

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

中 村 肇

一 はじめに

後発的な事情変更が生じた場合に、契約の効力をいかにすべきか、という問題に対しドイツ法においては行為基礎論の下で議論がなされてきた。1992年にはドイツ債務法改正委員会最終報告書が公表されており、行為基礎論に関しても306条に規定が盛り込まれている⁽¹⁾。また国際取引法分野に関連して近時公表されたユニドロワ国際商事契約原則（PICC, Principles of International Commercial Contracts）やヨーロッパ契約法原則（PECL, Principles of European Contracts Law）にはハードシップまたは事情の変更に関する規定が採用されている。いずれも後発的事情変更が生じた場合に当事者による再交渉を前提とした規定が定められている⁽²⁾。

かかる背景の下でわが国を含めても近時、後発的事情変更ないし契約改訂の問題において当事者の交渉に関する議論が盛んである⁽³⁾。当事者の交渉を後発的事情変更の際の一次的効果として位置づけることに筆者も異論があるわけではない。その一方で、当事者間交渉の後、裁判官の価値判断が重要であることに異論はないであろう。後発的事情変更が生じた場合に、当事者の交渉が妥結しなければ契約の改訂ないし解消の可否が問われる。このようなときドイツの判例は前述した行為基礎論の下で「期待不可能性（Unzumutbarkeit）」基準に照らして判断を下してきた⁽⁴⁾。本稿はかかる点に関する考察を試みるものである。

ドイツにおいて従来の通説はかような判例理論に批判的であったが、その一方で端的に契約正義論（契約の等価性）や契約プロセスに注目した議論が盛んに展開されている。そこでは従来の議論において中心に置かれていたような要件における明確化だけでなく、効果にも目を向けた議論が行われている。

本稿では、期待不可能性基準の分析のために、行為基礎の問題につき包括的な議論を展開したキオテリス (Aristed Chiotellis) の見解およびそれに関連しつつ、さらに広く一般条項=信義則論という視点から議論を展開したトイブナー (Gunther Teubner) の行為基礎論を素材にする⁶⁾。

従来の研究と比較すると、両者の見解は判例理論を評価し、さらに展開することを試みている。すなわち判例理論における期待不可能性判断ないしは行為基礎論の柔軟性に富む解決枠組に積極的意義を認め、その理論的正当化に取り組んでいる。もっとも筆者は彼らの方法論全てに賛成すべきであると考えたものではない。しかしそこで示された議論のうち法的効果決定構造の分析および適用判断における価値判断の分析には有益な示唆が多く含まれていると考えている。すなわち彼らの提案の中には伝統的な方法論の立場にたったとしても受け入れ得る点があると考えている。そしてわが国の状況をみたととき、かかる姿勢は今後のわが国における事情変更の原則論にとっても示唆を与えるものである。とりわけ判例の厳格さと関連させつつ、後発的事情変更に際して柔軟性に富む解決をいかに達成するかという点につき、参考に値すると考える⁶⁾。

二 期待不可能性概念の位置づけ

(1) 判例理論における「期待不可能性」

ドイツにおける行為基礎論はエルトマン (Paul Oertmann) が1921年に行為基礎論を公表したことに始まる⁷⁾。それを判例が採用しかつ展開してきた⁸⁾。

ドイツの判例が展開した行為基礎論において期待不可能性概念が果たした役割は大きなものであるといえる。しかし従来の通説および有力説は判例のかかる傾向に対して、「衡平」に従った裁判にあたるとして批判を加えてきた⁹⁾。すなわち衡平に従った判断を行うことによって客観的基準に代わって主観的な感情による裁判がなされること¹⁰⁾、展開が予見不可能になること、法的安定性をひどく害することになることを理由にして批判を加えるのである¹¹⁾。このように判例の行為基礎論に対して明確な枠組を設けること、予見可能性の高い理論を構築するという問題意識において多くの学説には一致があったと見ることができる。かかる判例と学説との基本的対立構造の下でドイツにおける行為基礎論は展開されてきたと理解することができよう。その意味で本稿で取り扱う学説は従来の学説に対する批判として位置づけられる。

