

博士学位申請論文

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 —

関西学院大学大学院法学研究科
博士課程後期課程民刑事法学専攻

学生番号：64020702

趙 民秀

【目次】

| | |
|--|-----|
| 第1章 序論..... | 2 |
| 第1節 本稿の目的と概要..... | 2 |
| 第2節 日本法における従来の議論..... | 4 |
| 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..... | 10 |
| 第4節 問題の所在と分析の視点..... | 16 |
| 第2章 ドイツ法における暴利行為論の始点..... | 19 |
| 第1節 給付均衡法理の史的沿革..... | 19 |
| 第2節 BGB138条2項の立法過程..... | 22 |
| 第3節 BGB138条2項の運用と限界..... | 25 |
| 第3章 ドイツ法における暴利行為論の発展..... | 31 |
| 第1節 準暴利行為の創出と発展..... | 31 |
| 第2節 学説の対立と展開..... | 86 |
| 第3節 小括..... | 96 |
| 第4章 契約における搾取性..... | 101 |
| 第1節 給付不均衡が該当しない事例..... | 101 |
| 第2節 契約における <i>Ausbeutung</i> と非難性..... | 109 |
| 第5章 ドイツ法及び日本法における暴利行為論..... | 115 |
| 第1節 ドイツ法における暴利行為論..... | 115 |
| 第2節 日本法への示唆..... | 128 |
| 第6章 結論..... | 154 |
| 第1節 本稿の総括..... | 154 |
| 第2節 今後の課題..... | 157 |

第1章 序論

第1節 本稿の目的と概要

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

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

このような見解に対して、本章第2節において述べるように、近年契約締結過程における主観的事実の意義を強調し、契約内容の不当性については暴利行為の広範な適用への制約とならないような方向に展開すべきとするものや、暴利行為を非良心取引や状況の濫用など異なる法理から説明しようとする動きがあらわれている。同様に先の債権法改正においても「いちじるしく過当」な不均衡とはいえなくとも、暴利行為を認めるべきとの意見が示されている。

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

後述するように、先行研究は主に比較法や判例分析を中心に、暴利行為の適用領域や、各要件についての拡張可能性について検討しているが、暴利行為がどのような理由から契約を無効とするのかという原理的な問題について検討しているものは多くない。また、日本法が参照したドイツの暴利行為論について、先行研究では代表的な判例や、契約類型毎

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

に取り上げるなど部分的な紹介や検討はなされているが、これらを横断的に分析し、原理面と要件面、そしてその限界について総合的に検討したものはみられない²。

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

まず、近年高齢化の進行や成年年齢の引き下げなどの影響により、脆弱な消費者が暴利的な契約に巻き込まれる危険性が高まっているといえよう。このような状況以外にも、コロナ禍におけるマスクや消毒液の高額転売の問題³、カルト宗教団体の被害者救済をめぐって検討されている悪質な靈感商法の問題など⁴、不当に高額な契約が行われる場合について、これまで以上に暴利行為を活用して契約の効力を否定すべきという気運が高まっている。しかし、後述する消費者契約法の改正をはじめに、特別法による対応は固有の適用領域を中心に行われているため、その射程は限定的であるといえるだろう。特に消費者被害は年々多様化・複雑化する傾向にあることから、一般法である民法上の暴利行為に戻って検討することは、被害者救済を図るにあたって重要であると考えられる。

また、暴利行為は先の債権法改正において明文化自体は見送られたものの、その判断構造は消費者契約法の各改正に受け継がれており、暴利行為の検討を行うことは、暴利行為をもとに立法化された特別法を理解する上でも重要であると考えられる。また、前述した社会状況からも、今後再び暴利行為やそれに類する規定が法制化される可能性が高いため、本稿において行う検討はその際にも役立つのではないかと思われる。

なお、ここで本稿の検討対象について言及しておきたい。これまで日本における暴利行為は契約の周辺的部分(過剰な違約金や損害賠償額の予定、過剰担保などの不当条項規制)と、契約の中心部分(対価)の双方から論じられてきた。しかし、不当条項規制に関しては、利息制限法や仮登記担保法などの特別法による解決が図られたことや、信義則に依拠した消費者契約法 8 条以下(特に消費者契約法 10 条は不当条項規制の一般条項として機能している)や民法 548 条の 2 第 2 項などの規定が設けられたため、暴利行為とは少し異なる解釈がなされている。また、近年暴利行為の適用領域が不当条項規制などの契約の周辺的な部分から、契約の中心的部分(対価)または契約全体の評価へと軸足が移りつつあるとの指摘もみられるため⁵、本稿では基本的に契約の中心的部分に関する事例に絞り、検討を行うこととする。

² 大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣,1995年)146・225頁以下参照。

³ 川口浩一「新型コロナ・ウイルスと刑法 問題の所在 -ドイツ法との比較を通じて-」法律論叢 93 巻 1 号(2020年)125頁。

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

⁵ 武田直大「日本法における暴利行為論と公序良俗」大村敦志責任編集『民法研究第 2 集東アジア編 8』(信山社,2020年)17頁。

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

第2節 日本法における従来の議論

1. 現行民法典における暴利行為論の受容

現在日本の民法典において暴利行為を規定する条文は設けられていないが、判例・学説は従来から暴利行為を民法90条(公序良俗違反)の一類型として認めており、現在も確立された判例法として機能している。しかし、現行民法起草時において、起草者はそもそも暴利行為を想定しておらず、議論されたのはもっぱら「公ノ秩序」と「善良ノ風俗」の内容や、前者の文言を削除するか否かであり、90条の適用範囲についてもかなり限定的に考えられていたとの指摘がなされている⁶。

その後、学説において起草者の理解から離れ、公序良俗規範は個人の意思を制限する例外ではなく、法を支配する根本理念であり、契約自由もその枠内でのみ認められるものにすぎないとする見解が主張された(いわゆる根本理念説)⁷。このような見解を背景に、ドイツ民法(以下BGB)138条2項を参照した上で「他人の無思慮窮迫に乗じて不当の利を博すること」を公序良俗違反の一類型として挙げる学説があらわれた⁸。また、当時の教科書においても同様にBGB138条2項を参照した上で「相手方の困窮、無経験又は浅慮に乘じ給付に付き過分の対価を約せしめたる時」に民法90条の適用を認める立場が確認されている⁹。

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

そして、暴利行為のリーディングケースとされる大判昭和9年5月1日民集13巻875頁では、金銭消費貸借契約において貸金債権が返済されない場合に貸金額の倍額に近い生

⁶ 大村・前掲注(2)11頁以下、山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣,2000年)111頁以下。

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

⁸ 我妻栄「判例より観たる『公の秩序善良の風俗』」法学協会雑誌41巻5号(1923年)143頁。

⁹ 曄道文芸『日本民法要論第1巻総論(第5版)』(弘文堂書房,1923年)352頁。

¹⁰ 石田文次郎「暴利行為と民法第九十条」法学論叢32巻3号(1935年)696頁。

命保険解約返戻金を受け取るという内容の特約がなされた事案につき、大審院は「他人ノ窮迫輕卒若ハ無經驗ヲ利用シ著シク過当ナル利益ノ獲得ヲ目的トスル法律行為ハ善良ノ風俗ニ反スル事項ヲ目的トスルモノニシテ無効ナリト謂ハサルヘカラス」として本件特約を民法 90 条によって無効とした(伝統的な暴利行為定式)。なお、同判決が「公の秩序又は善良の風俗」に反すると判断せず、「善良の風俗に反する」として良俗に暴利行為の根拠を求めたのは、BGB138 条 2 項の規定にならって解釈を行った結果と指摘されている¹¹。

以上のような定式が示された後、暴利行為は売買、消費貸借・貸借借・使用貸借、雇用、委任など広範な契約類型に適用されたが、主に金銭消費貸借契約における過剰な利息や違約金、代物弁済予約などの契約の周辺部分に関して適用されたとの指摘がある¹²。なお、これらの領域は後に特別法による解決が図られている¹³。

また、1960 年代から 2000 年代にかけてホステス保証の事例¹⁴や、学納金返還訴訟の事例¹⁵において、優越的地位が利用された場合に暴利行為を認める事例があらわれており、当時一連の裁判例が暴利行為の大きな活動領域となっていたとの指摘がある¹⁶。なお、これらの事例は、いずれもその後最高裁において否定事例があらわれたため¹⁷、下級審においても暴利行為が認められる事例が減少した。

2. 従来の学説

初期の学説としては、ドイツを中心とした比較法によって暴利行為の解釈を試みようとする見解が散見されるが、暴利行為における各要件の認定が難しく、取引の安全を害するおそれがあることから、もっぱら社会政策的な規定として理解する立場や¹⁸、暴利行為の制度趣旨を暴利者の不徳な行為の処罰ではなく損失者の利益の回復と捉え、暴利行為を当事者の衡平を図る規定として理解する立場¹⁹、民事上の暴利行為の事例に加え、刑事における暴利取締令が争われた事例を参照しつつ、暴利行為及び暴利取締令の基準となる

¹¹ 野田良之「判批」判例民事法研究会『判例民事法昭和 9 年』(有斐閣,1941 年)218 頁、松本暉男「判批」柚木馨,谷口知平,加藤一郎編集『判例演習(民法総則)』(有斐閣,1963 年)72 頁。

¹² 大村・前掲注(2)347 頁以下。

¹³ 消費貸借契約上の過剰な利息や賠償額の予定は利息制限法 1 条及び 4 条により利息制限法の制限を超過する限度で無効とされるが、年利が 109.5%を超える場合は貸金業法 42 条により金銭消費貸借契約の全体が無効となり、出資法 5 条による処罰の対象となる可能性がある。また、代物弁済予約については仮登記担保法 3 条 1 項により債権者の清算義務が認められるため原則有効であると解されている。

¹⁴ 東京地判昭和 39 年 12 月 17 日判時 401 号 5 頁、大阪地判昭和 53 年 5 月 19 日判タ 370 号 114 頁、大阪高判昭和 56 年 5 月 13 日判タ 454 号 97 頁など。

¹⁵ 大阪高判平成 16 年 9 月 10 日判時 1882 号 44 頁。

¹⁶ 大村・前掲注(2)334 頁。

¹⁷ ホステス保証に関しては最判昭和 61 年 11 月 20 日判時 1220 号 61 頁。学納金返還訴訟に関しては最判平成 18 年 11 月 27 日民集 60 卷 9 号 3597 頁。

¹⁸ 谷口知平「比較法制上より観たる暴利契約(二)完」法学論叢 28 卷 4 号(1932 年)128 頁。

¹⁹ 柳川真佐夫「暴利契約の研究序説(二)完」法曹会雑誌 11 卷 4 号(1933 年)73 頁。なお、柳川は民法 90 条ではなく、民法 96 条の解釈によって暴利契約を検討すべきと主張している。

「暴利」の概念を法律的に決定することが困難であると指摘する立場²⁰など、様々な見地から暴利行為の制度趣旨や要件・効果の検討がなされていたことが確認できる。

その後、仮登記担保法などの立法による対応で暴利行為の適用領域が減少した際には、公序良俗といった一般条項は新しい法的処理・判断が形成される橋渡しの役割を担っており、暴利行為も過渡期における救済手段だったとみる立場もある²¹。これに対して、1980年代に「現代的暴利行為」として危険転化型(ホステス保証)、過剰担保型(拘束性預金)、不当勧誘型(ねずみ講、現物まがい取引)を新たに暴利行為論に取り込む動きがあらわれた²²。そして、現代的暴利行為の問題領域を取り込むことによって、より広範な暴利行為の適用を模索する見解があらわれた。

代表的な見解は、暴利行為を契約正義の一内容として給付の均衡法理から捉え、当事者の「関係・状況」と「利得」の大きさを中心的ファクターとして相関判断し、「意図の悪性」や「意思の抑圧」は付随的ファクター、行為の「反社会性」が顕著な場合は考慮対象に含むとした総合的判断を提案している²³。また、現代的暴利行為については①既存の関係を利用して過大な利益を得るタイプ(ホステス保証や不動産売買契約など)、②不当な勧誘手段により契約を締結し利益を得るタイプ(先物取引、ネズミ講・マルチ商法など)、③不当な付随条項(解約手数料など)の3つに分けられるとしている²⁴。そして暴利行為の適用領域については3つの型の特性に合わせて、異なるファクターにウエイトを置くことを提案しており、⑦過剰な違約金や代物弁済予約のような「付随条項規制」は条項自体の妥当性が最重要視され、④「関係状況濫用規制」については利得の大きさと関係・状況の存在が問題にされるとし、⑧特別な関係や状況がない「暴利行為規制」に関しては関係・状況に代わって、意図の悪性や意思の抑圧が重視されるとしている²⁵。

また、契約自由に介入することが正当化されるためには、それが個人の基本権を他人による侵害から保護する国家の義務を果たすためでなければならないとし、暴利行為の主観的要件は暴利行為者による相手方の契約自由の侵害、客観的要件を財産権などの基本権侵害とし、対立する基本権間の衡量の中で、国家による介入が許される範囲が決定されるとする見解がある²⁶。

さらに、直接的な暴利行為の解釈論ではないが、合意の瑕疵の拡張理論からは、従来の錯誤・詐欺・強迫の枠組みでは捉えきれない要素がある場合、契約締結過程の諸事情を累積的

²⁰ 斎藤英夫「民事の暴利と刑事の暴利(二)完」民商法雑誌 18 卷 3 号(1943 年)244 頁。

²¹ 後藤昌夫「暴利行為と公序良俗違反」半田正夫編『現代判例民法学の課題』(法学書院,1988 年)82 頁。

²² 米倉明「法律行為(二九)」法教 72 号(1986 年)60 頁。

²³ 大村・前掲注(2)364 頁。なお、その後大村は『消費者法 [第 4 版]』(有斐閣,2011 年)117 頁において、暴利行為はあくまで契約内容に着目した法理だが、立法論としてはオランダ法の「状況の濫用」のように交渉力不均衡のみに着目して契約の効力を否定する規定を設けることが望ましいとして、窮迫・軽率・無経験に乗じる要素を優越的地位の利用に置き換え、利得の大きさという客観的要件についてはむしろ適用の制約となっていると主張している。

²⁴ 大村・前掲注(2)362 頁。

²⁵ 大村・前掲注(2)365 頁以下。

²⁶ 山本敬三『民法講義 I 総則【第三版】』(有斐閣,2011 年)275 頁以下、山本・前掲注(6)73 頁。

に考慮して契約の効力を検討するとして「合わせて一本」論が提唱されており、この合わせ技には①錯誤・詐欺・強迫の「合わせて一本」と、②成立上の問題と内容的不当性の問題の「合わせて一本」という2つのタイプが考えられるとする見解がある²⁷。そして、この合わせて一本論という考え方を公序良俗違反に引き付けて「合わせ技的公序良俗違反」として捉える見解もみられる²⁸。

その他、契約当事者間の交渉力の格差を重視し、手続的非良心性(契約交渉過程の悪辣さ)と実体的非良心性(非合理・過酷な契約であること)を要件とするイギリス法の非良心性取引の法理で処理する方が適切だとする見解もあり、認定が困難な主観的要件については不当威圧の法理を借用して推定を認めるべきだとしている²⁹。

3.近時の判例及び裁判例の傾向

従来暴利行為は、主に過剰な担保や違約金、解除に関する契約の周辺部分に関して適用されたが、これらの領域は特別法による解決が図られており、それに加えて消費者契約法8条以下や民法548条の2第2項³⁰の定型約款に関する不当条項規制などによる立法措置が図られた。そのため現在では、消費者取引や投資取引、既存の関係を利用して過大な利益を得る契約が主な適用領域とされている³¹。

このような適用領域の推移に応じて、代物弁済予約や過剰な違約金などの契約の周辺的な部分から、近時の裁判例では対価、つまり契約の中心的部分または契約全体の評価へと軸足が移りつつあるとの指摘がある³²。例えば、買主宅に夜間に突然訪問し、執拗な勧誘の末、北海道の原野を時価の100倍で売りつけた事案³³や、うつ病により判断力が低下している者の有する10億円分の株式を、1/200以下の価格で売却させた事案³⁴、高齢により判断力が低下している者に、時価700万円の不動産を約2割で売却させた事案³⁵はいずれも暴利行為と認定されている。

要件面に関しては、これまでの主観的要件にとらわれず、下級審をはじめに従属状態・抑圧状態・判断力低下などにつけ込まれる事例や³⁶、雇用時の優越的地位を利用し、本来

²⁷ 河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察(4)」NBL472号(1991年)41頁。

²⁸ 加藤雅信『新民法体系I 民法総則 第2版』(有斐閣,2005年)235頁。

²⁹ 及川光明「イギリス契約法における非良心的取引行為—暴利行為認定の拠所として—」山形大学法政論叢4号(1995年)24頁以下。

³⁰ **民法548条の2第2項(定型約款の合意)**

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

³¹ 武田・前掲注(5)16頁以下。

³² 武田・前掲注(5)17頁。

³³ 名古屋地判昭和57年9月1日判時1067号85頁。

³⁴ 東京地判平成23年1月19日金判1383号51頁。

³⁵ 東京地判平成24年5月24日(LEX/DB 文献番号 25494487)。

³⁶ 山本敬三「法律行為通則に関する改正の現況と課題」法時86巻1号(2014年)15頁。

支払う義務のない金銭の支払いを強制されたとして公序良俗違反が認められる事例など³⁷、拡大傾向にあるといえよう。

客観的要件については、低額あるいは高額な対価、高額な利息だけでなく、本来であれば負担する必要がない債務を負わされた場合などが認定されており、「著しく過大な利益」という定式というよりも、被暴利者が不当な不利益を受けたとする方が実質に即しているとの指摘がある³⁸。また、本来片務・無償契約である死因贈与契約においても、同当事者間において締結された身元保証契約と死因贈与契約を一体と解することで対価関係があるとして暴利行為を認めた事例³⁹があり、こちらも拡張傾向にあるといえよう。

4.近時の学説

近時の学説としては、ドイツの暴利行為論を取り上げる中で、利用要素について利用を利得者の非難可能性へと読みかえつつ、その内容を意図的な利用と並び、重過失による無意識的利用も含まれるとし、主観的要件を拡張し得ると主張する見解がある⁴⁰。

また、不当な内容ないし取引態様の契約を無効とする事例については暴利行為よりもアメリカ法における非良心的取引と解する方が妥当だとする立場や⁴¹、オランダ法における状況の濫用法理を手がかりに、不当威圧型の事例においては著しい不均衡を求めず、一定の状況が利用されたことをもって契約を取消すことが望ましいとする立場があらわれている⁴²。

ユニドロワ国際商事契約原則やヨーロッパ契約法原則などの国際的なモデル準則を参照する立場は、要件に関してユニドロワ国際商事契約原則が「従属関係、経済的困窮、緊急の必要、思慮の浅さ、無知、無経験、交渉技術の欠如」を、ヨーロッパ契約法原則が「従属、信頼関係、経済的困窮、緊急の必要、無思慮、無知、無経験、交渉技術の欠如という事情の認識(可能性)」という非常に広範な事情を取り込んでいる点を挙げ、主観的要件についてより一層の拡張・柔軟化が必要であると評価しつつ、効果に関しては、取消しに限らず契約の改訂を認める点について大胆なアイデアであると評している⁴³。

³⁷ 静岡地判平成 25 年 8 月 9 日(LEX/DB 文献番号 25501645)。

³⁸ 松岡久和,松本恒雄,鹿野菜穂子,中井康之編『改正債権法コンメンタール』(法律文化社,2020 年)42-45 頁【山本敬三執筆】。

³⁹ 名古屋高判令和 4 年 3 月 22 日(LEX/DB 文献番号 25592408)。

⁴⁰ 堀川信一「暴利行為論における利得者側の主観的要件について ドイツにおける議論を参考に」大東法学 19 卷 1 号(2009 年)341 頁以下。その他近年のドイツ暴利行為論を取り上げた研究として小野秀誠「ドイツ法における暴利規定の生成と展開」岡本裕樹他編『民法学の継承と展開 中田裕康先生古稀記念』(有斐閣,2021 年)161-183 頁、比嘉正「ドイツにおける暴利行為論の系譜」高須順一他編『民法学の伝統と新たな構想 (宮本健蔵先生古稀記念)』(信山社,2022 年)29-54 頁。

⁴¹ 内田貴『民法 I 総則・物権総論 [第 4 版]』(東京大学出版会,2008 年)286 頁。

⁴² 内山敏和「オランダ法における状況の濫用(1)ー我が国における威圧型不当勧誘のために」北海学園大学法学研究 45 卷 3 号(2009 年)466 頁以下、同「威圧型不当勧誘を巡る近時の立法論的動向」北海学園大学法学研究 52 卷 4 号(2017 年)458 頁以下。

⁴³ 山本豊「展開講座現代契約法講義(7)契約の内容規制(その 1)暴利行為論」法教 338 号(2008 年)98-104 頁参照。

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

近年の裁判例を検討した上で、「暴利行為の判断において、判断力の低下など、法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることにつけ込んで、相手方の意思決定の自由を奪う点を問題視しているのではないか」とし、「少なくとも現代的暴利行為においては、他方当事者の『著しく過当』な利益の獲得といった点は、相手方の不合理な判断や他方当事者の不当な介入を基礎づける要素にすぎず、相手方の意思決定過程における他方当事者の不当な介入という点こそが本質的な問題点」とする見解⁴⁴や、イギリス法における非良心的取引と不当威圧の議論を参照した上で、「相手方の判断力、知識、経験の不足、その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的判断することができない事情があることを利用して、あるいは、相手方に対する自己の影響力のために相手方が法律行為をするかどうかを主体的に判断することができない事情があることを利用してなされた法律行為は取り消されうる。契約内容が一方のみが著しく過大な利益を得、又は一方のみが著しく過大な不利益を与えるものとなっている場合には、利用があったものと推定する」との規定を置くことで、暴利行為論の要件を再構成し、脆弱な消費者を市場に包摂しながら保護し得るとする見解が示されている⁴⁵。

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

以上までの議論から明らかなように、当初 BGB138 条 2 項を参照した上で展開された伝統的な暴利行為定式は、要件が限定的だったという点からも代物弁済予約など主要な適用領域を失った後には、民法上の契約無効原因として注目されなくなったといえよう。

しかしその後、優越的地位が利用される場合や消費者契約など新たな適用領域を得ることによって、現代的暴利行為として各要件の拡張や関連判断を認めるなど、弾力的な判断構造が学界から提案されることとなった。そして近年はそこからさらに進み、主観的要件の意義を強調することで、必ずしも「暴利」とは言えないような場合でも暴利行為として認めるべきだとの主張があらわれている。

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

⁴⁴ 後藤卷則「公序良俗規定の意義と機能」安永正昭、鎌田薫、能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅰ 総論・総則』（商事法務、2018年）345頁以下。

⁴⁵ 菅富美枝『新消費者法研究 脆弱な消費者を包摂する法制度と執行法制』（成文堂、2018年）201頁以下。

第3節 民法(債権法)改正及び消費者契約法改正における議論

1.民法(債権法)改正検討委員会による提案

法制審議会民法(債権関係)部会に先立ち、鎌田薫委員長と内田貴法務省参与(当時)が中心となった民法(債権法)改正検討委員会は、「債権法改正の基本方針」において以下のような暴利行為の明文規定を提案した⁴⁶。

【1.5.02】(公序良俗)

〈1〉公序または良俗に反する法律行為は、無効とする。

〈2〉当事者の困窮、従属もしくは抑圧状態、または思慮、経験もしくは知識の不足等を利用して、その者の権利を害し、または不当な利益を取得することを内容とする法律行為は、無効とする。

以上の提案に関しては、「本提案〈2〉では、この公序良俗の一般原則を具体化したものとして、暴利行為に相当するものを明文化する」としており、本提案〈2〉は「現代的暴利行為論の主張に従い、意思決定過程に関する主観的要素と法律行為の内容に関する客観的要素を考慮することにより、法律行為の無効という効果を認める規定を新設する」との説明がなされている⁴⁷。

具体的な要件の内容について主観的要素は伝統的な定式に加え、「従属もしくは抑圧状態」、「知識の不足」が付け加えられている。従属・抑圧状態が追加されたのは近年の下級審の傾向への対応であり、知識の不足が加えられた理由としては「情報・交渉力の格差を利用して不当な契約をさせる場合も対象とするため」としている。また、客観的要素に関しては従来の著しく過当な利益という定式から、「その者の権利を害し、不当な利益を取得すること」という形で拡張・緩和が図られており、「主観的要素がそなわる程度が大きければ大きいほど、当事者が自由に決めたとはいいがたくなり、そのような場合は、現代的暴利行為論が説くように、「いちじるしく過当」とまではいえなくても、「不当」といえる程度の利益を取得することが内容とされていれば、法律行為の効力を否定しても良いと考えられる」として、現代的暴利行為の相関判断の影響が反映された形で提案がなされている⁴⁸。

2.法制審議会民法(債権関係)部会における議論

債権法の大改正が行われた平成29年改正民法(平成29年法律44号)の法制審議会民法(債権関係)部会では、暴利行為の明文化が議論され、中間試案においては民法90条2項として暴利行為規定の新設が提案されていた。しかし、結果として適切な要件化についてコンセンサスが形成できず、濫用の危険性が指摘されたため此度の改正での明文化は見送ら

⁴⁶ 民法(債権法)改正検討委員会『詳解・債権法改正の基本方針 I 序論・総則』(商事法務,2009年)50頁。

⁴⁷ 民法(債権法)改正検討委員会・前掲注(46)51頁。

⁴⁸ 民法(債権法)改正検討委員会・前掲注(46)52頁。

れた。その審議過程においては、有力な学説や近年の裁判例を踏まえた暴利行為の要件化が検討されているため、以下その内容について概観する。

法制審議会においては、大きく①暴利行為の明文化の可否と、②伝統的な暴利行為の要件を近年の裁判例の動向にあわせて見直すべきかという点が議論された⁴⁹。まず明文化に関しては、多くの委員が一般条項である民法 90 条の予測可能性を高めるという観点から賛成していたことに対し、経済活動の委縮や濫用のおそれがあるとして反対する意見もみられた⁵⁰。また、要件の見直しについては、近年の裁判例を踏まえて主観的要素に相手方の知識の不足・従属状態・抑圧状態の利用を追加すべきという意見⁵¹や、客観的要素に相手方の権利を侵害することを追加すべきとする意見⁵²などがあった。

なお、暴利行為のほかに、「状況の濫用」や取締法規に違反する法律行為のうち公序良俗に反するものなども検討すべきという意見がみられたが⁵³、これらの類型に関しては「まだ具体的な立法提案が示されていない」⁵⁴として、検討は見送られた。

これらの内容を受け、中間試案では次のような提案が示された⁵⁵。

第 1 法律行為総則

2 公序良俗(民法第 90 条関係)

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

中間試案は、主観的要素を相手方の困窮、経験の不足、知識の不足と例示しつつ、「その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることを利用」することと主観的要素が一般化されているため、主観的要素の拡大が志向されているとの指摘がある⁵⁶。

中間試案後、各委員の妥協点が模索される中で、「当事者の一方に著しく過大な利益を得させ、又は相手方に著しく過大な不利益を与える契約は、相手方の窮迫、経験の不足その他の契約についての合理的な判断を困難とする事情を不当に利用してされたものである

⁴⁹ 審議経緯については、桑岡和久「債権法改正立法資料集成(2)暴利行為」民商法雑誌 155 巻 2 号(有斐閣,2019 年)389-435 頁。以下、法制審議会民法(債権関係)部会資料は部会資料○○とし、法制審議会民法(債権関係)部会議事録は第○○会議事録とする。

⁵⁰ 第 10 回議事録 4 頁(那須野太関係官)、第 30 回議事録 30 頁以下(佐成実委員)。

⁵¹ 第 64 回議事録 10 頁(山本敬三幹事)、同 11 頁(大村敦志幹事)。

⁵² 第 22 回議事録 46 頁(山本敬三幹事)。

⁵³ 第 10 回議事録 7 頁以下(松本恒雄委員)、第 22 回議事録 46 頁(岡正晶委員)。

⁵⁴ 民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理の補足説明 213 頁以下。

⁵⁵ 民法(債権関係)の改正に関する中間試案 1 頁。

⁵⁶ 後藤卷則・前掲注(44)321 頁。

ときに限り、無効とする」と規定する甲案⁵⁷と、公序良俗違反ないし暴利行為を判断する上での考慮要素を規定するにとどめるとする乙案⁵⁸が検討された。

甲案に関しては、従来の裁判例が客観的要素と主観的要素を相関的に考慮して救済を図ってきたところ、甲案は客観的要素に著しい過大性を要件とするため、法発展の阻害となりかねないとする意見⁵⁹や、ここまで限定的な規定を設けるのであれば、明文化を断念して判例・学説による発展に委ねるべきとする意見⁶⁰がみられた。そして乙案に関しては積極的な支持はみられず、乙案は暴利行為準則が国民にとって一層わかりにくくなるとの意見や⁶¹、考慮要素を提示することでかえって民法 90 条の一般条項としての機能を妨げるおそれがあるとする意見が示され⁶²、その後「規律の内容を直接示さずに、考慮要素のみを定める条文は異例であり、一般国民からみてその明確化に資するかは疑問がある」⁶³との理由によって廃案となった。

以上までの検討の結果、暴利行為の明文化に関しては「その要件が限定的に過ぎるといった観点からの指摘がある一方で、逆に要件が緩やかに過ぎ濫用のおそれがあるとの指摘もあった(ため、)…明文化すべき適切な要件についてはなお意見対立があり、合意形成が困難な状況にあると考えられることから、取り上げない」こととされた⁶⁴。

此度の改正において明文化が見送られたことによって、暴利行為はこれまで形成されてきた判例法が維持されることとなった。今後も引き続き暴利行為の要件をどのように捉えるかは課題とされる。債権法改正後も、学界を中心に暴利行為規定の明文化に肯定的な立場が多くみられるが⁶⁵、従来の判例法の理解や重視する要素について必ずしも共通認識があるとはいえないだろう。

3.消費者契約法と暴利行為

先の債権法改正において暴利行為の民法上の明文化は見送られたが、民法の一部を改正する法律案に対する附帯決議⁶⁶において、「情報通信技術の発達や高齢化の発展を始めとした社会経済状況の変化による契約被害が増加している状況を踏まえ、他人の窮迫、軽率又は無経験を利用し、著しく過当な利益を獲得することを目的とする法律行為、いわゆる

⁵⁷ 部会資料 80B・1 頁。なお、部会資料 73B・12 頁と部会資料 78B・1 頁に示されている甲案は文末が「ときに」と規定されており、部会資料 80B の甲案において「ときに限り」という文言に変更された。また適用対象についても前者が「法律行為は」としていることに對し、後者は「契約は」に変更されている。

⁵⁸ 部会資料 73B・13 頁、部会資料 78B・1 頁。

⁵⁹ 第 88 回議事録 6 頁以下(松本恒雄委員)。

⁶⁰ 第 92 回議事録 2 頁以下(潮見佳男幹事)。

⁶¹ 第 82 回議事録 28 頁(岡田ヒロミ委員)。

⁶² 第 82 回議事録 34 頁(山本敬三幹事)。

⁶³ 部会資料 80B・3 頁。

⁶⁴ 部会資料 82-2・1 頁。

⁶⁵ 例えば、大村・前掲注(1)93 頁、山本・前掲注(38) 40 頁以下、伊藤進監修『改正民法【債権法】における判例法理の射程』(第一法規,2020 年)15 頁以下【長坂純執筆】、後藤卷則・前掲注(44)348 頁。

⁶⁶ 第 193 回国会参議院法務委員会議録 14 号 37 頁以下。

『暴利行為』は公序良俗に反し無効であると規定することについて、本法施行後の状況を勘案し、必要に応じ対応を検討すること」が求められるなど、暴利行為は今後とも重要な立法課題として残されているといえよう。

この点、先の法制審議会での議論は暴利行為と同種の問題状況に対応する消費者契約法の改正の議論に一部引き継がれ、かつて公序良俗違反や暴利行為によって処理された事例が消費者契約法の規定に取り込まれている⁶⁷。以下その内容について概観する。

(1)2016年改正法(過量契約取消権)

当初、消費者契約法調査会では暴利行為の伝統的定式を示した大判昭和9年5月1日民集13巻875頁を参考に、消費者契約における暴利行為を明確化する案と、暴利行為とは別に判断力の不足・知識の不足・経験の不足等の事情のある消費者が契約を締結した場合についての取消しまたは契約の解除を設ける案が検討された⁶⁸。

この点、消費者契約においては暴利行為とは別に、消費者に不必要な契約の締結に対応する規定を設けるべきだという観点から、後者を支持する立場が優位となり⁶⁹、2016年に成立した「消費者契約法の一部を改正する法律(平成28年法律第61号)」において、不必要な契約の典型例の1つである過量契約の取消権が設けられた。

消費者契約法4条4項

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

⁶⁷ 宮下修一,寺川永,松田貴文,牧佐智代,カライスコスアントニオス著『消費者法(有斐閣ストゥディア)』(有斐閣,2022年)108頁以下。

⁶⁸ 消費者契約法専門調査会第9回【資料1】11頁。

⁶⁹ 後藤卷則「暴利行為と消費者契約法」瀬川信久先生吉田克己先生古稀記念『社会の変容と民法の課題上』(成文堂,2018年)121頁。

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

その後消費者契約法専門調査会は、さらに個別的な消費者被害に対応する取消権の検討を行った。その結果、①不安をあおる告知(消費者契約法4条3項3号)、②デート商法を典型とする人間関係の不当な利用(消費者契約法4条3項4号)、③加齢等による判断力の低下の不当な利用(消費者契約法4条3項5号)、④靈感等による知見を用いた告知(消費者契約法4条3項6号)などが、2018年度に成立した「消費者契約法の一部を改正する法律(平成30年法律第54号)」において新たな取消権として新設された。特にこれらの類型は従来公序良俗違反や暴利行為によって契約が無効とされてきた事例だが⁷⁰、新設された消費者契約法の規定では契約内容について、著しい給付の不均衡という要素が求められていない点で大きな違いがある。

これらの規定が新設された後も「消費者が合理的な判断をすることができない事情を不当に利用して、事業者が消費者を勧誘し契約を締結させた場合における取消権(いわゆるつけ込み型勧誘に対する取消権)の創設について、要件の明確化等の課題を踏まえつつ検討を行い、本法成立後二年以内に必要な措置を講ずること」⁷¹とする附帯決議が付された。

消費者契約法4条3項3号

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

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

消費者契約法4条3項4号

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

消費者契約法4条3項5号

当該消費者が、加齢又は心身の故障によりその判断力が著しく低下していることから、生計、健康その他の事項に関しその現在の生活の維持に過大な不安を抱いているこ

⁷⁰ 例えば、②については名古屋高判平成21年2月19日判時2047号122頁、③については大阪高判平成21年8月25日判時2073号36頁や東京地判平成30年5月25日判タ1469号240頁、④は名古屋地判昭和58年3月31日判時1081号104頁、大阪高判平成16年7月30日WLJPCA07306001などが挙げられる。

⁷¹ 第196回衆議院消費者問題に関する特別委員会第8号19頁以下、第196回参議院消費者問題に関する特別委員会第6号29頁。

とを知らず、その不安をあおり、裏付けとなる合理的な根拠がある場合その他の正当な理由がある場合でないのに、当該消費者契約を締結しなければその現在の生活の維持が困難となる旨を告げること。

