HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一部無効の本質と射程（１）：一部無効論における当事者の意思の意義を通じて
Author(s)	酒巻, 修也
Citation	北大法学論集, 66(4), 1-57
Issue Date	2015-11-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/60264
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol66no4_01.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

一部無効の本質と射程（一）

――一部無効論における当事者の意思の意義を通じて――

酒巻修也

目次

序章　問題の所在
第一節　一部無効による契約の修正とその問題点
第一款　一部無効の判断基準としての二つの要因

第二款　一部無効における契約修正という側面と当事者の意思の位置づけ
第三款　近時の学説による新たな視角からの検討
第二節　本稿の目的・分析の視角
第一款　本稿の問題意識
第二款　検討の対象・分析の視角　―フランス法―
第一章　フランス法における一部無効論の理論的な対立
第二章　フランス法における一部無効の本質と当事者の意思の意義
結章　日本法への示唆

（以上、本号）

序章　問題の所在

近時の契約法において、「契約の修正」といわれる問題領域が意識されるようになってきている。(1) もっとも、「契約の修正」と呼ばれる現象には、多様なものがあることに留意しなければならない。たとえば、契約の修正が、裁判官によってなされる場合もあれば、当事者によってなされる場合もある。前者の例としては不当な条項の一部無効、代金減額や事情変更による契約改訂などが、後者の例としてはスライド条項や再交渉条項などが挙げられよう。(2)

本稿の主たる関心は、とりわけ裁判官によって明文の規定なくしてなされる契約の修正が、どのような場合に、いかなる原理に基づいてなされるかを考察することにある。つまり、裁判官により契約の修正がなされる場合には、当事者間で当初意図されていた契約内容とは必ずしも一致しない契約が当事者に押しつけられるという側面を有する。しかし、

そうであれば、裁判官による契約の修正は、私的自治の原則との関係でどのように位置づけられるか、いかにして正当化されるかという疑問が生じてこよう[3]。本稿の大きな目的は、この問いに答えることを試みることにある。もっとも、裁判官による契約の修正においては、そのために用いられる制度も多様に存在し、また、一見して近代契約法の大原則である私的自治の原則に反するようにみえることからも明らかであるように、多くの契約法上の問題が複雑に絡み合っている[4]。そこで、本稿は、裁判官による契約の修正の正当性を明らかにするための一作業として、その中心的手段のひとつである一部無効という制度を取り上げる。もっとも、一部無効という制度を単に取り出して検討したところで問題の解決には至らないであろう。以上の基礎的な問題の解決に寄与するためには、それに適した明確な分析視角をもって取り組む必要がある。では、どのような分析視角により検討すべきか。その準備作業として、まず、一部無効論に関する日本の議論を概観し、そこではどのような問題が生じているかを指摘する（第一節。なお、日本の一部無効に関する判例の検討については結章にて行う[5]）。次いで、本稿がどのような視角からこの問題を検討するかを述べることとする（第二節）。

第一節　一部無効による契約の修正とその問題点

公序良俗違反、強行法規違反、錯誤等の無効事由が契約の一部のみにかかわる場合、どのように解決されるべきか。これについて、日本民法は明文の一般規定を置いていないが、学説上は、一部無効の問題として扱われることが多い[6][7][8]。

第一款　一部無効の判断基準としての二つの要因

では、具体的な事案において、無効事由の存する当該一部のみの無効にとどまるか、法律行為全体が無効となるかは、どのような基準により判断されるか。その帰趨について明文の規定がある場合にはそれによるが、規定がない場合に問題が生ずる。現在の学説は、一部無効の判断基準について、次の二つの要因を挙げるものが多い。すなわち、当事者の意思、および法秩序自体の観点である(9)。より具体的に、通説がいわんとしていることを検討していこう。

一　法秩序自体の観点とその雑多性

(1)　我妻榮博士の見解

現在の通説の基礎にあると評されるのは、我妻榮博士の見解であった(10)(11)(12)。

我妻博士は、「法律行為の一部が、不能・不法・反社会性その他の理由によって無効なときは、法律行為の全部が無効となるか」として非常に広い問題提起をする。そして、「一部が無効なときにも、法律行為の内容は、無効な部分において空虚となるから、個人意思絶対の理論によるときは、当事者がこの無効な部分を除いてもなおこの法律行為をしたであろうと認められる場合の外は、原則として、全部を無効とすべきこととなるであろう。ドイツ民法はそう規定する（同法一三九条）。しかし、法律行為は、法律が、個人の意思を―重要な、しかしあくまでも一つの―要素として、個人間の私法関係を妥当に規律しようとする制度だと考え、その内容は、表示の有する客観的な、合理的な意義だとする理論をとるときには、右の態度〔個人意思絶対の理論による態度〕は、あまりにも偏狭である。むしろ、まず、無効な部分を法律の規定・慣習・条理などによって補充して合理的な内容に改造し、しかる後に、この合理的な内容を強制することが当事者の目的に明らかに反する場合にだけ、全部を無効とすべきものであると考える」とした(13)。我妻博士は、一部無効の問題をこのように説明するのであるが、これを「条理による解釈と一部無効」という表題のもとで論じてお

り、さらに、法律行為の解釈を、法律問題であり、当事者の内心の意思の探究ではないと解している。[14] これらに鑑みれば、我妻博士は、一部無効の問題と契約（法律行為）の解釈の問題とを同一視していたように思われる。

さて、我妻博士の見解がどのような事案を念頭に置いていたかは具体例が挙げられていないため明らかでないが、その冒頭で、契約の一部が「不能・不法・反社会性その他の理由によって無効なとき」としていることから、非常に広い事案に妥当しうるものとして主張していたものであろう。もっとも、我妻博士は、「当事者の目的に明らかに反する場合にだけ」全部無効となるというが、これがどのような場合かについては不明であるといわざるをえない。

しかし、このような、一部無効を法律行為の解釈の問題と捉える主張が、一部無効の理論として学説の支持を集めていくことになる。

(2) 奥田昌道教授の見解

その後、一部無効論として論じられる事案やこれまでの学説を分析し、無効の範囲を画定するにあたって、当事者の意思が考慮される場合と法秩序自体の観点から判断される場合とがあることが学説により指摘されることになる。[15] このことを、判例をもとに指摘したのが、奥田昌道教授であった。[16]

奥田教授は、一部無効を、次のように説明する。「一般に、一部無効か全部無効かの問題は、法律行為ないし当事者意思の解釈の問題とされている。……しかし、一部無効か全部無効かの問題は、当事者の意思解釈によつて決すべき場合に限定されない」。そして、奥田教授は、契約の一部に無効事由が存するときに課される無効の範囲が一部無効か全部無効かを決定する基準について、「（a）法秩序自体の観点から、あるいは、法的評価によつて、一部無効か全部無効かが決せられる場合（無効部分が法律行為の主要部分か否か、他の部分と密接な関係があるかどうか、付随的な部分に

すぎないか等）と、（b）当事者意思の効果としての一部無効、の二場合に分けられる」とした[17]。もっとも、これらの二つの場合に区別しながらも、「……一部無効とするか全部無効とするかは、すべて、広義では『法的評価』の問題である……。ただ、法的評価にあたつて、（a）は、当事者意思を問題とせずに、形式的・抽象的に残部の有効・無効を判断する場合であり、（b）は、当事者の『意思』のモメントを重視する場合だ」という[18]。この言説からは、（a）法秩序自体の観点からする法的評価と（b）当事者の意思解釈の問題とがかなり接近していることが窺える。しかし、実は、奥田教授は、これらが接近するとしながらも、具体的な判例や裁判例を検討する部分において、（a）法秩序自体の観点からする法的評価の問題として解決されるとする一部無効の事案のうち、一定の事案については、（b）当事者の意思の問題とはいえないと解しているものと考えられる。

すなわち、奥田教授は、（a）法秩序自体の観点からする法的評価の問題とする事案のうち、たとえば、①著しく高利な約定利息の無効およびその範囲が問題とされた裁判例、②価格統制法規に反してなされた超過価格での売買契約が問題とされた判例については、（b）当事者の意思の効果の問題になりうる事案であったと明示しなかった[19]。具体的な事案を確認するならば、①の事案として、大阪地判昭和二五年一一月一〇日下民一巻一一号一七九四頁（月一割五分の利息を、異常に高利であって暴利の契約であるため公序良俗に反し無効であるとし、商法の規定によって年六分の割合によるべきものであるとした。）、および札幌高判昭和二七年五月二一日高民五巻五号一九四頁（元金五万円、利息月三割の消費貸借契約につき、その利息の合意のうち、月一割五分を超過する部分にかぎり公序良俗に違反し無効であるとした。）を挙げる。②の事案として、最判昭和二九年八月二四日民集八巻八号一五三四頁、および最判昭和三一年五月一八日民集一〇巻五号五三二頁（いずれも、当時施行の法令所定の最高価格を超過した約定部分を無効とし、統制価格の範囲内での代金請求を有効とした。）を挙げる。

これらの事案は、他の事案とは切り離されて、その意義が考えられうるものであったように思われる。しかしながら、（a）法秩序自体の観点からする法的評価の問題が「無効部分が法律行為の主要部分か否か、他の部分と密接な関係があるかどうか、付随的な部分にすぎないか等」と例示されていることからも明らかであるように、この問題として念頭に置かれていた事案は、通常は、前記事案で問題となった強行法規または公序良俗の違反という要素が問題とならないものである。[20] そして、（a）法秩序自体の観点において、当事者の意思解釈の問題となりうる要素（無効部分が法律行為の主要部分か否か、他の部分と密接な関係があるかどうか、付随的な部分にすぎないか）と、強行法規または公序良俗の違反という要素とが明確に分けられることなくまとめられ、両者の一部無効論における位置づけは不明瞭なものとなっていた。また、当時、法律行為の解釈の問題を、当事者の内心の意思の探究ではなく、表示の有する客観的かつ合理的な意義を明らかにする法律問題であるとした我妻博士の見解の影響もあり、その後の学説の多くは、事案を区別することなく、「一部無効の問題は当事者の意思解釈の問題である」としてしまったように思われる。

このことを確認するためにも、最後に、現在の学説の多くが、一部無効につきどのような説明をし、そして、いかなる事案を念頭に置いているかをみていこう。

二　通説による一部無効論の広範な射程

現在の学説の多くは、あるいは一部無効を当事者の意思解釈の問題であるとし、あるいは一部無効とは何であるかにつき明確に述べはしないが当事者の意思を基準として一部無効という効果がありうるとする。

すなわち、学説のなかには、一部無効が、法律行為の解釈上、認められうるものであるとするものがある。[21] なぜなら、法律行為の効力をできるだけ維持すべきことがたてまえだからである、[22] または、法律行為を欲した当事者の意思に合致

するからであるという。[23]

また、一部無効とは何であるかにつき、それがどのような問題かを明確に述べることなく、[24]その判断にあたり当事者の意思が考慮されることを認める学説もある。この学説は、無効な部分を合理的な内容に修正して、法律行為の効力を認める場合があるとする。そして、全部無効と一部無効のいずれを原則と考えるかにより表現は異なるが、当事者がそれを望むであろうと認められるときにはその修正された法律行為を有効とすべきだとするもの[25]や、これを認めることが当事者の意思に反するような場合や法秩序自体の理念に反するような場合には、法律行為の全部を無効とすべきだとするものがある。[26]

そして、多様な事案が、これらの説明のもとで挙げられていた。

たとえば、川井健博士は、このような一部無効の判例として、錯誤に基づき一部無効を認めた事案のほか、強行法規の違反に基づき一部無効を認めた事案を挙げる。前者の事案としては、①最判昭和五四年九月六日民集三三巻五号六三〇頁（手形の裏書人が金額一五〇〇万円の手形を一五〇万円の手形と誤信して手形債務を負担する意思のもとに裏書きをした場合に、悪意の取得者に対して錯誤を理由に、その手形のうち一五〇万円を超える部分についてのみ償還義務の履行を拒否できるとした。）を、後者の事案としては、②最判平成六年四月二二日民集四八巻三号九四四頁（有料職業紹介における手数料契約の手数料のうち、職業安定法の定める最高額を超える部分のみが無効とされた。）、③最判平成九年一〇月三一日民集五一巻九号四〇〇四頁（信用保証協会と金融機関との間の信用保証に関する約定中の旧債振替禁止条項に違反して金融機関が貸付金の一部を既存の債権回収に充てた場合には、当該違反部分についてのみ保証債務消滅の効果が生ずるとした。）を挙げる。[27]また、林良平博士は、全部無効または一部無効を認めた判例や裁判例として、受任者が代理権を越えて契約を締結した場合について争われた事案である④東京控判大正五年一二月二八日新聞一二六

二号二〇頁（約款の賃料の支払いに関する部分が代理権の範囲を越えていたとして無効とした後、無効とされた一部を除いた部分だけでは契約を締結しなかったものと認められる場合には、契約の一部の無効が契約全部の無効をもたらすと判示し、本件事案のもとでは契約全部が無効となるとした。）や、法令所定の最高価格を超えた代金による農地の売買契約に関する⑤前掲最判昭和二九年八月二四日など、多様な事案を列挙する[28]。

そのほか、学説では、一部無効の問題として、条項といった契約の一部に無効事由が存する場合との関係が明らかにされないまま、⑥最判昭和三〇年一〇月七日民集九巻一一号一六一六頁（いわゆる芸娼妓契約の無効の問題である。YがAに酌婦稼業をさせる対価としてXから消費貸借名義で前借金を受領した事案において、Aの酌婦稼業とYの金員の受領とを、「密接に関連して互いに不可分の関係にあるものと認められるから、契約の一部たる稼業契約の無効は、ひいては契約全部の無効を来たすものと解する」とした。）のような複数の契約が問題となっていると捉えられる事案も並べられている[29]。

これらの学説をみると、第一に、無効事由による区別をせずに、たとえ強行法規または公序良俗に違反した場合においても、当事者の意思が残部の契約のみであっても欲したことを理由に一部無効を認める、または残部の契約のみでは当事者の意思に反する場合には全部無効を認めるかのような記述がされている。第二に、ある契約の一部が無効である事案と契約の個数が問題となりうる事案との間の差異が問題とされずにこれらが並置されている[30]。このように、多くの学説は、無効の範囲に関するあらゆる問題を、法律行為の解釈の問題として、または当事者の意思を基軸に捉えられうる問題として考えていたのであった。

