

契約解除論

山下 末人

I はしがき

わたくしは前に「民法研究におけるマルクシズムについて」（本誌四八号一四七頁以下）で、民法解釈論をマルクシズムの立場から論じてみた。それは、解釈論自体を目指したものではないが、解釈論がマルクシズム法学の中で占める位置・意義を問題にしており、当然解釈方法論にも及び論じている。しかし、具体的な解釈論上の問題について論じていないので、内容が抽象的で不明確な部分も少なくなかったようである。そこで、右の論文での主張を具体的解釈論の中で示さなければならぬと思った。具体的解釈論といっても対象に何を選ぶかを考えたが、やはり、わたくしなりに今まで解釈論として取り上げることがある問題を対象とするのが適切であろうと考え、契約解除論と瑕疵担保責任論についての私見の再検討——右の論文の趣旨からみて、補充・訂正あるいは改説の必要はないか——を始めることにした。この二つの問題についてのわたくしの考えには、以前から批判・反対があることは知っており、そして補充や訂正をしなければならないと自分で思っていたところもあったが、この問題についてのその後のわたくしの不勉強もあって、考えの基本線では改める必要はないと思い今日に至ってしまった。しかし、新たに契約解除論に

ついで右のような意味で私見の検討を始めてみると、基本的考え方において変更しなければならぬと思うようになった。しかし、わたくしがこのように感ずるようになったのは、わが国の解除に関する近時の論文からではなく、Leser, Der Rücktritt vom Vertrag の内容によつてである。

もちろん、Leser はマルクシズムという立場から契約解除論を展開しているのではない。しかし彼の解除論では、解除、その関連諸制度（損害賠償請求権、瑕疵担保責任、不当利得など）、そして諸義務（二次的給付義務、二次的給付義務や保護義務など）を含む契約関係についての理論の歴史的展開が実証的そして論理的に分析され、まさに「歴史的理論的」といえる論文である。ここでは、現在のドイツにおける解除論の解釈論上の問題点がローマ法以来の歴史分析に投影され、かつ現在の問題点の意味が歴史的に——将来への展望をもつて——説明されている。したがつてわたくしが今迄掘つていた理論が、解除制度の歴史の上で何処にその足場を持つているのか、現在の解除制度のどの一面しかみていないかを、明確に解らせるのである。

マルクシズムはあらゆる（法）現象を直ちに物質的（社会）関係に結びつける考え方ではない。法現象を、主観的に *isoliert* に考察するのでなく、法則的な物質的・観念的連関において歴史的に変化・運動するものとしてとらえる。観察者の主観（的把握）を排し客観的実証的にとらえる。そうすれば、当然に法現象・観念を究極的に規定する物質的關係へ結びつくというのである。Leser の理論には、物質的社会関係こそ出てはいないが、その分析は、現実社会関係の中での解除制度の歴史的形成と、それを人がとらえ理論化する解釈論の歴史的理論的展開を説明するもので、わたくしはこのような理論にマルクシズム（少なくともマルクシズムに通ずるもの）を見ることができると考える。以下で Leser の理論と私見についての自己反省をのべる。

- (1) 山下末人「取消・解除における原状回復義務」(法学論叢一六卷五号)、「契約解除における原状回復義務と不当利得」(谷口還暦記念2)、「新版注釈民法(13)」、「瑕疵担保」(於保還暦記念1)

II Leser の理論

1 「Der Rücktritt vom Vertrag」の第一、二章は、ローヤ・普通法からドイツ BGB における解除規定成立までの長い歴史⁽¹⁾を詳細に叙述している。(以下の文中の数字は頁数)

- ① ローマ・普通法では、一般的な解除法はなく清算 (Rückabwicklung) のための個別的手段 (actio redhibitoria, lex commissoria) のみがあった。その原因は双務契約 (Synallagmadenken) の欠如または発展の遅さにある (2, 6)。すなわち、商取引の拡大とともに契約の迅速な解消の要求も強まったが、それは、たとえばフランスにおけるように契約自体の給付の双務性を基礎に解除を認めるといような形では展開されず、契約に外から (von außen her) 追加された「条件」として付け加えられねばならなかった。このため lex comm. の解除条件が使われた。これが BGB の約定解除中心の構成として解除と損害賠償の厳密な二者択一関係の原因である。というのは、損害賠償は契約に内在する「自然な」清算可能性として理解されるのに対し、解除は契約を完全に除去するものと考えられたからである (6)。
- ② 法定解除の形成の歴史としてプロイセン ALR、フランス CC について論じた後、ドイツ一般商法典 (ADHGB) に

おける決定的発展が叙述される。一方で商業界の要求、実務、他方でCC、普通法などの影響を受けながらADHGBの規定が成立する過程が詳細に描かれているが、結局は普通法のlex comm.が手本となり依然として観念的に支配していた普通法へのつながりが示されている(7~16)。

③ BGBの解除規定の準備作業を決定的に規定したlex comm.その基礎にある解除条件の姿が、ローマ法その普通法における展開そしてADHGBを経てBGBに至る歴史的過程を通して、現在の解釈論上の中心問題の視点から追求されてくる(16)。

lex comm.は、古典ローマ法では停止条件付売買の形をとっていたが、古典後期には有効な売買に停止条件付解除契約が付け加えられたものとして解されていた(17,19)。

普通法で「条件論」が重要な論点となったが、解除条件を停止条件付解除約束(Auflösungspactum)とみるとらえ方が支配的となる。そして、解除条件の効果をめぐる論議は一九世紀におけるlex comm.の展開にとつて極めて有意義であった。しかもそれは、それまで有効であった契約の解消後の当事者間の利害調整すなわち「清算」という重要な問題であり、解除と密接な関係のある問題である。一般に、解除条件の効果を所有権の移転にも及ぼす、すなわち条件の物権的效果と遡及効をもって清算の問題は解決されると信じられた(18~20)。しかし、Windscheidの解除条件Ⅱ債権的效果説などの反対はあったが、遡及効の正しい意味(返還義務を給付がなされた時の状態に結びつけて内容確定する)はまだ認識されていなかった⁽²¹⁾(24)。

一九世紀、取引の中にlex comm.、解除条件は広がっていき、その経験も積まれていく。条件構成、その効果についての理論的争いも盛んで、解除条件したがって後でなされる解除によって、契約は外から付け加えられた規定により、それが存在しなかったように除去されるといふ観念が深く根を張った。それとともに、解除と損害賠償の——ADHGB

の審議で展開されたような——厳密な二者択一関係も確立される。このような見方から、解除と損害賠償は全く別の基礎に基づき、異なる側面から障害に遭った (*gestört*) 契約の清算という課題を解決するものと考えられた。両制度の、契約の双務性 (*Synallagma*) における共通の基礎として清算における同種の課題は、条件構成の影響の下にかくされていた (24～25)。

しかし、条件構成の特殊要素として、債権者の一方的表示による *lex comm.* の主張形式がある。ADHGB では、真の条件と *Potestativbedingung* の結合というすでにローマ法で使われた形式が貫徹されていた。それは、BGB においても法的手段の機能にとつて決定的意味をもち、いわゆる「形成権」へと発展することになる (25)。

[BGB における規定の成立]

① BGB 第一草案 (§426～436) で、解除は、その輪郭をはっきりさせるが最終的な形はみせていない。それは、普通法のばらばらの個別規定から独自の法制度へと発展させたものである (26)。

BGB 第一草案の全体委員会において、新制度解除の手がかりの一つが普通法の *lex comm.* であった。そして、約定解除に限定された解除規定、ADHGB の「一方的な形成の表示」については承認されたが、清算については種々議論があり結局 *Windscheid* の債権的效果 (当事者間では遡及的に契約は存在しなかったとみられる) に落ち着くのである (29～31)。

② 他方、*Wandlung* については、約定解除権に倣ったとらえ方がなされ、解除と *Wandlung* の結びつきがつけられる。またその効果 (清算) は普通法の *actio redhib.* の規定が草案にとり入れられ、約定解除よりはるかに詳細に規定され (29 (31))

③ 不履行による法定解除については、債務者の責に帰すべき不能について、新しい法定解除を認めようとする考え方、CCあるいはADHGBに従うもの種々論議される。解除と（履行利益の）損害賠償は相互に排除するというのが多数、そして債権者は解除と損害賠償の間の選択のみができるというADHGBの考え方が草案で貫徹する（35）。

④ さらに委員会では、解除に関連する諸規範の統一が問題となる。その中で清算についてはWandlungの個別規定がその特殊な起源を考慮されることなく承認され、他方、新解除の構造的基礎（strukturelle Grundlage）についてはPotestativbedingungの形式を採るといふ不整合がある。そして、約定解除・法定解除・Wandlung共通の根本の考え方を *restitutio in integrum* に求めることが新たに主張されたが、*restitutio in integrum* の射程、個別規定との整合性は見極められてはいなかった（35）。

