

新型コロナウイルスの大流行と 行為基礎の障害に基づく賃料減額の可否

——総論的考察編——

中 谷 崇*

目 次

- I. はじめに
- II. ドイツ民法における行為基礎の障害
- III. ま と め

I. はじめに

新型コロナウイルス（以下、「COVID-19」とする。）の世界的な大流行（以下「パンデミック」とする）により、ドイツでも社会経済は大きな影響を受けている。当時の首相アンゲラ・メルケルのテレビ演説によれば、ドイツ統一どころか第二次世界大戦以来の、ドイツ国民全員が結束して行動することが重要となる試練である¹⁾。この影響は、国家による店舗閉鎖の命令といった法的理由や国際的な供給網が絶たれるといった事実上の理由によって、私法上の数多くの債務契約に及んでいる²⁾。これに対して、2020

* なかや・たかし 立命館大学法学部教授

1) Ansprache der Kanzlerin “Dies ist eine historische Aufgabe - und sie ist nur gemeinsam zu bewältigen” <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/ansprache-der-kanzlerin-1732108>>（2021年12月20日閲覧）

2) Armbrüster/Prill, S.1008. 他方で、COVID-19 パンデミックによって利益を得た分野もある。配達サービス（Lieferdienste）、食料商店、医療品製造、ウェブ会議ツールの提供者である（a.a.O.）。

年 3 月 27 日に、「私法，倒産法及び刑事訴訟法における新型コロナ大流行での影響を緩和する法律（Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht）」³⁾が公布された。この法律の 5 条がドイツ民法施行法（以下、「EGBGB」とする）240 条を改正するものであり，4 月 1 日から施行されている。これにより，不動産賃貸借契約の解約制限などの時限的な措置が講じられている⁴⁾。なお，EGBGB 240 条は，2020 年 5 月 15 日（20 日施行）⁵⁾，同年 7 月 10 日（31 日施行）⁶⁾，同年 12 月 22 日（31 日施行）⁷⁾とさらに改正を受けている。2020 年 12 月の改正で追加された同条 § 7 は賃貸借契約における行為基礎の障害に関する特則を定め

3) BGBl. I 2020 S.569. 法律名の訳語は芦野訓和「ドイツにおける新型コロナ大流行下での消費者・事業者の保護」NBL1170号（2020年）による。

4) EGBGB 240条 § 1 では，消費者及び小規模事業者の一般的支払い猶予，§ 2 では，不動産賃貸借の際の支払い遅延を理由とした解約停止，§ 3 では，消費者金銭消費貸借契約の支払い猶予及び解除について規定されている。詳細は芦野訓和「ドイツにおける新型コロナ・パンデミックの影響を緩和するための民法施行法の改正」洋法64巻2号（2021年）参照。

5) BGBl. I 2020, S.948. イベント契約法及び EU 企業ならびに EU 協同組合法における新型コロナ・パンデミックの影響を緩和するための法律（Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Veranstaltungsvertragsrecht und im Recht der Europäischen Gesellschaft (SE) und der Europäischen Genossenschaft (SCE)）1 条により § 5 が追加されている。法律名の訳語は芦野（前掲脚注 4）4 頁による。

6) BGBl. I 2020 S.1643 （BGBl. I 2020 S.1870.）旅行契約における新型コロナ・パンデミックの影響を緩和し，新型コロナ・パンデミック時の連邦弁護士法，連邦公証人法，監査法人法および税務諮問法分野における商工会議所の機能を確保するための法律（Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Pauschalreisevertragsrecht und zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kammern im Bereich der Bundesrechtsanwaltsordnung, der Bundesnotarordnung, der Wirtschaftsprüferordnung und des Steuerberatungsgesetzes während der COVID-19-Pandemie）1 条により § 6 が追加されている。法律名の訳語は芦野（前掲脚注 4）5 頁による。

7) BGBl. I 2020 S.3328. 法的債務からの解放手続きのさらなる短縮並びに会社法，組合法，社团法，財団法及び使用賃借及び用益賃貸借法におけるパンデミックと関連した規定の適合のための法律（Gesetz zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht）10 条により § 7 が追加されている。

ている。

本稿では、ドイツにおけるドイツ民法（以下「BGB」とする）313条〔行為基礎の障害⁸⁾〕に規定されている行為基礎の障害の要件と効果に関する学説を概観し、COVID-19 パンデミックと行為基礎の障害に関する論考（特に Armbrüster/Prill 論文）を参考に、問題となる場面（主として賃貸借の事例⁹⁾）とその解決方法（特に契約内容の改訂）を考察する。なお、行為基礎の障害についてはわが国でも優れた先行研究がある上¹⁰⁾、紙幅も限られているため、本稿の検討対象は、債務法現代化後、つまり行為基礎の障害に関する条文が導入された後の通説的見解の紹介にとどまる。この問題に関する判例の検討については別稿を予定している¹¹⁾。

8) 紙幅の都合上、条文訳は掲げない。

9) Armbrüster/Prill 論文は、COVID-19 に関して前編で一般的給付障害法における BGB 275条、後編で行為基礎の障害、債務法各論の問題（売買、賃貸借、雇用、旅行）について論じている。

10) わが国でもつとにドイツの行為基礎論の研究が行われてきた。そのすべての文献をここで列挙することはできないが、代表的な研究として、以下のようなものを挙げることができる。勝本正晃『民法に於ける事情変更の原則』（有斐閣、1926年）、五十嵐清『契約と事情変更』（有斐閣、1969年）、同『事情変更・契約調整・再交渉義務——事情変更の原則の効果・再考——』札大企業法務第2号（1997年）、同「ドイツ行為基礎論小史（1）（2・完）——ドイツ新民法313条の成立まで——」札大15巻2号、16巻1号（2004年）、中村肇「後発の事情変更の原則とその妥当性（1）－（4・完）——*clausula rebus sic stantibus*理論の展開を中心に——」富大経済論集46巻2号、3号、47巻2号、48巻1号（2001－2002年）、同「事情変更法理における債務解放機能と債務内容改訂機能：ドイツ債務法現代化法および国際取引法規範における事情変更問題への対応を中心に」成城72号（2004年）、石川博康『再交渉義務の理論』（有斐閣、2011年）、吉政知広『事情変更法理と契約規範』（有斐閣、2014年）など。

11) COVID-19 パンデミックを理由とする行為基礎の障害に基づく賃料減額の可否については、本稿執筆時の2022年1月12日に連邦通常裁判所により、原則として契約適合（減額）が認められる、という判決が下されている（BeckRS 2022, 48）。ただし、この事件では、後述の期待可能性の検討が不十分との理由で差し戻されている。

Ⅱ. ドイツ民法における行為基礎の障害

1. 概 要

【事例 1】

① パーティ主催者 I は、V との間で V のクラブルームを I に毎月第 2 土曜日に賃借することに関して契約を締結した。ロックダウンのために 2020 年 3 月以降、イベントがクラブで行えなくなった。I は今後も賃料を支払わねばならないか¹²⁾。

② ①において、この営業用賃貸借 (Gewerbemietvertrag) は基本賃料 (Grundmiete) に加えて、収益に依存する賃料が合意されている。I は、もはや賃料を払う必要はないか¹³⁾。

債務関係は契約によって生じ (BGB 311 条 [法律行為上の債務関係と法律行為が類似の債務関係] 1 項)、債務関係を基礎づけることを内容とする契約が債務契約と呼ばれる¹⁴⁾。債務契約は、正当な利益調整 (調整的正義と配分的正義)、契約自由、契約の存立効 (契約順守 pacta sunt servanda) という一般市民法の原理による保護を受ける¹⁵⁾。そして、契約の一方当事者の責任領域に属すとは言えない給付障害はこれらの原則に照らして評価されるべきであり、特に、不能 (BGB 275 条 [給付義務の排除] 1 項)、期待不可能性 (BGB 275 条 2 項)、行為基礎の障害 (BGB 313 条 [行為基礎の障害]) による第一次的給付義務からの解放が問題となる¹⁶⁾。

条文上、行為基礎の障害は、行為基礎の後発的脱落 (1 項) と、原始的

12) Armbrüster/Prill, S.1009.

13) Armbrüster/Prill, S.1144.

14) Brox/Walker § 4 Rn.1.

15) Armbrüster/Prill, S.1008; Westermann/Bydlinski/Arnold, SchuldR AT, 9. Aufl. 2020, Rn.5ff., 10ff., 1018.

16) Armbrüster/Prill, S.1008.

な欠如（2項）に分けられている。前者の行為基礎概念は客観的行為基礎、後者のそれは主観的行為基礎と呼ばれる¹⁷⁾。主観的行為基礎は、わが国では共通動機錯誤の問題がこれに関連する¹⁸⁾。本稿の検討課題からは客観的行為基礎の場面が問題となる。また、どちらの場合であっても、その法律効果は、第一次的に契約の適合（Vertragsanpassung）であり、契約の適合が不可能な場合か相手方当事者に期待できない場合にはじめて、契約の解除が問題となる（3項）。他方で、再交渉の義務はBGB 313条〔行為基礎の障害〕からは導かれまいとされる¹⁹⁾。再交渉については本稿では検討の対象としない。

COVID-19 パンデミックの事例では、いわゆる大行為基礎（Große Geschäftsgrundlage）の障害が生じている²⁰⁾。これは客観的行為基礎・主観的行為基礎とはまた異なる分類方法で、条文には直接規定されていないが、講学上、認められている。大行為基礎とは、契約における基礎的な政治、経済、社会の枠組み条件が、たとえば革命、戦争、強制移住（Vertreibung）、ハイパーインフレ、自然災害などによって変更しない、つまり、社会の生活基盤（Sozialexistenz）が動揺しないという期待だと理解されている²¹⁾。COVID-19 パンデミックの影響は、経済的構造や社会的構

17) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.12ff.

18) 主観的行為基礎と錯誤の関係について、中谷崇「双方錯誤の歴史的考察（4・完）」横国18巻1号（2009年）、同「法律行為の内容とリスク分配」滝沢昌彦ほか編『円谷峻先生古稀祝賀論文集 民事責任の法理』（成文堂、2015年）、同「共通錯誤の歴史的考察：ドイツ法における展開を中心に」私法78号（2016年）参照。ドイツにおける行為基礎と錯誤の関係については、磯村哲『錯誤論考』（有斐閣、1997年）参照。

19) Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht 10.Aufl., 2006, § 27 Rn.241; MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.122f.

20) Wolf/Eckert/Denz ua, S.402; Weller/Lieberknecht/Habrich, S.1021; Armbrüster/Prill, S.1144.

21) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.17. なお大行為基礎に対置される概念として小行為基礎がある。これは大行為基礎以外の場合で、個々の契約に関係する事情が重要である。たとえば、契約対象になっているこれから測量されるべき土地の面積（Größe des erst noch zu vermessenden Grundstücks als Vertragsgegenstand）（BGH NJW-RR 2004, 477）

造全体に及び、その枠組みへの根本的信頼 (Grundvertrauen) は揺らいでいる²²⁾。

【事例 1】①では、I はもはやパーティを行えないにもかかわらず、BGB 275条 [給付義務の排除] による不能は生じない。なぜなら、賃貸借契約に基づく V の給付は、賃貸部屋 (Mieträume) を使わせるようにすることであり、これはロックダウンがあっても引き続き可能であるためである²³⁾。従って、この事例では行為基礎の障害が問題になりうる²⁴⁾。

2. 行為基礎の障害の要件

行為基礎の障害の要件は、一般に、① 現実的要素、② 仮定的要素、③ 規範的要素に区分される。①は事情の変更ないし (共通動機錯誤の場合) 不適切な観念の発見、②は当事者双方が正しく予見していたならば契約を締結しなかったか否か、または実際に締結したのとは異なった内容で締結したか否かの問題、③は、リスクの割り当て及び期待可能性 (Zumutbarkeit) である²⁵⁾。

COVID-19 パンデミックに関しても、多くの契約の履行に大規模な影響

↘735)、長期間の義務における慢性的通貨の下落などである。大行為基礎と小行為基礎は、Kegel が唱えた概念である。これについては、五十嵐・契約と事情変更 (前掲脚注10) 131頁参照。

22) Armbrüster/Prill, S.1044; Weller/Lieberknecht/Habrich, S.1021.

23) 賃料不払いは解約事由となるが (BGB 543条), EGBGB 240条 § 2 第 1 項により、賃料不払いでも解約されることはない (Armbrüster/Prill, 1009f.)。

24) Armbrüster/Prill, S.1009. もっとも、当事者双方がパーティが行われることを契約によって給付成果の発生の前提 (Voraussetzung) にしていた場合には、BGB 275条 1 項の意味での不能となる可能性がある (a.a.O.)。その他、絶対的定期行為が問題になるような場合にも、BGB 275条 1 項の不能が認められる (Armbrüster/Prill, S.1010.)。たとえば、メタルファンの M が 2020 年 7 月最終週に V が開催するフェスに参加する予定でチケットを購入していたが、感染防止措置による大規模イベント禁止を理由にフェスが中止される場合、その年ごとにフェスの出演者が異なるときは、翌年に開催されたフェスにそのチケットを使っても、V の給付の履行とは理解されえない。M は BGB 326条に基づいて契約を解除することができる。

25) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.56.

を及ぼしていること（現実的要素）、その影響は少なくとも2020年の始まりまで予見することはできなかったこと（仮定的要素）、通常の場合とは異なって具体的なリスク割り当てを基礎づけることができない個々の契約関係の独自性（Eigenheiten）が重要となること（規範的要素）、が挙げられる²⁶⁾。

（1）行為の基礎になっていること

（i）行為基礎とは何か

客観的行為基礎が脱落する場合とは、契約の本質的な事情が後発的に変更することである。つまり、BGB 313条〔行為基礎の障害〕1項は、ある事情が契約内容にはなっていないが、契約の基礎になっている場合、契約締結後に当該事情が変更したことを要件としている²⁷⁾。通説によれば、契約の基礎と契約の（本来の）内容とは区別されており²⁸⁾、判例も同様の立場をとっている。たとえば、近時の判例（BGH NJW 2012, 2728 (Rn.16)）でも、行為基礎とは、契約内容に高められてはいないが、一定の事情の存在ないし将来の発生に関しての契約締結時に明らかになっていた契約当事者双方の共通の観念及び契約当事者の一方に認識可能であり、かつ同人によって異議を述べられなかった相手方の観念であり、当事者双方の效果意思がこの観念を基礎にしていることが必要である、ということが確認されている。もっとも、行為基礎と補充的解釈との境界は流動的であり、BGB 133条〔意思表示の解釈〕、157条〔契約の解釈〕による解釈と BGB 313条〔行為基礎の障害〕の契約適合が同一の結果になる場合、この境界の問題は個々の事例では未解決とされている²⁹⁾。

26) Weller/Lieberknecht/Habrich, S.1021.

27) Brox/Walker § 27, Rn.4.

28) Brox/Walker § 27, Rn.6; Jauernig/Stadler § 313 Rn.8; Prütting/Wegen/Weinreich § 313 Rn.9; Weiler § 32 Rn.6. MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.8 und 57 も参照。

29) BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.15; NK-Kommetar/Krebs/Jung BGB § 313 Rn.21 参照。これに関して、Finkenauer は、契約内容と契約の基礎の区別はできず、行為基礎論のもとで規律されている問題は、BGB 157条に従った補充的契約解釈の問題だと見て、✂

(ii) ある事情が行為基礎となる場合

では、契約の基礎になっている事情とは何を言うのか。ある事情が行為基礎になっていると言えるには、少なくとも契約当事者の一方が契約締結に際して当該事情を当該契約締結にとって本質的なものとして前提としていたこと、かつ相手方当事者が誠実であるならば当該事情を考慮することにかかわりをもったに違いなかったはずであることが必要であり、また当事者双方の効果意思が当該事情を基礎にしていたことが必要である³⁰⁾。当事者双方が特定の事情を自明のものとしなしていたことでも十分である³¹⁾。認識できない単なる一方的な動機や観念は、行為の基礎にはなっていない³²⁾。ただし、この場合にも、客観的な意思表示の受け手の視点 (Empfängershorizont) を考慮して、その動機や観念が相手方に認識されていた場合には行為の基礎となりうる。つまり、一方当事者が相手方に自らの観念を伝え、この者がそれに異議を唱えなかったことで十分である³³⁾。たとえば、戴冠式のパレードを観覧するために窓際の部屋を引き渡すことは、行為基礎になる³⁴⁾。

↘ 当事者の仮定的意思が問われるべきであると主張する (MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.9 und 41.)。Finkenauer によれば、当事者双方は、実際に生じた事情を考慮していたとすれば、誠実であるならば、解除条項や契約適合を合意していたはずであるが、契約そのものにこれを導く手がかりがないため、契約締結の諸事情、その後に取引慣行、最後に BGB 157条に従った当事者の仮定的意思が考慮されるべきであるという。同人によれば、ここでは規範的解釈が行われ、契約による規律の立案 (Regelungsplan) は、契約目的を顧慮して、それと矛盾のないように考慮されねばならず、両当事者が誠実に思考したならば正当な利害調整として意欲し、かつ受け入れたはずの内容が問われるべきであるとされる。この規範的解釈には任意規定の評価基準が重要であり、その限りで BGB 313条の「契約上ないし法律上の」リスク分配に照準を合わせることは適切であるとされる (aa.O. Rn.41.)。

30) Brox/Walker § 27, Rn.5.

31) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.10 (相手方に認識させることは必要ないとされる (aa.O.)); Weiler § 32 Rn.8. (BGHZ 131, 209 (215) が挙げられている。)

32) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.8 und 57.

33) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.10.

34) Finkenauer によれば、BGB 313条を適用するのに決定的なのは使用目的の障害のリ

（2）行為基礎となっている事情の著しい変更

（i）著しい事情変更

行為基礎となっている事情が著しく変更することが必要となる（1項）³⁵⁾。通常の事情変更のリスクは当事者双方が自ら負うためである³⁶⁾。事情変更が著しいか否かは、個々の事例の事情及び契約上の義務への影響、特に給付と反対給付の等価性に左右される³⁷⁾。行為基礎となっている事情が重要であったこと、その結果、少なくとも当事者の一方が、行為基礎の欠如ないし脱落を知っていたか、予見していたならば、疑いなく当該契約を締結しなかったであろうこと（因果関係）が必要である³⁸⁾。当事者が、事情変更の可能性を知っていたか予見すべきであったにもかかわらず、契約上の規律を怠る場合、原則として行為基礎の障害は問題にならない³⁹⁾。たとえば、一方当事者がある事情が生じることで自身の負担となることを認識可能であったのに契約上の規律をしなかった場合、そのリスクを引き受けていたことになる⁴⁰⁾。COVID-19 が知られる前に締結されていた契約では、予見可能性は原則として否定されるが、契約締結が官庁による措置の開始の時点に近づけば近づくほど、当事者双方の事情変更への予

↘ スクが誰に割り当てられているかであり、多くの見解が使用目的や契約で追求された二次的目的を行為基礎として否定しているのに対して、リスク負担のレベルではじめて313条の適用が否定されることを考慮して、行為基礎が否定される（MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.11）。

35) 主観的行為基礎の場合には「本質的な」観念が要件となる（2項）。

36) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.58.

37) Weiler § 32 Rn.10.

38) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.58. Brox/Walker Rn.7 は、当事者双方が、当該事情の変更を予見していたならば契約を締結しなかったか締結した内容では締結しなかったはずであることという表現をしている。これは仮定的な因果の流れ（Kausilverlauf）の考慮であり、当事者双方の推定的な意思を解釈で確定すべきだとする。

39) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.74. 障害の予見可能性が肯定されるほど、期待不可能性は認められなくなる（Prütting/Wegen/Weinreich § 313 Rn.14; Weiler § 32 Rn.12.）。

40) BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.29 (RGZ 106, 7; BGH WM 1965, 843 (845); BB 1973, 1139; が挙げられている)。

見可能性が認められやすくなる⁴¹⁾。

(ii) 著しい事情変更の分類

判例によれば、著しい事情の変更は、等価性障害、過度の給付困難化、目的障害、法律状態の変更という事例群に分類される⁴²⁾。これに関して、Armbrüster/Prill 論文では以下のような事例で説明されている。ここで は BGB 275条〔給付義務の排除〕との限界づけが問題になる。

【事例 2】

① 商人 H は、2020年に病院経営者 K との間で医療要保護服の供給を合意した。その後、指数関数的に需要が上昇したので、H は、当該商品を K と合意した価格の 5 割増しの費用で調達しなければならなくなった。H は契約適合を請求できるか（等価性障害⁴³⁾）。

② 卸売商人 G は、小売商人 E にシャンピニオン（キノコ的一种）を定期的に納入している。G は、シャンピニオンをポーランドから輸入していたが、COVID-19 と関連した国境統制のために、輸送コストが明らかに上昇したが、シャンピニオンの市場価格は変わらないままである。G は E との契約に拘束されるか（過度の給付困難化⁴⁴⁾）。

③ 舞台装置家 B は、請負契約に基づいて舞台の飾りつけを劇場運営者 T の特定の作品のため行うことになっている。ところがロックダウンのためにあらゆる上演が中止された。B は、報酬の支払い請求が可能か（目的障害⁴⁵⁾）。

④ 夫婦 A は、T が運営するダンス教室で 1 か月コースを予約した（2020 年 4 月 1 日開講）。しかし、国家による閉鎖命令（Schließungsanordnung）のために、当面ダンス教室は閉まったままである。T は給付義務から解放されるか（法律状態の変更⁴⁶⁾）。

41) Armbrüster/Prill, S.1146.

