HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一部無効の本質と射程（9・完）：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, 70(2), 172[33]-127[78]
Issue Date	2019-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/75075
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_2_04_Sakamaki.pdf



Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

一部無効の本質と射程（九・完）

――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
第二節　本稿の目的・分析の視角

（以上、六六巻四号）

第一章　フランス法における一部無効論の理論的な対立
　第一節　一部無効論の萌芽
　第二節　伝統的な一部無効論の構造
　第三節　一部無効の本質の探究　―目的論的基準―
　第四節　本章のまとめ
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
　第一節　契約における特定の条項の無効に関する事例
　第二節　複合的な契約におけるひとつの契約の無効に関する事例
　第三節　代金等の縮減に関する事例
　第四節　本章のまとめ　―一部無効論における当事者の意思の意義に関する検討―
結章　日本法への示唆
　第一節　前章までの要約
　　第一款　本稿の問題意識・分析視角
　　第二款　フランス法における一部無効論の要約
　第二節　日本の一部無効論への示唆
　　第一款　日本法とフランス法の接近性
　　第二款　一部無効論の再考
　第三節　結語

（以上、六六巻五号）
（以上、六六巻六号）
（以上、六七巻一号）
（以上、六八巻一号・同四号）
（以上、六九巻三号）
（以上、六九巻六号）
（以上、本号）

結章　日本法への示唆

これまで、本稿は、フランス法における一部無効の本質を探り、一部無効論において考慮される当事者の意思の意義について明らかにしようと検討を重ねてきた。結章では、本稿の問題意識に対して、フランス法がいかなる特徴を有しており、それらが日本法における一部無効論を再考するためにどのような示唆をもたらすといえるかにつき検討することとしよう。

第一節　前章までの要約

第一款　本稿の問題意識・分析視角

本稿の問題意識および分析視角は、次のとおりであった。

現在の日本の学説の多くは、契約の一部に無効原因が存する場合に、契約の全部が無効となるか一部が無効となるかという問題を解決するにあたり、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ことを指摘する。そして、一部無効が、当事者が当初意図した契約内容とは異なる契約を当事者に押しつけるという側面を有するとの問題に対しては、当事者の意思を基準とし、無効原因の存する一部なくしては当事者が契約を締結しなかったであろう場合には契約が全部無効となる旨を主張するものがあった。債権法改正に関する中間試案においても、私的自治の原則という観点が強調され、中間試案第五、一「法律行為の一部無効」により、「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」と提案されていた。もっとも、このような見解に対しては、具体的な事案をみるならば、当事者の意思を基準として無効の範囲を画定することが適切ではないと考えられる事案があるといった批判もあった。また、債権法改正にあたり、一部無効に関する規定の新設は、コンセンサスの形成が困難であることを理由に実現されなかった。このように、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あると指摘したところで、問題の解決には至っていなかった(1)。

さらに、近時の日本の学説の議論をみるならば、一部無効と同様の解決を可能とする多様な制度が存在することや、一部無効として論じられる事案が一様でないことが指摘されている。しかし、一部無効がそれらの他の制度とどのように異なるか、諸事案をなぜ区別すべきかは依然として明確でない。一部無効の問題は、多くの課題を抱えたまま、不透明な状況が続いているように思われる(2)。

本稿は、このような一部無効の現状が、「一部無効とはどのような制度か」という基本的な問題に関する検討の不十分さに由来すると考えた。そして、この問いに答えることによって、一部無効という制度において、当事者意思の尊重と無効規範からの要請とがいかなる関係にあるか、なぜ一部無効が課されうるかといった問題にも応答できるのではないか、というのが本稿の問題意識であった。

第二款　フランス法における一部無効論の要約

本稿は、先のような問題意識のもとに、「一部無効とはどのような制度か」に関する基礎的探究を目的とした。その

ために、無効の本質を法的なサンクションであることに求めるフランス法を素材として、第一に、一部無効の本質とは何か、第二に、一部無効論において当事者の意思がどのような役割を有するか、という二つの分析視角から検討を行った。具体的なフランス法の検討結果は、次のとおりである。

一　フランス法における一部無効の本質

まずは、フランス法における一部無効論の理論的な対立を振り返ろう。

フランス法において、一部無効という概念ないし制度は、二〇世紀初頭に生じた無効の理論的な変容によって正当化されるようになった。この無効論の変容というのは、無効を行為状態であると捉える古典的無効論から、無効を法的なサンクションであると捉える新無効論への変容である(3)。

しかし、無効の本質を法的なサンクションであることに求める新無効論から展開した一部無効論は、一枚岩の議論ではなかった。

伝統的な一部無効論は、無効を規定の実効性を確保するためのサンクションであると位置づけながらも、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が基準になるとした。このことを主張し、統一的な一部無効論を形成したのは、一部無効論の先駆者として知られるシムレール（Ph.Simler）であった。シムレールは、動因的かつ決定的なコーズまたは条件概念、不可分性概念の検討を通じて、不法性の範囲の画定の後に、当事者の意思により無効の範囲が画定されると主張した。そして、それを、縮減と呼ばれる契約内容の量的な修正がなされる事例においても当てはまるものであるとした。違反された規範の目的によって無効の範囲を画定する場合、そこには判事の恣意が介在しうることが、最終的に当事者の意思を無効の範囲画定の基準とする理由であった(4)。

それに対して、ティビエルジュ（C.Thibierge）は、一部無効の理論的な正当性が無効の本質という点に求められることからすれば、無効の範囲を画定するにあたり当事者の意思が基準となるべきではないと批判した。なぜなら、一部無効とは、無効と同様に、違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクションであり、無効の範囲は、違反された規範の目的を考慮して画定されるべきだからである(5)。

これらの見解において出発点を同じくしながらも当事者の意思の位置づけが異なった理由のひとつとして、無効が法的なサンクションであるということの意味につき、他のサンクションに比して無効がいかなる本質を有するかが明らかにされているか否かという点を挙げることができよう。シムレールは、それを明確に示すことなく一部無効を論じ、さらには、不法行為に基づく損害賠償請求と一部無効とを混同して用いていた。それに対して、ティビエルジュは、無効の本質につき説得力をもって説示していた。実際、無効および一部無効は、今日の多くの学説において、「違反された合法性の回復に向けられた客観的なサンクション」であると捉えられている(6)。また、たとえば、契約の付随的な条項に無効原因が存する場合、判例は、公序の種類を問わず、当事者の意思を考慮せずに無効の範囲を画定していた。さらに、判例のなかには、一方当事者による当該条項が契約締結にあたり決定的なものであったとの主張にもかかわらず、契約全部ではなく、当該条項の無効を言い渡すものがあった(7)。

そして、このような無効および一部無効の本質に関する分析は、無効以外のサンクションとの差別化や、事案の区別にも役立っていた(8)。

二　一部無効論における当事者の意思の意義

ところで、無効の範囲が問題となる際に、当事者の意思への言及がまったくないのかというと、そうではなかった。

とりわけ契約条項の積極的な修正がなされる場合や、複合的な契約における連続的消滅に関する場合において、当事者の意思への言及がなされていた。もっとも、そこで言及される当事者の意思の内実および役割は、シムレールが主張したそれとは異なるものと評価することができた。

すなわち、シムレールは、考慮されるべき当事者の意思の内実につき、両当事者の現実の意思の探究は不可能であるとして、一方当事者の仮定的な意思であるとした。なぜなら、当事者の利害は通常対立しているため、無効原因の存する条項は、一方当事者にとっては利益となり、他方当事者にとっては負担となるからである。また、当事者は当該条項が無効であった場合について想定していないことが通常であり、現実の意思が存在しないからである。そして、彼は、不法性の範囲を画定した後で、当事者の意思を基準にした無効の範囲画定が問題となると指摘した。たとえば、契約代金等の量的な部分に不法性が存する場合、不法な量的範囲を画定した後に、当事者の意思が基準となり、契約の全体が無効となるか、または量的な範囲で無効となるかという無効の範囲が画定されるという。このような当事者の意思の考慮は、一部無効というサンクションを課すことを正当化するためのものであったと評価することができた。

それに対して、シムレールが一部無効論として同じ枠組みのもとで論ずる各事案類型について、当事者の意思がいかなる内実や役割を有しているかを子細に検討するならば、私見によると、次の二つのレベルでの、当事者意思の意義を見出すことができた。

第一は、不法性の範囲を画定するレベルにおける、両当事者が意図した契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思の考慮である。たとえば、公序に関する規定が契約における付随的な条項や、契約の期間といった基本的な要素を量的に規制している場合、この公序に関する規定は、当該付随的条項それ自体、または契約それ自体を規制しているわけではない。そうであるのに当該付随的条項や契約代金等の約定それ自体を無効とすることは、一方で、当該付随

的条項または契約によって当事者が意図した利益ないし有用性を侵害し、他方で、当該規定の目的でもない。そこで、契約条項や契約の基本的な要素の縮減または置換がなされることになる。つまり、契約の利益ないし有用性は、違反された合法性を回復するにあたり必要な範囲を画定するために考慮されていると評価することができた。両当事者が意図した契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思は、契約の中核であり、コーズ概念や目的概念等を通じて契約の有効性の判断にあたり考慮されるものである(9)。また、サンクションの実効性を評価するにあたり考慮されるべきものである。ここでは、無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであるとする捉え方とも相いれるかたちで、契約の利益ないし有用性が考慮されていると考えられた(10)。

第二は、諸行為の不可分性の有無に関して、契約の性質決定またはそれに類似したレベルにおける、両当事者が追求した目的の考慮である。一部無効論との関係では、とりわけ、この当事者の意思の考慮により複合的な契約に含まれた一つの行為または契約が無効であるときに他の部分を消滅させうるか否かが問題となる。学説のなかには、無効の範囲の問題を解決するために当事者の意思が考慮されていると指摘するものがあった。しかし、当事者の意思による不可分性概念の検討によれば、それは、諸行為が結びついた一つの契約または諸契約の総体に対して、無効の場面だけでなく、契約の解釈や規定の適用の可否、解除の場面等において共通の制度に従属させるための概念であった。このような役割は、契約の性質決定のそれと同様であり、不可分性概念を通じて、契約の性質決定またはそれに近い作業が行われていると評価することができた。さらに、このような理解は、公序に関する規定が問題となる際に、次のような違いを生じさせる。すなわち、学説によると、公序に関する規定の適用が問題となる以前に、当事者が意図した諸行為の不可分性の有無に対する当該規定の影響が問題となる。当該規定に対する詐害の意図があった場合には、裁判所は、当事者が付与した性質決定とは異なる性質決定を与えることができるという。したがって、複合的な契約における不可分性の問題