さしあたり、判例における行為基礎論の適用判断、効果決定に際してどのように「期待不可能性」基準が援用されているかを見ておくことにする。

ドイツの判例の定義によると行為基礎とは「本来的な契約内容にはなっていないが、契約締結に際して明らかになった、当事者の行為意思がその上に築かれた特定の事情の存在あるいは発生に関する、双方当事者の共通の表象、または行為の相手方に認識されかつ異議を述べられなかった一方当事者の表象である」⁽¹²⁾とされる。かかる行為基礎が原始的に欠缺していたり、後発的に喪失した場合には行為基礎障害として契約関係へ介入することが認められる。

しかしながら判例理論では行為基礎障害が認められた場合全てにおいて契約関係への介入を認めるわけではない。当事者に合意された義務を維持することが期待不可能であるかどうか、という判断がそれに続くことになる⁽¹³⁾。

さらに判例理論においては法的効果に際しても期待不可能性が特に深刻であるか、否かに従って決定されている⁽¹⁴⁾。近時の判例においても同様である。例えばBGHZ 97,171 (1986年2月21日判決)は地代の増額請求が争われた事例である。本件において連邦通常裁判所 (Bundesgerichtshof, BGH) は60%以上の金銭価値の下落を行為基礎の喪失の肯定の基準として示している。もっとも本件では「期待不可能」ではなく「犠牲限度」という文言が用いられている。

しかしながらこのような期待不可能性基準だけでは空虚な公式にすぎず、十分ではない⁽¹⁵⁾。従って通説的見解は判例理論に対して批判的である。また判例理論におけるかかる期待不可能性判断を評価する見解であっても期待不可能性基準だけで十分であるとは考えていない。すなわち問題はどのような場合に期待不可能であると判断されるかである。この点について学説はどのように考えるのか、検討する。

(2) キオテリスの行為基礎論

キオテリスは次のように自己の行為基礎論を定義している。「契約の一方当事者にとって彼の給付と契約の他方当事者の反対給付との等価値関係の期待し得ない障害 (規範的観点) が異なっていたまたは変更した契約外の事情の結果 (記述的観点) もたらされたならば (狭義の行為基礎障害), 具体的法律関係および事実状態に鑑みて (暗示機能) 双方当事者の期待しうる等価値関係を (再び) 回復する (調整 Anpassung), 法的効果が生じる。期待不可能の決定にとってはとりわけ 242 条の具体化原理が適用されるべきである。この決定は、所与の

法律関係に鑑みて、等価性障害の期待不可能性が特に重大であると判断されるほどであれば、元々の等価値性がもはや回復され得ず、契約は終了されなければならない（契約の解消）。それに応じて具体的法的効果は所与の法律関係に基づいてのみ決定されうる。¹⁶⁾

キオテリスの理論の骨子は上述した公式から明らかになる。すなわちキオテリスの理論において行為基礎障害における適用判断および法的効果探求は「等価性原理」および「期待不可能性原理」、「具体的法律関係の暗示機能」といった三つの概念に従って行われる。

本稿ではこの中で規範的価値判断としての機能を果たす「期待不可能性原理」に関する考察を取り扱うことにする。

その際、キオテリスの行為基礎論の特色として法的効果決定の視点から行われた考察であることを指摘しておきたい。すなわちキオテリスは行為基礎論において法的効果の不当性がその展開の原因になっていると理解している。ではタイプナーの見解と比較しつつ、さらにキオテリスの見解を検討する。

三 行為基礎論における期待不可能性基準

タイプナーは行為基礎論を一般条項の調整機能の一例として理解しており、キオテリスの行為基礎論を出発点にして、行為基礎論の機能、行為基礎論の解釈学上の特色、行為基礎論の具体化の方法につき、検討を進めている。

(1) 行為基礎論の位置づけ

まず、タイプナーやキオテリスの見解は、従来の行為基礎論に対して自己の理論がどのような点で特色を有していると考えていたのか、また主としてどのような問題意識から出発していたか、という点につき、考えることにする。

キオテリスは、ラレンツ (Karl Larenz) に代表される通説（二分説）やフルーメ (Werner Flume) の否定説やメディクス (Dieter Medicus) の補充的契約解釈説が、行為基礎障害の効果に十分に目を向けていなかった点を問題にし、主として契約内容の改訂という法的効果の正当化に目を向けている¹⁷⁾。

他方、タイプナーは、一般条項論の一環として行為基礎障害を取り扱っており、やはりラレンツらの二分説、メディクスらの補充的契約解釈説によっては、一般条項の調整機能を適切に反映した行為基礎論を把握し得ないことを問題としている。そして調整機能に適した行為基礎論の展開という視点から、行為基

