

暴利行為の現代的意義

——搾取排除法理としての位置付けの試み——（2）

趙 民 秀

第1章 序論

第1節 本稿の目的と概要

第2節 日本法における従来議論

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74巻2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（以上本号）

第4章 契約における搾取性

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

1. 準暴利行為の創出

ドイツ民法(BGB)の立法当初,裁判所はもっぱらBGB 138条2項によって暴利行為の判断を行っていたが,その要件の厳格さのためBGB 138条2項は包括的な暴利規制とはなり得なかった。そのような中,早い段階からライヒ裁判所(以下RG)は,BGB 138条2項の要件に欠ける場合,BGB 138条1項の良俗違反の規定に戻り,給付と反対給付の間に著しい不均衡が存在し,健全な国民感情に反するような態度が認められた場合に契約を無効とするという準暴利行為(Wucherähnliches Geschäft)を判例法理として認めた。

すなわちRGは,給付と反対給付の間に著しい不均衡があるが,BGB 138条2項の他の要件を満たしていない法律行為は,「不均衡であることに加えて,法外な利益を要求する相手方の意図が明確であれば,契約内容から当該法律行為は動機及び目的において健全な国民感情(Gesunde Volksempfinden)に反する態度」として認められ,BGB 138条1項に基づき無効であると示した。RGは健全な国民感情に反する態度について,一方が故意,または重過失により相手方が困窮から不利な条件に合意したという認識を欠いた場合であり,これが不均衡と結びつき当該法律行為を無効とするとしている。そして,このような不均衡の程度は暴利者の心的態度を洞察するための源であるとして,不均衡が重大であれば,それは意図的な利用,あるいは,契約の相手方を抑圧する何らかの状況の重過失による利用を強制的に推認する⁽¹⁾とした。

(1) RG Urt. v. 13.3.1936 - V 184/35, RGZ 150, 1.

その後、連邦通常裁判所（以下 BGH）は前述の RG 判決を引用し、BGB 138条1項の適用に際して、給付と反対給付の著しい不均衡のみでは十分ではないが、さらに過剰な利得を請求する当事者の「非難すべき態度（Verwerfliche Gesinnung）」が付け加えられた場合、契約を無効とすると判断した。そして、そのような態度は、諸状況の下では、単に特別重大な不均衡（Besonders groben Mißverhältnis）から推認し得るとしている。また、BGH は非難すべき態度について、一方当事者が、相手方が困難な状況（Mißlichen Lage）のために自らに課された過酷な条件（Schweren Bedingungen）に承諾したということを、故意または重過失によって無視した場合であるとし、このような態度が不均衡と結びついて法律行為を無効にする⁽²⁾とした。

以上の内容をまとめると、RG 及び BGH は暴利行為について、BGB 138条2項における暴利者の利用や被暴利者の窮状が認められなかったとしても、著しい不均衡と暴利者の非難すべき態度（RG においては健全な国民感情に反する態度⁽³⁾）の要件を満たした場合、BGB 138条1項に基づいて契約が無効となり得ること、また、非難すべき態度は特別重大な不均衡から推定されるという判例法理が形成されたといえる。

それでは次に、RG から BGH に継受された準暴利行為が、その後ドイ

(2) BGH Urt. v. 6.7.1966 - VIII ZR 92/64, NJW 1966, 1917.

(3) 健全な国民感情に反する態度という文言に関しては、ナチス・ドイツ期の立法や判例に多く用いられた概念であるため、BGH においてその導入は避けられたが、「国家社会主義者の言い回しを無視すれば、その本質的な内容において確かにまだ有効であるとの指摘もみられることから、健全な国民感情に反する態度と非難すべき態度には内容的に異なるものではない」との指摘もみられる。Hans-Peter Haferkamp, in: Mathias Schmoeckel / Joachim Rückert / Reinhard Zimmermann (hrgs.), Historisch-Kritischer Kommentar Zum Bgb Bd.1: Allgemeiner Teil, (Mohr Siebeck, 2003), § 138, S. 750f.

ツ法においてどのような発展を遂げたのかについて、具体的な判例・裁判例を取り上げつつ検討する。なお、準暴利行為は契約類型毎にその要件効果や考慮要素に微妙な差異や特徴が見受けられることから、以下では契約類型毎に事例群を分けて整理を行う。

2. 準暴利行為の発展

(1) 消費貸借契約

前述したように、ドイツ暴利行為論の前身である暴利法は当時社会問題化していた高金利の消費貸借契約を中心に対応するため立法化されており、また同領域は準暴利行為の判例法理の形成がはじまった契約類型でもある⁽⁴⁾。そして、その後消費貸借契約において構築された準暴利行為は他の契約類型にも認められるようになった。以下重要な判例を取り上げつつ、消費貸借契約においてどのように準暴利行為の法理が形成されたのかについて確認する。

[1] ライヒ裁判所1918年5月6日判決⁽⁵⁾

【事実の概要】

弾丸・金属製品会社で軍に榴弾を納入する会社であるYにXが融資するにあたって、利息及び手数料の他に、Yの事業収益の一部をXに支払うことを義務付ける契約が締結された。そして、本契約は軍への榴弾の納入が続く限り継続的に徴収がなされるとの合意がなされており、Xへの支

(4) Andreas Lutz, Wucherähnliche Verbraucherdarlehens- und Arbeitsverträge: Analyse zweier Anwendungsfelder des Paragraph 138 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung vertragsspezifischer Schutzbedürftigkeit, (Duncker & Humblot, 2021), S. 48.

(5) RG Urt. v. 6.5.1918 - VI 450/17, RGZ 93, 27.

払いは月10,000マルク以上とされていた。Yは、このような不合理な契約を行ったのは、自身が窮迫状態に陥っていたためであると主張した。

【裁判所の判断】

RGは、Yが窮迫であったということとXがそれを利用したというYの主張を否定した。そしてRGは、暴利が問題となる場合にはBGB 138条2項がもっぱら適用され、給付と反対給付の著しい不均衡だけでは良俗違反に認められないと判断したが、戦争により生じた金融市場・労働市場の一般的な困難を利用した場合においては、BGB 138条2項ではなく、BGB 138条1項の適用があり得るという可能性を示唆した。

[2] ライヒ裁判所1936年3月13日判決⁽⁶⁾

【裁判所の判断】

RGは、給付と反対給付の間に著しい不均衡があるが、BGB 138条2項の他の要件を満たしていない法律行為は、著しい不均衡の他に法外な利益を要求する相手方の意図が明確であれば、契約内容から当該法律行為は動機及び目的が「健全な国民感情に反する態度」として認められ、BGB 138条1項に基づき無効であるとした。この健全な国民感情に反する態度とは、一方が故意、または重過失により相手方が困窮から不利な条件に合意したという認識を欠いた場合であり、これが不均衡と結びつき当該法律行為を無効とするとした。

そして、このような不均衡の程度は暴利者の心的態度を洞察するための源であるとして、不均衡が重大であれば、それは意図的な利用、あるいは、契約の相手方を抑圧する何らかの状況の重過失による利用を強制的に推認するとした。

(6) RG Urt. v. 13.3.1936 - V 184/35, RGZ 150, 1.

[3] 連邦通常裁判所1966年1月12日判決⁽⁷⁾

【事実の概要】

映画製作業を営むY夫妻が、資金難を乗り切るため継続的な取引関係にある金融業者Xから幾度にわたり借金をしたという事案で、利率は年114%、130.9%、42.32%とされていた。

【裁判所の判断】

BGHは、Xの行為が「暴利的悪用行為」であるとして、BGB 138条1項によって良俗違反とした原審の判断を支持した。

BGB 138条1項の適用については「給付と反対給付とが著しい不均衡の内に存する法律行為は138条2項の要件が存在していなくとも、給付の不均衡に非難すべき態度が加わるならば無効とされる」とし、「非難すべき態度で行動する者とは、例えば、相手方の劣等な地位を利用して過大な利益を得る者、さらに、相手方がその困難な地位のために自らに課された過酷な条件を承諾したことの認識を故意または重過失によって無視する者である」として非難すべき態度の内容を明らかにした。

[4] 連邦通常裁判所1971年4月29日判決⁽⁸⁾

【事実の概要】

Xの夫であるA（金融業者）が、運送業や砂利採取業を営むYに対して、その事業に参画すべく手形（年40%の利息）によって融資を行った。そして、本件手形の名宛人はXに設定され、XはYに対して手形の取り立てを行ったが、Yが支払うことができなかったという事案。

【裁判所の判断】

BGHは、Xの手形請求を認容した原審の判断については肯定したが、

(7) BGH Urt. v. 12.1.1966 - Ib ZR 159/63, WM 1966, 399.

(8) BGH Urt. v. 29.4.1971 - II ZR 79/69, WM 1971, 857.

年40%の利息に関しては、提供された資本の利用に対して著しい不均衡が生じているとし、リスクを考慮してもこれを許容することはできないとした。そして、BGB 138条2項の要件を満たさなくとも、給付と反対給付との間に著しい不均衡が存在し、有利な当事者が非難すべき態度によって行為をなしているときには、BGB 138条2項とは独立に、良俗違反によって当該行為は無効となるとした。そしてBGHは本件においては、とりわけ有利な当事者が相手方の経済的劣位を利用して過大な利益を得ており、非難すべき態度が認められるとして、本件契約の無効を認めた。

[5] シュツットガルト高等裁判所1979年4月24日判決（ベンダー判決）⁽⁹⁾

【事実の概要】

Xは、Y銀行からおよそ2万マルクを借り入れたが、実際に交付されたのは利息や手数料、保証料が天引きされた12,000マルクであった。これらを利息に引きなおすと実効年利30.08%となることから、Xが良俗違反に基づく無効を主張したという事案である。

【裁判所の判断】

本判決は、ベンダー判事（Bender）の法理論を採用し、準暴利行為の主観的要素の実質的な撤廃を目指した（本判決がベンダー判決と呼ばれる所以がここにある）。すなわち、シュツットガルト高等裁判所は、給付と反対給付に特別重大な不均衡が存在している場合、契約はBGB 138条1項により無効とされ、そこに非難すべき態度は不要であると判断した。

ここで、特別重大な不均衡が存する場合には非難すべき態度を要件として認定せずに良俗違反を導き出し得る論拠として、ベンダー判事は堆積理論（Sandhaufentheorem）を提唱した。堆積理論とは、要件効果を段階的、

(9) OLG Stuttgart Urt. v. 24.4.1979 - 6 U 169/70, NJW 1979, 2409.

相関的に考慮することができるとした方法論で、本件においては給付の不均衡という要件を十分に満たしているため、その他の非難すべき態度という要件を求める必要はないとする規範調整がなされている。

そして本判決は、不均衡を判断する基準を連邦銀行が毎月発表する重心利率 (Schwerpunktzins) とし、この市場金利を100%以上超える場合には特別重大な不均衡が存在するとして、Xの主張を認めた。

[6] 連邦通常裁判所1981年3月12日判決⁽¹⁰⁾

【事実の概要】

[5] 判決を参照。

【裁判所の判断】

前述のベンダー判決の理論は、上告審である本判決において明確に否定された。BGHは本契約を無効とするベンダー判決の結論自体については支持しつつも、BGB 138条は契約自由、特に契約内容の自由の濫用に対する制限を定めているが、この規定は契約当事者によってなされた給付と反対給付の主観的評価を、客観的な最高利率を設定することで制限することを意味していないとした。

またBGHはベンダー判決を、外国法体系の規範であるオーストリア民法934条⁽¹¹⁾や、かつて普通法上存在していた莫大損害に依拠するものである

(10) BGH Urt. v. 12.3.1981 - III ZR 92/79, BGHZ 80, 153.

(11) オーストリア民法 (ABGB) 934条 (半分以上の価値下落に基づく損害補償)

双務的行為において、当事者の一方が相手方から提供された対価の半分も得ていない場合、法律は損害を被った者に取消し及び原状回復を請求する権利を与える。しかし、相手方は、時価を限度として損失を補填することによって、当該行為を維持することができる。価値の不均衡 (Mißverhältnis des Wertes) は、当該行為が成立した時期に応じて決定される。

としつつ、このような主張は明確に誤りであるとしている。すなわち、立法者はこれらの法理の知識を有しつつも、「たとえ給付と反対給付の間に不均衡、あるいはかなりの不均衡が認められたとしても、契約の自由、特に契約形成の自由の濫用なしに、契約の不道徳性を認める法的規制を否定している」と確認しつつ、BGB 138条1項の意味における良俗違反に当たることを肯定するためには、給付と反対給付の客観的な著しい不均衡に主観的要件、つまり暴利者の非難すべき態度が付け加わらなければならないと判示した。そしてベンダー判決を認めることは「BGB 立法時に排除された莫大損害が再び導入されることになる」と付言している。

その後 BGH は、貸主の一方的な契約書作成により決定された給付と借主の反対給付との間に著しい不均衡があり、貸主が貸付条件を決定する際に借主の経済的に弱い立場、劣位を意図的に利用して有利に契約を締結した場合、本契約は無効となることを確認し、貸主が、少なくとも、借主が経済的に弱い立場であるがゆえに、自身に不利な融資条件に同意しているだけだという洞察を無謀にもしりぞけた場合も同様であると判示した。そして推定準則を確認しつつ、利息が元本の約40%以上、少なくとも50%以上だった場合にも推定が行われ、良俗違反が肯定されるとして準暴利行為が認められた。

[7] 連邦通常裁判所1986年7月10日判決⁽¹²⁾

【事実の概要】

XY間で実行年利を25.76%とした総額15,640マルクの消費者信用契約が締結された。Yは60ヵ月の分割払いを支払うこととなった（契約途中においてYは274マルクを借入れ、Xはそれに対して利息や手数料を含めた

(12) BGH Urt. v. 10.7.1986 - III ZR 133/85, BGHZ 98, 174.

115.10マルクの請求を行っている)。そしてYは60ヵ月の分割払いで総額16,645.50マルクを支払った。その後Yはハンブルクの消費者センターから本契約の利息が高額なため良俗違反であるとの情報を受け取り、本件契約の無効を求めて訴訟を提起した。

原審が準暴利行為の推定準則に基づき BGB 138条 1 項の成立を認めたことに対し、Xは準暴利行為の主観的要件の具体的認定がなされていないとして上告した。

【裁判所の判断】

BGHは「推定によってXが主張するように主観的要件が反証不能に推定されることはない。反証の認定は、対応する当事者の主張において全く可能である。しかし、当事者の主張がなかった場合の不利は銀行(X)が負う。銀行は、BGB 138条 1 項の主観的要件を否定し、信用契約が給付と反対給付の間に著しい不均衡が存在するにも関わらず良俗違反とは評価されないということに基づけるような個々の事例の特殊事情を主張・立証しなければならない」と判断した。

またBGHは著しい不均衡の数値は絶対的な基準ではなく、むしろ「借主が他の大多数の融資業者から融資を得た場合に支払わなければならないであろう価格」が決定的な要因であると示している。

[8] 連邦通常裁判所1986年10月2日判決⁽¹³⁾

【事実の概要】

XY間で実効年利率を15.83%とした総額52,862マルクの消費者信用契約が締結された。Yは120ヵ月の分割払いローンを支払うこととなり、77回分の支払いで総額34,382マルクを返済した。その後Yは、利息が高額である

(13) BGH Urt. v. 2.10.1986 - III ZR 163/85, NJW 1987, 181.

ため本契約は良俗違反であるとして訴訟を提起した。

【裁判所の判断】

BGH はまず市場金利をドイツ連邦銀行の統計に基づいて7.21%と算定した上で、本件契約の15.83%の金利と比較した。この比較によると、契約金利は市場金利を約120%上回ると認定された。

BGH は原審が従来判例法に従って100%の基準により BGB 138条1項の準暴利行為における主観的要件の推定している点を是認し、準暴利行為の成立を認めた。そして良俗違反となった本契約から無効となった利息分を相殺し、最終的に、34,382マルクの Y の分割払い総額のうち、X は27,252.50マルクしか正当に受け取る権利がないため、7,129.50マルクを Y に返済する必要があると判断した。

[9] 連邦通常裁判所1986年10月2日判決⁽¹⁴⁾

【事実の概要】

Y は X から2回の融資を受けた。1回目の融資では総額21,386.62マルク（借入額は16,633.90マルクであり、その他は利息・手数料など）の消費者信用契約を締結し、36ヵ月で返済を行うこととした。2回目の融資では総額25,305.60マルク（借入額は2万マルクであり、その他は利息・手数料）の消費者信用契約を締結し、こちらも36ヵ月の分割返済が行われることとなった。その後 Y は分割払いを行ったが、これら2つの契約は良俗違反であるとして、利息費用の返済を求める訴訟を提起した。

【裁判所の判断】

BGH は、推定準則についての過去の判例の判断を踏まえつつ、X が要求した利率が第一契約では18.39%、第二契約では17.21%と計上し、ドイ

(14) BGH Urt. v. 2.10.1986 - III ZR 130/85, NJW 1987, 183.

ツ連邦銀行の統計に基づく市場金利である9%と8.769%をそれぞれ104%、96%も上回っており、その他の貸付条件が債務者に様々な面で過度の負担を強いるものとした原審の判断を肯定した。

これに対し、Xは、貸主が市場金利の約2倍の金利を要求する場合において、民法138条1項が必ずしも適用されるわけではなく、契約金利が20%を大きく下回り、市場金利と契約金利の差が12%以下であれば、良俗違反にはならないと主張している。

以上のXの主張に対して、BGHは「これまで非常に具体的な利息の数字に拘束されることを常に拒否しており、むしろ、決定的な要因は、取引のすべての状況を総合的に評価することである」とした。

そして、低金利期間中(Niedrigzinsperiode)であっても、少なくとも市場金利が8-9%の状態、他の契約条件が借主に多数の深刻な負担を含む場合であれば、約2倍の利息請求は、分割払いの信用契約が良俗違反であると推定し得るとし、Yの畜産アドバイザー(Fachberater für Viehhaltung)という職業からも、法律やビジネスの経験が十分にあるとは認められないこと、Yの経済状況(月収2,200-2,300マルクに対し、594マルクまたは703マルクの分割債務)からすると、Yは経済的に弱者であり、融資条件を作成した際に銀行から搾取されていたと考えられるとして、X側はこの推定を覆す反論を行っていないとした。

[10] 連邦通常裁判所1989年7月13日判決⁽¹⁵⁾

【事実の概要】

事業者であるYは、商業目的でX銀行から金銭を借り受けたが、その実効金利は19.24%であり、当時の市場金利である9.92%を大幅に上回るも

(15) BGH Urt. v. 13.7.1989 - III ZR 201/88, NJW RR 1989, 1068.

のであった。Yは本件契約について、契約上の実効金利が市場金利を約100%上回っており、準暴利行為の主観的要素が推定されるため、良俗違反により無効であると主張した。

【裁判所の判断】

BGHは、融資契約にも給付と反対給付が市場金利のおよそ100%を超えている場合には準暴利行為の推定準則が働き、主観的要素が推定されるというこれまでの判例法理を確認した。しかし、XY間の融資契約は事業者間の融資契約であり、特別重大な不均衡が非難すべき態度を推定する際に重要なのは、一方当事者が消費者(BGB 13条)⁽¹⁶⁾と判断されるか、あるいは事業者(BGB 14条)⁽¹⁷⁾として判断されるかであるとした。

そして、特別重大な不均衡による推定は、消費者という立場によって正当化され、事業者間の融資の場合、借り手が経済的に弱い立場などのため過度に負担の大きい契約条件にさらされ、融資銀行がこれを認識あるいは少なくとも重過失によって認識を欠いたという非難すべき態度の推定は認められないとして、契約は有効であると判断した。

(16) 条文訳は山口和人「基本情報シリーズ⑩ドイツ民法I（総則）」(国会図書館調査及び立法考査局，2015年)7頁による。

BGB 13条 (消費者)

消費者とは、専ら自己の営業活動にも、自己の独立した職業活動にも帰することができない目的のために法律行為を行う自然人をいう。

(17) 条文訳は山口・前掲注(16)7頁による。

BGB 14条 1項 (事業者)

事業者とは、法律行為を自己の営業活動又は自己の独立した職業活動として行う自然人若しくは法人又は権利能力を有する人的会社(Personengesellschaft)をいう。

[11] 連邦通常裁判所1990年3月13日判決⁽¹⁸⁾

【事実の概要】

XY間で総額44,625マルク（融資額：25,000マルク，仲介手数料1,250マルク，利息17,325マルク（月額1.1%），手数料1,050マルク）の消費者信用契約が締結された。Yは毎月729-744マルクを59回支払い，合計38,229.10マルクを支払った。Yは，利息が高すぎるとして今後の支払いを拒み，本件消費貸借契約を BGB 138条により無効であると主張した。

【裁判所の判断】

BGHは，BGB 138条1項を根拠として本件契約を無効とし，Yがこれまで支払った38,229.10マルクによりXは残余金を受け取ることはできないとした。

BGHは，従来の判例が「準暴利行為における給付と反対給付の著しい不均衡の最も重要な評価基準は，実効契約金利（effektiven Vertragszins）と市場慣習的な実効金利（marktüblichen Effektivzins）との比較である」とし，著しい不均衡はこれまで一般的に給付と反対給付の間に100%の相対的な金利差を基準値としていることを確認した（なおこの数値は基準値にすぎず，個々のケースは総合的な評価によって無効とされる）。

その上でBGHは本件において契約金利は29.3%であり，市場金利は16.64%であることから，相対的には76.08%，絶対的には12.66%上回っているとした。そしてこれまでBGHは100%という相対的基準にしか言及していないが，市場金利を12%上回る場合にも著しい不均衡を認めると判断した。

(18) BGH Urt. v. 13.3.1990 - XI ZR 252/89, BGHZ 110, 336.

[12] 連邦通常裁判所1990年6月19日判決⁽¹⁹⁾

【事実の概要】

パンの卸業を営むXは経営困難に陥り、自動販売機の卸売業者であるYから50,000マルクの融資を受けた。本件消費貸借契約によると、費用や利息、手数料などは4,500マルク+13%の付加価値税(585マルク)=5,085マルクであるとして合意され、XはYに狩猟用の銃や拳銃計12丁の担保契約やXが有する各種債権をYに譲渡した。その後Yは本件契約を解除し、Xから得た有価証券の売却や強制執行を行い、最終的に残りの請求額が18,281.31マルクであると算出した。

これに対してXは、本件消費貸借契約は暴利行為により無効であると主張したという事案。原審は、本件は5,085マルクの追加料金は、5か月間の実効年利24.408%に相当し、Xの総負担は同等の銀行ローンの負担の2倍以上であったと認定した。そしてYは、高い金利を正当化することができず、本件消費貸借契約を不当な暴利行為であるとBGB 138条2項により無効とした。

【裁判所の判断】

BGHは、「仮に、Xが強制的な状況にあり、給付と反対給付との間に著しい不均衡があったとしても、これだけではBGB 138条2項の成立に十分ではない。主観的な要件には、受益者側の特別な搾取の意図は含まれていないが、著しい不均衡を知りながら、被暴利者の苦境を意識的かつ非難すべき形で利用したことが必要である」と示した。

次にBGHは準暴利行為の場合は特別重大な不均衡による推定が行われると従来の判例法理を確認するが、そもそも「統計上の金利は、銀行が信用力のあると判断した債務者への融資を対象としている。しかし、本件で

(19) BGH Urt. v. 19.6.1990 - XI ZR 280/89, WM 1990, 1322.

はXは契約が締結された時点で、もはや銀行から融資を受けておらず、…Yは、融資を行うことにより、消費者信用機関が通常の市場金利では引き受けたくないどころか、全く引き受けられないようなリスクを負ったことになる」とし、「本件融資の特殊性を考慮すると、給付と反対給付の不均衡の認定は正当化されない。したがって、BGB 138条2項に基づく暴利行為の客観的要件も、BGB 138条1項に基づく準暴利行為の客観的要件も満たされていない」と判断した。

〈消費貸借契約のまとめ〉

ライヒ裁判所は、消費貸借契約において BGB 138条2項の要件に欠ける場合でも BGB 138条1項の適用があり得るとの余地を残しつつ（[1] 判決）、著しい給付の不均衡と暴利者の健全な国民感情に反する態度が認められた場合、BGB 138条1項によって当該契約を無効とするとし、不均衡が重大であれば、暴利者の利用を推認し得るという準暴利行為の法理を認めた（[2] 判決）。そして、この RG の判断は BGH においても適用可能性が示唆され⁽²⁰⁾、健全な国民感情に反する態度が非難すべき態度という表現に改められた上で BGH に受け継がれた（[3] 判決）。

■非難すべき態度について

BGH はこの非難すべき態度について、「例えば、相手方の劣等な地位を利用して過大な利益を得る者、さらに、相手方がその困難な地位のために自らに課された過酷な条件を承諾したことの認識を故意または重過失によって無視する者（[3] 判決）」であり、この劣等な地位については主に「経済的な劣位」、「法的無知」、「商売に不慣れ」という文言によって準暴利行為の認定がなされて⁽²¹⁾いる。

(20) BGH Urt. v. 17.2.1959 - VIII ZR 142/58, ZZP 73, 120.