は、不法性の範囲の画定とは異なるレベルの問題として、つまり、その前に位置づけられる契約の性質決定またはそれに類似したレベルの問題として捉えるべきであると評価することができた(11)。

以上のように、私見によれば、一部無効論において考慮されうる当事者の意思は、シムレールが主張するような不法性の範囲を画定した後で無効の範囲を画定するために用いられるものではなかった。フランス法の議論を特徴づけていた、無効および一部無効の本質は違反された合法性を回復するためのサンクションであるという理解のもとでは、両当事者が意図した契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思が、あるいは契約の性質決定またはそれと類似した作業において考慮され、あるいは不法性の範囲を画定する際の一考慮要素として機能しているといえよう。

（1）序章第一節第一款、第二款（本稿（一）〔六六巻四号〕三頁以下）。
（2）序章第一節第三款、第二節（本稿（一）〔六六巻四号〕三一頁以下）。
（3）第一章第一節（本稿（二）〔六六巻五号〕二六頁以下）。
（4）第一章第二節（本稿（三）〔六六巻六号〕三七頁以下）。
（5）第一章第三節（本稿（四）〔六七巻一号〕三頁以下）。
（6）たとえば、本稿（四）〔六七巻一号〕五頁を参照。
（7）第二章第一節第一款（本稿（五）〔六八巻一号〕一三五頁、特に一五五頁以下）。
（8）第二章第一節第一款（本稿（五）〔六八巻一号〕一八八頁以下）、第二章第三節（本稿（八）〔六九巻六号〕五七頁）。
（9）二〇一六年二月一〇日のオルドナンスによる民法典改正により、民法典から、コーズに関する規定、および目的に関する規定が削除された。これにより、契約の利益ないし有用性が、フランスにおいて契約の有効要件でなくなったのかというと、そうではないであろう。すなわち、民法典新一一二八条によると、契約の有効性に必要なのは、両当事者の同意（合意）、契約を締結する能力、および、適法かつ確実な内容であると規定される。このうち、契約の内容に関する諸規定（新

一一六二条以下）のなかには、コーズ概念や目的概念により形成されてきた議論が反映されているものがある（たとえば、参照、Ph.Simler, *Commentaire de la réforme du droit des contrats et des obligations*, LexisNexis, 2016, n^os^ 35 et s.; N. Dissaux et Ch.Jamin, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, pp. 56 et s.; O.Deshayes, Th.Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2016, pp.260 et s.）。また、近年、「契約」概念を、利益という観点から捉える学説も多い（たとえば、参照、J.Rochefeld, *Cause et type de contrat*, thèse, LGDJ, 1999 ; D.Fenouillet, Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat, RDC 2009, p.297 ; S.Lequette, La notion de contrat : Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats, RTD civ. 2018, p.541.）。

これらに鑑みれば、新一一八四条第一項（「無効原因が契約の一条項またはいくつかの条項に存するとき、これは、当該条項または諸条項が両当事者または一方当事者の約務の決定的な要素であった場合にのみ、行為全体を無効とする。」）の規定を、当該約定を無効とすると両当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性が実現できない場合に、契約全体を無効とする旨を定めた規定であると解することが可能であろう。

（10）第二章第一節（本稿（五）〔六八巻一号〕一七四頁以下、本稿（六）〔六八巻四号〕三頁以下）。

（11）第二章第二節（本稿（七）〔六九巻三号〕六五頁）。また、民法典九〇〇条の厳格な適用を回避するための、古典的コーズ論による動因的かつ決定的なコーズ概念の捉え方も、契約の性質決定のレベルで当事者意思を捉えているといえよう。この点については、第一章第一節第三款を参照（本稿（二）〔六六巻五号〕八三頁以下）。

第二節　日本の一部無効論への示唆

これまでの検討結果を踏まえて、本節では、本稿が示してきた一部無効の捉え方が日本の一部無効論に対していかな

る示唆をもたらすかを提示することを試みる。

繰り返し述べてきたように、フランス法に関する本稿の分析によると、無効および一部無効は、「違反された合法性を回復するためのサンクション」であると捉えられていた。そして、この無効および一部無効の捉え方において、当事者の意思は、次のような内実および役割を有していると考えることができた。すなわち、無効の範囲を画定するにあたり、契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思が考慮されていた。そして、その役割は、不法性の範囲を画定した後で無効の範囲を画定するための基準となるものではなく、不法性の範囲を画定する際の一考慮要素であった。また、とりわけ複合的な契約が問題となる場合には、契約の性質決定またはそれと類似した作業において当事者の意思が考慮され、それが無効の範囲に影響を及ぼしていた。

このような当事者の意思の意義を見出すことを可能にした大きな要因は、フランスにおける無効および一部無効の本質に関する議論であった。無効および一部無効が有する法的サンクションという本質は、フランス法を特徴づけるものである一方で、そもそもフランス法の分析により得た知見が日本法への示唆をもたらしうるかについて疑問を生じさせるものでもある。そこで、まずは、日本における無効の捉え方に関する議論や一部無効を認めた判例を通じて、フランス法から得た分析結果が日本法においても受容されうるものか否かを検討する（第一款）。次に、これまでのフランス法の分析により得た知見が、日本の一部無効論が有する課題に対してもたらす示唆を提示する（第二款）。

なお、以下において提示する示唆は、フランスにおける一部無効論の検討から着想を得たものである。したがって、日本法の一部無効論がいかなる問題を抱えており、それに対してフランス法の分析から得た枠組みによればどのように解決しうるかという点では示唆を得ることができよう。しかし、序章の最後に指摘したように、本稿は、日本法の個別具体的な事案に関する解決を提示することを目的としていない。また、日本法が置かれている状況とフランス法のそれ

とを比較するには、第三節で指摘するように、一部無効という制度を検討しただけでは足りない。それゆえ、本節第二款で示すのは、一部無効という制度のありうる視座からの基本的かつ総論的な問題に対する示唆に留まるものとなる。

第一款　日本法とフランス法の接近性

一　無効の捉え方の変容

日本の学説においては、無効とは何かが語られることは少ない。たしかに、従来から、学説は、無効を、法的な無であり、当然に効力が生じていないものと説明することがある(12)。このように解する理由として、たとえば、富井政章博士や梅謙次郎博士は、一方で、無効を死体で生まれ到底生存できない者であり、他方で、取消しを病気であり死亡に至る可能性はあるが現在生存している者であると例えられるとしている(13)。これは、フランス法における古典的無効論の論者であるドゥモロンブ（C.Demolombe）が無効を人間の誕生に例えていたことを想起させる(14)。

しかし、その後、無効を、無という状態を指す概念ではないと指摘する学説が現れている(15)。たとえば、伊藤進教授は、ドイツ法の議論を参考に、有機体のように捉える無効の本質との違いを、次のように明確に指摘した。すなわち、「ドイツ普通法においては、『無効とは無である（Nichtigkeit ist Nichts）』との考え方が支配的であった……。これは、法律効果は、……精神的実在として、事実上存在するものとの前提に立って、無効はその不存在の場合であるとの考え方に基づくものである。このような考え方は、法律概念を物化するものであり、自然科学的思惟方法によるものである。法律効果は、……人と人との関係の場にあって、法によって認められた関係概念にほかならないものとして観念的・論理的な思惟方法に基づいてとらえることが必要である。このような思惟方法によるときは、『無効』は『無』ではなく、

その行為の成立によって本来もたらされるべき法律効果が、特定の理由の存在のために＝効果を発生させるべき要件（有効要件）の欠如のために、それをもたらしえないものとして扱われる場合である」とする[16]。また、無効を、意思表示または法律行為の効力を否定するための法的な技術[17]であると説明する見解もあるが、このような無効の表現は、無効が無という状態を指しているのではないことを意識してなされている表現であるように思われる。

無効を法律行為の効果を否定するための法的な技術とする捉え方は、違反された合法性の回復に向けられたサンクションであるとするフランス法における無効の捉え方と近しいものであろう。実際、法的な技術としての無効の捉え方による無効の効果への影響は、「無効と取消の競合や『無効の取消化』の場面にとどまらず、無効の強さないしは範囲についても考えられる」と指摘されている[18]。さらに、一部無効とそれに類似した制度との間の違いを見出すためには、その法的な技術の一つである無効は、同様の解決をもたらしうる他の法的な技術と比してどのような意義を有しているかを検討する必要が生じよう。この意味で、無効とはいかなるサンクションかを探究することによって一部無効の議論を展開するフランス法は、日本法においても受容可能なものであるだけでなく、有意義な視座を提供するものと考えられる。なお、日本法とフランス法との比較をするにあたっては、日本法では無効と区別される他の法的な技術である取消しは、フランス法では無効と区別されていないことに留意する必要がある[19]。したがって、フランス法の無効論から得られる視座は、日本法における無効および取消しに妥当しうる。

二　判例における無効の範囲画定の判断基準

さらに、無効の範囲を画定する際の判断基準という点でも、日本法とフランス法との間の近接性を見出すことができる。すなわち、日本法においても、契約の特定の条項やその一部、または契約の基本的な要素の一部について公序良俗

や強行法規の違反があり、かつ当該規定が違反の効果を定めていない事案では、違反された規定の趣旨に鑑みて無効の範囲を画定している判例が多い。ある事案の具体的な解決にあたっては、無効だけでなく、それと同様の解決を可能とするサンクションとの比較が必要となるため、本稿による検討だけでは不十分である。[20] ここでは、判例を挙げながら、無効の範囲画定の判断基準に関してフランス法の検討でみられた説明が妥当しうるものであり、一部無効という制度の運用においても近接していることのみ示しておこう。

