

暴利行為の現代的意義

——擄取排除法理としての位置付けの試み——（1）

趙 民 秀

第1章 序論

第1節 本稿の目的と概要

第2節 日本法における従來の議論

第3節 民法（債権法）改正及び消費者契約法改正における議論

第4節 問題の所在と分析の視点

第2章 ドイツ法における暴利行為論の始点

第1節 給付均衡法理の史的沿革

第2節 BGB 138条 2項の立法過程

第3節 BGB 138条 2項の運用と限界

第4節 小括（以上本号）

第3章 ドイツ法における暴利行為論の発展

第1節 準暴利行為の創出と発展

第2節 学説の対立と展開

第3節 小括

第4章 契約における擄取性

第1節 給付不均衡が該当しない事例

第2節 契約における *Ausbeutung* と非難性

第5章 ドイツ法及び日本法における暴利行為論

第1節 ドイツ法における暴利行為論

第2節 日本法への示唆

第6章 結論

第1節 本稿の総括

第2節 今後の課題

第1章 序論

第1節 本稿の目的と概要

日本の民法において、契約の効力が否定される原因は、意思無能力や意思の不存在、瑕疵ある意思表示など、契約当事者の意思表示のプロセスにおける問題が中心となっていることが少なくない。一方で、契約締結過程における主観的事情と契約内容の不当性を考慮し、契約の効力が否定される場合がある。その代表的な場合が暴利行為である。

暴利行為とは、他人の窮迫、軽率又は無経験を利用し、著しく過大な利益を獲得することを目的とする法律行為とされており、民法90条の公序良俗違反として当該法律行為は無効とされる。暴利行為は民法上明文化されていないが、先の債権法改正⁽¹⁾や消費者契約法の各改正において暴利行為を念頭にした議論が行われるなど、暴利行為の社会における重要性や必要性はなお高いといえるだろう。特に暴利行為は、当事者の主観的事情と契約内容をあわせて契約の有効性を判断することができるため、立証が困難とされる意思表示に関する規定などから漏れ出た事例の受け皿として機能しており、一般的に民法上の契約内容規制と理解されている⁽²⁾。

このような見解に対して、本章第2節において述べるように、近年契約締結過程における主観的事情の意義を強調し、契約内容の不当性について

(1) 平成29年5月26日に成立し、同年6月2日に公布された「民法の一部を改正する法律（平成29年法律44号）」を指す。本稿では、同法を「債権法改正」と称す。

(2) 暴利行為を契約内容規制と説明する近年の教科書類としては、大村敦志『新基本民法1総則編』（有斐閣、第2版、2019年）82頁以下、佐久間毅『民法の基礎1総則』（有斐閣、第5版、2020年）192頁、山本敬三監修『民法1総則（有斐閣ストゥディア）』（有斐閣、2021年）160頁以下などが挙げられる。

は暴利行為の広範な適用への制約とならない方向に展開すべきとするものや、暴利行為を非良心性取引や状況の濫用など異なる法理から説明しようとする動きがあらわれている。同様に先の債権法改正においても著しく過当な不均衡とはいえなくとも、暴利行為を認めるべきとの意見が示されている。

このように、暴利行為を現代においてどのような法理として捉えるかという問題については様々な視点から意見が述べられているが、暴利行為がどのような理由によって契約を無効としているのか（制度趣旨の問題）、またどこまでの要件の拡張が認められるのか（要件の問題）、どこまでが暴利行為として認められる領域なのか（外延の問題）については、依然として見解の一致をみていない。特に、これまで暴利行為は契約内容規制と捉えられてきたにも関わらず、一部の学説は「暴利」が認められない場合においても暴利行為を認めるべきとしているため、この点に関しては改めて検証を行う必要があるだろう。

後述するように、先行研究は主に比較法や判例分析を中心に、暴利行為の適用領域や、各要件についての拡張可能性について検討しているが、暴利行為がどのような理由から契約を無効とするのかという制度趣旨について検討しているものは多くない。また、日本法が参照したドイツの暴利行為論について、先行研究では代表的な判例や、契約類型毎に取り上げるなど部分的な紹介や検討はなされているが、⁽³⁾ これらを横断的に分析し、その

(3) 暴利行為を取り上げる中でドイツの議論を紹介する研究は少なくない。主なものとして谷口知平「比較法制上より観たる暴利契約（一）」法学論叢28巻3号（1932年）393頁以下、柳川真佐夫「暴利契約の研究序説（一）」法曹会雑誌11巻4号（1933年）40頁以下、比嘉正「暴利行為の要件—西ドイツの議論を中心に—」亜細亜大学法学論集10号（1986年）1-20頁、同「暴利行為の判断基準について」亜細亜大学法学論集11号（1987年）13-33頁、尾島茂樹「高金利の消費者信用契約の民事規制序説：ドイツ「良俗違

(4) 制度趣旨と要件, そしてその外延について総合的に検討したものは乏しい。

反」を参考として」名古屋大学法政論集142巻(1992年)147-172頁, 小池和彦「執行命令の即判断力問題序説(1) ドイツにおける公序良俗に反する割賦与信契約をめぐる議論を中心として(未完)」立正法学論集27巻3・4号(1994年)47-68頁, 林幸司「ドイツ法における良俗論と日本法の公序良俗」椿寿夫ほか編『公序良俗違反の研究: 民法における総合的検討』(日本評論社, 1995年)124-137頁, 鹿野菜穂子「ドイツの判例における良俗違反」椿寿夫ほか編『公序良俗違反の研究: 民法における総合的検討』(日本評論社, 1995年)138-151頁, 大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣, 1995年)110頁以下, 小野秀誠『利息制限法と公序良俗』(信山社, 1999年)148頁以下, 中川敏宏「契約内容規制の効果と一般予防原理(1)(2)完」一橋研究26巻2号(2001年)29-49頁, 同4号(2002年)15-29頁, 原田昌和「一部無効の論理—高額な反対給付の縮減に関するドイツ法の最近の展開—」甲南法学42巻3・4号(2002年)389-473頁, 同「対価の縮減の法理について—ドイツ法を参考として」私法2005巻67号(2005年)143-150頁, 堀川信一「暴利行為論における利得者側の主観的要件についてドイツにおける議論を参考に」大東法学19巻1号(2009年)307-364頁, 渡邊拓「インターネットオークションにおける暴利行為と契約責任」横浜国際経済法学21巻3号(2013年)81-108頁, 同「インターネットオークションにおける公序—近時のドイツの裁判例を素材として—」横浜法学26巻3号(2018年)93-140頁, 小野秀誠「ドイツ法における暴利規定の生成と展開」岡本裕樹ほか編『民法学の継承と展開 中田裕康先生古稀記念』(有斐閣, 2021年)161-183頁, 比嘉正「ドイツにおける暴利行為論の系譜」高須順一ほか編『民法学の伝統と新たな構想(宮本健蔵先生古稀記念)』(信山社, 2022年)29-54頁。

(4) この点を指摘するものとして大村・前掲注(3)146, 225頁以下。大村は, ドイツの暴利行為論について起草過程から判例分析など詳細な検討を行っているが, 146頁以下において, 当時のドイツ暴利行為論の「重要な部分のみを切りとって検討しているに過ぎ(ず)」, 「特に, ドイツの一三八条二項関係の判例分析は, 日本との比較にとって重要であるが, これが全く不十分であることを認めなければならない」としている。また225頁においても「特に, 類似の暴利行為規範を持つ日独両国の比較のためには, ドイツについても可能な限り多くの裁判例を集めて事案の特色に配慮しつつ分析を行う必要がある」ことを再度確認している。

そこで、本稿においてはドイツの議論を手がかりに、暴利行為を搾取排除法理と捉えることによって、日本における暴利行為論を再検討することを最終的な目的とする。また暴利行為を改めて検討することは前述した理論的な理由に限らず、次のような意義があると考えられる。

まず、近年高齢化の進行や成年年齢の引き下げなどの影響により、いわゆる脆弱な消費者が暴利契約に巻き込まれる危険性が高まっているといえよう。このような状況以外にも、コロナ禍におけるマスクや消毒液の高額転売の問題⁽⁵⁾、宗教団体を母体とした悪質な高額献金や靈感商法の問題⁽⁶⁾など、不当に高額な対価が求められる場合について、これまで以上に暴利行為を活用して契約の効力を否定すべきという機運が高まっている⁽⁷⁾。しかし、後述する消費者契約法の改正をはじめに、特別法による対応は固有の適用領域を中心に行われているため、その射程は限定的であるといえるだろう。特に消費者被害は年々多様化・複雑化する傾向にあることから、一般法である民法上の暴利行為に戻って検討することは、被害者救済を図るにあたって重要であると考えられる。

また、暴利行為は先の債権法改正において明文化自体は見送られたものの、その判断基準は消費者契約法の各改正に受け継がれており、暴利行為の検討を行うことは、暴利行為をもとに立法化された特別法を理解する上でも重要であると考えられる。また、前述した社会状況からも、今後再び

(5) 川口浩一「新型コロナ・ウイルスと刑法 問題の所在 -ドイツ法との比較を通じて-」法律論叢93巻1号(2020年)125頁。

(6) 第6回靈感商法等の悪質商法への対策検討会【河上座長提出資料】靈感商法・霊視商法の被害への対応について4頁、第6回靈感商法等の悪質商法への対策検討会議事録10頁以下(河上正二座長)。

(7) またこのような状況を受けて、近年法と経済学の観点から暴利行為を検討する研究もあらわれている。西内康人『消費者契約の経済分析』(有斐閣, 2016年)。

暴利行為やそれに類する規定が法制化される可能性が高いため、本稿において行う検討はその際にも役立つのではないと思われる。

なお、ここで本稿の検討対象について言及しておきたい。これまで日本における暴利行為は契約の周辺的部分（過剰な違約金や損害賠償額の予定、過剰担保などの不当条項規制）と、契約の中心部分（対価）の双方から論じられてきた。しかし、不当条項規制に関しては、利息制限法や仮登記担保法などの特別法による解決が図られたことや、信義則に依拠した消費者契約法8条以下（特に消費者契約法10条は不当条項規制の一般条項として機能している）や民法548条の2第2項などの規定が設けられたため、暴利行為とは異なる解釈が展開されている。また、近年暴利行為の適用領域が不当条項規制などの契約の周辺的な部分から、契約の中心的部分（対価）または契約全体の評価へと軸足が移りつつあるとの指摘もみられるため⁽⁸⁾、本稿では契約の中心的部分に関する事例に絞り、検討を行うこととする。

以下では、本論に入る前に日本法における従来の議論と債権法及び消費者契約法改正における暴利行為論立法化の試みについて整理し、問題点を提示する。その上でドイツ法を検討する意義について明らかにする。

第2節 日本法における従来の議論

1. 現行民法典における暴利行為論の受容

現在日本の民法典において暴利行為を規定する条文は設けられていないが、判例・学説はかねてから暴利行為を民法90条（公序良俗違反）の一類型として認めており、現在も確立された判例法として機能している。しかし、現行民法起草時において、起草者はそもそも暴利行為を想定しておらず、議論されたのはもっぱら「公ノ秩序」と「善良ノ風俗」の内容や、前

(8) 武田直大「日本法における暴利行為論と公序良俗」大村敦志責任編集『民法研究第2集東アジア編8』（信山社，2020年）17頁。

者の文言を削除するか否かであり、民法90条の適用範囲についてもかなり限定的に考えられていたとの指摘がなされている。⁽⁹⁾

その後、学説において起草者の理解から離れ、公序良俗規範は個人の意思を制限する例外ではなく、法を支配する根本理念であり、契約自由もその枠内でのみ認められるものにすぎないとする見解が主張された（いわゆる⁽¹⁰⁾根本理念説）。このような見解を背景に、ドイツ民法（以下 BGB）138条2項を参照した上で「他人の無思慮窮迫に乗じて不当の利を博すること」を公序良俗違反の一類型として挙げる学説があらわれた⁽¹¹⁾。また、当時の教科書においても同様に BGB 138条2項を参照した上で「相手方の困窮、無経験又は浅慮に乘じ給付に付き過分の対価を約せしめたる時」に民法90条の適用を認める立場が確認されている⁽¹²⁾。

このような学説の支持を受け、判例においても暴行行為が承認されることとなった。まず、手形上の2000円の債務を準消費貸借契約に改める際に、債務者が支払いを延滞した場合には日歩1円の損害金を支払うとの特約の有効性が争われた大判昭和6年2月13日民集10巻69頁は、単に率が著しく高いだけでは不法の特約とは判断できないが、「其ノ特約ノ内容カ被上告人等ニトリ頗ル苛酷ナルモノアルハ疑ヲ容レサル所ナリト雖單ニ此ノ一事ノミヲ以テ直ニ其ノ特約ヲ不法ナリト為スコトヲ得ス其ノ不法ナリヤ否ハ一ニ被上告人等ヲシテスル特約ヲ為スニ至ラシメタル相当ノ理由ノ存否ニ

