

ドイツ行為基礎論小史(2・完)

ードイツ民法新 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 (以上前号)
- III Oertmann の行為基礎論
 - 1 Diederichsen による評伝
 - 2 Brodhun による評伝
 - 3 増額評価判決をめぐる
- IV ナチス時代の行為基礎論
 - 1 序説
 - 2 ナチス時代の判例における行為基礎論
 - 3 ナチス時代の学説における行為基礎論
 - 4 ドイツ法アカデミーにおける行為基礎論
- V 第 2 次世界大戦後における行為基礎論
 - 1 学説の発展
 - 2 判例の展開
- VI ドイツ民法新 313 条の成立
 - 1 第 40 回ドイツ法曹大会
 - 2 債務法改正鑑定意見における行為基礎論
 - 3 債務法改正委員会最終報告書における行為基礎論
 - 4 債務法現代化法案における行為基礎論
 - 5 民法新 313 条に対する評価

[主要参考文献]

ADRIII, 1: Akademie für Deutsches Recht 1933-1945; Protokolle der Ausschüsse, Bd.III,1, Volksgesetzbuch, Hrsg. von W. Schubert, Berlin 1988.

ADRIII, 3: Akademie für Deutsches Recht 1933-1945; Protokolle der Ausschüsse, Bd.III,3, Ausschuss für Personen-, Vereins- und Schuldrecht, 1934-1936, Hrsg. von W. Schubert, Berlin 1990.

ADRIII, 4: Akademie für Deutsches Recht 1933-1945; Protokolle der Ausschüsse Bd.III,4, Ausschuss für Personen-, Vereins- und Schuldrecht 1937-1939, Hrsg. von W. Schubert, Berlin 1992.

ADRIII, 5: Akademie für Deutsches Recht 1933-1945; Protokolle der Ausschüsse, Bd.III,5, Ausschuss für Schadensersatzrecht etc. Hrsg. von W. Schubert, Berlin 1993.

五十嵐：五十嵐清『契約と事情変更』（有斐閣、1969年）

五十嵐・注民：五十嵐清「契約と事情変更」谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13)』（有斐閣、1996年）所収

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）

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）

III Oertmann の行為基礎論

ドイツ民法新 313 条は「行為基礎の障害 (Störung der Geschäftsgrundlage)」という見出しを採用している。この見出しが、1921 年に発表された Oertmann の Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff (『行為基礎、新たな法概念』) に由来することは、いうまでもない。では Oertmann の行為基礎論とは、どのような理論

か。かれ自身の定義によれば、「行為基礎とは、行為意思がその基礎の上にきずかれる一定の事情の存在または発生に関する表象であるが、それは行為の締結のさいに現れ、相手方によってその重要性を認識され、異議を述べられない一方当事者の表象であるか、または数人の当事者の共通の表象である。」⁶⁰ この行為基礎が最初から存在しなかったり、後に消失した場合に、契約の解除や改訂など一定の法律効果が生ずるとというのが、行為基礎論であるが、この理論はまもなく判例によって採用され、最終的には今回の明文化となった。だが、それにしてもドイツ民法 313 条の内容⁶¹ と Oertmann の定義との間にはかなりの相違がある。どうしてそうなったのかについては、拙著『契約と事情変更』に一応述べてあるが⁶²、最近 Oertmann について二つの評伝が発表されたので、それを参照して若干の補充をしたい。

1 Diederichsen による評伝

Oertmann が教授生活の最後の十数年を過ごしたゲッティンゲン大学では、創設 250 年を記念して、1987 年に Rechtswissenschaft in Göttingen (『ゲッティンゲンの法学』) という書物を刊行し、創設以来活躍した 20 数名の法学者について評論した。平均すれば 10 年にひとりという計算になるが、Pütter や Jhering などとならんで、Oertmann もとりあげられ、民法学者 Diederichsen が執筆を担当した⁶³。

Diederichsen の評伝は、主として Oertmann の私法方法論に重点をおいたもので、個々の業績についての詳細な論述はない。行為基

⁶⁰ 五十嵐 88 頁。

⁶¹ 本誌 15 卷 2 号 48 頁参照。

⁶² 五十嵐 88 頁以下参照。

⁶³ Diederichsen, Paul Oertmann (1865-1938), Von der Pandektenwissenschaft zur modernen Zivilrechtsdogmatik, in: Rechtswissenschaft in Göttingen, Göttinger Juristen aus 250 Jahren, Hrsg. von Fritz Loos, Göttingen 1987, S. 385ff.

礎論についても一通りの叙述が見られるだけであり⁶⁴、拙著を補充すべきところは少ない。判例によって行為基礎論が採用されたとしても、それは「飾り」にすぎないとする Kegel の見解が支持されている⁶⁵。ただし、Oertmann を全体として、「生活に密着し (Lebensnähe)」、法の経済学的研究に関心があり、「問題提起に異常なほどの時事性」を持つ法学者と評価していることが注目される⁶⁶。

2 Brodhun による評伝

これに対し、法史学者 Rückert の指導を受け、1999 年に刊行された Brodhun の博士論文、Paul Ernst Wilhelm Oertmann (1865-1938) は、Oertmann に関するすべての資料にあたった詳細な評伝である⁶⁷。

かれによれば、Oertmann はすでに忘れられた存在であり、その影響も乏しいが、今日も影響力のある唯一の理論が行為基礎論であるとして、行為基礎論についても詳論している⁶⁸。もっともその内容は、Oertmann を行為基礎論という新たな法概念の創始者として評価するよりも、それは岳父である Windscheid の前提論を出発点としたものであり⁶⁹、また当時それと比肩できる多くの学説があり(「契約の基礎」ということばも使われた)、Oertmann の行為基礎論が特別に優れていたのではないという、いささか消極的なものであ

⁶⁴ Diederichsen (Fn. 63), S. 403ff.

⁶⁵ Diederichsen (Fn. 63), S. 406. なお五十嵐 98 頁参照。拙著も Kegel の影響下に書かれたものである。

⁶⁶ Diederichsen (Fn. 63), S. 412.

⁶⁷ Brodhun, Paul Ernst Wilhelm Oertmann (1865-1938); *Leben, Werk, Rechtsverständnis sowie Gesetzeszwang und Richterfreiheit*, Baden-Baden 1999.

⁶⁸ Brodhun (Fn. 67), S. 221ff.

⁶⁹ もっとも、Oertmann が Windscheid の娘と再婚したのは 1902 年であり、Windscheid はその 10 年前に死んでいる。Brodhun (Fn. 67), S. 84. なお本稿 (1) の公表後、筏津安恕「ドイツ近代私法学における三つの自由意思概念」名法 201 号 (2004 年) に接した。筏津は、そこで Windscheid の前提論にふれ、拙

る。また行為基礎ということばも必然的ではなく、Oertmann自身、1921年以前には「契約の基礎」ということばを使っている。ではなぜOertmannの行為基礎論が判例に採用され、今日まで生き延びたのか。

その理由として、Oertmannの行為基礎論が、インフレによる不公平の発生に悩んだ実務の要望にこたえたものであるほか、はじめてOertmannの公式を採用したライヒ裁判所(Reichsgericht)民事2部の1922年2月3日の判決(RGZ 103, 328)に、Oertmannと長年にわたって親しい友人関係にあった、Richard Mansfeld裁判官(後の民事2部部長)が関与していたという事実があげられている⁷⁰。このような興味ある事実の指摘を除けば、BrodhunによるOertmannの行為基礎論に対する評価は、基本的にはKegelによるものと変わりがなく、要するに、これまでのOertmannの行為基礎論は一般に過大評価をされており、今日からみれば、Oertmannは行為基礎論の命名者にすぎないということになる⁷¹。

私にとって興味深かったのは、つぎの項目と関係することであるが、ナチス時代におけるOertmannの行為基礎論である。Brodhunによれば、Oertmannは1934年にDie Geschäftsgrundlage im nationalsozialistischen Staat(「ナチス国家における行為基礎論」)

稿(本誌前号59頁注47参照)に対し、「五十嵐の問題設定はある意味で逆転している。……前提論を『極端な意思主義の帰結』という五十嵐の評価は、一面的であるという批判をまぬかれない」と批判している(同165頁注44)。私も現在はWindscheidを極端な意思主義者とは思っていないが、とりあえず、貴重な指摘に感謝したい。

⁷⁰ Brodhun(Fn. 67), S. 238.なおBrodhunは、OertmannとMansfeldの関係について、Miosge, Richard Mansfeld(1865-1943); Richter und Senatspräsident am Reichsgericht, in: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, hrsg. von Heinrichs et al. München 1993, S. 507, bes. S. 511f.に依拠している(ちなみに、Mansfeldはユダヤ人の血が混じっていたが、ユダヤ教徒ではなく、迫害されることもなかったようである。S. 514ff.)。なお、後掲のEmmert(Fn. 78), S. 352f.は、この事実にふれず、もっぱらOertmannの行為基礎論が判例に採用されやすい点を強調している。

⁷¹ Brodhun(Fn. 67), S. 240.

という論文を発表しているが、そこでは行為基礎論はナチスのもとでも有用であるとするものの、具体的には、アーリア人とユダヤ人の結婚について、行為基礎の消失として解消を認める見解に反対していたとのことである⁷²。

3 増額評価判決をめぐって

本稿では、第一次世界大戦後のドイツの判例において Oertmann の行為基礎論がどのようにして判例に取り入れられたかを中心に論じてきたが、ドイツにおける事情変更の原則の歴史にとって最も重要な判決は、ライヒ裁判所 1923 年 11 月 28 日の増額評価 (Aufwertung) 判決である⁷³。もっとも、この判決は、勝本著にも詳しく取り上げられているし⁷⁴、Oertmann の行為基礎論について言及するところがないので、拙著では簡単にふれるにとどまった⁷⁵。しかし、この判決はたんに事情変更の原則の歴史からだけでなく、他の点でも多くの問題を提起したので、ドイツや日本でその後注目され、多くの論稿が発表されている。以下、その主なものを紹介するにとどめる。

まずわが国では、本件増額評価判決をめぐる裁判官と立法者の対立に焦点を置いた、広渡清吾「大インフレーションとライヒスゲリヒトの『クーデター』」と題する興味深い論稿が 1973 年に公表された⁷⁶。つづいて、1976 年に、民訴学者佐上善和により「訴訟事件の非訟化に関する一考察」と題する論文が公表されたが、その副題

⁷² Brodhun (Fn. 67), S. 102f. (なお Oertmann のこの論文は、後掲の Zirker [Fn. 86]によっても無視されている。)さらに特筆すべきは、Oertmann はナチスに加担せず、ゲッティングンの同僚であるユダヤ系公法学者 Gerhard Leibholz (後の西ドイツ憲法裁判所裁判官) に対し、さいごまで交流を続けたという。A.a. O. S. 103f. なお Leibholz については、竹内重年『ライプホルツとその時代』(自費出版、2004 年 [未見])がある (法律時報 2004 年 5 月号文献月報参照)。

⁷³ RGZ 107, 78.

⁷⁴ 勝本 393 頁以下。

⁷⁵ 五十嵐 95 頁。

⁷⁶ 法学セミナー 1973 年 12 月号。

は「増額評価法から契約救助令へ、ドイツ法における展開を中心として」とされており、そのなかで1923年の増額評価判決が、訴訟の非訟化という流れの中で重要な位置付けを有するものとして取り上げられている⁷⁷。

ドイツでも、最近増額評価判決はあいついで博士論文の対象となった。まず Emmert の研究は、事情変更の原則だけでなく、契約上の給付義務の限界に関するより広範囲の研究であり、Windscheid の前提論や Oertmann の行為基礎論についてもかなり論じている(ただし、それほど特色のあるものではない)⁷⁸。本書の後半は、第一次世界大戦勃発から戦後にかけてのライヒ裁判所の判例の発展を扱っており⁷⁹、その最後に登場するのが1923年の増額評価判決である。これについては、判決の内容だけでなく、その①政治上の結果、②裁判官団からの反対、③民法上の結果についても詳論している。結論として、著者は、この危機時代の判例の営みを、実質的価値に対するセンシビリティを持つものと評価している⁸⁰。

これに対し、Richard Scholz の研究は、ライヒ裁判所の増額評価判決の成立の原因について、とくにライヒ銀行の保守的な金融政策とライヒ政府のインフレ政策との関係を顧慮して分析した、実証的なものである⁸¹。結論として、ライヒ裁判所の判決は、金銭債権者の主張をそのまま認めたのではなく、債務者の利益も考慮したものであり、したがって増額評価額は、利益衡量にもとづき、信義則にしたがって算出されたとして、これまた高く評価している⁸²。

⁷⁷ 民事訴訟雑誌 22 号 (1976 年) 1 頁以下、とくに 25 頁以下。

⁷⁸ Emmert, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten; Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 1914-1923, Tübingen 2001, S. 133ff. u. 349ff.

⁷⁹ この部分は、わが国でも勝本が詳論している。勝本 296 頁以下。

⁸⁰ Emmert (Fn. 78), S. 421.

⁸¹ Richard Scholz, Analyse der Entstehungsbedingungen der reichsgerichtlichen Aufwertungsrechtsprechung, Frankfurt a. M. u.a. 2001.

⁸² Scholz (Fn. 81), S. 143.

なお、ライヒ裁判所の増額評価判決については、1968年に、Rüthersにより、それは裁判官の権能の逸脱であり、後日ナチス時代における一般条項の濫用への道を開いたと批判されたが⁸³、前記両論文には、そのような視点はみられず、当時のライヒ裁判所は、現在のドイツ連邦憲法裁判所に較べると、きわめて消極的であったとされている⁸⁴。

IV ナチス時代の行為基礎論

1 序説

ナチス時代の行為基礎論について、かつて私は、「ナチス私法学は行為基礎論を特別にとりあげはしなかった」と書いたが⁸⁵、1996年にZirkerにより、『ナチス時代における契約と行為基礎』と題する博士論文が発表され⁸⁶、そうでないことが明らかにされた。したがってここでは、主としてZirker論文により、ナチス時代における行為基礎論についての討論の紹介をしたい。

その前に、Zirkerに先だってナチス時代の行為基礎論にも言及した博士論文である、Ralf Köblerの『一般的法原則としての事情変更の原則』について一瞥したい。本書は、法の全領域においてclausula理論を一般的法原則として考察したものであるが、その前半はclausula理論の歴史にあてられ、その中で、13頁にわたって「ナチス時代」もとりあげられている。しかし私法については4頁にすぎず、そこでは、私法において一般的なclausula理論の機能をはたす行為基礎論は、ナチス時代の判例・学説でも、従前と変わりなく適

⁸³ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968, S. 64ff. なお、五十嵐清『比較民法学の諸問題』(一粒社、1976年)25頁以下参照。

⁸⁴ とくに Emmert (Fn. 78), S. 425.

⁸⁵ 五十嵐 102 頁。

⁸⁶ Zirker, Vertrag und Geschäftsgrundlage in der Zeit des Nationalsozialismus, Würzburg 1996.

