

民事詐欺の違法性と責任（1）

岩 本 尚 禧

目 次

序論

第1節 本稿の課題

第1款 「違法根拠の自由意思」と「責任根拠の自由意思」

第2款 故意要件の意義と問題

第3款 学説の対応

第4款 本稿の課題

第2節 本稿の構成

第1款 ドイツ法

第2款 日本法

(以上、本号)

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

第2節 19世紀の詐欺論

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

第2節 保護の範囲と限界

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

第2節 意思決定自由の要保護性

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2節 民事詐欺の違法性と責任

結論

序論

第1節 本稿の課題

第1款 「違法根拠の自由意思」と「責任根拠の自由意思」

本稿の対象は、民法96条1項の詐欺である。被欺罔者は、相手方の詐欺を理由として、自身の意思表示を取り消すことができる¹。「民法は、詐欺・強迫を受けた者のためにその正当な利益の保護をはかる」のであるから²、96条は表意者を保護する制度であることが理解できる³。ただし、96条が認める法律効果は取消権であり、その対象は意思表示であるから、財産的損害は96条の要件ではなく、ゆえに財産的利益は96条において保護されるべき利益ではないはずである。ならば、民法が96条において保護している被欺罔者の利益とは何か。

例えば、710条の自由権は精神的自由を含み、精神的自由の内容として意思決定の自由が含まれるから⁴、その自由が詐欺によって侵害されれば、不法行為の成立が認められる⁵。そして、96条における詐欺も、自由

¹ 民法96条1項：詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる。

² 我妻栄『新訂 民法總則』（1965年）307頁。また、ある論者によれば、「民法は相手方の不当な干渉のため自由な意思決定によらずして意思表示をした者に、その意思表示を取り消す権利を与えることによって、その不利益を免れさせることとした」（下森定『新版 注釈民法（3）』川島武宜・平井宜雄（編）（2003年）467頁）。この不利益が何か、も問題である。

³ 「錯誤も詐欺も、ともに、表意者保護の制度に他ならない」（我妻・前掲注2・311頁）。

⁴ 「生命・身体が社会の存立および不法行為法制度の根幹をなす最も重要な利益であることは、前述のとおり（言）であるから、最も重大さの程度が高い。身体を動かす自由も同様である（七一〇条は、「自由」を挙げる。なお同条に「生命」が挙げられていないのは、生命）（侵害そのものに慰謝料請求権を認めない趣旨であった一七一一条および一七七頁参照）。重要さにおいてそれと劣らない意思決定の自由も含まれることに異論はない」（平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』（1992年）41-42頁）。

⁵ 大審院1933年（昭和8）6月8日判決（大審院刑事判例集12巻771頁）は次のように説示する。「第七百十條ニ所謂自由トハ身體的活動ノ自由ノミナラス精神活動ノ自由ヲモ包含スルモノト解スルヲ正當ナリトスルカ故ニ不法行為者カ本件ニ於ケルカ如ク欺罔手段ニヨリ被害者ノ意思決定ノ自由ヲ害シテ錯誤ニ

な意思決定を妨害する行為として理解されている⁶。それゆえ、96条の詐欺によって侵害される自由意思と710条によって認められている自由意思を別意に解する理由が存在しない限り、96条における表意者の利益を自由権として捉えることが可能である⁷。ここで仮に権利侵害ないし法益⁸侵害を違法として理解するなら⁹、この意味における自由意思は「違

陥レ財物ヲ騙取シタル案件ニ付テハ被害者ニ於テ之カ爲メ財産上ノ損害ヲ被リタル外特ニ精神上ノ苦痛ヲ被リタル事實ノ存スル限り不法行為者ニ對シ財産上ノ損害賠償ノ外慰藉料ヲ請求スルコトヲ得ルモノト解スルヲ妥當ナリトス。

⁶ 「表意者の自由な意思決定を妨げる不当干渉として民法の認める手段には、詐欺と強迫とがあり、詐欺または強迫によつてなされた意思表示を『瑕疵ある意思表示』と一般にいう」（下森・前掲注2・222頁）。

⁷ 確かに、決定論と非決定論の対立が示すように、そもそも自由意思の存在を否定する理解も成り立ち得る（この点について、例えば来栖三郎『法とフィクション』（1999年）313頁以下を参照）。しかし、民法が自由権の内容として自由意思を認めるなら、少なくとも民法を語る範囲において、自由意思の存在は肯定され得るし、肯定されなければならない。それゆえ、本稿は、自由意思の存在を前提として、議論を進める。

なお、本稿において、「意思」という表現と「意志」という表現を区別しない。さらに、自由それ自体が自分の意思を自ら決定する意味を含み得るから（宗宮信次『不法行為論』（1968年）272頁）、本稿において「自由意思」という表現と「決定自由（あるいは意思決定自由）」という表現も、その意味内容について区別しない。

⁸ 本稿は、違法評価の対象として、「権利」と「法益（法的に保護された利益）」を特に区別しない。このことは、例えば旧709条に追加された「法律上保護された利益」という文言が実質的な変更を企図された要件ではなかったことから理解される（つまり、権利侵害が違法であるなら、法益侵害も違法でなければならない）。709条における「法律上保護された利益」について、道垣内弘人「民法709条の現代語化と要件論」法学教室291号（2004年）57頁以下も参照。

刑法学においては、違法評価の対象は「権利」に限定されず、「法益」として捉えられている。これは、「刑法によって保護されるのを権利だけに限定するのはせますぎる。権利といえない利益で刑法の保護の対象となるものは、いくらかもある。そこで法益の侵害という考え方が権利の侵害という考え方にとって代った」からである（団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（1990年）185頁）。それゆえ、民法が刑法よりも権利ないし法益について保護の機能ないし範囲を狭めなければならない理由が存しない限り、民法709条における「法律上保護

法根拠の自由意思」¹⁰として把握することができるであろう¹⁰。違法根拠の自由意思は、その特徴として権利性を帯び、その反面として被侵害性も備える。これは、外在的な侵害を受けることによって初めて法律効果と結び付く性質の自由意思を意味する。96条における被欺罔者は、この違法根拠の自由意思に対する侵害を理由として、意思表示の取消権が与えられるのである。

このような違法根拠の自由意思に対して、行為者あるいは表意者の責任¹¹と結び付く自由意思も存在する。例えば、刑事責任の前提として要

される利益」も違法評価の対象として理解されるであろう。なお、刑法学における「権利」から「法益」へ展開する過程は19世紀のドイツ刑法学において見られ、これはドイツ民法典における自由意思の要保護性あるいは違法評価の理解にも関わる点であり、後述する。

⁹ 違法性概念の根拠について付言する。その根拠を「不法」行為という文言に求める見解が存在する(前田達明『不法行為帰責論』(1978年)203頁の注(3))。しかし、そのように理解しなくても、違法性という概念を肯定することは十分に可能である。法の存在それ自体が違法性を予定しているからである(我々が生活する社会において、およそ違法状態が起き得ないならば、そもそも法は必要ない)。それゆえ、たとえ民法典における不法行為の文言が、例えば「私犯」あるいは「侵權行為」であったとしても、民法典において当然に違法性を語るることができる。

なお、本稿は、不法(Unrecht)と違法性を原則として区別しない(この点について、Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911 (Neudruck 1966), S. 92も参照)。さらに本稿は、RechtswidrigkeitとWiderrechtlichkeitも原則として区別せず(この点について、Ernst Zitelmann, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), S. 6も参照)、両者について同じく「違法性」という訳語を与える。

¹⁰ 民法710条の自由権に自由意思が含まれること(前掲注4および5を参照)、権利あるいは法益も違法評価の対象たり得ることから(前掲注8を参照)、自由意思の権利性を語ることができ、少なくとも自由意思の侵害を違法として捉えることは可能である。

¹¹ 責任の最広義の意味は、法律的な制裁または不利益として理解されている(國井和郎「Ⅱ 責任—近代法から現代法への展開」芦部伸喜・星野英一・竹内昭夫・新堂幸司・松尾浩也・塩野宏(編)『岩波講座 基本法学5—責任』(1984年)44頁)。刑罰は制裁として理解することができるし、損害賠償は不利益と

求される自由意思が、それである¹²。これに対応する民事責任として、まず不法行為責任¹³が挙げられ、より広義の民事責任として契約責任も含まれる。とりわけ契約責任と自由意思の関係は、「契約当事者は自己の自由な意思に基づいて契約を締結し、その結果として当該契約に拘束される」という契約の拘束力の根拠として重要である¹⁴。このように、刑事責任であれ、不法行為責任であれ、契約責任であれ、自己の自由な意思が責任を基礎づけるのであるから、この意味における自由意思を「責任根拠の自由意思」として把握することができるであろう。

当然ながら、違法根拠の自由意思を有する被欺罔者は、その自由意思に基づいて契約を締結した主体である限り、責任根拠の自由意思に基づいて契約責任を負う。このことから責任根拠の自由意思と違法根拠の自

して理解することができる。契約の拘束性は自由の剥奪という意味において不利益として理解することができるであろうから、契約の拘束性も法的な責任として理解することができるであろう（この点について、例えば森村進『権利と人格－超個人主義の規範理論－』（1989年）147頁を参照）。厳密に言えば、制裁と不利益も区別され得るであろうが、しかし現時点における言及は控える。

¹² この意味における自由意思について、平野竜一「意思の自由と刑事責任」尾高朝雄教授追悼論文編集委員会（編）『自由の法理』（1963年）231頁以下を参照。

¹³ 「作為および不作為という人間の自由な意思に基づく行為のみが帰責の前提となり、かかる意思によって導かれた行為のみが違法および有責な行為と評価される」（中井美雄「不作為による不法行為」山田卓生（編）『新・現代損害賠償法講座 第1巻 総論』（1997年）108頁）。

