

1900～09 年の大審院判決における 信義誠実*

クラウス・ルーイク** 著
屋敷二郎*** 訳

1879年に設立された大審院（Reichsgericht）の最初の21年間の活動において、信義誠実（Treu und Glauben）の概念は、これといった役割を果たしていなかった。公式の『大審院判決集（RGZ）』に収められた判決のうち、その（不完全な）索引¹⁾からこの概念の使用を確認できるのは、わずか6件にすぎない。このうち2件が保険契約に関するものであり、1887年の判決では「殊に保険制度を支配する信義誠実の原則」と述べられている。

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第15巻第1号 2016年3月 ISSN 1347-0388

※ 本稿は、2004年4月23日に一橋大学小平国際キャンパスで開催された国際交流セミナー／法文化構造論総合問題第12回ゲストセミナー講演の邦訳である。講演の元になった研究論文は、Klaus Luig: Treu und Glauben in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Jahren 1900-1909, in: Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, hrsg. Rolf Wank et al., München 2002, S. 85-103である。

ルーイク教授は、このときの来日に際して本学で3本の連続講演を行われた。すなわち、①4月22日にEUIJ協定締結式典の記念講演として「ユス・コムーネ——ヨーロッパ私法の伝統」、②本講演、③4月24日に本学で開催された法制史学会第56回総会シンポジウム講演「ロベール・ジョゼフ・ポティエと大審院民事判決におけるコード・シヴィルの適用」である。なお、講演①は4月28日に南山大学でも開催された。同大学では他に「アンドレア・アルチャート（1492-1550）の『エンブレム集』における国家と法」と題された講演も4月27日に開催され、田中実氏による邦訳が『南山法学』第35巻第1号（2011年）、151-179頁に掲載されている。なお、講演③に関しては、『コード・シヴィルの200年——法制史と民法からのまなざし』（創文社、2007年）への収録を編者の石井三記氏から打診された際、この連続講演を核としたルーイク教授の邦訳論集を刊行する企画のあることに鑑みて、お断りした経緯がある。これらの講演の邦訳が今日まで未発表であったことは、ひとえに訳者の怠慢に他ならない。ここに記して関係各位へのお詫びとしたい。

この2004年の来日講演事業に際して、ルーイク教授との交渉・通訳という華やかな表舞台の仕事を記者に一任し、資金面の手配や種々の事務処理など面倒な裏方の仕事を一手に引き受けて下さったのが、山内進先生であった。ちなみに、1986年にはじめてルーイク教授が本学を訪れた際、講演会を主催された故勝田有恒先生もまた、当時、成城大学助教授

「信義誠実」という文言は、1863年のザクセン民法典第858条に存するものの、アルンツ²⁾、デルンブルク³⁾およびヴィントシャイト⁴⁾のパンデクテン法教科書にも、ゲルバーの『ドイツ私法体系』⁵⁾やホルツェンドルフの『法学事典』⁶⁾にもみられない。しかし、この文言は、1888年のドイツ民法典第一草案第359条に採用された。これを受けたドイツ民法典第242条では「債務者は取引慣行に応じ

であった山内先生に表舞台の仕事を委ねられた。そのときの記録「フリードリヒ大王治下(1740-1786)のプロイセン私法改革」『一橋論叢』第96巻第3号(1986年)、265-281頁は、訳者が、博士後期課程在学中の1995年にルーイク教授を所長(当時)とするケルン大学近世私法史研究所を受入機関として在外研究を行うきっかけとなった。

山内進先生の御退職にあたり、教え子として当然に自著論文を献呈すべきところ、苦渋の末にやむなく10年余りも前の講演邦訳の埃を払ったことには忸怩たる思いがある。とはいえ、あえてこの原稿に陽の目をみさせんと欲したのも、このような経緯があつてのことである。ここに記して学恩に深く感謝する次第である。

