

【翻 訳】

「耳に響くメロディーは甘いが、
沈黙のメロディーはそれにも増して甘い……」

暗黙の条件 (Condicio tacita),
黙示の条件 (implied condition) と
ヨーロッパ契約法の継続形成

ラインハルト・ツィーママン (Reinhard Zimmermann)
(現在, マックス・プランク比較・国際私法研究所所長, 法学博士)

山 田 到史子 訳

目 次

I. サリー庭園と音楽ホール——はじめに	122
II. 条件と意思理論	123
1. 条件の意義	123
a) ローマ法上の条件	123
b) 「条件付き捺印金銭債務証書 (Conditional bonds)」	126
2. 意思理論	129
a) 大陸法における自然法	129
b) イギリスの受容	131
III. 後発的な事情の変更	134
1. 事情変更条項 (Clausula rebus sic stantibus)	134
2. フラストレーション	137
a) 後発的不能	137

*原注：本論文は、1992年10月9日に、ケルンで行われた第29回ドイツ法史学者大会における私の講演の基礎となったものである。原稿に批判的に目を通し、そこに含まれている命題について意見をいただいたロバート・フェーンストラ（ライデン）*Robert Feenstra* (Leiden), ゲルハルト・ルッベ（シュテレンボッシュ）*Gerhard Lubbe* (Stellenbosch), ホルスト・リュッケ（ハンブルク）*Horst Lücke* (Hamburg) の各学兄に対して、心より感謝申し上げる。ケルンにおける講演に引き続いて行われた活発な討論の全ての参加者に対しても深く感謝する。

b) 適用拡張；とりわけ目的達成	140
3. 存続上の牽連関係 (Konditionelles Synallagma)	142
a) 危険の問題	142
b) 賃貸借 (locatio conductio) の際の反対給付危険	144
c) 「不履行 (inexecution)」の際の契約解消	145
IV. 条件構成と錯誤法 (Irrtumsrecht)	146
1. グロチウスの錯誤論	146
2. 要素の錯誤 (fundamental mistake)	149
3. 原始的不能	150
V. 契約違反	153
1. キングストン 対 プレストン 事件 (Kingston v. Preston)	153
2. 双務独立の原則 (Das Prinzip der gegenseitigen Unabhängigkeit)	154
3. 停止条件 (conditions precedent) と同時条件 (concurrent conditions)	156
4. 条件 (conditions) と保証 (warranties)	157
VI. 解除権と同時履行の抗弁 (exceptio non adimpleti contractus)	160
1. 信義を破る者は信義を破られうる (Fidem frangenti fides frangatur eidem).	160
2. 履行上の牽連関係 (Funktionelles Synallagma)	161
3. ウィリアム・マレー・マンズフィールド脚	164
4. ドイツとフランスにおける契約違反の際の解消権	165
VII. 総括と展望	166
1. 暗黙の条件 (Condicio tacita) と黙示の条件	166
2. ヨーロッパ私法と法の歴史	169

I. サリー庭園と音楽ホール——はじめに

原典
ページ数
[p. 122]

6月17日とさらに7, 8月の3回の月曜日(1861年)に、当時なおロンドンの入口の前にあったサリー(Surrey)伯爵所有のニューウイントン市(Newington)が、4つの盛大な夏の音楽祭の舞台となることが予定され、軍隊とチャペル楽団の演奏、娯楽のための手品師や芸人、綱渡り師が手配され、噴水ショーやバレエの実演と花火の魅力的なプログラムが提供されるはずであった。主催者であるテイラー(Taylor)とレーヴィス(Lewis)は、5月末にこの目的のために、コールドウェル(Caldwell)とビショップ(Bishop)からサ
(1)
 リー庭園と音楽ホールを賃借した。予定された催し物の初日の直前の週の6月

(1) もっとも、イギリス法では、ここで問題になるのは、正確には、賃貸借契約(リース)ではなく、有償の使用許諾(ライセンス)である。当事者自身が、契約をそれとは異なるもの、つなわち「賃貸」と分類した。Blackburn, J. は、これを不適切であるとするが、

11日に、契約当事者に何ら責任のない失火によってホールが全焼し、これによって4つの予定されていた「グラントコンサートと昼と夜のフェスタ」の実施ができなくなった。そこで、借主のテイラーとレーヴィスはその間、広告による費用が発生していたので、損害賠償を求めてコールドウェルとビショップを女王座裁判所（Court of Queen's Bench）に訴えた。イギリス契約法の発展における意義深い判決において、ブラックバーン裁判官（*Blackburn, J.*）は、これを斥ける理由の中で、「契約は、違反の前に契約者の過失なく物が滅失したことにより履行が不能になったときは、当事者は免責されるという黙示の条件（implied condition）に服していると、解釈されねばならない」と、述べた。ど
 [p. 123] いがないと思われるのは、ブラックバーン裁判官がさらに説明するには、「この黙示の含意するところが、契約に入った人の意図を満たすような法的構成をするという、大きな目標を促進する結果になることである」⁽³⁾。

私の報告の中で取り扱いたい特徴的な論証スタイル（Argumentationsfigur）が、ここで示されている。すなわち、当事者意思への還元、およびそれを拠り所として、契約の中に黙示の条件を読みとることである。この論証形態は、ヨーロッパの契約法の継続形成にあたって、様々な場面で重要な役割を演じ、多様な影響をもたらす刺激を与えたことが次から示される。私はそれをを用いて、別稿で立てた命題、すなわちヨーロッパの契約法は——現代の法教義学上のあらゆる委細における相違にも拘らず——、結局なお一つの鑄型からできていることを立証したい。⁽⁴⁾ と言うのは、いたる所で何世紀にもわたって法律家らが操作してきたのは、同じ準則、同じ制度、同じ思考様式だからであり、この営みを

しかし同時に、契約の正確な整理は判決の帰結にとっては重要でないであろうと強調する：Taylor v. Caldwell, (1863) 3 Best and Smith's Reprots 826 (832)。リースとライセンスの境界については、例えば参照 *Halsbury's Laws of England*, 4. Aufl., Band 27, 1981, nn. 6ff.

(2) 災害の原因は、明らかに、ホールの屋根の板金職人が監視を怠った失火からであった。参照、*G. H. Treitel, The Law of Contract*, 8. Aufl., 1991, S. 763（注8）は、1861年6月12日の「タイムズ紙（Times）」に言及する。

(3) Taylor v. Caldwell, (1863) 3 Best and Smith's Reports 826ff.（引用文は833頁から）。

(4) Der europäische Charakter des englischen Rechts - Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1 (1993) S. 4-50.

特徴づけてきたのは同じ価値観と哲学的基本思想だからである。このことを西ヨーロッパの大陸法秩序に限定すれば、その種の発言は、例えばコーイング的な「ヨーロッパ私法」を考慮に入ると、ひょっとするとほとんどありきたりなことになる。しかし私は以下で、例えばドイツ・フランス・又はオランダの法発展における局地的なバリエーションにかかわるつもりなのではない。既に導入の例が示しているように、この報告の特別の関心事は、契約法の発展に関して言えば、おそらくイングランドもヨーロッパの一部であることの証明にある。もちろん、ドーバー海峡のこちら側と向こう側における、意思理論の働きのなかでの、条件の法制度の利用がより綿密に観察されうる前に、まずはじめに一度、この議論の両方のタイプの内容は別々に考察されねばならない。

II. 条件と意思理論

1. 条件の意義

a) ローマ法上の条件　我々のヨーロッパの法文化における特徴的なメルクマールは、その動態性 (Dynamik) にある。⁽⁵⁾それは、例えば他と比較して卓越した契約法の意義の中に現れる。それは相互の約束によって生じた正当な期待を保護し、それによって権利関係の設計と法的地位の変更を将来にわたって可能にする。契約上の約束の拘束的な効果には、もちろん他ならぬ、ある程度の静態的な要素がある。すなわち、教会法にならって定式化するのを常としていた「契約は守らなければならない (Pacta sunt servanda)」があり、しかも実際にローマ法は、契約違反又は取決めにとつて決定的な事情の変更の場合に、⁽⁶⁾原則として一方的な解除権を排除していた。契約はこれにより、快適で柔軟な設計手段であるだけでなく、歓迎されざる強制的コルセットにも変化しうる。しかし、すでにローマの時代にあっても、契約当事者に前もってなお不確実な

[p. 124]

(5) 参照、これに関しては既に Das römische-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 1992, 11f. で、例えば F. H. Lawson, A Common Lawyer Looks at the Civil Law, 1953, S. 101 (“law of movement”), 及びとりわけ Harold J. Berman, Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition, 1983, S. 9 (“ongoingness”) に言及している。

(6) これに関して詳細は、Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1990, S. 576ff. (S. 542ff. との関連で)。

将来の展開に、取決めを適合させ得るような手段——すなわち条件を、自由に使わせていた。これは、他方において、法的安定性の観点を過度に考慮の外に置くことなしに、契約法に柔軟性の要素を付加的にもたらしものである⁽⁷⁾。と言うのは、条件は契約の構成部分に違いないので、両当事者は彼らの期待に合わせて、調整することができるからである。

条件は、ローマの契約法にとって大きな意義を持っていた。その中心かつ要⁽⁸⁾ [p. 125] である問答契約 (Stipulation) は、一方的に義務付ける履行約束であり、条件の付加はこの契約類型を多様な経済的目的 (特に給付交換の目的) に役立たせる簡易な手段であった。違約金問答契約 (Stipulatio poenae) という特別の形式⁽⁹⁾ においては、条件により、「有責判決はすべて金銭でくださる (omnis condemnatio pecuniaria)」という原則から生じる一定の損失をエレガントに回避⁽¹⁰⁾ させ得た。しかし、例えば売買のような誠意訴訟 (bonae fidei iudicia) の場

(7) あるいは、言い換えれば：条件は、「私的自治の……一つの重要な拡張」として作用する：Schwarz, 次の注(8)S. 392. さらに参照, Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil III, 9 Aufl., Nachdruck 1968, S. 166: 「(条件があつて) 初めて将来を法的にコントロールするという考え方に、その完全な実際上の完結性を与える」。Albert Gebhard, in: Werner Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, Teil 2, 1981, S. 228: 「未来の法律関係を、予め、様々な状況に従って、あれこれと様々に決められるというこの可能性に、条件の実際的な意義がある。」

(8) ローマの条件法について、詳細は参照, Law of Obligations, 前掲・注(6)S. 716ff.。条件法はなお今日でも、ローマ法によってとりわけ強く影響を与えられたテーマに属する。後世において、もはやあまり多くの教義学上の洗練を成し遂げることはできなかった(むしろする必要がなかった)。参照, 詳細な法比較分析は, A. B. Schwarz, Bedingung, in: Franz Schlegelberger (Hg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Band V, 1929, S. 415ff. 更に Law of Obligations, S. 731ff. また, イタリア法については, Pietro Rescigno, Condizione, in: Enciclopedia del diritto Band VIII, 1961, S. 762ff. また, 条件の概念の法比較については, G. H. Treitel, Remedies for Breach of Contract, 1988, nn. 195ff.

(9) これについて詳細は, Rolf Knütel, Stipulatio poenae, 1976; 参照, さらに Law of Obligations, 前掲・注(6)S. 95ff.

(10) 独立した (本来的でない) 違約罰約束の意味について (今日では BGB 343条 2項) 参照, この関連では Knütel, 前掲・注(9)S. 27ff., 45ff.; Law of Obligations, 前掲・注(6)S. 97ff.

合でも、条件はしばしば好んで用いられた。思い浮かべることができるのは、ここでは例えば、3つの良く知られているいわゆる解除権の留保——高価申込の留保付売買 (in diem addictio), 解除約款 (lex commissoria), 試味売買約款 (pactum displicentiae)——である。⁽¹¹⁾ その際、「条件のもとで契約すること (Sub condicionem contrahere)」はローマの時代には第一次的には、法律行為の効果を将来の不確実な出来事の発生まで延期することを意味したが、さらに、誠意訴訟 (bona fidei iudicia) においては、既に解除条件 (Resolutivbedingung) の観念もおそらく通用していた。⁽¹²⁾ 確かに現代の研究ではこの点は議論がある。ローマの法律家達は、将来の不確実な出来事の発生に伴い法律行為の効果が消滅するという、契約当事者によって期待された効果を延期する、留保付の付随的取決めに結び付けられた、条件づけられていない行為という構成を経由して達成したという見解が、一部で支持されている。⁽¹³⁾ この議論はここでは詳しくは立ち入らないつもりである。と言うのは、ひとつにはこの場合、議論になっているのは、『思考形式 (Denkform)』についての見解の相違⁽¹⁴⁾ であって、実際上の帰結ではないからである。第二に、解除条件という思考形態 (パターン) は [p. 126] ——純粋な古典的観点から正当か不当かにかかわらず——、ローマの法源に基づいて作り出されたものであり、既にユス・コムーネ (普通法 ius comune)

(11) これに関してはとりわけ, *Frank Peters, Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, 1973; *Law of Obligation*, 前掲・注(6)S. 735 ff.

(12) *Max Kaser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt*, 2. Aufl. 1971, S. 257; *Paul Jörs, Wolfgang Kunkel, Leopold Wenger, Römisches Recht*, 4. Aufl. (改訂 *Heinrich Honsell, Theo Mayer-Maly, Walter Selb*), 1987, S. 92f.; *Law of Obligations*, 前掲・注(6)S. 717f., 731 ff.

(13) 参照, 例えば *Franz Wieacker, Lex commissoria*, 1932, S. 31 ff.; *Günther Jahr, Auflösende Bedingungen und Befristungen im klassischen römischen Rechts*, in: *Festschrift für Hubert Niederländer*, 1991, S. 27 ff.; 19世紀における理論状況は, 参照, *Markus Knellwolf, Zur Konstruktion des Kaufs auf Probe*, 1987, S. 105 ff.; *Gebhard*, 前掲・注(7)S. 231 ff. とりわけ, ローマ人が解除条件を知っていたという解釈に対して激しく批判するのは, *Werner Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, 1990, S. 147 ff. (ローマの法学者の考え方は, 法律行為に関係づけられていたという彼のテーゼの帰結として; これに関しては, *Theo Mayer-Maly, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 59 (1991) 389 ff. を参照)。

(14) *Jahr*, *Festschrift, Niederländer*, S. 28. また *Schwarz*, 前掲・注(8)S. 396 も参照。又既にこの意味において, *Motive*, in: *Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I*, 1899, S. 491.

の論者にとっても、よく知られたものであったからである。⁽¹⁵⁾

同様に「暗黙の条件 (condicio tacita)」の論証もなるほど確かに古典ローマ法の時代に遡る。すなわち、契約において明示的に含まれていないが、解釈によりそこに読み込まれた黙示の条件である。⁽¹⁶⁾ 例えば、パピニアン (Papinian)⁽¹⁷⁾ の「どのような婚資の約束も、婚姻がなされるであろうという黙示の条件に基づいている (... omnis dotis promissio futuri matrimonii tacitum conditionem accipiat)」との記述は、実際に問答契約における厳格な解釈基本原理とも調和するものである。これに対して、パウルス (Paul.) D. 21.1.43.10 で扱われている法定条件 (condicio iuris) は、ただ本来的でない条件であり、この場合は停止条件に特徴的な浮動的な状態は、法律行為にははじめから固有の、効力発生要件から直接生じるのである。⁽¹⁸⁾

b) 「条件付き捺印金銭債務証券 (Conditional bonds)」 興味深いことに、条件、ことに現在違約罰 (Vertragsstrafe) の概念で呼ばれるものは、中世の

(15) 参照、例えば *Samuel Stryk*, *Usus modernus pandectarum*, 6. Aufl., *Halae Magdeburgicae*, 1723, Lib. XVIII, Tit. I, XXVff.; *Christian Friedrich Glück*, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Band IV, 1796, S. 478ff.; *Robert Joseph Pothier*, *Traité des obligations*, in: *Oeuvres de Pothier*, Band I, 1824, n. 224; *Helmut Coing*, *Europäisches Privatrecht*, Band I, 1985, S. 412; *Dale Hutchison* (Hg.), *Wille's Principles of South African Law*, 1991, S. 457, 532. — イギリス法は同様の意味において、停止条件 *condition precedent* (Suspensivbedingung) と解除条件 *condition subsequent* (Resolutivbedingung) を区別する。参照、例えば *Schwarz*, 前掲・注(8) S. 396; *Treitel*, 前掲・注(8) n. 200。参照、それに対して、なお *Samuel J. Stoljar*, *The Contractual Concept of Condition*, *Law Quarterly Review* 69 (1953) 506ff. 及び既に *Perri and another v. Coolangatta Investments Limited*, (1982) 149 *Commonwealth Law Reports* 537 (High Court of Australia)。

(16) *Max Kaser*, *Condicio iuris und condicio tacita*, in: *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, Band I, 1956, S. 427ff.; 参照、更に (黙示の合意について一般的には) *Andreas Wacke*, *Zur Lehre vom pactum tacitum und zur Aushilfsfunktion der exceptio doli. Stillschweigender Verzicht und Verwirkung nach klassischem Recht*, *ZSS (RA)* 90 (1973) 220ff. und *ZSS (RA)* 91 (1974) 251ff.

(17) D. 23, 3, 68. これに関しては, *Kaser*, *Symbolae Taubenschlag*, S. 431f.; 又参照, *Joseph Georg Wolf*, *Causa stipulationis*, 1970, S. 126f.

(18) これに関しては, *Kaser*, *Symbolae Taubenschlag*, S. 421ff.; *Gebhard*, 前掲・注(7), S. 230. 比較法的には, *Schwarz*, 前掲・注(8), S. 399.

英国の契約法において、ローマ法と少なくともちょうど同じような傑出した役割を演じた。ローマ法と同じく、英国法は周知のようにアクチオ体系であり、中世のコモンローのはるかに最も重要な契約の訴えは、捺印金銭債務証書上の金銭債務訴訟 (debt sur obligation) であった。⁽¹⁹⁾ 捺印された債務証書を提出し得た者はこの訴えによることができた。このような証書は、「債務認諾書面 (writings obligatory)」又は「捺印金銭債務証書 (bonds)」と呼ばれ、通常ラテン語で書かれ、債権者 (obligee) への一定の金額の支払いが義務付けられるべき旨 (「義務づけられ拘束される se teneri et obligari)」の債務者 (obligor) の意思表示が含まれていた。「金銭債務 (debt)」すなわち一定の金額に向けられた債務、のこの要件に鑑みると、(単純) 契約上の金銭債務 (debt sur contract) が、少なくとも一見した所かつ直接には、一般的な契約上の訴えを予定するものようには思えなかった。そのためには独創的な技巧が必要であった。すなわち、相手方を契約上の履行に義務付けたいと思う者は、不履行の場合に一定の金銭的給付を約束させる証書を作成すればよいとされたのである。別の言い方をすると、金銭債務の成立を、単に条件の発生または不発生にかからしめさえすればよかったのである。確かにこれによって、依然、直接の給付請求権が存在するわけではない。しかし、威嚇による支払いの義務付けは、条件とされた金額の高さに応じて、確かな強制手段として働いた。

このような「条件付き捺印金銭債務証書 (conditional bonds)⁽²⁰⁾」は16世紀に至るまで一般に用いられ、捺印金銭債務証書上の金銭債務訴訟 (debt sur obligation) は民事訴訟裁判所でも最も主張される訴えであった。⁽²¹⁾ 条件は証書の裏面の規定の中に記載され (裏面 (dorsum) の「裏 (dorse)」という言葉から「endorse」=裏書きする (indossieren))、普通は解除条件 (Resolutivbedingung) と解された。⁽²²⁾ 即ちその債務の義務付けは有効ではあるが、条件が発生した時、

(19) これに関しては、S. F. C. *Milson*, *Historical Foundations of the Common Law*, S. 250 ff.; J. H. *Baker*, *An Introduction to English Legal History*, 3. Aufl., 1990, S. 365 ff.; Kevin M. *Teeven*, *A History of the Anglo-American Common Law of Contract*, 1990, S. 7 ff.; 更にとりわけ、A. W. B. *Simpson*, *A History of the Common Law of Contract*, 1987, S. 53 ff., 88 ff.

(20) これに関して詳細は、*Simpson*, 前掲・注(19) S. 90 ff.

(21) *Baker*, 前掲・注(19), S. 368.

(22) *Simpson*, 前掲・注(19), S. 92; Sir *Frederick Pollock*, *Principles of Contract*, 9. Aufl., 1921,

即ち給付がなされたときは消滅する。典型的には、例えば次の定式化が選ばれ⁽²³⁾た。「この義務の条件は次の通りである。すなわち、もし……なら、この義務は無効で何ら効果を持たないが、そうでなければこの義務は、完全な効力、効果が存続・維持される」。その義務づけられた金額は、給付の価額を上回るのが通常であり、例えば普通金銭債務の場合は倍額が見積もられた。この場合、違約罰が問題となっているのであるが、それはしかしながら特にカノン法の高利の禁止の観点から、一種の損害の一括清算と理解された。⁽²⁴⁾ローマ法との対比 [p. 128] は驚くものがある。ローマ法においてもいずれにせよ最初は、直接には貫徹することができなかったものを間接的に貫徹することを可能にするために、まさに本来的でない（あるいは独立した）罰の義務づけ契約（Strafegedinge）を用いたのである。そしてローマの問答契約のように、中世の英国の「条件付き債務証書（conditional bonds）」も、その性質上一方的に義務付けるものであった。双務契約は、こうして二つの一方的な債務の約束により、認められているのである。

ここでは、（驚くべき）発展の類似性が問題となるのか、それとも直接的な影響が問題となるのだろうか。それに関して我々は、問答契約の領域を例にとるが、いずれにせよメイトランド（*Maitland*）その人の推定したところによると、書面による債務約束は、13世紀にイタリアの銀行家からイングランドにもたらされた。⁽²⁵⁾国際的な商人法（*lex mercatoria*）の一側面とかかわって、それは事実、比較的早期にかつ広範囲にイングランドに広まったのである。⁽²⁶⁾ヨーロッパ大陸においても、中世の商事取引では確認債務証書（*dispositiver Schuldurkunden*）が普通一般に利用されていた。⁽²⁷⁾ここでも「ほとんど例外なく」

S. 299f., 334f.

(23) 参照、例えば *J. H. Baker, S. F. C. Milsom, Sources of English Legal History*, 1986, S. 259f. (Pynnell v. Cole, 1602) の例を参照。

(24) これに関しては、Simpson, 前掲・注(19), S. 113ff.

