

# ドイツ行為基礎論小史(1)

## — ドイツ民法新 313 条の成立まで

五十嵐 清

### 目 次

- I はじめに
- II 前史
  - 1 clausula rebus sic stantibus
  - 2 前提論

### [主要参照文献略語表]

- 五十嵐：五十嵐清『契約と事情変更』（有斐閣、1969 年）
- 五十嵐・注民：谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法（13 卷）』（有斐閣、1996 年）
- 五十嵐・再考：五十嵐清「事情変更・契約調整・再交渉義務——事情変更の原則の効果・再考」札大企業法務 2 号（1997 年）
- 勝本：勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』（有斐閣、1926 年）
- 中村(1)：中村肇「後発的事情変更の顧慮とその妥当性(1)」富大経済論集 46 卷 2 号（2000 年）
- 中村(2)：同上(2)同上 46 卷 3 号（2001 年）
- 中村(3)：同上(3)同上 47 卷 2 号（2001 年）
- 中村(4)：同上（4・完）同上 48 卷 1 号（2002 年）
- 吉政(1)：吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範の意義(1)——事情変更法理における自律と他律」民商法雑誌 128 卷 1 号（2003 年）
- 吉政(2)：同上(2)同上 128 卷 2 号（2003 年）

## I はじめに

ドイツでは、2001年に懸案の「債務法現代化法」が成立し、翌02年1月1日より施行されている<sup>1</sup>。そのなかで、比較的目立たない形で、民法新313条に行行為基礎論についての規定が新設された。それは、従来判例・学説によって認められていた制度を明文化したにすぎず、とくに新しいものを付け加えたわけではない。ドイツで注目されるのは当然である。しかし、長年にわたりこの問題に取り組んできた私にとっては、感慨無量なものがある。そこで、この機会に、新規定の成立に至るまでのドイツ行為基礎論の発展について、これまで書いてきたものを補正し、新規定成立までの道筋を明かにするため、研究ノートを公表したい。

まずとりあえず、新設された313条の仮訳を示したい<sup>2</sup>。

313条 行為基礎の障害 (1)契約の基礎となった事情が、契約締結後著しく変更し、当事者がこの変更を予見したならばその契約を結ばないか、または別の内容で結んだような場合には、個々の事例のあらゆる事情、とくに契約上または法律上のリスク配分を顧慮して、変更されない契約に拘束することが一方にとり期待しえないとき限り、契約の調整が請求されうる。

(2)契約の基礎となった本質的な表象が誤りであることが判明したときも、事情の変更と同一に扱われる。

(3)契約の調整が可能でないか、または一方にとって期待しえないときは、不利益を受ける当事者は、契約を解除することができる。継続的債務関係では、解除権の代わりに、解約告知権が認められる。

<sup>1</sup> 債務法現代化法の邦訳は、岡孝編『契約法における現代化の課題』(法政大学出版局、2002年) 181頁以下、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、2003年) 433頁以下にある。

<sup>2</sup> 313条の邦訳としては、前注の岡・205頁、半田・466頁のほか、中村(4)187頁注(8)、潮見佳男『債権総論 I』(信山社、第2版、2003年) 205頁参照。

## II 前史

### 1 clausula rebus sic stantibus

#### (1) 序説

ドイツの行為基礎論の中心部分は、事情変更の原則として機能している。となると、その前身は、カノン法に端を発し、注解学派によって一般的法理に高められ、18世紀の法典編纂で採用された *clausula rebus sic stantibus*（契約はその成立当時の事情がそのまま存続する場合にのみ有効であるとする条項、以下「*clausula* 理論」と略称）に遡る。この *clausula* 理論の歴史については、わが国では、80年ほど前の勝本正晃の研究成果が今日まで利用されてきた<sup>3</sup>。勝本の研究は、今日でも信頼されている Pfaff<sup>4</sup> や Fritze<sup>5</sup> などの研究成果に依拠しており、当時としては世界的水準に達するものであった。そして、ヨーロッパの学界でも、その後久しく本格的な研究が見られなかった。ようやく最近になり、ドイツを中心として、*clausula* 理論についての新しい研究が発表されるようになった<sup>6</sup>。わが国でも、それらの新研究を咀嚼した中村肇の研究が発表され、長年の空白が埋められた<sup>7</sup>。以下は、中村の研究が勝本著をどのように書き換えたかを中心に、*clausula* 理論研究の新動向を伝えることに

<sup>3</sup> 勝本 60–179 頁、なお五十嵐 74 頁は全面的に勝本に依拠している。

<sup>4</sup> Pfaff, Die Clausel: *Rebus sic stantibus* in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung, in: *Festschrift zum 70. Geburtstag von Joseph Unger*, 1898 (Neudruck Aalen 1974), S.221 ff.