(21) Nefail Berjasevic, Wucherähnliche Rechtsgeschäfte: der Versuch einer 122(678) 法と政治 74 卷 3 号 (2023 年 11 月)

■ 著しい不均衡について

次に著しい不均衡の値について、BGHは当該契約金利と市場金利が相対的に約100%の差がある場合（[8] 判決）、または契約金利と市場金利が絶対的に12%上回っている場合（[10] 判決）、著しい不均衡が認められるとする。この基準に加え、BGHは利息が元本の約40%以上、少なくとも50%以上だった場合にも著しい不均衡があるとする（[6] 判決）。ただし、個々のケースにおいて、これらの基準は厳格に捉えるべきものではなく、相対的な金利差が90%から100%の間において、他の全ての状況を総合的に判断し、貸主が設定した他の契約条件が借主の負担を耐え難い状況まで陥らせた場合は、著しい不均衡が肯定される⁽²²⁾としている。また、消費貸借契約において、特別重大な不均衡は著しい不均衡と同値であり、判例の中には両者を明確に区別せず、特別重大な不均衡以外にも、著しい不均衡によって推定を行うことがある⁽²³⁾。

利息暴利の給付の不均衡を計る基準として、BGHはかねてよりドイツ連邦銀行が発表する月次重点利息（monatlichen Schwerpunktzins）を使用していた（[8] [9] 判決など）。しかし、2003年7月以降、ドイツ連邦銀行は月次重点利息の発表をしなくなったため、多くの裁判例は2003年1月より公表されている「EU加盟国におけるユーロの預金及び貸付に関連する金利（Die dazugehörigen Volumina für auf Euro lautende Einlagen und Kredite gegenüber in den Mitgliedstaaten der Europäischen Währungsun-

Dogmatik, (LIT Verlag, 2012), S. 58f.

(22) BGH Urt. v. 20.2.1990 - XI ZR 195/88, NJW 1990, 1597; BGH Urt. v. 11.12.1990 - XI ZR 24/90, WM 1991, 271; BGH Urt. v. 29.11.2011 - XI ZR 220/10, WM 2012, 30. なお、金利が90%未満の場合BGHは著しい不均衡を認めていない。BGH 15.1.1987 - III ZR 217/85, BGHZ 99, 333; BGH 24.3.1988 - III ZR 30/87, BGHZ 104, 102.

(23) Lutz, a.a.O. (Fn.4), S. 68.

ion)」を利用しているが、ヨーロッパ全体の消費者信用市場がないため、この点についてはいまだ議論が残されている。⁽²⁴⁾ また BGH は、上記の不均衡の数値は絶対的な基準ではなく、むしろ「借主が他の大多数の融資業者から融資を得た場合に支払わなければならなかったであろう価格」が決定的な要因であると示している ([7] 判決)。

■推定準則について

推定準則に関して、BGB が制定される以前の消費貸借契約の事例においても「むしろ、利子及び手数料があまりにも法外で、そのような圧倒的な条件の下で (消費貸借契約が) 受け入れられ、資本の享受や貸主の努力やリスクに対する報酬としての性格を完全に失っている場合には、他人の窮迫や軽率を良俗に反して利用したとみなされなければならない」と述べている判決が存在している。⁽²⁵⁾ その後に RG が [2] 判決において推定準則を認め、BGH も [3] 判決以降積極的に推定準則を用いることによって準暴利行為を成立させている。

なお、ベンダー判決 ([5] 判決) は堆積理論を導入することで客観的要素が十分に満たされている場合には、非難すべき態度という主観的要素はもはや必要ではないと判断した。しかし [6] 判決において BGH は、給付不均衡のみで契約を無効とすることは、立法時に排除された莫大損害に立ち返るものであると評価し、準暴利行為が認められるためには客観的な給付の不均衡だけではなく、依然として非難すべき態度という相手方の劣等な立場を故意または重過失によって認識しなかったという主観的要素が

(24) Philipp Fischinger, in: Philipp Fischinger / Silas Hengstberger / Jürgen Kohler / Volker Rieble (hrsgs.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Neubearbeitung, (de Gruyter, 2021), BGB §138, Rn.252.

(25) RG Urt. v. 14.2.1890 - III 26/90, RGZ 25, 177, 179.

求められるという点を確認した。

ベンダー判決があらわれた背景としては、特に利息暴利の事例において推定準則が使用されることによって、非難すべき態度が抽象的にしか認定されなくなったためであると考えられる。このような傾向はベンダー判決の後に審議されることになった BGB 138条3項新設案においてもその影響をみることができる。⁽²⁶⁾ BGB 138条3項は主に消費貸借契約について、被暴利者の窮状や暴利者の利用要素を求めず、客観的な著しい不均衡のみで無効を認めるとの内容になっており、その理由としては、従来の暴利行為には暴利者の主観的要素が求められているため立証が難しく、融資・仲介の分野においては客観的に認識し得る著しい不均衡によって契約を規制することが急務であると述べられている。⁽²⁷⁾ しかし、その後 BGB 138条3項新設案は連邦議会の賛成を得られなかったため不成立に終わっている。

なおその後 BGH の判例では、消費貸借契約の全ての事例において推定準則が使用されているわけではないとして、推定準則について制限を示すケースがあらわれている。

まず BGH は [10] 判決において、消費貸借契約において準暴利行為の検討する際、客観的要件（著しい不均衡）の値は民間融資と商業融資の間に基本的な違いはないが、消費者と事業者には個人的な要件（Persönli-

(26) 条文訳については大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣，1995年）241頁を参照した。

BGB 138条3項

さらに、消費貸借またはその仲介に対し自己または第三者に財産的利益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い不均衡が生じる程度に給付の価値を超過するときには、これを無効とする。同様の経済的目的に奉仕する金銭債権の支払い猶予またはその他の双務的法律行為も消費貸借と同様である。

(27) BT-Drucksache 10/307, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1983, S. 3f.

chen Voraussetzungen) の面で実質的な違いが存在するとしており、事業者間の消費貸借契約においては借主が、経済的劣位、法律知識の欠如、及び商売経験の欠如のみを理由として、自身に過度に負担となる契約条件に服従したという推定は及ばないとした。

また、[12] 判決では非営利の貸主が客観的には特別重大な不均衡が生じている利息で貸し付けたとしても（ここでは自動販売機の卸売業者）、貸主が非営利な点やリスクを冒している点からも、「臨時貸付 (Gelegenheitsdarlehen)」の事例として推定準則が及ばないとしており、同様に家族の絆から付与された融資に関しても特別重大な不均衡が存在していても推定準則が働かないとする裁判例がある。⁽²⁸⁾

その他、BGH は推定準則の反証可能性については、推定によって非難すべき態度が反証不能に推定されることはないが、当事者の主張がなかった場合の不利は貸主側（銀行）が負うものとしており、貸主は BGB 138 条 1 項の主観的要件を否定することを正当化し、給付と反対給付の間に著しい不均衡が存在するにも関わらず当該消費貸借契約が良俗違反とは評価されないということ为基础づけるような個々の事例の特殊事情を主張・立証しなければならないとしている（[7] 判決）。

(2) 貸借契約

貸借契約における暴利契約の事例群は商業貸借契約と住宅貸借契約に大別できるが、民法上の暴利規制はもっぱら商業用の貸借契約が中心となっており、住宅貸借契約に関しては公法上の規制が主となっている。

(28) OLG Sachsen-Anhalt 10. Zivilsenat Urt. v.15.09.2005 - 10 W 38/05, OLGR Naumburg 2006, 618.

■商業賃貸借契約

1990年代より下級審において準暴利行為の適用が争われた事例があらわれている。ただ以下の裁判例のように、準暴利行為の成立可能性については認めつつも、不均衡の計算方法（主に所得重視の賃貸価値判断であるEOP法）や事業者間の契約における推定準則については否定的な立場がみられた。

[13] ミュンヘン高等地方裁判所1996年6月28日判決⁽²⁹⁾

【事実の概要】

YはXから本件不動産を月額332,952.60マルクで借り、ホテル運営などに使用していた。しかし、Yは月によって賃料の未納や、賃料を一部しか払わなかったためXはYの債務不履行として通知なしで賃貸を終了した。これに対してYは所得重視の賃貸価値判断（EOP法）に従うと、妥当な賃料は30,266.60マルクであり、合意された月額賃料332,952.60マルクと比較して著しい不均衡があり、暴利行為であると主張した。

【裁判所の判断】

ミュンヘン高等地方裁判所は、「Yは、BGB 138条1項に基づく良俗違反は、BGB 138条1項の客観的及び主観的要素が実現された場合のみ成立するという事実を見落としている」と指摘し、準暴利行為は「給付と反対給付の間に著しい不均衡が客観的に存在し、受益者側に非難すべき態度があらわれた場合、特に受益者が意図的に相手方の経済的に弱い立場、契約条件を決定する際の劣位を利用して自身に有利になるようにした場合、あるいは少なくとも、相手方がその弱い立場のために自身に負担をかける条件に同意したに過ぎないという現実は無情にも無視した場合」であると示

(29) OLG München Ur. v. 28.6.1996 - 21 U 6021/95, ZMR 1996, 550.

した。

また、推定準則に関しても従来の判例法理を確認しつつ、「BGB 138条 1項の機能は、経済的・知的な優位性から弱い立場の当事者を保護することであるから、客観的事実から導かれる非難すべき態度の推定は、不利な立場にある最終消費者や、そのような職業上の活動を行う上で経済的な強さがない契約当事者にのみ適用される」とし、「Yのような完全に商業的な契約相手の場合には、非難すべき態度の推定は考えられない（例えば裁判所はYが複数の下宿を運営し、「下宿とアパートホテル」というテーマで講演を行っているなどという点を挙げている）」として、「Yには、良俗違反の客観的・主観的前提条件を提示し、必要に応じて証明する義務があったと考えられる」と判示した。

[14] 連邦通常裁判所1999年4月28日判決⁽³⁰⁾

【事実の概要】

Xは本件不動産を、酒場とゲストハウスの運営のためにYから借り受けた。賃料は月額7,000マルクと付加価値税、付加費用として1,000マルクと付加価値税を前払いすることで合意し、月々の支払い額は合計9,200マルクとなった。その後、YはXの賃料の支払いが滞ったことを理由に、本件賃貸借契約を解除した。

これに対してXは本件不動産の賃料は月5,000マルクが妥当で、Xがゲストハウスを経営していただけた2ヵ月は3,000マルクが妥当であり、73,754.70マルクを過払いしていたとして、BGB 138条を根拠に本件賃貸借契約の無効を主張した事案。

(30) BGH Urt. v. 28.4.1999 - XII ZR 150/97, BGHZ 141, 257.

【裁判所の判断】

BGHは商業的な賃貸借の場合、同等市場の賃料の100%を超えていたとしても、非難すべき態度を示す客観的状況にないとした。そしてBGHはそもそも原審がEOP法によって算出した月額4,782マルクの賃料と、本件賃貸契約の月額9,200マルクの賃料を比較したことは、法律上の誤りがあるとした。またBGHは後者には1,000マルクと付加費用など（合計1,150マルク）が含まれていたが、EOP法により算出された4,782マルクには付加費用が含まれていなかった点などを指摘した。

そして、BGHは客観的な不均衡の基準は同等の市場価値、すなわち他の比較可能な賃貸物件で得られた賃料と比較して決定されるとし、原審は本件不動産の客観的価値、地域的価値、市場価値を判断していないため、本件を評価することには適していないとして差戻しされた。

[15] 連邦通常裁判所2001年6月13日判決⁽³¹⁾

【事実の概要】

酒の醸造所の中にある酒場をAから借り受けたXは、それをYに月額2,500マルク+付加価値税と保証金2万マルクと付帯費用として月々300マルクを前払いする転貸契約（unterpachtvertrag）を締結した。本件契約にはYが契約期間中にXの指定した会社からビールやノンアルコール飲料を独占的に購入することを条件としていた。

その後XはYが何ヶ月も賃料を支払わなかったことなどを理由に、Yとの転貸契約を解除した。そしてXはYが滞納した賃料の支払いを求めて提訴した。

原審は、EOP法から客観的な賃貸価値は月額1,000マルクと算出し、こ

(31) BGH Urt. v. 13.6.2001 - XII ZR 49/99, NJW 2002, 55.

ちらを合意された2,500マルクと比較した上で、不均衡が生じていると判断し、推定準則によって準暴利行為による契約の無効を認めた。

【裁判所の判断】

BGHは「[14] 判決を引用し、EOP法は客観的不均衡を決定する上で適さないと判示した。BGHは準暴利行為の法理を確認した上で、推定準則に言及し、消費者信用契約や不動産売買契約といった特定の種類の契約においては、給付と反対給付の価値がおよそ100%であれば非難すべき態度が推定されるとした。

しかし、これらの推定準則は商業用の賃貸借あるいは用益賃貸借契約を検討する際に、そのまま適用することはできないとした。そして引用された判例（消費者信用契約や不動産売買契約を指す）をはじめに「従来の判例法では、暴利行為の主観的な要素を排除していない」と強調し、「それは単に、給付と反対給付間の明白な不均衡が、この主観的な要素（受益者の非難すべき態度）の存在を十分に推定しているにすぎない」と示した。

BGHは、いずれにしても推定準則は「受益者が一般的な人生経験に基づき、少なくとも無謀にも明らかな不均衡があることに気づかずに心を閉ざしていたことを前提としており、市場価値が受益者にとってほぼ認識できるものであった場合にのみ想定される」と判示した。この点、BGHは「消費者信用契約において貸主は一般的にドイツ連邦銀行の主な金利を知っており、不動産取引の場合、BGHは特別な事情により契約締結時に評価困難があったとの指摘がある場合、「重要な司法評価」が必要であると判断していることから、この側面を考慮に入れている」とした。

そして、商業用の賃貸借契約においては、著しい不均衡から取引の無効が推測できるかどうかを検討する際には、その露骨な (krasse) 不均衡が受益者に認識可能であったかどうかに関して、裁判所による事実関係の評価が必要であるとした。

最終的に BGH は、本件において「準暴利行為の成否については、給付と反対給付の間の不均衡に加えて、さらなる状況または契約におけるさらなる規定が、受益者である契約当事者側の非難すべき態度をあらわすものであるか否かによる」として破棄差戻しとした。

[16] 連邦通常裁判所2001年10月31日判決⁽³²⁾

【事実の概要】

Y は本件不動産を歯科医院の運営のために X から賃借した。月々の賃料は当初は2,100マルク、付帯費用は月300マルクで合意したが、賃料は毎年100マルク毎に増額された。後に Y が一時支払いを滞ったため、X は本件契約を解除したが、再び XY 間で賃貸借契約が結ばれた。その際、賃料は月額4,200マルクとされ、こちらも毎年100マルク毎増額し、付帯費用として月額300マルクが支払われることとなった。

【裁判所の判断】

BGH は客観的不均衡に関して、地域や市場における基準が1,318.71マルクであると認定しつつも、商業用賃貸借契約の場合、明白な不均衡から契約の無効が推定できるかを検討する枠組みの中で、明白な不均衡が受益者に認識可能であったかどうかについて、裁判所による事実の評価が定期的に求められるという [15] 判決の内容を確認している。その上で「給付と反対給付間の不均衡が100%を超え、貸主がそれを認識していた場合、非難すべき態度を認めることが可能となる」と判示した。そして1,318.71マルクと本件賃貸借契約の賃料を比較すると、200%以上も上回っているという点を認定した。

また、BGH は Y が必要に迫られて本件賃貸借契約を締結していると認

(32) BGH Urt. v. 31.10.2001 - XII ZR 159/99, BGHReport 224.

めた。Yが本件不動産を明け渡す場合、患者が定着していない診療所を移転することとなり、結果的に患者が減少する点、診療所の設備の一部が使えなくなっていた点を挙げ、このような中Yは賃料4,200マルクを用意する必要があり、Xはこれらすべての状況を把握した上でYを利用して当初合意していた賃料よりも100%高い賃料を要求したと判示した。

その他BGHは、Yの申し出によって本件賃貸借契約が締結されている点に関しては、「誰が提案をしたかという問題は関係がない。不利な立場にある当事者から申し出があったからといって、取引が準暴利的の性格(wucherähnlichen Charakter)を失うことはない」としている。

[17] 連邦通常裁判所2004年7月14日判決⁽³³⁾

【事実の概要】

YはXから月額6,000マルク（賃料及び補助費用なども含まれる）で、本件レストランを賃貸した。その後Yは、本件レストランをAに月額6,000マルクに補助費450マルクを加えて転貸した。しかし、後にAは賃貸料金が著しく過剰であるという理由で予告なしにYとの賃貸を終了し、Yもまた過大な賃料のため予告なしにXとの賃貸契約を終了した。

YはXに対して未払いの賃料を請求したが、それに対してXは本件レストランの賃料は、同等のレストランの賃料よりも著しく過大であるとしてBGB 138条1項における良俗違反を主張した。

【裁判所の判断】

BGHは、専門家の報告書によると比較可能なレストランの賃貸契約は、15%の補助費用を加えたとしても3,122.82マルクが妥当であると認定した。したがって、6,000マルクの合意された本件賃貸借契約は、通常のレストラン

(33) BGH Urt. v. 14.7.2004 - VII ZR 352/00, NJW 2004, 3553.

ランの賃貸借契約の賃料をおよそ92%上回っていると判断した。そしてBGHは、準暴利行為の事例において主に消費者信用契約や不動産売買契約においては市場価格のおよそ100%を上回った場合に、非難すべき態度を推定してきたというこれまでの判例の立場を確認した。

しかし、BGHは法律行為が商業的な賃貸借契約または用益賃貸借契約だった場合、市場価格の100%を上回ったとしても、それだけでは非難すべき態度があるとは結論付けることができないと判断している。むしろこのような場合においては、不均衡が受益者にとって主観的に認識可能であったか（暴利者の利用が認められるか）どうかを事例ごとに評価する必要があるとした。BGHは、このようなケースが不動産取引及び消費者信用契約の場合と異なるのは、評価上の大きな困難が生じる可能性があるためとしている。最終的にBGHは、控訴審は受益者が不均衡を主観的に認識可能だったか否かを調査・検討していないとして、本件を破棄差戻しとした。

[18] 連邦通常裁判所2004年9月29日判決⁽³⁴⁾

【事実の概要】

Xの夫は、自身の土地で老人ホームを経営していた。Xの夫は老人ホームを経営する中で経済的困難に陥り、オスターホルツ地区から老人ホームの閉鎖を命じられ、これと争っていた。このような状況下で、Xの夫は、本件不動産をYに売却し、Yからそれを賃借する契約を締結した。賃料は月額11,000マルクであり、XがYに対して連帯して賃料を支払う義務があることや、Xとその夫のすべての資産に対して即時執行を行うとの内容で契約が行われた。

(34) BGH Urt. v. 29.9.2004 - XII ZR 22/02, GuT 2005, 6-8.

その後、Yは本件不動産をAに転売し、Xの夫はAと月額賃料11,880マルクで本件不動産の賃貸借契約を締結した。Aは、Xの夫が老人ホームの閉鎖に関して行政上の係争中であることを知った後、当初は詐欺的な不実表示を理由にYとの売買契約を争ったが、後にYと和解した。その際にYは、Xの夫が老人ホームの運営許可を取り消された場合には、Xの夫に加えて、Aに対しても賃貸借契約の履行責任を負うことなどを決めた。

後にオスターホルツ地区当局はXの夫が老人ホームの経営を続けることを禁止したため老人ホームは閉鎖され、Xの夫は、賃貸借契約を解除し、賃料を支払わなくなった。これに対してYは未払いだった33ヶ月間の合計363,000マルク（月額11,000マルク）の賃料について強制執行を求めた事案。

【裁判所の判断】

BGHは「商業用の借地契約または賃貸借契約の場合において、一方では地主または賃貸人、他方では民間の保証人との間の保証及び連帯責任契約へのBGB 138条1項の適用は、通常、義務の範囲と保証人または共同債務者の財政能力との間の不均衡の程度に決定的に依存している」とし、「共同債務者への(krasse)露骨な経済的過重負担があるか否かは、共同債務の引き受けの時期を考慮する必要がある」と示した上で、これらの状況を原審は詳しく検討していないため差戻す必要があると判断した。

そして、BGHは本件を検討する上で以下のことを考慮する必要があるという指針を示している。すなわち、①賃貸借契約の締結におけるX自身の個人的または経済的利益が、露骨な経済的過剰要求の可能性に対する適切な補償となったか判断する際には、Xに直接かつ十分な程度にもたらされたメリットのみが考慮されるべきという点(BGHはXが夫の事業に関わり、夫と一緒に老人ホームを経営していたことなどを例として挙げている)。②また、X側に露骨な経済的過重負担があった場合には、BGB 138

条第1項の主観的要素, すなわち貸主 (Y) に非難すべき行為があったといえるかという点である。

最終的に BGH は, 商業用賃貸借の場合, 連帯債務者の経済的負担が著しい場合には, それだけで推定を行うことはできず, 財産上の過大な負担が賃貸人 (Y) に認識されていたかどうか, また, 賃貸人が借借人に対する共同出資者の感情を利用したかについて, 裁判所による評価が必要であるとされた。

■住宅賃貸借契約 (賃料暴利)

初期の判例においては, BGB 138条による規制ではなく, もっぱら1923年7月13日価格破壊規制令 (Preistreibeiverordnung: PreistrVO) 4条と, その後身となる1926年6月29日商標保護法 (Markenschutzgesetz: MSchG) 49a条による賃貸借契約の暴利規制が行われ, その法的効果は賃料の減額を認めるものだった。その後 MSchG 49条は1942年12月15日に廃止されて⁽³⁵⁾いる。

現在住宅賃貸借契約の暴利規制はドイツ経済刑法 (WiStG) 5条や StGB 291条1項1号によって解決が図られており, 当該契約はもっぱら BGB 134条によって無効とされるが,⁽³⁶⁾ BGB 138条1項及び2項の要件を満たした場合は, 暴利規定ないし準暴利行為を適用し得るとの指摘がある。⁽³⁷⁾ そし

(35) Sauer Cornelia, Die geltungserhaltende Reduktion im Rahmen des Mietwuchers und des Darlehenswuchers. Würzburg Univ, Diss., 2003, S. 44 ff.

(36) BGB 134条の訳については山口・前掲注(16)24頁参照。

BGB 134条 (法律上の禁止)

法律上の禁止に違反する法律行為は, その法律から別段のことが生じないかぎり, 無効である。

(37) Cornelia, a.a.O. (Fn.35), S. 158.

て BGB 134条によって無効とされた賃貸借契約は賃借人の保護の観点からも全部無効とはならず、賃料が最高許容限度額まで縮減されるという一部無効的な処理を行っている⁽³⁸⁾。以上のように住宅賃貸借契約における暴利規制は公法上の規定が主となっており、民法上の賃貸借契約の中心は商業的賃貸借契約になっているといえよう。

なお、BGH は以下の判決において示されているように、一般の住宅賃貸借契約の場合、通常の賃料の50%を超えた場合には BGB 138条及び StGB 302a 条 1 項（改正後は StGB 291条 1 項）、WiStG 5 条と住宅斡旋を規制する法律（WoVermittG）4a 条 2 項において共通に著しい不均衡が認められるとしている。

[19] 連邦通常裁判所1997年4月23日判決⁽³⁹⁾

【事実の概要】

Y は、居住用建物、納屋、厩舎、周辺の牧草地からなる農場を A から賃借していた。Y は A との賃貸借契約が終了する 2 年前に退去を希望し、次の借主である X と Y の間において、①XA 間の賃貸借契約が成立し、②建物内のストーブや暖房、キッチンなどを引き継ぎ X から Y に15,000 マルクを支払う契約が締結された。

その後 X は、引き継がれたものの合計価格は2,000マルクであり、本件契約に著しい不均衡が存在しているとして WoVermittG 4a 条 2 項⁽⁴⁰⁾を根拠

(38) BGH Urt. v. 11.1.1984 - VIII ARZ 13/83, BGHZ 89, 316.