(25) *Sir Frederick Pollock, Frederic William Maitland, The History of English Law Before the Time of Edward I, Band II, Nachdruck 1984, S. 225*; 参照、又 *D. E. C. Yale, Introduction, in: Lord Nottingham's Chancery Cases (Selden Society, Band 79), 1961, S. 9.*

(26) 参照、これに関しては、上述注(4)で引用されている論文。

(27) *L. Goldschmidt, Universalgeschichte des Handelsrechts, 1891, S. 306ff.*

違約罰が合意されるのを常とした。その額は大抵倍額 (duplum) に設定されていた。⁽²⁸⁾ なお、このような債務証書は——強く変質していることは認めなければならぬが——ローマの問答契約の末裔である。⁽²⁹⁾ それは、遅くとも472年のレオ帝の有名な勅法以降、口頭による契約 (contractus verbis) から文書による契約 (contractus litteris) への最終的な途次にあつた。⁽³⁰⁾ さらにローマの条件法の基本概念は、少なくとも13世紀初頭から、英国の法律家にとって中心的かつ権威のある一角、すなわちヘンリー・ブラクトン (*Henricus de Bracton*) の名によるイングランドの法と慣習に関する論考 (Tractatus de legebis et consuetudinibus regni Angliae) ⁽³¹⁾ の中で自由自在に操られていた。

2. 意思理論

[p. 129]

a) 大陸法における自然法 我々は、今からはいわゆる意思理論に目を向ける。これは、契約に関与する当事者の自由で、それ故に帰責しうる意思を、あらゆる契約の妥当根拠とみなし、そのために契約法を、あらゆる個別的な形態において可能な限り矛盾なく、このアルキメデスの観点から構成しようとするものである。明らかなのは、いずれにせよ古典期のローマの法律家たちは、合意と給付目的の方向という要素を強く強調していたにもかかわらず、⁽³²⁾ 上述の意味では、決して意思理論者ではなかったということである。⁽³³⁾ 同様に明らかであ

(28) *Goldschmidt*, 前掲注(27), S. 310.

(29) 参照, *Goldschmidt*, 前掲・注(27), S. 387; *Giannino Ferrari dalle Spade*, La degeneratione della “stipulatio” nel diritto intermedio e la clausola “cum stipulatione subnixa”, in: *Scritti giuridici*, Band I, 1953, S. 41 ff.; *Guido Astuti*, I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano, Band I, 1952, S. 239 ff.

(30) 詳しくは, *Law of Obligations*, 前掲注(6), S. 80 ff.

(31) f 99 b (*Samuel E. Thorne* の版による, Band II, 1968, S. 284 f.): これに関しては例えば, 参照 *Carl Güterbock*, *Bracton and his relation to the Roman Law*, 1866, S. 116 f. *Frederic William Maitland*, *Select Passages from the Works of Bracton and Azo*, 1895 (Selden Society, Band 8), S. 147 ff.

(32) 参照, 例えば *Law of Obligations*, 前掲・注(6), S. 559 ff., 又例えば, S. 156 f. (消費貸借 mutuum), 479 ff. (贈与 donatio), 508 ff. (無方式の合意 pacta), 587 ff. (錯誤 error), 622 ff. (解釈 interpretatio).

(33) 参照, 例えば *Barry Nicholas*, *Rules and Terms-Civil Law and Common Law*, *Tulane Law Review* 48 (1974) 948 f. (その限りで大陸法とコモンローを相互に対照させる)。「素素

るのは、19世紀の最初の75年間において、実際にはむしろ目立たなかった心裡留保が、解釈上のホーン岬というべき息をのませるような次元に成長したと⁽³⁴⁾き、首尾一貫した意思から構想された契約法という理想に最も近づいたということである。⁽³⁵⁾ここで特に関心が寄せられる自然法において、意思理論的に構想された契約法という言葉で語ろうとするかどうかの問題は、かなりの程度まで定義の問題である。例えばフーゴー・グロチウス (*Hugo Grotius*) を例にしよう。彼は一方では、スペイン後期スコラ学派によるアリストテレストマス主義的な道德哲学と、ローマの法源資料の統合に基づいて創造された契約理論を世に広めた。⁽³⁶⁾意思の要素はそれとともに、彼においても、究極的にはなおアリストテレス的な道德論と本質性原理 (*Wesensdoktrin*) と関連しており、このことは例えば、いったんなされた約束への拘束の中に、信義の考え方だけでなく、⁽³⁷⁾双務契約が問題になる限りで、「交換的正義 (*iustitia commutativa*)」の理念の表明をも認め得ることを意味した。グロチウスは、のちの例えばクリスチャン・トマジウスと異なり、なお中世の実質的な契約倫理にとって重要な、交換的正義の考え方を強調したのである。「自然の理法は、契約において、等価 (*equality*) であるべきことを命ずる。従って、他の者に比して過少のものしか [p. 130] 受取らなかった者は、その不均衡から生じる訴権を獲得する。 (*In contractibus natura aequalitatem imperat, et ita quidem ut ex inaequalitate jus oriatur minus habenti*)」と、彼は明瞭に、彼の代表作「戦争と平和の法 (*De jure belli ac pacis*)」で述べた。⁽³⁸⁾他方で、彼はしかしまた、等価原則を意思原則の観点から見よう、あるいは導き出そうと試みた。「実際に当事者が何を約束したとして

(*naturalia negotii*)」の概念の発展とアリストテレス学派のルーツについては、参照、これとの関連で *Helmut Coing*, *A Typical Development in the Roman law of Sales*, in: *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, Band I, 1982, S. 73f.; 同著者, *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, ZSS (RA) 69 (1952) 32f.; *James Gordley*, *Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991, S. 61 ff. 105 ff.

(34) *Alfred Manigk*, *Das rechtswirksame Verhalten*, 1939, S. 142.

(35) これに関しては、参照 *Gordley*, 前掲・注(33), S. 161 ff.

(36) *Gordley*, 前掲・注(33), S. 69 ff. の立ち入った分析を参照。

(37) これに関しては概観として、*Gordley*, 前掲・注(33), S. 10 ff.

(38) アムステルダム版, 1642年, 第二卷第一二章, 第八。

も、受けとるべきことになっているものとの等価、また等価の理由から義務付けられたものを、約束していると考えるべきである。(Quod enim promittunt aut dant, credendi sunt promittere aut dare tanquam aequale ei quod accepturi sunt, utque ejus aequalitatis ratione debitum)」と他のところで書いて⁽³⁹⁾いる。そしてグロチウスは、物の瑕疵や価値錯誤による等価侵害の際の調整義務を、次のように基礎づける。「というのは、契約においては、両当事者はそれぞれが同じ金額のものを受取るべきことが企図されたし、もしくは企図されたはずである (quia in contractu id utrimque propositum aut fuit, aut esse debuit, ut uterque tantundem haberent)」⁽⁴⁰⁾。彼の論拠は、ここでは、他の文脈（特にその約束理論の発展の場合）と同様に⁽⁴¹⁾、實際上意思に関連しており、その限りで自然法的意思理論ということもできよう⁽⁴²⁾。この基礎に基づいて、グロチウスは実際また例えば、現代の意思表示の理論⁽⁴³⁾、第三者のための契約⁽⁴⁴⁾、あるいは、フランス民

(39) De jure belli ac pacis, 前掲注(38)第二卷十二章——この意味において、又例えば *Samuel Pufendorf*, De jure naturae et gentium libri octo, Francofurti et Lipsiae, 1759, 第五卷第三章 § I, *Robert Joseph Pothier*, Traité des obligations, in: (Euvres, Band I, 1824, n. 33.)

(40) De jure belli ac pacis, 前掲注(38), 第二卷第一二章一。参照, また後には例えば, *Christian Wolff*, Jus naturae, Francofurti et Lipsiae, 1740, 第四部第四章 § 977 「売買行為において, 両当事者は等価 (交換) を望むであろう (... in emptione venditione is esse videtur animus contrahentium, ut observetur aequalitas ...)」

(41) De jure belli ac pacis, 前掲注(38)第二卷第十一章。

(42) 参照, この意味においてとりわけ *Malte Dissenhorst*, Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen, 1959, 諸所に; 参照, 詳細は例えば *Martin Lipp*, Die Bedeutung des Naturrechts für die Ausbildung der Allgemeinen Lehren des deutschen Privatrechts, 1980, S. 133ff.; 特別な関連性については, また *Christian Wollschläger*, Die willenstheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht, in: Symptica Franz Wieacker, 1970, S. 154ff.; 反対する者として *Gordley*, 前掲・注(33)S. 6, 161f. 及び諸所に。他方, しかし既にアリストテレス・トマジウスの自然法の伝統に立つ初期の著者においても, 十分「意思理論」については語っている (参照, この関連では例えば, 注(45)(77)(149)及び, また *Gordley*, 前掲・注(33)S. 12, 16, 19, 73, 79, 81, 87, 89, 109ff. (「現代理論は, 一方では, 当事者の意思と, そして他方においては, 裁判所や立法者による契約の公正さを判断するあらゆる試みを, 対照させる傾向にある。後期スコラ学者や自然法学者にとっては, そのようなラディカルな対照はなかった。当事者を, 彼らが入った契約のタイプに相応しい条件に拘束することは, 彼らの意思を実現することであった」)。その移行は定かではない。古典的な意思理論のキリスト教的・ローマ的基礎について参照, *Albrecht Dihle*, The Theory of Will in Classical Antiquity, 1982, S. 1 ff, 68 ff., 特に 123 ff. (St. Augustinus) 及び S. 132 ff. (ローマ (法) 的概念としての voluntas)。

[p. 131] 法典に受容された所有権移転の理論である裸の合意 (nudo consensu)⁽⁴⁵⁾ の基礎を築いたのである。

翻

b) イギリスの受容　またこの自然法的な意思理論は、イングランドへの道も見出した。⁽⁴⁶⁾ この受容の主要な媒介者はグロチウス (Grotius) の他に、特にプーフェンドルフ (Pufendorf), バルライラック (Barbeyrac), ブルアマーキ (Burlamaqui), ドマ (Domat), そしてとりわけポティエ (Pothier) であった。これら全ての著作者の主要な著作は、19世紀の初めには英語の翻訳が手に入った。例えば、プーフェンドルフの「自然法と万民法 (De jure naturae et gentium)」は (バルバイラックの注釈とともに) 一七三〇年までに4度も出版され、⁽⁴⁷⁾ グロチウスの「戦争と平和の法 (De jure belli ac pacis)」は一七五〇年までに六回の英語版が出された。⁽⁴⁸⁾ ドマの「自然的秩序における市民法 (Loix civiles dans leur ordre naturel)」は一七二二年に英語に翻訳され、⁽⁴⁹⁾ ポティエの

訳

(43) 参照, 例えば, *Disselhorst und Lipp*, 両者とも前注の箇所; *Klaus-peter Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert, 1985, S. 139 ff.; *Law of Obligations*, 前掲注(6), S. 567 f.

(44) 参照, 例えば *Law of Obligations*, 前掲注(6), S. 43 ff.

(45) 参照, 例えば *William M. Gordon*, *Studies in the Transfer of Property by traditio*, 1970, S. 172 ff (ただし, グロチウスはここでは単に, スペインの後期スコラ学者によってすでに主張されていた考え方に依拠したに過ぎないと指摘する。)

(46) これに関しては, 基本的に, *A. W. B. Simpson*, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, in: 同, *Legal Theory and Legal History*, 1987, S. 171 ff.; さらに詳細については, 参照 *P. S. Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979, 復刻版 1988, S. 139 ff, 405 ff.; *W. R. Cornish, G. de N. Clark*, *Law and Society in England 1750-1950*, 1989, S. 200 ff.; *Philip A. Hamburger*, *The Development of the Nineteenth-Century Consensus Theory of Contract*, *Law and History Review* 7 (1989) 241 ff.; *Kevin M. Teeven*, *A History of the Anglo-American Common Law of Contract*, 1990, S. 175 ff.; *Gordley*, 前掲注(33), S. 134 ff.; 又参照, *J. J. Gow*, *Some Observations on Frustration*, *International and Comparative Law Quarterly* 3 (1954) 295 ff.; *Peter Hay*, *Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im anglo-amerikanischen Recht*, *AcP* 164 (1964) 254 ff.

(47) *Sir William Holdsworth*, *A History of English Law*, Bnd XII, 1936, 復刻版 1966, S. 637.

(48) *P. G. Stein*, in: *A. W. B. Simpson* (Hg.), *Biographical Dictionary of the Common Law*, 1984, S. 219.

(49) *William Strahan* とその翻訳については, 参照, *Daniel R. Coquillette*, *The Civilian Writers of Doctors' Commons*, London, 1988, S. 203 ff.

「債務法 (Traité des obligations)」は一八〇六年これに続いた。⁽⁵⁰⁾ これらの輝くばかりの大陸の文献はおよそ一七八〇年ごろから、英国の著作者たちに契約法全体、あるいはその部分領域の体系的な論究に向かわせることになった。⁽⁵¹⁾ 19世紀の後半には、ドイツの著作者たちが引き合いに出されるようになり、とりわけもちろんサヴィニー (Savigny)、彼の債務法は1872年に翻訳され、そのうえマッケーデイ (Mackeldey) の現代ローマ法の教科書、並びにティボー (Thibauts) の「パンデクテン法学の体系 (System des Pandektenrechts)」⁽⁵²⁾ の総論が英語版で利用可能になった。こうして、ヨーロッパ大陸の契約法解釈学の広範な受容のための学問的素地ができたのである。⁽⁵³⁾

状況は、このような過程にとってきわめて好都合だった。18世紀の最後の三半世紀に始まった英国における社会経済的状況の劇的な大変革は、イギリスにおいてはとりわけホブズ (Hobbes)、ロック (Locke)、ヒューム (Hume) により広められた啓蒙思想⁽⁵⁴⁾ と、アダム・スミス (Adam Smith) によって構想

(50) Pothier の翻訳者 William David Evans に関しては、参照、*Sir William Holdsworth, A History of English Law*, Band XIII, 1952, 復刻版 1966, S. 466f.; *T. G. Watkins*, in: *Simpson*, 前掲注(48) S. 169. 19世紀において、ポティエの著作も、売買法と会社法が翻訳されている。一般的にポティエに対する、イギリスの法律家によるその摂取とイギリス法への影響については、参照、*ZSS (GA) 102 (1985) 168ff., 176f., 178f., 188f., 201ff.*; *P. G. Stein*, in: *Simpson*, 前掲注(48) S. 425ff.; *Atiyah*, 前掲注(46), S. 399f., 406f.

(51) これに関しては一般的に、*A. W. B. Simpson*, *The Rise and Fall of the Legal Treatise: Legal Principles and the Forms of Legal Literature*, in: 同, *Legal Theory and Legal History*, 1987, S. 273ff., 303ff.; 契約法に関してはとりわけ、同, 前掲注(19) S. 174ff.; さらに参照、*F. H. Lawson*, *Doctrinal Writing: A Foreign Element in English Law?*, in: *Ius Privatum Gentium*, *Festschrift für Max Rheinstein*, 1969, S. 198ff.; *Atiyah*, 前掲注(46), S. 398ff., 681ff.; *Hamburger*, *Law and History Review* 7 (1989) 258ff.; *Michael Lobban*, *The Common Law and English Jurisprudence 1760-1850*, 1991, S. 258ff.

(52) これに関しては、*Peter Stein*, *Continental Influences on English Legal Thought, 1600-1900*, in: 同, *Character and Influence of the Roman Civil Law*, 1988, S. 224f. サヴィニーの著作については、「もっとも頻繁に英語に翻訳された」とする：*Michael H. Hoeflich*, *Savigny and his Anglo-American Disciples*, *American Journal of Comparative Law* 37 (1989) 19.

(53) ティボーの翻訳者としての *Nathaniel Lindley*、(彼は、人民間訴訟部 (Common Pleas Division) 及び控訴院 (Court of Appeal) の判事、記録長官 (Master of the Rolls) を経て、法律貴族 (Law Lord) になったという経歴を持つとされる) について参照、*R. F. V. Heuston*, in: *Simpson*, 前掲注(48), S. 313f.

(54) これについて詳細は、*Atiyah*, 前掲注(46), S. 219ff.; *Cornish/Clark*, 前掲注(46) 諸所に。

された古典派経済自由主義という知的土壌のもとで行われ、⁽⁵⁶⁾全体として契約法
 にとっての本質的な価値の増大に至った。即ち、ヘンリー・メイン卿 (*Sir
 Henry Maine*) によって観察された「身分から契約へ」の発展の絶頂期であ
⁽⁵⁷⁾る。というのは、今や個人の自由と個人の能力が強く強調される時代に、自らの
 問題を理性的に処理するためには、法的領域においては、契約法がこの自由
 の実現のための卓越した手段となったからである。しかしこのような要求に応
 えることは、伝統的なコモンローはできなかつた。なぜなら「契約」は、ブラ
 [p. 133] ックストーンの時代には依然として、比較的発達が遅れた法分野だったからであ
⁽⁵⁸⁾る。確かに英国でも、「裸の合意から訴権は生じる (*ex nudo pacto oritur
 actio*)」の原則が定着していたし、⁽⁵⁹⁾近代的な引受訴訟 (*action of assumpsit*) が、
 債務証券上の金銭債務訴訟 (*debt sur obligaiton*) に代わって、コモンローの中
⁽⁶⁰⁾心的な契約の訴えになった。しかしこの間、実質的には二つの基本的な観念を
 巡る、もはやほとんど見通しのきかない先例の塊がまつわりついていた。すな
 わち、(観念上は一方的な) 約束の違反と、この約束が基づく「約因」の要件
 である。それ以外のことは陪審員の事実問題として任され、その陪審員の一般
 的な評決の背後には、法律学的にそれ以上具体的に述べられないままの多くの
 考慮が存在したかもしれなかつたのである。これに対して、大陸の法学ははる

(55) 詳細は、*Atiyah*, 前掲注(46), S. 39ff.; また参照、*Gordley*, 前掲注(33), S. 112ff. 及び
 (Hume について), *Gerald J. Postema*, *Bentham and the Common Law Tradition*, 1986, S. 81
 ff.

(56) これについてまた参照、*Atiyah*, 前掲注(46) S. 292ff. *Smith* の著作の自然法の基礎に
 ついては、参照、*Peter Stein*, *From Pufendorf to Adam Smith: The Natural Law Tradition in
 Scotland*, in: 同, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, 1988, S. 381ff. スミ
 ス理論の法への影響については、また参照、*Teeven*, 前掲注(19), S. 185ff.

(57) *Ancient Law*, Everyman's Library edition 1917, 復刻版 1977, S. 100.

(58) 例えば参照、*Teeven*, 前掲注(19), S. 175ff.; *Gordley*, 前掲注(33), S. 134f.; *Baker*, 前掲
 注(19), S. 398f.; 微妙に異なるのは、*Hamburger*, *Law and History Review* 7 (1989) 248ff.;
 また参照、*Nicholas*, *Tulane Law Review* 48 (1974) 947: 「比較すると、コモンローは未発
 達で不明確である。」

(59) これに関しては、*Richard H. Helmholz*, *Assumpsit and fidei laesio*, in: 同, *Canon Law and
 the Law of England*, 1987, S. 270ff.; 同, *Contract and the Canon Law*, in: *John Barton* (Hg.),
Towards a General Law of Contract, 1990, S. 59ff. (また、概説は前掲注(4)引用文献)。

(60) *assumpsit* の発展について詳細は、参照、*Simpson*, 前掲注(19), S. 199ff.; *Teeven*, 前
 掲注(19), S. 27ff.

かに多種多様な細分化された概念の集積、法的ルール、制度の宝庫を提示することができた。そして、これらは一方では法的取引の安全、予見可能性、合理性への要求に応えることができたし、他方では、魅力的な方法で「意思の概念のもとで (sub specie voluntatis)」構想されたように見え、それによって、近代の契約法が19世紀の個人主義的な根本思想に従って成し遂げなければならないことを、まさしく果たしたのである。⁽⁶¹⁾それは、すなわちできるだけ広範囲に契約の自由を保障することであり、契約法の適用と個々の解釈にあたっては、当事者の意図を最大限実現させることである。申込と承諾の理論、法的関係形成意思 (Rechtsbindungswillen) の観念、⁽⁶²⁾契約上義務付けられる損害賠償の限定のための「予見 (contemplation)」理論、⁽⁶³⁾これらはすべてこのようにして英国の契約法に入ってきたものである。「すべての契約はその効果を当事者の意思から導くから、意思は明示であれ黙示であれ、契約の作用と範囲に関するすべての決定の基礎かつ行動準則となり、契約の解釈に関するすべての問題における考慮の際の、主要な対象とならなければならない。⁽⁶⁴⁾」このようにポティエ [p. 134] の翻訳者であるエバンスが、彼の時代の契約法の根本規範を定式化した。

Ⅲ. 後発的な事情の変更

1. 事情変更条項 (Clausula rebus sic stantibus)

こうして、当事者の契約上の取決めの中に黙示の条件を読み込むという独特の技巧のより詳細な考察と、それにより達成される民法教義学の進歩のための基盤が用意される。ここで関係する大陸の伝統における法制度のうち、最初でかつ最も有名なものは、疑いなく「事情変更条項」である。その発展は、同時

(61) これに関しては、とりわけ Atiyah, 前掲注(46), S. 256 ff.

(62) 参照, Simpson, 前掲注(46), S. 182 ff.; Atiyah, 前掲注(46), S. 446. *Hamburger*, Law and History Review 7 (1989) 274 ff.; Gordley, 前掲注(33), S. 139 f. 175 ff.; Teeven, 前掲注(19), S. 177 ff.

(63) これに関しては, Simpson, 前掲注(46), S. 187 ff.; Atiyah, 前掲注(46), S. 690.

(64) これに関しては, Simpson, 前掲注(46), S. 197 ff.; Law of Obligations, 前掲注(6), S. 829 f.

(65) *William David Evans*, A Treatise on the Law of Obligations, or Contracts, by M. Pothier, translated from the French, Band II, 1806, Appendix V.

(66) これについて詳細は、それぞれ *Leopold Pfaff*, 「条項 (Die Clausel) : 学説における事 228 (1817) 法と政治 62 卷 4 号 (2012 年 1 月)

に意思理論的な論証方法に内在する問題を認識させ、また中世の実質的な契約倫理から近代の意思理論への移行がいかになめらかであったかを示している。この条項 (clausula) 理論の歴史的な契機は、さしあたり、(ローマ) 古典期の、続いてキリスト教の道德哲学であった。すなわち、契約締結後に契約の履行が罪過となり、履行しないことを義務とする事情が生じうる。キケロ (Cicero) が、気が違ってしまった剣の寄託者の返還請求に対して認めたように、「履行が罪であるならば、司祭は履行しない (... reddere peccatum sit, officium non reddere)⁽⁶⁷⁾」。そして、トマス・フォン・アクィナス (Thomas von Aquin) の見解によれば、通常不誠実 (infidelitas) と呼ばれるべき態様が、人的そして取引上の事情が変わってしまった場合は免責される⁽⁶⁸⁾。

このような考え方の法律学的な言い換えは、それ自体は関係しない、「もし同じ状態が持続するならば (si in eodem statu maneat)」という、条件について語られている学説彙纂の断片と結びついてなされた⁽⁶⁹⁾。この定式化は、周知のように注釈者のピリウス (Pilius) によって取り上げられ、次にヨハネス・トイトニクス (Johannes Teutonicus) によって、あらゆる約束の基礎となる黙示の条件の意味に一般化された。「……この事情が同じ状態で維持されるならばとの条件が、常に補充的に解釈される (... semper subintellegitur haec conditio, si res in eodem statu manserit)⁽⁷⁰⁾」。バルドゥス (Baldus) は、学識法曹 (註解

情変更とオーストリア立法 (Rebus sic stantibus in der Doktrin und der österreichischen Gesetzgebung) in: Festschrift für Joseph Unger, 1898, S. 225 ff.; O. Fritze, Clausula rebus sic stantibus, Archiv für Bürgerliches Recht 17 (1900) 29 ff.; Margarethe Beck-Mannagetta, Die clausula rebus sic stantibus und die Geschäftsgrundlage in der Dogmengeschichte, in: La formazione storica del diritto moderno in Europa, Band III, 1977, S. 1263 ff.; Ralf Köbler, die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz, 1991, S. 23 ff.; Michael Rummel, Die "clausula rebus sic stantibus", 1991.

