

民事詐欺の違法性と責任（８）

岩 本 尚 禧

目 次

序論

第１節 本稿の課題

第２節 本稿の構成

（以上、63巻３号）

第１部 ドイツ法

第１章 詐欺の前史

第１節 ローマ法と自然法

（以上、63巻４号）

第２節 19世紀の詐欺論

（以上、63巻５号）

第２章 詐欺の違法性と責任

第１節 転回する自由意思の要保護性

（以上、63巻６号）

第２節 保護の範囲と限界

（以上、64巻１号）

第２部 日本法

第１章 民事詐欺論の展開

第１節 日本民法と自然法

（以上、64巻２号）

第２節 意思決定自由の要保護性

（以上、64巻３号）

第２章 民事詐欺の違法性と責任

第１節 比較法の帰結の考察－裁判例を素材として－

第１款 一般事例

第１項 裁判例の紹介と一般的動向

第２項 裁判例の分析

（以上、本号）

第２款 特殊事例

第１項 裁判例の紹介

第２項 裁判例の分析

第２節 民事詐欺の違法性と責任

結論

第２章 民事詐欺の違法性と責任

第１節 比較法の帰結の考察—裁判例を素材として—

第１款 一般事例

第１項 裁判例の紹介と一般的動向

（１）ドイツの裁判例

ここまで主として学説の展開を検討した。学説においては被欺罔者の被侵害権利、すなわち意思決定自由を基点として詐欺取消制度を捉える立場は登場しなかった。もちろん、こうした解釈が被欺罔者の救済を不当に制約していないのであれば、問題は少ない。それゆえ、続く問題は、実際の詐欺取消制度が如何に運用されているか、である。

ただし、詐欺取消制度の在り方が一義的に決定され得ない以上、「被欺罔者の救済が不当に制約されているか否か」は相対的な問題であり、比較検討を要する。それゆえ、以下では、日本の裁判例と96条1項の母法たるドイツの裁判例を比較し、日本民法における詐欺取消制度の運用の実態を確認する。

まず裁判例の類型を一般事例（本款）と特殊事例（次款）に二分し、それぞれドイツの裁判例¹と日本の裁判例を紹介する。ドイツ法におけ

¹ 本稿において検討するドイツの裁判例は、代表的なコンメンタール（例えば Reinhard Singer/Barbara von Finckenstein, in: Staudingers Kommentar, Buch 1 Allgemeiner Teil 3, 2004, S. 593 ff.; Ernst A. Kramer, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 1. Halbband, 5. Aufl., 2006, S. 1400 ff.）および代表的な教科書（例えば Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., 2002, S. 308 ff.; Karl Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, S. 682 ff.）において掲載されている裁判例から選び出された約40件である（選び出された裁判例において引用されている裁判例も含む。ただし、各コンメンタールないし各教科書のドイツ民法123条の項目において掲載されている裁判例は同条2項・3項に関する裁判例、強迫に関する裁判例、錯誤に関連する裁判例、旧瑕疵担保規定に関する裁判例等も含まれており、これら裁判例は検討対象から除外している）。20世紀前半の古い判例および21世紀以降の新しい判例に関しては、各時代の雑誌等の索引も利用した。

る詐欺取消事例の類型を大別するなら、売買契約・保険契約・労働契約・認知・消費貸借契約（投資信託関係を含む）・その他に分類できる。本稿の理解によれば、保険契約・労働契約・認知・消費貸借契約に関連する諸事例は特殊事例として位置づけられる²。それゆえ、本款においては、まず一般事例として売買契約・その他について検討する。そして、この分類に対応させて、日本の裁判例を検討する。

①売買契約の事例

[独1] RG 3. 2. 1904 (JW 1904, S. 167)

ある鉱山に事故が発生し、この鉱山の鉱山株を保有していた原告は急いで同鉱山株の売却を申し込み、この事故を知らなかった被告は原告から同鉱山株を購入したものの、後に被告は同事故について知り、この点に関して被告が原告の悪意の秘匿を理由として本件売買契約を取り消し、これに対して原告は同鉱山株を競売に付し、そして同鉱山株の相場価値の下落相当分を原告が被告に対して求めた事案。原審は、原告が本件事故に関する被告の不知について認識していたことを確認し、錯誤の利用に基づく悪意の欺罔を肯定した。かかる原審判断を、帝国裁判所（以下、「RG」）も維持した。

[独2] RG 27. 3. 1906 (RGZ 62, S. 149)

電気設備に組み込まれた中古モーターの売主たる原告が買主たる被告に代金の支払を求め、これに対して当該モーター部分が極度に老朽化し、原告が予定していた用法に適う使用に耐えず、この点に関して被告が原告の悪意の秘匿を理由として本件契約の取消しを求めた事案。原審は、当該モーターの利用可能性について被告から質問を受けていた原告が、当該モーターの老朽性を被告が認識していたなら原告は本件契約を締結

² 保険契約および労働契約は経済的弱者が欺罔者として登場する事案であり、認知の事例は非嫡出子の法的地位に関わる問題であり、そして主として投資信託の前提として締結される事例として争われる消費貸借契約は第三者ないし第三者の詐欺（とりわけ銀行）の問題を含み、それぞれ少なからず特殊性を有する。各事案類型の詳細は後述する。

しなかった、あるいは少なくとも低い価格で購入していたであろうことを認識しつつ、当該モーターの性能を秘匿したのであり、これが悪意の欺罔を意味する旨を説示した。RG も、取引通念によれば買主の決断にとって重要となる事柄について売主は説明義務を負い得る旨を指摘し、被告の主張を認めた。

[独3] RG 5. 6. 1907 (JW 1907, S. 473)

石灰坑の売主たる原告が買主たる被告に対して残代金の支払を求め、これに対して被告が同坑の活用可能期間に関する原告の虚偽の言明を理由として悪意の欺罔に基づく取消可能性を主張した事案。RG は、原告の言明が単なる吹聴（推奨的保証）であっても、それが契約の締結にとって重要であり、かつ実際に契約の締結を惹起したならば、これは悪意の欺罔の構成要件を満たす旨を説示し、被告の主張を認めた。

[独4] RG 29. 5. 1908 (RGZ 69, S. 13)

コーヒー 250袋の売買契約の締結時点において既に支払不能であった買主たる被告は、このことを売主たる原告に秘匿しつつ、転売目的で当該売買契約を締結したものの、その後に破産し、これに対して原告が買主の欺罔を理由として本件契約を取り消した事案。原審は、実際の事実状況および真意を秘匿することによって取引相手方を欺罔することが取引における信義誠実の原則に違反する旨を説き、悪意の欺罔を認めた。RG も、原審判断を維持した。

[独5] RG 1. 4. 1909 (JW 1909, S. 309)

事案の詳細は明確ではないものの（少なくとも売買契約の可能性は窺われる）、契約の締結に際して悪意に欺罔された者は、契約の取消ではなく、契約を存続させつつ、823条2項および826条に基づく損害賠償を求めることもできる旨が説示された。

[独6] RG 3. 4. 1909 (JW 1909, S. 308)

屋根裏部屋を居住用として利用できる家屋の購入を希望していた原告たる買主は、被告たる売主から家屋を購入したものの、居住用として利

用できない屋根裏部屋であったのであり、この点に関して原告が悪意の欺罔に基づいて本件契約を取り消した事案。RG は、悪意の欺罔を肯定する要件として、過失では足りないが、しかし他人の錯誤および他人の意思決定や意思表示に影響を与えることが少なくとも可能性として予想されていたことで足る旨を説示し、本件における悪意の欺罔を肯定した。

[独7] RG 6. 7. 1910 (JW 1910, S. 799; Seuffert's 66, S. 178)

不動産の売買契約の締結に際して屋根裏部屋が使用できない点を秘匿していた売主たる被告に対して、この点に関する被告の欺罔を理由として原告が本件契約を取り消し、これに対して被告が欺罔の事実について争わなかったものの、原因を与えた悪意 (*dolus causam dans*) と偶然に生じた悪意 (*dolus incidens*) の区別を援用し、後者が妥当する本件において売買契約の取消しを求める原告側の不当性を主張した事案。RG は、こうした区別は旧法の原則であって、現在の民法においては採用されていない旨を説示し、被告の主張を退けた。

[独8] RG 27. 5. 1914 (LZ 1914, 1752)

買主たる被告が海綿 (スポンジ) 状の工場地を売主たる原告から購入した後、代金を請求した原告に対して被告が本件土地の性状に関する原告の欺罔を理由として本件契約の取消しを求めた事案。原審は、原告従業員は海綿の存在を認識していたわけではないものの、その疑念を有していたことを / 理由として原告の欺罔を肯定し、被告の主張を認めた。原審に反して RG は、単なる疑念の秘匿は悪意の欺罔を構成せず、むしろ被告には本件契約締結前において本件土地の自由な検分が認められ、実際に被告は検分していた等を理由として、原告の欺罔を否定した。

[独9] RG 17. 10. 1919 (RGZ 96, S. 345)

単なる商人に過ぎない原告が独立した製造業者を装い、2万個の信管カプセルを被告へ売却したものの、一部履行された時点において原告が単なる商人であることを知った被告が原告の欺罔を理由として本件契約の取消しを求めた事案。原審は、独立した製造業者という属性が被告にとって重要であり (当該カプセルが原告の工場で製造されたか否か、が

重要)、このことを原告が認識していた旨を認定し、被告の主張を認めた。この判断を RG も支持し、錯誤が惹起されなければ意思表示を為していなかったかもしれない、ということを欺罔者が認識していたならば悪意の欺罔は認められる旨を説示した。

[独10] RG 25. 4. 1938 (JW 1938, S. 2007)

事案の詳細は明確ではないものの、特許の譲渡に際して譲渡人が帝国特許庁の中間決定を秘匿し、これを理由として譲受人が譲渡人の開示義務違反に基づいて譲渡契約を取り消した事案。当該契約の取消可能性を否定した原審に反して、RG は123条が刑法263条と異なり利得意図あるいは侵害意図を要さず、[独9] を引用しつつ、秘匿なかりせば被欺罔者が契約を締結していなかった可能性を欺罔者が予想していたなら (mit Möglichkeit gerechnet hat)、欺罔者の認識として足りる旨を説いた。

[独11] BGH 12. 11. 1957 (NJW 1958, S. 177)

自動車用モーターの売主たる被告が、買主たる原告から希望するモーターの性質を告げられていながら、その性能に適しないモーターを適するように見せかけて、当該モーターを原告へ販売し、この点に関して原告が被告の欺罔を理由として本件契約の取消しを求めた事案。連邦通常裁判所（以下、「BGH」）は、悪意の欺罔に関する立証について、原告が自身の決断にとって重要となり得る事情を立証し、当該欺罔が経験則に従えば当該法律行為に際して決断に影響を与え得ることが常であることが立証されるなら、被告の欺罔が原告の決断に対して影響を与えた点について一応の証明が与えられ得る旨を説示し、被告の欺罔を肯定し、原告の主張を認めた³。

³ 本件における原告は、欺罔に基づく契約の取消可能性を主張する前に、瑕疵担保に基づく損害賠償を請求していた。この点について被告は、同請求権の主張が取消可能な契約の追認あるいは欺罔に基づく取消権の放棄を意味する旨の主張を展開し、原告の主張の棄却を求めた。しかし、裁判所は、本件における契約の追認あるいは取消権の放棄を認める前提として、原告による取消権の断念が諸事情から明瞭でなければならず、そして取消権を行使しないことによって契約を存続させる意向が表明されていなければならないものの、こうした点

[独12] BGH 31. 1. 1962 (NJW 1962, S. 1196)

古い丸鋸に代えて新しい木材用丸鋸を原告から購入した被告は、売買契約を締結する際に、新しい機械を古い機械が置かれていた場所に設置可能であるか否かを被告の従業員に尋ね、この質問に対して同従業員は肯定したのであるが、しかし実際は新しい機械は古い機械より大きく、元の場所に収まらず、代金を求めた原告に対して被告が損害賠償を求めた事案。BGHは、たとえ悪意の欺罔に基づく取消可能性が認められなくても、契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権は認められ得るのであり、しかも同請求権に基づく原状回復によって取消権の行使と同じ結論へ到達する旨を説示して、被告の主張を認めた⁴。

[独13] BGH 20. 9. 1968 (NJW 1968, S. 2139)

