

# 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

——判例検討編——

中 谷 崇\*

## 目 次

- I. はじめに
- II. ドイツにおける COVID-19 を理由とする賃料減額をめぐる諸判決
- III. わが国への示唆

## I. はじめに

### 1. 問題設定

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）は、民法上の契約にも大きな影響を及ぼしている。本稿では、商業利用目的での土地建物賃貸借契約において COVID-19 パンデミックを理由とする国家による措置により営業が制限された場合に賃借人の賃料の減額請求が認められるか、という点を検討する。

ドイツでは COVID-19 パンデミックを克服するための公的措置によって商業用の賃借店舗の営業ができなくなった場合に、賃借人は支払うべき賃料の減額請求ができるのか、という問題について、学説では、ドイツ民法（以下「BGB」とする）313条[行為基礎の障害]に基づいて賃借人からの契約適合（Vertragsanpassung）の請求、具体的には賃料の等分での減額請

---

\* なかや・たかし 立命館大学法学部教授

求が認められるべきであるという見解が主として支持されている<sup>1)</sup>。

他方で、この問題に関して、ドイツの下級審判決や決定では見解が分かれており、結論や判断基準がまちまちであった。そのため、連邦通常裁判所での判断が待たれていたところ、2022年1月12日に連邦通常裁判所の判決が下された。詳細は下記で紹介するが、結論だけを簡潔に述べると、連邦通常裁判所は、原則として、BGB313条[行為基礎の障害]に基づいて契約の適合（賃料の減額）が可能であると立言したものの、当該事案では行為基礎の障害の要件の一つ（期待可能性要件）が満たされていないとして、原審に差し戻している。

本稿では、この連邦通常裁判所の判決及びいくつかの下級審判決ないし決定の紹介・検討を通じて、わが国において COVID-19 を理由とする賃料減額が認められるかという点につき議論の手がかりを提示することを目的としている。

## 2. 行為基礎の障害と契約適合

なお、COVID-19 と行為基礎の障害の関係及び行為基礎の障害の要件や法律効果である契約適合については、別稿で紹介・検討しているのでそちらを参照していただきたいが<sup>2)</sup>、本稿に必要な範囲で言及すると、およそ以下の通りである。

BGB313条における行為基礎の障害は、一般に行為基礎の後発的な脱落（1項）と、原始的な欠如（2項）に分けられる。前者は客観的行為基礎とも呼ばれ、わが国では事情変更の法理（事情変更の原則<sup>3)</sup>）の問題として語

---

1) 中谷崇「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——」立命399・400号（2022年）682頁以下。なお、紙幅の都合上、条文訳は掲げない。

2) 中谷（前掲脚注1）653頁以下。

3) 「事情変更の原則」との呼称は、事情が変更したときに適用される原則という意味であるが（勝本正見『民法に於ける事情変更の原則』（有斐閣、1926年）6頁（注6）参照）、この「原則」は例外的局面で妥当するにもかかわらず、「原則」との表現は誤解を惹起

られる。後者は主観的行為基礎とも呼ばれ、わが国では共通機錯誤の問題と関連する。両者は同一要件のもとに規律されており、その法律効果は第一に契約適合（わが国で言うところの契約改訂）であり、それが不可能か相手方に期待不可能な場合に契約の解除がはじめて問題となる——解除の劣位性——（3項）。

行為基礎の障害の要件としては、講学上①現実的要素、②仮定的要素、③規範的要素の三つが挙げられる。①は事情の変更、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契約を締結したか否かの問題、③はリスク割り当て及び期待可能性（Zumutbarkeit）である。このうち③が最も重要であるとされている。つまり、ある事情が行為基礎になっており、それが契約締結後に著しく変更し、当事者双方が当該変更を予見できなかっ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ていた場合に、当該変更のリスクを合意や法律に照らしていずれの当事者にも負わせることができず、また当初の契約内容を維持することが一方当事者に期待できないとき（この意味で「期待不可能性」と呼ぶこともある）、契約の適合が可能となる。

## II. ドイツにおける COVID-19 を理由とする賃料減額をめぐる諸判決

COVID-19 パンデミックを封じ込めるための国家による閉鎖命令（Schließungsanordnung）が商業場所の賃借人の賃料支払い義務に与える影響について、最初に判断を下した上級裁判所の判決が、2021年2月24日ドレスデン上級地方裁判所判決である（以下「ドレスデン判決」とする<sup>4)</sup>）。この他に、同年2月24日カールスルーエ上級地方裁判所判決（以下「カールスルーエ

---

↘するとの理由から近時は「事情変更の法理」と呼ばれる（潮見佳男『新債権総論』（信山社、2017年）87頁（脚注207）参照）。本稿でも「事情変更の法理」の語を用いる。

4) Looschelders, JA 2021, S.514.

判決」とする)と同年2月17日ミュンヘン上級地方裁判所の指摘決定(Hinweisbeschluss)がある(以下「ミュンヘン決定」とする)。このうち、ドレスデン判決ではBGB313条[行為基礎の障害]に基づいて契約適合が認められているが、カールスルーエ判決とミュンヘン決定では期待不可能性が満たされていないと判断されている。また、期待可能性の基準についてカールスルーエ判決がドレスデン判決よりも厳格な基準を示しており、この点でも判断が分かれていたため、最上級審での判決が待たれていた<sup>5)</sup>。ドレスデン判決において、ドイツ民事訴訟法(以下「ZPO」とする)543条[許可上告]2項1号に基づいて上告が許可されたので<sup>6)</sup>、この問題に関して、連邦通常裁判所は、2022年1月12日の判決(以下「BGH判決」とする)において、期待可能性については厳格な基準を採用せず、原則として行為基礎の障害に基づく賃料の適合(減額)が認められると判断した。しかし、事件自体は、期待可能性要件についての検討が不十分だとして差し戻されている。

以下では、①国家による閉鎖命令は賃借物の瑕疵を基礎づけるか、②賃貸人の給付義務は不能か、③行為基礎の障害に基づく契約適合(賃料減額)は認められるか、の各点について上記の諸判決及び決定を紹介・整理し、若干の検討を加えたい。

## 1. 2021年2月24日ドレスデン上級地方裁判所判決(BeckRS 2021, 2461)

### 【事 実】

原告(賃貸人)は、被告(賃借人=3000の支店をもつ企業<sup>7)</sup>)に、土地、建物及び駐車場を2013年9月から賃貸している。当該賃貸借は、「あらゆる

---

5) Looschelders, a.a.O. (Fn.4), S.514.

6) BeckRS 2021, 2461 Rn.45.

7) KiK という企業(有限会社)である(Wolfgang Janisch, Vermieter müssen das Risiko mittragen, Süddeutsche Zeitung, 1. 12. 2022 <<https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/corona-pandemie-einzelhandel-miete-bgh-1.5505931>> (2022年7月10日閲覧))。なお、本稿では、Textileinzelhandelsgeschäft に「アパレル店舗」という訳語を当てているが、本文にもある通り、KiK は比較的安価な衣類や雑貨などの量販店である。

種類のアパレル品並びに日用品 (Waren des täglichen Ge- und Verbrauchs) のための個々の小売店舗の売却場所及び貯蔵場所として使用するためにもっぱら商業利用の目的で」おこなわれた。2019年1月1日以来、月額的全賃料 (Bruttomiete) は、7.854ユーロであり、遅くとも月の5日までに約定の口座に支払われることになっていた (Rn.3)。しかし、COVID-19 パンデミックのために、2020年3月18日に感染防止法 (IfSG) 28条1項に基づいてザクセンにおいて、一般処分 (Az. 15-5422/5) が公布され、一部の例外店舗を除いて<sup>8)</sup>、すべての店舗は閉鎖された (被告のアパレル店舗はこの例外に含まれていなかった。)。それにより、被告の店舗は同年3月19日から4月19日まで閉鎖した (Rn.4)。被告は、不払いの告知後に4月分の賃料を支払わなかったため、原告は4月分の賃料を請求したが、被告は応じなかった。ただし、被告は5月の賃料債務は完全に履行している (Rn.5)。原告は、賃貸借契約1条2項<sup>9)</sup>の規律を手掛かりに官庁の閉鎖命令による使用リスクは賃借人たる被告が負担すること、閉鎖命令があっても賃借場所の使用は相変わらず可能であることを理由に、一般処分による店舗閉鎖期間中にも合意に基づいて被告には賃料の完全な支払い義務があると主張した。被告は3月分の賃料の過払い分の返還請求でもって4月分の賃料の相殺の意思表示をするというが、原告はそのような返還請求権は存在しないと争っている (Rn.6)。被告は、同年3月、4月の売り上げ全体が著しく減少し、オンライン商売を強化したが埋め合わせることはできず、また国家による財政支援も受けなかった (Rn.7)。被告は、国家によ

---

8) 例外とは、たとえば、国民のプライマリケア (Grundversorgung) や生存配慮 (Daseinsvorsorge) に役立つ店舗や設備である (BeckRS 2022, 48, Rn.33)。

9) 「賃借人は、賃借人による賃借場所の使用にとって官庁による追認が将来必要になるかもしれないが、それが与えられることに対して保証 (Gewähr) を引き受けない。ただし、当該追認がもっぱら賃借客体の性状 (Beschaffenheit) ないし状況 (Lage) を理由に拒否される場合は別である。ブランド保護技術の規定および労働ガイドラインを例外として、賃借人は、賃借人自身または賃借物の使用のあり方から生じる官庁から課せられる負担 (behördliche Auflage) の履行の費用を負担する。」 (Rn.3)。

る閉鎖命令により BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項の意味での賃借客体の瑕疵の存在を理由に賃料が100%減額されること、予備的に BGB326条[給付義務が排除される場合の反対給付からの解放及び解除] 1項の意味での不能があり、賃料支払い義務が脱落すること、さらに賃貸借契約が BGB313条[行為基礎の障害]の行為基礎の障害によって適合されるべきであるため、賃料負担の折半が認められることを主張した (Rn.8)。また、賃料支払い義務があるとしても、同年3月19日から31日の期間の賃料は法的原因なしに支払ったので、返還請求権でもって相殺すると主張した (Rn.9)。

ケムニッツ地方裁判所は原告の請求を認め<sup>10)</sup>、被告に賃料7.854ユーロ（と弁護士費用及びそれらの利息）を払うよう判決を下した (Rn.11)。それに対して、ドレスデン上級地方裁判所は、瑕疵担保及び不能は問題にならないとしたものの、行為基礎の障害を認めて、賃料を折半する旨の判決を下している (Rn.22f)。

## 【理由】

### (1) 国家による閉鎖命令は賃借物の瑕疵を基礎づけるか

閉鎖命令は賃借物の瑕疵を基礎づけない。BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項の意味での賃借客体の瑕疵とは、賃借物の実際の状態 (Zustand) (事実性状 (Ist-Beschaffenheit<sup>11)</sup>)) と契約に

---

10) 同裁判所は、国家による閉鎖命令は賃借人が負担すべき使用リスクないし収益リスクの領域に属する、という見解を採用している (Rn.27)。

11) 筆者は従来、Beschaffenheit を「状態」と訳していたが、本稿では、Zustand との区別のため「性状」という訳語を当てている。他方で、Eigenschaft にも——さしあたり——性状という訳語を当てている。古谷貴之『民法改正と売買における契約不適合給付』（法律文化社、2020年）70頁によれば、Beschaffenheit と Eigenschaft の違い意味の相違から、前者は「性状」、後者は「性質」という訳語が割り当てられている。しかし、Eigenschaft は、錯誤の文脈では、性、年齢、信頼 (Zuverlässigkeit)、素養 (Vorbildung)、専門知識、支払い能力、持病 (dauernde Krankheiten) や身体的な欠陥であるとされているところ (Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., 2020 § 41 Rn.60)、日本語の「性質」という言葉は生得的なたちや身体的特徴を意味し（小学館国語辞典編集部編『精選版』日本国語大辞典 2 さ ▶ の』（小学館、2006年）、訳語

よって合意された状態(當為的性状(Soll-Beschaffenheit))との間での賃借人にとって不利になる食い違いである。その物理的性状(Beschaffenheit)を超えて、賃借物に關係して賃借物の適格性を損なう実際の状態及び法的關係も賃借物の契約によって合意された状態である。賃借物の外側に存在する障害も契約によって合意された状態である。もっとも、欠点概念の氾濫を回避するために、賃借物の外にある事情は、それが賃借物の適格性を直接に妨害する場合にしか賃借物の瑕疵にならない。賃借物への直接の妨害が存在するかどうかという問題に答えるために決定的であるのは、第一に、合意された使用目的によって決定的なものとして定められている当事者双方によって合意された契約に即した使用である(Rn.25)。そして、賃貸借契約(特に1条2号)には、賃借客体が国家による閉鎖命令に關連してどのような當為的性状を有していなければならないかについての当事者双方の明確が規律は含まれていない。従って、賃貸人がどのような義務を負っているかを、一般的な解釈ルール(BGB133条[意思表示の解釈], 157条[契約の解釈], 242条[信義誠実に従った給付])を手がかりに検討しなければならない<sup>12)</sup>(Rn.26)。そうすると、決定的な解釈要素たる信義誠実の原則が具体化されている法律上のリスク分配が重要となるが<sup>13)</sup>、これによれば賃貸人は賃借客体の適格性のリスク(BGB535条[賃貸借契約の内容と主たる義務]1項2文)を負担し、賃借人はBGB537条[賃借人に個人的な支障がある場合の賃料の支払い]1項から明らかなように賃借物の使用リスクまたは収益リスクを負担する<sup>14)</sup>。もっとも、賃借客体でもって利益を獲得するという事業者としてのリスクは、契約によって合意された目的に従って事業者として活動することができるということを前提にしているので、初めからこの可能性が閉ざされている本件のような場合には影響を及ぼさない

---

↘として不穩当だと考えるからである。

12) BGH NJW 2014, 685 Rn.20; BGH BeckRS 2020, 37268 Rn.12 が挙げられている。

13) Günter in Guhling/Günter, Gewerberaummieta, 2. Aufl., § 536 BGB Rn.79 が挙げられている。

14) NZM 2010, 364 Rn.17 が挙げられている。

(Rn.27)。だからと言って、国家による閉鎖命令は、賃貸人のリスク領域にも属しない。合意された賃貸借の目的にとって賃借客体の原則的な使用可能性は欠如しておらず、賃借人が賃貸借の目的の達成に原則として適した賃借客体でもって事業者としての利益を得ることができるか、という使用リスクに割り当てられるべき問題も、重要ではない<sup>15)</sup>。賃借場所へはアクセス可能であり、被告によって意欲された使用が、賃借客体とは無関係に、禁止されていたに過ぎない。賃借物の外側における障害が当該物の瑕疵を基礎づけることがあり、かつアパレル小売店舗の営業にとって公衆がアクセスできることが前提であるとしても、それでもって客体とその状況(Lage)に無関係な賃借場所の使用可能性のリスクは賃貸人には移転しない。賃借場所への公衆のアクセスが可能な場合、それでも彼らが商品購入のためにそこへ行かないならば、それが商品に魅力がないからであれ、魅力的な商品のある隣接店舗が休みだからであれ、感染への不安によるのであれ、それは賃借人の使用リスクで、瑕疵が存在するのではない(Rn.28)。しかし、公法による使用制限ないし使用妨害は、それが契約に即した使用のための賃借物の適格性を失わせるか損なわせる場合、その制限や妨害が賃借物の具体的性状や状況を基礎にしており(場所的関連性)、賃借人の個人的な事情ないし営業上の事情(営業関連性)にその原因を有していない限りでのみ、BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額]1項の意味での賃借物の瑕疵である(Rn.29)。これらの基準に照らすと、本件の閉鎖命令は、BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額]1項の意味での賃借物の瑕疵である。当該命令は、感染防止法28条1項に基づくパンデミックと関連した保護措置が国家の観点から必要であった領域において賃借客体の具体的状況と関係しているからである(Rn.30)。しかし、少なくとも間接的な原告の影響を超えた一般的かつ全国的に妥当するアクセス制限から、原告に責任を負わせるべき領域に属す

---

15) 同じ意味のものとして、Weller/Thomale, BB 2020, 962, 964, 類似のものとして Hellmich, COVuR 2020, 189, 190f.; Sentek/Ludley, NZM 2020, 406, 408 が挙げられている。