(9) 大村・前掲注(3)11頁以下、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）111頁以下。

(10) 末川博「公序良俗の概念—民法第90条について」法学論叢7巻5号（1922年）26頁以下、我妻栄『民法総則』（岩波書店、1930年）395頁。

(11) 我妻栄「判例より観たる『公の秩序善良の風俗』」法学協会雑誌41巻5号（1923年）143頁。

(12) 曄道文芸『日本民法要論第1巻総論』（弘文堂書房、第5版、1923年）352頁。

繋ル」⁽¹³⁾として、相当の不法理由があるときは本特約が無効になり得ると認められており、暴利行為の適用可能性を示唆している。

そして、暴利行為のリーディングケースとされる大判昭和9年5月1日民集13巻875頁では、金銭消費貸借契約において貸金債権が返済されない場合に貸金額の倍額に近い生命保険解約返戻金を受け取るという内容の特約がなされた事案につき、大審院は「他人ノ窮迫軽卒若ハ無経験ヲ利用シ著シク過当ナル利益ノ獲得ヲ目的トスル法律行為ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ無効ナリト謂ハサルヘカラス」として本件特約を民法90条によって無効とした（伝統的な暴利行為定式）。なお、同判決が「公の秩序又は善良の風俗」に反すると判断せず、「善良の風俗に反する」として良俗に暴利行為の根拠を求めたのは、BGB 138条2項の規定になら⁽¹⁴⁾って解釈を行った結果と指摘されている。

以上の伝統的な暴利行為定式が示された後、暴利行為は売買、消費貸借・賃貸借・使用貸借、雇用、委任など広範な契約類型に適用されたが、主に金銭消費貸借契約における過剰な利息や違約金、代物弁済予約などの契約の周辺部分に関して適用されたとの指摘がある。⁽¹⁵⁾なお、これらの領域は後に特別法による解決が図⁽¹⁶⁾られている。

(13) 石田文次郎「暴利行為と民法第九十条」法学論叢32巻3号（1935年）696頁。

(14) 野田良之「判批」判例民事法研究会『判例民事法昭和9年』（有斐閣、1941年）218頁、松本暉男「判批」柚木馨ほか編『判例演習（民法総則）』（有斐閣、1963年）72頁。

(15) 大村・前掲注(3)347頁以下。

(16) 消費貸借契約上の過剰な利息や賠償額の予定は利息制限法1条及び4条により利息制限法の制限を超過する限度で無効とされるが、年利が109.5%を超える場合は貸金業法42条により金銭消費貸借契約の全体が無効となり、出資法5条による処罰の対象となる可能性がある。また、代物弁済予約については仮登記担保法3条1項により債権者の清算義務が認められる

また、1960年代から2000年代にかけてホステス保証の事例⁽¹⁷⁾や、学納金返還訴訟の事例⁽¹⁸⁾において、優越的地位が利用された場合に暴利行為を認める事例があらわれており、当時一連の裁判例が暴利行為の大きな活動領域となっていたとの指摘がある⁽¹⁹⁾。なお、これらの事例は、いずれもその後最高裁⁽²⁰⁾において否定事例があらわれたため、下級審においても暴利行為が認められる事例が減少した。

2. 従来の学説

初期の学説としては、ドイツを中心とした比較法によって暴利行為の解釈を試みようとする見解が散見されるが、暴利行為における各要件の認定が難しく、取引の安全を害するおそれがあることから、もっぱら社会政策的な規定として理解する立場⁽²¹⁾や、暴利行為の制度趣旨を暴利者の不徳な行為の処罰ではなく損失者の利益の回復と捉え、暴利行為を当事者の衡平を図る規定として理解する立場⁽²²⁾、民事上の暴利行為の事例に加え、刑事における暴利取締令が争われた事例を参照しつつ、暴利行為及び暴利取締令

ため、原則有効であると解されている。

(17) 東京地判昭和39年12月17日判時401号5頁、大阪地判昭和53年5月19日判タ370号114頁、大阪高判昭和56年5月13日判タ454号97頁など。

(18) 大阪高判平成16年9月10日判時1882号44頁。

(19) 大村・前掲注(3)334頁。

(20) ホステス保証に関しては最判昭和61年11月20日判時1220号61頁。学納金返還訴訟に関しては最判平成18年11月27日民集60巻9号3597頁。

(21) 谷口知平「比較法制上より観たる暴利契約(二)完」法学論叢28巻4号(1932年)128頁。

(22) 柳川真佐夫「暴利契約の研究序説(二)完」法曹会雑誌11巻4号(1933年)73頁。なお、柳川は民法90条ではなく、民法96条の解釈によって暴利契約を検討すべきと主張している。

(23) 暴利ヲ目的トスル売買ノ取締ニ関スル件(大正6年農商務省令第20号)を指す。後に暴利取締令は物価統制令(大正6年農商務省令第20号)

の基準となる「暴利」の概念を法律的に決定することが困難であると指摘する立場など、様々な見地から暴利行為の制度趣旨や要件・効果の検討がなされていたことが確認できる。また同時代の教科書は、暴利行為について BGB 138条 2項に従って解釈を行うべきとする立場と、それに対してドイツ法と同様に捉えるべきではなく、詐欺や強迫、動機の不法など他の法理によって解決すべきという立場に分かれている。⁽²⁴⁾⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾

その後、仮登記担保法などの立法による対応で暴利行為の適用領域が減少した際には、公序良俗といった一般条項は新しい法的処理・判断が形成される橋渡しの役割を担っており、暴利行為も過渡期における救済手段だったとみる立場もある。⁽²⁷⁾これに対して、1980年代に「現代的暴利行為」として危険転化型（ホステス保証）、過剰担保型（拘束性預金）、不当勧誘型（ねずみ講、現物まがい取引）を新たに暴利行為論に取り込む動きがあらわれた。⁽²⁸⁾

そしてこれら現代的暴利行為の問題領域を取り込み、より広範な暴利行為の適用を模索する立場があらわれた。代表的な立場は、暴利行為を契約

に吸収された。

(24) 斎藤英夫「民事の暴利と刑事の暴利（二）完」民商法雑誌18巻3号（1943年）244頁。

(25) 遊佐慶夫『民法概論 総則篇第2分冊』（有斐閣、1920年）186頁、穂積重遠『民法総論下巻』（有斐閣、1922年）34頁、曄道・前掲注(12)352頁、藤本捨助『日本民法総論』（大明堂書店、1930年）253頁以下。

(26) 三瀨信三「民法総則提要 第2冊」（有斐閣、1922年）327頁以下、鳩山秀夫『日本民法総論』（岩波書店、1927年）325頁以下、近藤英吉『日本民法：註釈 総則編』（巖松堂書店、1932年）306頁以下、沼義雄『綜合日本民法論 第5』（巖松堂書店、1938年）48頁以下。

(27) 後藤昌夫「暴利行為と公序良俗違反」半田正夫編『現代判例民法学の課題』（法学書院、1988年）82頁。

(28) 米倉明「法律行為（二九）」法学教室72号（1986年）60頁。

正義の一内容として給付の均衡法理から捉え、当事者の「関係・状況」と「利得」の大きさを中心的ファクターとして相関判断し、「意図の悪性」や「意思の抑圧」は付随的ファクター、行為の「反社会性」が顕著な場合は⁽²⁹⁾考慮対象に含むとした総合的判断を提案している。また、現代的暴利行為については、①既存の関係を利用して過大な利益を得るタイプ（ホステス保証や不動産売買契約など）、②不当な勧誘手段により契約を締結し利益を得るタイプ（先物取引やネズミ講など）、③不当な付随条項（解約手数料など）の3つに分けられるとしている。⁽³⁰⁾そして暴利行為の適用領域については3つの型の特性に合わせて、異なるファクターにウエイトを置くことを提案しており、㉞過剰な違約金や代物弁済予約のような「付随条項規制」は条項自体の妥当性が最重要視され、㉟「関係状況濫用規制」については利得の大きさと関係・状況の存在が問題にされるとし、㉡特別な関係や状況がない「暴利行為規制」に関しては関係・状況に代わって、意図の悪性や意思の抑圧が重視されるとしている。⁽³¹⁾

また、契約自由への介入が許されるのは、個人の基本権が侵害された際に、それに対して国家が保護義務を果たすためでなければならないとする立場は、暴利行為の主観的要件を暴利行為者による相手方の契約自由の侵害、客観的要件を財産権などの基本権侵害とし、対立する基本権間の衡量

(29) 大村・前掲注(3)364頁。なお、その後大村は『消費者法』（有斐閣、第4版、2011年）117頁において、暴利行為はあくまで契約内容に着目した法理だが、立法論としてはオランダ法の「状況の濫用」のように交渉力不均衡のみに着目して契約の効力を否定する規定を設けることが望ましいとして、窮迫・軽率・無経験に乗じる要素を優越的地位の利用に置き換え、利得の大きさという客観的要件についてはむしろ適用の制約となっていると主張している。

(30) 大村・前掲注(3)362頁。

(31) 大村・前掲注(3)365頁以下。

の中で、国家による介入が許される範囲が決定される⁽³²⁾としている。

そして、判例や裁判例などにおいて暴利行為の主観的要件が「著しく不公正な方法によって行われた」ことや、一方当事者が他方当事者に対して「優越的地位」にあることで満たされていると指摘する立場は、消費者契約の規制の際に客観的要件は、暴利行為の広範な適用の制約となる⁽³³⁾としている。

一方、直接的な暴利行為の解釈論ではないが、合意の瑕疵の拡張理論からは、従来の錯誤・詐欺・強迫の枠組みでは捉えきれない要素がある場合、契約締結過程の諸事情を累積的に考慮して契約の効力を検討するとして「合わせて一本」論が提唱されており、この合わせ技には①錯誤・詐欺・強迫の「合わせて一本」と、②成立上の問題と内容的不当性の問題の「合わせて一本」という2つのタイプが考えられるとする立場がある⁽³⁴⁾。そして、この合わせて一本論という考え方を公序良俗違反に引き付けて「合わせ技的公序良俗違反」として捉える立場もみられる⁽³⁵⁾。

その他、契約当事者間の交渉力の格差を重視し、手続的非良心性（契約交渉過程の悪辣さ）と実体的非良心性（非合理・過酷な契約であること）を要件とするイギリス法の非良心性取引の法理で処理する方が適切だとする立場もあり、認定が困難な主観的要件については不当威圧の法理を借用して推定を認めるべきだとしている⁽³⁶⁾。

(32) 山本敬三『民法講義 I 総則』（有斐閣，第3版，2011年）275頁以下，山本・前掲注(9)73頁。

(33) 川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)』（有斐閣，2003年）107頁〔森田修〕。

(34) 河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(4)」NBL 472号(1991年)41頁。

(35) 加藤雅信『新民法体系 I 民法総則』（有斐閣，第2版，2005年）235頁。

3. 近時の判例及び裁判例の傾向

従来暴利行為は、主に過剰な担保や違約金、解除に関する契約の周辺部分に関して適用されたが、これらの領域は特別法による解決が図られており、それに加えて消費者契約法8条以下や民法548条の2第2項の定型約款⁽³⁷⁾に関する不当条項規制などによる立法措置が図られた。そのため現在では、消費者取引や投資取引、既存の関係を利用して過大な利益を得る契約が主な適用領域とされている⁽³⁸⁾。

このような適用領域の推移に応じて、代物弁済予約や過剰な違約金などの契約の周辺の部分から、近時の裁判例では対価、つまり契約の中心的部分または契約全体の評価へと軸足が移りつつあるとの指摘がある⁽³⁹⁾。例えば、買主宅に夜間に突然訪問し、執拗な勧誘の末、北海道の原野を時価の100倍で売りつけた事案や⁽⁴⁰⁾、うつ病により判断力が低下している者の有する10億円分の株式を、1/200以下の価格で売却させた事案⁽⁴¹⁾、高齢により判断力が低下している者に、時価700万円の不動産を約2割で売却させた事案⁽⁴²⁾はいずれも暴利行為と認定されている。

(36) 及川光明「イギリス契約法における非良心的取引行為—暴利行為認定の拠所として—」山形大学法政論叢4号(1995年)24頁以下。

(37) 民法548条の2第2項(定型約款の合意)

前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして第1条第2項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみなす。

(38) 武田・前掲注(8)16頁以下。

(39) 武田・前掲注(8)17頁。

(40) 名古屋地判昭和57年9月1日判時1067号85頁。

(41) 東京地判平成23年1月19日金判1383号51頁。

(42) 東京地判平成24年5月24日(LEX/DB 文献番号25494487)。

要件面に関しては、下級審の事例ではあるがこれまでの主観的要件にと
 らわれず、従属状態・抑圧状態・判断力低下などにつけ込まれる事例や、
 雇用時の優越的地位を利用し、本来支払う義務のない金銭の支払いを強制
 されたとして公序良俗違反が認める事例など、拡大傾向にあるといえよう。⁽⁴³⁾

客観的要件については、低額あるいは高額な対価、高額な利息だけでな
 く、本来であれば負担する必要がない債務を負わされた場合などが認定さ
 れているため、「著しく過大な利益」という定式というよりも、被暴利者
 が不当な不利益を受けたとする方が実質に即しているとの指摘がある。⁽⁴⁵⁾ま
 た、本来片務・無償契約である死因贈与契約においても、同当事者間にお
 いて締結された身元保証契約と死因贈与契約を一体と解することで対価関
 係があるとして暴利行為を認めた事例があり、こちらも拡張傾向にあると
 いえよう。⁽⁴⁶⁾

4. 近時の学説

2000年後期より、債権法改正の機運の高まりにあわせて、近時の学説は
 暴利行為の明文化規定の創設という観点から論ずるものがあらわれている。

近時の学説としては、ドイツにおける暴利行為の議論を取り上げる中で、
 利用要素を利得者の非難可能性へと読みかえつつ、その内容を意図的な利
 用と並び、重過失による無意識的利用も含まれるとし、主観的要件を拡張
 し得ると主張する立場がある。⁽⁴⁷⁾

