

神戸寅次郎「契約解除論」再考

——私の研究ノートⅢ——

内池慶四郎

- 一 難読の「契約解除論」
 - 二 「契約解除論」の骨子
 - 三 「契約解除論」の論点——弁済意思の問題——
 - 四 意思表示としての弁済意思の論拠
 - 五 物権契約論
 - 六 日本民法上の解除の効力（第三章）
 - 七 残された論点
- 附記

約三十五年ぶりに神戸先生の「契約解除論」を再読している。

本書は難解な書物として定評があるが、以前に読んだ時もやはり歯が立たなかった覚えがあった。例えば弁済行為の法的性質とか、解除により物権が復帰する理論構成などについて、部分的には、その論理の緻密さに圧倒され感服しながら、全体としては、神戸先生がこの本で、いったい何をお書きになりたかったのか、そこが掴み切れなかった

のである。⁽¹⁾

今回津田先生の神戸先生・民法講義ノートを公刊する仕事のお手伝いをする機会があったので、神戸学説の全体像を意識しながら、もう一度、神戸先生の「契約解除論」を読み直してみようと思ひ立った。私にとって、読み切れずに何度も挫折した「解除論」は長年の宿題であった。

(1) 本書については今泉孝太郎「神戸先生の契約解除論」(法学研究三八巻一号五九頁以下)に先駆的研究がある。

学生時代に、宮崎澄夫先生が講義のなかで神戸先生の契約解除論に触れられ、この本を読んでいると、深い森のなかに連れ込まれてどこを歩いているのか見当がつかなくなるような気持ちになる、とお話をされたことを記憶している。以前に私が解除論を読んだ時にも、同様な気分を味わった。この本が神戸先生の代表的著述として有名でありながら、引用されることが稀であるのは、やはりこの難解なところに一つの原因があることは確かであろう。しかし、より根本的な原因として、現在の民法学の支配的風潮の問題があることについては後述。

一 難読の「契約解除論」

思うに以前に「解除論」を読んだ時には、私自身の不勉強はもとよりであったが、それと共に、読むこちら側に手前勝手な問題意識があり、その答を無理に解除論のなかに求めていたので、神戸先生の解除論を書かれた問題意識とこちらの問題意識とがかみ合わずに擦れ違いに終わったような気がする。

当時の私に問題であったのは、契約解除の効力について、いわゆる直接効果説について疑問があったこと、何とか間接効果説で考えることができないかどうか、とくに解除権の行使は損害賠償の請求を妨げずとする第五百四十五条第三項の規定から、解除の遡及効の例外を気にしていたのである。解除論では神戸先生は一貫して直接効果説を採っておられ、損害賠償請求権については、最後に簡単に触れておられるだけであったので、当方の目論見は外されて、

肩すかしを食ったような気がしたものである。そもそも我執に捉われて自分が求めているものを人の本の中に見つけようとする、この読み方が良くない。さもしい下心を捨てて、虚心に読むべきであったと、今は反省している。⁽¹⁾

ところが、しばらくすると間接効果説に疑問が出てきた。契約の成立が法律行為による私的自治の発現であるからには、契約の解除もまた法律行為——私的自治——の論理で貫くことが自然な考え方ではなからうか。解除権者の意思により、法律要件としての契約を適及的に抹消するという直接効果説の考え方が法律行為としての契約法の体系的な理解として首尾一貫しているのではないか。一旦作成された契約関係が事実上の存在として否定できないという観点から出発する間接効果説は、事実と規範との混乱・混同に基づくものではなからうか。もう一度、直接効果説の論理に立ち戻って考えてみる必要があるような気がしてきたのである。⁽²⁾

とくに神戸先生の「解除論」で記憶に残っていたのは、弁済行為の精緻な法律行為的構成から、解除の効果が極めて論理的に引き出されていた記述である。つまり契約の法律行為的構成と弁済の法律行為的構成とが、一貫して連絡して、神戸契約法理論を作り上げていたことであった。法律行為論として、もう一度、神戸「解除論」を読み直すことが、私の新しい関心事となったのである。⁽³⁾

