

莫大損害 (laesio enormis) の史的展開(2)

——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 卷 2 号)
- IV 近世自然法学における義務論の体系と莫大損害 (以上本号)
- V 19 世紀ドイツ私法学と莫大損害
- VI 検討並びに結語

IV 近世自然法学における義務論の体系と莫大損害

第 2 章、第 3 章で確認したように、莫大損害にはいくつかのモデルが存在した。弱者保護モデル、正当価格論モデル、合意の瑕疵推定モデルである。本章では私法の体系化が進んだ近世自然法においてこれらのモデルがどのように理解され、そして自然法的法典にどのように受け入れられていったのか、という点について明らかにしたい¹⁶²⁾。

1 近世自然法論における平等性 (aequalitas)¹⁶³⁾と莫大損害

ここでは、ドイツ・フランス・オーストリアの各法典に重大な影響を与えた自

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 3 卷第 3 号 2004 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

162) ここで実定法であるローマ法と自然法の関係が問題となるが、コーシャカーは「ヨーロッパ的現象として、自然法は当然にローマ法の敵であるかのように思われていた。このことは実際には部分的にすら当てはまらない場合もあったし、僅かにのみ、そういえる場合もあった。自然法は学識法としては普通法たる法曹法 (das gemeinen Juristenrecht) を排除しなかった。それは立法という媒介手段によってのみ実務に影響を及ぼしたのである。……変化したのは、自然法を通じてローマ法の評価・批判基準が得られたことである。つまり、ローマ法が以後有効であったか否かは、自然法に合致しているか否かに左右される。こうして 18 世紀から 19 世紀にかけての法典編纂の諸前提が生じたのである」とローマ法と自然法の関係を論じた。Paul Koschaker, *Europa und römische Recht*, 4. Aufl. München (1966), S. 251 f.

然法論者（グロチウス・プーフェンドルフ・ヴォルフ・カント）¹⁶⁴⁾の見解を簡単に紹介しておくこととしよう^{165, 166)}。結論を先に示すと、ここでは前述の正当価格論モデルと合意の瑕疵推定モデルが継承された一方で、正当価格論の否定という新たな問題が登場することとなる。

(1) 正当価格論からの莫大損害の理解—グロチウスとプーフェンドルフ—

a) 約束と契約

第3章で検討した、カノン法における正当価格論モデルに合致するのが、グロチウス（Hugo Grotius 1583–1645）とプーフェンドルフ（Samuel Pufendorf 1632–94）である。彼らの契約における等価性の概念を検討する前に、その契約理論一般について簡単に紹介しておきたい。

グロチウスは、『戦争と平和の法（De jure belli ac pacis）』¹⁶⁷⁾第2巻第11章で約束について論じているが、そこでは約束そのものに拘束力を認める立場をとっている¹⁶⁸⁾。この約束は意思の現在における単なる表明である確言（assertio）、意思

163) なお、補足として、この「平等性（aequalitas）」に類似する言葉に「衡平（aequitas）」がある。後者が嚴格法を緩和する一般の原理であるのに対し、前者は双務契約における平等性を意味する。この平等性はさらに、当事者の「対等性」と給付と反対給付の「等価性」の両者を意味する。

164) なお、本来カントは近世自然法論者ではないが、検討の手順から本章で扱う。

165) ドイツに関しては本稿ではプロイセン一般ラント法とドイツ民法典を扱うが、前者については編纂者のスワレツを通じてクリスチャン・ヴォルフの影響を受けており（スワレツの法思想に関しては、Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, (1963) S. 423 ff. が詳しい）、後者についてはサヴィニーを通じてカントの影響を受けている。オーストリア一般民法典の編纂者であるツァイラーはカントの影響を受けていたことが指摘されている（F. ヴィーアッカー／鈴木祿弥訳『近世私法史』（創文社・昭和36年）424頁）。フランスについては、とくにポチエがプーフェンドルフの影響を受けていたとされる（大川四郎『近世自然法論の一八世紀フランス債務法論に対する影響—ジャン・バルベラック版仏訳グロチウス、プーフェンドルフの一八世紀フランス法曹への普及を手がかりとして—』比較法史学会編『文明装置としての国家（Historia Juris 比較法史研究—思想・制度・社会⑤）』（昭和堂・1996年）171頁以下）。そして、こうした近世自然法論の流れを作ったのがグロチウスである。

166) 近世自然法論における莫大損害については、筏津安恕『失われた契約理論』（昭和堂・1998年）（以下『契約理論』）および同『私法理論のパラダイム転換と契約理論の再編』（昭和堂・2001年）（以下『私法理論』）に詳しい。本稿はこれらによるところが大きい。

167) 本稿では一又正雄訳『戦争と平和の法』（酒井書店・昭和24年）及び *The Classics of international law* (edited by J.B.Scott) シリーズ所収の同原文を参照した。

は継続し表示者自身を拘束するが、相手方に権利を与えない片約 (pollicitatio)、相手方に権利を与える意思の表示である約束 (promissio) の三類型に分けられる^{169,170)}。

これに対して、同書第12章において契約を「他人に対して利益をもたらすところの全ての行為は、単なる善行行為を除いては、契約と称せられる」と定義している^{171,172)}。

契約はこのように双務的・交換的行為であるのに対して、約束は一方的行為であり単なる善行行為である。したがって、次に検討する行為の平等性 (等価性 aequalitas) の問題は約束の有効性の問題としては登場しない¹⁷³⁾。

こうした約束と契約に関する議論をプーフェンドルフ¹⁷⁴⁾も受け継いでいる。彼は、人間の先天的義務と後天的義務について論じるとき、とくに後者の発生原因として「約束」と「契約」について論じる¹⁷⁵⁾。そして、グロチウス同様、「約束」を一方的行為 (無償行為) とするのに対して「契約」を双方的行為 (有償行

168) Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis*, (1625) lib. II, cap. XII, §1.

169) Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §§2-4 この約束の拘束力を引き出すためにグロチウスは神が約束を守るがゆえに人も約束を守らねばならない、ということ根拠として述べている。

170) なお、グロチウスは神学からの法の分離を説いた自然法論者として有名であるが、このことはグロチウスが約束の拘束力を聖書の一節に求めたことと矛盾しない。なぜならば、聖書はグロチウスにとって人間に与えられた自然法を認識するための権威の一つに過ぎなかったからである (石部雅亮「契約自由と契約正義—「莫大損害」(laesio enormis) の歴史を中心に—」法雑30巻3・4合併号 (1984年) 607, 608頁参照)。

171) Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §7.

172) 更にグロチウスは契約をある程度双務性を帯びる慈恵的行為 (使用貸借・委任・寄託) と交換的行為 (売買・交換・賃貸借) 及び混合行為 (物を安く買い高く売る行為は売買と贈与の混合行為) に区別する。このような区別は有償性と双務性に従ってなされており、ローマ法以来の有名契約や無名契約などの区別は「自然法にはかかる区別はない」として拒絶されている (Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §1-7)。

173) 約束の有効要件の際の「錯誤」と契約の場合の「錯誤」にはこのような点から差異が生ずる事となるが、これについては後述する (本稿Ⅳ, 1, (1), c)。

174) 本稿では、『義務論』(Officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo) のクラウス・ルーイクによるドイツ語訳 *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, (1994) を参照した。

175) 合意 pactum と契約 contractus の違いがここでは問題となるが、深くは立ち入らない。詳しくは浅津・前出注166)『契約理論』90頁以下参照。

為)として位置づける¹⁷⁶⁾。

このように、両者における契約理論の基本構造は共通している。つぎに契約における等価性の議論を見ていくことにしよう。

b) 契約と等価性

グロチウスは同書第12章でこの問題を検討する。彼は契約においては「自然は平等を要求する」とし¹⁷⁷⁾、同章第11節でその平等¹⁷⁸⁾の一つを「契約の主要なる行為自体において必要とされる平等性は、正当なる以上のものが要求されない、ということである」と定義している¹⁷⁹⁾。そして同章第12節の1において、たとえ当事者に過失がなかったとしても、契約内容の「不平等は補修されるべきであり、より多くを有する者から取り去って、より少ないものへと与えられるべきである」として契約内容の調整を命じている（ここでは取消についての言及は無い¹⁸⁰⁾）。

次に第14節において売買における価格決定について言及している。グロチウスはまず冒頭で「物の価値の最も自然な尺度はアリストテレスが正しく言ったように欲求 (indigentia) である」とするが¹⁸¹⁾、最終的に物の価格を決めるのは「個人の奢侈又は利益によっては定められず、公の評価によって定められる」とする¹⁸²⁾。

以上のこととローマ法の原則である駆け引き自由との関係についてグロチウスは、ポンポニウスが売買の価格において互いに駆け引きしあうのは当然に許され

176) これに関してグロチウスとの違いは、プーフェンドルフが両者の効力発生にとって「相互的同意」が必要なことを述べて両者を統一的に扱っている点である。この点は、プーフェンドルフの契約理論を理解するうえで重要な問題であるが、本稿では省略する（詳しく筏津・前出166）『契約理論』93頁以下、及び滝沢昌彦『契約成立プロセスの研究』（有斐閣・2003年）7頁参照）。

177) Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §8.

178) グロチウスは契約において要求される平等として、先行する行為に関する平等性、事実の認知に関する平等性、意思の自由に関する平等性、行為自体における平等性、契約事項における平等性をあげる（Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII）。

179) Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §7.

180) Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §12.

181) Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §14 その他の要因として奢侈心や、物や貨幣の多少、商人の労力や費用をあげる。

182) ここでグロチウスはパウルス D.35.2.63pr を引用している（Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II cap. XII, §14.）。

るべきだ、と述べている学説彙纂の一章句¹⁸³⁾を引用しつつ¹⁸⁴⁾、しかしここでの「許される」とは道徳的に許されるという意味ではなく、また「当然に」とは、いたるところで慣習として承認されているという意味にすぎないとしている¹⁸⁵⁾。

このようにグロチウスにおいては、売買において当事者が互いに駆け引きしあうことが当然であるということは、自然法上認められるべきことではなく、契約においては給付の等価性が維持されるべきであるということになる。

こうした観点から彼の自然法論における莫大損害の位置付けが同書第12章第12節の2で示されている。つまり、自然法上、給付は完全に均衡していなければならないが¹⁸⁶⁾、実定法上は訴訟の増加を防ぐために、莫大損害に当たらない範囲内において、価格決定の自由が認められるということになる^{187,188)}。

なおプーフェンドルフは自然状態においても、国家状態においても、等価性の原則が全ての有償契約に対して妥当することを確認した上で、「正当価格」を確定するための前提と平等性の各基準をあげる。これらの基準を用いれば正当価格が確定しうるとする¹⁸⁹⁾。

183) 本稿Ⅱ, 2,(2)の法文 (D.4.4.16.4) 参照。

184) Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §26, 1

185) Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §26, 2

186) 神学と同様に給付の均衡を客観的義務と認める場合には、徴利の禁止との関係が問題となる。徴利に関するグロチウスの見解は未だに一般的な徴利の禁止にとどまっている。しかしこれを基礎づけていたアリストテレス・トマスの伝統（すなわち「本性に従えば、金銭の貸付は無償である」あるいは、「金銭は果実を生まない」という見解）に対しては批判する (Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §20, 1)。グロチウスは物であれ金銭であれ果実を生ずることの不当性の判断基準は「人間の勤勉さ」にあるとする (Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II, cap. XII, §20, 3.)。そしてグロチウスによれば、利息の請求を法によって禁止することは不可能であるとする。しかしそれは、たとえ法によって強制的に禁止されなくとも、道徳的に許されないものであるとしている。このような立場は、平等性の理論においてグロチウスが契約におけるあらゆる不利を倫理的基礎から否定する立場からも当然のことである。

187) このようにグロチウスは自然法に由来する衡平の観点から給付の均衡を要求したが、トマジウスはグロチウスをそのようには評価しなかった。つまり、トマジウスは、グロチウス（プーフェンドルフも）は、正当価格を否定して契約自由を貫徹した人であるとしている。このようにトマジウスを始めとしてグロチウスが莫大損害を否定して、自然法に基づき売買行為に基づき利得が許されることとなった、とする見解がある。石部教授も指摘しておられるように、グロチウスが価格形成の自由を全面的に認めたとする見解は一面的であるといえる（石部・前出注170）、614頁註(2)参照）。

c) 等価性と錯誤

ところで、本稿がこれまで検討してきた莫大損害のいくつかの理念型から見たときにグロチウスの莫大損害論はどのように理解できるだろうか。とくに彼の錯誤論との関係で検討する¹⁹⁰⁾。

まず、約束の有効要件として論じられる錯誤については、真意の有無が重視される¹⁹¹⁾。これに対して、契約における錯誤は、契約当事者は互いが持っている情報を包み隠さず述べる義務があることを出発点とし（広い意味での平等性）、ここから錯誤無効を引き出す¹⁹²⁾。

そして、仮にこうした義務が果たされたとしても、給付と反対給付の間に重大な不均衡が存在する場合には、莫大損害として契約は解消されることとなる（狭い意味での平等性＝等価性）¹⁹³⁾。

このようにグロチウスは、錯誤論と莫大損害を平等性という枠の中で理解しな

188) 同著者による『オランダ法学序説』（本稿では Hogo Grotius, *The Jurisprudence of Holland*, transl. by Robert Warden Lee, Oxford (1953) を参照した）第3巻第17章でもほぼ同じ説明がされている。それによると、莫大損害が導入された理由を次のように述べている。グロチウスは、契約が一方当事者の欠乏と他方当事者の余剰の調整のために役立つものであり、そしてまた、商業はこうした調整を広い範囲で行うものであると位置づける。そして、そこで行われる利潤の追求に関して市民法は、当事者の自由に任せてきた。これに対して理性の命令は、こうした貪欲に対する制限を欲し、莫大損害という法理が導入されたとする（Grotius, a. a. O. (Fn. 188), S. 511, 512.）。

189) 賃貸借における賃料、労務契約における賃金については、一般的な慣行や受益者の評価が基準として取り扱われる。筏津教授は、「特に、小作契約における、不作の場合のプーフェンドルフの「用益賃借料の値下げあるいは廃止」論は、それを認めない厳格法の取り扱いとは対照的であるが、その根拠はおそらく自然法であろう」とする（筏津・前出注166）『契約理論』40頁参照）。

190) なお、グロチウス自身はこの両者の関係について直接には述べていない。

191) つまり、約束者は約束が依拠している前提が存在するという条件の下でのみ、約束を欲するのであり、それが存在しなければ約束者の動機に誤りが存在したことになる。そして、そうした誤った前提に基づく約束は無効となる（Grotius, a. a. O. (Fn. 168), lib. II. cap. XI. §. 6. 2.）。

192) こうした約束と契約における錯誤の理解の相違に関しては、滝沢・前出注176)、5頁に紹介されている。

193) ただし、『オランダ法学序説』では、当事者に贈与の意図が明確に存在した場合、つまり、価格の錯誤が存在しない場合には、取消権を行使することはできないと述べられている（Grotius, a. a. O. (Fn. 188). S. 512.）。こうした理解の違いは、おそらく同書が教科書としてかかれたものであり、当時の法実務上の処理を紹介したことに由来すると考えられる。

がらも、錯誤の有無が莫大損害の適否に影響を与えないという構成をとっている。このことから、錯誤が存在することを主観的要件として要求した中世ローマ法学における合意の瑕疵推定モデルが、グロチウスにあてはまらないことがわかる。彼においてはカノン法の正当価格モデルに近いものが読み取れる。

次に、プーフェンドルフは、錯誤に関して、まず錯誤は合意を無効にすると説いた上で、それを約束の場合と契約締結の場合に分けて論じている。約束の場合には、ここでもグロチウス同様、それが完全な意思を表示したものではないことを重視している¹⁹⁴⁾。次に契約の場合には、給付が既履行の場合と未履行の場合に分け、原則として後者の場合に契約解消¹⁹⁵⁾を認める¹⁹⁶⁾。なお、錯誤が契約対象の性質に直接的に関係する場合には、真意の問題というよりは等価性の問題として理解される。つまり、あくまで錯誤は正当価格決定時の前提となるにすぎず、たとえ、契約において錯誤が存在しなかったとしても、正当価格に反する合意がなされれば等価性の原則に反することとなる。いずれにせよ、プーフェンドルフにおいてもグロチウスと同様に、契約における錯誤は等価性の問題の一つとして理解されている。

(2) 合意瑕疵推定モデルへの傾斜—ヴォルフ—

a) 約束と契約

ヴォルフ (Christian Wolff 1679-1754)^{197,198)}も、約束に関する理論をグロチウスやプーフェンドルフから受け継いでいる。つまり、約束とは、「何かを与え、また何かをなす」旨の意思を他人に表示するものであり、かつ自分に対する請求権を相手方に認める表示である、と定義される¹⁹⁹⁾。

この約束と契約の関係であるが、契約が「二人またはそれ以上の者が一つまた

194) Pufendorf, a. a. O. (Fn. 174), cap. IX. §. 12. 1, S. 90.

195) Pufendorf, a. a. O. (Fn. 174), cap. IX. §. 12. 1, S. 91. なおルークはここで Rücktritt (解除) という訳語を当てている。

196) Pufendorf, a. a. O. (Fn. 174), cap. IX. §. 12. 2, S. 91. 契約が既に履行されてしまった場合には、錯誤者に対して、他方の当事者が解消を人間性を理由として認める場合に限り認めるとしているが、具体的にどのような場合かは触れられていない。

197) なお、ヴォルフの契約理論一般に関しては滝沢昌彦『クリスチャン・ヴォルフの契約理論—「約束」的契約観—』一橋大学法学研究31 (1998) 81頁以下に紹介されている。ここではヴォルフの正当価格に対する立場に関しても言及されている。

は複数の約束において結合している合意」であるとされ、契約が当事者を拘束する根拠が、承諾された約束によって構成されることに求められる。このようにヴォルフにおいては、約束の理論が契約の問題へと取り込まれることとなる。こうした契約理論の変化は莫大損害の理解にも影響を与えていると考えられる。次にこの点を検討する。

b) 契約と等価性

ヴォルフは無償契約と有償契約を区別した上で、有償契約における莫大損害の問題に言及する。まずその前提として、価格と価値の問題に言及する。

ヴォルフは価格 (pretium) を人間によって物へと割り当てられた交換価値であると定義している²⁰⁰⁾。ヴォルフは衡平な価格 (pretium aequum) が自然法に

