

莫大損害 (laesio enormis) の史的展開(3・完)

——その法的性質と要件・効果の結びつきを中心に——

堀 川 信 一[※]

- I はじめに
- II ローマ法における価格の自由と C.4.44.2および C.4.44.8
- III 莫大損害 (laesio enormis) への展開 (以上3巻2号)
- IV 近世自然法学における義務論の体系と莫大損害 (以上3巻3号)
- V 19世紀ドイツ私法学と莫大損害
- VI 検討並びに結語 (以下本号)

V 19世紀ドイツ私法学と莫大損害

19世紀に入るとドイツでは新たな立法の中で次々に莫大損害が否定されることとなる。その背後には当時の経済的自由主義の台頭があるが、サヴィニーに始まる「法律行為論」とそれに基づく私法の体系化がある。ここでは、こうしたサヴィニーによる実質的契約倫理の排除について簡単に触れ、それが莫大損害を残存させた諸法典の当時の理解に与えた影響を検討することにした。なおフランスへの法律行為論の紹介は、サヴィニーの著作の仏訳に初まり、サレイユの法律行為論研究によって本格的になされたが²⁸⁸⁾、それはドイツ民法典制定以後のことであり、時代的に本稿の対象外であることから、ここではあつかわない。

1 19世紀の立法状況

まず当時の立法から見ておこう。19世紀ドイツの立法は、総じて莫大損害に対し否定的な立場を取った²⁸⁹⁾。ただし、そこでの批判は莫大損害の法的性質に対す

【一橋法学】(一橋大学大学院法学研究科)第4巻第1号2005年3月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

288) R. Saleilles, De la déclaration de la volonté, contribution à l'étude du droit civil allemande, (1902). がその端緒となった。

289) 大村・前出注15)、115頁以下参照。

る批判というよりは、運用レベルでの困難さに向けられたものであった²⁹⁰⁾。

(1) 商法分野での撤廃

19世紀後半に入ると、まずは商事の分野において莫大損害法理の撤廃が主張されるようになる。

たとえば、ヴェルテンブルク王国商法典草案（1840年）および、プロイセン王国商法典草案（1857年）において、莫大損害法理の撤廃が計画されていた²⁹¹⁾。その後、1861年の一般商法典（ADHGB）286条では、商行為に関して莫大損害による取消を排除した。その理由としては、単なる数量的基準による規制が實際上困難であること、商行為の場合²⁹²⁾には、詐欺による契約の取消を認めれば十分であることがあげられた²⁹³⁾。

(2) 民法分野での撤廃

その後、民法においても「ドイツ民法典の予行練習」と呼ばれるザクセン民法典864条²⁹⁴⁾で莫大損害の廃止が決定された。その理由については、この法理が取引の安全にとり大きな障害となることや、こうした理由から莫大損害の法理を制限しようとした立法（プロイセン一般ラント法・フランス民法典）が存在することが挙げられている²⁹⁵⁾。

さらに、実務上の問題として、実際には取消権が放棄されていることや、掘出し物の売買、特別な愛着による物の売買などの際には、物の一般的価値を判断す

290) 本稿の問題意識からはややそれる分野であるのでここでは概略を示すに留める。

291) Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 105. Anm. 2.

292) しかし、ここで問題となるのは、この286条の適用領域を、商人間の商行為に限るのか、それとも、商人対一般人の間の契約にも適用すべきかが争われたが（Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 107.）立法者は、この規定を可能な限り広く適用すべきであると考え、後者の場合にもこの286条は適用されるとしていた。その理由としては、商人がこの本条の適用の可否をいちいち検討しなければならず、煩瑣であることが述べられていたとされる。最終的には商人間の契約にのみ286条は適用される事となった（Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 107.）。なお、職人と商人の間の契約の場合にも、本条の適用の可否が争われたが、これについても先に述べた立場が維持された（Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 107.）。

293) Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 106.

294) ザクセン民法典864条 給付と反対給付の間に不均衡が存在するというを理由として、一方的に契約を取消することはできず、また、その履行を拒絶することもできない。

295) Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 108.

ることが困難であることが理由とされている²⁹⁶⁾。

このほかに1865年のドレスデン債務法草案も莫大損害法理を否定した。これは草案にとどまったが、後のBGB第一草案に影響を与えたことが知られている。

このように19世紀ドイツの諸立法では莫大損害に対し否定的立場を取った。その理由として、この制度が当時の実務に合致しないものであることがあげられた。では当時現行法であったALRやABGBにおける莫大損害は、どのように理解されていたのだろうか。この問題を検討する前に、まずは当時の私法理論を代表するサヴィニーやそれに続く法学者の見解について確認しておきたい。

2 歴史法学・パンデクテン法学

(1) サヴィニー (Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861) の見解

従来の莫大損害に関する研究においては、サヴィニーの理解をめぐり二つの考え方が存在している。すなわち、サヴィニーが莫大損害に対して否定的立場をとっていたことは確かだが、その完全な撤廃までも意図していたかははっきりしない、という見解²⁹⁷⁾とカントの自律的意思概念を採用したサヴィニーにおいては、莫大損害は明確に否定されるべきものであったとする見解である²⁹⁸⁾。両者の理解の差異はどこから生じたのだろうか。

a) サヴィニーの錯誤論

サヴィニーは莫大損害の問題を次に見るように錯誤との関係で論じている。そこでここでは簡単にサヴィニーの錯誤論（とくに動機錯誤）の特徴についてまとめておこう²⁹⁹⁾。

サヴィニーの錯誤論は『現代ローマ法体系』で主に論じられている。そこでは錯誤について、意思欠缺構成がとられ、錯誤者の重過失や、ABGBのところで検

296) Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 110.

297) 大村・前出注15), 130頁参照。能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制(5・完)」法協103巻6号15頁及び22頁注56) 参照。

298) 筏津・前出注166)『私法理論』121頁以下参照。

299) サヴィニーの錯誤論に関する文献は枚挙に暇がない。本稿では村上・前出注229)及び筏津・前出注166)『私法理論』238頁以下のほかに、野田龍一「サヴィニー「錯誤」論の形成」原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』(九州大学出版会・1988年)229頁以下を参照した。

討した「認識可能性」要件、相手方の錯誤惹起、といった法律行為外在的要素を一切考慮しない³⁰⁰⁾。このように意思欠缺構成から錯誤論の及ぶ範囲を広く拡大した上で、法律行為内在的な制限を加えている。ここで登場するのが動機錯誤無顧慮原則である³⁰¹⁾。サヴィニーはここでの意思を「法律関係形成意思」に限定して動機を排除し、また錯誤が錯誤者を保護する理由を「意思欠缺」にもとめ動機錯誤(=真性錯誤)無顧慮原則を徹底した。

こうして、サヴィニーにおいて動機錯誤は完全に顧慮されないものとされた。

b) 合意瑕疵推定モデルの莫大損害に対する評価

次に『現代ローマ法体系』における莫大損害の扱いから見ていくこととする。一言で言えば、ここでの扱いは極めて小さい。サヴィニーは莫大損害の問題を錯誤との関係で論じているが、その際彼は「過半損害 (laesio ultra dimidium) を理由とする売買の取消もこれ(例外的に顧慮される動機錯誤³⁰²⁾—筆者注)に入れてはならない。というのは、この場合には、物の真の価値に関する売主の錯誤は、確かに起こりうる動機ではあるが、しかし、必然的な動機ではないからである。金詰りからの売却で、買主が暴利的にこれを悪用することもありえ、その場合には錯誤は基礎に存しない」とする³⁰³⁾。

ここでの議論を分析すると次のようになる。まず、錯誤の問題は法律行為論の中に位置づけられることとなる。そして、莫大損害の問題は動機錯誤の問題と位置づけられているが、サヴィニーはこれを否定することを通じて莫大損害の一般法理としての性格を排除している。しかし、これだけを見ると、莫大損害を特別法的に理解した場合には存続可能なようにも読める。このことは、先の引用部分の後段とも関係する。後段部分は損害を被った側が真の価値を認識しながら、その経済的困窮の故に不利な契約を甘受した場合であるが、こうした場合には、錯

300) Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, 1840 (Neudruck 1973), S. 325 ff.

301) その他の諸制限に関しては、野田・前出注299)、275頁参照。

302) 例外的に顧慮される動機錯誤とは、瑕疵担保と錯誤が法律行為の原因 (causa) に関係する場合(この場合には不当利得返還請求訴権が生ずる)である (Savigny, a. a. O. (Fn. 300) S. 358 ff.)。

303) Savigny, a. a. O. (Fn. 300), S. 358 Anm. (a) なお、訳は小橋一郎訳『サヴィニー 現代ローマ法体系(第三巻)』(成文堂・1998年) 319頁注(a)によった。

誤という一般法理ではなく特別法によって解決されるべきであると考えていたようにも読み取れる。いずれにしろ、ここから確実に言える事は、サヴィニーが莫大損害を契約法の一般法理（ここでは合意瑕疵推定モデル）として理解することに否定的立場をとったということである。

c) 正当価格論モデルと弱者保護モデルに対する評価

まず客観的義務である正当価格論モデルによる莫大損害についてであるが、これについて否定されることは間違いないと思われる。そもそもこうした客観的義務に基づく契約倫理を否定し法律行為論を中心とした抽象的な私法体系を形成することこそがサヴィニーの使命であったからである³⁰⁴⁾。

では弱者保護的（特別法的）モデルの莫大損害についてはどうであろうか。ここで参考となるのが按察官の訴権、すなわち瑕疵担保責任である。サヴィニーは、原則論として、よい物と悪い物を交換した場合には、単にその物の事実的關係（有用性と価値）に関するにすぎず、法律上の原因（causa）とは関係なく、したがって不当利得返還請求を生じないこと³⁰⁵⁾、動機錯誤は原則的に無顧慮であること³⁰⁶⁾、などから、瑕疵担保責任のような問題は原則的に無顧慮であることを述べる。しかし、瑕疵担保の問題をこの法規が「完全に実体的なものであること」を理由として、こうした原則に対する実体的例外として認めている。そしてこのことは、莫大損害にもあてはまるのではないかと考える。1802年及び1803年の法学方法論講義には、莫大損害に対する否定的見解が、ローマ法源を与件としつつその適用範囲の限定を意図していたと理解されるとき³⁰⁷⁾、上のような理解も正当化されるのではないかと考える。

このように、先に示したサヴィニーにおける莫大損害採否に関する見解の差異は、莫大損害の理解に関するモデルの違いに帰着するのではないかと考えられる

304) この点を、他律的意思を前提とした私法体系から自律的意思を前提とした私法体系への転換という流れの中で論じたのが、筏津・前出注178)『私法理論』である。特にサヴィニーのパンデクテン体系の構成や法律行為論に関しては、同書183頁以下参照。

305) Savigny, a. a. O. (Fn. 298), S. 360. Anm. (e).

306) Savigny, a. a. O. (Fn. 298), S. 100. u. 343.