¹⁴ 契約の拘束力の根拠について、大別すれば、信頼と意思が挙げられるであろう（例えば、星野英一「VI 現代における契約」加藤一郎（編）『岩波講座 現代法8』（1966年）265頁および高橋三知雄「私的自治・法律行為論序説（一）」法学論集24巻3号（1974年）142頁を参照）。しかし、「信頼責任に基づく法律行為的効果を認めることが妥当かは、検討すべき重要な問題であるが、かりにこれを承認するとしても、本人の意思をまったく排除することが不当である、との認識はひろく支持をうけるものと思われる」（石田喜久夫「現代法律行為論の課題－意思主義の復権とその限界－」Law School13号（1979年）9頁の注4）。すなわち、契約の拘束力の根拠から意思の要素を完全に排除しない限り、いずれの見解に与しても、意思が契約の拘束力の根拠として重要な意味を持つ点について変わりはない。

由意思は表裏一体であること、そして両者の区別が一定の法的観点に基づく相違に過ぎないことが理解できる¹⁵。いずれも一人間が備え持つ自由意思である点においては何ら異らないのであり、あらゆる局面において両者の区別が可能かつ意義を持つわけでもない。

しかし、本稿は96条の詐欺取消制度を、違法根拠の自由意思と責任根拠の自由意思という区別が可能であり、かつ当該区別が意義を持ち得る一場面として想定している。なぜなら、96条の枠組においては、違法根拠の自由意思と責任根拠の自由意思は、相互に真逆の法律効果と結び付いているから、つまり違法根拠の自由意思を重視すれば取消権の行使に基づく拘束力の解消へ、逆に責任根拠の自由意思を重視すれば契約に基づく拘束力の維持へ向かうからである。

自由意思が異なる側面を有すること自体は問題ではない。問題は、従来の詐欺取消制度の解釈論においては、責任根拠の自由意思のみに重点が置かれ、違法根拠の自由意思は十分に考慮されてこなかった、という点である。例えば、ある者は次のように述べる。「たとえ他人の欺罔行為によって錯誤におちいったとしても、表意者はなお意思表示の決定の自由を保持し、自己の自由な判断によって意思表示をしたわけであり、時としては相手方の欺罔行為を見破ることのできる場合もあるかも知れない」¹⁶。

ここで語られている自由意思は、責任根拠の自由意思である。責任根拠の自由意思を強調すれば、当然に契約を維持する作用が働き、その反面として違法根拠の自由意思は軽視され、被欺罔者が救済を受ける余地

¹⁵ 「確かに、民法123条の構成要件における意思自由の干渉は外部的な他人の影響によって引き起こされているのであり、これに対して行為能力の場合における干渉は本人の事情に由来している。かかる差異は、侵害の原因に関連しているに過ぎない」(Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 115)。引用文における民法123条は、後述する如く、日本民法96条に相当するドイツ民法の規定である。なお、同書の紹介として高橋三知雄「ヴォルフ『法律行為における決定の自由と契約による利益調整』(1)・(2・完)」法学論集21巻3号155頁以下・同巻4号(1972年)104頁以下)。

¹⁶ 石本雅男『民法総則』(1962年)243頁。

は低減する¹⁷。既に指摘したように、責任根拠の自由意思と違法根拠の自由意思は、詐欺を語る局面において、相反する作用を営む。問題は、この局面において、なぜ責任根拠の自由意思のみが強調されるのか、である。

その原因として、被欺罔者の落ち度に注目する傾向（風潮？）が考えられる。例えば、ある者は次のように述べる。「詐欺にかかった者にはうかつな点もあるのが通常だから、その者が不利益を被ってもやむをえない」¹⁸。この理解によれば、違法根拠の自由意思が害された原因は被欺罔者に求められ、したがって違法根拠の自由意思に対する侵害は考慮されず、その結果として考慮される自由意思は責任根拠の意味しか残らず、ゆえに責任根拠の自由意思が妥当し、やはり契約の解消は制限され、最終的に詐欺取消制度は適用されない、という結論が正当化される¹⁹。こうした見解によれば、もはや96条の詐欺取消制度は、被欺罔者の所為を戒める制度と化してしまう。しかし、民法は被欺罔者に対する制裁法なのか²⁰。96条の規範目的は表意者の保護ではなかったのか。

¹⁷ 「詐欺については、故意による違法な欺罔行為があったことが厳格に要求され、単に誤った事実が告げられたり、意思決定に必要な情報が告げられなかったりしただけでは、詐欺による取消しは認められない。…(中略)…これは、みずから意思をもって契約した以上、保護が受けられるのは、詐欺や強迫という悪質な行為がおこなわれた場合にかぎられると考えられてきたことによる」（山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（一）」民商法雑誌141巻1号（2009年）11-12頁）。

¹⁸ 四宮和夫『民法総則』（1972年）195頁、同『民法総則（第四版補正版）』（1996年）185頁。その他に、「詐欺されたこと自体には多少の軽率さを伴うことがある」（須永醇『民法総則要論』（1988年）204頁）。さらに同206頁によれば、「『そこつ者』－被欺罔者」。それ以外に、中井美雄『通説 民法総則』（1991年）182頁、石田喜久夫『口述 民法総則（第二版）』（1998年）244頁も参照。

¹⁹ 「詐欺の典型的場合においては－不当勧誘事例にかぎっていえば常に－、錯誤に陥ったことについて表意者にも過失があり、「不当勧誘事例は、顧客に過失がある－そのため契約の拘束力からの完全な解放が不適切である－がゆえに、詐欺取消制度の射程外に置かれていたのである」（橋本佳幸「取引的不法行為における過失相殺」ジュリスト1094号（1996年）150頁および153頁）。

²⁰ 「欲張った人は損をするという薬になる、高い授業料を支払ったと思えばよ

第2款 故意要件の意義と問題

表意者の保護という96条の規範目的を重視しない解釈が押し進められるならば、その当然の前提として詐欺の成否を決する解釈の重点は被欺罔者の観点から欺罔者の観点へ移り、それに連動して、96条という枠組においては欺罔者に対する評価を反映できる要件が重視される。そして、それは96条の故意要件に他ならない²¹。

96条の故意は、いわゆる二段の故意を要する。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」²²。この定義から読み取ることができる重要な要素は、以下の三点である。第一に、一段目の故意における欺罔が既に相手方の意思決定自由を侵害している点である²³。第二に、およそ契約当事者ならば、相手方をして意思表示させる故意を有しているはずであるから（売主ならば、買主に「買う」と言わせたいはずである）、これを敢えて要求する二段目の故意は（一段目

いなどと安易にいうことで、欲を張らせるのに首尾よく成功した悪者が得をすることになりはしまいか。民法は欲張った人に対する制裁法なのか」（米倉明「どういふ論文が『よい』のか－民法解釈学の論文を念頭に－」法学雑誌 *tâtonnement* タートンヌマン1号（1997年）23頁）。

²¹ 「詐欺の典型的場合においては－不当勧誘事例にかぎっていえば常に－、錯誤に陥ったことについて表意者にも過失がある（情報収集不足）。そのため、詐欺取消による意思形成過程の保護は、相手方が欺罔の故意を有する場合にしか正当化できない」（橋本・前掲注19・150頁、同「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢164巻1-6号（2009年）415頁の注71も参照）。

²² 我妻・前掲注2・308頁。

²³ 「相手方の行為によって表意者が錯誤に陥る場合には、虚偽の言明という典型的な行為態様を例にとっても、相手方の主観的態様に応じ、(i) 相手方に過失はないがその虚偽の言明による場合、(ii) 相手方に過失がある場合、(iii) 相手方が故意に虚偽の言明をした場合、そして (iv) それによって意思表示をさせる目的で故意に虚偽の言明をした場合がある。表意者が相手方の言明に惑わされるという点では、(i) ～ (iv) に変わりはない」（沖野眞巳「契約締結過程の規律と意思表示理論」別冊 NBL54号（1999年）28頁。さらに、同頁によれば、「にもかかわらず、民法が詐欺取消を認めるのは、(iv) の場合のみである」という）。

の故意における欺罔に基づく被欺罔者の意思表示に関する) 欺罔者の特別な主観的意図として理解されている点である²⁴。そして、第三に、第一および第二から、「二段の故意」という要件それ自体が、96条という枠組において、被欺罔者の被侵害権利よりも、欺罔者の行為態様の重視を示している点である。

このように通説によれば、詐欺概念と故意概念は密接な関係を有する。そもそも両者の関係は古い。後述するように、詐欺取消制度の起源たるローマ法の *dolus* それ自体が既に詐欺と故意の両義を備える概念であったのであり²⁵、さらに *dolus* はキリスト教の影響を受けたことによって道徳的観念と結び付けられ、そして非難に値する主観的要素を不可欠の要件として求める傾向が生まれた²⁶。こうして、近代法制度の誕生より古い歴史を有する詐欺の概念は、法典において詐欺として規定される時点において既に、欺罔者の主観的態度を推し量る要素である故意要件なくして語り得ない概念として確立されていたのである²⁷。

しかし、このことが近代市民法の理念から逸脱していることは、過失責任の原則を想起すれば、明らかである。過失責任の原則は、その字の如く、行為者の過失が認められない限り、その行為者は責を負わない旨を説く原則である。換言するなら、行為者の過失が認められる限り、その行為者は責を負わなければならない。ところが、96条の詐欺は成立要

²⁴ いわば、「意思表示獲得目的」である (沖野・前掲注23・28頁)。

²⁵ 「法の全領域について、かかる犯罪意思は、法律用語において『策略 (List)』、つまり *dolus* として呼称され、大抵は強調して『悪意ある策略 (*böse List*)』、つまり *dolus malus* として呼称されているのであり、不法の意識、つまり *sciens* を伴って行われる」 (Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1961, S. 86)。

²⁶ この点に関して、詐欺の意味の *dolus* について Ulrich von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia*, 1971, S. 193、故意の意味の *dolus* について Max Kaser, *Das Römische Privatrecht II*, 1959, S. 253 f. を参照。

²⁷ 詐欺に植え付けられた負の印象は、現在も払拭されてはいない。詐欺は、「社会通念上悪い、違法視されることが必要」であり (石田・前掲注18・241頁)、「その響きには強烈な印象があり、道徳的な非難のはなはだしい行為といった印象をぬぐえない」 (平野裕之「投資取引における被害者救済法理の相互関係について - 投資取引における事業者の情報提供義務 - (1)」法律論叢71巻1号(1998年)42頁)。