（1）たとえば、森田修教授は、「契約締結後の当事者間の関係の中で、契約規範そのものが継続的に形成されていくことを端的に承認し、そこに見出される変容した契約規範に依って、契約障害への対処を図るという発想が、いくつかの場面で、萌芽的であれ、近時出現してきている」とし、この問題領域を「契約修正」の問題領域であるという（森田修「売買代金減額制度と明治民法典（一）　―梅の果断と躊躇―」法協一二六巻二号（二〇〇九年）一頁、特に七頁以下。）。そして、「契約の修正」に関する法制度のカタログとして、①合意による契約の修正、②契約の目的論的解釈・契約規範の加圧形成、③給付確定、④スライド条項・再交渉条項、⑤催告解除、⑥追完、⑦受領、⑧指図、⑨代金減額、⑩事情変更による契約改訂を挙げている（森田修「合意による契約の修正（一）　―契約改訂における意思自律―」法協一二八巻一二号（二〇一一年）一頁、特に二頁。）。

ところで、「契約の修正」と呼びうるものには、これらを超える多様なものが考えられる。たとえば、契約締結時に違法性等の無効事由が存する場合に、契約が適正化されて当事者に課されるとき、これを、当事者に課される契約が当初意図した内容ではないという意味で、「契約の修正」と呼ぶことができよう。そこで本稿は、「契約の修正」という語を、より広く「当事者が当初意図した内容とは異なる契約が当事者に課されること」という意味で用いている。もっとも、一部無効のように契約締結時に違法性等の無効事由が存する場合に契約を適正化する場面と、契約締結後に当初当事者が想定していなかった事情が生じた場合に契約を修正する場面とでは、考慮されるべき要素等に相違があってしかるべきであり、両者では問題の性質を異にする可能性があろう。本稿は、これらをまとめて「契約の修正」と呼ぶが、以上の点に留意しながら検討を進めることとしたい。

（2）ここでは、契約修正が裁判官によりなされるか当事者によりなされるかで区別し諸制度のいくつかを列挙したが、一部無効は、一般に、契約締結時に無効事由が存在する事案を念頭に置くものであり、本稿注（1）で指摘したように、契約締結後の事情を考慮してなされる契約修正の諸制度とは性質を異にする可能性がある。

（3）詳細は後述するが、一部無効が課される場合にこのような側面があることを指摘するものとして、たとえば、山本豊「附随的契約条項の全部無効、一部無効または合法解釈について」同『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣、一九九七年）一〇五頁以下（以下、山本（豊）『不当条項規制』と引用する。）、山本敬三「一部無効の判断構造（一）（二・未完）―契約における法律効果確定過程の構造化に向けて―」法学論叢一二七巻四号（一九九〇年）一頁、同六号（一九九〇年）

一頁（以下、それぞれ、山本（敬）「一部無効（一）（二）」と引用する。）、近藤雄大「単一契約における一部無効の判断方法」同志社法学六〇巻七号（二〇〇九年）五三九頁（以下、近藤「一部無効の判断方法」と引用する。）、大村敦志『基本民法Ⅰ（第三版）』（有斐閣、二〇〇七年）八五頁、四宮和夫・能見善久『民法総則（第八版）』（弘文堂、二〇一〇年）二八二頁（以下、四宮＝能見『民法総則』と引用する。）がある。

（4）契約の内容規制をもたらす諸制度を横断的に検討するものは少ないが、このような視点からの分析として、たとえば、大村敦志『契約法から消費者法へ』（東京大学出版、一九九九年）五三頁以下がある。

（5）本稿においては、「一部無効」と「一部無効論」という二つの用語を異なる内容を指すものとして区別して用いていることがあるため、ここで整理しておきたい。「一部無効」は、本稿が分析の対象とするフランス法の検討を通じてこれから明らかにしていく「一部無効の本質」から導かれる理論のことを指している。これに対して「一部無効論」は、本稿が示す一部無効の本質からは一部無効の問題とはいうべきでないが、日本（およびフランス）の裁判例や学説の多くが一部無効の問題となりうるものとして挙げる事案をもとに構築されている理論のことを指している。

ただし、以上のような意図に基づいて、たとえば本稿の表題などでは区別してこれらの語を用いてはいるものの、文脈によっては、一部無効の本質からは一部無効の問題とはいいえない事案をも含めた理論ではあるがこれを「一部無効論」と称すると不自然な文になる場合がある。その場合には「一部無効論」ではなく「一部無効」という用語を使用していることを、あらかじめお断りしておきたい。

（6）学説において「一部無効」という語が用いられるとき、それが意味する場面については、次の二つがあるとされている。第一に、ある契約の一部につき無効事由が存在することそれ自体を一部無効と呼ぶことがある。第二に、ある契約の一部につき無効事由が存在する場合に、当該契約全体ではなく、当該契約の一部のみが無効となることを一部無効と呼ぶことがある（この点を指摘するものとして、たとえば、伊藤進『法律行為・時効論』（信山社、一九九四年）一三三頁がある。）。本稿が「一部無効」として指す場面は、特別の断りがない限り、後者の「ある契約の一部につき無効事由が存在する場合に、当該契約全体ではなく、当該契約の一部のみが無効となること」である。

（7）一部無効論に関する論稿として、前掲注（3）で挙げた山本（豊）・前掲注（3）『不当条項規制』一〇五頁、山本（敬）・前掲注（3）「一部無効（一）（二）」、近藤・前掲注（3）「一部無効の判断方法」五三九頁のほか、たとえば、石外克喜「一

部無効に関する一考察」民商法雑誌四九巻六号（一九六四年）一二頁、中舎寛樹「錯誤における一部無効　―裁判例の検討―」三重大学法経論叢一〇巻（一九九二年）八一頁（以下、中舎「錯誤における一部無効」と引用する。）、平野裕之「一部無効」椿寿男編『法律行為無効の研究』（日本評論社、二〇〇一年）一八五頁、原田昌和「一部無効の論理　―高額な反対給付の縮減に関するドイツ法の最近の展開―」甲南法学四二巻三・四号（二〇〇二年）一九七頁（以下、原田「一部無効の論理」と引用する。）、熊谷芝青「法律行為の分割可能性」高知短期大学社会科学論集八三号（二〇〇二年）五九頁、同「法律行為の単一性」高知短期大学社会科学論集八四号（二〇〇三年）八七頁、同「一部無効」ＮＢＬ八〇二号（二〇〇五年）五八頁、同「一部無効法律行為と当事者意思」駒澤法曹一号（二〇〇五年）一三頁、平田健治「一部無効」阪大法学五四巻二号（二〇〇四年）一頁、岩田真紀子「一部無効論の機能と限界」法学研究論集三四号（二〇一一年）二六九頁がある。

学説の整理については、山本（敬）・前掲注（3）「一部無効（一）（二）」が詳しい。後述するように、本稿は、これまでの学説とは異なる視座から一部無効論を捉えることを試みる。そのため、日本の一部無効論に関する学説の議論状況とその分析については、現在の学説の議論における問題点を洗い出すことを中心に行っており、これまでの学説の議論に関する詳細は上記論稿を参照されたい。

（8）民法（債権関係）改正検討委員会による民法（債権関係）改正の基本方針のなかで、契約の一部につき公序良俗違反があった場合を念頭に、次のとおり一部無効に関する一般規定が提案された（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ＮＢＬ一二六号（二〇〇九年）六八頁）。

〈第一編総則　第五章総則　第四節無効および取消し〉

【1.547】（法律行為の条項の一部無効）

法律行為に含まれる特定の条項の一部が無効となる場合、その部分のみが無効となる。ただし、以下の各号に該当する場合には、当該条項はすべて無効となる。

〈ア〉法令に特別の定めがあるとき

〈イ〉当該条項の性質から他の部分の効力を維持することが相当ではないと認められるとき

〈ウ〉当該条項が約款の一部となっているとき（法令に特別の定めがある場合を除く）
〈エ〉当該条項が消費者契約の一部となっているとき（法令に特別の定めがある場合を除く）

【1.548】（無効な条項の補充）
法律行為の一部が無効とされ、その部分を補充する必要があるときは、当事者が当該部分の無効を知っていれば行ったであろう内容により、それが明らかでないときは、まず慣習により、慣習がないときは任意規定により、これらによることができない場合には、信義誠実の原則に従って、無効となった部分を補充する。

【1.549】（法律行為の一部無効）
法律行為の一部が無効とされるときでも、法律行為の他の部分の効力は妨げられない。ただし、一部が無効であるとすれば、当事者がそのような法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるときは、法律行為全部が無効となる。

【1.550】（複数の法律行為の無効）
複数の法律行為の間に密接な関連性がある場合において、一の法律行為が無効となり、当該法律行為が無効であるとすれば、当事者がこれと密接に関連する他の法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるときは、他の法律行為も無効である。

なお、その後、民法（債権関係）の改正に関する中間試案においても、一部無効に関する条文を置くことが提案されていたが、民法（債権関係）部会第七六回会議において一部無効に関する多くの問題点が指摘された（中間試案の内容やその問題点については本文で扱う。）。そして、平成二六年八月二六日に開催された民法（債権関係）部会第九六回会議において民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案が決定されたが、そこでは、民法で一律に規定をすることが実態に適合するか疑問であり、コンセンサスを形成することが困難であることを理由に、一部無効に関する規定を置かないこととなった（法務省「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その1）補足説明」五頁（http://www.moj.go.jp/content/000124058.pdf, 二〇一五年七月二一日最終閲覧）、法務省「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」（http://www.moj.go.jp/content/001127038.pdf, 二〇一五年七月二一日最終閲覧）を参照。）。このことは、平成二七年三月三一日に国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」においても同様である（法務省「民法の一部を改正する法律案」（http://

www.moj.go.jp/content/001142181.pdf, 二〇一五年七月二一日最終閲覧）を参照。）。

（9）たとえば、四宮＝能見・前掲注（3）『民法総則』二八二頁、伊藤・前掲注（6）『法律行為・時効論』一三四頁、於保不二雄編『注釈民法（4）総則（4）』（有斐閣、一九六七年）二三二頁以下〔奥田昌道〕（以下、於保『注釈民法（4）』と引用する。）、遠藤浩・水本浩『民法総則（改訂版）』（青林書院、一九九三年）二〇三頁（以下、遠藤＝水本『民法総則』と引用する。）、椿久美子「一部無効」椿寿夫・中舎寛樹編『解説　新・条文にない民法』（日本評論社、二〇一〇年）八〇頁。

ただし、四宮＝能見・前掲注（3）『民法総則』二八二頁は、一部無効の判断過程を構造化しており、当事者の意思と法秩序自体の観点とを並置していない。この点については、後述する本稿注（26）を参照されたい。

（10）我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、一九六五年）二五七頁（以下、我妻『新訂民法総則』と引用する。）。

（11）たとえば、この点を指摘する論稿として、熊谷・前掲注（7）「一部無効法律行為と当事者意思」一四頁。

（12）もっとも、一部無効に関する議論は、我妻博士の見解の前よりなされていた。

現行民法制定当初に主張されていたのは、契約の一部に無効事由が存在したとしても、原則として契約の全部が無効となるというものであった（岡松参太郎『註釋民法理由上巻（訂正一二版）』（有斐閣書房、一八九九年）二六五頁、富井政章『民法原論第一巻總論』（有斐閣、一九二二年合本）五四一頁、鳩山秀夫『法律行為乃至時効』（巌松堂書店、一九二二年合本）三八九頁（ただし、鳩山秀夫博士の旧説である。）など。）。その理由として、法律行為の内容は原則として不可分であり、その一部のみを有効なものとすることは当事者の意思に反するということを挙げる。もっとも、例外的に、当事者の意思解釈上、その内容が可分であれば、契約の一部のみを有効とすることが認められるとされていた。全部無効を原則とする理由である法律行為の内容の不可分性は当事者の意思を根拠とするものであるから、当事者の意思が一部のみでも有効とするときには、この意思が尊重されなければならないという。しかしながら、このような主張は、その後みられなくなっていく。

その後にまず主張されるのが、全部無効か一部無効かいずれかを原則とするのではなく、これはもっぱら当事者の意思解釈の問題であるとするものである。もっとも、ここでいう意思解釈については、意思主義的な意思解釈を唱える見解と、表示主義的な意思解釈を唱える見解とがあった。たとえば、中島玉吉博士は、当事者の意思が一部の有効をよしとするか

明らかではない場合には、この点について両当事者の意思に食い違いがあるとして全部無効とする（中島玉吉『民法釋義巻之一』（金刺芳流堂・武田芳進堂、一九一一年）六六一頁。）。これに対して、鳩山秀夫博士は、当事者の合理的意思により判断するほかないとする（鳩山秀夫『日本民法總論下巻』（岩波書店、一九二三年）四八七頁。）。鳩山博士にみられるこの意思解釈における表示主義的傾向は、以下、本文でみる、一部無効の問題を「条理による解釈」の問題として捉える我妻博士に通ずるものがある（この点を指摘するものとして、山本（敬）・前掲注（3）「一部無効（一）」二三頁。）。

（13）ドイツ民法典一三九条は、次のように規定する（同条の訳にあたっては、鹿野菜穂子「ドイツ民法典における法律行為の一部無効」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、一九九九年）三一九頁、特に三四二頁を参照した。）。

ドイツ民法典一三九条「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いてもそれが行われていたであろうと認められないときには、法律行為全体を無効とする。」

なお、日本の一部無効論が対象としうるとする事案との関係でいうと、同条の位置づけについて留意しなければならない点があることが、学説により指摘されている。この点については後述の本稿注（37）を参照されたい。

（14）我妻・前掲注（10）『新訂民法総則』二五八頁。

（15）以下で検討する奥田昌道教授の見解より前に、川島武宜博士がこのことを指摘していた（川島武宜『民法総則』（有斐閣、一九六五年）四一六頁。）。

（16）於保・前掲注（9）『注釈民法（4）』二三二頁〔奥田昌道〕。

なお、於保不二雄・奥田昌道編『新版注釈民法（4）総則（4）』（有斐閣、二〇一五年）〔奥田昌道・平田健治〕四〇四頁以下は、一部無効には多様な事案があることを意識し、一部無効に関する事案には、①複数の契約のうちの一方が無効である場合、②契約の合意の中心的部分が無効とされる場合、③契約の合意の付随的部分が無効とされる場合、の三つがあると指摘する。そして、近時の日本の学説の議論状況を整理し、判例や裁判例を上記類型に応じて列挙し、「個々の類型で作用する要因の構造化が最も重要な課題である」という。このような一部無効が問題となりうる事案を類型化して考察する傾向は、近時の学説にみられるものである。類型化をする学説については、序章第一節第三款を参照されたい。

