

信義則再考

わが国の最高裁判例にみる信義則の役割

廣 峰 正 子

- 一．はじめに 分析の視座
- 二．最高裁判例に見る新たな信義則群
 - 1．実体法上存するはずの権利や請求権の主張を阻むための信義則
 - 2．実体法上の責任を制限するための信義則
 - (1) 契約責任ないし不法行為責任が信義則により縮減された事例
 - (2) 保証人の責任を制限する根拠としての信義則
 - 3．道徳的判断等を法解釈に組み入れるための媒介物としての信義則
- 4．小 括
- 三．おわりに

一．はじめに 分析の視座

信義則は、戦後に明文化された規定であるが、大正期から学説において論じられ始めた。牧野英一博士が自由法論の立場から信義則を主張し、あるいは、鳩山秀夫博士がこれを債権法全体を貫く基本理念として打ち立て、徐々に理念として確立していく。戦後の学説にあっては、こうした信義則が明文化されたこともあり、問題関心は、安易に信義則を用いることによる「法の軟化」や「一般条項への逃避」という危惧から、信義則適用事例の類型化へと移ることになる。この点については、すでに多くのすぐれた業績が存在しており、私の研究は、これらの業績に多くを拠りつつ、若干の付け加えを試みるものである。すなわち、はたして信義則は、従来目されているような、当事者間の公平を図るための調整原理に過ぎないものなのか、あるいは、裁判所が具体的妥当な結論を導き出すための窮余の策で

しかないのか、という疑問である。私にこうした疑問を抱かせるきっかけとなったのは、札幌高裁が平成17年2月23日に下したひとつの判決であった¹⁾。札幌高裁は、この判決において、出資法の定める罰則に明らかに違反する高利の金銭消費貸借契約は、法の名を借りた違法行為にほかならず実体法上も手続法上も保護に値する財産的価値の移転ではないとし、元本を含めた借主の返済額全額を不法行為の損害に当たると認定し、その根拠条文として民法1条2項と民事訴訟法2条を引き合いに出したのである。原則から言えば、法定の制限利率を超える利息を約定した金銭消費貸借契約は当該超過部分のみが無効とされるだけであり、利息契約全体が無効とされる場合さえ例外的と言ってよい²⁾。にもかかわらず、元本部分についてまで実質的に貸主の給付保持力を剥奪し、さらにその根拠が信義則であったということ、を、いかに理解すべきであろうか。そこでは、信義則は、単なる調整原理を超えて、708条と同じ目的 不法な行為をしながらその損害を回復しようとする者の非難すべき性格に対して、その制裁としてその回復を拒否し、もって不法行為を防止する を、結果として担ったと考えるよりほかないのではないか³⁾。しかしながら、信義則が当事者間の公平を図る調整原理を超えて、そのような目的をも志向することは、わが実体法の枠組みの中で許容されうることなのだろうか。

むろん、信義則が調整的機能だけでなく、法具体化機能や法創造機能を有することは、すでに明らかにされている。信義則がこうした立法者的機能を有することにつき否定的な見解も存するが⁴⁾、例えば貸貸人による解除権行使の信義則による制限や、利息制限法2条をめぐる判例理論等、裁判所が信義則を通じて行ってきた法創造を肯定する見解が、なお多数であろう。しかし、目を転じれば、このような明白な判例による法創造に比して、他の著名な事例における信義則の作用について、どれほど自覚的に論じられてきただろうか。ひとつひとつの事例では、より大きな問題の陰に信義則が身を潜めてしまっていたり、あるいは当該問題を解決するに際して最高裁が信義則を拠り所としたことに対して学説がむしろ批判的であっ

たり、あるいは区々に分かれる学説の中で信義則が唯一の根拠ではない場合もあり、そこで最高裁があえて信義則に言及したことに殊更に光が当てられることは少なかったといつてよい。いな、事例判断の隠れ蓑と目されて、意識的に目をそらされていたとさえ言い得る。しかし、こうした判例を並べ合わせてみれば、一定の新たな方向性が浮き彫りにされるのではないか。調整原理でもない、法創造でもない、さりとて事例判断の窮余の策として捨て置かれぬ、信義則が人知れず果たしてきた役割が見えてくるのではないか。それこそが、私の関心である。したがって、次章において最高裁判例の分析を行うが、その手法は、これまでの類型の範疇には収めづらかった信義則適用事例を抽出し、それらの判決の有する意義を再検討することである。そうして何らかの共通項が抽出されれば、自ずから信義則が果たしてきた役割というものが見えてくるであろうし、私が直面した疑問の答えも出てくるはずである。

二．最高裁判例に見る新たな信義則群

民法1条2項が「権利の行使及び義務の履行は信義に従い誠実に行わなければならない」と規定していることから、信義則は、契約ないしそれに類似する関係にある当事者間の具体的公平を図る原理として用いられることが最も多いであろう。しかし、そもそも信義則のルーツは、ローマ法の *actio bona fideas* (善意訴訟)あるいは一般的悪意の抗弁 (*exceptio doli generalis*) であると言われている。厳正訴訟においては審判人が当事者の具体的事情を一切考慮できないのに対して、「*ex fide bona* (信義によって) 与えなすことを要するもの」との文言が挿入された善意訴訟においては、審判人は、当事者の意思表示のみならず、契約当時の状況、取引の慣習、詐欺強迫の有無、反対債権の存否その他信義誠実の原則に照らして参照することが公平妥当な、一切の具体的事情を考慮した公平な判断を行えるようになるのである⁵⁾。また抗弁は、厳正訴権の方式書に法務官が挿入

するものであり、法務官の法創造によるものである。とりわけ重要とされるのが悪意の抗弁であり、「もしこの事件につき何ごとも原告の悪意によりなされたことがなく(特殊的悪意の抗弁)、また、なされることがないとすれば(一般的悪意の抗弁)」との抗弁が被告に付与されることにより、やはり審判人は当事者間の具体的な事情を考慮できるようになるのである⁶⁾。したがって、信義則が、当事者間の具体的公平を図る調整原理的な作用を営むことに疑いはないが、それに尽きるものでないことも推測されよう⁷⁾。

一方、信義則のルーツとして、英米法上のクリーン・ハンズの原則や、フランス法上の法諺「何人も自己の恥ずべき行為を援用しては、その要求を容れられない」も指摘されている⁸⁾。要するに、法の保護を要求する者は、不法に染まっただけではならず、自ら不法をなした者に対しては、法は救済を与えないということである。これは、実体法よりもむしろ、訴訟構造に関係する場合もあろう。すなわち、実体法上権利や利益が存するにもかかわらず、その権利主張や抗弁が信義則に反して許されないとして、排斥される場合である。つまり、実体法上存在するはずの権利を、訴訟において攻撃防御の方法として用いることが排斥されているのである。従来から民事訴訟法においても信義則が存することが議論され、平成10年に民事訴訟法2条が新設された。同条により、例えば禁反言や権利失効といった、従来の訴訟上の信義則論に実体法の基礎が与えられることになった。さらに、「時期に遅れた攻撃防御の却下(旧法137条、新法157条)」も、旧法から規定されていたものではあるが、新法が随時提出主義から適時提出主義に改めた(156条)ことも加わって、新法2条の課す信義則が、攻撃防御方法の提出時期の場面において表れたものといわれている。Actio bona fideasにまで遡る信義則の発展を辿るとき、このように訴訟上の攻撃防御方法を遮断する役割を信義則が担っているのは、ごく自然なことであろう。ただし、ここで留意すべきは、それゆえに権利濫用(民法1条3項)との境界が曖昧になっているのかもしれないが、実体法上当該権利が存

在すること自体は、信義則によってなんら否定されていないということである。この点、民事訴訟法の議論においては、権利失効の原則は民法において認められているとの記述も見受けられるが⁹⁾、信義則自体によって、当該権利そのものが失効したと実体法上判断されたのではない、ということに注意を要する。

これに対して、実体法上の解釈の問題の次元で、信義則によって原告の権利の主張が阻まれる場合、あるいは被告の責任が制限される事例が存在する。著名なものとしては、民法177条の「第三者」の解釈につき、「信義則上登記の欠陥を主張するに正当な利益を有する第三者」との制限を加えたことが挙げられよう。これにより、形式上所有権を取得したはずの背信的悪意者たる登記名義人は、相手方の登記欠陥を主張する正当な利益を有しない第三者とされ、実体法上所有権を取得できない結果となる。このように、実体法上、信義則を根拠として、原告の権利主張や請求権を阻んだり、請求範囲を制限する事例が数多く存するが、そこで信義則が担ってきた役割、志向した目的は、一体何だったのであろうか。

あるいは、信義則を媒介にして、ある価値判断が法的判断の枠組みに組み入れられることがある。周知のとおり、法的枠組みの中から道徳や宗教を切り離して醇化してきたことが、近代法の発展の歴史であると言われてきた。しかし他方で、法は社会と乖離して存在し得るものではなく、また存在すべきものでもなく、その社会を支配する一般的な価値判断を法的判断に反映することが要求される。そこであえて信義則が根拠として引き合いに出されている。この場合、法解釈や法適用に当たって直接には適用しえない道徳規範や倫理規範等を反映させるために、いわば媒介物として、法規範たる信義則が用いられていると言い得るのではなかろうか。