原告の土地の売却を委託された被告は当初の設定価格による売却が不可能である旨を原告に告げ、原告をして売却価格を引き下げさせ、最終的に被告が自ら原告の当該土地を買い受け、この点に関して原告が被告の欺罔を理由として本件売買契約の取消しを求めた事案。原審は、当初から被告が自ら当該土地を買い受ける意図であった否かが原告にとって極めて重要な事実であり、原告の意思決定と被告の欺罔に関して一応の証明が成立する旨を説示し、原告の主張を認めた。これに反して、BGHは、一応の証明を認める前提として定型的な事態の経過（特定の原因から特定の方角へ至る経緯が容易に推測され得る事実）が存在していなければならない、確かに[独11]においては定型的な事態の経過が見られるが、しかし本件においては見当たらない旨を説示し、事案を原審へ差し戻した⁵。

が本件において窺われない旨を指摘して、被告の主張を退けた。

⁴ 取消権と同じ結論へ至る損害賠償請求権を肯定した裁判所は、本件において被告が取消権を主張・行使した事実を確認する必要が存しない旨も指摘し、そして実際に本件においても確認していない。しかし、裁判所は他方で物権的效果を有する123条の取消権の独自性が失われるわけではない点も確認し、同条の意義をも強調しており、この点および本件の重要性に鑑みて、本稿は本件を悪意の欺罔に基づく取消可能性に関連する事案として取り上げた。

⁵ 本件においては一応の証明が主たる論点であり、自己契約に関しては深く言

[独14] BGH 28. 4. 1971 (NJW 1971, S. 1795)

車両製造業を営む原告は運送業を営む被告からトレーラーのタンク部分の注文を受け、目的物の引き渡したものの、当該タンクに液体を満杯まで入れると、ブレーキやカーブの際に生じる増水振動によって運行の安全が損なわれることが判明し、代金の支払を求めた原告に対して被告が原告の欺罔を理由として本件契約の取消しを求めた事案。原告の説明義務を否定した原審に反して、BGHは、売買法を支配する信義則に基づいて買主の決断にとって重要な事実を告げるべき売主の説明義務が生じ得る旨を説示し、当該タンクについて専門知識を有する原告には運搬の際に生じる危険について説明すべき義務が課されていた点をも確認し、さらに欺罔なかりせば相手方は意思表示を為さなかったであろう、または当該の合意内容では為さなかったであろう、という未必の故意を行為者が有していたなら悪意が肯定される旨も指摘して、事案を原審へ差し戻した。

[独15] BGH 8. 5. 1980 (NJW 1980, S. 2460)

不動産の管理を訴外会社に委ねていた売主は、当該家屋の地下室に地下水が過去に何度も浸入していたことを知らず、それにもかかわらず買主たる被告に対して本件家屋を何ら問題のない物件として説明し、仲介業者たる原告を通じて売買契約が成立したものの、後に被告が地下水の浸入について知り、仲介報酬の支払を求めた原告に対して被告が売主の欺罔に基づく抗弁を主張した事案。BGHは、容易に認識し得る誤れる事情を盲目的に確約する者は悪意の欺罔を犯していること、つまり「でたらめ (ins Blaue)」に為された確約が悪意を基礎づけ得ること、そして当該欺罔者が当該事情を知らなかったことは重要ではないことを説示し、被告の主張を認めた。

[独16] BGH 12. 5. 1995 (NJW 1995, S. 2361)

原告は被告から三階建の居住用建物を購入し、その際に原告は契約書

及されていない。

を通じて二階および三階部分について住居拘束 (Wohnungsbindung)⁶が存在する旨の保証を受けていたのであるが、しかし実際には同拘束は一階部分にも及んでいたものであり、この点に関して原告が被告の悪意の欺罔を理由として本件契約を取り消した事案。一階部分の住居拘束の有無が原告にとって重要であった旨を示す事実が存在しないこと等を理由として本件契約と欺罔の因果関係を否定した原審に反して、BGH は、契約の決断にとって重要ではない事実が保証されるわけではなく、契約書において住居拘束の不存在が保証されていたこと自体が原告の決断に影響を与え得たことを正当化する旨を指摘して、原告の主張を認めた。

[独17] KG 1. 4. 1997 (NJW 1998, S. 1082)

買主たる原告が家屋の購入を決断する際に売主たる被告の履行補助者は当該家屋の取得に必要な費用が賃料収入や税の優遇措置によって全て補填される旨を述べ、この言明に基づいて原告は本件家屋の購入を決断したのであるが、しかし実際は賃料収入や税の優遇措置によって本件家屋の購入価格を補填することができず、このことを1992年6月に認識した原告が被告の欺罔を理由として1993年1月に本件契約を取り消した事案。宮廷裁判所 (ベルリンの上級地方裁判所。以下、「KG」) は、当該言明を客観的に検査可能な内容として理解し、でたらめ (ins Blaue hinein) に為された表示から少なくとも未必の故意が窺われ、さらに自己資本なくして家屋の購入を決断した原告の態度が経済的に不合理であるように見えても、つまり被欺罔者が自身の過失に基づいて正しい事実状況を認識しなかったとしても取消権は排除されない旨を説示し、原告の主張を認めた。

[独18] BGH 20. 10. 2000 (NJW 2001, S. 64)

原告が被告から購入した土地は被告の前所有者が操業していた金属加工工場の影響によって汚染されていたのであり、この点に関して原告が

⁶ 公共の資金 (または公共の資金の借受) によって建てられた住居は社会的住居と呼ばれ、その家賃および入居は住居拘束法 (Wohnungsbindungsgezetzt) によって統制される。

被告の説明義務違反を理由とする悪意の欺罔に基づいて本件契約を取り消した事案。欺罔を否定した原審と異なり、BGHは、買主にとって重要な意味を持つ事柄の通知を取引通念によれば買主が期待し得る場合には、この点について売主は開示義務を負い、さらに売主が廃棄物を認識していたなら、土壤汚染に関する疑念を買主に伝えるのみでは説明義務は果たされない旨を指摘して、事案を原審へ差し戻した。

[独19] BGH 7. 6. 2006 (JZ 2007, S. 98; NJW 2006, S. 2839)

原告は被告から中古車を購入し、その契約の際に書面を通じて本件中古車が無事故である旨が示されていたものの、後に同中古車の事故歴が判明し、原告が被告の欺罔を理由として本件契約を取り消した事案。BGHは、一方で被告が本件中古車の事故歴について明確な認識を有していたわけではなかった点を認めつつ、他方で事実上の根拠なく (ohne tatsächliche Grundlagen) でたらしめに (ins Blaue hinein) 無事故を保証することが悪意を構成し得る旨を指摘し、原告の訴を認めた。

売買契約の事例はドイツの裁判例48件中19件を占め、他の類型に比べて最も多い割合であり、しかも各年代において均等に見出され、ドイツにおいて詐欺取消制度の適用が争われる原則的類型であることが窺われる。注目される点は、詐欺の高い肯定率である。この点において、既にドイツ法と日本法の相違が示唆される。

そして、こうした相違の理由として、ドイツの裁判所が故意を広く捉えている点が挙げられる。まず、欺罔者が備えるべき故意の内容および程度として、被欺罔者が正しい事実を認識していたなら、当該契約を締結していなかったであろう、という認識で足りる。すなわち、結果の意欲まで要求されているわけではなく、未必の故意による悪意の充足が認められている（[独14]、[独17]）。加えて、欺罔者の認識は、確実な認識ではなく、可能性の認識で足りる（[独6]）。さらに、近時においては、欺罔者本人が当該言明の事実性を認識していなくても、でたらめな (ins Blaue) 言明に基づいて欺罔行為を肯定する裁判例が少なからず見出されるのである（[独15]、[独17]、[独19]）。

欺罔者の故意に関する要件は主観的要件である。これに対して、客観

的要件として欺罔行為および欺罔と意思表示の因果関係が必要である。欺罔行為は虚偽の事実の言明あるいは正しい事実の隠蔽であるが、しかし当該事実の内容は必ずしも厳密な意味における客観的な事実に限定されているわけではなく、単なる吹聴で足りる（[独3]）。欺罔行為が認められれば、残る要件として当該欺罔と意思表示の因果関係が必要であって、この因果関係については一応の証明を認める裁判例が存在する（[独11] および [独13] の原審。しかし、[独13] は否定する。後述の如く、他の事案類型においても、一応の証明が認められなかった事案 [独29]・[独22] と認められた事案 [独25] が存在し、判例は確立していない⁷⁾）。

以上の如く、123条における悪意の欺罔に関する諸要件は相当程度において緩和されている。そして、このことは主観的要件に関して顕著である。例えば、未必の故意（に相当する程度の故意）を認める裁判例は戦前から既に存在しているし、さらに近時の傾向として、でたらめな（ins Blaue）言明あるいは可能性の認識に基づいて欺罔者の主観的要件を肯定する裁判例も登場しているのである。

こうした傾向と平行して注目に値する事例群として、契約締結上の過失法理によって123条を補完させる裁判例の登場が挙げられる（[独12]⁸⁾）。これ以降の事案において、裁判所は、契約締結上の過失法理に基づく損害賠償と123条における取消可能性を接近させる。例えばBGH 11. 5. 1979（NJW 1979, S. 1983）は強迫の事案において、取消期間経過後⁹⁾も契約締結上の過失法理に基づいて契約の履行を拒絶し得る旨を説く（換言するなら、契約締結上の過失法理に基づく損害賠償と123条における取消可能性の本質的相違は時効期間のみ）。加えて、BGH 17. 4. 1986（WM 1986, S. 1032）は、契約締結上の過失に基づいて責を負うべ

⁷⁾ この点について、Othmar Jauernig, in: Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., 2003, S. 65も参照。

⁸⁾ この事案および同事案以降の学説および裁判例の展開について、本誌63巻6号312頁以下も参照。

⁹⁾ ドイツ民法124条1項：123条による取消可能な意思表示の取消しは、1年以内にのみ為すことができる。

き人的範囲を123条によって決定すべき旨を説示している。さらに、BGH 26. 9. 1997 (NJW 1998, S. 302; MDR 1998, S. 25; JZ 1998, S. 1173) は、1989年の不動産売買契約に際して原告が被告から売買代金の支払が賃料や税制措置によって補われ得る旨の説明を受けたものの、実際には原告が代金の一部を支出しなければならず、1993年に原告が損害賠償を求める訴を提起した事案において（事案の内容としては〔独17〕と同種であるが、しかし123条に基づく取消権は争われていない）、代金の支払に関して根拠なく「でたらめ (ins Blaue hinein)」に誤れる言明を為す者は当該言明の不正確性の可能性を予想し、未必の故意を有しているのであり (rechnet mit der Möglichkeit ihrer Unrichtigkeit und handelt bedingt vorsätzlich)、本件においては客観的に誤れる被告の言明が原告の決断に影響を与え、この義務違反が場合によっては123条に基づく取消可能性を正当化し、たとえ客観的な価値を備える給付であっても、それが被欺罔者の目的にとって無意味であるなら、このことをも損害として捉え得る旨を説示している（いわゆる差額説に基づかない損害概念が採用されている。123条に基づく取消可能性は損害の発生を要件として求めないのであるから、契約締結上の過失法理に基づく損害賠償請求権は、さらに123条における取消可能性へ近づく）¹⁰。

以上の裁判例から、契約締結上の過失法理と123条における取消可能性が接近していることが窺われる。そして、このことは、両面から見て取ることができる。すなわち、一方で契約締結上の過失法理に基づく損害賠償が123条における取消可能性へ接近しつつ、他方で123条の主観的要件が過失へ接近している、ということである。例えば、近時の事案〔独19〕の評釈においても、本件において判断された悪意の内容は認識ある

¹⁰ 本件が〔独17〕と異なり123条における取消可能性ではなく、契約締結上の過失法理に基づく損害賠償が求められた理由は、明言されているわけではないものの、やはり時効に関係しているのであろう。本件においては契約の締結時から数年後に損害賠償が請求されているが、しかし〔独17〕においては被欺罔者が欺罔を認識してから１年以内に取消可能性が求められている。それゆえ、〔独17〕においては123条に基づく取消可能性および契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権の両者が主張可能であって、そして実際に主張され、両者とも認容されている）。

過失 (bewusste Fahrlässigkeit) に相当する旨が指摘されている¹¹。詐欺概念の拡張の可能性が示唆され、重要である。

なお、123条における悪意の欺罔に関する上述の基本構造は、作為の欺罔においても、不作為の欺罔においても、原則として同様である。しかし、不作為においては、その前提として作為義務の存否が判断され、その基準として信義誠実あるいは取引通念が挙げられている ([独2]、[独4]、[独14]、[独18])。

なお、[独10] と [独11] は、戦時期を挟んで、約20年の間隔が見られる。その理由は必ずしも明確ではないが、しかし経済統制の影響は考えられるかもしれない¹²。

②売買・保険・労働・認知・消費貸借を除いた他の事案類型

[独20] RG 14. 3. 1929 (JW 1929, S. 3161)

賃借人たる原告と賃貸人たる被告は農地の賃貸借契約を締結し、その際に被告は本件農地の地積が少なくとも77モルゲン (1Morgen=30are: 1are=30.25坪) である旨を原告に告げていたのであるが、しかし実際には60モルゲン程度の地積しかなく、この点に関して原告が被告の欺罔を

¹¹ Florian Faust, JZ 2007, S. 103.