※※ ケルン大学名誉教授

※※※ 一橋大学大学院法学研究科教授

- 1) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Generalregister, hrsg. v. Mitgliedern des Reichsgerichts und der Reichsanwaltschaft, Berlin 1893-1944.
- 2) Carl Ludwig Arndts von Arnesberg は、1803年に西部ドイツのアルンスベルクで生まれ、1878年にウィーンで没した法学者。政治家としても活躍し、フランクフルト国民議会およびオーストリア貴族院で議員を務めた。『パンデクテン教科書(Lehrbuch der Pandekten)』(初版1852年)は死後も版を重ね、1889年には第14版が刊行された。
- 3) Heinrich Dernburg は、1829年にマインツで生まれ、1907年にシャルロッテンブルク(現在はベルリンの一部)で没したユダヤ系法学者(1841年にキリスト教に改宗)。代表的ロマニストでありながら実際の学風で知られ、日本の民法学にも大きな影響を与えた。『パンデクテン(Pandekten)』(初版1884-87年)は1900年までに6版を数えた。
- 4) Bernhard Joseph Hubert Windscheid は、1817年にデュッセルドルフで生まれ、1892年にライプツィヒで没した、19世紀ドイツを代表する法学者。『パンデクテン法教科書(Lehrbuch des Pandektenrechts)』(初版1861年)が国内外の法学・法実務に及ぼした絶大な影響力は、自ら編集委員に加わったドイツ民法典第一草案が、批判者ギールクによって「小ヴィントシャイト(kleine Windscheid)」「条文の型に流し込まれたパンデクテン教科書(ein in Gesetzesparagrafen gegossenes Pandektenkompendium)」と批判されたほどであった。
- 5) Carl Friedrich Wilhelm von Gerber は、1823年に中部ドイツのエーベレーベンに生まれ、1891年にドレスデンで没した法学者。政治家としても活躍し、ザクセン王国の文化大臣としてライプツィヒ大学の繁栄を政治的に支援した。『ドイツ私法体系(System des deutschen Privatrechts)』(初版1848-49年)は、1895年までに17版を数えた。
- 6) Franz von Holtzendorff は、1829年に北東ドイツのフィエトマンズドルフ(現在はテンプリンの一部)で生まれ、1889年にミュンヘンで没した法学者。ドイツ法学の全体系を描写した『法学百科事典(Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung)』(初版1870年)を編纂した。

た信義誠実の要請に従って給付を履行せねばならない」と規定された。これ以外にも、信義誠実は、民法典第157条、第162条、第320条第2項、第815条の文言に採用されている。しかし、いずれに関しても、民法典起草者はこの概念にさしたる意義を認めずに採用したのである。

ところが、1900年の施行後すぐに、民法典の信義誠実条項の中心をなす第242条が注目され始めた。これは予想外の事態だったが、歓迎されなかったわけではない。こうして大審院25周年に際しては、民法典第242条を念頭に置きながら「新法は至る所で裁判官を信義誠実と取引慣行の番人とした」と述べられたのである。

民法典第242条の発展の頂点に位置するのは、ヴィーアッカー『民法典第242条の法理論的明確化』（1956年）⁷⁾と、『シュタウディンガー民法典コンメンタール』第11版（1961年）におけるヴィルヘルム・ヴェーバーの1553頁にも及ぶ第242条の註解⁸⁾である。この大躍進が予想外のものであったことは、1900年のシュタウディンガー・コンメンタール初版における第242条の解説が、短い理論的コメントにすぎないことから明らかである。しかし、初版の註解者はこの条項が及ぼしうる力のあるいは予期していたのかもしれない。なぜなら、そこには「本条に規定された倫理的・法的原理は、債務関係における法的取引を支配するのに適している」と記されているからである。なお1897年の時点ですでに、ルドルフ・シュタムラー⁹⁾は、民法典第242条が司法を全く新しい方向へと導くだろう、と明確に予言していた。

本講演では、第242条に規定された信義誠実という倫理的原理が民法典施行後

7) Franz Wieacker: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB (= Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 193/194), Tübingen 1956, 53 S.

8) J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Aufl., Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1b: §§ 242, erl. u. reg. v. Wilhelm Weber, Berlin - New York 1961, 1553 S.

9) Karl Eduard Julius Theodor Rudolf Stammler は、1856年に中部ドイツのアルスフェルトで生まれ、1938年に同じく中部ドイツのヴェルニゲローデで没した法哲学者。ここで言及されているのは『ドイツ帝国民法典研究・債権総論 (Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich)』（1897年）。

最初の10年間の大審院判決において果たした具体的な役割を描写することにした。まず、民法典を柱とする民事法領域の一般的特徴とされる形式主義と、この原理が対抗関係にある、ということから、議論を始めよう。方法論的にどのような仕方で、また実質的・内容的にどのような傾向において、法律が明示的な仕方がないし妥当な仕方で規定していない紛争を解決するために、大審院が第242条の信義誠実概念を用いたかを検討する。関係する判決では例えば、「……民法典が……この点に関する特段の規定を持たないため……」とされたり、契約の欠陥について「……合意すべき期限前の支払につき争いが生ずる場合、価額および弁済期に関する合意の欠如は、第242条に基づき、裁判官によって補充される」とされたりした。