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

(40) **住宅斡旋を規制する法律（WoVermittG）4a 条 2 項**

居住施設の賃貸借契約の締結に関して、宿泊施設を求める者が家主または前の借主から家具または在庫品を取得することを約束する契約は、疑わしい場合には、賃貸借契約が発効することを前提に締結される。対価の合意は、それが家具や備品の価値に著しく不均衡がある場合は無効とする。

に訴えた事案。

【裁判所の判断】

本判決は、主に WoVermittG 4a 条 2 項が問題とされた事案ではあるが、BGH は著しい不均衡の概念に関して「著しい不均衡の概念は、BGB 138 条 2 項、StGB 302a 条 1 項（当時）、WiStG 5 条 2 項 2 文 1 号に採用されており、これらは同じように解釈することができる。賃料暴利（Mietwucher）に関する連邦最高裁の判例法によれば、通常の対価の50%以上を超過する場合、著しい不均衡が肯定される。したがって WoVermittG 4a 条 2 項の文脈においても、客観的な値が50%以上超過している場合には、著しい不均衡が想定される」とした。

そして、BGH は X が引き継いだ Y の財産の価値を2000マルクと認定し、合意された報酬が（2,000マルク＋50%）3,000マルク以上である限り、無効であると判断した。以上から X は BGB 812条 1 項 1 文と併せて、WoVermittG 4a 条 2 項、同 5 条 1 項 1 文、同 5 条 2 項に基づき、Y に対して12,000マルクの返済を請求できると判断した。

〈賃貸借契約のまとめ〉

まず商業賃貸借契約については、BGH は商業用の賃貸借契約及び利益賃貸借契約の場合、消費貸借契約や不動産売買と同様に推定準則が認められないと判示している（[13] 判決）。しかし、その後 BGH は商業用の賃貸借契約及び利益賃貸借契約において、賃料が同等の市場価格の100%を上回ったとしても、消費者信用契約や不動産売買契約のようにそれだけでは非難すべき態度があるとは結論付けることはできないとしつつも（[14] [15] 判決）、賃料が同等市場価格の100%を超えていることに加え、不均衡が受益者にとって主観的に認識可能だった場合には非難すべき態度を推定し得ると判示している（[15] [16] [17] [18] 判決など）。

住宅賃貸借契約については、もっぱら公法上の規制が行われており、裁判上民法上の暴利行為が問題になる場面はほとんどみられない。ただ、BGHは通常の賃料の50%を超えた場合には公法上の規定だけでなく、BGB 138条の意味においても共通に著しい不均衡が認められるとしている（[19] 判決）。

(3) リース契約

（ファイナンス）リース契約とは、特定の物を使用収益することを欲するユーザーが、これを所有するサプライヤーからその物の引渡しを受け、リース業者にその代金をサプライヤーに支払わせるとともに、リース業者に対して物の取得費用などをもとに計算されたリース料の割賦支払いを約する取引形態である。⁽⁴¹⁾ BGHはリース契約を賃貸借類似の契約と捉えており、こちらの契約類型に対しても準暴利行為を認めている。

⁽⁴²⁾
[20] 連邦通常裁判所1995年1月11日判決

【事実の概要】

Y（フリーランスの建築家）はX（リース業者）から、毎月のリース料を（145マルク＋付加価値税14%）165.30マルクとしてファックス機を60ヶ月リースする契約を締結した。注文書には、「リース期間は60ヶ月」「24ヶ月経過後はいつでも他の機器と交換可能」などの追加項目があった。

本件ファックス機の購入価格は、Xの主張によれば5,800マルクとしているが、注文書にもリース契約にも記載されておらず、Xとサプライヤーの株主兼常務取締役は同一人物であった。

その後Yは本件リース契約の履行を拒否し、本件リース契約の錯誤や

(41) 潮見佳男『新契約各論 I』（信山社、2021年）277頁参照。

(42) BGH Urt. v. 11.1.1995 - VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255.

詐欺、暴利行為を主張したという事案で、地裁及び高裁は特別重大な不均衡が発生しているとして非難すべき態度を推定し、準暴利行為の成立を認めた。

【裁判所の判断】

まずBGHはリース契約に関して、どのような評価基準に従って著しい不均衡が認められるかなどの準暴利行為の要件についてまだ基本的に決定していないと確認した。BGHは賃貸借契約や消費貸借契約における準暴利行為の法理を参照した上で、リース契約には消費貸借契約と同様に融資的機能があることや、リース契約は非典型的の賃貸借契約として捉えられていることについて言及しつつ、①合意されたリース料と比較可能な市場価格がある場合には、契約価格が市場価格を100%上回る場合に著しい不均衡があるとし、②市場で比較可能なリース料が示されていない場合、消費貸借契約における不均衡の基準、すなわち、実効契約金利がドイツ連邦銀行の公表する月次重点利息に手数料（Bearbeitungsgebühr）2.5%を加えた額から相対的に100%、あるいは絶対的に12%上回る場合、不均衡が認められるとした。

また、BGHは推定準則について、Yは独立したフリーランスの建築家として働いていることから、経済的な弱さや商業の経験が浅いわけではないため、推定準則は認められず、控訴裁判所は良俗違反の主観的前提条件を評価するために必要な決定を下さなければならぬとした。

[21] 連邦通常裁判所1995年1月30日判決⁽⁴³⁾

【事実の概要】

Xはリース業者Yから走行距離約3万2026kmの車両（フェラーリ308

(43) BGH Urt. v.30.1.1995 - VIII ZR 316/93, NJW 1995, 1146.

GT) のリース契約を締結した。契約期間は36カ月で、毎月のリース料は2,326.50マルクと定められた。当該車両の購入価額は合計16万9000マルクであり、これにXが7万マルクを頭金として支払った。

Xは、車両の引き渡し時に最初のリース料を支払い、その後15回の分割払いを行った。その後Xは割賦弁済法 (Abzahlungsgesetz) に基づくリース取引の取消を求め、Yは債務不履行を理由にリース契約を解除し、未払いリース料4,653マルクに加えて、損害額を64,419.25マルクを主張した (後にYは車両を93,860マルクで売却している)。これに対してXが本件リース契約をBGB 138条1項に反して無効であると主張した事案。

【裁判所の判断】

BGHは [20] 判決を引用し、合意されたリース料が、その締結時期、リース対象、可能な特別支払い、期間、算定された残存価値に関して同等である他の契約の慣習的なリース料と比較できない場合、消費貸借契約における準暴利行為の基準に従うことを確認した (特に本件ではリースの対象である車両 (フェラーリ 308GT) の比較対象の数が限られているとしている)。

そして著しい不均衡は、原則として、実効契約金利が実効比較金利を相対的に約100%または絶対的に12%上回る場合にのみ肯定されるが、BGHの計算によると当該リース契約において相対的な差は39.69%で、絶対差は3.29%であるため、BGB 138条1項による準暴利行為は成立しないとした。

〈リース契約のまとめ〉

[20] [21] 判決が出されるまで、下級審ではリース契約における著しい不均衡を判断する際にリース契約の財源調達機能 (Finanzierungsfunktion) を理由に消費貸借契約における基準を転用すべきとする裁判例や、⁽⁴⁴⁾
140(696) 法と政治 74巻3号 (2023年11月)

むしろリース契約は非典型的な賃貸借契約として捉えるべきであり、賃貸借契約における基準を用いるべきとする裁判例がみられた。⁽⁴⁵⁾

BGHはこれらの下級審に対し、[20] [21] 判決を通して2段階モデル⁽⁴⁶⁾によって判断するとしている。具体的には、まず合意されたリース料と比較可能な市場価格がある場合には、契約価格が市場価格を100%上回る場合に著しい不均衡があるとし、市場で比較可能なリース料が示されていない場合、消費貸借契約の基準を用いて実効契約金利が月次重点利息に手数料2.5%を加えた額から相対的に100%、あるいは絶対的に12%上回る場合に不均衡が認められるとした。

また、[20] 判決は推定準則について、リース契約を用いる借主は必ずしも商業の経験が浅いわけではなく、経済的な弱さが常にあるとはいえないので、推定準則は認められず、非難すべき態度の立証が求められるとしている。

(4) 売買契約

■不動産売買契約

[22] ライヒ裁判所1909年10月19日判決⁽⁴⁷⁾

【事実の概要】

Xが市場価格1万マルクの不動産を4,850マルクでYに売却した事案において、Xはこの廉価による売却を自身が一時的な精神障害に陥っていた

(44) OLG Karlsruhe Urt. v. 24.10.1985 - 9 U 71/84, NJW-RR 1986, 217.

(45) OLG München Urt. v. 28.1.1981 - 27 U 516/80, NJW 1981, 1104.

(46) Philipp Fischinger, in: Philipp Fischinger / Silas Hengstberger / Jürgen Kohler / Volker Rieble (Hrsgs.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Neubearbeitung, (de Gruyter, 2021), BGB § 138, Rn.262.

(47) RG Urt. v. 19.10.1909 - II 662/08, RGZ 72, 61.

ため無経験な状態にあり (Xはその妻を介護者とする裁判所の審判を受けていた), また, 自身に対する強制執行が迫っている困窮状態でもあったため, このような不合理な契約を行ったと主張した。

【裁判所の判断】

RGは本件を BGB 138条 2項ではなく, BGB 138条 1項の問題として取り扱っている。そして RGは, BGB 138条 1項の適用について, 精神薄弱者にとって本件契約が大きな不利益となるという事実のみでは契約は良俗違反とはならず, YがXの精神が薄弱であったという窮状を利用したという点が必要であるとし, このような利用が欠けている場合においては, BGB 138条 1項の保護は及ばないと判断した。

[23] 連邦通常裁判所1965年4月27日判決⁽⁴⁸⁾

【事実の概要】

XはY(医師)に本件土地を売却する際, その対価として①毎月150マルクの終身定期金を支払うこと, ②年間600マルクとされる本件土地内の部屋に生涯無償で住む権利, ③Xの病気の際にYが無料で治療することや埋葬費用の支払いなど(評価額1,500マルク)を求め, Yがそれに同意したため本件契約が締結された。

その後Xは, 本件契約時無能力あるいは精神上の障害があったとして BGB 104条 2項や BGB 105条による無効ないし, 暴利及び良俗違反による無効を主張した。

暴利の主張に関してXは, 契約当時本件土地の価値は70,000~100,000マルク程度であり, Yの対価を合算しても著しい不均衡があり, またYはXの世話をしていた近親者が亡くなった後にXの治療を行い, Xを完

(48) BGH Urt. v. 27.4.1965 - V ZR 245/62, NJW 1965, 2005.

全に自身の影響下に置いていたと主張した。

原審は、精神病院による X の精神状態に関する鑑定書や、不動産業者から売買契約締結時の本件土地の価値に関する鑑定書を考慮した上で、X の訴えを退けた。

【裁判所の判断】

BGH は、X の無能力あるいは精神上の障害についての主張に関しては、原審が認定した通り、X が意思の自由な決定を妨げる病的な精神障害の恒常的または一時的な状態にあったことを示す証拠にはならないとした。

また、BGB 138条 2 項に基づく主張に関しては、給付と反対給付の間に不均衡が存在することについて X は著しい不均衡があったとの証明を行っていないと判断した。

そして、BGB 138条 1 項に関しては、給付と反対給付の不均衡は、契約の相手方を阻害する何らかの事情を故意または重大な過失で利用したことを必然的に示唆するほど大きくなり得ると認めつつも、本件においてはこれらの条件が満たされていないとする原審の判断を支持した。その他 Y が無料で X に医療を提供し、さらに終身定期金を支払うことを約束したことから、BGB 138条 1 項に基づく売買契約の無効性を導き出すことはできないとした。

[24] 連邦通常裁判所⁽⁴⁹⁾1969年 5 月 2 日判決

【事実の概要】

X は、本件不動産の 2/5 の共有持分を Y に 18 万マルクで売却した。X は A から本件共有持分を担保として 14 万マルクを借り入れており、その返済のめどが立たなかったため本件共有持分を売却したとしている。

(49) BGH Urt. v. 2.5.1969 - V ZR 32/66, WM 1969, 836

Xが売却の前に不動産の評価を依頼したBは、本件不動産の総合価値を49万マルクとし（2度目の調査の際には635,000マルクと評価されている）、Xの2/5の共有持分の価値は196,000マルクとされた（2度目の試算に基づくと254,000マルクとされた）。

本件共有持分の売却後、XはC社に再度本件不動産の評価を依頼した。Cは本件不動産の総合価値を770,000マルクと評価し、Xが売却した共有持分の価格は308,000マルクであるとした。

Xは、AとYが協力してXに本件不動産の共有持分を売却させようとしたものであり、AはXが売却しなければ日をまたいでXの共有持分を差押えすると脅していたとして、BGB 138条により本件売買契約を無効であると主張した。

【裁判所の判断】

BGHは、原審が給付と反対給付の間に著しい不均衡が存在していないと認定したことを確認し、その判断を是認した（ただし、Cの評価額に関しては180,000マルクと比べて著しい不均衡があったか、原審は判断していないと指摘している）。

また、本件においてYはBの見積もりを知っただけで、Cの見積もりは知らなかったため、この見積もりから推測される給付と反対給付の間の著しい不均衡を認識していなかったため、主観的な要件が欠けていたとする原審の判断を認めた。そして所有権の一部は、不動産の総価値から算出される価値よりも低いことを考慮すると、Yが支払い額の著しい不均衡を認識していなかったことは明らかであるとした。

BGHは、原審が暴利者は取引の相手方の窮迫、軽率、無経験を認識していなければならないだけでなく、給付と反対給付との間の著しい不均衡を認識していなければならないとして、BGB 138条2項とBGB 138条1項による売買契約の無効は、給付と反対給付との間に著しい不均衡があるこ

とを認識していることも前提としているとの従来の判例法理を確認した。

[25] 連邦通常裁判所1976年5月28日判決⁽⁵⁰⁾

【事実の概要】

XはYから、不動産業者Aを仲介して自然保護区にある本件不動産(草原)を1m²当たり80マルク、合計28万マルクで購入した。この自然保護区では建築や遊泳が禁止されており、Xは本件不動産が自然保護区内に位置することを認識していた。

Aは本件不動産を新聞広告で紹介する際に「建築用の土地」と表記しており、Xには本件不動産は自然保護区の端ではあるが、自然保護区の外にあるので、別荘や住宅を建てることができると説明していた(Aは仲介手数料としてXから17,500マルクが支払われる契約が締結されている)。

その後、同自然保護区の市町村から電話で本件不動産には建物を建てることは許されていないことを知らされ、Xは本件契約の履行を拒否した。これに対してYは売買代金の支払いを求めて訴えたとする事案。

【裁判所の判断】

BGHは、YがXの未熟さや軽率を利用したこと(BGB 138条2項)や、非難すべき態度により契約を行った(BGB 138条1項)とのXの主張を退けた。まずBGHは、Xは薬局を経営する中で数区画の土地を所有しており、BGB 138条2項の意味での無経験者ではなく、例えば自然保護区のルールに関して経験がないということもこれに当てはまらないと判断した。

また、Yの利用要件に関しては、原審によると本件不動産は自然保護区の端のB町の将来の建設予定地のすぐ近くに位置しており、自然保護区の中心部にある土地よりも建築用地になる可能性ははるかに高いとされて

(50) BGH Urt. v. 28.5.1976 - V ZR 170/74, MDR 1976, 916.

いるため、一概に Y が X を利用したとは言えないとした。

次に BGH は、準暴利行為に関して著しい不均衡と非難すべき態度を要件としているということを確認しつつも、本件においては Y が X に本件不動産の使用制限などを明示的に伝えていたことや、契約締結前に X が考え直す機会を与えていたことから認められないとした。

そして、BGH は地方裁判所が本件不動産の市場価格を 6 マルクと認定して、契約代金との間に不均衡があると判断したことに対し、「今回の売買契約を土地取引の慣習的な価格という観点から評価することには、最初から疑問がある」とし、本件における市場価格は「自然保護地域として当局（行政）が認める価格から導き出され」、むしろ、「自然観察に適した土地を所有することを目的とした愛好家の価格として形成されるか、あるいは、本件不動産が自然保護区域から外れるという個々の購入希望者の投機的な期待によって決定されるしかない」とした。

以上から、BGH は本件においては給付と反対給付の特別重大な不均衡から、受益者が非難すべき態度で行動したという結論を正当化する判例法は適用されないとした。BGH は、推定準則の判例法について、「受益者が重過失の結果として、相手方が何らかの事情により取引を拒否することを認識していたか、あるいは認識していなかったことを立証しやすくしているに過ぎない」と言及し、被暴利者が窮状に陥り、「特別な利益を付与したり、交換契約による自身の直接的な利益を無視したりすることを示唆する（あるいはそれに類する）状況を前提としており、これは、受益者側の人生経験を考慮すること、原則として特別な配慮は必要性なしには認められず、受益者もこの状況を認識している」と判断した。

BGH は本件において X は過大な価格や契約全体を拒否する事由が損なわれたとする上での「窮状」を主張しておらず、準暴利行為の根拠は「契約において要求された金銭だけにあるのではなく、むしろ、取引の内容、

動機または目的が非難すべき態度をあらわしていなければならない」が、本件の事実認定によると Y が X の状況を利用して高額な代金を得たとは言えないと判示した。

[26] 連邦通常裁判所1980年1月18日判決⁽⁵¹⁾

【事実の概要】

X は、両親と住んでいた本件不動産を Y に45,000マルクで売却し、本件不動産売買契約後は、両親とともに本件不動産を退去することを約束した。その後 X が本件売買契約は詐欺あるいは錯誤であると主張した事案。原審は本件売買契約の良俗違反性について Y が本件不動産の市場価値（約80,000マルク）を知っていたか、また X が並外れた不注意・未熟さによって契約し、それを Y が利用したかについては証明されていないとして準暴利行為の成立を否定した。

【裁判所の判断】

BGH は、まず BGB 138条2項の適用には「相手方の不注意や未熟さを利用することで十分であり、（原審において示された見解とは異なって）特別な不注意や未熟さであることは必要な」く、原審は要件を厳しく判断していることから、事実認定を含めた上で再評価する必要があるとした。

準暴利行為の適用に関しては、推定準則までの従来の判例法理を確認した上で、「ここでははなはだしい不均衡 (solches Mißverhältnis) について考慮する」と言及している。BGH は原審の調査によると本件不動産の実質的な価値は約80,000マルクであり、本件売買契約は Y にとって経済的なリスクを伴うものではなかったことや、Y が X の窮状について知っていた、あるいは重過失によりその事実を無視していたかが問題となると判

(51) BGH Urt. v. 18.1.1980 - V ZR 34/78, WM 1980, 597.

断した。

そして最終的には、準暴利行為に関しては特別重大な不均衡とともに事実上の認定が十分にされていないこと、暴利規定に関しては前述した通り要件を厳格化していることを理由に破棄差戻しとした。

[27] 連邦通常裁判所1981年1月30日判決⁽⁵²⁾

【事実の概要】

76歳のA(Xの父)は、Yに本件不動産(Aの自宅)を売却した。Yはその対価として12,000マルクの抵当権をAに譲渡したが、その評価額は8,000マルク程度だった。

また本契約にはAが本件不動産の庭を自由に使用する権利や、本件不動産の一室に終身居住する権利、Yが本件不動産の暖房・電気・ガス・水道を供給することなどが定められており、Yが契約上の義務を果たさない場合にはAに本件契約を撤回できるとしていた(その後、補足契約によりAの死後Xに無償で終身の居住権を与えることが合意された)。

その後Xは、Aの意思無能力あるいは本契約の良俗違反を主張し、本件不動産の返還及び所有権の移転、Yの立ち退きの明け渡しなどを求めて提訴したという事案。

【裁判所の判断】

原審は、Aの意思無能力による無効や、良俗違反による無効についての証明がなされていないとして、契約の無効を認めなかった。これに対してBGHは、意思無能力の主張に関しては原審の判断に法律上の誤りはなかったとしつつ、良俗違反の判断に関して誤りがあると判示した。

すなわち、BGB 138条1項の準暴利行為はBGB 138条2項の特別な事例

(52) BGH Urt. v. 30.1.1981 - V ZR 7/80, WM 1981, 404.

を規制することを趣旨としており、給付と反対給付の不均衡が特別重大であった場合には、「これだけで受益者である契約当事者の非難すべき態度、ひいては契約の良俗違反を結論付けることができる」。したがって、Yが契約締結時にAの「精神的な窮状 (seelische Notlage)」を認識し、意図的に利用したかどうかの詳細に証明されなくても、特別重大な不均衡がある場合には、良俗違反を推定するのに十分な証拠となり得るが、原審はこの可能性を考慮していないと判断した。

またBGHは、原審が売買契約締結時にAに与えられた居住権などを合わせた本件不動産の市場価値を明らかにしていないことなども指摘し、審理が十分に尽くされていないとして破棄差戻しとした。

[28] 連邦通常裁判所1985年1月18日判決⁽⁵³⁾

【事実の概要】

XはYに対して、自己所有の土地を12万マルクで売却したが、本件土地は裁判の係争中に強制競売され、Aに239,210マルクによって落札された（後に裁判所は本件土地の市場価格を25万マルクと認定した）。

XはYとの契約において、強制競売によってAに売却された価格と、XY間で合意された購入価格との間に著しい不均衡があるため、良俗違反を根拠として損害賠償請求（BGB826条）⁽⁵⁴⁾を行った。

【裁判所の判断】

BGHは、この事案に関して、給付と反対給付との間に特別重大な不均

(53) BGH Urt. v. 18.1.1985 - V ZR 123/83, WM 1985, 948.

(54) 条文訳は山口和人『基本情報シリーズ②0 ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）』（国立国会図書館調査及び立法考査局，2015年）160頁参照。

BGB 826条（善良な風俗に違反する故意による加害）

善良の風俗に反する方法で他人に対し故意に損害を加えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う。

衡が認められ、暴利者の非難すべき態度が推定されるとした。そして、BGHはこの推定の性格について、主観的要素の証明負担を軽減するものであるとし、推定の根拠としては、異常な給付の不均衡が存在する契約は、原則的に相手方の困窮または不利な状況なしには起り得ず、暴利者はこのような状況を認識しているという経験則に基づくものであるとした。

[29] 連邦通常裁判所1985年5月24日判決⁽⁵⁵⁾

【事実の概要】

Xは本件不動産（2階建ての住宅）を終身用益権（*lebenslänglichen Nießbrauchs*）の留保を条件として10万マルクでYに売却し、本件不動産の2階部分にXが、1階部分にはYが居住した。本件不動産売買契約には、その他にもYがXのケアを行うことや、1日1回合理的な料分でYがXに食事を提供することなどが含まれていた。

その後Xは、本件売買契約は詐欺・錯誤、あるいは暴利であると主張した。暴利行為に関してXは、Yが長期入院後のXの精神状態を利用して、40万マルクの価値があった本件不動産を10万マルクで得ていると主張した。原審は、本件不動産は本件売買契約締結時に30万マルクの価値があったが、1/3の価格で売却されているとしてBGB 138条2項による無効を認めた。

【裁判所の判断】

BGHは、原審は暴利規定の主観的要件、すなわちXの判断力の欠如や意思の重大な薄弱をYが利用したという点を十分に認定していないと指摘している。まずBGHは、暴利規定における利用は特別な意図を必要とせず、「暴利者が著しい不均衡と被暴利者の窮状を認識し、この状況を意

(55) BGH *Urt. v. 24.5.1985 - V ZR 47/84*, NJW 1985, 3006.