消費者契約法 4条3項6号

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

(3)2022 年改正法案(消費者の判断力に着目した取消権)

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

具体的には、まず「事業者が、(i)消費者の判断力が著しく低下していること、及び、(ii)当該契約が当該消費者の生活に著しい支障を及ぼすことを知らずながら勧誘し、これによって消費者が契約を締結したときは、消費者は契約を取消することができる」⁷²、とする規定が提案された。その後、消費者の判断力を外形から知ることは困難なため、消費者の判断力に関する事業者の主観を要件とすべきではない、または主観的要件の部分は重過失に広げるべきとの意見があったため⁷³、最終的には「(i)消費者が加齢又は心身の故障により判断力が著しく低下していること、(ii)契約が当該消費者の生活に著しい支障を及ぼすものであること、(iii)事業者が(ii)を知らずながら勧誘」したことを要件とした明文化の提案がなされている⁷⁴。

(i)が窮状要素、(ii)が財産的損害、(iii)が(ii)を認識して勧誘したという要件から明らかのように判断構造は暴利行為論を踏襲しているが⁷⁵、立証責任の緩和という観点から事業者が消費者の窮状を認識していたかについては要件に含まれておらず、この点が暴利行為の要件と異なっている。

しかし、「合理的判断ができない事情」の内容が多様であり、これを包括した汎用性のある規定を設けようとする、要件としての抽象度が高くなるため、現時点でつけ込み困惑型を包括した規定を設けることは困難だとの意見が示され⁷⁶、2022 年度の改正についての法制化は見送られた。

同取消権の明文化については、取消権は強い効果と事業者の行為規範としての機能を持

⁷² 第 5 回消費者契約に関する検討会【資料】いわゆる「つけ込み型」勧誘について 8 頁。

⁷³ 第 12 回消費者契約に関する検討会【資料 1】いわゆる「つけ込み型」勧誘について 22 頁。

⁷⁴ 第 12 回消費者契約に関する検討会【資料 1】いわゆる「つけ込み型」勧誘について 24 頁。

⁷⁵ 第 7 回消費者契約に関する検討会議事録 5 頁以下(事務局・福島成洋課長補佐)。

⁷⁶ 第 12 回消費者契約に関する検討会議事録 4 頁(事務局・福島成洋課長補佐)。

つことから、「事業者の予見可能性」とそれを確保する「要件の明確性」をみたすことが必要であり、先の検討会では(ii)の要件について、生活に著しい支障を及ぼすかどうかはそれぞれの消費者の生活状況によって異なるため、取消しを認めるための要件として十分な確定性を備えていないと判断されたと考えられるとの指摘がなされている⁷⁷。

第4節 問題の所在と分析の視点

1.問題の所在

前述の通り、現在日本において暴利行為は公序良俗違反の一類型として判例・学説ともに異論なく認められている。しかし、BGB138条2項を参照して導入された伝統的暴利行為は、現在文字通りに機能しているとはいえないだろう。むしろ近年は、各要件の拡張や相関判断が認められると解するいわゆる現代的暴利行為が有力な支持を得ている。

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

ここで注目すべきは、既に暴利行為が判例法理として認められているにも関わらず、その制度趣旨や要件について見解が一致しなかった点である。その原因としては、各論者によって暴利行為(特に現代的暴利行為)の制度趣旨や要件の捉え方などに幅があり、それらを折衷案としてまとめた結果、これまで蓄積された判例法と整合性がとれなくなったためと考えられる⁷⁸。ここから、そもそもなぜ暴利を貪る契約は無効とすべきなのか、暴利行為の各要件はそれぞれどのような関連性を有しているのかについては、未だ不明確な状況にあることから、その原理的な面に関しては検討の余地が残されているといえよう。

また、現代的暴利行為は一見柔軟な判断構造を提示しているように思えるが、暴利行為が本来想定していなかった事例まで取り込んでしまう危険性を孕んでいる。現代的暴利行為は主観的要件と客観的要件を相関的に考慮して契約の有効性を判断し得るとするが、例えば契約内容としては暴利とまではいえないが、悪質なつけ込みが認められた場合、相関的判断を行うと契約の無効を認めることが可能となる。その他にも、利得者に暴利を貪ろうという意図や窮状や不均衡に対する認識がなかった場合に関しても、著しい不均衡や損失者の窮状が認められたとして契約を無効にしかねない可能性がある。

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

⁷⁷ 第1回消費者法の現状を検証し将来の在り方を考える有識者懇談会【資料5】山本敬三教授説明資料14頁。

⁷⁸ 学説における暴利行為の把握やその射程の認識が一致していなかったことはこれまでも指摘されていた。例えば山本豊「契約の内容規制」山本敬三ほか著『債権法改正の課題と方向—民法100周年を契機として—』別冊NBL51号(1998年)63頁など。

先行研究は判例分析を中心に暴利行為の適用領域や各要件の拡張可能性については言及しているが、なぜ暴利行為は無効とされるのかという原理的問題や、暴利行為はどこまでの要件の拡張が認められるのか、またどのような事例にまで適用が許されるのかという外延の問題について詳細に検討するものは少ない。そこで本稿は、ドイツ法を手がかりに暴利行為の原理面から要件を再検討し、その民法上の機能について明らかにしたい。

2.分析の視点

(1)ドイツ法を検討する意義

本稿はこれらの問題を検討するために、ドイツにおける暴利行為論、特に BGB138 条 1 項を根拠とする準暴利行為(Wucherähnliches Geschäft)⁷⁹の議論を中心に整理・分析を行う。そしてそこで得られた知見をもとに、日本法にどのような示唆が得られるのか検討する。

これまで日本の暴利行為論はその歴史的背景から、ドイツ法の影響を強く受けたものといえるだろう。例えば伝統的な暴利行為定式(昭和 9 年判決)が暴利行為を「公序良俗」ではなく、「善良の風俗」に反すると判示している点や、暴利行為が公序良俗規定の一類型としての位置付けられているのは、ドイツ法における議論が基礎となっており、その影響の強さについて窺い知ることができる。

この点、日本における暴利行為の解釈については、典型的な公序良俗違反のイメージや BGB138 条 2 項のイメージから暴利行為論を解放するため、認識論的切断が必要であるとの見解があるが⁸⁰、後述するように現在ドイツにおける暴利行為論の中心は BGB138 条 2 項ではなく、その拡張類型とされる準暴利行為であり、そこでは主観的要件の緩和や推定準則、適用領域の拡張など、暴利行為論の体系的な位置付けや要件効果について議論が蓄積されている。その他にも、暴利者のつけ込みが観念しにくい事例においては推定準則を認めず、結果として準暴利行為が成立しないとする判例や、給付不均衡が観念できない契約類型について、暴利行為論と類似した判断構造によって良俗違反を導く判例があらわれるなど新たな展開がみられる。

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

⁷⁹ 準暴利行為の他、暴利類似行為と訳出する文献もみられるが、本稿においては準暴利行為という表現に統一して用いることとする。

⁸⁰ 大村・前掲注(2)361 頁以下。

ドイツ法から手がかりを得やすいと考えられる。また、日本の暴利行為は判例法理として明文規定を持たないため、柔軟な解釈を行い得る余地を残しているといえよう。

先行研究は、ドイツ暴利行為論について契約類型毎に取り上げるなど部分的な紹介や検討はなされているが、これらを横断的に分析し、原理面と要件面を総合的に検討したものはみられない⁸¹。このような観点からドイツ法を検討することは、ドイツ法における近年の議論の紹介にとどまらず、日本の暴利行為論に新たな検討材料を加えるという点で意義があると思われる。

(2)本稿の構成

以上までの内容を踏まえ、本稿では次のような構成で検討を行う。

まず第2章では、BGB138条2項がドイツ民法に組み込まれた歴史的背景を確認した上で、同規定が抱える限界について言及する。次に第3章では準暴利行為が導出された経緯や、準暴利行為を中心としたドイツ暴利行為論の展開について判例及び学説の分析を通じて検討する。続けて第4章では、給付不均衡が観念できないようなケースについて判例が暴利行為の判断構造と類似した形で契約の無効を認めている点や、暴利行為とこれらの判例が契約におけるつけ込みに対する非難として良俗違反を導いている点について分析を行う。そして第5章は、これまでの検討を踏まえ、ドイツ法における暴利行為論の全体像を素描し、そこから得られる日本法への示唆について検討する。最後に、第6章では、以上の考察をまとめるとともに、本稿では明らかにできなかった課題を示す。

⁸¹ フランス・ドイツを中心に比較法研究を行った大村は、大村・前掲注(2)146頁以下において、当時のドイツ暴利行為論の「重要な部分のみを切りとって検討しているに過ぎ(ず)」、「特に、ドイツの一三八条二項関係の判例分析は、日本との比較にとって重要であるが、これが全く不十分であることを認めなければならない」としている。また225頁においても「特に、類似の暴利行為規範を持つ日独両国の比較のためには、ドイツについても可能な限り多くの裁判例を集めて事案の特色に配慮しつつ分析を行う必要がある」ことを再度確認している。

第2章 ドイツ法における暴利行為論の始点

第1節 給付均衡法理の史的沿革

ドイツ法の暴利規制の出発点となるのは、ローマ法における莫大損害や十二表法による利息制限、カノン法(ius canonicum)における正当価格理論や徴利禁止をはじめとした給付均衡法理とされており、これらの法理は高額な代金など利息以外の対価を対象とする物的暴利(Sachwucher)と、高額な利息を対象とする利息暴利(Zinswucher)の2つの方向性から論じられている⁸²。

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

1. 莫大損害(Laesio Enormis)

ローマ法における物的暴利の起点は莫大損害とされている。莫大損害とは目的物の実際の価値の半額以下で取引が行われるなど、給付と反対給付の著しい不均衡が認められた場合、そののみによって契約の解消または修正を認める法理であり、ディオクレティアヌス帝によって発布された勅法集第4巻第44章第2法文(C.4.44.2)と第8法文(C.4.44.8)がその起源とされている⁸³。

具体的な規定内容としては下記の通りである⁸⁴。

C.4.44.2

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

⁸² ドイツでは暴利行為の史的沿革をローマ法・カノン法における物的暴利と利息暴利に分けて整理する文献が多く、例えば Klaus Rühle, *Das Wucherverbot -effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?-,* (Duncker & Humblot, 1978), S.25f; Andreas Lutz, *Wucherähnliche Verbraucherdarlehens- und Arbeitsverträge : Analyse zweier Anwendungsfelder des Paragraph 138 Abs. 1 BGB unter besonderer Berücksichtigung vertragsspezifischer Schutzbedürftigkeit,* (Duncker & Humblot, 2021), S.17ff などが挙げられる。

⁸³ Christoph Becker, *Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik: Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB,* (Heymanns, 1993), S.1.なお、莫大損害の具体的な内容やその後の展開については、Wolfgang Georg Schulze, *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte,* (Münster, 1973), S. 27f や、堀川信一「莫大損害の史的展開(1),(2),(3)完」一橋法学3巻2号(2004年)387-422頁,同3巻3号(2004年)349-379頁,同4巻1号(2005年)189-229頁、石部雅亮「契約の自由と契約正義(一)」法学雑誌30巻3・4号596頁以下が詳しい。

⁸⁴ 以下の法文訳は田中実「継受ローマ法をめぐるクリスティアン・トマジウスの理論と実務 契約に対する実質的コントロール」法と政治36巻3号(1985年)101頁以下を引用した。

C.4.44.8

もし汝の意図により、息子が汝の土地を売却したのであれば、その売却が無効とされるには買主の狡猾さと陰謀による詐欺が証明されるか、死の恐怖ないし、切迫した身体上の苦痛が明らかとされなければならない。つまり、土地が幾分安く売却されたことを示すだけでは、売買を取消すのに不十分である。安く買いたいと願う買主と、高く売りたいと願う売主が売買契約により多くの交渉の末ようやく次第に売主は望んでいた価格を引き下げ、買主は示していた価格に付け加えることにより一定の価格に同意するという売買契約の本質から考えれば、通常、売買契約を保護する審議は害されないし、直ちに売買交渉が成立した場合であったとしても合意により締結された契約を取消す理由はない。しかし、もし、売買時の正当な価格の半分以下しか与えられていなかったならば、すでに(C.4.44.2で)買主に与えられている選択によって補償されるべきである。

両規定は全ての物的暴利を対象とするものではなく、土地売買において土地が安く買いたたかれた場合のみに認められており、今日の前野商法など二束三文の土地を市場価格以上の値段で売買するような契約は対象とならないと考えられる。また、これらの規定の文言上に示されている通り、莫大損害は純粋な給付均衡法理として捉えられており、何ら主観的要件を要さない点で暴利行為と大きく異なるといえよう⁸⁵。

2.十二表法(Lex duodecim tabularum)による利息制限

ローマ法における利息制限の起源は十二表法とされており、第8表18aは「何人も12分の1以上の割合で利息をかけてはならない」と規定していた⁸⁶。その後共和制末期には年12%、ユスティニアヌス帝の時代では後述するキリスト教に基づく *usura* の影響によって利息が引き下げられ、利息は原則年6%、借主が上級階級であれば4%、商人は8%の特別利率が定められるなど多様な利息制限の制度が設けられたとされている⁸⁷。

3.正当価格(justum pretium)

正当価格(あるいは公正価格)は、物には正当な価格があるため、本来の価格より高価に、あるいは安価で物を売買することはそれ自体が不正であるとした理論であり、アリストテレスの正義論を踏まえて神学的観点から発展させたトマス・アクィナスによって提唱された⁸⁸。しかし、トマス・アクィナスは同時に正当価格が厳密に確定されないことを認めており、物の価格はその物に対する社会全体の需要などの評価に依存するものであることから、時として僅少な付加もしくは減少は正義の均等を取り去らないとしている⁸⁹。

⁸⁵ Becker, a.a.O. (Fn.83), S.42.

⁸⁶ 法文訳は久保正幡先生還暦記念出版準備会編『西洋法制史料選1 古代』(創文社,1981年)23頁を引用。

⁸⁷ 西本穎『利息法史論』(有斐閣,1937年)17頁以下、小野秀誠『利息制限法と公序良俗』(信山社,1999年)66頁以下参照。

⁸⁸ 森岡邦泰「トマス・アクィナスの経済論-公正価格を中心に」『経済学史学会年報』31巻(1993年)47頁以下参照。

⁸⁹ トマス・アクィナス著、稲垣良典訳『神学大全第18冊』(創文社,1985年)370頁以下参照。

4. 徴利禁止(usura)

聖書では徴利を禁止する記述が多くみられ、例えば出エジプト記 22 章 24 節では「もし、あなたがわたしの民、あなたと共にいる貧しい者に金を貸す場合は、彼に対して高利貸しようになってはならない。彼から利子を取ってはならない」としており、レビ記 25 章 37 節においても「その人に金や食糧を貸す場合、利子や利息を取ってはならない」と記されている⁹⁰。これらの聖書の箇所を論拠として、カノン法は 325 年のニカエア公会議において、聖職者が利息を徴収することを禁じ、その後 1139 年の第 2 次ラテラン公会議、1179 年の第 3 次ラテラン公会議では、利息の徴収を禁じることは普遍的な法であるとして一般的な徴利禁止の規制が行われた⁹¹。

トマス・アキナスも徴利について、「貸した金のゆえに利子を受け取ることは、それ自体として不正なことである。なぜなら、存在しないところのものが売られるからであり、それによって明白に、正義に反対・対立するところの、不均等が成立する」ため、貸した金額と別に利子を受け取ることは金銭の交換を容易にするという本来の目的から逸脱するとしている⁹²。

5. ドイツ法への継受

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

まず物的暴利に関しては、16 世紀・17 世紀にラント法・都市法において莫大損害が認められ、その適用領域も従来の土地売買だけでなく売買や賃貸借、和解など拡張されている。18 世紀ではプロセイン一般ラント法において莫大損害の規定が存在したが、錯誤の推定を行うとの内容となっており、ローマ法における莫大損害とは異なる形で明文化されている。そして 19 世紀後半においては自由主義的な観点から莫大損害の規定については廃止される傾向がみられた⁹³。

また、利息暴利についてはカノン法の影響により全面的に利息をとることが禁止とされていたが、16 世紀以後は帝国警察条例(Reichspolizeiordnungen)をはじめに利息禁止ではなく、利息を制限する法規制がなされており、これらの刑事罰を伴う利息規制が暴利行為規制のはしりとなったという指摘がある⁹⁴。その後、19 世紀にはこちらも自由主義の影響を受け、1861 年普通商法典や 1867 年北ドイツ連邦法などにおいて利息自由化がなされた

⁹⁰ これらの聖句は、日本聖書協会『聖書新共同訳』(日本聖書協会,1996 年)から引用した。

⁹¹ 小野・前掲注(87)69 頁以下、大村・前掲注(2)68 頁以下、西本・前掲注(87)25 頁以下参照。

⁹² トマス・アキナス著・稲垣訳・前掲注(89)387 頁以下。

⁹³ 詳しくは Schulze, a.a.O. (Fn.83), S. 59ff; Rühle, a.a.O. (Fn.82), S.26、邦語文献としては堀川・前掲注(83)「莫大損害の史的展開(2)」349 頁以下、大村・前掲注(2)110 頁以下を参照した。

⁹⁴ Ulrich Eisenhardt, Sittenwidrigkeit und Wucher – Zur Entstehungsgeschichte des § 138 BGB, in: Arndt Kiehnle/ Bernd Mertens/ Gottfried Schiemann (hrsg.), Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag, (Mohr Siebeck, 2013), S.293ff.

が、その後暴利的な消費貸借契約が横行するなど大きな弊害が生じたため、新たな暴利規制が求められた⁹⁵。

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

給付均衡法理の特徴としては、総じて市場価格の半額や上限利息など客観的な価格や金利を指標としている点が挙げられる。基本的に契約の取消しや刑罰が科されるためには、利得者や損失者の主観的態様は必要とされず、客観的な不均衡だけが要件とされていた。ただ、後述するように BGB の立法過程においては、莫大損害をはじめに客観的な基準のみによって契約の有効性が左右される点について強い批判がなされた。

第 2 節 BGB138 条 2 項の立法過程

1. 暴利法の成立

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

暴利法の制定によって暴利行為を禁止する刑罰規定がドイツ刑法(以下 StGB)に明文化された。StGB には 1880 年 5 月 24 日暴利法によって 302a-d 条が、1893 年 6 月 18 日暴利法では 302e 条が追加されたが、これらの規定内容に関しては後の BGB138 条 2 項と関連する点がみられるので、以下条文を確認する⁹⁶。

StGB302a 条(信用暴利)

消費貸借、金銭債務の支払い猶予、または同様の目的に奉仕する双務的行為に関連して、相手方の窮迫、軽率、または無経験に乗じて自己または第三者に対して、諸般の事情によって給付に対して著しい不均衡のうちに存在する程度に、通常の利率を超える利益を約束または提供させた者は、6 ヶ月以下の懲役及び 3000 マルク以下の罰金に処す。また、公民権停止の判決もなしうる。

StGB302b 条(加重信用暴利)

⁹⁵ 詳しくは Katrin Liebner, Wucher und Staat :Die Theorie des Zinswuchers im Deutschland des 18. und 19. Jahrhunderts,(Duncker & Humblot,2009), S.155ff、小野・前掲注(87)121 頁以下。

⁹⁶ 条文訳は大村・前掲注(2)132 頁を参照した。

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

StGB302c 条(事後暴利)

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

StGB302d 条(営業的・常習的暴利)

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

StGB302e 条(物的暴利)

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

暴利法が成立した背景や StGB の条文構成からも、当時の暴利規制は信用(利息)暴利が中心的だったと考えられる。なお、暴利法において規定された窮迫・軽率・無経験という窮状要件は、実務上において暴利が争われた際に被暴利者の陥っていた状況に基づいて規定されたとの指摘がある⁹⁷。また、1880 年暴利法は同 3 条において StGB302a 条、StGB302b 条の規定に違反する契約は無効であると定めており、債務者によって、または債務者のために給付された全ての財産上の利益は返還されなければならない、返還請求権は給付が行われた日から 5 年の時効によって消滅することが規定されていた⁹⁸。

1880 年・1893 年暴利法の特徴としては、契約類型毎に条文化されている点、従来の莫大損害や利息禁止・制限とは異なり、故意犯として暴利者が相手方の不利な状況を認識し、著しい利益を得るために利用(Ausbeutung)したという主観的要件が要求されている点、StGB302d 条が営業的・常習的に暴利を行う者に対して、より悪質的であるとして厳罰化を図っていた点などが挙げられる。しかし、StGB302e 条では例えば営業的・常習的ではない物的暴利の事案など対応できない類型が認められたことや、暴利の禁止を私法上明らかにさせようという動きがあらわれたため、ドイツ法において包括的な暴利行為に対応する私法上の暴利規定が必要であるとの結論に至ったとされる⁹⁹。

⁹⁷ Detlev Heinsius, Das Rechtsgut Des Wuchers: Zur Auslegung Des 302 a Stgb, (Peter Lang,1997), S.11.

⁹⁸ 小野・前掲注(87)150 頁参照。

⁹⁹ Heinsius, a.a.O. (Fn.97), S.10ff.

2.BGB138 条 2 項の立法過程

当初ドイツ民法第 1 草案及び第 2 草案では、良俗違反規定のみが規定されており、そこで交わされていた議論は、もっぱら良俗にあわせて公序も明文化するべきか否かという点であり、暴利行為を良俗違反として規律しようとする動きはみられなかった¹⁰⁰。しかし、その後帝国議会司法委員会案においては以下のような法案が示された¹⁰¹。

委員会案 134 条

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

なお、部分草案の段階においては、取引の安全という観点から、これまでの莫大損害をはじめとした純粋な給付均衡法理の導入が否定されている。とりわけ莫大損害が BGB 立法時に否定された理由について、当時の立法資料をまとめた先行研究は、①動機の錯誤は認められにくく、詐欺の規定で十分であるという点、②不動産の価値について錯誤は生じにくく、動産については競争に対する配慮が必要であるとする点、③窮迫状態にある売主の保護は必要であるが、そのような者以外にも適用される危険性がある点、④訴権は事前に放棄できるため保護手段として実効性を欠くという点、⑤軽率な締約、取消しにより取引の安全が害されるという点、⑥裁判所は客観的に正当な価格を算定することができないという点から純粋な給付均衡法理が採用されなかったと指摘している¹⁰²。

このような背景の中、暴利規定が盛り込まれた委員会案が提出された後、帝国議会では第 1・第 2 草案の際と同様に公序概念の要否について議論がなされたが、最終的には良俗違反によって説明し得るとされた。暴利規定に関しては、刑法上の規定で十分だとする意見や暴利規定の文言が広範なため法的安定性に欠けるとの意見がみられた。これに対して、1 項よりも暴利規定として独立した 2 項によって処理すべきだという意見が示されたが、最終的には委員会案が採択され、BGB138 条 2 項が成立した¹⁰³。

暴利行為が委員会案において BGB138 条 2 項に追加された点につき、「なぜ、暴利行為に関する規定が一三八条に付加されたのかは不明である」¹⁰⁴と言及するものがある。しかし、この点については 15 世紀末以降、良俗に反する取引の一例として暴利が挙げられるケースが増加したことから両法理の関連性がみられるようになり、ドイツ民法が誕生した

¹⁰⁰ Robert Leo Bergmann, *Der ungerechte Austauschvertrag*, (Mohr Siebeck, 2020), S.28f.

¹⁰¹ 条文訳は大村・前掲注(2)122 頁を参照した。

¹⁰² 大村・前掲注(2)118 頁以下。

¹⁰³ 審議内容については Liebner, a.a.O. (Fn.95), S.311ff, 大村・前掲注(2)118 頁以下、小野・前掲注(87)150 頁以下を参照した。なお、BGB138 条 2 項が制定されたことによって、民法的な役割を果たしてきた暴利法 3 条は民法施行法 47 条によって廃止されている。

¹⁰⁴ 大村・前掲注(2)125 頁。

当時、良俗違反と暴利との関連性は、これらの史的展開を理解している法律家にとっては無縁のものではなかったとの指摘がある¹⁰⁵

第3節 BGB138条2項の運用と限界

1. BGB138条2項の運用

従来利息暴利と物的暴利という別の観点から論じられてきた暴利規制だが、暴利法によって刑事法の中で統合され、その後要件構造については BGB138条2項に引き継がれた。このような背景のもと 1900年に施行されたドイツ民法では、BGB138条2項が良俗違反規定である BGB138条1項の特則として以下のように規定された¹⁰⁶。

BGB138条(良俗に反する法律行為、暴利行為)

- 1項 善良の風俗に反する法律行為は無効とする。
- 2項 特に、ある者が、相手方の窮迫、軽率または無経験を利用して、その者または第三者に、ある給付に対して財産上の利益を約束または提供させ、その利益が給付に対して著しい不均衡が生じるほどその給付の価値を超えるならば、法律行為は無効である。

BGB138条2項は、StGBの規定のように契約類型毎に分けて規定するのではなく、利息暴利と物的暴利とを統合した内容となっており、物的暴利に関しても StGB302e条が営業的または常習的という制限があったことに対し、BGB138条2項はその制限が外されているため適用領域に関しては拡張されているといえよう。また、BGB138条2項は善良の風俗に反するものとして定められており、ローマ法やキリスト教倫理を根拠としたカノン法における給付均衡法理とは制度趣旨がまた異なるといえるだろう。

2. BGB138条2項の要件

BGB138条2項は、暴利行為を無効とするための要件として以下の3つの要件を求めている。すなわち、①被暴利者が「窮迫・軽率・無経験」のうちであり、②暴利者が被暴利者の窮状を利用(Ausbeutung)すること、③そして、契約の給付と反対給付との間に著しい不均衡が存在していることである。なお、これらの要件は主観的要件・客観的要件に区別されて論じられているが、ドイツでは①②を主観的要件、③を客観的要件とする立場や、②のみが純粋な主観的要件であるとする立場がみられる¹⁰⁷。以下各要件の内容について概説する。

¹⁰⁵ Eisenhardt, a.a.O. (Fn.94), S.302.

¹⁰⁶ 条文訳は柳川真佐夫「暴利契約の契約序説(一)」法曹会雑誌 11 卷 3 号(1933年)42頁、比嘉正「暴利行為の要件 西ドイツの議論を中心に」亜細亜大学法学論集 10 号(1986年)4頁、大村・前掲注(2)214頁を参照した。

¹⁰⁷ 例えば前者の立場をとるものとしては、Hans Brox / Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl., (Vahlen, 2022), S.169f; Harm Peter Westermann / Barbara Grunewald / Georg Maier-Reimer (hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Bd.1, 16. Aufl., (Otto Schmidt, 2020), §138, S.388ff; Maximilian Becker, Absurde Verträge, (Mohr Siebeck, 2013), S.48。後者の立場をとるものとしては、

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

暴利規定(BGB138条2項)は契約締結時に被暴利者の陥っていた状況として、窮迫・軽率・無経験のいずれかの内にあったことを挙げている。

ここでいう窮迫とは、被暴利者の経済的存立を脅かすような差し迫った困難(金銭的困難)であると解されており、将来の窮迫状態など現在に生じていない経済上の脅威は、窮迫として認められないと解されている¹⁰⁸。また、窮迫には生命や健康あるいは名誉などに対する危険は含まれない¹⁰⁹。

次に軽率であるが、本条における軽率は一般的な消費者の不注意や油断というよりも、成年被後見人が高額な商品を購入した場合などに認められている¹¹⁰。

また、無経験について裁判所は、年齢や人生経験などの不足、あるいは精神的障害などによって合理的な思考ができない場合であると解している。例えば不動産を廉価によって売買した事例においては、精神的な劣等が無経験として認められ、契約が無効とされた事案などがある¹¹¹。また、契約を行う上で専門的な知識の欠如は本条における無経験にあたらないとされている¹¹²。

②利用(Ausbeutung)¹¹³

次に、暴利規定は暴利者の利用を要件として挙げている。ここでいう利用とは暴利者の故意を意味しており、①に挙げた被暴利者側の主観的な窮状と著しい不均衡の認識、ある

Burkhard Boemke / Bernhard Ulrici, BGB Allgemeiner Teil 2. Aufl., (Springer, 2013), S.232f; Panagiotis Papanikolaou / Antonios Karampatzos, Wucherähnliche Rechtsgeschäfte oder Funktions - statt Sittenwidrigkeit, in: Alexander Bruns / Christoph Kern / Joachim Münch / Andreas Piekenbrock / Astrid Stadler / Dimitrios Tsikrikas (hrsg.), Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag, Bd.2, (Mohr Siebeck, 2013), S.1125 などが挙げられる。

¹⁰⁸ BGH Urt. v. 21.5.1957 - VIII ZR 226/56, NJW 1957, 1274.

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

¹⁰⁹ RG Urt. v. 24.3.1915 - 497/14, JW 1915, 574.

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

¹¹⁰ RG Urt. v. 18.4.1905 - JW 1905, 366.

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

¹¹¹ RG Urt. v. 12.2.1908 - V 264/07, RGZ 67, 393.

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

¹¹² BGH Urt. v. 22.12.1965 - V ZR 107/63, BB 1966, 226.

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

¹¹³ Ausbeutung という用語については、搾取や悪用といった訳があてられることもあるが、ここでは一旦利用としておく。

いは確信していた場合に、この利用要件が満たされるとされており、特別なもくろみや積極的に相手方を害しようとする悪だくみなどの意図は必要とされていない¹¹⁴。

③著しい不均衡(auffälliges Missverhältnis)

暴利という字義通り、BGB138条2項が認められるためには給付と反対給付の著しい不均衡が不可欠である。このような不均衡は、実際の財産上の不均衡が生じるような消費者信用契約、請負契約、売買契約、賃貸借契約、及び雇用契約において認められ¹¹⁵、贈与や保証契約などの無償契約¹¹⁶、BGB397条が規定する債務免除¹¹⁷などは、BGB138条2項の著しい不均衡に該当しないと解されている。

著しい不均衡は、反対給付が不当に高い場合(高金利や高額な対価など)と、不当に低い場合(低賃金や低廉な価格による買叩きなど)が想定され、経験則として契約上合意された給付の価値とその市場価値が1/2以上の比率、あるいは市場価格の半額となった場合に認められる¹¹⁸。例えば消費貸借契約は、契約金利年率が市場金利の約2倍(100%)の相対差があった場合に著しい不均衡が認められる¹¹⁹。著しい不均衡が認められる基準は、基本的には先程の100%の値であるが、雇用契約の場合は労働協約に示されている標準賃金の2/3未満¹²⁰、住宅賃貸借契約の場合通常の賃料の50%を超えた場合に著しい不均衡が認められるなど¹²¹、契約類型によって異なるときがある。また、著しい不均衡を決定する際には市場価格が参照され、そこには当事者間の特殊な事情などは考慮されない¹²²。

¹¹⁴ RG Urt. v. 4.3.1915 - VI 583/14, RGZ 86, 296.

XがYに33,800マルクの担保付き売買代金債権を27,000マルクで譲渡したという事案で、ライヒ裁判所は、利用について相手方の窮状と著しい不均衡を認識していたか、あるいは確信していたかで足りるとしつつ、特別なもくろみ・悪だくみは利用要件を満たす上では不要であるとした。

¹¹⁵ Christian Armbrüster, in: Franz J. Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (hrsgs.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Bd., 1. Aufl., (C.H.Beck, 2018), §138, Rn.150.

¹¹⁶ BGH Urt. v. 19.1.1989 - IX ZR 124/88, BGHZ 106, 269.

AはX銀行から350,000マルクの融資を受ける際に、子であるY1とY2に保証を依頼した。しかし、Aは返済を滞納し破産したため、Xが243,410マルクをYらに請求したという事案である。裁判所は保証契約についてBGB138条2項における給付の不均衡は認められないと判断し、次にBGB138条1項についても検討したが、本件においてYらは成人に達しており、保証の内容などを具体的に認識しているとして良俗違反は認められないと判断した。

¹¹⁷ BGH Urt. v. 10.10.1997 - V ZR 74/96, NJW RR 1998, 590.

X1,X2,Aは不動産を2,864,700マルクでYに売却したが、Aが分割支払い中のYに対し、BGB397条2項によっておよそ1/3にあたる残額864,700マルクの債務を免除した。これが暴利に当たるとしてX1とX2が主張したが、BGHは債務免除によって減額された価格については著しい不均衡が存在しないと判断した。

¹¹⁸ Rolf Sack / Philipp S. Fischinger in: Julius von Staudinger / Volker Rieble (hrsgs.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Neubearbeitung, (de Gruyter, 2017), §138, Rn.244.

¹¹⁹ BGH Urt. v. 5.11.1987 - III ZR 98/86, NJW 1988, 818.

¹²⁰ BAG Urt. v. 22.4.2009 - 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

¹²¹ BGH Urt. v. 23.4.1997 - VIII ZR 212/96, BGHZ 135, 269.

¹²² BGH Urt. v. 4.12.1953 - V ZR 108/52, BGH BB 1954, 175.

Xは当時共産党員であり、政治的な苦境にあったことからYと建物の交換契約を締結したが、当時X家は時価6,665マルクであり、Yの建物の時価は2,050マルクだったため、XはBGB138条2項によって無効であると主張した。このような事案に対して、裁判所は著しい不均衡は客観的な市場価値の比較によって判断され、特別な事情はその検討において考慮されないとした。

このように暴利規定は、これまでの莫大損害や利息制限が客観的な不均衡のみを要件として判断していたのに対し、1880年に先んじて施行された StGB302 条の流れを汲んだものとして、新たに被暴利者と暴利者の主観的事情を要件に加えて契約の無効を導くという構造となっている。しかし、当初裁判所は被暴利者の主観的事情を字義通り限定的に解釈していたことや、暴利者側の利用意図の立証が困難だったという点から、暴利規定による無効が認められないケースが多く、実際に BGB138 条 2 項の要件を充足しないと判断する判決が相当数にのぼっていたとされている¹²³。

3. BGB138 条 2 項の改正と限界

(1) 1976 年の法改正

硬直化する BGB138 条 2 項とは対照的に、StGB は 1971 年に貸借借暴利を規制する条項が加えられるなど、積極的な適用領域の拡張が行われていった¹²⁴。そして 1976 年の経済犯罪防止のための第一法律(Das 1. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität)の立法によって、暴利を規制する BGB138 条 2 項及び StGB302 条の修正が行われることとなった。改正後の条文は以下の通りである。

BGB138 条 2 項(1976 年改正)¹²⁵

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

StGB302a 条(1976 年改正)

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

¹²³ Rühle, a.a.O. (Fn.82), S.31ff. また、初期にドイツ法における暴利行為を紹介した柳川は、暴利者の利用意図という故意が要件として求められる点について、「暴利者の故意を不道徳性に求める結果、契約自由の現社会に暴利に因る違法性の発見は裁判官に困難なる倫理的価値判断を強制せしめることになり、従って裁判官は本条の適用を甚だしく自重せんとするに至ることを惧るのである」として批判する。柳川・前掲注(106)43 頁参照。

¹²⁴ 以下の StGB302f 条の訳は大村・前掲注(2)237 頁を参照した。

StGB302f 条(貸借借暴利)

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

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

1 号 行為者が、その行為によって相手方を経済的困窮に導いた場合。

2 号 行為者が、その行為を営業的に行う場合。

¹²⁵ 1976 年改正後の BGB138 条 2 項の条文訳は、山口和人「基本情報シリーズ⑩ドイツ民法 I (総則)」(国立国会図書館調査及び立法考査局,2015 年)24 頁、StGB302a 条の条文訳は、大村・前掲注(2)239 頁以下、京藤哲久「暴利罪について」吉川経夫先生古稀祝賀論文集『刑事法学の歴史と課題』(法律文化社,1994 年)244 頁以下を参照した。

1号 住居の賃貸またはそれに関する付随的給付に対して

2号 信用の提供に対して

3号 その他の給付に対して

4号 上記の給付の仲介に対して

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

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

1号 行為者がその行為によって相手方を経済的困窮に導いた場合

2号 行為者がその行為を営業的に行う場合

3号 行為者が手形によって暴利的な利益を約束させた場合

本改正では、BGB138条2項の被暴利者側の主観的要件が、「窮迫、軽率、無経験」から「強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思の薄弱」に置きかえられた。これによって、裁判所によって狭く解釈されていた被暴利者側の窮状要件について、解釈の余地が広がり、若干の緩和がなされた。また、StGB302a条については、従来のStGB302a-e条が統合され、主観的要件の拡張・罰則内容の変更が行われた。なお、StGB302a条は、1997年の腐敗対策法(Gesetz zur Bekämpfung der Korruption)によって条文番号が繰り下がり、規定内容は変わらないまま現在はStGB291条に規定されている。

(2)1976年改正後の要件

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

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

①強制状態(Zwangslage)

強制状態は、改正前の窮迫という文言を緩和するために置き換えられており、差し迫った経済的困窮はもちろんのこと、重大な法的・身体的不利益など一時的な災難が合理的な経済的処分を損なう場合も含まれるとされている¹²⁶。また、原則的には窮迫要件と同様に、現実・現在に生じている危険を対象としているが、被暴利者が何らかの災難を誤認して強制状

¹²⁶ BGH Urt. v. 5.3.2010 - V ZR 60/09, ZfIR 2010, 587.