本講演においては、大審院の特定の判決が（今日の視点から評価して）内容的に道徳律と一致することを一般的に論ずるだけではなく、むしろ具体的に、大審院判決の理由づけにおける民法典第242条の信義誠実規定の適用を探求したい。大審院がまさにこの条文の文言を用いた目的こそが問われねばならない。明示的に第242条を根拠とした多くの、ないし全ての判決が、第242条すなわち信義誠実の規定に依拠せず、例えば第826条の悪意の欺罔ないし「悪意の抗弁 (exceptio doli)」を適用しても同じ結論に至りえたのではないか、という問題は検討しない。このことは、第242条を適用した判決の多くが内容的に1900年以前から行われていた原理と関連することから、すでに明らかである。最初の10年間に専念するのは、ヴィーアッカーが第242条の「法理論的明確化」に関する著作で何ら特別の意味を与えなかった、まさにその初期段階を解明するためである。

民法典施行後数年にしてすでに、第242条の無制約な適用は戒められねばならない、と考えられていたことは注目に値する。その是非はともかく、こうした批判がなされたということは、裁判所が、今日の我々が通常考えがちであるよりもずっと、社会的精神に基づいた実質的正義の原理を重視していたことを示すものである。民法典施行後最初の10年間における大審院の関連判決の検討に際しては、すでに1913年にヘーデマン¹⁰⁾が述べた見解が確認される。すなわち、裁判所は司法の社会的使命、すなわち実質的正義を回復し、「個人主義的」観念を「社会的」観念に置き換えることを、当時考えられていたよりも、また今日通常

考えられているよりも、より大規模に、時期的にもより早くから、真剣に考えていた、と。

このことは判決の内容に関する問題であるが、民法典施行直後の第242条に関する歴史的研究は、その他に、判決の方法という観点からも興味深い。まさに大審院裁判官による第242条の信義誠実概念の適用は、民法典施行直後の大審院における法実証主義に関する、いまだ解明されていない問いへの答えとなりうるからである。

この方法的問題に関する議論については、自由法論者によって「極めて精密な思考機械」と皮肉られていた大審院判事たちが、民法典施行直後において法律の厳密な解釈にもっぱら専念していた、という理解が現在もなお支配的だと思われる。しかし、同時代の人々の認識はそうではなかった。裁判官の「活動の自由」を好意的に受け止めたヘーデマンは、1913年に「立法者の無力」を論じ、積極的に支持している。もっとも、そこにおいて第242条の「王たる規範（königliche Regel）」は第826条と並んで短く触れられたにすぎないのだが。いずれにせよ、現代においても「後に変更された解釈理論」に法適用実務への影響を認めようとする支配的見解は、これから本講演において示すように、民法典施行直後の大審院による信義誠実の適用方法によって明確に反証されるであろう。

その確かな証拠の一つとして、大審院がある上級ラント裁判所判決を支持した事例を挙げよう。これによれば、上級ラント裁判所は「この事情のもとでは、被告の行為は、たとえ特別な法規定の根拠がなくとも、民法典第242条の一般原則によって正当と認められねばならない。なぜなら、この契約的地位のもとで、理性的で公正な考えを持ち具体的状況を正しく評価する人間であれば、当然そのような行為だからである」と述べた。この一見して明確な言葉にもかかわらず、大審院判決に対する自由法論の直接的影響については、これまで厳密な検討がな

10) Justus Wilhelm Hedemann は、1878年にブリーク（現在はポーランドのプジェック）で生まれ、1963年にベルリンで没した法学者。ナチスの積極的な支持者として知られる。ここで言及されている『民法における生成と発展（Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht）』（1913年）では、後の代表作『法律からの逃避（Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat）』（1933年）とは異なり、自由法運動の立場から信義則条項の積極的活用を支持した。

されておらず、いまだ推測の域を出るものではない。

したがって、本講演は、カローニが提唱する「民法典の作用史」¹¹⁾に寄与するものである。この種の研究の意義は、ヴィーアッカーが述べたように、「司法および法批判に対して、いわば風雪に耐えた古き正義の伝統を提示することで、より良い知識を与える」こと、またそれによって、探求された概念に「原理が空疎な議論に陥ったり行き過ぎたりしないように確たる輪郭を与える」ことにある。

