

行為基礎論前史（一）

——後期普通法における「意思」概念の変質を中心に——

中野 邦保

目次

第一章 序論——行為基礎論研究の現代的意義——

第一節 問題の所在

一 はじめに

二 行為基礎論の展開

三 従来の研究状況

四 契約正義の確保

五 他律から自律へ

六 法律学における自由な「意思」（以上、本号）

七 法律行為論の限界

（1） 法律行為基礎理論の動向

（2） 現代契約基礎理論の動向

第二節 本研究の目的

第三節 本稿の構成

第二章 サヴィニーの意思表示理論

第三章 ヴィントシャイトの意思表示理論

第四章 エルトマンによる行為基礎論の形成

第五章 結語——ラーレンツ以降の行為基礎論の展開への展望をかねて——

第一章 序論——行為基礎論研究の現代的意義——

第一節 問題の所在

一 はじめに

あらゆる法理論は、何らかの意味での「正義」を追求して展開されるが、契約理論の多くは、契約正義の確保をめぐって展開されてきた。この性格を濃厚に示した理論が、対価的均衡の確保を求めて展開されてきた前提論なし行為基礎論である。すなわち、ドイツにおいて、一九世紀に提唱されたヴィントシャイトの前提論、および、それを前史としてエルトマンによって提唱され、ラーレンツによって一応の確立をみた行為基礎論は、取引の対価的均衡が崩れた場合に、硬直した結果を回避し、より衡平かつ妥当に当事者間の関係を規律する契約正義を確保する

ために提唱された理論であった。もつとも、ヴィントシャイトが「前提」を意思表示の内容になると構成したのに対して、エルトマンが「行為基礎」を意思表示の内容にならないと構成したうえで、契約正義問題を解決しようとした点に留意しなければならない。このように前提論ないし行為基礎論は、いわば法律行為論の境界部分に属する問題につき、法律行為論の枠内あるいは枠外で契約正義を確保すべきか否かを画してきたものと評価することができる。そして、この行為基礎論が、法律行為論の境界部分で問題となる錯誤論や事情変更の原則はもちろんのこと、不能論、契約締結上の過失論、瑕疵担保論、目的障害論、不当利得論とも関係することからすると、行為基礎論の主たる問題でもあるその適用範囲を明らかにすることによって、法律行為論の妥当範囲を画することができる。考える。その際、行為基礎論で処理してきた契約正義問題が、既存の法律行為論の枠内で処理しうるものであるのか、それとも法律行為論の変容を迫るものであるのか、という法律行為論の枠内外の影響を考察することを通じて、法律行為論それ自体を再考する必要がある。そして、法律行為論の枠内で処理すべき問題が確定された後は、法律行為論の枠外に位置づけられた諸問題につき、契約正義を確保すべく、私法体系全体の中でどのように処理すべきかを検討する必要がある、結果として、先に列挙した諸問題の変容を含む私法理論の再編をも考えざるをえなくなる可能性を秘めているのである。

以下では、このような問題意識にもとづき考察を進めていくが、本論文は、このテーマをめぐる三部作の第一論文——「行為基礎論再考——行為基礎論の確立とその発展的解消および展開」、「法律行為論再考——私法理論の再編に向けて」の前提研究——として、ドイツにおいて、前提論ないし行為基礎論が提唱された理由を——各章でとりあげるそれぞれの論者の前提とする意思概念を中心としながら——検討するものである。

## 二 行為基礎論の展開

まず、本稿の検討対象である行為基礎論が、ドイツにおいて、どのように展開されてきたのかを示すべく、ヴィントシャイトの前提論からラーレンツの行為基礎論を経て、ドイツ債務法改正に至るまでの経緯について概観しておくこととしよう。<sup>(3)</sup>

ヴィントシャイトの前提論<sup>(4)</sup>とは、動機と条件の中間に意思表示の内容となる「前提」という概念を創出し、それが欠如ないし喪失した場合に、すでに給付が履行されているのならば不当利得返還請求権を、未履行ならば抗弁権を生ぜしめるとする理論である。<sup>(5)</sup>

このヴィントシャイトの前提論について、エルトマン<sup>(6)</sup>は、前提を意思表示の内容とし、前提を考慮する際の要件として相手方の認識可能性をもって足りると一面的に構成したところに欠点があると考えた。<sup>(7)</sup>そこで、エルトマンは、「前提」という概念の代わりに、意思表示の内容とはならず、双面的な「行為基礎」という概念を導入した。<sup>(8)</sup>すなわち、エルトマンによると、「行為基礎とは、行為意思形成の基礎となる一定の事情の存在または発生に関する表象 (Vorstellung) であり、それは行為の締結の際に現われ、相手方によってその重要性が認識され、異議を述べられない一方当事者の表象ないし複数当事者に共通の表象である」とする。<sup>(9)</sup>

しかし、ヴィントシャイトの前提論もエルトマンの行為基礎論も、いずれも契約の拘束力を限界づける根拠を主観的要素を基礎に構成していることから、両理論に対しては、以下の二つの批判がなされている。

まず、第一の批判として、両理論は、ともに動機との区別が不明確であり、一方的な動機の錯誤の場合には、一面的な前提であれ、双面的な表象であれ、結局、動機の錯誤を顧慮することになり、取引の安全を害することになる、という点があげられる。<sup>(10)</sup> また、第二の批判として、両理論は主観的要素を基礎としつつも契約の客観的基礎に

関する事情変更の問題をも解決しようとするが、当事者が意識しえない社会的・経済的変動を「前提」あるいは「行為基礎」といった主観的要素にかからしめるのは困難であり、そもそもこうした変動を「表象」することはできず、擬制的にならざるをえない、という点があげられる。<sup>11)</sup>

他方、ヴァイントシャイトやエルトマンのように、「前提」あるいは「行為基礎」といった主観的要素を基礎におく考え方(主観説)とは異なり、主として *causula rebus sic stantibus* (事物不変更約款) 理論をもとに、客観的要素を基礎に議論を展開する考え方(客観説)もあつた。<sup>13)</sup>

しかし、このような客観説によると、事情変更の事例については自然に解決することができるものの、当事者の意思決定の主観的基礎に関する双方向的動機の錯誤(従来、動機の錯誤として取り扱われていた)の事例については、客観的規範の問題として対処しえないという、先の主観説とは逆の批判がなされている。<sup>14)</sup>

そこで、ラーレンツは、主観説と客観説を止揚する形で新たな行為基礎論<sup>15)</sup>を提唱した。具体的には、ラーレンツは、そもそも行為基礎には主観的な意味(当事者の一方あるいは双方の意思決定の主観的基礎)と客観的な意味(契約の客観的基礎)があるのにもかかわらず、両者を区別することなく一方に偏つて論じていた点に主観説と客観説の欠点があると、行為基礎を「主観的行為基礎」と「客観的行為基礎」という二つの異なる構成要件に区分したうえで、両者を行為基礎論として、なお同一の枠組で把握した。<sup>17)</sup>

すなわち、ラーレンツによれば、主観的行為基礎とは、契約の両当事者に共通の一定の表象(現に存在すると想定されたり、将来確定であると期待された事情に関する表象)であり、契約締結に際して両当事者がそれから導かれ、両当事者の意思決定にとって重要な意義をもつものをいうとする。そして、各当事者が、この表象または期待を自らの考慮にとり入れたこと、および、それが誤っていることを知っていたならば——誠実な思考方法(*redliche*

Denkweise)に立つ限り——そもそも契約を締結しなかったか、またはその内容では契約を締結しなかったことを要するとする<sup>18)</sup>。この主観的行為基礎の欠缺として主に問題になるのは、計算の基礎に関する錯誤や和解の基礎に関する錯誤(BGB七九七条)といった双方の動機の錯誤の場合であり、その他に扶養契約などにおける将来の給付の評価の決め手となった諸事情ないし諸関係の存続に対する期待が誤っている場合などがある<sup>19)</sup>。

他方、客観的行為基礎とは、契約締結の際に当事者が意識しているか否かとは無関係に、その存在または継続が契約上当然に前提となっている諸事情であり、それが変更、消滅することによって、契約の目的や契約当事者の意図が実現されえないものをいうとする<sup>20)</sup>。この客観的行為基礎の喪失の主要類型としては、インフレ等の予期しえない変動により、給付と反対給付の均衡が著しく害される等価関係の破壊の場合と、両当事者によって認識された本質的な契約目的が永続的に到達しえなくなる目的挫折の場合の二つがあげられる<sup>21)</sup>。

