

信義則の機能について

好 美 清 光

一 問題の提起⁽¹⁾

(73) 信義則の機能について

一 従来の方法論の批判 「信義則」を含めていわゆる一般条項については、古くから議論がある。ヘーデマンによって示唆されたことに始まった、衡平という名による『一般条項への逃避』が規範構造の裁判官による軟化を惹起するとの非難、不安は、反対論者の種々の弁解にもかかわらず、実際問題としては杞憂とはいえない。全体主義の特別の状況下において、そしてまた現在でも、あいまいにして情緒的な条項が、とりわけ政治的思想的対立の場でいかなる機能を営んだか、そしてまた営みうるかを考えれば、このことは明白である。われわれの問題にかぎっても、普遍的かつ明確な規範に代って裁判官の恣意的かつ素朴な衡平という感情の登場によ

り、予測可能性の要請に不可欠な法的安定性が阻害される危険性は否定しえない。たとえば、信義則をたてにいわれる行為基礎脱落の理論を大幅に認容するときは、たちまちにして *pacta sunt servanda* の要請は不当に損なわれてしまう⁽²⁾。しかし他方、現実には、裁判所における信義則の適用は早くから確固たる法として通用しているのみならず、昭和二二年以降、明文規定(民一第^(三)項)としての根拠をもつに至った現在では、個別的事案に具体的妥当な解決を付与し、さらには法の発展の足掛かりをも与えうる本原則の適用を否定しようとすることは、もはや問題とならない。

われわれにとつての問題は、いわば両刃の剣ともいふべき本原則の適用の妥当性を、いかにして確保するかにある。なるほど、従来、本原則についてはわが国でも少

なからざるすぐれた研究がなされてはいる。本稿は、それらと同一方向でさらに何ものかを付け加えようとする意図をもつものではないし、またその用意もない。しかし、従来の研究方向をもってしては、⁽³⁾もはや現在のわれわれの問題の解決とはなりえず、新事態に対処しうべき何らの理論的武器をも提供しえず、結局は、ドイツの法律家のいわゆる恣意的な *Kaditurspruden*z に陥る危険を免れえない。⁽⁴⁾

また、一般条項(より正確には白地規定)を、あたかも万能の力をもつかのように「帝王条項」*Königliche Paragraphen*と規定したり、その成文化(衆)を、「法の解釈(とくに裁判)に対して場合によっては広般な立法権を委譲することを意味する」と特色づけることも、われわれの目的にとっては誤解を招く恐れがある。なるほど一般条項は、裁判官がその下に事実関係をおけば直ちに結論がでるといふ、それ自身完結している「適用可能な」法規の構成要件を備えてはいない。その内容は、各事件の個別的事情の下に一回ごとに裁判官によって実現されるべき要請であり、同様の事実関係の下で同じ扱ひがなされるよう、裁判官が判決の中で定型化しなければなら

ない基準の一般的指針を与えているにとどまる。したがってその具体的内容は、裁判官によって充たされなければならぬ性質のものであり、かかる判例の蓄積により醇化され、一定の法制度にまで高まる性質のものである。⁽⁶⁾しかしながら、一般条項にかぎらず、そもそも係争事件の汲み尽しえざる多様性をもつ具体的事実関係に対する、裁判官による——一般的表現をもたざるをえない——法規の適用というものは、たんなる認識の論理的分析的推論行為にとどまりうることは減少になく、多くの場合、そこでは、複数の可能な評価の中からの選択が問題となる。つまり、判決は、選択行為による一定の価値実現を、したがってそのかぎりでは、それ自体、法の新たな形成(*Rechtsneubildung*)をしているのであり、大陸法といえども、*law in making*の性質をもつことは否定しえない。⁽⁷⁾ただ、このことは、法規が不明確・あいまいな表現をしているほど大きく、それゆえに一般条項においてとくに顕著に現われる、というにすぎない。そこでは将来のあるべき法との間にも一線を画しがたいものとなりうるが、しかしそれにもかかわらず、それはあくまでもやはり、——右に述べた性質を本来もつ——「法の適

用、「解釈」の問題の枠をこえるものではありえないし、またあってはならないのである⁽⁸⁾。だとすれば、信義則の適用における裁判官の判決技術は、法の適用・解釈一般と同様に、——必ずしも表現されてはいないが——すでに立法者自身によって予定されている命令、秩序の枠組みの範囲内にとどまるか、あるいは、「条理」、「事物論理的構造」等々の争われざる基本命題に基づかなければならない筈である (Weischen, S. 10)。

このような認識の下においてのみわれわれは、生起する判決例に流され追従することなく、あるいは神々の争いのうちの一つの特定の世界観からでもなく、まさしく法的に、それらあるいは支持し、あるいは批判する正しい立場を獲得することができるであろう。

二 機能的分類による考察 このようにみてくれば、われわれのなすべき問題は、信義則の適用と称してなされている法の解釈の広汎にして豊饒な領域、発展を、裁判官の制定法に対する関係という基本問題——私自身まだ確信をもつには至っていないが——との関係で機能的に分類し、それぞれの類型のもつ意味を検討し、そのあるべき限界をもさぐることでなければなるまい。実