基礎論の機能、解釈学上の特色、具体化方法につき議論を展開している⁽¹⁴⁾。

キオテリスにおいては、判例が展開した「期待不可能性」テストを彼の行為基礎論における要件レベル、効果レベルに拾い上げることで、行為基礎論の両刃の剣である「柔軟性」に富んだ解決を可能にしようとする理論を展開している。トイプナーによれば、この点についてキオテリスの理論は調整機能に適するだけの「十分な複雑さ」を有していると評価されている⁽¹⁵⁾。

また、キオテリスは従来なされた行為基礎の喪失、欠缺といった契約締結を基点にした類型や当事者の意思表示形成過程を基点にした主観・客観という類型には囚われず、学説、特に判例を包括的、広範囲に検討している⁽¹⁶⁾。

一方、トイプナーは、経済政策と国家の政策上の視点を取り入れることを念頭においている。この点では、トイプナーはウルマー（Peter Ulmer）⁽¹⁷⁾の議論に基本的に同意している。ウルマーの行為基礎論は国家の経済政策が契約に及ぼす影響に関連している。この際にウルマーは契約の目的と政策上の制御目的との調整を行為基礎論に求めている。トイプナーはこのウルマーの理論を一般化することを主張している。

以上の立場にたちキオテリス、トイプナーは行為基礎論の有する「柔軟性」、契約内容の改訂という効果を積極的に評価し、その正当化という問題意識を有している点で共通している。キオテリスもトイプナーも具体的な事実において生じた諸利益の抵触という事実を要件レベルないしは適用の可否判断に取り込むことで、効果決定段階と連結させる意図を有している。その問題意識において、キオテリスが直接に効果の正当化に向かっているのに対して、トイプナーはより一般的な問題意識から一般条項の調整機能を彼の社会システム理論の一環として把握し、行為基礎論もその一部と位置づける違いはある。しかしこと、行為基礎論の取扱という点においては、両者は、調整機能、効果としては内容改訂に問題意識がある点で共通している。

(2) 行為基礎論の機能

キオテリスは行為基礎論を「BGBの形式的契約概念の実質的打破」として捉えている。それは行為基礎障害における統一的利益状況の把握に現れている。キオテリスにおいてはこの統一的利益状況は「制限的・主観的等価性」障害として現れる。ここで制限的であるというのは法律が任意規定によって契約における給付の等価性性に目を向けているためであり、主観的であるというのは当

事者が給付の等価関係の決定において原則として自由であるためである⁽²²⁾。まず、キオテリスの行為基礎論においてはこの「制限的・主観的等価性」原理に照らして行為基礎障害は把握されるのである。

従ってキオテリスにおいては、行為基礎障害は等価性障害として特徴づけられることになり、法的効果は失われた等価性の回復をまず考えることになる。このようにキオテリスは「制限的・主観的等価性」概念を通じて効果決定の方向性を示している。しかしながらあらゆる行為基礎障害が顧慮に値するわけではない。そのため「制限的・主観的等価性」基準に付加すべき別の基準が必要になる。キオテリスはこの機能を「期待不可能性原理」に求めている。彼によればここでいう「期待」とは「ある者が適当な能力を有し、給付を完全かつ適切に『一貫して、人的もしくは法的拘束の枠組の中で給付の履行(Ausführung)を要求するという目的とともに』もたらす、状況にあることである」⁽²³⁾とされている。そして「期待不可能性」の根拠はBGB 242条に求められている。

一方トイプナーはキオテリスによる契約の「実質化」という行為基礎論の把握には同意している⁽²⁴⁾。しかしキオテリスのいう「主観的・制限的等価性」概念では十分に行為基礎障害に現れる社会の多様な利益によって仲介された構造上の原因を明らかにしえないと述べ、全面的に賛成しているわけではない。トイプナーの問題意識では、行為基礎論に現れるような契約の「実質化」という方向性は単なる「等価性」の回復にとどまることなく、矛盾する社会からの契約に対する要求の調和、調整に位置づけられている⁽²⁵⁾。

