

契約改訂規範の構造 (一)

—— 契約改訂プロセスにおける法の介入と支援 ——

吉 政 知 広

I 問題の所在

II 契約改訂規範の意義と機能——ドイツ法の分析

一 行為基礎論と契約改訂規範 (以上・本号)

二 当事者の再交渉と契約改訂規範

III 契約規範と免責法理——アメリカ法の分析

IV 契約改訂規範の構造

I 問題の所在

1 従来 of 議論状況と課題

契約が締結されると、その内容は変更されることなく効力をもち続けるというのが原則である。もちろん、契約

当事者が合意によって契約の内容を変更することは自由である。しかし、そのような合意がなされていないにもかかわらず、第三者である裁判所が契約の内容を変更することは原則として認められないと考えられている。

この原則は、私的自治の原則から導き出される帰結の一つとして位置づけることができる。すなわち、当事者が合意した契約内容を裁判所が勝手に変更してしまうならば、当事者は、裁判所が形成した内容の契約に拘束されることになってしまう。このような事態は、個人が自らの意思に基づかない契約に拘束されるという点において、私的自治の原則に反するものであるといわざるをえない。その意味で、この原則は、当事者が自らの意思に基づいて契約規範を形成し、国家がそれに対して法的な拘束力を与えるという契約制度の意義そのものから要請されるものだということもできる。私的自治の原則を承認するわが国においても、この原則は、当然のこととして受け入れられているとすることができるであろう。

もつとも、この原則にも例外が承認されている。一定の場合においては、裁判所が契約に対して介入を行ない、その内容を変更することが認められているのである。裁判所によって契約内容の変更がなされる問題局面は多岐にわたるが、本稿において検討の対象とするのは、契約が締結された時点以降に事情の変動が生じ、それを理由として、裁判所が契約の内容を変更する——以下では「裁判所による契約の改訂」という用語法による——という場面である。

このような場面における介入の正当化根拠としては、法律における明文の規定のほか、判例・学説において形成されてきた諸々の法理論が存在する。⁽²⁾ それらの中で、最も一般的な法理として位置づけられるのが「事情変更の原則」である。「事情変更の原則」とは、周知のとおり、契約の締結後にその基礎となっていた事情が変更し、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められる場合に、契約の解除または改訂を認めるとい

う法理である⁽³⁾。この法理は、その根拠や理論的な位置づけについて議論がなされているものの、少なくとも一般論としては、今日の判例・学説において広く受け入れられていることができるであろう⁽⁵⁾。本稿との関係では、この法理において、効果として、契約の改訂が認められている点が重要である。その限りで、契約締結後の事情変動を理由として、裁判所に対して契約の改訂を行なう権限を与える、あるいは、契約の改訂を命じる法理——本稿においては、このような法理を「契約改訂規範」とよぶことにしたい——として、「事情変更の原則」が承認されているのである。

このように位置づけられる「事情変更の原則」であるが、その契約改訂規範としての側面については、従来の議論において、必ずしも十分な検討がなされてきたわけではない。すなわち、「事情変更の原則」に基づいて、裁判所による契約の改訂を認めること自体に対して強い異論が示されているところであり、一般論として裁判所による契約の改訂を承認する論者としても、どのような要件の下で、どのように契約を改訂すべきなのかといった問題について、立ち入った説明を行なっているわけではない。その意味で、契約改訂規範の理論構造はいまだ明らかにされていない状況にあるということができようであろう⁽⁷⁾。

2 本稿の分析視角

(1) 分析視角の設定

以上のような状況を踏まえて、本稿では、契約改訂規範の理論構造を明らかにすることを課題として検討を行なう。すぐ後で見ると、本稿では、検討の素材を外国法における議論に求めるが、様々な議論が錯綜する問題であることから、具体的な検討に先立ち、一定の分析視角を設定しておくことが有益であろう。本稿では、日本における近時の議論展開を踏まえて、次のような分析視角を設定し、それに即して分析を進めることにしたい。

(2) 法律・裁判所の介入根拠

本稿が扱う問題に関して、注目すべき問題を提起している議論として、再交渉義務をめぐる議論をあげることができる。もちろん、再交渉義務論の射程は、従来の「事情変更の原則」が扱ってきた問題局面に限られるものではない。しかし、両者が対象とする具体的な問題局面は、広い範囲において重なることになると思われる。その限りで、再交渉義務論は、「事情変更の原則」に対する問題提起としての意義を有しているということができるとはいう。う。

日本における再交渉義務論の嚆矢となったのは、山本顯治の議論⁽⁸⁾である。彼の議論は、今日の社会福祉国家におけるいわゆる「法化」現象に伴って、本来は当事者の私的自治を保障するための手段であった法が、当事者の自律的領域に介入するものに転化してしまっているという認識から出発している。このような事態への対応策として、山本は、法によって問題そのものを規律するという従来の理解に代えて、問題の解決は当事者の交渉に委ねつつ、法がその交渉プロセスを規律するという「法のプロセス化」という観点から実体法を捉えなおすべきことを提唱している。このような問題意識から、契約法全体が、問題の解決へ向けた当事者の自律的な交渉を成立させ、適切な形で進行するように規律することを目的とする「交渉促進規範」として理解されるべきことが主張されている。再交渉義務も、このような「交渉促進規範」の一つとして重要な位置づけを与えられている。山本の議論は、契約法のみならず現代社会における法の役割そのものの再検討を促す壮大なものであり、その全体について立ち入った検討を行なうことは、ここでの目的ではない。本稿との関係では、当事者の締結した契約を貫徹することが信義則に反する場合に介入する法理として位置づけられてきた「事情変更の原則」に対して、当事者の自律的な交渉を通じた紛争の解決を促進することが法の役割であるという、全く異なった観点が示されるに至っている点が重要である。

再交渉義務に関して、契約の基礎理論と結びつけた議論を展開しているもう一人の論者として、内田貴をあげることができる。内田の議論⁽¹⁾において、再交渉義務は、「関係的契約論」から基礎づけられる法的義務の一つとして位置づけられている。内田の主張する関係的契約論とは、当事者が契約関係において負担する諸々の義務を、契約当事者の意思に還元して正当化してきた「古典的契約法」に對置される概念であり、そこでは、当該取引の背後にある社会関係そのものから法的義務が正当化される。このような関係的契約論において、裁判官に要請されるのは、契約締結の際の当事者の意思を確定し、それに従った判断を行なうことではない。契約関係を支えている社会関係に内在する規範を吸い上げ、その内在的規範に沿った形で、契約当事者が「納得」することのできる解決を提示することが求められるのである。内在的規範には様々なものがあると考えられているが、とりわけ重要なものとして、関係の維持・継続を要請する「継続性原理」と、関係の維持・継続を可能にするために契約に柔軟性をもたせるという「柔軟性原理」が、指導原理として析出されている。再交渉義務は、これらの原理に支えられた契約義務の一つとして位置づけられている。

このような内田の議論は、従来の静的な契約観を批判し、契約のプロセス化を志向するという点において山本顯治の議論と共通する側面を有している。しかし、内田の議論において注目されるのは、山本が強く意識していた当事者の私的自治の回復といった視点が存在せず、むしろ、現代的な現象に対応するには私的自治という価値に依拠する古典的な契約観では十分でないことが強調され、新たに共同体に内在する価値に支えられた契約理論が模索されているという点である。⁽²⁾ 本稿の検討課題に即していうと、山本と内田は、従来の「事情変更の原則」が契約プロセスという視点を欠いていたことを批判し、新たに再交渉義務を提唱する点において歩調を合わせながらも、その背後にある法の介入根拠に関する理解には、重要な違いが存在するのである。

以上のように、近時の再交渉義務をめぐる議論は、従来の「事情変更の原則」に対して、法が介入すべき根拠、および、そこで法が果たすべき機能について、重要な問題を提起しているということができるであろう。そこで、本稿では、第一の分析視角として、事情変動を理由とする契約の改訂という問題局面において、法、および、それを適用する裁判所による介入がどのような根拠から正当化されるのかという点に着目することにした。このような観点からの分析は、契約改訂プロセスにおいて、法が、どのような場合に、どのような形で介入するべきなのかを明らかにする上で不可欠なものだといえることができるであろう。この第一の分析視角において問われるのは、当事者の私的自治が尊重されるべき契約関係において、法がどのような形で介入することが要請されるのかという、契約法の根幹にかかわる問題である。契約改訂規範の理論構造を明らかにしようとする本稿も、こうした根本的な問題を避けて通ることができないと考えられる。

