HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツ法における行為基礎論の発展（一）　－事情変更の原則に関する比較法的研究　その三－
Author(s)	五十嵐, 清
Citation	法學會論集, 11(4), 1-53
Issue Date	1961-07-25
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/17070
Type	bulletin (article)
File Information	11(4)_p1-53.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

ドイツ法における行為基礎論の発展 (一)

――事情変更の原則に関する比較法的研究 その三――

五十嵐 清

目次

序
一 前史
(一) clausula rebus sic stantibus
(二) ウィントシャイトの前提論
(三) 経済的不能論
二 行為基礎論の成立
(一) エルトマンの行為基礎論
(二) 判例と行為基礎論
三 ラーレンツの行為基礎論
(一) 序説
(二) 主観的行為基礎の喪失=共通錯誤論

㈢ 客観的行為基礎の喪失
㈣ 法律効果
㈤ 問題点（以上本号）
四 行為基礎論の発展—第二次大戦後における
五 むすび

おことわり　本稿は、筆者のこころざしている事情変更の原則に関する比較法的研究の第三部である。第一部は、「英法におけるフラストレイション法理について」と題して、北大法学会論集九巻二号に、第二部は、「フランス法系における不予見理論について」と題して、北大法学部十周年記念・法学政治学論集に発表してある。なお全体の構想については、「私法の一般理論としての行為基礎論」という題で、一九五七年春季私法学会で発表した（私法一八号参照）。しかし、本稿は、ラーレンツの行為基礎論の評価に関し、当時とはかなり見解を異にすることを、あらかじめおことわりしなければならない。

主要文献とその略語表

Blomeyer = Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl. 1956.
Brox = Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, 1960.
Esser = Schuldrecht, 2. Aufl. 1960.
Esser, JZ = Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz, Juristenzeitung, 1958, 113.
Flume = Rechtsgeschäft und Privatautonomie, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, I, 1960.
Kegel = Empfiehlt 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. 135 f.
Kegel-Rupp-Zweigert = Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung Deutschlands, Frankreichs, Englands

und der Vereinigten Staaten von Amerika, 1941.
Larenz, GG = Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 2. Aufl. 1957.
Larenz, Schuldrecht = Lehrbuch des Schuldrchts, II. Bd. 2. Aufl. 1957.
Lehmann = Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958.
Nipperdey = Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, 15. Aufl. 1960.
Oertmann, GG = Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff, 1921.
Oertmann, HWB RW = Geschäftsgrundlage, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, II, 1927, S. 803–806.
Rabel = Das Recht des Warenkaufs, 1. Bd. 1957.
Schmidt-Rimpler = Zum Problem der Geschäftsgrundlage, Festschrift für Nipperdey, 1955, S. 1 f.
Siebert = Soergel-Siebert, BGB, Bd. I. 9. Aufl. 1959, § 242.
Verhandlungen = Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, 1953, Bd. II.
Windscheid, Voraussetzung = Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850.
Windscheid, AcP = Die Voraussetzung, AcP 78 (1892), 161–202.
小町谷＝貨幣価値の変動と契約′大正一四年′再版昭和二二年。
岩田＝経済事情の変動と債権の効力′大正一五年。
勝本＝民法に於ける事情変更の原則′大正一五年。
拙稿第一＝英法におけるフラストレイション法理について′北大法学会論集九巻二号。
拙稿第二＝フランス法系における不予見理論について′北大法学部十周年記念・法学政治学論集。

序

わが国で事情変更の原則として論ぜられている問題は′今日の西ドイツ私法学では′行為基礎論 (die Lehre von der Geschäftsgrundlage)′よりくわしくは′行為基礎の喪失 (der Wegfall der Geschäftsgrundlage) 理論として′と

りあつかわれている。この理論は、一九二一年に発表されたエルトマン著 Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff によつて創始されたものであり、判例がこの言葉を採用したこととあいまつて、広く利用されるに至つた。とくに第二次大戦後、ラーレンツの劃期的業績である Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllnng, 1. Aufl. 1952. が出るに及んで、学界の共通財産となつた。行為基礎とは、一言でいえば、契約の基礎にある一定の事態であり、その不存在または消失が契約の効力に影響を与えるものをいう。この理論が、英米法の契約のフラストレイション理論、およびフランス法の不予見理論とならんで、事情変更の原則としての機能を果すものであることはいうまでもないが、それらの中でも、行為基礎論は、理論的な深さにおいて、さすがにドイツ法の所産だけのことはある。しかし行為基礎論の内容については、ドイツでも争いが多く、何を行為基礎と解するか、その不存在や消失がどの程度に達する場合に契約に影響を与えるか、さらにはその場合にいかなる効力が生ずるか、という点になると、学者の間に見解の一致を見ない。学者の数だけの行為基礎論が存在するといつてよい。それは、この問題が比較的新らしいだけでなく、他の重要な私法制度と密接に関係しているからである。したがつて、行為基礎論をいかに理解するかということは、私法学の方法および体系と密接に関係する。このため、戦後の社会的混乱がおさまつて久しい今日の西ドイツにおいて、行為基礎論は「法律行為理論の中心問題となつた」(1)という声が聞かれるのである。

わが国でも、事情変更の原則が論ぜられること久しく、しかも、戦後は、現実的な問題になつたにもかかわらず、いぜんとして、私法学の片隅で論ぜられているにすぎない。新らしい時代は、伝統に基礎をおきつつも、新らしい理論を要請する。事情変更の原則に関し、現在新らしい理論として最も注目されるのが、ドイツの行為基礎論である。したがつて、比較法的研究の最後にあたつて、この理論の研究をすすめることは、きわめて意義深いことであるとい

わなければならない。

本稿は、一応ラーレンツの行為基礎論を頂点と考え、まずそれに至るまでの学説史の素描を、判例の発達とのから み合いで、試みることにする。ただし、エルトマンの行為基礎論に至るまでの発展については、わが国ですでに充分な研究がなされているので、[2] ここでは現在の行為基礎論を理解するに必要な最少限度の叙述で足りるであろう。つぎにラーレンツの行為基礎論の内容の紹介をかなり詳細に行ないたい。さらに、第二次大戦後における立法・判例の動向をさぐり、さいごに、他の学者によるラーレンツの理論の発展、および批判について述べることにする。ラーレンツ理論に対する有力な批判は、主として比較法的見地からなされているので、それは、この理論の比較法的地位を明らかにするであろう。以上の研究がなされた後に、これまで行なつてきた比較法的研究についての綜合的分析が試みられるであろう。それはわが国における判例・学説の分析との関連でなされるはずであり、かくして本稿全体が結ばれることになる。

(1) Flume, S. 207.

(2) 小町谷、岩田、勝本三氏の前掲書がそれ。

一　前　史

(一) clausula rebus sic stantibus[1]

事情変更の原則の起源は、中世のカノン法に端を発し、後期註釈学派によつて発展せしめられた clausula rebus sic stantibus 理論に求められる。

この理論によれば、すべての契約には、その基礎たる事情が変らないかぎり、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、したがつて事情が変更すれば、契約に対する拘束力は失われるのである。この理論は、近世に入ると、多くの学者により承認され、また多くの場合に適用された。[2] しかし、その適用範囲、要件、効果などについては、学者の間に見解の統一が見られず、ついにはっきりした法制度にまで結実しなかつた。とくに類似の法制度との限界づけに失敗したのは致命的であつた。十八世紀後半から十九世紀にかけて、pacta sunt servanda の原則や、取引安全の主張が高まるにつれ、clausula 理論は攻撃され、やがて忘れられて行つた。この間に、十八世紀後半の立法、とくにバイエルンの Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756 (IV 15 § 12)[3] や、プロイセンの ALR von 1794 (I 5 §§ 377–384)[4] の中に、この理論にもとづく規定の存することは、注目に値する。現在の行為基礎論は、機能的には、この clausula 理論の復活であるが、両者の間には、直接の理論的関連が乏しいので、clausula 理論について、ここではこれ以上に深入しないことにする。

(1) 事情変更の原則の歴史に関しては、勝本六〇頁以下が詳細であり、今日でもこれを上廻る研究は存在しない。なお、Kegel, S. 139–143. に近世法に関する要領のよい叙述がある。

(2) Kegel, S. 141–2.

(3) 勝本一六七頁。

(4) 勝本一九四頁以下。

(二) ウィントシャイトの前提論[1]

今日の行為基礎論、とくにエルトマンのそれの理論的先駆者は、ウィントシャイトの前提論 (Voraussetzungslehre) である。この理論は、アクチオ論[2]とともに、ウィントシャイトが比較的自由で革新的な考え方をした、初期の学風を

代表するものであつたが、その後、彼自身が保守的になつたにもかかわらず、また、幾多の批判にもかかわらず、最後まで維持された。

ウィントシャイトによれば、前提とは、動機（その錯誤は問題とされない）と条件（その不成就は法律行為を無効とする）の中間に位する意思の自己制限であり、その消失は不当利得（または、給付がなされないときは、抗弁権）を生ぜしめるものである。さらに前提は、動機や条件と同じく、一定の状態の現実性、または諸関係の一定の形成に関するものであり、過去、現在の事態のみならず、将来の形成をもふくむ。(3)

ここで、前提と他の二者との区別をもう少しはつきりさせよう。条件も前提も等しく意思の制限である。条件は問題となる事態の発生が不確かである場合に付せられるのに対し、前提は、まさにその事態が確実であると思われるために、条件とはされない場合を問題とする。この意味で、前提は「展開されない条件 unentwickelte Bedingung」ということができる。あることを条件づけるものは、「もし何々ならば、私は何々しよう。Ich will, wenn……」というのに対し、あることを前提するものは、「私は何々しよう。しかしもし何々でないならば、私はそうしないであろう。Ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht……」ということになる。すなわち、条件の場合は、制限されるのは現実の意思であるのに対し、前提の場合は、現実の意思は制限されずに、本来の意思（すなわち、仮定的意思）が制限されることになる。(4)

つぎに、前提と動機とは、前提は意思表示の内容となるのに対し、動機はそうでない点で異なる。(5) 前提となる意思の自己制限は、このようにして意思表示の中にとり入れられ、相手方にとつて認識可能となるが、(6) しかし相手方に受領され、それによつて契約の内容となることは必要とされていない。

前提は明示的にも意思表示の内容となりうるが、現実には、默示的の場合が多い。それでは、いかなる場合に默示的な前提が認められるか。ウィントシャイトによれば、默示的意思表示は二つの場合に存在する。第一に、意思の存在を、諸事情、なかんずく当該人物の作為・不作為から類推する場合であり、第二に、他の意思表示の中に含まれているが、解釈によってそこからとり出される意思表示をいう。(7)

まず第二の默示的前提をとりあげよう。この場合には、意思表示の目的が問題となる。しかし、すべての意思表示の目的が前提となるのではない。たとえば、有名な設例であるが、ある人が娘の嫁入道具のためであると表示して、物を買う場合に、婚約が解消されても、返還請求権の発生しないことはいうまでもない。前提となるのは、第一の目的 (der erste Zweck) である。第一の目的とは、まず法律効果の発生そのものである。たとえば、法律行為の解除の意思表示にとつては、法律行為の廃棄がそれである。財産の出捐の場合は、それと異なる。出捐がそれ自体のためになされることはない。すべて出捐行為にはそれをなすための理由がある。それも第一の目的である。たとえば、債務の弁済のために給付をする者は、債務が存在しなければ、目的を達することはできない。したがつて、債務の存在も給付の前提となる。(8)

つぎに、第一の默示的前提は、前提意思が意思表示の直接の内容をこえて解釈によつて認められる場合である。たとえば、負担付贈与の場合は負担の履行、婚約者間の贈与の場合は婚約の存続、死因贈与の場合は受贈者が贈与者より長生すること、争われている請求権についての和解の場合は、争いを排除するような事実の不存在、がそれぞれ意思表示の前提となると解釈される。(9)

以上がウィントシャイトの前提論の大要である。彼は、前提の認定が恣意的になりやすいという批判に対し、「解釈

規定によつて、客観的主観的に欲せられていると認識されうる前提のみが問題なのだ」[10]とし、次のような立法提案をした。

「意思表示において、一定の仮定（または、仮定または期待）から出発しないならば、それをなさなかつたであろうことを明示するものは、その仮定（期待）が確証されないときは、その意思表示に拘束されない。[11]」

しからば、ウィントシャイトの前提論は、いかなる意味で、事情変更の原則としての機能を営なみ、行為基礎論の先駆となりうるのか。前提の対象となるのは前述のごとく一定の事態であり、その将来の形成も含まれる。それが默示的に意思表示の内容になることによつて、将来における事態の変更が法律行為全体に影響を与えることになりうるのである。事実、ウィントシャイトの前提論が発表された一八五〇年は、あの一八四八年の動乱の直後であり、それが前提論に影響を与えたことは容易に推測される。[12] しかるにウィントシャイトはclausula理論に全然ふれていない。これは前提論の一欠点と称されてもいたしかたない。[13] しかし、彼の前提論はもともと、不当利得の要件、とくに原因(causa)の統一的理解のためのものであつた。[14] 事実、默示的前提の例としてかかげた諸場合に、不当利得の成立が認められることは疑いがない。[15] しかしそのことは、前提論を事情変更の原則として見る場合に、その限界を示すものであるといわなければならない。