42) Jauernig/Stadler § 313 Rn.16-19.

43) Armbrüster/Prill, S.1145.

44) Armbrüster/Prill, S.1011.

45) Armbrüster/Prill, S.1145f.

46) Armbrüster/Prill, S.1009.

【事例 2】①のような等価性障害において契約の適合が認められると、一方の給付義務の範囲の増減や両方の給付義務の調整が必要となり、契約に忠実であること（Vertragstreue）という原則を深刻に害するため、等価性障害が認められるハードルは非常に高い⁴⁷⁾。履行費用が合意された報酬を継続的に上回ることが、絶対的な最低限の前提だとされる⁴⁸⁾。ここでは、商品価格の上昇に伴いKの給付利益も上昇しており、給付と反対給付の不均衡が生じていないので、Hは、BGB 275条〔給付義務の排除〕2項の給付拒絶権を行使できない⁴⁹⁾。パンデミックの間に高い仕入れ値で調達しているHは損失取引（Verlustgeschäft）を行っているが、通常の場合とは異なり、この営業リスクがHに割り当てられるべきなのは、当該契約がCOVID-19の発生後にはじめて締結された場合のみであるので、ここでは契約適合を請求できる⁵⁰⁾。

給付に必要な費用と債権者の給付利益との間に重大な不均衡があると、つまり債務者にとって犠牲となるべき境界線（Opfergrenze）が踏み越えられると、原則として BGB 275条〔給付義務の排除〕2項の抗弁権を提起することができる。【事例 2】②のような過度の給付困難化では、等価性障害の場合と同じく、Gの給付費用は経済事情の変更により上昇しているが、シャンプニオンの価格は固定であったので、Eの給付利益は変わっておらず、債務者の出費と債権者の利益は乖離している。しかし、ここでは、種類債務について合意されており、この場合には原則として調達リスクは債務者が負担するという理由から、BGB 275条〔給付義務の排除〕2

47) 法及び正義それ自体と相いれない耐え難い結果が存在しなければならず、等価性障害の原因が予見可能であってもならないという（Armbrüster/Prill, S.1145）。BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.33 参照。

48) BGH, NJW 1977, 2262 (2263) 参照。

49) 不均衡の講談事例は、指輪を給付する際に湖の底に沈んでしまった場合に、費用をかければ拾い上げることはできるが（債務者の履行のための費用）、指輪の価値（債権者の利益）と釣り合わない、というものである（Brox/Walker § 20, Rn.18ff, Looschelders § 21 Rn.20）。

50) Armbrüster/Prill, S.1145.

項の期待不可能性は通常は認めることができない⁵¹⁾。この場合、法律効果に段階があるという理由で、BGB 313条〔行為基礎の障害〕が BGB 275条〔給付義務の排除〕2項に優先する⁵²⁾。

【事例 2】③のような目的障害の事例では、仕事が欠点なく完成する場合、原則として注文者（事例の T）が使用リスクを負担する（後述）。しかし、債務者が使用目的を知っており、かつ同人が当該目的達成について独自の関係を有している場合には話は異なる。つまり、債務者がその給付から帰結される成果に経済的に関与（反対給付を高くする、収益歩合（Umsatzbeteiligung）を設定するなど）する場合である。債務者が本来の目的について反対給付を超える自己の利益を有していた場合に、当初の契約を維持することは債務者にとって矛盾行為と評価される。この事例では、B が報酬賃金（Werklohn）に加えて、上演から持続的な収入を得ることになっていたような場合には、債権者によって意図された使用が行為基礎になっていると言え、目的障害が考慮に値する⁵³⁾。

【事例 2】④のような法状態の変更の事例では、このような COVID-19 を封じ込める国家特有の命令が考慮に値する。法状態の変更は、通常は認識できないが、政治的な措置に関する公的議論が始まる場合には、関連法律の変更についてはもはや予見不可能とは言えない⁵⁴⁾。正確にどのよ

51) Armbrüster/Prill, S.1011. 犠牲となるべき境界線の越境について、給付妨害への債務者の帰責性の程度と債権者の給付利益を相関的に判断して数値化する手法もあるが（Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 2002 § 275, Kap.2 Rn.67ff[Faust].）、個々の事例のあらゆる事情を考慮するという要請には適さないという（Armbrüster/Prill, a.a. O.）。

52) Armbrüster/Prill, S.1145. BGB 275条 2項と BGB 313条の関係については議論がある。Stürner, Jura 2010, 721 によれば、BGB 275条 2項優先説（多数説）、BGB 313条優先説、並存説、選択説がある。Stürner 自身は、両者の機能の違いに着目して、契約上のリスク構造（債務関係）、給付障害が契約上のリスク領域にあるか、行為基礎のリスク領域にあるかを手掛かりに両規範の区別をする立場をとっている。

53) Armbrüster/Prill, S.1146（目的障害が本当に生じているか疑わしい場合には、B は報酬賃金全額の請求ができるという）；BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.65.

54) BGH, NJW 1985, 1833 (1835).

うな法の変更があるかを予見可能であったかどうかは重要ではない。従って、COVID-19 が蔓延する前に締結された契約にとってのみ、BGB 275条〔給付義務の排除〕1項の不能が問題とならない限り、BGB 313条〔行為基礎の障害〕は適用可能である⁵⁵⁾。この事例では、Tの給付義務はダンスのステップを教えること、給付時期は2020年4月1日から1か月、給付場所はダンス教室であるが、Tの努力により給付時期や給付場所を変更することができ、その結果、給付可能性が維持される場合には、BGB 275条〔給付義務の排除〕1項は原則として適用されない。この事例では、官庁による閉鎖命令が部屋（Räumlichkeiten）だけを対象としているので、たとえば定期的にダンス教室にある庭（Freifläche）でソーシャルディスタンスを維持してダンスコースを行うことができる場合には、契約適合は可能である。また当事者双方にとって事前の観点から5月にはダンス教室が再開できることが予見可能であり、不能が一時的な性質に過ぎないと認められる場合、給付障害終了後に、Tは給付の埋め合わせをする必要がある⁵⁶⁾。

Armbrüster/Prillは、BGB 275条と同313条の関係について次のように述べている。COVID-19 パンデミックは、ほとんどの債務法の契約類型に影響を与え、特に通常の事情のもとで妥当するリスク割り当てはおかしなことになってしまうことが少なくない。あらゆる当事者にとって予見できずに生じるゆがみを克服するための適切な手段として、行為基礎の障害についての BGB 313条〔行為基礎の障害〕がある。これは BGB 275条〔給付義務の排除〕1項の不能が生じていない限りで、BGB 275条〔給付義務の排除〕の規律に優先すべきである、としている⁵⁷⁾。

55) Armbrüster/Prill, S.1146.

56) Armbrüster/Prill, S.1009（ただし、当該措置の終了時点が事前の観点から全く予測できないとか、閉鎖命令の期限が終了していても、状況により措置の継続が予期されるべき場合には、BGB 275条1項の不能になることもあり、その場合にはTは給付義務から解放される）。

57) Armbrüster/Prill, S.1011, 1149.

(3) リスク割り当て (Risikozuweisung) と期待不可能性 (Unzumutbarkeit)

当初の契約を維持することが一方当事者にとって、個々の事例のあらゆる事情を考慮して、特に契約上ないし法律上のリスク分配を考慮して、期待できないことが必要となり、リスク割り当てが欠如する場合に、当初の契約を維持すると法及び正義と相いれない耐え難い結果になってしまうときに限り、期待不可能性が出立点とされ得る⁵⁸⁾。契約当事者の一方のリスク領域にある事情によって行為基礎は原則として影響を受けない⁵⁹⁾。

(i) リスク割り当て

ここでは、まずリスク割り当てについて検討する。リスクとは、給付または価値にとって重要な事情ないし展開に関する不確かさ (Unsicherheit) のことをいい⁶⁰⁾、それ自体が取引の客体となる。つまり不確かさは代償 (Preis) を有し、そのためのリスク・プレミアム (Risikoprämie) によりリスク引受が埋め合わされる⁶¹⁾。リスク割り当ては行為基礎の要件にとって決定的な問題であるとされ、リスク割り当ては法律効果の枠組みで考慮されるだけでなく、あるリスクを合意内容ないし典型的契約内容に即して行為基礎の障害を援用する者が負担しなければならず、それが実現する場合、行為基礎の障害が否定される⁶²⁾。これについて、契約上のリスク分配と法律上のリスク分配について概観する。

58) Brox/Walker § 27, Rn.8; Looschelders § 37 Rn.14; Weiler § 32 Rn.12. など。判例がこれに言及している。BGHZ84, 1; 121, 378; 128, 230; 133, 316; BGH NJW2012, 1718; BGH NJW2015, 1014.

59) Jauernig/Stadler § 313 Rn.20.

60) もっとも、実際に紛争で問題になるのは、その不確かさから生じる不利益であり、法律行為におけるリスクとはこの不利益をどちらが負担するべきかという問題に帰着すると思われる (中谷・法律行為の内容とリスク分配 (前掲脚注18) 参照)。

61) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.59.

62) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.59; Weiler § 32 Rn.4.

(a) 契約上のリスク分配

(ア) 契約条項

契約当事者双方は、自ら契約において、条件⁶³⁾、解除権留保—MAC 条項 (Material-Adverse-Change-Klausel⁶⁴⁾) —、適合条項 (Anpassungsklausel) —インデックス条項 (Indexklauseln)、対話条項 (Sprechklauseln⁶⁵⁾) —などの形式でリスクの割り当てを合意することができる。生じたりスクに対して明示または黙示に契約上の調整が存在する場合、契約の均衡が規律されているので、原則として BGB 313条 [行為基礎の障害] を援用することは正当化されない⁶⁶⁾。より高次だと推定される正義 (Gerechtigkeit) を援用して、契約の適合がされると、リスク・プレミアム (Risikoprämie) を通じてリスクを引き受けた当事者のリスクを肩代わりしてしまい、不当な利益となってしまう (「棚ぼた利益」)⁶⁷⁾。

COVID-19 パンデミックにおいても、行為基礎の障害が問題になる他の場合と同様に、契約によるリスク分配が行われているときは、それが優先

63) 通説によれば、条件は契約内容の一つであるが行為基礎ではないとされるが、条件と行為基礎の区別もまた流動的だとされる (MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.154.)。もっとも、(解除) 条件は法律行為の解消を強制的に導くが、行為基礎の障害が適用される場合には契約適合の余地がある (BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.16)。

64) 重大な悪化条項。特に企業売買において、権原移転完了までの経済的な関係ないし法的な関係の重大な悪化 (material adverse change) を先取りして、解除権を保証する条項である (MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.62.)。

65) このような条項 (再交渉を予定した実効性のない対話条項) は、時間や費用の観点から、当事者双方が意識的に不完全な規律をした場合と言える。ただし、当事者双方は少なくともこの条項によって潜在的な適合の意思を明らかにしているとされる (MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.65)。解除権の留保とは解釈はされないだろう。

66) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.61f; Weller/Lieberknecht/Habrich, S.1021. これは通説によれば、問題の事情が契約内容になっているため、「行為基礎」の出番はない、ということになる (MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.62 und 8)。これに関する判例としては、BGH WM 1970, 907; 1978, 1008; 1981, 66, 67; BGHZ 74, 370; 121, 378, 392 = NJW 1993, 1856, 1859; BGH LM § 242 (Bb) Nr. 158/159 = BeckRS 9998, 51571; NZG 1998, 501 (503); NJW 2013, 3779 Rn.18 が挙げられている (MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.61. Amn.210.)。

67) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.61.