る事情を導くことはできない (Rn.31)<sup>16)</sup>。

## (2) 賃貸人の給付義務は不能か

使用譲渡 (Gebrauchsuüberlassung) の不能により被告の賃料債務が脱落しているという主張も認められない (Rn.21)。賃借客体の使用不適格が重要である限り、不能に関する規律が位置する一般的債務法の規定は、賃借客体が既に賃貸人によって賃借人に譲渡された場合には、BGB536条[物の瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額]以下の賃貸借における瑕疵担保のルールによって排除される<sup>17)</sup>。本件では国家による閉鎖命令の前に、被告に既に賃借客体が譲渡されていた (Rn.23)<sup>18)</sup>。

## (3) 行為基礎の障害に基づく契約適合 (賃料減額) は認められるか

以上に対して、本件では行為基礎の障害が生じており、これにより契約が適合され、閉鎖期間中の純賃料が半分に減額される (Rn.32)。行為基礎の障害の要件は、①現実的要素、②仮定的要素、③規範的要素を前提とする<sup>19)</sup> (Rn.33)。本件では、一般的な社会的及び経済的構造体を持続的に揺るがす連鎖的危機 (Systemkrise)、つまり大行為基礎の障害が問題になっている<sup>20)</sup>。COVID-19 パンデミックに関連した使用禁止や妨害のために公の生活が広範

---

16) Looschelders, a.a.O. (Fn.4), S.514 は、本判決においては、最終的に賃借物の瑕疵が否定されていると見ている。

17) BGH NJW 1997, 2813; BGH NJW 2005, 2152, 2154; Hübner/Griesbach/Fuerst in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 4. Aufl., Kap. 14 Rn.233; Blank/Börstinghaus in Blank/Börstinghaus, Mieta, 6. Aufl., § 535 Rn.748 が挙げられている。

18) Looschelders, a.a.O. (Fn.4), S.513 によれば、この理由づけは、ドレスデン判決が本件での閉鎖命令が賃借物の瑕疵ではないと認定している限りで、問題であると指摘する。ただし、同人によれば、正確に考察すれば本件では不能は問題にならないとする。なぜなら賃貸人は賃貸借契約に基づいて、パンデミックを理由として公布された国家による使用制限を除去する義務を負っていないし、閉鎖期間中も賃貸人は契約に即した使用をさせるという自身の義務を秩序に従って履行していたのだから、不能は問題にならないという (a.a.O.)。

19) MüKo/Finkenauer, 8. Aufl., 2019, BGB § 313 Rn.56 が挙げられている。

20) Jung, JZ 2020, S.716, 717; Weller/Lieberknecht/Habrich NJW 2020, 1017, 1021; Häublein/Müller, NZM 2020, 481, 486f.; Wolf/Eckert/Denz/Gerking/Holze/Künnen/Kurth, JA 2020, 401, 402 が挙げられている。

に停滞するほどのものにはならないだろうという観念は、アパレル店舗として利用するための商業場所の賃貸人と賃借人という契約当事者双方の行為基礎に属するので、COVID-19 パンデミックの発生は、上記のような国家による経済及び社会生活への広範な侵害でもって契約期間中に想定された事情が著しく変更したことを意味し、現実的要素は満たされている（Rn.34）。

当事者双方が行為基礎に属する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、異なった内容で締結したはずの場合、仮定的要素は満たされる。少なくとも一方にとってこれが当てはまることが不可欠である。大行為基礎の障害では、通常は、仮定的要素は満たされている<sup>21)</sup>。加えて行為基礎になっている事情の変更が被告のアパレル店舗の営業にとっての非常に本質的な枠組み条件であることが顧慮されるべきであり、このことにとって重要なのは、契約締結時点と経済的に思考する合理的な契約当事者である。この二つは、両当事者に同じ程度に関係しており、まさにどちらにも影響が与えられるべきではないリスクにおいては、契約当事者の一方の有利になるように一方的に判断されなかつたらう。つまり仮定的要素は満たされている（Rn.35）。

規範的要素は、① 行為基礎になっている事情が契約当事者のいずれのリスク領域にもない場合、② 当事者の一方に契約を維持することが期待できない場合に、満たされる（Rn.36）。

①について：当事者の一方が賃貸借契約の締結でもって、COVID-19 パンデミック及びそれにより生じる国家による閉鎖命令のリスクを引き受けていたと認められる場合は、通常は BGB313条[行為基礎の障害] 1項の契約適合は成立しない。契約による合意に従って当事者の一方のリスク領域に属する期待と事情が重要であるならば、行為基礎の障害は原則として考慮の余地がない<sup>22)</sup>。本件では、賃借客体の使用適格性ないし使用の「通

---

21) Jung JZ, 2020, 715, 719 が挙げられている。

22) NZM 2010, 364 Rn.15; MüKo/Finkenauer, 8. Aufl., 2019, BGB § 313 Rn.61 が挙げられている。

常の」リスクが重要なのではなく、連鎖的危機として大行為基礎の障害であるパンデミックに基づく社会及び経済生活への国家による広範な侵害が重要なのである。大行為基礎の障害と結びついたリスクは通常は、契約当事者のいずれにも単独では割り当てることはできない<sup>23)</sup>。本件では、接触制限についての国家による侵害は、被告によって賃貸借契約の目的に従って営業されているアパレル店舗がウイルスが伝染しうる潜在的に多様な接触のありうる場所として閉鎖されたことで、直接的にも本件賃貸借関係に影響を与えた。ドイツ民法施行法（以下「EGBGB」とする）240条 §7[使用賃貸借及び用益賃貸借の行為基礎の障害]第1項は、パンデミックと関連した国家による閉鎖命令は、少なくとも賃貸借契約において COVID-19 パンデミックに言及することなく合意されたリスク割り当てによっては把握されないという想定を裏付けている<sup>24)</sup> (Rn.37)。

⑥について：事情変更により不利益を被る当事者が生活基盤の危機にさらされて初めて当初契約の維持の期待不可能性を出立点とするべきと考えているケムニッツ地方裁判所は、本件において双務契約の等価性障害が重要であること、契約が継続的債務関係であることを十分に考慮していない。必要不可欠な期待不可能性は、等価性障害、つまり賃借客体の譲渡とそれに対する使用の対価（賃料）の支払いとの関係にかかわっている<sup>25)</sup>。特に重要なのは、賃貸借の継続的債務関係としての特性であり、そこでは使用の譲渡（Nutzungsüberlassung）に対する賃料が、時間的区分（通常は1か月）で義務づけられていることである。瑕疵担保においても特定の期間に存在する瑕疵が使用適格性を制限しない場合、この期間（時間的区分）

23) Weller/Lieberknecht/Habrich, S.1021; Jung, JZ 2020, S.720; Häublein/Müller, NZM 2020, S.487f.; Römermann, NJW 2021, 265 Rn.22; Warmuth, COVuR 2020, S.19f.; LG Mönchengladbach, Urteil vom 02.11.2020, BeckRS 2020, 30731, Rn.41 が挙げられている。

24) Römermann, NJW 2021, 265, 267f が挙げられている。

25) Römermann, NJW 2021, 265 S.268; Streyll, NZM 2020, S.824; Brinkmann/Thüsing, NZM 2021, S.10; MüKo/Finkenauer, 8. Aufl., 2019, BGB §313, Rn.77 が挙げられている。

においては賃料は減額されていない<sup>26)</sup>。また、賃貸借契約の解約においても、判例は、賃料の軽微でない部分（BGB543条[重大な事由に基づく告知期間のない特別の解約]2項1文3号a）という不特定の法概念の枠内で、満期に支払われるべき額、つまり通常は1か月の賃料を基準としている。たとえば、BGB569条[重大な事由に基づく告知期間のない特別の解約]3項1号では、遅延部分が1か月の賃料を超える場合には軽微ではない遅延が存在すると規律されており、商業場所の賃貸借契約でも、この額は賃料の軽微ではない部分を規定する際に適用される<sup>27)</sup>。そうすると、当初契約の期待不可能性は、BGB569条[重大な事由に基づく告知期間のない特別の解約]3項1号に従って個々の支払い月を糸口にしなければならない。たとえば、等価性障害が単に賃借月の2週間までにしか関係しない場合、賃貸借契約の維持の期待不可能性を否定することも考えられるだろう。賃貸借においては、他の契約類型（たとえば売買）と比べて期待不可能性の基準線（Schwelle）が相対的に低くなければならないが、それは、賃貸借契約が継続の債務関係だからである。本件では、国家による閉鎖命令が継続する期間（全体で1か月以上の期間）は、重大性の基準線を超える（Rn.39）。裁判所は BGB313条[行為基礎の障害]に基づく契約適合を主張することができるうえに<sup>28)</sup>、被告は、2020年5月7日の文書でもって、2020年4月の賃料の半分への減額するよう原告に和解案を提示したため、これは BGB313条[行為基礎の障害]1項の契約適合請求だと評価できる（Rn.40）。当事者双方は行為基礎の障害に対する原因を作らなかった、または予見していなかったのだから、純賃料の50%の引き下げは正当化されている。それゆえ行為基礎の障害と結びついた負担を同じ程度に両当事者に分配することが適切である。賃貸借契約の一方当事者への国家による援助の支払いが賃料額の更なる適合を導くかは未解決のままとできる。両者のいずれもそのよ

---

26) BGH NJW 2011, 514 Rn.13 が挙げられている。

27) BGH NJW 2008, 3210 Rn.30 が挙げられている。

28) 判例として、BGH NJW 2012, 373 Rn.34 が挙げられている。

うな援助を得ていたとは確定することができないからである (Rn.41)。国家による閉鎖命令の間の純賃料の半分への減額により、被告は4月分につき5.366,90ユーロを支払えばよかった。他方で被告は3月分として6.207,19ユーロ払えばよかったのに約定賃料全額を支払っていたので、1.646,81ユーロの過払い金債権につき相殺の表示をした (BGB387条[相殺の要件], 389条[相殺の効果])。結果として、原告の4月分の賃料請求権は、3.720,09ユーロに減額される (Rn.42)。

## 2. 2021年2月24日カールスルーエ上級地方裁判所判決 (NZM 2021, 224)

### 【事 実】

原告(貸與人)は、被告(賃借人:コンツェルン)に商業場所の4月分の賃料の支払いを請求している。被告の営業する支店は、関連するコロナ指令 (Coronaverordnung) に基づいて2020年3月18日から同年4月19日まで閉鎖していた。被告は、答弁でもって予備的に3月分の既履行賃料の一部でもって相殺を表示した。ハイデルベルク地方裁判所は、被告に5.081,98ユーロの賃料及び弁護士費用(それぞれの利子含む)を払うよう命じた。被告は控訴して、賃借物には瑕疵があり、それは100%の賃料減額を導くと主張した。また BGB313条[行為基礎の障害]の行為基礎の障害に基づいて、パンデミックのリスクは半分ずつ分配されるべきであると主張した。

カールスルーエ上級地方裁判所は被告のいずれの主張も認めなかった。同裁判所は、EGBGB240条§7[使用賃貸借及び用益賃貸借の行為基礎の障害]の立法理由によれば、瑕疵担保責任及び契約の履行不能が行為基礎に優先して検討されるべきことを援用している (Rn.19)<sup>29)</sup>。

### 【理 由】

#### (1) 国家による閉鎖命令は賃借物の瑕疵を基礎づけるか

賃借客体に瑕疵があり賃料が減額される場合は、賃借物の実際の状態が

---

29) EGBGB240条§7の立法理由でもそのことが確認されている (BT-Drs. 19/25322, S. 14f.)。

契約によって前提とされた状態と相違する場合である。契約で義務を負っている客体の状態は、賃貸借契約当事者双方の性状の合意（Beschaffenheitsvereinbarung）で定められる。合意の対象は、外部から影響を与える事情（大気汚染などの環境瑕疵など）でもよい。賃借物の性状（Beschaffenheit）についての当事者の約定が欠如している場合、契約に即した使用に適した状態は、合意された利用目的と信義則（BGB242条[信義誠実の原則]）を考慮して取引観念により定められる<sup>30)</sup>。確かに、立法者による措置に基づいて商業用の賃借客体の契約に即した使用の妨害が生じる場合、後発的に BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項1文の意味での瑕疵を基礎づけることがあるが、このためには、立法者の措置による使用制限が直接に、賃借客体の具体的な性状（Beschaffenheit）、状態、状況に関係していることが必要である。他方で、取引上の成果を妨げる立法者の措置は、賃借人のリスク領域に属する。商業場所の賃貸借においては賃借物の使用リスク（賃借客体で利益を得られるリスクなど）は原則として賃借人が負担するからである。賃借客体の瑕疵を認めるためには、立法者や官庁による措置に基づく使用妨害が賃借客体に関連していることを前提とする<sup>31)</sup>（Rn.14）。しかし、本件では、官庁による閉鎖命令の客体への関連が欠如している。従って、官庁による使用制限によって、紛争の対象となっている賃借客体に、BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額]の意味での瑕疵があるとはみなされない（Rn.15）。

## （2）賃貸人の給付義務は不能か

原告の給付の不能（これが認められると被告の反対給付義務も消滅する）も否定される（Rn.16）。商業場所の賃貸人は、賃貸借の目的物を契約期間中に、賃借人に契約で予定した利用を可能にする状態で得させる義務があるに過ぎない。本件では、日用品販売のための売り場と在庫置き場として被告が利用するために賃貸借が行われている。賃借物は、閉鎖命令の期間も

---

30) BGH NJW 2013, 680 = NZM 2013, 184 Rn.8 が挙げられている。

31) BGH NZM 2011, 727 Rn.9 が挙げられている。

使用が可能であったので、実際にそれに即した利用ができなかったことは、賃借人たる被告の使用リスクである (Rn.17)。

(3) 行為基礎の障害に基づく契約適合(賃料減額)は認められるか

BGB313条[行為基礎の障害]1項の行為基礎の脱落に基づく契約適合は考慮に値しない (Rn.18)。EGBGB240条§7[使用賃貸借及び用益賃貸借の行為基礎の障害]により、行為基礎の障害になることが現在では原則として推定される<sup>32)</sup>。行為基礎の障害になるかどうかの不確かさが取り除かれ、賃借人の裁判外での交渉の立場が強化される<sup>33)</sup>。同条によれば、BGB313条[行為基礎の障害]1項の意味での後発的な著しい事情変更(現実的要素)は推定されるが<sup>34)</sup>、規範的要素は推定されない<sup>35)</sup> (Rn.19)。この法律の立法者によれば、期待可能性の枠組みでは、売り上げがどの程度著しく減少しているか、それを補助金等によりどの程度埋め合わせることができたか、費用(操業短縮により給与を少なく払った、物品を購入せずに済んだ、など)を節約できたかが、個々の事例の事情を基準に、検討されるべきである。BGB313条[行為基礎の障害]は過剰な埋め合わせは認めていないからである<sup>36)</sup> (Rn.20)。上記で述べたように、賃貸人との関係において賃借人は原則として使用リスクを負担する。従って、被告にとって当初契約の維持が期待不可能な場合にのみ、同人は契約適合を要求できる。判例によれば<sup>37)</sup>、法及び正義と相容れ得ず、それでもって信義誠実に照らして関係する当事者に期待可能でない耐え難い結果を回避するためにBGB313条[行為基礎の障害]の適用が不可避であると思われる場合にはじめて同条は決定的な影響を及ぼ

---

32) EGBGB240条§7がCOVRSPÄndG(脚注93参照)の発効時点ですでに締結されていた契約にも適用されるかという問題に関しては争いがあるが、肯定説が通説の見解のようである(II.4.(3))。