307) こうした理解については、大村・前出注15)、130頁中の注32) 参照。Savigny, Jristische Methodenlehre, 1802/03, S. 44

が、いずれにせよ、サヴィニー（そしてこれに続くパンデクテン法学）においては、莫大損害の制度は契約法における一般法理としての地位を失うこととなった。

(2) パンデクテン法学

サヴィニーによって作り出された私的自治の論理の形式的貫徹は、場合によっては過度に及んだと評されることもある³⁰⁸⁾。しかし、サヴィニーにおける体系構成の主目的が、固定化された実質的秩序の諸々の具体的内容を度外視するための抽象化であったとすれば、具体的利益衡量の観点の欠如を非難することは妥当ではない。具体的な利益衡量をもって体系の内容を充たすことは彼らに続く世代の法学者の任務であった。

パンデクテン法学の代表者として、とくに重要であるのがイエーリング (Rudolph von Jhering, 1818–92) とヴィントシャイト (Bernhard Windscheid, 1817–1892) である³⁰⁹⁾。

a) ヴィントシャイト—法定解除権としての莫大損害—

後述するイエーリングが莫大損害の問題には直接言及しないのに対して、ヴィントシャイトは、その『パンデクテン教科書』³¹⁰⁾において、莫大損害に言及している。ここでのヴィントシャイトの記述は、莫大損害の要件や効果に関する一般的な理解を述べるにすぎず、その採否に関しては特に論じていない³¹¹⁾。しかし、ヴィントシャイトの記述の中で特に重要であるのは、まず、莫大損害が売買契約に特に認められる「解除権 (Recht des Rücktritts)」であると明言していることである（特に法定解除権 (gesetzliches Rücktrittrecht)）³¹²⁾。これまで、*rescissio* や *Aufhebung* という言葉によって表現されてきた莫大損害に基づく契約解消権はここで初めて「解除権」として明確に論じられることとなる。このことは単に

308) 例えば、錯誤を意思欠缺と理解し、動機の錯誤を排除する論理や、物権行為の無因性、独立性、代理における本人行為説などである。

309) そのほかにヴァンゲロウ (Karl Adolph von Vangerow, 1808–70)、ブリントツ (Aloys Brinz, 1820–87)、アルンツ (Ludwig Arnts, 1822–80)、ベッカー (Ernst Immanuel Bekker, 1827–1916)、レーゲルスベルガー (Ferdinand Regelsberger, 1827–1916) などがいるが、紙幅の関係から本稿では扱わない。

310) Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandectenrechts*, 3. Aufl. Düsseldorf, (1870).

311) Windscheid, a. a. O. (Fn. 310), S. 450 ff.

312) Windscheid, a. a. O. (Fn. 310), S. 450.

言葉の上での問題ではなく、「(この規定の一筆者注) 委細に関しては、瑕疵 (Fehlerhaftigkeit) による解除に関する規定の類推が決定的であらねばならない」と述べるときより明確である³¹³⁾。

このようなヴィントシャイトの理解は、先にサヴィニーのところで筆者が述べた点と一致する。つまり、莫大損害は以前の一般的契約法理としての位置づけを失い、瑕疵担保と並ぶ売買契約に特有の法定解除原因として理解されていたのである。

b) イェーリング—競争による等価の実現—

以上の観点とは異なる視点で、イェーリングは給付の均衡の問題に言及している。まず簡単に彼の法学一般の立場を紹介しておく、イェーリングは、サヴィニーやプフタの概念法学を継承したが、のちにこれを批判し「利益法学」の端緒を作り上げた。そこでの利益とは「公益」であった。こうした視点から、イェーリングは価格の自由と正義の問題を扱っている。

①「利己心の社会的調整」としての競争

イェーリングはその著書『法における目的』第1巻の第7章「社会的機構および社会活動の梃子」の中で等価性の問題を扱っている³¹⁴⁾。

まず、イェーリングは単なる好意は取引の目的を達するには不十分であるとして、有償の原理を論ずる。この有償の原理とはすなわち応報思想 (Gedanken der Vergeltung) であるとする³¹⁵⁾。その際に契約当事者間で交換される報償は、必ずしも等価 (Aequivalent) であることを要せず³¹⁶⁾、また「報償の決定は個人的決定の問題である。法律はその場合において、利己心が決定的標準でありかつ

313) Windscheid, a. a. O. (Fn. 310), S. 451. なお同様の見解にたつものとして、ウァンゲロウ、ジンテニスが参照されている。

314) Jhering, Der Zweck im Recht, Göttingen, Bd. I, 1877. S. 100 ff. イェーリングはこれをさらに利己的 (低級の) 動因と道徳的動因に分けている。そして、とくに本稿で扱う給付間の等価性の問題は前者の問題として扱われている。

315) イェーリングはここでは、取引生活における有償の原理は、いわゆる一般的思想たる応報の特例であるとし、ほかに刑罰思想もその例に挙げている (Jhering, a. a. O. (Fn. 314), S. 123 f.)。

316) Jhering, a. a. O. (Fn. 314), S. 140. ここでは等価とは「給付と反対給付の間の同等を意味」とし、それは「取引の経験に基づいて物および給付の価値に照らして測定される」と述べている。

正当な標準であることを認めている」とする³¹⁷⁾。しかし、他方で、こうした自由に対する外部的規制原理の必要性について触れ³¹⁸⁾、そうした原則として給付間の「等価性」をあげている。彼は、この等価を「取り引きにおける正義の理念の実現」とし、「等価の原理をすべての関係のうちに出来るだけ実現することは取引生活における主要任務の一つ」とであると述べている³¹⁹⁾。

イエーリングは、この等価を達成するための手段として「競争」を考えていた。というのも、高額で売りつけようとする売主の利己心は、安く買おうとする買主の利己心によって制限され、最終的にはそれは等価に近づくからであるとする。こうして、イエーリングは「競争は利己心の社会的自己調整であると」と明言している。

②競争制限要素と等価性

彼は、このように競争による利益調整によって等価に達することをおおむね妥当であるとするが、こうした競争が働かない場合についてそれが一時的な場合³²⁰⁾と恒常的な場合があることを述べている³²¹⁾。

そして、前者の場合よりも後者の場合にこそ、法はそうした搾取の跋扈に対して規制を及ぼす必要があることを述べている。こうした規制として、法定価格や利息制限、高利に対する罰則などが存在したが、そのほとんどは不成功に終わり、現在では白眼視されるに及んでいとされる。しかし、イエーリングは、「一方において取引界においては利己主義以外に動力がないことを確信するとともに、

317) Jhering, a. a. O. (Fn. 314), S. 141.

318) Jhering, a. a. O. (Fn. 314), S. 142. 「本性上飽くことを知らない利己主義に対してその自らのうちに有しない制限を外部から加えるための指導たるべき確定的原則を社会は必要とすることを自白しなければならない」と述べている。

319) Jhering, a. a. O. (Fn. 314), S. 142.

320) Jhering, a. a. O. (Fn. 314), S. 144. こうした場合に一方当事者は相手方に対して法外な要求をすることとなりそうだが、イエーリングによればそうはならないとする。つまり、一時的な利己的搾取が将来の自己の利益を減らす可能性をもたらすからであるとする。そして、「競争すなわち社会的抑制が作用しないような場合にあって、将来に対する関心が利己心の個人的自己調整となる」と述べている。

321) Jhering, a. a. O. (Fn. 314), S. 145. 具体例として、宿屋で急病人が発生したとき、そこに医師や調剤師が一人しかいない場合や、手術は済んだがまだ止血法を施していない場合のように、まだ患者が医師の支配下におかれているような場合があげられている。

他方で、利己心が度を越えて社会の発展を脅かすときは国家はこれを抑制する職権を有する」と断言し、また、「その内容が違法または良俗に反しない限り契約としては法律の保護を正当に要求するという見解」は「最も由々しき誤り」であると述べている。そして、最後に「個人に便宜なるものすなわち自由は、万人のために利なるもの、すなわち、正義に従属せねばならぬ」と締めくくっている³²²⁾。

以上のようにイエーリングは、莫大損害には直接触れないものの給付の均衡の問題を、「法における目的」という観点から基礎付けた。そして、それは国家の権能として、つまり私的自治の範囲の外の問題として理解されるものであった³²³⁾。

(3) まとめ

以上のように、サヴィニーによって基礎を与えられたパンデクテン法学において、莫大損害はかつてのような有償双務契約を支配する法理としての地位を失っている。ヴィントシャイトはこれを売買契約に特有の法定解除権と位置づけ、また、イエーリングは個人的暴利は最終的には個人の利己心によって克服されるものであり、国家によって禁圧されるべきは社会構造より生ずる暴利（社会暴利）であると述べている。

このようにサヴィニーにおいても、ヴィントシャイト（イエーリングについてはやや不明確であるが）においても、莫大損害を錯誤のような法律行為の一般理論と結びつけることはもはや不可能となっていたことがここより明らかである。

3 オーストリア法への法律行為論の影響と莫大損害

オーストリア一般民法典は、先に紹介したように、「総則」を有せず法律行為概念やその下での意思表示に関する規定を持っていなかった。しかし、1916年の一部改正により「契約および法律行為一般 (Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt)」というタイトルが859条以下の規定に与えられた。こうした改正の背景には、ドイツ民法典における法律行為論の採用があるが、さらにその背

322) Jehring, a. a. O. (Fn. 314), S. 148.

323) なお、イエーリングが念頭においていたのは、個人暴利ではなく、社会暴利（階級差や社会構造から生ずる暴利）であったことが伺える。

後には、オーストリア・パンデクテン法学の形成がある。

ここでは、同時代を代表する法学者ウンガー、ハーゼンエール、プフェルシェの見解について検討する。

(1) 法律行為論・錯誤論へのサヴィニーの影響—ヨーゼフ・ウンガー—

a) 法律行為一般

ウンガーは『オーストリア一般私法の体系』において莫大損害を扱ってはいない³²⁴⁾。法律関係の発生と終了については、同書第2巻第4部で論じられているが、本稿との関係では第17章「法律行為」が重要である。

まず法律行為一般についての説明を見ていくと、ウンガーは法律行為 (negotia, negotia juris) を「法律関係の発生、変更、消滅を直接に目的とし、かつ本質的に原因となる行為 (意思表示)」である³²⁵⁾とする。そして、法律行為が存在しうするためには、行為の意思が権利変動の発生へとむけられているだけでは不十分であり、権利変動の発生に関して意思の合致が本質的であらねばならず、その結果、法的効果の発生が、それへと向けられた意思によって因果的に規定されていることが必要であるとする^{326, 327)}。このようにウンガーは法律効果の発生を意思のみによって説明している。

法律行為の構成要素 (Bestandtheile) は、本質的なもの (essentialia, substantia negoti) と非本質的なもの (naturalia negoti, accidentia negoti) に区別されるところとして、要素、常素、偶素の区別を採用している³²⁸⁾。最後に、法律行為の有効要件として、当事者の権利能力・行為能力の有無、意思の内容の法的実現可能性

324) Joseph Unger, System des Österreichischen allgemeinen Privatrecht, (1856) Bde. 2

325) Unger, a. a. O. (Fn. 324), Bd. II, S. 40 なお、ウンガーはこうした定義について、プーフホルツの見解を参照している (Unger, a. a. O. (Fn. 324), S. 40. Anm. 1 a)。

326) Unger, a. a. O. (Fn. 324), Bd. II S. 40.

