

民事詐欺の違法性と責任（5）

岩 本 尚 禱

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

第1款 故意と過失の境界

第1項 故意の構造

第2項 裁判例の検討

第2款 民事詐欺の違法性と責任

第1項 原則－作為－

第2項 例外－不作為－

(以上、本号)

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

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 保護の範囲と限界

第1款 故意と過失の境界

第1項 故意の構造

123条1項における悪意の欺罔を補完する契約締結上の過失法理の保護対象として意思決定自由が含められ、こうした理解は立法化された。ならば、同じ法益を保護する123条1項の故意要件は不当な桎梏ではないか。後述するように、ドイツの裁判所は同条項の故意の緩和を図る。ただし、同条項は明文において悪意を求めているから、同条項の故意要件の緩和には制約が伴う。これは故意と過失の限界という問題を含み、この問題が詐欺取消制度の理解にも関連する限り¹⁷⁵、故意要件の緩和を

¹⁷⁵ 過失を心理要素として理解するなら、本来的に心理要素として理解されている故意と過失が連続性を持ち、両者が境界を接していることは当然の帰結である。もっとも、このことは、過失を心理要素として捉えなくても同様である。すなわち、「過失は『故意マイナス何ものか』ではなく、故意とは『別のもの』だとする見解もある。別のものだとすると、故意と過失との中間に、そのどちらでもないという事態がありうるはずであり、また故意でも過失でもあるという事態もありうるはずであるが、論者もそういう事態は認めないようである。そうだとすれば、故意と過失とが境を接することに、かわりはない」（平野龍一『刑法総論I』（1972年）181頁）。故意と過失が境界を接しているならば、その限界が問われなければならない、これは故意と過失の限界の問題として今なお論じられ、そして学説の対立を代表する立場として意思説（故意を狭く捉える立場）と表象説（故意を広く捉える立場）が存在する。

この対立が本稿において重要な意味を持つ理由は、2つ挙げられる。第一は、故意と過失の限界の問題が故意と過失の中間領域を故意へ割り振るか、過失へ割り振るか、という問題を意味するからである。故意を狭く捉える学説（例えば意思説）の「過失」と、故意を広く捉える学説（例えば表象説）の「故意」が（部分的に）重複し得る。このような事態が仮に123条1項の枠組において認められるなら（特に同条項の故意が表象説の意味であるなら）、それは同条項における悪意要件の実質的な過失化に他ならない。

第二の理由は、意思説と表象説の問題が違法性と責任の問題へ連なるからである。すなわち、「意思説と表象説との対立は、故意を違法要素とするか否かに関係する。学説の分布を見る限り、故意を違法要素とする場合には意思説をとらざるをえないと考えられているようである。対偶は、表象説が、故意をもっぱら責任要素とする体系としか結合しないということである」（高山佳奈子『故

図る裁判例を検討する前提として、まず故意の構造それ自体を知る必要がある。そこで、裁判例を検討する前提として、故意一般の構造を概観し¹⁷⁶、次いで悪意概念を確認する。

(1) 故意一般の構造

① 知的要素と意的要素

故意は、構成要件実現の認識 (Wissen) および意欲 (Wollen) として定義される¹⁷⁷。構成要件実現の認識に関する部分は知的要素 (intellektuelle Element) と呼ばれ、構成要件実現の意欲に関する部分は意的要素 (voluntative Element) と呼ばれる¹⁷⁸。

知的要素は、事実の認識と違法の認識に区別される。事実の認識とし

意と違法性の意識』(1999年) 142頁)。既に確認したように、123条1項において責任能力を要求しない通説的解釈の意味は違法性の意識を要求しない意味として理解されるべきであったのであり、これは故意を責任要素として理解する立場へ連なるが(本誌63巻6号276-278頁)、しかし故意を違法要素として捉える立場はヴェルツェルの行為無価値論から導かれる帰結であり、これは123条1項の規範目的と相容れないのであった(本誌63巻6号290頁)。すなわち、123条1項において要求される故意が意思説の意味か、表象説の意味か、という問題は、123条1項の違法性および責任を理解する前提として重要な意味を持つのである。