(43) 山本敬三『契約法の現代化Ⅲ－債権法改正へ』(商事法務, 2022年) 37
 頁以下(初出, 「法律行為通則に関する改正の現況と課題」法律時報86巻
 1号(2014年)15頁)。

(44) 静岡地判平成25年8月9日(LEX/DB 文献番号25501645)。

(45) 松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタル』(法律文化社, 2020年)
 42-45頁【山本敬三執筆】。

(46) 名古屋高判令和4年3月22日(LEX/DB 文献番号25592408)。

また、不当な内容ないし取引態様の契約を無効とする事例については暴利行為よりもアメリカ法における非良心的取引と解する方が妥当だとする立場や、⁽⁴⁸⁾オランダ法における状況の濫用法理を手がかりに、不当威圧型の事例においては著しい不均衡を求めず、一定の状況が利用されたことをもって契約を取消すことが望ましいとする立場があらわれている。⁽⁴⁹⁾

ユニドロワ国際商事契約原則やヨーロッパ契約法原則などの国際的なモデル準則を参照する立場は、要件に関してユニドロワ国際商事契約原則が「従属関係、経済的困窮、緊急の必要、思慮の浅さ、無知、無経験、交渉技術の欠如」を、ヨーロッパ契約法原則が「従属、信頼関係、経済的困窮、緊急の必要、無思慮、無知、無経験、交渉技術の欠如という事情の認識（可能性）」という非常に広範な事情を取り込んでいる点を挙げ、主観的要件についてより一層の拡張・柔軟化が必要であると評価しつつ、効果に関しては、取消しに限らず契約の改訂を認める点について大胆なアイディアであると評している。⁽⁵⁰⁾

その他、暴利行為論における主観的要件の意義を強調し、客観的要件についてはむしろ暴利行為の広範な適用への制約とならないような方向に展開すべきとする立場があらわれている。

例えば近年の裁判例を検討した上で、「暴利行為の判断において、判断

(47) 堀川・前掲注(3)341頁以下。

(48) 内田貴『民法I総則・物権総論』（東京大学出版会、第4版、2008年）286頁。

(49) 内山敏和「オランダ法における状況の濫用（1）－我が国における威圧型不当勧誘のために」北海学園大学法学研究45巻3号（2009年）466頁以下、同「威圧型不当勧誘を巡る近時の立法論的動向」北海学園大学法学研究52巻4号（2017年）458頁以下。

(50) 山本豊「展開講座現代契約法講義（7）契約の内容規制（その1）暴利行為論」法学教室338号（2008年）98-104頁参照。

力の低下など、法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることにつけ込んで、相手方の意思決定の自由を奪う点を問題視しているのではないかとし、「少なくとも現代的暴利行為においては、他方当事者の『著しく過当』な利益の獲得といった点は、相手方の不合理な判断や他方当事者の不当な介入を基礎づける要素にすぎず、相手方の意思決定過程における他方当事者の不当な介入という点こそが本質的な問題点」とする立場や、イギリス法における非良心的取引と不当威圧の議論を参照した上で、「相手方の判断力、知識、経験の不足、その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的判断することができない事情があることを利用して、あるいは、相手方に対する自己の影響力のために相手方が法律行為をするかどうかを主体的に判断することができない事情があることを利用してなされた法律行為は取り消されうる。契約内容が一方のみが著しく過大な利益を得、又は一方のみが著しく過大な不利益を与えるものとなっている場合には、利用があったものと推定する」との規定を置くことで、暴利行為論の要件を再構成し、脆弱な消費者を市場に包摂しながら保護し得るとする立場が示されている。⁽⁵²⁾

両者は主観的要件の意義を強調し、客観的要件については広範な適用への制約とならないような方向に展開すべきと主張する。もっとも、これらの立場は客観的な不均衡を要件として完全に否定するものではなく、両者は共に客観的要件が被暴利者の窮状や暴利者の利用の徴表ないし推定をし得る要素であると解している。

以上までの議論から明らかなように、当初 BGB 138条 2項を参照した

(51) 後藤卷則「公序良俗規定の意義と機能」安永正昭ほか監修『債権法改正と民法学Ⅰ 総論・総則』(商事法務, 2018年) 345頁以下。

(52) 菅富美枝『新消費者法研究 脆弱な消費者を包摂する法制度と執行法制』(成文堂, 2018年) 201頁以下。

上で展開された伝統的な暴利行為定式は、要件が限定的だったという点からも代物弁済予約など主要な適用領域を失った後には、民法上の契約無効原因として注目されなくなったといえよう。しかしその後、優越的地位が利用される場合や消費者契約など新たな適用領域を得ることによって、現代的暴利行為として各要件の拡張や相関判断を認めるなど、弾力的な判断基準が学界から提案されることとなった。そして近年はそこからさらに進み、主観的要件の意義を強調することで、必ずしも「暴利」とは言えないような場合でも暴利行為として認めるべきだとの主張があらわれている。

このように、暴利行為は近時においても現代的暴利行為を皮切りに、制度趣旨や要件、適用領域などにおいてなお議論が交わされている論点であり、その議論の内容は立法論として先の債権法改正や消費者契約法改正において検討されている。そこで次節ではこれらの内容を踏まえ、近年の暴利行為立法化の動きについて概観する。

第3節 民法（債権法）改正及び消費者契約法改正における議論

1. 民法（債権法）改正検討委員会による提案

法制審議会民法（債権関係）部会に先立ち、鎌田薫委員長と内田貴法務省参与（当時）が中心となった民法（債権法）改正検討委員会は、「債権法改正の基本方針」⁽⁵³⁾において以下のような暴利行為の明文規定を提案した。

【1.5.02】（公序良俗）

- 〈1〉 公序または良俗に反する法律行為は、無効とする。
- 〈2〉 当事者の困窮、従属もしくは抑圧状態、または思慮、経験もしくは知識の不足等を利用して、その者の権利を害し、または不当な利益を取

(53) 民法（債権法）改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針1序論・総則』（商事法務，2009年）50頁。

得することを内容とする法律行為は、無効とする。

暴利行為の現代的意義 (一)

本条文案に関しては、「本提案〈2〉では、この公序良俗の一般原則を具
体化したものとして、暴利行為に相当するものを明文化する」としており、
本提案〈2〉は「現代的暴利行為論の主張に従い、意思決定過程に関する
主観的要素と法律行為の内容に関する客観的要素を考慮することにより、
法律行為の無効という効果を認める規定を新設する」との説明がなされて
⁽⁵⁴⁾
いる。

具体的な要件の内容をみると、主観的要素は伝統的な定式に加え、「従
属もしくは抑圧状態」、「知識の不足」が付け加えられている。従属・抑圧
状態が追加されたのは近年の下級審の傾向への対応であり、知識の不足が
加えられた理由としては「情報・交渉力の格差を利用して不当な契約をさ
せる場合も対象とするため」としている。また、客観的要素に関しては従
来の著しく過当な利益という定式から、「その者の権利を害し、不当な利
益を取得すること」という形で拡張・緩和が図られており、「主観的要素
がそなわる程度が大きければ大きいほど、当事者が自由に決めたとはい
いがたくなり、そのような場合は、現代的暴利行為論が説くように、「いち
じるしく過当」とまではいえなくても、「不当」といえる程度の利益を取
得することが内容とされていれば、法律行為の効力を否定しても良いと考
えられる」として、現代的暴利行為の相関判断の影響が反映された形で提
案がなされている。⁽⁵⁵⁾

2. 法制審議会民法（債権関係）部会における議論

債権法の大改正が行われた「民法の一部を改正する法律（平成29年法律

(54) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注(53)51頁。

(55) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注(53)52頁。

44号)」の法制審議会民法（債権関係）部会では、暴利行為の明文化が議論され、中間試案においては民法90条2項として暴利行為規定の新設が提案されていた。しかし、結果として適切な要件化についてコンセンサスが形成できず、濫用の危険性が指摘されたため、この度の改正での明文化は見送られた。もっとも、その審議過程においては、有力な学説や近年の裁判例を踏まえた暴利行為の要件化が検討されているため、以下その内容について概観する。

法制審議会においては、大きく①暴利行為の明文化の可否と、②伝統的な暴利行為の要件を近年の裁判例の動向にあわせて見直すべきかという点が議論された⁽⁵⁶⁾。まず明文化に関しては、多くの委員が一般条項である民法90条の予測可能性を高めるという観点から賛成していたことに対し、経済活動の委縮や濫用のおそれがあるとして反対する意見もみられた⁽⁵⁷⁾。また、要件の見直しについては、近年の裁判例を踏まえて主観的要素に相手方の知識の不足・従属状態・抑圧状態の利用を追加すべきという意見⁽⁵⁸⁾や、客観的要素に相手方の権利を侵害することを追加すべきとする意見などがあった⁽⁵⁹⁾。

なお、暴利行為のほかに、「状況の濫用」や取締法規に違反する法律行為のうち公序良俗に反するものなども検討すべきという意見がみられたが⁽⁶⁰⁾、これらの類型に関しては「まだ具体的な立法提案が示されていない」とし⁽⁶¹⁾

(56) 審議経緯については、桑岡和久「債権法改正立法資料集成（2）暴利行為」民商法雑誌155巻2号（有斐閣，2019年）389-435頁。以下、法制審議会民法（債権関係）部会資料は部会資料〇〇とし、法制審議会民法（債権関係）部会議事録は第〇〇会議事録とする。

(57) 第10回議事録4頁（那須野太関係官）、第30回議事録30頁以下（佐成実委員）。

(58) 第64回議事録10頁（山本敬三幹事）、同11頁（大村敦志幹事）。

(59) 第22回議事録46頁（山本敬三幹事）。

(60) 第10回議事録7頁以下（松本恒雄委員）、第22回議事録46頁（岡正晶委員）。

て、検討は見送られた。

これらの内容を受け、中間試案では次のような提案が示された。⁽⁶²⁾

第1 法律行為総則

2 公序良俗（民法第90条関係）

(2) 相手方の困窮、経験の不足、知識の不足その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用して、著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為は、無効とするものとする。

中間試案は、主観的要素を相手方の困窮、経験の不足、知識の不足と例示しつつ、「その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用」することと主観的要素が一般化されているため、主観的要素の拡大が志向されているとの指摘がある。⁽⁶³⁾

中間試案後、各委員の妥協点が模索される中で、「当事者の一方に著しく過大な利益を得させ、又は相手方に著しく過大な不利益を与える契約は、相手方の窮迫、経験の不足その他の契約についての合理的な判断を困難とする事情を不当に利用してされたものであるときに限り、無効とする」と規定する甲案と、⁽⁶⁴⁾公序良俗違反ないし暴利行為を判断する上での考慮要素

(61) 民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明213頁以下。

(62) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案1頁。

(63) 後藤卷則・前掲注(51)321頁。

(64) 部会資料80B・1頁。なお、部会資料73B・12頁と部会資料78B・1頁に示されている甲案は文末が「ときに」と規定されており部会資料80Bの甲案において「ときに限り」という文言に変更された。また適用対象についても前者が「法律行為は」としていることに對し後者は「契約は」に変更されている。

を規定するにとどめるとする乙案⁽⁶⁵⁾が検討された。

甲案に関しては、従来の裁判例が客観的要素と主観的要素を相関的に考慮して救済を図ってきたところ、甲案は客観的要素に著しい過大性を要件とするため、法発展の阻害となりかねないとする意見や、ここまで限定的な規定を設けるのであれば、明文化を断念して判例・学説による発展に委ねるべきとする意見⁽⁶⁶⁾がみられた。そして乙案に関しては積極的な支持はみられず、乙案は暴利行為準則が国民にとって一層わかりにくくなるとの意見⁽⁶⁷⁾や、考慮要素を提示することでかえって民法90条の一般条項としての機能を妨げるおそれがあるとする意見⁽⁶⁸⁾が示され、その後「規律の内容を直接示さずに、考慮要素のみを定める条文は異例であり、一般国民からみてその明確化に資するかは疑問がある」⁽⁶⁹⁾との理由によって廃案となった。⁽⁷⁰⁾

以上までの検討の結果、暴利行為の明文化に関しては「その要件が限定的に過ぎるといった観点からの指摘がある一方で、逆に要件が緩やかに過ぎ濫用のおそれがあるとの指摘もあった（ため、）…明文化すべき適切な要件についてはなお意見対立があり、合意形成が困難な状況にあると考えられることから、取り上げない」⁽⁷¹⁾こととされた。

本改正において明文化が見送られたことによって、暴利行為はこれまで形成されてきた判例法が維持されることとなった。今後も引き続き暴利行為の要件をどのように捉えるかは課題とされる。債権法改正後も、学界を中心に暴利行為規定の明文化に肯定的な立場が多くみられるが、⁽⁷²⁾従来の判

(65) 部会資料73B・13頁、部会資料78B・1頁。

(66) 第88回議事録6頁以下（松本恒雄委員）。

(67) 第92回議事録2頁以下（潮見佳男幹事）。

(68) 第82回議事録28頁（岡田ヒロミ委員）。

(69) 第82回議事録34頁（山本敬三幹事）。

(70) 部会資料80B・3頁。

(71) 部会資料82-2・1頁。

例法の理解や重視する要素について必ずしも共通認識があるとはいえないだろう。

3. 消費者契約法の各改正と暴利行為

先の債権法改正において暴利行為の民法上の明文化は見送られたが、民法の一部を改正する法律案に対する附帯決議⁽⁷³⁾において、「情報通信技術の発達や高齢化の発展を始めとした社会経済状況の変化による契約被害が増加している状況を踏まえ、他人の窮迫、軽率又は無経験を利用し、著しく過当な利益を獲得することを目的とする法律行為、いわゆる『暴利行為』は公序良俗に反し無効であると規定することについて、本法施行後の状況を勘案し、必要に応じ対応を検討すること」が求められるなど、暴利行為は今後とも重要な立法課題として残されているといえよう。