33) BT-Drs. 19/25322, S.14f (EGBGB240条§7の立法理由)が挙げられている。

34) BT-Drs. 19/25322, S.20 (EGBGB240条§7の立法理由)が挙げられている。

35) BT-Drs. 19/25322, S.21 (EGBGB240条§7の立法理由)が挙げられている。

36) BT-Drs. 19/25322, S.21 (EGBGB240条§7の立法理由)が挙げられている。

37) BGH NZM 2005, 144 が挙げられている。



す。期待不可能性は、債務者の費用と給付成果の比較から規定されるべきである。その際、債務者の利益だけでなく、債権者の利益も、双方の——対立する——利益を調整する目的で考慮されるべきである。債務関係に内在する犠牲となるべき境界線（Opfergrenze）を超える費用は債務者にとってもはや期待可能ではない。この境界線は、特に債務者への要求が、同人の生活基盤の破壊（Vernichtung seiner Existenz）になってしまう場合に踏み越えられる。事情によっては、経済的な生計（wirtschaftliches Fortkommen）への深刻な妨害でも十分である<sup>38)</sup>。契約の維持が法及び法律（Recht und Gesetz）それ自体ともはや相いれない耐え難い結果になってしまう場合、調整（Angleichung）が必要となる（Rn.22）<sup>39)</sup>。本件では、2020年4月の賃料支払いをしたら被告が生活基盤の危機にさらされていたかは、被告の主張からはうかがえない。コンツェルン全体の売り上げ喪失については説明されているが、紛争対象たる店舗が経済的にどうであるかは被告の申立てからは不明である（Rn.23）。被告は2018年から2020年までのすべての支店の売り上げを提出したが、この数字からは紛争の対象となっている支店の売り上げ減少が店舗閉鎖だけにに基づいているかは読み取れない（消費行動の変化は被告のリスクに属する）。また被告の生活基盤が脅かされていることも主張されていない（Rn.24）。被告は国家による給付（操業短縮手当）をどのくらい受け取ったのか、操業短縮によりどのような費用を節約したのか、在庫にどのような商品価値<sup>40)</sup>があるのかを明らかにしていない（Rn.26）。当事者双方のいずれもパンデミック、つまりそれと結びついた店舗閉鎖とその結果を予見できなかったという事情を考慮してリスクの折半、つまり賃料の折半を認めるべきであり、そのために収益の損失を説明する必要がないという

---

38) BGH NJW 1959, 1867 が挙げられている。

39) BGH NZM 2005, 144 が挙げられている。

40) 判決によれば、2020年4月には10営業日しか営業できなかったが、被告は前月を上回る売り上げを達成しており、商品在庫が時期に限定されたもの（イースター関連の品など）でない限り後に販売することができるのであり、損失の埋め合わせができていた可能性があることが指摘されている（Rn.27）。



被告の主張は採用できない (Rn.27)。2020年4月の賃料支払いの期待不可能性の説明が欠如している (Rn.28)。

### 3. 2021年2月17日ミュンヘン上級地方裁判所指摘決定 (Hinweisbeschluss) (NJW 2021, 948)

#### 【事 実】

(事案の詳細は不明であるが) 賃貸人である原告と賃借人である被告 (ドイツ国内に2600の支店と26000の従業員を持つ企業で、親会社はスーパーやホームセンター (Baumärkte) も運営する) との間で部屋の用益賃貸借契約が締結されたが、2020年3月18日から同年4月27日まで、COVID-19 パンデミックと関連した営業禁止により被告の支店の正味の売り上げ (Nettoumsatz) が、過去2年と比べて、平均して2020年3月は47.68%、4月は78.56%の範囲で損失を被り、その結果、4月の賃料の支払いができなくなったという事案である (Rn.9, 38, 42)。

#### 【理 由】

##### (1) 国家による閉鎖命令は賃借物の瑕疵を基礎づけるか

BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項の意味での瑕疵とは、賃借物の契約によって義務付けられた内容と実際の状態とが賃借人に不利なように食い違うことである。官庁による使用制限も、それが賃借物の具体的な性状 (Beschaffenheit) を基礎にしており、かつ賃借人の個人的ないし営業上の事情にその原因を有していない場合に、この意味での瑕疵になる<sup>41)</sup> (Rn.2)。立法者による措置に基づいて用益賃借の客体の契約に即した使用への妨害が生じる場合には BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項1文の瑕疵が基礎づけられるが、それは当該使用制限が直接に用益賃借の客体の性状 (Beschaffenheit)、状態、状況と関係していることが必要になる。他方で、後発的な立法者や官

---

41) BGH NJW-RR 2014, 264 Rn.20 が挙げられている。

庁による措置によって用益賃借人の営業（Gewerbebetrieb）が妨害される場合には、商業場所の賃貸借における用益賃借人がその使用リスクを負担する<sup>42)</sup>。(Rn.3)。本件では、官庁による被告の支店の開店禁止は、BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項1文の瑕疵を基礎づけていなかった。禁止命令は確かに使用妨害にはなるが、それは賃借客体の具体的な性状（Beschaffenheit）、状態、状況を基礎にしておらず<sup>43)</sup>、その禁止は特定の種類の店舗の「開店」に関係する。一般処分はあるまたは特定の賃借物の本質（Substanz）ないしその状態と当該禁止を結び付けていないし、バイエルン全土に及んでいたのだから、賃借客体の状況も重要ではない（Rn.4）。賃借物が契約によって義務づけられた使用目的に適していることは、まさに契約によって義務づけられた「当為的性状（Soll-Beschaffenheit）」である<sup>44)</sup>。賃貸人は、賃借物の利用可能性にとって決定的な事実的または法的関係に対しても責任を負わねばならないが、賃貸借目的の合意でもって賃貸人が引き受けた義務の範囲は、客観的な受け手の視点（Empfängerhorizont）に照らして、賃借人の観点から、BGB133条[意思表示の解釈]、157条[契約の解釈]に従って確定されるべきである。疑わしい場合には、誠実な賃借人ならば、賃貸人の給付約束を、想定されるいかなる事情があっても合意された利用を賃貸人が賃借人に保証すると理解してはならない<sup>45)</sup>。本件でも、原告（の前主）がパンデミックと関連した開店禁止の場合にも無条件に責任負担義務（Einstandspflicht）を引き受けるつもりであると被告は理解してはならない（Rn.5）。

## (2) 賃貸人の給付義務は不能か

原告の4月分の賃料支払い請求権も、BGB326条[給付義務が排除され

---

42) BGH NJW 2011, 3151 Rn.9 が挙げられている。

43) Häublein/Müller, NZM 2020, 482 [485]; Both in Zehelein, Miete in Zeiten von Corona, 2020, 63ff; Streyll, NZM 2020, 817 [819] が挙げられている。

44) Kraemer in Bub/Treier, HdB der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl., Kap. III Rn.2785 が挙げられている。

45) Häublein/Müller, NZM 2020, 481 [484] が挙げられている。

る場合の反対給付からの解放及び解除] 1項, 275条[給付義務の排除]に従って脱落してはいない (Rn.6)。BGB326条[給付義務が排除される場合の反対給付からの解放及び解除] 1項1文によれば, 双務契約では反対給付の請求権は, 債務者が BGB275条[給付義務の排除] 1項ないし3項に従って給付する必要がない場合には, 脱落するが (Rn.7), 本件では BGB275条[給付義務の排除]の不能は問題にならない。なお一般的な給付障害法が賃貸借の瑕疵担保のルールに加えて適用可能であるかという問題は未解決でよい。少なくとも, BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項1文の意味での瑕疵が問題にならない場合には, 一般的な給付障害法のルールは排除されない<sup>46)</sup> (Rn.8)。不能を導く給付障害は, 義務付けられた給付に関係する必要がある, 給付義務の特定が BGB275条[給付義務の排除]の適用に先行しなければならない<sup>47)</sup>。上記のように BGB133条, 157条に照らして, 特定の賃貸借の目的の合意を, 賃借物の性状 (Beschaffenheit) と関係のない原因に基づいて賃借人の具体的な店舗の営業が禁止されないという一般的な法律状況が維持されることに對する調達リスク (Beschaffungsrisiko) を賃貸人が引き受けているというように理解することは賃借人には許されない。給付障害は, 具体的な店舗の開店禁止にその本質がある。当該賃貸借契約は, パンデミックと関連した開店禁止を阻止し, 賃借人に賃借目的として合意した店舗の営業を可能にさせるという賃貸人の義務を基礎づけることはない。賃貸人は, 賃借物の性状 (Beschaffenheit) に関する法律による条件の変更に対するリスクしか引き受けていない<sup>48)</sup> (Rn.9)。

### (3) 行為基礎の障害に基づく契約適合 (賃料減額) は認められるか

店舗営業がパンデミックと関連して制限されたという観点から, 原則として BGB313条[行為基礎の障害] 1項に基づく契約適合が可能である (Rn.

46) Staudinger/V. Emmerich, BGB, Neubearb. 2018, Vorb. § 536 Rn.5ff が挙げられている。

47) MüKo/Ernst, 8. Aufl. 2019, BGB § 275 Rn.34 が挙げられている。

48) BGH NJW 1976, 796 が挙げられている。

10) 賃貸借契約が継続している間は、当該商売及びその他の取引活動にきわめて著しくかつ世界規模で影響を与えるパンデミックなど起こらず、店舗営業が一般に可能であるという当事者双方の共通の観念は行為基礎になっている<sup>49)</sup> (Rn.11)。COVID-19 パンデミックに関する営業禁止は大行為基礎に関係する (Rn.13)。「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)」<sup>50)</sup> (以下「COVFAG<sup>51)</sup>」とする) は BGB313条[行為基礎の障害]の適用を排除しない (Rn.14)。この法律は、大企業に対しても経済的支援措置を予定している<sup>52)</sup>。COVFAG の立法理由によれば、「2020年4月1日から2020年6月30日までの期間の賃料債務に基づいて、賃料債務が COVID-19 パンデミックの影響に基づいている限りで、賃貸人は賃貸借関係を解約してはならない。対抗策として、賃借人の賃料支払い義務は、原則として存立している。<sup>53)</sup>」(これは EGBGB240条 §2[使用賃貸借及び用益賃貸借関係の解約の制限]で規定されている) としていることから、困窮する企業を救済するために、賃貸人の解約権を制限している (Rn.16)。学説には当該規律が排他的であるという見解<sup>54)</sup>と当該規律から遮断効果 (Sperrwirkung) を引き出すことはできないという見解<sup>55)</sup>がある。当法廷は、後者の見解に傾いている。立法者は、EGBGB240条によって COVID-19 パンデミックによる契約当事者双方への影響を排他的に規律しようとしたのではなく、特殊な問題だけに迅速かつ一時的な可決を与えて債務者の地位をよりよくするつもりであっ

49) Streyll, NZM 2020, 817 [821]; Häublein/Müller, NZM 2020, 482 [486] が挙げられている。

50) 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。

51) 略語は、BeckOK MietR/M. Schultz, 27. Ed. 1.2.2022, EGBGB Art. 240 §2 による。

52) BT-Drs. 19/18110, 1 が挙げられている。

53) BT-Drs. 19/18119, S.4 が挙げられている。遮断効果とは、EGBGB240条 §2 が賃貸借の瑕疵担保のルールなどを排除する効果を意味する。

54) Klimesch/Walther, ZMR 2021, 177 u. ZMR 2020, 556 が挙げられている。

55) Streyll, NZM 2020, 817 [823] が挙げられている。

た<sup>56)</sup> (Rn.17)。2021年1月1日に発効した EGBGB240条 §7[使用賃貸借及び  
用益賃貸借の行為基礎の障害]によれば, BGB313条[行為基礎の障害]が  
COVID-19 パンデミックの特別な状況においては原則として適用可能である  
し, 法務・消費者保護委員会<sup>57)</sup> (Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz)  
の2020年12月16日の報告もそのことを明らかにしている<sup>58)</sup> (Rn.18)。

商業利用される場所の賃貸借の当事者双方の法律上のリスク分配は,  
BGB313条[行為基礎の障害]の適用を妨げてはいない (Rn.19)。契約上の合意  
に従って当事者の一方のリスク領域に属する期待 (Erwartungen) と事情が重  
要である限り, 原則として, 行為基礎の障害の考慮の余地はない<sup>59)</sup>。法律上  
のリスク分配は, 瑕疵のリスクを原則として賃貸人に負わせており<sup>60)</sup>,  
BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額]以下の規定が適  
用される場合には, 行為基礎の障害の主張は原則として排除されている<sup>61)</sup>  
(Rn.20)。既に論じたようにパンデミックと関連した開店禁止は賃借物の瑕疵  
ではなく, 賃貸人はそのリスクを負わない。だからと言って, そのリスクが  
法律により賃借人に割り当てられているということも必然的には導かれな  
い。確かに, 商業場所の賃貸借の場合賃借物の使用リスクは原則として賃借  
人が負担し<sup>62)</sup>, 取引上の成果を妨げる立法者の措置は賃借人のリスク領域に  
属する<sup>63)</sup> (Rn.21)。しかし, 一定の期間において利益を獲得する可能性を賃  
借人から奪う開店禁止は, 賃借人が合意した賃貸借の目的の枠内において市

---

56) BeckOGK/Martens, § 313 BGB Rn.236f が挙げられている。

57) 訳語は, 渡邊互「ドイツにおける『死への援助 (Sterbehilfe)』への立法的対応——そ  
の憲法的論点を中心に——」法政治研究 2号 (2016年) 153頁による。

58) BT-Drs. 19/25322 が挙げられている。

59) BGHZ 223, 290 = NJW 2020, 331 Rn.37; BGH NJW-RR 2010, 1016 Rn.15 が挙げられて  
いる。

60) BGH NJW 2010, 2648 Rn.22 が挙げられている。

61) BGH NZM 2008, 462 Rn.8; NJW-RR 1992, 267; Bub in Bub/Treier, Kap. II Rn.2025 が  
挙げられている。

62) BGHZ 223, 290 = NJW 2020, 331 Rn.32 が挙げられている。

63) BGH NJW 2011, 3151; NJW-RR 2010, 1016 Rn.17 が挙げられている。

場で成果を収めたいのだとしても、賃借人の事業者としての判断とは全く関係がない。当法廷は、店舗の開店が可能であることは賃貸借契約当事者双方の共通の観念であったことを出立点としており<sup>64)</sup>、賃借人によって負担されるべき使用リスクは、大行為基礎の変更のリスクを含んではない(Rn.22)。連邦通常裁判所の判例によれば、賃借人が負担するリスク分配は、通常は、当該リスクが実現した場合に同人による行為基礎の障害の主張を排除するが、生活基盤にかかわる重大な結果を伴う予見していなかった展開が一方当事者に生じるという例外事例では異なることもある<sup>65)</sup>。しかし、官庁による使用妨害が賃貸借の目的の枠組みで店舗営業を妨害するというリスクは、賃借人の具体的営業とは無関係でありかつ賃貸借の客体の性状 (Beschaffenheit)、状態、状況とも無関係であるので、賃貸借契約当事者のいずれにも一方的には割り当てられていない。従って、BGB313条[行為基礎の障害]の適用にとって、当初契約の維持が賃借人の経済的な生活基盤を危険にさらす状態にするかは重要ではない (Rn.23)。

具体的な契約上のリスク分配も、BGB313条[行為基礎の障害] 1 項の適用とは矛盾しない (Rn.24)。行為基礎の障害による契約適合は、補充的解釈によって確定されるべき内容に照らして特定の事情の欠如、脱落、変更に関する規律を当該契約が含んでいる場合には、問題にならない<sup>66)</sup> (Rn.25)。しかし、本件での賃貸借契約からは、法律とは異なるリスク分配は明らかにならない。当事者双方は、後発的な閉鎖命令が出る場合のリスク分配を引き出すことができる規律をしていなかった (Rn.26)。

パンデミックに関連した営業停止によって、賃貸借契約の基礎になっている事情は深刻に変更しており、当事者双方はこの変更を予見していたならば、異なった内容で契約を締結していたはずである (Rn.27)。契約締結の時点で店舗の運営が長い間一般に禁止されてしまうと被告が予見してい

---

64) Häublein/Müller, NZM 2020, 482 [487] が挙げられている。

65) BGHZ 223, 290 = NJW 2020, 331 Rn.37; BGH NJW 2000, 1714 Rn.42 が挙げられている。

66) BGH NJW 2013, 3779 Rn.18 が挙げられている。

たならば、少なくとも賃料適合の機会なしには当該契約は被告によって締結されていなかったはずである<sup>67)</sup> (Rn.31)。重大な行為基礎の障害のみが契約上の合意への侵害を正当化する。継続的債務関係の一時的障害の場合には、その債務関係の予見可能な継続性 (Dauer) に照準が合わせられるべきである<sup>68)</sup> (Rn.28)。本件での障害は深刻である。閉鎖命令の期間、店舗における商品の売り上げは達成できない。その場所は倉庫として使うことができ、またブランドの宣伝の場として役立つが、この有用性は、合意された賃貸借を正当化するものではない。数日ならともかく、閉鎖期間が5週間の場合には、この事情の変更は深刻である (Rn.29)。EGBGB240条 § 7[使用賃貸借及び用益賃貸借の行為基礎の障害]第1項の事実上の推定も著しい事情変更を認めるのに都合がいい (Rn.30)。