（17）於保・前掲注（9）『注釈民法（4）』二三二頁〔奥田昌道〕。
（18）於保・前掲注（9）『注釈民法（4）』二三二頁〔奥田昌道〕。
（19）そのほか、民法九〇条に違反する損害賠償額の予定が問題とされた判例も挙げる。もっとも、後述するように、本稿は、フランス法の知見をもとに日本の一部無効論の再考を試みる。フランス法上、違約金条項（clause pénale）については（フランスでは、威嚇的な（comminatoire）効果を目的とする違約金条項と、損害賠償額の予定に関する条項とを区別すべきことを指摘する見解もあるが、今日では一般に、「違約金条項」という名称は両条項を指すものとされている。違約金条項の定義、違約金条項と損害賠償額の予定に関する条項との理論的な違いや用語の用いられ方等については、参照：G.Viney et P.Jourdain, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 3e éd., LGDJ, 2011, nos 229 et s.）、フランス民法典一一五二条および一二三一条を修正する一九七五年七月九日の法律によって、それまで違約金条項の有効性を定めていた一一五二条に第二項が追加され、裁判官による同条項の修正可能性が認められていることに留意しなければならない（フランスの違約金条項に関する日本の論稿として、たとえば、野村豊弘「フランスにおける最近の民法改正」日仏法学一〇号（一九七九年）八八頁、同「過怠約款と裁判官による賠償額の改訂」判タ三八三号（一九七九年）三一頁、能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制（四）」法協一〇二巻一〇号（一九八五年）一頁、三間地光宏「フランスにおける濫用的契約条項規制の展開」山口経済学雑誌四五巻二号（一九九六年）八一頁、大澤彩『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣、二〇一〇年）一九二頁がある。）。
　すなわち、フランス民法典旧一一五二条は、次のように規定して違約金条項の有効性を認め、例外的に、旧一二三一条が、債務不履行が債務の一部につき生じている場合に裁判官の修正可能性を認めていたのであった。

　フランス民法典旧一一五二条「合意が、それを履行しない当事者が損害賠償として一定の額を支払うべきことを定めている場合には、他方当事者に対して、その額より高い額または低い額を与えることはできない。」
　フランス民法典旧一二三一条「本来の債務の一部分が履行されている場合には、裁判官は、予定賠償額を修正することができる。」
［筆者注：民法典旧一一五二条は、現行法のもとでは一一五二条第一項として存続している。］

一九七五年七月九日の法律制定前にも、学説や裁判例において、当事者により定められた違約金条項を裁判官が増減しうるかが問題とされていたところ、同法律は次のように、民法典一一五二条に第二項を付け加え、また一二三一条を改正し、契約一般について違約金条項に関する裁判官の修正可能性を認めた。

フランス民法典一一五二条第二項「しかしながら、合意された賠償額が明らかに過大であるか、僅少である場合には、裁判官は、職権で、その額を減額または増額することができる。これに反するすべての条項は、書かれざるものとみなす。」

フランス民法典一二三一条「債務が一部履行された場合には、裁判官は、職権で、一部履行が債権者に得せしめた利益の割合に応じて、合意された賠償額を減額することができる。ただし、一一五二条の適用を妨げない。これに反するすべての条項は、書かれざるものとみなす。」

［筆者注：これらの条文の「職権で（même d'office）」という文言は、一九八五年一〇月一一日の法律により加えられたものである。］

このような裁判官の修正可能性が認められている違約金条項の規制は、実際に生じた損害をも考慮してなされる（能見・前記「違約金・損害賠償額の予定とその規制（四）」七六頁以下。）、つまり、契約締結後の事情を考慮してなされるのであり、事情変更に基づく契約の修正と接近しよう。それゆえに、これが一部無効とどのような関係にあるかという問題は、フランスにおける一部無効の本質とは何かを明らかにした後で解明すべきものであると考える。そして日本法上の損害賠償額の予定に関する条項および違約金条項についても、これらを踏まえて不当性の内実や救済手段との関係等を分析する必要があり、この問題は今後の検討課題としたい。

（20）この例示は、於保・前掲注（9）『注釈民法（4）』二三二頁〔奥田昌道〕が、（a）法的評価によって全部無効か一部無効かが決せられる場合があるという指摘をした際の例示である。

（21）この旨の学説として、甲斐道太郎・乾昭三・椿寿夫編『新民法概説（1）〔総則・物権〕（第四版第二刷（補訂））』（有斐閣双書、二〇〇六年）一三四頁（以下、甲斐＝乾＝椿『新民法概説（1）』と引用する。）、川井健『民法概論1民法総則（第四版）』（有斐閣、二〇〇八年）二七四頁（以下、川井『民法概論1』と引用する。）、平野裕之『民法総則（第三版）』（日

本評論社、二〇一一年）一三五頁（以下、平野『民法総則』と引用する。）。

ただし、平野裕之教授は、類型的考察のなかで、「制裁」や「抑止」という語を用いており、あらゆる場面で、「当事者が無効原因の存する一部がなくても当該法律行為をしたであろう」か否かを判断基準として無効の範囲が画定されるとは考えていない。このことは、平野・前掲注（7）「一部無効」一八五頁をみると明らかであろう。もっとも、類型的考察における指摘と、一部無効の問題を当事者の意思解釈の問題であるとする理論との関係は明らかにされていない（平野・前記『民法総則』一三六頁。）。

（22）甲斐＝乾＝椿・前掲注（21）『新民法概説（1）』一三五頁。

（23）川井・前掲注（21）『民法概論1』二七四頁。

（24）一部無効の問題を法律行為の解釈の問題とすることを当然の前提としているのか、またはこのように表現することにためらいがあるのかはわからない。たとえば、林良平『注釈判例民法（1a）民法総則』（青林書院、一九九四年）五二九頁（以下、林『注釈判例民法（1a）』と引用する。）は、我妻博士の見解を引用しており（我妻・前掲注（10）『新訂民法総則』二五八頁を引用する。）、一部無効の問題を法律行為の解釈の問題であると考えていた可能性もあろうが、詳細は不明である。

（25）近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則（第六版補訂）』（成文堂、二〇一二年）三一六頁（以下、近江『民法講義Ⅰ』と引用する。）。

（26）四宮＝能見・前掲注（3）『民法総則』二八二頁、遠藤＝水本・前掲注（9）『民法総則』二〇三頁、椿・前掲注（9）「一部無効」八二頁、林・前掲注（24）『注釈判例民法（1a）』五二九頁。

このうち、四宮＝能見・前掲注（3）『民法総則』二八二頁、林・前掲注（24）『注釈判例民法（1a）』五二九頁は、残余部分または合理的に修正された内容を強制することが当事者の意思に明確に反する場合のみを、全部無効となる理由として挙げる。ただし、法秩序自体の観点とは、「無効部分が、契約の重要部分か否か、他の部分と密接な関係があるかどうか」（椿・前掲注（9）「一部無効」八二頁。）で判断されるものであることからすれば、これを当事者の意思の問題であるということも可能であろう。また、四宮＝能見・前掲注（3）『民法総則』二八二頁は、一部無効の判断過程を構造化しており、一部無効を課すことが当事者の意思に反するか否かの判断の前段階において、無効とされる部分が残余の部分と不可分の関係にあるか否かが判断されるとしている。それゆえ、法秩序自体の観点から無効の範囲が判断されることがあることを明確に述べていない学説においても、この観点が考慮されないという趣旨ではなく、あるいは当事者の意思を考慮してな

される無効の範囲の判断とは判断の段階が異なるものとして捉えられるものであるとされ、あるいは当事者の意思の問題であると考えられている可能性もあろう。

(27) 川井・前掲注（21）『民法概論1』二七四頁。なお、前掲最判平成九年一〇月三一日では信用保証契約における旧債振替禁止条項の違反が問題となっているが、同条項は、信用保証協会法に基づく信用保証制度の趣旨等に鑑みて置かれたものである。この点から、川井博士は、強行法規違反の一事例（川井・前掲注（21）『民法概論1』二七四頁は、同判決につき「約定中に一部法令違反があった」と表現する。）として同判決を引用しているものと思われる。

(28) 林・前掲注（24）『注釈判例民法（1a）』五二九頁。

(29) 椿・前掲注（9）「一部無効」八四頁、近江・前掲注（25）『民法講義Ⅰ』三一六頁。

(30) ただし、四宮＝能見・前掲注（3）『民法総則』二五三頁は、無効の範囲の判断過程を構造化し、無効とされる部分と残余の部分とが不可分の関係にあるか否かの判断を、一部無効を課すことが当事者の意思に反するか否かの判断の前に位置づける（本稿注（26）も参照。）。そして、この例として前掲最判昭和三〇年一〇月七日（いわゆる芸娼妓契約の無効の問題）を挙げており、異なる判断過程に位置づけられるものと考えている。

第二款　一部無効における契約修正という側面と当事者の意思の位置づけ

以上でみたように、現在の学説は、一部無効の問題には当事者の意思と法秩序自体の観点という二つの要因があると分析するが、はたしてそれらは、具体的な場面において解決の指針となっていたであろうか。たとえば、当事者の意思によれば全部無効が望まれる一方で、違反された規定の趣旨によれば一部無効が課されるべきだと解される場合、どのように解決されるべきか。この問題につき、学説上、一部無効には当事者により当初意図されていなかった契約を強制するという側面があることが指摘されている（一）。そして、この側面を強調して、当事者の意思に決定的な役割を担

わせるべしとする見解が登場する（二）。しかしながら、あらゆる場面において当事者の意思に決定的役割が与えられるならば、不都合が生じうるように思われる（三）。以下、このことを順に説明していこう。

一　一部無効と契約の修正

まず、一部無効の原理的問題として、一部無効を認めることは、当事者に対して当初意図していなかった内容の契約を強制すること、それゆえ一部無効は裁判官による契約の修正という側面を有することが、学説上、指摘されている[31]。

たとえば、山本敬三教授は、「一部無効問題は、これらの無効規範の背景にある諸目的・諸原理・諸価値と私的自治の原則を支えるそれとを視野に入れて初めて解決が可能になる」と指摘する[32]。すなわち、一方で、ある特定の条項に無効事由がかかわる場合に、その無効事由は多様である。たとえば、強行法規に反し無効であるとされる場合もあれば、公序良俗に反し無効であるとされる場合もある。一部の無効が契約に及ぼす影響は、前者の場合には、明示された要件から容易に無効の範囲が導かれる場合もあるが、究極的には当該強行法規の趣旨および目的に照らして決められなければならない。後者の場合には、当該場合において公序良俗の内実が何であり、それに照らして問題とされる条項のどの部分が問題だと判断されるかにより決められなければならない。このように、ある契約の一部にのみ無効事由がかかわる場合に、それが契約に及ぼす影響は、抵触する無効規範の背景にある諸目的、諸原理、および諸価値から何が要請されるかということの検討が必要であるという。他方で、契約の側からの要請も考慮する必要がある。つまり、ある契約の一部のみを無効とした場合、とりわけそれが付随的な部分にかかわる条項であれば、残部を有効としても当事者が意図したものは達成されうるとも考えられる。しかし、当事者が意図していたのはもとの契約全体であってその一部ではなく、当該条項が無効とされるならば、それは、当事者が当初意図していたものではないとも考えられる。したがって、

これが私的自治の背景にある考え方とどう調和するかが問題とされる必要があるという。[33]

二　当事者の意思に決定的な役割を担わせる見解

以上のような一部無効が孕む問題に対して、当事者に当初意図されていなかった契約が強制されることの正当性は私的自治の原則に求められるべきであり、当事者の意思に主位的地位を与えるべきであるとする見解がある。このような主張は、通説が一部無効の問題を当事者の意思解釈の問題であるとしていたことに鑑みれば、自然な流れであろう。もっとも、ここでいう当事者の意思は、我妻博士が主張していた法律行為の解釈において想定されていた当事者の意思とは、その中身を異にする。

たとえば、熊谷芝青教授は、一方で、「まず無効な部分を法律の規定・慣習・条理などによって補充して合理的な内容に改造し、しかる後に、この合理的な内容を強制することが当事者の目的に明らかに反する場合にだけ、全部を無効とすべきであると考えるべきである」とする我妻博士の見解およびそれに同調する学説につき、「ここには当事者意思を尊重する姿勢は認められず、逆に、『近代法の想定する合理的な個人の自由なるものは、現実の関係においては、強力なる者の利己的恣意に帰着』する、という私的自治への不信感が基礎にある」とする。[34]他方で、一部無効の一般規定とされるドイツ民法典一三九条に関するドイツの学説の議論を分析し、現在のドイツの通説においては、①合理的意思による処理は当事者意思を無視し私的自治の原則との関係で疑問がもたれていること、②一部のみを無効として契約を維持することは当事者が行為時に本来望んだものではなく、それゆえ当事者を拘束する根拠は当事者の意思に求めざるをえないこと、ただし、③残部行為を実行することを望むという当事者間の合意は実際には存在せず、私的自治の原則に従うならば、当事者の仮定的意思に根拠が求められるとされていることを指摘する。[35]そして、日本においても、「一

部無効法律行為の帰趨が、戦後のドイツにおけるように、私的自治の観点から捉えなおされ、当事者意思に主位的地位が与えられるようになるのはいつのことになろうか」とし、日本法の議論が私的自治を尊重する態度とは反対であることに疑問を抱く[36][37]。

また、民法（債権関係）の改正に関する中間試案（以下、単に「中間試案」という。）も、当事者の意思を基準とし、当事者が無効事由の存する一部を除いた残余の部分だけでは契約を締結しなかったであろう場合には、全部無効を認める[38]。中間試案は、次のように規定する。

中間試案第五、一　法律行為の一部無効

法律行為の一部が無効となる場合であっても、法律行為のその余の部分の効力は妨げられないものとする。ただし、当該一部が無効であることを知っていれば当事者がその法律行為をしなかったと認められる場合には、その法律行為は無効とするものとする。