このように、判例が大胆な法創造を行ったとまではいえないものの、実体法上の権利や請求権が剥奪ないし制限されており、当事者間の調整原理では捉えきれないと思われる、信義則適用事例群が存在する。以下さしあたり、それらを(1)実体法上存するはずの権利や請求権の主張を阻むため

の信義則、(2) 実体法上の責任を制限するための信義則、(3) 道徳的価値判断等を法的判断に組み入れるための媒介物としての信義則、に分けて検討することにする。

1. 実体法上存するはずの権利や請求権の主張を阻むための信義則

実体法上有するはずの請求権や権利の行使が信義則によって阻まれる諸事例は、民事訴訟法上の議論と錯綜する場合が多々ある。というのも、民事訴訟法上の信義則は平成10年にようやく条文が制定されたため、検討した最高裁判例を主とする信義則適用事例200件余のうちには、本来民事訴訟法2条が守備範囲と思われる事例が多く含まれているからである。要するに、民事訴訟法2条が新設される前は、民事訴訟法上も民法1条2項を根拠に信義則の是非が論じられていたのである。民事訴訟法上においても、信義則は、常に具体化が必要な理念的基準として機能しているが、その発現として論じられるものは、訴訟状態の不当形成の排除、訴訟上の禁反言(先行行為に矛盾する挙動の禁止)、訴訟上の権利の失効、既判力の及ぶ範囲や争点効の問題である¹⁰⁾。このうち実体法上と手続法上の信義則を区別するにあたりとりわけ注意を要するのが、訴訟上の禁反言と訴訟上の権利の失効であろう。既に述べたとおり、信義則の法的性質を考察するに当たっては、訴訟法上の信義則の果たす意義も検討すべきであるとは思われる。しかし、実体法上信義則が果たす役割を再考するという本稿の目的から、本稿では、訴訟法上権利主張が許されない場合と、実体法上権利主張が許されないと判断される場合を明確に区別し、後者を検討の対象とすることとする。

最判昭和51年4月23日民集30巻3号306頁

本件は、問題となった売買が寄付行為の目的外である事業のためになされた無効の行為であったとしても、本件事実関係の下において、売買のときから7年10ヵ月余を経過した後にその無効を主張し、右物件の返還又は

これに代わる損害賠償を求めることは、信義則上許されないとしたものである。事実の概要は以下のとおりである。

上告人Xは「博愛慈善の趣旨に基づき病傷者を救治療養すること」を寄附行為の目的として設立された財団法人であり、その経営する病院においてもっぱら貧窮傷病者の治療を行ってきた特殊慈善医療団体であった。一方被上告人Y₁(日本医療団, 法人)は、目下清算中である。Xは昭和19年10月Y₁に対し前記病院の敷地及び建物の全部と同病院の備品器具等を売却し、引渡をするとともに右不動産につき所有権移転登記を経た。本件売買は、Xが新事業を行うためのものであったが、右事業はXの寄附行為の目的の範囲を逸脱するものであったので、Xは、右売買に先立ち、昭和19年2月開催の評議員会において、本件売買承認の決議をするとともに、寄附行為を変更してその目的に国民健康に関する事業を加える旨の決議をしたが、当時右寄附行為変更の効力発生に必要な主務官庁の認可に関する手続をとらず、昭和21年3月至り主務官庁である京都府知事の認可を得た。Y₁は、前記解散に際し、Xに対して本件売買物件の買戻を申し出てその交渉をしたところ、その頃Xが資金もなく病院経営の意思もないとして右申出を拒絶したので、Y₁は、昭和23年6月本件不動産のうち当時残存する物件を、同24年2月本件不動産を、他の所有財産とともにそれぞれ被上告人Y₂(京都市)に売渡し、右不動産につきその旨の所有権移転登記を経由した。Y₁は、Xから本件不動産等を譲り受けて以来、病院としての施設の拡張及び設備の改善を行い、また、Y₁からこれを譲り受けたY₂においても更に設備を拡充し京都市中央病院としてその経営をしてきたものであり、本件売買の目的とされた建物のうちには既に朽廃滅失したものが一方、その後増築された新たな建物部分が現存している。

このような事実関係の下、最高裁は、「本件売買は上告人の寄附行為の目的の範囲外である事業のためにされた無効の行為であるというべきところ、上告人は、右売買に先立ち、これを有効ならしめるために寄附行為の

定めるところに従って寄附行為の変更についての評議員会の決議を経たにもかかわらず、その認可申請の手続をとることなく放置したまま右売買及び代金の授受を行ったものであり、更に、上告人は、昭和21年3月20日付で右寄附行為の変更につき主務官庁の認可を得て本件売買の追認が可能となった段階において、被上告人医療団から本件売買物件の買戻の交渉を受けながら、上告人にはその資金もなく病院経営の意思もないとしてこれを拒絶したのであり、このことは上告人が本件売買を追認したものと解する余地がないではなく、かかる状況のもとに被上告人医療団が右物件を被上告人京都市に転売するに至ったものであるから、右転売にあたり、被上告人医療団及び同京都市は、上告人が後日に至り本件売買の無効を主張してこれに基づく権利行使をするようなことはないものと信じ、かく信ずるにつき正当の事由があったというべきであり、また、本訴の提起された昭和27年8月29日当時、右売買物件のうち建物については、既に朽廃滅失したものが一方、増築された部分あってその原状に著しい変動を生じていたというのであつて、これら諸般の事情のもとにおいて、上告人が本件売買の時から7年10か月余を経た後に本訴を提起し、右売買の無効を主張して売買物件の返還又は返還に代わる損害賠償を請求することは、信義則上許されないものと解するのが相当である」と判示した。

最判昭和61年9月11日裁判集民事148号445頁

上記 判決と類似し、原始定款に記載のない財産引受という無効行為につき無効の主張をなすことが問題となったのが本件である。最高裁は、本件無効の主張は、専ら既に遅滞に陥った自己の債務の履行を拒むためのものであり、信義則に反して許されないとした。事実の概要は次のとおりである。

被上告人X会社は、3つの工場を有する株式会社であったがそのうち1つの工場の営業を一括して他に譲渡しようと考え、昭和34年上告人Y会社の設立前発起人代表Aに譲渡した。X会社は本件営業譲渡契約をす

るについて株主総会の決議による承認手続をとらなかったが、それは契約担当者らが商法245条による規制を知らなかったことによるもので、右手続をとろうとすれば、容易に実現しうる状況にあった。Y会社は、昭和34年表取締役をAとする株式会社として設立登記を了し、本件営業譲渡契約に基づくすべての財産の引渡を受けて営業を承継した。本件営業譲渡契約についてY会社の原始定款には商法168条1項6号の定める事項は記載されなかったが、それはAが商法168条による規制を知らなかったことによるもので、反対者の存在などの特別の障害があったからではなかった。Y会社は、当初は順調な営業を続け、その間X会社に対し本件営業譲渡契約につきなんら苦情を述べたことがなく、X会社との間で譲渡代金1600万円につき債務承認並びに分割弁済契約をし、譲渡代金として昭和35年2月までの間に合計264万円を分割して支払ったが、その後経営活動が思わしくなく、昭和42年9月頃事実上営業活動を停止するに至った。

そこでX会社がY会社に対して残代金の支払を求めて提訴した。Y会社は、本件第一審において初めて本件営業譲渡契約について原始定款に所定事項の記載がないことを理由とする無効事由を主張し、さらに、原審において初めてX会社が本件営業譲渡契約をするについて株主総会の特別決議による承認手続を経由しなかったことを理由とする無効事由を主張するに至った。一審・原審ともにY会社の右主張を信義則違反としたので、Yが上告。

最高裁は、本件譲渡契約は商法168条1項6号の定める財産引受に当り、Y会社の原始定款に同号所定の事項が記載されていない限り無効であり、しかもこの無効は広く株主・債権者等の会社利害関係人の保護を目的とするから、何人との関係においても無効であり、設立後のY会社が追認する等の事由があっても有効となるものでもないから、Y会社は特段の事情のない限り右無効をいつでも主張できる、としつつ、この特段の事情を検討して次のように述べる。「被上告会社は本件営業譲渡契約に基づく債務を

すべて履行済みであり、他方上告会社は右の履行について苦情を申し出たことがなく、また、上告会社は、本件営業譲渡契約が有効であることを前提に、被上告会社に対し本件営業譲渡契約に基づく自己の債務を承認し、その履行として譲渡代金の一部を弁済し、かつ、譲り受けた製品・原材料等を販売又は消費し、しかも、上告会社は、原始定款に所定事項の記載がないことを理由とする無効事由については契約後約9年、株主総会の承認手続を経由していないことを理由とする無効事由については契約後約20年を経て、初めて主張するに至ったものであり、両会社の株主・債権者等の会社の利害関係人が右の理由に基づき本件営業譲渡契約が無効であるなどとして問題にしたことは全くなかった、というのであるから、上告会社が本件営業譲渡契約について商法168条1項6号又は245条1項1号の規定違反を理由にその無効を主張することは、法が本来予定した上告会社又は被上告会社の株主・債権者等の利害関係人の利益を保護するという意図に基づいたものとは認められず、右違反に藉口して、専ら、既に遅滞に陥った本件営業譲渡契約に基づく自己の残債務の履行を拒むためのものであると認められ、信義則に反し許されない。」