寒い冬の季節に水道管が破損し、これに対して業者が高額な修理費用を要求した事案について、BGHは修理を依頼した被暴利者がBGB138条2項における強制状態にあったことを認めた。

態に陥った場合にも本条の強制状態が認められると考えられている¹²⁷。ただし、政治的な理由によって国外に脱出する際に締結される高額な脱出支援契約(Fluchthelfervertrag)などでは強制状態は認められない¹²⁸。

②判断力の欠如(Mangels an Urteilsvermögen)

判断力の欠如は、軽率の代わりとして導入された要素であり、高齢による判断力の低下、あるいは教育水準が著しく低い場合などが想定されていることから、基本的には理解の欠如、または取引を全体としてみるものが特に困難だった場合に判断力の欠如にあたりと解されている¹²⁹。具体的に判断力の欠如と認められるためには、契約における適切なりスク評価の一環として、相互利益を正しく理解できず、利点と欠点を正しく評価できなかった場合に本条における判断力の欠如があったと解されている¹³⁰。

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

重大な意思の薄弱は、判断力の欠如と同様に軽率にかえて導入された要件である。具体的には、被暴利者側が当該契約の不利な点を理解しつつも、精神的抵抗力(psychischer Widerstandsfähigkeit)の低下により、契約を拒否できない場合に重大な意思の薄弱が認められるとされ¹³¹、知的障害による制限や、薬物、アルコール、ギャンブル中毒による障害などがその内容とされている¹³²。

(3)BGB138条2項の限界

BGBの立法過程において、取引の安全などの観点からBGB138条2項は客観的な給付の不均衡だけでは無効とならず、さらに被暴利者の主観的な窮状とそれを利用する暴利者側の故意が要件として求められる構造となった。

しかし、1976年改正によって被暴利者側の窮状要件が緩和されたとはいえ、依然として暴利行為が認められるのは列挙事由のいずれかが認められる場合とされており、また暴利者側の利用という主観的要件の立証が困難だったため、後述する準暴利行為が判例によって確立された後には、暴利規定はその従属的な役割しか果たさなくなるとされている¹³³。例えば、被暴利者の無経験という窮状自体は認めたものの、暴利者の利用要件が具体的に示

¹²⁷ MüKoBGB/Armbrüster, a.a.O. (Fn.115), Rn.149.

¹²⁸ BGH Urt. v. 29.9.1977 - III ZR 164/75, BGHZ 69, 295; BGH Urt. v. 21.2.1980 - III ZR 185/77, WM 1980, 549.

¹²⁹ MüKoBGB/Armbrüster, a.a.O. (Fn.115), Rn.151.

¹³⁰ BGH Urt. v. 23.6.2006 - V ZR 147/05, NJW 2006, 3054.

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

¹³¹ MüKoBGB/Armbrüster, a.a.O. (Fn.115), Rn.152.

¹³² Staudinger/Sack, a.a.O. (Fn.118), Rn.285.

¹³³ Rühle, a.a.O. (Fn.82), S.34.

されていないため暴利行為を認めなかった事案¹³⁴や、被暴利者の窮状とその利用が共に認められなかった事案¹³⁵など、極めて立証が困難である暴利者の利用要件は、当時から暴利行為の成立の妨げとなっていたといえるだろう。

第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

BGBの立法当初、裁判所はもっぱらBGB138条2項によって、暴利の判断を行っていたが、その要件の厳格さのためBGB138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、BGB138条2項の要件に欠ける場合、BGB138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判例法理を示した。

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、BGB138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、BGB138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とした¹³⁶。

その後、連邦通常裁判所(以下BGH)は前述のRG判決を引用し、BGB138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とした¹³⁷。

¹³⁴ RG Urt. v. 7.1.1905 - II 344/04, RGZ 60,9.

¹³⁵ RG Urt. v. 6.5.1918 - VI 450/17, RGZ 93, 27; RG Urt. v. 4.3.1915 - VI 583/14, RGZ 86, 296.

¹³⁶ RG Urt. v. 13.3.1936 - V 184/35, RGZ 150, 1.

¹³⁷ BGH Urt. v. 6.7.1966 - VIII ZR 92/64, NJW 1966, 1917.

以上までの内容をまとめると、RG 及び BGH は暴利の問題について BGB138 条 2 項における暴利者の利用要件や被暴利者の窮状要件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)¹³⁸が認められることによって、BGB138 条 1 項に戻っ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うことができよう。

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、ここ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、同領域はまた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¹³⁹。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¹⁴⁰

【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事と X がそれを利用したという Y の主張を否定した。

¹³⁸ 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.

¹³⁹ Lutz, a.a.O. (Fn.82), S.48.

¹⁴⁰ RG Urt. v. 6.5.1918 - VI 450/17, RGZ 93, 27.

そして RG は、暴利が問題となる場合には BGB138 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、BGB138 条 2 項ではなく、BGB138 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¹⁴¹

【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、BGB138 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、BGB138 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。

[3]連邦通常裁判所 1966 年 1 月 12 日判決¹⁴²

【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、BGB138 条 1 項によって良俗違反・無効とした原審の判断を支持した。

BGB138 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。

¹⁴¹ RG Urt. v. 13.3.1936 - V 184/35, RGZ 150, 1.

¹⁴² BGH Urt. v. 12.1.1966 - Ib ZR 159/63, WM1966,399.

[4]連邦通常裁判所 1971 年 4 月 29 日判決¹⁴³

【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、年 40%の利息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、BGB138 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、BGB138 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)¹⁴⁴

【事実の概要】

X は、Y 銀行からおよそ 20,000 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(Rolf 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 BGB138 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、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。

そしてベンダー判決は、不均衡を判断する基準については連邦銀行が毎月発表する重心利率(Schwerpunktzins)であり、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。

¹⁴³ BGH Urt. v. 29.4.1971 - II ZR 79/69, WM 1971, 857.

¹⁴⁴ OLG Stuttgart Urt. v. 24.4.1979 - 6 U 169/70, NJW 1979, 2409.

[6]連邦通常裁判所 1981 年 3 月 12 日判決¹⁴⁵

【事実の概要】

[5]判決を参照。

【裁判所の判断】

前述のシュツットガルト高等裁判所の理論は、上告審である本判決によって明確に否定された。BGH は本契約を無効とするシュツットガルト高等裁判所の結論自体については支持しつつも、BGB138 条は契約自由とく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¹⁴⁶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、BGB138 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、貸主の債務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¹⁴⁷

【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 ヶ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 115.10 マルクの請求を行っている)。そして Y は

¹⁴⁵ BGH Urt. v. 12.3.1981 - III ZR 92/79, BGHZ 80, 153.

¹⁴⁶ 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(Das Mißverhältnis des Werthes)は、当該行為が成立した時期に応じて決定される。

¹⁴⁷ BGH Urt. v. 10.7.1986 - III ZR 133/85, BGHZ 98,174.

60 ヶ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 BGB138 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、BGB138 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を基礎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。

[8]連邦通常裁判所 1986 年 10 月 2 日判決¹⁴⁸

【事実の概要】

XY 間で実効年利を 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 ヶ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 BGB138 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 マルクしか正統に受け取る権利がなかったため、7,129.50 マルクを Y に返済する必要があると判断した。

¹⁴⁸ BGH Urt. v. 2.10.1986 - III ZR 163/85, NJW 1987,181.

[9]連邦通常裁判所 1986 年 10 月 2 日判決¹⁴⁹

【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 ヶ月で返済を行うこととし、2 回目の融資では総額 25,305.60 マルク(借入額は 20,000 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 ヶ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】

本判決で BGH は、推定準則が BGH の判例においてすでに確定しているとしてそ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¹⁵⁰

【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%を大幅に上回るものであった。Y は本件契約について

¹⁴⁹ BGH Urt. v. 2.10.1986 - III ZR 130/85, NJW 1987,183.

¹⁵⁰ BGH Urt. v. 13.7.1989 - III ZR 201/88, NJW RR 1989, 1068.

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(BGB13 条¹⁵¹)と判断されるか、あるいは事業者(BGB14 条¹⁵²)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。

[11]連邦通常裁判所 1990 年 3 月 13 日判決¹⁵³

【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これ以上の支払いを拒み、本件消費貸借契約を BGB138 条により無効であると主張した。

【裁判所の判断】

BGH は、BGB138 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%である事か

¹⁵¹ 条文訳は山口・前掲注(125)7 頁による。

BGB13 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。

¹⁵² 条文訳は山口・前掲注(125)7 頁による。

BGB14 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。

¹⁵³ BGH Urt. v. 13.3.1990 - XI ZR 252/89, BGHZ 110,336.

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。

[12]連邦通常裁判所 1990 年 6 月 19 日判決¹⁵⁴

【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 BGB138 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 BGB138 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、BGB138 条 2 項に基づく暴利行為の客観的要件も、BGB138 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。

¹⁵⁴ BGH Urt. v. 19.6.1990 - XI ZR 280/89, WM 1990, 1322.

〈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 BGB138 条 2 項の要件に欠ける場合でも BGB138 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、BGB138 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¹⁵⁵、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いる¹⁵⁶。

■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としている¹⁵⁷。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¹⁵⁸。

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

¹⁵⁵ BGH Urt. v. 17.2.1959 - VIII ZR 142/58, ZZZP 73, 120.

¹⁵⁶ Nefail Berjasevic, Wucherähnliche Rechtsgeschäfte: der Versuch einer Dogmatik, (LIT Verlag, 2012), S.58f.

¹⁵⁷ 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.

¹⁵⁸ Lutz, a.a.O. (Fn.82), S.68.

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 Währungsunion)」が利用されるが、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¹⁵⁹。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いであろう価格」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、そのような圧迫的な条件の下で(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(unsittliche Ausbeutung)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¹⁶⁰。その後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BGB138条3項新設案においてもその影響をみることができる¹⁶¹。BGB138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

¹⁵⁹ Philipp Fischinger, in: Philipp Fischinger / Silas Hengstberger / Jürgen Kohler / Volker Rieble (hrsg.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Neubearbeitung, (de Gruyter, 2021), BGB § 138 Rn.252.

¹⁶⁰ RG Urt. v. 14.2.1890 - III 26/90, RGZ 25, 177, 179.

¹⁶¹ 条文訳については大村・前掲注(2)241頁を参照した。

BGB138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。

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¹⁶²。しかし、その後 BGB138 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。

その後 BGH 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判例があらわれた。

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(Persönlichen 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かん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¹⁶³。

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 BGB138 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を基礎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。

■ 商業貸借契約

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。ただ下記の裁判例のように、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(主に所得重視の貸借価値判断である EOP 法)や事業者間の契約における推定準則について

¹⁶² BT-Drucksache 10/307, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1983, S.3f.

¹⁶³ OLG Sachsen-Anhalt 10. Zivilsenat Urt. v.15.09.2005 - 10 W 38/05, OLGR Naumburg 2006, 618.

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¹⁶⁴

【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るとして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 BGB138 条 1 項に基づく良俗違反は、BGB138 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にも無情にも無視した場合」であると示した。

また、推定準則に関しても従来の判例法理を確認しつつ、「BGB138 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¹⁶⁵

【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 ヶ月は 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

¹⁶⁴ OLG München Urt. v. 28.6.1996 - 21 U 6021/95, ZMR 1996, 550.

¹⁶⁵ BGH Urt. v. 28.4.1999 - XII ZR 150/97, BGHZ 141, 257.

として、BGB138 条を根拠に本件賃貸借契約無効を主張した事案。

【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。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¹⁶⁶

【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 20,000 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という事案。

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 法は客観的な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。

¹⁶⁶ BGH Urt. v. 13.6. 2001 - XII ZR 49/99, NJW 2002, 55.

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¹⁶⁷

【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 マルク毎増額した。後に Y が一時賃料の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事案。

【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どう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。

¹⁶⁷ BGH Urt. v. 31. 10. 2001 - XII ZR 159/99, BGHReport 224.

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¹⁶⁸

【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 BGB138 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借契約は、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(暴利者の利用要素が認められるか)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¹⁶⁹

【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

¹⁶⁸ BGH Urt. v. 14.7.2004 - VII ZR 352/00, NJW 2004, 3553.

¹⁶⁹ BGH Urt. v. 29.9.2004 - XII ZR 22/02, GuT 2005, 6-8.

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。

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BGB138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し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こと(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さらに、X側に露骨な経済的過重負担があった場合には、BGB138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を検討すべきという点である。

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事はできず、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、賃貸人が賃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した。

■住宅賃貸借契約(賃料暴利)

初期の判例においては、BGB138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(Preistreibereiverordnung: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 MSchG49 条は 1942 年 12 月 15 日に廃止されている¹⁷⁰。

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 StGB291 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 BGB134 条によって無効とされるが¹⁷¹、BGB138 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¹⁷²。そして BGB134 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¹⁷³。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すように、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 BGB138 条及び StGB302a 条 1 項(改正後は StGB291 条 1 項)、WiStG5 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¹⁷⁴

【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 との賃貸借契約が切れる 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 WoVermittG4a 条 2 項¹⁷⁵を根拠に訴えた事案。

【裁判所の判断】

本判決は、主に WoVermittG4a 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、BGB138 条 2 項、StGB302a 条 1 項(当時)、WiStG5 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、通常対価の 50%以上を超

¹⁷⁰ Sauer Cornelia, Die geltungserhaltende Reduktion im Rahmen des Mietwuchers und des Darlehenswuchers. Würzburg Univ., Diss., 2003, S.44ff.

¹⁷¹ BGB134 条の訳については山口・前掲注(125)24 頁参照。

BGB134 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。

¹⁷² Cornelia, a.a.O. (Fn.170), S.158.

¹⁷³ BGH Urt. v. 11.1.1984 - VIII ARZ 13/83, BGHZ 89, 316.

¹⁷⁴ BGH Urt. v. 23.4.1997 - VIII ZR 212/96, BGHZ 135, 269.

¹⁷⁵ **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。

過する場合、著しい不均衡が肯定される。したがって WoVermittG4a 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、無効である判断した。以上から X は BGB812 条 1 項 1 文と併せて、WoVermittG4a 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することができると判断した。

〈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用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用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ずとしつつも([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、BGB138 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り¹⁷⁶、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。

[20]連邦通常裁判所 1995 年 1 月 11 日判決¹⁷⁷

【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

¹⁷⁶ 潮見佳男『新契約各論 I』(信山社,2021 年)277 頁参照。

¹⁷⁷ BGH Urt. v. 11.1.1995 - VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255.

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ないとした。

[21]連邦通常裁判所 1995年1月30日判決¹⁷⁸

【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308GT)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BGB138条1項に反して無効であると主張した事案。

¹⁷⁸ BGH Urt. v.30.1.1995 - VIII ZR 316/93, NJW 1995, 1146.

【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)。

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、BGB138 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¹⁷⁹や、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¹⁸⁰。

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¹⁸¹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¹⁸²

【事実の概要】

¹⁷⁹ OLG Karlsruhe Urt. v. 24. 10. 1985 - 9 U 71/84, NJW-RR 1986, 217.

¹⁸⁰ OLG München Urt. v. 28. 1. 1981 - 27 U 516/80, NJW 1981, 1104.

¹⁸¹ Staudinger/Fischinger, a.a.O. (Fn.159), Rn.262.

¹⁸² RG Urt. v. 19.10.1909 - II 662/08, RGZ72, 61.

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BGB138条2項ではなく、BGB138条1項の問題として取り扱っている。そしてRGは、BGB138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、このような利用が欠けている場合においては、BGB138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¹⁸³

【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済む権利、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BGB104条2項やBGB105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、BGB138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、BGB138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。その際、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

¹⁸³ BGH Urt. v. 27. 4. 1965 - V ZR 245/62, NJW 1965, 2005.

約束したことから、BGB138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 1969年5月2日判決¹⁸⁴

【事実の概要】

Xは、本件不動産の2/5の共有持分をYに180,000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140,000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。

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490,000マルクとし(2度目の調査の際には635,000マルクと評価している)、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、BGB138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当事者の窮迫、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、BGB138条2項とBGB138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。

¹⁸⁴ BGH Urt. v. 2. 5.1969 - V ZR 32/66, WM 1969, 836

[25]連邦通常裁判所 1976 年 5 月 28 日判決¹⁸⁵

【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 280,000 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(BGB138 条 2 項)や、非難すべき態度により契約を行った(BGB138 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、BGB138 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、自然保護区を中心部にある土地よりも建築用地になる可能性はるかに高いとされているため、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。

¹⁸⁵ BGH Urt. v. 28. 5. 1976 - V ZR 170/74, MDR 1976, 916.

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¹⁸⁶

【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 BGB138 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、原審は暴利の要素に厳しすぎる要件を課していることから、事実認定も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断した。

¹⁸⁶ BGH Urt. v. 18. 1. 1980 - V ZR 34/78, WM 1980, 597.

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¹⁸⁷

【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関して証明がなされていないとして認めなかった。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、BGB138 条 1 項の準暴利行為は BGB138 条 2 項の特別な事例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¹⁸⁸

【事実の概要】

X は Y に対して、自己所有の土地を 120,000 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 250,000 マルクと認定した)。

¹⁸⁷ BGH Urt. v. 30. 1. 1981 - V ZR 7/80, WM 1981, 404.

¹⁸⁸ BGH Urt. v. 18. 1. 1985 - V ZR 123/83, WM 1985, 948.

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り、良俗違反に当たるとして、損害賠償請求を行った¹⁸⁹。

【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こり得ず、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¹⁹⁰

【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回合理的な料金で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BGB138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、この状況を意図的(故意)に利用すれば十分である」との従来の判例を確認した。

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が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の重過失を認めたに過ぎないとし、これはBGB138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。

¹⁸⁹ 条文訳は山口和人『基本情報シリーズ② 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。

BGB826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。

¹⁹⁰ BGH Urt. v. 24. 5. 1985 - V ZR 47/84, NJW 1985, 3006.

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 は従来の推定準則などの判例法理を確認し、「BGB138 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¹⁹¹

【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 BGB463 条第 2 文による損害賠償や、BGB123 条に基づく契約の取消し、BGB138 条に基づく契約の無効を求めたという事案。

原審は BGB138 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、BGB138 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 2001 年 1 月 19 日判決¹⁹²

【事実の概要】

A(X の母)は Y に対して、本件土地を 100,000 マルクで売買した。本件不動産売買契約に

¹⁹¹ BGH Urt. v. 20. 4. 1990 - V ZR 256/88, NJW-RR 1990, 950.

¹⁹² BGH Urt. v. 19.1.2001 - V ZR 437/99, BGHZ 146, 298.

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 860,000 マルクであるのに対して、100,000 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事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ことと示した。

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¹⁹³

【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权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 BGB138 条 2 項の暴利または BGB138 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¹⁹⁴

【事実の概要】

X は Y から合計面積 98,692 m² 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 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。

¹⁹³ BGH Urt. v. 19.7.2002 - V ZR 240/1, NJW 2002, 3165.

¹⁹⁴ BGH Urt. v. 16. 1. 2004 - V ZR 166/03, BGHReport 2004, 776.

-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という結論を導くことは許されない」とした¹⁹⁵。

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推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。

[34]連邦通常裁判所 2007 年 6 月 29 日判決¹⁹⁶

【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 BGB138 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。

¹⁹⁵ 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。

¹⁹⁶ BGH Urt. v. 29.6.2007 - V ZR 1/06, NJW 2009, 2841.

BGH はこのように述べた後、このような推定が揺るがされる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。

[35]連邦通常裁判所 2009 年 10 月 9 日判決¹⁹⁷

【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 A の誤った助言によって契約を締結しており、また A の仲介報酬は著しく高額であったとして、本件売買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、BGB138 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¹⁹⁸

【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 80,000 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。

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 に対して訴訟を起こした。

【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、BGB138 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 80,000 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とした¹⁹⁹。

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、BGB138 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

¹⁹⁷ BGH Urt. v. 9.10.2009 - V ZR 178/08, NJW 2010, 363.

¹⁹⁸ BGH Urt. v. 25.2.2011 - V ZR 208/09, NJW RR 2011, 880.

¹⁹⁹ OLG München Urt. v. 2.11.2009 - 21 U 2185/09.

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れ、BGB138 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²⁰⁰

【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、BGB138 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²⁰¹、およそ 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

²⁰⁰ BGH Urt. v. 24.1.2014 - V ZR 249/12, NJW 2014, 1652.

²⁰¹ 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.

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²⁰²

【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事から、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ふさわしい免責事由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)の給付から差し引かれるとされている」と示した²⁰³。

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、「BGB138 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」であるとし、「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。

²⁰² BGH Urt. v. 15. 1. 2016 - V ZR 278/14, NJW-RR 2016, 692.

²⁰³ BGH Urt. v. 18. 4. 2000 - XI ZR 193/99, DB 2000, 1399.

〈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す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²⁰⁴。

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²⁰⁵。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

²⁰⁴ BGB138 条 2 項においても推定準則を認めると言及する判例(BGH Urt. v. 19.6.1990 - XI ZR 280/89, NJW-RR 1990, 1199)もみられる。

²⁰⁵ OLG Brandenburg Urt. v. 14. 3. 2019 - 5 U 56/18.

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²⁰⁶。

■動産売買契約

[39]連邦通常裁判所 1956 年 12 月 18 日判決²⁰⁷

【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、BGB138 条 1 項あるいは 2 項によって契約の無効を主張した。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」BGB138 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かった。

まず BGB138 条 2 項の意味において、「X の未熟さを利用したという事は、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 BGB138 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事が必要である」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²⁰⁸

【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、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 マルクとなった。

²⁰⁶ OLG Rostock Urt. v. 29. 10. 2020 - 3 U 55/19.

²⁰⁷ BGH Urt. v. 18.12.1956 - VIII ZR 19/56, BB 1957, 238.

²⁰⁸ BGH Urt. v. 31. 1. 1963 - VII ZR 266/61, BB 1963, 247.

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）は、著しい不均衡が存在しておらず、BGHは主観的にもXはBGB138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²⁰⁹

【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つたため、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つたであろう」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BGB138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と組ませることによって、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

²⁰⁹ BGH Urt. v. 7. 2. 1980 - III ZR 141/78, NJW 1980, 1155.

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²¹⁰

【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 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、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、BGB138 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²¹¹

【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

²¹⁰ OLG Köln Urt. v. 27.11.1991 - 2 U 23/91, OLGZ 1993, 193.

²¹¹ BGH Urt. v. 26.11.1997 - VIII ZR 322/96, NJW RR 1998, 1065.

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 BGB138 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²¹²

【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²¹³。

【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、BGB138 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

²¹² 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。

²¹³ OLG Saarbrücken Urt. v. 26.08.2010 - 8 U 472/9.

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、それ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、破棄差戻しとした²¹⁴。

[45]連邦通常裁判所 2014 年 11 月 12 日判決²¹⁵

【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 は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 BGB138 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。

²¹⁴ 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(BGB434 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。

²¹⁵ BGH Urt. v. 12. 11. 2014 - VIII ZR 42/14, ZIP 2015, 41.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公序—近時のドイツの裁判例を素材として—」横浜法学 26 卷 3 号(2018 年)96 頁以下。

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 BGB242 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。

[46]フランクフルト高等地方裁判所 2018 年 1 月 26 日判決²¹⁶

【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、BGB138 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されている。なお、価格が変動しやすいチ

²¹⁶ OLG Frankfurt Urt. v. 26. 1. 2018 - 13 U 214/15, IBR 2018, 477.

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(BAG)は労働協約(Tarifvertrag)や BGB138 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²¹⁷

【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 BGB138 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して判断した。同時に BAG は報酬契約が BGB138 条によって無効となった場合に、労働者は BGB612 条 2 項²¹⁸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。

[48]連邦労働裁判所 1973 年 1 月 11 日判決²¹⁹

【事実の概要】

²¹⁷ BAG Urt. v. 10.3.1960 - 5AZR 426/58, AP Nr 2 §138 BGB.

²¹⁸ 以下の条文訳については山口・前掲注(189)109 頁参照。

BGB612 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。

²¹⁹ BAG Urt. v. 11.1.1973 - 5 AZR 322/72, WM 1973, 565.

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、BGB138 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]バート・ヘルスフェルト労働裁判所 1998 年 11 月 4 日判決²²⁰

【事件の概要】

X は、弁護士志望の学生(州の第 2 次試験である筆記試験まで終えている)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(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事が認定されている)。

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、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 マルクであったことより、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、X の主張を認めた。裁判所は X が BGB138 条 2 項の苦境要素を証明しなくとも、BGB138 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²²¹

【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している私立学

²²⁰ ArbG Bad Hersfeld Urt. v. 4.11.1998-2 Ca 255/98-, DB 1999, 2115.

²²¹ BAG Urt. v. 26.4.2006 - 5 AZR 549/05, DB 2006, 2467.

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、BGB138 条に基づいて訴訟を提起した。

【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事を確認した。

そして、BGB138 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²²²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 person 費に対して金銭的な援助を受けることになるかと判断した。

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 person 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、BGB138 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、BGB138 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、破棄差戻しとした。

[51] ハム州労働裁判所 2009 年 3 月 18 日判決²²³

【事実の概要】

2004 年から 2008 年まで X(繊維小売業)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し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

²²² 以下条文訳については、高田敏、初宿正典編訳『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。

²²³ LAG Hamm Urt 18.3.2009 - 6 Sa 1372/08, Streit 2009, 107.

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²²⁴

【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、BGB138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²²⁵

【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。

²²⁴ BAG Urt. v. 22.4.2009 - 5 AZR 436/08, NZA 2009, 837.

²²⁵ BAG Urt. v. 16.5.2012 - 5 AZR 268/11, DB 2012, 2048.

運営移行後、YらはXにXに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BGB138条2項またはBGB138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仲介業者の高額な手数料に関する準暴利行為の判例を引用し²²⁶、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²²⁷

【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り迎えすることであった。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

²²⁶ BGH Urt. v. 9.10.2009 - V ZR 178/08, NJW 2010, 363.

²²⁷ BAG Urt. v. 18.11.2015 - 5 AZR 814/14, NJW 2016, 2359.

して X は 2 時間分の 15 ユーロしか受け取っていないため(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 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]マインツ社会裁判所 2018 年 9 月 7 日判決²²⁸

【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、前述した[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。

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

²²⁸ SG Urt. v. 7.9.2018 - S 15 AL 101/14, ArbuR 2018, 598.

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(BGB138条2項)あるいは準暴利行為(BGB138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という立場は雇用者には、標準賃金の動向を容易に知ることができる立場にあると認定しており、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²²⁹、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BGB612条2項により通常受けるべきだった報酬を受けるという構造となっている²³⁰。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BGB134条により無効となり、BGB612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²³¹と主張する立場もある²³¹。

■賃金暴利と最低賃金法の関係について

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

²²⁹ BGH Urt. v. 24.1.2014 - V ZR 249/12, NJW 2014, 1652.

²³⁰ Peter Schmidt, Sittenwidrige Vergütung, NJW-Spezial 2006, 561, 562.

²³¹ Rechtsanwalt Björn Boeck, Das Verhältnis von Mindestlohn und Sittenwidrigkeitsrechtsprechung, RdA 2018, 210, 212.

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法理の弱みであると指摘されている²³²。

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(MiLoG19 条)、罰金(MiLoG21 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²³³。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²³⁴。

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意見がある²³⁵。

(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²³⁶

【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 6 百万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、手数料として百万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事を理由に、本件仲介契約の無効を主張した。

²³² Wolfgang Daeubler, Das Arbeitsrecht 2, (Rowohlt Taschenbuch Verla,2009), S. 479

²³³ 学説によっては、最低賃金法に違反する報酬契約は BGB134 条(法律上の禁止)により無効となり、BGB612 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出来ると主張するものがみられるとの指摘がある。詳しくは Boeck, a.a.O. (Fn.231), RdA 2018, 210, 212.

²³⁴ ArbG München Urt. v. 11.12.2015 -36 Ca 4986/1.

²³⁵ Boeck, a.a.O. (Fn.231), RdA 2018, 210, 213.

²³⁶ BGH Urt. v. 22.1.1976 - II ZR 90/75, MDR 1976, 561.

【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、BGB138 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、BGB138 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、6 百万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 に約束された百万マルクの手数は、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 BGB138 条 1 項によって無効になると判断した。

[57]連邦通常裁判所 1994 年 2 月 16 日判決²³⁷

【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(*Mehrwertsteuer*)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 BGB138 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、BGB138 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、合意された仲介手数料と通常の手数料の比較は、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。

²³⁷ BGH Urt. v. 16.2.1994 - IV ZR 35/93, BGHZ 125, 135.

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 が特別な忠誠義務(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〉

消費貸借契約や売買契約などに際しての高額な仲介契約が問題とされている。仲介契約に関し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、仲介人が特別な忠誠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と並列して良俗違反を示す状況として挙げている点である([57]判決)。

■ 地上権契約(Erbbaurechtsverträge)

[58]連邦通常裁判所 2003 年 2 月 19 日判決²³⁸

【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。

²³⁸ BGH 19.2.2003 - XII ZR 142/00, BGHZ 154, 47.

【裁判所の判断】

BGH は、高等裁判所が BGB138 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、BGB138 条 2 項の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 BGB138 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²³⁹、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。

■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²⁴⁰

【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

²³⁹ BGH Urt. v. 9. 10. 1996 - VIII ZR 233/95, WM 1997, 230.

²⁴⁰ BGH Urt. v. 25.2.1994 - V ZR 63/93, BGHZ 125, 218.

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、1 m²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。

[60]フランクフルト高等裁判所 1998 年 11 月 9 日判決²⁴¹

【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おいては、「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²⁴²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 BGB138 条 2 項が中心となっていたが、その要件の厳格さのため BGB138 条 2 項は包括的な暴利規制とはなり得なかった。判例は、比較的早い段階から BGB138 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。

²⁴¹ OLG Frankfurt 9. 11. 1998 - 18 U 83/97, NZM 1999, 383.

²⁴² 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。

(1)非難すべき態度について

BGB138 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、BGB138 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挙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事に対する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、BGB138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²⁴³。

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が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構造がとられている。

²⁴³ BGH Urt. v. 19.6.1990 - XI ZR 280/89, NJW-RR 1990, 1199.

(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²⁴⁴や高額な入院契約²⁴⁵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

ラーレンツ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、信頼原理の三つを上げており、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²⁴⁶。

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²⁴⁷。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)しているとする²⁴⁸。そしてラーレンツは、BGB138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²⁴⁹。

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

²⁴⁴ BGH Urt. v. 2. 7. 1999 - V ZR 135/98, NJW 1999, 3113.

²⁴⁵ BGH Urt. v. 12. 3. 2003 - IV ZR 278/01, NJW 2003, 1596.

²⁴⁶ Karl Larenz, Richtiges Recht, (C.H.Beck, 1979), S.65.

²⁴⁷ Larenz, a.a.O. (Fn.246), S.66.

²⁴⁸ Larenz, a.a.O. (Fn.246), S.66.

²⁴⁹ Larenz, a.a.O. (Fn.246), S.71.

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、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(Verkehrssicherheit)の考え方と同様に重要な正当化基準ではないと留保する²⁵⁰。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を持つとしている²⁵¹。

(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として批判する²⁵²。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、このような給付の均衡は裁判上のケースバイケースではなく、経済全般に基づいたものでなければならいとしている²⁵³。

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とした²⁵⁴。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²⁵⁵。

同様にシューネマンは、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

²⁵⁰ Steffen Jung, Das wucherähnliche Rechtsgeschäft. Eine rechtsprechungsorientierte Erörterung unter besonderer Berücksichtigung gastgewerblicher Pachtverträge, (Köln, 2001), S.52.

²⁵¹ Jung, a.a.O. (Fn.250), S.54f.

²⁵² 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.

²⁵³ Reinhardt, a.a.O. (Fn.252), S.223.

²⁵⁴ Horst Bartholomeyczik, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gleichgewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), 30, 63.

²⁵⁵ Bartholomeyczik, a.a.O. (Fn.231), AcP 166 (1966), 30, 63.

主張する²⁵⁶。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²⁵⁷。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つつ、準暴利行為が BGB138 条 1 項の一般条項から導かれていることに対しても「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」²⁵⁸、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²⁵⁹。

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²⁶⁰。

またアイゼンハルトは BGB138 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

²⁵⁶ Wolfgang B. 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.

²⁵⁷ Wolfgang B. Schünemann, Generalklausel und Regelbeispiel, JZ 2005, 277.

²⁵⁸ Schünemann, a.a.O. (Fn.257), JZ 2005, 277, 278.

²⁵⁹ Markus Rehberg, Vertragstheorie und Verbraucherschutz, VuR 2020, 448, 449.

²⁶⁰ Eisenhardt, a.a.O. (Fn.94), S.302.

の時代、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²⁶¹。

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、「BGB138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」、「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、BGB138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、BGB138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²⁶²。

(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²⁶³。

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²⁶⁴、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、刑罰的な暴利者の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²⁶⁵。

同様にベルクマン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

²⁶¹ Eisenhardt, a.a.O. (Fn.94), S.306f.

²⁶² Becker, a.a.O. (Fn.83), S.197f.

²⁶³ 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.

²⁶⁴ Benöhr, a.a.O. (Fn.263), S.91ff.

²⁶⁵ Benöhr, a.a.O. (Fn.263), S.99f.

