

民事詐欺の違法性と責任（3）

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	
第1款 ドイツ民法典の成立前期	
第1項 自然法学説と歴史法学派	
第2項 経済自由主義の影響	
第2款 ドイツ民法典の成立過程	
第1項 詐欺取消規定の立法過程	
第2項 不法行為規定の立法過程	(以上、本号)
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	
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	

第2節 19世紀の詐欺論

第1款 ドイツ民法典の成立前期

第1項 自然法学説と歴史法学派

(1) 自然法学説の衰退

① その背景

ローマ法における *dolus* は欺罔者の行為態様に着目していたのであるが、しかしキリスト教思想から展開された自由意思論が法的概念として自然法学説へ受け継がれ¹⁹⁹、その成果としてプロイセン一般ラント法における民事詐欺は被欺罔者の自由意思を害する行為として理解された。後述するように、ドイツ民法123条1項の詐欺取消制度の目的も意思決定自由の保護として理解されている。それゆえ、プロイセン一般ラント法における詐欺解釈が19世紀を支配し続けていたなら、この解釈と現行ドイツ民法典の関連は明快である。ところが、以下の事情から、自然法学説は次第に衰退し、このことによって詐欺解釈は再びローマ法の *dolus* へ近づいた。そこで、まず自然法学説が衰退した背景について簡単に確認する。

フランス革命を通じて軍事力を増したフランスに対して、他の小さなドイツ諸国家はフランスと同盟を結ぶことによって存立の可能性を求め、いわゆるライン同盟が1806年7月に締結された²⁰⁰。この同盟によっ

¹⁹⁹ 自然法学説の影響は刑法学においても見られ、例えばフォイエルバッハ (Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833) は詐欺を真実性に対する権利の侵害として理解した (Paul Johann Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1801 (Neudruck 1996), S. 12-13 u. 359)。フォイエルバッハの見解は19世紀における刑事詐欺解釈学の出発点であった (Michael Pawlik, *unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, S. 115)。詐欺を真実に対する権利の侵害として捉える解釈は Conrad Cucumus, *Ueber das Verbrechen des Betrugs*, 1820, S. 3 u. 70においても見出された。

²⁰⁰ ランケ (村岡哲 訳) 「列強論」林健太郎 (編) 『世界の名著 続11』 (1974年) 70頁以下、ハフナー・前掲注146・144-145頁および151頁、フルブロック・前掲注60・144頁、ハルトウング・前掲注112・228頁、ゲルハルト・シュック (屋敷二郎 訳) 「ライン同盟規約と近代ドイツ立憲主義の端緒」一橋法学3巻2号

て、例えばバーデンにおいては、フランス民法と若干の補充条項を加えた法典がバーデン地方法として成立し、これは1900年まで効力を有した²⁰¹。プロイセンは1806年にフランスと戦争を開始し²⁰²、これに敗れたものの、この敗戦はプロイセンにおける改革の契機を与え²⁰³、いわゆる解放戦争（1813年から1814年）においてプロイセンはフランス軍を破り²⁰⁴、これによってドイツ資本主義経済が発展する条件も整えられた²⁰⁵。問題は法典の整備であり、ドイツ解放を契機としてティボー（Anton

（2004年）489頁を参照。

²⁰¹ 「ナポレオン法典が、プロイセン一般ラント法典（ALR）と同様、市民的な自由と平等にのみ関するかどうかは、問題であり、さらに「ライン同盟時代のナポレオン法典の継受の試みは、その多くが挫折したけれども、その後のドイツの自由主義の発展に貢献した」という評価も見られる（五十嵐清「ドイツにおけるナポレオン法典の継受 - Fehrenbach, Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht; die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten, Göttingen, 1974の紹介 -」北大法学論集29巻3・4合併号（1979年）798-799頁および809頁）。この間の経緯がドイツ史の全体的評価に与える影響については本稿において検討し得ないものの、現行ドイツ民法典における総則編の部分草案の担当者たるゲープハルトがバーデン出身者であった点は、詐欺取消制度の理解において重要である。この点は後述する。

²⁰² プロイセンが開戦へ踏み切った理由は、必ずしも明確ではない。この点について、フルブロック・前掲注60・152頁を参照。

²⁰³ フルブロック・前掲注60・144頁を参照。例えば、世襲隷民制の廃止、土地売買と職業選択に対する拘束の廃止、あるいは一般兵役義務の導入など（ハルトゥング・前掲注112・340-344頁）。

²⁰⁴ 「プロイセン的 - 国民ドイツ的パースペクティブに支配された第一の時期に特徴的であるのは、ライン同盟とプロイセンの対照であり、プロイセンは、一八〇六年の対ナポレオン敗戦以後、改革によって再び強力となり、反ナポレオン運動の中心となって、一八一三年 - 一四年の解放戦争におけるナポレオンの没落をもたらしたとされる」（ゲルハルト・シュック（権左武志・遠藤泰弘 訳）「ライン同盟の改革と一八〇〇年前後の連続性問題」北大法学論集55巻5号（2005年）2029頁）。

²⁰⁵ フルブロック・前掲注60・147-149頁を参照。プロイセンの復興・躍進は、プロイセン一般ラント法と現行ドイツ民法典の関係において重要な意味を持つ。この点は後述する。

Friedrich Justus Thibaut, 1770-1840) は全ドイツに適用される法典の制定を主張したのであるが、しかしサヴィニー (Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861) はティボーの法典統一論に反対し、さらに自然法にも反発した。サヴィニーの理解によれば、自然法は、法にとって欠くべからざる民族の特性を理性に基づいて削ぎ落とし、結果として民族から精神生活の最良部分を奪うからである²⁰⁶、という。そして、サヴィニーは、制定法的拘束力を受けないローマ法学に目を向け、自然法学の結晶たるプロイセン一般ラント法にも攻撃を加えたのであった²⁰⁷。

サヴィニーの歴史法学派の影響は周知であろう。歴史法学派の登場によって、プロイセン一般ラント法における私法分野の学問的発展は停滞し²⁰⁸、プロイセン一般ラント法の成立から間もなくして、ドイツにおける自然法時代は終焉を迎えた²⁰⁹。そして、このことは詐欺解釈にも影響を及ぼしたのである。

②詐欺と自由意思の乖離

当時の詐欺の解釈論においても、ローマ法に近い理解が見られる。例えば、ダベロフ (Christoph Christian Dabelow, 1768-1830)²¹⁰は意思の

²⁰⁶ Friedrich Carl von Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1814, S. 11-13 f. u. 115-117.

²⁰⁷ ヴィーアッカー・前掲注51・419頁および476頁。

²⁰⁸ ヴィーアッカー・前掲注51・420頁。確かにサヴィニーはプロイセン一般ラント法を講義していたが、しかしプロイセン法がパンデクテン法から逸れている点を簡単に紹介しているに過ぎず、実質はローマ私法の講義であった。サヴィニーのプロイセン法講義について、石部雅亮=野田龍一「イエーニゲン稿『サヴィニー・プロイセン一般ラント法講義』(1)」法政研究48巻1号(1981年)196頁を参照。

²⁰⁹ Hermann Conrad, in: Vorträge über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), 1960, hgg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer, S. XIX.

²¹⁰ ダベロフは、ネットェルブラット (Daniel Nettelbladt, 1719-1791) の弟子であり、ネットェルブラットはヴォルフの弟子であった (ヴィーアッカー・前掲注51・394頁以下)。ネットェルブラットについて、「法律行為の概念は、中世の一方的約束 (promissio) にその萌芽をもつ長い歴史的発展の産物であるが、そ

自由を法律行為の第一条件として理解せず、さらに詐欺の存否を判断する基準として、錯誤が他人によって惹起されたか否か、かかる惹起が意図的に行われたか否か、その際に利得する目的または加害の目的が存するか否か、を重視する²¹¹。すなわち、ダベロフの詐欺論によれば、プロイセン一般ラント法の理解と異なり、被欺罔者の意思自由に対する侵害という観点は詐欺解釈の要素として取り入れられず、むしろ解釈の基点は欺罔者であって²¹²、この意味においてローマ法における *dolus* の解釈へ接近しているのである²¹³。

れが確立したのは、ネットェルブラットあたりであると考えて間違いなかろうと思う」(浜上則雄「法律行為論の『ローマ・ゲルマン法系』的性格」阪大法学65号(1968年)19頁)。

²¹¹ Christoph Christian Dabelow, Handbuch des Pandecten=Rechts, 2. Teil, 1817, S. 22 u. 25.

²¹² このことは、本人も指摘している。Dabelow, a.a.O. (Fn. 211), S. 25.

²¹³ 自由意思を法の基盤ないし出発点として認めるヘーゲル (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, 1770-1831) も自由意思と詐欺を結び付けているわけではない (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, 1821 (Neudruck 1970), § 4 u. § 99 Zusatz (ここで、ヘーゲルは、自由意思を否定するフォイエルバッハの見解を批判している)。なお、同書の邦訳として、例えばヘーゲル (藤野渉・赤澤正敏 訳)「法の哲学」岩崎武雄 (編)『世界の名著 35 ヘーゲル』が存在する。以下では、同邦訳書を引用する)。むしろヘーゲルによれば詐欺は犯意なき不法 (unbefangenes Unrecht) と犯罪 (Verbrechen) の中間に位置する独立した不法類型であり、しかもヘーゲルの理解によれば犯意なき不法は刑罰を生ぜしめないが、しかし詐欺は刑罰を生ぜしめ (ヘーゲル・前掲・289頁および292頁)、むしろ詐欺と犯罪は犯意ある不法 (begangnen Unrecht) として同置させることも可能であって、つまり詐欺は犯意なき不法よりも犯罪に近い。この点について、Rudolph von Jhering, Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, S. 5 mit Fußn. 1を参照。さらに、Alexander Löffler, Unrecht und Notwehr, ZStW 21 (1901), S. 545.; Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911 (Neudruck 1966), S. 120も参照。

その後、ヘーゲルの詐欺解釈は支持されていない。例えば、イエーリングの評価によれば、ヘーゲルの理解は不法行為の一種である詐欺を強引に類概念

自然法学説の衰退は刑法学においても見られた。権利を重視する哲学的形式の命題は必ずしも実定法と一致せず、このことが実務に弊害と混乱を引き起こし、批判され始めたのである²¹⁴。例えば、ビルンバオム（Johann Michael Franz Birnbaum, 1792-1877）は権利侵害に代えて、財の侵害という観点から犯罪を捉えるべき旨を説き²¹⁵、これを詐欺罪にも妥当させている²¹⁶。本稿が注目する点は、ビルンバオムが刑事詐欺と対比された民事詐欺として *actio doli*（のみ）を挙げている点である。ビルンバオムによれば、詐欺は策略的挙動によって他人に不利益を与えることを意味し、これに相当する概念がローマ法の *dolus malus* であって、

へ押し込める内容であり、法律家にとって理解し難い区分であった、という（Jhering, a.a.O.）。ただし、ヘーゲルの犯意なき不法は後にイェーリングによって提唱される客観的違法論の基礎であり、客観的違法論と詐欺論の関係については後述する。

²¹⁴ Richard Loening, *Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts*, ZStW 3 (1883), S. 330. 内藤謙「刑法における法益概念の歴史的展開（1）」東京都立大学法学会雑誌6巻2号（1966年）241頁も参照。

²¹⁵ J. M. F. Birnbaum, *Ueber das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, Archiv des Criminalrechts, N.F. 1834, S. 150 u. 172-176. ビルンバオムの主張は、現在に至る法益論に影響を与え、刑法学史において重要な位置を占める。この点について、内藤・前掲注214・242頁以下、杉藤忠士「刑法における実質的法益概念とその機能—とくにフォイエルバッハからペンディングまで—」青山法学論集13巻3号（1971年）161頁以下、伊東研祐『法益概念史研究』（1984年）29頁以下を参照。もっとも、確かに法益論は権利侵害説に対する批判として登場したのであるが、しかし後の理解によれば法益は権利も包摂するのであって、結局は権利侵害が法益侵害を意味し、これによって違法性を基礎づける理解へ連なる。これはドイツ民法典の起草過程においても重要であり、この点は後述する。

²¹⁶ J. M. F. Birnbaum, *Beitrag zur Lehre von Fälschung und Betrug, insbesondere über die sogenannte Verletzung des Rechts auf Wahrheit als Hauptmerkmal der Fälschung*, Archiv des Criminalrechts, N.F. 1834, S. 527-536.