その後、行為基礎論については、このラーレンツの理論を中心に様々な議論が展開されているものの、確固たる定説が唱えられるには至っていない状況にあった。概括的にラーレンツ以降の学説の展開について述べれば(詳細は、本研究第二論文「行為基礎論再考」に譲る)、あくまで行為基礎論を統一的に把握しようとする見解(シユミット<sup>22)</sup>・リンブラー<sup>23)</sup>)と、論者によって区分の基準等は異なるものの、統一的把握を放棄する見解(ケーゲル<sup>24)</sup>、ヴィーアッカー<sup>24)</sup>、ランゲ<sup>25)</sup>)とに大きく分類することができる。そして、近時は、このような学説の中でも、行為基礎論を、当事者の意思形成の観点からではなく、契約内容確定の問題として、契約類型や法律上の規定を解釈することを通じて危険分配の観点から柔軟に解決しようとする見解(フルーメ<sup>26)</sup>)が有力となつてきており、とくに一九七〇年代以降は、そのような見解に等価性原理の観点や経済学的観点を付加し、諸要素を相関的に判断して危険分配基準を導こうとする見解(フィケンチャー<sup>30)</sup>、コーラー<sup>31)</sup>、ヒオテリス<sup>32)</sup>、ヘーレなど<sup>33)</sup>)が主張されるに至っている。

このような状況のもと、一九八一年の『ドイツ債務法改正鑑定意見』の中で、ホルンが「行為基礎の喪失」の立法提案をし、これを受けて一九九二年に行為基礎の喪失を含むドイツ債務法改正委員会の最終報告書（委員会草案三〇六条）が公表され、二〇〇二年一月一日に施行されたドイツ債務法現代化法において、「行為基礎の障害」（同法三一三条）として、ついに行為基礎論についての規定が新設されるに至った。<sup>36)</sup>

### 三 従来の研究状況

次に、従来、わが国において、行為基礎論がどのように取り扱われてきたかについて示すべく、わが国の議論状況について概観しておこう。

わが国では、行為基礎論は錯誤論と事情変更の原則、とくに後者との関係で主に議論されている。これは、ラーレンツが行為基礎を主観的行為基礎と客観的行為基礎とに二分し、行為基礎論を一応確立したように、行為基礎論には、主観的事情に関するものと客観的事情に関するものとの二つの要素が混入しているためと思われる。また、行為基礎論が事情変更の原則との関係で論じられることが多いのは、エルトマンの行為基礎論およびラーレンツの行為基礎論が、世界大戦後の経済的・社会的大変動に対処するために提唱されたものであり、*casus* 理論と経済的不能論とも関連すると説明されているためと思われる。<sup>37)</sup>そして、近時、わが国では、「行為基礎の喪失」の立法提案をしたホルンが、その効果として契約の調整 (*Anpassung*) および再交渉義務を提案したことから（もともと、再交渉義務は規定されなかった）、行為基礎論が再交渉義務との関係でも論じられている。<sup>38)</sup>

もともと、わが国の学説では、行為基礎論の問題を主に錯誤論と事情変更の原則の問題に還元できるとされていることから、その有用性を指摘しつつも行為基礎論を完全な形で導入することには消極的であった。<sup>40)</sup>

まず、錯誤論との関係では、次のような理由があげられる。ドイツでは、サヴィニーが、意思ドグマ (Willensdogma) を基礎に法律行為に影響を及ぼす錯誤を「本質的錯誤」に限定し、「動機の錯誤」を原則的に顧慮すべきでない、と主張して以来(「意思欠缺」構成による錯誤論)<sup>41)</sup>、双方的動機の錯誤の取扱いに苦慮してきた。しかし、わが国の錯誤論は、意思ドグマの支配には服しておらず、「意思の欠缺」と「動機の錯誤」の区別を否定しているように、わが国では、一定の場合に動機の錯誤を顧慮しており、錯誤論によって双方的動機の錯誤を処理することに特に難点がなく、ドイツのような事情が存在しなかったためとされる<sup>43)</sup>。

また、事情変更の原則との関係では、次のような理由があげられる。勝本博士を中心にエルトマンの行為基礎論をはじめとする学説が詳細に検討され、当時のドイツ判例に依拠して、比較法的批判に十分耐えうる形で、具体的には、「事情変更の基礎たる事情とは両当事者に共通なる客観的事情である」と明確に定め<sup>44)</sup>、わが国独自の「事情変更の原則」を構築したためとされる<sup>45)</sup>。

#### 四 契約正義の確保

このようなわが国における行為基礎論をめぐる従来の研究については、次の点を指摘することができる。すなわち、これまでの議論は、行為基礎論をもつばら錯誤論や事情変更の原則等との関係で各論的に議論し、その導入の是非等について検討するにとどまり、体系的観点から、何故、ドイツにおいてのみ前提論ないし行為基礎論が提唱されざるをえなかったのか、という問題を法律行為論との関係で理論内在的に検討してこなかったように思われる。そこで、本稿では、このような観点から行為基礎論について再考を試みるが、この点につき言及している従来の研究は、前提論ないし行為基礎論が展開されてきた理由を以下のように説明している。



まず、村上教授は、ヴァイントシャイトの前提論は、「一方において表示されない内心の意思の欠缺による無効を認める点で相手方の信頼を害することになり、他方動機の錯誤をすべて本質的錯誤から排斥する点では錯誤者にとつて苛酷に過ぎる結果となる」という、「サヴィニーによつて樹立された後期普通法学の錯誤論のかような欠陥を除去する目的をもつものにはかならなかつた」と指摘する<sup>46)</sup>。また、磯村教授も、同様に、ヴァイントシャイトの「前提論は『条件』に高められない動機……のうち、『保護に値する動機錯誤』の基準を一般的に析出する意義を有していた」と錯誤論の観点から説明する<sup>47)</sup>。

これに対し、小野教授は、「ドイツ民法学における行為基礎論の発展も、一面では、……不能の狭小さにねぎすものである」というように不能論の観点から説明する見解もある<sup>48)</sup>。

いずれの観点からの説明も説得的であり、正しいものと思われるが、より具体的には、加藤教授の「ヴァイントシャイトの『前提論』は、……現代的な観点からふりかえるならば、『表示およびそれと対応する内心の意思』以外の非表層的部分にまで立ち入った意思表示論を形成しようとするものであつた」との指摘と、吉岡教授の「行為基礎喪失の問題がそうであるように、法律行為の当事者の『意思』に基づいては解決しえない問題も含まれている」との指摘<sup>50)</sup>が有益であると思われる。

ここでいう、「法律行為の当事者の『意思』に基づいては解決しえない問題」とは表示行為とそれに対応するかぎりでの内心的効果意思のみを法律行為の枠組に取り込むため、表示された内容と対応しない前提的事実や当事者の意図その他が法的保護の外に置かれてしまう、という「法律行為論の限界」を示しているものと思われる<sup>51)</sup>。とりわけ、現代社会においては、取引関係が複雑化・長期化し、国内外で複合的・長期的な契約がなされるようになったため、「将来発生しうる様々な事態に対する対応を、すべて契約締結の時点に置き直して定める」「現在化 (presen-

「taion）」と、「契約の背景をなす社会関係から切り離されている」「単発性 (discreteness)」という古典的契約理論の特徴が顕在化しており、ここに法律行為論の限界を指摘することができるのである。すなわち、伝統的法律行為論によるかぎり、法律行為の効果は、契約締結時に表示された「意思」のみに根拠づけられるため、契約締結時には表示されなかった前提的事実あるいは契約締結前の当事者の意図ないしその他の事情が顧慮されない、という限界が生じてしまっているのである。

行為基礎論は、このような場合に、*pacta sunt servanda*（契約遵守）原則を貫徹すると、主観的理由ないし客観的原因により、給付と反対給付との均衡が破壊され、あるいは契約の基礎ないし目的が失われ、契約両当事者にとって必ずしも衡平とはいえないことから、どのような要件で、契約の拘束力を制限し、契約正義を確保すべきか、という古典的かつ普遍的な問題を解決するために提唱された理論なのである。

このように、前提論ないし行為基礎論を、法律行為論の限界を克服し、契約正義を確保するための理論と位置づけ、法律行為全般に関わる問題として体系的に理解することによって、さきのいずれの観点をも説明することが可能となるのである。

また、ヴィントシャイトの前提論とエルトマンの行為基礎論との構成の仕方についても留意されたい。ここでは、法律行為論という法システムの枠組を維持しつつ、契約正義問題を解決すべき妥当範囲を画するために、法律行為論の枠内で処理すべきか否かが問題となっているのである。<sup>54</sup>この点につき、村上教授は、「前提論は、しばしば、『事情変更の原則としての立場から致命的欠陥をもっている』として攻撃されるけれども、ヴィントシャイトの意図に照らして見れば、かような要求に満足な解答が与えられていないのは当然」で、前提論は、「何よりもまず、サヴィニーにおいて見捨てられていた動機の錯誤を再び法律行為論の重要な構成要素としてとりあげる目的を

もつものだつた」と指摘している。<sup>55</sup> 実際、事情変更の原則を検討する論者からではなく、錯誤論を検討する論者から、前提論ないし行為基礎論出現の意味を指摘する者が多いのは、このことを示唆しているようにも思われる。