際、このような視点からみると、現実に通用している信義則の多様な諸機能は、従来なされてきたような信義則一般としての統一的な決定を不可能なものたらしめているのである⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。

ところで、このようにみてくるとき、ドイツの学界の動きはきわめて注目すべきものがある。ドイツの判例は、実証主義的かつ時代おくれの民法典にもかかわらず、その施行後の異常な経済的社会的諸変革にも順応していき、今日ではもはや、現実に通用している私法、とりわけ総則と債権法とは法典からは読みとりえなくなつた、とさえいわれるのであるが、その際も⁽¹¹⁾とも活躍してきたのは、二四二条の信義則である。その判例群は歴大なものとなつており、その学説による体系化も緻密なものとなつていいる。その最たるものはジーベルトの業績であるが、彼の意図したのは正に機能的観点からする分類であつたし^(前註2)、ついで、彼の業績、分類に拠りつつ、ヴィアッカーが、それぞれのグループのもつ機能的差異を、自覚的に検討したのであつた^(前註7)。そしてまた、このような機能的分類は、——もちろん前者と同一ではありえないが——レーマン、ラーレンツ、とりわけエッ

サーらのすぐれた債権法の教科書のとる叙述方法でもあ
る。⁽¹³⁾

本稿は、これらの諸業績、とりわけジーベルト、ヴィ
アッカー、エッサーのそれに主として拠って、信義則の
諸機能をわが法との関連で検討することをさしあたりの
目的とする。それも範圍は、主として民法の財産法にか
ぎられる。しかも、紙面のかぎられた本稿では、ドイツ
の判例等の紹介の余裕はないし、わが制度ないし判例に
も網羅的にふれることはできない。必要最小限度の事例
の引用のもとに、信義則の諸機能を際立たせることで満
足するほかはない。

(1) 本考察を企てた直接の動機は次の事にある。私は先
に、「Jus ad rem とその発展的消滅——特定物債権の保護
強化の一断面——」(一橋大学年報・法学研究3)で、特
定物の二重契約において第二契約者が背信者である場合
は、後者に引渡や登記があっても第一契約者を優先させ
べしと主張し、その現行法の根拠としては、結局は信義則
によるほかはない、と考えた。この態度は基本的にはす
でに牧野博士のそれであり(「民法の基本問題」第四編一九六
頁以下)、また戦後のとりわけ下級裁の諸判例の立場でも
ある(概観として、古山「登記欠缺の主張と信義則」(法律
のひろば一四卷九号)、好美「登記劃一主義の緩和・修正」

(手形研究四九号)。しかし、法規上他に抜け道を持つド
イツでは、信義則のこのような機能のさせ方はしていな
い。このような機能のさせ方が許されるかどうか、それを
究明する手掛りとして、まず信義則の機能一般を検討する
ことになったのである。

(2) したがってドイツでは、現在でも信義則の安易な導入
による法の不当な軟化に対し警告が発せられている。たと
えば(Emmeerus—) Lehmann, Recht der Schuldver-
hältnisse, 14 Aufl. (1954) S. 4; Siebert, Tren und Glau-
ben, Erläuterungen zu S 242 BGB, Sonderdruck aus
Soergel-Siebert BGB, 9 Aufl. (1959) S. 9 f.; Boehmer,
Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, II 2,
(1952) S. 77 ff. (なお、以下、著者名のみで引用する。)

(3) すなわち、自由法論の立場からあらゆる場合に信義則
なるものを強調するだけであつたり(牧野「具体的妥当
性」(法律における具体的妥当性・所収)、同「民法の基本問
題」各編の各所など)、契約関係における信義則による解釈
論を時間的に平面的に並べるだけであつたり(鳩山「債権
法に於ける信義誠実の原則」(同題・有斐閣学術選書(4)所
収)、同じく諸判例の総合研究を平面的に並べたり(林信雄
「判例に現はれたる信義誠実の原則」、いわんや、信義則
の理念的意義を抽象的に強調するだけであつたり(野津
「信義誠実の原則の発展的意義」(法協五二卷一一・一二
号)、従来の研究のうちでは、本稿の目的にとつて、常盤
「信義誠実の原則」(東京商科大学研究年報・法学研究1)

(77) 信義則の機能について

が注目されるが、それも、いわゆる信義則なるものが各場合に適用されうことを主張しているが、かんじんの信義則それ自体の分析と類型化がなされていないため、十分な説得力をもつとはいえない。

(4) たとえば、石田文次郎「契約の基礎理論」七八頁以下参照。

(5) 幾代『権利濫用』に「ついで」(法政論集一卷二号一六一頁)、これを引用する鈴木(禄)「財産法における『権利濫用』理論の機能」(法律時報三〇巻一〇号一七頁)。

(6) Esser, Schuldrecht, 2 Aufl. (1960) § 31, 3. (以下、著者名のみで引用)

(7) わが国でも承認されてきているが、ドイツでも同様である。Esser, Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 53, S. 521 ff.; ders. Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956; Weacker, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, (1956) S. 14 f. (ザンブナーの本著書は、以下、著者名のみで引用する)