図的（故意）に利用すれば十分である」との従来判例を確認した。

しかし、原審は「YがXの深刻なうつ病の結果、本契約のような不利な契約に同意したに過ぎないという事実は無謀にも心を閉ざした」と認定していることから、BGHは原審がYの重過失を認めたと過ぎないとし、これはBGB 138条2項における被暴利者の動機（Beweggründen）の認識を欠いていると判断した。

BGHは暴利規定の成立を否定したが、準暴利行為による契約の無効を認めた。まずBGHは従来判例の推定準則などの判例法理を確認し、「BGB 138条2項に記載されている状況は、意思の自由な決定に対する影響という点において、不利な契約条件を締結する経済的強制と少なくとも同等である」とし、「受益者の重大な過失により相手が判断力の欠如や意思の重大な薄弱によって契約を締結していることに気付かなかった場合は良俗違反である」と示した。

またBGHは、YがXを誘導して本件売買契約を締結させたか、Xの提案による契約であるかは良俗違反を判断する上で無関係であり、このような事実によって契約が暴利的性質を失うことはないとした。そして、暴利者が前述した主観的要件の下で、被暴利者の弱い立場を利用して著しい金銭的利益を得ていることだけが重要であると判示した。

[30] 連邦通常裁判所1990年4月20日判決⁽⁵⁶⁾

【事実の概要】

Yは本件不動産（住宅）を138,000 マルクでXに売却したが、Xは本件不動産には様々な欠陥があり、Yがそれを不正に隠していたと主張して旧BGB 463条第2文による損害賠償や、BGB 123条に基づく契約の取消し、

(56) BGH Urt. v. 20.4.1990 - V ZR 256/88, NJW-RR 1990, 950.

BGB 138条に基づく契約の無効を求めたという事案。

原審は BGB 138条 2項 に関しては主観的要件を満たしていないため適用されず、準暴利行為に関しては本件不動産の総額を64,480マルクと契約代金の138,000マルクの間には特別重大な不均衡はないと判断した。

【裁判所の判断】

BGH は原審が準暴利行為の成立を否定した点について法適用の誤りがあるとした。BGH はまず、契約において給付と反対給付の不均衡が非常に大きく、これだけで受益者の非難すべき態度が示された場合、BGB 138条 1項によって当該契約が無効になること、そして、著しい給付の不均衡と非難すべき態度の推定については、給付の客観的価値のみが関係するという従来の判例法を確認した。

そして、本件においては不動産の総額64,480マルクに対し、Xが支払った購入代金は138,000マルクと対照的であり、給付と反対給付の差が100%を上回っていることから、給付と反対給付の著しい不均衡を否定することができないとし、より詳しい事実認定を行うべきとして破棄差戻しとした。

[31] 連邦通常裁判所⁽⁵⁷⁾2001年1月19日判決

【事実の概要】

A (X の母) は Y に対して、本件土地を10万マルクで売買した。本件不動産売買契約には、Y が A の生涯年金を毎月支払うことや、A に本件土地に建てられた本件建物の 1 階の全室に一生の間居住できる権利を与えること、そして Y が本件建物の電気代を除くすべての付随費用を負担することが定められていた。

A の死後、娘である X は、本件土地の価値はおよそ86万マルクである

(57) BGH Urt. v. 19.1.2001 - V ZR 437/99, BGHZ 146, 298.

のに対して、10万マルクの売買代金や、その他 Y が引き受けた費用（年金約67,000マルクと賃料相当額約38,000マルク）を合算したとしても、著しい不均衡が存在しており、また契約当時 A は高齢で、なおかつリンパ腫を患っていたため判断能力が乏しかったとして、本件売買契約は良俗違反に当たり無効であると主張した。

【裁判所の判断】

まず、BGH は非難すべき態度の推定については特別重大な不均衡という給付の価値が非難すべき態度の推定を可能にし、その推定の根拠は原則的に異常な利益は困窮や不利な立場を阻害するような状況なしには起こり得ず、利得者もこのような状況を認識しているという一般的な経験則であるという従来の BGH の立場を確認した。そして、不動産売買契約における特別重大な不均衡は、給付と反対給付の値がおよそ100%を上回る場合、あるいは半分の値の場合であると判断した。

次に BGH は、推定が行われる際の目的物の価値の割合に対する利得者の認識の意味について、利得者は認識された明白な不均衡において、相手方の強制状態などを認識しなかったということによって排除されるのだけではなく、単に特別重大な不均衡を認識していなかったということによっても排除されるとしている。つまり、非難すべき態度を認定するにあたっては、利得者の給付不均衡に対する認識は必要なく、認識可能性があればよいとした。

また、利得者は基本的に予め市場価格を調査できる立場にあるため、原則的に取引が自身にとって非常に有利なものであることを理解しうる状況にあり、その結果少なくとも、利得者は特別重大な不均衡の認識と、それによりあらわれた相手方の強制状態についての認識を軽率に排除していると判示し、利得者に給付の不均衡の認識が要求されるのならば、非難すべき態度のすべての事例が包摂されないことになると示した。

そして、準暴利行為における推定は、裁判官によって証拠を評価する段階で考慮される事実上の推定 (tatsächliche Vermutung) であって、混合贈与や特別な愛着による価格設定、または目的物の鑑定の誤りなどからその推定が動揺 (erschüttert) する場合があるとしており、その立証または証明は、一般原則に従って立証によって利益を受ける者、つまり利得者が行うものとしている。

以上までの判断を行った後、BGHは本件において、推定が動揺する特別な事情がYの主張からは認められなかったため、非難すべき態度が推定され、本件売買契約は準暴利行為に当たるとした。

[32] 連邦通常裁判所2002年7月19日判決⁽⁵⁸⁾

【事実の概要】

XはYに13万マルクで住宅付きの土地を売却した。本件売買契約の中で、YはXの月額1,450マルクの生涯年金の支払いを義務付けられており、またXは住宅に対する独占的な居住権を持ち、本館のほか、共同施設と庭園の共有使用権を有すると定められた。

このような契約についてXは、Yとの契約はBGB 138条2項の暴利またはBGB 138条1項の良俗違反によって無効であると主張した。Xは土地とその付属物の価値は少なくとも80万マルクであり、YのXに対する生涯年金の支払いなど(約27万マルク)を合算してもなお著しい不均衡があり、Xは、契約締結時にすでに高齢(77歳)だったため、身体的にも心理的にも適切な決定を下すことができなかったとしている。

【裁判所の判断】

本判決において、BGHは給付と反対給付の不均衡が100%を超えている

(58) BGH Urt. v. 19.7.2002 - V ZR 240/1, NJW 2002, 3165.

ため、特別重大な不均衡が存在しているとして、非難すべき態度の推定を行った。本判決もその他の不動産売買契約の事例と同様に、この推定準則の根拠は経験則にあると確認した。

また、BGHは推定準則について、裁判官が証拠を評価する段階において考慮しうる証明負担の軽減としての事実上の推定を問題にしているとし、こうした準則の適用の要件が事例において満たされていたとしても、この事実上の推定を特別な事情の証明によって動揺させることができ、それにより非難すべき態度の推定を覆すことができるということを確認した。そして、このような状況は、特に、通常は利用を排除するような、適切な給付割合を調査する努力から生じるが、それは例えば、代金を定める際の基礎に誤った鑑定が存在する場合などにおいて推定が覆されるとした。

[33] 連邦通常裁判所2004年1月16日判決⁽⁵⁹⁾

【事実の概要】

XはYから合計面積98,692m²の2区画の土地を、1,480,380マルク（15マルク/m²）で買い取った。契約締結時、不動産市場が安定していなかったため、前述の購入価格は契約書に「暫定的（vorläufig）」であり、最終的な購入価格は本件土地を再評価した後に決定されることとなっていた。

本件売買契約に先立ち、Xは市場価格報告書を2つ入手した。一方は5.71マルク/m²、他方は15マルク/m²とされており、また本件土地は土地開発の計画に含まれているとの調査があったため、Xはこれらの内容を売買契約締結前にYに提出し、前述した価格で本件土地を購入した（しかし、実際のところ本件土地を対象とした開発計画は存在しなかった）。第1審において裁判所から依頼を受けた専門家が本件土地の市場価格を1.56

(59) BGH Urt. v. 16.1.2004 - V ZR 166/03, BGHReport 2004, 776.

マルク/m²と決定したことを理由に、Xは本件売買契約の良俗違反を主張したという事案。

【裁判所の判断】

BGHは原審が暴利あるいは準暴利行為による無効を認めなかったことを是認し、本件契約は有効であると判断した。BGHは、給付と反対給付の大きな不均衡があるか否かについては未決定のままでよいとした上で、「受益者すなわちY側の非難すべき態度の推定は、特別な事情によって揺らいだ場合には、同等性の特別重大な破壊という存在から、不利益を被る側(X)の意思決定の自由を阻害する状況を(Yが)主観的に不当に利用した⁽⁶⁰⁾という結論を導くことは許されない」とした。

また、本件においてYはXから提出された専門家の意見を基にして契約を締結しており、このような状況の下でYがXに対して過大な請求をしたということにはならず、専門家の意見が誤っていたことはYの問題ではないとした。

そして暫定的購入価格や最終的な購入価格などの本件契約の形式は、「契約締結当時、土地市場が機能しておらず、それに見合う市場価格も存在しなかったとXYが考えて合意したものであり、「これらの契約上の規定から、Yの非難すべき態度を押し量ることはできず」、「このように、給付と反給付の間の特別著しい不均衡に基づくYの非難すべき態度の推定が揺らぐ場合、Xは、そのような不均衡がない場合と同様に、準暴利行為の良俗違反性を決定付けるY側の主観的要素を提示し証明しなければならない」と判示し、本件における準暴利行為の成立を認めなかった。

(60) BGHはこの部分に関してBGH Urt. v. 27.9.2002 - V ZR 218/01, NJW 2003, 283を引用している。

[34] 連邦通常裁判所2007年6月29日判決⁽⁶¹⁾

【事実の概要】

YはAとの間で本件土地を5万マルクで売却したが、後にAの権利を承継したXは、本件土地は68万マルクが正当な価格であり、残りの63万マルクを支払うようYに請求した。しかし、Yがそれに応じなかったため、XはYA間の契約はBGB 138条1項の良俗違反に当たり、無効であると主張した。

【裁判所の判断】

本判決においてBGHは従来不動産売買契約における準暴利行為の判例を引用し、特別重大な不均衡による非難すべき態度の推定の根拠はこれまで示されてきた経験則であること、また不動産売買契約における特別重大な不均衡は、実際の対価と市場価格の比が約100%（2倍）または半額だった場合に認められることを確認した。

そしてBGHは、不利な立場にある人が不均衡な状況を認識していたという理由だけで、特別重大な不均衡による非難すべき態度の結論を揺るがすことはできず、受益者が契約相手方の窮状に、故意にまたは少なくとも重大な過失を通じて利用したという、選択の自由を損なう要因があるとする推定を打ち砕くすべての状況を提示し、必要に応じて証明することによって推定は動揺するとした。

BGHはこのように述べた後、このような推定を揺るがす事実が本件では示されていないため、非難すべき態度が推定され、本件売買契約は準暴利行為に当たるとした。

(61) BGH Urt. v. 29.6.2007 - V ZR 1/06, NJW 2009, 2841.

[35] 連邦通常裁判所2009年10月9日判決⁽⁶²⁾

【事実の概要】

Xとその妻は、Yから不動産を合計価格135,500マルク（不動産の購入価格97,560マルク及びリフォーム作業の37,940マルク）で購入した。本件不動産売買契約は、Xの仲介人であるAを介して行われたが、Aは買取費用及び売買後に課せられる税金に対してXに不正確な助言をしており、またAは購入代金の35～40%の手数料を受け取っていた。Xは不動産の価格とAの仲介報酬が著しく高額であったとして、本件契約の無効を主張した。

【裁判所の判断】

BGHは、たいていの場合、異常な給付の不均衡が存在する契約は、相手方の困窮または不利な状況無しには起こり得ず、利用者（暴利者）はこのような状況を認識しているという推定準則の根拠となる経験則を確認しつつも、BGB 138条1項の良俗違反を導き出すための主観的要素である非難すべき態度は不可欠 (unerlässlich) なものであると強調した。しかし、BGHは不均衡の基準をはじめに必要な事実が立証されていないとして破棄差戻しとした。

[36] 連邦通常裁判所2011年2月25日判決⁽⁶³⁾

【事実の概要】

Xは、市場価格154,000マルクの不動産を、Yに対して8万マルクで売却した。本件不動産売買契約には本件不動産の屋根と暖房システムの修繕費用をYが負担することが含まれていた。しかし、売買代金が払われた後にも、これらの修理は行われなかった。

(62) BGH Urt. v. 9.10.2009 - V ZR 178/08, NJW 2010, 363.

(63) BGH Urt. v. 25.2.2011 - V ZR 208/09, NJW RR 2011, 880.

Xは、Yから受け取った購入代金に対して、Yが屋根や暖房システムを修繕するという契約を履行しないため、契約は無効とされるべきだと主張して、Xに対して訴訟を提起した。

【裁判所の判断】

まずミュンヘン高等裁判所は、本件契約は暴利であり、BGB 138条2項に従って無効であるとした。そして、本件不動産の市場価格は154,000マルクであり、実際の購入価格は8万マルクであるため、給付と反対給付の間に重大な不均衡 (grobes Missverhältnis) により、Yの非難すべき態度が推定される⁽⁶⁴⁾とした。

しかし、BGHはミュンヘン高等裁判所の判断について法適用を誤ったものとしてその理論構成を否定している。まずBGHは、BGB 138条2項は給付と反対給付の著しい不均衡だけでなく、被暴利者の強制状態や、無経験、判断力不足等に加え、暴利者の利用する意図を要件としていると確認した。

この点に関してBGHは、ミュンヘン高等裁判所は給付と反対給付との著しい不均衡を基に、暴利者の非難すべき態度の事実上の推定を暴利者の利用意図に及ぼしているが、これは、利得者が不均衡な給付を認識していない場合、利用の意図を確認できないため、是認できないとした。そして同様に、給付と反対給付の著しい不均衡が利用意図に基づいていると判断するのは誤りであると判示した。その上でBGHは同等性の不一致だけでは、暴利規定において暴利者が被暴利者の契約における不利な部分を故意に利用するという意思の推定を行い得る基礎とはなりえないと判断した。

そして、本件においては給付と反対給付の値がおよそ100%を超えているため、特別重大な不均衡が存在しているため、非難すべき態度が推定さ

(64) OLG München Urt. v. 2.11.2009 - 21 U 2185/09.

れ、BGB 138条1項によって本件契約は無効とされると判示した。

[37] 連邦通常裁判所2014年1月24日判決⁽⁶⁵⁾

【事実の概要】

XはY所有のマンションを118,000ユーロで購入する契約を締結した。Yは2ヶ月前に53,000ユーロで本件マンションを購入しており、契約締結時の本件マンションの市場価格は65,000ユーロであった。

【裁判所の判断】

準暴利行為における推定準則が認められるのは、客観的要件について特別重大な不均衡が存在している場合であり、BGHはこれまでの不動産売買の判例において、給付と反対給付がおよそ100%あるいは半分の値の場合において、特別重大な不均衡が存在すると判断してきた。

本件において、不動産の実際の市場価格は65,000ユーロであり、その100%の値は130,000ユーロであるため、本件のように118,000ユーロによる不動産売買に推定準則が及ぶかが争われた。原審はこれを認めず、BGB 138条1項における非難すべき態度がXによって立証されていないため、準暴利行為は成立しないと判断した。

これに対して、BGHは不動産売買契約に関して、市場価値のおよそ90%を上回っている場合においても、特別重大な不均衡が認められるとし、特別重大な不均衡の基準を若干緩和した。そして、このように特別重大な不均衡が存在している場合には明示的に非難すべき態度を証明する必要はないとした。ただし、BGHは過去の同様の不動産売買の判例を引用し、反対給付が対価の80%や84%の場合には特別重大な不均衡が認められず、お

(65) BGH Urt. v. 24.1.2014 - V ZR 249/12, NJW 2014, 1652.

(66) BGH Urt. v. 10.12.2013 - XI ZR 508/12, WM 2014, 124; BGH Urt. v. 20.5.2003 - XI ZR 248/02, NJW 2003, 2529.

よそ90%を超えた場合にのみ特別重大な不均衡が認められるとした。

また、BGHは、特別重大な不均衡のみが非難すべき態度を推定できるとするこれまでの立場を確認し、両当事者の給付と反対給付が特別重大な不均衡の範囲外であるのならば、非難すべき態度の推定は行われず、暴利を主張するものが相手方の非難すべき態度を証明しなければならないと強調した。

[38] 連邦通常裁判所2016年1月15日判決⁽⁶⁷⁾

【事実の概要】

XはYから分譲マンションを88,000ユーロで購入したが、Xは本件不動産売買契約の購入価格が過大であることから、良俗違反であると主張した。なお、購入価格の4,400ユーロは、Yの要請により不動産譲渡税の支払いに充当され、さらにYは、862.22ユーロの公証費用と316ユーロの土地登記移転費用を支払った。

原審は、88,000ユーロの購入価格に対して市場価格は46,000ユーロであると認定し、本件の購入価格は市場価格を91.3%上回っていることから、[36]判決を引用した上で、特別重大な不均衡による推定準則を適用した。その際に原審は、Yが非難すべき態度の存在という事実上の推定を揺るがすに足る事情を提示していないと判断した。

【裁判所の判断】

BGHは従来の判決を引用しつつ準暴利行為や推定準則といった判例法理を確認した。しかし、本件不動産売買契約において特別重大な不均衡を検討する際には「判例法によれば…購入価格に含まれている購入者が追加的に支払う必要のない付随的費用に関しては購入者(X)の給付から差し

(67) BGH Urt. v. 15.1.2016 - V ZR 278/14, NJW-RR 2016, 692.

引かれるとされている」と示した。⁽⁶⁸⁾

以上から BGH は、X の給付は82,421.78ユーロ（購入価格88,000ユーロから土地譲渡税4,400ユーロ、公証費用862.22ユーロ、土地登記移転費用316ユーロを差し引いたもの）であり、市場価格の超過分は79.18%になるとして推定準則は働かないと判断した。

BGH は、「BGB 138条1項の意味における非難すべき態度の推定を生じさせる特別重大な不均衡があるか否かという問題は、経済学的アプローチが必要」とし、「売主が付加的な役務を引き受ける場合、そのことも給付と不均衡の価値比較の中で考慮しなければならず」、「例えば、当事者間で合意された購入価格が不動産の市場価格より90%以上高いが、売主が買主の他の負債を返済することを約束した場合、買主の費用は経済的観点からそれにに応じて減少することになる。90%の制限に達しない程度であれば、もはや売り手側の非難すべき態度を想定することは正当化されない」とした。

また BGH は、市場価格を79.18%超える場合、その不均衡は特別重大ではないが、少なくとも著しい不均衡がある場合、良俗違反の非難を正当化する更なる状況が生じた場合に契約を無効にし得るとしたが、原審はこれに対応する認定を行っていないとして、破棄差戻しとした。

〈不動産売買契約のまとめ〉

不動産売買契約の領域において、当初 BGH は準暴利行為の成立について抑制的だった。[22] [23] [24] 判決においては被暴利者の窮状や暴利者の利用・認識が立証されていないとして準暴利行為の成立を認めず、[25] 判決においては準暴利行為について「契約において要求された金銭

(68) BGH Urt. v. 18.4.2000 - XI ZR 193/99, DB 2000, 1399.

だけにあるのではなく、むしろ、取引の内容、動機または目的が非難すべき態度をあらわしていなければならない」として主観的要件である非難すべき態度を重視する姿勢がみられたが、[26] 判決が示された1980年代以降は推定準則によって非難すべき態度を推定した上で準暴利行為を認める判例が続いている。

不動産売買契約では高齢者や消費者が契約当事者となる事例が多いため、主観的要件は判断力の欠如や意思の重大な薄弱（[29] 判決など）、経済的劣位や市場に対しての無知などが挙げられていた。また、BGHは準暴利行為の非難すべき態度の認定について、利得者の不均衡に対する認識までには必要ないが、認識可能性があればよいとしている（[31] 判決）。

BGHは反対給付が対価の100%または半分の値であった場合に特別重大な不均衡が存在していると判断していたが（[30] [34] 判決）、近年BGHは判例を変更し、およそ90%の値であったとしても特別重大な不均衡が存ずるとして推定準則を認めている（[37] 判決）。

また、BGHは著しい不均衡及び特別重大な不均衡を認定するに際しては、利得者が損益者のために何らかの付加的な役務を引き受ける場合、それを給付と反対給付の中で考慮し、差し引かなければならないと判断している（[38] 判決）。

推定準則については、裁判官によって証拠を評価する段階で考慮される事実上の推定であって、混合贈与や特別な愛着による価格設定、または目的物の鑑定の誤りなどからその推定が動揺する場合があるとしており、その立証は暴利者が行うべきであるとしている（[31] 判決など）。実際に[33] 判決のように専門家の間違っただけを基に行われた契約について、特別な事情によって推定が揺らいだとして準暴利行為が否定された事例がある。

また、注目すべき点としては[36] 判決の原審が、暴利規定を根拠とし

て非難すべき態度の推定を行っている点である。しかし、[36] 判決はこれを否定し、非難すべき態度の推定は、準暴利行為の法理においてのみ可能であるとした。[36] 判決の原審の行った判断は、単に適用法の誤った事例と捉えることもできなくはないが、むしろ準暴利行為をドイツにおける暴利規制の基礎法理と捉え、推定準則を暴利のケースで援用を積極的に試みた判決であるとも考えられるだろう。⁽⁶⁹⁾

その他、近年の下級審では商人や破産管財人には推定準則が適用されないとする事例があらわれているが、商人に関しては明らかに商業的・利益志向の目的で不動産を取得した場合には推定は認められないが、当該契約が承認の商業活動と直接関連しないときはこの限りではないとしている。⁽⁷⁰⁾ また破産管財人に関しては本件において破産管財人が弁護士でありビジネスの経験の点では商人に匹敵するため推定準則は認められず、何かしらの追加的事情がない限り準暴利行為は認められないとしている。⁽⁷¹⁾

■動産売買契約

[39] 連邦通常裁判所1956年12月18日判決⁽⁷²⁾

【事実の概要】

YはXに中古車をXが試乗した後に「購入者が検査した状態」として6,780マルクで売却した。しかし、Xは本件中古車には3速と4速のギアが摩耗しているなどの重大な欠陥が存在しており、Yはこれを認識していたとして、BGB 138条1項あるいは2項によって契約の無効を主張した。

(69) BGB 138条2項においても推定準則を認めると言及する判例 (BGH Ur t. v. 19.6.1990 - XI ZR 280/89, NJW-RR 1990, 1199) もみられる。

(70) OLG Brandenburg Ur t. v. 14.3.2019 - 5 U 56/18.

(71) OLG Rostock Ur t. v. 29.10.2020 - 3 U 55/19.

(72) BGH Ur t. v. 18.12.1956 - VIII ZR 19/56, BB 1957, 238.

なお、Xの依頼によって本件中古車を鑑定したAは、本件中古車を1,300マルクと評価している。

【裁判所の判断】

BGHは、原審が「Xが中古車であることを知り、YがXに車を点検し、試乗する機会を与えていたため、Yが6,780マルクという過大な価格を約束させたという事実から」BGB 138条1項及び2項に違反しないという判断を下している点について、「法的な誤りがないわけではない」としつつも、暴利行為により契約が無効であるとは認められないとした。

まずBGB 138条2項の意味において、「Xの未熟さを利用したということは、技術的な知識があるかどうかは重要ではない」とした。次にBGB 138条1項の意味における良俗違反に関しては、「客観的な不均衡だけでは良俗違反とは言えず、受益者側に非難すべき態度があることが必要である」とし、原審ではこのYの非難すべき態度について言及していないと判断し、破棄差戻しとした。

[40] 連邦通常裁判所1963年1月31日判決⁽⁷³⁾

【事実の概要】

XはYのファッション・サロンの販売員だった。当時、Yは経済的に苦しい状況にあったため、Xと次のように合意した。Xは、唯一の資産である6,000マルクの株式を売却し、その代金をYに託した。その見返りとして、Yは同じ数の同一株を再取得するために必要な金額をXに返済することとなった。そしてXは同株式を148%の価格で売却して8,749.70マルクを得、少なくとも6,000マルクをYに預けたが、株式の売却後その価格が高騰し（最終的に3595%となった）、当時の6,000マルクの株式は215,700

(73) BGH Urt. v. 31.1.1963 - VII ZR 266/61, BB 1963, 247.