判決は、 Y_1 から買戻しを求められたのに対して X がそれを拒絶する言動をしながら、後になって本件不動産の返還を求めることは、自己の先行行為と矛盾する行為であるから、禁反言の原則に抵触する行為であるといえよう。これと同様に禁反言の原則に反する行為を信義則によって封じたと考えられるのは、 最判昭和57年7月15日民集36巻6号1113頁である。同判決は、手形の裏書人の償還義務が手形債務の消滅に伴って消滅するという一般論を採りつつ(最高裁として初判断)、「約束手形の裏書人自らが所持人に対して、自己の償還義務についてその時効期間経過後に消滅時効の利益の放棄ないし債務の承認をしたうえ、専ら自己に対する信頼に基づいて右手形を取得した所持人本人及びその代理人である弁護士に対して、再三にわたり、しかも右手形振出人の債務とは必ずしも関係なく自己

固有の債務として右手形金の支払義務があることを認めるような態度を示し、同人らに確実にその履行がされるものとの期待を抱かせながら、のちに右態度をひるがえし、その信頼を裏切って償還義務を履行しようとし、やむなく右所持人より提起された手形金請求訴訟においても当該手形の裏書自体を否認したりその他種々の主張を提出して引延しとみられる抗争をすることによりその審理に長期間を費やさせ、その間に所持人が専ら裏書人を信頼してその義務履行が確実にされるものと期待する余り振出人に対する手形金請求権についての消滅時効中断の措置を怠ったがために振出人の手形金支払義務が消滅したのに乗じ、これに伴って自己の裏書人としての償還義務も当然消滅するに至ったとして右義務の履行を免れようとする所為にでるようなことは、著しく信義則に反し、許されないものと解するのが相当である」と判示した。本判決は、手形債務の有無につき信義則の適用を認めて一般論の適用を排除した珍しい例として紹介されている¹¹⁾。本件においては、いわゆる時効利益の援用権の喪失理論¹²⁾と異なり、単に消滅時効完成後に債務の承認をしたにとどまらず、ことさらに債権者にその履行がされるものとの期待を抱かせる先行行為をなしながら後にそれを翻したことが考慮されており、より禁反言の原則に反する非難性の高い行為であるといえよう。これに対して 判決は、クリーン・ハンズの原則ないし「何人も自己の恥ずべき行為を援用しては、その要求を容れられない」というフランス法上の原則を想起させるものであろう¹³⁾。

2. 実体法上の責任を制限するための信義則

(1) 契約責任ないし不法行為責任が信義則によって縮減された事例

最判平成10年4月30日裁判所時報1218号8頁

本件は、いわゆるペリカン便事件として知られているものである。貴金属の販売・加工等の業を営むXは、顧客Aらから加工を請け負ったダイヤモンド等の宝石の加工をBに下請けさせた（Bは設立当初から16年

にわたって主にXの仕事だけを下請けしてきたと認定されている)。加工を終えたBは、右宝石をXのもとに宅配便を利用して送付するため、運送人Yとの間で、自己を荷送人、Xを荷受人とする運送契約を締結した。Yは、宅配便につき、標準宅配便約款(昭和60年運輸省告示第400号)に従った約款を定めており、右第3条に従って、責任限度額を30万円と定め、送り状の要旨に「お荷物の価格を必ずご記入ください。ペリカン便では30万円を超える高価な品物はお引き受けいたしません。万一ご出荷されましても損害賠償の責を負いかねます。」との文言を印刷し、また、ダイヤモンドなどの宝石類等は引受けを拒絶することがある旨を定め、この旨を記載した注意書を掲示していた。ところが、荷送人であるBは、送り状の依頼主欄及び届け先欄には所定の事項を記入したが、品名欄及び価格欄には記入しなかった。ちなみに、宅配便を取り扱う他の貨物運送業者も、一般的に、標準宅配便約款に従ってそれぞれの約款を定め、荷物の滅失等の場合における責任限度額を20万円から40万円とし、宝石類については引受けを制限していた。本件荷物は、運送途中で紛失したが、紛失した原因は不明である(本件紛失については、Yに重大な過失がなかったことが認定されている)。上告人Xは、所有者Aらに本件宝石を返還することができなくなったことから、Aらに対してその価格の全額計394万円余を賠償した。そして、XがYに対して、本件宝石について各所有者に全額を賠償したことにより、各所有者の被上告人に対する不法行為に基づく損害賠償請求権を取得したことを理由として計394万円余、及び上告人が取得できなくなったダイヤモンドの加工代金相当額と弁護士費用を加えた計459万円余及び遅延損害金の支払を求めているのが本件である。

これに対して、最高裁は、本件の事実関係の下においては、XがYに対して本件運送契約上の責任限度額である30万円を超えて損害賠償請求することは、信義則に反して許されないとして、上告を棄却した。その理由としては、以下の2点である。すなわち第一に、低額な運賃によって大量の

小口の荷物を迅速に配送することを目的とした貨物輸送であるという宅配便の特質に鑑みれば、責任限度額の定めは債務不履行責任だけではなく不法行為責任にも適用されると解されるのが、当事者の合理的な意思に合致するというべきである。第二に、この宅配便が有する特質及び責任限度額を定めた趣旨並びに本件約款25条3項において、荷物の滅失又は毀損があったときの運送人の損害賠償の額につき荷受人に生じた事情をも考慮していることに照らせば、荷受人も、少なくとも宅配便によって荷物が運送されることを容認していたなどの事情が存するときは、信義則上、責任限度額を超えて運送人に対して損害の賠償を求めることは許されないと解するのが相当である。そして、本件の事実関係によれば、Xは、品名及び価格を正確に示すときはYが取り扱っている宅配便を利用することができないことを知りながら、Bとの間で長年にわたって頻繁に宅配便を利用して宝石類を送付し合ってきたものであって、本件荷物についても、単にこれが宅配便によって運送されることを認識していたにとどまらず、BがYの宅配便を利用することを容認していたというのである。このように低額な運賃により宝石類を送付し合うことによって利益を享受していたXが、本件荷物の紛失を理由としてYに対し責任限度額を超える損害の賠償を請求することは、信義則に反し、許されないというべきである。

本判決は、宅配便の運用約款の責任限度額の定めが不法行為責任にも及ぶことを述べた新判例であり、しかもその理由付けとして当事者の合理的な意思に合致することだけでなく、信義則が用いられているという、注目に値する判決である。そもそも約款の効力を不法行為責任にまで及ぼしたこと自体、請求権競合の問題として議論を尽くすべき重大な問題ではあるが¹⁴⁾、本稿の目的から、ここでは、責任範囲を制限するにつき、なぜ信義則があえて根拠として用いられたのかについて考えることにする。本件においては、二重の意味で信義則が重要な役割を果たしていると思われる。

第一に、判決の指摘する宅配便の特質、及びそこから導き出される「当

事者の合理的意思に合致する」という理由については、一応首肯できるものである。しかしながら、請求しているXとYとの間に、直接の契約関係はない。直接の契約関係にあるのはYとBである。しかも、Xは自らがAらに損害賠償をしたことにより不法行為に基づく損害賠償請求権を取得したとしてYを訴えている。したがって、Xとしては、むしろ所有者Aらを代位して、所有者としての立場でYに請求しているのであり、その場合にB Y間で適用されるべき約款の効力を及ぼしてよいのかが問題となろう。この点本判決は、約款25条3項が荷物の滅失毀損の場合の運送人の損害賠償額につき荷受人に生じた事情をも考慮していることを捉えて、少なくとも荷受人が宅配便によって荷物が運送されることを容認していた等の事情が存するときは、信義則上、責任限度額を超えて運送人に対して損害の賠償を請求することは許されない、とした。これは、「当事者の合理的意思に合致する」に対応するものである。すなわち、契約の解釈にあたって信義則がその指導原理として作用しているのであり、本来は直接の契約関係にないXをも契約関係に取り込んで処理しようとしているのである。このことは、例えば履行補助者の過失を債務者の過失として責任範囲を拡大する手法を想起することができる。

しかし、第二の点は重要である。すなわち、低額な運賃により宝石類を送付し合うことによって利益を享受していたXが、本件荷物の紛失を理由としてYに対し責任限度額を超える損害の賠償を請求することは信義に反し許されない、との判断である。これは、高価品であることをあえて秘して低額な運賃で送付しあうという利益を享受しながら、不都合が生じた場合に先行行為に矛盾する主張をすることは許されない、との判断に他ならず、信義則のルーツとされるクリーン・ハンズの原則あるいは禁反言の原則を想起させるものであろう。そして、このように信義則が適用された結果、Xは本来得ることができたはずの不法行為に基づく損害賠償を得ることができないという帰結が導かれたのである。

