

# 法律行為通則に関する改正の現況と課題

山本敬三

## はじめに

現在、債権法を中心として、民法の抜本的な改正をおこなうための作業が進められている。2009年には、民法学者を中心とした民法（債権法）改正検討委員会が『債権法改正の基本方針』を発表したのをはじめとして<sup>1)</sup>、いくつかの研究グループによる改正試案が発表された。こうした動きをふまえながら、2009年11月に、法制審議会に民法（債権関係）部会が設置され、改正に向けた審議が進められている<sup>2)</sup>。2011年5月には、それまでの審議をもとに、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下では「中間論点整理」という。）が公表され<sup>3)</sup>、その後さらに審議が進めら

れた結果、2013年3月に、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（以下では「中間試案」という。）が公表された<sup>4)</sup>。現在では、パブリック・コメントの結果を踏まえつつ、2014年7月を目途として改正要綱仮案の作成を目指して、さらに審議が進められている。

今回の改正では、債権関係の中でも、特に契約に関する規定を中心に見直しをおこなうことが企図されている。そのため、債権編の中でも、契約ないし取引に関わる規定が検討の対象とされるとともに、総則編でも、法律行為と時効に関する規定が検討の対象とされている。本稿では、このうち、法律行為に関する通則を取り上げ、どのような改正の方向性が検討され、そこにどのような問題があるかということを明らかにしたい。

- 1) 民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針〔別冊NBL126号〕』（商事法務、2009年、以下では『基本方針』として引用する。）、同編『詳解債権法改正の基本方針Ⅰ～Ⅴ』（商事法務、2009～2010年、以下では『詳解Ⅰ～Ⅴ』として引用する。）。
- 2) 法制審議会民法（債権関係）部会における審議の資料と議事録は、法務省のホームページ（[http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai\\_saiken.html](http://www.moj.go.jp/shingil/shingikai_saiken.html)）を参照。
- 3) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（以下では「中間論点整理」として引用する。）。これは、法務省のホームページに公表されているほか（<http://www.moj.go.jp/content/000074989.pdf>）、NBL953号（2011年）の付録としても公刊されている。また、この中間論点整理に即して、法制審議会民法（債権関係）部会における議事の概況等を整理したものと、法務省民事局参事官室「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」（以下では「中間論点整理補足説明」として引用する。）も、同様に法務省のホームページに公表されているほか（<http://www.moj.go.jp/content/000074988.pdf>）、商事法務編『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』（商事法務、2011年）として公刊されている。
- 4) 法制審議会民法（債権関係）部会「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（平成25年7月4日補訂）。これは、法務省のホームページに公表されているほか（<http://www.moj.go.jp/content/000112242.pdf>）、NBL997号（2013年）に収録されている。また、この中間試案について、各項目ごとにそのポイントを要約して説明する「(概要)」欄を付したものと、法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」（平成25年7月4日補訂。以下では「中間試案（概要付き）」として引用する。）も同様に法務省のホームページに公表されているほか（<http://www.moj.go.jp/content/000112244.pdf>）、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）』〔別冊NBL143号〕（商事法務、2013年）として公刊されている。また、これに詳細な説明を加える「(補足説明)」欄を付したものと、同「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（平成25年7月4日補訂。以下では「中間試案補足説明」として引用する。）も、同様に法務省のホームページに公表されているほか（<http://www.moj.go.jp/content/000108370.pdf>）、商事法務編『民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明』（商事法務、2013年）として公刊されている。

## I 法律行為の意義ないし効力

現行民法は、第1編第5章で「法律行為」と題して、法律行為に適用される規定群を定めている。しかし、この概念は、法律に不慣れな市民にとって、耳慣れない言葉であり、それが契約や遺言等を包含する上位概念であることは、ただちに理解しにくいことは否めない。そのため、①そもそも法律行為という概念を維持すべきかどうか、②維持するとしても、その意義をわかりやすいものとするために、法律行為に関する基本的な規定を設けるかどうかの問題とされている。

### 1 法律行為概念の維持

中間試案では、まず、法律行為の概念を維持することが提案されている<sup>5)</sup>。これは、次のような考慮にもとづくと考えられる<sup>6)</sup>。

第一に、法律行為概念は、現行民法が制定されてから100年あまりを経て、すでに確立したものであり、民法以外の領域でも、この概念を前提とした立法や解釈がおこなわれている。かりにここで法律行為概念を採用しないとするならば、大きな混乱が生じると予想される。

第二に、立法技術としてみても、法律行為概念は、契約だけでなく、単独行為に当たるものも漏れなく規律するのに有用なものである。かりにここで法律行為概念を採用しないとするならば、単独行為に当たるさまざまな種類の行為について必要な規律をどのようにおこなうかという——現行法では必要のない——技術的に困難な問題が生じることになる。

## 2 法律行為に関する基本的な規定

以上のように、法律行為の概念を維持するとして、次の問題は、その意義をわかりやすいものとするために、法律行為に関する基本的な規定を設けるかどうかである。

### (1) 法律行為の効力の根拠規定

中間試案では(第1「法律行為総則」1「法律行為の意義」(1))、このような規定が必要であるとして、まず、「法律行為は、法令の規定に従い、意思表示に基づいてその効力を生ずる」と定めることが提案されている<sup>7)</sup>。これは、「契約、取消し、遺言などの法律行為は、要件や手続などを定めた法令の規定に従って効力を生ずること」、「その効力の根拠が意思表示にあること」を明らかにするものであり、「法律行為に関する異論のない基本原則を明文化する新たな規定」を設けるものであるとされている<sup>8)</sup>。

このように、法律行為がおこなわれれば、その効力が認められるという原則は、法律行為に関する根本原則であり、民法、ひいては私法全体にとって、もっとも基本的な原則の1つにほかならない。そのような意味を持つ原則を不文の法にとどめておくべき理由はなく、むしろこれを積極的に明文化し、基本原則として認められることが誰にとっても明らかになるようにすべきである<sup>9)</sup>。

