

民法第 90 条の再検討

—民法改正法案を手掛かりに—

道幸大介

序論

第 1 節 課題

第 2 節 研究方法

第 1 章 現行民法第 90 条

第 1 節 民法第 90 条とは

第 2 節 先行研究

第 3 節 民法第 90 条の裁判使用例

第 4 節 現行民法第 90 条の問題点

第 2 章 民法改正法案での民法第 90 条

第 1 節 民法第 90 条の改正点

結論

参考文献

序論

第 1 節 課題

2015 年 3 月 31 日に民法改正法案が衆議院に提出された。提出された法案が可決することにより、今後の日常生活に変化が生じるであろう。しかし、改正が必ず良い結果を生むとは限らない。したがって、法律の改正はその適用対象となるすべての人々に深く関係しているため慎重にならなければならない。そもそも法律とは、国家権力を背景とし、国民の自由を制限若しくは保障する機能がある。その機能を恣意的に用いることは決して許されない。そのような恣意的に用いられる側面を一切排除し、すべての国民

の幸福に繋がる法律にすべきである。

今回の改正によりその目標は達成されているのであろうか。本研究では、改正法案の内で特に第 90 条に着目し、検討する。「それは、公序良俗に違反する」。この文言は誰もが一度は聞いたことがあるだろう。その文言中の公序良俗とは、民法第 90 条に規定されている。その第 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。」と規定する。本来、私人間の法律行為は私的自治の原則に基づき自由である。だが、第 90 条は私人間の法律行為の自由に対し制限を設ける。つまり、私的自治の原則の例外的規定である。例外的規定であるのだから、その運用は明確な根拠に従って行わなければならない。しかし、この条文には疑問点が 2 つある。第 1 に「公の秩序」や「善良の風俗」といった文言は、なにを根拠として判断するのだろうか。道徳や倫理、または慣習や条理によって判断するのであろうか。第 2 に具体的に実務においてその判断ができるのであろうか。公序良俗規定は、あまりに抽象的であり、それゆえ様々な問題に対して臨機応変に対応できるといえば聞こえはいいが、裁判官による恣意的な判断基準による判決を導くおそれはないのであろうか。この 2 点の解決策が民法改正法案に含まれて、改善されているのか現行民法第 90 条の問題点を再検討しつつ検討する。

第 2 節 研究方法

以上の 2 つの論点について以下の研究方法によって考察する。

まず第 1 章では、現行民法 90 条の概要について論じる。その第 1 節では、公序良俗についての学説について論じる。第 2 節では、本研究以前の公序良俗規定の先行研究をとりあげる。第 3 節では、裁判における使用例について論じる。第 4 節では、第 1 章全体をふまえ、現在存在する問題点について指摘する。

そして、第 2 章では改正草案について論じる。第 1 節では、改

正草案ではどのように法文が変化したのかという点に着目して論じる。そして、最後に改正法案に対する検討を行う。

第1章 現行法の民法第90条

第1節 民法第90条とは

公序良俗とは、公の秩序と善良な風俗のことをいう。公の秩序とは社会の秩序や利益のことを指し、善良な風俗とは社会の道徳のことを指す。だが、公序と良俗を厳格に区別することに実益はない。本来この規定が意味することは、「社会的妥当性を欠く行為の効力に対して、その行為の実現に法律が協力することができない」というものである。かつては、公序良俗は法律行為についてだけではなく私法の大原則を示す、とされていたこともあった。しかし、現在では信義則や権利濫用の禁止の規定が制定されたこともあり、公序良俗の重要性はやや減少した。だが減少したといっても当然にその効力が消えたわけではない。

さらに、憲法規定違反行為が私法上直ちに無効になるかという点に関しても学説が分かれている。この問題は、憲法の私人間の人権保障に関する問題である。本来の伝統的な考え方は、憲法で保障される基本的人権は、国家権力に対するもので私人間に及ぶものではないとされてきた。しかし、資本主義社会が高度に発展することで大企業や労働組合等の巨大な組織が発生した。それに伴い私人間の関係も複雑化が進んだ。その結果、本来であれば対等な私人間において、経済的、社会的強者が弱者の権利を侵害するという状況がみられるようになった。そして、人権が人間として当然もっている権利であるとすれば、国家との関係においてのみならず、私人間においても保障されるべきではないか、という議論が生じた。それに対し、3つの学説が存在する。第1に無適用説である。この立場は、旧来の憲法観に基づき憲法に保障されている人権は、公権力による国民の権利侵害であり、私人間に及

