

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——（3・完）

趙 民 秀

第1章 序論

第1節 本稿の目的と概要

第2節 日本法における従来議論

第3節 民法（債権法）改正及び消費者契約法改正における議論

第4節 問題の所在と分析の視点

第2章 ドイツ法における暴利行為論の始点

第1節 給付均衡法理の史的沿革

第2節 BGB 138条 2項の立法過程

第3節 BGB 138条 2項の運用と限界

第4節 小括（以上74巻2号）

第3章 ドイツ法における暴利行為論の発展

第1節 準暴利行為の創出と発展

第2節 学説の対立と展開

第3節 小括（以上74巻3号）

第4章 契約における搾取性

第1節 給付不均衡が該当しない事例

第2節 契約における *Ausbeutung* と非難性

第5章 ドイツ法及び日本法における暴利行為論

第1節 ドイツ法における暴利行為論

第2節 日本法への示唆

第6章 結論

第1節 本稿の総括

第2節 今後の課題（以上本号）

第4章 契約における搾取性

暴利行為の現代的意義（三・完）

第1節 給付不均衡が該当しない事例

第3章では判例法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ドイツ民法（以下 BGB）立法時に明文化されたが、窮状要件が列挙されている事由に限られていたことや、暴利者の利用要件という立証が困難な要件があったため、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。

このような機能不全に陥った暴利規定に対し、ライヒ裁判所（以下 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る契約は、BGB 138条1項に基づき無効にし得るとしている。これらの契約はどちらも給付不均衡（暴利）に該当しない事例ではあるが、暴利行為の判断構造と類似しているため、判例がどのような判断によっ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、BGB 138条による解決が模索
148(978) 法と政治 74巻4号（2024年3月）

された。これに対して、連邦通常裁判所（以下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または良俗違反ではないと判断してきた⁽¹⁾。しかし、以下の「[61]」判決を契機として、BGHは巨額な保証契約についてBGB 138条1項に反するとしている。

[61] 連邦憲法裁判所（以下BVerfG）1993年10月19日判決⁽²⁾

【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XとA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いない」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。

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

(2) BVerfG Urt. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567/89, NJW 1994, 36.

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⁽³⁾とし、保証契約が有効であると判示した。

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。⁽⁴⁾

【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 (struk-

(3) BGH Urt. v. 16.3.1989 - IX ZR 171/88, NJW 1989, 1605.

(4) 基本法の条文訳については、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』（信山社，第 8 版，2020 年）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。

turelle 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法の主たる任務に属するという点に關しての広範な合意が存在するとし、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、BGB 138条 2 項の文言はとりわけ明白に示しているとし、また、BGB 138条 1 項は、一般的に無効の効果を良俗違反と結びつけ、BGB 242条からは多様な法的效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⁽⁵⁾

【事実の概要】

[61] 判決を参照。

【裁判所の判断】

(5) BGH Urt. v. 24.2.1994 - IX ZR 227/93, NJW 1994, 1341.

本判決は [61] の差戻し審である。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 BGB 138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、BGB 138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⁽⁶⁾

【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

(6) BGH Urt. v. 18.9.1997 - IX ZR 283/96, BGHZ 136, 347.

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、保証債務の全額返済が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との間に極端な不均衡（*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、暴利規定あるい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、BGB 138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、BGB 138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、BGB 138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BGB 138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⁽⁷⁾があるとしている。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

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

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BGB 138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、桎梏契約として無効とすべきであるとしている。⁽⁸⁾

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。⁽⁹⁾

2. 搾取契約

BGHは、判例において度々BGB 138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、BGB 138条2項で特に強調

(8) Heinrich Honsell, Die Mithaftung mittelloser Angehöriger, JuS 1993, 817, 818ff.

(9) 巨額な保証契約に関する判例の展開—現代ドイツ私的自治論の諸相・第一(未完) 大阪市立大学法学雑誌41巻4号(1995年)677-716頁, 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, 同巻2号(2004年)657-693頁, 同巻3号(2004年)1119-1175頁を参照した。

されている「窮状の利用」という側面は、BGB 138条1項の文脈（準暴利行為）⁽¹⁰⁾においても重要な意義を持つことを確認している。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BGB 138条1項によって無効にし得るという判断を示している（本稿では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。

[64] 連邦通常裁判所1966年5月25日判決⁽¹¹⁾

【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。ここでは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

(10) BGH Urt. v. 22.1.1991 - VI ZR 107/90, NJW 1991, 1046.

(11) BGH Urt. v. 25.5.1966 - VIII ZR 225/65, NJW 1966, 1451

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、BGB 138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、BGB 138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述べている。

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、BGB 138条1項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⁽¹²⁾

【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、ドイツ営業法（以下GewO）56条1項6号に違反し、BGB 134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、GewO 56条1項6号の適用が正当化できない場合には、原審はBGB 138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

(12) BGH Urt. v. 18.11.1982 - III ZR 61/81, NJW 1983, 868.

を認めることはできないため、BGB 138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 BGB 138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として、破棄差戻しとした。

〈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、BGB 138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。⁽¹³⁾

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

(13) 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.

足などの状況につけ込んでなされた契約に関しても BGB 138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 BGB 138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、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、⁽¹⁴⁾ 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、⁽¹⁵⁾ 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。⁽¹⁶⁾

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

(14) Philipp Fischinger, in: Philipp Fischinger / Silas Hengstberger / Jürgen Kohler / Volker Rieble (hrsgs.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1: Neubearbeitung, (de Gruyter, 2021), BGB § 138 Rn.279.