そして、このように体系的観点から行為基礎論を捉えようと、フルーメが行為基礎論は「法律行為論の中心問題となった」と述べるように、<sup>56</sup> 「行為基礎論をいかに理解するかということとは、私法学の方法および体系と密接に関係する」問題であり、法律行為論そのものが問題となっているのである。<sup>57</sup> したがって、従来、行為基礎論の導入に否定的であつたわが国においても、ドイツ独特の法律行為概念を受け継いだことを考えると、行為基礎論について再考する必要があるように思われる。

##### 五 他律から自律へ

以上考察したように、前提論あるいは行為基礎論が、法律行為の当事者の意思に基づいて解決しえない、という法律行為論の限界が生じた場合に、いかに契約の拘束力を正当に限界づけ、硬直した結果を回避し、より衡平かつ妥当に当事者間の関係を規律する契約正義を確保するために提唱された理論であつたとしても、何故、法律行為論に限界が生じてしまつたのであろうか。

この点を検討するにあたっては、より視座を広げて、私法理論が契約正義問題をどのように解決してきたのか、自律と他律という観点から私法理論の体系枠組の変遷をも踏まえて検討するのが有益であると考えられる。<sup>58</sup> なお、この自律と他律という視点は、七(2)で述べる現代の契約基礎理論を理解するうえでも重要な視点となつている。

ローマ法は、訴権の体系であるが、近代に至り、訴権ごとではなく、権利を中心とした体系(財産法にかぎり)に現代化された。<sup>59</sup> この権利の体系のもとでは、個人の自由意思によって権利概念が基礎づけられ、私的自治が強調

されている。それでは、私法理論をこのような権利の体系にパラダイム転換させるにあたり、どのような思考転換がなされたのであろうか。この点については、カントによる思考（意思概念）の転換を中心に、ドイツ啓蒙期の自然法論における契約正義問題の解決の仕方と対比することによって明らかになると思われる。<sup>60)</sup>

啓蒙期自然法論は、啓蒙の理論らしく自由意思を強調していたが、カントは、この啓蒙期の意思概念を意思とは別の外部的基準を設定している点で「他律」とみなし、その他律が生じる思考形態を次のようにまとめている。

「意志が自分を規定すべき法則を求めらるにあたって、その格率が意思自身の普遍的立法に役立ちうるということ以外はどこかほかに、これを求めようとする、すなわち意思が自分自身をこえて、何か自分の対象の性質のうちにこれを求めようとする、常に他律が生じる」とする。<sup>61)</sup>

実際、ドイツ啓蒙の自然的私法を創設したプーフエンドルフにおいては、契約締結上の義務から合意の解釈基準にまで及ぶ義務論的基準を設定して、情報開示義務（広義の *aequitas* 原則）と等価交換の原則（狭義の *aequitas* 原則）を用い、さらには莫大損害 (*laesio enormis*) を実定法の制度として採用することによって、契約正義問題が解決されていたとされる（その他にも、法律を適用して結論が不適切である場合には、衡平が修正原理として採用され、これらの基準を用いても処理しえない場合には、「契約の目的」ないしは「契約の本性」、さらには自然法を根拠として、合意が契約正義に適用よう解釈されていた）。<sup>62)</sup>

このような啓蒙期自然法論は、カントからみれば、契約正義問題が外部的な自然法的・客観的義務基準によって解決されているという意味で、その意思概念は他律的（外部的基準に自発的に服従することを求められる意思）と評価できた。なお、このような自然法体系は、従属性をもつ他律的意思を基調とする「義務の体系」として特徴づけることができるであろう。<sup>63)</sup>

そして、カントは、このような等価交換の義務といった実質的な行為準則（外部的基準）を排除すべく、他律に對置する「自律」を次のようにまとめている。

自律とは、「意欲が選択をする際の格率が同時にその同じ意欲の内に普遍的法則として含まれているという仕方  
でしか選択すべきでない」ということである。<sup>64</sup>

このように、カントは、自らの意思が普遍化可能かどうか、ということを自分で判断し、自己決定するということに「自律」を特徴づけ、他律的意思概念から自律的意思概念へと転換させた。さらに、カントは、自律的意思概念にもとづき権利概念（人と対象との間に意思的な結合関係があり、かつ、それを万人が承認すべき事態）の本質を哲学的に究明し、それを基礎として権利の体系を構築した。<sup>65</sup>そして、それを法学へと応用したのがサヴィニーだった。

以上のように、意思概念が転換し、自律的意思概念を基調とする権利の体系に私法理論がパラダイム転換した後では、義務の体系のもとで取扱われていた解釈基準（外部的基準）を用いることができなくなった。実際、ドイツ民法における莫大損害の廃棄も、自律的意思概念を基調とする権利の体系という枠組のもと民法典が制定されたためと思われる。以上のことから、当事者の意思（自律的意思概念）に基づいて法律効果を発生させる法律行為論という理論枠組のもとでは、外部的基準を用いることなく、表示された内容と対応しない前提的事実や当事者の意図および外部的事情といった問題を当事者の「意思」に基づいて解決することが困難になり、契約正義問題を解決するための新たな理論装置が必要となった。

このことは、共同体的価値観と相容れない「個人意思のみが社会生活関係を規律すべき絶対者だとする近代市民法的発想」<sup>67</sup>に由来する個人主義的なドイツ近代私法学（個人の自由意思を尊重することを体系の構成原理とした近

（代私法理論）の宿命ともいふべきことであろう。

以上まとめると、他律的意思概念を基調とする義務の体系のもとでは、義務概念（外部的基準）を用いることによつて、直接的に契約正義を確保することができていたのに対し、意思概念が他律から自律へと転換したことに伴い、私法理論がパラダイム転換した結果、自律的意思概念を基調とする権利の体系のもとでは、当事者の「意思」を説明原理とするがゆえに、当事者の意思から導きえない問題につき、いかにして契約正義を確保するかが重要な問題となつていったと考える（本稿では、これを「自律的意思論のジレンマ」と呼ぶ<sup>68)</sup>）。これ以降、ドイツにおいては、権利の体系のもと、契約正義を確保するための私法理論の構築という大きな課題を背負うことになつたのである。

#### 六 法律学における自由な「意思」

近代以降、「他者の強制からの自由」という意味では意思概念の意味は共通しているかもしれないが、前述したように、啓蒙期自然法論における意思（他律的意思）と、カント、サヴィニーにおける意思（自律的意思）とは異なつていたものと思われる。それでは、自律的意思概念を基調に権利の体系が構築されてからは、意思概念（その内容）は不変のものであつたのであろうか。具体的には、権利の体系を法学的に確立したサヴィニーの意思表示理論と、前提論を提唱したヴィントシャイトあるいは行為基礎論を提唱したエルトマンの意思表示理論の構成要素とされる「意思」概念は同一なのであろうか。

後期普通法の時代に「効果意思」という概念が新たに創設されたように、サヴィニー以降において、法律学における自由な「意思」概念が変質したと考えられる。そこで、この意思概念の変質と前提論ないし行為基礎論との関

係について、ここでは、ごく簡単に述べておくこととする（詳細は第二章以降で検討する）。

まず、権利の体系を法学的に確立したサヴィニーにおいては、自律的・規範的意思概念とも称せるような意思概念を基調に、法律制度、法律関係の「有機的本性」を顧慮することによって、契約正義問題を一定程度解決することができていた。<sup>71)</sup>

もつとも、このようなサヴィニーの意思表示理論（意思欠缺論による動機錯誤の原則無顧慮）については、表示主義の立場から批判がなされていた。<sup>72)</sup>そこで、このような表示主義者の批判に対応し、意思欠缺の生じる範囲を狭めるために、実際、ツイーテルマンは、心理学的分析を基礎に、体系的な意思表示理論を基礎づけた。<sup>73)</sup>このように、表示主義の台頭に伴い、有機的本性を基調にしたサヴィニーの規範的な「意思」概念が、動機とは厳格に峻別された心理学的な裸の個人「意思」概念へと変質していった。

その結果、サヴィニーにおいて、自律的・規範的意思概念を通じて法律行為の「有機的本性」の名のもとに顧慮されていた契約正義問題が、法的に顧慮しえなくなってしまう。すなわち、同じ自律的意思概念を前提としつつも、その内部で、「意思」概念が、自律的・規範的な「意思」概念から、自律的・心理学的な裸の個人「意思」概念（いわば自律的・事実的「意思」概念）に変質してしまった結果、法律行為の当事者の「意思」に基づいて解決しえない問題、具体的には、①表示にあらわれない意思をどのように考慮するか（「主観的—個人的」な意思内的要素に関する問題）、②事情の変化をどのように考慮するか（「客観的—社会的」な意思外的要素に関する問題）、という問題が生じるようになってしまったのではないであらうか。

このようにみると、サヴィニーの意思概念とそれ以降の意思概念は異なっているものと思われるが、この意思概念変質の影響は、錯誤論という内部的な問題にとどまらず、法律行為論の構成、さらには、私法体系全体にも

