

莫大損害 (laesio enormis) の史的展開(1)

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

I はじめに

1 検討の出発点

カール・ラーレンツはその著書『正法 (Richtiges Recht)』において、個人的領域を支配する法原理として、①自己決定と自己拘束の原理、②双務契約における給付の均衡 (均衡原理)、③信頼原理の三つを上げている¹⁾。このうち、第一の原理に関しては、私的自治の原則として我々にとって馴染み深いものである。また、信頼原理についても、相手方の信頼保護の要請はよく耳にする²⁾。では、第二の原理である均衡原理 (Äquivalenzprinzip) とは何か。そのヨーロッパ法史における展開を明らかにするのが本稿の目的である。ここでは具体的検討に入る前に、現代においてこの原理が論じられる問題領域について簡単に述べておく。

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第3巻第2号2004年6月 ISSN 1347-0388

- 1) Karl Larenz, *Richtiges Recht*, (1979), S.65 ff. なお同じ内容が同著者による民法総則の体系書 *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 7. Aufl. (1989), §2, S.33 ff. (なお均衡原理に関しては §2. V, S.45 ff. 参照) で論じられているが, Manfred Wolf による改訂版 (1997) では、このパラグラフそのものが削除された。
- 2) ただし信頼原理そのものに関する包括的研究は少ない。岡川健二「私法に於ける Rechtsschein 法理の展開」法政研究第4巻第2号(昭和9年)1頁以下(特に本稿との関係では29頁以下参照)、喜多了祐著『外観優越の法理』(千倉書房・昭和51年)、多田利隆『信頼保護における帰責の理論』(信山社・1996年)が詳細な検討を行っている。

均衡原理とは、双務契約においては給付と反対給付が客観的に均衡していなければならぬとする原理である³⁾。ドイツにおいてこの原理は従来、契約自由とりわけ内容の自由に反するものとして、それが公序良俗に反する場合（いわゆる暴利行為論）でない限り、原則的に無顧慮であると説明されてきた⁴⁾。しかし、ラーレンツも指摘しているように、この均衡原理が登場するのは、暴利行為・公序良俗の問題に限定されるものではない。彼によれば、たとえば物の瑕疵に基づく契約解除、代金減額（BGB旧462,472条⁵⁾、一方当事者による給付の決定（BGB315,316条）、判例における行為基礎の脱落理論⁶⁾の中にも均衡原理が現れているとする⁷⁾。しかし、これらの例を一見して分かることは、それが契約当事者の意思決定の弱さや不完全さが存在する場合、あるいは契約当事者双方が給付間の客観的不均衡の発生を全く予期していなかった場合に限定されているという点である。したがって、ここでの均衡原理とは、給付の不均衡のみを理由として契約に介入する原理を意味しない。

これに対して、これから検討する莫大損害（*laesio enormis*）⁸⁾は、給付と反対給付間の重大な不均衡のみによって契約の解消、または契約内容の修正をみとめ

- 3) Larenz, *Richtiges Recht*, a. a. O. (Fn. 1), S. 66 f. ders, *Allgemeiner Teil*, a. a. O. (Fn. 1), S. 45.
- 4) たとえば、フルーメの私的自治論に代表される（Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Berlin, (1977) Bd, 2, S. 7 f.）。なおフルーメの法律行為論については、高橋三知雄「Flumeの法律行為論」関西大学法学論集第16巻4・5・6合併号（昭和42年）433頁以下に紹介されている（特に給付の均衡の問題に関しては439頁参照）。
- 5) 2002年のドイツ債務法現代化法により BGB 現440条及び441条へと改正。
- 6) ドイツ債務法現代化法によって、行為基礎の脱落理論は BGB313条に規定を持つこととなった。
- 7) ラーレンツがこのように均衡原理を契約締結時と契約締結後に分けずに使っているのに対して、フリップ・ヘルレは両者をわけ、現代法において均衡原理が果たす機能を分析している。Philipp Härle, *Die Äquivalenzstörung-Beiträge zur Geschäftslundlage*-, München (1995).
- 8) 用語について補足しておく、後述するように、莫大損害（*laesio enormis*）とは、ローマ法の C. 4. 44. 2及び C. 4. 44. 8が中世に有償双務契約全般に適用されるに及んで初めて登場した名称である。これに対し、フランス法では、この法理を一般に「レジオン（*lésion*）」と呼ぶ。また、C. 4. 44. 8に規定された「正当価格の半分」という要件から、「過半損害（*Verküzung*（*Verletzung*） über die Hälfte）」と呼ばれることもある。本稿では、原則的に「莫大損害」という訳語を用いることとし、必要に応じて「レジオン」や「過半損害」という訳語を使用する。

る制度あるいは法理である。この莫大損害は現在でもフランス民法典 (Art. 1148) やオーストリア一般民法典 (ABGB934, 935条) に現存している。

しかし、両国の規定の内容は必ずしも一致していない。フランス民法典は、契約類型を限定しレジオンによる取消、修正を認めているのに対し、オーストリアでは、双務契約一般に莫大損害による規制を及ぼしている。また、規定の位置も、フランスでは、合意の瑕疵と並んで規定されているのに対し⁹⁾、オーストリアでは、債務不履行 (ABGB918条以下)・瑕疵担保責任 (ABGB922条以下)・不法行為 (ABGB933条 a 以下) の後に莫大損害規定が位置している¹⁰⁾。

2 本稿の課題と意義

本稿では以下、ドイツ・フランス・オーストリアの給付の均衡をめぐる以上のような理解の相違の歴史的基礎を明らかにし、今日の契約法にとって「給付の均衡」という原理が果たす役割や体系的位置づけを検討する際の出発点を検討するが¹¹⁾、こうした検討は、今日の日本法の議論にとっても有益であると考え。というのも、以前より、錯誤論の領域においては要素の錯誤の判断においては等価性の崩壊が重要な判断要素となることが指摘されており¹²⁾、また、動機錯誤 (主に計算錯誤の事例) においても等価関係の崩壊こそが動機錯誤を基礎付けるもの

- 9) その性質には争いがあるが (後述Ⅲ, 3, (3)及び後掲大村・注15) 73頁以下) 規定の文言では合意の瑕疵を基礎付けるものであるとされている (Art. 1118)。
- 10) こうした規定上の位置づけからコツィオールとヴェルザーは、この制度を (本来的な意味での給付障害ではないとの限定付ではあるが) 給付障害の一類型としている (Koziol=Welser, Bürgerliches Recht, 12. Aufl. Wien, (2001), Bd. II, S. 92 ff.)。なお法的性質については、錯誤の推定であることが ABGB935条より明らかである (本稿Ⅳ, V参照)。
- 11) なお、ここで、わが民法に直接影響を与えたドイツ・フランスに加えオーストリアを検討することの意義が問題となるが、次の二点が考えられる。第一に、オーストリア一般民法典はフランス民法典とほぼ同時代に成立した民法典であるが、のちにドイツの法律行為論の影響を強く受けており、その中であって莫大損害を残す余地がどこにあったのかを検討することは、本稿の課題にとって極めて有益であること、第二にこれと関連して、表示錯誤と動機錯誤の区別の止揚めぐり、動機錯誤が顧慮される範囲を限定する要件として現れたいわゆる「認識可能性」要件をオーストリア一般民法典は成立当初から有していたが、こうした錯誤論が莫大損害の体系的位置づけに大きな影響を与えており、日本法で錯誤と給付の均衡の問題を検討するにあたっての資料となるという点である。

であるとの指摘が近年されている¹³⁾。また、従来の議論（一元説対二元説）においては、錯誤対象確定の理論的説明が不十分であるとし、フランスのコオズ理論によりつつ、「要素」の判断において等価性が顧慮されるべきとの指摘もある¹⁴⁾。暴利行為論においては、ある一定の領域で給付の重大な不均衡のみで契約を無効（一部無効）とされる場合があることが明らかとなっている¹⁵⁾。このように給付の均衡という問題は近年日本の法律行為論においても重要視されつつある状況にある。近時の学説においては、給付の均衡という要素を、法律行為法が基礎とする「意思」概念とどのように関係付けていくかが問題となっている¹⁶⁾。

しかし、まだこの問題は議論の端緒についたばかりであり、その検討方法も各制度内での議論にとどまっておき、法律行為論一般の中にこの問題を位置づけるという検討はあまり見られない¹⁷⁾。また、そもそも錯誤や詐欺において考慮される給付の均衡とは当事者の「主観的な価値判断に基づく」均衡であるのに対し、

-
- 12) 古くは旧注釈民法第三巻における川井教授の見解（川井健『注釈民法（三）』（有斐閣・1962年）199頁以下。なお近時出版された新注釈民法第三巻においてもこの見解は維持されている【新版 注釈民法（三）』（有斐閣・2003年）425頁以下）や、小林教授の見解（小林一俊「共通錯誤に関する一考察」同『錯誤法の研究』（酒井書店・1986年）442頁以下）がある。また、近時須田教授は錯誤判例の類型化にあたり「給付の不均衡型」という視点を導入されている。そして、「表意者が相手方の給付内容の評価を誤り、誤った評価に見合う反対給付を定めたという場合には、相手方は、表意者の反対給付の内容から表意者に何らかの錯誤があることについて認識可能である場合が多いとはいえよう」と述べ、給付間に重大な不均衡があれば、それだけで錯誤として考慮される可能性を指摘される。そして、このような場合には、相手方は常に錯誤説明義務を負うこととなるが、須田教授は日本法においては暴利行為論が厳格な主観的要件を要求することを理由に客観的給付不均衡による錯誤推定を否定する（須田晟雄「動機錯誤の類型的考察」『民法解釈学の展望』品川孝次先生古希記念論文集（信山社・2002年）50頁参照）。
 - 13) 大中有信「動機錯誤と等価性（一）（二）完」法学論叢第139巻5号（1997年）、第141巻5号（1998年）。
 - 14) 森田宏樹『「合意の瑕疵」の構造と拡張理論』NBL482号（1991年）24頁以下。
 - 15) 能見善久「違約金・損害賠償の予定とその規制」法協第102巻2号、同5号、同7号、同10号、第103巻6号（1985年-1986年）、大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣・1995年）359頁以下参照。
 - 16) 西村正喜『「合意の瑕疵（錯誤）」と公序良俗の交錯問題—その判断構造に関する一考察—』阪大法学49巻1号（1999年）245頁。
 - 17) 前出注16)の西村論文がこの点に関する検討を加えている。そこでは、現代における錯誤と公序良俗の接近現象についての指摘がなされており、筆者の問題関心からも興味深い指摘がされている。本稿はこうした現象が既に法史の中に存在したことを指摘することを課題としている。

暴利行為論の要件たる給付の均衡は「客観的な価値そのものの均衡」であるという違いがある。こうした脈絡の中で莫大損害は、後述するように、錯誤、詐欺との関連の中で発展した法理であることに加え、そもそもドイツ型の暴利行為論はこの莫大損害の否定の上に成立した制度であり両者に接点をもつ。こうした制度の歴史的発展を比較法史的に検討することは、今日の法律行為論の理解にとっても有益な材料を提供すると考える。

3 本稿の構成と視点

本稿では、以上のような莫大損害の史的展開を検討するにあたり、以下の二つの視点から検討することとする。第一の視点は、莫大損害の法的性質の抽出である。もし莫大損害にいくつかの法的性質が存在し、ドイツ法律行為論の中で否定されたのはそのうちのいくつか（あるいは一つ）であり、全てではなかったとすれば、今日の法律行為論の理解にとっても重大な問題を提起することになると考える。