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

(16) なお、搾取契約を BGB 138条 2項の要件を超え、経済力や取引知識において劣る当事者を保護するために、広く BGB 138条 1項を認めるようになってきたと指摘する立場もみられる。鹿野菜穂子「ドイツの判例における良俗違反」椿寿夫ほか編『公序良俗違反の研究：民法における総合的検討』（日本評論社、1995年）143頁以下。

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⁽¹⁷⁾、搾取契約は暴利行為論に類似する法理、ないしは近い法理として位置付けられていると解することができる。

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、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）が認められた場合には搾取契約として BGB 138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節では、必ずしも給付不均衡があるとはいえない場合において、準暴利行為と類似の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あるいは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

(17) オーレ・ランドー/ヒュー・ビール編（潮見佳男ほか監訳）『ヨーロッパ契約法原則 I・II』（法律文化社、2006年）245頁以下。

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。⁽¹⁸⁾

第2章第2節において確認したように、BGB 138条2項の前身は1880年・1893年の暴利法によって追加されたドイツ刑法 (以下 StGB) 302条であり、StGB 302条は暴利者の主観的要件を *ausbeutet* と表記していた。ドイツ刑法においては、*ausbeutet* とは暴利者が被暴利者の窮状を知り、それを利用した場合に認められると解されているが、一部にはより厳格に *ausbeutet* を特に不快で攻撃的につけ込まれた場合と解する学説もみられた。⁽¹⁹⁾

一方、民法上の暴利規定における Ausbeutung の内容については、こち

(18) 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。

(19) Detlev Heinsius, *Das Rechtsgut Des Wuchers: Zur Auslegung Des 302 a Stgb*, (Peter Lang, 1997), S. 170ff; Philip Betschinger, *Lohnwucher im Strafrecht*, (Tectum, 2018), S. 63f; Julia Heizer, *Kreditwucher, Kreditvermittlungswucher und Additionsklausel*, (Nomos, 2019), S. 194ff.

らも同様に、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を、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）⁽²⁰⁾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」⁽²¹⁾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いると評価できるだろう。また、準暴利行為についても、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）したことであると解しているが、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という点について検討したい。

(20) BGH Urt. v. 8.7.1982- III ZR 1/81, NJW 1982, 2767.

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

この点学説には、契約における自発性 (Freiwilligkeit) を基軸として、⁽²²⁾ 強迫における強制状態 (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 (Gutmann) 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に乗じて、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⁽²³⁾ と評価している。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 Ausbeutung 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 Ausbeu-

(22) 条文訳は山口和人「基本情報シリーズ⑩ドイツ民法 I (総則)」(国会図書館調査及び立法考査局, 2015年) 22頁を参照した。

BGB 123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。

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

tung されることがあるとしている。⁽²⁴⁾

また、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⁽²⁵⁾において、非自発性と Ausbeutung の 2 つの概念が混ぜ合わされていると指摘しており、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。⁽²⁶⁾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、⁽²⁷⁾果たしてグットマンの批判は妥当なものなのだろうか。

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⁽²⁸⁾おり、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ると考えられる。

(24) Gutmann, a.a.O. (Fn.23), S. 54f.

(25) BVerfG Urt. v. 19.10.1993 - 1 BvR 567/89, NJW 1994, 36.

(26) Gutmann, a.a.O. (Fn.23), S. 58.

(27) Gutmann, a.a.O. (Fn.23), S. 60f.

(28) 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。

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⁽²⁹⁾ おり、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。⁽³⁰⁾

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、⁽³¹⁾ 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。

(29) Christoph Becker, Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik: Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB, (Heymanns, 1993), S. 207f.

(30) Aleksander Grebieniow, Die laesio enormis und der dolus re ipsa heute: die Verschuldensfrage, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, 85 Issue 1-2, (2017), S. 226f; Klaus Adomeit, Die gestörte Vertragsparität - ein Trugbild, NJW 1994, 2467, 2468.

(31) 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

そしてそこから進んで、そもそも BGB 138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。⁽³²⁾

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のや、⁽³³⁾ BGB 138条から離れて、むしろ BGB 242条の信義則に引き付けて考えるべきと提案する立場などがみられた。⁽³⁴⁾

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是非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 BGB 138条 1項の良俗違反を導き出すための主観的要素である非難すべき態度は不可欠と強調する [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

Mader (hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag, (Springer, 2011), S. 99f; Robert Leo Bergmann, Der ungerechte Austauschvertrag, (Mohr Siebeck, 2020), S. 440f.

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

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

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

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、いずれ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の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対等当事者の場合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考えられる。

（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、「BGB 138条 2項の規定は、BGB 138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、BGB 138条 2項に規定された追加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合、良俗違反」
168(998) 法と政治 74巻4号（2024年3月）

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、BGB 138条 2項によって再び確立されることになる⁽³⁵⁾と判断している。このような判断の背景には BGB 138条 1項及び 2項が莫大損害という純粋な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あったといえることができるであろう。

その後、BGB 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、BGB 138条 1項は道徳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し得ると判断したが、上告審である [6] 判決は、BGB 138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 BGB 138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姿勢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

(35) RG Urt. v. 13.10.1906 - Rep. V. 154/06, RGZ 64, 181.

める必要がないかについて検討されてきた。

例えばシュテュルナー（Stürner）は、BGHが準暴利行為の判断を行う際に、個々の事例ごとにかな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「BGB 138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。⁽³⁶⁾

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BGB 138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。⁽³⁷⁾ 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、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」としている。⁽³⁸⁾

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

(36) Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht: Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, (Mohr Siebeck, 2010), S. 57.

(37) Stürner, a.a.O. (Fn.36), S. 58.

(38) Stürner, a.a.O. (Fn.36), S. 58.

