

契約内容規制の効果と一般予防原理 (1)

中 川 敏 宏

- 一. 問題点所在
- 二. 良俗違反の効果論と一般予防原理
 1. 法律行為の一部無効論
 2. 良俗違反の効果をめぐる判例の状況
 - 2-1 信用暴利の場合の判例理論
 - 2-2 量的可分性を認める裁判例
 3. 学説の対応
 - 3-1 不当利得法によるアプローチ
 - 3-2 無効範囲の縮減によるアプローチ
 - 3-3 折衷的なアプローチ
 4. 小括(以上, 本号)
- 三. 約款条項の一部無効問題と一般予防原理
- 四. むすび

一. 問題の所在

わが国において、近時、契約の内容規制に関して活発な議論が展開されている。とりわけ、暴利行為・公序良俗論¹⁾や不当条項規制をめぐる議論²⁾の深化はめざましい。このような傾向の中で、契約内容規制の要件面の柔軟化が図られるとともに、一部無効・相対無効を認めるという形で効果面の柔軟化も図られ、全部無効・絶対無効という伝統的な無効の理解に対する修正が行われつつある³⁾。効果面に関わる議論の中では、さらに、不当な契約又は条項の使用を「予防」するため、あるいはそのような使用に対する「制裁」として、契約又は条項の全部無効を承認すべきであるという見解が有力に主張されている⁴⁾。

例えば、能見善久教授は、違約金・損害賠償額予定条項の内容規制に関して論じる中で、全部無効型公序良俗違反と均衡回復型公序良俗違反とを区別して、前者の場合には公序良俗違反の主観的要件を要求し一般予防的見地から全部無効がもたらされるのに対して、一部無効がもたらされる後者の場合には客観的要件のみで足りると主張される⁶⁵。また、河上正二教授は、不当条項の一部無効問題に関して、「約款使用者が条項の設定に際して、たとえ規制の網にかかったとしても、ぎりぎり有効と見られるまで内容を制限されるに過ぎないと期待するならば、彼はひとまず包括的に自己に有利で悪質な条項を選ぶことになりかねない」との「政策的配慮」から、約款条項の全部無効を認めるべきであるとされる⁶⁶。

これらの見解は、要件論と効果論とを結び付けて理論を展開している点や団体訴訟のような一般予防的制度を有さないわが国において個別訴訟の中で不当な契約に対する一般予防的な観点を配慮しうることになる点など、きわめて興味深い主張を含むものである。しかしながら、他方で、そもそも私法において一般予防ないし制裁といった観点が考慮されるべきなのか⁶⁷、わが国の判例が契約内容規制の手法として契約解釈（合理的解釈、修正的解釈、例文解釈）を活用することで契約内容の修正をしている点をいかに考えるべきか⁶⁸、契約をできるかぎり維持すべきであるという要請との関係をいかに考えるべきか⁶⁹、全部無効という効果は契約自由の原則に対する過度の介入になるのではないか⁷⁰といった問題点も残されている。このような問題の検討は、今日まで繰り返し議論されてきたいわゆる法律行為の一部無効論を検討するに際しての重要な視角であるように思われる。

以上のような問題意識から、本稿では、契約内容規制の効果として、果たして一般予防的ないし制裁的な契約又は契約条項の全部無効が認められるべきかという問題の検討を試みる。とりわけ、一般予防的な全部無効に好意的な近時の学説が参照するドイツ法における議論を素材にし、ドイツにおいていかなる法的背景の下でかかる議論が展開され、今日どのような方向にあるのかを考察することとする。以下において、契約全体の効果との関連で、良俗違反の効果に関する議論を（二.）、不当条項の効果との関連で、約款条項の一部無効問題に関する議論を（三.）それぞれ個別に考察した上で、契約内容規制に際して、その効果面で一般予防原理が考慮されるべきかについて検討していくこと

とする。

二. 良俗違反の効果論と一般予防原理

1. 法律行為の一部無効論

良俗違反の効果論において一般予防原理がどのように考慮されているかを見る前に、ドイツ法における法律行為の一部無効の議論について若干の言及が必要である。ドイツ民法(以下、BGBと略記)は、わが国と異なり、法律行為の一部無効に関する一般規定を有する。BGB139条は、「法律行為の一部が無効である場合において、その無効な部分を欠いても当該法律行為が行われていたであろうと認められないときには、当該法律行為全部が無効である。」と規定し、法律行為の一部に無効原因がある場合に原則として全部無効をもたらすとしている。本条は、中世以降一般化され普通法によっても継受された「有益なものは無益なものにより害されない(*utile per inutile non vitiatur*)」の原則⁹⁸から離反するものであり、当事者がもともと意図していなかった残部のみの効力を認めるよりも、行為をすべて無効にさせ、新たに行為させる方が当事者意思に適うとの趣旨によるものである⁹⁹。しかしながら、かような個人意思の過程の尊重に基づく全部無効原則は、民法典制定後の判例・学説により大幅に修正がなされた。すなわち、判例は多くの場合に有効な残部の効力を維持させる判断を示しており、学説も強行法規の保護目的を優先させることでBGB139条による全部無効を認めないと解したり(法規目的に対するBGB139条の補充性)¹⁰⁰、同条の判断基準を客観化する(仮定的意思の判断において両当事者の利益衡量を行う)ことで、事実上原則と例外とを逆転させている。また、約款法領域では、古くから判例・学説において、BGB139条の適用が排除されており、1976年に制定された約款規制法(以下、AGBGと略記)は、約款が組入れられなかった場合又は無効である場合でも、契約の残部は有効である旨規定するに至った(AGBG 6条¹⁰¹)。

以上のような一部無効・契約維持の傾向が認められるとしても、良俗違反の効果として一部無効が認められるかについては、さらに問題がある。というのは、BGB139条が適用されるためには、法律行為の可分性(*Teilbarkeit*)が必要とされているからである。法律行為の「一部」のみ無効である場合に限り同条は

適用される。消費貸借における利息の定めが暴利的である場合や不当に長い契約拘束期間が定められている場合に、それらの定めの中の良俗違反部分と良俗適合部分とを分割することができるのか。この問題は、「量的可分性(quantitative Teilbarkeit)」の問題として、ドイツ法において古くから争われてきたテーマである⁹⁸。量的可分性が認められなければ、BGB139条の適用がないうえに、良俗違反に関するBGB138条⁹⁹がその効果として単に「無効(nichtig)」としている(法規違反に関するBGB134条¹⁰⁰には文言上nichtigに対する留保があることと対照的)ことから、良俗違反の場合に一部無効が認められないことになりそうである。この点につき、量的可分性や効力維持的縮減を原則として否定する立場は、一般予防原理を強調しつつ、裁判官の契約改訂権に対して消極的な傾向を示す。逆にそれらを肯定する立場は、一般予防原理に対して消極的な傾向を示しつつ、裁判官の契約改訂権を積極的に認める。以下、この問題についての判例・学説の状況を概観する。