最判平成13年3月27日民集55巻2号434頁

本件は、いわゆるダイヤルQ²事件として知られているものである。被上告人の子(当時中学3年生の男子)が、被上告人の自宅に設置されている加入電話から同人の承諾なしにQ²サービスを利用したが、上告人たる日本電信電話株式会社がなしたその利用に係る通話料(以下「本件通話料」という)10万円余の支払請求の帰趨が本件の争点である(本件通話料以外の部分については第一審判決で請求が認容され、被上告人からの上訴がなされていない)。

原審は、以下のとおり判示して、被上告人には本件通話料の支払義務はなく、上告人の本訴請求のうち本件通話料に係る分を棄却した。すなわち、上告人が、各加入電話契約者の意思を具体的に確認することなく、Q²情報サービスを既設の電話回線から一般的に利用可能なものとしてダイヤルQ²事業を創設し、第三者利用やこれによる利用料金の高額化等の危険が十分予想されるにもかかわらず、上記サービスの内容やその利用規制等につき加入電話契約者に告知しておらず、被上告人もその存在すら知らなかったこと、Q²情報サービスの目的が情報の授受にあり、情報提供時間に比例して通話料も増加していく関係にあって、この場合の通話料は、同サービスの利用に係る情報の授受によって初めて発生し、通話それ自体から生ずる一般通話における通話料とは発生経緯を異にしていること、Q²情報サービスに係る情報料と通話料は、最終的な帰属先を異にするとはいえ、本件加入電話からの通話により情報提供者との情報提供を目的とする契約が成立する関係にあり、上告人においても、電話加入契約者に対し、情報料と通話料の区別なく一体として請求していたこと、本件通話料の金額が、本件加入電話の従前の通話料に比して著しく高額であり、被上告人にとって予想外の金額であることなどにかんがみれば、上告人が、被上告人に対し、本件通話料につき、本件約款118条に基づいてその支払を請求することは、信義則に反し許されない、というのである。

これに対して、最高裁は、原審の前記判断のうち、上告人の本件通話料

請求について信義則を考慮した点は是認し得るとしても、同請求が信義則に反するとしてこれをすべて棄却すべきものとした点は、直ちにこれを是認することができない、と判示した。その理由は、概ね以下のようなものである。

加入電話契約は、いわゆる普通契約約款によって契約内容が規律されるものとはいえ、民法上の双務契約であるから契約一般の法理に服することに変わりはなく、その契約上の権利及び義務の内容については、信義誠実の原則に照らして考察すべきである。そして、当該契約のよって立つ事実関係が変化し、そのために契約当事者の当初の予想と著しく異なる結果を招来することになるときは、その程度に応じて、契約当事者の権利及び義務の内容、範囲にいかなる影響を及ぼすかについて、慎重に検討する必要がある。

ダイヤル Q² 事業は電気通信事業の自由化に伴って新たに創設されたものであり、Q² 情報サービスは当時における新しい簡便な情報伝達手段であって、その内容や料金徴収手続等において改善すべき問題があったとしても、それ自体としてはすべてが否定的評価を受けるべきものではない。しかし、同サービスは、日常生活上の意思伝達手段という従来の通話とは異なり、その利用に係る通話料の高額化に容易に結び付く危険を内包しており、加入電話契約のよって立つ事実関係を変化させるものであった。したがって、公益的事業者である上告人としては、一般家庭に広く普及していた加入電話から一般的に利用可能な形でダイヤル Q² 事業を開始するに当たっては、同サービスの内容やその危険性等につき具体的かつ十分な周知を図るとともに、その危険の現実化をできる限り防止するために可能な対策を講じておくべき信義則上の責務があったというべきである。そしてその責務を十分に果たしていなかった場合、その請求につき信義則上相応の制約を受けることになってもらむを得ないといわざるを得ない。

本件についてこれを見ると、上記危険性等の周知及びこれに対する対策の実施がいまだ十分とはいえない状況にあった平成 3 年当時、加入電話契

約者である被上告人が同サービスの内容及びその危険性等につき具体的な認識を有しない状態の下で、被上告人の未成年の子による同サービスの多数回・長時間に及ぶ無断利用がされたために本件通話料が高額化したというのであって、この事態は、上告人が上記責務を十分に果たさなかったことによって生じたものということができる。こうした点にかんがみれば、被上告人が料金高額化の事実及びその原因を認識してこれに対する措置を講ずることが可能となるまでの間に発生した通話料についてまで、本件約款118条1項の規定が存在することの一事をもって被上告人にその全部を負担させるべきものとするのは、信義則ないし衡平の観念に照らして直ちに是認し難いというべきである。そして、その限度は、加入電話の使用とその管理については加入電話契約者においてこれを決し得る立場にあることなどの事情に加え、前記の事実関係を考慮するとき、本件通話料の金額の5割をもって相当とし、上告人がそれを超える部分につき被上告人に対してその支払を請求することは許されないと解するのが相当である。

本判決においても、二重の意味で信義則が作用している。第一は、 Q^2 情報サービスという従来の加入電話契約のよって立つ事実関係を変化させるサービスを開始するに当たっては、その内容や危険性を十分周知徹底させ、その危険の現実化をできる限り防止すべき責務というものが、信義則上導かれるということである。これは、安全配慮義務や説明義務が、信義則に従った契約の解釈から導かれるのと同様であろう。

しかし、第二の、「信義則ないし衡平の観念に照らして」上告人の通話料支払請求を5割に減じたことは、どう解釈すべきであろうか。詳細な事実認定に基づき信義則上の義務を導き、さらにその義務を十分に履行していないと判断しているのであれば、どうして過失相殺によって同様の結果を導かなかったのであろうか。なぜ、請求権が信義則によって5割減じられるのか、その根拠は、判旨からは必ずしも明らかではない。そうであるならば、根拠が曖昧な信義則による請求権の一部制限を行うよりは、付随

義務違反に基づく過失相殺を行ったほうが、418条という明文規定があるだけに一層説得力がありはしなかったか¹⁵⁾。いずれにせよ、ここでは、最高裁が信義則を根拠として請求権を一部縮減したことを指摘するにとどめよう。

最判昭和51年7月8日民集30巻7号689頁

本判決は、使用者から被用者への求償権の行使（及び損害賠償請求）を、損害の公平な分担という見地から、信義則を根拠に4分の1に制限した事例である。

上告人Xは、石炭、石油、プロパンガス等の輸送及び販売を業とする株式会社で、従業員約50名を擁し、タンクローリー、小型貨物自動車等の業務用車両を20台近く保有していたが、経費節減のため、右車両につき対人賠償責任保険にのみ加入し、対物賠償責任保険及び車両保険には加入していなかった。被上告人Yは、主として小型貨物自動車の運転業務に従事し、タンクローリーには特命により臨時的に乗務するにすぎず、本件事故当時、Y₁は、重油をほぼ満載したタンクローリーを運転して交通の渋滞しはじめた国道上を進行中、車間距離不保持及び前方注視不十分等の過失により、急停車した先行車に追突した。Xは、被害車両の所有者Aに対する損害賠償及び自己所有のタンクローリーの修理費・修理による休車期間の逸失利益として、計40万円余の被害を被った。そこで、Xが、Y₁及びその身元保証人Y₂・Y₃に対して、Aに支払った賠償金の求償とXが被った損害の賠償を請求した。原審は、ほぼ本判決と同様の判断をして、Xの請求を信義則によって4分の1に制限したので、Xが上告したのが本件である。

最高裁は、以下のように判断して、上告を棄却した。

使用者が、その事業の執行につきなされた被用者の加害行為により、直接損害を被り又は使用者としての損害賠償責任を負担したことに基づき損害を被った場合には、使用者は、その事業の性格、規模、施設の状

況、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防若しくは損失の分散についての使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において、被用者に対し右損害の賠償又は求償の請求をすることができるものと解すべきである。

右事実関係（Xが対人賠償保険にのみ加入していたこと、Y₁が特命により臨時的に乗務して引き起こした事故であること、Y₁の勤務成績が普通以上であること）のもとにおいては、上告人がその直接被った損害及び被害者に対する損害賠償義務の履行により被った損害のうちY₁に対して賠償及び求償を請求しうる範囲は、信義則上右損害額の4分の1を限度とすべきである。

使用者の被用者に対する求償権については、立法者はこれを全面的に認めていたようであるが、現在ではこれを制限する説が一般的になっていると思われる。理論上求償権の制限の許されることを説く判例（最判昭和45年10月13日裁判集民事101号65頁）が存するもの実際に制限を認めた最高裁判例はなく、本判決は、実際に使用者の被用者に対する求償権の行使を制限した初の判断とされる。もっともその説くところは、従来の下級審裁判例を集約したものと見られる。使用者の被用者に対する求償権行使を制限する根拠としては、学説は多岐に分かれている。本判決に対しては、信義則によって求償権及び損害賠償請求を制限した結果についてはあまり批判がないが、求償権制限の根拠をどのように考えるかについて重要であるはずの、求償権の法的性質についての論及がなされていないことに対する批判は強い。この問題自体も重要な問題ではあるが、本稿の問題意識から言えば、最高裁が使用者から被用者への求償権行使を制限する根拠として信義則を持ち出したということを指摘すれば十分であろう。そしてさらに注目に値するのは、求償権だけでなく、使用者自らが被った損害についても、求償権と別意に解することなく、4分の1に制限したことである。