(8) しかも一般条項とらえざる、信義誠実の旨の相互に期待しうる信頼 (Vertrauen) や、取引慣習 (Verkehrssitte) とらざる客観的基準を一応備えらるる。

(9) したがって、信義則の、私法のみならず公法、訴訟法への適用可能性や、強行法規に対する関係も、決して一義的には決定されえないし、従来の研究で序文的アタセサリ的にふれられてきたローマの厳正法 *ius strictum* に対

する名譽法 *ius honorarium* や、イギリスの普通法 *common law* に対する衡平法 *equity* との同一視、あるいはローマの *exceptio doli*, *actiones bonae fidei* の沿革

的遡源も、現在通用している信義則の諸機能のうちどの部分がそうであるかを画定することからまず始められなければならない。また本原則の意味づけを、「資本主義の弊害を修正しようとする……法理」と公式論的に割り切ったり(谷口「権利濫用理論と信義誠実の原則」法学セミナー一九五六年四月号一五頁)、法学方法論としての概念法学の修正という面からとらえようとするものが、一面的にならざるをえず説得力をもちえないのも当然のことである。そして最後に、このような機能的分類、検討は、紛糾している「権利濫用」(民一条三項)と「信義則」(民一条二項)との限界画定にも、より有効にアプローチしうるかも知れない。

(10) ちなみに、「権利濫用」に「ついで」は、すでに、本稿のよいうな問題意識の下に幾代、とりわけ鈴木(禄)教授によるすぐれた一つの試みがなされている(前註を参照)。

(11) Weacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, (1952) S. 306, 308, noch vgl. S. 308 ff.

(12) 谷口 *W. Weber*, *Treu und Glauben* (§ 242 BGB), Sonderband aus Staudingers Kommentar, 1960 は、一六〇頁に及んでらる。

(13) Lehmann, S. 17 ff.; Lorenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I 2 Aufl. (1957) § 10, II; Esser, § 31.

二 機能的分類

一 機能的分類の設定 信義則は、法規の解釈・適用に際してのみならず、契約の解釈についても問題となりうる(七条、^下民三二条、一五、^上民三三條)。裁判官の法創造的役割との関係で、信義則適用の機能的分析を試みようとする本稿の主題は、いうまでも、法適用自体における機能の分析であるが、これと契約解釈における信義則との機能的異同も、しかしながら、わが国では十分に分析されているとはいえない。節を改めるまでもないであろうから、まず次款でこの点に簡単にふれておきたい。

ところで、信義則の法適用の機能的分析にあたってのわれわれの基本的視点は、制定法に対する裁判官の関係であった。この関係こそ、上述のわれわれの関心にもっとも多にかかわりをもつからである。それぞれのグループは明確な一線を画しがたいなだらかな勾配の上にあるし、とりわけ、複雑な諸要素をもつ具体的諸事件というものはその何れかに適確に分類されえないこともあろうが、より明確な学問的認識のために、裁判官の法創造的役割の少ないものから順に、あえて類型的に分ければ、

ほぼ次のようになるであろう。

第一のグループとしては、裁判官が既存の法規によつてすでに予定されている構図、枠をこえることなく、法規自身のより詳細かつ具体的な実現にすぎないものである。(これを、裁判官の「職務的機能」と呼ぼう。以下同じ。)これは、(1)信義則が近代において最初に問題となった債務者による給付の方法・態様等の規制(「規準的機能」と、(2)それと裏腹の関係ではあるが、それにおかれて押し及ぼされた債権者(ないし原告)の債務者(ないし被告)に対する給付請求(権利行使)の規制(「制限的機能」とに一応分けられよう。ここでは、裁判官の役割は、創造的ではなく、補充的に機能しているだけである。⁽¹⁴⁾

第二のグループは、当事者の権利主張ないし防禦方法の妥当性の要請、つまり、法倫理的振舞いへの要請を裁判官が掲げ、実質的正義を問題とする場合である。広義での普通法の *equitable doctrine* 権利濫用の禁止の働く領域である。これは、いわば法規外の古くから争われざる伝統としての諸基本命題に基づき、裁判官がかなり自由に法規外に任された領域として——法規の予定した枠をふみこえて——法を修正している領域であり、歴史的に「衡

平」の問題と考えられてきたものである(「衡平的機能」⁽¹⁶⁾)。

第三のグループは、第二のグループのように古くからの争われざる伝統的命題に基づく倫理的振舞い、正義の問題ではなく、すでに法典が予定し規定している対象でありながら、社会の進展に伴って既存の法典の枠組みでは妥当な解決がえられず、これを裁判官が実際上の必要性に基づき、権利の社会的使命、目的をも考慮して、ふみ越え修正していくものである。しかもそこでは、資本制社会に特徴的な弱者保護という機能が前面に出る。不動産賃借権や労働関係がそうである(「社会的機能」)。

第四のグループは、時代の問題性に適合させるべく、判例が法規を打破し、法規に反して *contra legem*、新しい裁判官法を創造していく場合である(「権能授与的機能」⁽¹⁶⁾)。

これらについては、のちに節を改めて順次検討することにする。

二 契約解釈における信義則と法規適用におけるそれとの機能的異同 契約解釈は、当事者意思の確定においてのみ機能するが (*das rechtliche Wollen*)、法規適用は、当事者意思を顧慮することなくして効果を生ずる