198) ヴォルフとの関連では、彼の自然法論の前提にライプニッツ (Gottfried Wilhelm Leibniz 1646-1716) の自然法論があるとされる。彼の契約理論一般について検討することはここではせず (ライプニッツの契約理論に関しては Klaus-Peter Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München (1985) S. 156 以下に紹介されている) 簡単に正当価格論について触れておく (なお本稿では *Textes inédits d'après les manuscrits de la bibliothèque provinciale de Hanovre*, publiés par Gaston Grua, Bd. II, Parris. (1948), に集録された各文献を参照した)。ライプニッツは国家の役割は損害又は利益を個々人に配分することであり、それによって共同体は可能な限り完全性へと近づくとする (*Textes inédits*, Bd. II, S. 618 f.)。この際に配分は、その配分を受け取る者の徳と功績によってその量が決定される (Leibniz, a. a. O. (Fn. 198), S. 610) が、こうした配分を行うには、その財貨の価値が決定されねばならず、そこで正当価格が問題とされる。しかしライプニッツは一方で、このような国家による配分は共同体の構成員の経済活動を衰えさせるものであることを指摘している (Leibniz, a. a. O. (Fn. 198), S. 619)。そして、ライプニッツは私的な所有を認めその基礎の上に個々の人間は個人的な責任において経済的な活動することに賛成している (Leibniz, a. a. O. (Fn. 198), S. 619)。このような自由が妥当する範囲においては確かに、衡平 (aequitas) の原則も重要ではあるが、しかしここでは契約法 (lex contractus) の原則、すなわち個人的な契約の自由の原則が妥当すべきであるとする (Leibniz, a. a. O. (Fn. 198), S. 597)。そしてこの原則は当然に他の一方の当事者を契約の交渉において不利にすること、すなわち欺くこと (se invicem decipere) の容認も含んでいる (Leibniz, a. a. O. (Fn. 198), S. 814)。但しこれも無制限に許されるわけではなく、「重大なる損害 (gravis laesio)」の存在によって制限されていると言う (Leibniz, a. a. O. (Fn. 198), S. 877)。このようにライプニッツにおいても莫大損害の制度が容認されているが、その性質に関しては不明確である。

199) Christian Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, (以下 *Jus naturae*) Pars. III. (1743). cap. IV. §361.

200) Wolff, *Jus naturae*, a. a. O. (Fn. 199). Pars. IV. (1744). cap. II. §273.

したがって決定されること²⁰¹⁾、すなわち市場における交換交渉において人間の物の価値に対する共通の観念から生じたものとして特徴付けている²⁰²⁾。したがって、自然状態において価格は、当事者の合意によって決定されることとなる。

しかし、ヴォルフは他方でローマ法上の真の価格 (pretium verum) や正当価格についても触れ、真の価格が鑑定や一般人の共通意識からもたらされることや、有償契約においては、自然法上、不等価交換は許されず、誰も契約後に利益を得たり損をしたりすることを許さないとしている²⁰³⁾。そして、こうした等価性の原則に反した場合の効果は、はじめから契約の解消ではなく、差額の調整であるとする²⁰⁴⁾。そして、このことから不等価が本来は契約を無効にするものではなく、事後的な調整をもたらす原因であるとの理解がされていたといえる。この点は、前述のグロチウスやプーフENDORFと共通する点である。

c) 等価性と錯誤

次に、錯誤と等価性の関連についてみていく。グロチウスやプーフENDORFが等価性の原則を錯誤と切り離して理解していたのに対して、ヴォルフは等価性の問題を二つの側面から錯誤に結び付けている。第一の問題は錯誤が存在しなかったと理解される場合である (従って不等価が正当化される)「混合贈与」の問題であり、第二の問題は物の価値の錯誤によって不等価が成立した場合である。

混合贈与が等価性の原則を排除するという指摘は²⁰⁵⁾、本稿にとっては重要である。等価性の原則はカノン法以来、客観的義務であると理解され、当事者による処分が許されないものであった。しかし、混合贈与による取消権の排除を認めるということは、この問題が意思の完全性の問題と結び付けられたことを意味する²⁰⁶⁾。このことは、それまで約束における錯誤が意思の完全性の問題であり、他方、契約における錯誤の問題が等価性の問題と密接に結びついていたことと関連する。ヴォルフにあっては約束理論は契約理論に取り込んでいるが、このことか

201) Wolff, Jus naturae, a. a. O. (Fn. 199), Pars. IV. cap. II, §321.

202) Wolff, Institutiones juris naturae et gentium. (1750), Pars II. cap. X, §499.

203) Wolff, Jus naturae, a. a. O. (Fn. 199), Pars IV, cap. II, §321.

204) Wolff, Institutiones, a. a. O. (Fn. 202), Pars II, cap. XII, §602.

205) Wolff, Jus naturae, a. a. O. (Fn. 199), Pars IV, cap. IV, §§977-978.

206) 筏津・前出注166)『私法理論』97頁以下参照。

ら、意思の完全性を問題とする「約束」における錯誤論が、等価性の問題へも影響を及ぼしたと考えられる。

いずれにせよヴォルフはこうして、等価性の原則を近世自然法論の中にあって合意の瑕疵推定モデルへと接近させたと理解することができる。というのも、混合贈与を認めることは、正当価格の問題が、もはや当事者の自由処分に任されるというということを意味する。そして、このことは他方で、等価性が問題となるのは、当事者の意思に瑕疵がある場合であるという理解につながりやすいからである。

(3) 正当価格論の否定—カント—

ドイツ観念論において、近世自然法論より模索されてきた「法」と「道德」の区分が完全になされることとなり、また、私法体系を構成する原理が、「義務」から「権利」へと転換するきっかけが与えられるなど、この時代にはその後の私法学にとってきわめて重大な転換がなされた。こうした転換は、本稿が検討対象としている契約自由や契約正義の問題にも当然、重大な影響を及ぼすこととなった。

これまで見てきたドイツ近世自然法論は、個人の「意思」の重要性をとき、原則においては契約自由の原則を説いていた²⁰⁷⁾。そうした意味では、近代法の淵源を見ることができるが、しかし、ここで注意しなければならないことは、彼らが用いていた「意思」という概念は、常に自然法のコントロールが及ぶ「意思」であって、近代法が想定しているような独立かつ自律的な個人の「意思」とは異なったものであったという点である²⁰⁸⁾。

では、こうした近代法の前提となる、義務の体系から権利の体系への転換、自律的人格の定立を成し遂げたのがカント (Immanuel Kant 1724—1804)²⁰⁹⁾であ

207) 合意を意思のみによって説明し、ローマ法のような形式主義を排除していることから明らかである。

208) 筏津・前出注166)の両論文がこの点を詳しく検討している。

209) 本稿の以下における記述は、中公バックス世界の名著39巻『カント』所収の加藤新平・三島淑臣訳「人倫の形而上学の基礎付け」および「人倫の形而上学」を参照した。したがって、以下で、頁数を示す場合には同翻訳の頁数をそのまま使用する。

る²¹⁰。カントの契約に関する記述はごくわずかなものに限られているが、これを手がかりにカントにおける等価性の原則の是非について検討する。

a) カントにおける「衡平 (aequitas)」概念

まず、莫大損害の根拠とされる「衡平」(aequitas) についてカントが言及しているところは存在するかというと、「人倫の形而上学」第一部における「法論への序論に対する付論」のところで述べられている。カントは、法には「狭義の法」(ius strictum) と広義の法 (ius latum) が存在しているが、「衡平」(aequitas) は後者に属しているとする²¹¹。そしてここでカントは、「衡平に基づいて何かを要求する者は、彼の権利に依拠しているのである。ただ、その場合、彼の請求はどの程度まで、またどのような方法で満足させられうるかにあたり、それに必要な諸条件が同人に欠けているというだけである」²¹² とし、厳格法によっては同人に権利が帰属しないか、あるいはその範囲が限定される場合であっても、「衡平」に基づいて権利関係を調整しうるものであることを指摘している。

カントは、この「衡平」が依拠する根拠を「最も厳格な法は最大の不法である」(summum ius summa iniuria) という格言に求めている²¹³。しかしカントは、この「衡平」について、「衡平に基づく要求は良心の法廷 (天の法廷 forum poli) にだけ訴えられうるものであり、「これに反してあらゆる法律的問題は国家の法廷 (地の法廷 forum soli) に提出されなければならない」とし、ここに

210) なお、筏津・前出注166)『私法理論』によると、カントに関しては、これまでの研究史の中心は、所有権をめぐる問題に集中していたとされる。これは、カントの「人倫の形而上学」における「法論」の中の「私法」に関する叙述が、所有権の起源や取得方法に中心を置いていることにも関係しているが、何よりもここでのカントの関心が、理性を中心に置いて非理性的存在＝不自由な存在としての「物件」と理性的存在＝自由な存在である「人格」を区別することに関心が置かれていたことに関係があるとされる。

211) カント「人倫の形而上学」第一部「法論の形而上学的基礎論」358頁。

212) カント・前出注209)、359頁、具体例として、「利潤を平等に分配することを条件に設立した商事組合において、他の組合員に比してより多くの働きをしながらも、全くの災難からより多くの損害を受けた者は、衡平にしたがって、他の組合員と平等に受ける以上のものを組合に請求することができる」場合や、「或る家僕が、一年の終わりに至るまでの給料を、その期間中に下落した貨幣で (年度末に) 支払われ」た場合に、厳格法によれば貨幣価値の下落による損害の賠償を請求することはできずただ衡平を引き合いに出すことができるだけである、としている。

213) カント・前出注209)、360頁。

いう「不法」は法律によっては除去し得ないことを指摘している²¹⁴⁾。そして、この「衡平」を「強制的でない法」²¹⁵⁾として、いわば道德の問題と位置付けている。

b) 自律的人格と正当価格論の否定

カントの「衡平」に関する議論はこれのみであり、近世自然法論において論じられていたような「等価性」(aequalitas)の意味での「衡平」については全く言及していない。ましてや、この等価性の原理に基づく「莫大損害」²¹⁶⁾や、その基準となる「正当価格」論に関しては一切言及していない。このことについて、①本文中でヴォルフに言及し、また各所で自然法や正義に関して言及しているカントが、正当価格や莫大損害という概念を知らなかったとは考えられず、意図的にこれらを排除したことが伺えるとする見解と²¹⁷⁾、②カント主義者であるツァイラーに見られるように、カントの自律的意思概念や自律的人格概念を採用することがただちに莫大損害論の否定にはつながらない、とする見解がある²¹⁸⁾。