¹² フランツ・ノイマン (岡本友孝・小野英祐・加藤栄一 訳) 『ビヒモス』 (1963年) 226頁以下も参照 (詐欺取消制度の意味の詐欺ではないものの、「詐欺師の追放」(特に233頁以下) が語られている)。なお、「自由契約を主眼とすればこそ、意思表示に関する民法第九三條乃至九六條の意思欠缺に関する規定、並に契約の成立に関する詳細な法規を必要とするであらうが、規制契約に於いて錯誤並に詐欺に関する民法總則の規定は殆ど用を爲さぬであらう」(石田文次郎「契約理論の轉化」法学論叢43巻5号 (1940年) 51頁)。

上記の理由に加えて、ドイツにおいてはナチス私法学者の主張として実現された1935年の大学教育過程の改正によって民法総則が消滅し、法律行為が「契約と不法」へ吸収された時代が存在した (もちろん、戦後は旧に復した。この点について、五十嵐清「ファシズムと法学者—ナチス私法学の功罪を中心に—」北大法学論集14巻3・4合併号 (1964年) 423頁)。このことが法実務において如何なる影響を与えたか、は必ずしも明確ではないものの、戦前の一時期から法律行為法における詐欺取消制度の適用が見られなかった理由と無関係ではないかもしれない。

理由として本件契約の取消しを求めた事案。欺罔の存在を否定した原審に反して、RG は、自己の言明が相手方にとって本質的であることを欺罔者が認識していなくても、自己の言明が不正確かもしれない可能性を予想してさえいたなら（nur mit der Möglichkeit rechnet）、悪意を肯定し得る旨を説示しつつも、本件の被告が賃貸人という強い立場から自己に有利な契約を原告に強制した点を重視し、138条1項¹³に基づく本件契約の無効を認めた。

[独21] AG. Jena 14. 9. 1937 (JW 1937, S. 3306)

ナチスの機関紙を発行していた被告は原告から新聞広告の掲載を依頼されたものの、原告が非アーリア人であったことを理由として被告は広告掲載を取り止め、これに対して原告が損害賠償を求めた事案。区裁判所（最下級の通常裁判所。以下、「AG」）は、悪意の欺罔の可能性に言及しつつも、むしろナチス機関紙がユダヤ人の広告依頼を引き受けることはナチスの根本的信念に反し、かつ善良の風俗にも反する旨を説示し、本来的な契約の不成立を理由として原告の主張を退けた。

[独22] BGH 20. 11. 1995 (NJW 1996, S. 1051)

原告が取締役を務める会社によって雇用されていた訴外Sが、自己の社員権を被告へ譲渡し、その際に同社の債務をも被告が引き受ける旨の合意が交わされたものの、その後に同社が債務超過によって破産寸前に陥り、この点に関して被告がSの欺罔を理由として本件引受を取り消し、所管官庁から未納税債務の請求を受けた原告が被告の引受を援用し、被告に対して同額の支払を求めた事案。原審は、一応の証明に基づいて欺罔の因果性を肯定し、さらに原告を123条2項の意味における第三者として認めなかった。これに対してBGHは、Sが原告の元夫であったこと、被告がSの子であること、Sにとって被告をして原告の会社を支配せしめることが重要であったこと、それゆえSが被告を欺罔する理由に乏しいこと等を重視し、原審の判断を否定して、事案を原審へ差し戻した。

¹³ ドイツ民法138条1項：善良の風俗に反する法律行為は、無効である。

[独23] BGH 23. 4. 1997 (NJW 1997, S. 1845)

農場の旧賃借人たる被告から新賃借人たる原告へ賃借不動産が引き継がれた際に、既に備え付けられた家具等の対価および修繕費用や修繕労務を原告が被告に支払う合意が成立したものの、実際は賃貸人が諸種の費用を支出していたのであって、この点に関して原告が被告の欺罔を理由として本件合意の取消しを求めた事案。欺罔を否定した原審に反して、BGH は、被告の欺罔を認め、具体的な費用を算出させるために、事案を原審へ差し戻した。

[独24] BGH 3. 2. 1998 (NJW-RR 1998, S. 904)

原告はゴミ処理施設の特許に関するライセンス契約を被告と締結したものの、契約締結時点においてライセンス取得者に独占的地位を認める保護権の認可は与えられておらず、この点について原告が被告の欺罔を理由として本件契約の取消しを求めた事案。BGH は、たとえ保護権が存在しなくても、特許が認められていたこと、この両者の相違を被告が認識していなかったこと、そして原告に不利益が生じていなかったこと等を理由として、原告の主張を退けた。

[独25] OLG Köln 17. 12. 1998 (NJW-RR 1999, S. 882)

転貸人たる被告と転借人たる原告は飲食店舗の転貸借契約を締結し、原告は賃料の数ヵ月分を既に支払ったのであるが、しかし後に賃貸人に対する被告の賃料滞納が判明し、この点に関して原告が被告の欺罔を理由として本件転貸借契約を取り消し、既払い分の賃料の返還を求めた事案。上級地方裁判所（以下、「OLG」）は、意思決定にとって重要な事実は信義誠実に基づいて開示が期待され得るのであり、本件における被告の賃料の滞納は重要な事実であって、この秘匿は悪意を構成し、さらに原告が被告の経済状況を認識していたなら原告は本件転貸借を締結していなかったであろうという一応の証明が作用する旨を説き、原告の請求を認めた。

[独26] BGH 8. 12. 1999 (NJW 2000, S. 2497; WM 2000, S. 2160)

運送業者たる被告と運送品に関する保険会社たる原告が、ある運送品

の紛失について和解契約を締結したものの、その後に被告の業務組織体制に紛失・盗難を十分に防止し得ない欠陥が存在していたことが判明し、この点について原告が被告の欺罔を理由として本件和解契約の取消しを求めた事案。BGH は、悪意の立証として侵害意図や侵害故意を要せず、欺罔なかりせば相手方は意思表示を為さなかったであろう、という未必の故意で足りる旨を説示しつつ、本件における欺罔の存否について触れず、むしろ損害賠償請求権の可能性を示唆し、事案を原審へ差し戻した。

[独27] BGH 23. 5. 2001 (NJW 2001, S. 543)

かつて原告の夫が放棄した不動産に関する権利の回復を原告が未決財産問題規制庁 (ARoV: Amt zur Regelung offener Vermögensfragen) に請求し、その許可を見越した原告は同不動産を被告に対して123万ドイツマルクで売却したものの、その際に原告は被告の弁護士から当該請求が認められる可能性は低い旨を聞かされ、先の売買契約に代えて最終的に原告は同不動産に関する回復請求権を被告に対して12万ドイツマルクで売却したのであるが、しかし本件売買契約の直後に別個の回復原因に基づく手続を通じて当該請求が同規制庁によって認められ、この点に関して原告が被告の欺罔を理由として本件契約の取消しを求めた事案。原告の主張を退けた原審に反して、BGH は、欺罔と意思表示の因果関係について、自己の決断にとって重要となり得る事情および当該の誤れる言明が経験則に鑑みて法律行為の際に影響を与える事情を被欺罔者が主張・立証すれば足り、その他の回復原因に基づく回復可能性を原告が認識していたならば、経験則によれば原告は本件契約を締結していなかったであろうことが認められる旨を指摘して、原告の主張を認めた。

[独28] OLG Koblenz 6. 5. 2008 (NJW 2008, S. 3073)

賃借人の収入状況を確認する前提として、賃貸人たる原告は賃借人の使用者たる被告から同賃借人の労働証明および同賃借人の収入が譲渡なしの担保に付されていない旨の表示を求め、この表示を受けたものの、実際は同賃借人の賃金収入は既に差し押さえられていたのであり、この点に関して原告は悪意の欺罔を理由として本件賃貸借契約の取消しを求めたが、しかし本件差押えを認識した後も原告は賃貸借関係を維持して

いた事案。OLG は、正しい事実関係を認識していた原告が賃貸借関係を維持していたことから、原告によって法律行為の取消可能性よりも法律行為の維持が優先された旨を認定し、原告の主張を退けた。

以上の通り、「売買・保険・労働・認知・消費貸借を除いた他の事案類型」の事例はドイツの裁判例48件中9件を占める。例えば〔独21〕の如く、当時の社会事情を窺わせる特殊な事案が存在し、詐欺の成立が否定された事案も散見され、売買契約の類型と異なる点も見られる。ただし、一般的な説示に関しては売買契約の類型において確認された欺罔の諸原則が妥当している。例えば、〔独20〕においては可能性の認識に基づく欺罔の成立可能性が語られ、〔独26〕においては未必の故意について語られ、〔独22〕および〔独25〕においては一応の証明について語られ、さらに〔独25〕においては不作為の欺罔を認める前提として信義則が語られている。すなわち、一般的な欺罔の諸原則が妥当しているのであって、この事案類型それ自体の特異性は見当たらない。

古来より詐欺の典型は売買契約の事案であって¹⁴、このことは今も変わらない。売買契約の類型は、欺罔に基づく取消権が争われる類型として、現在においても最も単純かつ数多い事例群を形成している。他国間の詐欺取消制度の比較を考えるなら、やはり売買契約の事案類型が適している。それゆえ、日・独の裁判例比較の対象として売買契約の事案を選択し、続けて売買契約に関する日本の裁判例を概観する。

（2）日本の裁判例

①戦前の事案

〔日1〕大審院1899年（明32）6月1日（刑録5輯6巻6頁）

事案の詳細は明確ではないものの、代金支払意思を当初から持たない買主が売主から不動産を騙取し、これを第三者へ転売し、まず買主が詐欺取財の罪に問われ、次いで売主が買主の詐欺を理由として本件売買契約の取消しを求めた附帯私訴の事案。裁判所は、詐欺の事実を認めつつ、

¹⁴ キケロが紹介していた古代ローマにおける *dolus* の事案も、不動産売買の事案であった。この点について、本誌63巻4号161頁を参照。

これを第三者に対抗し得ない旨を指摘し、買主の主張を退けた。

〔日2〕大審院1903年（明36）5月12日（刑録9輯849頁）

代金の支払意思なく原告から不動産を買い受けた被告が、これを第三者へ転売し、まず被告が詐欺取財の罪に問われ、次いで原告が同不動産の返還を求めた附帯私訴の事案。裁判所は、たとえ犯罪行為の手段として原告の意思表示が利用されたとしても、犯罪行為の成否と法律行為の効力は何ら関係せず、原告は当該意思表示を取り消さない限り、返還請求を為し得ない旨を説き、さらに本件において96条3項が適用される旨を指摘して、原告の主張を退けた。

〔日3〕大審院1904年（明37）2月19日（刑録10輯296頁）

原告から不動産を騙取した被告が、これを第三者へ転売し、まず被告が詐欺取財の罪に問われ、次いで原告が被告の詐欺を理由として本件契約の取消しを求め、さらに被告に対して不法行為に基づく損害賠償を請求した附帯私訴の事案。裁判所は、取消しの意思表示は善意の第三者へ対抗し得ないが、しかし当該第三者が当該意思表示を認めることは妨げられず、本件において第三者は原告へ不動産を返還しているのであるから、もはや損害の原因を成す詐欺者に対して賠償を求めることはできない旨を説き、原告の主張を退けた。

〔日4〕東京控訴院1906年（明39）11月26日（法律新聞398号18頁）

訴外Aが他人の氏名を詐称することによって売主から不動産を買い受け、登記を移転し、この点に関して売主が登記の抹消を求めた事案。裁判所は、詐欺に基づく意思表示は取り消されるまで有効であり、本件の売主は未だ取消しの意思表示を為していない旨を指摘し、売主の主張を認めなかった。