(*das rechtliche Sollen*)。このことは自明である。しかし、契約を信義則によって補充して解釈するとき、法規適用における信義則との間に、機能的には画然たる一線を引きえなくなること(17)に注意すべきである。

次に、契約当事者間の私的自治の原則の支配する核心的領域に信義則は介入し、これを排除・変更しうるかについて。契約解釈の信義則がかかる力をもたないことは当然であるが、法規適用の信義則も、原則としては同じである(強行法規ではない)。まず法規適用のうち、前述第一グループの、立法者の予定した秩序枠内での法規の具体的実現としての信義則を考えると、当事者の明白な反対意思が特別規則を形成すれば、それが良俗違反にならないかぎり、それを優先させざるをえないわけである。しかし、しからざる場合もある。契約解釈はその性質上当事者の表明された意思に反することはできないが、法規適用においては、とりわけ前述第四グループの「権能授与的機能」においては、当事者の前提した事情が脱落した場合には、当事者の合意に干渉することができるとき(18)がありえようし、さらには、債権関係を、とりわけ契約の自由をその社会的使命に結びつけて制限し弱

者保護を図らんとする前述第三グループの「社会的機能」においては、干渉しうることにならう(Esser, § 31, 5)。

しかしそれにもかかわらず、最後に、以上みてきた契約解釈と法規適用とに際しての原理的差異を強調しすぎることは、機能的にみれば危険なことである。具体的事件の解決に際し、実際問題として両者は同一機能を営みうるものであることは前述したが、そのみならず、そもそも契約解釈といっても、経験的意思の探求ではなく、実在する現象の信義則や取引の客観的尺度による評価の問題であり、その際、用語の意味と並んで、行為の経済的目的や附随的諸事情、当事者の利害関係、さらには場合によっては彼らの財産状態等をも総合して判断されるべきものであるし、他方、同様の態度は、契約法においては信義則による法適用に際してもしななければならぬ。とりわけ、ドイツの学者のいわゆる従的義務 *Ne-bendpflicht* (後述)の確定や、契約法上の権利濫用の不許、あるいは行為基礎理論においてはそうである。合理的に理解された契約の意味・目的、これのみが、実際には、双務契約上の権利義務の信義則による法律上の拡張

ないし制限を正当化しうる。だとすれば、この発展は、結局は契約解釈と法規適用とのするどい区別を失わせ、意思表示の解釈—契約の解釈—法規適用と漸次的量的な高まりへと変えていく機能をもつことになるわけである(Siebert, S. 30)。

以下、先に分類した法規適用における各グループの検討に移ろう。

(14) ジーベルトの「義務の設定(給付義務の拡張)」(*Siebert, S. 30 ff.*)、ヴァッカーの「*officium iudicis*」(裁判官の職務) (*Wacker, S. 21, 22 ff.*)、そしてヘッサーの「規制のないし基準的機能」(*Esser, § 31, 1*)の場合である。

さらに私は、ドイツ民法典(二四二条)と異なり、権利の行使にも信義則の適用されることの明定されたわが法の下での理解の仕方としては、権利行使の態様のうち次に述べる第二のグループに属しない程度のものを、「制限的機能」と呼んで、第一のグループに意識的に項目を設けてみたわけである。

(15) ジーベルトの「信義則に反する行為の不許、とくに権利濫用」(*Siebert, S. 42 ff.*)、ヴァッカーの「*exceptio doli*」(悪意の抗弁) (*Wacker, S. 21, 26 ff.*)、そしてヘッサーの「衡平的機能」(*Esser, ebendort*)の場合である。

(16) ジーベルトの「行為基礎の脱落」と「契約援助法」と

を含み (Siebert, S. 72 ff., 97 ff.)、ウィアッカーの「裁判官の新創造」(Weacker, S. 21, 36 ff.)、そしてエッセアの「権能授与的機能」(Essen, ebendorff) の場合である。

(17) Siebert, S. 29. たとえば、判例による借地法施行前の借地契約における印刷文字のいわゆる「例文解釈」は、信義則による法規の修正までふみ切れず、良俗違反ともならないことから、契約解釈の段階で救った苦肉の策とも解されうる。また、労働事件における解雇権制限のための協約による解雇協議約款につき、契約解釈の面で、「協議」というのは単なる諮問の意味ではなく「信義則に基いて慎重審議を経ることを要するもの」と解して、かかる程度の協議はまだなされていないから、解雇は協約違反で無効とするもの(たとえば世田谷運送事件、東地昭二五・二・一三)と、一応協議はしたが、当該事情の下ではまだ解雇権の行使は信義則違反ないし権利濫用として無効とする行き方(多数)との対照。ちなみに、民法六一二条の賃借権無断譲渡、転貸についての解除権の制限の理論構成にも——契約解釈ではなく事実認定の問題ではあるが——類似の現象のみられるのは、周知の通りである。

(18) もっとも、これは本質的差異とはいえない。私的自治の原則とか *pacta sunt servanda* の原則も、正当な理解によれば、無意味となった表示内容にまで固執するものではないと解されており、そしてかかる理解を前提すれば、厳格法の履行命令と不当となった履行義務からの信義則による解放との表見上の矛盾は、弁証法的に止揚されるから