①最判昭和二九年八月二四日民集八巻八号一五三四頁（農地の売買契約における売買代金が農地調整法六条の二第一項所定の価格を超過するものであった事案である。）は、価格統制の規定に違反した売買につき全面的に無効とするものではなく、価格の超過部分だけを無効とすべきであるとした。その理由につき、「前記法条（農地調整法六条の二第一項）はどこ迄も価格の調整であつて農地の所有権移転そのものの統制ではない。右法条の存在に拘わらず農地の売買が同法所定の範囲内の代価で行われるならば売買は何等の支障なく効力を生ずるこという迄もない。このことを考えれば売買がたとえ法所定の価格を超える代価を以て為されても、その代金額が法所定の限度に引き下げられれば売買は有効となり、所有権の移転は認められても法の趣旨に反する処はない筈である」［丸括弧内筆者］とした。

同じく農地の売買契約における代金が法律で定められた上限を超えていた事案である②最判昭和三一年五月一八日民集一〇巻五号五三二頁（農地売買において代金が臨時の価格統制令三条一項所定の価格を超過していた事案である。）も、統制価格を超過する代金の部分だけが無効となると判示した。なお、②判決において売主が契約全部の無効を望んでいたにもかかわらず超過した代金のみの無効が認められたことからも、当事者が契約の一部の無効を欲したであろうことを理由に一部無効を認めているのではないことが窺えよう。

なお、①判決の評釈のなかには、違反された法律が物権変動を促進しようとするものではないから、一律に統制価格

での売買として有効と取り扱うことが必要不可欠ではないとするものがある。[21] しかし、そうすると、契約の全部無効を認める場合には、一方で、買主は、契約全体が無効になることをおそれて訴えを提起しない可能性が生ずる。他方で、売主は、不法性の摘示がなされない可能性を踏まえ、当該契約を全部無効としたうえで、再び法令所定の上限を超えた代金で他の買主と契約を締結する可能性が生ずる。

法令所定の価格の超過が問題となる事案は、売買契約に限ったものではない。③最判昭和四五年一月二六日民集二四巻二号一〇四頁（旧宅地建物取引業法一七条一項、二項および旧建設省告示の最高報酬額を超えた報酬額の支払いの可否が争われた事案である。）は、仲介報酬契約の報酬額につき、所定の最高報酬額を超えた部分を無効とした。その理由について、同判決は、旧宅地建物取引業法一七条一項および二項の趣旨につき、「宅地建物取引の仲介報酬契約のうち告示所定の額を超える部分の実体的効力を否定し、右契約の実体上の効力を所定最高額の範囲に制限し、これによつて一般大衆を保護する趣旨をも含んでいると解すべきである」ことを挙げた。

④最判平成六年四月二二日民集四八巻三号九四四頁（有料職業紹介において労働大臣が定める手数料の最高額を超える手数料の効力が争われた事案である。）も、所定の最高額を超えて定められた手数料のうち、その超過部分のみを無効とした。④判決は、その理由につき、職業安定法の立法趣旨に鑑みて、当時の職業安定法三二条六項を、「……手数料契約のうち所定最高額を超える部分の私法上の効力を否定することによって求人者及び求職者の利益を保護する趣旨をも含むものと解すべきである」点を挙げた。

また、労働契約や事業者と組合との間の協定中のある条項が労働基準法等に違反するとしてその効力が争われる事案も多い。⑤最判昭和五六年三月二四日民集三五巻二号三〇〇頁（就業規則のうち、男子の定年年齢を六〇歳、女子の定年年齢を五五歳と規定している部分が公序良俗に反するか否かが争われた事案である。）は、本件就業規則にある女子

の定年年齢を男子より低く定めた部分について、「……専ら女子であることのみを理由として差別したことに帰着するものであり、性別のみによる不合理な差別を定めたものとして民法九〇条の規定により無効であると解するのが相当である」と判示した。

⑥最判平成元年一二月一四日民集四三巻一二号一八九五頁（会社と労働組合の間の賃金協定中に、賃金引上げ対象者から前年の稼働率が八〇パーセント以下の者を除外する旨の条項〔以下、「八〇パーセント条項」という。〕の無効が争われた事案である。）は、本件八〇パーセント条項につき、稼働率を算定するにあたり、労働基準法または労働組合法上の権利に基づく不就労を稼働率の算定の基礎としている限りにおいて、それらの法が労働者に各権利を保障した趣旨を実質的に失わせるものというべきであるから公序に反して無効であるとした。そして、原審が八〇パーセント条項を全体として無効としたことに対して、上記無効部分はその他の部分の効力に影響を及ぼさないとして破棄し、原審に差し戻した。

⑦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（会社と組合との間のユニオン・ショップ協定により、締結組合の組合員であった会社の従業員が締結組合を脱退し他の組合に加入したところ、会社が従業員を解雇する旨の意思表示をしたため、解雇の効力が争われた事案である。）は、同協定によって労働者に対し解雇の威嚇の下に特定の労働組合への加入を強制することについて、それが労働者の組合選択の自由および他の労働組合の団結権を侵害する場合には許されないとした。そして、同協定のうち、締結組合以外の他の労働組合に加入している者、および締結組合から脱退しまたは除名されたが他の労働組合に加入しまたは新たな労働組合を結成した者について使用者の解雇義務を定める部分を、民法九〇条の規定により無効と解すべきであると判示した。

⑧最判平成一九年二月二日民集六一巻一号八六頁（会社と労働組合との間でユニオン・ショップ協定およびチェック・

オフ協定が結ばれており、その従業員が締結組合を脱退しようとしたところ、従業員と会社との間で従業員が締結組合に所属するが別の組合への所属も認めるといった付随合意がなされた。その後、従業員が締結組合を脱退し、締結組合に対して締結組合員としての地位がないことの確認、および組合費用等の返還を、会社に対して組合費を控除しない金額の賃金の支払い義務の確認を求めた事案である。）は、本件付随合意中の、組合から脱退する権利をおよそ行使しないことを従業員に義務づけて脱退の効力そのものを生じさせないとする部分については、脱退の自由という重要な権利を奪い、組合の統制への永続的な服従を強いるものであるから、公序良俗に反し無効であると判示した。

その他の事案として、⑨最判平成一一年二月二三日民集五三巻二号一九三（出資者が共同でヨットを購入し、彼らが会員となりヨットクラブを結成する旨の組合契約が締結されたところ、同契約中の、権利譲渡・退会として「オーナー会議で、承認された相手方に対して譲渡することができる。譲渡した月の月末をもって退会とする。（これは、不良なオーナーをふせぐ為である。）」とする規約の効力が争われた事案である。）は、民法六七八条を、「組合員は、やむを得ない事由がある場合には、組合の存続期間の定めの有無にかかわらず、常に組合から任意に脱却することができる旨を規定しているものと解される」として、民法九七八条のうち、この旨を規定する部分を強行法規であるとし、これに反する約定を、効力を有しないものであるとした。その理由として、「やむを得ない事由があっても任意の脱退を許さない旨の組合契約は、組合員の自由を著しく制限するものであり、公の秩序に反する」点を挙げ、本件約定につき、やむを得ない事由があっても任意の脱退を許さないものとしている限度において、民法六七八条に違反し効力を有しないと判示した。

このように、日本の判例においても、違反された規定の趣旨や侵害されている権利に鑑みて、その目的の達成や権利の保護に必要な範囲で無効となる部分を画定しているものが多い。

それに対して、たしかに、契約の一部につき公序良俗違反が問題となっているが、先の判例とは異なり、当事者の意思を参照し無効の範囲を画定している判例も存在する。それは、⑩最判昭和三八年一月一八日民集一七巻一号二五頁（譲渡担保契約に伴う代物弁済が公序良俗に反し無効であるとされた一方で、譲渡担保契約全体が無効となるとは限らないとされた事案である。）である。同判決は、譲渡担保契約に伴う代物弁済の約定につき、債務者の経済的困窮に乗じ債務者が負う債務に比して約八倍の価格を有する不動産がその目的とされていたことから、公序良俗に反して無効であるとし、無効とされる部分は代物弁済に関する約定だけであって譲渡担保契約全体ではないと判示した。その理由につき、代物弁済の約定を無効としたことにより「……本件譲渡担保契約全部を無効とし、全然無担保の貸借とすることは寧ろ当事者の意思に副わざるものであるやも知れず、当事者としては、全然無担保の貸借となるよりは、少くとも担保物件を他に売却して、売得金中より本件債務の弁済を受けるというが如き方法によつても本件譲渡担保契約を有効として維持せんとする意思がないとは断言し難いのであり、かかるいわゆる弱い譲渡担保の効力まで否定することは却つて当事者の意思に反する結果となる場合なしとしないのである」とした。

⑩判決は、代物弁済の約定の無効が譲渡担保契約全部の無効をもたらすとすることが、当事者の意思にかなわない可能性があることから、これを審理させるために原審を破棄し差し戻した。もっとも、⑩判決がいう当事者の意思とは、どのような意味であり、役割を有しているのだろうか。というのも、「全然無担保の貸借となるよりは、少くとも担保物件を他に売却して、売得金中より本件債務の弁済を受けるというが如き方法によつても本件譲渡担保契約を有効として維持せん」とする当事者として考えられるのは、債権者だけである[22]。それに対して、債務者が、譲渡担保契約の存続を望むとは考えにくい。そうであれば、ここでいう当事者の意思の考慮とは、両当事者が締結した譲渡担保契約それ自体を無効とすることは債権者を害し両当事者が当初意図した均衡を過度に崩すに至るという観点を指していると考える

のが整合的であろう。

したがって、公序良俗違反が問題となった場合に⑩判決のように当事者の意思を参照する判例もあるが、そこで参照される当事者の意思の内実や役割については、フランス法の検討から得られた知見から説明することが可能である。