第二の視点は、先の視点からの分析によって取り出された莫大損害の法的性質論と、要件・効果の結びつきの解明である（法的モデルの形成）。従来の研究では莫大損害の採否そのものが検討の中心であり、そこでは莫大損害の法的性質への詳細な検討がおこなわれた¹⁸⁾。しかし、それらの法的性質が、莫大損害の要件や効果の理解にどのような影響を及ぼしたのか、という点についてはいまだ明らかではない。とくに、莫大損害規定を錯誤推定規定であると理解した場合と（後述Ⅳ、Ⅴ）、他の客観的性質（正当価格論）から莫大損害を基礎付けた場合（後述Ⅲ、Ⅳ）との間にどのような具体的差異が生ずるかという点に関する検討は、今のところ不十分であるように思われる。

こうした検討を行うにあたり、本稿では莫大損害という法理を通史的（ローマ法からドイツ民法典の制定まで）に検討する方法をとった¹⁹⁾。というのも、これから検討する莫大損害のいくつかのモデルは各時代の特殊事情に応じて形成され

18) 前出注15)の大村論文において、特にフランス法のレジオンに関し詳しい研究がされている（大村・前出注15）、73頁以下参照。

19) ドイツ民法典制定後の給付の均衡問題については別稿を予定している。

たものであると考えるからである。

また、本稿では主に制度史的検討を中心に行い、その法思想、法哲学的背景に関しては十分な検討をしていない。これは筆者の能力によるところが大きい、莫大損害の法的性質と、それとの要件・効果の関連性を明らかにすることを本稿の主題とすることに由来する²⁰⁾。

付記 本稿は第193回法制史学会東京部会（2002年7月、於東京電機大学）と、法文化学会・一橋大学国際共同研究所第五プロジェクト「契約の比較法文化史研究」共催のシンポジウム「契約の新たな形を求めて」（2003年5月、於一橋大学）における筆者の報告を元に執筆した論文です。両報告において多くの方々より貴重なご批判、ご指摘を頂戴しました。とくに、筏津安恕教授（名古屋大学）や津野義堂教授（中央大学）からは、口頭やメールで大変貴重なご指摘を多く頂戴しました。その全てを十分検討できたとはいえませんが、この場を借りてお礼を申し上げます。

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

これから検討する「莫大損害 (laesio enormis)」の起源はローマ法にある。しかし、ローマ法は当初からこの制度を有していたわけではない。ローマ法は大きな二つの事件を転機にして、その質的変遷を遂げたと言われているが²¹⁾、莫大損害の登場もこうした法学の変遷を背景に持つ。

本章では、莫大損害の基礎となるC.4.44.2とC.4.44.8の登場の経緯と、その他諸制度との内的関連という二点を明らかにすることによって、次章以降の検討

20) なお本稿が扱う分野に関しては、既に優れた研究が存在し（例えば、大村・前出注15）及び筏津・後掲注166）等）、本稿がそれに付け加えるところは少ない。また、中世の議論に関して扱う部分は、筆者の能力や資料上の制限から、近時の研究成果（後掲注56）及び71）等を参考に検討を進めた（したがって第一次文献に当たっていない）。これらの不十分な点に関しては、今後の研究で修正・補充を行っていきたい。

21) 船田享二『羅馬私法学提要（第三版）』（有斐閣・昭和18年）9頁以下参照。

の基礎としたい²²⁾。

1 出発点：キケロー『義務について』の四つの例

これから検討を始めるにあたり、キケロー (Marucus Tullius Cicero, 前106-43) 『義務について (De Officiis)』における契約をめぐる四つの問題を紹介し²³⁾、ローマ法における価格決定の自由をめぐる具体的論点を引き出すことにしよう。

(1) 事例

例1) 飢饉が発生し穀物の市価が高騰している場合に、穀物の商人は、後続の穀物船が大量の穀物を積んで向かっていることを告げずに、これを隠して自分の穀物を高価で売った (De.off. 3. 12. 50)。

例2) 売主が、自分の家を欠陥があるために売りに出そうとしているが、そうした欠陥を買主に告げず、高価で買主に売り渡した (De.off. 3. 12. 54)。

例3) 別荘の売買契約時に、売主が漁師たちを呼び集め、わざと別荘の前で漁をさせ、豊かな漁場であるかのように見せ掛けた。それを気に入った買主が別荘を売主の言い値で購入したところ、実際にはそこは豊かな漁場ではなかった (De.off. 3. 14. 58)。

例4) 買主 (クイントゥス・スカエウォラ) が、自分の買おうとしていた地所について、売主が値段を提示したところ、「自分の評価はもっと高い」と述べ売主の評価の誤りを指摘し、売主が提示した額に10

22) なお従来の研究は、莫大損害の要件・効果の分析に重点を置くものと (例えば、後掲注56) の Becker 論文や、後掲注71) の Kalb 論文など)、この制度の基礎となる C. 4. 44. 2及び C. 4. 44. 8がユスティニアヌス帝のインテルポラティオによるか否かを中心に扱うものがある。本稿では前者の問題を中心に検討する。後者の問題については筆者はこれに答える能力は無いことから、マイヤー・マリー (Mayer-Maly, Renaissance der laesio enormis? in: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, (1983)) 等の近時の見解に従い、この法文がディオクレティアヌス帝に由来するものであることを前提に以下検討する。

23) 本稿では『キケロー選集』第九巻 (岩波書店・1999年) 所収の高橋弘幸訳「義務について」を参照した (以下 De.off.)。キケローは『義務について』第3巻第12章第50節から第92節において、情報の秘匿、不実の表示、信義に反する事例として本文に紹介した四例を挙げている。

万セステルティウス上積みした (De.off. 3. 15. 62)。

キケローはこれらを「有益性と徳性の衝突」の問題としてあげているが、法的観点から整理すると、第一の事例は黙示の詐欺といえるか否か、第二の事例は、これに加えて売主瑕疵担保責任は生ずるか、第三の事例は、詐欺の問題といえるかどうか、また、豊かな漁場の存在が別荘売買の契約内容となっていれば、ここでも瑕疵担保の問題を生ずる。そして、第四の事例は、相手方に表意者の錯誤を解明する義務があるかどうか、あるいは契約は正当な価格に基づき締結されるべきであるか、という問題が存在する。つぎに、キケローの見解を簡単に紹介する。

(2) キケローの見解

第一の事例について、キケローは「売り手を知っていて買い手の知らないことがわづかでもあってはならない」とする見解 (アンティパトロスの見解) と、「売り手は、市民の法に定められた範囲で難点を述べるべきであり、……商売であるのだから、できるだけ高値で売りたいと思って当然である」とする見解 (ディオゲネスの見解) を紹介する²⁴⁾。アンティパトロスは、真実を隠さず述べる事が多くの人にとって有益であることを根拠としているのに対して²⁵⁾、ディオゲネスは、市民法上そうした義務が無いことを根拠としている。第二の例についても、キケローはこの両者の見解を紹介しているが²⁶⁾、これに対するキケローの見解は、売主は買主に隠し事をすべきではないとしている²⁷⁾。

第三の事例では隠し事への非難を前提として、さらに不実を述べた者の扱いが問題となっている。これについてキケローは、悪質な詐術の方式書²⁸⁾により売主は制裁されることを述べる。第四の例について彼は、ロドスのヘカートンの「自分の利益になるのに行うことが許されない行為は、(法により—筆者注) 禁止された行為だけである」という見解²⁹⁾を退け、買主であるスカエウォラの行為を高

24) Cicero, De. off. 3. 12. 51.

25) さらにその根拠を「生まれついて与えられた掟と自然の原則」に求めている (De. off. 3. 12. 52)。

26) 前者が建物に瑕疵があることを買主に知らせるべきとし、後者が知らせる必要はないとしている (Cicero. De. off. 3. 12. 54-55)。

27) Cicero. De. off. 3. 12. 54.

28) 後述 (本稿Ⅱ, 3) の詐欺の抗弁・詐欺訴権である。

く評価している。

2 原則：「駆け引きは当然に許される (naturaliter invicem se circumscribere)」

以上のケケローが提示した四つの例とそれに対する彼の見解からは、契約当事者にあらゆる情報を開示させ、その下での公正な価格形成を促すという立場と、契約当事者は自己に不利な情報は相手方に提供する必要はないとする二つの立場があったことが伺える³⁰⁾。このように契約に対する規制手段は、この時代には当事者の合意形成過程に着目した主観的規制が中心であり、莫大損害のような契約内容の客観的規制は存在しなかったことが伺える。つぎに、ローマ法におけるこうした契約規制の法的手段を概観する。

(1) 十二表法の時代

まず、価格決定の自由に対するローマ法の立場を明らかにしておこう。この問題に関連し、紀元前5世紀半ばに十二表法が制定される以前から、ローマ人は売買に関する法を有していたとされるが、それは売買目的物が即時に交換される現実交換についての法であった³¹⁾。そこでは、主に契約の遵守だけが問題とされていたため、価格の高さが問題とされることはなく、単にその履行があったかどうかだけが問題とされていたようである³²⁾。

-
- 29) この見解によると、売主の目的物の価格に関する錯誤を買主は指摘する必要はなかったことになる。その根拠としてロドスのヘカートンは「法律、慣習、制度に何一つ背くことなく自分の財産を管理運用するのが賢人の行為である。というのも、われわれが裕福でありたいと思うのは、ただ自身のためばかりでなく、子供、親族、友人たち、そして、なによりも国家のためだからである。個人個人の資力と資産が国の富だからである」と述べている (De. off. 3. 15. 63)。
- 30) こうした二つの見解の対立は、ローマ法の基本構造に由来するとされる。つまり、ローマ法は市民法の世界では、厳格かつ自由主義的、利己主義的発想が優位を占めていたのに対して、自然法に基礎をおく万民法の世界や、古典期前の信義 (fides) を重視する法思想の下では、相手方の利益に配慮するという発想が存在した。オッコー・ペーレンツ／河上正二訳著『歴史の中の民法—ローマ法との対話—』(日本評論社・2001年) 195-196頁参照。
- 31) Hans Georg Schachtschabel, Das Gerechte Preis, Geschichte einer Wirtschaftsethischen Idee, Berlin, (1939), S. 46 なお十二表法では第三表で契約が遵守されなかった場合の手続きを定めているが、価格の高低に関する議論は見られない。

(2) 価格の自由の登場

紀元前264年以降ローマは海外に属州を拡大するが³³⁾、これに伴い、経済取引をめぐるさまざまな問題が発生し、古典期にはこれらの問題に対し哲学者や法学者が関心を寄せた³⁴⁾。この問題の主要なものに価格決定の自由の問題がある。

当時のストア哲学の代表者であるセネカ (Lucius Annaeus Seneca 前4? - 後65) は、物の値段はその効用・効果と言った客観的基準により決まるのではなく、「実際に取引された値段」が正当であること、つまり当事者の主観的判断によって決まることを明言している³⁵⁾。そして、価格の主観性を解く見解は、学説彙纂に収録された古典期ローマ法学者³⁶⁾の見解にも見られる。

ウルピアヌス D.4.4.16.4 「ポムポニウスも購入と売却における価格に関しては、契約当事者が互いに駆け引きしあうこと (invicem se circumscribere) が当然に許される、と述べた」