(67) 『義務について (De officiis)』, 三, XXV-九五。

(68) 神学大全 (Summa theologiae), (Secunda Secundae) 第一一〇問題, 三項, 第五異論。

(69) 学説彙纂 Afr. D. 46, 3, 38 pr.

(70) Johannes Teutonijs, gl. Furens, ad C. 22, q. 2, c. 14. この注釈は、グラティアヌス教令集に取り入れられた聖アウグスティヌスのテキスト (Psalms の注釈, V, 7) に関連するが、このテキスト自身、キケロにおける既述の例 (精神異常になった剣の寄託者) と結びついている。この思想の中世の法学における継受史と発展について詳細は、参照, Robert Feenstra, Impossibilitas and Clausula rebus sic stantibus, in: Daube Noster, 1974, S. 80 ff.

学派) (legistischen) の伝統において、バルトルス (*Bartolus*) によりその間
 わずかに定式化し直された「このような事情が持続する限りにおいて (*rebus
 sic habentibus*)」という条件を、すべての約束に適用させた最初の論者であっ
 た。⁽⁷¹⁾ 16、17世紀においてよく言われたように、事情変更条項は最盛期を迎え
 た。⁽⁷²⁾ それは、自然法理論と同様「ローマ法の現代的慣用 (*usus modernus pand-
 ectorum*)」の構成要素となった。⁽⁷³⁾ グロチウス (及び彼の後に続くプーフェンド
 ルフ *Pufendorf*)⁽⁷⁴⁾ は、「約束は、物事が今あるのと同じ状態で継続するならばと
 いう、この黙示の条件で理解されるべきであるかどうか (*an promissa in se
 habeant tacitam conditionem, si res maneat quo sunt loco*)」という問題に、当
 初はむしろ制限的だったが、⁽⁷⁵⁾ 全体としては、しかしなお肯定的に捉えていたと
 いう意味で、伝統と一致していた。その際彼は、一方ではアリストテレスの正
 義論に依拠したが、他方でまた、その帰結と合理人の仮定的意思を結合させた。
 即ち、取引の性質上、人は自ら非常に大きな損害に義務付けられるつもりだと
 は想定しえない、⁽⁷⁶⁾ と。ところで、この意思に関連させた論証も、既に伝統をもっ
 ていた。即ち、「約束は、約束者の意思と意図に従うものでなければ何ら価値
 はない。意思と意図とは、彼が約束するときに抱いていたものである：従っ
 て約束は、明示的に表現されたものであれ、慎重に評価されたものであれ、かか
 る意図を越えては人を拘束することはできない (... *promissio non habet vim*

(71) *Commentaria, Venetiis, 1586, ad D. 12, 4, 8.* これとの関連において、註解学派
 (Kommentatoren) の学説のより詳細は、*Feenstra, S. 84.* 及び *Rummel, 前掲注(66), S. 24 ff.*

(72) 参照、結局 *Köbler, 前掲注(66), S. 30 ff.; Rummel, 前掲注(66), S. 132 ff.*

(73) *clausula* が挿入される法効果は、18世紀に入ってまで、条件の構成に対応して、将来
 に向かっての契約の自動的な終了であった。柔軟な法効果という考え方 (全か無かの代わ
 りに裁判官によるコントロール権) は、どうやら *Augustin Leyser, Mediationes ad
 Pandectas, Franckenthalii, 1778 ff., Spec. XL, IV* に遡る。参照、*Köbler, 前掲注(66), S. 35, 243
 f., 251.*

(74) *De jure naturae et gentium, 前掲注(39), 第5巻第12章 §§ 20f.;* これについては例え
 ば、*Rummel, 前掲注(66), S. 108 ff.*

(75) *De jure bell ac pacis, 前掲注(38)第2巻16章, 25章。*

(76) *De jure bell ac pacis, 前掲注(38)第2巻16章, 27章。* グロチウスの後発的な事情変更
 の問題に関する見解・グロチウスの文献については、参照 *Disselhorst, 前掲注(42), S.
 127 ff.; Feenstra, Daube Noster, S. 84 ff.; Beck-Mannagetta, 前掲注(66), S. 1270 ff; Rummel,
 前掲注(66), S. 101 ff.; Gordley, 前掲注(33), S. 89 ff.*

nisi ex voluntate, et intentione promittentis, quam expresse vel implicite habet, dum promittit; ergo ultra hanc intentionem expressam, vel prudenter interpretatam non potest obligare⁽⁷⁷⁾」と、例えばレオンハルト・レッシウス [p. 136] (*Leonaudus Lessius*) に書かれている——それは一種の先駆的な意思理論である——。

しかしながら、17世紀が経過する間に、そしてその後とりわけ18、19世紀においては、この意思の論拠を最終的に支える実質的な契約倫理がますます色褪せ、一般に啓蒙主義の哲学が、アリストテレス的道德論 (Tugendlehre) と本質的な見方 (Wesensschau) に対して、価値が認められるようになるにつれ、効果を当事者意思から導くことが見せかけだけのようになってしまうを得なくなった⁽⁷⁹⁾。そうして、条項理論がますます背後に退き、ついには、ほぼ完全に消滅したのも驚きではない。条項理論は、今や漸く一般的に確立した「合意は拘束する (pacta sunt servanda)」の原則の基礎を、まさに意思理論的な観点からあまりに強く崩したように思われた。すなわち、契約は実際に契約に表現された当事者の意思から判断され、貫徹されるべきであったとされたのである。そして契約の貫徹に対立する仮定的な意思を引き合いに出すことは、これに対して、法的及び取引の安全への信頼を揺るがすものとされたのである。19世紀の後半においても、はたせるかな条項 (clausula) の観念の比類ない大きな構想を持ったルネッサンスの試み——ヴィントシャイト (*Windscheid*) の前提理論 (Voraussetzungslehre)——が結果的に貫徹しなかったのは、偶然ではない⁽⁸¹⁾。しかしまたヴィントシャイトが、真実の、本来の意思に合致する「未成熟な条件」について語ることによって、その理論をまさに意思理論の首尾一貫した実現として表現しようとしたということも偶然ではない⁽⁸²⁾。

(77) De justitia et jure libri quatuor, Venetiis, 1734, 第2巻第18章, Dubitatio X. その他, Paul, D. 19, 2, 54, 1 のような学説彙纂における手がかりについても参照。

(78) この経過を叙述するのは, Gordley, 前掲注(33), S. 112 ff.

(79) 参照, 例えば Adolph Dietrich Weber, Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, 1784, § 90; さらに, Gordley, 前掲注(33), S. 185 f.

(80) Pfaff, 前掲注(66), S. 272 ff.; Köbler, 前掲注(66), S. 33 ff., 62 ff.

(81) 参照, 例えば Protokolle, in: Mugdan, 前掲注(14), S. 1174; 条項については, 参照 Motive, in: Mugdan, 前掲注(14), S. 109, 471.

a) 後発的不能 イギリス法 (englische Recht) は条項 (clausula) も前提理論も知らないが、その代わりに契約のフラストレーション理論を有する⁽⁸³⁾。この理論は、今日では通常、最初に言及したブラックバーン裁判官 (Blackburn, J.) による1863年の Taylor v. Caldwell の判決に遡るとされる。判決では、履行が一定の人または物の継続的な存在に依存する様な契約は、人または物の滅失の結果、給付義務 (この事件では音楽ホールを使用に供すること) の履行が不能になれば、その不履行を免責する黙示の条件のもとで締結されたとみるべきであろうと言う。それゆえに、——そしてこの事件ではこの点のみが手続きの対象であったが——サリー庭園と音楽ホールの賃貸人は、費用に対する賠償を支払う必要はなかった。同時にまた、ブラックバーン裁判官により選択された条件の構成からは、Taylor と Lewis も約定された賃借料をもはや払う必要はないということが明らかにされた⁽⁸⁵⁾。実際に判決では、明示的に「音楽ホールが両当事者の過失なく滅失することによって、両当事者は免責される」

(82) 参照、とりわけ *Bernhard Windscheid*, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850; 同, Die Voraussetzung, AcP 78 (1892) 161 ff.; *Bernhard Windscheid*, *Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., 1906, §§ 97 ff. これに関しては、*Gerhard Kegel*, Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn?, in: Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, 1953, Band I, S.143 ff.; *Ulrich Falk*, Ein Gelehrter wie Windscheid, 1989, S. 193 ff.

(83) これに関して一般的には、*Kegel*, 前掲注(82), S. 172 ff.; *Peter Hay*, Zum Wegfall der Geschäftsgrundlage im anglo-amerikanischen Recht, AcP 164 (1964) 231 ff.; *Konrad Zweigert*, *Hein Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band II, 1984, S. 252 ff.; *Stefan Schmiedlin*, Frustration of Contract und clausula rebus sic stantibus, 1985, S. 21 ff.; *Treitel*, 前掲注(2), S. 763 ff.; 同, Unmöglichkeit, “Impracticability” und “Frustration” im anglo-amerikanischen Recht, 1991, 諸所に。今問題になっている関係では (賃貸), 特に重要なのはまた、*Jeffrey Price*, The Doctrine of Frustration and Leases, *Journal of Legal History* 10 (1989) 90 ff.

(84) 3 Best and Smith's Reports 826 ff. これに関しては、近時とりわけ、*Treitel*, 前掲注(83), S. 7 ff.

(85) この、判決に存在する問題に適用される、過剰な結果に対する批判に関しては、*J. A. Weir*, *Cambridge Law Journal* 28 (1970) 189 ff.; *Nicoholas*, *Tulane Law Review* 48 (1974) 955 ff., 961 ff.

とされている。⁽⁸⁶⁾ドイツの法律家の視点からは、これによりこの判決の意義は、275条〔履行不能〕及び280条〔債務者の帰責性ある不能〕の反対解釈、及び323条〔両当事者に帰責性のない後発的不能（以上〔 〕内訳者注記）〕の基礎にある原理を、英国法においても承認したという点にあるが、その場合、⁽⁸⁷⁾むしろ同様に条件構成からは、契約全体の自動解消という差異も生じる。

[p. 138] 我々にはこの帰結は当然のように見えるかもしれない。しかし、Taylor v. Caldwell 事件の、イギリス契約法の発展の中における固有の相対的意義は、引受訴訟（action of assumpsit: 訳者注／口頭による契約の違反に対する損害賠償請求訴訟）により訴求可能とされた無形式の契約上の約束が、伝統的に保証（Garantie）と理解されていたということからもたらされる。すなわち、債務者は一定の給付障害を自らの保証から除外したいと考えれば、債務者は免除される必要がある。この明白で、しかし厳格な原則の起源は、一般には1647年の Paradin v. Jane 判決に遡るとされる。⁽⁸⁹⁾この事件では、小作人が英国の革命戦争の過程で、ルーパート王子指揮下の軍隊により小作地から追い出されたが、地主に対して小作料の支払いを義務付ける判決がなされた。しかし、時の経過の中で個別的な例外も形成されてきた。⁽⁹⁰⁾特にホルト（Holt）卿は、有名な彼の

(86) 3 Best and Smith's Reprints 826 (840).

(87) 323条に関して、今日では反対給付義務の消滅にも拘らず、債務関係それ自体は存続するというのが、支配的な学説にあたる（参照、例えば *Jauernig/Vollkommner, Bürgerliches Gesetzbuch*, 6. Aufl., 1991, § 323, 3 a）。但しこれとは異なって、なお BGB の立法者は、契約が「完全に in toto」「消滅 zerfalle」することから出発した（Motive, in: *Mugdan*, 前掲注(14), S. 207）。参照、今日ではまた例えば、Volker Emmerich, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band II, 2. Aufl., 1985, § 323, Rdz. 25（「事物に従うと、これは、契約が双務的な給付義務である限りにおいて、債務関係が賠償なしに、消滅することを意味する……」）。

(88) これに関しては、上述の注(83)で引用された著者の他に、*Max Rheinstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht*, 1932, S. 173 ff.; *Simpson*, 前掲注(46), S. 193 ff.; *Teeven*, 前掲注(19), S. 231 ff.

(89) (1647) Aley 26. 但しこれに関しては、*W. H. Page, The Development of the Doctrin of the Impossibility of Performance*, in: *Selected Readings on the Law of Contracts* (Hg.: Association of American Law Schools), 1931, S. 982 ff.; *Grant Gilmore, The Death of Contract*, 1974, S. 44 ff も参照。

(90) とりわけ一目で見渡せるのは、*Rheinstein*, 前掲注(88), S. 162 ff.; *Treitl*, 前掲注(83), S. 5 ff.

Coggs v. Bernard 判決⁽⁹¹⁾で、それまであいまいな「寄託 (bailment)」の領域について、ブラクトンに依拠しローマの契約類型 (寄託 depositum, 使用貸借 commodatum, 賃貸借 (訳者注/雇用含む) locatio conductio, 担保 pignus, レセプト責任 receptum cauponum, 委任 mandatum) だけでなしに、功利主義原則 (Utilitätsprinzip) に基づく責任秩序をも受継ぎ、契約上の責任の問題を過責 (Verschulden) にかからしめたのである。さらに、人的な給付に向けられた契約の履行が約束者の死亡により不能になった場合、損害賠償は訴求しえなくなることも認められた⁽⁹²⁾。これをブラックバーン裁判官は、契約の基礎を形成する物の偶然の滅失の場合に結び付けた。

ブラックバーン⁽⁹³⁾は、英国の法発展を、何度も大陸の思想の所産に依拠することにより刺激した、影響力の大きなスコットランド出身の裁判官である。そし [p. 139]
てその出身地たるスコットランドは、王国連合にも拘らず、依然として大陸法 (civil law) を手本とした法伝統を大切にしてきた国である⁽⁹⁴⁾。その限りでは、Taylor v. Caldwell 判決も大陸の起源に支えられていることも驚くことではない。この判決が依拠した二つの大陸の起源というのは、奇妙なことに、問答契約に関する学説彙纂の箇所 (Pomp. D. 45, 1, 23 と 33) および、債務法と売買法に関するポティエの論文である。もちろんここから出てくるのは、一定の目的物に対して義務付けられた者は、その目的物が自らの過失なく滅失した時は義務を免れるということに尽きる⁽⁹⁵⁾。しかし、正当と思われる結論に意思理論的な衣装を着せることが、時代を追って行われた。「黙示の条件 (implied terms)」

(91) 2 Ld. Raym. 909. これに関しては, *Sir William Jones, An Essay on the Law of Bailments*, 4. Aufl., 1833, S. 34 ff.; *Joseph Story, Commentaries on the Law of Bailments*, 8. Aufl., 1870, Nachdruck 1986; *D. E. C. Yale, "Of No Mean Authority": Some Later Uses of Bracton*, in: *On the Laws and Customs of England, Essays in Honour of Samuel E. Thorne*, 1981, S. 389; *Law of Obligations*, 前掲注 (6), S. 195 ff.

(92) 参照, 例えば *Hall v. Wright*, (1858) *Ellis, Blackburn and Ellis* 765 (793 f.), 746 (749).

(93) 彼に関しては, *W. R. Cornish*, in: *Simpson*, 前掲注 (48), S. 54 ff.. ブラックバーンは, 1845年に「*Treatise on the Effect of the Contract of Sale; on the Legal Rights of Property and Possession in Goods, Wares, and Merchandize*」を出版した。

(94) スコットランド法の媒介者機能については, 参照, 既に *JZ* 1992, 18.

(95) ブラックバーンによるローマ法の Taylor v. Caldwell への適用については, 参照 *Page*, 前掲注 (89), S. 985; *W. W. Buckland, Casus and Frustration in Roman and Common Law*, *Harvard Law Review* 46 (1933) 1281 ff.; *Nicholas, Tulane Law Review* 48 (1974) 965 f.

を使うことは、既に数十年前に流行し始めており⁽⁹⁶⁾、例えば、売買目的物の隠れた瑕疵からの買主の保護の拡充や、それと同時に厳格な「買主危険負担 (caveat emptor)⁽⁹⁸⁾」原則を掘り崩すことに役立っていた。特に黙示の条件という技巧について言えば、既に当事者の死亡による人的な給付に向けられた契約上の不能の場合に適用されていた⁽⁹⁹⁾。または、Hall v. Wright 事件 (1858年)⁽¹⁰⁰⁾でも、判決に加わった7人の裁判官のうち3人が——またもやポティエを引用して——婚姻予約の中に、婚姻が婚約者のうちの一人にとって (結核のために) 生命の危険と結びついている場合、婚姻の締結は求められえないという「黙示の条件 (tacit condition)」を読み込もうとした。もしかすると、条件という法概念への依拠は、Paradine v. Jane 判決の第三の重要な例外が、(解除) 条件付捺印金銭債務証書 (conditional bond) という形式をとる契約に関連していたために当然だったのかもしれない。この事件でエドワード・コーク卿 (Sir Edward [p. 140] Coke) は、ローマ法に足場を得るブラクトン (Bracton) に影響されて、条件の債務者の責に帰すべからざる後発的不能の場合に、債務者を義務 (obligation)⁽¹⁰¹⁾⁽¹⁰²⁾ から解放したのである。

(96) これに関しては、例えば *Lord Denning, The Discipline of Law*, 1979, S. 33f.; *Cornish/Clark*, 前掲注(46), S. 205f. イギリス契約法の構造における黙示の条項の役割については、一般的には *Nicholas, Tulane Law Review* 48 (1974) 948ff.

(97) 参照、例えば *Gardiner v. Gray*, (1815) 4 *Campbell's Reports Nisi Prius* 144; *Cornish/Clark*, 前掲注(46), S. 205f.

(98) リーディングケースは、*Chandelor v. Lopus*, (1603) *Croke's Reports temp. James I., King's Bench and Common Pleas* 4; さらに参照、*Walton H. Hamilton, The Ancient Maxim Caveat Emptor*, *Yale Law Journal* 40 (1931) 1163ff.; *Atiyah*, 前掲注(46), S. 178ff., 464ff.; *Teeven*, 前掲注(19), S. 136ff., 186ff..

(99) *Hall v. Wright*, (1858) *Ellis, Blackburn and Ellis* 765 (793f.)

(100) *Ellis, Blackburn and Ellis* 765 (*Watson, B.*, により 774, *Bramwell, B.* により 778ff. *Pollock, C. B.* により 794). これに関しては (批判的なのは), *Nicholas, Tulane Law Review* 48 (1974) 962ff.

(101) *Edward Coke, The First Part of the Institutes of the Laws of England*. または, *A Commentary upon Littleton*, London, 1684, S. 206a. 参考, *Blackburn, J.*, in: *Taylor v. Caldwell*, (1863) 3 *Best and Smith's Reports* 826 (837ff.) また, *Rheinstein*, 前掲注(88), S. 166. なお, 法学提要 (Abridgments) (アルファベット順に並べられた見出し語のもとで, 整理された判例の抜粋; それについては参照, 例えば *Baker*, 前掲注(19), S. 211ff.) において, 「条件 (condition)」のキーワードのもとで契約法の重要な命題が集められたのも偶然では

b) 適用拡張；とりわけ目的達成　これまで見てきたように，Taylor v. Caldwell は，賃貸の目的物の滅失を理由とする，後発的な物理的不能の場合に関するものであった。そこで到達された黙示の条件による (qua implied condition) 給付からの解放は，続いて，多くの比較可能な状況に転用されていった。⁽¹⁰³⁾ 即ち，収穫物の滅失または雇われたピアニストの病気のために履行が不能になった契約，あるいは契約後の法制度の変更の結果，契約の履行が違法となったような場合である。⁽¹⁰⁵⁾ このような Taylor v. Caldwell における原則に基礎づけられた一連の判決の中に，Appley v. Myers も属する（これもブラックバーン裁判官による）。⁽¹⁰⁶⁾ この事件では，引取りの前に工作物が偶然滅失した場合は，請負人が危険を負担すべきとされたが，不能をもたらす事件の発生により，その限りで請負契約は解消されたものとされたのである。これは危険は請負人に (periculum conductoris) のルールであり，我々は Labeo D. 19, 2, 62 から知っており，今日その法典化された形は BGB 644条 I 項 1 文に見出される。⁽¹⁰⁷⁾

しかしやがて Taylor v. Caldwell は，物理的または法律上不能があるわけで [p. 141] はない，単に当事者によって前提とされていた契約の目的が無に帰せしめられたただけの場合にも拡張された。こうして，我々はずいに条項 (clausula) 理論，または行為基礎の理論の全く本来的な適用領域に到達したのである。この発展

なかった；参照すでに *Rheinstein*, 前掲注 (88), S. 165; またブラックバーンの Taylor v. Caldwell (1863) 3 Best and Smith's Reports 826 (833) における引用文も参照。さらに，*Robert Brooke*, La Graunde Abridgement, 1586, fol. 146 ff. (Condition); The Grand Abridgement of the Law, London, 1660, S. 415 ff. (Condition); *Henry Rolle*, Un Abridgement des plusieurs cases et resolutions del Common Ley, London, 1668, S. 407-474 (Condition).

(102) さらに後述注 (164) も参照。

(103) Howell v. Coupland, (1876) Law Reports, 1 Queen's Bench division 258 (implied condition). これに関しては，また動産売買法 7 条も参照；それについては，例えば *Treitel*, 前掲注 (83), S. 22 ff.

(104) Robinson v. Davison, (1871) Law Reports, 6 Court of Exchequer 269 (implied condition)

(105) Baily v. Crespigny, (1869) Law Reports, 4 Court of Queen's Bench 180 (「法は不能を強くない (lex non cogit ad impossibilia)」)。これに関しては，参照，*Rheinstein*, 前掲注 (88), S. 182; *Schmiedlin*, 前掲注 (83), S. 47 ff; *Treitel*, 前掲注 (2), S. 786 ff.

(106) (1867) Law Reports, 2 Court of Common Pleas 651.