この点、先の法制審議会での議論は暴利行為と同種の問題状況に対応する消費者契約法の改正の議論に一部引き継がれ、かつて公序良俗違反や暴利行為⁽⁷⁴⁾によって処理された事例が消費者契約法の規定に取り込まれている。以下その内容について概観する。

(1) 2016年改正法（過量契約取消権）

当初、消費者契約法調査会では暴利行為の伝統的定式を示した大判昭和9年5月1日民集13巻875頁を参考に、消費者契約における暴利行為を明確化する案と、暴利行為とは別に判断力の不足・知識の不足・経験の不足

(72) 例えば、大村・前掲注(2)93頁、山本・前掲注(45)40頁以下、伊藤進監修『改正民法【債権法】における判例法理の射程』（第一法規、2020年）15頁以下【長坂純執筆】、後藤卷則・前掲注(51)348頁。

(73) 第193回国会参議院法務委員会議録14号37頁以下。

(74) 宮下修一ほか著『消費者法（有斐閣ストゥディア）』（有斐閣、2022年）108頁以下。

等の事情のある消費者が契約を締結した場合についての取消しまたは契約⁽⁷⁵⁾の解除を設ける案が検討された。

この点、消費者契約においては暴利行為とは別に、消費者に不必要な契約の締結に対応する規定を設けるべきだという観点から、後者を支持する立場が優位となり、⁽⁷⁶⁾2016年に成立した「消費者契約法の一部を改正する法律（平成28年法律第61号）」において、不必要な契約の典型例の1つである過量契約の取消権が設けられた。

消費者契約法4条4項

消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの分量、回数又は期間（以下この項において「分量等」という。）が当該消費者にとっての通常分量等（消費者契約の目的となるものの内容及び取引条件並びに事業者がその締結について勧誘をする際の消費者の生活の状況及びこれについての当該消費者の認識に照らして当該消費者契約の目的となるものの分量等として通常想定される分量等をいう。以下この項において同じ。）を著しく超えるものであることを知っていた場合において、その勧誘により当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、消費者が既に当該消費者契約の目的となるものと同種のものを目的とする消費者契約（以下この項において「同種契約」

(75) 消費者契約法専門調査会第9回【資料1】11頁。

(76) 後藤卷則「暴利行為と消費者契約法」瀬川信久先生吉田克己先生古稀記念『社会の変容と民法の課題上』（成文堂、2018年）121頁。また、同「消費者取引と暴利行為」早稲田大学法学会編『早稲田大学法学会百周年記念論文集第2巻民事法編』（成文堂、2022年）35頁以下において、後藤は暴利行為と不法行為の関連性についても検討を行っている。

という。)を締結し、当該同種契約の目的となるものの分量等と当該消費者契約の目的となるものの分量等とを合算した分量等が当該消費者にとっての通常の分量等を著しく超えるものであることを知っていた場合において、その勧誘により当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときも、同様とする。

(2) 2018年改正法(合理的な判断をすることができない事情を利用する類型)

その後消費者契約法専門調査会は、さらに個別的な消費者被害に対応する取消権の検討を行った。その結果、①不安をあおる告知(消費者契約法4条3項3号)、②デパート商法を典型とする人間関係の不当な利用(消費者契約法4条3項4号)、③加齢等による判断力の低下の不当な利用(消費者契約法4条3項5号)、④靈感等による知見を用いた告知(消費者契約法4条3項6号)などが、2018年度に成立した「消費者契約法の一部を改正する法律(平成30年法律第54号)」において新たな取消権として新設された。特にこれらの類型は従来公序良俗違反や暴利行為によって契約が無効とされてきた事例だが、⁽⁷⁷⁾新設された消費者契約法の規定では契約内容について、著しい給付の不均衡という要素が求められていない点で大きな違いがある。

これらの規定が新設された後も「消費者が合理的な判断をすることができない事情を不当に利用して、事業者が消費者を勧誘し契約を締結させた場合における取消権(いわゆるつけ込み型勧誘に対する取消権)の創設に

(77) 例えば、②については名古屋高判平成21年2月19日判時2047号122頁、③については大阪高判平成21年8月25日判時2073号36頁や東京地判平成30年5月25日判タ1469号240頁、④は名古屋地判昭和58年3月31日判時1081号104頁、大阪高判平成16年7月30日WLJPCA07306001などが挙げられる。

ついて、要件の明確化等の課題を踏まえつつ検討を行い、本法成立後二年⁽⁷⁸⁾以内に必要な措置を講ずること」とする附帯決議が付された。

消費者契約法4条3項3号

当該消費者が、社会生活上の経験が乏しいことから、次に掲げる事項に対する願望の実現に過大な不安を抱いていることを知りながら、その不安をあり、裏付けとなる合理的な根拠がある場合その他の正当な理由がある場合でないのに、物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものが当該願望を実現するために必要である旨を告げること。

- イ 進学、就職、結婚、生計その他の社会生活上の重要な事項
- ロ 容姿、体型その他の身体の特徴又は状況に関する重要な事項

消費者契約法4条3項4号

当該消費者が、社会生活上の経験が乏しいことから、当該消費者契約の締結について勧誘を行う者に対して恋愛感情その他の好意の感情を抱き、かつ、当該勧誘を行う者も当該消費者に対して同様の感情を抱いているものと誤信していることを知りながら、これに乗じ、当該消費者契約を締結しなければ当該勧誘を行う者との関係が破綻することになる旨を告げること。

消費者契約法4条3項5号

当該消費者が、加齢又は心身の故障によりその判断力が著しく低下していることから、生計、健康その他の事項に関しその現在の生活の維持に過大な不安を抱いていることを知りながら、その不安をあり、裏付けとなる合理的な根拠がある場合その他の正当な理由がある場合でないのに、当該消費者契約を締結しなければその現在の生活の維持が困難と

(78) 第196回衆議院消費者問題に関する特別委員会第8号19頁以下、第196回参議院消費者問題に関する特別委員会第6号29頁。

なる旨を告げること。

消費者契約法 4条3項6号

当該消費者に対し、靈感その他の合理的に実証することが困難な特別な能力による知見として、そのままでは当該消費者に重大な不利益を与える事態が生ずる旨を示してその不安をあり、当該消費者契約を締結することにより確実にその重大な不利益を回避することができる旨を告げること。

(3) 2022年改正法案（消費者の判断力に着目した取消権）

先般成立した「消費者契約法及び消費者の財産的被害の集団的な回復のための民事の裁判手続の特例に関する法律の一部を改正する法律（令和4年法律第59号）」においても、その審議過程において暴利行為と関わりが強い消費者の判断力に着目した取消権（いわゆるつけ込み型勧誘）の新設について検討が行われた。

具体的には、まず「事業者が、(i) 消費者の判断力が著しく低下していること、及び、(ii) 当該契約が当該消費者の生活に著しい支障を及ぼすことを知りながら勧誘し、これによって消費者が契約を締結したときは、消費者は契約を取消することができる⁽⁷⁹⁾」、とする規定が提案された。その後、消費者の判断力を外形から知することは困難なため、消費者の判断力に関する事業者の主観を要件とすべきではない、または主観的要件の部分は重過失に広げるべきとの意見があったため、最終的には「(i) 消費者が加齢⁽⁸⁰⁾又は心身の故障により判断力が著しく低下していること、(ii) 契約が当

(79) 第5回消費者契約に関する検討会【資料】いわゆる「つけ込み型」勧誘について8頁。

(80) 第12回消費者契約に関する検討会【資料1】いわゆる「つけ込み型」勧誘について22頁。

該消費者の生活に著しい支障を及ぼすものであること、(iii) 事業者が(ii)を知りながら勧誘」したことを要件とした明文化の提案がなされている⁽⁸¹⁾。

(i) が窮状要素、(ii) が財産的損害、(iii) が(ii)を認識して勧誘したという要件から明らかなように判断基準は暴利行為論を踏襲しているが、立証責任の緩和という観点から事業者が消費者の窮状を認識していたかについては要件に含まれておらず、この点が暴利行為の要件と異なっている。

しかし、「合理的判断ができない事情」の内容が多様であり、これを包括した汎用性のある規定を設けようとする、要件としての抽象度が高くなるため、現時点でつけ込み困惑型を包括した規定を設けることは困難だとの意見が示され⁽⁸²⁾、2022年度の改正においての法制化は見送られた。

その後に行われた有識者懇談会では、同取消権の明文化について、取消権の明文化については、取消権は強い効果と事業者の行為規範としての機能を持つことから、「事業者の予見可能性」とそれを確保する「要件の明確性」をみとすことが必要であり、先の検討会では(ii)の要件について、生活に著しい支障を及ぼすかどうかはそれぞれの消費者の生活状況によって異なるため、取消しを認めるための要件として十分な確定性を備えていないと判断されたと考えられるとの指摘がなされている⁽⁸⁴⁾。

(81) 第12回消費者契約に関する検討会【資料1】いわゆる「つけ込み型」勧誘について24頁。

(82) 第7回消費者契約に関する検討会議事録5頁以下(事務局・福島成洋課長補佐)。

(83) 第12回消費者契約に関する検討会議事録4頁(事務局・福島成洋課長補佐)。

(84) 第1回消費者法の現状を検証し将来の在り方を考える有識者懇談会【資料5】山本敬三教授説明資料14頁。

第4節 問題の所在と分析の視点

1. 問題の所在

前述の通り、現在日本において暴利行為は公序良俗違反の一類型として判例・学説ともに異論なく認められている。しかし、BGB 138条2項を参照した伝統的な暴利行為定式は、現在文字通りに機能しているとはいえないだろう。むしろ近年は、各要件の拡張や相関判断が認められると解するいわゆる現代的暴利行為が有力な支持を得ている。

このような傾向は債権法改正の審議にもあらわれており、審議会においては伝統的な暴利行為の要件の見直しや、従来の主観的・客観的要件を要素と捉えることで相関的な判断を行うことなどが検討された。しかし、最終的には適切な要件化についてコンセンサスが得られず、濫用の危険性が指摘されたため明文化は見送られた。

ここで注目すべきは、既に暴利行為が判例法として認められているにも関わらず、その制度趣旨や要件について見解が一致しなかった点である。その原因としては、各論者によって暴利行為（特に現代的暴利行為）の制度趣旨や要件の捉え方などに幅があり、それらを折衷案としてまとめた結果、これまで蓄積された判例法と整合性がとれなくなったためと考えられる⁽⁸⁵⁾。ここから、そもそもなぜ暴利を貪る契約は無効とすべきなのか、暴利行為の各要件はそれぞれどのような関連性を有しているのかについては、未だ不明確な状況にあることから、その制度趣旨に関しては検討の余地が残されているといえよう。

また、現代的暴利行為は一見柔軟な判断基準を提示しているように見え

(85) 学説における暴利行為の把握やその射程の認識が一致していなかったことはこれまでも指摘されていた。例えば山本豊「契約の内容規制」山本敬三ほか著『債権法改正の課題と方向－民法100周年を契機として－』別冊 NBL 51号 (1998年) 63頁など。

るが、暴利行為が本来想定していなかった事例まで取り込んでしまう危険性を孕んでいる。現代的暴利行為は主観的要件と客観的要件を相関的に考慮して契約の有効性を判断し得るとするが、例えば契約内容としては暴利とまではいえないが、悪質なつけ込みが認められた場合、相関的判断を行うと契約の無効を認めることが可能となる。その他にも、利得者に暴利を貪ろうという意図があるか明らかではない場合、または窮状や不均衡に対する認識がなかった場合に関しても、相関判断によって他の民法上の無効・取消し原因よりも容易な要件によって契約を無効としてしまう可能性がある。

このように、現代的暴利行為の理論に従うと、どのような事例まで暴利行為として成立するかという線引きが非常に曖昧になり、この点が債権法改正において濫用の危険性があると問題視された点ではないかと思われる。

先行研究は判例分析を中心に暴利行為の適用領域や各要件の拡張可能性については言及しているが、なぜ暴利行為は無効とされるのかという制度趣旨の問題や、暴利行為はどこまでの要件の拡張が認められるのか、またどのような事例にまで適用が許されるのかという外延の問題について詳細に検討するものは乏しい。そこで本稿はドイツ法の議論を手がかりに示唆を得ることを目的とする。

2. 分析の視点

(1) ドイツ法を検討する意義

本稿はこれらの問題を検討するために、ドイツにおける暴利行為論、特に BGB 138条 1項を根拠とする準暴利行為 (Wucherähnliches Geschäft)⁽⁸⁶⁾

(86) 尾島・前掲注(3)や、中川・前掲注(3)、原田・前掲注(3)「対価の縮減の法理についてードイツ法を参考として」など、Wucherähnliches Geschäftを暴利類似行為と訳出する文献もみられるが、本稿においては