2. 良俗違反の効果をめぐる判例の状況

まずは、判例の状況について見る。その概略をあらかじめ示すと、信用暴利(Kreditwucher)の場合には、消費貸借契約の全部無効を前提とし、(無効な)消費貸借契約所定の貸付期間が徒過するまで、暴利者による貸付金の返還請求を認めず、その間、被暴利者は無利息で当該貸付金を利用することができる(≪全部無効→元本返還制限・無利息供与≫)。その根拠として不法原因給付に関するBGB817条2文¹⁰¹の刑罰的・一般予防的性格を持ち出している。それに対して、賃料暴利(Mietwucher)や賃金暴利(Lohnwucher)の場合には契約の一部無効を認め、契約を維持するとともに、暴利者による一定額の賃料・賃金の請求を認めている。また、不当に長い契約拘束期間を定める契約などの場合にも、契約の一部無効が認められている。つまり、量的可分性が否定される信用暴利のケースとその他のケースとで一見すると矛盾が生じているかの如き様相を呈している。後に見る学説からの批判の矛先は主にこの点に向けられている。

2-1 信用暴利の場合の判例理論

信用暴利の効果に関する「全部無効→元本返還制限・無利息供与」という今日の連邦通常裁判所（以下、BGHと略記）の判例理論は、戦前のライヒ裁判所（以下、RGと略記）の判例理論を継承するものである。RGは、当初、消費貸借契約の全部無効を前提として、BGB817条2文により、暴利者による貸付元本の返還請求権を完全に否定していた⁹⁹。しかし、それでは貸付元本がそのまま被暴利者の手に転がり込むことになってしまうことから、以下で示すとおり、RGは、判例を変更し、消費貸借の場合における「給付」概念を限定的に解釈することで、（ほんらいは無効な）消費貸借契約所定の貸付期間経過後は、暴利者は貸付元本の返還を求めることができる、という考え方を示した¹⁰⁰。さらに、貸付期間内は被暴利者が無利息で元本を利用しうるとし、その理由として、BGB817条2文の刑罰的性格を持ち出している。

【RG Beschl. vom 1939.6.30】¹⁰¹

第5民事部からの問題呈示を受けて、民事部大部が決定(Beschluß)を下したものである。とりわけ問題は、消費貸借契約がBGB138条2項により無効である場合に、暴利者たる貸主からの元本返還請求がBGB817条2文により排斥されるのかにあった。

本決定は、まずはじめに、暴利的な消費貸借契約が法律上許されうる程度にまで制限され維持されうるのかについては問題にする必要がないとし、全部無効を前提としてBGB817条2文の適用可能性に関して述べている。そこでは、消費貸借の場合における暴利者による給付とは何かが問題にされ、消費貸借の場合には、金銭その他の代替物が返還義務を伴いつつ受領者に移転されるのであって、その中に含まれた価値が一定の時間内での利用のために移転されているのである。つまり、貸付金を交付するということは、受領者の財産を当該元本分だけ永続的に増加させることではなく、貸付金の一時的な利用のみが受領者に供与される。よって、借主による後の金銭の返還は、貸付金の受領に対する反対給付ではなく、反対給付関係の立つのは、時間的制限を受けた元本の利用と利用報酬である。以上のような論理で本決定は「給付」概念を限定した¹⁰²。このことから、「暴利者は、被暴利者に対して、当該行為が有効であった場合と同じ期間、つまり、期間の定めのある消費貸借の場合には当該所定期間、そ

うでない場合には合意された又は法律上の解除に従って、元本を委ねなければならぬ」とされた⁹³。

次に、本決定は、元本の返還が認められない期間において、利息その他の報酬を求める暴利者の請求権は存在しないとする。その理由として、利用報酬の合意が無効なために脱落することに加えて、「民法領域における刑罰規定 (Strafvorschrift) としての本規定 (=BGB817条2文, 注筆者) の意義から、暴利者が非難されるべき行為によって過度に得ようとした収益についての消極的損害という不利益を暴利者が受けることになる」ために、法定利息の請求も BGB818条1項⁹⁴による収益の返還請求も認められない、という⁹⁵。

このような構成に基づいて、本決定は≪全部無効→元本返還制限・無利息供与≫という考え方を導いている⁹⁶。さらに、「暴利者が被暴利者に元本を一定の期間無利息で供与しなければならないという事情は、暴利者にとって、自己の責めに帰すべき行為のリスクを増加させる」と述べて、このような理論構成は暴利者に対する「威嚇(Abschreckung)」になることを指摘しつつ、同時に、被暴利者の側が自己の義務を履行しない口実として、暴利行為による無効の主張を持ち出すことを防止することもできるという。

以上のRGの判例理論はBGHによっても基本的に受け継がれている⁹⁷。もっとも、必ずしもBGB817条2文の刑罰的性格が強調されているわけではなく、中には、「BGB817条2文が法律上の原因の欠如を埋め合わせる (§ 817 S. 2 ersetzt den fehlenden Rechtsgrund)」ことから、元本の返還が制限される期間内の収益は借主に帰属すると述べるものや⁹⁸、「かりに暴利者に原則的に通常利息の請求が認められねばならないとすれば、暴利者は何らのリスクを負うことなく活動しうることになる」と述べ、刑罰的というよりむしろ一般予防的な見地から暴利者の報酬請求権が否定するものもある⁹⁹。さらに、RGは、古くから、暴利行為の主観的要件を緩和した「暴利類似行為(wucherähnliches Geschäft)」を承認し、「故意又は重過失によって、相手方が単にその地位の困難さからのみ自己に負担となるような条件に服したということの認識を欠く」場合でも、BGB138条1項により行為を無効としてきたが、BGHは、その主観的要件をさらに緩めて、相手方が劣等な地位にあることを「過失」によって認識しなかった場合でもよいとした。このような主観的要件の緩和は、要件面のみならず効果面でも生じ、BGB817条2文の主観的要件は、良俗違反に対する「過失」に