三　小括

以上のように、フランス法の無効および一部無効の捉え方は、一見すると特異なものであるようにみえるが、日本法との間に近接性を見出すことができる。

すなわち、第一に、無効の捉え方についてである。日本法において、かつては、無効を、法的な無という状態であるとして有機体のように捉えるものがあった。しかし、近時では、無効を、意思表示ないし法律行為の効力を否定するという効果に着目した位置づけをし、そのための法的な技術であると説明するようになっている。このような無効の捉え方の変容は、無効に関する有機体のような捉え方から、法的なサンクションという捉え方になったフランス法と類似しているといえよう。また、日本法においては、一部無効と同様の解決を可能とする諸制度の異同が問題となっていた。このとき、フランス法において、他のサンクションとの異同という観点から無効の本質が探究されており、そこから無効の範囲画定に関する議論がなされていたことは、フランス法の検討から得られる視座が有意義なものであることを窺わせる。

第二に、ある契約条項やその一部、または契約の基本的な要素の一部が公序良俗や強行規定に違反している場合において、判例が一部無効を課す際に考慮する事由についてである。日本の判例は、ほとんどの事案において、違反された規定や公序良俗の内容に鑑みて、それに必要な範囲でのみ無効を課していた。また、当事者の意思を参照する事案もあ

るが、それは、フランス法の分析から見出すことができた一部無効論における当事者意思の内実およびその役割から説明可能なものであった。

このように、フランス法における一部無効に関する議論は、日本においても、その理論的基礎として受容可能であり、とりわけ先にみた契約の一部につき公序良俗違反または強行法規違反があった場合に関する判例の解決を説明しうるものであると考えられる。それでは、フランス法の検討から得た知見は、日本法の一部無効に関する議論に対してどのような示唆をもたらすであろうか。次款において、具体的な示唆を提示していこう。

第二款　一部無効論の再考

本稿の主たる関心は、一部無効とはいかなる制度かについて、新たな視座を提示することにあった。なぜなら、従来の学説の議論に鑑みれば、次のような問題を指摘することができるからである。すなわち、無効の範囲を画定する際の考慮要素として当事者意思のほか法秩序自体の観点があると指摘されているものの、それが具体的な解決の指針となっておらず、また、なぜ一部無効が課されうるかについての説明に混乱がみられた。一部無効と同様の結論をもたらす多様な制度との関係も明らかでなかった。そして、このような問題を抱えた現在の状況が、一部無効が同様の解決をもたらす他の制度に比していかなる制度かという基礎的な問題に関する検討の不十分さに由来すると考えられた。

それでは、一部無効という制度を、フランス法のように「違反された合法性を回復するためのサンクション」であると位置づける場合、日本の一部無効論に対して、どのような示唆をもたらすことができようか。以下では、一部無効に内在的かつ総論的な問題として、第一に、当事者の意思と無効規範からの要請との相克について、第二に、一部無効と

して従来論じられてきた諸事案を同一に扱うことの是非について、本稿の検討から得られる示唆を提示していこう。

一　当事者の意思と無効規範からの要請との相克について

まず、一部無効を課すにあたって問題となる、当事者の意思と無効規範の要請との相克についてである。

違反された合法性を回復するためのサンクションであるという無効および一部無効の捉え方において、当事者意思の考慮が完全に排斥されていたわけではなかった。契約の利益ないし有用性という意味での当事者の意思が、不法性の範囲を画定する際の一考慮要素となっていた。以上のように当事者意思の意義を見出すことにどのような意味があるかを検討し、本稿が示す一部無効の捉え方によれば当事者の意思と無効規範の要請との相克の問題をどのように考えられるかを明らかにしていこう。

（一）契約修正の正当化言説における当事者意思の問題点

日本の伝統的な学説は、一部無効を、当事者の意思解釈の問題として、または当事者意思を基軸に捉えられうる問題として考えていた。契約の一部に無効原因が存在するために、その一部が無効となった、あるいは合理的な内容に修正された契約は、「当事者がそれを欲したであろう」という理由で、当事者に対し、その一部を無効とした、あるいは修正した契約を課すことが正当化されていた[23]。

このような主張は、フランス法においてもみられた。一部無効の先駆者として知られたシムレールの見解がそれであった。もっとも、彼は、両当事者の意思を基準とすることを否定し、一方当事者の仮定的な意思を基準とすべきだと指摘した。日本でも両当事者の意思を基準とする見解があるが[24]、契約においては一般に当事者の利害が対立しており、

ある条項が一方の当事者にとっては利益的なものであっても、他方の当事者にとっては負担でしかないことが多い。この場合、一部が無効となった契約について両当事者の意思が存在するとは考えにくい。それゆえ、たとえば、一部無効を原則とし、両当事者が一部が無効であることを知っていたならば契約を締結しなかったであろう場合にのみ全部無効を認めるのであれば、全部無効となることはほとんどない[25]。また、両当事者の仮定的な意思だとすると、一方当事者が実際に全部無効となることを欲したとしても一部無効を認める場合がありうることになる。そうすると、本来であれば締結することのなかった契約への拘束を回避しようという当事者の意思に決定的な役割を担わせることの趣旨が貫徹されない[26]。

では、私的自治の原則を強調し、一方当事者の仮定的な意思を考慮すべしとすれば問題がないかというと、そうではない。この主張に対しては、次のような批判が可能である。第一に、一方当事者の仮定的な意思の考慮は、契約の前提となる意思の結合を無視する[27]。第二に、一方当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するならば、たいていの場合、契約の全部が無効となる。そうすると、契約による利益を失うことを危惧する当事者はその不法性を摘示しなくなる。また、たとえ当該当事者が不法性を摘示したとしても、他方の当事者は、全部無効を主張して新たな契約者と同一の条件で契約を締結することが想定される。それゆえ、無効の実効的な発動が阻害され、違反された規定の目的が達成されないことになる[28]。

したがって、一方当事者が契約の全部無効を望んだとしても不法な一部のみを無効とすることを認めるべきであるとすれば、一部無効を課すことの正当性を当事者の意思のみに求めることは、それが両当事者の仮定的意思であれ、一方当事者の仮定的意思であれ、難しいように思われる。

（二）不法性の範囲画定における当事者意思と私的自治の原則

以上に対し、一部無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであるとする捉え方においては、当事者が当初意図していなかった契約を押しつけることになるという観点は、強調されてこなかった。それは、無効および一部無効が法的なサンクションであることから、その実効的な発動が望まれるからである。

ただし、この一部無効の捉え方においても、不法性の範囲を画定する際に、契約の利益ないし有用性という意味での当事者意思が考慮されていると評価することができた。すなわち、フランス法において無効の範囲の問題が争われる事案の多くは、契約における特定の条項が不法なものである、または条項や契約代金等が量的に不法なものであるという事案であった。これらの事案において、当事者の意思がいかなる内実および役割を有していたかを確認するならば、両当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性が、当該契約それ自体を維持するにあたり、または当該条項それ自体を維持するにあたり参照されているということができた。

したがって、本稿の示す捉え方は、その帰結においては、あるいは契約における特定の条項それ自体が不法であれば当該条項を無効とする解決を、あるいは契約における特定の条項の一部が不法であれば当該条項の一部を無効とする解決を原則とする日本の学説に与するものである。では、これまでの日本の学説と比較したとき、一部無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであると捉えることは、どのような特徴を示すことができようか。以下では、本稿の一部無効の捉え方において、契約自由の原則と無効規範とがいかなる関係にあるかを示した後、無効の範囲画定の判断における特徴を示していこう。

(1)　違反された合法性を回復するためのサンクションと契約自由の原則との関係

第一に、違反された合法性を回復するためのサンクションであるという一部無効の捉え方において、契約自由の原則がどのように位置づけられるかである。

私見によれば、違反された合法性を回復するためのサンクションという無効の捉え方において、当事者の意思は、不法性の範囲を画定した後で、当事者が当該不法な部分を除いた内容で契約を締結したかどうかを判断するための基準となっているのではない。当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性が、違反された規定の目的に反しない範囲で考慮されているだけある。このような理解が違反された合法性を回復するためのサンクションであることと相いれうると解することができたのは、本論で指摘したとおりである[29]。すなわち、契約自由の原則は、契約を創造する要素である一方で、一般利益にかなったものでなければならず、両者を両立させる必要がある[30]。違反された合法性を回復するにあたっても、両者に配慮しなければならない。この点については、契約自由の原則と一般利益との関係に関する次の二つの議論が参考になろう。

一つ目は、契約内容を規制する立法と契約自由の原則との関係である。憲法院二〇一二年五月一四日（労働監査官の許可がなければ労働組合の代表者を解雇できない旨を定めた労働法典L．二四一一－三条等が憲法違反か否かが問題となった。）は、「立法者は、企業活動の自由（liberté d'entreprendre）および契約自由に対して……憲法上の要求にかかわる、または一般利益により正当化された制限を課す自由がある。ただし、それは、追求された目的に不相応な侵害によらないという条件においてである」と判示した[31]。また、ゲスタン（J.Ghestin）も、契約自由の原則に対する立法者の介入は、目的に対する手段の比例性というルールに従属すると指摘する[32]。このように、契約内容を規制する立法においては、契約自由の原則と一般利益との双方が考慮され、その調和が必要となる。

なお、競業避止特約における条項規制のように、明文の規定なくして契約条項の合法性が問題となることがあった。

そこで、二つ目は、これと契約自由の原則との関係である。競業避止特約の期間等が過剰である場合、フランスの判例は、その期間等を縮減するという解決を採用した。そして、学説の多くは、この解決を、債務者の労働の自由等を侵害せずに債権者の正当な利益を維持しうるとして正当化していた(33)。債務者の労働の自由等と対立する債権者の正当な利益は、労働契約においては雇用者の企業活動の自由に相当する(34)。そして、企業活動の自由は、しばしば契約自由の原則につながるものとして捉えられる(35)。このような理解によると、契約自由の原則と労働の自由等との両立という観点から、競業避止特約の内容を過度に侵害しないように、その不法性の範囲が画定されているといえよう(36)。

以上のように、契約内容を規制する立法においても、明文の規定なくして契約条項の合法性が問題となる場合においても、契約自由の原則に対する配慮がなされている。このことは、契約の有効性の判断において、違反された規定が保護しようとする利益だけが問題となるのではなく、当事者が契約によって追求した利益をも考慮する必要があるという指摘と通底しよう(37)。そして、ここで強調されるべきは、当事者意思への配慮の意味である。すなわち、違反された合法性を回復するためのサンクションであるという考え方において、当事者意思は、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という意味で現れているのではない。契約内容の合法性を評価するにあたり契約の有用性ないし利益に対する配慮がなされているため、その合法性が違反された場合においてそれを回復するために必要な範囲でサンクションを課す際にも、当事者意思への配慮が必要となるのである。