用されたとされる⁸⁷。これに対し、契約救助令については、「ナチス時代の *clausula* 領域における最も本質的な発展」として、評価している⁸⁸。さらに、Zirker 以後の文献であるが、ドイツとイタリアの事情変更の原則の比較をした Reiter の『ドイツ法とイタリア法における契約と行為基礎』(2002年)も、イタリアのファシズム期との比較でドイツのナチス期の契約と行為基礎論について、20頁近くにわたって言及している。しかし、その内容は Zirker を上回るものではないので、ここでの紹介は省略したい^{88a}。

2 ナチス時代の判例における行為基礎論

以下、Zirker の研究に則して、ナチス時代の判例と学説が行為基礎論をどのように取り扱ったかを概説したい。Zirker は、先行業績である Rüthers⁸⁹ が、ナチス時代の判例は一般条項を通じてナチス的イデオロギーを注入したと主張したのに対し、行為基礎に関する全判例を検討することにより、異なる結論を導き出そうとした。

(1) 貨幣取引の領域におけるライヒ裁判所の判例

Zirker は、この領域の判例を、①金、ドル、ポンド担保条項、②

⁸⁷ Ralf Köbler, Die “*clausula rebus sic stantibus*” als allgemeiner Rechtsgrundsatz, Tübingen 1991, S. 119 ff.なお拙著『契約と事情変更』でも、主として Kegel (Kegel-Rupp-Zweigert, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1941, S. 99-133; 157-162.)に依拠して、1941年の途中までの判例に言及しているが、そこではナチス的イデオロギーとは無縁の Kegel の影響もあって、ナチスとの関連を示すものはない(五十嵐 97頁以下)。

⁸⁸ Köbler (Fn. 87), S. 122.なおナチス時代の契約救助令については、佐上・前掲(注 77) 60頁以下が詳しい。

^{88a} Reiter, Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht, Tübingen 2002.両国とも契約について主観的理解から客観的理解へと発展したが、イデオロギーへの拘束度はイタリアのほうが少なかったとする。S. 123ff.なお本書については、あとで近時の比較法的研究の紹介のところで再述したい。

⁸⁹ Rüthers (Fn. 83).なお、五十嵐・前掲(注 83) 27頁以下参照。

外国貨幣債権、およびインフレ以外の給付障害、③増額評価判例の領域におけるその他の行為基礎論、についての判例に分けて分析しているが、ここでは結論のみ紹介するに止める。それによれば、この分野のライヒ裁判所の判例は、まず当事者の意思を尊重し、それで解決できないときは行為基礎論などを適用、そのさい民法 157・242 条 (信義則の規定) を顧慮するというものであるが、「30 年代における貨幣価値低下の領域でのライヒ裁判所の判決は、完全に脱イデオロギーであることが明らかである」とされる⁹⁰。

(2) 増額評価判例の領域以外における行為基礎論の適用

この分野の判例は、継続的債務関係と通常債務関係にわけ、前者については、①退職年金請求権、②契約により合意された扶養金、③小作関係、④その他、にわけ、後者については、①保証、担保契約、②和解契約、③請負契約、④その他、にわけて分析されている。結論として、この分野では、ナチス的イデオロギーが明かに看取される判決も見られるが、「この領域の最高裁の判例の広範な部分は、ナチス的イデオロギーより自由であった」とし、これと異なる Börner のテーゼ⁹¹ は、無制限に支持できるわけではないと批判している⁹²。

3 ナチス時代の学説における行為基礎論

この時代には、革新的私法学者により新しい権利論や契約論が発表された。かれらによれば、契約は共同体に拘束された制度であり、そこでの信義則の意義が強調された。この立場から新たに行為基礎

⁹⁰ Zirker (Fn. 86), S. 74 ff.

⁹¹ Börner, Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit, Frankfurt a.M. u.a. 1988, S. 205. Börner は、Rüthers のテーゼを発展させ、ナチス的イデオロギーは判例の広範な部分で実現したと主張している。

⁹² Zirker (Fn. 86), S. 109 f.

論をとりあげた学者として、Zirker は Heinrich Lange と Karl Larenz に言及している。

Lange は、1934 年の『古い債務法から新しい債務法へ』のなかで、民法典を突き破る手段としての一般条項の重要性を指摘し、その一環として行為基礎論を論ずる。Lange によれば、pacta sunt servanda の原則は無制限ではなく、「締結された契約は、環境事態の変更により、もはや迷うことなく給付義務の基準たりえない。それゆえ当事者のためには、clausula rebus sic stantibus がふたたび名誉を得なければならない。しかしそれはまた、契約解消の個人主義的な手段から、義務と共同体を意識した契約忠実の法手段へ高められなければならない。ここではまた破壊ではなく、改造が目標である。」⁹³

Larenz も、1936 年の『契約と不法』第 1 巻において、契約の民族共同体への被拘束性を認め、そこにおける一般条項、とくに信義則の役割を強調する。そして、信義則により債務関係が解消される場合の一つとして、行為基礎の消失に言及する。「そのさいもちろん行為基礎の概念は新しい法思考の意味でラジカルに考え直されなければならない。」Oertmann により作り上げられた行為基礎の意義は承認されなければならないが、それは心理的なものである。これに対し、Larenz によれば、行為基礎は、契約を意味のあるものとする客観的な前提であり、その消失は契約の解消をもたらすものとされる⁹⁴。

⁹³ Heinrich Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934, S. 72. Lange については、広渡清吾「二人のハインリッヒ」東社 33 巻 5 号 81 頁以下(1981 年)のほか、詳しくは Wilhelm Wolf, Vom alten zum neuen Privatrecht; Das Konzept der normgestützten Kollektivierung in den zivilrechtlichen Arbeiten Heinrich Langes (1900-1977), Tübingen 1998 参照。Lange は戦後 1958 年に行為基礎論に関する論文を書いているが(五十嵐 133 頁以下)、それとナチス時代の学説との連続性については、S. 324 ff. 参照。

⁹⁴ Larenz, Vertrag und Unrecht, I, Hamburg 1936, S. 162-165. 本書については、五十嵐 103 頁注(1)でふれているが、Vertrag und Unrecht, II とあるは、ミスプリント。

4 ドイツ法アカデミーにおける行為基礎論

ナチスでは、法律部門の指導者である Hans Frank が中心となって、1933 年にドイツ法アカデミー (Akademie für Deutsches Recht) を創設し、一流の法学者を集め、法の革新と立法の準備にあてた⁹⁵。このアカデミーの委員会の議事録は、1980 年代から 90 年代にかけて、Schubert によって公刊された。Zirker の研究も、この資料を用いて、ナチス時代の私法学者が行為基礎論についてどのような議論をしたかを明らかにしている。本稿は、ここでも主として Zirker にしたがって、その大要を紹介したい⁹⁶。

(1) 討議の第 1 段階 (1934-36 年)

ドイツ法アカデミーは多くの委員会にわかれたが、行為基礎論を問題としたのは、「人・社団・債務法委員会」である。ここで最初に指導的役割を演じたのは Heinrich Stoll である⁹⁷。Stoll は、1934 年 11 月に給付障害論についてのペーパー (Ausarbeitung) を提出した。彼は、そのなかで、給付障害として、①給付利益の侵害、②保護利益の侵害のほか、第三のカテゴリーとして、事情変更による犠牲限度 (Opfergrenze) の超過による債務関係の侵害をあげる。そして、一方的債務関係において、契約締結後、異常事態の発生により、債務者の給付の期待可能性がなくなったときは、債務者は給付の減縮または解除を主張できるとし (275 b 条)、さらに、双務契約における特則を設けることを提案した (327 b 条 [異常事態による解除] および 327 c 条 [調整])⁹⁸。その他、Arnold と Lehmann からも事情変

⁹⁵ ドイツ法アカデミーについては、簡単ながら、広渡・前掲 (注 93) 94 頁以下、五十嵐清『現代比較法学の諸相』(信山社、2002 年) 117 頁以下など参照。

⁹⁶ Zirker (Fn. 86), S. 137ff. なお、主要な箇所では ADR も参照した。

⁹⁷ Stoll については、広渡・前掲 (注 93) 72 頁以下のほか、Sessler, Die Lehre von den Leistungsstörungen; Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts, Berlin 1994 参照。

⁹⁸ ADRIII, 3, S. 207f. u. 222f. その内容は、後の 1936 年の提案に近いので、ここでは詳細を省略。なお、Zirker (Fn. 86), S. 139ff. のほか、Sessler (Fn. 97), S. 129ff. 参照。

更の原則に関する提案がなされた(Stollの提案は、契約成立当時の錯誤も問題とする[327 c条]のに対し、両者は契約成立後の事情変更のみを扱う)。

1934年12月19日にイエナで開かれた委員会では、行為基礎論も討議の対象となった。そこでは、Hedemannにより、事情変更の原則は新法典に必要であるとされたが、一般条項に対する警告もなされた。またLehmannにより、Stollの提案に対する種々の批判がなされた(具体的秩序思想の強調など)⁹⁹。

Stollは、これらの批判を受けて、1936年に公表された委員会の報告書(Denkschrift)である『給付障害論』のなかで、事情変更の原則について、以下のような立法提案をした¹⁰⁰。

11条(民法293条) 異常な事情の援用

- (1) 債務者は、契約の締結にさいし考慮に入れるはずのなかったような諸関係の完全な変更により、その給付がもはや期待しえないことを援用できる。給付の拒絶は、遅滞無くなされなければならない。
- (2) 減少された給付でも契約目的に適うものと考慮される場合には、債務者は債権者に対し、変更された諸関係に相応して減縮された給付を提供しなければならない。
債権者がそれを拒絶したときにはじめて、債務者はその義務を免れることができる。
- (3) 債務者がその義務を免れるときは、債権者に対し、契約締結により生じた費用を補償しなければならない。
- (4) 事情全体と契約の趣旨により、債務者が諸関係の変更の危険を負担すべきであるときは、債務者は、給付を拒絶することができない。
- (5) 契約締結のさいに存在したまったく異常な事情が、債務者にとりその責めなくして知られなかったときは、契約締結後に生ずる諸関係の完全な変更の場合と、同一に扱われる。

⁹⁹ ADRIII, 3, S. 148ff.

¹⁰⁰ Heinrich Stoll, Die Lehre von den Leistungsstörungen. Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins-, und Schuldrecht, Tübingen 1936, S. 66f. u. 78f.なお本書の写真版が、ADRIII, 3, S. 232ff.に収録されている。

24 条 (民法 326 条) 異常な事情による解除

- (1) 双務契約において、一方当事者が、異常な事情によりその給付がもはや期待しえないことを援用したときは、その当事者は適当な調整を要求することができる。その当事者は、他方に対し、その種類および程度がなお留保されうる調整に同意するかどうかについて、適当な期間内に表明することを要求することができる。同意が拒絶されたときは、調整権者は契約を解除できるが、契約の相手方に対し、契約締結により生じた費用を補償しなければならない。
- (2) 解除は遅滞無くなされなければならない。すでに受領した給付は不当利得返還の規定にしたがい、返還されなければならない。
- (3) 契約相手方が調整を拒絶するか、または契約両当事者が適当な調整について合意に達することができないときは、調整の種類および程度について、裁判官が自由裁量により決定する。裁判官は、この目的のため、契約を変更することもできる。
契約相手方にとり、調整請求権を満足させることが、全状況を顧慮して期待しえないときは、裁判官は契約を解消させなければならない。
- (4) 事情全体と契約の趣旨により、債務者が諸関係の変更の危険をを負担すべきときは、調整請求権は排除される。
- (5) 両当事者にとり適当と思われた給付と反対給付の関係が、契約締結にさいし両当事者の考慮に入れるはずのなかったような異常な事情により著しく乱されたことを、一方当事者が主張したときは、異常な事情の援用の場合と同一に取り扱われる。錯誤による取消は、排除されない。

このうち、11 条は 1934 年提案の 275 b 条に相当し、一方的債務関係における事情変更の原則を規定するものであるが、これまでの批判をとりいれ、(4)と(5)を追加した。これに対し、24 条は双務契約についての特則を定め、34 年提案の 327 b 条と 327 c 条を統一したものである。ここでは、事情変更の第 1 次的効果として契約の調整があげられているのが注目される。これらの規定は、その後、ナチス民族法典における行為基礎の規定の基礎となるが、ナチスのイデオロギーとほとんど無縁であることも注目すべきである¹⁰¹。しかし、

¹⁰¹ Stoll は利益法学者であり、他の革新的ナチス私法学者と一線を画した点については、広渡・前掲 (注 93) 72 頁以下参照。

今回のドイツ民法 313 条との関連となると、定かでない¹⁰²。

(2) 討議の中間段階 (1937-39 年)

この時期は、1937 年の Stoll の死亡も原因となって、アカデミーにおける行為基礎論に関する討議は、休止の時期であった。なお、この時期に、審議の促進を図るため、「人・社団・債務法委員会」はいくつかの部会に分かれた¹⁰³。

(3) 討議の最終段階 (1939-42 年)

まず「一般契約法部会」では、1940 年より 41 年の会議で、行為基礎論もときおり問題となったが、重要性に乏しいので、ここでは省略したい¹⁰⁴。

これに対し、損害賠償法部会での 1939 年より 42 年にかけての会議では、行為基礎論は白熱した討議の対象となった。1940 年 9 月 6 日に開かれた部会では、Larenz が給付障害についての基本報告書を提出したが、そのなかで、彼は、「(客観的)行為基礎の消失」(15 条)と「継続的關係における(主観的)信頼基礎の消失」(16 条)について、立法提案を用意した¹⁰⁵。この規定について種々の批判があり、同年 11 月 25 日から 26 日にかけて開かれた部会で、修正案が成立した。以下、行為基礎に関する 2 か条を訳出する¹⁰⁶。

¹⁰² Stoll の Denkschrift から半世紀近く経った 1981 年に刊行された『債務法改正のための鑑定と提案』になかで、同じく「給付障害」を担当した Ulrich Huber は、「行為基礎の喪失」の項目で、Stoll の提案を検討し、「行為基礎論の全スペクトルを覆うことを試みるこのような規定は、その一般性の故に、間違っていると私は思う。それは、『異常事態』や『期待可能性』のレッテルのもとで、異質で関連性のない問題や視点を一緒にしている」と批判している。U. Huber, Leistungsstörungen, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts. Bd.I, Köln 1981, S. 748. Huber は、そもそも行為基礎論を統一的な制度として認めないのである。a.a.O. S. 751.

¹⁰³ Zirker (Fn. 86), S. 159f.

¹⁰⁴ 詳しくは Zirker (Fn. 86), S. 160ff. 参照。

¹⁰⁵ ADR III, 5, S. 112 f.

¹⁰⁶ ADR III, 5, S. 189.