よる認識の欠如でもよいとされた⁹⁰。このような拡張は、当然ながら、暴利者（とくに銀行などの金融関係）に不利に働くことになる。

2-2 量的可分性を認める裁判例

以上で見た信用暴利の場合とは異なり、様々なケースで判例は量的可分性（一部無効）を認めている⁹¹。

(1) その他の暴利行為のケース

まずは、賃料暴利(Mietwucher)の場合である。賃料暴利の場合に量的可分性を認めたBGH判決として、以下のものがある。

【BGH Beschl. vom 1984.1.11】⁹²

原審からの問題呈示に基づいて、BGHが決定を下したものである。問題は、過度の賃料の釣り上げ(Mietpreisüberhöhung)のために経済刑法5条⁹³・BGB134条に反する賃貸借契約が、当該地域の平均的賃料(ortsübliche Vergleichsmiete)を超える限度で無効なのか、平均的賃料を本質的な程度を超えた基準（つまり同法5条で不法とされる基準、いわゆる「本質性の限度(Wesentlichkeitsgrenze)」）を上回る部分のみが無効となるのか、であった。この点に関する従来の下級審判例は、多くが平均的賃料への縮減を認めていた⁹⁴。その理由として、法的にかろうじて許容される本質性の限度への縮減を認めると、平均的賃料を適正な賃料としている法律の目的に反すること、本質性の限度への縮減を認めることは賃貸人から法違反のリスクを取り去ってしまい一般予防的観点から不当であること、が挙げられた。BGHは、そのような下級審判例とは反対に、本質性の限度への縮減を認めた。まず、賃貸借契約全部を否定すれば本法の目的である賃借人の保護に反するという理由で、賃料合意の一部無効が認められること自体問題はない。そして、賃料の縮減がいかなる限度でなされるべきかについては、「一部無効は禁止法規の構成要件の充足を超えて行くものではない。法律が禁じていないものは合法であり、それゆえ、BGB134条による無効の効果を伴わない」と述べつつ、法目的からも本質性の限度への縮減が認められる、と判示した⁹⁵。

その他の暴利行為の態様として賃金暴利(Lohnwucher)があるが、この場合は賃金が不当に低い場合であるので、その結果は、賃金を効力維持的に「拡張」

する (geltungserhaltend extendieren) という形で現れる。賃金暴利の場合には、賃料暴利と異なり、通常賃金への拡張を認めるのが判例の大勢である⁸⁹。

(2) 不当に長い拘束期間を定める契約のケース

ほかに判例が量的可分性を認めるのは、契約の一方当事者を契約へ不当に長く拘束する場合である。このような良俗違反の態様がとくに問題となるのは、ビール供給契約に含まれる不当に長いビール購入義務に関してである。RGは、「BGB139条は、契約の一部の無効の場合に、裁判官による軽減権 (Ermäßigungsrecht) を認めることとなるような権能を知らない」として、量的可分性を否定し BGB139条の準用を否定していたが⁹⁰、BGHは、期間の長さ以外に良俗違反の要素がある場合を除いて、契約拘束期間の不当部分と合法部分との分離を認めて、BGB139条を適用ないし準用し、合法部分での維持を認めている⁹¹。このような判例の考え方は、ビール供給契約の場合以外にも、地上権設定契約における拘束期間の長い不動産購入義務の場合⁹²などで用いられている。

(3) 以上のように多くのケースで量的可分性が肯定されているが、それに対して、BGB140条⁹³によって良俗違反の行為を良俗に適合する形に転換することを「一般予防」的観点から否定する判例があり、注目される⁹⁴。そこでは、「契約の相手方から良俗に反する方法で過大な利得を得た者は、最悪の場合でも裁判官による認定を通じて、かろうじて正当化され、それにより良俗に適合するものを獲得しようと計算することができるとすれば、良俗違反の法律行為は、法律により威嚇された無効の効果を通じてその者に課されるべきリスクを失うことになる」と判示され、良俗違反の行為を良俗に適合する形に転換することは138条の意義・目的としての「一般予防」の要請に反するとされた⁹⁵。

3. 学説の対応

上述の信用暴利の判例理論に対する学説の批判は、暴利行為を認める判例の数が増加するに伴って、とくに1970年代以降、様々な形で生じた。学説上の見解を大きく分けると、信用暴利の場合の《全部無効→返還制限・無利息供与》という判例理論のうち、《無利息供与》の点を修正して、不当利得法上の価額

賠償請求として暴利者からの相当利息の請求を認める考え方（不当利得法によるアプローチ）、《全部無効》の点を修正して、直裁的に契約の一部無効を認める考え方（無効範囲の縮減によるアプローチ）、それらの考え方の折衷的もの（折衷的なアプローチ）がある。

3-1 不当利得法によるアプローチ

(1) 判例理論に対する学説の批判は、当初、不法原因給付に関するBGB817条2文の解釈論を通じて展開された。とりわけ、メディクス(Dieter Medicus)がその代表的な論者である⁴³⁾。

メディクスは、まず、817条2文の適用場面すべてに妥当する統一的な規範目的を追求することを放棄して、個々の場合に依拠して同条2文の規範目的は異なるという立場を採る⁴⁴⁾。その上で、検討対象を「暴利者の給付によって被暴利者の窮地が救われた場合」に限定し、その場合のBGB817条2文の目的は、差し迫った必要性から受領した給付を被暴利者にそのまま保持させることにありと解する。

次に、メディクスは、このような規範目的を前提としても、被暴利者の報酬義務が否定されるわけではないと主張する⁴⁵⁾。被暴利者に暴利者からの給付を保持させることは、対価が不当なものでなければ、有償で保持させても十分に達成できるからである。被暴利者の報酬支払義務を承認する法的構成として、量的可分性を認めてかろうじて法的に許容される限度に縮減する方法が考えられるが、メディクスは、裁判官がそのような限度を見出すことは困難であること及び契約自由の濫用に対するリスクがなくなってしまうこと（一般予防的見地）から、それを採らず、被暴利者の報酬支払義務の法的根拠をBGB818条2文⁴⁶⁾に求める途を採る⁴⁷⁾。つまり、同条2文によると、通常利息の請求を利得の価額賠償として請求しうることとなり、通常利息の認定には裁判官の困難性は伴わないし、さらに一般予防的観点からも妥当であるとする。

以上のメディクスの見解は、学説の多数から賛同を得たが、メディクスの検討対象が「暴利者の給付によって被暴利者の窮地が救われた場合」に限定されているため、そのほかの態様での暴利行為のケースには妥当しないこと⁴⁸⁾、不当利得法によって裁判官による契約改訂を認めることは「契約なき契約改訂(Vertragskorrektur ohne Vertrag)」を認めることになること⁴⁹⁾、価額賠償請求と

は本来の給付の返還請求を継続(Rechtsfortsetzung)させるものであり、そこから報酬請求権は直ちに導かれ⁶⁸ないことなどの批判もある。

(2) BGB818条による価額賠償請求として相当利息の返還請求を、メディクスのように給付利得の返還としてではなく、「非給付利得の返還(侵害利得の返還)」として認める見解もある。フルーメ(Werner Flume)がその代表的な論者である⁶⁹。これによると、給付利得に関するBGB817条2文は相当利得の返還請求を何ら妨げず、同条2文の適用に制限を加える解釈上の問題は生じないこととなる。しかしながら、この説に対しては、貸主が借主に貸付金の使用を供与することも給付利得でいう「給付」にあたるのではないかという批判がある⁶⁹。

3-2 無効範囲の縮減によるアプローチ

以上のような不当利得法上の解釈によって、被暴利者に元本を一定期間保持させつつ、暴利者からの相当利息の請求を認める考え方は、BGB817条2文の適用範囲に関する難問にぶつかってしまう。そこで、近時の有力説は、良俗違反の効果として全部無効を出発点とすること自体を放棄し、より直裁的に、契約の一部無効を認めている。そのような学説の理論構成も多岐に亘っており⁶⁹、ここでは最近の代表的なものを見る⁶⁹。