この両者の理解の違いは、次のように整理することができると考える。前者の見解は、自然法論というア・プリオリな世界における正当価格論の否定に焦点を当てた議論であるのに対し、後者の議論はこうしたア・プリオリな世界と実定法の世界の二重構造を前提とした上で、実定法の世界での法制度として莫大損害を理解するという議論を展開している。このような議論の構造の違いが、両者の見解の違いになって現れていると理解できる。

こうした理解から、カントが正当価格論や等価性の原則を否定していたとしても、それは、それらが契約の一般原理として適用されることへの否定へと向けられていたのであって、実定法のレベルでの莫大損害という「制度」の否定まで含んでいたかどうかについては、それほど明確では無いように思われる。

(4) まとめ

214) カント・前出注209)、360頁。

215) カント・前出注209)、358頁。

216) なお、カントが莫大損害に言及していないのは、同書が哲学書であり、法学の具体的な議論を展開するものではなかったことも理由にあると考えられるが、この点はひとまず視野の外に置く。

217) 筏津・前出注166)、『私法理論』121頁以下参照。

218) 村上淳一「倫理的自律としての私的自治」法協第97巻7号(1980年)100頁。

以上近世自然法論について述べてきたことを簡単にまとめておこう。まず、近世自然法論の各論者は、約束理論に見られるように、合意の拘束力を意思に求める理解を示しつつも、他方で、双務契約における等価性の原則を維持し、この点ではカノン法の流れに彼らは属していたといえる。但し、効果に関して無効や取消ではなく、補充権のみをみとめていることは特徴的である。しかし、こうした流れは、ヴォルフにおいて後退の兆しを見せ、ついにカントにおいては、正当価格論は否定されるにいたる。このように近世自然法論の莫大損害は終始、正当価格論を基礎に展開されてきたことが確認できた。では次に、こうした自然法の影響の下に編纂された各法典についてみていくことにしよう。

3 自然法的法典編纂

(1) プロイセン一般ラント法 (1794年)²¹⁹⁾

プロイセンにおける法典編纂は、既にフリードリヒ・ヴィルヘルム一世によって計画されトマジウス (Christian Thomasius 1655–1728) にその任務がゆだねられたが²²⁰⁾、実行に移されるにはいたらなかった。しかし、その後フリードリヒ大王 (Friedrich der große 位 1740–1786) の下でプロイセン一般ラント法 (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 以下 ALR) の成立を見るにいたった。その体系はヴォルフの影響を受けた「義務の体系」とであるとされるが²²¹⁾、ここで莫大損害がどのように扱われているかを以下検討する。

a) 規定の構造

ALR 第11部第1章は売買契約に関する規定がおかれている。同章の58条から69条は、たしかに「過半損害について (Von Verletzung über die Hälfte)」という題名を掲げてはいるが、そこで定められた規定はもはや古代ローマ法における C.4.44.2や C.4.44.8とは異なった性質を有するものであった。

例えば、ALR の未発表草案には次のような規定が含まれていたとされる²²²⁾。

219) 法文に関して本稿では、Hattenhauer / Berner, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. (1970) を参照した。

第32条 売買価格が売買目的物と不均衡な状態にあるという異議は、それのみによって売買を無効としない。

第33条 どの程度、不均衡な価格が詐欺の推定を基礎づけるかは、諸般の事情によって判断されねばならない。

この規定は、給付不均衡のみでは契約を無効とすることはできず、それが当該

-
- 220) ドイツの自然法論は、トマジウス (Christian Thomasius 1655–1728) において、その個人主義的性格がさらに強まったといわれている。しかしトマジウスの正当価格論に関しては注意を要する。なぜならば、トマジウスは、一方で適切な給付関係が存在すべきであるという観念を持ちつつも、他方で、個々人の契約における合意の外で正当価格は存在しないという自由主義的な価格評価を採用する立場を取っているからである。まずはじめに、彼の価格に対する自由主義的立場から見ていくこととする。彼はまず価格を、その物の本質に備わったものから (ex naturali earundem comparatione) 内在的に生ずるものではなく、人間の純粋な意思に (ab arbitrio mero hominum) 由来するものである。それは客観的な正義に基礎をおくものではなく、その淵源は人間の購買欲 (cupiditas) とそのものの希少性 (raritas) であるとする。従って物の価値は当事者間の合意によって決定され、かつ、一度合意がなされれば、たとえ軽率になされたものであれそれを遵守することが正義にかなうものである、とする。こうしてトマジウスにおいては当事者の合意と無関係に存在する「正当価格」などというものはありえず、従って莫大損害という制度も認められないこととなる。以上のような点については、今まで見てきた自然法学者たちが有償契約における等価性を主張するのに比して対照的であるといえる。しかしトマジウス「法定価格 (pretium legitimum)」について次の様な論を展開している。まずトマジウスは、君主が官吏を通じて価格を法律により決定することを認めている。そしてこのように国家や共同体において法により定められた価格である法定価格を通常の合意価格と区別する。そして、このように決定された法定価格はトマジウスの自由主義的な価格論を論駁するものではないとする。なぜならば、ディオクレティアヌス帝の莫大損害の制度は通常の合意による価格の事を論じているからである、とする。法定価格は、ごく限られた範囲にしか存在せず、それ故あらゆる売買にとって本質的ではない。以上のことをまとめると、トマジウスの価格論は、自然状態では非人間性を許さないとしつつ物の価格は当事者の合意によって決定され、国家においては法定価格と通常価格が存在するとしている。ここに先に述べたプーフェンドルフの影響を見ることが出来る。このようにトマジウスは法定価格による制限を認めつつも、基本的には当事者の意思による価格形成を前面に押し出しており、莫大損害を否定している (以上について詳しくは田中実「継受ローマ法をめぐるクリスティアン・トマジウスの理論と実務—契約に対する実質的コントロール—」法と政治第36巻第3号 (1985年) 93頁参照)。
- 221) この点については、碧海純一・伊藤正巳・村上淳一編『法学史』(東京大学出版会・1976年) 131頁に指摘がある。
- 222) Schulze, a. a. O. (Fn. 74), S. 83 ff. 条文はここから引用した。

契約の締結に至った諸般の事情を立証することによって認められる場合でも、それは詐欺の推定であると述べている。ここではトマジウス自然法学説²²³⁾と自由主義経済学説の影響が見られるが、私法典編纂の中心人物であるスウェアツ (Carl Gottlieb Svarez 1746–1798) がこれらの規定に反対した為、公表草案からは姿を消している²²⁴⁾。その後 ALR においては、「福祉国家的絶対主義の政策的観点」²²⁵⁾から買主を保護すべしとの要請が働き、莫大損害を錯誤の特殊事例と解して、次のように規定されることとなった。

第58条 売買価格が売買目的物と不均衡な状態にあるという異議は、そのみ
によっては売買を無効とする事はできない。

第59条 しかしながら、この不均衡が大きく、売買価格が物の価値の2倍を超
える場合には、買主の利益のために、この不均衡は、契約を無効とする
錯誤の法律上の推定を基礎付ける (第5章75条参照)。

第60条 契約交渉時と契約締結時に生じたその他の諸状況によりこの推定が除
去されない限り、買主は契約の取消をすることができる (第1章250条
参照)。

このように、ALR においては、莫大損害の規定が残存することとなったが、その性格は、正当価格論を基礎とする中世カノン法学や近世自然法論とは異なり、錯誤の推定という性格が与えられた。こうした意味で、主観的要件としての錯誤の存在を要求した中世ローマ法学や、混合贈与による給付不均衡の正当化をみとめたヴォルフの莫大損害に近い性質を持つといえる。なお、規定の位置 (第11部第1章「売買契約」) から明らかなように、莫大損害の適用領域は売買契約に限定され、また、取消権者は買主に限定された²²⁶⁾。

223) トマジウスの自然法論と莫大損害に関しては本稿前注220)および、そこに示された田中論文参照。

224) スウェアツの法思想については、石部雅亮『啓蒙絶対主義の法構造』(有斐閣・1969年) 102–124頁参照。

225) Reinhard Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, Berlin, (1979) S. 124.

次に莫大損害に基づく取消が認められない場合として、①買主が取消権の放棄を明示した場合（65条）、②契約締結時の特別な事情から物の一般的価値からかけ離れた代金が支払われた場合（66条）、③買主が目的物をもはや返還できない場合（67条）、④第4章343条の期間内（3年）に取消権を行使しなかった場合（68条）、が規定されている²²⁷⁾。③④は訴訟手続上の理由から導入されたものであるのに対して、①②については、莫大損害の法的性質を錯誤の推定に求める立場からは当然に認められるべきものであるといえる。

最後に ALR は、性質論では莫大損害を錯誤の推定としつつも、効果に関しては錯誤とは別の規定をおき、第1章250条で、契約が取消された場合に買主は売買目的物の原状回復義務を負うと定め、効果は取消（Aufhebung）とされた²²⁸⁾。なお、補充権に関する規定は見られないが、これは莫大損害が錯誤のような真意の問題と理解され、正当価格への調整の問題と理解されなくなったことに基づくと考えられる。

b) 錯誤²²⁹⁾

ところで、上で述べたように莫大損害が錯誤の推定であると理解された場合に、錯誤論一般との関係が問題となるが、その検討の前に ALR の錯誤論について簡単に紹介しておく²³⁰⁾。

226) 69条では「売主は、物の価値が売買代金額の2倍以上であったという理由から契約を取消すことはできない」と規定されている。その理由については、売主は、売買目的物の性質を熟知しているか、あるいは熟知しているべきである、とされている。