使用者責任を代位責任と解せば、使用者自身が被った損害について、求償権と同様に制限されることをどのように説明できるだろうか。「損害の公平な分担という見地から信義則上」という説示には何が込められているのだろうか¹⁶⁾。

そして、この使用者に対する被用者への求償権行使制限の法理を商法705条の船長にも及ぼし、船長に対する船主の求償権を2割に縮減したのが、最判昭和60年2月12日裁判集民事144号99頁である。この判決は、「使用者が、その事業の執行につきされた被用者の加害行為により、直接損害を被り、又は第三者に対する使用者としての損害賠償義務を履行したことによって損害を被ったことを理由として、被用者に対してするその賠償又は求償の請求については、使用者の事業の性格、規模、被用者の業務の内容、労働条件、勤務態度、加害行為の態様、加害行為の予防についての使用者の配慮の程度その他諸般の事情に照らし、損害の公平な分担という見地から信義則上相当と認められる限度において、制限を加えることができる」として上述の51年判決を引用し、さらに続けて「右の理は、船舶所有者が、その被用者である船長の加害行為により被った損害につき、船長に対してする損害の賠償又は求償の請求についても妥当するものというべきであり、船長が、船舶の発航前において堪航能力検査義務を負っており(船員法8条)、海上航行時においては、人命財産を含む船舶共同体の責任者として、その安全確保のために行動すべき義務を負っていること、また、船長が、その職務を行うにつき注意義務を怠らなかつたことを証明しないかぎり、船舶所有者等に対する損害賠償責任を免れないこと(商法705条1項)等は、直ちに、船舶所有者の右損害の賠償又は求償の請求を前示のような諸般の具体的事情を考慮して信義則に基づき制限することを妨げる理由となるものではない」と判示している。

商法705条が想定する「船長」は、船主とともに海商企業経営の一翼を担っていた古い時代の船長像を徴憑するものであって現在の実態に適合し

ていないとの認識から、立法論としては、船長の軽過失については責任を免除する方向で改正すべしとの意見が大勢を占めているといわれる。したがって、本判決に対しては、Yは船長とはいえ丙種船長の資格を持つだけで、仕事の内容もXに命ぜられるまま限られた水域を航行するというもので、事故当時Xから受けていた給料もクレーン士より低額の月額17万5千円にすぎなかったこと、及び、本件船舶の乗組員は各自仕事を分担しておりYが他の2名を指揮監督する関係が乏しかったことが認定されており、Yの被用者性を肯定した上で、船主の船長に対する求償権を信義則によって制限した結論自体については、是認されているようである。そして、51年判決を含め、715条の使用者の求償権を制限する法理が、すべて自動車事故による損害につき使用者（又は運行者）が被用者（運転者）に求償した事例であったために、その一般理論がどの範囲の使用者に及ぶのかが明確でなかった求償権制限の法理を、はじめて「船長」という特殊な地位の海上被用者に対して適用を及ぼした点で意義のある判決であると評価されている¹⁷⁾。船長という特殊な地位の海上被用者について、常にこの求償権制限法理が適用されるのかは明らかではないし、どの範囲の被用者に適用されるのかも明らかではない。しかし、判旨をみる限りでは、被用者に対する使用者の求償権の行使を信義則によって一定範囲に制限するとの一般論は、判例理論として定着したことが窺われるのである。

(2) 保証人の責任を制限する根拠としての信義則

保証人、とりわけ包括根保証人のような、継続的取引について限度額及び期間を定めずに連帯保証をした者については、その不当に過大な責任から保護すべきことが論じられてきた。例えば、わが国における保証契約の特徴、すなわち利他性・情誼性・無償性・永続性・広汎性をあげて、保証人の責任を「信義則に照らして合理的な範囲に制限すべき」という主張である¹⁸⁾。そして、この保証人の責任の「信義則に基づく合理的制限」は、ひとつの評価的規範であるといわざるをえないであろう、とも評価されて

いる¹⁹⁾。

そもそも包括根保証契約の有効性自体も問題となりうるが、最高裁は、包括根保証の有効性を認めた上で(最判昭和33年6月19日民集12巻10号1562頁)、保証人の解約権を認め、信義則による責任制限を図ってきた。例えば、「期間の定めのない継続的保証契約は保証人の主債務者に対する信頼関係が害されるに至つた等保証人として解約申入れをするにつき相当の理由がある場合においては、右解約により相手方が信義則上看過しえない損害をこうむるとかの特段の事情ある場合を除き、一方的にこれを解約しうるものと解するのを相当とする」(最判昭和39年12月18日民集18巻10号2179頁)というものである。

むろん、根抵当と異なり根保証は明文規定もなければ²⁰⁾、契約自由の原則に服するものであり、根保証人の責任を制限する根拠は、信義則以外にも様々構成しうる。現に、最高裁は、契約解釈の問題として根保証契約の成立自体を否定したり(最判昭和43年6月21日判例時報522号28頁)、当事者の意思解釈による制限を認めたりしている(最判平成6年12月6日判例時報1519号78頁)。後者の判決は、従業員が物上保証人(根抵当)かつ根保証人となっていたが、根保証契約について極度額が定められていなかった事案で、契約当事者の意思解釈によって根保証契約の限度額を根抵当契約のそれと同一であるとし、さらに両者が非累積の関係であると判示した。信義則による責任制限を認めたもの²¹⁾としては、保証人に解約権を認める一連の判例のほか、最判昭和48年3月1日裁判集民事108号265頁を挙げることができる。右判決は、期間の定めのない根保証契約締結後、3年半も何ら貸付が行われなかつた後に債権者が、主債務者の経営状態が極度に悪化し、担保物件も第三者に売却されたことを了知しうる状態にあったにもかかわらず、保証人の意向を打診することなく右債務者に手形貸付をなし、その手形の不渡を理由に保証債務の履行を求めることは、信義則に反し権利の濫用であって許されない、と判示している。この判決では、契約の解釈における指導理念として以上の信義則の積極的意義が窺えるのではなか

ろうか。すなわち、包括的根保証のような、極度額も期間の定めもない保証契約につき、それがいかに契約自由の原則に服する債権法の領域に属するからといって、これを無制限に認めることは妥当ではない。そして、保証人の責任を合理的範囲に制限する根拠として信義則を用いること自体は、当事者の意思や慣習等具体的事情を勘案し、信義誠実の原則に照らした契約解釈をなして当事者間の公平を図ったと言えなくもない²²⁾。しかしながら、この判決のように、契約締結から相当期間経過後、主債務者の極度の経営状態の悪化を知りながら保証人の意思を確認することなく貸付を行った金融機関に対して、保証人へ保証債務の履行を求めることが信義則に反して許されない、とすることは、主債務者の経営悪化を了知しつつ漫然と貸付を行った金融機関に対する一種の制裁であると見るができるのではなかろうか。

3. 道徳的判断等を法解釈に組み入れるための媒介物としての信義則

法の枠組みから道徳規範や倫理規範を除去し醇化してきたのが近代法の発展の歴史であると一般的には言われている。しかしながら、法は現実の社会から乖離して存在しうるものではなく、また存在すべきでもない²³⁾。したがって、何らかの形でその時代時代の社会通念や価値判断を反映することが要請されるが、そうした価値判断の基底には、その時代の正義や衡平を基礎付ける道徳や倫理も当然浸み込んでいるのではなかろうか。そして、近代法の埒外とされた道徳や倫理を再び法解釈の枠組みに組み入れるために、信義則というフィルターがかけられるのではないかと、つまり、道徳等を法解釈の枠組みに組み入れる媒介物として信義則が作用している場合があるのではないかとと思われるのである。

このように考える契機となったのは、有責配偶者からの離婚請求をめぐる議論である。周知のとおり、昭和62年の最高裁大法廷判決が有責配偶者からの離婚請求を認めるに至る以前は、判例上は消極的破綻主義を採っており、学説上もこれに同調するものが少なくなかった。リーディングケース

とされる最判昭和27年2月19日民集6巻2号110頁は、「婚姻関係を継続し難いのは上告人が妻たる被上告人を差し置いて他に情婦を有するからである。上告人さえ情婦との関係を解消し、よき夫として被上告人のもとに帰り来るならば、何時でも夫婦関係は円満に継続し得べき筈である。即ち上告人の意思如何にかかることであつて、かくの如きは未だ以前記法条(筆者注・民法770条1項5号)にいう「婚姻を継続し難い重大な事由」に該当するものということは出来ない。……結局上告人が勝手に情婦を持ち、その為め最早被上告人とは同棲出来ないから、これを追い出すということに帰着するのであつて、もしかかる請求が是認されるならば、被上告人は全く俗にいう踏んだり蹴たりである。法はかくの如き不徳義勝手気儘を許すものではない。道徳を守り、不徳義を許さないことが法の最重要な職分である。総て法はこの趣旨において解釈されなければならない」と判示し、また、最判昭和29年12月14日民集8巻12号2143頁は、「上告人は何等相当の事情もないに拘らず、他に情婦を持ち妻たる被上告人を遺棄して情婦と同棲し、これにより夫婦生活の破綻を生じたのであつて、右破綻は一つに上告人の右背徳行為に基因するものである。民法第七七〇条一項第五号は相手方の有責行為を必要とするものではないけれども、何人も自己の背徳行為により勝手に夫婦生活破綻の原因をつくりながらそのみを理由として相手方がなお夫婦関係の継続を望むに拘わらず右法条により離婚を強制するが如きことは吾人の道徳観念の到底許さない処であつて、かかる請求を許容することは法の認めない処と解せざるを得ない」と判示したが、これら消極的破綻主義を完成させた諸判決は、いずれもその法的根拠を明らかにしているとは言い難い。一方、消極的破綻主義を採る学説の理論構成としては、婚姻道徳ないし倫理観を論拠とするもの²⁴⁾、権利の濫用ないし信義則の適用を論拠とするもの²⁵⁾、クリーン・ハンズの原則を論拠とするもの²⁶⁾、等に大別できる。