ステムが適用されないとしている。⁽³⁹⁾

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、⁽⁴⁰⁾ 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。

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（本章第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）

ドイツにおける暴利行為論は、莫大損害などをはじめとした純粋な給付均衡法理を始点としており、これらの法理は基本的に客観的な給付と反対給付との間の不均衡のみで契約の有効性を判断してきた。しかし、1880年・1893年暴利法による StGB 302条の立法、続く BGB 138条2項の立法の際には、純粋な給付均衡法理の反省として主観的要件が追加された。

(39) Stürner, a.a.O. (Fn.36), S. 58f.

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

具体的な BGB 138条 2項の要件としては、①被暴利者が「窮迫・軽率・無経験」のいずれかに陥っており、②暴利者が①を利用 (Ausbeutung) すること、③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規定され、①②が主観的要件、③が客観的要件とされた。しかし、BGB 138条 2項は主観的要件の限定性や暴利者の利用という内心の立証の困難性のため事実上の機能不全状態に陥った。

その後1976年改正によって窮状要件に関しては、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緩和されたが、依然として窮状要件は列挙事由に限られており、利用要件に関しては立証の緩和などが特に図られなかったため、BGB 138条 2項の適用はかなり制限的だったといえるだろう。

(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 BGB 138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、BGB 138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BGB 138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うことができる。

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、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、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、暴利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、暴利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、暴利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。

■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BGB 138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」と判示するものがみられ、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と同様に、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BGB 138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) 制度趣旨の再構成

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暴利者あるいは被暴利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)。つまり純粋な給付均衡法理は、契約の有効性を判断する際に暴利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。⁽⁴¹⁾

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純粋な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莫大損害などと同様の純粋な給付均衡法理として捉えるべきではないだろう (第 2 章第 2 節)。

現在暴利規定は良俗違反規定である BGB 138条 1 項の具体化であり、判例も BGB 立法後の早い段階から両者は統一的な性質を有しているとしているが、⁽⁴²⁾ ここでは改めて暴利行為の内のどのような要素が良俗違反性を基礎づけるのか確認したい。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、⁽⁴³⁾ 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) であるとしていた。

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

(41) Becker, a.a.O. (Fn.29), S. 113ff.

(42) RG Urt. v. 13.10.1906 - Rep. V. 154/06, RGZ 64, 181.

(43) Benöhr, a.a.O. (Fn.31), S. 91ff.

いて重要な意味を持っているといえるだろう。

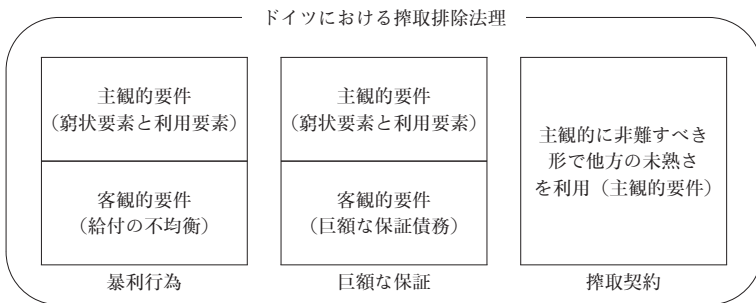
また、BGHは巨額な保証や搾取契約など、給付と反対給付の不均衡が認められるとはいえない事例についても、暴利行為に類似した判断構造によって良俗違反を認めている。これらの事例群についてはどのように捉えるべきかという問題がでてくる。つまり、巨額な保証や搾取契約を、暴利行為論の延長線上の法理と捉えるか、それともこれらの法理は暴利行為論とはまた別に捉えるべきかという問題である。

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・片務契約にもかかわらず、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だろう。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、BGB 138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。⁽⁴⁴⁾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。㉞の内容については、BGB 138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、㉟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。その理由としてこれらの要素はBGB 138条2項の内容から離れているという点、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⁽⁴⁵⁾という点が挙げられている。

(44) Nefail Berjasevic, Wucherähnliche Rechtsgeschäfte: der Versuch einer Dogmatik, (LIT Verlag, 2012), S. 193f.

(45) Steffen Jung, Das wucherähnliche Rechtsgeschäft. Eine rechtsprechungsorientierte Erörterung unter besonderer Berücksichtigung gastgew-

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承諾せ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あり、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 BGB 138 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㊦㊧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ると、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、これら⁽⁴⁶⁾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

erblicher Pachtverträge, (Köln, 2001), S. 180f; Berjasevic, a.a.O. (Fn.44), S. 194f.

(46) 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.

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。⁽⁴⁷⁾

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かかわらず、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、暴利者に一定の注意義務を求めることになる可能性がある。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、⁽⁴⁸⁾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。

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

(48) Klaus Rühle, Das Wucherverbot -effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?, (Duncker & Humblot, 1978), S. 56.

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⁽⁴⁹⁾。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考えられる。

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

(49) 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.

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わす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⁽⁵⁰⁾されている。

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

(50) Berjasevic, a.a.O. (Fn.44), S. 312.

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）、BGB 138条1項の機能は、経済的・知的な優位性から弱い立場の当事者を保護することであり、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、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⁽⁵¹⁾だろう。

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の件数が少ないことから、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

(51) 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。堀川信一「暴利行為論における利得者側の主観的要件についてドイツにおける議論を参考に」大東法学19巻1号（2009年）339頁。

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⁽⁵²⁾。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。

この主張の根拠としては、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基準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基準を認めておらず、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、鑑定の際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、

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

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ないのではないかと考えられる。⁽⁵³⁾

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、暴利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を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。

(53) 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、堀川によると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ないことになるとの指摘がある。堀川信一「莫大損害の史的展開（1）」一橋法学3巻2号（2004年）415頁以下。

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、商業用賃貸借契約、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。なお商業用賃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、商業用賃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かかわらず、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。

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。⁽⁵⁴⁾

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障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

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

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
 的の矛盾に対する批判も含まれていると評することができよう。

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、純粋な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かず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