契約適合請求権には、契約維持が一方当事者に期待不可能であることが必要となる (Rn.32)。行為基礎の脱落だけではまだ契約適合の権利は与えられない。合意された規律を維持することが当事者の一方にとってもはや負担できない結果になることが必要である<sup>69)</sup> (Rn.33)。これは、あらゆる事情を評価して包括的な利益衡量をする必要がある<sup>70)</sup>。一方当事者の不利益だけでなく他方当事者の利益も考慮すべきである<sup>71)</sup>。パンデミックに関連した営業停止 (Betriebsschließungen) の経済的効果をその影響を受ける企業に対して緩和するために、立法者が様々な措置を講じたことも考慮されるべきである。BGB313条[行為基礎の障害]1項の適用は、当初の合意の維持が法及び正義それ自体と相容れない耐えがたい結果になってしまうという例外的な場合に限定される必要がある<sup>72)</sup> (Rn.34)。当法廷は、たと

---

67) Brinkmann/Thüsing, NZM 2021, 5 [8] が挙げられている。

68) MüKo/Finkenauer, 8. Aufl., 2019, BGB § 313 Rn.58; Brinkmann/Thüsing NZM 2021, 5 [8] が挙げられている。

69) BGH NJW 2012, 1718 Rn.30 が挙げられている。

70) BGH NJW-RR 2020, 523 Rn.23 が挙げられている。

71) BGHZ 127, 212 = NJW 1995, 47 が挙げられている。

72) BGHZ 127, 212 = NJW 1995, 47 が挙げられている。



えば実際に行われた（またはその可能性があるに過ぎない）救済の給付を事前に査定（Anrechnung）して賃料を半分にするという客観的な範型に従って賃料を減額するという見解ではない。それは期待不可能性要件のない BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項の減額の代わりにしか過ぎなくなってしまう。賃借人と賃貸人の経済的状況を顧慮することが必要となる。たとえば、賃貸借期間がどのくらい経っていたか、直近1年の収益や利益はどのくらいか、準備金（Rücklagen）を形成する可能性があったか、が重要である（Rn.35）。さらに、2020年4月分の満額の賃料の支払いが賃借人に期待不可能であったと確定されても、賃貸人の賃料支払い請求に対して抗弁（Einrede）として向けられる賃料の引き下げ請求権に強制的につながってはならない<sup>73)</sup>。むしろその請求権は賃料の支払い猶予にも向けられている可能性がある（Rn.36）。しかし、ZPO529条[控訴裁判所の審理の範囲] 1項に照らし、賃料の引き下げが問題となる（Rn.37）。被告は、2020年3月4月の売上げの減少、オンライン店舗でもその減少分を埋め合わせられなかったこと、操業短縮になっていること、国家による財政支援を受けていないことを述べる（Rn.38）。しかし、BGB313条[行為基礎の障害]が適用されるのは、——一部学説で支持されているように——売上げの減少や具体的契約の等価関係だけでは判断されず、当法廷の見解によれば、経済的理由から賃料支払いが賃借人に負わせられないという例外的な場合に限定すべきである（Rn.39）。連邦のコロナ即時救済プログラム（Corona-Soforthilfe-Programm）、つなぎ救済 I（Überbrückungshilfe I）は被告は対象となっておらず（Rn.40）、経済安定化基金措置法（Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz）に基づく給付だけを受ける可能性があった。被告がこの給付を受け取っていないことに争いはなく、また申請したかも説明がなかった（Rn.41）。従って、被告が2020年4月分の賃料支払いの義務が法と正義それ自体と相いれない耐え難い結果に

---

73) Bub in Bub/Treier, Kap. II Rn.2098 が挙げられている。



なっていたかどうかは明確ではない (Rn.42)。

#### 4. 2022年1月12日連邦通常裁判所判決 (BeckRS 2022, 48)

##### 【事 実】

ドレスデン判決に対して、原告は賃料全額の支払いを求めて、被告は原告の訴えの棄却を求めてそれぞれが上告した (Rn.5)。その結果、ドレスデン判決は破棄され、差し戻されている (Rn.6)。連邦通常裁判所は、ドレスデン判決をある本質的な点で法的な検証に耐えない、とするものの (Rn.17)、賃貸借における瑕疵担保の規定及び一般債務法の給付障害の規律、特に BGB313条[行為基礎の障害] 1項につき、EGBGB240条 § 2[使用賃貸借及び用益賃貸借関係の解約の制限]によって、その適用が排除されないと立言したことは正当であるとする (Rn.18)<sup>74)</sup>。

##### 【理 由】

(1) 国家による閉鎖命令は賃借物の瑕疵を基礎づけるか

ドレスデン判決が、BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項に従った減額を認めなかったことは正当である (Rn.26)。COVID-19 パンデミックに基づいて国家によって命令された店舗閉鎖が賃借物の瑕疵であるかは争いがある。肯定説は、閉鎖命令が直接にエピソード領域における賃借客体及びその状況と結びついているのであり、賃借人における個人的な事情または営業上の事情に関係していないとして、瑕疵を認めている<sup>75)</sup>。しかし、判例及び学説の主たる見解は、パンデミッ

---

74) これに関してはおよそ以下の用に説明されている。COVfAG 5条に基づく特別規律による遮断効果 (Sperrwirkung) を認める見解もあるが、主たる見解は、EGBGB240条 § 2 [使用賃貸借及び用益賃貸借関係の解約の制限]の規律が COVID-19 に基づく官庁による営業禁止の事例から賃貸借の瑕疵担保の規定などの適用を排除するという遮断効果を否定しており、これが適切である。立法者が、EGBGB240条 § 2[使用賃貸借及び用益賃貸借関係の解約の制限]を導入することで、COVID-19 パンデミックを克服するための広範な高権的措置から特に商業用の賃貸借関係に対して生じる結果につき、排他的に規律する意図があったと推測することはできない (Rn.18-20)。

75) OLG Nürnberg MDR 2021, 56; LG Kaiserlautern Urteil vom 13. April 2021 - 4 O/M

クに関連した営業禁止は、性状（Beschaffenheit）、状態、状況を基礎にして  
いるのではなく、賃借人の使用リスクに係る使用妨害に過ぎない、  
として否定説に立っており（Rn.28）<sup>76)</sup>、この見解が適切である（Rn.29）。

BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項1文の  
意味での瑕疵とは、賃借物の実際の状態と契約によって義務づけられた状  
態が賃借人の不利になるように食い違っていることである。賃借物の実際  
の事情も法的な関係も瑕疵として考慮に値する。公法による使用妨害ない  
し使用制限も、連邦通常裁判所の判例に照らせば、それが賃借物の契約に  
即した使用を妨げる場合、その妨害や制限が賃借物の具体的な性状  
（Beschaffenheit）を基礎にし、賃借人の個人的な事情または営業上の事情  
がその原因ではないならば、同条の意味での物的瑕疵を基礎づける<sup>77)</sup>  
（Rn.30）。商業用の賃借客体の契約に即した使用への立法者の措置による  
妨害が BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項1  
文での瑕疵となるには、当該措置によって影響を受けた使用制限が直接に  
賃借客体の具体的な性状（Beschaffenheit）、状態、状況と関係していること  
が必要である。これに対して、取引上の成果を妨害するような立法者の措  
置は、賃借人のリスク領域に属する。BGB535条[賃貸借契約の内容と主  
たる義務] 1項2文によれば、商業場所の賃貸人には、契約の継続期間中  
に賃貸借の目的物を契約で定めた使用ができる状態で賃借人に取得させる

---

↘ 284/20 - juris; Jauernig/Teichmann, 18. Aufl. 2021, BGB § 536 Rn.12a; BeckOGK/Geib  
[Stand: 1. Oktober 2021] EGBGB Art. 240 § 2 Rn.16; Selk, NZM 2021, 369, 374ff.; Sentek/  
Ludley, NZM 2020, 406, 410; Krepold, WM 2020, 726, 729ff.; Säcker/Schubert, BB 2020,  
2563 が挙げられている。

76) OLG München NJW 2021, 948, 949; OLG Karlsruhe NJW 2021, 945f.; KG GE 2021, 570,  
571; OLG Schleswig NZM 2021, 605, 607; OLG Frankfurt NZM 2021, 395, 397f.;  
Butenberg/Drasdo/Först/Hannemann/Heilmann, NZM 2020, 493, 497; Häublein/Müller,  
NZM 2020, 481, 484f.; Leo/Götz, NZM 2020, 402, 403; Zehelein, NZM 2020, 390, 392ff.;  
Sittner, NJW 2020, 1169, 1171; Sachsinger, ZMR 2020, 1002ff.; Gerlach/Manzke, ZMR  
2020, 551, 554; Klimesch/Walther, ZMR 2020, 353, 354; Both in Zehelein Miete in Zeiten  
von Corona § 3 Rn.18ff.; Klose NZM 2021, 832, 833f が挙げられている。

77) NJW 2017, 1104 Rn.15 が挙げられている。

義務があるに過ぎないからである。賃借客体でもって利益獲得ができるという賃借人の期待が後発的に生じた事情に基づいて満たされない場合、商業用の賃借人の典型的なリスクが実現しており、これは後発的な立法者ないし官庁による措置によって賃借人の営業 (Gewerbebetrieb) が妨害される場合にも当てはまる<sup>78)</sup> (Rn.31)。

しかし、本件では、2020年3月18日、20日のザクセン州による一般処分を基礎にする被告の個々の店舗の閉鎖は、BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額]1項1文の意味での瑕疵にはならない (Rn.32)。官庁による閉鎖命令と結びついた被告の使用制限は、賃借客体の具体的な性状 (Beschaffenheit)、状態、状況を基礎にしていなかった。当該命令による店舗閉鎖は、店舗の使用のあり方とそこから生じる公衆の往来 (Publikumsverkehr) だけに関係している。公衆の往来はウイルス蔓延を悪化させる恐れがあり、感染防止のために禁止されると言われている。しかし、ザクセン州の一般処分によって、賃借した店舗場所のそれ以外の利用が被告に禁止されているのでもないし、実際にまたは法的に賃借場所の譲渡 (Überlassung) が原告に禁止されているのでもないので、閉鎖命令があっても引き続き、合意された賃借目的にとって賃借物の利用は可能であった (Rn.34)。

被告の潜在的な顧客が賃借店舗へアクセスすることが官庁による閉鎖命令によって事実上妨害ないし制限されていたことによっても、賃借物に瑕疵があることは基礎づけられない。顧客の賃借場所へのアクセス妨害が瑕疵になることはあるが、瑕疵概念の氾濫を防止するために、アクセス制限が直接に賃借客体の状況ないし性状 (Beschaffenheit) と結合していることが必要である<sup>79)</sup>。本件では、アクセス妨害は、賃借物の具体的な構造上の実情 (Gegebenheit) を基礎にしているのではなく、ザクセン全土に存在する (一部例外を

---

78) NJW 2011, 3151 Rn.8f が挙げられている。

79) 例として、賃借客体の周辺領域 (Umfeld) で国家の資金による建築措置が行われ、それにより賃借場所へのアクセスが困難になっている場合が挙げられている (Schmidt-Futterer/Eisenschmid, Mietrecht 15. Aufl. 2022 BGB § 536 Rn.210 参照)。

除いた<sup>80)</sup> あらゆる店舗に開店禁止を命じた高権的な措置を基礎にしており、具体的な周辺領域（Umfeld）の条件は重要ではなかった（Rn.35）。

本件において当事者双方によって賃貸借の目的として「あらゆる種類のアパレル品及び日用品のための個々の小売店舗の販売場所および貯蔵場所としての使用」が合意されていたことから、BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項1文の意味での瑕疵は生じない。当該合意によって引き受けられた賃貸人の給付義務の範囲は、原則として、客観的な受け手の視点（Empfängerhorizont）、つまり賃借人の観点からBGB133条[意思表示の解釈]、157条[契約の解釈]に従って確定されるべきである。特別な事情がなければ、賃借物の有体の性状（Beschaffenheit）、状態、状況に係るかもしくはそれらに影響を与える法的な関係だけが賃貸人に義務づけられた給付である<sup>81)</sup>。営業に関する事情から生じるもしくは賃借人自身を原因とする公法による使用制限（禁止・使用妨害）は、別段の合意がなければ、賃貸人が責任を負う必要はない<sup>82)</sup>。疑わしいときには、誠実な賃借人であれば、賃貸人との給付の約束を、賃貸人が合意した使用をどのような事情のもとでも賃借人に請け合っていると理解してはならない<sup>83)</sup>。本件では、被告は、原告が具体的な賃借目的の合意でもって、パンデミックにおいて高権的に命じられた開店禁止の場合にも無制限の責任負担義務を引き受けるつもりであった、ということを出立点することはできなかった（Rn.36）<sup>84)</sup>。

ライヒ裁判所の判決からも、商業的に利用される賃借場所のパンデミックと関連した閉鎖が賃借物の瑕疵だとは明らかにならない（Rn.37）。確かに、ライヒ裁判所は、第一次大戦のためにダンスイベントが警察によって

---

80) たとえば、国民のプライマリケア（Grundversorgung）や生存配慮（Daseinsvorsorge）に役立つ店舗や設備である（Rn.33）。

81) Streyll, NZM 2020, 817, 819 が挙げられている。

82) Günter, NZM 2016, 569, 570 が挙げられている。

83) Häublein/Müller, NZM 2020, 481, 484 が挙げられている。

84) OLG München NJW 2021, 948, 949 が挙げられている。

禁止された場合に、主としてダンスイベントが行われていた用益賃借されている飲食店について、瑕疵を認めた<sup>85)</sup>。ライヒ裁判所の見解によれば、ダンス禁止は、賃貸借の目的物それ自体に関係しており、この目的物は、ダンスをやる飲食店 (Tanzwirtschaft) という性状 (Eigenschaft) が失われたために、契約に即した使用の適格性を損なうという BGB旧537条の意味での瑕疵がある (Rn.38)。しかし、この判決を本件に用いることはできない。今とは異なる理解の瑕疵概念がその判決の基礎になっていたからである<sup>86)</sup>。連邦通常裁判所は、公法による使用制限の場合には、商業場所の賃貸借の領域では賃貸人と賃借人との間での原則的なリスク分配に取り組んでいる<sup>87)</sup>。また、この判決よりも後になってはじめて、ライヒ裁判所が戦争やパンデミックなどの不可抗力のために賃借物の使用が制限された場合に契約当事者間の利益にかなった調整が達成できる行為基礎の障害の原則を展開したことも理由の一つである<sup>88)</sup> (Rn.39)。

## (2) 賃貸人の給付義務は不能か

契約に即した使用に適した状態で賃借物を譲渡し、取得させるという契約で義務付けられた原告の給付は、原告にとって不能になっていなかったはずだから、被告は賃料支払い義務から解放されていない (BGB326条[給付義務が排除される場合の反対給付からの解放及び解除] 1項, 275条[給付義務の排除] 1項)。賃借物に瑕疵がないとしても、賃借物の賃借人への譲渡後にはこれらの規律

85) RGZ 87, 277, 280; 89, 203, 205 が挙げられている。

86) OLG Frankfurt NZM 2021, 395, 397f. が挙げられている。

87) BGH NJW 2011, 3151 Rn.9 が挙げられている。この判決では原則的なリスク分配について以下のように述べられている。すなわち、商業場所の用益賃貸借の場合には賃借物に関する使用リスク、特に賃借客体でもって利益を獲得できるというリスクは原則として賃借人が負担する。従って、後発的に生じた事情のためにこの利益獲得への期待が満たされなかった場合、商業用の用益賃貸借人の典型的リスクが実現する。このことは、後発的な立法者ないし官庁による措置によって用益賃貸借人の営業 (Gewerbebetrieb) が妨害される場合にも当てはまる。典型的なリスク分配については、中谷 (前掲脚注1) 671頁以下参照。

88) RGZ 100, 129, 132f.; MüKo/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, BGB § 313 Rn.23 mwN; Streyll, NZM 2020, 817, 819 が挙げられている。

(BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額]以下) が適用されえず、賃貸借の瑕疵担保の規律によって排除されるのか否かは未解決でよい<sup>89)</sup>。上記のように、原告は、営業停止の期間中も、BGB535条[賃貸借契約の内容と主たる義務] 1項に従って自身が負っている給付をもたらしており、パンデミックにおいて高権的に命令された開店禁止の場合に対する責任負担義務も引き受けてはいなかった。(Rn.40)。

(3) 行為基礎の障害に基づく契約適合（賃料減額）は認められるか

控訴裁判所（ドレスデン判決）が適切に判断したように、COVID-19 パンデミック克服のための高権的な措置に基づいている店舗閉鎖の場合には、BGB313条[行為基礎の障害] 1項に基づいて商業に利用する場所の賃借人の賃料の適合請求権が考慮に値する。しかし、適合請求についてのドレスデン判決の検討には法的な誤りがある（Rn.41）。