(2)　無効の範囲画定の判断における特徴

第二に、違反された合法性を回復するためのサンクションであるという一部無効の捉え方が、無効の範囲画定の判断において有する特徴についてである。この特徴として、大きく、次の二点を指摘できよう。

① 条項作成者への制裁の原則的不考慮

一つ目は、とりわけ契約条項の一部に無効原因が存する場合に当該条項の一部無効を原則とすべきか、または全部無効を原則とすべきかを検討するにあたって、条項作成者への制裁という要素を考慮すべきか否かである。

フランス法の議論を振り返るならば、契約条項の一部に無効原因が存する場合に契約条項それ自体を無効とすることは、違反された規定の目的を超えることに加え、当事者が当該条項を置くことで意図した利益ないし有用性を侵害することになると指摘されていた[38]。また、先にも述べたように、ある立法により契約内容の規制をするにあたっては、または裁判所が不法性を評価するにあたっては、当事者双方の利益の調整がなされるべきであろう。これらに鑑みれば、契約条項の一部に無効原因が存する場合には当該部分のみの無効を原則とすべきであると考える。このような指摘は、契約の代金や期間といった基本的な部分に法律によって上限または下限が置かれている場合にも当てはまろう[39]。

なお、このようにして違反された合法性を回復するために必要な限度で契約条項を無効とするならば不法な条項の作成を助長するとの批判がありうる。これに対しては、たとえば、スリネ(Y.-M.Serinet)は、当事者の不誠実さに対しては、主観的なサンクションを、無効に代えて、または無効を補完するかたちで課すことによって対処すべきであると指摘した。不法行為責任や利息請求権の失権をはじめとする失権（déchéance）がその例であった[40]。

もっとも、日本法とフランス法とでは、私法上のサンクションに関する建て付けが異なる。そこで、日本においては、無効というサンクションをより柔軟に解して、一方当事者に不誠実さを見出せる場合で、かつ当該条項の全部無効が可能である場合には、条項作成者への制裁という観点から当該条項の全部無効を認めるという考え方もありうるであろう。ただし、このとき課される当該条項の全部無効は、一方当事者の行為に向けられたサンクションであるというだけでなく、私罰としての機能を有すると考えられることに注意しなければならない。というのも、契約条項の積極的な修正は、

違反された規定の目的に合致した当事者間における権利義務の均衡の回復を可能とする。それに対して、一方当事者の不誠実さを見出せる場合に契約条項それ自体の無効を認めることは、均衡の回復を超えて当該当事者を不利な状況に置くことになるからである[41]。それゆえに、フランスでは、一部無効と失権とが異なる機能を有するサンクションであると指摘されていた[42]。結論を述べるには、私罰という機能と、刑事上、行政上のサンクションにおける罪刑法定主義等の諸原則との関係の検討が必要となる。さしあたり、この問題を踏まえるならば、無効規範の趣旨それ自体に条項作成者への制裁という観点を見出せる場合を除き[43]、私罰としての役割を有する当該条項の全部無効という解決には慎重になるべきであろう[44]。

② 不法性の範囲画定後における当事者意思の影響の否定

二つ目は、無効の範囲画定の最後の段階で、つまり不法性の範囲画定後に、当事者の意思を基準として全部無効をもたらす段階を設けるべきか否かである。

日本の学説には、無効の範囲画定の構造を、次のように説明する見解がある。すなわち、契約の一部に無効原因が存する場合で、かつ、いかなる範囲で無効となるかにつき明文の規定がない場合において、まず、(a)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と評価されるときには、その全体が無効となる。そうでない場合には、(b)当事者が通常は契約の存続を望むであろうことを理由に、できるかぎり全部無効を避けるべきだとして、当該部分を無効として（および慣習などで補充して）、契約の効力を維持する。ただし、(c)無効部分を除いた残余部分だけの契約を強制することが当事者の意思に明確に反する場合には、その全体を無効とする[45]。この見解とすべてを一にせずとも、無効の範囲画定の判断の最後の段階において、残部だけでは当事者の意思に反する場合にはその全体を無効とすると指摘する見解が

みられる。[46] このように、無効の範囲画定の判断過程の最後に当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するならば、すなわち、不法性の範囲を画定した後で当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するならば、違反された規定の趣旨に鑑みれば当該無効原因の存する部分だけを無効とすることが望ましい場合であっても、当事者の意思により契約全体が無効となることを認める可能性が生ずる。[47]

しかし、不法性の範囲を画定した後に当事者の意思を基準として無効の範囲を画定するという構造に対しては、次のような問題を指摘できよう。すなわち、このようにすると、当事者による不法性の摘示が手控えられる、または不法性が摘示されたとしても当該無効原因の存する部分に利益を見出す当事者による全部無効の主張が認められうる。その結果、違反された規定の目的は達成されない。[48] 無効を法的なサンクションとして位置づけるとき、オベール・ドゥ・バンセル（C.Ouerdane-Aubert de Vincelles）が指摘するように、サンクションは実効的なものである必要がある。その実効性が確保されなければ、たいていの場合、当該規定は遵守されないことになるからである。[49]

このような指摘に対しては、私的自治の原則を尊重していないとの批判もありえよう。しかし、私的自治の原則と無効規範からの要請との調和という観点からは、当事者が当初意図した契約の利益ないし有用性を、不法性の範囲を画定する際に考慮するだけで十分であろう。無効規範を無意味なものとしないためにも、不法性の範囲を画定した後に当事者の意思により無効の範囲を画定させることは、妥当でないように思われる。

二　類型化を要請する視点

次に、無効の範囲に関する問題として従来扱われてきたあらゆる事案を同一に扱うことの是非についてである。この問いに対しては、一部無効の問題として論じるべきでないとされていた事案類型との比較から、次のことを指摘できよう。

（二）無効および一部無効の本質からの射程

第一に、無効および一部無効の本質という観点から、一部無効と類似したサンクションが課されてはいるが、無効の範囲の問題ではないといえる事案類型がある。

(1) 契約成立後の権限の濫用

契約成立時における違反された合法性を回復するためのサンクションであるという無効の本質からも明らかであるように、無効の範囲が問題となりうるのは、契約成立時において規定の違反があった場合である。

たとえば、合法な競業避止特約の援用の可否に関する事案や、委任契約等における報酬額の減額を認める事案においては、一部無効と類似のサンクションが課されていた。これらの事案がいかなる特徴から無効の問題とされていなかったかを確認するならば、これらの事案は、ある契約や特定の条項について無効原因があったわけではなく、その後に債権者による権限や条項の援用が濫用的になされた場合であった。フランス法において、ここで課されているサンクションは無効ではない、と解することができた。前者の事案についていえば、そのように解さないと、次のような不都合が生ずる可能性があるからである。たとえば、雇用者が多様な事業を行っていて、その一事業の活動をやめた場合に、雇用者が、当該事業で働いていた被用者に対して競業避止特約を援用したとする。このとき、当該条項の合法性の問題として、かつての雇用者に対する実際の侵害が生じていないために不法だとして当該条項を無効にするならば、そのあとで、当該被用者がかつての雇用者と同種の仕事をすることが可能となるという問題が生じうるのである(50)。

日本法において、権利濫用や信義則といった制度は、契約成立後の事情を考慮した解決を可能とする。どのような制度による解決が望ましいかは各制度の検討を要するためここで論ずることができないが、無効の問題として解決するこ

とが望ましくないことは指摘できよう。

このような指摘が影響を及ぼしうる問題として、たとえば、損害賠償額の予定や違約金に関する条項の規制が挙げられよう。

一方で、消費者契約法九条一号は、損害賠償額の予定条項や違約金条項の不法性判断の基準として、「平均的な損害の額」といった契約締結時に評価可能な基準を挙げる。したがって、この規制については、当該条項の内容の不法性を問題としていると考えられる。この場合に、当該条項の一部を無効とすることは、本稿による一部無効の捉え方からも説明できよう。

他方で、民法の規定によって損害賠償額の予定条項等の規制をする際、その基準は明確ではないが、たとえば、中間試案一〇、一〇（二）は、「賠償額の予定をした場合において、予定した賠償額が、債権者に現に生じた損害の額、当事者が賠償額の予定をした目的その他の事情に照らして著しく過大であるときは、債権者は、相当な部分を超える部分につき、債務者にその履行を請求することができないものとする」と提案した。そして、債権者が被った実損額を考慮して規制する場合、これを公序良俗違反を理由とする一部無効の問題として捉える見解がある[51]。しかし、債権者が被った実損を考慮して規制することを認める場合で、かつそれを無効の問題とする場合には、前述したフランスにおける問題と類似の状況が生ずる可能性があろう。たとえば、労働契約における競業避止特約の違反があった際の損害賠償額の予定条項や、芸能事務所と芸能人との間のマネジメント契約における契約所定の違反行為があった際の違約金条項[52]を、債権者が被った実損と比して過大であることを理由に一部無効によって規制するとする[53]。つまり、当該条項のうち実損額を超えた部分が無効となるとする。その後、再び債務者が違反行為をし、債権者がそれによって被った実損が先の場合よりも大きい場合、債権者は、いかなる範囲で損害賠償を請求することができるだろうか。このような問題が生じて

こよう。

このように、契約条項の内容それ自体が不法である場合と、契約条項の内容は不法とはいえないが当該場面で援用することに問題がある場合とを区別して論ずるべきであるという視点は、日本においても有益であるように思われる。

(2) 契約成立過程に関する規定

また、無効および一部無効が契約成立時における違反された合法性を回復するためのサンクションであることから、無効の範囲を画定するにあたっては、違反された規定の趣旨を考慮する必要がある。このとき、合意（同意）の瑕疵に関する規定や行為能力に関する規定の違反があった場合においては、当該合意それ自体の手続きに欠陥があったといえる。したがって、基本的には[54]契約それ自体を無効（取消し）とすべきであり、無効の範囲を問題とすべきでないと考えられる。