さらに *actio doli* と *crimen stellionatus*²¹⁷ は類似する成立要件を備える²¹⁸、という²¹⁹。

このように、当時の学説が自然法学的詐欺解釈から離反している様子が窺われる。この点について、さらに以下でも確認する。

(2) 歴史法学派の台頭

① サヴィニーの詐欺論

自然法学説の衰退に伴い、民事詐欺の解釈は自由意思から離れ、ローマ法の理解に近づいた。このこと自体がサヴィニーの歴史法学の直接の影響であるか否か、は必ずしも明確ではない。しかし、ローマ法に依拠した民事詐欺に関する最も重要な論者は、やはりサヴィニーであろう。そこで、サヴィニーの詐欺論を概観する。

²¹⁷ *stellionatus* はローマ法における刑事詐欺を意味する。この点について、前掲注29および Birnbaum, a.a.O. (Fn. 216), S. 552も参照。

²¹⁸ Birnbaum, a.a.O. (Fn. 216), S. 550-551 f.

²¹⁹ こうした理解はビルンバオムのみではない。例えばガイプ (Gustav Geib, 1808-1864) は、権利侵害説に対するビルンバオムの批判を基本的に支持し、さらに民事詐欺と刑事詐欺の画定基準として、例えば損害の程度を挙げ、軽微な損害は民事法上の請求権 (*actio de dolo*) を基礎づけ得るが、しかし刑法の適用を受ける詐欺は一定程度以上の損害が必要であって、その程度は民族の見解 (*Volksansicht*) によって判断される旨を説く (Geib, a.a.O. (Fn. 29), S. 111-133 f. 当時の実務も詐欺罪を肯定する前提として損害の発生を要求していたようである。この点について、Günther, *Betrug*, aus: Julius Weiske, *Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten*, Bd. 2 (1840), S. 91を参照)。ガイプもビルンバオムと同様に、民事詐欺としてローマ法の *actio doli* を挙げるのみである。

ガイプの見解においては、民族の見解という用語が多用されている点も注目される。ガイプによれば、「全ては常に変転し、民族から生まれ、民族の内に生きる見解に左右される」、という (Geib, a.a.O. (Fn. 29), S. 123)。ガイプの理解がサヴィニーの歴史法学派と如何なる関係に立つか、という点は必ずしも明確ではない。しかし、サヴィニーの歴史法学派が当時の刑事法の領域に対しても影響を及ぼしていたことは指摘されている。この点に関して、Peter Sina, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“*, 1962, S. 14および内藤・前掲注214・239頁の注8も参照。

確かにサヴィニーは自然法学説を退けたが、しかし自由意思の意義を完全に否定しているわけではなく、自由意思が法律関係において活動し得る余地を認める²²⁰。ただし、サヴィニーは、自由意思の作用よりも、ローマ法の原理を重視する。すなわち、サヴィニーによれば、例えば錯誤を理由とする意思表示が全て無効であるならば、詐欺に基づく契約も無効になるはずであるが、しかし特定のローマ法源を見る限り、錯誤に基づく意思は意思として作用しておらず、その証拠が *dolus* の理論であって、ローマ法は詐欺に関しては錯誤の詐欺による発生に注目しているのであり、それゆえローマ法においては詐欺それ自体が法律関係の単独の発生原因であって、したがって詐欺は意思表示の有効性に何ら影響を与えず、むしろ詐欺に見出される反良俗性（*Unsittlichkeit*）が実定法的反作用を生み出し、これが不法（*Unrecht*）として認識される²²¹、という。そして、サヴィニーによれば、詐欺の要件として、相手方の不利益へ向けられた悪しき意図（*böse Absicht*）が存在しなければならない²²²、というのである。

以上の如く、サヴィニーは欺罔者の違法性を重視する²²³。サヴィニーが被欺罔者の自由意思を重視しない理由は、まずは彼がローマ法に基づいて欺罔者の違法性を重視する反射的帰結であろうが、しかしサヴィ

²²⁰ 例えば、Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1. Bd., 1840, S. 57. なお、同書の邦訳としてサヴィニー（小橋一郎 訳）『現代ローマ法体系 第1巻』（1993年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

²²¹ Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 3. Bd., 1840, S. 115 ff., 340 ff. u. 358 mit Fußn. (a). なお、同書の邦訳としてサヴィニー（小橋一郎 訳）『現代ローマ法体系 第3巻』（1998年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

²²² サヴィニー・前掲注221・110頁。

²²³ この点について、Sprenger, a.a.O. (Fn. 64), S. 385-386を参照。サヴィニーは強迫に関しても、詐欺と同様の理解を示す。すなわち、「法的保護の根拠は、畏怖する者の意思自由の欠落ではなく、強迫者の違法な反良俗性に置かれなければならない」（サヴィニー・前掲注221・94頁および103頁）。

ニーの表示主義²²⁴も無関係ではないであろう²²⁵。

²²⁴ サヴィニーは表示主義者であるか、という点は争われている（この点について、例えば新井誠「サヴィニーの意思表示、法律行為概念—特に心裡留保をめぐって—」民商法雑誌96巻5号（1987年）637頁以下を参照）。「意思表示に関するサヴィニーの理論において表示が独自の意義を持つのは心裡留保だけである」という指摘も見られる（新井・前掲・650頁）。ところが、サヴィニーの理解によれば、例えば強迫は自由意思を害さず、被強迫者にも三種の選択の自由が未だ残され、すなわち第一は強迫者が欲する行為を為す自由、第二は強迫に抵抗する自由、第三は強迫された害悪を被る自由であり、例えば第一を選択した被強迫者の意思表示は現実に存在しているのであって、これに対しては当該意思表示の効力を肯定し、その法的効果を認めて良い、というのである（サヴィニー・前掲注221・96頁）。しかし、少なくとも現代の法体系の理解によれば、サヴィニーが言う被強迫者の意思は自由な意思ではなく、むしろ内心の意思と表示された意思の間に齟齬が生じている心裡留保に近い状態である（「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）。そもそも、サヴィニーによれば個人の意味よりも各個人の意味から成る総意が重要であって、すなわちサヴィニーによれば法は共通の民族精神を意味する総意において存在し、確かに総意は各個人の意味ではあるが、しかし個人の意味が総意に反するならば、これは不法（Unrecht）であって、ゆえに個人的自由は総意によって拘束され、総意に没する、という（サヴィニー・前掲注220・49頁）。つまり、サヴィニーにとって認識可能な外界において発露した意思が重要であって、その意思は心理的出来事ではないのである（Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, S. 50を参照）。要するに、「サヴィニーは、カントとは異なる基礎にもとづいて、自由意思の概念に規範的意義を確保している」（筏津安恕「ドイツ近代私法学における三つの自由意思概念」法政論集201号（2004年）145頁）。

以上の点から、サヴィニーの立場は、意思主義よりも、表示主義に近いように思われる。そして、このことが、サヴィニーの詐欺論において被欺罔者の意思決定自由が必ずしも重視されない理由の一端を成しているように思われるのである。

²²⁵ サヴィニーの理解からは、主知主義の傾向も見出される。このことも、サヴィニーが被欺罔者の自由意思を重視せず、むしろ欺罔者の態度を重視する一理由を成しているように思われる。意思より知性・理性の優位を説く主知主義と意

②詐欺と主観的違法性

思の優位を説く主意主義の関係について、前述(本誌63巻4号21-22頁)を参照。

確かにサヴィニーは、権利の発生・消滅の理由に関係する法律事実の最も重要な部類として、行為の自由という概念を指摘する(サヴィニー・前掲注221・22頁)。既に確認したように、例えばプーフェンドルフの理解あるいはプロイセン一般ラント法の規定においては行為の自由は自由意思と密接な関係を有したのであるが、しかしサヴィニーが理解する行為の自由においては、理性の使用(Vernunftgebrauch)が重要な意味を持つ(サヴィニー・前掲注221・23頁および79頁)。さらに、サヴィニーによれば、*naturalis ratio*(自然的理性)は、あらゆる人間の本性に内在する共通の法意識に見出されるものとして理解されている(サヴィニー・前掲注220・115頁および358頁)。サヴィニーは次のように述べる。「法の一般的な課題は、まさに、キリスト教的人生観において現れるような、人間の本性の道徳的使命に帰せられる。というのは、キリスト教は、われわれが生活の規則と認めうるのみならず、実際にも世界を変えてきたのであり、したがって、われわれの思想はすべて、どんなにキリスト教と無関係にみえても、それどころかキリスト教に敵対するようにみえても、やはりキリスト教が支配し、浸透しているからである」(サヴィニー・前掲注220・70頁。なお、サヴィニーはルター派を信奉する父とカルヴァン派を信奉する母の間に生まれ、さらに妻はカトリックであり、サヴィニーにとって確かに宗教は実生活の規準であったが、しかしキリスト教思想における宗派の差異それ自体は重要ではなかった、と言われている。この点について、田中耕太郎「サヴィニーに於ける国際主義と自然法思想」神川彦松(編)『山田教授還暦祝賀論文集』(1930年)340頁の注(3)を参照)。

これに対して、既に確認したように、例えばカントは主意主義の立場であったのであった(前掲注179)。すなわち、「サヴィニーは、いかにもドイツ的で形而上学的な当時の時代思潮にのっとりつつ、そこに新たな法学の構築を進めるといって極めて重要な貢献を果たしている。それは私法学と学問の上では自由を擁護しながらも、法の本質、法実務、法哲学については、自由主義およびカント的な立場とは袂を分かたつものであった」(ヨアヒム・リュッケルト(耳野健二・西川珠代 訳)「サヴィニーの法学の構想とその影響史—法律学・哲学・政治学のトリアーデ」比較法史学会(編)『比較法史研究の課題—思想・制度・社会①』(1992年)245頁)。なお、サヴィニーの主知主義を示唆する文献として、安田幹太「法律解釋に於ける主知と主意」船田享二(編)『京城帝國大學法文學會 私法を中心として』(1930年)347頁、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造(2)」国家学会雑誌103巻11・12号(1990年)24頁も参照。後述するように、ボワソナードも主知主義に近い。そして、ボワソナードの詐欺論には

詐欺の局面において被欺罔者の決定自由の保護を問わず、むしろ専ら詐欺者の違法性を重視するサヴィニーの理解は、もちろんプロイセン一般ラント法の解釈に反する。

例えば、プロイセン出身のボルネマン (Friedrich Wilhelm Ludwig Bornemann, 1798-1864)²²⁶によれば、虚構によって自由に望まれていない意思表示へ誘導された他人は既に選択の自由 (Wahlfreiheit) を害されているのであって、これに加えて欺罔者の侵害意図を求める必要はなく²²⁷、さらに悪しき意図の推定も認められる²²⁸、という。

ところが、その後の判例および学説は、詐欺者の違法性を重視するサヴィニーの理解に追従した²²⁹。

Obertribunals zu Stuttgart 2. 12. 1853 (Seuffert's Archiv 13, 112)によれば、「詐欺者の主観的不法性 (subjective Unrechtlichkeit) が被詐欺者に与えられる救済の根拠になるのであって、詐欺者によって惹起された被詐欺者の錯誤または詐欺者に利用された被詐欺者の錯誤が被詐欺者に与えられる救済の根拠になるのではない。しかし、詐欺者の不法性 (Unrechtlichkeit) が被詐欺者の不注意によって解消されることも減じられることもないから、その錯誤が非常に軽微で回避可

サヴィニーの詐欺論と共通する点が多く見られるのであり、この点は後述する。

²²⁶ ボルネマンの著書『Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts』は、19世紀におけるプロイセン私法の最初の研究業績であった。ボルネマンについて、クラインハイヤー＝シュレーダー・前掲注163・40頁も参照。ボルネマンは司法省において幾度もサヴィニーと対立していたらしい。

²²⁷ W. Bornemann, Systematische Darstellung des Preußischen Civilrechts, 1 Bd., 1842, S. 148.