益にかなうわけではないとしている²⁶⁶。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²⁶⁷。

(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²⁶⁸。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²⁶⁹。

また、パパニコラウ/カランパツォスは準暴利行為にあらわれている契約当事者の非対等に注目し、暴利行為論を不公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、BGB138条というよりもBGB242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²⁷⁰。

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²⁷¹、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利者の窮状を利

²⁶⁶ Bergmann, a.a.O. (Fn.100), S.439.

²⁶⁷ Bergmann, a.a.O. (Fn.100), S.440f.

²⁶⁸ Christian F. Majer, Sittenwidrigkeit und Äquivalenzstörungen - das wucherähnliche Geschäft, DNotZ, 2013, 644, 653.

²⁶⁹ Majer, a.a.O. (Fn.268), DNotZ, 2013, 644, 652.

²⁷⁰ Papanikolaou / Karampatzos, a.a.O. (Fn.107), S.1141f.

²⁷¹ Aleksander Grebieniow, Die laesio enormis und der dolus re ipsa heute: die Verschuldensfrage, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 85 Issue 1-2, (2017), S.226f.

用すること、つまり道義的な非難すべき態度が必要とする立場や²⁷²、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²⁷³、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体化とし、暴利者の主観的要素については、相手方の決定自由の弱体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²⁷⁴。

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²⁷⁵。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²⁷⁶。

(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とする立場

ヘンスラーは、BGB138 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 BGB138 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²⁷⁷。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

²⁷² Klaus Adomeit, Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild, NJW 1994, 2467, 2468.

²⁷³ 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.

²⁷⁴ Jung, a.a.O. (Fn.250), S.182.

²⁷⁵ Jung, a.a.O. (Fn.250), S.183.

²⁷⁶ Jung, a.a.O. (Fn.250), S.184.

²⁷⁷ Martin Henssler, Risiko als Vertragsgegenstand, (Tübingen,1994), S.206.

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、「BGB138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、主観的な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²⁷⁸。

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

マイヤー・マリーは、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²⁷⁹。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指摘しつつも、非難すべき態度というBGHが示した主観的な要素は、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²⁸⁰。

つまり、マイヤー・マリーはBGHが準暴利行為に主観的な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、利得者側の主観的な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な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²⁸¹。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²⁸²。

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は非難すべき態度という主観的な要素が必要かどうかは疑問であるとしており²⁸³、「BGB138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

²⁷⁸ Henssler, a.a.O. (Fn.277), S.209.

²⁷⁹ 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.

²⁸⁰ Mayer-Maly, a.a.O. (Fn.279), S.404.

²⁸¹ Mayer-Maly, a.a.O. (Fn.279), S.406.

²⁸² Mayer-Maly, a.a.O. (Fn.279), S.407.

²⁸³ Christian Armbrüster, *Wucher und wucherähnliche Geschäfte*, BRZ 2021, S.69f.

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、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²⁸⁴。

④良俗違反は全体評価から行われるとする立場

ボークは、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いる²⁸⁵。

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

前述した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たが²⁸⁶、ルッツ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な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²⁸⁷。

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だとの意見がみられる²⁸⁸。

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、準暴利行為として認めるべきとしている²⁸⁹。

²⁸⁴ 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.

²⁸⁵ Reinhard Bork, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 19.1.2001 - V ZR 437/99, JZ 2001, 1138, 1139.

²⁸⁶ Majer, a.a.O. (Fn.268), DNotZ, 2013, 644, 652.

²⁸⁷ Lutz, a.a.O. (Fn.82), S.247ff.

²⁸⁸ Adomeit, a.a.O. (Fn.272), 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危険性について指摘している。

²⁸⁹ Henssler, a.a.O. (Fn.277), S.210.

ハックルも同様に、給付の不平等な価値、すなわち BGB138 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すること自体は妥当であるとしている²⁹⁰。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いる²⁹¹。

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そのような価格の差異(Abweichungen)の是正が期待できないという洞察に基づいていると主張する²⁹²。

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²⁹³。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²⁹⁴。

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²⁹⁵。

²⁹⁰ Karl Hackl, Äquivalenzstörung und Sittenwidrigkeit, BB 1977, 1412, 1413.

²⁹¹ Hackl, a.a.O. (Fn.290), 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。

²⁹² Franz J. Säcker, in: Franz J. Säcker / Roland Rixecker (hrsgs.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Bd., 1. Aufl., (C.H.Beck,2006), §138, Rn.37.

²⁹³ Finkenauer, a.a.O. (Fn.273), S.191.

²⁹⁴ Finkenauer, a.a.O. (Fn.273), S.192.

²⁹⁵ Finkenauer, a.a.O. (Fn.273), S.193.

同様に、シュテュルナー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」としている²⁹⁶。

ホルン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用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²⁹⁷。

(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²⁹⁸。

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を示している²⁹⁹。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³⁰⁰。

その他コツィオールは、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、

²⁹⁶ Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht : Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, (Mohr Siebeck, 2010), S.54f.

²⁹⁷ Norbert Horn, Der Wuchereinwand bei gewerblichen Darlehen und im internationalen Finanzmarkt, BKR 2006, 1, 3ff.

²⁹⁸ Theo Mayer-Maly, in: Franz J. Säcker/ Roland Rixecker (hrsgs.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Bd., 1. Aufl., (C.H.Beck, 1993), §138, Rn.107.

²⁹⁹ Jung, a.a.O. (Fn.250), S.31.

³⁰⁰ Jung, a.a.O. (Fn.250), S.197ff.

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³⁰¹。

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³⁰²。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³⁰³。

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はありつつも、学説の大勢は BGH の提示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³⁰⁴。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³⁰⁵。また、コツィオールは BGB138 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であれば、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³⁰⁶。

第 3 節 小括

1. 判例の動向

BGB 立法時、ドイツ法には BGB138 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 BGB138 条 2 項から BGB138 条 1 項の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、暴利規定が機能不全に陥っていた点を

³⁰¹ Helmut Koziol, Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite?, AcP 188 (1988), 183, 201.

³⁰² Papanikolaou / Karampatzos, a.a.O. (Fn.107), S.1121.

³⁰³ Papanikolaou / Karampatzos, a.a.O. (Fn.107), S.1137.

³⁰⁴ Koziol, a.a.O. (Fn.301), AcP 188 (1988), 183,187.

³⁰⁵ Koziol, a.a.O. (Fn.301), AcP 188 (1988), 183, 192.

³⁰⁶ Koziol, a.a.O. (Fn.301), AcP 188 (1988), 183, 188.

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注意すべきであるとの指摘がある³⁰⁷。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。

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

³⁰⁷ Udo Reifner, Das Wucherverbot, JZ, 2021, 1017, 1027.

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³⁰⁸。

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ョ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。

³⁰⁸ Wendt Nassall, in: Maximilian Herberger / Michael Martinek / Helmut Rübmann / Stephan Weth / Markus Würdinger, Juris PraxisKommentar BGB Band 1 - Allgemeiner Teil, 9. Aufl., (Juris, 2021) § 138 BGB, Rn. 333.

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、BGB138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されている。

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事で、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。

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3章では判例法理によって生み出された準暴利行為について、どのような要件上の拡張が行われているのか、また各契約類型においてどのような特徴があるのかについて整理を行った。第2章で言及したように暴利規定は広く私法上の暴利規制を図るため BGB 立法時に明文化されたが、窮状要素が列挙されている事由に限られていたことや、暴利者の利用要素という内心の立証が困難だったことから、初期の判例においては暴利行為の射程は非常に狭く解されていたといえよう。

このような暴利規定の機能不全に対し、RG は早い段階から良俗違反を根拠とする準暴利行為の法理を確立し、各要件の拡張や推定準則による立証責任の緩和を図った。しかし、準暴利行為はあくまで暴利規定の拡張類型であることから、暴利、すなわち給付と反対給付の著しい不均衡が観念されない無償契約及び片務契約、適正価格による契約においては適用できないとされている。

この点、判例は巨額な保証契約や、一方当事者が他方の窮状を非難すべき形で利用し、そこに道徳的に非難すべき状況が認められた契約は、BGB138 条 1 項に基づき契約を無効にし得るとしている。これらの契約はどちらも暴利行為論における給付不均衡に当たらない事例といえるため、判例がどのような判断基準を用いて良俗違反を導いているのかについて以下確認する。

1. 巨額な保証

1980 年代より近親者のため保証人の資力をはるかに超える巨額な共同責任を銀行から負わされる保証契約が横行し、BGB138 条による解決が模索された。これに対して、BGH は、保証契約は原則無償契約であり、また給付に対する反対給付を約する契約ではないため、1990 年初頭までは私的自治を根拠に、巨額債務を発生させる保証契約は暴利・良俗違反ではないと判断してきた³⁰⁹。しかし、[61]判決を契機として、BGH は巨額な保証契約について BGB138 条 1 項に反するため良俗違反であると解している。

[61]連邦憲法裁判所(以下 BVerfG)1993 年 10 月 19 日判決³¹⁰

【事実の概要】

不動産業者である A(X の父)が銀行 Y から信用供与を受けるにあたって、X(当時 21 歳)は連帯保証契約に署名した。連帯保証契約の内容として、①当該連帯保証契約は、あらゆる現在及び将来の、条件付きまたは期限付きの請求権を X が引き受けること、②X は本連帯保証債務において、催告の抗弁や取消可能性並びに相殺可能性の抗弁などあらゆる抗弁を放

³⁰⁹ BGH Urt. v. 19.1.1989 - IX ZR 124/88, BGHZ 106,269.

³¹⁰ BVerfG Urt. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567/89, NJW 1994, 36.

棄させられること、③また銀行は、その他の担保を保証人に請求しないうちに弁済する義務を負わないとする規定が定められていた。このような連帯保証契約の内容について、Yの職員はXAに、「すべて形式的なことである」、「大きな債務が問題となることは決してない」と説明した。

Xは、初等教育を終えた後に特別な職業教育等を受けることなく、Aの下で事務として業務を手伝っていたが、その後就職したものの、しばしば失業状態にあり、本件保証契約締結時は魚加工業者で働き月々1,150マルクの稼ぎを得ていた。その後、Aから返済が行われなかったため、Yは負債を通告し、Xに保証人として10万マルクとその利子を支払うよう求めたという事案である。

BGHは本件について、成人であれば、特別な取引上の経験がない場合でも、保証の意思を表明することによって生ずる責任や危険を一般的に理解することができるとし、保証契約が有効であると判示した³¹¹。

これに対して、XはBGHの判断が、基本法1条1項及び社会国家原理(基本法20条1項・28条1項)と結合した基本法2条1項が保障する基本権を侵害しているとして、BVerfGに憲法異議を申し立てた³¹²。

【裁判所の判断】

BVerfGは、契約当事者の一方が、契約内容を事実上一方的に規定することができるほど優位にある場合には、契約が「他者決定」となる危険性を指摘している。そして、契約の一方当事者の構造的な従属的關係(strukturelle Unterlegenheit)が認識され、従属的關係にある他方当事者にとって契約の効果が、通常ではない(ungewöhnlich)負担を課す場合には、民事法秩序はこれに応え、修正を可能にしなければならないと判示した。

また、BVerfGは今日における契約自由が、当事者の実力関係が近似的に均衡している事例においてのみ適切な利益調整の手段として有益であること、及び妨害された契約の対等性の調整が民事法の主たる任務に属するという点に関しての広範な合意が存在するとし、

³¹¹ BGH Urt. v. 16.3.1989 - IX ZR 171/88, NJW 1989, 1605.

³¹² 以下基本法の条文の訳については、高田初宿編訳・前掲注(222)213頁以下による。

基本法1条1項(人間の尊厳、基本権による国家権力の拘束)

人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、これを保護することは、すべての国家権力の義務である。

基本法2条1項(人格の自由)

何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法適合的秩序または道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる求める権利を有する。

基本法20条1項(国家秩序の基礎)

ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である。

基本法28条1項(ラントの憲法及び市町村の自治の保障)

ラントにおける憲法適合的秩序は、この基本法の趣旨に即した共和制的、民主的及び社会的法治国家に適合していなければならない。ラント、郡及び市町村においては、国民は普通・直接・自由・平等及び秘密の選挙に基づく代表機関を有しなければならない。郡及び市町村の選挙においては、ヨーロッパ共同体の構成国の国籍を有する者も、ヨーロッパ共同体法に基づいて選挙権及び被選挙権を有する。市町村においては、市町村集會が、選挙された団体に代わることが出来る。

この意味において BGB の一般条項は中心的意義を有するとしている。

そしてこのような状況を修正する法理として BVerfG は、BGB138 条 2 項の文言はとりわけ明白に示しているとし、また、BGB138 条 1 項は、一般的に無効の効果を良俗違反と結びつけ、BGB242 条からは多様な法的効果が生じるとしている。そして契約の内容が、一方当事者にとって通常ではない負担を課しており、かつ利益調整 (Interessenausgleich) として明らかに不均衡である場合には、裁判所は「契約は契約である」との確認のみで満足してはならないし、裁判所はその取り決めが交渉力の構造的不平等の結果であるか否かを明らかにしなければならず、場合によっては、(先程挙げられた)BGB の一般条項の枠内で、これを修正するために介入しなければならないと結論付け、BGH は私的自治の基本法上の保証について判断を誤っており、取り消されるべきであるとした。

[62]連邦通常裁判所 1994 年 2 月 24 日判決³¹³

【事実の概要】

[61]判決を参照。

【裁判所の判断】

本判決は[61]の再審である。BGH は、保証人が自己の現在及び将来において期待できる収入状況・財産状況をはるかに超える債務を負うとしても、契約当事者間の耐え難い不均衡 (unerträglichen Ungleichgewicht) をもたらすような特段の事情によって保証人が過大な負担を負わされ、特にこのような負担が、債権者が保証人のビジネス上の無経験や精神的窮状が利用され、またはその他の方法で保証人の決定の自由を不当に損なわれた場合には BGB138 条 1 項によって無効となると判断した。

また、特に教育過程や就職してキャリアを積みはじめた若者、つまりビジネス経験の浅い若者が、親から保証をするように求められた場合、自由かつ冷静に判断できず、精神的窮状から熟慮せず両親の希望に応じる可能性があるとし、自身が行う(保証契約の)署名がどのような結果をもたらすのかを見極めるのが困難であると示した。

そして BGH は、本件保証契約は認定事実から X が精神的窮状に陥った結果、保証書に署名をしたと考えるのが妥当であるとして、BGB138 条 1 項による良俗違反を認めた。

[63]連邦通常裁判所 1997 年 9 月 18 日判決³¹⁴

【事実の概要】

X 銀行は、大工や家具作りを行う会社を営む A に 90 万マルクの融資を行い、それにつき複数の担保が設定された。その後 A の顧客が倒産し債権回収が困難になるなどの事情があったため、X は追加担保を求め、A の婚約者であり A の会社で家具職人として働く Y(月給 3,500 マルク)が A の X 銀行に対する取引債務につき、包括根保証を行ったところ、A が破

³¹³ BGH Urt. v. 24.2.1994 - IX ZR 227/93, NJW 1994, 1341.

³¹⁴ BGH Urt. v. 18.9.1997 - IX ZR 283/96, BGHZ 136, 347.

産したため、XはYに対し90万マルクを請求し、その内30万マルクとその利子については執行命令を得たが、Yがそれに対して保証契約の交渉が行われた際には譲渡担保債権の欠損額(10万マルク)しか言及されなかったとして良俗違反を主張した事案。

【裁判所の判断】

BGHは当該保証契約締結当時、Aの事業による収入しか自由に使えないYの月給3,500マルクから差押可能な収入は1,603.70マルクであり、この金額では5年以内に未払い額の11%しか支払うことができず、保証債務の全額を返済することは経済的に不可能であることは、合理的な疑いがないと認定した。

そして、責任の総額と保証人の経済的履行能力の間に極端な不均衡(ein krasses Mißverhältnis)があることから、保証人の経済力では主たる債務全体を弁済することが実質的にできず、どのような観点からも合意された債務額に対する債権者の法的に正当な利益を認識できない場合、Yがビジネス経験や法的知識が欠けているためにAとの感情的な結びつきによってこのような保証に巻き込まれ、それをXが非難すべき形で利用したと推定すべきであると判示した。

最終的にBGHは、YはAの個人的愛情や信頼によって保証を行い、これによりYやAの生活の基盤であるAの事業を守ろうとしたに過ぎないことなどから、本件保証は経済的に無意味であり、Yの契約地位の劣位がXに利用されて締結されたとして良俗違反を認めた。

〈巨額な保証契約のまとめ〉

前述した通り、暴利規定または準暴利行為が認められるのは給付と反対給付に著しい不均衡がある場合であり、基本的に有償・双務契約が適用領域とされている。しかし、巨額な保証債務の判例においては、暴利行為(特に準暴利行為)と酷似した判断構造が用いられており、このような判断構造がとられるきっかけとしては[61]判決を挙げることができる。[61]判決はこれまでの巨額債務を発生させる保証契約は私的自治の範囲内であり、BGB138条は適用されないとしたBGHの姿勢を批判し、契約当事者間に構造的な従属的關係が認められ、一方当事者に過剰な負担が課される場合には、BGB138条1・2項などの一般条項によって契約に介入しなければならないとした。

このような[61]判決を受けて差戻し審である[62]判決は、耐え難い不均衡が保証人のビジネス上の無経験や精神的窮状の利用、あるいはその他の方法で保証人の決定の自由が不当に損なわれた結果としてもたらされているのであれば、BGB138条1項によって無効であるという判断枠組みを示した。また、[63]判決は、責任の総額と保証人の経済的履行能力(収入の差押可能部分)の間に極端な不均衡(ein krasses Mißverhältnis)があることは、保証人がビジネス経験や法的知識が欠けているために主債務者との感情的な結びつきによって保証契約を締結し、それを債権者が非難すべき形で利用したと推定すべきであるとする推定準則を認めている。

このような判断構造は準暴利行為の主観的要件である非難すべき態度や、特別重大な不均衡による推定準則を想起させる。学説には巨額な保証の位置付けとして BGB138 条 2 項の給付概念を拡張させたものと捉える立場と桎梏契約と捉える立場がある。前者の立場としては、暴利行為は契約当事者の劣位の利用と給付不均衡の両者が合わさった際に契約を無効とするが、巨額な保証債務を負った保証人の無資産は給付不均衡の代わりとなるとし、巨額な保証の事例においては契約締結上の過失による救済も考えられるが、この場合保証人は信頼利益の範囲での損害賠償しか得られないため、契約を無効とする良俗違反独自の意義があるとしている³¹⁵。これに対して、巨額な保証の事例を暴利行為ではなく桎梏契約と捉える立場は、巨額の共同責任は保証人の将来の経済活動の自由を全部ないし本質的な部分的に奪うことから、桎梏を根拠として BGB138 条 1 項により無効であるとしており、強制執行法が改正されない限りは保証人が生涯にわたって差押禁止範囲内のみによって生活することになるため、桎梏契約として契約を無効とすべきであるとしている³¹⁶。

判例は巨額な保証契約の事例がどちらに位置付けられるのかについて特に明言していないため、この事例群を暴利行為論の延長線上と捉えることが妥当なのかについては定かではない。しかし、保証契約は原則片務・無償契約であり、暴利行為でいう給付不均衡があるとはいえないため、厳密には暴利行為とは異なる類型に位置付けられると考えられる。巨額の保証契約の判例はその後 2000 年代にかけても争われ、債権者の説明義務違反との関係など様々な観点から議論がなされている³¹⁷。

2. 搾取契約

BGH は、判例において度々 BGB138 条は感情的な苦境や個人的なもつれの利用から被暴利者を保護する法理であり、BGB138 条 2 項で特に強調されている「窮状の利用」という側面は、BGB138 条 1 項の文脈(準暴利行為)においても重要な意義を持つことを確認している³¹⁸。そして BGH はそこからさらに進み、著しい不均衡が認められなかったとしても、契約当事者の一方が主観的に非難すべき方法で他方の未熟さを利用し、さらに道徳的に非難すべき状況が加わった場合には契約を BGB138 条 1 項によって無効にし得るという判断を示している(便宜上この類型を搾取契約と呼称する)。以下このような判断を下した BGH の 2 つの判例について整理する。

³¹⁵ Paul Heinrichsmeier, Die Einbeziehung des Ehegatten in die Haftung für Geldkredite, (E. und W. Giesecking, 1993), S.167.

³¹⁶ Heinrich Honsell, Die Mithaftung mittelloser Angehöriger, JuS 1993, 817, 818ff.

³¹⁷ 邦語文献として、原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性(1),(2)完」法学論叢 147 巻第 1 号(2000 年)24-45 頁,法学論叢 148 巻第 1 号(2000 年)85-107 頁、同「極端に巨額な保証債務の反良俗性(1),(2)完ドイツ良俗則の最近の展開・その二」法学論叢 148 巻 2 号(2000 年)18-34 頁,法学論叢 149 巻 5 号(2001 年)46-71 頁や、齋藤由起「近親者保証の実質的機能と保証人の保護 ドイツ法の分析を中心に(1) (2) (3・完)」北大法学論集 55 巻 1 号(2004 年)113-160 頁, 55 巻 2 号(2004 年)657-693 頁, 55 巻 3 号(2004 年)1119-1175 頁を参照した。

³¹⁸ BGH Urt. v. 22.1.1991 - VI ZR 107/90, NJW 1991, 1046.

[64]連邦通常裁判所 1966 年 5 月 25 日判決³¹⁹

【事実の概要】

X はドライクリーニング装置(Trockenreinigungsanlage)を販売する会社であり、新聞広告によって X 社を知った Y(21 歳・大学に入学して数か月の学生)は X に非専門家である自身に必要なカタログといくつかの提案を送るよう依頼した。その後 X の代表者である X1 は Y 宅に訪れ、クリーニング装置の説明や資金調達について話し合った。そこでは Y は X1 に 1,000 マルクを自由に使えること、住宅用貯蓄契約(Bausparvertrages)を解約することで 4,000 マルクを期待できること、そして父から Y に月数百マルクの仕送りがあることを説明した。

後日 Y と X1 は再会し、Y は本件クリーニング装置を 41,100 マルクで X に注文した。本件クリーニング装置は頭金が 8,000 マルクとされており、Y は直ちに 1,000 マルクを支払い、残りの 7,000 マルクは本件クリーニング装置が届くまでに支払うと約した。その後父と相談した Y は契約の履行を拒否し、それに対して X は逸失利益の補償として 14,970.30 マルクから Y が支払った 1,000 マルクを相殺して請求したという事案。

【裁判所の判断】

まず BGH は、原審が本件売買契約において Y に課せられた給付は、X の反対給付に対して著しく不釣り合いなものではないと認定したことを是認し、相手の未熟さを利用すること自体は、BGB138 条 2 項の暴利行為とは言えないとした原審の判断を肯定した。

だが、BGH は契約において相手方の未熟さを利用することは、他の道徳的に非難すべき状況(verwerfliche Umstände)が追加された場合、BGB138 条 1 項に基づいてなお無効にし得ると判断し、本件においては Y 側の異常な不注意や強い未熟さを示唆する多くの状況がすでにあらわれており、それは契約締結時 Y が大学に入学して間もなかった点や、実際には頭金 8,000 マルクを支払う手段がなかった点、クリーニング装置を設置するための店を借り、家具をそろえるなど立ち上げの資金調達ができなかった点を挙げている。

そして X1 が「この状況を認識し、それを利用して自身と X の利益を図ったことを直ちに否定することもできない」としつつも、X1 が言及されたすべての状況を認識していなかったとしても、重過失によってこれらの状況を認識していなかったとすれば、主観的な非難としては十分であると判示した。

また BGH は本件において不注意や未熟さの利用と共に、X や X1 の契約締結時から契約が成立しないことが明らかなることから、リスクのない方法で損害賠償請求を得ることができるといった態度は当該売買契約を良俗違反の性格を付与するとしており、このような態度は若く経験の浅い者の無謀さを利用することに伴い、立派な商人の態度とは相いれず、商業生活(Geschäftsleben)において貫徹(durchsetzen)させてはいけないとしている。

そして、本件においては X1 の認識をはじめに審議が尽くされておらず、BGB138 条 1 項

³¹⁹ BGH Urt. v. 25.5.1966 - VIII ZR 225/65, NJW 1966, 1451

による無効が成立する余地があり得るため、破棄差戻しとされた。

[65]連邦通常裁判所 1982 年 11 月 18 日判決³²⁰

【事実の概要】

契約締結時 19 歳だった Y は、妻と共に X が資金提供した複合施設に併設されている本件マンションを購入しようと考えた。本件マンションの販売は A 社が行っており、Y は A 社の従業員である A1 と交渉し、153,862 マルクという販売価格と 2 件の抵当権による資金調達を定めた様式による契約書に署名した。

後日、Y は X が雇用している銀行員 B と A1 と融資について協議を行った。Y は 7% の利子付きで合計 257,400 マルクを X から借り受け、毎月 1,579 マルクを返済するとの契約が締結された。しかしマンション入居後、Y は 6,400 マルクしか返済できなかったため、Y は本件マンションを 172,000 マルクで売却し、その売買代金は X に譲渡されたが、X はローンの残債務として 26,826.32 マルクを請求したという事案。

【裁判所の判断】

本判決は、もっぱら XY 間の融資契約が、ドイツ貿易規制法(GewO)56 条 1 項 6 号に違反し、BGB134 条により無効とされるかという点が争われた。しかし BGH は、GewO56 条 1 項 6 号の適用が正当化できない場合には、原審は BGB138 条に従って契約が無効であるかどうかを確認する必要があるとした。

そして、本件においては認定事実から給付と反対給付間の著しい不均衡を認めることはできないため、BGB138 条 2 項による無効は議論の余地はないとしつつも、「このような不均衡がなくとも、一方の契約当事者が主観的に非難すべき形で(subjektiv vorwerfbarer Weise)他方の未熟さを利用し、さらに道徳的に非難すべき状況(verwerfliche Umstände)が生じた場合、契約は BGB138 条 1 項に基づき良俗違反となる」として[64]判決を引用した。そしてこれらの内容については十分に審理が尽くされていないため、破棄差戻しとされた。

〈搾取契約のまとめ〉

その後も、[64][65]判例を引用して、不均衡が認められずとも経験の浅い者を主観的に非難すべき形で利用し、さらに道徳的に非難すべき状況が認められる場合に、BGB138 条 1 項を根拠に良俗違反が認められるとする判例・裁判例が続いている³²¹。

暴利規定及び準暴利行為は、給付と反対給付の著しい不均衡を契約に介入する客観的な指標として用いており、前述した巨額な保証契約も厳密な不均衡とはいえないものの、客観的な基準として経済的履行能力を挙げていた。しかし、搾取契約においては給付不均衡

³²⁰ BGH Urt. v. 18.11.1982 - III ZR 61/81, NJW 1983, 868.

³²¹ Vgl. BGH Urt. v. 7.10.1991 - II ZR 194/90, NJW 1992, 300; BGH Urt. v. 18.1.1996 - IX ZR 171/95, NJW 1996, 1274; BGH Urt. v. 13.10.2006 - V ZR 169/05, IMR 2007, 1057; LG Potsdam Urt v. 1. 12. 2021 - 6 S 21/21, ZD 2022, 160.

が認められなくとも、一方当事者が主観的に非難すべき形で他方の未熟さなどの窮状を利用(認識)し、さらに道徳的に非難すべき状況が認められた場合には契約は良俗違反が認められるとされている。

つまり、契約における不均衡と暴利者と被暴利者の主観面という2つの軸によって契約を無効としてきた暴利行為論の殻を破り、もっぱら経験不足などの状況につけ込んでなされた契約に関しても BGB138 条 1 項によって無効とされるということを BGH がこれらの判決を通して認めたといえる。

問題はこの判例群を暴利行為の延長線上と捉えるか、あるいは他の良俗違反類型として捉えるかという点である。暴利行為及び搾取契約は共に BGB138 条を根拠としているため、一見この線引きには意味がないようにも考えられるが、もし搾取契約が暴利行為の中(あるいは暴利行為が搾取契約)に含まれるのならば、契約の内容規制あるいは給付均衡法理として理解されてきた暴利行為論を修正する必要があるだろう。

この点、学説の中には[64]判決を暴利規定における窮状要件の1つである経験不足の事例と捉えるものや³²²、情報提供義務と関連付けて論じるものなどがみられるが³²³、具体的に搾取契約と暴利行為の関係について言及し検討している文献はみられない。

しかし、搾取契約は一方当事者の窮状を利用(Ausbeutung)して利得を得ていることに対して非難性があるとしており、この点に関しては暴利行為論の主観的要件の判断構造を引き継いでいるといえよう。また、国際的なモデル準則とされているヨーロッパ契約法原則 4:109 条においても暴利行為に当たる条文が「過大な利益取得または不公正なつけ込み」と規定されていることから³²⁴、搾取契約は暴利行為論に類似している法理、ないしは近い法理として位置づけられていると解することができよう。

むしろ[64][65]判決を通して、BGH は給付の不均衡があるとはいえない事例(適正価格による契約や著しい不均衡の値に満たない契約)や、契約当事者の資力と比して過剰な債務を負わされている事例について、従来の暴利行為論では対応することができないため、暴利行為の主観的要件の部分を取り出し、搾取契約として契約を無効にする余地を作り出したといえるだろう。

以上まとめると、ドイツ法においては相手方の窮状を利用して契約を締結した場合、当該契約に著しい不均衡があった場合には暴利規定あるいは準暴利行為によって無効が認められるが、著しい不均衡が観念できない場合においても、一方当事者の非難すべき態度や道徳的に非難すべき状況(意図の悪性)が認められた場合、搾取契約として BGB138 条 1 項に基づき契約を無効にし得る。そして、搾取契約はこれまで暴利行為の判例や学説において強調されてきた窮状の利用という主観的側面のみによって契約を無効とし得るため、給

³²² Staudinger/Fischinger, a.a.O. (Fn.159), Rn.279.

³²³ Roland Schwarze, Vorvertragliche Verständigungspflichten, (Mohr Siebeck, 2001), S.159.

³²⁴ オーレ・ランドロー/ヒュー・ビール編(潮見佳男他監訳)『ヨーロッパ契約法原則 I・II』(法律文化社,2006年)245頁以下。

付の不均衡という要件から脱却しており、暴利行為論と比べてより広い射程を有しているといえる。

第2節 契約における *Ausbeutung* と非難性

本章第1節においては、必ずしも給付不均衡があるとはいえない場合において、準暴利行為と類似した判断構造によって契約を無効とする事例群を確認した。これらの事例群と暴利行為論に共通する要素としては、一方当事者の窮状を利用ないしつけ込んで契約が締結されている点について非難すべきと評価されている点である。そこで本節においては、どのような場合に契約において利用したとされるのか、それがなぜ非難されるべきなのかについて暴利行為論の議論を中心に検討する。

1. 利用要素の再検討

(1) *Ausbeutung* の内容について

暴利行為論だけでなく、巨額な保証や搾取契約において一方当事者の利用(*Ausbeutung*)は契約の無効要素として判断構造に組み込まれているが、ここでは、改めてその内容について検討を行いたい。従来日本法は、*Ausbeutung* の訳語としては一般的に利用や乗じるという文言が用いられてきたため、本稿においても便宜上 *Ausbeutung* を利用としてきたが、本来 *Ausbeutung* は搾取という倫理的批判力を内包する文言と捉えられている³²⁵。

暴利規定における *Ausbeutung* の内容については、これまでに確認してきたとおり、被暴利者の強制状態などの窮状と給付の不均衡を認識していたこととされ(故意)、特別な意図を必要としないと解されてきた。準暴利行為においては、一方当事者が、相手方が困難な状況のために自らに課された過酷な条件に承諾したということ、故意または重過失によって無視した場合として重過失までの拡張がなされている。つまるところ、暴利行為論における *Ausbeutung* は暴利者が不均衡と被暴利者の窮状についての認識の問題として捉えられているといえよう。

しかし、判例の中には前述の *Ausbeutung* とは異なる解釈を行う事例も存在している。例えば暴利規定の判例において、「暴利者は、相互の給付間の著しい不均衡を知りながら、意識的かつ非難すべき形(*verwerflicher Weise*)で、被暴利者の苦境を利用した」³²⁶とする事例や、「主観的要件には、暴利者側の利用の特別な意図は含まれないが、顕著な不均衡を知りながら、暴利者が意識的かつ非難すべき形で被暴利者の強制的状況を利用したことが必要である」³²⁷と判示するものがみられ、本来認識の問題とされる利用要素とは別に、「非難すべき形」という文言が含まれることによって暴利者のつけ込み行為に対する非難性が含まれるようになっていくと評価できるだろう。また、準暴利行為についても、

³²⁵ 山口拓美『利用と搾取の経済倫理:エクスプロイテーション概念の研究』(白桃書房,2013年)95頁。

³²⁶ BGH Urt. v. 08.07.1982- III ZR 1/81, NJW 1982, 2767.

³²⁷ BGH Urt. v. 19.6.1990 - XI ZR 280/89, NJW-RR 1990, 1199.

主観的要素が非難すべき態度という文言で表現されていることから、暴利者に対する非難性が内包されているといえよう。

(2) Ausbeutung の特殊性

判例は暴利規定において Ausbeutung を窮状と給付の不均衡を認識(故意)したことでありと解しているが、ここではなぜ故意(Vorsatz)と規定せず Ausbeutung という文言を用いたのかについて検討したい。

この点学説には、契約における自発性(Freiwilligkeit)を基軸として、強迫³²⁸における強制状態(Zwang)と、暴利規制における Ausbeutung を検討する見解がある。グットマンは、暴利行為における Ausbeutung の不法(Unrechtsgehalt)な内容は、一方の当事者が他方の当事者の弱さという個別の状況を利用して、明らかに価値を上回る対価を自らの給付のために得るという事実にあるとしているが、窮状が契約相手によってもたらされたものか、あるいは単に窮状が契約当事者に発見され利用されたものであるかによって区別すべきとしており、前者は強迫によって、後者は暴利行為によって捉えるべきであり、両者は規範的構造において断固として異なると評価している³²⁹。つまり、グットマンは強迫の場合は強迫行為が行われることによって一方当事者に契約をせざるをえないような窮状(強制状態)を強迫した者が作出しているが、暴利行為の場合窮状は相手方からもたらされるものではなく、そもそも意思の薄弱や市場の無知などの窮状が被暴利者に内在しており、暴利者はそのような状況をただ認識して契約を締結していると解している。

そして、このような評価は契約における自発性によって判断できるとしており、強迫における強制状態の場合には完全に自発性が失われているが、暴利行為の場合には利用と自発的行為が両立するという点において異なっているとされ、暴利行為の場合に被暴利者は自発的に利用されることがあるとしている³³⁰。

しかし、グットマンは一方当事者が優越的な地位にある際の保証契約の判例³³¹において、非自発性と搾取の2つの概念が混ぜ合わされているとしており、いわゆる構造的劣位(struktureller Unterlegenheit)の事例としてBGHに受け入れられていると批判している³³²。グットマンはこのようなBGHの姿勢に対して、契約当事者の自発性が損なわれることは、単なる良俗違反とは異なる性質を有していると批判するが³³³、果たしてグットマンの批判は妥当なものなのだろうか。

³²⁸ 条文訳は山口・前掲注(125)22頁を参照した。

BGB123条1項(詐欺又は強迫による取消可能性)

詐欺により又は違法な強迫により意思表示を行うことを余儀なくされた者は、その意思表示を取り消すことができる。

³²⁹ Thomas Gutmann, Zwang und Ausbeutung beim Vertragsschluss, in: Reiner Schulze (hrsg.), *New Features in Contract Law*, (Sellier European Law Publishers, 2007), S.52.