⑤ 以上のように述べられた後、第一草案で形を示した新制度解除の核心的問題点について論じられる。

(a) 契約の解消 第二委員会ですべて解除の根本像が出来上がり、その要件が定められたことで、*pacta sunt servanda* の上位原則がもはや契約の恣意的な解除によつて危機にさらされることはないという認識が定着した。それ程、諾成契約の拘束力が強く確実に根付いたのである。右の解除像は普通法の完成を意味し、したがって抽象と概念・用語が高く評価され、当事者の利益と規範の実用性・機能は後退している（35～37）。

(c) *obligatio ad restituendum in integrum* 解除と不履行の際のその適用という問題は今までなかった全く新しい問題である。この新しい規定の根本観念をとらえるとき重要なのが「解除によつて締約者は互いに、契約が結ばれなかったような権利を有し義務を負う（*obligatio ad restituendum in integrum*）」という一般的公式である。これは、個別規定を融合して一つの新しい制度を作るに際し決定的に重要な役割を果たした。特に、新しい解除に *Redhibitionsregel*(*actio redhibitoria*) を取り入れるための要であった。しかし、この一般的公式は、具体的決定がそれ

からひき出せる規範というより、ある目標を一般的に言い表わすときの指導原理であった。解除の具体的な個別規範は *Redhibition* の取り入れによって直ちに確定されたのであり、したがって個別規範と右の一般的公式の間には一致がなく、この公式を使用出来ないようにする矛盾が生じた。したがって、解除の一般的目的は与えられたものとして受け入れられるのではなく、個別諸規範の全体の内容からとらえられなければならない (37～38)。

個別規範が含んでいる問題として、三つの大きなグループが指摘される。"Befreiungswirkung", "Rückabwicklung", "Anspruch der Geltendmachen" である。この中で *Rückabwicklung* が一番重要な問題であるが、第一委員会は問題を普通法の *lex comm.* と *actio redhi.* の規定を結合することによって解決しようと信じ、このような解決が若干の修正をうけて *BGB* に入っている (38)。

以下、右の三つの問題について、「*BGB* における解除規定の成立」が論じられるが、*Rückabwicklung* 自体をとりあげる前に普通法の *Redhibition* が一瞥されている。

⑥ 解除の清算関係 (*Rückabwicklung*) 第一委員会は解除の清算関係を規定するについて、*Redhibition*、債権的效果の条件構成、物権的效果の条件の三つのうち *Redhi.* を採る。

ところで、普通法の *Redhi.* では、当事者双方が契約前の状態への回復義務を中心にその効果が考えられているが、すでになされた給付が無傷で存在するかぎりその返還でよいが、給付が買主のもとで悪化または滅失したときそのリスクの配分については明らかでなく、これを解除に取り入れるのは問題である (42)。特に、ローマ・普通法では、買主が支払った代金の返還をうけるには、売主からうけた物の返還が先になされなければならぬことや (44)、物のリスクと責任については所有者・占有者関係の法理で処理されるといったような、(解除が問題となる) 双方契約にはふさわしくない内容がみられる (45)。そして、この普通法規定の取り入れはローマ法源をそのまま受け入れたもの

で、その基礎にある法政策的思想はほとんど問題にされていない(52)。

BGBの審議では、解除とRedii.に共通な一般的公式、すなわち契約の廃棄(Aufhebung)と原状回復ということから、契約により一旦買主に移った物の危険が解除によって再び売主により引き受けられるということが導き出されるが、このような考え方は普通法のRedii.の中には根拠を見いだせない。それは、条件理論のみに由来し、物の危険配分問題を解除条件による契約の廃棄・清算の中に取り入れる試みである(53)。

⑦ Redii.の清算の仕方と約定解除(条件構成、停止条件的解除約束に由来することから、双方契約のモデルに拠る)の相違が意識されるようになり、第二委員会では、Redii.と解除を統一する一般的公式も抹消されることになるが、解除の効果についての根本的見方を改めることはしなかった。この結果、成立した第一草案では、当事者双方が受けた給付の双方向的返還義務が前面に出ている。それは、BGB§346に受け継がれるが、返還義務は条件構成の遺産として、普通の給付義務(normaler Leistungspflicht)に倣って定められている。その内容は、「原状回復への広い義務と物の状態(Schicksal)にこころの狭すぎる責任という両極の間で未決定」状態にあり、それだけ解釈によって柔軟に適用されうるものである(55)。

解除の行使は条件構成から、一方的表示により双方向的な返還義務が生ずる(Wandlungでは異なる)。この点、双方契約意識が解除の底流にあったといえる(56)。

しかし、解除によって生ずる返還義務についての責任は、Redii.の後続作用として第二草案で所有者・占有者関係によることとなる。これは、(給付受領者には返還義務が訴訟係属中であるかのように、重い責任が課せられることになり)、約定解除ではともかくとして、法定解除・Wandlungでは当たらない考え方である(57)。さらに、解除の返還請求(権)についてRedii.の規定が取り入れられることにより、返還請求における双方性が不十分にしか実現され

なかった。双方の返還義務が Zug um Zug に行なわれる点でのみ双方性がみとめられ、返還請求権の存在・額についてはそうではなく、物の返還障害の際の調整手段として発展してきた Redhi. に特有なシステムが固執された（たとえば、買主が物の譲渡加工、責に帰すべき滅失により返還しえぬときは代わりに物で埋め合わせて双方向的返還を行なうか、返還を全く止めるかの二者択一があり、そして一九世紀には返還請求の排除が前面に出てくる）。このようなことは解除には適合しないものであるが、その結果が BGB§350～353 である（57～60）。BGB§350 は、責に帰すべからざる物の滅失の場合でも解除は認められ、さらに解除権者は相手方に対し返還請求権をもつ（自分自身は責を負わず）。これは Redhi. の考え方によるもので、§323 の双方契約の原則に反する（60）。

このように、BGB の審議では、普通法の Redhi. が手本とされ契約がなされなかったように契約の結果は除去されるべきであるという解除の「原則」が固執され、この原則のみが解除の経済目的（特に権利者を、危険の移転も含め締約による不利な結果から守る）に奉仕するものとされた。もちろん、反対の意見もあつたが貫徹されなかった（61～70）。

⑧ 解除の行使 (Gelöndmachen) これについては一方的表示で解除の効果を直接発生させることで一致があつた。このことは、解除構成の最も価値ある遺産であり、すでに ADHGB で実現してゐる。Potestativbedingung により、権利者は法律関係を直接変更し形成する権限をもつ（78）。

法定解除と損害賠償の間の選択については厳密な二者択一を定める。その根拠は、給付障害に特殊な必要性にでなく、法的手段の形式的な特性にある。すなわち、解除では一度行使されると形成の撤回を許さない拘束力があり、これに対し損害賠償ではいつでも解除への変更が許されるという性質である。このことが、後々問題となつてくるのである（80）。

⑨ 解除の解放効 (Befreiungswirkung) 解放効は解除の第一の機能であつた。（なお、この効力は、契約に対する

解除の効果についての理論的観念と非常に密接に結びつき、それによって制度の全体像も決定される(88)。

条件構成による(不履行の際の)解除留保の約束は一九世紀に急速に拡大するが、それは主として(不履行の)契約義務からの解放に限られ、すでになされた給付の清算という困難な問題はまだ克服されていない。しかし、解除は契約解消の典型と考えられ、たとえばBGB§326の給付拒否などは解除と非常に類似しているが契約解消という視点からみられてはいない。「契約から離れる」という解除の解放効が、その機能の類似性からRedli.を解除に下屬させる機縁となり、これがRedli.の清算規定を後で解除に取り入れる基礎となった(88~89)。

この解放効をdogmatischにどのように理論化するかは困難な問題であった。「契約が結ばれなかったような状態の回復」という一般的公式の作用が支配していたにもかかわらず、たとえば第一草案の間接効果説や、物権的效果の条件構成を拒み当事者間での債権的效果を生む解除という考え方にみられるように、契約の存続という観念からは徐々にしか解放されなかった(89)。しかし、第二委員会第一草案に反対し、自然な(natürlich)考察によれば解除によって契約が消滅(Wegfall)するとすべきであるとしたが、それは物権行為には及ばず債権関係が廃棄されると考えた。しかし、これをdogmatischにどのように観念するかについては一致がなく、この問題は大きな実用的意味をもたぬ理論的区別、構成の違いではないかということできがみられた(90)。その後、第二委員会第二読会で解除による原状回復という一般的公式は抹消される。そして、解除がなされると、うけた給付の返還義務がBGB§346のように定められたが、契約及びまだなされていない義務がどうなるかについては規定されなかった。しかし事実上は、解除により契約は除去されるという考えが一般的であった(91~92)。

このようにして、一方的表示による契約関係の形成(債権関係に限定され)という当事者の法的力が承認される。しかし、このような形成的効果が解除の実態に合った適切なものであったか否かは、二〇世紀の理論展開により初めて

