九州大学学術情報リポジトリ Kyushu University Institutional Repository

再交渉義務論について(一): 交渉理論と契約法理論 の交錯

山本, 顕治 九州大学法学部助教授

https://doi.org/10.15017/2049

出版情報:法政研究. 63 (1), pp.1-113, 1996-07-21. 九州大学法政学会

バージョン: 権利関係:

本 顯 治

第一章

ホルン再交渉義務論の概観とその問題点

制度と日常性の狭間で

第五章 終わりに 関係性衡量と交渉促進 -契約法の交渉論的転回に向けて--

第四章

アンドレアス・ネレ『再交渉義務論』

第三章

ホルン以降の学説の展開

第二節

批判的検討

―ホルンのアンビバレンツ-

-(以上、本号)

交渉理論と契約法

第一節

ノルベルト・ホルンの見解

63 (1 • 1) 1

制度と日常性の狭間で

常生活における言語活動により生成される秩序として契約という現象を捉えようとし、かかる視角から契約法を読 ŧ できるとする立場である。 うとする立場であり、 立した「制度」としての「契約法」ではなく、言語を介した当事者の「かかわり合い」の次元から、契約法を論じよ 解こうとする立場も存している。後者は、 他方においては、契約というものが優れて我々の日常的言語実践としての性格を有することに着目しつつ、我々の日 の次元に属するものであり、よって仮に契約という現象が我々の日常的生活実践の次元にかかわる現象であるとして ローチしようとするのかは、 わが 法解釈論としては、 国において契約法を論じようとする時、 またかかる視角でこそ、現代の法化社会における新たな私的自治論の可能性を見いだすことが あくまで「制度」としての「契約法」を論ずるべきであるとの基本的立場がある。 重要な問題である。一方では、契約とは、 日常的生活レベルにおける契約実践の具体的な「ありよう」に着目し、 いかなる分析視角においてそもそも「契約・法」という現象にアプ 確立された「国家制度」としての「法制度 確 み

ない。 ばしば誤解されているように、 の立場を採り、 も存立しうるものであると考えたい。ただ、このような日常的生活実践に基底的な意義を見いだすとすることは、 かかる基本的な分析視角の相違に関し、 日常的な生活実践は、 かかる日常的生活実践における当事者の意味付与行為を基底として初めて、 制度に意味を与え、制度を存立させるものではあるが、同時にかかる制度により生活実 制度としての契約を限りなく相対化し、また解体することを直ちに意味するものでは 本稿においては、日常的な生活実践により基底的な意義を認めるとの後者 「制度としての契約法」

向けるならば、

当事者間「交渉」とは、

たんなる法的効果付与の「対象」や、「実務的ノウ・ハウ」としての位置

と制度とが対峙・協働する契機を捉え直そうとすることである。 関係が日常的実践活動という基盤の上で生成する現象であると理解することによって、新たな位相で日常的実践活動 した制度により自分自身を構造化するという動態的な循環関係を直視しつつ、 生み出されているということも看過しがたい。 践自身を構造化して行く契機を内包するものでもある。 その基底をなすものであるが、しかし同時に制度としての契約法により、日常的契約実践自体に一定の構造が 重要なことは、 つまり、契約という実践活動は、 このような日常的実践活動が制度を産み、 しかしなお、このような動態的な循環 制度としての契約法を存立 自ら生み出

こなかったように思われる。 う次元である。 する多くの文献に見られるように、いわば、 るレレバントな事実群の一部を構成するものとしてのみ関心が払われるか、 過程の諸局面に遍在するものとして見いだすことのできる現象である。 明示的な「改訂交渉」、 であることがほとんどである。 れるように、 のような当事者間「交渉」という次元を中核に据えて契約法をトータルに捉えようとすることは、 と呼ばれる締約後の当事者関係における契約の「具体的運用過程」、またかかる運用過程における契約の そして、このように日常生活実践として契約を捉えるために本稿が手がかりとするのが、 法的効果を「付与すべきか否か」をめぐる議論のなかで、 当事者間になんらかの接触が開始し、 あるいは紛争が発生した場合における「紛争処理交渉」等々、 解釈論的関心が払われる場合であっても、 しかし、 ひとたび契約法における 実務的ノウ・ハウの問題として扱われているに過ぎないか、 契約の締結に向けた具体的な交渉、 「制度」 契約締結上の過失責任の議論に典型的に見ら 効果付与の「対象」として しかし従来、 と「日常的生活実践」との緊張関係に目を あるいは、 わが国の契約法学において、 当事者間 契約書のドラフティングに関 あるいは従来 当事者間の 「交渉」は実は契約 ほとんどなされて 「事態」と呼ば 「交渉」とい 「履行過程」 のどちらか 「調整」や、 n

に

能しえないものとして現れるのであり、また場合によっては、 決してとどまるものではないことに気づかされる。当事者間「交渉」とは、それなくしては、そもそも制度自体が機 制度自体を逸脱し、相対化することによって、 制度自

体を変容させるものとしても立ち現れることになるのである。

うに思われる。 を構成しようとすることは、 そしてこのように日常的生活実践に基底的な意義を見いだしつつ、当事者間の「交渉関係」に着目して契約法理論 わが国の契約法論に対して、たとえば以下のような新たな分析視角を提供してくれるよ

履行」問題自体が実は真の問題なのではなく、かかる「もめごと」が顕在化する以前の通常は「本旨に従った履行」 係にある当事者の視点からすれば、これらは継続した契約関係のなかにおける「一連の運用」を構成するものとして 体的状況に応じた「運用」を図っているのである。それは制度の論理からすれば、「本旨に従った履行」とされるか、 渉関係の中において、新たなかかわり合いを継続的に形成しつつ、締約時に一旦確立されたと見えた契約ルールの具 プロセスにおいて、 連続的なものとして捉えられているのであり、必ずしも截然と区別されているわけではない。 によって、どのように当事者間関係を「調整」しているのかという観点からの分析が可能となる。当事者はかかる交 として肯定的に当事者に認知されている場合もある。逆に紛争が発生した場合も、 「事実上の逸脱的運用」として、なんらかの または「不履行」とされるものであったり、また「履行の危殆化」、さらには「契約の調整」や「改訂」あるいは 見すると「不履行」に分別される事態が、必ずしも当事者の紛争を喚起するわけではなく、むしろ「弾力的運用」 まず、契約締結交渉から、締結後の具体的運用関係、さらには履行結果の見直しや、 両当事者が互いのかかわり合いのなかで法的ルールをどのように「生成」「運用」 「性質決定」を経た上で「分別」されることになるが、 現在争われているかに見える「不 紛争処理手続にわたる全契約 制度の論理からすれば、 しかし、 し、そのこと 契約関

ルは当事者間の交渉関係、

かし、

日常生活実践としての当事者関係に基礎を置く本稿の立場からは、

ないしはより広い当事者間の

「かかわり合い」のプロセスの中で、常に相対化されるモメ

現実の契約紛争においては、

法的

かで法的ル

排除され

られるのである。 と評価されるはずの当事者関係のなかに、 当事者の不満を蓄積する真の要因が隠れているという場合も極めて多く見

従っているわけではないという事実は、一方では「事実上の問題」として法解釈論の課題から除外されるか、 それがまた裁判の責務であると理解されることになる。このような見方からすれば、 従い契約関係が遂行されて行くのがあくまで契約関係の ができるか、 は解釈論的に取り上げられるとしても、 ル かる契約ルールに基づいて判決を下すことにより、「常態」を「基準」とした「解決」を図ることができるのであり、 全過程に法的判断を下して行くことができると理解されることになる。 されてきた観がある。 とは異なった運用をなしているという事実、 (および、 従来の見解においては、 との観点から取り扱われることになりかねない。 裁判官)に対する「拘束性」という観点からのみ論ぜられるということがほとんど暗黙裡に前提 かかる観点からすれば、 裁判規範として理解するか、 あくまで「跛行的な事態」であるとして、 締約時に定立された契約ルールないし、 また終局判決が下されたとしても、当事者が必ずしもかかる判決に 「常態」であり、 行為規範として理解するかを問わず、 つまり、 かかる「常態」 紛争が発生した場合においても、 Ļ۵ 当事者が自ら定立した契約ルー かにすれば 事前に制定された契約法規に を 「座標軸」 「常態」 に戻すこと 契約ル として契約 あるい ル は か

ントを有しているということはなんら例外的な事態ではないと位置づけられることになり、 ねばならない ールが新たな意味付けを与えられた上で、 「跛行的な事態」であるとも考えられないことになる。 柔軟に運用されるということは常態としてみられることであり、 現実の契約取引ないし、 またそれが法制度にとり 63 (1 • 5) 5

じた調整を図る機会が存しているということこそが、契約関係の円滑な遂行を可能にするための不可欠の条件である ことにこそあると考えられることになる。 そしてかかる観点からする契約法学の主要課題は、詳密化された「条件プログラム」を提供することにあるのではな と評価されることになる。 約過程における「工夫」であると考えられるからである。ここでは、むしろ「不満」を互いにつき合わせ、状況に応 そしてそのことが、当事者関係において恒常的に発生する様々な「不満」を抜き差しならないものにしないための契 く、当事者自身の手による状況に応じた契約の「具体的運用」を「促進」するための法理と観点を提示しようとする る契約過程はあくまで当事者自らが形成・運用する動態的過程として捉えられねばならないと考えられることになる。 常態」を「座標軸」として評価されるものとは考えられず、むしろ恒常的に変動するものであること、そしてかか かかる観点からは、契約現象ないし契約過程とは、もはや契約ルールにより同定される

増そうとすればするほど『意思の水増し』が行われる」というアポリアにたいして、法律関係の「設定」と、定立さ るが、一旦成立すればその効果発生の次元に関しては、法秩序にそもそも服することを予定している」という解答も つに過ぎないものとして扱われかねないことになるのである。 自治論」にも新たな分析視角を提供するものであると思われる。無意識的に制度の側から契約という現象を把握する れた法律関係にたいして付与される「法律効果」とを区別し、「意思は契約規範を成立させるものとして不可欠であ の具体性を維持しようとすれば、問題解決基準としての実効性を失い、他方、 さらに、 法的制度からの視点をつきつめれば、契約もまた「意思という重要な事実」を構成要素とする法的判断対象の「 つきつめれば法制度にとって、契約とは法的評価の対象としての一つの「事態」に過ぎないものとなりかねな 交渉関係という空間に定位しつつ契約現象を理解しようとすることは、 いわゆる「意思主義のディレンマ」と呼ばれる「意思 問題解決基準としての意思の実効性を わが国の契約法学における 「私的

ているものであることは忘れられてはならないと思われる。(チ また、「法を司る意思」から「法に規律される意思」への転換という、 いわば意思原理の自己否定の契機を内在させ

しようとする意思もある)、他方では制度は意思を「規律」・「馴致」しようとし、反対に意思は制度を「逸脱」・「潛 ならず、当該契約への制度的制約を「逸脱」しようとする力としても当事者意思は働いていることは決して看過され 通して、当該契約からの具体的効果発生を当事者意思は促していると考えられるからである。 の意味付与行為を通じて契約を継続的に形成しているのであり、そこでは、当該契約にたいする主体的な評価づけを か疑問がある。 意思と法秩序とが緊張関係に立つことは否定できず、法律効果の発生が制度的制約に服すると端的に述べてよいもの さらに、より重要なこととして、 法律関係設定」の段階と「法律効果発生」の段階とを「仮に」区別できたとしても、 現実の契約プロセスにおいては、契約がいわゆる「成立」した後も、当事者意思は、 つまり、 制度と当事者意思とは契約の全過程を通じて、ある面では協働しつつ(制度を積極的に援用 かかる契約成立後の当該契約への効果付与において当事者意思は働いているのみ 後者において、 常に当該契約 なお当事者

受けとめられかねない。 視野が限定されてしまうとすれば生じうる一つの帰結がここには示されている。 を引きつけてやまない指摘が時になされながら、 る解答では、 脱」しようとすることによって、 かかる意思と制度との対峙・緊張関係が「制度的世界」の「内部」で生起することであるかのごとくに 自己決定の原理や、 両者は対峙するものとして現れるのである。しかし、上記のような意思理論からす(§) 私的自治原理の前国家性という、ある面においてはそれ自体今なお我 実際の考察においては、 法制度の側からの「契約法」の分析にその

らば、 契約や当事者意思とは成立した瞬間に法制度の評価対象としての地位に貶められるといったものではないはず 契約とは我々の日常生活実践における「かかわり合い」の一つのあり方であることをもう一度想起するな

生活レベルでの関係性を形成している。 み入れつつも、 契約法の制度的拘束性は相対化されているのである。 である。 他方では、 当事者は制度が提供する法的な評価・プログラムを念頭に置きつつも、 他方ではかかる制度の論理自体をつき動かし、相対化するものでもある。そしてこのような制度と日 日常的な実践活動における一つの「手がかり」としてこの契約法制度が認知されることにより、 つまり、 一方では契約法という制度の及ぼす拘束性が当事者により意識され かかる当事者の日常生活実践は、 他方で極めて多様で、 一方では制度の論理に足を踏 動態的な日常

重大な重心の移動について正面から考察することであろう。それにもかかわらず、 らば、ここでも重要なことは のできるところである(これはおそらく私も含めて、 提のなかに取り込むことによって、その制度理解の位相を微妙に変位させているということもまた広く見いだすこと 係に立つ「営み」そのものなのである。 かかる批判を通して論者自身が浮動する自己の た制度理解が存しているわけではないことに我々は容易に気づく。「社会学的知見」という批判の内実は、 かしかかる見解においても、 常性の間にまたがる当事者間の実践的関係性の総体こそが「契約」という現象なのではなかろうか しようとする見解には、 という限界があることは忘れられてはならない。 法制度の論理に視点を固定化する見解からは、 の動態化をどこまで押し進めることができるのか、また押し進めるべきかという、 契約や当事者意思を、結果的に法制度の側からの評価対象以上のものとして位置づけられな その立脚点としているはずの 「社会的事実」か「制度」かではなく、両者の循環関係を認めた上で、それ自体浮動す しかも、かかる批判のなかで、無意識的に自ら批判するものを自身の理論前 「制度理解」をなんとか確認しようとする、 かかる知見はしばしば社会学的な考察に過ぎないとも言われ かかる見解においては、 誰もが免れがたい人間の「理解のあり方」である)。とするな 「制度」の内実を問いかけてみるならば、 意思や契約は、 なお法制度の論理に視点を固定化 法的評価の際に、 それ自体解釈学的循環関 微妙な、 なにか確固とし しかし極めて 法が可

る

狭間

「の越境」を正当化する原理として捉えられるべきことになる。

ての

及的に尊重すべき「一つの事態」 以上のものにはでないことになりかねないということは決して忘れられてはならな

気づかされる。ここでは、意思とは「抽象的意思」ではなく、 出るものではなかろう。むしろわが国における現実の契約取引に関わっている「具体的な顔をもった当事者」に目を は、 るならば、 とにはならないことに我々は留意する必要がある。この現実の当事者について「主体性」というものを語りうるとす 盾とゆらぎ」を内包するものであることを理由として、「合理的当事者」というフィルタをかけることにより、 方とのかかわり方により相関的に形成・変容されてゆく意思」なのである。しかし、 制度の側から把握された「合理的意思」ではなく、 向けるとき、 このような理解では、 責任という近代法の理念に支えられた、 者意思というものも、 「等身大の当事者」を制度に「包摂」しようとすることは、なお現実の当事者に内在する さらにまた、 常に制度の論理に規定された「抽象的意思」ないし「合理的意思」へと傾斜するモメントを有している。 「主体性」というものであると考えられるからである。 それは かかる当事者は 日常生活実践の一部を構成するものとして契約現象を把握しようとする本稿の立場からすれば、 「矛盾とゆらぎ」を内包しながらも「制度と日常性の狭間を越境しようとする力」を持つものとし 結果として私的自治もまた制度の側から把握された「制度内での私的自治」という地位以上に 制度的観点から捉えきることのできるものではないと理解されることになる。 「制度」と「日常性」との狭間を迷いながらも行き来する主体として立ち現れることに いわば現実の人間を捨象した「仮想としての近代人」に基づく「意思理論」 本来的に「矛盾とゆらぎを内包した意思」であり、しかも 現実の取引における「具体的意思」であり、 この現実の当事者がかかる「矛 「主体性」を汲み上げたこ それは法 「相手 しかし、

「制度と日常性の

そして「私的自治」とはまさにかかる

かかる観点に立つことにより、

はじめて「私的自

て、各人が各様の生き様を迷いながらも形成して行くことを「支援」し、またその中で自身もまた構造化されて行く ラルなルールの束」として捉えられるのではなく、正と善とが不可分に織り合わさった具体的な関係性の直中にお 治」は「制度による馴致」を限りなく逸脱しようとする原理としての力を取り戻すことができるように思われるので かかる見解においては、 もはや契約法とは、各人の善き生(善)に対して中立的な、正義(正)を司る「リベ

という実践的活動の「工夫」の総体を意味するものと理解されることになる。

るからである。 理論に依っている。 すことができるのであり、 交渉義務」という問題領域であると理解されるからである。その際、主な議論の素材は近時のドイツにおける契約法 契約「法」による関係性の規律か、それとも関係性の促進か、等の諸問題が集約的に示されているのが、まさに「再 |再交渉義務論||を取り上げることにしたい。制度と日常性、また交渉関係におけるルールの具体的運用、 以上のような問題意識を背景に、具体的に議論を展開するための素材として、本稿では、契約法におけるいわゆる 締約後契約関係の調整をめぐる議論の中で、伝統的な契約法理解の微妙な揺れをそこには見出だ わが国おける「契約」の基本的構想を再考するためにも示唆するところが大きいと思われ さらには、

1 井上正三ディベート集1―』(一九九三年)が重要である。また、契約法学においては、児玉寛教授や、山本敬三助教授、 成と現代法理論』(一九八八年)所収、山本敬三「民法における法的思考」田中成明編『現代理論法学入門』(一九九三年)所 五号(一九九三年)、大村敦志「典型契約論 に大村敦志助教授による論稿が参考になる。参照、児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義編『近代私法学の形 かかる動態的な制度理解の必要性をあらためて喚起させるものとして、法生態学研究会編『裁判活性論―法律学は対話だ・ 同「現代社会におけるリベラリズムと私的自治 ―契約における個人と社会― ―私法関係における憲法原理の衝突― (一) (二)」論叢一三三巻四号、 (一)─(五)」法協一一○巻九号、一一一巻七号、

一二号、一一二巻七号、一〇号(一九九三年~一九九五年)。

提起の書であり、契約法学にとっても、学ばされる点が多い。 社会学者の手になるものであるが、 盛山和夫『制度論の構図』(一九九五年)もポレーミッシュな指摘に満ちた問

- この点を指摘するものとして、たとえば、前掲・大村「典型契約論(二)」九三四頁以下、九四三頁参照
- 2
- 3 ことにより、その「水増し」を批判し、そのことによって純化された意思の法律行為において占める中核的位置を再確認する、 それ自体法制度の規範的評価に服する、という見解も同様の問題を抱えている。もっとも、契約法における広く「意思尊重論」 というところにその主張の要締があるように思われる。 題の解決基準とする」とまで述べているわけではない。むしろ意思の射程範囲をまずもって法律関係の「定立」へと限定する ものであることを尊重する、とする点に広く共通点が見られる。当然のことながら、かかる動向は、「意思をもってすべての問 ても、端的に法的評価に服するというのではなく、あくまで法律関係設定の次元における自己決定による法律関係定立を経た 効果付与レベルとを区別し、前者の次元における自己決定のモメントの重要性を強調する、ということ、②後者の次元におい とでも呼びうる見解にもそれぞれ相違があり、容易に一括することを許さないものがある。ただ、⑴法律関係の定立レベルと、 同じく、「法律行為」と成立した「契約」とを区別し、一旦成立した後は、後者は前者とは独立した存在となるのであって、 たとえば、河上正二「契約の成立段階 ――「意思」の取り扱いを中心に―」私法五四号(一九九二年)二八頁以下。

を産み出すこととなっている、③法律関係設定後の、効果付与レベルにおける意思の役割が十分解明されているとは言いがた 化されていない、結果として、「自己決定の保障」の名の下に、パターナリスティックな介入を安易に認める近時の一部の動向 わゆる「自己決定のなされる環境」に関する諸問題について理論的関心が向けられていない、あるいはかかる考察が十分に深 主体」に対する考察がなされず、近代的・合理的な「主体」が無意識的に前提とされている、⑸自身の前提とする「契約観」を 価に服するものである、②自己決定の中核性を維持することに力点がおかれるあまり、現代の契約問題の大部分を占める、 てよい」とする「自己決定概念の規範化」への転換がなされている。すでにかかる規範化自体、法制度の観点からする価値評 自己決定があったといってよい」といわれる場合に典型的に見られるように、「現にある自己決定」から、「自己決定と看なし 核とする意思、ないし自己決定概念の問題性であり、たとえば「強迫状態があったとしても、なお選択余地が残っている以上 い等の問題がある。さらに近時問題視されているところとして、 しかし、そうであるとしてもなお、意思尊重論にはたとえば次のような問題が指摘されることになろう。つまり、⑴ (4) 「意思」ないし「自己決定」というものを担う「等身大の

題ではないことには留意されるべきである。ただ、私にとっては「契約正義→司法的内容規制」を持ち出す以前に、なお意思 いわゆる「意思から正義へ」と表される契約法理論の動向にもそのまま当てはまるものがあり、必ずしも意思尊重論固有の問 おける意思の重要性にたいする「信念」を持ち出すだけでよいのかとの疑問がある。もっとも上記の批判のいくつかの点は ということが問われるはずのところ、かかる観点が展開されることがない、等々の問題がある。最後の点は、単に法律行為に 理論的な位置づけが欠けており、そこではたとえば「リベラリズム」や「共同体」の問題、また、そもそもなぜ「意思」か、 自覚的に析出した上でその問題点を検討するという作業がなされていない、⑹「私的自治」や「自己決定」の原理の(社会)

(5) この点につき、井上正三教授は我々の日常的実践活動の中で、制度が「逸脱」されてゆくありように法律学は目を向ける ティーク』(一九八七年)参照。 年)一八八頁。なお、セルトーの「密猟」概念については、山田登世子訳、ミシェル・ド・セルトー『日常的実践のポイエ ざして」新堂幸司・井上正三・小島武司代表、「交渉と法」研究会編『裁判内交渉の論理 必要があることを指摘し、それを法的「権利」「義務」の背後にある制度利用者の「関係形成構造」と呼ぶ。そしてかかる逸脱 プロセスを比喩的に、制度の「密猟」(セルトー)という言葉をもって表すのである。参照、井上正三「プロセスの活性化をめ ―弁論兼和解を考える―』(一九九三

尊重論の持つポテンシャルから学ぶべきことは多く残されているように思われる。

- (6)) この点については、「近代」と呼ばれるものに内在する「重層性」を析出しつつ、「近代」というものが「構成」されてい るその「ありよう」を現代ドイツの社会理論、法理論の展開の中に活写し、現代ドイツ法理論、社会理論におけるいわゆる の近代 ―西洋的理性とポストモダン―』(一九九二年)、同『現代法の透視図』(一九九六年)が教示に富む。 ポスト・モダン」の法秩序をめぐる模索の現場を描くものとして、村上淳一『ドイツ現代法の基層』(一九九○年)、同『仮想
- 7 三〇頁、同「『契約の成立』をめぐって ―現代契約論への一考察―(二)」判タ六五七号(一九八八年)二六頁 契約法学においては、河上正二教授がしばしば用いられる表現である。参照、前掲・河上「契約の成立段階」私法五四号、
- (8) ここでいう「当事者の主体性」とは、明確な「自己決定」を伴った「近代的な主体性」と等置されてはならない。ここで らも、他者とのかかわり合いのなかで自らの生を自己解釈し、選びとってゆくその「振る舞い」のなかに見えかくれする主体 やかに法に背を向けて、法から逃避しようとすることで、法と日常性との境界を結果として越境する当事者の「無言の背反 の主体性とは、自らの権利擁護のために法を合理的に援用したり、また法に正面から抗する主体性なのではなく、 のなかにこそ顕現するものなのである。それは極めて浮動的で、不確定さを常にその内に含むものである。しかし、迷いなが

ものなのである。 性というものにこそ我々は目を向ける必要があると思われる。それは、「主体性」と声髙に語ることさえ、もはやためらわせる ようなものなのであり、当事者の「咳き」や「語り」に我々が耳を傾けることによってはじめて、我々の前に立ち現れてくる

(9) 誤解を恐れずに述べるならば、「私的自治」とは法制度を時として逸脱しようとする原理なのであり、 ないのである。 を不安に陥れる)我々自身の立脚点が問われている問題であるように思われる。さもなければ、わが国における「私的自治論」 それが法制度との間で引き起こす緊張関係をどこまで直視できるのかという(法律学者としてはある意味で自分自身の 来的に具有する「矛盾と多様性」が現前の問題において顕現することを我々がどこまで受けとめることができるのか、 ちに関係が「円滑」にまた「合理的・主体的」に進展すると想定することもまたできはしないのであり、むしろ、私的自治が本 場合によっては容認しがたいほどの「猥雑さと多様性」を本来的にその内に含むものである。それは「合理的な」私的自治 というものも、 が営まれる場そのものに内在する原理であると考えられる。かかる観点からすれば、「私的自治」を喧伝することをもって、直 「コップの中での私的自治」であり、 望ましい」私的自治、 つまりは さらには「合法的な」私的自治といった形容を本来的に拒絶する、我々の矛盾と多様性に満ちた「生_ (我々の社会生活においてはある面ではマージナルな位置を占めるにすぎない)「法律学」という いわば「法律学による法律学のための私的自治」というもの以上にでないことになりかね 法制度からすれば、 「基盤 そして

第一章 ホルン再交渉義務論の概観とその問題点

第一節 ノルベルト・ホルンの見解

周知のように、ドイツにおける再交渉義務論の代表的論者がノルベルト・ホルンである。一九八一年の債務法改革

学の分析視角に拘束されつつ、他方では、かかる分析視角の限界の克服に向けた解釈理論の手がかりが萌芽的に示さ における再交渉義務論の理論的牽引車となっている。 の契約の拘束力」等々の一連の関連論稿のなかでホルンは自身の「再交渉義務論」を展開させており、ドイツ契約法 のとして、一九八四年における『長期契約調整論』の公刊、さらに一九八五年にNJWに公表された「事情変動下で 鑑定意見における「再交渉義務論」への言及および、同年におけるAcP論文「再交渉義務論」の公表を代表的なも ホルンの見解においては一方では依然として従来の契約法解釈

結論を先取りするならば、再交渉義務論に関するホルンの見解の特色は

本稿の問題意識からしても、改めて検討に値する見解であると考えられる。

れており、

- (1) 契約調整過程の動態とその多様性に着目した解釈理論の展開
- ② 契約調整における「手続論」の重要性の指摘
- (3)契約調整過程における当事者の私的自治の尊重、 またその反映としての規範の「交渉促進」機能への着目
- 4) 実体法論としてのトピク論および議論の理論の採用

という四点にあるといってよい。以下、 まずホルンの見解の上記特色を概観し、次節でその問題点を検討するもの

第一 契約調整過程の動態への着目

渉」の役割の重要性であり、裁判や仲裁という「制度」の「内・外」で、 調整問題」を考察しようとするその分析視角である。その際、 ホルンの見解の第一の特色は、 取引社会における契約過程の現実に眼を向け、 ホルンが特に注目するのは、 かかる「調整交渉」が実際問題として重要 かかる契約過程の動態の中で「契約 契約調整における「交

論の光を当てようとする基本的問題意識を見て取ることができる。 考察から排除するのではなく、 な役割を担っているという現実である。 いわば 「事実と規範」とが交錯する問題領域と位置づけた上で、 そこには「調整交渉」という契約実践を、 単に 「事実の問題」として制 両者の緊張関係に理

関係の たという(ARC, p.26, AIV, S.26f., S.33, S.47ff.)。しかし、多くの契約取引の現実においては、 ٢ に適合させるかということが重要な課題となるというのである(ARC, p.26, AIV, S.26f.)。 まず、 (2)契約関係の調整、 「存続」に多大の関心を有しており、 ホルンは、 契約環境の変化を前にして当該契約に対して当事者が取りうる態度としては、 という二つが重要であるが、 かかる場合には契約関係を存続した上で、 伝統的には前者の「契約関係の解消」 いかに当該契約を環境の変化 が主として論じられてき 当事者はむしろ契約 (1)契約関係の解消

、本来的に調整を予定する契約類型

工事請負契約、 れてゆくという性格を有しているものがあり、 特に長期的かつ複雑な契約においては、থ が、本来的に予定されているということができる(TLI, p.6)。ここではホルンの掲げる各種契約の内、 プラント建設工事請負契約、 契約締結後の当事者間の関係性の進展の中で、 (2)資源採掘契約、 かかる契約類型においては契約の存続を前提とした契約関! を例にとってみよう(ARC, pp.112-121)。 契約内容が漸次的に確定さ (1)建築

開始を望むという場合があり、 (1)まず、 建築工事請負契約では、 契約上重要な事項につき未確定のまま契約を締結せざるを得ない場合があるとい 事前調査自体既に多大の費用がかかる場合、 また注文主が可及的に早期 われ 工事

これらの場合には、そもそも締約段階において、 契約内容は締約以後の工事の進展のなかで漸次的に確定されざる ている(AIV, S.10, ARC, p.112)。

ば、 70)。結果として、ホルンは「契約調整」という概念を広義に用い、そこにはいわゆる欠缺補充の問題も含めて用い between partners)、予期しがたい契約環境の悪化 (unexpected setbacks)、その他あらゆる理由から生ずる履行上 味で契約調整をより包括的に理解するためにはかかる欠缺補充の問題も契約調整問題の視野から落とすことはできな 時の欠缺の補充」とはいいながら、実はそれが契約締結後の事情の変化に即応しつつ、「将来にむけた契約関係の展 ているのは、いわば契約締結後の欠缺補充であるともいえる。しかし、ホルンは、実際の取引実務においては を得ないことになる。このような契約は「オープン・コントラクト」(open contracts) と呼ばれるが、 いとする(ARC, p.123)。たとえば、国際商業会議所(ICC: International Chamber of Commerce)による、 るとする (AIV, S.16)。 の困難性」の「解決」(resolving)を含むとされていることがその一つの証左であるとホルンはいう (AIV, S.17, S た「標準約款」(standard clauses) においても、「調整」とは極めて広義の概念であると理解されており、そこでは 八年の"Adaptation of Contracts (Rules on the Regulation of Contractual Disputes)" (Pub. No. 326) で示され 「条項の不明確性 (lack of precision)、規律の欠缺 (existence of を可能にするための当事者間でのプラン設定の一手段として活用されていることは頻繁に見られるとし、 「オープン・コントラクト」とは、むしろ規律の欠缺を締約時において予定した契約であり、そこで問題とされ gaps)、当事者間の見解の相違 (differences 厳密にいえ その意 「締約

技術的設計に基づき締結されたように見えたとしても、 きないという場合が多い。つまり、 トの引渡というプロジェクト自体の複雑性のゆえに当初の契約の中であらゆる点についての詳細を規律することがで また、建築プロジェクト全体については契約上十分な規定が設けられている場合であっても、建築工事や、プラン 複雑な建築プロジェクトに関する契約においては、 現実には当該契約を具体的に実行する段階で技術的詳細につ それが一見したところ完全な