する。たとえば、価格適合条項や不可抗力条項 (Force majeure Klausel) がある場合には、BGB 313条 [行為基礎の障害] よりも優先する⁶⁸⁾。契約上の規律を具体化すればするほど、BGB 313条 [行為基礎の障害] の適用の余地とそのような条項を排除する余地は少なくなる。もっとも、個々の場合においてそれらの条項が BGB 307条 [内容統制] によって不確定的無効になることはある⁶⁹⁾。

(イ) 不完全な契約上の規律

他方で、当事者双方があるリスクを認識しており、それを処理したものと誤ってみなしたために、契約上の規律が不要だと考えた場合には、行為基礎の障害を想定することは至極自然である⁷⁰⁾。契約によって完全に規律することは、特に、継続的債務関係や企業の集中提携 (intensive Unternehmenskooperationen) では、当事者双方の限定された認識能力、過大要求 (Überforderung)、情報欠如、情報の非対称性、認識したリスクの取引費用に基づく意識的な不顧慮により限界が設定されているのだから、当事者双方が誤った評価をしても、同人らの保護が必要になりうる⁷¹⁾。

また、契約による規律が不適切であり、契約適合の必要があると思わせる別の事情があると、契約上のリスク分配がなお有効であるかを再検討する必要がある⁷²⁾。たとえば、連邦通常裁判所1981年7月3日のライ麦条項事件 (BGHZ81, 135) がある。原告は、被告のために自らの所有する土地 (1119m²) に地上権を設定 (期間99年) し、被告 (地上権者) はその土地の上に自己の建物を建てた。その際、原告は地代 (1m²あたり年額0,30マルク = 合

68) Wagner, ZEuP 2020, 534. なお、不可抗力とは通常は「外部から到来する予見不可能な、当事者双方によって統御できないまたは当事者双方に帰責され得ない出来事」だと定義され、戦争、自然災害、パンデミックなどが具体例として挙げられる (Armbrüster/Prill, S.1144.)。

69) Armbrüster/Prill, S.1044.

70) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.61; BGH NJW 1993, 1641, 1642 (Rn.302); BGHZ 112, 259, 261 = NJW 1991, 830, 831.

71) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.61.

72) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.62 187, 200f.

計335,70マルク）を金銭でもらうのではなく、特定の量のライ麦（1㎡当たり1年分として750g）を要求することができると約定した（ライ麦条項）。その約20年後、原告は、生活物価指数が約2倍（99.02%上昇）になったと主張して、被告に対して668,10マルクを訴求した。原告は、このような物価の上昇に対応するためにライ麦条項を設定したのに、国家による措置（EWG 農業市場指令）により穀物価格が固定されたために、この期待は満たされなかったので、補充的契約解釈という方法で、価値基準がライ麦価格から生活物価指数に替えられなければならないと主張した。連邦通常裁判所は、およそ以下のように述べて原告の主張をおおむね認めている。

ライ麦条項には、原告に有利になるように金銭の代わりにライ麦を要求する権利を原告に与える置き換え権能（Ersetzungsbefugnis）が含まれている。ライ麦条項には、価値保証的な特性があり、当事者双方は、原告が将来起こるかもしれない購買力低下から自身を守るという目的をこの条項で追求し、当時の観点から適切な方法を選択したのだろうが、物価が96.18%上昇したのに対して、ライ麦価格は5.11%しか上昇しなかった。その場合、当事者双方が価値保証手段としてのライ麦の不適切さを知っていたならば、信義誠実を考慮して合意したはずの内容を確定することが必要となる。これにより、原告には322,88マルクの増額の権利がある（合計658,58マルク）。これより多い分については原告の訴えは否定される。そして控訴裁判所が行った行為基礎の脱落に基づく契約適合については、補充的契約解釈が優先するとの理由から重要ではないとしている⁷³⁾。

㊦ 無効な契約上の規律

契約による規律が無効である場合もやはり、その規律において、当事者双方の規律立案（Regelungsplan）を完全なものにする必要があることが表

73) Wieling, JURA1985, S.509 は、当事者の仮定的意思を基準して地代の適合を行う場合、このような契約条項が基礎にされるべきだとする。山本敬三「補充的契約解釈（四）——契約解釈と法の適用との関係に関する一考察——」論争120巻2号（1986年）40頁（脚注81）参照。

現されている。たとえば価格条項が無効である場合、適法な価格への変更が考慮に値する⁷⁴⁾。ある条項が BGB 305条〔普通取引約款の契約への組み入れ〕以下に反する場合、契約の補充的解釈という方法で適正化されることがあり得る⁷⁵⁾。

(エ) 解除権の規律

当事者双方がリスク割り当てを解除権に関して規律した場合には、契約適合が望まれていないことは明らかなので、通常は、これは問題にならない。ただし、解除条項で予定した行為基礎の障害とは別の行為基礎の障害が生じた場合には、BGB 313条〔行為基礎の障害〕の適用の余地がある（たとえば、金銭的出捐をする際に、ある特定の事態にのみ返還請求が留保されていたが実際にはその事態ではなく別の事態が生じた場合）⁷⁶⁾。

(オ) 適合条項の明確な排除と排除の推定

契約において、明確に契約適合の排除が含まれている場合、契約は無条件かつ障害を考慮せずに、妥当するものとされる⁷⁷⁾。生ずべきリスクは、それが帰属するところに依然としてとどまる。もっとも、契約適合の排除の射程の解釈次第では例外的に行為基礎の障害を援用することもできる⁷⁸⁾。

74) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.63 (Fn.218) では、無効な利子変更条項について BGHZ 185, 166; BGH NJW-RR 2011, 625; エネルギー供給契約の価格適合条項が制限的になった場合について BGHZ 176, 244; 179, 186; 182, 59; 186, 180; BGH NJW 2010, 1202 sowie 1205; 2011, 1342. この傾向に批判的なものとして Uffmann NJW 2011, 1313 が挙げられている。

75) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.63. またここでは BGHZ 90, 69, 75; 117, 92, 98; 120, 108, 122; 137, 153 が挙げられている (a.a.O. Fn.219.)。

76) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.64. ここでは OLG Koblenz MDR 2004, 1359 が挙げられている（義理の両親が、自身らが困窮したら返還請求ができると留保して、自身の娘と義理の息子に金銭的出捐をしたが、娘夫婦が離婚した場合にも行為基礎の障害により返還請求ができるという事例）。

77) 婚姻関係にない生活パートナーが老後の住処の共有の分割 (Aufhebung ihres Miteigentums) を排除した後に、共同生活が破綻する場合である。

78) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.66 und 51 (排除を明確に定めていなければならないほど、✂

契約に適合条項が含まれていない場合、適合条項の排除が合意されると推定されうる。たとえば、固定価格（Festpreis）の取り決め、統一価格約定（Nettolohnabrede）、補償金による和解（Abfindungsvergleich）などがある場合である⁷⁹⁾。他方で、業界で慣習となっている条項が欠如する場合は問題である。当事者双方は認識しているリスクないしきわめて起こりやすいリスクに備えて条項を入れ込まなかったことになる。そのような慣習が形成されはじめの時点では、条項の欠如は見落とし（Versehen）であり、適合を正当化することができるが、そのような慣習の確立後には、債務者が適合条項を入れ込むことができなかったという反証可能な推測が存在するので、BGB 313条〔行為基礎の障害〕の援用は問題にならないとされる⁸⁰⁾。

(b) 典型的なリスク分配と法律上のリスク分配

(ア) 取引典型的なリスク分配

契約上のリスク分配がない場合、取引典型的なリスク分配が問われるべきである。両当事者のリスク領域の限界づけは、リスクの模範的特性（Typizität）と法的関係に徴して、一般的な慣習、取引慣行（Geschäftssitte）、取引への期待（Geschäftserwartung）、そして最後に法定の規律類型（Regelungsmustern）に徴して、行われる。しかし、典型的リスクの限界も顧慮されるべきであり、この限界を確定することは難しい点である⁸¹⁾。

たとえば、契約当事者各人の動機や期待（Erwartung）における障害は、その者自身が責任を負わねばならない⁸²⁾。給付者は、自ら申し込みに当たり錯誤に陥っておらず、かつ自身の給付を正しく評価し、十分に計算した

↘それとは異なるリスク分配は許されないという)。

79) Jauernig/Stadler § 313 Rn.21（黙示のリスク引き受けと呼ばれる。); MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.67.

80) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.67 und 208（そのような条項の不規律により、たとえば、調達費用の上昇のリスクから物的給付の債権者は身を守ったことになる）。

81) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.68.

82) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.69, 273, 284.

という点に関してリスクを負担する。これは、通常は、より低コストでそのリスクを回避できる者、つまり通常は、自身の支配領域 (Machtsphäre) に給付目的物が存在する者とも分かち合う必要がある。たとえば、所有者は物の価格下落や滅失のリスクを負担しなければならない (casum sentit dominus)。そして、物的給付の債権者は、その価値下落のリスク、そしてより一般的にはその給付の使用や目的実現のリスクを負担する必要がある。これに対して、物的給付の債務者は、調達リスクや、給付困難化のリスクを負担する。金銭給付の債務者は融資リスク、金銭給付の債権者は金銭の価値低下のリスクを負担する⁸³⁾。典型契約に即した例としては⁸⁴⁾、売買や請負では、売主が調達リスクを、請負人が完成リスク (Herstellungsrisiko) を負い、買主や注文主が使用リスクや売り上げリスクを負い、また買主や注文主は融資のリスクも負う。賃貸借では、賃貸人は賃借客体の使用適格性のリスクを負い、賃借人は賃借客体の使用により利益がもたらされるリスクを負担する。長期の用益賃貸借では、用益賃借人は収益リスクを負担する。消費貸借では、借主は使用可能性のリスクを負担する。保証では、保証人は主たる債務者の支払い能力のリスクを負担する。

取引が投機的要因を有しており、覚悟していたリスクが現実化するに過ぎない場合には、BGB 313条〔行為基礎の障害〕の適用の余地はない。たとえば、空売り (Leerverkauf) においては、売主が適時に目的物を手配せず、調達価格が下落することを期待するのだから、売主は景気動向のリスクを負担しなければならない⁸⁵⁾。

原則とは異なるリスク分配 (abweichende Risikoverteilung) は、相手方当事者がリスクに関与した場合、たとえば、同人がリスク負担者の取引成果の分け前にあずかる場合、正当化されることが少なくない。たとえば、用益賃貸借が売り上げに従って評価される場合である。他にも、相手方の領

83) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.69; BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.30.

