

一部無効法律行為と当事者意思

熊 谷 芝 青

1. はじめに
2. 立法過程
3. 学説史概観
4. 一部無効法律行為と当事者意思
5. 仮定的当事者意思の探求
6. 一部無効行為の帰趨
7. 終わりに

1. はじめに

法律行為の一部が無効である場合に、その法律行為が残部有効となるのか、全部無効となるのか、という問題がある。特に契約の場合に無効となるのが条項が一部に限られる場合が多く、そのために残部法律行為の帰趨が問題となる。その前提として、「法律行為の一部」という場合の「一個（単一）の法律行為」とはどのようなものか⁽¹⁾、また無効部分が法律行為から分離できるか⁽²⁾、について検討してきた。この検討を基礎に、いよいよ残部法律行為の帰趨について考察していきたい。

既に拙稿で何度も触れたことであるが⁽³⁾、ある法律行為の一部が無効である場合に、「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べきである」(下線筆者)⁽⁴⁾という我妻説がわが国での学説の基礎になっているように思わ

(1) 拙稿「法律行為の単一性」高知短期大学社会科学論集84号（2003）88頁以下。

(2) 拙稿「法律行為の分割可能性」高知短期大学社会科学論集83号（2002）60頁以下

(3) 拙稿・前掲注(1) 88頁、同・前掲注(2) 61頁以下。

れる。そこでは我妻博士は、具体的な論拠を示さずに一つの価値判断を下している。しかしこの価値判断に対しての批判的検討がなされずに、いわばアプリオリに正しいとされ、現在の通説的見解は「わが国では、一部無効の部分を除くか、一部無効の部分慣習・任意規定・信義則・条理で補い合理的に改変して、なるべく契約を有効にするのが原則とされる」⁽⁵⁾というものといえよう。より詳述すると、契約の一部条項が無効とされる場合に原則として「その不当条項のみが無効となり、契約全体は無効にならないとすることに異論はない」「例外的に契約全体を無効とすべき場合があることも、ほぼ一致して認められている。無効部分を補充したうえで、契約全体を維持することは、当事者に対して、もともと実際には意図していなかった内容の契約を強制するという面を持つ。したがって、そうすることが当事者にとって耐えがたい不利益をもたらす場合は、全部無効を認め、その契約に対する拘束から解放することが要請される」⁽⁶⁾ということになる。そこでは法律行為における当事者意思は「例外的」に、または多数の判断基準のうちの一つとして考慮すればよいという衡量が推測される。

単一の法律行為の無効部分が分離・分割できることを前提に、わが国での学説の展開を概観すると⁽⁷⁾、残部法律行為の帰趨を当事者意思に根拠を置く説から、合理的意思によって決するべきだとする説を経て、現代の通説的見解である当事者意思を原則的に考慮しない説へと展開がある。当事者意思が次第に軽視されていく過程が概観できる。

他方でこのような当事者意思軽視の傾向に対して、私的自治的に形成される契約の内容改訂権を裁判官に実質的に授権する危惧が指摘されている⁽⁸⁾。また、当事者意思解釈によって処理すべき「素直で妥当」な解決から遠ざかる裁判例への批判もなされている⁽⁹⁾。引用した通説的見解の「例外」が指摘する、当事者が

(4) 我妻榮『新訂民法総則』(岩波書店、1965) 258頁。

(5) 椿久美子「一部無効」法学セミナー552号(2000) 27頁(椿寿夫・中舎寛樹編『解説条文にない民法・新版』(日本評論社、2004) 72頁)。

(6) 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507号(1999) 28-9頁。同箇所では我妻・前掲注(4)の引用箇所が引用されている。

(7) 拙稿・前掲注(2)60頁以下で略述しているので、参照されたい。

(8) 平野裕之「一部無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』(日本評論社、2001) 202頁。なお山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』(有斐閣、1997) 140頁参照。