具体的決定内容を巡って当事者間で交渉がなされることになる。 事前に確定することは不可能であるからである。つまり、実際の建築作業、 充的な決定が積み重ねられねばならないのが現実なのである(AIV, S.20, AcP, S.259, ARC, p.113)。このような場 いて補充的に決定してゆく必要性が内包されている。 締約後の補充的決定を通じて、契約の調整が遂行さることになるが、 現実問題として、 契約の実行段階での技術的詳細についてまで かかる補充的決定がなされる際には、 組立作業の進展を睨みつつ、継続的に補 その

契約関係が発生する」といわれる。 階においては、 れているということができるのである。 プラントの建設段階においては、施行監理契約、下請け契約等々、極めて多様な契約群が存在している。以上のよう 調達の段階においては、 なプロジェクトの進行段階に応じた個別契約を通じて、プロジェクト契約を総体として見た場合の 応じた多様な個別契約の「集積」なのである。たとえば、 「契約締結時に確定された債務」の単なる「履行」を意味するのではなく、その実態は、プロジェクトの進行段階に 海外建築工事請負契約においては、「プラントの設計、 コンサルタント契約、ライセンス契約、プロセス性能保証契約等、的プラント建設にともなう機材の 機材の購買契約、 つまり、 調達サービス契約、 かかる契約においては、プロジェクト契約の「履行」とは、文字どおり 一條氏の掲げられるところによれば、 インスペクション契約、フォワーディング契約等、 調達および建設の各段階において実にさまざまな a)プラントの設計段 「調整」が実現さ (c)

契約 は以下のような「工夫」が凝らされている。ホルンによれば、契約金額の合意方法としては、 また、 (fixed price arrangement) やランプ・サム契約 (lump sum arrangement) (cost plus contract, cost reimbursable contract) がある(ARC, p.113)。固定料金契約やランプ・サム契約に 特に当事者の主要な関心事である契約金額について合意をなす場合にも、 があり、(1) 締約後の価格調整のために実務上 他方の極にコスト・プラス 一方の極に固定料金契

"the bill of quantities contract"(B/Q契約)と呼ばれるものもあり、これは、設計図、仕様書、目録等により契 性を確保しようとされるのである(ARC, p.113)。 実際に完成した作業の量に応じて支払代金を算出するという方式である。かかる代価算出方式によって、 約プロジェクトの詳細が規定されている場合に、各作業ユニットないし作業品目ごとに料金を決めておき、 れる場合、両当事者は代価の一部を固定料金制とし、他の部分については事情に即応した価格調整をなすものとする 変更に伴う費用増加のリスクを一方当事者が全面的に負担することになりかねない。よって、リスクの発生が見込ま おいては、 というように、 コスト・プラス契約においては、 契約締結後の事情の変動により生じた費用増加のリスクは請負人側が負担せねばならないことになる。(ユラ) 代価の合意を二つの部分に分割することをもって対処しようとすることがある(ARC, 増加費用を注文者側が負担することになる。 結局いずれの場合においても事情 p.113)。また 契約の柔軟 他

- 資を回収し、さらに爾後継続的な利益を上げたいとする外国投資者の利害関心とが、プロジェクトの契約関係の進展 してみよう。 らの経済的利益を最大限に得たいという受け入れ国(host country)の利害関心と、ハイ・リスク状況下でなした投 により試みられることになる(ARC, pp.115-119)。以下ホルンの叙述に従い、プロジェクトの進行段階に応じて概観 の度合いに応じて、 (2)次に、 資源採掘契約 位相を変えつつ相対立することになり、かかる利害対立の調整のための様々な「工夫」が当事者 (mining contracts) においては、 (18) 資源開発事業を効果的にコントロールし、
- (i) たプロジェクトの初期段階自体、 となるのか、また当該資源採掘から得られる利益はどの程度のものか明確に予測できない場合が極めて多い。 ホルンによれば、まずプロジェクト開始段階においては、資源採掘のためにどの程度の資本および技術が必要 探査、試掘、 フィージビリティ・スタディ(feasibility study)といった複数の ま

それまでなされた取り決めとの調和を勘案しながら各段階における現在状況に適合的な取り決めが改めて検討さ り決めがなされることになる。 れることによって、 ステージを含むものとなっており、 契約に柔軟性をもたらそうとされることになる(ARC, p.117)。 つまり、契約内容を一回的・全面的に確定しようとするのではなく、そこでは、 それぞれの段階毎に、 融資(financing)、 生産、 マーケティングに関する取

(ii) 意している場合が多く、そのようなものとしてたとえば、 である (ARC, p.118)。 の現地加工の漸増等がある。しかし、様々な事由によりかかるプログラムが計画通り進行しない場合も多く、 は ない。 る場合にはこれらの条項を受け入れ国の経済的発展という目的に向けて再交渉により調整する必要が生ずるの プロジェクトが一応の軌道に乗った段階においても、契約の調整問題、交渉問題の発生はなんら例外的事態で 受け入れ国と投資者は、 受け入れ国側の経済発展を目的とした各種のプログラムを資源採掘契約中に合 現地雇用の漸次的増加、 現地雇用者の特別研修、 資源

か

- (iii) 離する当該契約の調整を求めて、 は当該プロジェクトの初期段階において行ったフィージビリティ・スタディに依拠しつつ、その調査結果から乖 契約環境に大幅な変動が生じ、 しかも契約中にリスク分配に関する規定が設けられていない場合には、 交渉を開始することになる (ARC, p.118)。
- (iv) れ国と外国投資者の間で交渉がなされることになる るという長所があるとされる。 る旨の取り決めが当初からなされている場合もある。これは、 政治的独立性を示すというシンボリックな意味があり、投資者にとっては安全裡に投資を引き揚げることができ また、 受け入れ国が段階的に合弁事業に対する持ち分を増加させ、 この投資引き揚げのプロセスにおいても実行の時期・手順等の詳細につき受け入 (ARC, p.118)° 受け入れ国にとっては、 最終的に全所有権を受け入れ国に移行させ 経済的利益のみならず、

天然資源に対する国家主権を盾に取り、外国投資者は国際法上の「既得権保護」の原則ないし、「契約の拘束力」の する条項と、様々な事情の発生に応じた契約の調整を図ろうとする条項の双方を含むものとなっており (ARC, p. 原理に基づいて自身の利益を主張することにもなる(ARC, p.117)。いずれの場合にも、利益対立の発生する多様な 119)、かかる場合、各当事者はそれぞれ自己に有利な条項を根拠に利益主張をなすことになる。 (v) 結局ホルンによれば、資源採掘契約は、 ここにおいても、再交渉による契約関係の「事実上の調整」が重要な役割を果たしているのである。 契約からの「利得配分の見直し」を契機として、当事者間に交渉がなされることになるのである(ARC, p.118)。 受け入れ国側も、他の様々な調整条項を根拠にかかる見直しの正当性を主張することになる。 得ているということでは、当事者間における実り多い協調関係を維持することができなくなるからである も、任意の再交渉が行われるのが通常であるという。特に長期契約においては、 整条項はかかる場合についての契約調整を認めると読みうるとし、さらにかかる条項が存在しない場合であって ルンは「ねたみはハードシップの要件をなさない」とする。しかし、これに続けてホルンは、いくつかの契約調 な法改正を禁ずる「安定化条項」(stabilization clause) を根拠に、かかる見直しに異議を唱えることになり、 対するシェアーを上げようと試みることになる。これに対して、外国投資家は、受け入れ国による投資者に不利 (windfall profits)を得、 (ARC, p.136)。かかる場合、受け入れ国は税率、採掘料、さらには輸出コントロールの見直しを通じて利得に 資源採掘が予想外の大幅な利益を上げ、特に外国投資者が国際市場価格の高騰により「たなぼた的利益 またそれにより相手方当事者もなんら損害を被っているわけではないという場合、 一方では「安定化条項」に見られるように当初の契約の固定化を図ろうと 一方当事者のみが多大の利益を また、受け入れ国は 結果として、当該

状況に応じて、再交渉という手段で利益調整が図られることは通常見られるところであるというのである(ARC, p.

一、契約調整条項の例

を取り上げてみよう(AIV, S.19ff., ARC, pp.121-140)。 条項」「引き継ぎ条項」「不可抗力条項(force majeure- Klauseln)・ハードシップ条項」「見直し条項・再交渉条項」 指摘する。このような例としてホルンが掲げる各種条項の内、ここでは「仕様変更条項」「利益保証条項」「価値保証 すものであり、その際、 さらに実務上、各種の契約調整条項が積極的に活用されていることも契約調整問題の取引実務における重要性を示 かかる条項を根拠として当事者間でなされる交渉が重要な役割を果たしている、 とホ ルンは

- 変更を主題とする形で開始することになる。 主が仕様の変更を求める権利を契約中に留保するとするものである。かかる条項には仕様の変更権のみならず、 主が仕様の変更を要求することで、契約締結後の具体的状況の進展を考慮した契約内容の調整を巡る再交渉が、 価格の修正 (1)「仕様変更条項」(Variations and Change Clause)とは、たとえば上記の建築プロジェクトの進行中に、 (特に増額) についての規定がなされることも多い(AIV, S.20, ARC, p.124)。 かかる条項に基づき注文 注文
- 方当事者におけるコストの増大、ないし利益の減少からくる損失を保証するものとする、という条項である(ARC, を基礎として具体的に利益の保障が請求されることをもって、当事者間に利益保証を主題とした契約調整交渉が開始 約期間中に発生する急激なコストの増大の引受を欲しない場合にかかる条項は挿入される。この場合も、 p.125, AIV, S.21)。たとえば工期が長期にわたる「ターンキー・コントラクト」(turnkey contract) の請負人が、契 (2)「利益保証条項」(Yield Protection Clause, Gewinnschutzklauseln)とは、 契約締結後の事情の変化による一 かかる条項

- るリスクを引き受けるだけのキャパシティーを有しているか否かに依存することになるとされる(ARC, p.125)。 することになる。もっともかかる条項が合意されるか否かについては、両当事者の交渉力の大小、また注文主がかか
- 果たすものとされる。もっとも、契約取引の現実においては、両当事者ともに、為替レートの変動より生ずるリスク 行う義務を負う」とするのがフェアーであろうという(ARC, p.127)。 なお、対アメリカドル兌換貨幣をもって弁済するものと規定する「貨幣条項」もかかる価値保証条項と同様の機能を 共通する一般的な問題であるといい、かかる場合には、「新たな条項の策定に向けて両当事者は信義誠実に再交渉を いし調整が必要となる。ホルンはこのような「調整条項自体の調整の必要性」という問題は、 126)。さらに、 ることを目的とした再交渉のための手がかりとして用いられることが現実には多いとホルンは指摘する(ARC, p. を引き受けることを好まないため、かかる条項は為替レートの変動より一方当事者に生じた損失ないし利得を除去す 費指数といった統計的価格指数等に債務額を連動させる旨の条項である(ARC, pp.125-127, AIV, S.21f., AcP, S.260)。 から生じうる貸主ないし借主における損害を回避するために、金価格、外国貨幣との為替レート、さらには標準生計 (3)「価値保証条項」(Wertsicherungsklauseln) とは長期にわたる金銭消費貸借契約において、貨幣価値の変動 価値保証条項自体の不適切性が契約環境の変化のなかで顕在化した場合には、この条項自体の改訂な 他の契約調整条項にも
- いて予定されていたことであり、いわば単なる契約の履行の問題であって、契約の調整問題ではないともいえる。 途上国におけるホテルの建設・経営に関する契約など)。なるほど、かかる合意を実行することは当初から契約にお で人材を育成し、徐々に管理職を現地の人材に引き継がせて行くということが契約内容とされている場合がある 項である(AIV, S.23-24)。たとえば、発展途上国との企業経営契約(Betriebsführungsvertrag)においては、 「引き継ぎ条項(Übernahmeklauseln)」とは、プロジェクトの進行中に契約関係者の引き継ぎを予定する条 、現地 例

このような場合には引き継ぎ計画自体が再交渉により調整される場合が多いとされる。 実際においては、 かかる目的が達成されない場合が生じることも多く **例** 人材育成がはかどらない場合)、

目的とする条項であると理解されてきたのに対し(AcP, S.262)、近時においては、(※) れ内容を若干異にしつつ、様々な呼称を有する。 重大な関心を有していることが多いため、給付が依然として可能であるか、あるいは類似した他の給付が選択肢とし 事者の再交渉義務が発生すると明記されることも多い(AcP, S.262)。さらに、一方当事者がかかる再交渉を拒絶し 根本的変化を根拠として契約の調整を、しかも多くは再交渉という手段による調整を命ずるものであると理解される とが多い(AIV, S.27)。 て存在する場合には、 と条項中に明示されることもある(AcP, S.262)。ただ、特に長期的で複雑な契約においては当事者は契約の存続に るようになっているとされる(AIV, S.26)。つまり、伝統的には、契約環境の根本的変化を根拠として契約の終了を とするものとして理解されてきたのに対し、近時においては、むしろ「契約調整」を効果とするものとして理解され !いたっている(AIV, S.27, AcP, S.262)。またそもそも条項中に「ハードシップ」要件が満たされた場合、 バントな事情が根本的に変動した場合に関する条項である(AIV, S.25ff, ARC, pp.130-139)。実務上、 (5) 「force majeure」「hardship」「special risks」「grounds for relief」「termination」「frustration」 聯々、 「不可抗力条項(force majeure- Klauseln)」「ハードシップ条項(Hardship-Klauseln)」とは、 裁判所あるいは仲裁裁判所に、契約の調整ないし解消に加えて損害賠償を求めて訴えることができる かかる条項を根拠として、契約の改訂に向けての契約的共同関係の存続が事実上探求されるこ ホルンによればこれらの条項は伝統的には主に「契約解消」 同じく契約環境の予見しがたい 契約にとりレ かかる条項 それぞ

(6) 「見直し条項・再交渉条項(review clause, Neuverhandlungsklauseln」とは、 当事者が環境の変動に伴い契約

果」に向けた条項ではなく、契約の改訂について協調的な合意を行うことについての「手続」に向けた条項である点 調整のための再交渉を行うべき旨規定するものである(AIV,S.24, ARC, pp.129-130, AcP S.257ff., VuU, S.1123f.)。 が不公正となるような事情の変動の際に、上記の各種契約調整条項自体の見直しをなすためのものとして合意される にある(AIV,S.24)。ホルンによれば、この再交渉条項には「特別再交渉条項」と「一般的再交渉条項」とがある。 かかる条項の特色は、それが大幅に柔軟な契約調整を認めるものであり、またいかなる調整結果となるかという「結 前者は特定の事実の発生に再交渉手続の開始をかからしめるものであり、上記の各種契約調整条項を適用した結果

261)。もっとも、この一般的再交渉条項をあまりに包括的なものとして捉えるとするならば、内容の不確定なものと れるためには、 なり、当事者の当該契約への拘束意思を疑わせるものともなる。よって、かかる一般的再交渉条項の有効性が認めら としばしばいわれることになる (AIV, S.25)。 しかし締約時の権利・義務の均衡を変化させるような事情の変動一般につき定めるものである(AIV, S.25, AcP, S. 後者の「一般的再交渉条項」とは、「不可抗力(force majeure)」ないし「ハードシップ」とは認められないが、 要件が具体化されているか、あるいは特に重大な契約環境の変動にその適用を限定されるべきである

ことが多い (AIV, S.24)。

し曖昧さは必ずしも否定的にのみ捉えられるべきではないとする(AIV, S.25)。 しかし、ホルンは、契約取引の現実からすれば、 かかる再交渉条項の(要件・効果の両面における)不明確性ない

より見いだす」という目的に即して「一般条項的な規定」がなされるにとどまることが多い(AIV, S.34f.)。あらか ることは希であり、 実際、契約中に調整手段として、再交渉義務の存在につき合意されたとしても、その内容につき詳細な規定を設け むしろ「新たな状況に対応して、契約的共同関係を存続させるために、フェアーな解決を合意に

ホ

ルンによれば、

契約調整問題においては、

既に存在する契約の「拘束性」ないし「安定性」の要請が一

34)、より積極的に、 否定できないと思われる。 の要件該当事実の有無に争点が先鋭化され、 じめ条項で詳細に規律しうるほど調整目標が明確に見通せることは希であるからであるとホルンは 要件の概括性のゆえに状況に柔軟に対応する調整が可能となり、 過去志向的な争いとなってしまうことを回避できるという実践的意義も また、 場合によっては調整権 いうが

ることになるという実践的な意味があるとされるのである(AIV, S.17)。 も多いとされている。これらの「工夫」により、両当事者は契約調整問題における互いの「体面」を保つことができ なったのか、ということを明確化することを当事者は好まず、いわば曖昧な形で契約調整問題を事実上処理すること 確認したにとどまるものなのか、 調整条項に基づき契約調整のための交渉を現に行った場合でも、その結果が既存の権利状態を改めて維持、 それとも契約の改訂を行ったのか、 あるいは、 一方当事者の契約違反が引き金と

二、再交涉義務

要性に着目しつつ、それを契約調整問題に関する一般的法理として高めたものがホルンの提唱する「再交渉義務」 たす再交渉の役割は看過しがたいものといいうる。そして現実問題として契約取引において再交渉の果たす役割の重 間でなされる再交渉である。仕様変更にむけて当事者間でなされる再交渉や、 (AcP S.256ff., AIV S.47ff.)° 以上の契約実務や、 さらには再交渉を直接的に命ずる「ハードシップ条項」「再交渉条項」等々において、 各種の条項において共通して重要な役割を果たしているのが、 金銭価値の変動を契機としてなされる 契約調整にむけて当事者 契約調整にお いて果

2 (1 05) 0

方に存す

いう、 再交渉義務論は、 るとともに、他方では環境の変動に即応した契約内容の修正を可及的にはかりたいという契約の「柔軟性」の要請と た調整を可能としつつ、他方では、 を尊重しつつ、しかし、当該契約が将来に向かって存続するために可及的に状況に適合的な契約調整を実現したい いう両要請にどのように答えるか、という問題があるのである(AIV, S.10, VuU, S.1118)。そしてホルンの提唱する 相反する要請の双方をどのように調和させるのかという基本的課題がある。 一方では当事者間の自由な交渉に調整結果を委ねるものとすることによって、 かかる交渉関係の進展の中で形成される当事者の合意に可及的に調整案を基礎づ つまり既に存在する契約の拘束力 環境の変化に即応し

別事情に依存し多様性を見せるものではあるが(z.B. AcP, S.283)、 られた相手方当事者に対し、交渉を通じて合意による契約の変更を請求できる」ことになる。その具体的内容は、 う両契約当事者の義務」と定義される(AcP, S.256)。この義務が存する場合には「契約当事者は再交渉義務を課せ ホルンによれば再交渉義務とは「合意によって事情の変化に契約を適応させるという目的のために互いに交渉を行 個

けようとすることによって、この両要請に応えようとするものである。

- (1) 交渉に応ずる義務
- (2) 情報提供義務、相手方当事者の利益への配慮義務
- (3) 自発的提案をなす義務、相手方の提案を真摯に検討する義務
- 4) 交渉を遅延させない義務
- (5) 交渉の継続を不可能にする既成事実の作出についての不作為義務
- ⑹ 仲裁鑑定人の利用義務、さらに場合によっては
- (7) 同意義務、等である(AcP, S.283f., S.274f.)。

ていると指摘するのである。

のであるというのである。 ⁽³²⁾ そして相手方もまた何を調整目的としているのかは、 る なかではじめて調整目的は次第に明らかなものとなる」という(AcP, S.283)。自分がそもそも何を欲しているのか、 し立てている間にも、 ホ (AcP, S.283)° ルンはこのうち、 いわば不確定さを伴った調整要求をもって当事者は登場するのが通常なのである。そして、ホルンは 契約環境は変化するものであり、 特に「交渉プロセスへの参加」という契機を重視する(AcP, S.283)。 この「交渉プロセスへの参加義務」のことを、 交渉関係のなかで次第に具体的な形をとって認識されてくるも 当初は何がそもそも調整目的であるかも判然としない場合も ホルンは「狭義の再交渉義務」と呼んでい 当事者が契約調整を申 「交渉の

法理となっているが、 ハードシップ条項の広がりや、家賃額規制法(MHRG)二条の増額請求問題、 既に別稿において検討したように、(33) ルンよれば、この再交渉義務は国際取引実務のみならず既にドイツ国内契約法においても実務上広範に見られる しかしこれまで十分注目されていたとはいいがたいという(AcP, S.257)。 ホルンはドイツ国内法における証左として国内契約実務における再交渉条項 労働法上の変更解約告知、 さらには

問題を検討しつつ(AcP, S.266ff.)、これらの規定•解釈理論′ 項の不認可の際の条項の「置換」(Ersetzung) 企業年金 (Betiebsrenten) の調整、 地上権に関する命令(ErbbauVO) 問題、 また人的会社における定款調整問題や行為基礎論といった諸 判例理論の基礎には共通して再交渉義務の法理が存 九条のaにおける地代の調整 価値保証· 条

第二 契約調整における「手続論」の重視

ホ ル ンの見解の第二の特徴は、 契約調整問題における 「手続論」 の重視である (AIV, S.16f.)° 実際、 各種 の調整

条項においても、具体的な調整結果についてのプログラムは規定しないが、一定の調整結果を得るための「手続」に る「厳密な法適用」(strikte Rechtsanwendung) を決して目的とするものではなく、むしろその核心は「第三者の 約調整問題についての「手続的ルール」を中核としているところにある(AcP, S.263)。それは契約調整問題におけ 再交渉義務もまた、 支援に基づく再交渉」(Neuverhandlung mit Hilfe eines Dritten)にあるというのである(AcP, S.264)。そして、 ついて規定するものが多い(AIV, S.51)。たとえば、前掲ICCの契約調整に関するルールの特色はそれがまさに契 「手続」(procedure) に志向するものなのである (ARC, p.9)。

一、インフォーマルな直接交渉

取引においては、これらのルールは各国の文化・伝統を強く反映したものとなっており、またそれらは必ずしも法的 る(ARC, p.174)。かかるインフォーマルな交渉においても、一定の交渉ルールは自発的に形成されているが、国際 は極めて重要な役割を果たすものであり看過することはできないという(AIV, S.52)。 なルールと呼べるものではない。しかし、このような実際問題として通用しているルールも現実の紛争処理において フォーマルな直接交渉の長所は「迅速性」「互いの面子を立てることができること(face-saving)」「柔軟性」等であ 整は通常は当事者の随意的(ad hoc)かつインフォーマルな直接交渉によりなされている(AIV, S.52)。かかるイン かかる直接交渉が十分に機能しない場合、当事者は第三者の関与を要請することになる(AIV, S.53)。 ⑸ ホルンによれば、特に国際取引実務においては、契約調整は重要な意味を有しているものであるが、かかる契約調

一、仲裁手続

認

も

定の手続保障がはかられつつ、状況に対応した柔軟な調整案を導くことができるという意味において、契約調整に 第三者関与型の契約調整手続として注目を浴びているのが、 仲裁手続である。 仲裁手続は、 第三者の関与の下で、

後者はBGB三一七―三一九条の規定のみに服するという点に両者を区別する実益があるとされている。 ことを責務とするものであると言われ、争いはあるものの、 適合的な手続の一つであると言われる(AIV, S.60, AcP, S.259f., ARC, p.175)。 いことを原則とする仲裁鑑定 (衡平性判断) を下すものであるのに対し、後者は事実問題につき「正しい (richtig)」判断 ۴ 一定の事実関係、とりわけ法的請求権の要件該当事実を明らかにすることを任務とし、法形成的な判断は行わな イツ法においては、 広義の仲裁手続には、法的な争訟について終局的判断を下す仲裁裁判所 (Schiedsgutachten) とが区分される。 前者は2PO一〇二五条以下の規定に服するのに対し、 前者は法律問題につき「衡平な (billig)」判断 (真偽性判断)を下す (Schiedsgericht)

きる 請求という形をとって裁判所に訴える必要があることになる。(ヨウ うものではない。よって、 ばず、また仲裁判断中に形成的に示された権利・義務は執行許容宣言を受けて、それ自体強制執行を求めることが 以上のものに出ないのが原則である。 利・義務の要件事実の存否、ないしはその他の事実関係の存否について判断するものであり、 つまり前者の仲裁裁判は訴訟法上の手続保障に服しており、 (2P0一○四二条以下)。これに対して、後者の仲裁鑑定においては、 鑑定は元来の契約債務の発生・不発生を確認し、 一方当事者が強制履行を欲する場合には、 その仲裁判断に対する裁判所の審査は制限的にしか及 またその他不明確な事実関係を確認する 鑑定は元来の契約中に規定された権 あらためて元来の契約債務の履行の 権利形成的な判断を行

・解明のみを行うとは必ずしもいえない部分が多く、 っとも理論的にはこのように区別されうるものの、 実際上仲裁裁判と重なり合う部分があることは否定できな 現実におい ては仲裁鑑定とは極めて多義的であり、 事実の確

とされる点は留意されるべきである(AIV, S.53ff., S.63)。

① 仲裁裁判所(Schiedsgericht)

行為基礎の脱落)、さらには事実上のものがあるとする(AIV, S.59)。 なるが (AIV, S.58)、 まず、 契約調整についての法的争訟に関し判断を下す仲裁裁判においては、仲裁裁判官の調整権限の根拠が問題と かかる根拠としてホルンは、制定法上の規定、当事者の合意によるもの、 法理論上の根拠 例

仲裁裁判所主導の下に、 この意味で、 に限界があるという (AIV, S.61)。 の手続保障の下で、 しかるに、ホルンは、仲裁裁判官が「善と衡平に基づき」事態に即した仲裁判断をなすことが認められるとしても、 一旦仲裁判断がなされてしまえば、かかる仲裁判断を事後的に司法的に審査することには事実上限界があり、 仲裁裁判官は事実上の終局的形成権限を有するという側面もある(AIV, S.59)。以上の場合には、一定 当事者は仲裁裁判官による、事態に即した判断を求めることができることになる(AIV, S.60)。 具体的な「調整内容」ないし「調整結果」にまで立ち入った仲裁判断をなすことには基本的

ぎず、複雑な契約的共同関係の進展を当事者が必要としている場合におけるような、 なっている場合には、 まず第一に、仲裁裁判官が衡平に基づいた判断をなすとしても、それはあくまで法的な枠内でのみ可能な調整に過 法的な枠内に留まった調整判断は、役に立たない場合が多い。 将来に向かっての調整が問題と

当事者の複雑な利害関係をできうる限り詳細に汲み上げる必要があるが、 に近い。 第二に、仲裁判断において、事態に即応した機能的な当事者間の協同的契約案を策定するためには、 かかる作業は仲裁裁判官には事実上不可能 仲裁裁判官は、

当事者の一方が執行力ある仲裁判断を得たとしても、多くの場合にはそのことでかえって当初の目的を達

に止まらず、上記の各問題点はすべて判決による契約調整にも共通する問題であるということができよう。 係に立つことにおいて、裁判手続も、仲裁手続も共通する問題を抱えているというわけである。もっとも、第三の点 契約債務の履行を判決により命ずることが実効性を持たない場合があるということと共通した問題であるともいわれ 拘束することはできないというのである(AIV, S.61)。またこのことは仲裁手続に限らず、特に長期契約において、 臨んでいるのであるが、仲裁判断に執行力が認められるとしても、法的強制力によってはかかる協調的な契約関係を 成できないという場合もある(AIV, S.61)。というのは、当事者は本来協調的な契約関係の展開を目的として仲裁に なく、再交渉義務を媒介とした当事者主導の調整を計ろうとする試みが重要性を増すことになるのである(AIV, S ている(AIV, S.61)。終局判断に内在する「強制の契機」と契約関係における「協調の契機」とが、本質的に緊張関 強制することはできないとホルンはいう。つまり当事者が欲しない以上、当事者を将来にむけた契約的協同作業へと 結局、以上のような仲裁および裁判の持つ限界を理由として、近時においては (仲裁) 裁判所主導の契約調整では

(2)仲裁鑑定(Schiedsgutachten)

62, ARC, p.182)°

ホルンは、 つまり、 次にホルンも指摘する通り、仲裁鑑定は学説上多義的に用いられている概念である(AIV, S.53ff.)。この点につき′ 鑑定対象の観点からは、仲裁鑑定人は 仲裁鑑定人の鑑定の対象と、鑑定の機能の双方から特徴づけることができるとしている(AIV, S.62f.)。

- 1
- 2 技術的仕様、 定の付加的労働、 計画、 量の計算、 一部給付、 費用計算、 品質基準、 技術的安全基準等々の技術的問題を規定する条項、 市場価格ないし取引価値の確定といった評価につき規定する条項 および、

さらには

③ 引渡時期、価格、その他の合意等の契約条件につき規定する条項、

について鑑定をなすとされる。

(i)

他方、鑑定機能の観点からは、以下のような判断を下すものとされる(AIV, S.63)。

欠缺補充。たとえば、締約時に規定されなかった技術的仕様・計画の補充や、履行期の確定等を行い、次に、

- (ii) 補修作業や、給付の受領期の延期を要請するような特別リスクの発生の有無の認定等を行う、さらに、 狭義の契約改訂。たとえば、建築計画の変更を迫るような新たな地質上の問題の発生の有無の確定、
- (iii) 質に適合しているかどうかを専門家の観点から判断するとされる。 事実的のみならず、法的な性質を有する問題点についての判断。たとえば、給付された組立部分が契約上の品

きるわけではないことが留意されるべきである(AIV, S.63)。 うかについての審査(Überwachung)と密接に絡み合っており、その意味で法律問題に関する判断と截然と区別で もっとも、事実問題についての判断といわれるものも多くの場合、当該契約関係が通常通りに遂行されていたかど

増を甘受しつつ、仲裁裁判の終結まで工事を一旦停止するという方策は採らず、むしろ迅速な仲裁鑑定を選択するこ 長期にわたる建設請負契約の履行過程において追加的工事の要否に関して紛争が生じた場合、当事者は多大のコスト るのみである。しかし、鑑定後の当事者間の協同関係の継続・展開こそがこの手続の目的であるとするならば、鑑定 とも多い(AIV, S.55)。また仲裁鑑定においては、鑑定に執行力は認められず、単に当事者間の契約の構成部分とな とが多い。かかる場合、契約中に請負工事の終了までは、仲裁裁判手続は排除するとの明示的合意がなされているこ この仲裁鑑定は仲裁裁判に比べ、より迅速かつ柔軟な判断をなすことができる(AIV, S.55)。実務上も、たとえば

ランタリーなコミットメントを作出することこそが、仲裁鑑定手続の目的であったはずだからである。 が執行力を有するものかどうかは重要な問題ではないとホルンはいう(AIV, S.55f.)。契約調整後の、 両当事者のボ

手続保障の充足度を考慮すべきではないかと指摘するのである(AIV, S.56, S.63)。 に適用される。よって、BGB三一九条により、 る最低限の手続保障に着目しつつ、ホルンは仲裁鑑定に対するBGB三一九条に基づく事後的司法審査に際しても、 定の最低限の手続保障を観念する必要があるのではないかとする(AIV, S.55f.)。そしてこのように仲裁鑑定におけ ことになるが、 Hの認めるところによると、BGB三一七条は、 において個々の建築上の技術的問題についての鑑定がなされたとしても、建築工事の進行とともに鑑定の証拠方法 (AIV, S.56)。このように鑑定が事実上の拘束力を有しているということから、 (Beweisstück)が工事の現場に埋没してしまうといった場合、その後の裁判所による審査は極めて困難となる 仲裁鑑定人の判断が事実上の拘束力を有していることも看過できないとホルンはいう。 かかる審査が事実上極めて困難な場合があるのである(AIV, S.64)。たとえば請負契約における紛争 仲裁鑑定人の判断は原則として裁判所による事後的な審査に服する 契約関係における全ての仲裁鑑定人および、その他の第三者の判断 ホルンは、 仲裁鑑定においても、 RGおよびBG