たしかに、フランスの学説には、合意（同意）の部分的な瑕疵という量的な無効原因があるとして、詐欺による損害賠償と一部無効とを同視する見解もあった。

しかし、これに対する批判を振り返るならば、フォートや損害を前提とする損害賠償と無効とを同視すれば無効を行為者に対するサンクションであると捉えることにつながるという点や、詐欺による損害賠償は詐欺における民事上の違法行為という側面によるものであり合意（同意）の瑕疵を理由としているのではない点、合意（同意）の部分的な瑕疵を考えることができない点などから、詐欺による損害賠償は、無効とは区別された問題として捉えられていた[55]。

したがって、無効を違反された合法性を回復するためのサンクションであると捉えるとき、契約成立過程に関する規定の違反があった場合には、基本的には無効の範囲は問題とならずに、契約それ自体が無効となるとすべきであろう。

ところで、日本の学説のなかには、詐欺または強迫に基づく「一部取消し」を認める見解がある。たとえば、道垣内弘人教授が、その旨を指摘する[56]。もっとも、道垣内教授がそこで問題としているのは、取消し事由が存する部分に対し他の部分が独立した対価関係を形成しているか否かである。取消しによって、別個独立した対価関係を形成している部分は影響を受けず、また、その判断に際しては行為者の非難可能性も考慮されうるという[57]。つまり、対価関係を形成している部分のうちの一部の取消しを認めるか否かという問題ではないように思われる。そうであれば、この問題は、次にみる、契約の性質決定またはそれと類似したレベルにおける判断にかかわるものと捉えることができる。

（二）契約の性質決定と無効の範囲との区別

第二に、両当事者の共通の意図が契約の性質決定またはそれと類似するレベルで参照されているという観点から、無効の範囲の問題とは区別して捉えるべき事案類型がある。

両当事者が意図した契約の利益ないし有用性が不法性の範囲を画定する際に考慮されうることは、先に指摘した。もっとも、フランス法の不可分性概念に関する検討を通じて明らかにしたとおり、このような意味での当事者の意思は、不法性の範囲を画定する段階とは異なる段階でも考慮されていた。それは、不法性の範囲を画定する前の段階に位置づけられる、契約の性質決定またはそれと類似した段階であった。これが問題となるのは、とりわけ諸行為を結びつけて一つの契約または複数の契約の総体として捉えることの可否が問題となる場合や、一つの契約としても捉えられる取引につき複数の契約に分けることの可否が問題となる場合である。

これらが無効の範囲の問題と区別されると考えられた理由は、大きく二つあった。第一に、諸行為の不可分性とは、諸行為を取引の総体として結びつけ、無効の範囲だけでなく、契約の解釈や法律の適用の可否、契約の解除等、一定の

場面でその総体を共通の制度に従属させるための概念であると考えられたことである。第二に、公序に関する規定の適用とは別の、当事者が付与した契約の性質決定に対する公序に関する規定の影響という問題が生ずることである。

(1)　契約の解除等の他の場面との連動

まず、第一の理由づけについてである。二当事者間において両当事者が追及した目的を達成するために必要なものとして複数の諸行為が結びつけられた場合、これを一つの契約として捉えるか、複数の契約の総体として捉えるかという議論が、日本においてなされている[58]。もっとも、本稿で扱ったフランスの学説は、複数の諸行為が結びついて一つの契約となる場合と、複数の契約の総体として扱われる場合の双方を不可分性概念のもとで扱っていた[59]。したがって、契約の個数論の意義については本稿の検討から示唆を得ることができないが、いずれの立場をとったとしても、当事者の意思による不可分性の有無は、契約の解除や法律の適用の可否といった幅広い場面に影響を及ぼすものであり、無効の範囲に固有の問題ではないことを指摘できよう。そして、諸行為が不可分である場合に、これらの場面で共通の制度に従属させるという役割は、フランスにおける契約の性質決定のそれに近い。

(2)　契約の性質決定における公序に関する規定と当事者意思との関係

もっとも、当事者の意思による不可分性の有無は、必ずしもそのまま認められるわけではなかった。これは、当事者の意思による不可分性を契約の性質決定またはそれに類似したレベルの問題であると捉えることと関係する。たとえば、当事者が、ある公序に関する規定の適用を回避するために、諸行為を不可分なものとして一つの契約または複数の契約の総体であるという性質決定を付与することや、別個の契約としてそれぞれに性質決定を付与することがある。これら

の当事者によって付与された性質決定が当該規定に対する詐害に基づくものである場合には、判事によって、前者については複数の契約という性質決定が、後者については一つの契約または複数の契約の総体という性質決定がなされる。そのうえで、当該規定の違反による無効が問題となるときには、複数の契約のうちの一つが、または一つの契約もしくは複数の契約の総体が無効となる。たしかに、結局のところ無効の範囲が問題となることもある。しかし、当事者には原則として既存の契約類型とは異なる契約を創出する自由があるため、その許否にあたっては、公序に関する規定への詐害の意図が存するか否かというテストを必要とする。つまり、当事者による可分または不可分という選択を裁判所が否定しうるのは、それが脱法的行為に該当する場合であるといえよう[60]。この点で、契約の特定の条項やその量的な部分に無効原因が存する場合に無効の範囲が問題となる事案とは状況を異にすると考えるべきである。

たとえば、日本では、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。）がこの例として挙げられよう。なお、同判決において問題となった公序の内実は明確でない。ここでは、より一般的な同種のケースを想定し、公序良俗違反の根拠が「前借金返済のために、やむを得ず娼妓稼業をさせられること」であって娼妓稼働それ自体ではないと仮定する[61]。このとき、仮に当事者があらかじめ両者を可分なものだとすれば、裁判所によって、両者とも有効だと判断される可能性がある。つまり、借金返済のためであっても、何らの拘束なく本人自ら酌婦稼業契約を締結したのであれば、両者とも有効として問題ないであろう[62]。しかし、借金返済のために娼妓稼業をさせているにもかかわらず公序良俗違反となることを避けるために当事者が両者を可分なものとしていた場合には、裁判所は、それを当該無効規範に対する詐害の意図に基づくとし、

両者を不可分なものと捉えたうえでその全体の無効を認めることができるとすべきであろう。(63)

(3)　小括

このように、当事者の意思による諸行為の不可分性の有無は、契約の性質決定またはそれに類似するレベルにおいて問題となる。そして、当事者が付与した性質決定が認められるか否かにあたっては、無効規範に対する詐害の意図が問題となる。当事者の意思により不可分なものとして結びつけられた諸行為を一つの契約と捉えるにせよ、複数の契約の総体と捉えるにせよ、諸行為の不可分性の問題は、無効の範囲画定とは異なるレベルの問題として捉えるべきであろう。

三　無効の範囲画定の判断構造

以上では、無効および一部無効とは違反された合法性を回復するためのサンクションであると捉えた場合、これまで日本において議論されてきた一部無効に関する総論的な論点についていかに解するべきかを述べてきた。以下では、各論点に対する示唆を繰り返し述べることはせず、これまでの検討を踏まえた本稿による無効の範囲画定の判断構造を示していこう。

違反された合法性を回復するためのサンクションであるという無効および一部無効の捉え方において、無効の範囲は、不法性の範囲に比例する。もっとも、一方で、ある規定の適用の前の段階において、つまり、フランス法でいう契約の性質決定またはそれに類似するレベルにおいて、諸行為の不可分性の有無が問題となる。他方で、無効および一部無効がサンクションであることから、無効の範囲を不法性の範囲に比例させて画定した後、それが当該当事者間において実効的か否かが問題となりうる。(64)

すなわち、第一に、とりわけ当事者間で複数の契約または複合的な契約が締結される場合には、ある規定の適用が問題となる前に、両当事者がどのような目的を追求しており、その目的を達成するためには諸行為の全体が必要か否か等が問題となる。そして、当事者がある規定の適用を回避しようとしてそれらを可分または不可分にするという選択をした場合には、当事者の意思による諸行為の不可分性の有無の許否が問題となり、それが当該規定に対する詐害の意図に基づくものか否かに関する評価がなされる必要がある。それが詐害の意図に基づくものである場合、裁判所は、当事者がした選択とは異なり、それらを不可分または可分なものとすることが可能である。

第二に、ある契約について、その一部に無効原因が存する場合には、不法性の範囲の画定が問題となる。ここでは、違反された合法性を必要な範囲で回復するために、違反された規定の目的や、両当事者が意図した契約の利益ないし有用性が考慮される。その結果、契約の付随的な条項が公序に関する規定に反する場合には、当該条項が無効になる。契約における特定の条項の一部、または契約の基本的な要素の一部が公序に関する規定に違反する場合には、当該部分を法定の上限まで縮減する、または法定の限度に置換することになる。なお、不法性の範囲を画定した後に、当事者の意思を基準とした無効の範囲の画定はなされるべきでない。

第三に、先に画定された部分的な無効を課すことが当該当事者間において実効的か否かが問題となりうる。サンクションが実効的であるためには、それが当該当事者が置かれている状況に適している必要がある。ただし、より一般的な利益の実現等が優先されるべき場合もあろう。そこで、一方当事者の保護を目的として契約における付随的な条項、または契約の条項もしくは基本的な要素の一部を規制している規定の違反があった場合には、保護されるべき当事者が全部無効を望み、かつ、それを課すことによって相手方に過大な負担を強いるといった特段の事情がなければ、それを認めるべきであろう。

（12）たとえば、富井政章『民法原論第一巻』（有斐閣、一九一五年合冊版）四五五頁、梅謙次郎『民法要義巻之一総則編〔訂正・増補版〕』（有斐閣、一九八四年復刻版）三〇五頁。

なお、その後もこのような指摘が続く。たとえば、我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、一九六五年）三八五頁、遠藤浩・水本浩編『民法総則〔改訂版〕』（青林書院、一九九三年）二〇一頁以下、佐久間毅・石田剛・山下純司・原田昌和『民法Ⅰ　総則』（有斐閣、二〇一〇年）二五〇頁、齋藤修『現代民法総論〔第七版〕』（信山社、二〇一三年）三四六頁、近江幸治『民法講義Ⅰ　民法総則〔第七版〕』（成文堂、二〇一八年）二九八頁がある。ただし、これらの学説において、無効がいかなる本質を有するものとして捉えられているかは定かでない。