「もともと実際には意図していなかった内容の契約を強制する」⁽⁹⁾ことの正当性は奈辺から出てくるのかが明らかにならない以上、これらの批判が説得力を持つように思われる。一部無効法律行為の際、私的自治の原則と法秩序によって定められた無効規範による制約を、二大要因として、法的処理をせねばならないのに⁽¹⁰⁾、近代私法の大原則ともいえる、私的自治の原則が等閑視されているといえよう。

そこで、一部無効行為が分離可能の際、その除去された法律行為が残部有効になるのか、それとも全部無効になるのか、残部法律行為の帰趨の問題を当事者意思との関連で検討していきたい。その際、ドイツでの学説を参考にしながら論を進めていきたい。なおドイツ判例の検討は紙幅の都合上、割愛せざるを得なかったので、後日に譲りたい。

2. 立法過程

周知の通りドイツ民法典（以下 BGB）139条は「法律行為の一部が無効である場合、その無効部分が無くても実行されたであろうことが認められないならば、法律行為全部が無効である」と規定する。現在のわが国の通説的見解によれば、同条文が「契約に一部無効があれば、原則として全部の契約を無効とする。日本民法には一般的規定がないが、その反面ドイツ民法よりも柔軟に解釈できるメリットがある」とされる⁽¹¹⁾。この説に従うと、BGB139条が「柔軟」でないとする評価があるように思われる。なぜそのように「柔軟」でない立法をしたのであろうか。

同条文の立法過程において、何度も一部無効の効果として残部有効とする試みがあったことが、指摘されている⁽¹²⁾。しかし BGB が残部有効をとらずに、全部無効を選択したのは、「相互に密接な関係にある複数の意思表示の結合にふさわし

(9) 中舎寛樹「錯誤における一部無効」三重大学法経論集10巻1号（1992）92、94頁。

(10) 山本敬三・前掲注(6)29頁。

(11) 山本敬三「一部無効の判断構造(1)」論叢127巻4号（1991）16頁。

(12) 椿・前掲注(5)27頁。

(13) 鹿野菜穂子「ドイツ民法典における一部無効」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、1999）319頁。

い意義は、当事者の意思からしか帰結しえない」とあり、意思表示を集合して単一の法律行為としたのは正に当事者意思によるものであったことが理由とされる⁽¹⁴⁾。行為時に当事者が意欲したことに拘束されるのであるから、それと相違するものに拘束されることは私的自治の原則に反することになる。つまり法律行為を形成する無効である一部の意思表示を問題なく除去できることよりも、本来予定されていた当事者意思による規制によって法律行為全体が意思されていたことが真実であるように思われるからであろう⁽¹⁵⁾。もちろんこの全部無効原則には例外が無いわけではなく、当事者が意欲しただろうことが認められる場合に残部有効とされるが、これも私的自治の原則の実現であると評価できよう。

たしかに同条文は一部錯誤の事例を念頭において立法されており、歴史的立法者が一般化するに際して、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⁽¹⁶⁾。しかしそのような直接関係する場合に、同条文が妥当性を有するか否かは、別の問題といえよう。もしも同条文の妥当性が疑われるならば、数次の BGB 改正の機会に残部有効を原則とするように改正されただろうからである。

ただ *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⁽¹⁷⁾。そして BGB139条が本質的に *Savigny* の考えを継受したと評価されている⁽¹⁸⁾。

いずれにせよ立法過程において、全部無効原則の根拠となったのは、当事者意思に重点を置き、その結果行為時に当事者が意欲したと相違することであった。したがって当事者が意欲することが確認されれば、例外として残部有効となる。そうすることによって、私的自治の具体的実現を図っていたことは確認できよう⁽¹⁹⁾。

(14) Motive I, S. 222 = Mugdan I, S. 475.

(15) *Oepen*, Zur Dogmatik des §139 BGB, 2000, S. 30.