件として故意を要し、欺罔者の過失は詐欺を構成しない。すなわち、民法96条は、過失責任主義の重大なる例外を成すのである。では、なぜ民法96条は過失責任主義の例外たり得るのか。

「詐欺は本来的に故意行為であるから」。詐欺の解釈伝統を支持する者は、このように答えるのであろうか。しかし、これは、詐欺の解釈として考えられ得る複数の選択肢から採用された一つの立場に過ぎない。少なくとも民法は、96条において故意の要求を明記していない²⁸。詐欺を故意行為として解釈しなければならない理由を明示しない限り、過失責任主義に対する民法96条の例外性は説明されないし、正当化されないはずである²⁹。

ならば、96条の故意要件は如何なる意味を有するのか。例えば、ある者は次のように答える。「意思表示の効力に影響あらしむるは効果意思決定の不自由ということのみを以て説明するを得ず」³⁰、「意思表示の効力を問題とするに當りては須らく表意者を以て起點となさざる可らず、他人に於て意思決定の不自由を惹起こしたりという客觀的因果關係あり、之を惹起こさしめんと欲したりという主觀的連絡あらば乃ち他人を措いて表意者を保護するに十分なる理由存す。民法は之を以て當事者の

²⁸ これに対して、日本民法96条1項に相当するドイツ民法123条1項は、欺罔者の故意を意味する悪意の要件を明文化している。にもかかわらず、本論において確認するように、ドイツ民法123条1項の詐欺取消制度の故意要件は相当程度に緩和され、ほとんど過失に近い。

²⁹ 例えば、橋本・前掲注19によれば、表意者の過失が故意要件を正当化する要素であるようにも見える。しかし、これは不当である。なぜなら、例えば、「商品取引員側の違法行為は、まさに顧客側の過失の誘発を目的としたものと評価すべきだからである」（今西康人「公設商品先物取引における商品取引員の不法行為責任」法律時報59巻9号（1987年）95頁）。一方当事者の情報収集不足のみが強調され、他方当事者の説明不足という過失は看過され易い。もし両者に過失が認められるなら、共通錯誤によって無効が認められるべきであろう（事業者側は、当初から十分な説明を与える意図を有していなかった、という抗弁によって自身の錯誤を否定することはできない。これは、詐欺の故意の自白に等しいからである）。このような場合に共通錯誤が認められないならば、やはり民法96条の故意の要件は不平等を招き、不当である。

³⁰ 鳩山秀夫『民法研究 第一卷（總則）』（1925年。初出は1910年）523頁。

雙方を最も公平に保護し、取引の安全を確保する所以としたるものなり」³¹。

ここで語られる「取引の安全」の確保は、要するに欺罔者側の行為自由の保障を意味する。確かに、伝統的な法解釈によれば、故意または過失は責任形式である³²。そして同時に、過失責任の原則は、帰責原理という側面に加えて、行為自由の保障という目的をも併せ持つ³³。それゆえ、欺罔者の法益の保障という目的を、不法行為法のみならず、96条の枠組においても妥当せしめること自体は可能であり、かつ正当である。つまり、96条における詐欺取消制度においても、一方当事者の意思決定自由のみならず、他方当事者の行為自由も考慮されるべきであろう。

しかし問題は、なぜ他方当事者の行為自由を確保する要件が96条の詐欺取消制度という枠組においては「故意」に限定されるのか、である。96条の主観的要件が故意に固定される限り、当事者間の利益調整は均衡を維持し得ず、公平性を欠く。なぜなら、故意要件を堅持すれば、過失の欺罔に起因するリスクは、専ら誤導された契約相手方に割り振られるからである。すなわち、解釈伝統に従い96条1項の故意要件を維持するならば（換言するなら、過失の詐欺を認めないならば³⁴）、過失行為者の行為自由は保障されるものの、被欺罔者は欺罔者の過失責任を甘受する他なく、その反面として被欺罔者の被侵害権利、つまり違法根拠の自由意思の要保護性は低下するのである。

以上の如く、96条の枠組においては、違法根拠たる被欺罔者の意思決定自由と、責任要素を通じて確保される欺罔者の行為自由が、相互の法益として対立する。本稿が表題として掲げる「民事詐欺の違法性と責任」

³¹ 鳩山・前掲注30・528頁。同論文は強迫における意思を論じているものの、この点は詐欺にも同じく妥当する旨を説いている（523頁）。

³² 例えば、金子宏・新堂幸司・平井宜雄（編）『法律学小辞典（第3版）』（1999年）304頁を参照。

³³ 藤岡康宏「五 私法上の責任－不法行為責任を中心として－」 芦部伸喜・星野英一・竹内昭夫・新堂幸司・松尾浩也・塩野宏（編）『岩波講座 基本法学5－責任』（1984年）212-213頁。

³⁴ 「過失による詐欺の承認は解釈伝統と断絶する」（磯村保「契約成立の瑕疵と内容の瑕疵（2）」ジュリスト1084号（1996年）80頁を参照）。

は、まさに違法性³⁵（被欺罔者の意思決定自由の要保護性）と責任（欺罔者の行為自由を確保する要件）の相互関係の問題を指しているのである。既に確認したように、被欺罔者が有する違法根拠の自由意思は責任根拠の自由意思と表裏であるが、しかし同時に責任根拠の自由意思は欺罔者の責任を肯定する前提でもあるから、欺罔者と被欺罔者は責任根拠の自由意思を通じて共通の側面を持ち合わせているのであって、それゆえ民事詐欺の違法性と責任における相互関係は共通の過失（責任主義に立脚した）要件でなければならないはずである。被欺罔者の意思決定自由が欺罔者の行為自由に劣後する性質の自由ではない限り、96条における故意要件は一方で行為自由を優先し、他方で意思決定自由を劣後せしめる結果を導き、不当である。

ところが、伝統的通説は、一方で96条の故意要件を堅持し、他方で被

³⁵ 違法性概念の根拠については、既に述べた（前掲注9）。もっとも、違法性概念を認め得るとしても、これを積極的に肯定するか否か、は別の問題である。実際に、違法性概念の不要を説く見解が存在する。例えば、『「権利侵害から違法性へ」の命題が、通説を支配するや否や、『違法性』概念はその機能を果し終った』（平井宜雄『損害賠償法の理論』（1971年）383頁）。これに対して、むしろ、違法性概念の存置を説く見解も存在する（近時では、例えば吉村良一「不法行為法における権利侵害要件の『再生』」立命館法学321・322号（2008年）602頁）。本稿も、違法性概念の有用性を前提として、議論する（違法性概念の意義は本稿の本論においても触れる。さらに、違法性「概念によって、正当防衛や被害者の同意といった、不法行為責任を阻却する事由を整合的に組み入れることができる」という吉村・前掲の指摘に対して、本稿も同意見である）。ただし、違法性概念の存置を説く見解は、これを行為の違法性から説く立場（行為無価値）と結果の違法性から説く立場（結果無価値）に分かれる（吉村・前掲は、あえて仕分けるなら、前者であろう）。もちろん、両者を統合した見解も存在しないわけではないが、しかし行為無価値論は結果無価値論を先取る理論として理解されており、原則として両者は異質である（「結果不法は、行為不法の発生根拠にすぎず、内容そのものではないから、不法行為における違法な行為（不法）の本質は結果不法か行為不法かと問われれば、行為不法と答える外はない」（四宮和夫『現代法律学全集10-ii 不法行為』（1985年）280頁）。それゆえ、本稿は行為無価値論と結果無価値論を折衷した立場も行為無価値論として扱う（結果無価値を支持する本稿にとって、行為無価値は批判の対象であり、この点は本論において触れられる）。

欺罔者の法益を軽視する。例えば、ある者は次のように述べる。「自由権は自由といふ點に本體があるのではなく、寧ろ不法に干渉せられないといふ所に本體がある。換言すれば、詐欺強迫等による加害行為が違法なのは自由権といふ利益を侵す點に在るのではなく、その行為が詐欺強迫といふ禁止規定又は公序良俗に反するものなる點に存すると謂はねばならぬ」³⁶。

この見解によれば、そもそも自由権の要保護性が低く捉えられ、それに連動して違法性の判断基準が被欺罔者の自由意思から欺罔者の加害行為（あるいは故意）へ移転し、その結果として自由意思は責任根拠の意味しか残らず、したがって契約の解消は制約される傾向が強まる。のみならず、この見解によれば、被欺罔者の自由意思は違法性の判断基準たる地位を失うから³⁷、法によって予定される詐欺取消制度の目的は被欺罔者の自由意思の保護ではなく、むしろ欺罔者の制裁へ転じる³⁸。しかし、民法は欺罔者に対する制裁法なのか。96条の規範目的は表意者の保

³⁶ 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（復刻版）』（2005年。初版は1937年）136頁。

³⁷ それは行為の違法性が重視されるからであり、つまり「故意があったかどうかは主観の問題であり間接的に認定するほかないが、そうなると、行為の違法性の評価が大きな影響を持つてくる」（大村敦志『消費者法（第4版）』（2011年）81頁）。詐欺の問題に限らず、とりわけ不法行為の領域において行為の違法性を重視する傾向が裁判例においても見られる点について、徳本伸一「判例の違法論」金沢法学45巻2号（2003年）39頁以下を参照。なお、徳本によれば、こうした行為の違法性を重視する違法論が、違法性と有責性の峻別論を否定させる一要因として指摘されている（同・40頁）。結果無価値の立場を維持する本稿は、後述するように、違法性と有責性を区別する。

³⁸ 「詐欺や強迫も、その結果表意者の健全な意思形成が妨げられた故にその効力を否定しうるものとする制度とみることのほか、詐欺者、強迫者の不誠実さを咎める制度とみること、さらには、それにより損害をこうむった者を保護する制度とみること、のどれもまったく可能である」（星野英一「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（1）連載にあたって」NBL469号（1991年）11頁）。その他に、「詐欺、強迫については、このような行為によって相手方の意思決定を歪める者の悪性に着目することも可能である」（大村敦志「契約内容の司法的規制（1）」NBL473号（1991年）37頁）。