<sup>5</sup> Fritze, *Clausula rebus sic stantibus*, *Archiv für Bürgerliches Recht*, 17 Bd. (1900), S. 20 ff.

<sup>6</sup> Feenstra, *Impossibilitas and Clausula rebus sic stantibus; Some Aspects of Frustration of Contract in Continental Legal History up to Grotius*, in: Daube Noster, *Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh & London 1974, pp.78–104; Ralf Köbler, *Die “clausula rebus sic stantibus” als allgemeiner Rechtsgrundsatz*, Tübingen 1991; Rummel, *Die 《clausula rebus sic stantibus》*, Badenbaden 1991; Gieg, *Clausula rebus sic stantibus und Geschäftsgrundlage; ein Beitrag zur Dogmengeschichte*, Aachen 1994

<sup>7</sup> 中村(1)–(4)

したい。

### (2) ローマ法

勝本は、*clausula* 理論と関係しそうなローマ法源を検討し、そこには純粹に事情変更の原則の観念を表しているものはないが、その根柢となるべき基礎観念はすでに存在していたとする<sup>8</sup>。中村は、それをやや前進させた。すなわち、中村は、事情変更の原則について、狭義のそれ（勝本によって定立された事情変更の原則）と広義のそれに分け、「ローマ法大全の法文における個別事例を見ると、広義の事情変更問題と理解できる場面は少なくない」とし、*clausula* 理論に対するローマ法の意義について、勝本より、もっと積極的である<sup>9</sup>。

### (3) カノン法

*clausula* 理論の起源がカノン法にあることは、勝本の強調するところであり、そのために有名な二つの法文 (c.22.q.2.c.14 [刀剣の貸主が発狂した場合には、借主は返還しなくてよい] ; X.2.24.25 [婚姻に際し誓約があっても、妻が姦通したときは、夫は妻を去ることができる]) の原文を引用し、これに大意と解説を加え、カノン法とその注釈に事情変更の原則が現れた理由を探っている<sup>10</sup>。中村はそれに一步を進め、上記 2 法文についてのカノン法学者 Huguccio のスンマや Johannes Teutonicus や Jason de Mayno (1435–1519) の注解を詳しく検討し、「後発的に生じた事情変更が法的行為に影響を与える効力を消滅させる、という法理が一般条項的性質を獲得するためには、カノン法における宣誓により強化された行為の拘束力を否定する思想・法理論が決定的な役割を果たした」として、

---

<sup>8</sup> 勝本 96 頁。

<sup>9</sup> 中村(1) 394 頁。

<sup>10</sup> 勝本 139 頁以下。

clausula 理論の発達史におけるカノン法の重要性を確認している<sup>11</sup>。

#### (4) 注解学派

勝本によれば、clausula 理論は、注解学派（助言学派 [コンシリアトーレン]、後期注釈学派）の Bartolus (1314–57) や Baldus (1327–1400) などによってその観念が認められ、適用範囲が拡大され、clausula rebus sic stantibus ということばも使われるようになった、とされる<sup>12</sup>。しかし、その割に、叙述は簡単である。中村は、この点でも、より詳説し、Bartolus については、clausula 理論の起源ともいわれる市民法大全 D 12.4.8 (嫁資返還についての法文) に関する標準注釈<sup>13</sup>との異同に注意し、権利放棄を認める場合の要件として clausula rebus sic stantibus をあげているとする。そして、「Bartolus の注解において、法的構成に関し、後の clausula 理論と同様の方向性がすでに認められる」と結論づける<sup>14</sup>。

clausula 理論は、さらに Baldus にいたって、適用範囲が一層拡張され、clausula rebus sic stantibus はあらゆる約束 (promissio) に含まれるとされた<sup>15</sup>。

#### (5) 近世自然法

さて、ローマ法継承以後のヨーロッパ（とくにドイツ）では、法実務のうえでは、「ローマ法の現代的慣用 (Usus modernus pandectarum)」といわれる時代を迎えたが、法学では人文主義法学と近世自然法論が支配した。勝本は、それらを区別せず、この時期を一