BGB313条[行為基礎の障害] 1項によれば、契約の基礎になっている事情が契約締結後に著しく変更し、この変更を当事者双方が予見していたならば同人らが契約を締結しなかったか異なった内容で締結したはずである場合に、契約適合は請求され得る。契約適合は、個々の事例のあらゆる事情、特に契約上ないし法律上のリスク分配を考慮して一方当事者に当初契約の維持が期待可能でない限り、要求することが出来る（Rn.42）。

COVID-19パンデミック及びそれと結びついた社会的経済的生活の広範な制限によって、当事者間で締結された賃貸借契約の行為基礎は著しく変更した（Rn.43）。契約の行為基礎は、ある事情の存在または将来の発生に関する契約締結の際に存在した当事者双方の共通の観念、または当事者双方が基礎にしているところの相手方によって認識可能であり同人によって異議を唱えられなかった契約の一方当事者の観念によって形成される<sup>90)</sup>

---

89) MüKo/Häublein, 8. Aufl. 2020, BGB Vor § 536 Rn.7; BeckOGK/Bieber [Stand: 1. April 2021] § 536 BGB Rn.9; Staudinger/V. Emmerich, BGB [2021] Vorb. zu §§ 536ff. Rn.5 が挙げられている。

90) BGH NJW 2012, 1718 Rn.26 が挙げられている。

(Rn.44)。当事者のいずれも、2013年の賃貸借契約の締結の際に、合意された賃貸借期間中にパンデミック及びそれと関連した被告の店舗営業への重大な高権的な侵害が生じ、賃借場所の意図した使用が制限されるという観念を有していなかったことに争いはない。本件ではいわゆる大行為基礎が問題になっている。それは、根本的な契約の政治的経済的社会的枠組み条件が革命、戦争、強制移民 (Vertreibung)、ハイパーインフレ、(自然)災害によって変更せず、生活基盤が動揺しないという契約締結する当事者双方の期待である<sup>91)</sup>。当事者双方のこの期待は、ザクセン州の一般処分に基づいて被告の店舗を2020年3月19日から4月19日まで閉鎖しなければならなくなったことによって著しく障害された (Rn.45)。これについて BGB313条[行為基礎の障害] 1項1文の実際の要件が満たされていることとて、2020年12月22日(同月31日発効)の「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、社団法、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<sup>92)</sup>) (以下「COVRSPÄndG<sup>93)</sup>」とする) 10条<sup>94)</sup>によって追加されたEGBGB240条 § 7[使用賃借及び用益賃貸借の行為基礎の障害]は都合がいい。同条によれば、賃借された土地または賃借された居住場所ではない場所 (Räume) が COVID-19パンデミックの克服のための国家による措置に基づいて賃借人の営業にとって使用できないか重大な制限を受けてしか使用できない場合

91) MüKo/Finkenauer, 8. Aufl. 2019, BGB § 313 Rn.17; Palandt/Grüneberg, 80. Aufl. 2021, BGB § 313 Rn.5; OLG München NJW 2021, 948, 949f.; KG GE 2021, 570, 572; OLG Frankfurt NZM 2021, 395; Häublein/Müller, NZM 2020, 482, 486f.; Zehelein, NZM 2020, 390, 398; Streyll, NZM 2020, 817, 821; Warmuth, COVuR 2020, 16, 18 が挙げられている。

92) BGBLI 2020 S.3328.

93) 略語は、BeckOK MietR/M. Schultz, 27. Ed. 1.2.2022, EGBGB Art. 240 § 7による。

94) 本条は2022年9月30日に失効する (BT-Drs. 19/25322, S.24)。



には、賃貸借契約の基礎になっている BGB313条[行為基礎の障害] 1項の意味での事情が契約締結後に著しく変更したと推定される<sup>95)</sup> (Rn.46)。もちろん、学説では、COVRSPÄndG の発効時点で締結されていた事態には適用できないという見解も支持されている<sup>96)</sup> (Rn.47)。しかし、立法理由では、当該規定は発効前の事態にも適用できるとされている<sup>97)</sup>。判例及び学説でもこの見解が支持されている<sup>98)</sup>。もっとも、この争いは未解決でよい。EGBGB240条 § 7[使用賃貸借及び用益賃貸借の行為基礎の障害]は、商業に利用される場所 (Räumlichkeiten) の賃貸借契約において COVID-19 パンデミック克服のための国家によって命令された措置に基づく使用制限が行為基礎の著しい障害になっていると推定されるという厳格に限定された規律内容しか有していない。つまり当該規律は、BGB313条[行為基礎の障害] 1項の現実的要素<sup>99)</sup> だけに関係しており、それ以外の要素についてはこの規定は関係がない<sup>100)</sup>。また、この規律は、契約適合が行われるべきか行われるとしてどのような方式で行われるべきかに関しても何も述べていない<sup>101)</sup> (Rn.48)。

もっとも、契約による合意に従って当事者の一方のリスク領域に属するとされる期待 (Erwartungen) と事情が重要である限り、原則として行為基礎の障害の規律の考慮の余地はない。そのような契約上のリスク分配ないしリスク引受は、通常は、契約当事者に対してそのリスクが実現した場

---

95) Klose, NZM 2021, 832, 835 が挙げられている。

96) Klimesch, IMR 2021, 47f が挙げられている。COVRSPÄndG14条 2項で同法10条が2020年12月31日から発効することが規定されている。

97) BT-Drs. 19/25322, S.24 が挙げられている。これによれば、COVRSPÄndG10条の規律は、この法律の発効した時点で既に締結されていたが、いまだ確定力 (rechtskräftig) をもって判断されていない事態にも適用することができる、と言われている。

98) OLG Karlsruhe NJW 2021, 945; BeckOGK/Siegmund [Stand: 1. Oktober 2021] EGBGB Art. 240 § 7 Rn.15; Blatt/Stobbe, IMR 2021, 45 が挙げられている。

99) BGB313条 1項の要件については、中谷 (前掲脚注 1) 658頁以下参照。

100) BT-Drs. 19/25322, S.20f. が挙げられている。

101) BeckOGK/Martens [Stand: 1. Oktober 2021] BGB § 313 Rn.247; BT-Drs. 19/25322, S. 21 が挙げられている。



合において行為基礎の障害を主張する可能性を排除する<sup>102)</sup> (Rn.49)。本件では、被告は、パンデミックに関連した被告の個々の小売店舗の閉鎖に対する単独の使用リスクを契約によって引き受けていなかった (Rn.50)。当事者双方の契約上の約定によってリスク分配が変更されているかは、契約の合意の解釈によって確定されるべきである。しかし、賃貸借契約の5条3号<sup>103)</sup>によってリスクが変更されていたと考えることはできない。賃貸借契約当事者双方がリスク分配を変更しようとする契約規定は原則として厳格に解釈されるべきだから、この規律により、当該契約規定によって把握された出来事における賃貸借の瑕疵担保請求権の放棄を超えて、パンデミックの場合にも賃借物を契約に即して使用できないという単独のリスクを被告が引き受けるつもりだったと推論することはできない (Rn.51)。

以上からして、当事者双方が2013年の契約締結時にパンデミックの可能性とそれと結びついた高権的に命令された営業停止の危険を予見でき、かつ考慮していたならば、賃貸借既契約を異なった内容で締結したはずである、ということを出立点とすることはもちろんできる。誠実な賃貸借契約の当事者ならば、この場合に対して、上記の危険と結びついた経済的なりリスクを一方的に賃借人の負担になるようには規律せず、契約で賃料適合の可能性を規定していたはずであるということが認められるべきである (Rn.52)。

しかし、BGB313条[行為基礎の障害]1項所定の行為基礎の障害があるだけで契約適合の権利が認められるのではない。むしろ、当該規定は、さらなる要件として、個々の事例のあらゆる事情、特に契約上ないし法律上のリスク分配を考慮して関係する契約当事者にとって当初契約の維持が期待できないことを要求している。契約適合のためには、当初契約の維持が関係する当事者にとってもはや耐え難い結果になることが不可欠である<sup>104)</sup>。ゆえに、

---

102) BGHZ 223, 290 = NJW 2020, 331 Rn.37 が挙げられている。

103) 「ガス、電気、水道の供給または下水が賃借人によって帰責されるべきではない事情によって中断された場合、あるいは洪水その他の災害が生じている場合、賃借人には賃料減額ないし損害賠償の権利がない。」という規律内容である (Rn.2)。

104) FamRZ 2015, 393 Rn.19; BGH NJW 2012, 1718 Rn.30 が挙げられている。

賃借人のための契約適合は、契約で合意した賃料額を変わらずに維持することが契約によるリスク分配に関するあらゆる事情を衡量して賃借人にとって期待可能である場合には、少なくとも、考慮に値しない<sup>105)</sup> (Rn.53)。

原則として、賃借人は賃借物の使用リスクを負担し、商業用の賃貸借においては、特に賃借客体でもって利益を得ることができる機会もこのリスクの一つである<sup>106)</sup>。この利益獲得への期待が後発的に生じた事情によって満たされないとしても、商業利用による賃借人の典型的なリスクが実現しているにすぎない。このことは立法者や官庁による後発的な措置によって賃借人の営業 (Gewerbebetrieb) への妨害が生じる場合にも当てはまる<sup>107)</sup> (Rn.54)。しかし、この期待外れが、たとえば営業停止のような COVID-19 パンデミックを克服するための高権的な措置に基づいている場合、これは賃借人の通常の使用リスクを超えている<sup>108)</sup>。商業用の賃借人がパンデミックと関連した営業停止に基づいて被った経済的な不利益は、事業者としての判断にも、賃借場所において店舗を営業し、利益を得ることができるという観念が裏切られたことにも基づいてはならない。むしろ、経済的不利益は、COVID-19 パンデミックを克服するための経済的社会的な生活への国家による広範な侵害の結果である。それに対しては、賃貸借契約当事者のいずれも責任を負わせることはできない。加えて、COVID-19 パンデミックの克服のための措置の種類は、感染防止という理由から人の接触を広く減らすという目的によって規定された。この措置は、疫学的観点に従って選抜されているものの、原則として賃借人によって行われた営業 (Gewerbebetrieb) の特殊な性状 (Eigenschaften) にも賃借客体のそれにも結び付いていない<sup>109)</sup>。結局のところ、

---

105) BGH NJW-RR 2020, 523 Rn.20ff が挙げられている。

106) BGH NJW 2006, 899, 901 が挙げられている。

107) BGH NJW 2011, 3151 Rn.9 が挙げられている。

108) OLG München NJW 2021, 948, 951f; KG GE 2021, 570, 572; Häublein/Müller, NZM 2020, 482, 487; Streyl, NZM 2020, 817, 822; Warmuth, COVuR 2020, 16, 20; Römermann, NJW 2021, 265, 268 が挙げられている。

109) BeckOGK/Martens [Stand: 1. Oktober 2021] BGB § 313 Rn.246 が挙げられている。

COVID-19 パンデミックによって、それに関する契約規律のない賃貸借契約によるリスク分配によっては把握されていない一般的な生活リスクが実現した。むしろ、連鎖的危機は、広範にわたって影響を与え、大行為基礎の障害になった。それと結びついたリスクは、通常は、契約当事者の一方だけには割り当てることはできない<sup>110)</sup>。EGBGB240条 § 7[使用賃貸借及び用益賃貸借の行為基礎の障害]の創設の際に立法者も、COVID-19 パンデミックを克服するための国家による措置に基づく負担は、それに関する契約上の規律がなければ、通常は賃貸人の領域にも賃借人の領域にも割り当てられるべきではないことを出立点とした<sup>111)</sup> (Rn.55)。以上から、パンデミックと関連した店舗閉鎖が被告の使用リスクだけに關係せず、被告に一方的にそのリスクを負わせることもできないとドレスデン判決が認めた点は正当である (Rn.56)。

しかし、だからと言って、賃借人が常に店舗閉鎖期間中の賃料の適合請求ができるということを意味しない。当初契約の維持が賃借人に期待不可能かどうかは包括的な衡量が必要であり、個々の事例の全事情が考慮されるべきである (BGB313条[行為基礎の障害] 1 項)。大雑把な考察方法 (pauschale Betrachtungsweise) では、この規範的な要件が求める内容が考慮されていない。ゆえに、パンデミックと関連した賃借物の使用制限のリスクが両方の賃貸借契約の当事者のいずれにも単独では課されないことを理由に、具体的な事情の考慮をせずに店舗閉鎖期間中の賃料が原則として半分に切り下げられるという契約適合は考慮に値しない<sup>112)</sup> (Rn.57)。期待不可能性の衡量を行う場合、店舗閉鎖及びその期間の長短により賃借人にどのよう

110) KG GE 2021, 570, 572; Häublein/Müller, NZM 2020, 482, 487; Römermann, NJW 2021, 265, 268 が挙げられている。

111) BT-Drs. 19/25322, S.21 が挙げられている。

112) OLG München NJW 2021, 948, 952; OLG Hamm Urteil vom 24. September 2021 - 30 U 114/21 - juris Rn.79; OLG Karlsruhe NJW 2021, 945, 947; Klose, NZM 2021, 832, 839; a.A. KG GE 2021, 570, 572; OLG Köln NJW-RR 2021, 1218, 1221; Zehelein, NZM 2020, 390, 399f.; Römermann, NJW 2021, 265, 269; Säcker/Schubert, BB 2020, 2563, 2570; Klimesch/Walther, ZMR 2020, 556, 557f が挙げられている。

な不利益が生じていたのかが重要である。これは、第一次的に、閉鎖期間中の具体的な売り上げ減少が考えられる。しかし、コンツェルンとしての売り上げではなく、具体的な賃借客体の店舗だけに照準が合わせられるべきである<sup>113)</sup>。店舗閉鎖期間中の差し迫った損失を回避するべく、賃借人がどのような措置を講じたか、また講じることができたかも考慮されるべきであろう（Rn.58）。しかし、行為基礎の障害の原則に照らして、契約適合は、生じている損失の過剰補償（Überkompensierung）になってはならないのだから、期待不可能性の検討の際には、原則として、パンデミックと関連した不利益の調整のための国家による給付から賃借人が獲得した財政的な利益も考慮されるべきである<sup>114)</sup>。ただし、国家から消費貸借によって与えられた支援措置は、損失の最終的な補償になっていないので、期待不可能性考慮の際に問題にならない<sup>115)</sup>（Rn.59）。また、期待不可能性の衡量の際には、賃貸人の利益も考察の対象とすべきである<sup>116)</sup>（Rn.60）。

行為基礎の障害を主張する者に、当初契約の維持が同人に期待不可能であることを証明する義務がある<sup>117)</sup>。従って、賃借人は、店舗閉鎖期間中にどのような不利益が生じて完全な賃料支払いが同人に期待不可能になっているか<sup>118)</sup>、損失を調整するためにどのような期待可能な努力をしたのかも証明する必要がある。賃借人が国家による支援給付を得ていないと主張する場合、受領可能な支援給付を得ようとしたができなかったことを説明し、場合によっては証明する必要がある。賃借人がこれに成功しない場合、国

---

113) Streyll, NZM 2020, 817, 825 が挙げられている。

114) OLG München NJW 2021, 948, 952; OLG Karlsruhe NJW 2021, 945, 946f.; KG GE 2021, 570, 572; Häublein/Müller, NZM 2020, 482, 489; Zehelein, NZM 2020, 390, 401; Saxinger, ZMR 2020, 1002, 1007f.; Tölle/Ehrentreich, IMR 2021, 178, 179; Klimesch, IMR 2021, 47; Güther, ZMR 2021, 296f. が挙げられている。

115) KG GE 2021, 570, 572; OLG Frankfurt NZM 2021, 395, 402; Streyll, NZM 2020, 817, 824; Römermann, NJW 2021, 265, 268 が挙げられている。

116) OLG München NJW 2021, 948, 952 が挙げられている。

117) MüKo/Finkenauer, 8. Aufl. 2019 BGB § 313 Rn.135 が挙げられている。

118) Saxinger, ZMR 2020, 1002, 1007f.; Tölle/Ehrentreich, IMR 2021, 178, 180 が挙げられている。