ばないとするものである。第2に直接適用説である。これは、憲法は国民生活全般にわたる価値秩序を定めており、その効力を社会生活のあらゆる領域で適用させるべきであるとする。第2に対し、第3は間接適用説である。この立場は、私法の独自性や私的自治の原則を尊重しながら、私人間に著しく不合理な人権侵害行為があった場合に憲法の原則にそって私法の一般原則に反するものとして判断するものである。この私法の一般原則として採用されているものが、民法第1条の信義誠実の原則や第709条の不法行為、さらに加えて第90条の公序良俗の原則である。判例・通説は間接適用説を採用している。その場合において、公序良俗は憲法と私法規定を媒介する。例えば、自衛隊基地用の土地売買には、憲法9条は直接適用されず、90条適用の問題となるが、同売買は反社会的行為とはいえず90条に違反しないとした判例がある¹。このように公序良俗の規定は、第90条のみで判断される場合だけではなく、他の条文との関係によっても効果が生じる。

公序良俗違反の行為は、分類され考えられている。本稿では学者や時代によって変化はあるが、川井健博士による4つの分類²をとりあげる。第1に財産秩序を乱す行為である。具体的には、正義の観念に反する行為・賭博行為・暴利行為・優越的地位を利用した契約行為などがあげられる。第2に人倫秩序・性道徳を乱す行為である。これは、妾契約や売春行為などである。第3に自由・人権を害する行為である。これは、芸娼妓契約、男女差別をする契約、営業の自由の極端な制限、財産権行使の極端な制限、思想や信条の極端な制限などである。さらに第4に動機の不法である。

第4の動機の不法が公序良俗に反する場合である。これは、行為自体が不法でなくとも行為の動機が公序良俗違反であれば無効

¹ 最判平成元・6・20民集43巻6号385頁。〈百里基地事件〉。

² 川井健・後掲・139頁以下。

となるというものである。例えば、Aとの賭博に敗れたBが賭博金を支払うためにCから借金をし、Cがそのこのことにつき悪意であったとき、その金銭貸付けは無効であるとした³。この動機の不法は学説上の論争がある。大別すると学説は以下の3つに分かれる。

(A) 動機条件説。これは、不法な動機を条件としたときのみ法律行為を無効とするものである。この説は、動機のみを判断基準としているため公序良俗違反を極めて限定的な場合にしか認めない。そのため今日では、この学説はとられていない。

(B) 動機表示必要説。これは、行為の動機が不法であったとしても相手方はそれを知ることができない場合、動機が表示されてはじめてその行為が公序良俗違反になるとする。この説は通説であるが、動機が表示がつねに必要であるかという点が問題であり、それに対して4つの説に分かれている。(B-a)動機が表示がつねに必要であるとする「表示説」である。(B-b)動機が表示がなくとも相手方が動機を知っていたときも無効とする「認識説」である。(B-c)相手方が通常人であれば動機を知ることが可能であった場合も法律行為は無効であるとする「認識可能説」である。(B-d)公序良俗違反性が弱いときは動機が表示は必要だが、公序良俗違反性が強いときは動機が表示は不要だとする「例外的表示不要説」である。判例は、(a)の表示説または(b)の認識説を採用している⁴。

(C) 善意者保護説。これは、不法な動機の方法行為は無効だが、善意無過失の者に対しては無効を主張できないという学説である。

また、公序良俗違反の判断時期は判例上その法律行為がされた

³ 大判昭和13・3・30民集17巻578頁。

⁴ 上掲(引用3)。最判昭和29・8・31・民集8巻8号1557頁〈苛性ソーダ密輸事件〉。

時点である⁵。効果としては、公序良俗違反の行為は無効である。この無効は絶対無効であり、万人に対して主張できる。さらに原則として公序良俗違反の行為に対しては、未履行の場合の履行請求も履行済みの場合の返還請求も認められていない。