(1) 神戸説は、法律行為としての解除における解除権者の効果意思にそくした任意的効果(契約の適及的・物権的消滅)を基礎として、それを確保する手だてとしての法定的効果としての原状回復義務(債権的権利発生)という精密な二重効果を措定する。契約解除は解除される対象としての契約という法律行為と、これを解除する解除という法律行為との二重の法律行為論として理論構成されることになる。この点で「契約解除論」は、徹頭徹尾、法律行為論なのである。

(2) 以前に直接効果説で気になったのは、原状回復義務の根拠が不当利得による返還義務として説明される点にあった。解除が解除者の意思に基づく行為であるとする、その効果が不当利得に基づくというのは、いささか木に竹を接いだような論理である。ここでは、この効果の方から見て、解除を法律行為的構成から外すか、あるいは逆にむしろ効果もまた当事者の効果意思に基づく効果と考えるべきではないか、と思ったのである。しかしこれは、法律要件としての契約を消去するのが、解除

の意思的效果で、返還義務の発生は法規的效果であると考えれば良いのであろう。

その後 Heck, *Grundriss des Schuldrechts* S. 155 に、解除の効果、とくに返還請求権の同時履行あるいは目的物滅失の際の解除権消滅などの点で、契約法的構成が採られていることは、解除の場面における契約理論の一貫性に興味ある理論であった。

私が間接効果説に興味を持ったのは、当事者の予期しなかった新しい契約状況に対して、当事者が新たな契約関係を作り出すという面で、当初の契約から切り離した解除というものを考えてみたかったからである。しかしこのように契約関係を切斷せずとも、当初の契約から一貫した法律行為論の形で考えることも可能であり、神戸先生は恐らくこの思考を押し進められたのであろうと思われる。

(3) 当時私が興味を持っていたのは、契約関係（あるいはその基礎にある生活関係）の連続的な展開として、契約の締結から解除にいたる過程を理解することであったので、過去に遡及して契約を消滅させるという直接効果説の発想には、何か最初から馴染めなかったものがあり、むしろ損害賠償請求権の残存といった遡及効果の例外のほうに初めから目を向けていたのである。このような見方は、それ自体として適切な場合もあるだろうし、現在もなお興味があるけれども、それだけで問題を一般化することはできないし、解釈学としてまず問題となるのは、民法の各規定がいかなる場合を具体的に想定して、どのように処理しているかということであり（ここでは第五百四十五条の解釈）、その規定された内容を如何に論理的に整理して記述するか、ということであるから、そのような視角からここで神戸説が何を語っているのかを、自らの先入主をすてて読み取る努力が必要である。

「解除論」を読み終わった後で、神戸説と自分の仮説とをつき合わせる作業が初めて始まるので、それが本当の学問であらうけれども、自分の仮説から人の学説を読むのでは、読むこと自体が無意味でしかないので、実はなにも読んでいないことになるのであろう。

二 「契約解除論」の骨子

神戸先生は、その緒言において「本書八題シテ契約解除論ト為セトモ而モ之ニ関スル右ノ諸事項全部（解除の方法、

解除権の発生原因、解除の効力、解除権の消滅原因等々を指す・内池）ヲ論究スルノ趣旨ニアラス——主トシテ解除ノ効力ニ関スル数個ノ重要ナル問題ニ付キ其概要ヲ述フルヲ以テ目的トス」（一頁）と断っておられる。

神戸先生が解除の効力の問題のなかで、本書で特に問題としておられるのは、民法第五百四十五条第一項但書に「第三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス」という規定の解釈論である。この規定の解釈をめぐって学説の対立する理由は、先生によれば、「主トシテ我民法上ニ於ケル物権的意思表示ヲ組成分子トスル弁済行為殊ニ其弁済行為ノ中ニ包含セラルル所謂物権契約ナルモノノ性質ニ関シ其所見ヲ異ニスルカ為メナリ」（五〇頁）。そこで「本稿ノ問題即チ解除ノ効力如何ノ問題ヲ論述スルニ当タリテハ主トシテ弁済ノ際ニ行ハルル所ノ物権契約ト債権債務トノ關係如何ヲ攻究スルヲ必要ト為ス」（五二頁）ということになる。