中間試案は、このような考慮から、まず、「意思表示に基づいてその効力を生ずる」と定めることにより、法律行為の効力が認められる原因——何に基づいて効力が認められるか——が当事者の意思表示にあるという基本原則を明文化することとしている。また、「法令の規定に従い」と定め

5) 前掲注4) 中間試案(概要付き)1頁、前掲注4) 中間試案補足説明1頁を参照。

6) 前掲注1)『基本方針』19頁、前掲注1)『詳解I』46頁以下のほか、山本敬三「民法の改正と民法典の体系」田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念論文集『現代民事法の実務と理論』(金融財政研究会、2013年)7頁を参照。さらに、「法律行為」に関する規定は、現在の民法が採用する体系、つまり権利を基軸としたパンデクテン体系の中で、権利の変動原因としての人の行為に関する共通の基本原則を定めたものと位置づけられ、市民社会に妥当する基本原則を宣言し、確認するという意味を持つ点も重要と考えられる(山本敬三「第2準備会から」民法(債権法)改正検討委員会編『シンポジウム「債権法改正の基本方針」〔別冊NBL127号〕』(商事法務、2009年)26頁を参照)。

7) 前掲注4) 中間試案1頁。

8) 前掲注4) 中間試案(概要付き)1頁。

9) 前掲注1)『基本方針』19頁以下、前掲注1)『詳解I』49頁以下を参照。前掲注4) 中間試案補足説明2頁では、これは「法律行為の私法上の効果について具体的な要件や効果を定めたものではなく、原理や理念を表したものととどまるとも言え、実際上の有用性に疑問があるとの批判」も考えられるとされている。しかし、これは、この原則が認められなければ、法律行為が効力を生ずることは基礎づけられないこと——その意味で重大な実践的意義を有すること——を看過しているといわざるをえない。

ることにより、法律行為の効力が認められるための要件——どのような場合に効力が認められるか——は、必ずしも常に意思表示のみで足りるわけではなく、それぞれの法律行為に関する法令の規定に応じて異なる可能性があることを確認している<sup>10)</sup>。

## (2) 法律行為の例示

中間試案では、さらに、「法律行為には、契約のほか、取消し、遺言その他の単独行為が含まれる」と定めることが提案されている(1(2))。これは、民法第1編第5章に置かれた規定が適用される行為の範囲を明確にするために、「法律行為」概念の意味内容を明らかにすることが望ましいという考慮にもとづく<sup>11)</sup>。

このように、契約のほか、単独行為が法律行為に含まれることに争いはない。それに対して、合同行為というカテゴリーを認めるかどうかについては、争いがある。そこで、中間試案は、契約と単独行為が法律行為に含まれることを明らかにするとどめ、それ以外に合同行為が法律行為に含まれるかどうかは、引き続き解釈に委ねることとしている<sup>12)</sup>。しかし、それでは、法律行為の外延が明確であるとはいえず、規定を設けるにはその内容が十分に熟していないという批判もある<sup>13)</sup>。

## II 公序良俗

現行民法90条は、「公の秩序又は善良の風俗に反する事項を目的とする法律行為は、無効とする」と定めている。この規定に関しては、①この一般原則の定式をそのまま維持すべきかどうか、②この一般原則を具体化した規定として、特に暴利行為に関する準則を明文化するかどうかの問題とされている。

## 1 公序良俗の一般原則

まず、公序良俗の一般原則について、中間試案では、現行民法90条を維持した上で、同条のうち、「事項を目的とする」という文言を削除し、「公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とする」と定めることが提案されている(2(1))。同条に関する裁判例は、公序良俗に反するかどうかの判断にあたって、法律行為がおこなわれた過程その他の諸事情を考慮しており、その法律行為がどのような事項を目的としているかという内容にのみ着目しているわけではない。このような裁判例の考え方を条文上も明確にするというのが、その趣旨である<sup>14)</sup>。

## 2 公序良俗の具体化

### ——暴利行為準則の明文化

#### (1) 現在の審議状況

次に、中間試案では、公序良俗の一般原則を具体化した規定として、暴利行為に関する準則を明文化すべきであるとし、「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」と定めることが提案されている(2(2))。しかし、これに対しては、「相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じて著しく過大な利益を獲得する法律行為は無効とする」旨の規定を設けるという考え方があるほか、規定を設けないという考え方もあるという状況である(2(注)15)。

#### (2) 規定の要否

現行民法90条は、一般条項であり、それにより法律行為が無効とされる場合には、さまざまにも

10) 前掲注1)『基本方針』19頁以下、前掲注1)『詳解I』49頁以下を参照。前掲注4)中間試案補足説明1頁以下では、①「法律行為が効力を生ずるには、意思表示以外に法律が定めた要件があるときはこれに従う必要がある」ほか、②「意思表示の内容についても法律が定めを設けている場合がある」とし、その例として、「公序良俗やその他の強行規定による制約」があるとしている。しかし、後者は、厳密にいうと、次の公序良俗に関する規定によってカバーされているとみるべきだろう。

11) 前掲注4)中間試案補足説明2頁を参照。

12) 前掲注4)中間試案補足説明2頁を参照。

13) 前掲注4)中間試案補足説明2頁を参照。

14) 前掲注4)中間試案(概要付き)2頁、前掲注4)中間試案補足説明3頁を参照。

15) 前掲注1)中間試案1頁。

のがある。しかし、同じく現行民法90条によってカバーされるものの中でも、その一般条項の具体化として、一定の要件ないし判断要素からなる準則に相当するものが形成される場合もある。そのような準則が一般条項の具体化として承認され、明確に定式化できるときには、それを明文で定めることは可能であるだけでなく、必要でもあると考えられる。というのは、そのような準則は、多くの場合、一般条項そのものからただちに読み取ることができず、非法律家にとってはもちろん、法律家の間でも、その適用に疑義を残す可能性があるからである。一般条項による判断には必然的に幅が伴う以上、そのような準則を明文化することによって判断を方向づけることができるのであれば、法的安定性に役立つのはもちろん、等しきものは等しくあつかうという公平の理念にもかなうというべきだろう<sup>16)</sup>。