-
- 32) Schachtschabel. a. a. O. (Fn. 31), S. 46. 廣中俊雄『契約法の研究』(有斐閣・昭和33年) 15頁。その理由としては、狭い農村共同体内の物々交換が経済の中心であったことや、契約当事者は互いに商品の生産者である以上、物の価値を熟知していたことなどが考えられる。
- 33) 市建設や海外貿易が盛んになり、これまでの自然交換経済から、古代資本主義とも呼ばれる経済社会へと発展した。この時代にローマ法は商業社会の法へと転化したといわれる。
- 34) ローマ法における自由の原理一般に関しては、フリッツ・シュルツ著／真田芳憲・森光訳『ローマ法の原理』(中央大学出版部・2003年) 157頁以下参照。私法に関しては「ローマの自由の原理は、個人主義という刻印が押された私法の形象物を生み出す端緒となった」とされ、「紀元前2世紀以降においては、ローマの個人主義的性格は疑いを差し挟む余地はなく、事実、いちどたりとも疑いを差し挟まれることは無かったのである」同書164頁参照。
- 35) Seneca, benef. 6, 15, 3-5 (なお本稿ではセネカ著／茂手木元蔵訳「恩恵について」『セネカ 道徳論集(全)』(東海大学出版会・1989年) 所収654頁を参照した) その理由としてセネカは、もし仮にその物が売られた以上の価格を有していたとしても、その価値に対応した値段では売れなかったからこそ、当該契約での値段で売られたことを述べている。
- 36) 以下の論者はおもに紀元2世紀ないし3世紀に活躍した人物である。生没年は以下の通り。ウルピアヌス (Domitius Ulpianus, 170?-228)、パウルス (Julius Paulus, 222年頃没)、ヘルモゲニアヌス (Hermogenianus, 3世紀後半?)。法文の訳については、春木一郎訳『ユスティニアヌス帝学説彙纂プロローグ』(有斐閣・昭和13年) 及び江南義之『「学説彙纂」の日本語への翻訳 I』(信山社・1991年) を参照し、一部変更した。

パウルス D. 19. 2. 22. 3 「購入と売却においては、多額である物を小額で購入し、小額である物を多額で売却することのように、当事者が互いに駆け引きしあうことが当然に許される。賃貸または賃借においてもこの法と同じことが許される」

ヘルモゲニアヌス D. 19. 2. 23 「そして、それ故に賃貸がなされると、相手方の悪意をなんら挙証することができない場合には、低い賃料を口実として賃貸が取消されることはない。」

このように、ローマ法では原則として契約内容の自由が認められており、とりわけ価格決定の自由に関しては、単なる給付の不均衡によって契約を覆すことはできないと明言されていた。とくに、売買と賃約³⁷⁾においては、契約当事者は自己の利益 (quaestus) を守るよう努力することは当然のことと理解されていたようである³⁸⁾。ただし、この「互いに駆け引きしあうこと」が当然に許されるのは、売買と賃約のような当事者の利害が対立する「有償契約」においてのみであり、委任、組合、家嫁法のような「無償契約」においては認められていなかった³⁹⁾。

3 規制の諸態様

先に示したキケローの例について言えば、ローマ市民法は駆け引きの自由を認めることによって「徳性」よりも「有用性」を重視していたことがわかる。しかし、ここから生ずる弊害を全く無視していたわけではなかった。以下では、こうした弊害に対する規制の諸態様を概観する。

-
- 37) 「賃約」とは今日の賃貸借（使用賃貸借・用益賃貸借）、雇用、請負を含む概念である（ペーレンツ／河上・前出注30）、253頁参照）。
- 38) ザビヌス学派のこうした見解に関しては、Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundation of The Civilian Tradition*, München, (1990) S. 250 ff.
- 39) Andreas Wacke, *Circumscribere, gerechter Preis und die Artender List (dolus bonus und dolus malus dolus causam dans und dolus incidens) unter Berücksichtigung der §§138 Abs. II und 123 BGB, ZRG (Rom.) 94 (1977), S. 195 f.* なお、有償契約における契約当事者が利益の対立者であるのに対して、無償契約における当事者が利益共同体的関係に立つことの歴史的検討に関しては、廣中・前出注32) 14-58頁参照。

(1) 駆け引き (circumscribere) と詐欺 (dolus malus)⁴⁰⁾

先述の駆け引きが仮に詐欺に当たったとしても、当該契約は市民法上原則的に有効であるとされていたが⁴¹⁾、共和制末期には詐欺の抗弁 (exceptio doli) や詐欺訴権 (actio doli) が認められるようになった⁴²⁾。ところで、ローマ法における詐欺の定義は「あることを装って他の事を行う場合である」という抽象的なものであるため⁴³⁾、先に述べた「駆け引き」と詐欺との関連が問題となる。これに関してローマ法では詐欺を「よい詐欺 (dolus bonus)」と「悪い詐欺 (dolus malus)」とに区別した⁴⁴⁾。前者は主に窃盗犯や外敵に対する「嘘」や「策略」を意味していたようであるが、ここに経済的な駆け引きも含まれる⁴⁵⁾。後者は「信義」に反するようなやり方で相手を欺罔する場合であるとされた⁴⁶⁾。

こうした「悪い詐欺」の延長線上に瑕疵担保責任が位置づけられる。キケローの時代には、まだ売主瑕疵担保責任⁴⁷⁾は認められていなかったが、後にラベオやユリアヌスによって、この責任は整備された。その内容は、「欺かれないことにつき買主が有する利益」すなわち、信頼利益の賠償であった。ここから出発して、代金減額、契約解除の効果が認められるようになった⁴⁸⁾。

40) 本来「dolus」は「悪意」と訳されるべきであるが、本稿は給付不均衡と今日でいう「詐欺」との関係を検討することから、訳語を「詐欺」に統一する。

41) 船田亨二『ローマ法 (第二巻・改訂版)』(岩波書店・昭和44年) 292頁。

42) ウルピアヌス D. 4. 3. 37等。悪意訴権の発展について詳しくは、春木一郎「Actio doli ニ付イテ」法協36巻第5号・第6号・第7号 (大正7年) 参照。

43) Cicero. De off. 3. 14. 60.

44) このように法務官によって「malus」という言葉が付け加えられたのはもともとラテン語の「dolus」が「賢さ (sollertia)」も意味することに由来するとされる (Wacke, a. a. O. (Fn. 39), S. 221 ; Alexander Augst von Buchholz, Gibt es im Justinianische Rechte einen dolus bonus? in : ders, Juristische Abhandlungen aus dem Gebite des heutigen Römischen Rechts, Königsberg (1833), S. 269 ff.)。

45) Wacke, a. a. O. (Fn. 39), S. 221 ff.

46) dolus bonus は侵害に対する自己防衛の手段であるのに対し、dolus malus は利益獲得のための手段として、しかも「信義に反する」方法で悪意が行われる場合であると整理することができるが、なお両者の区別はあいまいである。ストア哲学においても両者の区別は最終的には社会道徳に求められるとされていたようである (Wacke, a. a. O. (Fn. 39), S. 224.)。

47) 瑕疵担保の発達史については柚木馨『売主瑕疵担保責任の研究』(有斐閣・昭和38年) および、北川善太郎『契約責任の研究—構造論—』(有斐閣・昭和38年) が詳しい。

このようにローマ法では、駆け引きの自由が法文上認められており、それは詐欺にあたらなことが確認されていた。

(2) 錯誤

ローマ法は現代的な意味での「意思と表示の不一致」や「意思の不合致 (dis-sensus)」という錯誤の構成を知らなかった。しかし、いずれにせよ厳格な形式主義の下では、形式さえ遵守すれば、後に当事者の真意を問題とする余地はなく、したがって錯誤の問題は発生しなかった⁴⁹⁾。

このことが問題とされるようになったのは、古典期に入ってからである。まず、古典期の法学者は錯誤の問題を行為解釈の問題として捉えた。そして、そこでは表示錯誤と動機錯誤を区別することもしなかった⁵⁰⁾。むしろ彼らが、顧慮されるべき錯誤の判断基準としたのは、錯誤の内容であった。すなわち、物または人の表示に関する錯誤 (error in nomine)、人または物それ自体の錯誤 (error in corpore)、物の実質に関する錯誤 (error in materia, error in substantia)⁵¹⁾である。

効果については争いがあったようだが、合意の無効とされた⁵²⁾。

4 C. 4. 44. 2およびC. 4. 44. 8の登場とその背景

(1) C. 4. 44. 2とC. 4. 44. 8

価格決定の自由が原則となった古典期は、ローマの政治・経済上の最盛期であったが、第二の転機であるセウェルス・アレクサンデル帝殺害 (紀元235年)

48) 古典期にこうして成立した瑕疵担保責任は悪意 (dolus) の延長線上にあるものだったが、ユ帝の法典編纂時に、悪意の売主への制裁という思想の下、次第に瑕疵そのものによる売買品の価値の低下へと視点が移り (したがって売主の悪意は重要ではない)、損害賠償の範囲は信頼利益から履行利益へと転換された。

49) 船田・前出注41)、286頁以下参照。

50) ただし、動機錯誤の問題が全く意識されていなかったわけではなく、相続法の領域で動機錯誤を顧慮する法文としてD. 5. 2. 28、D. 28. 5. 41が存在した。

51) 性質錯誤と瑕疵担保の関係については、ウルピアヌスは、その性質の違いが本質的である場合のみ錯誤の問題として処理されるとしている (D. 18. 1. 9. 2)。この問題について詳しくは、Peter Apathy, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZRG (Rom.) 111 (1994) S, 95 ff.

52) 船田・前出注41)、287頁参照。

後、ローマは混乱状態に入り、ローマ市民軍の担い手である中小土地所有者の没落や貨幣価値の下落が生じた。こうした混乱を収束させたのがディオクレティアヌス帝であった。このことを背景とし、正帝ディオクレティアヌスと副帝マクシミアヌスの名で発布された紀元285年と紀元293年の勅令（勅法集第4巻第44章第2法文（C.4.44.2）と第8法文（C.4.44.8）に収録）が後の莫大損害（*laesio enormis*）の起源となる⁵³⁾。

ディオクレティアヌス／マクシミアヌス C.4.44.2 (Aurelio Lupo ; 28, 10, 285) 「もし汝または汝の父が、高価な物を安価に売却したならば、審判人が有する権威の介入の下で、汝が代金を買主に返還して売却した土地を受領するか、もし買主が選択するならば、正当な価格に不足する額を汝が受領することが人間的である (*humanitas est*)」

ディオクレティアヌス／マクシミアヌス C.4.44.8 (Euodiae ; 1, 12, 293) 「もし汝の意図により、息子が汝の土地を売却したならば、その売却が無効とされるには、買主の狡猾さと陰謀による詐欺が証明されるか、死の恐怖ないし、切迫した身体上の苦痛が明らかとされなければならない。つまり、土地が幾分安く売却されたことを示すだけでは、売買を取消すのに不十分である。安く買いたいと願う買主と、高く売りたいと願う売主が売買契約により多くの交渉の末ようやく次第に売主は望んでいた価格を引き下げ、買主は示していた価格に付け加えることにより一定の価格に同意するという売買契約の本質から考えれば、通常、売買契約を保護する信義は害されないし、直ちに売買交渉が成立した場合であったとしても合意により締結された契約を取消す理由はない。しかし、もし、売買時の正当な価格の半分以下しか与えられていなかったならば、すでに買主に与えられている選択によって補償されるべきである」

53) 当時の状況に関して詳しくは、M. ロストフツェフ著／坂口明訳『ローマ帝国社会経済史』（東洋経済新報社・2001年）712頁以下参照。以下の法文の訳については、田中・後掲注220)、101頁及び S. P. Scott, *The Civil Law—The Code of Justinian I-IX-* (1973) を参照した。

a) 要件

まず、要件から見ていこう。適用領域については C.4.44.2、C.4.44.8ともに売買を想定しているが、特にその目的物を「土地」に限定しているのが特徴的である。客観的要件として C.4.44.2では「高価な物を安価に売却した」ことを要求するが、C.4.44.8ではこれを具体化し「正当価格の半分」⁵⁴⁾という基準を示している⁵⁵⁾。なお、今日の暴利行為論のように当事者の主観的要素は要件とされていない⁵⁶⁾。