である (Siebert, S. 29; Weacker, S. 27)。

三 職務的機能

一 これは、予め立法者、法規によって計画されていた秩序、価値の裁判官による意味適合的な具体化にすぎない。一見、裁判官がかなり自由に法を創造しているようにみえても、それは結局、立法技術というものはたえず生起する具体的事件の多様性のすべてをカバーしうるほど枝葉末節に至るまで明文化しえないことと、たまたまわれわれの法典の基礎となった一九世紀ドイツ普通法学理論の歴史的被制約性等により、現行法規が不備であることによるのであり、裁判官の活動は、すでに法規自体の秩序枠内に潜在している法を顕在化させるにすぎず、「信義則は債権法を支配する最高の指導原理である」との周知の命題の枠内にとどまるものである。

二 これに属する信義則としては、次のようなものが考えられる。

1 債務者に対する「規準的機能」

(i) 債務の履行の方法・態様等 適法な履行ありといえるかどうかに関して、履行の時期、時間、場所、方法等

が信義則により決せられるべし、とされるのは(鳩山、前掲
下参)、すべてこれに属する。

(d) 従的義務 (Zweckpflichten) 明示的に合意された主たる義務等の実現・保護に有用ないし不可欠な手段的義務は、たとえ明示の合意なくとも、信義則上、当然発生すべし、と解される。これには、注意義務、通知義務、告知義務、保護義務、競争避止義務、一定の不作為義務等がある。主たる義務についての契約締結前、存続中、終了後のいずれを問わないし、場合によっては(19)(20)たとえば保護義務——契約外的関係においても生じうる。

2 債権者に対する「制限的機能」

(i) 協力義務 契約者相互は、共通の契約目的実現のために協力すべき義務がある。「深川渡」事件における買主の履行場所問い合わせ義務(大判・大14・12頁、三民集四卷六八五頁)、履行の提供、準備における債権者の協力義務、さらには信義則の援用による受領遅滞の諸効果等々。さらには明文化されている過失相殺を支配する思想。

(ii) 弁済に些少の不足ある場合の買戻権の効果や、それを理由とする契約解除の無効、あるいは些少の残存給付を理由とする同時履行の抗弁の行使の不許等々。

三 1 右の諸場合における信義則の適用は、すでに

法規上明確な債権の内容を修正しているのではなく、立法者の予定している計画、秩序の枠内で、その不備を補充しているにすぎない。たとえば、右の諸例のうち、従的義務としての使用者の労働者に対する保護義務や、一部不能の場合の解除権行使、あるいは些少の残存義務を理由とする同時履行の抗弁権の行使については、ドイツ民法典は明文で規定しており(条一八〇、一八〇)、わが法典がかかる結果を否定せんとしたものは考えられない。すでに類似の精神は、わが法でも担保責任には規定されている(日民五三三條二項、五三三條二項)。したがってこの場合の信義則の適用による法解釈は、古典的な意味での裁判官の本来的職務に属することであり、一度判例としての先例が出るや、その後はさほどの困難なく踏襲され、通用するものである。

2 したがってまた、右の諸場合の信義則適用の意味づけを、資本主義社会の弊害云々に対処しようとするものだと規定することはできない。弁済の些少不足を理由とする権利行使の許されなかつたのは、すでにローマ時代、しかも一二表法の時代からそうであり (Weacker,

S. 26)、右の諸結果は、本来は、何時の時代、何処でも
そうでなければならぬ性質のものである。

3 信義則は、本機能においては、主として債権法関
係に適用されるが、しかしながら、物権法においても
(相隣関係、地役権等々)、親族・相続法、会社法、訴訟法、
さらには公法においても、そこで両当事者間に履行、履
行請求という権利義務関係があり、あるいは「特別関
係」Sonderverbindung が存するかぎり、適用されう
る。

4 強行法規への信義則の導入の可能性については、
本機能に関するかぎり問題となりえない。本機能は、所
与の法規の秩序計画の意味適的な具体化にすぎないの
で、そもそも法規を破るということ自体、起りえないか
らである。

(19) 従的義務の詳細は、Stobert, S. 30 ff.; Esser, § 32 参
照。なお簡単には、鳩山・二七〇頁、二九一頁以下、我妻
「債権各論上巻」〔四二〕、〔四四〕(ハ)、〔四七〕。

(20) 信義則と権利濫用との関係 本文で述べた、従的義
務は契約外関係からも生ずる、との叙述は、信義則の適用
領域いかん、という問題と関連している。本文の補足もか
ねてこの点を検討しておこう。まず義務の履行は常に信義