¹⁷⁶ 故意の理解について、民法学と刑法学において大差ない(むしろ、民法学が刑法学を参照している点が少なくない)。この点について、Peter Hanau, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 3. Aufl., 1994, S. 825.; Reitemeier, a.a.O. (Fn. 7), S. 151を参照。それゆえ、以下では、刑法学の文献も引用する。

¹⁷⁷ この故意の定義は、基本的に、民法学と刑法学において一致する。Adolf Schönke - Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 1965, S. 396.; Hanau, a.a.O. (Fn. 176), S. 825. Peter Cramer-Detlev Sternberg-Lieben, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2001, S. 248も参照。

ただし、後述するように、意欲の部分(=意的要素)の要否は見解が分かれるものの、これを要求する立場を前提として説明する。

¹⁷⁸ Hanau, a.a.O. (Fn. 176), S. 826 ff u. 829 ff. その他に、前原宏一「故意概念における意的要素—ドイツにおける議論の現状—」行動科学研究51号(1999年) 165頁も参照。

て、行為者は特定の行態・法益の侵害・損害の発生¹⁷⁹および因果関係¹⁸⁰を認識していなければならない。違法の認識として、違法性の意識（Bewußtsein der Rechtswidrigkeit）を求める立場も見られる¹⁸¹。故意の知的要素として違法性の意識は必然ではないものの¹⁸²、違法性の意識¹⁸³は規範的責任論と密接な関係を有し¹⁸⁴、そして民法の支配的見解は違法性の意識を故意の成立要件として要求する¹⁸⁵。故意の要件として違法性の意識を求める理解は故意説と呼ばれ、民法学における通説は故意説であり、民法における故意は違法性に帰属せず¹⁸⁶、故意は最も重要な責任形式（Schuldform）として理解されている¹⁸⁷。

故意の意的要素は、故意の知的要素と異なり、構成要件実現の意欲である¹⁸⁸。ところで、この意的要素は必然ではなく、その要否を巡り意思説と表象説の対立が見られる。意的要素を故意の要素として認める立場は、意思説と呼ばれている。意思説を修正し¹⁸⁹、意欲（Wollen）の程度

¹⁷⁹ Peter Hanau, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 2. Aufl., 1985, S. 661.

¹⁸⁰ Ludwig Enneccerus-Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 2. Halbband, 1960, S. 1304.

¹⁸¹ Josef Esser, Schuldrecht, 2. Aufl., 1960, S. 196.

¹⁸² 特に123条1項に関連して、本誌63巻6号277頁。

¹⁸³ 違法性の意識とは、自己の行為の法的無価値（違法性）を認識すること、あるいは行為者が違法性を予想していることである（Esser, a.a.O. (Fn. 181), § 54; Löwisch, a.a.O. (Fn. 116), S. 297）。

¹⁸⁴ この点について、本誌63巻6号276頁。

¹⁸⁵ Hanau, a.a.O. (Fn. 176), S. 826; Löwisch, a.a.O. (Fn. 116), S. 288.

¹⁸⁶ Hanau, a.a.O. (Fn. 176), S. 817.

¹⁸⁷ Wolf, a.a.O. (Fn. 63), S. 752; Hanau, a.a.O. (Fn. 176), S. 825. それゆえ、違法性の意識を欠けば、故意は問題ではなく、過失責任が問われるのみである（Tuhr, a.a.O. (Fn. 23), S. 484; Esser, a.a.O. (Fn. 181), S. 197; Wolf, a.a.O. (Fn. 63), S. 755）。

¹⁸⁸ Hanau, a.a.O. (Fn. 176), S. 829. なお、故意の理解に関する民事学説と刑事学説の最大の相違点は、違法性の意識を故意に含めるか否か、という点である。既に指摘したように、違法性の意識を故意に含める立場は故意説であり、民法学説の通説である。しかし、刑法学説の通説は違法性の意識を故意に含めず、これは責任説と呼ばれる。

¹⁸⁹ この点については、Esser, a.a.O. (Fn. 181), S. 199.