ところで、C.4.44.8の冒頭で述べられている詐欺との関係が問題となる。まず、本稿の冒頭で示したキケローの例に見られるように、一般的に詐欺をはたらくのは売買目的物の性質を熟知した売主であるのに対して、C.4.44.8は買主が

- 54) 正当価格の「半分」という基準については、売買において契約締結時には既に当該建物が焼失していた事例について、半分以上焼け残っている場合には契約は維持され、半以下しか焼け残らなかった場合には契約が解消されるという法文が存在し (ネラティウス D. 18. 1. 57)、こうした法文が参照されたのではないかと考えられるが、実際にはなぜこうした基準が取られたのかは不明である (C.4.44.8 と D.18.1.57の関連を指摘するものとして Martin Penniz, Zur Anfechtung wegen laesio enormis im römischen Recht, in; Iurisprudentia universalis (Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag), Wien (2002), S. 580. がある)。
- 55) ここで、正当価格の判断基準時や判断方法が問題となるが、これに関する記述は見当たらない。判断基準時については、おそらくは契約締結時を基準として正当価格が判定されたものと思われるが不明確なままである。なお、契約締結後の事情変更の問題に関しては、ローマ法では明確に意識されておらず、13世紀のコンシリアトレンの時代になって認められるようになったといわれている (Helmut Coing, Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800 Bd. I, (1985) S. 412.)。判断方法については、この時代には、土地の収穫高を基礎にして土地の評価が行われていた (D.49.1.4.3—5)。なお、これと関連する事実として、ディオクレティアヌス帝は税制改革のために収穫高に応じた土地の格付けを促進していたことが上げられる (Pennitz, a. a. O. (Fn. 54), S. 580.)。また、ディオクレティアヌス帝の時代には、特別審理手続 (職権審理手続 *cognitio extra ordinem*) が普及し、とくに、州の長官などの介入によって方式書訴訟によらない裁判が一般化しつつあったが、これによって、州長官が自ら鑑定人を選出し土地の価格についての評価を行うことができるようになった (Pennitz, a. a. O. (Fn. 54), S. 587.)。これらの方法で正当価格が判断されたと考えられる。
- 56) このことは前述 (Ⅱ, 4, (1)冒頭) の当時の社会・経済状況から当然の前提として省略された可能性がある。ただしこのことが莫大損害の性格を契約内容の客観的規制手段として決定付けたことは確かである。この点を指摘する文献として、Christoph Becker, Die Lehre von Laesio enormis in der heutigen Wucherproblematik Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und §138 BGB, München (1993), S. 42. がある。

詐術を弄した場合について言及している。また法文を見る限り、たとえば中世以降の議論のようにこの制度を詐欺（錯誤）の推定として理解していたとは考えられない。以上のことから、この時代にはこの法文が土地売買に限定された（詐欺のような一般法理ではない）特別法として理解されていたものと思われる⁵⁷⁾。なお、ここでは錯誤との関係が一切触れられていないが、ローマ法では錯誤の類型の中に価格の錯誤は入っていないこと⁵⁸⁾、また、錯誤の効果が無効であるのに対して、C.4.44.2、C.4.44.8の効果が、契約が有効であることを前提としたものであること（取消及び補充権）、の二点から錯誤の問題とは関係がないものとして理解されていたと考えられる⁵⁹⁾。

b) 効果

効果については、契約の取消（*rescissio*）と買主による代金の追加払いである補充権（*facultas alternativa*）⁶⁰⁾が規定されている。ここで注目すべきは、被害を被った売主ではなく、買主の側に補充権行使による契約維持を認めていることである。したがって、売主の側から追加払いの請求をすることは認められない。これは、あくまで、この補充権が不当利得による目的物返還義務に代わる給付として理解されていたことに由来している⁶¹⁾。

(2) 両勅令の背景およびその他の制度との関連

a) 両勅令の背景

C.4.44.2とC.4.44.8について今日のような立法理由書は存在しない。した

57) こうした理解は、この勅令の時代背景とも合致する。

58) その理由としては、原則的に先述（II, 3, (2)）の「駆け引き」の自由が認められていたことに由来すると考えられる。

59) Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 42.

60) 補充権とは、ある一つの給付だけが債務の目的であるが、債務者（あるいは債権者）は、その給付に代えて他の給付を行う（あるいは請求する）権利である（「一つのものが債務関係の中にあり、履行においては二つのものがある（*una res est in obligatione, duae res sunt in solutione*）」）。この補充権は莫大損害のほかに、違約罰の場合にも認められていたようである（ゲオルク・クリンゲンベルク著／滝澤栄治訳『ローマ債権法講義』（大学教育出版・2001年）66頁及び83頁参照）。なお、補充権においては、債務者は本来の債務の目的でないものを給付することにより、債務から解放される権利を最初から持っている点で、代物弁済とは区別される（同書112頁参照）。

61) ただし、この点をめぐり中世以降、任意債権構成説と選択債権構成説との間で議論が戦わされた（本稿Ⅲ, 4, (2)参照）。

がって、その立法理由を正確に知ることはできない。ただ、一般的には、先に簡単に述べたように⁶²⁾、紀元3世紀後半の経済的混乱に伴う中小農民の没落がその背景にあるとされている。この社会的背景の点については、これ以上深く論ずることはできないが⁶³⁾、この規定の背後に弱者保護目的があったと考えられる。

もう一つ重要なのは、C.4.44.2とC.4.44.8は何らかの制度や原理（信義誠実や衡平）との関連の中で形成されたものなのかという問題、つまり古代ローマ法においてこの勅令が占めた位置づけについてである。

先に述べたように、ローマ法においては価格決定の自由が認められており、その限界を画する制度は基本的には詐欺訴権による制裁が中心であった⁶⁴⁾。しかし、こうした原則にも衡平の観点から修正がなされるようになった。

たとえば、未成年者の契約に関する保護規定が古典期に認められたが、その際にその契約から未成年者が「重大な損害」を被ったことが要件とされている（パウルスD.4.4.24.pr）。また、嫁資物の評価の際に嫁資物が不当に低い評価を受けていた場合には、追加払いをするか嫁資物を返却することができた（ウルピアヌスD.23.3.12.1）。

このように、既に古典期ローマ法のなかに、価格決定の自由に対する衡平による修正がなされているが、C.4.44.2とC.4.44.8はこうした流れを受けて制定されたものであるという側面ももつ。

b) 公序良俗・価格統制令との関係

ローマ法においても良俗に反する契約は無効であった⁶⁵⁾。ローマ法の法源の中でこの問題に触れるものは多いが、そのいずれにおいても価格決定の自由の問題とは無縁であった⁶⁶⁾。

また、ディオクレティアヌス帝は301年に価格統制令を発布しているが、これ

62) 本稿Ⅱ, 4, (1)参照。

63) C.4.44.2とC.4.44.8が当時の経済的混乱に由来する勅令であることを指摘する文献は数多い。古くはHeinrich Dernburg, *Lehrbuch des preußisches Privatrechts*, Berlin, (1878), Bd. 2, S. 310がC.4.44.2の社会経済的背景をこのように述べている。ただしこの点に関して、経済史的研究の側から異論が提起されているようであるが筆者は未見である（K. Visky *Die Proportionalität von Wert und Preis in der romanistischen Rechtsquellen des III. Jahrhunderts*, in RIDA ser. 16 (1969) 355 ff.）。

64) 本稿Ⅱ, 2参照。

は目的物ごとに国家が価格を決定し、これに違反する者には刑罰を科するというものであり（つまり公法的規制⁶⁷⁾、C.4.44.2とC.4.44.8が正当価格からのある一定の乖離を認めていることや、また、同法文が私法上の規制（契約解消と補充権）を意図していることなどからも性質の異なるものと理解できる⁶⁸⁾。

5 小括

以上のように莫大損害の基礎となるC.4.44.2、C.4.44.8からは、経済政策や弱者保護という政策目的に基づく「特別法」としての側面が見られる⁶⁹⁾。ここに、すでに莫大損害の一つのモデルが明確に現れている。つまり、ここでは（法文の文言に明確に示されていないが）「弱者保護」という要素が加わることにより、給付の均衡が契約解消へと導くこととなる。したがって、給付不均衡そのものが契約解消原因となるのではなく、またその位置づけも、（この規定が衡平に由来するものであるとしても）契約法の一般原理ではない。

C.4.44.2とC.4.44.8の性質を以上のように確認した場合に、錯誤・詐欺とこの勅令との関係が問題となる。この問題は先に検討したとおりであるが、同勅令

-
- 65) たとえば、ウルピアヌスD.45.1.26「我々は一般に、不道徳な問答契約は無効である、ということ認める」ポンポニウスD.45.1.27pr「例えば、それ（不道徳な問答契約）は、殺人を犯したり、聖物を盗むことを約束するような場合である。このような種類の債権に対する訴訟を拒絶することは、まさに法務官の義務である」パウルスD.17.1.22.6「神殿を略奪し、人を傷つけ、又は殺すということを委任として引き受ける者は、委任の不道徳の故に委任審判手続きによっても何も得ることはできない」など。なお Helmut Schmidt, Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, Berlin, (1973). の巻末に良俗違反関連法文の一覧が掲載されている。
- 66) そもそも、良俗の問題に経済的問題が持ち込まれるのは、ドイツ民法典において暴利行為論が導入されたことが最初である。こうした過程について詳しくは Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 137 ff. 参照。良俗一般と暴利行為の関係については、Schmidt, a. a. O. (Fn. 65), S. 33 ff. u. S. 61 ff.
- 67) 同統制令について詳しくは、原田慶吉「ヂョクレチャヌス帝の最高物価並びに賃金統制令の研究」国家学会雑誌58巻8号・60巻9号（1944-46年）参照。
- 68) 価格統制令と莫大損害の関係については、Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 78 f. も同様の理解を示している。
- 69) これに対して、中世ローマ法学者たちは、後述するようにローマ法の「信義」や「衡平」にもとづく契約の相手方への利益の配慮の原則が、C.4.44.2の背後にあることを強調し、この点に同法文の拡張の基礎を置いた。詳しくは本稿Ⅲ, 1,(1) 参照。

の性質が弱者保護に求められるとすれば、錯誤の推定と言う技巧を凝らす必要性も少ないことになる。

C.4.44.8には詐欺が登場するが、これとの関係では、C.4.44.2、C.4.44.8はともに詐欺と異なり相手方の「主観的悪性」への制裁に向かってはいない。むしろ多大な利益を得た買主に契約解消と維持の選択権⁷⁰⁾を認めていることから、詐欺とは区別された制度として理解すべきである(ただし、両者の共通点としては、両者とも有効に成立した契約を前提としているということがあげられる)。

では次章以下で、両勅令が契約法の一般原理へと展開していく過程を追うことにしよう。

Ⅲ 莫大損害 (laesio enormis) への展開

12世紀におけるローマ法大全の復活以降、同世紀前半まではあまりこの問題には言及されなかったといわれている^{71),72)}。しかし、12世紀後半に入るとC.4.44.2とC.4.44.8は注目を集め、適用領域等の拡張が行なわれた⁷³⁾。ここではじめて、莫大損害 (laesio enormis) という用語が登場する⁷⁴⁾。