即ち神戸先生のここでの問題意識は、直接には民法第五百四十五条の解釈論の一環としての解除の効力論である。そしてそこで先生が取りあげておられるのは、解除の効果一般でもなければ、弁済行為論全般でもないのであって、特に契約の義務の履行として物権移転が為された場合の、物権契約と弁済行為との連絡を、当該契約が解除された場合について問題とされているのである。

このように問題として提起されている場面は、かなり限定されているのではあるが、しかしこの限定された範囲においても、その解決にいたるまでの論理は、多くの巨大な前提問題の解決にかかっている。解除の効力発生の様態としての直接効果説の論証、わが民法における物権変動の規定の理解、その有因・無因性の議論、物権的意思表示と弁済意思の関連性の問題等々がこれである。

本書は、これらの民法上の基本問題にかかわる従来よりの神戸学説の集成ということが出来る。とくに物権契約と弁済行為との関係において現れる、物権変動に向けられた当事者の意思と弁済意思との精緻な分析は、神戸学説における合致論の具体的適用として、精妙な理論構成を見せるもので、もっとも神戸的な記述といえよう。これらの点を

正確に追跡して行かないと、本書は読解不能となる。

ところが神戸先生以後の民法学が、このような方向での研究を怠った所から、神戸学説の成果を受け止めることが出来なくなったように思われる。⁽¹⁾「契約解除論」がわが民法学でその場所を失ったのは、民法学が其の日暮らしのアップ・ツウ・デイトな問題に追われて、基本的課題に直面することを避け、結局の所、その受け皿となる学問的基盤が失われていたからではなからうか。⁽²⁾私自身「契約解除論」をどうしても読み切れなかったのも、その当時の民法学の趨勢に無意識に浸っていたから、神戸先生の問題意識そのものが捕捉できず、個々の断片的議論を追うのに汲々として、神戸学説の全体像を、その本来の意味で理解できなかったのである。⁽³⁾

(1) 例えば債権行為と物権行為との混乱。合致論と錯誤論との混同。意思表示解釈論における表示説の信仰。法解釈における解釈論と立法論の混乱。杜撰にして無批判な比較法的知識の受容。事実と規範との同一視。その他もろもろの諸原因。これらのいずれの点でも、神戸学説は甚だ当世流でないから、一般に受けるわけがない。法社会学の主流が、明治・大正期の学問をすべて概念法学として十把一からげに処分しようとした時、それまでに蓄積された貴重な学問的遺産も無批判に捨て去ったのではなかったかという疑問がある。帝国大学を中心とする法社会学派による学界の支配は、「契約解除論」の著者と一緒に、その読者層もまた、学界から一掃してしまったのかもしれない。

(2) 意思表示の解釈における客観説の支配的風潮は、個々の意思表示における各当事者の主観的意味合い(各当事者にとっての主観的位置づけ)を無視する傾向を生む。ここにおいて神戸説における手段意思・目的意思の分析や、それに関連する弁済行為における弁済意思の問題や、有因・無因行為の問題等々が、客観説の立場からは捕捉することが困難となる。不表見的不合致と錯誤の問題についても、事情は同様である(この「解除論」でも弁済意思の不表見的不合致の問題が取り上げられていることに注意)。

(3) 神戸説における物権変動や無因行為についての日独民法の制度の差異についての慎重な検討を見よ。ここでも事実と規範との峻別から、比較法的知識が、そのままでは解釈論の直接の根拠にはならないことが、意識されているので、神戸説は極めてドイツ法的な厳格な論理を取りながら、ドイツの学説に盲従してはいないことが分かる。