を緩和した認容 (Einwilligung) を要求する立場も存在する¹⁹⁰。これは認容説と呼ばれている。意思説ないし認容説と異なり、意的要素を認めない立場が表象説である。意的要素の有無が意思説と表象説を分けるのであるから、意的要素を要する前者の故意は狭く、意的要素を要しない後者の故意は広い。換言するなら、後者の故意の一部は前者の過失の一部と重なる。この点は、あらためて後述する。

②故意の種類

故意の種類として、意図・直接的故意・未必の故意が存在する¹⁹¹。最も強い故意の形式は意図 (Absicht) である¹⁹²。意図とは、行為者が構成要件の実現を目的として意識して目指すことであり¹⁹³、結果を追求することである¹⁹⁴。行為者が追求する結果は最終目的である必要はないものの、単なる付随的結果では足りない¹⁹⁵。このように、意図の本質は、行為者が結果を狙う、という点にある¹⁹⁶。それゆえ、意図の中心は結果の意欲、すなわち意的要素である¹⁹⁷。この意味の意図として利得意図や侵害意図が含まれるが、しかし既に確認したように、123条1項において利得意図や侵害意図は要求されていない¹⁹⁸。

次の直接的故意 (direkte Vorsatz) は、たとえ結果を意図していなくても、行為者が結果を行為の必然的な帰結として予見していることを意

¹⁹⁰ Esser, a.a.O. (Fn. 181), S. 199.; Löwisch, a.a.O. (Fn. 116), S. 288.

¹⁹¹ Max Vollkommer, in: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., 2003, S. 249.

¹⁹² Wolf, a.a.O. (Fn. 63), S. 758.

¹⁹³ Wolf, a.a.O. (Fn. 63), S. 758.

¹⁹⁴ Löwisch, a.a.O. (Fn. 116), S. 296.

¹⁹⁵ Wolf, a.a.O. (Fn. 63), S. 758.; Eduard Dreher - Herbert Tröndle, Strafgesetzbuch, 47. Aufl., 1995, S. 98.

¹⁹⁶ Hans Heinrichs Jescheck - Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 293. なお、同書の邦訳として、イエシエック=ヴァイгент (西原春夫 監訳) 『ドイツ刑法総論 (第5版)』(1999年) が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

¹⁹⁷ イエシエック=ヴァイгент・前掲注196・221頁。Dreher - Tröndle, a.a.O. (Fn. 195), S. 97も参照。

¹⁹⁸ この点について、本誌63巻6号288頁を参照。

味する¹⁹⁹。意図と異なり、直接的故意の中心は知的要素であって²⁰⁰、直接的故意において行為者が構成要件の実現を追求しているか否か、は重要ではない²⁰¹。

最後の未必の故意 (bedingte Vorsatz; dolus eventualis) は、結果を必然的な帰結として予見しているわけではないが（この点において直接的故意と異なる）、しかし行為者が結果を行為の帰結として可能だと予見し、かつ結果の惹起を認容していることを意味する²⁰²。未必の故意は、結果を追求しているわけでもなく、結果を確実に認識しているわけでもない²⁰³。それゆえ、未必の故意は、意図よりも意的要素の程度が低く、直接的故意よりも知的要素の程度が低い²⁰⁴。未必の故意における違法性の意識も、他の故意の種類よりも緩和された程度で足りる²⁰⁵。

未必の故意は基本的に過失と接している。そして、過失は二種に大別され、認識ある過失 (bewußter Fahrlässigkeit) と認識なき過失 (unbewußter Fahrlässigkeit) に分けられる²⁰⁶。行為者が結果発生の可能性を想定しつつも、結果の不発生を信じていたなら、これは認識ある過失である²⁰⁷。これに対して、行為者が結果発生の可能性を認識せず、このことを注意を払えば認識および回避し得たなら、これは認識なき過失である²⁰⁸。

意的要素を求める立場によれば、行為者が結果の発生を甘受していたか（未必の故意）、それとも結果の不発生を前提にしていたか（認識ある過失）、つまり意的要素の有無によって未必の故意と認識ある過失は

¹⁹⁹ Löwisch, a.a.O. (Fn. 116), S. 296.; Vollkommer, a.a.O. (Fn. 191), S. 249.