227) この点は、後述（Ⅲ，3，(3)）のフランス民法典と比較して明らかに異なる点である。

228) なお、その他の効果に関する規定には次のようなものがある。目的物について生じた価値の下落については、それが買主の過失による場合には買主は売主に対し損害賠償義務を負い（251条）、それが不可抗力による場合にはそうした義務は負わない（252条）。また、売買代金に生ずる利息と物から生ずる収益は相殺されるが（254条）、売買目的物が領地の場合には、土地から上がる収益を鑑定人が評価し（255条）、これと代金の利息を比較して前者のほうが上回った場合には、これを売主に返還しなければならない（256条）と規定されている。

229) プロイセン一般ラント法の錯誤論に関しては村上淳一著『ドイツの近代法学』（東京大学出版会・1964年）6—9頁。

230) 錯誤については第1部第4章「意思表示（Willenserklärungen）」に規定されている（75—83条）。

まず錯誤の類型に関しては、本質的錯誤としてローマ法より認められてきた四類型²³¹⁾が、客観的制限としてそのまま踏襲された²³²⁾。そして、ALR は、ローマ法には存在しなかったが、早期普通法学で登場した「錯誤者の重過失」という錯誤の主観的制限²³³⁾を撤廃し、かわりに過失ある錯誤者に損害賠償義務を負わせることにより、当事者間のバランスを図っている²³⁴⁾。その理由を法典起草者のスウェアッツは、当事者が避けえた錯誤が錯誤者の不利に働くという命題は正しいが、このことから直ちに契約が有効であるという帰結にはならない、とする一方で、しかし、錯誤者は錯誤の存在を知らずに表示を信頼して取引関係に入った相手方に損害賠償をしなければならない、と述べている²³⁵⁾。

また動機錯誤に関しては、ALR は単なる動機錯誤の原則無顧慮を83条で明言

-
- 231) 先述(本稿Ⅱ, 3, (2))の契約の種類に関する錯誤 (error in negotio)、契約の相手方に関する錯誤 (error in persona)、契約目的物に関する錯誤 (error in corpore)、契約目的物の性質に関する錯誤 (error in materia od. in substantia) である。なお、普通法の錯誤論については(特にグリュックの見解)、須田晟雄「オーストリア錯誤法の生成—立法史の考察を中心に—(一)」北研第21巻3号(1986年)262頁以下に紹介されている。
- 232) まず、同75条は、「行為の本質および意思表示の主要な対象における錯誤は意思表示を無効 (ungültig) とする」として、法律行為の本質的性質に関する錯誤と意思表示の主要対象の錯誤が考慮されることを述べている。同76条は、「同様のことは、意思表示から権利を生ずべき人における錯誤にも妥当」とし、契約の相手方に関する錯誤について規定する。同77条では、「明らかに前提とされた人または物の性質に関する錯誤も意思表示を無効とする (vereiteln)」と述べ契約目的物の性質に関する錯誤について規定する。
- 233) この主観的制限は、もともとローマ法にあった「法律の不知は妨げない (ignorantia iuris non nocet)」という原則を、早期普通法学者が「法律の不知が抗弁事由とならないのは、法律を知らないことが当事者の重過失によるからである」と理解することにより導入されたものである。村上・前出注229)、7頁参照。なおこの問題に関する近時の研究として田中美智子「意思表示帰責論における民法95条但し書きの位置づけ—心裡留保との比較的考察・Dolus と Culpa lata—」法学政治学論究第54号(2002年)19頁以下がある。
- 234) このように錯誤が考慮される類型(客観的制限)について規定した後で、ALR は錯誤者の損害賠償義務について規定している。同78条は「仮に表意者が錯誤を回避できた場合であってもこのすべての事例(75, 76, 77条)において意思表示は依然として無効である」とし、重過失に基づく無効主張の主観的制限を排除している。同79条では、重過失による錯誤者の相手方に対する損害賠償義務が規定され、同80条では、両当事者が避けえたにもかかわらず発生してしまった錯誤に関しては、両者とも損害賠償義務はないことが規定されている。
- 235) こうしたスウェアッツの見解については、村上・前出注229)、7頁に紹介されている。

し、81条では動機錯誤に位置づけられる性質錯誤は、それが契約内容に取り込まれたときにだけ顧慮されると述べられている²³⁶⁾。これは「動機が表示され、それが法律行為の内容になれば、動機錯誤も顧慮される」という今日の理解の端緒となるものである。

このことから明らかなように ALR の錯誤規定は錯誤を意思欠缺による無効原因として捉えていた事がわかる。そして、その基礎には意思教説 (Willensdogma) が貫かれている。

このように ALR では、意思教説のもと錯誤要件を比較的緩やかに理解する一方で、錯誤者に損害賠償義務を課すことにより契約当事者の利益の調整を図っている。

c) 両者の関係

先ほど確認したように、ALR では莫大損害による取消が明確に「錯誤の推定」であるとされていた。他方で錯誤に関しては、ローマ法以来の四類型が客観的要件として採用され、また動機錯誤の原則無顧慮が採用されていた。

まず、莫大損害は価格の錯誤に関係するが、こうした錯誤は物の価値評価よりもたらされるものである。しかし、ローマ法以来、錯誤の四類型の中に物の価値に関する錯誤は入っていない。この問題は、動機錯誤の問題として原則無顧慮の扱いを受ける。まず、莫大損害はこうした錯誤法の領域では無顧慮とされる価値錯誤の領域をカバーするものである。

他方で客観的不等価は、物の性質に関する錯誤や錯誤の四類型に含まれる場合からも生ずる。ここから、莫大損害は客観的不等価が特に重大である場合に、錯誤の立証を相手方に転換する役割を果たしているといえる。この点は66条が明確に述べているところである。

その際の効果の問題であるが、錯誤が推定されるとしても、錯誤無効の規定が

236) 同81条では、「通常前提とされている人または物の性質における錯誤は、同様に意思表示を無効とする (entkräften)」とし、同82条では「ただし、錯誤者が自らの重過失または過失により自己の錯誤を惹起した場合には、意思表示は有効である」とし、同83条では「その他の性質や状況における錯誤は意思表示を無効とはしない」と規定する。

直接準用されるのではないことに注意すべきである。莫大損害による契約解消に関しては、250条以下に特別に規定が置かれたが、そこでの効果は取消 (Aufhebung) であるのに対して、錯誤の効果は無効 (ungültig) である。

このように、莫大損害は錯誤の推定であるとされながらも、効果の面では直ちに契約を無効とするものではないことが確認された。

d) 当時の理解：クライン (Ernst Ferdinand Klein 1744–1810) の見解

ここで ALR の起草者の一人であるクラインの見解を見ておくことにしよう。クラインはその著書『プロイセン私法の体系』^{237, 238)}で、この問題に言及している。まず、同書第1部第4章は「意思表示」に関して述べている。ここで錯誤に関して述べているが、錯誤にはローマ法以来の4類型があることが述べられている他は、とくに詳しい説明はない。

同書の第11章では売買契約に関する説明がされているが、そこで莫大損害にも言及している²³⁹⁾。ここでは、主要な規定についての解説がされているが、その体系的な位置づけや、立法の目的などに関しては言及されていない。単に莫大損害が、契約を無効にする錯誤の推定であることが述べられているにすぎない。

237) Ernst Ferdinand Klein, System des preussischen Civilrechts, Halle, (1801). なお、同書第二版は1835年に当時の行政顧問官である Fr.von Rönne と裁判官の L.von Rönne によって大幅に増補・改訂された。同補訂版でも § 269, S. 286で莫大損害に言及しているが、初版と比べその内容に変化は無い。

238) 同書の特徴は、クラインによれば、プロイセン私法の講義のための法素材の抜粋に加え、プロイセン私法の哲学的・歴史的背景やまたその中心原理に言及している点 (同書では始めに「哲学的歴史的準備」とする章が設けられている) にあるとする (Klein, a. a. O. (Fn. 237), Vorrede.) ただし、そこでは莫大損害の理解そのものにかかわるような私法の構成原理には触れられていない。簡単にその内容を紹介すると、まず、社会契約による国家の成立 (§ 1)、そして、法は自然法より導かれるがそれが契約によって修正できること (§ 2)、そして、この契約が黙示によっても成り立ち、そこから慣習法の効力が認められること (§ 3)、慣習法が古代においては制定法に対して優位を占めていたが、今日では明確な立法が必要であること (§ § 4–5)、その理由としてプロイセンが多くのラントより成り立っていること (§ 6)、が述べられている (Klein, a. a. O. (Fn. 237), S. 1–4)。その後第6節 (§ 6) 以下で1746年11月31日のフリードリヒ二世の閣令以降の法典編纂の経緯ならびに関連諸規則が述べられている (§ § 6–16)。最後に、人の法と物の法の区別及びそこでふれられる内容についての簡単な紹介がされている (§ 17)。

239) Klein, a. a. O. (Fn. 237), §. 269, S. 157 ff.