ここでの見解は、判例・多数説の理論構成に対して、上述の批判のほかに、次のような理論的な批判を投げかけている。すなわち、消費貸借契約が138条により無効であるにもかかわらず、その無効な契約から被暴利者が元本を保持しうる期間を導き出している点は方法論的に不当であること、BGB138条により契約の無効を生じさせるのと同じ事由が、BGB817条2文を介して、契約の事実上の有効を導いていることは不当であること、貸付期間が契約上定められていない場合の解決方法が不明確であることなどである。

(1) 以上のように不当利得法によるアプローチを批判し、無効範囲の縮減によるアプローチを採るものとして、ホンゼル(Heinrich Honseil)の見解がある⁶⁹。

ホンゼルは、まず、歴史的・比較法的分析から、BGB817条2文の適用範囲を極めて限定的に理解する⁶⁹。ホンゼルの理解では、BGB817条2文は、殺人報酬、虚偽の証言のための金員供与、裁判官への贈賄など将来における受領者の不法な行為を誘引する目的での給付の事例(Deliktanstiftung; causa futura)に

限って適用される。よって、暴利の場合などに同条2文の適用はない。判例理論は支持できず、暴利行為の効果に関しては、裁判官による修正ないし適当な条件での維持によるほかないとする。

その方法論としては、無効規範の目的論的縮減(die teleologische Reduktion der Nichtigkeitsvorschriften)によるべきであると主張する⁶⁸。さらに、暴利的な利息をかるうじて良俗に適合する程度に縮減すべきか、それとも通常の平均的利息に縮減すべきかについて、一般予防的観点に基づいて、さらに、古くはラエシオ・エノルミス(laesio enormis)の制度が取引価値への縮減を定めていたことに鑑み、後者によるべきであるとする。いわく、「目の前にある自由の余地を超える者は、その余地を失い、平均的利息をもって満足しなければならない」と⁶⁹。

(2) ホンゼルと同様、無効範囲の縮減によるアプローチを採る最近のものとして、ロート(Herbert Roth)の見解がある⁷⁰。ロートは、量的可分性ないし効力維持的縮減を認めるさまざまな判例を概観して、民法領域と約款法領域とを通じて「効力維持的縮減」が指導原理として確立しているとする⁷¹。ホンゼルの見解と特徴的に異なる点は、信用暴利の効果に関しての具体的な理論構成の違いにある。ロートは、BGB134条に138条に対する優位性を認めつつ、信用暴利の場合をもっぱら法規違反(刑法302a条・BGB134条)として処理する⁷²。当該禁止法規の目的は暴利的な利息を相当な程度に縮減することで実現されうると構成している。これに対して、ホンゼルは、上述のとおり、信用暴利をあくまでもBGB138条違反として捉えている。

3-3 折衷的なアプローチ

以上の不当利得法によるアプローチと無効範囲の縮減によるアプローチとの折衷的な見解として、カナリス(Claus-Wilhelm Canaris)の見解がある⁷³。カナリスは、1983年公表の論文において、法律上の禁止に反する法律行為の効果として、「片面的一部無効(halbseitige Teilnichtigkeit)」という独自の考え方を提唱した。その後、1990年公表の論文の中で、この考え方を契約内容規制の効果全般に妥当させ、そのことを「一般予防原理(Generalpräventionsprinzip)」とそれを修正する「均衡性原理(Verhältnismäßigkeitsprinzip)」という2つの原理から基礎付けた。

(1) 片面的一部無効(halbseitige Teilnichtigkeit)

まず、「片面的一部無効」に関してのカナリスの所説を見よう。当事者の一方のみを保護する法律上の禁止規定に違反する法律行為の効果として、単に絶対無効(Nichtigkeit)を認めると、保護されるべき当事者を契約の不利益から解放するだけでなく、その者から契約の利益まで奪い去ってしまうことになる。その一例として、経済刑法5条・刑法302a条に違反する賃料暴利の場合がある。カナリスは、とくにこの賃料暴利の場合を検討素材として、次のように議論を展開させている。賃料暴利の場合に、賃借人の契約上の権利が奪われないようにする方法として、まず、賃料の効力維持的縮減が考えられるが、これは判例による信用暴利の取扱いと調和しないし、かろうじて法的に許容される程度に縮減することは一般予防的見地から不当である。すなわち、「裁判所は、暴利者を手助けして彼にとって最大限の結果を得させることになり、公正かつ経済的に最善の契約形成に対するリスクを暴利者から取り去ってしまうことになる」。また、通常又は相当な賃料へ縮減することは、理論的に不十分である。法律違反なのは、許容される限度を超えた部分のみであり、通常の賃料を超えた部分ではないからである⁶⁰。そこで、カナリスは、賃料請求権は全部無効であるが、契約のその他の部分は維持されると構成する。全部が無効な賃料請求権は、賃借物の使用収益に関する価額賠償請求権(BGB818条2項)に代置され、それにより通常又は相当な賃料の請求が貸主に認められる。他方で、借主は、(有効な)契約上の請求権を保持し、賃借物の使用権限や契約上又は法定の契約告知権を有することとなる⁶¹。カナリスは、このような「契約上の請求権と不当利得返還請求権から成る所有権的な混合物(ein eigentümliches Mischgebilde aus Vertrags- und Bereicherungsansprüchen)」のことを「片面的一部無効」と呼ぶ⁶²。そして、このような一見すると奇異な理論には、賃料請求権に代置する価額賠償請求権をBGB817条2文による制約に服さしめうるという長所があるという。つまり、暴利者が法律違反の認識がある場合あるいは故意の認識欠如がある場合には、価額賠償請求は認められなくなり、これにより信用暴利の場合との均衡が図れることになる。このようなことは賃料の効力維持的縮減では不可能である⁶³。

以上のように、カナリスは、「片面的一部無効」の理論を唱える中で、BGB 817条2文の適用に一定の正当性を認めている。もっとも、なにゆえそれが正

当化されるのかについては、信用暴利の場合との均衡ということ以外に十分な説明はなされていない。この点の積極的・理論的な基礎付けは、後の1990年論文においてなされた。

(2) 一般予防原理と均衡性原理

上述したとおり、カナリスは、1990年論文において、先に提唱した「片面的一部無効」の理論を、法規違反としての賃料暴利だけでなく、良俗違反としての信用暴利の場合にも妥当させる解釈論を展開している⁶⁸。

まず、カナリスは、BGB817条2文の法的意義を「一般予防(Generalprävention)」と考える立場を採る。たしかに、BGB817条2文の刑罰的性格を強調することは、刑罰が偶然性に左右されたり、過責と刑罰の大きさとの均衡性が欠ける場合が多いことからして、十分なものではないが⁶⁹、刑罰の機能のうちの「一般予防」という側面はBGB817条2文の法的意義として適切であるという⁷⁰。判例が刑罰的性格を強調している点を「一般予防」の観点から理解してそれを支持するのである。