(3) 契約改訂プロセスにおける契約規範の意義

さらに、山本および内田の議論において注目されるのは、両者が契約のプロセス化という視点を強調することの帰結として、当事者が締結した契約の意義が著しく弱められるに至っているという点である。両者の議論においては、これまでの契約理論が、契約規範の正当化根拠としてもっぱら契約締結時点における当事者の意思に着目してきたことが批判の対象とされ、契約関係をより柔軟かつ動態的に把握するべきことが主張されている。

確かに、従来の「事情変更の原則」は、当事者が締結した契約の効力を制限するという点に主眼を置いており、契約の改訂に際して当事者の自律性をいかに尊重していくかといった視点を欠いていたといえることができるであろう。その意味で、再交渉義務論が提示した視点は、従来の理解に対して、重要な問題を提起するものであったと考えられる。しかしながら、ここで改めて注意する必要があるのは、契約締結後の事情変動という問題局面において

は——その効力をどこまで承認するかが問題になるとしても——当事者が自らの意思に基づいて締結した契約がすでに存在しているという点である。その限りで、当事者の自律性を尊重していくとしても、特別の配慮が必要にならなくてはならない。とりわけ、私人に対して、自らの意思に基づいて規範を設定する権限を与える点に契約制度の存在意義があると考えるならば、プロセス化という視点を強調し、当事者の締結した契約の意義を相対化するという動向は、契約制度の意義を根底から覆す危険をはらんでいることに留意する必要がある。

さらに、すでに別稿⁽⁴⁾において詳しく検討したところであるが、従来の理解のように、契約の拘束力を制限する法理として「事情変更の原則」を位置づけることは必ずしも適切ではない。すなわち、契約を締結した当事者は、事情変動に関する諸々のリスクについて、明示の合意、および、契約に取り込まれたリスク配分に関する規範を通じて、何らかの形で配分を行なっているとみることができる。このように考えると、これまで「事情変更の原則」において、当初の契約を貫徹することが信義則に反するかという形で扱われてきた問題は、ある事情変動に関するリスクをいずれの当事者が負担しているのかという問題として、つまり、当事者が形成してきた契約規範の内容確定の問題として位置づけられるべきことになる。こうした理解を踏まえるならば、契約の拘束力を否定するという側面にのみ着目してきた「事情変更の原則」に対して、当事者自身による解決を促進しようとするという観点から再交渉義務が主張されているという単純な構図では、問題を適切に把握することができないということができるであろう。契約の改訂に際しては、当初の契約規範の射程をどのように理解するのかを明らかにした上で、契約改訂規範の位置づけ、および、正当化根拠を明らかにすることが要請されるのである。⁽⁵⁾

以上から分かるように、事情変動を理由とする契約の改訂という問題局面においては、契約の改訂に際して、法がどのように介入していくべきか、あるいは、当事者の自律性をどのように尊重していくかという点に着目するだ

けでは十分でないということができる。ここでは、さらに、当初の契約規範に対してどのような効力を認めるのかという観点が不可欠なのである。そこで、本稿では、第二の分析視角として、当初の契約規範との関係で契約の改訂がどのように正当化されるのかを明らかにするという課題と、契約の改訂が認められるとして、新たな契約関係の形成へ向けて、法がどのような形で介入すべきなのかという課題を、意識的に区別して——これらの課題が区別されていない議論については、なぜ区別されていないのかに着目して——分析を進めることにしたい⁽⁴⁾。このような観点から分析を行なうことによって、当事者が形成してきた契約規範と、事情変動を理由として発動される契約改訂規範が、契約改訂プロセスにおいて、それぞれどのように位置づけられ、どのような機能を果たすのかを明らかにすることができるであろう。第一の分析視角が契約法一般に関して問題となるものであったのに対して、以上のような第二の分析視角は、契約の改訂という問題の特殊性から要請される視角だということができる。

3 検討の対象と手順

本稿は、以上の分析枠組みに沿った検討を通じて、契約改訂規範の構造を明らかにすることを目的とする。より具体的にいうと、裁判所が契約締結後の事情変動を理由として契約を改訂すべきなのはどのような場合か、それはどのように正当化されるのか、そして、裁判所による契約の改訂が認められるとして、裁判所はどのような内容に契約を改訂すべきなのか、といった問題を明らかにする。こうした作業は、実際に契約の改訂をめぐる紛争の解決を迫られる裁判実務⁽⁵⁾にとって重要な意味をもつと考えられるだけでなく、事情変動にかかわる問題が生じやすい契約類型に着目し、新たな法理論を模索している今日の契約法学⁽⁶⁾にとっても、避けて通ることのできない課題だということができるであろう。

しかしながら、わが国においては、契約改訂規範の内容に関する検討は、必ずしも十分になされていない状況に

ある。そこで、本稿においては、検討の素材を外国法における議論に求めることにしたい。具体的には、ドイツ法、および、アメリカ法における議論を取り上げることにする。両国における議論を取り上げる意義は、具体的な検討を通じて明らかにしていくほかないが、ここでも、あらかじめ簡単に触れておくことにしよう。

Ⅱにおいてはドイツ法を検討の対象とする。一においては、わが国の議論にも強い影響を及ぼしてきた行為基礎論について、その契約改訂規範としての側面を中心に概観する。こうした作業は、わが国の議論の位置づけを確認するためにも、不可欠な作業だと考えられる。さらに、ドイツにおいては、行為基礎論をめぐる議論と並んで、実際の紛争解決において当事者の自律性をどのように尊重していくかという観点から、再交渉義務をめぐる議論が展開されている。二においては、このような議論について検討を加えることにしたい。

引き続き、Ⅲでは、アメリカにおいて、事情変動を理由として当事者の免責を認める法理をめぐって展開されている議論を取り上げる。ここでは、当事者があらゆる事項について当初の契約において定めておくことが不可能、もしくは、非常に困難な長期的な契約関係において、裁判所がどのような形で契約に介入すべきなのかという問題について、様々な観点から興味深い議論が展開されている。このような議論は、法律の介入根拠、および、契約規範の意義という視角から分析を行なう本稿にとつて、有益な示唆を与えてくれるものである。いうまでもなく、アメリカと日本の契約法は体系を異にしており、様々な点において重要な相違が存在しているが、本稿では、先ほど示した二つの分析視角から検討を行なうことよつて、日本の議論への示唆を析出することを目指したい。

最後にⅣでは、ⅡおよびⅢにおける検討を踏まえて、契約改訂規範の理論構造の提示を試みる。外国法の分析を通じて析出される論点は多岐にわたるが、本稿の分析視角に沿った形で議論の整理を行ない、そこから得られる示唆を踏まえて、契約改訂規範の全体像を明らかにすることにしたい。

注

- (1) 契約締結後の事情変動という問題局面のほかにも、例文解釈に代表される契約解釈論、契約の一部無効論、さらには代金減額請求などの問題も、広い意味での契約内容の変更を含めることができるであろう。これらの具体例を一瞥するだけでも分かるように、それぞれが個別的な検討を必要とする問題であり、本稿において検討の対象とすることはできない。
- (2) 諸々の規定・法理について横断的な考察を行なう近時の論稿として、久保宏之「我が国における事情変更の原則の周辺理論と規定」同『経済変動と契約理論』（成文堂・一九九二年・初出一九九〇年）二五三頁、内田貴「プロセスとしての契約」同『契約の時代——日本社会と契約法』（岩波書店・二〇〇〇年・初出一九九三年）八九頁を参照。
- (3) 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(3)債権(4)』（有斐閣・補訂版・二〇〇六年）六六頁以下など。
- (4) 近時の議論状況について、五十嵐・前掲注(3)七〇頁以下、潮見佳男『債権総論Ⅰ 債権関係・契約規範・履行障害』（信山社・第二版・二〇〇三年）二一八頁以下などを参照。
- (5) 近時の裁判例である最判平成九年七月一日民集五一卷六号二四五二頁も、一般論として「事情変更の原則」を承認している。学説においては、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）、五十嵐清「契約と事情変更」（有斐閣・一九六九年・初出一九五八・六七年）が、「事情変更の原則」の確立に大きく貢献した研究である。
- (6) 中山充「事情変更の原則」遠藤浩『林良平』水本浩監修『現代契約法大系 第一卷』（有斐閣・一九八三年）七九頁以下を参照。教科書レベルにおいて、裁判所による契約の改訂に反対するものとして、加藤雅信『新民法大系Ⅰ 民法総則』（有斐閣・第二版・二〇〇五年）五一頁・二七一頁がある。
- (7) 例えば、北川善太郎『民法講要Ⅳ 債権各論』（有斐閣・第三版・二〇〇三年）一九二頁は、「事情変更の原則において裁判官に内容改訂権があるかは、まだ十分詰められていない問題である」と述べている。