他方、積極的破綻主義に転じるに至った最大判昭和62年9月2日民集41巻6号1423頁は、「思うに、婚姻の本質は、両性が永続的な精神的及び肉

体的結合を目的として真摯な意思をもって共同生活を営むことにあるから、夫婦の一方又は双方が既に右の意思を確定的に喪失するとともに、夫婦としての共同生活の実体を欠くようになり、その回復の見込みが全くない状態に至った場合には、当該婚姻は、もはや社会生活上の実質的基礎を失っているものというべきであり、かかる状態においてなお戸籍上だけの婚姻を存続させることは、かえって不自然であるということができよう。しかしながら、離婚は社会的・法的秩序としての婚姻を廃絶するものであるから、離婚請求は、正義・公平の観念、社会的倫理観に反するものであってはならないことは当然であって、この意味で離婚請求は、身分法をも包含する民法全体の指導理念たる信義誠実の原則に照らしても容認されうるものであることを要するものといわなければならない」(下線筆者)と判示したのである。

ここで興味深いのは、有責配偶者からの離婚請求を否定する根拠としても、肯定する根拠としても、道徳や倫理、ひいては信義則が援用されていることである。確かに、消極的破綻主義を採る判例は、道徳や徳義を述べるばかりで、積極的な根拠を示していない。しかし、消極的破綻主義を採る諸学説の論拠を見れば、直截に信義則や権利濫用を述べるもの、あるいはクリーン・ハンズの原則に言及するものが見受けられる。クリーン・ハンズの原則が信義則と深い関係にあることは、既述のとおりである。客観的破綻主義に転じた右大法廷判決は、離婚請求が正義・公平の観念、社会的倫理観に反するものであってはならないという意味において、信義則に照らして容認されるものでなければならず、と述べた。そして有責配偶者の責任の態様・程度、相手方配偶者の意思、未成年子の存在、時の経過等具体的な事情を考慮しつつ、当該離婚請求が信義則に照らして許容されるものであるかを判断することを通じて、その当時の社会の離婚に対する考え方や倫理観が法的判断の枠組みの中に持ち込まれたのであろう。この大法廷判決の意義は、道徳的規範や倫理的規範を直截に援用するのではなく、信義則という抽象化された法概念のフィルターをかけたことである。

このように両判決が目指した方向は同じだったである。ただ、昭和30年頃には、有責配偶者からの離婚請求を認めないことが当時の社会的土壌になじむものであり、1970年代以降の客観的破綻主義に傾倒していった世界的傾向の中で、昭和60年代には、有責配偶者からの離婚請求といえどもそれを場合によっては許容する社会的土壌が出来上がっていたのであろう。要するに、両者とも当時の社会的基盤を反映させた判決を下したのである。しかし、道徳的規範や倫理的規範は、そのままでは、それが少なくとも条理や慣習になっているのでなければ、法解釈に直截に持ち込むことはできない。その意味で、自覚的にせよそうでないにせよ、昭和62年大法院判決が信義則に言及した意義は大きいのではなからうか。

4. 小 括

以上、戦後の最高裁判例を中心に、信義則が興味深い作用をしたと思われる判決を抽出した。第一の類型は、実体法上有するはずの請求権や権利につき、時効や除斥期間が完成したわけでもないのに、その主張が信義則によって遮断される事例である。そこでは、時効のように単なる長期間の権利の不行使といった事実状態のみが問題とされているのではなく、むしろ、それに加えて、もう権利行使はされないだろうとの認識や信頼を相手方に与えるに至った本人の作為や積極的不作為が問題とされているのである。要するに、そういう認識を相手方にさせるような先行行為をなしておきながら、自らの利益のためにそれと矛盾する行為をすることは認められない、ということであり、それは禁反言の原則に他ならない。ところで、翻って他の民法の規定を眺めれば、あらかじめこうした禁反言の原則に基づいた規定が明定されている場合がある。例えば、制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるために詐術を用いたときはその行為を取り消すことができない、と定める民法21条である。このように、特に実現の蓋然性の高い行為類型については、立法者は一般条項を具現化する規定を予め明定しているのである。そうして、典型的に規定し得ない諸事例につ

き、信義則を適用することによって禁反言が実現されることは、信義則の歴史に鑑みても、ごく当然の流れであろう。

第二の類型は、信義則を適用することによって当事者の責任が縮減される事例である。ここでの信義則の作用を検討すれば、当事者間の公平や契約の合理的解釈といった、従来の信義則の果たす役割を越えた意義を見出さざるを得ない。なぜなら、債務不履行にしても不法行為にしても、過失相殺という具体的事情を勘案して当事者間の公平を図る規定が用意されており、しかも検討事例、特にペリカン便事件判決やダイヤルQ²事件判決においては、その適用が可能であったと考えられるからである。ダイヤルQ²事件においては、通話料が予測を超えて高額化するという危険の実現をできるだけ防止すべき信義則上の責務をNTTに認定しておきながら、電話加入者の代金支払債務を5割に縮減する根拠としてなぜあえて信義則が用いられたのだろうか。しかもこの点につき論理補強を試みる奥田裁判官の補足意見をして、このように債務の発生が一定限度に縮減される法的根拠として民法上の過失相殺規定(418条、722条2項)の根底にある利益衡量に求めうるとの言及は、何ゆえにこのような迂遠な説明をなすのかと疑問を覚えずにはいられない。あるいは、ペリカン便事件判決にしても、宅配便が高価品を取り扱わないことを了知した上で継続的に右宅配便を利用していたことを少なくとも過失と捉えれば、過失相殺ができたとも考えうる。もっとも賠償額を約款が定める30万円に縮減しようとするれば、90%程度の過失相殺が必要であり、運送途上で当該荷物が紛失したことが明らかであることに照らせば、それを不法行為の損害額の評価としてのみ考察すれば、やや衡平を失するとの感がないでもない。おそらくダイヤルQ²事件にしても、付随義務違反に対して5割もの過失相殺ができるかといえ、微妙であろう。このことは、説明義務違反に対して慰謝料が認められにくいことや、仮に認められても数万円にとどまることが多いことを想起すれば十分であろう。そうであるとすれば、これらの判決は、信義則を用いることによって、より広範に責任範囲を縮減することを可能にしたと考

えるのは行き過ぎであろうか。

第三の類型は、法的枠組みの埒外とされた道德規範や倫理規範等を再び法的枠組みの中に取り入れる媒介物として信義則が用いられている類型である²⁷⁾。こうした主張自体は、何ら新しいものではない。例えば古く林信雄博士は、信義則こそが時代の要請に応じ、国家国民生活の実践的要素に適合する法の理念であり、公準である、蓋し、信義則こそは法と道德との調和を企図する高次の理念として実定法に内在し、それは、具体的な事件については、当事者の個人的な主観的な意思を越えて社会的に客観的に事を論じることによって実定法を動かし、社会的協同体の理念に適合する保護・統制を目的とする高次の原理であり根本的な原則として実定法を通して自らを実現していくものである²⁸⁾、と述べているし、菅野耕毅教授も以下のように述べている²⁹⁾。すなわち、資本主義の発達に伴う権利の無制約性に対する修正要求や、契約の自由に対する制限要求も、大陸法系においては、衡平・信義則・権利濫用・公序良俗などの、法の次元以外の道德原理の導入により解決しなければならない。元来、法と道德とはその性格や関心方向を異にしながらも、法はその根底においては常に道德原理に基づき倫理にかなう内容を持つべきものであることからすれば、法における道德原理の導入も自然なことである、と。

三．おわりに

最高裁が信義則を適用した諸事例の中では、当事者間の調整原理として信義則が作用する場合だけでなく、実体法上有するはずの請求権や権利の主張が許されないとされる場合、すなわち、禁反言の原則やクリーン・ハンズの原則が体现されている場合³⁰⁾、責任範囲が制限される場合、道德規範等を法の枠組みに組み入れる場合等様々な場合があることが明らかとなった。このうち、とりわけ信義則が禁反言ないしクリーン・ハンズの原則と密接な関係にあることは従来から論じられているところである。しか