三 「契約解除論」の論点——弁済意思の問題——

債務の履行について、弁済意思をどのように扱うかは、ドイツ法もわが民法でも昔から議論のあるところで、債務者の弁済意思を要するとする立場（債務者意思説）、債権者の意思を要するとする立場（債権者意思説、債権者、債務者双方の意思を要するとする立場（双方意思説）、債権者債務者いずれの意思をも要しないとする立場（弁済意思不要説）など、あらゆる立場がそれぞれ唱えられている。またこの意思の性質についても、これを意思表示と見るか、事実的存在と見るか、単なる動機・縁由と見るかなど、説が別れているので、学説はさまざまな対立を示す。近時の学説は、ドイツも日本も弁済意思を不要と説く立場が次第に有力であるが、必ずしもその主張する論拠や意味・内容で一致しているものではない。

神戸説は、弁済を二つの場合に区別して議論を始める。すなわち弁済について当事者間に物権移転につき法律行為がなされる場合と、当事者間にかかる法律行為がなされない場合とを分けて、この第一の場合たる物権行為を含む弁済についての弁済意思を問題とされ、⁽¹⁾当事者双方の弁済意思の存在とその表示とともに法律行為として必要と主張されるのである。これに対して第二の場合の弁済意思については、神戸説は、第一の場合と同様に見ることが果たして正当かどうかの議論は、「コレヲ他日ニ讓ラント欲ス蓋シ是レ極メテ重要ナル問題ニシテ特別ノ論究ヲ要スルガ故ナリ」として態度を留保している。⁽²⁾

(1) これは「解除論」が、民法第五百四十五条第一項但書の第三者の権利を害することを得ずという条文の解釈論として書かれたことから、その論点を正確に限定しているものである。それと同時に、弁済行為一般というような形で、大上段に議論しているのではなく、この条文の正確な解釈から、帰納的に弁済の特殊な形態について考察を進めているので、この点の着実な地固めの上で、更に議論を進めようとする先生の態度を読み取ることができる。このような具体的な事例についての精密な議

論を飛ばして、例えば不作為債権の履行といった特殊例の弁済意思を、あらゆる弁済に一般化するような思考は、概念的であり、危険な方法というべきである。世に概念法学の代表と目されている神戸先生、この慎重な態度に着目すべきであろう。この特殊例をどう見るかについての先生の説が公表されずに終わったことは残念である。

法典は理論書ではなく、日常頻繁における典型的な事例について規定すればたりのであり、かつそれが必要でもある。仮に不作為債権における弁済に弁済意思が不要であるとしても、物権移転の場合の弁済意思の問題は依然として残るので、これが日常極めて頻繁な取引現象であることには変わりはなく、その法理論の解明は必要不可欠のものだからである。逆に、この日常的な現象について民法が弁済意思を要求し、それを法律行為の効果意思として扱っているとすれば、弁済意思がなくとも弁済がなお可能であるような場合には、なぜそうなのか、解釈論上の根拠や取引上の必要性が、より具体的・正確に論証される必要があるとも言えよう。

(2) 弁済行為について債権者・債務者双方の弁済意思の合致が必要であるとする考え方は神戸先生が指摘されておられるように、ドイツ民法上の学説としては Manigk, Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte S. 45ff, Willenserklärungen und Willensakten, S. 404ff にも見られるが、Manigk は弁済行為一般について弁済意思の必要なくとを説いているのであり、神戸先生のような弁済行為の区別をせず、また物権の移転について弁済意思と物権変動の意思との関係を論じてはいない。ここは日本民法の物権移転制度に固有の問題であり、神戸学説の独自の理論展開ということができよう。

四 意思表示としての弁済意思の論拠

履行行為が物権移転を含む場合に当事者の弁済意思が法律行為的意思として必要であるとする論拠として、神戸説はまず弁済意思を不要とする立場の重要な論拠である弁済充当の規定を取り上げて、弁済充当と弁済とは別の観念であり、弁済充当の規定は、弁済意思が弁済行為の組成分子であるか否かの問題には関係がないことを主張する(六三頁以下参照)。