護ではなかったのか。

仮に96条の規範目的を欺罔者の制裁として理解するならば、96条の適用可能性が縮減せられることは当然の帰結である。なぜなら、その成立要件の充足は非難に値する程度に達していなければならず、その認定は慎重を要し、その反面として96条の適用範囲は限定されるからである。少なくとも伝統的通説は、故意の要件を固持し、さらに二段の故意という制約を設け、そして欺罔者の行為態度を重視してきたのである³⁹。

以上の問題関係は、詐欺のみならず、ある程度において強迫にも妥当する。確かに、民法96条が詐欺の他に強迫を規定している理由は、詐欺と強迫の共通性に由来するのであろう⁴⁰。しかし、両者は根本的に異なる点も有する。すなわち、被強迫者は自身の意思決定自由に対する侵害を認識しているものの（被強迫者に当該行為が強迫であることを認識させなければ、強迫として意味を成さないから）、これに対して被欺罔者は自身の意思決定自由に対する侵害を認識していない（被欺罔者に当該行為が詐欺であることを悟られると、詐欺の意味を成さないから）⁴¹。つまり、被欺罔者が自身の意思決定自由を回復する契機は被強迫者より少ないのであるから、被欺罔者の要保護性を被強迫者の要保護性より高く評価することも可能であろう。

加えて、「自身の意思決定自由に対する侵害を認識していない」という状況は、相手方の過失に基づく言動によっても作出され得る。とりわけ、現代における社会制度の複雑化は詐欺を覆い隠す契機を与えるのみ

³⁹ とりわけ二段目の故意について、「此要件ハ甚重要ナルモノニシテ若此意思ニ出テス他ノ目的ヲ以テ事實ヲ虚示スルモ詐欺ヲ構成スルコトナシ」（富井政章『民法原論 第一巻』（1904年）375頁）。

⁴⁰ 「民法は詐欺による意思表示と強迫による意思表示とにつき共通の規定（第96条）を設けた。蓋し両者ともに他人の違法な行為に基因する表示であり、従つてまた表意者の保護を必要とする点に於いても同様だからである」（吾妻光俊『民法総則』（1967年）163-164頁）。

⁴¹ 「詐欺は、表意者は、自己のなした意思表示が本来ならなされなかったものであることを表意者が自覚していなかった点では、錯誤と共通であり、強迫は、表意者にこの点の自覚がある点では、心裡留保ないし虚偽表示に近い」（鈴木禄弥『民法総則講義（改訂版）』（1990年）147頁）。

ならず、自由な意思形成を困難ならしめているのであり、すなわち社会制度の複雑化それ自体が意思決定自由の侵害を誘発している。それゆえ、現代社会において被欺罔者を救済すべき要請は、確かに存在しているはずであるが、しかし伝統的通説は96条において厳格な諸要件を維持し続け、このことが現代的取引状況における96条の然るべき運用の可能性を奪い続けたのである。

第3款 学説の対応

学説は、このような状況において、96条の再検討という選択肢を避け、解決の糸口を他の法規範へ求めた。例えば、95条の錯誤無効であり、709条の損害賠償である。ところが、これは、さらなる問題と弊害を生み出した。まず、95条に基づく解決が問題である。96条に代わる救済方法として95条が優れていることを示すためには、96条に基づく詐欺と95条に基づく錯誤の双方が主張され、かつ後者のみが肯定される事案を挙げる必要がある。しかし実際は、96条に基づく詐欺と95条に基づく錯誤の両方が主張され、かつ後者のみが肯定される事例は少なく⁴²、大抵は両方とも否定される⁴³。それゆえ、95条は、96条に代わる救済手段と

⁴² 例えば、東京地判1994年（平6）5月30日金法1390号39頁、東京地判1997年（平9）6月9日判タ972号236頁、東京地判1996年（平8）7月30日判時1576号61頁⑤、横浜地判1996年（平8）9月4日判時1587号82頁②、東京高判2008年（平20）5月22日判時2015号47頁が挙げられる（ただし、上記の裁判例は一方で錯誤を肯定し、他方で詐欺に言及していないに過ぎず、詐欺が明確に否定されているわけではない点に留意されるべきである）。

⁴³ 例えば、大阪高判1963年（昭38）7月15日判時350号19頁、大阪地判1972年（昭47）9月12日判時689号104頁、東京地判1975年（昭50）1月30日金融法務事情754号35頁、東京地判1975年（昭50）10月6日判時802号92頁、浦和地判1982年（昭57）5月19日判時1062号122頁、大阪地判1986年（昭61）5月30日判タ616号91頁、大阪地判1989年（平1）2月13日判タ701号216頁、東京高判1989年（平1）3月29日金法1243号29頁、東京地判1992年（平4）9月29日判タ823号241頁、東京地判1993年（平5）2月10日判タ816号214頁、広島地判尾道支部1993年（平5）10月22日判タ839号233頁、大阪地判1993年（平5）11月10日判タ843号188頁、東京地判1993年（平5）11月29日判時1498号98頁、東京地判1994年（平6）3月15日判タ854号74頁②、東京地判1994年（平6）12月14日判時1536号69頁、

して必ずしも適切ではない。

たとえ96条に基づく詐欺と95条に基づく錯誤の双方が主張され、後者のみが肯定される事案が多数を占めたとしても、これ自体が問題である。96条に代わる救済方法として95条を強調する解釈は、いわゆる評価矛盾という理論的問題を生み出すからである。すなわち、96条より緩やかな要件によって成立する95条⁴⁴が、96条より強力な効果を発動することは矛盾ではないか⁴⁵、という問題である。これに対して、95条の無効とい

東京地判1995年（平7）1月27日金法1420号37頁、東京地判1995年（平7）8月29日判タ926号200頁、東京地判1995年（平7）9月6日判タ915号167頁、東京地判1995年（平7）10月4日金法1467号41頁、東京地判1995年（平7）12月22日判タ926号220頁、東京地判1996年（平8）1月22日判タ915号264頁、東京地判1996年（平8）2月21日判時1587号82頁①、東京地判1996年（平8）3月26日判時1576号61頁②、東京地判1996年（平8）8月29日判時1606号53頁、横浜地判1996年（平8）9月4日判時1587号82頁②、東京高判1996年（平8）12月24日判時1596号63頁、松山地判1997年（平9）4月16日判タ983号239頁、大阪地判1997年（平9）5月29日判タ960号166頁、東京地判1997年（平9）7月7日判タ946号282頁、東京地判1997年（平9）7月28日判時1646号76頁、東京地判1999年（平11）2月23日判タ1029号206頁、名古屋地判2001年（平13）6月28日判時1791号101頁、東京地判2001年（平13）12月20日判タ1133号161頁、東京地判2004年（平16）7月13日判時1873号137頁、東京地判2006年（平18）1月27日判タ1236号251頁、大阪地判2006年（平18）4月18日判時1959号121頁、大阪地判2008年（平20）4月18日判時2007号104頁、大阪高判2008年（平20）6月26日判時2022号14頁が挙げられる。

⁴⁴ 「詐欺に当たるとされる場合の方が、ほとんどの場合、錯誤よりも厳格な要件である」（磯村保「契約成立の瑕疵と内容の瑕疵（1）」ジュリスト1083号（1996年）84頁）。

⁴⁵ 例えば、武川幸嗣「契約の有効・無効と損害賠償の関係－不法行為法的救済の補充的機能を中心に」円谷峻・松尾弘（編）『損害賠償法の軌跡と展望（山田卓生先生古希記念論文集）』（2008年）516頁は、法律行為法的救済と不法行為法的救済の評価矛盾の可能性を指摘しつつ、「相手方の態様（意思決定への関与の度合いや、錯誤の対象事項が表意者の契約目的にとって重要な意味を有する旨に関する認識の有無など）あるいは、表意者の錯誤によって得た契約上の利益を適法に保持することの不当性・不公平など、相手方の態様も考慮要素として織り込むとすれば、詐欺要件の厳格性を補完しうる余地が認められよう。具体的には、契約の重要内容ないし前提に関する錯誤とまでいえなくても、表

う効果を、取消権へ近づけることによって、こうした矛盾の緩和を図る解釈も考えられた⁴⁶。しかし、民法が明記する95条の無効を取消的無効へ修正する解釈が許されるならば、民法が明記しない96条の故意要件を否定する解釈こそ民法に与えるダメージが少なく、許されるべきであろう⁴⁷。

そもそも95条と96条の法律効果の均一化それ自体が問題である。なぜなら、この均一化は結果として錯誤者と被欺罔者の要保護性の均一化を意味するが、しかし両者の要保護性は決して同一ではないからである。錯誤者と被欺罔者は、他人の干渉を受けたか否か、という点において決定的に異なる。すなわち、「單純ノ錯誤ハ多クハ當事者ノ過失ニ出ツルモノニシテ之ニ因リテ法律行爲ヲ取消サシムルトキハ往往ニシテ過失者ヲ保護シ却テ過失ナキ者ニ損害ヲ加フルノ結果ニ至ルヘシト雖モ他人カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ表意者ハ或ハ毫モ過失ナク又假令過失アルモ他人ノ非行ニ因リテ錯誤ニ陥リタル者ナリ」⁴⁸。自ら勝手に錯覚に陥る

意者にとって契約への拘束を決定づける重要な錯誤であり、それが相手方の不誠実な態様に起因する場合は挙げられようか」という。しかし、武川の理解によれば、「相手方の不誠実な態様」の証明は可能でありながら、なお詐欺の成立が困難な事例の存在が前提であるものの、そうした事例として如何なる事例が想定されているのか、故意を欠く「相手方の不誠実な態様」が考えられ得るのか、そもそも伝統的な通説は「相手方の不誠実な態様」から詐欺の違法性を捉えていたのではないのか、という疑問が残る。

⁴⁶ 例えば、椿寿夫「Ⅱ 錯誤無効と詐欺取消の関係」同（編）『法律行為無効の研究』（2001年）19頁以下のような、錯誤無効の取消化である。

⁴⁷ 椿・前掲注46・27頁によれば、「明文の規定がないかぎり認められない、と突っぱねる以外には考えられないのか。そうすることは、私の感想によれば保守度が強すぎる」。そして、椿は、「錯誤と詐欺をからめた無効と取消の対比問題」として無効の取消化を論じる。ところが、椿は96条の詐欺が抱える問題性には触れていない。つまり、一方で詐欺の解釈伝統を盲目的に支持し、他方で従来の錯誤論の枠組からしか効果論を展開しないなら、これこそ保守的である。むしろ、「明文の規定がないかぎり認められない」という姿勢は民法の条文に忠実なだけであって、健全かつ正当な立場であろう。