(107) この詳細に関しては，Law of Obligations, 前掲注 (6), S. 401 ff. 事件の処理において，並みある一連の大陸の原典が (Digesten から Pothier まで) 検討された。

は、英国ではまず海洋上の迂回路、すなわち冒険（航海）的事業のフラストレーション（frustration of adventure）を通じて行われた。即ち、一時的な航海の障害も合理的商人の視角からは、解放の効果が認められるほどに重要な、備船契約の障害と至りうるとされたのである。⁽¹⁰⁸⁾カーナーヴォン湾で座礁し6週間にわたって座礁したままにおかれた「スプリットオブドーン号（Sprit of Dawn）」の場合、この結論は備船契約の黙示の条件（implied condition）により基礎づけられた。⁽¹⁰⁹⁾それと共に、非商人の分野でも、黙示の条件（implied condition）と目的達成のフラストレーション（frustration of purpose）を相互に結び付ける道が開かれたのである。この歩みは、エドワード7世が腹膜炎を患ったために1902年6月26、27日に予定されていた戴冠記念の国王のパレードが二日前に中止されねばならなかったことをきっかけとする、一連の法的紛争において展開された。リーディング・ケースは、Krell v. Henry である。国王パレードの両日について、ルートにそうパルマル街にある適当な原告の住居を賃借した被告が、賃料の支払いをその時になって拒んだ。控訴院は被告の主張を容れた。

(108) これに関して、Page, 前掲注(89), S. 991 ff.; Reinstein, 前掲注(88), S. 173; Kegel, 前掲注(82), S. 173; Hay, AcP 164 (1964), 235 ff.; Simpson, 前掲注(46), S. 195 f.

(109) Jackson v. Union Marine Insurance Co. Ltd., (1874) Law Reports, 10 Court of Common Pleas 125 (黙示の条件)。

(110) 6月26日については、「戴冠記念パレード」がバッキンガム宮殿からウェストミンスター寺院までの往復で計画され、その翌日には、ロンドン市中を巡る2度の「国王パレード」が計画されていた。最終日の6月28日には、スピットヘッドにおいて海軍のパレードが行われることになっていた。これもキャンセルされ、その中止もまた訴訟のきっかけになった (Herne Bay Steamboat Company v. Hutton, [1903] 2 Law Reports, King's Bench Division 683 (Court of Appeal))。この事件で、被告は、パレードの日に顧客を何度か海軍艇まで連れ出すために、1隻の蒸気船を賃借していた。これに関して、フリードリック・ポロック卿は言う (Law Quarterly Review 20 (1904) 4)。「実際のところ、艦隊はなおそこにあった。……そして、これらの艦隊の書記官が証言しうるように、それは観艦式がなくとも、大いに見るに値するものだった。」国王パレード（8月9日ないし10月25日に遅れて実施された）の詳細については、参照、Treitel, 前掲注(83), S. 96 f.

(111) [1903] 2 Law Reports, King's Bench Division 740. 国王パレード事件について概括的に、Rheinstein, 前掲注(88), S. 177 f.; R. G. McElroy, Glanville Williams, The Coronation Cases, Modern Law Review 4 (1940) 241 ff.; Kegel, 前掲注(82), S. 175 f.; Schmiedlin, 前掲注(83), S. 39 ff.; Treitel, 前掲注(2), S. 764 f., 783 f.; 同, 前掲注(83), S. 95 f.; Teeven, 前掲注(19), S. 233 f.

(112) ここでもまた（上述注1を参照）、「lease」ではなく「licence」が問題になった。

パレードはVangham Williams 控訴院裁判官が言うように、当事者の合意の基礎をなし、その実施はその限りにおいて契約の「黙示の条件 (implied condition)」を形成する。パレードの中止をもって、契約の履行は無に帰せしめられ、契約はそれと共に解消されたものと扱われるべきである。Vaughan Williams 控訴院裁判官は、彼以前のすでにブラックバーン裁判官と同様に、再びローマ法の「特定された物に関する債務 (obligationes de certo corpore)」の摂理を適用した。「この事件における本当の問題は」と彼は前置きを述べて⁽¹¹³⁾、「多くの英国の判決において採用され効果を与えてきたローマ法の原理が、英国法でどこまで適用しうるかである」。当然ながら、この領域においても、この構成の擬制的な性格に対する批判が起こらなくはなかった。⁽¹¹⁴⁾「黙示の条件 (implied condition)」理論は徐々に、より客観的な面を強調した理解にとって代わられていくのである。行為基礎理論の採用についても、今や大体において抑制的のみ紹介されるのが圧倒的で、「(フラストレーション理論は) 契約当事者に軽率な商事取引の通常の結果から解放するために、安易に援用されるべきではない」とされる⁽¹¹⁶⁾。しかし、フラストレーションは英国契約法の確立した構成要素である。そして依然として、契約はその履行を不能にする事件の発生とともに、おのずから解消されるという一般ルールが、——「黙示の条件」理論の遺産として——妥当しているのである。⁽¹¹⁷⁾

3. 存続上の牽連関係 (Konditionelles Synallagma)

a) 危険の問題 依然としてフラストレーションは、契約を解消させる履行

(113) Krell v. Henry, [1903] 2 Law Reports, King's Bench Division 740 (747f.)

(114) 例えば、参照、Page, 前掲注(89), S. 986; Leon E. Trakman, Frustrated Contracts and Legal Fictions, Modern Law Review 46 (1983) 39ff.

(115) 参照、概観は Schmedlin, 前掲注(83), S. 27ff.

(116) Pioneer Shipping Ltd. v. B. T. P. Tioxide Ltd., [1982] Law Reports, Appeal Cases 724 (752). さらに参照、Treitel, 前掲注(2), S. 765f.

(117) フラストレーションの法効果について、参照、Kegel, 前掲注(82), S. 181; Hay, AcP 164 (1964) 250ff.; Schmedlin, 前掲注(83), S. 65ff.; Treitel, 前掲注(2), S. 807ff.; 同, 前掲注(83), S. 122ff. 特色があるものとしては、Pollock が、契約法の教科書の第9版で新たに構想された章 (これについて参照、Simpson, 前掲注(46), S. 193f.) の中で、契約のフラストレーション (Vertragsvereitelung) を条件法との関連で扱っている。

障碍の上位概念として用いられ、同時に帰責されない不能の場合を包括する。このように行為基礎の問題と不能の問題を同じに扱うことは、我々には奇妙なことのように見えるかもしれない。しかし、大陸の普通法 (ius commune) においても、双務契約における責に帰さない履行不能の場合に、双方の当事者を [p. 143] 解放することが契約の黙示の条件から導かれたことは、まだそれほど昔のことではない。その場合、不能となった給付からの債務者の解放は難しくなかった。すなわち、Pomponius により口頭による債務契約 (verborum obligationes) に関連させた言明を、まさにブラックバーン裁判官がしたように一般化し、特に誠意 (bonae fidei) 契約に転用することにより、「特定物の債務者は偶然の物の滅失により解放される (debitor speciei liberatur casuali interitu rei)」と言われたのである。⁽¹¹⁸⁾しかし、この状況のもとで反対給付 (したがって売買代金、賃料、労働報酬) は今後も引き続いて義務付けられるのか、あるいは反対給付義務も消滅するのか、という問題については、長い間一般的ルールは形成されなかった。このことは、特に次の諸点に原因がある。すなわち、ローマ人が契約法を、一定の訴求可能とされた類型に合わせて構想し、一般的理解をしなかったということ、ローマ人が双務的な給付交換を目指した契約における危険の問題を、その都度区々に判断し、包括的な原則によっては判断しなかったということ、そしてローマ人がここで関連する契約で最も重要なもの、すなわち売買契約について、給付義務と反対給付義務の行く末を結び付けることをまさに妨害する (それ故にのちの展開の中で再三障害に感じられた) ルール「完成した売買では、危険は買主にある (emptione perfecta periculum est emptoris)」を立てたということである。⁽¹¹⁹⁾⁽¹²⁰⁾

(118) D. 46, 3, 107 (訳者注・現在、口頭による債務は、当然に、又は法により、解消される。当然にとは、例えば履行がなされたとき、あるいは契約の目的物が約束者の過失なしに存在しなくなったときであり、法によるとは、手続に則った解放、又は約束者と諸約者の役割が同一人物に帰属するときである。)

(119) 参照、*Hermann Dilcher*, *Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, 1960, S. 185ff.; *Christian Wollschläger*, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen*, 1970, S. 42f.; *Law of Obligations*, 前掲注(6), S. 809.

(120) この点についての詳細は、*Law of Obligations*, 前掲注(6), S. 281ff.

一般契約法への突破が實際上、又理論上行われたとき（「裸の合意から訴権は生じる（*ex nud pacto oritur actio*）」）、そして同時にローマ法の「実定的な（positiven）」配列（Anordnung）がこのルールが無制限の拘束力を失わせたときに初めて、一般的な危険原則への定式化への道が開かれたのである。それはプーフェンドルフにおいて、できうる限りの望ましい明瞭さで次のような文であらわされる：「……契約締結時には可能であるように見えたが、後になって偶然の出来事によって不可能になった場合には、……合意は完全に消滅する（… *quando res eo tempore, quo promissio aut pactum suscipiebatur, praestitu fuit possibilis, post [casu fortuito] impossibilis facta, … evanescit pactum*）」⁽¹²¹⁾。教義学上の結合点は黙示の条件であり⁽¹²²⁾、それは既にグロチウスが給付と反対給付の当然の依存を基礎づけるのに用いていたものであった。すなわち「一つの同じ約束のそれぞれの部分は、あたかも次のように述べられたような条件のもとで、双方に関係付けられているように思われる。すなわち、相手方当事者が約束したことを果たすなら、私もそのようにするだろう（[*n*]am unius ejusdemque contractus capita singula alia aliis inesse videntur per modum conditionis, quasi expressum esset, haec ita faciam, si et alter faciat, quae promisit）」⁽¹²³⁾。給付義務の [p. 144] みならず、反対給付義務も消滅する。これはいわゆる「存続上の牽連関係」の考え方である⁽¹²⁴⁾。

b) 賃貸借の際の反対給付危険　もちろん、この場合も自然法学者が新しく考え出したのは、考え方そのものや、その法律学的説明に必要な条件の構成ではなく、明確で原則に忠実な定式化であり、特にその一般化であった。賃貸借（*locatio conductio*）については、ローマ人は反対給付危険を、個別的にきわめて細分化した方法で分配していたが⁽¹²⁵⁾、全体としては領域の観点から分配した。

(121) *De jure naturae et gentium*, 前掲注(39), Lib. III, Cap. VII, § III. これに関して, *Wallschläger*, 前掲注(119), S. 82 ff.

(122) Lib. III, Cap. VII, § II 及び Lib. V, Cap. XI, § IX において, 明瞭に言及されている。

(123) *De jure belli ac pacis*, 前掲注(38), Lib. III, Cap. XIX, XIV.

(124) 用語法について, 例えば参照, *Hansjörg Otto*, in: *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 12. Aufl., 1979, Vorbem. zu §§ 320-322m Rdz. 10 ff.

(125) *Law of Obligations*, 前掲注(6), S. 369 ff., 385 ff., 401 ff.

いずれにせよ、「危険は買主のもの (periculum emptoris)」に対応するルールは、ローマの法源から取り出すのは、もしできたとしても困難をもってしかできなかった⁽¹²⁶⁾。実務上特に重要な、被用者が病気になった際に賃金を継続して支払わなければならないかという問題については、伝来された法源資料の中では、明示的に扱ったものはなかった⁽¹²⁷⁾。この点は普通法においても、実際常に争われていた⁽¹²⁸⁾。既に中世の注釈書において⁽¹²⁹⁾、そこでは賃金の継続支払請求権は、「賃金の約束は、労働が正常に行われる限りでという黙示の条件を含んでいる (quia promissio salarii habet illam tacitam condicionem, si operas praestabit)」という論拠で否定されており、この関連においてのみ、存続上の牽連関係の考え方がみられる。ここにおいても、自然法学者、この場合はクリスチャン・ヴォルフがこの萌芽を賃貸借 (locatio conductio) について特に首尾一貫して発展させた。すなわち、何人も不可能なことを行うよう義務付けられえないから、賃貸人 (locator) は賃借人 (conductor) に対して、「この黙示の解除条件、すなわちいかなる事情も約束された役務の提供を不可能にしない限りにおいて (sub tacita hac conditione resolutive, nisi casu quodam impediatur, quo minus operas promissas praestare possit)」だけ、義務付けられうる。条件が発生した場合には、「賃貸借契約はそれ自体無効になる (locatio per se nulla evadit)⁽¹³⁰⁾」。この定式化は、——そして当然ながら、プーフェンドルフの「合意の無効 (evanescent pactum)」は——、プロイセン一般ラント法の一般の危険ルールに余韻を残しており（「締結された契約を履行することが、偶然により……不能⁽¹³¹⁾」[p. 145] になれば、契約は無効になるものとみなされる）、また存続上の牽連関係の考

(126) ただし、最近のものとして参照、*Wolfgang Ernst*, *Periculum conductoris — Eine gleichlaufende Gefahrtragungsregel bei den Verträgen der locatio conductio*, in: *Festschrift für Hermann Lange*, 1992, S. 59 ff.

(127) *Law of Obligations*, 前掲注(6), S. 386, n. 9 の指摘を参照。

(128) *Coing*, 前掲注(15), S. 460.

(129) これについて詳細は、*Joachim Rückert*, *Vom casus zur Unmöglichkeit und von der Sphäre zum Synallagma*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 6 (1984) 52 ff.

(130) *Christian Wolff*, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Teil IV, *Halae Magdeburgicae*, 1744, § 1262. これに関してさらに参照、*Rückert*, *Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte* 6 (1984) 57 ff.

(131) § 364 I 5 PrALR. これに関して、たとえば参照、*Karl Otto Scherner*, *Rücktrittsrecht*

え方は（技術的にはもはや契約に読み込まれた黙示の条件を通じて実現したのではないが）、BGB 323条の規整の基礎にもなっているのである。⁽¹³²⁾

c) 不履行の際の契約解消　最後に、フランスにおいては、特に影響力が大きかったのは、不履行 (inexécution) の際の契約解消の問題についてのポティエ (Pothier) の見解であった。それは、「解除条件 (Des conditions résolutoires)」という表題のついた債務論の一節に見られるが⁽¹³³⁾、なおそれにはフランスの法発展に典型的な特殊性、すなわち明示の解除条件の発生も、「不履行 (inexécution)」も、自動的な解消には至らず、裁判官による解消のための基礎付けに役立つだけであるということももちろん含んでいる⁽¹³⁴⁾。ポティエの多くの見解と同様に、このルールも民法典の中に取り込まれているが⁽¹³⁵⁾（1184条）、今日では帰責されえない不履行の場合も1184条による契約解消に至りうるのかどうかは議論がある⁽¹³⁶⁾。判例は、実際そのように考えるのに対して、学説はこの場合に法律上当然 (ipso iure) の解放から出発する。ポティエのもっとも重要な先駆者のうちの一人であるジャン・ドマ (Jean Domat) が、「(債務者が) 義務を履行しえないにせよ、履行を欲しないにしろ、解除条件が存在しないにもかかわらず」契約を明示的に解消されたものとみていたという事実は、判例の立場にプラス

wegen Nichterfüllung, 1965, S. 140 ff.; Wollschläger, 前掲注(119), S. 106 ff.

(132) ここで媒介者となっているのは、その講義において、なお意思説的な条件の構成を唱えていたサヴィニーであった。Rückert, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 6 (1984) 65 f. 今日でもなお、条件の構成で konditionelles Synallagma を説明するものとして、Arwed Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, I. Teil, 1938, S. 114 ff. この関連で、さらに上述、前掲注(87)参照。

(133) N. 672

(134) Traité des obligations, 前掲注(15), n. 672; さらに参照, Georges Boyer, Recherches historiques sur la résolution des contrats, 1924, S. 329 ff., 343 ff., 350 ff., 381 ff., 400 ff.; Barry Nicholas, French Law of Contracts, 1992, S. 236 ff.

(135) 「双務契約においては、解除条件は常に、当事者の一方が自らの約束を少しも果たさない場合のために、黙示的に前提されている……(La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement...)。」

(136) これに関して参照, Hans-Georg Landfermann, Die Auflösung des Vertrages nach richterlichem Ermessen als Rechtsfolge der Nichterfüllung im französischen Recht, 1968, S. 35 ff.; Nicholas, 前掲注(134), S. 199 ff.

の材料を提供するものである⁽¹³⁷⁾。ところで、ドマもこの場合、既に当事者の典型
 [p. 146] 的な意思を引き合いに出した。ポティエの上述した箇所が、Taylor v. Caldwell⁽¹³⁸⁾
 で引用された給付からの解放についてのポティエの別の箇所⁽¹³⁹⁾の、ほとんどすぐ
 後に出てくるという事実を照らしてみても、ブラックバーン裁判官がポティエ
 の該博な精通者であり⁽¹⁴⁰⁾、これにより、彼の黙示の条件という構成のヒントを得
 たのかもしれないと推定することもできるのである。

IV. 条件の構成と錯誤法

1. グロチウスの錯誤論

当事者により予見されない事情の変更という問題（後発的な不能を含めて）
 は、この概念を十分に広く理解すれば⁽¹⁴¹⁾、錯誤の特殊な場合と捉えられうる。こ
 れらの領域に属する三つの概念の境界は今日に至るまで流動的である。このこ
 とを考えれば、黙示の条件という思考概念をもって錯誤論を法律学的に基礎づ
 けようという試みも驚くには値しない。そのような統一的な基本理論の構築は、
 ここでももちろん、ローマ法の錯誤類型との思考上の独立と、しかし又特に誠
 意 (bonae fidei) 契約と法的厳正 (stricti iuris) 契約という二元論の克服を前
 提としていた⁽¹⁴³⁾。この前提は、合理主義的自然法の論者によって与えられた⁽¹⁴⁴⁾。例

(137) Les lois civiles dans leur ordre naturel, Band I, Paris, 1766, Liv. I, Tit. I, Sect. VI, XI.

(138) 前掲注(137), Liv. I, Tit. II, Sect. XII, XIII: 「契約当事者は、各々がその約束を果たす場
 合にしか、契約の存続を望まないからである」。

(139) Traité des obligations, 前掲注(15), n. 668; (1863) 3 Best and Smith's Reports 826
 (834f.).

(140) このことは、例えば、先に引用した(注93)売買法に関する彼の論説が示している。例
 えば、172～187頁には、(売買における反対給付の危険の問題に関して)単にポティエの
 Traité du contrat de vente の関連する節の翻訳のみが書かれている。

(141) 参照、例えば Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, Band
 IV, 1796, S. 41 ff. (錯誤は従って、正しい認識が欠けているところに存在する。)

(142) 目的障害や、双方の(動機の)錯誤の場合が考えられよう。例えば、参照、Dieter
 Medicus, Bürgerliches Recht, 15. Aufl., 1991, Rdz. 153 ff.

(143) ローマ・ゲルマン法における錯誤理論について、Law of Obligations, 前掲注(6), S.
 587 ff.; Peter Haupt, Die Entwicklung der Lehre vom Irrtum beim Rechtsgeschäft seit der
 Rezeption, 1941, S. 2 ff.; Coing, 前掲注(15), S. 416 ff.; Laurens Winkel, Die Irrtumslehre, in:
 Robert Feenstra, Reinhard Zimmermann, Das römisch-holländische Recht – Fortschritte des
 Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, 1992, S. 225 ff.

えばフーゴ・グロチウス (*Hugo Grotius*) は、すべての約束は、一定の事実上の推測 (*praesumptiones facti*) に基づいていると論じる。この推測が誤りであることがわかれば、約束には、自然法上何の効果も与えられない。その論拠は、「約束者は、実際には存在しない前提のもとでだけ、約束に同意したからである (*omnino promissor non consentit in promissum, nisi sub quadam conditione*, [p. 147] *quae reipsa non exstitit*)」。⁽¹⁴⁵⁾ プーフェンドルフとクリスチャン・ヴォルフも（「約束は…従って一定の条件のもとにあることが導かれる (*promissio... consequenter conditionata est*)」)⁽¹⁴⁷⁾、この説を引き継ぐ。いずれにしても、グロチウスはこの説を（一方的な）約束だけでなく、契約にも適用されると主張した。⁽¹⁴⁸⁾ なお、既にレオンハルト・レッシウス (*Leonardus Lessius*) も明確に、適切な注意をすることによっても回避され得なかつた錯誤（「不可避の錯誤

(144) 詳細は参照, *Haupt*, 前掲注(143), S. 25 ff.; *Klaus Lunig*, *Der Einfluß des Naturrechts auf das positive Privatrecht im 18. Jahrhundert*, ZSS (GA) 96 (1979) 50 ff.; 同, *Franz von Zeiller und die Irrtumsregelung des ABGB*, in: *Selb/Hofmeister* (Hg.), *Forschungsband Franz von Zeiller*, 1980, S. 157 ff.; *Coing*, 前掲注(15), S. 418 f.; *Gordley*, 前掲注(33), S. 90 ff.

(145) *De jure belli ac pacis*, 前掲注(38), Lib. II, Cap. XI, VI. この点に関する詳細は, *Diesselhorst*, 前掲注(42), S. 91 ff.; *Robert Feenstra*, *De oorsprong van Hugo de Groot's leer over de dwaling*, in: *Met eerbiedige werking. Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. L. J. Hijmans van den Bergh*, 1971, S. 87 ff.; *Gordley*, 前掲注(33), S. 90 f.; *Winkel*, 前掲注(143), S. 231 ff.

(146) *De jure naturae et gentium*, 前掲注(39), Lib. III, Cap. VI, § VI (「なぜならここで私は絶対的に約束したのではなしに、自明の条件の推定に基づいて約束したのであり、従って、その条件が整わなければ、その条件に基づくものがどのようなものであっても、必然的に無効になるに違いない」*Ratio est, quia promissor consentit in promissum non absolute, sed praesumptionem ejus facti qualitatise tanquam conditionem supposuit; quae cum non existat, ruit quoque et evanescit, quicquid ipsi fuerat superstructum*). これに関して詳細は, *Malte Diesselhorst*, *Zum Vermögensrechtssystem Samuel Pufendorfs*, 1976, S. 73 ff. そのほかに参照, *Gordley*, 前掲注(33), S. 92 f. さらに, プーフェンドルフの錯誤理論について一般的には, *G. E. Mulder*, *De dwalingsleer van Samuel Pufendorf en zijn commentatoren*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1962, 111 ff.

(147) *Jus Naturae*, 前掲注(130), § 569. さらに参照, 同, *Instituiones Juris Naturae et Gentium*, in: *Marcel Thomann* (Hg.), *Christian Wolff, Gesammelte Werke*, Band 26, 1969, § 405.