影響を及ぼすことになる。したがって、このような観点から、前提論ないし行為基礎論を位置づける必要がある。

ヴィントシャイトの前提論の出発点は、主に、ローマ法の *condictio sine causa* の根拠として提唱されたものであった。<sup>(71)</sup>しかし、その後、ヴィントシャイトが、民法典編纂の際に前提論の明文化にこだわり、生涯前提論を主張しつづけたのは、このように限定された意思表示理論の射程を広げるためであり、具体的には、心理的には単なる「動機」と意思表示の内容たる「条件」の中間物として「前提」を観念する前提論を法律行為論の枠内の問題として唱えることよって、このような法律行為論の限界が生じた場合の契約正義問題を解決することができると考えていたためではないだろうか。<sup>(72)</sup>したがって、前提論ないしそれを前史とする行為基礎論というドイツ固有の理論が展開されたのは、ドイツ独特の法律行為論の内在的欠陥によって生じた契約正義問題を解決するための理論枠組が求められていたためと思われる。

また、以上のように行為基礎論の展開を捉えると、行為基礎論とは、自律的意思概念（より詳細にいうと自律的・事実的意思概念）を基調とした法律行為論を中核におく権利の体系のもと生じた契約正義問題を解決するために展開された一理論といえ、このような意思概念を基調にした法律行為論およびそれを中核においた権利の体系特有の問題といえる。そして、前述したように法律行為論の限界が指摘されていることからすると、ある意味で、自律的意思（とりわけ自律的・事実的意思）概念を基調とする現在の権利の体系の限界が指摘されているように思われる。

## 注

(1) 「契約正義」という用語は多義的であるが（大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、一九九五年）五頁、三七四頁注〔14〕



参照(初出は、「契約成立時における『給付の均衡』(二)、(六・完)法協一〇四卷一号三頁以下、一〇四卷六号(以上、一九八七年)八八六頁以下)。なお、本注にあげたものに限らず、単行本の一部をなす論稿、初出論文としては、本稿引用ないし関連部分の論文のみをとりあげることとする)、本稿では、主として、アリストテレス以来の交換的正義、すなわち、対価的均衡を念頭において議論する。もつとも、グロチウスやプーフェンドルフにおいては、この対価的均衡(狭義の *aequalitas*)のほか、何事も隠されてはならないという情報開示義務(広義の *aequalitas*)も契約正義に含まれていた(石部雅亮「契約の自由と正義——『莫大損害』(laesio enormis)の歴史を中心に(一)——」法学雑誌三〇卷三・四号(一九八四年)六一一頁以下、篠津安恕「失われた契約理論」(昭和堂、一九九八年)三七頁以下)。

(2) 加藤雅信『新民法大系Ⅰ 民法総則』(有斐閣、二〇〇二年)二七三頁以下。

(3) 行為基礎論については、すでに多くの文献で紹介がなされている。この分野の研究業績として、まずあげなければならないのは、五十嵐教授の一連の論文であろう。五十嵐清『事情変更の原則』(有斐閣、一九六九年)七二頁以下(以下、「五十嵐・事情変更」として引用する)(初出は、「ドイツ法における行為基礎論の発展——事情変更の原則に関する比較法的研究 その三——」北大法学論集二一卷四号(一九六一年)四〇三頁以下、「ドイツ法における行為基礎論の諸相」菊井先生献呈論集『裁判と法 上巻』(有斐閣、一九六七年)三頁以下、「契約と事情変更の原則」松坂佐一・西村信雄・舟橋諄一・柚木馨・石本雅男先生還暦記念『契約法大系Ⅰ 契約総論』(有斐閣、一九六二年)二九頁以下、「契約と事情変更」谷口知平編『注釈民法』(3) 債権(4) (有斐閣、一九六六年)四三頁以下)、同「事情変更の原則と不当利得——ウイントシャイトの前提論を中心に——」(谷口知平教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究』(3) (有斐閣、一九七二年)八七頁以下(以下、「五十嵐・谷口還暦」として引用する))、同「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Ⅰ《総論の重要問題》』(有斐閣、一九七六年)一八五頁以下(以下、「五十嵐・民法学」として引用する))、同「事情変更の原則と行為基礎論」加藤一郎・米倉明編『ジュリスト増刊 民法の争点Ⅱ(債権総論・債権各論)』(一九八五年)九四頁以下(以下、「五十嵐・争点」として引用する))、同「契約と

事情変更」谷口知平『五十嵐清編』新版注釈民法<sup>(3)</sup> 債権<sup>(4)</sup>（有斐閣、一九九六年）六三頁以下（以下、「五十嵐・注民」として引用する）、同「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——」札大企業法務二号（一九九七年）四七頁以下（以下、「五十嵐・再考」として引用する）、同「ドイツ行為基礎論小史<sup>(1)</sup>——ドイツ民法新三二三条の成立まで——」札幌法学一五卷二号（二〇〇四年）四七頁以下（以下、「五十嵐・小史<sup>(1)</sup>」として引用する）。また、近時、行為基礎論の学史の展開を網羅的に検討したものと、橋本基宏『長期間契約の研究』（信山社、二〇〇〇年）一四三頁以下（初出は、「ドイツにおける行為基礎論の再検討序説<sup>(2)</sup>」——その適用範囲についての手がかりとして——」山梨学院大学法学論集三号（一九八〇年）二二頁以下、「ドイツ法における行為基礎の喪失とその効果」明治大学短期大学紀要四四号（一九八九年）一頁以下、「事情の変更と契約当事者の責任——契約の修正・改定から再交渉義務論へ——」《ドイツ債権法改正草案三〇六条を参考として》——伊藤進教授還暦記念論文集『民法における「責任」の横断的考察』（第一法規、一九九七年）三三五頁以下）、吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範の意義<sup>(1)</sup>（二）（二・完）——事情変更法理における自律と他律——」民商一二八巻一号五〇頁以下、一二八巻二号（以上、二〇〇三年）一七〇頁以下がある。さらに、体系書レベルでは、潮見佳男『債権総論』（第二版）I——債権関係・契約規範・履行障害——』（信山社、二〇〇三年）一九六頁以下参照。

(4) ヴィントシャイトの前提論は「Bernhard Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, 1847で取り上げられた後に「Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850（以下「Voraussetzung, 1850」として引用する）で展開され「Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 7. Aufl., 1891」にその内容が説明されており「Die Voraussetzung, AcP 78 (1892), S. 161-202（以下「Voraussetzung, 1892」として引用する）で、前提論に対する批判に反論する形で再度主張されたものである。この点については、五十嵐・事情変更七九頁注<sup>(1)</sup>参照。

ヴィントシャイトの前提論について正面から論じたものとして、勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』（有斐閣、一九二六年）一七九頁以下（予提説として紹介）、岩田新『経済事情の変動と債権の効力』（同文館、一九二六年）二七六頁以下（前提

説として紹介)、松坂佐二『不当利得論』(有斐閣、一九五三年)二八二頁以下、五十嵐・事情変更七五頁以下、同・谷口還暦八七頁以下、磯村哲『錯誤論考——歴史と論理——』(有斐閣、一九九七年)二二頁以下(初出は、「動機錯誤と行為基礎(一)」『法学論叢七六卷三号』(一九六四年)二三頁以下)、高森八四郎『和解の基礎に関する錯誤』同『法律行為論の研究』(関西大学出版会、一九九一年)二八頁以下(初出は、「和解の基礎に関する錯誤について(一)」『民商六五卷六号』(一九七二年)九三二頁以下)、吉岡祥充『W・フルーメの法律行為論に関する一考察(一)——ラレーンツ行為基礎論との比較を通して——』『法学雑誌三一巻三・四号』(一九八五年)七八五頁以下、森脇尚史『行為基礎論の日本における有用性』日本大学大学院法学研究年報一五号(一九八五年)一五六頁、大中有信『動機錯誤と等価性(一)』『法学論叢一三九卷五号』(一九九六年)六七頁以下、吉政・前掲注<sup>(3)</sup>『事情変動と契約規範(一)』五一頁以下、篠津安恕『ドイツ近代私法学における三つの自由意思概念』『法政論集二〇一号』(二〇〇四年)一五三頁以下などがある。これら以外にも文献は多いが、ヴィントシャイトについては、本稿第三章で詳論するので、それらの邦語文献についてはそこに譲る。

(5) Windscheid, Voraussetzung, 1892, S. 166f., 195. なお、前提は、意思表示の内容となる点で動機とは異なるが、条件とは、意思の自己制限であり、過去・現在の事態のみならず、将来の形成をも含む点で同じである。もつとも、前提は、一定の事態の発生・存続が確実であるために「展開されない条件」とあるという点で、一定の事態の発生・存続が不確実である場合に付せられる条件とは異なる<sup>(2)</sup> (a. a. O., S. 163, 195)。

(6) Paul Oertmann, Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff, 1921. エルトマンの行為基礎論について具体的に検討したものとして、勝本・前掲注<sup>(4)</sup>七〇六頁以下、岩田・前掲注<sup>(4)</sup>七八頁以下、三五一頁以下等、中村萬吉『事情変更の原則に就て』『早稲田法学七卷』(一九二七年)一九頁、五十嵐・事情変更八八頁以下、同・谷口還暦一〇六頁以下、高森・前掲注<sup>(4)</sup>四六頁以下、吉岡・前掲注<sup>(4)</sup>七八七頁以下、大中有信『動機錯誤と等価性(二・完)』『法学論叢一四一巻五号』(一九九七年)一〇一頁以下、吉政・前掲注<sup>(3)</sup>『事情変動と契約規範(一)』五六頁以下などがある。エルトマンについては、本稿第四章で詳論するので、その他

の邦語文献についてはそこに譲る。

- (7) Oertmann, a. a. O., S.24.
- (8) Oertmann, a. a. O., S.31, 132.
- (9) Oertmann, a. a. O., S.37. なお、先行訳として、五十嵐・事情変更七八頁、勝本・前掲注(4)七〇九頁以下参照。
- (10) ヴィントシャイトによると、例えば、父が娘の嫁入道具を購入する際に売主がそれを知っていた場合にも契約の拘束力を否定することになり、動機の錯誤を顧慮することになる。そのため、動機は条件に高められない限りその性質を変えるわけではなく、動機と条件との間に中間物は存在しない、とレーネルによって批判がなされている (Otto Lenel, Die Lehre von der Voraussetzung (im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches), ACP 74 (1889), S.225ff.; ders., Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, ACP 79 (1892), S.50f.)。また、エルトマンについても、右記の例で、売主が知っていて異議を述べなかった場合でも動機の錯誤を認めることになり、レーネルの批判があげてはまる。このレーネルの批判については、松坂・前掲注(4)二八三頁以下、五十嵐・事情変更七八頁、同・谷口還暦九三頁以下、磯村・前掲注(4)二四頁以下等参照。
- (11) Gerhard Kegel, *Empfehlte es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn?* (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht) Gutachten, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, 1953, Bd.I, S.148, 155f. なお、岩田博士は、すでに、「マークは五十銭だと考へてをることが当らなくなつたのが事情変更の抗弁ではなくて、たとへば五銭に下つたことが事情変更の抗弁なのである。それをマークは五十銭だといふ意識中には五銭一厘までの予見が含まれてをり、その予見が缺けて五銭になつたからして行為礎の脱落とするのは、明らかに強弁である」として、エルトマンの行為基礎論を批判している (岩田・前掲注(4)三七四頁)。
- (12) *clausula* 理論とは、「すべての契約には、その基礎たる事情が変わらないかぎり、その効力を存続するという条項が存在すると解されており、したがって、事情が変更すれば、契約に対する拘束力は失われる」とされるもので、事情変更の原則の起源とさ

れる（五十嵐・事情変更七四頁以下）。この *clausula* 理論については、勝本・前掲注(4)六〇頁以下、とくに一四八頁以下参照。また、近時、この理論の史的展開を検討するものとして、中村肇「後発的事情変更の顧慮とその妥当性（一）」（四・完）—— *clausula rebus sic stantibus* 理論の展開を中心に——「富大経済論集四六卷二号（二〇〇〇年）一五七頁以下、四六卷三号九三頁以下、四七卷二号（以上、二〇〇一年）四七一頁以下、四八卷一号（二〇〇二年）一五三頁以下参照。

(13) このような客観説に与するものとして、カウフマン、クリュックマン、ロッヒャーがあげられる。

Erich Kaufmann, *Das Wesen des Völkerechts und die clausula rebus sic stantibus: Eine Rechtsphilosophische Studie zum Rechts-, Staats- und Vertragsbegriff*, 1911. カウフマンについては、勝本・前掲注(4)四三〇頁以下、橋本・前掲注(3)一四七頁参照。

Paul Krückmann, *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streik Klausel*, AcP 116 (1918), S.157ff. クリュックマンについては、勝本・前掲注(4)七三二頁以下、岩田・前掲注(4)七六頁以下、二八七頁以下等、高森・前掲注(4)五〇頁以下、橋本・前掲注(3)一四七頁参照。

Eugen Locher, *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, AcP 121 (1923), S.1ff. ロッヒャーについては、勝本・前掲注(4)七二二頁以下、高森・前掲注(4)五〇頁以下、橋本・前掲注(3)一四七頁以下参照。

(14) Karl Larenz, *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: Die Bedeutung „veränderter Umstände“ im Zivilrecht*, 3. Aufl., 1963, S.14ff. (以下、GGとして引用する。)本書の邦訳として、K・ラーレンツ著（勝本正晃校閲・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、一九六九年）二三頁以下参照（以下、「ラーレンツ訳書」として引用する。）。

(15) Larenz, GG, S.1ff. ラーレンツ訳書三頁以下。ラーレンツの行為基礎論について正面から論じたものとして、五十嵐・事情変更一〇一頁以下、吉岡・前掲注(4)七九二頁以下のほか、高森・前掲注(4)五三頁以下、橋本・前掲注(3)一四九頁以下、一八〇頁以下、三三二頁以下、森脇・前掲注(4)一六二頁以下、岡林伸幸「契約解釈と行為基礎論（一）——法律行為と私的自治序説(1)——」同法四二卷五号（一九九〇年）八四頁以下、鹿野菜穂子「『動機錯誤』の効果に関する一考察——ドイツの判例・学説をて

がかりに——」九大法学六二号（一九九一年）一四二頁以下、大中・前掲注(6)一〇二頁以下、吉政・前掲注(3)「事情変動と契約規範（一）」五七頁以下などがある。

(16) なお、この理論は、前大戦にまさる変動を引き起こした第二次世界大戦後、一層顕著となった判例の傾向、すなわち、すべての諸事情を考慮しようとして引き合いにだされる「衡平」ないしは「期待不可能性（Unzumutbarkeit）」基準による解決方法に指針を与えるためのものでもあった（Larenz, GG, S. 11ff. ラーレンツ訳書三頁以下）。

(17) Larenz, GG, S. 17f. ラーレンツ訳書二九頁以下。

(18) Larenz, GG, S. 20, 51, 184. ラーレンツ訳書三五頁、七七頁、二六五頁。

(19) Larenz, GG, S. 51. ラーレンツ訳書七七頁以下。

(20) Larenz, GG, S. 17f., 52f., 185. ラーレンツ訳書二九頁以下、八一頁以下、二六五頁以下。

(21) Larenz, GG, S. 18f., 185. ラーレンツ訳書三〇頁以下、二六六頁。なお、ラーレンツは、客観的行為基礎の一類型として位置づけていた契約目的の達成不能の事例の一部が履行不能の問題であったことを認め、その後、改説している（Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 312ff., 326.）。この点につき、半田吉信「目的到達法理の史的発展（三）」千葉大学法経研究六号（一九七七年）一九頁以下、八四頁以下、木村常信「目的到達と目的到達不能」産大法学一一巻一号（一九七七年）三頁以下、小野秀誠「危険負担の研究」（日本評論社、一九九五年）二一〇頁以下、二二二頁以下（初出は、「行為給付と危険負担（二・完）」福島大学商学論集五二巻三号（一九八四年）一一三頁以下）、同「反対給付論の展開」（信山社、一九九六年）一九六頁以下（初出は、「不能・行為基礎の喪失と反対給付」福島大学商学論集五二巻四号（一九八四年）一四七頁以下）参照。

(22) Walter, Schmidt-Rimppler, Zum Problem der Geschäftsrundlage, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, 1955, S. 11f. シュミット・リンプラーについては、玉田弘毅「シュミット・リンプラー教授の行為基礎論について」法律論叢三〇巻三号

- (一九五七年) 七九頁以下のほか、五十嵐・事情変更一二八頁以下、橋本・前掲注(3)一五二頁、一八〇頁参照。
- (23) Kegel, a. a. O. (Fn. 11), S. 138ff. ケーゲルについては、五十嵐・事情変更一三〇頁以下、橋本・前掲注(3)一七九頁以下参照。
- (24) Franz Weacker, Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und clausula rebus sic stantibus, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, 1965, S. 229ff. ヴァイヤーアッカーについては、五十嵐・事情変更一三七頁以下、橋本・前掲注(3)一五二頁以下、岡林・前掲注(15)「契約解釈と行為基礎論」(一)「八八頁以下参照。
- (25) Heinrich Lange, Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsfundlage, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Paul Gieseke, 1958, S. 21ff. ランゲについては、五十嵐・事情変更一三三頁参照。
- (26) 五十嵐・事情変更一二八頁以下、橋本・前掲注(3)一五一頁以下、一七九頁以下参照。
- (27) Werner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I, 1960, S. 135ff. (以下「Privatautonomie」として引用する); ders., Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992,フルーメについて正面から論じたものとして、吉岡祥充「W・フルーメの法律行為論に関する一考察」(二・完)——ラレーンツ行為基礎論との比較を通して——」法学雑誌三三二巻二号(一九八五年)二五八頁以下のほか、五十嵐・事情変更一三四頁以下、高森・前掲注(4)六九頁以下、森脇・前掲注(4)一六四頁以下、岡林・前掲注(15)九六頁以下、鹿野・前掲注(15)一四五頁以下、大中・前掲注(4)一〇六頁以下、吉政・前掲注(3)「事情変動と契約規範(二)」六一頁以下参照。また、法律行為論との関係では、高橋三知雄「Flumeの法律行為論」関法一六巻四・五・六合併号(一九六七年)四三三頁以下、山下末人「法律行為論の現代的展開」(法律文化社、一九八七年)三三頁以下(初出は、「現代私的自治論と法律行為・契約観(その一)——現代法律行為論の一視点(二)——」法と政治三四巻一号(一九八三年)四頁以下)、同「フルーメの法律行為論——その意思主義について——」法と政治四四巻二号(一九九三年)二頁以下などがある。
- (28) 吉政・前掲注(3)「事情変動と契約規範(一)」六〇頁以下。なお、同論文一八〇頁以下によると、ドイツには、ヴァイントシャ

イト、エルトマン、ラーレンツなどのように、事情変更の原則(行為基礎論)の問題を契約の拘束力を制限するための理論と捉える「意思表示アプローチ」と、フルーメ、フイケンチャーのように、契約内容確定の問題に解消しようとする「契約規範アプローチ」とがあると考えられる。

(29) なお、行為基礎論を経済学的に分析するものとして、Andreas Schwarze, Die Beseitigung des Wegfall der Geschäftsgrundlage: Zur wirtschaftlichen Effizienz und zur juristischen Konsistenz eines ökonomischen Modells, in: Jörg Finsinger/ Jürgen Simon (Hrsg.), Recht und Risiko: juristische und ökonomische Analysen, 1988, S.155ff.; Helmut Köhler, Zur ökonomischen Analyse der Regeln über die Geschäftsgrundlage, in: Claus Ott/ Hans- Bernd Schäfer (Hrsg.), Allokationseffizienz in der Rechtsordnung: Beiträge zum Trarwänder Symposium zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 23.- 26. März 1988, 1989, S.148ff.; Gernar Brockmeyer, Das Rechtsinstitut der Geschäftsgrundlage aus der Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts, 1993 などがある。

(30) Wolfgang Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos: dargestellt unter besonderer Berücksichtigung des Bauvertrages, 1971. フイケンチャーについては、吉政・前掲注(3)「事情変動と契約規範(一)」一六三頁以下のほか、橋本・前掲注(3)一八一頁以下、岡林・前掲注(15)「契約解釈と行為基礎論(一)」一〇二頁、大中・前掲注(6)一〇九頁以下参照。

(31) Ingo Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979. コラーについては、小林剛明「西ドイツ行為基礎論の(一)動向」東京国際大学論叢商学部編三八号(一九八八年)八五頁以下のほか、吉政・前掲注(3)「事情変動と契約規範(一)」六六頁以下参照。また、笠井修「請負契約と危険領域の確定」成城法学五一巻(一九九六年)六七頁以下も参照。

(32) Arisde Chioellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagen in Schuldverträgen, 1981; ders., Rechtstatistische Aspekte der Geschäftsgrundlagenstörungen, in: Chioellis/ Fikentscher (Hrsg.), Rechtsstatistischer Forschung: Methodische Probleme und Beispiele aus dem Schuld- und Wirtschaftsrecht, 1985, S.139ff. ヒオテリスについては、大中・前掲注(6)一一二頁以下、中村肇「ドイツ行為基礎論における期待不可能性概念の機能」一橋研究二四巻二号(一九九七年)二頁以下、吉政・前掲注(3)「事情変動と契約規範(一)」



七〇頁以下参照。なお、ヒオテリスの裁判例の分析につき、石川博康「『再交渉義務』論の構造とその理論的基礎(一)」法協一八巻二号(二〇〇一年)九六頁以下参照。

(33) Philipp Härle, Die äquivalenzstörung: ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsgrundlage, 1995. へーレについては、吉政・前掲注(3)「事情変動と契約規範(二・完)」一七二頁以下参照。

(34) Norbert Horn, Vertragsdauer, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, Bd.I, S.636ff. このホルンの立法提案については、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——」成蹊法学二六巻(一九八八年)七一頁以下、下森⇨岡編・後掲注(35)引用書五七頁以下(橋本恭宏執筆部分)、橋本・前掲注(3)一八二頁以下、三二四頁以下、五十嵐・再考五三頁以下、石川・前掲注(32)一一八頁以下参照。なお、ノルベルト・ホルン(和田安夫訳)「契約拘束の特殊事案——契約調整法および再交渉の法的義務——」姫路法学二三・二四号(一九九八年)五〇七頁、五二三頁以下参照。

もつとも、このように行為基礎論を法律上統一的に把握することについては、フーバーが、構成要件を一つにまとめて規定しうる統一的で教義主義的な構想は行為基礎論の基礎をなしておらず、また、政策的、体系的に、互いに依存せずに個々の問題領域ごとに規定することができるところから、ホルンの立法提案に反対する(Ulrich Huber, Leistungsstörungen, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, Bd.I, S. 751.) のフーバーの鑑定意見について、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——」下森定ほか編『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』(法政大学出版局、一九八八年)一五二頁、下森⇨岡編・後掲注(35)引用書五八頁(橋本恭宏執筆部分)、橋本・前掲注(3)三二七頁以下参照。

(35) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S. 31, 146ff. のドイツ債務法改正委員会草案三〇六条は、ほとんど変更を受けることなく、債務法現代化法三二三条へと受け継がれた(具体的には、債

務法現代化法三二三条二項に、新たに「本質的な」という文言が付け加えられ、草案三〇六条三項に規定されていた「草案三〇七条の重大な理由に基づく」という文言が削除された。この草案三〇六条については、下森定<sup>11</sup>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、一九九六年）五四頁以下（橋本恭宏執筆部分）、橋本・前掲注<sup>3</sup>三一四頁以下、小林一俊『錯誤・原始不能と不履行法』（一粒社、一九九六年）一七三頁以下（初出は、「原始不能・瑕疵担保の不履行法化、行為基礎障害法と錯誤——ドイツ債務法改正最終報告書を契機として——」亜細亜法学三〇巻一号（一九九五年）六〇頁以下）、五十嵐・再考五四頁、吉政知広『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範<sup>12</sup>——ドイツ債務法改正作業における不能法の再編を素材として——」民商一二三〇巻一号（二〇〇四年）五三頁参照。なお、二〇〇一年五月九日の政府草案については、潮見佳男『ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題（一）（二・完）』民商一二四巻三号三一〇頁以下、四・五号（以上、二〇〇一年）六二五頁以下、岡孝<sup>13</sup>青野博之<sup>14</sup>渡辺達徳<sup>15</sup>錢偉榮<sup>16</sup>『ドイツ債務法現代化法（民法改正部分）』学習院大学法学会雑誌三七巻一号（二〇〇一年）一五八頁以下参照。

(36)

Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Bundesgesetzblatt, Teil I, Nr.61, 2001, S.3150. ドイツ債務法改正については、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学出版局、二〇〇二年）四九頁、二〇五頁以下、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、二〇〇三年）二二二頁以下、四一九頁以下参照。

第三二三条（行為基礎の障害）は、次のように規定されている。

〔1〕 契約の基礎となった事情が、契約締結後著しく変更し、かつ、両当事者がこのような変更を予見していたとすれば、契約を締結せず、あるいは異なる内容で契約を締結したであろう場合には、個々の事例のあらゆる事情、とりわけ契約上または法律上の危険分配を考慮して、変更されない契約に拘束することが一方当事者に期待しえないときに限り、契約の調整（Anpassung）を請求することができ。

〔2〕 契約の基礎となっている本質的表象が誤りであると判明した場合には、事情の変更と同視される。

(3) 契約の調整が不可能、または一方当事者に期待しえない場合には、不利益を受ける当事者は契約を解除することができる。継続的債権関係に関しては、解除権に代わり告知権が発生する。」

なお、Anpassungの訳語としては、「調整」のほか、「適応」、「適合」、「修正」、「改訂」などが用いられているが、本稿では、「調整」と訳した。

(37) 経済的不能とは、「事情変更により当事者の一方にとって履行がきわめて困難になり、経済的にみて履行不能と同旨される状態になる場合」をいう(中山充「事情変更の原則」遠藤浩林良平水本浩監修「現代契約法体系 第一巻 現代契約の法理」(1)〔有斐閣、一九八三年〕七五頁)。この理論は、エルトマンの行為基礎論が出現するまで、ドイツの判例において展開されたもので、経済的不能という概念を認めることによつて、エルトマンの行為基礎論の代用を果たしていたとされる理論である(五十嵐・事情変更八一頁以下)。ドイツの判例における経済的不能論の展開については、小町谷操三『貨幣価値の変動と契約』(有斐閣、一九二五年)七頁以下、勝本・前掲注(4)二七〇頁以下、岩田・前掲注(4)一頁以下、三三二〇頁以下、五十嵐・事情変更八一頁以下、さらに和田安夫「契約内容と契約環境——経済的不能に関するRG判例の分析——」姫路法学二九・三〇号(二〇〇〇年)四一三頁以下参照。なお、わが国では、経済的不能による契約の解除を認めた事例として、奈良地判昭和二六年二月六日下民集二卷二号二四六頁があるが、この点については、神田孝夫「履行障碍——判例の分析——」小樽商科大学商学討究二二卷二・三合併号(一九七一年)三二四頁以下、三三二頁以下、中山・本注七五頁以下、五十嵐・注民七一頁以下参照。

(38) 五十嵐・事情変更八一頁以下、八八頁以下。

(39) 再交渉義務の活用領域をどのように捉え、どのような観点から正当化するか等については必ずしも意見の一致をみないものの、近時、より柔軟な解決を導きうる再交渉義務について活発に議論がなされている。たとえば、久保宏之『経済変動と契約理論』(成文堂、一九九二年)一五四頁以下、二四四頁以下(初出は、「事情変更の原則覚書」産大法学二一巻一・二合併号(一九八七年)一二二頁以下)、橋本・前掲注(3)一六三頁以下、山本顕治「契約交渉関係の法的構造についての一考察(一)」(三・

完)「民商一〇〇卷二号一九八頁以下、一〇〇卷三号三八七頁以下、一〇〇卷五号(以上、一九八九年)八〇八頁、同「再交渉義務について(一)——交渉理論と契約法理論の交錯——」法政研究六三卷一号(一九九六年)一頁以下、同「契約規範の獲得とその正当化」谷口知平先生追悼論文集『第二卷 契約法』(信山社、一九九三年)六九頁以下、和田安夫「契約の調整について」谷口追悼『第二卷 契約法』一二三頁以下、同「長期間契約の調整と契約の再交渉義務」姫路法学一三三号(一九九三年)一頁以下、北山修吾「契約の改訂——資源開発契約を中心として——」法協一一二卷一号(一九九五年)七四頁以下、同「契約改訂のプロセスに関する若干の考察——再交渉義務の位置付けと改訂判決の内容——」法政理論三二卷二号(一九九八年)一九七頁以下、松井和彦「過程志向的法プロセスと再交渉義務」一橋論叢一一五卷一号(一九九六年)二五〇頁以下、森田修「アメリカにおける『再交渉義務』論と債務移転形論」星野英一先生古稀祝賀『日本民法学の形成と課題 上』(有斐閣、一九九六年)五四三頁以下、能見善久「履行障害」『債権法改正の課題と方向——民法一〇〇周年を契機として——』別冊NBL五一号(商事法務研究会、一九九八年)一三四頁以下(シンポジウム「民法一〇〇年と債権法改正の課題」私法六一号(一九九九年)九九頁以下参照)、五十嵐・再考四七頁以下、石田喜久夫「再交渉義務論についての覚書——マルティネックの所説に即して——」同「現代の契約法(増補版)」(成文堂、二〇〇一年)二二一頁以下(初出は、京都学園法学一九九九年二・三号(二〇〇〇年)三三六頁以下)、注<sup>32)</sup>にも引用した石川博康「再交渉義務」論の構造とその理論的基礎(一)(二・完)「法協一一八卷二号二三四頁以下、一一八卷四号五二〇頁以下(以上、二〇〇一年)などがある。

<sup>40)</sup> 福地俊雄「事情変更の原則」谷口知平・加藤一郎編『民法演習Ⅲ(債権総論)』(有斐閣、一九六〇年)七三頁、村上淳一「和解と錯誤——学説史的研究——」松坂・西村・舟橋・柚木・石本還暦記念『契約法大系V 特殊の契約』(一)「有斐閣、一九六三年)二〇一頁以下、磯村哲「債権の消滅」同編『注釈民法』<sup>12)</sup> 債権<sup>3)</sup> (有斐閣、一九七〇年)二四頁以下、五十嵐・民法学一九五頁、同・争点九六頁、小林一俊「錯誤法の研究 増補版」(酒井書店、一九九七年)四四九頁以下(初出は、「共通錯誤に関する若干の考察」亜細亜法学一八卷一号(一九八三年)三二頁以下)、中山・前掲注<sup>37)</sup>八二頁。なお、近時、担保責任に関する

一連の規定の趣旨を尊重することによって、行為基礎論の問題として取り扱われてきた事例の大部分を適切に処理することができる」と主張する見解もある(鹿野・前掲注<sup>(15)</sup>一六八頁以下、一八四頁)。もともと、これらの論者も、行為基礎論が民法学にとって無用なものと考えているわけではない(五十嵐・争点九六頁、中山・前掲注<sup>(37)</sup>八二頁以下など)。

他方、行為基礎論の導入に好意的な見解もあり(柚木馨「債権各論(契約総論)」(青林書院、一九五六年)二七五頁以下)、具体的に、ラーレンツの主観的行為基礎論を容許して和解の基礎に関する錯誤に採用する見解もある(高森・前掲注<sup>(4)</sup>九〇頁以下)。

(41) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. III, 1841, S.111ff., 263ff., 325ff. 本書の邦訳として、小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系 第三卷』(成文堂、一九九八年)一〇四頁以下、二四〇頁以下、二九一頁以下参照。サヴィニーについては、近代私法学の祖と称されるように文献が非常に多数存在することから、本稿第二章で詳論する際に譲る。

(42) 舟橋諄一「意思表示の錯誤——民法第九十五条の理論と判例——」『九州帝国大学法文学部十周年記念法学論文集』(山岩波書店、一九三七年)一頁以下、一七頁以下(なお、舟橋諄一「須永醇「錯誤における「真意」について」法学志林八九卷一号(一九九一年)五三頁以下も参照)、川島武宜「意思欠缺と動機錯誤」同『民法解釈学の諸問題』(弘文堂、一九四九年)二〇〇頁以下、二二四頁以下(初出は、法協五六卷八号(一九三八年)一五二二頁以下、一五二八頁以下)、野村豊弘「意思表示の錯誤(六)——フランス法を参考にした要件論——」法協九三卷五号(一九七六年)七〇〇頁以下。

(43) 村上・前掲注<sup>(40)</sup>一九七頁、二〇一頁以下、中山・前掲注<sup>(37)</sup>八二頁。

(44) 勝本・前掲注<sup>(4)</sup>五七〇頁以下。もともと、勝本博士のエルトマン批判につき、誤解があることについては、五十嵐・事情変更九三頁注<sup>(5)</sup>、九四頁注<sup>(15)</sup>参照。

(45) 五十嵐・事情変更一四八頁、同・民法学一九五頁。なお、五十嵐・争点九六頁では、目的不到達の体系的地位が不明確である、との理由もあげられている。また、以上の動向につき、潮見・前掲注<sup>(3)</sup>二一六頁以下参照。

- (46) 村上・前掲注<sup>(40)</sup>一九四頁以下。
- (47) 磯村・前掲注<sup>(4)</sup>二二五頁。
- (48) 小野・前掲注<sup>(21)</sup>『反対給付論の展開』一六六頁。なお、吉政・前掲注<sup>(3)</sup>「事情変動と契約規範(二・完)」一八一頁も、「給付が不能になった場合にしか当事者を給付義務から解放しないとすれば、不都合な結論が導かれることがあること」から、「一定の場合に、本来ならば動機に過ぎないはずの事情変動に対する表象を顧慮して修正を施そう」とするために提唱されたのが、前提論と行為基礎論なのであった、と説明する。
- (49) 加藤雅信『財産法の体系における不当利得法の構造』(有斐閣、一九八六年)六八九頁(初出は、「類型化による一般不当利得法の再構成(一五・完)」法協九八巻四号(一九八一年)五三一頁)。
- (50) 吉岡・前掲注<sup>(4)</sup>七七九頁。吉岡論文は、このような視点から、ヴァイントシャイトの前提論、エルトマンの行為基礎論を検討し、フルーメの法律行為論と対比しつつ、ラーレンツの行為基礎論を分析するもので、本稿もこれに負うところが大きい。なお、五十嵐教授は、ヴァイントシャイトが前提論を唱えた理由につき、「おそらく、それ(前提論を唱えた理由——筆者挿入)は現実の意思のみならず、本来の意思、すなわち、あるべき意思をも尊重しようとした」ためであると説明する(五十嵐・谷口還暦一〇三頁)。
- (51) 加藤・前掲注<sup>(49)</sup>六八八頁以下、同・前掲注<sup>(2)</sup>二六九頁。
- (52) Ian R. Macneil, *Values in Contract: Internal and External*, 78 *Northwestern Univ. L. Rev.* 349 (1983). 内田貫『契約の再生』(弘文堂、一九九〇年)一五一頁以下、同『契約の時代』(岩波書店、二〇〇〇年)六八頁(本文の引用は後者による)。
- (53) Larenz, *GG, S.3*, *ラーレンツ* 訳書五頁(なお、ここでは、「契約信義(Verragsstreue)」となっている)。また、五十嵐・事情変更一〇二頁も、「行為基礎の喪失は、けっして戦争のような動乱のときの問題となるのではなく、つねに生ずるのである。それはあらゆる私法秩序の基本問題の一つ、すなわち *paeta sunt servanda* 原則の正しい限界づけの問題なのである」と指摘する。さ

らに、橋本・前掲注(3)一五八頁も、行為基礎論に「共通していえる問題は、契約遵守の原則の正当な限界をどこにもとめればよいのか、ということにあると思われる」と説明する。

(54) 勝本博士は、「事情変更の原則は意思表示の問題に非ず」と明確に述べていたが(勝本・前掲注(4)二五頁以下、四六一頁以下)、近時、事情変更の原則を契約の客観的解釈として構成する可能性を示唆する見解もある(五十嵐・事情変更一四九頁、黒田喜重「事情変更の原則における問題性(一)」愛知学院大学法学研究一二巻一号(一九六八年)九〇頁以下)。

(55) さらに、村上教授は、「後期普通法学の錯誤論が意思教説に基礎を置き、意思の欠缺と動機の錯誤を峻別し、現実の必要を無視して後者を本質的錯誤の領域から追放した点に、「動機の錯誤と事情変更の原則の結合という現象の必要条件が存する」と指摘している(村上・前掲注(4)一九六頁)。なお、ヴィントシャイトは、*casus* 理論については全くふれておらず、この点を意識していなかったものとされる(五十嵐・事情変更七八頁、同・谷口還暦八七頁以下)。

(56) Flume, *Privatautonomie*, S.207.

(57) 五十嵐・事情変更七二頁以下。この点につき、事情変更の原則との関係ではあるが、五十嵐教授同様、「債権法におけるいくつかの重要な問題は、究極において論者のよって立つ法律行為(契約)観にまで遡らない限り、事柄の十分な解決をみることはできない。事情変更の原則に関する……問題も、ただに、この原則の特殊性から導き出されるばかりでなく、その背後において法律行為(契約)論・債権法の体系如何という問題に深く連なるものである」と指摘するものもある(黒田・前掲注(54)七九頁)。

(58) 筏津教授は、「意思」概念の変質と私法理論のパラダイム転換との関係につき、「意思概念が変われば、私法理論も変る」というテーゼのもと、啓蒙期自然法論の他律的意思概念に定位する義務の体系から、自律的意思概念に定位する権利の体系にカントが私法理論をパラダイム転換させ、それをサヴィニーが法学的に応用したことについて指摘している(筏津安恕「私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編」『昭和堂、二〇〇一年』一二〇頁以下、Yasuhito Iwadatsu, *Der Paradigmenwechsel der Pri-*

- vatrechthistorie und die Neukonstruktion der Vertragstheorie in seinem Rahmen, 2002, S. 1ff.。そして、さらに、権利の体系における自律的の意思概念は、サヴィニーの規範的の意思概念と、ウイントシャイトの事実的の意思概念とで異なっていると指摘しており(筏津・前掲注(4)一四二頁以下)、本稿は、筏津教授の一連の業績に負うところが大きい。
- (59) 奥田昌道『請求権概念の生成と展開』(創文社、一九七九年)三頁以下(初出は、「ウイントシャイトの『アクチオ論』について」法学論叢六三卷三号(一九五七年)一頁以下)、川島武宜『民法総則』(有斐閣、一九六五年)八頁。
- (60) ヴィーアッカーによると、サヴィニーの権利概念は、カントのそれを照応し、私的自治と法律行為の概念もまたカントの要請に依拠してとされる(Franz Weacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 373ff.)。なお、村上淳「ドイツ法学」碧海純一・伊藤正己・村上淳一編『法学史』(東京大学出版会、一九七六年)一四四頁以下、同『ドイツ市民法史』(東京大学出版会、一九八五年)二四頁以下、四七頁以下(初出は、「倫理的自律としての私的自治」法協九七卷七号(一九八〇年)九八二頁以下、九九六頁以下)、また、原島重義『法的判断とは何か』(創文社、二〇〇二年)一四四頁以下、二二四頁以下等参照。
- (61) Immanuel Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Herausgeber: Paul Menzer), in *Kants gesammelte Schriften*, Herausgegeben von der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Band IV, 1911, S. 441. 本書の邦訳として、深作守文訳「人倫の形而上学の基礎づけ」『カント全集 第七巻』(理想社、一九六五年)九二頁、平田俊博訳「人倫の形而上学の基礎づけ」『カント全集 7』(岩波書店、二〇〇〇年)八三頁などがある(本文の引用は前者による)。
- (62) 筏津・前掲注(4)一五七頁。なお、グロチウスについては、石部・前掲注(1)六一頁以下参照。
- (63) 筏津・前掲注(58)五頁以下、Ikedatsu, a. a. O., S. 4. 同「歴史法学の陰性自然法」テーゼの放棄」三島淑臣教授古希祝賀『自由と正義の理念』(成文堂、二〇〇三年)三三六頁。
- (64) Kant, a. a. O., S. 440. 深作・前掲注(61)九一頁、平田・前掲注(61)八二頁(本文の引用は前者による)。
- (65) Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (Herausgeber: Paul Natop), in: *Kants gesammelte Schriften*, Herausgegeben von der Königlich Preussischen



Akademie der Wissenschaften, Band VI, 1914, S. 245-257. 本書の邦訳として、恒藤恭『船田亨二訳「カント 法律哲学」』(岩波書店、一九三三年)七九頁以下、吉澤傳三郎『尾田幸雄訳「人倫の形而上学」』『カント全集 第十二卷』(理想社、一九六九年)七五頁以下、樽井正義『池尾恭一訳「人倫の形而上学」』『カント全集 11卷』(岩波書店、二〇〇二年)六六頁以下などがある。このように捉え方については、筏津・前掲注<sup>(58)</sup>一四三頁以下参照。

(66) この点につき、礎村・前掲注<sup>(4)</sup>一一三頁以下参照。また、原島教授は、法律関係の形成が当事者の私的自治にまかされたことを象徴的に示す例として、莫大損害の廃棄があると指摘している(原島重義「約款と契約の自由」遠藤浩『林良平』水本浩監修『現代契約法体系 第一巻 現代契約の法理(1)』(有斐閣、一九八三年)五二頁参照)。

(67) 木下毅『アメリカ私法』(有斐閣、一九八八年)一三五頁。

(68) 本稿が、あえて「自律的意思論のジレンマ」と名づけるのは、他律から自律へと意思概念が転換したことによって、権利の体系が構築され、自己決定権的私的自治が確立されたという自律的意思論の積極面そのものは評価する一方、自律的意思(とりわけ自律的・事実的意思)概念を基調とするがゆえに、当事者の意思から導きえない問題につき、契約正義を確保することが困難となり、そのために前提論や行為基礎論等が出現せざるをえなかったという私法理論ないし私法体系の構造がもつジレンマを指摘したいがためである。

(69) Ernst Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III, 1, 1898, S. 14. 自由な意思とみる限りでは、区別されていないかった(筏津・前掲注<sup>(4)</sup>一四二頁参照)。

(70) 筏津・前掲注<sup>(4)</sup>一四七頁以下。サウイニーの意思概念については、山下末人「サウイニーにおける意思・法律行為について(その一)」(その三・完)『神戸商科大学商大論集四二号三三頁以下、四三号三九頁以下、四四号(以上、一九六一年)二七頁以下、新井誠「サウイニーの意思表示、法律行為概念」』『民商九六巻五号(一九八七年)六三七頁以下参照。また、自由な意思ということにつき、須永醇「法学に所謂「自由な意思」について」』熊本大学法文論叢 法科篇一〇号(一九五八年)一九頁以

下参照。

- (71) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, 1840, S. 7ff., 33ff. 本書の邦訳として、小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系 第一巻』(成文堂、一九九三年)三六頁以下、二九七頁以下参照。また、筏津・前掲注(4)一四四頁以下も参照。
- (72) この点につき、磯村・前掲注(4)一二頁以下、筏津・前掲注(4)一四七頁以下参照。
- (73) Ernst Zielmann, *Irrtum und Rechtsgeschäft: eine psychologisch-juristische Untersuchung*, 1879; ders., *Die juristische Willenserklärung*, J. Bd. 16, 1878, S. 357ff. ツィーテルマンについては、村上淳一「ドイツ普通法学の錯誤論」同『ドイツの近代法学』(東京大学出版会、一九六四年)四八頁以下(初出は、法協七六卷三号(一九六〇年)三三〇頁以下)、磯村・前掲注(4)一二頁以下、中松櫻子「ドイツにおける錯誤論の基本問題」法学研究五二卷七号(一九七九年)六四頁以下、大久保憲章「ドイツ民法典以前の性状錯誤の位置付け——動機錯誤説の成立——」法制研究四八卷一号(一九八一年)一四〇頁以下、吉岡・前掲注(4)七八四頁以下なご参照。
- (74) Windscheid, *Voraussetzung*, 1850, Vorwort.
- (75) 筏津・前掲注(4)一五三頁以下、一六四頁注(35)参照。