---

<sup>11</sup> 中村(1) 404 頁以下、なお引用文は 413 頁。

<sup>12</sup> 勝本 148 頁。

<sup>13</sup> この点は、勝本 126 頁以下もふれている。

<sup>14</sup> 中村(1) 395 頁以下、引用は 399 頁。

<sup>15</sup> 中村(1) 399 頁以下。ただし、そのこと自体は、すでに勝本も述べている。勝本 150 頁以下参照。

括して扱い、clausula 理論を一般的に認めた説として、Oldendorp や Leyserなどをとりあげ、制限を付して認めた説として Cocceji<sup>16</sup>などをあげ、clausula 理論を認めない説として Grotius をあげている<sup>17</sup>。

これに対し、中村は、近世自然法論と「ローマ法の現代的慣用」を区別し、多くの法学者を登場させて、木目細かな考察を加えている。以下、それを要約したい。まず近世自然法論からはじめるが、その前に、人文主義法学者の一人 Alciatus (1492–1550) について一言する。Alciatus は、当時の注解学派の clausula 理論を批判し、その理論は、契約の場合には原則として認めるべきではないと主張した。中村によれば、Alciatus の見解は、「現代の問題意識から見ても注目に値する特徴を有している」とされる<sup>18</sup>。もっとも、Alciatus の見解は、当時の人文主義法学者のあいだで孤立していたようである。

近世自然法論の先駆者とされる Oldendorp (1488頃–1567) については、中村は、勝本と同様、当時の clausula 理論の通説を代表するものとして位置付ける<sup>19</sup>。ついで、勝本が clausula 理論を認めなかつた学者の代表としてかかげる Grotius について、中村は、原典に則して詳論する<sup>20</sup>。たしかに、Grotius の『戦争と平和の法』のなかに、clausula 理論は「否定されるべきである (quod negandum est)」

<sup>16</sup> ただし、勝本はここでプロイセン一般ラント法の起草者の Samuel v. Cocceji をあげているが、ここで登場すべきはその父の Heinrich v. Cocceji (1644–1719) である。中村(3) 497 頁注(22)参照。

<sup>17</sup> 勝本 158 頁以下。

<sup>18</sup> 中村(2) 613 頁以下。なお、中村の Alciatus 論は、主として Rummel (Fn.6), S. 80 ff. に依拠したものである。

<sup>19</sup> 中村(2) 612 頁。なお Oldendorp については、佐藤亨「オルデンドルフの法思想」上法 43巻3、4号 (1999–2000年)、同「ヨハン・オルデンドルフの『忠言人鑑』」大木雅夫古稀記念『比較法学の課題と展望』(信山社、2002年) 所収参照。

<sup>20</sup> 中村(2)のほぼ全体が Grotius 論に捧げられている。なお、Gieg (Fn.6), S.91–118 も Grotius につき詳論。

と明記されているので、勝本の見解は正しい。しかし、それに続き、「事物の現在の状況が、われわれが陳述をなした唯一の理由のなかに含まれていることが完全に明らかである場合は、この限りでない」として例外を認めており<sup>21</sup>、さらに後の節で、後発的事情変更を顧慮すべき場合を列挙している。

Grotius に関し、中村は、「少なくとも私法理論としての *clausula rebus sic stantibus* に対する評価に関して、全くの否定的見解に立つという理解は妥当ではない」という立場から出発する<sup>22</sup>。そして、Grotius の約束理論より稿をおこし、その意思表示解釈論の構造を明らかにし、そのなかに前記引用の文章を位置付ける。そうすると、「Grotius の *clausula* 理論の理解においては、両者(肯定説と否定説)の調和が図られていると見ることもできる。」<sup>23</sup> 具体的に、Grotius が縮小解釈としてあげている後発的事情変更の事例を検討し、その結果、Grotius を、より客観的な構成に基づいた *clausula* 理論を新たな次元において提示した論者と位置付けるという近時の見解<sup>24</sup>、に関心を示すが、「筆者はそのように断言することには躊躇を覚える」として、一步後退する<sup>25</sup>。結論としても、Grotius は、「事情変更を顧慮すること自体にはやはり消極的な姿勢を示している」とされる<sup>26</sup>。いずれにせよ、*clausula* 理論における Grotius の意義について、中村の所説が今後の研究の基礎となるべきである。

Grotius につづく近世自然法論の代表者である Pufendorf と Christian Wolff については、中村も、基本的に Grotius の流れをく

<sup>21</sup> Grotius, *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. 16, § 25, 2. 訳文は、中村(2) 621 頁による。

<sup>22</sup> 中村(2) 616 頁。

<sup>23</sup> 中村(2) 621 頁。

<sup>24</sup> Diesselhorst, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln u. Graz 1959, S.142, Fn.2; Gieg (Fn.6), S.116 f.