19 条 行為基礎の消失

- (1) 契約締結にさいし両当事者がその存続を考慮していた一般的諸関係の変更により、給付と反対給付の典型的な均衡、または契約の趣旨により前提とされる均衡が完全に破壊されたときは、各当事者は、変更された諸関係への契約内容の衡平に適った調整、に協力することを義務付けられる。それについて合意が成立しないときは、各当事者は、裁判官による契約形成を求めることができる。変更された諸関係への調整が適当でないときは、各当事者は、契約関係につき即時に効力の生ずる解約告知をすることができる。
- (2) 契約関係が解約告知されたときは、それにより財産の損失を受けた契約当事者は、他方に対し、それが状況により衡平に適する場合にかぎり、適当な補償を要求することができる。

20 条 信賴の破壊

- (1) 継続的行為、または長期間にわたる回帰的給付、を対象とする債務関係または団体関係（継続的關係）において、その設立にさいし前提とされた信賴關係の存続が、一方当事者にとりもはや期待しえない程度に破壊されたときは、その当事者は、その関係につき即時に効力の生ずる解約告知をすることができる。継続的關係の存続が、その他の重大な事由により一方当事者にとりもはや期待しえない場合で、他方当事者の優越する利益が対立しないときも、同様である。
- (2) 信賴關係の破壊またはその他の重大な事由が、一方当事者の有責な態様に基づくときは、他方当事者は早期の解消により生じた損害の賠償を要求することができる。

Larenz の原案に較べると、19 条では、当初存在していた「民族共同体の重大な利益と一致しない」という文言が削除されたことが注目され、民法新 313 条の前身に値するものとなった。また 20 条（これは本来の行為基礎論ではないが）では、Hueck の批判をいれ、「その他の重大な事由」という文言が加わったことが注目される。このほうも、民法新 314 条の前身といえる。

この部会では、さらに 1941 年 4 月 27 日の会議で、ふたたび行為基礎論がとりあげられ、ここでも Larenz が詳しい報告をし、それをめぐって討論がなされたが、詳しい紹介は省略したい¹⁰⁷。

¹⁰⁷ ADRIII, 5, S. 238-271; Zirker (Fn. 86), S. 172ff.

(4) 民族法典における行為基礎論

ドイツ法アカデミーは、最終的には、民法典の部分改正にかえて、新たに民族法典の制定を企てた¹⁰⁸。しかし、当時公表された草案は一部に限られ、行為基礎については、1940年11月のアカデミー年次総会でなされた Hedemann の報告のなかで、規定案が言及されているにすぎない¹⁰⁹。しかし現在は、公刊されたドイツ法アカデミー議事録のなかで、行為基礎について二つの草案が存在したことが明らかになった。

まず1941年5月における、民族法典の「義務侵害、給付障害、継続的債務関係および不法行為」についての第1読会での草案規定を訳出する¹¹⁰。

19条 行為基礎

- (I) 契約締結にさいし予見しえない諸関係の完全な変更により、当事者の一方にとり契約への拘束がもはや期待しえないときは、その当事者は契約を解除することができる。この場合において、各当事者は、契約の締結と履行の目的のために費やした費用を、それが衡平に適する場合にかぎり、相手方から賠償されることを要求できる。
- (II) 一方的債務関係において、この期待不可能性が、変更された事情への給付の適合により除去されうるときは、負担を受けた者、および他方当事者はいずれもかかる調整を要求することができる。それにより、負担を受けた者により表明された解除は無効となる。両当事者が合意に達しないときは、裁判官が衡平な裁量により決定する。
- (III) 双務契約において、諸条件、とりわけ給付の価値が、かかる変更により、第1項の要件が存在する程度に影響を受けたときは、それにより負担を受けた者は、解除、または継続的債務関係においては20条もしくは21条による解約告知をする代わりに、変更された諸関係への契約条件の衡平な適合、たとえば給付の減少、反対給付の増加、給付時期の延長を要求することができる。負担を受けた者が第1項により解除をしたときは、他方当事

¹⁰⁸ 民族法典については、五十嵐清「ナチス民族法典の性格」同『現代比較法学の諸相』（信山社、2002年）115頁以下所収参照。

¹⁰⁹ 五十嵐・前掲（注108）128頁注(14)参照。

¹¹⁰ ADRIII, 5, S. 276f.

者はまた、彼のほうから適当な調整を申し出ることにより、この解除を無効にすることができる。負担を受けた者より要求された調整が、他方当事者の著しい負担増加または請求権の縮減にいたるときは、全体経済の本質的利益が、変更された諸条件への契約の拘束を必要としない場合にかぎり、他方当事者は解除することができる。この場合、および両当事者が調整をすることにしたが完全に合意することができない場合は、裁判官が衡平な裁量により決定する。

- (IV) 継続的債務関係 (20 条) においては、変更された諸関係による解除は、特別の解約告知によっては、負担を受けた者にとり耐えうる地位が作り出されえないときにかぎり、解除が許される。
- (V) 変更された事情の重要性を認識した場合に、権利者は、以上の諸規定において定められた表明を、正当な理由なく遅滞することは許されない。しからざる場合は、権利者はその権利を失う。
- (VI) 契約締結にさいし、一方当事者が、その責めなくして知らなかった全く異常な事情が存したときも、諸関係の完全な変更の場合と同一に扱われる。
- (VII) 以上の諸規定は、排除したり、または契約の一方当事者の不利益となるよう変更したりすることはできない。

前記草案は、小委員会によって修正され、1942 年 6 月の損害賠償部会の草案となった。これが行為基礎論に関するナチス時代の最後の草案である。これは 1 案と 2 案にわかれているが、ここでは両者を訳出する¹¹¹。

16 条 行為基礎 (第 1 案)

- (I) 契約締結にさいし、諸関係の予見しえない完全な変更により、当事者の一方にとり、契約への忠実の完全な顧慮と他方の利益にもかかわらず、契約への拘束がもはや期待しえないときは、その当事者は、適当な期間内に解除するか、または変更された諸関係への契約内容の調整を要求することができる。その当事者が解除したときは、他方は遅滞なく、適当な調整の用意があるむねを表明できる。両当事者が合意にいたらないときは、裁判官が決定する。裁判官は、両当事者の利益と契約目的に適する場合には給

¹¹¹ ADRIII, 1, S. 141f. なお Zirker (Fn. 86), S. 188f. 参照。

付の額もしくはその支払期限を変更したり、または契約は廃棄されたものと宣言することができる。

- (II) 契約が廃棄されたときは、諸関係の変更を援用した当事者は、他方に対し、契約の締結と履行のために費やした費用を補償しなければならない。
- (III) 損失を受けた者が、契約の趣旨により一定の異常事態の到来の危険を担うべき場合、または両当事者が他の適当な定めをした場合には、以上の規定は適用されない。
- (IV) 損失を受けた者が顧慮できなかつたような、まったく異常な事情が契約締結時に存在したときも、諸関係の完全な変更の場合と同一に扱われる。

16条 行為基礎(第2案)

- (I) 契約締結にさいし、諸関係の予見しえない完全な変更により、当事者の一方にとり、契約への拘束がもはや期待しえないときは、その当事者は、適当な期間内に解除できる。他方当事者は、契約内容を変更された諸関係に適当に調整する用意があるむねを遅滞なく表明することにより、解除を回避することができる。すでに始まった契約の履行を顧慮して、全体経済の利益、または諸関係の変更により損失を受ける契約当事者の優越した利益が、契約の維持を望ましいと思わせるときは、この当事者も、解除のかわりに、調整を求めることができる。
- (II) 両当事者が調整について合意にいたらないときは、裁判官が決定する。裁判官は、契約目的を顧慮して両当事者の利益に適する場合には給付の額もしくはその支払期限を変更したり、または契約は破棄されたものと宣言することができる。
- (III) - (V) は、第1案の(II) - (IV)と一致するので、省略。

このようなドイツ法アカデミーにおける行為基礎論をめぐる討議と、その成果である立法提案をみると、行為基礎論が重要な問題とされたこと、かなり高度な理論的水準にあったことがわかる。内容的にも、行為基礎論の客観化が進み、戦後の飛躍を準備した。しかも、そこでの議論はナチス的イデオロギーに全面的に支配されたわけではない。Zirkerは、全体の結論として、「ナチス時代の教義学に関しては、行為基礎論と契約の機能のこの客観化は、特殊ナチス的な何物も有せず、その直接の法学方法論の先駆者をワイマル時代に持つことは明かである」として、ワイマル期の私法学とナチス私法

学との連続性を認めている¹¹²。もっとも、その Zirker も、「民族法典の基本原則と債務法規定との規範関連を顧慮すると、行為基礎論について大幅に脱イデオロギー的になされた討論は、全くの茶番劇となるであろう」と指摘することを忘れない¹¹³。

では、この時代の行為基礎論についての討論や法律草案が、今回の債務法改正にどのような影響を与えたか。本稿で利用したドイツ法アカデミーの議事録は、1990 年前後に刊行されているので、今回の改正の基礎となった『債務法改正のための鑑定と提案』第 1 巻 (1981 年) の執筆者が、この議事録を参照しなかったのはやむをえない。もっとも、前述のように、「給付障害」をあつかった Huber は、Stoll の Denkschrift を批判している¹¹⁴。他方、継続的契約を扱った Horn は、行為基礎論について積極的に立法提案を行い、それが民法新 313 条の基礎となったと思われるが、かれの立法理由のなかに、ナチス時代の文献の引用はいっさい見られない¹¹⁵。さらに、事実上民法 313 条を確定させた債務法改正委員会の最終報告書 (1992 年) の理由のなかにも (民族法典をあつかった ADRII, 1 は 1988 年に刊行されているのに)、ナチス時代の文献の引用はない¹¹⁶。

したがって、行為基礎論についてのナチス時代の私法学者の営みが、今回の民法改正に対し直接影響を与えたと論証することは困難である。しかし、戦後の行為基礎論について圧倒的な影響を与えた Larenz はもとより、Lehmann, Lange, Schmidt-Rimpler など、戦後の学界で活躍した学者の多くが、すでにナチス時代に行為基礎論について発言しているので、その継続性を確認できる¹¹⁷。彼らの営

¹¹² Zirker (Fn. 86), S. 298.

¹¹³ Zirker (Fn. 86), S. 193. なお五十嵐・前掲 (注 108) 139 頁参照。

¹¹⁴ 前掲注 102 参照。

¹¹⁵ Horn, Vertragsdauer, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd.I, S. 576-580. なお Horn の立法提案については、後述する。

¹¹⁶ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992, S. 146-152. 詳しくは後述。

みは、けっしてむだになったわけではない。

V 第2次世界大戦後における行為基礎論

1 学説の発展

(1) Larenz の行為基礎論

第2次世界大戦後の西ドイツにおける行為基礎論の発展の中心となったのは、Larenz の理論である。これについては私も旧著で詳論しているので、ここではただ一言するにとどめたい。Larenz は、1951年の『行為基礎と契約の履行』において、行為基礎を主観的行為基礎と客観的行為基礎にわけ、前者・主観的行為基礎の喪失を共通の動機錯誤ととらえる。これに対し、後者・客観的行為基礎は *clausula* 理論の流れをくむものであり、その喪失を、①等価関係の破壊と②契約目的の到達不能の2類型ににわけ、それぞれにつき要件と効果について論じた¹¹⁸。その後のドイツの行為基礎論に関する学説は、Larenz の理論を軸として発展したが、1960年代の半ば頃までの様相については、私の旧著で一応ふれておいた¹¹⁹。

(2) リスク配分説の台頭

Larenz の行為基礎論に対する批判理論のうち、もっとも重要なものがリスク配分説である。私も旧著において、この理論を「危険配分説」として、Rabel の流れを汲む Kegel を中心に紹介した¹²⁰。さ

¹¹⁷ Zirker (Fn. 86), S. 288ff. なお、これらの学者の行為基礎論に関する戦後の発言のうち、Lange については前掲注 93、Schmidt-Rimpler については五十嵐 128 頁参照。

¹¹⁸ Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, München 1951, 2. Aufl. 1957. 邦訳として、神田博司・吉田豊訳『行為基礎と契約の履行』(中央大学出版部、1969年)、その他、五十嵐 101 頁以下参照。

¹¹⁹ 五十嵐 127 頁以下。

¹²⁰ 五十嵐 130 頁以下。そこでは「ケーゲルの理論、とくに危険等分論は必ずしも学界の支持を受けていないが、この理論の将来性は注目すべきものがある」と予言している。なおリスク等分論は BGH の判例でもある。たとえば、BGH

らに近時吉政知広により、契約・任意法規におけるリスク配分に着目する見解の端緒となったとする Flume についても¹²¹、「最近の行為基礎論でもっとも注目される」理論として紹介した¹²²。

しかし、私の旧著は Flume で終わり、以後はまとまった研究をしていないので¹²³、ここでは吉政の研究に従い、リスク配分説のその後の発展をフォローしたい。吉政によれば、Flume とともに、リスク配分説の端緒となったのは、Fikentscher の『契約リスクの問題としての行為基礎』(1971 年)である。かれは、行為基礎を契約の信頼基礎ととらえ、信頼が裏切られた当事者を契約に拘束することが期待しえない場合を判断するために、任意法規の定めるリスク配分基準を重視する。具体的には建築契約を中心として、詳細に論じている¹²⁴。

吉政はつづいて、リスク配分の具体的な判断基準を模索した業績として、Koller と Chiotellis の研究をあげている。まず Koller の教授資格取得論文『交換契約における契約障害のさいのリスク帰責』(1979 年)は、行為基礎の喪失だけでなく、ひろく契約障害一般におけるリスク配分の基準を探求したものである。かれは、リスク配分

NJW 1990, 572 (チェルノブイリ原発事故による修学旅行の中止によるホテルキャンセル料などの分担) ; BGH ZIP 1995, 1935 (東西ドイツの統一による東ドイツ時代の契約の失効の結果生じた損失の分担) など。

¹²¹ 吉政(1) 60 頁以下。なお、吉政も Kegel の先駆性は認めている。吉政(1) 71 頁注 (63) 参照。

¹²² 五十嵐 134 頁。なお、私も Flume に触発され、「契約と事情変更の原則」『契約法大系 I』(有斐閣、1962 年)以来、各契約類型ごとに事情変更の原則の適用を概観した。それは、新旧の注釈民法に続くが、主観的意図はともかく、各契約類型ごとのリスク配分を十分に配慮したものとはなっていない。なお五十嵐「錯誤、行為基礎の喪失、事情変更の原則」奥田昌道ほか編『民法学 1』(有斐閣、1976 年) 185 頁以下、潮見佳男『債権総論 I [第 2 版]』(信山社、2003 年) 218 頁も参照。

¹²³ もっとも、1960 年代から 80 年代の後半までの行為基礎論についてのめばしい文献は、『比較法研究』誌上で簡単に紹介しているが、木を見て森を見ないものになっている。

¹²⁴ Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, München 1971, S. 22ff. 吉政(1) 63 頁以下参照。