70) ただし、選択権と言っても売主からの契約取消があった場合にのみ、契約維持か契約解消かを選択できるという消極的性格のものである。

71) この両勅令は、12世紀のローマ法復活以降、当時の学識法曹により双務契約の支配原理へと高められていく。しかし、今日の支配的見解によれば、ユスティニアヌス帝のローマ法大全編纂以降、12世紀まで、この両勅令は忘れ去られていたか、あるいは積極的に否定されたといわれている。例えばバイエルン族法典においては、C.4.44.2のような価格不相当を理由とした契約の解消を否定している(第16章第9法文「売買の次のごとき規定が遵守されるべし。すなわち、物又は奴隷又はいかなる種類の動物が売られるにせよ、何人も、彼が安き価格にて売ったりと主張することにより、売買の効力を破るべからず」世良晃志郎訳『バイエルン部族法典』(創文社・昭和52年)321頁参照)。これについてサヴィニーは、同法典が莫大損害を意図的に放棄したと述べていることについては、Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, (1815) Bd. 2, S. 90 f. 参照。シュトッペも同様の見解にたつ(Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, Bd. 3, S. 313, Anm 21.) この問題に関して詳しくは、Herbert Kalb, *Laesio enormis in gelehrten Recht*, Wien (1992), S. 11 ff. 及び Theo Mayer-Maly, *Pactum, Tausch und laesio enormis in den sog. Leges Barbarorum*, ZRG (Rom) 108 (1991) S. 213 ff. 参照。

72) たとえばブルガルスはD.50.17.144やD.19.2.22.3を引用しつつ、売買と賃約では駆け引き自由が認められると一般的に述べるにすぎない(Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 106.)。

本章では中世を支配したローマ法学とカノン法学の両者の見解を比較しながら、この制度をめぐる基本的理解の相違を明らかにし、莫大損害をめぐる両者のモデルを取り出すことにしたい⁷⁵⁾。

1 C. 4. 44. 2の一般的性格について

(1) 中世ローマ法学

a) 拡張の根拠としての「衡平」

まず、グロッサトーレンは、C. 4. 44. 2拡張の前提として、この規定の一般的性格や、C. 4. 44. 8の中でも触れられている詐欺 (dolus) との関係の問題とした⁷⁶⁾。

この規定の一般的性格について、例えば、アーズ (Azo 1150? -1230?) は、C. 4. 44. 2を「衡平 (aequitas)」の手段と位置づけ⁷⁷⁾、彼に続くアックルシウス (Accursius, 1182-1260) も、C. 4. 44. 2における「*humanitas est*」という言葉や、ローマ法における「衡平」の原則は、契約における調整の必要性 (法の厳格さ *rigor iuris* の除去) をあらわしたものであり、それは、すべての契約に妥当するものであると主張した⁷⁸⁾。こうした見解は、後のコンメンタトーレンにおいても

73) その背景には、当時土地売買はそれほど盛んではなかったこと、反対に土地の長期貸借が頻繁に行われたこと、商業の発達に伴い、動産売買の重要性が高まったこと、という経済的要因や (René Dekkers, *La Lésion Énorme, Introduction a l'histoire des sources du droit*, 1937. n° 69, p. 49.), こうした経済的要因を受けてローマ法以来の形式主義が崩壊し、その反面契約内容の正当性の問題が前面に現れたことがあるとされる。

74) この点を指摘する文献として Dekkers, *supra note*, 72. n° 58, p. 43. 及び Wolfgang Georg Schulze, *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte*. 1973, S. 13 ff. がある。

75) 従来の研究においては、莫大損害の拡張やその採否が検討の中心であり、この両者の関係を明らかにしてこなかったように思われる (たとえば前出注74)の Schulze 等)。しかし、近時この点を明らかにする研究が現れた。前出注71)の Kalb 論文がそれである。以下の検討はこの文献によるところが大きい。

76) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 106 ff. なお、彼らがこうした問題を提起した原因としては、C. 4. 44. 8において、莫大損害による契約取消とともに、詐欺・強迫についても論じられていることが考えられる。

77) 普通法 (*ius commune*) は、*Invicem se circumscribere* を原則とするが、C. 4. 44. 2 は「人間性 *humanitas*」を出発点とするとした (Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 106 f.)。

78) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 107.

引き継がれることとなり、この勅令が衡平に由来する一般法理としての性格をもつとの理解が定着した⁷⁹⁾。

このように同勅令の特別法的性格が取り去られたのち、詐欺と莫大損害の関係が論じられた。その論理構造を端的に示すと、まず、一般的な「詐欺」の概念を示した後、この詐欺概念を整理しその下位類型の中に莫大損害を位置づけるというものであった。ここでその論理構造をもう少し詳しく見ていくことにする。

b) 詐欺概念の整理と莫大損害

古代ローマ法では詐欺概念が広く与えられており、その内容にしたがって分類するという視点はあまり見られない⁸⁰⁾。これに対して、中世ローマ法学では、その要件や効果の違いから詐欺概念の整理を行った。ここから認められたのが「原因を与える詐欺 (dolus causam dans)」と「付随的詐欺 (dolus incidens)」である⁸¹⁾。これらの詐欺は、いずれも「故意 (proposito)」を要件とすることから「故意による詐欺 (dolus ex proposito)」という分類がなされた (なお本稿では「主観的詐欺」と呼ぶこととする)。

この主観的詐欺に対して、彼らは D. 45. 1. 36 から故意を要件としない詐欺概念を取り出した。これは、同法文中の文言から「当然詐欺 (dolus re ipsa)」と呼ばれる (なお、本稿では先の「主観的詐欺」との対比から「客観的詐欺」と呼ぶ)⁸²⁾。この「客観的詐欺」とは、問答契約 (stipulatio) 時に加害者は、彼により惹起された損害を意図しておらず、それどころかその発生の認識すら持っていなかったが (第一行為)、問答の終了後に初めて相手方の損害の発生を知り、そ

79) 例えば、キヌス・デ・ピストイア (Cinus de Pistoia 1270-1336) やバルドゥス (Baldus de Ubaldis 1314-57) がグロッサトレンと同様の見解にたったことについて、Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 45f. および、Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 105. 参照。なお、C. 4. 44. 2 が衡平に由来する法文であることを論証する際に、その他の (衡平に由来する) 法文との関連も指摘された。たとえば、D. 23. 3. 12、D. 38. 5. 12、D. 16. 3. 2、D. 18. 1. 54、D. 17. 2. 78-80 などである (なお、いずれの法文も不均衡な契約内容を理由に契約解消と契約内容の調整による契約維持をみとめるものである)。詳しくは Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 65 f. 参照。

80) 本稿 II, 3 参照。

81) 原因を与える詐欺は、それがなかったならば契約をしなかったであろう、という契約の中心部分に関する詐欺であり、詐欺訴権を生じ詐欺の抗弁が認められるのに対して、付随的詐欺は、契約の形式等にかかわる詐欺で、損害賠償請求権が認められる。詳しくは Wacke, a. a. O. (Fn. 39), S. 236 ff.

れにもかかわらず加害者側がその契約の実現を要求した（第二行為）という場面
を想定したものである⁸³⁾。そして、ウルピアヌスはこの第二行為を詐欺と評価し
たものであるとされる⁸⁴⁾。

莫大損害は、主観的詐欺との区別の必要から、こうした客観的詐欺（当然詐
欺）へと包摂され⁸⁵⁾、また、このことは、当時の通説となった⁸⁶⁾。こうして、莫
大損害の適用領域の拡張や取消権者の拡張の基礎が築かれた⁸⁷⁾。

(2) カノン法学

a) グラティアヌス教令集と法規集学派 (Deletist)

ローマ法学が、駆け引きの自由から出発点としつつ詐欺概念の下位類型に莫大
損害を位置づけたのに対して、カノン法学は全く反対の立場から出発した。

カノン法学の基礎となるグラティアヌス教令集 (Decretum gratiani) の中には、
ローマ法上の莫大損害に関する記述は見られない。しかし、キリスト教神学にお
いては与えたもの以上を受け取ることを非難する「ウストラ (usura)」という広範
な概念が存在した⁸⁸⁾。

このグラティアヌス教令集に注釈を施した法規集学派 (Deletist)⁸⁹⁾は、この

82) D. 45. 1. 36「ある者が、債務を負うと合意したときに姦計が行われた場合にも、
無論、法の精神によってその債務に拘束されるが、しかし悪意の抗弁を主張する
ことができる。……問答契約者によって悪意は行われなかったが、しかし物自体
がその中に悪意を持っている (dolus in re ipsa) ときにも同様である」

83) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 112.

84) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 112.

85) なお、こうした区別は西欧だけでなく、東欧においても採用されていた。たとえ
ば、『バシリカ法典』19. 10. 66, 19. 10. 69, 19. 10. 70や、ハルメノブロスによって
編集された『ヘクサビーブロス』3. 3. 69, 3. 3. 71においてもそうした説が採用され
ている。詳しくは Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 58 f. なお、ビザンツ帝国における莫
大損害論については、Dekkers, supra note, 73. n° 49. p. 36-39 参照。

86) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 112 ff. ブラケンチヌス、アーツ、アックルシウスらによ
り支持されたとされる。

87) この点を指摘するものとして、本稿 V, 2, (2)以下で検討する諸論者の文献がある。

88) このウストラはいかなる場合であっても禁止される (D. 88c. 11. 12. 13)。とくに、
利益の獲得のみを目的とする売買は厳しく禁止された (D. 88c. 11. 13)。Kalb, a. a.
O. (Fn. 71), S. 118.

89) デクレティストは、ローマ法学における注釈学派と同じ役割をカノン法学におい
て果たしたとされる。彼らのこうした意義については、H. シュロツサー著／大
木雅夫訳『近世私法史要論』（有信堂・1993年）20頁以下参照。

商業の否定という神学上の原則の緩和に努めた⁹⁰⁾。そして、その際に彼らが参考としたのがローマ法学上の「駆け引きの自由」と「詐欺」である⁹¹⁾。

彼らはこの問題について、ローマ法学の上記の概念について深い分析をすることなく、莫大損害の観念を導入し正当価格の半分までの駆け引きを認めた⁹²⁾。そして、このようにして導入された莫大損害を *dolus re natura* と呼んだが、それは、ローマ法上の *dolus re ipsa* に対応するものであった⁹³⁾。

こうしたことを背景として、教皇アレクサンデル三世 (位1159-1181) の教皇令 (*Cum dilecti* (X. 3. 17. 3))⁹⁴⁾ と教皇インノケンティウス三世 (位1198-1216) の教皇令 (*Cum causa* (X. 3. 17. 6))⁹⁵⁾ によって正式に莫大損害はカノン法学において認められることとなった⁹⁶⁾。

(3) トマス・アクィナスと教令学派 (Decretalist)

13世紀前半の神学では、いまだ商業を敵視する見解が維持されていたが⁹⁷⁾、中

90) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 121.

91) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 121.

92) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 122.

93) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 123.

94) この教皇令は、1167年から1178年の11年間にわたるボーヴェの聖職者総会とカーリスのシトー派修道会との間の争いを巡り下されたものである。事例はカーリスのシトー派修道会がボーヴェの聖職者修道会から森の一部の譲渡を受けたが、その際に、シトー派修道会が森の全体を所有しようと考え、まだ聖職者総会に帰属していた部分も併合したという事件である。これについて、聖職者総会側は、売買契約当時の森の価値は40マルクであったのに対して、支払われた売買代金は10ブファントであることを理由として、森の返還を請求した。なお、聖職者総会側が勝訴したが、シトー派修道会が土地を明渡さず、訴訟が長引いたため後に和解が成立した。D. Lohrmann, Zur Vorgeschichte der Dekretale X. 3. 17. 3. Der prozess zwischen Beauvais und Chaaris, in *BMCL* 4 (1974) 1-7.

95) この教皇令は、聖マルティン修道会が、ヴィテルボの二人の市民に建物つきの土地を売却したが、のちに修道会側が売買の取消を求めた事件である。この事件では、世俗裁判所と教会裁判所の両方で事件が扱われたようであるが、世俗裁判所が市民側を勝訴させたのに対して教会裁判所側は修道会側を勝訴させた。これに対して、インノケンティウス三世が教会裁判所の判決を取り入れ、教皇令として公布したものである (1207年10月30日)。Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 46 ff.