家による支援給付を得ていたものとして扱わねばならない<sup>119)</sup>。他方で、賃貸人が、賃借人によって主張された損失が COVID-19 に基づいていないと反論する場合、賃貸人にはこの説明と証明の負担が課される<sup>120)</sup> (Rn.61)。以上から、事実審の責任において、ZPO287条[損害の確定：債権の額]を考慮して、個々の具体的な事例に対して BGB313条[行為基礎の障害]の要件を確定し、必要があれば契約適合を行わねばならない (Rn.62)。

この原則によれば、ドレスデン判決の見解は法的に誤りがある (Rn.63)。期待不可能性の問題はあらゆる重要な事情を具体的に個々の事例に関連づけて衡量しなければならず、それを賃料の大雑把な分割 (pauschale Aufteilung) に置き換えることはできないことをドレスデン判決は見誤った。むしろ、紛争の対象となっている期間の店舗閉鎖が被告にとってどのくらい具体的な経済的な影響を与えていたのか、当該不利益が賃貸借契約の適合を必要とする規模であったのかについて十分に確定されなければならなかった。従って、被告が店舗閉鎖の期間に国家による相応の援助を受けたのか、あるいは受けることができたかの問題を未解決にしてはならなかった (Rn.64)。

## 5. 小括と検討

いずれも国家による店舗閉鎖命令のために賃借人である企業の支店の売り上げが減少し、そのために賃料の減額が求められている事案である。以下では、Ⅱの冒頭で掲げた①国家による閉鎖命令は賃借物の瑕疵を基礎づけるか、②賃貸人の給付義務は不能か、③行為基礎の障害に基づく契約適合(賃料減額)は認められるか、の各点について、上記で紹介した3つの判決と1つの決定を比較整理しておこう。

### (1) 国家による閉鎖命令は賃借物の瑕疵を基礎づけるか

いずれの判決及び決定でも国家による閉鎖命令により店舗を開店できないことが BGB536条[物的瑕疵及び権利の瑕疵がある場合の賃料減額] 1項の意

---

119) Häublein/Müller, NZM 2020, 481, 489 が挙げられている。

120) BeckOGK/Martens [Stand: 1. Oktober 2021] BGB § 313 Rn.251 が挙げられている。

味での賃借物の瑕疵であるとは認められていない<sup>121)</sup>。同条の意味での賃借物の瑕疵を賃借物の実際の状態と契約で合意された状態との賃借人に不利となる食い違いであると定義し、国家による使用制限が賃借物の瑕疵となるためには、当該制限が直接に賃借物の具体的な性状 (Beschaffenheit)、状態、状況に関係していることが必要である、という点は、およそ各判決及び決定で共通している。ただし、瑕疵を否定する理由づけはそれぞれ異なる。

カールスルーエ判決は、端的に本件では閉鎖命令の客体への関連性が欠如していると判断している (Rn.15)。ドレスデン判決では、瑕疵の認定にあたり、当事者の合意と法律上のリスク分配が基準となるが、本件では契約に即した活動ができないので、賃借人の使用・収益リスクは影響を及ぼさず、閉鎖命令は賃貸人のリスク領域にも属しないとしたうえで、公法による賃借物の使用制限が瑕疵となるには、それが場所的関連性を有し、かつ営業関連性にその原因を有しないことが必要となると立言し、本件では場所的関連性を有してはいるが、原告の影響を超えた一般的かつ全国的に妥当するアクセス制限から、賃貸人に責任を負わせるべき領域に属する事情は導けないため瑕疵はないと判断している (Rn.30f)<sup>122)</sup>。ミュンヘン決定と BGH 判決では、閉鎖命令が客体への直接の関連性がないことを前提としつつ、瑕疵の有無を検討するのに、賃貸人が合意で引き受けた給付義務の範囲を、客観的な受け手の視点に照らして解釈によって確定する必要があり、疑わしい場合には、賃貸人との給付の約束を、賃貸人が合意した使用をどのような事情のもとでも請け合っていると誠実な賃借人であれば理解してはならないと立言して、それぞれの事件で、賃貸人が具体的な賃貸借の目的に照らして、パンデミックにおける国家による店舗閉鎖命令の場合にも無制限の責任負担義務を負うつもりであったと理解することはできないとしている (BGH 判決 Rn.36 など)。

---

121) BGB536条1項の瑕疵については、藤井俊二『ドイツ借家法概説』（信山社、2015年）135頁以下に詳しい。

122) 脚注16参照。

ドレスデン判決だけ客体との関連性を認めているが、他の判決及び決定では客体への関連性は否定されている。また、公法による賃借物の使用制限であっても、別段の合意があれば瑕疵となるが、ミュンヘン決定やBGH判決から明らかなように、そうした合意があるかきわめて厳格に解されている。なお、BGH判決では、ライヒ裁判所がかつて類似の事案で賃借物の瑕疵を認めたという点について、当時とは瑕疵概念が異なること、行為基礎の障害原則が段階的に形成されてきており、パンデミックを理由とする使用制限の場合に当事者間の利益にかなった調整ができることが挙げられていることから、連邦通常裁判所としては、賃借物の外部の障害（賃借客体に直接関連しない障害）については賃貸借の瑕疵担保のルールではなく、行為基礎の障害のルールを用いる方が望ましいと考えていると評価できる。

## (2) 賃貸人の給付義務は不能か

いずれの事案でも賃貸人の給付義務の不能は認められていない<sup>123)</sup>。カールスルーエ判決 Rn.17では、賃貸人の義務は、契約期間中に契約で予定した利用を可能にする状態で目的物を賃借人に得させる義務であり、閉鎖命令の期間中もこの使用は可能であったと解されている。ミュンヘン決定 Rn.9は、給付障害は給付義務に関係する必要があるが、本件では、瑕疵担保の場合と同じように、契約解釈から、特定の賃貸借の目的の合意を、賃借物の性状(Beschaffenheit)と関係のない原因に基づいて賃借人の具体的な店舗営業が禁止されないという一般的な法律状況が維持されることに対する調達リスクを賃貸人が引き受けていると理解することは許されないとして、給付障害と給付義務に関連性がないと解釈している。BGH判決もミュンヘン決定とほぼ同じ理由づけである(BGH判決 Rn.40)。他方で、ドレスデン判決 Rn.23では、本件のように賃借物がすでに賃借人に譲渡された後は、賃貸借の瑕疵担保のルールによって一般債務法の規定は排除されるとしている<sup>124)</sup>。

123) 賃貸人の給付義務が不能の場合には、これに対する賃借人の請求権は排除され(BGB275条)、同時に賃貸人の反対給付請求権も脱落する(BGB326条)。

124) これについての批判は、脚注18参照。なお、この問題についてBGH判決は未解決で



不能の問題についても、ドレスデン判決だけ瑕疵担保と一般債務法の不能との関係性を問題とするのに対して、その他の判決及び決定では、賃貸人は使用目的を考慮した契約上の義務を履行している、つまりパンデミックにおける店舗閉鎖命令の場合に対する責任負担義務を引き受けていないため、不法は問題にならない、と判断されている。これらの諸判決及び決定からは、賃貸人がどのような給付義務を負っていたかを契約解釈により確定する作業が不能の有無を判断する際に重視されていることがうかがえる。たとえば、国家による店舗閉鎖命令があっても賃貸人は賃借人に店舗営業をさせる義務を負っている等の合意をしている場合に限り、賃貸借の瑕疵担保責任または不能が問題になるのだろう。

### (3) 行為基礎の障害に基づく契約適合（賃料減額）は認められるか

特別法により原則として行為基礎の障害を推定することで、商業利用目的の賃借人の交渉の地位を強化し、裁判外での当事者双方の交渉を促すことが期待されている（カールスルーエ判決 Rn.19）<sup>125)</sup>。ドレスデン判決 Rn.41では行為基礎の障害に基づく契約適合により賃料の減額（折半）が認められたのに対して、その他の判決及び決定では最終的に契約適合は認められていない。ただし、カールスルーエ判決 Rn.22では行為基礎の障害の援用が例外的だと位置づけられているのに対して、ミュンヘン決定とBGH判決では原則として行為基礎の障害による賃料減額が認められるという立場である。この違いは、COVID-19に起因する国家による店舗閉鎖命令のリスクを誰に負わせるべきかという問題に対する見解の相違から生じている。

#### ① 国家による閉鎖命令のリスク負担と契約上のリスク引受

カールスルーエ判決 Rn.17, 22が国家による店舗閉鎖命令のリスクを賃借人負担だと考えているのに対して、ドレスデン判決、ミュンヘン決定、BGH判決によれば、そのようなリスクは大行為基礎<sup>126)</sup>に関するものであ

---

↘よいとしている（II.4.(3)）。

125) EGBGB240条§7の立法趣旨（BT-Drs. 19/25322, S.14f.）。

126) 大行為基礎については、さしあたり中谷（前掲脚注1）657頁参照。



り、原則としていずれの当事者にも単独で割り当てられないとして、賃借人が負うべき使用リスクではないことはもちろん、賃貸人または賃借人が単独で負担するリスクだとみなされていない(BGH判決 Rn.55など)。なお、当該判決及び決定でも、これに関する契約上のリスク引受がある場合にはそれが優先し、行為基礎の障害の主張が許されないことは認められている(BGH判決 Rn.49など)<sup>127)</sup>。しかし、各事件ではそのようなリスク引受の存在は認定されていない。

行為基礎の障害が認められるための要件<sup>128)</sup>のうち、カールスルーエ判決以外は、現実的要素と仮定的要素が満たされていることを認めている。ただし、ドレスデン判決以外は、規範的要素、特に期待不可能性要件が満たされていないと判断している。

## ② 期待不可能性要件

上述のようにカールスルーエ判決によれば、閉鎖命令のリスクを賃借人が負担する以上、行為基礎の障害が認められるのは例外的な場合、つまり当初契約の維持が賃借人にとって期待不可能な場合である。同判決は、債務関係に内在する犠牲となるべき境界線を越える費用は債務者にとって期待可能ではなく、債務者への要求が生活基盤の破壊となる場合に越境が認められると立言し、本件では賃借人がそのような危険にさらされていたかの主張はないとして期待不可能性を否定している。

これに対して、ドレスデン判決は、閉鎖命令のリスクは双方が単独では負担しないという前提に立ち、継続的契約という賃貸借契約の特性を考慮して、期待不可能性の基準線を低く設定し、対価が月単位で義務づけられているのだから、閉鎖期間が1か月以上に及ぶ場合には、客体の譲渡と賃料の等価性が障害されており、賃借人にとって当初契約の維持は期待不可能だとして、折半による解決を認めている(Rn.39, 40)。この際、賃借人が国家からの援助を受けとったかどうかは未解決でよいとする。当事者双方は行為基礎の

---

127) これは学説でも認められている。これについては、中谷(前掲脚注1)667頁以下参照。

128) 行為基礎の障害の要件については、中谷(前掲脚注1)658頁以下参照。

障害の原因を作らず、また予見できなかったのだから、その負担を同程度に両者に分配することが適切であるとの観点が重視されている（Rn41）。

他方で、ミュンヘン決定は、5週間の閉鎖期間は行為基礎の障害として重大であることを前提に、期待不可能性の判断には、一方当事者だけでなく相手方の利益も含むあらゆる事情を評価した包括的な利益衡量及び賃貸人と賃借人の経済状況の顧慮（賃貸借契約期間、直近1年の収益、準備金の形成可能性など）が必要となる、と立言したうえで、当該事件では、賃借人が国家による援助を受けたか定かではないので、賃料支払い義務が賃借人にとって期待不可能かどうかは確定できない、と判断されている（Rn.32-42）。BGH 判決も、基本的にはミュンヘン決定と考え方を同じくしている。同判決によれば、期待不可能性の検討にあたり、具体的な事情、特に①店舗閉鎖とその期間の長さにより賃借人がどのような不利益を受けたか、②損失を回避すべく賃借人は何を講じ、また講じることができたか、③過剰補償となることを回避するために賃借人が国家による財政支援を受けていたか、が考慮されるべきである（Rn.58-60）。上記①～③は行為基礎の障害の主張者（賃借人）に立証責任があり、国家による援助を受けていないと主張する場合、それができなかったことを立証する必要がある、それに失敗すれば、支援を受けたものとして扱うべきであるとする（Rn.61）。

### ③ 検 討

以下では、上記のうち期待不可能性について検討する。まず、カールスルーエ判決において期待不可能性について生活基盤の破壊まで要すると判断されている点が注目される。その他の判決や決定と異なる厳格な基準<sup>129)</sup>が用いられている理由は、国家による店舗閉鎖命令のリスクは原則として賃借人の使用リスクに属するという評価を出立点としていることに由来する。期待可能性についてこのような見解を採る判例や学説も存在す

---

129) Looschelders, a.a.O. (Fn.4), S.514 参照。

るが<sup>130)</sup>、COVID-19 に由来する国家による店舗閉鎖命令のリスクが原則として賃借人の一方のみの負担になると考えることは、他の判決や決定が示すように、やはり相応の契約上のリスク引受がなければ難しいと思われる<sup>131)</sup>。なお、店舗閉鎖命令だけでなく、パンデミックに関連して需要が減少した場合にも行為基礎の障害は生じ得ると言われている<sup>132)</sup>。

カールスルーエ判決以外の決定及び判決は、当初契約の維持の期待不可能性の判断に際して、国家の措置による社会への広範な侵害から生じるリスクは、原則として両当事者のいずれか一方に負担されることが妥当ではないというリスク負担の均等ともいべき考え方を立出点としている。ドレスデン判決は、賃貸借契約の継続的契約という特性に着目し使用の譲渡と月単位の賃料との等価性障害を重視し、店舗閉鎖命令のリスクは両者に同程度にしか負わせられないと立言して、月単位の賃料も折半するべきであると判断している。契約適合としての折半という解決は、従来の判例や複数の学説でも支持されている<sup>133)</sup>。しかし、ミュンヘン決定及びBGH判決は、その際に、上記のリスク負担の均等という観点だけでは不十分であると指摘する。ここでは期待不可能性要件が法律効果の面でも考慮されている<sup>134)</sup>。すなわち、BGH判決によれば、個々の事例の事情、たとえば、賃借人の不利益（店舗閉鎖期間、当該店舗の売り上げ減少）、賃借人の不利益を回避する措置、賃借人の

130) 期待不可能性をこのように解する判例や学説は存在する（MüKo/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rn.78 参照）。ここでは、判例については、BGHZ 17, 317 (327) などが、学説については Erman/Böttcher, 16. Aufl. 2020, BGB § 313 Rn.27; Soergel/Teichmann, 13. Aufl. 2005, BGB § 313 Rn.88 が挙げられている。

131) Finkenauer/Stahl, JZ 2022, S.310. BGH 判決 Rn.49 以下参照。

132) 学説では、行為基礎の障害にとって、感染回避のための政府による推奨に基づいて強制的にではなく広範に社会生活が停滞したと店舗閉鎖が命じられたことは区別できないとして、一定の場合にパンデミックと関連した自由意思による需要減少も行為基礎の障害になるとの見解がある（MüKo/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, EGBGB Art. 240 Rn.27.）。

133) 契約適合における折半については、中谷（前掲脚注1）682頁以下参照。

134) 期待不可能性が法律効果においても考慮されることは、中谷（前掲脚注1）682頁参照。詳細は、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）参照。

利益も衡量する必要がある。回避措置として BGH 判決が挙げるのは国家による給付の受給ないしその可能性である。国家による支援が受けられるのに、これを考慮しないで契約適合がされると、不利益を被る当事者にとっての過剰補償になるおそれがあるためである。その他の事情としては、オンライン販売、出費節約、商品在庫が閉鎖措置後にも販売可能であることが考えられる（ミュンヘン決定及びカールスルーエ判決参照）。債権者の利益が何であるかは BGH 判決などからは明らかではないが、Finkenauer/Stahl によれば、当該契約に関係した利益だけが考慮されるべきだという。たとえば、消費に左右されない運営費用（verbrauchsunabhängige Betriebskosten）<sup>135)</sup>あるいはその他の削減できない賃貸人の出費である<sup>136)</sup>。他にも賃貸人が当該建物取得の資金調達のために締結した消費貸借契約に基づく債務の弁済に賃料を充てていた場合を例示する見解もある<sup>137)</sup>。

もっとも、BGH 判決においては、個々の具体的な事例に対して BGB313条[行為基礎の障害]の要件に照らしてどのような事情を考慮するか、契約適合の必要がある場合それがどのように行われるかは、事実審裁判官にゆだねられている<sup>138)</sup>。これに関して、Finkenauer/Stahl は、原則としてパンデミックリスクは単独で負担すべきではないので、他の具体的な事情が考慮されない限りで、折半という解決は説得的である、と立言して、個々の事例の事情を考慮した折半を次のような例で提示している<sup>139)</sup>。たとえば、賃借人が、債務の3/4を填補する公的救済を得られるのに得て

---

135) 運営費については、藤井（前掲脚注121）44頁以下参照。

136) Finkenauer/Stahl, a.a.O. (Fn.131), S.311.