(148) 参照, *De jure belli ac pacis*, 前掲注(38), Lib. III, Cap. XXIII, 4: 「従って錯誤に関しては、我々が既に他で述べたように、錯誤によって信じられたことが約束者にとって条件の効力を持つ場合にだけ、合意からの撤回権を与える (*Et de errore alibi diximus, ita jus dare a contactu recedendi si id quod per errorem creditum fuit, in mente agentis vim habuerit conditionis*)」。

(error invincibilis)』による契約の無効を基礎づけるにあたり、契約当事者は双方共に錯誤 (Täuschung) に陥っていないという黙示の条件のもとでのみ義務付けられようとしたことに求めていた。⁽¹⁴⁹⁾ それにもかかわらず、法的に意味のある錯誤の境界を、さらに単なる動機の領域にまで広げたグロチウスの錯誤理論は、第一にその自然法体系の中心的概念としての約束 (promissio) に沿うよう立てられており、後の論者によってもそのように理解された。その後の展開の経過の中で、(再び) 合意の観念 (Konsensgedanke) がだんだんとより強く強調されるようになり、さらに18・19世紀には、より徹底してこの合意の構成部分、特に意思表示の概念について取り組まはれはじめるにつれ、ますます錯

(149) De justitia et jure, 前掲注(77)Lib. 2, Cap. 17, Dub. V「第三に、どちらの当事者も、期待が裏切られるであろうということが認識できるならば、契約を尊重することに拘束される意思を持っていないと黙示的に推測されるので、どちらも違反されたことについては異議を唱えることはできない；それはいくつかの場所で観察できる慣習によって確認される；契約を遵守し、契約から離脱しないことを約束するに至れば、同じ条件が全ての人にとって有効であると、黙示的に理解される (Terio, quia alter non potest conqueri de iniuria, cum tacita mens contrahentium sit, non obligare se ad implendum contractum, si se deceptos reprehendant: idque confirmat consuetudo passim recepta: eadem conditio tacita ex usu omnium gentium intellegitur im promissione standi contractu, ejusque non revocandi)」。これに関しては、*Disserhorst*, 前掲注(42)S. 82ff. なお、*Feenstra*, *Festschrift Hijmans van den Bergh*, S. 97 は、*Lessius*, *De justitia et jure*, Lib. II, Cap. XLII, Dub. VII に言及する。そこでは錯誤 (Irrutums) のもとと表明された約束に関して、同様に、「黙示の条件、それはかかる約束に適用されると理解される (tacita conditio, quae huiusmodi promissioni inesse censetur)」と論じられている。またこの点は、グロチウスはおそらくはっきりと認識していたが、*Lessius* の方では、その構成に関して、上述 (注68) に述べられたトマス・フォン・アキナスの事情変更条項 (clausula rebus sic stantibus) の問題に関する箇所からヒントを得ている。実際は、ここでは生産的な誤解 (produktives Mißverständnis) が問題となっていた。しかしまた、参照、*Feenstra*, *Daube Noster*, S. 101 (前掲注120)。*Lessius* はこの関連で言う：「法に関する限りある程度、何かが既に起こったことと、それが明らかであること乃至ちょうど認識され始めたことは、同じである (paria sunt in Jure aliquid supervenire, et apparere, seu incipere cognosci)。」

(150) 特に参照、*Diesselhorst*, 前掲注(42), 諸所に；*Nanz*, 前掲注(43), S. 139 ff.

(151) ブーフェンドルフは、グロチウスとは異なって、双務契約における錯誤について、特別のルールを構想した。参照、*De jure naturae et gentium*, 前掲注(39), Lib. III, Cap. VI, § VIII. これについては、*Haupt*, 前掲注(143), S. 29f.; *Diesselhorst*, 前掲注(146), S. 80 ff. ヴォルフは、その *Institutiones juris naturae et gentium* において、「合意 (conventiones)」について一般的に「約束 (promissio)」に関する叙述を参照しているが (§ 438), 本質的な位置はやはり依然として *promissio* である。

誤理論の基礎も変わらざるを得なくなった。すなわち、あるいはポティエが復活させた「錯誤する者は同意する者とは見られない (non videntur qui errant consentire)⁽¹⁵²⁾」の原則の意味で理解されるにしろ、あるいはサヴィニーにより発展させられた、錯誤は意思表示の有効性に必要な行為意思をないものとするというテーゼの意味で理解されたにしろ、いずれにせよである。これらの二つの、合意の概念ないし意思表示に結び付けられた理論は、グロチウスの単に仮定的な意思に依拠した⁽¹⁵⁵⁾、究極的には擬制的な条件の構成に比べて、意思理論のより強調された実現であるように当時は見られたに違いなかった。これらの考え方は、今日においてもなお、民法施行法 (AGBG) 901条にだけ余韻が残っている。すなわち、それによれば「動機 (Bewegungsgrund)」の錯誤は、それが当事者により明示的に契約の条件とされたときのみ考慮される⁽¹⁵⁷⁾。しかしこれにより、すでに民法施行法の立法者により拒否された条項理論の、⁽¹⁵⁸⁾ またすぐ近くに来ているのである。

[p. 149]

(152) Ulp. D. 50, 17, 116, 2; *Pothier*, Traite des obligations, 前掲注(15), nn. 16 ff.

(153) サヴィニーの錯誤論 (System des heutigen römischen Rechts, 1840 の第三巻で展開されたもの) について、参照、*Haupt*, 前掲注(143), S. 40 ff.; *Klaus Luig*, Savignys Irrtumslehre, *Ius Commune* 8 (1979) 36 ff.; *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 3. Aufl., 1979, S. 440 ff.; *Horst Hammen*, Die Bedeutungs Friedrich Carl von Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, 1983, S. 111 ff.; *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht, Band II, 1989, S. 449 f.; *Gordley*, 前掲注(33), S. 190 ff.

(154) そのほか、とりわけオーストリアにおいて見られる責任倫理的な、「錯誤は錯誤者を害する (error nocet erranti)」の原則を強調し、それによってより強く客観化する、近時の自然法論の傾向について、参照、*Luig*, Forschungsband von Zeiller, S. 159 ff.

(155) 例えば、ポティエの *Traité des obligatione*, 前掲注(15), n. 20 における批判を参照。さらに参照、*Haupt*, 前掲注(143), S. 29 f.; *Diesselhorst*, 前掲注(42), S. 93.

(156) この表現の(「十分に明確に」という意味での)理解のために、参照、*Pfaff*, 前掲注(66), S. 326 ff.; *Peter Rummel*, in: idem, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Band I, 1990, Rdz. 2

(157) 条件の構成と双方の錯誤について、さらに参照、*Diesselhorst*, 前掲注(42), S. 104.

(158) これに関して参照、*Rummel*, 前掲注(66), Rdz. 4 ff.; 同, Anmerkungen zum gemeinsamen Irrtum und zur Geschäftsgrundlagen *Juristische Blätter* 1981, 5 ff.

2. 要素の錯誤 (Fundamental mistake)

英国の錯誤法において、条件の構成は請求（権）においてはささやかながら、しかし長期的には効果的な役割を演じた。この領域におけるリーディングケースは、*Couturier v. Hastie* ⁽¹⁵⁹⁾ である。この事件では、ギリシャのサロニキからロンドンに向かう船に積まれた1180クォーターのトウモロコシの売買が問題になった。売買契約は、1848年5月15日にロンドンにおいて締結された。しかしこの時点で、トウモロコシの積荷は既に——このことは両当事者が知らなかったが——オーバーヒートの巻き添えになり、立ち寄り先のチュニスで自動売却の方法で処分されざるをえなくなっていた。貴族院は売買代金の支払いの訴えを退け、財務裁判所の判決を次のように確認した。曰く、契約は、商品が売買締結の時点で存在しているという想定に基づいていたが、事実は、商品はもはや存在していなかったのであると。この判決は、そこから一定の判決理由 (ratio decidendi) が明白には取り出されえないという限りで、不可解である。果して判決は、やはり多くの解釈のきっかけを与えた。判決それ自身には「黙示の条件 (implied condition)」という概念は見当たらないが、判決は直ちにこの概念による基礎づけの形で理解された ⁽¹⁶¹⁾。そして、英国の理解では錯誤の問題 [p. 150] にかかわるとされたがゆえに、これをルーツに、多くの判決で確立していくこ

(159) (1856) 5 *Clark's Reports*, House of Lords 673. さらに前審も参照, (1852) 8 *Exchequer Reports* 40; (1853) 9 *Exchequer Reports* 102 (sub nom. *Hastie v. Courturier*).

(160) 参照, *P. S. Atiyah*, *Couturier v. Hastie and the Sale of Non-Existent Goods*, *Law Quarterly Review* 73 (1957) 340ff. の分析; *Nicholas*, *Tulane Law Review* 48 (1974) 967ff. また, *Dixon* と *Fullagar*, JJ. の分析も特に興味深い。 *Dixon* und *Fullagar*, JJ., in: *McRae v. The Commonwealth Disposals Commission*, (1951) 84 *Commonwealth Law Reports* 377 (402 sqq.) (High Court of Australia).

(161) 例えば参照, *Stephen Martin Leake*, *The Elements of the Law of Contract*, London, 1867, S. 176ff.; *Pollock*, 前掲注(22), S. 327f. (その „Conditions, and Herein of Frustration” についての章と „Failure of assumed conditions at date of contract” の節). さらに参照, *Simpson*, 前掲注(46), S. 191f. (次の一連の先例を引用している。 *Barr v. Gibson*, (1838) 3 *Meeson & Welsby's Reports*, *Exchequer* 390; *Strickland v. Turner*, (1852) 7 *Exchequer Reports* 208, und *Pritchard v. Merchants' Life Insurance Society*, (1858) 3 *Common Bench Reports* (New Series) 622); *Cornish/Clark*, 前掲注(46), S. 211;あるいは例えば *J. C. Smith, J. A. C. Thomas*, *A Casebook on Contract*, 6. Aufl., 1977, S. 388ff.; *P. S. Atiyah*, *Judicial Techniques and the Law of Contract*, in: 同, *Essays on Contract*, 1986, S. 250.

とになった理論が生じた。⁽¹⁶²⁾ すなわち、現実が当事者の想定から当初から根本的に異なっていた場合（したがって特に、例えば売買目的物の存在について共通錯誤があった場合）、契約は法律上当然（*ipso iure*）に無効である。なぜならこの場合——そしてその限りにおいて——、当事者は売買目的物の存在（ないし想定された態様の存在）を合意の黙示の条件となしていたからである。アトキン卿（*Lord Atkin*）が、*Bell v. Lever Brothers, Ltd.* で述べたように、「両当事者に理解されたように事実が存在することが、契約の有効性の条件（*condition*）であるとする、という黙示の条項が、契約にはあると言い得る」⁽¹⁶³⁾。

3. 原始的不能

我々の目からすれば、この事件で問題になったのは原始的不能であり、BGB 306条の基礎にある「不能を目的とする債務は何ら存在しない（*impossibilium nulla obligatio est*）」というルール⁽¹⁶⁴⁾の適用である。このようなルールは、コンローでは伝統的に知られていなかった。というのは、契約上の約束は保証と考えられるのが常であったからである。既にみてきたように、この厳格な原則は特に19世紀の間に様々な方向へと制限されていった⁽¹⁶⁵⁾。これとの関連に、契約目的物の存在に関する共通錯誤があった場合の、契約の無効の承認も含まれ

(162) 参照、例えば *Pollock*, 前掲注(22), S. 530 ff.; *Kegel*, 前掲注(82). S. 180; *Treitel*, 前掲注(2), S. 249 ff.; *Jacobus Gregorius Jozef Rinkes, Geoffrey Howard Samuel*, *Contractual and non-contractual obligations in English law*, 1992, n. 116

(163) [1932] *Law Reports, Appeal Cases* 101 (224f.). 参照、更に例えば *Solle v. Butcher*, [1950] 1 *Law Reports, King's Bench Division* 671 (690 ff., *Denning*, L. J. による) (Court of Appeal); *McRae v. The Commonwealth Disposals Commission*, (1951) 84 *Commonwealth Law Reports* 377 (High Court of Australia) 及び、最近では *Associated Japanese Bank (International) Ltd. v. Crédit du Nord S. A.*, [1989] 1 *Weekly Law Reports* 255 (Queen's Bench Division). もちろん、ここでは（ブーフェンドルフの場合と同様に——後述注(172)参照）純粋な条件が問題になっているのではなく、ローマ法上の用語における「現在または過去の事件に関する条件（*condicio in praesens vel praeteritum collata*）」が問題となっている。しかし、ここでもまた、当事者にとっては、さしあたり、不確実な状態が存在する。この点に関して参照、*Flume*, 前掲注(153), § 38, 1 b; *Schwarz*, 前掲注(8), S. 398 f.; *Pollock*, 前掲注(22), S. 298. 傾向が異なるものとして、*Stoljar*, *Law Quarterly Review* 69 (1953) 500 ff.

(164) *Cels. D. 50, 17, 185*. これに関して、詳細は、*Law of Obligations*, 前掲注(6), S. 240 ff., 686 ff.

(165) 上述注(90)参照。

⁽¹⁶⁶⁾る。そして、それは *Couturier v. Hastie* によって始まった発展に基づき、今日 [p. 151] ⁽¹⁶⁷⁾では例えば、動産売買法 6 条に見られるのである。従って債務者は、もはやその履行の可能性についての危険は負担しない。しかし、当然のこと厳格な法準則ではなく、⁽¹⁶⁸⁾黙示の条件に基づく基礎づけに対しては、危険の分配の準則は、第一次的には当事者の問題ではないか、したがって契約が有効か無効かは、結局は合理的な当事者意思の問題として方向づけられる解釈問題に帰するのではないかという意識を常に呼び起こした。⁽¹⁶⁹⁾そうして、これらの事例群は契約のラストレーションに強く引き寄せられ、⁽¹⁷⁰⁾黙示の条件による論証も、グロチウス

(166) これに関してとりわけ *Rheinstein*, 前掲注(88), S. 183 ff.

(167) 「特定物の売買契約において、その物が、売主の認識なしに、契約がなされる時点で既に滅失してしまっていた場合、契約は無効である。」

(168) BGB 306条に対する批判につき、特に、*Ernst Rabel* の次の 2 つの論説を参照、*Ernst Rabel, Unmöglichkeit der Leistung* と *Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis*, 双方 in: *Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze*, Band I, 1965, S. 1 ff., 56 ff. さらに参照、*Zweigert/Kötz*, 前掲注(83), S. 204 ff.; *Ulrich Huber, Leistungsstörungen*, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I, 1981, S. 813 ff. 反対説として、*Torsten Arp, Anfängliche Unmöglichkeit, Zum Verständnis des § 306 BGB*, 1988, S. 35 ff. と諸所に。もっとも、「不能を目的とする債務は何ら存在しない (Impossibillium nulla obligatio est)」については、いずれにしても、ローマ法では、契約は常に無効とみなされなければならないとは解されていなかった。不融通物 (res extra commercium) 又は自由人 (liber homo) の売買においては、買入訴権 (actio empti) が与えられ得た。上述注(164)の文献摘示を参照。ルール主導のやり方と(現代の)civil law と common law における(仮定的な)当事者意思を指向したやり方の対比を強調するものとして、参照、*Nicholas, Tulane Law Review* (1974) 954, 966 f. (ただし、議論の方向はまさに逆である)

(169) 参照、*Zweigert/Kötz*, 前掲注(83), S. 228; *Atiyah, Law Quarterly Review* 73 (1957) 340 ff. 及び動産売買法 6 条の理解について、*P. S. Atiyah, The Sale of Goods*, 7. Aufl., 1985, S. 61 ff. さらに参照、*Lord Cranworth* (衡平法裁判所裁判官 Lord Chancellor) in *Couturier v. Hastie*, (1856) 5 Clark's Reports, House of Lords 673 (681): 「問題全体は、当事者間で入れられた契約の解釈次第である。(The whole question turns upon the construction of the contract which was entered into between the parties)]; *McRae v. The Commonwealth Disposals Commission*, (1951) 84 Commonwealth Law Reports 377 (High Court of Australia); *Associated Japanese Bank (International) Ltd. v. Crédit du Nord S. A.*, [1989] 1 Weekly Law Reports 255 (Queen's Bench Division).

(170) この親近性を強調するものとして、例えばまた、*Arthur L. Goodhart, Mistake and Frustration in English Contract Law*, in: *Aequitas und Bona Fides, Festgabe für August Simonius*, 1955, S. 99 ff. さらに参照、*Franz Wieacker, Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sic stantibus*, in: (I.) *Festschrift für Walter Wilburg*, 1965, S. 229 ff. また、

の錯誤論によると言うよりも、むしろフラストレーションの周辺から着想を与えられたのである。しかしこの問題についても、大陸の自然法の議論には、⁽¹⁷¹⁾ テー [p. 152] マ上正確に合致するモデルが存在する。すなわち、プーフエンドルフは、不能の給付に向けられた約束の無効を、対応する条件が「黙示に特定物を前提としている (tacita utrinque praesupposita fuit)」⁽¹⁷²⁾ ということにより説明する。実質

グロチウスの錯誤の構成も、結局は「事情変更 (rebus sic stantibus)」という条件から導かれているのは注目できる。参照、前掲注(149)。

(171) もっとも、すでに、*John Joseph Powell*, *Essay upon the Law of Contracts and Agreements*, 1790, 復刻版 1978, Band II, S. 196 において、グロチウスと全く同様に、錯誤について書かれている。「錯誤された部分が合意の原因となっているなら、合意は、それを行った当事者における錯誤を理由として無効にされる。というのは、当事者は、もし事実が実際にはその当事者が信じたものとは違った場合、合意は彼にとっては何ら効力を有しないという、一定の事実の仮定の下で合意に入っているからである。すなわち、彼は、合意されたことに対して無条件に同意を与えたのではなく、これこれという条件の下で行っており、その条件が事実によって証明されないからである。」グロチウスの *De jure belli ac pacis*, 前掲注(38), Lib. II, Cap. XI, VI が、*Joseph Story*, *Commentaries on Equity Jurisprudence as administered in England and America*, 13. Aufl., Band I, 1886, n. 142 において引用されている。全体として、英国の錯誤理論に対しては、*Pothier* の合意概念を指向した考察方法が顕著な影響を与えている。例えば、19世紀の最も著名な英国の錯誤法に関する判決 (*Raffles v. Wichelhaus*, (1864) 2 Hurlstone and Coltman's Reports 906) における「意思の合致 (consensus ad idem)」の言い回しを参照。これについて詳細は、*A. W. B. Simpson*, *Contracts for Cotton to Arrive: The Case of the Two Ships Peerless*, *Cardozo Law Review* 11 (1989) 287 ff., 324 ff. 19世紀における錯誤論の発展について (錯誤は、一定の、もちろんきわめて限定された事情のもとでは、合意を排除しうる)、一般的には参照、*René David*, *La doctrine de l'erreur dans Pothier et son interprétation par la common law d'Angleterre*, in: *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, 1939, S. 145 ff.; *Simpson*, 前掲注(46), S. 189 ff.; *Hamburger*, *Law and History Review* 7 (1989) 277 ff.; *Gordley*, 前掲注(33), S. 141 ff.; *Teeven*, 前掲注(19), S. 183 f. 今日の法については、参照、*Treitel*, 前掲注(2), S. 261 ff. (「合意を否定する錯誤 Mistake Negating Consent」)。

(172) *De jure naturae et gentium*, 前掲注(39), Lib. III, Cap. VII, § II. そしてプーフエンドルフ (*Pufendorf*) は、次のような例を示す (しかしそこから、原始的不能の事例に実際に当てはまるか否かは、全く明らかという訳ではない): 「もし私が馬を貸すことを約束し、その馬が私から現在少し離れたところにおいて、それが私のところにつく前に死んでしまったならば、私はこの場合馬を提供することには拘束されえず、またその利用を予定していた人に生じた損害に責任もない。というのは、彼は私の約束が、もし馬が安全に私の所に到着したならという、この黙示の条件を基礎としていたことを理解しているに違いないからである (... si cui promississem equum commodare, qui jam alio in loco est, is autem in itinere perierit, neque ad equum exhibendum, neque ad id quod interest teneor. Intelligor enim

的にみても、ポティエにおいて伝えられ、⁽¹⁷³⁾ Couturier v. Hastie 事件の原告弁護人により引用され、公表された判決の脚注において掲載されたルール、⁽¹⁷⁴⁾ すなわち売買契約の有効性は売買の目的物の存在を前提とするというルールもまた、一つの役割を演じたであろう。それによって、ここで Taylor v. Caldwell の場合と全く同様に、黙示の条件 (condicio tacita) の形式で契約上の取決めに読み込まれた準則が、⁽¹⁷⁵⁾ 結局はローマに起源をもつという現象が生ずるのである。

これに対して、グロチウスの錯誤観念は、図らずとも最近になって、自然法的な考え方に対して以前からずっと開かれたスコットランド法において、復活させられた。「スコットランド法の錯誤に関する理論的基礎は、要素の錯誤 [p. 153] (operative error) を、その正確な存在が当事者の契約における黙示の停止条件であるような事実の不発生と扱うことにより、⁽¹⁷⁶⁾ 見出されうる」。

V. 契 約 違 反

1. Kingston v. Preston

当事者により意図された双務契約の履行は、次の事情によりもたらされえない。すなわち、給付の一つが、契約締結の時点ですでにもたらし得ないものであること、契約の履行が後発的に法律上、または物理的に不能になったこと、あるいは、給付の交換により追求される目的がその他の形で無に帰せしめられたことである。しかし、単純に当事者の一方が約束した給付を行い得たものの、それが遅滞していたか、部分的に瑕疵があったか、あるいはそもそも実際には、給付を行わなかったということもあり得る。この場合も、そのような経過が、他方の当事者の給付義務にどのような影響を与えるかという問題が生じる。こ

promissionem meam tacite huic conditioni superstruxisse; siquidem equus incolumis domum reversus fuerit)」。但しこの場合はおそらく、先に論じたグロチウスに起源を有する錯誤概念の特殊な適用が問題になっているだけである。

(173) *Traité du contrat de vente*, in: *Oeuvres de Pothier*, Band II, Paris, 1823, n. 4.

(174) (1856) 5 *Clark's Reports*, House of Lords 673 (678).

(175) このことを注目させたものとして、*Nicholas*, *Tulane Law Review* 48 (1974) 969 ff.

(176) *Joseph M. Thomson*, *Suspensive and Resolutive Conditions in the Scots Law of Contract*, in: *Obligations in Context, Essays in Honour of Professor D. M. Walker*, 1990, S. 134 (f.) (ただし、グロチウスやその他の歴史的な前例は言及されていない)。

れによって問題は、履行上の牽連関係 (funktionellem Synallagma) と契約違反の責任の領域にあることが認められる。イギリス法についてはこの領域において、条件の構成は、その最大かつ最も影響の大きな勝利を祝祭してきた。ここでの、決定的な転機的な方向転換は、イギリス法史上最も傑出したコモンロー法律家の一人であるウィリアム・マレー・マンズフィールド卿 (*William Murray Lord Mansfield*) に源を発する。条件の構成は、典型的に、契約当事者の(推測上の)意図の中に投影された正義の考量によって、刺激を与えられ——ここでも、条件の構成と補充的な契約解釈の、かの爆発的な混合物を見ることができるのであるが、それはフラストレーションの原理が基礎としているものとまったく同様である。⁽¹⁷⁹⁾

中心的な判決である1773年の *Kingston v. Preston* の事案は、次のようである。絹商人がその徒弟に1年3か月経てば、営業の一部を譲ることを約束した。⁽¹⁸⁰⁾ [p. 154] 徒弟の方は、月々の分割払いの売買代金の支払いと、「譲渡証書の捺印及び引渡と同時、及びそれ以前に」この売買代金債務の履行のための担保を供与することが、義務づけられた。1年3か月経過後、徒弟は営業の譲渡を求めて訴えたが、彼の方でなすべき担保の供与は行っていなかった。マンズフィールド卿は、訴えを退けて次のように述べた。「……原告が勝訴することは極めて重大な不正義となろう。すなわち、合意の本質は、被告が原告の個人的な保証を信頼せず、被告の在庫と営業権を引き渡す前に、金銭の支払いのための十分な担保を被告が有するというのであった。それゆえそのような担保の供与は、必然的に停止条件となるに違いない」。⁽¹⁸¹⁾ この結論は——あるいは基礎づけにはなっ

(177) 明示的には例えば, *J. N. Adams*, in: *Simpson*, 前掲注(48), S. 381.