²²⁸ ボルネマンによれば、確かに被詐欺者は意思表示へ詐欺的に誘われたことを立証しなければならないが、しかし欺罔行為の存在が立証されれば足りるのであって、このような行為が認められるなら、悪しき意図も存在していることが通常であるからであり、ゆえに詐欺者として目される者は反対立証を引き受けなければならない、という (Bornemann, a.a.O. (Fn. 227), S. 153 f.)。

²²⁹ サヴィニーの見解が当時の通説であった点について、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) 272頁も参照。

能であったとしても、それは重要となり得ない」(事案の詳細は不明)。

裁判所が説示する主観的違法性の意味内容は必ずしも明確ではないが、しかし詐欺と自由意思が結び付けられていないことは確実である。

当時の裁判例と同様に、学説も詐欺の違法性を重視する。例えば、プフタ (Georg Friedrich Puchta, 1798-1846) やゾイフェルト (Johann Adam Seuffert, 1794-1857) も、救済の根拠を、相手方によって引き起こされた錯誤ではなく、詐欺それ自体の違法性に求めている²³⁰。

以上の如く、当時の学説および判例は、民事詐欺の救済根拠を自由意思に対する侵害ではなく、詐欺者の違法性に求めていたのであって、かかる理解が19世紀の中葉における支配的見解であった。

第2項 経済自由主義の影響

(1) 要件面における影響

① 刑事詐欺の悪意要件

自然法学説の衰退が詐欺解釈をローマ法へ引き戻した。この意味において、詐欺論は変容を受けたのであるが、しかし当時の詐欺論に影響を与えた要素は、それだけではない。プロイセンにおいては1835年に鉄道が開通し、経済生産も高速化され、さらに1838年にドイツ関税同盟が成立し²³¹、資本主義経済の要求に対応した政策も実施され、しかも1850年から好況が持続し、ドイツにおいて経済的自由主義の時代が到来した²³²。そして、この経済的自由主義は、まず刑事詐欺の解釈に影響を及

²³⁰ Georg Friedrich Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, 1. Bd., 6. Aufl., hgg. von Adolf August Friedrich Rudorff, 1873 (Neudruck 1999), S. 133.; Johann Adam Seuffert, praktisches Pandektenrecht, 2. Bd., 4. Aufl., 1867 (Neudruck 1998), S. 73 f. その他に、Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht, 1. Bd., 1844, S. 192 f. も、救済根拠として述べているわけではないものの、欺罔行為に違法性を見出している。

²³¹ フルブロック・前掲注60・165-169頁を参照。

²³² Joachim Hirsch, Wissenschaftlich-technischer Fortschritt und politisches System, 1970, S. 19 u. 23. フルブロック・前掲注60・156-180頁も参照。

ばし²³³、詐欺の立件に伴い取引の自由が阻害されることを回避するため、可罰的詐欺の成立を抑制する方向へ作用した。

例えば、プロイセン刑法典の1843年草案においては、可罰的詐欺の範囲を限定するために、悪意 (Arglist)²³⁴が要件として導入された²³⁵。この悪意要件は、現行ドイツ民法典の詐欺取消制度 (123条1項) における悪意の欺罔 (arglistige Täuschung) という概念の由来であり、重要な意味を持つ²³⁶。もっとも、確かにプロイセン刑法典の1845年草案は悪意要件の不明確性を理由として、悪意から故意という表現へ変更しているものの²³⁷、可罰的詐欺の範囲を限定する企図それ自体は構成要件を明確化することによって達成されている²³⁸。1845年草案は故意という表現を

²³³ Karl Lackner, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 6. Bd., 1979, hgg. von Hans-Heinrich Jescheck=Wolfgang Ruß=Günther Willms, S. 11.

²³⁴ プロイセン刑法典の1830年草案においては既に、詐欺という表現に代えて、悪意の欺罔 (arglistige Täuschung) という表現が予定されていた。この変更も、詐欺の範囲を限定する趣旨であった (Berathungs-Protokolle III, S. 393-395, zitiert nach Georg Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, 1851, S. 459)。ところが、草案の表現としては最終的に悪意の欺罔ではなく、「故意による錯誤の誘発」という表現が採用された (Wer des Vorteils wegen durch vorsätzliche Veranlassung eines Irrtums jemandem zum Nachteil seines Rechts am Vermögen beschädigt, ist des Betrugers schuldig)。悪意から故意へ変更された理由は、明確ではない (Wolfgang Naucke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, S. 75 mit Fußn. 34)。

²³⁵ 1843年草案448条は、次のように規定された。「利益が意図されるか否かに関わらず、他人の権利の不利益となるよう、誰かある者を悪意な仕方でも錯誤に陥らせ、そのことによって損害を生ぜしめる者は、詐欺を犯している」。

²³⁶ ドイツ民法典の起草過程においても、当初は詐欺という表現が用いられていたのであるが、しかし刑法学者のリストが民事詐欺と刑事詐欺を区別するために、民事詐欺を表現する用語として「悪意の欺罔」を提案した。この点は後述する。

²³⁷ プロイセン刑法典の1845年草案：「故意に他人に対して、誤れる事実の虚構または正しい事実の隠蔽を通じて錯誤を惹起させることによって損害を加える者は、詐欺を犯している」。

²³⁸ 1845年草案の規定から、例えば一般的な吹聴的な言明や将来の出来事に関する誤れる予想は詐欺の構成要件として排除することが予定され、不作為に

利得意図という文言へ修正し²³⁹、さらに詐欺罪は財産犯としても確立し²⁴⁰、そして1851年のプロイセン刑法典 (Preußisches Strafgesetzbuch) へ結実したのである²⁴¹。

よる欺罔の否定も予定されていた (Theodor Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, 2. Teil, 1852, S. 538-543)。当時の一般的見解によれば、「刑法は、詐欺の概念を十分に狭く解してよいが、しかし民事法より広く解することはできない」 (Goltdammer, a.a.O., S. 539.; Beseler, a.a.O. (Fn. 234), S. 461)。多数の市民を、処罰の対象になる詐欺師にすることがあってはならない、という憂慮が存在していたのである (この点について、Naucke, a.a.O. (Fn. 234), S. 79を参照)。

²³⁹ 1847年草案293条：利得意図のもとで他人の財産を、誤れる事実の陳述または正しい事実の歪曲もしくは隠蔽によって錯誤を惹起することを通じて害する者は、詐欺を犯している (Wer in gewinnsüchtiger Absicht das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorbringen falscher oder durch Entstellen oder Unterdrücken wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt, begeht einen Betrug.)。

²⁴⁰ 例えば、1833年草案の484条の段階においては、次のように規定されていた。「自己または第三者が財産的利益を獲得もしくは他人に財産的利益を獲得させる意図でもって、または他人に損害をも与える意図でもって、他人の錯誤を惹起もしくは他人の錯誤を利用して、他人の権利を害する (die Rechte desselben gekränkt werden) ことになる行為を為す者は、そのことから損害が実際には発生しなくても、詐欺の責に帰す」。

この草案においては権利侵害説の影響が窺われるのであるが、しかし逆に1843年草案448条においては損害の発生が求められ、詐欺罪を真実に対する権利に反する罪として理解する余地は、ほぼ消滅している。これは、1845年草案の以降も同様である。

²⁴¹ プロイセン刑法典の詐欺規定は、現行刑法典263条へ受け継がれている。すなわち、今日の詐欺概念はプロイセン刑法典において初めて規定され (Peter Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S. 27)、この時から詐欺罪を真実に対する権利に反する罪として理解する学説は姿を消した (この点について、林幹人『財産犯の保護法益』(1984年)20頁を参照)。

その後の学説として、例えばケストリン (Christian Reinhold Köstlin, 1813-1856) も、詐欺罪を財産犯として理解し (Christian Reinhold Köstlin, VII. Ueber die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrug, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, NF 14 (1857), S.

②違法性と責任の分離

経済自由主義の影響は、当時の不法論（とりわけ客観的違法論に基づく違法と責任の分離）からも窺われる。この問題に関しては、メルケル（Adolf Merkel, 1836-1896）の主観的違法論とイエーリング（Rudolf von Jhering, 1818-1892）の客観的違法論が重要である。確かに両者の違法論それ自体は詐欺取消制度と直接の関係を有しないが、しかし特にイエーリングの違法論は民法典成立後における詐欺取消制度の解釈にとって重要な意味を持つから、ここで概観する。

メルケルによれば、人間の意思に関連させ得ない事柄は自然現象に過ぎず、逆に法の命令は当該命令の作用が期待され得る者においてのみ考えられるのであるから、法の命令に対する違反を意味する不法は帰責能力ある者の意思を前提としてのみ語られ得るのであり、したがって不法は帰責可能性（帰責可能性は責任と同義²⁴²）という要件を含む²⁴³、という。メルケルの理解によれば、責任は不法の前提であるから²⁴⁴、責任なくして不法は語り得ず、すなわち違法性と責任は必ずしも分離されているわけではない。

こうしたメルケルの不法論は、イエーリングによって批判されている。イエーリングによれば、例えば他人の物を善意で占有している第三者に

401)、さらに可罰的詐欺の抑制を説く。すなわち、現代文明の興隆にとって極めて重要な意味を持つ取引の自由は、詐欺の可罰性が容赦なく拡大されることになれば、耐え難い桎梏を課せられるし、他人の費用で利益を獲得しようとすることは取引において必然的に伴う事柄であって、ある程度の甘言は取引の本質から切り離すことができないからである、という（Christian Reinhold Köstlin, a.a.O., S. 408; ders., VI. Ueber die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrug, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, NF 14 (1857), S. 295）。

²⁴² この点について、Adolf Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner rechtlichen Folgen, auch als Prolegomena zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1867, S. 50 f.; Hans Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 24も参照。

²⁴³ Merkel, a.a.O. (Fn. 242), S. 42-47.

²⁴⁴ Achenbach, a.a.O. (Fn. 242), S. 24.

対して主張される所有者の請求権においては権利の所在が問題であつて、当該占有者の主観的な非難は当該請求権にとって特別な意味を持たず、すなわち過責を要しない不法も存在するのであるから（他人物の占拠者が如何なる主観的態度であれ、他人の所有権侵害という違法性が認められるべきことに何ら変わりはない）、過責を不法の唯一の基準へ高めるメルケルの理解は不当である²⁴⁵、という。過責を要しない不法を肯定するイエーリングの用語法によれば、過責を要しない不法は客観的不法、過責を要する不法は主観的不法として区別される²⁴⁶。

イエーリングは、メルケルと異なり、必ずしも過責を不法の前提として理解せず、有責な（主観的な）不法と無責な（客観的な）不法を対置させる²⁴⁷。このように、客観的違法論は責任から区別された点が特徴で

²⁴⁵ Jhering, aa.O. (Fn. 213), S. 4-5.