上記のように学説と判例では公序良俗規定について考えられているが私人間の契約を例外的に無効とする法であるからより明確な理論が必要なのではないだろうか。第2節において、公序良俗規定についての先行研究をとりあげる。

第2節 先行研究

本稿では、後掲の林幸司教授を検討する。

まず、林教授は、1993年当時の支配的学説が、公序良俗概念を「社会的妥当性」という言葉に置き換え、その判断を裁判官に全権委任した形となっている、と批判した。その問題を公序良俗概念の「ブラックホール化」と名付けた。具体的に問題点をあげると2点ある。第1に公序良俗概念は裁判官の裁量によって判決されうる状態であり、それに対して理論上の歯止めはないことである。第2に実際の裁判において公序良俗概念が使用される際に、この概念にどのような内容の規範・ルールが盛り込まれ、判決が下されたのか明らかにされないことである。この問題に対し、林教授は、公序良俗概念は私的自治の原則を制限する以上、少なくともその原則に匹敵するほどの強行法規的性格を有する規範でなければならないと考えた。したがって、公序良俗は私的自治の原則を例外的に制限するからこそ、規範として明確かつ具体的な内容を持たなければならないとした。では、実際にどのような具体的内容を盛り込むべきかについても林教授は述べている。それは、

⁵ 最判平成15・4・18民集57巻4号366頁。証券取引における損失保証契約において公序良俗違反の判断時期を定めた事例。

公序良俗規範に盛り込まれるべき強行法規的性格を有する規範は、既存の法秩序との関連で発見・抽出し、そこから結論を根拠付けるといえるものである。なぜなら、客観的に存在する既存の法秩序を基準とすることによって、規範の客観化となり、公序良俗概念濫用の危険を防ぐことができるからである。

この解決策として、林教授は裁判実務と民法第 90 条と民法以外の実定法規に規定されている公序良俗の関連について検討している。この詳細については第 3 節において詳細に検討を加える。

第 2 節では、林幸司「我が国における公序良俗論の問題点」を軸に裁判例について考察する。

第 3 節 民法第 90 条の裁判使用例

林幸司教授のよると公序良俗に関する裁判においては公序良俗の適用方法に 3 つの類型がある⁶。

(A)第 1 に公序良俗規定が本来の目的と異なる適用をされている場合である。(B)第 2 に本来の目的で適用されている場合である。(C)第 3 に本来の目的で適用されているが適用方法に瑕疵がある場合である。その 3 つの類型について検討する。

(A)公序良俗概念を使用しながら、条文通りの法律行為それ自体を無効とするものではなく、別の法的効果を導くために他の一般条項とともに併記される場合である。この場合の判決⁷では、公序良俗概念は法律行為の無効を導くものではなく、権利濫用の一要件という扱いになっている。また、なぜ公序良俗に反するのかということには触れられていない。この場合では権利濫用を導くために補助的な役割を与えられた第 90 条の適用は本来の目的と異なっていると言えるだろう。

⁶ 林幸司・後掲。

⁷ 最判昭和 31・12・20 民集 10 卷 12 号 1581 頁。土地の無断転貸による解除権の行使につき権利濫用の判断が違法とされた事例。

(B)(A)であげた判例とは逆に第 90 条が明確に適用され、既存の実定法秩序との関連で根拠づけられていることにつき合理性が認められている裁判例⁸も存在する。そこでは、公序良俗の内容は憲法 14 条が基本的人権として保障する法の下での平等の原理に関する規範であると明言した。加えて労働基準法 3 条、4 条との関連も指摘している。第 1 にあげた判例と第 2 にあげた判例の差異である「なぜ公序概念が必要となり、その過程を判決理由中で明らかにしている」のかという点についても林教授は考察している。この場合において、第 1 に関連する個々の実定法規(憲法 14 条、労働基準法 3 条、4 条)を挙げた上で、それらの相互の関係につき非常に緻密な検討を行い、直接法律行為の無効を導く条文が存在しない点を確認している。第 2 にこれらの個々の実定法規の根底にある価値観や原理は、規範として、私的自治を制限してまでも貫徹されるべき性質を持つものであること。第 3 にだからこそ、このような規範と私法レベルの無効という効果を結びつける 90 条が必要になること。この 3 点を明らかにし、判決がなされているとしている。