ウィントシャイトの前提論は、彼の生前において多くの批判にさらされ、ついに学界の承認をうることはできなかつた。条件と動機の間に、中間物はなく、前提論は結局、動機の錯誤を認めたことになり、取引の安全を害するというレーネル(Lenel)の批判がもつとも有名である。[16] ウィントシャイトは、この点、前述のごとく、前提は意思表示の内容となり、相手方に認識可能であると主張したが、相手方に認識され、合意の内容とならないかぎり、取引の安全

を害することは疑いない。[17]

さらに前提論は事情変更の原則としての立場から致命的欠陥をもつている。事情変更の原則が主として問題となるのは、社会的経済的変動の場合である。ところが、一般に、当事者はかかる変動を意識して契約を結ぶことはない。したがつて、かかる変動が意思表示の内容となることはまれであり、默示的意思を推定することも困難である。このようにして、前提論は、事情変更の原則として、最も重要な場合に、期待できない理論であるといわなければならない。[18] また法律効果において、不当利得請求権と抗弁権しか認められないのも、事情変更の原則として不備である。[19]

このような批判にもかかわらず、ウィントシャイトは最後まで自説をまげなかつた。洞察力のない裁判官に乱用されるおそれがあるという批判に対しても、むしろ裁判官に正義感を満足させる法的手段を残しておく方が望ましく、法的安定性をいたずらに強調することは形式主義的であると非難している。[20] かくして、ウィントシャイトは、「いかに異論があつても、默示に表示された前提はつねに妥当するであろう」ことを確信し、「それは、ドアから投げ出されても、窓から再び入つてくる。」と予言したのであつた。[21] 第一次大戦の勃発により彼の予言は適中し、前提論は経済的不能論、さらには行為基礎論に姿をかえて、窓から入つてくるであろう。

このようにして、前提論は、当時の学界に承認されるに至らなかつたが、[22] BGBの第一草案においては、ウィントシャイトの影響のため、若干の注目すべき規定を有するに至つた。すなわち総則の条件および期限の箇所では、「前提論は、法律行為の効力の自己制限の一般的範疇としては、現状ではそれについて立法による規定を設けてもさしつかえないような完成と承認を得ていない」ので、一般的規定は設けず、ただ必要な場合に特別に規定することとし、それ以外の場合には、「前提は、個々の場合に、条件として解釈されないかぎり、法律行為の効力に関係しない動機と

しての意味を有するにすぎない。」とされたが、[23] とくに不当利得の一場合として、七四二条で「将来の事件もしくは法律効果の発生または不発生について、明示もしくは黙示に表示された前提の下で給付をなしたものは、前提が実現されないときは、受領者より給付したものの返還を請求できる。」と規定し、前提論の重要な部分の立法化を行なった。[24] この法案に対しては、ウィントシャイト自身も満足せず、前提論自身は将来の学説にまかせるとしても、より一般的な規定の方が望ましいとし、前述（四一頁）のような提案をした。しかしながら、七四二条自体、レーネルの激しい攻撃にあい、[25] 第二草案では削除されるに至った。[26]

(1) ウィントシャイトの前提論は、まず Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, 1847, S. 270–322. において大綱が示された後、Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850 で展開された。Pandekten, I, 7 Aufl. 1891, §§ 97–100 にそのレジュメがあるほか、Die Voraussetzung, AcP 78 (1892), 161–202. は前提論に対する批判に答え、自説を擁護したものである。本稿は、主として最後の論文により、Kegel, S. 143–150 を参照しながらまとめた。なお、わが国においても、多くの学者により前提論の紹介がなされているが、事情変更の原則との関連で論じたものとして、勝本・一七九—一九四頁参照。

(2) 奥田「ウィントシャイトの「アクチオ論」について」論叢六三巻三号参照。この論文はアクチオ論をウィントシャイトの法理論全体との関連でとりあげているため、本稿にとっても得るところ大である。とくに五一一五頁。

(3) AcP 78, 166 u. 195.

(4) AcP 78, 163 u. 195. たとえば、甲が公道の敷設によって建築目的に使用されるようになるという期待で、ある土地を買う。道路の敷設が不確かであると思われれば、それを条件とするであろう。これに対し、道路の敷設が権限を有する機関によって決定されたが、監督官庁の許可が欠けており、それも与えられる見込だが、まだの場合、許可が与えられることを前提として、その土地を買うことになる。AcP 78, 164.

(5) AcP 78, 195.

(6) Voraussetzung, S. 82–83.
(7) AcP 78, 167–168.
(8) AcP 78, 168–176.
(9) AcP 78, 181–188.
(10) AcP 78, 197.
(11) AcP 78, 200–201.
(12) Oertmann, GG S. 138.
(13) Oertmann, GG S. 1. はこれを決定的欠陥とする。これはローマ法の法源のみを問題とした当時の歴史法学の方法論によるものであろう。Kegel, S. 148. 奥田・前掲一一頁参照。
(14) Voraussetzung, Vorwort. なお、この理論を現在の causa 論の立場から論ずるものとして、Kegel, S. 146–7.
(15) 前提論は、この点でも理論的に批判の余地が多いが、ここではふれないことにする。松坂・不当利得論二八二—二八八頁参照。
(16) Die Lehre von der Voraussetzung, AcP 74, 213–239; Nochmals die Lehre von der Voraussetzung, AcP 79, 49–107.
(17) ただし、最近の錯誤論においては、動機の錯誤においても、場合によっては、救済を認めるために、意思表示の内容に入れることができるとする説が有力である。Flume, Eigenschaftsirrtum und Kauf; Brox, S. 73. この点でウィントシャイトの前提論は先見の明をほこることができる。なおフルーメの理論については、北川「瑕疵担保責任について（二完）」論叢六八巻三号一〇一頁以下参照。
(18) Kegel, S. 148.
(19) Brox, S. 74–75. このほか、前提論と事情変更の原則との比較については、勝本・一九〇—一九四頁。
(20) AcP 78, 197 u. 201.
(21) AcP 78, 197.
(22) イタリヤ法に対する影響につき、拙稿第二、八〇頁註(14)参照。
(23) Motive I, S. 249.
(24) Motive II, S. 842–843.

(25) AcP 74, 213.

(26) 委員会では全員一致して、七四二条を維持するならば「取引の安全がそこなわれるので、BGBの基礎としてふさわしくないことを確信した。」……「一般的には立法者は信義誠実および取引慣行への指定をもつて満足しなければならないし、また、法の適用はそれでまにあうことを期待しなければならない。」としたのである。Protokolle II, S. 690 f.; Mugdun, Die gesammten Materialien zum BGB, II, S. 1174.

(三) 経済的不能論

エルトマンの行為基礎論は、第一次大戦後の社会的経済的動乱が、契約に与える影響に対処するための理論的支柱として考えられたものであるが、この理論の出現するまでの間、その代用を果したのは経済的不能論であつた。そこで前史の最後に、この問題にふれておきたい。

ウィントシャイトの前提論を採用しなかつたBGBは、事情変更の原則に関しても、原則として否定的な態度をとつた。契約当事者の一方の財産状態が悪化した場合に、相手方に救済手段を与えた二つの規定（三二一・六一〇条）の審議の過程からもそれは明らかであり[1]、当初の判例が、事情変更の原則の適用を否定したのも当然である[2]。他方、BGBは、債務者を免責するための一般的方法として、責に帰すべからざる不能を認めるだけであつた。すなわち、

二七五条① 債務関係成立後に生じた、債務者の責に帰すべきでない事情によつて給付が不能となる場合には、債務者は給付義務を免れる。

② 債務関係成立後に生じた不能と、債務者の給付の後発的不能（Unvermögen）とは同視される。

二七九条 債務の目的物が種類によつてのみ定められるときは、債務者は、種類による給付が可能であるかぎり、過失の責がない場合でも、給付不能（Unvermögen）に対し責を負わなければならない。

ここでBGBは客観的不能(Unmöglichkeit)と、主観的不能(Unvermögen)とを区別しており、両者の差異如何ということが論争の的となつているが、比較法的にはこの差異は無視しうるので、ここでは両者をふくめて不能という言葉を使うことにする。そうすると、ここでいう不能とは、本来、自然的(または物理的、絶対的、論理的)不能、すなわち、何人も、またはともかくも債務者が、給付をすることができない場合をいい、経済的不能、すなわち、債務者は給付をすることができるけれども、そうする必要のない場合を意味するものではないと解せられていた。[3]

しかしながら、かかる不能=自然的不能という理解ははなはだ硬直であり、第一次大戦を契機として、判例は経済的不能の概念を認めざるをえなくなつたのである。[4]

第一次大戦にさいして、ドイツ判例が経済的不能論をいかに発展させていつたかに関しては、すでにわが国できわめて詳細な研究がなされているので、[5] ここではかんたんに発展のアウトラインを示すだけで足りるであろう。[6]

ケーゲルによれば、ドイツ判例の構成した経済的不能論には、二つの系列がある。その一つは、給付内容の変更による経済的不能であり、いま一つは、給付が正当視されないこと(Unzumutbarkeit)による経済的不能である。この両者は独立に発展したものであるが、後になつて前者が後者に吸収されることによつて融合するのである。

まず給付内容の変更による経済的不能論のリーディング・ケースとなつたのは、ゲマイネスレヒトの下の判決であるが、RGZ 42, 114 (1898) である。

原告、被告間に、ライ麦粉の供給契約が結ばれた。この粉は、被告の製粉工場においてのみ製造されるものであつた。供給期間の半ばに、工場が火災で焼けた。そこで被告は残りは履行できないと告げた。その後、工場は再建されたが、営業の再開には一年半かかるとされた。原告はなお適当期間、被告の義務は継続することについて確認を求めた。最高裁判所(Reichsgericht)は、履行の継

続的不能という語は広く解すべきであり、「引渡の必然的な遅滞によつて給付内容が別のものとなる場合にも、法の意味において、不能は継続的である。……期間の推移についての経済的意味と影響を顧慮するならば、一時的不能は永続的不能と同視される。」本件のような場合には、履行が六ヶ月以上伸びるときは、契約の目的は達せられない。そのときは、変更された市場の状態と、変更された危険を伴う別の収穫期が問題となる。このような場合に、「もし一方に履行の実現を、他方にその受領を、要求しようとするならば、正規の営業において不安定と動揺が生ずるであろう。給付の対象はおのずから変更され、契約の履行として仕える能力を失つた。」からである。

この判例は、第一次大戦の勃発後、履行困難に陥つた債務者を救済するための先例となり、適用範囲を次第に拡大して行つた。まず、売買契約のみならず、一般的に双務契約に適用された。[7] つぎに前述の先例では、給付内容の変更は一時的自然的不能による給付の延期の結果生じたのであるが、後には、それ以外の理由による給付の延期の場合にも、[8] さらに最終的には、給付の延期を必要とせず、要するに給付内容の変更のある場合に、債務者の免責が認められるとされた。[9]

また当初は、給付内容の変更は両当事者に影響を与えなければならないとされたが、後には一方だけで足りるとされた。[10] 実際上最も重要な問題は、いかなる前提の存在する場合に判例は給付内容の変更を認めるかという点である。これについては一般的公式はなく、当初の判例は、個々のケースに従つて具体的に考察したが、後には、全体的状況や、あるいは、アメリカ合衆国の世界大戦への参加とか、一九一八年の革命のような特定の事件から、一般的に給付内容の変更を導き出した。[11] 以上のような発展において、判例は給付内容の変更による経済的不能を認めるために、とくに民法典の条文を引用することをしなかつた。RGZ 94, 68 (1918) に至つてはじめてこの場合に、民法一五七条

（「契約は、取引慣行を顧慮し、信義誠実が要求するように、解釈されなければならない。」）および二四二条（「債務者は、取引慣行を顧慮し、信義誠実が要求するように、給付を実現する義務がある。」）に根拠を求めた。これにより、従来これらの条文によつて、給付が債務者にとつて正当視されない場合に認められた、今一つの判例系列と融合することとなつた。そこで、次には、この判例系列をとりあげることにしよう。

給付が正当視されないことによる経済的不能論も、そのリーディング・ケースを、古く、民法典施行後まもない RGZ 57, 116 (1904) に求めることができる。