²⁴⁶ さらに、前者の意味における不法はヘーゲルが理解する犯意なき不法に相当する、という（Jhering, aa.O. (Fn. 213), S. 5 mit Fußn. 1.）。ヘーゲルの不法論について、前掲注213を参照。イエーリング自身の詐欺論については本稿では解明し得なかったが、しかし例えば前述のサヴィニーや裁判例が言う主観的違法はイエーリングの過責を要する主観的違法に相当するであろうし、そうであるなら、ヘーゲルが犯意なき不法から詐欺を分離した理解とも整合的であり、イエーリングの客観的不法とヘーゲルの犯意なき不法が一致することをイエーリング自身が認めているなら、イエーリングの理解においても詐欺は主観的違法に近いことになる。

²⁴⁷ この点について、Fischer, aa.O. (Fn. 213), S. 120. ただし、メルケルとイエーリングは、人間の意思と無関係な自然を違法の主体として認めない点では共通している（この点について、Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), S. 212を参照）。主観的不法と客観的不法を区別するイエーリングは、過責を要しない不法概念を認めるなら、風や雨も不法の主体として認める他なくなる、というメルケルの指摘にも応接し、次のように述べる。例えば雹が私の田畑を荒らしても、これは権利の客体たる財（Gut）が侵害されているに過ぎず、このこと自体は法にとって何の意味も持たないのであるから、このことに対する法的措置も存在しないのであるが、しかし例えば善意で私の物を占有していた第三者が物の返還を拒むならば、そこには私に対抗する人間の意思（menschlichen Willens）が存在し、しかも返還を拒む第三者の知不知を問わず、その人間的意は私の権利を傷つけているのであるから、これに対しては法的措置が必要であつて、以上を要するに客観的不法は過

あり、これは責任概念の明確化をも意味する。イエーリングは、責任と法律効果(とりわけ損害賠償)の関係について²⁴⁸、次のように述べる。「責任がなければ行為に関する答責性はなく、賠償義務はない。損害が損害賠償を義務づけるのではなく、責任が義務づけるのである」²⁴⁹。

損害の発生のみによって賠償責任を肯定する結果責任主義は、経済自由主義と相容れない。この意味において、損害賠償義務の前提として過責を求める過責主義は、責任を制約する原理として機能し、経済自由主義の理念に適合する。イエーリングが展開した過責主義も経済的自由主義が支配した時代の産物であったのである²⁵⁰。

イエーリングの違法論は、まず刑法学に強い影響を与え²⁵¹、過責なくして違法性を基礎づける理論は客観的違法論(Lehre von der objektiven Rechtswidrigkeit)と呼ばれ²⁵²、こうして犯罪を純粋な客観的側面と純粋な主観的側面に区別する基礎が与えられた²⁵³。さらに、イエーリングの見解が及ぼした影響は私法学においても見出され²⁵⁴、広く支持

責要素を要しないが、しかし人間の意思という要素を排除しているわけではないのであって、これを要求する限り、自然現象は不法の主体たり得ない(Jhering, a.a.O. (Fn. 213), S. 6)。この意味においてイエーリング自身の立場は純然たる客観的違法論ではなく、客観的違法論と主観的違法論の中間に位置しており、イエーリングの立場が折衷説と呼ばれる所以である。この点について、末川博『権利侵害論(第2版)』(1971年。初出は1930年)182頁、高橋敏雄『違法性の研究』(1963年)11頁を参照。

²⁴⁸ Jhering, a.a.O. (Fn. 213), S. 6. これに対して、過責なき権利侵害の効果は、客観的に不適法な物的状態を解消する点にある(Jhering, a.a.O. (Fn. 213), S. 7.)。

²⁴⁹ Jhering, a.a.O. (Fn. 213), S. 40.

²⁵⁰ Gert Brüggemeier, Deliktsrecht, 1986, S. 45; Christian Katzenmeier, Zur neueren dogmengeschichtlichen Entwicklung der Deliktsrechtstatbestände, AcP 203 (2003), S. 91 f. も参照。さらに、ヴィーアッカー・前掲注51・542頁も参照。

²⁵¹ Achenbach, a.a.O. (Fn.242), S. 25.

²⁵² Fischer, a.a.O. (Fn. 213), S. 120 f.

²⁵³ Achenbach, a.a.O. (Fn. 242), S. 25.

²⁵⁴ 例えば、ヴィントシャイト、デルンブルク、レーゲルスベルガー等が挙げられる。Fischer, a.a.O. (Fn. 213), S. 123を参照。

された²⁵⁵。そして、客観的不法は、次第に単なる違法性と呼ばれ、主観的不法は過責（故意・過失）と呼ばれ、違法性と過責は対置され²⁵⁶、これが後のドイツ民法典へ結実するのであった²⁵⁷。

(2) 効果面における影響

①原状回復 (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) の体系的地位

詐欺の悪意要件も、違法と責任の分離も、現代の詐欺取消制度の関係においては、要件論に相当する。これに対して、効果論はヴィントシャイト (Bernhard Windscheid, 1817-1892) によって展開された。そして、この点にも、経済的自由主義の影響が見出されるのである。ヴィントシャイトの主張は当時の支配的見解に対する批判から展開されているから、まず当時の支配的見解を概観する。

例えば、サヴィニーは、意思表示あるいは法律行為の有効性の障害に関する概念として Ungültigkeit という概念を用い、さらに Ungültigkeit を完全な Ungültigkeit と不完全な Ungültigkeit へ分け、一方で完全な Ungültigkeit を無効 (Nichtigkeit) と同置させ、他方で不完全な Ungültigkeit に対しては訴権や原状回復を含む様々な内容を取り込み、その総称として取消可能性という名称を与えている²⁵⁸。

さらにサヴィニーによると、原状回復の目的は現在の法的状態を変更することによって以前の法的状態を復旧することであるから²⁵⁹、以前の法的状態を回復する点において共通する限り、原状回復は訴権（例えば

²⁵⁵ この点について、Mezger, a.a.O. (Fn. 247), S. 212も参照。

²⁵⁶ Hans Stoll, Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ, 1958, S. 139.

²⁵⁷ Fischer, a.a.O. (Fn. 213), S. 123 f.; Stoll, a.a.O. (Fn. 256), S. 139.

²⁵⁸ Friedrich Karl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 4. Bd., 1841, S. 536. なお、同書の邦訳としてサヴィニー (小橋一郎 訳) 『現代ローマ法体系 第四巻』 (2001年) が存在する。

²⁵⁹ Friedrich Karl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 7. Bd., 1848, S. 100. なお、同書の邦訳としてサヴィニー (小橋一郎 訳) 『現代ローマ法体系 第七巻』 (2007年) が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

actio doli) と同列に置かれる²⁶⁰、という。既に検討したように、ローマ法においても actio doli と in integrum restitutio は必ずしも常に明確に区別されていたわけではなかった²⁶¹。サヴィニーも、actio doli によって、詐欺を理由とする原状回復の大部分が不要になっている旨を指摘しているのである²⁶²。

法律効果の内容の類似性のみならず、法律効果の実現方法も類似する。サヴィニーによれば、訴権であれ、原状回復であれ、これら救済手段は裁判で求められなければならない²⁶³。他の論者においても原状回復を一般的な訴権法に関する民事法理論に割り当てる理解が見られるのであるが（例えば、プフタおよびジンテニス）、しかし原状回復を総則の別章あるいは法体系全体の補遺において扱う論者も存在し（例えばファンゲロウ、ハイゼおよびゾイフェルト）、原状回復の体系的地位は必ずしも明確ではなかった²⁶⁴。

②意思表示による取消可能性

以上の支配的見解に対して、まずヴィントシャイトは、当時において依然として強く残る訴権的色彩を問題視し²⁶⁵、裁判上の追求可能性を権利の帰結として捉えることによって、訴権を法的に認められた請求権という表現へ言い換えるべき旨を説く²⁶⁶。

²⁶⁰ サヴィニー・前掲注259・96頁。

²⁶¹ この点について、前述（本誌63巻4号12-13頁）を参照。

²⁶² サヴィニー・前掲注259・180頁。

²⁶³ 原状回復について、サヴィニー・前掲注259・192頁以下。もっとも、例外的に裁判外の表示によって取消効果が生じ得たことを示唆する見解も存在する（Georg Friedrich Puchta, Pandekten, 3. Aufl., 1845, S. 97を参照（ders., Pandekten, 6. Aufl., 1852, S. 100も参照））。しかし、かかる運用が少なくとも制定法によって認められていたわけではない。

²⁶⁴ 以上の各論者について、Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 1862, S. 274 mit Fußn. 7の指摘を参照。

²⁶⁵ 奥田昌道『請求権概念の生成と展開』（1979年）17頁以下。

²⁶⁶ Bernhard Windscheid=Theodor Muther, Die Actio des römischen Zivilrechts, 1856 (Neudruck 1984), S. 5 f.

もつとも、現行民法における詐欺を理由とする取消権は請求権ではなく、actio doli それ自体は現行ドイツ民法123条1項における取消権の起源ではなく²⁶⁷、取消権の起源は原状回復に遡る。

原状回復 (restitutio in integrum; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand) について²⁶⁸、ヴィントシャイトは、訴権と回復の相違から、支配的見解と異なる理解を示す。すなわち、ヴィントシャイトによれば、従来の体系は回復の理論を一般的訴権法に割り当てるが²⁶⁹、しかし訴訟上の救済に関する一般原則よりも回復それ自体の目的が重要であって、それゆえ体系における回復の地位も回復の目的によって決定されるのであり²⁷⁰、そして回復の目的は法律事実の法的効果の廃止であるから²⁷¹、回復の理論は法律事実の Ungültigkeit の理論に属する²⁷²、というのである。

ヴィントシャイトが言う法律事実とは、権利の発生・消滅・変更を生ぜしめる個別要素を意味し、法律事実の一種として法律行為が含まれる²⁷³。そして、ヴィントシャイトによれば、Ungültigkeit は法律行為の取消可能性 (あるいは無効) を導き、その原因として詐欺が考えられ、取消可能性を実現する方法として法律行為の解消を求める方法が存在し²⁷⁴、この法的効力を奪う原理が原状回復であって、その要件として財産的不利益は必要ではなく、さらに原状回復は裁判官の判決ではなく、私的行為²⁷⁵によって効力が生じる²⁷⁶、というのである。

²⁶⁷ この点について、Harder, a.a.O. (Fn. 198), S. 219も参照。例えば、Kaser, a.a.O. (Fn. 18), S. 149によれば、actio doli はドイツ民法826条の前身である、という。

²⁶⁸ Harder, a.a.O. (Fn. 198), S. 218 ff. も参照。

²⁶⁹ Windscheid = Muther, a.a.O. (Fn. 266), S. 227.

²⁷⁰ Windscheid = Muther, a.a.O. (Fn. 266), S. 227.

²⁷¹ Windscheid = Muther, a.a.O. (Fn. 266), S. 227 f.

²⁷² Windscheid = Muther, a.a.O. (Fn. 266), S. 228.

²⁷³ Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 7. Aufl., 1891, S. 163-166.

²⁷⁴ Windscheid, a.a.O. (Fn. 273), S. 218-221 u. 324-333.

²⁷⁵ 私的行為 (Privatthätigkeit) の意味は必ずしも明確ではないものの、ヴィントシャイトは法律行為を私的意思表示 (Privatwillenserklärung) として定義しているから、ヴィントシャイトが言う私的行為は裁判所という国家機関を介さず実現する行為という程度の意味であろう。

裁判官の判決を介さない取消可能性の実現が認められた点は重要であり、このことは経済的自由主義の発露としても評価できるであろう²⁷⁷。そして、ヴィントシャイトの影響はザクセン民法典（1863年に公布、1865年に施行）においても見られる²⁷⁸。同法典は詐欺の効力について、次のように規定した²⁷⁹。

第3編債権法833条：一方の契約締結者が他方の契約締結者によって詐欺により契約を締結させられたなら、その者は契約を存続させるか、または契約を取り消すことができる。第三者の詐欺は、他方当事者が契約の成立に際して第三者の詐欺を認識していた場合を除き、被詐欺者に詐欺に基づく契約の取消権を与えない²⁸⁰。

同849条：無効な契約は、無効の表示を必要とすることなく、最初から法的効力を有さない。取消しは、取消権者が相手方に対して契約を取り消す旨を表示するときに初めて生じ、契約は双方当事者のために解消する²⁸¹。

²⁷⁶ Windscheid, a.a.O. (Fn. 264), S. 272-276.

²⁷⁷ 本田・前掲注198・237頁、Heinz Hübner, Subjektivismus in der Entwicklung des Privatrechts, in: Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, 1976, S. 725を参照。当時の自由主義は経済基盤と密接な関係を有していた。この点について、ハロルド・ラスキ（石上良平 訳）『ヨーロッパ自由主義の発達』（1951年）249頁以下を参照。

²⁷⁸ 当時の法文化や立法に及ぼしたヴィントシャイトの影響力について、ヴィーアッカー・前掲注51・532頁以下を参照。

²⁷⁹ 以下の条文について、Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts, 4. Bd., 1973を参照した。

²⁸⁰ Wird eine der vertragschließenden Personen von der anderen zur Eingehung des Vertrages durch Betrug vermocht, so kann sie bei dem Vertrage stehen bleiben oder denselben anfechten. Der Betrug eines Dritten giebt dem Betrogenen kein Recht zu Anfechtung des Vertrages auf Grund des Betruges, ausgenommen wenn der andere Theil bei Eingehung des Vertrages um den Betrug den Dritten gewußt hat.