マルクとなった。

Xは、Yに対して高騰した株式価格に合わせて返済を行うべきだと主張したが、Yは株価が上昇することは予想しておらず、Xの主張は良俗違反であるとした事案。

【裁判所の判断】

BGHは原審と同様に本件契約が良俗違反あるいは暴利行為であることを否定した。「Xが第三者に株式を売却して自身の株式を犠牲にし、その収益をYに融資することは、XのYに対する契約上の給付の一環であった」とし、Xの給付（株式の犠牲）と、Yが約束した反対給付（同数の同一の株式を取得するために必要な金額の支払い）には、著しい不均衡が存在しておらず、BGHは主観的にもXはBGB 138条に基づいて非難されることはないと判断した。

[41] 連邦通常裁判所1980年2月7日判決⁽⁷⁴⁾

【事実の概要】

XはAから6,900マルクでアイロン機 (Heißmangel) を購入した。Xは購入代金を現金で支払うことができなかったため、売買契約書とともに、Aが用意したYのローン申込書に署名し、Aはこの申込書に従って、47回の月賦で総額10,519.40マルクを融資した（内訳として手数料3,469.40マルク、手続き料7.50マルク、情報料12.50マルクとなっている）。

Xは2回のローン分割払いで合計439.40マルクを支払い、Xの息子であり保証人でもあるX1はYに対して支払いを続け、Yは総額9,508.80マルクを受け取った。

その後、XはAが小売店において2,500マルクで売られているアイロン

(74) BGH Urt. v. 7.2.1980 - III ZR 141/78, NJW 1980, 1155.

機を6,900マルクで売っていたことなどから詐欺あるいは良俗違反を根拠に売買契約を無効であると主張し、ローン契約に関してもその無効性を争ったという事案。

【裁判所の判断】

BGHは、XA間の購入契約とXY間のローン契約はつながっており、「これらのうちの1つがなければ、他の契約も締結されなかったであろう」と判断した。

本件購入契約（そしてそれに関連するローン契約も）が準暴利行為（買主及び借主への無理な要求及び経済的に弱い立場を利用したこと）であるか検討する際には、XA間の購入契約とXY間のローン契約のすべてのXの給付が含まれなければならないとし、形式的に分離されている契約にも関わらず、両契約はBGB 138条の枠内で同一の評価を受けると判示した。

本件においてAは、同アイロンの通常価格と、経済的に未熟で、経済的に不利な状況でなければ、相手方がアイロンを買わないということを知っており、また購入契約と同時に当時の市場で一般的だった金利よりもかなり高額なローンをYと組み合わせることによって、経済的に弱い立場にあるXを意図的に利用して、自身の利益を得たことになると認め、本件売買契約は準暴利行為によって無効であると示した。そしてXY間のローン契約に関しても準暴利行為に基づき無効であるとして、YにXやX1が行った支払いに対して返済する義務があるとした。

[42] ケルン高等裁判所1991年11月27日判決⁽⁷⁵⁾

【事実の概要】

Xは、1990年のローマでのサッカーワールドカップの決勝戦のチケット

(75) OLG Köln Urt. v. 27.11.1991 - 2 U 23/91, OLGZ 1993, 193.

3枚をYから1枚につき3,250マルクで買い取ることに同意した。しかし、XはローマにあるYの事務所を訪ねたが事務所を探し当てることができず、チケットの売買は行われなかった。

YはXに対して、チケット3枚分の9,750マルクを請求したが、XはローマにおいてYに会うことができず、契約は当事者間の実質的な合意に達していないため契約が成立していないと主張した。また、契約が成立していたとしても本契約は暴利によって良俗違反であると主張した。

【裁判所の判断】

ケルン高等裁判所は、まず当時ドイツサッカー協会はチケットの販売価格は1枚につき355マルクであったことを認定したが、本件については販売価格ではなく、契約締結時のチケットの市場価格（Marktpreis）が問題となるべきとし、当時のこのチケットの仕入れ価格は約3,000マルクであったことから、給付と反対給付との間に著しい不均衡が存在せず、Xの強制状態、無経験、重度の精神力の薄弱なども認められないため、BGB 138条2項の暴利には当たらないとした。

また、準暴利行為についても、給付と反対給付の著しい不均衡がそもそも存在しないため、本件売買契約においては特別重大な不均衡を観念できず、推定準則が認められないこと、そしてXYの交渉過程においても非難すべき行動（Verwerflichen Handelns）があったと言えないため、準暴利行為も成立しないと判断した。

[43] 連邦通常裁判所1997年11月26日判決⁽⁷⁶⁾

【事実の概要】

XY間において自動販売機設置契約が締結された。本件設置契約におい

(76) BGH Urt. v. 26.11.1997 - VIII ZR 322/96, NJW RR 1998, 1065.

て、①自動販売機の代金は17,000マルクであり、支払いは月3,000マルクの分割払いで、そこには月に15%の利息がつくこと、②購入価格が全額支払われるまで、Yの所有権が自動販売機に留保されること、③少なくとも2回の分割払いにおいて支払いが遅れた場合、利息を含めた購入価格の残額を一括で支払う必要があるとした。

Xは、3ヶ月のみ分割払いを行ったが、後に支払いが滞ったため、Yは契約に従って購入代金と利息を含めたおよそ80,000マルクを請求した。これに対してXは、自身が自動販売機事業について無経験であるということ、また自動販売機の市場価格が17,000マルクであるのに対して80,000マルクを支払うことは暴利であるとして、本契約の無効を主張した。

【裁判所の判断】

BGHは、不動産売買契約においておよそ100%の不均衡が確認できた場合に特別重大な不均衡が認められ、利得者の非難すべき態度を推定できることを確認した。そしてこの不動産売買契約の基準が動産売買においても適用し得るか検討を行っている。

BGHは特別重大な不均衡について、一定の値を超えることによって良俗違反が直ちに認められるという厳密な制限（starre Grenze）ではないとしつつも、不動産売買契約と同様に給付が反対給付の額の100%を超えている際には特別重大な不均衡が認められるとして、Yの非難すべき態度を推定し、本件売買契約はBGB 138条1項により無効となると判示した。

[44] 連邦通常裁判所2012年3月28日判決⁽⁷⁷⁾

【事実の概要】

Xはインターネットオークションにおいて、Yが当初1ユーロで出品していた中古の携帯電話を782ユーロで落札した。しかしXは、本件携帯電話はコピー商品の疑いがあるとして、その受領を拒否した。そして、Yが出品した携帯電話のオリジナルは24,000ユーロであり、Yに対してオリジナルの携帯電話を引き渡すかもしくは23,218ユーロを損害賠償として支払うべきだと主張した。

これに対し原審は、本件売買契約は準暴利行為に当たり、給付と反対給付の価値がおよそ12倍であることからXの非難すべき態度が推定されると判断した。⁽⁷⁸⁾

【裁判所の判断】

BGHは、インターネットオークションの特殊性に鑑み、特別重大な不均衡のみでは、BGB 138条1項において求められる非難すべき態度という主観的要件は導くことができないと判断した。

まずBGHは非難すべき態度について、これまでに示されてきた経験則から特別重大な不均衡によって導かれると確認した。しかしインターネットオークションの場合は、従来の契約当事者のみが相対する事例とは異なり、契約交渉において個々の入札者と売り手が互いに駆け引きを行うだけでなく、入札者同士も駆け引きを行うため、オークションにおける価格は入札者間の競争によって形成されているとして、これまでの準暴利行為の

(77) BGH Urt. v. 28.3.2012 - VIII ZR 244/10, NJW 2012, 2723. 本判決を紹介したものとして渡邊拓「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—ドイツ連邦通常裁判所2012年3月28日判決を素材として—」横浜国際経済法学21巻3号(2013年)82頁以下。

(78) OLG Saarbrücken Urt. v. 26.08.2010 - 8 U 472/9.

事例とは区別されるべきであるという判断を下した。

また、BGH はこのような場合に、出品された目的物の価値を下回る入札額から、入札者の非難すべき態度という主観的事情を推定することはできないとしている。その理由としてオークションの魅力はできるだけ低い価格を入札することで、オークション目的物を「特価品価格 (Schnäppchenpreis)」で落札するチャンスを得るところにあり、入札者が出品された目的物の実際の価値を著しく下回る価格で入札すること自体は、オークションの戦略としては合理的であるため、そのみで入札者の非難すべき態度を推定することはできないとした。

しかし、BGH はインターネットオークションの事例において準暴利行為の推定準則を完全に否定したわけではない。BGH は給付と反対給付の不均衡に加え、契約締結の際に入札者はその場合に存在している特別の価格形成事情にも関わらず、困惑あるいは出品者の意思を妨げるその他の事情を非難すべき方法で自己に有利に利用したことが推定され得るような追加の事情が認められる場合には、非難すべき態度の推定を行うことが可能であると判示している。

そして、BGH は本件について、Y がそもそもオリジナルの携帯電話としてオークションに出品していたのかなどの必要な事実認定がなされておらず、争点について審理が尽くされていないとして、⁽⁷⁹⁾ 破棄差戻しとした。

(79) 本判決では、準暴利行為と共に本件携帯電話の性質的な瑕疵 (BGB 434条) が問題とされているが、ここでは準暴利行為が検討された部分のみを紹介している。

[45] 連邦通常裁判所2014年11月12日判決⁽⁸⁰⁾

【事実の概要】

Yはインターネットオークションに中古車を1ユーロから出品した。XはYが出品した数分後に555.55ユーロの最高入札額を設定し、その後新たな入札者は現れなかった。しかし、Yは「オークション以外で買い手が見つかった」として本件売買契約の履行を拒否した。

Xは、本件中古車は5,250ユーロの価値があったと主張して、5,249ユーロの損害賠償を求め、これに対してYが中古車の価値と購入価格の間に著しい不均衡があると主張した事案。

【裁判所の判断】

BGHは[44]判決を引用し、「インターネットオークションでは、入札者の最高入札額と目的物の巨大な不均衡 (grobes Missverhältnis) は、入札者がBGB 138条1項における非難すべき態度をとっているという結論を正当化するものではない」とした。むしろ、インターネットオークションによって契約が締結された場合、給付と反対給付に加えて追加的な状況が認められた場合に入札者に非難すべき態度が認められるとして、前述の[44]判決の内容を確認した。

そして本件においてはそのような状況が認められなかったことから準暴利行為は成立せず、またBGB 242条の信義則違反というYの主張も採用できないとして、XのYに対する債務不履行による損害賠償の請求を認めた。

(80) BGH Urt. v. 12.11.2014 - VIII ZR 42/14, ZIP 2015, 41. 本判決を紹介したものととして渡邊拓「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)96頁以下。

[46] フランクフルト高等地方裁判所⁽⁸¹⁾2018年1月26日判決

【事実の概要】

Xは、Yから6歳の馬を6万ユーロで購入し、4万ユーロを直ちに支払った。本件売買契約が成立し、馬がXに引き渡された際に獣医師の診察を受けたところ、馬に跛行など様々な問題点が認められたが、獣医師はこの馬を総合的に見てスポーツに適していると評価した。

Xは、この馬には5,000～8,000ユーロの市場価値しかないと主張し、詐欺であるとの主張を行い、4万ユーロの返済を求めた。一方、Yは残りの2万ユーロの支払いを求める反訴を提起したという事案。

【裁判所の判断】

フランクフルト高等地方裁判所は、BGB 138条第1項によると、給付と反対給付との間に著しい不均衡があり、さらに主観的な要素として受益者の非難すべき態度が証明された場合、準暴利行為が認められるとし、不均衡が特に著しい場合には、それだけで契約当事者が故意または重大な過失によって意思決定の自由を損なう状況を利用したとの結論を正当化することができるとの従来の準暴利行為の法理を確認した上で、「これらの法理は競走馬の購入においても適用される」とした。

そして、判例法では、給付と反対給付の不均衡が約2倍である場合には、特別重大な不均衡が生じるとし、本件においては市場価格が8,800ユーロに過ぎない馬が約7倍の6万ユーロにて購入されたとして特別重大な不均衡による推定を認めた。

この推定に関して、裁判所はフリーランスとして自営業を営むXにも経済的な弱さや取引における未熟さが認められる場合に適用されるとしており、「全体的に見て、Xに有利な推定が介入することを認めるのが適切

(81) OLG Frankfurt Urte. v. 26.1.2018 - 13 U 214/15, IBR 2018, 477.

である』と判示して準暴利行為の成立を認めた。

〈動産売買契約のまとめ〉

[39] [40] 判決など初期の判決においては、非難すべき態度が認められないとして準暴利行為の成立が否定される事例がみられた。しかし、[41] 判決以降は事業者・消費者間の契約において事業者側が消費者のビジネス経験のなさや、経済的劣位を利用して過大な利益を得る契約がみられた。

BGH は [43] 判決において特別重大な不均衡に関して不動産売買契約の事例を引用し、100%の不均衡がある場合に推定準則が働くこととしている。なお、価格が変動しやすいチケット ([42] 判決) や駆け引きを行うことが通常であるインターネットオークション ([44] [45] 判決) などは準暴利行為における推定準則は認められないとしているが、フリーランスとして自営業を営む被暴利者に関しては完全な商人とは異なり、経済的な弱さや取引における未熟さが認められるため推定が働くとした裁判例がある ([46] 判決)。

特に [44] [45] 判決をはじめとしたインターネットオークションの事例については、入札者間の駆け引きが行われるという契約の性質上推定準則を認めないとしているが、給付と反対給付の不均衡に加え、契約締結の際に入札者はその場合に存在している特別の価格形成事情にも関わらず、困惑あるいは出品者の意思を妨げるその他の事情を非難すべき方法で自己に有利に利用したことが推定され得るような追加の事情が認められる場合には、非難すべき態度の推定を行うことが可能であるとしている。

(5) 雇用契約

世界各国が最低賃金法に類する法律を有する中、ドイツは、かねてから
174(730) 法と政治 74 卷 3 号 (2023 年 11 月)

最低賃金を一律規制する法律を有さず、ドイツ連邦労働裁判所（以下 BAG）は労働協約（Tarifvertrag）や BGB 138条 1項・2項の解釈によって判断してきた。この契約類型における暴利行為は、一般的に賃金暴利（Lohnwucher）と呼称されている。

[47] 連邦労働裁判所1960年3月10日判決⁽⁸²⁾

【事実の概要】

住宅金融組合である X は、従業員である Y に対して前払いにより給料を支給していたが、仕事量と比較して報酬が不相応に低いため、Y が契約の報酬額部分の無効と、Y の報酬を実際の仕事の価値に応じて改定することを求めた事案。

【裁判所の判断】

本判決において、BAG は初めて雇用契約における報酬契約の部分が BGB 138条 1項または 2項に基づく賃金暴利のために無効になり得る可能性があると判断した。同時に BAG は報酬契約が BGB 138条によって無効となった場合に、労働者は BGB 612条 2項⁽⁸³⁾に基づいて使用者に対し、得るべきだった通常の賃金を請求できることを示した。

(82) BAG Urt. v. 10.3.1960 - 5AZR 426/58, AP Nr 2 §138 BGB.

(83) 以下の条文訳については山口・前掲注(54)109頁を参照した。

BGB 612条 2項

報酬の額が定められていない場合において、公定価額が定められているときは、それによる報酬が、それが存在しないときは、通常の報酬が約定されたものとみなす。

[48] 連邦労働裁判所1973年1月11判決⁽⁸⁴⁾

【事実の概要】

外国人労働者 X はガラス工場を営む Y の下で1969年8月から1970年5月まで働いたが、賃金は時給2.50マルクであり、当時の標準賃金は3.44マルクだった。X は差額合計799.94マルクを請求したが、1・2審では X が敗訴した。

【裁判所の判断】

BAG は、BGB 138条の給付の不均衡については、会社側の搾取を問題にするのではなく、労働の期間、困難度、肉体的・精神的負担、労働条件などに従って十分な報酬が支払われているか否かで判断すべきだとした。そして、給付の不均衡については、実質的に支払われている賃金と標準賃金との比較のみによって決定されるものではないとして X の主張を斥けた。

[49] パート・ヘルスフェルト労働裁判所1998年11月4日判決⁽⁸⁵⁾

【事件の概要】

X は、弁護士志望の学生（本件契約時、X は州の第2次国家試験を筆記試験まで終えていた）であり、1994年3月1日より法律事務所 Y において月額500マルクで勤務を始めた。その後、X は州の2次試験の口頭試験に合格し、1994年6月13日に法曹資格を得た。同日に、Y は X との間でこれまでの業務を610マルクで継続することを求め、X はそれに応じた（なお X は数年前より父の介護を行っており、地元から離れにくい立場にあったということが認定されている）。

そして Y は1995年2月から X の給与を1,300マルクに引き上げたが、

(84) BAG Ur. v. 11.1.1973 - 5 AZR 322/72, WM 1973, 565.

(85) ArbG Bad Hersfeld Ur. v. 4.11.1998-2 Ca 255/98-, DB 1999, 2115.

1998年6月30日にXを通常解雇した。これに対してXは1994年の同州の弁護士の平均月収は6,500マルクであったとして、本件雇用契約は著しい不均衡があるため、通常支払われるべきだった報酬を求めてYを提訴した。

【裁判所の判断】

裁判所はXY間で交わされた契約書や、Xの業務時間や業務内容などを具体的に検討した上で、Xの主張を認めた。裁判所はXがBGB 138条2項の苦境要素を証明しなくとも、BGB 138条1項の準暴利行為によって報酬契約を無効にできるとし、特別重大な不均衡（給付と反対給付の価値が100%を超えている状態）が存した場合には、非難すべき態度の推定をし得るとした。

そして、問題となっている法律関係において、弁護士同士が対立しているという事実は、準暴利行為の推定（Annahme）を妨げるものではないと判断し、本件は推定が及ぶ事例だと判断した上で、Xは通常受けるべきだった報酬を受けることができると判断した。

[50] 連邦労働裁判所2006年4月26日判決⁽⁸⁶⁾

【事実の概要】

Xは、1992年10月から2003年5月まで、職業訓練校と専門学校を運営する私立学校法人Yに校長として雇われた。そして当時Xの年間賃金額は、2001年度は39,267.22ユーロ（公立校は54,066.26ユーロ）、2002年度は39,578.14ユーロ（公立校は55,802.21ユーロ）、2003年度は16,750ユーロ（公立校の額は不明）だったが、Xは公立校と比較しても自身の賃金は低すぎるとして、BGB 138条に基づいて訴訟を提起した。

(86) BAG Urt. v. 26.4.2006 - 5 AZR 549/05, DB 2006, 2467.

【裁判所の判断】

BAG は、まず低額な賃金が良俗違反に当たるか否かは、合意された報酬額のみに基づいて判断されないということを確認した。

そして、BGB 138条 1項は、基本法と法的規制の評価から生じる共同生活の認識された法的価値と基本的価値を保護しているとした上で、私立学校⁽⁸⁷⁾については、ドイツ連邦共和国基本法（以下基本法）7条4項及び各州の学校法の規定が重要であり、認定された私立学校法人は、彼らが雇用する教師の人件費に対して金銭的な援助を受けることになると判断した。

また、ブランデンブルク州では、手当や社会保障の雇用者負担分と合わせて、公立学校の人件費の97%に達しており、認可の前提条件として、給与所得のある教員の報酬は、公立学校の同等の教員の給与の75%以上でなければならないとされていることを確認した上で、Xの賃金が公立学校の同等の教員の給与の75%を下回る場合には、BGB 138条の良俗違反となることが明らかであると判断した。

そしてXの給与は、公立学校の校長と比べ、2001年度は72.63%、2002年度は70.93%、2003年度は74.7%であると判断されたため、BGB 138条1項に基づきXY間の報酬契約を無効とし、ブランデンブルク州で認められている私立学校の校長の通常の報酬を明確にすべきとして、破棄差戻しと

(87) 以下条文訳については、高田敏ほか編訳『ドイツ憲法集（第8版）』（信山社、2020年）215頁参照。

基本法7条4項（学校制度）

私立学校を設置する権利は、これを保障する。公立学校の代用たる私立学校は、国の認可を要し、かつラントの法律に従うことを要する。この認可は、その私立学校の目的及び設備ならびにその教員の学問的教養が公立学校に劣ることなく、かつ生徒を両親の資産によって差別するものでないときに、与えられる。教員の経済上、法律上の地位が十分に保障されないときは、この認可は与えられない。

した。

[51] ハム州労働裁判所2009年3月18日判決⁽⁸⁸⁾

【事実の概要】

2004年から2008年までX（繊維小売業者）はYを従業員として時給5.20ユーロで雇っていたが、Yは賃金が労働協約などと比較明らかに低廉であるとして賃金暴利を主張した事案。

【裁判所の判断】

ハム州労働裁判所は、労働協約などの業界標準賃金を参照し、Yの業務内容などから本来月給1,946ユーロを受け取るべきだったとし、Yの報酬がクリスマスボーナスや祝日ボーナスなどを含めて約640ユーロであったと認定した。また本件においては、労働協約の2/3以下となっているため不均衡が存在していると判断した。そして報酬の不均衡性については、Yが労働協約に基づいて立証責任を負うことを明示した。そして雇用者は提示した報酬が適切で良俗違反ではないという主張に限られず、そのような価格に至った具体的な理由を説明する必要があるとした。そして主観的要件に関してもXがYの労働法上の経験不足や経済的劣位の立場を故意に利用したと考えられると判断し、賃金暴利の成立を認めた。

[52] 連邦労働裁判所2009年4月22日判決⁽⁸⁹⁾

【事実の概要】

Xは1992年以来、Yの経営する造園業（Gartenbaubetrieb）の会社に見習いの助手（ungelernte Hilfskraft）として雇われていた。Xはポルトガル人でドイツ語は話せなかったが、ポルトガル語で作成されたXY間の雇

(88) LAG Hamm Urt 18.3.2009 - 6 Sa 1372/08, Streit 2009, 107.

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

用契約書によると、Xは2002年1月から時給6.00（3.25ユーロ）マルクを受け取っていた。

Xは、労働協約に示されている標準賃金が、14.77マルク（7.84ユーロ）であることから賃金暴利が発生しており、1999年12月から2002年5月までの期間に関して、BGB 138条2項に基づき37,000ユーロの支払いを求めた。

【裁判所の判断】

BAGは、給与の現物給付であることを考慮に入れても、Xに支払われた時間給は低額であり、労働協約の標準賃金に示されている時間給の2/3未満であることを認定した。

そして、賃金の良俗違反性を決定する重要な要素は、事案の特別な状況を考慮した時給と月給の比較であり、業務の報酬が当該産業・経済地域で通常支払われる標準賃金の2/3にすら達していない場合、給付と反対給付の間に著しい不均衡があると判断した。その上でBAGは雇用者には、標準賃金の動向を容易に知ることができる立場にあり、それを確認する義務があると認めた。

このような判断を下した上で、BAGは、原審が同地域の園芸業における賃金の慣習性や、暴利規定と準暴利行為における主観的要素の要否、準暴利行為の成立や推定準則について、いずれも明示的に検討していないとして、破棄差戻しとした（なお、本件においてBAGは雇用契約においても推定準則の成立があり得ると判示している）。

[53] 連邦労働裁判所2012年5月16日判決⁽⁹⁰⁾

【事実の概要】

Xは2002年から2009年初頭まで救急ステーションにおいて救急救命隊員

(90) BAG Urt. v. 16.5.2012 - 5 AZR 268/11, DB 2012, 2048.