（13）富井・前掲注（12）『民法原論第一巻』四五六頁、梅・前掲注（12）『民法要義巻之一総則編〔訂正・増補版〕』三〇五頁。

（14）本稿（二）〔六六巻五号〕四二頁以下を参照。

（15）伊藤進『法律行為・時効論』（信山社、一九九四年）一二五頁、石田穣『民法体系（一）民法総則』（信山社、二〇一四年）八八七頁、大村敦志『新基本民法　総則編』（有斐閣、二〇一七年）九七頁、原田昌和・寺川永・吉永一行『民法総則』（日本評論社、二〇一七年）六二頁、四宮和夫・能見善久『民法総則〔第九版〕』（弘文堂、二〇一八年）三〇九頁

（16）伊藤・前掲注（15）『法律行為・時効論』一二七頁、四宮＝能見・前掲注（15）『民法総則〔第九版〕』三二〇頁。

（17）石田・前掲注（15）『民法体系（一）民法総則』八八七頁、原田＝寺川＝吉永・前掲注（15）『民法総則』六二頁。

（18）山本敬三「一部無効の判断構造（二）　―契約における法律効果確定過程の構造化に向けて―」法学論叢一二七巻六号（一九九〇年）一頁、特に一九頁。

（19）フランス法における無効と取消しの原因については、本稿（二）〔六六巻五号〕二八頁以下を参照。

（20）たとえば、日本では公序良俗の問題とされている責任制限条項の規制については、フランスでは契約秩序という観点から規制がなされている。また、競業避止特約の規制については、その一部につき、当該条項の目的外での使用という観点から規制がなされている（フランス法における責任制限条項の規制を検討している日本の文献については、本稿（一）〔六六巻四号〕五四頁注（86）（87）を参照。フランス法における競業避止特約の規制については、部分的なものであるが、本稿（八）〔六九巻六号〕九一頁以下を参照。）。

したがって、これらに関する判例は、本稿では取り上げていない。

(21) 坂本武憲「判批」法協一〇四巻九号一二七頁、特に一三一頁。
(22) たとえば、米倉明「判批」法協八二巻一号一一〇頁は、「債権者の通常の意思としても、無担保債権者となるよりは弱い効力でも担保が与えられる方をえらぶであろう」と指摘する。
(23) たとえば、我妻・前掲注(12)『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』二五七頁。また、熊谷芝青「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）一三頁は、より積極的に、当事者意思に主体的地位を認めるべしと指摘する。
(24) 中間試案五、一で想定されていたのは、契約においては両当事者の意思であった（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』（二〇一三年、商事法務）五〇頁。
(25) 両当事者の意思を基準とすることに対するシムレールの批判については、本稿（三）〔六六巻六号〕四七頁以下を参照。
(26) この問題につき、本稿（一）〔六六巻四号〕二三頁も参照。
(27) この指摘は、両当事者の仮定的な意思に対しても当てはまる。この点については、本稿（六）〔六八巻四号〕一〇頁以下を参照。
(28) 不法性の範囲画定の後で当事者意思を基準とした無効の範囲画定の段階を設けることに対する批判については、本稿(四)〔六七巻一号〕二四頁以下を参照。
(29) たとえば、本稿（五）〔六八巻一号〕一八六頁を参照。
(30) J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, Le contrat－Le consentement, 4e éd. LGDJ, 2013, n° 501.
(31) Decision n° 2012-242 QPC, JO 13 mai 2012, p.9096.
(32) J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, Le contrat－Le consentement, n° 546.
(33) 本稿（八）〔六九巻六号〕九三頁。
(34) L.Maurin, *Contrat et droits fondamentaux*, thèse, LGDJ, 2013, n° 201.
(35) B.Mathieu, Droit constitutionnel civil et des affaires, J.Cl. Administratif, 2017, fasc.1449, n° 73 ; J.Ghestin,G.Loiseau et Y.-M.Serinet, *op.cit.*, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, tome 1, Le contrat－Le consentement, n° 235.

また、前掲憲法院二〇一二年五月一四日をはじめとした憲法院の判決においても、経済活動の自由と契約自由とが併置されることがある。

(36) 山本敬三教授は、国家による私人の基本権の保護義務構成において、一方当事者の基本権に保護を与えると他方当事者の基本権に対する制約が課されることになることから、これらの基本権に対する過少保護の禁止と過剰介入の禁止のもとで双方の基本権を衡量して解決を導くべきであると説く（山本敬三『契約法の現代化Ⅱ ―民法の現代化』（商事法務、二〇一八年）一一頁）。

(37) 本稿（六）〔六八巻四号〕二七頁以下を参照。

(38) 本稿（五）〔六八巻一号〕一七四頁以下、本稿（八）〔六九巻六号〕六一頁以下を参照。

(39) たとえば、平野裕之教授は、代金等の契約の中核的部分について数量的規制法規違反があった場合には「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」と指摘する（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〔特に二〇六頁以下〕）。また、原田昌和教授も、契約内容の量的不当性が問題となっている場合について、最高許容限度以上の部分のみが違法であり当該過剰部分のみを除去するというドイツ法の考え方が日本法においても参考になるとする（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―」甲南法学四二巻二・三号（二〇〇二年）三八九頁〔特に四六九頁以下〕）。

(40) 本稿（五）〔六八巻一号〕一八七頁以下を参照。

(41) 失権というサンクションの機能につき、本稿（五）〔六八巻一号〕一八九頁以下を参照。

(42) なお、不法行為責任は、失権と同様、当事者の行為に向けられた主観的サンクションとして位置づけられるが、損害の填補を目的としたものであり、この点で、私罰としての機能を有する失権とは異なる。

(43) たとえば、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）二六頁は、消費者契約については、条項作成者への制裁といった観点を重視すべき旨を指摘する。また、山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣、一九九九年）一二六頁以下は、このような観点が、ドイツ法における約款条項全部無効論の重要な支えとなっていることを指摘する。

(44) 別の制度に関する指摘であるが、フランスの民事責任法改正作業における民事罰金の導入について、民事罰金が私罰の

役割を有するため、罪刑法定主義との関係を指摘する学説が多い（たとえば、参照、E.Dreyer, L'amende civile concurrente de l'amende pénale?, JCP E 2017, N° 25, p.31 ; F.Rousseau, Projet de réforme de la responsabilité civile : L'amende civile face aux prncipes directeurs du droit pénal, JCP 2018, p.1177）。

それゆえ、契約条項の一部に無効原因が存する場合に契約条項の全部無効を課す場合にも、その旨を条文で明記することが望ましいように思われる。無効の範囲が必ずしも明記されていないことに鑑みても、無効規範の趣旨それ自体に条項作成者への制裁という観点を見出せる場合に限るべきであろう。

（45）たとえば、遠藤＝水本編・前掲注（12）『民法総則〔改訂版〕』二〇三頁、林良平編『注解判例民法　民法総則』（青林書院、一九九四年）五二八頁以下、四宮＝能見・前掲注（15）『民法総則〔第九版〕』三二四頁以下。

（46）佐久間毅『民法の基礎一　総則〔第四版〕』（有斐閣、二〇一八年）二二四頁。一部無効の正当性を当事者意思に求める立場からも、同様の指摘がなされている（椿久美子「一部無効」椿寿夫・中舎寛樹編『解説　条文にない民法〔第三版〕』（日本評論社、二〇〇六年）七二頁）。また、民法（債権関係）の改正に関する中間試案五、一も、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、全部無効を認めていた（中間試案については、本稿（一）〔六六巻四号〕二二頁以下も参照。）。

（47）先の見解が、残部だけでは当事者の意思に反することを理由に全部無効を認める場合としていかなる場合を想定しているかは明らかでないが、無効の範囲画定における当事者意思の位置づけを明らかにしないかぎり、この問題がついて回ることになろう。

たとえば、大村敦志教授は、中間試案第五、一につき、法律行為の一部のみを無効とすることが可能である場合に、当事者の意思により全部無効を認めることを可能とする旨の規定だと解されうることを指摘する（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, 二〇一九年一月五日最終閲覧）三九頁以下〔大村敦志教授の発言〕）。

（48）たとえば、本稿（四）〔六七巻一号〕二三頁、本稿（五）〔六八巻一号〕一五六頁以下を参照。

（49）本稿（六）〔六八巻四号〕二四頁以下を参照。

（50）本稿（八）〔六九巻六号〕九九頁を参照。

なお、このような契約条項の目的に合致しない行使態様の規制は、ドイツ法における契約条項の事後的審査とどのように比較しうるかも問題となろう（ドイツ法の事後的審査については、武田直大『不当条項規制による契約の修正』（弘文堂、二〇一九年）七一頁以下が詳しい。）。両者の比較は今後の課題としたいが、フランス法の議論を振り返るならば、権限行使の態様（または場面）によっては不相当なものとなる条項について、これを当事者が合意していないと考えられることから、また、契約関係が継続している場合には本文で指摘するような問題が生じうることから、内容規制ではなく権利行使規制として捉える学説があるといえよう。

（51）たとえば、法務省「民法（債権関係）部会資料68A：民法（債権関係）の改正に関する要綱案のたたき台（三）」一九頁（http://www.moj.go.jp/content/000117654.pdf, 二〇一九年二月二七日最終閲覧）。本稿は一部無効と異なる規制方法の可能性を指摘するにとどめ、詳細な検討は今後の課題とするが、ストフェル・マンク（Ph.Stoffel-Munck）が、過怠条項（clause pénale）の規制における過大性の評価が判決時の事柄を基準になされることから、民法典一一五二条が規定する過怠条項の増減に関する判事の権限が一般法における濫用条項の存在を示した一例とはいえないと指摘していることは興味深い（Ph.Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, thèse, LGDJ, 2000, n^os^ 385 et 386）。この問題に関する諸外国の状況や日本の学説・判例については、奥田昌道編『新版注釈民法（一〇）Ⅱ　債権（一）』（有斐閣、二〇一一年）五七〇頁、特に六〇九頁以下〔能見善久・大澤彩〕が詳しい。