²⁸¹ Ein nichtiger Vertrag hat von Anfang an keine rechtliche Wirkung, ohne

ザクセン民法典はドイツ法典の先駆であったこと²⁸²、ヴィントシャイトがザクセン民法典の起草に対して影響を与えていたこと²⁸³、そしてヴィントシャイトがドイツ民法典の第一委員会の委員として参画していたことに鑑みても、ザクセン民法典の詐欺取消規定がドイツ民法典へ流入された可能性は十分に考えられる²⁸⁴。

ただし、ザクセン民法典によれば、例えば錯誤は第1編総則規定における法律行為領域に規定されたが、しかし詐欺取消制度は第3編「債権法」の第1部「債権一般」における第3章「債権の発生」に規定されている。これは、現在のドイツ民法典の体系と異なる。さらに、詐欺を理由とする救済根拠の理解も問題である。確かにザクセン民法典の詐欺は、要件として財産的損失を要しない²⁸⁵。これは、現行ドイツ民法典における詐欺取消制度の解釈と異ならないが、しかしザクセン民法典(91条²⁸⁶)はプロイセン一般ラント法(1編4章4条²⁸⁷)と異なり、意思表示が自由でなければならない旨を規定しておらず、詐欺取消制度の救済根拠と意思自由の関係は必ずしも明確ではない²⁸⁸。この点に関しては、現在の詐欺取消制度へ至る過程において、なお確認されなければならない

daß es einer Nichtigkeitsreklärung bedarf. Die Anfechtung gilt erst als geschehen, wenn der dazu Berechtigte dem Anderen gegenüber erklärt, daß er den Vertrag anfechte, und es löst sich dann der Vertrag für beide Theile auf.

²⁸² ヴィーアッカー・前掲注51・559頁。

²⁸³ この点について、Harder, aa.O. (Fn. 198), S. 214 u. 218を参照。

²⁸⁴ Harder, aa.O. (Fn. 198), S. 221は、この点を示唆する。

²⁸⁵ この点について、Marie Raschke, Der Betrug im Civilrecht, 1900, S. 92を参照。

²⁸⁶ 第1編総則91条：意思表示は、本心(ernstlich)でなければならない；それ以外の法律行為は無効である(Die Willenerklärung muß eine ernstliche sein; außerdem ist das Rechtsgeschäft nichtig.)。

²⁸⁷ プロイセン一般ラント法1編4章4条：意思表示は、自由でなければならない、本心(ernstlich)かつ確実でなければならない、あるいは信頼できなければならない。

²⁸⁸ 現行ドイツ民法典の詐欺取消制度に関する通説の解釈によれば、その規範目的が意思決定自由の保護である点に鑑みて、財産的損害を要件として求めない。この点については後述する。

問題として残る²⁸⁹。この点について、引き続き検討する。

²⁸⁹ 詐欺と被欺罔者の意思を結び付ける解釈それ自体は存在していた。例えば、モムゼン (Friedrich Mommsen, 1818-1892) は、次のように述べる (Friedrich Mommsen, Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, 1879, S. 156 f)。「取消し (Rescission) を求める訴は、非常に多様であって、大抵の事例においては純粹な損害賠償の訴であるように思われる」。しかし、「dolusを理由とする取消しの訴は、原状回復の訴 (Restitutionsklage) である。その訴は、詐欺が相手方の意思に影響を及ぼし、それを断じて容認できない、という観点に立脚している」。それゆえ、「取消しの訴を基礎づけるために、契約の締結が原告の財産の減少を生ぜしめた、ということは必要な」く、すなわち「取消しの訴は契約の締結が買主に積極的な損害を引き起こした、ということ成立要件としないのである」。

これに対して、むしろ民事詐欺の要件として損害を求める裁判例も存在した。例えば、病気に罹患した馬を買わされた原告が dolus を理由として契約を解消し、代金の返還を求めた事案において、ROHG zu Leipzig 23. 3. 1872 (Seuffert's Archiv 30, 192) は、財産的損害 (Vermögensschaden) が dolus の成立要件および取消権 (Rescissionsrecht) の成立要件であること、そして専門家の鑑定によれば本件の馬が売買価格より高く評価されていることを確認し、ゆえに財産的損害を欠く本件においては訴の利益も欠ける旨を説示して、原告の訴を退けた。

損害要件を重視する解釈は、原因を与える悪意 (欺罔なかりせば契約を締結していなかったであろう場合の詐欺) と偶然に生じる悪意 (欺罔が存在しなくても契約は締結していたであろうが、しかし当該内容あるいは当該条件では締結していなかったであろう場合の詐欺) という区別からも間接的に窺われる。既に確認したように、この区別は解釈学派によって導入された (前掲注64を参照)。この区別によれば、前者においてのみ取消権は認められ、それ以外は損害賠償しか認められない。この区別は19世紀においても維持され、この区別が争われる事案も少なくなかった。そして、その大半は偶然に生じる悪意しか認められず、効果として損害賠償しか認められなかった (例えば、OAG. zu Dresden 24. 7. 1847, Seuffert's Archiv 2, 216.; OAG. zu Oldenburg 24. 4. 1872, Seuffert's Archiv 27, 189.; RG 19. 3. 1880, Seuffert's Archiv 36, S. 11.; RG 27. 1. 1881, Seuffert's Archiv 36, S. 264.; RG 10. 1. 1888, Seuffert's Archiv 43, 270. ただし、RDHG. zu Leipzig 27. 9. 1878, Seuffert's 34, S. 216は、取消しを認める。OG. zu Wolfenbüttel. 28. 6. 1878, Seuffert's Archiv 35, S. 154および ROHG. zu Leipzig 16. 5. 1879, Seuffert's Archiv 36, S. 12は必ずしも明確ではないが、しかし前者は建物の瑕疵の事案であり (少なくとも損害は認定され得る)、後者に

第2款 ドイツ民法典の成立過程

第1項 詐欺取消規定の立法過程

(1) 詐欺取消制度の起源と意義

①プロイセンの影響

後述するように、悪意の欺罔を理由として意思表示による取消可能性を認める現行ドイツ民法典123条1項の規範目的は、被欺罔者の意思決定自由の保護として理解されている。悪意という要件や取消可能性という効果については、19世紀における議論を通じて確認した。欺罔の概念に関しても、19世紀を通じて民事詐欺の概念として妥当した *dolus* から、その概要を知ることができよう。残る問題は、同条項の規範目的を意思決定自由の保護として理解する考え方の由来である。こうした考え方は、ローマ法の *dolus* 理論からは説明できず、むしろプロイセン一般ラント法の理解に近い。この問題について引き続き検討する。ただし、その前提として、立法前夜におけるプロイセンの影響について確認しなければならない。

プロイセンは経済的自由主義を背景として躍進を果たしたものの²⁹⁰、

においては *actio doli* が提起されている)。

取消権の前提として損害の発生が要求されるなら、少なくとも詐欺取消制度における保護法益は意思決定自由たり得ず、これはプロイセン一般ラント法の理解に反するし(この点について、Meisner, *Das Preußische Allgemeine Landrecht und der Entwurf des Deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs*, 1890, S. 75を参照)、そして現行ドイツ民法典の解釈にも反する。少なくとも、現行ドイツ民法典成立の後の裁判所は、現行ドイツ民法典が当該区別を採用していない点を理由として、原因を与える悪意と偶然に生じる悪意という区別を否定する。この点は後述する。

ただし、現行ドイツ民法典における詐欺取消制度と契約締結上の過失法理は、その確定基準を巡り議論され、その基準として原因を与える悪意と偶然に生じる悪意という区別を援用する論者も存在する(Stephan Lorenz, *Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?*, ZIP 1998, S. 1056)。この問題も後述する。

²⁹⁰ その状況について、Helmut Böhme, *Prolegomena zu einer Sozial- und*

ドイツ全体という観点から捉えるなら、プロイセン一般ラント法は特別法に過ぎなかった²⁹¹。ところが、ドイツ国内における商取引や法律家の交流が意識され、ドイツにおける一般民法が求められ始め²⁹²、民法草案の起草が各邦の代表者から成る連邦参議院によって第一委員会に託された。その出身構成員は当時の各邦における力関係に応じて、プロイセンが最多の4人、その他はバーデンの2人、バイエルンの2人、ザクセンの1人、ヴェルテンベルクの1人、そしてエルザス・ロートリンゲンの1人であった²⁹³。このことから既に、立法過程において与えるであろうプロイセンの影響が窺われる。もっとも、本稿において確認されるべき問題は、その影響と詐欺取消制度の関係である。

まず、部分草案から確認する。総則編の部分草案起草者として、バーデン出身のゲープハルト (Albert Gebhard, 1832-1907) が選出された。既に確認したように、バーデン地方法はフランス民法典の翻訳と若干の補充条項を加えた法典であった²⁹⁴。つまり、バーデン地方法はドイツにおいて所詮は外国法であって、バーデンはプロイセンによる法統一に反

Wirtschaftsgeschichte Deutschlands im 19. und 20. Jahrhundert, 1968, S. 57 ff. なお、同書の邦訳として、ヘルムート・ベーム (大野英二=藤本建夫 訳) 『現代ドイツ社会経済史序説』 (1976年) が存在する (ただし、同邦訳書の底本は1972年の第4版)。以下では、同邦訳書を引用する)。さらに、プロイセンは、1867年に北ドイツ連邦という形において部分的統一を実現し、北ドイツ連邦憲法をも制定したのであり、この憲法によればプロイセン王が軍事・外交の全権および連邦宰相の任命権を有していた (ベーム・前掲・81頁の注10)。

²⁹¹ クラウス・ルーイク (佐々木有司 訳) 「プロイセン私法学の創始者としての後期パンデクテン法学者ハインリヒ・デルンブルク」日本法学61巻3号 (1996年) 138頁を参照。

²⁹² この点について、Katzenmeier, aa.O. (Fn. 250), S. 80.

²⁹³ 連邦参議院は1871年に成立したドイツ帝国憲法において規定され、そして同憲法は前述した北ドイツ連邦憲法を引き継いでいるのであって、すなわちプロイセンの影響力も引き継がれている。この点について、石部雅亮「ドイツ民法典編纂史概説」石部雅亮 (編) 『ドイツ民法典の編纂と法学』 (1999年) 9頁以下も参照。委員会の構成について、平田公夫「ドイツ民法典を創った人びと (1)」岡山大学教育学部研究集録 (1981年) 56号67頁も参照。

²⁹⁴ バーデンとフランスの関係について、前述2-3頁を参照。

対する理由を有さず、さらにゲープハルト自身は部分草案の起草者として選出される以前からプロイセンの法律家と交流を持ち、ゲープハルトは第一委員会におけるプロイセン委員の強い影響下に置かれ、ゲープハルトはプロイセンの潜在的な支持者として理解されていた²⁹⁵。そして、ゲープハルトは、普通法における詐欺取消制度の支配的理論としてプロイセン一般ラント法を挙げ、これに従う旨を述べて²⁹⁶、部分草案における詐欺取消制度を次のように規定した。

部分草案総則編101条1項²⁹⁷：誰かある者が他人によって違法に根拠のある恐怖の惹起を通じて意思表示をさせられ、あるいは詐欺（Betrug）を通じて意思表示をさせられた場合は、その意思表示は直接に作用する取消しに服する。

まず意思表示による取消可能性が認められている点が注目される。ところで、ゲープハルトの部分草案を補助する担当者がザクセンから選任

²⁹⁵ この点について、Karlheinz Muscheler, Die Rolle Badens in der Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1993, S. 22 u. 37および Werner Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil 1, hgg. von, 1981, S. XV を参照。確かにゲープハルトの人事に関しては異論も出たのであるが、しかしプロイセン出身のパーペ（第一委員会の委員長）はゲープハルトの起用を支持した（Schubert, a.a.O.）。なお、ゲープハルトと同様にバーデン出身であったヴィントシャイトも、自身の『Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd., 7. Aufl., 1891』をパーペに捧げており、その関係が窺われる。

²⁹⁶ Albert Gebhard, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil 1, hgg. von Werner Schubert, 1981, S. 135.

²⁹⁷ Ist Jemand zur Abgabe einer Willenserklärung von einem Anderen widerrechtlich durch Erregung einer begründeten Furcht bewogen oder durch Betrug verleitet worden, so ist die Willenserklärung unmittelbar wirkender Anfechtung unterworfen.