(16) 鹿野・前掲注(12)338頁。

(17) *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd.3, 1840, S.197f. (サヴィニー(小橋一郎訳)『現代ローマ法体系 第3巻』(成文堂、1998)182頁以下)。

(18) *Kriechbaum*, Teilnichtigkeit und Gesamtnichtigkeit, in: Falk, Mohnhaupt(Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, 2000, S.43ff.

(19) 鹿野・前掲注(12)339頁参照。

3. 学説史概観

BGB 立法以前の学説については鹿野教授の詳細な研究に譲り²⁰⁾、本稿では BGB 施行後の学説の流れを概観したい。それは、どのように一部無効と意思の問題を検討すべきかについての、諸説の時代的背景があるように思われるからである。諸説の具体的検討は 4. で触れることにしたい。

BGB139条の解釈として立法直後に登場するのは、法律行為時に残部行為を続させる両当事者の意思が存在することを要求し、それが実際に認められた場合にのみ、その残部法律行為を有効とすべきだという考えである。このことは、その後の両当事者のその後の態度から推測できるものでもよいとされていた²¹⁾。BGB 139条が当事者意思を求めている以上、このような説が登場するのは、ある意味で必然的であったろう²²⁾。しかし後述の通り、行為時に無効部分が存在することを知っていることは通例ありえず、この説の主張者はほとんどいない。

その後、客観的・合理的に BGB139条の意思を捉えようとする傾向が強くなる。ナチス期には、「公益は私益に優先する」という国家社会主義的原則を考慮し、当事者の私益的立場に基づいてはならないとされた。その結果一部無効法律行為についても、国家経済生活を考慮して、両当事者の利害状況を合理的に評価した場合、残部契約の維持が、全部無効によってもたらされる無契約状態よりも優先するか、という観点から決せられるべきだとされ、当事者意思を全く考慮しない状況となった²³⁾。しかも「健全な民族感情 *gesundes Volksempfinden*」という非法律的基準の下に、いったん締結された契約はできるだけ維持されるべきだという、信義則に基づいた締結強制に近い傾向があり²⁴⁾、それと反対の立場であり、当事者意思を重視する BGB139条を「ナチスドイツ民法学者はこれを不当な

(20) 鹿野・前掲注12338頁以下。

(21) *André*, Einfache, zusammengesetzte, verbundene Rechtsgeschäfte, Festgaben für Enneccerus, 1913, S.33.

(22) *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, S.209.

(23) *Pagenstecher*, Sittenwidrige Lieferungsbedingungen, 1944 S.21.

(24) *Boehmer*, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch, 2.Abt., 1952, S.99. 拙稿「ドイツにおける方式無効判例の展開」高知短期大学社会科学論集69号15頁以下。

りと痛撃」²⁵⁾するのは当然であろう。この傾向は「理性」、「当事者間の利害状況」を重視することによって、第二次大戦後も1960年代まで通説的地位を保っていた。

他方、判例が保護を受けるべき経済的弱者等のために法律行為を無効としようとする場合には、BGB139条を無視して全部無効を、法律行為を維持しようとする場合には、BGB139条を適用しようとする態度をとったことが指摘されている²⁶⁾。

当事者意思が実際に存在しないことを理由として、「理性」または「当事者間の利害状況」等の客観的要素によって判断することに対して、1960年代以後 BGB 139条が私的自治原理の観点から BGB139条が、再評価されるようになった²⁷⁾。そこで扱われるのは、実際に存在しないのであるから、仮定的意思を想定するものであり、現在ドイツでの通説的見解といえよう。

ドイツ学説の史的概観は、まず実際の当事者意思が探求され、それが困難だとされると、客観的・合理的意思によって決しようとし、第二次世界大戦後に私的自治を再認識して、仮定的当事者意思による判断をするに至った過程であった。そこに登場する諸学説を考慮して、一体どのように一部無効法律行為の帰趨を決するのは何によってであるべきなのかは、次に述べることにしたい。