〔日5〕大審院1907年（明40）5月8日（民録13輯488頁）

不動産の売主たる原告は同不動産を競売に付し、その際に買主たる被告が他の競売参加者に対して金銭を贈与する等を通じて、ある者には競売申込を断念させ、ある者には不当に安価な申込価格を提示させ、最終

的に被告が不当に安価に本件不動産を取得し、この点に関して原告が被告の詐欺を理由として本件契約の取消しを求めた事案。裁判所は、被告の行為が刑事責任を構成し得る点を認めつつも、本件における偽計行為を被告が直接または間接に原告に対して為したわけではない旨を指摘し、原告の取消権を否定した。

〔日6〕大審院1914年（大3）4月11日（刑録20輯525頁）

蘭種球の需要相場に対する原告の無知に乗じて、被告は原告に対して蘭種球の栽培を勧誘し、それを高価に買い受ける旨を告げ、原告をして蘭種球を不当に高い価格で購入せしめ、原告から金員を騙取し、まず被告が詐欺罪に問われ、次いで原告が本件契約を取り消し、売買代金の返還を求めた附帯私訴の事案。被告は返還請求額から蘭種球の引渡を受けたことによって得られた利益を控除すべき旨の抗弁を提起したものの、裁判所は売買価格全部の返還を命じ、控除の抗弁を退けた。

〔日7〕東京控訴院1914年（大3）4月25日（法律新聞953号25頁）

不動産の売主たる被告と買主たる原告が同不動産の売買契約を締結したが、しかし原告は被告が本件契約の締結に際して豪商の店員なる旨を詐称した等として、被告の詐欺を理由として本件契約の取消しを求めた事案。裁判所は、本件において何ら詐欺の事実が立証されていない旨を述べて、原告の主張を退けた。

〔日8〕東京控訴院1915年（大4）3月8日（法律新聞1008号21頁）

被告の詐欺に基づいて自己の不動産を被告へ売却した原告が本件契約を取り消し、そして不法行為に基づく損害賠償も請求した事案。裁判所は、詐欺による法律行為に基づいて財産的給付を為した者は、不当利得に基づいて当該財産の返還を請求することができるし、これに代えて不法行為に基づいて損害の賠償を求めることもできるのであって、この選択は被欺罔者の随意に委ねられている旨を説いて、原告の主張を認めた。

〔日9〕大審院1941年（昭16）11月18日（法学11巻617頁）

被告は原告の代理人を欺き、原告の山林を自己へ売却させ、しかも被

告は本件売買契約締結前に同山林を訴外人へ売却していたのであり、この点に関して原告が被告の詐欺を理由として本件売買契約を取り消した事案。裁判所は、訴外人に対する同山林の売却について被告は原告に対して告知すべき信義則上の義務を負い、そして被告が同義務に違反した旨を認定し、原告の主張を認めた。

[日10] 大審院1942年（昭17）9月30日（民集21巻911頁）

売主たる原告（被控訴人・被上告人）と買主たる被告（控訴人）は不動産の売買契約を締結したものの、被告は代金を支払う意思を有してないにもかかわらず、本件契約締結時に登記と同時に代金を支払う旨を述べ、そして登記が行われ、登記済証を手に入れた被告は代金の一部を支払い、残部を支払わず、さらに被告は本件不動産を代物弁済として上告人へ提供し、登記も行われ、これに対して原告が被告の詐欺を理由として本件契約を取り消し、上告人に対して登記の抹消を求めた事案。裁判所は、上告人に対する原告の取消しの対抗を認めた原審を破棄し、事案を差し戻した。

以上の通り、戦前の事例においては、附帯私訴の制度の影響により、96条の民事詐欺と刑事詐欺が関係する事案が少なくなかった。もっとも、欺罔行為の概念について詳細に論じた事例は、ほとんど見出されない¹⁵。

詐欺の事案ではなく、売買の事案でもなく、96条の強迫の事案であるが、しかし故意について注目される事案として大審院1904年（明37）11月28日（民録10輯1529頁）が挙げられる。

次のような事案であった。被上告人は定期米の売買に関連する上告人の欺罔行為を理由として刑事告訴を提起する旨を上告人に告げ、これを恐れた上告人は被上告人と和解契約を締結し、上告人は被上告人に対して定期米売買の清算書を交付したのであるが、しかし実際は被上告人の欺罔行為は存在せず、この点に関して被上告人が上告人を強迫を理由と

¹⁵ 故意について比較的詳細に論じた最初の裁判例は保険契約の事案であり、これは後述する。

して本件契約を取り消し、清算書の返還を求めた事案である。原審は、被上告人が上告人の欺罔の事実を信じていたこと、故意に強迫を為す意図を有していたわけではなかったこと等を指摘して、被上告人の主張を退けた。これに対して、大審院は次のように述べて、原審を破棄し、事案を差し戻した。「表意者即チ被強迫者ノ恐怖ノ念ヲ生スルハ強迫者カ故意ヲ以テ強迫スルト又其過失ニ因リ強迫スルトニ依リ毫モ異ナル所ナキカ故ニ故意ヲ以テ強迫シタル場合ニ限り其強迫ニ因リ意思表示ヲ取消スコトヲ許シ過失ニ出テタルトキハ其強迫ニ因ル意思表示ヲ取消スコトヲ許サ、ル理由アルナシ」。

これは強迫の事案であるが、しかし本件における大審院の説示が96条の詐欺に妥当し得ない理由はない。すなわち、欺罔者の故意または過失の有無を問わず、被欺罔者は誤解を生ぜしめられ得るからである。しかし、周知の如く、かかる説示は、96条の強迫の解釈に関しても、もちろん96条の詐欺の解釈に関しても普及しなかった。そして、このことは、続く戦後の裁判例を見ても、明白である。

②戦後の事案

[日11] 長崎地判1957年（昭32）2月16日（判時115号14頁）

被告は他人の立木を自己の立木として原告へ売却し、さらに被告は原告から内金も受領していたものの、最終的に被告は原告へ同立木について所有権を移転することができず、この点に関して原告が被告の詐欺を理由として本件売買契約の取消しを求めた事案。裁判所は、被告の言動に基づく原告の誤信および客観的な欺罔行為の存在を認定しつつ、その主観的態様は過失に過ぎず、故意の要件を満たさない旨を指摘し、原告の主張を退けた。

[日12] 大阪高判1965年（昭40）3月30日（判時416号60頁）

原告は和解を通じて訴外Aから土地を、被告1から建物を買受けたものの、被告1は原告の代金支払の不履行という虚偽の事実を訴外Aに告げ、訴外Aをして当該土地を被告2へ売却せしめ、その移転登記が完了した後に、訴外Aが詐欺を理由として被告2と締結した売買

契約を取り消し、これに基づいて原告が登記の抹消を求めた事案。裁判所は、詐欺を認め、土地の登記の抹消に関する原告の請求を認めた。

〔日13〕 東京高判1971年（昭46） 7月20日（判タ269号271頁）

原告は訴外 A を通じて原告の不動産を被告へ売却し、その際に A は当該売却代金を原告のために運用する旨を原告へ告げていたのであるが、しかし実際は A は当該売却代金を被告に対する A の借金の返済に用いる意図であったのであり、この点に関して原告が A による第三者詐欺を理由として本件契約を取り消し、その対抗を被告に主張した事案。裁判所は、原告が A の意図を察知していたなら、本件契約を締結していなかったであろうこと、A が原告を完全に誤信せしめ、原告をして本件契約を締結せしめたこと、さらに A と被告の関係から被告が A の欺罔意図を知っていたこと等を指摘して、原告の訴を認めた。

〔日14〕 東京地判1971年（昭46） 10月29日（判時658号48頁）

原告は土地を被告 1 へ売り渡し、その際に被告 1 は残代金の支払として約束手形を交付し、さらに担保として抵当権も設定されたが、しかし本件契約時点において被告 1 は既に当座取引を解約され、しかも被告 1 の同被担保物件は担保価値を欠き、加えて被告 1 は本件土地を被告 2 へ転売したのであり、これに対して原告は被告 1 の詐欺を理由として本件売買契約を取り消し、これを被告 2 に対して対抗し得る判決を求めた事案。裁判所は、被告 1 の詐欺を認め、さらに被告 1 と被告 2 が旧来の友人関係であり、被告 2 は被告 1 の支払能力の不安を認識または予測し得た点も指摘し、原告の主張を認めた。

〔日15〕 最一判1972年（昭47） 9月7日（判時684号52頁）

〔日13〕 の上告審。最高裁は、原審判断を支持した。

〔日16〕 東京地判1978年（昭53） 10月16日（判時937号51頁）

原告は不動産業者たる被告から別荘地として土地を購入したものの、この土地は自然公園法に基づく建築制限を受けていたのであり、このことを被告は原告に告げず、この点について原告が詐欺を理由として本件

売買契約の取消しを求めた事案。裁判所は、本件制限について信義則に基づく告知義務が被告に課せられていた旨を説示し、この義務の違反を理由として詐欺の成立を肯定し、原告の訴を認めた。

〔日17〕 東京地判1978年（昭53）12月22日（判タ381号159頁）

訴外 A から土地を購入した被告は代金の一部として約束手形に裏書し、その交付を受けた訴外 A は同手形を原告へ譲渡し、そして原告が被告に対して手形金請求の訴を提起し、これに対して被告が訴外 A による第三者の詐欺を理由として原告に対する裏書の人的抗弁を主張した事案。裁判所は、訴外 A が土地の価値について被告を欺いた第三者の詐欺を認め、被告の主張を肯定した。

〔日18〕 札幌高判1983年（昭58）1月27日（判タ492号77頁）

建設業者たる被告は、自身の経営の悪化を認識しながら、これを秘し、原告から原告の不動産を買い受け、後に被告が倒産し、原告は代金の大部分を回収できなくなり、この点について原告が被告の詐欺を理由として本件売買契約の取消しを求めた事案。裁判所は、原告が被告の経営状態を認識していたなら、本件契約を締結していなかったであろう点を認め、被告の詐欺を肯定した。

〔日19〕 大阪地判1985年（昭60）1月24日（判時1170号116頁）

訴外 A が商品を被告へ売り渡し、これを被告が商社たる原告へ売り渡し、最後に訴外 A が再び同商品を原告から買い戻す業転取引（いわゆる三角取引。実質的当事者たる訴外 A と被告の間に原告が介入し、訴外 A から代金を回収し得ない危険を原告が負担する一方で、原告は労せず金銭を取得し得る書類上の売買）において、原告が三角取引の事実および訴外 A の信用不安について被告から欺かれた旨を主張し、これを理由として本件取引の取消しを求めた事案。裁判所は、被告が A の信用不安を秘匿していたわけではなく、被告には三角取引について告知義務も負わされない旨を説示し、原告の主張を退けた。

〔日20〕 東京地判1986年（昭61）10月30日（判時1244号92頁）

リース会社たる原告は医療品販売業者たる被告から医療機器を購入したものの、その価格は適正価格の倍以上であって、これは原告の取引相手たる借主の訴外 A と被告が共謀した結果であり、この点について原告が詐欺を理由とする取消しを求め、原告の不当利得返還請求に対して被告が過失相殺の適用を主張した事案。裁判所は、被告の詐欺を認め、さらに不当利得返還請求権について過失相殺が適用されない旨を判示した。

〔日21〕 東京地判1988年（昭63） 7月1日（判時1311号80頁）

当時65歳女性の被告はアルバイト先の従業員から高額な呉服の購入を勧められ、原告とクレジット契約を締結し、そして原告が立替金を請求し、これに対して被告が詐欺の抗弁を提起した事案（いわゆるアルバイト商法の詐欺。高額なアルバイト料を仮装し、これに釣られた応募者に高額な商品を売り付ける商法）。裁判所は、良識に照らせば本件のアルバイトにおける高額な報酬が得られ得ないことは容易に理解し得たこと等を理由として、被告の詐欺の抗弁を否定した。

〔日22〕 東京地判1990年（平2） 6月26日（判タ743号190頁）

原告は眺望できるリゾートマンションを被告から購入し、その際に原告は被告から付近に他の高層マンションの建築予定が存在しない旨の説明を受けていたのであるが、しかし数年後に別の高層マンションが建設され、この点に関して原告が被告の詐欺を理由として本件契約の取消しを求めた事案。裁判所は、本件契約時における被告の説明が原告の意思を決定せしめる重要な要因であったことを認めつつ、被告には原告を欺こうとする意思が欠けていたことを理由として、詐欺の成立を否定し、原告の主張を退けた。

