

## 債権関係という観点からみた「取引上の社会通念」 の輪郭　ドイツ民法典242条の「取引慣行」( Verkehrssitte)の制定過程の議論を参考に

著者	根岸 謙
雑誌名	法学
巻	84
号	3,4
ページ	139-163
発行年	2020-12-30
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10097/00130009">http://hdl.handle.net/10097/00130009</a>

債権関係という観点からみた「取引上の社会通念」の輪郭  
—ドイツ民法典 242 条の「取引慣行」(Verkehrssitte) の制定過程の議論を参考に—

根 岸 謙

第 1 はじめに

1 「取引上の社会通念」という概念に対する批判的見解

2020 年 4 月 1 日より施行された現行民法には、「取引上の社会通念」という概念が複数の条文の中に取り入れられた。その一つに、債務不履行に基づく損害賠償責任の免責事由である、「その債務の不履行が契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして債務者の責めに帰することができない事由」という規定が挙げられる(415 条 1 項ただし書)<sup>(1)</sup>。これは、債務者の帰責事由の有無を判断するにあたり、当事者の意思の現れである「契約」だけでなく、「当該契約の性質、契約をした目的、契約締結に至る経緯その他の事情」である「取引上の社会通念」をも考慮することを意図した規定であるとされる<sup>(2)</sup>。

しかし、この「取引上の社会通念」という概念が何を指すのかについてはやや不明確なところがある。「社会通念」については、一般辞書や法律用語辞典等でも取り上げられており<sup>(3)</sup>、例えば『現代法律百科大辞典 4』では、

---

(1) 本稿では、同条項ただし書の「取引上の社会通念」に限定して検討を行なっていく。

(2) 潮見佳男『新債権総論』(信山社, 2017 年) 379 頁。

(3) 新村出編『広辞苑〔第 7 版〕』(岩波書店, 2018 年) 1350 頁, 高橋和之ら編『法学小辞典〔第 5 版〕』(有斐閣, 2016 年) 587 頁, 法令用語研究会編『法

「社会一般で行われている常識ないし良識のこと。……法源ではないが、裁判・適用や事実認定の具体的・実質的な判断規準として広く用いられている」ものと説明されている<sup>(4)</sup>。もっとも、「社会通念への依拠は、社会の変化に合わせて法を弾力的に運用するのに役立っているが、価値観や利害関心が多様化し対立している社会では、社会通念の具体的内容の認定は難しく、判決において裁判官の根拠の乏しい判断を隠蔽する裁判用語にすぎないという批判もある」とされる<sup>(5)</sup>。

より強い批判として、川井健博士による次の指摘がある。裁判においては、「可能なかぎり結論を導くのに必要な事実をふくらませるという操作が行われ」、すなわち、「結論が先取りされ、それにふさわしい事実が『判断』により認定され、その認定事実を前提にして、さらに『判断』により法文の適用という正当化が行われる」が、このような「実は裁判官が主観的に判断をしながらも、客観的な体裁を整えるために用いる説明の一つが社会通念であり、したがって、「社会通念という言葉そのものは無内容であって、その本質は、裁判官の主観であり」、「ここに、客観の名を借りて、実はそこに裁判官の主観的な判断が行われていることになる」と述べる<sup>(6)</sup>。

---

律用語辞典〔第4版〕(有斐閣, 2012年) 532頁等。

- (4) 伊藤正己ら編『現代法律百科大辞典4』(ぎょうせい, 2000年) 85-86頁〔田中成明執筆部分〕。古くは、石井良三元裁判官によって、裁判例に現れた「社会通念」概念についての分析が示されている。それによると、裁判所は「社会通念」という用語を多義的な概念として捉えており、ある時は経験則、またある時は評価基準、他に、経験則と評価基準の一体的機能や一般常識などの意味で用いていたとされる(石井良三『民事法廷覚え書』(一粒社, 1962年) 252-256頁)。
- (5) 田中・前掲注(4) 85頁。
- (6) 川井健「民法判例と社会通念—民法判例と時代思潮」法律時報52巻5号(1980年) 25頁。その背景として川井博士は、「日本では、民族的にみても同質的社会であって、社会的緊張はさほどきびしくなかった。きびしい社会的対立の下に、いわば血により法や権利が確立した欧米に比べ、日本では腹でわかる式に、抽象的説明で相手方を納得させることが多い。『社会通念』の理由づけでも、その意味で、かなり日本のものではないか」と指摘される(同頁)。

このような「社会通念」に対する批判的態度は、現行民法の「取引上の社会通念」に対してもみられる。例えば加賀山茂教授は、改正民法案に対してのものであるが、「制定法の条文に『社会通念』概念を採用した場合には、裁判官には、法の解釈についてフリーハンドが与えられることになり、憲法76条3項における、裁判官に対する拘束は、無意味となるおそれがある」ため、「立法に際しては、『社会通念』という用語を用いることは、極力避けるべきであり、今回の民法改正案が、民法上の重要概念の判断基準として、『社会通念』を法律用語として採用したことは、あまりにも軽率であったといえよう」と評している<sup>(7)</sup>。

このように、「取引上の社会通念」という概念を無益ないし有害なものとして排斥するという考え方もあるが、他方で、これらの批判的見解を前提とした場合、「取引上の社会通念」の範囲を画することができれば、裁判官のフリーハンドを奪うこととなり、同概念の有用性を肯認するという途も拓けてくるのではないだろうか。

## 2 検討の方向性

改正前の民法では、当事者（債権者・債務者）概念とは独立した抽象的な財産権である「債権・債務」という視点から債権法を捉える傾向がみられ、契約責任については過失責任主義が採られていたと解される考え方が多かった。これに対し、民法（債権法）改正検討委員会『債権法改正の基本方針』（以下「基本方針」という。）では、契約責任の発生根拠を契約の拘束力に求め、契約責任の問題を「債権・債務」としてではなく、その発生原因である「契約」の問題として構成する新たな契約責任論が提案された<sup>(8)</sup>。また、基

---

(7) 加賀山茂「民法改正案における『社会通念』概念の不要性」明治学院大学法科大学院ローレビュー 24号（2016年）4頁。

(8) 主に、債務不履行を理由とする損害賠償についての提案【3.1.1.62】、損害賠

本方針よりも前の2006年10月9日に開催された日本私法学会第70回大会のシンポジウム「契約責任論の再構築」では、この契約を基礎に据えた新たな契約責任論に関して検討される中<sup>(9)</sup>、個々の「債権・債務」という視点ではなく、「当事者の関係」という視点から契約を把握すべきであるという考え方も示されている<sup>(10)</sup>。渡辺達徳教授は、この「基本方針」に示された『契約の拘束力』（リスクの引受け）を根拠に据え、過失責任主義からの離反を意図した債務不履行による損害賠償の考え方は、その後の「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」、「民法（債権関係）の改正に関する要綱草案」を通底する帰責の根拠となっていることを指摘しており<sup>(11)</sup>、筆者は、このような考え方に寄って立ち、新たな契約責任論における「当事者の関係」という視点を理論的に具体化すべく、ドイツ民法学およびドイツ民法典（以下「BGB」という。）における「債務関係」（Schuldverhältnis）概念を参考にして、日本民法学において「債権関係」という考え方がみられるか否かについての研究を進めている<sup>(12)</sup>。

本稿では、「取引上の社会通念」は「ドイツ民法157条・242条にいうVerkehrssitteに対応するものと考えられる」という潮見佳男教授の指摘に依拠した上で<sup>(13)</sup>、特にBGB 242条の「取引慣行」（Verkehrssitte）<sup>(14)</sup>に検討

---

償の免責事由についての提案【3.1.1.63】が挙げられる（民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」別冊NBL126号（2009年）136-138頁）。

- (9) 山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ1318号（2006年）91頁。
- (10) 窪田充見「契約責任の再構築－履行請求権」ジュリ1318号（2006年）105-106頁。
- (11) 渡辺達徳「債務不履行」法律時報86巻12号（2014年）24-25頁。
- (12) 拙稿「債権関係概念の再考－その生成及び日本民法における発現を中心として－（1）」法学83巻1号（2019年）38頁以下、「同（2・完）」同巻2号（同年）43頁以下。
- (13) 潮見佳男『民法（債権関係）改正法の概要』（きんざい、2017年）54頁。
- (14) Verkehrという語は、「貿易」や「交通」という訳語が当てられるのが一般的

対象を絞り、債権関係概念を用いて、日本民法典の「取引上の社会通念」の範囲を画することができないかについて考察してみたい。

同条では、「債務者は、取引慣行に配慮した誠実及び信義が要請するところに従って給付を行う義務を負う」と規定されており、同条の「取引慣行」については、ラバンド「商慣習」(1872年)の論文<sup>(15)</sup>から始まり、これまでに多くの論文が公表されている<sup>(16)</sup>。中でもナディア・アルシャマリ『BGB 242条の取引慣行』(2006年)(以下、本論文を「アルシャマリ論文」という。)<sup>(17)</sup>では、1900年のBGB施行後における同条の「取引慣行」という概念につき、一つは「取引慣行」と「信義誠実」(Treu und Glauben)との関係、もう一つは「取引慣行」の機能という2つの分析視角をもって検討されている。前者では、「取引慣行」という概念が「信義誠実」との関係の中でどのよう

---

であり、我妻栄博士の指摘(同「ダンツの『裁判官の解釈的作用』」『民法研究 I 私法一般』(有斐閣, 1966年〔初出1923年〕)121頁脚注(1))のとおり、これを「取引」と訳すことにはやや抵抗があるが、本稿では、BGB制定過程の中でVerkehrssitteという語が採用された背景やこの語の持つ淵源にまでは辿り着くことができなかったため、我妻博士の訳語に従い、「取引慣行」という訳語をあてる。

- (15) Paul Laband, Die Handels-Usancen, ZHR 17, 1872, SS.466-511. ラバンドの同論文は、後述する意思理論の中で取引慣行を捉えるべきと主張したものの1つである。
- (16) Paul Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht, 1914., Hans Jürgen Sonnerberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970., Peter Oestmann, Verkehrssitte, Privatautonomie und spontane Ordnung, KritV. Vol. 85. No.4, 2002, SS.409-437., Hans Jürgen Sonnerberger, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970. など。より広く一般条項としてのBGB 242条を扱ったものとして、ヘーデマン(Justus Wilhelm Hedemann)の「一般条項への逃避」がある(Die Flucht in die generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat, 1933)。
- (17) Nadia Al-Schamari, Die Verkehrssitte im § 242 BGB Konzeption und Anwendung seit 1900, 2006. 同論文は、同氏が2001年から2005年にかけて作成し、ヨハン・ヴォルフガング・ゲーテ大学(フランクフルト・アム・マイン)に提出した博士論文である(同論文の序文より)。

な役割や機能を有するに至ったかという点につき検討がなされており<sup>(18)</sup>、後者では、契約解釈論における意思理論と法規理論の対立の中で同条の「取引慣行」を把握し、これを、当事者の意思を一般化ないし標準化させた、私的自治の強化に役立つものであると捉えることができるか否かにつき検討がなされている<sup>(19)</sup>。

そして、本稿で取り上げる BGB 242 条の検討対象の範囲については、紙面の都合上、日本民法典の制定過程の段階で参照された同条に関する第一草案と第二草案の条文、および同条の制定の際に参照された各種ラント法等の立法史料に限定せざるを得ない。以下では、これら同条の制定過程を検討した後、アルシャマリ論文の 2 つの分析視角を参考に、債権関係概念を用いて、日本民法典の「取引上の社会通念」について考察を行う。

## 第 2 BGB 制定前の諸ラント法等の立法史料—BGB 242 条に関する規定を中心に

ラント法における民法に関する草案や法典の編纂作業は、1766 年のオーストリア民法草案（いわゆるテレジア草案）から 1865 年施行のザクセン王国民法典までの 1 世紀にわたって行われ、そこではラント法同士が相互に影響し合っってより優位とされる規定が生成されるに至ったため、各ラント法の関係性にも注視して検討する必要がある<sup>(20)</sup>。そこで以下では、諸ラント法から BGB 制定までの BGB 242 条の生成過程を辿る中で、「取引慣行」という概念がどのようにして同条の中において一つの主要な役割を担う文言としての地位を獲得するに至ったかということを明らかにしていきたい<sup>(21)</sup>。

---

(18) Al-Shamari, a. a. O., SS. 149, 151-168.

(19) Al-Shamari, a. a. O., SS. 149, 169-205.

(20) ラント法等の立法史料の変遷等については、拙稿「債権関係概念の再考(1)」・前掲注(12) 60 頁以下を参照されたい。

(21) BGB 242 条に関するラント法等および BGB 制定過程についての先行研究とし

ラント法等における同条に関する規定を概括的にみても、フランス民法典の直接的な影響を受けて同 1135 条と同一もしくは同様の規定を置いたラント法と、フランスによる支配が終わって、その影響を強く受けずに（しかし間接的には影響を受けて）独自の規定を置いたラント法とに大別することができるため、以下ではこの 2 つに分けて検討していく<sup>(22)(23)</sup>。

## 1 フランス民法典の直接的な影響を受けた規定

フランスでは 1804 年に民法典（以下「CC」という。）が制定された。デルンブルクによると、信義誠実に関する規定に関しての「BGB の直接的なモデルはフランス民法典である」とされ<sup>(24)</sup>、また、BGB 242 条を構成する上

---

では、石川博康『「契約の本性」の法理論』（有斐閣、2010 年）（以下「石川論文」という。）301-317 頁がある。石川論文では、ローマ法、フランス法、ドイツ法に現れた「契約の本性」（Natur des Vertrages）という概念を緻密な解釈のもと辿られており、ドイツ法に関しては本稿と同様、BGB 242 条の制定過程やそれ以前のラント法について扱われている。本稿では石川論文の関心とは異なり、「取引慣行」という概念の生成経緯に着目して同条の制定過程を観察しており、かつ、これまでの研究（拙稿・前掲注（12）参照）の中で扱った各立法史料の訳文と整合させる必要があるため、あえて同書中の各草案の条文や理由書等の訳文に従わずに、異なる訳語を選択している。

- (22) アルシャマリ論文では、本文中で述べた 1900 年の BGB 施行後の 2 つの分析視角による検討の前に、BGB 242 条の制定過程を述べているが、本稿のような、フランス民法典の直接的な影響を受けたか否かという観点からの整理はなされていない。むしろこの部分に関しての本稿のアプローチは、フランス法を中心に据えてそのドイツ法への影響を明らかにしようとする石川論文に近いものといえる。
- (23) なお、各ラント法を時系列で見ると、フランス民法典よりも前に 1794 年にプロイセン一般ラント法が制定されており、同法の第 1 部第 5 章〈契約〉の 270 条では、「原則として、契約はその内容全体に基づいて履行されなければならない」という規定が置かれていた（Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, mit einer Einführung von Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Günther Bernert, 1970-1973.）。
- (24) Heinrich Dernburg, Schuldverhältnisse, 1. Abt., 2. Aufl., 1899, S. 2. また、Sonnerberger, a. a. O., S. 127ff. では、その経緯について詳細に分析されている。



での一つの要素となったBGB第一草案359条の理由書には、「本草案は……他の近時の法典にならば、契約により生ずる義務につき第359条に特別規定を設けた（ザクセン王国民法典第858条、フランス民法典第1134条、1135条、ヘッセン草案135条、バイエルン民法草案第83条、ドレスデン草案第150条、プロイセン一般ラント法第一部第5章第270条を参照）」<sup>(25)</sup>と、参照条文としてCC1134条および1135条が挙げられている。以下では特にBGB242条との関連性の高いCC1134条3項および1135条をみでみる<sup>(26)</sup>。

#### CC 1134 条 3 項

「合意は、誠実 (bonne foi) に履行しなければならない」

#### 同 1135 条

「合意は、そこに表明されることだけでなく、債務の性質によって衡平、慣習 (l'usage) 又は法律がそれに与えるすべての結果についても、義務を負わせる」

フランス民法典制定後、ナポレオンはヴェストファーレン王国やバイエルン王国等のライン連邦諸国に対して、自国と同様の制度を取り入れることを要求した。

ヴェストファーレンでは、1807年にヴェストファーレン憲法が布告され、同45条にて「1808年1月1日よりナポレオン民法典が王国の民法典となる」と規定されたため、ナポレオン民法典をそのままドイツ語に訳した民法典<sup>(27)</sup>が制定された（以下「ヴェストファーレン・ラント法」という。）<sup>(28)</sup>。

---

(25) Benno Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1899., S. 109.

(26) 法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典—物権・債権関係—』（法曹会、1982年）67頁の訳文による。

(27) Napoleons Gesetzbuch. Einzig offizielle Ausgabe für das Königreich Westphalen, 1808.

ヴェストファーレン・ラント法 1134 条 3 項

「契約は誠実に (redlichen) 履行されなければならない」

同 1135 条

「契約は、表示されたものだけでなく、義務の性質によって衡平、慣習 (Herkommen) もしくは法典から生じる全ての帰結についても、義務を負わせる」

ライン連邦の原加盟国であるバイエルン王国もフランスからナポレオン法典の導入を迫られ<sup>(29)</sup>、1808 年 3 月に同法典とほとんど同一の構造および規定からなるバイエルン王国民法草案 (以下「1808 年バイエルン草案」と呼ぶ。)<sup>(30)</sup>が作成された。もっとも、フランスによる圧迫のもと 1808 年に布告されたバイエルン憲法では、その 5 の 7 にて「王国全土共通の独自の民法、刑法典が導入される」<sup>(31)</sup>と、ヴェストファーレンとは異なり、独自の民法典の制定が認められたためか、フランス民法典等とはやや表現を異にしている。

1808 年バイエルン草案 1125 条

「全ての契約は相互の信義誠実 (Treue und Glauben) に基づく。契約は、

---

(28) 園屋心和「ヴェストファーレン王国 (1807-13 年) と西南ドイツ諸国」史林 83 巻 5 号 (2000 年) 106-107 頁。

なお、同じく原加盟国であるバーデン大公国及びベルク大公国では、その 2 年後である 1810 年にヴェストファーレン王国におけるナポレオン法典と同内容のドイツ語の民法典が制定されている (Code Napoléon mit Zusäzen und Handelsgesezen als Land-Recht für das Großherzogthum Baden., 1809., Napoleons Gesetzbuch. Einzig offizielle Ausgabe für das Großherzogtum Berg, 1810., S. VI.)。

(29) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, Theil. 2. Recht der Schuldverhältnisse., 1861., S. vii.

(30) Werner Schubert (Hrsg.), Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Baiern, Entwurf von 1808-1809.

(31) 園屋・前掲注 (28) 113 頁。

表示されたものだけでなく、事物の性質、慣習（Herkommen）もしくは法典に関する全ての帰結についても、義務を負わせる」

## 2 フランス民法典の直接的な影響を避けた規定

このようなフランス民法典の直接的な影響を受けずに独自に規定が設けられたもの、もしくはフランス民法典の導入を強いられたわけではないものの、その間接的な影響を受けたラント法として、ここでは1853年に公表されたヘッセン民法典草案（以下「1853年ヘッセン草案」という。）<sup>(32)</sup>、1861年バイエルン民法典草案（以下「1861年バイエルン草案」という。）<sup>(33)</sup>、1865年に施行されたザクセン王国民法典（以下「1865年ザクセン民法典」という。）<sup>(34)</sup>のみを取り上げる。

### 1853年ヘッセン草案140条

「各契約当事者は、義務を誠実に（redlich）履行し、かつ、彼が明示的に約束し、もしくは以下の諸規定に従って拘束された、それらの履行に注意を払う義務を負う」

### 1861年バイエルン草案83条

「債務者は、明確に義務付けられているものだけでなく、債務関係（Schuldverhältniss）の性質、または法典もしくは慣習（Herkommen）それ

---

(32) Werner Schubert (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch für das Großherzogthum Hessen: Entwürfe und Motive, Bd. 5., 4. Abteilung (Schuldrecht) Entwürfe und Motive von 1853.

(33) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, Theil. 2. Recht der Schuldverhältnisse, 1861.

(34) Wengler, Brachmann (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nach den hierzu ergangenen Entscheidungen der Spruchbehörden, Bd. 1, 1878. なお、ザクセン王国も1806年にライン連邦に加わっていたが、民法典の起草作業はそれから約半世紀後に開始されているため、民法典の全体構造や規律の仕方等においてはフランス民法典の直接的な影響を受けおらず、独自性がみられる。

債権関係という観点からみた「取引上の社会通念」の輪郭

自体も含めたすべてのものを給付しなければならない」

1865年ザクセン民法典 858条

「契約の履行は、当事者による特別な定め、問題となる契約に関する法規、そして一般に信義誠実（Treu und Glauben）かつ正直な人の行為に基づいて給付すべきものに従ってなされなければならない」

### 3 ドレスデン草案

1862年にオーストリア帝国を盟主とするドイツ連邦は、債務関係法の草案を作成するための委員会を設置した。作成にあたっては、1861年バイエルン草案を基礎としつつ、1853年ヘッセン草案および1865年ザクセン民法典を参照するという方針がとられ（なお、プロイセン一般ラント法やフランス民法典等も参照された。）、そして、1864年の草案（以下「1864年版ドレスデン草案」という。）<sup>(35)</sup>を経て、1866年に「一般ドイツ債務関係法に関するドレスデン草案」（以下「1866年版ドレスデン草案」という。）が完成した<sup>(36)</sup>。

1864年版ドレスデン草案では、第1部〈債務関係一般〉第2章〈債務関係の成立〉第1款〈債務契約〉第8目〈契約に基づく権利及び義務〉の中で、以下の143条及び144条1文が置かれた。

1864年版ドレスデン草案 143条

「契約による契約当事者は、特段の合意のない限り、契約当事者が約束したことだけでなく、法典もしくは慣習（Herkommen）に従って契約の性質から生じる義務をも負う」

同 144条1文

---

(35) Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1864.

(36) Bernhard Francke (Hrsg.), Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, 1866.

「各契約当事者は、契約を誠実（redlich）に従って、約束した、もしくは法的に義務付けられている程度の注意を払って履行する義務を負う」

この2つの条文は、1866年版ドレスデン草案のもとではそれぞれ異なる章の中で規定され、第2章〈契約および不法行為に基づく債務関係の成立〉では150条が、第3章〈債務関係の効力〉では227条1項が置かれた。

1866年版ドレスデン草案150条

(1864年版ドレスデン草案143条と同一のため省略)

同227条1項

「債務関係の当事者は、債務関係から生じた義務を誠実（redlich）に従って、約束した、もしくは法的に義務付けられている程度の注意を払って履行する義務を負う」

### 第3 BGB 242条の制定過程

次に、BGB 242条の制定過程の中で、Verkehrssitteという概念がどのようにして生成されてきたかについて、文言や規定の仕方について変更された背景を踏まえつつ検討を加えていきたい<sup>(37)</sup>。以下では、第一草案段階、第二草案段階、そして、第三草案及びBGB施行の段階に分けてみていく。

なお、以下で検討するBGB 242条に関連する規定の変遷について、先に【表】の中で時系列順に整理しておきたい（なお、略語の本来の名称については本文中を参照されたい）。

---

(37) BGB制定過程については、拙稿「債権関係概念の再考（1）」・前掲注（12）79頁以下で検討した流れに即して検討していくため、詳細は同論文を参照されたい。

ドレスデン草案	<ul style="list-style-type: none"> <li>— 1864年版 144条1文</li> <li>— 1866年版 227条1項</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— 1864年版 143条</li> <li>— 1866年版 150条</li> </ul>
第一草案段階	<ul style="list-style-type: none"> <li>— TE 13節 196条</li> <li>— KE 222条1項</li> <li>— E I 224条1項1文</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>— TE 20節1条</li> <li>— KE 356条</li> <li>— E I 359条</li> </ul>
第二草案段階	<ul style="list-style-type: none"> <li>— Prot-RJA 224条1項1文 ←</li> <li>— EI-RJA 224条1項1文</li> <li>— Prot II 224条1項</li> <li>— EI-ZustRedKom 224条1項</li> <li>— E II 206条</li> </ul>	(Prot-RJA 224条1項1文に取り込まれ、削除)
第三草案段階	<ul style="list-style-type: none"> <li>— (DR 236条)</li> <li>— E III 236条</li> </ul>	
BGB 制定	<ul style="list-style-type: none"> <li>— BGB 242条</li> </ul>	

【表】 BGB 242条に関連する規定の変遷

### 1 第一草案段階

1873年に連邦参議院は民法典編纂委員会を設置し、民法典各編につき部分草案（Teilenentwurf以下「TE」という。）を作成することとなった。債務法については、ドレスデン草案の債務法部分の立案に携わったキューベル（Kübel）が担当し、上記でみてきたラント法の条文に関するものとして、TE 13節 196条<sup>(38)</sup>および同 20節 1条<sup>(39)</sup>が起草された。

#### TE 13節 196条

「債務関係の当事者は、債務関係から生じた義務を誠実（redlich）かつ信義（treu）に従って、約束した、もしくは法的に義務付けられている程度の

(38) Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse Teil 1, 1980., S. 735., Holst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuch, in-systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse. I, 1978, Einführung, § 242, S. 47 (im folgenden, Jakobs/Schubert)

(39) Schubert, a. a. O., S. 371., Jakobs/Schubert, a. a. O., S. 46.

注意を払って履行する義務を負う」

#### 同 20 節 1 条

「契約により、契約当事者は、当該義務の内容として、特別な契約条項および契約の性質、法律または慣習（Herkommen）に基づく責任を負う」

特に TE 20 節 1 条についての理由書では、「契約上の給付内容、給付範囲、給付方法は、明示的な契約条項およびその性質のみによって決定されるのではなく、その当時（Momente）のその地域（Raum）で認められている限りでの信義誠実に従った契約に関する給付も」含めて決定され、また、「債務者は、当然、契約により義務付けられている以上のことが義務付けられるのではない。契約上の意思が、完全に表示されておらず、さらに、不完全にしか表示されていないとみられる場合がある限り、契約上の意思は、当事者によって意図された補完的な規定として介入する、慣習による信義誠実に基づいて補充される（CC 1135 条、ザクセン民法典 858 条、ヘッセン草案 139 条、バイエルン草案 41 条、83 条、ドレスデン草案 150 条、同理由書 552 頁以下、736 頁、745 頁、ALR 1 部 5 章 270 条……参照）」と記されている<sup>(40)</sup>。

部分草案は第一委員会本会議で審議され、それを受けて編集委員会により原案が作成されることになる。

TE 20 節 1 条については、第一委員会本会議の中でフォン・ウェーバー（von Weber）により「慣習（Herkommen）」という用語につき「取引慣行（Verkehrssitte）」に変更するべきであるとの意見が提出され<sup>(41)</sup>、変更後の規定は文言を変えずに編集委員会草案（Kommissionsentwurf 以下「KE」という。）356 条へと受け継がれた。同様に TE 13 節 196 条も同本会議で規定の内容を変更することとなり、変更後の規定は文言を変えずに KE 222 条 1 項

---

(40) Schubert, a. a. O., S. 380.

(41) Jakobs/Schubert, a. a. O., S. 47.

債権関係という観点からみた「取引上の社会通念」の輪郭へと受け継がれた<sup>(42)</sup>。

そして、編集委員会草案を受けて作成された第一草案（I. Entwurf 以下「EI」という。）では、KE 356 条および KE 222 条 1 項は同一の文言のまま、それぞれ E I 359 条<sup>(43)</sup>および E I 224 条 1 項 1 文<sup>(44)</sup>として規定された。

#### EI 224 条 1 項 1 文

「債務者は、債務関係に基づいて、完全な給付をするという義務を負う」

#### 同 359 条

「契約により契約当事者は、法律および取引慣行に従った契約条項および契約の性質に基づく、かつ信義誠実（Treue und Glauben）を顧慮した、当該契約の内容として生じる義務を負う」

EI 224 条の理由書では、「本条の規定は自明のようにみえるかもしれないが、義務の全範囲にわたって、特にその全ての関連事項も含めて、履行されなければならないと規定する必要はなく……それゆえ、本条 1 項 1 文は本草案の中の他の多くの規定の基礎となりうるものである」とされる<sup>(45)</sup>。

他方、EI 359 条の理由書では、同条により「実際の契約により生ずる義務を探知する上での確かなよりどころがもたらされるというだけでなく、今日の商取引は信義誠実に顧慮してなされ、かつ、契約内容および個々の契約により生じる当事者の定かでない義務の探知が問題として生じた際にかかる顧慮が第一に基準とされる旨の重要かつ実際上の原則が明示された。本条の結果、本草案で規定された個々の契約の標準化により、多くの場合において、一方もしくは他方の当事者に対して契約により生じる義務に関するより

(42) Jakobs/Schubert, a. a. O., § 276-278, S. 247.

(43) Mugdan, a. a. O., S. XXXIV., Jakobs/Schubert, a. a. O., S. 48.

(44) Mugdan, a. a. O., S. V.

(45) Mugdan, a. a. O., § 224, SS. 14-15.



特別な規定を省くことが可能となったが、他方で、必要がある場合もしくは特に有益と思われる場合には、個別的な形で契約上の義務を詳細に規定し（例えば462条）、またはその規定を特に引用する（632条）」こととなると説明されている<sup>(46)</sup>。

## 2 第二草案段階

帝国司法庁準備委員会の議事録（**Protokolle der Vorkommission des Reichs-Justizamtes** 以下「Prot-RJA」という。）によると、ヤクベツキー（Jacubezky）により、EI 224条1項1文の「債務関係に基づいて」という文言を削除し、EI 359条の「信義誠実」という文言をEI 224条1項1文の中に取り込んだ形のProt-RJA 224条1項1文が提案され（同時にEI 359条については削除することが提案された。）、準備委員会は同提案を受け入れる決定をした<sup>(47)</sup>。

### Prot-RJA 224条1項1文

「債務者は、信義誠実により要請される所から従って給付する義務を負う」

このような「債務者」という主語から始まる規定の仕方に対し、その後の準備委員会決議草案（BGB-Entwurf In der Paragraphenzählung des EI nach den Beschlüssen der Vorkommission des Reichs-Justizamtes 以下「EI-RJA」という。）224条1項1文では、以下のとおり、「給付」を主語とする規定の仕方となっている<sup>(48)</sup>。

---

(46) Mugdan, a. a. O., S. 109.

(47) Jakobs/Schubert, a. a. O., § 242., S. 48.

(48) Mugdan, a. a. O., Protokolle, § 224, S. 521. (im Original S. 607), Jakobs/Schubert, a. a. O., S. 48.

(488)

EI-RJA 224 条 1 項 1 文

「給付は、取引慣行を顧慮した信義誠実により要請されるところに従ってなされる」

第二委員会本会議では、帝国司法庁準備委員会の提案する EI-RJA 224 条 1 項 1 文（「給付は……」）は「給付の種類にのみ依拠し、それでは狭すぎるものが明らか」であるとの意見が出された<sup>(49)</sup>。そして、第二委員会本会議提案（Protokolle der [II.] Kommission zur Ausarbeitung 以下「Prot II」という。）では、「債務関係」という文言を加えた形の以下の規定が示された<sup>(50)</sup>。

Prot II 224 条 1 項

「債務関係により債務者にどのような給付が義務付けられ、どのように（これを）給付するかについては、取引慣行を顧慮した信義誠実によって判断されなければならない」

また、第二委員会に設置された編集会議では Prot II 224 条 1 項につき、編集会議決議暫定集成（Zusammenstellung der Beschlüsse der Redaktions-Kommission 以下「EI-ZustRedKom」という。）224 条 1 項の内容とする決議がされた<sup>(51)</sup>。

(49) Mugdan, a. a. O., Protokolle, § 224, S. 521. (im Original S. 608)

(50) Mugdan, a. a. O., Protokolle, § 224, S. 521. (im Original S. 607)

(51) Mugdan, a. a. O., Protokolle, § 224, S. 521. (im Original S. 1250)

なお、第二委員会本会議では、EI 359 条は EI-ZustRedKom 224 条 1 項（やこれの前身である Prot-RJA 224 条 1 項）に取り込んで削除されたとするが、本当に EI 359 条を削除しても問題はないかという議論が起こった。すなわち、EI 359 条では、取引慣行を顧慮した「信義誠実」により、契約上の義務（給付）の存否や内容、方法につき決定されと考えられていたが、EI-ZustRedKom 224 条 1 項においても給付の存否や内容、方法についても「信義誠実かつ取引慣行」に基づいて判断されるものと解することができるかが問題となった。多数意見は、これを狭く捉え、EI-ZustRedKom 224 条 1 項は給付の方法についてのみ規定したものであると解するとした。この狭い理解の結果によ

#### EI-ZustRedKom 224 条 1 項

「債務者は、信義誠実かつ取引慣行に沿った方法により給付をする義務が生じる」

以上を受け、編集会議により、第二草案（II. Entwurf 以下「EII」という。）が示され、EI-ZustRedKom 224 条 1 項に対応する E II 206 条が規定された<sup>(52)</sup>。

#### EII 206 条

「債務者は、取引慣行を顧慮した信義誠実により要請される場所に従って給付する義務を負う」

### 3 第三草案段階および BGB 制定

帝国司法庁覚書（Denkschrift des Reichsjustizamtes 以下「DR」という。）は、条文という形式ではなく、その趣旨を説明するために作成されたものであるが、DR 236 条では、E II 206 条の「取引慣行に配慮した信義誠実」という表現を「信義誠実および取引慣行」という表現に変更した上で、次のように規定された<sup>(53)</sup>。

#### DR 236 条

「給付は、信義誠実および取引慣行に基づいてなされる」

---

り、EI-ZustRedKom 224 条 1 項は EI 359 条を覆い尽くすことができていないこととなり、今日の BGB 157 条（「契約は、取引慣行を顧慮した信義誠実により要請される場所に従って解釈されなければならない」）の元となる EI-ZustRedKom 73 条 2 項が作成されることとなった（以上、Mugdan, a. a. O., Protokolle, § 224, S. 522. (im Original S. 1251)）。取引慣行に関しては BGB 157 条の検討も必要になろうが、紙面の都合上、本稿での検討対象から外す。

(52) Mugdan, a. a. O., S. V.

(53) Mugdan, a. a. O., S. 1232.

債権関係という観点からみた「取引上の社会通念」の輪郭

「取引慣行」という文言につき、E II 206 条では「信義誠実」の範囲に制限をかけるものとして捉えているのに対し、DR 236 条では「信義誠実」と並列的に置いており、「取引慣行」概念の重要性をやや低く捉えていることが窺える。しかし、その後の第三草案（Ⅲ. Entwurf 以下「EⅢ」という。）236 条では、DR 236 条のような捉え方は盛り込まれず、E II 206 条と同一文言の規定が置かれた。そして、EⅢ 236 条と同一文言の規定が、BGB 242 条として置かれることとなった。

## 第4 若干の考察

### 1 アルシャマリ論文の2つの分析視角

先述したとおり、アルシャマリ論文では2つの分析視角がみられ、その1つ目では、1900年のBGB施行後の各種・各版におけるコンメンタールの記述の中にみられた「取引慣行」と「信義誠実」の関係につき検討され、そして「信義誠実」は「取引慣行」によって制限される形でその範囲が画されるようになったという帰結が導かれている<sup>(54)</sup>。

また、2つ目の分析視角である「取引慣行」の機能についても、やはり1900年以降の議論が対象とされている。そこでは、「取引慣行」は当事者の意思の解釈手段であり、契約の一部を構成するものであると把握する意思理論<sup>(55)</sup>と、「取引慣行」は権利ではなく単なる習慣であり、これを契約の一部と捉えるべきではないとする法規理論<sup>(56)</sup>との対立が前提として論じられている。そして、意思理論からすると、契約において取引慣行を認識していることが基本的に要求され、そのため取引慣行は任意規定に優先し、そして、取引慣行は意思表示の一部でもあるため錯誤の問題が生じることになる。

---

(54) Al-Shamari, a. a. O., SS. 149, 151-168.

(55) Al-Shamari, a. a. O., SS. 170-171.

(56) Al-Shamari, a. a. O., SS. 171-172.

他方、法規理論からすると、契約において他の法律上の規定のように取引慣行を認識していなければならないというわけではなく、そのため取引慣行が任意規定に優先するということもなく、そして、取引慣行は意思表示の一部でないため錯誤の問題は生じ得ないと分析される。この比較を前提に、同論文では意思理論に立脚し、取引慣行は当事者の意思を一般化ないし標準化させた、私的自治の強化に役立つものであると考察されている<sup>(57)</sup>。

以上のアルシャマリ論文の2つの分析視角はいずれも1900年以降の議論が土台となっているが、日本民法の起草過程にも関わってくるBGB制定過程の中でも、その萌芽とみられるものがある。以下、それぞれについて検討する。

#### (1) 1つ目の分析視角—「取引慣行」と「信義誠実」の関係

「信義誠実」と「取引慣行」の関係という観点からBGB 242条に関する諸ラント法やBGB制定過程を辿ってみたところ、両概念の間の距離につき変動がみられることがわかった。

フランス民法典やヴェストファーレン・ラント法では、「誠実に」(1134条3項)と「慣習」(1135条)とを別々の条文で規定していたが、これが1808年バイエルン草案では、フランス民法典の影響を強く受けているにもかかわらず、1125条の中で「信義誠実」と「慣習」とを統合させた形で規定されている。その半世紀後の諸ラント法では、両概念のうち、1853年ヘッセン草案や1865年ザクセン民法典858条では「誠実に」(もしくは「信義誠実」)の概念のみが規定されているのに対し、1861年バイエルン草案83条では「慣習」の概念のみが規定されている。

1864年版ドレスデン草案では143条にて「慣習」の概念が置かれ(1861

---

(57) Al-Shamari, a. a. O., SS. 173-206.

債権関係という観点からみた「取引上の社会通念」の輪郭

年バイエルン草案 83 条と同様の規定)、その直後の 144 条 1 文にて「誠実に」の概念が置かれ (1853 年ヘッセン草案 140 条と同様の規定)、ここで離れ離れになった両概念が再び近づくことになる。しかし、これまでの両概念についての条文はいずれも契約領域のものとして位置づけられていたのに対し、1866 年版のドレスデン草案の立案者らは、「慣習」の概念についての 150 条 (1864 年版ドレスデン草案 143 条と同一の規定) は契約領域の中に留め置き、他方、「誠実に」の概念については契約領域から取り出し、債務関係の中に位置づける形で 227 条 1 項として規定した (1864 年版ドレスデン草案 144 条 1 項と同一の規定)。

その後のキューベルによる部分草案でも、それぞれにつき TE 20 節 1 条 (「誠実かつ信義」)、同 13 節 196 条 (「慣習」) と、両概念は別々の箇所に置かれているものの、同理由書には、「契約上の意思は、当事者によって意図された補完的な規定として介入する、慣習による信義誠実に基づいて補充される」と述べられており<sup>(58)</sup>、ここで両概念が再び統合的に把握されたことがうかがえる。そして、第一草案にて、両概念を統合的に把握する今日の BGB 242 条に近い形の EI 359 条が示され、以降は若干の表現の差異はあるものの、EI 359 条の理由書での「今日の商取引は信義誠実…… (の) 顧慮が第一に基準とされる」という指摘のとおり<sup>(59)</sup>、「取引慣行を顧慮した信義誠実」や「信義誠実および取引慣行」というように、「信義誠実」を中心とし、これに制限をかける形で「取引慣行」が位置づけられるという把握がなされるようになった。

なお、BGB 制定後になるが、この点についてはシュタムラー (Stamm-ler) によって、このような「信義誠実」の主位性の中で「取引慣行を顧慮すべきであることは自明であり、また余計なものである」と指摘されてい

---

(58) Schubert, a. a. O., S. 380.

(59) Mugdan, a. a. O., S. 109.

る<sup>(60)</sup>。また、エルトマン (Oertmann) も同様に、『『誠意をもって』と『取引慣行』は2つの同等の基準として並列的に置かれているのではなく、むしろ重要なのは誠意だけである。取引慣行は、個々の場合に誠意を決定するときのみ考慮に入れられるべきである』と指摘する<sup>(61)</sup>。

以上より、アルシャマリ論文で示された1900年以降のコンメンタール等における、「信義誠実」は「取引慣行」によって制限され、その範囲が画されるようになったという考え方は、BGB 制定過程からもうかがい知ることができよう。

## (2) 2つ目の分析視角－「取引慣行」の機能（特に債務関係との関係）

アルシャマリ論文では、意思理論からは取引慣行は補充的解釈と捉えられており、このような規定の経緯からするとBGB 242条の「取引慣行」は補充的解釈により契約内容の一部を構成するものとして位置づけられるべきであると指摘されている。本稿ではこのような契約解釈論にまでは立ち入ることができないものの、これとの関連でPort II 224条の構造における補充的解釈について一点指摘をしたい<sup>(62)</sup>。

Port II 224条では「債務関係により」生じる給付内容は「取引慣行」と「信義誠実」を考慮してその範囲が決せられると規定されており、その「債務関係により」という文言が省略された形が今日のBGB 242条となってい

---

(60) Rudolf Stammer, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen Allgemeinen Lehren, 1897, S. 46. 石田芳穂訳『シュタムラーの債権法理論』（巖松堂書店、1930年）67頁の訳文も参照した。

(61) Paul Oertmann, Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Zweites Buch, Schuldrecht, 2. Aufl., 1919, S. 23.

(62) なお、石川論文では、キューベルのTE 20節1条についてはあるが、「本条における慣習による契約補充を両当事者の意思によって基礎付けるといふ……理解は、フランス民法1135条による明示の合意内容を超越する義務の発生を、両当事者の（黙示的）意思によって説明するフランス注釈学派の主流的見解と一致するものである」と指摘されている（石川・前掲注（21）308頁）。

債権関係という観点からみた「取引上の社会通念」の輪郭。このことからすると、給付の存否や内容、方法を決するにあたり、元々は債務関係を踏まえた上で、「取引慣行」と「信義誠実」が考慮されるべきであると捉えられていたと解することもできよう。1861年バイエルン草案83条や主として同草案を基礎として作成された1864/66年版ドレスデン草案、そしてキューベル草案、第一草案、第二草案のそれぞれにつき、草案全体が債務関係を中心とした体系的構造を採っているということも、上記のような解釈の方向性に傾く要素となろう。

## 2 日本民法への示唆

以上では、アルシャマリ論文の2つの分析視角を参考にしつつ、諸ラント法やBGB制定過程を踏まえ、BGB 242条の「取引慣行」には一般条項である「信義誠実」という概念の範囲を画すという機能がある一方で、「取引慣行」自体が債務関係を踏まえたものでなければならないということがわかった。

これを日本民法の「取引上の社会通念」に置き換えて考えた場合、前者の「取引慣行」における「信義誠実」概念の範囲を画す機能は、契約および「取引上の社会通念」により免責事由の範囲を画すことを規定した415条1項ただし書で考えられていることと親和的であるといえよう。

しかし、「取引上の社会通念」という概念に対する強い懸念として、裁判官の裁量を著しく広げてしまうことになってしまうという問題があった。これについては、「取引慣行」は債務関係と関連性を有していなければならないという「取引慣行」のもう一つの機能を参考にすることにより、「取引上の社会通念」という概念の輪郭を描くことができ、もってそのような問題の解決の一助となり得るのではないかと考える。

そこで、以下では、債権関係概念を利用して「取引上の社会通念」の範囲について考えてみたい。



拙稿「債権関係概念の再考 (1) (2・完)」では、ドイツ法における債務関係概念を検討し、その考え方が日本民法典及び日本民法学にも受け継がれていることをみた上で、現時点の日本民法学における債権関係概念の一つの到達点として、両当事者が共同の目的を実現するために協力関係に立つという考え方がなされていることを検討した。本稿では、ドイツ法の検討の中で「取引慣行」と債務関係との関連性が存すべきことについて指摘したが、日本民法 415 条 1 項ただし書では、免責事由の考慮要素が「契約……及び取引上の社会通念」となっていることからすると、「取引上の社会通念」の範囲を考えるにあたっては債権関係概念の一つの指標とし、両当事者が共同の目的を実現するために協力関係に立つということに関連しうる要素であれば「取引上の社会通念」の中に取り込むことができると考えることができよう<sup>(63)</sup>。例えば、①両当事者が共同の目的を実現する上で要求されることとなる事柄や、②同種の取引において問題となっている慣行があり、かつ両当事者の共同の目的との関係でその慣行を債権関係や契約の中に取り込むことが適当であるもの、③同種の取引において問題となっている慣行があったとしても、それが時的観点からあまりに古いものは考慮から外されるべきことなどがあげられる。

---

(63) これに関し、本稿では、実際に裁判所が「取引慣行」をどのように認定しているかという点についての検討にまで立ち入ることができなかつたが、BGB 施行直後の 1903 年のライヒ裁判所による、「取引慣行」は法規範性を有するものではなく事実たる慣習 (tatsächliche Übung) に過ぎないと判示 (RG Urteil 16.10.1903, VII 228/03.) や、同判決を受けた連邦通常裁判所 2009 年 9 月 30 日判決での、「取引慣行は、原則として関係当事者を相互に拘束するものであり、比較可能な取引形態に関する一定の期間内における全ての関係当事者の共通した認識のもとでの、比較可能な統一かつ任意による事実たる慣習に基づく必要がある」(BGH Urteil 30.09.2009, VIII ZR 238/08.) との指摘を参考にすることができよう。

## 第5 むすびに代えて

本稿では「取引上の社会通念」という概念の輪郭を描くべく、諸ラント法やBGB 242条の制定過程における各条文の構造や文言の変化を辿る中で、同条の「取引慣行」という概念の機能や役割について検討し、そこでの2つの機能を参考にして、日本民法の「取引上の社会通念」をどのように把握すべきかにつき考察を加えた。

しかし、「契約……及び取引上の社会通念」の中の「取引上の社会通念」につき契約の補充的解釈をするための役割しかないと捉えた場合には、「契約」の文言の中で契約解釈を展開させていけばよいことになり、あえて「取引上の社会通念」という文言を置く必要性は薄れ、その結果、債権関係という視点の必要性も後退していくことになる。それは、「取引上の社会通念」の有無を検討する際の要素として上記で例をあげた①ないし③にも言えることであり、これらも結局のところ契約解釈の中で捉えることもできるようにも思え、そうすると、債権関係という視点は一層不要・無用のものであるという方向に傾くことになる。

これまでの研究の中で、日本民法学にも債権関係のような当事者の関係という視点に触れられている学術書は多く存するということがわかっているが<sup>(64)</sup>、債権関係という視点を有する意義についてはまだ明確な結論を出すことができず、筆者としては先の見えない大きな課題となっている。今後は、債権関係が契約とどう異なるのか、契約解釈の中では拾い上げることができず、債権関係で拾い上げることのできるような要素が存するのかといった点について検討を深めていく中で、この大きな課題に挑戦してみたい。

\* 本稿は、JSPS 科研費 JP19K13553 の助成を受けたものである。

(64) 拙稿「債権関係概念の再考(2・完)」・前掲注(12)43-93頁参照。