本件も製粉所の火災に関する。ハンブルグの製粉所で秘密の方法で作られる綿花種子の粉の売買がなされた。契約された引渡期間の途中で製粉所が焼けた。そこで売主は不能を理由として免責を求めたのに対し、買主は不履行による損害賠償の請求をした。裁判所は以下の理由で請求を棄却した。

本件では民法二七九条が問題となる。この規定は種類全体のなくなつた場合にのみ債務者を免責すると解すべきではない。「問題の種類の目的物の調達が非常に困難になり、公平上何人にも正当視されない場合」にも、種類による給付は不能となる。このような制限は二七九条には存在しないが、本件のような特殊な種類売買については少なくとも二四二条から生ずる。もちろんかかる解釈といえども、二七九条の意図に反してはならない。給付目的の調達が偶然の事件によつて、たんにより困難になつただけでは足りず、「異常な困難さと結びつき、その結果、この困難さが取引の解釈によつて不能と同視されるほどにならなければならない。」かくして、種類債務者はその種類物が市場で得られるかぎり履行しなければならない。しかし、本件のように商品がもはや調達不能なときには、これらはあてはまらない。この場合に、債務者は代替品を引渡す必要もない。

この判決の根本観念は次のように要約される。取引生活において通常であるものの範囲内に存するような努力のみが債務者に正当視されると。[12] この根本観念は第一次大戦中に確立された。かくして、債務者は約定の商品の代りに代

替品を引渡す必要はなく、[13] また約定品の製造のために通常でない代替品を使用する必要もないとされた。[14] また種類債務者は、その種類を市場で求めることのできないときには、免責され、さらに、その商品を偶然に手に入れる可能性があつても変りないとされた。[15] これに対し、価格の騰貴は原則として顧慮されなかつた。すなわち、市場に商品の存在するときは、卸商人と製造業者は価格の騰貴を引受けなければならないとされた。[16] しかしながら、インフレーションの進むにつれて、価格の騰貴は無視できなくなり、判例は、価格の法外な騰貴によつて、(長期の) 契約の履行が契約当事者の一方を「まさに破滅的」にする場合には、いわゆる生存破滅の抗弁 (Einrede der Existenzvernichtung) が認められると説いた。[17]

判例はさらに一歩前進した。一九二一年一一月二九日の最高裁判例は、双務契約においては、一方の当事者に破滅がもたらされることが重要なのではなく、給付と反対給付との関係が推移して、その結果、信義則上、物の給付が債務者に正当視されない場合に、債務者の免責が認められるとした。[18] ここでも給付が正当視されないことによる経済的不能に根拠が求められたが、このような理論を経済的不能論から導き出すことは困難であつた。実務界はそれに代る新らしい理論の出現を要望していた。その要求をみたしたのがエルトマンの行為基礎論であり、判例は、ただちにそれにとびついた。[19] そこで、われわれは、ドイツの判例の発展を辿ることを一応中断し、エルトマンの行為基礎論の内容を検討することとしたい。

なお、ここで経済的不能論の比較法的地位について一言しておきたい。ドイツ自体では、この理論は過渡的なものに終つたけれども、比較法的に類似の制度を見出すのは容易である。とくにイギリス法のフラストレーション法理は、まさに自然的不能と経済的不能とを統一した概念であるといつてよく、インフレの与える影響を除き、彼我の判例の

結論の一致していることはおどろくべきほどである。[20] イギリスにおいては、今日でも、本質的にはこの段階に止つているのに対し、ドイツではさらに理論的な発展を見た。ドイツにおける経済的変動がイギリスをはるかに上廻つたのが一つの理由であるが、理論を追いすぎるドイツ法学の特色の現われといえないこともなかろう。また、このように経済的不能論を認めたドイツの私法判例は、最後までそれを拒否したフランスの民事判例ときわだつた対立を示している。この差異のよつてくる原因は、やはり一方には両国の社会的経済的変動の程度の差に求められると思われるが、むしろ、両国の私法学の伝統によるものと解すべきであろう。[21] もつとも、フランスでも行政判例は不予見理論という形で、物価の値上りの契約に与える影響を認めた。[22] ドイツでも、とくに物価の騰貴に伴う経済的不能を認めた判例の中には、これと類似するものが多い。以上が第一次大戦中およびその直後（一九二一年頃まで）に、ドイツ判例を支配した経済的不能論の比較法的地位であるといつてよい。この段階においては、なお理論としての独自性は乏しいといわなければならない。

(1) 勝本・二一〇—二二〇頁。

(2) とくに、RGZ 86, 397 (1915) 勝本二九七頁。

(3) Kegel-Rupp-Zweigert, S. 51-52. なおBGBの不能概念の形成史について、北川「契約責任法におけるドイツ民法の位置」論叢六六巻四号、とくに六二—六三頁参照。

(4) BGBの不能概念の比較法的な批判としては、前注文献のほか、とくに、Rabel, S. 148-157 (bes, S. 153. Anm. 3), S. 346-358; Constantinesco, Inexecution et faute contractuelle en droit comparé, 1960, p. 52-71, p. 421-435.

(5) 小町谷。岩田。勝本二七〇—四一〇頁。とくに、三〇六—三六四頁。ただし、いずれも明確に経済的不能論にしばつてはいない。勝本教授は、この時代を事情変更の原則についての過渡、予感、意識の三時期に分けて分類している。

(6) 以下は、この点に関するドイツにおける最良の研究である Kegel-Rupp-Zweigert, S. 71-99（ケーゲル執筆）による。そのレジュ

メとしてKegel, S. 150–152.

(7) 海上運送、傭船契約につき、RG JW 1919, 717 Nr. 4; RGZ 99, 115 (1920) 勝本三二九頁、小町谷四一頁。請負契約につき RGR 98, 18 (1919) 勝本三二六頁。賃貸借につき RGZ 99, 258 (1920) 勝本三三一頁。

(8) たとえば、RGZ 92, 87 (88) (1918) 勝本三〇六頁。RGZ 94, 45 (47) (1918) 勝本三一三頁。

(9) RGZ 99, 258 (259) (1920) 勝本三三一 (三三二) 頁。

(10) とくに、RGZ 94, 45 (50) (1918) 勝本三一三 (三一五—六) 頁。

(11) RGZ 94, 68 (69 f.) (1918) 勝本三一七頁。RGZ 94, 45 (48 f.) (1918) 勝本三一三頁。RGZ 98, 18 (21) (1919) 勝本三二六 (三二八) 頁。

(12) Kegel-Rupp-Zweigert, S. 83; Kegel, S. 152.

(13) RGZ 84, 125 (126) (3. II. 1914) ただし、本件は戦前のケース。

(14) たとえば、銅延棒の代りに、古銅を使う必要はない。RG Warn. 1917, 293 (Kegel-Rupp-Zweigert, S. 83).

(15) RGZ 88, 172 (174) (1916); RG JW 1919, 4993 (Kegel-Rupp-Zweigert, S. 83).

(16) 卸商人につき RGZ 88, 172 (1916) 勝本二九九頁、小町谷一一頁。RGZ 95, 41 (44) (1919) 勝本三二三頁。製造業者につき RGZ 92, 322 (324) (1918) 勝本三一〇頁、小町谷二〇頁。

(17) RGZ 99, 258 (1920) 勝本三三一頁。これは、工場の賃貸借において、電力および蒸気を供給する義務を有した賃貸人の側から、物価騰貴を理由として告知をしたケース。結果的には賃貸人のこの主張は認められなかった。RGZ 100, 134 (1920) 勝本三四三頁。これは貨物自動車の製造供給契約に関するケース。その他、Kegel-Rupp-Zweigert, S. 88–92, S. 96–98.

(18) RGZ 103, 177 (1921) 勝本三五九頁、小町谷九〇頁。

(19) RGZ 103, 328 (1922).

(20) 拙稿第一。

(21) その具体的な説明については拙稿第二、とくに四八、五一頁注(12)、六五—六九頁。

(22) 拙稿第二、五一頁以下。

二　行為基礎論の成立

(一)　エルトマンの行為基礎論[1]

エルトマンによれば行為基礎はつぎのように定義される。

「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(Vorstellung)であるが、それは行為の締結のさいに現われ、相手方によつ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。[2]」

その例としては、つぎのような場合があげられる。甲は競業者乙に対し、一定の補償の下に一定の商品をあつかわないことを義務づけられる。乙はその後、営業をやめる。パレードの行なわれる日のために窓ぎわの部屋を借りる。しかるにパレードが延期になる。さらに現在、実際上はるかに重要な問題であるが、長期間の供給契約が結ばれたのち、価格が予期せざるほど過度に高騰する。これらの場合に行為の基礎が喪失したと考えられる。[3]かくしてエルトマンの行為基礎論は、戦争が契約に与える影響を解決することを実際的目的としながら、それを一般的理論の形で果そうとするものであるということができる。そこで、まず他の類似する法制度との関連を見ることにしよう。

(1)　前提　エルトマンの行為基礎論は著者みずから名のるごとく、ウィントシャイトの前提論の後継者である。そこで、行為基礎論は、まず前提論に対する批判を克服しなければならない。エルトマンによれば、行為基礎はつぎの二点で前提と異なる。第一に、前提は意思表示のみに関し、その内容となるものである。これに対し、行為基礎は法律行為の締結の要件として、行為全体に関係をもつが、法律行為の構成部分となることはない。第二に、前提は一面

的であり、相手方の認識可能性を以つて足り、必ずしも認識そのものを要求しない。しかし、行為基礎は両当事者に共通の表象であるか、または少なくとも相手方にとつてその重要性を認識され、かつ異議を述べられない一方当事者の表象でなければならない。前提論が極端な意思主義に立つているのに対し、行為基礎は「双面的な、表示主義にほんやくされた前提」である。(4)

(2) clausula rebus sic stantibus 理論　行為基礎論は clausula 理論と同一の機能を果す面を有する。しかし、本来の意味の clausula は契約の構成部分となり、この点で行為基礎と異なる。さらに、clausula 理論は契約成立後、事情が変更する場合のみを取扱う。行為基礎は、もちろん、この場合を実際上第一に取扱うが、さらに、過去または現在に属する一定の事情の存在についての表象もふくむ。たとえば、一定の飼育場から売られた動物の血統とか、通信係として採用した使用人が一定の外国語を知つていること等も行為基礎となる。(5)

(3) 条件　条件はある事態が不確かである場合に付せられるのに対し、行為基礎は、前提と同じく、ある事態が確かであると思われる場合を問題とする。この場合にも条件を認めようとするならば、それは条件概念を否定することになる。(6)

(4) 動機　行為基礎は一面では動機以下である。動機は行為の積極的要因であるが、行為基礎は、それなしには意思決定がなされなかつたという消極的な意味を有するにすぎない。しかし、他方では、行為基礎は動機以上である。動機は心理的、一面的であるのに対し、行為基礎は双面的であり、契約締結の要件となる。したがつて、行為基礎を認めることは、動機は原則として顧慮しないというBGBに反することにはならない。(7)

以上で、エルトマンの行為基礎の概念は一応明らかにされたであろう。つぎにその法的意味＝効力が問題となる。

行為基礎は意思表示の内容となることはないのであるから、その喪失の効力を意思表示よりひきだすことは、それが条件にまで高められないかぎり、困難である。したがつて、契約の解釈によつて（民法一五七条参照）、問題を解決することはできない。しからば、エルトマンは行為基礎の効力発生原因をどこに求めるのであろうか。彼はそれを実定法の規定に求める。BGBの規定の中には、行為基礎の不存在または消失の場合に、一定の効力の発生を認めるものが多い。すなわち、七七九条一項（和解の錯誤――エルトマンによれば、これが最も重要な規定である）、三二一・六一〇条（前掲）、四五九条一項（瑕疵担保）、五六九―五七〇条（賃貸借における賃借人の死亡または移転による告知）、二〇七八・二〇七九条（一定の理由のある場合の終意処分の取消）、六二六・七二三条（雇傭における重大な理由による告知）、さらに一一九条二項（錯誤による取消の規定、ここから共通の錯誤をひきだす）、などがそれに属する。[8] これらの個々的な規定の基礎にある観念を、類推によつて一般的に使用することには問題があるが、債務法全体を貫いている信義誠実の原則が、現実に保護を必要とする場合に、行為基礎の喪失の影響を受けたものを援助するに充分である。最高裁判所は行為基礎に属する場合を民法二四二条によつて規制することに躊躇を示さないのである。[9]

かくして、行為基礎の効果は法律によつて与えられることになるが、それは場合により異なる。行為基礎喪失の効果として通常は解除権が与えられる。継続的契約においては告知権が問題となる。その他、無効（七七九条）、取消（二〇七八・二〇七九条）も考えられる。しかし、行為基礎がたんに変更されたにすぎないときは、解除権は制限され、給付の延期（三二一条）、または給付の減額（六三四条三項参照）が認められるべきである。さらに貨幣価値が低落したときには、金銭債権者には、債務者が適当な増額の要求を拒絶した場合にのみ解除権が認められるべきである。そしてこの観念は、行為基礎がたんに量的に推移したにすぎない他の場合にも適用されるべきであろう。[10]