327) このあと、ウンガーは、単独行為 (negotia unilateralia) と複数当事者 (zwei oder mehrseitige) の行為 (negotia bilateralia) の区別、有償契約、無償契約の区別、最後に死因行為 (negotia mortis caus) について述べているがここでは省略する (Unger, a. a. O. (Fn. 324), Bd. II. S. 40-42)。

328) Unger, a. a. O. (Fn. 324), Bd. II. S. 42 f. 要素とは、契約が成立するためには最低限度必要な部分を意味し、常素とは、契約が成立すれば、当事者がとくに排除しない限り当然に認められるものをいい、最後に偶素とは、当然に認められるわけではないが契約当事者がとくに合意した内容を言う。

と法的許容性が述べられている³²⁹⁾。

このようにウンガーにおいては、明確にサヴィニーの法律行為概念が意識されている。これは後述するハーゼンエールが法律行為の問題をあくまで債権の発生というレベルでのみ論じていることと大きく異なる点である。

b) 錯誤論

このように法律行為一般についての説明をした後で、同章第3節で「法律行為時の意思表示」の問題に言及する³³⁰⁾。ここでは、本稿にとって重要である錯誤と詐欺に関してみていくこととしよう³³¹⁾。

ウンガーは、まずサヴィニーに依拠しつつ、動機錯誤が原則的に顧慮されないことを指摘する。その理由としては、意思を生み出す觀念に誤りがあったとしても、それでもなお意思は存在することをあげている³³²⁾。しかし、こうした動機錯誤が顧慮される例外が存在するとして、動機錯誤が契約締結への唯一の誘引であった場合と、詐欺によって動機の錯誤が生じた場合の二つを上げる³³³⁾。以下ウンガーはおもに詐欺について述べており、錯誤に関しては以上のほかには言及されていない。このように、ウンガーは ABGB が取っていた相手方の錯誤惹起や、認識可能性要件について全く触れていない。このこともサヴィニーと一致する点である。このことと莫大損害の問題を比較すると、動機錯誤が顧慮される場合が極めて厳格に理解されていることから、ウンガーは給付不均衡から錯誤を推定する莫大損害に対して否定的な評価をしていたことがわかる。

(2) 莫大損害の体系的位置づけ

ウンガーが莫大損害に言及していないのに対し、オーストリア・パンデクテン法学を代表するハーゼンエールは、その著書『オーストリア債権法』³³⁴⁾で莫大損

329) Unger, a. a. O. (Fn. 324), Bd. II, S. 43 f.

330) なお、同節は A で「意思 (Der Wille)」というタイトルの下、1. 意思決定 (Willensbestimmung) と 2. 意思表示 (Erklärung des Willens)、3. 意思と表示の関係 (Das Verhältnis des Willens zur Erklärung) について論じている。

331) ただし、錯誤と詐欺が一つの款にまとめて論じられているのに対して、強迫 (Zwang) については独立して扱われている上に、その分量も錯誤・詐欺に比して多い (Unger, a. a. O. (Fn. 324), Bd. II, S. 44–51)。

332) Unger, a. a. O. (Fn. 324), Bd. II, S. 51 f.

333) Unger, a. a. O. (Fn. 324), Bd. II, S. 52 f.

害について論じている。彼はこの制度を同書の第4巻『債権の取消』の第1章「履行」で扱っている。これに対して、錯誤の問題は第2巻『債権の発生』の第1部「契約」第4章「意思表示」で扱われている。第2巻第1部は契約の概念を述べた後、契約当事者の能力、契約内容、意思表示、契約の無効について述べている。このように錯誤が契約成立上の問題として捉えられている一方で、莫大損害の問題が履行の問題として捉えられていることは注目すべき点である³³⁵⁾。より具体的に見ていくと、同章第1節は「履行給付」として、履行の概念、履行の効果、有償双務契約における履行義務の修正、破産について扱い、第2節では瑕疵担保について扱っている。莫大損害はこのうち、「有償双務契約における給付義務の修正」のなかで「同時履行の抗弁」と並んで論じられている。

このことは、前述のヴィントシャイトの位置づけ類似する。ハーゼンエールは莫大損害を「法定解除原因」とはしていないが、履行の問題と位置づけている点に関しては極めて類似する点である。

(3) 錯誤論との関係

a) ハーゼンエール

ハーゼンエールは、まずサヴィニーに依拠しながら、原則的に、錯誤は契約の効力に影響を及ぼさないとしつつ³³⁶⁾、例外的に錯誤が契約の効力に影響を及ぼす場合があるとする。そして、そのような例外的事例の決定に関しては、取引の安全を重視する見解と、意思を重視する見解という対立する二つの理論があるとするが本稿では立ち入らない。

ハーゼンエールはこの後、錯誤には本質的錯誤と非本質的錯誤の区別があることを述べ、前者に関しては、ローマ法以来の類型に従った説明をしている。この場合、相手方による錯誤の惹起についての説明もされているが、以上のなかで莫

334) Victor Hasenöhr, Oesterreichische Obligationsrecht in systematische Darstellung mit Einschluss der Handels und Wechselrechtlichen Lehren. Bde. 4., Aufl. 2., 1892. なお各巻のタイトルを示すと次の通り。第1巻「債権の本質」、第2巻「債権の発生」、第3巻「債権の変更」、第4巻「債権の取消」。

335) なお、莫大損害のこうした体系的位置づけが今日もなお維持されていることについては、Koziol-Welser, a. a. O. (Fn. 10) 参照。

336) Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. II. S. 591 f.

大損害との関係に言及するものは見当たらない。ここからも、莫大損害が意思表示の問題と区別されていたことが明らかである。

b) プフェルシェ

プフェルシェは、『オーストリア私法の錯誤理論』³³⁷⁾において、債権契約における錯誤の検討にあたり、その前提問題として莫大損害を扱っている³³⁸⁾。プフェルシェはまず、莫大損害の効果として、契約からの離脱と補充権が存在することを確認した上で、「つまり、ここでは、理論的にそれに対応する錯誤の事例の場合とは全く異なる効果が発生する。後者の場合（錯誤の場合—筆者注）には、契約は相対的に無効となり、その効果は発生すらしなかったものとして扱われるが、ここでは（莫大損害—筆者注）、契約は有効に成立したものとみなされるが、その効果が事後的に排除される」と述べ、錯誤との効果の違いを明らかにしている³³⁹⁾。

そして、こうした違い生ずる理由として、「この法的手段の意図するところが、交換行為において、その存在が著しい反対給付との不均衡の中に徴表されるところの正当な価値をもたない全ての事象に対する救済の保障へと向けられている」からであるとする³⁴⁰⁾。そして、この法的手段が、上のような性質から、その立証責任を原告から被告へと転換していることを述べている³⁴¹⁾。

最後にプフェルシェは莫大損害の取消権と錯誤無効との差異について述べている。それによると、錯誤は契約の無効へと導く構成要件であるのに対して、莫大

337) Emil Pfersche, Die Irrtumslehre des oesterreichischen Privatrechts mit Berücksichtigung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Graz. 1891 なおプフェルシェの錯誤論一般については、磯村哲「錯誤論考—歴史と論理—」(有斐閣・1997年) 241頁以下、須田・前出注256)に詳しい。

338) Pfersche, a. a. O. (Fn. 337), S. 111 ff.

339) Pfersche, a. a. O. (Fn. 337), S. 111. なお、こうした区別は、実務的には重要ではないが、しかし、個々の事例において、目的物を受領したものが破産 (Concurrense) した場合に重要になるとしている (Pfersche, a. a. O. (Fn. 337), S. 111. なおここでは先に紹介したハーゼンエール (Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. II. 417 f.) が参照されている)。

340) Pfersche, a. a. O. (Fn. 337), S. 112.

341) Pfersche, a. a. O. (Fn. 337), S. 112. なお、プフェルシェは、莫大損害による取消権が排除される諸事例について述べた後、それらが、取消を主張された相手方の抗弁に属することを述べている。

損害がその構成要件として単なる給付と反対給付の不均衡という外見的メルクマールを採用しているとする。

以上のようにプフェルシェは、ハーゼンエールが莫大損害と錯誤の関係について明言しないのに対して、莫大損害と錯誤の相違点を強調する。プフェルシェがこのように莫大損害と錯誤の区別を強調するのは、彼が基本的に錯誤者に不利益な諸関係は、帰責性のない承諾者に帰せられるべきではないとの考えに立っていたことに由来する³⁴²⁾。ここから、莫大損害は、こうした原則の例外として理解されることとなる。

(4) 規定の解釈について

a) 適用領域について

ハーゼンエールは、初めに莫大損害の系譜について簡単に述べた後³⁴³⁾、その規定の内容に触れている。まずハーゼンエールは、ABGB934条と935条の規定のあいまいさを指摘する。つまり、934条はその適用範囲を双務行為 (zweiseitig verbindlichen Geschäfte) に及ぶとしているが、935条ではこれに対し、有償契約に限定しているとする³⁴⁴⁾。ただ、ハーゼンエールはこのことの原因を、法典が契約の有償性と双務性を明確に区別していないことに由来すると述べている。そして、ハーゼンエールは、この法的手段の適用領域は、契約当事者が相互に自己の給付に対する均衡を維持することを意図したが、しかしその意図が達せられなかった場合に及ぶとしている³⁴⁵⁾。つまり、そもそもこうした意図が存在しない無償契約については適用が無い³⁴⁶⁾。したがって、莫大損害は有償契約に適用されることとなる³⁴⁷⁾。

b) 935条の例外規定について

342) Pfersche, a. a. O. (Fn. 337), S. 269–271.

343) Hasenöhl, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 417 f.

344) Hasenöhl, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 418.

345) Hasenöhl, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 418.

346) Hasenöhl, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 418 具体例として、片務契約である贈与契約、不完全双務契約である無利息の消費貸借契約、使用貸借、無償寄託があげられている。また、同書同頁注9)では、これに加えて、契約当事者が有償契約と無償契約を混合して締結しようとした場合である混合贈与契約 (いわゆる友人売買) も含むとしている (Hasenöhl, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 418, Anm. 9)。

このように、この制度が有償契約における一般原則であることを述べた上で、その例外について述べている。まず、利息付消費貸借については特別法が存在しそちらが適用されること³⁴⁸⁾、射倖契約、和解契約、裁判上の競売、商行為、についても莫大損害が排除される。また、当事者が取消権を放棄した場合も同様に適用が無いことを述べている³⁴⁹⁾。

つぎに、給付と反対給付の不均衡の判断にあたっては、契約締結時におけるその物の一般的価値によって計算され、その立証責任は取消権者にある³⁵⁰⁾。

被害者が取消権を行使するためには、給付間の価値の割合についての錯誤に陥っていることが必要である³⁵¹⁾。したがって、とくに、特別な愛着から（あるいはその他の理由から）市場価格をはるかに上回る価格で契約を締結すると明示した場合には、取消権は排除される³⁵²⁾。なお、この錯誤が、過失に基づくものであったか、錯誤の存在が被害者の相手方に知られていたかどうか、ということはここでは問題にならないとする³⁵³⁾。

c) 効果について

効果に関しては、被害者による契約の取消と、その相手方による追加金支払いによる契約維持が述べられている³⁵⁴⁾。ハーゼンエルはこの取消権と追加金支払いによる契約の維持の関係は、選択債権ではなく、任意債権（補充権）であると

347) Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 419. 具体例として売買契約と交換契約がとくに重要であることが指摘されているが、賃金契約、賃貸借契約 (Bestandvertrag) があげられている。

348) Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 418.

349) Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 419.

350) Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 419.

351) Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 421. なおハーゼンエルは、ローマ法においてはこの制度は困窮に迫られた売主を保護する制度であったことから、取消権者である売主が真の価値について認識していたとしても、取消権は排除されなかったと述べている（同様の見解をとる論者としてヴィントシャイト、ジンテニス、ヴァングロウなどが紹介されている Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 421. Anm. 26)。なお、ツァイラーがこの制度を、契約当事者の困窮と錯誤の両方にその根拠を置いていたことに関しては、本稿Ⅲ, 3, (2) 参照。

352) Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 421.

353) Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 421. すなわち、莫大損害によって推定される錯誤は871条以下の錯誤とは異なることを示している。

354) Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), Bd. IV, S. 422.