神戸説が積極的な論拠とするところは、当事者の物権変動に向けられた意思と、弁済意思とは、一定の出捐につい

ての手段・目的の意思として不可分一体のものでありこれは元来一個の意思として心理的にも法律的にも切り離すことができない(特別に無因行為とする立法を採らない限り)という認識である(六七頁以下参照)。⁽¹⁾

この弁済行為における当事者意思の総合的把握が、極めて常識的でありながら、しかも精密に分析され論証されているところに、神戸先生の学説の特長があると思われる。すなわち考察の対象たる生活事実としての当事者の意思、その意味づけ、引き渡しの意味等々の諸点についての着実な観察が、実に理路整然と分析され、体系づけられている。⁽²⁾

(1) 神戸説における目的意思と手段意思との不可分一体性、従ってまたそれらの表示の不可分一体性の認識。物の引き渡しの意味づけ、それを現実に可能とする諸条件の吟味(弁済意思の合致・不合致。また誤解性ある弁済意思をめぐる不表見的不合致の問題等々)。神戸先生の名著「契約総則」における合致論が、ここでは弁済行為について具体的に展開されている。「契約総則」と「契約解除論」とは、実は理論的に連続した著作なのである。後者は前者の具体的展開といえることができる。

(2) 神戸説が弁済意思を法律行為の効果意思と見る主張に関連して、効果意思と動機・縁由との区別が、売買や贈与(とくに贈与における贈与原因と動機・縁由との区別は困難な問題)の実例を上げて、懇切丁寧に論じられているのは、神戸学説に特長的な叙述である。この詳細過ぎるほどの説明に読者の息が切れてしまい、先生の著述を読み難いものとしている傾きがないでもないが、これは読者の方の責任であろう。

五 物権契約論

「契約解除論」は、解除の効果を説明する先決問題として、前記の弁済行為論、とくに弁済意思の法律行為的意思としての特質を論じたのちに、いわゆる物権行為・物権契約の概念を、とくにその有因・無因性の問題を中心として日本・ドイツ民法の制度の比較から詳細に検討する(第五節・一一七頁以下)。

ここでは意思表示と法律行為との区別が、従来の学説では充分に正確になされていないことから、いわゆる原因

causa が厳格には当事者一方の意思ないし意思表示についてのみ意味を持つものであるのにかかわらず、法律行為についても意味があるように誤解されるにいたり、有因・無因行為の議論に混乱を招来したことが指摘されている（二四頁）。

神戸説によれば、無因行為の真義は「人ガ一ツノ法律行為ヲ為スニ当タリ心理上自然的ニ生スル所ノ法律行為的意思表示ノ中ヨリ人工的ニ数個ノ意思表示ノミヲ抽出シソノ抽出セラレタルモノノミヲ持ッテソノ組成分子ト為スモノヲ言フ換言スレハ通例単ニ一個ノ主観的出捐ト一個ノ主観的原因トヲ以テソノ組成分子ト為スモノヲ言フナリ」。

このように無因行為の内容を確定した後に、「解除論」はいわゆる物権契約の意味を、ドイツ民法の法制度においてその要件たる各法律事実につき検討し、効果を吟味し、日本民法第百七十六条における「意思表示」の意味と比較して、日独両民法において大きな相違があることを論じている。

ここでは神戸学説が従来研究対象としてきた「無因契約論」あるいは「相対的物権」という問題が、弁済行為の場面で再び登場する。結論として神戸説は、ドイツ民法の規定する物権契約は、日本民法における物権的意思表示と全く意味を異にする故に、日本民法において物権行為の無因性を認めることは、民法第百七十六条の解釈としては誤りであるのみならず、立法論としても特別の実益がないと主張する（二五二頁）。