〔日23〕 東京地判1990年（平2） 7月30日（判時1382号86頁）

贈与税対策として不動産の仮装売買を被告1から勧められた売主たる原告は、被告1に不動産を売却し、その移転登記が為された同不動産において続けて被告2の根抵当権および被告3の抵当権が設定されたものの、そもそも同不動産について贈与税は発生せず、この点に関して原告

が本件売買契約における被告1の詐欺を理由として取消しを求め、加えて各被告に対して登記の抹消を求めた事案。裁判所は、被告1の詐欺を認めつつ、他方で原告の軽率性も指摘し、被告2および3を第三者として認定し、原告の請求を退けた。

〔日24〕東京高判1990年（平2）8月29日（判時1370号61頁）

訴外の金融会社と被告たる不動産業者が財産管理能力の乏しい原告をして原告の不動産を売却せしめ、後に原告が詐欺を理由として本件契約を取り消した事案。裁判所は、原告の主張を退けた原審と異なり、詐欺の主張を認め、さらに本件不動産の転得者に自身の善意性の証明を求め、その不十分を理由として第三者の詐欺の成立を肯定した。

〔日25〕横浜地判1991年（平3）1月31日（判タ761号210頁）

原告は節税目的から訴外Aと仮想の売買契約を締結したものの、Aが原告を欺き、Aは原告の不動産を被告へ売却し、原告がYに対して移転登記の抹消を求め、その前提としてAの詐欺を理由とする本件仮装売買の取消しを求めた事案。裁判所は、Aに対する原告の訴を認めつつ、これを第三者のYに対抗し得ない旨を説示し、被告に対する原告の訴を退けた。

〔日26〕東京地判1991年（平3）9月26日（判時1428号97頁）

原告は被告から土地持分権を購入したが、しかし売却価格は同土地の実際の価値の数分の一以下であり、しかも被告は一般人と比して知的能力に劣り、入院歴もあり、そして以上の事実を認識していた原告が被告に移転登記手続を求め、これに対して被告が詐欺を理由とする本件契約の取消しを主張した事案。裁判所は、本件における原告の取引態度が社会的に許容される限度を著しく超えている旨を指摘し、被告の主張を認め、原告の請求を退けた。

〔日27〕広島地判尾道支部1993年（平5）10月22日（判タ839号233頁）

家庭薬配置業（行商人が得意先の各家庭に予め各種の薬を預け、定期的に使用分を補充し、かつ代金を回収する形式の営業）の業者たる原告

が懸場帳（家庭薬配置業者が配置先の家庭の住所・氏名あるいは配置薬の種類・数量を記載した帳簿。この種の業界においては、この帳簿それ自体に価値が認められている）を被告へ売却し、その代金を請求したが、しかし保証された程度の売上が得られなかったことを理由として被告が本件契約の詐欺に基づく取消しを主張した事案。裁判所は、懸場帳によって一定の売上が保証されているわけではなく、懸場帳に意図的な虚偽記載が為されたのではない限り、詐欺は成立しない旨を指摘し、被告に対する原告の代金請求を認容した。

〔日28〕 東京地判1993年（平5）11月29日（判時1498号98頁）

原告法人は不動産業者たる被告からリゾートマンションを購入したものの、同マンションの眺望が後に隣接して建築された別のマンションによって阻害され、この点に関して原告が被告の詐欺および告知義務違反等を求めた事案。裁判所は、本件契約時点において被告が隣接マンションの建築予定を認識していなかったこと等を理由として、原告の請求を全て退けた。

〔日29〕 東京地判1995年（平7）8月29日（判タ926号200頁）

不動産業を営む原告は同じく不動産業者の被告から土地を購入したが、しかし同土地の近隣に暴力団事務所が存在していたのであり、この点に関する被告の詐欺を理由として原告が本件売買契約の取消し、さらに隠れた瑕疵を理由とする損害賠償等を求めた事案。裁判所は、一方で暴力団事務所の存在に関する被告の認識を否定し、他方で同事務所の存在を瑕疵として認定し、代金額の二割相当の損害賠償を認めた。

〔日30〕 東京地判1995年（平7）9月6日（判タ915号167頁）

原告は投資目的から海外のホテルのワンルームを被告から購入したものの、同ワンルームの転売利益に関する被告の詐欺を理由として本件契約の取消しを求めた事案。裁判所は、被告が転売利益に関して断定的な言明を為していないこと、さらに原告の学歴等から原告が主張する転売利益額を原告自身も信じていなかったであろうこと等を理由として、原告の訴を退けた。

〔日31〕東京高判1996年（平8）12月24日（判時1596号63頁）

原告はワンルームマンションを訴外Aから購入し、その前提として訴外Bと融資契約を締結し、さらに原告は被告に同融資金の支払保証を委託し、その求償権の担保として本件マンションに抵当権が設定されたのであるが、しかしバブル崩壊によって購入時の半額以下で本件マンションを手放した原告は訴外Aが本件契約締結時において転売価格を保障していた等と主張し、さらに訴外Aの詐欺を理由として抗弁権の接続を主張し、原告が被告に対して支払済の金銭の返還を求めた事案。裁判所は、訴外Aが転売可能性価格について断定的な表現を為していたとしても、これは自信の強調に過ぎない旨を指摘し、詐欺を否定し、原告の主張を退けた。

〔日32〕松山地判1997年（平9）4月16日（判タ983号239頁）

被告公社は原告から土地開発の用の不動産を買収したが、しかし交渉が難航していた他の地権者に対しては特別な上乗せ金を提供しており、原告は被告が原告をして公平な土地買収が行われている旨を誤信せしめた詐欺を主張し、本件の買収の取消しを求めた事案。裁判所は、少なくとも本件契約当時においては被告が公平な買収を行う意図であったことを認定し、詐欺を否定した。

〔日33〕横浜地判1997年（平9）5月26日（判タ958号189頁）

原告は被告から一部木造のマンションを購入したが、しかし木造部分は違法建築であって、これを知らされていなかった原告は被告の詐欺を理由として本件契約の取消しを求めた事案。裁判所は、違法建築性を原告が認識していたなら、原告は本件契約を締結していなかったであろうこと、さらに被告が本件違法建築性を認識しつつ、これを原告に告げなかったことを事実として認定したが、しかし当該事実を殊更に隠す被告の意図が欠けていたことを理由として詐欺の成立を否定し、原告の請求を退けた。

〔日34〕東京地判1997年（平9）7月7日（判タ946号282頁）

原告が被告から中古マンションを購入した後に、同マンションに居住

する暴力団の迷惑行為の事情が判明し、この点に関して原告が被告の詐欺を理由として本件売買契約を取り消した事案。裁判所は、被告が本件迷惑行為の事情を認識していたこと、この事情を原告に秘匿していたことを認定しつつ、詐欺それ自体は否定し、この点に関する原告の主張を退けた（瑕疵担保責任に基づく損害賠償は認められた）。

〔日35〕東京地判1997年（平9）7月28日（判時1646号76頁）

原告は被告からホテル客室の共同持分を購入し、その際に原告は被告から10年後に購入価格を上回る価格で買い取る旨の保証を受けていたものの、後にバブル経済の崩壊に伴い被告が倒産し、原告が本件保証に関する被告の詐欺を理由として本件契約の取消しを求めた事案。裁判所は、当時がバブル経済期であった点に鑑みれば、被告が本件保証の不可能を認識しつつ、原告をして本件契約を締結せしめた事実を認めることはできない旨を指摘し、原告の主張を退けた。

〔日36〕東京地判1997年（平9）12月8日（判タ976号177頁）

訴外Aに欺かれた原告は自身のマンションをAに売却し、これをAが被告1へ転売し、被告1は購入資金を得る前提として金融機関たる被告2のために本件不動産に抵当権を設定し、その後に原告が詐欺を理由とする取消権の行使に基づいて、被告1に対して所有権移転登記を、被告2に対して抵当権抹消登記を求めた事案。裁判所は、被告1に対する原告の請求を認めつつ、被告2を第三者として保護すべき旨を指摘して、被告2に対する原告の請求を退けた。

〔日37〕東京地判1998年（平10）5月13日（判時1666号85頁）

原告は被告売主から不動産を購入し、その前提として被告銀行と融資契約を締結したものの、後に当該不動産の重大なる瑕疵（修復不能な雨漏り）が判明し、この点に関する被告2の詐欺を理由として原告が本件融資契約の取消しを求めた事案（被告1に対する損害賠償請求は別訴において認容されている）。裁判所は、被告2が本件瑕疵を認識しつつ、これを秘した行為を詐欺として認定し、原告の主張を認めた。

〔日38〕 東京地判1999（平11） 1月25日（判時1675号103頁）

原告はマンション販売業者たる被告からマンションを購入したものの、後に環境を悪化させ得る施設（高速道路の排気塔等）の建設計画が判明し、この点に関する被告の告知義務違反を理由として原告が詐欺に基づく本件契約の取消しを求めた事案。裁判所は、同建設計画が本件契約の締結時点において未だ原案の策定段階であったこと等を理由として、この点に関する被告の告知義務を否定し、詐欺の成立も否定した。

〔日39〕 東京高判1999年（平11） 2月23日（判タ1072号187頁）

売主たる被告によって設立された法人（訴外）Aの勧誘に基づいて海外不動産の共有持分権を購入した原告は、本件商品の将来における資産価値の上昇率についてAの詐欺を主張し、これを理由として本件契約の取消しを求め、そしてAと被告の同一性も主張し、被告に対して代金の返還を求めた事案。裁判所は、Aの説明に虚偽が存在しない旨を指摘し、原告の請求を退けた。

〔日40〕 大阪高判2000年（平12） 4月28日（判タ1055号172頁）

原告たる信販会社の補助参加人Aは被告に学習教材を販売し、被告は原告とクレジット契約を締結したものの、被告は補助参加人の詐欺を理由として本件販売契約の取消し、さらに同取消しに基づくクレジット契約の無効を求めた事案。裁判所は、補助参加人の詐欺（教材の二重売り、専門の教育指導員の不存在等から認定）を理由として、原告の主張を認めた。

〔日41〕 東京地判2001年（平13） 6月27日（判時1779号44頁）

原告は被告から居住用不動産を購入したものの、後に地盤沈下が生じ、この点に関して原告が被告の詐欺を理由として本件売買契約の取消しを求めた事案。裁判所は、地盤沈下に関する仲介業者の認識を肯定し、さらに地盤沈下を瑕疵として認定して、瑕疵担保に基づく解除を認め、詐欺の成否に触れなかった。

〔日42〕 東京地判2001年（平13） 12月20日（判タ1133号161頁）

従業員の親睦等を図る目的で設立された訴外証券会社の互助会たる被告１は、自社株融資制度に基づいて自社株を購入した訴外会社の被用者たる原告に融資を提供していたものの、後に訴外会社が倒産し、この破産管財人たる被告２が融資に基づく貸金債権を原告に請求し、これに対して原告が本件融資契約を被告１および訴外会社の詐欺を理由として取消しを求めた事案。裁判所は、本件契約締結当時において訴外会社が虚偽の有価証券報告書等を作成し、これによって真実の情報が提供されていなかった旨を認めつつ、詐欺の故意を否定し、原告の主張を退けた。

〔日43〕東京地判2003年（平15）６月20日（判タ1175号189頁）

リース業者たる原告は生産設備機器類の販売業者たる被告からワイン等生産設備機器類を購入し、その中に中古品が混入していたものの、この点について被告は原告に説明せず、これを理由として原告が被告の詐欺を理由として本件売買契約の取消しを求めた事案。裁判所は、被告が詐欺を犯して代金の回収を図らなければならなかった事情が認められず、さらに同じく事業者たる原告を欺き得る客観的事実も存在していなかった点に鑑みて、被告の欺罔の意図を否定し、原告の主張を退けた。

〔日44〕最一判2004年（平16）７月８日（判時1873号131頁）

会社Ａの全株式を保有する原告から資産管理を受託していた訴外Ｂが同全株式を被告会社へ譲渡したものの、訴外Ｂは被告会社の全株式を有する者であって、しかも本件譲渡の際に原告は訴外Ｂから株式価値について欺罔されていたのであり、かくして原告が詐欺を理由として当該譲渡契約の取消しを求めた事案。最高裁は、原告の主張を退けた原審に反して、約10億円の純資産を有する会社の株主たる原告が同株式を約２億円で売却して点に不自然が残る旨を指摘し、詐欺取消しを否定した原審の判断の違法も指摘して、事案を原審へ差し戻した。