する³⁵⁵⁾。この問題に関連して、プフェルシェは、目的物が返還可能な場合にのみ取消権を行使することができるとする見解に対して、それが、934条の文言を不当に解釈していること、また、目的物の隠れた瑕疵によって目的物の価値の減少・滅失が生じた場合には、この見解が非常識な結論をもたらすと非難している³⁵⁶⁾。そして、この問題については、法律上に規定を欠く以上、瑕疵担保による解除（die Redhibition nach ädilistischem Recht）の場合のように扱うと述べている³⁵⁷⁾。結論としては、目的物返還が不能になった場合には目的物の受領者は履行利益の賠償をすることとなり、これによって、代金返還請求が消滅することはないとする³⁵⁸⁾。このようにパンデクテン法学の影響は莫大損害の規定の解釈に変化をもたらさなかった。

(5) まとめ

かつて、ツァイラー莫大損害を錯誤の推定として位置づけたのに対し、ハーゼンエール、ウンガー、プフェルシェのいずれもが、莫大損害と錯誤の係に言及しないか、あるいは両者の差異を強調する態度を示している。そして、ツァイラーと彼らの理解の相違の原因は、サヴィニーの錯誤論の影響があるのではないかと考えられる。とくに、ドイツ民法典の予行演習とも呼ばれるザクセン民法典

355) Hasenöhr, a. a. O. (Fn. 334), S. 422 つまり、取消権者は不当利得返還請求権と追加金支払いによる契約維持を選択することはできない。

356) Pfersche, a. a. O. (Fn. 337), S. 113.

357) Pfersche, a. a. O. (Fn. 337), S. 113 f. つまり、瑕疵担保の規定によると、損害を蒙った側の請求はまず行為の解消が承認されることへと向けられるが、解消が判決される場合には、そこから目的物返還請求と代金返還請求という二つの独立した請求権が発生する。この二つの請求権の間には牽連関係的な拘束 (synallagmatischer Verbindung) は存在しない。つまり、損害を蒙った側の請求は、ある意味で物の返還への反対請求の実現に条件付けられているといえるが、しかし、双務契約の性質を形成するところの両給付の内容的な依存関係は存在しない。つまり、契約解消の目的はこのような依存関係を排除することにある。それゆえ、ABGB 1447条の規定に従い、反対請求の運命は完全に独立したものであるとすべきである。つまり、損害を蒙った側が物の返還を実現することができず、原状へと回復することができない場合でも、少なくとも、譲渡人に履行利益を賠償することへと義務付けられる。しかし、彼は、それによって売買代金の返還請求を喪失することはないとする。このようにプフェルシェは、目的物の返還義務と、代金返還義務が成立上の牽連関係にないことを理由に、一方の消滅が他方の消滅を導びかないことを主張する。

358) Pfersche, a. a. O. (Fn. 337), S. 114.

の起草に当たったウンガーに特にこうした影響が見られる。ウンガーが莫大損害に言及していないのは、彼が法律行為概念を取り入れ、それに基づく錯誤論を展開したからである。しかし、こうした学説上の変化にもかかわらず、その具体的解釈論等に変化はなく、莫大損害規定は今日もおオーストリア一般民法典の中に残存している。

4 パンデクテン体系からのプロイセン一般ラント法の理解

プロイセン一般ラント法は、法典の無欠缺性原則の結果として、1798年まで先例や注釈書による解釈が禁じられていた³⁵⁹⁾。こうした背景から ALR が学問の対象となったのは、1826年以降であったとされる³⁶⁰⁾。そしてこの時代はすでにパンデクテン法学の時代であった。ここでは、プロイセン私法をパンデクテン体系的叙述によって論じた、コッホ (Christian Friedrich Koch, 1798-1872)、ボルネマン (Friedrich Wilhelm Ludwig Bornemann, 1798-1864)、フェルスター (Franz Aaugst Alexander Förster 1819-1878) とデルンブルク (Heinrich Dernburg 1829-1907) の見解を検討する³⁶¹⁾。

(1) 錯誤論

フェルスターはその著書『プロイセン私法』³⁶²⁾および、『普通ドイツ法の基礎における今日の普通プロイセン私法の理論と実務』³⁶³⁾において莫大損害について論

359) いわゆる「注釈の禁止 (Kommentierungsverbot)」である。ALR 序編第6条には「将来の判決に際して、法学教師の意見または裁判官の過去の言明は、なんら考慮されてはならない」と規定されている。この原則について詳しくは、H. シュロッサー著／大木雅夫訳『近世私法史要論』(有信堂・1993年) 103頁参照。

360) シュロッサー・前出注359)、103頁参照。

361) シュロッサーは、この二人によってプロイセン私法の学問的研究がそのパンデクテン体系的叙述において頂点に達した、と指摘している。シュロッサー・前出注359)、103—104頁参照。

362) Förster, Preußisches Privatrecht, 4 Bde., 7 Aufl. 1786. 同書の第7版は、カッセル上級裁判所の所長であったエキウス (Max Ernst Eccius, 1835-1918) による改訂版である。エキウスもまた、デルンブルクやフェルスターと同時代のプロイセン私法学を担った人物であるが (ヴィーアッカー・後掲注372) 420頁)、私法に関する体系的著作はみられず、また本稿の扱う問題について述べる論稿も見られない。

363) Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des heutigen deutschen Rechts, 1865-72. (以下 Theorie und Praxis)。

じている。この議論の検討の前に、まず彼の錯誤論から確認しておこう。

フェルスターは、『プロイセン私法』のなかで、「法律行為の本質」について論じたのち、意思決定の自由の問題の一つとして、錯誤について論じている³⁶⁴⁾。フェルスターは錯誤を意思の内的自由そのものが欠ける場合として、強迫と対比して論じる。この錯誤について、彼は、法律錯誤と行為錯誤の区別、本質的錯誤と非本質的錯誤の区別、動機錯誤と誤表の問題にふれ、最後に法律効果の問題に触れる。ここでは彼の動機錯誤の扱いについてみておこう。かれは、先に本質的錯誤の例を紹介した後、「その他の場合における錯誤は非本質的であり、誰も意思表示を挫折させることはできない」としている³⁶⁵⁾。そして、「同様に非本質的であるのは誤った動機である」としている。このようにフェルスターは動機錯誤を非本質的錯誤として原則顧慮しないことを述べているが、それが慈善的行為に関する唯一の原因であるときには、こうした原則は適用されないことを述べている³⁶⁶⁾。フェルスターの動機錯誤に関する議論はこれだけで、あとは何も述べられていない。動機錯誤に関しては、コッホもほぼ同様の説明をしている³⁶⁷⁾。

(2) 莫大損害の法的性質について

a) 契約自由の原則の確認

コッホは、『普通プロイセン債権法』³⁶⁸⁾第3巻第3章第2節で莫大損害について論じている³⁶⁹⁾。その前提として、ここでは、冒頭で双務契約の意義が述べられ、そこではこの契約類型が、契約当事者が互いに利益の獲得を目的としていることが述べられている。そして、ここから、「一方の給付に対する他方の給付のどの程度の不均衡が、請求することやその契約から離脱することの基礎であるか」と

364) Förster, a. a. O. (Fn. 362), S. 149 ff.

365) Förster, a. a. O. (Fn. 362), S. 160.

366) Förster, a. a. O. (Fn. 362), S. 161.

367) Koch, Das Recht der Forderung nach gemeinem und preußischem Recht, Bd. I, 1836, S. 126. コッホは動機錯誤が本質的錯誤として顧慮される事例として、原因に基づく不当利得返還請求訴権 (condictio ob causam datorum) や非債弁済 (condictio in debiti) の場合を挙げる。

368) コッホは『コンメンタール (Koch, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. 1862)』も著しているが、叙述内容が条文の説明に終始していることから、本稿では前出注367) の『普通プロイセン債権法』を参照した。

369) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 588 ff.

いう問題が生ずるとする³⁷⁰⁾。しかし原則として、ごくわずかな不均衡によってのみ契約が解消されるとすれば、取引の安全が害されることが述べられている³⁷¹⁾。

またデルンブルクも、その著書『プロイセン私法 (Lehrbuch des preußischen Privatrecht)』(3 Bde., 1871-1880)³⁷²⁾で、売買契約における価格の高さについて論じている。まず「近代私法は価格の決定を契約当事者の自由な合意にゆだねている」と原則論を述べている³⁷³⁾。従ってその地域における当該目的物の平均的価格より高く売ったり安く買ったりすることが認められるとする³⁷⁴⁾。国家はこれに対しては原則的には不干渉であり、市場における自由な競争によって価格の均衡がもたらされるとする³⁷⁵⁾。そして、国家による価格形成はごく限られた特定の事例においてのみ認められるとする³⁷⁶⁾。

b) 莫大損害の法的性質

コッホは以上の契約自由の原則によっても、その不均衡が重大である場合には、「自然的衡平感 (natürliche Billigkeitsgefühl)」によって適切な限界が設定されるべきであるとする³⁷⁷⁾。こうして認められたのが C. 4. 44. 2 であり、後に莫大損害と呼ばれる制度である³⁷⁸⁾。そして、この制度は売主側の錯誤、不知、困窮に配慮した制度であると述べている³⁷⁹⁾。その根拠は、売主は物の所有者であり、そして、彼がその物の価値を認識しかつ困窮によって、不利な売買へと強制されたのだな

370) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 589.

371) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 589. 行為能力を有する当事者が契約を締結することが一般的であることがその理由とされている。

372) なおこの書は、「同時代の多くの他の私法教科書 (ヴィントシャイト) より、法的事実と取引の必要性とを考慮する点で傑出している」(クラインハイヤー/シュレーダー編小林孝輔訳『ドイツ法学者辞典』学陽書房・昭58年64頁)、またヴィーアッカーによっても、高い評価を受けている (ヴィーアッカー著/鈴木禄弥訳『近世私法史』(創文社・昭36年) 532頁)。

373) Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrecht. Bd. I, (1875) §136, S. 309.

374) Dernburg, a. a. O. (Fn. 373), Bd. I, S. 309. なお同頁注1) では、D. 19. 2. 22. 3 が引用されている。この学説彙纂の法文に関しては、本稿第一章参照。

375) Dernburg, a. a. O. (Fn. 373), Bd. I, S. 309, 310.

376) Dernburg, a. a. O. (Fn. 373), Bd. I, S. 310. デルンブルクはその例として、調剤師が売りに出している医薬品の価格、公証人や弁護士がとる手数料をあげている。

377) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 589.

378) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 590.

379) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 591.

い限り、目的物を非常に安く売することは自由であるからだとする³⁸⁰⁾。コッホはこのようなに双務契約の一般原理にかかわる問題として莫大損害について述べている。

また、ボルネマンも、その著書『プロイセン私法の体系的叙述』³⁸¹⁾の第3巻で莫大損害について論じ³⁸²⁾、この制度を規定どおり錯誤の推定として位置づけている³⁸³⁾。

これに対してデルンブルクは、価格統制とならび、「自由な価格決定の制限は、さらに過半損害による取消権においても存在する」として、この制度について論じているが³⁸⁴⁾彼は、この制度の沿革にふれ、そこからこの制度が弱者保護から認められたものであるとして、この制度の特殊性を強調する³⁸⁵⁾。

フェルスターの莫大損害論について、まず『プロイセン私法』のほうから見ていくと、莫大損害に関しては、第2巻第127節の「売買契約の取消」で論じられている。同節のAでは、一般ラント法では、契約法一般に妥当する契約解消原因の中で売買法に規定されているものとして、引渡し前後における双方の合意による契約解消³⁸⁶⁾と履行遅滞による一方的な契約解消³⁸⁷⁾があることを述べている。そして同節のBで、「普通法によって採用されたがラント法上有するようになった売買に関する特別の取消原因」として莫大損害について述べている³⁸⁸⁾。

フェルスターは、はじめに莫大損害がローマ法に由来し、それがローマ法上の価格形成の自由に対して、皇帝が「人間的である (humanitas est)」という言葉

380) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 591.

381) Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 6 Bde., 1834–1839.

382) Bornemann, a. a. O. (Fn. 381), Bd. III. S. 38 ff

383) Bornemann, a. a. O. (Fn. 381), Bd. III. S. 38.

384) Dernburg, a. a. O. (Fn. 373), Bd. I, S. 310.