次に、判例理論がBGB817条2文の適用に際して主観的要件を要求している点、「給付」概念を限定的に解釈している点も、一般予防原理を修正する「均衡性原理(Verhältnismäßigkeitsprinzip)」から見て、適切であると理解している。まず、主観的要件の要求は、立法者意思に合致するだけでなく⁷¹、一般予防に対する「均衡性原理」の顕れとして理解しうるとする⁷²。たしかに、一般予防は、刑罰とは異なり、過責とサンクションとの厳格な均衡性を要求しないが、著しく過度に均衡を失うものであってはならない。私法においてもまた、均衡性原理をその基礎に置いている。また、給付概念の限定的解釈も、「均衡性原理」という観点から理解しうる⁷³。

以上のように、カナリスは、信用暴利の判例理論を「一般予防原理」と「均衡性原理」という観点から承認しつつ、賃料暴利の場合には先に提唱した「片面的一部無効」の理論を同じ観点から採用している⁷⁴。「一般予防原理」と「均衡性原理」という観点の下で、信用暴利と賃料暴利の法的取扱いが統合的に理解されている。

以上の学説の異同を簡略化して図示すると、以下のようになる。



	不当利得法によるアプローチ	無効範囲の縮減によるアプローチ	折衷的なアプローチ
給付物についてのYの保持権限	給付物の一時的使用についての返還否定	契約に基づく保持	給付物の一時的使用についての返還否定 ※片面的一部無効論では、契約に基づく保持
Yの契約告知権	(無効な) 契約に基づく告知権	契約に基づく告知権	契約に基づく告知権
Xの報酬請求権	不当利得に基づく価額賠償請求, 通常報酬 ※判例は否定	契約に基づく請求通常報酬 (or 理論的には最高限度報酬もありうる)	不当利得に基づく価額賠償, 通常報酬 Xに違反につき認識がある場合, 否定

4. 小括

以上、良俗違反の効果論をめぐる判例・学説の状況を概観してきた。良俗違反の効果に関する判例及び学説の様々な試みが、良俗違反行為に対する「一般予防原理」を何らかの形で顧慮していることが示された。

まず、信用暴利に関する判例理論は、無効の範囲に関してとくに一般予防原理に配慮することはないが、不法原因給付規定であるBGB817条2文の適用に際して、本規定の「刑罰的性質」を強調することで、暴利者による相当利息の請求を排斥している。この「刑罰的性質」という表現に対しては、私法の刑法化を招くという批判もありうるが、カナリスは、ここから「一般予防原理」を読み取ることで、判例理論を肯定的に評価している。信用暴利以外のケースでも、BGH1977年判決は、良俗違反行為を良俗に適合する行為に転換する可能性を明らかに一般予防の観点から否定している。

次に、学説においては、価額賠償による相当報酬の請求を認める見解（メディクス、フルーメ）も、効力維持的縮減を認める見解（ホンゼル、ロート）も、かろうじて法的に許容される程度への縮減に対しては、一般予防の観点から否定的に評価し、通常利息の請求のみを認める。折衷的なアプローチであるカナリスの見解においては、BGB817条2文の法的意義を一般予防と解したうえで、一般予防原理を修正する均衡性原理から、BGB817条2文における給付概念の限定解釈や主観的要件の要請を理解している。

さらに、ここで確認すべきは、学説においてしばしば、被暴利者に利益が転がり込むことは「刑罰思想」や「一般予防原理」からは根拠付けられないと考えられていることである。つまり、不当な契約に対する一般予防として暴利者にサンクションが課されるとしても、それによって、被暴利者が不当な利得を与えることは公平に反するという価値判断がされている。一方に不利益を課すことは同時に他方が利益を与えることになるという問題をどのように解決するかは、私法において一般予防原理を考慮する上で重要な視角であろう。

(注)

- (1) とりわけ、能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制」法学協会雑誌102巻2・5・7・10号(1985年)、103巻6号(1986年)、大村敦志『公序良俗と契約正義』(1995年、初出1987年)、椿寿夫編『公序良俗違反の研究』、小野秀誠『利息制限法と公序良俗』(1999年、初出1988年)、山本敬三『公序良俗論の再構成』(1999年、初出1995年)。
- (2) とりわけ、河上正二『約款規制の法理』(1988年、初出1985年)、山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』(1997年、初出1980年)。
- (3) 大村・前注(1)364頁以下は、暴利行為の要件について、①当事者の「関係・状況」と「利得」の大きさを中心的ファクターとし、これを相関的に考慮し、②両当事者の主観的態様である「意思の悪性」と「意思の抑圧」は付随的ファクターとし、③行為の「反社会性」という事情も、それが顕著である場合には考慮できるとした上で、効果については、典型的な公序良俗違反の場合とは異なり、一部無効・相対無効を認めることとすると主張する。大村敦志『消費者法』120頁以下も参照。なお、中田裕康教授は、継続的役務提供契約の諸問題を論じる中で、契約が有効に成立するための要件として、給付間の均衡のみならず、契約当事者間の「不確定性の均衡」をも要求することを提唱され、内容規制の段階として、「不確定性の不均衡があるときには、約款使用者はその合理性を明らかにする必要がある、それができないときは、不均衡を生み出している条項の効力を否定または縮減できる」とされ、その効果としては、「その均衡が回復されればよいのだから、柔軟性のあることが望ましい」との考慮から、一部無効・取消、過失相殺を承認される(『継続的役務提供契約の問題点(下)』NBL602号(1996年)43~45頁、『継続的取引の研究』(2000年)208頁所収)。
- (4) 以下で挙げる能見教授、河上教授がとりわけそのような立場を採られるが、そのほかに、山本敬三教授は、不当条項の一部無効問題に関して、契約自由への介入はあくまでも最小限度にとどめる必要があるから、条項の一部無効を一般原則としつつ、消費者契約に関する限り、一般原則を修正して、予防・制裁ないしは帰責の観点から条項の全部無効を原則とされている(「不当条項に対する内容規制とその効果」民事研修507号(1999年)26頁以下)。さらに、高利契約が反倫理的・反社会的性格を持ち、しかも、その利息契約が性質上もしくは当事者の意思表示によって不可分と認められるような場合には、利息契約のみならず、消費貸借契約自体も無効とすべきであるとともに、高利契約の反社会性の濃淡を考慮して、利息契約が無効となる場合・利息契約の一部が無効となる場合があるとする森泉章教授の見解も、その背後に高利契約の反社会性に対する予防的・制裁的な配慮があると思われる(同「利息制限法違反利息と公序良俗」谷口知平先生還暦記念『不当利得・事務管理の研究(1)』(1970年)333頁、この見解を支持しつつ、貸主の動機的不法性を重視する鎌野邦樹『金銭消費貸借と利息の制限』(1999年)371頁以下も参照)。
- (5) 能見・前注(1)法協103巻6号111頁以下。さらに、賠償額の予定が約款によって定められた場合には、「一般予防という法政策的観点を強調し、具体的事情を考慮しない抽象的規制を考えるの適当」であるから、つねに全部無効がもたらされるとする。
- (6) 河上・前注(2)376頁。もっとも、「少なくとも西ドイツ法における状況下では」との限定が付されている。また、河上教授とは反対に一部無効を原則とする山本豊教授の見解に対する評の中で、「相手方の利益を充分考慮せずに不合理な条項を作成しそれが無効と評価されるリスクは、…(予防や制裁的效果をひとまず度外視しても)任意規範を排除して別のルールを提案した者が原則として負って然るべきであろう」と述べられ、必ずしも一般予防的観点が重視されているわけではないところもある(同383頁脚注(161))。
- (7) ここで想起されるのが、不法行為法の一般予防的機能・制裁的機能や不法原因給付制度の一般予防目的である。
- (8) 山本豊教授は、不当条項の一部無効問題について一部無効を原則とする立場を採られるが、とくに、わが国の裁判例で愛好される制限的解釈・合理的解釈と呼ばれる手法が不当条項規制のため同