の基準として、①抽象的支配可能性の原理(抽象的にみて、障害を回避しうる当事者にリスクを帰責させるべきである)、②吸収原理(リスクを分散するために最もよい組織的手段を持つ者に、リスクを帰責させるべきである)、③分業誘引原理(契約相手方を自らの利益において、契約に分業的に引き込んだ者に、リスクが帰責されるべきである)の三者をかかげ、具体的なリスク配分を提唱している¹²⁵。

他方、ギリシャ人 Chiotellis は、Fikentscher の指導を受けた博士論文『債務契約における行為基礎障害のさいの法律効果規定』(1981年)において、行為基礎障害の問題を法律効果に重点を置いて論じた。かれは、行為基礎障害の場合に、法律や契約の欠缺をまず主観的等価性原理によって補充し、それが不可能の場合には、期待不可能性原理によって補充すべきであると説く¹²⁶。リスク配分は必ずしも前面に出ていないが、吉政によれば、Chiotellis の「主観的等価性原理」は、「任意法規に体现された評価や当事者の認識・行為態様までも考慮に入れた概念になっている」ので、リスク配分説と大きく異なるものではないとされる¹²⁷。

さらに吉政は、当事者の交渉・裁判過程に着目する見解として、Henssler と Härle の研究を挙げている¹²⁸。まず、Henssler は、800

¹²⁵ Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, München 1979, S. 77ff.詳細は、遠山純弘「危険負担の再検討」北法48巻4号5号(1998年)、吉政(1)66頁以下参照。

¹²⁶ Chiotellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, München 1981, S. 14ff.なお Teubner, Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystemen, ZHR 146 (1982), 625はその書評をかねた論文。また Chiotellis には、Rechtstatsächliche Aspekte der Geschäftsgrundlagenstörungen, in: Chiotellis u. Fikentscher (hrsg.), Rechtstatsachenforschung, Köln 1985, S. 139ff.がある。後者については、後述。

¹²⁷ 吉政(1)70頁以下。もっとも Chiotellis は、前注の1985年論文で、リスク配分説をあまりにも一面的であると批判しているので(S. 120)、やはりここに位置付けるのは疑問である。なお Chiotellis を引用する文献については、吉政(1)82頁注(126)参照。

¹²⁸ ただし、この位置付けが Härle はともかく、Henssler にもあてはまるかについては、私見を留保したい。

頁をこえる教授資格取得論文『契約の対象としてのリスク』(1994年)において、通常の契約におけるリスク配分を扱うほか、射倖契約などリスクの多い契約について論じている(このほうが中心)。リスク配分の基準については、Kollerの提唱する基準は、予見可能性のない事情変更の場合には役に立たないとし、かわりに、障害が当事者のどちらの領域で生じたかに着目してリスク配分をすべきである(領域説)と主張している¹²⁹。つぎに、Härleは、Fikentscherの指導を受けた博士論文『等価性障害』(1995年)において、行為基礎論の最も重要な事例群である等価性障害の場合の、契約への介入(調整または解消)の正当性の根拠について論じた。まず等価性リスクの原則的配分は民法に従うべきであるが、重大な等価性障害の事例においては契約への介入が正当化される。そのさい、①契約のリスク的性格、②障害の予見可能性、③等価性障害についての当事者の責任、の3要素の協働による柔軟な判断を可能にする動的システム論に基づいて、介入の可否が判断されるべきであるとされる¹³⁰。

吉政がさいごに「債務の強度論」として取り上げているのは、Nauenの博士論文『債務関係における給付困難と目的挫折』(2001年)¹³¹であるが、本書は私にとって、ドイツ行為基礎論小史上の位置付けが困難なので、ここでは紹介を省略し、後に債務法改正委員会最終報告書に対する批判のところで、言及したい。

以上、主として吉政の研究に依拠して、近時におけるリスク配分説の発展を概観したが、今回の民法313条1項に、当初から「とくに契約上または法律上のリスク配分を顧慮して」という文言が加

¹²⁹ Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, Tübingen 1994, S. 58ff. 吉政(2) 170頁以下参照。なお本書に対する書評として、Dreher, AcP 194 (1994), 605; Koller, RabelsZ 62 (1998), 154. 後者は忠実な内容紹介が主で、Hensslerの批判に答えていない。

¹³⁰ Härle, Die Äquivalenzstörung; Ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsgrundlage, Frankfurt a.M. u. a. 1995, S. 96ff. 吉政(2) 172頁参照。

¹³¹ Nauen, Leistungerschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, Berlin 2001. 吉政(2) 175頁以下参照。

わっているのは、リスク配分説の影響ということができよう。

(3) その他の文献

ここでは、吉政がとりあげなかった1970年以降の行為基礎論に関する主な文献について、簡単に言及したい。まず行為基礎論についての一般的文献として、Helmut Köhler, *Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis*, München 1971は、いまや民法や経済法の第一人者となった著者の博士論文であり、目的障害についてLarenzの理論を発展させたものである。かれは、契約の目的を一次的目的とさらなる目的とに分け、前者は不能理論、その他民法の契約類型で解決できるが、後者の到達不能の場合は、行為基礎論によらなければならないと主張している¹³²。

また、Goltz, *Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag*, Köln u.a. 1973は、ドイツでは主観的行為基礎論の適用問題とされている、共通の動機錯誤についての比較法的研究であるが、共通錯誤を顧慮すべきは事態が契約にとり入れられた場合にかぎるとする。また行為基礎論のように、共通の動機錯誤と事情変更の原則を統一する理論は、比較法的に例が無く、両者は利益状況が異なるとして、ドイツの行為基礎論に対し批判的である。

さらに、Haarmann, *Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen*, Berlin 1979は、継続的法律関係における行為基礎論の研究であるが、とくに行為基礎喪失の効果論に重点を置き、それと継続的法律関係の告知制度との関係について論じた

¹³² なお Köhler の行為基礎論に関する近作は、後述の *Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung*, in: *50 Jahre Bundesgerichtshof*, Bd. 1. München 2000, S. 295ff. である。Köhler が現在リスク配分説に立つことは、表題からも明かであるが、吉政も Köhler を契約規範アプローチに属する論者の一人としてあげている。吉政(2) 192 頁注(154) 参照。

博士論文である¹³³。

行為基礎論の一般的文献として最後に、行為基礎論に「法と経済学」の手法をとり入れた博士論文である Brockmeyer, Das Rechtsinstitut der Geschäftsgrundlage aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts, Frankfurt a.M. 1993 は、完全契約モデル (S. 73) にしたがえば、行為基礎論に関する判例の根拠付けが可能であると主張している。

行為基礎論は主として契約法の分野で発達した法制度であるが、これが家族法や相続法の分野でも適用があるかについては意見が分かれている。家族法の分野では、Lieb, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichen Güterstand, Tübingen 1970 は、夫婦間の出捐の返還について、夫婦関係の解消が行為基礎の喪失になるかという問題にもふれており、今日でも判例に引用される文献である¹³⁴。相続法の分野で、Keymer, Die Anfechtung nach § 2078 Abs. 2 BGB und die Lehre von der Geschäftsgrundlage, München 1984 は、事情変更による遺言の取消を認める民法 2078 条 2 項につき、最終的には行為基礎論により現実との調整を図るべきであると主張している。また、Stumpf, Erläuternde und ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung, Berlin 1991 は、私的自治による法形成システムにおける遺言の解釈を扱うものだが、副題の示すように、そこでの取消、(無効行為の)転換、および行為基礎喪失との関係について論じている (とくに補充的解釈と行為基礎論の競合問題については、補充的

¹³³ 本書はわが国でも注目され、田中整爾「継続的法律関係とその特性」『現代契約法大系(1)』(有斐閣、1983年)186頁以下、飯島紀昭「事情変更の効果としての契約の適合と解消」都法35巻1号128頁以下(1994年)などに引用されている。とくに後者は Haarmann 論文に触発された論稿である。

¹³⁴ たとえば、BGH NJW 1999, 2962, 2966.そこでは行為基礎論の例外的性格が強調されている。

解釈をどうとらえるかによるとする。S. 219ff.)。

(4) 比較法的研究

事情変更の原則については、比較法的研究も多い。ここではドイツの周辺諸国で出版された文献をふくめ、簡単に紹介したい。まずスイス法に関しては、Bischoff, *Vertragsrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus; Risikoordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen*, Zürich 1983 は、リスク配分説のスイス版というべき業績である。事情変更にさいしては、まず当事者の契約により、つぎに法律にしたがい、リスクを配分する。事情変更の原則は、それのできない場合、とくに社会基盤の変動の場合に適用される。ドイツの行為基礎論はスイスに導入すべきでない、というのが著者の結論である¹³⁵。Sulzer, *Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht*, Zürich 2002 は、スイス契約法における目的障害を論じたものだが、これまた Bischoff 同様、リスク配分説にしたがい、スイスでは目的障害は不能(債務法 119 条)の問題であるので、ドイツの行為基礎論を導入する必要はないとする。なおスイスでは、その他、イギリスの契約のフラストレーション法理とスイスの事情変更の原則とを比較する博士論文、Schmiedlin, *Frustration of Contract und clausula rebus sic stantibus; eine rechtsvergleichende Analyse*, Basel 1985 がある。

つぎに、オーストリア法について、近刊の Falkner, *Geschäftsirrtum über Zukünftiges und Wegfall der Geschäftsgrundlage*, Wien 2003 は、オーストリア民法における将来の事態についての錯誤の問題を扱ったものだが、そこでの行為錯誤は、ドイツの主観的行為基礎と同一であり、ドイツ法の制度の導入には吟味が必要であるとしている (S. 144)。

¹³⁵ 和田安夫による本書の詳細な紹介が姫路法学 27・28 合併号 293 頁以下 (1999 年) にある。

事情変更の原則に関し、ドイツ法とフランス法を比較した論文として、Jung, Die Bindungswirkung des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umständen, Baden-Baden 1995 は、各類型ごとに両者を比較し、結論として、ドイツ法の行為基礎の概念は異なる法律問題を束ねる包括的な表現にすぎないとして、これを統一的な法制度とする見解を批判し、またその立法化にも反対している。本書は、比較法学者 Blaurock の指導を受けた博士論文である。

フランスの判例・学説が私法における事情変更の原則を認めないのに対し、1942 年民法典 (1467 条以下) で事情変更の原則を規定したイタリア法¹³⁶ と、ドイツ法の行為基礎論を比較する博士論文として、Reiter, Verrtrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht, Tübingen 2002 は、事情変更の原則に関し、両者は要件の点では類似しているが、効果の点では大きく異なり、ドイツが積極的であるのに対し、イタリアでは消極的であるとする。なお、イタリアの経験にかんがみ、ドイツの今回の行為基礎論の明文化について批判的である (S. 284ff.)。また、Asam, Instrumente des Inflationsausgleichs im italienischen und deutschen Privatrecht, München 1984 も、インフレの調整手段について、ドイツ法とイタリア法を比較し、イタリア法のほうがノミナリズムを緩和しているとするものだが、イタリア法における事情変更の原則についての情報が詳しい。

さいごに、イギリス法の契約のフラストレイション法理とドイツの行為基礎論を比較する博士論文、Hammer, Frustration of Contract, Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage, Berlin 2001 によれば、イギリス法の契約のフラストレイション法理は、統一的な不能概念の構成と、効果としての調整の否定に特色があるが、

¹³⁶ 五十嵐 65 頁以下参照。

いずれもドイツでは採用できないとされる (もつとも著者は、ドイツの立法草案における主観的行為基礎論の採用には批判的である。S. 130)。その他、Steimel, Die Einwirkung von Kriegen und Krisen auf Verträge; Rechtsprechung und Gesetzesrecht Englands und der USA nach 1945, Frankfurt a. M. 1984 は、1941年に刊行された Kegel/Rupp/Zweigert, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge, Berlin の戦後版で、戦争や危機が契約に与えた影響に関する英米の約 180 の判例を分析している。

以上、本稿のテーマからいささかはずれたかたちで、事情変更の原則に関する近時の比較法的文献を紹介したが、本稿にとって重要なのは、これまで紹介した文献の多くが、今回のドイツの立法に対し批判的であるということである。はたして今回の立法は、比較法的にみて支持されないものであろうか。

2 判例の展開

第2次世界大戦後の行為基礎論の判例の展開に関しては、私の旧著では、初期の代表的な判例について一瞥するにとどまり¹³⁷、その後の展開についてはフォローを怠っている。現在でもその余裕がないので、ここでは行為基礎論に関する判例の分析をした代表的な文献の紹介で、責めを果たしたい。

(1) 小山昇の判例分析

まず紹介したいのが、小山昇「西ドイツ最高裁判所の判例における行為基礎の喪失の理論の応用」(1984年)である¹³⁸。小山は、1965年から84年にかけてBGHZまたはNJWに収録された、行為基礎喪失に関するドイツ連邦最高裁判所(BGH)の全判決(37件)を1

¹³⁷ 五十嵐 122 頁以下。

¹³⁸ 北園 20 卷 2 号 239 頁以下、『小山昇著作集第 6 卷仲裁の研究』(信山社、1991 年) 103 頁以下にも所収、本稿における引用は後者による。

件ごと丹念に検討し、さいごに以下のように分析結果をまとめている。

「以上から、次のことをうかがうことができる。行為基礎の喪失のリスクの処理はまず契約法による。契約上の規制としてのリスクを当事者の一方が引き受けているまたは引き受けるべきときは、行為基礎の喪失の原則の適用の余地はない。……行為基礎の喪失のリスクの処理はまず契約法によるという判例の考え方は、行為基礎の喪失の場合に対応することは、当事者の間にあらかじめこのことに関する取極めがあるときはこれによるべきであり、このような取極めが存しない場合でも、特に明文の法規が存するときはこの法規の定めるところによるべきであり、明文の定めがない場合または明文の定めがあってもその適用によって妥当適切な解決に至ることができない場合にのみ行為基礎の喪失の原則の適用が厳格な条件の下で認められる、という考え方の枠組の中に含まれるものと思われる。

行為基礎の喪失の効果は、原則として、契約を新事情に適応させることである。……行為基礎の喪失に法的効果が認められるのは、当該契約上の義務を履行させることが、当事者にとって受忍しえないものであり、法と正義に適合しないものであり、信義誠実の観点から期待すべくもない場合に限られる。このような場合に、例外的に認められる。」¹³⁹

小山はドイツの学説を引用することはないが、この分析は、これまで紹介した近時の学説の傾向とほぼ一致しており、小山の判例分析能力の卓越さには驚嘆するほかない。

(2) Chiotellis の法事実的研究

つぎに紹介するのは、Chiotellis の行為基礎障害に関する法事実的研究の成果である。Chiotellis は、1985 年に師 Fikenscher と共同で編集した『法事実的研究』と題する書物のなかで、「行為基礎障害

¹³⁹ 小山・前注 159 頁以下。

の法事實的側面」を明かにしようとした¹⁴⁰。かれは、行為基礎に関する1879年より1983年にかけて公表された計1019件の判例を、統計的に分析した(したがって、第2次大戦後の判例の展開を扱うこの場所で本稿を紹介するのは適切ではないが、便宜上ここで扱いたい)。それによると¹⁴¹、1019件のうち、665件(65%)が双務契約を対象としている。そのうち、売買357件、請負64件、製作物供給18件、雇用24件、賃貸借95件、その他107件となっている。

さらに、175件が長期契約を扱い、141件が人に関連する債務契約(年金契約、扶養契約)を扱い、非双務契約は38件にすぎない。

以上から、行為基礎障害は主として等価性に関するものであることが推察されるが、実際、981件(96%)が等価性障害の事案である。そのうち582件が民法242条(信義則)によっていいる(狭義の行為基礎障害)。他方、残りの399件は行為基礎論の適用に消極的であり(広義の行為基礎障害)、そのうちの234件が、法律効果に関して、法律の規定に従っている。

これに対し、狭義の行為基礎障害を扱う582件のうち、443件で、裁判官により、行為基礎論が顧慮されている。法律効果としては、そのうちの195件で契約解消が認められ、248件で契約の調整が認められている。したがって、統計的には調整の優位が実証される。

Chiotellisは、以上のデータに基づき、体系的成果と称して各契約類型ごとに考察を加え、さいごに一般的成果を論じているが、このさいごの部分は持説¹⁴²の繰り返しであり、統計的資料との関係も明らかでないので、ここでは紹介を省略したい。

¹⁴⁰ Chiotellis, Rechtstatsächliche Aspekte der Geschäftsgrundlagenstörungen, in: Chiotellis und Fikentscher (hrsg.), Rechtstatsachenforschung, Köln 1985, S. 139ff.