その背景にはトイプナーが社会をシステムとして理解していることがある。トイプナーは、社会を構成する諸部分システムそれぞれが自律しており、自己のコードに従っていると考えている。例えば契約は「荒波を遮断する島」として当事者によりリスクを分配する機能を有するとされている。すなわち契約における自己のコードはリスクを予め分配しておくことである。しかしながらこの予めなされたリスクの分配も「期待不可能性」基準を超えた場合には、調整メカニズムを必要とする⁽²⁶⁾、と考えられている。すなわち行為基礎論は「期待不可能性」基準に照らして、諸部分システム間の衝突の調整を行うメカニズムとして取り扱われているのである。

このような場合に社会の諸部分システムが契約に対してなす要求は多様な様相を示している。それに従って、ここで求められる調整のメカニズムは自ずと

不明確なものになり、調整メカニズムを引き受ける一般条項もまた不明確でなければならないことになる。それ故トイプナーによれば、一般条項の調整機能に注目した場合、必然的に「不確定性 (Unbestimmtheit) の増大」が要請されることになる⁽⁹⁷⁾。行為基礎論に関しても一般条項として位置づけられており、トイプナーがこの不確定性の増大を要請することに変わりはない。

(3) 行為基礎論の解釈学上の特色

キオテリスやトイプナーが行為基礎論を形式的契約概念の実質的打破ないし契約の実質化として理解していることから、行為基礎論の解釈学上の位置づけはどのような影響を受けるのであろうか。

従来、行為基礎論の法体系上の位置づけについては、伝統的な法概念に結びつける見解が見られた。たとえばフルーメやヴォルフ (Ernst Wolf) らは行為基礎論に独自の法解釈学上の地位を認めず、錯誤、不能法、給付障害法などの類推適用によって解消していくアプローチをとっていた。キオテリスはこれに対して「契約欠缺」「法律欠缺」という二つの欠缺が並存している「二重の欠缺」という概念を示している。すなわち行為基礎障害は当事者が合意により規律していなかった場合であるという意味で「契約欠缺」である。また BGB の起草者が *clausula rebus sic stantibus* 理論や前提論を知りながら規律をしていなかった場合であるという意味で「法律欠缺」である。そして行為基礎障害が現れた場合には、「二重の欠缺」にあたることを強調する。かかる視点から伝統的な法概念に行為基礎障害を解消する見解は、「二重の欠缺」のうち一方のみにしか目を向けていないために取り得ないと結論づけている⁽⁹⁸⁾。

トイプナーはキオテリスの「二重の欠缺」論に基本的に賛成している。トイプナーが主張するシステム間抵触に関する調整メカニズムを反映した行為基礎論において、伝統的法概念に解消するアプローチは論拠を短絡化することになるために、否定的に評価されている。この点に加えてトイプナーは、解釈学上の取扱においても、行為基礎論における調整メカニズムを体系的に描写することに重点をおき、各説を分析し、それぞれがシステム間の衝突という問題状況を一面的に捉える点から否定的に評価している。かかる意識からは、要件上の明確化といった方向を目指した理論は否定的に評価され、包括的利益衡量という手法を前面にする見解が肯定されることになる。従って、トイプナー自身の理論も包括的利益衡量を可能にする理論になる。

トイプナーの理論において問題とされるべきは、行為基礎障害においていかなる利益が衝突しているのかという点であり、トイプナー自身はこの問いに対して、「契約上の利益」と経済政策などの「指導目的 (Lenkungszweck)」を念頭においている。

(4) 行為基礎論の具体化の方法

行為基礎論を「形式的契約概念の実質的打破」ないし契約の「実質化」と考えた場合に、具体化の方法はどのようになされているのであろうか。キオテリスは、行為基礎論の機能を「制限的・主観的等価性」の回復と位置づけている。そして行為基礎障害を任意規定の個別類推によって正当化される「広義の行為基礎障害」⁽⁴⁰⁾と適切な任意規定がない場合に問題とすべき「狭義の行為基礎障害」とに区別した⁽⁴¹⁾。両者の相違は法的効果決定におけるプロセスに現れる。とりわけ、後者においては、「等価性原理」と「期待不可能性原理」という原理欠缺を「具体的法律関係の暗示機能」に照らして明らかになる利益を通じて具体化していくことになる。具体的には、当該事実において当初当事者が定めていた利益状況を出発点にして、裁判官が行為基礎障害等を顧慮しながら、失われた等価性の回復を意図していくことになる。