³³⁰ Gutmann, a.a.O. (Fn.329), S.54f.

³³¹ BVerfG Urt. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567/89, NJW 1994, 36.

³³² Gutmann, a.a.O. (Fn.329), S.58.

³³³ Gutmann, a.a.O. (Fn.329), S.60f.

グットマンの主張するように、**Ausbeutung** をただ認識の問題として捉えると、暴利行為はただ窮状や不均衡が契約当事者に発見されそれが利用された場合に限られるだろう。しかし、BGH は、ただ窮状や不均衡を認識し、そのような状況に乗じた事例だけでなく、消費貸借契約や賃貸借契約などを中心に暴利者が被暴利者の窮状の作出あるいはその増幅に積極的に関わり、不合理な契約を締結させた事例も暴利行為として認め得るとしており³³⁴、この点 **Ausbeutung** と非自発性が両立する場合があるといえよう。また、1976年改正によって暴利規定の窮状要件に強制状態や判断力の欠如が加えられていることから、被暴利者の自発性が十分に失われている状態において **Ausbeutung** される場合も BGB の条文上からも想定されているといえよう。

むしろ、暴利行為には窮状や不均衡の認識だけではなく、**Ausbeutung** の字義からも暴利者の搾取意図(意図の悪性)に対する非難性が含まれていることから、故意と区別されているのではないかと考えられる。また、前述した巨額な保証や搾取契約の事例群においても非難すべき形で利用されたという文言が多く用いられており、これらの事例群においても搾取意図に対する非難性という要素が含まれているのは明らかであるといえよう。

2. 暴利行為論の制度趣旨について

(1) 暴利者の利用に対する非難性

第3章第2節においても確認したように、学説は暴利行為が契約を無効にし得る根拠ないし制度趣旨について大きく3つの立場に分かれている。

まず暴利者の利用に対する非難を重視する立場は、暴利規定の歴史的背景から暴利者のつけ込みに対する懲罰性が重視されることは自然だとしており³³⁵、良俗違反を根拠づけるのは給付不均衡ではなく、暴利者の道義的非難、つまり非難すべき態度こそ暴利行為論の本質であるとしている³³⁶。

次に、暴利行為において被暴利者の自己決定侵害を重視する立場は、被暴利者の保護や救済を重視することによって利用要素からの脱却を図り、暴利行為を自己決定侵害から回復するための法理として位置付けている³³⁷。そしてそこから進んで、そもそも BGB138条2項は意思決定の自由や自己決定の阻害から保護するための法理と捉える立場もある³³⁸。

また、契約当事者の情報量・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立場は、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、契約対等性障害という要件が新たに付け加えられるべきと主張するも

³³⁴ 例えば本稿において取り上げた判例としては、BGH Urt. v. 7. 2. 1980 - III ZR 141/78, NJW 1980, 1155; BGH Urt. v. 2.10.1986 - III ZR 130/85, NJW 1987, 183; BGH Urt. v. 24.2.1994 - IX ZR 227/93, NJW 1994, 1341; BGH Urt. v. 9.10.2009 - V ZR 178/08, NJW 2010, 363 などが挙げられる。

³³⁵ Becker, a.a.O. (Fn.83), S.207f.

³³⁶ Grebieniow, a.a.O. (Fn.271), S.226f; Adomeit, a.a.O. (Fn.272), NJW 1994, 2467, 2468.

³³⁷ Benöhr, a.a.O. (Fn.263), S.99f; Bergmann, a.a.O. (Fn.100), S.440f.

³³⁸ Stephan Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, (Beck, 1997), S.258.

のや³³⁹、BGB138条から離れて、むしろBGB242条の信義則に引き付けて考えるべきという意見がみられた³⁴⁰。

このように、学説ではそれぞれの要件や契約時の状況など重視すべき点が議論されているが一概にその正否を検討することはできない。ただ、BGHの判例と照らし合わせると、それぞれの判例において学説の主張する側面があるといえるだろう。利用要素を重視する立場については、BGHは推定準則を用いつつもBGB138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と強調する[35]判決や、契約における利用が認められにくい事例では推定準則を適用しないとする[20][44]判決と親和性が高く、被暴利者の自己決定侵害を重視する立場と契約当事者の情報量・交渉力格差を重視する立場は、暴利行為論を構造的従属関係によって自己決定が侵害されている当事者の救済法理の一つであるとした[61]判決の判断構造と近いといえるだろう。

結局のところ、どの要素も暴利行為論には含まれているといえるが、注意すべきは、暴利規定ないし準暴利行為は良俗違反の一類型であることから常に道義的非難、すなわち非難すべき態度が求められていることに対し、暴利行為は窮状要素を中心として契約を無効とする法理としては捉えられておらず、また暴利行為が問題となる事例群は必ずしも地位的格差が発生しているわけではなく、優越的な地位が存在しない場合対等当事者においても暴利行為は成立することから、暴利行為の制度趣旨は暴利者の利用に対する非難と捉えるのが妥当といえよう。

(2) 暴利行為の各要件の関係

次に問題となるのは、暴利行為における各要件がどのような関係に立っているのかという点である。ベンダー判決にて堆積理論の導入が試みられていたように、しばしば暴利行為の要件を相関的・動的に捉えるべきだという提言が裁判例や学説の中にあらわれている。このような立場に従うと、主観的事情が強く認められた場合には不均衡は著しいとまではいえなくとも契約を無効にできる可能性があり、逆に不均衡が特別過大と認められるのであれば、主観的要件を求めずとも契約を無効にし得ると考えられる。

① 判例の見解

この点RGは、「BGB138条2項の規定は、BGB138条1項という一般条項を具体化する特別規定であり、両者は統一的な性質を持っている。したがって、単に一方の契約当事者の給付が、反対給付に対して著しく不均衡であるという状況において、BGB138条2項に規定された追加的的要件である窮迫や軽率または無経験の利用が同時に立証されない場

³³⁹ Majer, a.a.O. (Fn.268), DNotZ, 2013, 644, 653.

³⁴⁰ Papanikolaou / Karampatzos, a.a.O. (Fn.107), S.1141f.

合、良俗違反を認めることは法的に許されない。さもなければ、莫大損害という新しい帝国法(BGB)によって排除された旧法の原則が、BGB138条2項によって再び確立されることになる³⁴¹と判断している。このような判断の背景にはBGB138条1項及び2項が莫大損害という旧来の純粋な給付均衡法理として捉えられることに対する強い忌避感が裁判所にはあったということができよう。

その後、BGHは主観的要件を非難すべき態度という表現に改めた上で推定を許しつつも、その撤廃に関しては許容する姿勢をみせていない。例えば[5]判決(ベンダー判決)において、シュツットガルト高等裁判所は、BGB138条1項は道德規範ではなく法規範であるため、非難すべき態度は特に要求されるわけではなく、堆積理論を根拠に特別重大な不均衡の存在のみによって契約を失得ると判断したが、上告審である[6]判決は、BGB138条は契約自由、特に契約作成の自由について、その濫用に対する制限を定めているが、客観的な価格基準の司法判断を行うものではなく、消費者保護という観点を考慮してもBGB138条は、給付の不均衡に加えて何らかの主観的要素が求められると改めて確認している。ここから判例は、暴利行為において、給付不均衡に加え被暴利者の決定自由が損なわれていること、かつ暴利者がそのような状況を利用したことを求める判断構造を崩していないといえるだろう。

②学説の見解

学説においてはベンダー判決における堆積理論をはじめに様々な観点から主観的要件の撤廃が試みられてきた。このような動向は、比例原則や動的システムと結びつき、暴利行為論において主観的要件あるいは客観的要件のどちらか一方の要件が十分に認められた場合には、他方の要件を求める必要がないか検討されてきた。

例えばシュトゥルナーは、BGHが準暴利行為の判断を行う際に、個々の事例ごとにより柔軟な解釈が行われていることや推定準則の存在から、動的システムが適用できるかを検討している。シュテュルナーは「BGB138条1項が動的とするならば、特に非難すべき態度の場合には、給付と反対給付の間に通常の不均衡しかなくとも、裁判官は良俗違反を認める余地を残していることにもなる。しかし、これは明らかに違う。むしろ、著しい不均衡は、準暴利行為の基礎として機能し、他方、非難すべき態度の要件は、その重要性を失っているのである」と評している³⁴²。

また、準暴利行為における主観的要素は暴利規定との関連で機能しており、この厳しい要件はBGB138条1項の寛大な適用によって損なってはならず、準暴利行為における主観的要素を完全に排除しようとする見解は説得力を持たないとした³⁴³。なお、シュテュルナーは準暴利行為の発展は同時に「給付と反対給付が前提条件となり、特定の窮状を利用することは、ますます追いやられることになる」としており、「もし、法律行為の良俗違反性について

³⁴¹ RG Urt. v. 13.10.1906 - Rep. V. 154/06, RGZ 64, 181.

³⁴² Stürner, a.a.O. (Fn.296), S.57.

³⁴³ Stürner, a.a.O. (Fn.296), S.58.

て、内容、動機、目的の総合的評価が決定的であるならば、給付と反対給付の特別重大な不均衡は、原則として、すでに準暴利行為として十分であるといえる」³⁴⁴としている。

そして、暴利規定及び準暴利行為に関しては、ベンダー判決において堆積理論の導入が図られたが、暴利規定に関しては各要件が明文で示されていることや、主観的要件が BGB に追加された背景から堆積理論や動的システムが適用されないと判断している³⁴⁵。

これに対して、暴利行為にも堆積理論が認められるという意見もみられるが³⁴⁶、シュテュルナーが指摘したように、暴利規定に関しては条文に要件が明記されている以上、各々立証が求められている点、準暴利行為についても判例上認められているのはあくまで推定であることから、ドイツの暴利行為論においては堆積理論または相関判断は採用されていないと考えられるだろう。

³⁴⁴ Stürner, a.a.O. (Fn.296), S.58.

³⁴⁵ Stürner, a.a.O. (Fn.296), S.58f.

³⁴⁶ Dieter Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992) 35, 63.

第5章 ドイツ法及び日本法における暴利行為論

本章では第2章から第4章までのドイツ法における暴利行為論についての議論を整理することで、ドイツ暴利行為論の全体像を素描し(本章第1節1)、搾取排除法理としての位置付けを試みる(本章第1節2)。そしてドイツ法の検討から得られた示唆をもとに、日本における暴利行為論について幾分かの検討を加えたい(第2節)。

第1節 ドイツ法における暴利行為論

1.各章のまとめ

(1)暴利行為論の始点と暴利規定の限界(第2章)

①暴利行為論の始点

ドイツにおける暴利行為論は、ローマ法における莫大損害や十二表法による利息制限、カノン法における正当価格理論や徴利禁止をはじめとした給付均衡法理を始点としており、これらの純粋な給付均衡法理は総じて市場価格との比較や上限利息との比較など客観的価値のみを要件として契約の有効性を判断してきた。

その後も給付均衡法理は時代を経るごとに随時内容が修正されつつも継受されていき、ドイツ以外にも他のヨーロッパ諸国の暴利規制に大きな影響を与えた。しかし、その後ドイツ法においては経済的自由主義の影響から莫大損害規定の廃止や利息自由化が図られ、一時給付均衡法理の動きは後退したが、後に利息暴利が社会問題化したため包括的な暴利規制の法制化の気運が高まった。

そしてこれらの影響を受けて立法化されたのが1880年及び1893年の暴利法である。暴利法によって暴利行為を禁止する刑罰規定が契約類型毎にStGB302条に置かれ、暴利法3条によってStGBの規定に反する契約は無効と定められた。暴利法によって定められたStGB302a-e条の特徴としては、新たに故意犯として暴利者が被暴利者の窮迫・軽率・無経験を認識し、著しい利益を得るために利用したという主観的要件が要求されている点である。なお、これらの刑法規定では営業的・常習的ではない物的暴利など対応できない類型が認められたことから、包括的な暴利行為に対応する私法上の暴利規定の立法が求められた。

②暴利規定の立法化と限界

このような背景から、民法上の暴利規定の立法化の議論が行われたが、草案の時から暴利規定が規律されていたわけではなく、暴利規定が法案にあらわれたのは帝国議会司法委員会会案からであった。立法過程においては、取引の安全という観点から、莫大損害をはじめとした純粋な給付均衡法理の導入は否定され、StGBの規定と同様に主観的要件が追加された状態でBGB138条2項として立法化された。また、暴利規定は良俗違反規定の特則として定められており、このような点からも旧来の給付均衡法理とは制度趣旨が異なっているといえよう。

BGB138 条 2 項は StGB のような契約類型毎の規定方法ではなく、様々な事例に対応できるように規定されており、その要件としては、⑦被暴利者が「窮迫・軽率・無経験」のいずれかのうちにあり、⑧暴利者が被暴利者の窮状を利用(Ausbeutung)すること、⑨そして、契約の給付と反対給付との間に著しい不均衡が存在していることとされた。しかし、当初裁判所は被暴利者の窮状要件である窮迫・軽率・無経験を限定的に解釈しており、また暴利者の利用意図という内心の立証が困難だったため BGB138 条 2 項によって救済されないケースが多発した。

その後 1976 年改正法によって、StGB の改正と足並みを揃える形で BGB138 条 2 項も被暴利者の窮状要件が強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思の薄弱という表現に改められ、同要件の解釈の余地が広がった。しかし、依然として被暴利者の窮状要件は列挙事由に限られており、暴利者の利用要件についても立証が困難だったため、判例は準暴利行為を創出することによって窮状要件の問題と利用要件の立証の問題について解決を図った。

(2) 準暴利行為の全体像(第 3 章)

① 準暴利行為の創出と拡張

■ 判例の動向

BGB の立法後、私法上の暴利規制は BGB138 条 2 項に委ねられたが、その要件の厳格さや立証の困難性のため暴利規定は包括的な暴利規制とはなり得なかった。そこで BGH は、良俗違反規定を根拠に、BGB138 条 2 項の要件に欠けたとしても、非難すべき態度と著しい不均衡が認められた場合に契約を無効とする準暴利行為の法理を創出した。

準暴利行為の創出により、各要件が一定程度緩和され、推定準則によって立証が困難とされていた利用要件も推定が認められるようになったため、暴利行為の適用可能性が広がったといえよう。むしろ、準暴利行為が確立された後には、暴利規定が骨抜きになってしまい、準暴利行為の従属的な役割しか果たさなくなったとの指摘もみられている。準暴利行為は、創出当初消費貸借契約において多く認められていたが、その後賃貸借契約やリース契約、売買契約や雇用契約など多種多様な契約類型においても認められるようになった。

■ 学説の動向

学説においては、準暴利行為を暴利規定に準拠しない規範であると捉え、準暴利行為を認めるべきではないとする見解も一部みられたが、学説の大勢は BGH が認めた準暴利行為の法理について多少の批判などはありつつも、その判断構造や推定準則について認めている。現在のドイツ法においては給付の不均衡のみでは契約を無効にすることはできないが、給付の不均衡に加え、契約当事者の意思決定の弱性が脅かされている場合に裁判所は暴利規定や準暴利行為を通して契約に介入することができるとする立場が有力とされている。

②非難すべき態度

■判例の動向

現行の暴利規定は、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を主観的要件として定めているが、準暴利行為の場合、主観的要件を非難すべき態度と表現している。BGH は非難すべき態度を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だと定義しているが、この非難すべき態度という概念は BGB138 条 2 項の主観的要件を集約し、さらに拡張させた概念といえることができる。

まず窮状要素についてであるが、暴利規定は 1976 年改正前までは窮迫・軽率・無経験、改正後は強制状態、無経験、判断力の欠如、重大な意思の薄弱という被暴利者に内在する絶対的な窮状を列挙しているが、準暴利行為はこれらの絶対的な窮状に限られず、経済的に弱い立場、知的に弱い立場、劣位などの相対的な窮状も当事者の意思決定が阻害される要因として認めている。当初暴利法において規定された窮迫・軽率・無経験という窮状は、もっぱら当時の裁判例など実務にて争われた内容に基づいて挙げられていることから³⁴⁷、暴利行為の窮状要素は暴利規定に列挙されている事由に限られる必要はなく、広く契約当事者の意思決定の自由や自己決定が阻害されている状態と解することが妥当であろう。

また、利用要素に関しては、暴利規定の場合は暴利者が被暴利者の不利な状況と、著しい不均衡を認識して契約に入ったという故意要件が求められていたが、準暴利行為の場合には、意図的な利用に加え、重過失によって相手方の窮状を認識しなかった(無視した)場合にも非難すべき態度が認められるとしている。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。

■学説の動向

学説では、準暴利行為には推定準則が認められているため、非難すべき態度という主観的要素は実質的に不要となっているのではないかという点から議論が交わされていた。

まず、推定準則が認められている点から非難すべき態度は必要不可欠な要件ではなく、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や、非難すべき態度が認められないとしても、優越的地位や被暴利者の自己決定の制限などの他の要素が認められた場合、契約を無効することができるという立場がみられた。

これに対して、準暴利行為も良俗違反に位置付けられているため、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立場や、BGB 立法当初に莫大損害などの給付均衡法理を否定したという点からも、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立場など、

³⁴⁷ Heinsius, a.a.O. (Fn.97), S.11.

主観的要素の要否についての対立がみられた。

③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、暴利規定と同様に著しい不均衡を要件としているが、準暴利行為には特別重大な不均衡という概念が付加されている。特別重大な不均衡は、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、特別重大な不均衡は市場価格との比較によって検討されるとしており、特別重大な不均衡の値としては、消費貸借契約の市場金利を相対的におよそ 100%、絶対的に 12%上回っているか、利息が元本の約 40%以上、少なくとも 50%以上だったという場合、商業貸借契約は市場価格と比較して 100%の差がある場合、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およそ 100%の差があった場合、その他地上権契約やタイムシェアリング契約も 100%の差がある場合、特別重大な不均衡が認められるとしている。

著しい不均衡と準暴利行為の特別重大な不均衡の明確な差異が確認できるのは、雇用契約のみであり(著しい不均衡は標準賃金の 2/3 未満)、その他の契約類型に関しては両者に値的な差異を設けていないか、両者の文言を明確に区別していない。そして BGH は不均衡の基準については、あくまで指標であり、具体的な数字に拘束されることはなく、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示している。

④推定準則について

■判例の動向

準暴利行為は特別重大な不均衡が認められた場合に、主観的要素である非難すべき態度を推定するという推定準則が認められているが、このような機能は、被暴利者の立証責任の軽減という観点から認められているといえよう。判例の中には暴利規定においても推定準則を認め得るとするケースがあり、暴利行為論の源流である暴利規定が準暴利行為の推定準則に接近するという逆転現象が発生している。

BGH は推定準則が認められる根拠として、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を挙げている。そしてこの推定は反証を行うことが認められており、困難な状況や不均衡が存在していない場合、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だった場合、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の証明が認められた場合、推定を覆すことができるとされている。

その他、需要と供給の問題や特別な付加価値があるため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、リース契約などの事業者間契約のように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。しかし、商業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。

■学説の動向

学説においては、推定準則によって結果的に BGB 立法時に否定された給付均衡法理の事実上の復活を認めることになるとする立場や、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立場、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否定的な立場がみられた。

これに対して推定準則を認める立場は、BGH の経験則を妥当なものとして支持する見解などがみられるが、その他推定準則を認めつつも、その適用領域については消費者信用契約など、貸主が市場利率を容易に知ることができ、借主の状況についても容易に認識できる場合に限るべきであり、売買契約の場合には経験則は常に妥当するとはいえないとして適用領域の拡張に慎重な見解もみられた。

(3)契約における搾取性(第4章)

①給付不均衡が該当しない事例

暴利行為論は給付と反対給付の著しい不均衡が要件として求められるため、基本的に有償・双務契約を適用領域としている。しかし判例は、巨額な保証契約や搾取契約など、一概に給付不均衡が観念できない事例群においても暴利行為論の判断構造に準じた形で良俗違反を認めるに至っている。

まず巨額な保証契約については、耐え難い不均衡が保証人のビジネス上の無経験や精神的窮状の利用、あるいはその他の方法で保証人の決定の自由を不当に損なわれた結果としてもたらされているのであれば、良俗違反が認められるとしている。また、責任の総額と保証人の経済的履行能力の間に極端な不均衡が確認された場合には、保証人がビジネス経験や法的知識が欠けているために主債務者との感情的な結びつけによって保証契約を締結し、それを債権者が非難すべき形で利用したという推定が認められると判示されている。

次に搾取契約については、暴利行為論の主観的要件を取り出した形で、契約当事者の一方が主観的に非難すべき方法で他方の未熟さを利用し、さらに道徳的に非難すべき状況が加わった場合には契約を BGB138 条 1 項によって無効としており、判例は一方当事者の窮状を認識したこと、道徳的に非難すべき状況があったこと(搾取意図)を峻別している。

②契約における *Ausbeutung* と非難性

判例は暴利規定の *Ausbeutung* の内容について、被暴利者の強制状態などの窮状と給付の不均衡を認識していたことと解しており、特別な意図などは必要とされないとしている。また準暴利行為に関しては利用要素が非難すべき態度という表現のもと拡張され、一方当事者が、相手方が困難な状況のために自らに課された過酷な条件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とされており、暴利行為論における

Ausbeutung は暴利者が不均衡と被暴利者の窮状についての認識の問題として捉えられていた。

なお、判例の中には「暴利者は、相互の給付間の著しい不均衡を知りながら、意識的かつ非難すべき形で、被暴利者の苦境を利用した」とする事例や、「主観的要件には、暴利者側の利用の特別な意図は含まれないが、顕著な不均衡を知りながら、暴利者が意識的かつ非難すべき形で被暴利者の強制的状況を利用したことが必要である」と判示するものが見られ、単なる認識の問題として捉えられてきた Ausbeutung に暴利者のつけ込み行為に対する非難性のニュアンスが含まれていることが確認できる。準暴利行為に関しても、非難すべき態度という文言で主観的要件が表現されていることから、暴利者に対する非難性が内包されているといえるだろう。また、暴利規定において利用要素が故意(Vorsatz)ではなくあえて Ausbeutung と規定されていることから、暴利行為の判断構造においては一方当事者の窮状や不均衡の認識とは別に暴利者の搾取意図(意図の悪性)に対する非難性が内包されていることが示されていると解することができる。

学説においては、暴利行為の制度趣旨について、暴利者の利用に対する非難を重視する立場と、被暴利者の自己決定侵害に対する保護を重視する立場、契約当事者の情報量・交渉力格差を重視する立場という3つの方向性に分かれている。これらの3つの内容はそれぞれ暴利行為論の制度趣旨として含まれていないとはいえないが、暴利行為は良俗違反の一類型であることから常に道義的非難としての非難すべき態度が求められていることに対し、暴利行為は窮状要素を中心として契約を無効とする法理とはいえず、また必ずしも地位的格差が暴利行為の事例において発生しているわけではなく、優越的な地位が存在しない場合対等当事者においても暴利行為は成立することから、結局のところ暴利行為の制度趣旨に関しては、暴利者の利用に対する非難性と捉えることが妥当と考えられる。

また、暴利行為の各要件の関係について、学説においてはベンダー判決において主張された堆積理論や動的システムなど、各要件を相関的・総合的に判断し得るという立場があらわれた。しかしこのような立場は、暴利規定において各要件が条文に明記されている以上、各々の立証が必要なこと、また主観的要件が BGB 立法時に追加された背景などを考慮すると、堆積理論などに従って暴利行為の要件を相関的に判断することは難しいと判断する立場から批判された。判例においても堆積理論の採用は明確に否定されており、主観的要件と客観的要件が同時に立証されない以上、良俗違反は認められないと判断するケースや、推定準則を認めつつも BGB138 条は、給付不均衡に加えて何らかの主観的要素が求められるとするケースなどを確認することができる。

2. 搾取排除法理としての位置付けの試み

(1) 原理面の再構成

暴利行為論は莫大損害をはじめとした純粋な給付均衡法理をルーツとしているが、基本的にこれらの法理は利得者あるいは損失者の主観的態様を要件として必要とせず、客観的

な不均衡のみによって成立するという内容であった(第2章第1節)。つまり莫大損害など旧来の法理は、契約の有効性を判断する際に利得者の非難すべき態度に対する制裁として理解されたことや、窮状要素や利用要素などの主観的態様が積極的に要件として求められることはなかった³⁴⁸。

しかし、BGB立法時においては、取引の安全の面などから莫大損害の法理をはじめとした純粋な給付均衡法理の導入が否定されており、暴利規定に被暴利者の窮状と暴利者の利用という主観的要件が加わったため、暴利規定とその拡張類型である準暴利行為はルーツこそ給付均衡法理ではあるが、給付の不均衡の要素のみによって契約を無効とする純粋な給付均衡法理とはいえないだろう(第2章第2節)。

現在暴利規定は良俗違反規定であるBGB138条1項の具体化であり、両者は統一的な性質を有していると理解されているが³⁴⁹、ここで暴利行為におけるどのような要素が良俗違反性を基礎づけるのかが問題となる。この点、学説には公益が暴利に対抗する不可欠の動機であった点を指摘するものがあるが³⁵⁰、判例・学説の大勢は暴利行為を無効とする理由は、暴利法という刑事法上の規定を前身とし、良俗違反の具体化であるという背景から、相手方の窮状に乗じて過大な利得を得ようとする暴利者に対する非難(非難すべき態度)であるとしている。

このように暴利者の搾取に対する非難性という要素は暴利行為の判断を行うにあたって重要視されており、判例は特別重大な不均衡が認められたとしても、暴利者の搾取が認められない混合贈与や特別な愛着や投機的意図による価格設定などの場合や、必ずしも搾取意図があるとはいえない事業者間契約や破産管財人の契約、リース契約やインターネットオークション契約などの場合において、非難すべき態度の推定を認めておらず、その結果準暴利行為の成立を否定していることから、同要素は暴利行為において重要な意味を持っているといえるだろう。

また、BGHは巨額な保証や搾取契約など、給付と反対給付の不均衡が認められるとはいえない事例についても、暴利行為に類似した判断構造によって良俗違反を認めている。これらの事例群についてはどのように捉えるべきかという問題がでてくる。つまり、巨額な保証や搾取契約を、暴利行為論の延長線上の法理と捉えるか、それともこれらの法理は暴利行為論とはまた別に捉えるべきかという問題である。

この点、これらの法理は給付不均衡があるとはいえないため客観的要件の面については暴利行為と異なるが、一方当事者が何らかの窮状に陥っており、他方がそれを認識した上で非難すべき形で利用したという点において、共通の判断構造を有している。また、学説においても暴利行為の制度趣旨を相手方の窮状につけ込もうとする暴利者の非難性にあると示されていることから、これらは暴利行為の主観的要件の部分、すなわち契約における

³⁴⁸ Becker, a.a.O. (Fn.83), S.113ff.

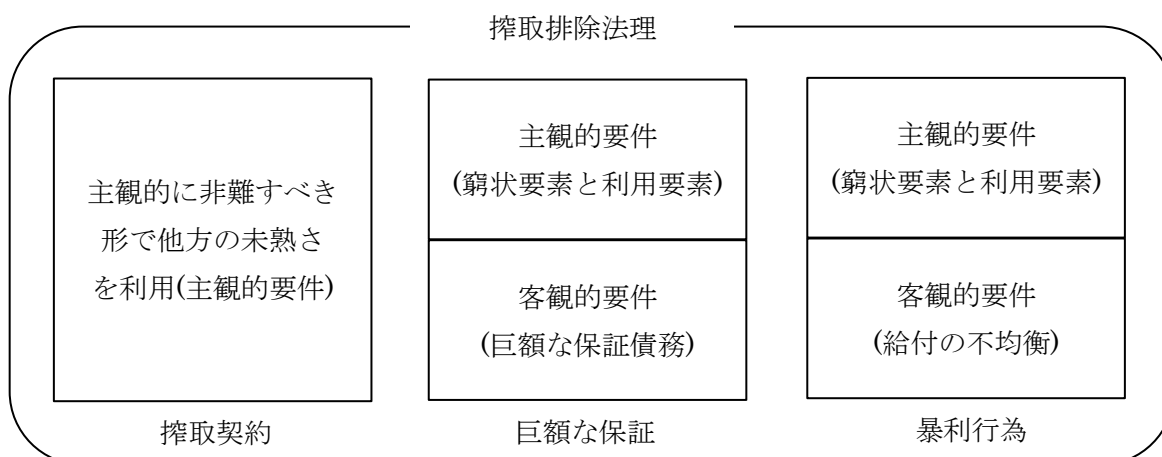
³⁴⁹ RG Urt. v. 13.10.1906 - Rep. V. 154/06, RGZ 64, 181.

³⁵⁰ Benöhr, a.a.O. (Fn.263), S.91ff.

搾取性を問題として契約の有効性を判断する搾取排除法理として理解することができよう。そして、これらの法理を総じて搾取排除法理として捉えることによって、暴利行為論の射程から漏れる場合(無償・片務契約にも関わらず、一方に過剰な債務や負担が課される場合や、適正価格ではあるが一方当事者の契約上のつけ込みが認められる場合など)、これらの法理によって補完することができると考えられる。

以上まとめると、ドイツ法においては相手方の窮状を利用して契約を締結した場合、当該契約に著しい不均衡があった場合には暴利規定あるいは準暴利行為によって無効が認められる。しかし、著しい不均衡が観念できない場合においても、責任の総額と保証人の経済的履行能力の間に不均衡を見出し、そこに主観的事情が加わった際に良俗違反を認める巨額な保証契約や、一方当事者の非難すべき態度や道徳的に非難すべき状況のみによって良俗違反を認める搾取契約など暴利行為論を補完する法理があらわれた。これらの法理は給付の不均衡があるとは言えない事例や、契約当事者の資力と比べて過剰な債務が負わされている事例などについて、契約における搾取性という観点に基づいて広く良俗違反と認める余地を新たに創造したといえるだろう。特に、搾取契約は暴利行為の判断構造を継承しつつも、給付の不均衡という要件を求めない判断構造となっているため、暴利行為論と比べてより広い射程を有しているといえる。

このように考えると、暴利行為論の位置付けについても若干の修正を加える必要があると考えられる。つまり、暴利行為は単なる契約内容規制や給付均衡法理というよりも、暴利者が被暴利者の窮状につけ込んだ結果として、不合理な契約内容が発生しているため、そのようなつけ込みや搾取を排除し、不当な契約内容から被暴利者を解放するという搾取排除法理としての側面が強くなっていると解することができる。契約における搾取性は暴利行為における良俗違反性を基礎づけ、また判例上搾取性がないような事例は特別重大な不均衡があったとしても推定されず、暴利行為が認められないとしていることから、同要素は暴利行為論の判断構造において重視されていると考えられる。また、判例は契約における搾取性という主観的事情を抽出した上で、給付不均衡が認められない巨額な保証契約や搾取契約を良俗違反としており、これらの法理は、暴利行為の射程から漏れた事例を、契約における搾取性という観点から客観的要件を拡張ないし不要とした上で良俗違反を判断することを認める内容と理解することができる。



(2)要件面の検討

①窮状について

BGB 立法時、暴利規定の窮状要件は窮迫・軽率・無経験と定められていたが、その後 1976 年改正法によって、StGB の改正と足並みを揃える形で強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思の薄弱というより広範な適用が可能な文言に変更された。そして準暴利行為における非難すべき態度においては、BGB138 条 2 項に示されている窮状に限らず、広く経済的劣位や法的無知など様々な状況を窮状として認めている。

学説の中には、このような非難すべき態度における窮状要素を 2 つに分類する立場がみられる³⁵¹。すなわち、㉞経済的に弱い立場、知的に弱い立場、劣位などの相対的な窮状が利用された場合と、㉟ビジネス経験の欠如、法的無知、経験不足、困難な状況、判断力の欠如、意思の相当の弱さなど被暴利者に内在する絶対的な窮状が利用された場合である。㉟の内容については、BGB138 条 2 項の列举事由と重なり、準暴利行為においても認められるのは道理だが、㉞の相対的な窮状の利用については、これを認めるべきではないとする立場がある。その理由としては BGB138 条 2 項によって立法された内容から離れている点、経済的または知的な劣位という BGH の基準が曖昧であるという点、当事者の経済的または知的な優劣の違いによる影響を排除することは、基本的には競争の課題であり、民法上の課題ではないという点が挙げられている³⁵²。

しかし、本稿において取り上げた消費貸借契約や賃貸借契約においては貸主と借主、雇用契約では雇用主と労働者といった形で、もはや対等当事者として契約がなされず、暴利者が一方的に有利な契約を作成し、それを被暴利者側が飲まざるを得ないという状況が認められる。また、売買契約においても事業者と消費者といった形で契約当事者間の立場の優劣が明確にあらわれている場合が多く、このような状況を利用して不合理な契約が締結される場合も暴利行為によって救済する必要性が高いと考えられる。

前述した通り、学説においては非難すべき態度の窮状要素に BGB138 条 2 項に示されている窮状以外を含めることに対して一部否定的な立場もみられるが、結局のところ㉞㉟はともに被暴利者の意思決定の自由が阻害される状態と解することができ、その結果として不合理な契約が締結されていると考えれば、被暴利者に内在しているものか、契約当事者間の相対的な知力・情報力・立場の格差としてあらわれているものなのかを区別する必要はないといえよう。特に、準暴利行為の事例群に関しては、相対的な窮状が利用されたとされる事例が多く認められていることから³⁵³、これらの類型については今後も準暴利行為において重要な適用場面になると考えられる。

②利用について

暴利規定における利用要件は、暴利者が不均衡や被暴利者の窮状を認識したかという内

³⁵¹ Berjasevic, a.a.O. (Fn.156), S.193f.

³⁵² Jung, a.a.O. (Fn.250), S.180f; Berjasevic, a.a.O. (Fn.156), S.194f.

³⁵³ Siehe etwa BGH Urt. v. 12.3.1981 - III ZR 92/79, BGHZ 80, 153; BGH Urt. v. 13.6. 2001 - XII ZR 49/99, NJW 2002, 55.