(178) これに *Lord Mansfield* は、一般的に特別な意義を認めている。参照, *Atiyah*, 前掲注(46), S. 122 (引用がある); *James Oldham*, *Reinterpretation of 18th-Century English Contract Theory: The View from Lord Mansfield's Trial Notes*, *Georgetown Law Journal* 76 (1988) 1960 ff.

(179) 契約のフラストレーションと契約違反の場合の契約解消がパラレルであることを, *Lord Diplock* は, *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 *Law Reports*, *Queen's Bench Division* 26 (65 ff.) で強調する。

(180) *Jones v. Barkley*, (1781) 2 *Douglas' Reports*, *King's Bench* 684 (690 f.) の事案における当事者の主張の中で報告されている。また、参照, (1773) *Lofft* 194 (当事者の記載はない)。

ていないにも拘らず——今日我々から見て当然のこのように思われる。どうして、それがそもそも王座裁判所の判決を必要としたのであろうか？

2. 双務独立の原則 (Der Prinzip der gegenseitigen Unabhängigkeit)

現代イギリス契約法は、引受訴訟 (action of assumpsit), すなわち「ケース (特定事実主張訴訟) による (on the case)」——ローマの事実訴権 (actio in factum) (例えばアクイーリス法を模範とした ad exemplum legis Aquiliae) とイギリスにおいてパラレルに捉えられる——不法行為の侵害訴訟 (trespass/ 訳者注・場合侵害訴訟) の拡張を基礎として発展してきた。侵害訴訟とのアナロジーで訴えを認めることを正当化する事情は、当事者が相手方に対して引き受けたこと (それ故に「assumpsit」と言われる) を守らなかった, そしてそのために他方に損害を与えたという点にあった。確かにこの引き受けられた義務は、通常無形式の合意に基づくものであったが、このことと結びつけられた「裸の合意から訴権は生じる (ex nudo pacto oritur actio)」の原則の承認が、引受訴訟をこれほど人気があり将来性のあるものにしたのであるが、思考上の出発点及び訴訟上の実際においては、ともかくまず損害賠償責任が問題になったのは、「約束の違反 (breach of promise)」であって、「契約の違反 (breach of [p. 155] contract)」⁽¹⁸³⁾ではなかった。当事者が——これから言うように——「双務」契約を締結した場合、一方当事者の相手方との約束は、なるほど「約因」とするという原理を通じて発生的な連関におかれるが、「引受」の訴訟要件がすべて存

(181) *Kingston v. Preston, sub Jones v. Barkley*, (1781) 2 Douglas' Reports, King's Bench 684 (691). (1773) Lofft 198 では、さらに思い切った言い方がされている。「もし (原告の) 主張が通ったなら、それは世界で最も不条理なケースとなろう。被告が原告の個人的な保証を信用しないであろうということが、議論のまさに本質にかかわっている……従ってこの支払は停止条件であり、原告の所有に置くとの約束が被告の側で履行されることが予定されるのは、その後であった。」脚注で次のように書かれている。「履行されない停止条件は、相手方を解放する (Conditio praecedens infecta alteram partem solvit)」。

(182) これについて詳細は、*Simpson*, 前掲注(19), S. 199ff.; *Baker*, 前掲注(19), S. 374ff. さらに例えば参照、*Milsom*, 前掲注(19), S. 271ff.; *Teeven*, 前掲注(19), S. 28ff.

(183) この意味で特に明らかなものとして、*Simpson*, 前掲注(46), S. 181f. さらに参照、同, 前掲注(19), S. 248ff, 諸所に。(又例えば、466頁参照、「……16世紀の事件はそれ自体、『いつ約束は拘束的になるか?』という問題に関係しないが、『約束の違反はいつ訴訟できるか?』という問題には関係している。』)

在するならば、それだけで既に、——すなわち原告が自身は契約に誠実であったということを証明したか否かとは独立に——訴求しえたのである。従って双方的な約束は、原則として相互に独立したものとみられたのであり、⁽¹⁸⁴⁾ またその限りで、⁽¹⁸⁵⁾ 各当事者はその約束に関する責任を無限定に引き受けたということが出発点とされたのである。そのモデルは、この限りにおいては、中世の（「引受訴訟」）の台頭により駆逐された「捺印契約（covenant）訴訟」⁽¹⁸⁶⁾ であった。「捺印契約（訴訟）」においても、それに結び付いた「引受（訴訟）」においても、当事者は一方の履行が他方の約束の（停止）条件であると指定することにより、牽連性を得ることが可能であった。しかし、そのような条件を仮定することは、硬直的で形式主義的な解釈ルールによっては困難で、従って例外に止まっていた。⁽¹⁸⁷⁾ ここで、一方では、従前からある条件（condition）という概念に結び付け、他方で「当事者の明白な意図と趣旨（the evident sense and meaning [p. 156]

(184) 同様の見解は、部分的には普通法についても主張されていた。*Windscheid/Kipp*, § 321, Fn. 2 und 16 における引用を参照。このことは、すでに、*Schwarz*, 前掲注(8), S. 402f. が指摘している。

(185) 他の関連で、上述注(89)を参照。

(186) 双務的な約束の相互の独立性とその歴史的な発展について、例えば参照、*Sir William Holdsworth*, *A History of English Law*, Band VIII, 2. Aufl., 1937, 復刻版 1966, S. 71 ff.; *Rheinstein*, 前掲注(88), S. 194f.; *Atiyah*, 前掲注(46), S. 208ff.; *Teeven*, 前掲注(19), S. 140f. さらに詳細は、*S. J. Stoljar*, *Dependent and Independent Promises*, *Sydney Law Review* 2 (1957) 217 ff. 捺印契約 (covenant) について一般的には、特に参照、*Simpson*, 前掲注(19), S. 9 ff.

(187) 詳しくは、*Holdsworth*, 前掲注(186), S. 73f.; *Rheinstein*, 前掲注(88), S. 194f.; *Stoljar*, *Sydney Law Review* 2 (1957) 217 ff.; *Simpson*, 前掲注(19), S. 463 ff., 576 f.; *Farnsworth on Contracts*, Band II, 1990, § 8.9; *Teeven*, 前掲注(19), S. 141. より自由な解釈（もっとも、その事件においては、約束の独立性に至ったのであるが）について、先例として参照、*Pordage v. Cole* (1669) 1 Wms. Saunders 319. (この事件について、例えば、*Stoljar*, *Sydney Law Review* 2 (1957) 228f.; *Simpson*, 前掲注(19), S. 465 は「権威がありしばしば引用される一節 *locus classicus*」と言う)。この判決に対する評釈において、*Serjeant Williams* は、従来の技巧的な解釈ルールを非難し（「古い事件のほとんどは、……極めて巧妙かつ技巧的に区別されていて、適用不能ではないとしても、そこから一定のルールや原則を引き出すことは非常に困難である」）、*Kingston v. Preston*（と *Boone v. Eyre*, これについては注(195)参照）に基づいて、より適用しやすくより合理的な再定式化を得ようと努力しているが、結局特別な結論には至っていない（これに関して、*Stoljar*, *Sydney Law Review* 2 (1957) 245 ff.）。

of the parties)⁽¹⁸⁸⁾ に結び付けることによって、原則と例外の逆転をもたらし、とりわけ相互の牽連性という考え方に突破口を開いたのは、マンズフィールド卿の功績である⁽¹⁸⁹⁾。

3. 停止条件 (conditions precedent) と同時条件 (concurrent conditions)

依然として、両当事者が無条件かつ無制約の保証約束をしようとした(マンズフィールドはこれを「相互に独立した約定 (mutual and independent covenants)」と表現する)ということはあるとされる。他方で、当事者の意図は、しかしまた一方の給付の実現を、相手方当事者の履行義務の成立の停止条件 (aufschiebenden Bedingung) となす(「条件づけられかつ牽連する契約」、今日では通常「停止条件 (conditions precedent)」と言われる)ということもありうる。この実際上の帰結は、ドイツ法の用語で表現すれば、一方当事者が先履行給付義務のあるものということになる。最後に、相互に条件づけられた義務(マンズフィールドによると「同時に履行されるべき相互条件」、現在の用語では、「同時条件 (concurrent conditions)」)が問題になり得、その場合一方の給付の実現ないし提供が、他方の給付義務の成立のための要件となっていくこともありうる。すなわち、買主は支払いをしたとき、または提供したときに初めて引渡を求めることができ、他方で、売主が給付の用意をしたときに初めて、支払いを義務付けられるのである⁽¹⁹⁰⁾。このような「一步一步 (Zug um

(188) Kingston v. Preston, sub Jones v. Barklcy. (1781) 2 Douglas' Reports, King's Bench 684 (691). また参照, Holdsworth, 前掲注(186), S. 75; Pollock, 前掲注(22), S. 278f. Kingston v. Preston について一般的には、例えば(関連して)参照, Stoljar, Sydney Law Review 2 (1957) 237ff.; Rheinstein, 前掲注(88), S. 195f.; Francis Dawson, Metaphors and Anticipatory Breach of Contract, Cambridge Law Journal 40 (1981) 88f.; Farnsworth, 前掲注(187), § 8.9; Teeven, 前掲注(19), S. 141f.

(189) もっとも、この考え方もすでに一連の先例において見られる。例えば参照, Callonel v. Briggs, (1703) 1 Salkeld's Reports, King's Bench 112 (Lord Holt による)。これについて, Holdsworth, 前掲注(186), S. 74f.; Stoljar, Sydney Law Review 2 (1957) 234ff.

(190) 現代法における、この独立した約束、停止条件、同時条件という三幅対について、参照, Pollock, 前掲注(22), S. 280ff.; Treitel, 前掲注(2), S. 662ff.; 同, Remedies for Breach of Contract, 1988, nn. 211ff. Lord Mansfield は、Kingston v. Preston において、「同時条件 concurrent conditions」ではなく、「停止条件 condition precedent」の存在を出発点としている。このことについて、参照, Treitel, 前掲注(8), n. 214. それ以前の同時条件 concu-

Zug)」の給付交換は、通常、双務契約の当事者の推測上の意図に適い、それ [p. 157] 故にイギリスの裁判所も疑わしい場合には、「同時条件」の方法で両方の約束を相互に結び付けるのである。⁽¹⁹¹⁾ 動産売買法28条で言われるのもこの意味である。「異なる合意がなされていない限り、動産の引渡と代金の支払いは同時条件である……」。⁽¹⁹²⁾

このことから、さて今度は、給付障害についてどのような帰結が生じるのであろうか。当事者の一方が、必要な給付または給付の準備をしなければ、または一部しか給付せず、あるいは瑕疵ある給付しかしなければ、それによって反対給付義務の成立の前提要件が消失する。当然ながら、この反対給付の債務者は、それにもかかわらず契約を維持することは妨げられない。⁽¹⁹³⁾ しかし他方で、彼は自らの約束にもはや拘束されないことを引き合いに出すことも、当然であるに違いない。この場合、契約全体が一斉に、無用のものとなるであろう。これは実際にもいずれにせよ原則として是認され、通常、裁判所は、契約の終了 (termination) または、解除 (rescission) を言い渡す。⁽¹⁹⁴⁾

4. 条件 (conditions) と保証 (warranties)

しかし、これほどの思い切った法的効果は、なお契約上予め予定された履行プログラムからの当事者の些細な逸脱の場合には、適切ではないように見える。それ故に、マンスフィールド卿も同様に、既に「相互条件 (mutual condition)」の概念 (及びそれによって契約が無効と扱われ得る事例の範囲) を、「相互的な約定 (mutual covenants) が両当事者の約因の全体」に達する状況に限定した (Boone v. Eyre, 1779)。⁽¹⁹⁵⁾ ここから、時の経過とともに、「実質的な不履行 [p. 158]

rent condition の例を Morton v. Lamb, (1797) 7 Term Reports 125 ff. が提供している。

(191) Treitel, 前掲注(8), n. 214; Farnsworth, 前掲注(187), § 8.9.

(192) これについて, Atiyah, 前掲注(169), S. 82 ff.

(193) Treitel, 前掲注(8), n. 280 における理由付け。

(194) これについて詳細は, Treitel, 前掲注(2), S. 659f.; Chitty on Contracts, 26. Aufl., Band I, 1989, Rdz. 1736; Dawson, Cambridge Law Journal 40 (1981) 89. 動産売買法においては、「物品の受領を拒絶し契約を拒絶されたものと扱う権利 (right to reject the goods and treat the contract as repudiated)」という言い方が使われている (§§ 11 III と IV)。さらに参照, Treitel, 前掲注(8), n. 248. そこでは、ドイツやフランスと異なり、契約の解消を得るのに、猶予期間の設定や裁判所の介入は不要であることが強調されている。

(substantial failure of performance)」、即ち重大な契約違反 (wesentlichen Vertragsverletzung) の要件 (Erfordernis)⁽¹⁹⁶⁾ が発展してきたのである。同時に19世紀の間には、「条件 (condition)」概念の意味の変動も部分的にもたらされた。⁽¹⁹⁷⁾ マンスフィールド卿が用いた意味では、条件はなお、その発生または不発生に、その都度他方当事者の履行義務の成立が依存しているひとつの事件 (Ereignis) (一方当事者の約束の履行) であった。これと並んで、契約の個々の条項を「条件 (condition)」と呼ぶ、我々が一般的取引条件とか契約の条件とかいうのと同じような意味における、むしろ非専門的な言語慣用も存在した。⁽¹⁹⁸⁾ 契約解除という法効果が、一定の中心的な契約条項の違反に制限され始めたときと、「条件 (condition)」という用語の二つの意味が相互に関連付けられ始めたときと、⁽¹⁹⁹⁾ 時期的にはそれほど離れていないだけではない。それとともに、

(195) 1 Henry Blackstone's Reports, Common Pleas 273. さらに参照, 2 Sir William Blackstone's Reports, King's Bench Division 1314. この点と関連して, Campbell v. Jones, (1796) 6 Term Reports 570 (573); Glazebrook v. Woodrow, (1799) 8 Term Reports 366 (373) (この2つの事件とも *Lord Kenyon* による). Boone v. Eyre について, 参照, *Stoljar*, Sydney Law Review 2 (1957) 241 ff.; *Rheinstein*, 前掲注(88), S. 199f.; *Dieter Beinert*, Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, 1979, S. 115 ff.; *Farnsworth*, 前掲注(187), § 8.12; *Teeven*, 前掲注(19), S. 142 f.; *Treitel*, 前掲注(2), S. 671.

(196) これについて詳細は, *Treitel*, 前掲注(2), S. 670 ff.; 同, 前掲注(8), nn. 259 ff. (比較法を行っている)。

(197) ここから引き出される「条件 condition」という概念の異なった使い方は、混乱が憂慮された。このことについて、例えば, *Rheinstein*, 前掲注(88), S. 198 f.; *Beinert*, 前掲注(195), S. 114; *Zweigert/Kötz*, 前掲注(83), S. 223; *F. M. B. Reynolds*, Warranty, Condition and Fundamental Term, Law Quarterly Review 79 (1963) 534 ff.; *Chitty on Contracts*, 前掲注(194), Rdz. 793 f. さらに、とりわけ, *Stoljar*, Law Quarterly Review 69 (1953) 485 ff. 多くの英国の論者が頭を抱え、何度も明確に強調されてきた条件 condition という用語の多義性と全く同様のことが、大陸の条件 condicio (condition, Bedingung) において見られる。：例えば参照, *H. Heumann, E. Seckel*, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 10. Aufl., 1958, S. 89 f.; *Schwarz*, 前掲注(8), S. 392. さらに, *Windscheid/Kipp*, § 86, n. 1; *Kaser*, Symbolae Taubenschlag, S. 427.

(198) 例えば参照, *H. P. Westermann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band I. 2. Aufl., 1984, § 158, Rdz. 8; *Schwarz*, 前掲注(8), S. 392.

(199) このような「条件 condition」という概念の使い方は、その起源は影響力の大きい(例えば, *Lord Denning* によって, *Cehave N. V. v. Bremer Handelsgesellschaft m. b. H.*, The Hansa Nord, [1976] Law Reports, Queen's Bench Division 44 (58) (Court of Appeal) で引用されている), しかし、混乱を引き起こし紛らわしい点もある *Serjeant Williams* の

当事者の推測上の考えに従ったその履行に、契約全体の運命が掛かっている、まさにその契約条項を「condition」と呼ぶようになった。この意味で、例えば、[p. 159] ブラックバーン裁判官が *Bettine v. Gye* の判決において⁽²⁰¹⁾、「特定の条項 (particular stipulation) が物事の根幹に達するものかどうか、従ってその不履行が契約の残りの履行を、実質において約定され(てい)たものとは実質に異なったものにするかどうか」を問い、そうである場合には、その条項は当事者により「停止条件 (condition precedent)」と考えられていたに違いないとする⁽²⁰²⁾。また、動産売買法12~15条においても、条件 (condition) (及び、補足的な概念として「保証 (warranties)」)⁽²⁰³⁾はこの意味で用いられている。

Portage v. Cole (上述注(187)参照) に対する評釈の中のルールにあるように思われる。参照、*Stoljar*, *Sydney Law Review* 2 (1957) 250f. (「深刻な言葉の誤用 a serious misuse of language」)。*Treitel*, 前掲注(8), n. 195 は、「条件 *Bedingung*」は、ドイツ法、フランス法においても、事件を指すこともあれば、契約条項を指すこともあることを指摘する。さらに参照、*Schwarz*, 前掲注(8), S. 392; *Gebhard*, 前掲注(7), S. 227.

(200) 例えば参照、*Blackburn, J.*, in *Bettini v. Gye*, (1876) 1 *Law Reports, Queen's Bench Division* 183 (186ff.); *Bowen, L. J.*, in *Bentsen v. Taylor*, [1893] 2 *Law Reports, Queen's Bench Division* 274 (281).

(201) (1876) 1 *Law Reports, Queen's Bench Division* 183 (188).

(202) その発生又は不発生に契約の効力がからしめられる将来の不確実な事象という意味とはともかく、別の「条件 condition」の意味が、背景に存在することは明らかである。すなわち、この契約にとって基礎的な規定の違反がある場合に、契約の解除に至るのである。その限りで、ここで言っている意味の変移において、本質の変化があるのではない。これは、例えば、*Bettini v. Gye* 又は *Bentsen v. Taylor*, [1893] 2 *Law Reports, Queen's Bench Division* 274 (280f.) における「停止条件 condition precedent」という言い回しの利用も示している。この意味で、さらに非常に明確なものとして参照、*Lord Diplock*, in *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 *Law Reports, Queen's Bench Division* 26 (65ff.).

(203) もちろん、著名な判決である *Hongkong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 *Law Reports, Queen's Bench Division* 26 (「『条件 (condition)』あるいは『保証 (warranties)』であると分類され得ないより複雑な多くの契約上の約束……がある」, S. 70, *Diplock, L. J.* による) 以来、「条件 conditions」(その違反が反対当事者に対して、常に契約が破棄されたと扱う権利を与える契約規定という意味における)と「保証 warranties」(その違反が常に損害賠償請求権によってのみ制裁を加えられる契約規定という意味における)の区別は、その意義を大きく失った。今では、その違反が(重大である限り)契約の解消に至り得るが、それ以外の場合は損害賠償請求権にのみ至り得る「中間的 intermediate」又は「無名の innominate」条項の存在が認められている。こうして、今日、考察の前面にあるのは、とりわけ、実質的な不履行と実質的でないもの(「substantial fail-

こうして、Kingston v. Preston と Boone v. Eyre は、我々の理解では全く異なった二つの問題に対する答えのための、歴史的な手がかりを形成するのである。すなわち、契約に關与する両当事者の請求権は、その成立においてだけでなく、その貫徹においても相互に牽連しているか（これに関しては、BGB 320～322条、いわゆる請求権行使における牽連關係 funktionelles Synallagma）？ またどのような事情のもとで、一方当事者は他方の契約違反の場合に契約から解放されるるか（これについては、325、326条及び積極的債権侵害に関するルール）？ ドイツ法におけるような明確な学理上の区別は、今日に至るまでイギリス法には見られない。二つの問題領域の克服のための法技術上利用できる手段は、原則的に同一である。「黙示の条件（implied condition）」の理論は、現代のイギリスの給付障害法の揺り籠の中にあつたのである。⁽²⁰⁴⁾ 重大な契約違反の場合の契約解除は、直接に、この理論の系統をひいている。⁽²⁰⁵⁾ その貫徹における、給付と反対給付の牽連性の問題に対して、黙示の条件理論は、依然として理論的な基礎を提供する。⁽²⁰⁶⁾

ure of performance], 上述注(196)参照)の区別の実体的問題であり、もはや契約規定の形式的な類型への組み入れの問題ではない。参照, *Zweigert/Kötz*, 前掲注(83), S. 224f. 及び詳細について, *Treitel*, 前掲注(2), S. 670ff. (「substantial failure」の原理), 689ff. (conditions と warranties の区別), 696ff. (中間的条項 intermediate terms); *Farnsworth*, 前掲注(187), §§ 8.12, 8.16. また, 例えば参照, *Chitty*, 前掲注(194), Rdz. 793ff., 1723ff. この関連での動産売買法について, *Atiyah*, 前掲注(169), S. 50ff.

(204) しかし, 参照, *Treitel*, 前掲注(8)n. 236; 同, 前掲注(2), S. 690.

(205) この点を *Treitel*, 前掲注(8), nn. 188, 232, 236, 240 はたびたび強調している。双方の問題領域はさまざまであるが, 全く別々には扱われない。しかしながら別に, *Treitel*, 前掲注(8), nn. 188ff. 又, 239ff.; 同, 前掲注(2), S. 662ff., 670ff.

(206) または, 「黙示の法定条件 (constructive condition)」: *Farnsworth*, 前掲注(187), § 8.9.

(207) *Stoljar* は, 「条件違反 (breach of condition)」を「契約違反の我々現代理論のカギ (the key to our modern theory of breach of contract)」とさへ呼ぶ: *Law Quarterly Review* 69 (1953) 485.

(208) 「黙示の条件」という観念によって処理することが, 今日もなお意味を有しているかどうかは, 別の問題である。参照, *Lord Diplock*, in *Hong kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.*, [1962] 2 *Law Reports*, Queen's Bench Division 26 (71): 「コモンローは, 新しい原則を育てることによってだけでなく, それらが完全に成長したときには, 彼らの先祖を埋葬することによっても発展する。」; *Reynolds*, *Law Quarterly Review* 79 (1963) 534ff.