⁴⁸ 梅謙次郎『民法要義 卷之一（訂正増補四版）』（1897年）202頁。

者⁴⁹が、なぜ錯誤へ陥らされた者と同等あるいは同等以上の保護を受け得るのか。むしろ、被欺罔者は単なる錯誤者よりも強く保護されて然るべきである⁵⁰。それゆえ、95条によって96条を補完せしめる解釈は妥当ではない。

こうした95条の他に、96条の補完を図る解釈の問題性は不法行為法においても見られる。95条と96条は法律行為における意思表示の問題を扱う規定であるから、両者が同時的に（つまり、意思表示という次元で）競合することは理解できる。しかし、詐欺取消規定と不法行為規定は、事情が異なる。96条の詐欺は、欺罔者が相手方の意思決定自由へ干渉することによって相手方をして錯誤に陥らせ、そして当該錯誤に基づいて相手方をして意思表示せしめることによって完成する。少なくとも、意思決定自由という被侵害利益の保護を目的とする詐欺取消制度は、財産的損害の発生を要しない⁵¹。これに対して、詐欺不法行為は、この被欺罔者の意思表示と欺罔者の意思表示が合致することによって法律行為が完成し、かかる法律行為の効果に基づいて両当事者の財産関係に変動が生じ、このことによって相手方が損害を受けて初めて成立する。つまり、詐欺不法行為は成立要件として損害の発生を要するから、96条の詐欺よりも成立が遅れるのである⁵²。換言するなら、詐欺取消制度は、不法行為制度よりも先んじて、その適用の可否が問われる。

⁴⁹ 「錯誤の場合は自分で勝手に錯誤に陥る場合が一般的」(石田・前掲18・232頁)。

⁵⁰ 錯誤と詐欺は、「無効と取消との區別をする程本質的な差があるわけではない。他人の違法行為によるか否かの違である。むしろ、この点からすれば、後者の場合の方がより強く表意者を保護しなければならないはずである」(於保不二雄『民法總則講義』(1956年)188頁)。

⁵¹ 「詐欺ニ因ル意思表示ヲ取消シ得ベキモノトスルハ意思決定ニ不當ナル干渉アルガ爲ニシテ財産上ノ損害ヲ要件トスルモノニアラザレバナリ。此點ニ於テ不法行為タル詐欺ト其要件ヲ異ニス」(鳩山秀夫『日本民法總論(下卷)』(1924年)373頁)。

⁵² 契約の締結それ自体を損害として把握するならば、確かに96条と不法行為法の適用関係における時間差は解消されるのかもしれない。このような意味における不法行為の成立を肯定する意義は、一方で96条の詐欺を否定し、他方で過失相殺を適用する点に(のみ)存する。しかし、過失相殺それ自体が問題である。この点は後述する。

このことが、まさに96条における詐欺取消制度の存在意義でもある。すなわち、詐欺取消制度の存在意義は、たとえ金銭的補償は得られなくても、契約関係の継続それ自体を拒絶したい者に、当該契約関係から離脱することを認める点に存する⁵³。欺罔に基づく不必要な契約の如く、経済的価値として損害が発生していない類型（例えば経済的に10万円の価値を備える布団を、その必要性について欺罔することによって被欺罔者をして10万円で購入させる場合）も考えられ得るであろう⁵⁴。「ここではその契約当事者にとっては損害賠償を請求するよりも契約上の履行義務から解放されることが第一義的な関心事となる」⁵⁵。それゆえ、96条における詐欺の要件は詐欺不法行為の要件よりも軽く設定されなければ、96条は独自の意義を失うのである。

これに対して、96条の問題を不法行為法において処理するなら、例えば売買契約は締結されたが、しかし未だ売買代金が支払われていない段階において詐欺に気づいた被欺罔者たる買主は、詐欺の存在を認識しながら、あえて売買代金を支払うことによって財産的損害を発生せしめない限り、保護されない⁵⁶。さらに、96条の問題を不法行為法において処理する方法は、たとえ損害賠償請求権が肯定されても、法律行為の効力は依然として存続するのであるから、被害者は不法行為者の履行請求を

⁵³ 「詐欺的商法の被害者の願いは恐らく、交付した金員の返還または求められた金員交付の拒絶であろう。そのためには、公序良俗違反、錯誤等による無効または詐欺等による取消を理由とする当該契約の私法的効力の否定が想起される」（國井和郎「民事責任 詐欺的商法の不法行為処理と理論構成」判例タイムズ667号（1988年）64頁）。

⁵⁴ 「必要のない契約を結んでしまった場合のように、金銭に評価しうる損害は発生していないともいえるような被害（契約締結被害）も考えられる」（松本恒雄「消費者取引における不当表示と情報提供者責任（上）」NBL229号（1981年）7頁）。

⁵⁵ 本田純一「『契約締結上の過失』理論について」遠藤浩・林良平・水本浩（監）『現代契約法大系 第1巻 現代契約の法理（1）』（1983年）207頁。

⁵⁶ 「瑕疵ある意思表示を為さしめても、未だ財物を詐取するに至らないときは、刑法上未遂罪（刑二四六、二五〇）に該当し、その意志表示は取消せるが（民九六）、被害者に未だ損害のないときは、不法行為にならない」（宗宮信次『不法行為論』（1968年）318頁）。

拒絶できない、という不都合を残す⁵⁷。

96条と不法行為の関係は、こうした制度的問題に加えて、いわゆる評価矛盾の問題も無視できない。一方で96条における詐欺の成立を否定することによって違法性の存在を否定しつつ、他方で不法行為を肯定することによって違法性を肯定することは矛盾ではないか⁵⁸、という問題である。もちろん、詐欺を理由とする取消権を求めるか、詐欺を理由とする損害賠償請求権を求めるか、それは被欺罔者の自由である⁵⁹。しかし、それは被害者保護の観点から請求権者の自由な選択に委ねられているのであって、この選択権を裁判所に与える理由は無い⁶⁰。すなわち、96条と不法行為法の適用関係における評価矛盾の本質は、法の解釈および適用を司る裁判所が民法の体系を無視した解釈に基づいて判決を下している点に存する（敗訴者が評価矛盾の問題を援用した場合、裁判所は何と答えるのか。答えられないならば、裁判所の恣意的な法の適用という批判は免れないであろう。これは法の下での平等にも反する事態である）。

確かに、不法行為法に基づく処理は、損害賠償請求権と過失相殺の併用によって、取消権に基づく「全か無か」という硬直的な解決よりも、柔軟な解決を可能にする。しかし、このような「柔軟な解決」は、違法根拠の自由意思、すなわち被欺罔者の被侵害権利を犠牲にして成り立つ解釈である点に注意しなければならない⁶¹。例えば、ある者は、過失相

⁵⁷ この点について、潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題（2・完）」ジュリスト1080号（1995年）86頁を参照。

⁵⁸ 例えば、松岡和生「商品取引委託契約が有効に成立している場合に外務員の勧誘行為の違法性を理由として民法第七一五号第一項を適用することの可否（判旨積極）」判例評論174号（1973年）24-25頁。道垣内弘人「取引的不法行為－評価矛盾との批判のある一つの局面に限定して」ジュリスト1090号（1996年）137頁も参照。

⁵⁹ この点について、長尾治助「不法な勧誘にもとづき一般人主宰の株式投資グループに参加した出資者より勧誘者（主宰者）に対する損害賠償請求が認められた事例」判例評論336号（1987年）32頁の注14を参照。

⁶⁰ 「不法行為と法律行為との兩立し得る場合に於ては損害賠償請求権を行使すると取消権を行使するとは一に被詐欺者（被害者）の任意撰擇に屬する」（東京控訴院1912年（大1）9月17日法律新聞838号21頁）。

⁶¹ 行為無価値論の利点は法解釈における柔軟性を確保し得る点に存し（例え

殺の機能を次のように理解する。「いわば、意思表示の効力を割合的にしか廃棄しない詐欺取消であり、「被害者の意思形成の自由につき割合的保護を付与するものといえよう（割合的な詐欺取消）」⁶²。この理解によれば、如何に説明されようとも、法律行為の効力は維持される。すなわち、責任根拠の自由意思は完全に維持されつつも、違法根拠の自由意思は割合的な保護しか与えられないのである。

こうした違法根拠の自由意思を軽視する発想は、情報提供義務論においても見出される。例えば、ある者は、情報提供義務論を次のように理解する。情報提供義務の根拠は当事者間の情報格差であって⁶³、すなわち同義務論は原則として弱者たる消費者と強者たる事業者という枠組において語られ⁶⁴、そして情報提供義務は意思の自律を制限し⁶⁵、そのことによって契約自由を実質的に保障する⁶⁶、と。

しかし、情報提供義務論は、意思の自律の制限、すなわち責任根拠の自由意思を制限しているのもであって、それに対して違法根拠の自由意思を重視する発想が存在しているわけではない。そもそも、意思決定自由の侵害という観点によれば、加害者の属性（事業者であるか否か）は問われないはずである（意思決定自由は、何人によっても害され得るから）。すなわち、情報提供義務の適用範囲を当事者の属性に応じて区別する限り、同義務論は被欺罔者の被侵害権利の救済と結び付き難い。実際に、

ば、行為無価値論と密接に関連する社会的相当性の理論が示すように、その解釈の基軸は無内容と言える程に広く、その支持者から見れば柔軟性として映り、この立場に依拠することによって、例えば過失の注意義務も相当な伸縮性を獲得できる）、これは日本の民法学において行為無価値論が通説的地位を占めている一理由であろうが、しかし行為無価値論と詐欺取消制度の結合は自由意思の要保護性の低下を招く。この点は、後述する。

⁶² 橋本・前掲注19・149頁。

⁶³ 後藤卷則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（一）」民商法雑誌102巻2号（1990年）198頁（同『消費者契約の法理論』（2002年）へ収録）。