容であったが、暴利者の認識の有無を立証することが困難だったため、利用要件が認められず暴利行為が不成立となったケースが多くみられた。実際に暴利規定が争われた事例においても利用要件を直接的に立証することが難しく、多くの事例において客観的な様々な状況から推測されているという指摘もみられる³⁵⁴。

その後 1976 年改正法においても利用要件の立証困難性が改善されることはなかったが、BGH は準暴利行為によって、意図的な利用に加え、相手方の状況を容易に認識できる立場であったにも関わらず、軽率にも給付の不均衡や相手方の窮状を認識しなかったという重過失の場合まで利用要素を緩和した。また、準暴利行為の判例において、暴利者は必ずしも特別重大な不均衡を認識している必要はなく、認識可能性があれば良いとの判断が示されており([31]判決)、利用要素については更なる緩和が図られているといえるだろう。

なお、意図的な利用を超えて重過失まで利用要素を緩和することは、利得者に一定の注意義務を求めることになる可能性があるといえる。これに対して、ドイツ法ではビジネス経験が豊富な契約当事者は特定のリスクやデメリットに関する情報を提供する義務があり、これに違反すると契約が無効とされることがあるため、重過失までの緩和は認められるべきという見解があり³⁵⁵、このような見解は被暴利者の保護という観点からも支持されるべきと考えられる。

結局のところ、判例・学説は市場価格や相手方の状況を容易に認識し得る立場にありながら、契約一般に求められる認識・注意を怠った結果、相手方に過大な不利益をもたらしたこと(重過失)を非難すべき態度として意図的な利用(故意)と同視していることから、重過失による無配慮も利用要素として認められると解することができよう。

また、一口に利用といってもその程度や内容については様々であり、大きく次の 2 つに分けることができる。すなわち、⑦ただ窮状や不均衡を認識し、そのような状況に乗じた場合と、④被暴利者の窮状の作出あるいはその増幅に積極的に関わり、不合理な契約を締結させた場合である。学説上は、利用の程度に関する議論はあまりみられないが、判例上の契約締結過程における事実などから、これらの事例群を分けることができる。

具体的には、④は消費貸借契約や賃貸借契約など契約当事者間に優越的地位関係が認められ、一方的に契約内容を決定した場合であり、暴利者の非難性は高いといえよう。これに対して⑦はおよそ同等の契約当事者の内、一方がその窮状のため自己に不利な内容で契約を締結し、それを他方が認識してそれに乗じた場合であり、非難性は④ほど高くはないといえよう。

判例は、被暴利者によって不利な契約が締結された場合に関して「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、取引が準暴利的性格(wucherähnlichen Charakter)を失うことはない」とし、暴利者が被暴利者の窮

³⁵⁴ Leon Konstantin Dorn, Die Kontrolle vertraglicher Ungleichgewichte zwischen Unternehmern, (Mohr Siebeck, 2021), S.333.

³⁵⁵ Rühle, a.a.O. (Fn.82), S.56.

状を利用して著しい金銭的利益を得ている事だけが重要であると判断している³⁵⁶。しかし、搾取契約など主観的な非難性を中心として契約を無効とする場合があることから、非難の程度によって分けて考える必要があると思われる。

③ 給付の不均衡について

暴利という定義上、暴利規定及び準暴利行為が認められるためには著しい不均衡という要件が課されている。この要件が求められている背景としては、暴利行為論のルーツが莫大損害をはじめとした給付均衡法理にあるためとされている。

学説の中には裁判所は正当価格を示すことはできず、市場の細分化・国際化が進んだ現代では比較価格を観念することが困難であるという意見もみられるが、学説の大勢は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しており、給付の不均衡は被暴利者の自己決定の阻害や搾取性をあらゆる重要な客観的事情と解することができよう。BGHが準暴利行為において推定準則を認めていることから、給付不均衡が主観的要件を示す手がかりとなっていることは明らかであろう。

BGHは給付不均衡の基準として同種同様の契約や目的物の市場価格を参照しており、契約類型毎に不均衡のおおよその値が異なっているが、著しい不均衡と特別重大な不均衡の値に明確に差異が設けられているのは雇用契約のみであり、その他の契約類型に関しては両者に値的な差異を設けていないか、両者の文言を明確に区別して用いていない。「著しい」不均衡と「特別重大な」不均衡という文言からも、通常は両者の間に量的な差異があると考えるのが妥当だと考えられるが、判例を整理した限りでは雇用契約以外にはそれぞれの値に違いが確認できなかった。つまり、著しい不均衡と特別重大な不均衡では、量的な違いというよりも何かしらの質的な違いがあると考えられるが、基本的にこれまで判例や学説は、著しい不均衡と特別重大な不均衡との間の相違点については具体的に言及してこなかったとの指摘がなされている³⁵⁷。

この点、判例では事業者間契約や、破産管財人の行う契約、リース契約などの対等当事者間の契約では推定準則は働かないとされており、経済的な劣位や、知識・年齢・病理的原因による判断能力の劣位が発生している場合において推定準則が認められていることから、基本的には契約当事者間に地位的格差がある場合に推定準則が働いているということができるであろう。また、判例は消費貸借契約において、消費者と事業者には個人的な要件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ていることや([10]判決)、BGB138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り、非難すべき態度

³⁵⁶ BGH Urt. v. 24.5.1985 - V ZR 47/84, NJW 1985, 3006; BGH Urt. v. 31.10.2001 - XII ZR 159/99, BGHReport 224.

³⁵⁷ Berjasevic, a.a.O. (Fn.156), S.312.

の推定は、不利な立場にある最終消費者や、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する[13]判決などから、ドイツ法においては実質的に推定が行われる特別重大な不均衡が認められるのは契約当事者間に経済的地位あるいは判断能力の劣位などのいわゆる優越的地位が濫用されている場合に生じていると考えることができるだろう³⁵⁸。

なお、判例の中には暴利行為の主観的要件の部分のみによって良俗違反を導く搾取契約が認められているため、暴利行為において給付不均衡は契約を無効とする要素としては必要ないのではないかと疑問がでてくる。しかし、搾取契約は暴利行為が認められない場合にその補完的法理として例外的に認められる法理であり、実際に搾取契約として良俗違反が認められた判例は少ないことから、やはり給付の不均衡という要素は客観的に当該契約の良俗違反を判断する上で重要なきっかけであるといえるだろう。

④ 搾取意図について

第4章第2節1において述べたように、暴利行為の事例において認識とは別に非難すべき形によって利用されているとして暴利者の搾取性(意図の悪性)が求められており、準暴利行為の主観的要件である非難すべき態度という表現からも、暴利行為の判断基準において暴利者の搾取意図という一定の倫理的な非難性が求められていることを読み取ることができる。

そこで問題となるのはこのような搾取意図を暴利行為論においてどのように位置付けるかという点である。

判例は一貫して **Ausbeutung** は特別な意図は必要なく、暴利者が著しい不均衡と被暴利者の窮状を認識し、この状況を意図的(故意)に利用すれば十分であるとしている³⁵⁹。それでは、この暴利者の搾取意図を独立した別の考慮要素と解するのはどうだろうか。つまり、従来の要件に加えて、暴利行為の消極的要件として暴利者の搾取意図を加えるということである。

この主張の根拠は、前述したように暴利規定や準暴利行為の判例が **Ausbeutung** の要件において認識以外の非難性を挙げている点だけでなく、準暴利行為における推定準則にも求めることができる。BGH は特別重大な不均衡が認められる場合に非難すべき態度が推定されるとしているが、一概に搾取意図が強いとは認められない事業者間契約や破産管財人の契約、リース契約やインターネットオークション契約などにおいて推定準則を認めておらず、判例においても推定が認められないとされた後には暴利行為の成立も否定されている。

また、推定が動揺する具体例として、判例や学説は混合贈与や特別な愛着や投機的意図による価格設定、鑑定誤りがある場合を挙げているが、これらの場合はいずれもそもそ

³⁵⁸ 堀川も準暴利行為の議論を整理する中で「推定準則は実際には、学説の言う優越的地位の濫用の場面においてみとめられるのではないだろうか」と指摘している。堀川・前掲注(40) 339頁。

³⁵⁹ BGH Urt. v. 24. 5. 1985 - V ZR 47/84, NJW 1985, 3006.

も暴利者の搾取意図が観念されない事例と言い換えることができる。判例はこれらの場合に推定が動揺するとして、改めて被暴利者が窮状や非難すべき態度を立証しなければならないとしているが、暴利行為の制度趣旨を窮状に陥っている者につけ込んで過大な利得を得ようとする者の道義的非難と解すると、そもそもこれらの事例には価格設定に特殊な理由が存在していることから暴利者に対する非難性が認められないため暴利行為が成立しないと考えられる。

ここから、暴利者の搾取意図という要素が認められない以上、良俗違反を基礎づける非難性が欠けるため暴利行為が成立しないという点を考慮すると、暴利行為の成立において暴利者の搾取意図は隠れた要件となっているのではないかと考えられる。

このような主張は現在のドイツ法においてはみられないが、中世ローマ法学において莫大損害の主観的(消極的)要件として当事者の同意の下に不均衡な契約が締結された場合(黙示の贈与契約・混合贈与)には莫大損害の適用は認められるべきではないと主張されていたことから³⁶⁰、あながち的外れでもないと考えられる。

以上より、暴利者の搾取意図は暴利行為の消極的要件と理解でき、搾取意図がないような契約においては、契約における良俗違反性・非難性が否定されるため暴利行為は成立しないとするのが妥当であろう。

⑤推定準則について

BGH は準暴利行為の法理において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。判例は、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根拠として推定を行っており、当初は消費貸借契約など契約当事者間の地位的差異が認められる場合を中心に認められていたが、1980年代以降は不動産売買契約(物的暴利)はじめとした様々な契約類型に対して推定準則の適用が試みられていた。

また BGH は、推定準則は全ての事例群に認められるわけではなく、特別重大な不均衡の値に達していたとしても、それだけでは事業者間契約、破産管財人の行う契約、リース契約、価格が変動しやすいチケットの売買契約、商業用貸借契約、インターネットオークションなどには推定準則は働かないとしている。なお商業用貸借契約とインターネットオークションに関しては、特別重大な不均衡に加え一定の状況を立証すれば推定を行い得るとされており、商業用貸借契約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という状況、インターネットオークションにおいては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と推察できる追加の状況を立証した場合に推定準則が認められるとしている。

³⁶⁰ 堀川・前掲注(83)「莫大損害の史的展開(1)」415頁以下。

BGH は推定準則を事実上の推定としており、例えば価格鑑定の誤りや混合贈与、特別な愛着による価格設定などが証明された場合には、推定が動揺し、準暴利行為が否定されると確認している。実際に判例では専門家の鑑定が誤っていたとして推定の反証が認められた事例が存在している³⁶¹。

学説の中では、推定準則によって主観的要件の意義が失われ、BGB 立法時に否定された莫大損害の再生につながるとする立場や、BGH が示す経験則は一般性に欠け、搾取がないような混合贈与や特別な愛着、投機的意図による価格設定の場合まで推定が行われるとする立場など推定準則に対する批判がみられた。このような批判に対して、特別重大な不均衡は自己決定の阻害の徴表であるとして BGH の経験則を支持する立場や、推定準則を契約当事者間の力関係の優劣が生じやすい契約などに限定して認めるべきという立場があらわれた。推定準則に否定的な立場の背景には、詐欺や強迫が二段の故意など厳しい要件によって取消しが認められることに対し、推定準則によって実質的に著しい不均衡を立証すれば成立する準暴利行為が、良俗違反による無効というより強い効果をもたらすという体系的矛盾に対する批判も含まれていると評することができる。

確かに、推定準則を多用することは実質的に客観的要件のみで契約を無効とする莫大損害をはじめとした給付均衡法理に接近するといえなくもない。しかし、BGH は幾度となく主観的要件である非難すべき態度は良俗違反を認める上で不可欠であると強調しており、推定準則に関しても推定準則はあくまで立証が困難な非難すべき態度を推定しているにすぎず、反証が可能なことから、旧来の給付均衡法理の復権が図られているとまではいえないだろう。むしろ不均衡は一方的に契約が締結されたことや契約における搾取性をあらわす重要な指標であると捉えることができる。

第 2 節 日本法への示唆

本節ではドイツ法の検討を踏まえて、日本法における暴利行為論にどのような示唆を得ることができるのかについて検討する。

ドイツ法との比較検討を行うにあたって、そもそも日本は暴利行為の明文規定を有しておらず、またドイツと日本では暴利規制を行う諸法の状況に違いがあることから、ドイツ法の議論を直接日本法に持ち込むことはできない。しかし、日本法に暴利行為が導入された際、判例や学説はドイツ法を参照して解釈を行っていることから日独は暴利行為について同一の基礎を有しており、またドイツの準暴利行為と日本の暴利行為は共に(公序)良俗違反という一般条項をもとに拡張が図られていることから、ドイツ暴利行為論からは比較的手がかりを得やすいと考えられる。また、良俗違反規定を中心に展開されているドイツ暴利行為論を参照することは、暴利行為と公序良俗違反との関係を明らかにする手がかり

³⁶¹ BGH Urt. v. 16. 1. 2004 - V ZR 166/03, BGHReport 2004, 776.

を得るといふ点や、公序良俗違反を精緻化するといふ点からも有益な示唆が得られるのではないかと思われる。

日本法に関しては、第1章第2節において取り上げたように、これまでドイツ法に限らず英米法やオランダ法、国際的なモデル準則など様々な観点から暴利行為が論じられてきたが、各論者によってその制度趣旨や内容、要件の理解が異なっており、学説の中には暴利行為における主観的要件の意義を強調し、客観的要件についてはむしろ暴利行為の広範な適用への制約にならないような方向に展開すべきとする立場もあらわれている。

このような中、本稿はドイツ暴利行為論において搾取性が重視され、その他の要素に関しては様々な拡張や立証責任の緩和が行われている点、暴利行為と同様の主観的要件を有し、客観的要件については拡張ないし不要とする判例があらわれている点などを踏まえ、日本の暴利行為論について検討を加えたい。

1. 暴利行為論の再検討

(1) 制度趣旨について

まず暴利行為の制度趣旨についてであるが、これまで多くの研究や教科書類において暴利行為は一貫して契約内容規制と位置付けられていた。しかしその後1980年代から現代的暴利行為の事例が増加したことや、公序良俗違反規定を根拠として契約条件や契約構造が消費者側にとって著しく不利な場合に当該契約の効力を否定すべきとする消費者公序論³⁶²が主張されたことなどから、近年暴利行為においても優越的地位の利用など主観的要件を重視し、契約内容規制の核である著しい不均衡という要素から離れる立場があらわれている。

例えば大村は、当初暴利行為の判断において当事者の関係・状況の存在と利得の大きさを中心的ファクターとして相関判断することを提案していたが³⁶³、後に優越的地位の利用による暴利行為を認めるなど主観的要件の緩和を図りつつ、立法論としてはオランダ法の状況の濫用のように交渉力不均衡のみに着目して契約の効力を否定する規定を設けることが望ましいとしている³⁶⁴。

また森田は、先物取引に関する判例を挙げつつ³⁶⁵、暴利行為の主観的要件が「著しく不公正な方法によって行われた」ことにまで緩和されており、下級審においては一方当事者が他方当事者に対して「優越的地位」にあることで主観的要件が満たされていると指摘した上で、暴利行為の成立において客観的要件は、消費者契約の規制のための制約となるとしている³⁶⁶。

³⁶² 長尾治助『消費者私法の原理』(有斐閣,1992年)220頁以下、大村・前掲注(23)128頁以下。

³⁶³ 大村・前掲注(2)364頁。

³⁶⁴ 大村・前掲注(23)117頁。

³⁶⁵ 最高裁昭和61年5月29日判時1196号102頁。

³⁶⁶ 川島武宜,平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)』(有斐閣,2003年)107頁【森田修執筆】。

同様に後藤も暴利行為においては、法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があることにつけ込み、相手方の意思決定の自由を奪う点が問題とされているため、少なくとも現代的暴利行為において著しい不均衡という客観的要件は、相手方の不合理な判断や他方当事者の不当な介入を基礎づける要素にすぎず、相手方の意思決定過程における他方当事者の不当な介入という点こそが本質的な問題としており³⁶⁷、菅もイギリス法における非良心的取引や不当威圧の議論を基礎として、契約によって過大な利益、あるいは著しく過大な不利益は暴利者の利用があったことを推定するのみであり、契約を無効とする要件としては捉えていない³⁶⁸。オランダ法における状況の濫用法理を紹介する内山も、不当威圧型の事例においては一定の状況が利用されたことのみで契約を取消すことが望ましいとしている³⁶⁹。

このように現代的暴利行為の議論を中心に、主観的要素がより重視され、「暴利」が認められずとも、優越的地位の利用などの主観的要件が十分に認められることによって暴利行為を認めるべきという動きが学説にあらわれている。債権法改正における法制審議会の際に、状況の濫用法理を公序良俗の類型として立法化すべきという意見がみられたが、これは以上のような学説の動向を受けてのものだといえるだろう³⁷⁰。

このような暴利行為の制度趣旨の転換について、潮見は従来暴利行為が国家・社会秩序の維持を目的とした伝統的公序良俗の枠組みの中で価格秩序(対価秩序)の維持という衣をまとって展開されてきたが、むしろ消費者契約などの領域においては暴利行為・過大利得類型の基礎は「価格・対価秩序」ではなく「個人の私的利益保護」に求め、かつ不当性判断を支える基本的考え方に拠るのであるならば、「契約上の地位(権利・義務)の不均衡」という観点から、「当該契約において消費者が引き受けた契約上の地位の劣悪さ」を捉え、契約の無効の評価を下すのが適切であると指摘しつつ、この意味では、「暴利行為・過大利得」という範疇から一步踏み出している評価している³⁷¹。

以上の内容をまとめると、これまで日本において基本的に暴利行為は契約内容規制の法理として捉えられてきたが、現代的暴利行為の出現をきっかけに、一部の学説においては主観的要件の意義を重視し、暴利行為を純粋な契約内容規制から個人の自己決定権の侵害などより広く不公正な契約に対する規制と解する立場があらわれており、これらの学説を主流と捉える見解も存在している³⁷²。

ドイツ法においても、旧来の給付均衡法理が否定された上で暴利規定が立法されたという背景から、暴利行為を純粋な契約内容規制・給付均衡法理として理解する立場はみられ

³⁶⁷ 後藤卷則・前掲注(44)345頁以下。

³⁶⁸ 菅・前掲注(45)201頁以下。

³⁶⁹ 内山・前掲注(42)「オランダ法における状況の濫用(1)」466頁以下、内山・前掲注(42)「威圧型不当勧誘を巡る近時の立法論的動向」458頁以下。

³⁷⁰ 第10回議事録7頁以下(松本恒雄委員)。

³⁷¹ 潮見佳男『契約法理の現代化』(有斐閣,2004年)265頁以下。

³⁷² 潮見佳男「学びなおし民法総則(第8回)契約の不当性・反社会性:公序良俗・暴利行為」法教458号(2018年)86頁以下。

ない。むしろ、刑事法上の判断構造を引き継いでいる点や、良俗違反に暴利行為が位置付けられている点などから、暴利者の搾取性に対する非難として暴利行為を理解している立場が学説の大勢だといえよう。このように暴利行為を単純な給付均衡法理として理解せず、制度趣旨に関して主観的要件(特に暴利者の主観的態様)の意義を重視する姿勢は日独の両方に確認することができる。

ただし、日本法においては暴利行為を判断するにあたって、著しい不均衡という要素から離れ、主観的要件を強調する立場があらわれているが、ドイツではあくまで暴利行為が認められるのは給付不均衡が認められる場合であり、給付不均衡が観念できない事例に関しては、暴利行為論の判断構造を引き継ぎつつも別の法理として理解される巨額な保証契約や搾取契約などによって対応を図っている。

(2)公序良俗違反と暴利行為の関係

次に、公序良俗違反と暴利行為論がどのように関連付けられるかという点について検討したい。

ドイツ法においては、BGB立法時に暴利行為は良俗違反規定に取り込まれたため、暴利行為は良俗違反規定であるBGB138条1項の特則として理解されており、良俗違反を基礎づける要件として暴利者の道義的非難、つまり非難すべき態度が常に求められることとなった。このようにドイツ法においては比較的良俗違反と暴利行為の関係は理解しやすいといえるだろう。

これに対して、日本法は暴利行為の明文規定を持たず、判例法理として暴利行為が認められていること、ドイツ法のBGB138条1項の良俗違反規定とは異なり、公序良俗違反規定を暴利行為の根拠があるとしていることなどから、ドイツとは異なる状況のもと暴利行為が認められてきたといえよう。昭和9年判決は、「公の秩序又は善良の風俗」に反すると判断せず、「善良の風俗に反する」として良俗に暴利行為の根拠を求めており、これはBGB138条2項の規定にならって解釈を行った結果と指摘されているが³⁷³、近年の裁判例は基本的に暴利行為を「公序良俗に反する」としており、学説においても暴利行為論は経済的公序や消費者公序など、公序と関連付けて論じられることが多く、暴利行為論における良俗概念の欠落がみられる³⁷⁴。従来の通説的見解は「公序」を国家社会の秩序、「良俗」は社会の道德観念を主眼とし、理論上明確に区別できず両者を一括して「社会的妥当性」としているが³⁷⁵、両者を峻別すべきとする立場もあらわれている³⁷⁶。

³⁷³ 野田・前掲注(11)218頁、松本・前掲注(11)72頁。

³⁷⁴ 大村は、取引と公序を論じるにあたって「公序」としているのは、フランスにおいて論じられている「経済的公序」の考え方を参照していることや、「良俗」という語はもともとは性風俗を指し示すものであり、道徳的・習俗的色彩を帯びたものであるが、ここでの主題は道徳・習俗と無縁ではありえないものの、むしろ(経済)秩序、(経済)政策に関する者であり、「公序」の概念の基に論じる方がふさわしいとしている。大村敦志「取引と公序」同『契約法から消費者法へ』(東京大学出版会,1999年)167頁参照。

³⁷⁵ 我妻栄『新訂民法総則』(岩波書店,1965年)272頁以下。

³⁷⁶ 石田喜久夫『現代民法講義 1 民法総則』(法律文化社,1985年)104頁以下、滝沢昌彦「日本の学説にお

そこで、日本法において公序と良俗はそれぞれどのように暴利行為と関係付けられているのかが問題となる。

この点、暴利行為が不当と評価される理由が、契約締結過程における相手方の行為態様の悪性等、その契約に固有の事情があると解すると、その根拠を「国家社会の一般利益」としての公序ではなく、「社会の一般道徳観念」としての良俗に求めることは民法 90 条の枠内での基礎付けとして自然だとする立場や³⁷⁷、良俗の中に取引道徳が含まれるとする立場³⁷⁸からは暴利行為は良俗と関連付けられるだろう。また、前述した暴利行為を経済的公序や消費者公序に引き付けて考える立場や、暴利行為をもっぱら保護秩序として捉える立場³⁷⁹からは暴利行為は公序と強く関連付けられるといえよう。

確かに、公序と良俗の内容は国家的要請と社会道徳上の要請という性質ごとに区別することができるが、両者は理論上明確に区別することは難しく、現状においては公序を重視した場合には客観的要件が、良俗を重視した場合には主観的要件が強く求められるなどといった裁判例の状況なども特にみられないため、暴利行為においてはこれらを区別して議論する意味は大きくないのではないと思われる。近年の裁判例においても、暴利行為は「社会的相当性を著しく逸脱し、公序良俗に反する」ものとして無効になると解されており³⁸⁰、公序と良俗が暴利行為においてそれぞれ別に考慮されているとはいえないであろう。

その他、日本法において暴利行為は必ずしも公序良俗規定を根拠とする必要はないとする立場もみられる。例えば、暴利行為は伝統的な公序良俗違反とは異質のものであることから、端的に判例法によって公序良俗違反に仮託して形成された法理であると解することも不可能ではないとする立場や³⁸¹、現代的暴利行為の議論をはじめに問題とされている契約締結過程での事業者(暴利者)の不誠実な態度は、本来は契約締結過程に関する規律である詐欺・強迫・錯誤の延長として捉えるべきとする立場³⁸²、同様に暴利行為を相手方の意思決定に対する介入と捉え、近年の暴利行為が主観的要素を重視する方向性から、錯誤や詐欺・強迫のように意思表示の取消しとして規定すべきとする立場³⁸³などがみられる。近年ドイツにおいても、暴利行為の問題領域を信義則(BGB242 条)によって処理した方がより柔軟な解決を図ることができるとするなど BGB138 条以外の法理を活用すべきとの立場が存在して

ける公序良俗」椿寿夫=伊藤進編『公序良俗違反の研究』(日本評論社,1995年)192頁以下。

³⁷⁷ 山城一真「契約法を考える(第7回)契約の内容規制をめぐる」法セ 801号(2021年)84頁。

³⁷⁸ 大村・前掲注(23)127頁以下。

³⁷⁹ 森田・前掲注(366)172頁以下。

³⁸⁰ 大阪地判平成10年3月19日判時1657号85頁、横浜地判平成15年2月12日(LEX/DB 文献番号28081355)、福岡地判平成22年7月7日消ニ86号136頁、東京地判平成24年9月18日(LEX/DB 文献番号25496598)など。

³⁸¹ 大村・前掲注(2)366頁以下。

³⁸² 平野裕之「消費者取引と公序良俗—契約解消型救済」法時66巻2号(1994年)107頁以下。

³⁸³ 山里盛文「暴利行為の位置づけについて—暴利行為について意思表示の取消しとする可能性—」法と経営学研究所年報3巻(2021年)33頁。

いる³⁸⁴。

しかし、結局のところドイツと日本の暴利行為論はそれぞれ良俗違反、公序良俗違反という一般条項に依拠して判例法が形成されており、判例変更や新たな立法³⁸⁵などが無い限り暴利行為は意思表示に関する規定や信義則に吸収されることはなく、公序良俗規定は一般条項として様々な要素を総合考慮し得ることを踏まえると、暴利行為は公序良俗違反の一類型と解するのが妥当と考えられる。

本稿は暴利行為論を中心として検討を行ったため、公序良俗と暴利行為の関係性について明確な答えを有していない。しかし、ドイツにおいて暴利行為が導入されることとなった背景に、当時利息自由化政策が取られた際に利息暴利が大きな社会問題として顕在化したこと、またドイツの学説においても暴利行為には公序的な役割があると指摘されていることなどから、ドイツ暴利行為論においても公序的な側面が全くないとはいえないだろう。良俗違反の面に関してはドイツ暴利行為論が良俗違反規定を根拠としている点からも暴利行為の制度趣旨が相手方の窮状を利用して暴利を貪ろうとする者の非難にあることは明らかである。

同様に、日本法においても暴利行為論には市場価格の安定という公序的な面や、暴利を貪ろうとするものに対する非難性という良俗的側面の両面があるため、両者を包括する条文としては公序良俗違反が妥当であり、今後も暴利行為の根拠は民法 90 条に求められるだろう。

2.要件と推定について

暴利行為の要件面について日本法は現代的暴利行為、ドイツ法では準暴利行為の出現を契機として、伝統的な暴利行為定式の要件に限らず様々な点で拡張や緩和が図られている。このような拡張が許されている理由として両者がその根拠条文を一般条項である公序良俗違反・良俗違反規定に求めていることが挙げられるが、以下においては日本の裁判例や学説がどこまで暴利行為の要件の拡張や推定による立証責任の緩和を認めているのかを確認し、ドイツでの議論を踏まえ、今後どこまでの拡張や緩和が認められるのかについて検討したい。

(1)窮状要素について

日本においては下級審をはじめに、伝統的な窮迫・軽率・無経験という要件以外にも、様々な被暴利者の窮状が取り込まれており、例えば従属状態・抑圧状態・判断力の低下などにつけ込まれる事例が挙げられる。

³⁸⁴ Papanikolaou / Karampatzos, a.a.O. (Fn.107), S.1141f.

³⁸⁵ なお、先の債権法改正において新設された民法 548 条の 2 第 2 項は定型約款の合意について、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であり、その定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして信義則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについて合意しなかったものとする規定されており、かつて暴利行為の適用領域とされていた不当条項規制は同条の新設によって信義則に依拠した内容と変化している。

まず、従属状態は既存の関係における優越的な地位が利用された場合とされ、具体例としてはある事業者が他の事業者との間の継続的供給契約に依存している中で、当該他の事業者がその地位を利用して不利な条件での取引に応じさせる行為などがこれに該当するとされている³⁸⁶。具体的な裁判例としては、レコード会社と準専属契約を締結した知名度の低いアーティストが、素人のど自慢番組に出演した際、契約違反行為があったとして 500 万円の違約金が求められたが、違約金額が他社と比べ 12 倍と高額であるため暴利行為とされた事案³⁸⁷や、倒産会社の債権者委員会の委員長がその倒産した会社の代表に自己の債務について連帯保証をさせたが、これが債権者委員長としての圧倒的な優勢な地位を利用して本件連帯保証を締結させたと評価され、公序良俗に反するとされた事案³⁸⁸、ホステスの連帯保証について、連帯保証人となるホステスに不当に過酷な負担が強いられ、事実上退職の自由を制約するものであることから、店側が優越的な地位を利用して締結したとして本件契約を公序良俗に反するとした事案³⁸⁹、取引依存が極めて高い事業者から優越的地位にあることを利用され、原価を下回る請負代金への減額合意について、公序良俗に反するとされた事案³⁹⁰、運送会社が雇用関係にあるドライバーに対して優越的地位を利用し、本来支払う義務のない加盟金や用品代金などの金銭の支払いを強制したとして公序良俗違反を認めた事案³⁹¹などが挙げられる。その他、優越的な地位が利用されたとは明言されていないが、フランチャイズ契約において実質的にフランチャイザーが優越的な地位を利用してフランチャイジーに 800 万円という高額な加盟金を支払わせ、それをいかなる事由によっても返還しないという特約が定めていたため、暴利行為と判断された事例³⁹²もみられた。

次に、抑圧状態については一方が心理的に他方の要求に従わざるを得ない状態と定義されており、具体例としては靈感商法のように相手方が恐怖心によって合理的な判断をすることができない状態に陥っていることが利用される場合が抑圧状態に該当するとされている³⁹³。具体的な裁判例としては、買主宅に夜間に突然訪問し、深夜に及ぶまで執拗な勧誘を行い、十分な考慮の機会を与えずに北海道の原野を時価の 100 倍で売りつけた売買契約について暴利行為が認められた事案³⁹⁴、子の難聴治療のため、僧侶による加持祈祷を 700 回以上受け、総額 589 万 6000 円を支払ったが、治癒しなかったという事例について、裁判所は子の難聴がいっこうに回復しなかったのにも関わらず僧侶が再三治ると繰り返し加持祈祷を継続しているため、最初の 1 年間の部分を超える 518 万 8000 円について、公序良俗に反するとした事案³⁹⁵、午後 9 時から翌日の午前 0 時過ぎまでの長時間にわたって債権者と

³⁸⁶ 民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明 4 頁。

³⁸⁷ 名古屋高判昭和 45 年 1 月 30 日下民 21 卷 1・2 合併号 155 頁。

³⁸⁸ 広島高判昭和 49 年 11 月 28 日判時 777 号 54 頁。

³⁸⁹ 東京地判昭和 50 年 3 月 25 日判時 797 号 115 頁。

³⁹⁰ 大阪地判平成 22 年 5 月 25 日判時 2092 号 106 頁。

³⁹¹ 静岡地判平成 25 年 8 月 9 日(LEX/DB 文献番号 25501645)。

³⁹² 神戸地判平成 15 年 7 月 24 日(LEX/DB 文献番号 28082847)。

³⁹³ 民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明 4 頁。

³⁹⁴ 名古屋地判昭和 57 年 9 月 1 日判時 1067 号 85 頁。

³⁹⁵ 名古屋地判昭和 58 年 3 月 31 日判時 1081 号 104 頁。

共に訪れた弟から主債務を保証するように泣きながら土下座で懇願され、弟を助けるためには自身が保証人になるしかないと考えて締結された連帯保証契約は公序良俗に反するとされた事案³⁹⁶、夫を亡くし、仕事ができる精神状態ではなくなり数か月休職後退職した者に対して、易学により改名や印鑑の購入、祈祷によって運勢が良くなると暗示し、易学受講契約などを締結させ 138 万を支払わされたことに対し、本件易学受講契約は著しく不公正な勧誘行為によって不当に暴利を得る目的をもって行われたものというべきとして暴利行為が認められた事案³⁹⁷が挙げられる。

そして判断力の低下については、認知症やうつ病などにより判断力が低下している状態が利用される場合の裁判例が多くみられ、最近はこの種の要素が重視されたと考えられる裁判例が増加しているとの指摘がある³⁹⁸。具体的な事案としては、認知症の高齢者が多数のクレジット契約を組み、使用する機会がないにも関わらず着物を合計 2000 万円相当購入したことについて、販売業者が買主の判断能力が低下していることに乗じて、客観的に購入の必要のない高額かつ多数の商品を過剰に販売したとして公序良俗に反するとした事案³⁹⁹や、同様に性脳症の高齢者が使用する機会がないにも関わらず高額な着物やアクセサリーを 1 年 5 カ月の間に 12 の販売店から購入したとして当該売買契約を公序良俗に反して無効とした事案⁴⁰⁰、認知症で近親者が死亡した後に事理弁識能力が著しく低下し、他人からいわれるままに自己に有利不利を問わず迎合的な対応をする者の不動産を当時の市場価格の 6 割にも満たない価格で不動産会社が買い取った事例について、本件売買契約は判断能力の低さに乗じて締結されたとして公序良俗に反するとされた事案⁴⁰¹、中程度のうつ病に罹患し、判断力や集中力が低下している状況の者に 10 億円の価値のある株式を 465 万円で売却させた場合について、裁判所が契約相手方は軽率な判断をしていることを認識しつつ、それに乗じて著しく不合理な内容の売買契約を締結したとして、本件売買契約は暴利行為にあたり公序良俗に反するとした事案⁴⁰²、認知症を発症し、記憶力、コミュニケーション能力や言語力、集中力などが相当程度低下している高齢者の有する不動産(市場価格 1 億 3130 万円以上)が半額にも満たない 6000 万円で売買された契約について、売主の状況等に乗じて莫大な利益を得ようとして行った経済的取引としての合理性を著しく欠く取引であり、公序良俗に反する暴利行為に当たるとされた事案⁴⁰³などが挙げられる。

その他、これらの要素以外にも、高額な貴金属を恋愛感情の利用によってクレジット契約を締結させた上で購入させる事例もみられ(いわゆるデート商法)、このような事例について

³⁹⁶ 宮崎地判平成 15 年 11 月 28 日 2003WLJPCA11286001。

³⁹⁷ 大阪高判平成 16 年 7 月 30 日 2004WLJPCA07306001。

³⁹⁸ 山本・前掲注(36)15 頁。

³⁹⁹ 大阪地判平成 18 年 9 月 29 日消ニ 71 号 178 頁。

⁴⁰⁰ 高松高判平成 20 年 1 月 29 日判時 2912 号 79 頁。

⁴⁰¹ 大阪高判平成 21 年 8 月 25 日判時 2073 号 36 頁。

⁴⁰² 東京地判平成 23 年 1 月 19 日金判 1383 号 51 頁。

⁴⁰³ 東京高判平成 30 年 3 月 15 日判時 2398 号 46 頁。同様の事例として東京地判平成 30 年 5 月 25 日判タ 1469 号 240 頁。

裁判所は「これら一連の販売方法や契約内容等(実際に本件契約において販売された貴金属は市場価格と比べて不均衡があると認定された)に鑑みると、本件売買契約は、軽率、窮迫、無知等につけ込んで契約させ、女性販売員との交際が実現するような錯覚を抱かせ、契約の存続を図るといって著しく不公正な方法による取引であり、公序良俗に反して無効であるというべきである」としている⁴⁰⁴。

このような裁判例の動向に対しては学説も好意的に捉えており⁴⁰⁵、債権法改正においても下級審の動向を捉えた窮状要件の拡張が試みられたが、従属状態や判断力の低下などはその内容について一般的な理解が必ずしも確立されていないという意見もみられ⁴⁰⁶、結局のところ暴利行為規定の全体としての適切な要件化についてコンセンサスが形成されなかったことから明文化には至らなかった。しかし、債権法改正の議論が一旦決着した後も、裁判例を中心に伝統的な定式以外の窮状要件が挙げられていることから、日本法においても窮状要件は今後拡大していくと考えられる。