示されるのである(92)。(なお、BGB立法者は解除の効果も構成についても規定していないので、解除による形成及びその特殊な効果をどう確定するかには狭い制約はないとして、LeserはBGBの資料から、次のようなドイツ解除制度像を描いている。「解除者の一方的表示により契約はその存在に影響をうける。解放効は、*causa*・債権的拘束の——そのすべての個々の作用とともに——完全な除去を意味する形成により達せられる。解除表示により、原状の回復のための前提とみられる一種の無契約の状態が生ずる。契約の除去により生まれる空白は解除規定の清算規範により充足される」)

第三章以下では、以上の歴史の叙述の中で重要な視点ともなっている、BGBの現行解釈論上の諸問題について解釈論的(歴史を含んだ)⁽³⁾分析が展開される。

〔解除と他の契約清算形式〕

① 解除を他の制度から切り離して独立に考察するのでなく、契約清算(*Vertragsabwicklung*)の手段として解除とともに(不履行による)損害賠償・消極的利益(*negatives Interesse*)・給付不当利得が考えられ、これらの間の関係が検討される必要がある。解除は、他の手段と違う独自の清算形式であるが、BGBではこの特殊性ははっきり認識されていない(101～103)。解除は、契約とその履行されていない義務からの解放という効果(*Befreiungswirkung*)⁴、そして、すでになされた給付の返還請求権を生ぜしめる。後者は、清算請求権(*Rückabwicklungsanspruch*)として財の移動を訂正し、また賠償・調整給付(*Ersatz-u.-Ausgleichsleistung*)を含む。しかし、BGBでは、条件構成の物権的效果を捨てた後、新たにこの清算請求権の内容確定が問題となるが、その基準が既述のように*Redii*の所有者・占有者関係に

よったことで問題が残された(104)。さらに、解除の清算請求権が問題となる領域は、約定解除・法定解除そして Wandlung も含まれる広く様々であるから、これらすべてに当てはまる規定が見いだせるか? BGBはこの要求を満たしているか? (105)。

② 給付(不当)利得の法理は、二利得請求権説(Zweikonditionstheorie)から差額説(Saldotheorie)へ展開する。差額説では、利得者の返還義務の確定に際し、彼の反対給付を考慮するが、この考慮は失敗した(Fehlgeschlagen) 双方向契約における双方向的拘束(synallagmatische Bindung)の後続作用であり、それによって利得返還請求権は清算関係で事実的双方性(faktisches Synallagma)に結びつけられる(107～110)。

失敗した双方向的交換の清算は、物(Sache)のみに関係づけられた、分離された利得請求権によつては満足されず、個々の計算項目を一つの全体計算(Gesamtabrechnung)へ組み入れ結び付けることによつて満足せしめられる。これは、損害賠償における差額説(Differenztheorie)に対応するもので清算の課題に適合した考え方である(111)。

しかし、差額説(Saldotheorie)の趣旨は、Leserの事実的双方性論(die Lehre vom faktischen Synallagma)によつてより完全に実現される(112～119)。

③ 損害賠償は、障害のある契約を処理するための最も古く実用的に最重要な手段であり、その上法定解除と二者択一という最も密接に関係している制度であるが、これはBGB発効後目覚ましい発展をなし、失敗した契約全体の統一的計算(einheitliche Abrechnung)に債権者の反対給付を組み入れる差額説・中間説(Differenztheorie, Mitteltheorie)に結果する。これは、前述給付利得の差額説(Saldotheorie)と対応するものであるが、今迄あまり注意されていない(122)。

その発展の歴史について、Mommсенの利益(Interesse)理論は、物(Sachleistung)とその価値から離れた考え方であ

るが、彼においてもまたBGBの審議においても、反対給付を計算に組み入れる考え方(Synallagma)はパンデクテン法学では前面にできることはなく、一方的義務の觀念が支配した(123)。しかし、Mommserの理論(Differenzbegriff)は損害賠償の「精神化(Vergeistigung)」によって、重点を給付から全体計算に移した。(この全体計算が初めて、債権者・債務者の給付(義務)を履行の全段階でとらえ、統一的に調整するための基礎を作り出したのである)(124)。BGBの立法者は、双方契約を二つの分離した独立の給付義務からなると考え、そのSynallagmaは十分に貫徹されていない。損害賠償請求権による清算も同様で交換説(Austauschtheorie)による。ところで、交換説は債権者が自己の給付をすべてなしているときはともかく、債権者が給付をしていない場合債務者による給付障害後、債権者はなお給付義務に拘束されるのが問題である。この点について、ADHGB(§354, 355, 283)は債権者を給付義務から解放し、両給付の差額を要求することで契約を清算した。しかし、これはBGBの審議では考慮されなかった。BGB発効後、実務の要求がDifferenztheorieの発端となり、学説・判例で差額による解決が認められる。その後Kippなどにより中間説が出され、これが今日の一般の見解となる(125～127)。立法者により独立のものと考えられた個々の義務は中間説の全体計算では、その双方性を考慮する結果、非独立の計算項目となる。またこれによって、清算関係の様々の状況に適合した解決が可能となるのである⁴⁾(129)。

④ 法定解除と損害賠償は今日二者択一関係にあると考えられるが、それにも歴史がある。ADHGBのプロシヤ草案は、フランスCCに従い遅滞または不履行の場合、全く一般的にそして素朴に損害賠償を伴う契約解除を提案した。しかし、解除の解放効と損害賠償請求権の関係は明らかでなく、解除の結果としての給付の返還請求権と損害賠償請求権の関係はさらに不明であった。ADHGBでは、法定解除を契約不履行(Vertragsstörung)の効果の中に組み入れて、それに応じて損害賠償と結びつけるということはまだなされなかった。その代わりに、普通法の解除条件が支配して

いたので、解除は不履行による損害賠償とともに (neben)、特殊な効果をもった新しい独立の救済手段としてあらわされた (清算手段としての両制度の共通の機能は重視されていない) (139)。

普通法における契約の厳格な拘束力のドグマ (給付障害の場合でも当事者は解放されない) は歴史的に解除条件により克服されるのである。一九世紀になり契約からの解放は避けられない要求となり、それを満たせる唯一の道が解除条件であった。解除条件の利用により「全」契約の解消へ決定的方向が設定され、損害賠償と解除は両立せずという方向で議論され、契約義務からの解放の理論は契約義務の双方的依存性を基礎に構築されるのでなく、契約の外そして上に在るもの (条件) の作用を利用することになる。BGBの審議では、すでになされた給付の返還請求については Redh. からの影響がみられるが、解除の解放効については条件構成が固執され、条件構成によって「原状回復」の方法としての全契約の除去が考えられた (141)。この道は、歴史的にみると、完全な形成効果 (Gestaltungswirkung) 達成のためには必然 (notwendig) であり、その効果の状況に応じた細かい区別は後になって初めてなされるべきことであつた (142)。

履行されていない契約義務からの解放効は解除の本質的機能と考えられているが、それは今日、不履行による損害賠償をもって清算するときにも確定したその要素となつている。この契約義務からの解放効は給付の双方的依存性、Synallagmaにその根拠があるとみられる。したがって、法定解除も損害賠償と全く同じ基礎をもった清算手段として、契約の中に取り込んで考察することが必要である。また、返還 (Rückabwicklung) という解除の別の機能であるが、(前述のように Redh. に影響をうけた形をしているが) これももはや排他的に解除に特有のものとは考えられない。たとえば、債権者に引き渡された物の返還はいわゆる「大損害賠償 (grosser Schadensersatz)」において行なわれている (全体計算により)。このように、解除と損害賠償は、全く別の基礎に立っているものと考ええることは出来ないのである。

(143～144)。債権者が給付したものの返還請求は、対象が金銭でないかぎり、解除に留保された唯一の機能であり損害賠償ではその返還請求は許されないとされたが、全体計算はこの返還請求を損害減少として (schadensmindernd) 考慮することにより損害賠償に取り込んだ。こうして、解除の機能は内容的には解除特有のものではなくなつてきている (144)。

解除は、積極的利益 (positives Interesse) にも、消極的利益 (negatives Interesse) にも向けられたものでなく、この両極の間に在る調整 (typisierter Ausgleich) を目指す制限的手段 (beschränkter Behelf) である。この「制限」と「類型化」が解除の清算手段としての独自性である。損害賠償は包括的手段 (umfassender Behelf) であり、非常に多くの要素を含み全体計算により処理する (その下に解除のすべてではなくとも大抵の個々の機能が含まれる)。解除の本質的機能の一つである解放効は、今日では、契約清算の普遍的要素である。これに対し、履行利益にも消極的利益にも向かわない制限された返還 (beschränkte Rückabwicklung) は解除に特殊な機能である。契約に基づいてなされた給付のこの返還 (Rückgabe) は、契約により引き起こされた財移動の、または、当事者が正当に契約について持った期待の一部面をなしている。両当事者が原則的に同じ義務を負い給付を返還することは債権者が完全賠償を捨てて契約から自分を解放しうる最小限の利益 (typisches Minimalinteresse) を意味するのである (146)。(なお、履行利益の賠償と解除は排除する (147)。

〔返還関係 (Rückabwicklungsverhältnis)〕

(契約の清算関係への変更)

① 解除の特色は主として返還 (Rückabwicklung) の特殊な形式と内容にある⁽⁵⁾。そして解除がその機能をよく果たし

うるかは、返還請求の算定が明確であることに依存する。ところが、返還請求権と、その基礎と内容についての学説・判例の現状は、明確性の要求をほとんど満たしていない。これは、損害賠償における全体計算、不当利得法における発展が解除ではみられなかったことを示している(151)。

② 条件構成は契約からの解放について近代的手段を提供したが、返還については条件と物権的效果のからみあいによって有効な解決が示されず、その代わりにReditiの返還請求権が条件構成の上に積み上げられた。その結果、Reditiと結びつく視角の狭さをもたらし、解除の一般的目的は所有者・占有者関係からの損害賠償と元の状態の回復(negatives Interesse)の間を動揺する点となり、それは今日まで残っている(152)。

③ 解除の形成的効果(Gestaltungswirkung)については、BGBの審議で優勢であった見解(履行されぬ義務からの解放は、契約の完全な除去というラジカルな手段をもって達せられる)が後まで影響し、解除および返還関係についての根本的見方を永く固定した⁽⁶⁾。契約の除去により元の契約関係とその清算の間の結びつきが断たれ、その後の契約への方向づけの可能性がなくなった。したがって、解除の目的についての上の動揺に、不当利得の新し視点加わることになる。解除、その目的の理解は、単なる解放(reine Befreiung)をいって形成(Gestaltung)の問題と密接に結びつき、形成とその処理が解除理解の鍵となる(153)。右の見解では、解除表示により契約は遡及的に除去される。そのはつきりとした手本は普通法の解除条件であった。ただ、除去の効果は債権関係にのみ及ぶ。債権契約の完全な除去が、契約前の状態を回復する解放効を達成するに必要な手段と考えられた。このような考えは純粋な構成問題として法律の中には定められなかったが、その見方が永く支配したということは法律とその適用が基礎にある右の観念に依存したことの注目すべき証拠である(この「直接効果説」が最近まで学説・実務を支配した(154～155)。しかし、契約の除去により生まれる空白は、取消による契約の除去後の無契約状態に似ており、だからcausa finitaの形で不当

利得法が適用される。ただ、利得法の一般的規定に対し特殊規定として解除規定が優先するので、修正された利得請求権とみられた⁽⁷⁾ (156)。

④ 解除効果についての最近の理解 契約の適法的な完全な除去という観念は清算 (Abwicklungsaufgabe) という解除の目的をはるかに超えた内容であるので、それは今日すでに人を満足させることはできない。不履行による損害賠償の清算手段との比較は、解放効の達成のため契約の除去を必要としないことを示している (157)。しかし、契約の除去についての以前の解釈学の考え方は、歴史的にみて必然的な少なくとも避けえない (簡単に飛び越えられない) 発展段階であることが確定される⁽⁸⁾ (158)。

法定解除論での決定的一步は、Heinrich Stollの、解除の効果を契約の「内容的変更 (Umgestaltung)」とみる説によって示された。彼は、Siberの「債権的有機体 (Organismus)」概念によりつつ、広義の債権関係として当事者間の全法的関係を基礎に、自ら変化する個々の権利・義務が成立すると考える。債権関係の元の性質は全く別の性質に変ることがあるとする。Stollはこの性質すなわち時々の請求権または請求権群の型 (Typus) を、基本関係 (Grundbeziehung) としての「有機体」に対し「現象形式 (Erscheinungsform)」と呼ぶ。そして、解除表示は債権関係の存在にではなく内容のみにかかわり、したがって解放効は元の給付義務を消滅させるが、同時に持続する債権的有機体内部で新しい返還請求権が成立するという帰結を引き出すのである。それゆえ、契約は新しく形成された法的関係の基礎でもある。返還請求権は、損害賠償請求権と同様、持続した債権的基礎に根ざすのである。このような考えの下では、法定債権関係や不当利得法に拠って考える余地はなく、契約に有機体が返還請求権の基盤となる。解除によって、双方契約は清算関係 (Abwicklungsverhältnis) へ変更 (Umgestaltung) されるとともに、履行されていない義務からの解放がある。そして、この義務は解除により *ex nunc* に消滅し、解除の除去作用はこの義務のみに集中するのである。このように

考えることにより、解除表示の形成的効果は分化され (differenzieren)、清算のため必要な範囲に限定されることにな
 re (159 ~ 160)。

Stollの見解をさらに推し進める Ernst Wolfは、解除表示により債権関係は全体的動的構造 (ganzheitliches Wirkungsgefüge)として清算関係に移行する。解除表示は法律行為であり返還請求権の成立に向けられているので、清算関係も契約関係であり法定債権関係ではない。解除による契約の遡及的廃棄と解放 (Befreiung)を認めず、債権関係の内容変更は ex nunc にのみ生ずる、と云う。Larenz, Esser など多くの学者がこれに従うが、判例はまだ修正された不当利得関係説を採る (161 ~ 163)。

Leserの見解によると、契約の内容変更 (Umgestaltung) 説よってのみ清算 (Rückabwicklung) のための適切な基礎が得られる。すなわち、損害賠償と解除はいづれも契約に根ざしているだけでなく、清算においても変更された契約に基づく。両制度はその構造 (Struktur) では同じ、目的 (Ziel) でのみ異なる。この見解は、解除の解放効についても、契約がどうなるかについても明らかに規定していない法律にも合致する。解除を契約の中に取込み、損害賠償と同じく Synallagma に内含された救済手段とみることによって、外から付加された条件という解除の出発点は最終的に克服される。古い条件は客観的契約の中に伸びていく (hineinwachsen)。しかし、形成的効果は清算に必要な限度に縮減され、それにより分化は一層進められるのである (163)。

⑤ 清算関係の基礎としての変更された (umgestaltet) 契約 返還関係 (Rückabwicklung) の目標 (Ziel) は、Rediti. の影響下で、契約前の古い状態の回復という一般的公式により初めて規定されたが、次の段階で「直接効果説」が支配するようになって、返還請求権は利得請求権と性格づけられた。しかし、前の状態の回復という古い公式、それとともに消極的利益に拠る考えは、今日まで完全には無くなっていない。しかし Leser は、解除は (beschränkter typisierter

Interessenausgleichとして) なされた給付の返還に向かう。それは、契約により引き起こされた財移動の一部面としてなされた給付が再び調整されるのであり、この一部面への限定が解除に特殊であり、解除の固有な機能もここにあるという。そして、返還請求権の対象は給付時の「価値における給付」であり、この「価値」が調整されるべき財移動を固定する (Fixieren)。清算手段として解除が選択されると返還請求権は ex nunc に成立し、この固定された「価値における給付」に向かうのである。したがって、給付された個々の物の滅失などの運命は「価値における給付」に対しその意味が減少し、Redni. の影響でもたらされた視点の狭さも克服されるのである (165 ~ 169)。

⑥ 解放効 契約は解除されても清算関係の基礎として持続するので、解放効は全契約ではなく履行されなかった義務のみにかかわる。この解放効の制限は、最近百年間の形成的効果について見られる分化 (Differenzierung) 過程の一部である。契約の完全な除去というラヂカルな手段は時代遅れである。解放効はなお解除にとって特徴的といえるが、それは契約の清算の中に組み込まれ、その独自性・特殊性を失っている (171)。直接効果説のいう遡及的消滅はすではやくから無理な手段であると認められていた。契約成立から解除までの中間時における債権の存在は、法律によっても人の力によっても無くすことは出来ない。せいぜい債権が成立しなかった様に (as ob) 取り扱うための Breivloquenz である。解放は ex nunc に生ずる) とで十分である (174)。

(物の運命と返還請求権の内容確定)

① 受領した給付の変化とそれが返還請求権の内容に及ぼす影響は、解除表示前後で区別して判断しなければならぬ。ただ、約定解除では返還請求権は初めから存在すると考えられ、解除表示前後で責任の基礎 (Haftungsgrundlage) は原則的に同じである。これに対し、法定解除では、解除表示とともに初めて返還請求権が成立することにより、解除

迄の物の運命とその返還請求権に対する影響と解除後のそれは区別される(175)。

② 解除表示後の責任 (Einstandspflicht) 双方の給付が解除の際変ることなく完全に存在する場合、当事者双方の返還義務が生じ両者は通常の双方契約の責任基準により故意と過失について責任を負う(176)。(責めに帰すべからざる滅失・悪化には責任なし)

③ 受領から解除表示までの責任と危険 まず正当ななら制約の無い受領者の法的地位が、解除により義務と注意が要求される制約された地位へ変る。これは、BGBの関連規定の発言力に過大な期待はできない新しい問題である(179)。

現行BGB§347では、給付の受領から受領者は所有者・占有者関係の最もきびしい責任を負うことになるが、約定解除では返還義務を契約締結から認めることはともかく、法定解除では根拠がない(181)。さらに受領者の「過失」とは何かについても種々議論がある(182～190)。また、責めに帰すべからざる物の滅失の「危険」の逆戻り(Rückspringen)も双方契約の一般原則と矛盾する(191)。

④ 物についての責任と危険に関する新しい考え 解除表示により契約は清算関係に変更し、この時点で成立する返還請求権の内容を価値において固定された給付と考えるなら、上述のような遡及効構成は不要となる。というのは、清算および返還請求権にとって、契約が清算関係へ変更する際の(給付された)物の状態は基準とはならぬ。給付がなされた以前の状態への結びつきは必要ではあるが、しかし、それは遡及効ではない。返還請求権の対象としては、給付対象とともにその価値も調整されるべき財移動とみられるから、それは返還請求権の一つの基準でしかないのである。物の給付後の運命は返還請求権にとってもはや唯一決定的意味をもたないのである(194～195)。返還請求権の内容を清算の課題に基づき規定すると、返還についての責任(Einstandspflicht)も契約の中でとらえなければなら

ない。解除が、不履行による損害賠償と同様双方契約に内含された手段とみられるとき、どちらの場合でも、責任は給付障害という原因事実 (auslösendes Ereignis) から分離され、契約の中に基礎付けられている (責任を基礎付ける給付障害が一旦存在した後は、損害賠償について個々の事情に関しさらに帰責を要しないように、解除においても同じで、その限定された利益調整についての両当事者の責任 (Einstandsflucht) も契約に基礎付けられる⁽⁶¹⁾) (195)。

返還義務も上の責任も設計図 (Entwurf) として契約の中にあり、解除権者の選択により現実化されるのである。限定された救済手段としての解除では、両当事者が平等に取り扱われることが特有であり、限定された返還義務は相手方のみならず解除権者にも負わされる。一方的な全部請求 (Gesamtanspruch) としての損害賠償との違いは、損害賠償では給付障害の帰責と一方的責任が重なるのに対し、解除では両当事者が同じ (限定された) 責任を負う点にある。受領した給付を元の状態で双方が返還することは、彼らが契約から離れたい場合について約束した、いわば最小限の調整である。解除権者は、給付障害の場合、この方法が清算のためにいかどうかの決定権のみを持ち、清算自体についてはなんら優遇されない。したがって、受領した給付についての責任は、物に関する受領者の帰責に (のみ) 依存——これは、普通法の *Rediri* に由来するが——しないことになる。物に対する行為の問題でなく、受領者の責任に免責的に作用する事態如何の問題である⁽⁶²⁾ (197～198、なお201～204)。

返還請求の対象である (なされた) 給付はその価値において固定されることにより、給付内容として、もとの給付物とともにその代位物 (Surrogat) も常に一緒に観念される (給付内容の二重規定)。これは、受領者が受けた物を処分などして返還できないとき、その物の価値を賠償して責任を果たすことを可能にする。すなわち、物は有効な契約に基づき引き渡され、受領者は少なくとも主観的には確定的に自分の財産になったものと考ええる。その物の処分についての制約は解除表示または解除原因を知るまでは認められない。したがって、受領者の物に対する処分自由を制限せ

ずに、受けた給付の返還をその価値で行なわせることは、限定された救済手段である解除に相応している。この受領した物の価値の賠償と解除権者における解除権の排除（これは物の価値を失うことである）は対応しており、受領者の責任（Einstandspflicht）は、給付の価値か解除権の喪失に制限されるのである（199～201）。

（返還請求権の実行と双方向的依存性）

① 解除による返還請求における双方向性は、現行BGBでも§348, 351～353, 354と認められている（210～211）。BGB§350は解除権者の責任を制限するだけでなく、清算について双方向性の原則も排除している。しかし、給付不当利得における二請求権説が差額説に代わられたのに対応して、今日双方向性の原則が適用されるべきである（213～）。ただ、双方向性の原則といっても、清算関係では通常の双方契約と同じようには考えられない点がある。すなわち、清算関係は、相互に主観的対価関係にある義務の合意に基づくものではなく、初めにすでになされた給付があり——それはもとの契約に基づくものではあるが——給付された程度により全く偶然的・不平等な関係から出発しなければならぬ。このような違いを考えると、清算関係での双方向性の原則の適用にも限界を認めなければならない（214～）。

〔解除の形成的効果と*ius variandi*〕

（解除表示）

① *lex comm.* から法定解除が発展するまでは、損害賠償が障害にあった契約の清算の唯一の方法であった。損害賠償ではその範囲・行使形式は契約の履行請求と変わらず、契約の枠は持続された。しかし解除は新しい調整・効果・行使形式をその内容としてもっている。解除権者は一方的表示により契約義務から自らを解放することができた。この

形成権限は、一九世紀中頃までは本質的に裁判官に認められていたが、契約当事者の手に委ねられたことは、当事者により自己責任的に形成される債権関係への道における重要な歩みであった(219)。

ADHGBにおいて、売買の両当事者がまだ給付をしていないときのみであるが、不履行の場合契約を遵守した当事者は契約から——裁判所を煩わすことなく——離れることが定められた。このような規定が生まれるには、その前提として *Causa* の債権法的概念とその上に構築される条件論の展開があった。すなわち、条件として、契約に初めから終点を定め、あるいは考えられるあらゆるケースについて特別の定めを付け加えることが許され、その効果を将来の不確実な事件の発生のみでなく一方または他方当事者の意思にからしめることが出来た (*Potestativbedingung*)。このような条件論の下で、ADHGBの立法者は法定解除の形で当事者が債権関係に影響を与える道を発見したのである。これと並行して、普通法の *lex comm.* は一九世紀後半あらゆる双方契約に黙示に付加されまたは内在するとみられる条項へと発展した。したがって、BGBの解除規定に際し、一方的な形成的表示による解除行使の形式が支配したのは必然的であった(222～223)。

② 解除条件を受け継いだ(約定)解除により「契約前に存在したような状態を再び回復する」ためには、契約の除去が必要であると思われた。この解除表示は取消表示とともに BGB 発効後、新概念である「形成権」の典型となる。その結果、解除規定の詳細は解除について考察されず、主として形成権の概念から引き出された。また、形成権の性質の理解も一面的であり、それは法律の中の解除については何も表していない。しかし、これが解除理解の基礎にあるのである(223)。形成権論にはその後ほとんど発展がみられない。

③ 解除表示は撤回出来ず、即時に拘束すると考えられている(不履行による損害賠償には *ius variandi* がある)。それは、形成権の性質から純概念的論証による理由付けで、たとえば解除によって契約は完全に遡及的に消滅するので、

さらなる形成のためのなんの基礎も対象もないという考え方である(227～228)。しかし、このような拘束力がどのような利益(相手方の解除に対する信頼、相手方の処分自由)を保護するのが重要である。拘束力は相手方の利益保護にその趣旨があるから、相手方が形成に利益を持たずもとの状態に利益を感じる場合には、解除は撤回できると考えてよい(ius variandiが拘束力の対抗原理となる)(229～231)。

(不能・遅滞における形成権限 (Gestaltungsbefugnis) と形成的効果)

① 履行不能の場合の救済手段である損害賠償と解除は、一九世紀に全く無関係とみられており、前者ではMommensenなどの理論により債権関係の一次的給付 (Primärleistung) から二次的給付 (Sekundärleistung) への内容の変更 (Umgestaltung) という考え方をすることができた。BGBの準備作業でも、両者の関係は選択債務と考えられた。BGBの初期の解釈論で損害賠償の選択につき拘束力が問題となったが、結局は損害賠償については ius variandiがあるとされた(249～253)。

② 損害賠償では、責めに帰すべき不能 \parallel 給付障害は、個々の給付義務のみに関係するのではなくSynallagmaによって全債権関係の清算関係への方向転換を引き起こす。清算はここでは、一次的給付による履行にたいし、当事者間の利益調整のためにあらゆる可能な個別的手段の統合として理解される。不能が生じた後、債権者だけが清算を行なうかどうか、どのような内容をもって行なうかを決定し形成する一方的力をもつ(255)。

債権者が一方的表示により清算を行なうと決定することは、債権関係に対する債権者の形成的介入である。そしてこれには、いわゆる形成権のすべてのメルクマールが備わっている(形成権 (Gestaltungsrecht) と区別して形成権限と呼ぶ)(255～)。そして、今日形成権限を承認する¹⁾とは、 ius variandi と対立しなく(258)。

③ BGB§326には、異なる拘束力をもった二つの（債権関係の）形成が含まれている。一つは一次的給付の拘束的（bindend）拒否——債務者の一次的給付義務は期間経過とともに確定的に消滅する——（これは形成権）、他は損害賠償の非拘束的（nicht bindend）選択（これは形成権限）である。

右の拘束的效果は表示受領者の利益を護るもので、この保護の必要性の程度に応じて表示の拘束的效果に段階が考えられる。§326での、一次的給付の形成的拒否のように債権関係の清算関係への変更は基礎変更的（Grundstürend）介入であり、したがって債務者の信頼保護のため拘束的效果が認められる。これにたいし、清算の可能な道の一つとしての損害賠償の選択は、債権関係への介入の重要性・危険性はより低いのでその選択には拘束的效果はない（ius variandiがめく）（261～262）。

④ 債権者に認められる種々の手段（損害賠償、解除など）は清算の共通の課題において一つの枠の中で統合される。そして、これらの手段間ではius variandiが認められる（263）。

（個別救済手段の清算課題による修正としてのius variandi）

① ius variandiは損害賠償の通常の性質ではなく、柔軟性と適合性をもって処理される清算課題の一つの作用である（263）。ところで解除は、損害賠償にみるような目立った発展の影響をうけていない。その原因は、一つは契約は解除により完全、趣及的に除去されるという強く粗い觀念にあり、もう一つは形成の即時的拘束力である（271）。

② 約定解除では、解除表示により損害賠償と違う清算方法が選択されるといっただけでなく、債権関係を清算状態に転換し、それによって一次的給付が直接影響され債権関係への介入は非常に深い。したがって、拘束的效果による債務者保護が必要でありius variandiは認められない（272）。

法定解除では、債権関係の清算関係への転換はすでに行なわれている (BGB§26では、債務者が「期間」内に履行しなければ損害賠償か解除しか認められない。§325では、不能の効果として債務者は一次的義務から解放される)。したがって、法定解除を選択することは一次的給付に関係しないで、損害賠償の選択と同じく清算方法に関するものである。したがって、形成権より形成権限に近い。今日まで約定解除にしたがい *ius variandi* は認められていないが、認めよう (273)。

③ 給付障害の清算手段は損害賠償・解除など多様化し、その結果、清算方法の選択が必要である。したがって、今日清算手段は形成権限なしには理解できない。それ故、*ius variandi* は請求権の通常の性質といふべきであり形成権には常に拘束的效果が生ずるといふ一九〇三年からの *Kipp* の区別は給付障害の領域ではもはや十分とはいえない。*ius variandi* は給付障害のための手段の多様化と同時に成立し、清算において必要な弾力性を与える手段である (277)。⁽¹¹⁾

- (1) *Leser* が歴史的考察を重視したことは、「今日の形での解除は、その歴史的諸前提と発展段階の背景なしには考察されない」など随所に「歴史」という言葉が出てくることにもあらわれている。
- (2) 解除についての現在の問題の視点から歴史を整理している。私見では、解除の歴史把握は一面的・直線的でその裏にある歴史的曲折がみられていない。

- (3) 九五、九六頁に *Leser* の歴史観を示す文がある。「法秩序は制定された規定や概念の閉鎖的な静的集まりではなく、その時代・時代の流れとびったり一致し、多様な秩序要素から成る自己展開をするものである。このような見方からすると、BGB 法典はその展開における一つの重要な刻み目ではあるが、その継続性を中断するような私法秩序の新たな開始では

ない。民法典の生みの親もその時代の中にあり、その時期の思考形式に頼っていた。それ故、今日民法典の射程と将来についての展開能力を認識しようとする人は、その展開の道を追跡し、この追跡を、法典を（唯一の起源とせず）過去に向かつて乗り越えなければならぬ重要な展開段階としてのみ解する地点から、行なわなければならない。……当然のことではあるが、法典化にあたり自由にできた「素材」、すなわち、 BGB の生みの親がその中で成長し時代の法律問題をとりとえることに慣れた形式・概念・観念の世界は、特に注意されなければならない。……」 「しかし、ドイツ普通法の思考形式やその成果に結びつけて考察することは、当時の問題を古い形で受け入れ維持していくことではない。これに対しては、まず時代の隔たりが我々を支えてくれるし、概念や Dogmatik についての立場の変化がもつと有効に支えてくれる。……」

- (4) 債権者が自己の給付をした後不履行による損害賠償を要求するときは、その給付の価額も含まれる。債権者が給付をまだしていないで解放を要求するときは、清算内部で、自己の給付義務の消滅は債権者の請求権の減少項目とみられる。清算ということからみると、代金支払義務の消滅（解放効）とすでになされた反対給付に対応した部分の損害賠償請求権（交換）は類似の項目として取り扱われる（129）。
- (5) 解除を特になされた給付を取り戻す機能に限定してとらえる考え方で、他の契約清算手段との関連の中で歴史的考察により得られたものである。この考え方は私見の中にもあったといえるが、なお条件的思考にとらわれていた。
- (6) 私見はこのような歴史の把握をしていない。
- (7) 解除規定と不当利得規定は多くの点で一致する、しかし、解除を利得法に抛らしめることについて決定的であったのはこれではなく、主として契約の消滅という構成上の観念であった。不当利得は、一つの全体的手段をもって、一財産から利得を掃き出すという特有の目的をもち、解除とは別の役割・機能をもっているので解除の手法とはならない。……それ故、不当利得は解除の異質な諸要素に基礎を提供し、それで一つの新しいもの (Einheit) に融合されることはできない (156～157) と、解除と不当利得の違いを強調する。しかし後述のように検討を要する問題である。
- (8) 間もなく支配的となった直接効果説は、古い間接効果説に対し、契約にたいする当事者の形成力を認めた点で見落とされてはならない。我々が今日考えるような形成効の分化は、同時にはもたらされなかったのである (158) と、歴史的な

段階をとらえた考察をしている。

(9) 解除による返還請求は、解除の原因である債務不履行や受領された物の滅失・毀損についての受領者の過責によってその内容が決定されるのでなく、もとの契約の中にその決定根拠があると、Lescerはいうのである。私見の解除権Ⅱ形成権の手段性の強調も同じ方向を出しているが、条件的思考にとらわれ徹底できなかった。

(10) この点に関して、好美清光「契約の解除の効果」(現代契約法大系(2)一八〇頁)は解除を「価値中立的な」契約清算制度とみるが、解除のどの側面をみるかによって一概にいけない問題であろう。

(11) 形成は債権者が清算方法を選択する意思表示により生ずる。そして債務者が選択された清算手段に対応する (einsetzen) と、債権者はさらに清算手段の変更は許されず、この時点から債務者の保護必要性が優越する。それにより ius vari. は終わり、清算は一つの道に確定される (278～279)。

Ⅲ 私見の検討

ⅡにおいてLescerの「契約解除論」を、私見との関係で必要と思われる内容を中心に紹介した。それは、現在の解稟論上の問題点をめぐる理論の歴史的展開を叙述し、同時に歴史を辿る中で現在の問題を正確に把握するといふものである。そのためには、現在の問題点と歴史の流れの間を往復する思考が繰り返されたに違いない。歴史的Ⅱ論理的な存在である解除は、このような研究方法によって初めて現実的にとらえられるのである。

わたくしも現在までの私見を作り上げるに当たっては、解除の歴史的な展開を考え、その流れ(法則)の上に理論

化を試みたつもりである。しかし、わたくしの歴史分析は、現在の解釈論の問題点を解除権Ⅱ形成権の形式性・手段性にみたのであり、その視点の狭さ、抽象性により実面に一面的・単線的なものであったといわねばならない。歴史を分析しても、自分が歴史に投影した問題点についてしか答えは返ってこない。基本的にこのような歴史分析に基づいたわたくしの解除論もそれだけのものではなかったという感を今強くしている。⁽¹⁾ 当時わが解除論は、通説の直接効果説に対しわずかに山中（康雄）説（Leserの見解に近い）が対立する状態で、わたくしは山中説を採るには直接効果説の論理の批判克服が前提となると考えた。私見は一面直接効果説を批判するがそれを払拭してしまうものではなく、その極端な内容を緩めるものであった。その限りでLeserの考え方と通ずるところがないではないが、Leserのように、通説ではとらえられなかった解除の現実的内容を分析しうる状態ではなかったので、結局は通説を補強する内容になってしまった。以下私見の問題点をLeserの理論を指標にとり出すことにする。

1 直接効果説による「契約の遡及的消滅」論

私見の骨格となる考えた方は、直接効果説それも末川説である。同じ直接効果説の我妻説が解除の効果である「原状回復義務」を、直接効果説の論理にしたがい契約の遡及的消滅による「不当利得」とみるのに対し、末川説は「原状回復義務」は不当利得とは異なるとする。解除の効果としての「原状回復」ということに単なる「利得返還」とは違った意味をもたせるからである。わたくしは、この末川説を下敷きにその趣旨をよりすっきり実現するには、解除の効果としての（契約の）遡及的消滅を解除の目的である「原状回復」に必要な範囲で認めるべきである。すなわち、解除権Ⅱ形成権は契約関係の遡及的消滅自体を目的とするのではなく、その目的である「原状回復」の手段的権利とみるべきであると考えたのである。またこう考えることによって、直接効果説の遡及的消滅と「原状回復」、さ