しながら、本稿で検討した諸事例の多くは、その特殊性ゆえそれぞれに重要な論点を含み、また最高裁としての初判断を含む先例として重要な意義を含むものの、そこでなぜ信義則によって根拠付けられたのかは、必ずしも説得的な論拠付けが困難であり、諸説の対立が見られる。ひとつひとつの判例をそれだけで眺めていては、そこで信義則がどのような役割を果たしているのかが、必ずしも明らかにされなかった。これら著名ではあるが例外的とも目されうる判例を拾い集め、あらためて信義則の果たす役割を再考しようとするのが本稿の目的であった。

では、本稿で検討した諸判例から共通して抽出される概念はなんであろうか。それは、行為者の主観や先行行為を含む行為態様を考慮した実質的正義・衡平の実現であり、調整原理としての当事者の公平を凌駕した、信義則の役割である。そして、単なる調整原理を超えて実質的正義・衡平の実現を志向するということは、当該当事者の非難性を問題とするから、ひいては、ときとして制裁や抑止を志向することにもつながりうるということである。というのも、第一に、そもそも禁反言の原則は、先行行為が不誠実なものであることは要しないが、先行行為と矛盾する行為に出ることが非難に値することが要件である³¹⁾(傍点筆者)。既述のとおり、諸判決でも当事者の非難性が問題とされている。第二に、債務者の責任範囲が制限されるということは、裏を返せば債権者の本来有する債権が縮減される結果となるが、過失相殺のような当事者の公平を企図した結果以上に債権が縮減することは、債権者に対する一種の制裁であるといわざるを得ない。そしてここでも、債権者の非難性が問題とされていたのであった。第三に、道徳規範や倫理規範が信義則に媒介されて再び法の枠組みの中に組み込まれ、法が現実の社会の価値観等を反映させているということも重要である。それは、信義則が実質的正義・衡平の実現を追求する結果、ときとして当事者への制裁を課すことをも是認できるか否かという問題とも密接に係わることである。なぜなら、制裁や抑止はあげて公法、とりわけ刑法の担う役割であるという、いわゆる民刑峻別論がいまだ多数を占めており、した

がってそこでは、信義則を適用して結果として当事者への制裁となったとは認めても、信義則が積極的に当事者への制裁として作用する場合があるということを知るには、なお隔たりがあるからである。しかし、民刑峻別が推し進められたのは19世紀の時代的思想を反映させていたにすぎないことは、古くから指摘されている³²⁾。そして、損害賠償に関しては、いわゆる制裁的慰謝料論を端緒として、私法の役割が損害の填補に尽きるといふ命題に対して、疑問が投げ続けられてきたのである。そうであるならば、かつて有責配偶者の離婚請求につき消極的破綻主義から積極的破綻主義に鮮やかに転じたように、現在の社会的事情を反映して、民事における抑止や制裁ということが再考されてもよいはずであろう。その際に、現在の価値規範を法に組み入れるための媒介物としての役割を信義則が担うのではないか。そのことは、そもそも信義則のルーツをたどれば、禁反言の原則やクリーン・ハンズといった当事者の非難性を問題とする原則を含むのであり、信義則は制裁や抑止という概念と非常になじみやすい一般的概念であることから言えるのではないか。

私は、前稿³³⁾において、主に金銭消費貸借事例をめぐる近時の高裁判決をてがかりとして、信義則によって不法の抑止・制裁が企図されている場合のあることを明らかとしたが、それが信義則の従来から有するとされる諸機能のひとつの顕れなのか、あるいは不法の抑止・制裁を担う信義則の新たな類型が構築できるものなのかを検討することは、残された課題とした。結論から言えば、実体法の解釈の問題として権利行使が制限されたり請求権が縮減される場合、そのときとして過酷とも思われる結果は、もはや契約の合理的解釈や当事者の公平のみで完全に説明し尽くされるものではないし、原則論と矛盾をきたすことさえあるのであり、そこでは、信義則が積極的な根拠として働いていると考えざるを得ないのである。とすれば、不法の抑止や制裁を、信義則の有する機能のひとつとして改めて捉え直すことができるのではないかとと思われる。このことは、信義則のルーツとされる禁反言の原則やクリーン・ハンズの原則がそもそも当事者の非難

性を問題とする制裁や抑止になじみやすい概念であることに鑑みれば、やや新鮮味に欠けるかもしれないが、「改めて」信義則が有するこのような重要な役割を再認識する意義は小さくはなからう。さらに、信義則がその時々³⁴⁾の社会的価値判断や道徳・倫理規範を具現化する媒介物であることも重要であろう。少なくとも金銭消費貸借契約に対する裁判例においては、悪質な金融業者に対する制裁を志向していることが見て取れるし、中には一般的抑止にまで言及する高裁判決³⁴⁾が存するのであり、かつては民刑峻別の思想の下、公法の専権であった制裁や抑止を私法の中でも考慮する方向への推移が見られるからである³⁵⁾。

最後に付言しておく必要があるのは、例えば「当事者間の公平」や「損害の公平な分担」といった抽象的な命題のみで事案を解決しようとすることは、司法権という三権の一翼を担う国家権力による一定の価値観や政治的判断の押し付けに陥る蓋然性があるということである。決して、具体的事情を考慮して当事者の公平を図ったのだという美名の下に逃げ込むことはできないし、それはもはや法的判断とはいえない³⁶⁾。実定法が存する以上、その規定の解釈・適用から出発すべきであり、そうした明文規定があるにもかかわらずそれに反した結果を導かなければならない事情や社会の変遷が認められるのか、あるいは、行為規範たる実定法の予測可能性を奪うことにならないために要件がきちんと定立できるのか等、諸々のことを考慮した上でも成り立ちうる法解釈でなければならないはずである。そうでないならば、もはやそれは法的判断ではなくして、例えば政治的判断といった、法以外の何かに基づく判断であり、法の衣を着せて説得の道具にしているに過ぎない。そのことは、信義則という一般条項を適用する場合にも同様に当てはまることである。さればこそ、信義則が私法における抑止や制裁を担う一翼たるのか、そうであるとしてその基準は何なのか等が、自覚的に論じられなければならないのである。「困ったときの信義則」として安易に事情判決の隠れ蓑とされるのでは、法の軟化をもたらすだけの害悪に過ぎない。本稿では、わが国の判例において信義則が密かに制裁や

抑止の一翼を担ってきたのではないかと、そしてそれは首肯しうるものではないか、ということを描するにとどまった。恣意的判断の道具とされないためには、なおも議論を尽くす必要があろう。また、信義則の歴史的・比較法的検討も今後の課題としたい。

- 1) 判例時報1916号39頁。
- 2) この判決の内容とその意義については、拙稿「金銭消費貸借契約において元本を含む返済額全額が不法行為の損害に当ると認定された事例」法律時報77巻11号89頁以下を参照いただきたい。なお、本件の原審判決(札幌地判平成16年7月15日判例時報1916号42頁)は、原則どおり超過利息のみを無効として貸主に返還を命じる、原告一部勝訴の判決を下している。
- 3) 実際、超過利息を約した金銭消費貸借契約につき金銭消費貸借契約自体をも無効とする法的構成としては、高利の利息契約を公序良俗に反して無効であるとし、さらにそれと密接に関連する金銭消費貸借契約も無効であるとした上で、708条によって借主からの元本の返還を不要とするのが一般的であろう。例えば、東京高判平成14年10月3日判例時報1804号41頁。なお、中川毅『不法原因給付と信義衡平則』(有斐閣・1968年)3頁は、「民法七〇八条の律意は、人間本然の根本悪たる不法の否定にある。法道一如、信義衡平の顕現にある。同条の解明は、道と法の相互媒介・止揚・螺旋的発展の探求にあり、会得にある」と述べる。
- 4) 渡辺博之「信義誠実の原則の構造論的考察 信義則の行為規範的側面の再評価(一)・(二・完)」民法雑誌91巻4号(1985年)473頁以下、同91巻5号(1985年)700頁以下。
- 5) H. ROLAND et L. BOYER, *Expressions latines du droit francais*, 1985, p. 138. 原田慶吉『ローマ法』(改定・オンデマンド版)(有斐閣・2001年)151頁。
- 6) ゲオルク・クリンゲンベルク著・瀧澤栄治訳『ローマ債権法講義』(大学教育出版・2001年)28頁。
- 7) なお、このローマ法を継受するものとして、フランス法では *bonne foi* という語が用いられるが、この語は「信義誠実」と「善意」という意味で用いられる。信義則と善意という、一見するとわが国の枠組みではあまり関係ないと思われる2つの用語が含まれることは、非常に興味深い。この点も含めて、比較法的検討は、後日の課題としたい。
- 8) 原島重義「所有権の濫用」谷口知平・加藤一郎編『新版・判例演習民法1 総則』(有斐閣・1981年)1頁以下。
- 9) 中野貞一郎・松浦馨・鈴木正裕編『新民事訴訟法講義』[第2版](有斐閣・2004年)27頁、小室直人他編・基本法コンメンタール[第2版](2003)15頁等。
- 10) 前掲注(9)・基本法コンメンタール13頁以下参照。
- 11) 黒沼悦郎「振出人の債務の時効消滅を裏書人が抗弁とすることの可否」手形法判例百選[第5版](別冊ジュリスト144号)142頁以下。
- 12) 最大判昭和41年4月20日民集20巻4号702頁、最判昭和45年5月21日民集24巻5号393頁。