ここで念頭におかれているのは契約内容の改訂であり、契約解消は「期待不可能性」基準に照らして判断され、特に「期待不可能性」が深刻であるために、等価性の回復がその規範的な力を失った場合に認められることになる。ここでも具体的な事実を照らして判断されている。すなわちキオテリスの行為基礎論においては、具体的な事実の把握を通じて等価性の回復の方向が示され、効果決定プロセスに具体的な事実の把握が取り込まれている。かかる考え方をキオテリス自身は従来の要件→効果モデルに対する要件=効果モデルと見ており、彼の主張する効果指向 (Rechtsfolgenorientierung) というのはこの意味で理解されるのである。

確かにこのような思考方法によれば、従来の伝統的通説のように、行為基礎障害の発生が契約締結の前後かによって区分されることもないであろうし、行為基礎が客観的か主観的かによって区分することも必要ないであろう。むしろ統一的利益状況の把握のためには、類型化はキオテリスの指摘するように適当ではない面がある。むしろこのように多様な要素を考慮せざるを得ない効果決定プロセスに目を向けた点では意義を有していると言える。

また、これに対してタイプナーは、キオテリスの「等価性原理」「期待不可能性原理」「具体的法律関係の暗示機能」の組み合わせによる手法を一般条項の調整機能という視点からみて、柔軟な解決を可能にするだけの複雑さを有している点は評価している。その上でシステム間抵触の多様性を反映させるために、さらにトポスの獲得のための二つの抵触領域として、債権者債務者間の利益の抵触と契約秩序と社会の部分秩序との抵触を指摘している⁽³¹⁾。

さらにタイプナーは、自己の行為基礎論につき、障害の類型化と考慮される事情の提示に関連して、それぞれを明らかにしている。

まず障害の類型化につき、タイプナーは従来からなされてきた類型化が、判断基準の体系的獲得に適していないとして、批判的に評価している。すなわち明確化を追求することは前述したように論拠の短絡化と結びつくこと、むしろ、明確化され得ない部分に関する「衡平裁判」の領域には、追体験可能な論証を与えることが問題であるとしている⁽³²⁾。

タイプナーは障害を抵触の生じる四つの社会の機能領域に照らして「市場領域での抵触」「私的生活世界を伴う社会契約の抵触」「通貨システムの抵触」「経済政策との抵触」に類型化した⁽³³⁾。それぞれの類型は、介入の難易や顧慮される事情等によって区別されている。「市場領域での抵触」においては介入は原則として認められない。そのため期待不可能性基準が高く設定されるようになる。当事者の使用目的は「私的生活世界を伴う社会契約の抵触」の問題に位置づけられている。ここでは社会的規範が優位に取り扱われ、「期待不可能性」が「社会的負担可能性」に変換され判断されることになる。また「通貨システムの抵触」においては通貨政策と私的利益の対立が顧慮される。また「経済政策の抵触」では政策における指導目的が顧慮されることになる。このようにここで示された類型は、期待不可能性判断におけるそれぞれの事情と結びつけて理解することが必要になる。

次に、論証の際に考慮されるべき事情としては、「指導目的 (Lenkungszweck)」、 「法律の政策 (Politik des Gesetzes)」、 「リスク吸収」、 「目標抵触」が挙げられている。ここで挙げた事情も前述した障害の類型とともに把握する必要がある。タイプナーの行為基礎論においては類型が調整機能を含むとされているが、その調整機能は論証に際してこれらの事情を挙げることによって機能することになる。

四 結びに代えて

キオテリスやタイプナーの行為基礎論はその法的効果、とりわけ改訂プロセスにその主眼をおいていた点で、従来の行為基礎論と異なっている。また、「制限的・主観的等価性の回復」「一般条項の調整機能」といった不明確な基準を中心にして議論を展開し、行為基礎論が有する予測し得ない事情と契約との緊張関係の解消を例外的に取り扱うのでなく、契約の抱える問題として正面から規律することを試みている。その結果が、タイプナーの「不確定性の増大」論の一環であったのであれば、法解釈論としてはキオテリスがその研究の初めに指摘していたように、古典的なアプローチでは行為基礎論は把握し得ない事象であると言えなくもない。