として働いていた。本救急ステーションは訴外Aによって2006年12月まで運営されていたが、2007年1月にY1に移管され、Y1が設立したY2が実際の運営を行った。しかし、AからYらに運営が移行する中でXとの雇用契約書は書面で記録されなかった。

運営移行後、YらはXにX対して夜間勤務に時給3.20ユーロ、日中勤務に時給5.20ユーロを支払っていたが、2008年1月からは、時給5.11ユーロに統一して給与を支払っていた（裁判所が認定した救急隊員の標準時給は8.00ユーロである）。

Xは、①XY間の雇用関係の確認と、②Xに支払われた時給が著しく低廉なため、当該報酬契約は良俗違反であり、通常得るべきだった賃金8665.28ユーロの支払いを求めて提訴した。

【裁判所の判断】

まず①に関して、BAGはXが常用雇用者ではなく、副業として業務に当たっていたと判断した。次に②のXの給与の賃金暴利性に関して、BAGは[52]判決などを引用し、賃金暴利がBGB 138条2項またはBGB 138条1項の準暴利行為によって無効となることを確認した。

そしてBAGは準暴利行為が認められるか検討を行い、[52]判決の基準を使用し、Xの給与は当該業界の標準賃金の2/3を下回っているとして著しい不均衡があると認めた。しかし、Yらの非難すべき態度の証明が行われていないと判断している。

その際にBAGは、履行の価値が（少なくとも）対価の価値の2倍以上であった場合、履行と対価の間に特別重大な不均衡が認められ、非難すべき態度が推定されるという不動産売買契約に関する[35]判決を引用し、雇用契約における特別重大な不均衡の値を初めて示した。

しかし、本件においてはそのような特別重大な不均衡が認められないため、雇用主が従業員の利益を妨げる必要性、またはその他の状況を利用し

たと結論付けることができる追加の状況が必要であるとした。

以上の判断を踏まえて BAG は、X の実際に働いた作業の価値は支払われた報酬の（少なくとも）2 倍とはならないため、特別重大な不均衡があったとは言えず、Y が上位の契約当事者として X の弱い立場を故意に利用したということ、または Y が、X が弱い立場のため過酷な給与条件を受け入れたということを不注意にも認識していなかったとは言えないとして X の賃金暴利の主張を否定した。

[54] 連邦労働裁判所2015年11月18日判決⁽⁹¹⁾

【事実の概要】

X は、2012年2月から10月まで、バス乗務員として Y 社に雇われた。業務内容はバスの運転手と共に、精神的及び身体的に障害のある学生を学校まで送迎することであった。Y は X に対して業務毎に7.50ユーロの時給を支払っていた（ノルトライン・ヴェストファーレン州の民間バス部門の商業従業員のための労働協約によると、バス乗務員の標準時給は9.76ユーロとされていた）。しかし、X の実働時間は1日4.42時間であり、これに対して X は2時間分の15ユーロしか受け取っていなかったため（時給換算すると3.39ユーロ）賃金暴利であるとして Y を訴えた。

【裁判所の判断】

BAG は、[53] 判決を引用した上で、準暴利行為における特別重大な不均衡は、履行の価値が（少なくとも）対価の価値の2倍以上であった場合認められるとし、非難すべき態度の推定が行われることを確認した。

そして本件において X に支払われた報酬は、X の労働の目標値の半分に満たないと判断して、推定準則の条件を満たしているとした。また、X

(91) BAG Urt. v. 18.11.2015 - 5 AZR 814/14, NJW 2016, 2359.

はYが雇用契約を文書化していないという点を指摘していることから、ここからも十分にYの非難すべき態度があらわれていると判示している。BAGはこの推定に関して、特別な状況の立証によって揺らぐ可能性があるとして示しているが、立証責任を負うYからはそのような状況説明が行われていないと判断して賃金暴利を認めた。

[55] ⁽⁹²⁾ マインツ社会裁判所2018年9月7日判決

【事実の概要】

Xは訴外A会社の煉瓦工であり、2011年10月よりA社にて働いていたが、後にA社が倒産し、破産手続きが行われた。その際、Xは2012年11月から2013年1月までの賃金を受け取っていないことが確認し、破産管財人であるYに倒産手当（Insolvenzgeld）として未払いの賃金である6,374ユーロを請求した。

これに対してYは、3,002.55ユーロに関しては破産手当を認めた。XはYの給与計算が正しくないため再び請求したところ、Yがこれを認めなかったため、マインツ社会裁判所に提訴した。

【裁判所の判断】

審理の中で、XはAのもと実質的に時給2.27ユーロで働いていたことが明らかとなり、裁判所は賃金暴利の判断を行った。

つまりマインツ社会裁判所は、[52]判決を引用しつつ、著しい不均衡はXの賃金が当該業界の標準賃金の2/3を下回っているか否かで決定されると判示した。そして、この2/3という数値は著しい不均衡を評価するための基準に過ぎず、それに加えて暴利者側の搾取の実態評価や実際になされた業務の価値も、これらの判断に影響を与える可能性があるとした。

(92) SG Urt. v. 7.9.2018 - S 15 AL 101/14, ArbuR 2018, 598.

そして、マインツ社会裁判所は同地域における2012年の煉瓦工の標準賃金を①11.05ユーロ（一般労働者）、②13.40ユーロ（熟練労働者）と認定し、Xは①11.05ユーロの一般労働者の標準賃金と比較すべきだとした。そして、本件雇用契約上Xの時給は2.27ユーロであり、その数値は11.05ユーロの約1/5であるから、明らかに2/3の基準を下回っていると判断した。以上からマインツ社会裁判所は、Xの賃金について11.05ユーロで8時間×22日間という算式に基づいて、Yから破産手当を受け取る権利があるとした。

〈雇用契約のまとめ〉

雇用契約は暴利規定（BGB 138条2項）あるいは準暴利行為（BGB 138条1項）により低廉な価格での報酬契約を無効とするという点では、他の暴利行為の適用領域と同様である。だが、基本的に雇用契約において暴利行為が問題となるのは賃金が不当に低い場合であり、他の高額な利息が伴う消費貸借契約や高額な賃料などのように、賃金が高額に過ぎるといった場合に暴利行為が主張された事例は見受けられなかった。

主観的要件に関しては知識・経験の不足、経済的劣位などが挙げられており、雇用者と労働者という地位的な格差に着目するケースがみられた（[51] [53] 判決）。また BAG は [52] 判決において雇用者は標準賃金の動向を容易に知ることができる立場にあると認定しており、売買契約などの他の事例群よりも比較的非難すべき態度が認められやすいと評価していると考えられる。

著しい不均衡の値は、契約類型によって多少差異はあるが市場価格をおよそ100%上回る場合（2倍以上）とされていることに対して、賃金暴利の著しい不均衡は [51] 判決で示された通り労働協約における標準賃金の2/3未満だった場合としており、BAGもそれ以降はこの2/3未満という

184(740) 法と政治 74巻3号 (2023年11月)

基準を用いている（[52] 判決以降）。

次に、特別重大な不均衡は、[49] [52] 判決において給付と反対給付の価値が2倍以上の差があった場合であると示されているが、[52] 判決に関しては不動産売買の特別重大な不均衡の値を準用しており、この値は近年の判例により90%と変更されたため、⁽⁹³⁾賃金暴利の事例にもその影響が及ぶかは明らかとされていない。賃金暴利は他の契約類型とは異なり、著しい不均衡と特別重大な不均衡に明確な量的な差異が認められる事例群だといえよう。

通常の物的暴利などは契約全体を無効とするが、賃金暴利の場合は判例上、雇用契約における報酬契約に関する部分を分離した上で一部無効とし、その上でBGB 612条2項により通常受けるべきだった報酬を受けるとい⁽⁹⁴⁾う構造となっている。このような処理を行う理由としては、原状回復が比較的容易な物的暴利に比べ、雇用契約は既に役務が提供された後であることが多いため、全部無効とすると労働者側が無報酬労働を行ったと評価されかねないためと考えられる。なお、最低賃金法に違反する報酬契約はBGB 134条により無効となり、BGB 612条2項により通常受けるべきだ⁽⁹⁵⁾った賃金を請求することができる⁽⁹⁵⁾と主張する立場もある。

なお、ドイツは2014年に「一般的な最低賃金を規制する法律（MiLoG）」が成立し、2015年から原則時給8.5ユーロの法定最低賃金が導入されたため、同法と賃金暴利がどのような関係に立つのかが問題となる。

賃金暴利は、[50] 判決などのように雇用契約を判断する上で、社会扶助や失業給付の基準などは一切挙げず、給付と反対給付の不均衡を問題と

(93) BGH Urt. v. 24.1.2014 - V ZR 249/12, NJW 2014, 1652.

(94) Peter Schmidt, Sittenwidrige Vergütung, NJW-Spezial 2006, 561, 562.

(95) Rechtsanwalt Björn Boeck, Das Verhältnis von Mindestlohn und Sittenwidrigkeitsrechtsprechung, RdA 2018, 210, 212.

したように、最低賃金の保障自体を法理の理念や目的としているものではない。また、賃金暴利の法的効果を受けるためには訴訟を提起することが必然的に求められる。このため、賃金暴利の保護を享受できるのが一部の者に限られるという点が賃金暴利のデメリットであると指摘されている。⁽⁹⁶⁾

しかし、MiLoGにより賃金暴利の問題が全て解決されるとは言い難い。なぜなら、雇用者側が最低賃金の基準を守らず、使用者を低廉な賃金で働かせた場合、最低賃金法からは是正指導、公共事業委託からの排除 (MiLoG 19条)、罰金 (MiLoG 21条) などの処分を行うことができるが、使用者側に対する直接的な賠償に関する規定はない。⁽⁹⁷⁾ 依然として、労働者側が正当な賃金を受けるための法的根拠は賃金暴利になると考えられる。なお下級審の中では著しい不均衡の指標として最低賃金法の指標を利用する事例もみられる。⁽⁹⁸⁾

また、最低賃金法はあらゆる形態の業務に適用されるが、賃金暴利は労働協約など関連する市場から標準賃金を割り出した上で著しい不均衡を認定していることから、事例に即した賃金の算定が可能であると言えるだろう。

以上から、最低賃金法と賃金暴利は保護の領域については重複があるが、各々の制度趣旨や保護要件の相違点などから完全に一致した法規制とは言えない。だが、両者は互いが互いを排除するような関係ではないため、賃金の低廉性が問題となった事例では両者共に主張できるとの指摘がなされ

(96) Wolfgang Daeubler, *Das Arbeitsrecht 2*, (Rowohlt Taschenbuch Verla, 2009), S. 479

(97) 学説の中には最低賃金法に違反する報酬契約はBGB 134条 (法律上の禁止) により無効となり、BGB 612条2項により通常受けるべきだった賃金を請求することができるかと主張するものが見られるとの指摘がある。詳しくはBoeck, a.a.O. (Fn.95), RdA 2018, 210, 212.

(98) ArbG München Urt. v. 11.12.2015 -36 Ca 4986/1.

(99)
ている。

(6) その他の契約類型

■仲介契約

[56] 連邦通常裁判所1976年1月22日判決⁽¹⁰⁰⁾

【事実の概要】

財政状態が厳しく、困窮状態にあったY社は、Aから600万マルクの融資を受けることとなったが、Aとの融資契約を仲介したXに、手数料として100万マルクを支払う契約を締結した。Yは仲介手数料を一度に支払うことができなかつたので、手形による分割払いを行ったが、後に支払いが困難になったため、Xの仲介手数料が高額であることを理由に、本件仲介契約の無効を主張した。

【裁判所の判断】

BGHは、消費貸借契約における準暴利行為の判例（[4]判決）を引用し、BGB 138条2項の要件とは別に、給付の不均衡と相手方の経済的劣位の利用があれば、非難すべき態度が認められ、BGB 138条1項により良俗違反になること確認した。

そして本件では、600万マルクの融資契約に対して通常支払われるべき手数料は18万マルクであるため、当初Xに約束された100万マルクの手料は、5倍以上の高さであるとして、XY間の契約には著しい不均衡が生じており、また当時財政的に切迫していたYの状況を知りつつ、手数料に特別な利益を望んでいたXには非難すべき態度が認められるとして、本件仲介契約はBGB 138条1項によって無効になると判断した。

(99) Boeck, a.a.O. (Fn.95), RdA 2018, 210, 213.

(100) BGH Urt. v. 22.1.1976 - II ZR 90/75, MDR 1976, 561.

[57] 連邦通常裁判所1994年2月16日判決⁽¹⁰¹⁾

【事実の概要】

Y (本件不動産の持ち主) は X (不動産業者) に本件不動産を20万マルク (期待される購入価格: beabsichtigter Kaufpreis) での売却を仲介する契約を締結した。X の仲介の報酬に関しては、購入価格を上回る追加収益の50%が、仲介料として支払われると契約書に明記されていた。

X は、本件不動産を必要としている人物 (A) に心当たりがあり、本件不動産に高額な値段をつけることを知っていた。その後売買契約により、A は45万マルクで本件不動産を取得した。その後この契約は、1992年2月6日の公正証書によって取消され、同日 A が355,000マルクで本件不動産を購入した。その際に A は、Y が当初、売却代金として20万マルクしか要求していなかったことを知った。

X は当初、45万マルクの購入代金からの追加代金の50%、すなわち125,000マルクを Y に要求したが、後に X は64,125マルクに請求額を変え、これは購入総額の12.5%と付加価値税を加えたものだと主張した事案。

【裁判所の判断】

BGH は本件においては BGB 138条2項だけでなく、「約束された報酬額とその見返りとして提供される反対給付との間に明らかな不均衡がある場合、非難すべき態度や、困難な状況を利用したり、契約相手の未熟さを自らの過度な利益追求のために利用したりするなど、さらに良俗に反する状況が加わった場合には、BGB 138条1項の意味における良俗違反が肯定されることになる」として従来の準暴利行為の法理を確認した。

そして、「約束された手数料が通常に比べて異常に高いという事実だけでは、仲介契約が良俗違反とは判断できない。しかし、合意された仲介手

(101) BGH Urt. v. 16.2.1994 - IV ZR 35/93, BGHZ 125, 135.

数料と通常の仲介手数料の比較は、顕著な不釣り合いの問題に答えるための決定的な出発点である」として、前述の [56] 判決を引用している。

また、BGH は通常の仲介手数料は、仲介した取引の最終価格に対する割合で決定され、合意された手数料が通常の手数料の数倍、例えば 5 倍以上 ([56] 判決) に達するか、それを超える場合、契約相手の意思決定及び経済活動の自由はますます制限されると示している。本件において、「要求された手数料が通常の手数料の数倍であり、取引相手が取引の主人とは思えないほどのものである場合には、手数料を要求する仲介者は、著しい不均衡が存在しない特別な理由を示さなければならない」とした。

以上から、BGH は「この著しい不均衡が、仲介契約を不道德なものにしている。これにより、X の非難すべき態度を結論づけることができる」とし、さらに「本件仲介契約の良俗違反性を示すさらなる状況が存在する」と指摘している。すなわち X が Y の不動産市場の明らかな未熟さを利用して過剰な利益を得ている点や仲介契約上において X が特別な誠実義務 (besondere Treuepflicht) を負っていたのにも関わらず、告知義務に反して意図的に A との売買契約の内容を知らせなかった点を挙げ、X の請求を認めなかった。

〈仲介契約のまとめ〉

仲介契約については、仲介契約単独というよりも消費貸借契約や売買契約などに際しての高額な仲介報酬が問題とされている。仲介契約においても準暴利行為及び推定準則が適用されると言及されているが、他の契約類型とは異なりその値は明確にされておらず、著しい不均衡に関しては [56] 判決において「合意された手数料が通常の手数料の数倍、例えば 5 倍に達するかそれを超える場合、契約当事者の意思決定及び経済活動の自由がますます制限される」と言及するにとどまっている。

また、仲介契約の特徴的な点としては、仲介人が特別な誠実義務を負っているにも関わらず告知義務違反を犯している点と、被暴利者の取引の未熟さを利用している点が並列して良俗違反を示す状況として挙げられている点であろう ([57] 判決)。ここから BGH は、誠実義務を負う仲介人が依頼人に不利な契約の締結を促すことを、非難すべき態度として捉えていると解することができる。

■地上権契約 (Erbbaurechtsverträge)

[58] 連邦通常裁判所2003年2月19日判決⁽¹⁰²⁾

【事実の概要】

X と Y は1985年に婚姻し、1986年と1989年に2人の子供が生まれた。そして1994年、X はアルジェリア国籍の亡命希望者である A と婚外関係となり、X は A の子を出産した。しかしその後、A の亡命申請が却下されたため国外追放処分を受ける可能性が高まった。これをうけて X は A の強制送還を防ぐために彼との婚姻を計画し、Y に即時離婚に同意するよう求めた。そして XY 間の離婚交渉の過程において X は本件不動産の共有分 (Miteigentumsanteil) の半分を132,000マルクで Y に売却した。その後 XY の離婚は成立したが、X は自身が売却した共有分の市場価値は250,000マルクであるため、著しい不均衡が生じているとして、暴利行為による契約の無効を主張したという事案。

【裁判所の判断】

BGH は、高等裁判所が BGB 138条2項に従って「Y が X の感情的な窮状を有利に利用した」と判断している点に誤りがあるとしている。

つまり「心理的困窮 (psychische Bedrängnis) は、BGB 138条2項の

(102) BGH 19.2.2003 - XII ZR 142/00, BGHZ 154, 47.

意味における困窮を表すこともあるが、Xが国外追放された場合にAとの将来の生活が妨げられるというXの懸念は、この要件を満たしていない」とした。

次に、BGHはBGB 138条1項を根拠とした準暴利行為が成立するかを検討している。BGHは従来の準暴利行為の判例法理を確認しつつ、不動産売買の暴利行為が争われた判例を引用し、⁽¹⁰³⁾ 本件契約における特別重大な不均衡を市場価格の約2倍であると示した。しかしBGHは、離婚手続きに関連して夫婦間で締結された不動産購入契約の場合、良俗違反を正当化する著しい不均衡は、不動産の市場価格と購入価格の関係だけから導き出すことはできないと判断している。そして、BGHは不均衡を検討する前に安価な売買価格がXY間の離婚手続きの過程でYによってなされた他の経済的譲歩によって相殺されなかったかどうかを確認する必要があるとして高等地方裁判所に差戻された。

〈地上権契約のまとめ〉

BGHは[58]判決において住宅の共有分の価値に関しても準暴利行為を適用し得ると認めた。こちらは著しい不均衡の値を不動産売買契約による判例を参考としているが、離婚手続きに関連して夫婦間で締結された契約の場合、「良俗違反を正当化する著しい不均衡は、不動産の市場価格と購入価格の関係だけではなく、BGHは不均衡を検討する前に安価な売買価格がXY間の離婚手続きの過程でYによってなされた他の経済的譲歩によって相殺されなかったか」という点を考慮すべきだとして離婚手続きによる交渉の内容も併せて総合的に不均衡を検討すべきだとして本判決では準暴利行為の成立を否定している。

(103) BGH Urt. v. 9.10.1996 - VIII ZR 233/95, WM 1997, 230.

■タイムシェアリング契約

[59] 連邦通常裁判所1994年2月25日判決⁽¹⁰⁴⁾

【事実の概要】

XはYから16,000マルクの購入価格で、家具付き自由保有マンションの1/52の共有権を購入し、家財道具を揃え、各年の19週目にマンションを使用する権利を与えられた(タイムシェアリング契約)。その後Xは合計15,600マルクを支払ったが、本契約は詐欺やネズミ講(Schneeballsystems)、あるいは準暴利行為であると主張して契約の無効ないし取消しを争った事例。

【裁判所の判断】

BGHは、「確立された判例法によれば、受益者側の非難すべき態度を結論づけることができる給付と反対給付との間の重大な不均衡(groben Mißverhältnis)は、給付の価値が反対給付の価値の約2倍である場合に既に推定される」として、不動産売買における暴利行為が争われた判例を引用している。

本件においてXは本件マンションの52部屋がすべて売却されると832,000マルクの収入となり、1m²あたりの価格が13,800マルク以上になると指摘し、この価格はマンション市場の慣例の約7~10倍にあたりと主張していると確認しているが、「重要なのは通常のマンションの市場ではなく、ここで販売されるマンションの市場である(タイムシェアモデルのアパート)」と判断した。そして、本件においてはタイムシェアモデルのアパートの市場についての調査がなされていないと判断した。

(104) BGH Urt. v. 25.2.1994 - V ZR 63/93, BGHZ 125, 218.

[60] フランクフルト高等裁判所1998年11月9日判決⁽¹⁰⁵⁾

【裁判所の判断】

裁判所は、タイムシェアリング契約において準暴利行為を判断する際には、「居住権にかかる費用と、被暴利者が同じ旅行時間内に同等の休暇用アパートを借りるために支払われる費用の比較に基づいている」とし、準暴利行為の成立を認めた。

〈タイムシェアリング契約のまとめ〉

複数人が1つの物（リゾート施設、駐車場、キャンプ場等）を特定の期間のみ利用する契約形態であるタイムシェアリング契約⁽¹⁰⁶⁾についても準暴利行為及び推定準則が及ぶとされている。タイムシェアリング契約は、通常
の売買契約と契約形態など異なる点が多く見受けられるが、BGHは[59]判決において不動産売買における準暴利行為の判例を引用し、タイムシェアリング契約においても給付と反対給付の価値が約2倍である場合に非難すべき態度が推定されると判示した。そして不均衡を判断する指標としては例えば「居住権にかかる費用と、被暴利者が同じ時間内に同等の休暇用アパートを借りるために支払われる費用との比較」であるとした（[60]判決）。

3. 判例のまとめ

BGBの立法当初、ドイツにおける暴利規制はBGB 138条2項が中心となっていたが、要件が厳格なためBGB 138条2項は包括的な暴利規制と

(105) OLG Frankfurt 9.11.1998 - 18 U 83/97, NZM 1999, 383.

(106) タイムシェアリング契約に関しては上河内千香子「ドイツにおけるタイムシェアリング契約の法規制」駿河台法学第25巻第2号（2012年）97-116頁参照。

はなり得なかった。その後判例は、BGB 138条1項を根拠とした準暴利行為の法理を導き出しており、そこでは主観的要件の拡張や立証責任の緩和が図られた。それでは、以下RG及びBGHが示した判例から準暴利行為の全体像を素描する。

(1) 非難すべき態度について

BGB 138条2項は、被暴利者の強制状態、無経験、判断力の欠如、重大な意思の薄弱と、それを暴利者が利用したことが主観的要件として求められていたが、準暴利行為の主観的要素である非難すべき態度は、BGB 138条2項の内容を窮状面・利用面共に拡張させた概念といえる。

非難すべき態度について、BGHは相手方がその困難な状況のために自らに課された過酷な条件を承諾したことを故意または重過失によって認識しなかった場合を指すとしており、非難すべき態度が認められた例としては経済的・知的な劣位、取引上の無経験や精神的な強制状態、判断力の低下の利用など暴利規定の列举事由に限られず様々な事情が挙げられている。

また、暴利規定においては暴利者の利用という故意要件、すなわち相手方の不利な状況と、著しい不均衡についての認識が求められていたが、準暴利行為の非難すべき態度は、暴利規定における意図的な利用（故意）に加え、重過失によって相手方の窮状を認識しなかった場合にも非難すべき態度が認められるとしている。すなわちこれは、暴利者側は容易に相手方の状況や市場価格を認識し得る立場であるのに、そのような契約一般に求められるような注意を軽率にも欠いたため、結果的に相手方の自己決定を阻害し、著しい不均衡を生じさせたということに対しての非難という構成をとっており、この点においても暴利規定からの拡張が図られている。

近年BGHは不動産売買契約において非難すべき態度の認定に際し、暴利者の不均衡の認識までは求めず、認識可能性があれば良いとの判断を下

しており、利用要素について更なる証明責任の軽減が図られているといえよう。

(2) 著しい不均衡及び特別重大な不均衡

準暴利行為は、主観的要素について非難すべき態度という表現によって解釈上の拡張が行われたが、客観的要素については暴利規定と同様に給付の不均衡を前提としている。しかし、暴利規定と異なり、準暴利行為には特別重大な不均衡という概念が付け加えられている。特別重大な不均衡は、単なる著しい不均衡とは異なり、その不均衡の重大性から非難すべき態度を推定するという機能を有している。

BGHは、特別重大な不均衡を評価する基準としては暴利規定と同様に、市場価格との比較によって考慮されており、例えば消費貸借契約においては市場金利を相対的におよそ100%、絶対的に12%上回っている場合、不動産売買契約においてはおよそ90%か半額だった場合、雇用契約では業界標準賃金と実際に支払われた賃金がおよそ100%の差があった場合に、特別重大な不均衡が認められるとされている。

(3) 推定準則について

準暴利行為は暴利規定とは異なり、特別重大な不均衡が存在した場合には、非難すべき態度が推定されるという特別な機能を有している。このような機能は、暴利者の利用要件の立証困難性という暴利規定の難点を補完するために導出されたといえよう。なお、数は少ないが、BGB 138条2項においても推定準則を認めると言及する判例もみられる。⁽¹⁰⁷⁾

BGHは、この推定の性格について、主観的要素の証明負担を軽減する

(107) BGH Urt. v. 19.6.1990 - XI ZR 280/89, NJW-RR 1990, 1199.

