

信義則による主張制限と 禁反言の原則

廣 峰 正 子
宮 本 幸 裕

- 一. は じ め に
- 二. 最三判平成16年10月26日裁時1374号3頁の分析
 1. 事実の概要
 2. 訴訟の経過
 3. 研究 (以上宮本幸裕執筆)
- 三. 本判決における信義則とは
 1. 本判決に対する学説の評価
 2. 本判決における信義則の役割
- 四. 判例にあらわれた禁反言の原則
 1. 表示行為による禁反言
 2. クリーンハンズの原則ないし禁反言の原則による事例
 3. 抗弁・再抗弁として主張される禁反言
- 五. お わ り に (以上廣峰正子執筆)

一. は じ め に

民事訴訟における判決書の様式が、いわゆる旧様式から新様式に移行されて久しいが、その移行されるに至った原動力は、当事者が真に知りたいことに平明かつ的確にこたえるものに改善しようとするものであった。⁽¹⁾

新様式は、「判決主文」の次に、「事実及び理由」が記載される。そし

て「事実及び理由」は、「第一 請求」、「第二 事案の概要」、「第三争点に対する判断」で構成され、そのうち「第二 事案の概要」は一般的に、「一 争いのない事実」、「二 原告の主張」、「三 被告の主張」、「四 争点」に細目される。

かかる新様式の判決書によって、確かに、当該訴訟において当事者が何について争い、その争いについて裁判所が具体的にどう判断したか、という専ら争点整理・事実認定の側面は平明かつ的確に示されるに至ったと考える。

一方、旧様式による判決書は、特に当事者の主張についてブロックダイアグラムを前提に要件事実的な整理が行われていた。ここで、要件事実的な整理とは、「当事者の主張」を「請求原因」、「抗弁」、「再抗弁」……と構成・整理し、それぞれ各当該主張に対する認否を明らかにすることを指す。旧様式による判決書は、かかる整理によって当該訴訟における争点が要件事実的に明確に示されていたし、ひいては当該訴訟の実体法上の問題点の所在をはっきりさせ、これに対する裁判所の判断・理解も分かりやすく示されていたのである。

しかしながら、新様式による判決書における事案の概要は、前記のとおりであり、旧様式による判決書に見られた要件事実的な整理は行われない。その結果、新様式による判決書は、争点整理・事実認定の明確化と引き換えに、争点の要件事実的な明確化、及び、実体法上の問題点の抽出とこれに対する裁判所の判断の明示を後退させるという副作用を招かしてしまっているといえないであろうか。

特にこの副作用は、裁判所が当該訴訟の解決について「信義則違反」を根拠とする場合顕著となる。

すなわち、民法第1条第2項が規定する信義則を当事者が訴訟で主張する場面は、例えば、付随義務違反を理由として債務不履行に基づく損

(1) 最高裁判所事務総局編『新しい様式による民事判決書集（第三集）』（法曹会・1992年）はしがき部分。

信義則による主張制限と禁反言の原則

害賠償請求をする場合のように請求原因で主張を行うこともあるが（この場合、信義則違反という主張ではなく、信義則上当該付随義務が認められるという主張になる）、大抵は、原告からの請求に対する抗弁として、あるいは被告の抗弁に対する再抗弁として主張されるものである。この際、当該抗弁あるいは再抗弁としての信義則違反の主張は、相手方の主張ないしは請求が信義則に反して許されないとする者が行うものであり、弁論主義に服する主要事実は、信義則違反の評価の前提となる具体的事実となると一般には理解されている⁽²⁾。

このように信義則違反の主張が抗弁あるいは再抗弁として主張される場合、その主張の前提として、信義則違反の評価の対象となる相手方からの請求ないしは主張の存在が必要であることは明らかである。

また、信義則については、民事訴訟法第2条も信義則を規定しているが、民事訴訟法第2条が規定する信義則は訴訟法上の信義則と呼ばれ、「訴訟上の権能の濫用禁止」、「訴訟上の禁反言」、「訴訟上の権能の失効」、「訴訟状態の不当形成の排除」の4類型に分類される⁽³⁾。民事訴訟法第2条が規定する信義則は、あくまで当該訴訟における当事者間の訴訟行為をその範囲としており、当該訴訟行為の効力を争う者が、その信義則違反であることを主張・立証すべきことになる（つまり、信義則違反は抗弁としての位置づけとなる⁽⁴⁾）。そして、かかる訴訟法上の信義則も規範的要件であることにかわりはなく、民法上の信義則同様、相手方の訴訟行為が信義則に違反するという評価の前提となる具体的事実が主要事実となる。

このように、訴訟上の信義則違反を主張する場合にも、その主張の前提として、信義則違反の評価の対象となる相手方の訴訟行為の存在が必要であることは明白である。

(2) 伊藤真『民事訴訟法 [第3版]』（有斐閣・2004年）264頁。

(3) 伊藤・前掲(2)292頁。

(4) 大江忠『[第3版] 要件事実民法(1)総則』（第一法規・2005年）9頁。

ところが、近年の裁判例を検討すると、紛争解決の根拠としては「信義則違反」が明示されていながら、当該信義則違反が民法上の信義則違反か、民事訴訟法上の信義則違反かが必ずしも判然とせず、それどころか、信義則違反を主張する前提となる相手方の請求や主張、訴訟行為といった存在が認められないにもかかわらず、あたかも信義則という紛争解決のための万能根拠が行為規範として機能しているのではないかと評価しうる裁判例が散見される。

他方で、信義則を巡っては近年、その役割を再考しようとする動きも出ており、⁽⁵⁾紛争解決のための新たな信義則の機能が構築される胎動が始まっているとも考えられる。

そこで今回、特に上記副作用が激しいと思われた最三判平成16年10月26日裁時1374号3頁を題材に判例研究を行い、同研究を通じて上記副作用を抽出し、かかる信義則の権能・役割について学界の意見を拝聴したいと考え、本稿を執筆したものである。

二. 最三判平成16年10月26日裁時1374号3頁の分析

1. 事実の概要

- ① Aは、3つの金融機関（以下「本件各金融機関」という。）に対し、預金債権（以下、これらの預金債権を「本件各預金債権」といい、これらの預金を「本件各預金」という。）を有していた。
- ② Aは、平成3年4月30日死亡した。X（原告・控訴人・被上诉人）及びY（被告・被控訴人・上告人）は、Aの子であり、本件各預金債権を各2分の1の割合で法定相続した。
- ③ Yは、第1審判決別紙預金目録記載の各払戻年月日に、本件各金融機関から本件各預金の払戻しを受けたが、その際、本件各

(5) 廣峰正子「信義則再考——わが国の最高裁判例にみる信義則の役割——」立命館法学305号99頁以下。

信義則による主張制限と禁反言の原則

預金のうち被上告人の法定相続分である2分の1に当たる金員については、何らの受領権限もないのに、その払戻しを受けたものである。

- ④ Xは、YはX相続分の預金を無権限で払戻しを受けて取得し、これによりXはX相続分の預金相当額の損失を被ったなどと主張して、Yに対し、不当利得返還請求権に基づき、X相続分の預金相当額等の支払を求めた。

これに対し、Yは、本件各金融機関はX相続分の預金の払戻しについて過失があるから、上記払戻しは民法478条の弁済として有効であるといえず、したがって、Xが本件各金融機関に対してはX相続分の預金債権を有していることに変わりはないから、Xには不当利得返還請求権の成立要件である「損失」が発生していないなどと主張して争った。

2. 訴訟の経過

第1審である山形地裁鶴岡支部は、3つの金融機関のうち、2つについては金融機関に過失が認められるので、478条の規定する債権の準占有者に対する弁済にならないと判断した。そこで以下に挙げる訴訟の経過は本稿の研究対象となる限度で、以上を前提に、478条の規定する債権の準占有者に対する弁済にならないとされた2つの金融機関に関する部分を取り上げるものである。

第1審：山形地裁鶴岡支判平成15年8月20日金商1209号33頁

「……本来原告によって払い戻されるべき金員は既に被告が払戻しを受けてしまい、しかも被告が原告との関係でこれを保有し続ける実質的理由がないことも明らかである。……これらの点を考慮すると、原告の信義則違反の主張も理解し得ないわけではない」としながらも、「本件における主要な争点は、原告の損害の有無であり（筆者注：本

件は不当利得返還請求訴訟なので、判示中の損害とは損失の誤記であると考える)、本件各金融機関が被告に対して行った払戻しが善意無過失であったか否かという点であるところ、被告の前記行為が本件各金融機関の過失を積極的に導いたとまではいうことができない」とした上で、「本件における被告の主張が信義則に反するとまではいうことができず、この点に関する原告の主張は採用しない」としてXの請求を棄却した。

原審：仙台高裁秋田支判平成15年12月24日金商1209号32頁

「……他方で、債務者保護のための民法478条が弁済受領者の保護のために用いられるという不合理な結果となってしまうが、正当な権利者のこのような犠牲の下で弁済受領者を保護する必要は全く存しない。」

「……正当な権利者と弁済受領者との間で当該弁済による金銭的利益の帰属が是正されれば問題は一挙に解決されるのであり、……」などと判断した上で、「弁済受領者が、正当な権利者からの不当利得返還請求に対し、債権の準占有者に対する弁済に当たらないから本来の債務者から弁済を受けるべきだと主張して自らの責任を免れることは、信義則上許されないというべきである」と判示して、一転してXの請求を認容した。

最高裁：最三判平成16年10月26日判時1881号64頁

「(1)上告人は、本件各金融機関から被上告人相続分の預金について自ら受領権限があるものとして払戻しを受けておきながら、被上告人から提起された本件訴訟において、一転して、本件各金融機関に過失があるとして、自らが受けた上記払戻しが無効であるなどと主張するに至ったものであること、(2)仮に、上告人が、本件各金融機関がした上記払戻しの民法478条の弁済としての有効性を争って、被上告人の本訴請求の棄却を求めることができるとすると、被上告人は、本件各金

信義則による主張制限と禁反言の原則

融機関が上記払戻しをするに当たり善意無過失であったか否かという、自らが関与していない問題についての判断をした上で訴訟の相手方を選択しなければならないということになるが、何ら非のない被上告人が上告人との関係でこのような訴訟上の負担を受忍しなければならない理由はないことなどの諸点に鑑みると、上告人が上記のような主張をして被上告人の本訴請求を争うことは、信義誠実の原則に反し許されないものというべきである」と判示して、原審の判断を維持した。

3 研究

本件におけるXの訴訟物は不当利得返還請求権であり、Xは請求原因において、①X（原告）の損失、②Y（被告）の利得、③損失と利得間の因果関係、④Y（被告）の利得が法律上の原因に基づかないこと⁽⁶⁾を主張・立証しなければならない。

これに対して、被告であるYは、本件各金融機関はX相続分の預金の払戻しについて過失があるから、上記払戻しは民法478条の弁済として有効であるといえず、したがって、Xが本件各金融機関に対してはX相続分の預金債権を有していることに変わりはないから、Xには不当利得返還請求権の成立要件である「損失」が発生していない、と主張している。

このXとYの両主張につき整理すれば、YはXが主張する請求原因事実のうち、Yの利得（Yが法定相続分を超えて本件各金融機関から本件各預金の払戻しを受けていること：請求原因事実②）、Yの利得が法律上の原因に基づかないこと（Yには法定相続分を超える預金の払戻しを受ける権限が何ら存しないこと：請求原因事実④）には争いがなく、専ら事実認定上の問題点は、本件においてXに損失が発生しているかどうか（請求原因事実①）に集約されている。この点、損失

(6) 大江忠『[第3版] 要件事実民法(4) 債権各論』(第一法規・2005年) 585頁以下。

と利得間の因果関係（請求原因事実③）については、本件の場合、Xに損失の発生が認められれば、Yの利得との間の因果関係は問題なく認められる関係にあり、損失と利得間の因果関係（請求原因事実③）が独自に事実認定上の問題点に発展することはない。

Yは、Xに損失の発生が認められるかということに対して、前記主張を行っているが、かかる主張は、相手方の事実主張（XはYが本件各金融機関から本件各預金につき全額の払戻を受けているので、Xが法定相続分に従って本件各金融機関から本件各預金の払戻しを受けることが出来なくなってしまった）と異なる具体的事実（本件各金融機関のYに対する本件各預金の払戻しについては、民法478条「債権の準占有者への弁済」の適用はなく、従って、Xは自己の法定相続分に従って本件各金融機関から本件各預金の払戻しを受けることが出来る）を陳述して争っている⁽⁷⁾ので、積極否認（理由付否認）となる。これをうけて、XはYの上記積極否認（理由付否認）が信義則に反すると主張している。

Xの信義則違反との主張に対して、第1審と原審・最高裁では全く異なる次元で信義則違反か否かを判断している。すなわち、第1審は、Yの主張する事実を認め本件でXには原則として損失は発生していないとして、その上で、Yが本件各金融機関に対して民法478条の成立を阻害するような積極的な関与はなかった、としてYの積極否認（理由付否認）が信義則に反するとまではいえないとしている。他方で、原審・最高裁はその理由に若干の差異はあるものの、Yが主張する事実の存否について判断することなく、Yが無権限で本件各金融機関から本件各預金の払戻しを受けた者という地位に鑑み、かかる地位にあるものが本件のような積極否認（理由付否認）を行うこと自体が信義則に反する、と判断している。

(7) 上田徹一郎『民事訴訟法 [第四版]』（法学書院・2004年）292頁。

信義則による主張制限と禁反言の原則

かかる判断の差異も興味を引かれるところであるが、本稿の趣旨に鑑みれば、後述するように、第1審の判断は格別、原審・最高裁の判断にこそ新様式による判決書の副作用が顕著に見られる。すなわち、本件で裁判所がその判断に至っている信義則とは何であるか、という点である。

この点、本件においてXが請求している訴訟物は不当利得返還請求権であり、その請求原因は前記のとおりである。そうすると、XがYの主張に対して「信義則違反」を主張するということは、少なくとも「信義則違反」の信義則が民法上の信義則である場合は、ブロックダイアグラムのみにて当該主張は再抗弁の位置に整理されることになろう。ところが、Xが信義則違反であるとするYの主張は、前記のとおり抗弁ではなく積極否認（理由付否認）にすぎない。再抗弁とは、最初の抗弁に対抗するための抗弁であり、その性質は最初の抗弁と同一であるところ、抗弁とは、一方当事者が主張する事実にもとづく法律効果を前提としながら、相手方が、その法律効果の発生を妨げ、またはそれを消滅させる目的で、別の事実を主張することである。⁽⁸⁾

とすると、Yの主張が抗弁と評価されない以上、Xはかかる主張に対する再抗弁として信義則違反を主張することはできないということになる。

また最高裁が「上告人は、本件各金融機関から被上告人相続分の預金について自ら受領権限があるものとして払戻しを受けておきながら、被上告人から提起された本件訴訟において、一転して、本件各金融機関に過失があるとして、自らが受けた上記払戻しが無効であるなどと主張するに至ったものであること」という点を信義則違反の根拠の一つとしていることから、Xの信義則違反の主張における信義則とは民事訴訟法上の信義則であり、Yの積極否認（理由付否認）は主張制限

(8) 伊藤・前掲(2)285頁。

にあった、と考える余地もあるかもしれない。

しかしながら、そもそも民事訴訟法上の信義則は、当事者の訴訟行為について信義誠実訴訟進行義務を課すものであり、裁判規範として⁽⁹⁾裁判所によって却下ないしは訴訟行為本来の効力を否定されるのは、当事者の訴訟行為である。

ところが、本件においてYは本件第1審から首尾一貫して前記積極否認（理由付否認）を主張しており、この点に矛盾挙動はない。また、最高裁は「……一転して、本件各金融機関に過失があるとして……」と指摘しているが、Yは本件各金融機関から本件各預金を全額払戻しているが、本件各金融機関に過失はない、すなわち本件各金融機関の自己への払戻は民法478条「債権の準占有者への弁済」に当たるなどという主張を全くしていない。更には、本件第1審が認定しているように、Yには本件各金融機関の過失を積極的に導いたということさえないのである。

したがって、本件で最高裁が判示している信義則が、民事訴訟法上の信義則ということも困難であると考ええる。

そうすると、本件において裁判所がその判断の根拠としている「信義則」とは何なのであろうか。これが、本稿で問題としている新様式による判決書の副作用である。旧様式による判決書であれば、少なくともブロックダイアグラムの整理（抗弁、再抗弁といった主張毎の整理）がされているので、一般条項たる信義則についても当該信義則あるいは信義則違反の主張が何に基づくものか、何に対するものか、ということが明確になっていたのであるが、新様式による判決書の場合、前記のとおり当該判決書からだけでは、にわかには判別できないのである。

不当利得返還請求訴訟において、信義則違反が主張される場合とは、

(9) 伊藤・前掲(2)291頁。

信義則による主張制限と禁反言の原則

「原告が当該不当利得の返還を被告に求めること自体が信義則に反する場合」であるとか、「原告の損失の発生ないしは被告の利得の発生に関して、原告の信義則に反する関与が認められる場合」など、一般的には被告の抗弁として主張される。⁽¹⁰⁾この考え方に則すると、本件第1審に関しては、Yの積極否認（理由付否認）で主張された事実を前提として、仮に、Yが本件各金融機関の過失を積極的に導いていた場合は信義則違反としてYの積極否認（理由付否認）を認めないとする余地があることを指摘しているので、前述の「原告の損失の発生ないしは被告の利得の発生に関して、原告の信義則に反する関与が認められる場合」を変則的に導入し、当該信義則違反を請求原因事実である原告の損失の発生に取り込もうとしていた、と評価できる。しかしながら、本件原審・最高裁に関しては、前記のとおりかかる評価さえできないのである。

このような新様式による判決書の副作用を危惧するのは、ひとえに信義則が一般条項であるからにはほかならない。すなわち、信義則は不確定概念であり、信義則違反という抽象的な事実を主要事実とみるべきではなく、不意打ち防止との関係でより具体的な準主要事実（信義則違反であることを根拠付ける、あるいは評価の基礎となる具体的な事実）⁽¹¹⁾につき弁論主義の適用を問題としなければならない、とされる。さらに、裁判所としては、可及的に中立性を維持し紛争内容の自主的
形成や不意打ち防止機能を確保するためには、弁論主義を維持しつつ、
⁽¹²⁾
⁽¹²⁾ 積明権の行使によりその事実につき攻撃防御を尽くさせるべきである。

ところが、本件のように信義則違反の主張が、訴訟構造上どういう主張なのか、あるいは何を根拠とする主張であるのかが明確でなければ、防御方法を講じなければならない被告としても防御の指針が立て

(10) 大江・前掲(6)600頁以下参照。

(11) 上田・前掲(7)329頁。

(12) 上田・前掲(7)330頁。

にくいし、何よりも、当該主張にあまり注意を割いていなかったとしても、信義則違反についての準主要事実が主張・立証されていれば信義則違反の主張が認められる、というのであれば当事者にとっては不公平極まりないことである。のみならず、ブロックダイアグラムの整理を放棄することによって、いわば信義則を行為規範としてそのまま判決の基礎にするという、場合によっては当該裁判官の主観的価値観によっていかようにも結論が左右される叙情的な民事訴訟が展開されていくことにはならないだろうか。かかる漠然とした不安が杞憂に終わるためにも、各裁判官においては、判決書は新様式によるとはいえ、証拠調べ前までに旧様式に則した争点整理案を作成し、当事者に不意打ちを与えない考慮を一層賜うことを祈念するものである。

なお、本件における原審・最高裁の判断と価値観を同じくするものとしては、無権代理人に対して損害賠償請求を行った事案において、無権代理人が抗弁として表見代理の成立を主張したところ、かかる主張について「表見代理は本来相手方保護のための制度であるから、無権代理人が表見代理の成立要件を主張立証して自己の責任を免れることは、制度本来の趣旨に反するというべきであり、したがって、右の場合、無権代理人は、表見代理が成立することを抗弁として主張することはできないものと解するのが相当である」と判示した最三判昭和62年7月7日民集41巻5号1133頁を挙げることができるであろう。無権代理人に対する損害賠償請求について、要件事実の観点からは、表見代理の不成立が無権代理成立のための請求原因事実になるのではなく、表見代理の成立要件が⁽¹³⁾(無権)代理人にとって抗弁として位置づけられるものである。この理は、実体法上、表見代理が成立しないことが無権代理人の責任の成立要件とした場合に概念的に考えられるものである。しかしながら、最高裁はかかる抗弁につき主張自体失当と

(13) 大江・前掲(4)356頁。

信義則による主張制限と禁反言の原則

し、主張することが信義則に反するのではなく、そもそも主張することができない、と判示したのである（但し、本件において相手方が信義則違反の主張をしているかどうかは不明）。

この点、本件におけるYの積極否認（理由付否認）は民法478条が成立しないことを内容とし、前記最三判昭和62年7月7日では、抗弁として民法110条が成立することを内容としている。したがって、条文・制度の趣旨に反することを根拠とする場合には、前記最三判昭和62年7月7日では主張自体失当と判じることができても、本件では主張自体失当とは言い難い面はあったといえる。このことは本件原審においては指摘されていた「債務者保護のための民法478条が弁済受領者の保護のために用いられるという不合理な結果となってしまうが、正当な権利者のこのような犠牲の下で弁済受領者を保護する必要は全く存しない」という点が、最高裁の判断では全く指摘されていないことから窺える。また、抗弁であれば論理的・解釈的に成り立たないと判断できても、相手方の事実を否定しているに過ぎない積極否認（理由付否認）については論理も解釈も介在しようがない。しかしながら、Yの積極否認（理由付否認）を許容できないとの判断にいたったとき、Yの積極否認（理由付否認）を排除する根拠がたまたまXが主張していた信義則という主張だったのではなからうか。

信義則とは抽象的な概念であるために、時として実体法上に具体的な攻撃防御方法が存しないけれども、結果の妥当性が著しく図られていないという場面に直面したとき、藁にもすがる思いで「信義則違反」を主張することは実務において散見されることである。そして、かかる「信義則違反」に関して主張する事實は、ややもすると信義則を評価規範ではなくあたかも行為規範として捉えることを前提とした事実であることがある。しかしながら、行為規範的に信義則が用いられようと、当事者の公平が図られ、当事者の不意打ち防止が保障されているのであれば、紛争解決手段として有効だとも考えられる。そこでか

かる観点をふまえた上で、民法上の信義則について従前から理解・整理されている以上の性質・役割を新たに考えることが可能なか、可能だとしたらどのような性質・役割なのかを実体法上明らかにして頂ければ、かかる性質・役割についてブロックダイアグラムにどう反映し、また、民事訴訟をどう追行していけばよいかを検討することにより、前述した不安を解消する礎になるものと思料する。

ところで、民事訴訟の理念の1つとして、当事者及び裁判所に対して、争いとなる事実について真実を発見するために、できる限りの手段を与えることを唱える学説⁽¹⁴⁾もあるし、また、弁論主義の機能の一つである真実発見機能から、当事者の弁論の矛盾・不明確や当事者の力の差等から自己責任による事実・証拠の収集・提出が真実発見機能を営まない場合には、裁判所が釈明義務を行使することによって、弁論主義の真実発見機能の回復が図られなければならない、とする見解⁽¹⁵⁾もある。しかしながら、本件において最高裁が採った信義則を用いた判断は、金融機関のYへの払戻が債権の準占有者への弁済にあたらない、この結果として、Xには「損失」が発生していない、という事実（要件事実）が真実であるかどうかという事実認定に関して（というよりも、むしろ第1審ではこれが真実であるとの認定がなされている）、Yの主張を制限する（金融機関のYへの払戻が債権の準占有者への弁済にあたらない、という積極否認を認めない）という方法によって、真実の発見を困難にしているのではないか。すなわち、真実の発見よりもYの矛盾挙動（訴訟上、あるいは、実体法上「抗弁」や「再抗弁」となりうるものではなく、単に過去に自分が行った言動と異なる言動をとったこと—すなわち、金融機関に対して払戻権限があるかのように振舞って払戻を受けておきながら、訴訟では一貫して払戻権限がなかった旨主張していること）を許さないということを優先しているの

(14) 伊藤・前掲(2)21頁。

(15) 上田・前掲(7)320頁。

信義則による主張制限と禁反言の原則

である。この優先させた根拠が信義則なのであろうが、先述しているように信義則にそこまでの行為規範性が認められるということは大いに疑問の残るところである。

三. 本判決における信義則とは

1. 本判決に対する学説の評価

我々の関心は、前述したとおり、一見妥当な信義則の用い方であると思われる事例について、よくよく考えてみれば、それは従来の信義則の用いられ方ではなく、かえって当事者の攻撃防御の機会を奪う問題を孕んでいるのではないか、という点であった。しかし、この点を論じる前に、本判決について学説がどのように評価しているのかをまず概観しておくことにする。

本件で表面上争点として現れるのは、Xに703条の「損失」という要件が成立するか否かである。この点、理論的には、債務者が債権の準占有者Yに善意無過失で弁済する場合には、債権者Xに債権喪失という「損失」が発生するから、YはXに対して不当利得返還義務を負い、反対に債務者が悪意又は有過失の場合には、債権の準占有者に対する弁済として当該弁済が有効となることはないから、債務者はなおもXに弁済する義務を負うのであり、したがってXには「損失」が発生していないとされる⁽¹⁶⁾。しかしながら、損失の発生については、原告側に立証責任があるため、この点をめぐって議論されることになる。というのも、理論上は、478条の準占有者への弁済として有効になれば703条の損失の発生という要件を充たすので明快なのであるが、これを厳密に貫けば、債権者であるXが、債務者の善意無過失という自己の与り知らない微妙な事柄を立証しなければ、Yに不当利得返還請求をなしえないという結果に

(16) 我妻栄『債権各論下・1（民法講義V₄）』（岩波書店・1964年）1036頁以下、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為上（現代法律学全集10-1）』（青林書院・1981年）165頁以下、等。

なり、その妥当性が疑われるからである。この点については、従来から議論されていたところであり、債務者のYに対する弁済給付が効力を生じない場合にも、Xがこれを追認するときは有効な弁済となり、XはYに対して不当利得返還請求権を取得するとの見解がある⁽¹⁷⁾。

本判決に対する評釈も、大部分がこの点に割かれている。例えば藤原正則教授は、XがYに不当利得返還請求できるとする前提は、Yの弁済受領権限のXの追認と考えざるを得ないとし、そうすると、X→Yの不当利得返還請求を信義則で排除することは、Xの債務者及びYに対する選択的な請求、しかもYの不当利得の返還と同時履行でのXの追認の可能性につながる、と問題提起する。そして、この点にかかわるドイツの判例・学説を分析し、本判決のあり得る帰結、つまり、弁済受領者の不当利得返還と同時履行での債権者の追認の余地は十分に考慮に値するとし、ただし、債権者と債務者が弁済受領者に同時に請求した場合に債権者の請求が優先するとの見解⁽¹⁹⁾に関しては留保している。小野秀誠教授も、本件においては、Xの債務者に対する預金債権を直ちに消滅させるものではないから、Xの債務者とYに対する債権が並存することになり、Xと債務者による二重請求の危険があるから、事案によっては追認と認めべき場合もあるとする⁽²⁰⁾。この点は、角田美穂子准教授も、本判決は信義則に根拠を求めているのであり、XがYに不当利得返還を請求した時点で金融機関のYに対する弁済を「承認」したことになりXの預金債権が消滅したことを意味しているわけではなく、Xの金融機関に対する預金請求との並存⁽²¹⁾が認められることを示唆する、と述べる。

(17) 我妻・前掲(16)1037頁。

(18) 藤原正則「無権限弁済受領者への債権者の不当利得返還請求の可否」民商法雑誌132巻1号112頁以下。

(19) 奥田昌道『債権総論 [増補版]』(悠々社・1992年) 551頁。

(20) 小野秀誠「不当利得返還請求訴訟において、請求権の成立要件である『損失』が発生していないと主張して請求を争うことが信義誠実の原則に反するとされた事例」金融法務事情1748号7頁以下。

信義則による主張制限と禁反言の原則

いずれの評釈も、703条の損失発生要件について論じるものであり、本判決での信義則の用いられ方を問題とするものはない。藤原教授は、原審の説くように、債権者に478条の成否を判断させるのは不当であること、 $X \rightarrow$ 債務者 $\rightarrow Y$ を $X \rightarrow Y$ に短縮する便宜、及び、自己の弁済受領権限がないことを抗弁（傍点筆者）とするYの主張の不当さに鑑みれば、本判決は妥当であると評価する。小野教授も、Yの善意無過失を判断して訴訟の相手方を選択する負担をXに負わせる結果を考慮して原審及び最高裁がYの主張を排斥した、と述べていることから、こうした原審・最高裁の立場を是認するものと言えよう。

筆者の知る限り、笠井修教授は、本件は、従来から指摘されてきた信義則に反する行為の一類型である先行行為に矛盾する行為（禁反言的行為）に属する行為の一具体例を追加したものだとも見ることもできる、と指摘している⁽²²⁾。このほかは、わずかに角田准教授が、本判決は禁反言適用事例の一つと位置づけることもできよう、と言及している程度である。しかしながら、繰り返しになるが、ここでのYの主張は「抗弁」ではなく、それ故に、信義則によってその主張を阻むことが可能であるのか、がまさに問われるべきなのではなかろうか。なお、前掲笠井論文は、「……本判決が現れたことにより、今後同種の不当利得返還請求の事案において、弁済受領者は受領した以上はもはやその有効・無効に対しては争うことが信義則上封じられるとともに、債権者はその主張立証の負担が著しく軽減されることになった。ただ、この関係を要件事実論上どのように理解すべきかは、必ずしも明らかではない」と述べて検討している。今回の信義則の用いられ方に対して要件事実論の見地から疑問を呈する点は、本稿の問題意識と共通するものであると思われる。

(21) 角田美穂子「相続分を超える預金払戻を受け不当利得返還を請求された者による預金債権存続主張の可否」法学セミナー603号120頁。

(22) 笠井修「不当利得返還請求訴訟における『損失』が発生していないという主張と信義則」法律のひろば2005年10月号54頁。

2. 本判決における信義則の役割

問題点を抽出したところで、では改めて、なぜ本件で信義則がこのように用いられたのか、その是非や意義を考察することにする。

私が本件に対してまず素朴に感じることは、我々が判例を検討するときによく用いるフレーズである、「理論はともかくとして結果は妥当である」とさえ、言いうるのか、ということである。原審は、「正当な権利者と弁済受領者との間で当該弁済による金銭的利益の帰属が是正されれば問題は一挙に解決されるのであり、弁済をした債務者が債権者に対して重ねて弁済しなければならず、それを待って弁済受領者が債務者に対して不当利得を返還するということは、余りにも迂遠である」と言う。しかし、取引がますます複雑・煩雑になる現在、簡便化したいとの要求はどのような形態にもあろうし、事件の一回的解決は誰しものが望むことであろう。このような状況で、信義則によって被告の主張を制限することで手続きの迂遠さを回避し事件の一回的解決が可能となるのであれば、およそ裁判官への白紙委任となり、従来から危惧されている、「一般条項への逃避」や「法の軟化」に陥らざるを得ない。むしろ、預金債権のような可分債権は法律上当然に分割され各共同相続人がその相続分に応じて権利を承継するという確定判例⁽²³⁾があり、葬儀にも参列して相続が開始したことを熟知しながら、漫然と法定相続分を超える支払いをなした各金融機関の過失は明らかなのであるから、迂遠であろうと、金融機関は二重払いの危険を甘受すべきであるとの価値観も成り立たないわけではないだろう。主観的予備的請求が認められない現在の訴訟実務においては、今回の事件は、原審・最高裁が採用した手法を用いない限り、おそらく事件の一回的解決は図れない。しかし、この手法は、なにより原審自らが認めるとおり、「債務者保護のための民法478条が弁済受領者の保護のために用いられるという不合理な結果になってしま」い、478条

(23) 最一判昭和29年4月8日民集8巻4号819頁。

信義則による主張制限と禁反言の原則

の趣旨にもとることになるのである。その意味では、形式どおりに判断を下した一審は妥当だったとも言えよう。「形式」といえばややもすれば聞こえが悪いが、法規範の予測可能性を保障しようとした実定法の法治主義思想に沿うものである。確かに形式論を貫いて看過し得ない不都合が生じるのであれば、明文規定にさえ反しなければならぬ場合もあるかもしれないが、本件においては、さしあたりそのような不都合性も感じない。むしろ、高裁・最高裁のように信義則が曖昧に用いられることの方が、論理的には問題であるように思われる。その意味で、一審の判断は妥当である、と言いたかったのである。

では、高裁や最高裁が、ここであえて形式を曲げ、信義則を持ち出したのはなぜなのか、その判断の根底に流れるのはどのような考えだったのであろうか。そこには、おそらくまったく落ち度のない被害者ともいえるべき原告（真の債権者）と、過失に基づいて支払いをなしてしまった債務者（金融機関）、自己の法定相続分を超える支払いを受けておきながら、金融機関の過失を理由に不当利得の返還を拒む準占有者（被告）の三者を比較考量しようとする態度があったのではないか。そして、そこで比較考量されたのは、各自の非難性（の大小）ではなかったかと思われるのである。このことは、高裁が、「この点、被控訴人は、控訴人の調査義務違反を主張し、また、過失のある本件各金融機関の責任を免れさせるべきでない」と主張するが、上記の検討から明らかとなり、控訴人が被控訴人との関係でそのような調査義務を負うことはないし、自らの法定相続分を超えて本件各預金全額を払い戻した被控訴人が本件各金融機関の過失を非難して自らの責任を免れることも許されない」と明確に判示した態度からも看取することができよう。蛇足ながら付け加えると、同一当事者間（しかも高裁裁判官3人もすべて同一）の同種事案（本件では預金債権が問題になっているが、郵便貯金⁽²⁴⁾が問題となった事例）の高裁判決では、この言明はいっそう鮮明になり、「本件払戻が債権の準占有者に対する弁済に当たらないと主張すること自体が信義則上

許されないと判断する」(傍点筆者)と判示されているのである。

そうだとすれば、もしこのような役割を信義則が担うるとすれば、要するに信義則によって当事者の一定の行為を非難して主張自体を阻むことが可能であるとすれば、高裁や最高裁の判断を是認する余地がでてくるかもしれない。しかし、このことは、再三述べてきたように抗弁や再抗弁を封じるものではないから、信義則に一般的な行為規範性を認めることにつながるのではないだろうか。

四. 判例にあらわれた禁反言の原則

信義則の具体的な現れとして禁反言の原則やクリーンハンズの原則が挙げられる⁽²⁵⁾。本件の場合、自己の裁判外での先行行為に反する主張を裁判で主張することが信義則により制限されたのであるとすれば、禁反言の原則が適用された蓋然性が高い。そこで、まずこれまで最高裁でこの法理がどのように現れてきたのかを概観することにする。

1. 表示行為による禁反言

(1) 最三判昭和41年2月1日民集20巻2号179頁

原審の確定した事実は以下のとおりである。被告Yは、最初Aの住所にてA所有の薪炭、氷等について、執行吏をして仮差押の執行をさせようとした。そこへ、第三者である原告会社Xの代表者Bが来て、執行吏やYの代理人弁護士に対し、「Aの炭や氷を押さえられたら、明日から商売できない。本件仮差押の被保全債権である手形債権の実質上の債務者はXであり、Xは、Aから机や椅子などを預かって保管している。自分がそこへ案内するから、それを押さえてくれ。」との趣旨を申し向けた。執行債務者であるAも「そのとおり預けてあるから、そうしてくれ。」

(24) 仙台高判平成16年2月18日判例タイムズ1153号157頁。

(25) 谷口知平・石田喜久夫編『[新版]注釈民法(1)総則(1)』[改訂版](有斐閣・2002年)98頁以下。

信義則による主張制限と禁反言の原則

と符節を合わせた。Y代理人らは、これを信じ、他にAの財産があるならそれを差し押さえた方がよいと考えるにいたった。X代表者Bは、Aの住所における執行を中止させた上、Y代理人らをXの本店に案内し、本件物件（机、椅子等）を指示し、右はAから預かっているA所有の物件であると主張して提供した。Y代理人らは、右提供物件をAの所有に属するものと信じて、執行吏をしてこれに対する執行をさせた。これに対して、Xが、Yがなした右有体動産仮差押の執行に対して、右差押物件が自己の所有に属することを主張して第三者異議の訴えを提起したのが本件である。

原審は右のような事実認定をした上、Xの請求を棄却した。その理由とするところは、およそ強制執行に際し、第三者が自己の所有物を執行債務者から預かった同人所有のものである旨表示し執行債務者に任意提供する等、これに対する執行を誘発する言動に出、よって執行債権者をして執行債務者の所有に属するものと誤断してこれに対する執行をなすにいたらせ、反面執行債務者の他の物件に対するそれ以上の執行が取り止めとなった事情があるときには、その第三者が右物件に対する執行異議の事由としてその所有権の帰属を主張することは、信義則に照らして許されない、というものである。

Xは、原審には民事訴訟法748条、549条の解釈を誤り、信義則の適用を誤った違法があるとして上告したが、最高裁は、原審の見解を正当として上告を棄却した。

本件調査官解説は、本件を表示行為による禁反言の原則の適用が認められた事案として解説している。⁽²⁶⁾右解説によれば、禁反言の原則は、法の世界におけるいわばフェアプレイの精神の発現であり、過去の行動と矛盾する主張を禁ずる英米法に特殊の法理であったものであって、一方

(26) 森網郎「第三者異議の訴の異議事由として所有権を主張することが信義則に照らして許されないとされた事例」最高裁判所判例解説民事編昭和41年度43頁以下。

において表示主義、外観主義の一態様であるとともに、他方において信義誠実の原則の一適用であり、わが国においても、民法の表見代理制度などはこの禁反言の法理を背景とするものであり、特に商法においては名板貸の責任等各方面においてこの法理の存在を見出せるという。この解説が表示行為による禁反言の成立要件についてどのように論じているかは後述に譲るとして、本件における信義則適用の意義だけをここで確認しておく。解説は、原審としては、Xの所有権の存在を確認した上で権利濫用の法理を用いるという方法もあったかと思われるが、その方法をとらず、所有権の有無を確認するまでもなく禁反言の原則によって所有権の主張を許さないとしたものであって、原審確定の事実関係に照らせば、原審の判断は正当として是認しうる、と評価している。ただし、注において、XがY以外の者に対して所有権を主張しうるかは別個の問題であると指摘している。そして、少なくとも競落人に対しては所有権を主張できないとしつつも、その場合にXは所有権を喪失するのか、喪失するとすればその時期はいつか、という困難な問題があるが、この種の問題は、権利濫用や信義則などのいわゆる一般条項を適用する際に常に付きまとう問題であって、本件ではそこまでふれる必要はなかった、と述べている。

(2) 最二判昭和41年11月18日民集20巻9号1845頁⁽²⁷⁾

原審が確定した事実関係は以下のとおりである。訴外Aは、(1)訴外Bの代理人と称して、Xに対し、自分が連帯保証をするからBに金を貸してやってもらいたいと申し入れ、Xの承諾を得て5万円の交付を受け、

(27) 磯村保「矛盾行為禁止の原則について——信義則適用の一場面 1～4」法律時報61巻2号90頁以下、同3号74頁以下、同6号120頁以下、同13号80頁以下は、主として無権代理と相続、他人物売買と相続を題材に、矛盾行為禁止原則（筆者注：禁反言の原則と同一であると述べられている）適用基準の精密化の必要性を説いているが、本判決も取り上げられている（同61巻6号122頁）。

信義則による主張制限と禁反言の原則

(2)訴外Cの代理人と称して、前同様借金の申し入れをなし、6万円の交付を受けたが、いずれの場合においても、Aは代理権を授与されていなかった。その後Aが死亡し、Yが相続によりAの権利義務を承継した。

XがYに対して連帯保証債務の履行を求めた本訴請求に対して、原審はXの請求を認容した。これに対して、Yは、主債務の成立を否定しながら連帯保証債務の成立を肯定した原判決には保証に関する法令の解釈を誤った違法があるとの理由で上告した。最高裁は、「他人の代理人と称して、金銭消費貸借契約を締結するとともに、みずからその他人のため連帯保証契約を締結した者が、債権者の提起した右連帯保証債務の履行を求める訴訟において、代理権の不存在を主張して連帯保証債務の成立を否定することは、特別の事情のないかぎり、信義則に反して許されない」(下線筆者)と判示して、Yの上告を棄却した。

本判決の調査官解説は、本件における信義則の適用を「表示による禁反言の法理」の事例として論じている。⁽²⁸⁾右解説によれば、信義則の一態様として現在広くその適用が認められている表示による禁反言は、英米法上のエストッペルの法理に由来するもので、訴訟において、表示者が、かつて自分のした表示が真実に反していたことを理由としてこれをひるがえすことを許さず、被表示者が、表示者の表示が真実であったのと実質的に同一の立場に置かれるべしと主張することを許すものである。判例はかつて、この法理を認めていなかったが(大判明治31年10月11日民録4巻9号24頁)、その後この原則を容認するに至り(大判昭和13年2月16日民集17巻613頁)、現在この原則を適用したと見られる裁判例は多数に上る。そして、表示による禁反言が成立するためには、以下の要件を具備しなければならないとする。第一に、表示者が被表示者に対し、言語挙動により、または、作為義務があるのにこれに反して黙示するこ

(28) 川寄義徳「無権代理人から代理行為の相手方に対し代理権の不存在を主張することが信義則上許されないとされた事例」最高裁判所判例解説民事編昭和41年度501頁以下。

とにより表示したこと、第二に、表示者が現実に表示意思を有していたか、または、その意思の存在を推定しうること（表示者に欺罔の意思があることを要しない）、第三に、被表示者が、表示者の表示を真実と信じて従来地位を不利益に変更したこと、第四に、以上の要件を充たすときでも、(イ)被表示者が表示の不真実なることを知っている場合、(ロ)相手方に信頼が生じないうちに表示を撤回した場合、(ハ)表示が相手方の詐欺、強迫に基づく場合、(ニ)禁反言を認めることが違法もしくは公序良俗に反する結果を招来する場合、(ホ)禁反言の基礎をなす表示が、禁反言主張者のすでにした表示に基づいて生じた場合には、表示者は禁反言の拘束が免れることができる。これを本件に当てはめてみれば、成立要件はすべて充足されており、本判決の言う「特別の事情」とは、禁反言阻却事由を指しているとは解すべきであるが、この阻却事由についてYは主張・立証をなしていないことから、原審の判断を肯定した本判決は支持される、というのがこの解説の帰結である。そして、本判決は、契約締結の際の表示に禁反言の拘束を認めたものであって、参考に値すると評価している。

(3) 最二判昭和42年4月7日民集21巻3号551頁

事実の概要は、以下のとおりである。訴外Aは昭和28年死亡し、本件家屋ならびに田を、Aの妻B、Aの養女X、Xの亡夫（A・Bの婿養子）の代襲相続人D・E・F（いずれも未成年であり、親権者はX）が共同相続した。しかしXは、昭和29年6月、本件家屋につきX名義の保存登記を、田につきXの単独相続による所有権移転登記をした（その後昭和34年Bの死亡により、結局持分は、Xが2分の1、D・E・Fが各6分の1となった）。昭和33年Yは、訴外Gに30万円を貸与し、この債権を担保するためにXを物上保証人として本件家屋及び田に抵当権を設定し登記を経由した。ところで昭和37年、D・E・Fは、Xに対して各持分の回復を求める相続回復請求の訴えを提起し、Xはこれを認諾した。そ

信義則による主張制限と禁反言の原則

して当事者間で、本件家屋をXの所有、田をD・E・Fの共有とする旨の遺産分割協議が成立した。そこでXは、Yに対して、本件家屋につき抵当権設定を承諾した覚えはなく、本件田は遺産分割の結果DEFに遡及的に帰属することになるから、いずれも抵当権は無効であると主張して、その登記抹消を請求したのが本件である。

第一審は、Yの抵当権は本件家屋だけでなく田についても有効に成立したと認定した上、DEFとX間の訴訟とその認諾・遺産分割は、実質的には抵当権の実行を免れるための苦肉の策と考えられるから、「いやしくも一旦抵当権の設定を承諾したXが抵当権者であるYに対し本件家屋田は相続開始の時に遡ってXとその子らの共有になった旨主張するようなことは信義則上許されない」として請求を棄却した。原審も、民法909条但書によりYの既得権として有する抵当権を侵害することはできないとして、Xの控訴を棄却した。

Xは、909条但書は分割前の個別の遺産上の持分の処分が有効であることを前提としているのであり、自己の持分を超えて処分した場合には効力がなく、したがって少なくとも自己の持分を超える部分に関する限り抵当権は当然に排除されるべきであるとして上告した。最高裁は、以下のように判示して上告を棄却した。すなわち、本件家屋については、遺産分割の結果Xの単独所有になったのであるから抵当権設定契約は締結時に遡って有効となり、田については、遺産分割前にXが有していた持分についてはYが抵当権を失うことはない。そして、「本件田について、共同相続によって持分しか取得しなかったにもかかわらず、自己が単独相続したとして、その旨の所有権移転登記を経由し、これを前提として、被上告人との間において右抵当権設定契約を締結し、その旨の登記を経由したというのであるから、上告人が、被上告人に対し、その分割前に取得していた本件田の持分をこえる持分についての右抵当権が無効であると主張して、その抹消（更正）登記請求をすることは、信義則に照らして許されないというべきである」。

(29) 調査官解説では、いくつかの理論構成の可能性を探りつつも、本件も、
 作為表示（表示行為）による禁反言の原則の適用を肯認するものである
 とする。その述べるところは、前掲(1)・(2)判決と異ならない。なお、表
 示行為による禁反言の成立要件として定立するところは、前掲(1)判決と
 ほぼ同様であるし、かつ本件の方が整理されていると思われるので、こ
 こで確認しておく。すなわち、表示の内容の成立要件として、①一般取
 引通念に照らして、相手方が一定の事実の存在または不存在を信ぜしめ
 るようなものであること、②現存の事実または過去の事実であること、
 ③表示の内容が意見、評価の表示でないことであり、表示者の主観的要
 件としては、①現実の事実に関する虚偽の表示であること、②表示者が
 悪意ないし有過失であることであり、相手方の主観的要件としては、①
 相手方が善意であること、②相手方が表示者の虚偽の表示に誘われたこ
 と、である。さらに本件では、表示者と相手方との利害を客観的に較量
 して、表示者よりも相手方をより保護するに値すると考えられること、
 との要件が加重されている。なお、本解説が本件以外に禁反言が適用さ
 れた事例としてあげているのが、前掲(1)、(2)判決や最大判昭和41年4月
 20日民集20巻4号702頁⁽³⁰⁾である。

(29) 豊水道祐「抵当権の無効を主張することが信義則に照らして許されな
 いとされた事例」法曹時報19巻7号146頁以下。同・最高裁判所判例解説
 民事編昭和42年度146頁以下。

(30) 前掲(2)・(3)判決の調査官解説では、本判決は禁反言法理を適用し
 た例として言及されているが、本件調査官解説（栢田文郎「一 消滅時効
 完成後に債務の承認をした場合において右承認はその時効の完成を知っ
 てしたものとするの可否 二 消滅時効完成後における債務の承認
 と当該時効援用の可否」最高裁判所判例解説民事篇昭和41年度146頁以下）
 では、特段禁反言の法理についての言及はない。

また、本判決の信義則による理由付けに対しては、学説上異論もある。
 例えば、五十嵐清「消滅時効完成後における債務の承認はその時効の完成
 を知ってしまったものとするの可否・消滅時効完成後における債務の
 承認と時効援用の可否」判例時報456号（判例評論95号）108頁以下など。

本判決によって、消滅時効完成後の債務承認は時効完成を知ってしまったも

信義則による主張制限と禁反言の原則

以上のように、表示行為による禁反言原則の適用が肯定された事例を概観すれば、外観法理が確立する生成過程において、信義則という一般条項が寄与したことが窺われる。当事者の主張がどのようになされてきたかについては、判例集に詳細が記されていないので定かではない。しかし、平成16年判決のように要件事実の立証にかかわる主張を制限する場合ではないから、おそらく一定の外観の作出やそれに対する信頼の存在などを争う中で、攻撃・防御の機会がある程度存在したことは推測されよう。

しかしなお留意すべきは、これらの判決は学説上特異な判決と目され、一定の積極的評価がなされる反面、その論理構成や結論の妥当性につき疑問を投げかけられていたということである。

中でも注目すべきは、下級審判決も含め一定の判決の蓄積があり、調査官解説を見る限りは要件枠組みが確立してきたように思われる(3)判決に対する評価である。例えば、最高裁が表示による禁反言を法理として確立するのに寄与したと思われる本城武雄教授⁽³¹⁾は、判決の結果は妥当で

のと推定することは否定されたが、とはいえ結局信義則によって援用権の行使が阻まれることになる。この点、禁反言の法理を適用するためには、自己の先行行為に矛盾するのみでは足りず、それに加えて、先行行為に矛盾することが非難に値すること、あるいは、相手方が惹起された信頼に基づいて不利益変更をなしたことが必要であると思われる。したがって、少なくとも援用権を放棄した場合ならばともかく、時効完成を知らずに債務の承認が行われており、あるいは、相手方がそれに基づき何ら不利益変更をしていない（要するに保護されるべき信頼がない）本件は、禁反言の法理を適用した事例ではない、と私は考えている。この理は、消滅時効完成後に承認をしても再度完成した消滅時効を援用できると判示した最一判昭和45年5月21日民集24巻5号393頁の結論にも沿うものと思われる。けだし、もし消滅時効完成後の債務承認が禁反言の法理にもとるものであり許されないと判断されるならば、以後援用権は行使できないと解するのが素直であると思われるからである。

(31) 本城武雄「抵当権の無効を主張することが信義則に照らして許されないとされた事例」民商法雑誌57巻4号122頁以下。なお、(1)～(3)判決の全て

あり積極的意義を認めたいとしつつも、本件における信義則の趣旨が調査官解説の言うように作為表示による禁反言の原則の適用であるならば、当事者の善意悪意は要件とすべきものであり、審理不尽で差し戻すべきであるとする。のみならず、悪意の越権処分者にも権利者のために登記抹消の義務があり、相手方に対し登記抹消を求める訴えの利益を有するのであるから、(仮にXが悪意であったとしても)悪意表示者にも禁反言を認めることはおかしいとも言える、と疑問を呈する。あるいは星野英一教授は、Xの登記請求権を認めないのが妥当であるが、そうすると中間者も抹消登記請求権を有するという最判昭和36年4月28日民集15巻1230頁の一般論に反することになるので、最高裁としては、本件の結論を導くために信義則を持ち出さざるを得なかったのではないかと述べる。そして、判旨は本件のような抹消登記請求そのものが信義則に反するという趣旨であり、要するに、将来は、正面から抹消登記を否定するに至り、特にその認められる場合を限定して挙げるという方向に進むのではないか、したがって、本件における信義則は、権利濫用に関する判例のある種のものにおけると同様、過渡的な役割を果たしているものであり、それ以上の意義を持たないとする。これに対して乾昭三教授は、昭和36年判決に対しては、積極的物権変動の安易な類推であっていわゆる消極的物権変動の特殊性を見失っているとの正当な批判があり、本件では遺産分割によって無権利者となったXにはもはや抹消登記請求権が認められないとする方が素直な論理構成であり、判例の信義則違反ないし禁反言の法理という判断基準は漠然とした感じを免れ難いとする。

が、禁反言の要件を定立するに際して、本城教授の「不開示による禁反言原則(1)」民商法雑誌43巻5号29頁以下を参照している。その他、伊沢孝平「判例にあらわれた禁反言の原則」法律時報8巻12号8頁以下等が参照されているが、その多くは、共通して参照されている。

(32) 星野英一「単独相続の登記をして抵当権を設定した共同相続人からする抵当権抹消登記請求——信義則に反して許されなかった事例」法学協会雑誌85巻4号601頁以下。

2. クリーンハンズの原則ないし禁反言の原則による事例

(4) 最二判昭和44年7月4日民集23巻8号1347頁

この事件では、架空の従業員組合を結成してその名義で労働金庫から貸付を受けたXが、その債務を担保するために設定した抵当権を実行され、右担保物件が第三者Y1に競落された後に、右貸付は員外貸付であるから無効であり、したがってそれを担保するための抵当権も無効であると主張して、Y1及びYから右物件を賃借しているY2に対して、それぞれ所有権登記の抹消及び明渡しを請求した。

いわゆる員外貸付の効力については、これを無効とするのが学説・判例（農協に関して最判昭和41年4月26日民集20巻4号849頁）の大勢であったが、有効とする説も一部有力に唱えられていた。こうした中、本件一審・二審とも、右貸付及び抵当権設定契約を有効として、X敗訴の判決を下し、これに対してXが上告した。

これに対して、最高裁は、右貸付行為を有効であるとした原審の判断は、法令の解釈適用を誤ったものであるとの上告理由を容れ、これを無効であると判示した。しかし、「上告人は、自ら虚無の従業員組合の結成手続をなし、その組合名義をもって訴外労働金庫から本件貸付を受け、この金員を自己の資金として利用していたというのであるから、仮りに右貸付行為が無効であったとしても、同人は右相当の金員を不当利得として訴外労働金庫に返済すべき義務を負っているというべく、結局債務のあることに変わりはないのである。そして、本件抵当権も、その設定の趣旨からして、経済的には、債権者たる労働金庫の有する右債権の担保たる意義を有するものとみられるから、上告人としては、右債務を弁済せずして、右貸付行為の無効を理由に、本件抵当権ないしその実行手続の無効を主張することは、信義則上許されないというべきである。ことに本件のように、右抵当権の実行手続が終了し、右担保物件が競落人の

(33) 乾昭三「抵当権の抹消請求と信義則」法律時報40巻1号103頁以下。

所有に帰した場合において、右競落人またはこれから右物件に関して権利を取得した者に対して、競落による所有権またはこれを基盤とした権原の取得を否定しうるとすることは、善意の第三者の権利を自己の非を理由に否定する結果を容認するに等しく、信義則に反するものといわなければならない。したがって、上告人の本訴請求は、この点において既に失当としてこれを棄却すべく、右請求を棄却した原審の判断は結論において正当であるとして、上告を棄却した（下線筆者）。

上述のように、員外貸付の効力については争いがあったが、これに加えて、員外貸付を無効とした場合に、これを担保するために設定された抵当権も無効になるのが問題とされた。この点については、少なくとも抵当権だけは不当利得返還請求権を担保するものとして有効と見られないか、との指摘がなされていた⁽³⁴⁾。したがって、何らかの理由で担保権を有効と解しうるのであれば、本件で当該貸付を無効としてもXの請求を排斥できたはずである。この点調査官解説は、推測の域を出ないとしつつも、本件での認定事実では、貸付を受けた債務者は架空のI洋服店従業員組合であり、Xはこれの保証人兼物上保証人であり、たとえ経済的には同一視しうるとしても、抵当権における債権の同一性をそこまで拡張することに躊躇を感じたためではないか、と指摘している⁽³⁵⁾。しかし、同解説は、Xが自己の債務を弁済せずその義務を免れ、善意の競落人又は転得者に対してまで自己の不動産に対する所有権を主張することには、少なからず抵抗感を感じ、この解決を信義則に求めた点で、「信義則上

(34) 星野英一「農業協同組合の員外貸付が無効とされた事例（代表者も借主も事情を承知していた）——借主の債務についての保証契約も無効とされた事例（消費貸借上の債務の保証であって不当利得返還債務のそれでない）」法学協会雑誌84巻4号570頁以下。

(35) 千種秀夫「一 労働金庫の会員外の者に対する貸付の効力 二 員外貸付が無効とされる場合に債務者において右債務を担保するために設定された抵当権の実行による所有権の取得を否定することが許されないとされた事例」法曹時報22巻2号162頁以下。

信義則による主張制限と禁反言の原則

特異な事例として、注目をひく」としつつも、「実体を見ると、……債務者が自己の債務を弁済せず、権利のみを主張する点において、当初から、まさに信義則の適用を受けるにふさわしい事案でもあった⁽³⁶⁾」と評価している。要するに言わんとすることは、本件で当該抵当権が不当利得返還請求権を担保していると同視することは、理論上検討を要するとしてつつ、すなわちそうした論理的不都合を回避するために信義則を適用するという「特異」さが存するものの、Xの主張そのものは、信義則の適用を受けるにふさわしい、要するにクリーンハンズの原則を具現化する信義則適用事例としては、至極妥当なものである、ということであろうか。

付言すれば、この解説は、この信義則適用について、「このような本件事案の特性を充分に考慮に入れて理解されるべきであって、無効な抵当権の実行の効果を容易に有効とする理論を肯定すべきではないことは注意すべきであろう」と締めくくられているし、「なお、信義則適用の基礎をなす事実関係がその主張自体または原審の確定事実に現れているときは、この点について原審で主張がなく、したがってその判断がなされていなくても、実体法の適用の問題として上告審で判断しうるかという問題も考えられるが、本判決は、その肯定例を示したものといえる」と留意している。こうした点に鑑みれば、やはり、具体的妥当性を追求するあまりに信義則を安易に援用することには慎重でなければならないということ、そして、信義則を適用するに際しては、弁論主義に反していないかが特に留意されなければならないことが、看取できるのである。

なお、注釈民法においては、クリーン・ハンズの原則に該当する判例として列挙され、かつ、「無効な行為をそれと知りつつなした者が、自己の利益においてその無効を援用してその結果を主張することが許されない場合ととらえれば、後掲の禁反言の法理に属するともいえる事例⁽³⁷⁾」

(36) 千種・前掲(35)168頁。

とされているが、調査官解説では、その点はふれられていない。

3. 抗弁・再抗弁として主張される禁反言

(5) 最二判昭和55年5月12日判時968号105頁

XはA振出しの137万円の約束手形の所持人であるが、満期に支払拒絶になった。Aは、支払停止を免れるために、手形金相当額をY銀行に預託するとともに、Yに手形交換所に対する異議申立てをしてもらい右預託金が手形交換所に提供金として提供された。そこでXは、右預託金についてのAのYに対する返還請求権を仮差押えた上、Aを被告として手形金支払の訴えを提起して勝訴判決を得て、これを債務名義として先に仮差押えておいた預託金返還請求権の差押・転付命令を得た。その後XがYに対して右転付命令が有効であることを前提として預託金相当額の支払請求を求めたのが本件である。

本件で問題となるのは、Yが、仮差押裁判所の陳述命令（民訴旧609条）に対して、第三債務者として債権の存在を認め、債権者より返還請求があれば支払うとの陳述書を提出したにもかかわらず、本件訴訟において、Aに対して有する150万円の貸金債権を受動債権として相殺したので本件預託金返還請求権は既に消滅している、と争ったことである。これに対して、Xは、再抗弁として、Yはこの陳述により相殺権を放棄したものであると主張した。

一審・原審ともにXの請求を退けた。Xは、手形債権者にとって預託金は担保的機能を有しており、支払銀行による相殺は制限されるべきであり、権利の濫用である（上告理由第1点）、また、仮差押裁判所に対する陳述は、相殺権の放棄にあたり、その後の相殺は禁反言の原則に反する（上告理由第2点）として上告した。

上告理由第2点につき最高裁は、第三債務者が仮差押裁判所に対し

(37) 谷口知平・石田喜久夫編『新版 注釈民法(1)』[改訂版] (有斐閣・2002) 95頁 [安永正昭]。

信義則による主張制限と禁反言の原則

とする陳述は、事実の報告たる性質を有するにすぎず、この陳述において、第三債務者が被差押債権の存在を認めて支払の意思を表明し、将来において相殺する意思がある旨を表明しなかったとしても、これによって債務の承認あるいは抗弁権の喪失というような実体法上の効果を生ずることはなく、その後第三債務者において当該債権につき、これを受働債権として相殺に供すること又は時効により消滅したこと等を主張することを妨げるものではない、禁反言の法理に反するというXの主張を排斥した原審の判断は正当であるとして、上告を棄却した。

(6) 最二判昭和63年4月8日金法1198号22頁

将来に向かって8年3ヶ月分の医師の社会保険診療報酬債権が譲渡された後、他の債権者から右報酬債権に対して差押えが相次いでなされるに至った場合において、社会保険診療報酬支払基金（Y）がした弁済供託は有効である、と判示した。

論点は、債権譲渡時に異議を留めずその後2年数ヶ月に渡って譲受人（リース会社X）に弁済を続けてきたYが、その後別の債権者からの差押えが相次ぐにいたって供託に及んだという態度変更が、信義則違反あるいは禁反言の原則違反と非難できるかである。そもそも本件においては、8年3ヶ月にわたる長期の将来の診療報酬債権の譲渡が有効か、という点から問題となる。一審はこの点につき、債権発生原因の確定発生の確実性予測の観点から有効性に疑問を生じるから、Yは、二重払いの危険を回避すべく債権者不確知と差押競合を理由に供託できるとし、このことはYによる債権の一部支払によっては影響されないとして、Xの請求を棄却した。

これに対してXが控訴し、控訴審において2つの再抗弁を追加した。その第一は、信義則違反である。すなわち、仮に本件債権譲渡の有効性につき法律上疑義があったとしても、債権譲渡の通知を受け取った

ときは何もいわないで、後日になってこれを言うのは信義に反する。そもそもYの引用する最高裁判決は、Yを当事者とする事案について⁽³⁸⁾なされたものであり、他の債権者からの差押えのありうることを立場上よく知っていたYとしては、法律上疑義があると考えらるなら、譲渡通知を受け取った時点でXに対して言うべきである。第二は、禁反言の原則違反であり、すなわち、Yは、譲渡債権の一部を支払う際には何の異議も留めず、将来も引き続き譲渡債権を支払う態度を示していたのに、後日になって法律上疑義があるとして供託するのは、禁反言の原則に反して許されない、というものである。

これに対して控訴審は、以下のように判断して、Xの控訴を棄却した。すなわち、前掲の昭和53年判決も無限定に診療報酬債権の譲渡性を認めているわけではなく、本件のように8年3か月もの期間にわたる診療報酬債権の譲渡が、果たして有効と認められうるものかどうかは、現時点において債務者である被控訴人にとって容易に判断できることではないし、その判断がもたらす危険を被控訴人に負わせることは相当でない。そして、この債権譲渡の有効性の問題は、同じ債権について他にこの譲渡を受け、あるいはこれを差し押さえた者が現れたときに、その者に対して優先する効力を持ち得るかという問題として表面化してくる。YがXに対する支払について従前の態度を変更したのはこの故であり、Xに対して支払をした後に債権譲渡が無効と判断されて差押債権者に二重払をさせられる危険を回避するため、供託

(38) 将来の保険診療報酬債権の譲渡性につき、はじめて明示的に肯定した最判昭和53年12月15日判時916号25頁。この判決は、医師の診療報酬債権につき、「将来生じるものであっても、それほど遠い将来のものでなければ、特段の事情のない限り、現在すでに債権発生の原因が確定し、その発生を確実に予測しうるものであるから、始期と終期を特定してその権利の範囲を確定することによって、これを有効に譲渡することができる」と判示した。具体的な期間は明示されなかったが、1年の期間の将来債権の譲渡に関する事案であった。

信義則による主張制限と禁反言の原則

の方法を選んだのは、自己の利益を守るための合理的な態度変更であって、これを信義則違反あるいは禁反言の原則違反と非難するのは当たらない。

これに対してXが上告。上告理由のうち信義則違反・禁反言原則の違反を述べるのは、以下の通りである。すなわち、Yは、昭和53年判決の当事者であって、それは1年の期間の将来債権の譲渡に関する事案であったことを知悉しているのに、本件では1年間しか払えないとXに告げもせずに8年以上の将来債権譲渡の有効性を問題とすることもなく2年余りにわたって支払い続け、後に他からの差押えでYに被害が及ぶ段階になって転じて8年以上にわたるからと譲渡の有効性に疑義ありと争って供託するのは信義則と禁反言原則に反する。これに対して、最高裁は、原審の判断を正当と判示して、Xの上告を棄却した。

五. お わ り に

以上、不十分ながら、明確に禁反言の原則を述べる最高裁判決を概観した。これ以外にも、評釈によって禁反言の原則やクリーンハンズ⁽³⁹⁾の原則の適用を肯認する事例として取り上げられるものもある。そうしてみれば、英米法上の法理といわれるこれらの原則を、わが国においても信義則を介して適用することには、学説・判例上広範な理解が存するといえよう。ただし、英米法においても、禁反言の原則は、その生成過程に由来して、訴訟法上の既判力や争点効の問題、抗弁・再抗弁としての禁反言、あるいは要式や表示にその通りの効力を認めるものなど、多岐に

(39) He who comes into a court of equity must come with clean hands: エクイティ裁判所は、良心の裁判所として、当該の事案に関連して原告側に良心に反する行為、信義誠実に反する行為、その他衡平の原理にもとる行為がある場合には、たとえこのような行為がなければ原告の主張に正当性が認められる場合であっても、救済を拒否するという原則である。田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会・1991年）151頁。

渡る幅広い法理である。したがって、わが国でもこうした法理を受容するならば、そうした事情を自覚して、その上でわが国の法体制において問題が生じないような解釈・運用がなされるべきであろう。

本稿で検討する限り、相手方の善意や信頼に関わりなくもっぱら行為者の言動が問題となる事例は、(3)・(4)・(5)・(6)判決であろう。(1)判決は、確かにXの行為が問題となるも、むしろ、それを相手方が信頼し自己に不利益な変更をしたことが重要であると思われる、その意味で善意無過失の相手方の信頼を保護する外観法理の発現であると思われる。(2)判決では、さらに、Y自身が責められるべき行為をしたのではなくその相続人にすぎないから、Y自身の行為に対する制裁ではなく、やはり一種の外観法理であるというべきである。このうち、(5)・(6)判決については、裁判外の行為について後にそれに矛盾する行動をとったことが問題とされており、その意味では、先行行為に矛盾してはならないという一般的な行為規範を課しているとも言える。しかしながら、抗弁・再抗弁として主張されることにより、当事者の防御の機会が確保されて、当該態度変更が法的制裁に値するか否かがきちんと判断されているのである。それに対して、(3)・(4)判決では、先行行為に矛盾するXの行為が不当であるとの判断が先行し、理論的に様々な問題があると同時に、はたして当事者間の攻撃・防御が尽くされうるのかも定かではないように思われる。確かに、これらの判決はともに登記にかかわる事案であり、登記が公信力を持たないことに特有の難しさがある。そして、利害関係に入った第三者を保護しなければならないとの価値判断から、信義則を援用せざるをえなかったともいえる。しかしながらそうであれば、相手方は善意だけでなく無過失をも要求されるべきではなかったか。善意無過失で登記を信頼した者が救われれないのが原則であるならば、少なくとも、無過失を要求しない、要するに善意だけで保護されうることの主張・立証が必要であろう。そうすれば、その過程で、行為者の非難されるべき行為態様が明らかになり、そのことに対する攻撃・防御が可能となるのではな

かろうか。

(禁反言やクリーンハンズの原則に反するという)信義則違反の主張が、少なくとも抗弁・再抗弁としてなされるならば、相手方の防御の可能性を奪うことはない。その意味で、もしそこで言われている信義則が行為規範的なものであったとしても、攻撃防御が尽くされ、判例が蓄積するに従って要件が確立されていくなれば、法生成の過渡期として首肯しうるものであろう。その意味では、表示上の禁反言として、一種の外観法理が確立していく過程は是認しうるものである。⁽⁴⁰⁾

しかしながら今回の高裁・最高裁の判断は、このように、信義則が行為規範として機能しうる場合のあることが是認されるだけで、首肯される判断であろうか。本件における信義則とは、言い過ぎを恐れず述べれば、自己の先行行為に矛盾する挙動をとれば法の救済を受けられなくなる可能性があるし、あるいは、自己の非難可能性(故意、過失や害意など)を棚に上げて他人を非難して法の救済を受けることはできない、との一般的な行為規範を示すのみで、どのような場合に当該規範に違反するのかという予測可能性や、回避可能性にさえ乏しいのである。確かに、信義則に基づいて行為者の主観的非難を問題とした事例はこれまでも散見される。代表的な事例は、177条に関する背信的悪意者排除理論である。復讐目的など主観的悪性を理由に、形式では対抗要件で優先するはずの二重譲受人が法の保護を受けない結果となるのである。ただし留意すべきは、ここでの信義則も再抗弁として主張される——原告の所有権に基づく明け渡し請求に対して、対抗要件具備の抗弁が被告から

(40) (1)判決の評釈である青山善充「第三者異議の訴の異議事由として所有権を主張することが信義則に照らして許されないとされた事例」法学協会雑誌84巻1号169頁以下は、右判決は表示による禁反言の原則の適用が認められた一事例であるとし、「禁反言の原則は、英米法上もともと倫理的意味合いの強い信義誠実の原則として発展して来たものであるが、近時これに外観主義理論が結びつくようになったといわれている」(173頁)と述べている。

なされ、原告が背信的悪意者であるとの再抗弁をなす——ので、訴訟構造上、両者の攻撃防御の可能性が確保されているということである。本件のように、仮に被告の行為が禁反言の原則やクリーンハンズの原則にもとるものであり法の保護を与えるに値しないとの価値判断が正しいとしても、当事者の攻撃防御の可能性が確保されておらず、裁判官への白紙委任に任せる結果になるというのとは、大きな差異が存するのである。

では、何らかの目的追求のための法生成の過渡期における便法として、是認しうるものか。⁽⁴¹⁾ 残念ながら、私には、今回の判断が意図した目的は見えてこないのである。繰り返しになるが、専門家たる金融機関が過失によってなした支払についてそこまでの要保護性を見出すこともできなければ、原告を救済しなければならない（要するに、本来の債務者である金融機関から弁済を受けられそうにないので、被告から回収するしかない）極限事例とも思われえないからである。

そもそも私が、信義則が行為規範として機能しうる可能性を探り出したきっかけは、民事責任においても抑止や制裁を志向すべき場合があり、信義則をそのよりどころの一つとすることができないか、という問題意識からであった。すなわち、私法の役割が生じた損害の事後的填補に尽きるものではなく、侵害行為の抑止をも追求しなければ真の権利実現が図れないとしても、民事責任にそのような抑止的機能や制裁的機能を持

(41) 本判決が目指した意図があるのかはともかくとして、703条の「損失」要件に関しては、緩和の傾向が指摘されている。すなわち、最二判平成17年7月11日判時1911号97頁は、銀行が相続財産である預金債権の全額を共同相続人の一部に払い戻した場合について、他の共同相続人にその法定相続分相当額の預金の支払をした後でなくても、当該銀行には民法703条所定の「損失」が発生する、と判示したのである。ただし、この事案は、①相続分を侵害された相続人から銀行への請求と、②銀行から相続分を侵害した相続人への不当利得返還請求という2つの事件の口頭弁論が併合して審理されたものである点が、平成16年判決と事案を異にするし、判例時報の囲み記事等でも、事例判例である旨の記載がなされており、注意が必要であろう。

信義則による主張制限と禁反言の原則

たせるためには、私法領域においても何らかの罰概念が存在することを真正面から認めなければならないのではないかと考えるに至り、そしてその罰概念の受け皿となりうるのが、ローマ法の善意訴訟や一般悪意の抗弁を起源とする信義則だったのである。したがって、私が信義則に行為規範性を求めたのは、つきつめて言えば、法規外に放置された様々な倫理的命題・概念を信義則を介して私法の中に取り込み、そこで一定の要件を具備した行為規範を定立し、その規範に反してはならないとすることが、侵害行為の事前抑制に資するのではないかと考えたからである。この問題意識を持ちつつ研究を継続することはさておき、本稿ではっきりしたことは、きちんと当事者の攻撃防御が尽くされた事例の一定の集積を見なければ、こうした規範を抽出できないという困難さ、及び、その集積を待つ間はやはり事後的にならざるを得ないという事実である。そして、侵害行為を事前に抑止するという観点からは、明確な要件が成立した行為規範があるならばともかく、それが存しない間は、少なくとも昨今問題となっているような利益追求型の不法行為においては、金銭賠償による事前抑止をはじめとした損害賠償の有する抑止的機能や制裁的機能も有効な手段のひとつであり、あらためて検討する必要があるのではないかとと思われるのである。しかしこのことは、懲罰的損害賠償のような高額な金銭賠償のみが問題となるわけではなく、そもそも何が公平な損害の負担なのか、損害賠償そのものの有する意義も問われなければならないと思われる。数学的・客観的な均衡こそが公平なのか、あるいは、当事者の主観的事情を斟酌することが公平なのか、そうだとすればその際考慮されるべき主観的事情とは何か。ここにおいても、私法において罰概念を認めるか否かは、ひとつのメルクマールとなりそうである。