本節ではこれまでの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を得るという点や、公

序良俗違反を精緻化するという点からも有益な示唆が得られるのではないかとと思われる。

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。しかし、各論者によって制度趣旨や内容、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) 公序良俗違反と暴利行為の関係

まず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BGB 138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。

これに対して、日本法は暴利行為の明文規定を持たず、判例法として暴利行為が認められていること、またドイツ法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。暴利行為のリーディングケースである昭和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BGB 138条2項の規定にならって解釈を行った結果との指摘がなされているが、⁽⁵⁵⁾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。⁽⁵⁶⁾従来を通説的見解は「公序」を国家社会の秩序、「良俗」は社会の道徳観念を主眼とし、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、⁽⁵⁷⁾両者を峻別すべきとする立場もあらわれている。⁽⁵⁸⁾

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

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

(56) 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。

(57) 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）272頁以下。

(58) 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。

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、良俗の中に取引道徳が含まれるとする立場からは暴利行為は良俗と関連付けられるだろう。また、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かと評価できる。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、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

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

(60) 大村敦志『消費者法』（有斐閣，第4版，2011年）127頁以下。

(61) 川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)』（有斐閣，2003年）172頁〔森田修〕。

(62) 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。

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⁽⁶³⁾や、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⁽⁶⁴⁾、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、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⁽⁶⁵⁾⁽⁶⁶⁾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（BGB 242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 BGB 138条以外の適用を模索する立場⁽⁶⁷⁾が存在している。

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⁽⁶⁸⁾や新たな立法などがない限り暴利行為は意思表示に関する規定や信義則

(63) 大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣，1995年）366頁以下。

(64) 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。

(65) 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。

(66) 民法改正研究会編『民法改正国民・法曹・学界有志案』法律時報増刊（日本評論社，2009年）68頁において、原田昌和は、オランダ民法やヨーロッパ契約法原則などを参考にして公序良俗と暴利行為を切り離し、新たに瑕疵ある意思表示の一つと規定し得るのではという提案を行っている。これに対して加藤雅信は、暴利行為は「自律（契約の拘束力の根拠を契約当事者の意思に求める考え方）」と「他律（契約当事者の意思の効力を契約正義などの外的基準に求める考え方）」の微妙なバランスによって法律行為の効力を判断しているため、慎重に考える必要があると回答している。

(67) Papanikolaou / Karampatzos, a.a.O. (Fn.34), S. 1141f.

(68) なお、先の債権法改正において新設された民法548条の第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一条第二項（信義則）に規定する基本原則に反して相

に吸収されることはなく、公序良俗違反規定が一般条項として様々な要素を総合的に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化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) 制度趣旨について

暴利行為の制度趣旨については、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

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」と規定されており、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。

当該契約の効力を否定すべきとする消費者公序論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素を重視し、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、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。⁽⁷¹⁾

また森田は、先物取引に関する判例を挙げつつ、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らしている。⁽⁷³⁾

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いる。⁽⁷⁴⁾

(69) 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(60)128頁以下。

(70) 大村・前掲注(63)364頁。

(71) 大村・前掲注(60)117頁。

(72) 最判昭和61年5月29日判時1196号102頁。

(73) 森田・前掲注(61)107頁。

管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、著しい不均衡を契約の無効要件として捉えていない⁽⁷⁵⁾。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⁽⁷⁶⁾。

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⁽⁷⁷⁾における法制審議会において、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⁽⁷⁸⁾。

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

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

(75) 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。

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

(77) 民法の一部を改正する法律（平成29年法律44号）を指す。

(78) 法制審議会民法（債権関係）第10回議事録7頁以下（松本恒雄委員）。以下、法制審議会民法（債権関係）部会資料は部会資料〇〇とし、法制審議会民法（債権関係）部会議事録は第〇〇会議事録とする。

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⁽⁷⁹⁾と評価している。

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⁽⁸⁰⁾見解も存在している。

ドイツ法においても、純粋な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の判断にあたって、著しい不均衡という要素から離れ、主観的要件を強調すべきとする立場があらわれている。これに対して、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

(79) 潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣，2004年）265頁以下。

(80) 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。

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. 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。

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⁽⁸¹⁾。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

(81) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明4頁。

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⁽⁸²⁾暴利行為とされた事案や、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⁽⁸³⁾、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⁽⁸⁴⁾、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⁽⁸⁵⁾、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⁽⁸⁶⁾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⁽⁸⁷⁾が定めていたため、暴利行為と判断された事例もみられた。

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⁽⁸⁸⁾。具体的な裁判例として

(82) 名古屋高判昭和45年1月30日下民21卷1・2合併号155頁。

(83) 広島高判昭和49年11月28日判時777号54頁。

(84) 東京地判昭和50年3月25日判時797号115頁。

(85) 大阪地判平成22年5月25日判時2092号106頁。

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

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

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⁽⁸⁹⁾、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かか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⁽⁹⁰⁾、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⁽⁹¹⁾、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⁽⁹²⁾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。⁽⁹³⁾

(88) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明4頁。

(89) 名古屋地判昭和57年9月1日判時1067号85頁。

(90) 名古屋地判昭和58年3月31日判時1081号104頁。

(91) 宮崎地判平成15年11月28日2003WLJPCA11286001。

(92) 大阪高判平成16年7月30日2004WLJPCA07306001。

(93) 山本敬三『契約法の現代化Ⅲ－債権法改正へ』（商事法務、2022年）47頁（初出、「法律行為通則に関する改正の現況と課題」法律時報86巻1号（2014年）15頁）。

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かかわらず着物を合計200万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⁽⁹⁴⁾とした事案や、同様に性脳症の高齢者が使用する機会がないにもか
 かかわらず高額な着物やアクセサリを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⁽⁹⁵⁾、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⁽⁹⁶⁾、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⁽⁹⁷⁾とした事案、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⁽⁹⁸⁾に当たるとされた事案⁽⁹⁹⁾などが挙げられる。