(2) オーストリア一般民法典(1811年)

オーストリア一般民法典(Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie 以下 ABGB) 934条、935条には莫大損害の規定が存在する。ここでは、その立法過程と ABGB 成立に重大な影響を及ぼしたツァイラーの見解について検討する。

a) 立法過程

オーストリア一般民法典は、マリア＝テレジアによる1753年の一般私法典(Codex Theresianus juris civilis) 作成のための委員会の設置にはじまり²⁴⁰⁾、最後に、カント主義的自然法論者であるツァイラーによって、1811の「オーストリア一般民法典」へと完成された。

テレジア法典では、全ての有償双務契約に莫大損害の適用が認められていたが²⁴¹⁾、契約目的物に関する制限があった²⁴²⁾。取消権は両当事者に認められていたが³²⁾、補充権行使については過大な利益を得た側のみにとめられていた。

その後ホルテン草案²⁴³⁾、マルティーニ草案²⁴⁴⁾においては、訴訟の数を減らす目的から、適用領域の制限や、主張期間の制限、目的物の制限などが行われた。

マルティーニ草案は、更に修正されていわゆる「原草案」(Ur-entwurf) にいたる²⁴⁵⁾。この原草案から修正草案への審議の過程で、これまで莫大損害に課され

240) その後、皇帝ヨーゼフ二世のもとで、ホルテンとケースによって作成された「ヨーゼフ法典」(Josephische Gesetzbuch 1786) を経て、レオポルド二世の下で活躍した自然法学者マルティーニにより三部からなる草案(マルティーニ草案)へと纏められる。オーストリア一般民法典の起草過程とその指導原理に関しては、皆川宏之「オーストリアにおける民法典の成立—特に国家制定法と人的権利に関する規定の編纂過程を中心として—」比較法史学会編『歴史創造の事理と法理(Historia Juris 比較法史研究—思想・制度・社会⑦)』(昭和堂・1998年) 250頁以下参照。

241) Codex Theresianus, Cap. IX, 22, §§. 345–382. in ; Harras Harrasowsky, Codex Thresianus. Bd. III. (1884) S. 185–190 このように、テレジア法典においては、莫大損害について、約40条という多くの規定を割いている。

242) 契約の目的物が不動産の場合か、ライン地方の貨幣で100グルデン以上の動産の場合にのみ、莫大損害規定の適用が認められた。

243) ホルテン草案においても、テレジア法典と同様に、莫大損害に関して詳しい規定が存在するが(第3部第9章189–212条)、適用領域については、売買契約と交換契約に制限されている。また、ホルテン草案においても、目的物の制限が存在した(同章191条で莫大損害の適用は、不動産であるか、ライン地方の貨幣で100グルデン以上の価値をもつ動産を目的とした契約の場合に限られている)。

ていた諸制限が、弱者保護を理由に姿を消した²⁴⁶⁾。なお、こうした法典編纂の過程で、後述のフランス民法典の起草過程のように、莫大損害の採否をめぐる激しい論戦は行われなかった²⁴⁷⁾。

ツァイラーによって最終的に完成された一般民法典においては、莫大損害が、全ての双務契約に適用されることが決まり、マルティーニ草案まで維持されてきた目的物の種類や価値による制限はもはや撤廃され、また補充権は、加害者側に認められることとなった。

、 b) 1811年のオーストリア一般民法典²⁴⁸⁾

1811年に成立した ABGB は、導入部分と三つの部から構成されている²⁴⁹⁾。莫大損害に関する934条、935条は、第二部「物の法」の中の第二章「人的物権法

244) マルティーニ草案では、莫大損害に関する規定はかなり簡単に規定されている。ここでも、適用領域はホルテン草案と同様に売買と交換に限定され、また目的物の制限も存在した。取消権は、契約当事者の双方に認められているが、それは、被害を被った当事者の被害額が銀で50Lothの価値を越える場合にのみ認められた。なおマルティーニは、彼の著書の中で、双務契約においては、契約当事者は自律的に互いの給付物の価値が同等になるように調整を行うものであるから、契約内容について決定的であるのは「契約当事者の意思」であると主張している。ここから、マルティーニが、原則的には莫大損害に対して反対であったことが伺える(Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 212)。なお、こうした制限は、莫大損害の訴訟の数を減らす為であるとしている。しかし、一方で、マルティーニは、莫大損害の主張期間の制限を、ホルテン草案(動産の場合は3週間・不動産の場合は6週間)よりも延長し、5年としていることから、このような立場がかならずしも一貫していない部分も見られる。

245) なお被害者(Verletzten Teil)の側に取消権と加害者の追加払いによる契約の維持との間の選択権を認めているという点で、他の草案に比べて特殊性を持っている(原草案929条、930条)。

246) 1805年5月20日第90会議(第3部第5章「交換」§§163、164、165についての審議)におけるフライブルク大学の提案(とくに、§164)参照(Julius Ofner, Der Ur-Entwurf und die Beratungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 1889 (Nachdruck 1976), S. 77 ff.)。

247) おもに、文言の修正(「一般的価値」という文言を入れるかあるいは単に「価値」とするか)や、規定の趣旨の説明(特に、取消権制限の規定(修正草案930条))が中心である(Ofner, a. a. O. (Fn. 246), S. 77, 80 f.)。

248) 法文について本稿では、ディレンブルク(Dillenburg)の1998年のリプリント版 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. Wien (1811). を参照した。

249) 簡単に構成を示しておく、導入(1—14条)、第一部「人の法」(15—284条)、第二部「物の法」(285—1341条)、第三部「人及び物の法に共通する規定」(1342—1502条)となっている。

(poersenliche Sachenrecht)』²⁵⁰⁾に位置する。

このABGB第二章の第17節(859—937条)では「契約について(Von Verträge überhaupt)』²⁵¹⁾規定し、莫大損害(934条「過半損害に基づく損害填補(Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte)」)はこの中に定められている。

第934条 双務的行為において、一方当事者が、一般的価値において相手方を与えたものの半分も得ない場合には、法律は損害を被った者(verletzten Teil)に取消及び原状回復を請求する権利を与える。ただし、相手方は一般的価値まで損害を填補すれば、当該行為を維持することができる。

第935条 この法的手段は、それを明確に放棄した場合、特別な愛着から物を特別な価格で購入することを明示した場合、彼が真の価値を認識していたにもかかわらず、それでもなお不均衡な価値についての同意をした場合、さらに、個人的関係から有償と無償の契約を混せて締結した場合、本来の価値がもはや確認できなくなった場合、最後に、裁判所により物が競売に付されている場合には、認められない。

このように、ABGBでは莫大損害は双務契約一般に拡張されることとなった。その規定を見ると、ALRのように「錯誤の推定」という性質は、条文の文言上は明確に示されていない²⁵²⁾。しかし、934条の取消権が排除される場合を規定した935条²⁵³⁾からも明らかなように、莫大損害の基礎が不利益を被った側の価値の

250) 「人的物権」とは、同章第17節の導入に当たる859条にあるように、「個人が他の個人を給付へと義務付ける」ものとされており、それは法律、契約、損害発生から生ずると説明されていることから、いわゆる「債権法」にあたる。

251) ここでは、導入部分で人的物権の定義や契約の種類、詐欺や錯誤、契約の解除、瑕疵担保などが規定されている。なお第18節以下は各種の典型契約について定められている。第18節「贈与」、第19節「寄託」、第20節「使用貸借」、第21節「消費貸借」、第22節「委任及び行為執行のその他の方法」、第23節「交換」、第24節「売買」、第25節「賃貸借、永借地、地代契約」、第26節「労務給付に関する有償契約」、第27節「財産の共同体に関する契約」、第28節「婚姻契約」、第29節「射倖契約」第30節「損害賠償並びに謝罪法」。

252) ただしこの点に関しては、後述するように立法者のツァイラーが明確に錯誤の推定であることを意識しながらも、合意瑕疵推定モデルを採らなかったことを意味しない。

錯誤（ないし不知）に求められている。このことから、ABGB934条がこれまで述べてきた合意瑕疵推定モデルに合致するものであるといえる。したがって、近世自然法論のように、物の価値に関する錯誤が存在しなくても、正当価格に反する契約は調整（及び取消）されるという見解は採用されていない²⁵⁴⁾。

c) 錯誤

以上のように莫大損害が錯誤の推定として理解されるとき、その際に錯誤法の構造との関係が次に問題となる。ここで簡単に ABGB の錯誤法について紹介しておこう²⁵⁵⁾。

まず1811年の ABGB は、871条以下に錯誤に関する規定を置いた。

ABGB871条 当事者の一方が相手方の誤った指示により錯誤を惹起され、その錯誤が主要な物、もしくは、その本質的性質に関し、その点に意図が主として向けられ、表示されている場合には、錯誤者に拘束力は生じない。

ABGB872条 しかし、錯誤が主要な物にも、その本質的性質にも関係せず、付随的事情に関係するに過ぎない場合には、両当事者が主要な対象について同意し、かつ、付随的事情を主たる意図として表示していない限り、契約は依然として有効である。しかし、錯誤者は錯誤を惹起させた者から適正な賠償を受けることができる。

ABGB873条 これらの原則は、当該錯誤がなければ契約を締結しなかったか、あるいはその種類では締結しなかったという限りで、約束の対象とされた人に

253) なお、1268条で射俵契約について、1368条で和解契約について、その適用が排除されている。その理由としては、射俵契約においては正当価格が存在しないこと、和解契約においては、その締結過程を通じて正当価格に達することが理由として挙げられている。ただし、前者の射俵契約に位置づけられる「終身定期金契約」に関しては、近時判例において莫大損害の適用が認められている（例えば OGH JBI 1994, 825 (Urt. v. 30. 6. 1994) 等）。

254) 規定の文言でも、「一般的価値 gemeine Werth」という文言が使われており、「正当価格 iustum pretium」という文言が使われていないのもこのことと関連する。起草過程でこのことが問題となったことについては、前注247) 参照。

255) ABGB の錯誤法の成立史に関して詳しくは、須田晟雄「オーストリア錯誤法の生成—立法史の考察を中心に—(一)～(三)完」北研21巻3号、22巻3号、23巻3号参照。なお現代オーストリア法における錯誤論については磯村哲『錯誤論考』（有斐閣・1997年）に紹介されている。