ものと捉えており、推定準則が許される理由として、異常な給付の不均衡が存在する契約は、原則的に相手方の困窮または不利な状況なしに起こり得ず、利得者もそのような状況を認識しているという経験則に基づくとしている。

なお、準暴利行為における準則は裁判官によって証拠を評価する段階で考慮される事実上の推定であるため、反証を行うことが可能である。具体的には、困難な状況や不均衡が存在していないことの証明、または困難な状況と不均衡が存在しているが、利得者がそのどちらかについて全く認識不能であったことの証明、その他、利得者に契約相手方の故意または重大な過失を通じて利用したとする選択の自由を損なう要因があるとする推定を打ち砕くすべての状況を証明した場合に、非難すべき態度の推定を覆すことができるとしている。

実際にBGHは専門家の間違っただ鑑定を基に行われた契約について、特別な事情によって推定が揺らいだとして準暴利行為の成立を否定しており、その他推定が覆される例として、BGHは混合贈与や特別な愛着による価格設定、誤った鑑定による価格決定など、そもそも困難な状況や不均衡が存在しなかったことなどを挙げている。

また、希少なワールドカップのチケットなど特別重大な不均衡があるとの評価を行うことが困難な場合や、リース契約をはじめとした事業者間契約など一方当事者の経済的な弱さや取引経験の浅さが確認できない場合、推定準則が認められないとしている。

なお、商業賃貸借契約やインターネットオークションなど、特別重大な不均衡の値に達していたとしても、何らかの追加的な要素がない場合には推定準則が認められないとする事例群も存在している。商業用賃貸借契約の場合は、不均衡が受益者にとって主観的に認識可能であったという状況という要素、インターネットオークションの場合は、契約締結の際に入札

196(752) 法と政治 74巻3号 (2023年11月)

者はその場合に存在している特別の価格形成事情にも関わらず、困惑あるいは出品者の意思を妨げるその他の事情を非難すべき方法で自己に有利に利用したことが推定され得るような追加の事情が認められる場合には推定が行われるという判断構造がとられている。

(4) 適用領域について

BGHは、準暴利行為とそれに付随する推定準則の適用領域について、従来は利息暴利が中心的な問題領域となっていたが、1980年代以降は不動産売買契約（物的暴利）や仲介契約をはじめとした様々な契約類型に対して積極的に準暴利行為とその推定準則の適用を試みている。しかし、和解契約⁽¹⁰⁸⁾や高額な入院契約⁽¹⁰⁹⁾など、準暴利行為の主張は行われつつも、成立が認められていない事例群も存在している。

第2節 学説の対立と展開

準暴利行為は判例によって様々な拡張・緩和が図られたが、蓄積された判例について、全てが一貫して明確な法理であるとは言い難い。むしろ後述する学説をはじめに、準暴利行為の原理的問題や解釈学的な問題などについては未だに様々な意見や批判が乱立している。そこで、本節ではRGからBGHまで蓄積された準暴利行為の法理、ひいてはドイツの暴利行為論について、学説がどのような視点から検討を行っているか確認する。

1. 契約における給付の不均衡について

(1) 肯定派

①おおよそ双務契約には給付の均衡原理が内在しているとする立場

(108) BGH Urt. v. 2.7.1999 - V ZR 135/98, NJW 1999, 3113.

(109) BGH Urt. v. 12.3.2003 - IV ZR 278/01, NJW 2003, 1596.

ラーレンツ (Larenz) は個人的領域を支配する法原理として、自己決定と自己拘束の原理、双務契約における給付の均衡原理、信頼原理の三つを挙げており、ここでいう給付の均衡原理とは、双務契約において給付と反対給付が客観的に均衡していなければならないとする原理であると示している。⁽¹¹⁰⁾

しかし、ラーレンツは誰もができるだけ安く購入したい、できるだけ高く販売したいと考えていることから、この給付の均衡原理が全ての場合において妥当するわけではないとしており、契約当事者の意思決定の弱さや不完全さが認められた時に、給付の不均衡を理由として契約に介入することを許している。⁽¹¹¹⁾したがって、ラーレンツはこのような意味で給付と反対給付はおおよそ保たれているべきであるとし、このような給付の均衡原理は双務契約において原型 (Typus) として内在 (immanent) していると⁽¹¹²⁾する。そしてラーレンツは、BGB 138条が問題となる場合において給付の不均衡を検討する際には、架空の市場だけでなく、実際のコストや、リスク、合理的な利益などを考慮要素とすることを提案している。⁽¹¹³⁾

②給付の不均衡に契約における自己決定の侵害を見出す立場

ユンク (Jung) は、まず暴利規定や準暴利行為について、契約交渉及び契約の締結における契約当事者の同等性及び、自己決定の原則が重要視されるべきと述べている。こちらも、BGB の契約法は、各契約当事者が自身の給付のために、実際の価値に相応する公正な対価を受け取るという趣旨ではないとし、少なくとも個々の契約関係の分野においては、同等性と正当価格の原則は、契約法の規範的枠組みである自己決定と取引の安全

(110) Karl Larenz, *Richtiges Recht*, (C.H. Beck, 1979), S. 65.

(111) Larenz, a.a.O. (Fn.110), S. 66.

(112) Larenz, a.a.O. (Fn.110), S. 66.

(113) Larenz, a.a.O. (Fn.110), S. 71.

(Verkehrssicherheit) の考え方と同様に重要な正当化基準ではないと留保⁽¹¹⁴⁾する。しかし、ユンクは前述したラーレンツの見解を引用しつつ、客観的な不均衡という物質的な正確性のみで契約を無効とすることは正当化できないが、契約当事者の自己決定が脅かされているという法的な判断や予測が求められている範囲で給付の不均衡という比較基準は非常に重要な意味⁽¹¹⁵⁾を持つとしている。

(2) 否定派

①裁判所は価格管理を行うことはできず、暴利行為による評価が法的不確実性につながるとする立場

ラインハルト (Reinhardt) は、契約において給付の不均衡を裁判所が観念する必要はないと主張する。その根拠としてラインハルトは、正当価格を観念することは困難であり、また裁判所が価格管理を行うことは不可能であると評価している。そして特に、暴利規定や良俗違反の一般条項の枠内で、価格管理を実施しなければならない場合、その評価は耐え難い法的不確実性につながる⁽¹¹⁶⁾として批判する。むしろ、ラインハルトは正当価格という概念を実現するためには裁判官の判断の余地がない経済政策によってなされるべきとしており、このような給付の不均衡は裁判上のケースバイケースではなく、⁽¹¹⁷⁾経済全般に基づいたものでなければならいとしている。

(114) Steffen Jung, Das wucherähnliche Rechtsgeschäft. Eine rechtsprechungsorientierte Erörterung unter besonderer Berücksichtigung gastgewerblicher Pachtverträge, (Köln, 2001), S. 52.

(115) Jung, a.a.O. (Fn.114), S. 54f.

(116) Rudolf Reinhardt, Der Gerechte Preis, ein Bestandteil unserer Rechtsordnung?, in: Festschrift für Heinrich Lehmann zum siebzigsten Geburtstag: 20. Juli 1936, (hrsg.), von der Kölner Rechtswissenschaftlichen Fakultät, (Berlin, 1937), S. 221.

②市場の細分化・多様化が進む現代において裁判所は正当価格を算定できないとする立場

バーソロマイチック (Bartholomeyczik) は、現代の経済システムの状況と構造の変化に言及しつつ、契約における給付の同等性は評価できないと主張する。その理由として、細分化が高まる市場と生産構造、あるいは市場の国際化により、裁判所が個々の契約において何が正当な価格であるかを決定することが不可能になっている⁽¹¹⁸⁾。そして BGB が制定された当時でさえ、どのような給付を同等とみなすべきかという疑問に答えられていないとしており、給付の不均衡を契約の有効性の判断において考慮すべきではないと主張している⁽¹¹⁹⁾。

同様にシューネマン (Schünemann) は、暴利規定と共に準暴利行為は、時代に適していない規範であると主張する⁽¹²⁰⁾。その根拠として、シューネマンは暴利規定及びそれから派生した準暴利行為は、市場にいわゆる正当価格が存在しているとの歴史的な議論を前提としているが、正当と仮定される価格は、各市場状況によって非常に異なっており、競争の激しい現在の市場経済においては直接適用できないと論じている⁽¹²¹⁾。そのような中、流動的な市場経済を重視すると、暴利規定は時代遅れで適用できないと批判し

(117) Reinhardt, a.a.O. (Fn.116), S. 223.

(118) Horst Bartholomeyczik, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gleichgewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), 30, 63.

(119) Bartholomeyczik, a.a.O. (Fn.118), AcP 166 (1966), 30, 63.

(120) Wolfgang Bernward Schünemann, Mündigkeit versus Schutzbedürftigkeit. Legitimationsprobleme des Verbraucher-Leitbides, in : Gerd Pfeiffer/ Joachim Kummer/ Selke Scheuch (hrgs.), Festschrift für Hans E. Brandner zum 70. Geburtstag, (Köln, 1996), S. 279.

(121) Wolfgang Bernward Schünemann, Generalklausel und Regelbeispiel, JZ 2005, 277.

つつ、準暴利行為が BGB 138条 1項の一般条項から導かれていることに對しても「暴利規定から準暴利行為と言う怪しげ極まりない概念を持ち込むことはとても大胆である⁽¹²²⁾」と批判している。

③給付の不均衡を不明確な基準だとする立場

レーベルク (Rehberg) は、契約理論と消費者保護を検討する中で暴利規定について言及している。すなわち、伝統的な客観的同等性基準 (暴利規定) は、給付と反対給付の同等性を示す決定的な実質的基準として、しばしば外部から押し付けられた契約内容であることを示す基準となっていたと理解を示しつつも、このような基準では無償片務契約には対応できない点、客観的価値の解釈の不明確さも克服されていない点を挙げ、法的基準としての課題があると指摘している⁽¹²³⁾。

2. 暴利行為論の制度趣旨について

(1) 民法上の暴利行為をその歴史的背景から考察する立場

①暴利行為を良俗違反の具体化と捉える立場

アイゼンハルト (Eisenhardt) は、良俗違反と暴利規定の立法過程や前身となった法理論を検討する中で、両者の関係性について言及している。まず、良俗違反に関する一般条項の発展について、不名誉、不公正、非キリスト教的、さらには良俗違反など解釈の余地のある用語に何が該当するかを説明するための事実を列挙することで、法的条項に定着させようとする試みと密接に関係しており、この文脈では、特に暴利行為がよく取り上げられているとしている。そして「このような一般条項の策定と、暴利に関する法律の策定は、当初は別々に行われていた」と指摘し、「当初は抑

(122) Schünemann, a.a.O. (Fn.121), JZ 2005, 277, 278.

(123) Markus Rehberg, Vertragstheorie und Verbraucherschutz, VuR 2020, 448, 449.

止効果を期待して、暴利の処罰性が暴利法制の前面に出ていたという事実によるものである」と評している。⁽¹²⁴⁾

またアイゼンハルトはBGB 138条の立法過程に言及する中で、良俗違反の中に暴利行為も含むように解釈したことは、暴利行為という例を用いて、一般条項の解釈を説明し、容易にすることが望まれていたのではないかと考察している。しかし、同時にアイゼンハルトは暴利行為が良俗違反という広すぎる概念を狭める（明確化する）ことができたかどうかを明確には判断することができないと留保している。この点について、アイゼンハルトはナチス・ドイツの時代に、良俗違反規定が大きく曲解された歴史的背景を挙げている。⁽¹²⁵⁾

② 暴利行為が懲罰的役割を有しているとする立場

ベッカー（Becker）は莫大損害を検討する中で、その後身となった暴利規定の制度趣旨は刑法にあることを無視することはできないと主張している。つまり、「BGB 138条は、法制度によって外部から、つまり当事者の意思を無視して取引にもたらされた修正であるため、無効という結果は、まさに強制的なものだからであり」、⁽¹²⁴⁾「両当事者の意思に基づき、契約の内容を何らかの形で逸脱させることは、契約の強制という効果を持つが、これは原則的に私法に反」するため、「立法者として考えられるのは、せいぜい、過大に請求された当事者が取引から逃れたいかどうか（取消しや解除によって）、その選択に委ねることくらい」であるとした。

そしてベッカーは、暴利行為や準暴利行為を認めることによって、「過

(124) 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. 302.

(125) Eisenhardt, a.a.O. (Fn.124), S. 306f.

大な請求を受けた個人だけでなく、全体としての法的・道徳的秩序を保護しようとするのであれば、BGB 138条は、加害者だけでなく、個人保護の観点から被害者と思われる契約当事者にも向けられる一定の懲罰的効果を有することを認めなければならない」として、この点について、BGB 138条は莫大損害の解釈から大きく離れていると指摘している。⁽¹²⁶⁾

(2) 暴利行為を被暴利者の自己決定侵害保護法理と捉える立場

ベヌアー (Benöhr) は、暴利が罰されてきた理由を「自身が豊かになるために、困っている隣人を利用することにある、非常に良俗に反する態度」、すなわち「非難すべきと認識されている良俗に反する行為」に対する非難であることを確認し、その上で「暴利者の行動には、一般に軽蔑されるような道徳的に悪質な態度が明らかにされて」いるとした。そしてベヌアーは、判例を通して暴利行為論が道徳的に非難されるべきものと位置付けられていったと指摘している。⁽¹²⁷⁾

また、ベヌアーは暴利規定ないし準暴利行為における利用要素が刑法に由来している点や、かつては公益 (öffentliche Interesse) が暴利に対抗する不可欠の動機であった点を指摘し、当時の莫大損害が主観的要素を含まず、弱者保護という観点から適用されていた点を挙げ、刑法的な暴利者の

(126) Christoph Becker, Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik: Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB, (Heymanns, 1993), S. 197f.

(127) Hans Peter Benöhr, Schutz dem Ausgebeuteten oder Strafe dem Ausbeuter? - Für eine Korrektur des § 138 Abs 1 BGB de lege lata und des § 138 Abs 2 BGB de lege ferenda in: Friedrich Harrer/ Heinrich Honsell/ Peter Mader (hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag, (Springer, 2011), S. 88.

(128) Benöhr, a.a.O. (Fn.127), S. 91ff.

処罰という観点から、被暴利者の保護や救済という観点に視点を変更することによって、主観的要素から脱却することができるという立場を示した。⁽¹²⁹⁾

同様にベルクマン (Bergmann) は暴利行為について、特に私的自治や (実体的) 契約正義の役割など、法の多くの基本的側面に関わるものであることから、そこから適切な法的結果を導き出すことが困難になっていると指摘しつつ、必ずしも契約を全部無効とすることが被暴利者の利益になうわけではないとしている。⁽¹³⁰⁾ そして、ベルクマンは「不利益を被る側の保護すべき利益は、原則として契約の維持・調整に向けられている」として、被暴利者の自己決定の意思が侵害されていなければ行われたであろう正当な契約に再調整する法理として暴利行為論を捉えている。⁽¹³¹⁾

(3) 優越的地位の濫用を重視する立場

暴利者と被暴利者の情報量・交渉力格差に着目し、暴利行為論を優越的地位の濫用法理として捉える学説もみられる。マイヤー (Majer) は著しい給付の不均衡や、非難すべき態度は、良俗違反を正当化する上で決定的ではなく、契約対等性障害 (Gestörte Vertragsparität) が付け加えられるべきと主張している。⁽¹³²⁾ マイヤーは、非難すべき態度という概念が推定準則によって機能を失っていることを指摘しつつ、著しい不均衡が生じている契約には契約対等性障害が発生していることが多いことから客観的な基準として優越的地位の濫用を重視している。⁽¹³³⁾

(129) Benöhr, a.a.O. (Fn.127), S. 99f.

(130) Robert Leo Bergmann, Der ungerechte Austauschvertrag, (Mohr Siebeck, 2020), S. 439.

(131) Bergmann, a.a.O. (Fn.130), S. 440f.

(132) Christian Friedrich Majer, Sittenwidrigkeit und Äquivalenzstörungen - das wucherähnliche Geschäft, DNotZ, 2013, 644, 653.

(133) Majer, a.a.O. (Fn.132), DNotZ, 2013, 644, 652.

また、パパニコラウ/カランパツォス (Papanikolaou / Karampatzos) は準暴利行為にあらわれている契約当事者の非対等性に注目し、暴利行為論を不正な契約関係と契約上の制度的濫用を補う一般的な法理として再分類する試みを行っている。すなわち、パパニコラウ/カランパツォスは現在の判例において、準暴利行為は不利な立場にある当事者が混乱した自己決定によってなされた契約を是正するために用いられており、BGB 138条というよりも BGB 242条に示されている信義則によって処理することが妥当であると評価している。⁽¹³⁴⁾

3. 非難すべき態度について

(1) 準暴利行為の成立に非難すべき態度を必要とする立場

BGHは準暴利行為の成立には、一貫して給付の不均衡に加えて暴利者の非難すべき態度という主観的要素が必要であるという立場をとっている。学説においても、非難すべき態度を求める立場は広い支持を受けており、例えば、準暴利行為が良俗違反であると認められる法的根拠は、著しい不均衡だけに基づくものではなく、不当に利益を得た者の行為（非難すべき態度）、すなわち暴利者への制裁が本質的な特徴であるとする立場、⁽¹³⁵⁾ 広く暴利行為論は強制状態・無経験・判断力の欠如・重大な意思の薄弱をはじめとした被暴力者の窮状を利用すること、つまり道義的な非難すべき態度

(134) Panagiotis Papanikolaou / Antonios Karampatzos, Wucherähnliche Rechtsgeschäfte oder Funktions - statt Sittenwidrigkeit, in: Alexander Bruns / Christoph Kern / Joachim Münch / Andreas Piekenbrock / Astrid Stadler / Dimitrios Tsirikas (Hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Bd.2, (Mohr Siebeck, 2013), S. 1141f.

(135) Aleksander Grebieniow, Die laesio enormis und der dolus re ipsa heute: die Verschuldensfrage, Tijdschrift voor Rechtsgechiedenis, 85 Issue 1-2, (2017), S. 226f.

が必要とする立場や、⁽¹³⁶⁾ 暴利の問題は契約内容自体が良俗に反する場合というよりも、契約状況を含めた上で良俗違反の判断が行われるため、動的システム (Bewegliches System) にしたがうとしても、最低限何かしらの主観的要件が考慮されることになるという立場など、⁽¹³⁷⁾ 様々な見地から非難すべき態度の必要性を説く学説がみられる。

(2) 準暴利行為における主観的要素をさらに明確化すべきとする立場

ユンクは準暴利行為において主観的要素を必要な要素と挙げているが、BGH が示す非難すべき態度という概念が抽象的であることから、被利得者の主観的要素は決定自由の弱化とし、暴利者の主観的要素については、相手方の決定自由の弱化を高い価格合意に利用すること、つまり相手方の状況についての認識と著しい不均衡についての認識に基づく意図的な利用あるいは重過失による無配慮であると明確化すべきと主張する。⁽¹³⁸⁾

ユンクは、暴利規定では被利得者の弱性と給付の不均衡についての積極的な認識とそれを利用する意図が求められていたことからすると、準暴利行為は大きな緩和がなされていると評価している。⁽¹³⁹⁾ しかし、利得者は価格や相手方の立場についての調査義務を負っているわけではないので、単なる過失では良俗違反を導くには不十分であるとして、非難すべき態度の更なる緩和についての限界を示している。⁽¹⁴⁰⁾

(136) Klaus Adomeit, Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild, NJW 1994, 2467, 2468.

(137) Thomas Finkenauer, Zur Renaissance der laesio enormis beim Kaufvertrag. in: Lutz Aderhold/ Barbara Grunewald/ Dietgard Klingberg/ Walter G. Paefgen (hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, (Köln, 2008), S. 194.

(138) Jung, a.a.O. (Fn.114), S. 182.

(139) Jung, a.a.O. (Fn.114), S. 183.

(3) 非難すべき態度を必要不可欠の要素としない立場

これに対して、非難すべき態度が存在しなくとも準暴利行為を認めるべきとの判断を下したベンダー判決を契機に、非難すべき態度を必要不可欠の要素としない立場が学界においても有力に主張されている。

①非難すべき態度は客観的な不均衡によって置き換えることができる立場

ヘンスラー (Henssler) は、BGB 138条2項が「特に」という文言を使用している点から良俗違反の下位範疇に入るものと位置づけ、契約正義という考え方の実現が進んだ今、解釈の困難さがあると留保しつつも、様々な契約類型における暴利の問題を解決するためには裁判所や学説は BGB 138条1項における一般条項に頼らざるを得なかったとして、準暴利行為の正当性を主張する⁽¹⁴¹⁾。その上で、ヘンスラーはそもそも良俗違反の評価において、欠落している主観的な要素を客観的な要素（給付の不均衡）に置き換えることは許されているとしており、実際の裁判上で「主観的な要素が欠けていることは、憂慮すべき懸念材料となるかもしれないが、主観的な要素の不在はいかなる憂慮も起こさない」としつつ、「BGB 138条は、行為の主観的な非難可能性を判断する問題ではなく、契約内容の法的・倫理的な問題性である。しかし、後者は、契約の客観的内容のみから生じることもあり得るので、主観的要素の強制的な必要性を説く通説は否定されねばならない」と主張する⁽¹⁴²⁾。

②非難すべき態度以外の要素が十分に具備された場合、準暴利行為の成立を認める立場

(140) Jung, a.a.O. (Fn.114), S. 184.

(141) Martin Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, (Tübingen, 1994), S. 206.

(142) Henssler, a.a.O. (Fn.141), S. 209.

マイヤー・マリー (Mayer-Maly) は、BGH が客観的な不均衡のみによって契約を無効にするという莫大損害の議論に単に依存することは賛成できないが、消費貸借契約における準暴利行為⁽¹⁴³⁾について、莫大損害を参考として修正することについては賛成している。そして準暴利行為は、推定準則によって過失が擬制されやすいという難点があるということを指摘しつつも、非難すべき態度という BGH が示した主観的要素は、準暴利行為の成立において不可欠のものではないとしている⁽¹⁴⁴⁾。

つまり、マイヤー・マリーは BGH が準暴利行為に主観的要素の必要性を原則的に認めつつ、その具体化については留保している立場に対して、利得者側の主観的要件は決して些細なものではないと評価しつつも、意図的な利用及び相手方が自己に不利な条件に応じたという認識を軽率に欠いたとする主観的要件が存在しない場合であったとしても、それに代わるその他の要件 (例えば有利な地位の利用、給付と反対給付との間の不均衡、経済活動の自由の制限など) が併存的に考慮されるとしている⁽¹⁴⁵⁾。そしてマイヤー・マリーはベンダー判決を引用する中で、結局のところ暴利の問題を判断するためには契約に対しての総合的評価を行う他はないとしつつも、もし1つの良俗違反の要素が特に明白に示された場合には他の要素の程度はあまり問題にならないとして、ベンダー判事の堆積理論について賛意を示している⁽¹⁴⁶⁾。

③非難すべき態度よりも契約の内容から良俗違反が認められるとする立場
アルムブリュスター (Armbrüster) は非難すべき態度という主観的要

(143) Theo Mayer-Maly, *Renaissans der laesio enormis?*, in: Claus W. Canaris / Uwe Diederichsen (hrsg.), *Festschrift für Festschrift Karl Larenz zum 80. Geburtstag*, (München, 1983), S. 400.

(144) Mayer-Maly, a.a.O. (Fn.143), S. 404.

(145) Mayer-Maly, a.a.O. (Fn.143), S. 406.

(146) Mayer-Maly, a.a.O. (Fn.143), S. 407.

素が必要かどうかは疑問であるとしており、⁽¹⁴⁷⁾「BGB 138条は、憂慮すべきと見なされる態度（*bedenklich angesehene Gesinnungen*：非難すべき態度）を抑制するためではなく、好ましくないと思われる法律行為を防ぐために使用される」とした上で、「取引の良俗違反性（*Anstößigkeit*）は、その客観的内容のみから生じ得る」ため、「方法論的な誠実さに問題がないとしても、非難すべき態度という要素を良俗違反という規定の必要な要素と見なさないことが望ましい」としている。

なお、アルムブリュスターは例え客観的に不均衡な取引であったとしても「当事者が（その契約が）不適切であることを認識していなかったり、不利益を被った当事者が特別な感情・関心や利害関係を有していたりすることで、個々の事例において有効であると証明される場合がある」ため、⁽¹⁴⁸⁾契約の有効性は総合的に判断することができると付言している。

④良俗違反は全体評価から行われるとする立場

ボーク（Bork）は、準暴利行為による良俗違反は基本的に全体的な評価によって行われる（例えば、契約相手方が契約条件の不備に気づいていないという事実、または不利な立場にある人が特別な愛着などの感情を持っていたという事実など）としており、非難すべき態度という表現に捉われる必要はないとして⁽¹⁴⁹⁾いる。

⑤被暴利者の構造的な劣位を非難すべき態度の代替的要件とする立場

マイヤーは準暴利行為において契約当事者の非対等性という要件を、従

(147) Christian Armbrüster, *Wucher und wucherähnliche Geschäfte*, BRZ 2021, S. 69f.