(C)(A)、(B)で挙げた判例は両極端な例であり、その間のような判例も存在する。そこでは、公序良俗違反となることに異論はない。しかし、どのような事実がいかなる規範に違反するのか、判例によってその基準が不明確である⁹。法の理想に反する・社会一般の常識に反する醜悪なものといった言葉で表現され、公序良俗違反を導いている。

つまりこの 3 点から、裁判において公序良俗規定の使用につい

⁸ 東京地裁昭和 61・12・4 判時 1215 号 3 頁。男女別コース制により、性差によって異なる処遇制度に関して公序良俗に反し、無効であると判断した事例。

⁹ 最判昭和 30・10・7 民集 9 卷 1 号 1616 頁。16 歳未満の女子を相当長期に渡って料理屋に住みこませて酌婦稼働させ、その賃金を借金の弁済にあてる契約は無効であると判断した事例。

て一定の法則が存在しないことが明らかである。その法則を決定しないことによって、公序良俗規定が不明確なまま使用されている。たとえある程度明らかにさせていてもその規範の合理性や既存の法秩序・社会秩序との関連を説明しない判決も存在している。

このように公序良俗は不明確なまま裁判でも用いられてしまっている。これまでは裁判官の恣意的な感情によって法律行為の無効が導かれた判例がなかった。しかし、今後裁判官によって恣意的に法律行為が無効とされうる可能性を秘めていることは言うまでもない。なぜこのような事態に陥ることが立法当時に問題とされなかったのであろうか。また、第1節で疑問視したより明確な理論は存在しないのであろうか。この2点を中心に第4節で現行民法第90条の問題点について考察する。

第4節 現行民法第90条の問題点

まず第1にこのような事態に陥ることが予想されなかったのかという点について考察する。この点は、民法の立法当時と現在の条文の編成や社会状態に関連している。大正中期頃には、権利濫用や信義則などの条文は存在しなかった。しかし、現民法90条は、起草者によると公序良俗に関連する法律がない場合にも法律効果を無効にするために定められたものである。したがって、立法当時から明白に90条が一般条項的性格を持つことは意識されていた。さらに当時の学者は、公序良俗規定を全法秩序の基本的原則と考えていた。このことにより、当時の裁判では公序良俗規定を本来法律効果の無効を導くはずであったにも関わらず、権利濫用や信義則の代替として用いていた。だが、その条文の瑕疵を積極的に評価していたのではなく、濫用のおそれもまた指摘され、その適用に歯止めがあることも強調されていた。このことから、公序良俗違反を理由に法律行為が無効とされるのは例外的な場合のみであり、内容もかなり限定的に捉えられていた。しかし、現

在では権利濫用や信義則の規定も存在し、公序良俗規定によって処理されなくなった。つまり、この変化によって公序良俗規定の重要性は以前に比べて低下した。したがって、立法当時にこのような事態が予想されなかったのかという疑問に対しては次のようである。立法当時は抽象性が求められ、このような条文になった。そして社会状況や民法の変化によって生じた問題であるから立法当時には限定的な適用を強調していたが濫用を明確に防ぐことができなかったと推測できる。

しかし、だからといって当然に 90 条の条文が意味を成さなくなったわけではない。現在でも、公序良俗規定による法律効果の無効は必要であり、重要性が以前と比べ低下したからといえど、不明確なままにしておくことは今後に支障をきたす恐れがある。ここで第 2 の疑問である明確な理論の有無について考察する。今まで考察してきたように未だ裁判所でも学説上でも明確な公序良俗について定まっていない。この第 2 の疑問こそが今回の改正によって是正されるべき点ではないだろうか。

次の第 2 章では、今回の改正法案はどのような変更がされたのかについて考察し、本稿で挙げた問題点が是正されているのか検討する。

第 2 章 民法改正法案での民法第 90 条

第 1 節 民法第 90 条の改正点

現在の民法第 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。」と規定している。一方、今回の改正法案では、「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。」と規定している¹⁰。また、法務省の法制審議会