VI. 解除権と同時履行の抗弁 (exceptio non adimpleti contractus)

1. 信義を破る者は信義を破られる (Fidem frangenti fides frangatur eidem)

この発展は、大陸のモデルによって示唆を与えられたのであろうか。それは非常にありうると言えよう。一つには、そこにかのイギリスの法律家のそれと驚くべき程度に合致する論述を見出す。これは、確かにローマ法の法源に関心を向ける著作者には妥当しない。彼らにとっては、19世紀に入るまで、圧倒的に一般原則が⁽²¹⁰⁾規準であり続け、それによれば、いったん締結された契約からの一方的な解除権は存在しなかった。⁽²¹¹⁾しかし言うまでもなく、カノン法学者の場合には別である。⁽²¹²⁾彼らにとっては、人間の様態を道徳的諸原理に正しく合わせる⁽²¹²⁾ことが重要であった。真剣になされた約束の違反は、たとえその約束がローマ法では訴求し得ない、裸の合意 (pactum nudum) の粹でなされたものであっても、罪であると彼らは説いた。それにより、彼らは契約の訴えの対象を拡大した。他方でしかし、彼らは一定の事情のもとでは、ローマ法により訴求可能な約束の違反も、道徳的には非難しえないこともあることを承認した。これは特に、受約者の側で契約信義に適っていないことが証明されたときに、妥当した。「信義を破る者は信義を破られうる」は、Huguccio 以来、カノン法学者を導く原理であった。⁽²¹³⁾この原理は、グレゴリウス 9 世の教皇令リール・セクストゥスの法規定 (Regulae iuris des Liber Sextus) に「ある者が相手方に自身が行った約束を自分で守ることを拒んでおきながら、その者から自身に約束が

[p. 161]

(209) 参照、なお例えば *Windscheid/Kipp*, 前掲注(82), § 321, 2.

(210) *Fritz Schulz*, *Classical Roman Law*, 1951, 復刻版 1992, S. 532 は、「古典派法律家達が厳格に遵守したローマ法の鉄のルール」を強調し指摘する。しかし参照, *Law of Obligations*, 前掲注(6), S. 578.

(211) これに関して詳細は, *Scherner*, 前掲注(131), S. 9 ff., 140 ff.

(212) これに関しては, とりわけ *Boyer*, 前掲注(134), S. 212 ff.; また概観は, *Arwed Blomeyer*, *Schuldverhältnis*, in: *Franz Schlegelberger* (Hg.), *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes*, Band VI, 1938, S. 326 f.; *J. A. Ankum*, *De voorouders van een boze fee*, 1964, S. 10 ff.; *Scherner*, 前掲注(131), S. 9 f.

(213) *Boyer*, 前掲注(134) S. 220 ff.; *Ankum*, 前掲注(212), S. 10 ff. さらに, *Friedrich Merzbacher*, *Die Regel, Fidem frangenti fides frangitur' und ihre Anwendung*, ZSS (KA) 99 (1982) 339 ff.

守られることをも求めても無益である (frustra sibi fidem quis postulat ab eo servari, cui fidem a se praestitam servare recusat)⁽²¹⁴⁾』という形で見出される。そしてこの原理は、過責ある態様の確定と境界付けの際の、一般的な意思による方向づけに相応して、契約に読み込まれた停止条件⁽²¹⁵⁾に置き換えられた。すなわち、「信義が守られる限り⁽²¹⁶⁾』という条件を補って理解する (subintellegitur conditio “si fides servetur”⁽²¹⁶⁾)。双務契約を例にとろう。この場合、自ら義務を負うのは反対給付を受けるためである。それゆえ、他方の当事者の契約違反の場合には、おそらく債務者は自らも拘束はされたくない。このような意思から構想された、教義学上の契約の拘束力の制限は、既に「事情変更条項 (clausula rebus sic stantibus)⁽²¹⁷⁾』の際に、経験してきたことである。

2. 請求権行使に於ける牽連関係(履行上の牽連関係 Funktionelles Synallagma)

17, 18世紀において全く同様に論じたのは、ローマ法の権威を問題にしたもう一つの学派、すなわち合理主義的自然法学派の主張者たちである。グロチウス⁽²¹⁸⁾は、約束したことをしなくても、不誠実さをとがめられないということが、とりわけ条件の不発生の場合には起こりうると⁽²¹⁹⁾記す。そのような場合に属するとされるのは、相手方が彼の側で給付を義務付けられたものを先んじて給付しなかった場合である。その根拠は、個々の契約規定は、あたかも一方当事者は、他方が先んじてそのなすべきことを履行した時にだけ履行しなければならないということが留保されているかのように、条件という方法で相互に結び付けられていると考えられるべきだからである。⁽²²⁰⁾プーフェンドルフとクリスチャン・

(214) Lib. V, Tit. XII De regulis iuris, Reg. LXXV.

(215) Boyer, 前掲注(134), S. 255f.

(216) 例えば, 参照, Decretales Gregorii IX, Lib. II, Tit. XXIV, Cap. XXV (Innozenz III.) 及び Boyer, 前掲注(134), S. 220 ff., 240 ff. (「黙示の条件は……古典法における解除の古典的な説明である。」)

(217) 参照, 上述 III. 1.); Merzbacher, ZSS (KA) 99 (1982) 347f. は双方を明示的に相互に結びつけている。

(218) 理性法上の解除論 (Vernunftrechtlichen Rücktrittstheorie) について, 詳細は, Scherner, 前掲注(131), S. 92 ff. さらに参照, Coing, 前掲注(15), S. 444.

(219) De jure belli ac pacis, 前掲注(38), Lib. III, Cap. XIX, XIV (ただし, 国際法にだけ関連させている)。

「耳に響くメロデーは甘い、沈黙のメロデーはそれにも増して甘い……」

ポルフはこの学説を発展させた。「条件に基づくどのようなものであっても、もしその条件が成立しないなら、当然消滅する (... praestationes utrinque sibi invicem insunt per modum conditionis, quasi dictum foret, praestabo, si tu praestiteris prius)」と、例えばプーフェンドルフはこう述べる。⁽²²¹⁾

(220) 「さらになお、同時に人は心に抱くに違いない……悪意なしに約束したことを履行しないかもしれないのは、すなわち、条件が満たされないときである。……約束者は、条件が満たされないので、(彼の契約上の義務から) 実際には解放されないが、しかしそれはかかる条件のもとで契約されたことから、あるでき事がその義務は無効であると示すことがある。同じことが、他方当事者が義務を履行しない最初の者である場合にも、あてはまる。これは、まさに同じ契約のどの一つの条項も、いわゆるお互いに条件の作用によって依存しているからである。それは、あたかも『相手方もまた約束したことを履行するならば私も履行しよう』ということが明示的に言われたように (Sed simul sciendum est ... fieri posse, ut quis a perfidia vacet, nec tamen id faciat quod promissum est, defectu scilicet conditionis ... Defectu conditionis non vere liberatur promissor, sed eventus ostendit, nullam esse obligatorem, ut quae non nisi sub conditione contracta erat. Et huc referendus casus, si prior alter non implevit, quod ex sua parte implere tenebatur. Nam unius ejusdem contractus capita singula alia aliis inesse videntur per modum conditionis, quasi expressum esset, haec ita faciam, si et alter faciat, quae promisit)」。これに関しては、*Heinrich von Cocceji*, *Grotius illustratus: seu commentarii ad Hugonis Grotii de iure belli ac pacis libros III, Wratislaviae, 1744-1746, ad Gr., Lib. III, cap. XIX, § XIV*: 「このことは、何ら基礎となる条件がないところでは、全く異なった状況となる…… (しかし) それは、先例によって無価値と証明される架空の仮説である (Imo hic casus huc non pertinet, Neque hic ulla conditio subest ... Fingmentum hoc est, quod ex praecedentibus destruitur)」。

(221) *De iuræ naturæ et gentium*, 前掲注 (39), *Lib. V, Cap. XI, § IX. Wolff, Jus naturæ methodo scientifica pertractatum, Halae Magdeburgicae, 1743, 復刻版 1968, § 827* は記す: 「もし合意が双方の義務を含み、かつ当事者の一方が自らの義務の履行を拒むならば、相手方当事者は、自分自身の義務を履行することにも義務付けられない。従って、相手方が合意を撤回するならば、こちらが合意を撤回することは適法である。実際に合意が双方の義務を含むものであるならば、あなたがどのような義務を履行しなければならぬとしても、どのような義務の履行に両当事者が拘束されるのであっても、相手方当事者も履行するとの条件のもとでのみ、あなた自身が履行することに拘束される。従って、もしその条件が実現されないなら、その約束と合意は、それ自身無効と考えられるべきであり、あなたはもはやそれには拘束されない。つまり、もし相手方が自身の義務を履行することを拒絶するならば、その時あなたは自らの義務を履行することに義務付けられない (Si pacta mutuas praestationes continent, et unus paciscentium praestare nolit, quod debet; nec alter ad id praestandum tenetur, quod ipse debet, consequenter a pacto recedere licet, si alter recedit. Etenim si pactum praestationes mutuas continet, quod tu praestare debes, ad id praestandum te obligasti sub hac conditione, si et alter praestet, ad quod praestandum se obligavit. Quamobrem cum deficiente conditione promissio, adeoque etiam pactum, pro non facto

これは、基本的に「同時条件 (concurrent conditions)」の考え方である。その場合、マンスフィールド卿と同じく自然法学者は、仮定的な当事者意思に依拠し、⁽²²²⁾ 契約の解消を (黙示の tacita) 条件 (condicio) の導入により達成する。その際、グロチウスにおいてはなお停止条件が問題になったが、その後はたい⁽²²³⁾ てい解除条件が問題となった。コモンローの場合と同様、ここでも条件の構成 [p. 163] の貫徹は間もなく、当然と思われる目的適合的な方法で緩和される。すなわち、契約に違反した当事者の相手方は、契約の解消を持ち出すことができるが、他方さらに履行の請求もできる。また最後に、さらに注目すべき点がある。すなわち、同時履行の抗弁 (exceptio non adimpleti contractus) は、この体系においては何ら独自の位置を占めないのである。イギリスにおけるのと同様に、原告の契約信義に瑕疵があるときは、訴えの棄却に至るのである。契約は条件の不発生の結果として、解消されたものと考えられ、それによって被告には単に (一時的な) 給付拒絶権が力になるだけではない。⁽²²⁵⁾ 興味深いことに、この点に

habeatur, consequenter tu non ex eo obligeris; si alter paciscentium praestare nolit, ad quod tibi praestandum sese obligavit, nec tu id praestare teneris, ad quod ipsi praestandum te obligasti.」。理性法上の解除権 (vernunftrechtlichem Rücktrittsrecht) と普通法上の解除禁止 (gemeinrechtlichem Rücktrittsverbot) の間のさらなる詳細については、参照、*Scherner*, 前掲注(131), S. 102ff.

(222) 例えば参照、*Scherner*, 前掲注(131), S. 94. また参照、同著, S. 137; *Ernst von Caemmerer*, Die wesentliche Vertragsverletzung im international Einheitlichen Kaufrecht, in: *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing*, Band II, 1982, S. 39f.

(223) *Boyer*, 前掲注(134), S. 255ff.; *Ankum*, 前掲注(212), S. 12; *Scherner*, 前掲注(131), S. 99. これについて、さらに、*Schwarz*, 前掲注(8), S. 396 (「……単に……表現の違い」).

(224) 参照、*Christian Wolff*, Jus naturae, 前掲注(221)§ 817: 「合意から撤退することを望もうと、あるいは相手方に義務を履行させることを強制することを望もうと、それは実際あなた次第である (In tuo igitur arbitrio positum est, utrum a pacto etiam recedere velis, an ad praestationem cogere eundem malis)」。参照、また既に *Pufendorf*, De jure naturae et gentium, 前掲注(39), 第5巻11章 § 9 (またこれについては、*Scherner*, 前掲注(131)99頁)。既にローマの法律家たちは、売買の際の *lex commissoria* を確かに解除条件として解釈したが、しかしその法効果を実用主義的に、売主の解除権の意味において発展させた。: 「なぜなら、売主が選択し、それが売主の意図に反しないならば、……コミッソリア (解除) 約款は売主によって行使されるであろうからである (Nam legem commissoriam, ... si volet venditor exercebit, non etiam invitus.)」: Ulp. 18. 3. 3; 参照また *Pomp. D. 18, 3, 2* さらに *Law of Obligations*, 前掲注(6)737頁～。

おいて、普通法の論者もしばしば同じ結果に至っている。⁽²²⁶⁾すなわち、契約違反の場合の解除権の問題とは異なり、いわゆる同時履行の抗弁権 (puncto Einrede des nichterfüllten Vertrages) においては、牽連性の考え方の矛盾のない貫徹に対して、ローマの法源本体から生じる障害はなかったのである。「合意が二当事者間でなされたとき、もし一方がまずはじめに合意に反したなら、相手方は契約を尊重することには拘束されないというのが最も正当であり……最も公平である (Verissima...et aequissima est conclusio, qua dicitur, quod, quando mutua fanta est conventio a duobus, si unus prior contra venerit, alter ad observantiam contractus non teneatur)」とは、18世紀のひとりの論者が基礎となる正義観を定式化したものである。⁽²²⁷⁾そして、これが実際に広く行き渡った考え方に合致するように、「同時履行の抗弁 (exceptio non adimpleti contractus)」が権利滅却の抗弁 (peremptorische Einrede) と考えられるならば、実際上の帰結において、裏口を通して、いずれにせよ少なくとも契約解除権とほとんど同様のものに到達したことになる。また、この関連において、カノン法の「信義を破る者は信義は破られうる (fidem frangenti fides frangatur eidem)」とい [p. 164]
 うルールが度々引用されたのも驚くには値しない。⁽²²⁸⁾従って我々の場合も、契約違反の際の解除と給付拒絶は、歴史的になお今日のイギリスにおけるのと同様に、密接な関連のもとにあるのである。

(225) 明らかにこの意味のものとして、さらに参照、*Scherner*, 前掲注(131), S. 103.

(226) *Scherner*, 前掲注(131), S. 53ff. 同時履行の抗弁 *exceptio non adimpleti contractus* をめぐる議論について、さらに参照、*Windscheid/Kipp*, 前掲注(82), § 321, Fn. 2 及び、現代法について、*Blomeyer*, 前掲注(132), S. 108ff., 118f. これに関して、*Wolfgang van den Daele*, *Probleme des gegenseitigen Vertrages*, 1968, S. 42ff.

(227) *J. F. Lichtenstein*, *Diss. inaug. de natura et indole exceptionis non adimpleti contractus*, *Scherner*, 前掲注(131), S. 54, Fn. 1 の引用による。

(228) さらに例えば、*Wolfgang Adam Lauterbach*, *Collegium theoretico-practicum*, Tubingae, 1723 ff., Lib. XIX, Tit. I, IV (ただし、「同時履行の抗弁 *exceptio non adimpleti contractus*」自体は、権利滅却と扱わなかった); *Christian Friedrich Glück*, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, Band XVII, 1815, S. 229.

3. ウィリアム・マレー・マンズフィールド卿 (*William Murray Lord Mansfield*),

以上のように、自然法思想とコモンローの間に、知的な結びつきがありうる
 ことの手掛かりに欠くところはないとなると、マンズフィールド卿の中には一
 段とすぐれた仲介者としてのパーソナリティーも存在することになる。⁽²²⁹⁾ マンス
 フィールド卿は、ブラックバーンと同様スコットランド人であったが、14歳の
 時からイングランドで生活し、たとえばステア (*Stair*) やマッケンジー
 (*Mackenzie*) による概説書 (*Institution*) を手掛かりに、スコットランド法に
 習熟していた。彼は、オックスフォードにおける大学時代に、とりわけローマ
 法も勉強した。⁽²³⁰⁾ 彼は、ポートランド (*Portland*) の侯爵の子息に充てた1730年
 の書簡の中で、グロチウス、プーフェンドルフ、ブウラマッキ (*Burlamaqui*),
 及びビニウス (*Vinnius*) の注釈と共にユスティニアヌス (*Justinians*) の法学
 提要の勉強を勧めている。⁽²³¹⁾ 「諸国家の法 (the law of nations) は」と、彼は裁
 判官としての資格において述べ、⁽²³²⁾ 「その及ぶ限りにおいてイングランド法の一
 部であり……(そして) 異なった国々の慣行や諸論者の権威ある著作から集め
 られるべきものです」。マンズフィールドの判決に見られる⁽²³³⁾、ローマ法とその
 現代的慣用 (*usus modernus*) からそして自然法に至る、大陸の法文献からの
 無数の引用は、こうして説明される。また、彼によってもたらされたとくにイ
 ギリス商法の近代化も、同じように説明される。

このことを勘案すれば、*Kingston v. Preston* を、少なくとも自然法の思考の

(229) *Lord Mansfield* の経歴と意義について、*C. H. S. Fifoot*, *Lord Mansfield*, 1936, 復刻版
 1977; *Sir William Holdsworth*, *History of English Law*, Band XII, 復刻版 1966, S. 464 ff., 493 ff.,
 524 ff.; *Peter Stein*, *Continental Influences on English Legal Thought, 1600-1900*, in: 同, *The
 Character and Influence of the Roman Civil Law*, 1988, S. 220 ff.; *Atiyah*, 前掲注(46), S. 120 ff.;
Teeven, 前掲注(19), S. 126 ff.

(230) 参照, *Holdsworth*, 前掲注(229), S. 465.

(231) *Fifoot*, 前掲注(229), S. 29. この関連で、さらに、*R. Feenstra, C. J. D. Waal*, *Seventeenth-
 Century Leyden Law Professors and their Influence on the Development of the Civil Law*,
 1975, S. 107 f.

(232) *Triquet v. Bath*, (1764) 3 *Burrow's Reports* 1478.

(233) これに関して詳細は、*Christopher P. Rodgers*, *Continental Literature and the Develop-
 ment of the Common Law by the King's Bench: c. 1750-1800*, in: *Vito Piervigiovanni* (Hg.), *The
 Courts and the Development of Commercial Law*, 1987, S. 166 ff.

筋道によっても示唆を受けた判決とみることは、自然なことである。もっとも [p. 165]

これに対して、簡略でむしろたまたま我々に伝えられているに過ぎない判決の中には、大陸にもイギリスにも由来しない、何らの権威への参照も見出されないものがあるとの反論がある。マンスフィールドはここでは、さらに新たな法を作り出したわけではなく、単にすでに存在する手がかりを統合し、一層明確にしたにすぎない。⁽²³⁴⁾ それゆえ我々は、17・18世紀において、海峡の両側で同じ教義学的礎石（条件という法概念）、同じイデオロギー的モルタル（意思理論）により、少なくとも概要においては、かなりの程度まで比較しうる給付障害における契約終了の理論が発展した、ということの確認に留めなければならない。

4. ドイツとフランスにおける契約違反の際の解消権（Lösungsrecht）

完全を期すために、なお付け加えられるべきであろう。現代の法典化にとつて標準となる大陸の法発展の本線においても、一般的な解除権を承認しようと決意したとき、条件構成は決定的な役割を演じた。フランスにおいては、この発展は既にドゥムラン（*Dumoulin*）⁽²³⁵⁾以来、ドマ（*Domat*）⁽²³⁶⁾とポティエ（*Pothier*）⁽²³⁷⁾の中間段階を経由して、民法典1184条に至っている。そこでは、次のように言われる。「解除条件は、双務契約において、当事者の一方がその義務をなんら果たさない場合について常に予定されている。」⁽²³⁸⁾ 黙示の解除条件により操作するこの解消の論理の中には、⁽²³⁹⁾ 同時履行の抗弁（*exceptio non adimpleti contractus*）がフランス民法典に何ら受容されなかったことが見受けられる。

(234) *Stoljar*, *Sydney Law Review* 2 (1957) 234 ff.

(235) これについて詳細は、*Boyer*, 前掲注(134), S. 343 ff., 350 ff. さらに参照, *Ankum*, 前掲注(212), S. 16 ff.

(236) *Les lois civiles*, 前掲注(137), Liv. I, Tit. I, Sect. VI, XI.

(237) *Traité des obligations*, 前掲注(15), n. 672.

(238) この規範の理解と前史について詳細は、*Boyer*, 前掲注(134), S. 381 ff., 11 ff. さらに参照, *Landfermann*, 前掲注(136), 諸所に.; *Scherner*, 前掲注(131), S. 135 ff.; *Beinert*, 前掲注(195), S. 133 ff. もっとも、フランスにおいては、契約の解消に裁判官の介入が必要である。これについて、*Boyer*, 前掲注(134), S. 400 ff. しかし、特に売買契約においては、この重い手続は、「法上当然の明示の解除条項 *clause expresse de résolution de plein droit*」の簡略化によって、避けられることも多いであろう。参照, *von Caemmerer*, *Festschrift Coing II*, S. 36.

(239) さらに参照, *Boyer*, 前掲注(134), S. 257.

単純な給付拒絶権は、この後判例によって初めて発展したのであった。⁽²⁴⁰⁾ また、
 [p. 166] BGBの起草者たちにとっては、遅滞と不能の場合に、不利な立場に立たされ
 た当事者に契約から解放される権利を認めようとしたとき、結局、解除約款
 (lex commissoria) と、その基礎ある解除条件の概念がモデルであった。⁽²⁴¹⁾ ここ
 から、解除と損害賠償の厳格な二者択一、あるいは約定解除権の準用による法
 定解除権のアレンジも説明がつく。⁽²⁴²⁾

Ⅶ. 総括と展望

1. 暗黙の条件 (condicio tacita) と黙示の条件 (implied condition)

要約として2点を強調したい。若干の契約法の中心領域を探訪しながら、
 任意法 (Dispositivrecht) の形成を観察してきた。フラストレーション (frus-
 tration of contract)、不履行による解消 (rescission for failure to perform)、要
 素の錯誤 (fundamental mistake)、事情変更の原則 (clausula rebus sic stantibus)、
 双務契約における危険負担 (Gefahrtragung beim gegenseitigen Vertrag)、契約
 の解除 (résolution du contrat)、これらすべてにおいて、客観的で、判例によ
 り正当と承認されるかまたは法律により定められたルールが問題になっており、
 当事者が別に合意しない場合にこれらのルールが介入するのである。教義学的
 な手がかり——そしてそれと同時に決定的な発展基盤——は、その都度契約に
 読み込まれた、すなわち、合理的な契約当事者の仮定的意思に裏付けられた黙
 示の条件であった。ケーゲル (Kegel) はこの文脈で、かつて主観的な衣装を
 纏った客観的な法と表現した。⁽²⁴³⁾ そうこうする間に、少なからぬ程度において主
 観的な殻はこすり取られてきた。このようにして、イギリスの契約違反責任に
 おいては、条件 (condition) 概念は既に副次的な役割しか演じていないし、契
⁽²⁴⁴⁾

(240) Nicholas, 前掲注(134), S. 207 ff. における概観を参照。さらに, Blomeyer, 前掲注(212), S. 328.