¹⁴¹ Chiotellis (Fn. 140), S. 145ff.

¹⁴² 前掲23頁参照。

(3) Helmut Köhler のテーゼ

三番目に紹介するのは、ドイツ連邦最高裁判所 (Bundesgerichtshof, BGH) の設立 50 周年を記念した出版物に寄稿した、Helmut Köhler の「リスク解放の理論としての行為基礎論」と題する論文である¹⁴³。ここでは、BGH の行為基礎喪失に関する判例 (小山論文以後も含まれる) を素材として、以下の 8 テーゼを提起している。ここでは判例の分析は省略し、テーゼを中心に紹介するにとどめたい。

Köhler もリスク配分説にたち、「後に発生する (または判明する) 事態が、契約を変わりなく履行すれば契約により割り当てられないリスクを当事者の一方に負担させるときは、契約の行為基礎は脱落する」(テーゼ 1) とする¹⁴⁴。つづいて、テーゼ 2 として、「どのようなリスクが契約により一方当事者に割り当てられるかは、契約の (ときには補充的) 解釈と任意法の解釈によって見出されるべきである」とされる¹⁴⁵。

行為基礎喪失の法律効果については、契約の調整が契約の解消に優先する¹⁴⁶。しかし、Köhler は判例の基準は不確かであるとして、つぎのようなテーゼを樹立する。「契約をそのまま遂行すると、契約により割り当てられないリスクを一方当事者に負わせるときは、その当事者は、契約の適当な修正により、そのリスクから解放されるべきである。そのさい、比例性の原則が顧慮されるべきである。」

¹⁴³ Köhler, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in : 50 Jahre Bundesgerichtshof. Bd.I, München 2000, S. 295ff.

¹⁴⁴ Köhler (Fn. 143), S. 300.なお Köhler がここで引用するのは、BGHZ 74, 370 (建築予定地の売買、小山・前掲 [注 138] 114 頁以下、岡林伸幸「補充的契約解釈と行為基礎論(1)」名城法学 43 卷 3 号 202 頁 [1993 年] 参照) ; NJW 1992, 2690 (スポンサーの払った料金の返還請求) などである。

¹⁴⁵ Köhler (Fn. 143), S. 304.ここで引用されている判例は、BGH NJW 1976, 565 (プロサッカー選手移籍事件、小山・前掲 [注 138]) 144 頁以下、飯島紀昭「行為基礎の喪失 [連邦リーグ事件] — ドイツ判例紹介」成蹊法学 47 号 310 頁以下 [1998 年] 参照) など。

¹⁴⁶ Köhler は、ここでも前注の BGH NJW 1976, 565, 567 を引用している。Köhler (Fn. 143), S. 307, Fn. 33.

(テーゼ3)¹⁴⁷

このリスクからの解放の法技術的問題については、Köhler は具体的な判例を素材として典型的に論じている。まず、給付調達リスクからの解放（ここでは契約目的の挫折が問題となる）については、「債務者が給付義務から全部または一部解放されるべきときは、その義務は、その範囲において、原則として法律上消滅する。債務者には、その限り、許されざる権利行使の抗弁が認められる。債務者の終了の意思表示（解除、告知）は、債権者の保護に値する明確化の利益が存する場合にのみ、必要である」とされる（テーゼ4）¹⁴⁸。

つぎに、給付障害のリスクからの解放（等価関係破壊のケース）については、契約の調整が第一に図られるべきであり、「債務者が給付障害のリスクからの解放を要求できるときは、債権者が増加費用の支払いを拒絶した場合に、債務者に契約の終了のための権利が認められる。」（テーゼ5）¹⁴⁹

さらに、給付利用のリスクについては、物の給付債権者（買主、注文主等）が原則としてリスクを負担すべきであるが、「債権者が給付利用のリスクからの解放を請求できるときは、債権者は、債務者がそのリスクを除去しえないか、またはその意思のない場合にかぎり、それに相応する範囲で反対給付を拒絶するか、または返還を請求することができる。」（テーゼ6）¹⁵⁰

契約の当事者がリスクより解放されるときは、取引費用などの損失が残ることが多い。この損失については、両当事者間で等分に負担するというのが、BGH の判例であるが¹⁵¹、Köhler も、テーゼ7として、「契約が遂行不能と判明した場合には、（それまでの）契約遂行により当事者に生じた損失は、契約上または法律上のリスク配

¹⁴⁷ Köhler (Fn. 143), S. 309.

¹⁴⁸ Köhler (Fn. 143), S. 313.

¹⁴⁹ Köhler (Fn. 143), S. 316.

¹⁵⁰ Köhler (Fn. 143), S. 318.

¹⁵¹ 前掲注 120 参照。

分の欠けているときは、等分に負担されるべきである」とする¹⁵²。

さいごに Köhler は、行為基礎喪失の法律効果の獲得にさいしての当事者の役割について、再交渉義務にふれたあとで、「行為基礎喪失の法律効果の決定において、裁判官は、一方では適切な提案を目指すとともに、他方では当事者の表象を顧慮すべきである」とまとめている (テーゼ 8)¹⁵³。

以上が、Köhler による判例の分析をふまえたテーゼの紹介であるが、かなり詳細なものであり、これに較べると、民法新 313 条の規定はあまりにも概括的であり、今後とも学説・判例による肉付けが必要なことは明かである。

VI ドイツ民法新 313 条の成立

1 第 40 回ドイツ法曹大会

第 2 次世界大戦後の行為基礎論に関する立法化の最初のイベントは、1953 年にハンブルクで開かれた第 40 回ドイツ法曹大会 (Juristentag) である。そこではテーマの一つとして、「経済生活の根本的な変更が契約に及ぼす影響を立法によって規制することは望ましいか、またそれはいかなる意味においてか? (行為基礎、契約救助、給付拒絶権)」が選ばれ、あらかじめ提出された Keigel の鑑定意見書、および大会での Larenz の報告は、いずれもそれぞれの立場から、行為基礎喪失制度の立法の必要性を説いた。しかし、これらの立法提案は多数をもって否定された¹⁵⁴。

¹⁵² Köhler (Fn. 143), S. 323. このところは分かりにくいので、注 120 所掲の BGH ZIP 1995, 1935 で説明すると、本件では、東独時代に教会の新築契約が締結されたが、それが統一後実行不能になった。そこで前払金の返還が問題となったが、BGH は半分の返還を認めた。もっとも、Köhler はこの結論に反対で、本件では全額の返還を認めるべきであると主張している。Köhler, a.a.O. S. 322f.

¹⁵³ Köhler (Fn. 143), S. 324ff.

2 債務法改正鑑定意見における行為基礎論

それから時が流れて、行為基礎論の立法化が問題となったのは、1981年に公刊された『債務法改正のための鑑定と提案』においてである¹⁵⁵。西ドイツ司法省のイニシアティブにより企画されたこの『鑑定と提案』の課題の一つに、「判例法上確立された法理および判例による他の重要な発展を民法典第2編の条文中に取り組むことができるものかどうか、またその方法」があげられており¹⁵⁶、行為基礎論も当然に問題になりうるものである。この『鑑定と提案』において、行為基礎論に言及したのは、「給付障害」に関する Ulrich Huber の鑑定と、「契約の継続」に関する Horn の鑑定である。

(1) Huber の鑑定意見

「給付障害」についての Huber の鑑定意見は、今回の債務法現代化法の基礎となった重要なものだが、行為基礎論については消極的である。Huber は、まず Heinrich Stoll の提案をとりあげ、前述のように、行為基礎論全体を規定することは間違っているとして、これを批判した¹⁵⁷。そして Huber 自身は、行為基礎論の一つの場合である犠牲限度の超過について、ハーグ統一売買法 74 条にならって¹⁵⁸、

¹⁵⁴ 詳細は、五十嵐 124 頁以下参照。なお、債務法改正委員会の最終報告書では、第 40 回法曹大会における Larenz と Kegel の提案にならって、委員会も立法提案をすと述べている。Abschlussbericht (Fn. 116), S. 149f.

¹⁵⁵ Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. v. Bundesminister der Justiz, Bd.I, Köln 1981. 下森定ほか『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(日本評論社、1988 年)

¹⁵⁶ Gutachten und Vorschläge, I (Fn. 155), XII. 下森ほか (注 155) 718 頁。

¹⁵⁷ 前掲注 102 参照。なお Huber の鑑定意見については、宮本健蔵「債務不履行法体系の新たな構築——ウルリッヒ・フーバーの鑑定意見」下森ほか (注 155) 121 頁以下参照。とくに行為基礎論については、152 頁に簡単なながら要領のよい紹介がある。

¹⁵⁸ ハーグ統一売買法 (1964 年) 74 条については、五十嵐 146 頁注(3)参照。なお、同様の規定はウィーン統一売買法では 79 条にある。両者の関係、および 79 条の詳細については、曾野和明・山手正史『国際売買法』(青林書院、1993 年) 261 頁以下、甲斐道太郎ほか『注釈国際統一売買法 II』(法律文化社、2003 年) 199 頁以下 (鹿野菜穂子執筆) など参照。

以下のような立法提案をしている¹⁵⁹。

276 条 (責任を負わなければならない)

- (1) 債務関係が契約により根拠付けられている場合には、債務者は、不履行の基となった事情に対し、この事情を考慮に入れたり、避けたり、または克服することが契約上義務付けられていなかったときは、それに対し責任を負うことはない。基準となるのは契約の内容と契約締結のさいの当事者の意図であり、特定の意図が確定されないときは、理性的な当事者が同様な状況において通常持つであろう意図である。
- (2) 以下省略。

Huber によれば、この草案は、行為基礎喪失の一部と重なるが、一般的衡平考慮に従わず、契約内容と *clausula* 理論の観点に基づく統一法の原理に従っているとされる¹⁶⁰。

つづいて Huber は、行為基礎論の各類型について批判する¹⁶¹。まず等価性障害については、統一法の下では、全く例外的な場合にのみ債務者が援用できるとされている。国内の契約（年金契約や小作料の支払い）では別な考慮が必要だが、それは給付障害の問題ではない。例外は、貨幣価値の崩壊や予期しえない価格高騰が犠牲限度をこえる場合であるが、この場合には草案 276 条 1 項が適用になる。

つぎに、契約と現実の食い違う場合、つまり Larenz の主観的行為基礎喪失の場合については、これは錯誤または契約の解釈の問題であり、いずれにせよ民法総則の問題である。

さらに、目的障害については、一見すると給付障害に近いが、しかしそれは一般的給付障害法における規制に親しまないとして、こ

¹⁵⁹ Huber, Leistungsstörungen, in: Gutachten und Vorschläge, I (Fn. 155), S. 673.

¹⁶⁰ Huber (Fn. 159), S. 749. Huber の草案 276 条は、債務法改正委員会草案 275 条、さらに新法 275 条 2 項に影響を与えたと思われるが、委員会最終報告書は、委員会草案 276 条 (新法 276 条に相当) に関する改正討議として、Huber 提案 276 条 1 - 3 項をあげている。Abschlussbericht (Fn. 116), S. 122f.

¹⁶¹ Huber (Fn. 159), S. 749ff.

こでも Flume 説を支持する。ここでは、給付内容の規制が問題であり、それは債権各論の問題である(たとえば、民法 552 条 [賃借人が個人的理由で使用权の行使を妨げられた場合に関する規定。現行民法では、537 条])。また、給付の内容となっている契約目的が到達不能のときは、給付障害法の一例であり、特別の規制は必要でない。

要するに、結論として「行為基礎論には、完結した規制を可能にするような統一的理論的なコンセプトが存しない¹⁶²。」その問題領域の一つが犠牲限度であるが、草案 276 条 1 項が、これを規定している。それ以外の問題領域は、給付障害論に属さない。

(2) Horn の鑑定意見

これに対し Horn は、「契約の継続」と題する鑑定において、継続的債務関係をふくむ長期契約を対象として、行為基礎論の重要性を認め、以下のような立法提案をした¹⁶³。

民法 242 条 2 項

契約上の給付が外部的事実により著しく困難になったり、価値を減じられた場合には、不利になる契約当事者がその事実を考慮に入れる必要のなかったときにかぎり、とくにその事実の到来または影響のリスクを契約の趣旨にしたがえば引き受けておらず、かつ変更されない契約に拘束することがその当事者にもはや期待しえないときにかぎり、契約の調整によって、不利益を両当事者に適当に配分することを請求できる。契約調整が可能でないか、または期待できないときは、その代わりに契約の解消を請求することができる。調整または解消は、当事者の合意または裁判所の決定によってなされる。

¹⁶² Huber (Fn. 159), S. 751.

