

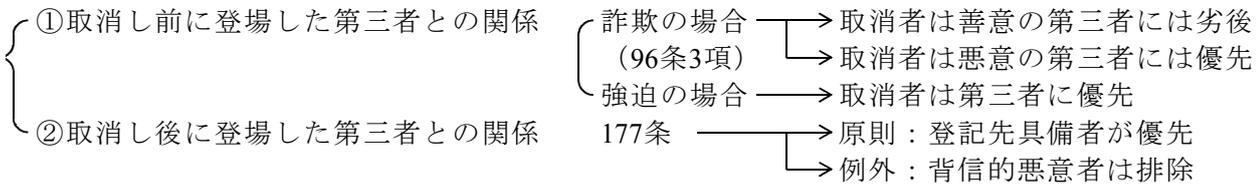
## 第11回 法律行為の自由と制約(1):強行法規違反・公序良俗違反

2013/05/17・20

松岡 久和

### 詐欺・強迫と第三者の部分的要約的再掲載

判例の立場



学説の見解

- ①無権利の法理・取消しの遡及効の徹底⇒取消し前後を問わず、96条3項、94条2項などを類推適用・善意の第三者の保護
- ②対抗問題処理・取消しの遡及効の制限の徹底⇒取消可能時以前は96条3項の適用場面以外、177条を適用・(背信的)悪意者の排除

### 強迫と詐欺との差異の整理

- ・強迫の被害者の要保護性が高く帰責性は低い⇒第三者の強迫の場合の善意の相手方や、取消し前の善意の第三者を犠牲にしてでも被害者を救済

### 【序】(E129頁、佐183頁)

- ・法律行為独自の有効要件を問題とする意味
- ・法律行為の実現要件 ①内容の確定性 ②内容の実現可能性
- ・法律行為の内容規制 ①適法性 ②社会的妥当性

### 【法律行為の内容の確定性と実現可能性】(E130-131頁、佐183-187頁)

- ・解釈によっても内容を確定できない法律行為は無効  
大阪地判平成8年6月7日交通民集29巻3号865頁（人損に言及せず「運転手Aは本件について異議申立てをしない」とした事故直後の和解契約を不成立とした例）

**Case 11-1** Xは、Yが所有しAに預けてある古美術品の壺を300万円でYから購入する契約を結び、翌日Bに350万円で転売する契約を結んだ。次の場合、XはYに何を請求できるか。

- 1) 契約前日に壺が破損していたが、Yがそれを知らなかった場合
- 2) 契約前日に壺が破損していたが、Yがそれを知っていて黙っていた場合
- 3) 契約後引渡前に壺が破損した場合
- 4) 引渡し後に、その壺がYの主張したような古美術品でないことがわかった場合
- 5) 壺が実はYの所有物ではなく、Aの所有物であるとわかった場合

- ・原始的客観的不能の契約—**原則** 無効 ←効力を与えても無意味  
**例外** 瑕疵担保責任(570条)：解除 and/or 損害賠償  
※不能か否かは法律上の障害などを含む。社会通念による法的な判断
- 原始的主観的不能の契約—有効(560条以下) / 引き渡されれば192条  
※客観的・主観的、とりわけ「主観的」という用語法に注意
- 後発的不能の契約
  - 債務者無責→債務消滅・免責→危険負担(534~536条)
  - 債務者有責→債務不履行→損害賠償(415条)・解除(543条)
- ・不能・無効な契約の後始末
  - ①履行済の給付の不当利得返還債務の発生(703・704条)
  - ②契約締結上の過失 *Culpa in contrahendo* による信頼損害賠償債務の発生

**【法律行為の適法性: 強行規定違反】** (E130-134頁、佐187-194頁)

**Case 11-2** 高病原性鶏インフルエンザウィルスを理由に一定範囲内の卵の搬出等が禁止されていたが、XはYとの間でY所有の鶏舎から非感染卵を大量に安く購入する契約を結んだ。ところが、買い控えが予想以上に広がって卵の値段はさらに急落して売れなくなった。そこでXは、売買契約の無効を主張して卵の引き取りを拒絶し、支払済の代金の返還を求めた。どうなるか。

**1 強行規定違反→無効** (二元説 (通説) ; 91条の反対解釈) ←→一元説 ; 90条の問題

- ・ **強行規定** (強行法規) 公の秩序に関する規律で違反すると私法上無効となるもの
- ・ **任意規定** (任意法規) 公の秩序に関しない規定で当事者が別の定めをしてよいもの

・ 強行規定か否かの判断

① 明文の規定 **例** 146条・175条、利息1条1項

※逆に任意規定であることが明記された規定も多数ある **例** 404条・474条1項etc.