以上が、エルトマンの行為基礎論の大要である。この理論はウィントシャイトの前提論の発展であり、その欠陥を除去しようとしたものであつた。前提論は、当事者が当然であるために意識しなかつたことを、默示的意思表示理論によつて意思表示の内容とするものであつたが、それは事情変更の原則としてみる場合に、どうしてもフィクションとならざるをえない弱点を有した。これに対し、行為基礎は、意思表示の内容にならないとされたため、意思表示を擬制することからは救われた。さらに法律効果の点では、実定法に根拠をおき、とくに民法二四二条を活用して、事情変更の原則として、妥当な結論を出すのに成功した。取引安全を害するという前提論に対する批判に対しても、行為基礎の場合は、たんに相手方の認識可能性だけではなく、少なくとも、相手方がその重要性を認識し、異議を述べないことを要件とした。これらの点で、行為基礎論は前提論に対する進歩を誇ることが可能であり、当時の私法理論の枠内では、考えられる最良の理論であるといつてよいであろう。

しからば、エルトマンの行為基礎論は理論的な欠陥を有しないであろうか?否である。ウィントシャイトに浴びせられる批判は、本質的には、エルトマンの理論に対しても妥当するといわなければならない。まず、行為基礎は意思表示の内容とはならないものの、当事者の表象である。だが、ここではまさに当事者が何等の表象をもたない場合が問題になるのである。ケーゲルのあげている例によれば、私は明日私の家で講演をすると約束をする場合には、私自身、妻、子供が明日も健康であり、生きていること、家が明日も存在しており、近づきうること、に関して私が実際の表象をもつことはない。私自身、妻、子供が明日までに死んだり、重病にかかつたりすること、夜の間に爆弾が私の家を破壊すること、暴動のため私の家の地方が警察により閉鎖されること、洪水が起つて、近づくことを妨げること、について私が表象をもつことはない。平和なときに契約を結ぶものは、戦争を考えないし、また平和の継続を

考えることもない。そこで、このような場合に、間違つたことを表象することを要求すべきではなく、正しいことを表象しなかつたことを以つて満足しなければならない。[11] したがつて、エルトマンの行為基礎論も当事者の表象に固執するかぎり、結局、フィクションを免れることはできないといわなければならない。行為基礎は当事者の意思や表象のないところから出発しなければならない。そのような行為基礎の喪失に効力を認めるためには、主観主義的・心理主義的な法律行為理論そのものの改造が必要であろう。これを果そうとするのが、現代行為基礎論であり、この意味で、エルトマンの理論の時代制約性は免れることはできない。[12]

つぎにエルトマンの公式は取引安全の見地から欠陥を有しないであろうか。エルトマンは、たびたびくりかえすごとく、行為基礎の認識可能性にとどまらず、相手方にその重要性を認識され、異議を述べられないか、または当事者双方が同一の表象を有することを要件とした。しかし、なおこれでも広すぎる。前述の有名な設例をいま一度考えよう。父が娘の嫁入道具として家具を買う。父はまさにその目的で家具を買い、かつ、許婚者が忠実であると思つている。売主の側でも、買主の行為意思が、ただこの基礎の上にのみ形成されていることをはつきりと認識しており、かつ、それに対して異議を述べない。この場合でも、許婚者が逃げても、売買が有効であることはいうまでもない。また、買主が心の中で許婚者は忠実であると思つており、売主も同様に考えている場合、すなわち、両当事者に共通の表象のある場合にも、同様である。だが、エルトマンの公式をそのまま適用するならば、これらの場合にも行為基礎の喪失を認めざるをえないであろう。この意味で、エルトマンの行為基礎論は結局は法律行為に対する動機の影響を認めざるをえないことになる。[13]

このような理論的欠陥を免れなかつたエルトマンの行為基礎論は、しかしながら、同時代に発表された他の学説を[14]

押しのけて、判例によつてまもなく採用され、その後の実務にとつての指針となるとともに、学説の発展に対しても、大きな影響を与えた。ドイツにおける事情変更の原則の理論は、エルトマンの行為基礎論を土台とし、その修正という形で発展して行くのである。このような学説の発展は後にゆずり、つぎには、さきに中断した判例の発展を、エルトマンの行為基礎論とのからみ合いで再びとりあげることにしよう。

なお、ここで、エルトマンの行為基礎論がわが国に与えた影響について一言しよう。結論的にいつて、それはきわめて微弱なものであつた。この理論の発表された直後は、わが国における事情変更の原則の形成期であり、当然にこの理論も紹介された。しかし、岩田・勝本両教授により、行為基礎論は徹底的に批判され、以後、わが国特有の事情変更の原則が成立することとなつた。そこには、行為基礎論に対する誤解の存することも否定できないが、なお、ドイツにおける前述の批判を見るとき、客観性を強調しようとしたわが事情変更の原則にも正しさを認めざるえないであろう。(15)

(1) Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, 1921; Geschäftsgrundlage, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft (HWB RW), II, 1927, S. 803-806. 本文の叙述は主として後者による。わが国では勝本七〇六—七三一頁、岩田七八、三五七—三七四頁。

(2) Geschäftsgrundlage ist die beim Geschäftsschluß zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut. GG, S. 37. ほぼ同文、HWB RW S. 803. 勝本七〇九—七一〇頁、ただし「又多数当事者の存するときは、この観念は各当事者に共通するものなることを要する。」の訳語は誤解に導くであろう。すなわち、勝本教授の理解によれば、一方当事者の表象だけで足りるのは単独行為の場合であり、契約においてはつねに双方の主観が一致することが必要だとされるが（たとえば七一六頁）、これは重大な

誤解である。また、岩田博士はなぜかこの定義をかかげていない。

(3) GG, S. 25-26.

(4) HWB RW S. 803-4.

(5) HWB RW S. 804. わが国でいう事情変更の原則は、この点で clausula 理論の上に立つているので、事情の将来の変更のみを問題とする。この日独両理論の分離を決定的ならしめたのは、やはり勝本教授によるエルトマン理論の批判のおかげであろう。ここにも勝本教授による誤解があるが（「氏の説に対し、最も問題となるは、行為基礎は純粋客観的の事情にあらずして、殊に契約に就いては、当事者間に共通なる主観的事情なりとし……」七一八頁）、過去および現在の事実に関する認識の問題は、錯誤や瑕疵担保の規定で充分であるという批判は、正しい面をもつ。七一七―七二六頁。ドイツの学説はこの点を行為基礎論の長所であると解しているが（Lehmann, § 41, II, S. 178）、行為基礎は将来の変更のみを問題とすべきだという見解もないわけではない。最近では、とくに Flume がこれに近い立場をとる。

(6) HWB RW S. 804; GG, S. 38-42.

(7) GG, S. 27-31; HWB RW S. 804-5.

(8) HWB RW S. 805-6. 詳細は GG, S. 62-123. この部分が量的にいつて、エルトマンの著書の中心をなす。それによつて、この理論がいかに実定法に根拠を有するものとして構成されたかが分るであろう。これが行為基礎論が判例によつて採用された一つの理由であるが、同時にその限界を示すものといえよう。Esser, S. 389.

(9) HWB RW S. 806.

(10) HWB RW S. 806; GG, S. 155-173.

(11) Kegel, S. 155-6. なお、岩田三七三頁。

(12) Larenz, GG, S. 9-11.

(13) Kegel, S. 156; Larenz, GG, S. 7-8. この問題に対し、エルトマンも一応解答を与えている。すなわち、この場合を、一方当事者の全く特別な利益にのみ関係する（まちがつた）表象は重要でないという例としてあげている。しかしそれ以上、理論的なつっこみは足りず、具体的には裁判官の感情によるべきものとしている。GG, S. 149.

(14) Krückmann, clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, AcP 116 (1918), 157-481. 勝本七三一頁以下。Dogm

J 75 (1925), 1–52, AcP 128 (1928), 157–203 u. AcP 131 (1929), 1–104, 257–292. Locher, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, AcP 121 (1923), 1 f.

(15) 勝本教授のエルトマンに対する批判はつぎのごとくである。第一に、エルトマンの行為基礎は当事者の主観的事情である（七一八頁）。ただし、ここには、前述のごとき誤解もある。第二に、共通の錯誤のある場合に行為基礎を認めるのは、政策的に無意味である（七二二頁）。ただし、この点も、エルトマンの理論中で、共通錯誤の占める地位は必ずしも大ではない。要するに、これらの批判は必ずしも当ってはいないが、勝本教授の「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」とする見解（五七〇頁以下）は、現代行為基礎論の考え方と一致するものがあり、卓見であるといわなければならない。なお岩田教授もほぼ同様な立場から、エルトマンを批判している。三六三頁、三六九頁以下。

(二) 判例と行為基礎論(1)

第一次大戦後、ドイツは、はげしいインフレーションに襲われた。(2) このため、前述のごとく、一九二一年の判例 (RGZ 103, 177) は、なお経済的不能論によりながら、双務契約において給付と反対給付との均衡が推移した場合に、物を給付すべき義務のある債務者を免責した。ついで、一九二二年二月三日の有名な最高裁判決 (RGZ 103, 328) は、同様な要件を、エルトマンの行為基礎論を引用しながら認め、ここに早くも行為基礎論が、判例によって採用されたのである。

この判例の事案は複雑であるが、要するに合名会社の財産の売買をめぐる争いである。判決理由中に、「エルトマンの行為基礎論（一九二一）の言葉を使うならば、一般的には、行為の基礎が、行為締結のさいに現われる、一定の重要な事態の存続に関する当事者の表象の意味において消失したかどうかが、つねに問題なのである。給付と反対給付の等価性の継続が契約締結のさいに前提された場合には、それはたんなる為替相場の推移の結果としても可能である。」として、要件について行為基礎論を導入した後 (S. 332)、本件のような継続的債務については、「被告が事情の激変によって免責される場合には、遡及効を有する解除権ではなく、将来に対す

る告知権のみが是認される。」さらに、「行為基礎の消失を肯定する場合にもなお、契約を適当な変更を加えて維持する試みがなされなければならない。……債務者が契約を解除し、または契約を告知するまえに、債務者は債権者に反対給付の増額を要求しなければならない。債権者が拒絶する場合にはじめて、債務者は免責される。それは民法二四二条の規定による」として、ここでもエルトマンの理論を採用した[3] (S. 333)。

この判決はリーディング・ケースとなつた[4]。しかし、ドイツのインフレはますます破局的となつた。このため、判例はさらに一歩進んだ。これが一九二二年一一月二八日の有名な判決 (RGZ 107, 78) による価格増額 (Aufwertung) の承認である。この判決によつて、抵当債権者に債権額の増額を請求する権利が与えられた[5]。当初は増額が個々の裁判において適当に定められたが、やがて、立法によつて劃一的に増額が認められることになつた（とくに一九二五年七月一六日の価格増額法 Aufwertungsgesetz[6]）。この価格増額の判例において注目すべきことは、ここでは、もはや行為基礎が問題とされることはなく、直接、民法二四二条（および一五七条）にもとづいて、増額請求権が認められたことであつた。これは、価格増額の制度は本来の事情変更の原則と区別されるべきことを示すものであろう。だが、判例は、まもなく価格増額法の適用に関連して、再び行為基礎論を採用し、新たな請求権、すなわち分担請求権 (Ausgleichsanspruch) を認めたが、これは実はエルトマン自身も考え及ばなかつたものであつた。

このリーディング・ケースは一九二六年二月一〇日の最高裁判決 (RGZ 112, 329) である。事案は不動産の売買に関する。その契約において、売主は抵当権を消滅させる義務を負つていた。ところが、後になつて価格増額法が施行され、売主の負担が増大したので、売主は抵当権の消滅を履行しなかつた。そこで、買主が訴えた。最高裁は売主の抗弁を認めた。判決理由によれば、従来の判例は、双務契約においては、給付と反対給付との間に等価性のあることを認めている。その上に合意がなされ、双方の給付が定められ

た行為の基礎を形成するという意味での、この給付と反対給付との等価性は、しかし以下の場合には、擾乱することがありうる。すなわち、売買契約において、不動産の上に存する抵当権の除去を引受けた不動産の売主が、その後、価格増額立法によつて定められた増額率によつて、不動産より抵当権を除去するために、契約締結のさいに予見されたよりも多くの額を支出する義務がある場合がそれである。」、かかる場合に、当初の契約条件に当事者をしばることは信義誠実に反する。「行為基礎の擾乱 (Erschütterung) が上述のように発生した場合には、不動産の譲渡人には、抵当権除去の実行のために譲渡人によつて支出される余分の額に対し、分担金を給付することを取得者に請求し、取得者がこの給付を拒絶する場合には売買契約を解除する権利が認められるべきである。しかしながら、譲渡人が売買契約を維持する意思を有するときは、取得者が価額増額を分担することを拒絶するかぎり、給付をするまで抵当権の除去を拒む権利を認められる。」(S. 333-334)。この判例は、同様な場合の先例となつた。(7)