一、当事者の私的自治の重視と、交渉促進という観念の導入第三 当事者の私的自治の重視と、交渉促進という観念の導入

一、当事者主導の契約調整

ホルンの見解の第三の特徴は、 契約調整過程における当事者の「私的自治」の尊重であり、その反映としての規範

の「交渉促進機能」への着目である。

つまり、 ホルンは契約調整過程における「交渉」と「手続」 の果たす役割を重視しつつ、契約調整法理としての

者の合意が得られることが望ましく、(5) なされるべきであるということである。なぜなら、法律関係の明確化のためには調整内容について可及的に関係当事 トな諸事情を汲み上げる複雑な作業であることに鑑みれば、裁判官主導の下ではなく、あくまで当事者主導の下に調 「再交渉義務論」の有効性を主張するものであるが、そこで重視されるのは、契約調整交渉があくまで当事者主導で また契約調整とは各当事者の多様な利害関心と、当該契約関係にとりレレバン

整交渉は遂行されるべきであると考えられるからである。

整とは、新たな契約内容の形成という側面を持ち、かつ、調整判断後のその遂行のためには、事後的な契約当事者の るホルンの対応が「当事者間の交渉の促進」のための法理として再交渉義務を位置づけるというものである。契約調 により、契約調整問題を解決することが不可欠のものとなるのである。 協力関係が必要とされるという点を考慮にいれるならば、可及的に両当事者の自律的コミットメントを作出すること もそも「自発性を法によって強制する」とはどういうことか、という問題もある(AcP, S.256)。かかる問題に対 再交渉義務は、当事者が自発的に合意をなすよう促すことを目的とするものでもあるが、そうだとするとそ

にしてゆく道をとるべきであることになる (AcP, S.277f.)。また、そしてホルンは、それこそが契約調整の局面に 場からは、当事者自身が交渉という互いのかかわり合いの中でそれぞれの提案を交換しつつ、契約調整目的を明らか おける当事者の「私的自治」を尊重することに他ならないというのである(AcP,S.275, S.288)。 にか」ということが明確ではない場合も多いとされ、かかる場合、当事者の私的自治を可及的に尊重しようとする立 さらに、既に見たように、ホルンによれば、契約調整を求める当事者にとってさえも、「そもそも調整の目的はな

以上の点から、 ホ ルンにおいては、 再交渉義務違反の効果についても、 当事者自身による契約調整の促進という観

点から解釈されることになる。

再交渉義務違反の効果としては、 以下のものが掲げられている(AcP, S.285ff.)。

- (1) 調整のために必要な意思表示の取得が認められる。
- (2)解約告知において問題となる場合には、 再交渉義務を負うものに不利益に告知の完全な有効または無効が認め
- ③ 交渉に応ずる当事者は契約を解消する権利を持つ。

られ

る。

(4)交渉に応ずる当事者は応じない相手方当事者に対して損害賠償請求権を取得し、この場合、 再交渉義務違反は

積極的債権侵害を構成する。 賠償範囲となる損害は、

- (i) 相手方の拒絶または、 交渉の遅延により契約調整が挫折した場合には、調整の挫折により生じた損害、
- (ii) 調整はされたが再交渉が遅延した場合は、遅延したことにより生じた追加費用や損害、 である。
- のサンクションが再交渉条項から認められる場合もある。 (5)さらに、 違約罰を課したり、契約が法的に遂行可能であるにもかかわらず契約解消権を認めること、 等の特別

たとえば (AcP S.267ff., S.278)、運転手が飲酒運転のため、

その免許証を失ったことによって、

雇用者がこの者

できないかを調査する義務を負うとする。そこでは、雇用関係を維持するための他のすべての「より穏やかな手段. を即時に解雇しようとする場合、被用者の社会的保護の観点より雇用者は運転手を他の場所でさらに働かせることが

交渉内において提案せねば、従前の契約関係は維持されることになり、 他方、 かかる手段が雇用者により提供された

かかる場合、

雇用者が

「より穏やかな手段」を

が存在しない場合にはじめて特別解約告知が顧慮されることになる。

場合、被用者はその拒絶による解雇を避けるために、事実上新たな内容での契約調整が実現することになる。

Neuverhandlungen)を尊重しようとされるのである(AIV, S.70)。 れることになり、そのことによって、再交渉過程における当事者の「創発性」(das kreative Moment freiwilliger にあたっても、交渉手続における調整提案の「内容的審査」や、「交渉態様」の法的審査については謙抑的に解釈さ とは不可能であることを想起するならば、かかる「サンクションの圧力」を過度に当事者に及ぼしてはならないとも ケースにおいて是認されるとホルンはいうが、しかし、あらゆるケースを予め余すところ無く法的に規律しておくこ 調される(AcP, S.287)。また、これらのサンクションは、交渉拒絶や、信義に反した交渉の遂行といった明示的な ではなく、これらのサンクションはまずもって当事者間の調整交渉を促進するために認められるものであることが強 いわれる(AIV, S.69f.)。つまり、契約調整交渉の促進が主要目的とされることから、再交渉義務違反の有無の認定 しかし、 ホルンによれば再交渉義務においてはかかるサンクションを課すということ自体が主目的とされてい

三、調整基準

る。 を促進するためには、 した場合、かかる交渉や合意はなんら実体法的な「基準」なくして遂行されうるものなのかとの問題が存するのであ さらに、契約調整の「基準」問題がここに関連する。つまり、再交渉過程における創発性を重視し、 調整案を当事者間の交渉と合意に委ねようとする分析視角をホルンが基本的には有していると かかる創発性

準」をも重視するのか、という二つの態度が存する(AIV, S.17)。 この問題についてはまず、調整問題における「手続的規律」をもって十分であるとするのか、それとも「実体的基

断に与える影響は看過できないとする後者の立場を基本とするのである(AIV, S.17)。 基準は重要な役割を果たすという(AIV, S.17)。そして、ホルンは実体法基準が契約交渉過程および、 渉が失敗に終わった場合に、 るいはそもそも交渉力の影に隠れて、 十分であるとする立場であり、この見解においては、 前者の見解は、 後者の見解は、 実際の再交渉の現場においては、 当事者が契約調整にむけて友好的な合意をなすことを促進し得るような「手続」を構想することで なお、 実体法基準は契約調整プロセスを制御しているとされ、くわえて、当事者間の契約調整交 裁判所ないし仲裁裁判所が各当事者の調整権の有無につき判断する際には、 周辺的問題にすぎなくなってしまうという点が強調される(AIV, S.17)。 交渉関係における「論拠の一つ」に過ぎないものとして扱われるか、 実体法的基準論の問題は後景に退くことになる。 最終的調整判 つまり、 この実体法 実体 しか あ

ことで十分であるとする見解と大差ない結果となろう。 契約締結時における 容が問題となる。ここには、新たな契約環境に最も適合的な契約調整を端的に探求すべしとする立場が一方にあり、 な契約環境に適合的な調整を端的に探求すべしとする前者の見解は、 っとも契約交渉過程における実体的基準の役割は看過できないとする立場をとるとしても、 「給付の均衡」 を基準とすべしとする立場が他方にあるが (AIV, S.32, S.35, ARC, p.28)、 事実上、 契約調整のための「手続」を構想する この実体的基準の内 新た

状況の変化をきっかけとして「静態的な契約関係」(static contractual relationship) を「創発的な契約関係」(evo-給付の均衡」を基準とすることは、「交渉者が過去志向的な判断をせねばならないことになり」、それは lutionary contractual relationship) に適った調整 前者の見解においては、 (equitable adaptation) 契約調整においては、 へと転換させることを目的としているという。 が計られるべきであるという点が強調される。 環境の変化により生じた新たな事態を直裁に把握 そして、 この見解は、 「契約締結時における 契約調整とは もっとも衡平 「新たな状況

の下で、両当事者に公正かつ衡平な契約関係の確立を目的とする再交渉にとっての不必要な足枷」でしかない、と批

判するのである。 (52)

般原理が謳われることが多いが、このルールによってかかる一般原理も具体化することができるというのである 基準は特に国際取引において広く承認されているとホルンはいい、また契約中に「フェアネス(公正さ)」という一 契約上の均衡に反して一方当事者の利得ないし損失に帰着してはならない」ということになる(AIV, S.35)。かかる りすることは許されず、かかる利得・損失は当初の給付の「均衡」を基準として判断される。これはまた「no profit れるべきであるとされる(AIV, S.32)。この考えによれば、再交渉により一方当事者が利得を得たり、損失を被った no loss」ルールとも呼ばれる(AIV, S.35, ARC, p.28)。ホルンの定式化するところによれば、「再交渉は、 後者の見解においては、契約調整においても「契約締結時における給付の均衡(equilibrium)の維持」が重視さ

る (AIV, S.32)。 ことをホルンも認識しており(例、ARC, p.28)、結果として、ホルンは上記の双方の視点を用いるべきであるとす れるべきであるとの要請も看過できないとする (ARC, p.139)。契約締結時における給付の均衡の探求をもって端的 失を被るということは避けられるべきであるという。しかし、他方、具体的事情に適ったフェアーな契約調整がなさ れば、なるほど、環境の変動にともない、当事者の一方が当初の契約に比較して、不当に利得を得たり、あるいは損 に調整基準とすることは、 ところで、この実体的基準の問題についてのホルンの見解は両義的である(ARC, p.139, AIV, S.32)。ホルンによ 調整手続を「過去志向的」(simply look back to)なものにしてしまうという問題がある

ここには再交渉における契約当事者間での「裸の力関係」の発動による、一方当事者のみに有利な内容での契約調

関係を創出することで、当事者の自発的なコミットメントの契機を重視したいという要請の双方の間での 整を防ぎたい いという要請と、 しかし、 他方では、 過去の関係にとらわれず、 変動した事情において最も適合的な契約 「ゆらぎ」

をホルンの叙述に見い出すことができる。(タチ)

基本的要請と関連させて検討する必要があると思われ、 理解しているのか、 については、 ずれにせよ、 ホルンの実体法観についてさらに見てみよう。 「不当調整要求の抑制」 ホルンが さらに契約調整交渉においてこの基準がどのように「用いられる」ことになると考えているのか 「締結時における契約の均衡」 (調整要求に名を借りた契約違反の排除) 次節であらためて取り上げるものとする。ここではその前提 基準の内容・その拘束性の程度を具体的にい ১ 「調整交渉の促進」 という二つの かなるものと

第四 方法論的特色

要であり、 要論文は①一九六七年における「法的思考の統一的理論にとってのフィーヴェクのトピク論の意義について」と題す 積であって、法的な判断がなされるためには、 性に対する争訟当事者の具体的な批判的吟味の可能性を保障することを重視し、 る論文、 感能力」を有することが重要であるとする。 ホ ル ンの第四の特色は、 およびそれを発展させた形での②一九七五年における「法的論証における合理性と権威」 それぞれにおいてホルンはトピク論 実体法観としての「トピク論」 かかる視点を活用しつつ、眼前の問題との関連での「洞察力」や 議論の理論 「議論(への賛意を表している。 の理論」 の採用である。 また、 そこでホルンは、 実体法は多様な ホ ル ンの方法論 と題する論文が重 実体法の拘束 「視点」 に関する主 の集

としての「通念(エンドクサ)」からの推論なのである (Bedeutung, S.603)。ここで、「通念 (エンドクサ)」とは らの論理的に誤謬なき演繹的推論が、我々の法的思考の基礎をなしているのではないとする(Bedeutung, S.602)。 理論として彫琢しようとするフィーヴェクの「トピク論」に賛意を表しつつ(Bedeutung, S.601)、明証的な公理か 第一に「探索」し、「発見」するために役立つものが「トポス」である。 わゆる「共通感覚 sensus communis」であるともいわれる。そして推論の前提となる、この「ありそうなもの」を 我々の法的思考の基礎をなしているものは、むしろアリストテレスのいう、常識に照らしてみて「ありそうなもの」 「すべての者にか、大部分の者にか、あるいは賢者にとって真と思われることがら」であり(Bedeutung, S.603)、い まず、一九六七年論文においてホルンは、かってヴィーコにより光を当てられた「修辞学」的思考方法を法的弁証

思考においては、より小さな役割しか果たさないものであることになる(Bedeutung, S.603)。より重要なことは、 従って「トポス」は、その都度の具体的な問題連関に常に開かれた「トポイのカタログ」としてのみ存在することに S.603, 606)。また機能的には「思惟の方向付け、ないし道しるべ」として働くことになる(Topik・六三頁)。個々の なる。よってトピク論も法的推論における論理的演繹の重要性を否定するものではないが、かかる論理的演繹は法的 その場合でも、トポスは常に問題に拘束されたものであるために、かかるトポス間の論理的導出関係は確定的なもの ではない。具体的な問題との関連性のなかでかかる論理関係は常に破られうるものなのである(Topik・六八頁)。 トポス相互を論理的に整序し、一方のトポスが他方のトポスから導出されるとすることも可能ではあるが、しかし、 (Bedeutung, S.603, Topik・六六頁)、その都度の「具体的な問題」との関連で獲得されるものである(Bedeutung, ここで「トポス (topos, topoi)」とは前提発見に役立つ種々の「視点」(Gesichtspunkte) のことであり

現前の問題解決に向けて、可能な限り多くの思考の素材を発見すること」なのである(Bedeutung, S.603)。

思惟の正しさ」(Denkrichtigkeit) を意味するものであるとされる (Bedeutung, S.604)。 果たすと理解されているのに対し、このトピク論における論理 るからである(Bedeutung, S.603, Topik・一四二・一四九頁)。演繹的推論においては、「形式論理」が主要な役割を 断」という作用を免れることができず、かかる解釈過程・価値判断過程においては常に「隠れたトポス」 を導出する過程である「推論」の次元にも影響を及ぼす。法的推論は、 な「前提探索」の「技法」としてのトピク論的思考方法は、単に前提探索の次元にとどまらず、「前提」から「結論 (soziales Verständnis)「共感能力」(Einfühlungsgabe) が主要な役割を果たすものとされ、 その都度の問題に即して、推論の「前提」としての「ありそうなもの」を発見しようとする以上のよう 自然言語を用いた推論である。そしてかかる自然言語を用いた推論においては、「解釈」 (Logik) においては、 厳格な形式言語による厳密な意味での論理的 「経験」「社会的洞察力」 それは「広義における B 「価値 て

合しない問題は、誤った問題であるとして、斥けられてしまうことになりかねない」とされるのである のとして理解しないならば、「法システムの観点から、問題が選択的に取り上げられるにとどまり、 ۲V われる (Bedeutung, S.603)。そして、ホルンによれば、 またかかるトピク的思考は「具体的な問題に繫留された思考」であるため、「状況依存的な思惟形式」であるとも もし法的思考をこのように「具体的問題」に繋留! 法システムに適 したも

(Bedeutung, S.604)°

tion)である(Topik・七〇頁、Bedeutung, S.607)。つまり議論の中で当事者相互の「認容」ないし「合意」を経た じて正当なものと看なされる。 ところでトピク論における推論においては、その前提となる「通念(エンドクサ)」は、 そしてかかる認容を得るための重要な手続が「弁証 · 議論 63 対話の相手方の認容を通 (Dialektik, Argumenta

ものが、論拠として用いることを許されるものであることになる。ここにはトピク的思考が、具体的な問題を前にし かも、 てホルンの依拠するフィーヴェクによれば、かかる「弁論・議論」とはなにより「過程」であるとして捉えられ、 てなされる関係当事者の「弁論・議論」という語用論的次元に基礎を置く理論であることが如実に現れている。 かかる手続はなによりも問題解決のための諸視点の「発見」に寄与するものなのである(Topik・一八九頁)。 この「過程」は「対立・協調しつつ、共同して営まれる手続」と理解されている(Topik・一八八頁)。そして

九七五年に公刊されたホルンの第二論文である。 になる。 607)。その意味で、トピク論は手続としての「議論」と、 とになり、その「権威」とは、これら制定法、先例、学説の「拘束性」として顕現することになる(Bedeutung, S. 法、先例、学説として現れるとされる。かかる「知識」は眼前の議論においては、 をかかげるが(Bedeutung, S.603, 同旨、Topik・七一~七二頁)、法的議論においては、かかる「知識」とは、 つ生活形式において通用する常識、 ホルンはその一例としてアリストテレスのいう「もっともよき人びと、もっとも声望のある人びと」の知識 かかる議論と論拠の権威性・拘束性の関連を取り扱おうとするのが、 かかる議論においては、当事者は白紙の前提から議論を行うわけではなく、そこでは当事者のよって立 伝統、 さらには既に他の場所で検討を経た「知識」「経験」等を用いて議論がな **論拠の「権威性」「拘束性」に関心を抱くものであること** 一九六七年の第一論文から八年後の一 一つの「権威」として妥当するこ

、論拠の「拘束力」と「議論」

は 当事者あるいは法共同体(Rechtsgemeinschaft)の合意に基づいて得られ、この合意は、互いの了解(Ver-ルンによれば、法的判断の正当性(Richtigkeit)や合理性(Rationalität)、論拠の拘束性(Verbindlichkeit)

ständigung) テクストの中で議論に付されることによって改めて再構成されねばらないものであるはずであると批判する されるとされているが、 断の正当性や合理性は、 (Autorität, S.152)。これに対しては、 を志向したコミュニケーションおよび議論の中で獲得されるとされている 152.)° 制定法実証主義 そこでは、 制定法自体が一般的に合理的なものであることが所与の前提とされ ホルンはそこで前提とされている法律の一般的合理性は具体的な社会的コン (Gesetzespositivismus) の下では、 法規への具体的事件の抱摂により保障 (Autorität, S.147)° てい る

続することを避け、 合意が達成されることにより、 ただ法的判断の合理性や論拠の拘束性が合意に依拠するとしても、 つまり論拠の権威が必要とされるとホルンはいう(Autorität, S.149f., .157)。 それをある時点で終結させる必要もある。 その合理性が担保されるという場合は実際には稀である。 そしてそのためには、 法的議論の中で掲げられる論拠に対し、 当該論拠に予め結びつけられた また、 法的議論が無限 現実に

S.150)° 付加的な拘束性に明示的ない を典型的に表しているものであり、 して用いるという「特殊な」戦略を意味するにとどまらないとする。 古くは、 「権威論法」(argumentum ab auctoritate) が重要視されていたことに由来する。 かる伝統は引き継がれているとされる。 か かる拘束性のことをホルンは そして議論の実際においては、「議論による合意達成」とはいいつつも、 アリストテレスが名望家の言明の権威性を重視し、 し黙示的に依拠しようとすることこそが、「権威論法」 「論拠の権威」 (argumentative Autorität) と呼ぶ。 すなわち、 しかし、 論拠それ自体の実質的・内容的合理性によってではなく、 ホ ルンは、 また中世における「弁証術」(Dialektik) この 「権威論法」とは、 むしろこれは、 むしろ論拠に対して一定の拘束性 また現代における議論の 議論の「一般的な構造的特質」 の特質なのである このような 特定個人の 「名声」 論拠 におい なんらかの の 権威」 理論にも て は

鄙

が予め与えられているということによって、はじめて当事者の合意が生み出されるということが常態ではないかとい

う。

いなる (Autorität, S.157)。 否定できず、よって、法的思考の構造的特質をなす論拠の権威と、合理的議論の可能性との関連性が問題となること 盾することになりかねない(Autorität, S.150)。ここでは、権威は法的思考の合理性と一定の緊張関係に立つことは れるということを意味しており、それは、法的判断の合理性を合意に依拠せしめるというトピク論の基本的立場と矛 しかし、 角度を変えれば、論拠の権威を認めることは、一定の論拠が、その法的対話における批判的な反省から免

は、 可能性もまた排除されてしまうことになりかねないとし、また社会の現実において、法による紛争処理への要請は決 理性の審査基準となる。しかしこのことは、拘束性自身が議論の中で批判的に吟味されることを排除しない。つまり、 要であるとするのである(Autorität, S.159)。ホルンによれば、法的思考の合理性と、 や合理的とは思われない権威的論拠を解体し、合理的な判断に到達するための新たな権威的論拠を確立することが重 権威論法の「排斥」ではなく、その「合理的コントロール」が重要であるという(Autorität, S.158)。つまり、 放のプログラム(ein emanzipatorisches Programm des juristischen Denkens)を有意義なものとするためには、 いて新たな権威やルール、解釈理論、イデオロギーが登場することになろうとする。よってホルンは、法的思考の解 してなくならないため、一度ラディカルに論拠の権威性を排除したとしても、ふたたび紛争処理の現実の要請に基づ は、もしあらゆる論拠の権威を法的思考から排除するとすると、法的議論におけるコミュニケーションないし合意の これに対しては、 相互依存的なものである。つまり、一方では、拘束力ある論拠は、合意を生み出す。そして合意は、正当性・合 法的思考を論拠の権威性から一切解放するというラディカルな立場がありうる。 論拠の権威的拘束性との関連 しかし、 ホルン もは

スのいうー

的吟味という行為の多様性に鑑みるならばあくまで例示的なものと見るべきであろう。

「最大限知りうるもの」(das am meisten Wißbare)、

合理性そして論拠の権威を批判的に吟味するとした場合、

みて批判に耐えるものかどうか、という観点であり、他の一つは議論の中でのコンセンサスが現在の法共同体の現実

者は、 ず、またその拘束性を批判的に吟味し、 機会を現前の問題に関連する議論の中で与えられねばならないとされるのである(Autorität, S.159)。 法的対話の参加者も法的論拠の意味、たとえば制定法の条項の意味を眼前の問題との関連で、改めて確立せねばなら 当該論拠の権威を受け入れる根拠はなにか、また受け入れるとしてそれはどの程度にか、 必要とあれば異議申し立てをなしうるのでなければならないとされる。 を批判的に反省する 当事

味」といいつつも、 要であるとする(Bedeutung, S.607f.)。しかしかかる見解に対しては、 暫定的なものにとどまらざるを得ないことに留意し、具体的争訟問題の発生とともに、 関する具体的な当事者による批判的吟味を経ていない以上、かかる権威の合理性も依然として抽象的・ かという疑問があるのである。この点は「交渉」という次元に着眼することの意義と併せて次章において検討する。 なのではなく、 つまり「当事者自身による批判的吟味」の契機はこの「法共同体に受容された原理」の「内部」でしか働かない 味」の可能性をあらためて「議論」の形で保障すべしとするホルンの立場を見ることができる。 ここには、 かるに他方、 論拠の拘束力を肯定し、その前提としての論拠の権威性を肯定するとしても、それは現前の争訟問題に むしろかかる「法共同体の原理」自体を形成し、 ホルンは議論の合理的なコントロールのためには「法共同体に受容された原理」 その外延は「法共同体に受容された原理」によって画されたものでしかないのかとの疑問が湧く。 変容させるものとしても位置づけるべきではない 現前の問題における「当事者による批判的吟 当事者の「現実の批判的吟 に基づくことが必 般的、 もの かつ . の

つまり当該論拠が現在の知と経験の状況に照らして

つまり、

一つはアリストテレ

以下の二つの観点をホルンは掲げているが、

批判

り操作されたコンセンサスではないかどうか、という観点である(Autorität, S.159)。 のコンセンサスかどうか、つまり既に昔のものとなってしまったコンセンサスではないかどうか、あるいは権力によ

あると一応いいうる。また法的思考に不可欠のものとして「論拠の権威」を肯定的に捉えるものの、同時に法的思考 連した「視点」を重視し、「経験」「洞察力」「共感能力」といったより「状況依存的な思考」を重視していることに 同体に受容されてきた原理」を尊重することの必要性も強調されており、当事者により事実上遂行される「交渉」と を保障することの必要性も強調されている。しかし、他方においては、法的議論においては、「判例」「学説」「法共 における批判的契機をも重視し、具体的な当事者間の弁論・議論による眼前の問題との関連での論拠の再吟味の機会 いう実践にまで考察を及ぼそうとする一九八○年代に入ってからのホルンの立場といかなる程度まで整合的であるの 以上をまとめると、ホルンの方法論的特色は、一方では、法的思考における論理的体系性よりも、具体的問題に関 不明確な部分も残されているということができる。

(1) 再交渉義務論に関連するホルンの文献は以下の略号で引用する。また以下に掲げるもの以外のホルンの文献は適宜脚注に 明記する。

[GVS] Vertragsdauer, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band I, (1981) S.559ff.

[AcP] Neuverhandlungspflicht, AcP 191 (1981).

[TLI] Norbert Horn, Clive Schmitthoff (ed.), The Transnational Law of International Commercial Transactions

[AIV] Die Anpassung langfristiger Verträge im internationalen Wirtschaftsverkehr. Vertragsklauseln und Schiedsprax is in: Horn/Fontaine/Maskow/Schmitthoff (Hrsg.), Die Anpassung langfristiger Verträge (1984)

[ARC] Norbert Horn (ed.), Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance (1985), +

書は上記[AIV]の英語版であるが、両者の内容にはいくつかの無視できない相違がある。

[VuU] Vertragsbindung unter veränderten Umständen, NJW 1985, 1118.

期契約」として引用)、松井和彦「過程志向的法システムと再交渉義務」一橋論叢一一五巻一号(一九九六年)(以下、松井 法学二六号(一九八八年)、飯塚重男「契約の適応と仲裁」上智法学論集三一巻二号(一九八八年)、同 涉関係」として引用)、和田安夫「契約の調整について」林・甲斐編『谷口知平先生追悼論文集2契約法』(一九九三年) 所収 応―ICC適応規則を中心として」『取引保護の現状と課題』(一九八九年)所収、山本顯治「契約交渉関係の法的構造に関す (以下、和田「契約調整」として引用)、同「長期契約法の調整と再交渉義務」姫路法学一三号(一九九三年)(以下、和田「長 過程志向的法システム」として引用)等参照。 さらにホルンのものを含めて再交渉義務論に言及する邦語文献としては、飯島紀昭 ―私的自治の再生に向けて― (一)~(三・完)」民商一○○巻二号、三号、五号 (一九八九年) (以下、山本「契約交 「継続的債権関係論の新たな展開_ 「事情変更と契約の適

頁以下参照。以下、同書は久保『経済変動と契約理論』として引用する。 久保宏之『経済変動と契約理論』(一九九二年)が有益である。再交渉義務論に関しては、たとえば同書一四八頁以下、 また、アメリカ法における議論状況については、事情変更の原則の第一次的効果として再交渉義務成立の可能性を提唱する、 一五四

おける『再交渉』」世界経済評論八月号(一九八九年)。 資源開発契約を中心として―」法協一一二巻一号(一九九五年)(以下、 さらに、国際的資源開発契約を巡る再交渉義務については北山助教授の論稿が重要である。 北山「契約の改訂」として引用)、 参照、 北山修吾 同 一国際取引に 「契約の改

約の「改訂」、さらには広義における「契約障害」といった問題群は、実際の契約関係の展開過程においては、 されがちであるが、 型思考」とともに、契約法学における「要素還元型法思考」とでも呼びうる思考形式を形作っている)によってしばしば隠蔽 渉」という、通常の契約過程においても広く見いだすことのできる「当事者間関係」に基礎を置いた契約法解釈理論の展開 有の問題とは「位置づけない」ということである。本稿においては、再交渉義務論とは契約の前・中・後においてなされる「交 変更の原則」や「行為基礎の脱落」さらには「ハードシップ」「force majeure」といった、契約の拘束力の「例外的状況」 ための一つの手がかりである。わが国の契約法学が依然として強く囚われている「債権総論的思考」(これは「法律行為論還元 ところで、本稿において再交渉義務を論ずる場合、その志向するところは二つある。 締約後の当事者による契約の「微調整」や「弾力的運用」、当事者による「クレーム」の申立、 第一は、 再交渉義務をいわゆる 実は截然と区別 あるい は契

できるわけではなく、きわめて近接し、かつ場合によってはそれぞれの性質を複合的に合わせ持つものとして登場する。そし これらの解釈論的問題群の「連続性」は、「交渉」を中核とした当事者間の「関係性」の動態に基礎を置くことで、よりよ

問いかけを経てはじめて我々は「契約法」さらには「私的自治」に関して何ごとかを新たに語りうるのではないかと考えるた 的な「関係」という次元において生成される秩序と契約法「制度」とのかかわり等々、これらの諸問題についての各人各様の 吟味」を促す「一つの契機」と位置づけられることになる。その意味で、現行契約法制度を所与のものとみなし、その枠内で けられるべきである、というものである。つまり、再交渉義務論は"pacta sunt servanda"原則の単なる解釈論的例外としての く把握しうると思われるのである。 ための序説的試みでもある。ここでは、便宜上、前者の「債権・債務論」を中核とする分析方法を、契約法における「債権・ として「債務論」の次元で論じられるに止まり、かかる契約観への問いは不問に付されることになりかねない。その意味で、 めである。ここでも、 されている現行契約法制度自体の見直し」という契機をどれだけ我々が汲み尽くしうるのかということこそが本稿を通底する 再交渉義務論を論じようとするのではなく、再交渉義務論により提起されている「契約観自体に対する問い」ないし「自明視 み理解されるべきではなく、いわば「契約の拘束力とはそもそも何を意味するものなのか」という問題に対する原理的な「再 本稿の基本的立場は「再交渉義務論」とはかかる「射幸的契約観」そのものに対する問いかけの契機を含む法理として位置づ いて負担せねばならない」という、いわゆる「射幸的契約観」が、無意識的な前提とされてきたということができる。そして、 交換関係」を規律するものが契約法という法制度であり、「この一回的な交換関係から生じた帰結は各当事者が自らの責任にお 務アプローチ」と呼び、本稿のような「契約論」を中核とする分析視角を「契約アプローチ」と呼んで区別しておきたい。 問い」となる。契約観や当事者像、「合意」の意味内容、我々の社会における「秩序形成のあり方」、あるいは当事者間の水平 以上の点につき、とりあえず、山本顯治「契約と交渉」田中成明編『現代理論法学入門』(一九九三年)所収、同「コメント 「債権総論」上の問題群として付随義務論を扱うのではなく、あくまで「契約論」を正面に据えた付随義務論の展開の わが国の契約法理論においては、これまで「無記名の当事者が市場における自由な交渉を通じて一回的になす財の 再交渉義務を論ずる際に基礎となる「契約観」への問いかけが、常に意識されねばならないということである。 従来の「債権総論的思考」に基礎を置く分析方法では、再交渉義務は広義における「付随義務」の一

Contract and Critical Contract Theory in Japan" in: The Proceedings of 1995 Annual Meeting of the Research Committee

|契約法学の立場から|--| 法哲学年報『市場の法哲学』(一九九五年)所収、および Kenji Yamamoto, "Aleatory View of

on Sociology of Law (International Sociological Association), Papers - Section Meetings, Supplement 2, 143 (Tokyo, Japan Committee for the RCSL), 1995 参照。