96) カノン法学における莫大損害採用に決定的役割を果たしたのは、*Liber extra* に採用された三つの教皇令 *nostram noveritis* (X. 3. 13. 11)、*Cum dilecti* (X. 3. 17. 3)、*Cum causa* (X. 3. 17. 6) であったとされる。なお、これらの法文が位置する X. 17. 3は売主と買主について (*De emptione et venditione*) についての教皇令が収められている。Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 42.

97) たとえば教皇グレゴリウス七世の見解である (Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 120 f.)。

世を代表する神学者トマス・アクィナス (Thomas Aquinas 1225-1274) によってその修正が図られた⁹⁸⁾。

トマスは各種の任意的交渉⁹⁹⁾に関する罪悪を『神学大全』¹⁰⁰⁾のなかで扱っているが、第一に売買における詐欺について論じている^{101, 102)}。

ここでは四つの問題が挙げられているが¹⁰³⁾、本稿では特に第一問(「本来の価値以上の売買は許されるか」)が重要である。これについて見ていくと、トマスは私的経済交渉の正義を決定するのは原則として「市民法」であるとし、そこでは売買当事者は互いに駆け引きしあうことが許されているとする¹⁰⁴⁾。しかしこのあとトマスはマタイ伝7章及びトゥリウス「義務論」を引用しつつ¹⁰⁵⁾「ある者がその正しき値以上に売られんがため詐欺を働くは全く罪悪である」とのべる¹⁰⁶⁾。そして売買契約は当事者の共通利益を目的としたものである以上、互いの給付は均衡していなければならないことを述べる^{107, 108)}。

トマスはここでの等価交換の基準を欲求・必要 (indigentia) にもとめた。しかしこれは売買当事者の個人的欲求ではなく、その商品に対する社会全体の需要

-
- 98) こうした修正はすでに師アルベルトゥス・マグヌスによってその端緒が与えられていたようである (Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 123)。
- 99) トマスは交換的正義 (iustitia comutativa) について、不任意的交渉 (involuntariae commutationes) に関する場合と、任意的交渉 (voluntariae commutationes) に関する場合の二つに大別する。前者は他人の意思に反して危害を加える場合であり、後者は主に個人の私的な経済活動に関するものである。
- 100) 本稿では、稲垣良典訳『神学大全18』(創文社・1985年)及び、上田辰之助『聖トマス経済学』(みすず書房・1991初出昭和8年)を参照した。
- 101) 『神学大全』第2編第2部第77問。
- 102) この問題に続きトマスはいわゆる「ウスラ (usura)」の問題を扱っている。
- 103) 第1項「本来の価値以上の価格による売買は許されるか」、第2項「売られた物の瑕疵は売買を不正義とするか」、第3項「売主は売買目的物の瑕疵を相手に告知すべきか」、第4項「安く買って高く売る商人的取引は許されるか」この四つの問題を見ると買主の保護に問題の重点がおかれていることが分かる。これは買主が売主に騙されることが多かったことを意味しているように思われる。
- 104) トマスはD. 4. 4. 16. 4を参照している (『神学大全』第2編第2部第77問第1項第一(1))。この法文に関しては本稿I, 2, (2)参照。
- 105) マタイ伝七章「しからば、全ての人似せられんと思うことは人にもまたそのごとくせよ」トゥリウス「義務論」第3巻15章「約束事より一切の虚偽を除くべし。売り手は値を指し示す者に、買い手は自ら競りさぐる者におのおの乗せざるものとす」。
- 106) 『神学大全』第2編第2部第77問第1項第一(1)。

である¹⁰⁹⁾。そしてトマスは、客観的基準によって正当価格を定めることが困難であることを意識し、人法上は正当価格からある程度はなれることも許されるとした¹¹⁰⁾。だが、正当価格から逸脱するのにも限界があり、それを超えることは許されない。こうして、莫大損害の制度が神学上の正当価格論の緩和として位置づけられることとなる。

このような流れを受けて教令学派 (Decretalist) では、ローマ法上の三つの詐欺概念¹¹¹⁾に反しない限り、商業は認められるとする見解が支配した¹¹²⁾。

これに加えて、現実社会の要請と神学上の原則との対立を緩和する機能を果たしたのが、内的法廷 (forum internum) と外的法廷 (forum externum) の区別であった¹¹³⁾。こうした区別によって、神学上の原則 (正当価格の遵守) は良心の問題として処理され、莫大損害の違反のような世俗の問題は外的法廷において制裁されることとなった¹¹⁴⁾。

107) 「両者の当事者の共通利益 (commune utilities) のために導入されたもののように思われる。(中略) 両者の共通の利益を図るものは他の一方よりも一方の側に大きな負担をかけてはならず、したがって、両者の間にあっては、契約は事物間の均等に則して成立しなければならない。然るに、人の使用に供される財貨の価値は、それに支払われる価格によって測られる。『ニコマコス倫理学』第五巻で言われているように、このために貨幣が発明されたのである。したがってもし価格が、物の価値を上回るか、あるいはその逆に物が価値を上回るか、するならば、正義の均等が失われる。それゆえに、物をその価値より高く売ったり買ったりすることはそれ自体として不正であり、違法なことである」(『神学大全』第2編第2部第77問第1項)。

108) ところで、ここでいう売買における「共通の利益」とは、当事者双方の利益という意味を超えて「共同体全体」の利益に帰着するものとして捉えられている。そして、正当価格による正しい交換である等価交換はそうした文脈の中であるべきものとして位置づけられている。つまり、第一義的には「交換的正義」が国の維持に帰結するというアリストテレスの枠組みにおいて「正当価格」が考えられている (詳しくは有江大介著『労働と正義』(創風社・1990) 57頁以下)。

109) ただし、それだけでは完全に正当価格を決定することはできないので、需要と費用を規定する諸々の要素から正当価格を算定する方法をとった (『神学大全』第77問第1項第1(3))。

110) 「物の正当価格は精密には決定することができず、むしろ何らかの評価の中に存在する」という (『神学大全』第77問第1項第1(3))。

111) 本章第1節(1)のb) 参照。

112) Kalb, a.a.O. (Fn. 71), S. 126.

2 適用領域の拡張と客観的要件

このように、中世ローマ法学もカノン法学も共に、莫大損害を契約を支配する一般的な法理にまで高めた。しかし、これまで確認したように、その出発点はまったく正反対のものであった。こうした出発点の違いが、いくつか要件や効果の理解について差異をもたらすこととなる。次にこの点を確認しよう。

(1) 適用領域の拡張について

中世ローマ法学においてこの制度の適用される契約類型は、C.4.44.2とC.4.44.8に規定された土地の売買だけではなく、動産も含む全ての売買契約や賃約¹¹⁵⁾、定期金売買¹¹⁶⁾などにも拡張された^{117,118)}。これに対して、債務放棄や免除、支払猶予などの広い意味での無償契約に関しては、莫大損害の適用はないとされた¹¹⁹⁾。後の時代まで莫大損害の適用の可否が争われることとなる和解に関しては、見解が分かれている。(バルトールス Bartolus de Sassoferrato 1313?-1357) は莫

113) こうした区別を最初に行ったのは法規集学派であったが、彼らは、まず贖罪の問題と刑事裁判の問題を区別した (forum poenitentiae と forum iudiciae)。これを受け、更にトマスは、両者の区別を良心の支配を基準として区別し、良心の法廷 (forum conscientiae) と外的法廷 (forum exterius) に分けたとされる。内的法廷と外的法廷の区別に関して、ダントレーヴ著/久保正幡訳『自然法』(岩波書店・1952年)は、外面的なものとの内的なものとの区別について扱う(同書133頁)。以下は、後掲小川論文による。Forum というラテン語は、裁判をする場を意味していたが、後に裁判権も意味するようになる。そして、この世の支配が世俗権力の支配と教会の支配に分かれるのであるから、法廷にも、国家の裁判権に属するものと教会の裁判権に属するものがある。そして、教会の裁判権はさらに、内的法廷と外的法廷に分かれる。内的法廷とは、良心の法廷ともよばれ、信者個人の聖化 (sanctification personell) を行う場である。それは、さらに、「天の法廷 (forum poli)」とも呼ばれる。この裁判は、一対一か、あるいは、神だけの前面で行われる。この内的法廷と外的法廷の区別は、前者が個人の内面に関する問題を扱い、後者が行為者の外面のみを扱う。たとえば、秘密の姦通は、内的法廷の管轄に属するが、それが事実として証明されるにいたった場合には、外的法廷の管轄となる。外的法廷は、社会秩序に対して惹起された混乱を罰するためにある。また、外的法廷では、証明によって明らかとされた事実以外のことを扱ってはならない。小川浩三「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la police(1)」北法第38巻3号3頁以下。

114) その後ヨハンネス・ニーダー (1380-1438) やアナクレトウス・ライフェンシュトゥエル (1641-1703) など同様の見解を取ったとされる (Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 51)。

115) 賃約に対する拡張の根拠として、売買と賃約の性質を同視する D.19.2.2. pr が参照された (Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 63)。

大損害の適用を賛成しているが、バルドゥスは反対しているという¹²⁰⁾。

このように、適用領域については、およそ全ての有償双務契約に莫大損害が適用されるが、まったく限界がなかったわけではない。その限界としてローマ法學上重要であったのが、誠意契約 (contractus bona fidei) であった¹²¹⁾。

C.4.44.2, C.4.44.8が扱う土地の売買契約はこの誠意契約にあたる。この誠意契約を支配する信義誠実は拡張の根拠であると同時に、拡張の限界を画するものでもある。たとえば、バルドゥスは、誠意契約全般への莫大損害の拡張を説くが、その根拠として誠意契約の根底にある衡平を引き合いに出している¹²²⁾。

では、厳正契約への拡張がまったくなされなかったかということ、そうではなかった。ただし、それは、かなり慎重に考えられていたようである。たとえば、アーンズ、オドフレードゥスらの法學者たちは、C.4.44.2は、誠意契約のみを対

- 116) 定期金売買 (Rentenkauf) とは、権利者が一定の金額の資金を土地所有者に交付して、定期に一定金額を受ける物的負担を設定する契約である。中世の都市において、教会の利息禁止を回避するために用いられた。つまり、定期金は経済的には利息にあたり、権利者が土地所有者に交付した金額は、消費貸借契約における元本に相当するからである。物的負担は永久のもので、権利者は元本を取り戻すことはできなかったが後に解約が認められることとなり、抵当権を担保とする利息付消費貸借の形をとることとなった (山田晟『ドイツ法律用語辞典 (改訂増補版)』(大学書林・平成5年) 531頁参照)。
- 117) Schulze, a. a. O. (Fn. 74), S. 13. 例えば、中世に広く流布した匿名の著者による法律書「アノニムス」は、目的物を単に「res (物)」と表現し、「fundus (土地)」という言葉を用いていないとされる (Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 61.)。
- 118) なお、当時の法学方法論であるトピック論との関係では、拡張の方法としての「類似に基づく論拠 (argumentum a simili)」と拡張の否定に向かう方法である「対立の (e contrario)」トポスがあった。なぜ中世では前者の解釈が取られたのかが問題となるが、おそらく経済的基礎としての商業の発展、それに基づく法学的基礎としての形式主義の崩壊開始 (裸の合意の原則無顧慮から着装理論への転換) があると考えられる (ヤン・シュレーダー／石部雅亮編訳『トピック・類推・衡平—法解釈方法論史の基本概念—』(信山社・2000年) 15-16頁参照)。
- 119) Schulze, a. a. O. (Fn. 74), S. 14 ただし、贈与に関しては、バルドゥスやバルトールスとも一致して、莫大損害の適用を認めている (Schulze, a. a. O. (Fn. 74), S. 14.)
- 120) Schulze, a. a. O. (Fn. 74), S. 14.
- 121) ローマ法では契約を発生原因に従い、踐成・文言・文書・諾成の四種に分けるが、これをさらに制裁される訴訟形式に従い、厳正契約と誠意契約に区別する。踐成契約である消費貸借・文言・文書の三種は厳正契約に属し、諾成契約は誠意契約に属する。なお、片務契約は厳正契約であるのに対して、売買のような双務契約は誠意契約である (船田享二『ローマ法 (第三巻)』(岩波書店・1970年) 71頁)。
- 122) Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 60.