(94) 大阪地判平成18年9月29日消ニ71号178頁。

(95) 高松高判平成20年1月29日判時2912号79頁。

(96) 大阪高判平成21年8月25日判時2073号36頁。

(97) 東京地判平成23年1月19日金判1383号51頁。

(98) 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。

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う著しく不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⁽¹⁰⁰⁾。また、近年ファクタリングを装い、相手方の困窮状態につけ込んで高額な利息を取る事例が増加しており、暴利行為が成立すると言及する裁判例があらわ⁽¹⁰¹⁾れている。このようなケースは一方当事者の窮迫または無経験につけ込む事例であり、今後も同様のケースに暴利行為が成立する可能性が高いと考えられる。

以上の裁判例の動向に対しては学説も好意的に捉えており⁽¹⁰²⁾、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

(99) 高齢者の判断力の低下につけ込む近年の暴利行為の裁判例を検討した
ものとしては、大原寛史「取引における高齢者保護の判断構造—暴利行為
および取引停止義務をめぐる近時の裁判例に焦点をあてて」南山法学46卷
3・4号（2023年）223-277頁が詳しい。

(100) 名古屋高判平成21年2月19日判時2047号122頁。

(101) 暴利行為が成立すると言及した裁判例としては、東京地判令和2年12
月22日（LEX/DB 文献番号25587127）が挙げられる。ファクタリング契
約と公序良俗違反の関係については、松岡久和「債権の売買と再売買が譲
渡担保であるとして金銭消費貸借に準じる取引に利息制限法を類推適用し
た事例」現代民事判例研究会編『民事判例15 2017年前期』（日本評論社、
2018年）94-97頁、深川裕佳「ファクタリングを装う違法な貸付けについ
て」南山法学45卷3・4号（2022年）19-57頁が詳しい。

(102) 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）52頁。

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⁽¹⁰³⁾いないという意見もみられ、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 BGB 138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考えられる。

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⁽¹⁰⁴⁾ 3.2.7条は窮状要件を「従属状態・経済的困窮・緊急の必要・当事者の無

(103) 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。

(104) 以下の条文訳は私法統一国際協会（内田貴ほか訳）『UNIDROIT 国際

思慮・無知・経験の浅さ・交渉技術の欠如」, PECL 4:109条は「相手方

(105)

商事契約原則2016』(商事法務, 2020年) 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。

(105) 条文訳はオーレ・ランドー/ヒュー・ビール編 (潮見佳男ほか監訳) 『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

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、DCFR II-7:207条は⁽¹⁰⁶⁾ PECLの窮状要件に「思慮が欠けていた場合」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

あろう内容へと、当該契約を改訂することができる。

3項 過大な利得または不公正なつけ込みを理由とする取り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、取り消しの通知をした当事者が取り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。

(106) 以下の条文訳はクリスチャン・フォン・バルほか編（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 共通参照草案』（法律文化社、2013年）110頁以下による。

ヨーロッパ共通参照草案 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。

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⁽¹⁰⁷⁾。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。

(107) 山本・前掲注(93)47頁、後藤卷則・前掲注(74)341頁。

（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⁽¹⁰⁸⁾。

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⁽¹⁰⁹⁾や、つけ込んでとする裁判例もみられた⁽¹¹⁰⁾。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

(108) 堀川・前掲注(51)341頁。

(109) 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。

(110) 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。

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、⁽¹¹¹⁾ それに乗じたとする場合も認められている。

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、⁽¹¹²⁾ 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。⁽¹¹³⁾

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）⁽¹¹⁴⁾ が存在するだけで十分だとする意見や、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

(111) 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。

(112) 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）79頁。

(113) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注(102)60頁以下。

(114) 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－」伊藤進ほか編『現代取引法の基礎的課題』（有斐閣、1999年）262頁参照。

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。⁽¹¹⁵⁾

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かかわらず、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⁽¹¹⁶⁾、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⁽¹¹⁷⁾、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

(115) 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。

(116) 第10回議事録9頁（山川隆一幹事）。

(117) 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（2021年1月27日）。

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⁽¹¹⁸⁾、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⁽¹¹⁹⁾。例えば、暴利行為のリーディングケースである昭和9年判決は著しく過大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⁽¹²⁰⁾。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、一方で150%や120%前後で無効とされる事例も確認できる⁽¹²³⁾。その他にも不動産売買契約におい

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

(119) 山本・前掲注(93)48頁以下。

(120) 椿寿夫『代物弁済予約の研究』(有斐閣, 1975年) 56頁。

(121) 名古屋地判平成21年10月23日判タ1333号170頁。

(122) 東京地判平成27年10月14日 2015WLJPCA10148018。

(123) 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)。

ては原野を時価の100倍の価格で売りつけた事案⁽¹²⁴⁾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⁽¹²⁵⁾、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⁽¹²⁶⁾など、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「著しい過当な利益」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、店側が著しく過当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⁽¹²⁷⁾と評価でき、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⁽¹²⁸⁾。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」ものにもかか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⁽¹²⁹⁾。

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

(124) 名古屋地判昭和57年9月1日判時1067号85頁。

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

(126) 東京高判平成30年3月15日判時2398号46頁。東京地判平成30年5月25日判タ1469号240頁。

(127) 東京地判昭和50年3月25日判時797号115頁。

(128) 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。

(129) 大阪高判平成21年8月25日判時2073号36頁。

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⁽¹³⁰⁾。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⁽¹³¹⁾。

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「いちじる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、⁽¹³²⁾ 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、⁽¹³³⁾ 近年の裁判例の展開を踏