¹⁰ 法務省「民法（債権関係）の改正に関する要綱案」（平成 27 年 2 月 10 日決定）。

—民法(債権関係)部会による改正主旨の公式発表は、民法第90条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 公の秩序又は善良の風俗に反する法律行為は、無効とするものとする。

(2) 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、無効とするものとする。となっている¹¹。中間試案においては、第2項の制定も視野に入れられていたがその後の発表では、第2項は削除されている。

この改正で現90条を維持し、「事項を目的とする」という文言を削除することによって、法律行為のみに着目するのではなく過程その他の諸事情も考慮することとなる。言い換えれば、今後は法律行為の結果のみを判断基準とするのではなく、その法律行為までの背景や動機によっても第90条を適用し、無効とする。

しかし、暴利行為¹²については現在同様に支配的見解によって判断されることとなる。この暴利行為が改正法案に含まれるか否かも議論された。そもそも暴利行為は、公序良俗違反の類型に認められることは、現行法の下でも確立している。これは、伝統的に「他人の窮迫・軽率・無経験等に乗じて、いちじるしく過大な利益の獲得を目的としてなされた法律行為は、無効とする。」という準則も定式化されてきた。これに対し、1980年代半ばごろから下級審および学説に変化が現れ始めた。暴利行為の準則をより積極的かつ柔軟に活用しようとする試みである。この影響が特に目立ったのが消費者取引や投資取引に関する紛争である。そこでは、

¹¹ 法務省「民法(債権関係)の改正に関する中間試案」(平成25年2月26日決定)。

¹² 相手方の心理的窮状、経済的困窮、軽率、無知、無経験等に乗じて過大な利益を獲得する法律行為。

定式の前半部分である「他人の窮迫・軽率・無経験等に乗じること」を意思決定過程に関する主観的部分と捉え、後半の「いちじるしく過大な利益の獲得を目的として法律行為をすること」を法律内容の客観的要素と捉えた。そして、両者の相関関係によって不当性を判断し、法律行為の無効を導くという考え方に至った。この現代的暴利行為論の主張に基づき、第1項が個人の利益、自由を保護する目的であることを明確化する役割を担うこととなった。加えて、第2項の要件を直接満たさない場合にも第1項によって保護することができる可能性を残した。比較法的にみても、暴利行為の準則に相当する法は、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明文化が進んでいる。現在の学説では、暴利行為は保護的公序にあたるものとして位置づけられ、相対的無効ないし取り消し無効とする見解が有力である。

以上のように第90条のみの改正だけではなく、さらに判例から導きだされた伝統的見解の修正として暴利行為を明文化することは、第90条の明確な立ち位置を決定することに繋がるだろう。

結論

ここまで論じてきたように現行民法第90条には2つの問題点が存在する。第1に「公の秩序」や「善良の風俗」といった文言は、なにを根拠として判断するのだろうか。この問いに対して、暴利行為の規定を新たに制定することによって解決できる。判例や学説において準則が定式され、公序良俗規定が実務においても判断可能である。第2に具体的に実務においてその判断ができるのであろうか。これは第1の問題点から解決策が導きだされた結果、解決可能である。しかし、現在の改正案はその問題解決には不十分である。なぜなら、中間試案においては議論されていた第2項が削除されてしまったからである。第2項の内容である準則

が裁判実務において定式化されている。ゆえに制定法として存在したからといって大きな変化がないという声も少なからずある。しかし、準則が判例によって確立しているのであればやはり制定法とするべきである。それによって、明確な理論運用のみならず、制定することによって法が裁判官の恣意的な判決を制限する。したがって、問題解決のためにはより大きな改正が必要である。

参考文献

川井健『民法概論 1 民法総則第 4 版』（有斐閣、2011 年）。

潮見佳男『民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の概要』（金融財政事情研究会、2014 年）。

椿寿夫・伊藤進『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）。

林幸司「我が国における公序良俗論の問題点」駒紀 52 号（1994 年）21 頁 - 58 頁。

民法（債権法）改正検討委員会『詳説・債権法改正の基本方針 I — 序論・総則』（商事法務、2010 年）。

渡部晃『公序良俗入門』（商事法務研究会、2000 年）。