現行民法90条に関して、そのような準則として明文化することが考えられるのは、暴利行為に関する準則である。暴利行為については、現行民法の起草過程ではふれられていなかったものの、その後の判例・学説の展開の中で、公序良俗違反の1つの類型として認められることが確立している<sup>17)</sup>。比較法的にみても、暴利行為に関する準則に相当するものは、圧倒的多数の国で明文化され、近時の国際条約や法の調和に向けた国際的な試みにおいても同様である<sup>18)</sup>。このような準則をそれでもなお明文化しないというのであれば、その理由が問われざるをえない。

そのような明文化に反対する理由としてこれまであげられているのは、次の二つである。

第一は、暴利行為に関する準則が明文化されれば、契約が無効になるリスクを検討するためにコストが高まったり、取引の迅速性が阻害されたりするなど、自由な経済活動を萎縮させる恐れがあるという理由である。しかし、上記のように、暴利行為に当たる場合に公序良俗違反として無効に

なるという準則は、判例・学説上異論なく承認されているのであるから、契約が暴利行為に当たり無効になるリスクの検討が必要であるとすれば、それは現在でも同様である。暴利行為に関する準則が現在の判例法理に即して適切に明確化されるのであれば、それによってリスクが増加することにはならないはずである<sup>19)</sup>。

第二は、暴利行為に関する準則は、判例法理としていまだ形成途上にあり、現時点で要件・効果を明文化することは、今後の柔軟な判例法理の生成発展を阻害することになるという理由である。しかし、ここでも、そのような判例法理の生成発展を阻害することのないように暴利行為に関する準則を適切に明確化することができるのであれば、そのような懸念は当たらないことになる<sup>20)</sup>。

### (3) 要件の定式

以上によると、問題は、暴利行為に関する準則をどのように定式化すれば、現在の判例法理に即し、かつ、将来の判例法理の生成発展を阻害することにならないかである。上述したように、中間試案とは異なり、「相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じて著しく過大な利益を獲得する法律行為は無効とする」旨の規定を設けるという考え方は、それが大審院判例<sup>21)</sup>によって確立した暴利行為の定式であることを理由とする。問題は、果たしてこの定式が現在の判例法理を示したものであり、かつ、将来の判例法理の生成発展を阻害することにならないかどうかである。以下では、この点を、従来の裁判例に照らして、検討することにしよう<sup>22)</sup>。

#### (a) 主観的要素

##### (ア) 「窮迫」・「軽率」・「無経験」

従来の裁判例をみるかぎり、「窮迫」「軽率」「無経験」に乗じたケースが数多くみられる。

このうち、「窮迫」の典型例は、経済状態の悪化であるが(【1】【6】【12】【17】【18])、応じても

16) 前掲注1)『詳解I』57頁を参照。

17) 山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)134頁以下・141頁以下・147頁以下・155頁・163頁以下、182頁以下を参照。

18) ドイツ民法138条2項等のほか、ヨーロッパ契約法原則(PECL)4:109条、ユニドロワ国際商事契約原則(PICC)(2010年版)3.2.7条、ヨーロッパ私法共通参照枠草案(DCFR)II-7:207条、共通ヨーロッパ売買法(CESL)提案51条等も参照。

19) 前掲注4)中間試案補足説明5頁を参照。

20) 前掲注4)中間試案補足説明5頁以下を参照。

21) 大判昭和9・5・1民集13巻875頁等。

らなければ第三者に対する債務の履行ができなくなるという状況なども含まれる(【2】【8】)。さらに、他の要素と重なることも多いが、畏怖・困惑が利用される場合もみられる(【4】)。このようなものまで受けとめるためには、「窮迫」よりも、中間試案がいうように「困窮」とする方が適当と考えられる。

これに対して、「軽率」「無経験」については、むしろ思慮の不足や「無知」に乗じたとされるケースが数多くみられる。例えば、不当に不利な内容の契約なのに、相手方の真実に反する説明に対し、資料の交付すら求めなかったケース(【7】)のほか、高額の利息の約定に応じたが、交付された契約書には現実と異なる低い利率が記載されていたというケース(【13】)や、実際に弁護士の交渉によって得たといえない経済的利益を前提に高額の報酬を請求されたケース(【15】)、86歳の独居老人に突然電話をかけ、一兩日のうちにその所有不動産を時価の約2割で売却させたようなケース(【22】)がそれに当たる。これらを受けとめるためには、「軽率」「無経験」よりも、中間試案のように、「経験の不足」「知識の不足」——さらに「思慮の不足」<sup>22)</sup>——とする方が適当と考えられる。

#### (イ) その他の要素

もっとも、従来の裁判例をみると、以上のようなものに尽きない要素も考慮されている。特によく考慮されているのは、次の3つである。

第一は、従属状態である。契約関係において優越的地位が濫用される場合が、その典型例である。例えば、知名度も著しく低く、格付けも低い歌手が準専属契約上の違反行為について500万円の違約金を支払う旨を約定させられたケース(【3】)や、取引依存度が極めて大きな事業者か