この分担請求権は、価格増額請求権のように本来の金銭債権が貨幣価値低下のために、増額されるのではなく、契約当事者の一方が蒙る特別の負担のために、他方に対し負担の分担を求める新たな独立の請求権である。(8) このような負担は価格増額法の制定によつて生じたものであつたが、同様な結果は、他の立法によつて契約当事者の一方に負担がかかつた場合にも認められなければならない。そこで、判例は、ライヒ賃料法 (Reichsmietengesetz) による賃料の値上や、(9) 債権証書税 (Schuldverschreibungssteuer) の新設(10)により、不動産の売主の負担が増大した場合にも、分担請求権を認めた。判例の変更の場合も、立法の変更と同様に取扱われた。(11) 外国の立法の変更も同様である。(12) 最終的には、自然的災害による事実上の変更の場合にも分担請求権が認められた。(13)

これらの判例を通じてうかがわれる分担請求権の要件と効果について見ることにしよう。従来の判例は、この請求権を双務契約の場合についてのみ認め、片務契約（とくに消費賃借）の場合には否定した。行為基礎の擾乱は、給付と

反対給付(Gegenleistung)の関係の推移によつて生ずるのであり、消費貸借のごとく、給付と返還給付(Rückleistung)の関係の推移によつてではないと解されるからである。[14] また、分担請求権はまだ完全には履行が終了していない双務契約からのみ発生するのであつて、双方の履行後に、債務者の手中で給付の価値が低下した場合には適用がないとされている。[15] 分担請求権の内容は、生じた損害の公平上適当な分担であり、事情により一部[16]または全部の分担が適当とされる。[17] 分担は、金銭の支払または発生した損害の除去（たとえば増額債務の免除）によつて行なわれる。[18] 分担をすることを債務者が拒絶する場合には、債権者は契約を解除できる。[19] 他方、債務者の側も、場合によつては、分担をさけるために、契約を解除できるとされている。[20]

判例は、価格増額法の適用に関連して、分担請求権の制度を作り出したが、同じく、この法律に関連して、共通の錯誤の場合に悪意の抗弁(Einrede oder Einwand der Arglist)を認めた。すなわち、当事者が価格増額法のことを知らないで和解をする場合には、行為基礎の擾乱が見られるのであり、それにもかかわらず、信義誠実に反して契約を固執しようとする一方当事者に対し、相手方は悪意の抗弁、すなわち不正の権利行使に対する異議を主張することができるとされた。[21] 相場について、共通の錯誤のある場合も同様と考えられる。[22] しかし、なお、この時代には共通の錯誤の特殊性は十分に理解されていたとはいいがたいものがある。[23] それが十分に意識されるには、ラーレンツによる主観的行為基礎論の展開を待たなければならなかつた。

さいごに、扶養契約にも行為基礎論が適用を見た。この種の契約については、比較的早くより、原則として clausula rebus sic stantibus が默示的に内在していると考えられたが、[24] 後には、ただ事情が変るだけでは足りず、行為基礎を擾乱し、両当事者の究極目的を挫折させるような本質的変更がある場合に、事情変更による異議を認めうるとした。[25]

以上が、第二次大戦前において、判例が展開した行為基礎論の大要である。[26] エルトマンの学説が登場して以来、ほとんどすべてのドイツ判例は、事情変更の原則の適用される場合に、行為基礎という概念を使用している。中には、判決理由中にエルトマンの公式をそのままかかげているものもある。[27] もし、前述のエルトマンの公式に対する批判が正しいならば、判例はしばしば不当な結論を生ぜしめたであろう。しかし、判例の結論はおおむね妥当であつたと思われる（ただし、ラーレンツの批判あり。後述）。この現象をわれわれはいかに解すべきであろうか。判例は、結局、エルトマンの行為基礎論を文字通り適用したのではなく、たんに飾りとして使用したにすぎなかつたのである。すなわち、判例自体は経済的不能論によつて開かれた道を進んで行つたのであり、エルトマンの行為基礎論はそれに理論的機縁を与えたにすぎないのである。といつても、行為基礎論は実際上無意味であつたのではない。それは若干の要件を明確にしたし、とくに法律効果の点で新生面を開くのに貢献した。このように、行為基礎論が実際に正しい結果をもたらした理由としては、第一にエルトマン自身、現実的な感覚の持主であつたこと、第二に、エルトマンの公式は理論的に必ずしも徹底したものではないため、実際の適用において裁判官に裁量の余地を残したこと、などをあげることができるであろう。[28] しかし理論的欠陥は、それはそれとして無視できない。その欠陥を克服しようとしたのが、第二次大戦後に発表されたラーレンツの行為基礎論である。そこで、つぎにはこの理論を検討することにしよう。

(1) わが国における従来の研究は一九二四、五年を以て終つており、しかも行為基礎論に焦点を合わせたものは存在しない。本稿は、ここでも主として Kegel-Rupp-Zweigert, S. 99-133; Kegel, S. 157-162. によつている。個々の判例に関して詳細に紹介する紙数のないことは遺憾である。

(2) 第一次大戦の開戦前より、レンテンマルク発行により、マルクが安定する一九二三年一一月までのドル相場指数(A)と卸売物価指数(B)の変化は次のごとくである。（ブレッシァーニ・トゥローニ著、大内兵衛訳・インフレーションの経済学、昭和二一年、五

九―六〇頁による)。

	A	B		A	B
一九一三年平均	一	一	一九一四年末	一・〇七	一・二五
一九一五年末	一・二二	一・四七	一九一六年末	一・三六	一・五〇
一九一七年末	一・三五	二・〇二	一九一八年末	一・九七	二・四六
一九一九年末	一一・一四	八・〇三	一九二〇年末	一七・四	一四・四
一九二一年末	四五・七	三四・九	一九二二年末	一、八〇七・八	一、四七四・八
一九二三年十月末	一七・三(十億)	一八・七(十億)			

(3) 勝本六五頁、小町谷九五頁、なお勝本教授は、本件を以て事情変更の原則は構成期に入る、とされている。

(4) RGZ 106, 7 (1923). 勝本三六九頁、RGZ 106, 11 (1923). 勝本三七〇頁、RGZ 107, 124 (1923) 勝本三九七頁、要旨のみ。

(5) 勝本三九三頁、教授は本件を以て、事情変更の原則の発達史の最後の転向を示すものとされる。

(6) 価格増額法については勝本六四一―六五七頁、山田「インフレーションと抵当権―第一次大戦後のドイツ価格増額法に関する一考察」法協六五巻四号五・六号。

(7) RGZ 112, 329; 119, 133; 121, 56; 121, 130; 122, 149; 122, 378; 125, 48; 126, 13; 139, 315 参照。

(8) Kegel-Rupp-Zweigert, S. 101.

(9) RGZ 121, 141 (146 f.) (1928). 不動産の売主が、その不動産を買主より賃借していた。ライヒ賃料法により賃料が値上げされたときに、売主=賃借人は売買価格の増額を主張できるとされた。

(10) RGZ 125, 37 (1929). 売買の目的となつた土地に、売主が抵当権を設定し、債権証書(民法七九三条以下参照)を発行して融資を受けていた。売買がなされた後に、債権証書税が新設され、売主の負担が増加したケース。

(11) RGZ 136, 34 (1932). 不動産売買成立後、一九二七年五月九日の判例(RGZ 116, 177)が物権的増額請求権を認めたために、増額に応じなければならなくなつた売主より分担請求をしたケース。

(12) ドイツでは、マルクが不安定のため、継続的供給契約において、代金がポンドやドルによつて定められることが多かつた。しかるに一九三〇年代のはじめ、英米の貨幣法規の変更により、ポンドやドルが暴落したために、売主が分担を請求した。ポンドに関

しては、RGZ 141, 212 (1933); 145, 51 (1934). ドルに関しては、RGZ 147, 286 (1935); 148, 33 (1935); 163, 324 (334) (1940). がこの問題を取扱う。最後のケース（脱退した組合員の補償請求権（民法七三八条）の額をドルにより定めた場合）を除き、事案はいずれも糸の供給契約に関する。

(13) 契約締結後、契約の対象である森林地帯が大旋風に襲われた場合にも、分担請求権が認められた。RG Säuff. Arch. 94, 94 (Kegel-Rupp-Zweigert, S. 102).

(14) RGZ 145, 51 (56).

(15) RGZ 142, 23 (35) (1933). 本件はメキシコ貨幣による手形割引契約を問題としており、注(12)の範疇に属するケースである、これに対し、不動産の売買において、売主が抵当権を消滅させた後に売買が締結されたが、その後、価格増額法が遡及して適用されたために、売主の義務が復活したときは、なお完全には履行が終了したことにはならないと解される。RGZ 119, 133 (137 f.) (1928).

(16) RGZ 119, 133 (140) (1928).

(17) RGZ 126, 13 (16) (1929); 141, 212 (220) (1933).

(18) RGZ 139, 315 (1933) 参照。

(19) RGZ 121, 130 (133 f.). ただし、この場合の解除は事情変更の理由によるものではない。民法三二六条（双務契約における一方当事者の履行遅滞による解除）によるべきである。なお、本件では解除権は否定された。

(20) RGZ 119, 133 (141 f.). ただし、傍論である。

(21) RGZ 122, 200 (203 f.) (1928).「価格増額法の不存在が行為基礎となるかぎり、当事者は和解の締結にさいし、共通の錯誤によつて導かれている。そして、当事者は真の法律状態を知つていたならば、和解を締結しなかつたであろう。そのような場合には、民法七七九条の特別の要件が存在しなくても、いずれの当事者も和解を援用することはできない。それに反するときは、信義誠実に違反し、他の当事者には一般的悪意の異議が与えられる。」なお注(23)参照。

(22) RGZ 105, 406 (1922). ソビエトのルーブルの為替相場に関する錯誤。RGZ 116, 5 (1927). 相場表のミスプリントに結果する錯誤による有価証券の購入の委任。ただし、判例はいずれも、本来、動機の錯誤なのにかかわらず、表示の錯誤として救済したのであつた。後述。

(23) Kegel-Rupp-Zweigert, S. 131–133. この点で注目に値するのは、RGZ 153, 356 (1937) である。ここでも和解の錯誤が問題となつた。Aの家の前の道路に凹みがあつて、モーターバイクに乗つていたBがけがをした。Bはまず市に対し請求し、一定額で和解

したが、Aに対する請求は留保すると表示した。Bは後にAに対する訴を取下げ、市に対し全損害の賠償請求をした。最高裁は二度にわたつて、この請求を認めた原審判決を破棄差戻した。判決理由にいわく。従来の判例によれば、七七九条の要件がみたされないときでも、行為基礎の喪失のある場合には民法二四二条により不正の権利行使に対する異議を認めた。この異議権を和解の場合に原則として排除することは国民の健全な法律感情に反する。また、法律効果についても、二四二条による異議を主張する場合には、七七九条のように和解が無効となるのではなく、当事者の一方が他方を契約にしばることによつて公序良俗に反する利得を取得する可能性およびその程度を審理すべきである。それは場合により異なる。本件では損害額が問題となる。被害者の損害がきわめて重大であるのに、受取つた額が著しく不均衡のときに、和解を維持しようとすることは、健全な法律感情に反するであろう、と。論旨中に、ナチス的色彩をうかがうこともできるが、行為基礎の喪失を和解の錯誤と区別しようとする傾向が見られる。

(24) RGZ 106, 233 (1923) 勝本三七六頁、RGZ 110, 100 (1925) ただし、初期は反対の見解であつた。RGZ 56, 121 (1903).

(25) RGZ 145, 119 (1934); 163, 91 (1940); 164, 366 (1940); 166, 40 (1941). 事案はいずれも離婚のさいに配偶者間で扶養の合意をしたが、後になつて、主として扶養義務者の方から、財産状態の悪化を理由として、扶養料の減額を請求するケースである。事情の本質的変更のあるときは、あらかじめ事情変更による異議権の放棄があつた場合でも、裁判所はこの放棄を無効としている。

(26) この時代の判例の要件・効果に関する体系的叙述として、なお、Kegel-Rupp-Zweigert, S. 113-133; Kegel, S. 159-162 参照。

(27) RG (1939) Säuff. Arch. 94, S. 94 (10), (Kegel-Rupp-Zweigert, S. 107); RGZ 168, 126.