⁶⁴ 後藤・前掲注63・183頁。

⁶⁵ 後藤・前掲注63・200頁。

⁶⁶ 「情報提供義務は、一般的には契約締結過程における信義則に基づき、契約自由の実質的保障のために、情報力において優位に立つ当事者に課される義務である」（下森・前掲注2・476頁）。

フランスの情報提供義務論は、契約締結過程に信義則の観点を持ち込むことによって、相手方の行為態様を重視する意思表示理論を導く議論として理解されているのである⁶⁷。この理解は欺罔の違法性を重視する96条の伝統的解釈と大差なく⁶⁸、やはり意思決定自由の保護という観点からは情報提供義務論も問題を残している⁶⁹。

⁶⁷ 後藤卷則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（三・完）」民商法雑誌102巻4号（1990年）460-461頁（同『消費者契約の法理論』（2002年）へ収録）。

⁶⁸ 信義則を持ち出す点も問題である。すなわち、「違法性あるもの・即ち信義の原則に反する程度のものでなければ詐欺ではない」（我妻栄『民法總則』（1930年）437頁）。

我妻の違法論が行為の違法性を重視し、詐欺取消制度において欺罔者に対する制裁として機能し得る点は既に指摘した。信義則が制裁の機能を持ち得る点は現在においても積極的に肯定される傾向が見られる。この点について、例えば廣峰正子「信義則による不法の抑止と制裁－金銭消費貸借契約をめぐる最近の裁判所の動向を契機として－」立命館法学302号（2005年）147頁以下を参照。確かに信義則は常に詐欺取消制度と関係しているわけではないが、しかし信義則が適用される事例から共通して抽出される中身が「行為者の主観や先行行為を含む行為態様を考慮した実質的正義・衡平の実現であり」、このことが「当該当事者の非難性を問題とするから、ひいては、ときとして制裁や抑止を志向することにもつながりうる」のであるならば（廣峰正子「信義則再考－わが国の最高裁判例にみる信義則の役割－」立命館法学305号（2006年）127頁）、その基本的な発想は我妻が考える詐欺取消制度における信義則の意味と同一であろう。このことから従来の民法学の根底に制裁という発想が潜んでいることが窺われ、その一端が通説を介して96条における故意要件の問題性として現出している。

⁶⁹ もっとも、情報提供義務論の他の側面、すなわち故意の推定を導き出す点は注目される（後藤卷則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（二）」民商法雑誌102巻3号（1990年）33-338頁（同『消費者契約の法理論』（2002年）へ収録）。例えば、ある者は次のように述べる。「情報提供義務を負う者が、その情報が表意者の決断を左右することを認識した上で虚偽の事実を述べ、あるいはその情報を秘匿したことが明らかになった場合など、情報提供義務違反が当該情報を相手方が保有しないことおよびその情報の相手方にとっての重要性を認識して行われたときには、詐欺の故意を推定できるのではないだろうか」（横山美夏「契約過程における情報提供義務」ジュリスト1094号（1996年）135頁）。

むろん、保護が要請される自由意思の主体は基本的に経済的弱者（あるいは社会的弱者）であるが、ただし経済的弱者を保護することが必ずしも自由意思を保護することへ結び付くわけではない。例えば、約款規制あるいは公序良俗に基づいて契約自由の制限を正当化する議論は、経済的弱者の保護を図る議論として重要である。しかし、契約自由の制限を説く立場は責任根拠の自由意思を制約し⁷⁰、あるいは契約正義を説く立場は意思の問題から離れてしまう⁷¹。こうした立場と異なり⁷²、本稿は、

しかし、「情報提供義務を負う者が、その情報が表意者の決断を左右することを認識した上で虚偽の事実を述べ、あるいはその情報を秘匿したこと」は、誰が立証するのか。この立証の難易度は、96条における故意の立証の難易度と如何なる程度において異なるのか。あるいは、故意が推定されることによって、96条において問題視された厳格性が如何なる程度に緩和されるのか。仮に緩和されるとして、明文の根拠なき情報提供義務を導入する代償として、被欺罔者の意思決定自由たる被侵害権利性を無視することが、果たして民法の解釈として妥当であるのか。疑問が残る。

⁷⁰ この点について、白羽祐三「契約の自由－現代社会における契約の自由の意義（はたして自由があるか）、その機能」『契約法大系 I 契約総論』（1962年）1頁以下を参照。

⁷¹ この点について、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『岩波講座基本法学4－契約』（1983年）30頁および49頁を参照。

⁷² 例えば、星野・前掲注71・32-33頁によれば、「フランスでは、契約正義に並んで、契約における信義則の強調が著しく、「詐欺や強迫の場合は、詐欺者・強迫者の反倫理的・反社会的行為に対する制裁の要素があるがゆえにその契約の効力の否定が認められると考えられるようになる」。この理解が日本民法96条においても妥当するなら、少なくとも違法根拠の自由意思の保護という観点は消滅もしくは著しく減退する（詐欺と信義則について、前掲注68も参照）。

もちろん、想定されている事例の相違は無視できない。例えば、約款が付された保険契約あるいは暴利的な利率を含む消費貸借契約や不公平な約定が規定された借地借家契約は問題を抱える契約内容ではあるが、しかし被保険者あるいは借主にとって決して不要な契約ではなく、契約の締結それ自体は必要であり、かつ望まれている。ゆえに、締結された契約の全部を否定するのではなく、契約自由の原則を制限することによって一部の効力を否定する必要が生じるのである。これに対して、本稿が96条の枠組において想定する事例群は、必ずしも生活上必要不可欠ではない契約も少なくなく（その典型は金融商品の事例）、しかも主として「詐欺なかりせば契約を締結していなかった」類型であって、

より積極的な自由意思の保護の在り方を模索したいのである⁷³。

第4款 本稿の課題

自由意思の尊重は、決して我儘の奨励ではない。自由意思の保護は、決して我欲の擁護ではない⁷⁴。「意志の自由は人間の特権である。自由の

それゆえ意思自由保護の帰結として正当化される取消権によって契約の全部的解消が望まれるのである。

⁷³ 本稿の立場は、いわゆる意思主義の復権論あるいは意思を重視する立場と親和的であり、こうした立場から少なからず示唆を得ている（ただし、人間性無視に由来する民主主義の未定着に対する反省という出発点をも共有し得るか否か、は留保する。この出発点について、安井宏「最近のいわゆる『意思主義復権論』について」修道法学8巻1号（1985年）188頁）。しかし、例えば約款を念頭に置く原島重義は、やはり法律行為責任の在り方を問うのであり（原島重義「契約の拘束力・とくに約款と手がかりに」法学セミナー345号（1983年）35頁）、その意味において責任根拠の自由意思が重要な意味を持ち、それゆえ自由意思の侵害から導かれる法律効果（無効あるいは取消権）の問題ではなく、むしろ法律行為の解釈の問題へ転じるのである（原島重義「約款と『市民法』論」法の科学12号（1984年）23頁）。あるいは石田喜久夫は、確かに詐欺の問題を含め、詐欺が広く認められて然るべき旨も説くのであるが、しかし立証の困難を指摘するのみで（石田・前掲注14・9頁）、詐欺取消制度の再構成を図るわけでもなく、むしろ保護の方法を意思無能力制度に求める（石田喜久夫「契約の拘束力」遠藤浩・林良平・水本浩（監）『現代契約法大系 第1巻 現代契約の法理（1）』（1983年）101頁）。これは、意思を重視する結果として意思の否定という矛盾を孕む結論へ到達しているのであって、ここにも責任根拠の自由意思と違法根拠の自由意思を区別しない問題点が見出される。

なお、自由意思の価値を擁護する高橋三知雄（例えば「私的自治・法律行為論序説（3）完」法学論集24巻（1974年）6号）も、意思の瑕疵の問題に言及しているが（同・84頁）、しかし詐欺取消制度における自由意思の問題について必ずしも明言していない。

⁷⁴ 自由意思の偏重であってはならず、このことを問題視する指摘も見られる。例えば、浅野有紀「法のグローバル化における意思決定・自由・秩序」法科大学院論集（近畿大学）5号（2009年）99頁によれば、自由意思の偏重には、規範意識の衰退、協働関係の規範的意義の喪失、既存の秩序の崩壊等の弊害がある、という。さらに、山本顯治「契約交渉と市場秩序－シュミット－リンプラー再読－」神戸法学雑誌58巻4号（2009年）31頁が紹介する『「意思」を根

體系の中では、それは法的自由の保障となつてあらわれ⁷⁵、そして「法的自由の存立の基礎を成すものは個人の尊厳である」⁷⁶。自由意思の尊重は、個人の尊厳と離れ難く結び付いている。自己の意思を自ら決定し得る権利は憲法において保障される自由権の発露でもあり⁷⁷、憲法13条の幸福追求権から導かれる自己決定権も意思決定の自由を含む⁷⁸。違法根拠と責任根拠という相異なる側面を併せ持つ自由意思は、いずれの側面も一人間の尊厳を為す自由の重要な一部を構成しているのである⁷⁹。

元的価値とする見解においては社会における『人々の共同生活 (menschliches Zusammenleben)』が契約によりどのように『正しく秩序づけられるか』という問いの重要性が看過されている」というシュミット-リンプラーの批判は、意思の偏重に対する問題点をも示唆している。しかし、既に本稿において明らかにされたように、従来の詐欺取消制度の解釈においては欺罔者の行為自由が偏重されていたのであり、これに対して本稿は行為自由に対する自由意思の対等化を求めるに過ぎず、決して自由意思の偏重を説いているわけではない。このことは、本稿の結論として、96条1項の故意要件を過失へ引き下げる旨を説く点からも理解されよう。

⁷⁵ 尾高朝雄『自由の體系』(1950年) 5頁。

⁷⁶ 恒藤恭「個人の尊厳-自由の法理との連関から見た個人の尊厳について-」尾高朝雄教授追悼論文編集委員会(編)『自由の法理』(1963年) 30頁。

⁷⁷ 「諸個人が(他者の自由を害さない限り)、他からの干渉や拘束を受けずに、自らの事柄を自らの意志で自由に決定できるということは、近代初期の民主憲法に合意された自由権の原則に外ならない」(小林直樹『法の人間学的考察』(2003年) 287-288頁)。