（注）このような規定を設けないという考え方がある。

中間試案の考え方は、次のように説明される[39]。まず、当事者によりなされた行為に過度に介入しないように、残部の効力は維持されるのが原則であるという[40]。そして、例外的に、当該一部が無効であることを知っていれば当事者がその法律行為をしなかったと認められる場合には、私的自治の原則を重視し、本来であればすることのなかった法律行為に拘束されることが不当であることに鑑みて、契約全体の無効になるという。

三　当事者の意思に決定的な役割を担わせる見解に対する批判

このように、一部無効には当事者が当初意図していなかった契約を強制されるという側面があることに対しては、私的自治の原則という観点から、一部無効か全部無効かの基準を当事者の意思に求めることによりこれを正当化しようとする見解が存在する。しかし、当事者の意思に決定的な役割を担わせることに対し、学説のなかには、第一に、本来であればすることのなかった法律行為に拘束されることの回避という趣旨が当事者の意思を基準とすることにより達成しうるのかという点で、第二に、当事者の意思に決定的な役割を担わせることにより不都合が生じる場合があると考えられる点で、疑問を呈するものがあった。

まず、第一の点についてであるが、これは、「当事者の意思」の中身の問題と関連する[41]。熊谷教授の見解においても、中間試案においても、そこでは、当事者の仮定的意思が問題とされる。しかしながら、当事者は、通常、当該一部が無効であることを想定していない。当事者が意図していたのは無効事由が存在する契約であり、これについての現実の意思があったといえる。それゆえ、本来の意味での、つまり契約の解釈の問題としての仮定的意思を語る前提を欠いているといえる。また、ここでいう「当事者」とは、当事者双方を指すのか、一方当事者を指すのかという問題もある。中間試案の補足説明によれば、ここで問題とされる当事者とは、当事者双方のことを指すという。しかし、そうすると、当事者双方がその法律行為をしなかったことが認められる場合にのみ全部無効が認められることとなり、全部無効となる場面がかなり限定的なものとなる。また、仮定的意思が問題とされるため、一方当事者が現に全部無効とされることを拒んだにもかかわらず全部無効を認める場合がありうることになるが、そうすると、当事者の意思に決定的な役割を担わせることで本来であればすることのなかった法律行為に拘束されることを回避しようという趣旨が貫徹されないであろう。これに対し、基準となる当事者の意思を一方当事者の意思でよいとすれば、全部無効となる場面は非常に広く

なる。一般に、一部無効と判断され残部の契約に当事者が拘束されるとするならば、当事者の一方に有利に、他方に不利に働くことが多く、残部の契約に拘束されるならば一方の当事者にとっては契約を締結しなかった可能性があろう(42)。実際に紛争となる場面においては双方に利害の対立があることが予想されるため、このような基準によって適切な紛争解決に至るかどうかという疑問が生ずる。また、ここでいう当事者の意思を、主観的な意思ではなく、合理的な人にとっての意思として客観化することも考えられる。しかし、当事者の意思を客観化するならば、当事者が当初望んだものではない契約に拘束されることの不当性から全部無効を認めるという趣旨に合わなくなる。

続いて、第二の点に移ろう。私的自治の原則による解決をする、つまり当初意図していなかった残部の契約に拘束されるという側面を強調し当事者の意思を基準に解決をするのであれば、無効の範囲を決定するための判断過程は、次のようになろう。すなわち、契約の一部に存する無効事由による要請を考慮して契約の残部への影響を判断した後に、たとえ問題となっている無効規範からは一部無効が望ましいとされる場合であっても、当事者の意思を基準に契約の全部無効を認めうることになる。しかしながら、常に当事者の意思に決定的な役割を担わせてよいだろうか。ここで、契約の一条項が部分的に強行法規等の無効規範に抵触する場合を例に考えてみよう。たとえば、強行法規等で量的に許容された範囲を超えて、競業を避止する特約や債務者の責任を制限する条項が問題となる場合である。このような事例において、学説では、無効規範と抵触する部分のみが無効となり当該条項そのものは存続するとするものと、当該条項そのものが無効となるとするものとが対立する(43)(44)(45)。つまり、学説の対立は、あるいは当事者により締結された契約はできるかぎり尊重されなければならないという点や、無効規範に抵触しない範囲で約定された場合との均衡という点を挙げ、当該条項を部分的に無効とすべしとするか(46)、あるいは不当な条項の予防および条項作成者への制裁という点を挙げ、当該条項の全部を無効とすべしとするかにあった(47)。しかし、この問題を学説が論ずるとき、通常、当該条項がどの範囲

で無効となるかという問題を超えて、当該条項の無効が契約全体に影響を及ぼすかという点が問題とされることはなかった[48]。では、なぜ、当該条項がどの範囲で無効となるかという問題を超えて、契約の全部無効がもたらされうるかが問題とならないのか。

ここでまず、契約の一部無効が当事者にとって当初意図されていなかった契約を強制するという側面を強調した場合、どのような結論に至るかを考えてみよう。この側面を強調するのであれば、当該条項の一部あるいは全部が無効となるとした後で、当事者の意思により契約全体が無効となりうることとなる。このとき、たとえば当該条項がない契約であれば当該契約を望まない条項作成者にとっては、当該契約の全部無効を主張したうえで、当該契約と同様の契約を他の当事者と締結することを望むであろう。なぜなら、条項の不当性が実際に争われない可能性があることを考えれば、条項作成者にとってその方が利益になるからである。契約全体の無効が認められるとしても問題がないと考えられるかもしれないが、問題とされる公序良俗の内実が弱者保護に関係する場合や、継続的契約において全部無効とされては一方の生活に重大な影響を及ぼす場合などにおいては、そうはいかない。たとえば、山本豊教授は、消費者保護が問題となる場合においては、当該条項のうちの一部が無効となるか当該条項そのものが無効となるかという問題と、契約の全体の無効がもたらされるかという問題とは、消費者にとっての利益状況を異にするという。つまり、消費者にとって条項そのものの無効は利益となるが、契約全体の無効は利益とならない。このように条項そのものの無効と契約全体の無効とでは消費者の利益にとって方向を逆にするため、これらを同列に論じるべきではないとする[49]。山本豊教授が契約の全部無効の問題を論じなかったのは、消費者保護が問題とされるときには、当該無効規範の趣旨に鑑みて、消費者の側の利益状況が優先されるべしと考えているからであろう。このように一部無効が問題となる領域のなかには、議論の前提として、当事者の意思が優先されない領域が存在しうるのであり、当事者の意思に決定的な役割を担わせるならば、当

該無効規範からの要請と当事者の意思との関係が明らかにされなければならない。

これまで述べてきたことをまとめておこう。通説のように、一部無効の問題には当事者の意思と法秩序自体の観点という二つの要因が含まれると分析したところで、問題の解決には至らない[50]。また、学説上、一部無効が当事者にとって当初意図されていなかった内容の契約を押しつけるという側面を有することが指摘されている。そしてこの点につき、一部無効を当事者の意思解釈の問題であるとする通説の捉え方からすれば、私的自治の原則を強調し、当事者の意思に決定的な役割を担わせる旨の主張がされたのは、当然の流れであったように思われる。しかし、この主張に対しては、第一に、当事者の意思とは何かを考えるとそれが基準となりうるものなのかという疑問が、第二に、一部無効が問題となる領域は広く、あらゆる場面において無効規範からの要請に対し当事者の意思が優越すると解することがはたして妥当なのかという疑問が生じよう。一部無効論においては、当事者の意思がどのような役割を有するのか、当事者の意思は無効規範の要請等の他の考慮要素とどのような関係にあるのか、いかなる場合にいかなる要素が考慮されるべきかなど、明らかにされなければならない点が数多く残されている。

（31）本稿注（3）で挙げた論稿のほか、山本敬三「不当条項に対する内容規制とその効果」民事研修五〇七号（一九九九年）二八頁（以下、山本（敬）「不当条項」と引用する。）、熊谷・前掲注（7）「一部無効法律行為と当事者意思」一四頁など。

（32）山本（敬）・前掲注（3）「一部無効（一）」一頁。

（33）山本（敬）・前掲注（3）「一部無効（一）」三頁以下。

（34）熊谷・前掲注（7）「一部無効法律行為と当事者意思」二六頁。

（35）熊谷・前掲注（7）「一部無効法律行為と当事者意思」一八頁以下。

（36）熊谷・前掲注（7）「一部無効法律行為と当事者意思」二六頁。

（37）ドイツ民法典一三九条については、日本で一部無効の事例として挙げられている問題一般を想定したものではないことが奥田教授や鹿野菜穂子教授らにより指摘されており、ドイツ民法典一三九条の議論がどこまで日本の一部無効論に妥当するかについては慎重になる必要があろう（ドイツ民法典一三九条の規定については本稿注（13）を参照。）。すなわち、奥田教授によれば、一三九条は当事者意思の解釈規定であり、意思自治の原則に服しうる場合にのみ問題となる規定だという（於保・前掲注（9）『注釈民法（4）』二二三頁以下〔奥田昌道〕。）。そして同条を参考にして、奥田教授は、一部無効の判断基準には当事者の意思と法秩序自体の観点からする法的評価という二つの要因が含まれることを指摘したのであった。また、鹿野教授は、一三九条が、錯誤無効の場合を主として念頭に置いて立法されたことを指摘する（鹿野・前掲注（14）「ドイツ民法典における法律行為の一部無効」三一九頁以下。）。

これに対し、熊谷教授は、同条につき、「強行法規・良俗違反が法律行為の一部に直接関係する場合を想定していなかったかもしれない」が、「Savigny が既に良俗違反行為を含む法律行為の一部無効の問題を検討しており、当事者意思に反すること等を理由として、残部有効を否定している。そしてＢＧＢ一三九条が本質的に Savigny の考えを継受したと評価されている」とし、同条が契約の一部が公序良俗や強行法規に違反する場合などについても妥当しうるものであると指摘する（熊谷・前掲注（7）「一部無効法律行為と当事者意思」一六頁）。

ドイツ民法典一三九条の適用範囲の問題について私見を述べることは難しいが、無効規範からの要請という側面をどう考えるかについての言及なしには、一部無効による裁判官の契約の修正およびそれを当事者に強制することの正当性が当事者の意思に求められるべしとはいえないと考える。

なお、原田・前掲注（7）「一部無効の論理」二〇〇頁以下は、ドイツでは、高額な反対給付の縮減の問題がドイツ民法典一三四条、一三八条（後掲）により規制されていること、ドイツの判例によれば一三八条に違反する法律行為は全部無効であるが一定の事例群（価格法上の諸規定に違反した法律行為など）では契約を一部無効としていることを指摘する（原田昌和教授の論稿では、そのほかにも、一三四条および一三八条の効果として一部無効が認められるかという点につき、ドイツの学説には、内容形成のレベルでの当事者の意思と適法性評価のレベルでの当事者の意思とを区別し、後者のレベルでの当事者の意思の分割を認め一部の無効を帰結するものがあるなど、興味深い指摘が多くみられる。）。したがって、

ドイツにおいて、強行法規または公序良俗違反があった場合における無効の範囲の問題は、必ずしも一三九条で処理されているわけではないことに注意されたい。

ドイツ民法典一三四条、一三八条の規定は、次のとおりである（条文の訳にあたっては、原田・前掲注（7）「一部無効の論理」二〇一頁注（8）を参照した。）。

ドイツ民法典一三四条「制定法上の禁止に違反する法律行為は、当該制定法から別段のことが生じない場合には、これを無効とする。」

ドイツ民法典一三八条「第一項　善良の風俗に反する法律行為は無効である。

第二項　特に、相手方の強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思薄弱を利用して、ある給付に対し自己または第三者に財産的利益を約束または提供させる法律行為は、その財産的利益が給付に対して著しい不均衡にあるならば、これを無効とする。」

（38）ただし、繰り返しになるが、民法で一律に規定をすることが実態に適合するか疑問であり、コンセンサスの形成が困難であるとして明文化が見送られ、平成二六年八月二六日開催の民法（債権関係）部会第九六回会議により決定された民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案においては一部無効に関する規定を置かないこととなった。「民法の一部を改正する法律案」（平成二七年三月三一日国会提出）においても同様である（詳細は本稿注（8）を参照。）。

（39）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、二〇一三年）四九頁。

（40）このような、当事者によりなされた法律行為はできるかぎり維持されるべきだという指摘は、一部無効を原則とする見解によくみられる（たとえば、遠藤＝水本・前掲注（9）『民法総則』二〇三頁、平野・前掲注（7）「一部無効」一八五頁。）。しかしながら、この要請がどのような原理に基づくものかについては、はっきりと述べられていない。

（41）この点については、法務省「法制審議会―民法（債権関係）部会　第76回会議議事録」（http://www.moj.go.jp/content/000118123.pdf, 二〇一五年七月二一日最終閲覧）三八頁以下、山本敬三「民法（債権関係）部会資料66Ａ『民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（1）』及び66Ｂ『民法（債権関係）の改正に関する要綱案の取りまとめに向けた検討（3）』に係る意見」（http://www.moj.go.jp/content/000118127.pdf, 二〇一五年七月二一日最終閲覧）六頁（以下、

山本（敬）「意見」と引用する。）でも指摘されている。

（42）山本敬三『民法講義Ⅰ（第三版）』（有斐閣、二〇一一年）三二五頁注15（以下、山本（敬）『民法講義Ⅰ』と引用する。）は、そもそも信義則に反し無効といえるかという留保つきではあるが、事業者にとってリスクの高い取引における免責条項が無効とされた場合について、契約を維持することが一方当事者に過酷な不利益をもたらしうるとして全部無効を認めるべしとする。

（43）これは、付随的な条項の無効が問題となる場合における特殊な問題として、現在の学説においてしばしば指摘される問題である（川島武宜・平井宜夫編『新版注釈民法（3）総則（3）』（有斐閣、二〇〇三年）一八二頁〔森田修〕（以下、川島＝平井『新版注釈民法（3）』と引用する。）、山本（敬）・前掲注（3）「一部無効（一）」二頁、平野・前掲注（7）「一部無効」一八七頁など。）。