- (8) 本稿との関係で重要な山本顯治の論稿として、山本顯治「契約交渉関係の法的構造についての一考察——私的自治の再生に向けて(1)・(3)」民商法雑誌一〇〇巻二二頁・三二頁・三三頁・三五頁・五〇頁・五八頁(一九八九年)、同「契約と交渉」田中成明編『現代理論法學入門』(法律文化社・一九九三年)四八頁、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 第二巻 契約法』(信山社・一九九三年)六九頁、同「契約規範の獲得とその正当化」私法五三三二一八頁(一九九三年)、同「再交渉義務論について——交渉理論と契約法理論の交錯(1)」九州大学法政研究六三巻一頁(一九九六年)、同「非援助の支援と民事法学——法・コンテキスト・技法」和田仁孝Ⅱ櫻村志郎Ⅱ阿部昌樹編『法社会学の可能性』(法律文化社・二〇〇四年)一六五頁がある。もつとも、以上の山本の一連の論稿においても、一九九三年ごろまでの論稿と、それ以降の論稿との間には、当事者の主体性・自律性に関する理解について看過しえない変遷があるように思われる。本文の記述は、主に初期の記述に依拠している。
- (9) 山本・前掲注(8)民商法雑誌一〇〇巻五号八九頁以下、山本・前掲注(8)九州大学法政研究六三巻一頁二頁以下。
- (10) 本稿との関係で重要な内田貴の論稿として、内田・前掲注(2)のほか、同「契約の再生」(弘文堂・一九九〇年)、同「現代日本の契約法と一般条項」同「契約の時代」四三頁(初出一九九三年)、同「現代契約法の思想的基礎」同「契約の時代」一三三頁(初出一九九二年)がある。
- (11) 山本理論と内田理論の異同を含めて、一九九〇年代に展開された契約理論の動向を整理・検討するものとして、潮見佳男「債権総論」(信山社・一九九四年)二〇頁以下、吉田克己『現代市民社会と民法学』(日本評論社・一九九九年・初出一九九六年)八頁以下、田中成明「法システムの相互主体的動態化をめざして——私的自治論と契約理論の動向を手がかりに」同『転換期の日本法』(岩波書店・二〇〇〇年・初出一九九七年)一六四頁以下、大村敦志「九〇年代の日本の契約法学」同「法學・教育・民法学」(有斐閣・一九九九年)二〇五頁を参照。
- (12) 吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範の意義——事情変更法理における自律と他律(1)(2)」民商法雑誌一二八巻一四四

三頁・二号三頁(二〇〇三年)。

(13) 以上のような観点から示唆に富むものとして、森田修「アメリカにおける『再交渉義務』論」同『契約責任の法学的構造』(有斐閣・二〇〇六年・初出一九九六年)三三八頁以下がある。森田は、事情変動を理由とする契約改訂について、契約の本来の拘束力を否定するというアプローチと、契約によって発生した債務の内容が変更されるというアプローチがありうることを指摘した上で、後者においては、契約の拘束力の発生については伝統的理解を維持したまま、債務の内容を変更するというレベルにおいて裁判官による当事者関係の創設を行なうことができると指摘している。

(14) このような視点は、石川博康「『再交渉義務』論の構造とその理論的基礎(1)(2)」法学協会雑誌一一八巻二号四八頁・四号四〇頁(二〇〇一年)において示された再交渉義務の構造からも要請されるものだとすることができる。すなわち、石川は、一定の改訂結果を指示する結果関連的規範と、改訂へ向けてなされる再交渉の整備に関わるプロセス関連的規範とを区別した上で、再交渉義務を後者のレベルに位置づけるべきことを主張している。本稿が分析の対象とする契約改訂規範は、石川のいう結果関連的規範に該当するが、本稿の第二の分析視角からは、当初の契約規範との関係で契約改訂規範がどのように正当化されるのかという問題と、改訂プロセスにおいて契約改訂規範がどのような機能を果たすのかという問題を区別するという観点から導き出されることになる。詳しくは、後の分析を通じて明らかにすることにしたいが、このような区別を踏まえることによって、プロセス関連的規範である再交渉義務と、結果関連的規範である契約改訂規範が協働して、契約の改訂へ向けてなされる当事者の交渉を規律していくという構造を適切に把握することができるようになると考えられるのである。

(15) 例えば、近時、契約の改訂に関して、裁判実務および学界において活発な議論の対象となったものとして、いわゆるサブリース契約をめぐる紛争をあげることができる。そこでは、当初、賃料増減請求権を定めた借地借家法三二条一項がサブリース契約に適用されるかという形で議論が展開されたところ、この問題自体については、最判平成一五年一〇月二二日民集五七巻九号一二一三頁、最判平成一五年一〇月二三日判時一八四四号五四頁、最判平成一五年一〇月二二日判時一六九七号五九頁という

一連の最高裁判決によって、契約の条項に関わりなく同項が適用されるという結論が示された。しかしながら、最高裁は、借地借家法三二条一項の適用可能性を一般論としては認めつつも、具体的な適用の可否、減額されるべき金額などの判断を差戻審に委ねたため、「サブリース契約紛争の真の解決は第二ラウンドに持ち越されている」と評される状態にある(松岡久和「最高裁サブリース判決の方向性」金融法務事情一七二号四九頁(二〇〇四年))。契約改訂規範の構造を明確にし、判断の指針を明らかにすることは、依然として重要な課題として残されたままだということができよう。

(16) 様々な研究プログラムが存在するが、当該研究分野の第一人者の手になる整理として、中田裕康「継続的取引——一九九〇年代・日本」同「継続的取引の研究」(有斐閣・二〇〇〇年)三頁が有益である。本稿との関係では、新たな契約理論の構築を試みる研究として、先ほども言及した内田貴の關係的契約論、および、制度的契約論(内田貴「民営化(privatization)と契約」(1)・一一号一四二頁(二〇〇六年)、同「制度的契約と關係的契約——企業年金契約を素材として」新堂幸司Ⅱ内田貴編「継続的契約と商事法務」(商事法務・二〇〇六年)一頁を参照)や、平井宜雄の「組織的契約」概念(平井宜雄「いわゆる継続的契約に関する一考察——「市場と組織」の法理論」の観点から」星野英一先生古稀祝賀「日本民法学の形成と課題(下)」(有斐閣・一九九六年)六九七頁、同「契約法学の再構築——法律家の要請という視点から」(1)・(3)ジュリスト一一五八号九六頁・一一五九号一三五頁・一一六〇号九九頁(一九九九年))を参照)がとりわけ重要である。本稿の分析は、こうした新たな視点からのアプローチに多くを学びつつも、「古典的契約観」に内在的な視点から出発している。そのようにすることによってはじめて、「古典的契約観」のもつ意義と、その限界を的確に見極めることができると考えているからである。こうしたスタンスがどのような意義をもつのかという点については、IVにおける検討を通じて明らかにすることにした。

II 契約改訂規範の意義と機能——ドイツ法の分析

一 行為基礎論と契約改訂規範

1 序説

本章では、ドイツ法を検討の対象とする。ドイツ法における議論のうち、契約締結後の事情変動に関する問題を扱う本稿において、真つ先に取り上げるべきは、行為基礎論をめぐる議論であろう。本節においては、契約改訂規範としての側面を中心に、行為基礎論について検討を行なうことにしたい。

周知のとおり、ドイツの行為基礎論は、日本の議論に強い影響を及ぼしてきた。日本における事情変更法理の研究は、行為基礎論の展開に導かれる形で進められてきたといっても決して過言ではなく、ドイツにおける学説の展開や、裁判例を紹介・分析する研究もすでに数多く存在している。このような状況に照らすと、本稿において、改めて従来の議論全体を取り上げる必要は乏しいと思われる。⁽¹⁾そこで、本節においては、本稿の問題関心に照らし、必要な範囲でのみ検討を行なうことにしたい。具体的には、行為基礎論が契約改訂規範としてどのような内容をもつ法理なのかという点、および、行為基礎論において契約改訂規範と契約規範との関係がどのように理解されているのかという点を確認する。Iにおいて設定した分析視角に即して、ドイツの通説的な理解を確認することが本節の目的である。

行為基礎論については、一九〇〇年に施行されたドイツ民法典には規定が存在しておらず、学説において有力に主張されていた法理論を裁判所が採用するという形で議論が展開してきた。その後、行為基礎論は、判例法理とし

