁸⁾

我妻説が遡及効の制限として三項を理解し、債務不履行という事実は消えないので、解除によって遡及的に消滅しても、債務不履行損害賠償がなされると説明したのは真に正当である。解除も損害賠償もいずれも債務不履行そのもの

の基礎づけられるのであって、原状回復義務と損害賠償義務を含めて解除の効果と解するべきではない。のみならず、山中説によれば、原状回復とは、契約にもとづいてなされた履行があるときは、この履行のなされる前の原状の回復と規定されるから、解除によって履行がなされる前の状態へ回復する債権債務が発生しているのに、債務が履行されたならば、こうむらなかつたであろう損害、すなわち債務不履行損害の賠償が解除の効果とされるのはやはり理論的矛盾といえるのである。契約の効力は存続しているというだけではそれが、原状回復の方向での効力であるかぎり、十分な説明とはなっていない。いずれにせよ、五四五条三項の損害賠償は解除とともに債務不履行という事実から生じる損害賠償と考えたらよいのである。

山中説の批判の第四点は、起草者の見解によれば単なる注意の規定にすぎないから、直接効果説に都合のよい規定というよりは、むしろ、山中説の有力な根拠とすらなりうるものである。いずれにせよ、但書の存在からのみ、直接効果説を基礎づけえないことは明らかである。しかし第五点の批判は、一見もつもの如く見えはするが、絶対的遡及的消滅を説く学説は、但書を起草者の見解に反して必要的規定と積極的に意義づけるから、約定解除の留保の場合にも、それが解除権の行使であるかぎり、五四五条但書の遡及効制限を考える(類推適用)ことになろうから、取引の安全には支障がない。したがって決定的な反論にはなっていないと思われる。またこの批判は、前述したとおり、相対的遡及的消滅説には全く妥当しない批判である。

以上、山中説批判をするにあたり、山中説より直接効果説に対する反論を再批判する形をとって叙述してきた。未履行債務からの解放、既履行給付の返還、第三者への無影響を統一的に構成する理論としては、但書に積極的に意義づけをするかぎり、山中説よりも遡及的消滅説の方が簡明であるといえるのではないかと思われる。

最後に、私見によれば、次の点にも山中説を採りえない理由がある。まず、たとえば、和解契約において、債務免除とともに他の給付内容が定められている場合に、山中説なら、もし一部でも、履行があつて、それによる給付がなされているかぎり、原状回復の債権債務が生じるだけなので、その債務が履行され尽されるまで、和解は効力を失なわず、したがって免除された債権もそれまで復活しなまとなるが、遡及的消滅を肯定するならば、解除によって右の和解契約が失効したとき、ただちに免除によって消滅した債権が復活することとなり、この方が事態に適合的である、と考えるからである。⁽¹⁰⁾ ついで、土地の所有者たる賃貸人甲が賃借人たる建物所有者乙に賃貸土地を売却し、まだ登記を移転していない間に他の丙に二重譲渡して、丙のために登記を了した場合、丙が乙に対して土地の明渡を請求したとすれば、混同によって賃借権の消滅した乙は丙に対抗しえなくなる。そこで乙が甲との売買契約を解除したならば、山中説によれば、混同の生じなかつた以前の状態を実現すべき原状回復の債権関係が発生し、それにもとづいて当事者間では、賃貸借が消滅しなかつたこととして法律関係を処理すべき債権債務が発生するだけであるゆえに、甲が売却代金を受領して乙にまだ返還しないかぎり、いぜんとして、乙は丙に対抗しえない結果となる。これに反し遡及的消滅を認めれば、売買契約が解除されると当然初めから混同が生じなかつたこととなり、賃借権は存続するから、乙は土地の賃借権をもって丙に対抗しうることになる。右の場合には、山中説は事案に不適合というよりは、結果において妥当でないというべきである。⁽¹¹⁾

三 遡及的消滅説を採用するとして、絶対的遡及的消滅説、債権的遡及的消滅説、相対的遡及的消滅説のいずれを選択すべきか。債権的遡及的消滅説はわが民法上、物権行為の独自性と無因性を肯定しなければならず、民法一七六条の意思主義を承認する立場に立つかぎり採りえない。結局、絶対的遡及的消滅説か相対的遡及的消滅説かである。そ

して私見は、後者を採用すべきだと考えるが、この選択は、理論的というよりは、可及的に起草者の見解に従うべきであるという配慮からの帰結にすぎない。前節において詳しくみたように、起草者三名の見解を総合的に検討すれば、結局次の諸点に要約される。第一に、契約の効力は当事者間においては遡及的に消滅する。第二に、原状回復の内容は、契約締結前状態への回復ではなく、契約が締結されなかったならば返還時までであったであろうような原状への回復である。五四五条二項はこの趣旨であり、起草者が「本統ノ元ニ復スル」と表現したところである。第三に、五四五条一項但書は単なる注意的規定であり、それがなくても、同一の法的処理がなされなければならないということである。第四に、五四五条三項の損害賠償は一般原則の注意的規定であり、債務不履行損害賠償を意味している。以上である。これを統一的に理解するならば、私のいう相対的遡及的消滅としか理解しえない。解除の効果に関しては、起草者は、ドイツ法、フランス法そして旧民法の理論を十分に検討した上で実際の効果をねらって明確な価値判断をしたことがうかがえるので、具体的なケースの処理において妥当性が著るしく損なわれるものでないかぎり、可及的に起草者の見解を尊重すべきだと考える。