ら、優越的地位にあることを利用して、原価にも満たない請負代金額への減額合意を継続してさせられたケース(【19】)等がこれに当たる。

第二は、抑圧状態である。一方当事者が心理的な圧迫状態にあることが利用される場合が、その典型例である。例えば、医師からも見放された子の難聴を治すため、薬をもつかみたい心境を利用して、加持祈祷と療術を継続して施し高額の料金を取得したケース(【5】)や、夜遅くに長時間にわたって債権者とともに訪れた弟から主債務を保証するよう懇請され、弟を助けるためには自分が保証人になるしかないと考えて連帯保証契約をさせられたケース(【10】)、夫を亡くし、子が家を出て心の支えを失い、精神的に不安定な状態にあった者を、さらに不幸が起こるといふ不安に陥らせ、暗示にかかったことを奇貨として易学受講契約を締結させたケース(【11】)等がこれに当たる。

第三は、判断力の低下である。認知症やうつ病等により判断力が低下している状態が利用される場合がその典型例であり、最近はこの種の要素を重視したと考えられる裁判例が増えている。例えば、肝性脳症に伴う精神神経障害を発症していた可能性のある者に高額の商品を繰り返し購入させたケース(【14】)や、認知症と妹の死をきっかけとする長期間の不安状態のために事理弁識能力が著しく低下し、周囲から孤立しがちな生活状況の中で、親切にされ、迎合的な対応をする状態にあったことを利用し、その所有する土地を安価(適正価格の6割に満たない)で購入したケース(【16】)、財産の管理能力が認知症のため低下していることを知りながら、親しい友人関係にあるかのように思い込ませて利用し、必要のない商品を大量に購入させ、老後の生活にあてるべき流動資

22) 暴利行為に関する裁判例のうち、法律行為の無効を認めたものとして特に以下で参照したのは、次のとおりである。【1】東京地判昭和34・6・25判タ96号43頁、【2】東京地判昭和42・3・28判タ208号183頁、【3】名古屋高判昭和45・1・30下民集21巻1・2号155頁、【4】東京高判昭和53・7・18判時900号69頁、【5】名古屋地判昭和58・3・31判時1081号104頁、【6】東京地判昭和59・10・25判時1165号119頁、【7】東京地判昭和59・11・12金判728号31頁、【8】大阪地判平成9・8・27判タ967号161頁、【9】神戸地判平成15・7・24 2003WLJPCA07249003 (Westlaw Japanのデータベースによる)、【10】宮崎地判平成15・11・28 2003WLJPCA11286001 (Westlaw Japanのデータベースによる)、【11】大阪高判平成16・7・30 2004WLJPCA07306001 (Westlaw Japanのデータベースによる)、【12】神戸地判本支判平成16・10・26 2004WLJPCA10266002 (Westlaw Japanのデータベースによる)、【13】東京地判平成17・9・27判時1932号99頁、【14】徳島地判平成19・2・28 2007WLJPCA02286002 (Westlaw Japanのデータベースによる)、【15】東京地判平成20・6・19判タ1314号256頁、【16】大阪高判平成21・8・25判時2073号36頁、【17】名古屋地判平成21・10・23判タ1333号170頁、【18】東京地判平成22・3・30 2010WLJPCA03308020 (Westlaw Japanのデータベースによる)、【19】大阪地判平成22・5・25判時2092号106頁、【20】奈良地判平成22・7・9 消費者法ニュース86号129頁、【21】東京地判平成23・1・19金判1383号51頁、【22】東京地判平成24・5・24 2012WLJPCA05248008 (Westlaw Japanのデータベースによる)。以下では、これらの裁判例は記号のみで引用する。

23) 前掲注1)『基本方針』20頁以下、前掲注1)『詳解1』60頁を参照。

産をほとんど使ってしまったケース（【20】）、中程度のうつ病に罹患し、判断力や集中力が低下して、正常な判断ができない状態にあるのに乗じて、10億円の価値のある株式を465万円で売却させたケース（【21】）等がこれに当たる。

#### (ウ) 中間試案の評価

以上によると、大審院判例の定式にしたがって「相手方の窮迫、軽率又は無経験に乗じて」と定めるのは、その他の要素が考慮されないかのように受けとめられる恐れがあり、現在の判例法理を適切に明確化したとはいいがたく、むしろ判例法理の発展を阻害するといわざるをえない。

これに対して、上記のような従属状態や圧迫状態、判断力の低下は、いずれも、中間試案にいう「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」に当たると考えられる。上述したように、最近では、高齢化社会を反映して、判断力が低下した状態が利用されるケースが増えていることに照らすと、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、将来の発展を後押しするものというべきだろう。

また、大審院判例の定式では、所定の要素に「乗じて」とされているのに対して、中間試案では、所定の要素を「利用して」とされている。「乗じて」という表現は、所定の要素がすでにあることが前提となり、それを「悪用する」という意味合いが強いと考えられる<sup>24)</sup>。しかし、実際の裁判例をみると、所定の要素を新たに作り出して利用するケース（【2】【10】）もある。この点でも、中間試案の定式の方が適切というべきだろう。

#### (b) 客観的要素

##### (ア) 著しく過大な利益の取得

次に、客観的要素に関しては、大審院判例の定式では、「著しく過大な利益を獲得」したことが必要とされている。中間試案でも、「著しく過大な利益を得」とされている部分がこれに対応する。「過当」と「過大」で表現は異なるが、特に違った意味を与えることは意図されていないようである。ただ、従来の裁判例をみると、数量的または割合的に「著しく過大な利益」が取得されていると評することができる例が多いが、実際には

かなりの幅がある。

有償契約では、対価の200分の1以下で株式を売却させたというケース（【21】）や賃借権の売買契約で1ヶ月あたり営業利益より1000万円以上高額の賦払金が約定されたケース（【7】）がある一方で、時価700万円を超える不動産を150万円（2割程度）で売却させたケース（【22】）のほか、適正価格6670万円の土地を3933万円（6割程度）で売却させたケース（【16】）でも無効とされている。あるいは、普通建物所有を目的として畑・山林を転貸条項付きで権利金もなく半額程度の賃料で賃貸させたケース（【4】）や原価にも満たない請負代金額への減額合意を継続してさせられたことから無効とされたケース（【19】）のように、継続性があることが考慮されたとみられるものもある。