(148) Christian Armbrüster, in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (Hrsgs.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd.1, 9. Aufl., (C.H. Beck, 2021), § 138, Rn.220.

(149) Reinhard Bork, *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.1.2001 - V ZR 437/99*, JZ 2001, 1138, 1139.

来の要件に追加することでより明確な判断を行うことができると主張し⁽¹⁵⁰⁾たが、ルッツ (Lutz) はそこからさらに進み、消費者信用契約と雇用契約という一般的に優越的地位が認められる契約類型については、非難すべき態度という立証が困難な概念を用いるのではなく、契約当事者間に認められる構造的地位関係の劣位という客観的に判断可能な要素を本質的な要件とすることを提案している⁽¹⁵¹⁾。

なお、暴利行為論における契約の対等性を重視する立場に対しては、契約における交渉力は把握しにくいため有用な尺度とならないとする指摘があり、そもそも民法史における契約という法制度の発見は、交渉力の自然な差異を断固として無視することによってのみ可能だったことから、暴利行為論における同要素の強調について慎重になるべきとの意見がみられる⁽¹⁵²⁾。

4. 推定準則について

(1) 推定準則を認める立場

①概ね BGH の立場に賛成する立場

ヘンスラーは推定準則に関して、特別重大な不均衡は必然的に暴利者の非難すべき態度を前提としているとして、BGH の経験則を妥当なものであるとしており、非難すべき態度が特別な事情によって排除されない限りは、準暴利行為の成立を認めるべきとしている⁽¹⁵³⁾。

ハックル (Hackl) も同様に、給付の不平等な価値、すなわち BGB 138

(150) Majer, a.a.O. (Fn.132), DNotZ, 2013, 644, 652.

(151) Lutz, a.a.O. (Fn.4), S. 247ff.

(152) Adomeit, a.a.O. (Fn.136), NJW 1994, 2467, 2468.

同時にアドメイトは当事者間の対等性を重視した規制を行うことによって、保護しようとした多くの契約当事者は、もはや全く契約を申し込まれなくなると指摘している。

(153) Henssler, a.a.O. (Fn.141), S. 210.

条2項で要求される著しい不均衡を超えた場合（特別重大な不均衡）、良俗違反を正当化するのに十分だとしており、自由経済時代（Epoche liberalen Wirtschaftens）においては、暴利者の利用が観念しにくい給付と反対給付の間の特別重大な不均衡さえ非難されかねない場合はあり得るが、経験則を前提とする給付の不均衡が特に著しい場合、あるいは相手方が自らの給付の半分の価値しか得られていない場合には、非難すべき態度を推定⁽¹⁵⁴⁾すること自体は妥当であるとしている。しかしハックルは、莫大損害への回帰については否定的に捉えており、推定を行う特別重大な不均衡を判断する場合には、莫大損害のような固定値ではなく、個々のケースにおいて変動可能な基準が必要であるとして⁽¹⁵⁵⁾いる。

また、準暴利行為の法理の更なる一般化を主張するゼッカー（Säcker）は、一般的な消費者契約などの物的暴利の事例においても、関連する市場での製品またはサービスの実際の市場価格の100%を超える場合には、非難すべき態度が推定され、契約は無効とされるべきであると主張している。ゼッカーはこのような一般化が許される理由として、最終消費者（Endverbraucher）は一般的に、競争によって制御される経済システムにおいて価格の差異（Abweichungen）の是正が期待できないという洞察に基づいて⁽¹⁵⁶⁾いると主張する。

(154) Karl Hackl, Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit, BB 1977, 1412, 1413.

(155) Hackl, a.a.O. (Fn.154), BB 1977, 1412, 1415.

なお、このようなハックルの主張がなされた当時は、準暴利行為の主な適用領域は消費者信用契約にとどまっており、ハックル自身も消費者信用契約における準暴利行為の適用を前提としているため、現在の適用領域が拡張された準暴利行為についての評価ではないという点には注意されたい。

(156) Franz Jürgen Säcker, in: Franz J. Säcker / Roland Rixecker (hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Bd., 1. Aufl., (C. H. Beck, 2006), § 138, Rn.37.

②推定準則を認めつつも、適用範囲の拡大に慎重な姿勢

フィンケナウアー (Finkenauer) は、消費者信用契約において発展した推定準則を、他の売買契約に認めることに反対する立場を示している。⁽¹⁵⁷⁾ まずフィンケナウアーは、基本的に消費者貸借契約では当事者の力関係が不平等であること、また消費者信用契約では高利は予想しえない速さで債務が増大し、それによって支払い不能を生ずる可能性がある事を挙げている。また、基本的に貸主は市場利率を容易に知ることができる立場にあり、それと同時にあえて不利な契約を締結しようとする相手方の状況も容易に認識できるとしている。このような消費者信用契約の特殊性を踏まえると、フィンケナウアーは特別重大な不均衡による推定は不利な状況である一方当事者の救済として妥当であるとする。⁽¹⁵⁸⁾

一方フィンケナウアーは、売買契約においては当事者の力関係が常に不平等というわけではなく、BGH が示しているように、友人や家族間で売買する場合には投機的意図や特別な愛着に結びつけるといった場合が存在するため、消費者信用契約の当事者レベルの保護は必要ないとし、推定準則を認めるべきではないと主張している。⁽¹⁵⁹⁾

同様に、シュテュルナー (Stürner) は推定準則が消費者信用契約のみならず売買契約にも使用されていることについて、「(消費者信用契約とは異なり) ここでは、必要なしに市場価格よりはるかに高い、あるいははるかに低い価格で物を売買する人はいないという経験則の一般原則は証明できないようである。…特に売買契約の場合、非難すべき態度を推定することはあまりにも行き過ぎであると思われ、ここでは、原則として、当事者間の事前の合意に優先する通常の立証責任の分配を残す方がよい」として

(157) Finkenauer, a.a.O. (Fn.137), S. 191.

(158) Finkenauer, a.a.O. (Fn.137), S. 192.

(159) Finkenauer, a.a.O. (Fn.137), S. 193.

⁽¹⁶⁰⁾
いる。

ホルン (Horn) もこの問題について、消費者信用契約における推定準則は、借主が消費者か事業者かによって適用の可否が分かれるというBGHの判例法を確認した上で、これらの推定準則のルールが大手の商業消費貸借契約だけでなくその他の契約類型にも適用されるかは非常に疑問であるとしている。⁽¹⁶¹⁾

(2) 推定準則を認めるべきではないとする立場

BGHは被暴利者の証明責任を軽減するために推定準則を認めているが、学説の中には特別重大な不均衡のみによって契約を無効とすることは、実質的にBGB立法時に否定した莫大損害の復活ないし再生を認めることになるという観点から推定準則を認めないとする立場がみられる。

まずマイヤー・マリーは準暴利行為が主観的要素を拡張することについては賛意を示しているが、BGHが主観的要素を特別重大な不均衡によって推定を行うことに対しては明確に否定する立場を示している。⁽¹⁶²⁾

また、ユンクは莫大損害においても主観的要素が全く無視されていたのではないという歴史的経緯を指摘しつつ、準暴利行為が推定準則によって主観的要素を推定するということは莫大損害よりも契約を無効にする上での検討要素が軽減されるとして、主観的要素の撤廃については反対の立場

(160) Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht: Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, (Mohr Siebeck, 2010), S. 54f.

(161) Norbert Horn, Der Wuchereinwand bei gewerblichen Darlehen und im internationalen Finanzmarkt, BKR 2006, 1, 3ff.

(162) Theo Mayer-Maly, in: Franz J. Säcker/ Roland Rixecker (hrgs.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd., 1. Aufl., (C. H. Beck, 1993), § 138, Rn.107.

を示している。⁽¹⁶³⁾そして、BGH が推定準則の根拠とする経験則について、直ちに主観的要件を基礎づけるほどの十分な論拠としての強度と一般性を備えているとは言い難く、結局個々の事情を総合的に判断せざるを得ないため、被利得者が主観的要件を主張立証すべきだとしており、不均衡は良俗違反を認定する一つの徴表に過ぎないとしている。⁽¹⁶⁴⁾

その他コツィオール (Koziol) は、推定準則において契約の不均衡を問題としていることは、契約が当事者の完全な意思に基づいていないということを証明するためであると考えられるが、BGH が示す推定準則の根拠である経験則がどこまで一般性を持ち得るかは疑問であるとし、このような経験則に基づく推定準則は、相手方に証明責任の転換を課すため認められないとしている。⁽¹⁶⁵⁾

同様にパパニコラウ/カランパツォスも、どのような契約類型に準暴利行為の推定準則が及ぶのかは依然として不明確であり、BGH は推定が及ぶ範囲について体系的な説明を行っていないと批判する。⁽¹⁶⁶⁾そして弱者保護のために準暴利行為が推定準則を使用することは、弱者保護の必要性を超え、契約における主観的要素を軽視するものであり、契約正義の観点からもバランスを欠くものであると評価している。⁽¹⁶⁷⁾

5. 準暴利行為を認めないとする立場

これまで確認してきたとおり、学説の中にはBGH が認めた準暴利行為の法理について多少の批判などがありつつも、学説の大勢はBGH の提示

(163) Jung, a.a.O. (Fn.114), S. 31.

(164) Jung, a.a.O. (Fn.114), S. 197ff.

(165) Helmut Koziol, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite?, AcP 188 (1988), 183, 201.

(166) Papanikolaou / Karampatzos, a.a.O. (Fn.134), S. 1121.

(167) Papanikolaou / Karampatzos, a.a.O. (Fn.134), S. 1137.

した判断構造や推定準則についてある程度認めている。しかし、そもそも準暴利行為自体を認めるべきではないとする立場もみられるため以下紹介する。

コツィオールは、準暴利行為は暴利規定のシステムに準拠しなくなった規範であると捉え、準暴利行為と言う裁判所の法の拡張を認めるべきではないと批判する⁽¹⁶⁸⁾。コツィオールは準暴利行為について、非難すべき態度という表現によって暴利規定よりも求められる条件が緩和されていることを指摘し、このような緩和が妥当かどうかの検討が十分に行われていないと指摘している⁽¹⁶⁹⁾。また、コツィオールはBGB 138条2項の規定の要件自体、そもそも量的に判断するものなのか、それとも他の要件と交換可能な動的性質を有するものなのかによって判断が異なり、もし後者の理解に従うのならば、暴利規定と準暴利行為は区別される必要がなく、暴利規定の規定を緩やかに捉えることあるいはその拡張によって解決できるものであると主張する⁽¹⁷⁰⁾。

第3節 小括

1. 判例の動向

BGB 立法時、ドイツ法にはBGB 138条2項という暴利行為に特化した規定が置かれたが、主に暴利者の利用要件の立証困難性のため、早い段階から暴利行為論の中心はBGB 138条2項からBGB 138条1項を根拠とする準暴利行為に移行した。準暴利行為は、暴利規定の構造自体は受け継がれているが、各要素に緩和がみられ、特別重大な不均衡が認められた場合には主観的要素である非難すべき態度が推定されるなど、暴利規定が機能

(168) Koziol, a.a.O. (Fn.165), AcP 188 (1988), 183, 187.

(169) Koziol, a.a.O. (Fn.165), AcP 188 (1988), 183, 192.

(170) Koziol, a.a.O. (Fn.165), AcP 188 (1988), 183, 188.

不全に陥っていた点を解消したが、その一方で、暴利規定の規定が骨抜きにされ、実質的に適用が減少したことには注意すべきであるとの指摘がある。⁽¹⁷¹⁾ 本章第1節では準暴利行為の判例法を分析するため、契約類型毎に判例を整理したが、以下そのまとめを行いたい。

(1) 非難すべき態度について

BGHは非難すべき態度について、相手方がその困難な状況のために自らに課された過酷な条件を承諾したことを故意または重過失によって認識しなかった場合を指すとしている。非難すべき態度は、暴利規定における被暴利者の窮状要素と暴利者の利用要素が統合・拡張された概念であり、被暴利者の窮状要素については、暴利規定に列挙されている窮状に加え、経済的な劣位、取引上の無経験や精神的な強制状態、判断力の低下などが認められている。暴利者の利用要素については、故意に加え、重過失によって相手方の窮状を認識しなかった場合にも非難すべき態度が認められるとしている。

(2) 著しい不均衡及び特別重大な不均衡について

準暴利行為は著しい不均衡に非難すべき態度が加わることで成立するが、不均衡が特別重大・露骨と認められた場合には非難すべき態度を推定するといういわゆる推定準則が判例法上認められている。BGHは、特別重大な不均衡については契約類型毎に異なる値を基準としている。

判例上明確に特別重大な不均衡が示されているのは、消費貸借契約、商業貸借契約、不動産売買契約、動産売買契約、地上権契約、タイムシェアリング契約が挙げられる。

(171) Udo Reifner, Das Wucherverbot, JZ, 2021, 1017, 1027.

まず消費貸借契約は、契約金利と市場金利が相対的に約100%の差がある場合、または契約金利と市場金利が絶対的に12%上回っている場合、また利息が元本の約40%以上、少なくとも50%以上だった場合に特別重大な不均衡が認められるとしている（なお消費貸借契約において特別重大な不均衡と著しい不均衡と同値とされている）。

商業貸借契約は特別重大な不均衡は市場価格と100%の差がある場合としているが、暴利者がそのような不均衡を認識していなければ推定は認められないという制限がなされている。その他100%の基準を用いている契約類型としては動産売買契約、雇用契約、地上権契約、タイムシェアリング契約が挙げられる。これらの契約類型は不動産売買契約における判例法理を引用しているが、不動産売買契約は判例変更後90%または半分の値であった場合に特別重大な不均衡が存在しているとしている。

（3）推定準則について

準暴利行為は特別重大な不均衡が存在した場合には、非難すべき態度が推定されるという推定準則を認めている。BGHは、推定準則が認められる根拠について、異常な給付の不均衡が存在する契約は、原則的に相手方の困窮または不利な状況なしに起こり得ず、利得者もそのような状況を認識しているという経験則を挙げている。なお、推定準則は特別重大な不均衡があった場合に非難すべき態度を推定するが、反対に非難すべき態度から給付と反対給付の著しい不均衡は推定できないと解されている。⁽¹⁷²⁾

またBGHは、推定準則はあくまで事実上の推定であり、例えば専門家の誤った鑑定を基に行われた契約や混合贈与、特別な愛着による価格設定

(172) Wendt Nassall, in: Maximilian Herberger / Michael Martinek / Helmut Rüßmann / Stephan Weth / Markus Würdinger, *Juris PraxisKommentar BGB Band 1 - Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., (Juris, 2021) § 138 BGB, Rn. 333.

などが立証された場合には、推定が動揺し、準暴利行為が否定されると確認している。

なお、全ての事例において推定準則がそのまま認められるわけではなく、事業者間の契約や、破産管財人の行う契約、被暴利者が商業の経験が浅いわけではなく、経済的な弱さが常にあるとはいえないリース契約、価格が変動しやすいチケットの売買契約などには推定準則は働かない。

その他、判例上特別重大な不均衡に加えて何らかの追加的な要素を満たした場合に推定準則が認められる契約類型も存在している。例えば商業用賃貸借契約の場合、同等市場の賃料が100%を超えている場合には、特別重大な不均衡が認められるが、それだけでは非難すべき態度が推定されず、不均衡が受益者にとって主観的に認識可能であったという状況が加わることによって推定準則が認められるとしている。

同様にインターネットオークション契約も入札者間の駆け引きが行われるという契約の性質上推定準則が認められないとしているが、給付と反対給付の不均衡に加え、契約締結の際に入札者はその場合に存在している特別の価格形成事情にも関わらず、困惑あるいは出品者の意思を妨げるその他の事情を非難すべき方法で自己に有利に利用したことが推定され得るような追加の事情が認められる場合には、非難すべき態度の推定を行い得るとしている。

このように特別重大な不均衡+ α によって推定準則を認める判例があらわれているが、いずれもこれらの判例は事業者間契約、インターネットオークションという入札者間の駆け引きが行われる契約という点からも契約当事者の優越的地位や契約におけるつけ込みが必ずしも認められるとはいえない事例群であるといえよう。

ただし商業賃貸借契約の場合には不均衡の認識可能性要素が加わった場合に推定が認められるとしていることに対し、インターネットオークシ
 218(774) 法と政治 74巻3号 (2023年11月)

ンの場合は被暴利者の窮状を非難すべき方法で自己に有利に利用したことが推定され得るような追加の事情とされており、それぞれ推定が認められる要素が異なることには留意すべきであろう。

2. 学説の動向

本章第2節では準暴利行為に関する学説の動向を紹介したが、以下ではこれらの内容について、契約における給付不均衡の意味、暴利行為の制度趣旨、非難すべき態度の内容、及び推定準則を認めるべきかという4点に分けてまとめる。

(1) 契約における給付の不均衡について

現在ドイツでは純粋な給付不均衡のみで契約を無効とすべきと主張する立場はほとんどみられない。給付の不均衡に加え、被暴利者の意思決定の弱さや不完全さ、非難すべき態度などの契約締結時の主観的事情が認められた場合に契約が無効となり得るという見解が判例・学説ともに支配的であるといえよう。給付の不均衡は契約の一方当事者の自己決定が脅かされている徴表として捉えられており、推定準則もこのような論理からBGHに採用されていると考えられる。このような点においては暴利行為論の始点となった莫大損害をはじめとした純粋な給付均衡法理とは前提として異なっているといえよう。

なお、裁判所が著しい不均衡を指標として契約に介入することに対して危機感を示す立場もみられる。例えば、正当価格を観念することは困難であり、暴利規定や良俗違反による価格管理は法的不確実性につながるため、経済政策に委ねるべきとする立場や、市場の細分化・国際化が進んだ現代の経済システムにおいては比較可能な価格を観念することが困難だとする立場、給付不均衡を求める以上、無償片務契約には適用できないとする立場などが示されている。

(2) 暴利行為の制度趣旨について

暴利行為の制度趣旨に関しては、暴利行為を良俗違反の具体化として捉える立場や、BGB 138条2項が刑法上の規制である暴利法を由来としていることから暴利者に対する一定の懲罰的役割があるとする立場など、歴史的背景から暴利行為の制度趣旨を考察する見解がみられた。

また、暴利行為において重要なのは窮状に陥っている者につけ込んで利得を得るという暴利者の行為に対する非難であり、それが良俗違反として捉えられるようになったという立場や、暴利行為を自己決定の侵害から回復する法理として捉える立場もある。その他近年は、契約当事者の情報量・交渉力の格差に着目して暴利行為論を優越的地位の濫用法理として捉える学説もみられる。しかしこのような立場に対しては、契約における当事者の優越的地位は裁判所が把握しにくく、有用な尺度とはならないとの指摘がある。

なお、これらの立場は必ずしも互いに相反する関係にあるわけではない。例えば暴利行為の制度趣旨を暴利者への制裁と捉えることと被暴利者の救済の必要性は両立可能であり、被暴利者の自己決定侵害は、優越的地位が利用された結果発生しているとも考えられるだろう。

(3) 非難すべき態度について

BGHは準暴利行為の主観的要素を非難すべき態度としており、その内容については、被暴利者が経済的な劣位などをはじめとした何らかの窮状に陥っていたため、自らに課された過酷な条件を承諾し、それを暴利者が故意、または重過失によって認識しなかった場合であるとしている。

BGHの立場は一定の支持を得ており、暴利行為が良俗違反と位置付けられていることから、非難すべき態度をはじめとした何らかの主観的要素が考慮されるべきとする意見や、契約内容のみでは契約を無効とはでき

ず、利得者の道義的非難などその他の状況が加わることで良俗違反が認められるという意見がみられた。

一方で、非難すべき態度を準暴利行為の不可欠な要件とすべきではないという主張も存在しており、実務において非難すべき態度が推定されていることを背景に、非難すべき態度は客観的不均衡によって置き換えることができるとする立場、非難すべき態度が認められなかったとしても、優越的地位の存在や被暴利者の自己決定の制限などを代替的要素として契約の無効を認める立場などがみられた。

(4) 推定準則について

準暴利行為の議論において、最も学説の見解が分かれたのが推定準則を認めるか否かの論点である。学界からは推定準則が認められることで、実質的に莫大損害が復活するのではないかという懸念が示されており、実際にこれらの比較を行う研究は少なくない。

まず推定準則を認める立場は、BGH が示した異常な給付の不均衡が存在する契約は、原則的に相手方の困窮または不利な状況なしに起こり得ず、利得者もそのような状況を認識しているという経験則を妥当なものとして支持している。また、特別重大な不均衡は被暴利者の自己決定が阻害されている状況を示していると捉える学説もみられる。なお、このように推定準則を認める立場には、非難すべき態度を必要不可欠な要素として認識していないという傾向がみられる。なお、推定準則の適用は契約当事者間の力関係の優劣が生じやすい消費者信用契約などに限定すべきという見解もある。

これに対して推定準則を認めない立場は、推定準則を認めることは、結果的に BGB 立法時に否定された莫大損害の復活を認めることになるとする見解や、BGH が示す経験則は一般性に欠け、混合贈与や特別な愛着、

投機的意図などによって価格設定された場合も推定が行われる可能性があるとする見解, 手続法の見地から主張によって利益を受ける者が立証を行うべきとして立証責任の転換を認めないとする見解がみられた。

Die gegenwärtige Bedeutung des Wuchers —Positionierung als Rechtsprinzip zur Beseitigung von Ausbeutung— (2)

論

Minsoo Cho

説

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.

Im Mittelpunkt dieses Beitrags steht die Theorie des wucherähnlichen Geschäfts, die in der deutschen Rechtsprechung eine weitreichende Entwicklung erfahren hat. Aufgrund der Dysfunktionalität des § 138 Abs. 2 BGB in Deutschland wurde die Theorie des wucherähnlichen Geschäfts von der Rechtsprechung entwickelt. Beim wucherähnlichen Geschäft wurde das subjektive Tatbestandsmerkmal der verwerflichen Gesinnung gelockert und das Tatbestandsmerkmal der Ausbeutung auf grobe Fahrlässigkeit ausgedehnt. Die problematischen Aspekte des § 138 Abs. 2 BGB

wurden dadurch gelöst, dass in Fällen eines besonders groben Missverhältnisses eine Vermutung der verwerflichen Gesinnung zugelassen wurde. Eine Analyse der späteren Rechtsprechung zeigt, dass bei Verträgen, die auf falschen Schätzungen oder Internetauktionen beruhen, diese Vermutung widerlegt und damit ein wucherähnliches Geschäft verneint wird.

Als Reaktion auf diese Entwicklung in der Rechtsprechung wurden akademische Theorien darüber diskutiert, wie wucherisches Verhalten zu betrachten ist. Grundsätzlich wurde Wucher in der Lehre nicht als reine Gleichgewicht Leistung Rechtstheorie betrachtet, und die Ansicht, dass ein Vertrag nichtig sein kann, wenn neben dem Vorteilsausgleich ein subjektives Tatbestandsmerkmal festgestellt wird, wurde zugunsten der Ansicht vertreten, dass der Vertrag nichtig ist.

Hinsichtlich des institutionellen Zwecks des Wuchers spaltete sich die wissenschaftliche Meinung vor allem in eine Position, die die moralische Verwerflichkeit der Ausbeutung durch den Wucherer betonte, eine Position, die die Verletzung der Selbstbestimmung durch den Bewucherten hervorhob, und eine Position, die auf das Informations- und Verhandlungsmachtgefälle zwischen den Vertragspartnern abhob und den Wucher als Rechtsprinzip des Missbrauchs einer überlegenen Verhandlungsposition betrachtete.

In anderen Theorien befassten sich mit dem Inhalt der verwerflichen Gesinnung und der Frage, inwieweit die Voraussetzungen des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts erweitert und die Beweislast durch die Vermutung gelockert werden könnten, und zwar unter dem Gesichtspunkt, dass die Zulassung der Vermutung des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts zu einer Renaissance der *laesio enormis* führen könnte. Der Beitrag zeigt, dass in diesen Fragen noch kein Konsens besteht.