137) FD-MietR 2022, 444874.

138) BGH 判決については、個々の事例の事情を基準とすることは実務にとってはあまり役立つはず、終わりのない新たな争いを生じさせるだけになるという指摘がある（Emmerich, JuS 2022 S.362.）。

139) Finkenauer/Stahl, a.a.O. (Fn.131), S.311. なお、本評釈においては、BGH 判決は誠実な当事者の仮定的合意に依拠しているのだから、行為基礎の障害の問題は結局のところ補充的契約解釈の問題であると指摘されている（a.a.O. S.310.）。Finkenauer の見解については、中谷（前掲脚注1）659頁（脚注29）参照。

いなかった場合、折半にとって考慮に値するのは賃料債権の1/4のみであり、結果として賃貸人は7/8の賃料を取得する。賃借人が費用の20%を公的救済により、もう20%を保険によって得ており、運営方法を変えること(Betriebsumstellung)でさらに20%の補填ができる場合、賃料債権の40%についてのみ折半がされるため、賃貸人は賃料の80%を取得する。

BGH 判決が、賃借人が国家による援助金を受け取れなかったことの証明を自らしなければ受け取ったものと扱うと判断している点からすると、COVID-19によるリスクは、契約当事者双方のいずれがどのように負担するかという私法の問題を超えて、国家全体で引き受けるべきものであると考えているように受け取れる<sup>140)</sup>。公的な救済との関係では、BGB313条[行為基礎の障害]は補充的に適用されるにすぎず、公的な救済が行為基礎の障害の結果を調整する場合、大行為基礎の障害が消滅するか、障害の結果が賃借人に期待可能になると言われている<sup>141)</sup>。

この解決の射程がどこまで及ぶのか、たとえば、商業利用目的の賃貸借以外の場合にはどうであるのか、は不明である。また大行為基礎のような両者に単独でリスク負担させられない場合の契約適合にあたり当事者の仮定的意思は考慮されていないが<sup>142)</sup>、他の行為基礎の障害の事例でもそう言えるのかはさらなる検討が必要である。

### Ⅲ. わが国への示唆

以上のようなドイツ法の状況はわが国にどのような示唆をもたらすだろうか。もちろん、本稿はわが国における事情変更の法理一般の意義を検討

---

140) Finkenauer/Stahl, aa.O. (Fn.131), S.310 によれば、経済的及び社会的危機の調整は、本来は私法の定めるところではなく、むしろ、危機克服は、社会全体の課題である。従って、このために与えられている公的な救済が優先的に考慮される必要がある、と言われている。

141) Finkenauer/Stahl, aa.O. (Fn.131), S.310; MüKo/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, BGB § 313 Rn.314.

142) 学説では契約適合にあたり仮定的意思を考慮すべきとの見解がある。中谷(前掲脚注1) 682頁(脚注134) 参照。

することが主たる目的ではないので、COVID-19 パンデミックを理由とする賃料減額というテーマに限って、ドイツにおける行為基礎の障害の意義を検討し、比較するにとどまる。

周知のように、わが国には行為基礎の障害に該当する規律はない。その一部であるいわゆる事情変更の法理に関しても大審院時代の判決でこの原則が適用されたことがあるものの<sup>143)</sup>、戦後の最上級審判決でこの原則が用いられた例がなく<sup>144)</sup>、2017年の債権法の改正でも条文化が見送られるなど積極的に承認を得るに至っているとは言い難い<sup>145)</sup>。しかしながら、COVID-19 パンデミックという誰の責めにも帰することができないような事情によって契約当事者の一方のみが不利益を被る場合でも、当初契約の通りにどちらか一方の当事者に不利益を被らせることは果たして妥当であろうか<sup>146)</sup>。以下では、下級審判決を例に、上記ドイツ民法での議論がどの程度わが国で妥当しうるかを検討する。

## 1. COVID-19 パンデミック及び緊急事態宣言のために賃料減額が争われた事例

賃貸借契約における賃料の支払いなどが争われた東京地判令和3年7月20日金判1629号52頁の事例を見てみよう。この事例では、YがXから東京都港区にあるビルの7階部分（本件貸室）を賃借（転賃借契約）し<sup>147)</sup>、創作

---

143) 大判昭和19年12月6日民集23巻613頁。

144) ただし、最高裁判所もその存在は認めている（最判平成9年7月1日民集51巻6号2452頁など）。

145) 法制審での議論については、吉政知広「事情変更の法理」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学II 債権総論・契約（1）』（商事法務、2018年）449頁以下、石川博康「契約上の危機と事情変更の法理——債権法改正信義の帰趨とその諸文脈【事前・事後】」東大社研ほか編『危機対応の社会科学 下——未来への手応え』（東京大学出版会、2019年）31頁以下参照。

146) 吉政知広「新型コロナウイルス感染症の契約関係への影響と契約法」法教486号（2021年）16頁は、この点で示唆的である。

147) 月額賃料約189万円、期間2013年10月1日から2023年9月30日等の内容で平成25年9月30日に本件転賃借契約が締結されている（LEX/DB25600449）。

和食店を経営していたが、COVID-19 パンデミック及び緊急事態宣言の影響のために、特に令和2年4月以降は利益が90%減少し、賃料の支払いを怠ったため、Xが賃料不払いを理由とする契約解除に基づく本件貸室の明渡及び未払い賃料等の支払いなどを請求した事案である。Yは、飲食店の利益が90%減少していることを理由に、危険負担の債務者主義（民法の一部を改正する法律（平成29年法律第44号）に基づく改正前民法536条）により、賃料支払い債務も90%相当額が消滅すること、及び令和2年4月7日から同年5月6日まで新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づく緊急事態宣言が出されていたため<sup>148)</sup>、本件貸室を飲食店として使用できなかったとして同期間の賃料債務は発生していないと争った。

東京地裁は以下のように述べてYの主張を退けた。「一般に賃貸人は賃借人に対して賃貸物件を使用収益させる債務を負っているところ（弁論の全趣旨）、XはYに対し、本件貸室の使用を制限するなどしておらず（民法601条）、本件貸室を使用収益させているといえる。そして、賃貸人は、賃借人に対し、賃貸物件の使用により賃借人に利益を得させる義務を負うものではなく、XとYとの間において、このような義務を定めた特約の存在をうかがわせる証拠も見当たらない。そうすると、新型コロナウイルス感染症の影響により本件貸室を使用して営む飲食店の利益が減少したとしても、その減少の割合に応じて、XのYに対する本件貸室を使用収益させる債務が消滅するものと解することはできない。また、新型インフルエンザ等対策特別措置法に基づく緊急事態宣言が出されたことなどをもって、本件貸室が使用不能になったと評価することもできない」。なお、この事件は地裁で確定している。

---

148) 居酒屋は営業時間の短縮の協力要請の対象となり、酒類の提供は夜7時までとすることが要請されていた（新型コロナウイルス感染拡大防止のための東京都における緊急事態措置等 <[https://www.metro.tokyo.lg.jp/tosei/hodohappyo/press/2020/04/10/documents/27\\_00.pdf](https://www.metro.tokyo.lg.jp/tosei/hodohappyo/press/2020/04/10/documents/27_00.pdf)>（2022年7月10日閲覧））。



## 2. 考 察

### (1) 要 件 論

本件では、賃借人の減収に基づく賃料債務の消滅は認められなかったが、本稿で紹介・考察したドイツの決定及び判決に照らして考えれば、行為基礎の障害、わが国でいう事情変更の法理に基づく契約内容の改訂という解決の余地もあったと考えられる。

わが国では、事情変更の法理の適用要件としては、一般に以下のものが挙げられる<sup>149)</sup>。(a) 契約成立当時その基礎となっていた事情が変更すること、(b) 事情の変更が当事者の予見または予見できたものでないこと、(c) 事情変更が当事者の責めに帰することのできない事由によって生じたこと、(d) 事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められること、である。そして、(b)のもとではリスク分配が、(d)のもとでは事情変更の重大性が考慮されていると指摘されている<sup>150)</sup>。

ドイツ民法の行為基礎の障害の要件である、① 現実的要素、② 仮定的要素、③ 規範的要素と対照すると<sup>151)</sup>、おおよそ、(a)は①現実的要素に、(b)は②仮定的要素の一部（予見可能性）と③規範的要素の一部（契約上ないし法律上のリスク分配）に、(c)は③規範的要素の一部（リスクの予見可能性と帰責性）に、(d)は②仮定的要素の一部（因果関係）と③規範的要素の一部（期待不可能性）に対応すると言えそうである<sup>152)</sup>。

---

149) 中山充「事情変更の原則」遠藤浩＝林良平＝水本浩監修『現代解約法大系』（有斐閣、1983年）71頁、谷口知平＝五十嵐清編『新版注釈民法（13）〔補訂版〕』（有斐閣、2006年）72頁以下（五十嵐清執筆）。

150) 中村肇「事情変更の原則規定案における問題点——効果論を中心にして——」円谷峻編著『社会の変容と民法典』（成文堂、2010年）332－333頁、同「事情変更の原則」円谷峻編著『民法改正案の検討 第3巻』（成文堂、2013年）388頁。

151) 詳細は、中谷（前掲脚注1）658頁以下参照。

152) 要件に関しては、事情変更が顧慮される要件としては最終的に信義則判断のもとで判断されるが、一般的には①事情変更の重大性と②リスク分配の相関関係で判断するという基本構造を有していると指摘される（中村肇「近時の『事情変更の原則』論の変容と」

わが国の要件を基礎にして、上記で検討したドイツの諸判決、特に BGH 判決の判断要素を本件にあてはめて考察すると、事情変更の法理により契約の改訂が認められるかどうかは、以下の観点に基づいて事実内容を詳細に検討する必要がある。① XY 間の賃貸借契約成立時に基礎となっていた事情は何か、それが変更しているか、② ①XY 双方が当該事情変更を予見できなかったか<sup>153)</sup>、③ ①いずれか一方が当該リスクを負担すべきか、④ 当該事情変更が XY の責めに帰すべき事由によらないか、⑤ ① ② ③ ④ ⑤ ⑥ 当該事情変更が重大であるか、⑦ 当初契約を維持することが Y (賃借人) に信義則上著しく不当か、である。

本件の事実認定からは読み取れない点も多いが、上記の観点に基づいて要件論の検討をする。①は、賃貸借契約の締結に当たり、当事者双方は COVID-19 パンデミックと関連した国家による措置により従来通りの営業ができなくてはならないということは両当事者が出立点としていたと考えられるため<sup>154)</sup>、行為基礎となっていたと考えてよからう。そうすると、この事情が変更したことも認められる。② ①も、当該契約が平成25年9月30日に締結されていたことから、肯定されるだろう<sup>155)</sup>。確かに、これまで SARS などの疫病が蔓延したことから疫病が再び蔓延し国家による何等かの措置がなされることは予見可能だったと言えるかもしれないが、世界規模の法取引がウイルスによる危険を覆い隠し、市場が機能することをあてにしていた場合、COVID-19 のための国家による措置は予見不可能だと認めなければならないだろう<sup>156)</sup>。③ 法律によるリスク分配については、Y は確かに賃借物の使用収益リスクを負担するが、COVID-19 パン

---

▽『事情変更の原則』論の前提の変化について」明治ロー 6 号 (2009年) 145頁)。

153) 最判昭和56年6月16日判時1010号43頁参照。

154) 脚注132参照。

155) 戦争などの重大な事変だからと言って必ずしも予見不可能と認定されるわけではない。

震災によって住居家具を消失した事案で、契約当時の戦勢からみて空襲で家屋が焼失することは予見可能であると判断された (最判昭和29年1月28日民集8巻1号234頁)。

156) Finkenauer/Stahl, a.a.O. (Fn.131), S.309 参照。

デミックに基づく緊急事態宣言は通常の使用収益リスクを超えるると評価すべきだろう（BGH 判決 Rn.55 など）。従って、事情変更によってYが賃借物の使用収益リスクを単独で負担すると考えることは妥当ではない。もちろん、契約上のリスク分配を通じてYが当該リスクを引き受けていると解釈によって導ける場合には、事情変更の法理による救済を主張することは許されない（BGH 判決 Rn.49 など）。しかし、法律によるリスク分配とは異なる合意の存在は厳格に解釈されるべきである<sup>157)</sup>。XがYに如何なる事態でも当該賃貸借契約の目的に照らして賃借人に使用収益させる義務を負っていたと認められる場合には、債務不履行責任や担保責任が事情変更の法理に優先して問題になるだろう（BGH 判決 Rn.36 など）<sup>158)</sup>。なお、借地借家法32条1項を考慮に入れた賃料改訂の条項（賃料自動改訂特約など<sup>159)</sup>）や誠実交渉条項があれば、契約改訂が契約解除に優先するという当事者双方の意思を推定すべきだろう<sup>160)</sup>。いずれにせよ、本件では、XYそれぞれが単独でリスクを負担する合意は存在しなかったと考えられる。そうであれば、いずれの当事者も単独で負担するべきリスクではない<sup>161)</sup>。③は本

---

157) BGH 判決 Rn.51 参照。瑕疵担保の規定の排除の合意があるからと言って、パンデミックのリスクも賃借人が引き受けていると考えることはできないと言われている。

158) 相手方が契約によってリスクを引き受けていると評価できる場合、錯誤の出番もないと考えるべきであろう（中谷宗「中間試案の錯誤規定に対する一考察」立命349号（2013年）160頁、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）137頁以下）。つまり、特定の性状に関するリスクが合意で明確に契約に取り込まれている場合には担保責任ないし債務不履行責任だけが妥当し、かかる合意が認められない場合にはじめて錯誤（もしくは主観的行為基礎の欠如）が問題になる、と考えるべきである。なお、担保責任における追完の優位性、特別に限定された主張期間を考慮して、担保責任が錯誤取消に優先するという見解もある（古谷（前掲脚注11）48頁以下、田中宏治『ドイツ売買論集』（信山社、2021年）454頁以下）。

159) 内田勝一『借地借家法案内』（勁草書房、2017年）172頁以下参照。

160) このような条項は、時間や費用の観点から意識的に契約上の規律を不完全にしているものだが、当事者双方は、少なくともこれでもって潜在的に契約適合（改訂）の意思を明らかにしていると解されている（中谷（前掲脚注1）667頁（脚注65）参照）。

161) 中村肇「事情変更の顧慮とその判断過程について（1）」成城75号（2007年）68頁は、事情変更の法理を当事者の合意にすべて取り込むことは困難である旨を指摘する。北山修

件では肯定されるに違いない。④⑤事情変更の重大性は、COVID-19 パンデミックがいわゆる大行為基礎の障害、つまり一般的な社会的及び経済的構造体を持続的に揺るがす連鎖的危機に当たる場合は、当該事情変更を予見していたら契約を締結しなかったか異なった内容で締結していたことは推定されてよい<sup>162)</sup>。⑥具体的な事情を考慮して、当初契約を維持することが信義則に照らしてYに期待できない場合にはじめて、契約改訂が認められるべきである。賃貸借は月ごとの賃料について犠牲となるべき境界線を越える場合に期待不可能というべきである。ドレスデン判決 Rn.39 によれば店舗閉鎖命令の期間が2週間では期待可能だが、1か月では犠牲となるべき境界性を超えると言われている。しかし、COVID-19 のような大行為基礎というべき事情については、国家による援助が受けられる場合には、それが事情変更の法理は補充的な役割にとどまるべきであろう。

## (2) 効果論

わが国でも事情変更の法理の効果としては、一般に、契約の改訂と解除という二つの効果が学説上認められてきた。ただし、その優劣関係には争いがある。すなわち、第一次的に契約の改訂、第二次的に解除が認められるとの見解<sup>163)</sup>、両者は並列的だとする見解<sup>164)</sup>、解除が改訂に優先すると

ㄨ 悟「事情変更の原則」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』（有斐閣、2007年）227頁、石川博康「契約外在的リスクと事情変更の原則」論究ジュリ6号（2013年）17頁、潮見（前掲脚注3）107頁参照。異なる見解として、吉政知広『事情変更法理と契約規範』（有斐閣、2014年）52頁以下、山本敬三『民法講義Ⅳ-1 契約』（有斐閣、2005年）103頁。