様の機能を営みうることを重視した考察を行ったと付記されている(同・前注(2)143頁「補遺」部分)。また、内田貴教授は、わが国の裁判実務では、契約解釈による実質的な契約改訂に対する抵抗感が少ないと指摘する(同『契約の時代』(2000年、初出1993年)119頁)。さらに、不当条項の規制に際して、解釈という方法と無効判断という方法との区別を前提として、それぞれどのように役割分担させるべきかについて検討するものとして、安永正昭「保険契約の解釈と約款規制」商事法務1330号(1993年)25頁以下、私法56号(1994年)109頁以下。

- (9) 契約の維持・尊重という視点から契約法の諸問題を取り扱うものとして、円谷峻「ファヴォール・コントラクトス(契約の尊重)」好美清光先生古稀記念論文集『現代契約法の展開』(2000年)3頁。
- (10) 山本・前注(1)221頁以下は、公序良俗違反の判断において基本権の衡量を重視して、「過少保護の禁止」と「過剰介入の禁止」という2つの大きな判断枠組みを用いつつ、一部無効問題を後者の判断枠組みに含まれる「必要性の原則」と「均衡性の原則」から説明する。
- (11) ローマ法からの歴史につき、Seiler, *Utile per inutile non vitiatur*, in: *Festschrift für Max Kaser*(1976)S.127 ff.; *Mayer-Maly*, *Über die Teilnichtigkeit*, *Gedenkschrift Franz Gschntzner*(1969)S.265, 281 f.; *Zimmermann*, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1992, p.75 ff. とくに中世(註釈学派, 註解学派)につき、*Crisuolo*, *La nullità parziale del negozio giuridico*(1959), pag. 49-57.
- (12) *Lange*, *BGB Allgemeiner Teil*, 15.Aufl., 1974, § 49 IV 1.; *Roth*, in: *Staudingers Kommentar zum BGB*(以下「Staudinger/-」で引用), 13.Aufl., 1996, § 139, Rn.1.
- (13) とくにそのような方向性を指向するものとして、*Damm*, *Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung*, *JZ* 1986, 913. さらに、規範目的の優位について論じる最近のものとして、*Andreas Cahn*, *Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht*, *JZ* 1997, 8がある。カーンは、無効を「法的効果に関する規範解釈」と性格付けた上で、無効の「制限(Beschränkung)」ではなく、無効の「適切な確定(zutreffende Bestimmung)」をすべき旨主張する。また、労働契約や会社契約などの継続的契約において、履行された部分については遡及的無効を認めないのもBGB139条の適用範囲の制限の一例である(Vgl. *Sack*, *Der rechtswidrige Arbeitsvertrag*, *RdA* 1975, 171, 178f.)。
- (14) **AGBG 6条【不採用および無効の場合の法的効果】**「①約款が、全部もしくは部分的に契約構成部分とならなかったか、又は無効である場合にも、契約は残部につき有効である。②条項が契約の構成部分とならなかったか、又は無効である限り、契約の内容は法律規定に従って規制される。③第2項所定の、契約内容の変更を考慮しても、契約の維持が一方の契約当事者にとって期待し難いほどに過酷なものとなるであろう場合には、その契約は無効とする。」
(訳は、河上・前注(2)461頁による。)
- (15) なお、歴史的に見ると、ローマ法文にも量的可分性を認めたものが見られるし(D. 22,1,29), 普通法教科書の中にも量的可分性を認める記述がされている(*Windscheid/Kipp*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd.1, 9.Aufl., 1906, § 82 Anm.12; *Regelsberger*, *Pandekten*, Bd.1, 1893, § 175 II)。19世紀の立法の中には、一部無効に関する規定の中に量的可分性を認める旨の定めをとくに置くものがある(1863年ザクセン民法典103条, 1866年ドレスデン草案137条)。もっとも、1880年のライヒ暴利法(RGBI. S.109)は、暴利規制に反した契約の効力を単に「無効(ungültig)」とする。
- (16) BGB138条「①善良の風俗に反する法律行為は無効とする。②特に他人の強制状態、未経験、判断力の不足又は著しい意思薄弱に乗じて、その者の受ける利益に比べて著しく不相当な財産上の利益を自己又は第三者に約束又は給付させる法律行為は、無効とする。」(訳は、法務大臣官房司法法制調査部司法法制課『ドイツ民法—総則—』(法務資料445号)(1985年)33頁によった。)
- (17) BGB134条「法律上の禁止に反する法律行為は、法律から他の効果が生じないときには、無効とする。」
- (18) BGB817条「給付の目的によると受領者が給付の受領によって法律の禁止又は善良の風俗に違反

する場合、受領者は、返還の義務を負う。同様の場合に、そのような違反が給付者にあるときは、返還請求権を行使することができない。ただし、給付が債務負担であるときは、この限りではない；その債務の履行のために給付されたものは、返還を請求することができない。」(訳は、椿寿夫=右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(1990年)27頁〔右近執筆部分〕。以下の不当利得法の規定についても同じ。)