385) Dernburg, a. a. O. (Fn. 373), Bd. I, S. 310. C. 4. 44. 2 が、小土地所有者が困窮に迫られ土地を安く売ってしまうという状況から、ディオクレティアヌス帝がこうした土地所有者の救済手段として勅令を発したものであると説明する。そして、中世以来この制度は、グロッサトーレンの支配的見解においては、売主の錯誤と買主の悪意 (Dolus) の推定として理解されることになったと指摘する。そして、こうしたことを基礎として、買主にも莫大な損害 (laesio enormis) を理由として取消権が認められるようになったと述べている。

386) Förster, Preussisches Privatrecht. Bd. II. §. 127, S. 84.

387) Förster, a. a. O. (Fn. 386), Bd. II. S. 84.

388) Förster, a. a. O. (Fn. 386), Bd. II. S. 85 ff.

によって特に導入したものであると述べている。しかし、一般ラント法の編纂過程ではこの制度に対する反感がもたれ、唯一スワレツのみがこの制度に対して賛意を示したと述べている³⁸⁹⁾。なおコクツエイ (Cocceji) ら反対者たちは、その根拠をグロチウスやプーフENDORF、トマジウスらの自然法論に求めたとされる³⁹⁰⁾。

ではつぎに『理論と実務』のほうを見ていく。莫大損害は同書の第2巻で扱われている³⁹¹⁾。ここでのフェルスターの論述スタイルは、先の著作が莫大損害の要件・効果を条文に従って忠実に説明するものであったのに対して、ここでは、莫大損害の体系的な位置付けや、莫大損害によって推定される錯誤の類型（この点は後述(3)）について詳しく述べている。

フェルスターは、この取消権の沿革や、売買契約に特別に認められたものであることに言及する³⁹²⁾。ここで特に注目すべきは、物の買主には売主瑕疵担保責任によって減額による契約維持と解除による契約解消が認められるように、売主には、莫大損害による取消と相手方による差額の支払いに基づく契約の維持が認められるとして、両者の関係をパラレルに理解していることである³⁹³⁾。そして両制度の本質的な差異は、錯誤を生じた買主だけが瑕疵担保責任に基づく請求をなしうるのに対して、皇帝法によれば、売主の錯誤は考慮する必要はないという点にあることを指摘する³⁹⁴⁾。しかし、この制度の基礎に、売主の困窮があったこと

389) Förster, a. a. O. (Fn. 386), Bd. II. S. 86.

390) Förster, a. a. O. (Fn. 386), Bd. II. S. 86. Anm. 26. なお前章ですでに検討したように、これらの近世自然法論者たちは莫大損害に対してはむしろ肯定的であり、唯一トマジウスのみが消極的態度をとった。

391) Förster, Theorie und Praxis, a. a. O. (Fn. 363), Bd. II. S. 98 ff.

392) Förster, Theorie und Praxis, a. a. O. (Fn. 363), Bd. II. S. 98 f. この規定がディオクレティアヌス帝に由来することや、その後の実務において動産売買やさらには双務契約全般に拡張されたこと、この規定が *circumscibere* の原則に反する性質を持つも、それは *humanitas est* という C. 4. 44. 2 の文言からも明らかのようにとくに衡平の観念から認められたものであることが述べられている。

393) フェルスターは「実際にローマ法によれば、過半損害による取消が瑕疵担保の権利に對を成すものとして現れ、そこから、なぜ過半損害による取消が売主にのみ与えられたのかということも明らかとなる」と述べている。Förster, Theorie und Praxis, a. a. O. (Fn. 363), Bd. II. S. 99.

394) Förster, Theorie und Praxis, a. a. O. (Fn. 363), Bd. II. S. 99. なお普通法の実務においては、この点について争いがなかったわけではない。多くの論者（ラウターバッハやシュトルーベ）は物の価値を知って安く売った売主に取消権を認めなかった。

(したがって錯誤は要求されない)は次第に忘れ去られ、普通法の実務においては、売主に目的物の価値に関する錯誤が合ったことを要求するようになったことを指摘する³⁹⁵⁾。

(3) 錯誤論との関係

次に、錯誤論との関係についてみていくことにしよう。コッホは莫大損害の性質に関しては、物の価値の錯誤や不知ならびに、売主の困窮を莫大損害の根拠としていたが(前述(2))、とくに錯誤については、「それ(莫大損害—筆者注)は、行為の本質(Wesentlichen des Geschäfts)または買主と交換者における主要対象(Hauptgegenstand)における錯誤を基礎付け、……そのような錯誤による契約の取消(Aufhebung)を瑕疵担保による請求に関して規定された時効期間内に主張することが(買主に)認められる」と述べて、本質的錯誤の推定を基礎づけるものであることを明確にしている³⁹⁶⁾。

これに対してフェルスターは、推定される錯誤が物の価値に対する誤った評価において存在することを明確に述べている点である³⁹⁷⁾。そしてこのことについて、「ここから(錯誤の推定から—筆者注)は、起草者たちが錯誤をここで示された本質的錯誤者の一人としてみなしたということを帰結するものではなく、むしろ起草者たちは、錯誤者にとって同様に本質的であると説明しようとしたということだけを帰結する。とくに、目的物の価値に関する錯誤にもかかわらず、それにとどまっており、もし仮に物に関するあらゆる性質を正しく理解していたとしても、そのような錯誤を考えることができる。それは……法が例外的に本質的なものとする動機の錯誤(Irrtum im Beweggrund)である」と説明している³⁹⁸⁾。このようにフェルスターは莫大損害を本質的錯誤ではなく、法上特に顧慮される動機の錯誤として理解していた事がわかる。

次に編纂過程におけるこの制度の採否をめぐる争いが紹介され、最終的に

395) Förster, Theorie und Praxis, a. a. O. (Fn. 363), Bd. II. S. 100. なおこうした見解は、自然法論より始まり、とくにヴォルフがこうした点を指摘したとされる(Wolff, Inst. jur. nat. et. gent. 1750. §580)

396) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 594.

397) Förster, a. a. O. (Fn. 386), Bd. II. S. 87.

398) Förster, a. a. O. (Fn. 386), Bd. II. S. 87. Anm. 30.

ALR においては、買主のみに取消権が認められることとなったと述べている³⁹⁹⁾。そして、その性質は、錯誤の推定である。そのとき、どこに錯誤が存在し、それがどこに関係するのかが問題となるが、まず、人や物の同一性の錯誤ではないとされる。そして、先に紹介したコッホの「莫大損害により推定される錯誤は、行為の本質 (Wesentlich des Geschäft) または主要対象 (Hauptgegenstand) に対する錯誤である」とする見解と、ゲッペルト (Göppert) の「莫大損害によって推定される錯誤は性質錯誤である」とする見解を紹介している⁴⁰⁰⁾。しかし、前者についてはそれが趣旨不明確であると述べ、また、後者については、「物の価値をその性質であるとするが、むしろ価値は物の性質に依拠し、本来、価値は単なる物の評価ではないのではないか」と述べいずれの見解も採用しない⁴⁰¹⁾。そして、「実際にはこの錯誤は、価値の誤った評価において存在する」とし、「それは、場合によっては、特定の存在しない性質を想定することによって生じるが、しかし、必然的に特定の性質へと関係付けられるわけではない、買主の観念における事象 (Vorgang) である」と述べ、この錯誤が動機の錯誤であることを指摘する⁴⁰²⁾。

こうして、フェルスターにおいては、この問題が動機錯誤の問題であり、また契約締結後の瑕疵担保責任の問題に近い構造を持ったものであることが明確に意識されることとなった。

(4) 規定の解釈について

コッホは適用領域に関しては、三つの見解⁴⁰³⁾を紹介した後で、ALR は売買契約の買主にだけ取消権を認めたことを述べている⁴⁰⁴⁾。

399) Förster, a. a. O. (Fn. 391), Bd. II. S. 100. これに関しては『プロイセン私法』にも同様の説明がある。

400) Förster, a. a. O. (Fn. 391), Bd. II. S. 101.

401) Förster, a. a. O. (Fn. 391), Bd. II. S. 101.

402) Förster, a. a. O. (Fn. 391), Bd. II. S. 101.

403) 第一の見解は、C. 4. 44. 2は特定の事例に認められた特別法的意義を有する規定であり、その適用範囲は土地の売買に限定されるという見解、第二の見解は動産も含む売買契約一般に適用すべしとする見解、第三の見解は、衡平の見地からすべての有償契約に適用すべしとする見解である (Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 592.)。そして、これらの見解が立法に影響を及ぼした例として、オーストリア一般民法典とフランス民法典が参照されている (Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 593 f.)。

効果に関しては、売買契約の解消原因として、債務不履行と並んで論じられている⁴⁰⁵⁾。ここでは、主に契約解消後の清算関係についての二つの見解が紹介されている。第一の見解は、売買代金について生じた利息と目的物より生じた収益はすべて返還しなければならないとする見解と、莫大損害による契約解消は将来に向かってのみ効力を生ずることから、利息と果実は返還する必要がないとする見解である⁴⁰⁶⁾。これについて立法者は後者の見解を採用したことが論じられている⁴⁰⁷⁾。

ボルネマンは、契約解消に関しては期間制限があること、この錯誤の推定に対する反証が可能であること、一般的価値が契約締結時を基準として判断されること、契約解消後の清算関係について、代金から生じた利息と物から生じた収益が相殺され、両者を返還する必要がないことが述べられているが、それぞれ条文の説明に終始している⁴⁰⁸⁾。

デルンブルクは取消権の期間制限や立証責任について述べている。立証責任については、給付の不均衡は取消権者（買主）が主張すべきであるとし、取消権を主張された側（売主）は、買主が契約当時、価格について錯誤に陥っていなかったこと、買主が取消権を放棄していること、契約締結時の特別な状況から一般的価格からかけ離れた契約内容の合意をしたことを反証することによって、契約取消を免れるとする⁴⁰⁹⁾。また、買主にあつて契約目的物が返還不能である場合にも

404) コッホはその理由を詳しく述べていないが、フェルスターによれば、フェルスターは、この取消権がローマ法とは逆に売主には認められなかった理由として、「売主はまさに物の真の価値を知っていなければならなかった」ということをあげている。これに対して買主にこの取消権が認められる理由として、売主がさまざまな見せかけ（Vorspiegelung）を通じて、買主が売買代金に物の価値が見合っているとの錯誤を生じさせ、実際に支払った代金に対する物の価値が半分もないことに対する保護をしなければならない、という理由をあげている（Förster, a. a. O. (Fn. 386), Bd. II. S. 86.）。

405) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 644 ff.

406) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 646. 後者の見解は普通法時代には必ずしも多数説ではなかったようであるが、グリュックのような有力な学者がこれを支持していたようである（Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 646. Anm. 1）。

407) Koch, a. a. O. (Fn. 367), Bd. III. S. 646. ただし領地の売買の場合は例外である。

408) Bornemann, a. a. O. (Fn. 381), Bd. III. S. 39 f.

409) Dernburg, a. a. O. (Fn. 373), Bd. I, S. 311.