接近を試みようとするものである。 される内田教授の問題提起を念頭に置きつつ、再交渉義務論を手がかりとして、契約法理論における「関係性」という位相に な契約法理論の試金石の一つ」と位置づける。本稿は契約法パラダイム自体を問いかけながら、契約法解釈論を展開しようと 観へ」という基本的契約パラダイムの転換の下で「再交渉義務」を論ずることの必要性を指摘し、この再交渉義務論を「新た のパラダイム転換を構想するのが内田貴教授の一連の論稿である。そこにおいて、内田教授は、「古典的契約観から関係的契約 また、周知のように、現在わが国において、契約法解釈論とその基礎にある契約観との関連を問いかけつつ、契約法解釈論

号(一九八八年)(「探訪」として引用)、『契約の再生』(一九九○年)(『契約の再生』として引用)、「現代契約法の思想的基 礎」私法五四号(一九九二年)(「思想的基礎」として引用)、「現代契約法の新たな展開と一般条項」NBL五一四・五一五・五 (「展開」として引用) 等参照。 法』(一九九三年)所収(「契約プロセス」として引用)、「現代契約法の新たな展開と契約法学」法時六六巻八号(一九九四年) 六・五一七号(一九九三年)(「一般条項」として引用)、「契約プロセスと法」 『岩波講座社会科学の方法Ⅵ社会変動のなかの 内田教授の論稿としては「探訪『法の帝国』 Ronald Dworkin, Law's Empire と法解釈学(一)(二)」法協一〇五巻三号、 四

- (2) 長期契約に関しては、中田康裕『継続的売買の解消』(一九九四年)の労作が最も網羅的である。さらに、 以下等参照。 関連で主題的に長期契約に言及するものとしては、 前掲・飯島「継続的債権関係論」七二頁以下、前掲・和田 「長期契約」六頁 再交渉義務との
- (3) もっともホルンは、 ではなく、より一般的な射程を有するものであることには特に留意されるべきである。 いても同様の問題は起こりうるとする。Vgl., VuU,S.1118, Fn.3. 少なくとも契約調整問題は、長期契約に「特有な問題」なの 契約調整問題は、なるほど長期契約において典型的には問題となるものではあるが、一回的契約にお

照 ぞれの定義、相違については、GVS, S.562ff. 参照。また、前掲・中田『継続的売買の解消』四〇二頁以下、四〇八頁以下も参 約(langfristige Verträge)、 なお、契約調整問題が顕在化しやすい契約類型として、ホルンは、⑴継続的債務関係(Dauerschuldverhältnisse)、⑵長期契 (3) 枠契約 (Rahmenvertrag) 回帰的債務関係 (Wiederkehrschuldverhältnis) を掲げる。それ

- 4 た。土井輝生編『国際契約ハンドブック』(一九七一年)、澤田壽夫編『国際取引ハンドブック ―海外事業展開の実務―』(一 九八四年)、髙柳一男編『国際プロジェクト契約ハンドブック』(一九八七年)、大隈一武・宇野永紘『アメリカ事業進出ハンド ブック』(一九九〇年)、井原宏『企業の国際化と国際ジョイントベンチャー』(一九九四年)、北川俊光『国際法務入門』(一九 なお、以下の例はいずれも、国際取引契約に関するものである。国際取引契約全般に関しては、以下のものが参考になっ
- (5) 海外工事請負契約については、大隈一武『海外工事請負契約論』(一九九一年)参照。以下の叙述も同書に負うところが大 きい。以下、大隈『請負契約論』として引用する。
- (6) 大限一武『国際商事仲裁の理論と実務』(一九九五年)二九頁によれば、国際商業会議所(ICC)とは、「一九一九年に設 る」とする。同書は以下、大隈『国際商事仲裁』として引用する。 ば、インコタームズ、信用状統一規則などの制定にも努めており、国連の経済分野に関するA級諮問機関としての資格を有す 立され、貿易・サービスその他、先進国・発展途上国の国際協調面での活動をする他、国際間の取引条件のルール化、たとえ
- (7) 原文は、ARC, p.389 以下に掲げられている。
- 8 ていき、仕様書(specifications)や図面類(drawings)などの文書により厖大な量のものが作成されていく」とする。 札、契約履行、施行の各段階に対応して、概念設計、予備設計、基本設計、詳細設計さらにプラントの生産設計へと展開され 前掲・大隈『請負契約論』四六頁~四七頁によれば、「設計(design)とひとことで表現されるが、プロジェクトの企画、
- (9) この条文上の現れとして、ホルンはBGB六四五条一項を上げ、これは請負工事の進行中に注文者が給付内容の詳細(材 料、建築方法)につき変更をなす旨の指図を請負人に行いうることを前提としているとする(AcP, S.259)。
- 発の原因となる。参照、前掲・大隈『請負契約論』四七頁。 その他、仕様書、図面類との間に矛盾がある場合、また一方には記載があるが他方にはない場合なども、 当事者の交渉誘

指示されている」ならば格別、そうでなければ請負人は「それが契約条件と合致しているか」注意すべきであり、そうでなけ は、仕事の進捗に従い、詳細に、修正、追加されていくのが常である」が、「この場合、設計変更があるときは『変更』として 約締結後に提示されてくる契約図面が同じ範囲にみえない場合が」あり、前者は「入札の見積もりができるほどに明確である べきであるが、それにより仕事が遂行しうるほど詳細なものではない」とされ、「これに対して契約図面(contract drawings) つまり大隈教授によれば、「入札案内の時点で発注者から呈示された設計概念、設計図面(design drawings)に対して、契

れば「クレーム手続をとるべきである」とするのである。そして、この「クレーム手続」 契機となる。参照、前掲・大隈『請負契約論』五〇頁、また七〇頁以下。 は 契約調整に向けた当事者間での

手順についての詳細は、 契約ハンドブック』三八二頁以下参照 争ではなく、その一部が当事者の意見の対立により紛争に発展するのである」とするのである。この「クレーム」の内容・処理 建設クレームは、契約の履行途中において『常態』として発生する点」に特色があるとする。つまり「建設プロジェクトの場 こそあれ不十分なものであるから、必ず欠陥を含んでおり、プロジェクトの遂行過程で、 合に使用される契約文書(図面、仕様書)は、調査やエンジニアリング段階での経済的・時間的・能力的限界の故に、程度の差 領域を形成しているとする。同書によれば、「一般の売買に伴うクレームは、個々の取引のいわば異常な事態として発生するが 取引ハンドブック』四二三頁によれば、とりわけ建築請負工事においては「建設クレーム」(construction claim) は独自の法 は中立的な言葉で」あり、「クレームが闘争的用語ではないことを認識される」べきであるとする。また、 約論』一二三頁は「クレームなる語は、慣用的にしばしば論争や要求を含蓄的に意味する場合があるが、契約上の〝クレーム〟 般にクレームは『紛争(dispute)』として理解されているかもしれないが、建設プロジェクトにおけるクレームは必ずしも紛 なお、ここにいわれる「クレーム」とは、必ずしも履行過程における「異常」や「障害」を意味しない。 前掲・澤田編『国際取引ハンドブック』四二三頁以下、および、前掲・高柳編『国際契約プロジェクト 常態としてクレーム問題が発生する。 前掲・澤田編 前掲・ 大隈

当該契約に対する「主観的評価の再調整」のための重要な契機として、積極的に評価することになる。 るクレー も実際上は必ずしも截然と区別できるわけではなく、「建設クレーム」とは、いわばこの「常態としてのクレームと異常事態と してのクレームの本来的連続性」が、建築請負契約を「一つの典型例として」顕在化したものにすぎないと考えられるのであ はないと考えたい。 もっとも本稿では、 その意味で本稿はむしろ「クレームは履行過程に常態として存在している」と考えた上で、契約一般における当事者によ ム申立を当該契約に対して当事者が抱く「ニーズ」を把握するための重要な契機として、また、 いわば「クレーム」が「どこまでが常態で、どこから異常となるのか」ということは、 履行過程における「常態としてのクレーム」は、 海外建築請負契約に「特有」のものと位置づけ それぞれの当事者の 他の契約において る必

11 務の諸問題 であることを伺わせるものとして、 以上に掲げた海外請負契約の持つ契約調整に関する諸問題と共通の問題をわが国の国内建築請負契約 (上)〈平成五年版〉』(一九九四年)における種々の実務的観点の指摘が興味深い。 滝井繁男「建築請負契約の法律事務」 日本弁護士連合会編、 『日弁連研修叢書・現代法律実 も有するもの

12 以下、参照、前掲・高柳編『国際プロジェクト契約ハンドブック』三五九頁以下(一條一郎氏執筆部分)。 その他の契約も含めて、前掲・高柳編『国際プロジェクト契約ハンドブック』三五九頁以下(一條一郎氏執筆部分)に詳し

一條氏によれば、それぞれ以下のように説明されている。

- ジビリティ・スタディを実施し、入札書を作成するため、コンサルタント会社、エンジニアリング会社またはプロセス技術 のライセンサーにコンサルティング・サービスを委託する。かかるサービスの提供を内容とする契約をコンサルタント契約 コンサルタント契約 (consulting service agreement)。プラント発注者は、プラントの入札前にプロジェクトのフィ (前掲・一條、三六〇頁)。
- (b) 権を許諾してもらうための契約をライセンス契約という(前掲・一條、三六〇頁以下)。 有している。かかるプロセス技術の保有者(プロセス・オーナー)とプラント発注者との間に結ばれるプロセス技術の使用 造には、多くのプロセス技術を使用せねばならないが、かかる技術は一般にプロセスの開発者が特許やノウ・ハウの形で保 ライセンス契約(license agreement)。プラントから生産されるガソリンやエチレンなどの石油製品や石油化学製品の製
- プロセス技術が所定の性能を満足させることを保証するために、ライセンサーと結ばれる契約をプロセス性能保証契約と とに発注者に対して主契約のなかで性能保証する場合もある(前掲・一條、三六五頁)。 いう。この契約は、ライセンサーがプラント発注者と直接契約する場合もあるし、請負人がライセンサーと結ぶ契約をも プロセス性能保証契約(process guarantee agreement)。プロセス技術を組み込んだプラントが運転された場合、
- プラント建設のために必要な機材の購入契約である。また、大型プラントの建設では、機材も世界各国から購入する必要 契約という(前掲・一條、三六七頁)。 機材の購買契約(purchase contract)および調達サービス契約(procurement service agreement)。機材の購買契約は、 かかる場合地元市場に明るい購買代理人を起用することが多い。かかる調達活動代行者との契約を調達サービス
- (e) ため特別に制作された機材について、第三者検査機関に検査業務を委託することがあり、かかる委託契約をインスペク ョン契約という(前掲・一條、三七二頁)。 インスペクション契約(inspection agreement)。プラントに組み込まれる機材の内、プロジェクトごとに仕様が異なる
- (f) 港湾荷役作業を含む輸出入貨物の取り扱い業者をフォワーダーと呼び、彼らとの契約をフォワーディング契約という フォワーディング契約(forwarding agreement)。プラント建設用に購入された機材の輸出入通関手続、 前

掲・一條、三七三頁)。

- (g) 行わせる契約を施行監理契約という(前掲・一條、三七六頁)。 ルタント会社やエンジニアリング会社を監理技師に任命し、発注者の権限を委任してプラント建設工事の施行監理業務を 施行監理契約(construction management contract)。発注者が自らのスタッフで請負人の建設工事を監理せず、コンサ
- る。 これは「契約金額として約定された定額で請負人が設計・仕様に従い仕事を完成する義務を負う契約である」とされる。 前掲・大隈『請負契約論』一一頁によれば、ランプ・サム契約とは「一括総額請負契約とか総価契約」と呼ばれることもあ
- <u>15</u> a percentage of cost contract)、②コスト・プラス・固定額契約(cost plus a fixed fee contract)、③コスト・インセンティブ 契約(cost incentive contract)に区分される。詳しくは、参照、前掲・大隈『請負契約論』一三頁~一四頁。おなじく前掲・ 内容が明確にできない場合などに用いられる」とされる。この契約はさらに、①コスト・プラス・パセンテージ契約(cost plus 澤田編『国際取引ハンドブック』三七九頁以下も参照。 約してする契約であり、入札時に設計・仕様を十分に設定する余裕がなく早急に発注したい場合や単価契約ができるほど仕事の 大隈教授によれば、コスト・プラス契約とは、「仕事の遂行に通常必要なコストとプラス・アルファを発注者が支払うことを
- というリスクがある」とされる。 もっていない予想外の仕事が内蔵されていたり、材料等の調達で出費増を招くときには、赤字で仕事を完成させねばならない コスト削減をして仕事を完成すれば利益を生み出せるという利点がある反面、入札時の設計・仕様の解釈に誤りがあって、見積 金額を見積もることができる程度に明確になっていることが必要」であるとされる。また「請負人にとっては契約金額の中で 参照、前掲・大隈『請負契約論』一二頁。大隈教授によれば、この契約では、「入札時点において、工事の設計・仕様がその
- 単位あたり金額を乗じてなされる」とされる。この場合、"bill of quantities"(BQ)とは、この「単価契約の見積もり」のた その単位ごとの金額を見積もり決める方式で、実際の支払いは、現実に遂行した単位ごとの仕事量を測定して、その仕事量に 定数量に比べ一○%とか一五%など大幅に異なった場合には単価の調整措置がとられることになる」とされる。同じく参照 めに用いられる「数量明細表」のことをいうとされる。さらにこの契約においては、「契約時点では、 あるために総金額が確定せず、仕事の遂行により数量が確定してはじめて金額が確定していくこと」になり、「実際の数量が推 前掲・大隈『請負契約論』一二頁~一三頁および七三頁によれは、「単価契約」(unit price contract)と呼ばれるものであ そこでは「仕事を工事項目部分ごとに単位分けして、発注者からその単位ごとの仕事の推定数量を示しておき、入札者は 仕事の数量が推定数量で

前掲・高柳編『国際プロジェクト契約ハンドブック』三七八頁(一條一郎氏執筆部分)。

- (18) 資源採掘契約については、前掲・北山「契約の改訂」に詳しい。
- 柄など主として定性的な信用度の検討も含まれる」とされる。これに対して「後者の場合は、プロジェクトが採算にのるもの されている か否かの主として定量的な分析と評価」であり、「後者は、前者の総合評価の主要部分の一つであり、不可欠の要素である」と トの実現可能性の検討を意味し、狭義には採算の定量的検討に限って使われる」とされ、「前者は、プロジェクトが実現できる か否かを総合的に判断するためのすべての要因分析とその総合評価」であり、そこには「現地パートナーの資本力・経営力・人 前掲・澤田編『国際取引ハンドブック』一〇四頁以下によれば「フィージビリティ・スタディ」とは「広義にはプロジェ
- 20) 同じく、前掲・北山「契約の改訂」九二頁参照。
- うるものではなく、各種条項の機能を理解するための「一つの視点」に過ぎないものというべきである。 させるもの、心再交渉義務を課すもの、の三つに区分している。もっともこれらの区分も、そこから直ちに一定の効果を導き また、調整手続の観点からも区分できるとし、⑷自動調整を目的とするもの、⑹給付確定権を一方当事者ないし第三者に留保 いった量的調整を目的とした条項と、②契約の全体構造(das ganze Vertragsgefüge)の調整を目的とした条項とに区分する。 以下に掲げるもの以外のものとして、さらに VuU, S.1119 以下参照。そこでホルンは、各種条項を、①給付の額・範囲と
- 22 意味で「ターンキー」と呼ばれるという。 て請け負う契約であり、発注者は完成したプロジェクトの鍵を請負人から受け取って回せばプラントの稼働ができる」という 前掲・大隈『請負契約論』一五頁によれば、「ターンキー・コントラクト」とは「請負人が設計から施行、完成までを一括し

いさまざまなリスクに対処する必要がある」ことになるとする。 ある」とする。逆に言えば請負人は「海外における機器調達、土木・建設の工事施工を行わねばならないので、国内工事にはな ラント建設全側面を一貫して引き受けるので、納期の遅延、品質・性能の欠陥が生じたとき発注者にとって責任の追求が容易で また前掲・高柳編『国際プロジェクト契約ハンドブック』二一六頁以下によれば、この契約においては、単一の請負人が「プ

- 23 巻二号(一九八五年)二一七頁以下が詳しい。 価値保証条項については、和田安夫「金銭債務と貨幣価値変動 ―西ドイツにおける議論を中心として― (三)」民商九三
- もっともホルンによれば、この中でも一定の経済指標などに連動させることで、自動的に調整基準が確定される条項

がなされる。この修正条項は「経済条項」(Wirtschaftsklauseln)と呼ばれることもある(VuU, S.1120)。 契約中に設けることが多く、そこでは「再交渉に基づき、事情の変動に自動調整条項を適応させるものとする」といった規定 契約調整とは性格を異にする面を持つといわれる。かかる調整条項は、基準の明確性という長所を持つものであるが、 該条項自体、裁判所による改訂を要するか、あるいは当事者の再交渉による調整に委ねられることになる、とホルンはいう 情の変化によってはかかる条項自体が不適切なものとなることを回避できないという硬直性を持ち、かかる場合には、 dexklauseInといわれる)は、契約調整についての裁量余地がきわめて限定されているという意味において、「再交渉」 (AcP, S.260)。かかる事態に対応するために、実務上は以上のような自動調整条項に加えて、この調整条項の修正条項を同時に

- (25) それぞれの内容・異同については、たとえば Horn AcP, S.261ff. および、AIV, S.25ff, ARC, p130., 等参照。さらに、 大隈『請負契約論』八二頁以下、前掲・澤田『国際取引ハンドブック』三九三頁、四〇一頁等参照。
- (26) なお、コモン・ロー諸国においては、厳格履行の原則のゆえに免責のためのフラストレーションの要件がきわめて限定され この条項は「無過失契約障害」(ホルンはマスコウに従い、Vertragsstörung という言葉を用いる)に基づく免責事由を明確化 Maskow, Die Anpassung langfristiger Verträge, Vertragsklauseln und Schiedspraxis in: AIV, S.81ff., insb., S.83 するという意味を持つことになる(AIV, S.26, ARC, p.131)。同旨、前掲・大隈『請負契約論』八二頁~八四頁。Vgl. Dietlev ているのを緩和するという機能をこの条項は果たしている。大陸法においては、過失責任原則が契約責任法を規定しており、
- 27 vener clauseという)。イギリス法においては、仲裁裁判所は、単に当事者の契約上の権利・義務の確認を行うことができるに Référée Arbitral in : ARC, p.191 AcP, S.263. 「第三者関与条項」については、参照 Ottoarndt Glossner, Third Party Intervener in Contract Adaptation: The すぎず、全当事者の同意が得られなければ、契約の調整を行うことはできないことがその理由であるとされる。Vgl., 第三者」による給付確定に委ねるとされる場合が多いという(これを定めるものを、「第三者関与条項」third party inter ホルンによれば、イギリス法においては、再交渉義務違反の効果として仲裁裁判所への付託ではなく、仲裁裁判官以外の
- 28 とされる (AIV, S.17)。 特に国際取引においては、「外交的配慮」から、 調整権限の有無、 契約違反の有無につき明確化を避けるという傾向がある
- (29) 参照、前掲・山本「契約交渉関係(三)」八〇九頁以下。
- 30 たとえば、前掲・和田「長期契約論」二〇頁参照。和田教授は「再交渉義務の内容は事情によって定まり、 ある種の概念的

な拠点が経済学的及び社会学的交渉理論から引き出されうるが、具体化は決疑論的にのみなされうる」とする。

- 31 いる。 論文における見解を再考し、現在においてはホルンと同じく「再交渉義務の一内容としての同意義務」を肯定するにいたって まれる」というホルンの基本的立場に対しては後に見るように、現在のドイツ契約法解釈論において疑問が提示されるところ 合のみである」とし、「交渉義務と同意義務とは区別できない」とする(AIV, S.69)。なお、この「再交渉義務に同意義務は含 となっている。この問題については、前掲・和田「長期契約論」二四頁以下も参照。そこで、和田教授は前掲・和田「契約調整 たとえば、 前掲・松井「過程志向的法システム」二五五頁以下参照。 ホルンは「再交渉義務を真摯に受けとめたといいうるのは、当事者が調整案の合意に向けて真剣に努力した場
- (32) 紛争のプロセスの中で真の争点、ないし当事者の目的が次第に具体的な形をとって現れてくるという、紛争の動態、 書は、 ても、 訟の開始時点では、通常の場合原告としても暗中模索の状態であり、真の主題は、手続をかなり積み重ねていくうちに次第 浮かび上がってくるとみるのが、訴訟の発展的な性格、法の動態的な性質にも適合する。また、訴訟で争う当事者の目的とし の動態をより広い文脈で指摘するのが、井上治典『民事手続論』(一九九三年)二三~二四頁である。そこで、井上教授は これをはっきりさせるために訴訟で争うという場合もあるし、相手方の誠意のなさを問責していることも少なくない。 実態に即したもっとこまかな事実主張をめぐる争いのなかからかたちづくられていくのが常態である」とする。なお、 心であるとはかぎらず、もっともっと手前の、責任の存否やその基礎になる具体的な事実認識の対立が紛争の核心であって その後の具体的な訴訟活動の路線と内容が演えき的に決まってくるというものではなく、訴訟活動の内実は、その紛争の 支払いの方法をめぐって争われているケースもある。訴訟の実際においても、請求がたてられればそれを不動の母体とし 井上『民事手続論』として引用する。 たとえば損害賠償が請求として掲げられているからといって、要するに金が欲しい、払いたくないというのが紛争の核 なかに
- (33) 前掲·山本「契約交渉関係 (三)」八一二頁以下。
- 34 通常であるとされる(ARC, pp.174-175)。 適宜の情報提供、交渉開始時期や、交渉期間について当事者が設けた「一定の」ルールに則って交渉が遂行されることが

約の調整という、当事者がルール定立時にその利害状態を十分には予測しがたい問題については、調整ルールについてのそれ 滑に取引・交渉が進展すると考えるのは早計である。契約中に当初定められた交渉ルールは極めて概括的な場合もあり、また契 つとも、 当然のことながら、現実の取引・交渉において、契約中に再交渉手続についてルールを設けさえすれば、

展するということになるのである。また、逆に当初交渉ルールが詳細に定められている場合には、 ぞれの ロセスの動態であることは看過されてはならない。 ないし ルが事情の変化に即応できないという事態も生じうる。この場合には、調整交渉の中で、当事者はかかるルールの「再解釈」 進展させてゆくことになる。つまりかかる場合には、交渉のルールを互いのかかわり合いの中で「作り上げながら」交渉が進 して見られるところである。このような場合、実際に再交渉がなされるに際しては、 に過ぎないことになり、当事者はかかるルール自体も交渉のテーブルの上にあげながら、互いの解釈を呈示しあい交渉過程を 「修正」を行うことになる。双方の場合とも、 「思い入れ」にはそもそも「ズレ」があり、よって調整ルールが「玉虫色的な性格」を有していることはむしろ常態と いわば、「交渉の中で当該交渉のルールは作られる」ということが契約プ かかるルールは交渉の一つの 詳細である分、かかるルー 「手がかり」

ちづくられていくという、 から静止的に横たわっているものを裁判官が確認して宣言するのではなく、当事者の自律的な紛争活動のなかから次第にかた イニシャティブの重要性をあらためて確認しておく必要がある」とする。 訴訟法学においても、たとえば、 法の動態的な側面と手続のもつ発展的な法形成過程としての特質、 前掲・井上『民事手続論』二一頁は「具体的な法または法規範は、 およびその過程で働く当事者の 所与のものとしてはじめ

35 支援に基づく再交渉」の意義もここにあるとみるべきである。 る仲裁とは連続的なもの、 きつ戻りつしながらも交渉がある程度煮詰まり、複数の争点の内、ある程度のものについては合意が達成されたという段階に 者の介入もまた自主的交渉の促進のためであると考えるべきであるからである。実際上も、直接交渉と仲裁とは法理論の教え いうことのみをもって、 るほど截然と区別されるものではない。仲裁とはいわば、「第三者を交えた自主交渉」という性格を強く有する場合があり、 たって、 もっとも、 仲裁の形をとるという場合が現実には多数存している。 後にみるように自主的交渉と、第三者が介入する交渉とを全く異なるものとして扱うのは妥当ではな 直ちに両者が性質を本質的に異にしているかのように理解すべきではない。ホルンのいう「第三者の またその境界は流動的なものと解されるべきであり、 とするならば、むしろ自主交渉(さらには調停) 単に形式的に第三者が介在しているか否かと と次にみ

る としたコミュニケーションのよき仲介役として裁判官の役割を位置づけ、 「裁判官に『断を下す者』としての役割や、 なお、 前掲・井上『民事手続論』六一頁等の問題意識に多くを負っている。 私のこのような見方は、「自主交渉型」紛争処理過程と「第三者関与型」紛争処理手続との連続性を強調 裁判官の主導による手続運営を期待するのではなく」、「当事者相互間の弁論を中心 当事者間の自主的な手続形成に期待をかける」とす そこでは

川統一郎編『製造物責任法の理論と実務』(一九九四年)所収、同「裁判外紛争解決制度のシステム設計と運用 程論』(一九九一年)、棚瀬孝雄『紛争と裁判の法社会学』(一九九二年)、太田勝造「アメリカ合衆国のADRからの示唆」 替的紛争解決手続(Alternative Dispute Resolution)」の中で、契約調整問題はどのように取り扱われることになるのかを論ず 田中成明『現代社会と裁判 ―民事訴訟の位置と役割』(一九九六年)等参照。 手続的配慮の研究(一)~(三・完)」法学五八巻一号・二号・五号(一九九四年)、守屋明『紛争処理の法理論』(一九九五年)、 の調査から―」木川統一郎博士古希祝賀『民事裁判の充実と促進(上)』(一九九四年)、山田文「裁判外紛争解決制度における する一考察」法学研究六一巻五号(一九八八年)、太田勝造『民事紛争解決手続論』(一九九〇年)、和田仁孝『民事紛争交渉過 外紛争処理の動向とその分析」法政研究五一巻三=四号(一九八五年)、大沢秀介「アメリカにおける代替的紛争解決運動に関 ることが必要であろう。代替的紛争解決手続については極めて多数の論稿が公表されているが、さしあたり、吉村徳重 なお、ここではホルンに従い、第三者関与型の契約調整手続として、仲裁手続のみを概観するが、より広くいわゆる ―日本の制度

際取引契約の調整問題における「仲裁」については、前掲・北山「契約の改訂」九六頁以下が詳しい。 等々の多様な紛争処理手続が存していることについて、前掲・大隈『国際商事仲裁』一五〇頁以下、一八四頁以下が参考にな る。ホルン自身も、契約調整手続として、「仲裁」以外に「調停」(conciliation)の重要性を指摘する(ARC, p.10)。なお、 また、国際契約紛争については、調停、Med-Arb(仲裁移行型調停)、ミニトライアル、ICCプレ・アービトラル・レフリー

さらに、国際商事仲裁に関しては、小山昇博士の一連の労作がある。参照、 小山昇著作集第六巻『仲裁の研究』(一九九一

ドイツにおける仲裁に関しては、松浦馨「西ドイツにおける仲裁」法律時報五四巻八号(一九八二年)の叙述が的確に問

題点を指摘しており、参考になる。以下、松浦「西ドイツにおける仲裁」として引用する。

<u>37</u>

BGB, 12.Aufl., § 317 Rz. 19ff. もっとも、この点についても学説上争いはあり、AIV, S.54, ARC, p.184 や Münchener Kom des Schiedsgerichtsverfahrens, FS für Laufke, S.316ff. (1971) ているようである。 Vgl., Habscheid, FS Lehmann II (1956), S.789ff.; ders., Zur Frage der rechtsstaatlichen Ausgestaltung でいる場合には、訴訟契約と理解されるべきであり、ZPO一〇二五条以下の規定の適用を見るべきであるとの主張もなされ mentar/Söllner, BGB, 2.Aufl., § 317 Rz12 によれば、民事訴訟法理論においては、仲裁鑑定契約が、法律問題の確定をも含ん Vgl., BGHZ 6, 335; 48, 25; Münchener Kommentar/Söllner, BGB, 2.Aufl., § 317 Rz.11ff., Rz.17; Staudinger/Mayer-Maly,

- <u>39</u> Wittmann, Struktur und Grundprobleme des Schiedsgutachtenvertrages, 1978, S.157
- $\widehat{40}$ mann, mann, するものであるが、仲裁鑑定人は「事実関係の有無」について判断するに止まるという点で区別されているという(Witt-れているかという観点から区別されており、仲裁人は「法律関係や、かかる法律関係から生ずる請求権の有無」について判断 (Wittmann, S.167ff.)。また、前掲・松浦「西ドイツにおける仲裁」五四頁も参照。 たとえば、 S.157)。しかし、かかる区別は詳細にみると、必ずしも維持されているとはいえないとヴィットマンは批判し(Witt S.158ff.)、むしろ両者の区別は、事後的な司法的審査がどの程度およぶのかという観点からなされるべきであるとする 前掲・ヴィットマンは、通説的見解においては、仲裁と仲裁鑑定とは、判断者たる第三者にいかなる責務が課さ

すべきであるとの見解も唱えられているようである。Vgl., AIV, S.53f. 別することはこの統一的な取り扱いの要請を看過させてしまうことを理由として、国際取引の領域における両者の区分を廃棄 的に柔軟性を認められるべきであること、の二点において統一的な取り扱いがなされるべきであるにもかかわらず、両者を区 とりわけ、 国際取引の領域においては、仲裁(Schiedsgericht)と、仲裁鑑定(Schiedsgutachten)とは実際上は明確に区別できず、 仲裁も仲裁鑑定もともに一定の「手続保障」を観念されるべきであること、またその決定権能の点においても可及

compotision)および「善と衡平による(ex bono et aequo)仲裁」が重要であろう。もっとも、大隈教授によれば、後者の 国内法に関するものとしては、前掲・松浦「西ドイツにおける仲裁」四八頁参照 「衡平」(equity)とは「実定法ではないが、法であって、一般性のある基準的なものが考えられる」とする。同じく、西ドイツ 仲裁判断の基礎となる適用法令については、前掲・大隈『国際商事仲裁』四五頁以下参照。特に「友誼的仲裁」(amiable

題が一方にはあり(ARC, p.181)、他方では、次章以下に見るように「法が語られる具体的かつ状況的な場」にまで着眼すべき かねない」という問題があると考えられることになる。 において現実に用いられる際の「皮膚感覚」が十分に伝えられない、ないしはそもそもかかる「状況感覚」が「切り落とされ であるとの本稿の立場からすれば、「法であって、一般性のある基準的なもの」というに止まる限り、それが具体的な調整問題 もっとも「一般性ある基準的なもの」といわれる場合、「それにより状況に即応した十分な柔軟性が得られるのか」という問

<u>42</u> たとしても、当事者自身は契約関係の継続をもはや望まないという状態になっているということが極めて多いという。 かかる場合、 ホルンによれば、 当事者はもはや「交渉」はなさず、自身の利益主張と相手方に対する論難に終始することになり、仲裁判断が出 仲裁手続が単に訴訟の代替物として用いられる場合、 それは対立的な手続として運用されることになる。 かかる

場合には「仲裁判断はもはや将来に向けた豊かな協調関係(fruitful future cooperation)のスタート・ポイントとしては役に立 たなくなる」とホルンはいうのである(ARC, p.182)。