則の問題となることは問題はない。権利行使につき、一条
二項の信義則と同条三項の権利濫用との関係をいかに解す
るかが問題である。限界画定を放棄している説(谷口、鈴
木前掲)や、信義則違反が権利濫用だとして兩者を相覆う
ものとする説もあるが(我妻旧説、多数判例)、独自の領域
を画定しようとする説には、債権法は信義則、物権法は権
利濫用だとの説がある(川島「民法I」四四頁、幾代・前
掲)。しかしこれでは、身分法上の権利が無視されてしま
うし、土地所有者と地上権ないし地役権者との間の関係に
も問題がある。注目すべきは我妻教授の最近の説である
(「民法案内II」六三頁以下)。「特定の権利義務で結ばれて
いる当事者の間」では信義則、「そうでない者の間」は権利
濫用で、というのである。六一二条の賃借権解除の制限や
いわゆる戸主権の濫用は、権利濫用ではなく、信義則で足
る、というわけである。きわめて卓見だが、私はまだ不十
分ないし誤解を招くと考える。わが国では、兩者の何れに
よるかはその主張の効果においては同一で、もっぱら抽
象理論の争いかのように扱われてきている。しかし、信義
則によるか権利濫用によるかは、当事者間に、本文で述べ
た従的義務を肯定するか否かという効果と切り離しては論
じられないし、現にドイツの学説は、このこととの関連で
議論をしている。だとすれば「権利義務関係」を厳密にい
うと、教授も肯定される契約締結前ないし終了後の通知義
務、保護義務等の根拠が失われはしないか。のみならず、
相隣地所有者相互(ただし問題あり、Stobert, S. 15 参照)

隣室の同居人相互、同一企業の従業員相互間には、何らのいわゆる従的義務も認められなくなるし、雇傭契約なき事実上の労働者に対する(事実的契約関係?)企業者の保護義務(下民六一八条)も否定されてしまい、不当な結果となる。そこでドイツの学者は、契約前、中、後であれ、契約外であれ、(法律的)「特別関係」(rechtliche) Sonderverbindung, Sonderbeziehung, なごしは「社会的接觸」 soziale Kontakt という概念を用い、しかもこれを狭く解すべきではないとして、前述の諸場合に信義則の適用を、したがって保護義務などの従的義務を——主たる権利義務の有無を問わず——肯定してゐる (Vgl. Siebert, S. 14 f. 36 f. 40 f.)。私は、このような点をも把握しうるものとして、今少し、信義則の適用領域を拡げる必要がありはしないか、と考へる。

四 衡平的機能

一 ここでは、法規の予定された秩序計画の実現、具体化ではなく、法規をはみ出る法形成が問題となる。この点で、前節で職務的機能の名の下に総括した諸場合と異なる。これは、法規外の根拠に基づき、倫理的振舞い、実質的正義、衡平を求めるものであり、正にこの本来の志向のゆえに、必然的に古法の *aequitas* やイギリスの *equity* と同様に、一定の事実関係の判断にあたり、

法規の所与のシェーマを踏みこえる評価をするに至る。

そしてこれが、やがて確固とした判例となり、体系化され、ついには新しい制度形成物となっていく。ローマ法ならびに普通法学の伝統を直接継承しているドイツでは、制定法規上の根拠をもたないにもかかわらず、この機能はきわめて重大な役割を果たすものとして活躍させられている⁽²¹⁾。すなわち、これは、制定の時代的制約を免れない法規の、その後の発展のための正当な役割を果たし、硬直した法規、法体系に社会的倫理の血を通わせるものであり、信義則の諸種の機能の中心、支配者である。沿革的には、いわゆる *ex officio docti* はこの場合にあたり、従来わが国で信義則の抽象的理念的意味が研究された際、その対象とされたものの多くもこれにほかならない。

二 ところで、しかしながら、倫理的振舞いとか衡平の要請ということも、これをさらに分類して、何らかの客観的尺度、原理を与えることなくしては、法的判断の有効な道具とはなりえない。ヴィアッカーの分類方法にしたがって略述すれば、こうである⁽²²⁾。

1 <venire contra factum proprium> (自分の行為に矛

盾した態度をとること)

これは、権利を適法に取得したとはいえ、その後これまでの権利者の行動にかんがみ、彼がそれを現在行使するのは信義則上許されない、とする原則である。いわゆる *dolus praesens* である。権利者の奸策とか過失とかを要件とするものではないから、これは権利者その人への倫理的非難を含むものではなく、法律取引における「信頼」保護を目的としているものである。これに関する重要な制度は、いわゆる失効の原則 (*Verwirkung*) と方式の欠缺の援用の拒否である。

(イ)失効の原則 このメルクマールは、何もしないでいたという以前の行為と、それが一定期間継続したことにより、相手方に権利行使をしないとの期待を抱かせることにある。⁽²³⁾

(ロ)方式の欠缺を理由とする無効の主張の不許 法定の方式を欠く法律行為は無効なのが原則であるが^(二五条)、欠缺の惹起者ないしは欠缺を前提にした行為をしたものは、その後になって前の行為と矛盾してその無効を主張しえない。

2 <*Dolo agit, qui petit, quod statim redditurus esset*>

(直ちに再び返還せんとするものを訴求する者は、*dolus* によって振舞うものである)

この核心は、確固たる独自の利益を欠く者はその主張を許されない、ということにある。したがってたとえば、権利行使は、それが法規もしくは契約によって保護される利益の実現には役立たず、その権利が不当に用いられるべきときは、許されない。また、正当な利益はあっても、ほかに債務者にもっと迷惑を少なくしてする方法があるときは、しからざる方法による権利行使は許されない。