84) 以下の例は Jauernig/Stadler § 313 Rn.22 による。

85) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.70; BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.27.

域にある事情に基づいてリスクが高まる場合（相手方の誤った説明に基づいて計算が行われる）、リスク負担者に不利で、専門的知識を持つ相手方に有利な情報な格差がある場合にも、リスク移転が生じることがある⁸⁶⁾。

(イ) 法律上のリスク分配

典型的に取引と結合したリスクは⁸⁷⁾、危険移転、権利や物の担保責任といった法律上の規定であらわされている⁸⁸⁾。リスク分配を定めるにあたってはこれらの規定を用いるべきである⁸⁹⁾。もっとも、これらは通常は任意規定なので、それとは異なる当事者の規律の方が使われやすい。しかし、問題になる事例では、当事者のリスクに関する規律が欠如する点が厄介なのだから、当事者双方が誠実ならば合意したはずの内容を確定すべきであり、これに関して法律によるリスク分配は評価基準として用いることができる。たとえば、戦時中にダンスの催しが禁止される場合に、BGB 536条〔物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額〕の評価に基づいて賃貸人がこのリスクを負担し、賃借人は解除ができる（RGZ 87, 277; 88, 96; 89, 203; 91, 54）⁹⁰⁾。

86) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.71（ファクタリングの事例）。

87) 詳細は MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.73。

88) Weiler § 32 Rn.5 によれば、本質的な事情の変更に関して、不安の抗弁権（BGB 321条）、重大な事由に基づく解約権（BGB 314条）、契約締結時における特定の誤観念については、錯誤（BGB 119条）、物的瑕疵や権利の瑕疵に関する誤観念については、瑕疵担保の規定（BGB 434条以下、BGB 536条以下、BGB 633条以下）、和解の基礎に関しては、BGB 779条、ある事情の不存在ないしその不発生による不能については、BGB 275条1項、給付費用と債権者の給付による利益との不均衡から生じる期待不可能性については、BGB 275条2項が挙げられている。Jauernig/Stadler § 313 Rn.10-13 も参照。

89) 詳細は MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.138ff. 法定の特別規定が最終的なものとみなされない場合のみ、BGB 313条が問題となる（MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.139.）。

90) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.72. 危険移転規律（BGB 446, 447条）は、解釈が優先するからといって、必ずしも BGB 313条の適用を排除しないが、これらの規律は、リスク分配に対する有意義な判断の補助材料であることが少なくないので、原則と異なるリスク分配にとっては不利になるという（a.a.O.）。

(ウ) リスクの予見可能性と帰責性

ある危険 (Gefahr) を知っている者または知らねばならない者は、契約をそのまま締結するならば、その危険が発生するリスクを引き受けており、行為基礎の障害は否定される。このような場合、当事者は、条件や適合条項を契約に取り込むこと、または保証 (Versicherung) を締結することで、予防措置を講じていたはずだからである。例外的に行為基礎の障害が認められるのは、両当事者が客観的に予見可能なリスクを処理したものと誤解した場合、またはそれに備えることが全くできなかった場合 (ハイパーインフレなど) である⁹¹⁾。

行為基礎の障害を引き起こした者は、行為基礎の障害を援用することは許されない⁹²⁾。たとえば、故意にあるいは有責性のある方法で障害を惹起する場合、自己の給付を遅滞する間に障害が生じる場合、その他一般に障害の発生が自身の行為に起因する場合には、その者に帰責される。従って、その者が適時に備えをしなかった場合、給付困難化のリスクを負担しなければならない⁹³⁾。

(エ) 事例検討

【事例 1】①②ともに、賃貸人による場所の賃貸という給付はもちろん不能にはなっていないが、ここでは、賃借人にとっては意味がない。他方で、賃借物の使用に対する使用リスク (Verwendungsrisiko) は原則として賃借人が負担する⁹⁴⁾。そうすると、ここで問題となっている賃借場所の利用可能性という一般的リスクについては契約内容になっているので (行為

91) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.74. ゆっくりと進行する通貨下落や2013年1月の国民投票以降のブレグジット (Brexit) は予見可能であるとされる (a.a.O.)。

92) 判例としては、BGHZ 129, 297, 310 などが挙げられている (MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.75; BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.28.)。

93) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.75. Weiler § 32 Rn.12 は、一方当事者が自ら変更を惹起した場合には、期待可能性が認められないとする。

94) Armbrüster/Prill, S.1145 (BGH NJW 2008, 1148). 給付に瑕疵がある場合、原則として債権者が使用リスクを負担する (BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.64.)。

基礎ではない）、リスク分配の結果、BGB 313条〔行為基礎の障害〕による契約適合は問題にならない⁹⁵⁾。他方で、契約締結の際に、国家による閉鎖命令が行われないことは、その締結が COVID-19 の蔓延の前に行われた限りで、行為基礎になっている⁹⁶⁾。パンデミックそれ自体または官庁による閉鎖命令（Schließungsanordnung）もここではリスクの実現として考慮すべきである⁹⁷⁾。これに関するリスクは契約では分配されておらず、BGB 313条〔行為基礎の障害〕が適用可能となる（法律効果については後述⁹⁸⁾）。なお、官庁による営業禁止が BGB 536条〔物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額〕1項2文の意味での瑕疵に該当するかが問題となるが、これは、賃貸人が場所（Räume）を他人に使わせる可能性を制限しているのではなく、賃借人の使用可能性に関係する。従って、賃貸借に瑕疵は存在しないと理解されている⁹⁹⁾。

(ii) 期待不可能性¹⁰⁰⁾

(a) 期待不可能性

判例によれば、行為基礎障害を援用することが許されるのは、「これが、

95) Armbrüster/Prill, S.1145.

96) Armbrüster/Prill, S.1146. Weller/Lieberknecht/Habrich, S.1021 も、契約の履行が官庁によって禁止された場合に、原因となるリスクが両当事者に同じ程度に関係しており、かつ一方当事者だけが効果でもって負担を負わせられるべきではなかったことが正当である場合には、行為基礎の障害は肯定されると述べる（OLG Karlsruhe NJW 1992, 3176 (3177 f.) が挙げられている）。

97) Jauernig/Stadler § 313 Rn.18 によれば、官庁による店舗閉鎖は COVID-19 による危機においては、閉鎖期間と国家による補償措置が考慮されるべきではあるが、原則として目的障害となるという。

98) Armbrüster/Prill, S.1145. COVID-19 による危機は、原則として契約当事者のいずれのリスク領域にもない（Weller/Lieberknecht/Habrich, S.1022ff. Jauernig/Stadler § 313 Rn. 20.）。

99) Armbrüster/Prill, S.1148. この点を実際の裁判でも争われているが、連邦通常裁判所の判決でもやはり瑕疵とは認められていない。裁判例の検討については別稿を予定している。

100) この概念について検討を行うものとして、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」一研24巻2号（1999年）。

法及び正義と相容れ得ない耐え難い、それで以って信義誠実に照らして関係する当事者に期待し得ない結果を回避するために不可避だと思われる」場合のみであり¹⁰¹⁾、この定式は個別の事例のあらゆる諸事情を信義誠実に照らして考慮するものとして役立つ¹⁰²⁾。当初契約の維持が一方当事者に期待可能かどうかは、個々の事例ごとのあらゆる事情に基づいて、障害に関係する当事者の利益だけでなく、両当事者の利益を包括的に考慮に入れる必要がある¹⁰³⁾。しかし、一般的な期待可能性を考慮することによって、リスク割り当が骨抜きにされてはならない¹⁰⁴⁾。行為基礎の脱落をもって当事者双方の一方が負担すべきリスクが現実になった場合には期待不可能性は欠如する¹⁰⁵⁾。たとえば、固定価格の約定があると、材料の価格上昇のリスクは建築業者が負担する¹⁰⁶⁾。これは法律上のリスク分配においても同様で、物的給付の債務者は、当該給付が困難になることのリスクを負担し、反対給付（金銭の給付）の債権者としては、通貨零落のリスクも負担する。他方で、反対給付の債務者は自らの支払い能力に責任を負い、物的給付の債権者として当該給付の対象を意図したように使えるかどうかのリスク（使用リスク）を負担する¹⁰⁷⁾。期待不可能性の境界線がどこにひかれるかは、契約や障害の種類及び個々の事例の事情に左右される¹⁰⁸⁾。

債務者が当該取引から生じる損失を別の取引で埋め合わせることができ

101) BGH NJW 2012, 1718 Rn.30 などが挙げられている (MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn. 76(Fn.271))。

102) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.76.

103) Looschelders § 37 Rn.14; MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.77; Weiler § 32 Rn.12. BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.32 は、これに加えて、給付と反対給付の関係が著しく動揺していることが重要だとする。

104) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.77; Weiler § 32, Rn.13. Looschelders § 37 Rn.15; Armbrüster/Prill, S.48 は、リスク割り当ては必然的に期待不可能性の検討へと流れ込むと指摘する。

105) Brox/Walker § 27 Rn.8; Weiler § 32, Rn.13; Looschelders § 37 Rn.15.

106) Weiler § 32, Rn.13; Looschelders § 37 Rn.15.

107) Looschelders § 37 Rn.15.

108) BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.32.

るかという取引外の事情を考慮すべきかは争いがあるが¹⁰⁹⁾、ライヒ裁判所は否定的だとされる¹¹⁰⁾。

(b) 事例検討

【事例 1】①では、I にとってクラブのルームを月に 1 度だけ賃借しており、他の方法での利用は難しいだろう。他方で、継続的にある部屋を賃借する場合、たとえば、すでに配達サービスを行っているレストラン経営者は、配達を強化することでその部屋（在庫の貯蔵などに使う）の賃借契約の維持が期待可能だと言える可能性がある（ただし星付きレストランには期待できない¹¹¹⁾）。

3. 行為基礎の障害の効果

BGB 313条〔行為基礎の障害〕は、1 項において契約適合、3 項において契約の解除、継続的契約の場合には解約を規定している。解除及び解約は、契約適合が不可能であるか¹¹²⁾、期待不可能である場合¹¹³⁾にのみ認められる¹¹⁴⁾。

109) たとえば、取引に用いる部屋の賃貸借において、賃借人には COVID-19 と関連した制限があっても、その部屋を取引で使用できるように自らの取引モデルを変更するよう指示されることがあり得る。たとえば、レストラン経営者が、持ち帰りまたは配達サービスに変更するような場合である（Armbrüster/Prill, S.1147）。

110) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.77 参照。Finkenauer は、取引外の考慮は認めるべきではないとする。同人によれば、行為基礎論の問題は詮ずるところ、補充的契約解釈の問題であり、その規範的観点は契約そのものから形成されなければならない。BGB 313条が要求する包括的な衡量に対する基準は、契約に内在するものであるという。つまり、仮定的な当時は意思に即した解釈によって当初契約とは異なる契約規律が導かれる場合には常に、当初契約を維持することは不利益を被る当事者にとって期待不可能となるという（aa.O.）。

111) Armbrüster/Prill, S.1147.