ことではない。また見方を変えれば、このことは、「裁判と仲裁」とを制度的に異なるものとして峻別するのではなく、むしろ 相互の乗り入れを構想することが、当事者にとりより気軽な手続利用を促進することになることを示しているともいえよう。 とする契約法理とはいかなるものか」の探求に存するのであり、「裁判か、仲裁か」という制度レベルでの選択問題に拘泥する して、両当事者が実り多い協調の契約プログラムを自ら見いだしてゆくことのできる手続運営とは何か」そして、「それを可能 ことの繰り返しをする」ということになりかねないことが示されている。つまるところ問題の核心は、「調整問題の発生を前に 結局、ここには、迅速・柔軟性を理由として、裁判に代えて仲裁を持ち出すとしても、それだけでは「単に場所を代えて同じ

している。 給者たるアルコアが多大の損害を被ることになるため、アルコアが契約の改訂を求めて連邦地方裁判所に訴えたという、アル 結以後、アルミニウム製造費用の大半を占める電気料金の急騰のゆえに、契約書記載中の価格調整手段によったとしても、供 る」というゴットリープ(Gottlieb, Relationism: Legal Theory for a Relational Society, 50 U. Chi. L. Rev.567, 572 (1983)) 契約の主たる用法は、履行になんらかの問題が生じたときの再交渉の基礎を提供するためのものとして用いられるところにあ コア事件 (Aluminum Co. of America v. Essex Group, Inc., 499 F. Supp. 53 (1980))を取り上げ、極めて興味深い視角を提示 の言葉を引用しつつ、アメリカ・アルミ会社(アルコア)とエセックス・グループとの間での継続的なアルミニウム供給契約締 なお、同様の指摘をするものとして、スチュワート・マッコーレーがいる。マッコーレーは、「継続的な契約関係における

されることになった。 び、そこで用いられた改訂法理(相互的錯誤、フラストレーション、商的実行不能)の内容、射程に関する多くの研究が公刊 約の改訂に関するそれまでの裁判所の消極的な流れからすれば、裁判所による契約の改訂を認めた本判決は、大きな関心を呼 この事件においては、連邦地方裁判所は、契約の価格条項の修正を認めたわけであるが、それまでのアメリカ法における契

後日談があり、アルコアと、エセックス・グループは地方裁判所の判決後、 レーによれば、このアルコア事件は、確かに裁判所による契約改訂という判決をもって終結したかに見えるが、実はこれには て、「再交渉」をなし、 しかし、マッコーレーは、 当初の契約の改訂を自身の手で行うことにより問題処理がなされることになったのである。つまり、 アルコア事件を、これらの研究とは全く異なった視点から分析してみせる。つまり、マッコー 控訴裁判所での口頭弁論(oral argument)におい

り、 手により処理されたことを見落としているという。そして、マッコーレーは、アルコア事件を担当した双方の弁護士にインタ ビューをおこない、控訴裁判所における口頭弁論(oral argument)が実際どのようなものであったのかを明らかにする。 の同事件に関する研究は、 果として地方裁判所の判決通りの解決がなされたわけではない、 セックス・グループに有利な条件での契約改定の提案をなすことで事件は終結したというのである。 の当事者に伝え、結局、 口頭弁論の場において、控訴裁判所はアルコアに有利な結果をもたらした地裁判決に対する疑問を抱いていることを双方 訴訟に厖大な時間と費用と人員が投入された後に、控訴裁判所の態度を睨みながら、アルコアがエ 一裁判所による契約改訂の可否についての議論をなしているが、それらは本件が結果として当事者の ということに注目する必要があるという。 そして、 ほとんど

それぞれは、「決してある特定の結果を当事者に課すものではなかった」ということであり、それらはあくまで当事者の 点につき、参照、 parties worked out their own solution)ということが本件の実相であることは忘れられてはならないというのである。 きではないという。裁判所による判決ないし、訴訟過程の趨勢を睨みながら、「当事者が自身で解決を見いだそうとした」(the 力のバランスに変化をもたらすものにすぎなかった」ということである。そして、マッコーレーは、地方裁判所の判決、 マッコーレーによれば、本件において見落とされてはならないのは、地方裁判所の判決と、控訴審における訴訟プロ 控訴裁判所における訴訟手続過程が、「一種の調停強制」(coercive mediation)として機能したということは看過されるべ Stewart Macaulay, An Empirical View of Contract, 1985 Wisconsin L. Rev. 465, 475-477. セスの 「交渉

中心に―」法学新報九六巻六号(一九九〇年)、前掲・久保『経済変動と契約理論』六六頁以下に詳しい。 アルコア事件については、山口裕博「契約の修正による契約関係の維持 ―アメリカ法における商的実行不能法理の展開を

眼することの重要性を正面から指摘したのが、いわゆる「手続保障の第三の波」論の功績の一つであることは疑いない。 課題として提示し、判決確定後の「関係性」の展開に目を向けながら、そこでなされる当事者間の「再交渉」という次元に着 わが国において、総体としての紛争処理過程の中に訴訟過程を位置づけつつ、かかるプロセス自体の活性化を重要な

うとかいうようなことをやっているわけです」とする。 でさらに執行官が は金銭債権による差押というような場合でも、 たとえば、 活性化を図ることの重要性を指摘しつつ、「判決が出て、それで紛争が解決するかというと、そうではなくて、 前掲・新堂・井上・小島編『裁判内交渉の論理』一九一頁において、井上正三教授は紛争「プロセス」自体の 『和解的執行』、『執行和解』をやるとか、 一部支払うことによって執行官がその債権者に電話して何とか処理してやろ 家の明渡を求めにいってもその場でまた交渉が始まるとか、 執行の段階

それとの相互関係にまで目を向ける必要があると思われるのである。それはまた、訴訟は紛争解決の終着点であるというより 訟のなかでの紛争処理過程が果たす役割やそこでの理論のあり方を考えるにあたっては、常に訴訟外の紛争処理行動の存在と 判決で認定された賠償額にさらに上積みした額を債務者側が支払うという内容で和解が成立することもあるのである。要する 中でも訴訟外で紛争解決行動がとられることがしばしばあるし、訴訟から出た後も、スモン紛争にみられるように、 それへの一里塚であり道程であるということをしっかりと踏まえるべきだ、ということでもある」とする。 訴訟過程というのは、訴訟前、訴訟外、訴訟後の紛争解決過程全体からみれば、そのひとこまにすぎず、したがって、訴 前掲・井上『民事手続論』五頁も、「多くの紛争は、訴訟にはいる前にさまざまな折衝や行動が展開されており、訴訟 訴訟後に、

処理過程における執行制度の機能 ―判決手続・執行手続峻別論の相対化をめざして― (一) (二)」民商一〇九巻一号(一九九 して、視野に収め」る必要があると指摘する。なお、同書は以下、和田『民事紛争交渉過程論』として引用する。 で、それを例外的現象と切り捨てたり、紛争「解決」の失敗事例としてマイナスに位置づけたりすることなく、むしろ常態と 渉過程論』七頁が重要であり、そこで和田仁孝教授は「現在においても頻繁に見られる判決やさらには和解後の再交渉過程ま 認知枠組みが、当事者間の相互交渉により継続的に変容する過程に着眼することの必要性を提唱する、前掲・和田『民事紛争交 さらに、判決後「再交渉」に言及する研究の内、より若い世代の手になるものとして注目されるのが、西川佳代「民事紛争 また、近時における展開を見せるものとしては、当事者の主体的な「状況認知」に定位しつつ、紛争状況に対する当事者の

実な努力」を求めるとしたことや、ドイツにおいて、会社の定款調整に関し当事者に再交渉を命じた BGH WM 1975, 769 など Light Company v. Westinghouse Electric Corporations, 517 F. Supp. 440 (E.D. Va.1981))、そこで、裁判所が、当事者に「誠 practicability)が問題となるケースにおいて、ウェスティングハウス社事件第一審第一判決を取り上げ(Florida Power and の判決例を取り上げている。Vgl., AIV, S.61. ホルンは、かかる傾向は各国の判決例に見られるとし、たとえばアメリカにおいては「商的実行不能」(commercial ぐって―」九大法学六八号(一九九四年)である。

三年)、四号・五号(一九九四年)、および仁木恒夫「自律的紛争処理の内部メカニズム ―調停手続における合意の位置をめ

る契約関係の維持」七二頁以下の分析に教示を受けた。 なお、ウェスティングハウス事件については、前掲・久保『経済変動と契約理論』七六頁以下、前掲・山口「契約の修正によ

(45) 同国 Staudinger/Mayer-Maly, BGB, 12.Aufl., § 317 Rz. 19.

- マイヤー—マリー(Staudinger/Mayer-Maly, BGB, 12.Aufl., § 317 Rz. 19.)は同じく仲裁鑑定という概念の多義性を認め RGZ 96, 57, 60 に従って以下の三つの類型に区分することができるとする。
- 不明確な法律状態ないし、その他の個々の問題で、事実的な性質を有するものの解明
- ② 当事者の契約意思の形成的な補足

1970, 827)° 的に適用されるのは、ⓒであり、匈⑮については準用を見るに過ぎないとする(vgl. BGH LM Nr 7 zu § 317; BGH Betrieb この場合、マイヤー―マリーは回じを狭義の仲裁鑑定と呼び、にを広義の仲裁鑑定と呼ぶ。その上で、三一七条以下が直接

11, 14, 18) もかかる分類をなさず、むしろ判例に現れた多様な仲裁鑑定事例を列挙するに止めている。 定の相互の区別を廃棄することを主張する(Wittmann a.a.O. S.13ff.)。またヅェルナー(MünchnerKomm./Söllner § 317 Rz に分けるものもある(例、Larenz I § 6 II b Fn.2)。これに対し、ヴィットマンは契約補充的鑑定、権利変更的鑑定、 その他、権利解明的鑑定、法律要件確認的鑑定、権利変更的鑑定に区分するものや、 さらに、確認的、 補充的、 形成的鑑定 確認的鑑

- (\(\frac{1}{4}\)) RGZ 152, 201, 104; BGHZ 6, 335, 341.
- と読みかえるものが多い。 の基準についても「明白な不公正」(offenbar unbillig) というBGB三一九条の文言を「明白な誤謬」(offenbar unrichtig) 解されていることにより(MünchnerKomm./Söllner, 2.Aulf. BGB § 317 Rz.17)、判例・学説においては、鑑定判断の司法審査 られる。問題は「明白な不公正」(offenbare Unbilligkeit) の判断基準であるが、仲裁鑑定人は法的争訟に関して「衡平な」 (billig) 判断を下すことを旨とするのではなく、事実問題の真偽に関して「正しい」(richtig) 判断を下すことを旨とすると理 鑑定が裁判所の審査に服するのは、BGB三一九条により、鑑定が「明白に不公正」(offenbar unbillig) である場合に限

Wittmann, a.a.O., S.89ff. 等参照。 von Schiedsgutachten, DB, S.743 (1968); Bulla, Gerichtliche Nachprüfbarkeit von Schiedsgutachten, NJW, S.400 (1978) たとえば、BGHZ 43, 374, 376; BGH Betrieb 1970, 827; BGH WM 1976, 269, 270; Gelhaar, Die gerichtliche Nachprüfung

Staudinger/Mayer-Maly §319 Rz.18も「明白な不公正」と「明白な誤謬」という両基準の相違は原則として存在しないとす 他方、「明白な不公正」と「明白な誤謬」とを等置する判例もある。この点については Gelhaar,a.a.O., S.743 参照。

ことを示すものと理解すれば足りるという。「明白な誤謬」という概念にあたっては、「明白な不公正」という概念に比べ評価 よって、仲裁鑑定に対するBGB三一九に基づく司法審査にあたっても、 の判定にあたっても、単なる事実関係の真偽のみならず、両当事者の利益状態の顧慮が必要であると考えるべきであるという。 白な不公正」と「明白な誤謬」との相違点は質的なものではなく、量的なものと理解されるべきであるといい、「明白な誤謬」 鑑定の基礎となる基本的なデータに対する真偽性の審査が「より」問題とされることになる。結局、マイヤー―マリーは、 題であるとするのである。この場合、仲裁鑑定の司法審査にあたっては、形成的な評価判断に対する内容コントロールよりも、 的な要素が背後に引き、事実状態と鑑定との「客観的な乖離」が「より」重要な意味を持つことになるという、いわば程度問 のではなく、「準用」されるということを示すものであって、その際、「明白な不公正」という概念に若干の修正が必要である る。マイヤー―マリーによれば、「明白な誤謬」という概念が用いられるのは、BGB三一九条が仲裁鑑定には ることになるとされるのである (Staudinger/Mayer-Maly § 319 Rz.19)。 BGB二四二条の信義則を顧慮することが要請され 「適用」され

BB 1976, S.391 がないところに特徴があるともいわれる。Vgl., Sieg, Die feststellenden Schiedsgutachter im Privatversicherungsrecht ということが前提とされ、よって争いはあるものの評価的判断の根拠となる信義則規定(BGB二四二条)を考慮する必要性 VersR, S.634f., 1965.; Gelhaar, a.a.O., S.743; Bulla, a.a.O., S.400; ders., Schiedsgutachtenklauseln im Wertsicherungsabreden もっとも通説的見解からすれば、「明白な誤謬」という基準においては、仲裁鑑定人には法律関係の形成余地が存していない

ことになるが、学説上は「明白な誤謬」は「恣意的な仲裁鑑定」と同義ではないとされ、 「明白な誤謬」というわけでもないとされる(Staudinger/Mayer-Maly, BGB, 12.Aufl., § 319 Rz. 18.)。 仲裁鑑定に対するBGB三一九条の司法審査基準の問題は、この 「明白な誤謬」という要件の内実として論じられる また「あらゆる仲裁鑑定上の誤謬」

性」に着目する見解であるということができよう。 解においては「明白な誤謬」とは事実関係の真偽に関する重大な誤認と理解されており、いわば鑑定「内容」の「真偽の重大 Beurteiler)一見して認識可能なほどに客観的に大きな誤謬」のことをいうとするものもある(Gelhaar, a.a.O., S.743)。この見 この点については、「明白な誤謬」とは「専門知識を持ち、かつ予断のない判断者にとり(sachkundiger und unbefangener

に客観的に大きな誤謬」とは何か、との疑問が直ちに提起され得よう。マイヤー―マリー(Staudinger/Mayer-Maly)や、 もっとも、ゲルハールのように定義したとしても、「専門知識を持ち、 かつ予断のない判断者にとり一見して認識可能なほど

ヅェ 問題解決の手がかり以上のものに出ないこともまた明らかである。 ナー (MünchenerKomm/Söllner) はこれに対していくつか の先例を例示するに止めている。 しかし、 かような例示

手続進行のあり方につき当事者自ら確定する機会が保障されていなければならないとする。そして、かかる最低限の手続保障 が重大に侵害された時に、三一九条の審査が及ぶものと考えるべきであるというのである(AIV, S.56)。 いても、重要な問題についてはあらためて独立した公正な第三者の関与を求め、 この点につきホルンは、 鑑定判断の司法審査においては、 手続保障という側面に着目すべきであるとし、 あるいはその都度の決定権限の範囲および、 仲 裁鑑

を議論するのみでは、果たして手続過程における当事者間の コミットメントの作出が主眼とされているはずである。 て執行力を論ずることはあまり意味がないとホルンもいうように、ここではかかる鑑定手続を媒介とした、 もっとも、ここにおいても依然として、問題の核心はなんら触れられずに残されたままである。つまり本来仲裁鑑定にお しかるに「重大な誤謬」や「手続保障の重大な侵害」といった要件論 「関係性の再構築」につながっているのか、という疑問が生ずる 各当事者の新たな

あり、 向けた貴重なメッセージという意味を有している。とするならば、 十分に汲み尽くし得ているのか、というところにこそ最大の問題が存しているように思われる。 を重大に侵害していたか、 な爾後の展開の可能性をその内に秘めたものである。そして、このような異議は、 し立ては当該紛争に対する当事者のニーズや、 断を契機として、再び当事者間の関係が動き始めたことを示すものである場合が多い。そしてこのような当事者による異議申 になっているのかという疑問がある。 契機としてどのように用いるのか、 つまり、第三者の判断に対する異議が当事者から提起されたのは何故か、 第三者の「関与」を契機として、当事者相互の「かかわり合い」もまた変動していることをここに見ることができるので 第三者の判断に対する異議を契機として顕在化するこの「かかわり合いの変化」は、 という観点から事態を「過去志向的に」見ることで、 という問に対し、 第三者の判断に対して一方当事者より異議が提起された場合、それはかかる第三者の判 当事者間関係の実相を理解するための重要な手がかりとなるはずである。 上記の「要件」の定立をもって応答しようとすることは、 第三者の判断が重大な誤謬を有していたか、 そしてかかる異議を当事者間での 果たしてかかる 当事者自身からする「関係性の再構築」 紛争状況の多様性に応じた、 「関係性の再構築の契機」 「関係形成」 果たして答え また手続保障 の

らは、三一九条の「不公正」ないし「誤謬」要件の意味論的内実を探求するのみでは、片手落ちであると解されることになる。 たがって第三者の判断 に対する当事者の異議申し立てを 「関係性の再構築」 の一契機として捉えようとする本稿

失させかねないものでもある。 要件を通じての第三者の「判断内容の審査」という視角で三一九条による司法審査を分析するにとどまることは、「関係性再構 構築のための「フォーラム」が設定されているということが核心なのであり、そこでは「衡平性」や「真実性」という「要件 築」の契機として三一九条を理解することへの道を閉ざすものであり、ひいては、当事者の真のニーズ開示へのチャンスを喪 はいわば、他の様々な関係構築要因探索のための「手がかり」にすぎないと考えられる。にもかかわらず、「衡平性」「真実性 の「新たな働きかけ」をなすための「場」が与えられているということこそが重視されるべきことになる。いわば、 か、ということである。つまり第三者の関与により惹き起こされた当事者間での「関係性のゆらぎ」を契機として、相手方 であり、第三者の判断を契機とした「かかわり合いの変化」について当事者自ら声を発する機会が実体法上も保障されてい 重視されるべきは、むしろ、第三者の判断に対して、当事者は異議を申し立てることのできる「場」を有しているということ 関係性

49 参照、 Commercial Transactions 1982, pp.177-. また後者の amiable compositeur については、参照、前掲・小山 Westring, Construction and Management Contracts, in: Horn/Schmitthoff (ed.), The Transnational Law of International ンス法における amiable compositeur などである(AIV, S.65ff.)。前者にはたとえば、FIDICルール(国際コンサルティ かるべく協議』を行う旨がFIDIC約款の版の改訂にあたり規定され、関係するいくつもの条項にも散見される」とする。 グエンジニア連盟 なお、FIDICのエンジニアについて大隈教授は、「エンジニアが決定を行う場合においても、発注者および請負人と『し その他ホルンが契約調整手続として注目されるものとして掲げるのは、国際取引実務における技術的専門家、 前掲・大隈『請負契約論』四三頁以下。 the Internatinal Federation of Consulting Engineers) における独立のエンジニアが該当する。 『仲裁の研究』。 およびフラ

に拠ると、このように当事者とは距離を置いた客観的な判断者として現れるはずの「第三者」も、視点を当事者の めの中立的・客観的なルールを司る「制度」の世界に属する者として当事者の前に立ち現れることになる。 ことになる。そしてそこでは、 裁人、鑑定人等の「第三者」はかかる「当事者」に対して、「中立的に」法的判断、事実的判断を下す者として位置づけられる 察」しようとする者にとっては、紛争の「当事者」とはいわゆる第一次的に争訟を提起する直接的な「当事者」を意味し、 ところで、ここで留意されるべきは、「第三者」の中立性の問題である。いわゆる「外的視点」に立って当該紛争状況を「 判断者自身は当事者の「日常的生活実践」の世界に属する者ではなく、むしろ日常的生活実践の多様性を可能とするた かかる「中立性」を担保するために、それぞれの当事者から「距離を置いた態度」が推奨され しかし、「外的視点」

はなにかを考察すべきである。

に置いた瞬間に、異なった様相を見せはじめるのである。

とになる。 ニーズ・主張の正当性に対する確信にゆらぎを覚えつつも、同時に第三者の「中立性」に対する疑義を抱くという態度をとるこ 状態が生まれることになる。かかる場合当事者のとりうる態度としては、一つには「自身の主張の不当性」を認めることであ を承認することは、自身のニーズ・主張の「不当性」を承認することをも意味するため、いわばここに一種の「認知的不協和」 係性再構築」の契機を持ち込むものとして映る。そして自身に不利な判断を得た当事者にとっては、この第三者の「中立性」 つまり、具体的紛争状況にある当事者にとっては、第三者の判断は、 他方では、 かかる第三者の「中立性」に疑義を申し立てるということである。そしてほとんどの場合、当事者は自身の 自分達のそれまでの関係に「ゆらぎ」を生みだし、

うるような「中立的態度」(もっとも、もはや「中立性」という言葉を用いることさえためらわせるものとなるのであるが)と 当事者の資質・性格を勘案した上で、当事者の内的視点に立ちつつ、当事者自らが新たな関係性の構築を探索する契機を促進し のから、他方では「両当事者に積極的に関与する態度」まで、多様なものがありうる。場合によっては、「距離を置いた」 るいは、 が望ましい場合もあり、しかしまた、当事者にとり「親近感を抱かせる」態度が望ましい場合もあろう。結局、 ということであろう。つまり、同じく「中立的態度」であるといっても、一方では「当事者から距離をとった態度」によるも であるが、しかし問題は、「各当事者のコミットメント」を促進するような判断者の「中立性」のあり方とは、 主張の正当性に対する確信を揺るがせる存在として現れているのであり、また自身の確信を再強化する必要性を覚えさせ、 このように当事者の「内的視点」からすれば、第三者の「中立性」は、 ここでは、 相手方当事者とのなんらかの新たな「接触」を模索する必要性を覚えさせる契機として、現れているのである。 この当事者にとっては既に「第三者」はもはや、単なる「中立的な第三者」ではない。この第三者は自身の利 関係性の再構築を促す一つの契機として現れるわけ いかなるものか 事件の性質と、 あ 益

稿で示された、いわば「人間学としての裁判論」が極めて重要であり、本稿の基本的問題意識も竜嵜教授の一連の著作から多 の議論が参考になる。この点につき、たとえば前掲・井上『民事手続論』二二四頁以下参照。さらに、竜嵜喜助教授が一 豊かな「助言者」ないし「支援者」へと裁判官像を転換させようとする、 くを学んでいる。 そして、かかる問題意識からは、裁断型審理から、対話促進型審理への変革を説き、個性なき「中立的判断者」から、 参照、 竜嵜喜助『証明責任論 ―訴訟理論と市民』(一九八七年)、同『裁判と義理人情』(一九八八年)。 わが国におけるいわゆる「手続保障の第三の波論 連の論 ŧ

は、 た 『対話型審理―「人間の顔」の見える民事裁判―』(一九九六年)が重要である。 たとえば、廣田尚久『紛争解決学』(一九九三年)、草野芳郎『和解技術論』(一九九五年)、井上正三・高橋宏志・井上治典 わが国の実務においても、このような「人間に対する洞察」に基づいた「紛争解決実践」が試みられていることについ

- (S) AcP, S.277, GVS, S.630f.
- 際上は決定的な手がかりを与えるものではないとホルンはいう(ARC, p.139)。 後者は「均衡」(equilibrium) という言葉で表され、客観的基準を示すものであるといわれることもある。しかしこの分類も実 契約条項中では、前者はしばしば「フェアネス」(fairness) という言葉で表され、当事者の主観を基準とするものであり
- <u>52</u> Clive M. Schmitthoff, "Hardship and Intervener Clauses" in: J. Bus. Law 409, p.87 (1980) における見解である。
- 授は「再交渉が開始されるか否か、また、いかなる内容の再交渉が行われるかは、何らかの法的手段によって規律されない限 この点を重くみて交渉関係の法的「規律」に焦点を当てようとするのが、北山助教授の見解である。たとえば、北山助教 言わば『裸の』交渉力の優劣によって決まってしまう可能性が大きい」ことを強調する。参照、前掲・北山「契約の改
- ば「将来志向」の調整案)の契機を阻害してしまうことになりかねないという問題が一方にはあり、しかし、実体的な基準な 両基準に与えているかのように読める箇所もある(例、ARC, p.28)。 である。この点については、なるほど、「締約時の給付の均衡」を「最低限遵守されねばならない調整基準」として位置づけ く事態に適合的な調整案を模索するとすれば、当事者間の裸の力関係の発動をどのように抑制できるのかという問題があるの 基準としようとすれば、往々にしてその判断は「過去志向的」なものとなりやすく、より事態に適合的な調整案の創出(いわ かかる基準を満たした上で、より創発的な調整案を探求するという道が考えられなくもない。事実ホルンもかかる位置づけを つまり、「裸の力関係の発動」により一方当事者のみに有利な契約調整になることを防ごうとして、締約時の給付の均衡

結時の給付の均衡の修正」そのものだからである。 果たして両当事者の納得を得る調整案を生み出しうるものなのか疑問なしとしない。当事者が欲しているのはまさに「契約締 を揺るがしがたい最低限の基準と位置づけ、少なくとも締約時の給付の均衡関係を両当事者は飲まねばならないとすることが かる不満が「噴き出してきた」のが契約調整問題である、という場合も多くあろう。このような場合、 しかし、契約当初の給付の均衡関係自体に当事者ははじめから不満を覚えており、いわば契約環境の変動を契機として、か 締約時の「給付の均衡

体と理解されるべきであり、そこには単なる給付間均衡を超えた考慮が常に要求されていることを見落とすべきではないと思 間均衡の回復」の問題に還元してしまっているという問題も指摘できる。むしろ契約調整問題とは多様な利害対立状況の複合 主題化するものとする。 う問題があることが留意されるべきなのである。なお、この点については次章の「問題解決型交渉論」の検討の箇所で改めて われる。 つまり、実は多様なイシューの集積であるはずの調整問題を、「給付間均衡」という単一の争点に縮減してしまうとい 締約時の給付の均衡を「最低限実現させるべき調整内容」と位置づけることは、 しばしば調整問題を単純な

55 Argumentation" in: Rechtstheorie, 6. Band, 1975, Heft 2.(S.145ff.) (以下、Autorität として引用)。 Denkens" in: NJW S.601, 1967 (以下、Bedeutung として引用)、ders., "Rationalität und Autorität in der juristischer 問題は、それが「調整過程」において有する意義という観点から捉えなおされることとなる。 そしてこの「交渉論」においては、後にムヌーキン&コーンハウザーや、メンケル-メドゥーの見解に見るように、「基準」の のみをもってしては不十分であり、 へと視角が転換されなければならないと思われる。そしてそのための一つの手がかりが後に見る「交渉論」への着目である。 Norbert Horn, "Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen 「裸の力関係の発動の抑制」と、「創発的調整案の策定」という両要請を可及的に満たすためには 最終的な調整案の「内容確定」のための「基準の探求論」から、 契約調整過程の なお、この Autorität 「基準」の内容確定

56 中に引用する際には、 義務をコミュニケーション倫理に基礎づけようとされるにいたった点である。なお、以下において同書を「Topik」として本文 五版の最大の違いは、第九章が新たに書き加えられ、法的論証過程をコミュニケーション過程とみることにより、一定の法的 五版(一九七三年)の翻訳『トピクと法律学 ──法学的基礎研究への一試論──』(一九八○年)がある。三版(および四版)と Grundlagenforschung"の第三版(一九六五年)に主として依拠している。なお、本書については、植松秀雄教授による原書第 論文については、 前者が第三版の原書頁、 ホルンはフィーヴェクの論稿の内、その主著である "Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen 前掲・山本「契約交渉関係(三)」八二二頁註一七で触れている。 原則として植松教授による第五版の邦訳書によるが、アラビア数字と漢数字が併記されている場合には 後者が邦訳書の頁を示す。

また、 『法理学の諸問題』(一九七六年)所収、同「法律学の『哲学的契機』」『法哲学年報・法哲学と実定法学』(一九七七年) フィーヴェクの理論については、 以下の諸論稿が参考になった。 植松秀雄 「法律学の教義学性」 加藤新平教授退官記

辞学的法理論とその基礎づけ問題の一端」『法哲学年報・法と言語』(一九八一年)所収等。 理論と法的弁証」山下編『法的思考の研究』(一九九三年)所収、磯村哲「法解釈方法の諸問題」磯村編『現代法学講義』(九七八年)所収、岩倉正博「法教義学と法探求学―フィーヴェクの法学観探求ノート」民商八二巻二号(一九八〇年)、同「修 二号(一九八九年)、同「法的弁証理論の『非』存在論主義的地平について」岡法四○巻三・四号(一九九一年)、同「法解釈の 所収、同「問題思考」井上茂教授還曆記念論集『現代の法哲学』(一九八一年)所収、同「法解釈の理論」井上=矢崎=田中編 「講義法哲学』(一九八二年)所収、同「判決の理由付けについて ──法思考のパラダイム転換──(一)(二)」岡法三九巻一号

(57) フィーヴェクは、このような「論理的に厳格に検証可能」で、「一義的な基礎付けの連関」手続、つまり「演繹的体系を生 み出すような」手続を「方法」と呼ぶ。これに対して、トピク論は「方法 (Methode)ではなく、技法 (Stil)」であり、「この ものなのである (Topik, S.51/一三一頁)。 にもかかわらず、この「技法」は「習得が可能で、また訓練された精神的態度として高度の確実性を獲得することができる」 技法は、他の技法同様、無定形な恣意よりはるかに優ってはいるが、しかし厳密な検証可能性よりは劣って」いるものである。

ティク論との連続性を肯定している(Bedeutung, S.601)。さらに、ホルンは、古典期における法解釈学においては、テクスト chen Rechts," 15.Aufl. § 23 II(1959)S.124f. に従いつつ、エッサーをトピク論の擁護者と位置づけ、トピク論とヘルメノイ たものであったとする。そしてこの「古典弁証術」の核心は、「合意獲得の技法」であるとし、その意味で法解釈学は本来的に 解釈にあたっては「古典弁証術」が重要な役割を果たしていたとし、そもそも法解釈学は常に「ヘルメノイティク」を志向 「契約規範」として引用)、九四頁参照。またホルンも、エンネクツェルス―ニッパーダイの"Allgemeiner Teil des Bürgerli-合意獲得の技法」としての性格を有しているという(Autorität, S.154)。 |契約規範の獲得とその正当化」林良平・甲斐道太郎編『谷口知平先生追悼論文集二契約法』(一九九三年)所収(以下、山本 なお、法的思考を「方法」として見ることに対するいわゆる法律学的ヘルメノイティクに基づく批判としては、

型とすることへと、方法論的志向性が大きく転換されているといってもよい。しかし、 が顕著な傾向をなしているということが指摘できる。あるいは「自然科学」を範型とすることから、むしろ「人文科学」を範 の復権、あるいは「説明」に対する「理解」の地平の存在の唱道、さらには「科学的知識」に対する「日常的実践知」の優越 (Bedeutung, S.602)、現代におけるいわゆる「精神科学の方法論」においては、以上のような「方法的思考」に対する「技法」 続けて、ホルンは、かかる「方法」的思考は近世におけるデカルト以来の学問の理念となっているものであると指摘するが わが国の民法学方法論においては、精