タイプナーのように社会を諸部分システムからなる全体システムとして、それぞれの諸部分システムは自律しており、互いに抵触すると考えると、各システムの狭間の部分においてはそれぞれの言語を通じての調整が図られることになる。法とその他の諸部分システム間の抵触において一般条項がその狭間で調整を果たすと考えるとき、行為基礎論の解釈においては、そこで生じた抵触がどの部分システムとの間で生じたかという問題と、そこで考慮されるべき事情は何かという複眼的思考が必然的になる。確かにタイプナーの指摘した二つの方向における解決というのは行為基礎障害の複雑な問題について解決の指針を与えるものであるといえるであろう。従来の見解にたったとしても行為基礎論には裁判官の価値判断に任せられる部分が必然的に存在しており、従来は、その部分の予見可能性を高めることが意図されてきた。他方キオテリスやタイプナーの見解においては裁判官に期待している調整者としての役目がより尖鋭化しているように見える。判例理論を積極的に評価した上でさらに展開を試みるというもかかる意味から理解できる。すなわちキオテリスやタイプナーの見解は基本的に判例理論を補強するものなのである。

以上、キオテリスとタイプナーの行為基礎論に検討を加えてきたが、これらの理論はわが国の事情変更の原則論にとってはいかなる示唆を与えるであろうか。行為基礎論は確かにわが国の事情変更の原則論とその適用範囲において異なっている。わが国では錯誤論の一環として論じられる共通錯誤もその適用範囲に含むため、理論の性質も若干異なることには注意を要する。しかし行為基

基礎論も事情変更の原則論の分析枠組として一定の意義を有していることには意見の一致があるといえよう。このような点に注意を払いながら、彼らの理論をみたとき、全ての点をそのままわが国の理論に受け入れる必要はあるとは思えないし、またそれは困難であろう。というのは、彼ら自身が述べているようにキオテリスらは伝統的な解釈論と異なる立場にたっており、あまりに具体的な事実に従って結論が左右されるような印象があるからである。予見可能性や法的安定性といった点に対しても正面から批判的に論じる点も問題を有しているように思われる。確かに事情変更の原則論において、彼らが指摘するような性質があることは否めないが、やはり法体系全体における位置づけを考えると、従来のアプローチとの調和もまた必要であると思えるからである。その結果、キオテリスやタイプナーの問題提起の意味を少なくしてしまうおそれがあるかも知れないが、この点のさらなる検討を今後の課題として、ひとまず従来のアプローチとの調和を図ることが妥当であると考えている。

キオテリス、タイプナーの主張した行為基礎論の調整機能、等価性の回復という視点がわが国の事情変更の原則論にとり意義を有するのは、信義則要件の判断においてであろう。キオテリスにせよ、タイプナーにせよ期待不可能性基準がそれぞれの理論において大きな役割を果たしてきた。キオテリスは期待不可能性基準に行為基礎障害のうち顧慮に値する範囲を限定する機能を求めている。一方タイプナーは契約におけるリスク分配機能の限界づけを期待不可能性に求めている。またいずれの見解においても適用判断のみならず、法的効果決定に際しても期待不可能性基準が機能している。

このようにドイツ法において期待不可能性基準は要件、効果のそれぞれのレベルで機能している。一方わが国の事情変更の原則論において、信義則要件は最終的な判断基準とされながら、信義則要件そのものに関する分析は信義則論一般に任せる意図であったのか、さほど関心が払われてこなかった。事情変更の原則に対して判例は依然として厳格な立場を示し、信義則要件は名目上高い位置を与えられながらも、こと事情変更の原則論の適用を肯定するため、効果確定のための基準としては活用されていない。かかる状況においては本稿で示した、キオテリス、タイプナーの問題意識が有意義な示唆を与えるようにみえる。すなわち、最後に示したタイプナーの抵触領域に従った類型化と顧慮される事情のカタログや、キオテリスの具体的な事実の把握と連結した判断プロセ

すが、信義則要件の拡充、積極的活用に有益であると考える。

(1) Bundesminister der Justiz, Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992, S.147. なお本委員会提案についての検討はすでに多くなされているが、さしあたり委員会提案全体について下森定=岡孝編『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』(法政大学出版社, 1996年), 特に306条については橋本恭宏執筆54頁以下。