¹⁶³ Horn, Vertragsdauer, in: Gutachten und Vorschläge, I (Fn. 155), S. 576ff. u. 636ff. Horn の鑑定意見全体については、飯島紀昭「継続的債権関係論の新たな展開——ホルンの鑑定意見の紹介」成蹊法学 26 号 71 頁以下(1988 年)参照。なお Horn の立法提案については私も紹介している。五十嵐・再考 53 頁参照。

この立法提案は、文言上は民法新 313 条とかなり異なっているが、債務法改正委員会最終報告書では、「Horn の鑑定と一致して」行為基礎喪失の規定を民法典に採用することを提案するとされているので、この立法提案の趣旨を Horn 自身のコメントにしたがって紹介したい¹⁶⁴。

まずこの規定は、行為基礎喪失の原則を、今日の判例・学説の認めるあらゆる場合に適用することを可能ならしめるとともに、他方では契約遵守の原則との関係で、安易な適用を刺激するものであってはならない。

要件としては、主観的行為基礎の概念を放棄し、まず「事情 (Umstände)」から出発し、つぎに当事者の表象が、当事者が考慮に入れなければならない事情というかたちで、導入される。

「事情」は、種々の事実や出来事であり、大行為基礎のほか、小行為基礎もふくむ¹⁶⁵。当事者の一方による信頼関係の破壊の場合もふくまれる。客観的行為基礎と主観的行為基礎の区別は、重要ではない。契約成立後の事情だけでなく、成立時の事情もふくまれる。この事情は外部的事情にかぎり、すでに契約で顧慮されたものはふくまれない。また、行為基礎喪失の援用者の責めに帰すべき事由によってもたらされた事情は、問題にならない。

「事情」は、債務者にとっての給付の困難や、債権者にとっての給付の価値の低下のように、契約当事者の一方、または双方の給付に影響を与えるものでなければならない。しかも、その影響は、「著しい (erheblich)」ものでなければならない。最も重要な問題は、ひそかなインフレの影響であるが、この提案は、少々のインフレは排除し、あとは裁判官にまかせるというものである。

事情変更の援用は、当事者がそれを考慮に入れる必要のなかった

¹⁶⁴ Horn (Fn. 163), S. 636ff.

¹⁶⁵ 大行為基礎と小行為基礎の区別は Kegel によって提唱されたもの。五十嵐 131 頁参照。

場合にかぎられる。そこでは、規範的概念が重要である。前面に出るのは、当事者の一方が、契約において、当該リスクおよび不利益となる影響を自分で引き受けたかどうかである。それは第一に契約の内容による。そのことは自明のため、提案では明記していない。「契約の趣旨にしたがえば (nach dem Sinn des Vertrages)」というのは、契約の内容によれば明かに引きうけているわけではないが、契約の類型的なリスク配分から生ずるようなリスクを、一人で担わなければならないことを示す。反対に、例外的に、契約で明示的に意図されたりリスク配分が修正されることもある。

事情を知っていたかどうかは、二次的な役割を演ずるにすぎない。それは、契約上のリスク配分の意味において判断されなければならない。迫りくる戦争勃発の予見性は、行為基礎喪失の援用を拒絶する理由とはならない。

行為基礎喪失の原則的な法律効果は、契約の調整であり、二次的な効果が契約の解消である。その法律効果は、契約への拘束が期待可能性のない場合にのみ生ずる。

以上が Horn による提案理由の大要である。Horn はさらに再交渉義務についても立法提案をしているが(民法 315 a 条)、この部分は、債務法改正委員会の最終報告書では取り上げられなかったので、ここでは省略したい¹⁶⁶。

3 債務法改正委員会最終報告書における行為基礎論

ドイツ連邦司法省は、『債務法改正のための鑑定と提案』を公表し

¹⁶⁶ 再交渉義務についての Horn の提案は、五十嵐・再考 54 頁参照。なお再交渉義務については、Horn をきびしく批判する Martinek, Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten, AcP 198 (1998), 329 が注目される(好意的な紹介として、石田喜久夫「再交渉義務論についての覚書」京園 1999 年 2・3 号 [同『現代の契約法』成文堂、増補版、2001 年所収] 参照)。その後の文献としては、石川博康「『再交渉義務』論の構造とその理論的基礎」法協 118 巻 2 号 4 号 (2001 年) が重要。

た後、1984 年に一般的給付障害法、売買・請負契約の担保責任法、および消滅時効法の改正のための委員会を組織した。委員会には、Medicus, Diederichsen, Kötz, Schlechtriem など一流の民法学者が加わった。この債務法改正委員会の最終報告書は 1992 年に公表された¹⁶⁷。そこでは、行為基礎の喪失についても 306 条で規定され、この規定がほぼそのまま民法新 313 条となった。したがって、行為基礎論の立法の歴史にとって、この最終報告書がもっとも重要な地位を占めるので、その内容を詳細に紹介することにしたい。

(1) 最終報告書における行為基礎障害規定の内容とその提案理由
前述のように、最終報告書の民法改正草案 306 条（行為基礎の障害）の規定の内容は、本稿の冒頭に訳出した民法新 313 条¹⁶⁸ とほぼ同一である。新 313 条では、最終報告書草案にくらべ、2 項で「表象」の前に、「本質的な（重大な、wesentliche）」が加わっただけである¹⁶⁹（その他、3 項でも技術的な変更がある）。そこで委員会草案の訳出は省略し、委員会の提案理由の紹介をはじめたい。

債務法現代化法の歴史にとっては、2000 年 8 月に公表された討議用草案、さらには 2001 年の政府草案が重要であるが、その間、行為基礎障害に関する規定については、内容にいつさい変更は無い。そのため、それぞれの草案に添付されている立法理由もほぼ同一である¹⁷⁰。したがって、最初に公表された委員会最終報告書における提

¹⁶⁷ Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Köln 1992. 下森定・岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（法政大学出版局、1996 年）参照（行為基礎障害については、54 頁以下に橋本恭宏による要約がある）。

¹⁶⁸ 訳文は、本誌 15 卷 2 号 48 頁参照。なお、委員会草案 306 条の訳文は、吉政知広『『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範(1)』民商 130 卷 1 号 60 頁注(38) (2004 年)にある。

¹⁶⁹ 「本質的な」という形容詞は 2000 年の討議用草案以来付加されているが、討議用草案の提案理由には、その理由は示されていない。Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2000, S. 360 参照。

¹⁷⁰ Hey, Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage

案理由を詳しく紹介したい¹⁷¹。

(i) 問題の提起

委員会は、行為基礎の不存在または喪失の場合の問題点として、以下の3点をあげている。

- ① pacta sunt servanda の原則はどこまで及ぶか？
- ② どのような法律効果が発生するか？ 契約は、変更された事態に調整されるべきか、または解消されるべきか？
- ③ どのような方法で法律効果がもたらされるべきか。法律もしくは裁判官の決定によるか、または当事者の一方もしくは双方の意思表示によるか？

(ii) 現行法

現行法には、契約障害の要件・効果を規制するための一連の個別規定はあるが、一般的な規定はない。行為基礎の不存在または喪失の諸場合については、ひとつの法制度(行為基礎論)が発展してきた。一般的に承認された要件としては、①著しい事情変更だけが問題である、②事情変更は、当該当事者のリスク帰属の限界を超えるものである、③契約への変わらざる拘束が当該当事者に期待しえないこと、があげられる。

学説には多様な見解があるが、結果についての違いは少ない。

判例、とくにBGHの判例によれば、行為基礎の公式にはOertmannにさかのぼる主観的公式が採用されている¹⁷²。

学説・判例では、行為基礎について、主観的行為基礎と客観的行

durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung; Beiträge für C.-W. Canaris zum 65. Geburtstag, München 2002, S. 23f.

¹⁷¹ Abschlussbericht (Fn. 167), S. 146ff. なお討議用草案と政府草案の理由書は、Schuldrechtsmodernisierung 2002, Zusammenge stellt und eingeleitet von C.-W. Canaris, München 2002にも収録されている。行為基礎障害については、それぞれS. 182ff. 741ff.参照。

¹⁷² ここで引用されている判例は、RGZ 103, 328, 332; BGHZ 25, 390, 392; BGHZ 89, 226, 231である。

為基礎、または大行為基礎と小行為基礎が区別されている。

行為基礎の不存在または喪失は、信義則（民法 242 条）の適用領域の問題であり、とくに行為基礎の喪失については、①等価性障害事例、②給付困難事例、③目的障害事例の 3 事例群にわけられる。

その他、判例によれば、扶養契約や扶助的性格をもつ他の契約については、緩やかな要件で調整の請求が認められている。また企業年金については、特別法によって調整が認められている。

行為基礎の不存在または喪失の効果は、原則として、変更された事情への調整である。契約の解消は、調整が可能でないときにのみ、考慮される。調整は、そのための請求権に基づくものではなく、通説によれば、それは権利形成行為ではなく、権利確認行為である。権利の変動は、要件の存するときに、法律によって生ずる。しかし、この見解には疑問の余地があり、判例によっても無制限に支持されているわけではない¹⁷³。

(iii) 現行法の欠陥

行為基礎の不存在または喪失は承認された法制度であり、その適用は、一般に一致した、かつ満足すべき結果に到達しているので、現行法の欠陥としては、民法典のなかの一般的規定の不存在だけがあげられる。この欠陥は、法実務に対しては影響がないが、数十年來試され、守られてきた法制度を長期間法典から排除するならば、それは不満足とみなされなければならない。行為基礎喪失の場合には、民法典の給付障害法の広範囲の改造にさいし、法律に採用されないならば、そのことはとくに妥当するであろう。したがって、委員会の提案はすでに承認されているものを再現するだけであるとい

¹⁷³ 最終報告書の提案理由があげている判例は、フォルクスワーゲン事件 (BGH, NJW 1952, 137.五十嵐 123 頁参照) と、第 2 次大戦中になされた兄弟間の農場譲渡事件 (1953 年、農場の分割を認める) であり、提案理由は、これを支持する学説として、Medicus, Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd.I, Köln 1978, S. 642f. を引用している。

う状況は、民法典への採用に反対する根拠とならない。

(iv) 比較法

最終報告書のこの部分は手薄であり、私としては、イタリア、ギリシア、オランダの民法典の規定が、ドイツの判例と同様な要件のもとで、契約の調整または解消を認めていると指摘する点に、興味を覚えただけである。今回の改正には比較法の影響はほとんど見られない、といえる¹⁷⁴。

(v) 改正への討議

ここでは、『ドイツ債務法改正のための鑑定と提案』I所収のHornとHuberの鑑定意見が要約されているにすぎない。

(vi) 草案の解決提案

(a) 1953年のドイツ法曹大会におけるLarenzとKegelの提案にならい、またHornの鑑定意見と一致して、委員会は、行為基礎の不存在または喪失についての規定を、民法典に採用することを提案する。その意義はただ、法制度となった行為基礎の不存在または喪失の原則を、その著しい重要性により、民法典に定着させることにある。そのさい、行為基礎において顧慮されるべき事情は職権によるのか、または抗弁に基づくものか、という問題について、これまでの意見状況と一部異なる規制を提案した。

(b) この規定の規制場所として、委員会も(Hornのように)民法242条に接続して挿入することを考慮した。というのは、行為基

¹⁷⁴ 事情変更の原則についてのより詳細な比較は、五十嵐『契約と事情変更』全体、とくに5頁注(4)、同・再考49頁以下参照(イタリアについては、五十嵐66頁、ギリシアについては、同5頁、オランダについては、再考51頁)。なお、ここでポーランド民法について補足しておきたい。ポーランドでは1933年の債務法で世界に先駆けて事情変更の原則を規定したが、戦後1964年の新民法(五十嵐5頁で1966年とあるは誤り)ではこの種の規定は見られなかった。しかし、1990年の民法改正により、事情変更の原則の規定は復活した(357条)。Glatz, Die Entwicklung des polnischen Zivilrechts, Berlin 2000, S. 77f. u. 142ff.

礎喪失はこの規定の特別の適用範囲であり、また契約についてだけ重要であるわけではないからである。しかし、行為基礎の問題は、原則として契約についてのみ現れるので、306 条が適当な場所である¹⁷⁵。

(c) 306 条 1 項では、行為基礎の不存在または喪失の要件が確定される。同時に、第一次的効果として、変更された事情への調整が規定される。ただ調整が可能でないか、または期待しえないときに、契約の解消が考慮されるべきである。

要件では、多くのメルクマールがあげられる。それらはすべて存在しなければならない。

①契約締結後、事情が決定的に変更された場合でなければならない。

②この事情は、契約の内容となったものであってはならない。

③当事者は、この事情を予見したならば契約を締結しなかったか、または別の内容で締結したような場合でなければならない。

④変更されない契約への拘束が、一方にとり、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考慮して、期待可能性のない場合でなければならない。

この提案には、契約当事者が到来した変更を可能なものとして予見したか、または予見しえたという場合について、規定はない。この場合には、原則として行為基礎喪失は否定されるが、判例によって例外がないわけではない。しかし、予見可能な変更の場合には、契約への拘束は期待しうるものとなる。たとえば、予防をすることができるからである。

「全体として、これまで行為基礎喪失について提示されている厳しい要件は、そのまま維持される。」¹⁷⁶

¹⁷⁵ ちなみに、民法新 313 条は、民法第 2 編第 3 章「契約から生ずる債務関係」、第 1 節「設立、内容、終了」、第 3 款「契約の調整と終了」に位置付けられている。

¹⁷⁶ Abschlussbericht (Fn. 167), S. 150.

行為基礎喪失の要件の存するときは、不利益を受ける契約当事者は、契約の調整を請求できる。調整はこれまで調整実施への然るべき請求権に基づいていないけれども、この公式には、行為基礎の実質法的な取扱の変更も、また訴訟法的な取扱の変更も、結びついていない。調整の法的形成を、たとえば「契約は……調整されるべきである」というようなかたちで、今後とも未決定のままにしておくことも考えられたが、委員会は、法的安定性のために、法律効果として調整請求権を明記することに決めた。とくに当事者は、まず自分で調整について交渉をすべきである。訴訟においては、売買契約における瑕疵担保による解除について判例により発展した回復説(Herstellungstheorie)^{176a}によるように、適当な給付を直接求める訴えが可能であろう。

306条1項では、行為基礎喪失のあらゆる事例群がふくまれる。例外は、2項で規定する主観的行為基礎である。もともと、1項の文言は、判例で使用されているOertmannに基づく公式とは、一致していない。この公式は主観的な色彩がより強い。委員会によって提案された、より客観的なメルクマールに向けられた公式は、判例の成果——委員会の見解によれば、変更すべきものは何もない——をより適切に表現している。その他、純粹に主観的な行為基礎の喪失の場合は、306条2項に規定されている。しかし、1項の公式により、判例の変更は企図されず、また惹起されない。

委員会は、とくに重要な事例群について、通常のをあげて考慮したが、可能な公式はかなり一般的なものにならざるをえず、行為基礎の法制度の理解のために、また法の適用にとって、ほとんど改善をもたらさないことが明らかになった。

さらに、扶養契約やその他、扶助的性格の契約について規制すべきかが、議論された。委員会は、しかし、それに反対すること

^{176a} 回復説(結果惹起説)については、半田吉信『担保責任の再構成』(三嶺書房、1986年)203頁参照。

にした。その理由は、企業年金の領域ではすでに特別法が存在するし、扶養請求権の調整は、家族法で規定されるべきであるし、またそこでの規制の必要性は乏しいからである。

(d) 306 条 2 項は、主観的行為基礎の当初よりの不存在に関する。

そこでは、共通の動機錯誤の場合、および、一方だけが誤った表象をもつが、他方はこの錯誤を知らずに引き受けた場合が問題となる。その(体系的)帰属が一部争われているこれらの場合は、はっきり行為基礎喪失の適用事例として位置付けられる。