されていた²⁹⁸。既に確認したように、プロイセン一般ラント法において認められていなかった意思表示による取消可能性がザクセン民法典において認められていたのであった²⁹⁹。

このように意思表示による取消可能性は認められたものの、依然として詐欺取消制度の規範目的に関しては部分草案においても十分に語られていない³⁰⁰。これは続く第一草案において明確化する。

②詐欺取消制度の規範目的

第一委員会はプロイセン選出の委員によって主導され、しかもヴィントシャイトが途中で委員を辞し、その一票がプロイセン側に与えられた³⁰¹。こうして、プロイセン勢が過半数を占め、第一草案においてもプ

²⁹⁸ Schubert, a.a.O. (Fn. 295), S. XV.

²⁹⁹ この点について、前述19頁以下を参照。ところで、バーデンにおいてフランス法の影響が見られた点も、既に確認した(前述2-3頁)。ゲープハルトは、取消可能性の理解について、フランス法の影響も示唆する (Albert Gebhard, Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil 2, hrsg. von Werner Schubert, 1981, S. 148-150)。フランス法における取消可能性に関しては、ヴィントシャイトの研究も存在していた (Bernhard Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, 1847 (Nachdruck 1969), S. 44を参照)。既に確認したように、ザクセン民法典において意思表示による取消可能性が規定された経緯においては、そこにヴィントシャイトの影響が見られ (前述19頁以下)、さらにヴィントシャイトがゲープハルトと同様にバーデン出身であった点も、ドイツ民法典の取消可能性に関するフランス法の影響を窺わせる。この点に鑑みても、フランス法の理論の影響を検討することは本稿においても重要な意味を持つはずであるが、しかし立ち入れなかった。なお、大木雅夫「独仏法学交流の史的素描」上智法学論集19巻2・3合併号(1976年)94頁によれば、ヴィントシャイトは「当時としてはフランス法を最もよく知っていたドイツ人のひとりであり、当初は、ラインのフランス法地域をドイツ法学に結合する諸関連を確認しようとして企てていた人である。しかしその後パンデクテン学の構築に没頭して、フランス法の研究を放棄した」、という。

³⁰⁰ 詐欺取消制度の規範目的に関しては、後述するように、フランス法ではなく、自然法学説から連なるプロイセン一般ラント法の影響が大きいであろう。

³⁰¹ 第一委員会は主としてパーペを含む4名のプロイセン出身者とヴィントシャイトによって主導されたようであり (石部・前掲注293・24頁)、

ロイセン法に傾斜する可能性が十分に存在していた³⁰²。そして、部分草案に基づく第一草案103条1項は次のように規定された。

第一草案103条1項³⁰³：誰かある者が強迫によって、または詐欺(Betrug)によって違法に意思表示を為さしめられた場合、その者はその意思表示を取り消すことができる。

部分草案の起草者と同様に、第一草案理由書は、プロイセン一般ラント法に従う旨を宣言し、さらに同法が違法に干渉されていない自由な意思決定(Die freie, d.h. nicht rechtwidrig beeinflusste Willensentscheidung)を法律行為の構成要件要素として捉える立法例である点を確認し、そして第一草案の立場について次のように述べる。

「意思決定の自由は意思表示の有効性の前提であり、「法秩序は、法律行為領域における自由な自己決定(die freie Selbstbestimmung)が違法な方法で干渉されることを許すことができない」³⁰⁴。

ヴィントシャイトの欠員分の一票は議長のパーペに与えられた(Werner Schubert, Preußens Pläne zur Vereinheitlichung des Zivilrechts nach der Reichsgründung, SZ (Ger.) 96 (1979), S. 247 mit Fußn. 16)。

³⁰² この点について、石部・前掲注293・30頁も参照。

³⁰³ „Ist Jemand zur Abgabe einer Willenerklärung von einem Anderen widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug bestimmt worden, so kann er die Willenserklärung anfechten.“

³⁰⁴ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I. Bd., 1888, S. 204 u. 206 (以下では、「Motive I」として引用する)。

この時から、第一草案103条に由来する現行規定123条1項が意思決定自由を保護する規範であることは、現在に至るまで、争われていない。先の理由書の一節は、その根拠として、現在も頻繁に引用されている。「123条は法律行為上の意思決定の自由を保護せんとする(理由書第一巻204頁……を参照)。同規定は、意思形成が欺罔および強制から自由に行われた場合に限り、私的自治によって前提とされる法律行為上の自己決定が効力あらしめられる、という考え方に依拠しているのである。同規定は—刑法263条(詐欺)および

違法に干渉されていない自由な意思決定が有効な意思表示の前提として宣言され、こうした理由書の説明から詐欺取消制度が被欺罔者の観点から捉えられていること、さらに意思決定自由が違法評価の対象として捉えられ得ることが理解される。

しかし、同条項は、その後の立法過程において修正を受け、とりわけ悪意の要件³⁰⁵と違法性の要件³⁰⁶に関して修正されている。こうした修正は詐欺取消制度の態度決定にも関わる問題であるから、この点について引き続き検討する。

(2) 詐欺取消制度における文言の変遷

① 悪意の要件

第一草案の規定から判明するように、同草案においては詐欺という表現が用いられていた。ところが、刑法においても詐欺という文言が用いられていたから、刑事詐欺と民事詐欺の区別という観点から、第一草案が「詐欺」という文言を採用したこと自体が批判の対象となった。

例えば、刑法学者のリスト (Franz von Liszt, 1851-1919) によれば、刑法学における詐欺は本質的に悪意の欺罔 (arglistige Täuschung) に基づく財産的被害を意味するのであるが、しかし詐欺取消制度における詐欺は財産的損害を要せず、この意味における詐欺は財産的損害へ至る以前の悪意の欺罔それ自体を意味し、それゆえ刑法の意味における詐欺

刑法253条 (恐喝) と異なり「財産を保護しているのではなく、したがって財産的損害を要件としていない」(Heinz Palm, in; Ermann Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 12. Aufl., 2008, S. 296)。その他に、例えば Ernst A. Kramer, in; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 5. Aufl., 2006, S. 1401も参照。

³⁰⁵ 現行ドイツ民法典123条1項の悪意要件を、民法典における故意ドグマの一端を成すものとして理解する見解も存在し、このことは詐欺取消制度と契約締結上の過失法理の競合問題においても重要な意味を持つ。この点は後述する。

³⁰⁶ 現行ドイツ民法典123条1項の規定上、違法性の要件は、強迫にのみ関係し、悪意の欺罔に関係していないように見えるが、しかし現在の解釈においては悪意の欺罔が要件として違法性を要する点について異論は見られず、ゆえに違法性は悪意の欺罔に関しても解釈論として重要な意味を持つ。この点は後述する。

と本質的に異なる³⁰⁷、という。こうして、リストは、詐欺取消制度の意味における詐欺と刑法における詐欺を区別するために、第一草案が用いた詐欺という表現に代えて、悪意の欺罔 (arglistige Täuschung) という表現の使用を提案している³⁰⁸。

リストのみならず、チーテルマン (Ernst Zitelmann, 1852-1923) も草案の文言を問題視し、リストと同様に民法の取消制度における詐欺の要件として詐欺者の貪欲な意図や財産的侵害を求めず、悪意の欺罔という表現を用いれば足りる旨を述べている³⁰⁹。

リストとチーテルマンの批判が影響してか、第二委員会は第一草案103条における詐欺という表現を悪意の欺罔という表現へ変更し、第二草案98条1項を次のように規定した。

第二草案98条1項：悪意の欺罔または強迫によって違法に (widerrechtlich) 意思表示を為さしめられた者は、その表示を取り消すことができる³¹⁰。

第二委員会は、修正理由としてリストやチーテルマンと同様の指摘、すなわち民事詐欺と刑事詐欺の区別および詐欺取消制度における財産的損害の不要を挙げている³¹¹。ここに、リストとチーテルマンによる批判

³⁰⁷ Franz von Liszt, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalistische Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1889, S. 22-25.

³⁰⁸ Liszt, aa.O. (Fn. 307), S. 25.

³⁰⁹ Ernst Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Theil, 1890, S. 43.

³¹⁰ „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder durch Drohung widerrechtlich bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.“

³¹¹ Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. Bd., 1897, S. 119 (以下では、「Protokolle I」として引用する)。

の影響が窺われる³¹²。

ところで、悪意の欺罔という概念が刑事詐欺の立法過程において登場し、刑事詐欺の可罰性を制限するために援用された概念であったことは、既に確認した³¹³。悪意の欺罔という表現を持ち出したリストの趣旨が詐欺概念の限定も含意していたか否か、は必ずしも明確ではない。しかし、少なくとも第二委員会が第一草案を実質的に修正する目的を有していなかった点は、留意されなければならない³¹⁴。つまり、民法における詐欺取消制度の目的は、たとえ悪意の文言が加わろうとも、依然として意思決定自由の保護であるのである（少なくとも第二委員会は、この理解を修正していないし、変更していない）。

②違法性の要件

悪意に続いて、違法性の要件も問題である。既に確認したように、第二草案98条1項の規定によれば、違法性要件は悪意の欺罔と強迫の両者に妥当しているように見える。ところが、帝国議会の審議において、違法性要件を強迫の直前に置くことが決定された³¹⁵。

悪意の欺罔により、または違法に（widerrechtlich）強迫により意思表示を為さしめられた者は、その意思表示を取り消すことができ

³¹² Wiebke Reitemeier, Täuschungen vor Abschluß von Arbeitsverträgen: Zum Verhältnis zwischen dem Straftatbestand des Betruges und dem Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung (§ § 263 Abs. 1 StGB, 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB), 2001, S. 74.; Hannes Rösler, Arglist im Schuldvertragsrecht, AcP 207 (2007), S. 572は、第二委員会に対するリストないしチーテルマンの批判の影響を指摘する。

³¹³ この点について、前述13頁を参照。

³¹⁴ 第二委員会は、基本的に第一草案の理解を踏襲する旨を述べている（Protokolle I, S. 119）。Reitemeier, aa.O. (Fn. 312), S. 75も参照。

³¹⁵ Benno Mugdan, Die gesammten Materialien Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Bd., 1978, S. 965によると「強迫によって違法に（durch Drohung widerrechtlich）」の代わりに「違法に強迫によって（widerrechtlich durch Drohung）」と定めるべきだとする提案が満場一致の承認を得て可決された。

る³¹⁶。

かかる帝国議会の提案内容は、そのまま現在の民法における詐欺取消制度として規定された。

民法123条1項：悪意の欺罔により、または違法に強迫により意思表示を為さしめられた者は、その意思表示を取り消すことができる³¹⁷。

最終的に、悪意は詐欺特有の要件として、そして違法性は強迫特有の要件として確定された。ただし、悪意の欺罔が違法性要件を持たない理由は、悪意の欺罔が違法性と無関係であるからではなく³¹⁸、悪意の欺罔は当然に違法である³¹⁹。むしろ問題は、違法性と悪意の関係であり、さらに悪意と意思決定自由の関係である。

既に確認したように、自然法学説に依拠したプロイセン一般ラント法を否定するサヴィニーの詐欺論によれば、詐欺の局面において意思決定自由の侵害は語られず、むしろ詐欺の違法性は欺罔行為によって基礎づけられる旨が確認されていたのであり、それに続く学説および判例も欺罔者の主観的違法性を重視していた³²⁰。この理解を維持するなら、123条1項における悪意要件も違法性を基礎づける要件として重要な意味を持

³¹⁶ Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

³¹⁷ 同上。

³¹⁸ このことは、刑法が犯罪を定める各条文において必ずしも違法性の要件を明記していなくても、当然に違法性が語られることを想起すれば、理解されるであろう。

³¹⁹ むしろ、悪意の欺罔に違法性の要件が付されなかった理由について、「悪意の欺罔の違法性は自明のことであるから」（Mugdan, a.a.O. (Fn. 315), S. 965）、という。ならば強迫の違法性要件は何を意味するのか、この意味の違法性と悪意の欺罔は如何なる関係にあるのか。この点は後述する。

³²⁰ この点について、前述7-12頁を参照。

つのであろう。

しかし、既に確認したように、この時期には違法性と責任を分離する客観的違法論が確立され始めていたのであって、主観的要件の悪意によって違法性を基礎づける解釈は客観的違法論に反している。さらに、民法の起草者は、プロイセン一般ラント法の理解に依拠し、詐欺取消制度の規範目的を意思決定自由の保護として理解している。客観的違法論に依拠し、かつ意思決定自由を重視するなら、違法性の根拠は意思決定自由に対する侵害に求められることになる。この理解によれば、被欺罔者の保護の可能性を悪意に限定する理由は存在せず、もし悪意に限定するならば、別個の説明を要する。