契約の取消はできない。

次にフェルスターは、買主の立証責任や売主が反証すべき内容について述べているが、これについては規定の内容を出るものではない⁴¹⁰⁾。また、効果についてもフェルスターはこの制度の目的が「契約が締結されなかったであろう状態へ回復すること」にあると述べ⁴¹¹⁾、ここから契約当事者双方に給付の返還義務が生じ、目的物の占有中に生じた価値の増減は賠償によって調整されることや、目的物の利用と代金について生じた利息とが相殺されることなどを述べている⁴¹²⁾。

(5) 暴利行為・価格統制との関係

最後に暴利行為・価格統制についての言及を見ておこう。デルンブルクは一般商法典においては莫大損害が否定されたことが述べている⁴¹³⁾。デルンブルクの説明は、終始この制度に関する規定の列挙にとどまり、とくにこの制度に対する評価のようなものは行っていないが、先に検討したように（前述(2)）、デルンブルクは競争による価格形成を私法の大前提としていたことは明らかである。

フェルスターは、莫大損害の問題は、将来、いわゆる暴利行為論の問題として処理されるようになるだろうと述べており、この制度への消極的態度が見られる⁴¹⁴⁾。

(6) まとめ

簡単にまとめておくと、当時現行法であったプロイセン一般ラント法をパンデクテン体系から整理するという作業に、莫大損害の問題はそれほど影響を受けなかったようである。しかし、莫大損害と動機錯誤の関係については、フェルスターにより、以前よりも明確にされた。つまり、性質錯誤も価値錯誤もともに動機錯誤に含まれるが、莫大損害はとくに後者に関して問題となるということが明らかになった。ただし、性質錯誤も価格錯誤も、法上特別に顧慮される動機錯誤の例外という点では共通していた。

410) Förster, a. a. O. (Fn. 386), Bd. II. S. 87 f.

411) Förster, a. a. O. (Fn. 386), Bd. II. S. 88.

412) Förster, a. a. O. (Fn. 386), Bd. II. S. 88.

413) Dernburg, a. a. O. (Fn. 373), Bd. I, S. 313.

414) Förster, a. a. O. (Fn. 382), Bd. II. S. 90.

5 莫大損害の廃止と当事者の主観的悪性への制裁—ドイツ民法典（1900）—

以上のような19世紀の学説および立法において、莫大損害法理の撤廃が説かれ、また本稿では検討しなかったが利息に関しても、その民事上の規制が一度撤廃された後刑法上の問題として新たな暴利法が規定された⁴¹⁵⁾。こうした流れを受けてBGBに暴利行為論が登場する。

(1) 莫大損害の廃止

これまで本稿で参照してきたシュルツェ⁴¹⁶⁾によれば、莫大損害の法理は、ドイツ民法典第一草案で廃止されたとしているが、これについては、大村教授も指摘しているように、すでに部分草案の段階で採用されていない⁴¹⁷⁾。

その理由としては、すでに本稿で紹介した、ザクセン民法典や、一般商法典が莫大損害を採用していないことに加えて次の点が指摘された⁴¹⁸⁾。

- ①詐欺の規定で十分である。
- ②不動産の価格を知らずに売却する者はいない。動産については取引の安全が優先する。
- ③困窮に陥っている者の保護は必要だが莫大損害はそうした者に範囲が限定されていない。
- ④訴権を事前に放棄できるので実務上の有用性がない。
- ⑤取引の安全を害する。
- ⑥正当価格を算定する基準がない。

以上の理由により莫大損害の法理はその採用を否定されることとなる。なお、これらの批判は、すでに、19世紀の立法における莫大損害法理の撤廃の際にも主張されたものとはほぼ一致する⁴¹⁹⁾。

415) この問題について詳しくは、Klaus Luig, Vertragsfreiheit und Äquivalenzprinzip im gemeinen Recht und im BGB ZRG (Ger.) 85 (1968), S. 198 ff. 小野秀誠『利息制限法と公序良俗』（信山社・1999年）112頁以下参照。

416) Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 110.

417) Schubert (hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 2, 1980. S. 1, S. 19 ff. 本稿の以下の検討は主に大村・前出注15)、118頁以下によるところが大きい。

418) Schubert, a. a. O. (Fn. 405), Teil. 2. S. 1

この部分草案を受けて、第1草案でも、売買における対価の意義との関連で莫大損害法理についての議論がなされたが、基本的には廃止の方向で議論され、ごく簡潔に今日の法観念に適さないことや、取引の安全を害することが指摘されるにとどまった⁴²⁰⁾。これ以後、ドイツ法において莫大損害が法定されることはなかった。

(2) BGB138条1項

a) 良俗違反一般条項の立法過程

次に、良俗違反の一般条項についてみていこう。

まずは第1委員会⁴²¹⁾によって起草された良俗違反の一般条項から見ていくこととする。

第1次委員会草案第23条 不能であるか、良俗あるいは法律の規定に反する給付が、ある者によって約束されるところの意思表示は無効である。

こうした規定を定めた理由として、プロイセン一般ラント法、フランス民法典、ザクセン民法典、ドレスデン債務法草案などを参照したことがあげられている。

つぎに、第一草案では次のような規定が置かれていた。

第1草案第106条 その内容が、善良の風俗または公の秩序に反する法律行為は無効である。

419) なお、錯誤との関係に触れていないが、おそらくサヴィニーの錯誤論と莫大損害否定論によって処理済の問題と理解されていたのではないかと考えられる。サヴィニーの莫大損害の理解については、本稿Ⅳ、2,(1)参照。

420) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschereich, (Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, (Neudruck, 1979) Bd. II, §460, S. 178. (以下 Motive で引用する)。

421) BGB は、1874年の5人の実務家からなる「準備委員会」(Vorcommission)に、鑑定書の作成が委託されたときより始まった。ついで、1881年には、さらに11人からなる第一次委員会が発足することとなった。BGBの立法過程については、ヴィーアッカー・前出注372)、556頁以下参照。

ここでは、「善良の風俗に反する法律行為は無効である」(Ein Geschäft welches gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig) という文言を使っているが、普通法では「道義性(人倫)」(Sittlichkeit) という文言が使われていた。しかし、フランス民法典、バイエルン草案などの法典は、「良俗」という言葉を使っており、それに習ったものであるとされている。

第2草案103条 善良の風俗に反する法律行為は無効である。

一見して気が付くことは、「公序」(öffentliche Ordnung) 概念の喪失である。これについてここでは詳しく言及しないが、「良俗」概念がローマ法以来の伝統を有し、ドイツ法においてもよく知られた概念であったのに対し⁴²²⁾、「公序」概念が、ドイツ法になじみのない概念であったことが、喪失の原因であるとされている⁴²³⁾。こうして、良俗違反の一般条項に関しては、この段階で現行法と同様の形となり、その後の帝国議会第12委員会においても、同様の形がとられた。

b) 主観的悪性の判断

ところで、パンデクテン法学においても争われた論点であるが、良俗違反の存

422) ローマ法における良俗違反については、前注64)に示した法文参照。ローマ法のカズイステークから、次第に良俗違反の一般条項が形成される過程については、Schmidt, a. a. O. (Fn. 64), S. 1-93. に詳しく紹介されている。

423) 林幸司「ドイツ民法典制定過程における『公序 (öffentliche Ordnung)』概念の消失」駒澤大学法学論集55巻1号1頁以下参照。

424) ただし、彼らにおいては、ほぼ共通して、「良俗違反の問題を当事者の「主観的な非倫理性」の問題として扱わず、契約内容または、契約目的物の「許容性」に着目して論じていた」ということである (Schmidt, a. a. O. (Fn. 64), S. 95)。こうした傾向は、ゾイフェルトやヴァンゲロフらによってより明確に位置付けられるようになった。というのも、彼らはローマ法の教科書の中で「法律行為の客体」又は「契約の客観的要件」という章を置き、その下で、良俗違反の問題を論じていたからである。この「客観的な非倫理的行為」について事例群を形成したのが、ヴィントシャイトである。彼によると、まず、良俗違反とは、「禁止されていることをもたらしたり、助長したり、あるいは禁止されていることをさせないことを目的とする場合である」とし、さらに、「それ(契約)によって、人間が外的な動因によって決定されるべきでないところの事物における決定の自由へと影響が及ぼされる場合や、意思の非難可能性が存在する場合」であるとしている (Windscheid, a. a. O. (Fn. 310), Bd. 2, §314. S. 181.)。その他デルンブルク、ロートマールの良俗違反論については、Schmidt, a. a. O. (Fn. 64), S. 99 f. 参照。

否を判断する際には、行為者の非難すべき態度も考慮する必要があるか、ということがここでも問題となった⁴²⁴⁾。

まず、第1草案は、「法律行為の内容」の良俗違反性を問うものであり、こうした主観的契機は考慮されないのに対して、第2草案では、この「内容」という文言が削除されたために、行為者の非難すべき態度も考慮しうることとなった。

(3) BGB138条2項追加案

良俗違反の一般条項に関しては、第2草案のまま可決されることとなったが、この第2草案134条に第2項追加の提案がなされた。これによって、BGBに暴利行為規定がおかれることとなるが、その過程についてここで検討する。

帝国議会第12委員会1896年6月12日の審議において、次のような提案がなされた。

委員会案第134条 (BGB138条)

第1項 善良の風俗に反する法律行為は無効である。

第2項 特に、あるものが相手方の窮迫、軽率、または無経験に乗じて、その者または第三者に、ある給付に対してその利益が給付の価値に対して著しい不均衡にあるような財産上の利益を約束または提供させる場合には、その法律行為は無効である。

委員会の審議を経て、本会議の第2読会において、同条が審議された。ここでは、上の委員会案に対して次のような案が提起された。

a) アウエル案

アウエル案は、「公の秩序」概念を復活させることをといた。これに賛成する議員としては、シュタットハーゲン議員がいる。彼は、公序によって、必ずしも良俗違反とはいえないもの（例えば人身の自由など）をカバーし、「正義と無産者の利益」を保護しようとする⁴²⁵⁾。

b) ハウスマン案

425) Motive, a. a. O. (Fn. 420), Bd. I, S. 1004 ff.

ハウスマン議員は、これに対して、第2項の削除を主張する。彼によれば、すでに帝国暴利法⁴²⁶⁾が存在する以上、BGBへの暴利概念の導入は不必要なものとなした。そして彼は、法的安定性を確保すべきとの立場から「市民法に深く介入する民法典はそれ（暴利行為—筆者注）について言及すべきではないということが重要である」と考えていた⁴²⁷⁾。そして、彼は、裁判官が、給付と反対給付の不均衡が存在する場合に、窮迫、軽率、無経験の主観的要件を推定しうること、それによってこうした給付間に不均衡が存在する全ての行為が、無効の危険にさらされると考えていた⁴²⁸⁾。

また、こうした見解に賛成するレントマン議員は、契約正義は完全に契約当事者の主観にゆだねられるべきものであるとし、「彼ら（暴利行為による無効を主張する者）は、しばしば思考の怠惰においてのみ存するような弱さを、いたるところで裁判官により護ってもらおうと望んではならない。個人は、経済的生活において自身を護らねばならず、軽率に対して自ら警戒しなければならない。そしてそのような軽率な者が自らに災いをもたらしたとしても、それは彼にとっては経験や物事の理解を獲得したことになり、すなわちそれが彼の助けとなる。しかし、もし彼がそのような経験を有しないならば、そのような取引からは遠ざかるべきである」⁴²⁹⁾とした。こうした暴利行為条項の否定の見解からは、明確に経済的自由主義が見て取れる。

426) これと関連し、利息の規制をめぐることは、第1草案358条に「暴利に関する帝国法に反しない限り、契約により、利息はいかなる高さにも定めることができる」とする規定が存在した。ここでは、立法理由として、近年の立法の動向は利息の自由に向っており、ただ利息自由の濫用のみを暴利法により処罰すれば足りることが上げられている。これに対しては、無制限の契約自由を認めるべきではないことや、暴利法が有産階級に有利な法律であることをあげている。なぜならば、暴利法は消費貸借契約にのみ適用されるが、無産者が被害をこうむっているのは、むしろ、売買や貸借、雇用契約などの領域であるからであるとしている。こうした点から、ギールケやアントン・メンガーによって暴利規制の一般条項をBGBのなかに規定すべきとの提案がなされたが、第2草案においても実現しなかった。

427) Bericht der 12. Kommission des Reichstags vom 12. 6. 1896, Motive, a. a. O. (Fn. 420), Bd. I, S. 1010.