(130) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明5頁。

(131) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明5頁。

(132) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注(102)60頁以下。

(133) 堀川・前掲注(115)254頁以下。

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⁽¹³⁴⁾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⁽¹³⁵⁾、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。この点に関しては改めて後述する。

(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

(134) 松岡久和ほか編『改正債権法コンメンタール』(法律文化社、2020年) 44頁 [山本敬三]。

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

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る行為が反社会性を有することから、⁽¹³⁶⁾ 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。

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、⁽¹³⁷⁾ 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⁽¹³⁸⁾ 暴利者の搾取意図の悪質性を認定している事例など、⁽¹³⁸⁾ 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、⁽¹³⁹⁾ 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や、⁽¹³⁹⁾ 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⁽¹⁴⁰⁾ 利用されたと理解する方が妥当であるとの見解がみられる。

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

(137) 東京地判昭和42年3月28日判タ208号183頁。

(138) 東京高判平成30年3月15日判時2398号46頁。

(139) 林・前掲注(114)262頁参照。

(140) 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注(102)60頁以下。

その他、消費者契約法ベースで暴利行為・過大利益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⁽¹⁴¹⁾見解が示されている。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⁽¹⁴²⁾指摘している。

このように、近時の学説は従来⁽¹⁴³⁾の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）の典型的懲罰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⁽¹⁴³⁾みられ、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

(141) 潮見・前掲注(79)265頁。

(142) 大村・前掲注(63)362頁以下。

(143) 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。

(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認識して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を避けることができるのではないかと考えられる。

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解し得る。

(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、

(144) 部会資料82-2・1頁。

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⁽¹⁴⁵⁾、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⁽¹⁴⁶⁾、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⁽¹⁴⁷⁾、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において、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⁽¹⁴⁸⁾、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

(145) 東京地判昭和28年5月13日下民4巻5号702頁。

(146) 東京高判昭和31年3月26日東高時報7巻3号58頁。

(147) 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]。

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

抛も含む)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⁽¹⁴⁹⁾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⁽¹⁵⁰⁾。

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⁽¹⁵¹⁾や、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⁽¹⁵²⁾、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⁽¹⁵³⁾、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

(149) 東京高判平成30年3月15日判時2398号46頁。

(150) 大村・前掲注(63)352頁以下。

(151) 谷口・前掲注(136)128頁以下。

(152) 松本・前掲注(55)75頁。

(153) 山主政幸「消費貸借と暴利行為」法セ61号(1961年)36頁。

を受けるものがその不利益にもかか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・無経験に乗せ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(154)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、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る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(155)している）などがみられた。

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、

(154) 高津・前掲注(147)79頁。

(155) 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）26頁以下。

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⁽¹⁵⁶⁾があり、学説においても、不均衡以外の客観的事実（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。

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、その資本金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

(156) 東京高判平成30年3月15日判時2398号46頁。

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。⁽¹⁵⁷⁾

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、主観的事情の悪質性が高い場合には、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得る⁽¹⁵⁸⁾」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、法制審議会において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。⁽¹⁵⁹⁾

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⁽¹⁶⁰⁾」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⁽¹⁶¹⁾⁽¹⁶²⁾」であると指摘している。その他、

(157) 大村・前掲注(63)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、山本敬三『民法講義Ⅰ総則』（有斐閣、第3版、2011年）275頁以下、潮見・前掲注(80)85頁などが挙げられる。

(158) 民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明5頁。

(159) 第88回議事録6頁以下（松本恒雄委員）。

(160) 部会資料80B・3頁。

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。⁽¹⁶³⁾

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，必要がないにもかか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な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

(161) 林・前掲注(114)271頁以下。

(162) 公序良俗違反における「合わせて一本論」に関しては，「(暴利行為は)合わせて一本と重なりうるが，暴利行為はすでに確立した類型であり，合わせて一本として論じ直す必要はない」として，両者を明確に区別する立場もみられる。中田英幸「いわゆる「合わせて一本」論の検討」沖野眞巳ほか編『これからの民法・消費者法（I）－河上正二先生古稀記念』（信山社，2023年）189頁。

(163) 堀川・前掲注(115)259頁。

損害などの純粋な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

226(1056) 法と政治 74巻4号 (2024年3月)

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⁽¹⁶⁴⁾事例、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が挙げられる。⁽¹⁶⁵⁾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⁽¹⁶⁶⁾」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いう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⁽¹⁶⁷⁾」とするケースなど、もっぱら優越的地位が利用されたとして契約

(164) 最判昭和61年5月29日判時1196号102頁。

(165) 長野地判昭和52年3月30日判時849号33頁。

(166) 名古屋高判平成21年2月19日判時2047号122頁。

(167) 東京地判昭和39年12月17日判時401号5頁。

を無効とする裁判例がみられる。⁽¹⁶⁸⁾ 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な地位に基づき、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。⁽¹⁶⁹⁾⁽¹⁷⁰⁾

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。⁽¹⁷¹⁾

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

(168) 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。

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

(170) 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）。

(171) 大村・前掲注(60)117頁、内山・前掲注(76)「オランダ法における状況の濫用(1)」466頁以下、内山・前掲注(76)「威圧型不当勧誘を巡る近時の立法論的動向」458頁以下。

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⁽¹⁷²⁾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、

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の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」と規定されている。ここでは、目的物が通常の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の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。

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。⁽¹⁷³⁾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。

(172) 奈良地判平成22年7月9日消二86号129頁。

(173) 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。

(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⁽¹⁷⁴⁾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⁽¹⁷⁵⁾」、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

(174) 後藤巻則「債権法改正と消費者契約法による承継」磯村保ほか編『法
律行為法・契約法の課題と展望』（成文堂、2022年）77頁以下。

(175) 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。

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可能性があり⁽¹⁷⁶⁾、規定内容に関しても個別具体的に⁽¹⁷⁷⁾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考えられる。