本講演の目的を明らかにするために、なお一言付け加えねばならない。第242条の信義誠実を論ずるにあたり、私は、ハンス＝ペーター・ハーファーカンプの「権利濫用論」および「悪意の抗弁」に関する研究¹²⁾に触発された。ここで扱う1900～09年の時期とりわけ第242条に関して、私はハーファーカンプと内容的に同じ結論に至った。ハーファーカンプによれば、第242条は何よりも「倫理的基準による法律的・契約的規定の修正」の手段であった。私は、ハーファーカンプの研究とは別個に、第242条の信義誠実規定だけを扱った研究を行うことも全く無意味ではないと考える。悪意の抗弁と権利濫用は、常に同一の事例で適用されたわけではない。すなわち、第242条は悪意の抗弁の根拠に尽きるものではなく、悪意の抗弁は大審院が信義誠実に依拠したものととは全く別の事例群でも適用されてきたのである。ハーファーカンプが悪意の抗弁について検討した1900～04年の判決のうち、ざっと見渡したところ、信義誠実の文言を引用したものはわずかしかない。その他に、ハーファーカンプの研究とは異なり、本講演では、可能な限り多く判決を引用して、売主の修補権や接客業者の責任などの具体的問題を大審院がどのように解決したのかを示したい。

*

大審院判決の研究は、ヴェルナー・シューベルトが編集した1900～14年に関

11) Pio Caroni: Kodifikation und Kontinuität — einleitende Thesen und Überlegungen, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 23 (2001), S. 295.

12) Hans-Peter Haferkamp: Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, in: Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter (=Rechtsprechung. Materialien und Studien. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Bd. 14), hrsg. v. Heinz Mohnhaupt u. Ulrich Falk, Frankfurt a. M. 2000, S. 1-38.

する『大審院民事全判決集』¹³⁾と、ヴェルナー・シューベルトとハンス・ペーター・グレックナーが編集した『大審院便覧』¹⁴⁾のおかげで、現在では非常に容易になった。そして、後者の第4巻では、もっぱら第242条が扱われている。

第242条の信義誠実概念の引用数は、民法典施行後すぐに増加した。1900年1月1日以後まもない判決は当然ながら旧法に即したもので、第242条を明示的に引用していないが、1900～01年には12件、1902年には7件のこうした判決があった。シューベルトの作成した索引は実に不完全なものであるが、それによれば、1901～09年の間に、第242条および信義誠実の文言が全部で102回引用されたことが分かる（1901年1件、02年3件、03年7件、04年12件、05年17件、06年18件、07年12件、08年16件、09年16件）。さらに別の約40件の判決があることが、公式の『大審院判決集』の索引から分かる。

1900年1月1日以降の大審院判決における第242条の最初の引用は、1901年4月18日の第六部判決にみられる。この新法に即した最初の判決において、第242条は、非債弁済を理由とする不当利得返還請求が、損失者が他に別の債務者に対しても請求をなしうる場合、それゆえ不当利得返還請求が補充的な意義にとどまらない場合であっても認められることの根拠として用いられた。ただし、ここから以後の展望を開くような基準が何か生まれたという訳ではない。

最も重要で最も議論されている事例は、悪意の抗弁の法律上の根拠として第242条を適用した例である。この事例に関しては、すでにハーファークンプが緻密な研究を行っており、ここでは詳しく論じない。しかし、この他にも数多くの原理、ないしヴィーアッカーの言葉を借りれば「実質的基準」があった。これらが大審院は、時には躊躇せず一気に、時には判決から判決へと是認したり否認したりしながら、第242条から導き出していった。その際、何よりもまず言及すべきなのは、法律に規定のない紛争のための規範の定立である。

1900～01年の判決のほとんどは、権利行使を怠った者に権利を主張する資格

13) Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen: Inhalt sämtlicher und Wiedergabe von unveröffentlichten Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch, eingeleitet und hrsg. v. Werner Schubert, Goldbach 1992ff.

14) Nachschlagewerk des Reichsgerichts. Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. v. Werner Schubert u. Hans Peter Glöckner, Goldbach 1994ff.

を認めなかった事例である。この種の最初の事例で、1900年1月13日に大審院は、売主が申込んだ給付を買主が履行として認めない場合、売主が正式の申込をしたことを主張するならば、売主は信義誠実に反することなく半年以上の間沈黙することができる、と判断した。もちろん、他方において「買主は売主に対して商品に同意するか否かの告知を任意に延期することはできない」。第三の判決もまた同様に判示している。関連して、1900年12月6日の判決もまた、欠陥に関して時宜に適った告知を怠る場合には「商取引で支配的な信義誠実の原則に従って暗黙の同意が認められうる」と述べている。また1901年4月25日の判決および1901年10月30日の判決も、賃貸人は支払遅滞が解消した後すみやかに、遅滞により生じた権利を行使するか否かを賃借人に対して告知せねばならない、とした。さらに1901年9月20日には履行請求の遅滞について判決がなされた。同じ傾向に属する1905年の判決は、「遅滞した保険料支払の一年に渡る受領」がある場合、「保険料支払に関する保険証券に即した期限を遵守しないこと」が（もともと契約書式に記載されていたように）「ただちに解約事由となる訳ではない」とした。同様の傾向は、1906年の第二部判決にも見られるが、ここでは、当初の合意を逸脱する「事実上の商取引」（この事例ではビールの継続的給付に関して契約上の合意に反して恒常化した支払遅滞）が結果的に契約内容となりうること、それゆえ遅滞の効果が認められないことが判示された。