（52）類似の事案として、名古屋高判昭和四五年一月三〇日下民集二一巻一・二号一五五頁がある。同判決は、レコード会社と歌手との間の準専属契約において、歌手が無断でテレビ出演したことを理由とした違約金の請求につき、実損額との不均衡や当該歌手の準専属歌手としての立場などを理由に違約金条項それ自体を無効とした。

同判決につき、当該歌手が準専属歌手であるという要素は、違約金条項の不法性を示すものであるのに対し、実損額との不均衡という要素は、合法な条項であっても条項の援用それ自体が問題となりうることを示すものであるように思われる。

（53）ただし、大澤彩教授は、消費者契約法九条一号が損害賠償額の予定条項等の不当性判断の基準とする「平均的損害」につき、この基準が一般的・抽象的な損害を念頭に置くことには限界があり、「『社会常識にも合致した通常の損害額』を算定する上では、抽象的な損害のみならず、実際の損害を考慮に入れることが不可欠で」ある旨を指摘する（大澤彩「違約金・損害賠償額の予定条項の規制法理（一）―最近の中途解約に関する判例を契機として―」法学志林一〇六巻四号（二〇〇

九年）一九頁、特に八二頁以下）。

（54）「基本的には」と留保した点につき補足する。

たとえば、ベナバン（A.Bénabent）は、付随的詐欺の説明のなかで、「同意の部分的な瑕疵」を否定するが、このような議論の射程について「……おそらく保証に関する場合は除かれる」と指摘する（A.Bénabant, *Droit des obligations*, 16e ed., LGDJ, 2017, n° 107.）。この指摘からは、保証契約の特殊性に鑑みて、同意の瑕疵があった場合（少なくとも詐欺があった場合）には、保証債務の減額を認めるという考えが窺える。

それに対して、保証人の資産や収入に比して保証債務が明らかに過大であるという特定の場面に限ったものではあるが、たとえば、破毀院商事部一九九七年六月一七日（Cass.com., 17 juin 1997, Bull.civ.IV, n° 188.）は債権者が誠実性を欠きフォートがあったことを理由に、破毀院商事部二〇〇九年一〇月二〇日（Cass.com., 20 octobre 2009, Bull.civ.IV, n° 127.）は債権者の警告義務違反を理由に、保証人が債権者に対し損害賠償請求をなしうることを認めた。また、消費法典L．三三二一条は、「事業者である債権者は、自然人によってなされた保証契約の締結時に、約務が保証人の資産及び収入と明らかに不均衡であった場合には、当該保証契約に基づいて主張することができない。ただし、保証人が請求を受けた時点で、保証人の資産が自己の保証債務の履行を可能とするものである場合は除く」と規定する。これらにおいても保証契約の特殊性に基づく解決がなされているが、そのサンクションは無効とは異なる。

いずれにせよ、保証契約については、いかなる点で他の契約類型と区別すべきであるか、合意（同意）の瑕疵による無効が問題とならない事案があるとすればそれがどのような事案であり、いかなるサンクションによって対処すべきかなどを検討する必要がある。このように、一部無効の基本的な考え方が妥当するか否かの判断を慎重にしなければならない契約類型も存在することに留意する必要がある。

（55）付随的詐欺の問題につき、本稿（四）〔六七巻一号〕八頁以下、本稿（八）〔六九巻六号〕八二頁を参照。

（56）道垣内弘人「一部の追認・一部の取消」中川良延ほか編『日本民法学の形成と課題（上）』（有斐閣、一九九六年）二九三頁。

（57）道垣内・前掲注（56）「一部の追認・一部の取消」三一八頁以下。

（58）契約の個数論に関しては、本稿（三）〔六六巻六号〕七七頁注（41）を参照。

（59）本稿（七）〔六九巻三号〕八七頁以下を参照。

（60）本稿（七）〔六九巻三号〕一〇七頁以下を参照。

脱法的行為と性質決定の選択との関係や、その他の脱法的行為を解決するための諸制度については、大村敦志「『脱法行為』と強行規定の適用（上）（下）」ジュリ九八七号五三頁、九八八号〔以上、一九九一年〕七二頁が詳しく論じている。

なお、脱法的行為の無効は、強行法規の解釈という手段によっても可能である。もっとも、たとえば、ある二つの契約があり、両者が不可分である場合には無効規範に抵触するが、両者を可分にすることは認められているとする。つまり、当事者が二つの契約に可分するという選択をすると、それぞれの契約には無効原因すらないはずである。しかし、ある具体的な事案において、これらの契約を無効とすべき理由があるとすれば、当該事案においてはこれらの契約が実際には不可分なものであるという事実評価ないし性質決定が可能であるゆえであろう。

このように指摘できることからも、諸行為の不可分性の問題は、無効の範囲の問題ではなく、契約の性質決定またはそれに類似したレベルでの問題であるといえよう。

（61）芸娼妓契約において何が公序良俗違反かについては、能見善久「芸娼妓契約と公序良俗」高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代』（有斐閣、二〇一五年）一三九頁で詳細な検討がなされている。

（62）四宮＝能見・前掲注（15）『民法総則〔第九版〕』三〇九頁は、「……成年の女子が店からの借金の返済のためにホステスとして働く契約を締結することがあるが、本人の自由意思が確保されていれば公序良俗違反とはいえない」と指摘する。

（63）たとえば、平野・前掲注（39）「一部無効」二〇六頁は、結合契約において公益的無効が問題となるとき、「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。

（64）本稿（五）〔六八巻一号〕一六八頁以下、本稿（六）〔六八巻四号〕二四頁以下を参照。また、参照、J.Ghestin, *Traité de droit civil, Le contrat : Formation*, 2e éd., LGDJ, 1988, n° 880.

第三節　結語

本稿は、フランス法における無効および一部無効の本質に関する理論の変遷や、無効の範囲を画定するにあたって当事者の意思が有する役割の検討から得た知見をもとに、日本法における一部無効論を捉え直すための新たな視座を獲得しようと試みてきた。

無効および一部無効の本質を「違反された合法性を回復するためのサンクション」として捉えることは、無効規範からの要請の実現を可能にする。リペール（G.Ripert）が指摘するように、「法律が罰せられずに違反されうるならば、当該法律は無意味であり、ただ、処罰されない違反という悪い見本を許すだけである」[65]から、その実現は望まれよう。その一方で、当事者の意思は、契約の中核であり、それに無関心であってはならない。フランスの学説は、一方で、無効および一部無効を先のようなサンクションであるとして無効の範囲を画定するにあたっては違反された規定の目的を考慮しなければならないとしながらも、他方で、当事者の意思を尊重すべきであると指摘し続けた。これは、当事者の意思と無効規範の要請との調和を図るためであろう。そして、実際に、他のサンクションとの対比において無効および一部無効を「違反された合法性を回復するためのサンクション」として捉えることに加え、契約の性質決定の問題とその有効性の問題とを段階的に把握することによって、無効規範と当事者意思の調和を図ることを可能にしよう。このような捉え方から、前節で確認した具体的な帰結を導くことができた。

その反面、本稿が示すことができたのは、一部無効の本質をどのように捉えるべきかという基本的な問題についてのみであり、それと対応しうる日本法の議論は限られていた。つまり、本稿は、フランス法の分析を通じて無効および一部無効の本質の捉え方や一部無効論における当事者の意思の意義を提示し、それに基づいて、日本の一部無効論におけ

る基本的かつ総論的な問題を扱うことしかできていない。

限定的な対比となった主要な理由は、具体的な事案に対して日本法とフランス法とが解決に用いる制度が異なる場合があることにある。つまり、日本法において公序良俗違反とされる内実の一部について、フランス法では、公序良俗に違反するために一部無効が課されるとの扱いはされておらず、他のサンクションにより規制されている。たとえば、物的損害に関する責任制限条項については、フランス法においても、明確な法律による規制なくして一般法に基づいて規制されることがある。しかし、これは、公序からの規制ではなく、契約秩序による規制、つまり契約上の債務の整合性という観点からの規制であると考えられている(66)。また、競業避止条項に関する規制の一部については、本稿のなかでも示したように、合法な条項に関する債権者の援用態様が問題となっており、無効の範囲に関する問題とは区別されていた(67)。しかし、これらの事案を無効以外のいかなる制度を用いて解決すべきかは、フランス法に関しても、日本法に関しても、より詳細な検討を必要とする。さらに、民事上のサンクションが私罰としての機能を有する場面については、刑事上または行政上のサンクションとの異同を踏まえた検討が必要となろう。

また、本稿は、たとえば契約条項の積極的な修正の問題について無効の本質と同様の観点から説明できるか否かという視角で分析した(68)。この問題は無効の本質と同様の観点から説明可能であると考えるが、そのなかで、無効とは異なる名称（制度）を用いるべき場合があるか否かという、さらに内在的な検討を行っていく必要もあろう。

このように、無効および一部無効の本質を検討しただけでは、具体的な事案の解決には至らない場合が多く、そのためには、類似の諸サンクションとの横断的な検討を要するのであり、本稿の大きな課題として残されている。本稿の検討が一部無効の本質という基礎的な問題に限ったものであったことからも、残された課題の多さを痛感する。それらの検討については、他日を期したい。

(65) G.Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2e éd., LGDJ, 1955, n° 128.

(66) たとえばS. ゴドゥメ（S.Gaudemet）は、契約上の債務の整合性の統制という理由により当該条項が書かれざるものとみなされることがあると指摘する（S.Gaudemet, op.cit., thèse, n^{os} 442 et s. また、参照、G.Helleringer, *Les clauses du contrat : Essai de typologie*, thèse, LGDJ, 2012, n^{os} 296 et s.）。

フランス法における責任制限条項の規制を検討している日本の文献については、本稿（一）〔六六巻四号〕五四頁注（86）、注（87）を参照。

(67) 本稿（八）〔六九巻六号〕九七頁以下を参照。

(68) 本稿（五）〔六八巻一号〕一七四頁以下、本稿（八）〔六九巻六号〕六〇頁以下を参照。

〔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。加筆・修正にあたって、文科省科学研究費助成金「若手研究（B）」（課題番号：JP16K17015）の交付を受けている。