の議論を中心に分析を行う。そしてそこで得られた知見をもとに、日本法にどのような示唆が得られるのか検討する。

ドイツ法は暴利行為に関する明文規定を有しており、様々な領域において広く暴利規定 (BGB 138条 2項) あるいは準暴利行為による処理が行われているが、日本法はかつて暴利行為が認められた領域が後に利息制限法や仮登記担保法など特別法によって解決が図られていることから、暴利規制を行う諸法の状況に違いがあるといえる。そのため、ドイツ法の議論を直接日本法に持ち込むことは難しいが、日本に暴利行為が導入された際、参照されたのはドイツの暴利規定であり、現在もその判断基準自体に大きな変更はみられないため、ドイツ法から手がかりを得やすいと考えられる。

例えば、伝統的な暴利行為定式 (昭和9年判決) が暴利行為を「公序良俗」ではなく、「善良の風俗」に反すると判示している点や、暴利行為が公序良俗規定の一類型として位置付けられているのは、ドイツ法における議論が基礎となっており、その影響の強さについて窺い知ることができる。また、日本の暴利行為は判例法として明文規定を持たないため、柔軟な解釈を行い得る余地を残しているといえよう。

この点、日本における暴利行為の解釈については、典型的な公序良俗違反のイメージや BGB 138条 2項のイメージから暴利行為論を解放するため、認識論的切断が必要であるとの立場があるが、⁽⁸⁷⁾後述するように現在ドイツにおける暴利行為論の中心は BGB 138条 2項ではなく、その拡張類型とされる準暴利行為であり、そこでは主観的要件の緩和や推定準則、適用領域の拡張など、暴利行為論の体系的な位置付けや要件効果について議論が蓄積されている。その他にも、暴利者のつけ込みが観念しにくい事例においては推定準則を認めず、結果として準暴利行為が成立しないとする判

準暴利行為という表現に統一して用いることとする。

(87) 大村・前掲注(3)361頁以下。

例や、給付不均衡が観念できない契約類型について、暴利行為論と類似した判断基準によって良俗違反を導く判例があらわれるなど新たな展開がみられる。

先行研究は、ドイツ暴利行為論について契約類型毎に取り上げるなど部分的な紹介や検討はなされているが、これらを横断的に分析し、制度趣旨と要件面を総合的に検討したものはみられない⁽⁸⁸⁾。このような観点からドイツ法を検討することは、ドイツ法における近年の議論の紹介にとどまらず、ドイツ法の議論から日本の暴利行為論に新たな観点から示唆を得るという点で意義があると思われる。

(2) 本稿の構成

以上までの内容を踏まえ、本稿では次のような構成で検討を行う。

まず第2章では、BGB 138条2項がドイツ民法に組み込まれた歴史的背景を確認した上で、同規定が抱える限界について言及する。次に第3章では準暴利行為が導出された経緯や、準暴利行為を中心としたドイツ暴利行為論の展開について判例及び学説の分析を通して検討する。続けて第4章では、給付不均衡が観念できないようなケースについて判例が暴利行為の判断基準と類似した形で契約の無効を認めている点や、暴利行為とこれらの事例群が契約における搾取に対する非難として良俗違反を導いている点について分析を行う。そして第5章は、これまでの検討を踏まえ、ドイツ法における暴利行為論の全体像を素描し、そこから得られる日本法への示唆について検討する。最後に、第6章では、以上の考察をまとめるとともに、本稿では明らかにできなかった課題を示す。

(88) 大村・前掲注(3)146, 225頁以下。

第2章 ドイツ法における暴利行為論の始点

第1節 給付均衡法理の史的沿革

ドイツ法の暴利規制の出発点となるのは、ローマ法における莫大損害や十二表法による利息制限、カノン法 (ius canonicum) における正当価格理論や徴利禁止をはじめとした給付均衡法理とされており、これらの法理は高額な代金など利息以外の対価を対象とする物的暴利 (Sachwucher) と、高額な利息を対象とする利息暴利 (Zinswucher) の2つの方向性から論じられている。⁽⁸⁹⁾

本節では、ドイツにおける暴利行為論の起源となったこれらの法理を概観し、その後どのような要素がドイツの暴利行為論に組み込まれ、あるいは組み込まれなかったのかについて明らかにする。なお、本節はあくまでドイツ暴利行為論の歴史的前提を確認するために旧来の給付均衡法理を参照しているに過ぎず、給付均衡法理について通史的な検討を試みるものではない。

1. 莫大損害 (Laesio Enormis)

ローマ法における物的暴利の起点は莫大損害とされている。莫大損害とは目的物の実際の価値の半額以下で取引が行われるなど、給付と反対給付

(89) ドイツでは暴利行為の史的沿革をローマ法・カノン法における物的暴利と利息暴利に分けて整理する文献が多く、例えば Klaus Rühle, Das Wucherverbot -effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?-, (Duncker & Humblot, 1978), S. 25f; Andreas Lutz, Wucherähnliche Verbraucherdarlehens- und Arbeitsverträge : Analyse zweier Anwendungsfelder des Paragraph 138 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung vertragsspezifischer Schutzbedürftigkeit, (Duncker & Humblot, 2021), S. 17ff などが挙げられる。

の著しい不均衡が認められた場合、それのみによって契約の解消または修正を認める法理であり、ディオクレティアヌス帝によって発布された勅法集第4巻第44章第2法文(C.4.44.2)と第8法文(C.4.44.8)がその起源とされている。⁽⁹⁰⁾

具体的な規定内容としては下記の通りである。⁽⁹¹⁾

C.4.44.2

もし汝または汝の父が、高価な物を安価に売却したのであれば、審判人が有する権威の介入の下で、汝が代金を買主に返還して売却した土地を受領するか、もし買主が選択するのであれば、正当な価格に対して不足する金額を汝が受領することが人間的である。

C.4.44.8

もし汝の意図により、息子が汝の土地を売却したのであれば、その売却が無効とされるには買主の狡猾さと陰謀による詐欺が証明されるか、死の恐怖ないし、切迫した身体上の苦痛が明らかとされなければならない。つまり、土地が幾分安く売却されたことを示すだけでは、売買を取

(90) Christoph Becker, Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik: Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB, (Heymanns, 1993), S. 1. なお、莫大損害の具体的な内容やその後の展開については、Wolfgang Georg Schulze, Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte, (Münster, 1973), S. 27f や、堀川信一「莫大損害の史的展開(1)(2)(3)完」一橋法学3巻2号(2004年)387-422頁, 同3号(2004年)349-379頁, 同4巻1号(2005年)189-229頁, 石部雅亮「契約の自由と契約正義(一)」法学雑誌30巻3・4号596頁以下が詳しい。

(91) 以下の法文訳は田中実「継受ローマ法をめぐるクリスティアン・トマジウスの理論と実務 契約に対する実質的コントロール」法と政治36巻3号(1985年)101頁以下を引用した。

消すのに不十分である。安く買いたいと願う買主と、高く売りたいと願う売主が売買契約により多くの交渉の末ようやく次第に売主は望んでいた価格を引き下げ、買主は示していた価格に付け加えることにより一定の価格に同意するという売買契約の本質から考えれば、通常、売買契約を保護する審議は害されないし、直ちに売買交渉が成立した場合であったとしても合意により締結された契約を取消す理由はない。しかし、もし、売買時の正当な価格の半分以下しか与えられていなかったならば、すでに (C.4.44.2 で) 買主に与えられている選択によって補償されるべきである。

両規定は全ての物的暴利を対象とするものではなく、土地売買において土地が安く買いたたかれた場合のみに認められており、今日原野商法など二束三文の土地を市場価格以上の値段で売買するような契約は対象とされないと考えられる。また、これらの規定の文言上に示されている通り、莫大損害は純粋な給付均衡法理として捉えられており、何ら主観的要件を要さない点で暴利行為と異なるといえよう。⁽⁹²⁾

2. 十二表法 (Lex duodecim tabularum) による利息制限

ローマ法における利息制限の起源は十二表法とされており、第8表18aは「何人も12分の1以上の割合で利息をかけてはならない」と規定していた。⁽⁹³⁾その後共和制末期には年12%、ユスティニアヌス帝の時代では後述するキリスト教に基づく *usura* の影響によって利息が引き下げられ、利息は原則年6%、借主が上級階級であれば4%、商人は8%の特別利率が定

(92) Becker, a.a.O. (Fn.90), S. 42.

(93) 法文訳は久保正幡先生選歴記念出版準備会編『西洋法制史料選1古代』(創文社, 1981年) 23頁を引用。

められるなど多様な利息制限の制度が設けられたとされている。⁽⁹⁴⁾

3. 正当価格 (justum pretium)

正当価格 (あるいは公正価格) は、物には正当な価格があるため、本来の価格より高価に、あるいは安価で物を売買することはそれ自体が不正であるとした理論であり、アリストテレスの正議論を踏まえて神学的観点から発展させたトマス・アクィナスによって提唱された。⁽⁹⁵⁾しかし、トマス・アクィナスは同時に正当価格が厳密に確定されないことを認めており、物の価格はその物に対する社会全体の需要などの評価に依存するものであることから、時として僅少な付加もしくは減少は正義の均等を取り去らない⁽⁹⁶⁾としている。

4. 徴利禁止 (usura)

聖書では徴利を禁止する記述が多くみられ、例えば出エジプト記22章24節では「もし、あなたがわたしの民、あなたと共にいる貧しい者に金を貸す場合は、彼に対して高利貸しのようにしてはならない。彼から利子を取ってはならない」としており、レビ記25章37節においても「その人に金や食糧を貸す場合、利子や利息を取ってはならない」と記されている。⁽⁹⁷⁾これらの聖書の箇所を論拠として、カノン法は325年のニカエア公会議にお

(94) 西本穎『利息法史論』(有斐閣, 1937年) 17頁以下, 小野・前掲注(3)『利息制限法と公序良俗』66頁以下参照。

(95) 森岡邦泰「トマス・アクィナスの経済論-公正価格を中心に」経済学史学会年報31巻(1993年) 47頁以下参照。

(96) トマス・アクィナス著, 稲垣良典訳『神学大全第18冊』(創文社, 1985年) 370頁以下参照。

(97) これらの聖句は, 日本聖書協会『聖書新共同訳』(日本聖書協会, 1996年) から引用した。

いて、聖職者が利息を徴収することを禁じ、その後1139年の第2次ラテラン公会議、1179年の第3次ラテラン公会議では、利息の徴収を禁じることは普遍的な法であるとして一般的な徴利禁止の規制が行われた。⁽⁹⁸⁾

トマス・アクィナスも徴利について、「貸した金のゆえに利子を受け取ることは、それ自体として不正なことである。なぜなら、存在しないところのものが売られるからであり、それによって明白に、正義に反対・対立するところの、不均等が成立する」ため、貸した金額と別に利子を受け取ることは金銭の交換を容易にするという本来の目的から逸脱するとして⁽⁹⁹⁾いる。

5. ドイツ法への継受

その後、ローマ法・カノン法における物的暴利と利息暴利の議論は互いに影響しつつもドイツ法に継受された。ここでは個々の法規定など具体的な内容には立ち入らないが、ドイツ暴利行為論の重大な転機である1880年・1893年暴利法までの経緯について簡単に整理する。

まず物的暴利に関しては、16世紀・17世紀にラント法・都市法において莫大損害が認められ、その適用領域も従来土地売買だけでなく売買や賃貸借、和解など拡張されている。18世紀ではプロセイン一般ラント法において莫大損害の規定が存在したが、錯誤の推定を行うとの内容となっており、ローマ法における莫大損害とは異なる形で明文化されている。そして19世紀後半においては自由主義的な観点から莫大損害の規定については廃止される傾向がみられた。⁽¹⁰⁰⁾

(98) 小野・前掲注(3)『利息制限法と公序良俗』69頁以下、大村・前掲注(3)68頁以下、西本・前掲注(94)25頁以下参照。

(99) トマス・アクィナス著・稲垣訳・前掲注(96)387頁以下。

(100) 詳しくは Schulze, a.a.O. (Fn.90), S. 59ff; Rühle, a.a.O. (Fn.89), S. 26, 108(402) 法と政治 74巻2号 (2023年10月)

また、利息暴利についてはカノン法の影響により全面的に利息をとることが禁止とされていたが、16世紀以後は帝国警察条例（Reichspolizeiordnungen）をはじめに利息禁止ではなく、利息を制限する法規制がなされており、これらの刑事罰を伴う利息規制が暴利行為規制のはしりとなったという指摘がある。⁽¹⁰¹⁾その後、19世紀にはこちらも自由主義の影響を受け、1861年普通商法典や1867年北ドイツ連邦法などにおいて利息自由化がなされたが、その後暴利的な消費貸借契約が横行するなど大きな弊害が生じたため、新たな暴利規制が求められた。⁽¹⁰²⁾

給付均衡法理の史的沿革についてまとめると、給付均衡法理はいずれも時代を経るごとにその内容を修正しつつも受け継がれていき、ドイツ以外にもフランスやオーストリア、スイスなどの暴利規制に影響を与えた。しかし、その後ドイツ法においては経済的自由主義の影響から莫大損害規定の廃止や利息自由化が図られたため、一時期給付均衡法理の展開は停滞したが、その後利息暴利が社会問題化したため包括的な暴利規制の法制化の機運が高まった。

旧来の給付均衡法理の特徴としては総じて市場価格の半額や上限利息など客観的な価格や金利を指標としている点が挙げられる。旧来の給付均衡法理において契約の取消しや刑罰が科されるためには、利得者や損失者の

邦語文献としては堀川・前掲注(90)「莫大損害の史的展開(2)」349頁以下、大村・前掲注(3)110頁以下を参照した。

(101) Ulrich Eisenhardt, Sittenwidrigkeit und Wucher - Zur Entstehungsgeschichte des § 138 BGB, in: Arndt Kiehle/ Bernd Mertens/ Gottfried Schiemann (Hrsg.), Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag, (Mohr Siebeck, 2013), S. 293ff.