(28) 以上の評価はすべて Kegel-Rupp-Zweigert, S. 106-108; Kegel, S. 157 u. 161. による。

三　ラーレンツの行為基礎論(1)

(一)　序　説

行為基礎論は第一次大戦後の社会的経済的変動を契機として成立したものであつたが、ドイツにおいてはその後も変動がやむことなく、ナチス時代に突入し、さらに第二次大戦を迎えた。このため、行為基礎の喪失をとりあつかう判例は絶えることがなく、次第に豊富になつていつたこと、前述のとおりである。ナチス私法学は行為基礎論を特別

にとりあげはしなかつた。しかし、その契約理論は、個人主義的・心理学的方法と絶縁することにより、次の時代を準備した。[2] 第二次大戦とそのカタストローフ、東西分離は、第一次大戦の場合以上に契約関係に対して影響を与えた。今回は立法も大幅に活躍した。とくに、戦時中より、支払不能となつた債務者を破滅より救うために、裁判官による支払の猶予、減縮を認める立法が制定された（最終的には、一九五二年の契約救助法 Vertragshilfegesetz 後述）。しかしなお判例の活躍はめざましかつた。第二次大戦後の判例の態度は、従来の傾向を一層おしすすめ、あらゆる場合を考慮して、当事者を契約にそのまましばることが正当視されないときに、契約の解消または改訂を認めた。行為基礎論はもはや第二次的意義を有するにすぎない。[3]

一九五二年に発表されたラーレンツの新らしい行為基礎論（Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. 1. Aufl. 1952, 2. Aufl. 1957. 以下本文中にGGとして引用する。頁数は原則として第二版のものである）は、このような判例の動向を背景とし、それを批判するとともに、エルトマンの理論の欠陥を是正しようとする目的をもつものである。ラーレンツによれば、ドイツの判例は、個々のケースを一定の要件よりときはなし、ただ信義誠実とか、公平とかによつて判断しており、これでは法的安定性を欠くことになる。行為基礎の喪失は、決して戦争のような動乱のときにのみ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、pacta sunt servanda の原則の正しい限界づけの問題なのである。そこで、従来の判例を分析することによつて、要件および効果を類型化し、より詳しく規定するならば、弾力的ではあるが、無原則とはならず、一定の見透しのできるような判旨を志向する判例を可能ならしめるのであろう。以上がラーレンツの行為基礎論の目的である（GG, S. 1-4）。

ラーレンツは以上の立場に立つて、まず従来の学説を検討した。その結果、それらはいずれも不充分であるとする。

行為基礎という表現には主観的な意味と客観的な意味がある。主観的行為基礎とは、当事者の一方または双方の意思決定の主観的基礎、すなわち行為締結のさいに現われ、動機の過程で決定的役割を演ずる表象である。他方、客観的行為基礎とは契約の客観的基礎、すなわち、契約当事者が知ると否とに関せず、その存在または継続が契約中に意味上当然に (sinngemäß) 前提されている事態の全体であり、それなしでは、契約目的、契約当事者の意図が実現されえず、したがつて契約の存続が意味、目的または対象を失うことになる。ウィントシャイトやエルトマンの理論は主観的行為基礎を強調し、クリュックマンやロッハー[4]は客観的行為基礎に偏つている。しかしながら、主観的行為基礎と客観的行為基礎とは、要件および効果においてそれぞれ区別されるべきである (GG, S. 17-18)。かくして、ラーレンツは行為基礎を主観的と客観的とに分け、さらに後者を等価関係の破壊の場合と契約目的の到達不能の場合とに分ける。そして、それぞれの場合において要件と効果を確立した。以下、それを具体的に見ていくことにする。

(1) ラーレンツの行為基礎論は、すでにナチス時代に見られる。それによれば、行為基礎を純客観的に、すなわち行為を有用な、民族的全体秩序に適合した形成とするために、存しなければならない事情の存在、または存続として理解している。Vertrag und Unrecht. I. 1936. S. 164. ここには、後の発展の基礎がうかがわれるが、本格的な研究は戦後に発表された。Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (GG) 1952. がそれである。それにつづいて、一九五二年のドイツ私法学会では、ラーレンツの報告をめぐつて討論がなされた。AcP 152, 447. 翌、一九五三年秋のドイツ法曹大会では、行為基礎論がテーマの一つとなり、ラーレンツも報告し、討論に参加した。(Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, 1953, Bd. II.)。さらに Lehrbuch des Schuldrechts. I. Bd. 1. Aufl. 1953, 4. Aufl. 1960. には、これらの研究の成果が簡潔に叙述されている。ラーレンツの見解に対し、多くの批判がなされたが、GG, 2 Aufl. 1957. では大綱は維持されながら、若干の改説と増補がなされている。本稿は主として、最後の著書による。

(2) ナチスの契約理論については、とくに、我妻「ナチスの契約理論」杉山教授還暦祝賀論文集参照。なお、ナチス契約法学の今日における評価に関しては、一九六〇年度秋期民科法律部会においてなした私の報告「ファシズムと法学者—ナチス私法学の功罪を

中心に」の中で触れておいた。現代行為基礎論の代表者であるラーレンツ、シュミット・リンプラー、ジーベルトなどが、いずれもナチス契約法理論の建設者であつたことは、たんなる偶然ではない。他方、ナチス時代における行為基礎論の最もすぐれた研究は Keegel-Rupp-Zweigert の前掲書におけるケーゲルのものであるが、ここにはいわゆるナチス的な色彩は全然ない。

(3) 第二次大戦後の判例の発展については後述する。ここでは若干の特徴的な論旨をかかげる。「契約にしつかり結びつけることから生ずる結果が、事態の変更によつて、債務者にとり正当視されないときにかざり、またそのときはつねに、その範囲内で、債務者の抗弁は認められる。」OGHZ 1, 62 (1948). 「いかなる公式を被告が防禦を根拠づけるために主張しようとも——行為基礎の喪失、clausula rebus sic stantibus. 前提論、許されない権利行使等、——つねに決定的なのは、個々のケースのあらゆる事情の考量である。」OGHZ 1, 386 (1949). BGHになつても同様である。「行為の目的を顧慮して、契約にしばりつけることが信義誠実に従つて義務者にもはや正当視されえない」ときにのみ、行為基礎の喪失は顧慮されることができる。RGHZ 2, 176 (1951). さらに有名なフォルクスワーゲン事件（フォルクスワーゲン貯蓄者 Volkswagensparer が、残金と引換にフォルクスワーゲンの引渡を要求したケース。第二審では行為基礎の喪失による契約の解除を認めた。）において、BGHは「裁判所は行為基礎の喪失のときは、民法二四二条によつて、ひろく法形成的に契約関係に干渉する機能を有する。」という立場に立つて、契約を新事態に適合させる可能性を認めた。そのさい審理すべきあらゆる事情として、まず、どのくらいの貯蓄者（全部で三〇万人をこえる）が企業 (Werk) に対して追加払とともに車の引渡を要求するか、または支払ずみの料金の払戻を要求するかということ、つぎに、買主の支払による企業の直接的間接的資金調達は特別の意味をもちうるかということ、さらに企業の財産状態、生産費、利益、年間の生産量、貯蓄者に対し毎年引渡されるべき車の数などが説示されている。BGH v. 23, X. 1951, JZ 52, 145. これは裁判所に不可能を強いるものであろう。

(4) 四二八頁注(14)参照。

(二) 主観的行為基礎の喪失＝共通錯誤論

主観的行為基礎とは、両契約当事者に共通の一定の表象または期待であり、契約の締結にさいし、当事者がそれより導かれるものをいう。各当事者がこの表象または期待を考量の中にとり入れたこと、および、それが正しくないことを知つたならば、そもそも契約を結ばなかつたか、またはその内容では結ばなかつたか、または契約を相手方に要

求することが誠実に反したであろうこと、が必要である。事態の将来の変更をたんに期待しないというだけでは不充分であり、また一方当事者の動機だけでは、相手方がそれを知り、かつ異議を述べなかった場合でも不充分である(GG, S. 184)。

ラーレンツの主観的行為基礎論はまず共通の動機錯誤の場合を問題とする。BGBは動機の錯誤を原則として顧慮しない建前をとっている(例外、取引において本質的と見られる人または物の性質についての錯誤、民法一一九条二項)[1]。しかし、共通錯誤については一般的には規定がなく、別に考えなければならない。売買の目的物の性質についての共通の錯誤のある場合に、判例・学説は瑕疵担保の規定(四五九条)を優先的に適用してきたので、共通の動機錯誤が主観的行為基礎の不存在として実際上問題となるのは、目的物の性質以外で、契約締結にとり重要な事情、とくに両当事者により認められた計算の基礎に関する錯誤のある場合である(GG, S. 20-23)。たとえば、前述の判例のうち、一ルーブルが真実にはわずか一ペニヒにしか当らないのを、二十五ペニヒとして計算した場合(RGZ 105, 406)や、有価証券の相場がミスプリントのため、実際の千分の一であると信じてその購入を委託した場合(RGZ 116, 15)などがそれである。判例は、いずれも表示の錯誤であるとして、取消を認めた。しかし理論的にいえば、これらの場合は、動機の錯誤が考えられるだけである。また、この場合に錯誤の効果を認めること(錯誤者に対する取消権の付与、しかもこの取消権は遅滞なく行使されねばならぬ、一二一条。相手方に対する信頼利益の賠償義務、一二二条)も妥当な結果をもたらさない[2]。このような共通の動機錯誤の存する場合には、主観的行為基礎の喪失として、それにふさわしい効果を認めるべきである(GG, S. 23-28)。

民法上、直接に契約基礎の共通錯誤を規定するものとしては、七七九条がある。それによれば、和解は「契約内容

上、確実であるとして基礎におかれた事実関係が現実に適合せず、かつその争いまたは不確かさが、事態を知つたならば生じなかつたであろう場合には、無効である。」この規定が、主観的な意味での行為基礎の立法的承認であることはエルトマン以来の通説であるといつてよい。ラーレンツもそれを認める。判例は、前述のように、この規定の趣旨を拡大し、当事者が価格増額請求権のことを知らないで和解をした場合に、七七九条の要件をみたさなくても、行為基礎の擾乱を理由として、悪意の抗弁を認めた。しかし、ラーレンツによれば、価格増額請求権の不存在ということは主観的な意味の行為基礎となることはなく、別の解決を考えるべきであるとされる。[3] エルトマンの公式との差異はこの点に明らかである (GG, S. 40-47)。

共通の錯誤は、前述の諸例のように現在のことに関するのみならず、将来のことについても生ずる。その場合に行為意思の基礎となるのは、将来の事態のあやまつた期待である。コロネーション・ケースがその適例である。[4] さらに同様のことが、一定の現在の関係の存続を期待する場合にも、それが契約内容の確定にさいして基礎となつたときには、妥当する。ただし、この場合には、現在の関係の存続を積極的に期待することが必要であり、たんに将来の変更を期待しなかつただけでは足りない。後者の場合には、――客観的行為基礎とはなりえても――主観的行為基礎からは排除されるべきであり、この点でもエルトマンの公式とは区別される。ところで、ラーレンツによれば、現在の関係の存続の期待が行為基礎となるのは、主として扶養契約の場合である。このときは、当事者は一般的に、扶養給付の確定のために重要な経済的個人的諸関係がほぼ将来も変らないことを期待している。扶養契約の当事者は類型的にそのような期待から出発している。判例が、前述のように、扶養契約には性質上 clausula rebus sic stantibus が内在しているというのは、この意味で正しいというべきである (GG, S. 47-51)。

主観的行為基礎の不存在の効果として、当初ラーレンツは、民法七七九条を類推して、契約は原則として（扶養契約は例外）無効（unwirksam）となると解したが（GG, 1. Aufl. S. 143 f.）、後には、学説の批判を入れ、主観的行為基礎と客観的行為基礎とは一つのケースに重なり合つて存在することを認め、劃一的立場を放棄した（GG, 2. Aufl. S. 170 f. 後述）。

ラーレンツのいう主観的行為基礎の内容は以上のごときものである。それを要約すれば、最初にかかげた定義となる。エルトマンの行為基礎論は、理論的には主観的行為基礎によりながら、その中に当事者が何等の表象や期待を有しない場合をも含めようとし、学説の批判に遭遇した。ラーレンツは、エルトマンの主観的公式のうち、残しうるものを共通錯誤論として独立にとりだすことにより、この批判に答えようとするものであつた。そして、主観的行為基礎の要件を厳重にすることにより、エルトマンの公式の実際の適用において生ずる可能性のある乱用をおさえようとした。これらの点におけるラーレンツの功績は認めざるをえない。およそ、ある理論の有する弱点は、それが異質的なものを統一しようとするところに、往々にして生ずる。エルトマンの理論もその一例である。しかし、ラーレンツの主観的行為基礎論もなお疑いをはさむ余地がないであろうか。また、これをわが国に導入する実益があるであろうか。それは、後で論ずることとして、つぎに客観的行為基礎に移ろう。

(1) 通説は性質の錯誤を動機の錯誤と解する。ただし、この点に関しては前述（四一四頁注(17)）のごとく、フルーメの新説がある。これに対するラーレンツの批判は GG, S. 20. Anm. 1.