(241) これについて詳細は, Hans G. Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 16 ff. ヴィントシャイトは, なお, 債務者遅滞の場合に, 解除権は「黙示に条件づけられているように見え得る」と明示的に認める (§ 280, 注1)。

(242) BGB § 327, 1

(243) 前掲・注(82)181頁。

(244) 参照・上述注(203)(208)。

約のフラストレーションに関しても、今日では別の説明の仕方が支配的である。⁽²⁴⁵⁾

黙示の条件 (implied condition) による契約解消が、イギリス契約法を、大陸の場合よりも大体において強く特徴づけてきたこと理由は、大陸では、少なくとも部分的に既にローマ法から継受された法準則が自由に使用されていたのに対して (例えば、「いかなる売買契約も、目的物なしには締結されえない (nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi)⁽²⁴⁶⁾」) または、「特定物の債務者は偶然の物の滅失によって解放される (debitor speciei liberatur casuali interitu rei)⁽²⁴⁷⁾」が顧慮される)、イギリスではまず、主観的な衣装を纏って受容されなければならなかったということにある。そのような法準則がない [p. 167] 場合は (例えば、条項 (clausula) 理論の場合や、遅延及び相手方当事者の責めに帰すべき不能による解除の場合)、普通法の伝統においても、黙示の条件によって対応されてきたのである。とりわけ、しかしここで再び、このようなある部分はローマの、またある部分はアリストテレストミスト的要素から構成される論証スタイルを操ったのは、17・18世紀の自然法学者であった。彼らにとって、後の18・19世紀のイギリスの裁判官にとっても同様であったように、普通法の伝統は「普遍的な法体系 (universal jurisprudence)⁽²⁴⁸⁾」が明確に表現されたものとして捉えられうる限りにおいてのみ、意味を有した。そのような普遍的な法体系 (法学) の出発点は、しかし、契約法においては当事者の意思であった。また「約束は守られねばならない (Pacta sunt servanda)」は、とりわけ

(245) 参照・上述注(115)の部分。

(246) 参照・上述注(174)の部分。

(247) 参照・上述注(95)の部分。

(248) 参照・例えば *Sir William Blackstone, Commentaries on the Law of England*, 11. Auf., 1791, 序文 (これに関して、又 *Peter Stein, Continental Influence on English Legal Thought, 1600-1900*, in: 同, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, 1988, S. 217); *Pelly v. Royal Exchange Assurance Co.*, (1757) 1 Burrow's Reports 341 (347) (*Lord Mansfield* による) (これに関して、*Rodgers*, 前掲・注(233)S. 166 ff.); *Powell*, 前掲・注(171)序文 (「読者へ」); その後、*John Austin* (これについては、例えば *M. H. Hoeflich, John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer*, *American Journal of Legal History* 29 (1985) 36 ff.). 参照、さらに *Michael Lobban, The Common Law and English Jurisprudence*, 1991.

自然法学者たちによって、今まさに勝利に到達する一般に妥当する原則と呼ばれている。しかし同時に、「約束は守られねばならない」からの逸脱もすべて、当事者意思により正当化されなければならなかった。その限りで、逆説的ではあるが、この原則の首尾一貫した貫徹と偽られねばならなかったのである。

この基礎付けは、契約の解消を、具体的な場合ごとに、契約に関与している当事者の意思から基礎づけようと努める限り、擬制に基づいていることは疑問の余地がない。これはまた、それに相応する原則が、ようやくある程度確立されたときに、繰り返し批判にさらされた。「当事者は、合意を形成するときに、明らかにそのような災難の可能性は心に浮かべてはいなかった」とは、たとえば Taylor v. Caldwell で述べられたことであるが、ほとんど時を移さずしてこうも言われる。「この黙示は、契約に入った人々の意図を実現するような法的構成をなすという、大きな目的をさらに進める方向にある」⁽²⁴⁹⁾。これについてシンプソン (Simpson) は、「どれほど更なる矛盾がありうるのかを見通すことは難しい」⁽²⁵¹⁾と言う。実際上この種の矛盾からは、基礎にある正義感が変化する時期に、問題が生じてきたのである。それは、18・19世紀における事情変更条項の場合にそうであった。中世の実質的な契約倫理 (materiale Vertragsethik) [p. 168] は、時代遅れのものとされた。同時に、補充的黙示の条件 (condicio subintellecta) の説得力は色褪せ、条項理論は消えうせた。意思理論に即して定式化すれば、仮定的な意思が、事実上の意思に対して後退したのである。

しかし、今まで問題にしてきた関連で関わりがある、意思の擬制による法の継続形成について、あまりに厳しい判断をすべきではなからう。というのは、一つには、当事者の意図を基準とすることと、契約に裁判所が干渉することの境界、解釈と擬制の境界、事実上の黙示の条項 (terms implied in fact) と法上の黙示の条項 (terms implied in law) の境界は流動的であるからである。契約に関与した当事者の、事実上合致した合意の確定を超える解釈は、すべて規範的である⁽²⁵²⁾。このことは、特にいわゆる補充的解釈の場合に妥当する。この場合、

(249) (1863) 3 Best and Smith's Reports 826 (833).

(250) (1863) 3 Best and Smith's Reports 826 (834).

(251) 前掲・注(46)S. 195.

(252) Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II, Das Rechtsgeschäft, 3.

フルーメ (Flume) の言葉を借りれば、当事者により定立された規整を考慮して、「この」契約ではなく「この種の」契約にはどのような補充的準則 (Regelung) がふさわしいか、ということが問題になる。⁽²⁵³⁾ まさにこのことが、根本においては、古より重大な事情の変化の場合に、例えば責任の解放を基礎づけようと試みてきた裁判官にとっても問題になっていたのである。すなわち、争われている類型の契約について、関連する取引領域の平均的な理解によれば、どのような危険分配が通例かつ適切であるか、ということである。⁽²⁵⁴⁾

こうして、別の点が再び、それに関係してくる。織細に育てれば、意思の擬制という野生の根からは、毒性の植物は発生しなかった。我々が考察してきた原理は、今日、現代の債務法の確固として確立し、承認された構成部分をなしている。それは、正義の要請を実現し、前近代の法の硬直さに対して、「法の擬制の中には常に均衡がある (in fictione juris semper est aequitas)」という形で貫徹しえた。明らかに妥当な結果を、当事者意思に転嫁するという可能性がなければ、裁判官は契約へのあからさまな干渉は禁じられるという事実⁽²⁵⁵⁾に鑑みれば、法発展はずっと静止状態に止められていたであろう。もちろん、当事者の「黙示の意思」を引き合いに出すことには、濫用の危険が常在する。すなわち、⁽²⁵⁶⁾「耳に響くメロディーは甘い、しかし沈黙のメロディーはもっと甘い」⁽²⁵⁷⁾のである。しかし、濫用の危険があるだけでは、基礎づけの技術がそれ自体不当なものになるわけではない。⁽²⁵⁸⁾ まさに、ローマ法の法律家達が擬制の達人であったことは、理由がないわけではないのである。⁽²⁵⁹⁾ 「それ故、汝ら沈黙のパイブ達よ、

Aufl., 1976, § 16.

(253) 前掲注・(153) § 16, 4.

(254) *Zweigert/Kötz*, 前掲・注(83) S. 252 ff. (260).

(255) *Baker*, 前掲・注(19), S. 231 *Sir Edward Coke* を指示している。

(256) この意味において、一般的には又 *Jhering*, 前掲・注(7) S. 305; *G. Findlay, F. C. Kirk-Cohen*, *On Fictions Interpretation*, (1953) 70 *South African Law Journal* 145 ff.; *Lon L. Fuller*, *Legal Fictions*, 1967, S 49 ff.; *Wacke*, ZSS (RA) 91 (1974) 283. この意味で扱われている有益な個々の問題は、*Dieter Medicus*, *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses*, in: *Festschrift für Max Kaser*, 1976, S. 396 ff.

(257) *John Keats*, 頌歌「ギリシャの壺に寄す (Ode on a Grecian Urn)」, in: *R. Gittings* (Hg.), *The Odes of Keats and their earliest known manuscripts*, 1970, S. 45.

(258) この意味において、既に *Jhering*, 前掲・注(7) S. 301 ff.; *Windscheid*, AcP 78 (1892) 197; 今日 *Wacke*, ZSS (RA) 91 (1974) 277 ff.

吹き鳴らせ……⁽²⁶⁰⁾」。

3. ヨーロッパ私法と法の歴史

第二点として、上述の例を通じて、コモンローと普通法 (ius commune) は、圧倒的に一般に受け取られているように、異質で関連のないものとして対峙しているのではない、ということをも具体的に示すことができた⁽²⁶¹⁾と期待したい。比較法的研究は、少し前からすでに、多くの制度の機能上の等値、またそれと並んで、大部分において確認され得る実際上の結果における一致を指摘してきた⁽²⁶²⁾。しかしそれ以上に、何世紀にもわたって存在してきた歴史的な結びつきも忘れてはならない⁽²⁶³⁾。この事実は、コモンローと普通法が、少なくとも契約法においては、かなりの程度まで同じ要素によって影響を及ぼされてきたことを示している。多くの点において、その際に異なる形式が生じ、異なる法秩序毎のスタイルと内容における多くの細部が、一見すると我々になじみがなく混乱させるように思われた。『ここに我々が持っているのは何か？ あの野蛮人は誰か？』と、何の小さな疑いもなく、外国の法律家は、エドワード・コーク卿の書物が、例えば彼の前に置かれたならば尋ねるであろう。『この野蛮人はどこから来たのか、裸で、入れ墨をして、塗りたくって、耳と鼻孔にはリングや奇妙な装身具を身に着けている——南洋のどこかの島か、人跡未踏のジャングルからか？ 彼が、洗練された時代——クジャス (Cujacius) と同時代……—のイングランド王国の法務長官であるはずがない⁽²⁶³⁾』。実際に、今日でもなお、よくコモンローのカズイステックな性質、あるいは条件 (condition) と担保 [p. 170] (warranty) の呪文 (Abrakadabra)、さらには約因理論の精巧さに煩わされた大

(259) Wacke, ZSS (RA) 90 (1973) 225; 参照。その限りにおいてまた、Peter Birks, Fictions Ancient and Modern, in: The Legal Mind, Essays for Tony Honoré, 1986, S. 83 ff. 参照、この関連でさらに詳しい論述は、Fuller, 前掲・注(256)S. 93 ff. (人間の思考にとって擬制 (Fiktionen) が持つ一般的意味について)。

(260) 上述・注(257)と同様。

(261) 参照、契約法についてのみ、例えば Zweigert/Kötz, 前掲・注(83)諸所。

(262) これに関しては、上述注(4)に言及された個々の論文を参照。

(263) このような見事な記述は、Thomas J. Hogg, An Introductory Lecture on the Study of the Civil Law (1831), 復刻 in: Michael H. Hoeflich, The Gladsome Light of Jurisprudence, 1988, S. 96 ff. (99f.)。

陸のかなりの観察者は、同様に考えるだろう⁽²⁶⁴⁾。しかしこのようなアプローチや個々の形式における違いは、原則的に発生的な類似性と機能上の比較可能性を帳消しにするものではなく、まさに我々の法文化の豊かさを確認するものである。その限りで、我々はお互いから利益を得ることができるのである。従って例えば、究極的には条件理論に由来する重大な契約違反の際の解除権は、国際売買法における勝利の進軍の後、債務法改正委員会の考え方によれば、我々においても法律上確立されるべきものであるとされる⁽²⁶⁵⁾。他の問題では、例えば契約解消と履行拒絶権の間の区別の際には、我々はそのに対して、より豊かな解決策を発展させてきたように見える。契約が進展する中での、事情の重大な変更が考慮されないままではありえないことは、条項 (clausula) 理論と前提 (Voraussetzunglehre) 理論が BGB 立法者により拒絶された後に⁽²⁶⁶⁾、新たに再発見されなければならなかった⁽²⁶⁷⁾。イギリス法はこれに対して、法典化による区切りに妨げられない継続性によって、我々に強い印象を与える。もちろんイギリスで発展させられてきたフラストレーション理論は、法効果に関する限り、依然として条件構成により刻みつけられている⁽²⁶⁸⁾。条件構成に基づく、完全な解消

(264) 代表的なものは、この限りにおいて *Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Band I, 2. Aufl., 1984, S. 210.

(265) 債務法改正委員会の最終報告書, Bundesminister der Justiz 出版, 1992, S. 162ff. 参照, すでに *Zweigert/Kötz*, 前掲・注(83)第2巻 S. 232ff. *Ulrich Huber, Leistungsstörungen*, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I, 1981, S. 647ff. *Beinert*, 前掲・注(95)諸所に。 *von Caemmerer*, *Festschrift Coing II*, S. 33ff.

(266) 参照, *Motive*, in: *Mugdan*, 前掲・注(14), S. 109, 471 及び *Protokolle*, in: *Mugdan*, 前掲・注(14) S. 1174.

(267) *Paul Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, ein neuer Rechtsbegriff*, 1921. この法理の RGZ 103, 328ff. 以来の判例による継承については、参照 *Bernd Rütters, Die unbegrenzte Auslegung*, 1973, S. 40ff. 更に例えば、参照 *Malte Diesselhorst, Die Geschäftsgrundlage in der neueren Rechtsentwicklung*, in: *U. Immenga (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung*, 1980, S. 153ff. *Günther H. Roth*, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band II, 2. Aufl., 1985, § 242, Rdz. 465ff., 及び概説として *Joachim Meinecke, Frustration in the West German Law of Contract*, *Irish Jurist* 13 (1978) 83ff. 参照, その他の点では既に、*Windscheid, AcP* 78 (1892) 197 「黙示に言明された前提要件は、それに人が又反論しようとしても、再三再四、主張されるであろうというのが、私の確固たる信念である。戸口から投げ捨てられたそれは、再び窓から入ってくる」。行為基礎理論との関係における条件構成については、*Schwarz*, 前掲・注(8) S. 402.

[p. 171] と契約の変更なしでの貫徹との間の明確な二者択一は、法政策的にはある程度の利点を有する。ドイツの判例は、これに対して、法律効果の確定の際の、より大きな柔軟性になじんできたのである⁽²⁶⁹⁾。

こうして、我々はいつの間にか、現代法の問題設定に入り込んでいる。これは、法史学者大会の日に、総じて相応しいものなのだろうか？ 私はそう信じる。法史学の重要な課題の一つは、すなわち、現代の多様な個別現象の基礎にある発展ラインを目に見えるようにし、そしてそれによって、かの法の一般地図の作成を可能にすることにあるのである。これは、ブラックストーンがオックスフォードにおける日常の授業を行う際に念頭に置いていたことである。すなわち、「学問として積義する者は、……自らのとるべき方向を、法の一般地図と考えるべきであり、すなわち、その国の形、その接続、国境、地域区分と主要な都市を、明らかにするべきなのである」⁽²⁷⁰⁾。我々の意識形成に極めて重要なこのような法学地図は、しかし今日では不可避的にヨーロッパの地図でなければならない。周知のとおり、近年 EC 閣僚理事会の指令や規則に基づき、またヨーロッパ裁判所の判例によっても、ますますヨーロッパの法統一のプロセスが進行し始めている⁽²⁷¹⁾。しかしこの動きは、これまでのところほとんどが点描画的な仕方⁽²⁷²⁾で生じており、国内法の観点から見ると逆説的ではあるが、それど

(268) 上述・注(117)の箇所。

(269) 参照、この関連で良く似た方向を目指している、イギリス（またアメリカ）で折に触れて表明され、又 *Treitel* 前掲・注(83), S. 122ff. においても共有された、法律上当然の解消 (ipso-iure-Auflösung) に対する批判。また参照、*Nicholas*, *Tulane Law Review* 48 (1974) 956f.; *Trakman*, *Modern Law Review* 46 (1983) 49ff.。

(270) *Sir William Blackstone*, *A Discourse on the Study of Law*, 復刻 in: *Michael H. Hoeflich*, *The Gladsome Light of Jurisprudence*, 1988, S. 71。参照、また *Commentaries*, 前掲・注(248)S. 35。

(271) 例えば、概観として参照、*Oliver Remien*, *Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts*, *JZ* 1992, 277ff.; *Uwe Blaurock*, *Wege zur Rechtseinheit Europas*, in: *Christian Starck* (Hg.), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze – Bedingungen, Ziele, Methoden –*, 1992, S. 90ff.。判例の役割について、例えば参照、*Ulrich Everling*, *Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, *Rabels Z* 50 (1986) 193ff.。法統一の他の法典化されていない形については、最も新しい文献として参照、*RabelsZ* 56 (1992) 215ff.。

(272) 従って既に、*Hein Kötz*, *Gemeineuropäisches Zivilrechts*, in: *Festschrift für Konrad Zweigert*, 1981, S. 483。

ころかより大きな法の寸断に至っていることも稀ではない。新たなヨーロッパの法を、有機的でないまま国内法のシステムの中にばらまかれた、単に断片的な規整に留めるべきでないならば、⁽²⁷³⁾ まず第一に必要なのは、200年間にわたるそれぞれの国内法の継続形成の岩塊のしたに埋もれていた、我々ヨーロッパ法 [p. 172] の体系的・概念的・教義学的・理念史的基礎を、浮き彫りにすることである。この共通の伝統は、統一をもたらす大きな価値ある力である。また、この伝統を踏まえるべきなのは、有機的に進歩する研究と教育における法学を媒介として、基本的に時代に合わない法律学のナショナリズム状態を克服し、十分に耐えうる共同体私法の構築に基盤を準備することを使命とする者である。⁽²⁷⁴⁾

法史の側からは、このようなプログラムは、部分的な方向転換を前提としている。ヴァントシャイトが、民法典の発効の結果として、ローマ法の歴史的性格を強調することの影響を予想して記した言葉が思い出される。1858年に彼はこう述べた。⁽²⁷⁵⁾ 「この仕事がうまくいけば、ローマ法学は引退するのではなく、新たな栄光へと道が開かれるのである。と言うのは、ローマ法の考察を、純粹なローマ法として何ら副次的目的なしに考察することに没頭し、そしてローマ法の偉大さと美しさに耽ることができ 가능성이開かれたのであるから。そしてこれは実践的な仕事にもなろう。あらゆる実践的な仕事の中でも最たるもの、つまり教育という仕事である。ローマ法大全 (Corps Juris) の支配がドイツにおいて取除かれたときに初めて、ローマ法の教師の講義室はいよいよ満員となり、彼の足もとで青年に近づいた世代が……『美しさとは何か』を学ぶであろ

(273) この関連での批判は、また例えば *Hein Kötz*, *Rechtsvereinheitlichung—Nutzen, Kosten, Ziele, Methoden*, *RabelZ* 50 (1986) 3ff.。 *Christoph E. Hauschka*, *Grundprobleme der Privatrechtsbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, *JZ* 1990, 523ff.。 *Peter Ulmer*, *Vom deutschen zum europäischen Privatrecht*, *JZ* 1992, 5ff.。

(274) 参照、これについては例えば、 *Helmut Coing*, *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, *NJW* 1990, 937ff.; *Filippo Ranieri*, *Der europäische Jurist. Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe*, *Ius Commune* 17 (1990) 9ff.; *Reiner Schulze*, *Vom Ius Commune bis zum Gemeinschaftsrecht—das Forschungsfeld der Europäischen Rechtsgeschichte*, in: *Reiner Schulze* (Hg.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, 1991, S. 3ff.; *Reinhard Zimmermann*, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, *JZ* 1992, 8ff.。

(275) *Das römische Recht in Deutschland*, in: 同, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 1904, S. 48.。

う」。これは、50歳足らずのローマ法の教授が、法学に時代を引き合いに出すことの要請をサヴィニーが主張したのちに、自尊心と無力さの中で描いた、心を動かす新たな役割であった。法学の以前の立役者の地位から、法律学的芸術史学者になってしまったのである。⁽²⁷⁶⁾

[p. 173] これに対して、今日なお我々は、過去の何十年の間、我を忘れてただひたすら美の考察に耽っていなかったか否か、また同様に、既にヴィントシャイトによって呼び起こされた（「鋭く冷徹で、……そしてなお見慣れた人物のような」）⁽²⁷⁷⁾過去の大理石像に満足を見出していなかったかどうか、という問題が生じる。私は、今日、それはそれで断固として法学の一部と解される法史学が、実践的に少なくとも同様に重要で（なおかつ正統で）あると思う。そして、法史学は、法典化を通じて広くバラバラにされた認識上のつながりを、現行法の^{かんよう}涵養と継続的發展により再生させ、特に法学のヨーロッパ化のための道を準備し、それによって厳格な分野的限界がないというその特徴を生かして、継ぎ目なしに、かつての普通法学に対する一定の代用として成立する法比較に移行するのである。⁽²⁷⁸⁾それゆえ、イギリスの傑出した法史学者であるフレデリック・ウィリアム・メイトランドが、19世紀を振り返って法史学の課題として述べた言葉を持って締めくくりとさせて頂きたい。「次のこともまた認識されるであろう。すなわち、精力的な法の改善努力は、法史を熱心に研究することにより、妨げられたのではなく、促進されたということ。もし、あるとき歴史的なスピリット（精神）が、宿命論的で法の改正に敵対的に思えたのであったなら、その時代は既に過去のものである。……現在我々は歴史研究の機能を、過去は現在に、現在は未来に作用するに違いないという影響力を説明するもの、したがって解明するものとみることができる。今日、我々は一昨日のことを研究するが、それは昨日が今日を、また今日が明日を⁽²⁷⁹⁾麻痺させないためである」。予言的な言

(276) *James Q. Whitman*, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change*, 1990, S. 228.

(277) 上述注(275)と同様。

(278) 賛同するのは、*Kötz*, *RabelsZ* 54 (1990) 771。この意味で基本方針を示すのは、同、“Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?“, *JZ* 1992, 20ff.

(279) *A Survey of the Century*, in: *H. A. L. Fisher* (Hg.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Band III, 1911, S. 438f.

葉である。我々も、超国家的な伝統に一昨日を結び付けるよう正しく振る舞おう。昨日のナショナリスティックな枝分かれが、未来への道を遮ることのないように。

[訳者あとがき]

本翻訳は、ハンブルグマックスプランク研究所にて在外研究の機会の折に、Reinhard Zimmermann, “Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter …” *Condicio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts*, AcP 193 (1993) S.121-173 を翻訳したものである。Zimmermann 教授にはラテン語訳などで大変お世話になった。この場を借りて心より感謝申し上げたい。

(280) (訳者注) なお、この論文の題名の由来になったオードの一部を参考までに次にあげる。教授の人柄及び歴史に対する思いが表われているように思う。

* ジョン・キーツのオード「ギリシャの壺に寄す」*Ode on a Grecian Urn* (壺齋散人訳)

耳に響くメロディに増して 沈黙のメロディは甘い

それ故描かれたラッパたちよ

耳にではなく心に向けて吹き鳴らせ

音を伴わぬ旋律を

Heard melodies are sweet, but those unheard

Are sweeter; therefore, ye soft pipes, play on;

Not to the sensual ear, but, more endear'd,

Pipe to the spirit ditties of no tone: