

禁止法規違反行為と無効主張者の制限

—ドイツ法を参考にして—

佐藤秀勝

一. はじめに

1. 本稿の目的

法律行為は公序良俗あるいは強行規定に違反する場合、無効であるとされている。そして従来の学説は、この場合における無効の効力を非常に厳格なものであると解してきた。すなわち、そのような法律行為は (i) 最初から、(ii) 当然に、(iii) 全部にわたり、(iv) だれからでも、(v) だれに対しても、(vi) いつまでも、(vii) 確定的に、その効力を否定されるものと解されてきたのである⁽¹⁾。しかしながら近時、無効のこのような厳格な効力を修正・緩和しようとする傾向が生じている。その例として、いわゆる暴利行為の効果として一部無効を認める見解が有力となっていることが挙げられる⁽²⁾。

本稿は、このような公序良俗・強行法規違反行為の無効に関する問題のうち、特に無効主張者制限について検討することを目的とする⁽³⁾。この問題について、学説ではおよそ次のような主張がなされている。すなわち、例えば暴利行為や不当な取引行為が公序良俗違反を理由として無効となる場合⁽⁴⁾、あるいは法律行為が消費者保護のための行政法規に違反することを理由に無効とされる場

(1) 椿寿夫「民法総則」(有斐閣, 1995年) 102頁。

(2) 例えば、能見善久「違約金・損害賠償の予定とその規制(5・完)」法学協会雑誌第103巻第6号 997頁以下、大村敦志「公序良俗と契約正義」(有斐閣, 1995年) 364頁等。

(3) 無効主張者の制限は、従来、錯誤無効を中心に論じられてきた。これに関する近時の文献として、林幸司「錯誤の無効」法律時報72巻2号71頁。

(4) 須永醇「民法総則要論」(勁草書房, 1988年) 161頁、米倉明「法律行為(三〇)公序良俗違反の法律行為(完)」法学教室73号68頁、今西康人「消費者取引と公序良俗」法律時報64巻12号85頁、石田穠「民法総則」(悠々社, 1992年) 300頁等。

合⁶⁵、その無効の主張者は当該無効規範によって保護されるべき者に制限されるべきである、と⁶⁶。公序良俗・強行規定の領域でこのような議論がされるようになった背景には、それらの規範が、国家・社会の秩序や道徳保護だけでなく個人の利益保護のために用いられるようになったという事情があるとされている⁶⁷。

確かに、公序良俗等の無効規範が個人利益の保護を目的としていると考えられる場合、これによって保護される当事者（以下「被保護者」という場合がある）が契約の維持を望んでいるのにもかかわらずその契約が無効となることは、被保護者にとって逆に不利な結果となることがある。例えば先物取引において取引に伴うリスクが説明されることなく契約が締結された場合、その契約は公序良俗に反し無効であるとされる⁶⁸。しかしこの場合、たとえそのような説明がなされず、あるいは不十分であったとしても、取引委託者自身が契約の維持を望むのであれば契約を有効とすることに問題はないと思われる。逆に契約が無効となるならば、委託者は、契約の無効という彼が望んでもいない結果を押し付けられることとなる。このことは、この場合の公序良俗規範の目的が委託者保護にあることを考えれば、必要以上の過剰な効果であると思われる。したがって、このような場合に無効主張者を被保護者に制限するという考え方は、基本的に妥当であると考えられよう⁶⁹。

しかしながら、このような考え方についてはなおいくつかの問題点があるよ

-
- (5) 長尾治助「消費者取引と公序良俗則（下）」NBL460号34頁、三間地光宏「法規制に違反する契約の効力」九大法学第66号93頁。取締法規違反行為の効力に関する議論としては、その他、履行段階論が有名である。これについては、川井健「物資統制法規違反契約と民法の無効」『無効の研究』（一粒社、1976年）26頁、磯村保「判例における法理論の展開」民商法雑誌93巻臨時増刊号（1）1頁、大村敦志「取引と公序（上）」ジュリスト1023号82頁、山本敬三「取引関係における公法的規制と私法の役割（1）（2）」奥田昌道編『取引関係における違法行為とその法的処理』71頁以下参照。
- (6) なお、このテーマに関する我が国の議論には、フランス法における経済的公序論に関する議論が大きな影響を及ぼしていると考えられる（三間地前掲102頁）。フランス法における経済的公序については、須永醇「ジャック・ゲスタン『契約における有用性と正義適合性』」法学志林第82巻第3・4合併号（1985年）132頁（以下では須永「有用性と正義適合性」として引用する）、山口俊夫「フランス法における公序（ordre public）」概念の一考察『国家学会百年記念 国家と市民第三巻』（1987年）45頁を参照。
- (7) この点を指摘する最近の文献として、山本豊「無効・取消・取消的無効」法学教室235号13頁。
- (8) 例えば、最高裁昭和61年5月29日判時1196号102頁、判タ606号46頁等。

うに思われる。まず、無効主張者を制限するための基準として、無効規範が個人利益の保護を目的としている場合という基準があげられている。しかし、公序良俗や強行規定・取締法規は、その多くが個人利益の保護と同時に公の利益保護をも目的としていると考えられるので、このような区別をすることは実際には困難ではないかという疑問が生じる。そのため、この基準が基本的に妥当であるとしても、上記の問題をどのように考えればよいか検討する必要がある。次に、学説では無効主張者を制限するために相対的無効、取消的無効、片面的無効等の概念が用いられている⁹⁾。これらは、主に錯誤の効果に関して用いられてきた概念であるが、最近では公序良俗・強行法規違反行為の効果についても用いられるようになってきている。これらによれば、無効は被保護者及びその承継人によってのみ主張されることとなる。しかしこれに対しては、理論的に次のような問題があると思われる。すなわち、そもそも無効が誰によっても主張されうるといふ原則は、無効が法上当然に発生し、何人の主張も必要としないということから導かれる。これに対して、上記の見解では、被保護者に無効主張する権利（「無効主張権」）があり、彼およびその承継人のみが無効を主張し得ると解することになると思われる。しかしこのような見解に対しては、我が国の民法上、無効は当然に発生するとされているということ、民法典上無効主張権という概念は予定されておらず、無効主張権の権利主体、行使の効果、

(9) もっとも、このような問題は実質的にはすでに議論されていたとも考えられる。というのは、従来から取締法規違反行為の効力については、①立法の趣旨、②違反行為に対する社会の倫理的非難の程度、③当事者間の信義・公正、④一般取引に及ぼす影響などを仔細に検討すべきことが主張されており（我妻栄「新訂民法総則」（岩波書店、1965年）264頁等）、ここでの問題を③のレベルで解決することも考えられるからである。ただ、このような従来の議論が要件面に関するものであったのに対し、本稿の議論は効果面に関するという点で違いがある。最近では、ある取締法規に違反する法律行為を一応無効であると評価した上で、無効の効果を個別的に除去するという方向性を示唆する見解がある（例えば、椿寿夫「法律行為の“無効”について」法経論叢（三重大学）第10巻第1号1頁以下、特に11頁以下）。このように考えることの長所としては、①ある法規定をとりあえず禁止法規とすることにより、禁止された行為の抑止効果ははかれる、②絶対無効とするよりも、無効効果を修正する方がよりきめ細かい対応ができる、という点が考えられる（能見善久「契約の成立・効力・内容について」法学教室200号20頁）。

(10) 今西前掲85頁以下。なお、山本（豊）前掲論文、椿寿夫「法律行為“無効”の細分化・類型化」法律論叢第67巻第4・5・6合併号313頁も参照。相対的無効概念については、鎌田薫「いわゆる「相対的無効について（上）（下）」法律時報67巻4号78頁、同67巻7号84頁、後藤巻則「日本における相対無効（上）（下）」法律時報68巻3号87頁、同68巻4号79頁参照。

消滅時効等に関する規定が置かれていないということから、上記のような見解は解釈論の域を超えているという批判がある⁹⁰。そこで、この点をどのように考えるかが問題となる。

2. 本稿の課題

本稿はかような問題意識から、法律行為が禁止法規に違反する場合における無効主張者の制限について、ドイツ法を検討することにする。ドイツ法を検討の対象とする理由は次の点にある。まずこの問題が議論されるようになった背景には、上述したように、個人の利益保護を目的とする公序良俗規範・強行規定があらわれてきたという事情があるが、これと同様の状況がドイツにおいても見られる⁹¹。また、近時ドイツでは、無効主張者が無効規範によって保護される者に制限された無効概念 (relative Nichtigkeit) の導入を主張する見解がある。そこで、ドイツ法における無効主張者制限論を検討することは、ドイツ民法 (以下BGBという) と同様、無効制度と取消制度を有し、また無効は法上当然に発生するとされている我が国にとっても有益であると思われる。そして、検討の対象を禁止法規違反行為 (BGB134条。なお、以下で引用する条文は、断りのない限りBGBの条文である) に関する議論に限定する理由は、無効主張者制限論は禁止法規違反行為の領域において盛んに議論されており、また、134条に関する議論の分析は、良俗違反行為 (138条) に関する議論の分析に際しても有益であると考えられるからである⁹²。

91) 川井健「錯誤の無効」『無効の研究』(一粒社, 1979年) 143頁, 藤枝さとみ「自己株式取得規制に違反する取得の効力」民商法雑誌第104号第3号367頁, 林前掲72頁。

92) Alternativkommentare zum BGB, Bd.1.Allgemeiner Teil (§§1-240), 1987, § 134, Rdn.5 (Damm) (以下では, AK-Dammとして引用する) 参照。

93) 134条は禁止法規違反契約は無効である旨を定めているが、無効を多様化するための手がかりとなる文言、すなわち同条但書をも有している。これに対し138条は、そのような規定を有していないため、その効果は絶対的無効であるとされている。しかし両規定の同質性を認め (AK-Damm, § 138, Rdn.90), 138条に134条を準用して無効効果を多様化しようとするという見解もある (Staudinger, Kommentar zum BGB, Buch1.Allgemeiner Teil (§§134-163), 13. Aufl., 1996, § 138, Rdn.96ff (Sack)). (以下では, Staudinger-Sackとして引用する)。よって、良俗違反による無効効果を考えるうえで、最初に134条を検討する意義は少なくないと考えられる。

二. BGB134条の構造

134条⁹⁴は「法律上の禁止に反する法律行為は、無効とする。ただし、法律によつて他の結果を生ずるときは、この限りでない。」⁹⁵と規定する⁹⁶。本条の意義については、その但書の故に、禁止規定の目的こそが重要であり本規定自体は何も述べていないとする見解⁹⁷と、BGBが基礎としている法律上の規律と法律行為による規律との関係を明らかにしたものであり、無効を優先させる解釈規定 (Auslegungsregel) であるとする見解⁹⁸との間で対立がある。立法者の見解は後者である⁹⁹。連邦通常裁判所 (以下「BGH」とする) の裁判例の中には、134条を解釈規定であると述べるものもあるが、前者の見解に親和的であるとの評価もある¹⁰⁰。

134条における「禁止法規」には、形式的意味におけるすべての法律が含まれ得るとされている¹⁰¹。もっとも、法律行為を制限しあるいは一定の要件を結び付ける法律のすべてが禁止法規であるわけではない¹⁰²。ある法律が禁止法規であるか否かは解釈によって確定されなければならないとされている¹⁰³。その

(14) BGB134条に関する詳細な研究として、羽田さゆり「ドイツにおける取締規定違反行為の私法上の効力」法学第61巻第3号180頁がある。

(15) 条文の訳は「ドイツ民法典——総則——」法務資料第445号による。

(16) 134条と良俗違反について規律する138条との関係については争いがあるが、ある法律行為が禁止法規違反にも良俗違反にも該当する場合、134条が優先的に適用されるとされている (Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1. Allgemeiner Teil (§ 1-240), 3. Aufl., 1993, § 134, Rdn. 4 (Mayer-Maly) (以下, MK-Mayer-Malyとして引用する))。なお、鹿野菜穂子「ドイツの判例における良俗違反」法律時報65巻1号 (椿・伊藤編『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) 所収138頁)も参照。

(17) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4 unveränd. Aufl., 1992, § 17, 1, S. 341; Soergel, BGB, Bd. 1. Allgemeiner Teil (§ 1-240), 13. Aufl., 1999, § 134, Rdn. 1 (Hefermehl) (以下, Soergel-Hefermehlとして引用する)。

(18) Canaris, Gesetzes Verbot und Rechtsgeschäft, 1983, S. 14ff; MK-Mayer-Maly, § 134, Rdn. 1.

(19) Motive, IS. 210.

(20) Canaris, aaO. S. 16.

(21) MK-Mayer-Maly, § 134, Rdn. 28.

(22) MK-Mayer-Maly, § 134, Rdn. 38.

(23) MK-Mayer-Maly, § 134, Rdn. 38.

基準に関する理論としては⁶⁴、規範性質理論⁶⁵、規範方向理論⁶⁶、規範関連理論⁶⁷、規範目的理論⁶⁸がある。判例は、法律上の禁止が誰に向けられているかという規範方向理論に基本的に依拠しているといえるが、法律上の禁止の趣旨・目的を合わせ考慮する裁判例もある⁶⁹。学説では規範目的理論が有力である⁷⁰。

法律行為が禁止法規に違反すると認定された場合、次に問題となるのは⁷¹、当該禁止法規から他の効果が生じないか（134条但書）である⁷²。これは禁止法規の趣旨・目的に従い、解釈によって確定されるべきであるとされている⁷³。ある法律行為が禁止法規に違反し、その禁止法規から他の効果が生じない場合、当該法律行為は134条本文により無効となる。この場合の無効はNichtigkeitであり、法律上当然に発生し、また誰によっても主張され得るという絶対的（absolut）性質をもつ。そして裁判所は職権によりこれを顧慮し得る。このことは、当事者の何れも無効を援用しないときあるいは当事者が無効を望まない場合であっても妥当する⁷⁴。

以上のような原則論をふまえて、以下では、134条に基づく無効とその主張

64) 以下の整理はWestphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoßes gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, 1985, S.45ffに依拠している。もっとも裁判においては、しばしばいくつかの論拠および基準が用いられるとされている。この点につき、羽田前掲197頁以下参照。

65) この理論によれば、法律上の禁止が単なる秩序規定である場合、当該法律行為は無効ではない（Westphal, aaO.S.45ff）。

66) この理論によれば、法律上の禁止が契約の一方当事者に向けられている場合、契約は有効であるが、両当事者に向けられている場合、契約は無効である（Westphal, aaO.S.51 ff）。

67) この理論によれば、法律上の禁止が法律行為の内容に関連している場合、契約は無効であり、外部的事情あるいは成立の態様などに関連している場合、契約は有効である（Westphal, aaO.S.57ff）。

68) この理論によれば、法律上の禁止の趣旨・目的が法律行為によって違反された規定を甘受することと調和しない場合、その法律行為が無効である（Westphal, aaO.S.63ff）。

69) その代表的な裁判例として、BGH1962年判決（無許可法律相談事件BGHZ37,258）がある。

70) ここではStaudinger-Sack, § 134, Rdn.75のみを掲げておく。

71) 学説の多くは、ある法規が禁止法規であるか否かという問題とそれに違反する行為が無効とすることが当該禁止法規の趣旨・目的に合致するか否かという問題とは、区別すべきであるとしている（Staudinger-Sack, § 134, Rdn.34等）。これに反対する見解としては、Malländer, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kalltellpraxis, 1964, 150fがある（未見）。

72) Staudinger-Sack, § 134, Rdn.64は、この但書には、無効とすることが違反された禁止法規の規範目的と合致しない場合にそれを排除する機能、および個々の事例において規範目的に適合する民法上の制裁を発展させる権限を裁判官に与えるという機能があるとする。

73) Soergel-Hefermehl, § 134, Rdn.29.

74) 以上について、Staudinger-Sack, § 134, Rdn.65その他多数説。

者の制限に関する議論を見ていくことにする。

三. BGB134条に基づく無効と無効主張者の制限

1. 錯誤規定（119条）、詐欺・強迫規定（123条）による解決を主張する見解

禁止法規が意思形成過程に関するものである場合に、錯誤規定あるいは詐欺・強迫規定を適用しあるいはそれらを類推適用することによって解決を図る見解がある。例えばザックは、悪意あるいは過失による欺罔、心理的売買強制等の不正競争行為⁶⁵⁾が誘因となって締結された契約について、取消規定の適用あるいはそれらの類推適用（過失による欺罔や心理的売買強制の場合）を主張する⁶⁶⁾。

この見解の特徴は、134条による解決ではなく、錯誤や詐欺・強迫等、意思形成過程に関する規律による解決が主張されている点にある。その理由としては、134条は法律行為の内容に関する規律であり、このような意思形成過程に向けられた禁止法規の場合には適用されないという点が挙げられている⁶⁷⁾。

この見解に対しては、BGBは取消権を明文規定がある場合にのみ認めており、取消規定の類推適用は原則として考えられない⁶⁸⁾、取消規定の類推適用が支持されるのはせいぜい法規違反者が悪意による欺罔あるいは強迫に匹敵し得る違法行為を行ったであろう場合である⁶⁹⁾、取消権者にとって立証の困難性が生じ得る⁷⁰⁾等の問題点が指摘されている。

2. 浮動的無効構成

上記の見解は134条が適用されないことを前提としていたが、以下では同条

65) 不正競争防止法1条「業務上の取引において競争の目的をもって善良の風俗に反する行為をなす者に対しては、差止および損害賠償を請求することができる。」（翻訳は田村善之「ドイツの不正競争防止法（訳文）」判タ793号92頁によった）。

66) Sack, Unlauterer Wettbewerb und Folgevertrag, WRP1974, 445, 450; Staudinger-Sack, § 134, Rdn. 110. なおザックは、浮動的有効という法的構成も主張している。

67) Staudinger-Sack, § 134, Rdn. 1.

68) Ulrich Hübner, Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, 1977, S. 106; Beckmann, Nichtigkeit und Personenschutz, 1998, S. 406.

69) Westphal, aaO. S. 124.

70) Heinbuch, Theorien und Strategien des Verbraucherschutzes, 1983, S. 175.

の適用を前提とした見解を紹介する。まずカナリスの見解から始めよう⁴⁰。彼は、契約締結の諸状況を理由とする禁止法規に違反する契約を原則として有効であるとする。しかし、例えば業者の営業所以外での貸金行為の締結・仲介等を禁止する営業令56条1項6号のように⁴¹、例外として134条の意味における禁止法規となるものがあることを認める。しかしこの場合の効果は浮動的無効であり、その根拠規定は134条但書であるとする⁴²。その理由としては、このような場合、消費貸借の借主が特別な誘惑状況あるいは圧迫状況の終了後にもなお当該契約を望むならば、彼はこの契約を維持することができるべきであること、もしこれが否定されるならば、詐欺・強迫による法律行為を取り消し得るものとしている123条との評価矛盾が生じるということが挙げられている⁴³。

この見解に対しては、浮動的無効は法律に規定されている場合にのみ認められるという排他的性質を有していること⁴⁴、違反者が禁止法規違反を知らない場合、相手方に同意 (Genehmigung) を催告することができず、反対にそれを知っている場合、強制状態を利用して相手方に同意を与えるよう説得することが違反者にとって容易になること⁴⁵、浮動状態の間に禁止法規によって保護さ

40) カナリスは、禁止法規に反する法律行為は原則として無効であり、例外的に当該禁止法規の趣旨および目的が無効の承認と矛盾するかが問題となるとする (Canaris, aaO. S.16)。そして以上を前提に、①法律行為の内容が禁止されている場合、②締結の諸状況を理由として禁止されている場合、③当事者の一方の人的性質を理由とする禁止の場合、④法律行為の結果を理由とする禁止の場合という事例群について、その解決基準を検討している。

42) 営業令56条1項は「移動営業においては、次の各号に掲げる活動は禁止される」と規定し、その6号で「買いもし行為 (第34条第4項) 及び貸金行為の締結並びに仲介」を挙げている。この規定が134条の意味における「禁止法規」に該当するかについては激しく争われたが、BGHはこれを肯定していた。もっとも、1986年の「訪問取引およびこれに類似する取引の撤回に関する法律」により、営業令56条1項6号違反契約に134条を適用する判例の使命は終わったと評価されている。同法については、ペーター・ギルレス「営業所以外における契約の勧誘と締結」判タ624号36頁 (小林一俊訳)、岡・山本「西ドイツ訪問取引法の批判的検討 (一)」判タ648号 (1987年) 53頁参照。

43) 例えば、未成年者が法的代理人の同意を得ないで締結した契約の効力は、法定代理人の追認があるまで不確定であり、彼の追認によってその効力を生じるとされている (108条)。このような無効を浮動的無効という。なおカナリスは、信託における背任の事例にも浮動的無効を準用する (Canaris, aaO.S.22ff)。

44) Canaris, aaO.S.36ff.

45) Westphal, aaO.S.124; Beckmann, aaO.S.428.

46) Westphal, aaO.S.124; Beckmann, aaO.S.428.

れない者から意思表示を撤回される可能性があること⁴⁷⁾等の批判がある。

3. 信義則構成⁴⁸⁾

判例・学説では、134条により法律行為が無効となる場合であっても、信義則(242条)の適用によって結論的に無効主張者が制限されることになることが認められている⁴⁹⁾。以下では、この問題についての判例、学説を検討していくことにする。

(1) 判例

134条による無効に信義則が適用され得るかという問題について、判例は最初否定的な見解であったとされる⁵⁰⁾。しかしBGHは、1982年9月23日判決〔闔労働事件〕(BGHZ85,39)において、134条に基づく無効に信義則が適用されることを認めた。本件では、注文者XとYとの間で締結された建築管理契約において、本件建築の対価約147000DMが固定価格として合意された。本件建築は闔労働者⁵¹⁾によって施工され、YはX名義で注文された建築資材と施工された建築に対する代金を、Xから受領した金銭の中から支払っていた。YはXに対し、合意された固定価格では十分な作業をすることができないこと及び資材等のために総額約140000DMを支払ったと通知した。その後Yは、資材提供者に金銭の支払いをしなかったので、Xがその代金を支払った。そこでXは、約

47) Beckmann, aaO.S.429.109条1項は、法定代理人の同意を得ないで締結された契約について、「相手方は、契約が追認されるまでは、撤回することができる」と規定する。このように、浮動無効構成によれば、被保護者による追認がなされるまでの間に相手方による撤回がなされる可能性がある。そしてこのことは、契約の維持を望む被保護者にとって不利な結果になるとされている。

48) ドイツでは、方式に違反する法律行為の無効(125条)が信義則により制限されるか、という問題が議論された。禁止法規違反および良俗違反による無効と信義則の関係という議論も、この延長線上にあるといえる。ドイツにおける方式無効に関する邦語文献は多いが、最近のものとしては、熊谷芝青「ドイツ民法における「方式無効」について」高知短期大学研究報告社会科学論集第67号1頁、同「ドイツにおける方式無効判例の展開」高知短期大学研究報告社会科学論集第69号1頁がある。

49) ベックマンは、信義則により無効主張者を制限するのがBGHの判例の立場であるとする(Beckmann, aaO.S.235ff)。

50) Singer, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S.148f.

51) 闔労働とは、「法律に定められた官庁への届出をなさずになす労働、または官庁の許可を要するにもかかわらず許可をうけないでなす労働」(山田展『ドイツ法律用語辞典改訂増補版』(大学書林, 1993年)564頁)であり、この場合に即していえば、請負人が手工業登録簿(Handwerksrolle)に登録せずに建築を実施したことが闔労働に該当する。

45000DMの支払いおよび本件契約の一部不履行により今後生じる損害の賠償義務があることの確認を求めて訴えを提起した。

BGHは、本件契約は闇労働禁止法⁶⁰に直接には違反していないが、脱法行為禁止の観点から、同法に違反するとし、134条に基づき無効であるとした。しかしBGHは、1981年1月23日判決〔PAM-Kinos事件〕(NJW1981,1439)⁶¹を引用し、「すべての法生活を支配する信義誠実の原則は、無効な法律行為の枠内でもまた通用」し、よって「ある契約の無効の援用は、特別な例外的事例の場合には、許されない権利行使となりうる」とする。そして本件については、以下の点を挙げて「特別な例外的」事情があることを肯定した。すなわち、本件契約における固定価格条項は、「Yが固定価格を遵守するように努力し、場合によってはこの価格を越える債権からXを免責する」ものであること、本件契約は当事者双方によってほとんどすべて履行されていること、そして以上のような状況のもとでYが契約の無効の援用をすることができたならば、Yによって引き受けられた、固定価格を遵守するという危険をXに押しつけることになること、そしてそのことは、Yも闇労働法に違反しているのにもかかわらず、契約の無効を一方的に彼にとって有利に利用することができることとなりXを

60 闇労働禁止法の目的としては、通常、①租税収入並びに社会保険及び失業保険についての保険料収入の減少の回避、②報酬及び価格の切下げによって危険にさらされた企業（特に手工業を営む企業）を保護すること、③多くの職業部門における失業の増加の阻止、④闇労働者による不適切な材料の使用あるいは価値の低い給付からの注文者の保護、が挙げられるが（Staudinger-Sack, § 134, Rdn. 275）、その重点は①ないし③等の公益保護にあるとされている。闇労働禁止法に違反する契約の効力に関する近時の文献として、Voß, vertragliche und gesetzliche Ansprüche des Schwarzarbeiters, 1994がある。

61 XY間で締結されたアメリカのポルノ映画の専用利用権貸与契約の効力が問題となった事例。BGHは、本件契約は禁止法規（刑法184条）には違反しないが、良俗違反となり得るとする。しかし本件では、Yの無効援用が許されない権利行使に該当するとされた。その点について次のように述べている。「確かに、原則として法律行為の良俗違反性は職権により顧慮されうるものであり、その結果、その（無効の）主張は全く必要ではない。しかし他方、信義誠実の原則はすべての法生活を支配し、そのため無効の法律行為の枠内でも通用するということが顧慮されるべきである…。判例において、BGB138条による無効の援用もまた、例外的に許されない権利濫用となることが認められて…。しかしながらこのことは、依然として事態が特別である例外的事例に制限されなければならず、良俗に反する行為は、信義誠実の原則の適用によって、実際の結論において、ふたたび有効性を獲得すべきではない。したがってそのことは、良俗に反する行為を将来に対して維持することにはならない」。

不利に扱いYを不当に優遇する結果となること、である。そして、「手工業を営む企業および消費者を保護するために闇労働者による役務および請負給付の提供を回避するという闇労働禁止法の目的は、所与の特別な状況のもとで、固定価格を越える債権から免責されるというXの請求が否定されるということ并要求しない。闇労働給付はすでに提供された。そのため本法の保護目的は、本件ではもはや達成されない。残りの（無効な）契約の清算、すなわち材料の代金の支払いおよびXを材料提供者の債権から免責することは、闇労働禁止法によって望まれた手工業営業者の保護をもはや危険にさらしえない。禁止された闇労働の結果の評価ではなく、有効な契約の清算からは本質的に区別されない無効な法律関係の清算が問題となっているのである」とする。

このようにBGHは、法律行為が禁止法規に違反する場合であっても無効の援用が信義誠実に反することを認めている。しかし、本判決が引用するBGH 1981年判決では、「違反行為は信義誠実の原則の適用によって再び有効性を獲得してはならない」とされている。このため、信義則の適用は例外的事例に制限されることになる。この制限との関連で判決理由を見てみると、本件では、Xに定額条項を越える代金を支払わせることが酷であること、闇労働はすでに行われており、闇労働禁止法の目的はもはや達成されないこと、禁止法規違反の状態を将来に向かって維持することではなく、部分的に実行された契約の清算（Abwicklung）が問題となっていたという点が重要な要因であったと考えられる。

しかし本判決に対してはいくつかの批判がある。本稿の観点からは、次の批判が問題となる。すなわち、禁止に違反する法律行為の無効が裁判所によって職権で顧慮されるべきであるならば、契約に基づいて請求をされる当事者（本件ではY）は無効を主張する必要はない。したがって、当事者の無効主張が信義則に反するか否かということは問題とならない、と⁶⁴。

（2）学説

学説は、肯定説と否定説に分かれる。否定説の根拠は、134条は法律行為の内容を制限する規範であり、同条に基づく無効は当事者の利益だけでなく公の

64 Tiedtke, Baubetreuungsvertrag und Schwarzarbeit, NJW1983,713.

利益保護を目的とする場合にのみ発生するという点にある⁶⁵⁾。

これに対して多数説は、134条に基づく無効の場合にも、例外的場合に信義則が適用され得るとしている⁶⁶⁾。問題となるのはこの「例外的場合」に該当するための基準である。この点について判例・学説は、禁止法規違反による無効に信義則が適用されるかという問題の際、禁止法規の保護目的が決定的に重要であり、信義則が適用されることによって法律により禁止された法律行為が実際の結果において再び有効性を獲得してはならないとしている⁶⁷⁾。そのため例外的場合とは、禁止法規の保護目的によっては顧慮されない特殊な事情がある場合と理解されている⁶⁸⁾。

これに対してハインブーフは、以上と異なる基準によって信義則の適用を肯定する。彼は、禁止法規を①私法上も貫徹されることが必要な公の利益を保護しようとしている場合（第1類型）、②主に秩序政策的性質を持つ公の利益を保護しようとしている場合（第2類型）、③主に契約当事者の保護（消費者保護法等）を目的としている場合（第3類型）に分類する⁶⁹⁾。そして第3類型の場合、法律によって保護されるべき契約当事者である被害者は、自己の利益および自分が法律上どのように保護される必要があるのかを最もよく判断することができるのであるから、彼にのみ無効原因の主張について自由処分性

65) Collier, Nichtigkeit und Unwirksamkeit im System der bürgerlichen Rechtsordnung, 1967, S.85ff; RGRK-Kürger-Nieland-Zöller, § 134, Rdn. 147. なおコリーアは、方式無効や意思の瑕疵を理由に法律行為が無効である場合には242条が適用されることを認める。したがって、無効に対する信義則の適用の可否は、方式の瑕疵あるいは意思の瑕疵の場合と内容の瑕疵の場合とで区別されることになる。なお、この点についてダムはおよそ次のように言う。134条は公共の利益（公序）の貫徹を保証し、したがって「私的な」社会関係は、134条によって政策的秩序（politische Ordnung）の枠内に置かれる。しかしこのことは、134条自体の機能に関連するものであり、個人の利益を保護する諸規範が禁止法規として考慮されないという意味に理解されるべきではない。そしてそのような見解は、私的利益と公の利益あるいは個人の利益と集団の利益を厳格に対置することによって、これらが段階化されていること並びに、まさに134条によって個人の利益から公共の利益へと変換することができるということを誤解している、と（AK-Damm, § 134, Rdn.15）。

66) Staudinger-Sack, § 134, Rdn.186ff; Soergel-Hefermehl, § 134, Rdn.30等。

67) BGH, NJW1981, 1439; Singer, aaO.S.149.

68) Staudinger-Sack, § 134, Rdn.188.

69) Heinbuch, aaO.S.172. もっとも彼は、消費者の保護というのは公共の利益でもあるということも認めている。しかし契約当事者の保護という公共の利益は一般的な公共の利益と一線を画するという（Heinbuch, aaO.S.173）。

(Disposition) を認めることは有意義であるとする⁶⁰。ハインブーフは以上のような結論を認めるための法的構成として、134条の適用範囲を上記第3類型にまで拡大した上で⁶¹、無効主張を被保護者の意思に係らしめ、被保護者の無効援用によって無効が生じるとする。そして相手方の無効主張は「許されない権利行使」(242条)により制限されるとする。

(3) 以上、134条による無効と信義則の関係に関する判例・学説を検討してきた。その結果、ドイツの判例・学説は134条による無効の場合に信義則による無効主張の制限を認めているが明らかとなった。学説はこのことを、契約の一方当事者の利益を保護するために無効主張者を制限しているものと評価している⁶²。

問題はその具体的基準である。これについては場合を分けて考える必要があると思われる。判例および多数の学説が信義則の適用を認めている場合に主に念頭においているのは、闇労働禁止法のような公益保護を主要な目的としている禁止法規である。そしてこのような禁止法規の場合、個人利益保護よりも公益保護に重点が置かれることになるので、信義則の適用による個人利益の保護は「例外的な場合」に限られることになると考えられる。しかし、禁止法規が私益保護を目的としている場合にはその基準が異なると考える余地があるのではなからうか。前述したハインブーフ以外にも、例えばザックは、禁止法規が意思形成過程に関する場合、先に紹介した法的構成(取消規定の(類推)適用)以外の可能性として、信義則による無効援用の否定という法的構成を挙げている。そしてその際、信義則違反の根拠を相手方の意思自由を法的に許されない方法で侵害した点に求めていると考えられる⁶³。

60 Heinbuch,aaO.S.174.

61 BGB立法当時、134条の「禁止法規」として想定されていたのは刑法であり(Motive,S.210 (Mugdan,S.468)),ハインブーフのいう第1類型に該当する。彼は、BGHが134条の適用範囲を前述した営業令56条1項6号へと拡大したことを受けて、同条の適用範囲を上記第3類型に拡大している。このように解するのは、この類型については錯誤規定あるいは詐欺・強迫規定が適用される余地があるが、この方法では取消権者にとって立証の困難性が生じ得るからである(Heinbuch,aaO.S.171,175 (Fn.244))。

62 U.Hübner,Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm,in FS für H.Hübner,1984,487, 494;Beckmann,aaO.S.235ff.

63 Staudinger-Sack, § 134,Rdn.111. なおAK-Damm, § 134, Rdn. 98も参照。

4. 相対的無効構成

BGBは無効主張者を制限するという意味での相対的無効 (relative Nichtigkeit) 概念を採用していないとされる⁶⁰。この概念の導入を主張するのがウルリッヒ・ヒュウプナーである。彼は無効主張者を制限するために採用し得る構成として信義則構成と相対的無効構成を挙げる⁶¹が、後者を「徹底的な構成」であるとす。そして、無効規範がもっぱら一方当事者を保護する場合には、無効主張者は無効規範の保護目的によって人的に制限されるべきであると主張する。そして134条の場合における根拠としては、同条但書が挙げられている。

ベックマンは、上記のような問題提起を受けて、禁止法規や良俗規範等の無効規範が個人利益の保護に向けられたものである場合に無効主張者が被保護者に制限されるべきであるという考え方を発展させた⁶²。彼は、禁止法規により

⁶⁰ Hübner, aaO.S.503.これに対して、relative Unwirksamkeitという概念は承認されている(135条「特定の人を保護するためにのみ法律により譲渡が禁止されている対象につき、その禁止に反する処分がされたときは、その処分は、その者に対しては、その効力を生じない。強制執行又は仮差押による処分は、法律行為による処分と同一の効果を有する。」。)。この概念とrelative Nichtigkeitとは、内容を異にするとされている。relative Nichtigkeitについて、BGB第一草案の起草者であるゲーブハルトは、この名称には、(1)法律行為はそれ自体無効であるが、その無効は当事者の意思により治癒可能であるもの、(2)法律行為はそれ自体有効であるが、利害関係人の意思により遡及的に、始めからあらゆる面において無効となるもの、(3)最初は有効であるか無効であるか不確定であるもの、という異なる概念が結び付けられているとする。彼は以上の分類を前提として、相対的無効を採用する実際の必要性はないであろうとした(Gebhard, in Jakobs-Schubert, Die Beratung des BGB in systematischer Zusammenhang der unveröffentlichten Quellen, Allgemeiner Teil Teilband 1, S.749)。以上については、林幸司「錯誤無効の追認可能性と民法一九条の解釈論的意義について」立命館法学第198号175頁以下(特に202頁)、同「ドイツ法における相対的無効」法律時報72巻4号76頁参照。

⁶¹ Hübner, aaO.S.496.

⁶² シェットアウトガルト高等裁判所1980年4月1日判決(NJW 1980,1798)では、銀行業務を行うものは連邦監督局の許可を必要とするもの規定した信用制度法32条に違反する契約の効力が問題となった。同裁判所は、禁止法規違反契約の効力につき、「その内容あるいは契約締結の諸状況のために、契約当事者の正当な利益を侵害しあるいは危殆化する契約を禁止する法律」の場合、禁止法規によって保護される当事者にとって、拘束力(Verbindlichkeit)を生じない解釈されるべきであると判示した。そしてこの場合、保護されるべき契約当事者は契約の無効を援用できるが、禁止に違反する当事者は、被保護者の不利益のために自己の禁止された行為を援用することはできないとされた。本判決の法的構成は必ずしも明らかではないが、オーストリア民法典が錯誤(871条1項)の効果について「Verbindlichkeitが生じない」と規定していることとの類似しており、興味深い(これは取消可能性と理解されている(Rummel (hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1Band, 2Auf., 1990, § 871 Rdn.19 (Rummel))。なお、詐欺・強迫(870条)も同様に解されている。

保護される者は禁止法規による保護を自由に処分することができるとする考え方を基礎とし、被保護者が禁止法規違反にもかかわらず法律行為の有効を望む場合には、その法律行為を有効とすべきことを認める。そして彼は、彼の構想する無効概念を「非定型的な無効態様」(Nichtigkeitsart sui generis)と捉え、これを目的論的解釈から導く⁶⁷⁾。彼はNichtigkeit概念が法律上定義されているわけではないから、そのような非定型的無効概念を認めることに対する懸念はないという⁶⁸⁾。次に、ベックマンの主張する無効概念の具体的内容についてみよう。基本的構造については、原則として無効であることを前提とし、当該無効規範によって保護される者は、無効主張を放棄することができると構成される⁶⁹⁾。そして相手方は、被保護者が無効援用を放棄するまでは無効を援用できない。被保護者が無効援用を放棄するためには、無効援用を放棄する被保護者が事実を知り、無効根拠についての法的認識を持っていることが必要であるが、彼が法律違反性を根拠付ける事実を認識し、当該法律行為が法的に瑕疵があり得ると認識することでも十分であるとする⁷⁰⁾。この無効主張の放棄は、相手方の受領が必要で、かつ撤回不能な「意思表示」である⁷¹⁾。そして無効援用者は、自己の給付請求権が時効に係らない限り、無効を援用することができる⁷²⁾。そして彼は、法規違反の場合に、134条但書を根拠としてこの非定型的無効概念を認める⁷³⁾。

5. ヴェストファールの見解

ヴェストファールは、個人利益の保護を目的とする禁止法規違反の場合、契約の効力を維持するか否かを被保護者の意思に委ねるというハインブーフの考え方を評価しつつも、彼の「任意による無効の援用」という法的構成には反対

67) このことは、この無効概念が取消や浮動的無効等の他の無効概念に整理することはできず、また信義則による無効主張者制限という理論に依拠するものでもないことを意味する (Beckmann, aaO, S.430)。

68) Beckmann, aaO. S.430.

69) Beckmann, aaO. S.433.

70) Beckmann, aaO. S.440.

71) Beckmann, aaO. S.440f.

72) Beckmann, aaO. S.441ff.

73) Beckmann, aaO. S.448.

する⁷⁶⁾。

ヴェストファールは134条を一般条項として捉え⁷⁷⁾、その構成要件を①「法律上の禁止」、②法律上の禁止に対する「違反」に区別して検討するという判断構造を採用する⁷⁸⁾。その上で、禁止法規が契約の一方当事者の保護を目的としている場合に、契約は有効であるとし、ただ、禁止法規によって保護される者が契約からの解放を望む場合にはそれを認めようとする⁷⁹⁾。

ヴェストファールはこのような構成を前提として、さらに、(1) 契約が未履行の場合に、相手方に給付の提供を裁判上強制できるのか、(2) 被保護者が契約から解放されるための方法、について検討する。(1)の問題について、彼は、禁止法規を「法律行為を根拠付ける行為の禁止」と「給付義務の対象となる行為の禁止」とに分類する⁸⁰⁾。そして前者の場合には問題はないが、後者の場合、被保護者の履行請求により裁判所が秩序違反あるいは犯罪行為を構成する行為を強制することになるが、このことは法秩序の統一性および自己矛盾の回避の命令に反する、という問題が生じるとする。そのため「給付義務の対象となる行為の禁止」の場合、履行請求権は与えられない⁸¹⁾。そしてこれを原始的主観的不能であると解し、被保護者が禁止法規違反契約を有効であると信

74) なお、この無効概念が法律行為の清算にどのような影響を与えるかについては、次のように説明されている。まず、被保護者によって無効が援用された場合、その後は通常と同様に不当利得法による清算が行われる。また、契約締結上の過失、不法行為に基づく損害賠償請求権も認められる。次に被保護者が契約維持を選択した場合、契約は有効である。この場合、損害賠償請求権等の他の救済手段も放棄したことになる (Beckmann, aaO.432f.)。

75) Westphal, aaO.S.119.

76) Westphal, aaO.S.133.

77) Westphal, aaO.S.71.

78) Westphal, aaO.S.120. 彼は、上記のような被保護者の信頼を禁止法規の「違反が存在するか」という問題の中で顧慮する方が、「無効の任意による援用」という構成よりもよいであろうとする。ただ、この場合に「違反が存在するか」という一般的な問題を、個々の事例において、被保護者がこのような保護を要求するつもりであるか否かということに依拠させることはできないと言う (Westphal, aaO.S.119.)。

79) 前者の例としては移動営業における消費貸借契約の締結あるいはその仲介が挙げられ、後者の例としては、腐った食料品や危険な薬品を流通させること、闘労働が挙げられている (Westphal, aaO.S.121 (Fn.490,491))。

80) Westphal, aaO.S.121.

じたことを履行利益の賠償により保護する⁸⁰。次に（２）の問題について。これに関しても「法律行為を根拠付ける行為の禁止」と「給付義務の対象となる行為の禁止」という区別がなされる。そして後者の場合については主観的原始的不能に基づき解除権が発生するとする⁸¹。これに対して前者の場合には、823条２項⁸²に基づく損害賠償請求権が発生し、賠償方法として原状回復請求を認める（249条⁸³）という構成により、被保護者が契約から解放されることを認める⁸⁴。

四. 検討

1. 134条の適用範囲

禁止法規違反の場合における無効主張者の制限を考える場合にまず問題となるのは、134条の適用範囲である。禁止法規が法律行為の内容（法律行為によって目的とされた結果）に向けられている場合に同条が適用されることに異論はない。問題となるのは、法律行為が成立する際の諸状況を理由として規定された禁止法規違反の場合に同条が適用されるか、である⁸⁵。その例としては、営業令56条１項６号が挙げられる⁸⁶。

この点につき、学説は肯定説⁸⁷と否定説⁸⁸とに分かれている。134条の適用を

⁸⁰ Westphal,aaO.S.122.この場合に履行利益の賠償が認められる理由としては、原始的な主観的不能の場合、相手方が保証の意思表示（Garantierklärung）を引き受けたと考えられるということが挙げられている（aaO.S.123）。

⁸¹ Westphal,aaO.S.125.

⁸² 823条（１）故意又は過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権又はその他の権利を違法に侵害した者は、その他人に対し、これによって生じた損害を賠償する義務を負う。（２）他人の保護を目的とする法律に違反した者も、前項と同様である。法律の内容によれば過失がなくとも違反を生ずる場合には、賠償義務は、過失があるときに限り生ずる。（条文の訳は権・右近編「注釈ドイツ不当利得法・不法行為法」（三省堂、1990年）による。）

⁸³ 249条は損害賠償の方法として原状回復と金銭賠償を認めている。

⁸⁴ Westphal,aaO.S.126.

⁸⁵ ザックは、禁止法規の類型として、法律行為の内容を理由とする禁止法規の他に法律行為の実行を理由とする禁止法規（例：営業令56条１項６号）、法律行為の成立の諸状況を理由とする禁止法規（不正競争防止法1条）を挙げる（Staudinger-Sack, § 134,Rdn.1ff.）。もっとも、後二者の区別は実際上困難であるという（Rdn.8）。

⁸⁶ 営業令56条１項６号を134条の禁止法規であるとした裁判例として、BGHZ71,358,360ff.

⁸⁷ Soregel-Hefermehl, § 134,Rdn.18.もっともヘファーメールは、「事実的意味における行為」と「法律行為的意味における行為」という区別をしている。

否定する場合には、詐欺・強迫規定等、134条以外の規律によって解決が図られている（ザック等）。これに対して134条の適用を肯定する場合には、無効の修正が問題となろう。

この問題については、なお検討が必要であると思われるので、ここで結論を出すことは控えたい⁹⁹。しかしいづれにしても、法的構成を考えるに際しては、意思形成過程に向けられた禁止法規の場合と法律行為の内容に向けられた禁止法規という区別が問題となってくることに注意すべきであると思われる。

2. 個人利益の保護を目的とする禁止法規と公の利益の保護を目的とする禁止法規の区別

(1) 禁止法規違反行為の無効を主張できる者は誰かという点について、上述した見解の多くでは、禁止法規の保護目的が重要な役割を果たしている。禁止法規が主として公の利益を保護している場合（例えば閻労働禁止法）、判例・多数説では、例外的な場合には信義則により無効が修正され得ることが認められているものの、それに違反する法律行為が原則として無効であることはほぼ争いがない。これに対し、禁止法規が個人利益の保護を目的としている場合、被保護者の契約維持に対する利益が保護されるべきことは、ほぼ賛同されている。その理由としては、禁止法規が個人利益保護を目的としている場合にまで契約が絶対的無効とすることは、その規範によって保護される当事者にとって、かえって不利になるという点、このような場合に契約の効力を維持しても公の利益を侵害することはないという点、被保護者は自己の利益及び自分が法律上どのように保護される必要があるかをもっともよく判断することができるという点等が挙げられている。

(2) もっとも、「禁止法規が個人利益の保護を目的としている場合」という基準については、当該禁止法規によって保護されている利益が個人的なものか

⁹⁹ Amm, Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoß und § 134 BGB, 1982, 23ff

⁹⁰ なお、我が国でも類似する問題が生じている。大村敦「契約内容の司法的規制（2）」NBL474号34頁は、意思に関する規制と内容に関する規制が相互に浸透し、融合していることを指摘する。平野裕之「消費者取引と公序良俗—契約解消型救済」椿・伊藤編『公序良俗違反の研究』（日本評論社、1995年）308頁以下は、内容の問題は内容規制の法理、勧誘方法の問題は契約締結過程の規制法理によるべきであることを主張する。

公共的なものかを区別することは困難なのではないか、という問題が提起されている⁹⁰⁾。

学説では、「命令規範あるいは禁止規範が第一次的に (primär) 一方当事者の (あるいは場合によっては複数の当事者の) 個人的利益に関連するのか, あるいは少なくとも個人の利益と同じくらい重要な (gleichrangig) 公の利益に関連するのか」⁹¹⁾ とか、「主として (überwiegend) 契約当事者の保護のために公布された禁止法規」⁹²⁾ という基準を挙げる見解がある⁹³⁾。これらの見解は、禁止法規が通常複数の利益の保護を目的としていることを前提として、それらのうち個人利益の保護を優先している場合には無効の修正を認めるものといえる。問題となるのはその判断の仕方である。この点についてダムは、おおよそ次のように言う。すなわち、禁止法規の目的としては、契約当事者の利益の保護、第三者の利益の保護、公共の利益 (公序) の保護が挙げられるが、これらの利益領域は、常に精確に、かつ相互に区別はされ得ない。契約当事者の利益、第三者の利益、公共の利益という場合、経験的にみると、しばしば相互に関連しかつ重複し得る利益の重要性 (Größen) が問題となっている。そしてこのことから、法的効果を決定するためには、個々の事例において、異なる諸利益を十分に調和させるために利益考量を行い、そのことによって保護目的の重要性の程度を判定することが必要となる⁹⁴⁾。

90) Beckmann, aaO.S.153. 例えば暴利行為の禁止は、通常個人利益保護を目的としていると説明されることが多いが、価格秩序維持という観点からは公益保護を目的としているとも考えられ得る。この点につき、潮見佳男「不当条項の内容規制」『消費者契約法』(商事法務研究会, 1999年) 126頁(注18) 参照。

91) Hübner, aaO.S.499.

92) Heimbuch, aaO.S.173.

93) 同様の問題はフランスにおける公序論についても指摘されている (須永前掲「有用性と正義適合性」130頁以下, 山口前掲66頁参照 (同論文では次のような解決原則が述べられている。すなわち、「一方ではまず、当該規範において公益擁護と私益保護のいずれが、より優越的な理由を構成しているかを測定し、優越的配慮をもって当該規範を一方または他方に位置付けること、そして他方では、両者の配慮の混在にもかかわらず、当該規範において公益擁護の配慮が明確に打ち出されている場合には、それを指導的公序と判定することを、解決原則として設定する」と。))。

94) AK-Damm, § 134, Rdn.42. なお, Beckmann, aaO.S.153ffは、このような区別の困難性 (法的不安定性) は不可避的なものであり、その解決は判例・学説に委ねられているとする。また、多くの場合、禁止規範あるいは無効規範の立法趣旨は、例えば法律の前文における法律の目的などから確定され得るとする。

(3) その際、有益な指標を示すと考えられるのが、禁止法規が意思形成過程に関するものか法律行為の内容に関するものかという区別である。この点についてダムは、「134条にとって、本質的に禁止が法律行為自体の内容に向けられているか、あるいは法律行為が行なわれる際の態様 (Modalitäten=Art und Weise) に向けられているかが重要である。このメルクマールは同様に規範目的の設定の際に顧慮されるべきであるが、これに代わることはできない」と言う⁹⁶。これに相当する区別は、ヴェストフェールの「法律行為を根拠づける行為の禁止」と「給付義務の対象となる行為の禁止」⁹⁷ という区別にも見られる。またカナリスが、契約締結の際の諸状況を理由とする禁止法規は原則として法律行為の無効をもたらさないが、営業令56条1項6号のように例外的に浮動的無効をもたらすものもあるとし、他方個人利益を保護するために契約内容に向けられた禁止法規に対する違反の効果を片面的一部無効であるとして⁹⁸、それぞれにおいて効果を区別していることも類似の発想と見ることができると思われる。

この区別の実質的な根拠としては、次のことが考えられる。すなわち、禁止法規が意思形成過程に関するものである場合、その目的は一方当事者の意思決定の自由を保護するという点にあると考えられる。そしてその場合、被保護者が契約の維持を望むのであれば契約を有効とすべきであるし、詐欺・強迫による法律行為が取り消し得るものとされていることとの評価矛盾が回避されるべきである⁹⁹。従って、被保護者にその法律行為を維持するかそれから解放されるかを決定するイニシアチブを与えることは妥当であると考えられる。これに対して、契約内容を理由とする禁止法規の場合、それは個人利益の保護を目的としているかもしれないが、同時にそのような行為を抑制するという側面も

⁹⁶ AK-Damm, § 134, Rdn. 36.

⁹⁷ Westphal, aaO.S. 118 (Fn. 476, 477).

⁹⁸ 片面的一部無効とは、禁止法規が一方当事者の保護を目的としている場合に、当該禁止法規によって保護される者は契約上の請求権を保持し、相手方に対しては不当利得返還請求権に基づいてのみ責任を負うというものである (Canaris, aaO.S. 31)。カナリスは、この概念を賃貸借暴利、無資格者による法律相談の禁止、闇労働禁止法違反契約の場合に適用している。この片面的一部無効概念については、三間地前掲93頁以下、羽田前掲180頁以下参照。

⁹⁹ Canaris, aaO.S. 38ff

強いと考えられる。したがってこの場合、単に被保護者の意思により法律行為を有効と扱うのではなく、次に検討する履行段階等、種々の要素を考慮して慎重に法的効果を決定することが必要となると思われる⁹⁰⁾。

(4) 履行段階の考慮について⁹¹⁾

法律が給付義務の対象となっている行為を禁止している場合について、ヴェストファーは契約の履行段階を考慮することを主張する⁹²⁾。その理由は、契約が未履行の場合に被保護者の履行請求が認められるならば、それは相手方に秩序違反あるいは犯罪行為を裁判上強制するという結果となるが、このことは法秩序の統一性に対する違反であり自己矛盾となるという点にある⁹³⁾。これに対してベックマンは、無効主張者の制限の際に履行段階を考慮する必要はないとする。彼は、個人利益の保護のために法律によってある行為が禁止されている場合でも、被保護者によりその利益が放棄されるならば法益侵害は存しないのであり、刑法あるいは秩序法の観点からは、構成要件に該当しないか、正当な同意があると解釈されることになるという⁹⁴⁾。

理論的に考えると、ベックマンの見解には説得力があると思われる。ただし、ヴェストファーが履行段階を顧慮すべきであるとしているのは、腐った食料品や危険な薬品を流通させること等、「法律が給付義務の対象となっている行為を禁止している場合」である。これらの行為を禁止する目的が個人利益の保護という点にあることはもちろんであるが、同時に、公益を保護するという側面も強いと考えられる。そのため、被保護者の利益放棄によって違法性が阻却

⁹⁰⁾ 契約の締結と内容を区別するという考え方は基本的には適切であると考えられるが、このような区別が貫徹され得るかは問題である。これについては今後検討したい。

⁹¹⁾ 我が国で、無効主張者制限の際に履行段階を顧慮する見解として、三間地前掲115頁以下。なお、石田教授は、「ある規定が弱者を保護するため強者に対して一定の行為を禁止・制限している場合、強者の方から法律行為の無効を主張することはできないとも考えられる。しかし、この結果法律行為が有効とされその履行を余儀なくされて犯罪が成立したり刑罰が加重されたり行政庁の処分が加えられたりなどすることは妥当でな」とされる（石田穰前掲288頁）。

⁹²⁾ ドイツにおける履行段階論の概要については、三間地前掲100頁参照。

⁹³⁾ Westphal, aaO.S.121. もっともヴェストファー自身は、個人利益保護を目的とする禁止法規に違反する契約は有効であるとの前提をとっているため、履行段階の考慮は、履行障害法の枠組みの中で行なわれることになる。

⁹⁴⁾ Beckmann, aaO.S.284ff.

されると解することが妥当でない場合が多いと思われる⁹⁶⁾。このように考えると、ベックマンの見解は確かに説得力があるが、「法律が給付義務の対象となっている行為を禁止している場合」には、その禁止法規は私益保護と同時に公益保護をも目的としていることが多く、實際上ベックマンのように割り切ることは難しいと思われる。

3. 法的構成

(1) 前述したように、法的構成を考えるに際しては、意思形成過程に向けられた禁止法規の場合と法律行為の内容に向けられた禁止法規という前述した区別がなされるべきであると思われる。但し、以下では134条が意思形成過程に向けられた禁止法規にも適用されることを前提として検討を進めることにする。よって、134条が意思形成過程に向けられた禁止法規には適用されないことを前提とする取消規定(類推)適用説は一応除外する。

(2) 134条による無効は、前述した通り、絶対的性質を有している。そこでそれをどのような法的構成によって修正するかが問題となる。

まず考えられるのが、134条但書を根拠として浮動的無効が生じると解する見解である。しかし、この浮動的無効構成に対しては前述したような批判があり、そのため、それほど支持されてはいないようである。

(3) 次に、ドイツにおいて比較的有力であるとみられる信義則構成と相対的無効構成を検討する⁹⁷⁾。

(ア) これらの構成の相違点は、無効主張者を制限するための具体的な基準にあるとされている⁹⁸⁾。すなわち、相対的無効構成によれば、無効主張者を制限するための基準が問題となる禁止規定の保護目的から直接導かれる。これに対して信義則構成では、信義則の適用は例外的事例に限られるとされている。もっとも、先に検討したように、禁止法規が個人利益保護を目的としている場合に

⁹⁶⁾ 刑法学説においては、被害者の同意が犯罪の構成要件に該当する行為の違法性を阻却し得ることが認められているが、それは個人利益に関するものに限られ、国家利益又は社会利益と競合している場合には認められないとされている(大谷實「新版刑法講義総論」(成文堂、2000年)273頁。

⁹⁷⁾ ヒュブナーは、前述したように、主として相対的無効(relative Nichtigkeit)の導入を主張するが、信義則構成を採用することも可能と解している(Hübner, aaO.S.495f)。

⁹⁸⁾ Beckmann, aaO.S.426.

は、信義則の適用基準が異なると解する余地がある。例えば営業令56条1項6号のように主に個人利益の保護を目的とする禁止法規の場合、相手方の意思自由を法的に許されない方法で侵害したという点に信義則違反を求めることも可能であると思われる⁹⁹。ただし、相対的無効構成その他の構成が可能である場合にまで、あえて信義則を持ち出す必要性があるのかという問題は生じるであろう。

(イ) 次に、双方の法的構成において、無効 (Nichtigkeit) の効力、とりわけ無効は法上当然に発生するという性質がどのように捉えられているかという点およびそれぞれにおいて無効を主張するか否かが被保護者に委ねられるべきであるとする考え方 (無効援用の自由処分性) がどのように構成されているかについて検討する。

この点、信義則構成は、無効の効力を従来通り絶対的なものと考えつつ、信義則による修正を図る見解と捉えることができる。そして無効援用の自由処分性は、禁止法規によって保護される者が無効を援用して始めて無効効果が生じる¹⁰⁰という点に表れていると解することができる。もっとも、前述したように、この見解に対しては、無効は法上当然に発生し、そのため裁判所によって職権により顧慮される (したがって当事者による無効の主張がなくとも無効が生じる) のにもかかわらず、被保護者が無効を援用しない場合には契約が有効となるという点で矛盾があるとの批判がなされている¹⁰¹。

これに対して相対的無効構成では、無効 (Nichtigkeit) の効力が、従来の見解とは異なり、より柔軟なものとして捉えられていると考えられる。例えばヒュープナーは、Nichtigkeitは従来のように一律に絶対的無効とみなされるべきではなく、効果の点で区別して扱われ得る法概念とみなされるべきであるとしている。またベックマンも、BGBにはNichtigkeitに関する定義規定がないので、非定型的無効概念を創出することに懸念がないとする。そしてベックマンは、

⁹⁹ Staudinger-Sack, § 134, Rdn. 111.

¹⁰⁰ Heinbuch, aaO.S. 174.

¹⁰¹ Tiedtke, aaO.S. 713; Westphal, aaO.S. 119等。この点、相対的無効の主張は訴権行使によるものとされているフランス法では、無効援用により始めて無効効果が生じるという構成を採りやすいように思われる (林前掲「錯誤無効の追認可能性」192頁)。

無効規範が個人利益保護を目的としている場合には被保護者は自己の利益を自由に処分できるのであるから、無効効果を受容するか放棄するかを彼の意思に委ねることができるかと解するのである。このベックマンの見解で注目すべきは無効援用の自由処分性の具体的な構成である。彼は比較法的考察（スイス法、オーストリア法、フランス法、イギリス法）に基づいて、無効援用の自由処分性を認めるための法的構成について原則無効型（スイス法）と取消型（オーストリア法）があることを指摘し¹¹¹、解釈論的観点から前者を選択している¹¹²。彼の見解によれば、禁止法規に違反する法律行為は原則として無効であり、被保護者による無効援用の「放棄」によって当該法律行為が遡及的に有効となる。この無効概念は、構造的には追完可能な無効に近いが、無効援用の放棄があるまで、相手方は無効を援用できないとされている点で、単なる追完可能な無効とは異なると考えられる。

（ウ）筆者自身は、基本的には、無効が法上当然に発生するという性質を前提としつつ、被保護者の意思により無効が治癒されるという構成が妥当であると考えている。その点でベックマンの見解は示唆に富むと考える¹¹³。もっとも、禁止法規が個人利益保護を目的とする場合、上記のような法上当然に発生するという無効の性質を信義則を用いずに直接に修正し、一方当事者の主張をまっはじめて無効となると解することはできないのかがさらに検討される必要があると思われる¹¹⁴。

-
- 111 ベックマンはフランス法の相対的無効については、それが裁判上の請求を要するとしている点で参考としないとしている。イギリス法に関しても直接にはドイツ法には参考としないと解しているようである（Beckmann, aaO.S.433.その理由については、検討が不十分であるため他日を期したい）。
- 112 取消型とは法律行為は有効であるが、事後的に無効とすることができる無効類型であり、原則無効型とは法律行為は無効であるが、事後的に治癒されるという無効類型である。そしてベックマンは、問題となっているのが134条等の無効規範であるという理由から、後者を選択している（aaO.S.434）。
- 113 但しベックマンは、禁止法規範行為は無効であるが、被保護者が無効を援用するまでは相手方は無効を援用することができないとしている。しかし、無効が生じているにもかかわらずその援用ができないという点で、論理的に矛盾しているように思われる。
- 114 この点について、暴利行為等の場合に無効規範の保護目的に応じて無効効果が制限され、一部無効が認められることとこの問題とをパラレルに考えることができるのかは検討を要すると思われる。例えばジンガーは、暴利行為など契約内容の修正が問題となる場合、規範の保護目的を顧慮した法規違反の法的効果の制限が問題であり、信頼責任が問題となっているのではないとする（そしてその場合の解決方法としては、片面的一部無効や保効的縮減を挙げる）。これに対して営業令56条1項6号違反行為については、わざわざ浮動的無効を準用している（Singer, aaO, S.155）。

五. おわりに

以上、法律行為が禁止法規違反を理由に無効となる場合における無効主張者の制限について検討してきた。その結果、ドイツでは、禁止法規が個人利益保護を目的としている場合、それによって保護される者が法律行為の維持を望むのであれば、その法律行為を有効と扱うべきであるという考え方が受け入れられつつあることが明らかになった。

禁止法規の目的が個人利益保護である場合という基準については、多くの学説が支持している。その際、禁止法規の目的が個人利益保護か公益保護であるのか判断が困難であるとの問題は確かに存在する。しかし、それを理由としてこの基準が放棄されるべきではなく、むしろ、そのような区別の困難性の除去は判例および学説に委ねられていると解すべきであると思われる¹⁰⁵。そしてその際、禁止法規が意思形成過程に関するものか法律行為の内容に関するものかという区別が補助的な機能を果たすと思われる。

他方、法的構成については様々な見解が主張されてはいるものの、いずれの見解も未だ決定的とは言えないように思われる¹⁰⁶。本稿の問題意識、すなわち、無効主張者を制限する際に、無効が法上当然に発生し、そのために誰でも無効を主張できるという原則がドイツにおける議論ではどのように修正されているのかという点に関していえば、ドイツではなお、この原則を維持する見解が有力であるとの印象を受ける¹⁰⁷。それに対して近時、相対的無効概念の導入が有力に主張されていることは注目される。この見解では無効 (Nichtigkeit) 概念を従来の見解とは異なり、より柔軟に捉えられる傾向がある。もっとも、その主張者の一人であるベックマンは、相対的無効概念のモデルとして取消型ではなく原則無効型を選択している。このことは、少なくとも、取消権に類似する「無効主張権」なるものを認めるものではないものといえよう。この点で無効 (Nichtigkeit) と取消可能性と区別がなお維持されているといえるのではないだ

¹⁰⁵ Beckmann, aaO.S.135.

¹⁰⁶ Staudinger-Sack, § 134, Rdn.238は、いずれの構成もなお確立されていないと評価している。

¹⁰⁷ 無効は法上当然に発生し、よって裁判所によって職権により顧慮されるのであるから、当事者の無効援用はそもそも不要であるとの信義則構成に対する批判はこのことを強く印象づける。

ろうか。そしてこのことは、解釈論という観点から、わが国にとっても参考となると思われる。

もっとも、この点については、相対的無効を取消可能性とほぼ同様に捉えているとされるオーストリア法の検討が興味深いと思われる。この点も含め、さらに研究を進めていきたいと思う。