162) なお、ドレスデン判決 Rn.35 では、いわゆる大行為基礎の場面では仮定的要素は通常は推定されるという。

163) 契約改訂を第一の効果としながらも相手に拒否権を認めるものとして、勝本（前掲脚注3）598頁以下、中山（前掲脚注149）72頁以下。協議義務を第一の効果とするが解除よりも改訂が優先するものとして、久保宏之『経済変動と契約理論』（成文堂、1992年）242頁以下がある。強制的改訂を第一の効果として認めるものとして、飯島紀昭「事情変更の効果としての契約の適合と解消」都法35巻1号（1994年）146頁、五十嵐清『契約と事情変更』（有斐閣、1969年）165頁、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2号（1997年）62頁以下がある。五十嵐・再考は飯島論文に同調して、①等価性障害の場合には第一次的效果として改訂が、②目的到達不能

考える見解がある<sup>165)</sup>。

他方で、改訂という効果について懐疑的な見解もある。たとえば、事情変更に基づく契約改訂は、法律に根拠のあるもの（借地借家法11条, 32条）を除き、裁判官の私的自治に対する過度の干渉になると指摘されている<sup>166)</sup>。また、債権法改正においても、中間試案に対して寄せられた意見において、契約改訂という法律効果には懸念が示され<sup>167)</sup>、第三読会では、契約改訂への反対論が強いことから<sup>168)</sup>、改訂という効果の明文化を見送ることが確認された<sup>169)</sup>。このほか、訴訟を極力回避して当事者間の自律的交渉による解決を目指すという日本での企業間取引の慣行の存在や実務で事情変更の法理の活用が期待されていないとの見立てを理由に、当事者

---

ゝの場合には第一次的效果として解除が認められ、経済的不能の場合には事例ごとに①②に近い方に振り分けて効果が決められるという。

- 164) 橋本恭宏「事情の変更と契約の修正——東京高裁昭和62年11月26日判決を素材として」ジュリ919号（1988年）89頁。中村・効果論（前掲脚注150）は、基本的に改訂が優先するべきだが、当事者が解除を主張した場合でも改訂が優先されるのは疑問であるとして、優劣を決しない方が望ましいと解している（同336頁）。
- 165) 我妻栄『債権各論 上巻』（岩波書店, 1954年）27頁、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解 債権法改正の基本方針Ⅱ 契約および債権一般（1）』（商事法務, 2009年）396頁。
- 166) 加藤雅信『新民法大系 民法総則 [第2版]』（有斐閣, 2005年）51頁, 271頁。共通動機錯誤の文脈でも、当事者の自律的契約改訂で十分である旨の指摘がある（小林一俊『錯誤法の研究 [増補版]』（酒井書店, 1997年）448頁以下）。
- 167) 民法（債権法）の改正に関する中間試案に対して寄せられた意見の概要（各論4）（部会資料71-5）69頁。裁判所による契約改訂は、司法の限界を超える、また当事者の意思を基礎とする契約の解決には不適切である、当事者は和解により妥当な解決が得られる、などである。なお、法制審議会—民法（債権関係）部会の議事録・部会資料については、特に断りのない限り、法務省のウェブサイトのものを使用している（<<http://www.moj.go.jp/content/001227898.pdf>>（2022年7月10日閲覧））。
- 168) 反対の理由としては、裁判官による契約改訂は、①可能なか疑問である、②当事者の予測可能性を著しく損なう、③司法権の限界を超える、④裁判所の負担が過大にするといったものである。また、改訂の要件・改訂の方法、改訂の対象となる契約の議論がいまだ不十分であるし、改訂を認める場合、手続的要件等の検討が必要となるとの意見もある。
- 169) 民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（2）（部会資料65）1-2頁。

の自律的な再交渉や契約改訂合意を通じた事後的対応によって、このような問題に対処できるという指摘がある<sup>170)</sup>。

これに対して、裁判官による契約改訂一般を積極的に評価する見解もある。それによれば、当事者の合意よりも公序良俗規範が上位の価値を持つ原理であり、また契約解釈には「意味の持ち込み」があることに基づき、裁判官は公序良俗違反の契約内容を、例えば一部無効という形で改訂できるし、契約改訂が悉無律的解決ではないという点で調停と近似しており、裁判官は契約改訂の形で訴訟の場面で調停機能を果たしているといってい、と立言されている<sup>171)</sup>。また、下級審判決ではあるが事情変更に基づく契約の改訂を認めたものもある<sup>172)</sup>。

確かに事情変更の場面であっても企業間では当事者によって自律的解決が図られることは多いと思われるが、上記令和3年判決のように、企業間取引であっても必ずしも再交渉等による自律的な調整が奏功しないこともある。また、当事者間の関係や当初契約の内容によっては、事後の自律的な再交渉による契約改訂が実効性に乏しいこともあるのではなかろうか<sup>173)</sup>。そうであるならば当事者に契約改訂の請求権を持たせ、自律的交渉を促し<sup>174)</sup>、訴訟になった場合に裁判所が双方の利益を比較衡量して法律効果を確定するというのはあり得る1つの解決手段だと思われる。

解除との優劣関係についても、本件のような、継続的契約における短期間での一時的減収という事例では契約の解除よりも改訂の方が当事者双方

170) 石川博康「パンデミックによる事情変更と契約の改訂」東社72巻1号(2021年)34-35頁、石川(前掲脚注145)39頁以下。

171) 大久保憲章「裁判官による契約への介入——歴史的、比較法的、現代的考察による解釈学的批判——(1)」佐賀27巻2号(1994年)56頁以下。

172) 神戸地伊丹判昭和63年12月26日判時1319号139頁。

173) 吉政(前掲脚注146)19-20頁は「当事者の交渉が有効に機能するには、一定の法的な基盤が必要であると考えられる」として一定の要件のもとで、裁判所に契約内容の改訂の権限を認めることが当事者間の格差是正と交渉支援促進の観点から適切だと指摘する。なお、石川博康『再交渉義務の理論』(有斐閣、2011年)355頁以下も参照。

174) EGBGB240条§7の立法理由でも、類似のことが述べられている(BT-Drs. 19/25322, S.14f)。

にとって望ましい解決であろう<sup>175)</sup>。改訂を第一次的効果と考えても、改訂が無意味な場合や一方当事者に期待できない場合以外にも当事者が解除を望むような場合にも解除を認めれば<sup>176)</sup>、問題は生じないと思われる。

本件において契約改訂が認められるとした場合、BGH 判決に倣うならば、以下のように考えることができる。第一に、COVID-19 パンデミックに対する緊急事態宣言から生じるリスクをいずれか当事者の一方の負担とすることができないと確定した場合、このリスクを当事者双方に等分に負担させるべきことになる。すなわち月単位での賃料の折半（50%の減額）である。Yは90%の減収を理由に賃料の同割合の減額を主張しているが、それはXへの負担過重となるので認められるべきではない。もっとも、Yが他の方法でその損失の埋め合わせができたか、出費の節約があったか、国家による援助の受領ないし受領可能性が考慮される必要がある。Yが何らかの利益を得ていた場合に単純折半を認めると、Yにとって過剰な利益となるからである（BGH 判決 Rn.39 など）。ドイツにおける行為基礎の障害はそのような利益を認めるものではなく、両当事者の利害を考慮する点に、担保責任における減額との違いがある（ミュンヘン決定 Rn.35）。わが国でも同様に解すべきように思われる。そうすると、たとえば、Yの損失の20%を埋め合わせる国家による援助を受領したまたは受領可能だった場合、折半の対象となるのは当該月の賃料の80%であり、40%の減額となる。なお、事情変更の法理を国家による救済の補充的な手段だと位置づける場合（II.5.(3)③<sup>177)</sup>、Yには国家による援助を受給可能なのに受給しな

---

175) 解除については、賃借人の賃料不払いを理由とする貸借人からの解除を制限することを考えるべきだと考える。ドイツではそのような特別法が立法され、賃借人の賃料不払いによる解除を制限するが、他方で賃借人の賃料支払い債務自体は存立するとして両者の利害の調整を図っている。これについては、芦野（前掲脚注50）、同「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。

176) 中谷（前掲脚注1）681頁。

177) 山野目章夫「不動産賃貸借（パンデミックと法実務（第1回）」ジュリ1547号（2020年）55頁も、「賃借人が弱者で貸借人はそうではない、などという図式が一般には成り立たないから、災厄を契約当事者のいずれかに寄せることはできない。社会が全体として」



かった理由の立証負担が課され、立証できなければ受給したとみなされるべきである。もちろん、国家による援助によりYの損失が全て埋め合わせることができるならば契約改訂の余地はないことになろう。

減額の方法としては、不利益を被る当事者は、契約改訂した給付(上記の例では40%減額された賃料)を請求することができることになる<sup>178)</sup>。相手方から賃料全額の請求をされた場合には、抗弁として当初契約の額での賃料の支払いを拒むことができる<sup>179)</sup>。

なお、場合によっては、本件での契約改訂は、賃料減額だけでなく、支払い猶予<sup>180)</sup>も考慮に値する。ただし、本件では、XYは賃料支払い猶予などについて交渉していたが、その後、Yは賃料を払わずにXとの連絡を絶ったとされているので、猶予という改訂は認められなかっただろう。

### (3) 根拠条文

明文の規定のない事情変更の法理に基づいて契約の改訂、つまり賃料減額を認めるとした場合、根拠となる条文をどのように考えるべきだろうか。もちろん究極的には信義則に依拠することになるが、それを補完する形で、制定法の契約改訂規範(たとえば減額規定)を根拠として契約改訂を導くことはあり得る<sup>181)</sup>。たとえば国家による救済の受領可能性を考慮に

---

↘引き受けなければならない部分が残る」と指摘する。潮見佳男「震災と契約法・債権法理論」民商112巻4・5号(1995年)170頁以下も参照。

178) 中谷(前掲脚注1)681頁以下。中谷崇「双方錯誤の歴史的——ドイツ法の分析——(4・完)」横国18巻1号(2009年)137頁。

179) 行為基礎の障害は延期的抗弁であり(MüKo/Finkenauer, 9. Aufl. 2022, BGB §313 Rn.125)、不利益を被る当事者が抗弁として主張することができる(BGH NJW 2010, 1663 Rn.16)。

180) ドイツでは契約適合の一形態として支払いの猶予が認められている(中谷(前掲脚注1)682-683頁参照)。中村・効果論(前掲脚注150)335頁によれば、事情変更法理においては歴史的には一部の否定という形で契約の改訂に類する効果を認めるようになってきたが、「現在の契約は複雑な内容を有し、改訂にさいして要求されることは、一部の否定に止まらないともいえよう」と指摘されている。なお、ドレスデン判決では、賃借人が賃料折半の契約改訂を請求していたことを裁判所が考慮している。

181) ドイツの判例として、連邦通常裁判所1989年11月23日の判決(BGH NJW 1990, 572)。中谷(前掲脚注1)683頁以下。

入れた賃料の減額を問題とする場合、当事者間の利害の包括的衡量及び個々の事例の事情を考慮する機能を担う1条2項の信義則を基礎に、不可抗力による減収に基づく減額を認めている609条<sup>182)</sup>及び危険負担の発想に基づく減額を認めている611条<sup>183)</sup>の「法意」に照らして契約改訂を行うことが考えられる<sup>184)</sup>。この際、ドイツ民法に倣うならば、一方当事者は自身が適切だとみなした改訂から生じる給付を請求でき、改訂請求に応じない相手方には弁護士費用などの損害賠償義務が課されることになる<sup>185)</sup>。

これに対して、事情変更の法理を実質的根拠とする借地借家法32条1項により解決すべきであり、これを差し置いて事情変更の法理を減額請求の根拠とすることは難があるとの指摘がある<sup>186)</sup>。しかし、経済事情の変動や近傍同種建物の賃料を考慮要素とする同条は<sup>187)</sup>、本稿で考察したドイツの諸判決及び決定や上記令和3年判決のようなCOVID-19パンデミックに起因して個別店舗の売り上げが急激に減少したという事案においては、有効に機能しないと思われる<sup>188)</sup>。実際に上記の令和3年判決でも同条の主張はされていない。

### 3. 終わりに

本稿では、COVID-19パンデミックに際して国家の措置による広範な

---

182) 幾代通=広中俊雄編『新版注釈民法(15)』(有斐閣, 1996年)264頁(篠塚昭次)。

183) 幾代=広中編(前掲脚注182)267-268頁(篠塚昭次)。

184) 事情変更の法理によらず、公的な助成の有無等を考慮した合理的な範囲内での減額を611条1項の類推適用によって認めると主張する見解もあるが(及川健一郎=野竹秀一=金鳥悠太「新型コロナウイルス感染症と賃料減免の諸問題」専門実務研究15号(2021年)69頁)、611条のみから公的な助成の考慮を導くことは難しいと思われる。

185) 中谷(前掲脚注1)680頁以下。

186) 周藤利一「パンデミックと不動産賃貸借の賃料問題」RETIO 119号(2020年)79頁。

187) 「当初合意された賃料が時の経過によって不相当になった場合に発動される」と言われている(内田貴「判批」窪田充見・森田宏樹編『民法判例百選Ⅱ債権(第8版)』(有斐閣, 2018年)137頁)。

188) 周藤(前掲脚注186)78頁も、「現在の状況が今後も継続する場合」に考慮される可能性がある旨を指摘する。

社会への侵害が生じた場合の商業目的での土地建物賃貸借契約における賃料減額の可否をめぐるドイツの判決及び決定を検討した。ドイツの連邦通常裁判所の判決によれば、契約目的を考慮した給付義務の確定により賃貸人の担保責任や不能が認められる場合があるが、本件では COVID-19 パンデミックを克服するための国家による店舗閉鎖命令が出て、賃貸人には、賃借人に賃貸借契約に即した使用ができる状態で賃借物を取得させる義務しかなく、当該状況下でも契約に即した賃借物の使用収益をさせる義務までではないこと、前者の義務は果たされていることを理由に、上記の2つの法制度の適用がないことを認めよう（この結論はその他の判決や決定でも同様）、かかる行為基礎の障害（事情の変更）の場合には行為基礎の障害の条文を用いることが望ましいと判断している。BGH 判決によれば、かかる行為基礎の障害の場合には、いずれの当事者にも一方的にリスクを負担させるのは妥当ではないとして、BGB313条[行為基礎の障害]に基づいて、賃料の折半が認められ得る。もっとも、COVID-19 パンデミックにより国家による広範な社会への侵害があるような場合には、行為基礎の障害に基づく契約適合は、補充的に位置づけられ、まずは国家による救済を受けることが可能であったかどうかを検討される。すなわち、賃借人に当初契約の維持が期待だったかどうかは、賃貸人、賃借人双方の利害を包括的に考慮し、かつ個々の事例の具体的事情を考慮しなければならないが、本件では賃借人が国家による救済支援を受領または受領可能だった場合には、単純に賃料を折半すると賃借人にとって過剰な補償となるため認められない。

わが国でも事情変更の法理自体は一般的には認められているため、上記令和3年判決のような事例では、不利益を被る当事者の国家による救済の受領可能性を考慮に入れて、補充的に信義則を根拠にした事情変更法理を適用して契約改訂を導くという解決方法は検討に値しよう。また、既にかかる解決方法がより一般に認められていたとしたら、本件での当事者による自律的解決も異なった結果になっていたということも考えられる。事情

変更の法理の適用が実務的には望まれておらず、令和3年判決が自律的解決が奏功しなかった例外的事例である可能性があるとしても<sup>189)</sup>、パンデミックから生じる社会や経済の危機に対して同法理の適用可能性を追求することは、かかる事態における当事者間のリスク分配と国家によるリスク負担の関係を明らかにすることにつながり、延いては当該法理の理論的限界を画する意味でも有用だろう。

本稿での検討対象は、COVID-19 パンデミックに関連した商業目的の賃貸借契約における事情変更の法理適用の妥当性に限られている。従って、商業目的ではない土地建物賃貸借の場合はどうなるか、震災など他の重大事案の場合ではどうかといった問題については検討の対象とはできなかった。また、いずれの当事者にも単独で負わせるべきではないリスクの場合における契約改訂としての折半という法律効果について、筆者としてはあり得る解決方法の一つだと考えるものの、わが国になじむかどうかに関して十分な考察を行うことはできなかった。これらの点については今後の課題としたい。

---

189) 脚注170参照。