利息に関しても、年利240%の利息約定（【17】）や実質年利189%を超える利息約定（【13】）が無効とされたケースがある一方で、保証委託契約で総額420万円の主債務について25～28%の保証料が約定されたケース（【12】）でも、無効とされている。

また、価値の乏しい給付に対して高額の対価が約定された場合として、例えば、2年3ヶ月で加持祈祷を700回以上、589万6000円の対価が支払われたケース（【5】）や、フランチャイズ契約で、商号・商標の使用許諾料・営業許諾料の対価は200万円を上回ることはないと考えられるにもかかわらず、800万円の加盟金が支払われたケース（【9】）のほか、易学受講契約等により138万3000円が支払われたケース（【11】）、境界確認書への署名押印に対する謝礼として320万円の支払が約定されたケース（【8】）でも、その一部が無効とされている。

そのほか、本来負担する必要がない債務を負わされた場合として、115万円（実質は50万円）の貸付けにあたって違約金100万円と年率360%の遅延損害金が約定されたケース（【1】）や低い格付けの歌手の準専属契約で違約金として500万円が約定されたケース（【3】）、実損害は730万円余りなのに4000万円の損害が発生したことを理由とした精算合意がされたケース（【18】）、弁護士の交渉

24) 前掲注1)『詳解I』60頁以下を参照。

によって取得したのではない利益のために3516万1500円の弁護士報酬が請求されたケース（【15】）のほか、不良債権144万円の債務引受を条件として500万円が貸し付けられたケース（【6】）、弟の30万円の債務について連帯保証がされたケース（【10】）でも、無効とされている。

以上のように、実際に無効とされるかどうかは、取得された利益の絶対的な大きさだけでなく、相手方がそのような負担を課せられる理由の存否のほか、相手方の財産状態、さらには主観的態様等によっても左右されているのではないかと考えられる。問題は、このような相関的な判断が「著しく過大な利益を得」という定式のもとでどこまで可能かである。現在の判例法理を示し、かつ、将来の判例法理の生成発展を阻害しないようにするためには、例えば「不当な利益を得」として、「不当」性の評価の中で以上の判断をおこなうことができるようにすることが考えられる<sup>25)</sup>。

(イ) 相手方に対する著しく過大な不利益の付与

中間試案では、以上のほか、「相手方に著しく過大な不利益を与える」ことも判断要素としてあげられている。

従来裁判例によると、例えば、18ヶ月の間に6000万円近くの着物・アクセサリ等を購入させたケース（【14】）や7年7ヶ月にわたり約3600万円分の着物・宝石等を購入させたケース（【20】）で、その一部が無効とされている。このように、不要な物を反復して売買する過量販売のケースは、個々の売買の対価が適正なものであるかぎり、売主の側が「著しく過大な利益を得」ということがむずかしい。したがって、このような場合を受けとめるためには、中間試案のように、「相手方に著しく過大な不利益を与える」——上述したところからは、ここでも「相手方に不当な不利益を与える」とする方が望ましい——という要素も明記すべきである<sup>26)</sup>。

### Ⅲ 法律行為と法令の規定および慣習

以上のほか、現行民法91条（任意規定と異なる意

思表示）および92条（任意規定と異なる慣習）についても、中間論点整理の後の段階までは改正の要否が検討されていたが、中間試案の段階では検討対象から落とされることになった。以下では、その経緯を紹介した上で、現行法をそのまま維持することの問題点を指摘しておきたい。

## 1 法律行為と法令の規定

### (1) 問題の所在

現行民法91条は、「法律行為の当事者が法令中の公の秩序に関しない規定と異なる意思を表示したときは、その意思に従う」と定めている。これは、任意法規に当たる規定ごとに、「それと異なる意思を表示したときは、この限りでない」という趣旨の規定を繰り返し置くことを避けるために定められたものである<sup>27)</sup>。このような一般規定が必要であることには、異論がないだろう。問題は、それをどのように定めるべきかである。

現行民法91条は、法令のうち、任意法規に当たる規定については、当事者がそれと異なる意思を表示すれば、それにしたがうと定めている。これは、それ以外の法令については、当事者がそれと異なる意思を表示しても、法令の規定にしたがう——当事者の意思表示はその限りで無効となる——ことを前提としている。これに対して、法令のうち、強行法規に当たる規定については、当事者がそれと異なる意思を表示しても、法令の規定にしたがう——当事者の意思表示はその限りで無効となる——と定めることも考えられる。これは、それ以外の法令については、当事者がそれと異なる意思を表示すれば、それにしたがうことを前提としている。問題は、そのいずれが適切かである。

### (2) 法制審議会における審議

#### (a) 第一ステージにおける審議

法制審議会では、第10回会議（2010年6月8日）で、この問題が審議された。そこでは、主として、民法上の規定のうち、どの規定が強行法規であり、どの規定が任意法規であるかを条文上明ら

25) 前掲注1)『基本方針』21頁、前掲注1)『詳解I』61頁を参照。

26) 前掲注1)『詳解I』61頁を参照。

27) 廣中俊雄編著『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987年）140頁。

かにすることの可否とその当否に議論が集中した。上述した現行民法91条の定め方については、まず、私的自治の原則を基本原則として認めるのであれば、法律行為の当事者が法令と異なる意思を表示したときには、その意思によることを原則として定めた上で、その法令の規定が公序良俗に関するときは、その限りでないことと定めることが提案された<sup>28)</sup>。これに対しては、一般人からみると法令は守ってしかるべきものであり、私人がそれと異なることを定められるという任意法規はきわめて限られたものであるから、むしろ現行民法91条の定め方が原則と例外を適切に示しているという意見もあった<sup>29)</sup>。