〔日45〕静岡地判浜松支部2005年（平17）７月11日（判時1915号88頁）

寝装寝具を販売する訴外Ａからモニターあるいはビジネス会員（会員は新規購入者を訴外Ａに紹介することによって紹介料を獲得できる）として寝具等を購入した原告が、さらに信販会社たる被告と立替払契約

を締結したものの、訴外 A の欺瞞的行為を理由として本件取引の取消しを求め、さらに本件売買契約と不可分一体の立替払契約の無効を求めた事案。裁判所は、原告の詐欺の主張について触れず、むしろ公序良俗違反として本件の会員制度の無効を認め、さらに訴外 A の欺瞞的販売行為に関する被告の調査義務違反を認定し、損害賠償を肯定した。

[日46] 東京地判2006年（平18）2月27日（判タ1256号141頁）

在宅ワークを斡旋する前提としてパソコン教材等を販売している被告から同教材を購入した原告は、本件売買契約に際して被告から月額3万円から5万円程度の収入が確実である旨を告げられていたものの、実際に原告が得られた収入は1万円前後であって、この点に関して原告が被告の詐欺を理由とする本件契約の取消しを求めた事案。裁判所は、96条の意味における詐欺の成否について必ずしも明確に触れず、本件における被告の言明が不実告知に該当する旨を指摘し、不法行為の成立を認めた。

戦後の売買契約の事例は日本の裁判例62件中36件を占め、最多の類型である。96条1項の詐欺の成立を認めた事案は13件であり、肯定された裁判例においては次のような傾向が見られる。まず、被欺罔者が判断能力に劣る者であったことが判明している事案においては、詐欺が肯定される（[日24] および [日26]）。こうした事案においては、むしろ行為者の能力に焦点が当てられている。なお、被欺罔者が事業者の事案においては、詐欺が否定され易い（[日43]）。投機的ないし投資的な特徴を有する [日30] [日31] [日35] [日39] の諸事例においても、詐欺が否定されている¹⁶。

次いで、代金の不払、代金支払前の登記移転、適正価格の逸脱、仲介者の代金騙取あるいは明白な法律違反等の如く、欺罔の「痕跡」が比較的に明瞭に残る事案においては、詐欺の成立が認められ易い（[日12]、[日13]、[日14]、[日15]、[日16]、[日17] [日18]、[日20]、[日36]、[日40]、[日44]）。ただし、税金対策の売買契約の事案においては、たとえ

¹⁶ なお、[日30] [日31] [日35] [日39] に関しては、後述する消費貸借の事例としても、あらためて取り上げる。

詐欺それ自体を認めても、第三者に対抗させない旨の判断が下される。〔日23〕および〔日25〕)。こうした事案においては当該物件・代金の騙取が詐欺の目的であるから、大抵は被欺罔者が売主である点に特徴がある。詐欺が肯定され易い特徴も見られるが¹⁷、しかし詐欺の故意は必ずしも詳細に認定されているわけではない。

物件の価格の評価について争われる事案であっても、バブル崩壊が関係する事案においては、詐欺が否定され易い（〔日31〕および〔日35〕)。被欺罔者が投機目的を有していた事案においても、詐欺が否定され易い（〔日30〕および〔日39〕)。さらに、取引内容が既に不穏当な内容である事案においても、詐欺が否定される傾向を見せる（〔日19〕および〔日21〕)。一方当事者の不用意な発言がバブル崩壊という偶発的事情によって免責される点は、若干の疑問が残る。さらに、投機目的それ自体は決して悪ではないはずなのに、かかる目的を有する被欺罔者の落ち度を容易に認定することによって詐欺を否定する傾向も、やはり疑問である。取引内容が既に不穏当であっても、これに事業者として積極的に加担しているか否か、という差異は無視できないはずであり、〔日21〕は疑問が残る。

なお、〔日27〕は懸場帳の売買という点において、〔日32〕は被告公社による土地買収という点において、〔日42〕は自社株の購入という点において、やや特殊である。そして、〔日41〕、〔日45〕および〔日46〕は、詐欺に基づく取消可能性の主張に対して、裁判所は触れていない。これら諸事例は、一般的な詐欺の事案として参照する意義に乏しい。

以上の諸事例においては、被欺罔者の意思決定自由という観点から考えれば、裁判所の判断について若干の疑問が残る事例も見受けられる。

¹⁷ 買主が特定の情報を秘匿する場合と売主が特定の情報を秘匿する場合を区別し、後者より前者において情報の秘匿を寛容する理解も在り得よう（この点について、藤田友敬＝松村敏弘「取引前の情報開示と法的ルール」北大法学論集52巻6号（2002年）2092頁を参照）。ただし、本稿が取り上げた事例からは、本来的に正当な契約を締結する意思を有していない態度が窺われるのであり、そうした状況においては競争的環境等の事情は考慮されず、詐欺が肯定されるのであろう。このことは、裁判所が特に行為者の態度を重視していることの証左でもあろう。

しかし、さらに問題は上記以外の残る事案であり、すなわち [日22]、[日28]、[日29]、[日33]、[日34] および [日38] である。これら諸事例は、物件それ自体あるいは物件の周囲に問題が認められるものの、しかし居住それ自体に問題がない不動産売買の事案である。こうした事案においては、詐欺の成立が否定され易い（逆に、居住それ自体に重大な問題が生じ得る事案においては、詐欺が肯定されている。[日37]）。[日29] および [日34] においては、確かに部分的に損害賠償が認められているものの、しかし他の事案と異なって、近隣の暴力団という継続的事情を抱えているのであるから、一回的な損害賠償でもって解決し得るか否か、疑問が残る。ただし、日本の裁判例とドイツの裁判例の比較検討という観点からは、暴力団の事例は特殊的として考えられる。

残る事例として、[日22]、[日28]、[日33]、[日38] が挙げられる。今日の不動産売買において「単に住むこと」を念頭に置く買主の存在は、稀であろう。すなわち、「如何に住むか」が重要であって、ゆえに当該物件の性質や当該物件の周囲における状況も売買契約の締結にとって当然に重要な要素たり得る。このことは買主の意思決定に関わる問題であり、[日22]、[日28]、[日33] および [日38] においても妥当する問題である。しかし、これらの事案においては、買主（被欺罔者として目される側）の意思決定に関わる事柄について、売主（欺罔者として目される側）は正しい事実を認識していなかった（ただし、[日38] は明確に判示されていない）。裁判所の判断によれば、正しい事実を認識していなかった売主の作為または不作為に基づいて買主が契約を締結した事案において、両当事者の不認識に基づく結果（買主の錯誤あるいは売買契約の締結）というリスクは買主によって負担されなければならない。これは換言するなら、欺罔者の主観的態度と被欺罔者の意思決定自由が対立する局面であって、本稿の課題に直接に関連する。ゆえに、ドイツの裁判例と比較検討する対象事例は、[日22]、[日28] および [日33] から取り上げる。

第2項 裁判例の分析

（1）作為の事例

①事案内容

以上の独・日の裁判例の紹介に続いて、相互の裁判例を具体的に比較する。ただし、既に確認したように、作為の詐欺と不作為の詐欺は異なる構造を有する¹⁸。ゆえに、作為の事案と不作為の事案に分けて対象比較する。

もっとも、一方で独・日の裁判例を全て相互に比較することはできず、他方で事案の恣意的な選択は排除されなければならない。そこで、ドイツの裁判例から判決年月日の新しい順から作為の事例と不作為の事例を各1つ選び出す。それが「独19」と「独18」である。しかし、「独19」に相当する日本の裁判例が存在しない¹⁹。それゆえ、作為の事例として

¹⁸ この点について、本誌64巻1号126頁以下を参照。

¹⁹ 「独19」は次のような内容であった。原告は被告から中古車を購入し、その契約の際に書面を通じて本件中古車が無事故である旨が示されていたものの、後に同中古車の事故歴が判明し、原告が被告の欺罔を理由として本件契約を取り消した事案である。裁判所は、一方で被告が本件中古車の事故歴について明確な認識を有していたわけではなかった点を認めつつ、他方で事実上の根拠なく「でたらめに (ins Blaue hinein)」無事故を保証することが悪意を構成し得る旨を指摘し、原告の訴を認めた。

「独19」に相当し得る96条1項の詐欺が争われた日本の裁判例は見当たらないものの、錯誤の事案として東京地方裁判所2008年（平20）2月27日（判時2013号90頁）が存在する（以下、「日－錯誤事例」として引用する）。次のような事案であった。原告と被告は被告の中古車について売買契約を締結し、その際に被告は当該中古車が盗難車等ではない旨を保証していたのであるが、しかし後に当該中古車に盗難歴があることが判明し、この点について原告が錯誤に基づく本件契約の無効を主張した事案である。

「独19」と「日－錯誤事例」の共通点は、①中古車売買であり、②当該中古車の問題（事故歴あるいは盗難歴）について売主は認識せず、③売主は当該中古車に問題がない旨を表明していた点である。

かかる共通点を見る限り、日本法においては詐欺に基づく取消可能性よりも、錯誤に基づく無効が被害者にとって有利であるように思える。それゆえ、96条の問題を95条の問題として取り扱うべき旨を唱える学説が存在することは、理由のないことではない。

しかし、96条の詐欺に基づく取消可能性と95条の錯誤に基づく無効が主張され、かつ後者のみが認容される事例は少なく（こうした事例について、本誌63巻3号91頁の注42参照）、「日－錯誤事例」に関しても次の点が考慮されるべき

次に新しい〔独17〕を取り上げる。〔独18〕は不作為の事例として後述する。

〔独17〕は次のような事案であった。被告が所有する住居の購入に際して原告は販売会社の従業員 H から「同住居の取得費用は賃料収入および税制措置によって全て補填される」旨の説明を受け、同住居の購入を決断した原告は H によって仲介された銀行から約80,000ドイツマルクを借り受け、そして被告から同住居を購入（価格は79,000ドイツマルク＝約700万円）したのであるが、しかし H が言明した家賃収入および税制措置は小規模であって、本件の売買代金を補填し得る程度ではないことが判明し、原告は H の悪意の欺罔を理由として本件売買契約を取り消し、売買代金の返還等を求めた。裁判所は次のように述べて、原告の主張を認めた。「原告に対する H の説明について、単なる主観的な価値判断あるいは必ずしも確実性が担保されていない広告の如き吹聴が争われたのではない。むしろ、客観的に追検査可能な言明であって、それが売買の締結にとって決定的に重要であったのである。・・・(中略)・・・『特別に大きな』税優遇に関する言明が包括的に過ぎるように見えるとしても、商業に精通しているわけではない素人たる原告にとっては、これから得られる税優遇が如何なる程度であるにせよ、その税優遇が賃料収入と共に負担を補償し、その結果として自分は何も支出しなくて済む、ということが重要であったのである。具体的な支払の仕組、とりわけ実際の賃料収入や住宅手当の知識も持たずに、住居売買のリスクを自己資本なくして引き受けることは、経済的に合理的ではないように見えるとしても、悪意の欺罔を理

である。「これまで公刊された裁判例で、中古自動車の盗難歴に関する錯誤を要素の錯誤と認めたものは見当たらず、本判決は、これを正面から認めたものとして注目される。ただし、本件は、売買目的物が高級中古自動車であり、また、前記の保証特約により売主が買主に対し盗難歴がないことを契約の際に表明、保証しているなどといった特徴を有する事案であるところ、本判決の立場を前提としても、かかる保証等がなされていない場合などにおいて、盗難歴に関する錯誤が要素の錯誤に当たると認められるか否かについては、なお検討を要するものと解される」(判時2013号91頁のコメント)。