て定着することになるが、今日では、二〇〇二年の債務法改正によって、新三一三条として明文の規定が設けられるに至っている。後に詳しく触れるように、この新三一三条は、基本的には従来の判例法を確認するために設けられた規定だと考えられており、その内容を理解するには、改正時点までの判例法がどのようなものであったのかを振り返っておく必要がある。本節における検討も、そのような作業から始めることにしよう。

2 債務法改正前の判例理論

(1) 要件論

判例法が、債務法改正以前に採用していた定式によると、行為基礎とは、「固有の契約内容にはなっていないものの、契約締結の際に現れており、相手方にとって認識可能であったが異議の述べられていない一方当事者の表象、または、両当事者に共通する表象であり、一定の事情の存在または将来の発生に関するもので、行為意思がそれに基づいているところのもの」⁽⁵⁾である。このような行為基礎が、契約締結の時点で欠けていた場合、あるいは、契約締結後の事情変動によって脱落するに至った場合に、契約の改訂または解消が認められるとされている。こうした判例の定式化は、後でも触れるように、基本的にエルトマンの行為基礎論の定式化を採用したものであるが、契約当事者の主観的態様に着目したものであることから、主観的理論 (subjektive Theorie)、あるいは、主観的定式 (subjektive Formel) と呼ばれている。⁽⁶⁾

しかし、以上のような定式にもかかわらず、諸々の裁判例においては、契約を当初の内容のまま貫徹するかどうかを実際に判断するに際しては、当事者の主観的態様ではなく、契約の内容が決定的な基準になっていると指摘されている。すなわち、判例が示す基準によると、契約を当初の内容のまま維持することによって、法および正義に反し、当該契約当事者にとって期待不可能な帰結がもたらされることとなり、そうした事態を回避するために不可

欠であると判断される場合にのみ、行為基礎の脱落を理由として契約の改訂または解消が認められるとされているのである。⁽⁷⁾このように、契約内容の期待不可能性を基準とする考え方は、当事者の主観的態様のみに着目した上記の定式とは必ずしも整合的でないと考えられるものの、行為基礎の脱落を判断する基準として判例に定着している。⁽⁸⁾もともと、判例が決定的だと考えている期待不可能性という基準だけでは、実際にどのようなプロセスを経て要件の充足の有無が判断されるのかは、必ずしも明らかでない。そこで、学説においては、諸々の裁判例などを手がかりとして具体的基準を模索する試みが数多く登場することになるのであるが、本稿の問題関心からは、さしあたり、判例理論においてこうした一般的基準が確立しているということを確認するだけで十分であろう。

(2) 効果論

以上の基準に照らして、行為基礎が脱落したと判断された場合、契約の改訂または解消が認められる。ここで、契約の改訂と解消という二種類の法的効果の間には、適用に関して優先関係が存在すると考えられている。すなわち、判例理論によると、契約の改訂が優先的に認められる効果である。そして、契約の改訂が当事者にとって期待不可能であると判断された場合にはじめて、最終手段として契約の解消が認められる。⁽⁹⁾このような適用関係は、契約の解消が契約を無にしてしまうものであるのに対して、契約の改訂は契約内容を変更しつつも契約関係を維持するものであって、改訂の方が当事者に対する介入の度合いが低いということから正当化されている。⁽¹⁰⁾Iにおいて触れたように、日本においては、当事者の私的自治に対する重大な介入という理由から契約の改訂に対して批判的な見解が存在したが、ドイツの判例理論においては、それと対照的な理解が示されていることができる。さらに、これら二種類の効果の間には、当該効果が発生するために当事者の意思表示を必要とするか、という点において相違が存在すると考えられている。すなわち、判例理論によると、契約の改訂は、法律に基づいて当然に

行なわれるとされており、事情変動によって不利益を被った当事者による意思表示などは必要ない⁽¹⁾。よって、裁判所は、当事者の主張がなくとも、職権によって改訂された契約を基礎とした判断を行なうことができる。裁判所は、法律によって改訂された契約の内容を確認し、その新たな内容の契約に基づいた判断を行なうに過ぎず、自ら手で契約の改訂を行なうわけではないと考えられているのである。これに対して、契約の解消は、法律に基づいて当然に行なわれることはなく、当事者の意思表示が必要だと考えられている⁽²⁾。具体的には、通常の契約においては解除の意思表示が、継続的債務関係においては解約の意思表示が当事者によってなされてはじめて、対応する効果が認められる。

このように、判例理論によると、法律によって契約は改訂され、裁判所は新たな内容の契約に従った判断を行なうに過ぎないとされているのであるが、実際の裁判においては、法律にあらかじめ定められた一義的な基準に当てはめるといふ形で判断がなされているわけではない。むしろ、裁判所は、広範な裁量を有しており、様々な要素を考慮した評価的な判断を経て新たな契約内容を自ら決定しているという理解が一般的である。契約の改訂に際して、裁判所は、実質的には、新たな権利義務関係を作り出しているということができるのである。こうした理解からは、判例理論のような構成は、契約の改訂に際してなされている判断の實質を覆い隠してしまっているという批判がなされることとなる⁽³⁾。そして、このような理解は、債務法改正に際して、基本的に従来の判例理論を変更することなく実体法として規定するという趣旨に出た新三一三条においても、反映されていくことになるのである。次に、以上のような判例理論が、どのようにして新三一三条に結実するのかを見ていくことにしよう。

3 債務法改正作業

(1) 序説

ドイツにおいては、二〇年以上におよぶ議論を経て、二〇〇二年一月一日より債務法現代化法 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) が施行されている。⁽⁴⁾ 同法においては、行為基礎論についても、新三一三条において「行為基礎の障害」という表題の下で規定されるに至っている。⁽⁵⁾

債務法の改正をめぐる本格的な議論は、一九八一年から一九八三年にかけて公表された債務改正鑑定意見書にさかのぼる。本鑑定書は、ドイツの有力な研究者たちが、債務法の重要領域の改正について鑑定意見を執筆したものであり、その後の改正作業に大きな影響を与えることとなった。本稿においても、関連する鑑定意見書の内容を確認した上で、その後に登場した草案を取り上げることにした。

諸々の鑑定意見のうち、本稿にとって重要なのは、長期的契約に関するホルン (Norbert Horn) の鑑定意見⁽⁶⁾と、給付障害に関するフーバー (Ulrich Huber) の鑑定意見⁽⁶⁾である。両鑑定意見は、いずれも該当分野に関する問題を幅広く扱っているが、すでに網羅的な紹介が存在することもあり、⁽⁷⁾ここでは、行為基礎論の立法に関する部分のみを取り上げることにする。

(2) ホルンの鑑定意見

行為基礎論に関する規定を設けることに肯定的な立場に立つ、ホルンの鑑定書から見ていくことにしよう。

ホルンの鑑定書においては、長期的契約 (langfristiger Vertrag) という独自の概念が基本に据えられている。従来の継続的債務関係 (Dauerschuldverhältnis) という概念が、給付そのものが長期に渡ってなされることに着目した概念であったのに対して、長期的契約とは、契約締結の時点と給付の提供がなされる時点との間に、長い時間的間隔

が存在する契約を指す概念である。⁽²⁰⁾ このような長期的契約においては、契約が長期に渡るといふ特徴ゆえに、特別の規律が必要となる問題が生じることになる。行為基礎論も、そのような問題の一つとして取り上げられている。⁽²¹⁾

もちろん、行為基礎論は、長期的契約においてのみ問題となるわけではない。ホルンの鑑定書においても、行為基礎論は、長期的契約においてその適用が問題となることが多いものの、あらゆる契約類型に妥当する一般的な規律として検討がなされている。⁽²²⁾ そして、ホルンは、行為基礎論が法制度として広く承認されており、立法を行なうに熟していると考えられること、また、比較法的な動向からしても、事情の変動を理由とする契約の改訂というのは、一般的な規律を行なうべき問題だと考えられることを理由として、改正に際して行為基礎論に関する規定を設けることを提案している。⁽²³⁾

もっとも、ホルンは、行為基礎論について明文の規定を設けることを提案しつつも、それが契約の拘束力に対する例外にとどめられなければならないことを、繰り返し強調している。⁽²⁴⁾ このような問題意識から、適用範囲を限定するための基準が模索されている。

さらに、行為基礎の脱落が認められた場合の効果については、二つの点において重要な提案がなされている。一つは、裁判官が契約の改訂を行なう前提として、当事者によつて改訂の主張がなされるべきだといふ提案である。具体的には、行為基礎の脱落に際して、当事者に改訂請求権を認めるという法律構成が示されている。⁽²⁵⁾ これは、行為基礎の脱落を理由とする契約の改訂は、法律に基づいて当然に行なわれるといふ先述の判例理論の修正を意味している。もう一つの提案は、行為基礎の脱落が認められる場合に、契約の改訂へ向けた再交渉を行なう義務を両当事者に課すべきだといふものである。⁽²⁶⁾ こうしたホルンの再交渉義務の提案は、本稿にとつて極めて重要な意味をもつものであるが、行為基礎論にとどまらない射程をもつ議論であるため、次節において他の論者と合わせて取り上