⁷⁸ この点について、山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治-私法関係における憲法原理の衝突-(二)・完」法学論叢133巻5号(1993年) 5頁および同「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明(編)『現代法の展望 自己決定の諸相』(2004年) 16-17頁を参照。小林・前掲注77・287頁も参照。

⁷⁹ 自由意思を行使する主体は自然人一般であって、消費者に限られない。それゆえ、本稿において語られる被欺罔者の主体は消費者に限定されない。したがって、本稿は、本稿が取り扱う詐欺取消制度の問題を消費者問題に限定しているわけではなく、あくまでも法律行為一般の問題として認識している。このことは、本稿の対象が消費者契約法ではなく、民法96条であることから自明である(当事者の属性を問わず、取消権は発動される)。本稿の射程に関わる事柄でもあるから、念のために付言した次第である。

もちろん、欺罔者の行為自由も、経済的自由あるいは営業活動の自由⁸⁰として、憲法22条1項において保障されている⁸¹。それゆえ、被欺罔者の法益と同様に、欺罔者の法益も、等しく尊重されなければならない。ところが、民法96条における詐欺の故意要件は、既に指摘したように、被欺罔者の要保護性を欺罔者の要保護性に劣後させる。つまり、同条の故意要件が一方当事者（欺罔者）の経済活動の自由を、他方当事者（被欺罔者）の意思決定自由より優先させる結果を導いているのである⁸²。

⁸⁰ 本稿は、欺罔者の法益たる行為自由を、いわゆる経済的自由の意味として理解する。これに対して、被欺罔者の法益たる意思決定自由は、いわゆる精神的自由の意味として理解される。後者は、既に指摘したように、自己決定権として憲法13条によって保障される。

確かに、この意味における経済的自由も、これが自己決定を前提とする限り、自己決定権に包摂される、という見解も存在する（山田卓生『私事と自己決定』（1987年）343頁）。しかし、これに反対する見解も存在する（佐藤幸治『日本国憲法と「自己決定権」－その根拠と性質をめぐって』法学教室98号（1988年）15-16頁）。自己決定権の根拠規定たる憲法13条を「社会の必要に応じて生成される新しい人権の法的根拠」として理解するなら（伊藤正己『憲法（第3版）』（1995年）194頁）、既に根拠規定が存在する経済的自由あるいは営業活動の自由は憲法13条から区別されることが妥当である（佐藤・前掲・16頁も参照）。

⁸¹ 「憲法22条1項は、国民の基本的人権の一つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべきであり、ひいては、憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものといえることができる」（最判大1972年（昭47）11月22日刑集26巻590頁）。伊藤・前掲注80・358頁以下も参照。

⁸² 96条1項の故意要件は不当であるが、しかし一方当事者の意思決定自由と同様に他方当事者の行為自由も無視されてはならないのであるならば、たとえ96条1項における故意要件が不当であったとしても、少なくとも過失要件は維持されなければならない。これは、過失要件を通じて両当事者の法益保護の均衡化を図る趣旨であり、本稿の結論の一部でもある。ただし、詐欺を巡る今日の諸議論が少なからず事業者と消費者という局面において語られる限り、他方当事者の行動自由は自然人に属する権利という観点と必ずしも結び付かず、しかも事業者の活動は社会的有用性の観点から語られることが少なくない。このことが一方で行為自由を優越させ、他方で意思決定自由を劣後せしめる一因でもある。こうした観点からは、少なくとも「ハンドの定式」に依拠した過失論

民法は、そして憲法も、経済活動の自由と意思決定の自由に関して、その優劣関係を認めていない。欺罔者の法益も被欺罔者の法益も等しく尊重されるべきであるならば、従来の不当な解釈を是正する第一歩として、違法根拠の自由意思を尊重する積極的な保護の在り方が模索されるべきである。こうした自由意思の保護が他の規定ないし法理によって代替し得ないならば、自由意思の保護は96条を通じて図られるべきである。そして、96条における詐欺の故意要件を堅持することが現在の法体系の解釈として相容れないならば、96条における要件論は再考されるべきである。

確かに、「『詐欺』とは、もともと『わざとだます』という意味である。にもかかわらず、そこから『故意』の要件をはずしてしまうと、詐欺を語りえないところで『詐欺』があると言うことになりかねない」⁸³。しかし、「詐欺の概念の拡張は許されないというが、そもそも詐欺の概念は法律には明示されていない。概念の内容を左右しているのは、判例学説の背後にある理論であると言うべきだろう。もちろん、理論が果たしている役割を軽視すべきではないが、理論を修正変更することは不可能ではない」⁸⁴。

は疑問である。この点について、山本顕治「現代不法行為法学における『厚生』対『権利』 - 不法行為法の目的論のために -」民商法雑誌133巻6号（2006年）881頁以下を参照。

⁸³ 山本敬三「取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論 - 総括」ジュリスト1097号（1996年）128頁。

⁸⁴ 大村・前掲注37・400頁。リベラリズムに立脚した権利論を展開する山本が詐欺取消制度の拡張を許さず、これを大村が許容する点に、筆者は興味を覚え、同時に疑問を感じる。欺罔者の側から見た解釈に偏した従来の詐欺取消制度の理解へ権利論の視点が導入されるならば、むしろ山本説においても詐欺取消制度の拡張が支持されるのではないか、という感想を筆者は抱いていたからである。なぜ山本は詐欺取消制度の拡張を許さないのか。

山本・前掲注83の本文引用における「『詐欺』とは、もともと『わざとだます』という意味である」という理解は、欺罔者の側から見た詐欺であって、これを被欺罔者の側から見れば、詐欺を意思決定自由の侵害として定義し得るのであり、この後者の定義において故意は詐欺の必然の要件ではないはずである（「被欺罔者の救済の立場からは欺罔者に故意ありしや否やは本質的な問題ではあり

以上の問題意識から、本稿は、理論的分析を踏まえ、96条の詐欺取消

得ない」(内田力蔵「英法に於ける善意不實表示に就いて(一)」法学協会雑誌53巻5号(1935年)836頁))。少なくとも、詐欺を欺罔者の側から解釈しなければならない旨の論証は未だ示されていないし、詐欺を被欺罔者の側から解釈してはならない旨の論証も未だ示されてはいない。ならば、なぜ山本は後者の意味における詐欺の解釈の可能性を否定するのか。この疑問は、あるいは次のように考えるならば、解消されのかもしれない。周知の如く、山本は権利論と密接に関連する基本権保護義務論を展開する。これは国家をして基本権保護義務を負わしめ、かかる保護義務の履行を求める方法を正当化する議論である。そして、その履行方法として、例えば裁判所の判決あるいは国会の立法が考えられている(山本・前掲注78「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」・13頁)。しかし、少なくとも96条の問題に関して、裁判所の役割に期待することはできない。なぜなら、96条における詐欺取消制度に関連する諸問題は、本来的に裁判所の硬直的(例えば、厳格な要件の維持)かつ場当りの(例えば、評価矛盾の放置)な態度に由来しているからである。それゆえ、次いで国会の立法に基づく基本権の保護が考えられる。立法を通じて96条の問題を解決する方途は、十分に考えられ得るであろう。しかし、この意味における基本権保護義務論は一種の(あるいは、まさに)立法論であって、つまり換言するならば、96条における詐欺取消制度の問題点が理論あるいは解釈によって解決されるならば、この局面における基本権保護義務論は(完全ではないにしても)その意義を失う。したがって、山本の理解によれば、現在の96条の枠組を前提とする限り、詐欺取消制度の拡張を図る方向へ向かないのである。

以上の推測は邪推の域を出ないが、しかし既に山本は、例えば消費者契約法の不十分性を説き、立法論として民法における不実表示の導入を示唆していたし(山本・前掲注78「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」・27頁)、近時の債権法改正に伴う法律行為法における改正提案において、不実表示規定の導入が提案されているのである(山本・前掲注17・35頁。民法(債権法)改正検討委員会(編)『債権法改正の基本方針』別冊NBL126号(2009年)30-31頁も参照)。山本は、立法的解決が実現する間の当座の措置として、錯誤法の拡充を唱える(山本・前掲注83「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」・27頁)。しかし、前述したように、これは評価矛盾の拡大を意味するのであって、やはり山本の主眼は立法に置かれていることが窺われるのである。

仮に不実表示法の導入が実現すれば、本稿が想定する96条の詐欺取消制度に関連する諸問題は(少なくとも理論的見地から)一挙に解決される可能性が開かれるであろう。ゆえに、本稿は不実表示法の導入について反対ではない。しかし、不実表示法の導入の検討それ自体が過失行為から意思決定自由が保護さ

制度における法益たる自由意思と要件たる故意を違法性と責任という観点から相互に検討し、その是非の判断を通じて、現代における詐欺取消制度の在り方を再考する。

第2節 本稿の構成

前節において確認した課題を達成するために、本稿は以下の構成を採用する。まず、全体を2部から構成し、第1部としてドイツ法を検討し、第2部として日本法を検討する。ドイツ法という比較法的対象を取り入れる理由は、そのことによって日本における解釈伝統から発想し得ない解決可能性を探り得るからであり、しかも日本民法典における法律行為制度の母法がドイツ民法典（の第一草案）であるからである⁸⁵。

れるべき要請の存在を示唆しているはずであり、このような要請に対して現在の民法に如何なる可能性が残されているのか、現在の96条が担う本当の役割は何か、こうした問に答えられない限り、改正後の民法でさえ被害者の救済に際して不当な桎梏を課せられる可能性が残るであろう。ゆえに、本稿は、96条を検討する（なお、大村も過失の詐欺を肯定するわけではなく、「事業者側に積極的な悪意がないという場合までを詐欺でカバーすることは困難である」、という（大村・前掲注37・97頁））。