<sup>25</sup> 中村(2) 624 頁。中村によれば、Grotius の手法は、現在の法理論における補充的契約解釈の手法に共通するとされる。中村(2) 625 頁。

<sup>26</sup> 中村(2) 627 頁。

む者ととらえている<sup>27</sup>。

#### (6) ローマ法の現代的慣用

「ローマ法の現代的慣用」時代の法学者について、勝本は、前述のように、*clausula* 理論を一般的に認めた学者として Leyser を、また制限を付して認めた学者として Cocceji をあげているが、中村は、この時代を、初期（自然法論以前）と後期（自然法論の影響を受けた時期）に分け、はるかに多くの学者を登場させている。

初期については、主に Schultes (1571–1629) や Benedikt Carpzov (1595–1666. 小カルプツォフ) をとりあげ、この時代に、*clausula* 理論について、理論的関心よりも、個々の事例への適用に関心があつたことを明らかにしている（とくに Carpzov については、契約の解消のほか、調整を認めた点に注目している）<sup>28</sup>。

中村によれば、後期（17世紀から18世紀）において、*clausula rebus sic stantibus* はさらに制限されるようになった。もっとも、Heineccius (1681–1741) は、従来の通説の立場にあるとされる<sup>29</sup>。勝本が制限付で *clausula* 理論を認めたとして詳論した Cocceji については、中村も、「法的行為の構造的把握を前提にして、その適用に関して多くの制限を付した *clausula* 理論を構築した」ことを認め  
る<sup>30</sup>。

他方、勝本により、*clausula* 理論を一般的に認めたとされる Leyser (1683–1752) の見解については、中村も、「当時の肯定説の典型的な見解」とするが、原典に則した検討を行い、その意義を(1)裁判官の機能の重視、(2)要件のある程度の明確化、具体的には、①

---

<sup>27</sup> 中村(2) 625 頁以下。

<sup>28</sup> 中村(3) 473 頁以下。この部分は、主として Rummel の研究に依拠している。なお、Carpzov の業績一般について否定的な評価をするものとして、Schaetze, Benedikt Carpzov als Dogmatiker des Privatrechts, Aachen 1999 がある。

<sup>29</sup> 中村(3) 477 頁。

<sup>30</sup> 中村(3) 478 頁。なお注(16)参照。

事情変更が重大であること、②契約解消請求者の事情変更への無帰責性、を求めた点にあるとする<sup>31</sup>。これが、後のバイエルン民法典に影響を与えることになる。

つづいて、中村により、制限的肯定説をとる論者として、Carl Philipp Kopp (1728–77) と Eberhardt (1743–72) がとりあげられ、検討されている<sup>32</sup>。両者は、勝本著では、名前が言及されただけなので、この点でも中村の研究は勝本著を補充したといえる。

この期の最後に登場するのは、Adolph Dietrich Weber (1753–1817) である。Weber については、勝本は、clausula 理論を否定する 19 世紀の一般的傾向を代表する学者としてとりあげている。しかし、Weber の研究は 18 世紀に公刊されているので、ここに位置付けるべきであろう<sup>33</sup>。

#### (7) バイエルン民法典

1756 年に制定されたバイエルンのマクシミリアン民法典 (Codex Maximilianeus Bavanicus Civilis) は、その 4 部 15 章 12 条において、史上はじめて clausula 理論を明文化した。その要件は、①事情の変更が債務者の遅滞、過失、行為によって生じたものでないこと、②事情の変更が容易に予見し得なかったこと、③もし債務者が事情の変更を予知していたならば、そのような債務を負わなかつたであろうこと、を要求し、効果については、債務が完全に破棄されるか、割合に応じて軽減されるかは、裁判官の裁量に委ねる、とされている。本条は、今回のドイツ民法 313 条の要件・効果の多くを先取りしている<sup>34</sup>。