象とする原則を固持した¹²³⁾。

カノン法学においては、例外無しに莫大損害を両当事者の利益の為に適用しようと試みた¹²⁴⁾。適用領域に関しては、正当価格論を基礎に世俗法よりも広く全ての交換的契約に莫大損害の適用を認めている¹²⁵⁾。その際には、世俗法で議論された、「誠意契約」と「厳正契約」の区別はなされなかったからである¹²⁶⁾。

(2) 「正当価格の半分」という基準について¹²⁷⁾

a) ローマ法学

この「半分以上の損害」という基準については、多少のずれがある場合にも取消を認める説と¹²⁸⁾、この基準は厳格に守られるべきであるとする見解が存在した。しかし、アーズ (Azo 1150頃—1230頃) やバルドゥス (Baldus de Ubaldis 1327—1400) などの当時の有力な法学者たちは、正当価格の「半分以上の損害」が生じた場合に限り契約は取消されるとし、それ以下の損害の場合には、契約は「衡平」の下に服しないとして、後者の説を採用した¹²⁹⁾。こうした見解から、彼らが基本的には契約自由の原則を支持し、その厳格な作用を緩和する際に、C.4.44.2とC.4.44.8が有している「衡平」の観念を引き合いに出したことがわ

123) Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 75.

124) Schulze, a. a. O. (Fn. 74), S. 17.

125) Schulze, a. a. O. (Fn. 74), S. 17.

126) Schulze, a. a. O. (Fn. 74), S. 17.

127) なお、ここではこの基準の判断方法が問題となる。シュルツェは、ローマ法学においても、カノン法学においても、正当価格の判断基準を明らかにすることはなかったと述べている (Schulze, a. a. O. (Fn. 74), S. 18.)。しかし、ベッカーによれば、裁判では、目的物に対する両当事者の需要や、土地や物から引き出される収益の高さ、物の作成にかかった原価、場合によっては領主に収める公課などを基準として、原則的に裁判官が決定していたとする。また、場合によっては鑑定人が、目的物を鑑定して正当価格を決定することもあったとされている (Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 56.)。

128) これを正当価格と売買代金の間に存在する些細な差額と法的に取消されるべき重大な暴利との間を区別する単なる例に過ぎず、厳格に守られる必要はないとする説である。12世紀に活躍した注釈学派の一人であるロゲリウス (Rogerius Beneventatus 生没年不明) は、売買が取消される場合のひとつに「不均衡」(iniquitas) があるが、それは「たとえば、正当価格の半分以下の価格で売却した場合」であるとし、この基準に達しない場合にてであっても、契約を取消することができるとしていたようである (Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 46)。

129) Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 47. なお、こうした当時の「衡平」の法源性に言及するものとして、シュレーダー／石部・前出注127)がある。

かる¹³⁰⁾。

b) カノン法学

カノン法学では、先述のように、神法に関する内的法廷においては、正当価格に反する価格の合意は認められないのが原則である。ここから、内的法廷における交換的正義は、数学的なものというよりは道徳的なものであり、したがって、外的法廷における「正当価格の半分」という基準も純粹に数学的に決定されるのではなく、ある一定の幅を有すると理解した¹³¹⁾。

カノン法学者は更に、契約当事者に3分の2以上の損害が認められる場合には、「超莫大損害 (laesio enormissima)」という制度を新たに認めた¹³²⁾。この超莫大損害が認められる場合には、その法律効果は取消ではなく、法上当然の (ipso iure) 無効とされた (従って取消権放棄は認められない)¹³³⁾。このようにカノン法学においては契約の有効性が給付の均衡と直接結びついていた¹³⁴⁾。

3 莫大損害の主観的 (消極的) 要件

中世ローマ法学が述べたように莫大損害の根拠が契約自体に求められる「信義誠実」であるとする、信義に反しない契約の場合、つまり、当事者の同意の下に不均衡な契約を締結した場合には、莫大損害の適用はないことになる。

ここで問題となるのが、当事者の錯誤、贈与の意思、取消権放棄の有無、である。

(1) 被害者の錯誤の有無と贈与の意思

プラケンチヌス、アーツ、オトフレードゥスらの中世を代表する法学者のいずれもが、莫大損害を被った当事者に物の価値に関する何らかの錯誤が存在するこ

130) クリストフ・ベッカーは、彼らのこうした見解が、当時の北イタリアでの商業活動の活発化に深く規定されたものであることを指摘している (Becker, a.a.O. (Fn. 56), S. 46.)。

131) たとえば、モリナエウスがこうした見解を取ったとされる。Becker, a.a.O. (Fn. 56), S. 52.

132) Schulze, a.a.O. (Fn. 74), S. 17. この制度の背景には後述 (Ⅲ, 3, (2)) の放棄条項があるとされる。

133) Schulze, a.a.O. (Fn. 74), S. 18

134) ベッカーはこれを主観的詐欺との結合とする Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 138.

とを要件として要求している¹³⁵⁾。ただし、錯誤の問題とは常に別のものとして理解されていた(錯誤との関係が明文上始めて論じられるのは、プロイセン一般ラント法の起草過程においてである)¹³⁶⁾。理由は、ローマ法の錯誤の分類に価格の錯誤が含まれていないためであると考えられる¹³⁷⁾。

この錯誤の有無と密接に関係するのが、給付の不均衡部分の贈与契約が存在するか否かという問題である(黙示の贈与契約、混合贈与¹³⁸⁾の有無)。つまり、給付の不均衡部分に明確な、贈与の意思が存在すれば、その契約には当事者の錯誤はなく、莫大損害が存在しないこととなる。

まず、混合贈与が認められるのは、給付と反対給付の価値の割合を正確に認識し、かつ、その下で明確な贈与の意思表示をした場合であるとされた¹³⁹⁾。そして、価値割合の不明確な認識に基づく贈与の場合には、裁判官による契約解釈(審判人の仲裁 *arbitrium iudicis*)がおこなわれた¹⁴⁰⁾。

(2) 取消権放棄

莫大損害に基づく取消は、盛期中世以降、契約当事者によって定められた放棄条項¹⁴¹⁾によって放棄される場合が多くなった。原則論を示すと、カノン法学では、

-
- 135) こうした見解はパンデクテンの現代的慣用 (*usus modernus*) の時代にも維持されることとなる。たとえばラウターバハは「衡平の原理」を貫徹するあまり、被暴利者に錯誤が存在しなくても、契約を取消することができるというのは、誤りであると述べている (Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 86.)。
- 136) ALR は、未発表草案33条において莫大損害を詐欺の問題に解消している。その後、スウェアツの発案により、ALR 第1部第11章において、莫大損害を錯誤の推定と位置づけている (59条)。詳しくは本稿Ⅲ, 3, (1)参照。
- 137) この点については本稿Ⅱ, 3, (2)参照。こうした点から主観的要件をめぐっては、この錯誤の有無の問題よりもむしろ、次に述べる贈与の意思の問題や取消権の放棄の問題が中心であった。
- 138) 混合贈与とは、当事者の一方の給付が價格的に一部分のみ対価関係に立ち、これを越える部分は無償で与えられ、したがって、その限りにおいて双方の間に贈与の合意がある、という契約である。
- 139) たとえば、アーンズがこうした見解を取ったとされる (Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 88.)。
- 140) たとえば、売主が本来200の価値を有する物を100程度の価値であると考えて、2割引の80で売却した場合である。贈与の意思表示は存在するので、契約内容は、正当価格より2割減じた価格での売買ということになる。したがって、売買代金は160ということになる。この場合も、支払われた代金と実際の代金の間に半分以上の損害が発生する場合には、取消の対象となる (Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 90.)。

莫大損害の取消権の放棄が一般に認められるのに対し¹⁴²⁾、ローマ法学では、法の規定が当事者の合意によって排除されることを嫌う傾向があったとされるが、莫大損害のような私益に関するものについては放棄が認められていた^{143,144)}。ただし、カノン法の場合でも先述の超莫大損害の場合には取消権の放棄は認められなかった¹⁴⁵⁾。

141) 放棄条項一般に関しては、Coing, a. a. O. (Fn. 55), S. S. 421. 参照。

142) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 224. 靈魂の救済を危険にさらすことがなければ、宣誓によって当事者が自由に放棄をすることができるというのがその理由であるとされる。莫大損害による取消権のほか、嫁資不動産の放棄（ユーリア法に反する放棄）、未成年者の抗弁の放棄、流質約款の尊重（原則無効のもの）などが上げられる場・後掲注161）、262頁参照。

143) バルトルスは、規定の性質を公益と私益に分け、前者に基づく法的保護を放棄することはできないとする。また、当事者の保護を目的とした法上の利益も放棄できない（利息制限、不法原因給付、未成年者保護、嫁資不動産の放棄など）。この制限の中に莫大損害は含まれていない（場・後掲注161）、263頁参照。

144) なお、放棄に関しては非宣誓放棄と宣誓放棄の二つがあった。非宣誓放棄の場合には、それが、法による保護一般を放棄するものなのか（一般的放棄 *renuntiatio generalis*）、それとも、放棄される対象が具体的に特定されるのか（個別的放棄 *renuntiatio specialis*）がまず区別された。しかし、一般的放棄によって莫大損害の取消を排除することができるとする法学者は少なかったようである。その理由としては、契約解消を意味する「*rescissio*」という言葉が、ほかの解消原因にも用いられていることから、どの契約解消原因に基づく契約解消を放棄したのか不明であるからとする（Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 225.）。宣誓放棄の場合には、成年者（*major*）による放棄の場合と、未成年者（*minor*）による放棄の場合とが分けられた。成年者による放棄の場合について、ローマ法学では、まず、放棄によってもなお、売主に契約解消権を認める余地があるかどうかの問題となった。この問題に関しては、放棄にもかかわらず、莫大損害の取消を利用できるとする見解があったようであるが（プラケンチヌスがそうした見解を説いたとされる。Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 225. 参照）、オドフレードゥスは、C. 2. 28. 1を参照しつつ、宣誓による放棄をした者は、それが虚偽の宣誓であり効力を有しないことを理由に援助の実現を望むことはできない、と主張した（Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 225 f.）。こうした見解は後の法学者によっても採用されたが、アーンはこれに修正を加え、詐欺や強迫によってなされた宣誓は効力を有しないとした。未成年者による放棄の場合について、たとえば、ヨハンネス・バッシアヌスは、未成年者による法的救済手段の放棄の場合については、成年者の場合と別に理解する必要があるとして、放棄によっても未成年者には莫大損害による取消が認められるとした。その理由としては、未成年者による放棄が、莫大損害による取消可能性の喪失を明確に意識してなされたかどうか疑わしいからであるとする。しかし、これについては反論もなされた。というのも、アレクサンデル・セウェルス帝により発布された勅令 C. 2. 27 (28), 1 によれば、原則的に未成年者の宣誓によってなされた売買契約の取消権の放棄は拘束力を有するとされているからである（Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 255.）。

4 効果—取消権者と補充権—¹⁴⁶⁾

(1) 取消権者の拡張と立証責任

本稿で確認したように (II, 4, (1))、C.4.44.2とC.4.44.8は、裁判上の取消権を不動産の売主にしか与えていなかったが、グロッサトーレンとコンシリアトーレンは、裁判上の取消権を被害を被った買主にも拡大した¹⁴⁷⁾。その理由としては商業の発展に伴い買主も暴利にさらされることが多くなったことが考えられるが、C.4.44.2及びC.4.44.8から既に特別法的性格が除去されている以上は、取消権者を売主に限定する理由はなく当然の帰結と思われる。

次に給付不均衡の存在は取消権者が立証すべき事柄であるのに対して、取消権者に錯誤があることの立証をどちらが行うかが問題となった。

この問題については、給付の客観的不均衡から被暴利者の給付価値の不認識が推定されるという莫大損害の理論構造より加害者側が被害者の価値の認識について反証しなければならないと理解された^{148,149)}。

(2) 補充権 (facultas alternativa)

C.4.44.2は、補充権を買主側に認めている。この場合に支払う補足金は、正

145) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 255.