げることにはしたい。

以上のような観点から、ホルンが提案する新二四二条二項（行為基礎の脱落）は、次のとおりである。⁸⁷⁾

契約上の給付が、外的な事情によって著しく困難となった、または、価値が低くなったとき、不利益を被った当事者は、その事情を考慮する必要がなかった場合、特に、その事情の発生やその影響によるリスクが、契約の趣旨によると引き受けられておらず、契約を変更せずに保持することがその当事者にとって期待不可能である限りで、契約の改訂を通じて不利益を適切に両当事者に配分することを求めることができる。契約の改訂が不可能、または、期待不可能である場合には、その代わりに契約の解消を求めることができる。改訂または解消は、両当事者の合意または裁判所の判決によってなされる。

(3) フーバーの鑑定意見

以上のようなホルンの鑑定意見に対して、給付障害法の鑑定意見を担当したフーバーは、行為基礎に関する規定を設けることに批判的な態度を示している。フーバーは、これまで行為基礎論の名の下で扱われてきた問題は、いくつかの互いに独立した問題として位置づけられるべきであり、行為基礎論に関する統一的な規定を新たに設けるべきではない、という観点から議論を展開している。

まず、事情の変動によって債務者による給付の提供が困難になったという給付困難の事例がある。このような事例について、従来の行為基礎論は、債務者の期待不可能性を基準として、債務者を契約上の義務から解放すべきかどうかを判断してきた。しかし、フーバーによると、給付困難の事例において問われなければならないのは、債務者が契約に照らして、どのような困難を克服して給付を行わなければならないか、という点である。債務者が、ある給付困難を克服して給付を行なうことを引き受けていないという場合、⁸⁸⁾債務者はいかなる責任を問われること

もない。彼は給付を行なう義務をそもそも負っていないのであり、特別な法制度などなくとも当然に解放されるのである。ここでは、行為基礎という概念に依拠して、抽象的な衡平判断を行なう必要はない。判断の基準とされるべきなのは、当事者が締結した契約の内容なのである。⁽⁶⁴⁾

さらに、フーバーは、債権者が一定の目的のために給付を取得したいと考えていたものの、その目的が達成できなくなったという目的障害の事例も、給付障害法の通常の規律によって処理すればよいと考えている。すなわち、目的の達成が債務者の負う債務の内容になっていると判断された場合、目的が達成されなかったことが不履行に該当し、債務者は諸々の責任を負う可能性がある。反対に、そのような目的が債権者の動機に過ぎず、債務者の債務の内容となっていないという場合には、債務者はいかなる責任を負うこともない。ここでも、債務者の負担する債務の内容自体が問題なのである。⁽⁶⁵⁾

以上の二つの事例に対して、貨幣価値の変動などによって契約上の給付に著しい不均衡が生じるという等価性障害の事例については、フーバーも、特別の規律が必要となりうると考えている。しかし、ここでは、いわゆる貨幣価値に関する名目主義 (Nominalismus) をどこまで維持するべきかという法政策的な判断が必要とされるのであり、これは、給付障害とは区別されるべき問題である。また、従来の行為基礎論においては、両当事者が契約の締結に際して、共通の前提としていた事柄が事実と食い違っていたという事例も、主観的行為基礎の問題として扱われてきた。しかし、フーバーは、こうした事例は、すでに指摘されているように、共通錯誤の問題として処理すれば足りると考えている。これもまた、給付障害法において扱われるべき問題ではないのである。⁽⁶⁶⁾

以上のように、フーバーは、行為基礎論で扱われてきた問題を、契約の内容確定の問題として扱われるべきものと、給付障害法において扱われるべきではないものに分類し、それぞれに相応しい規律を行なうことを提案したの

である。

(4) 債務法改正委員会草案

一九八四年に設置された債務法改正委員会⁽⁸⁴⁾は、先述の鑑定意見などを踏まえた検討を行ない、一九九二年になつて具体的な改正案を公表した⁽⁸⁵⁾。この委員会草案(Kommissionserwurf II KE)は、行為基礎論に関する条文を新たに設けることも提案している。最終的に改正がなされるまで、その後一〇年が経過することになるわけであるが、委員会草案のうち行為基礎論に関する部分は、結局、実質的な変更を全く受けることなく新法として成立することになる。その意味で、委員会草案はとりわけ重要な意味をもっている。ここでも、その内容を確認しておくことにしよう⁽⁸⁴⁾。

委員会草案は、行為基礎論について、今日では実務で一般的に承認された法制度として定着しており、満足すべき結論を導き出しているという評価から出発している。債務法改正委員会の理解によると、唯一の欠点は、民法典において、同法理に関する一般的な規定が存在しないということである⁽⁸⁵⁾。そこで、委員会草案は、ホルンの鑑定意見などに沿う形で、すでに法制度として定着している行為基礎論について、民法典に明示の根拠を設けるために立法を行なうことを提案している。

債務法改正委員会が提案する新たな条文の内容は、次のとおりである。

KE三〇六条(行為基礎の障害)

- (1) 契約の基礎となつた事情が、契約締結後に著しく変動し、両当事者がこの変動を予見していたならば契約を締結していなかつた、あるいは、異なつた内容で締結していたであろう場合、当該事例のあらゆる事情、とりわけ契約上または法律上のリスク配分を考慮して、契約を変更せずに維持することが一方当事者にとつ

て期待不可能となる限りで、契約の改訂を請求することができる。

(2) 契約の基礎となった表象が誤っていることが明らかになった場合も、事情の変動と同じである。

(3) 契約の改訂が不可能である、または、一方当事者にとつて期待不可能である場合、不利益を被った当事者は契約を解除することができる。継続的債務関係については、解除権に代えてKE三〇七条による重大な理由に基づく解約権が認められる。

このKE三〇六条は、基本的に、これまでの実務における扱いを変更することなく、そのままの形で条文として規定するべく起草されている。本条について、債務法改正委員会が意図した唯一の変更点は、契約の改訂という効果についてである。職権によつて契約の改訂がなされるというこれまでの一般的な理解とは異なり、本条は、当事者に対して改訂請求権を認めるという構成を採用している⁽⁴⁾。これは、判例理論に対する先述の批判を踏まえたものである。

また、行為基礎の脱落の要件については一項が定めている。ここでは、従来の裁判例のような主観的な定式は採用されておらず、契約を維持することの期待不可能性が基準とされている。これは、実際の裁判例において当事者の主観的態様が決め手にはなっていないという指摘を反映したものである。実質的な変更を行なうことは意図されておらず、従来の判例理論における要件をそのまま規定するという観点から、このような基準が採用されている⁽⁵⁾。

(5) 新債務法の成立

債務法改正作業は、二〇〇〇年に入ると急速な展開を見せることとなり、諸々の草案が立て続けに公表される。いくつかの論点については激しい議論がなされ、規律の内容も変更されていくことになるが、行為基礎論に関する債務法改正委員会の提案は、諸草案において、全く変更されることなく維持されていく。

具体的には、二〇〇〇年八月に公表された債務法現代化法の討議草案 (Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes = DE) の三〇七条⁽⁴³⁾、二〇〇一年三月の討議草案の整理案 (Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes = KF) の三二三条⁽⁴⁴⁾、同年五月の政府草案 (Regierungsentwurf = RE) の三二三条⁽⁴⁵⁾は、KE三〇六条の内容を、そのまま受け継いでいる。ここでは、技術的な修正を除いて、条文の内容のみならず、立法理由までも、全く変更が加えられていない。立法の最終段階において決定的な役割を果たした給付障害法委員会のメンバー自身も、行為基礎の障害に関して改めて議論がなされることはなかったと述べているところである。⁽⁴⁶⁾

委員会草案およびそれを受けた諸草案に対しては、批判も投げかけられた⁽⁴⁷⁾。そのほとんどは、行為基礎論に関する規定を草案のような抽象的な定式で設けることによつて、契約を守りたくないと考えた契約当事者によつて濫用される危険が増大する、という批判である。契約によると履行を行わなければならぬはずの当事者であつても、契約を維持することが「期待不可能」だと判断されると、債務から解放されることになつてしまふが、このような事態は、当事者の私的自治に真つ向から反することになる、というわけである⁽⁴⁸⁾。とりわけ、先ほど取り上げたフーパーに代表されるように、行為基礎論で扱われてきた問題の多くを契約内容の確定の問題として位置づけるべきだと主張する論者からは、強い批判が展開された⁽⁴⁹⁾。

しかし、こうした批判は容れられるところとはならなかった。結局、KE三〇六条は、不能法や損害賠償法などのような変遷を経ることなく、そのままの形で新三二三条として成立する。立法者が、新たな規定はこれまでの実務における扱いを変更することなく実定法として規定するものに過ぎない、というスタンスを堅持していたことによつて、批判は空振りに終わることとなつたのである。

(6) 新三二三条

以上のような経緯で、新三二三条は、KE三〇六条の内容をそのまま引き継ぐ形で成立した。ほとんどがKE三〇六条と重複することになるが、最終的に成立した条文の文言を確認しておくことにしよう。

三二三条 (行為基礎の障害)

(1) 契約の基礎となった事情が、契約締結後に著しく変動し、両当事者がこの変動を予見していたならば契約を締結していなかった、あるいは、異なった内容で締結していたであろう場合、当該事例のあらゆる事情、とりわけ契約上または法律上のリスク配分を考慮して、契約を変更せずに維持することが一方当事者にとりて期待不可能となる限りで、契約の改訂を請求することができる。

(2) 契約の基礎となった本質的な表象が誤っていることが明らかになった場合も、事情の変動と同じである。

(3) 契約の改訂が不可能である、または、一方当事者にとりて期待不可能である場合、不利益を被った当事者は契約を解除することができる。継続的債務関係については、解除権に代えて解約権が認められる。

本条は、すでに繰り返し触れたように、これまで裁判官法として発展してきた行為基礎論について、その内容を基本的に変更することなく規定を設けたものであると理解されている。もともと、改正によって、次の二点において従来の判例理論に変更が加えられたと考えられている。⁽⁴⁶⁾

第一の変更点は、従来の判例法において採用されてきた、法律に基づいて当然に契約の改訂がなされるという構成が放棄され、当事者に改訂請求権を認めるという構成が採用されたことである。この変更は、すでに見たように、立法作業の初期の段階から意図されていたところである。こうした新法の態度は、判例理論に対してはかねてより批判があったこと、また、当事者のイニシアチブを尊重するという観点からも、広く支持されている。⁽⁴⁷⁾

もう一つの変更点は、契約の解除がなされた場合に適用される規律である。すなわち、改正前は、契約の解消が認められた場合には、不当利得法が適用されると考えられてきた。⁽⁶⁸⁾これに対して、改正によって、三四六条以下に定められた解除に関する規律が法定解除権にも適用されるようになったことに伴い、三一三条三項に基づく解除に際しても、解除法の規律に従った処理がなされると考えられる。⁽⁶⁹⁾この点については、三一三条の改正理由書においては全く言及されていないものの、解除法の改正の趣旨からしてそのように考えられている。⁽⁷⁰⁾

以上のような新三一三条について、本稿の問題関心から眺めると、次の点が重要である。すなわち、新三一三条は、もっぱら従来の判例法をそのまま実定法として規定するという観点から正当化されており、契約締結後の事情変動を理由として契約の改訂を認める新規定を、契約規範との関係でどのように位置づけることができるのかといった問題について、立ち入った検討がなされていたわけではない。とりわけ、フーバーのように、契約規範との関係に着目して、立法に慎重な意見が示されていたにもかかわらず、そのような意見と対峙することなく立法作業は進められた。契約をそのままの形で維持することが期待不可能である場合に契約の改訂、あるいは、解消を認めるといふ、裁判例においてしばしば用いられてきた定式が、その根拠について改めて検討を行なうことなく採用されたわけである。

それでは、判例法に理論的な基盤を提供しようとしてきた通説的見解は、契約の改訂をどのように正当化していたのであろうか。本節では、最後に、この点を簡単に振り返っておくことにしよう。

4 学説における議論

(1) 序説

行為基礎論については、古くより活発な議論が展開されてきた。ヒオテリスの有名な指摘によると、一九七九年

の段階で、五六をこえる理論が提示されているとのことである。これらのうち主要なものについては、すでに、多数の研究が存在しているため、ここでは、債務法の改正に際して立法者も前提としていた通説的見解を代表する論者のみを取り上げる。判例法がその定式を採用したエルトマン (Paul Oertman) の見解と、債務法改正作業を含めて、今日の議論の枠組みを規定する類型化を提示したラーレンツ (Karl Larenz) の見解である。両者の見解については、すでに別稿⁽⁵⁴⁾においても取り上げたことがあるため、本節の問題関心に即して、いかなる場合に契約の改訂・解消が認められるのかという点、および、それが契約規範との関係でどのように正当化されているのかという点を確認するにとどめることにしたい。

(2) エルトマンの見解

今日の行為基礎論の基盤となっているのは、エルトマンの見解である。彼は、ヴィントシャイトの前提理論などに影響を受けつつ、次のような行為基礎の定義を提示した。すなわち、行為基礎とは、「行為の締結の際に現れており、相手方がその重要性を認識しており、異議の述べられていない一方当事者の表象、または、多数の当事者に共通する表象であり、一定の事情の存在または発生に関するもので、行為意思がそれに基づいているところのもの」である。⁽⁵⁵⁾ 先述した判例理論が、エルトマンの提示した行為基礎論に大きく依拠したものであることが確認できる。

エルトマンによると、以上のような行為基礎が当初から存在しなかった場合、または、事後的に脱落するに至ったという場合に、当事者を法律行為に拘束し続けるならば、当事者意思から逸脱するだけでなく、債務法を貫いており、ドイツ民法二四二条に示された信義誠実の原則に反することになる。そのため、こうした場合には、当初の法律行為の効力を否定することが要請される。⁽⁵⁶⁾

具体的な効果としては、通常の契約においては、原則として契約の解除が認められる。継続的債務関係において

は、解約が認められる。⁽⁵⁷⁾さらに、エルトマンは、反対給付の減額などのように、契約の一部の解消だと評価できる場合をこえて、裁判官が積極的に契約内容の変更を行なうことに対しては、否定的である。全く異なった条件の契約を認めることは、当事者の意思に反することになるからである。裁判官による契約内容の変更は、法律に特別の規定が存在する場合にのみ認められると考えられている。⁽⁵⁸⁾

(3) ラーレンツの見解

その後、諸々の裁判例の検討を通じて、今日まで受け入れられている行為基礎論の類型化を行なったのが、ラーレンツである。彼の示した類型は、債務法改正作業においても当然の前提とされており、それを踏まえた立法を行なうことも検討されたようである。⁽⁵⁹⁾

ラーレンツが提示する類型は、次の三つである。まず、両当事者が、契約の締結に際して、一定の事情の存在・発生を前提としており、それが両当事者の意思決定に際して決定的な意味をもっていたという事例がある。⁽⁶⁰⁾この「主観的行為基礎」が、エルトマンの行為基礎論が想定していた事例と対応する類型である。その他に、当事者が想定していなかったものの、契約が意味のある規律として存続し続けるために必要な「客観的行為基礎」がある。客観的行為基礎が脱落する場合としては、両当事者の義務が著しい不均衡におちいったという「等価性障害」の事例と、契約において表現されており、両当事者に認識された本質的な契約目的が達成不可能になったという「目的挫折」の事例がある。⁽⁶¹⁾

ラーレンツは、これらの事例において契約をそのままの形で貫徹することができない根拠を、調整的正義 (ausgleichende Gerechtigkeit) という理念に求めている。すなわち、ラーレンツによると、当事者は、私的自治の原則に基づいて自ら規範を設定することができるが、法的な拘束力を要求することによって、同時に、法の根本思想

である調整的正義という理念に服することになる。しかしながら、行為基礎が欠けていた、あるいは、脱落した場合、当初の契約の内容はこの理念に反するものになってしまふ。そのため、調整的正義に服し、「誠実な考え方」に従う当事者であれば合意したであろう内容に契約を「改訂的に」解釈することが裁判官には要請される。⁽⁶⁾

従つて、行為基礎の欠缺・脱落の事例において要請される効果も、「誠実な考え方」に従う当事者が行なうであろう合意の内容に規定されることになる。具体的には、契約を履行することが無意味となる目的挫折の事例や、主観的行為基礎が欠けており、本当のことが分かつていれば契約を締結しなかつたと考えられる事例においては、原則として契約の解除が認められる。また、等価性障害の事例において、すでに給付の一方がなされている場合などのように、契約を維持することが当事者の利益になる場合には、契約の改訂が認められると考えられている。⁽⁶⁾