(2) PICCに関する文献として Michael Joachim Bonell, An International Restatement of Contract law, 2nd. ed., 1997. がある。邦語の文献としてミヒャエル・ヨアヒム・ボネル(曾野裕夫訳)『ユニドロワ国際商事契約原則』と『ヨーロッパ契約法原則』の関係について「ジュリ1131号(1998年)72頁, ユニドロワ国際商事契約原則の訳として広瀬久和「ユニドロワ国際商事契約原則(全訳)」ジュリ1131号(1998年)81頁)がある。

(3) 再交渉義務に関する論稿として Norbert Horn, Neuverhandlungspflicht, AcP 181 (1981), S. 255; ders, Vertragsdauer in: Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, S.551, insbesondere S.640ff.; Andreas Nelle, Neuverhandlungspflichten, 1994.; Michael Martineck, Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten-Bestandsaufnahme, Kritik...und Ablehnung, AcP 198 (1998), S.329. わが国でも再交渉義務に関する論稿は多い。山本顕治「契約交渉関係の法的構造に関する一考察-私的自治の再生に向けて-(一)~(三)完」民商100巻2号198頁, 3号387頁, 5号(1989年)808頁, 同「再交渉義務論について(一)」法政研究63巻1号(1996年)1頁, 和田安夫「契約の調整について」林良平・甲斐道太郎編『谷口知平先生追悼論文集2契約法』(信山社, 1993年)124頁, 同「長期契約の調整と契約の再交渉義務」姫路法学13号(1993年)1頁, 松井和彦「過程志向的法システムと再交渉義務」一橋論叢115巻1号(1996年)250頁, 森田修「アメリカにおける『再交渉義務』論と債務転形論」星野英一先生古稀記念『日本民法学の形成と課題(上)』(有斐閣, 1996年)542頁, 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)47頁, 橋本恭宏「事情の変更と当事者の責任-契約の修正・改定から再交渉義務論へ《ドイツ債務法改正草案三〇六条を参考として》-」伊藤進教授還暦記念『民法における「責任」の横断的考察』(第一法規出版, 1997年)3頁, 北山修悟「契約改訂のプロセスに関する若干の考察-再交渉義務の位置づけと改訂判決の内容-」法政理論31巻2号(1998年)197頁などがある。

(4) Karl Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (以下“GG”で引用), S.5; Gunther Teubner, Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 242, 1980, Rdnr. 95; Günther H. Roth, Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (以下“Münch-Komm”で引用), § 242, 3. Aufl., 1994, Rdnr. 509.

(5) なお本稿での分析はキオテリスやトイプナーの論稿のうち「期待不可能性」判断に

関する部分に限定している。とりわけキオテリスの論稿は行為基礎論に対して法的効果の視点から包括的に分析を加えている。その他の見解との比較を含めた検討は別稿を用意している。またタイプナーの信義則論、一般条項論に対しては、わが国でも分析枠組として有力な機能的アプローチとは異なる枠組をもっていることが指摘されている。佐藤彦夫「法の現実適合性と一般条項-タイプナーのシステム論的アプローチの検討-」法学53巻6号(1990年)112頁。佐藤論文は一般条項論の視点からタイプナーの信義則論一般条項論を分析する。その他に同「信義則分析の基礎視角-タイプナーとアレクシーの比較を中心に-」太田知行=荒川重勝編『民事法学の新展開』(有斐閣, 1993年)1頁。

(6) 近時の判例の事情変更の原則の適用に対する態度は依然として厳格なものである。最判平成9年7月1日第三小法廷判決民集51巻6号2452頁, 判時1617号64頁, 判タ953号99頁。評釈として, 北山修悟・法教判例セレクト97年度14頁, 久保宏之・法教209号100頁, 同民商118巻4・5号200頁, 野山宏・ジュリ1128号74頁, 小野秀誠・平成9年度重要判例解説73頁などがある。判例は予見可能性, 帰責性がないことを要件として挙げるが, 評釈の中にはかかる判例の帰結が事情変更の原則の適用の消極性につながる点を指摘し, より柔軟な解決を指向するものがある(前述北山, 久保評釈)。

(7) Paul Oertmann, Die Geschäftsgrundlage-ein neuer Rechtsbegriff, 1921, S.37. エルトマン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際に現れ, 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」と定義づけられる。訳は五十嵐清『契約と事情変更』(有斐閣, 1969年)93頁による。その他にエルトマンの行為基礎論についての分析として勝本正見『民法に於ける事情変更の原則』(厳松堂, 1926年)709頁以下がある。

(8) 行為基礎論の展開については, 事情変更の原則の問題として分析したものとして勝本前掲注(7), 岩田新『経済事情の変動と債権の効力』(同文社, 1926年), 小町谷操三『貨幣価値の変動と契約』(有斐閣, 1925年), 五十嵐前掲注(7)などがある。

(9) Larenz, GG, SS.2,55ff,118,123,124ff. 例えばラレンツは法的安定性や判例や法律学の成果の点を指摘する。「衡量」が増えれば増えるほど「衡平に」近づくが, 裁判官の判断が不明確で予見不可能になるという。vgl. Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II Bd., Das Rechtsgeschäfts, 3. Aufl., 1979, S.496.