(e) 306 条 3 項では、学説・判例の一般的見解と一致して、契約の廃止は、調整が可能でないか、期待しえない場合にだけ、要求されうることが規定されている。したがって、契約の廃止は二次的にのみ考慮される。契約の解消に対し必要なのは、不利益を受けた当事者の解除の意思表示である。継続的債務関係では、解除権の代わりに、307 条による重大事由による告知権が登場する。それにより、すでに認められている一般的見解が法律に取り入れられることになる。

(f) 重大な給付障害は、契約の一方当事者が負っている給付を、契約の内容と性質によって義務付けられている努力ではなすことができない程度に、達することがある。ここでは草案 275 条(給付困難による免責の規定)と 306 条の関係が問題となる。委員会の見解によれば、契約法の領域では 306 条が特別規定として 275 条に原則として優先する。306 条により調整がなされる限り、同条が優先的な法律効果をふくむ。調整された給付は、債務者により拒絶されえない。したがって、275 条の適用は、調整が排除された場合にのみ顧慮される。これに反し、債務者が給付障害の責めを負うかぎり、大抵の場合、306 条の適用は排除される。原則として債務者には、契約への拘束を期待しうるからである¹⁷⁷。

¹⁷⁷ 委員会草案 275 条の邦訳は、下森・岡編(前掲注 167) 244 頁にある。この規

(2) 最終報告書草案に対する批判

債務法改正委員会の最終報告書に対しては、多くの批判がなされ、その成立が危ぶまれた。しかし、行為基礎障害の規定に対する批判はそれほどではない。ここでは気付いた若干の批判を紹介したい。

もっとも鋭い批判を展開したのは、Flume である。もともと行為基礎論について批判的な Flume は、債務法改正をテーマとした 1994 年の第 60 回ドイツ法曹大会のために書いた短論文「債務法の新規制の計画のために」のなかで、委員会の最終報告書における不能概念の削除をきびしく批判したあとで、草案 306 条にもふれ、以下のように論ずる。「委員会草案 306 条によれば、行為基礎障害による調整は、給付障害法の規制に優先している。この規定(306 条)はたしかに給付をしたくない債務者の弁護士に喜びを与えるだけでなく、紛争の法的決定を、私的自治的規制に基づくよりも、裁判官による形成に基づかせようとする裁判官にとっても喜びとなる。」¹⁷⁸

つぎに、前述の『等価性障害』(1995 年)の著者 Härle は、その著書の最後に立法化について論じた¹⁷⁹。かれはまず、債務法改正委員会最終報告書を俎上にのせ、行為基礎論には統一的理論的なコンセプトが存在しないという Huber の見解(上述)に同調し、行為基礎論の事例群は種々の異なる構造をもち、一つの評価に還元しえないとする。それゆえ、行為基礎論のあらゆる場合をふくめる立法は、提案 306 条がそうであるように、きわめて不確実なものとなる。それは素人に方向性を与えないだけでなく、法律家にも、判例の原則を超える規制内容を明らかにすることはできない。行為基礎論の一般的な法典化は断念すべきである。そのかわりに、むしろ個々の事

定は激しい議論の対象となり、改正されて新 275 条となった。委員会草案 275 条に相当するのは、新 275 条 2 項である。立法過程における 275 条の変遷については、吉政・前掲(注 168)44 頁以下参照。なお新法のもとでも、早くも 275 条 2 項(および 3 項)と 313 条の関係が議論の対象となっている。

¹⁷⁸ Flume, Zu dem Vorhaben der Neuregelung des Schuldrechts, ZIP 15 (1994), 1498.

¹⁷⁹ Härle (Fn. 130), S. 191ff.

例群を選び出し、その法典化成熟度を吟味すべきである。

Härle は、この立場から、等価性障害については、明確な基準が判例により確立されているので、法典化が可能であるとして、立法提案をしている¹⁸⁰。

さらに Jung も、前述のフランス法との比較を試みた著書において、Huber に同調して、行為基礎論は異なる法律問題の束の総合的特徴を示すのに役立つだけであり、事情変更の顧慮の要件としては、それは理論的に不要であったり(等価性障害)、不適當であったりする(目的障害)。種々の事例群を行為基礎障害という一つの理論的な屋根の下に置くのは、合理的でない。債務法改正委員会最終報告をふくめて、それまでの立法提案は、いずれも不明確な法律概念の積み重ねに過ぎない、と批判している¹⁸¹。

さいごに、委員会提案と真っ向から取り組んだ Nauen の前掲『債務関係における給付困難と目的挫折』(2001 年)に言及したい¹⁸²。Nauen は、委員会草案 306 条 1 項について、一字一句批判している。草案は Oertmann の公式を出発点としているが、同時に現行実務の実際の見地に適合している。「契約の基礎」となった事情については、どんな事情がそれにあたるのか、はっきりしない。306 条 1 項の公式は、理由書によれば、「より客観的なメルクマール」へ向けられているとされるだけである。委員会は、契約の基礎に関すると思われる事例について、構成要件的に明確なリスク規定を設けることを拒否している。

¹⁸⁰ Härle (Fn. 130), S. 193.立法提案の紹介は省略する。なお本稿 24 頁参照。

¹⁸¹ Jung, Die Bindungswirkungen des Vertrages unter veränderten geschäftswesentlichen Umstände; Eine vergleichende Betrachtung des deutschen und französischen Rechts, Baden-Baden 1995, S. 232ff.

¹⁸² Nauen (Fn. 131), S. 87ff.本書のサブタイトルは Zur Funktion und Gestaltung der Lehre von der Geschäftsgrundlage im BGB und im System des Reformentwurfs der Schuldrechtskommission である。なお、本書は私にとって難解なため、以下の紹介の正確度について、自信がないことをお断りしたい。

さらに草案は、事情変更は「著しい (schwerwiegend)」ものであることを要求しているが、それだけでは、どのような変更された事情が当該契約について重要なのかを、決定することはできない。さらに、事情変更の著しさのモメントは、すでに期待不可能性のメルクマールに含まれている。法的規制の出発点に、「契約」ではなくて、「事情」についての一般的概念を置くことによって、委員会提案はまちがった連結点を選んだ。

仮定的当事者意思への指示(「当事者がこの変更を予見し……」の部分)も助けにならない。当事者が契約を結ばないか、または別の内容で結んだかということは、補充的契約解釈から出てくるので、ここでは行為基礎論はいらない。解決は契約の内容からもたらされる。したがって、行為基礎的事情の積極的な根拠付けのためには、このメルクマールも不適切である。「契約の基礎」ということばで、補充的契約解釈を超えて、一連の重要な表象の層が考えられているとしても、その層がどこに存在するか、またそれはどこで発見されるのか、この規定から明らかでない。

ここには、理論的なコンセプトは存在せず、また判例の原則への指示は助けにならない。判例は、242条の事例に適合した適用に従っている。それゆえ、改正提案における法典化は不要である。

委員会草案 306条2項においても同様である。委員会は、ここでは「純粹に主観的な行為基礎」の場合を考えているが、どのような事情がここで契約の基礎となるのか、またそれが重要な意味を持つのか、答えていない。ここでも最終的には信義則によって評価されるのだが、そのために行為基礎論は必要ではない。委員会は、2項を、Larenzに従い、主観的行為基礎の当初よりの不存在に関し、1項を客観的行為基礎を対象とするとしているが、主観的行為基礎と客観的行為基礎の区別は本来困難であり、重要なのは、一つの事情が法的に重要な意義をもつかどうかである。さらに草案は、行為基礎が当初より存在しなかったとき(2項)と、契約締結後に事情が変更したとき(1項)とを「同一に扱う」とするが、両者の間には

大きな違いがある。前者（契約締結障害）は純粹の債務法的リスク配分規範の問題ではなく、契約の解釈や錯誤の問題である。

306 条 3 項では、1 項とあわせて、契約の調整を解除に優先させている。これは通説・判例に従ったものだが、しかし、Nauen によれば、契約調整は、自動的に温和な、したがって契約解消に優先する法律効果規定ではない。私的自治によって行なわれる交換契約にとっては、調整は裁判官による形成行為として、原則的に危惧にさらされる。というのは、契約の内容を決定するのは、裁判官ではなく、当事者であるから。したがって、契約調整は、それが契約による取り決めに還元できる場合にのみ、問題とされるべきである。それ以外の場合は、契約の解消が適切な法律効果である¹⁸³。

われながら拙い要約であるが、以上で債務法改正委員会の提案に対する Nauen の批判の紹介を終える。1 項については、委員会が意図して行ったことに対する批判なので、少なくとも委員会に対する説得力は欠けるように思われる。これに対し、2 項については、債務法改正の趣旨からはこのようにならざるを得ないが、比較法的には孤立している規定であり、これに対する Nauen の批判には、私も同調したい。3 項も、ドイツの学説・判例にしたがった規定であるが、ドイツでも少数の批判学説があるという意味で、Nauen の批判は注目される¹⁸⁴。

4 債務法現代化法案における行為基礎論

債務法改正委員会の提案は、ながらく放置されていたが、ドイツ連邦司法省は、2000 年 8 月に債務法の全面的改正をめざして、債務法現代化法のための討議用草案を発表した。これには多くの学説の批判があったため、司法省はこの草案を修正して、2001 年 5 月に債

¹⁸³ 3 項については、Nauen (Fn. 131), S. 360 による。

¹⁸⁴ 私は事情変更の原則の第 1 次的効果として調整請求権を認めているが（五十嵐・再考 63 頁）、近時 Nauen と近い見解を示すものとして、加藤雅信『新民法大系 I 民法総則』（有斐閣、2002 年）275 頁がある。

務法現代化法の政府草案を国会に提出した。同年11月にこの法案は国会を通過し、同年11月29日に公布され、はやくも2002年1月1日より施行されている。しかし、その詳細は本稿にとって重要でないので、ここでは省略したい¹⁸⁵。

すでに繰り返し説明しているように、行為基礎障害に関する規定については、1992年の債務法改正委員会の最終報告書の文言がほとんど変更なしに、民法新313条となった。そのことは、それぞれの段階において、行為基礎障害の規定に対する批判が無かったことを意味するわけではない。ただ他の場合(不能や解除)にくらべると、それほど反対が強くなかったといえるだろう。新313条は、従来の判例・学説を変えるのではなく、ただそれを確認するだけであるからである。

すでにこれまで債務法改正委員会草案に対する批判を紹介したが、ここではさらに新313条に対する学界の世論を知ってもらうために、討議用草案の検討をテーマに2000年11月にレーゲンスブルクで開かれたシンポジウムにおける2つの報告と討論の要約を、紹介することにしたい¹⁸⁶。もちろんそこにはとくに新しい論点は見られないが、一流の民法学者がほとんど全員出席したこのシンポジウムは、ドイツの学界における新313条についての評価を知るには、なによりの機会である。このシンポジウムで、行為基礎障害について報告したのは、Ulrich HuberとBarbara Dauner-Liebの2名である。

(1) Huberの批判

すでに本稿で行為基礎論の批判者として紹介したHuber¹⁸⁷は、討

¹⁸⁵ 債務法現代化法の立法経過については、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(信山社、2003年)15頁以下参照。

¹⁸⁶ Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform; Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz, hrsg. von Wolfgang Ernst und Reinhard Zimmermann, Tübingen 2001.

議用草案の行為基礎障害の規定(307条)にも批判的である。かれは「計画された給付障害法」と題する報告で、草案307条を批判する¹⁸⁸。この規定は、行為基礎の喪失について少しばかりの知識をもつにすぎない立法者によって作られたもので、多くの点で間違っている。それは、学説でまえから知られていること(主観的行為基礎と客観的行為基礎の区別)に注意を向けない。行為基礎ということばで、二つの根本的に異なる事例が一緒になっている。その一つは、行為基礎の当初からの不存在の事例(共通錯誤の事例、民法119条[錯誤]に規定すべし)であり、いま一つは、給付と反対給付の等価関係の重い障害による行為基礎の後発的喪失の事例である(こちらは、一般的債務法に属する)。そして、行為基礎の後発的喪失に関するかぎり、307条には、実務における行為基礎喪失の援用の成否にとってもっとも決定的なメルクマールが欠けている。そのメルクマールは、判例によれば、「契約忠実の最高の原則を破ることは、耐えられない、法と正義とまったく一致しない結果を避けるためののみ許される」というものである¹⁸⁹。BGHは、これについてはコンスタントな判例で確認している。判決を詳細に吟味すれば、まさにここに事例判断の問題の核心があることがわかる。307条で強調されている契約上、または法律上のリスク配分は、もっと重要であろう。それにもかかわらず、行為基礎喪失の観点では、そうでなければ正当な判決が獲得されない場合に、債務者が契約によって引き受けたリスクの全部または一部から、解放されることが命じられる¹⁹⁰。し

¹⁸⁷ 本稿 35 頁参照。

¹⁸⁸ Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (Fn. 186), S. 37f.

¹⁸⁹ Huber はここで BGH の判例として、BGHZ 2, 176, 188f. (五十嵐・123 頁参照、本文はこの判決より引用)；BGHZ 84, 1, 9 (小山・前掲 [注 138] 104 頁以下参照)；BGH NJW 1985, 313, 314 を引用している。後の 2 判決はいずれも行為基礎喪失否定例。

¹⁹⁰ BGHZ 74, 370, 373f. (前掲注 144 参照)；BGH NJW 1965, 438 (保証契約において行為基礎喪失を否定)。

たがって、307条の公式は、実際の問題点を完全に当てそこなった。その文言に従えば、それは、非常に濫用されやすい行為基礎喪失の法的手段への到達を、困難にするよりは、容易にすることになる。それはまったく誤った方向への問題提起をしている¹⁹¹。

Huberの報告に関しては、とくに275条を中心として、多くの討論がなされたが、307条に関してはほとんど議論がなかったようである¹⁹²。

(2) Dauner-Liebの批判

(i) 報告 女性私法学者Dauner-Liebは、「判例法の法典化」と題する報告のなかで、行為基礎喪失の問題を「教科書の引用」例としてとらえる。その内容は、これまで紹介した批判学説(とくにHärleとHuber)にくらべ、とくに特色のあるものではないが、活発な討論がなされたので、その前提として紹介したい¹⁹³。

行為基礎については、この制度の存在と存在資格については、疑う人は少ないが、その概念、内容、理論的整序については、ほとんど一致がみられない。この関連で議論されている問題領域は、あまりにも相違点が多い。そこには、①等価性障害(最も同意は得られるが、例はまれ^{193a})が、②給付困難による債務者利益の喪失(より複雑)、③目的障害による債権者利益の喪失(最も例が多く、しかも微妙)、④双方の動機錯誤、とならんで存する。

判例も、詳しく分析すれば、均一ではない。もともと、判例の核心として、以下の立脚点が導き出される。そこでは、例外的な法手

¹⁹¹ Huberはここ(Fn. 14)で、Flumeの前掲論文(Fn. 178)を引用している。

¹⁹² Diskussionsbericht zum Referat Huber, in: Rechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (Fn. 186), S. 185ff.