428) Stenographische Berichte, IX, IV, 4. Bd., 2. Beratung im Plenum des Reichstag, 110. Sitzung vom 20. 6. 96, Abgeordneter Haussmann, S. 2762; Abg. v. Buchka, S. 2766; Lenzmann, S. 2766. Motive, a. a. O. (Fn. 420), Bd. I, S. 1010 ff.

429) Stenographie Berichte, (S. 2767.). Motive, a. a. O. (Fn. 420), Bd. I, S. 1015 f.

以上の議論の後、採決が行われたが、結局両案とも否決されることとなり、委員会案が採択され、現行民法138条2項の形となった。

6 小括

以上の19世紀の議論をまとめておこう。まずドイツ法学においてサヴィニーの法律行為論の登場とパンデクテン法学の誕生は大きな事件であった。この影響を受け、莫大損害の理解にも変化が生じた。まず、サヴィニーにあっては、莫大損害は特別法的意味においてのみ存続の可能性を有するものとなり、このことは後のヴィントシャイトにも引き継がれる。そして、ドイツの領域においては、次第に立法において莫大損害否定の流れが生ずることとなる。

莫大損害の制度を有する立法(ALR、ABGB)を基礎とした議論のレベルでは、パンデクテン体系に基づく叙述は莫大損害の位置づけを明確化した。推定される錯誤は動機錯誤であるが、それは本来契約を無効とするものではない以上、ヴィントシャイトに明確に示されているように、契約成立後の履行の問題(瑕疵担保等)にひきつけられて理解されるようになった。こうした論理構造は、オーストリア法にも一定の影響を及ぼし、特にハーゼンエールに顕著に見られる。

ドイツ民法典編纂過程においては、莫大損害の採否をめぐるフランスのように激しい議論が展開されることもなくこの制度はかなり早い段階で姿を消し、代わりに当事者の主観的悪性を問題とする暴利行為論が登場した。

VI 検討並びに結語

1 莫大損害の三つのモデル

以上本稿では莫大損害という制度の史的展開について検討してきた。本稿における検討の目的は、莫大損害そのものの理解のモデルを取り出すことにあった。その際、本稿での分析の視点は、各法典や法学説における莫大損害の法的性質を取り出し、それと要件・効果の結びつきを明らかにする、というものであった。ここで、こうした視点から、これまでの検討で明らかとなった点を再度確認しておきたい。

(1) 莫大損害の法的性質とその変遷

a) 古代及び中世法

莫大損害は、古代ローマ法における C.4.44.2と C.4.44.8を起源とする。そしてこの法文の法的性質は、当時の社会経済的背景や法文の文言から、経済政策的・弱者保護的なものであったといえる。

この C.4.44.2と C.4.44.8は、中世ローマ法学やカノン法学において双務契約一般を支配する一般条項としての性格を有するようになった⁴³⁰⁾。しかし、本稿第3章で検討したように、両者はこの制度を理解する際に、全く異なる出発点を取った。中世ローマ法学においては、契約自由を原則としつつ、この問題を詐欺の一類型と捉え、またこうした位置づけから、C.4.44.2・C.4.44.8の法文上存在しない主観的要件として、価値の錯誤の存在を要求した。ここから、莫大損害を「合意瑕疵の推定」と理解する見解が登場することとなった。

これに対して、カノン法学における莫大損害は、あらゆる給付不均衡を認めない正当価格論から出発した。そして、カノン法学においてこの制度は、この正当価格論を「半分以上の損害」の発生という限度で緩和する装置として理解されることとなった。ここから、カノン法学において莫大損害は、正当価格論という客観的根拠が与えられることとなった。

b) 近世自然法論

中世カノン法学における莫大損害の客観的基礎付けは、経済倫理を出発点とし、そこから演繹的に莫大損害の存在意義を説明するという思考形式をこの制度に与える結果となった。このことは、第4章で検討したように、近世自然法論（とくにグロチウスとプーフENDORF）へと受け継がれる。グロチウスやプーフENDORFは、この制度を自然法において要求される等価性（*aequalitas*）の原則の世俗法における実現であると理解し、たとえ、価値に対する錯誤が存在しない場合でも、正当価格の半分以上を超える給付不均衡は莫大損害の対象となるとした。

430) この点について従来は中世神学の影響から莫大損害の拡張が生じた、という主張がされてきた（たとえば、Schulze, a. a. O. (Fn. 73) S. 13-17 など）。しかしその意義は従来主張されてきたような、神学上の原則から経済倫理的規制として莫大損害の拡張が要請されたというだけではなく、むしろカノン法へもローマ法学が影響を与え、莫大損害を神学上の厳格な経済倫理を世俗において緩和する一つの制度となったことが明らかとなった。

これに対して、ヴォルフは、こうした等価性の原理からやや離れ、混合贈与による莫大損害排除の可能性について言及している。ここに「合意瑕疵の推定」という性質への傾斜が見られる。またポチエにおいてはこの制度を明確に合意の瑕疵を基礎付けるものであると明言している。

c) 自然法的法典

ここまでの議論で明らかのように、莫大損害の性質ないし根拠には、正当価格論のような客観主義的なものと、合意瑕疵推定にみられる主観主義的なもの、そして政策的なものの三種があった。これらと自然法的法典との関係をまとめておくと、まずフランス民法典は法典編纂課程では客観・主観両面⁴³¹⁾からの基礎付けがなされたが、実際には政策的性格の強いものであった。プロイセン一般ラント法、オーストリア一般民法典においては、規定の文言から莫大損害の性質が「錯誤の推定」であることが明確にされていた。なお、この両者は、ともに莫大損害の客観的根拠である正当価格論を採用しない点で共通している。

d) BGB と暴利行為論

以上の流れに対し、BGB は当時の立法状況や、取引の安全を理由に莫大損害の採用を否定した。莫大損害が、要件面では過大な利益を得た側の主観的悪性を一切顧慮せず、また効果の面では過大な利得を得た側に補充権を認めるなど、法律行為そのものの悪性に対する非難を目的とする制度ではなかったのに対し、暴利行為論は、刑法上の制度として出発し、その要件の中に暴利者の主観的悪性の存在を要求し、また効果は絶対的無効であるなど、莫大損害とは全く異なる性質を有するものであった。

(2) 三つの性質と要件・効果の結びつき

a) 要件論・効果論の緻密化

このように莫大損害が、ローマ法に現れた当時の特別法的性格から、私法の一般原理としての性格を有するようになり、またその原理的基礎が論及されるようになる一方で、その具体的な要件や効果に関する議論も進んだ⁴³²⁾。

431) ただし、ここでの「客観」という場合には、正当価格論ではなく、コオズからの理由付けを意味する(本稿Ⅳ, 2, (3)参照)。

要件についてみていくと、C.4.44.2とC.4.44.8は、客観的要件として給付と反対給付の重大な不均衡と、契約が土地の売買であることを要求していたが、後に法文上は要求されていなかった主観的要件もこの制度に要求されることとなった。そこでは、被害者側に価値に関する錯誤があることが要求された。その際問題となったのが、贈与の意思の存在であった。また、取消権の放棄が存在しないことも莫大損害の要件とされた（本稿Ⅲ、2参照）。

効果としては、莫大損害による契約解消の際に用いられる *rescissio* という単語の多義性から従来、それが取消なのか解除なのかははっきりしなかった。しかし、契約解消後の清算関係や、そもそも有効に成立した契約を事後的に解消するという構造からは、無効ではなく取消（や解除）に近いものと理解することが出来るのではないかと考えられる。

また、莫大損害に独特の制度としての補充権は、加害者側の損害賠償権として理解されるが、これについては任意債権として理解するか選択債権として理解するか対立が存在したが、一般的には任意債権と理解されていた。

b) 法的性質と要件・効果の結びつき

そして、こうした流れから、莫大損害に関する三つのモデルを取り出すことが出来る。

①弱者保護モデル

まず第一のモデルは、古代ローマ法におけるC.4.44.8のモデルである。つまり、莫大損害が一種の弱者保護的性格を有し、ある特定の類型にのみ給付の客観的均衡を求めるというタイプである。つまり、政策目的に依拠する特別法としての理解である。このモデルによる場合には、規定の目的が弱者保護にある以上、取消権の放棄などは本来当然に認められないこととなる⁴³²⁾。なお、このモデルの場合には法的性質から取消と補充権という効果がストレートに導き出されるわけではない。

432) こうした要件効果をめぐるさまざまな論点は、ほぼ中世ローマ法学の時代に出揃っていた（本稿Ⅲ、2, 3, 4参照）。

433) フランス民法典がこのモデルに当たる（適用領域の制限と取消権放棄の禁止を規定する）。

②合意瑕疵推定モデル

これに対して、第二のモデルは中世ローマ法（およびドイツ普通法学）において展開された、莫大損害を合意の瑕疵の推定と見るモデルである。この場合には、給付の不均衡をあくまで合意の瑕疵を推定させる「徴表」とみることとなり、したがって反証によって取消権行使を阻止し（立証責任の転換）、または合意により取消権を放棄することも可能となる⁴³⁴⁾。そして、この背後には、本来、価格の決定が当事者の自由にゆだねられているということが原則にある。このモデルでは、合意の瑕疵の推定と言う性質から、取消という効果が必然的に生ずる。他方、莫大損害の根拠を合意の瑕疵に求めるとすると、不当利得返還給付の代用給付権たる補充権という効果は、原則的にそこからは生じないと考えられる⁴³⁵⁾。

③正当価格論モデル

最後に第三のモデルは中世カノン法学に出發し近世自然法論において採用されたモデルである。これは、双務契約においては、給付は客観的に均衡していなければならない、という義務論から出發し、莫大損害を世俗法におけるこの原則の緩和とみる。したがって、このモデルによれば、給付不均衡そのものが意義を持つこととなる（錯誤不存在の反証は認められない）。なお効果に関しては、グロチウス等においては契約調整のみが考えられていた⁴³⁶⁾。これはおそらく、錯誤の場合に契約が解消されるのは、合意が存在しないことに理由があるのに対し、莫大損害の場合には、合意は存在するものの、その内容に不均衡が生じている場合と考えられるからである。

(3) 莫大損害の体系上の位置づけ

この莫大損害の制度は、各法典の中で、それぞれ異なった位置に規定された。

434) プロイセン一般ラント法 (ALR11.1.60条以下) やオーストリア一般民法典 (ABGB934及び ABGB935条) がそれに当たる。

435) 実際、法文上「錯誤の推定」を謳うプロイセン一般ラント法は、補充権規定を有しない。ただし、オーストリア一般民法典においては補充権行使に関する文言が存在する。これに同法典に弱者保護の思想も影響していることによる。

436) なお、取消権が観念されない以上、取消権とそれに基づく不当利得返還請求権も観念し得ないので、ここでの契約調整はこれまで検討してきた（不当利得返還給付を主給付義務とした代給付としての）「補充権」にはあたらない（補充権に関しては本稿前注60）参照）。

フランス民法典は、(その実際の性質とは異なり) 合意の瑕疵の推定として規定されている。これに対して、ALR では、売買固有の取消原因として、瑕疵担保などと並んで規定された。また ABGB においては、契約に関する通則の最後に莫大損害規定が位置している。ALR と ABGB においては、パンデクテン法学以降、この制度と錯誤をなるべく別の制度として捉えるために、こうした位置づけが強調された(例えばヴィントシャイト)。

これに対して、ドイツ民法典においては、法律行為論とその前提である自律的意思概念の影響から莫大損害は原理的に否定され、その前提の上でドイツ民法典の編纂過程においては、もっぱらその有用性のみが議論され、最終的には取引の安全を害するという理由から、ドイツ民法典に採用されることはなくなった。