146) 効果については、さらに契約解消後の清算関係も問題となる。これに関しては、契約が解消されたとしても、契約締結時から契約解消時までの当事者の占有は正当な権限に基づくものであるから、土地からの収益や代金の利息を、返還する必要はないとする見解と、果実を返還するのが原則だが、土地からの収益と代金の利息は同額であるとみなし、それらは相殺されるとする見解が存在したが、いずれの見解によっても、果実の返還は否定される (Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 89.)。

147) Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 13. ただし買主に莫大損害の適用を認めるとしても、ローマ法の文言が買主の場合の莫大損害について何も論じていない為、どのような基準で損害を算定するかが問題となった。これについては、真の価値が10の物を16以上の代金で買主が購入した場合に、莫大損害が成立するという立場と (算術的基準)、買主は、真の価格の二倍以上で売買目的物を購入した場合に、莫大損害が成立する、という立場が存在した (幾何学的基準)。結論としては、C.4.44.2の「半分以上の損害」という文言が尊重された結果、前者の立場がとられていたようである (Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 16 ff.)。

148) たとえばバルトルスやバルドゥスがこうした見解を採用したとされる。これに対して、通常、売主は物の価値を知っているのが当然であるという点から出発し、価格の錯誤が生じていたことを取消権者である売主が立証するという説もあったようである (少数説)。なおこの説によった場合、取消権が買主にも拡張された際、理解については不明である。Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 86 f.

当価格に達するまでの金額 (20の物を9で売却した場合には、11支払わなければならない) を支払わなければならない、莫大損害に達しない程度の額への補充 (20の物を9で売却した場合の1追加) では正当な補充権の行使とは認められないとされた¹⁵⁰⁾。また、取消権が買主にも認められるようになると、補充権が売主側に認められることとなった (超過額の返還)。

以上の点についてはローマ法学者もカノン法学者も見解は一致していたのに対し、以下に検討する目的物滅失時の補充権の存否をめぐるには意見が対立した¹⁵¹⁾。

まず、両者の対立を見る前に問題の構造を確認しておく、目的物の履行後に不可抗力によって目的物が滅失した後に、売主側から莫大損害に基づく取消権が行使されたとする。この場合、もはや目的物は滅失している以上、買主は当該目的物を返還することは出来ない。そこで、売主としては買主に認められている補充権に基づき、追加金の支払いを請求できるか。ここで、この補充権の性質が、目的物返還義務についての代給付なのか (任意債権構成、この場合補充権は主債務消滅に伴い消滅する)、それとも、目的物返還請求権が消滅した場合にも、補充権のみが残り、買主はこれに基づいて正当価格への代金の補充をしなければならないのか (選択債権構成)、ということが問題となった¹⁵²⁾。

a) ローマ法学—任意債権構成—

ローマ法学においてこの問題を始めて詳しく取り扱ったのは、アーズであるといわれている¹⁵³⁾。彼によると、この問題の解決方法としては二つ考えられるとし、一方で選択債権構成があることを指摘しているが (その根拠として

149) なお具体的にどのようなことが立証されれば、莫大損害の取消が覆されたかが問題となるが、たとえば、取消権を行使した者が取引に精通している者であることが立証されると取消権は認められないこととなる。逆に、売主が有していた目的物が、距離的に広い範囲に分散していた場合には、売主に価値の不認識があったとされる (Becker, a. a. O. (Fn. 56), S. 88.)。

150) なお、今日、高額な反対給付の一部無効をめぐる、今日のドイツでもこれと同様の議論 (最高許容限度縮減説と市場価格相当限度縮減説) が展開されている。詳しくは、原田昌和「一部無効の論理—高額な反対給付の縮減に関するドイツ法の最近の展開—」甲南法学42巻3・4合併号197頁。

151) 詳しくは、Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 29 ff. 参照。

152) 選択債権と任意債権の区別一般及び任意債権の法的性質に関しては、仁井田益太郎「任意債権」法協35巻7号に詳しい。

153) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 29.

D.18.1.34.6をあげている)、アーン自身は、任意債権構成に立ち、目的物滅失の際には目的物返還義務とともに補充権も消滅するとした(その根拠としてD.23.3.12.1をあげている)。

こうした見解は、後のアックルシウスやバルドゥスにも受け継がれ、中世ローマ法学の通説となった。

b) カノン法学—選択債権構成—

このように、ローマ法学では任意債権構成が採用され、また、C.4.44.2の文言もそのように理解できるにもかかわらず、カノン法学においては、選択債権構成が採用された。そして、この見解は、トリエント公会議まで維持されることとなる。

まず、この問題は、法規集学派においてはあまり論じられなかったようである¹⁵⁴⁾。しかし、教令学派の時代に入るとこの問題を論ずる者が現れた¹⁵⁵⁾。それによると、目的物滅失の際にも、補充権はのこり、買主は売主に対し追加金を支払わなければならないとされる¹⁵⁶⁾。こうした議論の際に補充権と目的物返還請求権を選択債権と明確に位置づけてはいなかったようであるが、なぜ彼らはこうした見解を採用したのだろうか。

これは莫大損害の理論的出発点の違いにあると考えられる¹⁵⁷⁾。つまり、ローマ法学においては、加害者である買主の倫理的非難に向かわず、不可抗力による目的物滅失の場合には、買主に責任が無い以上その義務も消滅するのに対して、カノン法の場合には、給付不均衡そのものが倫理的非難の対象であり、したがって、こうした不均衡を惹起した加害者は、不可抗力による目的物滅失によっても、義務を免れるものではないと理解される¹⁵⁸⁾。

しかし、こうした見解も、目的物返還義務と補充権を一種の選択債権として構

154) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 39.

155) 例えば、バルトロマエウス・ブリキエンシス(1258没)がこの問題を扱っている(Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 41)。

156) ヴィンケンチヌス・ヒスパヌスやヨハンネス・トイトニクスらがこうした見解に従ったとされる。Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 42.

157) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 42.

158) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 43.

成するためには、債権内容を変更する新たな契約を締結する必要があるとの批判から、のちに採用されなくなった¹⁵⁹⁾。

5 小括

こうして、C.4.44.2は、中世法において単なる一法文にとどまらない、「莫大損害法理」ともいべき双務契約全体を支配する法理論へと発展した。そして、この法理はローマ法の継受により、ドイツの都市法¹⁶⁰⁾やフランスの慣習法¹⁶¹⁾へと受け継がれていった。そうした発展過程のなかで、商業国家の法である古代ローマ法を基礎としたローマ法学は、その出発点を価格決定の自由に置いたのに対して、キリスト教的道徳神学を出発点としたカノン法学においては、ウスラの禁止

159) Kalb, a. a. O. (Fn. 71), S. 102.

160) ドイツにおいては、特に中世の後期以来、価格統制立法が盛んに行われた。例えば、1320のミュンヘン都市法ではワインの価格を決定する規定を有していたし、マグデブルグでは、1369年に製塩組合が、塩の価格を決定する権限を定めた規定が存在した (Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 20)。また、フランクフルトでも、16世紀初頭、馬蹄の価格を決定する法が制定された。このような価格統制は、領主だけではなく、ツンフトによっても行われていたことが知られている (Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 21)。莫大損害に関しては、13世紀初頭では、この問題をラント法や都市法で扱うのは一般的ではなかったといわれている (Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 21.)。13世紀後半以降になると、例えば、ヴィスマール都市法 (1272-1297) や1332年のブレーメン都市参事会決議、1347年のミュンヘン都市法や、リューベックの参事会決議 (1483) において、莫大損害による取消が認められている (Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 22.)。ヴィスマール都市法では取消を、契約の両当事者に認めているが、ブレーメン都市参事会決議では、莫大損害による取消期間を14日に制限している (Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 22.)。リューベックの決議については、適用範囲が遺産の売却の場合だけに制限されている (Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 22.)。ハンザ同盟都市であるブレーメンやリューベックで活躍する商人たちにとっては、莫大損害は邪魔な存在であったことがうかがえる。上で挙げた各都市法や参事会決議が、法律効果として取消と補充権のみを規定しているが、新たな法律効果を付け加えるものもあった。例えば、ブルゴルト法書 (1503) は、取消後に買主が売買目的物を返却しない場合には、裁判所か参事会に贖罪金を支払わなければならない、と規定する (Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 23.)。こうした、刑事規定を含む莫大損害規定が、ドイツ法においてどの程度浸透していたかは定かではないが、このことから、この当時、莫大損害の制度が価格統制令と混同されていたことが伺える。なお莫大損害が、制限を受けながらもこのようにドイツに浸透した理由としては、キリスト教に由来する「商業に対する疑念」と、この当時の不安定な経済状況が指摘されている (Schulze, a. a. O. (Fn. 73), S. 25.)。

をその出発点とした。この出発点の違いは、各解釈論にも影響を及ぼしたことは、すでに明らかにしたとおりである。

この二つのモデルを明らかにしておく、まずローマ法学は、この問題を明らかに合意の瑕疵の推定と位置づけた（客観的詐欺としての体系的理解と主観的要件としての錯誤の存在：以下「合意の瑕疵推定モデル」と呼ぶ）。これに対して、カノン法学では、正当価格論から出発し莫大損害を世俗世界におけるこの理論の緩和装置として捉える。したがって、本来的には、莫大損害の背後に錯誤の存在を要求する必要がなく、また取消権の放棄を認めることは本来許されない（こうした点は特に超莫大損害の問題によく現れている）。このようにカノン法学においては、正当価格論というア・プリオリな義務（及びその違反への倫理的非難）から出発する構成をとった（以下「正当価格論モデル」と呼ぶ）。両者はともに莫大損害を契約法一般に拡張しようとする点では、共通するのに対して、その基礎的理解は正反対であることがこのように確認できる。

なお、古代ローマ法の検討で確認したのと同様の理由から（Ⅱ, 4, (2)b）公序良俗・価格統制と莫大損害の関連はこの時代にも問題とはならなかった。

（以下次号）

161) 例えば、ブルボンヌ慣習法（art. 86）、オルレアン慣習法（art. 374）ポーマノワールの『ボヴェジ慣習法書』1103条に収録されている「クレルモン慣習法」の法文など（Dekker, *supra* note. 72. n° 139, pp. 87-88）。フランス法においては特に、公証人制度の発達にともない、莫大損害の放棄が議論されたようである。公証人は、自己の依頼主が契約の無効や取消、抗弁によって蹟くことがないように、「放棄約款」の挿入によってこれらの無効・取消を排除していた。はじめは、一般的に無効、取消の利益を排除するという文言が、挿入されるだけであったが、のちに、「どの原因による取消を放棄したのか不明確である場合には、その放棄は無効である」との解釈がなされるようになると、各無効・取消原因を列挙する形で放棄が成されるようになった（以上については堀浩『フランス債権法史』信山社（1998）266頁以下に詳しい）。こうした流れを受けて、16世紀の諸慣習法は、レジオンの取消権に対する制限的立場を表明したとされている（大村・前出注15）、73-74頁参照）。