⁸⁵ ドイツ法の詐欺取消制度を扱う先行業績として、内田力蔵「英法に於ける善意不實表示に就いて（一）」法学協会雑誌53巻5号（1935年）67頁以下、田中教雄「十九世紀ドイツ普通法における詐欺・強迫理論とドイツ民法典の編纂過程」石部雅亮（編）『ドイツ民法典の編纂と法学』（1999年）249頁以下、同「詐欺取消しにおける『故意』と『違法性』の要件に関する一考察—消費者契約法第四条とドイツ民法第一二三条—」法政研究70巻4号（2004年）397頁以下、内山敏和「情報格差と詐欺の実相—ドイツにおける沈黙による詐欺の検討を通じて—（1）・（2）・（3）・（4）・（5）・（6）・（7・完）」早稲田大学大学院法研論集111号（2004年）1頁以下・113号（2005年）1頁以下・114号1頁以下・115号1頁以下・116号27頁以下・117号（2006年）19頁以下・119号1頁以下、右近潤一「ドイツにおける詐欺取消しの違法性要件」京都学園法学1号（2006年）53頁以下が存在する。

これら先行業績が残した共通の問題は、ドイツ法の検討を踏まえた日本法の研究・分析の不十分であり、もちろん全く為されていないわけではないが、しかし十分ではない。さらに個別の問題点を挙げるなら、まず内田研究は詐欺取消制度を被欺罔者の救済ないし保護として捉えつつも、その被侵害権利を意味

第1款 ドイツ法

第1部のドイツ法は、2章から構成される。第1部の第1章において

する意思決定自由の由来あるいは要保護性について触れられておらず、詐欺取消制度の規範目的を十分に正当化できていないのであって、この点に問題点を残している（なお、「被欺罔者の救済の立場からは欺罔者に故意ありしや否やは本質的な問題ではあり得ない」という内田の指摘（28頁）に対しては本稿も賛成であり、そのことを正当化することが本稿の主たる目標でもある）。続く田中研究は特に2004年の論文において詐欺と違法性の関係に注目し、故意を違法性の根拠として見る主観的違法要素が詐欺取消制度の原則的要件である旨を説くのであるが、しかし主観的違法要素を認めることが行為無価値へ傾かせ、そのことが意思決定自由に対する侵害を違法として理解する結果無価値と相容れないにもかかわらず、つまり主観的違法要素の根拠が詐欺取消制度の理解にとって重要であるにもかかわらず、この根拠に関する論証は全く為されておらず、このことから詐欺取消制度の規範目的に関する理解の不明確性も免れず、この点に問題を残している（なお、「『二重の故意』のうち、特に前者の『人を欺いて錯誤に陥れようとする故意』の有無が、欺罔行為の違法性に影響することは否定できないであろう」という田中の指摘（411頁）は、この意味の故意を主観的違法要素として捉えるか否かは別としても、詐欺取消制度を意思決定自由の保護として理解する観点からは重要であり、本稿も同様の理解であって、この点は後述する）。次の内山研究は不作為の詐欺に限定した議論を展開しているが、しかし詐欺に限らず、行為の基本形は作為であり、しかもドイツ法の詐欺取消制度における主たる議論（例えば契約締結上の過失法理による詐欺取消制度の補完）は基本的に作為の詐欺について争われた裁判例が対象であって、そもそも不作為という行為概念それ自体が特殊な問題を含んでいるのであり、この点に問題を残している（なお、「故意として未必の故意で足りることは、よく考えれば、当然のことのようにも思える。しかし、従来わが国では、あまり意識されることのなかった点ではなかろうか」という内山の指摘（(2)・7頁）は先駆的な問題提起であり、本稿も意識した点であって、この点は後述する）。最後に、右近研究は労働契約の裁判例（のみ）を取り上げているが、しかし労働契約において争われる詐欺取消制度を巡る議論は、後述するように、他の類型に比べて特殊性を有するのであり、ここからドイツ法の詐欺取消制度の一般的な性格を語ることはできず、この点に問題点を残している（なお、「『社会的妥当性』として説明される『違法性』という概念によって、十分な説明のないまま取消権を排除するのは考えものである」という右近の指摘（66頁）に対しては本稿も賛成であり、この点は後述する）。

は、詐欺の前史として、ローマ法から現行民法典に至る詐欺論の歴史的経緯を確認する。まず詐欺取消制度の起源たるローマ法から遡り、中世の神学や啓蒙期自然法学説を経て、さらに19世紀の詐欺論を通じて現行民法典へ至る過程を確認する。この間において、ローマ法の *dolus* が既に詐欺と故意の意味を有していたこと、*dolus* の法律効果が主として私的刑罰であったこと、いわゆるローマ法の再発見に寄与した教会によって詐欺と原状回復の関係が確立されたこと、神学として展開された自由意思論がプロイセンにおいて栄えた啓蒙期自然法学説によって詐欺と結び付けられたこと、19世紀の初頭から登場した歴史法学派が詐欺の解釈をローマ法へ振り戻したこと、しかし19世紀後半以降の経済自由主義が現行民法典の成立過程においてプロイセンの自然法学説の影響を及ぼしたこと、そして理由書において詐欺と自由意思が再び結び付けられたことが確認されるであろう。歴史的経緯を検討する理由は、以上の如く、詐欺の歴史は古く、沿革的考察なくして詐欺を語ることはできないであろうからである。

続く第1部の第2章においては、理論的側面をも重視した分析方法に基づいて、詐欺論の展開過程を追う。まず現行民法典の成立から戦前の議論を経て、そして戦後から債務法改正へ至る議論を確認する。この間において、自由主義に対する批判から自由の概念が次第に制限されたこと、戦前のナチズムおよび社会的相当性理論の登場によって個人的法益も制限されたこと、一方で戦前の議論が詐欺取消制度の解釈にも影響を及ぼしたこと、しかし他方で戦後の、とりわけ1960年代以降から労働問題や消費者問題を通じて意思決定自由を含めた個人的法益が重視され始めたこと、判例および学説が詐欺取消制度における故意要件の厳格性を契約締結上の過失法理によって補完したこと、これが債務法改正へ結実したこと、さらに同法理による補完のみならず、判例は故意の概念を拡大することによって実質的に過失へ近づけていることが確認される。周知のように、違法性および責任あるいは故意に関連する議論は私法学よりも刑法学において顕著であり、これを無視することはできず、むしろ参照することが有益であって、ゆえに本稿においては必要な限度において刑法学の知見をも援用する。

第2款 日本法

以上のドイツ法の検討に基づいて、次いで第2部の日本法を検討する⁸⁶。日本法の構成と分析視点は、原則としてドイツ法と同様である。ただし、第2部の第1章において第1部の第1章と第2章に相当する内容を扱い、第2部の第2章はドイツ・日本の裁判例の比較検討に当てられる。まず、第1章においては、詐欺の前史として、律令から現行民法典に至る詐欺論の歴史的経緯を確認し、さらに通説の形成期として戦前の議論をも含めて確認する。西洋法思想の流入前において自由あるいは権利の観念を知らなかった日本法思想が意思決定自由の保護という発想と無縁であったこと、西洋法思想の流入によって一応は権利本位の法律観に立脚した現行民法典が成立したこと、しかし個人主義に対する批判に基づいて権利本位の法律観が社会本位の法律観へ転回せられたこと、社会本位の法律観が個人的法益を軽視していたこと、そして詐欺と自由

⁸⁶ 従来の民法96条の研究は、その沿革的研究が中心であり、柳澤秀吉「登記の公信力と民法九四条二項、九六条三項の意味」法学志林70巻1号（1972年）71頁以下、松尾弘「権利移転原因の失効と第三者の対抗要件－虚偽表示、詐欺取消および解除を中心として－」一橋論叢102巻1号（1989年）78頁以下、中舎寛樹「民法九六条三項の意義－起草過程からみた取消の効果への疑問－」南山法学15巻3・4号（1992年）15頁以下、田中教雄「日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程－不当な勧誘に対処する手がかりとして－」香川法学13巻4号（1994年）515頁以下、武川幸嗣「法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説－民法九六条三項の意義と法理を中心に－」法学研究69巻1号（1996年）513頁以下が存在する。もちろん、本稿においても立法過程の検討は重要な意味を持ち、その部分は上記先行業績に依拠している。

それ以外の詐欺取消制度を中心に扱う先行業績として、高畠英弘「民事上の詐欺の違法性に関する一考察－セールストークの許容性を中心に－」磯村保[ほか]（編）『民法学の課題と展望：石田喜久夫先生古希記念』（2000年）163頁以下が存在する。高畠研究は、その結論として「積極的欺罔行為について、従来の総合的・相関関係的違法性評価を排し、これを原則違法とする枠組みを提唱する点」を説き、その論証を今後の課題として残している。行為の違法性を重視するのか、意思決定自由侵害の違法性を重視するのか、という点について高畠研究は若干の疑問を残しているが、しかし後者であるならば、本稿の理解と基本的に同一であり、高畠研究が残した課題は本稿の課題でもある。

意思の関係も希薄化したことが確認される。さらに、戦後から近時に至る詐欺論の展開過程において、まず戦前の社会本位の法律観が目的的行爲論によって理論的に裏付けられたこと、1960年代から詐欺の事例として増加した先物取引等の投機性の高い取引においては被害者の落ち度が強調されたこと、完全なる契約解消よりも損害賠償による解決が好まれたこと、過失相殺の適用によって被欺罔者の保護が割合的に低減せられたこと、これに対して確かに1990年代前後から自己決定権論に基づいて人間の尊厳あるいは意思決定自由の要保護性が強調され始めたが、しかし96条の詐欺取消制度においては依然として厳格な要件が固持されていることが確認される。

続く第2章においては、ドイツおよび日本の裁判例を比較検討する。事案類型は総じて類似しているものの、前者に比べて後者の裁判例は詐欺の故意を厳密に捉え、詐欺を容易に肯定しない傾向が指摘される。もともと、近時の立法動向、例えば消費者契約法や金融商品販売法あるいは(債権法改正の一環として検討されている)不実表示の制度から、過失の詐欺に基づく被害の救済の必要性が窺われ、96条の要件としても過失が妥当であること、その帰結として違法根拠の自由意思の重要性および要保護性が確認される。

(未完)

[付記] 本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文「民事詐欺の違法性と責任」(2011年3月24日学位授与)に加筆・修正したものである。