¹⁹³ Dauner-Lieb, Kodifikation von Richterrecht, in: Rechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (Fn. 186), S. 321ff.

^{193a} Dauner-Liebは等価性障害事例をまれ(eher seltene)としているが(前注 S. 321)、前述のChiotellisの分析によれば、等価性障害の事例は全体の96%をしめるとされる。本稿前掲30頁以下参照。

段が問題とされている。「行為基礎喪失の援用は、それが耐えられない、法と正義にまったく一致せず、したがって当該契約当事者に期待しえない結果を避けるために、やむをえないと思われる場合にのみ顧慮されうる。」¹⁹⁴

307 条がこの例外的性格に適応しているかは、疑わしい。草案理由書は、厳しい要件を維持したと主張しているが、規定の長さ（短いこと）や理由書の教科書的説明は、別の印象を与える。この制度は、民法 242 条の適用領域から、契約による債務関係に関する規制群へ体系的に移動することによって、一層の格上げを経験した。伝統的な法律家は、（もし民法に行為基礎障害について規定がなければ）極端な例外的事例にのみ信義則に訴えることになるが、討議用草案 305 条以下の規制領域に規定されることにより、行為基礎障害の規定を、契約の履行の日常的問題についての特別規定とってしまう。それにともない、草案理由書は、307 条を 275 条に優先する地位を与えている。

さいごとくに問題なのは、まったく種々さまざまな事例群を、一つの統一的な、したがって必然的に抽象的な公式に押しつけたことである。理由書は、事例群の形成は、行為基礎の法制度の理解と法の適用のためにほとんど改善をもたらさないとし、また草案はすでに認められていることを再現するだけとするが、はたしてそういえるかは疑問の余地がある。新しい規範が、とくに主観的行為基礎の領域において、他の制度に対し、また *pacta sunt servanda* 原則の犠牲の下で、優先する危険は否定できない。

したがって、行為基礎障害については、規制をまったく放棄するか、または等価性障害の古典的な事例に制限すべきである。その他の、実際上はきわめてまれな状況は、これまでのように民法 242 条で適切に克服されるべきである。規制がないということは、例外的性格を確認し、判例に有益な根拠付けを強制し、不必要な訴訟を避

¹⁹⁴ Dauner-Lieb もここで BGHZ 84, 1, 9 を引用している（注 189 参照）。

けさせるであろう。

(ii) 討論¹⁹⁵ 討論では、草案 307 条は、はげしい、しかもほとんど一致した批判に遭遇した。本稿にとって新たな観点としては、草案は最近の比較法的発展に取り残されたという非難があげられる(Flessner, Reich など)。ヨーロッパ契約法原則やユニドロア原則は、307 条によって包括的に把握された事例群を詳細に区分し、説得力ある端緒を形成している¹⁹⁶。Huber と Koziol はこれを精密化した。行為基礎の主観的喪失は、事物の性質上給付障害法よりは、錯誤法に近い。この両主要グループは分けられ、行為基礎の客観的障害のみが給付障害法において把握されるべきである。これはヨーロッパ契約法原則の規定に適合している。そこでは、主観的な障害は広範な錯誤規定の枠内に規定されている¹⁹⁷。

行為基礎喪失の例外的性格が草案のなかに十分に表現されていないことは、一致してクレームの対象となった。理由書が 307 条を、275 条に対し、双務契約上の特別規定と解していることは、むしろ反対の立場をとっているといわなければならない。また、Koziol は、行為基礎障害においては、事情の変更ではなく、等価性障害が著しいものでなければならないとして、307 条の文言の不正確性を指摘した。

草案の解決に賛成したのは、Köndgen¹⁹⁸ だけである。かれは、一

¹⁹⁵ 以下は、Diskussionsbericht zum Referat Dauner-Lieb, in: Rechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (Fn. 186), S. 329 による。

¹⁹⁶ ヨーロッパ契約法原則の事情変更の原則の規定については、五十嵐・再考 55 頁、川角由和ほか『ヨーロッパ私法の動向と課題』(日本評論社、2003 年)507 頁、またユニドロア国際商事契約原則のハードシップ条項については、曾野和明ほか訳『ユニドロア国際商事契約原則』(商事法務、2004 年)146 頁以下、全体として、渡辺達徳「ハードシップ(事情変更の原則)に関する国際的潮流」新報 105 巻 6・7 号 281 頁以下(1999 年)参照。

¹⁹⁷ ヨーロッパ契約法原則の錯誤規定については、川角・前掲(注 196)497 頁以下参照。

¹⁹⁸ Johannes Köndgen (1946 年生まれ) は Josef Esser の弟子、ボン大学民法教授、主著は Selbstbindung ohne Vertrag, Tübingen 1981.

般条項は容認できるとする。というのは、行為基礎喪失の制度は、そのような一般的な公式のもとで、一層の理論化の過程に対して、道を明けてあるからである。その例として、コモン・ローにおけるエクイティの関係があげられる。この制度の補充的性格は、草案のテキストから十分に明確である。草案理由書から反対の結論が導き出されるとする、Dauner-Lieb の異論はもっともだが、法律の文言は理由書に優先すると考えられる。

5 民法新 313 条に対する評価

このように債務法現代化法の討議用草案の行為基礎障害の規定については、多くの批判があったが、結果的には、それらの批判はいずれも功を奏せず、討議用草案の文言のまま新 313 条が成立した。ドイツ民法新 313 条の成立までを扱う本稿は、ここで終えてもよいのだが、これでは新规定はほとんどだれからも祝福されないで誕生したことになるので、新规定を高く評価する Felix Christopher Hey の論稿「債務法現代化法による行為基礎の原則の法典化」を紹介して¹⁹⁹、本稿を閉じたい。

(1) 民法新 313 条規制の意義

Hey の論稿は、今回の債務法現代化法成立の最終段階で指導的役割を果たした Canaris の 65 歳の誕生日を祝って、弟子たちによって捧げられた論文集に寄稿したもののだが、行為基礎障害の草案に対するこれまでの批判を再批判し、終始新 313 条を高く評価している。まず、行為基礎喪失について、従来どおり判例に任せるべきで、立法の必要はないとする Huber や Dauner-Lieb の批判に対しては、一般的にいつて、立法に熟した判例法上の制度の法典化については、学説は偏見なく対応しているとする。とくに行為基礎喪失の法制度が立法に熟していることについては、ほとんど争われていない。そ

¹⁹⁹ Hey (Fn. 170), S. 21ff.

これは、本来の適用範囲(債務法)をこえて、多くの法領域に及んでいる。法律行為と現実のギャップを扱うこの制度は、どの法秩序でも問題となっている。規制されるべき問題の重要性と不可避性により、立法者は少なくとも原則的規制によってこの制度を採用することが正当化される。さらに、この制度が長年にわたって最高裁の判例となっていることは、立法に熟したことの証拠となる。たしかに、この制度の概念、内容、理論的整序については、学説は一致していない。しかし複雑な規制対象については、他の場合(たとえば、不能)でも同様である。行為基礎喪失の制度にとっては、それを超えて、その存在そのものについて本質的に一致があるだけでなく、判例の結論もまったく一致しており、批判は個々の場合の理論的根拠付けに関するものだけである。また、他の制度と較べて、行為基礎喪失制度は、その前身の *clausula rebus sic stantibus* をドイツ民法典の起草者が承認せず²⁰⁰、判例によって、立法者の意思に反して発展せしめられたものである。したがって、債務法の全面的改正にさいして、行為基礎の法制度が私法秩序のなかでどこまで妥当するかについて、立法者がなにも問題にしないならば、誤解のおそれを招くであろう²⁰¹。

つぎに、レーゲンスブルクのシンポジウムで批判された、最近の国際的發展を無視したとされる点については、たしかに 313 条は大綱を示すだけで、ヨーロッパ契約法原則やユニドロア原則のように規制事例をふくんだ詳細なものではないが、それでもドイツ民法典は行為基礎障害の規定を設けることによって、少なくとも外形的には国際的契約法秩序に向かっている²⁰²。

²⁰⁰ もっとも吉政によれば、「ドイツ民法典は事情変動を全く顧慮しない立場に立っていたと即断することはできない」とされる。吉政(1) 55 頁。

²⁰¹ Hey (Fn. 170), S. 24-26.

²⁰² Hey (Fn. 170), S. 27.しかし、この点での Hey の反論は、説得力を欠くように思われる。

(2) 新規定の行為基礎喪失制度への影響²⁰³

民法新 313 条は、判例を明文化したもので、法の変更をもたらすものではないとされるが、それでもいくつかの点で、従来意見のわかれていた問題について重要な規定を設けた。まず要件についてであるが、313 条 1 項は、従来多くの判例が行為基礎についてかかげた Oertmann の主観的公式を採用していない。判例は、このような公式のもとで、むしろ、耐えられないとか、正義に合致しないとか、期待可能性がないといった実質的な判断をしている。313 条 1 項は、「契約に拘束することが期待しえない」という文言を入れることで、この判例法の実質を構成要件化した。さらに、同項は、「契約上または法律上のリスク配分を顧慮して」という文言を加えることで、判例・学説上認められたリスク帰属の構成要件標識を採用した。

これに対し、Huber は、新法は判例のメルクマールを採用せず、リスク配分も不十分で、行為基礎喪失の要件がゆるやかであり、これでは契約を守りたくない債務者を喜ばすだけだと批判するが（前掲 51 頁以下）、この批判は一面的である。たしかにこの法制度は例外的でなければならないが、そのことは 313 条 1 項も十分に考慮し、「著しい変更 (schwerwiegende Veränderung)」という表現で、厳しい基準を残した。立法により、軟化するおそれはむしろ減少したというべきである。

法律効果の点では、新法は第 1 次的効果として契約調整を規定している。これは従来判例・学説の明文化であるが、新法は、この契約調整を調整請求権として規定した (Anpassung verlangt werden)。この点は、従来支配的な判例と一致するものではない。判例によれば、調整は法律によって生ずるもので、調整の訴えは形成訴訟ではなく、確認訴訟であるとされた²⁰⁴。行為基礎障害規定の立

²⁰³ Hey (Fn. 170), S. 28-40.ただし後半部分は省略した。

²⁰⁴ Hey が原則的判例として引用するのは、BGH NJW 1972, 152 (小山・前掲注 [138] 153 頁以下参照) である。

法理由は、この点を批判し、請求権とすることにした(前掲45頁)。解除が形成的であるのに、調整は確認的というのは不統一である。さらにすでに変更された法状態の確認というのはフィクションである。現実には裁判官による法形成であり、確認説はそれを隠すものである。

(3) 民法313条と275条との関係

行為基礎障害に関する民法313条の新設は、給付困難にさいし債務者に給付拒絶権を認めた民法275条2項3項の新規定²⁰⁵との間に、新たな競合問題を引き起こしたとするのが、新規定に対する多くの学説の批判であるが²⁰⁶、Heyは、この点に関しても、行為基礎喪失の新規定は、313条と275条の規定を総合することにより、一層の重要な明確化をもたらしたと評価している²⁰⁷。すなわち、行為基礎と不能の限界はもともと議論の分かれる問題であったが、275条2項3項は、この問題の部分的適用範囲について明確な規定を設けることによって、313条の適用範囲の解明にも貢献したのである。

275条2項によれば、債務者の給付が、債権者の給付利益と比較して著しく不均衡な費用を必要とする場合に、債務者に給付拒絶権が与えられる。これは、いわゆる事実上の不能(faktische Unmöglich-

²⁰⁵ 民法275条2項「債務者は、給付が、債務関係の内容および信義誠実の原則を顧慮して、債権者の給付利益と著しく不均衡である費用を必要とするかぎり、給付を拒絶することができる。債務者に期待されうる努力の(程度の)決定にさいしては、債務者が給付障害について責めを負うかどうか、顧慮されなければならない。」

同条3項「債務者は、かれが給付を個人的に履行する義務があり、かつ、その給付に対立する障害と債権者の給付利益とを比較衡量して、給付が債務者にとり期待しえないときにも、給付を拒絶することができる。」

²⁰⁶ たとえば、Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 11f.

²⁰⁷ Hey (Fn. 170), S. 40-44.なお本稿は、この問題については、Heyの見解を紹介するにとどめ、深入りを避けた。また、Heyの見解に対する私見も留保したい。

keit)概念を認めたものである²⁰⁸。それは、債務者にとって給付は実際上は可能であるが、給付が意味を失う場合を意味する。これと区別されるのが単なる給付困難、いわゆる経済的不能である。後者の場合には、しかし、犠牲限度を超えると行為基礎喪失の問題となる。この両者（事実的不能と経済的不能＝行為基礎喪失）の区別は困難であるが、効果が異なるため、区別が必要である。275 条 2 項はそれを果たしたものであり、無条件に歓迎されるべきである。

事実上の不能と経済的不能とが重なり合うことは認めざるをえないが、275 条 2 項は債権者の利益を考慮したものである。債務者の具体的な利益は経済的不能の場合に考慮され、それは 313 条の問題となる。

275 条 3 項は、債務者の個人的な利益を考慮した規定である。女流歌手が子どもの病気のため出演できないというのが、典型的事例であるが、緊急な個人的事由による給付拒絶の例は、現実には労働契約において多い。今後この種の問題は 275 条 3 項の適用問題となり、これまで多少議論があったが、これからは 313 条の問題ではなくなった。

(4) 313 条と民法の基本原則との衝突²⁰⁹

民法 313 条に対するきびしい批判の一つとして、この規定が民法の大原則である *pacta sunt servanda* 原則を弱めるとするものがある（とくに Flume [前掲 47 頁]）。しかし、*pacta sunt servanda* 原則は、私的自治の原則のなかで考えられるべきである。安易な行為基礎論の適用はたしかに *pacta sunt servanda* 原則を侵害する。しかし他方で、この原則は事情変更による調整を命ずる（たとえば、インフレの場合）。「決定的なのは、むしろ誰により、またどの範囲

²⁰⁸ 吉政知広「『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範（2 完）」民商 130 巻 2 号 257 頁以下（2004 年）参照。

²⁰⁹ Hey (Fn. 170), S. 44f.

で、思いがけず実現するリスクが担われるべきか、という内容的な問題である。そのかぎり、民法 313 条の新規定が、*pacta sunt servanda* 原則の侵害となることはほとんどありえない。」

かくして、Hey は、全体の結論として、「行為基礎障害の法制度の民法典への採用は、意義深く、かつ歓迎すべきものである」とする²¹⁰。私も多くの点で Hey の見解に賛意を表したい。

[おことわり] 本稿は本来元札幌大学学長の内山尚三さんの追悼記念号に執筆する予定で、二人の間の研究上の接点である事情変更の原則をテーマに選んだ。しかし、私の都合で締切りに間に合わず、しかも 2 回にわけて発表することになったことをお詫びしたい。遅れ馳せながら、内山さんのご冥福を心よりお祈りしたい。

²¹⁰ Hey (Fn. 170), S. 45.