② 規定の趣旨

**強行規定の例** 家族法などに多い基本的な社会秩序に関する規定

物権法に多い第三者の信頼や取引の安全を保護する規定

経済的・社会的弱者の利益を守るための規定

※弱者保護型の規定では、**片面的強行規定**が多い。

**例** 借地借家法9条・16条・21条・30条・37条、特定商取引法9条8項・24条8項・40条4項

**任意規定の例** 債権法の規定の多く←契約自由の原則・デフォルトルール性

※具体的規定が強行法規か否かの判断はときに難しい。

P II 260 (七人のヨットクラブ事件; 脱退を認めない組合の契約条項は無効。678条参照)

**2 取締規定に違反する法律行為の効力**

- ・ **取締規定** : 行政取締目的から一定の行為を禁止・制限する規律。刑事罰・行政罰・免許取消等の制裁を置いて、私法上の契約の効力を明記しないものが多い。

※私法上も無効とする例 (国土14条3項) - 効力規定

・ **総合判断説** (判例・通説)

基本的出発点: **公法私法二分論**

判断枠組: ①規定目的、②違反行為の非難性、③取引の安全、④当事者間の信義・衡平などを個別事例毎に総合考慮して判断

**具体例** **名板貸** = 名義貸: 免許制に反して無効

無免許・無許可の取引行為 **原則** 有効 P I 62 (食品衛生法の営業許可を得ない食肉販売)

**例外** 弁護士等公共性の強い資格違反は無効

取引内容規制違反 **原則** 有効 P I 63 (導入預金)

P I 64 (拘束預金。ただし利息制限法適用)

**例外** 相手方保護目的の規定違反では無効とする傾向

・ **履行段階説** : 契約実現に対する私法 (裁判所) の役割を重視

(a) 未履行の場合 - 有効だが履行不能で解除可能、既履行の場合 - 有効 (川井)

(b) 未履行の場合 - 無効、既履行の場合 - 総合的判断 (磯村)

※磯村説は公法私法二元論から**公法私法相互依存論**に基本的姿勢を転換

・ **経済公序説** (大村) : 規定目的の重視、公法私法相互依存論を推進

**3 脱法行為**

・ **脱法行為** : 直接的には強行法規に反しないが実質的に禁止を潜脱する行為

・ 明文で脱法行為を実質的に無効として特別の処理を行う場合 (**例** 利息3条のみなし利息) 以外が問題

・ 3つの対応 ①法律行為解釈により強行法規を直接適用して無効

**例** 賃貸借契約 (リース) という名目による割賦販売規制の潜脱

②強行法規を拡張・類推解釈して無効

**例** 恩給法11条の譲渡・担保提供禁止に反する代理弁済受領契約

- ※公序良俗違反（90条）によって無効とされる可能性も有
- ※立法的対応の例として無限連鎖講防止法2条の改正（昭和63年）
- ③合理性を認めて例外的に有効とし、別の規制を適用
  - 例 物権法定主義（175条）・代理占有質禁止（345・349条）に反する動産譲渡担保  
←動産担保制度の不備を補う社会的要請の重視・担保としての清算義務の強制

#### 4 強行法規違反の法律行為の効力

- ・無効。法律行為全体を無効とする場合と一部無効とする場合がある←法目的次第
  - 全部無効の例 物資統制法規違反、無限連鎖講防止法違反etc
  - 一部無効の例 弱者保護型規律の多く：違反する条項だけ無効（質的一部無効）  
価格統制法規違反、利息制限法違反、身元保証法（量的一部無効）