関する錯誤にも適用される。

ABGB901条 両当事者がその同意の動機もしくは目的を明示的に条件とした場合には、その動機もしくは目的は他の条件と同様にみなされる。この場合をのぞいて、それらの表示は有償契約の効力に影響を及ぼさない。(以下略)

以上からも分かるように、ABGBはALRと明らかに異なる錯誤法を展開している。簡単にまとめれば、ALRが意思教説に立ち広範な錯誤成立の可能性を認める一方で、錯誤者に損害賠償義務を課すことにより当事者の利益の調整を図っているのに対し、ABGBは、信頼原理に立ち錯誤の成立要件を比較的厳格に設定し錯誤が顧慮される場合を制限している^{256), 257)}。信頼原理に基づく錯誤法とは、表示を相手方の側から評価するというものである。つまり、表示を受領した側の信頼が保護に値しない場合かぎりに、錯誤無効が認められることとなる²⁵⁸⁾。そして、このことは、普通法では原則無顧慮とされてきた、動機錯誤であっても相手方に認識可能であれば、顧慮されるという結果を意味することとなった。

d) 莫大損害と錯誤

こうした錯誤論と莫大損害を比較すると、まず、莫大損害の効果が本質的錯誤のように無効ではなく、取消（解除）と原状回復であるという点では差異が見られる。しかし、補充権（損害賠償）による差額の調整が認められていること、価

256) すでに先行研究においてもこの点は指摘されている。たとえば、須田・前出注255)、(一) 2頁および、村上・前出注229)、8—10頁参照。

257) なお、テレジア法典やホルテン草案の段階では、グロチウスの錯誤論に基礎を置く個人主義的、主観主義的錯誤論が企図されていた。テレジア法典は普通法の強い影響を受けていたため、顧慮されるべき錯誤をローマ法の分類に従い制限する立場をとり、動機錯誤はそれが明示されかつ条件とされない限り考慮されないという立場をとった。また当時一般的であった重過失要件に関しては、これを排除していることから同法典における錯誤論が主観主義的であったことがうかがえる。ホルテン草案もローマ法にとらわれず、自然的衡平に従い編纂することという原則の元に編纂されたが、実際には「テレジア法典の縮刷版」であり、その錯誤論に関しても原則的にはテレジア法典とは異ならなかった。なお、テレジア法典と異なるところは、本質的錯誤と付随的錯誤を区別し、後者の場合には、発生した給付の不均衡の調整を認めていた点である。こうした錯誤論が転換するのが、マルティーニ草案においてである。以上の経緯について詳しくは、須田・前出注255)、(一) 参照。

258) Emil Pfersche, Die Irrtumslehre des österreichischen Privatrechts, (1891), S. 129.

格の錯誤は動機錯誤であり本質的錯誤には当たらないが、非本質的錯誤となりうる場合があるという点で、錯誤論との関連も有している。また、重大な給付不均衡が錯誤を推定させるという構造は、錯誤者の相手方に認識可能性を求める錯誤論 (ABGB871条) からは、説明しやすいもののように思われる。

このように、ABGB においては莫大損害と錯誤論が密接に関連しているといえる。

e) ツァイラーの莫大損害の理解²⁵⁹⁾

フランツ・ヴィーアッカーによれば私的自治の重要な内容を形成するものとして、莫大損害に代表される実質的秩序原理の否定を挙げているが²⁶⁰⁾、ツァイラーは契約の拘束力について、意思教説 (Willendogma) を採用しながら²⁶¹⁾、他方で先に見たように ABGB の立法過程においても、また自身の著作においても莫大損害を全ての双務契約に拡大している。ツァイラーが影響を受けたとされるカントは先に見たように正当価格とそれを基礎にする莫大損害に対して否定的立場をとっているが、なぜこうした差異が生じたのだろうか。

まず彼の価格決定の自由に対する立場を見ておこう。彼はその著書のなかで、当事者が自由な合意の下で決定した価格は、自然法によれば正当であると述べている²⁶²⁾。このことから明らかなように、彼の自然法においては正当価格を基礎とした等価性の原則は採用されていない。

259) ここでは Franz von Zeiller, Das natürliche Privat=Recht, 3. Aufl. Wien, (1819). (以下 Privatrecht) および, Commentar über das bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, Wien, (1811) (以下 Commentar) を参照した。

260) Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher der modernen Gesellschaft, (1953), S. 19.

261) Zeiller, Privatrecht, a. a. O. (Fn. 259), §§39 ff. u. 93 f.

262) 「物が売りに出される価格を決定する権利はその物の所有者にある。彼は自分の考え、自分の好み、利用法、その他様々の自分の事情からして当該の物がこれまで自分にとってどれほど役に立ち、自分を満足させてくれたか、今後どれほど役に立ち、満足を与えるであろうかを最も良く知っている。それ故、彼は物を手放そうとする場合、その対価として、別の物又は金銭がどれだけ自分の手にもたらされるべきかを最も精確に述べることができる。この条件を承諾した者は、それが正しくないといって異議を唱えることはできない。したがって両当事者が自由に合意した価格は、自然私法によれば正当である」 Zeiller, Privatrecht, a. a. O. (Fn. 259), S. 171.

しかし、上で見たように、ツァイラーは ABGB において、広範囲な莫大損害の適用を認めた。その際ツァイラーは、莫大損害の法的性質について、この制度を一方では国家の弱者保護義務から認められたものであるとし²⁶³⁾、他方で錯誤の特殊な形態と理解していた²⁶⁴⁾。なお弱者保護的性格は取消権者の範囲の理解にも影響を与えている。というのも ABGB では取消権は当事者双方に認められるべきであるとされたが、その理由は売主も、買主も、困窮状態などによって契約締結へと強制されることがあるからだ、としている²⁶⁵⁾。

このように、ツァイラーは莫大損害の弱者保護的性格について言及しているが、ABGB の規定は適用される契約類型や契約当事者の性質とは無関係に規定されている。この点は、次に述べるフランス民法典と比較すると、フランス民法典では取消権の放棄が認められていないのに対し、オーストリア一般民法典では、この点が認められており、フランス民法典に比してより錯誤推定の性格が強く現れているといえる。

(3) フランス民法典 (1804年)

最後にフランス民法典について見ていくことにしよう。ALR が莫大損害を錯誤の推定であると明言し、また ABGB が935条の解釈から錯誤の推定であると理解できるように、フランス民法典においても、レジオン (lésion) により合意の瑕疵が基礎付けられることが規定されている。フランス民法典に関してはその立法過程に関して詳細な研究²⁶⁶⁾があることから、ここではごく簡単にその規定の構造を紹介するにとどめる。

263) Zeiller, Privatrecht, a. a. O. (Fn. 259), §128, S. 171.

264) ツァイラーはそのコンメンタルのなかでは錯誤の推定であることを明言している (Zeiller, Commentar, Bd. 3, a. a. O. (Fn. 259), S. 144)。

265) Zeiller, Commentar, Bd. 3, a. a. O. (Fn. 259), S. 144. しかし、ツァイラーのこうした説明によると、「物の価値を認識していたにもかかわらず、強制状態から不利な契約を締結した当事者」も取消権者に含まれることになるが、そうすると、935条の「真の価値を認識していたにもかかわらず……」という文言と矛盾が存在するように思われ、両者はどういう関係に立つのか問題となると思われる。しかしこの点についてはツァイラーの見解からは明らかではない。なお、現行 ABGB879条2項にはドイツ型の暴利行為論 (BGB の暴利行為論については本稿Ⅳ、6 参照) が規定されており、こうした問題は解消されている。

266) 大村・前出注15) 参照。以下の検討はこの論文に多く依拠している。

a) 古法時代

フランス民法典起草者の一人であるポルタリスは、起草過程におけるレジオンの採否をめぐり、古法を維持するかそれとも廃止するかが重要であると述べている²⁶⁷⁾。このことから、フランス民法典レジオン規定は古法の影響下にあったことが伺える。

古法時代の慣習法において、すでにレジオンに対する制限的に態度が示されていたとされる²⁶⁸⁾。またドマにおいても、レジオンをローマ法と同様に不動産売買に限定し²⁶⁹⁾、またその性質も買主の善意・悪意や売主の目的物の価値に対する知・不知という一般的要件とは関係ないとしていた²⁷⁰⁾。

これに対し、フランス民法典に重大な影響を与えたとされるポチエは、一般論としてはレジオンを衡平 (équité) や合意の瑕疵により基礎付けていた²⁷¹⁾。このようにポチエは、レジオンの根拠を契約一般の原理に基礎付けてはいるが、実際の運用の場面では種々の制限²⁷²⁾を課しており、適用範囲はそれほど広くは無い。

こうして、ポチエは原則論としてはレジオンに対し好意的でありつつも、その運用においては慎重な態度をとった。

b) 立法過程と規定の構造

中間法時代²⁷³⁾において、レジオンは当時の思想的、政治的、経済的背景²⁷⁴⁾から

267) P.A.Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 1827, (以下 Fenet) tome, 14, p. 46

268) 前出注161) 参照。

269) その理由として、レジオンに基づく濫訴の弊害があるとされている (Domat, Les lois civiles, Liv. I, Sec. IX, n° 1, p. 180 (本稿では Oeuvres complètes de J. Domat par J. Remy. tome, 1. nouv. éd., 1835 を参照した))。

270) Domat, supra note, 269. Liv. 1. Sec. IX. n° 5. p. 180.