ここでも、先の場合と同様に、必ずしもその反倫理性が非難されるわけではない。その意味で、以上は、すでにその行為自体に倫理的な非難性を帯びている次の二つの場合とは、質的に異なる。それらが同時に論じられているのは、因襲的な法の伝統によるにすぎない。

3 不誠実(な権利取得)の抗弁

これは、古い時代の *exceptio doli specialis* から生じたもの。法規、慣習ないしは契約に反する振舞いによって取得された権利の行使は、許されない、との原則。すなわち、自ら法尊重するもののみが法尊重を要求するこ

とができる、ということであり、イギリス法でいうクリ
ーン・ハンドの原則である。したがって、自己自らの契
約法上の義務に違反する者が、それにもかかわらず、契
約相手方に履行を請求したり、相手方の契約違反から権
利を引き出そうとしたりすることは、信義則に反する。
わが国にも同旨の判例がある。⁽²⁴⁾

4 <individer agere> (容赦のない権利追求)

これは、その不明確さのゆえに、かなり問題のある原
則だといわれる。狭義の権利濫用のためにも引合いに出
されるし、ヴィアッカーは、本原則から相手方の基本的
な人間としての尊厳を侵害すべからざる命令を引き出
し、それによって、いわゆる道徳的不能、宗教的義務に
抵触する期待不可能性理論などを説明しようとしている
(Noch vgl. Larrenz, I S. 93 Anm. 2)。

三 以上の諸規制は、簡単な要請に帰せられる。それ
は、個人の社会行動における正義、衡平を法解釈に持ち
込むものである。これは、前節でみたような立法者の画
いた見取図の具体化とはいえないが、古くからの何人も
承認せざるをえない実践的倫理の確固たる伝統に基づく
ものであり、前節でみた諸規制とともに、いかなる時代、

いかなる社会にも妥当すべき性質のものである。現実にはそれが特定の時代、社会に行われないうことがありえても、それは、理想の完全性、無限性と人間の不完全性、有限性の二律背反に基づくにすぎず、右のことを否定する理由とはなりえない。したがってこれらの規制は、立法者の秩序計画、法規に反する (contra legem) ものではなく、そこまで思いをめぐらさず法規外に委ね、放置したものと解されるべきであろう。だとすれば、これが、裁判官の法適用という名の下に、古くからの伝統的な確固たる原則に基づき「信義則」として通用させられることは、本来の立法者の見取図、法規をはみ出るものではあっても、却ってこれを豊かにするものにはかならず、次節以下で検討する諸場合と異なり、さほどの障害は存しない、といえよう。

(21) たとえば、ジーベルトの著書では、内容は九〇頁余にすぎない判例の分類、整理の中で、三〇頁を占めている (Siebert S. 42—72)。

(22) Weacker, S. 27—36, 45 ff. 具体的事例の参照は、主に Siebert, S. 47—72 による。

(23) 成富「権利の自壊による失効の原則」がある。

(24) 日本セメント八代工場事件、熊本地裁、昭二四年四月

三〇日、本来有効な労働協約の無効を主張する一方当事者が、相手方が協約の平和条項に違反して争議行為にでた場合その責任を追求しようとなすことは、信義則上衡平を欠き許されない。

五 社会的機能

一 ここで検討せんとするものの典型的な例は、不動産賃借権と労働関係である。その一つの具体例は、いうまでもなく、一つは、民法六一二条の無断譲渡・転貸における解除権行使の自由の、信義則ないし権利濫用による制限、ひいては「信頼関係の破壊」理論の登場であり、他は、労働基準法二〇条の三〇日前予告による解雇の自由の、信義則ないしは権利濫用理論による制限である(このような場合、権利濫用ではなく、信義則を用いなければならないと解すること、前述)。

ここでの信義則の適用は、これまでみてきたものと二点において異なる。第一に、法規の実現行為としての職務的機能にせよ、法規の枠をはみ出る衡平的機能にせよ、それらはいずれも、法規に反するものではなかった。しかるにここでは、立法者による秩序計画はすでに一義的に明確に規定されているにもかかわらず、真正面

からそれに反して (contra legem)、法規を修正する機能を営む。第二に、職務的機能においても衡平的機能においても、そこで実現される法は、普遍妥当な非歴史的なものであったが、ここで登場するものは、すぐれて特殊Ⅱ歴史的社会的性質のものである。

このような固定した明文規定と変遷する社会とのギャップを埋めるために、判例が、法文を限定・修正する手段として始めはカズイステイッシュに信義則や権利濫用理論を利用し、やがて同種の判例が蓄積してくると、いわば判例法による成文法の改廃が行われて、ついには、法文所定の権利自体はそれだけの範囲でしか存在しないのだと解されるに至り、一般条項の問題から脱していく、という現実的作用については、すでにすぐれた指摘があるのでふたたび詳論の要はない。⁽²⁵⁾

二 問題は、裁判官が、職務的機能や衡平的機能と異なり、このような法の修正的機能を営むことをいかに理解、評価するかにある。それはまた、結果的には妥当なこともありうるが、抽象的にみれば、特殊の国家社会の状況下では、逆の作用を営む危険性をも平等に含んでいる筈である。これについては、次にみる——ほぼ

同じ作用を営む——権能授与的機能の検討の際にふれた
い。

(25) 鈴木・前掲。同旨、Esser, S. 31; Weacker, S. 43.

