

氏名	やまもと けいぞう 山本敬三
学位(専攻分野)	博士(法学)
学位記番号	論法博第130号
学位授与の日付	平成13年5月23日
学位授与の要件	学位規則第4条第2項該当
学位論文題目	公序良俗論の再構成

論文調査委員 (主査) 教授 前田達明 教授 錦織成史 教授 松岡久和

### 論文内容の要旨

1. 本論文は、公序良俗に関する判例・学説の展開を踏まえ、憲法と私法の関係という視点から、その全体像を捉え直すための基礎理論の確立を目指すものである。

公序良俗規範はいわゆる一般条項であり、要件が一義的に確定されているわけではないことから、実際にどのような場合が公序良俗違反にあたるかということが大きな問題となる。本論文は、この問題に焦点をあて、次の2つの観点で検討を進める。

第1は、そもそも公序良俗に関して、いったい何が問題になるかということの確定である。何が問題になるかが決まれば、それに即してどのような原理や価値がそこで考慮されるかということも決まってくる。したがって、その前提として、そもそも公序良俗において何が問題になっているのか、その問題の構造を明らかにすることがまず必要となる。本論文はこれを「構成問題」と呼んでいる。

第2は、そのようにして特定された原理や価値を実際にどのように衡量すればいいかという問題である。ここでは、原理や価値の衡量方法を明らかにする必要がある。具体的には、衡量に際してどのようなポイントに着目すればいいのか、そしてそれを前提としてどのような基準に従って実際に判断すればいいかということが問題となる。本論文はこれを「衡量問題」と呼んでいる。

本論文は、序論で問題をこのように整理したうえで、第1部で前者の構成問題を扱い、第2部で後者の衡量問題を論じる。

2. まず、第1部第1章では、公序良俗論の構成問題を取り上げ、公序良俗論に関する問題の捉え方を明らかにしている。具体的には、まず従来の通説の創始者でありその後の議論を規定した我妻栄の見解を取り上げ、それが憲法と私法の関係に着目した見解であること、しかしそこで憲法を協同体主義の立場から理解していることを明らかにし、とくに後者の理解に問題があることを指摘する。そしてそのうえで、憲法と私法の間を再検討し、公序良俗論を再構成する。

その再構成の出発点は、民法第90条(公序良俗規範)によって契約を無効とすることは、国家、とくに裁判所が基本権としての契約自由を制限することを意味し、したがってそれを正当化するに足りるだけの理由が必要だとみるところにある。そのように理解すると、次に、そうした正当化の理由になるのはどのようなものかということが問題となる。本論文は、これを、①すでに契約自由の制限を認めた広い意味での立法的決定が存在すること、②その契約によって——国家が保護すべき義務を負っている——基本権が過度に侵害されていること、の2つに求める。こうした理由の違いに応じて、公序良俗も、①法令型公序良俗と②基本権保護型公序良俗の2つに分かれることになる。

第1部第2章は、以上のような理論枠組みを前提として、公序良俗論に関する立法史、ならびに判例法の展開を分析している。これは、次のような趣旨に基づく。第1章の検討は、もっぱら学説を基礎とした理論的検討に重点を置いていたことから、そこでの検討で得られた理論枠組みによって現実の判例を的確に捉えられるかという疑問が生じる。そこで、第2章は、本論文の理論枠組みで判例法を捉えることが可能であるのみならず、この理論枠組みを通じた整理によって、判例法の変遷の意味をよりよく理解できることを示す。本章の検討によると、判例法は、全体として、①から②の方向へシフトしてきて

いる、と理解される。

3. 第2部は、以上の構成を前提として、衡量問題の検討に進む。具体的には、第1章で、基本権保護型公序良俗に関する衡量問題を検討し、第2章で、法令型公序良俗に関する衡量問題（いわゆる取締法規論）を検討している。

まず、基本権保護型公序良俗に焦点を当てた第2部第1章では、次の2つの問題が析出されている。第1は、基本権を侵害する契約が締結された場合に、その契約をそのまま有効とすれば、その被害者に最低限の保護すら与えられないことになるかどうかという問題である。本論文は、これを過少保護の禁止と名付け、その判断構造をさらに立ち入って検討している。その際、具体例として、芸娼妓稼働契約（人身売買）、競業禁止特約、暴利行為の3つを取り上げ、裁判例を題材にしてその衡量方法を明らかにする。第2は、被害者の基本権を保護するために契約を民法第90条により無効とすることが、その相手方の基本権を過度に侵害することにならないかという問題である。本論文は、これを過剰介入の禁止と呼び、その判断構造をさらに立ち入って検討している。その際、具体例として、先ほどの3つの例をもう一度取り上げ、裁判例を題材にしながらかその衡量方法を明らかにしている。本論文は、過少保護の禁止問題においても、過剰介入の禁止問題においても、ルール化の手法によっては汲み尽くせない原理や価値の衡量を、比例原則を応用して行うという判断枠組を提示する。