自己の行為に矛盾してはならない、という基準は、権利の喪失を帰結するものであった。大審院はある事例において、明示的に1900年以前の司法の延長上で、「取引における信義誠実により、転売によって自己を処分権（解除の告知）と矛盾する地位に置いた買主は、商品の受領を拒否する権利を放棄したものとみなされるべきである」と述べている。同様に、物を続けて使用する買主は、大審院の考えでは、瑕疵を理由とする拒否権を放棄したのである。したがって、これら全ての事例において、もともと法律自体には規定のない失効理論の端緒を見出すことができるだろう。

1902年に大審院が下した判決では、「債務者の負担による投機に基づいた請求の主張を延期することは」信義誠実に反すると述べられた。しかし、大審院はあまり第242条適用の拡大を望まず、後にある権利主張の問題において、時効の特

則に関して単なる不使用は権利喪失をもたらさないと強調した。同様の傾向は、口頭の確認が公証人の作成した売買契約とならぶ重要性を持つかが問題となった判決にもみられる。このとき大審院はこう述べた。「しかし、大審院は、要式規定が信義誠実の援用を拒まねばならないことを繰り返し一貫して宣言してきた。さもなくば、要式規定が無意味になるからである」。

第242条適用に際しての同様の慎重な態度は、大きな注目を集めた1906年3月6日の判決でも示された。そこでは、売主は、買主の以前の支払遅滞を容認したことを理由に、当初の契約を解除する権利を失うわけではない、とされた。大審院は、ビール給付支払の事例などでみられた支払遅滞の効果に関する上述のいくつかの判決と一線を画そうとしたように思われる。大審院の考えでは、「信義誠実の顧慮は」「法律の枠内で成立した合意の修正をもたらす」べきではない。「むしろ、それは法的取引の安全と契約法の最高原理たる『合意は守られるべし（Pacta sunt servanda）』に必然的な限界を見出さねばならない」。この契約誠実の原則は、すでに発生した解除権を遅滞した支払によって免れることはできない、とした判決でも示された。

契約の解釈と契約義務の範囲確定は、規範の解釈とならぶ大きな問題であった。しかし、ここでも大審院は、例えば「商人が一定の危険負担を合意するとき、彼らは自己の行為を理解している。当事者が決してしなかった区別を設けることは、裁判官の仕事ではない」と判示することで、明確な境界線を引いた。別の判決でも同様に、「法の規定により、同意された給付に対する請求権が債務関係から生ずる（民法典第241、242条）。この規定は、特別規定が適用される場合を除けば、常に適用される」と明言した。これらの判決が、法律文献において大審院に向けられた第242条その他の一般条項の野放図な適用に対する批判への反動だったのかは、必ずしも明らかではない。

1900年の他の判決からは、相手方の意思表示を明示的に拒否することが信義誠実によって求められる場合には、沈黙をもって義務の引受を承諾したことになる、という法命題を読み取ることができる。この場合、信義誠実原理による主観的権利の基礎づけがまさに問題となる。商人の確認書の構成的効力、つまり法を生み出す効力もまた、信義誠実に直接的に依拠していた。それゆえ論理的に、大

審院の視点では、商取引（「構成的確認書」）における沈黙の意味に関する諸原則に効力を持たせないならば、それは信義誠実に反したのである。

同じことは1901年10月12日の判決にも該当する。そこでは、社員相互の情報獲得権が第242条の信義誠実に依拠するとされた。判決は、侵害の意図をもって情報の拒否がなされることで第226条に違反したときに初めて情報獲得権が生じるわけではない、と強調した。この判決から、大審院判決では第242条が第226条のシカーネ禁止規定を押しよけた。第226条と比較した場合の第242条の大きな利点は、後者では侵害の意図が必要ないことだった。

さらに、継続的債務関係における重大な事由による解約もまた、第242条によって発展した。この種の最初の事例は、ある醸造所の一定地域での「総代理」に関する契約の解除が問題であった。この契約によれば「代理人」はビールを自己の勘定で売買せねばならない。大審院は、両当事者間で信頼基盤を揺るがす重大な非難が相互に交わされるに至った、という事情を重大な解約事由と考えた。

極めて重要な革新は、大審院が、法律に規定のない修補権を売主に対して認めたことである。これに関して、大審院は「それゆえ修補によって買主の解除請求を免れる売主の権利が民法典に規定されていないとしても、特定の場合においては、民法典第226、157、242条および商法典第346条に鑑みて、また信義誠実にしたがって、そのような権利が認められねばならない」と述べている。