271) Pothier, Traite des obligations, n° 33, p. 11. (本稿では、Oeuvres de Pothier, de M. Merlin, tome, 1. 1830 を参照した)。

272) 和解の場合や、価格の計算が不能の場合 (相続権の売買や射倖契約の場合)、一般の動産、愛着価格による売買の場合にはレジオンは認められないとする (Pothier, supra note, 271, n° 36. p. 12)。

273) 1789年の革命勃発から、1804年のフランス民法典成立までの時代を言う。

274) 思想的背景として、当時の立憲議会 (Assemblée constituante) には、自然法論者、フィジオクラート (重農主義者) が多かったこと、政治的背景としては、国有財産買主の保護の必要があったこと、経済的背景としてはアッシニアの暴落によるレジオン訴訟の多発が指摘されている (大村・前出注15)、79頁)。

共和暦3年実月(fructidor)14日の法律により廃止されることになった。しかし、その後の経済状況の変化などから、フランス民法典の編纂時には再びレジオンをめぐる議論が登場する。ここでは、レジオン否定派と肯定派の間で激しい議論が交わされた。その詳細については先行研究に譲り²⁷⁵⁾、その議論の内容を要約すると、否定派はおもにレジオンの実際の適用面での不都合を指摘するのに対し²⁷⁶⁾、肯定派はこの制度が、衡平や人間性という契約の一般原則に依拠すると主張する者²⁷⁷⁾や、ポルタリス²⁷⁸⁾のように、この制度の客観的正当化理由としてのコオズや当然詐欺²⁷⁹⁾、主観的正当化理由としての合意の瑕疵をあげる者など、この制度を契約法の原則から要請されるものであると主張する²⁸⁰⁾。

しかし、最終的には、ナポレオンが家産保護制度の必要性や、「市民的正義の原理(principe de la justice civile)」からレジオンは必要な制度であると述べることにより議論は決着することとなった。

こうして成立したレジオンの規定は次のようなものであった。

第1118条 レジオンは同一の款で説明されているように、一定の契約において、または一定の人に対してでなければ、合意を瑕疵あるものとはしない。

第1674条 売主は、不動産の価格について12分の7を超えて損害を受けた場合には、契約において、その取消を請求する権能を明示的に放棄し、かつ、差益を与える旨を申述したときであっても、売買の取消を請求する権利を有する。

275) 大村・前出注15)、82—93頁参照。

276) ベルリエの発言(Fenet, supra note, 267, tome, 13, pp. 91—95)。ベルリエがトマジウスの影響を受けていた可能性については、大村・前出注15)、104頁注104)参照。トマジウスの見解については、本稿前出注229)参照。

277) ビゴ・プレアヌムーの発言(Fenet, supra note, 267, tome, 13, pp. 95—97)。

278) Fenet, supra note, 276, tome, 13, pp. 98—100。

279) 当然詐欺(dolus re ipsa, le dol réel)に関しては、本稿Ⅲ, 1, (1), b)参照。

280) リュイ・ルカ(Pierre Louis-Lucas)は、ポルタリスにおけるレジオンの性質論を「半客観的・半主観的性質(Nature mi-objective, mi-subjective de la lésion)」説と位置づけている(Louis-Lucas, Lesion et contrat, (1926), n°5, pp. 16—20参照)。

先述の ALR や ABGB との簡単な比較を行っておこう。まず、規定上は三つの法典のいずれもが、莫大損害・レジオンを錯誤や合意の瑕疵と関連付けて論じている。しかし、ALR と ABGB が錯誤の「推定」であり、取消権の放棄や錯誤不存在の反証を認めるものであるに対し、フランス民法典においては、レジオンが合意の瑕疵を強制的に基礎付ける（したがって、取消権の放棄や反証は認められない）ものであった。ここでは、ALR や ABGB よりも弱者保護その他の政策目的がより強く現れている。こうしたことや、また、条文の文言が「一定の契約」や「一定の人」に適用を限定していること²⁸¹⁾からも、フランス民法典においては、レジオンは特殊な取消権として出発したことが理解できる。

c) 合意の瑕疵・コオズとレジオン

以上で簡単に紹介したように、フランス民法典におけるレジオンは、政策的規定としての性格を持ちつつも、さらにいくつかの要素（衡平・合意の瑕疵・コオズ）からその基礎付けが行われていた。その中でも本稿にとって特に重要であるのは、錯誤論やコオズ論との関係である²⁸²⁾。

ドマは錯誤をコオズの問題として理解していたようであるが²⁸³⁾、のちにポチエによって両者は切り離されることとなる。ポチエによる錯誤とコオズの分離の背景には、彼がローマの形式主義を排斥し、契約の根拠を当事者の意思に求める諾成主義をとる契約理論を採用したことがあるとされる。

281) 具体的には、未成年者の場合、不動産売買の場合、相続の場合である。

282) フランスの錯誤論に関しては、野村豊弘「意思表示の錯誤（一）—（七）完」法協第92巻10号、第93巻1号、同2号、同3号、同4号、同5号、同6号（特に本稿との関係では第93巻2号及び同3号）、同「私法上の錯誤 フランス」比較法研究第41号（1979年）9頁以下が詳しい。コオズ論に関しては、稲葉彬「フランス契約法における cause の理論」法学新報79巻2号（1972年）94頁、岸上晴志「契約の目的についての覚書(1)(2)完」中京法学大16巻1号、同2号（1981年）、森山浩江「恵与における『目的』概念—コオズ理論を手がかりに—」九大法学64号（1992年）13頁、小粥太郎「フランス契約法におけるコオズの理論」早稲田法学第70巻第3号（1995年）1頁がある。本稿はこれらによるところが大きい。

283) つまり、コオズを合意の有効要件としつつ、錯誤によって合意が無効となるのは、合意にコオズが存在しないからだけでなく、誤ったコオズに基づくからであるとする（その後18世紀のプレヴォ・ドゥ・ラ・ジャネス (Prévôt de la Lannés) も同旨の見解に立ったようである（野村・前出注280）、比較法研究11頁参照）。

この両者の契約理論の違いが、両者のレジオンの本質論の理解にどのような影響を与えたかは判然としないところがある。ドマは合意を四種類に分類し、そのなかでも双務契約にあたるものに関しては、一方当事者の約務 (engagement) は、他方当事者の約務の基礎、すなわちコオズであるとして、こうしたコオズが欠ける場合には、債務は無効となるとしている。つまり、「合意が有効に成立するためには、給付ないし債務関係の『対価関係 (équivalence)』が無ければならない」とする。この対価関係を重視すれば、ドマにおいてもレジオンをコオズの問題、更には錯誤の問題として位置づけることは可能であったはずである²⁸⁴⁾。

一方、ポチエにおいては、レジオンを衡平や合意の瑕疵から基礎付けたが、コオズをその基礎とはしなかった。抽象的な観点からは、錯誤とコオズの分離を説いたポチエにおいては、レジオンを合意の瑕疵 (錯誤) とコオズのどちらかに根拠を求めた態度は理解できるが、ではなぜ、コオズではなく合意の瑕疵であったということについては明らかではない²⁸⁵⁾。

このように、古法時代のレジオンの理解はフランス民法典に重大な影響を与えた二人の法学者においても一致していない。こうした不一致はポルタリスの「半客観・半主観説」によく現れている。

しかし、先に確認したように、こうした一般的な理由付けとは対照的に、規定の実際の適用場面は極めて限定的なものであり、やはり弱者保護の性格が強いものであったといえる。

d) その後の理解

その後、フランス注釈学派によってレジオンが論じられるが、規定が持つ弱者保護の性格から、レジオンを実定法における例外にとどまると理解する者²⁸⁶⁾や、

284) ただし、この「対価関係」がドマにおいて「給付の均衡」までも意味していたかについては、本稿では十分検討出来ていない。今後の検討課題としたい。

285) この問題については、推測の域をでないが、前出注282)で述べたように、対価関係が、「給付の均衡」を意味しないとすれば、コオズをレジオンの根拠とすることはできないこととなる。しかし、そうなると、ポルタリスの「半主観・半客観説」において、なぜコオズを根拠とすることができたのか問題となろう。この点も今後の検討課題としたい。

286) 詳しくは大村・前出注15)、95頁参照。

ポルタリスのように合意の瑕疵やコオズに根拠を求める見解が理論的に困難であることを指摘する者²⁸⁷⁾など、この制度に対する批判がなされた。

4 小括

以上の検討から、近世自然法論および自然法的法典における莫大損害の三つのモデルを取り出すことができる。第一は中世のカノン法のモデルに一致する客観的義務を前提とした正当価格論モデルである(但し、その効果をめぐる議論には差異がある)。これを採用したのが、グロチウスとプーフENDORFであった。これに対して中世ローマ法のモデルに一致する合意の瑕疵推定モデルは、ヴォルフにおいてそれへの傾斜が見られ、またポチエにおいては明確に意識されている。このモデルはその強弱はあるものの自然法的法典のいずれもが採用した。特にプロイセン一般ラント法は、明文でこの点を明らかにし、また、効果として取消のみを認めている点から、錯誤推定としての性格が顕著である。そして、第三のモデルである経済政策・弱者保護モデルについては、フランス民法典が最も強くこれを意識し、ついでプロイセン一般ラント法がこの点を根拠の一つとしている。オーストリア一般民法典もこの点を顧慮しているが、むしろ合意瑕疵推定モデルが最も強く現れていることは先に確認したとおりである。

ここで問題となるのは、カントの自律的意思概念と莫大損害の関係である。カントの自律的意思概念からは、グロチウスやプーフENDORFがとった正当価格論モデルは厳しく否定されることとなりそうである。しかし、実定法上特に認められた弱者保護モデルや合意の瑕疵推定モデルは果たしてこうした自律的意思概念から否定されるものであったのだろうか。この問題はすでにABGBの立法者であるツァイラーの自然法と実定法の二重構造に現れているが、次章で検討するドイツ法律行為論の中でより鮮明に浮かび上がることとなる。(以下次号)

287) 詳しくは大村・前出注15)、96頁参照。