こうして「解除論」は、弁済行為における弁済意思の問題、弁済行為に含まれる物権契約ないし物権的意思表示の内容、そして物権行為の有因・無因性の問題をかたづけただ後に、弁済と物権契約ないし物権的意思表示との関係如何という問題に立ち戻る（一五八頁。弁済意思をめぐる各学説の検討については一六六頁参照）。その結論は、弁済行為は、当事者が法律行為的意思表示を為すことを要する場合には法律行為たる性質を有するものであり、いわゆる物権契約なるものは日本民法において原則として一つの法律事実に過ぎず、これを組成分子とする法律行為Ⅱ弁済行為Ⅱは、有因行為たる性質を有する、ということになる（一七二頁）⁽¹⁾。

(1) 意思表示と法律行為の正確な区別(各条文における表現の微妙な差異に留意する、立法趣旨の厳密な探究)は、神戸説の特質ということが出来る。例えば「契約総則」における第五百二十六条の承諾の意思表示と契約成立の問題に見られるような精密な考察が、ここでは第一百七十六条の「意思表示ノミニヨリ」の文言の解釈にも再現されている。

これは屢々「条文の一点一画をも疎かにしない神戸解釈学の特徴」として従来着目されてきたことであるが、これを単なる文言・字面に拘泥する拘子定規の解釈と見ることは皮相な見方であって、各規定の立法趣旨をいかにして正確に把握するかという方法の問題であると共に、法律事実・法律要件・法律効果を極めて嚴格に分析して、いかにして法論理を正確に構成するかという学問的努力の現れであると理解するべきであろう。また物権契約や有因・無因性あるいは先生のいわゆる相対的物権というような理論から、日独法制の差異に明晰な分析が為されていることから、神戸説が当時の一般的風潮であったドイツ法学への盲従とは明確な一線を引かれていたことも、注目されてよいであろう。

六 日本民法上の解除の効力(第三章)

以上の第一章「解除の意義」、第二章「解除の効力に関する学説」とくにその第四節の弁済行為の性質論ならびに第五節の物権行為論という、一連の累々たる理論構築を経て、「契約解除論」はようやく民法第五百四十五条に規定するわが民法の解除の効果に関する総合的な解釈を提示する。本章は前二章において展開された神戸学説の、いわば纏めの章に当たる。

すなわち神戸説においては、わが民法の解除なる法律行為は、任意的法律効果(遡及性ある物権的な権利消滅の効果)と法定的法律効果(遡及性なき債権的な権利発生の効果)という二種類の性質と内容とを異にする法律効果を発生する法律要件であり、第五百四十五条は、このうちの一部たる法定的効果を規定するものである。この法定的法律効果は、遡及的に契約を消滅するという任意的効果の目的を徹底して実現するための手段たる職責を担うものとして、法が規定したものと理解されている(一八〇頁)。

この理論の正当性が、契約上の債務が履行されていない場合、すでに履行が終わっている場合(労務が目的たる場合、物権の設定・移転を目的とする場合)、債権譲渡の場合等々につき、第三者の権利が関係する時と関係しない時とに区別して、詳細な検討がなされている(一八一頁以下)。⁽¹⁾

さらに「解除論」は、第五百四十五条の解釈論として、第二項の金銭・利息の返還義務の規定について、その内容が第一項の原状回復義務の内容に属するものであること、また利息以外の果実にも適用されるべきであることを論じている(二四五頁)。ここでは利息・元金の返還が、解除の目的たる「原状回復」の内容から導かれており、不当利得の一般原則とは切り離して論じている点が注目される。同様に目的物が滅失・毀損した場合の価格返還義務の範囲に関する学説の対立についても、回復されるべき「原状」の意味から、神戸説は独特の簡明な解決を導いている(二五四頁)。

最後に「解除論」は、その性質・発生原因につき学説の争う第五百四十五条第三項の損害賠償請求権の問題をとりあげ、この規定は、解除権の行使は解除前すでに発生している損害の賠償請求権の存在および行使を妨げないという意味に解釈すべきであり、当事者間における解除の適及効の制限を目的としたものであるとする(二五八頁)。⁽²⁾