- 13) 菅野耕毅教授は、クリーン・ハンズの原則に反して信義則違反とされた例として、最判昭和58年3月24日判例時報1095号102頁を挙げる。右判決は、朽腐に近い建物とその敷地の転借権を譲り受けた者が、その譲受けにつき転貸人の承諾も得ないうちに建物の大改造を始め、転貸人の異議申入等を無視して工事を完成させておきながら、借地法10条に基づく建物買取請求権を行使するのは(改造前の価格によっても)信義則に反して許されないとしたものである(菅野耕毅『信義則及び権利濫用の研究』(信山社・1994年)20頁)。
- 14) この点、商法では、運送契約につき債務不履行責任と不法行為責任の競合を認めるのが判例の立場であるが(最判昭和38年11月5日民集17巻11号1510頁等)、注目すべきは、債務不履行に関する商法の責任規定は不法行為責任に及ばないとするのが判例の立場であり(大判大正2年11月15日民録19輯959頁)、この考え方からすれば、債務不履行に関する約款規定は、不法行為責任に及ばないと解される、との指摘がされている(落合誠一「宅配便約款の責任限度額を超える請求の可否」平成10年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊1157号)108頁)。
- 15) この点、奥田昌道裁判官の補足意見は、信義則に依拠すべき場合にも、恣意的な適用を避けるために、できる限り類似の利益状況に対する実定法上の他の諸規定を参照することが望ましいとし、損害保険契約に関する商法の規定を参照しつつ、以下のように述べている。すなわち、上告人の義務の懈怠の効果としては、損害保険契約の規定(契約の失効を擬制する救済)ではなく、上告人の義務懈怠を勸案して債権の発生が一定限度に縮減されると解したい(傍点筆者)。このような解釈の法的根拠としては、民法上の過失相殺規定(418条、722条2項)の根底にある利益衡量に求め得るものとする、と。
- 16) この点、調査官解説は以下のように述べる。すなわち、使用者の被用者に対する求償権の法的根拠ないし性質は、両者の間に雇用、委任等の契約関係が存在するときは債務不履行を、契約関係不存在の場合は不法行為をそれぞれ理由とする損害賠償請求権にほかならないのであって、民法715条3項は、右の意味における使用者の求償権の行使を妨げない旨を注意的に規定したものにすぎず、権利創設の規定ではないと解されており、本判決はこの考え方を前提として、賠償及び求償の請求を区別することなく統一的に論じている。さらに求償権行使を制限する根拠として諸説が別れていることについては、結局は損害の公平な分担という不法行為法の指導理念に依拠するものとみることができ、実際上の結論においては、右の理論的対立ほどの顕著な差異を生じないと思われる、と(島田禮介「使用者がその事業の執行につき被用者の惹起した自動車事故により損害を被った場合において信義則上被用者に対し右損害の一部についてのみ賠償及び求償が許されるにすぎないとされた事例」ジュリスト626号(1976年)76頁以下)。

しかしながら、「損害の公平な分担」という信義則以上に抽象的な理念に基づいて、使用者自身の被った損害についてまで請求が制限されることを説明できるのであろうか。さらに、同・最高裁判所判例解説民事編昭和51年度268頁以下は、賠償及び求償の割合的制限の根拠を信義則に求めたことにつき、使用者責任を代位責任と構成する判例・通説との理論的整合性や、特定の法律構成で割り切った場合、かえって弾力性、柔軟性を失い、具体的事情に即応した公平妥当な解決を妨げる虞があること等が考慮された結果、一般条項による処理が図られたと思われる、と言及している。もし最高裁がこのように盲目的に信

- 義則に頼ったのであれば、それこそ学説が危惧する「一般条項への逃避」ではなからうか。
- 17) 重田晴生「船長の責任」別冊ジュリスト121号161頁。但し論者は、船主の求償権を制限するために信義則を適用する点は、上告理由に応えたものであり、それはそれで個別事案における具体的事情に即応した公平妥当な解決を目的む理論としての評価もあろうが、もとより求償権制限法理の法律構成はそれが唯一絶対のものではないし、むしろ近時の学説の動向は、企業責任の思想を重視し、自己責任の構成に立って使用者の求償権行使を許さないとする考え方が優勢とみるならば、本件判決は少なくともこの点を一歩踏み込んだ理論構成があって欲しいし、また異別の法律構成も当然ありうるものと思う、とする。
 - 18) 西村信雄『継続的保証の研究』(有斐閣・1952年)。
 - 19) 中井美雄「包括根保証の責任制限 「意思の解釈」という判断基準について」立命館法学250号(1996年)63頁。
 - 20) 平成16年民法改正によって、「貸金等根保証契約」に関する規定(465条の2)が設けられたが、これは継続的取引に基づく売掛金債務の根保証等は射程に入らないため、問題がすべて解決したわけではない。
 - 21) この点、東京高判平成9年6月19日判例時報1624号98頁は、「包括根保証契約における保証人の責任は、取引の通念のほか保証契約に至った事情、債権者と主たる債務者との取引の具体的態様、経過、債権者が取引に当たって債権確保のために用いた注意の程度、保証人の主債務についての認識の程度、その可能性、主債務の使途、額その他一切の事情を考慮し、また保証人には解約権が認められていることを勘案したうえ、保証人に主債務の全額又は一定額を超える額につき責任を負わせるのが不相当であると認められる特段の事情が存在する場合にはじめて、信義則によりその範囲で制限をすることが認められるものと解するのが相当である」と判示した(ただし本件では包括根保証人からの信義則による責任限定の主張が認められなかった)。保証人の責任を制限する構成はいくつか存在するが、そのうちのひとつとして裁判例では信義則を用いることも定着しているといえよう。
 - 22) もちろん、このように「当事者の公平」や「損害の公平な分担」という曖昧な理由付けで責任が自在に縮減されることには疑問もある。法が正義・衡平に適わなければならないのは当然であるが、さりとて何の根拠もなく「当事者の公平」等で本来有するはずの請求権が縮減することは、信義則による安易な「法の軟化」と同じ危惧を抱かずにはおられないからである。
 - 23) 牧野博士は次のように述べる。19世紀当初の自由法学は、法律を道徳から区別することに力を注いだ。しかし、信義誠実ないし善意の原則は、道徳的な行動が法律上如何なる価値を持つかの問題でありそれは一方において、法律がもはや道徳から区別せらるべきものではないことを意味する。そして、この法律の倫理化という運動は、まさに法律の進歩を意味するものに違いないのであり、それこそが我が自由法論の標的である、と(牧野英一『民法の基本問題 第4編』(有斐閣・1936年)96頁,106頁)。
 - 24) 我妻栄『親族法』(有斐閣・1961年)176頁、谷口知平「愛情消失・長期同棲廃止と離婚」民商法雑誌28巻5号(1954年)13頁、等。
 - 25) 太田武男『現代家族法研究』(有斐閣・1982年)261頁、岩垂肇「有責配偶者の離婚請求」『家族の法と歴史 青山道夫博士追悼論集』(法律文化社・1981年)199頁。

信義則再考(廣峰)

- 26) 田中実『親族法相続法』(三和書房・1954年)68頁。
- 27) 牧野博士は、信義誠実の原則は、一の法律的倫理的綜合原則であって、道徳を法律に通わしめるカナルである、と述べる(牧野・前掲注(23)107頁)。
- 28) 林信雄『法律における信義誠実の原則』(評論社・1949年)18頁。
- 29) 菅野・前掲注(13)はしがき。
- 30) 後藤巻則教授は、「信義則は、自己の義務違反その他の不誠実な行為によって得た権利ないし地位の主張を認めないという機能を有する。これは、英米法でクリーンハンズの原則と呼ばれる」と述べる(奥田昌道他編『判例講義民法 総則・物権』(悠々社・2004年)22頁)。
- 31) 菅野・前掲注(13)21頁。
- 32) 戒能通孝「不法行為に於ける無形損害の賠償(一)」法学協会雑誌50巻2号(1932年)53頁等。
- 33) 拙稿「信義則による不法の抑止と制裁 金銭消費貸借契約をめぐる最近の裁判所の動向を契機として」立命館法学302号(2006)147頁以下。
- 34) 東京高判平成14年10月3日判例時報1804号41頁。
- 35) なお私にこの問題を考えさせる契機となった札幌高判平成17年2月23日判例時報1916号39頁は、上告棄却の決定が下されたようであり(日経新聞2006年3月8日朝刊43面、詳細は不明)、元本を含む返済額全額を不法行為の損害に当たるとして貸金業者に支払を命じた二審判決が確定した。なお、右判例時報40頁のコメントは、「本判決は、ヤミ金融、暴力金融の根絶を図る見地から、……元利金の全額につき、不法行為に基づく損害賠償を可能としたものと窺われるが……、ヤミ金融、暴力金融の防止に向けた法の解釈適用ないし立法を考えさせる契機となる裁判例としても看過し得ない」とする。
- 36) 法的判断については、原島重義『法的判断とは何か 民法の基礎理論』(創文社・2002年)。