### 【社会的妥当性】（E134-137頁、佐194-202頁）

#### 1 公序良俗違反→無効（90条）

- ・意義：強行法規違反に該当しなくても社会的妥当性を欠く法律行為を規制
- ・性格：受け皿的役割を持つ一般条項（白地条項）：柔軟性・開放性←→安定性

#### 2 公序良俗違反の具体例と最近の傾向

##### 2-1 公序良俗違反の分類と具体例

##### ①犯罪やこれに類する社会的非難性の高い行為

例 密輸・談合・贈収賄・裏口入学斡旋

- ・動機の不法：不法な行為を知りつつ手を貸す・それ自体は非難性のない行為も無効

PI 59（賭博による債務の弁済のための金銭貸与）

※当然してはならないことやなすべきことに対価を支払う契約も無効（132条参照。みかじめ料等）

##### ②婚姻秩序や性道徳に反する行為

例 愛人契約 ←→ 重婚の内縁 ※社会の意識の変化が著しい領域

PI 51（自分の死後の愛人の生活保全目的で妻子の生活基盤を脅かさない程度の包括遺贈は有効）

※不倫関係を維持するための贈与は無効だが、清算するための贈与は有効

##### ③加害目的で行う行為

例 未登記第一譲受人を困惑させ不当な利益を得る目的でなされた第二譲渡契約

最判昭和36年4月27日15巻4号901頁（PI 242関連判例④）

※後に背信的悪意者排除論に解消

##### ④自由を不当に拘束する行為

例 芸娼妓稼働契約、長期にわたる契約、限定のない競業禁止特約

PI 52（芸娼妓稼働契約のみならず前借金の消費貸借契約も無効）

PI 53（競業禁止特約も合理的な範囲では有効。ただし現在では代替措置がないと無効）

PI 58（ホステスの保証契約有効判決。ただしこの事例は特殊）

※判例の抽象論の射程には注意！

最判平元・12・14民集43巻12号2051頁（労働基本権を不当に制約するユニオンショップ協定）

##### ⑤合理的な理由のない差別的取扱い

最判昭56・3・24民集35巻2号300頁（日産自動車男女定年差別事件）

PI 57（男女不平等の沖縄の入会慣行）

##### ⑥暴利行為：他人の無知・軽率や窮状につけこんで不当な利益を得る行為

例 担保丸取り、過大な違約金条項、異常な高利貸し

※契約全体を無効にする必要は相対的に低下

←担保権者の清算義務、利息制限法の利率規制、消費者保護関連法の違約金規制

- ・商工ローン等の問題で契約自体を無効とする貸金業法42条の2を追加（2003年）

##### ⑥' 詐欺まがい商法（現代型暴利行為）

例 ペーパー商法、靈感商法、原野商法、非公設市場金地金先物取引（PI 55）、ネズミ講

##### ⑦優越的地位を濫用する行為

例 不合理に長い試用期間を定めた雇用契約、保険契約における専属的合意管轄  
事故などの場合の不合理な責任制限条項

⑧その他、取締法規違反などに加え、行為態様がとくに非難性の高い場合

判例 P I 54 (食品衛生法違反有毒アアレ事件)

P I 56 (山一証券損失補填特約事件：証券市場の価格形成機能を歪め証券取引の公正と証券市場に対する信頼を損なう反社会性の強い行為)。なお基準時問題についてP I 65は行為時だとする。

P I 61 (鉱業法17条(当時)に反する斤先掘契約：滝沢コメントは一般論として疑問とする)

## 2-2 最近の傾向

- ①倫理・道徳的問題から経済活動に関する問題への重点移行
- ②法令違反を加味する判断の増加
- ③個人の権利・自由の保護に関する事例の増加

## 3 「公序良俗論の再構成」(山本敬)

- ・伝統的な類型論には基本的視点が欠けると批判
  - ・基本的視点：不当介入の禁止 vs 基本権保護・支援：介入の正当化根拠という視角  
国家の基本権保護義務構想：過少保護禁止・過剰介入禁止や比例原則
  - ・新たな類型の提唱
- { (a) 法令型公序良俗
- (ア) 政策実現型公序良俗 法令の政策目的を重視、目的達成のための手段としての無効の不可欠性や比例原則
  - (イ) 基本権保護型公序良俗 法令の基本権保護目的を重視
- (b) 裁判型-基本権保護型公序良俗 自己決定権・契約の自由などを広く取り込む

## 4 公序良俗に違反する法律行為の効力

- ・無効：全部無効と一部無効
- ・なされた給付の返還も請求できない場合がある(703条の例外則としての708条：不法原因給付) - 給付受領者の不法性がより高い場合には返還請求が可能(708条ただし書)

### 【参考文献】

ハイン・ケッツ(潮見佳男=中田邦博=松岡久和訳)『ヨーロッパ契約法I』第9章〔中田邦博〕297-327頁(法律文化社、1999年)

大村敦志『契約法から消費者法へ』(東京大学出版会、1999年)

山本敬三『公序良俗論の再構成』(有斐閣、2000年)