多くを教えられる著作として、田中成明教授、植松秀雄教授の一連の著作や、近時においては長谷川晃教授の『解釈と法思考 平井宜雄教授の「議論理論」にせよ、ポパーの科学論の影響が強く見られ、その基本的思考枠組みはいわば「精神科学の方法 神科学領域におけるかかる方法論的転回を踏まえたと見うるものはいまだ十分に展開されているとはい ―リーガル・マインドの哲学のために』(一九九六年) がある。 の過渡期のものに属する。これに対して、 かかる近時の精神科学領域における方法論的転回という観点からしても、

ものなのかについては、今後のさらなる展開が待たれるところとなっている。 あったかについては疑問がある)、ましてや、かかる観点を取り入れることが、実作としていかなる法解釈論的転回をもたらす その権能をめぐり今日真剣に反省が迫られているということは、すでに人々に周知の事柄に属していると思われる」という。 るテストないし反証という公準と、形式論理法則との優越)のいわば普遍要求、なかんづく「実践」と名づけられる領域での 連の戦後法解釈論争も、いわゆる「言語論的転回」ないし「解釈学的転回」という方法論的転回を十分に意識したもので たとえば、 かかる観点がわが国の民法学においては、方法論レベルでもいまだ十分に認識されていないのではないか 前掲・植松「判決の理由づけについて(一)」二頁は「自然科学をモデルとした思考パラダイム (わが国の

ような意味での『方法』論を意味するとすれば、自然科学的なバイアスのかかった不適切な認識論に基づいた思考だというべ るという意味での 有されている規範の解釈による構成にも、『方法』はない。」さらに「それに従うことによって正しい結論に達することができ が存在し、それを習得することによって誰でもが同じ発見に到達できる、という想定は妥当しないのである。あたかも優れた プロセスにおいて『方法』を語ることはできない」ということである。つまり、「裁判官が生活世界の規範を見い出す の正当性を与えられることになり」「この発見のプロセスは、 三七頁)、さらにまた、「新たな契約規範は、納得を生み出す生活世界の規範の吸上げという『発見のプロセス』によって、そ 応じた具体化が可能な規範で」あり、しかも「それは観察によって発見されるものではなく、共同体構成員のさまざまな「表 それらは「場合によっては、言語化されていないかもしれない」ものであるが、「しかし、それにもかかわらず、それは状況に を「解釈」することによって、つまり「了解」し「適用」することによって構成される」ものであるとされる点(No.517 民法学においては、近時、 他人の習得できる『方法』等はなく、ただ優れた『パフォーマンス』があるだけであるのと同様に、生活世界で共 「方法」 が存在しないのは、 前掲・内田「一般条項」が、現代契約法における契約規範の「状況依存的性格」を指摘し、 法の解釈一般についても同様であり」「いわゆる 解釈のプロセスである」が、「ここで重要なことは、この発見の 『法解釈方法論』が、 一方法

58 論を展開しようと企図するものとも読め、その「共同体」に対するコミットメントの仕方を除けば、共感を覚えるものである るという真理論における一つの立場の表明をも含意している」とする。参照、前掲・岩田『アリストテレス』四頁。また前掲・ 受け入れられている信念とは、すべての人によしと思われるか、大多数の人によしと思われるか、賢明な人によしと思われて 岩田教授は「弁証的な推論とは」、「一般に受け入れられている信念(エンドクサ)から出発するような推論であり」、「一般に きだろう」とされている点は(NBL, No.517四〇頁、註二三)、かかる「精神科学の方法論的転回」を中核に据えた契約法解釈 に絶対確実な前提から出発することの困難さに由来するが、それと同時に、間主観的な合意を真理性の有効な尺度として立て 『アリストテレスの倫理思想』(一九八五年)から多く学んだ(同書は以下、岩田『アリストテレス』として引用する)。そこで いるような信念のことである」とする。そして、「真理探究の方途としてこのような道をとることは、もちろん、あらゆる場合 周知の通り、この「エンドクサ」という概念はアリストテレスに由来する。なお、アリストテレスについては、岩田靖夫

(5) もっとも、ここでフィーヴェクと同じくホルンも、かかるトピクは「それぞれの学問領域において重要な前提」の探求の ために用いられるとされ、その結果発見されたトポイ群は「専門的トピク (Fachtopik)」として編成されるとする (Bedeutung, S.603)°

植松 『トピクと法律学』三〇・三九頁も参照。

従って、当事者の日常的な契約実践の次元に定位しつつ、契約法理論を考察しようとする本稿の立場からすれば、トピク思考 調するという側面をも有していることは留意されるべきである。いわばトピク論の持つ「日常性」と「専門性」という両義性 を後者の特殊専門的思考と位置づけようとする方向は批判的に受けとめられることになる。 の「専門性」を強調する見解が容易に現行制度の「擁護論」に終わってしまうという危険は常に留意されるべきであろう。 は極めて重要な問題であり、そのベクトルの取り方によって、方向性は大きく異なってくると考えられる。特に、トピク思考 がここには現れている。この「日常性」と「専門性」の間で音を立てる「法的思考の軋み」に我々がどのように耳を傾けるか た法理論としての性格を有するという側面がある一方で、トピク思考が法的思考の「専門的技法」としての独自性・固有性を強 における「通念」の役割や、法システムの開放性を強調するという点において、具体的な紛争当事の日常的感覚に基礎を置い ここには、トピク論が、法的思考がなによりも現前の問題に繋留された「問題思考」であることを重視し、また、

は、山本顯治「アレクシーの法的論証理論について」山下正男編『法的思考の研究』(一九九三年)五三八~五三九頁参照。 同様の両義性はいわゆる「議論の理論」の「特殊事例テーゼ」と呼ばれるテーゼにも内在しており、その点について

じく、議論理論の方向の取り方によっては、現状の法的議論の追認理論になりかねないことについては、既に前掲・ 交渉関係(三)」八三一~八三二頁でも指摘した。 山本

- (6)) フィーヴェクによれば、トピク的思考が法的思考に不可避的に内在していることを示すものとして、以下の諸局面がある (Topik・一四六頁以下)。
- ピク的思考の一部をなすとされる。 してこの抵触を多少なりとも除去し、法的体系を理解可能なものとするためには、「解釈」が不可欠のものとなる。そして :かる「解釈」という営為においては、トピク的思考が不可避的な役割を果たす。そして、そもそも「解釈」的思惟はト 現実の法的体系は、決して論理的意味での統一的体系ではなく、様々に抵触する不特定多数の準則の集合体である。そ
- (2)こにもトピク的思考が介在する。事実関係に法を適用するためには、まず手探り的な予見をもって、それぞれ「仮の解釈」 法の理解への反作用も及ぼされる。そしてこの理解の循環過程を進めるためには、トピク的な視点が不可欠とものとなる ものの内実である。事実関係の理解は、法連関の仮の理解からこちらに近づきつつ形成されるのであり、またそこから、 を経なければならず、かかる「仮の解釈」を通じてなされる事実関係と法秩序との間の交互接近こそが法適用とよばれる (Topik・一五〇頁)。 法適用の段階においても、具体的問題に即した準則および、法秩序に即した「事実関係」の「解釈」が必要とされ、こ
- (3)体系を絶えず危険にさらす」ものでもある(Topik・一四九、一五〇頁)。 のであるが、自然言語がかかる「稔りある柔軟性を提供」できるのは、トピク的思考と不可分に織り合わされつつ「不断 に流入する。つまり、自然言語は「極めて豊富な、また継続的に変化してゆく諸々の理解の地平をその内に」統合するも に新しい諸視点を創造的に」獲得しているからである。もっとも、自然言語のかかる柔較性・創造性は同時に「論理的演繹 そもそも法的思考が自然言語を用いて遂行されざるを得ないところから、自然言語を介して、トピク的思考は法的思考

化」という企てとは相反するものであるとされている(Topik・一五三頁)。 という概念を用いることは不適切であるとフィーヴェクはいう(Topik・一五一頁)。またかかるトピク的思考は このように見てみると、法的思考のほとんどの部分はトピク的思考を免れることができず、にもかかわらず、 「法律学の科学 法的

 $\widehat{61}$ 対し、後者の推論は「弁証 しばしばアリストテレスの区分に従い、前者の明証的公理からの演繹的推論は「論証(Demonstration)」と呼ばれるのに (Argumentation)」と呼ばれている。もっとも、フィーヴェクによれば、アリストテレスにおいて

とが区別され、トピクは前者にかかわるものとされているようである(Topik・四三頁)。Vgl., Bedeutung, S.602 論証」と「弁証」とが区別されていたのであるが、キケロにおいてはこの区別はされず、むしろ「発見の術」と「判断

- <u>62</u> 考になるものとして、樫沢秀木「介入主義法の限界とその手続化 「法化」研究序説」『法の理論一〇』(一九九〇年)所収、 常生活次元では、本来非常に多面的な性格を有していた紛争の現実が、法的に有意的な事態に切り詰められてしまうという問 題意識は、ドイツにおける「法化」理論や、アメリカにおける法人類学研究に基礎を置く紛争理論により展開されている。 私的自治の裁判モデル――』(一九八八年)、同『紛争と裁判の法社会学』(一九九二年) も参照。 和田『民事紛争交渉過程論』、同『民事紛争処理論』(一九九四年)等参照。また既に、棚瀬孝雄『本人訴訟の審理構造 制定法のプログラムに合致するかどうかという観点から、「具体的な紛争」が選択的に加工されてしまい、
- 以下参照。また前掲・岩田『アリストテレス』三頁は、「形式的には不十分な学的形態であるはずの」この「弁証学が、実は内 人々は気付きはじめた」とする。 容的には稔り豊かなものであり、むしろ、極端にいえば、あらゆる学がこのような形でしか成立しえないものであることに 「弁証」という訳語については、植松教授、岩田教授に負う。たとえば、前掲・植松「判決の理由付けについて(一)」五頁
- 64 後ハーバーマスが法律学につき積極的に著作を発表しはじめたことは既にわが国においても周知のことであろう。 Rationalität 脚注4において、ハーバーマスは法律学につき明示的に言及しているわけではない、と断りを入れているが、その のとしてのニクラス・ルーマンのシステム理論の登場といった、現在においても依然としてアクチュアルな社会理論と法律学と 考の見直し、ユルゲン・ハーバーマスの批判理論への法律学の側からの関心の髙まり、さらには、これらの試みを相対化するも ていたということであり、ホルンによれば、カール・ポパー、ハンス・アルバートに代表される批判的合理主義に基づく法的思 たことが留意されねばならない。それはドイツにおいて社会理論と、法律学的思考との相互交流の活発化が顕著な傾向となっ の対話が活性化したという背景事情が存していたとされる。Vgl., Horn, Rationaltät, S.145f., Fn.3, 4, 5. なお、ホルンは ところで、六〇年代におけるトピク論を巡る議論状況と、七〇年代にはいっての議論状況の間には大きな環境変化があっ

程とはコミュニケーション過程であるとし、また法的思考が「弁論・議論」という空間から切り離されて遂行され得ないことを ヴェクは一九七三年に公刊された『トピクと法律学』第五版において、新たに一章を設け(ちなみに第四版は一九六九年)、そ なお、このような社会哲学と法律学との交流の活性化の影響は、たとえばフィーヴェクにも見て取ることができる。 法的思考様式とは、「了解を志向した対話」の中で遂行される過程であるとの見解を表明するに至る。彼は、法的論証過

するのである。そしてかかる義務は「言語・交渉的な弁論状況から正当づけられうる手続的義務」であり、その例として、 クシーを代表例とするいわゆる「法的議論の理論」と共通するものを見いだすことができる。 とらえ、そこに一定の手続的義務群を基礎づけうるとする点において、フィーヴェク第五版の見解には、ハーバーマス、アレ 根拠として、「弁論・議論」の有する倫理的要請に基礎を置いた一定のコミュニケーション的義務を正当化することができると 義務、理由付け義務、説明義務等を掲げる(Topik•一九二~一九三頁)。ここにも、法的論証過程をコミュニケーション過程と

ついて」五四〇頁。 識からは、両者の共通点よりも、むしろこの相違点が重視されることになる。参照、前掲・山本「アレクシーの法的論証理論に アレクシーが消極的であるのに対し、フィーヴェクはまさにかかる観点を主張するものであり、 もっとも、眼前の問題との関連でその都度具体化される、非整合的な視点群として法を捉えるか否か、という点においては、 隔たりがある。

- **65** については、前掲・山本「契約交渉関係(二)」三九三頁註五、四〇三頁、 見い出しうる傾向である。この契約法学における反映の一つが、「客観的正義の体現としての任意規定」という想定であること このように、制定法自体が「合理性」ないし、「客観的正義」を体現したものであると想定することは広く法律学におい 四一〇頁註六参照。 て
- 66 der Jurisprudenz der Kommentatoren, Jus commune I (1967) ホルン自身の手になる研究として、参照、Norbert Horn, Aequitas in den Lehren des Baldus 1968, ders., Philosophie in
- <u>67</u> ら免れうるとすることは、批判的思考を遮断するものであり、安易に容認することのできないものである。そして、 家ではありえない」とホルンはいうのである。Vgl., Autorität, S.151 タール、判例をどんなに通覧することができる者でも、自身の確信に基づいた判断をなすことができない者は、けっして法律 言葉を引用する。続けて「歴史主義の貧困」に異議申し立てをなしたポパーに依拠しつつ、ホルンは同様の異議申し立てを あれば、我々は決して哲学者たりえない。それでは我々は単に歴史的認識を得ているに過ぎないのである」とするデカルトの 「プラトンや、アリストテレスによるあらゆる論証を読んだ後でも、なお自身の確信に基づいた判断をなすことができないので 法律学の貧困(das Elend der Jurisprudenz)」にも向けることができるとするのである。つまり、「あらゆる制定法、 ホルンによれば、このように論拠の権威性を肯定することで、それが議論における批判、 合意に有無による審査の契機か ホルンは

第二節 批判的検討 ――ホルンのアンビバレンツ―

判」との関連性、⑶再交渉義務の「要件論•効果論•調整基準論」、⑷トピク論的実体法観の内実、というそれぞれに 捉え直そうとする本稿の基本的問題意識からすれば、①「交渉」概念の内実、②「直接交渉」と「仲裁」ないし「裁 うとするところにある。しかし、日常的言語実践としての「交渉」ないし「かかわり合い」という次元から契約法を 変化に直面して現実問題としてなされる、当事者間の「交渉」という次元に理論の光を照射することでこれに応えよ かもその際、一義的に明確なルールへと定式化することで調整問題を「規律」しようとするのではなく、契約環境の スティックな対処方法ではなく、より状況に適応した契約の「調整」という対処方法の可能性を模索しようとし、し 基本的視角は、契約環境の変化というものが極めて多様な様相を見せるという現実に鑑みて、契約の解消というドラ る私的自治の尊重、⑷方法論的特色、という四つの観点から概観を試みた。すでに繰り返し述べたように、 ついてのホルンの見解は実はアンビバレントなものでもある。以下、それぞれの問題順にホルンの見解についてのコ 前節において、ホルンの「再交渉義務論」を①契約調整過程の動態への着目、②手続論の重視、③調整過程におけ

弟一 「交渉」概念の不明確さ

メントを試みてみよう。

の中核概念であるはずの「交渉」という概念が十分に分節化されていないという問題がある。「交渉」という次元は、 まず第一に、 ホルンの見解においては、「再交渉義務」というキー概念が立てられるにもかかわらず、とりわけそ 調整結果の実現についてみても、

調整過程において互いの利害関心の擦り合わせの機会が与えられていたことで、

を理論の視野に収めるためには、「法的ルール化」との視点からのみ眺めることでは、 ば 豊饒さを失わせることになりかねない。 日常的な生活実践を法的な規律領域に収めようとすることを意味し、それはまた交渉関係の多様性、 実践の次元で遂行されている現象であることに鑑みれば、 的確保という二つの条件が揃う必要がある。 れる極めて多様な現実の交渉関係を法的に規律しようとするならば、 とにならない 義的な 「越境」しつつ、 要件=効果」で定式化される法的ルールによっては完全には規律され得ない次元である。 ことは重ねて留意されねばならないと思われる。 事実として遂行されるものでもある。 さらに、 しかし、 たびたび指摘したように、「交渉」という次元は、 交渉が、 とするならば、広く契約過程における「交渉」という次元 強制的貫徹力を交渉の次元に及ぼそうとすることは、 裁判という制度の内のみならず、 極めて詳細な条項と、 なんら問題の本質を捉えるこ その強制的貫徹力の 我々の日常的な生活 当事者間でなさ 法的制度をいわ 過程自体の持つ この

渉の 履行 条項が概括的であるということは、 ていないという現状に対し、 れは当該条項を介して当事者間に迅速な合意を成立させることができるという実務上の長所を有する、 の視点からは、 礎を置く 進め方の内実について、 ・調整段階でも、 「法的ルール」により「不合理な現実」を改変しようとするものであり、 実務界において契約調整問題に対処するために、 かかる方策がむしろ推奨されるべきことになるのかもしれない。しかし、 契約環境の変動に即応した履行が可能となり、また、 互いく 条項の細密化をもって対処しようとすることは、 の言い分を開示しあい 契約の成立段階では、 ながら、 当事者間に主観的解釈の相違の余地を残すことができ、 場合によっては必ずしも十分に詳細な条項が用 調整プロセスを進展させることができる、 契約調整を開始するか否か、 ある意味では リーガリズムを要諦とする法律家 現実の取引実務において、 「合理的な法思考」 また、 また調整交 最後に、 いられ そ

調

整結果の実現についてのボランタリーなコミットメントが得られやすい、といった長所を有するものでもある。

う一種の「逆説」も存在しているのである。 ⁽²⁾ 当該状況の個別性を汲み上げたよりよき調整案を策定するために、かえって当事者間交渉が不可欠のものとなるとい に伴う硬直性、 依然として当事者間「交渉」は極めて重要な役割を果たしていることは否定できず、さらに条項の詳細化に不可避的 の果たす役割が看過しがたいものとなっているということである。つまり、いかに条項の詳細化を果たしたとしても、 て詳細な条項が用いられているのであって、 いて見たように、ホルンが用いる各種の素材の内、「国際取引契約」、なかんずく大規模な企業間取引においては極め もっともこの点はわが国において、契約を用いる業種によっても相違の見られるところであり、⑴ しかし、ここにおいても特筆すべきは、 条項間の矛盾、 解釈の相違の増大を原因として、かかる条項の詳細化に由来する「軋み」を緩和し、 かように「法化」が進展している企業間取引においても、なお「交渉」 いわば「自治的な法化」が極めて進展した領域が現に存するともいいう 事実、 第一節にお

義務を介しての調整「手続」の規律に重心を移しているという現実、さらには、「規律」を超えて、 そも望ましいのかという問題もある。いうまでもなく、日常生活世界は法により規律しがたい多様性と豊饒さをその 饒さを前にした法的ルールの位置づけについて、今後の方向性を示すものであると考えられる。そして、制度的強制 に焦点を当てようとする基本視角は、まさにかかる日常生活世界で営まれる「交渉」という実践的次元の多様性・豊 内に含んだ世界である。 レンマ」に帰着することになりかねない。そして実務が か、生活世界の多様性を崩壊させてしまうか、それとも、法による規律が実効性を失うかの、 さらに、法的ルールにより現実を改変するという基本的理念が果たしてどこまで実現可能なのか、またそれがそも にもかかわらず、この生活世界を法による規律に服そうとすることは、 (仲裁)裁判所主導での詳細な調整内容判断を控え、再交渉 いわゆる 「規制のトリ 法の加重負担を生む 交渉の「促進

うな 事者主導の 観 様な解決案の「発見」の契機を重視しようとする「交渉観」は、次章において検討するいわゆる「問題解決型」 のように法的ルールによる「規律」という観点を相対化し、 力の貫徹には単純に還元できないこの「交渉促進」というルールの働きを抽出することで、 に典型的に見い出すことができるものである。 「交渉」という次元の有する多様性と豊饒さを、 「創発的問題発見」の契機を汲み上げようとするホルンの提案を理解するためには、 契約法理論においても直視することが必要である。 それに代わって、 日常的生活実践の次元におけるより多 契約調整過程における当 まずもって、 そして、こ このよ

ultima ratioを所与のものとはなしえないために、 て重要な役割を果たしていることに着眼されるべきであり、 を当然の理論的前提となしえない状況の中で、 現象なのではなく、 し るための手がかりが、 お の水平的な交渉関係の展開の中での様々な実務的な「やりくり」や「工夫」こそが契約調整問題の解決のために極め かし、 V 「水平的契約調整メカニズム」「自治的紛争処理メカニズム」を発達させざるを得ないという状況が存している。 ても妥当するものであると考えられる。 ルンが近時主題的に取り上げようとする国際取引関係の現実においては、 国家制度の枠内では捉えきれないかかる「水平的な契約調整メカニズム」の存在はなにも国際取引に特有 それはむしろ、 「交渉」という次元なのである。 もともと社会に遍在している水平的相互交渉という次元が、 そしてかかる当事者間の「やりくり」のメカニズムに理論的な光を当て 顕在化してきたものにすぎないと見るべきである。 かかる制度的強制力の発動を望めない状況のもとでの、 そのことは国際取引のみならず、 国家の制度的強制力の発動 通常の国内取引実務に 国家の制度的強制力 そこでは当事者間 当事者間 という

61 Ł 他方、 のであるとしても、 法的制度と日常的生活実践とを 「交渉」が全く法的ルールの影響を受けることなく遂行されると考えることもまた早計であ 「越境」しつつ遂行される 「交渉」 という次元に法的ル ル が貫徹さ れがた

of the Law)という考えであり、 当事者の現実の交渉力は変動するとの想定の下に、もっとも望ましい交渉関係の構築のためには、どのように法的 章に検討する、 なる判決が予想されるか、ということが実際の契約調整交渉に影響を持っているということも肯首される。 とり「なんら拘束力なきもの」として立ち現れるのではなく、まさに一定の重みを持った「論拠」として交渉関係 みながら」遂行されるものであることもまた事実である。契約調整交渉においては、一旦締結された契約は当事者に ルールを定式化するのが望ましいのかが論ぜられる。そして、ホルンの見解には、 おいて言及されるものなのである。また、調整交渉が挫折し、問題が終局的判決に委ねられるとした場合、 んで、この「法の影の下における交渉」論の影響も明らかに見て取ることができる。 とになる。後に見るようにこの「法の影の下での交渉」論は、法的ルールを交渉における「たたき台」として捉え、 「問題発見の契機」を重視するという問題視角を欠いている。この見解においては、 なるほど、当初定立された契約ルールから乖離した具体的運用が当事者の交渉関係に基礎を置きつつ遂行される 多くの取引交渉事例において見られるところである。 ムヌーキン&コーンハウザーにより提唱された「法の影の下での交渉」(Bargaining in the Shadow かかる見解においては、法的ルールが現実の交渉関係に与える影響が重視されるこ しかし同時に、 かかる取引交渉が、 上記の「問題解決型交渉」観と並 法的ルールの定式化如何により 法的ルールを「睨 これは次 一体い

記のように一方では当事者の私的自治を重視し、そのことで再交渉関係における「創造的なモメント」を重視しよう キン&コーンハウザーの論文題名をもじったものとなっている。そして、この箇所におけるホルンの叙述は、彼が上 は "Renegotiation in the Shadow of the Court or Arbitral Tribunal" と題するものであり(ARC, pp.189-)、ムヌー 所収の論文である "Procedures of Contract Adaptation and Renegotiation in International Commerce" の最終節 ホルン自らが編集する "Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance" (1985)

としていたはずであることを想起するならば、極めてイロニカルに響く。

所は、 動機付け以外にも、債務者側の破産の切迫等様々なものがありうるとし、再交渉の促進という観点からは、 であればあるほど、 という。 なるとする (AIV, S.71)。 (AIV, S.71)。そしてこのような事実上の交渉促進メカニズムは、 つまり、「極端にいうならば、 「事実的なメカニズム」が極めて重要であるとホルンはいうのである(ARC, p.190)。 つまりホルンによれば、 再交渉義務の違反にサンクションを課し、 つまり、 再交渉に向けた当事者への事実上の圧力を強めることになるというのである(AIV, S.71, ARC, pp.189)。 (仲裁) 当事者はかかる結果を畏怖し、再交渉を促進しようと試みることになるであろう」とされ 裁判所が柔軟な調整結果を呈示せず、当該調整問題に即応した判断をむしろ下さないとい しかし、続けてホルンは、「再交渉の促進にとっては、このことは必ずしも必要ではない」 判決が事情の変化に適合し、かつフェアーであるべきであるとするならば、 判決ないし仲裁判断が、調整問題の解決という観点からみて、硬直的かつ不当なもの かつまた柔軟な判決ないし仲裁判断を下す必要があるということに なにも硬直的な判決のリスクを回避したいという (仲裁) かかる

れるべ 事者に不利に、 趣旨に理解されるべきであろう。つまり上記のホルンの叙述は、契約調整における「水平的交渉」の重要性をあらた 裁判所は事態に即応しない判断を行って良い」ないし「それがやむを得ない」という意味で述べられていると理解さ に後戻りしがたい既成事実を積み上げようとした場合等々について再交渉義務違反をみとめ、 務論を提唱し、当事者が不当に相手方の再交渉の申し出を拒絶した場合や、交渉を遅延させた場合、また交渉継続中 ホルンが、再交渉過程における当事者の交渉態様を汲み上げた仲裁・裁判を可能とするための法理として再交渉義 きではなく、 「調整判断」を下すべきであるとしているところからすれば、上に引用したホルンの叙述は、「(仲裁) むしろ、「事態に即応しない裁判がなされるとしても、 なお自主交渉は事実上行われる」 かかる行為を行った当

進する」という観念は、 めて強調する趣旨であると理解される。しかし、ホルンの指摘する「判決の予測を媒介として当事者間での交渉を促 たものともいえ、 現在なお多くの法律家に共有されている「裁判規範から行為規範を眺めようとする」基本態度を代 ムヌーキン&コーンハウザーに代表される「法の影の下での交渉」論の基本観念を言い表

の対立・緊張関係について十分に意識されているとはいいがたいという問題があるのである。 いずれにせよ、 ホルンの「交渉観」には 「問題解決型交渉」観と「法の影の下での交渉」観が混在しており、

弁したものともなっている。

第二.自主交渉と仲裁・裁判との関連

仲裁・裁判もまた「所をかえた交渉」のなされる場として理解されることになる。(4) 性格付けに関わる重要問題である。自主交渉と仲裁・裁判との非連続性を強調する見解は、しばしば、 づけようとする。これに対して、自主交渉と仲裁・裁判とを連続的なものとして位置づけようとする見解においては、 「合意」による問題処理の場として位置づけ、 次に、自主交渉と仲裁・裁判とをどの程度連続的なものと見るかは、まさに契約調整における仲裁・裁判の基本的 仲裁・裁判を端的に「第三者の裁断」による問題処理の場として位置 自主交渉を

着眼することにあると見るべきであろう。たとえば上記に見たように(一章・一節・第二・二・⑴)、ホルンが契約調 の交渉の促進を唱道していることを考えるならば、 「第三者の支援に基づく再交渉」と位置づけ、 「挫折」した場合の二次的な契約調整の場である、と考えているようにも思われる。しかし、ホルンが仲裁手続を この問題について、一方でホルンは、自主交渉を契約調整の第一の場と位置づけ、 さらに再交渉義務を通じての訴訟手続内・仲裁手続内における当事者 ホルンの主眼はむしろ「裁判や仲裁内での交渉の果たす役割」に 仲裁・裁判はかかる自主交渉が

整問題を仲裁や裁判に委ねることには基本的に限界があるとし、 なされる「当事者主導の契約調整」を不可欠のものとして強調していることはこの証左である。 問題が仲裁ないし裁判に移行した後も、 なおそこで

ところで、一般に自主交渉と仲裁・裁判とを截然と区別しようとする見解の背後には、 ホルンも指摘するように

- (一章・一節・第二・二・⑴)、以下のような評価がたとえば存しているといってよい。
- (1) そもそも仲裁・裁判とは当事者の自主交渉が終局的に挫折した時点で「はじめて」開始するものであり、 もは

や自主交渉による関係性の展開が望めない段階で、問題が持ち込まれるのが仲裁ないし裁判である。

- (2)上不可能である。よって法的ルールに基づいた判断以上のことはなしえない。 仲裁・裁判官が、 複雑な事実関係を漏れなく汲み上げ、 かつ将来に向かっての調整案を策定することは、 事実
- (3)仲裁・裁判とはそもそも調整案の裁断・強制を旨とする「制度的機関」である。
- (4)柔軟な判断を下さないことで、当事者にリスク回避の動機付けを生み、そのことでかえって自主的再交渉は促

る。この時、なるほど裁判所が常に自らの「主導」で具体的な内容にまで踏み込んだ調整案を調整問題全体にわたっ により、 次に、仲裁・裁判に問題が移行した後は、調整案の策定に対する当事者の自主的コミットメントはもはや得られない そもそも裁判所は、 という前提にも問題があり、 て策定せねばならないとするならば、裁判所に過重負担を生みかねないことは肯首しうる。 ここでは、自主的再交渉により調整問題が解決されることが望ましいものではあるが、しかし自主的再交渉の挫折 裁判所にひとたび問題が持ち込まれた以上、調整案の策定は基本的に裁判所の責務となる、と考えられてい 調整問題「全体」に対する「終局的解決案」の策定をなさねばならないのかという疑問があり、 さらに、仲裁・裁判を調整案の強制の場としてのみ見ているという問題も指摘できる。 しかし、この想定には

加えて、 終合意を持ち出すことからくる将来におけるイニシアティブ喪失への畏れによる場合)、あるいは、 めの一歩が双方とも踏み出せない状態にある場合(たとえばこれまでの交渉経過からくる意地の張り合いや、先に最 なものから、非法的なものまで、実に多様なものが存しうる。たとえば、有名な「オレンジの争い」のように、ほ **交渉状況において、調整問題の争点が「単一」であるということはむしろ稀であり、** もその必要性はないのではないかと考えられる。後に問題解決型交渉論の検討において明らかとなるように、 いなかった場合、 のイシューの集合体と解すべきである。また、現実の調整問題における当事者の「もめごとの発端」についても法的 に対する賃貸人の不満であった場合等々、調整問題をめぐる対立状況とは実は極めて多種多様である。 の可否といった法的な問題について一見争っているように見えながら、「もめごとの発端」は実は賃借人の出す騒音 「果実」を、他方当事者は「マーマレードを作るための果皮」を欲していたというように、なんら真の対立は存して 「一個のオレンジの取り合い」という妥協の余地のない対立状況に陥っているように見えながら、実は一方当事者は まず、裁判所が調整問題「全体」に対する終局的解決案を策定する必要があるのか、との問題については、 硬直的判決に対する当事者の畏怖により本当に再交渉を活性化することができるのか、との疑問もある。 また事実上大部分のイシューについての合意には至っているものの、 調整問題とは実は複合的な各種 いわゆる最後の「つめ」のた 家屋賃料の増 必ずし 一見

見地からすれば、 て当該仲裁・裁判の中で調整交渉を行わせる、等々の方策にもっと目が向けられて良いはずである。そして、 「とりあえず最も先鋭的に対立する点につき判断を下す」、あるいは逆に「先鋭的な問題についての判断は先送りにし、 とりあえず合意がとれる部分について判断を下す」といった方策、さらには当事者に真の争点を指し示し、あらため 裁判官が複雑な調整問題について漏れなく終局的判断を下すという必要性は「絶対的必要条件」で 仲裁・裁判のあり方としても、一挙に全面的、 かつ終局的な解決案を策定しようとするのではなく、