らに五四五条の履行利益の損害賠償の容認とは両立させうと思われたのである。他方わたくしは、解除制度の中心は法定解除にあり、法定解除が認められる根拠を（法定解除の成立原因である）債務不履行が双務契約では債権者にとって契約自体の存続を無意味とする——したがって、初めに遡及し契約を廃棄することが債権者に許される——ことに求められるとした。法定解除が双務契約における債務不履行の責任追求手段であることを確認しつつ、このことと解除の遡及的消滅との調和を考え出したのである。しかし、Leserのように同じ債務不履行の責任追求・精算手段である損害賠償との関連については全く考えることはなかった。債務不履行によって債権者にとって不要となった契約ということから短絡して原状回復が解除の目的、そのためには契約の遡及的除去が適切であると考えたのである。解除では、契約は一旦確定的有効に成立しており、それが債権者にとって不要となるのは中途の債務不履行があつてからであり、しかも債権者が契約義務から解放され、自らなした給付を取り戻すことで契約不要の意味は尽くされており、契約の遡及的消滅の必要性は見いだせない。契約の遡及的消滅については、直接効果説はその根拠をなら説明していない、私見も同じである。

2 「原状回復義務」

私見は、解除制度の中心は解除の効果すなわち原状回復にあり、解除権はそのための手段として位置づけた。したがって、原状回復のとりえ方に私見の問題点は集約されているといえる。

民法五四五条一項は「原状二復セシムル義務」を定める。これは当事者がすでになした給付の返還（原状回復）をいうのであるが、この規定の裏には *Leser* の一般的公式としての「原状回復」 (*obligatio ad restituendum in integrum*) が解除の目的としてあるとみたのである。そして、前の具体的原状回復は後の目的としての原状回復の一実現手段と

解したのである。これによって広狭二つの原状回復が明確な概念的区別なしに、いわば一体として、解除の効果をなしていると考えることになった。そして、このような原状回復を実現する解除表示の効果も抽象的にしか把握されず、「契約の遡及的消滅」となったのである。広狭原状回復の分化が出来ておれば、少なくとも五四五条の具体的原状回復、そのための契約消滅は遡及的ではなく、*ex nunc* すなわち契約の変更 (*Umgestaltung*) でしょうと考えることが出来たはずである。

原状回復の広狭二義の「未分化」の考え方は、双務契約関係（あるいは債権関係全体）と個々の給付義務との関係についてのわたくしの理解にも表れている。すなわち、双務契約における給付の不履行が（債権者にとって）全契約を初めから不要にすることに、契約の遡及的消滅＝解除の根拠があると、わたくしは考えた。たしかに双務契約の中心は二つの給付の対価的關係にある。しかし給付義務の不履行により全契約が不要とするのは、契約関係と個別給付義務を同一視し分析・分化して考えないからである。

わたくしが、広義の原状回復を解除の目的として置いたのは、解除の原状回復が五四五条の具体的返還義務であれば、それとともに認められる履行利益の損害賠償との関係を考えたからである。ドイツ民法では解除と損害賠償は両立しないが、わが民法では両立する。解除により契約は遡及的に消滅するが、なおその契約に基づく損害賠償が認められるのは、解除の効果としての（広義の）原状回復が損害賠償をも含むものであるからと考えたのである。これは *Leber* の清算諸手段を含んで在る清算関係とは重なる内容をもっているともいえそうである。しかしわたくしは広狭の原状回復を分化しえず、それを損害賠償ではなく解除の方に引き寄せてとらえたため、解除と損害賠償との両立は理論的に可能となつても、*Leber* のような清算手段としての損害賠償と（狭義の）原状回復との関係、したがって契約—清算関係—個々の請求権の分析はできなかつたのである。⁽²⁾

3 Leserの理論との関係で若干のコメント

前述のように、たくしは解除の効果としての原状回復を極めて抽象的一般的にしか理解していなかったために、解除(権)のとらえ方も抽象的で、解除権は解除条件を脱皮して成立したとみていたが、条件構成は直接効果説の形で残っていた。解除権の手段性を徹底すれば「変更(Umgestaltung)」説に至るはずである。そのかぎりでは変更説は私見の展開方向にあるともいえる。直接効果説では具体的原状回復は不当利得の返還となるであろうが、双務契約における給付不当利得理論の発展(Saldotheorie, 事後的Synallagma論)を考えると、解除の原状回復義務と不当利得返還義務は同じ、少なくとも類型的に連続するものと考えられよう。また今日、事情変更による解除が認められており、法定解除も債務不履行と結びつけて考えるのではなく、もつと広く給付障害の清算手段とみるべきかが問題となるが、これも制度の歴史的展開に合わせて考えるべきであろう。

法(制度、理論)の歴史的展開ということであるが、Leserは契約関係と個々の給付(権利、義務)の関係で、両面は依存関係にあるが契約関係・Synallagma・清算関係が損害賠償・解除の具体的内容をむしろ決定するといった趣旨をのべている。これは清算の諸制度の今までの歴史的展開を踏まえた上での主張であるが、ここで、契約はもちろん当事者意思により決定されるがそれも客観的契約関係——これはむしろ客観的社會關係に決定される——の枠内においてであるということを読み取ることができる。現代社會の構造と密接なかわりがある考え方で、わたくしも全く賛成である。

- (1) Lesarのような歴史分析は、もちろん解除というような長い歴史をもった制度であるから出来たといえる。このような歴史をもたぬ制度については、それは考えられない。しかし、歴史分析は上述のように現実に迫る方法であり、「法」制度としての歴史はなくとも、その成立の歴史はもっており、その現実に迫る分析に変わりはない。歴史分析とは単に時の流れを辿るということではなく、歴史的存在としての制度の実像をとらえる方法である。
- (2) ただドイツ民法・Lesarでは、解除は損害賠償とは両立しないとされており、両立を認めるわが民法では若干違った形の理論化が必要であろう。

IV Lesarの解除理論の特徴

Lesarは解除を一方でその歴史的発展において追跡しつつ、同時に他方で大小さまざまな歴史の節目でその歴史的段階の解除理論の内容を確定し、今日の理論がもっている問題点(矛盾)を示唆している。たとえば、直接効果説が種々の反対論などと闘いながら形成され、そして変更説に代わられる歴史過程を詳しく描くと同時に、直接効果説が歴史的必然的な通過点で飛び越えることが出来ないものであったという評価もしている。反対説に対するこのような評価を行いうる自己の理論主張でなければ、正しい意味で反対説の克服(Aufheben)は出来ないであろう。

さらに「比較の方法」、具体的には解除を給付障害の他の手段との関連の中で考察するということは、今までみられなかった本書の特徴である。これもLesarの歴史的な解除の把握によって現実に迫るという方法と関係がある。というのは、解除条件・約定解除中心(BGB)に解除を考えるかぎり、給付障害の救済手段としての(法定)解除とい

う観念、そして同種の法定の救済手段としての損害賠償などとの関連の下でとらえる考え方は生まれえない。約定（解除）すなわち「外からの」当事者意思を離れて、「客観的契約」すなわち *Synallagma* に解除法が根拠づけられ、さらに清算という共通の課題をもつ諸手段の一つであるということ——そのためには債権関係と個別請求権の分化——が認識されるようにならなければならぬのであり、それまでの解除その他の歴史的發展がとらえられなければならないからである。したがって、ここにも *Leser* の歴史であると同時に論理的である研究方法が示されているのである。

このような *Leser* の方法、自己の解釈論的主張を歴史的に論証する考え方は、わたくしのいうマルクシズム法学とどうかかわるのか、わたくしが *Leser* の理論により説を改めるにつき納得せしめられたというのは何故か。

今日、解除の効果に関する解釈論的結論は諸説ほぼ同じ結果に収斂しているといつてよいであろう。わたくしのよくな見解もその結論においては特異なものではない。諸説の対立は、このほぼ同一の結論を導く論理にあるといえる。ところで解釈論では、「今、この」事案についての法に基づいた解決が重要である。そしてこの結論は、そこへ導く論理の体系、体系的論理から演繹されるものでなく、それとは異質の問題的思考 (*Problemdenken, topisches Denken*) によるものともいわれる。しかし、問題的思考は、*Larenz* もいうように、体系的思考により規定されなければ法律学 (*Jurisprudenz*) の理論とはならない。したがって解釈論は、前論文でのべたように、体系的論理（客観）と問題的思考（主観）の矛盾を含めて多様な矛盾によって成る歴史的に論理的理論であるといわねばならない。したがって、解釈論的結論が同じであつても別の（体系的）論理に拠るものであれば同一視されてはならないのは当然である。

特にわたくしが考えるマルクシズムの立場からすると、解釈論を（も）結論だけで評価するというのではなく解釈論の（歴史的に論理的な展開の）「法則」を問題とする。すなわち、その解釈論がどのような理論内容の変化を遂げながら歴史的に展開しているか——したがって、自ら行なう解釈論はどのような方向に向かつてどのような内容変更・