(2) ドイツ民法の錯誤の効果の規定は、わが国のそれに較べ、両当事者の利益考量の点で、はるかにすすんでいる。しかし、なお批判を免れない。最近では、とくに Brox, S. 5-8.

(3) RGZ 122, 200（四三五頁注(23)）の場合は、一五七条による契約解釈によればよく、また RGZ 153, 356（四三五頁注(23)）の場

合は、culpa in contrahendo が認められる。Larenz, GG, S. 43-44.

(4) 拙稿第一、八頁。

(三) 客観的行為基礎の喪失

客観的行為基礎についての根本観念は、ラーレンツのつぎの文章に最もよく表現されている。「契約を結ぶものは、一定の所与の状況から考え、かつ行動する。その状況について彼は表象をもつ必要はなく、またおそらくそれについて完全に見透すことはできないにもかかわらず、その状況の存在は内在的前提の形で契約の中に入りこむ。(1)……さて後になつてかかる事情の根本的変更が生じた場合には――その可能性について契約当事者は考えず、したがつて、利益の考量や危険の分配にさいして、何等顧慮しなかつたが――契約は、それにもかかわらず変更なく実行されるときには、その本来の意味を完全に失い、当事者が予期した、または合理的に予期しうるものとは全く異なる効果を有することがありうる。これは、clausula rebus sic stantibus または変更した事情の顧慮に関する古い問題、すなわち、いかなる前提の下で、存在する契約関係が事情の予期されない変更によつて強く影響され、その結果、原則的に要求されている契約厳守にもかかわらず、それを変更なくさらに維持することはもはや是認されないのか、という問題である。」(GG, S. 52-53)

この問題に関しては、エルトマンのような主観的公式では解決できないことは前述した。また、ドイツの判例は、債務者の破滅とか、Zumutbarkeit というような契約外的な視点より、個々のケースにつき具体的な公平考量をしている。しかし、ラーレンツによれば、正に問題は契約の意味と目的に従つて解決されなければならない。それには類型的考察が必要である。そして、内外の判例を分析するならば、客観的行為基礎の喪失の類型として考慮されるのは、

給付と反対給付の等価関係の破壊の場合と契約目的の到達不能の場合である。

(1)　等価関係の破壊 (Die Zerstörung des Äquivalenzverhältnisses)

双務契約においては、各当事者は相手方に給付をする義務を負うとともに、反対給付を受領する権利を有する。この給付と反対給付は、少なくとも当事者の主観において、等価値でなければならない。このことは双務契約の本質に属するので、事情の変更により等価関係が推移し、一方が他方の給付を自己の給付に対する等価物として到底見ることができないようになつたときは、双務契約はその本来の意味と性格を失うことになる。このような場合には、契約全体の基礎が喪失したといわなければならない (GG, S. 78-79)。

ドイツの最高裁判所は、多くの判決の中で、このような観念を表現している。すでに、一八八八年の判例は、火酒の売買契約成立後、過大な火酒税が施行された場合に、プロイセンのＡＬＲを適用しながら、その理を認めた (RGZ 22, 81)。第一次大戦後、インフレーションの進行するにつれ、この種の判例は数を増した。ラーレンツによれば、リーディング・ケースは、営業用賃貸借において、賃貸人が蒸気供給義務を負つていた場合に、石炭の値上りを理由にして、賃貸人に追加払の請求を認めた RGZ 100, 130 (1920) である。[2] しかし、等価関係の破壊が決定的な観点となつた判例は、前掲 RGZ 103, 177 (1921) であり、その後に、エルトマンの公式を初めて使用した RGZ 103, 328 (1922) が続く。さらに RGZ 112, 329 (1926) にはじまる分担請求権に関する判例も、等価関係の破壊をとりあつかうものである。しかし、ラーレンツはこの範疇に入る事例の多くを疑問とし、あるいは別の理論構成をとるべきであるとし、あるいは、そのような等価関係の推移を考慮すべきではないとしている。[3] (GG, S. 79-89)。

かくして、等価関係の破壊の場合には、ラーレンツのかかげる要件は、判例や他の学説よりも厳格である。すなわ

ち、たんなる等価関係の破壊だけでは足りず、取引上、何人も予期しないような事件の発生により、おおよそ等価的な給付の交換としての契約の意味が失われる程度にまで、その破壊が達することが必要である。また、不均衡がたんに erheblich であるだけでは足りず、grob でなければならないともいわれている。といつても、その程度は算数的に確定することはできず、その具体化のために裁判官に一定の裁量が認められる。なお、純粋の投機的行為においては、等価性の後発的破壊は顧慮されるべきではない (GG, S. 89-91)。

(2) 契約目的の到達不能 (Die Unerreichbarkeit des Vertragszweckes)

客観的行為基礎喪失の第二の類型は、契約内容の中に表現された客観的契約目約が到達しえなくなる場合である。この場合には、履行不能の場合と同様、契約は、その本来の意味を失うために、完全に、またはそのままでは維持できなくなるのである。われわれは英米法やフランス法の判例の中に、この種のケースを多く見てきた。[4] ドイツではプロイセンのALRが、当時の clausula 理論の影響の下で、契約目的の到達不能の場合を規定していた (I 5 §§ 377-384)。BGBはこの種の規定を有しない。ここに法の欠缺があり、解釈が埋めなければならない。それには個々の典型契約ごとに考察しなければならないが、つぎに二、三の例をあげよう (GG, S. 91-95)。

売買契約では、瑕疵担保の規定が契約目的の到達不能の場合の大部分をカバーしているため、第二類型の行為基礎喪失の事例は少ない。とくに事例の多いのは、賃貸借である。ダンスホールやバーを営むために場屋の賃貸がなされた後に、戦争の勃発によりそれらの営業が禁止された場合 (RGZ 87, 277; 88, 96; 89, 203)、海水浴場の店の賃貸がなされた後、戦争の勃発により、海水浴場が使用禁止になつた場合 (RGZ 91, 54)、ガソリンタンクの賃貸がなされた後、戦争がはじまつたため、ガソリンの入手が不可能となり、しかもその施設は他の目的には使用できない場合 (RGZ 94,

267)、いずれも契約目的の到達不能が考えられる。これらの場合には、賃貸借の使用そのものはいぜんとして可能である。しかし、これらの契約では、賃借物の使用目的がまさに契約内容中に客観的に表現されている場合であり、その目的の到達不能は、賃借物の使用不能と同一にあつかわれるべきである。[5] その他、請負では、次のような事例が考えられる。ある教会の正面入口(Portal)の製作が請負われた。教会は空襲で破壊され、再建は不可能となつた。この場合でも正面入口の製作そのものは、その芸術家の仕事場が残つているかぎり可能である。しかし、それは無意味となつたのである。この契約では、契約目的の達成のために、一定の教会の存在が必要であると考えられる(GG, S. 95~101)。

さて契約目的の到達不能という場合には、契約目的が決定的に到達不能となることが必要であり、目的達成が一時的に困難になるだけでは足りないが(GG, S. 102-104)、さらにその目的は一方当事者のものだけでは足りず、共通の、客観的な契約目的でなければならない。しかし、何が客観的契約目的であるかということは困難な問題である。ラーレンツはこれをつぎのように説明する。双務契約における各当事者の第一の直接的目的は反対給付を受取ることである。この目的は当該契約の性質上おのずから明らかであり、当然に契約内容となる。この第一の目的のほかに、各当事者の表象の中には、原則として第二、第三の目的がそれと結びついて存する。たとえば、買主は目的物を一定の目的のために使用しようと考える。かかる一方当事者の第二の目的は、相手方がそれを知り、さらにはつきり告げられた場合でも、原則として、相手方には関係がない。ただし、相手方がその目的を契約給付にとつて重要であると認めたり、それを顧慮して反対給付の額を確定したりした場合は例外である。この場合には、当該目的が契約中に明示され、契約内容となることは必要ではないが、契約内容の決定にさいして、両当事者によつて顧慮され、それによつて

少なくとも間接的に契約内容中に表現されなければならない (GG, S. 104-107)。

なお、等価関係の破壊たると、目的の挫折たるとを問わず、客観的行為基礎の喪失は、つぎの場合には顧慮されるべきではない。第一に、事情の変更が予見しうるか、または行為の性質上、損害を受けた当事者が危険を引受けるべき場合。第二に、その原因が当事者の身上に存するか、または損害を受けた当事者の勢力範囲内に存する場合。第三に、損害を受けた当事者が履行遅滞または債権者遅滞に陥つている場合 (GG, S. 107-8, 185)。これらの場合に事情変更による利益を主張できないことは、比較法的に広く認められていることであり、とくに説明する必要はないであろう。

以上のようなラーレンツの客観的行為基礎論は、clausula rebus sic stantibus 理論のあつかってきた問題を論ずるものである。しかも、従来の理論が、当事者の意思や表象によりながら――したがつてフィクションを免れない――説明してきたのに対し、ラーレンツは当事者の意思や表象と関係なしに、契約の基礎として一定の事態が契約中に内在すると主張するのである。このように解するならば、行為基礎喪失の効果は契約解釈の問題となるであろう。そこで、つぎには、ラーレンツの契約観にさかのぼりながら、法律効果の問題を見ることにしたい。

(1) 同じことは、法学の範囲外でも、もつと一般的に妥当するとして、ラーレンツは別の機会にスペインの有名な哲学者 Ortega y Gasset のつぎのような文章を引用している。人が表の道路に出るために家の戸を開ける場合を考えよう。彼は、自分の行動の目的、目標、動機に関して何等かの観念を持つているであろう。しかし、彼は、道路が存在すること、それが家に沿つており、通行可能であることについては観念しなかつたであろう。何故なら、それらすべては彼には自明のことであるから。それにもかかわらず、外出の瞬間における道路の存在とその通行可能性は、人の行為にとつて無意味なのではなく、それが人の行動として理解されるための根本的前提なのである。道路が突然に深淵の中に消え失せ、外出者がそのことを最後の瞬間に気がつくならば、彼は自分の行動を直ちに訂正するであろう。なぜなら最初から存在していた前提が消失したからである!――この前提が行為者自身には少しも意識されていなかつたとしても。意識された形でなく、隠された形で、この前提はわれわれの意識と思考の中に組み入れられた

のである。Verhandlungen, B. 36.

(2) 勝本三三六頁、小町谷六七頁。この判決は、当時賛否両論をまきおこした。ラーレンツ自身は、本件は裁判官に裁量の余地を広く認めすぎたと評している。GG, S. 82.

(3) すなわち、ライヒ賃料法の制定により負担の増大した売主に分担請求権を認めたRGZ 121, 141（四三四頁注(9)）に関しては、民法一五七条による補充的契約解釈で足りるとする。GG, S. 85. さらに、ポンドやドルの価値の低下にもとづく諸判例（四三四頁注(12)）については、この程度（たとえば一三%）の等価性の破壊では、契約は交換的行為としての意味を失つたとはいえない。この場合の計算の基礎の喪失は、売主にのみ一方的に関係するものであり、そのような外国貨幣約款を付する売主は多少の為替相場の変動は自己の危険とすべきであるとする。GG, S. 87-89.