たとえば、平野・前掲注（7）「一部無効」一八六頁は、判例の分析の結果、一部無効の議論の対象とされている事例は、①結合契約の一部無効、②代金等、契約中核部分の一部無効、③契約の特別の合意の効力が問題となる場合とに類型化されうるとする。そして、第三の場合に特殊な問題として、当該条項の一部に無効事由が存在する場合についての扱いを挙げる（平野教授のこのような類型化の内容については後述する。）。

また、民法（債権法）改正検討委員会による民法（債権法）改正の基本方針においても、一部無効に関する諸規定の中に、【1.5.47】（法律行為の条項の一部無効）が設けられていた（提案の内容については本稿注（8）を参照。）。

（44）この対立は、まず、旧借地法二条第二項所定の期間よりも短い借地権の存続期間を定めた約定の効力をめぐって生じた。その後、条項を無効とする明確な基準がない場合に公序良俗違反を理由として責任制限条項で約定された額を一定の範囲で裁判所が無効としうるかという議論が生ずることにより、約定の効力の法的に許容しうる範囲を裁判所が決定しうるかという問題が指摘されることとなる。議論の変遷については、川島＝平井・前掲注（43）『新版注釈民法（3）』一八二頁以下〔森田修〕が詳しい。

（45）条項の無効の問題は、約款規制とも深く関係する。日本においても、とりわけドイツの約款規制の議論を参考に、不当な条項の規制の在り方が検討されることが多い。たとえば、河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、一九八八年）二九五頁以下は、約款の直接的内容規制の問題を、ドイツの約款規制に関する議論をもとに検討する。もっとも、約款は、「多数の

契約を画一的に処理するため、あらかじめ契約条件を定型化して書面にまとめたもの」（山本（敬）・前掲注（42）『民法講義Ⅰ』一一〇頁）などと定義され、約款規制は当然に約款の特徴を踏まえた規制である。そこで、一方で、この約款の特徴にもとづき、ある条項について当事者に合意があるか否かのレベルでの規制がある、すなわち、組入れ規制があることが指摘されている。他方で、それと異なるレベルで、約款の内容規制があることが指摘されている。この約款の内容規制のレベルでも、約款の特徴が不当性の内実を判断する際に考慮され、それが無効の範囲の判断に影響を及ぼしている可能性がある（なお、定型約款の組入れについては、民法の一部を改正する法律案では、五四八条の二で規定されることになった（法務省・前掲注（8）「民法の一部を改正する法律案」）。その際、組入れ規制と内容規制とを区別すべきことが強く指摘されている（法務省「法制審議会―民法（債権関係）部会　第98回会議議事録」五頁以下（http://www.moj.go.jp/content/001143146.pdf, 二〇一五年七月二一日最終閲覧））。したがって、一部無効としての条項の無効の問題と約款規制としての条項の無効の問題は、理論的には区別されなければならないであろう。

（46）たとえば、山本（豊）・前掲注（3）『不当条項規制』一四一頁。

（47）たとえば、不当条項の文脈においてであるが、山本（敬）・前掲注（31）「不当条項」二六頁がこの点を指摘する。山本敬三教授によれば、条項作成者への制裁という点が当てはまるのは、契約当事者の一方が契約条項を一方的に作成する場合であるため、消費者契約や約款が使用された場合などに限定される。これに対して、対等な当事者間で交渉のうえに契約内容が確定される場合には、同様に考えることはできないであろうとする（山本（敬）・前掲注（31）「不当条項」二六頁。）。

（48）もっとも、この点について、条項の一部が無効となるか条項そのものが無効となるかという判断にあたっては、契約全体の無効がなされないという判断が同時に、あるいは既になされているとも考えられる。

たとえば、山本豊教授が、同教授の論稿「附随的契約条項の全部無効、一部無効または合法解釈について」において、契約全体の無効を考察から外しているのは、消費者保護の領域において条項の無効が問題となるときには、消費者にとって、条項そのものの無効は利益となるが、契約全体の無効は利益にならないと考えられるため、契約全体の無効がされないという判断が既になされていると考えられる（山本（豊）・前掲注（3）『不当条項規制』一〇八頁。）。また、平野裕之教授は、「……契約全体は有効として維持される場合について、その特定合意部分が全体無効にされるのか、それとも、相当の範囲で有効……とされるのか」という問題があるとしており、条項の一部が無効となるか条項そのものが無効となるかという

判断の前に、契約全体の無効をもたらすかという判断があると考えている（平野・前掲注（7）「一部無効」一八七頁。）。

これに対して、たとえば、中間試案第五、一の意義につき、強行法規等の趣旨により一部無効が望ましいとされる場合であっても、当事者の意思により全部無効とされることがあるという判断過程で無効の範囲に関する判断がなされる旨を規定したものだと理解されうるとも指摘されている（法務省・前掲注（41）「法制審議会―民法（債権関係）部会　第76回会議議事録」四三頁における大村敦志教授の発言）。

(49) 山本（豊）・前掲注（3）『不当条項規制』一〇八頁。

もっとも、山本豊教授は、当該条項のうちの一部が無効となるか当該条項そのものが無効となるかという問題と、契約の全体の無効がもたらされるかという問題とで、消費者にとっての利益状況が異なるとするが、この点については検討を要しよう。つまり、不当な条項を規定するような相手方と契約関係にあることを望まない消費者も考えられ、この場合には、契約全体の無効が望まれる可能性があるからである。そのため、本稿では、ある条項に関する無効の範囲の問題と契約全体における無効の範囲の問題とを別個の問題とは考えずに検討を進めることとしたい。

(50) 山本（敬）・前掲注（3）「一部無効（二）」一一頁。

第三款　近時の学説による新たな視角からの検討

以上において、一部無効の問題には当事者の意思と法秩序自体の観点という二つの要因が含まれるとの分析が具体的な問題において解決の指針にはなっていないこと、さらに、当事者の意思を基準とし無効の範囲を判断することに対しては批判があることをみてきた。では、具体的な問題の解決の指針をもたらすためには、何を明らかにしていかなければならないか。これについて、近時、従来の議論とは異なる視角から、一部無効論に関する従来の議論が不十分であるとの指摘がなされており参考となろう。それは、第一に、一部無効と同様の結論をもたらす制度には多様なものがある

という指摘であり、第二に、一部無効が問題となる事案を類型化すべきであるという指摘である。

一　一部無効と同様の結論をもたらす制度の多様性

従来の議論が不十分であるとの指摘の第一は、一部無効と同様の結論に至りうる制度が多様に存在するにもかかわらず、それらの他の制度との関係についての検討がされていないというものである[51]。

契約に付された条項が不当であると考えられる場合を例に考えてみよう。このなかには、ある条項の存在それ自体が不当とされる場合と、当該条項が強行法規等に部分的に抵触している場合（法定の期間よりも短い借地期間を約定した条項や約定された責任限度額が過少である責任制限条項がその例である。）とがある[52]。

これらの場合に、判例および裁判例には、一部無効のほか、契約の解釈や、信義則による条項の援用の制限により、解決をするものがある[53]。一部無効による解決をした判例および裁判例としては、①最判平成元年一二月一四日民集四三巻一二号二〇五一頁（ユニオン・ショップ協定のうち、他の労働組合に加入した者などにつき解雇義務を定めた条項を無効とするもの。）、②東京地判昭和五一年九月二七日判時八五五号七九頁（建物賃貸借契約の居住者を賃借人が賃貸人に申し出た者のみに制限し、特に賃貸人が承諾を与えた者のほかはいかなる名目でも居住させないとする条項を無効としたもの。）、③東京地判昭和五三年九月二〇日判時九一一号一四頁（航空旅客運送約款中の責任制限条項につき著しく低額であるとして公序良俗に反し無効であるとしたうえで、裁判所の裁量により合理的な責任限度額を定めることができるとするもの。）[54]などがある。契約の解釈による解決をした判例および裁判例としては、④最判平成一五年二月二八日判時一八二九号一五一頁（宿泊約款において、宿泊客がホテルのフロントに預けず、また、ホテル側にその種類および価額の申告をしなかった物品等が滅失毀損した場合におけるホテル側の賠償限度額を一定額に制限する旨の条項につ

き、故意または重過失の場合の責任制限が著しく衡平を害するものであり当事者の通常の意思に合致しないとして、当該条項はホテル側に故意または重過失がある場合には適用されないとしたもの。）などがある。[55] また、信義則に基づき債務者の条項の援用を制限した裁判例として、⑤東京高判昭和三六年五月一九日東高民時報一二巻五号一〇一頁（賃貸借契約における賃料不払いの際の無催告解除条項につき、賃貸借契約を存続させることが信義則上不当である場合にのみ催告を要せず解除しうるものであるとしたもの。）[56] などがある。

しかしながら、このように同様の解決をもたらしうる制度が多様に存在しうるにもかかわらず、学説には、ある条項が不当であると考えられる事案に対し、一部無効という制度がどのような解決をもたらしうるかという点のみを論ずるものが多い。[57] つまり、学説の焦点は、一部無効という制度を用いることができるか否かには合わせられず、条項のみが無効となる場合と契約全体が無効となる場合との区別や、条項が強行法規等と部分的に抵触するものについては条項がどの範囲で無効となるかにあった。[58]

このような学説の傾向に対して、山本敬三教授は、一部無効と同様の解決をもたらしうる多数の制度が存在するにもかかわらず、一部無効という枠内でしか論じない従来の学説においては、それら各制度の有する制約が見過ごされ、それら固有の制度が混同されることにより一部無効の原理上の問題が回避され、さらには隠ぺいされるおそれがあると指摘する。[59][60]

そして、公序良俗違反と不当条項規制または約款規制との関係での指摘ではあるが、大きく次の二つの観点から、一部無効を課すことへの慎重論が唱えられている。第一は、民法九〇条を根拠に一部無効を認めることに慎重となるべしという主張である。北川善太郎博士は、不当条項に対して正面から九〇条を適用した場合には、効力の否定を導くことはできても、あるべき権利義務関係について基準を提示するという積極的な基準の策定をすることはできないと批判

する。[61] また、大村敦志教授も、契約全体の無効化と個別条項の無効化とでは、前者は当事者を契約から解放する機能をもつのに対して、後者は契約から発生する権利義務を調整する機能を果たすのであり、機能を異にすると指摘する。そして、九〇条は、契約条項をきめ細かく規制するのに適しておらず、条項規制のためには特別の規定を置くことが望ましいという。[62] 第二は、公序良俗は、契約当事者の置かれている具体的な状況とは独立に当該条項が有する客観的内容それ自体を規制するのに適した制度であるという指摘である。これに対し、たとえば、消費者保護のために公序良俗規範を柔軟化して契約条項の不当性を把握するためには、具体的な援用の局面に応じて当該条項の不当性を考慮するという発想が必要になる。ここでは、公序良俗よりも信義則や権利濫用の方がこの発想に適した枠組みであるという。[63]

このように、一部無効と同様の結論をもたらしうる多様な制度がある一方で、従来の学説においては、それらの制度の関係が明らかにされてこなかったといえる。それは、たとえば消費者保護のような契約法が直面する新たに生じた問題に対して、ある制度を柔軟に運用することで応ずることに焦点が合わせられていたためであろう。[64] しかし、近時の学説の指摘を踏まえると、各制度に固有の制約を無視して議論が展開されるならば、それぞれの制度の意義および相互関係は不明瞭なものとなり、本来問題とされるべきはずの点が隠されたまま、制度が運用され続ける可能性があるのであり、現状が望ましいとはいえない。

二　一部無効論に関する事案の類型化の試み

従来の議論が不十分であるとの指摘の第二は、一部無効を類型化する必要性があるというものである。これまでの一部無効論は、事案の違いを考慮せずに議論が展開されていた。しかし、近時の学説は、一部無効には特徴を異にする事案が含まれていることを明確にしなければならないと主張する。たとえば、平野裕之教授の見解がそれである。[65]

平野教授は、一部無効論のなかには、①結合契約の一部無効、②代金等契約の中核部分の一部無効、③契約の特別の合意が問題になる場合、という三つの類型があることを指摘する。そして①結合契約の一部無効は、契約解除等における複合契約論と連続した問題である、②代金等契約の中核部分の一部無効は、数量的な無権代理（越権代理）事例における解決との整合性に気をつける必要がある、③契約の特別の合意が問題になる場合は、契約内容の改訂など、私的自治規範を修正して押しつけることが認められるかという問題にかかわるとする[66]。

そして、平野教授の見解は、一定の事案類型においては、当事者の意思という要素があまり考慮されていないことを指摘した点で特徴的である。

①結合契約の無効の範囲が問題となる場合のうち、複数の契約が密接不可分に結びついている場合につき、公益的無効以外の場合と、公益的無効の場合とに区別する（公益的無効の事案とは、たとえば、前掲最判昭和三〇年一〇月七日〔いわゆる芸娼妓契約の無効の問題〕である。）。そして、一方で、公益的無効以外の場合には、当事者がその部分がなければ契約をしなかったと思われる場合には、全部無効とされるべきであるとし、他方で、公益的無効の場合には、「無効とした規範の目的を達成するためには、全部無効とする必要がある場合には、全部無効とすべきである」とする[67]。

②代金等契約の中核部分の一部無効について、数量的規制法規違反があった場合には、違反した超過部分のみの無効を認める規定がない場合にも、「その規定の趣旨からして私法上も無効としなければ意味がなく、また超過部分の無効だけで十分である」とする[68]。

また、③契約中の特約的合意の無効についても、規制する法令はあるが違反の効力について規定がない場合には、「その条項部分を無効にするだけであり、契約の無効を来たすことはないといってよいだろう。そして、その条項部分についても、規制法規の目的からして必要な限度にとどめれば十分であろう」とする[69]。

このように平野教授の指摘は、当事者の意思が考慮されて解決される事案というのが、実は非常に限定されていたこと（①のうち、公益的無効以外の場合）、それ以外の事案においては、当事者の意思以外の理由により無効の範囲が画定されること（②③）を示唆するものであり、興味深い[70]。

しかし、類型化を試みる学説は、当事者の意思が考慮されずに無効の範囲が画定されることがあるとする一方で、一部無効とは何かにつき、その意義を探究することをしなかった。それゆえ、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思を基準とする見解がいう、一部無効を課すことは、当事者が当初意図した契約内容とは異なるものを押しつけるという側面を有するため、当該一部がなくても当事者が契約を締結することを望んだであろう場合にのみ一部無効となる（または、当該一部がなければ当事者が契約を締結しなかったであろう場合には全部無効となる）という指摘に対して、積極的に応接することができなかったように思われる。