その後、第22回会議（2011年1月25日）を経て、中間論点整理では、前者の提案にしたがい、「法令の規定と異なる意思表示の効力について、原則として意思表示が法令の規定に優先するとした上で、その法令の規定が公序良俗に関するもの（強行規定）であるときは例外的に意思表示が無効となることを条文上明記するものとしてはどうか」とされた<sup>30)</sup>。

#### (b) 第二ステージにおける審議

その後、第30回会議（2011年7月26日）でも、中間論点整理と同様の提案がおこなわれたが<sup>31)</sup>、これを支持する意見が示されたほか<sup>32)</sup>、特に異論は示されなかった。

ところが、中間試案の取りまとめに向けた審議に入った第64回会議（2012年12月4日）では、特に理由を示すことなく、この論点を検討対象から外すことが提案され<sup>33)</sup>、中間試案では、この論点は取り上げられないことになった。

#### (3) 改正の課題

以上の審議の経緯からみても、中間論点整理で示されていた方向性には特に異論が示されていない

かっただけに、なぜこの論点が検討対象から外されなければならなかったのかは不可解といわざるをえない。結論に大きな違いはなく、あえて改正するまでもないと考えられたのだろうか。しかし、以下に述べるように、現行民法91条には根本的な問題があり、改正の必要性は大きいというべきである。

現行民法91条は、問題となる規定が「法令中の公の秩序に関しない規定」に当たるときにはじめて、それと異なる意思表示が優先するという定め方になっている。これは、「法令の規定と異なる意思表示は効力を有しない」という原則を前提として、その法令の規定が任意法規に当たる場合に、例外的に意思表示が優先するという立場を採用することを含意している。

しかし、「法令の規定と異なる意思表示は効力を有しない」という原則を認めるならば、それは私的自治の原則を否定するに等しい。私的自治の原則を承認するならば、原則と例外を転換し、「法令の規定と異なる意思表示は効力を有する」という原則を前提として、その法令の規定が「公の秩序に関する規定」、つまり強行法規に当たる場合に、例外的に意思表示の効力が認められないとすべきである。

したがって、現行民法91条については、「法律行為の当事者が法令の規定と異なる意思表示を表示したときは、その意思に従う」と定めた上で、「ただし、その規定が公の秩序又は善良の風俗に関するときは、この限りでない」と定める方向で改正すべきであると考えられる<sup>34)</sup>。

## 2 法律行為と慣習

#### (1) 問題の所在

現行民法92条は、「法令中の公の秩序に関しな

28) 法制審議会民法（債権関係）部会第10回会議議事録（<http://www.moj.go.jp/content/000050017.pdf>）3頁（山本敬三幹事）。

29) 前掲注28）法制審議会民法（債権関係）部会第10回会議議事録15頁（木村俊一委員）。

30) 前掲注3）中間論点整理87頁のほか、前掲注3）中間論点整理補足説明214頁を参照。

31) 法制審議会民法（債権関係）部会資料27（<http://www.moj.go.jp/content/000077664.pdf>）8頁以下。

32) 法制審議会民法（債権関係）部会第30回会議議事録（<http://www.moj.go.jp/content/000078908.pdf>）37頁（山本敬幹事）、44頁（岡本雅弘委員）。

33) 法制審議会民法（債権関係）部会資料53（<http://www.moj.go.jp/content/000104766.pdf>）4頁のほか、法制審議会民法（債権関係）部会第64回会議議事録（<http://www.moj.go.jp/content/000111136.pdf>）8頁（山本敬幹事）、9頁（筒井健夫幹事）も参照。

34) 前掲注1）『基本方針』21頁、前掲注1）『詳解I』63頁以下を参照。現行民法では、強行法規はすべて「公の秩序」に関する規定であるという理解が前提とされているが、強行法規とされるものの中には、「善良の風俗」を具体化したと考えられるものもありうる。したがって、改正にあたっては、本文で示したように、「その規定が公の秩序又は善良の風俗に関するときは、この限りでない」と定めるべきである。

い規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う」と定めている。これは、任意法規が慣習に優先するという立場と、慣習が任意法規に優先するという立場が真っ向から対立した結果、その妥協として定められたものである<sup>35)</sup>。

もっとも、慣習と任意法規の関係については、法適用通則法3条(旧法例2条)が「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する」と定め、慣習が任意法規に劣後するような定め方になっているため、かねてから民法92条との関係をどのように説明すべきかが議論されてきた<sup>36)</sup>。商事に関して、商法が商慣習に優先し、商慣習が民法に優先することを定めた商法1条も含めて<sup>37)</sup>、慣習と任意法規の関係を立法論的に整理する必要があると考えられる。

## (2) 法制審議会における審議

### (a) 第一ステージにおける審議

法制審議会では、この問題についても、第10回会議で審議された。そこでは、まず、より小さな社会単位で形成された慣習がある場合には、原則としてそれによることとした上で、その慣習が公序良俗に反する場合は、その限りでないとするほか、当事者が慣習と異なる意思を表示したと認められる場合は、慣習がそれに劣後する旨を定めることが提案された<sup>38)</sup>。また、基本的にはこのような考え方を支持しつつ、どのような慣習でも優先することになるのは適当ではないとして、例えば、合意した慣習や当事者間で確立した慣習など、一定の限定を付すことを検討すべきであるという意見も示された<sup>39)</sup>。

これに対して、慣習が優先するという原則に対する例外として公序良俗に反する場合はあげられるだけで、公序良俗に反するとまではいえないが不合理な慣習が任意法規に優先してしまう恐れがあるとして、慣習が優先するためには慣習によるという意思を介在させるべきであるという意見も示された<sup>40)</sup>。さらに、労働契約に関して、就業規則に当たらない規則等や労使慣行で労働者に有利でないものが、労働者の「慣習による意思」なしに効力を認められることになるのではないかという懸念が示された<sup>41)</sup>。