²⁰⁰ イエシエック＝ヴァイгент・前掲注196・223頁。

²⁰¹ Dreher-Tröndle, a.a.O. (Fn. 195), S. 98.

²⁰² Löwisch, a.a.O. (Fn. 116), S. 296.; Vollkommer, a.a.O. (Fn. 191), S. 249.

²⁰³ イエシエック＝ヴァイгент・前掲注196・224頁。

²⁰⁴ Wolf, a.a.O. (Fn. 63), S. 758.

²⁰⁵ Löwisch, a.a.O. (Fn. 116), S. 288.

²⁰⁶ Christian Grüneberg, in: Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 2003, S. 919.

²⁰⁷ Grüneberg, a.a.O. (Fn. 206), S. 919.

²⁰⁸ Grüneberg, a.a.O. (Fn. 206), S. 919.

区別され得る²⁰⁹。意的要素を求めない立場によれば、結果発生に対する認識の程度（その確実性から可能性まで）によって、区別する他ない。ただし、結果発生の可能性の予見は認識と不知（Unkenntnis）の中間的段階に位置し、結果発生の可能性の予見のみによって故意と過失を判別することは（実際は²¹⁰）難しい²¹¹。

（２）悪意概念の構造

①二段の故意

故意は構成要件の認識および認容であり、行為者は知的要素たる事実の認識として特定の行為、法益の侵害および結果の発生を認識していなければならない、加えて因果関係の認識も求められるから、特定の行為と結果の発生との因果関係も認識しなければならない。さらに意的要素も認めるなら、そうした認識に加えて、意欲ないし認容も必要である。

以上の故意一般の理解に従うなら、まず事実の認識に関して123条1項における悪意＝故意²¹²の対象は、欺罔行為（特定の行為）、意思決定自由の侵害（法益の侵害）、意思表示（結果の発生）である。ところで、同条項における欺罔は、正しい事実の虚構または誤れる事実の隠蔽²¹³によって故意に被欺罔者をして意思表示を為さしめるために、故意に錯誤を惹起または維持することを意味する²¹⁴。「ために」という表現から理解

²⁰⁹ Esser, a.a.O. (Fn. 181), S. 199. Löwisch, a.a.O. (Fn. 116), S. 287も参照。

²¹⁰ 後述するように、裁判所は、123条1項における悪意の欺罔が争われる事案において、未必の故意を認め、しかも必ずしも意的要素を求めない。こうした裁判所の立場において注目される点は、故意要件の実質的な過失化が実現されている点である。この点は後述する。

²¹¹ Wolf, a.a.O. (Fn. 63), S. 773.

²¹² 各学説の故意の表現について、例えば Lübtow, a.a.O. (Fn. 7), S. 251 ff を参照。もっとも、細かい表現の相違は基本的に意味を持たない（表現の相違は見られるものの、その内容は実質的に同じ）。

²¹³ 刑法263条の詐欺規定を参照する見解も存在する。例えば、Holger Wendtland, in: Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 2003, S. 355.

²¹⁴ 例えば、Karl Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 1967, S. 398 f.; Brox, a.a.O. (Fn. 121), S. 181 ff.; Jauernig, a.a.O. (Fn. 7), S. 63.; Wendtland,