以上の記述をもって民法第五百四十五条全体の解釈論として神戸先生の「契約解除論」は完結している。

(1) とくに解除の効果として弁済行為により移転した物権がわが民法上は当然に原権利者に復帰すると解する理由付けが、弁済意思の合意が原始不能の法理から導かれている点が、その法律行為理論の展開として興味深い点である(一九三頁)。またドイツ法的な無因行為の構成をわが民法が採り得ない理由として、對抗要件主義をとるわが民法の物権制度のもとでは、相対的物権を認める理論構成が無意味であることや法典上の根拠を欠くことの主張等が丹念に論証されている(一九四頁以下)。さらに債権譲渡契約の解除における債権の復帰と原状回復義務としての譲受人の通知義務が興味ある論旨である(二一〇頁)。第三者のためにする契約の第三者は、当事者の契約を唯一の成立要件として法律関係に入る点で、一般の第三者とは異なり、第五百四十五条の第三者にあたらないとする(二四二頁)。

(2) 契約上の債務の不履行により生じる損害賠償請求権には、給付に代わるべき損害賠償請求権とそれ以外の損害賠償請求権があり(例えば遅延損害あるいは給付と反対給付との差額)、前者は遡及効が及ぶが後者については遡及効が及ばないとするもので、立法者は極めて巧みな立法政策により遡及効を制限し、当事者を完全に保護しようとする趣旨の規定を設けたものであるとする(二六二頁)。

七 残された論点

以上のように「契約解除論」の論旨を読むことが、その大筋において大きな誤りがないと仮定すると、神戸先生がここでお残された幾つかの論点が、我々の宿題として浮かび上がってくるように思われる。例えば次のような諸点である。

1 不作為債務等における弁済意思の問題

債務の履行が物権変動を伴わない事実行為としてなされたような場合の契約解除の効果について、とくにその弁済意思・弁済行為の性質をどのように捉えるか。前記のように「解除論」が問題としているのは、当事者間に物権の移転がなされる場合の弁済行為を対象としているもので、神戸説はこの場合の弁済行為を、物権移転の意思と債権消滅に向けられた弁済意思とが不可分に結びついた総合的⁽¹⁾⁽²⁾一体の効果意思を要素とする契約と解するのであるが、物権行為を含まない場合の弁済をどう見るかは、態度を留保している(六七頁)。

不作為債務の履行に弁済意思が必要かどうかは、昔から議論がある。

弁済意思を要する立場でも、その説明に苦慮するところである。例えば Mangk は、弁済意思なくして不作為の状態が維持された場合を、代物弁済として説明するが、かなりに苦しい説明である。しかしその反面において、

およそ不作為を債務として契約することは不作為という行為に向けられた債務者の意思を拘束することに契約する意味があるので、単なる事実としての不作為の状況が約束されるわけではない(規範の設定としての契約が単なる事実を約束することは無意味である)。

ただ意思的不作為により齎されると同一の結果が、不可抗力その他の事情により現実が発生することがあるだけで(例えば債務者の発病・怪我による作為不能の結果としての不作為)、この場合には、債務が目的到達により消滅すると見てもよいし、債務不履行であるが、債務者に損害がない(損害なければ責任なし)故に、あるいは不可抗力による履行不能と同様に見て、債務消滅と解することもできそうである(双務契約においては、相手方の反対給付義務Ⅱ不作為に対する対価Ⅱの運命が問題となるが、これは危険負担その他の問題として処理することになる。この場合に不作為債務者の帰責性が問題となる)。

不作為債務については、債務者の弁済意思がないのにも拘らず——従って真正の弁済行為がないのにも拘らず——債務不履行の責任を生じないことが事実上あり得る、ということであり、その履行に弁済意思を要しないということにはならないように思われる。

(1) もっとも「解除論」一八六頁以下は、解除の効果としての現状回復義務を生ずる例として、労務の提供あるいは物を使用する債務が履行された場合をあげて、第五百四十五条第一項に規定する現状回復義務の適用される典型の場合として論じているから、かかる履行行為を民法の解除規定の適用場面として当然視していることは明らかである。