このように学説は、当事者の意思が考慮されて無効の範囲が画定されるわけではない事案があることについて認識しながらも、「一部無効の問題は、当事者の意思解釈の問題である」という命題に対して、それに正面から応接してこなかった。まさに、このことが、一部無効の混迷の原因であったように思われる。

（51）山本（敬）・前掲注（3）「一部無効（一）」七頁、大村・前掲注（4）『契約法から消費者法へ』八三頁。そのほか、たとえば、錯誤による一部無効を認めた裁判例を分析したものであるが中舎・前掲注（7）「錯誤における一部無効」八二頁が、また、約款規制に関するものであるが河上・前掲注（45）『約款規制の法理』一七一頁以下が、この点を指摘している。

（52）条項が部分的に強行法規等の無効規範と抵触する場合につき、そもそも何が無効となる「一部」であるかは、明確ではない。さらには、条項をどのように規定するかにより、条項が無効規範と部分的に抵触しているかその全部において抵触

しているかという違いは相対化される。たとえば、債務者の故意または重過失に基づく責任制限条項が無効であるとされるとき、単に、「債務者の責めに帰すべき事由により生じた損害につき、債権者は、一定程度の損害賠償しか請求できない」と定められる場合もあれば（通常はこのような規定のされ方であろうか）、「債務者の過失により生じた損害につき、債権者は、一定程度の損害賠償しか請求できない」という条項と「債務者の故意または重過失により生じた損害につき、債権者は、一定程度の損害賠償しか請求できない」という条項とが別個に定められる場合もありえよう。

（53）日本の判例の分析は、結章で行う。

（54）これに対し、大阪地判昭和四二年六月一二日下民一八巻五・六号六四一頁は、同約款中の責任制限条項があまりにも低額であることを理由に公序良俗違反を認めたが、合理的な責任額を定めることをしなかった。

（55）前掲最判平成一五年二月二八日で争点となったものではないが、問題とされている公序良俗の内実は何かを考えたとき、同じ責任制限条項であっても、航空旅客運送約款に付された責任制限条項と宿泊約款に付された責任制限条項とで同様に扱いうるかは問題である。たとえば、両者において、その額があまりにも低額すぎることが問題とされる場合、一方では人身に生じた損害の問題であり、他方では物に対する損害であることは、結論に影響を与えうるか。フランスの学説には、人身に生じた損害に関する賠償責任を制限することについて、これを公序（ordre public）に関するものであるとし、立法や命令（règlement）により解決される場合は別としてこれを否定する見解がある（G.Viney et P.Jourdain, *op.cit.*, n° 1941）。これに対して、物に対する損害の賠償責任を制限する条項については、原則として有効であり、ただし、故意または重大なフォート（フォートの意義については後掲本稿注（85）を参照。）があった場合のほか、契約秩序（ordre contractuel）の観点から規制されうることがあると指摘されている（G.Helleringer, *Les clauses du contrat : Essai de typologie*, thèse, LGDJ, 2012, n^{os} 296 et s.）。このようにフランスでは違いが指摘されている責任制限条項を日本ではどのように解すべきかについては、本稿の課題が後述するように一部無効の本質とは何かを明らかにすることにあるため、これを明らかにした後で今後の課題として検討したい。

なお、契約秩序という観点からの責任制限条項規制に関するフランス法の展開等については、日本でも既に紹介や分析がされている（後掲本稿注（86）（87）を参照。）。本稿第二章においても、そこで課されている「条項を書かれざるものとみなす（réputer la clause non écrite）」というサンクションが本稿の示す一部無効の本質とどのような関係にあるかとい

う点を中心に検討する予定である。

(56) 同旨の条項について、大判昭和七年一〇月二二日新聞三四八七号八頁が当該条項の存在だけでは公序良俗に反しないとしている。

(57) もっとも、たとえば、責任制限条項により定められた額があまりに低額であっても、明確に定められている以上、契約の解釈の問題として解決することは難しいと指摘するものもある(山本(豊)・前掲注(3)『不当条項規制』一〇八頁注(3))。

(58) たとえば、山本(敬)・前掲注(3)「一部無効(二)」一一頁は、他の解決方法の不適切さを示したうえで、ある解決方法を採用するというような批判的検討がなされていないという。

(59) 山本(敬)・前掲注(3)「一部無効(一)」一三頁。

(60) 山本(敬)・前掲注(31)「不当条項」二三頁以下は、不当条項に対する内容規制に関する文脈においてのものではあるが、①無効基準が確立しているかどうか、②不当性が当該条項の本体的な部分にあるか周縁的部分にあるか、③条項の内容が容易に認識されうるものかという三つの要素を挙げ、制限解釈が望まれる場合と無効判断が望まれる場合との区別を図る。山本敬三教授は、この基準を提示するにあたり、制限解釈の制約、すなわち、上記②との関係では周縁的部分であれば当事者がそのような部分まで含めるつもりはなかったといいやすいこと、上記③との関係では大多数の者にとって条項をみただけでは自分がした契約の意味がわからない場合には制限解釈の必要性が生ずることを挙げる。もっとも、そうでない場合には無効判断により解決されるべき論理的理由については明らかではない(不当条項規制に関する論稿であり、想定される条項が一定の不当性の内実を有した無効規範に抵触していることが前提とされるからであろうか。)。

(61) 私法学会シンポジウム「約款　―法と現実」私法四四号(一九八二年)九七頁以下〔北川善太郎発言〕。

(62) 大村敦志『消費者法(第四版)』(有斐閣、二〇一一年)二三一、一九三頁。

(63) 川島＝平井編・前掲注(43)『新版注釈民法(3)』一八一頁〔森田修〕は、想定される批判の一つとしてこの点を挙げる。

(64) 一部無効の活用のほかにも、消費者保護の問題など近時の契約法上の問題に対して、既存の契約法理の対応が試みられている。たとえば、強引な勧誘により契約内容をよく理解しないままに契約を締結した場合や、約款をよく読まずに契約書に押印した場合に、真意を問題として合意が存在しないとする解決や、例文解釈などにより解決を行おうとする見解がある。また、契約の解釈においては、契約内容を明らかにするのみならず、文言どおり解すると不当な条項について合法

的に解釈することで回避しようとされることもしばしばある。このような近時の契約法上の問題に対する既存の法理の対応については、大村・前掲注（4）『契約法から消費者法へ』五三頁以下や河上・前掲注（45）『約款規制の法理』一七一頁以下が横断的に分析している。たとえば河上・前掲注（45）『約款規制の法理』一七一頁は、不当な約款条項に対する司法的規制について、①約款の個別契約への採用、②約款の解釈、③約款の直接的な内容規制という三つのレベルでの問題があるとし、約款規制に関するものではあるが、重要な指摘をする。

もっとも、河上・前掲注（45）『約款規制の法理』一七二頁が指摘しているように、上記三つのレベルの問題は「必ずしも現実の司法実務の中で明確に意識され、区別されているわけではない。むしろ、相互に入り混じっている場合が多い」。そこで、この入り混じった状況を整理するためにも、規制を可能にする各制度に着目をし、その意義を探る必要があると考える。

（65）平野・前掲注（7）「一部無効」一八五頁。そのほか、類型化を試みる論稿として、平田・前掲注（7）「一部無効」一頁などがある。

（66）平野・前掲注（7）「一部無効」一八六頁以下。

（67）平野・前掲注（7）「一部無効」二〇六頁以下。

（68）平野・前掲注（7）「一部無効」二〇六頁以下。

（69）平野・前掲注（7）「一部無効」二〇八頁。

（70）このように、当事者の意思のほかに、たとえば規制の趣旨などの要素が考慮されて無効の範囲が画定されるべきとの指摘は、近時の教科書においてもなされている（たとえば、河上正二『民法総則講義』（日本評論社、二〇〇七年）四一七頁、中舎寛樹『民法総則』（日本評論社、二〇一〇年）二七五頁、山本（敬）・前掲注（42）『民法講義Ⅰ』三二四頁がある。）。また、大村教授は、契約の一部が強行規定や公序良俗に違反した場合について、いくつか具体例を挙げ、一部無効が課されるにあたり重視されているのは「当事者の意思よりもむしろ規制の必要性の方である」とする（大村・前掲注（4）『契約法から消費者法へ』六六頁。）。

第二節　本稿の目的・分析の視角

第一款　本稿の問題意識

それでは、本稿は、裁判官による契約の修正に関する理論的基礎を解明するための手掛かりを探るという目的のもとでその中心的手段のひとつである一部無効を検討するにあたって、どのような態度を採るべきか。前節でみた議論の状況を振り返りながら、本稿の問題意識を明確にしておこう。

従来の学説の議論およびそれに対する指摘からも窺えるように、一部無効の問題には、第一に、無効規範からの要請と私的自治ないし契約自由の原則からの要請との相克という側面が、第二に、一部無効と同様の結論をもたらしうる制度の多様性という側面があった。そして、これらの側面が不透明なまま複雑に絡み合い、一部無効の問題をより難しいものとしていた。

この現状は、何に由来するものであろうか。本稿は、この現状を、「一部無効の制度上の位置づけ」に関する議論が従来十分になされてこなかったことに由来するものと考えたい。前節でみたように、一方で、「一部無効の問題には当事者の意思と法秩序自体の観点という二つの要因が含まれる」との分析によっては具体的な事案の解決へと至っていない。また、一部無効には、当事者の当初意図していた契約とは異なるものを強制するという側面があることを認識するに至ると、この問題に対して、私的自治の原則という観点から当事者の意思に決定的な役割を担わせるべしとして、たとえば、当事者が残部の契約では契約を締結しなかったであろう場合には全部無効とするとして応じた。しかし、具体的な事案において必ずしもそういえるかについては疑問があった。他方で、近時、一部無効と同様の結論をもたらす多

様な制度の存在が指摘されてはいる。しかし、それらの諸制度と一部無効との違いが明確になっていない状況にあるといえる。また、一部無効の類型化の必要性が唱えられてはいたものの、一部無効とは何かにつき積極的に論じようとはせず、一部無効を当事者の意思解釈の問題であるとする主張に対して応接できずにいた。そのためであろう、一部無効を当事者の意思解釈の問題であるとする主張が根強く残ったままとなっていた。これらの問題状況に照らせば、従来の「一部無効の問題は、当事者の意思解釈の問題である」という命題に対して、正面から論じなかったがために、違反された無効規範の要請が一部無効論においてどのように位置づけられるものであり、また、当事者の意思はいかなる役割を有するかについて、不透明な状況が続いているのではないかと思われる。そこでまずは、無効規範からの要請と私的自治ないし契約自由の原則からの要請という二つの観点が、一部無効という制度とどのような関係にあるか、つまり、一部無効という制度がいかなる本質を有し、そこから導かれる帰結とは何かについて、正面から論じるべきではないだろうか。従来の学説においては、このような基礎的な問題に対して十分に検討がなされてこなかったように思われる。

そして、まさにこの基礎的な問題に対する関心の欠如が、具体的な局面における一部無効の判断基準の不明確さ、一部無効の制度的制約を無視した過度な汎用、さらには一部無効が課されることの正当性に関する混乱を招いたのではないかというのが、本稿の問題意識である。本稿は、このような問題意識に基づき、一部無効とはいかなる制度なのか、つまり一部無効の本質とは何かを明らかにすることを目的とする。このように一部無効の本質を検討することで、不透明な状況にある一部無効の判断基準を新たな理論枠組みのもとで捉え直すことができよう。また、一部無効という制度が、裁判官による契約の修正をもたらす他の諸制度との関係でどのような意義を有しており、どのような限界を抱えているかも明らかになろう。これによって、裁判官による契約の修正の正当性を検討する際の新たな視座を提示することにもつながると思われる。

第二款　検討の対象・分析の視角　―フランス法―

「一部無効という制度の本質は何か」という課題を検討するために、本稿は、フランス法を取り上げる[71]。なぜなら、フランス法と日本法の議論を比べてみると、そこでは類似性と異質性の双方がみられ、フランス法が格好の素材を提供しているように思われるからである。

すなわち、フランスにおいて無効（nullité）の範囲の問題が論じられる際、その判断基準として、当事者の意思と公序の要請または法の目的という二つの点が挙げられており、日本の置かれている状況を想起させる。しかし、今日のフランスの学説によれば、両者は、並立する基準であるとは考えられていない。学説のなかには、一方で、当事者の意思を基準とすることは公序の要請により退けられるとするものが、他方で、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思は考慮されないとするものがある。この理由は、一部無効が無効論の変容により理論的正当性を獲得したことにあった。この点につき、詳細は本論で検討するが、本稿がとるべき分析視角を明確にするためにも、簡単に、フランス法における一部無効の位置づけを確認しておかなければならない。

一　フランス法における一部無効の位置づけ

フランス民法典上、無効事由が契約の一部にのみ存する場合に、いかなる範囲で契約の無効が課されるかにつき、一般規定は置かれていない。そのため、二〇世紀中葉までは、一部無効という概念ないし制度についてほとんど語られることはなかった。学説において一部無効という概念ないし制度を注目させるに至らしめたのは、シムレール（Ph. Simler）による、『法律行為の一部無効（*La nullité partielle des actes juridiques*）』[72]であったとされる[73]。シムレールのテー

ズの序論によれば、無効と一部無効との関係に言及した箇所に次のような言説がある。

「サンクション（sanction）は、規定により目指された目的を実現しなければならない、言いかえれば、禁止されたものが無効とされなければならない（ce qui prohibé doit être annulé）。しかし、これ［サンクション］は、当該目的を越えてはならない。唯一、禁止されたものが、無効とされなければならない。それゆえ、もし、ある行為において、条項、条件、負担…が不法あるいは不道徳なものであるならば、唯一、当該約定（disposition）のみが、原則として、無効とされなければならない。このようにして禁止の目的は達成される。[74][75]」