ドイツ法においても、窮状要件は1976年改正後、窮迫・軽率・無経験から強制状態、無経験、判断力の欠如、重大な意思の薄弱に拡張されている。また、準暴利行為においては非難すべき態度という表現を用いることによって窮状要件を抽象化しており、暴利規定に挙げられていた被暴利者に内在する絶対的な窮状要件に限らず、経済的に弱い立場、知的に弱い立場、劣位などの相対的な窮状(日本法で言う従属状態や優越的地位の利用)を認めており、窮状要件の拡張が図られている。

結局ドイツ法においては、これらの窮状要素は当事者の意思決定が阻害される要因であることから、暴利規定の列挙事由には限られないとし、広く窮状要件を認めるという姿勢が窺える。ドイツでは準暴利行為が確立されるまでは、明文規定であるBGB138条2項に窮状要件が拘束されていたという背景があるが、日本法は判例法理として暴利行為を認めているため、窮状要件の拡張に関しては比較的障害は大きくないと思われる。

その他国際的なモデル準則に目を向けると、ユニドロワ国際商事契約原則(UNIDROIT)や、ヨーロッパ契約法原則(PECL)、ヨーロッパ共通参照枠草案(DCFR)はいずれも暴利行為に類する規定を有しており、窮状要件についてはかなり広く捉えていることが確認できる。UNIDROIT 3.2.7条⁴⁰⁷は窮状要件を「従属状態・経済的困窮・緊急の必要・当事者の無思

⁴⁰⁴ 名古屋高判平成21年2月19日判時2047号122頁。

⁴⁰⁵ 民法(債権法)改正検討委員会・前掲注(46)52頁。

⁴⁰⁶ 民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明4頁以下。

⁴⁰⁷ 以下の条文訳は私法統一国際協会著(内田貴ほか訳)『UNIDROIT国際商事契約原則2016』89頁による。

ユニドロワ国際商事契約原則(UNIDROIT) [2016] 3.2.7条(過大な不均衡)

1項 契約または個別の条項が、契約締結時に、相手方に過剰な利益を不当に与えるものであったときは、当事者はその契約または条項を取り消すことができる。その際、他の要素とともに以下の各号に定める要素が考慮されなければならない。

- (a) その当事者の従属状態、経済的困窮もしくは緊急の必要に、またはその当事者の無思慮、無知、経

慮・無知・経験の浅さ・交渉技術の欠如」、PECL4:109 条⁴⁰⁸は「相手方への依存・相手方との信頼関係・経済的困窮・緊急の必要性・軽率・無知・経験の浅さ・交渉技術に欠けている場合」としており、ヨーロッパ共通参照枠草案 II-7:207 条⁴⁰⁹は PECL の窮状要件に「思慮

験の浅さもしくは交渉技術の欠如に、相手方が不当につけ込んだという事実

(b) その契約の性質及び目的

2 項 取消権を有する当事者の要請により、裁判所は、公正な取引についての商取引上の合理的な基準に合致するように、その契約または条項を改訂することができる。

3 項 取消しの通知を受けた当事者が、取消しの通知を受けた後速やかに、かつ、相手方が取消通知を信頼して合理的に行動する前に、当該相手方に自己の改訂要請について知らせたときは、裁判所は、その当事者からの要請によっても、契約または条項を改訂することができる。第 3.2.10 条第 2 項の規定は本項に準用する。

⁴⁰⁸ 条文訳はランドローバー編・潮見ほか監訳・前掲注(324)245 頁以下による。

ヨーロッパ契約法原則(PECL)4:109 条(過大な利益取得または不公正なつけ込み)

1 項 当事者は、契約締結時に以下に掲げる全ての事情が存在した場合には、当該契約を取り消すことができる。

(a) その当事者が、相手方に依存し、もしくは相手方と信頼関係にあった場合、経済的に困窮し、もしくは緊急の必要があった場合、または、軽率であり、無知であり、経験が浅く、もしくは交渉技術に欠け、かつ、

(b) 相手方が、この事情を知りまたは知るべきであり、かつ、当該契約の事情及び目的を考慮すると、著しく不公正な方法でその当事者の状況につけ込み、または過大な利益を取得した場合。

2 項 裁判所は、適当と認める場合には、取消権者の請求により、信義誠実及び公正取引の要請するところに従っていたならば合意されていたであろう内容へと、当該契約を改訂することができる。

3 項 過大な利益または不公正なつけ込みを理由とする取消しの通知を受けた当事者からの要請によって、裁判所は前項と同様に契約を改訂することができる。ただし、その当事者は、取消しの通知を受けた後速やかに、かつ、取消しの通知をした当事者が取消し通知を信頼して行動する前に、その他方当事者に知らせたのでなければならない。

⁴⁰⁹ 以下の条文訳はクリスチャン・フォン・パール他編(窪田充見ほか監訳)『ヨーロッパ私法の原則・定義・モデル準則 共通参照枠草案』(法律文化社,2013 年)110 頁以下によった。

ヨーロッパ共通参照枠草案 II-7:207 条

1 項 当事者は、契約の締結時において次に掲げる要件のすべてを満たす場合には、当該契約を取り消すことができる。

(a) その当事者が、相手方に従属し、もしくは相手方と信頼関係にあったこと、経済的に困窮し、もしくは急迫の必要があったこと、または思慮、知識、経験もしくは交渉能力を欠いていたこと

(b) 相手方が、このことを知り、または知っていたことを合理的に期待され、かつ、当該契約の事情及び目的に照らして、その当事者の状況につけ込んで過大な利益または著しく不公正に有利な地位を取得したこと

2 項 裁判所は、適当と認められるときは、取消し権を有する当事者の請求により、当該契約を、信義誠

が欠けていた場合」が追加されている。これらの国際的なモデル準則は、日独が判例や下級審において認めている様々な状況を窮状要件としてまとめて挙げており、交渉技術の欠如など消費者と事業者との情報力・交渉力の格差を踏まえた内容も規定されている。

以上のように、窮状要件には様々な状況が想定されるため、それらを全て明文化したとしても、必ず明文化した窮状要件から漏れる可能性がある。このような問題意識は先の債権法改正においても確認できる。債権法改正における中間試案においては、相手方の困窮、経験の不足、知識の不足という例示を置きつつ、「その他の相手方が法律行為をするかどうかを合理的に判断することができない事情があること」として窮状要件の一般化が目指された。このような中間試案の定式は、現在の判例法理を適切に明確化しているだけでなく、今後の窮状要件の発展を促すものと評されている⁴¹⁰。暴利行為の窮状要件は伝統的な暴利行為定式に列挙されている事由に限られる必要はなく、広く契約当事者の意思決定の自由や自己決定が阻害されている状態と理解するのであれば、このような窮状要件の拡張は被暴利者の救済という点からも支持されるべきといえよう。

なお、注意すべき点としては、ドイツ法においては1976年改正後、窮迫・軽率・無経験が強制状態・無経験・判断力の欠如・重大な意思の薄弱という文言に置き換えられているが、日本においては伝統的な暴利行為定式である窮迫・軽率・無経験と下級審をはじめに認められている従属状態や抑圧状態、判断力の低下が併存しているため、窮状の程度や救済の必要性についてグラデーションがあるといえるだろう。つまり、軽率に暴利契約を締結した場合と、判断力の低下や、マインドコントロールなどを受けた抑圧状態において暴利契約を締結した場合では、当然後者の方が救済すべき度合いが強いと考えられる。

(2) 利用要素について

次に利用要素であるが、従来日本法において暴利行為は主観的要件と客観的要件の2要件構造として捉えられており、ドイツ法においては基本的に窮状要件・利用要件・不均衡要件という3要件構造で捉えられている。このように日本法において利用要素は主観的要件に内包されており、同要素を単独の要件として認識している立場は多くない。先行研究も、この点について「日本における暴利行為論の中で、従来「利用」という利得者側の主観的要件の内容が詳しく検討されたことはなかったように思われる」と指摘している⁴¹¹。

しかし、ドイツ法の検討によって明らかにされた通り、ドイツ暴利行為論において暴利者

実及び取引の構成の要請に従っていたならば合意されたであろう内容に改定することができる。

3項 裁判所は、不公正なつけ込みを理由とする取消しの通知を受けた当事者の請求により、2項の規定におけるのと同様に、契約を改訂することができる。ただし、その当事者が、取消しの通知を受けた後に不当に遅延することなく、かつ取消しの通知をした当事者が当該通知をしたことを信頼して行為をする前に、取消しの通知をした当事者に対して、契約の改訂を裁判所に請求したことを知らせた場合に限る。

⁴¹⁰ 山本・前掲注(36)16頁、後藤巻則・前掲注(44)341頁。

⁴¹¹ 堀川・前掲注(40)341頁。

の利用(Ausbeutung)要件は良俗違反を基礎づけるという点からも重要視されており、準暴利行為の議論を中心に利用要素の拡張が図られていることから、改めて日本法において利用要素を検討したい。

まず昭和9年判決において、利用要素は「利用シ」と表現されているが、その後の裁判例や学説においては同要素を「乗じ」とするものが多く、その他悪用や⁴¹²、つけ込んでとする裁判例もみられた⁴¹³。判例や裁判例においては利用要素の内容について具体的に検討しているものはみられないが、基本的に認定事実において暴利者が不均衡や被暴利者の窮状を認識していたかという点が利用の問題とされている。また、裁判例ではただ暴利者が窮状や不均衡を認識してそれに乗じたという場合以外にも、抑圧状態の事例をはじめに暴利者の行為によって被暴利者の窮状が作出ないし増幅され、それに乗じたとする場合も認められている⁴¹⁴。

この点、学説は利用について相手方が窮迫等の状態にあることを認識しながら、著しく均衡を欠く利益を取得する行為をしたことで足り、窮迫等の状態にある事を積極的に利用しようとする意図は必要としないとする見解や⁴¹⁵、伝統的な乗じるという要件は所定の要素が既に存在することが前提となっており、それを「悪用する」という意味合いが強くなるため、「悪用」に当たるような行為の悪性がなくても、当事者に法律行為をさせるために所定の要素が「利用」されたと規定する方が妥当だと解する見解がみられる⁴¹⁶。

これらの学説は利用要素について認識の問題として捉えており、暴利行為における利用とは、暴利者が窮状や不均衡などを認識したこととしている。これに対して利用要素を窮状や客観的状况を「認識しつつ行為する」という主観的態様だと捉える立場は、暴利者にこのような認識があるか、またはそれと同等に評価し得る帰責事由(認識しなかったことについての過失)が存在するだけで十分だとする意見や⁴¹⁷、ドイツにおける議論を参照しつつ、被利得者側の状況に対する認識に加え、過大な利得等を得る「意図」まで要求すべきか、あるいはそれらについての単なる「認識」あるいは認識しうる地位にありながら、これを重過失により認識し得なかった場合まで拡大すべきか検討すべきという意見がみられる⁴¹⁸。

ドイツ法では準暴利行為によって、意図的な利用に加え、被暴利者の状況を容易に認識できる立場であったことにも関わらず、軽率にも給付の不均衡や相手方の窮状を認識しな

⁴¹² 東京地判平成27年9月4日(LEX/DB 文献番号 25531021)、東京地判令和1年10月8日(LEX/DB 文献番号 25582664)など。

⁴¹³ 京都地判平成20年8月8日先物取引裁判例集52巻441頁、東京地判平成30年10月3日(LEX/DB 文献番号 25557757)、東京地判平成31年4月23日(LEX/DB 文献番号 25581336)など。

⁴¹⁴ 例えば、東京地判昭和42年3月28日判タ208号183頁、名古屋地判昭和57年9月1日判時1067号85頁、宮崎地判平成15年11月28日2003WLJPCA11286001など。

⁴¹⁵ 後藤昌夫・前掲注(21)79頁。

⁴¹⁶ 民法(債権法)改正検討委員会・前掲注(46)60頁以下。

⁴¹⁷ 林幸司「取引法と公序良俗—暴利行為及び優越的地位濫用禁止の法理の位置付け—」伊藤進、國井和郎、堀龍兒、新美育文編『現代取引法の基礎的課題』(有斐閣,1999年)262頁参照。

⁴¹⁸ 堀川信一「法律行為に関する通則—公序良俗違反論を中心に—」円谷峻編『民法改正案の検討第2巻』(成文堂,2013年)253頁以下。

ったという重過失の場合まで利用要素が拡張されている。しかし、ここで日本法においても同様に重過失までの拡張を図るべきだとの議論をするのは拙速に過ぎる感が否めない。日本法においてはまだ利用要素について十分な議論がなされておらず、債権法改正の法制審議会においても利用要件は不均衡状態の単なる認識で足りるのか、これでは非常に広がりすぎるのではないかとの指摘があるように⁴¹⁹、そもそも利用要件の内容について明確な定義づけや共通認識がないといえるだろう。

この点、暴利行為の議論を受け継いだ消費者契約法におけるつけ込み型勧誘の審議では(第1章第3節3参照)、利用要素について「知りながら勧誘した」という要件のもとで検討されており、消費者の判断力を外形から知ることは困難なため、消費者の判断力に関する事業者の主観を要件とすべきではないとする意見や、主観的要件の部分は重過失に広げるべきとの意見など⁴²⁰、利用要素の撤廃や緩和についての議論が交わされており、これらの議論は暴利行為の利用要素を考える上で重要な手がかりとなるだろう。

なお、ここで紹介したのは基本的に利用要素を認識の問題として捉えた内容だったが、学説には利用要素に意図の悪性や搾取意図が含まれるかという点を検討する見解もみられるため、認識以外の暴利者の主観的態様については後に改めて検討する。

(3)不均衡要素について

ドイツでは基本的に著しい不均衡や特別重大な不均衡の値について契約類型毎に一定の基準が判例によって導き出されている。判例は不均衡の基準について、あくまで指標であり、具体的な数字に拘束されることはなく、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ているが⁴²¹、基本的には給付と反対給付が市場価格の100%以上や半額だった場合など、具体的な数値の基準に従って不均衡が判断されている。

これに対して日本は、暴利行為の不均衡の値について実際の裁判例においてかなりの幅があると指摘されている⁴²²。例えば、暴利行為のリーディングケースである昭和9年判決は著しく過当な利益として解約返戻金を被暴利者の手取額の2.4倍としており、その後の代物弁済予約の事例群では目的物の価格と債権額の差がおおよそ3~4倍を超えるかが著しい不均衡の境界だとする見解がみられる⁴²³。また、利息については年利240%と非常に高額な利息約定が暴利と認められる事例がみられるが⁴²⁴、一方で150%⁴²⁵や120%前後⁴²⁶で無効とされる事例も確認できる。その他にも不動産売買契約においては原野を時価の100倍の価

⁴¹⁹ 第10回議事録9頁(山川隆一幹事)。

⁴²⁰ 第12回消費者契約に関する検討会【資料1】いわゆる「つけ込み型」勧誘について22頁。

⁴²¹ BGH Urt. v. 2.10.1986・III ZR 130/85, NJW 1987,183.

⁴²² 山本・前掲注(36)16頁。

⁴²³ 椿寿夫『代物弁済予約の研究』(有斐閣,1975年)56頁。

⁴²⁴ 名古屋地判平成21年10月23日判タ1333号170頁。

⁴²⁵ 東京地判平成27年10月14日2015WLJPCA10148018。

⁴²⁶ 東京地判平成26年4月22日(LEX/DB文献番号25519344)、東京地判平成27年2月20日(LEX/DB文献番号25523691)。

格で売りつけた事案⁴²⁷や、時価 700 万円の不動産を約 2 割の価格で売却させた事案⁴²⁸、時価 1 億 3130 万円以上の不動産を半額にも満たない 6000 万円で売買させた事案など⁴²⁹、その他これまで挙げた日本の裁判例を概観すると、不均衡が認められる場合について非常に大きな幅があり、ドイツのように一定の基準値に従って著しい不均衡を判断しているわけではないといえるだろう。

むしろ、日本法において不均衡要素は昭和 9 年判決が示した「著しい過大な利益」に止まらず、本来は負担する必要がない不相当な負担や不利益をも不均衡要素として取り込む動きがみられる。例えばホステスに顧客が飲食した売掛代金債務を店の経営者に対して保証させるケースは、店側が著しく過大な利益を得たというよりもホステスに不必要で過剰な負担を負わせたと評価でき⁴³⁰、過量販売のケースにおいても個々の売買の対価自体は適正といえなくもないが、買主の資産状態や必要性などを考慮して過大で不相当に売買がなされており、このような場合も消費者が不当に不利益を被っていると評価できるであろう⁴³¹。また、判断能力が低下した認知症の高齢者に自身の不動産を低廉な価格で売却させた事例において、裁判所は当該契約が「客観的な必要性の全くない」ものにも関わらず本人にとって不利かつ有害な契約を締結させており、それを暴利行為と評価している⁴³²。

このような裁判例の動向を受け、債権法改正の議論においても中間試案において暴利行為の客観的要件を「著しく過大な利益を得、又は相手方に著しく過大な不利益を与える」と規定された。その理由として補足説明では「当事者が著しく過大な利益を得る場合のほか、相手方に著しく過大な不利益を与える場合も考えられ、このような行為も自らが著しく過大な利益を得る場合と同様に悪性が高く、無効とすべきであると考えられるからである。具体的には、表意者に権利を放棄させる行為、雇用契約等を解除させる行為、転居や廃業を約束させる行為などが、「相手方に著しく過大な不利益を与える法律行為」に該当する」としている⁴³³。その他、審議過程においては「著しく」という文言の必要性について、暴利行為の各要件を相関的に考慮されるのであれば客観的要件が「著しく過大」と言えない場合であっても暴利行為に該当する可能性があるという主張がなされたが、暴利行為として無効とされるのは飽くまでも例外であることを示す意味でも「著しく」という要件を維持しているとの説明がなされている⁴³⁴。

近年の学説も前述の中間試案の方向性に沿う形で展開されており、客観的要件を「いちじくしく過大な利益の獲得を目的とする」から、「不当な利益を取得することを内容とする(例

⁴²⁷ 名古屋地判昭和 57 年 9 月 1 日判時 1067 号 85 頁。

⁴²⁸ 東京地判平成 24 年 5 月 24 日(LEX/DB 文献番号 25494487)。

⁴²⁹ 東京高判平成 30 年 3 月 15 日判時 2398 号 46 頁。同様の事例として東京地判平成 30 年 5 月 25 日判時 1469 号 240 頁。

⁴³⁰ 東京地判昭和 50 年 3 月 25 日判時 797 号 115 頁。

⁴³¹ 高松高判平成 20 年 1 月 29 日判時 2912 号 79 頁、大阪地判平成 20 年 1 月 30 日判時 2013 号 94 頁、奈良地判平成 22 年 7 月 9 日消二 86 号 129 頁。

⁴³² 大阪高判平成 21 年 8 月 25 日判時 2073 号 36 頁。

⁴³³ 民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明 5 頁。

⁴³⁴ 民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明 5 頁。

えば過量販売の事例を挙げている)」に緩和することによって、現代的暴利行為論が説くように、「いちじるしく過当」とまではいえなくても「不当と言える程度の利益を取得することが」内容とされていれば法理行為の効力を否定してもよいとする見解や⁴³⁵、暴利行為を保護法理と位置付けるならば、重要なのは利得者が過大な利得を獲得することではなく、むしろ被利得者が「不相当、不要もしくは一方的な負担」を負わされたということとする見解⁴³⁶、近年の裁判例の展開を踏まえ、暴利行為の事例には「著しく過大な利益を得」という事例以外にも含まれており、「著しく過大な利益を得」という定式では相関的判断を行うことが難しいことから、買主の側が「不当な不利益を受けた」という方が実質に即しているとする見解⁴³⁷などがみられた。

また、近年の裁判例においても不均衡概念の拡張が図られており、本来片務・無償契約である死因贈与契約について、同当事者間において締結された身元保証契約と死因贈与契約を一体と解することで対価関係があるとして暴利行為を認めるなど⁴³⁸、対価性を広く捉えることによって消費貸借契約や売買契約などの双務契約以外の領域において暴利行為が認められる余地があると考えられる。

以上のように不均衡要素は日本において広く捉えられており、ドイツでは基本的に暴利行為は実際の財産上の不均衡が生じるような双務契約に限られていることから、不当な不利益を受けたと解する余地を有している日本法の方がより柔軟に不均衡を解釈しているといえよう。しかし、度を越して不均衡要素を緩和することは、暴利行為の概念を不明確にしかねず、本来の暴利行為の制度趣旨からも外れる可能性があることから、基本的に暴利行為は双務契約における給付不均衡を扱う法理とし、暴利行為の枠内から外れるケースに関しては後述する著しく不公正な方法による取引や優越的地位の濫用、あるいは消費者契約法の各規定等によって対応されるべきと考えられる。

(4) 搾取意図について

ここでは意図の悪性や搾取意図などの暴利者の認識以外の主観的態様について検討する。従来の学説は暴利行為がドイツ法から継受されたという背景を踏まえ、被暴利者の何らかの窮状に乗じて暴利を搾取する行為が反社会性を有することから、暴利者の主観的な不法性が求められるとする見解がみられる⁴³⁹。

裁判例においても、暴利者の不当な行為により作出された被暴利者の窮状に暴利者が乗じたのであるから、「その主観的良俗違反は強度のものであり」と判断された事例や⁴⁴⁰、被暴利者の全幅の信頼を受けつつも、被暴利者の不動産を低廉な価格で買叩き(またこの代金

⁴³⁵ 民法(債権法)改正検討委員会・前掲注(46)60頁以下。

⁴³⁶ 堀川・前掲注(418)254頁以下。

⁴³⁷ 山本・前掲注(38)44頁。

⁴³⁸ 名古屋高判令和4年3月22日(LEX/DB 文献番号 25592408)。

⁴³⁹ 谷口・前掲注(18)128頁。

⁴⁴⁰ 東京地判昭和42年3月28日判タ208号183頁。

債務も完済する意思がなかったとされている)、それを転売して過大な利益を得ていることなどの暴利者の搾取意図の悪質性を認定している事例など⁴⁴¹、暴利者の意図の悪性や暴利者の行為態様の悪質性を暴利行為の判断の際に認定している事例がみられる。

この点近年の学説においては、このような暴利者の搾取意図を認定する必要はないとする見解がみられる。例えば利用要件に暴利者の搾取意図を含むか検討する立場からは、乗じるという要件は暴利行為の客観的状況を認識しつつ行為することで足り、従来反倫理的側面が強調されていたが、暴利者の主観的悪性・道義的な非難可能性が認められるため契約が無効とされると理解すべきではないとの見解⁴⁴²や、伝統的な乗じるという要件はそれを「悪用する」という意味合いが強くなるため、「悪用」に当たるような行為の悪性がなくても、当事者に法律行為をさせるために所定の要素が利用されたと理解する方が妥当であるとの見解⁴⁴³がみられる。

その他、消費者契約法ベースで暴利行為・過大利得を捉える立場からは、「主観面における当事者(事業者)の意図の悪性は決定的ではなく、むしろ商品・サービスの客観的価値と、対価との客観的不均衡が重要になる」との見解が示されている⁴⁴⁴。同様に、昭和60年代までの暴利行為の裁判例について網羅的な分析を行った大村は、裁判例の中には暴利者の主観的態様の悪性にウエイトをおいて判断しているケースもみられるとしつつも、「加害者の意図の悪性は、それが認定されれば大きな要素となるが、不可欠な要素ではないように思われる」と指摘している⁴⁴⁵。

このように、近時の学説は従来学説とは対照的に暴利行為の成立において暴利者の搾取意図は必ずしも必要とはされていないとの見解が増加しているといえよう。しかし、前述した大村の見解に対して、「問題は、大村氏自身も付随的としながら顧慮せざるを得なかった**b1**(暴利者の意図の悪性)**b2**(被暴利者の意思の抑圧)のファクターを、どのように考えるかである。対価とのいちじるしいアンバランスを拒否する根拠を、利得者の意図の悪性(**b1**)の典型的懲憑とみるべきではあるまいか」とし、「正当な対価(*justum pretium*)は、神や国家が高権的に決定しうるものではないとすれば、**b1b2**を基軸として暴利行為論を構成することも、考えられてよいであろう」とする見解がみられ⁴⁴⁶、筆者もこの立場を支持している。

暴利行為において搾取意図を重要視する理由としては、ドイツ法における搾取意図の議論が参考になるだろう。ドイツ法によると、搾取意図が認められ難い(商人間の契約など)、あるいは全く認められないような場合(混合贈与や特別な愛着や投機的意図による価格設定など)、非難すべき態度の推定は認められず、また良俗違反が暴利者の搾取性から基礎づけられているという点からも搾取意図は暴利行為を判断する上で重要な要素であるといえよ

441 東京高判平成30年3月15日判時2398号46頁。

442 林・前掲注(417)262頁参照。

443 民法(債権法)改正検討委員会・前掲注(46)60頁以下。

444 潮見・前掲注(371)265頁。

445 大村・前掲注(2)362頁以下。

446 石田喜久夫「民法学のあゆみ 大村敦志「契約成立時における『給付の均衡』(一～六)・完」法時59巻12号(1987年)125頁。

う。もし搾取意図が暴利行為において全く考慮されない場合、混合贈与など全く搾取意図がないような場合でも、ただ市場価格と比べて不均衡があるということを認識してただけで暴利行為として契約が無効とされる危険性が生まれる。窮状要素や利用要素において拡張を図る一方で、暴利者に搾取意図がなかった場合には暴利行為は成立しないという消極的要件を付加することによって債権法改正の法制審議会においても指摘されていた暴利行為の濫用のおそれ⁴⁴⁷を避けることができるのではないかと思われる。

なお、暴利者の搾取意図という要素は、暴利者の認識(利用)と同様にその有無の判断が難しいといえる。そのような意味においては搾取意図の存在は暴利行為の適用可能性を狭めるのではないかという批判が考えられるが、この点については、後述する推定準則と同様に、契約締結過程における暴利者の様々な事情(例えば一方的な内容で契約が締結されたことや、暴利者が被暴利者の窮状を作出ないし増幅したこと、優越的地位の存在など)から搾取意図の有無を推察することが可能であると思われる。

(5)推定について

暴利行為の主観的要件には被暴利者の窮状に加え、それを利用したという暴利者の内心の立証が求められており、この立証困難性についてはBGB立法後のドイツにおいても指摘されていた。このような状況に対してドイツ法は、準暴利行為において特別重大な不均衡が認められた場合、非難すべき態度を推定するという推定準則を認めるに至っている。

同様の暴利行為の構造を有する日本においても主観的要件の立証の困難性は問題となっており、裁判例においてもこのように主観的要件の推定を認めるものが多々確認できる。例えば時価100万円以上の不動産を元金20万円が返せなかった場合に代物弁済とするという契約について、本件契約は著しく権衡を失し暴利者の博利を目的とするものであり、投機不成功を予期せずかかる契約を結ぶこと自体、被暴利者の浅慮を推認させるに足るとして暴利行為を認めた事例⁴⁴⁸、同じく17万4000円足らずの元金で86万7000円相当の不動産をとりあげるとした代物弁済予約の約定について、当該約定は著しく権衡を失するというだけでなく、本件準消費貸借の弁済期が1カ月と短いことなどから、被暴利者の窮迫の事情の下になされたものと推認されるとし、暴利行為が認められた事例や⁴⁴⁹、元金35万円でその8倍強である306万7000円相当の不動産についての代物弁済予約は、その不均衡から暴利者が被暴利者の窮迫に乗じたことが推認されるとして公序良俗に反するとされた事例⁴⁵⁰、借り受け金が5万円に対して、10日毎に2万4000円の高額な利息約定がなされていた契約について、本件契約の利息は制限金利の63倍ないし87倍に達する高金利であることから出資法違反であるとしつつ、被暴利者はこのような高金利となることを全く知ら

⁴⁴⁷ 部会資料82・2・1頁。

⁴⁴⁸ 東京地判昭和28年5月13日下民4巻5号702頁。

⁴⁴⁹ 東京高判昭和31年3月26日東高時報7巻3号58頁。

⁴⁵⁰ 最判昭和32年2月15日民集11巻2号286頁。これを指摘するものとして川島武宜編『注釈民法(3)総則(3)』(有斐閣,1973年)79頁【高津幸一執筆】。

なかったか(無知)、あるいは高金利と知りつつも借りざるを得ない窮迫した状況下であり、暴利者はそれに乗じて貸し付けを行ったものと推認して暴利行為が認められた事例⁴⁵¹、被暴利者が時価 1 億 3130 万円以上の不動産(被暴利者の生活の本拠も含む)を、6000 万円という半額以下で売却するという合理性を著しく欠く取引を行ったのは、認知症を発症し、記憶力、コミュニケーション能力や判断力などが相当程度低下していたためと強く推認され、暴利行為が認められた事例⁴⁵²などが挙げられる。

このような裁判例の動向について、暴利行為の伝統的定式に依拠した裁判例(客観主観併用型)が多数を占めつつも、客観的要件のみで契約の無効を認める裁判例(客観単独型)や、客観的要件から主観的要件を推定する裁判例(主観推定型)など、主観的要件の立証責任の軽減を図る裁判例があらわれているという指摘がある⁴⁵³。

学説も、給付と反対給付との間に著しい不均衡がある場合、大抵は暴利者側の搾取を推定することができ、他に契約当事者に親族恩義関係・信頼関係従属関係が一般に想定される場合においても一応の推定が認められるとしつつ、商事契約の場合にはその契約の性質上直ちに暴利契約を推定すべきでないとする意見や⁴⁵⁴、著しい給付不均衡は主観的事情を推認し、債務者の方から当該契約締結を熱望した場合や自由に経験に従って契約した場合、債権者側から乗じようとしていない場合などにおいては「乗じられた」推定はされるべきではないという意見⁴⁵⁵、暴利者が相手方の窮状に乗じてこれを貪ったという主観的意思における「反道徳性」が、給付金額と目的物価格の客観的不均衡のうちに顕現しているという理解から、不均衡の度が極めて著しいときには、そのみで主観的要件の存在を推定できるという意見⁴⁵⁶、推定を認めることによって、客観的不均衡がある場合には、不利益を受けるものがその不利益にも関わらずそれを利益と判断した合理的な根拠があり、窮迫・軽率・無経験に乗ぜられたのではなかったことを、当該法律行為により不均衡な利益を得るものに立証させ、それが不成功に終われば法律行為を無効とする解決が衡平の観点から極めて妥当とする意見⁴⁵⁷、イギリス法の不当威圧の法理を参照しつつ、暴利者が相手方の窮迫に乗じたという主観的な動機の不法性を徴表すると考えられる客観的事情(信頼関係・一定の事情など)が存在する場合には、一応公序良俗違反を推定し、暴利者側にそのような動機を持ってしたものでない旨の立証責任を課すことが適切だとする意見(ただし、商事契約と認められる場合には、商業に携わる者は自らその利益を守る能力を有するものとみなされるため推定は認められないとしている)⁴⁵⁸などがみられた。

⁴⁵¹ 東京簡裁平成 15 年 2 月 13 日(LEX/DB 文献番号 28081605)。

⁴⁵² 東京高判平成 30 年 3 月 15 日判時 2398 号 46 頁。同様の事例として東京地判平成 30 年 5 月 25 日判タ 1469 号 240 頁。

⁴⁵³ 大村・前掲注(2)352 頁以下。

⁴⁵⁴ 谷口・前掲注(18)128 頁以下。

⁴⁵⁵ 松本・前掲注(11)75 頁。

⁴⁵⁶ 山主政幸「消費貸借と暴利行為」法セ 61 号(1961 年)36 頁。

⁴⁵⁷ 高津・前掲注(450)79 頁。

⁴⁵⁸ 及川・前掲注(29)26 頁以下。

このように主観的要件の推定を認めることについては、裁判例が認めるだけでなく、学説においても支持があるといえよう。ドイツ法において判例は、推定が認められる根拠として「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は起こり得ず、暴利者はこのような状況を認識している([28]判決)」という経験則を挙げているが、日本の裁判例においては推定が認められる根拠や条件などについて特に言及はなかった。これに対して学説は、ドイツ法と同様の発想で、著しい不均衡は被暴利者の窮状や暴利者の利用の徴表と捉えており、推定準則に言及する学説の大勢が、主観的要件の推定に積極的だったといえるだろう。

なお、注意すべき点として、日本法においては、ドイツ法の推定準則のように判例法理としてルール化されていないため、一概にどのような要素が、主観的要件のどの部分を推定し得るのかという点は明確にされていない点である。裁判例において確認したように、基本的には著しい不均衡が主観的要件全体を推定すると解することができるが、裁判例の中には契約締結時に被暴利者の判断力が低下していたという窮状要素のみ推定されている事例があり⁴⁵⁹、学説においても、不均衡以外の客観的事情(信頼関係・一定の事情など)によっても推定がなされるとの主張がなされているため、この点についてはなお検討を要する。

私見としては、ドイツ法のように不均衡のみから推定を行うのではなく、契約締結時における様々な事情から推定を行うのが妥当と考えられる。なぜなら、特別重大な不均衡があった場合、その契約を締結した被暴利者側には何かしらの窮状があったという点については首肯できるが、必ずそれを暴利者が認識していたかについては、契約毎に事情が異なるためである。そこで、不均衡だけでなく暴利者が被暴利者の事情を知り得る立場にあったことや、暴利者が契約を一方的に締結したことなど、様々な事情から推定を行うことによって、より推定の説得性が高まるのではないかと考えられる。また、7回にわたって400万円という高額な開運商品を繰り返し購入させた事例⁴⁶⁰など目的物の価格の算定が難しい事例においては、推定を認めることで立証責任を転換させ、売主側に価格の妥当性や暴利行為性がなかったこと証明させた方が適切であるといえよう。

その他、ドイツや日本の学説において事業者間の契約の場合は推定を認めるべきではないとの意見もみられ、実際にドイツの判例では消費貸借契約やリース契約など、事業者間の取引の際には推定を認めないという判断が示されている。この点、事業者といえども、その資本力や事業規模は様々であり、中には消費者と同視できる場合もあるため、一概に事業者間契約における推定を否定するのは妥当ではないと考えられる。ドイツでも商業貸借契約において、暴利者の不均衡の認識可能性が加わった場合に推定が認められるとしている

⁴⁵⁹ 東京高判平成30年3月15日判時2398号46頁。同様の事例として東京地判平成30年5月25日判タ1469号240頁。

⁴⁶⁰ 大阪高判令和元年12月25日判例時報2453号23頁。本判決は、そもそも契約の有効性は争点となっていないが、不相当に高額な価格設定を客観的要件、また暴利者が被暴利者の経済状況や判断力の低下という事情を知りつつそれに乗じたという点を主観的要件と認定し、暴利行為として判断する可能性もあったと考えられる。この点については菅富美枝「開運アクセサリーの繰り返し販売と不法行為責任(大阪高判令和元年12月25日)」現消49号(2020年)100頁以下も指摘している。

ことから、場合によっては事業者間契約においても推定が許されると解するのが実態に即していると考えられよう。

(6) 相関判断について

学説においては、暴利行為の主観的要件と客観的要件の関係について、これらは各々を充足しない限り無効の効果が認められないという意味での法律要件ではなく、それぞれを総合的・相関的に考慮して法律行為を無効とする考慮要素と解すべきとする見解が有力に主張されており、その代表的な見解としては、実際の裁判例において厳密に主観・客観的要件が求められているわけではないという観点から、両要件は相関的に考慮されるべきであり、より柔軟に暴利行為を判断すべきという見解が挙げられる⁴⁶¹。