4. 一部無効法律行為と当事者意思

現在ドイツの通説では BGB139条を私的自治の実現のための規定として位置づけている。同条は既述のとおり「法律行為の一部が無効である場合、その無効部分が無くても実行されたであろうことが認められないならば、法律行為全部が無効である」と規定し、一部無効法律行為の帰趨を「その無効部分が無くても実行されただろうことが認められる」という当事者の意思的要素によって決しようとしている。これを私的自治の観点からどのように処理しているのだろうか。

25) 我妻栄「現代債権法の基礎理論」『民法研究V』(有斐閣、1968) [初出1942] 37頁、注(4)。

26) *Kriechbaum*, a. a. O. (Fn. 18), S. 58f.

27) *Sandrock*, Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, AcP 159 (1960/61), S. 491

4.1. 当事者の実際的意思

まず、無効部分が無かったら法律行為をしない、または無効部分が無くとも法律行為をする、という実際的意思が法律行為時に明らかである場合にはその意思に従うべきである²⁸⁾。

しかし行為時には、当事者が法律行為の一部に無効があることを予想しておらず、そのため、無効部分が存在した場合の残部行為の帰趨について、当事者間で何らかの規制をしていないことが通例である²⁹⁾。したがって、ほとんど全ての残部法律行為が無効となり、いわば BGB139条が全部無効を規定したものとみなされてもしかたがない³⁰⁾。

また、残部有効の当事者意思が確認できる場合にしか残部行為が有効にならないとしたら、当事者意思の探求のみで十分であるので、BGB139条は不要となり³¹⁾、一般的な規制への単なる名目的 *deklaratrisch* 参照としか評価されないだろう³²⁾。

したがって原則として実際に存在しない意思を対象とせねばならない³³⁾。

4.2. 客観的意思・合理的意思

BGB139条が規定するように「その無効部分が無くとも実行されたであろう」という当事者の意思を探求するに際して、BGB157条を根拠にする説がある。同条は「契約は、取引慣行を考慮して信義誠実が要求するように解釈されるべきである」と規定する。そこで、当事者が信義誠実に従って取引慣行を考慮して理性的に下すのは、どのような判断であるかによって決しようとするのである³⁴⁾。つまり「気まぐれでない理性的な人」の「望むべき」意思・当事者が有すべき意

²⁸⁾ Staudinger/Roth (2003), §139 Rn. 74.

²⁹⁾ Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2., 4. Aufl., 1992, §32 5, S.578. しかし実際に当事者意思が明らかである場合はそれが優先する Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl, 2004, §45 26 (S. 824).

³⁰⁾ Pierer von Esch, Teilnützige Rechtsgeschäfte, 1968, S.66, Mayer-Maly, Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypothetischen, Festschrift für Flume, 1978, S. 622.

³¹⁾ Pierer von Esch, a. a. O. (Fn.30), S. 65.

³²⁾ Oepen, a. a. O. (Fn.15), 2000, S. 3f.

³³⁾ Oepen, a. a. O. (Fn.15), 2000, S. 5f.

思を基準としようとするのである³⁵。その際に当事者が理性的に行爲した場合の利益の衡量や信義則等が基準となる³⁶。ちなみにナチス期には法律や信義則の要請が民族秩序との一致とすることが挙げられていたが³⁷、民族秩序を国家利益・公益としても同じであろう。残部法律行為が国家利益・公益に裨益するのであれば、当事者意思を無視しても維持され、その実行が強制されることになる。

しかし当事者の意思表示解釈をせずに、客観的意思を基準とすることの正当性の根拠が示されていないという批判がある³⁸。そもそも BGB157条が適用されるのは、有効な法律行為を前提とし、その一部に当事者規制の欠缺がある場合である。それに対して、残部有効がまだ決せられない一部無効行為に、残部有効を前提として BGB157条が適用されることに疑問がはさまれている³⁹。しかも客観的意思説は、BGB139条で求められる当事者意思を当事者が残部有効を望んでいたに違いないと考え、残部有効を原則的であるように考える傾向がある⁴⁰。残部法律行為の帰趨を当事者意思に求めながら、結論が既定であることが矛盾であるとも指摘されている⁴¹。