(102) 詳しくは Katrin Liebner, Wucher und Staat: Die Theorie des Zinswuchers im Deutschland des 18. und 19. Jahrhunderts, (Duncker & Humblot, 2009), S. 155ff, 小野・前掲注(3)『利息制限法と公序良俗』121頁以下。

主観的態様は必要とされず、客観的な不均衡のみが実質的な要件とされていた。

第2節 BGB 138条2項の立法過程

1. 暴利法の成立

19世紀後半、ドイツでは経済的自由主義のもと利息自由化政策がとられていたが、主に消費貸借契約において極端に高い利率が設定されるなど、利息暴利が社会問題となっていた。そこで、従来給付均衡法理において議論されていた利息暴利と物的暴利の2つの方向を1つの暴利規制へと統合を図ったのが1880年・1893年の暴利法 (Gesetz, betreffend den Wucher)⁽¹⁰³⁾である。

暴利法は立法理由において、暴利行為が横行し公共の繁栄の危険があることを指摘しつつ⁽¹⁰⁴⁾、過去のドイツ国内や近辺諸国の暴利規制を確認し、ボルフ (Bolf) の見解を引用することで暴利行為の定義を明確にしている⁽¹⁰⁵⁾。

(103) ドイツにおける暴利法の展開については、Wilhelm Henle, Die wuchergesetze vom 24. mai 1880 und 19. juni 1893, nebst dem reichs- und bayerischen landes-gesetze über die vertragsmässigen ginsen und den vorschriften des preussischen und bayerischen rechts über den gewerbebetrieb der pfandleiher und rückkaufshändler, erläutert und mit eingehender einleitung versehen (Forgotten Books, 2018) S. 1ff を参照した。暴利法の審議過程では、Ausbeutungをはじめとした各要件の具体的な内容や、適用範囲の問題など様々な見地から検討が行われた。

(104) Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, 4. Legislaturperiode III. Reichstagsprotokolle, 1880, 3, S. 371ff. 当時の帝国議会議事録 (Verhandlungen des Reichstags) に関しては、<http://www.reichstagsprotokolle.de/index.html> (最終閲覧2023年4月5日) を参照した。

(105) Verhandlungen des Reichstags, a.a.O. (Fn.104), S. 374.

議事録に示されているボルフの見解は、暴利行為は通常の金利より数%高

そして、暴利的搾取 (wucherliche Ausbeutung) を排除するものではないという反論に決定的な意義が見出されなかったことは全く正しいとし、国家は、人民の正義感を損なうことがなく、人民の判断が非難され (verwerflich)、犯罪とみなされる行動による成功を許してはならず、地域社会に危険を及ぼす行動に対して介入する義務があるとした⁽¹⁰⁶⁾。更に、暴利法の立法によって、取引の安全の阻害や不均衡の算定の困難さといった問題点については、暴利行為が主観的要件と客観的要件を組み合わせることによって解決されるとしている⁽¹⁰⁷⁾。

このような背景から立法化された暴利法によって、暴利行為を禁止する刑罰規定がドイツ刑法 (以下 StGB) に明文化された。1880年5月24日暴利法によって302a-d 条が、その後の1893年6月18日暴利法では302e 条が StGB に追加されたが、これらの規定内容に関しては後の BGB 138条2項と関連する点がみられるので、以下条文を確認する⁽¹⁰⁸⁾。

StGB 302a 条 (信用暴利)

消費貸借、金銭債務の支払い猶予、または同様の目的に奉仕する双務的行為に関連して、相手方の窮迫、軽率、または無経験に乗じて自己または第三者に対して、諸般の事情によって給付に対して著しい不均衡のうち存在する程度に、通常の利率を超える利益を約束または提供させ

い金利を要求するだけでなく、相手方の軽率や窮状、抑圧を利用して過剰な利益を得るものだとしている。

(106) Verhandlungen des Reichstags, a.a.O. (Fn.104), S. 374.

(107) Verhandlungen des Reichstags, a.a.O. (Fn.104), S. 375.

(108) 条文訳は大村・前掲注(3)132頁を参照した。またドイツにおける刑法上の暴利行為について紹介したものとしては、京藤哲久「暴利罪について」澤登俊雄ほか著『刑事法学の歴史と課題 吉川経夫先生古稀祝賀論文集』(法律文化社, 1994年) 235-253頁。

た者は、6ヶ月以下の懲役及び3000マルク以下の罰金に処す。また、公民権停止の判決もなしうる。

StGB 302b 条 (加重信用暴利)

自己または第三者に対して、暴利的な利益を (302a 条)、偽装によって、手形により名誉の質入れの下に、名誉にかけて、宣誓によって、または類似する保証若しくは請合の下に、約束させた者は、1年以下の懲役及び6000マルク以下の罰金に処す。また、公民権停止の判決もなしうる。

StGB 302c 条 (事後暴利)

同様の刑罰 (302a, b 条) には、事情を知りつつ、上述の種類の債権を取得し、再譲渡または暴利的利益を主張した者も該当する。また、公民権停止の判決もなしうる。

StGB 302d 条 (営業的・常習的暴利)

営業的にまたは常習的に暴利 (302a-c 条) を行う者は、3ヶ月以上の懲役及び150マルク以上15000マルク以下の罰金に処す。また、公民権停止の判決もなしうる。

StGB 302e 条 (物的暴利)

同様の刑罰 (302d 条) には、302a 条に定められた種類以外の法律行為に関連して、営業的にまたは常習的に、相手方の窮迫、軽率、または無経験に乗じて、自己または第三者に、諸般の事情によれば、給付に対して著しい不均衡のうちに存するような利益を約束または提供させた者も該当する。

暴利法が成立した背景や StGB の条文構成からも、当時の暴利規制は信用 (利息) 暴利が中心的だったと考えられる。なお、暴利法において規定された窮迫・軽率・無経験という窮状要件は、実務上において暴利が争わ

112(406) 法と政治 74 卷 2 号 (2023 年 10 月)

れた際に被暴利者の陥っていた状況に基づいて規定されたとの指摘がある⁽¹⁰⁹⁾。また、1880年暴利法は同3条において StGB 302a 条、StGB 302b 条の規定に違反する契約は無効であると定めており⁽¹¹⁰⁾、債務者によって、または債務者のために給付された全ての財産上の利益は返還されなければならず、返還請求権は給付が行われた日から5年の時効によって消滅することが規定されていた。

1880年・1893年暴利法の特徴としては、契約類型毎に条文化されている点、従来の莫大損害や利息禁止・制限とは異なり、故意犯として暴利者が相手方の不利な状況を認識し、著しい利益を得るために利用 (Ausbeutung) したという主観的要件が要求されている点、StGB 302d 条が営業的・常習的に暴利を行う者に対して、より悪質的であるとして厳罰化を図っている点などが挙げられる。しかし、StGB 302e 条では例えば営業的・常習的ではない物的暴利の事案など対応できない類型が認められたことや、暴利行為の禁止を私法上明らかにさせようという動きがあらわれたため、ドイツ法において包括的な暴利行為に対応する私法上の暴利規定が必要であるとの結論に至ったとされる⁽¹¹¹⁾。

2. BGB 138条の立法過程について

(1) BGB 138条1項の立法過程について

まず部分草案の段階においては、取引の安全という観点から、これまでの莫大損害をはじめとした旧来の給付均衡法理の導入が否定されている⁽¹¹²⁾。

(109) Detlev Heinsius, Das Rechtsgut Des Wuchers: Zur Auslegung Des 302 a Stgb, (Peter Lang, 1997), S. 11.

(110) 後に BGB 138条2項が立法されたことにより、暴利法3条は民法施行法47条によって廃止された。

(111) Heinsius, a.a.O. (Fn.109), S. 10ff.

(112) 大村・前掲注(3)118頁以下。大村は BGB 立法時に莫大損害が否定

ドイツ民法第1草案及び第2草案では、良俗違反規定のみが規定されており、そこで交わされていた議論は、もっぱら良俗にあわせて公序も明文化するべきか否かという点⁽¹¹³⁾であり、暴利行為を良俗違反として規律しようとする動きはみられなかった。

まず第1草案106条では「その内容が、善良の風俗または公の秩序に反する法律行為は無効とする」という内容の提案がなされた。第1草案理由書によると、普通法は良俗に反する法律行為を無効としてきたが、フランス民法1131・1133条、バイエルン民法草案1部80条2項、ヘッセン草案4部1章84条は第1草案と同様に公序良俗違反を無効とする。公序を含んでいるのは、それが道徳に反するだけでなく国益にも反し、後者は必ずしも前者に含まれないからだとしている⁽¹¹⁴⁾。

次に第2草案103条においては、「善良の風俗に反する法律行為は無効とする」との規定が提案された。第2草案では、内容という文言を削除したことによって良俗違反の判断については主観的要素も含むということを示し、公の秩序という文言は概念が不明確になりかねないということから削除された⁽¹¹⁵⁾。また、第2草案では第1草案のように法律行為の内容が客観的

された理由について、①動機の錯誤は認められにくく、詐欺の規定で十分であるという点、②不動産の価値について錯誤は生じにくく、動産については競争に対する配慮が必要であるとする点、③窮迫状態にある売主の保護は必要であるが、そのような者以外にも適用される危険性がある点、④訴権は事前に放棄できるため保護手段として実効性を欠くという点、⑤軽率な締約、取消しにより取引の安全が害されるという点、⑥裁判所は客観的に正当な価格を算定することができないという点から旧来の給付均衡法理が採用されなかったと指摘している。

(113) Robert Leo Bergmann, *Der ungerechte Austauschvertrag*, (Mohr Siebeck, 2020), S. 28f.

(114) Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd., I, S. 469.

な関係だけで主観的な要素なしに良俗違反となる場合に限らず、主観的な要素、つまり当事者の非難すべき態度（*verwerfliche Gesinnung*）をも考慮することが必要であるとされた。⁽¹¹⁶⁾

そして、帝国議会司法委員会案134条1項では「善良の風俗に反する法律行為は無効とする」との案が示された。審議過程においては、営業の自由の原則の侵害や、人身の自由、法の上の平等など重要な法原則を侵害する法律行為の場合、それを良俗違反で説明するのは困難であり、公序概念を再び盛り込むべきだという議論がなされつつも⁽¹¹⁷⁾、こちらも良俗違反で説明し得るとされ、第2草案と同様に公序概念が不明確であるとされた。⁽¹¹⁸⁾

(2) BGB 138条2項の立法過程について

BGBの立法過程において暴利行為の規定案が示されたのは帝国議会司法委員会の段階であった。帝国議会司法委員会案134条においては以下の⁽¹¹⁹⁾ような内容が示された。

帝国議会司法委員会案134条

2項 特に、ある者が、相手方の窮迫、軽率または無経験を利用して、その者または第三者に、ある給付に対して財産上の利益を約束または提供させ、その利益が給付に対して著しい不均衡が生じるほどその給付の価値を超えるならば、法律行為は無効である。

審議過程においては、暴利規定の立法に消極的な立場と積極的な立場に

(115) Mugdan, a.a.O. (114), S. 724f.

(116) Mugdan, a.a.O. (114), S. 725.

(117) Mugdan, a.a.O. (114), S. 969, 1004.

(118) Mugdan, a.a.O. (114), S. 1003ff.

(119) 条文訳は大村・前掲注(3)122頁を参照した。

分かれ議論が行われた。まず消極的な立場からは、委員会案は法的安定性⁽¹²⁰⁾に欠け、実務上要件では用にくい点⁽¹²¹⁾、また暴利法や民法上の他の規定が存在することからも暴利規定を立法する必要はないという点から批判がなされた⁽¹²²⁾。そして、具体的な要件に関しては、継続的な関係ではなく単一の契約に適用される利用 (Ausbeutung) という文言は具象的な表現 (plastischer Ausdruck) に過ぎず、不利な契約を締結した者は、自身の未熟さが悪用されたという響きのある表現 (volltönenden Ausdruckes) を好むが、裁判官は「利用」という表現から特定の手がかりを得ることが出来ないという点や、裁判官が著しい不均衡を判断し得るかは疑わしい点などが指摘された⁽¹²³⁾。

次に積極的な立場からは、暴利行為の法的安定性の問題は既に1880年暴利法にも指摘されていたが、同法はその後1893年改正によって拡張されており、信用暴利と物的暴利を民事上別に取り扱う必要はないとの意見が上⁽¹²⁴⁾がった。また、暴利規定は沿革的にも良俗違反に含めず、2項に独立して規定する必要があり、暴利行為は一般的で恒常的な問題であることから⁽¹²⁵⁾立法すべきとする意見や、具体的な要件面や適用事例群など議論すべきこと⁽¹²⁶⁾は残されているが、委員会案に賛成するという意見がみられた。

このような審議過程を経て、帝国司法委員会案134条2項はBGB 138条2項として明文化された⁽¹²⁷⁾⁽¹²⁸⁾。

(120) Mugdan, a.a.O. (114), S. 1010f, 1018f

(121) Mugdan, a.a.O. (114), S. 1021.

(122) Mugdan, a.a.O. (114), S. 1018f, 1021.

(123) Mugdan, a.a.O. (114), S. 1010f.