ただし絶対的遡及的消滅説と相対的遡及的消滅説との具体的差異は、五四五条一項但書に対する意味づけが異なることを除いて、きわめて微妙であり、ほとんど差異がないといつてよい。絶対的遡及的消滅を採り、右但書の趣旨を徹底させる神戸説が、具体的な解釈論の場面において、私見と酷似するのはいうまでもない。また山中教授は「解除によって契約は遡及的に消滅すると解する立場をとるならば、ただしそれは当事者においてだけにかぎるのであり、第三者にたいする関係では右解除の効力は及ばないと解すべきだ」と強調されるのも私見と同じく相対的遡及的消滅を説いていることになるので、右の見解にもとづく解釈論は同じく私見と酷似している。¹⁴⁾ただ若干の相違はあり、ま

た判例分析の視点も異なるので、次章以下において自説を展開することにした。⁽¹²⁾

(1) 鈴木禄弥「法律行為の無効・取消・解除の場合の給付物返還請求権は、どんな性質をもつか」幾代Ⅱ鈴木Ⅱ広中・民法の基礎知識一五二頁によれば、解除の効果として原状回復が規定されていることや解除の効果がどうせ第三者に対抗できず、遡及効を強調しても実益のないこと、をも考えあわせて、間接効果説が妥当でないかとされるが、ここでは給付物の返還の問題のみを主に念頭においた議論であるので、本文のような間接効果説を主張するものか否かは若干問題がありそうに思える。給付物の返還についてだけならば、山中説でもよいからである。

(2) 山中康雄「解除論」法学志林四八巻二頁によれば、折衷説は、岡村「債権法各論」、池田「債権各論」、竹田「京都市学雑誌」三巻二号、末弘「法律時報」八巻三号がある、と述べている。しかし右の諸学説がみな厳密な意味で折衷説といえるか否かは疑問。なお、水本浩「解除」新民法演習4債権各論四二頁以下は折衷説に近い。

(3) 山中・前掲論文法学志林四八巻三号には間接効果説と折衷説に対する鋭い批判があるが、本稿では、それに加えて、もっぱら私の関心からの批判のみを述べてある。

(4) 山中・総合判例研究叢書民法(Ⅰ)一四八頁以下。同・法学志林四八巻二号。

(5) 上野雅和「契約解除の効果について」別冊ジュリスト法学教室3(第二期)二六頁。

(6) なお、前節(三)の穂積起草委員の発言では、債権的にも物権的にも遡及的に消滅する解除条件の構成の場合にも、これを「当然ノ原ニ復セシムル」効果と呼んでいるので、遡及的に失効する場合にも、すべて原状回復の効果が生じるといってよいのかもれない。

(7) この問題については、川村泰啓・商品交換法の体系上二六九頁参照。

(8) 末弘蔵太郎「債務不履行に因る契約解除と損害賠償」民法雑誌一八九頁と本文における私見とは全く同旨であるといつてよい。純理論的にいうならば、解除による原状回復義務と債務不履行損害賠償とは両立しえないというべきであつて、ドイツ民法のように、選択的行使かスイス民法のように信頼利益の賠償として構成するか、はたまた原状回復義務の一環としての法定の特別な損害賠償と把えるかしなければならぬ。しかし間接効果説や折衷説、山中説のいずれをとっても単に右の諸説が契約が遡及的に消滅しないが故に債務不履行損害賠償が基礎づけられると考えることは早計なのであつて、原状回

復債権関係の発生、すなわち、契約が締結(ないし履行)されなかったならば存在したであらう状態への回復を唱える以上、他方において、締結され履行されたならば存在したであらう状態を目指して、損害の賠償を肯定することは論理的に矛盾しているのである。

(9) 山中・総合判例研究叢書民法(四)一五三頁。

(10) 同様の問題は更改契約の解除による旧債務の復活の場合にも生じる。

(11) 山中・前掲書二一〇頁以下。

(12) 私見のように相対的遡及的消滅を採用すれば、合意解除も法定解除と全く同一の効果を有するものとして兩者を統一的に把握できる。合意解除も解除当事者間では遡及的に消滅したものととして当事者間の関係を規律しつつ、第三者に対してはこの遡及的消滅をもって対抗しえない。合意解除の場合には債務不履行の事実がない限り、損害賠償を請求できないのは、けだし当然ということになる。従来、合意解除と法定解除とを異質視してきたきらいがあるが、反省さるべきであらう。

(13) 山中・前掲書一七七頁は、土地所有者たる賃貸人が賃借人に賃貸土地を売却したのち、この売買契約が解除された場合、売買契約の成立により消滅した賃貸借関係も当然旧状に復すると判示している大判昭和八・一一・一法学三卷四四四頁を引用して、山中説によれば、解除によって原状回復の債権関係が生じ、従前の賃貸借関係を復活すべき債務のみが生じ、それにもとづいてはじめて貸借関係が成立すると説いているので、本文の事例においては、本文の如き結論になるであらう。ただし、最判昭和四〇・一二・二一民集一九卷九号三二二頁は、いったん混同によって消滅した賃借権は、第二譲受人丙の所有権取得によって、同人に対する関係では、消滅しなかったことになると判示している。最判の考え方によれば、本文のような問題は生じないことになる。好美清光・民商五五卷二号二六四頁参照。