- ①9) RGZ 151,70(Urt. vom 1936.3.27).
- ②0) RGの判例につき、*Rumpf*, Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 BGB, AcP 117,315; *Hoff*, Wann ist das Kapital eines nichtigen Wucherdarlehens rückforderbar?, AcP 156(1957),483.
- ②1) RGZ 161,52.
- ②2) わが国でも、このようなドイツ判例の立場を支持して、貸借型契約の場合に「給付」概念を限定的に捉えるものとして、磯村保「不法原因給付に関する一つの覚書—貸借型契約無効の場合を中心に」として」神戸法学年報2号(1986年)97頁。
- ②3) RG a.a.O., S.55-57. さらに、従来の判例と同様に、BGB817条2文が適用されるには、給付者に良俗違反に対する「認識」(主観的要件)が必要であると述べ、BGB138条の要件が直ちにBGB817条2文の法的効果を生じさせるわけではないとする。これに対して、主観的要件を不要とする学説として、*Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, § 6 V「給付者の返還請求が否定されるのは、給付者が意識的に自らを良俗及び法秩序の外に置いたからではなく、ただその者が良俗及び法秩序の外に立つからにすぎない(その者がどのようにそこによって来たのかは重要ではない)。」
- ②4) BGB818条「①返還義務は、取得した収益、利得した権利に基づき受領者が取得したもの、又は利得したものの滅失、毀損若しくは侵奪の代償として受領者が取得したものに及ぶ。②～④略」
- ②5) RG a.a.O., S.57-58.
- ②6) 本決定の考え方は、すでに1902年のドレスデン高等裁判所判決(*SeuffA* 59, Nr.81)において採用されていた(*Jacoby*, Das Wuchergeschäft, Jher.Jb. 60(1912),229,241ff.; *Hoff*, a.a.O., Anm.(20), S.483; *Staudinger/Lorenz*, 13Aufl.,1994, § 817 Rn. 12)。
- ②7) BGH NJW 1962,1148; WM 1969,857,858; NJW 1983,1420,1422f; BGHZ 99,333,338; BGH NJW 1989,3217; NJW 1993,2108; NJW 1995,1152,1153. 最近の判例状況に関しては、*Schlechtriem*, Rechtsprechungbericht zum Bereicherungsrecht. Teil 2, JZ 1993,128,130ff.
- ②8) BGH NJW 1962,1148 = WM 1962,606,608(Urt. von 1962.4.18). もっとも、本判決は、2つの消費貸借契約をBGB139条により法的に一体の契約と認め、消費貸借全体を暴利を理由に無効としつつも、一方の契約に関してのみ<元本返還制限・無利息供与>を認め、他方の契約については元本の返還請求を認めるとともにBGB818条に基づき通常利息額の請求を認めている。消費貸借全体から見れば、実質的に一部無効を承認したのと同じ結果が導かれている。
- ②9) BGH NJW 1983,1420,1423(Urt. von 1982.12.2)
- ③0) BGH a.a.O., S.1423.
- ③1) 以下で見る諸ケースのほか、量的可分性が認められたケースとして、しばしば学説で指摘されるものとして、会社構成員を自由な裁量で除名しうる権利を定めた条項を重大事由による除名の場合とその他の場合とに分離して、「合意の良俗違反部分が厳密に特定され、それにより問題なく除去されるので、裁判官による契約形成の余地はない」との理由から、一部無効を認めたケース(BGHZ 10 7,351)や、実質的に量的可分性を認めたものと評価されているものとして、娼家賃貸借(Bordellpacht)がBGB138条により無効となる場合に貸主側にBGB990・987条の類推による客観的収益価額相当の収益の返還請求権が認めつつ、この請求権に対するBGB817条2文の適用を同条が法政策的に問題が残るなどの理由から制限したケース(BGHZ 63,365)がある。
- ③2) BGHZ 89,316 = BB 1984,500.
- ③3) 本法の正式名称は、Gesetz zur weiteren Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz)

vom 1954.7.9であり、もともとは時限立法であったものが、1975年にさらに制定し直されたものである(BGBI. 1975 I, S.1313)。賃料の釣り上げ制限に関する5条は、1975年以降、数回の改正を経ている。ここでは本決定で適用された1975年当時の条文を挙げておく。「①故意により又は軽率な行為により、住居用の部屋又はそれと結び付いた従たる給付の賃貸に対して、不当に高い対価を要求し、約束させ、又は受ける者は、秩序法に反する(ordnungswidrig)行為をする者である。同等の部屋より低い提供をすることにより、当該市町村又は同等の市町村において、同等の種類・大きさ・設備・性状もしくは立地条件の部屋又はそれと結び付いた従たる給付の賃貸に対して支払われる通常の対価を、本質的な程度に(nicht unwesentlich)超える対価は、不当に高いものである。②秩序法違反の場合には、5万DMまでの罰金が科せられる。」

- ③4 OLG Stuttgart NJW 1981,2365; OLG Karlsruhe NJW 1982,1161; OLG Hamburg WM 1983,20. これに対して、本質性の限度への縮減を認めたものとして、OLG Hamm WM 1982,302.
- ③5 本判決を批判し平均的賃料への縮減を主張するものとして、Hager, JuS 1985,264.
- ③6 BAG AP Nr.2 zu § 138 BGB = MDR 1960,612,613; LAG Bremen AP Nr.33 zu § 138 BGB; LAG Düsseldorf DB 1978,165.
- ③7 RGZ 76,78,80.
- ③8 BGH NJW 1962,734; NJW 1970,2243; NJW 1972,2243; WM 1973,357; NJW 1974,2089; WM 1975,850; NJW-RR 1990,2145. 基本的に20年に縮減されているが、15年に縮減されたものとして、BGH NJW 1992,2145.
- ③9 BGHZ 68,1; BGHZ 75,15.
- ④0 BGB140条「無効な法律行為が他の法律行為の要件を満たす場合において、当事者が法律行為の無効を知ったならば他の法律行為の効力を欲したであろうと認めるべきときは、他の法律行為は、その効力を生ずる。」(訳は、法務大臣官房司法法制調査部司法法制課『ドイツ民法—総則—』(法務資料445号)(1985年)34頁。)
- ④1 BGHZ 68,204(Urt. vom 1977.3.21). 本判決に対する評釈としてLindacher, JR1977,410(賛成)、本件原判決に対する評釈としてKrampe, JZ 1975,572(原判決に反対)がある。
- ④2 BGH a.a.O., S.207.
- ④3 Medicus, Vergütungspflicht des Bewucherten?, in: Gedächtnisschrift für Rolf Dietz(1973),S.61ff.
- ④4 Medicus, a.a.O., S.67-70.
- ④5 Medicus, a.a.O., S.70-71.
- ④6 BGB818条「①注(24)参照、②利得したものの性質により返還が不能であるとき、又は受領者がその他の事由により返還することができないときは、受領者は、その価額を賠償しなければならない。③、④略」
- ④7 Medicus, a.a.O., S.71-73.
- ④8 Dauner, Der Konditionsausschluss gemas § 817 Satz 2 BGB, JZ 1980,495,504; Roth, Verzinsungspflicht bei wucherischen und wucherähnlichen Darlehensverträgen, ZHR 153(1989),423,430.
- ④9 Dauner, a.a.O., S.504; Roth, a.a.O., S.430; Birge, Rechtsdogmatik und Wirtschaft. Das richterliche Moderationsrecht beim sittenwidrigen Rechtsgeschäft im Rechtsvergleich Bundesrepublik Deutschland - Schweiz - Österreich - Frankreich, 1987, S.114f.
- ⑤0 Roth, a.a.O., S.429.
- ⑤1 Flame, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Band, 1992, § 18, 10. フルーメの見解に従うものとして、Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstößiger Verträge, 1979, S.173f.
- ⑤2 Staudinger/Lorenz, a.a.O., Anm.(26), Rn.12.
- ⑤3 わが国では、利息合意の部分を消費貸借契約から切り離して考え、「利息契約」の無効は「消費