由とする取消権は、被欺罔者が正しい状況を過失に基づいて認識しなかった、ということによって排除されない、ということが留意されるべきである（BGH, NJW 1971, 1795 [1798] =LM § 123 BGB Nr. 42を参照²⁰）。・・・（中略）・・・さらに、売主は－本件の如く－吹聴された住居価格の全融資と結び付く融資の効果とリスクに関して完全かつ正確に説明すべき義務を負うのであるから、実感し得る現実の融資構想を作成し、原告と検討する義務がHにあった、という事情も付け加わる。こうした目的のために、Hは原告の正確な財政状況および租税状況を究明しなければならなかったのである。Hは、これを為さなかった。これによりHは、原告を誤解へ導く土台を提供してしまったのである。故意は肯定されるべきである。精査せず、でたらめに（ins Blaue hinein）為されたHの説明に鑑みれば、少なくとも未必の故意（bedingter Vorsatz）は存在しているのである。・・・（中略）・・・被告は、Hの悪意の欺罔をも帰責されなければならない。第三者が欺罔を犯した場合、民法123条2項1文によれば、表示受領者が欺罔を知りまたは知り得べかりし場合に限り、受領を要する意思表示は取消可能である。しかし、Hの言明は販売勧誘という枠組においては被告の販売勧誘として妥当する、という帰結からしてHは同条項における第三者ではない。Hは被告の交渉補助者であったのであり、Hの過責に関して被告は民法278条により自己の過責と同様に責を負わなければならない」（なお、原告は損害賠償も請求し、これを裁判所は契約締結上の過失に基づいて認容している）。

以上のドイツの裁判例に対する比較として、[日22]を取り上げる。事案の概要は、以下のような内容であった。

「今後は建築規制の強化によって本件マンション付近に高層建築物は建築できなくなる」旨の広告を出していたマンション販売業者たる被告からマンション販売の委託を受けていた訴外会社Aの従業員は同マンションの購入を原告等に対して勧め、その際に同従業員は原告

²⁰ ここで引用されている裁判例は前述の [独14]。

等に対して「本件マンションはこの地区最後の高層リゾートマンションです」という説明を与え、さらに同地の「宅地開発等に関する指導要領」という書面において「条例に依り今後四階以上のリゾートマンションは建てられなくなりました。(最後のリゾートマンションです)」という内容を手書きしていたのであり、これら説明を信じた原告等は被告から本件マンションを購入（価格は約1,300ないし1,500万円）したのであるが、しかし3年後に本件マンションの東南方向に14階建の別のリゾートマンションが建設され、このことによって原告等のマンションの眺望あるいは日照は大きく損なわれ、かくして原告等は被告に対して詐欺取消し等を主張した。裁判所は、原告等の請求を全て排斥し、次のように述べた。「本件マンションの眺望及び日照に関して、Aの社員が原告らに対して行った説明並びに被告及びA作成の広告等の記載の各内容には事実と異なるものが含まれていたことになるが、この点に関する説明等を、被告が原告らを欺いて売買契約を締結させようとして行ったという原告らの主張事実（請求原因（5）①）については、本件全証拠によってもこれを認めるに足りない」。そして、「右説明及び記載内容が、原告らに、本件売買契約を締結する意思を固めさせる大きな誘因となり得る事項に関するものであることはあきらかであるが、〈証拠略〉によれば、被告は本件マンションを建築する際に、この建築により自然環境が破壊される事等を恐れた御宿町から千葉地方裁判所一宮支部に対して、本件マンションの建築禁止を求める仮処分の申立てをなされたことが認められ、〈証拠略〉によれば、御宿町宅地開発等に関する指導要領九条－環境保全－（6）項には、『自然美観保護のために、御宿町内のうち、国道百二十八号線と町道海老塚、赤樽線並にこれと接続する岩和田漁港関連道路と清水川に区分された区域については、高層建築物の建築を制限するよう特に指導するものとする。』との規定があることが認められ、〈証拠略〉によれば、これらのことから、本件マンションの分譲業務を担当した被告の開発分譲住宅課の社員は、当時、御宿町のうち本件マンションの所在する地区については、御宿町が環境保全のために建築規制を強化し、四階以上の建物については、事前協議の段階で建築に反対する態度で臨む方針であるとの認識を有していたことが認められるので、右説明

及び記載内容に事実と異なる事が含まれていて、これを A の社員らが宣伝材料として用いたというだけで、直ちに、同社員らに、原告らを欺罔しようとする意思があったと推認することはできず、他には、かかる意思の存在を認めるに足る事情の存在を認めるに足る証拠がない」。

②比較検討

上記の〔独17〕および〔日22〕は、以下の点において共通している。第一に、両裁判例は、個人と事業者の間の不動産売買契約という点において共通している。第二に、両裁判例は、売買契約の締結前に、不正確性を売主自身が容易に認識し得る事柄に関して、その不確実な事柄を確かな事実の如く説明した、という点において共通している。そして第三に、両裁判例は、かかる不正確な説明が買主の意思決定に影響を与えた、という点を裁判所が認定した、という点においても共通している。

このような共通点が見出されるのであるが、しかし一方で〔独17〕においては悪意の欺罔が肯定され、他方で〔日22〕においては詐欺が否定された。確かに不動産の購入に至る買主の動機については、両事例において異なる。しかし、既に指摘したように、意思決定自由が害された点において、両事例は共通しているのである。

むしろ両裁判例における決定的な相違点は、故意の理解である。まず、〔独17〕によれば、「客観的に追検査可能な言明」を「精査せず、でたらめに (ins Blaue hinein) 為」したならば、「少なくとも未必の故意 (bedingter Vorsatz) は存在しているのである」。欺罔者は、自己の言明を「であたらめ」に為しているのであって、必ずしも自己の言明の虚偽性を認識しているわけではない。つまり、〔独17〕は、故意内容を、客観的事実の内容に関する不正確性の可能性の認識として理解している。この故意の内容は、欺罔それ自体の故意（欺罔者が相手方を欺かんと欲する内心的決意）ではなく、被欺罔者が意思決定の基礎に据えた客観的事実の不正確性であって、故意の内容から意欲的要素が消失しているのである²¹。

²¹ その他の近時のドイツの裁判例における故意の定義が表象説あるいは可能

〔日22〕においても、本件マンション以外の高層建築が建設される可能性は本件契約締結時点において確定しておらず、つまり本件マンション以外の高層建築が建設される可能性が完全に否定されていたわけではなく、その可能性を本件の従業員は認識し得たはずである。したがって、〔独17〕の基準に従えば、同従業員が少なくとも未必の故意を有していた可能性は否定できないはずである。そして実際に〔日22〕は、〔独17〕と同様に、被告従業員が自己の言明の不正確性を認識し得た旨を次のように説示していた。「本件マンションの分譲業務を担当した被告の開発分譲住宅課の社員は、当時、御宿町のうち本件マンションの所在する地区については、御宿町が環境保全のために建築規制を強化し、四階以上の建物については、事前協議の段階で建築に反対する態度で臨む方針であるとの認識を有していたことが認められる」。

ところが、〔独17〕と異なり、〔日22〕は要件として「原告らを欺罔しようとする意思」を求める。それゆえ、〔日22〕によれば、たとえ被告従業員が自己の言明の不正確性を認識し得たとしても、このことから「原告らを欺罔しようとする意思があったと推認することはできず」という結論に至るのである。

以上の如く、〔独17〕に比べて、〔日22〕が考える詐欺の要件は、欺罔者側の主観的要素が強く、かつ認定も厳格である。こうした相違は、意思決定自由の要保護性に対する理解の相違に由来するのであろう。日本において伝統的に意思決定自由の保護が薄弱であった点については既に検討した。日本民法96条は、ドイツ民法123条と異なり、故意（あるいは悪意）要件を明示していないにもかかわらず、である。しかも、〔日22〕においては、原告の意思決定に対する影響が肯定されながら、しかし詐欺の成立が否定されている。すなわち、日・独の裁判例における上記の相違は、意思決定自由の要保護性に対する理解の相違に求められるであろう²²。

性説に傾斜し、そこでは意的要素が求められていない点について、本誌64巻1号112頁以下を参照。

²² もちろん、日本とドイツにおける売買取引は、その実態・形式・慣行あるいは仲介者の性質等において相互に異なる点も存するであろう。さらに、「で

（2）不作為の事例

①事案内容

作為事例の〔日22〕・〔独17〕において、誤れる情報を提供した一方当事者は、当該情報の真偽を明確に認識していない²³。しかし、ドイツの裁判例においては欺罔の故意が肯定され、日本の裁判例においては否定された。では、不作為の事例においては、どうか。

まず、ドイツにおける不作為の事案として〔独18〕を確認する。次のような事案であった。

かつて金属加工工場として利用されていた不動産の購入を考えた原告は購入前に視察し、そして被告から同不動産を購入したのであるが、しかし既に同不動産は相当程度に汚染されていたのであって、この汚染の状況を知らなかった原告は被告の説明義務違反を理由とする本件契約の取消可能性を求め、これに対して被告は本件契約の締結前または締結時に説明した旨を主張した。原審は、次のように述べて、原告の主張を退けた。すなわち、視察することによって容易に認識し得る瑕疵の説明は買主から期待され得なかったのであるから、欺罔行為は欠けるのであり、さらに本件において原告が自ら期待されるべき注意を用いていたなら、汚染を認識することができた状況であったのである。

こうした原審の判断を破棄した連邦通常裁判所は、次のように説示して、事案を原審へ差し戻した。「買主の決断にとって決定的な意味を持ち、その通知が取引通念から期待されて然るべきであった事情に

たらめ」という感覚も、両国において異なり得るであろう。ゆえに、両者の安易な比較検討は許されないであろう。しかし、本稿における日・独の裁判例の比較検討の主眼は、同一の枠組を備える両国の詐欺取消制度における欺罔者の主観的要件の理解に関連する相違を明確化する点にある（さらに言えば、被欺罔者の意思決定自由の保護という詐欺取消制度の規範目的に鑑みるなら、上述の諸種の相違は本来的に問題ではない）。したがって、本稿は、こうした相違点を無視するわけではないものの、その詳細に関しては触れ得ない。このことは、以下に続く裁判例の比較検討においても同様である。

²³ このことは、注19の〔日－錯誤事例〕・〔独19〕においても同様である。

関して、売主は開示義務を負う、ということを控訴裁判所は見逃しているわけではない」が、しかし「売主が廃棄物を認識しているなら、単なる廃棄物の疑念を買主に伝えるだけでは、売主は自己の説明義務を果たしていない。むしろ買主は、具体的に存在する汚染に関して説明を受けることを期待することができる。それゆえ、廃棄物の疑念を生ぜしめる事情を買主が認識しているにせよ、検分すれば認識可能であったかもしれないにせよ、開示義務は存在し続けるのである。そうした状況において売主が既存の廃棄物に関する具体的な知識を出し控え、買主が単なる廃棄物の疑念しか有していない、ということを可能性として売主が考えている場合は、その売主は悪意に行動しているのである」。

以上のドイツの裁判例に対する比較として、[日33]を取り上げる。事案の概要は、以下のような内容であった。

原告は、被告 A が所有する3DK のマンションの購入を希望し、その売買の際に原告が依頼した仲介業者として被告 B が、被告 A が依頼した仲介業者として被告 C が立ち会い、そして原告は被告 A から同マンションを約2,800万円で購入した。ところで本件マンションは、その一部が増築されていたのであるが、しかし当該増築部分は違法建築であった。原告は、本件売買契約の前に当該増築部分を検分していたが、しかし違法建築であることは知らず、被告等からも知らされなかった。かくして原告は、被告等の詐欺を理由として意思表示を取り消し、売買代金の返還等を求める訴を提起した。裁判所は、次のように述べて、原告の請求を退けた。「原告において、本件増築部分に何らかの問題があるのではないか程度の意識は抱いたにしても、宅地建物取引の専門業者であり自己が依頼した同被告が違法建築物であると説明しない限り、購入しようとする本件物件にまさか違法建築部分が存するとは思いを致さなかったとみるのが自然であり、もし、原告において、本件増築部分が違法建築であると認識していたならば、本件売買契約締結の取りやめ、あるいは売買代金の減額申入れなど何らかの行動に当然出たものと推測されるところ、原告は右のような行動に