修正・改訂をなすべきか——を考える。いま思うと、わたくしが半分直接効果説に抛りながら自説を主張したのも、勉強不足とはいえ、ある意味では *Lesser* と同じ新説を採れば直接に結論に達しうることを知りつつも、なお「伝統的」な直接効果説の論理的明快さにひかれたからである。それに対し新説のように、いやこう考える方が結論の説明はより容易である、こう考えるのが当然・自然であるといわれても、それは主観的な実用主義的判断であり、私は私なりに（一面正しいが全体的には誤った）歴史理解に抛りそう考えていたのであるから、直ちに新説に移ることは出来なかつたのである。やはり主観的判断を支える客観的（誰にも通用する）歴史、それに沿つた論理を実証的に示されなければ、自説を改めることは出来ないのである。私見は直接効果説を新しい方向に少し修正する折衷論であつた。しかし歴史の方向からみると、それはすでに克服された理論の折衷でしかないことを *Legge* の理論が解らせてくれたのである。折衷は静止であり、静止は解釈論では不可欠である。しかし、理論の歴史がすでにその静止段階を越えていることを知つたときは、折衷は捨てなければならない。解釈論の「発展」も、このことを忠実にとらえ自覚することにあるのではないかと思う。

解釈論に関してマルクシズムとは、自己の解釈論的結論を支える論理が、その対象である制度の現実から実証的に展開されることといつてよい。制度は物質的關係を土台にした社会関係自体であり、それは歴史的・論理的存在であり、したがつて解釈論的結論を支える論理がこのことを踏まえてまさに現実に（歴史的・論理的に）、一面的でなく全体的関連——全体を分析しその要素の連関において全体を概念化する、すなわち諸要素の必要な関連をとらえそこに全体がみえるような、とらえ方——において展開されるのであれば、そこには物質的關係に規定され、その「反映」としての法制度がとらえられている。それはマルクシズム、少なくともマルクシズムに通ずるものである。*Lesser* の方法はそれであるといえる。解釈論的結論は「総合判断」の結果である。しかし一旦この結論が出ると、それ以後

も新たな「総合判断」により検証されなければならないが、それは法規範としての性格上現実社会関係(事案)をその規範の枠内に包摂すべく、体系的論理の追求の面が強くなる。解釈論の論文でも、どうしてそのような結論に達したかの過程の客観的(全体的)分析より、自己の結論の有用性の主張が強い。それは解釈論として当然であり、解釈論自体にマルクシズムの展開を期待することは無理である。しかし、マルクシズムからすると、上の「総合判断」そのものの構造・方向性に現実社会の論理・歴史が反映しており、したがって現実社会そのものであり、それを基底にして結論をとらえ直すとき初めてその解釈論の真の歴史的・理論的価値がわかるというべきである。

すべての存在、したがって解除(制度)も歴史的運動体である。この歴史的運動(変化)は、自然の歴史とは異なり社会関係の歴史について普遍的にいえることであるが、人間の主観的操作を超えた客観的な変化と、その一定の枠の中での主観的操作、理解の変化との交錯・相互規定のよって生ずる。解除についていえば、たとえばローマ・普通法における解除条件から約定解除へ、さらに法定解除の成立は客観的変化の面が強く、(約定)解除についての直接効果説、間接効果説といった違いは主観的変化、理論構成の差異ということができよう。客観的変化はかなり長い時間(歴史)の間隔において生ずるのでまさに歴史的变化といえる。それに対し、客観的な制度自体の変化はないが、その解釈における主観的変化は時間的に同時期に並行対立あるいは前後して生ずるので、「歴史的」変化といえるか疑問もあろうが、これも歴史的存在としての解除(制度)の対立(矛盾)する一面をそれぞれとらえたもので、たとえば直接効果説が間接効果説を「克服」して支配説となるその段階において、解除は直接効果説の意味でまさに歴史的に確定されるのであり、小さい主観的変化の対立・克服を含んで大きい客観的変化が起こるといふべきである。このようにみると、解釈論上の(主観的)対立も常に制度の現実的内容を一面であれ反映するものであり、解釈論理が詳細になればなる程制度の現実に入りこんだ分析となりうるということが出来る。この意味で、解釈論の中にはマル

クシズムの真理が含まれているといえる。といつても、解釈論はすべてマルクシズムの研究というわけではない。たとえば全く反唯物論的な観念的理論もそれは現実社会関係の特殊な形での反映として、そこから唯物論的内容を取り出すことができるが、それは唯物論的理論ではない。その理論の客観的内容として、それが物質的社会関係の反映であることを示す(方向をもった)ものかどうかの程度の違いを考えなければならぬ。解釈論自体は前述のように法制度(社会関係)のマルクシズム的分析を課題としていない。それだけに上の「程度」が問題となる。Leser自身唯物論を考へての分析を意図したのではないことはもちろんであるが、上の「程度」が高く濃いといえる。解除制度(その他、損害賠償・契約など)を生活関係(Lebenssachverhalt)として、それに歴史的論理的に接近しようとする姿勢をその分析に強く見出すことができるのである。

結論の解釈論的妥当性——それは結局「今、ここ」の事案の法的解決という主観的に限定された目的からみでの適合性であるが——のみにとらわれるのではなく、Leserが示しているような歴史的・論理的根拠とともに結論をとらえる方法に立つとき、解釈論における正否の議論も当然「科学的」に行なわれねばならぬことになる。すなわち、一つの解釈論を支える歴史的・論理的根拠づけの現実との関係での当否ついて議論がなされねばならなくなるわけで、批判対象となつた解釈論の諸根拠が歴史的事実に反するとか、考慮すべきもつと他の歴史的事実が見落とされているとか、歴史的事実の評価がこの点で誤っていると、あるいはまた論理的根拠づけにこれこれの欠陥があることなどの具体的論証が正否の基礎となるからである。もつともここで私が求めるような研究は簡単にできるかと問われるかもしれない。もしそうであれば、それはわが解釈論が伝統的にそれとは遠い方法に慣れてきたことにその理由があるといわねばならない。解釈論自身の反省すなわち哲学が要求されるであらう。

V 結びとして

本稿は私が考えるマルクシズム法学を具体的解釈論を通して示すという意図で書いたものである。

解釈論は法の現実をとらえ分析する。しかし、その目的が「今、ここ」の事案の法的解決のための分析であるという点で制約されている。「今、ここ」は、時間・歴史の流れの中の今、ここであり、この意味では大きな歴史の流れを見なければ「今、ここ」の意味は全体としてはとらえられないといえる。しかし、今この事案が社会関係の根本にかかわるものかそれとも周辺領域のものかにより、大きな歴史の流れが事案の法的解決に関してもつ意味は異なり、特に民法においてはほとんど意味をもたない事案が少なくない。しかし、解除の直接効果説と間接効果説が並行対立している時期において、また両説の法技術的な理論構成のみを見るかぎり、歴史の流れをほとんど考えずに行くことができようが、直接効果説が優勢になるといような動きが出てきたとき、また *Leiser* のような分析を行なうかぎり、歴史の流れが解釈論に入って来ざるをえない。しかし、解釈論はこの歴史の流れを「歴史の流れ」として見るよりも、「今、ここ」の事案の解決において歴史の動きをも入れて構成した理論が「妥当」「正当」であるという形で歴史を見るのである。「今、ここ」での法的判断基準を立てるといふ意味で、解釈論は基本的に静止的である。この静止的理論の中に取り入れられている歴史Ⅱ社会的事実(の反映)を取出しそれを実証的に検証しつつ、その解釈論をあらためて歴史・論理的に位置付け、自分の理論の方向を自覚し解釈論を構築していく研究方法がマルクシズムであろう。したがってそれは、アプリアリに経済的「土台」から法理論を説明するというようなものではなく、解釈論自体の上のような歴史を内蔵した論理構造の分析の中で検証されるべき研究方法であり、まさに歴史的Ⅱ論理的研究方法である。

解釈論は静止的理論である。特に、民法の古典的といえる領域ではそうである。しかし、その「静止」はあくまで相対的であり、研究対象たとえば解除法だけを見れば静止しているようでも、解除の社会的現実においてそれをとらえると、また、他——損害賠償、契約およびその理論など——との関連の中でそれをみると、やはり動いている。しかも法・社会の根本にかかわる動きを示すことも少なくない。それだけに、解釈者の見方、視野の広がり——これも客観的对象自体が広がりをもっているから可能なのである——が、法制度を静止しているとするか動いているとみることについては、決定的である。このような対象自体の客観的变化そして解釈者の見方の主観的变化を通して、解釈論の中で歴史はあらわれる。解釈論は全体として静止の理論であるが、静止することで「今、ここ」での細かい法の（解 釈論的）分析が可能となるが、それと同時にその細かい分析の中に歴史を見、歴史を示すことは一面矛盾するが、わたくしの思う法律学としては両面は互いに補い合う関係になければならないのである。

マルクシズムでは、観念・理論を土台の「反映」とみる。しかし、上述のように観念・理論自体の分析を通して土台の反映は検証されるのである。観念・理論が土台の反映であるということは実証的科学的成果に基づく、人間の認識についての（哲学的）「法則」であるが、このことはあらゆる観念・精神現象について現在具体的に説明されているということではない。それは実証的科学的発展につれて現実には解明されていき、この「法則」の具体化が進みマルクシズムは発展を遂げていくのである。したがって、研究対象によつては観念・理論自体の科学的分析が——観念論に陥ったりしながらも——先行しなければならず、解釈論においてもそうであり、現在の解釈論自体の意識的分析の中から徐々にそのマルクシズムの真理も明らかになっていくのである。