カント流に感情・衝動やその他の偶発的条件等の「不合理」に左右されないように当事者が合理的・理性的に行爲することが、自由に行爲することであるという思想に従うと⁴²、合理的な結果を当事者に強制することは、契約自由に違背しないといえよう。しかし当事者、特に相手方を合理的な人間と承認することの本質的要素が、相手方の生き方 *Lebensführung* を相手方自らに決定させることを、看過しているという批判がある⁴³。そもそも人間は、理性的な考慮に

(34) Enneccers/*Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15.Aufl, 1960, §202 IV 2(S.1219), Flume, a. a. O. (Fn. 29), §32 5, S. 579, Larenz/*Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl, 2004, §45 26 (S.824).

(35) *Pawlowski*, a. a. O. (Fn.22), S. 210.

(36) *Pierer von Esch*, a. a. O. (Fn.30), S. 76, 80.

(37) *Larenz*, Vertrag und Unrecht, Bd.1, 1936, S. 33.

(38) *Pierer von Esch*, a. a. O. (Fn. 30), 1968, S. 80, *Oepen*, a. a. O. (Fn.15), 2000, S. 4, Fn. 7.

(39) *Oepen*, a. a. O. (Fn. 15), 2000, S. 7ff.

(40) Enneccerus/*Nipperdey*, a. a. O. (Fn. 34), S. 1219.

(41) *Simler*, La nullité partielle des actes juridiques, 1969, p. 424.

(42) *Pawlowski*, a. a. O. (Fn.22), S. 232ff, 252.

(43) *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S.97.

よってのみ動機付けられるものではなく、はるかに大きく「不合理な」感情的生活に依存している⁽⁴⁴⁾。個人の偶然的な、その意味で非合理的な行為によって私的自治がなされると言ってもよからう⁽⁴⁵⁾。したがって国家利益・公益と無関係なものである⁽⁴⁶⁾。その場合であっても個人の自由を尊重することが私的自治の原則の神髄であろう。

残部法律行為は当事者が行為時に本来望んだものではない。しかも無効部分を除いて新たに法律行為をなす義務も、本来の契約に可能な限り類似する法律行為をなす義務もない⁽⁴⁷⁾。残部法律行為に拘束力を認めることは、当事者意思に反して契約締結を強制することになる。当事者にとって有益であるからという理由から無効の契約に拘束することは、契約を締結しない自由という消極的締結自由⁽⁴⁸⁾が侵されることになる⁽⁴⁹⁾。

いかに不合理であろうと、実際上の当事者意思を尊重し、それに根拠を求めざるをえないだろう。しかし概観したように、実際の当事者意思は存在しないし、客観的意思による処理も、当事者意思を無視し私的自治との関係で大いに疑問がある。そこで一部無効法律行為が残部有効か、全部無効かの問題を仮定的当事者意思によって判断すべきであるという現在ドイツの通説的見解が登場する。

5. 仮定的当事者意思の探求

一部無効行為が残部有効であること、したがって当事者を拘束することの基礎は、やはり当事者がそれを望んだことに求めざるをえまい⁽⁵⁰⁾。しかし一部無効の結果、無効部分が除かれた残部行為は、当事者が法律行為時に望んだ無効部分を

(44) ベテルハイム（丸山修吉訳）『鍛えられた心』（法政大学出版局、1975）67頁。

(45) *Pawlowski*, a. a. O. (Fn. 22), 1966, S. 187.