(4) ラーレンツがとくにあげているのは、イギリス法では Appleby v. Myers (1867), L.R. 2 C.P. 651.（拙稿第一、一〇頁注(7)、コロネーション・ケース、フランス法では Rouen 9 févr. 1844, S. 44, 2, 402.（拙稿第二、四八頁注(3)）などである。

(5) 判例は、これらの場合に賃貸借における瑕疵担保責任の規定を適用し、賃料の減免を認めたり（五三七条）、即時告知権を与えたり（五四二条）している。類似の結果は、アメリカ法でも認められている（拙稿第一、二五頁）。しかし、イギリス法では、この点、動揺しており（拙稿第一、一二頁）、フランス判例はこのような場合に賃料支払義務を維持し、ドイツの判例と正反対の立場にある（拙稿第二、四七頁、なお四九頁注(7)参照）。

(四) 法律効果

(1) 行為基礎が当初より存在しなかつたか、あるいは後になつて消失した場合には、ラーレンツによれば、誠実に思考する当事者が、発生した事態を知つたならば、当然に合意したであろうような法律効果が発生し、裁判官は訂正的契約解釈により、それを発見しなければならないとされる（GG, S. 170, 185）。この見解は、ラーレンツの法律行為理論、さらには法哲学に基づくものである。そこで、まずその検討からはじめることにしよう。

前述のように、clausula 理論からウィントシャイトの前提論に至るまで、事情変更の原則は契約解釈の問題とされ

てきた。ところが、エルトマンの行為基礎論に至つて、契約解釈と絶縁され、判例もまた、それと前後して、問題の解決を主として民法二四二条に求めるようになつた。ラーレンツの理論は、事情変更の原則を再び契約解釈の問題と解しようとするものである。ウィントシャイトが前提を意思表示の解釈によつて確定しようとしたとき、その背景には、現実の行為意思のみが法律効果の発生原因となると考えた、十九世紀後半の心理主義的意思表示理論が横たわつていた。エルトマンはこれを極端な意思主義ときめつけ、前提論を表示主義に改造して行為基礎論を構成した。そこでは、行為基礎は契約成立の要件ではあるが、契約の内容とならず、したがつて、行為基礎喪失の効果は、もつぱら法律の規定によるものとされた。しかし、この理論は、結局は、現実の行為意思のみが法律効果を発生せしめるということを前提するものであり、ここにもなお、心理主義的・主観主義的意思表示理論が残つているといわなければならない。これに対し、ラーレンツによれば、「意思主義より解放され、行為意思そのものではなく、一般的にはそれに担われているが、ある点ではそれより解き放された表示が、客観的に理解しうる意味構造 (objektiv verstehbares Sinngebilde) として、しかも相手方に理解され、かつ表意者に帰せしめられる意義において、法律効果の充分な原因であることを認識するならば、」別の解決が可能である。[1] この見解は、表意者が意思表示をしたときに、全然、もしくは少なくともはつきりとは意識しなかつた点をも考慮の中に入れることができる。そのためには、補充的契約解釈〔民法一五七条〕の方法が用いられる。それは契約の規定を「当事者の仮定的意思ではなく、当該契約の根本観念、目的、全体の関連および一般的性質からひき出し、それを意味に従つて合意したものと見なす」のである (GG, S. 156-160)。

ラーレンツは、このようにして、契約の客観的解釈方法をとることにより、行為基礎を契約解釈の問題とするのである。彼はこの立場に、以下のような法哲学的基礎づけをする。

行為基礎考察の出発点は、一方においては当事者の意思に対し、他方においては均分的正義の命令と名付けうる客観的断言的要求に対し、契約法上いかなる意味が与えられるかという問題でなければならない。この問題は、どの私法秩序にとつても提起されるものであり、法哲学の問題である。ラーレンツによれば、法秩序においては、まず、私的自治の原則が承認されなければならない。(2) それは、自己のなした表示に対し当事者を拘束することを当然の前提とする。しかし、当事者は彼等自身によつて作られた規範を同時により高次の内在的契約正義の倫理的命令に服せしめなければならない。均分的正義の基準は本来、契約に内在的なものである。しかして、私的自治と内在的契約正義とは、正しく理解される場合には、対立物ではなく、相互に条件づけあつており、弁証法的な帰属において併存するものである。この二つの根本的要素の内的な結合においてのみ、契約法は理解されるべきである。もちろん、以上は存在論的な説明であり、心理学的なそれではない。現実には、契約当事者は第一に自己の利益を求める。しかし、同時に、両当事者とも一方があまりにも利益を得ることを欲しない。公平な分配をのぞむ。誠実にふるまうことが前提となる。主観的行為基礎、とくに計算の基礎の錯誤の場合、一方の錯誤者はそれにより利益をうるわけであるが、誠実にふるまうべき当事者としては、事態を正しく知つたならば、そのような契約を結ばなかつたと考えるべきである。客観的行為基礎の場合は、以上の説明では不充分である。ここで行為基礎喪失が問題となるのは、その結果、契約が当事者の利益の調節としての意味を完全に破壊した場合である。この場合になお当事者を契約にしばることは信義誠実の原則に反する。この原則は契約に対してあるのではなく、まさに契約のためにある。なお、ここで信義則（二四二条）の意味が問題となる。ラーレンツによれば、それは判例の解するように、裁判官があらゆる事情を考慮して自由に法形成的に判断する公平ではない。それは均分的正義の要求であり、具体的な契約関係のみが考慮されるべきであり、その結果、契約によつて本来当事者の意図したものが実現されなければならない。かくして、行為基礎の喪失の法律効果は、訂正的契約解釈によつて得られる。そのためには、二四二条は一五七条と内的に結合しなければならない (GG, S. 160–166)。以上がラーレンツの行為基礎論の法哲学的基礎づけである。われわれにとり、その中にヘーゲル哲学の影響とナチス私法学の名残りを見出すことは容易であり、ラーレンツはこの点で批判を免れない。しかし、説明の仕方はともあれ、その中には現代的問題に対する一つの現代的解決の方法があることを無視できないであろう。

(2) ラーレンツは行為基礎の法律効果について以上のような根本観念を示した後、その具体化を考察している。この点について、当初は主観的行為基礎と客観的行為基礎とを峻別して、それぞれについて要件をできるかぎり厳格に規定することにつとめたが、後にはこの立場を放棄した。現実のケースの多様性を無視できないし、また一つの生活事実が主観的行為基礎と客観的行為基礎とにまたがつて存在することを認めたからである（たとえば計算の基礎の錯誤が著しいとき、コロネーション・ケースなど）。しかし、このことは両者の区別を無意味とするのではない。主観的行為基礎が認められる場合には、それ以上に、契約が目的を失つたかどうか、または給付と反対給付の不均衡が grob であるかどうか等、客観的行為基礎の要件の有無を審理する必要がないからである（GG, S. 170-172）。

以下、ラーレンツにしたがつて、主観的行為基礎と客観的行為基礎とを分けることなく、法律効果を具体的に論じよう。まず、契約の解消が認められるべき場合としては、契約の履行が全然無意味となつた場合（とくに目的の到達不能、コロネーション・ケース）と、共通錯誤の場合（たとえば計算の基礎の錯誤）が考えられる。ただし、後の場合には、損害を受けた当事者の相手方が、変更された基礎にしたがつて履行をする用意のあることを表示したときには、契約の解消は認められるべきではない。契約の解消のためには、原則として、損害を受けた当事者による解除の意思表示（継続的契約においては告知）が必要である。しかし、行為基礎の喪失が明白であり、意思表示をすることが諸般の事情から期待しえないときは、その必要はない（GG, S. 172-173）。

つぎに、主観的行為基礎が契約全体に関することなく、その内容や態様の一部に関するときは、原則として、契約は維持され、その上で、契約内容を新しい事態に適合させるべきである。とくに扶養契約に関しては、そのさい両当事者の全経済状態が顧慮される。等価関係の後発的な破壊のときは、場合を分けて考えなければならない。当事者が

履行する前に等価関係が破壊されたときは、計算の基礎に関する共通錯誤の場合と同様、損害を受けた当事者は、相手方が反対給付の適当な増額を拒絶した場合には、解除をすることができる。損害を受けた当事者がすでに履行したが、反対給付を受けとっていないときは、原則として反対給付の適当な増額が考えられる。この場合に、契約を解消し、不当利得の返還を求めることは効果的ではない。継続的契約においては、将来に対する反対給付の増額が要求されるべきである。反対給付のどのくらいの増額が適当であるかについては、単純な公式はないが、具体的な契約関係のみが顧慮されるべきであり、扶養契約のように当事者の経済状態が考慮されてはならない。また契約当事者は一定限度まで契約上の危険を自ら負担しなければならない。投機的行為については、とくにそうである（GG, S. 173-177）。

以上によつて解除権が行使される場合には、解除の効果については、解除の規定が適用されるべきではなく、不当利得によるべきである。さらに、賃貸借、雇傭、請負において、目的の到達不能により契約が解消される場合には、解消を要求する当事者は、原則として、相手方が契約の履行のためにすでに費した費用を賠償する義務がある（GG, S. 177-181）。

(1) 現在、同じ立場をとるものとして、Nipperdey, §, 145, S. 894 f. その他、Schmidt-Rimpler, Brox などが注目される。また、イギリスではライト卿理論がこれに対応する。拙稿第一、二一頁以下。なお、ラーレンツの法律行為論は、ナチス時代以前に発表されたDie Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930. の中ですでに展開されている。

(2) ナチス時代におけるラーレンツは、契約を民族的秩序形成の第二次的要素と考えた。我妻「ナチスの契約理論」前掲一一一頁以下。ラーレンツは、戦後の著書において、ナチス時代の自己の学説についてはとんど言及するところがない。

五　問　題　点

以上の紹介により、ラーレンツの行為基礎論は従来の懸案を一応解決するものであるといえよう。ウィントシャイ

トの前提論以来、ドイツの行為基礎論には主観的要素と客観的要素が充分自覚されずに混合していた。ラーレンツはこの点に注目し、主観的行為基礎を共通錯誤論として独立させ、本来の clausula rebus sic stantibus は客観的行為基礎として論じた。後者の場合には、当事者の意思や表象に関係のない客観的事情の変更がいかにして契約の効力に影響を与えるかという点に、従来理論的難点があつたが、ラーレンツは、新らしい契約理論により、これを契約の客観的解釈の問題となしうることを主張した。さらに客観的行為基礎に関して、ラーレンツは、要件を厳格にし、等価関係の破壊と契約目的の到達不能の二つの場合にのみ、契約の改訂または解除を認め、この点でルーズになりがちな判例を批判した。以上の理論は、従来の学説の成果を発展させたものであると同時に、豊富な判例によつても裏付されており、また比較法的な視野も導入されている。[1] 方法論的にも、一般条項の適用にさいし具体化、類型化を志向しているのは、近時の傾向に合するものである。[2] 以上の諸点で、ラーレンツの行為基礎論は現代の理論として大きな意義を有することは疑いない。有力な学説が直ちにラーレンツの見解を全面的に採用したのも当然であろう。[3]

しかし、ラーレンツの行為基礎論は、一般理論として明確な要件と効果とをもつ法的構成の樹立に成功したであろうか。その本格的な検討は後述するところにゆずり、ここでは、ラーレンツ理論の問題点を示すことによつて、一応のしめくくりとしたい。まず、主観的行為基礎と客観的行為基礎とは区別されうるか。この点に関しては、まちがつた表象をもつことと、正しいことについて何等表象をもたなかつたこととは、心理的に紙一重の差があるだけであり、区別すべき実質的根拠がないほか、両者とも最終的には Zumutbarkeit の有無を判断しなければならず、結局、両者は統一的に考察されるべきであるという見解が有力である。[4] つぎに、主観的行為基礎の独立性が認められるとしても、それは行為基礎とは関係なく説明されうるのではないかという疑問がある。[5] また、主観的行為基礎を共通錯誤の場合

に限定することは、不当な結果を残すのではないかという批判もある。[6] さらに客観的行為基礎については、これを等価関係の破壊と目的の到達不能の二つの場合にかぎることの根拠が問われている。[7] たしかに、ラーレンツにはこの点の理論的説明が不充分である。等価関係の破壊の場合に、破壊の程度が erheblich であるだけでは足りないというのは厳格すぎるであろう。[8] 目的の到達不能の場合に、目的が契約の内容となるときは、契約目的喪失の制度は行為基礎と別個に考えるべきである。[9] そうでない場合には、目的は主観的になりやすく、この点でとくに主観的行為基礎との区別が困難となる。[10] 客観的行為基礎の場合に、公平の考慮をできるかぎりしりぞけようとするラーレンツの根本的思想に対しても批判が強い。[11] 契約を客観的に理解しうる意味構造と考える立場も問題であろう。[12] このように見てくると、せっかくのラーレンツの行為基礎論も、明確な要件を確定することに成功したか否か疑わしい。われわれは青い鳥を求めてさらに旅立たなければならないのであろうか。

(1) ただし、ラーレンツの比較法は教科書類のみにたよっており、本格的なものではない。これに対する批判として、Blomeyer, AcP 152, 281.

(2) 私法学の方法論における具体化と類型化は、カール・シュミットの具体的秩序思想を、ラーレンツが私法学に導入した結果であるともいわれる。吾妻「私法学から見た具体的秩序の思想」民商一四巻四号参照。なお、ラーレンツの法学方法論については、今日では Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960 が参照されなければならない。

(3) Nipperdey, § 177, S. 1076 f.

(4) Lehmann, S. 180; Kegel, S. 199; Esser, JZ 58, 114; Brox, S. 83.

(5) Flume, S. 211 f. それによれば、契約における合意の解釈で同様な解決が可能であるとされる。

(6) Blomeyer, AcP 152, 278.

(7) Blomeyer, a. a. O. 279. なおラーレンツ自身、現在ではこの両者のいずれにも属さない場合 (atypische Fälle) の存在を認めて

こゝ。GG, S. 115, 154.

(8) Kegel, S. 198; Brox, S. 84.

(9) Esser, Schuldrecht, S. 392 f.; Flume, S. 215 f.

(10) Brox, S. 83.

(11) Blomeyer, AcP 152, 281; Flume, S. 234.

(12) Kegel, S. 197.

（本研究に対し、昭和三十五年度文部省科学研究費の交付を受けたことを附記する。）