<sup>31</sup> 中村(3) 480 頁以下、とくに 484 頁参照。

<sup>32</sup> 中村(3) 485 頁以下。

<sup>33</sup> Weber の『自然債務論』の初版は 1784 年であるが、勝本は 1825 年の第 5 版を参照している。

<sup>34</sup> 本条の邦訳は、中村(4) 156 頁にある。なお、バイエルン民法典のリプリント版は、1985 年に Keip 社より発行されている。

本条については、勝本も、その原文と要約を示しているが、それにとどまっている<sup>35</sup>。これに対し、中村は、本法典についての第 1 級の資料である起草者 Kreittmayr<sup>36</sup> の注釈書 (Anmerkungen über den Codex Maximilianeus Bavanicus Civilis, 1756) を縦横に利用し、叙述は 9 頁にわたっている。中村はそのなかで、Kreittmayr は clausula 理論を肯定するものの、その運用は抑制的になされねるべきであると考えていたとするほか<sup>37</sup>、clausula 理論に関する個別規定として、貸借関係の終了、婚約破棄、贈与の撤回をとりあげ、それについて clausula 理論におけるその意義を強調している<sup>38</sup>。

#### (8) プロイセン一般ラント法

1794 年に制定されたプロイセン一般ラント法 (ALR) も、事情変更の原則について 8 か条の一般的規定を設けている。それによれば、現実的不能の場合を除き、事情変更により、原則として契約の履行を拒むことができないが (1 部 5 章 377 条)、例外として、予見し得ない変更により、両当事者の究極目的の到達が不能となったときは、各当事者は未履行の契約から離脱でき (同 378 条)、さらに事情変更が当事者の一方の任意の行為によって生じたときには、他方は損害賠償を求めることができるとされる (同 379 条)。これに対し、事情変更により、当事者の一方の目的が完全に挫折しただけのときは、一定の場合に相手方に損害賠償をするという条件のもとで、契

---

<sup>35</sup> 勝本 167 頁以下。

<sup>36</sup> Kreittmayr については、中村(4) 187 頁注(1)のほか、Freiherr von Kreittmayr, Ein Leben für Recht, Staat und Politik, Festschrift zum 200. Geburtstag, München 1991 がある (ヴィロヴァイト [和田卓朗訳] 「クライトマイアの国法学」法雑 49 卷 1 号 [2002 年] は、収録論文の邦訳)。本書には、契約法につき、Luig, Die Grundsätze des Vertragsrechts in Kreittmayrs Codex Maximilianeus Bavanicus Civilis von 1756 が収録されているが、clausula 理論については、簡単な叙述があるにすぎない (S.71)。

<sup>37</sup> 中村(4) 158 頁。

<sup>38</sup> 中村(4) 158–164 頁。

約を解除することができるとされる（同380—384条）<sup>39</sup>。この規定は、後の行為基礎論からみれば、契約目的到達不能の類型を中心に規定したものといえるであろう<sup>39a</sup>。

さて、ALRについて、勝本は、これを *clausula* 理論の凋落時代のなかに位置付けているが、事情変更の原則の一般的規定のほか、多くの個別規定についても詳論している<sup>40</sup>。これに対し、中村も、一般的規定のほか、個別規定についても論じているが、後者は、バイエルン民法典の説明と歩調をあわせるために、貸借関係の終了、贈与の撤回、婚約の破棄に絞っているので、かえって簡単になった面もある<sup>41</sup>。中村論稿の特色は、ALRのもとでの学説の紹介（*clausula* 理論に対し消極的なものが多い）と判例の分析が加わった点にある。その判例には、事情変更の原則の適用を認めたものと認めなかつたものがあるが、中村の結論は、「適用が認められる事例が存在した点は、*clausula* 理論が全く無意味な法理とは解されるべきではないと、評価することができるのではなかろうか」とするものである<sup>42</sup>。ALRについては、中村の貢献は、もっぱら勝本の所説を補強した点に求められるであろう。

#### (9) オーストリア一般民法典（ABGB）

ALRとともに、近世自然法の影響を受けた法典であるオーストリア一般民法典（ABGB、1811年公布の現行法典）は、*clausula* 理論の一般的規定について、936条に、予約の有効要件の一つとして、事

<sup>39</sup> ALRの条文については、Hattenhauer (hrsg.), *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794*, Neuwied, 2.Aufl. 1994 を参照した。なお、一般的規定の邦訳として、中村(4) 167—169頁参照。

<sup>39a</sup> Emmert, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten, Tübingen 2001, S. 159.