次に、法令型公序良俗に焦点を当てた第2部第2章では、民法第90条の問題だけではなく、それと密接に関連した不法行為法についても立ち入って検討している。これは、近時、不当勧誘取引などに関するケースで、不法行為法を通じて実質的に契約を無効にしたのと同じ解決を導く裁判例が増えており、それが民法第90条の問題にも大きな影響を与える契機を秘めていると考えられるからである。この法令型公序良俗においては、法令の趣旨を実現するために契約を無効とすることが、当事者の基本権を過度に侵害することにならないかということが問題となる。これは第2部第1章で論じられた第2の問題（過剰介入の禁止）に対応する。本章は、この過剰介入の禁止の判断構造を立ち入って検討し、とくに金融取引における不当勧誘のケースを題材にして、その具体的な基準を明らかにしている。本論文によれば、取締法規は、国家＝立法者が基本権の保護もしくは支援を目的として一定の積極的な措置を定めたものであり、裁判所は、過剰介入禁止に反しない限り、取締法規の目的を実現するために民法第90条を用いて違反行為の効力を否定するという法形成を行うべきである、という。

### 論文審査の結果の要旨

本論文は、公序良俗論を構成問題と衡量問題に分け、どのような原理や価値がなぜ問題となるかという公序良俗に関する問題構造を分析したうえ、対立する原理や価値の衡量をどのように行えばよいかに関して、考慮されるべき要素の析出と判断枠組を明らかにしている。本論文は、また、私的自治やそれを制度化した契約自由を憲法上の基本権と位置づける。そして、国家の基本権保護義務を梃子に、裁判所が基本権保護のため、民法第90条を活用して、法を継続形成する余地を広く認める。

本論文が第一に評価されるべきは、リベラリズムに立脚して憲法と私法の関係という法の基本問題の一つを機軸に据え、この観点から公序良俗論を再構成する斬新なアプローチである。このようなアプローチは、従来の議論とはまったく異なる独創的な試みであり、停滞気味であった公序良俗論に新たな展開をもたらすものとして、高く評価される。

第二に、本論文の論理展開はきわめて明晰かつ緻密で、その論旨は説得力に富んでいる。本論文は、たとえば「消費者公序論」に見られる近時の裁判例の公序良俗論の新たな展開に理論的支柱を提供して方向付けを与え、民法第90条のより柔軟な運用を支えることになる。また、公法と私法の関係、取締法規論、法律行為上の保護と不法行為上の保護の関係など、密接に関連する問題についても、多面的で多大な理論的寄与をもたらしている。本論文の具体的な結論については異論もあるだろうが、それは本論文が「反論可能性の高い」論述を展開していて、以後の議論の出発点となることを意味しており、民法学の議論レベルを大きく進展させたと評することができる。

第三に、本論文は、憲法学・法哲学などの最近の成果を広く整理・吸収したスケールの大きなもので、本論文に示された著者の力量には圧倒されるものがある。本論文の成果もまた、私法学にとどまらず、その影響力は広く深いと思われる。

以上のように、本論文は、従来の公序良俗論とは視角においても手法においてもまったく異なるきわめてスケールの大きな理論的研究であり、公序良俗論の今後の展開を一新させる内容を持つ。

本論文にも課題はある。

第一に、本論文の鮮烈で明快な論旨は、憲法と私法の関係についての一定の理解、基本権の位置づけ、国家の基本権保護義務を核としている。これら自体について、憲法学上も基本的な対立が見られるところであり、議論の余地が多い。本論文はこの点についても立ち入った考察を加えているが、なお強い批判も予想され、本論文の主張が支持されるかどうかは、これにどのように応接して議論を深化させていけるかにかかっている。

第二に、契約の両当事者の基本権を衡量するという手法において、たとえば取引の安全や円滑な取引の遂行という利益（あるいは秩序原理）は、どのレベルでどう考慮されるのか。それらは基本権に還元されるのか。それとも基本権の尊重と衡量という原理とは別の（あるいは下位の）原理なのか、もしそうだとすれば原理間の序列や関係はどう調整されるのか。この点は、各論に留保されているのか、答えは本論文には見当たらない。

第三に、具体的な結論に関して、全体の判断枠組との関係で問題になるところはいくつかありうる。ここでは一例を挙げる。投資取引の不当な勧誘事例などを中心に、下級審裁判例では、有効な契約に基づく給付を損害と評価して不法行為責任を認め過失相殺による調整を行う、というものが多。これに対し、著者は、法が一方で契約を有効としてその実現に助力しながら、他方でその結果を否定するという評価矛盾を犯している、として批判的である。しかし、一部無効を含めた法律行為法の柔軟化にも限界があり、全部無効とされれば相手方の基本権に対する過剰介入にはならないのか、という疑問がある。

もともと、これらは本論文の瑕瑾ですらない。本論文で示された判断枠組を使った個別具体事例での各論的展開や、種々の批判への応接ともども、さらに著者の議論展開が待たれる課題であるというにすぎない。

以上の理由により、本論文は博士（法学）の学位を授与するに相応しいものと認める。

なお、平成13年3月13日に調査委員3名が論文内容とそれに関連した試問を行った結果、合格と認めた。