(124) Mugdan, a.a.O. (114), S. 1011.

(125) Mugdan, a.a.O. (114), S. 1020f.

(126) Mugdan, a.a.O. (114), S. 1017f,

(127) 審議内容を紹介するものとして Liebner, a.a.O. (Fn.102), S. 311ff, Karl

第3節 BGB 138条2項の運用と限界

1. BGB 138条2項の運用

従来利息暴利と物的暴利という別の観点から論じられてきた暴利規制は、暴利法によって刑事法の中で統合され、その後要件構造についてはBGB 138条2項に引き継がれた。このような背景のもと1900年に施行されたドイツ民法では、BGB 138条2項が良俗違反規定であるBGB 138条1項の特則として以下のように規定された。⁽¹²⁹⁾

BGB 138条 (良俗に反する法律行為, 暴利行為)

1項 善良の風俗に反する法律行為は無効とする。

2項 特に、ある者が、相手方の窮迫、軽率または無経験を利用して、その者または第三者に、ある給付に対して財産上の利益を約束または提供させ、その利益が給付に対して著しい不均衡が生じるほどその給付の価値を超えるならば、法律行為は無効である。

Hackl, Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit, BB 1977, 1412, 1413, 大村・前掲注(3)118頁以下, 小野・前掲注(3)『利息制限法と公序良俗』150頁以下を参照した。また、暴利規定の審議における思想的な背景に言及するものとしては大村・前掲注(3)122頁以下, 小野・前掲注(3)「ドイツ法における暴利規定の生成と展開」171頁以下。

(128) なお先行研究では、暴利行為が委員会案においてはじめて追加された点につき「なぜ、暴利行為に関する規定が一三八条に付加されたのかは不明である」(大村・前掲注(3)125頁)と言及するものがある。この点に関しては、15世紀末以降、良俗に反する取引の一例として暴利行為が挙げられるケースが増加したことから両法理の関連性がみられるようになり、BGBが誕生した当時、良俗違反と暴利との関連性は、これらの史的展開を理解している法律家にとっては無縁のものではなかったとの指摘がある(Eisenhardt, a.a.O. (Fn.101), S. 302)。

(129) 条文訳は柳川・前掲注(3)42頁, 比嘉・前掲注(3)「暴利行為の要件西ドイツの議論を中心に」4頁, 大村・前掲注(3)214頁を参照した。

BGB 138条 2項は、StGBの規定のように契約類型毎に分けて規定するのではなく、利息暴利と物的暴利とを統合した内容となっており、物的暴利に関しても StGB 302e 条が営業的または常習的という制限があったことに対し、BGB 138条 2項はその制限が外されているため適用領域に関しては拡張されているといえよう。また、BGB 138条 2項は善良の風俗に反するものとして定められており、ローマ法やキリスト教倫理を根拠としたカノン法における給付均衡法理とは制度趣旨がまた異なるということができらるだろう。

2. BGB 138条 2項の要件

BGB 138条 2項は、暴利行為を無効とするための要件として以下の3つの要件を求めている。すなわち、①被暴利者が「窮迫・軽率・無経験」のうちにあり、②暴利者が被暴利者の窮状を利用すること、③そして、契約の給付と反対給付との間に著しい不均衡が存在していることである。なお、これらの要件は主観的要件・客観的要件に区別されて論じられているが、ドイツでは①②を主観的要件、③を客観的要件とする立場や、②のみが純粹な主観的要件であるとする立場がみられる。⁽¹³⁰⁾以下各要件の内容について

(130) 例えば前者の立場をとるものとしては、Hans Brox / Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. (Vahlen, 2022), S. 169f; Harm Peter Westermann / Barbara Grunewald / Georg Maier-Reimer (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.1, 16. Aufl. (Otto Schmidt, 2020), § 138, S. 388ff; Maximilian Becker, Absurde Verträge, (Mohr Siebeck, 2013), S. 48がある。後者の立場をとるものとしては、Burkhard Boemke / Bernhard Ulrici, BGB Allgemeiner Teil 2. Aufl. (Springer, 2013), S. 232f; Panagiotis Papanikolaou / Antonios Karampatzos, Wucherähnliche Rechtsgeschäfte oder Funktions - statt Sittenwidrigkeit, in : Alexander Bruns / Christoph Kern / Joachim Münch / Andreas Piekenbrock / Astrid Stadler / Dimitrios Tsikrikas (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Bd.2,

概説する。

(1) 窮迫 (Nothlage) ・ 軽率 (Leichtsinn) ・ 無経験 (Unerfahrenheit)

暴利規定は契約締結時に被暴利者の陥っていた状況として、窮迫・軽率・無経験のいずれかの内にあったことを挙げている。

ここでいう窮迫とは、被暴利者の経済的存立を脅かすような差し迫った困難 (金銭的困窮) であると解されており、将来の窮迫状態など現在に生じていない経済上の脅威は、窮迫として認められないと解されている⁽¹³¹⁾。また、窮迫には生命や健康あるいは名誉などに対する危険は含まれない⁽¹³²⁾。

次に軽率であるが、本条における軽率は一般的な消費者の不注意や油断というよりも、成年被後見人が高額な商品を購入した場合などに認められている⁽¹³³⁾。

また、無経験について裁判所は、年齢や人生経験などの不足、あるいは

(Mohr Siebeck, 2013), S. 1125 などが挙げられる。

(131) BGH Urt. v. 21.5.1957 - VIII ZR 226/56, NJW 1957, 1274.

X が Y から不動産を仕事場兼住宅として賃借したが、月の賃料が200マルクと高額だったため、X が Y に暴利行為を主張したという事案である。BGH は、このような事案に対して、X は事業拡大のために契約を行っており、窮迫は経済的存立に対する差し迫った困難と解するところ、X にはそれが認められないとして X の主張を退けた。

(132) RG Urt. v. 24.3.1915 - 497/14, JW 1915, 574.

無職の Y が父 A の会社のために X から借金したという事案である。本件においてライヒ裁判所は、窮迫はもっぱら被暴利者の経済的存立を脅かす差し迫った困難であると解すべきだと判断した。

(133) RG Urt. v. 18.4.1905 - JW 1905, 366.

X が Y から紙製品と革製品を併せて9,547マルクで購入したが、後に X は浪費癖を理由とした成年被後見人の審判を受けたため、後見人が本件売買の無効を主張したという事案。裁判所は本件において Y は X の軽率を利用していると判断した。

精神的障害などによって合理的な思考ができない場合であると解している。例えば不動産を廉価によって売買した事例においては、精神的な劣等が無経験として認められ、契約が無効とされた事案などがある。また、契約を行う上で専門的な知識の欠如は本条における無経験にあたらないとされている。⁽¹³⁵⁾

(2) 利用 (Ausbeutung)⁽¹³⁶⁾

次に、暴利規定は暴利者の利用を要件として挙げている。ここでいう利用とは暴利者の故意を意味しており、窮迫・軽率・無経験などの被暴利者側の主観的な窮状と著しい不均衡の両方の認識、あるいは確信していた場合に、この利用要件が満たされるとされており、特別なもくろみや積極的に相手方を害しようとする悪だくみなどの意図は必要とされていない。⁽¹³⁷⁾

(134) RG Urt. v. 12.2.1908 - V 264/07, RGZ 67, 393.

事案は、A が Y に市場価格53,884マルクの永小作地を16,500マルクで売却したが、A の子である X が A は当時高齢であり、そのような中、AY 間が行った廉価による土地売却は無効であると主張した。

(135) BGH Urt. v. 22.12.1965 - V ZR 107/63, BB 1966, 226.

工場の所有者である Y は、X (商人) に工場とその内にある機械や在庫を60,000マルクで売却した。この売買契約について X は、Y が X の専門領域外の無経験を利用し、60,000マルクで価値のない機械を売却したとして売買契約の無効を主張した。裁判所は本件について、特別な領域における専門知識の欠如はいかなる場合にも無経験にはあたらなかった。しかし、X は商人であることから、一般的な商慣習は認識しているはずであり、それに従って必要な調査を行うべきだったとして、本件では無経験は認められないとした。

(136) Ausbeutung という用語については、搾取や悪用といった訳があてられることもあるが、ここでは一旦利用としておく。

(137) RG Urt. v. 4.3.1915 - VI 583/14, RGZ 86, 296.

X が Y に33,800マルクの担保付き売買代金債権を27,000マルクで譲渡したという事案で、ライヒ裁判所は、利用について相手方の窮状と著しい不

(3) 著しい不均衡 (auffälliges Missverhältnis)

暴利という字義通り、BGB 138条 2項が認められるためには給付と反対給付の著しい不均衡が不可欠である。このような不均衡は、実際の財産上の不均衡が生じるような消費者信用契約、請負契約、売買契約、賃貸借契約、及び雇用契約において認められ、⁽¹³⁸⁾ 贈与や保証契約などの無償契約、⁽¹³⁹⁾ BGB 397条が規定する債務免除などは、BGB 138条 2項の著しい不均衡に該当しないと解されている。

著しい不均衡は、反対給付が不当に高い場合（高金利や高額な対価など）と、不当に低い場合（低賃金や低廉な価格による買叩きなど）が想定され、経験則として契約上合意された給付の価値とその市場価値が1/2以上の比率、あるいは市場価格の半額となった場合に認められる。⁽¹⁴¹⁾ 例えば消費貸借

均衡を認識していたか、あるいは確信していたかで足りるとしつつ、特別なもくろみ・悪たくみは利用要件を満たす上では不要であるとした。

(138) Christian Armbrüster, in: Franz J. Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (hrsgs.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Bd., 1. Aufl. (C.H.Beck, 2018), § 138, Rn.150.

(139) BGH Urt. v. 19.1.1989 - IX ZR 124/88, BGHZ 106, 269.

AはX銀行から350,000マルクの融資を受ける際に、子であるY1とY2に保証を依頼した。しかし、Aは返済を滞納し破産したため、Xが243,410マルクをYらに請求したという事案である。裁判所は保証契約についてBGB 138条 2項における給付の不均衡は認められないと判断し、次にBGB 138条 1項についても検討したが、本件においてYらは成人に達しており、保証の内容などを具体的に認識しているとして良俗違反は認められないと判断した。

(140) BGH Urt. v. 10.10.1997 - V ZR 74/96, NJW RR 1998, 590.

X1, X2, Aは不動産を2,864,700マルクでYに売却したが、Aが分割支払い中のYに対し、BGB 397条 2項によっておよそ1/3にあたる残額864,700マルクの債務を免除した。これが暴利に当たるとしてX1とX2が主張したが、BGHは債務免除によって減額された価格については著しい不均衡が存在しないと判断した。

契約は、契約金利年率が市場金利の約2倍（100%）の相対差があった場合に著しい不均衡が認められる⁽¹⁴²⁾。著しい不均衡が認められる基準は、基本的には先程の100%の値であるが、雇用契約の場合は労働協約に示されている標準賃金の2/3未滿⁽¹⁴³⁾、住宅賃貸借契約の場合通常の賃料の50%を超えた場合に著しい不均衡が認められるなど、契約類型によって異なる⁽¹⁴⁴⁾ときがある。また、著しい不均衡を決定するには市場価格が参照され、そこには当事者間の特殊な事情などは考慮され⁽¹⁴⁵⁾ない。

このように暴利規定は、これまでの莫大損害や利息制限が客観的な不均衡のみを要件として判断していたのに対し、1880年に先んじて施行されたStGB 302条の流れを汲んだものとして、新たに被暴利者と暴利者の主観的事情を要件に加えて契約の無効を導くという構造となっている。しかし、当初裁判所は被暴利者の主観的事情を字義通り限定的に解釈していたことや、暴利者側の利用意図の立証が困難だったという点から、暴利規定による無効が認められないケースが多く、実際にBGB 138条2項の要件を充足しないと判断する判決が相当数にのぼっていたとされている⁽¹⁴⁶⁾。

(141) Rolf Sack / Philipp S. Fischinger in: Julius von Staudinger / Volker Rieble (Hrsg.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Neubearbeitung, (de Gruyter, 2017), § 138, Rn.244.

(142) BGH Urt. v. 5.11.1987 - III ZR 98/86, NJW 1988, 818.

(143) BAG Urt. v. 22.4.2009 - 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

(144) BGH Urt. v. 23.4.1997 - VIII ZR 212/96, BGHZ 135, 269.

(145) BGH Urt. v. 4.12.1953 - V ZR 108/52, BGH BB 1954, 175.