出すことの契機となりうる調整案を策定するということである。 可能とする「手続運営」を構想することであり、 は は むしろ法的問題ではないことも多い)を当事者自身が「語り出し」、手続の中で「自ら立ち上がって行く」ことを ないことになる。 重要なのは、 当事者間の関係性の進展について真の障害となっているもの かかる手続運営に基づいて、再び当事者間関係が将来に向けて動き (これは場合によって

う点があらためて問題にされるべきことになる。 シ ュ か かる見地からは、 に対する当事者の視点からする価値判断を汲み上げた解決案の策定を可能とするようなものであるのか、 果たして現在の契約法解釈理論が、 裁判所においてかかるイシューの多様性と、 またかかるイ

者を、 きではないかと思われる。 係性再構築への との疑問が生じる。 場するのがむしろ現実である。とするならば、本来極めて多様で錯綜した想いを抱いて仲裁・裁判に望んでいる当事 当事者は ているとの言説は法律家の間に、 むしろかかる一般的に通用した言説をもって「構成」している我々法律家の側にこそ問題はあるのではな 調整紛争が仲裁・裁判に移行した後は、 「妥協しがたい敵愾心」とともに、 「転機」をつかみ得るような手続運営、 むしろ、このような当事者の錯綜した想いを汲み上げ、 広く通用しているものであると一応いいうる。 その裏腹としての「関係回復への願い」 当事者間関係はもはや回復不能な妥協の余地のない対立関係に移行 またかかる手続運営と協働しうる実体法理論が構想されるべ 硬直的態度の中に仄かに見え隠れする関 しかし、 を複雑に内心で錯綜させつつ登 実際の紛争におい ては、

Ġ ないし実体法理論を構想することが必要であるとしても、 友好的な」 ここで注意されるべきは、 関係形成を意味するものではない。 敵愾心のただ中になお見え隠れする関係再構築への当事者の意欲を捉えうる手続 むしろここでいう関係形成への当事者の意欲とは、 しばしば誤解されているように、 かかる関係形成とはなに 対立・緊張関

係をはらみながらも、「とりあえずこの当事者との取引の継続にはコミットしうる」という両当事者の「納得」であ

係再構築の契機のみならず、対立の契機をも合わせ持ったものである。その意味で、自主的再交渉が仲裁・裁判に移 問題発見型交渉をなしうる場であり、流動化した多様な利害関心を再調整する場としては、 り、「打算」であり、また場合によっては、「真の友好関係の回復への意欲」でもあり得るというものなのである。 される。その意味でも自主的再交渉と、仲裁・裁判とは互いに連続したものと理解されることになるのである。⑻ 違を認めるとしても、それは対立的契機と、関係再形成の契機とを衡量する棹秤の目盛の位置の相違に過ぎないと解 行することで、当事者関係は決定的に質的転換を被るとみるべきではなく、仮に仲裁・裁判と自主的再交渉の間に相 仲裁・裁判が、 がもっとも望ましいとされ、他方、仲裁・裁判は契約調整の場としては二次的な意義しか有さないとされる。しかし、 的再交渉と、仲裁・裁判とを截然と区別することの問題性も明らかとなる。ホルンの見解においても、 またこのように仲裁・裁判を、対立という要素と関係再形成という要素の錯綜する場であると理解した場合、 対立的な要素と関係再構築の要素とを合わせ持っていることと同様に、自主的再交渉の場もまた、 かかる自主交渉という場 自主的交渉は 自主 関

形成の要素という両要素を見いだすものとするならば、 継続的取引関係の切断の必要性をも睨みつつ、しかしなお「関係再形成の契機」に着目することで、 偏頗性も明らかになる。契約調整問題に対処する(仲裁)裁判所に求められるものは、場合によっては、当事者間 再構築への両当事者の「コミットメント」を作出するための様々の方策を試みることである。 このように、 仲裁・裁判と、 自主的再交渉とを連続する手続であると解し、かつそれぞれに対立的要素と、 仲裁・裁判を、調整案の強制という観点からのみ見ることの 当該契約関係の 関係再

を求めている場合には当事者関係は存続しない以上もはや問題とはならないとの考えも、法律家の言説の中に容易に **しかしまた、「関係性」は「契約関係の存続」の場合にのみ考慮されるべきであり、当事者が「契約関係の解消** る。

解消」 との な理 段階になってはじめて契約の解消が宣言されるということが、 準備を整えることができたかどうか、 的な重要性を持つのは、 選択肢が創出されることになったとしても、 7 揺 けると思えるようになっているのかどうか、 たされた」という一事をもって直ちに契約の解消が宣言されるというものではない。 見いだすことのできる するための相手方との新たな関係性の構築、 契約解除権・解約告知権」 ても、 (れ動く両当事者の「かかわり合い」の中で、 のでは決してない。 ķ۵ るか否かという点に対する「見極め」こそが、 一由をなしている。 の場合には 関係の模索」を当事者自身がはかることを「支援」できる手続運営が、 当事者が契約解消後の独立独歩への 「関係性」は問題にはならない、 とするならば、 訴訟の過程において当事者が様々な交渉を尽くした結果、 「誤解」 訴訟の過程において、 の である。 「要件」が充足されていたか否か、 ということである。 「契約の継続」 「継続的取引関係の切断」というものも、 それは、 そして、 そのための心構え、 「離陸態勢」を備えることができるような、 契約を解消される側の当事者が、 一方当事者が契約解消後の独立独歩に向かっての「離陸態勢」 という見方の狭隘さもまた明らかとなる。 契約解消という判断に裁判所が ないし 「当事者の主張・立証の結果、 自身の独立・自立にとり必要となる訴訟の相手方以外の第三者 いわば、 「調整」 訴訟の実際ではないかと思われる。 納得が得られているか、 ということではなく、「契約の存続と解消_ 「判決後」の「当事者の自立の可能性」 の場合には、 仲裁・裁判に求められるものなのであ 契約を解消されても十分自立して行 最終的に当該契約の「解消」 単純な 「関係性」 「踏み切ることのできる」 契約の解除・解約の要件事実が満 ほとんどの場合において、 そして自立のための物質的 その意味で、 「関係の切断」 が問題となり、 契約の解消の場合にお ここには、 独立を可能 を意味する が 契約 実質的 に入っ という 端的に の間で 見える 決定

この見解においては、 仲裁 裁判を通じて当事者間に成立する「交渉関係」というプロセスは、 もはや当初から確

めの

めのものなのであり、さらに、相手方とのかかわり合いを通じて「将来に向けたコミットメントを自ら作り出す」た るのでもない。このプロセスは、その中において当事者が「そもそも自身の目的とするところは何か」を発見するた 定的なものとみなされる各当事者の主張の「成否」を確定するために必要な「事実関係の収集」のためにあるのでは 「自己形成の場」としてまず第一に理解されるべきなのである。 また仲裁・裁判における終局的な「調整判断」という「結果」の「正当化」(手続による正当化) のためにあ

事者自身による」調整案の相互的構築の支援をなすものが裁判という場であると理解されることになるのである。(ヨ) 整案の策定が可能となるのである。 ることによって、 題についての調整案の策定という裁判所の負担も大きく軽減されることになる。両当事者のコミットメントが得られ る。そして、このように両当事者の関係再構築への「コミットメント」が得られることによって、複雑な契約調整問 に各当事者の「関係再構築」の場なのであり、また「将来にむけたコミットメント作出」の場と解されることにな 結局いずれの場合にせよ、この見解においては、 裁判所自らが全面的に調整案を策定するという負担から解放され、 いわば「当事者のために」裁判所が調整案を呈示しようとするのではなく、「当 仲裁・裁判とはもはや調整案の強制の場なのではなく、 両当事者との対話のなかでの調

くのではないかとの危惧を禁じ得ない。契約調整の場として「水平的交渉」が最も適した調整手段であるとするなら 会を失わせるものであり、「交渉の促進」ではなく、「交渉要求の抑圧」ないし「交渉機会の圧搾」として実際には働 しかし、果たしてオール・オア・ナッシングの裁判が自主的再交渉を促進するための動機付けとなるか、 れるとの見解は、 ついても疑問がある。むしろそれは、一方当事者の切実な調整要求を潜伏させ、状況に即応した関係性の再構築の機 柔軟な判断を下さないことが、当事者にリスク回避の動機付けを生み、 いわば積極的に「裁判所離れ」を招来することで、裁判外交渉を活性化しようとするものである。 そのことで自主的再交渉が促進さ という点に

ば、 釈理論を構想することこそが重要なのではないかと思われ、よって上の見解はいわば 詰まった当事者間関係を再び進展させるための様々なチャンネルの一つとして仲裁・裁判を積極的に位置づけ得る解 とであり、 に見たように、 考えられるべきは、「水平的再交渉の活性化に有効な複数フォーラムへの手軽なアクセスを保障する」というこ 単純に自主的再交渉の場に問題を投げ返すことが、この課題に対する答えであるとは到底思われない。上 仲裁・裁判もまた 「関係性再構築」の場として位置づけることが可能であるとするならば、 「発想が逆」ということになる。 一旦行き

第三 再交渉義務の要件論・効果論、調整基準論

せよ示されているといってよい。 とが果たして問題の解決になるのかという観点から、 そも一義的に明確な「要件=効果」として定式化される「ルール」によって、この多様な契約調整問題を規律するこ 請が存しているということである。後に見るように、この点については、 交渉促進および不当調整要求の抑制のために有用な程度にそれらは「構造化」されている必要があるという二つの要 に汲み上げるために、 の多様性のゆえに、 基準論の問題であり、 (違反) てホル さらに、 の効果はいかなるものか、 ンにおいても、 ホ ルンの見解において、 要件・効果、 またその基礎をなすホルンの実体法観の問題である。その際留意されるべきは、 要件・効果・基準のそれぞれの側面において「柔軟性」 既にこの「柔軟性」と「構造化」という両要請に対処するための理論的手がかりが萌芽的に およびその基準を論ずるにあたっては、 その際の基準はなにかという問題がある。 再交渉義務はどのようにして基礎づけられることになるの 新たな解釈論および方法論が提唱されているところである。 近時のドイツ民法解釈論においても、 一方ではかかる調整状況の多様性を可及的 再交渉義務の要件論・効果論、 が要請され、 しかし他方においては、 か、 また再交渉義務 契約調整状況 および そも

ホルンによれば、 再交渉義務の成立基準として、以下のものが掲げられている(AcP, S.266)。

- (1) 有効な契約が存在すること。
- (2)される (z.B., AcP, S.278f.)。 事情の変動に応じた契約調整のために、この契約を合意により変更する義務を各当事者が負っていること。 この際、当事者が合意により契約を変更する義務を負っていると認められるためには以下の二つの観点が考慮
- (2-1) 一方当事者が契約の存続につき正当な利益を有していること。
- (2-2)・契約の存続が、相手方当事者に期待可能であること。
- もいいうる。とすれば、一歩進んで、これら既存の法令・判例を超えて、より一般的な法理として再交渉義務はどこ 例法上既に保護が与えられている場合であり、いわば第二要件についてさほど違和感なく受け入れられる例であると 継続的契約の特別解約告知等々の具体例に即して上記の諸基準の充足の有無を検討し、 会社における定款の条項の修正についての社員の同意義務(AcP,271ff.)、行為基礎の脱落の法理、BGBにおける よる地代増額請求問題(AcP, S.269f.)、さらには価値保証条項の不認可の際の条項置換問題(AcP, S.270f.)、人的 労働法上の変更解約告知(Änderungskündigung)(AcP, S.267ff.)、「地上権に関する命令(ErbbauVO)」九条aに の成立を肯定しうるものと結論づける。しかし、 ンは、「家賃額規制法」二条(Gesetz zur Regelung der Miethöhe (MHRG))による増額請求問題や(AcP, S.266f)、 (3)このうち特に問題となるのは、 両当事者がこの場合、一定の交渉余地または形成余地を有していること。 第二基準に掲げられる「契約の存続についての正当な利益」の有無であろう。 いずれの例も、 いわば「契約の存続」について法律上あるいは、 いずれの場合にも再交渉義務 ホ 判

まで認めうるとするのかについては、 立法の趣旨を判断する他ないともいう(AcP, S.279)。結局、AcP論文におけるホルンの見解は、 図られている場合に再交渉義務の成立を肯定しようとすることは明らかであるにせよ、それ以外の場合についてどこ で一般的な成立を肯定するのかについては、法律上・判例上、明示的にいわゆる「存続保護 再交渉義務の成立を比較的広範に認めようとする基本姿勢は伺えるものの 成立基準を、 に対してどれだけの保護が与えられるかについては、「社会的な保護の要請」を考慮しつつ、各契約類型に応じて、 るものであることを繰り返し強調している (z.B., AcP, S.266f., S. 271, S.278)。しかし他方、 まで認められうるのかが論じられねばならないことになるが、この点については上記の具体例の背後には共通して 再交渉義務」の一般的法理が存していると指摘されるのみで、 義的に確定できるものではなく、 なるほど、ホルンは、 契約調整問題の顕現する具体的状況の多様性に対応するための「柔軟性」を有するものであると解し、 契約調整が争われる状況の多様性に鑑みて、上記の各成立基準、とりわけ第二基準の成否は それはほとんどの場合「衡平性の考慮」や「個別具体的事情の勘案」を必要とす 将来の課題として残されていたということができる。(翌) AcP論文では十分立ち入った論述がみられない。 (例 AcP, S.275)′ しかし具体的にどこま (Bestandsschutz)」 ず ホルンは、 一方では上記の 契約の存続

できないとい 十分に具体的な規定がなされていない場合も多い。そこでホルンは、条項に過度の確定性・具体性を要求することは 再交渉義務は認められることになるとする。しかし、既に見たごとく、 (AIV, S.69)。そしてホルンは、 まずホルンは、 ルンが、この点について一歩踏み込んだ叙述を見せるのが、一九八四年のAIV論文である。AIV論文におい ۲٧. AcP論文における自身の見解は、 再交渉義務自体が再交渉条項によって具体的に規定されている場合には、 契約中に調整に関する具体的な規定がない場合でも、 なお確定性・具体性を強調しすぎていたきらいがあるという 現実の取引実務においては契約中に必ずしも 再交渉義務を認めることがで かかる条項に基づいて

tractual relationship)信義則に基づき」(ARC, p.188)、また特に国際取引においては、当該契約類型において何が きるとする(AIV, S.69, ARC,p.127, p.188)。つまり、契約の解釈から(z.B., AcP, S.271)、当該契約の調整にとって フェアーなリスク配分かということについての「国際的な法観念」(internationale Rechtsanshauung) (AIV, S レレバントな事実関係それ自体から(AIV, S.69)、さらには、「当該契約の関係性の一部として(part of the con-

69)から、再交渉義務を導くことができるというのである。

関する一定の枠組みを導出することは可能であるというのである(AIV, S.69)。 とアンフェアーな提案とを区別し、当事者がその交渉義務を少なくとも果たしたか否かという「交渉過程の規律」に しかし、その交渉過程を規律する一定の枠組みを導出することは可能であるという。つまり、明白にフェアーな提案 ことは可能であるとする。いかなる調整結果に帰着するかについては両当事者間の柔軟な交渉関係の進展に委ねつつ、 ではない(AIV, S.69)。しかし、ホルンは以上の方法によっても、再交渉「過程」に関する「一定の枠組み」を導く もっとも、これによっても、具体的な「調整結果」までをも規律する調整プログラムを導き出すことができるわけ

案は可及的に両当事者の創造的な交渉に委ねようとする「交渉促進」という観点に立脚しつつ、 過程における「創発的なモメント」(das kreative Moment) を可及的に尊重しようとしていたという点がある しているといいうるのである。 めに必要な限りでの「枠組み」を、調整問題の具体的状況のなかから抽出しようとすることがホルンの基本構想をな (AIV, S.70)。つまり、再交渉過程に対しての緩やかな法的規律を及ぼしつつ、かかる交渉過程の結果としての調整 さらにここで考慮されるべき観点として、ホルンが交渉過程に対する裁判所の法的な審査を限定することで再交渉 かかる交渉促進のた

この点をもあわせ考えるならば、ホルンの見解における上記各基準自体が、個別事情を勘案しつつ、当事者の多様

よって再交渉義務の可否は決せられることになるものと思われる。(3) 約存続への正当な利益」と「相手方へのその期待可能性」の内実を巡っての各当事者の多様な利益を衡量することに 契約関係の創造を可能とするために「再交渉の機会」を可及的に保障したいという要請の双方を勘案しながら、 に不当な調整要求」の制限の必要性を睨みつつ、他方では当事者の流動化する多様な利益を汲み上げ、より創発的な な利益状況を汲み上げながら判断されるべきものであることになる。そして、 その判断の内実は、 一方では「明らか

一 交 昇 語

なっている。なるほど、 な「契約調整」を当事者主導で実現させようとするところにある。 る当事者の められてはいるが、それはあくまで当事者の交渉を促すためのものであり、むしろその中核は、交渉プロセスにおけ 次に効果論の点であるが、ここにおいても、 「具体的交渉態様 従前の「契約責任規範」違反の主たる効果である損害賠償や契約の解除も法的効果として認 (言動)」を汲み上げつつ、将来に向けた両当事者のコミットメントを作出しうるよう ホルンの再交渉義務論は調整状況の多様性に対応しうるような構成と

乙としても、 入れねばならないことになる。 きないことになり、 に受け入れ可能な調整提案を甲がなした場合には、それを拒絶する乙は、当該契約をそもそも解約告知することがで を呈示しない場合には、 たとえば、 甲に期待可能な調整案を呈示しなければ解約告知を貫徹できないことになるという (AcP, S.285)。 ホルンは、 あるいは受け入れ可能な調整提案を乙がなした場合には、 甲は契約の解消を受け入れねばならないことになり、 自らに不利に解約原因が存している当事者甲が、交渉を拒絶しまたは受け入れ可能な調整案 よっていずれの場合にも、 契約の解約を望まない甲には乙の提案内容での契約調整に 反対に、解約告知を求める側の当事者 それを拒絶する甲は契約の解約を受け

に同意するインセンティブが働くことになる。 ⁽³⁾ 同意するインセンティブが働き、 他方従前内容での契約の存続を望まない乙にとっても、甲の提案内容での契約調整

張関係に立つことをホルンも認める。しかし、「オール・オア・ナッシング」の解決が実際上契約調整問題の解決とし さらに、ホルンは再交渉義務違反の効果としての損害賠償を認めるためには、義務違反について当事者の過失を要求 ては不適切な場合が多いことを勘案すれば、より「マイルドな解決」の可能性を残すことが望ましいというのである 調整判断を肯定する。かかる場合、なるほど裁判所による「調整判断」を肯定することは当事者の「私的自治」と緊 ゆる「三期派」を主唱者とする「和解的判決」の可否に繋がる問題であるが、この点につきホルンは、 とった判断、あるいはそれ以外の第三の判断は可能なのか、との問題もある。 するものの、 きわめて多様であり、再交渉の失敗には「両当事者ともに何らかの落ち度がある」のがほとんどである(AcP, S.287)。 裁判所は判決で命じうる、ということになる。 の「同意」に代えた判決をなすことをホルンは認めるのである。つまり、再交渉義務違反を根拠として、契約調整を た判決」を肯定する。つまり再交渉義務違反の効果として、一方当事者がなした調整提案内容に対する相手方当事者 いう問題もある。この点については、再交渉義務違反の効果として、ホルンは「調整のために必要な意思表示に代え かつ多様な交渉態様」に目を向けつつ、「調整的な判断」をなす、というものに近いということになる。 義務違反を根拠とした調整判決」とはいいつつも、その内実は「過失があるとまではいえない、当事者の具体的 さらに、 もっともこの場合、裁判所の判断は各当事者の提案内容に拘束されるのか否か、場合によっては両提案の中間を 乙の提供した調整提案を、甲があくまで拒絶する場合、一定の契約調整を裁判所が判決で命じうるのかと 当事者の「同意に代えた判決」をなすにはかかる「過失」を要求しない(AcP, S.286f.)。とするならば、 ただこの場合、ホルン自身も認めるように、再交渉義務違反の態様は わが国の民事訴訟法理論におけるいわ 裁判所による

(AcP, S.275)°

討するものとする。 来志向」「過程志向」「関係形成志向」「暫定性」といった諸観点と密接に関連する重要問題であり、 は到底いえず、わが国における「和解的判決」の可能性に関する民事訴訟法学上の理論的展開を前にする時、 可能かといった点、 勘案した調整的な判断」の内実、 の見解は極めて未分化であるといわざるを得ない。 とはいえ、当事者の「交渉関係の促進」と裁判所による「調整判断」との関連性、 さらには和解的判決の前提となる「手続運営」の内容については、十分な考察が示されていると つまり、 裁判所による「調整判断」 これらの点は「契約調整判断」 はいかなる場合に、 や あるいは「具体的な交渉態様を 「契約調整手続」 またいかなる視点において 終章で改めて検 における ホルン 将

三、調整基準論

no loss」ルールと、 しかし、このホルンの考えに対しては、以下の問いが直ちに提起されうる。 再交渉の調整基準については、 「新たな状況における最もフェアーな調整」という二つの基準を用いるとする(AIV, S.32, S.35)。 既に見たように、 ホルンは 「当初の契約における給付の均衡」つまり「no profit

- つまり、
- (1)の 「均 衡₂₇ 価値の均衡までをもいうのか とは、 いわゆる主たる給付義務の価値の均衡なのか、それともより広く両当事者にとっての契約全体 (「均衡」 判断対象の問題)、次に、
- (2)そこでいう 判断基準の問題)、 「価値」とは客観的な価格 また、 例 市場価値) なのか、 それとも当事者の主観的な 「評価」 なのか

- (3)互い であるという事実を前にするならば、「均衡」 契約における価値の均衡も契約関係の進展のなかで変動するものであること、そして、かかる変動を当事者は のかかわり合いの中で容認しあいながらそれに応じた関係をその都度積み重ねつつ契約関係を遂行するもの 判断の基準時を何故に「契約締結時」に置かねばならないのか
- (4) に考えるべきか で厳格に貫徹させるべきか、また、「当該状況にとり最もフェアーな契約調整」という基準との関連をどのよう 仮に「締約時における給付の均衡」の内容を確定できたとして、それを再交渉結果の評価基準として、 (契約調整における「均衡」基準の機能・拘束性の程度)、 どこま

(「均衡」判断基準時の問題)、さらに、

るのか疑問なしとしない。 され、また契約関係の進展のなかで給付内容自体に変更が加えられるといった、むしろ通常の取引関係では多数を占 りのことである(実はこれも極めて問題を含むが)。しかし、多様な給付・反対給付が継続的な関係性のなかで交換 付間の均衡」といいつつも、他の判断要素も介在することは排除されていない。実際、「給付・反対給付」というこ といった諸問題があるのである。 という判断をなすにしても、当該契約関係を取り巻く諸事情を勘案しつつ、当該契約における各当事者の多様な利益 めると思われる契約群においては、「給付・反対給付」ということでその「均衡」判断対象がどこまで明確化されう とによってその判断対象が一見明確化されるように思えるのは、 「当該状況にとりフェアーな契約調整」の考慮という要請をも掲げていることを勘案すれば、実際上「給付・反対給 (AIV, S.32)、同時に「当該契約全体の連関から調整プログラムを導くことができる」とも述べており(AIV, S.35,)、 この内まず、「均衡判断対象」については、ホルンは、「給付・反対給付間の均衡」と考えているようであるが かかる場合、「そもそも何を給付・反対給付と見るか」という問題もあり、さらに「均衡_ いわゆる単純な一回的交換型契約が前提とされる限

関係の比較衡量を行わざるを得ないと思われる。その意味で、 には尽きず、そこでは、 全体的な利害状況の考慮を基礎とせざるを得ないと思われる。(※) 均衡判断は単なる「給付・ 反対給付」の 「均衡」 判断

価」が採られている。ただ、ホルンが一方で強調する調整状況の多様性の考慮という要請をも勘案しつつ、かかる均 衡判断基準をどのように用いることになるのかについてはホルンにおいて十分な検討はなされていない。 するべきである」とされ(AcP, S.284, insb., Fn.102)、「客観的基準」はとられず、「締約時」の 次に、「均衡判断基準」と「均衡判断の基準時」については、 「当初の契約における各当事者の主観的評 「当事者の主観的評 ただ、 価を重視 既に

見たように、「不当調整要求」を抑制しつつ、他方、「交渉促進」をはかりつつ可及的に当事者の多様な利害関心を汲

み上げることによって「創発的な問題解決」を図ろうとするホルンの基本的姿勢を勘案すれば、

以下の二局面を区別

しつつ考察することが必要となろう。

(1)

それによって裁判外交渉における「裸の力関係」 影響を与えている「法の影の下での交渉」観からすれば、 要があるとし、 初 されうる調整基準が事前に示されることで各当事者のバーゲニング・パワーの配分に影響を与えることができ、 題に対し、 されることはまれではなく、 によれば、 第一は、 の契約を反故にすることを目的とするような不当内容での契約調整要求を排除するために用いられる。 ホルンは 契約取引の現実においては、 契約調整交渉の「規律」という局面における基準の必要性である。この局面において調整基準は、 かかる区別基準としての実体的基準の有用性を肯定するのであった(AIV, S.17)。またホル 「調整権限 かかる場合には強者による自由な契約違反を認めることになってしまう。 (Anpassungsrecht)」と「調整無権限 契約調整は一方当事者の事実上の権力行使によって、 の発動を一定程度制御しうると考えられることになる。 裁判外の契約調整交渉においても、 (Anpassungsunrecht)」とを区別する必 他方当事者に強制 判決において採用 かかる問 ルン 当

(2)に即した創造的な解決案の策定が促進されると考えられる。そして、かかる「調整交渉の促進」という局面に 進に寄与しうるものとして「均衡」基準は捉えられることになる。交渉内において一定の「手がかり」が当事者 に示されることで、当事者が交渉の「たたき台」を得ることができ、かかる「たたき台」をもとにしてより事態 いては、 第二は、契約調整交渉の「促進」という局面における基準の有用性である。この局面では、契約調整交渉の促 先に挙げられた「給付の均衡」という基準は、他の多様な「交渉のたたき台」と並んだ一つの「手が お

解されているのか、とりわけ第一の問題点として掲げた、「交渉」概念の内実の不明確さと相まって、「交渉過程」と の運営やその帰結に相違が生じるものと思われ、その点についても検討を要しよう。(30) 規律」と②の調整交渉の「促進」という両局面の対立・緊張関係をいかに受けとめるかによって具体的な交渉過程 調整基準」の具体的なかかわり、という点については詳密化されているとはいいがたい。また、①の調整交渉の もっとも、以上の点を勘案しても、「no pfofit no loss」ルールがホルンにより具体的にどの程度拘束的なものと理

り」として妥当することになると思われる。

調整基準としての「no profit no loss」ルールも、このような調整状況の多様性と、 トの活性化という契機を取り込みうるものとして理解されねばならないことになる。(ヨ) する規律についても、明らかな不公正がある場合に限るべきであると主張していることに鑑みるならば(AIV, S.70)、 に、再交渉過程における当事者のなす提案内容についての厳格な司法審査には消極的であること、 ただ、既にみたようにホルンが契約調整の多様性を指摘し、再交渉過程における創発的モメントを活性化するため 調整交渉における創発的モメン また手続過程に関

方では「裸の力関係」の発動を抑制しつつ、他方では「調整交渉における創発性」の活性化を図るという、互いに 結局、調整基準を論ずるにあたっては、端的に調整結果に貫徹するべきものとしてかかる基準を捉えるのではなく、

当な調整要求」を禁止し、 ホ 対立・緊張関係を内包する両要請に応えうるものとして理解されねばならないことになる。 またその拘束力の程度については、 |促進||の側面においては、「交渉のたたき台」として、 ルン再交渉義務論の理解としては、 「裸の力関係」の発動を抑制するという限りにおいてのみ妥当すると解し、 具体的事例の中で論ぜられるべきものとも思われ、 かかる実体的基準は契約調整交渉の 他の様々な手がかりと恊働して、よりよき調整案の発見のた 「規律」の側面においては、「明らかに不 微妙な問題を残しているが、 当該基準の具体的内容、 他方、

四、トピク論的実体法観

めに機能すると理解したい

および 再交渉義務論を主題的に検討するアンドレアス・ネレも、 見いだしているのである。 67 ないことがわかる。そして、このような「柔軟性」と「構造化」という二つの契機を含んだ「要件論」「効果論 再交渉義務論における「要件」「効果」および 「調整基準論」を支える実体法観を形作っているのが、トピク論である。事実、近時ドイツ契約法学におい ホルンは再交渉義務の「要件」「効果」および「実体的基準」をそれぞれ一義的に確定しようとはして 「調整の実体的基準」の三点についてホ ホルンの再交渉義務論の基礎に「トピク論的実体法観」 ルンの見解を通観したとこ て

上の 要性も強調されていたのであった。この方法論的基礎と、 点」が重視され、そこでは「洞察力」「共感能力」といった状況に依存した思考が重視されていた。同時に、 「論拠の拘束力」を肯定するものの、 既にみたように、ホルンのトピク論においては、 同時に具体的な当事者の議論による批判的吟味の機会を保障することの必 ホルンの再交渉義務論とを相互につき合わせてみるならば、 現前の具体的問題との関連で獲得される各種の 実体法 「視

次のように述べることができると思われる。

な、「ふくらみを持った要件」が望ましいと考えられることになる。ホルンのいう「契約の存続に対する正当な利益 範に再交渉義務の成立を認める可能性を有するものとなっている。 る。ただ、ホルンにおいては当事者の明らかな契約違反を目的とした再交渉要求を除くとするのみで、結果として広 状況依存的な思考による「肉付け」に本来的に開かれたものであるが、その際、このような「肉付け」を方向付け、 ば可及的にオープンな法的なフォーラムに汲み上げたほうが望ましいとも考えられ、かかるホルンの基本的立場には 務要件を限定したとしても、それは結果として当事者間で「事実上遂行される再交渉」を増大させるにすぎず、なら またそのことによってより創造的な契約関係の展開も計りうるとの評価が存していると思われる。さらに、 由の多様性に鑑みて、基本的に当事者の再交渉要求はきわめて不当なものを除き可及的に汲み上げられるべきであり、 とを可能とするための「視点」が、たとえば「不当調整要求の抑制」と「創発的問題解決の促進」といった観点であ かつ再交渉が問題となる具体的状況の中で当事者が当該契約調整問題に対して有する多様な利害関心を汲み上げるこ と「相手方に対する期待可能性」という要件は、この「ふくらみを持った要件」の一つの現れである。 を目的として一義的に明確な要件を定立しようとするのではなく、むしろ契約調整状況の個別性を汲み上げうるよう まず、再交渉義務の要件の定式化の必要性の有無という局面においては、可及的に「包摂判断」を容易にすること その基礎には、 契約調整の必要性を発生させる事 かかる要件は

論の可能性が探求されるべきことになる。その際も「将来にむけた関係性再構築の促進」という観点が有用である。 おいて形成されつつある各種の慣行、当事者の具体的態様を汲み上げ、当該事例の個性に着眼しながら、多様な効果 同じく、義務の内容および効果についても「個別状況への配慮」という基本的態度は当てはまり、当該取引社会に る。