(46) *Pierer von Esch*, a. a. O. (Fn. 30), S. 67. ちなみにノーベル経済学賞受賞者アローの「不可能性原理」は、個人的選択（私益）と社会的選択（公益）が矛盾することなく一致することは不可能であるという（ナサー（塩川優訳）『ビューティフル・マインド』（小学館、2002）154頁）。それに対して必ずしも矛盾しないとするのは、*Ghestin*, *Les obligations, le contrat*: Formation, 2^eéd., 1988, n°744 (p.882).

(47) *Oepen*, a. a. O. (Fn. 15), 2000, S.20.

(48) *Staudinnger/Bork* (2003), Vorbem. 14 zu §§145ff.

(49) *Oepen*, a. a. O. (Fn. 15), 2000, S.15.

(50) *Pierer von Esch*, a. a. O. (Fn. 30), S. 67, 69.

含む法律行為全体ではないので、その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存しない。そこで、私的自治の原則にしたがうならば、残部行為でもなしただろう、という実在しない合意を当事者意思から推定して補充すべきことが必要となろう⁵¹⁾。

仮定的意思の探求の出発点は、当法律行為時における当事者の観点であって、理性的第三者の観点でも裁判官の観点ではない⁵²⁾。そこで法律行為時に、一部無効を知っていたならば、当該事例の特殊事情の下で、具体的当事者がどのように合意して、当事者間を規制しただろうかが、問われるべきであるとされる⁵³⁾。

その場合に当事者が客観的に、非理性的な価値判断をしただろうことが明らかな場合であっても、それは絶対的に評価されねばならない⁵⁴⁾。それを無視することは法律行為自由への不当な侵害となるからである⁵⁵⁾しかし意思表示が受領される必要がある場合には、若干の考慮が必要であろう。先ず、相手方が表意者の価値判断が認識せず、またはしえない場合、そのような価値判断は考慮に値しない⁵⁶⁾。また表意者がなすだろう価値判断が相手方にとって不意打ち *überraschend* とならないようにする相手方の考慮がなされるべきであろう。相手方が合理的な価値判断をしたならば、表意者も同じ価値判断をしただろうと考えられることが基準となるべきであろう⁵⁷⁾。その場合に、誠実な両当事者を前提にする限りで信義則が機能するといえよう⁵⁸⁾。

51) *Pierer von Esch*, a.a.O.(Fn.30), S.74, *Oepen*, a.a.O.(Fn.15), 2000, S. 5ff.

52) *Staudinger/Roth*(2003), §139 Rn.75.

53) *Sandrock*, Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, 1966, S. 93, 97, *Pierer von Esch*, a. a. O. (Fn. 30), S. 75. ちなみに実際の意思と仮定的意思との境界が流動的であることが指摘されている *Naendrup*, Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1966, S. 151, Fn. 3.

54) *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. 2, 1. Hb. S. 284は当事者が法律行為の一部無効を知っていたならば、どのように決定したかを、当事者の魂に乗り移って in die Seele der Parteien versetzen 考量せねばならないと説く。しかし続けて「当事者が自らの利益を理性的であったら衡量・規制しただろう、という前提に基づくべきである」と続き、合理的意思を重視している *Pawlowski*, a. a. O. (Fn. 22), S. 210, Fn. 49.

55) *Oepen*, a. a. O. (Fn.15), 2000, S. 16.

56) *Oepen*, a. a. O. (Fn.15), 2000, S. 23.

57) *Oepen*, a. a. O. (Fn.15), 2000, S. 17.

58) *Oepen*, a. a. O. (Fn.15), 2000, S. 22.

59) *Pierer von Esch*, a. a. O. (Fn.30), S. 77.