（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⁽¹⁷⁸⁾、(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⁽¹⁷⁹⁾。

(176) 宮下・前掲注(173)32頁。

(177) 消費者契約法2016年及び2018年改正の概要と課題については、鹿野菜穂子「消費者契約法の改正と契約締結過程の規律」中田邦博ほか編『ヨーロッパ私法・消費者法の現代化と日本私法の展開』（日本評論社、2020年）491-510頁が詳しい。

(178) 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（2021年1月27日）。

(179) 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（2021年1月27日）。

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⁽¹⁸⁰⁾の意見がみられたため、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性があるだろう。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⁽¹⁸¹⁾、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。⁽¹⁸²⁾

(180) 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）。

(181) 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」中田邦博ほか編『消費者法の現代化と集团的権利保護』（商事法務，2018年）49頁。

(182) 消費者契約法2022年改正の概要と課題については、宮下修一「迷走する消費者契約法の行方—2022年改正の評価と展望」中田邦博ほか編『これからの民法・消費者法（Ⅱ）—河上正二先生古稀記念』（信山社，2023年）175-196頁が詳しい。宮下はつけ込み型勧誘の立法を喫緊の課題と捉えており、同類型の取消権の新設をはじめに、消費者契約法が本来目指されていた一般法への道を再度進むべきだと指摘を行っている（195頁以下）。

5. 今後の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縁的部分（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、⁽¹⁸³⁾ ここでは高額な利息や代物弁済予約、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縁的な部分から、契約の中心的部分（対価）⁽¹⁸⁴⁾ 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、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の脱法的な悪徳商法など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。⁽¹⁸⁵⁾ 消費者契約法改正の検討会においてもレスキュー

(183) 大村・前掲注(63)349頁以下参照。

(184) 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。

(185) 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…

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。⁽¹⁸⁶⁾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⁽¹⁸⁷⁾としている。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⁽¹⁸⁸⁾が検討されており、今後同領域については、暴利行為の活用が期待される⁽¹⁸⁹⁾だろう。また、もしレスキュー商法において暴利とはいえない価格で契約を締結したとしても、著しく不公正な方法による取引など他の搾取排除法理によって解決がなされる可能性があるだろう。このように給付不均衡が観念できない事例にも、暴利行為の判断基準を用いて契約の無効を図る

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, 2023年10月31日最終閲覧)。

(186) 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)。

(187) 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, 2023年10月31日最終閲覧)。

(188) 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。

(189) レスキュー商法について暴利行為の適用可能性について指摘するものとして、後藤巻則「消費者取引と暴利行為」早稲田大学法学会編『早稲田大学法学会百周年記念論文集 第2巻民事法編』(成文堂, 2022年) 38頁以下。

ことに、搾取排除法理を提唱する意義があると考えられる。

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、⁽¹⁹⁰⁾ 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いくまで考慮要素の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考えられる。

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。そこで以下では、ドイツ法を検討した結果、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。

1. ドイツ法について

ドイツ暴利行為論の始点は莫大損害をはじめとした純粹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

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

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 BGB 138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純粋な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挙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素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。

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の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性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、

238(1068) 法と政治 74巻4号 (2024年3月)

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）がある場合に限り、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。

2. 日本法への示唆

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。

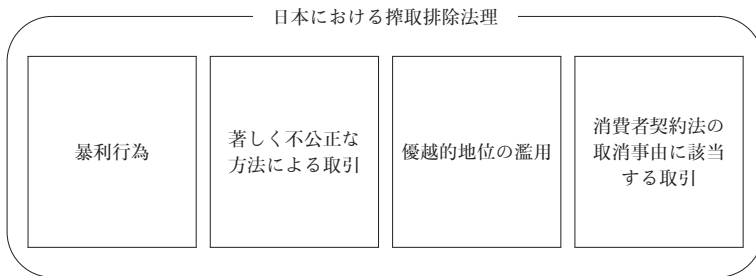
よって、無償・片務契約や適正価格による契約、あるいは価格の算定が難しいような場合に関しては、主観的要件を中心として契約の有効性を判断する法理や規定によって解決を図ることが望ましく、暴利行為は（一定の拡張や緩和は認め得るが）給付の不均衡と契約締結時における暴利者と被暴利者の主観的事情の両輪によって契約の有効性を判断する法理と捉えることが妥当と考えられる。そして暴利行為を単なる給付均衡法理と捉えるのではなく、契約における搾取排除法理という側面から考えると、著しく不公正な方法による取引や優越的地位の濫用、消費者契約法の各取消権は共に搾取排除法理として捉えることができるため、暴利行為が認められない（給付不均衡がない）ケースはこれらの搾取排除法理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、窮状要件を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

240(1070) 法と政治 74巻4号 (2024年3月)

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。

最後に、以上のように暴利行為論を理解することによって、どのようなメリットが得られるのかについて付言したい。まず、制度趣旨を搾取排除法理と解することによって、これまで曖昧とされてきた暴利行為の外延の問題について一定の線引きを行うことができると考えられる。暴利行為は給付不均衡がある事例に対応し、そこから漏れ出た事例については、暴利行為の主観的要件を中心に派生した他の搾取排除法理が対応することで切れ目のない被害者救済を図ることができるだろう。また、暴利行為の制度趣旨を確定することによって、どこまでの要件の拡張が認められるかについての方向性が明らかになり、暴利行為に関して法的安定性や予測可能性が高まると考えられる。その結果、実務において暴利行為の主張は決して無理筋ではなく、実効性のある契約の無効要因となり得るだろう。



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制度趣旨や要件面、そして外延の問題について検討を行った。なお、本稿は BGB 138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 BGB 242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 BGB 307条（普通取引約款の内容規制）に組み入れられている⁽¹⁹¹⁾。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 BGB 138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、BGB 138条2項と同様の判断構造を有する StGB 291条やドイツ経済刑法（以下 WiStG）5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、StGB 291条⁽¹⁹²⁾