るの 方で うに、 ても、 ことは看過しがたい。 生を契機とした当事者間の交渉・議論における当該契約の拘束性についての批判的な吟味の機会が保障されるべきと Ą 点からすれば、 されている限りにおいて、 トで多様な内容を持つ法的構成が試みられているのは、 論に付されることで、 理論 かは不分明な点が残るといわざるをえない。 「判例」 調整の挫折や調整遅延に関する損害の算定の中で、 ホルンの見解においてはかかる具体的問題を前にしての「当事者による批判的吟味の可能性」 かる論拠の拘束性は肯定されるが、 議論の機会を設定することを第一に目的とするものが との最大の相違点の一つともいえる重要問題であり、 当初締結された契約の拘束力と再交渉義務との関連では、 「学説」さらには 相手方に対する履行請求の際の「拘束力ある論拠」として現れることになる。 そして、 その妥当性が再吟味される機会が保障されるべきであると解されることになる。 当初の契約の拘束力は相対化されているということができる。 「法共同体に受容された原理の尊重」 ホルンが具体的にこの二つの要請に対し、 しかし、その拘束性も具体的問題の発生とともに、 ただこの問題は「原理に基づく議論」の理論と この 当事者関係の再調整を図る余地を残すといっ 「関係再構築の促進」という視点の反映である。 次章の交渉論の検討の中で改めて主題化するものとす 「再交渉義務」なのである。 もまた強調されており、 契約締結時に定立されたル い かなる理論的位置価を与えようとしてい もっとも、 そこでは具体的問題 両者が緊張関係に立 改めて当事者の交渉 そしてホルンにおいて ルル 「制度を越境する交 が 既に指摘したよ は、 た、 強調される一 当事者の視 そしてかか よりソフ の発

の効果としても、

まずは契約内容の柔軟な修正をめざし、

くわえて契約の解消や、

損害賠償を考え、

損害賠償に関し

を可能とするために、

第一次的に、

誠実交渉、

情報の開示、

既成事実作出の禁止、

仲裁鑑定の利用を内容とし、

違反

解除という効果のみならず、

状況の多様性に応じた調整

とりわけ、

契約責任制度が伝統的に予定していた損害賠償

も予定しているものであり、それ自体状況の中での「視点」として働くものと言ってよい。 と理解されるべきことになる。 また、 調整基準に関しても、「水平的交渉の促進」の観点からすれば、 いわばかかる基準は、交渉の進展の中での「状況の繰り込み」や「肉付け」をそもそ 調整基準は交渉における「議論のたたき台」

が、 渉関係を法的に「義務化」し尽くそうとするのでもなく、といって当事者間の「自主的再交渉」に全面的に委ねよう 問題は「逆」なのであり、「義務化によっては語り切れない交渉という世界をいかに活性化するか」ということこそ 裁・裁判との連続性、さらには現実問題として遂行される「交渉の内実」等になんら関心が向けられないことになる。 点から「再交渉問題」を取り上げようとすることは、「交渉」という世界の持つ多様性と豊饒さになんら目を向けな 蔽されていた「交渉」という世界の、契約法解釈理論の次元への一つの投影であり、よって「再交渉義務論」は、 重視しようとしているのかを理解しえないことになる。「再交渉義務」論とは、いわば従来の契約法理論において隠 関係」を「義務化」することで契約調整問題の解決を図ることができるとしているのでは「ない」ということである。 とするのでもなく、「事実と規範」との交錯、緊張関係に目を向けながら、当事者間の多様な「かかわり合いのプロ いままに終わってしまうことになりかねない。かかる理解においては、「規範と交渉」の関連性や、 任規範としての契約義務」という自明視されている観念をなんら再考することなく「いかに義務化するか」という観 はより広く再「交渉論」の中に位置づけられてはじめて意味を持つものといわねばならない。 ならば、 もし、ホルンの「再交渉義務論」を、「再交渉関係」を「いかに義務化するか」という議論であると理解してしまう 最後に、これまで繰り返し指摘してきたが、ここでも改めて注意されるべきことは、ホルンは、そもそも「再交渉 契約調整問題の核心をなすものであることがまず理解されるべきである。従って、本稿の立場からすれば、 ホルンが、義務化されるか否かにかかわらず現実問題として遂行される「再交渉」という次元をなにゆえに にもかかわらず、 自主交渉と仲 責 実

セス」の活性化を可能とする法理を模索することにこそ「再交渉義務論」の解釈論的課題は存していると理解される

ことになる。

しようとする注目すべき動向もホルン以降のドイツにおける再交渉義務論において現れているのである。 果たして我々がとりあえず出発点とすることができる「緩やかに構造化された要件=効果」とはいかなるものなのか、 より検討される必要があろう。そして、この点については契約調整状況の多様性に即応した解釈理論・方法論を展開 なる検討の余地があると思われる。特に、一義的な「要件=効果」図式で、再交渉義務論が論じきれないとした場合、 ていないという問題があることが判明した。そのためには少なくともホルンの中に共存する「問題解決型交渉」観と との必要性を指摘する(AcP, S.284)。しかしなお、そこにおいては、中核となる「交渉」概念が十分に分節化され たな分析視角を提供しようとするものであった。この時ホルンは、経済学・社会科学における「交渉理論」を学ぶこ 「法の影の下での交渉」観を比較検討することが必要である。また解釈論的にも、 さて、 以上に見たように、 ホルンの見解は当事者の「交渉」という次元に着眼しつつ、契約調整問題についての新 要件論・効果論の二点において更

において、 せるアメリカ法を素材として上記二つの交渉観の検討と、それに対する近時の批判理論を検討することとし、続く章 そこで、以下においては、ホルンの上記アンビバレンツを念頭に置きつつ、まず次章において、 ホルン以降のドイツにおける再交渉義務論の展開について検討を試みるものとする。 交渉論が活況を見

1 ―その法文化的背景』(一九八九年)所収、における実証的分析が示唆に富む。 近時においては、 太田知行「交換過程における契約の役割―日米の比較を中心にして」藤倉皓 一郎=長尾龍 編

2 また、 ホルンは、とりわけ大規模な国際的取引においては、その取引内容の複雑性の故に「テーラー・メイド」の契約 (the

着眼することの重要性を指摘することができよう。 個別性という相反する契機がここには存していることになるが、ここでもまた双方の契機を媒介するものとしての「交渉」に 必要とされるとする (TLI, p.7)。しかし、これに続けてホルンはかかる「個別的な取り扱いの必要性はコインの一面に過ぎな tailor-made contract)が必要とされているといい、かかる契約の法的取り扱いについては、「高度に個別的なアプローチ」が い」ともいい、標準的条項の使用が国際取引実務において広く用いられていることも看過できないとする。いわば、標準化

- 3 Journal 88, 950 (1979) Robert H. Mnookin/Lewis Kornhauser, Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce in: The Yale Law
- 4 続のなかであらためて周到な相互作用的な手続を行わすことによって、当事者自治を再現させ、回復することにこそ、訴訟手 である。わが国における議論としては前掲・井上『民事手続論』、前掲・新堂・井上・小島編『裁判内交渉の論理』参照。たとえ 続の重要な役割があるのである。その意味では、訴訟手続の場であらためて当事者間の秩序だてられた取引・交渉が行われてい しまっているのが通常であるが、だからといってただちに裁判官の然るべき裁断をという自律性のない行動ではなく、訴訟手 周知のように、井上正三、井上治典、水谷暢、佐上善和、佐藤彰一等のいわゆる「手続保障の第三の波」論がその主唱者 前掲・井上『民事手続論』二〇四頁は、「訴訟にまで持ち込まれるような紛争は、たしかに当事者自治が機能不全に陥って ともみてよい」とする。
- 5 金山宣夫・浅井和子訳、フィッシャー/ユーリー『ハーバード流交渉術』(一九八二年)八八頁、一一三頁。
- 6 者の内的な視点を考慮しながら、状況に応じて流動化する当事者の多様なニーズと、争点の実相をとらえることで、一見した すものであり、本稿にとっても示唆するところが極めて大きい。 ところ妥協の余地のない対立状況に新たな平面を切り開いた多様な事例群と、そこでの解決手法を豊富な実務経験の中から示 たとえば、草野芳郎判事の前掲『和解技術論』や、廣田尚久弁護士の前掲『紛争解決学』は、まさに紛争状況にある当事

「呼吸」を触発する契機として用いられることになる。 けることで、紛争解決の「糸口」を見いだそうとする点に大きな特徴がある。そしてそこでは、法的ルールはかかる「機敏. これらの見解は「人情の機敏」「言葉のあや」ないし「場の空気」といった「具体的状況における関係性の次元」にまで目を向 またこの場合、 草野判事や、廣田弁護士の呈示する視点がきわめて「トピク的」なものであることも示唆的である。

7 たとえば、前掲・大隈『請負契約論』二〇三頁における「レフェリーの判断の暫定性」や、同書六一頁における「暫定的、

8 中間的、 われている。 仮に交渉で合意に至ったとしても、 点の内、ある程度のものについては合意が達成されたという段階に至って、仲裁の形をとるという場合が多数存していると言 連続的なものとしてとらえた上で、当事者の「ニーズ」に応じた弾力的運用を図る方がより実効性ある解決を得ることができ えに、「合意」という形をとることがかえって最終案の成立を妨げることになりかねないのである。かかる場合も、「合意」に 及ばず申し訳ない」という方が「内部に顔が立つ」ということもある。かかる場合には、代理人の会社に対する「立場」の 社に対しては「このような案で合意しました」というよりは、「できうる限り主張はしたが、このように仲裁が下りました。力 な場合もある。実質的には合意により紛争は終結してはいるものの、たとえば、一方当事者が会社の代理人である場合に、 しょうか」という合意が次第に形成されてくるということがわが国における仲裁手続に広く見られる現象なのである。また、 わば、「第三者を交えた自主交渉」という性格を強く有しており、行きつ戻りつしながらも交渉がある程度煮詰まり、複数の争 において東京弁護士会の運営にかかる「仲裁センター」の実際の運用にかかわる実務家の報告によれば、この仲裁手続は、 方当事者が難色を示しているということをもって、端的に仲裁あるいは裁判に移行すると考えるのではなく、むしろ両者を かかる理解はとりわけわが国における仲裁手続の実情にも、 部分的」仲裁判断の「運用の実際」が、本文の見地からより検討されるべき課題となろう。 いわば、自主交渉と仲裁手続というものが融合しつつ、進められて行く内に、当事者間に「では仲裁で行きま かえって一方当事者の内部事情から、合意で紛争が解決したという形をとることが不都! より合致したものであると思われる。たとえば、近時わが国

するようにもっていくという運用もなされている」とする。 て仲裁への合意をとりつけるように努力したり、むしろ、少し実質審理を進める中で信頼をかちとって仲裁合意書に署名捺印 ていってみる〉という行動パターンをとるようである。 にくわしい人であろう。かなりの人は、どうしてよいかわからず、回答を留保しておいて、へとりあえず、第一回仲裁期日に出 選任とその人の判断に応じることを承諾することをただちに回答するという人はよほど弁護士(会)に親しみをもち、 裁合意に応じるというところまでは到らないケースである。いきなり一通の文書がきただけで、あまりなじみのない仲裁人の うな興味深い指摘をする。 とイメージする向きも多いであろうが、実質は当事者間の話し合いをあっせんし、利害の調整をはかるという、和解 このような事情については既に、井上治典『紛争と手続 つまり、仲裁手続の実際においては、「案外多いのは、相手方は出てくることはきてみるが、 その場合は、 さらに、 ―民事裁判とその周辺―』(一九九三年) 二一三頁以下が、 「仲裁というと、仲裁人が判断を下すための手続きである 仲裁人(予定者)があらためて仲裁手続の趣旨を説明し 手続

ものは、年間一件あるかないか、という程度である」というのである。さらに同書、二一七頁以下の指摘も教えられるところ な色合いが強い。実際上も、終結した事件のうち「和解」によるものがほとんどであって、純然たる「仲裁判断」といわれ

- (9) なお、同様のことは契約関係についても妥当する。つまり、契約関係においても、 えることである。この点につき、既に、前掲・山本「契約交渉関係(一)」二一八頁以下参照 見ることが偏跛的であるのと同様に、契約関係を端的に協調的関係と等置することもまた一面的である。 係継続・形成の意欲とが常に併存するものと理解されるのである。当然のことながら、契約関係を単なる利益対立的関係とのみ の選択問題ではないのであり、契約関係とは双方の局面を内在させながら進展する動態的な関係であることを理論の正面に据 対立的要素と、 協調的要素ない 問題はそのどちらか
- 整・改訂、紛争処理というあらゆる局面に渡って常に重要な役割を果たしているという事実になんら立ち入った注意が払われな 後にまで、常に当事者間に継続的に存在する次元であるということ、そしてかかる次元は、契約の成立のみならず、履行、 成立」との関連でのみ関心を呼んできた観がある。しかし「契約交渉」を「契約締結交渉」と同視する考えにおいては、契約 交渉関係が契約締結前から、契約の具体的運用過程としての履行過程、さらには履行終了後、あるいは裁判過程から裁判終了 過程における交渉」という限定された意味で用いているのではない。わが国においては、これまで「契約交渉」とは、「契約の また、既に明らかなように、ここでは、「契約交渉関係」と述べる時には、通常素朴に前提とされているように「契約締結
- (11) この場合、当然のことながら、一方当事者は「契約の解消」を求め、他方当事者は「契約の存続」を断固主張して譲らな ても「相手方と契約を存続すべきか」それとも「ここで契約を解消して独立すべきか」という「葛藤」があるのが通常である。 いわば契約の「存続と解消」の間での「綱引き」は両当事者の間のみならず、 いという、単純化された構図を無批判に基礎とすることは避けられるべきである。実際の紛争においては、当事者内部におい 「一人の当事者内部」で生起するものなのであ
- 12 係が継続しているように見えながら、実は相手方当事者にとっては爾後の取引を別の当事者に切り換えることを検討するきっ ついて新たな解決案が発見された場合が含まれるのはもちろんのこと、一見一方当事者の要求が全面的に通って爾後の契約関 かけとなっていたという場合もあろう。また、当該調整紛争の間、特定のユニットが供給されないため、それを契機にかえっ かかる「将来に向けたコミットメント」とは単なる契約の調整に止まらず、極めて多様なものである。当面の調整問題に

のであろうか。 を「再解釈しながら、選びとっている」ということである。このように、当事者が交渉プロセス・紛争プロセスの中で自らを シーを振り返る重要な契機となったという場合もある。 て新製品開発が促進されたという場合もある。さらには、仮に契約関係が継続するにせよ、取引関係一般に対する自らのポリ 一し、「新たな選択肢を創出」するという契機を、果たしてこれまでの契約法解釈学はどこまで支援しようと試みてきた いずれの場合においても肝要なのは、当事者自らが自身の「生き方」

- <u>13</u> による手続』への転換」であった。参照、前掲・井上『民事手続論』六四頁。 周知の通り、わが国の民事訴訟法学における「三期派」の主要なテーゼの一つが 「『当事者のための手続』 から、
- 14) なおこの「事情の変動」の内実につき、前掲・和田「契約調整」一三一頁は
- 分 基礎的な性質の、契約上重要な事情の変動であり、
- 四)変動が両当事者により招来されたものではなく、かつ、支配可能でないこと、(『私典》(1977)
- ? 予見されなかったこと、
-)契約の本旨に従った給付の困難、遅延、

between partners)、予期しがたい契約環境の悪化(unexpected setbacks)、その他あらゆる理由から生ずる履行上の困難性_ 問題は常に存しているということを析出しようとするところにある。その意味で、ホルンが一九七八年のICG契約調整ルー という広義の「事情の変動」概念を基礎とするとしていることが、改めてここでは想起されるべきであろう(AIV, S.16f., S.70)。 ルにいう「条項の不明確性(lack of precision)、規律の欠缺(existence of gaps)、当事者間の見解の相違 ス」に契約調整問題の中核を置こうとするのではなく、一見通常の契約の履行過程とみなされるプロセスの中にも契約の調整 は頻繁に見いだされるとするARC論文の叙述からも理解されるように、ホルンの主眼はかかる契約の拘束力の「例外的ケー スは明白に契約調整が問題となるケースではある。しかし、AcP論文の構成や、そもそも契約調整を予定する契約が実務上 る「例外的ケース特有の」問題であるかのような誤解を与えやすい。なるほど、ハードシップ条項や不可抗力条項の適用ケー を取り上げたものであり、それを契約調整の「中心的類型」と位置づけられる和田教授の叙述は、あたかも再交渉義務がかか しかし、この内容は「ハードシップ条項や不可抗力条項の適用ケース」についてのホルンの該当叙述部分のみ(AIV, S.27) 契約調整問題は、 いわゆるわが国における「事情変更の原則」に該当する「特殊例外的」な問題なのではなく、より (differences

広範に通常の契約プロセスに遍在する問題であることを常に念頭に置く必要があると考えられるのである。

- <u>15</u> 見解を疑問視する見解も存する。交渉余地が存するか否かは、「そもそも交渉を始めてみないとわからない」という面があるこ とを考えるならば、私見としても、このホルンの掲げる第三基準には疑問があると考える。 もっとも後にドイツ法解釈理論の展開の中に見るように、再交渉義務の成立に「交渉余地」の存在が必要とするホルンの
- <u>16</u> 引き受けなかった契約リスク」について再交渉義務を認めるため以上の付加的要件を必要とすると解することになろうか。興 らすれば、「締約時に一方当事者が引き受けた契約リスク」の修正のために再交渉義務を認めるためには、「締約時に当事者が 味深い着眼点であり、「リスク類型」と「再交渉義務の成立範囲」とをリンクするとの解釈論的可能性もさらなる検討に値しよ 区別し、再交渉義務を主として後者の類型の契約リスク処理のための法理として位置づけようとする。おそらくかかる見解か の取り扱いに着眼され、「締約時に当事者が引き受けた契約リスク」と「締約時に当事者が引き受けなかった契約リスク」とを (類型的当事者利益への着目)、同「長期契約論」一○頁以下である。和田教授は特にホルンの見解に散見される「契約リスク」 なお、再交渉義務の成立判断の要素として、かかる「類型的判断」を重視されるのが、前掲・和田「契約調整」一二七頁

約法観念に忠実な理論であるということができる。そしてその場合、 ただ、かかる見解は、リスク配分についての「契約締結時における規律の確定」に重点を置くものであり、いわば古典的契

- ることで、「結果として」どちらかのリスクへの振り分けがなされているのにすぎないのではないか、 移したに過ぎない)、むしろ「締約後」の当事者の契約関係の展開や、将来における「関係性」の展望を暗黙裡に汲み上げ そもそも上記の二類型の契約リスクをどのように区分するのか(単純に契約解釈に委ねるというのみでは、
- (2)より、 切なのか、 ならば、果たして上記の類型的処理はどこまで有効か、規範的契約解釈におけるような「帰責」判断を介在させることに る」といい、他方当事者にとっては「締約時に引受主体が確定されていなかった契約リスクである」と思える種類のリス クがまさに問題となる場合があること、しかも実際上そのどちらともいい難い場合があるのが実際であることを勘案する また契約調整においては、一方当事者は「これは既に契約締結時に引受当事者が確定されていたはずの契約リスクであ 端的に過去志向的に「契約締結時」における契約リスクの分配確定に志向することは「調整紛争の解決」として適
- (3)さらに和田教授自身「契約調整の可能性を広く認めようとするならば」、「本来ならば各当事者が負担すべきリスクも」、

値判断が存在するはずであるが、それは一体何に由来すると考えておられるのか、その基本となる契約観こそが問題では 調整の「対象とされる場合がありうる」とするように、そもそも「契約調整」についての「広狭」についての各論者の価

のか、最後に、

(4)捉えられているのか、等々の諸問題がより立ち入って検討されるべきことになろう。 なのか、それとも「類型的判断を覆すだけの論拠の提出を当事者に義務づける」という拘束性までをも帯びるものとして の認定にあたり具体的にどのように用いられることになるのか、当事者の錯綜する利益状況の分析のための「一つの視点」 析枠組みとして、「類型的契約利益」(GVS, S.563ff.) の有用性を認めるが、しかし、 ホルンが「類型的」処理をどこまで重視しているのか、なるほどホルンも契約調整問題における当事者の利益状況の分 かかる「類型的判断」が再交渉義務

的である。 もっとも最後の点に関して、前掲・和田「契約調整」一二九頁註一三に若干の叙述が見られるが、その叙述も依然として両義

<u>17</u> る場合等である(GVS, S.565ff.)。 水道、ガス、電気等の当事者の生活の基本に不可欠のものとして関わる契約の継続について当事者が利益を有している場 ②契約関係が既に長期に存続しているがゆえに、契約がこれからも存続するであろうという「信頼関係」が形成されてい ホルンによれば、かかる「存続保護」が考慮される場合としては、たとえば以下のような場合がある。 (1) 労働、 住

(18) もっとも、ホルンは再交渉義務は明示的な契約条項に規定がある場合のみならず、客観的な契約法そのものによっても認 具体例の検討を通じて一般的法理としての「再交渉義務」を導こうとしたのが既にAcP論文におけるホルンの基本姿勢であ ない、とする(AcP, S.266)。さらに、通常かならずしも「再交渉義務」を規定していたとは理解されていなかった各種条項、 められるとし、しかもAcP論文において取り上げる各種の例はあくまでその「例示」に過ぎなく、なんら網羅的なものでは ると考えられる。 判例法を検討しつつ、そこに共通して再交渉義務の法理を読みとろうとするホルンの基本的姿勢からすれば、 これらの

当する法理であると位置づけることは、再交渉義務の理論的含意を汲み尽くしたものとは到底いい難いことになる。 かけに、 務論を「例外的法理」としてのみ扱おうとすることは、 かる視角からすれば、再交渉義務をいわゆる「事情変更の原則」が典型的に適用されるような「例外的ケース」 自ら目を閉ざすということになりかねないことはここでもあらためて強調しておきたい。 そのことによって「契約の拘束力」や「基本的契約観」に対する問い にのみ妥

対しても批判的である。Vgl., AIV, S.69

<u>19</u> 端的に裁量的かつ、法的に貫徹し得ない義務とすることで再交渉義務を認めるには十分であるとするシュミットホフの見解に 分な具体性」(hinreichende Konkretisierung) を要求するのに対し、過度の具体性は要求すべきではないとしつつ、他方で、 ホルンは一方においては、特に「締約義務」を再交渉条項から導きうるかどうかを念頭においてシュタインドルフが「十

時の状況や、調整状況の多様性に鑑みれば、端的に契約文言の「具体性」をもって基準とすることはできない。さらに、 ようにも読めるからである。Vgl., AcP, S.285. 点が興味深い。交渉過程における具体的状況の展開に応じて当事者に「事実上」生ずる「行為負担」を言い表そうとしている 涉義務(Neuverhandlungspflicht)」という概念に加えて「再交渉負担(Neuverhandlungslast)」という概念を示唆している く、現実問題として遂行される「調整交渉」の「運営論」の方が重要であるともいいうる。かかる観点からはホルンが「再交 いて果たす現実の重要性までをも視野に収めるべきであるとするならば、実は「結果として義務が認められるか否か」ではな ンがたびたび強調するように、問題が訴訟に移行するか否かにかかわらず当事者によりなされる事実上の交渉が契約調整にお しかるに、「十分な具体性の要求」と「端的な裁量的義務」との中間をとるにしても、きわめて多様であり、とくに契約締結 後に改めて取り上げることにする。 なお、この点については後のドイツ法解釈理論において展開が見られるところ

結果として当事者間の「関係整序」を促進しているということに、契約法理論として正面から取り組むことこそが肝要ではな 事者の具体的なかかわり合いのなかで、かかる義務は「当事者により生成されつつ」、同時に「当事者自身を規律し」ながら、 務が「交渉過程においていかなる働きを見せるか」を捉えようとすることであると思われる。そして、「交渉過程」における当 さらに、終章に検討することになるが、私見によれば「結果として再交渉義務を認めるか否か」ということよりも、 法的な義務の有無に関わらず、事実上遂行される「交渉」という次元に常に着眼しながら、法的義務としての再交渉義

- 20 整条項の不当性が判明した場合も同様であろうという(ARC, p.127)。いわば、明示的条項・規定がない場合においても、 な調整手段の策定に向けて誠実に再交渉する義務を負うとするのがフェアーであろうと述べ、しかもこの点については他の調 ンはかかる公正観念を基礎として再交渉義務の成立を認めうるとしているかのようである。 たとえば、 ホルンは当初の契約中予定されていた価値保証条項自体が不適当であると判明した場合には、両当事者は新た ホル
- 21 国際取引の領域においては、 いわゆる「LEX MERCATORIA」が重要である。これについてのホルンの見解としては

そこには、『実定法自体の具体性の限界』に対する意識的な態度が認められるといえよう」という興味深い指摘をする。 国におけるものとして、多喜寛「国際取引法における lex mercatoria の理論(一)(二)」法学五〇巻一号、二号(一九八六年) 目標が理念的な一般原則の確立であり詳細なルールではない(ありえない)ことが積極的に評価されているということである。 Mercatoria 出現の必然性も含め」北大法学論集三九巻五=六号(一九八九年)、前掲・大村「典型契約論(四)」法協一一二巻 法的性質」東北学院大学論集・法律学三四号(一九八九年)、曾野和明「相互浸透の時代における『国際』秩序の衰退 (二)」大阪市大法雑三三巻三号、四号(一九八七年)、同「lex mercatoria について ―国際取引契約規制規範の独自性とその 同「lex mercatoria に関する若干の問題」法学五二巻五号(一九八八年)、山手正史「lex mercatoria についての一考察(一) Code of Conduct for MNEs and Transnational Lex Mercatoria: An International Process of Learning and Law Making 七号九一一頁以下等参照。この内、大村助教授は「日本の議論で興味深いのは、生成途上にあるレクス・メリカトリアの当面 in: Norbert Horn (ed.) Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises (1980), pp.59-62 参照。またわが

- (2) 既に、参照、前掲・和田「長期契約」二九頁。
- 性衡量」の内実については終章で改めて論ずるものとする。 の中でそれ自体変化する当事者の法的・非法的な「ニーズ」を含んだ「関係性」の「衡量」を意味すると考えたい。この「関係 制定法に体現されるといわれる「法的利益」の「衡量」を意味するのではなく、プロセスの進展と、 もっとも、私見によればこの「衡量」とは紛争当事者が確固として有する(と法律家が考える)「法的利益」の 相手方とのかかわり合い
- 24 甲、乙ともに率先して提案をなした、という場合には「提案の先後」がなんら有効な判断基準とならないことからも明らかな ように、提案の有無ということは「具体的な交渉態様」を見るための一つの視点に過ぎないというべきである。 もっともこのような場合、単に「交渉提案をどちらが先になしたか」ということが決定的な判断要素とされるわけでな
- 25 前掲・新堂・井上・小島編『裁判内交渉の論理』所収一〇七頁以下。 いわゆる「和解的判決」については、前掲・井上『民事手続論』一三九頁、水谷暢「〝争点整理〞—和解的弁論・和解的判
- 26 を実体法が提供すべきであるということの強調、さらに、 ホルンも認めており(AcP, S.275)、結局「マイルドな判断」の必要性を喧伝することの趣旨は、 もっとも、当然のことながら、「調整的判断」が「全か、無か」という判断よりも常に望ましいというわけではな かかる判断に到るまでの「プロセス」に着眼することの必要性の強 状況に応じた多様なメニュー

調にあると理解されるべきである。

- 27 四年)もあり多くを教えられた。 がもっとも包括的であり、示唆に富む。また既に、石部雅亮「契約の自由と契約正義(一)」法雑三〇巻三・四号(一九八 給付の均衡論については、大村敦志「契約成立時における『給付の均衡』(一)~(六)」法協一〇四巻一~六号(一九八七
- 28 <u>29</u> れる。 間の「均衡」といいながら、安易に「当事者の主観的評価」を基準として持ち出すホルンの見解には疑問なしとしない。契約 約「内容の均衡」を第一に問題にするとすることは概念用法としても、一貫性を欠いている。その意味で、「給付・反対給付」 じくここでも「内容的判断」は「当事者間交渉」をもって代替されるべきものとすることが筋に適っている。同じく当事者 環境の変動下において、「給付の均衡」を調整基準とするとしつつ、かつその内容を「当事者の主観的評価」とするならば、同 事者の利害が相互調整されることによって各当事者は「満足」(効用の最大化)を得ているはずであり、よって「契約の内容的 とする。もっとも、実際の調整状況においては両者の区別は流動的であるし、また仮に「等価障害」事例であるとされたとし 力のために必要な新たな秩序が問題となる」ケースに区別し、前者においては「当事者が契約締結時に確定した両給付の関係 調整の事後的評価「基準」という考えを強調する場合には、暗黙裡になんらかの「客観的基準」が想定されているように思わ 正当性に関して第三者的判断を介在させる必要がない」とされるところにあると思われる。いわば、「内容的正当性判断」を、 いう問題が残ると思われる。締約時における当事者の主観的評価を重視することの本来の意義は、契約締結交渉において両当 (当初の等価関係)がともかくも調整基準となる」が、後者においては「そのような基準を見いだすことは非常に困難である」 -主観的判断」を基準とするといいながら、「契約締結時」においては、「交渉態様」を第一に問題とし、「契約調整時」には契 「交渉態様」の適正さに関する判断をもって「代替する」ところにその意義があると考えられるのである。とするならば、契約 たとえば、 もっとも、 端的に過去志向的に、「締約時」の給付均衡を基準とすることでよいのか、との疑問があることは留意されるべきである。 当事者の「主観的評価」を「均衡基準」とするならば、果たしてそれを第三者がどのように確定しうるのかと 前掲・和田「長期契約」九~一〇頁は、 契約調整が問われる場合を「等価障害」ケースと、「複雑な契約上の協

30 連している。この点につき、参照、 約調整手続は、 既にみたように、「no profit no loss」ルールを契約定立時における主たる給付義務の間の価値の均衡と理解するならば、 かかる問題は、 契約定立時において均衡していたとされる給付価値の確定と、環境変化を経た現時点でのその再現といういわ いわゆる契約正義論における「主観的正義」「客観的正義」さらには「手続的正義」の問題と密接に関 前掲・山本「契約交渉関係 (二)」三八九頁、三九三頁註(5)、四〇八頁註(5)(6)参照。 契

来にむけた最も望ましい解決案の発見にあるからであり、その意味で「将来志向」をその特質とするからである。 格を有している。けだし、次章に検討するように、問題解決型思考の特質は、過去の利益状況の確定に存するのではなく、将 ゆる「過去志向的」な性質を持つことになる。しかし、これはもう一方でホルンが強調する「問題解決思考」になじまない性

- 消極的な基準であるが、利益状況の把握の仕方として柔軟性があり、その他に商慣習等の基準を更に加えることができるなら 掲・和田「契約調整」一三七頁は、 たとえばホルンは「複雑な調整問題は、柔軟な調整基準によってはじめて解決できる」という (VuU, S.1125)。また、前 調整基準として機能すると思われる」とする。 「no pfofit no loss」ルールは「そこから積極的に調整結果を導くことはできず、その意味で
- 32 渉義務を基礎づける様々な観点は一種の「トポイ(観点)」であることになる、とする。なお、ネレの見解については、第四章 Andreas Nelle, Neuverhandlungspflichten (1993), S.204. ネレによれば、 ホルンのトピク論的実体法観からすれば、 再交

で検討する。

33 例えば ARC, p.188, p.190 では "de facto sanctions" といわれ、 また "necessitas facit jus" といわれる。