このような相関判断は、先の債権法改正においても検討されており、「暴利行為の判断に当たっては主観的要素と客観的要素とが相関的に考慮されており、主観的事情の悪質さが高い場合には、客観的要素が「著しく過大」と言えない場合であっても暴利行為に該当する場合があります」⁴⁶²という記述や、これまでの暴利行為の裁判例は客観的要素と主観的要素を相関的に考慮して救済を図ってきたとする委員の理解など⁴⁶³、法制審議会においても一部相関判断をもとに検討が行われていたといえるだろう。

この点、実際の裁判例において暴利行為の各要件は相関的に考慮することができると明言したケースはみられず、法制審議会においても両要件を考慮要素として規定することは「規律の内容を直接示さずに、考慮要素のみを定める条文は異例であり、一般国民からみてその明確化に資するかは疑問がある」⁴⁶⁴との批判を受けている。

また、暴利行為の相関判断について、実際に裁判例は列挙した規範ないし規範要素を現実的に総合的・相関的に判断していると必ずしも言えないとする見解があり、「どの規範の要件も中途半端にしか満たしていないが、総合的・相関的に判断して「合わせ一本」で結論を出すなどという事はないし、またあるべきではない。…そういった総合的・相関的判断という手法自体が、判断要素の相互関係及び判断基準を曖昧にしてしまうというマイナス要素を持っている点に注意すべき」であると指摘している⁴⁶⁵。その他、暴利行為の明文化の提言においても「仮に相関関係判断を採用するとしても、最低限①利得者側の主観的要素、②被利得者側の主観的要素、③内容の不当性の三点を何らかの形で満たすべきであり、③を問わない形での明文化には反対である」として、少なくとも暴利行為が成立するためには契約内容の不当性が要件として求められるという見解もみられた⁴⁶⁶。

確かに暴利行為の判断を行うにあたって、相関判断が認められるとするのであれば、契約

⁴⁶¹ 大村・前掲注(2)364頁以下。同様の解釈を行うものとして、米倉明「法律行為(二六)」法教69号(1986年)30頁、山本・前掲注(26)275頁以下、潮見・前掲注(372)85頁などが挙げられる。

⁴⁶² 民法(債権関係)の改正に関する中間試案の補足説明5頁。

⁴⁶³ 第88回議事録6頁以下(松本恒雄委員)。

⁴⁶⁴ 部会資料80B・3頁。

⁴⁶⁵ 林・前掲注(417)271頁以下。

⁴⁶⁶ 堀川・前掲注(418)259頁。

締結過程と契約内容を全体的に考慮することができ、暴利行為の射程が広がるため魅力的な判断構造といえるだろう。しかし、相関関係を認める場合、例えば適正価格ではあるが、主観的要素が強く認められたケースも暴利行為と認められる余地が出てくる。このような場合は、必要がないにも関わらず過剰な給付がなされたケース(過量販売の場合)と、もっぱら優越的地位が濫用されたケースが想定できる。前者は給付概念を広く捉え、過剰に高額な給付が行われたと解するのであれば暴利行為による対応が可能だが、後者は給付の不均衡がそもそも問題とならない場合もあるため、暴利行為が本来想定していないケースであり、後述する著しく不公正な方法による取引や優越的地位の濫用などの法理によって対応すべきと考えられる。

次に、客観的要素が強く、主観的要素が弱い場合だが、客観的な不均衡のみで契約を無効とすることは、ドイツ法が BGB 立法時に否定した莫大損害などの旧来の給付均衡法理に接近するものであり、主観的要件が暴利行為に付された意味を没却することとなる。また、如何に不均衡が大きかったとしても、暴利者が搾取しようという意図が全くないような契約(例えば混合贈与)も存在しており、相関判断ではこのような搾取意図がみられないような契約まで暴利行為と判断しかねない危険性がある。

ドイツにおいてもベンダー判決を契機として堆積理論や動的システムなど、日本の相関判断と類似する理論が暴利行為に適用できるかという検討がなされているが、暴利規定に関しては条文に要件が明確に定められており、判例法理である準暴利行為についても、良俗違反という規定を根拠としている以上、何らかの主観的要素が考慮されることになるため、判例上明確に否定されている。

以上より、暴利行為の判断において相関判断を認めることは、暴利行為の判断構造だけでなくその外延についても不明瞭にする可能性があるため、妥当ではないと考えられる。なお、主観的要件の推定を認めることは実質的に相関関係を認めることになるのではないかという批判が考えられるが、あくまでここで行われているのは推定であり、反証が認められることから、相関判断と同視することはできないだろう。

3. 著しく不公正な方法による取引及び優越的地位の濫用

暴利行為と類似する法理としては、著しく不公正な方法による取引と優越的地位の濫用が挙げられる。これらの法理は、暴利行為における主観的要件の部分を重視して契約を公序良俗違反として無効とするものであり、必ずしも給付の不均衡が認められなくとも契約を無効にし得るという点で暴利行為と異なる。

著しく不公正な方法による取引の事例としては、先物取引の勧誘を行う際に、先物取引の顧客としての適格を欠く主婦を相手に長時間執拗に働きかけ、その際本件取引が私設市場での先物取引で投機性を有することや、取引維持保証金が必要とされること、保証金不納入の際に生ずる損害等について十分な説明をしなかった点などを踏まえ、本件契約は著しく

不公正な方法によって行われたものであるから公序良俗に反し無効であるとした事例⁴⁶⁷、ネズミ講の事例において、欺罔的、誇大的な説明、宣伝を行うことによって一般大衆の射倖心と無思慮に乗じて入会契約を締結していることから、当該入会契約を公序良俗に反するとした事例⁴⁶⁸が挙げられる。これらの事例では、もっぱら一方当事者が他方の無知や軽率につけこんだことが公序良俗に反するとされており、給付の不均衡は問題とはされていない。

なお裁判例の中には、「これら一連の販売方法や契約内容(販売価格が本件宝飾品の市場価格に照らして不均衡である)等に鑑みると、本件売買契約は、Xの軽率、窮迫、無知等につけ込んで契約させ、女性販売員との交際が実現するような錯覚を抱かせ、契約の存続を図るという著しく不公正な方法による取引であり、公序良俗に反して無効であるというべきである」⁴⁶⁹として、契約内容を考慮しつつ、一方当事者が他方につけ込んだとして、暴利行為に類似した判断構造によって判断を行うケースもみられる。

次に、優越的地位の濫用(利用)の事例としては、ホステス保証について暴利行為と認定する裁判例がある一方、「使用者であるという優越的な地位を利用して、経営者の負担すべき危険を回避して労することなく客の代金の回収を図ることを目的とするもので、単に客の接待係として雇用したにすぎない者に対し不当に不利益を強いることとなり、善良な風俗に反し無効」とするケースなど⁴⁷⁰、もっぱら優越的地位が利用されたとして契約を無効とする裁判例がみられる⁴⁷¹。近年の事例としては、運送会社が雇用関係にあるドライバーに対して優越的地位に基づき、本来支払う義務のない加盟金や用品代金などの金銭の支払いを強制し、実質的に報酬の減額・早期退職防止の効果をもたらしたことに對して公序良俗違反が認められた事例がある⁴⁷²473。

このように、裁判例の中には、契約当事者の主観的悪性や窮状を理由として契約の無効を導く著しく不公正な方法による取引、優越的地位の濫用法理が存在しており、その判断構造や適用領域は暴利行為と類似しているが、必ずしも客観的な不均衡を要しないという点で暴利行為と異なっている。学説においても、暴利行為を状況の濫用法理のように給付の不均衡を要件とせず、一定の状況が利用されたことを重視して契約の効力を否定できるように立法ないし解釈することが望ましいとする見解がある⁴⁷⁴。

⁴⁶⁷ 最判昭和 61 年 5 月 29 日判時 1196 号 102 頁。

⁴⁶⁸ 長野地判昭和 52 年 3 月 30 日判時 849 号 33 頁。

⁴⁶⁹ 名古屋高判平成 21 年 2 月 19 日判時 2047 号 122 頁。

⁴⁷⁰ 東京地判昭和 39 年 12 月 17 日判時 401 号 5 頁。

⁴⁷¹ 同様の判断を示したものとしては大阪地判昭和 53 年 5 月 19 日判タ 370 号 114 頁が挙げられる。

⁴⁷² 静岡地判平成 25 年 8 月 9 日(LEX/DB 文献番号 25501645)。

⁴⁷³ ここで紹介したのはもっぱら民法上の優越的地位の濫用事例だが、独占禁止法 2 条 9 項 5 号においても優越的地位の濫用の規定があり、両者の関係が問題となる。この点「取引の一方当事者が、優越的地位の濫用(自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当な取引条件を強いること)に及んだ場合には、民法 90 条により当該取引条件を無効とすることにより相手方当事者を救済し、健全な取引秩序を回復する必要がある」として、民法上・独禁法に限らず、優越的地位の濫用があった場合、契約を無効にし得ると判断する裁判例がある(札幌地判平成 31 年 3 月 14 日金判 1567 号 36 頁)。

⁴⁷⁴ 大村・前掲注(23)117 頁、内山・前掲注(42)「オランダ法における状況の濫用(1)」466 頁以下、内山・

この点、ドイツにおいても給付不均衡が観念できない場合においても、巨額な保証や搾取契約として契約を良俗違反とする場合があり、特に搾取契約は主観的要件のみによって契約を無効とすることが認められている。搾取契約は、給付の不均衡を要件とせず、一方当事者の搾取性を中心に契約の無効を導く法理であり、暴利行為の射程から外れる場合、つまり適正な価格や目的物の価格の算定が難しい場合においても、契約を無効とし得るため、暴利行為の補完的な法理として位置付けることができるだろう。

このようなドイツ法の関係は、日本の暴利行為論と著しく不公正な方法による取引及び優越的地位の濫用との関係を考える上で参考となるだろう。前述したように学説の中には、暴利行為から客観的要件を排除し、主観的要件のみで判断を行う法理へと位置付けるべきとする意見がみられるが、暴利行為は基本的に給付と反対給付が存在する契約に対処するための法理であることから、「暴利」でない事例も暴利行為とすることには違和感があり、またそのような判断を行うことは判例法理としての暴利行為から逸脱しているといえるだろう。むしろ、給付の不均衡があるとはいえない場合や、目的物の価格の算定が難しい場合(例えばSF商法)など暴利行為の射程から外れた際には、主観的要件を中心として判断する著しく不公正な方法による取引などによって判断すべきであると考えられる。この解釈のメリットとしては、相関判断に頼る必要がなくなるという点が挙げられるだろう。

4.消費者契約法の展開

(1)2016年改正法

第1章第3節3において取り上げたように、消費者契約法の各取消権は暴利行為の議論を引き継ぐ形で法制化されているものが多い。

例えば、高齢者など合理的な判断をすることができない事情がある消費者に対し、事業者がつけ込んで不必要なものを大量に購入させる過量契約について、従来裁判例では暴利行為によって契約が無効とされていたが⁴⁷⁵、2016年改正によって過量契約取消権(消費者契約法4条4項)が追加された。

過量契約取消権は、消費者契約の目的となるものの分量等が当該消費者にとっての通常分量等を著しく超え(客観的要件)、それを勧誘の際に事業者が知っていた場合(主観的要件)において、消費者が、その勧誘によって当該消費者契約の申込み又は承諾の意思表示をしたときに取消することができる規定されている。ここでは、目的物が通常分量を著しく超えて給付がなされたことを客観的要件、それを事業者が知っていたことが主観的要件と捉えられており、暴利行為の主観的・客観的要件を基礎に明文化されていると評価できるであろう。また客観的要件に関しては、給付された金額の過大性というよりも、給付された目的物が通常分量等を著しく超えるという過剰性を主眼としており、この点が暴利行為の客観的要件と微妙に異なるといえよう。

前掲注(42)「威圧型不当勧誘を巡る近時の立法論的動向」458頁以下。

⁴⁷⁵ 奈良地判平成22年7月9日消二86号129頁。

なお、事業者の主観的要件の立証に関しては、消費者契約法においても事業者の悪意の立証が困難であることが予想されるため、実際の法運用にあたっては、事業者の勧誘により通常の分量等を超える取引がなされた場合に、契約締結に際して事業者の具体的な行動を踏まえて「悪意」の存在を事実上推定することも考えられ、将来的にはさらに進んで法文上も悪意の推定を行う規定を設けることも検討に値するという指摘がある⁴⁷⁶。このような指摘は、暴利行為の推定準則の議論を引き継ぐものと解することができるだろう。消費者契約においては、一般的に消費者と事業者の情報力や交渉力に格差が認められることから、民法上の暴利行為以上に消費者の保護が求められるため、推定が認められてしかるべきと考えられる。

(2)2018年改正法

2018年改正法も2016年改正と同様に、従来暴利行為によって判断されていた状況について明文化されたが、追加された取消権の要件は、もっぱら消費者の窮状とそれを事業者が知りつつ、それに乗じたという主観的事情のみによって取消権が認められるという構造をとっており、著しい不均衡という客観的要件が外されている。

2018年改正に関しては、「暴利行為の主観的要素にかかわる事情は拡大する方向にあり、こうした現代的暴利行為においては、相手方の意思決定過程における他方当事者の不当な介入という点こそが本質的な問題点である。こうした観点からは、消費者契約法改正による過量契約を対象とした取消規定や、不安をあおる告知、人間関係の濫用、加齢等による判断力の低下の不当な利用、靈感等による知見を用いた告知の場合の取消規定の新設は、下級審における暴利行為裁判例の動向と軌を一にするもの」⁴⁷⁷とみる立場もあるが、「(2018年改正法によって追加された消費者契約法4条3項3号・4号・5号は、)債権法改正で実現しえなかった暴利行為の内の無経験類型などをここに盛り込もうと努力したと言える。…しかし、結局、実現したのは、かつて言われた「火消し立法」という批判が当たるともいえる特商法並みの細やかな立法であった」⁴⁷⁸、として批判する立場もみられる。

2018年改正法によって追加された取消権は、消費者の窮状とそれを事業者が認識していたことのみが要件として求められており、このような判断構造は前述した著しく不公正な方法による取引や優越的地位の濫用、またドイツにおける搾取契約と重なるところがあるだろう。しかし、2018年改正法によって追加された取消権は「社会生活上の経験が乏しいことから(消費者契約法4条3項3号・4号)」や、「過大な不安(消費者契約法4条3項3号・5号)」など不明確な要件が付加されているため解釈次第では適用範囲が限定される

⁴⁷⁶ 宮下修一「消費者契約法の改正と残された課題」中央ロー・ジャーナル(2021年)40頁。

⁴⁷⁷ 後藤卷則「債権法改正と消費者契約法による承継」磯村保、後藤卷則、窪田充見、山本敬三編『法律行為法・契約法の課題と展望』(成文堂、2022年)77頁以下。

⁴⁷⁸ 大村敦志「生成過程から見た消費者法」河上正二編『消費者法研究』6号(信山社、2019年)119頁以下。

可能性があり⁴⁷⁹、規定内容に関しても個別具体的に過ぎるため、実際に「火消し立法」以上の効果はあがらないと思われる。

(3)2022年改正法案

その後、2022年改正法案においては、消費者の判断力に着目した取消権(いわゆるつけ込み型勧誘)の新設について検討が行われ、そこでは最終的に「(i)消費者が加齢又は心身の故障により判断力が著しく低下していること、(ii)契約が当該消費者の生活に著しい支障を及ぼすものであること、(iii)事業者が(ii)を知りながら勧誘」したことを要件とする明文化の提案がなされており⁴⁸⁰、(i)が消費者の窮状要件、(ii)は客観的要件、(iii)が事業者の利用要件と捉えることができよう。(iii)要件に関して、事業者は(i)を認識する必要はなく、(ii)要件のみを認識して勧誘していれば(iii)要件が満たされるとして利用要件の緩和が図られており、検討会の中では故意だけでなく重過失にまで広げるべきとの議論があった⁴⁸¹。

2018年改正の反省として、つけ込み型勧誘においては客観的要件が再び追加され、利用要件に関しても緩和が図られたが、要件としての抽象度が高く、現時点でのつけ込み困惑型を包括した規定を設けることは困難だとの意見がみられたため⁴⁸²、暴利行為と同様に明文化が見送られた。

このように、消費者契約法はこれまで暴利行為によって処理されてきた類型について、各々取消権を新設することにより、より予測可能性が高い形で法的救済が図られることを目指したが、特に2018年改正において新設された取消権は火消し立法と評されるように非常に用途が限られた規定となった。消費者契約法には未だ暴利行為のように内容の不当性と事業者と消費者の主観的態様を総合的に考慮して契約の有効性を判断する規定を有しておらず、消費者契約法の規定に当てはまらないケースに関しては今後も暴利行為によって救済される必要があるだろう。民法90条の下で展開された暴利行為のルールを明確化する必要性については、法制審議会でも繰り返し強調されてきたところであり、少なくとも消費者契約法において、消費者契約に即した暴利行為規定を明確に示す要請は大きいと指摘されていることから⁴⁸³、今後とも消費者契約の事例において暴利行為による救済の必要性は高いといえるだろう。

5.適用領域の展開について

暴利行為の裁判例の動向としては、1985年頃までの裁判例は契約の周部分的部分(不当条項規制)に関するものが全体の7割近くを占めており⁴⁸⁴、そこでは高額な利息や代物弁済

⁴⁷⁹ 宮下・前掲注(476)32頁。

⁴⁸⁰ 第12回消費者契約に関する検討会【資料1】いわゆる「つけ込み型」勧誘について24頁。

⁴⁸¹ 第12回消費者契約に関する検討会【資料1】いわゆる「つけ込み型」勧誘について22頁。

⁴⁸² 第12回消費者契約に関する検討会議事録4頁(事務局・福島成洋課長補佐)。

⁴⁸³ 鹿野菜穂子「民法改正と消費者契約・惹起型錯誤の取り扱い」中田邦博、鹿野菜穂子編『消費者法の現代化と集团的権利保護』(商事法務、2018年)49頁。

⁴⁸⁴ 大村・前掲注(2)349頁以下参照。

予約、高額な違約金など不当条項が主に問題とされていた。しかし、これらの不当条項規制に関しては利息制限法や仮登記担保法などの立法によって解決が図られ、その後も消費者契約法 10 条や民法 548 条の 2 第 2 項など不当条項規制に関する一般条項的な性格を有する規定が新設されたことにより、不当条項規制における暴利行為論の必要性は一時期と比べ減少したといえる。

このような背景のもと、近年の裁判例においては暴利行為の適用領域が不当条項規制などの契約の周辺的な部分から、契約の中心的部分(対価)または契約全体の評価へと軸足が変化しているとの指摘があり⁴⁸⁵、主に消費者契約を中心に、従属状態や抑圧状態、あるいは高齢者などの判断力の低下に乗じて著しい不均衡をもたらす契約が、現在の暴利行為の主たる適用領域となっていると考えられよう。

今後の適用領域の展開としては、消費者契約に関してはレスキュー商法など、近年消費者被害が増加している事例群に関して暴利行為が適用される可能性があるだろう。

レスキュー商法とは水漏れ、冷暖房設備の修理、鍵交換などの生活トラブルが起こった際、事業者が依頼者の状況につけこんで、不当な高額請求を行う悪徳商法であり、現在消費者被害の相談件数が全国的に増加傾向にあると指摘されている⁴⁸⁶。消費者契約法改正の検討会においてもレスキュー商法が取り上げられており、レスキュー商法の対応が難しいのは、特商法における訪問販売や電話勧誘販売とは異なり、電話で訪問依頼を受けて契約していることからクーリングオフが認められない可能性があるという点や、仮にクーリングオフが認められたとしてもその期間は 8 日と短く、このような事例を救済する法規範が現行法上不十分だという点が挙げられる⁴⁸⁷。この点、東京都消費者救済委員会は暴利行為が契約締結過程の不当性と契約から得る利益の不当性によって契約の無効が導かれることを確認し、依頼者の生活上のトラブルにつけ込んで、広告で示されていた金額と実際の契約金額に著しい不均衡が生じているため、暴利行為による解決が望まれるとしている⁴⁸⁸。実際裁判例においてもレスキュー商法が暴利行為に当たるかが検討されており⁴⁸⁹、今後同領域については、暴利行為の活用が期待されるだろう。

その他、消費者契約の事例に限らず、事業者間契約においても暴利行為の適用が考えられる。本稿において紹介したフランチャイズ契約において加盟金不返還特約が暴利行為と

⁴⁸⁵ 武田・前掲注(5)17 頁。

⁴⁸⁶ 独立行政法人国民生活センター「水回り修理「950 円～」のはずが...数十万円の高額請求に！ [報道発表資料]」（2021 年 10 月 7 日作成）1 頁(https://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20211007_2.pdf, 2022 年 10 月 10 日最終閲覧)。

⁴⁸⁷ 第 12 回消費者契約に関する検討会議事録 13 頁以下(平尾嘉晃委員)。

⁴⁸⁸ 東京都消費者被害救済委員会「トイレの詰まりをきっかけとした高額な修理契約に係る紛争案件」（2021 年 10 月 15 日作成）14 頁

(https://www.metro.tokyo.lg.jp/tosei/hodohappyo/press/2021/10/15/documents/11_01.pdf, 2022 年 11 月 3 日最終閲覧)。

⁴⁸⁹ 東京地判令和 3 年 2 月 19 日(LEX/DB 文献番号 25587918)。なお、この裁判例においては暴利行為の成立が否定されている。

して無効とされた裁判例などについても暴利行為の成立は認められているが⁴⁹⁰、ドイツや日本の学説においては、事業者間契約は消費者契約とは異なり保護の必要性が高いとは言えないため、推定準則を認めるべきではないという立場がみられた。しかし、いかに事業者といえども、その資本力や事業規模、または事業者間の力関係などの事情は事例毎に異なり、一概に事業者は消費者と比べて保護の必要性が低くなると解するのは妥当ではないだろう。むしろ、暴利行為の制度趣旨を搾取排除法理と捉えるのであれば、契約当事者が消費者か事業者かという点はあくまで考慮要素の1つでしかなく、推定や暴利行為の成否については当該契約の状況毎に判断されるべきだと思われる。

第6章 結論

第1節 本稿の総括

本稿では、暴利行為においてどのような要件の拡張や緩和が許され、またどこまでが暴利行為として認められるのかについて検討を行った。以下本稿においてドイツ法の議論を比較検討した結果、日本法にどのような示唆を得ることができたのかについてまとめる。

ドイツ暴利行為論の始点は莫大損害をはじめとした純粋な給付均衡法理であり、これらの法理は総じて市場価格と当該契約の価格に著しい不均衡が確認できるかという客観的要件のみによって契約の有効性を判断してきた。その後経済的自由主義の影響から莫大損害規定の廃止や利息自由化が図られ、一時給付均衡法理の動きは後退したが、後に高額な利息を貪る契約が横行したため、包括的な暴利規制の必要性が高まった。

このような背景からまず StGB に暴利規定が新設され、そこでは新たに被暴利者の窮状と暴利者の利用(故意)が主観的要件として追加された。そしてその後を追う形で BGB138 条 2 項にも暴利規定が設置されたが、立法の過程において取引の安全という観点から旧来の給付均衡法理をそのまま引き継ぐことは否定され、StGB と同様に主観的要件が追加された形で明文化された。しかし、暴利規定は主観的要件における窮状要件が列举事由に限られており、また暴利者の利用要件の立証が困難だったことからその射程は非常に狭く捉えられ、事実上機能不全に陥った。

これに対して、判例は良俗違反規定に戻り、窮状要件を非難すべき態度とすることで同要件の拡張を図り、また非難すべき態度は特別重大な不均衡が認められた場合推定されるとした準暴利行為の法理を創出することで解決を図った。その他にも準暴利行為においては利用要件が故意から重過失まで緩和されるなど、被暴利者にとって有利な形で判例法理が形成されたため、準暴利行為が確立された後には、暴利規定に代わって準暴利行為がドイツ暴利行為論の中心となった。

⁴⁹⁰ 神戸地判平成 15 年 7 月 24 日(LEX/DB 文献番号 28082847)。

しかし、学説をはじめに特別重大な不均衡が認められることによって非難すべき態度が推定されるのであれば、実質的に客観的な不均衡のみによって契約の有効性を判断する給付均衡法理に再び近づいているのではないかとの指摘がなされ、裁判例においても特別重大な不均衡が認められる場合、堆積理論に基づき非難すべき態度は必要とされないとし、暴利行為論における主観的要件の撤廃を容認するケースがあらわれた(ベンダー判決)。

だが、判例はこれを明確に否定し、暴利行為が良俗違反規定に位置付けられている以上、何らかの暴利者の主観的要素(つけ込みにたいする非難性)が必要であるとした。加えて判例は、全ての事例において推定準則が適用されるとはしておらず、事業者間の契約や、破産管財人の行う契約、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としている。また、例えば専門家の間違っただけ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などが証明された場合には、推定が動揺し、準暴利行為が否定されるとした。

このように推定が働かない事例や推定が否定される事例はいずれも契約における搾取性が検出できない場合と言い換えることができ、暴利行為の制度趣旨を窮状に陥っている者につけ込んで過大な利得を得ようとする者の道義的非難と解すると、契約における搾取性がみられない場合には暴利者に対する非難性も認められないため暴利行為が成立しないと考えられる。また、この暴利者に対する非難性の内容については、従来の利用要素(認識)に加え、暴利者が積極的に被暴利者の窮状に乗じて利益を得ようという意図の悪くないし搾取意図と解することができ、この搾取意図が全くない場合には暴利行為は成立しないという消極的要件と機能しているのではないかという点を指摘した。

次に、判例において「暴利」とはいえない近親者のため巨額な保証契約や、適正価格ではあるが一方当事者の契約上のつけ込みが認められる搾取契約など、暴利行為と類似する判断構造によって良俗違反を認めている事例について検討した。これらの事例は一方当事者が何らかの窮状に陥っており、他方がそれを認識した上で非難すべき形で利用したという点において、暴利行為と共通の判断構造を有しており、暴利行為と共に搾取排除法理として位置付けることができる。これらの類型は暴利行為には当たらないが、契約における搾取があるとみられるケースにおいて適用されており、暴利行為の限界を補完する形でドイツ法において用いられているといえよう。

以上まとめると、ドイツ暴利行為論は準暴利行為を中心として各要件の拡張や推定準則による立証責任の緩和が図られたが、もっぱら暴利行為が適用されるのは給付と反対給付に著しい不均衡(暴利)がある場合に限られ、それ以外の無償・片務契約や適正価格による契約、あるいは価格の算定が困難な場合などに関しては、暴利行為ではなく、その他の搾取排除法理によって解決が図られているとみることができる。

一方、日本法においては先の債権法改正をはじめに伝統的な暴利行為定式からどのような拡張が認められるのか、また暴利行為の各要件の関係をどのように捉えるのかについて検討されていたが、これらの議論に関しては依然として見解の一致がみられていないと評

することができる。この理由としてはホステス保証や不当勧誘型の事例(いわゆる現代的暴利行為)など、著しい不均衡があるとは言えない場合が含まれる事例を暴利行為に取り込もうとした結果、暴利行為の要件を相関関係と捉えざるを得なくなり、暴利行為の判断構造や外延が曖昧になってしまったと考えられよう。

近年の学説においては、このような相関判断のもと主観的要件の意義を強調し、客観的要件についてはむしろ暴利行為の広範な適用への制約とならないような方向に展開すべきとする立場もあらわれている。しかし、このような相関判断に従うと「暴利」ではない事例も暴利行為に取り込んでしまう可能性があり、給付の不均衡を問題としてきた暴利行為の従来の制度趣旨から離れることになりかねない。また、相関判断を認めるのであれば、搾取意図が全くないような混合贈与や愛着による価格設定などの事例まで暴利行為として無効とされる危険性が出てくるだろう。

この点、日本でも一方当事者の窮状を利用して契約を締結したという主観的要件を中心とした著しく不公正な方法による取引や優越的地位の濫用が公序良俗違反として認められており、また消費者契約法においても従来暴利行為とされていた領域について、客観的要件が外され、主観的要件のみによって意思表示の取消しを認める立法がなされている。

ここから、相関判断として暴利行為に様々な事例を仮託するのではなく、ドイツ法と同様に給付の不均衡があると認められる場合は暴利行為、それ以外の場合は著しく不公正な方法による取引など他の主観的要件を中心とした法理や規定に委ねるべきだと考えられる。仮に相関判断を認めると、暴利行為に不均衡がない事例や価格の算定が難しい事例など暴利行為が対処し得ないケースまで含まれてしまうため、暴利行為の判断基準は非常に不明確で曖昧なものとなりかねない。

よって、無償・片務契約や適正価格による契約、あるいは価格の算定が難しいような場合に関しては、主観的要件を中心として契約の有効性を判断する法理や規定によって解決を図ることが望ましく、暴利行為は(一定の拡張や緩和は認めつつも)給付の不均衡と契約締結時における暴利者と被暴利者の主観的事情の両輪によって契約の有効性を判断する法理と捉えることが妥当と考えられる。そして暴利行為を単なる給付均衡法理と捉えるのではなく、契約における搾取排除法理という側面から考えると、著しく不公正な方法による取引などの法理は共に搾取排除法理として捉えることができるため、暴利行為が認められない(給付不均衡がない)ケースは著しく不公正な方法による取引法理などが補完的に契約の無効や取消しを導くという構造になっていると理解することができるだろう。

その他要件についても、窮状要件に関して、広く契約当事者の意思決定の自由や自己決定が阻害されている状態と理解するのであれば、従来の窮状要件以外の経済的劣位や知的劣位など様々な事情を取り込み得るという点、利用要件に関しては意図的な利用(故意)と、市場価格や相手方の状況を容易に認識し得る暴利者が、契約一般に求められる認識・注意を怠った結果相手方に過大な不利益をもたらしたこと(重過失)と同様に非難性が高いため重過失まで緩和され得るという点、搾取意図については搾取意図や意図の悪性がないような場

合には暴利行為は成立しないという消極的要件と理解することができるという点を指摘した。

第2節 今後の課題

本稿ではドイツ法と日本法との比較を通じて暴利行為論の原理面や要件面、そして外延の問題について検討を行った。なお、本稿は BGB138 条 1 項・2 項と民法 90 条に基づく暴利行為論に重点をおいて取り上げたため、今後に残された課題は多く存在している。以下においては主な課題を 3 点示したい。

まず、冒頭にも述べた通り、本稿は契約の中心部分(対価)に関する暴利行為規制を中心に広く暴利行為論全体の検討を行ったため、契約の周辺的な部分(不当条項)と暴利行為の関係について個別に検討することができなかった。ドイツでは当初判例によって暴利行為の枠組みが応用され不当条項規制が行われたが、その後 BGB242 条の信義則による規制に変化し、普通取引約款規制法(AGBG)を経て BGB307 条(普通取引約款の内容規制)に組み入れられている⁴⁹¹。本稿において紹介した巨額な保証や搾取契約とは異なり、不当条項規制に関しては、暴利行為拡張の限界を補う形で信義則を根拠とした法理が形成されているが、本来であればこれらの類型も併せて暴利行為論の限界について検討すべきであった。この点に関しての検討は他日に期したい。

次に、本稿では主に BGB138 条 1 項 2 項と民法 90 条に基づく暴利行為論に重点をおいて取り上げたため、暴利行為と関連する個々の法条や法理などについて具体的に検討することができなかった。例えば、BGB138 条 2 項と同様の判断構造を有する StGB291 条や WiStG5 条をはじめとした公法上の暴利規制は、民法上の暴利行為と同様に著しい不均衡と窮状を利用したことを要件としており⁴⁹²、StGB291 条ないし WiStG5 条が成立した場合、当該契約は BGB134 条(法律上の禁止)によって無効となる。民法上の暴利行為論は準暴利行為によって要件の拡張や緩和が行われているが、公法上の規定(特に StGB)は要件の拡張が認められていない。このような私法・公法上の暴利規制の相違点をどのように捉えるかという点についても今後の検討課題としたい。また、暴利行為と民法上の他の法規定との関係についても簡単に触れておきたい。日独の裁判例において、暴利行為にあわせて詐欺・強迫が主張されることは少なくない。しかし、暴利行為は詐欺・強迫に比べ悪性が軽微な事情(例えば被暴利者の軽率を利用された場合など)においても無効が認められることに対し、詐欺・強迫は 2 段の故意など厳しい要件が求められるにも関わらず、その効果は取消しと定められている。また暴利行為は主観的要件が推定される場合もあることから、実質給付の不均衡のみによって詐欺・強迫よりも強力な無効という効果を認めることは体系的な矛盾ではな

⁴⁹¹ 原田昌和「ドイツ旧約款規制法制定以前における連邦裁判所の約款規制法理について (2・完)」立教法学 75 卷(2008 年)234 頁。

⁴⁹² なお WiStG5 条において利用要件は *Ausbeutung* ではなく *Ausnutzung* と規定されており、その異同についても検討されるべきであろう。

いかとの指摘がみられる⁴⁹³。このように他の民法規定と比較しつつ暴利行為を民法上どのように位置づけるかという問題は、今後再び暴利行為の立法化が検討された際にも検討されるべきと考えられる。

また、本稿では暴利行為の効果の問題について、具体的に検討することができなかった。基本的に暴利行為の効果は全部無効とされているが、いくつかの契約類型においては暴利ないし搾取部分のみを一部無効とすることによって排除する構成をとっていることが確認できる。例えば消費貸借契約については消費貸借契約所定の貸付期間経過後、暴利者の元本取戻しを認め、被暴利者は無利息という処理を認めており、雇用契約においては、雇用契約と報酬契約を分離した上で一部無効とし、その上で BGB612 条 2 項により被暴利者に通常受けるべきだった報酬を得させるという効果を認めている点などから、暴利行為が成立したとしても、必ずしも契約が全部無効とされるのではなく、暴利・搾取部分を排除し、契約を継続させる類型がみられる。学説においても、例えば主観的非難性が加わる場合は全部無効とし、主観的非難性がない場合には超過部分のみを一部無効とする見解や⁴⁹⁴、PECL や、DCFR を参照しつつ、契約の改訂ないし再調整を行うことによって柔軟な解決を図る方が妥当であるとする見解などがみられる⁴⁹⁵。以上の通りドイツ法においてはどのような場合に全部無効あるいは一部無効が認められるのかという点についても議論がみられることから、今後これらの問題もあわせて研究を進めたい。

このように残された課題は多いが、今回はここで筆を置くこととする。先の債権法改正において暴利行為の明文化自体は叶わなかったが、その後も消費者契約法の議論において幾度となく取り上げられていることから、契約の無効原因としての暴利行為の重要性は失われていないといえよう。むしろ、今後は高齢化の進行や、成年年齢の引き下げ(民法の一部を改正する法律(平成 30 年法律第 59 号))などにより消費者被害が増加するおそれがあることから、暴利行為の重要性はますます強くなるといえるだろう。

⁴⁹³ この点を指摘するものとしては、David Kästle, *Sittenwidrigkeit und Täuschung - Der Kaufmann und die Geige*, JURA 2012, S.659、林・前掲注(417)269 頁以下などが挙げられる。

⁴⁹⁴ Walter F. Lindacher, *Grundsätzliches zu § 138 BGB: Zur Frage der Relevanz subjektiver Momente*, AcP 173 (1973) 124, 130.

⁴⁹⁵ Papanikolaou / Karampatzos, a.a.O. (Fn.107), S.1142; Bergmann, a.a.O. (Fn.100), S.440.