(2) 直接に解除の場合ではないが、物権移転が特定物についてではなく、金銭債務のような種類物について問題となる種類債務の履行行為においても、その弁済意思の取扱は重大な問題を孕んでいる。弁済意思が法律行為の意思として、弁済行為の要素であるとすれば、利息として当事者間に授受された金銭を、元本に組み入れることは、特別な明文の規定なしには不可能ではないか?(利息制限法の近時通説・判例理論に対する疑問。学説の援用する天引に関する規定を類推する合理性はあるか)。履行行為が法律行為であるならば、履行行為についても契約自由の原則がはたらくであろう。法定充当に関する規定が、弁済

意思の存在を前提とするもので、弁済意思を不要とするものでないことは、神戸説が正当に指摘する通り。

2 弁済意思の表示の問題——いわゆる意思実現行為による弁済意思の実現——

神戸説は、弁済意思を法律行為的な効果意思として理解し、その表示を必要とする。ただこの弁済意思は、給付行為がなされるに際して、当事者間においては当然に了解されているのが普通（ただし数個の債権が併存しているような場合には、どの債務の弁済なのかが明示される必要があるが）だから、多くは黙示の意思表示の形を取るであろう。

しかし、この法律行為としての弁済行為における弁済意思は、とくに相手方との従前からの関係や取引慣行から、表示・通知を必要としない場合もありえよう（とくに弁済が自己契約や双方代理による場合）。かかる場合には弁済意思が、意思表示ではなく、意思実現行為によって効力を生ずる場合があることになる。おそらく不作為債務の弁済などは、かかる場合が多いのではないか、と思われる。（作為では、その作為行為を相手方が認識することが、同時に弁済意思の黙示の表示たりうるが、不作為ではこの認識の対象を欠くことが多い）。しかし表示・通知を要しないことは、弁済意思を不要とすることにはならない。

3 現状回復義務相互の関係

「解除論」は、当事者一方の現状回復義務を問題としているが、双方当事人間におけるそれぞれの現状回復義務の相互の関係が、なお残された課題である。例えば同時履行の抗弁権の規定の現状回復義務についての準用、また現状回復義務の不能の場合の危険負担あるいは損害賠償請求権の範囲（「解除論」は、損害賠償につき、反対給付との差額の問題に簡単に触れているが、これは当事者双方の義務の相互関係の問題である）。

契約解除という法律関係を、私的自治に奉仕する「契約」の理論として、当事者双方の意思の関連において総合的

に理解する道が、今後の民法学に課題として残された大きな問題のように思われる。

——以上の本稿は、神戸学説を再めて読み直して見て、その理論の筋道を体系的に考察するための、筆者の研究ノートの断片的な一環であり、もとより論文の体をなしていないし、独立の論文として執筆したものでもない。ただ先学の思考の軌跡を追う私的な覚え書きに過ぎないけれども、あるいは現在の私法学に対する問題提起として、いささかの存在意義がありはしまいかと考えて、ここに発表する次第である。——

〔附記〕

日吉の学生時代、故田中次郎先生にドイツ語の手ほどきをお受けして以来長い月日が経った。宮澤浩一教授は田中先生直門の最初のお弟子さんで私は末弟に当たる。刑事法と民事法に専攻の道は分かれたが、賢兄愚弟のお付き合いは公私の生活に及び、いつの間にか二人とも田中先生が亡くなったお年を越えてしまった。数々のドイツ法学の巨大な業績を残してここに見事に完職される宮澤教授に、喜ばれる泉下の田中先生のお顔が目に見えようである。

田中次郎門下の末席より、例によってとりとめない落穂ひろいにも似た小稿を寄せて、敬愛する宮澤浩一教授に心からご挨拶申し上げる。宮澤さん、ご完職おめでとう。いつまでもお元気で。

一九九五年 七月 内 池 慶 四 郎