Xは当時共産党員であり、政治的な苦境にあったことからYと建物の交換契約を締結したが、当時X家は時価6,665マルクであり、Yの建物の時価は2,050マルクだったため、XはBGB 138条2項によって無効であると主張した。このような事案に対して、裁判所は著しい不均衡は客観的な市場価値の比較によって判断され、特別な事情はその検討において考慮されないとした。

3. BGB 138条 2項の改正と限界

(1) 1976年の法改正

硬直化する BGB 138条 2項とは対照的に、StGB は1971年に賃貸借暴利を規制する条項が加えられるなど、積極的な適用領域の拡張が行われて⁽¹⁴⁷⁾いった。そして1976年の経済犯罪防止のための第一法律 (Das 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität) の立法によって、暴利を規制する BGB 138条 2項及び StGB 302条の修正が行われることとなった。改正後の条文は以下の通りである。⁽¹⁴⁸⁾

BGB 138条 2項 (1976年改正)

(146) Rühle, a.a.O. (Fn.89), S. 31ff. また、初期にドイツ法における暴利行為を紹介した柳川は、暴利者の利用意図という故意が要件として求められる点について、「暴利者の故意を不道徳性に求める結果、契約自由の現社会に暴利に因る違法性の発見は裁判官に困難なる倫理的価値判断を強制せしめることになり、従って裁判官は本条の適用を甚だしく自重せんとするに至ることを惧るのである」と批判している。柳川・前掲注(3)43頁。

(147) 以下の StGB 302f 条の訳は大村・前掲注(3)237頁を参照した。

StGB 302f 条 (賃貸借暴利)

1項 相手方の強制状態、軽率または無経験を利用して、自己または第三者に、住居の賃貸またはそれに関連する付随的給付に対して、財産的利益を約束または提供させる者は、その財産的利益が著しい不均衡を生じる程度に給付の価値を超えるときは、3年以下の懲役または罰金に処す。

2項 特に情状の重い場合には、賃貸借暴利は、6ヶ月以上5年以下の懲役に処す。下記の場合には、特に情状の重いものとみなす。

1号 行為者が、その行為によって相手方を経済的困窮に導いた場合。

2号 行為者が、その行為を営業的に行う場合。

(148) 1976年改正後の BGB 138条 2項の条文訳は、山口和人「基本情報シリーズ^⑨ドイツ民法 I (総則)」(国立国会図書館調査及び立法考査局、2015年) 24頁、StGB 302a 条の条文訳は、大村・前掲注(3)239頁以下、京藤・前掲注(105)244頁以下を参照した。

特に、相手方の強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思の薄弱を利用して、給付に対し自己または第三者に財産の利用を約束または提供させる法律行為は、その財産的利益が給付に対し著しく不均衡が生じる程度に給付の価値を超えるならば、これを無効とする。

StGB 302a 条 (1976年改正)

1項 相手方の強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思の薄弱を利用して、自己または第三者に、財産的利益を約束または提供させた者は、

- 1号 住居の賃貸またはそれに関する付随的給付に対して
- 2号 信用の提供に対して
- 3号 その他の給付に対して
- 4号 上記の給付の仲介に対して

その財産的利益が給付またはその仲介に対して著しい不均衡が生じる程度に給付の価値を超過する場合には、3年以下の懲役または罰金に処す。何人かが受給者、仲介者、またはその他の方法で協力し、かつ、それによって、全利益と全反対給付の間に著しい不均衡が存する場合には、第一文は、相手方の強制状態またはその他の弱点を、自己または第三者に対する過剰な利益の獲得のため利用した各人に適用される。

2項 特に情状の重い場合には、刑罰は6ヶ月以上10年以下の懲役とする。下記の場合には、情状が重いものとみなす。

- 1号 行為者がその行為によって相手方を経済的困窮に導いた場合
- 2号 行為者がその行為を営業的に行う場合
- 3号 行為者が手形によって暴利的な利益を約束させた場合

本改正では、BGB 138条2項の被暴利者側の主観的要件が、「窮迫、軽率、無経験」から「強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思の
124(418) 法と政治 74巻2号 (2023年10月)

薄弱」に置きかえられた。これによって、裁判所によって狭く解釈されていた被暴利者側の窮状要件について、解釈の余地が広がり、若干の緩和がなされた。また、StGB 302a 条については、従来の StGB 302a-e 条が統合され、主観的要件の拡張・罰則内容の変更が行われた。なお、StGB 302a 条は、1997年の腐敗対策法（Gesetz zur Bekämpfung der Korruption）によって条文番号が繰り下がり、規定内容は変わらないまま現在は StGB 291条に規定されている。

（2）1976年改正後の要件

1976年改正によって、暴利規定は暴利者の利用と著しい不均衡という要件については内容を維持しつつ、被暴利者の主観的な弱性を指す「窮迫・軽率・無経験」が、「強制状態・無経験・判断力の欠如・重大な意思の薄弱」という内容に改正された。

以下、1976年改正によって変更が加えられた強制状態と判断力の欠如、及び重大な意思の薄弱という被暴利者の要件について確認する。

①強制状態（Zwangslage）

強制状態は、改正前の窮迫という文言を緩和するために置き換えられており、差し迫った経済的困窮はもちろんのこと、重大な法的・身体的不利益など一時的な災難が合理的な経済的処分を損なう場合も含まれるとされている⁽¹⁴⁹⁾。また、原則的には窮迫要件と同様に、現実・現在に生じている危険を対象としているが、被暴利者が何らかの危難を誤認して強制状態に陥った場合にも本条の強制状態が認められると考えられている⁽¹⁵⁰⁾。ただし、

(149) BGH Urt. v. 5.3.2010 - V ZR 60/09, ZfR 2010, 587.

寒い冬の季節に水道管が破損し、これに対して業者が高額な修理費用を要求した事案について、BGHは修理を依頼した被暴利者がBGB 138条2項における強制状態にあったことを認めた。

政治的な理由によって国外に脱出する際に締結される高額な脱出支援契約⁽¹⁵¹⁾ (Fluchthelfervertrag) などでは強制状態は認められない。

②判断力の欠如 (Mangels an Urteilsvermögen)

判断力の欠如は、軽率の代わりとして導入された要素であり、高齢による判断力の低下、あるいは教育水準が著しく低い場合などが想定されていることから、基本的には理解の欠如、または取引を全体としてみることに⁽¹⁵²⁾特に困難だった場合に判断力の欠如にあたると解されている。具体的に判断力の欠如と認められるためには、契約における適切なリスク評価の一環として、相互利益を正しく理解できず、利点と欠点を正しく評価できなかった場合に本条における判断力の欠如があったと解されている。⁽¹⁵³⁾

③重大な意思の薄弱 (erheblichen Willensschwäche)

重大な意思の薄弱は、判断力の欠如と同様に軽率にかえて導入された要件である。具体的には、被暴利者側が当該契約の不利な点を理解しつつも、精神的抵抗力 (psychischer Widerstandsfähigkeit) の低下により、契約を拒否できない場合に重大な意思の薄弱が認められるとされ、⁽¹⁵⁴⁾知的障害による制限や、薬物、アルコール、ギャンブル中毒による障害などがその内容

(150) MüKoBGB/Armbrüster, a.a.O. (Fn.138), Rn.149.

(151) BGH Urt. v. 29.9.1977 - III ZR 164/75, BGHZ 69, 295; BGH Urt. v. 21.2.1980 - III ZR 185/77, WM 1980, 549.

(152) MüKoBGB/Armbrüster, a.a.O. (Fn.138), Rn.151.

(153) BGH Urt. v. 23.6.2006 - V ZR 147/05, NJW 2006, 3054.

YはXに対して1696年に建てられた本件建物を25万マルクで売却した。しかし、契約締結当時、本件建物は廃墟と容易に認識出来るほど老朽化していた。また、その後に行われた調査によると、契約締結時の建物の残存価値は1,000マルクであり、修理費用には150万マルクが必要とされた。Xは、本契約を暴利にあたるとして訴訟を提起したが、裁判所は上記の理由から被暴利者の主観的要件が満たされていないと判断した。

(154) MüKoBGB/Armbrüster, a.a.O. (Fn.138), Rn.152.

⁽¹⁵⁵⁾
とされている。

(3) BGB 138条 2 項の限界

BGB の立法過程において、取引の安全などの観点から BGB 138条 2 項は客観的な給付の不均衡だけでは無効とならず、さらに被暴利者の主観的な窮状とそれを利用する暴利者側の故意が要件として求められる構造となった。

しかし、1976年改正によって被暴利者側の窮状要件が緩和されたとはいえ、依然として暴利行為が認められるのは列举事由のいずれかが認められる場合とされており、また暴利者側の利用という主観的要件の立証が困難だったため、後述する準暴利行為が判例によって確立された後には、暴利規定はその従属的な役割しか果たさなくなったとされている。⁽¹⁵⁶⁾ 例えば、被暴利者の無経験という窮状自体は認めたものの、暴利者の利用要件が具体的に示されていないため暴利行為を認めなかった事案や、⁽¹⁵⁷⁾ 被暴利者の窮状とその利用が共に認められなかった事案など、⁽¹⁵⁸⁾ 極めて立証が困難である暴利者の利用要件は、当時から暴利行為の成立の妨げとなっていたといえるだろう。

第4節 小括

ドイツにおける暴利行為論は、ローマ法における莫大損害や十二表法による利息制限、カノン法における正当価格理論や微利禁止をはじめとした

(155) Staudinger/Sack, a.a.O. (Fn.141), Rn.285.

(156) Rühle, a.a.O. (Fn.89), S. 34.

(157) RG Urt. v. 7.1.1905 - II 344/04, RGZ 60, 9.

(158) RG Urt. v. 6.5.1918 - VI 450/17, RGZ 93, 27; RG Urt. v. 4.3.1915 - VI 583/14, RGZ 86, 296.

給付均衡法理を始点としており、これら旧来の給付均衡法理は、客観的な不均衡のみを要件として契約の有効性を判断してきた。そして給付均衡法理は時代を経るごとに適宜内容を修正しつつも継受され、ドイツ以外にも他のヨーロッパ諸国の暴利規制に影響を与えた。

その後、ドイツでは19世紀後半頃に経済的自由主義の影響から莫大損害規定の廃止や利息自由化が図られ、一時給付均衡法理の動きは後退したが、利息暴利が社会問題化したため包括的な暴利規制の法制化の機運が高まった。このような社会的要請を受け、1880年に暴利法が立法された。暴利法によって暴利行為を禁止する刑罰規定が契約類型毎に StGB 302条に置かれ、暴利法3条によって同条に反する契約は無効と定められた。

StGB 302条の特徴としては、新たに故意犯として暴利者が被暴利者の窮迫・軽率・無経験を利用したという主観的要件が追加されている点である。なお、これらの刑法規定では営業的・常習的ではない物的暴利など対応できない類型が認められたことから、包括的な暴利行為に対応する民法上の暴利規定の立法が求められた。

BGBにおける暴利規定の立法については、草案の段階では暴利規定の条文案が示されておらず、帝国議会司法委員会案の段階ではじめて暴利規定の内容が示された。帝国議会の審議では、民法上に暴利規定を置く意義や、その法的安定性について議論が交わされたが、結果としては、StGBの規定と同様に主観的要件が追加された状態で暴利規定が立法化された。旧来の給付均衡法理との明確な差異としては、主観的要件が追加されている点と、良俗違反規定の特則として暴利規定が定められている点が挙げられる。

BGB 138条2項は StGB のような契約類型毎の規定方法ではなく、広範な事例に対応できるように規定されており、その要件としては、①被暴利者が「窮迫・軽率・無経験」のいずれかのうちにあり、②暴利者が被暴利

128(422) 法と政治 74巻2号 (2023年10月)

者の窮状を利用すること、③そして、契約の給付と反対給付との間に著しい不均衡が存在していることとされている。しかし、当初裁判所は被暴利者の窮状要件である窮迫・軽率・無経験を限定的に解釈しており、また暴利者の利用意図という内心の立証が困難だったため BGB 138条 2項によって救済されないケースが多発した。

その後1976年の経済犯罪防止のための第一法律によって、StGBの改正と足並みを揃える形で BGB 138条 2項も被暴利者の窮状要件が強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思の薄弱という文言に改められ、同要件の解釈の余地が広がった。しかし、依然として被暴利者の窮状要件は列挙事由に限られており、暴利者の利用要件についても立証が困難だったため、判例は後述する準暴利行為を創出することによってこれらの問題について解決を図った。

Die gegenwärtige Bedeutung des Wuchers -Positionierung als Rechtsprinzip zur Beseitigung von Ausbeutung- (1)

Minsoo Cho

In Japan und Deutschland sind Verträge, die die Notlage einer Partei ausnutzen, um einen grob überhöhten Vorteil zu erlangen, als Wucher nichtig. Aber die japanische Wuchertheorie hat das Problem, dass ihr institutioneller Zweck, ihre Voraussetzungen und ihre Reichweite in Rechtsprechung und Lehre unklar sind, was ihre Anwendung in der Praxis erschwert. In Deutschland wurden mit der Schaffung des wucherähnlichen Geschäfts die Anforderungen an die Wuchertheorie erweitert und die Beweislast erleichtert. Die Tatbestandsmerkmale des Wuchers werden auch auf Fälle angewandt, in denen kein auffälligen Missverhältnis zwischen den Vorteilen besteht, was eine Neuerung in der deutschen Wuchertheorie darstellt.

Durch den Vergleich japanischer und deutscher Wuchertheorien will diese Studie den Wucher, der im Wesentlichen als eine Inhaltskontrolle von Verträgen verstanden wurde, als ausbeutungsbeseitigendes Rechtsprinzip positioniert werden, das die Vorteilsnahme und Ausbeutung durch Wucherer in Verträgen beseitigt und den Geschädigten vom ungerechten Vertragsinhalt befreit.

Als Voraussetzung für den Vergleich der japanischen und deutschen Wuchertheorie wird in diesem Beitrag zunächst die Wuchertheorie in Japan geordnet und die Entwicklung der Wucherregelungen in Deutschland sowie der Prozess, der zur Gesetzgebung des § 138 Abs. 2 BGB geführt hat, untersucht. In Deutschland wurde mit § 138 Abs. 2 BGB ein Versuch zur Regelung des Wuchers unternommen, der jedoch wegen der strengen Anforderungen und der schwierigen Beweisbarkeit nicht zu einer umfassenden Regelung des Wuchers geführt hat.