その後、第22回会議を経て、中間論点整理では、「慣習が任意規定に優先することを原則とし、当該慣習が公序良俗に反する場合や当事者が反対の意思を表示した場合は任意規定が優先するものとすべきであるとの考え方」があるとしつつ、「不合理な慣習が優先するのは適当でないことなどから、慣習が契約内容になるためには当事者の意思的要素を介在させるべきであり、これがない場合には任意規定が優先することとすべきであるとの考え方」もあるとして、「任意規定と異なる慣習がある場合の優先劣後の関係」について「更に検討してはどうか」とされた<sup>42)</sup>。

### (b) 第二ステージにおける審議

その後、第30回会議では、中間論点整理に示された前者の考え方に対応するものとして、「法律行為に関して慣習があるときは、その慣習に従うものとし、ただし、その慣習が公の秩序若しくは善良の風俗に反するとき(公の秩序若しくは善良の風俗に関する法令の規定に反するときを含む)、又は当事者がその慣習と異なる意思を表示したと認められるときは、この限りでない旨の規定を設けるものとする」甲案と、後者の考え方に対応するものとして、「当事者が慣習による意思を有すると認められる場合には慣習に従う旨の規定(民法第

35) その経緯は、星野英一「編纂過程から見た民法拾遺——民法92条・法例2条論、民法97条・526条・521条論」同『民法論集・第1巻』(有斐閣、1970年、初出1966年)162頁以下に詳しい。

36) 議論状況とその分析について、石川博康「民法・商法における慣習」潮見佳男=片木晴彦編『民・商法の溝を読む〔別冊法学セミナー 223号〕』(日本評論社、2013年)9頁以下を参照。

37) 商法1条に関する議論状況とその分析については、石川・前掲注36)11頁以下のほか、得津晶「民法・商法における慣習」潮見=片木編・前掲注36)17頁以下を参照。

38) 前掲注28)第10回会議議事録3頁(山本敬幹事)。

39) 前掲注28)第10回会議議事録17頁(潮見佳男幹事)。

40) 前掲注28)第10回会議議事録17頁(中井康之委員)のほか、13頁(岡正晶委員)も参照。

41) 前掲注28)第10回会議議事録13頁(新谷信幸委員)のほか、15頁以下(山川隆一幹事)も参照。

42) 前掲注3)中間論点整理87頁以下のほか、前掲注3)中間論点整理補足説明215頁以下も参照。

92条)を維持するものとする」乙案が示され<sup>43)</sup>、それぞれの立場を支持する意見の応酬がみられた。

甲案および乙案を支持する理由としては、第一ステージで示されていたのと同様の理由のほか<sup>44)</sup>、慣習の認定に伴う実務的な考慮から乙案の方が望ましいという理由づけの当否が問題となった。それによると、まず、裁判実務では、慣習の認定にはしばしば困難が伴うことから、当事者の意思的な要素を介在させることにより、比較的容易に判断することが可能になるとして、乙案を支持するという意見が示された<sup>45)</sup>。

これに対しては、次の二つの観点から、疑問が示された。第一に、そこで当事者の意思的要素といわれるのは、「慣習による意思」ではなく、具体的な法律関係の内容に関する意思であり、それが認定できるのであれば、当事者の意思どおりに法律関係が確定されるだけであって、慣習の問題ではない。慣習の内容が明らかにならなければ、乙案でも適用の余地はないはずである<sup>46)</sup>。第二に、当事者が「慣習による意思」を有すると認められる場合は、それによるのは当然のことであり、問題は、そのような意思が明確ではない場合である。従来判例は、当事者が特に反対の意思を表示していない場合に、「慣習による意思」を有すると推定し、「慣習による意思」を立証する必要はないとしていることからすると<sup>47)</sup>、むしろ甲案の方が裁判実務と適合的である<sup>48)</sup>。

このほか、ヨーロッパ契約法原則1:105条にならって、当事者が明示的または黙示的に合意した慣習のほか、当事者と同じ状況にある者ならば一般に適用されると考えるであろう慣習であって、それを適用するのが不合理でないものが当事者を

拘束するという考え方を支持する甲案の修正案も示された<sup>49)</sup>。しかし、これに対しては、合理性の基準を示すことが難しく、紛争の解決が複雑になり、コストがかさむことになるという意見も示された<sup>50)</sup>。

以上を受けて、第64回会議では、中間試案のたたき台として、「法令中の公の秩序又は善良の風俗に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を表示したときは、その慣習に従うものとする」ことが提案された<sup>51)</sup>。しかし、これに対しては、積極的な意思表示をしないかぎり、慣習によることができないことになり、現行法と比べても厳しすぎるという問題が指摘され、「法律行為に関して慣習があるときは、その慣習に従う」とし、「ただし、当事者がその慣習と異なる意思を表示したと認められるときは、この限りでない」と定めることが提案された<sup>52)</sup>。

しかし、その結果、第70回会議(2013年2月19日)では、中間試案のたたき台の修正案として、この論点を検討課題から外すことが示され<sup>53)</sup>、中間試案では、この論点は取り上げられないことになった。

### (3) 改正の課題

以上のように、現行民法92条については、91条と異なり、改正の方向性について意見が対立し、コンセンサスが得られる見込みが乏しいと判断された結果、検討課題から外されることになったと考えられる。特に、上記の甲案については、「実務的な観点からの批判」が強かったことが重視されたようである<sup>54)</sup>。

しかし、現行民法92条をそのまま維持するなら

43) 前掲注31) 部会資料27 12頁以下。

44) 甲案を支持するものとして、前掲注32) 第30回会議議事録37頁以下(山本敬幹事)、乙案を支持するものとして、同39頁(山野目章夫幹事)、39頁以下(中井委員)、40頁(山川幹事)、41頁(松本恒雄委員)等を参照。