112) たとえば、MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.116 によれば、相続契約の基礎である留保が後に不確定的無効だと明らかになる場合、相続契約全部が破棄されるべきであり、適合の余地はないとされる（BGHZ 47, 376, 380f. (Rn.284).）。

113) 適合が期待不可能かどうかは、個々の事例のあらゆる事情を考慮した包括的利益衡量が必要となる（BeckOK BGB/Lorenz § 313 Rn.87.）。

114) なお、継続的債務関係については、重大な事由がある場合には、いずれの当事者から

このように、第一に契約適合、そして二次的に契約の解消が認められるという構成になっている。これはライヒ裁判所によって形成された判決でも¹¹⁵⁾、立法理由でも¹¹⁶⁾、そして法律上の文言でも明らかである¹¹⁷⁾。契約適合は、解消よりも緩和された法律効果であり¹¹⁸⁾、契約の解消は最終手段 (ultima ratio) であるとか、契約適合は合意順守 (pacta sunt servanda) 原則を実現し、あるいは契約の尊重 (favor contractus) を実現するのだから¹¹⁹⁾、契約の解消はそれに劣後すると言われている (解除の劣位性)¹²⁰⁾。これに対しては異論もあるが¹²¹⁾、実務でどのくらい適合が優先されているかは、

↘も解約が許されるが (BGB 314条 [重大な事由に基づく解約])、本稿ではこれは問題にならないので、指摘するにとどめる。

115) RGZ 103, 328 など。

116) BT-Drs. 14/6040 S.175.

117) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.100. 参照。Looschelders § 37 Rn.15 (契約締結時に基礎にされた当事者意思をさらに考慮するために、契約は当初の形式で可能な限り維持されなければならない。).

118) Prütting/Wegen/Weinreich § 313 Rn.28 は、契約の解消は契約の適合よりも私的自治への侵害の程度が甚だしいと指摘する。

119) 契約の尊重については、円谷峻「ファヴォール・コントラクトス (契約の尊重)」『好美清光先生古希記念論文集 現代契約法の展開』(経済法令研究会, 2000年) 3頁以下、森田修「『契約の尊重 (favor contractus)』について——債権法改正作業の文脈化のために——」遠藤光男元最高裁判所判事喜寿記念論文集編集委員会編『遠藤光男元最高裁判所判事喜寿記念論文集第1編論集編——実務法学における現代的諸問題——』(ぎょうせい, 2007年) 199頁以下参照。

120) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.101f 参照。ここで引用されている Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht 10.Aufl., 2006, § 27 Rn.241 によれば, BGB 313条3項 (解除の劣位性の規定) は、契約の尊重 (favor contractus) の現れであり、解除ないし解約は、契約適合に対して最終手段 (ultima ratio) であるとする。Armbrüster/Prill, S.1011 もこの見解を指示している。

121) Finkenauer は、以下のような理由で契約適合と契約の解消は契約修正という道具として等価であるとする。① 契約を解消して相手方と新たに交渉するか別の相手方を求めて場合によってはもっといい条件を求めることができるため、適合は必ずしも契約の解消よりも私的自治への侵害が少ないとは言えない、② 適合の一種だと理解される減額請求は BGB 441条 (原文では BGB 439条が指示されている) において解除に優先しないし、行為基礎の成文化と言える BGB 779条1項は不確定的無効しか定められていないこと、③ 契約の解消は適合のように契約を作り替えるのではないこと、④ 契約適合は裁判官に

後述の効果における期待不可能性の解釈次第だとの指摘がある¹²²⁾。

(1) 契約適合

(i) 適合への協力義務違反に基づく損害賠償義務及び解除

(a) 学 説

契約適合の目的は、契約を変更することで、適合された契約を維持することが期待可能になるようにすることである。契約適合請求は通常は行為基礎の障害によって不利益を被る当事者によって行われる¹²³⁾。判例によれば、不利益を被る当事者は、相手方当事者との間で契約の適合に関して交渉することを請求する権利がある¹²⁴⁾。相手方当事者には、契約適合への協力（Mitwirkung）が真正の法的義務（Rechtspflicht）として課されており、この義務に違反すると、不利益を被る当事者には、BGB 280条〔義務違反を理由とする損害賠償〕に基づいて損害賠償請求が生じるとされる¹²⁵⁾。この場合の損害としては裁判前の弁護士費用などが考えられ

↳ よって契約内容が定められるので、契約強制になることなどを挙げている（MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.102-105）。

122) NK-Kommentar/Krebs/Jung BGB § 313 Rn.109-114.

123) もっとも、条文上は、反対解釈により利益を受ける当事者からの適合請求も排除されていない（MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.85）。これは、学理上意味があるというのではなく、たとえば、不利益を受ける当事者（債務者）が BGB 275条による給付拒絶権を行使しそうなどに、契約適合を請求することでこれをはねつけることができるという利益がある（aa.O）。

124) Weiler § 32 Rn.17 (BGHZ 191, 139 Rn.33 (BGH NJW 2012, 373) が挙げられている)。立法者も「とりわけ当事者双方はまず自ら契約適合について交渉するべきである」と述べている（BT-Drs. 14/6040, S.176）。

125) BGH NJW 2012, 373. 他方で、これについては異論もある。つまり、不利益を被る当事者が契約適合請求権を直接に裁判によって実現することができるのだから、相手方には協力する法的義務は課されていないとして、この協力とは単なるオブリーゲンハイト（Obliegenheit）であり、その違反があっても損害賠償義務を生じさせないという（Looschelders § 37 Rn.18.）。オブリーゲンハイトとは、自らに対する義務であり、これに従うかどうかは当人次第であるので、相手方はこの履行を請求することや訴えることはできない。たとえば、BGB 573条3項における賃貸人が解約告知書に正当な利益を書かねばならないことがそれである（Looschelders § 1 Rn.26, Brox/Walker § 2 Rn.16.）。

る¹²⁶⁾。

(b) 判 例

これに関して争われた連邦通常裁判所2011年9月30日判決 (BGH NJW 2012, 373) を紹介しよう。事案は以下のようなものである。公正証書による契約によって、被告は、原告に契約に添付された見取り図で「約 28.699m²」と記載された土地を譲渡する義務を負っていたが、その土地は実際には測量されていなかった。原告は反対給付として、28.699m²の面積の耕牧地を被告に譲渡した。原告は被告の土地に通じる道をコンクリートで舗装する義務があった。当事者は契約書で、物的瑕疵に関する責任を排除し、売買対象の面積、質 (Güte)、性状 (Beschaffenheit) について相互に保証を引き受けないことを確定した。しかし被告が譲渡した土地は実際に測量すると、18.632m²しかなかった。従って、原告は被告に契約適合を請求した。しかし、被告は原告の適合の提案に同意せず、代案も出さなかったため、原告はその後、契約解除の意思表示をした。原告は、譲渡とした土地の返還の物権的合意 (Rückauflassung) を要求し、予備的に価値調整として1.8120,60ユーロの支払い、並びに裁判外での弁護士費用の賠償も請求した。

協力義務に関する連邦通常裁判所の判決は、原告による解除と損害賠償の請求を認めている。およそ以下の通りである¹²⁷⁾。

債務法現代化法によって付け加えられた BGB 313条 [行為基礎の障害] 1 項の契約適合請求権は、行為基礎の障害によって利益を受けた当事者に、適合請求をする当事者と協働して契約の適合を生じさせることを義務づけている。これは契約上の協力義務 (Mitwirkungspflicht) であり、その違反は BGB 280条 [義務違反を理由とする損害賠償] 1 項の損害賠償請求権を生じさせる。この協力義務は強制執行できないので、損害賠償請求

126) BGH NJW 2012, 373, Rn.32. Weiler § 32 Rn.17 もこの判例を援用し、相手方を交渉に参加させようとする際に生じた費用だとしている。

127) BGH NJW 2012, 373, Rn.33f.

権を発生させるべきではない、との異論があるが¹²⁸⁾、説得力を持たない。適合請求権と協力義務は対応関係にあり、不利益を被る当事者は自らが具体化した契約の変更を訴えの対象とするか、あるいは自身が適切だとみなした契約適合に基づいて生じる給付を直接に訴えることができる¹²⁹⁾。適合された給付の訴えは、適合に基づく請求権の主張だけでなく、同時に適合請求権の実行でもある。

なお、本判決によれば、協力義務違反によって契約の解除はできないと解されている。BGB 313条〔行為基礎の障害〕3項という契約の維持を目的とした特別規律が優先するからである¹³⁰⁾。もっとも、一方当事者が、裁判所が行為基礎の障害を認めるべき事案において法律効果として契約の清算に反論せず、単に BGB 313条〔行為基礎の障害〕1項2項の要件を否認するに過ぎない場合には、不利益を被る当事者が契約の清算を望めば、契約は解消されるという。一方当事者の上記のような行為は、不利益を被る当事者からの契約の清算の提案に賛成しているという客観的表示価値があるためである。これは BGB 313条〔行為基礎の障害〕3項で規定された解除の劣位性とは矛盾しないという。契約の解消が契約適合よりも深く私的自治を侵害するという考えに基づいているので、当事者双方にとってもはや契約の維持が重要ではない場合には解除が効力を発揮するとされる¹³¹⁾。

(c) 適合請求の方法

つまり、本判決によれば、相手方が交渉を拒絶したり、適合の合意が成立しなかった場合、不利益を被る当事者には、自らが内容を決めた契約適

128) ここでは、そのような立場として、Medicus/Stürner, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 313Rdnr. 20; Unberath, in: Bamberger/Roth, § 313 Rdnr. 85; Jauernig/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 313 Rdnr. 27; Krebs, in: AnwKomm-BGB, § 313 Rdnr. 81 が挙げられている。

129) これは、債務法改正の際の立法理由でも挙げられている（BT-Drs 14/6040, S.176）。MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.83 も参照。

130) BGH NJW 2012, 373, Rn.26; Weiler § 32 Rn.17.

131) BGH NJW 2012, 373, Rn.27f.