5 小括

本節では、ドイツの行為基礎論について、契約改訂規範としての側面に着目して検討を加えてきた。具体的には、新三一三条に結実した判例理論および通説の見解を素材として取り上げた。ここでは、契約を当初の内容のままで貫徹することが、判例理論およびそれを引き継いだ新法によると「期待不可能」である場合に、また、学説によると信義誠実や調整的正義といった理念に反する場合には、契約の改訂または解消が正当化されると考えられているとまとめることができるであろう。

このような状況を、本稿の分析視角から眺めるならば、次のように位置づけることができるであろう。すなわち、法および裁判所が介入する根拠という第一の分析視角について見ると、ドイツの通説的理解は、当事者が設定した契約規範を、外在的な理念に基づいて制限、あるいは、変更する法理として行為基礎論を位置づけていたといふことができる。このような理解に立つと、裁判所としては、契約規範への介入を正当化する理念に照らして望ま

しいと考えられる形に、契約を改訂するべきだということになる。ここでは、本稿の第二の分析視角のように、契約の改訂がいかに正当化されるのかという問題と区別された形で、契約の改訂に際して法がどのように介入するべきか、あるいは、当事者の自律性をどのように尊重していくかという問題が意識されることはない。こうした問題を意識させることとなったのは、再交渉義務論をはじめとする、当事者の自律的な交渉プロセスに着目する研究であった。次節では、そのような研究を見ていくことにしよう。

注

- (1) ドイツにおける議論の周到な検討を通じて、事情変更法理の解明を試みた代表的研究が、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)二二〇頁以下、五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣・一九六九年・初出一九五八・六七年)七二頁以下である。
- (2) 個別的な研究は枚挙に暇がないが、近時のものとしては、日本の戦後の議論をリードしてきた論者が二〇〇二年債務法改正に至るまでの展開を振り返った論稿である、五十嵐清『ドイツ行為基礎論小史——ドイツ民法新三二三条の成立まで』(1)(2)「札幌法学」一五巻二号四七頁・一六巻一号八七頁(二〇〇三・〇四年)が重要である。
- (3) 筆者が行為基礎論の展開を分析した論稿として、吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範の意義——事情変更法理における自律と他律」(2)「民商法雑誌」二二八巻一号五〇頁以下・二号四頁以下(二〇〇三年)がある。
- (4) 行為基礎論に関するドイツの判例の研究として、小町谷操三「貨幣価値の変動と契約」(有斐閣・一九二五年)一一頁以下、勝本・前掲注(1)二七〇頁以下、岩田新「経済事情の変動と債権の効力」(同文館・一九二六年)一頁以下・一〇〇頁以下、磯村哲「動機錯誤と行為基礎——ドイツ錯誤論の発展」同「錯誤論考」(有斐閣・一九九七年・初出一九六四・六六年)八九頁以下

- 下、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」同『小山昇著作集 第六卷 仲裁の研究』（信山社・一九九一年・初出一九八四年）一〇三頁、橋本恭宏「ドイツにおける行為基礎論の展開」同『長期間契約の研究』（信山社・二〇〇〇年・初出一九九八年）一〇四頁以下、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＝三〇号四一四頁（二〇〇〇年）などがある。
- (5) こうした定式に依拠する代表的な裁判例としてBGHZ 25, 390 (392) = BGH NJW 1958, 297; BGHZ 40, 334 (335f.) = NJW 1964, 861; BGHZ 74, 370 (373) = NJW 1979, 1818; BGHZ 84, 1 (8f.); BGHZ 89, 226 (231); BGHZ 133, 281 (293) = NJW 1997, 320 などがある。
- (6) Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, 12. Auf., 1990, §242, Rn. 208 (= Arndt/Teichmann); Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 4. Auf., 2001, §242, Rn. 600 (= Günter Roth); Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. Auf., 2002, §242, Rn. 113 (= Helmut Heinrich) などを参照。債務法改正により新三二三条が規定される以前は、行為基礎論については一般条項である二四二条の注釈において取り上げられてきた。このでの引用は、債務法改正前の最新版による。
- (7) 代表的な裁判例としてBGHZ 2, 176 (188) = NJW 1951, 602; BGHZ 84, 1 (9); BGHZ, 121, 378 (393) = NJW 1993, 1856; BGH NJW 1995, 47 (48); BGHZ 128, 230 (238) = NJW 1995, 592; BGHZ 133, 316 (321) = NJW 1997, 1702 などがあげられる。
- (8) この点についてはJ. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, 13. Bearb., 1995, §242, Rn. 948 (= Jürgen Schmidt); Helmut Köhler, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in: Claus-Wilhelm Canaris/Andreas Heidrich (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, 2000, S. 295, 299; Münchener Kommentar (= Roth), a.a.O. (Fn. 6), §242, Rn. 601 などを参照。ドイツ行為基礎論の期待不可能性基準については検討を加えるものとして、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について」一橋研究二四巻二号一頁（一九九九年）がある。
- (9) 代表的な裁判例としてBGH NJW 1976, 565 (567); BGH NJW 1984, 1746 (1747) などがあげられる。
- (10) この点についてはKarl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Auf., 1997, S. 717f.; Köhler, a.a.O. (Fn. 8),

5. 307, Münchener Kommentar (-Roth), a.a.O. (Fn. 6), §242, Rn. 644 などや参照。
- (1) 代表的な裁判例として BGH NJW 1972, 152 (153) など。
- (2) 代表的な裁判例として BGHZ 101, 143 (150) = NJW 1987, 2674; BGH NJW 1993, 1641 (1642) など。
- (3) Michael Martinek, Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten - Bestandsaufnahme, Kritik.. und Ablehnung, AcP 198 (1998), S. 329, 366f.; Köhler, a.a.O. (Fn. 8), S. 308; Münchener Kommentar (-Roth), a.a.O. (Fn. 6), §242, Rn. 652 などや参照。
- (4) 債務法改正作業の経緯については、潮見佳男「ドイツ債務法の現代化と日本債権法学の課題」同「契約法理の現代化」(有斐閣・二〇〇四年・初出二〇〇一年)三三九頁以下、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)一五頁以下〔渡辺達徳執筆〕、半田吉信「ドイツ債務法現代化法概説」(信山社・二〇〇三年)五頁以下などを参照。
- (5) 行為基礎論が新三三三条の規定を採るべきの理由については、Felix Christopher Hey, Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung: Beiträge für Claus - Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag, 2002, S. 22ff.; Helmut Heinrichs, Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage: Eine Skizze der Anspruchslösung des §313, in: Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 183ff. を参照 (ノインリクスは、後述の債務法改正委員会(一九八四年設置)‘および、改正の最終段階において大きな影響力をもつこととなった給付障害法委員会(二〇〇〇年設置)のメンバーでもある)。邦語文献としては、五十嵐・前掲注(2)札幌法学一六巻一号一二〇頁以下を参照。
- (16) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Band II, 1981, Band III, 1983.
- (17) Ulrich Huber, Leistungsstörungen, Empfiel sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitslichen Kaufgesetzes? Welche Änderung im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 16), Bd. I, S. 647.
- (18) Norbert Horn, Vertragsdauer, Die Vertragsdauer als Schuldrechtliches Regelungsproblem, Empfiel sich eine zusammenfassende Regelung

der Sonderprobleme von Dauerschuldverhältnissen und langfristigen Verträgen?, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 16), Bd. I, S. 551.

(19) フーバーの鑑定書全般を検討するものとして、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」下森定他編著『西ドイツ債務法改正鑑定意見の研究』（日本評論社・一九八八年）一二二頁、渡辺達徳「給付障害の基本構造に関する一考察——契約上の「給付約束」と「給付結果」、比較法的に見たその法的保障の体系(2)」法学新報九六巻六号一七八頁以下（一九九〇年）がある。ホルンの鑑定意見全般の紹介として、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」成蹊法学二六号七一頁（一九八八年）がある。ホルンの鑑定意見については、和田安夫「長期契約の調整と契約の再交渉義務」姫路法学一三号四頁以下（一九九三年）も参照。

- (20) Horn, a.a.O. (Fn. 18), S. 562.
- (21) Horn, a.a.O. (Fn. 18), S. 576ff., 629ff., 636ff.
- (22) Horn, a.a.O. (Fn. 18), S. 576 を参照。
- (23) Horn, a.a.O. (Fn. 18), S. 629f.
- (24) Horn, a.a.O. (Fn. 18), S. 578, 630, 636.
- (25) Horn, a.a.O. (Fn. 18), S. 630f., 638f.
- (26) Horn, a.a.O. (Fn. 18), S. 633f., 640f.
- (27) Horn, a.a.O. (Fn. 18), S. 636.
- (28) 債務者が負担している義務の確定基準として、フーバーは、次のような条文を提案している (Huber, a.a.O. (Fn. 17), S. 788)。
フーバー案二七六条一項 (帰責事由)