(191) 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巻（2008年）234頁。

(192) なお WiStG 5条において利用要件は Ausbeutung ではなく Aus-242(1072) 法と政治 74巻4号（2024年3月）

ないし WiStG 5 条が成立した場合、当該契約は BGB 134 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が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・強迫は二段の故意など厳しい要件が求められるにもかかわらず、その効果は取消しと定められている。更に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いかとの指摘がみられる。⁽¹⁹³⁾ その他、不法行為法との関係について、⁽¹⁹⁴⁾ 暴利行為を取引的不法行為の違法性の考慮要素をする見解がみられた。確かに、意思表示法や契約法が対処できない場面において、暴利行為と不法行為が重なり合う部分は少なくないが、両者には評価矛盾の問題などが残されているため、具体的な検討については今後の課題としたい。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付けるかという問題は、今後再び暴利行為の立法が図られた際に詳しく検討されるべきであろう。

nutzung 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。

(193) 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(114)269頁以下などが挙げられる。

(194) 後藤卷則「現代型暴利行為論」先物・証券取引被害研究51号（2022年）77頁以下、同・前掲注(189)35頁以下。

加えて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 BGB 612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、⁽¹⁹⁵⁾ 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。⁽¹⁹⁶⁾ 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、近年は債権法改正の議論をきっかけとして再び暴利行為に関する研究が増加しており、⁽¹⁹⁷⁾ 実務上の要請もみられることから、⁽¹⁹⁸⁾ 契約の無効原因としての暴利行

(195) Walter F. Lindacher, Grundsätzliches zu § 138 BGB: Zur Frage der Relevanz subjektiver Momente, AcP 173 (1973) 124, 130.

(196) Papanikolaou / Karampatzos, a.a.O. (Fn.34), S. 1142; Bergmann, a.a.O. (Fn.31), S. 440.

(197) 小野秀誠「ドイツ法における暴利規定の生成と展開」岡本裕樹ほか編『民法学の継承と展開 中田裕康先生古稀記念』(有斐閣, 2021年) 161-183

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））、いわゆる脆弱な消費者の増加などの社会状況などによって消費者被害が拡大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。

-
- 頁，比嘉正「ドイツにおける暴利行為論の系譜」高須順一ほか編『民法学の伝統と新たな構想（宮本健蔵先生古稀記念）』（信山社，2022年）29-54頁，堀川信一「18世紀後半のオーストリアにおける高利規制について」山内進ほか責任編集『法と文化の制度史 創刊第2号』（信山社，2022年）111-138頁，内山敏和「オランダ法における「状況の濫用」法理の歴史的展開（1・未完）」北海学園大学法学研究59巻1号（2023年）63-87頁など。
- (198) 東京弁護士会消費者問題特別委員会編『消費者相談マニュアル』（商事法務，第4版，2019年）190頁以下，鹿野菜穂子監修，日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『改正民法と消費者関連法の実務－消費者に関する民事ルールの到達点と活用方法－』（民事法研究会，2020年）41頁以下，大阪弁護士会民法改正問題特別委員会編『債権法の未来：改正が見送られた重要論点』（商事法務，2023年）83頁。

Die gegenwärtige Bedeutung des Wuchers —Positionierung als Rechtsprinzip zur Beseitigung von Ausbeutung— (3)

Minsoo Cho

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

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

In diesem Beitrag wird darauf hingewiesen, dass die deutsche Rechtsprechung die Entscheidungsstruktur des Wuchergeschäfts auf große Bürgschafts- und Ausbeutungsverträge anwendet, bei denen kein Ungleichgewicht der Vorteile besteht, sondern die Notlage einer Partei ausgenutzt wird und Ausbeutungsverträge geschlossen werden, wobei das Erfordernis der Ausbeutung eine zentrale Rolle spielt.

Es sei daher verständlich, dass das deutsche Recht Fälle, in denen ein erhebliches Ungleichgewicht im Vertrag bestehe, als wucherisches Verhal-

ten behandle, und Fälle, in denen kein erhebliches Ungleichgewicht bestehe, als große Bürgschafts- und Ausbeutungsverträge. In diesem Beitrag wird dann vorgeschlagen, dass diese Rechtsgrundsätze als “Ausbeutungsausschlusstheorie” werden können, die die Vorteilsnahme und Ausbeutung der gewinnenden Partei im Vertrag ausschließt und die unterlegene Partei von dem ungerechten Vertragsinhalt befreit.

Die drei Anregungen für das japanische Recht, die sich aus diesem Verständnis des deutschen Rechts ergeben, sind folgende. Erstens kann der institutionelle Zweck der Wuchertheorie als “Ausbeutungsausschlusstheorie” verstanden werden, dessen Hauptzweck darin besteht, die Ausbeutbarkeit des Wucherer zu beseitigen. Was zweitens den Aspekt der Voraussetzungen anbelangt, so sind gewisse Erweiterungen hinsichtlich des Erfordernisses der Notlage und des Erfordernisses der Ausbeutung zulässig. Das Element der fehlenden Ausbeutungsabsicht des Wuchers kann jedoch als negative Voraussetzung für Wuchergeschäfte verstanden werden. Drittens wurde in in diesem Beitrag zur Frage der Grenzen des Wuchertatbestands darauf hingewiesen, dass es, da es sich beim Wuchertatbestand um eine Rechtslehre handele, die das Missverhältnis der Vorteile betreffe, einer anderen Ausbeutungsausschlusstheorie (wie der des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung) überlassen bleiben müsse, die Nichtigkeit des Vertrags herbeizuführen, die sich nur auf die Unangemessenheit des Vertragsschlusses beziehe.