<sup>40</sup> 勝本 194—205頁。

<sup>41</sup> 中村(4) 167—171頁。

<sup>42</sup> 中村(4) 178頁。なお ALR の判例については、Emmert (Fn.39a), S. 154ff. も参照。

情変更により契約目的が挫折しないことをあげているにすぎない。勝本は、この規定を、事情変更の原則についての積極的な規定であると評価するが<sup>43</sup>、中村によれば、ABGB の起草者である Zeiller は、clausula 理論を明確に批判しているとされる<sup>44</sup>。しかし、両者(勝本と中村)とも ABGB についてはきわめて簡単な叙述をするのみで、詳細な検討はいぜん将来に残されている<sup>45</sup>。

#### (10) 小括

中村の研究は、実質的にはここで終わっているので、以下では、事情変更の原則の研究史におけるその意義についてまとめたい。といっても、私は、ローマ法やカノン法はもとより、近世私法史の専門家でもないので、自信のある評価ではないことをお断りしたい。

Clausula 理論の歴史について、これまでわが国の学界では、80 年ほど前の勝本の研究が君臨していた。ヨーロッパでの状況も、それに近い。最近になって、ヨーロッパ、とくにドイツで、新しい研究がいくつか現れ、検討が進められている。わが国でも、その成果をとりいれた中村の研究が出現した。本稿は、これまでのところ、中村の研究が、勝本の研究をどこまで補強し、場合によっては塗り替えたかを明らかにするよう努めた。その結果として、clausula 理論の歴史について、勝本の研究は、その大部分において、中村によって書き改められたことが確認できた。今後は、中村の研究を基礎にして、一層の研究を推進すべきであろう<sup>46</sup>。

---

<sup>43</sup> 勝本 206 頁。

<sup>44</sup> 中村(4) 179 頁。なお、同所には民法 936 条の邦訳もある。

<sup>45</sup> ABGB における clausula 理論の詳細な研究については、Pfaff (Fn.4) S. 316 ff. 参照。Pfaff は、結論として、Zeiller とその協力者は、clausula 理論の影響下にあり、その影響の痕跡は ABGB をも貫いている、と主張している。S.354.

<sup>46</sup> 潮見・前掲（注 2）200 頁は、clausula 理論について、勝本と私を引用するだけで、中村論文を見落とした。同書における事情変更の原則に関する叙述（196—241 頁）は、本格的論文と評価でき、引用文献もほぼ完璧であるだけに残念である。

## 2 前提論

### (1) 序説

今日のドイツの行為基礎論は、Oertmann によって 1921 年に創始されたものであるが、その前身は、パンデクテン法学の完成者といわれる Windscheid (1817–1892) が、19 世紀半ばに提唱した「前提論 (Voraussetzungslehre)」に求められる。それによれば、前提とは意思の自己制限の一つであり、それは条件と動機の中間に位置し、展開されない条件である。過去および現在の事態だけでなく、将来の事態も前提となりうるので、前提論は事情変更の原則と係わる理論である。

そこで私もこれまで不十分ながら、行為基礎論の前史として、前提論について考察を続けてきた。とくに「事情変更の原則と不当利得」(1972 年)は、その一応の到達点である<sup>47</sup>。そこでは結論として、Windscheid の前提論は、ほんらい不当利得論であり、事情変更の原則を志向したものではないとするものであった<sup>48</sup>。それにしても Windscheid は、数多くの批判に遭いながらも、最後まで説を変えなかつた。前提論や事情変更の原則は概念法学からは導き出されないので、Windscheid を概念法学の代表者とする従来の通説に対し、私は当時から疑問を感じないわけではなかつた<sup>49</sup>。

これらの点に関し、その後二つの文献が発表され、いずれも私見を補強するものといえるので、以下簡単にその紹介をしたい。

<sup>47</sup> 五十嵐清「事情変更の原則と不当利得—ウィントシャイトの前提論を中心に」  
谷口知平還暦記念『不当利得・事務管理の研究(3)』(有斐閣、1972 年) 所収。

<sup>48</sup> 前注 102 頁。

<sup>49</sup> 私は、一応 Wieacker にしたがい、前提論を、Windscheid が比較的自由で革新的な考え方をした初期の学風を代表するもの、と位置付けてみたが (五十嵐・前掲 [注 47] 89 頁)、Windscheid は、その死の直前に書いた論文においても、「裁判官に正義感を満足させる法的手段を残しておくほうが望ましく、法的安定性をいたずらに強調することは形式主義的である」旨を述べているので (五十嵐・前掲 93 頁)、これだけでは説明にならない。