民法典自体が拒否した等価原理と広い意味で関連する問題の解決に際しても、すでに1900年に信義誠実の文言が適用された。この種の最初の事例において大審院は、鉱産物（おそらくコークス）製造者が、自己の勘定で製品を売買する代理人の一人に対してのみ、他の全ての引受人と異なって、より廉価での追加譲渡を拒むならば、それは信義誠実に反する、と宣言した。この判決は、製造者が「最も有利な引受人」を代理人とすることが両当事者による契約に明記されていた、という事実関係に照らして検討されねばならない。とはいえ、この判決では、売主が全ての顧客に対して認めねばならない公正な価格なるものが存在する、という大審院の確信が明らかとなった。（用心深く述べられた）「公正」価格の存在に関する同様の確信は、他の判決でも宣言された。売主による価格設定の問題を信義誠実に基づいて扱った際、大審院は、買主が「値上げによる割増のもとでも

依然として他社よりも安価に購入した」がゆえに要求された価格に関して請求をなしえない、とした。大審院はまた、公正価格に関して、第242条により逸失利益として請求しうるのは「公正な商取引で通常得られる」金額に限られる、と判示した。この判決は、契約内容だけに関わるのではなく、法律の規定内容をより厳密に確定するような判決であった。公正価格の調査について、裁判所はさらに別の事例で検討した。この事例では、長期間にわたる蒸留酒の継続的給付契約が問題となり、契約の明文上は取引所相場価格が指示されていた。しかし、この相場が行われなくなったため、大審院は、契約を補充し、ベルリンの蒸留酒センターの価格設定に従うべし、としたのである。

後に、公正価格の問題はもっぱら第138条の良俗違反の観点から扱われるようになった。このことが示すように、ある状況に対する第242条の適用はしばしば実験的・試行的な性格を有した。逆の例として、例えば「事情変更の法理」（ないし行為基礎の喪失）の実験的發展の経過では、まず民法典第321および610条に関連して論じられた後、第242条の範囲に移された。制定当時の規定によると、民法典第321条では「双務契約により事前給付をなすべき者は、契約締結後に相手方の財産状態に著しい悪化が生じ、これにより反対給付の請求が危ぶまれるならば、反対給付がなされるか担保が供されない限り、彼がなすべき給付を拒絶することができる」とあった。同様にすでに削除された第610条でも「消費貸借による金銭の給付を約束する者は、相手方の財産状態に著しい悪化がみられ、これにより返還請求が危ぶまれるならば、約束を撤回することができる」と規定されていた。

同様に、当初はしばしば裁判官による補充的契約解釈が第242条を根拠に行われていたが、後には常に、信義誠実に即した契約解釈原則を規定した第157条が根拠とされるようになった。1903年5月5日の判決は、「製品（環状窯）が……設計図で十分に規定され、報酬が総額では確定されていながら、期限前の支払について合意を欠いて争いが生じるならば、支払の金額と時期に関する合意が第242条に基づき裁判官によって補われうるであろう」と述べている。

なお、第242条の潜在的可能性を探查する段階では、悪意の抗弁が第226ないし826条を根拠としていたが、このことには詳しく立ち入らない。

1902年11月22日の判決において、大審院は、不足が重大な場合には土地の買主が面積の不足を理由に解除を請求しうるとする第468条の原則から、第242条を参照しつつ、面積の相違が甚大で土地取得の利益を欠く場合にのみ土地の買主がその受領を拒否できるという第433条の原則へと立場を変更した。この何度も印刷に付された（それゆえ明らかに重要と考えられた）判決から、第468条に特別の事例について明示的に規定され、第242条から全ての事例について一般的に導き出された原理の発展が始まった。すなわち、ヴィーアッカーが第242条の「法理論的明確化」で述べたように、「裁判官は些事を考慮しない（*minima non curat praetor*）」の原理である。この原理の適用は、ヴィーアッカーによれば、「裁判官の職務（*officium iudicis*）」に他ならない。同じ意味で大審院は、土地の買主が相対的に些細な筆（ここでは全く利用価値を欠いた通路）の欠如を理由として売買契約全体の履行を拒否するならば、それは信義誠実に反する、と宣言した。同じことは一般的に「些細な瑕疵」の存する場合に該当する。些細な金額による事前給付義務の遅滞は債権者による反対給付の留置を正当化しない、という判決は、「裁判官は些事を考慮しない」に相応する原理の延長線上にある。大審院はこの結論を第320条第2項から導いた。判決によれば、この規定は第242条を背景とするものであった。裁判所はこの判決で初めて、第242条が債権者に対しても適用されること、債権者が債権を信義誠実に反する仕方で行使してはならないことを宣言した。