シムレールは、無効がサンクションであることから、違反された法の目的を達成する必要があり、かつ、それで十分であるため、行為に対し一部無効が課されることになるとする。[76] この言説からは、無効の本質をサンクションであるとする捉え方と一部無効とが密接に関連することが窺える。すなわち、フランスにおいては、二〇世紀初頭、無効論が変容を被り、無効の本質が、行為の状態（une état de l'acte）としてではなく、法的サンクションとして捉えられるようになる。彼の言説からは、この無効の本質の変容が一部無効の基礎にあることが示唆されており、無効の本質に鑑みて、法の目的の実現という観点から一部無効が課されるべきことが主張されている。ただし、混乱を招かぬようにここで指摘しておきたいのは、シムレールのこの一部無効の理論的正当化ともとれる言説は、彼の一部無効論において貫徹されてはいないということである。いかなる点で貫徹されていないか、その原因が何であったかについては本論で述べるが、このことが原因となって、シムレールの一部無効論は、その後、有力な学説により批判されることとなる。

なお、この一部無効の本質ともいいうる指摘は、その後の学説においても頻繁に指摘されている。たとえば、今日の

債務法に関する著名な体系書のひとつである、ゲスタン&ロワゾー&スリネ（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet）による『民法概論　契約の成立　第二巻（第四版）』において、「無効（les nullités）」と題された部分を担当したスリネ（Y.-M.Serinet）は、次のようにいう。

「無効は、ある行為の状態ではなく、ある命令的規定（une règle impérative）の実効性（efficacité）を確保することを目的としたサンクションである。そのため、これ〔無効〕は、この目的に適合したものでなければならない。以上のことは、禁止されたものが無効とされなければならず（doit être annulé）、しかし、それだけで〔十分で〕ある〔ことを示す[77][78]〕。」

このようにフランスにおいては、無効の一態様として一部無効が捉えられ、無効の本質に鑑みて一部無効が課されるとされている。

しかし、ここで注意しなければならないのは、多くの学説が、無効の範囲画定の基準を論ずる際に、以上のような法の目的という観点のほか、当事者の意思についても言及していることである。学説は、判例においても無効の範囲を画定するための基準として当事者の意思が考慮されていると指摘する。たとえば、シムレールは、先に引用した言説に続いて次のようにいう。

「しかし、この〔規定に反した部分が無効とされなければならないという〕原則は、ときおりその結果が恣意的であるため、弱化を受ける必要がある〔上記原則の絶対性を弱める必要がある〕。実際、法律の違反が抑えられ〔法

律が違反された状態が解消され」、かつ一般利益が満たされているとき、ある他の、われわれの債務法に関する一般原則が介入する。意思自律のそれである。無効とされた行為の一部が、行為者からみて基本的なものであった、その結果、それ〔無効事由が存する部分〕なくして行為を締結しなかったならば、それ〔当該行為〕は、全体として消滅しなければならない。」[79]

つまり、シムレールは、無効の範囲を画定するために無効規範の趣旨を考慮するにあたり、裁判官の恣意が働くことを危惧した。そこで、当事者の意思を基準にして無効の範囲を画定するという解決により、その恣意性を回避しようとしたのであった。

また、このような無効の範囲を画定するための基準としての当事者の意思への言及は、今日の体系書の多くにおいてもみられる[80]。ここでは、ゲスタン（J.Ghestin）の言説を引用しておこう。

「無効化（l'annulation）は、論理的に、規定に反する契約の効果に制限されなければならない。しかしながら、無効の範囲を決するためには、当事者の意思およびサンクションの実効性を考慮しなければならない。[81]」

さて、フランス法における一部無効の基準に関する現在の議論を概観するならば、以上のように、法の目的という観点と、当事者の意思という観点とが挙げられることがわかった。ここで、日本の一部無効論における問題状況が想起される。すなわち、私的自治の原則からの要請と無効規範からの要請との相克の問題である。しかしながら、同時に、フランスにおいては、独自の視座が存在することも指摘できよう。

それは、無効の本質と一部無効との関係への言及である。無効の本質という観点から、法の目的の実現という基準が抽出される。これに対して、興味深いことに、シムレールの上記言説においては、法の目的を裁判官が考慮する際の恣意性への配慮という点が挙げられてはいるが、ゲスタンの言説からは、当事者の意思という基準の位置づけは、明らかではない。このことから、次のような疑問が生じてこよう。それは、無効の範囲画定のための基準として主張されている法の目的の考慮という基準と当事者の意思の考慮という基準とでは、それらの基準により無効の範囲が画定されるべきとされる問題状況が異なるのではないかという疑問である。

実際、シムレールのテーズに対しては、一部無効の意義を捉え直し、無効の範囲を画定するにあたり、無効および一部無効の本質に鑑みれば当事者の意思という主観的な要素が考慮されてはならないとする有力な学説が、その後に登場する。そしてこの学説の理論的な妥当性は、後の学説により援用されることが多いことからも認められているといってよい(82)。

しかし、多様な事案を対象として包括的に一部無効論を説明する現在の学説に目を向けると、これらの学説は、有力説が一部無効の本質を解明し当事者の意思を無効の範囲画定の考慮要素から除外したにもかかわらず、無効の範囲を画定するにあたって、当事者の意思が考慮されることがあると指摘し続けている。これが、フランスにおける一部無効の位置づけおよび一部無効論の現状である。

二　分析の視角

以上の日本法の議論の現状とフランス法における一部無効の位置づけおよび一部無効論の現状を踏まえ、本稿は、次の二つの分析視角により、一部無効の本質とは何かという根本的な問題について考察をする。

第一に、一部無効が無効とどのような関係にあるかという点に着目する。すなわち、フランスにおいては、無効と一部無効とが同一の本質を有する概念であることが示されていた。そこで、無効の本質とは何か、一部無効の本質とは何かを探ることは、今日の日本における一部無効論の混迷した現状をひも解くための有用な手法であると考える。

しかし、フランスにおける一部無効に関する議論を一見するかぎり、一方で、無効の本質から一部無効が法の目的を達成するためのサンクションであると捉えられながらも、他方で、当事者の意思の考慮が当初から指摘されており、批判を受けてもなお主張され続けていた。

そこで第二に、一部無効において当事者の意思がいかなる役割を果たしているかという点を、当事者の意思の考慮が一部無効の問題とされうるさまざまな事案を解決へと導く原則的な基準であると考えることに批判的な態度をとりつつ検討することとしたい。あらかじめ結論を先に述べることになるが、フランスの一部無効論の先駆者であるシムレールは、無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思を原則的な基準であるとし、これをさまざまな事案において妥当するものであるとした。つまり、一部無効論に関する議論を展開するなかで、シムレールは、契約内容が当初当事者が意図した内容と明らかに異なる場合であっても、「その一部が無効であることを知っていたならば当該修正された契約を締結したであろう」として一部無効を正当化することになる。これに対して、今日の学説をみると、たしかに一部無効を課すにあたって当事者の意思が考慮されるとすることがあるが、その事案をみるかぎり、そこでいう当事者の意思の考慮は、修正された契約内容を当事者に押しつけることを正当化するために言及されたものではないのではないかと考えられる。それゆえ、繰り返しになるが、先駆者であるシムレールの一部無効論が念頭に置く事案が広範囲にわたるものであったがために、考慮されるべき事案の差異が見過ごされて統一的な一部無効論が形成されていった、そして一部無効論における当事者の意思の位置づけが不明瞭なものとなってしまったように思われてならない。そして、このよう

な一部無効論に対してもまた、各事案の差異が無視されたままで理論的な批判が加えられることとなった。それゆえに、その後の学説も、一部無効論の全体を論ずるときは、一方ではこの理論的な批判に与しつつ、他方では当事者の意思が考慮されるという主張をしているのではないか。実際、シムレールが主張した一部無効論が念頭に置くそれぞれの事案類型について、その後の学説によりなされた議論に目を転ずるならば、ある事案においては当事者の意思が考慮されているといいうるものの、修正された契約内容を当事者に課すことを正当化するために要請されたものではないように思われる指摘がされている。そうであれば、本稿は、次の仮説をたてることが許されよう。それは、①当事者の意思という基準により判断される（べき）事案と、法の目的という基準により判断される（べき）事案とは、想定される事案が異なるのではないか、②これらをまとめて統一的な基準により解決を図ったシムレールが考える「当事者の意思の考慮」の内実と今日の学説がいう「当事者の意思の考慮」の内実とは異なるものではないか、という仮説である。これを実証し、一部無効論における「当事者の意思の考慮」の位置づけおよび一部無効の本質との関係を明確にすることを、第二の分析視角としたい。

この第二の分析視角ゆえに、本稿が示す見解は、必ずしもフランスの体系書等における一般的な記述に一致しない。しかしながら、フランス法における議論を仔細に検討するならば、本稿が示すように分析することが可能であるように思われる。

三　叙述の順序と課題の限定

問題の複雑さゆえに、前置きが長くなってしまったが、以上のような問題意識および分析視角からフランス法を検討し、日本法の再考をするために、次のような構成で検討をしていくこととしたい。

第一に、フランスにおける一部無効論の理論的な対立をみることからはじめる。一方で、無効の範囲を画定するにあたり原則として当事者の意思によるべしとしたシムレールが、いかなる事案を念頭に、どのように統一的な一部無効論を形成していったか（以下では、当事者の意思を無効の範囲を画定するための原則的な基準とする学説を「伝統的な一部無効論」という[83]。）を詳細にみることが、後の批判の検討、および各事案類型の検討において重要なものとなろう。他方で、当事者の意思を無効の範囲画定の原則的基準とする見解に対し、それを否定した学説が、どのような点で批判をし、その批判をもとにいかなる一部無効論を主張したかを概観する。このように、当事者の意思の考慮を無効の範囲画定の原則的な基準とする学説と、それに対する理論的批判の検討を通じて、無効の本質とは何か、一部無効の本質とは何かを、明らかにする（第一章）。

第二に、第一で明らかにした一部無効の本質が、実務上、貫徹されているかを検討する。なぜなら、今日の学説をみるかぎり、伝統的な一部無効論に対する理論的な批判がなされた以降も、無効の範囲を画定するにあたり、当事者の意思が考慮されると説明されているからである。そうであれば、第一で明らかにした一部無効の本質が理念でしかなく、実務では異なる動きがみられる可能性が、またはシムレールの提唱した一部無効論が妥当である可能性が残されていよう。そこで、シムレールが提唱した一部無効論の基礎とされた事案類型につき今日の判例および学説の議論をみることで、①いかなる事案類型で当事者の意思が考慮され、またはされていないか、②当事者の意思が考慮されているとすれば、それはいかなる意義を有するか、③当事者の意思の考慮が無効および一部無効の本質とどのような関係にあるかを検討することが必要となる。このようにして事案類型ごとに検討をした後に、再度、無効の範囲画定にあたり当事者の意思が考慮されるとすればいかなる事案類型においてであり、その意義はどのようなものか、一部無効の本質との関係でそれはどのように位置づけられるべきものかなど、本稿の問題関心の核となる部分につき分析を試みることとする（第

二章）。

以上のような順序でフランス法を検討していき、最後に、フランス法から得られた示唆をもとに、日本法の一部無効論について再考することとしたい（結章）。

最後に、本稿の検討する課題について、限定をしておく。本稿は、「一部無効の本質とは何か」という基本的な問題につき検討を行う。それゆえ、本稿が検討対象とする事案については、第一に、無効の範囲画定にあたり用いられるある概念（たとえば、不可分性（indivisibilité）がそれである。）に関する検討の際に必要となる場合を別として、二当事者間で締結された契約を念頭に置く。

第二に、規制の根拠について何ら法律上に手掛かりがなく不当性の内実が不明確であるにもかかわらず、裁判官が契約を修正するという事案は、フランスの一部無効論の形成過程において存在していたがために触れざるをえないものについては検討を行うが、基本的には検討から外すこととしたい[84]。この点について敷衍すると、たとえば日本においては一部無効の典型例のひとつである責任制限条項の規制の問題について、フランス法上、条項援用者である債務者が故意または重大なフォートにより債務不履行をした場合にはその援用を認めないとされている[85][86]。もっとも、近時、フランスでは、債務者の債務不履行が故意または重大なフォートによるものではない場合であっても、責任制限条項が規制されることがある。たとえば、「クロノポスト判決」として有名な破毀院商事部一九九六年一〇月二二日がそれである（本判決の事案は、次のとおりである。配達業者は、顧客から昼までに封書を預かった場合には翌日正午までにそれを届けるというサービスを行っていた。入札参加を企図した顧客が同配達業者を利用して関係書類の配送を頼んだところ、翌日までに封書が届かず、顧客は入札に参加できなかった。そして、顧客が損害賠償請求をしたところ、同契約には配達業者の債務不履行の場合には損害賠償額が代金額である旨の条項が付されており、配達業者がこれを主張した[87]。）。しか

し、同判決の判示内容をみるならば、同判決は、一部無効とされる他の事案と比べて次のような特殊性を有する事案であったということができる。同判決は、配達業者は昼までに封書を預かった場合には定められた期限内（翌日正午まで）に封書を届ける義務を負っているとし、この本質的債務に対する違反を理由として、引き受けられた義務の射程に矛盾する当該責任制限条項は書かれざるものとみなされる（réputer la clause non écrite）とした。つまり、同判決では、引き受けられた義務の射程に矛盾することを理由に条項を規制するという点で特殊性があり、さらに、「書かれざるもののとみなす」というサンクションと一部無効との相違についても、近時議論がされているところである。[88] それゆえ、この問題は、一部無効の本質という観点からいうと、一部無効の問題として解決されるべき諸事案とは考慮要素や規制の根拠が異なると考えられ、一部無効の本質を明確にした後に、これらの関係を体系的に考察すべきものであろう。そこで本稿では、「書かれざるものとみなす」というサンクションについて、当事者の意思の意義という点で一部無効とどのように異なるかなど、一部無効の本質および射程を明らかにするかぎりでは触れる。しかし、規制の根拠について法律上手掛かりがなく不当性の内実が何かにつき明確に示されていないとき、どのような場合に、いかなる理由で規制されうるかという問題に関する具体的な検討は、本稿では行わない。このような事案については、一部無効の本質が何かを明らかにしたうえで、それと具体的な事案における不当性の内実とを比較し、なぜ、ある場合には一部無効ということができ、またはできないかを検討していくべきだと思われるからである。

本稿が、「一部無効」という概念ないし制度の本質的な意義の探究を目的とするものである点をここで再度確認し、本論に入ることとしよう。

(71) 日本において、フランスの一部無効論について検討した本格的な研究は未だ存在しないが、たとえば、森田修「Pimontの『契約のエコノミー』論（二）―契約規範の形成原理をめぐる近時フランス法理論の一斑―」法協一二七巻九号（二〇一〇年）一五一頁、特に一八一頁以下（以下、森田「Pimontの『契約のエコノミー』論（二）」と引用する。）は、「契約のエコノミー（économie du contrat）」論が無効の範囲画定にあたってどのような影響を及ぼしているかという視点から一部無効論についても触れている。

(72) Ph.Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, thèse, LGDJ, 1969.