合への同意を求めて訴えるか、自らが適切だとみなした契約適合から生じる給付を求めて訴える選択権がある¹³²⁾。適合請求を主張する者は、内容を特定して給付の申立てをする必要がある (ZPO 253条 [訴状] 2 項 2 号)¹³³⁾。

(ii) 契約適合における期待可能性と契約適合としての折半

(a) 契約適合の方法

契約の適合を行う場合にも、裁判所によって、リスク分配を考慮して当事者双方に期待可能である法律効果が選択される必要がある (効果における期待可能性)。契約適合によって、当初契約において自身に割り当てられていなかったリスクを負担しなければならなかったはずの当事者が、そのリスクから解放されるのだから、契約への侵害は、リスク解放にとって必要である限度を超えてはならない (BGB 313条 [行為基礎の障害] の「限り」という文言)。従って、当初の規律への侵害を可能な限り少なくして、実現したリスクを可能な限り利益にかなうように分配する必要がある¹³⁴⁾。不利益を被る当事者に自らの契約上の義務への拘束がどの程度期待することができかを検討すること、つまり適合によって期待可能性が再生され、履行が再び期待可能になる必要がある¹³⁵⁾。このようにして行われる適合には、価格の差の適切な折半¹³⁶⁾、調整金の支払い、給付様式の変更 (消費

132) Weiler § 32 Rn.18; Brox/Walker § 27 Rn.10.

133) Westermann/Bydlinski/Arnold, aa.O Fn.15, Rn.1033.

134) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.89; NK-Kommetar/Krebs/Jung BGB § 313 Rn.115 (契約適合は可能な限り侵害を最小にしなければならないが、同時に可能な限り最適な利益調整になるようにしなければならない、それには当事者双方の (仮定的) 意思を考慮すべきである)。

135) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.89 und 94. Finkenauer によれば、基準となるのは契約上及び法律上のリスク分配であり、当事者双方が誠実にどのような法律効果を案出したであろうか、という仮定的検討を要するとされる (MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.89 und 95)。

136) NK-Kommetar/Krebs/Jung BGB § 313 Rn.15 (いずれのリスクにも割り当てられるべきではない場合に、そのリスクから生じる不利益の折半になりえる)。折半という適合メ

貸借の段階的な返済（allmähliche Darlehensrückzahlung）に変わる一時返済（sofortige Darlehensrückzahlung）、分割払い（Teilzahlung）の設定、支払い猶予などがある¹³⁷⁾。

(b) 折半による解決についての判例

いずれの当事者のリスク領域にも属すべきではないリスクが実現した場合の契約適合としての折半について、民法典の条文が参考とされることもある。そのようなものとして、連邦通常裁判所1989年11月23日の判決（BGH NJW 1990, 572）がある。被告は、1986年5月4日から9日までプラハへの修学旅行を原告（旅行主催者）のところで予約したが、4月25、26日にチェルノブイリで事故があり、ドイツの管轄省庁が旅行の見送りを命じたため旅行は行われなかった。原告はホテルに支払ったキャンセル料などの賠償を求めて訴えた。

連邦通常裁判所は、不可抗力に基づく行為基礎の脱落の場合に旅行契約の解約を認める BGB 旧651j条〔不可抗力に基づく解約〕1項が行為基礎の脱落の特別な場合を規定する条文であることを確認して、およそ以下のように述べている。不可抗力などを理由に「当該契約が解約される場合、挫折した旅行のリスクは両当事者の間で適切に分配されるべきである。なぜなら旅行の危殆化ないし阻害は不可抗力によって旅行主催者のリスク領域にも旅行者のリスク領域にもないからである」。旅行者は実施した旅行給付については解約をしても補償を請求できるが、本件では旅行は行われていない（BGB 旧651j条〔不可抗力に基づく解約〕2項1文、BGB 旧651e条〔瑕疵に基づく解約〕3項2文）のでそれはできない。だからといって主催者が一人でこの負担を負うべきではない。他方で、そのような超過費用は BGB 旧651j条〔不可抗力に基づく解約〕3項により、旅行者だけに課すとするとはやはり不当になる。両者は行えなかった旅行のリスクから同程度

↘については、多くの学説の支持を受けている（MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.94 参照）。判例としても BGHZ 109, 224 = NJW 1990, 572 などがある。

137) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.90.

に離れている。「帰還のための超過費用の調整に関する BGB 旧651j 条〔不可抗力に基づく解約〕2 項 2 文の規律の基礎になっているリスク分配に依拠して、旅行主催者が既に行っていた必要なホテルの予約に対して不可抗力に基づく解約によって生じるキャンセル料があるならば、それを両当事者に各自折半して課すことは適切である。そのような費用も、予見不可能な「超過費用」であり、それは、——帰還に対する超過費用のように——不可抗力によってのみ生じており、信義誠実に照らして当事者の一方だけが負担することは許されない。」。

本判決で出てくる旅行地からの帰還費用についての特則を定める BGB 旧651j 条〔不可抗力に基づく解約〕2 項 2 文について、立法理由では、その趣旨はおおよそ以下のように説明される。すなわち、旅行開始後に解約された場合に旅行主催者は必要な措置をとらなければならない、それには旅行地からの帰還も含まれているが、この費用は原則として旅行者が負担する。しかし、通常でない事情（戦争、内乱、ストライキ、高権的な命令（Hoheitliche Anordnungen）、エビデミック、自然災害、それらに類似する深刻な出来事）によって契約が解消される場合には、旅行主催者と旅行者が各自折半してこの超過費用を負担する。この規律は、上記の通常でない事情のリスクは旅行主催者の領域にも旅行者の領域にも基礎づけられていないという考え方に基づいている。これらの要件のもとで、帰還が契約の対象であった場合には、契約の両当事者が帰還の超過費用に半分ずつ利害関係を有することが正当化されるように思われる¹³⁸⁾。

ここからは、契約当事者のいずれのリスク領域にも割り当てられるべきではないリスクについては、信義則に照らして、いずれか一方だけが負担するのは不適切であり、関係する当事者が等分に負担をすべしという信義則の衡平的機能¹³⁹⁾に基づく危険分担的な発想が看取される。なお、BGB

138) BT-Drs. 8/786, S.22f und 6. 本条の解説については、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995年）458頁（大内和直執筆）参照。

139) 好美清光「信義則の機能について」一論47巻2号（1962年）78, 84頁。

旧651j条〔不可抗力に基づく解約〕は、EU 指令に基づいて2017年7月17日の改正法により改正されている（2018年7月1日発効）¹⁴⁰⁾。

(c) 異 論

折半による解決には異論もある。たとえば、Finkenauer によれば、1984年2月8日のビール供給事件（BGH NJW 1984, 1746）では、契約の完全な解消の方が適切であったとされる¹⁴¹⁾。この事件は大略以下のようである。被告（ドイツのビール醸造所）が原告（イランの輸入会社）にビールを供給したが（価格184.320マルク）、代金支払い済みの既履行給付の40%（73.728マルク相当）が傷んでいたために、両者は、被告が原告に直ちに20.000マルクを支払うこと、並びに後の時点でさらに20.000マルクを支払うこと、さらに被告は原告に一定期間、特別価格で買えること（この利益は裁判所によって約54.000マルクの利益だと認定されている。）を認める、という内容の和解をした。その後、被告は20.000マルクを払ったが、イラン革命及びアルコール禁止のためにそれ以上の取引はできなくなったので、原告は被告に53.728マルク（損害分73.728マルクから受領した20.000マルクを控除した額）の支払いを請求した。連邦通常裁判所によれば、原告は和解で確定された給付の半分（利益分54.000マルクと未払い分20.000マルクの半分＝37.000マルク）を受け取り、被告は義務の半分が免除された。

Finkenauer は、本件では当事者双方がイラン革命とそれに関するアルコール禁止を予見していたならば、解除権を留保して和解をしていたはずであるし、誠実であるならば、そうしなければならなかったはずである、と論難する¹⁴²⁾。また、Wieling は、この判決をソロモン王的な判断

140) 高橋弘「ドイツ旅行規定の第3改正法政府草案（総論）の立法理由」広法41巻1号（2017年）、同「ドイツ旅行規定の第3改正法参事官草案（各論）の立法理由（2）民法草案第651i条～第651q条」広法40巻3号（2017年）参照。なお、不可抗力（回避不能の通常でない事情）による不能の場合の帰還費用については、BGB 651k条〔瑕疵の除去（Abhilfe）〕4項で規定されているが、折半についての規定はなくなっている。

141) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.42, 94, 106.

142) MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.42.

(Salomonische Entscheidung)¹⁴³⁾ であるとして、なぜ裁判所にはこんな権限があるのかと疑問を呈する。契約を変更することが許される唯一のものは当事者双方の意思（現実の意思または仮定的意思）であるとして、ここでの決定的な問題は、当事者双方が、イランでのビール取引がもはやできないと知っていたら何を合意したはずか、であると言い、その場合、当事者双方は解除条項を入れていたはずだと述べる¹⁴⁴⁾。

(d) 小 括

しかし、ビール供給事件は、契約適合が裁判所の職権によって行われていた債務法現代化前の法状況での判決であるし¹⁴⁵⁾、上記の2011年の判決 (BGH NJW 2012, 373) のように、契約適合の優先を原則としても、当事者

143) この表現は、旧約聖書の列王記 3:16-28 の挿話に基づいていると思われる。およそ以下のような話である。同居していた二人の娼婦がそれぞれ子供を育てていたが、一方の育てていた子が亡くなった。その娼婦は、亡くなった子は私の子ではなく、生きている子が私の子だと主張し、他方の娼婦はその反対を主張した。それに対してソロモン王は、剣でもって生きている子を半分に切り裂き、半分ずつそれぞれに与えよ、と言った。すると、一方の娼婦は生きたままその子を相手へ渡して欲しいといい、他方の娼婦は、切り裂いてくださいと述べた。この結果、ソロモン王は生きたまま渡して欲しいと言った方を母親だと認め、その娼婦に子を渡すべきと判断した。

もっとも、これはいわゆる「大岡裁き」的な伝承だと言われ、「ソロモンは生きている子を二つに裂くように命じて、公平さを装い、真の母親を見出す。ソロモンの知恵は、この巧妙さだけではなく、正義を守ることにも現れている」（高橋虔＝B. シュナイダー監修／石川康輔＝木田猷一＝左近淑＝野本真也＝和田幹男編『新共同訳旧約聖書注解Ⅰ創世記——エステル記』（日本基督教団出版局、1996年）593頁 [木田猷一＝和田幹男]）と好意的に評されるのが通常だと思われる。Wieling は、連邦通常裁判所の判断をソロモン王的判断と言いつつ、それに与していないので、皮肉の意味で使っているのだと思われる。なお、この表現は、MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.106 や Armbrüster/Prill, S.1145 でも用いられている（ただし、Armbrüster/Prill では好意的に使われている）。

144) Wieling, JuS 1986 S.274.