1909年5月26日の判決もまた「裁判官は些事を考慮しない」の類に属する。和解に基づいた支払がわずか数時間だけ遅滞することは、第242条に即した和解契約の解釈によって、些細とされた。この遅滞が債権者に何らの不利益ももたらさず、また債務者には和解の喪失という大きな不利益がもたらされるからである。ここで第226条との隔たりが明確になる。第226条のように侵害の意図と結びついたシカーネが許されないというだけではない。権利の放棄が何らの不利益にもならず、しかも権利の行使が契約の相手方に損害を与えるならば、権利を行使してはならないのである。同様に『全判決集』に収められた1909年9月21日の判決では、大審院の同意のもと控訴審が「被告が些細な瑕疵を理由に残余債権全体の弁済期到来を争おうと……するならば、信義誠実に反する（民法典第157条、

第242条、第320条第2項）」と判示した。

他の事例では、第242条が個々の特殊な取引慣行の足場として用いられているが、これらは一般的意義をもたないので、ここでは詳しく立ち入らない。

1903年7月9日の判決によって、第242条にはさらなる適用領域が開かれた。この判決では、接客業の客がトイレの濡れた床で足を滑らせ、腕にかなりの傷害を蒙ったことが問題となった。これに関して大審院は「飲食店業を営む者は、そこに立ち寄り、しばらく食事や飲物を摂るためにとどまる者に対して、客が認められた仕方でも利用する場所について身体的被害を蒙ることのないような状態に維持する義務を負うべき契約関係にある」と述べた。この契約の相手方の身体的保護に関する契約上の義務は、実のところ1900年以前の大審院判決の継続なのだが、大審院は方式と範囲について民法典第242条に依拠した。その結果、民法典第278条により、接客業者は責任阻却可能性なしに、債務を履行するために使用した補助者に対する責任を負うことになった。他方で、接客業者は、単に不法行為のみに基づく場合には、第831条により補助者に対する責任を阻却されえた。同じ事例は1905年にも再び扱われ、結論が維持されている。

この事例の判決の根底に存する原理は、1906年の判決でも確認された。ここでは、大審院は、森林の倒木に関して、契約に基づいて「買主が生命および健康の危険なく巡回できるようにする」義務を売主は負うものである、と宣言した。別の判決では、コンサートの主催者が契約によって、単にコンサートを開催する義務だけでなく、「チケット所持者」に通路の安全な利用を保障する義務をも負うことが示された。

他の判決では、大審院は、積極的契約侵害を理由とする損害賠償請求を（シュタウプ¹⁵⁾が批判したように）民法典第276条だけでなく、部分的には第242条に直接に依拠せしめた。この際、他の事例では契約侵害責任が一般的に第262条から導き出されたことから、大審院が上述の諸事例におけると同様に実験を試み

15) Hermann Staubは、1856年にニコライ（現在はポーランドのミコウフ）で生まれ、1904年にベルリンで没したユダヤ系弁護士。積極的債権侵害の提唱者として知られる。ユダヤ人差別を免れるため生名のSamuelをHermannに改名したが、改宗を拒んだため大学教授への道を断られた。

ていたことがわかる。当該事例では、船舶の乗客が下船する際に規則どおり安全確保されていない扉で左手の小指を挟まれた。これに関して、大審院は「……契約が侵害発生後にはもはや本来あるべき仕方で行うことができなくなったならば、被告は、この不能が被告に帰せられるべき事情の結果でないことにつき、挙証責任を負う(民法典第282条)」とした上で、さらに「被告は原告に対して不履行によって生じた損害を賠償」せねばならない、と結論した。

契約侵害責任を第242条に依拠せしめた最初の事例は、契約の相手方が、東インドで新たに設立された会社にガラスの販売を委託すると約束に反して、自らガラス販売を継続したため、告訴したものである。しかも、被告がそれによって受領した金額は、新会社がガラス購入の際に支払うと定められた金額よりもずっと低額であった。大審院は、これにより原告たる新会社は、被告が「自己の契約上の義務に反して行為」したことを正当に主張しようとした。判決文によれば、「ゆえに、被告のこのような行為が民法典第241および242条の信義誠実に反するか否かが探求されねばならない。このような事実が認定されるならば、被告は原告に損害を賠償せねばならない」。