しかし、これによって給付の等価性の問題は全く考慮されなくなったというわけではなく、イエーリングに始まる利益法学においては、弱者保護という目的の下に給付の等価性が議論されることとなり、暴利行為論を生んだ。

2 検討と今後の課題

(1) 検討

以上が本稿で確認した内容である。本稿は現代法の問題を直接扱うものではないが、今後の検討課題を明らかにするためにも、以上に明らかにした莫大損害のモデルと今日の法律行為論上の問題との関連付けを行っておきたい。

a) サヴィニーの莫大損害否定の意味

まず、わが日本民法はドイツ型のパンデクテン方式にのっとっておりまた、ドイツの法律行為論の影響を色濃く受けてきた。しかし、このドイツの法律行為論の内部でも、すでに早い段階で給付の等価性という問題が浮上してきたことを見逃すべきではないだろう⁴³⁷⁾。サヴィニーの法律行為論を最もよく受け継いでいるといわれ、日本でもよく紹介されるフルーメの法律行為論においては、たしかに、莫大損害のような実質的契約倫理は極力排除されているといわれる。

437) イェーリングの指摘(本稿Ⅳ, 2, (2))や、暴利行為論の登場(本稿Ⅳ, 6)、また今回検討できなかった問題として、ヴィントシャイトの「前提」論や、エルトマンの行為基礎論があげられる。

しかし、ここで問題なのが、サヴィニーが否定した莫大損害はどのモデルについてであったか、ということである。従来の研究においては、莫大損害にこうした三つのモデルがあることはそれほど明確に意識されてこなかったのではないだろうか。おそらくサヴィニーによって間違いなく否定されるのは、第三のモデルである近世自然法論の義務論モデルだけであろう。第二の合意瑕疵推定モデルはサヴィニーによって確かに否定されているが、一方で動機錯誤としての位置づけも与えられており、こうした否定が理論的必然であったのだろうか。この点は十分検討されるべきであろう⁴³⁸⁾。また第一のモデルである弱者保護規定モデルに関しては、サヴィニーにおいても必ずしも否定すべき根拠が見当たらない。近時の理論史を専らとする研究では莫大損害がサヴィニーによって否定されることが必然であったことを解くのに対して、莫大損害を制度史の観点から研究する論考においては、サヴィニーが莫大損害を否定したかどうかははっきりしない、と説かれるとき、こうした両者の見解の差は以上のような莫大損害のモデルの差異から説明できるのではないかと考える(本稿V、2、(1)、c))。

b) 弱者保護モデル

わが国は、旧民法においてレジオン制度を有していたが、現行民法においてはそうした規定は存在せず、民法90条の解釈論の一つである暴利行為論において契約締結時における給付の均衡の問題が扱われている。この公序良俗・暴利行為論と弱者保護モデルの莫大損害の関係を見てみよう。

まず、暴利行為論については、「良俗」概念に着目した場合、先に確認したように、この理論は本来、刑法の領域で登場した理論であり、主観的構成要件である「故意」に相当する、「悪用」という暴利者の主観的悪性の要件はこの理論からはずすことはできないと考えられる⁴³⁹⁾。したがって、莫大損害のように給付不

438) サヴィニーは、莫大損害を起こりうる動機錯誤であるが、必然的な動機錯誤ではないとしている。しかし、表意者が錯誤に陥っていたかどうかは、合意瑕疵推定モデルの莫大損害論においては相手方が反証すべき内容である。サヴィニーにおいてこうした立証責任の転換が認められなかったのかどうかということは更に検討を要する課題である。

439) したがって、現代ドイツにおいても暴利行為要件の客観化を行う際には、BGB138条2項を客観化するのではなく、BGB138条1項の良俗違反の一般条項を活用する。

均衡のみによって契約に介入することは、この理論では本来無理があると考えられる。

他方で、「公序」という概念のなかに、「消費者公序」を認めるとする説が存在する⁴⁴⁰⁾。この場合には、「消費者契約」から更に等価性が重要であるような類型に限定して、とくに給付不均衡が重大である場合に限り客観的規制を行うことも可能であるように思われるが、今後の課題としたい⁴⁴¹⁾。

c) 正当価格論モデル

このモデルに関して、今日カノン法のとったいわゆる「正当価格論」を支持する論者はいない。しかしこれと密接に関連するのが、原因 (causa、cause) の問題である。本稿ではこの問題を本格的に検討することは出来なかったが、もともと原因概念を民法典に残しているフランスのみならず、その積極的否定を行ったドイツにおいても、この問題は近時関心を集めつつある⁴⁴²⁾。給付の均衡の問題と密接にかかわる問題であり⁴⁴³⁾、今後の検討課題としたい。

d) 合意瑕疵推定モデル

本稿第1章「はじめに」で指摘したように、近時の錯誤論においては、等価的財産取引類型における「要素」の判断の際に「給付の不均衡」というファクターが重要な役割を果たしていることが指摘されている（判例では山林売買⁴⁴⁴⁾、鉱区
の売買⁴⁴⁵⁾、株式売買⁴⁴⁶⁾においてこうした判断が認められている）。また判例にお

440) 大村敦志『消費者法』（有斐閣・1998年）115頁以下。

441) ただし、消費者契約に関しては、消費者契約法10条の審議過程において、対価などの契約中心部分に対する規制は消費者契約法では行わないとしている（潮見佳男「不当条項の内容規制—総論」別冊NBL『消費者契約法—立法への課題—』（商事法務研究会・1999年）144頁以下、内閣府国民生活局消費者企画編『逐条解説消費者契約法〔補訂版〕』（商事法務・2003年）23頁）。

442) Ulrich Klinke, Causa und genetisches Synallagma, Berlin, 1982. Horst Ehmann, Zur Causa-Lehre. JZ 2003, 702.

443) 前注280)で参照したルイ・リュカはレジオンに対する誤解が生じたのはポルタリスに代表されるように、この制度の本質を十分分析せずさまざまな要素によってこの制度を基礎付けたことに由来すると批判している。また、彼自身は別の論文（Pierre Louis-Lucas, Volonte et cause, 1918, p. 122）で、給付不均衡とコオズの問題にも言及し、興味深い指摘をしているが、本稿では十分検討できなかった。彼のレジオン本質論やコオズ論に関しては今後の検討課題としたい。

444) 売主が実際より面積が少ないと誤信して、その分代金を低く設定した事例（大判昭9・12・26裁判例8巻322頁）。

いては、絵画売買における目的物の真贋をめぐる錯誤の事例に関して、契約内容の確定によって対価が決定的役割を果たすことが認められている（この事例では、対価によって当該契約が本物の絵画の売買契約であったか、それともコピーの売買契約であったかが判断された⁴⁴⁷⁾）。では、さらに進んで、目的物の性質に錯誤がなくても目的物の価値評価の誤りがある場合に、それが特に重大な給付不均衡をもたらす場合には、錯誤無効が認められないだろうか。

今日の錯誤無効が認められるためには、①法律行為の内容が確定し、②「要素」に③錯誤が存在することが必要である。これまで見てきた莫大損害は、給付と反対給付の不均衡から③の部分进行推定するものであった。そして、その契約がどのような内容のものであったか、つまり、どのような契約目的物に対してどれだけの代金が支払われる約束であったか、ということは、相手方が反証のなかで論すべき事柄とされた（ABGB935条、ALR11.1.6条）。しかし、こうした推定の理論的根拠がさらに問題となろう。ABGBの起草過程では、「通常、契約当事者は意図的に不利な契約を引き受けることはしない」という事実を根拠に、莫大損害を錯誤推定規定として位置づけた。この点と関連し、今日においても等価的財産取引において、特別重大な給付不均衡が存在する場合には、表意者に錯誤が存在することにつき、相手方に何らかの認識可能性が存在することになる、との指摘がある⁴⁴⁸⁾。錯誤における認識可能性要件との関連で更に検討が必要であるが、この問題は、最終的にはどこまで意思理論を尊重すべきか、という問題と関連する。

なお、こうした錯誤推定が認められるとしても、契約内容が自己にとって不利であることを知りつつあえて契約を締結した場合を含む民法90条における暴利行為論との関係が更に問題となる。本稿の検討範囲では、暴利行為論と莫大損害が

445) 実際には旧鉱で粗悪な石炭が少量しか産出しないのに、買主が処女鉱で良質の石炭が産出すると誤信し高額の代金を定めた事例（大判昭10・1・29民集14巻183頁）。

446) 買主が株式相場を誤信し実際の相場価格よりも約3倍高い価格で買い受けて事例（大判昭18・6・3新聞4850号9頁）。

447) 東京地判平14・3・8判時1800号64頁。

448) 須田・前出注12)、50頁参照。

並存する法典は存在しなかった。しかし、本稿で検討した ABGB は、今日879条に暴利行為規定をおき（1916年改正）、莫大損害との並存を認めている⁴⁴⁹⁾。給付不均衡が存在することを知っていた場合と、知らなかった場合の要件論における差異を考える上で、ABGB の検討は参考になると考える。

e) 補充権について

今日、この「補充権」という概念は少なくとも法律行為法の領域には存在しない。しかし、莫大損害に認められた補充権は、一部無効の問題と類似する構造を持っている。適正な契約内容に引き戻す権限を相手方に与えるという発想は従来の暴利行為論にはない発想であり、ユニークであるが、ユニドロワの暴利行為論（3・10条3項）の中にも暴利者の調整請求を認める規定があり、全く現代の契約法にとってなじみのないものではない。今後はこうした契約内容の量的調整とそれを支える法理について検討していきたい。

(2) 今後の課題

莫大損害はたしかにドイツ民法典で否定され、また、日本法においても採用されなかった。しかし、以上の検討で明らかとなったように、歴史を振り返ると、実定法上莫大損害が他の制度から全く独立して論じられることはほとんどなく、いくつかのモデルが存在し、特に錯誤や詐欺の問題との関係では、立証責任の転換を行う機能を莫大損害は有していた。本稿では、そうした事実を確認し得たにすぎず、錯誤や詐欺と等価性の関係については、より検討が必要であると考えている。

449) この両者の関係についてハインツ・クレイチ (Heinz Krejci) は、動的システム論からの説明を行っている。彼によれば、契約の有効性を否定する要件グループには、①法律行為上の意思形成において重大な瑕疵が存在する場合（錯誤・詐欺・強迫）、②法律行為の内容が法秩序にとって望ましくないものと評価される場合（良俗違反・法律違反）、③そして最後に、意思形成の瑕疵も契約内容の不当性もそれだけでは契約を無効とすることはできないが、双方の総和によって契約を無効とする場合（暴利行為・約款規制・莫大損害）があるとし、この中で莫大損害は暴利行為の中で特に給付の不均衡が重大であることにより、相手方の主観的悪性を問題とならず、また自らの意思形成障害（Willensbildungsstörung）を立証する必要がなくなった場合であると、両者の関係を説明している（Heinz Krejci, *Bewegliche System und kombinatorisch gestaltete Anfechtungs- und Nichtichkeitstatbestände*, in: *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien, 1986, S. 127 ff.）。

また、弱者保護的な消費者公序という考え方は、公序良俗論の展開に伴い日本においても比較的浸透しつつあるように思われる。しかし、錯誤や検討課題としてあげた原因 (causa, cause) の問題は、給付の均衡法理としての検討はまだそれほど十分ではないと思われる。他方で、この両者が密接に関連することは多くの研究で指摘されている通りであり、今後はこの両者の関連を視野に入れながら、これらの法理の「給付の均衡法理として可能性」について検討を進めていきたい。また、こうした理解が契約内容の量的調整を支える理論となる可能性についても、あわせて検討を進めていきたい。