## (2) Simshäuser の研究

前記拙稿と同年に、ドイツで Simshäuser により、Windscheids *Voraussetzungslehre rediviva* (「ウイントシャイトの前提論の復活」) と題する論文が発表された<sup>50</sup>。それによれば、Windscheid の前提論の適用領域には、法律行為論と不当利得論の二つの面があり、そのうちの本来の適用領域である不当利得論のほうは、Lenel との論争のなかで次第に背後に退いた。しかし前提論は、法律行為論としては(つまり事情変更の原則としては)、事情の大変動の場合に役立たないので、その地位を失ったが、不当利得論としては、民法 812 条 1 項 2 文後半 (法律行為の目的とされた結果が生じない場合の不当利得) の判例・学説のなかで今日復活している、とされる。私は、ドイツの不当利得法については専門外なので、Simshäuser 論文の評価はできないが、わが意を得た論文ということになる。

## (3) Falk の研究

Falk は、1989 年に *Ein Gelehrter wie Windscheid* (『ウイントシャイトのような学者』) と題する博士論文を発表し、Windscheid を概念法学の代表者とする従来の伝統的な見解に対する見なおしを求めたが、そのなかでとくに前提論に重点が置かれている<sup>51</sup>。しかし、本書については、わが国すでに赤松秀岳により紹介がなされているので<sup>52</sup>、ここでは簡単にしたい。赤松は、パンデクテン法学研究の新たな展開として、「概念法学」像の揺らぎについて、Schröder,

---

<sup>50</sup> AcP 172, 19-38 (1972)

<sup>51</sup> Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid: Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt a. M. 1989. ちなみに、このタイトルは、Lenel が Windscheid の前提論を批判する論文の中で、「どうして Windscheid のような（一流の）学者が、こんな明かに根拠のない学説に到達したのだろうか」と書いた箇所 (Lenel, *Die Lehre von der Voraussetzung*, AcP 74 [1889], 226) より借用したものである。Falk, a.a.O. S.1.

<sup>52</sup> 赤松秀岳『19 世紀ドイツ私法学の実像』(成文堂、1995 年) 223 頁以下。

Ogorek, Schubert の研究を検討したあと<sup>53</sup>、Windscheid を真っ向からとりあげた Falk の研究について、とくに法解釈論を中心に検討し、「それは従来言われていたよりも極めて自由なものであることが明らかになる」とし、具体例としては、二重売買、および「売買は賃貸借を破るか」という問題を検討し、正当な結論を引き出すための Windscheid の努力を評価している<sup>54</sup>。

赤松は、前提論についての Falk の研究に関してふれるところが少ないが<sup>55</sup>、Falk は、まさに Windscheid が概念法学的な形式論理をもてあそんだのではないことを強調するために、さいごに前提論について詳論している<sup>56</sup>。その内容を要約することは困難であるが<sup>57</sup>、要するに前提論は概念の操作によって生み出されたものではなく、結果の妥当性と正義の実現を目指したものであり、この理論の影響を受けた判例も数多くあると指摘している<sup>58</sup>。いずれにせよ、Falk および赤松の研究により、Windscheid の法学が概念法学にあたらないことは、前提論の場合だけではなく、他の点でもいえることが明らかにされた<sup>59</sup>。

---

<sup>53</sup> 赤松・前掲（注 52）163 頁以下。

<sup>54</sup> 赤松・前掲（注 52）230 頁以下。

<sup>55</sup> 赤松・前掲（注 52）245 頁注 90 参照。

<sup>56</sup> Falk (Fn.51), S. 193 ff.

<sup>57</sup> Falk の論文は難解なドイツ語で書かれているため、私には理解が困難であったことをお断りしたい。

<sup>58</sup> 判例の分析については、Falk (Fn.51), S. 210 ff. この部分は拙稿（注 47）95 頁以下と重複するが、結論は異なる。私は、事情変更の原則の立場から、前提論の影響を受けた判例の重要性を否定しているが、Falk には、そのような視点は乏しい。これに対し、Emmert は私見に近い。Emmert (Fn.39a), S. 144 ff.

<sup>59</sup> Falk 著に対するドイツの学界での評価については、B.-R. Kern, ZNR 13, 235 ff.（赤松・前掲〔注 52〕237 頁以下）参照（かならずしも好意的ではない）。