(73) J.Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, 2e éd., LGDJ, 1988, n°. 872.

(74) Ph.Simler , *op.cit.*, thèse, n°. 28.

(75)《annulation》の訳語やその意義については、齋藤哲志「フランス法における返還請求の諸法理（六）―原状回復と不当利得―」法協一三〇巻五号（二〇一三年）一三六頁、特に一六四頁注（1）を参照した。フランス法上、《annulation》は、「無効（nullité）を導くこと」という意味で用いられるため、本稿は、《nullité》には「無効」という訳を、《annulation》には「無効化」または「無効」という訳をあてることとする。

(76) フランスにおける《sanction》の意義について補足する。一八世紀において、《sanction》は、行為者に対して課されるものであるとされていた（これを、「主観的なサンクション」という。）（J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause–Les nullités, 4e éd, LGDJ, 2013, n°. 2033）。しかし、今日では、《sanction》は、より広義では、法（un droit）または義務（une obligation）を確実に遵守、実施させるためのあらゆる手段のことであると定義され（Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, dirigé par G.Cornu, 9e éd., PUF, 2011, v°. sanction.）、必ずしも罰（peine）を含意するものではない（C.Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, thèse, Dalloz, 2002, n°. 2.）。そして、無効は、ある規範（norme）の違反、およびその違反に対する反応（réaction）という二つの要素を要するサンクションであるとされ（J.Ghestin, G. Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *La formation du contrat*, tome 2, n°. 2007.）、主観的なサンクションとは異なり、その基礎および目的において客観的なサンクションであると考えられている（客観的なサンクションとしての無効の意義については第一章第三節で詳述する。）。

（77）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat*, tome 2, n° 2626.
同書は、「目的（l'objet）」、「コーズ（la cause）」、「無効」という三つのテーマについて扱った共著作であるが、本書の冒頭にあるプランによれば、「無効」の部分については、スリネが担当している。なお、同書（第一巻を含む。）については、金山直樹・山城一真・齋藤哲志「現代フランス契約法の動向」法学研究八八巻七号（二〇一五年）五三頁で、その特徴が紹介されている。

（78）債務法に関するほとんどの体系書においては、一部無効については簡単な説明がされるだけである。しかし、ゲスタン＆ロワソー＆スリネによる体系書のシリーズでは、ゲスタンの単著であった頃の第二版では約五〇頁が、共著となりスリネが担当した第四版では約一五〇頁が、一部無効およびそれに関連する制度についての説明に充てられており、かなり詳細なものとなっている。

（79）Ph.Simler , *op.cit.*, thèse, n° 28.

（80）A.Bénabent, *Droit civil, Les obligations,* 10e éd., Montchrestien, 2005, n°s 216 et s ; Ph.Malaurie, L.Aynès et Ph.Stoffel-Munck, *Les obligations,* 4e éd, Defrénois, 2009, n° 718 ; B.Fages, *Droit des obligations,* 2e éd., LGDJ, 2009, n° 244 ; M.Fabre-Magnan, *Droit des obligations,* tome 1, Contrat et engagement unilatéral, 2e éd., PUF, 2010, pp. 446 et s ; J.Flour, J.-L. Aubert et E.Savaux, *Droit civil, Les obligations,* tome 1, L'acte juridique, 15e éd., Sirey, 2012, n° 359 ; Fr.Terré, Ph.Simler et Y.Lequette, *Droit civil, Les obligations,* 11e éd., Dalloz, 2013, n° 420.

（81）J.Ghestin, *op.cit., Le contrat : formation,* n° 870.

（82）J.Ghestin, G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit., La formation du contrat,* tome 2, n°s 2013 et 2577 ; M.Mekki, *L'intérêt général et le contrat : Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé,* thèse, LGDJ, 2004, n°s 972 et s.

（83）シムレールの一部無効論を「伝統的な一部無効論」とすることには、反論もあろう。実際、フランスにおいて、最もはじめに現れた無効の範囲に関する主張は、当事者の意思のみを考慮要素として挙げ、それ以外の要素については言及していなかった（以下、「古典的な一部無効論」とする。）。これに対し、シムレールは、当事者の意思を原則的な基準としながらも、公序の要請により、当事者の意思を基準に画定された無効の範囲が覆される場合があることを認めた。その意味で、シムレールの見解は、古典的な一部無効論とは一線を画すものであったといえよう。しかし、その後の学説により、無効

の範囲を画定するにあたって当事者の意思を考慮することそのものが否定されているのであり、この学説との対比において、当事者の意思を考慮することを原則とするシムレールの見解を「伝統的」と称しても問題ないと考えた。

（84）この問題と関連して、ドイツの約款規制の検討を通じて、約款の内容規制と契約全体との関係が指摘されることがある。たとえば、野田和裕「約款の内容規制と約款全体との関連性」広島法学二一巻一号（一九九七年）八七頁は、ある約款条項につき内容規制がされる際、契約全体との関連を考慮する場合がある、つまり、約款中のある条項が不当な内容である場合にそれにより生ずる不利益が別の条項がもたらす利益により埋め合わされる場合がある、または約款中のそれ自体では許容される内容である条項が別の条項と共働作用することにより相手方に対する不利益を増幅させ結果として不当性を帯びることがあると指摘する。このような場面は、約款に限らず考えられうるものであろう。しかし、それが契約一般に認められうるかについては、上記規制の対象とされている不当性の内実とは何かという問題と、一部無効等の各制度の意義とを踏まえ、いかなる制度を用いた解決が望ましいかという点をにらみながら検討しなければならない。本稿では、その前提となる「一部無効とはどのような制度か」に焦点を合わせるため、上述した問題の検討は、今後の課題としたい。

（85）「フォート」とは、日本でいう「過失」に類似する概念である。もっとも、フォートは、法令違反等の事実によって基礎づけられる違法性（illicéité）、および外来原因の不存在や事理弁識能力等に基礎づけられる帰責性（imputabilité）をも含むものである。フォートについては、廣峰正子「フランス民事責任におけるフォート概念の存在意義」同『民事責任における抑止と制裁　―フランス民事責任の一断面』（日本評論社、二〇一〇年）八三頁などが詳しい。

（86）なお、重大なフォート概念については、これを客観的に捉える判例が登場し、本質的債務の違反と同視された。しかし、まず、破毀院混合部二〇〇五年四月二二日の二つの判決（Cass.mixte, 22 avril 2005, Bull.2005, mixte, n° 3 et 4 ; J.C.P. 2005, II, 10066, note G.Loiseau ; J.C.P.E. 2005, 1446, note Ch.Paulin ; D. 2005, p.1864, note J.-P. Tosi ; D. 2005, p.2750, obs. H.Kenfack ; R.T.D.civ. 2005, p.604, note P.Jourdain ; R.T.D.civ. 2005, p.779, note J.Mestre et B.Fages ; R.T.D.com. 2005, p.828, obs. B.Bouloc ; R.D.C. 2005, p.651, avis. R.de Gouttes ; R.D.C. 2005, p.673, note D.Mazeaud ; R.D.C. 2005, p.753, note Ph.Delebecque.）により、法令上の責任制限条項について、その援用を否定する重大なフォートは、本質的債務の違反によって特徴づけられるものではない旨が判示された。その後、破毀院商事部二〇一〇年六月二九日（Cass.com.29 juin 2010, Bull.2010, IV, n° 115 ; R.D.C. 2010, p.1220, obs. Y.-M.Laithier ; R.D.C. 2010, p.1253, obs. O.Deshayes ; D. 2010, p.1832, note

D.Mazeaud, J.C.P. 2010, 787, note D.Houtcieff ; J.C.P. 2010, 1015, obs. Ph.Stoffel-Munck ; J.C.P.E. 2010, 1790, note Ph.Stoffel-Munck ; R.T.D.civ. 2010, p.555, obs. B.Fages ; Contrats, conc., consom. 2010, comm.220, obs. L.Leveneur ; J.C.P. 2011, 63, obs. J.Ghestin）は、契約上の責任制限条項の援用の可否を判断するにあたり、「重大なフォートは、たとえそれが本質的なものであれ、契約上の債務の不履行により基礎づけられうるものではなく、債務者の行為態様の重大性によって基礎づけられなければならない」と判示した。それゆえ、責任制限条項の援用を否定する重大なフォート概念に関する今日の判例法理においては、重大なフォートは、本質的債務の違反によって基礎づけられるものではない。

責任制限条項規制の判例法理の展開については、石川博康「フランスにおける本質的債務論の展開と整合性の原理」能見善久ほか編『野村豊弘先生古稀記念論文集　民法の未来』（商事法務、二〇一四年）六三頁（以下、石川「本質的債務論の展開と整合性の原理」と引用する。）が詳しい。

(87) Cass.com., 22 octobre 1996, Bull.1996, IV, n° 261 ; D. 1997, p.121, note A.Sériaux ; D. 1997, p.145, obs. C.Larroumet ; D. 1997, p.175, obs. P.Delebecque ; R.T.D.civ. 1997, p.418, obs. J.Mestre ; R.T.D.com. 1997, p.319, obs. B.Bouloc ; Contrtas, conc., consom., 1997, comm.24, obs. L.Leveneur ; Defrénois 1997, p.333, obs. D.Mazeaud, J.C.P. 1997, I, 4002, obs. M.Fabre-Magnan ; J.C.P. 1997, I, 4025, obs. G.Viney ; J.C.P. 1997, II, 22881, obs. D.Cohen ; R.T.D.civ. 1998, p.213, obs. N.Molfessis.

同判決について分析した日本の論稿として、小粥太郎「フランス法における『契約の本質的債務』について（一）」早法七六巻一号（二〇〇〇年）二二頁、窪幸治「条項規制法理の一検討　―フランスの『本質的債務』理論を参考にして―」比較法三九号（二〇〇二年）二九七頁、石川博康『『契約の本性』の法理論』（有斐閣、二〇一〇年。以下、石川『契約の本性』と引用する。）三三頁、同・前掲注（86）「本質的債務論の展開と整合性の原理」六六頁、森田・前掲注（71）「Pimontの『契約のエコノミー』論（二）」一六七頁、大澤彩「責任制限条項の効力　―クロノポスト判決」松川正毅ほか編『判例にみるフランス民法の軌跡』（法律文化社、二〇一二年）一五五頁、金山直樹『現代における契約と給付』（有斐閣、二〇一三年）二四頁がある。

もっとも、同判決の意義については、同判決が、一方で、「本質的債務の違反」という要素を挙げ、他方で、引き受けられた義務の射程と矛盾する条項は書かれざるものとみなされるとしており、不明瞭な点があった。すなわち、その後の判例のなかには、ある条項を書かれざるものとみなすにあたり、本質的債務に関する責任制限条項であるという点のみを挙げ、

引き受けられた義務の射程と矛盾するという点については触れないものがあった（その後の判例の展開を踏まえた責任制限条項規制の展開については、石川・前掲注（86）「本質的債務論の展開と整合性の原理」六三頁が詳細な分析を行っている。）。

しかし、前掲破毀院商事部二〇一〇年六月二九日（前掲注（86））が、責任制限条項が「書かれざるものとみなされるのは、債務者によって引き受けられた本質的債務の射程と矛盾する」場合のみであるとした。これにより、ある条項が書かれざるものとみなされるには、それが引き受けられた義務と矛盾している必要があることが明確になった。

もっとも、以上のような責任制限条項規制の展開に関する議論は、未だ不安定なものであることに注意しなければならない。

たとえば、近時、これに関する判決として、破毀院商事部二〇一三年一二月三日（Cass.com., 3 décembre 2013, R.D.C. 2014, 2, p.176, note Th.Genicon）が出た。同判決は、依頼人がプレタポルテ（prêt-à-porter）の在庫品を売りさばくために、ある期日にそれを得意とする流通業者へ届けるよう配達業者に依頼したところ、その日に配達することができなかったため、依頼人が、プレタポルテが在庫として残ってしまったことや新たな顧客を獲得できなかったことによる損害の賠償を配達業者に請求し、これに対して配達業者が賠償額を運送料に限る旨を定めた責任制限条項を援用したという事案である。控訴院は、物を届けること（livraison）が運送契約の基本的債務であるとし、同条項の適用はこの基本的債務に関する契約を空にする（vider）として、配達業者の主張を退けた。しかし、破毀院は、根拠条文として民法典一一三一条および一一三四条（後掲）を挙げ、控訴院が、どの点で同条項が配達業者の定められた（strict）期日を遵守する債務に矛盾したかを探究することなく、配達業者の当該条項の援用を退けたとして、破毀し移送した。

同判決について、前述したクロノポスト判決と同様に、問題となっている契約が運送契約であり、また、配達業者がある特定の期日に配達する債務を負っていたにもかかわらず、破毀院は、控訴院がどの点で上記責任制限条項が配達業者の負う債務に矛盾したかを探求していないとしていることから、同判決を責任制限条項の規制に関する基準を見直す契機であると指摘する評釈も出されている（Th.Genicon, op.cit., note, pp.176 et s.）。

フランス民法典一一三一条および一一三四条の規定は、次のとおりである。

フランス民法典一一三一条「コーズの存在しない債務、または虚偽のコーズ（fausse cause）もしくは不法なコーズに基づく債務は、いかなる効果も有することができない。」

フランス民法典一一三四条「第一項　適法に形成された合意（conventions）は、それを行った者に対しては、法律に代わる。

第二項　その合意は、それを行った者の相互の同意（consentement）または法律が許す原因によってでなければ、撤回することができない。

第三項　合意は、誠実に履行されなければならない。」

(88)「書かれざるものとみなす」というサンクションの独自性については、未だ多くの学説により承認されているとはいい難いが、同サンクションを用いる判例や立法の増加に伴いこれを指摘する学説が増え、近年、テーズが出されるまでに至っている（S.Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, thèse, Economica, 2006）。

〔未完〕

［付記］本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇一五年三月二五日授与）「一部無効の本質と射程　－一部無効論における当事者の意思の意義を通じて－」に加筆・修正をしたものである。