債務関係が契約に基づく場合、債務者は、不履行を生じさせた事情について、契約によるとこの事情を考慮し、回避し、

克服することを義務づけられていない場合には、責めに帰すべきでない。決定的なのは、契約の内容と契約締結時の両当事者の意図であり、特定の意図が認められない場合には、合理的な当事者が同じ状況において通常有している意図である。

- (29) Huber, a.a.O. (Fn. 17), S. 748f., 762.
- (30) Huber, a.a.O. (Fn. 17), S. 750f.
- (31) Huber, a.a.O. (Fn. 17), S. 749f.
- (32) 本委員会については、好美清光「西ドイツ債権法改訂委員会の作業について——その一、委員会の構成・活動等」一橋論叢九卷三号二八七頁（一九八八年）を参照。
- (33) Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992（以下では Abschlussbericht として引用）。本報告書全般を検討するものとして、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・一九九六年）がある。
- (34) 委員会草案の行為基礎論に関する部分の紹介として、下森 岡編・前掲注(33)五四頁以下〔橋本恭宏執筆〕、五十嵐・前掲注(2)札幌法学一六卷一号二二六頁以下がある。
- (35) Abschlussbericht, a.a.O. (Fn. 33), S. 148.
- (36) Abschlussbericht, a.a.O. (Fn. 33), S. 150.
- (37) Abschlussbericht, a.a.O. (Fn. 33), S. 151.
- (38) 給付障害法の重要論点の変遷を概観するものとして、潮見・前掲注(14)三六〇頁以下を参照。債務法改正作業におけるもう一つの重要論点であった消滅時効法の変遷については、半田吉信「ドイツにおける消滅時効法の改正作業(1)(2)」千葉大学法学論集一六卷三号一頁・四号四五頁（二〇〇一・〇二年）を参照。
- (39) Claus-Wilhelm Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsreform 2002, 2002, S. 182ff.

- ④ Canaris, a.a.O. (Fn. 39), S. 373.
- ⑤ Canaris, a.a.O. (Fn. 39), S. 741ff (= BT-Drucks. 14/6040, 174ff.)
- ⑥ Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 521; ders., Einführung, in: Canaris, a.a.O. (Fn. 39), S. XX; Heinrichs, a.a.O. (Fn. 15), S. 189.
- ⑦ 民法三〇六条および三〇七条に対する批判の紹介として、五十嵐・前掲注②札幌法幸一六巻一号一三三頁以下がみよ。
- ⑧ Wolfgang Ernst, Kernfragen der Schuldrechtsreform, ZIP 1994, S. 801, 802; Werner Fiume, Zu dem Vorhaben der Neuregelung des Schuldrechts, ZIP 1994, S. 1497, 1498; ders., Empfehlt sich die von der Schuldrechtskommission vorgeschlagene Neuregelung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, der Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag und des Rechts der Verjährung?, in: Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Band II/2, 1994, S. K 112ff.; Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform: zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2001, S. 31, 38, 160f. (フーバーの討議草案に対する批判については、吉政知広「『履行請求権の限界』の判断構造と契約規範——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(1)」民商法雑誌一三〇巻一号四六頁以下・六八頁以下(二〇〇四年)を参照); Barbara Dauner-Lieb, Kodifikation von Richterrecht, in: Ernst/Zimmernann, a.a.O., S. 305, 321f.; ders., Die geplante Schuldrechtsmodernisierung - Durchbruch oder Schnellschluß?, JZ 2001, S. 8, 16; Barbara Dauner-Lieb/Arnd Arnold/Wolfgang Dötsch/Volker Kitz, Anmerkungen und Fragen zur konsolidierten Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, 2001, S. 59 以下。リハルトは「新訂民法」政府草案を擁護するものとして「Grundriss Maria Peer, Die Rechtsfolgen von Störungen der Geschäftsgrundlage: Ein Vergleich zwischen § 313 RegE eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes und dem geltenden deutschen und österreichischen Recht sowie modernen Regelwerken, in: Tobias Helms/Daniel Neumann/Georg Caspers/Rita Sailer/Martin Schmidt-Kessel (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Das neue Schuldrecht, 2001, S. 61, 68f. 以下がみよ。

- (45) フーバーのほかに Flume, a.a.O. (Fn. 44), S. 1498; Bernd Nauen, Leistungsschwermung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis: Zur Funktion und Gestalt der Lehre von der Geschäftsgrundlage im BGB und im System des Reformentwurfs der Schuldrechtskommission, 2001, S. 86ff. (フルメおよびナオエンの行為基礎論に対する理解については、吉政・前掲注⁽³⁾民商法雑誌二二八巻一頁六一頁以下・二九号九頁以下を参照) など。
- (46) Heinichs, a.a.O. (Fn. 15), S. 190.
- (47) Hey, a.a.O. (Fn. 15), S. 32ff.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2a, 4. Auf., 2003, §313, Rn. 81ff. (= Roth); Heinichs, a.a.O. (Fn. 15), S. 191.
- (48) 代表的な裁判例として BGHZ 109, 139 (144) = NJW 1990, 314 がある。これに対して、解除法による処理を支持する見解として Soergel (= Teichmann), a.a.O. (Fn. 6), §242, Rn. 271 などが存在した。
- (49) この点については、半田・前掲注⁽⁴⁾二二三頁以下、小野秀誠「給付障害の体系——給付障害の一元化、解除と危険負担」一橋法学四巻三三四頁以下(二〇〇五年)、川角由和「ドイツ債務法改革と新しい解除法——不当利得法との関係を視野に入れた」龍谷大学社会科学研究所社会科学研究年報三五号三二頁以下(二〇〇五年)、同「ドイツにおける新契約解除法の位置づけ——不当利得法との関係を重視して」龍谷法学三八巻三三六頁以下(二〇〇五年)を参照。
- (50) Arndt Teichmann, Strukturveränderungen im Recht der Leistungsstörungen nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BB 2001, S. 1485, 1491 (政府草案に關する指摘); Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auf., 2006, §313, Rn. 42 (= Christian Grüneberg) を参照。改正案の行った態度に對して批判的なものとして Johannes Hager, Das geplante Recht des Rücktritts und des Widerrufs, in: Ernst/Zimmermann, a.a.O. (Fn. 44), S. 429, 430f. (討議草案の段階での批判) がある。
- (51) 以上について Hey, a.a.O. (Fn. 15), S. 37ff. を参照。ここには、三二三条が立法理由を含めて委員会草案から変更されていないのに対して、解除法が大きく変更されたことにより、この第二の変更点が立法理由から明らかでないという事態が生じたという指

契約改訂規範の構造 (一) (吉政)

摘してらる。

- (92) Aricide Chioellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, 1981, Vorwort.
- (93) ざしあたり、吉政・前掲注(3)民商法雑誌一一八巻一号五〇頁以下・二号四頁以下、および、そこに掲げられた文献を参照。その後の重要な研究として、五十嵐・前掲注(2)札幌法学一六巻一号八八頁以下。
- (94) 吉政・前掲注(3)民商法雑誌一一八巻一号五五頁以下。両者の見解に関する先行業績についても、そこに掲げられた文献を参照。
- (95) Paul Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, 1921, S. 37 (以下では GG とし引用) ; ders., Geschäftsgrundlage, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. II, 1927, S. 803 (以下では HWB とし引用) ; ders., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, 3. Auf., 1927, S. 570 (以下では AT とし引用)。
- (96) Oertmann, GG (Fn. 55), S. 136ff., ders., HWB (Fn. 55), S. 805f.
- (97) Oertmann, GG (Fn. 55), S. 159ff.; ders., HWB (Fn. 55), S. 806.
- (98) Oertmann, GG (Fn. 55), S. 169; ders., AT (Fn. 55), S. 570f.
- (99) Abschlussbericht, aa.O. (Fn. 33), S.147f., 151; Canaris, aa.O. (Fn. 39), S. 742f., 745 (= BT-Drucks. 14/6040, 174f., 176) を参照。
- (99) Karl Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Auf., 1963 (初版は一九五一年) (邦訳として、勝本正晃校閲・神田博司＝吉田豊記『行為基礎と契約の履行』(中央大学出版部・一九六九年)がある), S. 51, 184.
- (99) Larenz, aa.O. (Fn. 60), S. 52f., 78ff., 92f., 185.
- (99) Larenz, aa.O. (Fn. 60), S. 161f.
- (99) Larenz, aa.O. (Fn. 60), S. 170ff.