一切出ていないものであり、右のことからしても、原告は、本件増築部分が違法建築であることまでは認識していなかったものと認めるのが相当であるが、しかし被告Bが「本件増築部分が違法建築物であるとまでは説明しなかったのは、証拠（被告代表者）によれば、四階建の本件マンションに木造部分があること自体に問題はあると認識してはいるが、違法性の内容、程度について具体的に確知していた訳ではなく、それに、買主に木造の増築部分があることを告げておけば常識的にみて買主においてもある程度問題があることを認識し得てであろうしそれで足りるものと考えてのことであることが窺われ、被告Bにおいて本件増築部分の違法建築物性を十分に認識しながら殊更にこれを秘し、違法建築物の存在を隠してあえて本件売買契約締結の仲介をしたとまで認める証拠はない」ものの、「被告Bは、本件増築部分が違法建築物であることを認識しながら、本件増築部分が違法建築物であるとの認識に欠けている原告に対し右告知をしなかったものであるから、この点で同被告は、その不法行為責任を免れ」ず、「原告が折角購入したマイホームに違法建築物があることが判り、これを転売しようとしても思うに任されず、当分の間欠陥住宅に居住し続けなければならなくなって、精神的に多大の打撃を受けたことが窺われ・・・（中略）・・・原告の受けた精神的損害に対する慰謝料としては、五〇万円が相当である」。なお、「被告Cの従業員は、売主側の仲介人として本件売買契約締結の場に臨席していながら、原告に対し本件増築部分について何らの説明をしていない」のであるが、しかし被告Cは被告Bに対して「本件物件には木造の増築部分があり、これには違法建築の疑いがあることを告げ」ていたのであって、「被告Bが、殊更に本件増築部分が違法建築物であることを秘し、このことを被告Cも知っていたなどの特段の事情のない限り、被告Cにおいて、買主である原告に対し本件増築部分の性状等について改めて告知、説明する義務はないものというべきところ、右特段の事情を認める証拠はない」（なお、被告Cの不法行為責任は肯定されていない）。

②比較検討

確かに〔独18〕および〔日33〕は事案の細部において異なるが、しか

し両者の共通点として、両事例における被告は説明義務の対象たる事実を認識していた（[独18]においては土壌汚染、[日33]においては増築部分の違法建築物性）。こうした事実の認識は、説明義務を肯定する前提でもある（この認識を欠けば、そもそも説明し得ない）。かかる前提が認められるなら、[独18] および [日33] は不作為の事例であるから、次いで説明義務の存否が個別に問われる。説明義務の要件に関して、[独18] によれば、「買主の決断にとって決定的な意味を持ち、その通知が取引通念から期待されて然るべきであった事情に関して、売主は開示義務を負う」。そして、[日33] において、「もし、原告において、本件増築部分が違法建築であると認識していたならば、本件売買契約締結の取りやめ、あるいは売買代金の減額申入れなど何らかの行動に当然出たものと推測される」。つまり、本件増築部分の違法建築物性の認識は原告にとって本件売買契約を左右する事情であった。すなわち、[日33] における本件増築部分の違法建築物性は、[独18] が説示する「買主の決断にとって決定的に意味を持つ事情」に相当することが容易に推察される。したがって、[独18] によれば、[日33] において本件増築部分の違法建築物性に関する説明義務が肯定される。

説明義務が肯定されるなら、次の問題は同義務違反の存否である。[日33] によると、被告Bが「本件増築部分が違法建築物であるとまでは説明しなかった」理由は、「買主に木造の増築部分があることを告げておけば常識的にみて買主においてもある程度問題があることを認識し得るであろうしそれで足りるものと考えてのことであ」った。つまり、本件増築部分の違法建築物性に関する被告Bの説明義務違反は、買主の認識可能性を理由として否定されている。加えて、[日33] によると、被告Cは「本件物件には木造の増築部分があり、これには違法建築の疑いがあることを告げ」たに過ぎず、「特段の事情のない限り、被告Cにおいて、買主である原告に対し本件増築部分の性状等について改めて告知、説明する義務はない」。つまり、本件において本件増築部分の違法建築物性を最も容易に知り得る立場にあった売主側の仲介者たる被告Cでさえ、当該違法建築物性の疑念を伝える以上の説明義務を負わず、本件における被告Cの説明義務違反は否定されている。

これに対して、[独18] によれば、「売主が廃棄物を認識しているなら、

単なる廃棄物の疑念を買主に伝えるだけでは、売主は自己の説明義務を果たしていない」。それゆえ、[独18]によると、[日33]における被告Cは説明義務を果たしていない。加えて、[独18]によれば、「廃棄物の疑念を生ぜしめる事情を買主が認識しているにせよ、検分すれば認識可能であったかもしれないにせよ、開示義務は存在し続ける」。それゆえ、[独18]によると、[日33]における被告Bの説明義務違反は、原告の認識可能性を理由として否定されないのである。

もっとも、説明義務違反が肯定されても、同義務違反と本件における売買契約の間に因果関係が認められなければならない。この点に関して[日33]によれば、「原告において、本件増築部分に何らかの問題があるのではないか程度の意識は抱いたにしても、宅地建物取引の専門業者であり自己が依頼した同被告が違法建築物であると説明しない限り、購入しようとする本件物件にまさか違法建築部分が存するとは思いを致さなかったとみるのが自然である」。つまり、被告Bが説明義務を果たしていれば、原告は契約を締結していなかった可能性が認められている、すなわち説明義務違反と本件売買契約締結の間に因果関係が認められている。そして、この関係は被告Cにも当然に妥当するはずである²⁴。

最後に残る問題は、説明義務違反者の故意である。[独18]によれば、「そうした状況において売主が既存の廃棄物に関する具体的な知識を出し控え、買主が単なる廃棄物の疑念しか有していない、ということを可能性として売主が考えている場合は（für möglich hält）、その売主は悪意に行動しているのである」。つまり、廃棄物汚染の存否に関する買主の誤解を可能性として売主が認識していたなら、故意が肯定される。これに対して、[日33]は、[独18]と異なる要件を求める。すなわち、「被告Bにおいて本件増築部分の違法建築物性を十分に認識しながら殊更にこれを秘し、違法建築物の存在を隠してあえて本件売買契約締結の仲介をした」事情であり、そして被告Cに関しても「被告Bが、殊更に本件増築部分が違法建築物であることを秘し、このことを被告Cも知っ

²⁴ この点について[日33]は必ずしも明示していないものの、既に指摘したように、被告Cは最も容易に本件の違法建築物性を認識し得たのであり、本件売買契約の締結の場にも臨席していた。

ていたなどの特段の事情」である。[日33]によれば、「殊更に秘匿する」要素が求められるのであるから、たとえ[日33]における被告BおよびCが違法建築物性の存否に関する買主の誤解を可能性として認識していたとしても、故意は肯定されないのである。

そもそも、「殊更」という言葉それ自体が、「故意に」という意味を含んでいる²⁵。[独18]における故意の基準は、[日33]における故意を満たさない。[独18]における故意の理解と[日33]における故意の理解は明らかに異なる。

既に確認したように、[日22]は、[独17]と異なり、「欺罔しようとする意思」を求めた。判例間の整合性および日本判例における故意の厳格性を考えれば、おそらく[日33]も「殊更」という要件に「欺罔する意思」を込めているのであろう（少なくとも、告知義務違反を理由とする被告Bの不法行為責任は肯定されていた。これは、[日33]における96条の詐欺が不法行為よりも厳格な要件を求められていた証左であろう）。このように、不作為の事例においても、作為の事例と同様の相違点が見出されるのである。

日本民法96条における詐欺の伝統的解釈によれば、二個の故意を要する。すなわち、「(a) 相手方を欺罔して錯誤におとし入れようとする故意と、(b) さらに、この錯誤によって意思表示をさせようとする故意とである」²⁶。この二段の故意に対応させるなら、[独17]は、二段目の故意を要求していない²⁷。しかも、[独17]が要求する一段目の故意は、被欺罔者が意思決定の基礎に据えた客観的事実の不正確性として捉えられているのであり、欺罔者が相手方を欺かんと欲する内心的決意の要素を包摂していないのである²⁸。ドイツの裁判例における故意の理解については、既に確認した²⁹。

²⁵ ことさら【殊更】＝「〔副〕①わざわざ。わざと。故意に」（新村出（編）『広辞苑（第五版）』（1998年）985頁）。

²⁶ 我妻栄『新訂 民法總則』（1965年）308頁。下森定『新版 注釈民法（3）』川島武宜・平井宜雄（編）（2003年）471頁も参照。

²⁷ このことは、[独19]も同様である。

²⁸ このことは、[独19]も同様である。

²⁹ この点について、とりわけ本誌64巻1号117頁以下を参照。

これに対して、確かに、[日22] および [日33] も、明示的に二段の故意を求めているわけではない。しかし、例えば [日22] は、一段目の故意の存在を否定しているから、そもそも二段目の故意に言及する必要性が存しなかったに過ぎず、必ずしも二段目の故意を否定しているわけではない（「原告らを欺罔しようとする意思があったと推認することはできず、他には、かかる意思の存在を認めるに足る事情の存在を認めるに足る証拠がない」）。いずれにせよ、日本の裁判例は相手方を欺かんと欲する内心的決意の要素を要求するのであり（[日33] も「殊更に秘匿する」という要素を求める）、この点がドイツの裁判例と異なる。

以上の相違点を、故意と過失の限界という観点から捉えるなら、ドイツの裁判例が要求する故意の内容は、過失の領域へ入り込んでいる。日本の裁判例は意図的要素または意欲的要素を要求するから、ドイツの裁判例の理解と比べて、その故意の範囲は縮小する。これに対して、欺罔者の故意の内容として必ずしも意図的要素または意欲的要素を要求しないドイツ裁判例の理解によれば、日本の裁判例と比べて、その故意の範囲は拡大する。すなわち、ドイツの裁判例が理解する故意の内容は、日本の裁判例が理解する故意の内容を超え出ている。換言するなら、ドイツの裁判例が理解する故意の内容は、日本の裁判例の理解によれば、過失の領域へ食い込んでいるのである。このことは、ドイツにおいて詐欺の否定例が少なく、日本において多い事実にも反映されているように思われる。

そして、以上の相違点は、被欺罔者の意思決定自由の要保護性に対する理解の相違として現われる。[日22] および [日33] も、被欺罔者の意思決定自由に対する侵害を認定しつつ、欺罔者の故意の意欲的要素の欠如を理由として、詐欺の成立を否定したのである。

これに対して、[独17] によれば、「客観的に追検査可能な言明であって、それが売買の締結にとって決定的に重要であった」言明を「精査せず、でたらめに (ins Blaue hinein) 為された H の説明に鑑みれば、少なくとも未必の故意 (bedingter Vorsatz) は存在しているのである」。この故意の内容は、被欺罔者の決断にとって重要な内容として把握されている。しかも、「でたらめ」な言明で足りるから、欺罔者は自己の言明の虚偽性を必ずしも認識している必要はなく、虚偽性の可能性の認識

で足りるのである。

以上の如く、ドイツの裁判例は詐欺取消制度における解釈の基準として被欺罔者の意思決定自由を重視し、その結果として欺罔者の故意性は緩和されていることが窺われる。これに対して、日本の裁判例は詐欺取消制度における解釈の基準として欺罔者の主観的悪質性を重視し、その結果として欺罔者の故意が厳格に要求されていることが窺われる。

既に検討したように、例えば RG 3. 4. 1909 (JW 1909, S. 308) においては欺罔者の主観的要件の表現として、目的 (Zweck) という文言が用いられていた。そして、これは行為無価値論と密接に関連する主観的違法要素と結び付き得る表現でもあった³⁰。しかし、[独17] および [独18] においては、「目的」という文言は用いられていない³¹。さらに、これも既に確認したように、故意の一般論として、最も重大な故意の形式として意図 (Absicht) という表現が存在した。しかし、やはり [独17] および [独18] においては、「意図」という文言も用いられてはいない³²。このことから、近時のドイツの裁判例においては欺罔者の故意が厳格に要求されていないことが窺われ、その反面として被欺罔者の意思決定自由を重視する態度 (結果無価値論) が窺われるのである。

ところで、被欺罔者の意思決定自由を重視するなら、被欺罔者の落ち度は問わない傾向が見られるはずである。例えば、[独17] によれば、「悪意の欺罔を理由とする取消権は、被欺罔者が正しい状況を過失に基づいて認識しなかった、ということによって排除されない」³³。これに対して、被欺罔者の意思決定自由を重視しないなら、被欺罔者の落ち度を容易に考慮する傾向が見られるはずである。例えば、[日33] によれば、「原告には、注意を払いさえすればさして困難なく本件増築部分が違法建築であることを理解することができた」。

³⁰ この点について、本誌63巻6号283頁以下を参照。

³¹ このことは、[独19] も同様である。

³² このことは、[独19] も同様である。

³³ 加えて、[独19] によれば、「廃棄物の疑念を生ぜしめる事情を買主が認識しているにせよ、検分すれば認識可能であったかもしれないにせよ、開示義務は存在し続ける」。

既に確認したように、日本の裁判所は、投機的取引に関連する不法行為の事案においても、相当程度に過失相殺を肯定する。日本の裁判例において安易に被欺罔者の落ち度が指摘される態度は、要するに意思決定自由の要保護性を軽視する理解に起因しているのである。

（未完）