ドイツの通説的見解は、当事者の観点を認定できない場合には、副次的に当該法律行為の客観的価値判断が、機能すると考えている⁶⁰。その場合でも、極端な客観化・合理化、いわば存在から当為への飛躍は否定されている。飽くまでも、仮定的意思とされるのは、合理的な当事者が当該立場であつたら望んだらうという理性的な観点を承認することが、当事者の実際の意思という基礎と一致するかが十分に検討されねばならないとされている⁶¹。したがって、当事者の利害状況や公共の福祉等の客観的基準は考慮されるべきではなかろう⁶²。その限りで、仮定的意思の探求は、当事者の主観的基準を主位的に、客観的基準を副次的にしてなされるものであり、その意味で両者の共働と評価できよう⁶³。

このように当事者の仮定的意思を探求して、当事者が残部法律行為でも実行するだろうことが認定されるならば、残部有効ということになる。その結果、全部無効となるよりも、残部有効となる傾向があることが指摘されている⁶⁴。なぜならば、無効部分が有効であつたら被害を受けるだろう当事者は、その部分が無ければなおさらその法律行為をしたであろうことが認定されることであろう。したがって仮定的意思が問題となる当事者は、無効部分を放棄することで不利益を被る当事者であることが指摘されている⁶⁵。しかし常に残部有効への仮定的意思が探求されうるとは限らない。

6. 一部無効行為の帰趨

仮定的意思の探求で、当事者が残部法律行為を実行しないであろうことが認定された場合に、全部無効となることに問題はない。しかし、当事者が残部法律行為でも実行するだろうことが認定されない場合、一部無効行為の効力はどのように規制されるべきであろうか。BGB139条はこの場合に全部無効を原則としている。そこでその根拠を検討したい。

(60) *Pierer von Esch*, a. a. O. (Fn.30), S. 77, *Staudinger/Roth* (2003), §139 Rn. 75.

(61) *Pierer von Esch*, a. a. O. (Fn.30), S. 77, *Mayer-Maly*, a. a. O. (Fn. 30), S. 623.

(62) *Pierer von Esch*, a. a. O. (Fn.30), S. 76f.,

(63) *Staudinger/Roth* (2003), §139 Rn. 75.

(64) *Staudinger/Roth* (2003), §139 Rn. 76.

(65) *Kriechbaum*, a. a. O. (Fn.18), S. 63.

先ず、4. でも触れたが、近代民法の大原則である私的自治の原則の関係から、当事者によって仮定的にも意欲されないのに、残部有効として当事者に法的拘束性を認める場合に、どのように正当性があるかが全く明らかでないことがある⁶⁶⁾。つまり、法律行為が強制され、その結果、契約を締結しない自由という消極的締結自由が侵されることになる⁶⁷⁾。

また、当事者によって仮定的にも意欲されないのに誤って残部有効とされると、一方の当事者のみが利益を得るおそれがあり、それが強制されることによって、その結果は回復不可能である。しかし、残部有効が双方の利益となるにもかかわらず、誤って全部無効が認められたとしても、原則的にその結果を回復することは可能である。両当事者が残部行為を再度独立の行為としてなす手間はあるものの、それをなせばすむだけであるからである⁶⁸⁾。

さらに、経験的にも保護に値する当事者の利益となるのが、正に BGB139条が原則とした全部無効となる場合であることも指摘されている⁶⁹⁾。また実際に、この全部無効原則が適用されるような、残部有効への当事者の仮定的意思が疑われることが通例でなく⁷⁰⁾、全部無効は機能しないことが多いと指摘されている⁷¹⁾。だからといって、BGB139条が必要なのは、このような仮定的意思が正に疑わしい場合があるからである⁷²⁾。

しかし法律行為の「一部」は当事者によって「合意」されたもの以外ではありえない。強行法規がある場合を除いて、裁判官が法律行為の無効部分の代わりに当事者の合意外にある別の規制をしてはならない⁷³⁾という制限は当然であろう。

このように私的自治の原則の遵守、結果の比較衡量そして経験等からドイツでは、疑わしい場合に一部無効行為を全部無効とする原則に否定的な説は多くない。特にこの原則を否定する者は、私的自治の原則との関係をどのようにとらえ

(66) Sandrock, AcP 159, S. 497.