貸借契約」には及ばないという構成が採られることがしばしばあるが(谷口・前注(4)、鎌野・前注(5)、大阪地判S25.11.10下民集1-11-1794、東京高判S30.3.9判タ50-27等、利息制限法1条「利息の契約」の文言参照)、このような利息合意と消費貸借契約との分離という構成は、ドイツ法ではあまり見られない。これは、対価合意が契約の要素(essentiale negiti)であり、これが無効となれば契約は全部無効になってしまう(もっとも、補充規定・補充的契約解釈による欠缺補充はありうる)ことが考慮されていると思われる(*Staudinger/Sack*, 13.Aufl., 1996, § 138, Rn.126)。もっとも、古くは、対価合意と契約の根幹部分との分離という発想から、契約の一部無効を導くものとして、ヘルツォークの見解(*Herzog*, *Quantitative Teilnichtigkeit*, 1926)がある。それによると、契約は基本合意(*Grundabrede*)と補充合意(*Ergänzungsabrede*)から成り、良俗違反のビール供給契約の場合、補充合意のみが無効であり、基本合意は依然として有効である。無効による欠缺部分は、BGB315、316条によって補充される。

- 54) 以下で見る諸見解のほか、法律行為の「法律・良俗適合的解釈(*gesetzes- und sittenkonforme Auslegung*)」を承認し、契約の一部無効を導くハーガーの見解(*Johannes Hager*, *Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften*, 1983; *ders.*, *Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermäßiger Vertragspflichten*, *JuS* 1985,264ff; *ders.*, *Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, *JZ* 1996,175ff.)もこのカテゴリーに属する。なお、ハーガーは、約款条項の一部無効問題に関しても、同じ理論構成で条項の一部無効を認めている。
- 55) ホンゼルの見解を知る上で以下の文献が有用である。*Honsell*, *Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte -Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB*,1974 (以下, "*Honsell*①"で引用); *ders.*, *Die zivilrechtliche Sanktion der Sittenwidrigkeit*, *JA* 1986,573ff. (以下, "*Honsell*②"で引用); *ders.*, *Die Abwicklung sittenwidriger Dablensverträge in rechtsvergleichender Sicht*, in: *Festschrift für Hans Giger*(1989), S.287ff. (以下, "*Honsell*③"で引用)
- 56) *Honsell* ①, insb. S.136ff. ホンゼルの第一論文につき紹介するものとして、磯村・前注(37)がある。
- 57) *Honsell* ②, S.576; ③, S.295. 同じく138条の目的論的縮減を主張するものとして, *Staudinger/Sack*, a.a.O., Anm(53), Rn.94f.
- 58) さらに、かかる無効規範の目的論的縮減は継続的債務関係のみに妥当するという。ここでの継続的債務関係として、割賦信用、賃貸借などが挙げられている(*Honsell* ②, S.576; ③, S.296)。
- 59) *Honsell* ③, S.296.
- 60) ロートの見解を知る上で以下の文献が有用である。*Roth*, *Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht*, *JZ* 1989,411ff. (以下, "*Roth*①"で引用); *ders.*, *Verzinsungspflicht bei wucherischen und wucherähnlichen Darlehensverträgen*, *ZHR* 153(1989),423ff. (以下, "*Roth*②"で引用); *Staudinger/Roth*, 13.Aufl., 1996, § 139, insb. Rn.68ff. (以下, "*Staudinger/Roth*"で引用)。さらに、約款条項の一部無効問題に関するものとして, *Roth*, *Vertragsänderung bei Fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1994がある。
- 61) *Roth* ①, S.419
- 62) *Roth* ②, S.435,443; *Staudinger/Roth*, Rn.70.
- 63) カナリスの見解を知る上で以下の文献が有用である。*Canaris*, *Der Bereicherungsausgleich bei sittenwidrigen Teilzahlungskrediten*, *WM* 1981,978ff. (以下, "*Canaris*①"で引用); *ders.*, *Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft*, 1983 (以下, "*Canaris*②"で引用); *ders.*, *Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen*, in: *Festschrift für Ernst Steindorff*(1990), S.519ff. (以下, "*Canaris*③"で引用)
- 64) *Canaris* ②, S.29-30.
- 65) *Canaris* ②, S.30.

- 66) *Canaris* ②, S.31. カナリスは、「ここで提案されるモデルは、禁止規範の保護目的に適合した細分化された解決策を提示するものである」という。また、片面の一部無効の理論に対する正当化根拠として、①BGB134条の留保文言②自己の不法を援用することの禁止③私的自治の貫徹ではなくその制限の必要性④価額賠償請求権が不当利得法上の権利の継続であることを挙げている(S.32)。
- 67) *Canaris* ②, S.33. もっとも、BGHが銀行の側に故意の認識欠如がないにもかかわらず、BGB817条2文を適用していることには反対する(S.33 Anm.47)。Vgl. auch *Canaris* ①, S.985.
- 68) このほか、カナリスは、不当な違約罰の場合、不当な時間的拘束が定められた場合についても、独自の立場から解釈論を展開しているが(*Canaris* ③, S.536-545)、ここでは省略する。なお、約款条項の一部無効問題に関する彼の所説については、後述する。
- 69) これまでの学説によってもしばしば指摘されることである。すなわち、当事者の双方に良俗・法律違反がある場合に、偶然にも先に履行した者のみが刑罰を受け、自己の給付をしていない者は刑罰を受けないことになるし、給付の大きさによって刑罰の大きさが決定してしまうのである。Vgl. *Medicus*, a.a.O., Anm.(43), S.62.
- 70) *Canaris* ③, S.523f. カナリスは、一般予防としての法的意義を認める根拠として、3つのことを指摘する。①立法者も「国民生活における良俗及び公の秩序に対する意識を強める目的」を掲げており(Motive II, S.849f)、ここに一般予防思想が見いだせること、②法律上の禁止に反する行為に対して、ごく一部のものにしか刑罰が科されておらず、その刑罰も多くの場合過料(Bußgeld)のみであり、取引の利益とは無関係なものであること。よって、BGB817条2文の客観的・現代的解釈から一般予防目的は必要である。③効力維持的縮減を認める見解も、通常又は法律上許容される限度での利息と暴利との間の差額分を失うというリスクを暴利者に負わせているが、これでは不十分であること。
- 71) *Canaris* ③, S.526. 立法者がBGB817条を「批判されるべき心的態様(verwerfliche Gesinnung)」に向けている点(Motive II, S.849)を指摘する。
- 72) *Canaris* ③, S.526f.
- 73) *Canaris* ③, S.527-529.
- 74) *Canaris* ③, S.529-534.