145) 行為基礎の障害について債務法現代化前は条文の規律がなく、その第一次的法律効果も判例では法律上当然の適合 (ipso iure Anpassung) だと理解されていた。これは2002年1月1日発効の債務法現代化法により適合請求権へと変わっている。この変更により私的自治が強化されたと理解されている (Heinrichs, Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB, Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S.204.)。

が裁判で解除を争わないような場合には解除が認められるとされる点を考慮すると、折半による解決が必ずしも不適切であるとは言えないように思われる。もちろん、常に折半が妥当するわけでもなく、当事者がある事情について契約条項により一方当事者がそのリスクを負うことを規定していたが、そこでは考慮されなかった極端な事例が現実化したとき、当事者双方によって行われたリスク分配が契約適合にあたり考慮されるべきだとされる¹⁴⁶⁾。

(iii) 事例検討

【事例1】②では、II 2(3)(i)(b)(ii)の検討に基づいて、原則として折半による解決がなされるのが適切である。つまり、閉鎖命令が継続する限り、賃料債務は50%に減額されるべきである。確かに、Vは、基本賃料(Grundmiete)に加えて、収益賃料(Umsatzmiete)、つまり収益に応じた分け前に関して合意することで、Iの使用リスクの一部を引き受けていたと言える。しかし、このリスク引受は、Iの一般的な取引リスクのみに関係しており、誰にも予期されていなかったCOVID-19パンデミックと関連した店舗閉鎖には関係していなかった。これは折半ルールを適用することに都合がいい¹⁴⁷⁾。

Weller/Lieberknecht/Habrighも、次のように述べて、正当な分配による解決を認めている。すなわち、自己のリスク領域に属すべきではない外部の事情によって生活基盤の崩壊が迫ることも行為基礎の事例の一つとして認められており¹⁴⁸⁾、「大行為基礎」の文脈においては、たとえば戦争に

146) NK-Kommetar/Krebs/Jung BGB § 313 Rn.115.

147) Armbrüster/Prill, S.1145 und 1147. Weller/Lieberknecht/Habrigh, S.1022 は、BGB 275 条2項や3項、BGB 326条1項に従った給付義務の双方の脱落は、不能に悉無律的特性があることを理由に利益に適した解決ではないことが少なくないとして、特に大行為基礎のような場面では、当事者の仮定的意思に即したような契約適合を推奨している。

148) Soergel/Teichmann, BGB, 13. Aufl. 2013, § 313 Rn. 89; beck-aktuell v. 16.3.2020: Insolvenzantragspflicht für durch Corona-Epidemie insolvente Unternehmen soll ✓

よる損害のリスクは当事者のいずれにも負わせられるべきではなく、当事者双方は「危険を分かち合う結合体 (Gefahrgemeinschaft)」としてその損害も共有しなければならない。コロナの事例に BGB 313条 [行為基礎の障害] を適用する場合には常に COVID-19 パンデミックのリスクはいずれの当事者にも割り当てられていないという前提に依拠しなければならないのだから、その適用は結果において、一方当事者の損害の相手方への連鎖的な転嫁 (systematische Überwälzung) になってはならず、正当な負担の共有 (Lastenteilung) によって正当化されなければならない¹⁴⁹⁾。

Ⅲ. ま と め

1. 学説の外観まとめ

以上、BGB 313条 [行為基礎の障害] の要件を概観しつつ、COVID-19 パンデミックによって影響を受ける私法上の契約 (主として賃貸借) への適用可能性について検討してきた。COVID-19 パンデミックによる事情の変更は、講学上の分類である客観的行為基礎ないし大行為基礎に該当する (Ⅱ1)。これを理由に BGB 313条 [行為基礎の障害] に基づいて契約適合が請求できる。同条の要件としては、現実的要素 (行為基礎になっている事情の著しい変更)、仮定的要素 (当事者双方が事情変更を予見していたならば、契約を締結しなかったか異なった内容で締結したであろうこと)、規範的要素 (法律上及び契約上のリスク分配ならびに当初契約を維持することが一方当事者に期待できないこと) が挙げられ、これらを満たすことが必要となる (Ⅱ2)。

現実的要素に関して、通説によれば、行為基礎と契約内容は区別される。ある事情が契約内容 (たとえば、条件、解除条項、適合条項など) になっている場合には契約上の規律に従って処理されるべきだからである (Ⅱ2 (2)(i)(ii))。

↘ausgesetzt werden, becklink 2015730 が挙げられている。

149) Weller/Lieberknecht/Habrich, S.1021; MüKo/Finkenauer BGB § 313 Rn.305 も参照。

仮定的要素に関して、行為基礎となっている事情の著しい変更は、特に給付と反対給付の等価性に左右される。また少なくとも一方が当該変更を予見していたならば、疑いなく契約締結をしなかったはずであるということが必要になる。著しい事情の変更を予見していたまたは予見すべきであったのに、契約上の規律等を怠る場合、行為基礎の障害は問題にならない（Ⅱ 2(3)(i)(ii)）。

規範的要素に関して、まず契約上の規律がある場合、これが優先する（Ⅱ 2(3)(i)(a)(7)）。ただし、当事者双方がリスクを認識しており、それに対処したと誤想して契約上の規律を怠った場合には、行為基礎の障害が問題になる。また不適切な契約上の規律がある場合は、それがなお有効か検討すべきであり、そうであるならば、それに従って補充的解釈という方法で契約内容が適合される（Ⅱ 2(3)(i)(a)(i)）。次いで、取引に典型的なリスク分配と法律によるリスク分配が行われるべきである。たとえば、一方当事者の動機や期待の障害はその者自身の負担になる。他方で、物的給付の債権者は、その物の価格の下落のリスクや使用のリスクを負担し、債務者は調達リスクや給付困難化のリスクを負担する。しかし、相手方当事者がリスクに関与した場合、たとえば、賃貸人が賃借人の賃借物から生じる利益の分け前にあずかる場合、賃貸人も収益リスクを負担する。他にもリスクが相手方の領域にある事情で高まる場合や相手方が専門的知識を持つような場合には、リスクの移転が生じることがある。なお、投機的な取引におけるリスクが実現した場合には行為基礎の障害の出番はない（Ⅱ 2(3)(i)(b)(7)）。危険移転や権利や物の担保責任の規定もリスク分配の基準となる（Ⅱ 2(3)(i)(b)(i)）。あるリスクを知っていたか知らねばならない者が何もしなかった場合には行為基礎の障害は否定されるし、行為基礎の障害の原因を作った者については行為基礎の障害を援用することが否定される（Ⅱ 2(3)(i)(b)(7)）。

行為基礎の障害を援用できるのは、法及び正義と相容れ得ない耐え難い、それで以って信義誠実に照らして関係する当事者に期待し得ない結果

を回避するためにその援用が不可避だと思われる場合だけである。当初契約を維持することが一方当事者に期待可能かの判断には、両当事者の利益を包括的に考慮する必要がある。しかし、法律上または契約上のリスク分配を無視してはならず、いずれかのリスク領域に割り当てられたリスクが実現する場合、期待不可能性は認められない。当初契約の維持が一方当事者に期待可能かは、契約や障害の種類、個々の事例の事情に左右される(II 2(3)(ii)(a))。

効果としては第一に契約の適合が認められ、それが不可能な場合か他方当事者に期待できない場合にはじめて契約の解除が問題となる。通常は不利益を被る当事者に適合請求権があり、相手方はこれに協力する義務を負う。これに違反した場合、相手方は損害賠償義務を負う(たとえば弁護士費用)。ただし、協力義務違反に基づく解除は、BGB 313条3項における解除の劣位性から認められていない(II 3(1)(i)(a)(b))。つまり、不利益を被る当事者は、自らが定めた契約適合への同意を求めて訴えるか、自らが適切だとみなした契約適合から生じる給付を求めて訴えることができる(II 3(1)(i)(c))。契約適合の形式には、調整金の支払い、給付様式の変更、分割払い、支払い猶予などがあるが、いずれの当事者のリスク領域にも属さないリスクが実現する場合には、折半による解決がとられる(II 3(1)(ii)(a))。これについては連邦通常裁判所の判例でも認められており、条文が手がかりとなることもある(II 3(1)(ii)(b))。

2. 事例検討まとめ

国家による閉鎖命令により賃借店舗が閉鎖した場合の賃借人の賃料支払い義務の問題について Armbrüster/Prill による解決をまとめておこう。この問題については、①官庁の命令による運営禁止がBGB 536条「物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額」1項2文の意味での瑕疵にあたるか、②賃貸人の給付の不能が問題になるか、③行為基礎の障害に基づく賃料減額が可能であるか、が論点となる。①については、賃貸人が賃

借客体を他人に使用させる可能性ではなく、賃借人の使用可能性に係するものだと否定される（Ⅱ 2(3)(i)(b)(iv)）。②についても、賃借人は賃借客体の使用自体は可能であるのでこれも否定される（Ⅱ 1）。③については、誰にも予期されなかった COVID-19 パンデミックというリスクはいずれの当事者にも割り当てられておらず（Ⅱ 2(3)(i)(b)(iv)）、この場合には契約適合により賃料の折半という効果が導かれるのが適切である（Ⅱ 3(1)(iii)）。

本稿では、COVID-19 パンデミックを理由とする行為基礎の障害に基づく賃料減額についての判例とわが国への示唆に言及することはできなかった。これについては別稿での検討を予定している。

主要引用文献略語

- Armbrüster/Prill : Armbrüster/Prill, Schuldverträge in Zeiten der Corona-Pandemie, JuS 2020, 1008, JuS 2020, 1144
- BeckOK BGB/Lorenz § 313 : Hau/Poseck, BeckOK BGB, 60. Edition, 2021
- Brox/Walker : Brox/Walker Allgemeines Schuldrecht 45.Aufl, 2021
- Jauernig/Stadler § 313 : Jauernig/Stadler, BGB, 18. Aufl, 2021
- Looschelders : Looschelders Schuldrecht AT 19.Aufl., 2021
- MüKo/Finkenauer BGB § 313 : Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2019
- NK-Kommentar/Krebs/Jung BGB § 313 : Dauner-Lieb/Langen, BGB – Schuldrecht 3. Auflage 2016
- Prütting/Wegen/Weinreich § 313 : Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar 16.Aufl., 2021
- Weiler : Weiler Schuldrecht AT 5.Aufl., 2020
- Weller/Lieberknecht/Habrich : Weller/Lieberknecht/Habrich Virulente Leistungsstörungen – Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung NJW 2020, 1017
- Wolf/Eckert/Denz ua : Wolf/Eckert/Denz/Gerking/Holze/Künnen/Kurth: Die zivilrechtlichen Auswirkungen des Covid-19-Gesetzes – ein erster Überblick JA 2020, 401