(67) Oepen, a. a. O. (Fn. 15), 2000, S. 15, 31.

(68) Oepen, a. a. O. (Fn. 15), 2000, S. 32.

(69) Kriechbaum, a. a. O. (Fn. 18), S. 64.

(70) Oepen, a. a. O. (Fn. 15), 2000, S. 45.

(71) Flume, a. a. O. (Fn. 29), §32 5, S. 581.

(72) Staudinger/Roth(2003), §139 Rn. 76.

(73) Soergel/Hefermehl(1999), §139, Rdnr. 38.

るのだろうか。

7. 終わりに

ドイツでは、一部無効の法律行為は、両当事者の仮定的意思が探求され、その結果によって帰趨が決せられることを見てきた。これは契約自由・私的自治を十分に保障しようという基本思想があり⁷⁴⁾、それがナチス期を経て再確認されたものといえよう。その基本思想を結実したものが正に BGB139条でというべきであろう。

冒頭で引用した日本の通説的見解の出発点は、やはり我妻説⁷⁵⁾であろう。昭和17年という時代性に制約されるものの、契約自由による弊害を指摘し、根本的価値判断を「彼ら（＝契約当事者：筆者注）の創設する契約関係は国家の全体的秩序の一部を構成するものであるから、その対立はこれを包摂する全体的秩序の中に融合調和するものでなければならない」⁷⁶⁾としている。そして、契約解釈も表示された意思を合理・客観的に解釈されることになるが⁷⁷⁾、それに基づき「契約内容を神聖不可侵のものとして、国家はこれに対し全部的に是認するか否定するかの一を選択する他なしとする従来の消極的態度を棄て、契約内容を合理的（下線筆者）に改訂して社会的使命を達せしめんとする積極的態度に推移するものに他ならない」として裁判官の契約改訂権を積極的に肯定している⁷⁸⁾。その上でこの合理的な「裁判官による契約内容の改訂」について、「契約は、財貨の移動を媒介する制度として国家の全体的秩序の一部を構成するものならば、明瞭に表示された合意内容のたとい一部なりとも不合理にして全体的秩序と調和を欠くときは、もはやその効力をそのままに認めえないのはもちろんであるが、さればとて、その際その合意を全部的に無効となし、国家が手を束ねて傍観することは、決して契約をしてその使命を達成せしめるゆえんではない。進んでその契約内容を合理的に改訂し、当事者をこれに拘束してその契約の使命を達せしめるに至っ

74) *Kriechbaum*, a. a. O. (Fn. 18), S.45.

75) 我妻・前掲注²⁵⁾1頁以下。

76) 我妻・前掲注²⁵⁾32頁。

77) 我妻・前掲注²⁵⁾34頁以下。

78) 我妻・前掲注²⁵⁾36頁。

てはじめて、その目的を完うしうるといわなければなるまい。かくのごとく考えれば、裁判官による契約内容の改訂ということは、契約をもって国家の全体的秩序の一部を担当するものとなす現代契約理論の当然の帰結となすべきである」とする⁷⁹⁾。

ここに我妻説の価値判断は如実に現れているといえよう。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」⁸⁰⁾する、という私的自治への不信感が基礎にある。

しかもナチス期のドイツで弱者救済が残部有効によって目的とされたのとは反対に、今では通説・判例⁸¹⁾で一部無効・残部有効が否定されている、芸娼妓契約に関しても、人格を不当に拘束する部分のみを無効とすればよく、残部の前借金契約部分等は当然に有効ということにしている⁸²⁾。

この我妻説のような学説は、4. で扱ったように、私的自治を尊重する態度と正反対の態度であり、ドイツでは今や少数説になりつつある。わが国において、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るうか。

(79) 我妻・前掲注2537頁以下。

(80) 我妻・前掲注258頁。

(81) 最判昭和30.10.7民集9-11-1611。

(82) 我妻・前掲注2536頁。