要するに、問題は、ドイツ民法123条1項における違法性の根拠は悪意であるか意思決定自由であるか、意思決定自由は悪意の侵害によってのみ保護される性質の法益であるか、過失の侵害によっても保護される性質の法益であるか、という点である。

ところが、こうした問題に関して起草者の理解は必ずしも明確ではなく、少なくとも詐欺取消制度の立法過程からは窺い知ることはできない。

これに対して、不法行為法の立法過程においては、違法性と過責（故意・過失）あるいは意思決定自由の要保護性について語られている。そこで、この点を確認するべく、不法行為法の立法過程を続けて概観する。

第2項 不法行為規定の立法過程

詐欺取消制度の立法過程において残された問題は、いずれも自由意思に関係する問題である。それゆえ、まず民法が予定している自由意思について、確認されなければならない。民法における自由意思が語られる局面は、主として2つに分かれる。第一は行為能力における自由意思であり、第二は不法行為法において法益として列挙される自由意思である。その意味と内容について、まず前者から検討する。

(1) 民法典における自由意思—責任根拠の自由意思—

①「理性の使用」

民法典における重要な自由意思の規定として、まず行為能力に関する諸規定が挙げられる。例えば、第一草案は、行為能力を次のように規定

していた。

第一草案708条：理性の使用を奪われていた者が他人に損害を加えた場合、その者は責を負わない。しかし、自ら引き起こした酩酊によって理性の使用が排除された場合には、損害について責を負う³²¹。

かつて普通法は、法律行為能力と不法行為能力の双方を含む概念として、行為能力 (Handlungsfähigkeit) という概念を用いていた。しかし、この意味における行為能力は法的行為 (juristische Handlung) を為し得る能力という程度の意味しか持たず、法律行為能力と不法行為能力は曖昧に結び付けられ、能力概念として不十分であった。それゆえ、民法典は、普通法の行為能力概念を採用せず、不法行為能力 (Deliktsfähigkeit) と意思表示を為し得る能力としてのみ理解される法律行為能力 (Geschäftsfähigkeit)³²²に分けたのであった³²³。ただし、両者は本質的に同一であって、それゆえ法律行為能力に関しても不法行為能力規定と類似した内容の規定が設けられた³²⁴。

第一草案64条1項：幼少期の者は、法律行為無能力である³²⁵。

³²¹ Hat eine Person, während sie des Vernunftgebrauches beraubt war, einem Anderen einen Schaden zugefügt, so ist sie hierfür nicht verantwortlich. Sie ist jedoch für den Schaden verantwortlich, wenn der Vernunftgebrauch durch selbstverschuldete Betrunktheit ausgeschlossen war.

³²² Geschäftsfähigkeit は行為能力と訳されることがある (例えば、柚木馨『現代外國法典叢書 獨逸民法 [I] 民法總則』(1938年) 163頁以下)。しかし、Handlungsfähigkeit と区別するために、本稿は Geschäftsfähigkeit を法律行為能力と訳す。

³²³ Ludwig Enneccerus - Hans Carl Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbb. 2, 15. Aufl., 1960, S. 869 mit Fußn. 1.

³²⁴ 確かに不法行為能力と法律行為能力は分離されたが、しかし民法典の理解は行為能力概念によって法律行為能力と不法行為能力を包摂していた普通法の理論から逸脱しているわけではなく、普通法理論を修正したに過ぎない (Enneccerus - Nipperdey, a.a.O. (Fn. 323), S. 869 mit Fußn. 1.)。

³²⁵ Eine Person, welche im Kindesalter steht, ist geschäftsunfähig.

同条2項：このことは、一時的であれ、理性の使用が奪われていた者にも、その状態の期間は妥当し、精神病の故に禁治産宣告を受けた者にも、当該宣告が存続する限り、妥当する³²⁶。

以上の如く、不法行為法能力規定および法律行為法能力規定は「理性の使用を奪われていた者」という共通の表現を用いている。ところが、これら能力規定は、第二草案において、「理性の使用」から「自由な意思決定」という表現へ修正される。

②「自由な意思決定」

「理性の使用」から「自由な意思決定」へ修正された規定として、まず第二草案750条が挙げられる。次のような規定であった。

第二草案750条：無意識の状態または自由な意思決定を排除する精神活動の病的な障害の状態において他人に損害を加えた者は、その損害について責を負わない。誰かある者が自らアルコール飲料または類似する手段によって、この種の一時的な状態にいた場合、過責がない場合を除いて、その状態において違法に惹起された損害に関して、その者が過失の責に任ぜられる場合と同様に、責を負う³²⁷。

³²⁶ Dasselbe gilt von einer Person, welche des Vernunftgebrauches, wenn auch nur vorübergehend, beraubt ist, für die Dauer dieses Zustandes, ingleichen von einer Person, welche wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, solange die Entmündigung besteht.

³²⁷ Wer im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit einem Anderen Schaden zufügt ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat sich Jemand durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen in demselben widerrechtlich verursachten Schaden in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele, es sei denn, daß er ohne Verschulden in den Zustand gerathen ist.

もちろん、行為能力規定の修正は不法行為能力のみならず、法律行為能力規定にも及び、次のように修正された。

第二草案78条：以下の各号の者は法律行為無能力である。1号 7歳未満の者。2号 自由な意思決定を排除する精神活動の病的な障害にある者。3号 精神病を理由として禁治産宣告を受けた者³²⁸。

第二草案750条および78条は、ほとんど変更されず、それぞれ次のように現行規定として確定されている。

現行規定827条：無意識の状態または自由な意思決定を排除する精神活動の病的な障害の状態において他人に損害を加えた者は、その損害について責を負わない。その者が自らアルコール飲料または類似する手段によって、この種の一時的な状態にいた場合、その状態に際して違法に惹起した損害について、過失の責に任ぜられる場合と同様に、責を負う；その状態に過責なく陥った場合は、責を負わない³²⁹。

現行規定104条2号：自由な意思決定を排除する状態が精神活動の病的障害の本質からして一時的ではない限りで、自由な意思決定を排

³²⁸ Geschäftsunfähig ist: 1. wer das siebente Lebensjahr nicht vollendet hat ; 2. wer sich in einem Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befindet, durch den seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen wird; 3. wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist.

³²⁹ Wer im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit einem Anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiel; die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand gerathen ist.

除する精神活動に病的障害ある状態にある者は、法律行為無能力である³³⁰。

このように、「理性の使用」という用語に代えて、「自由な意思決定」という表現が用いられるようになった。問題は、その由来と修正理由である。この表現の由来は刑事責任能力を定めた帝国刑法51条³³¹であり、起草者は民法の行為能力規定を刑法の責任能力規定に従わせたのである³³²。そして、起草者は、その修正理由として、草案規定が意思的側面を軽視し過ぎている点を挙げ³³³、さらに帝国刑法51条の規定方式を採用することによって、私法規定を解釈する際に豊富な刑法学説を利用し得る点を挙げている³³⁴。

刑法の責任能力規定が援用されている点に鑑みても、現行規定827条および104条2号の意味における自由意思は、責任を基礎づける前提と

³³⁰ Geschäftsunfähig ist: 2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist.

³³¹ 行為者が行為を犯した時点で、その自由な意思決定を排除せしめる無意識または精神活動の病的障害の状態にいた場合、可罰的行為は存在しない (Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit bestand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.)。

³³² Benno Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., 1899, S. 1084.

³³³ 「第1草案においてはドイツ普通法学の伝統にしたがい単に『理性使用をなし得ない者』として構成されていたが、この構成は知的側面に傾きすぎて意思的側面を顧慮しない不当のものとして第2委員会であてられて、責任能力に関する刑法51条旧規定 (1933年改正までのもの) にならい、現行法のように改められた」(山田晟・村上淳一 (編) 『ドイツ法講義』 (1974年) 96-97頁)。こうした起草者の態度は、民法典が主知主義ではなく、主意主義に依拠していることを物語るであろう。主知主義と主意主義について、前述 (本誌63巻4号21-22頁) を参照。

³³⁴ Mugdan, aa.O. (Fn. 315), S. 673. 上山泰「行為能力制度史論序説—ドイツにおける法の変遷を素材として—」法学政治学論究23号 (1994年) 174頁も参照。

して意味を持つ内容であって、いわば責任根拠の自由意思として理解できるであろう。ところが、民法が予定している自由意思は、責任根拠の自由意思のみではない。この点について、続けて検討する。

(2) もう一つの自由意思—違法根拠の自由意思—

① 「違法根拠の自由意思」の意味

ドイツ民法典における三大不法行為構成要件の一つ823条1項は、次のように規定されている。

現行規定823条1項:故意または過失により他人の生命、身体、健康、自由、所有権またはその他の権利を違法に侵害する者は、その他人に対してそのことによって生じた損害を賠償する義務を負う³³⁵。

同条項によれば、自由は過失によって侵害され得る権利として規定されている³³⁶。ただし、自由概念の定義は与えられていない³³⁷。第一草案の段階のみならず、最終的に立法者は、民法における自由の概念について必ずしも明確な定義を与えなかったのである³³⁸。

こうした立法者の態度に対しては、既に批判が提起されていた。例えばリストの批判によれば、自由に対する犯罪を規定した刑法239条は自

³³⁵ Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt, ist dem Anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

³³⁶ 第一草案理由書によれば、これまで生命、身体、健康、自由および名誉の権利性は必ずしも確立されず、その保護も往々にして不十分であったから、それら法益の権利性を明記することによって、その保護の可能性に疑義を差し挟む余地を解消し、もって十分なる保護を目指したのである、という (Mugdan, a.a.O. (Fn. 332), S. 406)。

³³⁷ この点について、Erwin Deutsch, Freiheit und Freiheitsverletzung im Haftungsrecht, Festchrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag, 1978, S. 48を参照。

³³⁸ この点について、Jörn Eckert, Der Begriff Freiheit im Recht der unerlaubten Handlungen, JuS 1994, S. 629も参照。

由の剥奪 (Freiheitsentziehung) を処罰しているのであるが、しかし民法823条1項における自由の意味を自由の剥奪³³⁹に限定する理由は存在しないのであって、それゆえ民法823条1項の自由は広く妨害なき意思決定 (ungestörte Willensbestimmung) として理解され、その侵害は如何なる方法であれ、823条1項の規定に服するのである³⁴⁰、という。

リストが意思決定自由を重視する理由は必ずしも明確ではないが、しかしリストの法思想は明らかに啓蒙主義の理念を反映している³⁴¹。リス

³³⁹ 現行823条1項の他に、現行845条(847条1項も同旨。同条項の検討は省略)も自由について規定している。

現行845条1文：人を殺害した場合、身体または健康を侵害した場合、ならびに自由を剥奪した事案において、被害者が法律により第三者に対して第三者の家事または業務において労務を給付する義務を負う場合、賠償義務者は第三者に対して、その免れた労務について金銭定期金を支払うことによつて賠償することを要す。

この条文の文言から判るように、自由の「剥奪」が規定されている。この自由を身体的自由に限定し、このことから823条1項の自由も身体的自由に限定すべき旨を説く見解も見られるものの (Richard Maschke, Boykott, Sperre und Aussperrung, 1911, S. 54)、これに対して同条の自由の概念は立法過程においても明確ではなく、少なくとも現行845条1文(第一草案727条1項1文)は損害賠償義務の特別な拡張事例を規定しているのであるから、かかる規定の制限的自由概念から現行823条1項(第一草案704条2項)の自由概念を推論することはできず (Wolfgang Leinemann, Der Begriff Freiheit nach § 823 Abs. 1 BGB, 1969, S. 56; Eckert, a.a.O. (Fn. 338), S. 629)、現行823条1項における自由を身体的な活動の自由に限定すべき根拠は立法過程から見出されず (Deutsch, a.a.O. (Fn. 337), S. 48)、たとえ現行845条における自由が身体的自由の意味であったとしても、これは現行823条1項の自由と区別されているのであり、後者においては広義の自由概念(例えば、意思決定自由)が根底に置かれている (Eckert, a.a.O. (Fn. 338), S. 629)、という考え方も主張されている。

³⁴⁰ Franz von Liszt, Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898, S. 24.