(10) Joseph Esser, § 242 und die Privatautonomie, JZ 1956, S.557.

(11) Aristede Chiotellis, Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen (以下“GG”で引用), 1981, S.49. Anm. 231, 232, 233.

(12) BGHZ 25,390=BB1953,371 (1957年10月23日判決)。

(13) Roth, Münch-Komm, Rdnr.509.

(14) BGH LM § 242 (Bb) BGB Nr.45=BGHZ 40,334=NJW 64,861=MDR 64,311 (1963年12月12日判決)。農場譲渡事件では反対給付の増額が法的効果として決定された。行為基礎論に関連した判例はおびただしい数に上る。そのため網羅的な判例分析は今後の課題として本稿に必要な範囲で判例における「期待不可能性」基準をみることにする。判例において期待不可能性判断に関する説明が十分行われているわけではない。本稿で

の学説の分析は期待不可能性概念を理解するための一助として考えている。

(15) また判例理論においては期待不可能であることと行為基礎の喪失が認定されることが区別なく用いられていることもある。また期待不可能であることに全く触れられずに判断が下されることもある。

(16) Chiotellis, G.G., § 8, II., S.57.

(17) Chiotellis, a.a.O., Vorwort. ここで簡単に行為基礎論の状況を整理すると, ラレンツに代表される通説は行為基礎を当事者の表象にかからしめられる主観的行為基礎と当事者の表象に関連しない重要な事情である客観的行為基礎とに峻別する。またフルーメは行為基礎論自体に否定的な立場にたっており, 法規定の類推適用や契約解釈を通じて解決に達しようとする。またメディクスは行為基礎論と補充的契約解釈の類似性を指摘し, 行為基礎論の大部分を補充的契約解釈に解消することを試みていた。キオテリスはこれらの見解が行為基礎障害をその事実状況に鑑みたとき解決し得ないという立場から, 判例理論の展開を主張していると位置づけられる。学説の展開について vgl. Chiotellis, a.a.O., S.4ff.

(18) Teubner, Die Geschäftsgrundlage als Konflikt zwischen Vertrag und gesellschaftlichen Teilsystemen, ZHR 146 (1982), S.625ff.

(19) Teubner, a.a.O., S.635.

(20) Chiotellis, a.a.O., § § 11-16. キオテリスの見解は基本的に判例理論の正当化とさらなる展開の試みである。それ故キオテリスは判例を重視し, かつ実際の事例を重視している。キオテリスの分析において行為基礎障害は基本的に四類型に分類されている。量的にもっとも多いため基本類型として位置づけられる a) 双務債権契約における行為基礎障害, 契約に長期性がある事例として b) 時間関係的な債権契約における行為基礎障害, 扶養の性質を有する給付に関連する c) 人的関係的な債権契約における行為基礎障害, 贈与などの d) 非双務 (片務) 債権契約における行為基礎障害である。

(21) Peter Ulmer, Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung - Zur Bedeutung staatlicher Lenkungsmaßnahmen für die vertragliche Geschäftsgrundlage, AcP 174 (1974), S.167.

(22) Chiotellis, a.a.O., SS.22-23.

(23) Chiotellis, a.a.O., S.37.

(24) Teubner, a.a.O., S.628.

(25) Teubner, a.a.O., S.628ff., insbesondere, S.629.

(26) Teubner, a.a.O., S.630.

(27) Teubner, a.a.O., S.627.

(28) Chiotellis, a.a.O., S.24ff.

(29) Chiotellis, a.a.O., § 12.

(30) Chiotellis, a.a.O., § 13.

(31) Teubner, a.a.O., S.635.

(32) Teubner, a.a.O., S.636.

(33) Teubner, a.a.O., S.637ff.