この判決は特別な事例ではない。第三部のある判決は、「召使の社会的地位に関する今日の見解によれば、従属者に対する尊厳と配慮ある扱いは」「信義誠実の原則(第242条)および加害のみを目的とした権利行使の禁止(第226条)」から導かれる雇用契約の「付随的義務」であり、その侵害は損害賠償請求の基礎となる、と述べている。同じ意味において、1909年3月9日の判決は、「契約が単なる雇用契約とみなされるべき場合でも、原告は第242条により自己の給付した労働の品質と有用性について責任を負わねばならない」と確言した。これによって、雇用契約に存しない瑕疵担保責任の規定が第242条によって直接的に補充された。同様のことは、雇用契約法に関する他の判決にもみられる。その際、大審院は、原告は「確かに第823条によっても雇用契約によっても雇用者に対する損害賠償請求をなしえない。しかし、事情によっては、第242条によってそのような請求が認められる」と述べたのである。

また別の判決では、「取引慣行を顧慮した信義誠実の原則によって、契約関係の清算に際して、契約の一方当事者は、彼が知っている他方当事者の特別な利害

を顧慮せねばならず、他方当事者の損害を可能な限り回避するように行動せねばならない。この当然の契約上の義務を過失により侵害したならば、侵害者にはそれによって他方当事者に生じた損害を賠償する責任が生ずる……」とされた。この最後の事例でも、第242条に由来する義務の他に、損害賠償請求の請求根拠となる他の規定は引用されていない。なお、契約の相手方の利益への配慮が決め手となった他の事例では、民法典施行前に下した判決の延長上で、大審院は、売主が「信義誠実の原則によって……理性的にみて買主の意思決定にとって重大でありうるような全ての既知の事情を、買主に伝えねばならない」と述べている。

同様に、契約における不履行や義務違反の問題にとって後に基本的な意義を有することになったのは、第242条から生じた第279条の規定の解釈である。この（現在では廃止された）規定によれば、種類の給付が可能である限り免責的不能は認められない。しかし、大審院は、種類債務の給付は「種類全体が消滅した場合にのみ不能となるのではなく、当該種類物の調達が非常に困難となって（履行の）期待がもはや妥当でなくなった場合にも不能となる」と述べたのである。また、約諾者が「可能な限り」ないし「能力に応じて」第三者の債務に責任を持つことを約束した場合にも、この約束の内容的限界は信義誠実によって確定された。

「返還すべき物を請求する者は悪意で行為する（*dolo facit qui petit quod redditurus est*）」、すなわち、直ちに返還すべき物を請求してはならない、という格言が最初に適用されたのは1907年の事例である。この事例において、大審院は、手形の引受人は「支払がなされると直ちに返還せねばならないもの」を請求しえない、と判示した。大審院は同じ年の別の事例でも同じことを述べている。1909年に大審院は、「返還すべき物を請求する者は悪意で行為する」の格言を引用した上で、いずれにせよ債務の一部が支払を要するにも拘らず、「原告が契約の文言に拘泥して全債務の免除を請求するならば、それは民法典第242条に加えて第133および157条に」違反する、と述べた。

1908年7月13日の判決によれば、原告自身が被告の不払いの原因をなした場合、「信義誠実（第242条）」の原則によって遅滞は存しない。別の事例では、委任に反して、被告が事務管理による取得物を引き渡す代わりに自己のために保全抵当を登記させ、抵当権抹消義務に対する留置権を設定しようとした。これにつ

いて、控訴審は、大審院の同意のもとで、被告が自ら契約違反の行為によって獲得した法的地位を自己の防御のために用いようとしたことは「信義誠実（第242条）」に反する、と判示した。この最後の二つの判決は、「自己の恥辱を申し立てる者が聴かれぬよう（*turpitudinem suam allegans nemo auditur*）」の格言で示される思想（何人も自己の契約不誠実に依拠してはならない）の現れであった。

*

この駆け足の概観では、関連判決のごく一部しか検討できなかったが、それでも、民法典施行初期の大審院裁判官たちが臆病な法実証主義に囚われていたというテーゼが的外れなことを示すことができたと思う。大審院はしばしば第242条に依拠して、民法典の条項に明記されていない確たる諸原理を発展させた。しかし、第242条のような一般条項への逃避を語ることもまた出来ない。第242条を適用するにあたって、裁判官たちは確かに臆病ではなかったが、この条項を万能薬とすることもなかったからである。また、実質的観点からは、すでに1913年にユストゥス・ヴィルヘルム・ヘーデマンがなした考察が確認された。すなわち、第157および242条が以前の法との関係で全く新しい内容をもたらしたこと、そして多くの事例において「個人主義的」傾向に対抗する「社会的」見地の貫徹を支えたことである。

このようにして大審院は、民法典施行後すでに最初の10年間で、将来にわたって維持されるような、新法を適用するための方法的・内容的諸原理を打ち立てたのである。