六 権能授与的機能

一 信義則により実定法秩序へ歴史性を導入し、法規と現実とのギャップの中で法の創造的機能を営む点で、右にみたと同じ現象は、わが判例も認めてきている。「事情変更の原則」であり、ドイツでは、第一次大戦後の自由な増額評価 *Aufwertung* や、それぞれに特有の理論構成は努められているとはいえ、その底に信義則の働いているものとして、「行為基礎の脱落」、「経済的不可能性」、「期待不可能性」理論等々がある。これらの個々の理論それ自体の検討をするのは本稿の目的ではない。⁽²⁶⁾

ところで、前節で社会的機能の名の下にみた諸場合には、近代社会における階級、体制という問題とも関連し、法規の修正は社会政策的意味をも持ったが、ここでは、それらとは一応はなれた個人間の問題が登場するという差異は一応指摘しうるであろうが、それにもかかわらず、裁判官の職能という点から捉えるとき、たんなる

法規の適用ではなく、特殊の歴史的事情の下に、ひとしく裁判官の法修正ないし創造的機能が現われている。そのより深い考察、限定は、現在の筆者の能力をこえる問題であり、他日の検討を期するほかないが、⁽²⁷⁾ここでは簡単に、一、二のドイツの学者の見解を要約して、結びに代えたいと思う。

二 すでに早く自由な増額評価などをやってのけたドイツの裁判官の意識は、信義則の適用による裁判官の法的創造的機能を、きわめて大胆に承認しているように思われる。「二四二条〔信義則〕は、ときおり、信義誠実と一致する結果を引き出すために必要な干渉をする結果になる」とか、「裁判所は、二四二条により、行為基礎の脱落に際し、一層の法形成のために契約制度に干渉する資格がある」と述べているのは、その現われである。⁽²⁸⁾

このような立法に対する司法の、ひいては法学の限界を逸脱するような放縦な意識に対して、レーマンは法学の立場から警告する (*Lehmann, S. 21 f.*)。裁判官による給付義務の限定ないしは免除は、それが給付義務の、信義則により付与される拡大もしくは限定の確定 *Feststellung* と考えられるかぎり、許される。利益状

態に基づく意思の補充には一定の限界がある。その補充は契約内容の中に足掛りを持たねばならない。増額評価判例にみられるように、判例は、契約内容から信義則により引き出される効果の確定、Feststellung という性格を失って、当事者関係の規制的新形成という結果になっている。一定の場合にはそのような需要もあるであろうが、しかしそれには法規の基礎づけが要る。裁判官の形成権は、次の場合にのみ承認される、すなわち、それが法規によって付与されているか、承認されている判例の枠内において一定の典型的事実（貨幣価値引下げ、行為基礎の脱着、……権利濫用）のために、と。

しかしそれにもかかわらず、信義則を手掛り、口実として法の創造は行われている。しかもそれは、現実には非常に有益な働きをしている。そこでヴィアッカーは、これをより広い視野から次のように考えている (Vieracker, S. 38 ff.)。この種の裁判官による法の創造は、社会的変化が従来と同じ尺度での判断を不正なものにしてしまうにせよ、歴史的な法意識自体が変化するにせよ、法規と公けの法意識との間にギャップが生じたときに行われる。歴史的現実の規定される人間の法設定というもの

は、そもそも、超時間的に通用しうる実質的規範化するものを不可能なものたらしめている。だとすれば、確かに、裁判官に法創造的機能は当然に属すべきだということとはできないが、しかし他方「傷つき得ざる意欲」としての制定法も、立法者も、彼の計画が条件付き、期限付きの性格のものであることを、賢明に慎重に洞察しなければならぬ筋合いのものである。したがってこのような場においては、裁判官は自己の良心の危険の下に振舞わざるをえない。彼の判決は、彼が周知の裁判官としての活動領域の限界内にとどまっている限り適法である。

しかしこの限界自体については、——あるいはこれを越える場合には——彼は、自分の善意による衡平が法意識を傷つける結果になるのではないかという恐怖におのきながら、自らの危険の下に決定しなければならぬ。その次にまたしかし、「増額評価立法」や「契約援助法」において正当にもなされたように、このような裁判官による法の踏み越え、新創造の所産については、立法者はこれを法典化することができるし、またすべきである。このようにして、古い法の犠牲の下になされた裁判官の法突破の状態が、ふたたび法規となっていくのである。口

「マ」の法務官の告示が法律家の註釈によって法となったように、これが法史の一短編というものである」と。

(26) それらの諸事例については、たとえば *Wiesacker, Privatrechtsgeschichte*, S. 309 f.

(27) *Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (1956) は、その比較法史

観点からの詳細な研究であり、*Boehmer, a. a. O., 2—4 Kap.it.* は、主としてドイツの判例を素材としてこの点についての研究である。

(28) *OGHZ 1, 67 ff.*; *BGH JZ 52, 145.* (*Wiesacker, S. 5 46*)

(一橋大学講師)