45) 前掲注32) 第30回会議議事録38頁(岡崎克彦幹事)、40頁以下(村上正敏委員)、41頁以下(岡崎幹事)、42頁(村上委員)、42頁以下(岡崎幹事)、43頁(永野厚郎委員)。

46) 前掲注32) 第30回会議議事録42頁・43頁(道垣内弘人幹事)。

47) 大判大正3・10・27民録20輯818頁、大判大正10・6・2民録27輯1038頁。

48) 前掲注32) 第30回会議議事録39頁(深山雅也幹事)、40頁(笹井朋昭関係官)、41頁(山本敬幹事)。

49) 前掲注32) 第30回会議議事録43頁以下(高須順一幹事)。

50) 前掲注32) 第30回会議議事録44頁(永野委員)。

51) 前掲注33) 部会資料53 2頁以下。

52) 前掲注34) 第64回会議議事録10頁・11頁(潮見幹事)、14頁(松岡久和委員)のほか、15頁(中田裕康委員)も参照。

53) 法制審議会民法(債権関係)部会資料58 (<http://www.moj.go.jp/content/000107835.pdf>) 2頁のほか、法制審議会民法(債権関係)部会第70回会議議事録 (<http://www.moj.go.jp/content/000114930.pdf>) 3頁(山本敬幹事・筒井幹事)も参照。

ば、法適用通則法3条との関係が不明確なまま残ることになる。慣習の効力という法体系の根幹にかかわる基本問題について、立法の態度が不明な状態が続くことは、やはり問題といわざるをえない。

上述した慣習が任意法規に優先するという甲案の考え方は、私的自治の思想から基礎づけられるものである。「自分たちにかかわる事柄は自分たちで決める」と考えるならば、より小さな社会単位でそのような決定がおこなわれ、その積み重ねの結果として慣習が形成されているときには、それを尊重することが要請されるからである。実際、任意法規は、個人の意思でそれに反することを許すのに対して、慣習は、多くの人の意思にかなうものなのに、任意法規に反することを許さないとみるのは、整合性を欠いている<sup>54)</sup>。これに対して、それは「一種の肥大化した部分社会論」であり、「なぜ民法の任意法規よりもそちらのほうが重い価値が置かれるのかということについては、なお理論的な面で考究を要する部分がある」という意見も示されている<sup>55)</sup>。しかし、実際に慣習がある場合でも民法の任意法規を優先させるという考え方は、中央集権的な国家観か、正義を体現した民法の規定が人々の意思に優先するという思想に帰着し、私的自治の思想からは容認することができない。

実際の裁判例をみても、慣習の存在が認定されたときは、当事者の一方が慣習の存在を知っていた場合はもちろん、知らなかった場合でも、慣習による意思を有しなかった、ないしは慣習によらない意思があったと認めることはできないとして、慣習の適用を認めるケースがほとんどであ

る<sup>57)</sup>。慣習の存在を認めながら、慣習による意思を有していたと認められないとした裁判例は、ほとんど存在せず、そこでも、慣習の内容が一方当事者の権利の行使を不当に妨げるものであった——これは公序に反すると評価することが可能である——ことが決め手とされている<sup>58)</sup>。否定例では、慣習の存在が認められないとするものが圧倒的多数である<sup>59)</sup>。「慣習」として認められるためには、一方当事者が属する集団で反復継続して一定の取扱いがおこなわれているだけでは足りず、他方の当事者をも拘束する規範として受容可能なものであることが必要となる。このように考えるならば、上述した甲案でも、従来の実務を受けとめることが十分可能だといべきだろう。

## 終わりに

法律行為通則に関する改正の現況と課題の検討は、以上のとおりである。中間試案に対して寄せられたパブリック・コメントの結果も出そろい、法制審議会では、要綱の作成に向けた審議が進められつつある。本稿の検討が、より良い改正をおこなうための一助となれば幸いである。

(やまもと・けいそう 京都大学教授)

54) 前掲注4) 中間試案補足説明6頁以下を参照。

55) 前掲注1)『基本方針』21頁以下、前掲注1)『詳解I』68頁を参照。これは、補完性原則(principle of subsidiarity, Subsidiaritätsprinzip)として、EUにおいて特に重視されている考え方に対応する。

56) 前掲注32) 第30回会議議事録39頁(山野目幹事)。

57) 東京地判昭和25・2・17下民集1巻2号229頁、大阪地判昭和25・3・25下民集1巻3号401頁、京都地判昭和27・8・8下民集3巻8号1113頁、東京高判昭和34・6・23下民集10巻6号1324頁、東京地判昭和36・1・17下民集12巻1号16頁、大分地判昭和36・11・6下民集12巻11号2670頁、東京地判昭和36・12・18下民集12巻12号2984頁、東京地判昭和36・12・18判時287号17頁、静岡簡判昭和37・9・3判時316号21頁、最判昭和39・9・18集民75号265頁、東京高判平成10・8・4判時1667号131頁等を参照。積極的に慣習による意思があったことを認めているケースとして、例えば、東京地判平成17・12・20 2005WLJPCA12200002(Westlaw Japanのデータベースによる)、東京地判平成18・1・13判タ1219号259頁(いずれも大学における定年延長の慣行に関するケース)等がある。

58) 名古屋高判昭和53・2・27判時898号63頁(相続預金の払戻請求は共同相続人全員でしなければならないという銀行実務上の取扱いに関するケース)。

59) 例えば、東京地判平成3・8・7判時1403号113頁は、労働関係において、同種の行為または事実が長期間反復継続しておこなわれていても、労働条件についてその内容を決定する権限ないしその取扱いについて一定の裁量権を有する者が規範的意識を有していたことが必要であるとして、慣習の成立を否定している。