³⁴¹ この点について、Knut Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 69を参照。さらに、「リスト及彼の後継者に其聲を見出したものは後期啓蒙期の思想である」(佐伯千仞「犯罪の行爲者の本質」法学論叢28巻3号(1932年)122頁)。

トによれば、法は全て人間の生活利益を保護するために存在し³⁴²、人の利益（Interessen）は法によって保護され、こうして法的に保護された利益は法益と呼ばれるのであり、そして法益という概念は刑法学のみならず一般的法理論にとっても根本的な意義を有するのである³⁴³、という。

法の目的が法益の保護であるなら、法益の保護に欠ける事態は法に違背する事態であり、違法である。すなわち、リストによれば、「犯罪は…法的に保護された利益に対する攻撃として違法である」³⁴⁴。しかも、リストによれば、「刑事不法は、その種類に関して、民事不法と異なるのである」³⁴⁵。

法益の侵害が違法性を基礎づけ、この点に関して民事と刑事に差異が存在しないなら、823条1項において法益として認められる意思決定自由に対する侵害も違法性を基礎づける³⁴⁶。この意味における自由意思は、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、外在的な侵害を通じて違法性の評価を受ける対象であって、いわば違法根拠の自由意思であり、前述した責任根拠の自由意思から区別されなければならないであろう。

続く問題は自由意思の要保護性である。故意と過失を区別しない823条1項において列挙された自由として意思決定自由が含まれるなら、意思決定自由は過失行為によって害され得る性質の法益を意味するはずである。ならば、同じ法益を保護する123条1項の悪意の要件は不当ではないか、という疑問が生じる。これは民法における過責（故意・過失）

³⁴² Franz von Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyclopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8 (1888), S. 141 f.

³⁴³ Franz von Liszt, Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuche, ZStW 6 (1885), S. 672-673.

³⁴⁴ Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 9. Aufl., 1899, S. 133.

³⁴⁵ Franz von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, ZStW 3 (1883), S. 23 f. リストによれば、刑法の犯罪と民法の不法行為は法律効果において差異が生じるに過ぎず、不法の点において異なる、という（Liszt, a.a.O. (Fn. 344), S. 187 mit Fußn. 1）。

³⁴⁶ リストも、法的に保護された利益の侵害が違法を基礎づける原則は、私法においても妥当する旨を説いている（Liszt, a.a.O (Fn. 307), S. 34.）。

の問題も関係するのであって、この点について引き続き検討する。

②「違法根拠の自由意思」の要保護性

法益の侵害を違法性の根拠として認める理解は客観的違法論の帰結であり³⁴⁷、客観的違法論によれば故意の法益侵害と過失の法益侵害は違法性の程度において差異を生ぜしめない。ならば、同じ法益を保護する123条1項の詐欺取消制度においても過失による意思決定自由の侵害の可能性が認められるはずであり、その要件も故意ではなく、過失で足るはずではないか³⁴⁸。ただし、こうした疑問は、故意と過失の区別が民法において特別な意味を持つものであるなら、成り立たない（123条1項の故意は特別な意味を持つ要件として正当化される余地が生まれるから）。そこで、この点に関して、立法者の理解を確認する。

債務法の部分草案を担当したキューベル（Franz Philipp Friedrich von Kübel, 1819-1884）は、不法行為の一般原則規定を次のように起草した。

部分草案1条1項：誰かある者が意図または過失に基づく違法な行為または不作为によって他人に損害を加えた場合、その他人に対して損害賠償義務を負う³⁴⁹。

キューベルの理解によれば、ローマ法における不法行為の効果は刑罰

³⁴⁷ 既に確認したように、客観的違法論は、メルケルが提唱した主観的違法論に対する反論として、イエーリングによって展開されたのであった（この点について、前述15-18頁を参照）。そして、リストは、イエーリングとメルケルから学んでいる（Gerd Kleinheyser-Jan Schröder (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 5. Aufl., 2008, S. 258）。

³⁴⁸ 少なくとも、客観的違法論は123条においても妥当する。この点について、例えば Arthur Menge, *Der Begriff der Widerrechtlichkeit bei der Drohung im § 123 B.G.B.*, 1906, S. 16を参照。

³⁴⁹ Hat Jemand durch eine widerrechtliche Handlung oder Unterlassung aus Absicht oder aus Fahrlässigkeit einem Anderen einen Schaden zugefügt, so ist er diesem zum Schadensersatz verpflichtet.

的性質を備えていたが、しかし行為者に対する制裁と被害者に対する補償は今や異なる法秩序の任務であり、賠償義務の目的は被害者が受けた損害の補填であって、それゆえ私法上の保護に値する利益の侵害は原則として全て賠償されるべきであるが、しかし外部的な原因に基づく損害を全て行為者に負わせることは妥当ではなく、したがって客観的な権利侵害に加えて、過責 (Verschulden)³⁵⁰を要求する原則を採用する³⁵¹、という。

既に指摘したように、過責主義は経済的自由主義と密接に関係している³⁵²。過責主義は、法益保護を担う民法において、一方の法益保護と他方の行為自由 (Handlungsfreiheit) の妥協を意味するのである³⁵³。それゆえ、相手方の行為自由を確保する要素として機能する限り、故意および過失の間に差異は存在しないはずである³⁵⁴。

³⁵⁰ 過責は、故意および過失を含めた概念である (Motive I, S. 281.)。

³⁵¹ Franz Philipp von Kübel, Recht der Schuldverhältnisse Teil 1, in: Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, hgg. von Wener Schubert, 1980, S. 658-661.

³⁵² この点について、前述17頁を参照。

³⁵³ 「ドイツ不法行為法は、『違法性』と『過責』との峻別・対置という構成に立脚しており」、「いわゆる過責主義 (Verschuldensprinzip) = 『過失責任の原則』という経済的自由主義のイデオロギーに支えられて」いる (平井宜雄『損害賠償法の理論』(1971年) 346-348頁)。さらに、Manfred Löwisch, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2004, S. 282も参照。

³⁵⁴ 例えば、起草者は、民法と刑法の分離を認め、過責の種類や程度に応じて損害賠償義務の範囲を区分することを否定している。理由書によれば、かかる区分を採用すれば、民事効果を決する際に、道徳的あるいは刑法的観点を引き込まざるを得なくなる、という (Motive II, S. 17 f.)。

もっとも、道徳的あるいは刑法的観点を民法へ持ち込むことが、なぜ問題であるのか、ということ自体も一応は問題である。この問題に対しては、次のような解答を与えることができるであろう (この点について Heyer, Soll der Ersatz des Schadens Strafausschließungsgrund sein?, GS 21 (1869), S. 1 ff. を参照)。まず、民事的效果と刑事的效果が接近すれば、「損害賠償は刑罰を阻却する」という発想が生まれる。損害賠償が刑罰を阻却することは、換言するなら、

そして続く第一委員会も、意図(Absicht)という表現を故意(Vorsatz)という表現へ変更した以外はキューベルの理解と異ならない³⁵⁵。むしろ、その後の審議過程(とりわけ第二草案の以降³⁵⁶)においては経済的自由主義の理念が徹底され、キューベルが提案した一般条項規定は修正され³⁵⁷、個別構成要件主義が採用された³⁵⁸。こうして、一般条項規定は三大不法行為構成要件(823条1項、823条2項および826条)へ分化し、そして現在に至るのである。823条1項は前掲した。823条2項および826条は、次のように規定されている。

有産者の行為(だけ)が常に不可罰化され得る点が憂慮され、さらに犯罪の予防効果も低減する。しかも、結果を伴う害悪の大きい既遂は損害賠償によって不可罰化し得るが、しかし結果を伴わない害悪の小さい未遂は損害賠償によって不可罰化し得ず、害悪の大きい既遂は損害賠償で済むのに対して、害悪の小さい未遂は損害賠償より強力な刑罰という法律効果を避けることができない、という不均衡を生み出す。以上の如く、道徳的あるいは刑法的観点を民法へ持ち込むことは、道義的観点からも刑事政策的観点からも、問題を生ぜしめるのである。

³⁵⁵ Horst Heinrich Jakobs=Werner Schubert, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Recht der Schuldverhältnisse III, 1983, S. 874.

³⁵⁶ 確かに第一草案も、部分草案に比べれば、制限された一般条項主義を採用していた。しかし、一般条項として規定された第一草案704条および705条における違法性要件の内容は制限されていなかったから、結果的に両条は包括的な侵害禁止規定として理解され得たのである。この点について、Katzenmeier, aa.O. (Fn. 250), S. 104を参照。

³⁵⁷ 個人の自由を可能な限り制約しないことが国民経済全体に資する、という経済的自由主義の観念は不法行為の一般条項主義と相容れない、という理解が存在していたからであった。この点について、Katzenmeier, aa.O. (Fn. 250), S. 103を参照。

³⁵⁸ 第二委員会は、裁判官に対して予め客観的な基準を明示すべきこと、損害賠償請求権の過度な認容を回避すべきこと等の理由から、一般条項規定に反対した(Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Bd., 1898, S. 571 f. (以下ではProtokolle IIとして引用する))。

現行規定823条2項：他人を保護する目的の法律に違反する者も、同様の義務を負う。当該法律の内容によれば、過責がなくても当該法律に違反し得る場合は、過責がある場合に限り、賠償義務が生じる³⁵⁹。

現行規定826条：善良の風俗に反する方法で他人に対して故意に損害を加える者は、その他人に損害を賠償する義務を負う³⁶⁰。

一方で経済的自由主義の理念は一般条項主義から個別構成要件主義へ変更せしめたが、しかし他方で経済的自由主義は過責原則の根拠でもあった³⁶¹。それゆえ、個別要件主義の採用は故意と過失の理解を变じるわけではなく³⁶²、やはり故意または過失は加害者の行為自由を確保する要件に過ぎず、両者の間に差異は見出されない。確かに826条は故意に限定されているが、しかし826条でさえ、その第一草案(705条)の段階においては故意に限定されていたわけではなかった³⁶³。そもそも、立法

³⁵⁹ Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

³⁶⁰ Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

³⁶¹ それゆえ、第二委員会も過責主義は維持し、次のように述べている。結果主義(Veranlassungsprinzip)と異なり、過責主義は各人の法領域を画定する決定的な意義を有するのであり、むしろ、この原則を踏み外せば、取引の発展を阻害することになるであろう(Protokolle II, S. 568 f.)。

³⁶² 要するに、第二草案における修正は、基本的に不法行為責任の射程範囲を制限したに過ぎず、第一草案と根本的な相違点は存在しないのである。この点について、Hans Stoll, Richterliche Fortbildung und gesetzliche Überarbeitung des Deliktsrechts, 1984, S. 27.; Katzenmeier, aa.O. (Fn. 250), S. 112も参照。

³⁶³ 第一草案705条：一般的自由によりそれ自体は許される行為も、それが他人に損害を与え、その実行が善良な風俗に反するときは、違法と見なされる。

これに対して、確かに、第二委員会においては、不誠実な行為による他人の

過程の議論を前提とする限り、826条の規定と123条の問題は切り離して考えることができるはずである。

過責（故意または過失）の意義が加害者の行為自由の確保であり、しかも823条1項において被害者の意思決定自由の保護と加害者の行為自由の確保を調整する要件として過失が設定され、さらに意思決定自由が過失行為によって侵害され得ることも承認され、そして123条1項における「悪意」という表現が刑事詐欺と区別するため（だけ）に導入された要件であるなら、123条1項における悪意を故意として理解する解釈は明らかに欺罔者の側の行為自由へ偏重し過ぎである。

ところが、次章において検討するように、学説および判例は詐欺取消制度における悪意要件を故意へ読み替え、これを堅持し、この故意要件が違法根拠の自由意思に対する救済の桎梏となる。そして、その反省から故意要件の緩和を図る種々の議論（とりわけ契約締結上の過失法理）が展開されることになる。この点について、章を改めて、検討する。

（未完）

利益領域に対する侵害が過失によって生じることは稀である、という理由から故意に限定された（Protokolle II, S. 576を参照）。しかし、この第二委員会の理解を民法の理解として受け取るならば、823条1項は存立し得ないのであって、それゆえ第二委員会の上記説明から民法における故意の特別な機能を読み取ることはできないであろう。