されるように、相手方をして意思表示させる故意は、錯誤を惹起する故意と密接に結び付いている²¹⁵。つまり、欺罔の故意²¹⁶は欺罔から意思表示に至る二重の因果関係²¹⁷（欺罔行為が錯誤の原因であり、かかる錯誤の結果が意思表示）を結ぶ二個の故意を包摂している（欺罔によって錯誤を惹起する故意および当該錯誤によって被欺罔者をして意思表示を為さしめる故意²¹⁸）。こうした二個の故意が二段の故意を構成し²¹⁹、この故意の内容として既に因果関係の認識（故意一般における「因果関係の認識」の部分）が既に含まれている。なお、123条1項における悪意の欺罔に関する諸学説を見る限り、その故意の意的要素の認定は必ずしも明確ではないが、しかし意的要素を要求する理解が暗黙の前提である可能性は否定できない²²⁰。

aa.O. (Fn. 213), S. 357.; Larenz-Wolf, aa.O. (Fn. 7), S. 684 ff.; Reinhard Singer/Barbara von Finckenstein, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, I. Buch, 2004, S. 597.; Kramer, aa.O. (Fn. 172), S. 1403 f. なお、「故意に」という表現は、論者によって異なる。この点について、Lübtow, aa.O. (Fn. 7), S. 251 ff も参照。例えば、Flume, aa.O. (Fn. 7), S. 541は、「故意に」ではなく、「意識的に (bewußt)」という表現を用いる。

²¹⁵ この点について、Lübtow, aa.O. (Fn. 7), S. 259.; Brox, aa.O. (Fn. 121), S. 184 も参照。

²¹⁶ この他に、欺罔意思 (Täuschungswille) という表現が用いられることもある (例えば、Brox, aa.O. (Fn. 121), S. 184)。

²¹⁷ こうした表現を用いる見解として、Kramer, aa.O. (Fn. 172), S. 1406.

²¹⁸ Lübtow, aa.O. (Fn. 7), S. 258 f. も参照。

²¹⁹ ドイツにおいて「二段の故意」という表現は見られないが、しかし例えばドイツ刑法263条の詐欺罪における故意は欺罔によって錯誤を惹起する故意および当該錯誤によって被欺罔者をして財産を処分せしめる故意のみならず、自己または第三者をして不法な財産的利益を獲得させる意図 (利得意図) を要し (Schönke - Schröder, aa.O. (Fn. 177), S. 1170)、この利得意図を加えて「三重の意識 (dreifaches Bewußtsein)」という表現が用いられることもある (Dreher - Tröndle, aa.O. (Fn. 195), S. 1307)。これに倣えば、利得意図を要しない123条1項における悪意の欺罔について必要な故意は二重 (二段) の故意である。

²²⁰ 例えば、Larenz, aa.O. (Fn. 214), S. 398 f.; Larenz-Wolf, aa.O. (Fn. 7), S. 684 ff. は、「故意に」という表現に加えて、「意欲して (gewollten)」という表現も

②二段「目」の故意

123条1項における悪意の欺罔は、少なくとも二個の主観的要件を要する。特に二段目の故意(相手方をして意思表示させる故意)を重視し、意思表示の獲得を欺罔の目的として強調する見解も存在する²²¹。この意味における悪意は意図として理解され得る²²²。既に確認したように、意図は最も強い意的要素の発現形態である²²³。このことから、二段目の故意が欺罔者の側から見た詐欺解釈に基づく要件であることも理解される。

しかし、二段目の故意は、必ずしも詐欺に特有の要件ではない。欺罔者に限らず、およそ契約当事者であるなら、相手方をして肯かせたい(例えば売主は、買主に「買う」と言わせたいし、その「意図」で買主と接する)からである。このことは、法律行為が原則として故意行為である点からも理解されるであろう(例えば錯誤は過失の表示行為に基づく法律行為)。それゆえ、二段目の故意を取消可能性の要件として求める解釈は疑問であり、たとえ二段目の故意を要求するとしても、その立証は容易でなければならぬはずである(逆に、その不存在は欺罔者側の契約の意思の欠如を意味し、そもそも法律行為の不成立であって、取り消すまでもない)。

しかも、123条1項の規範目的が意思決定自由である点に鑑みれば、二段目の故意を問う理由は存しない。一段目の故意における錯誤の惹起が、既に意思決定自由を害しているからである²²⁴。

併記している。あるいは端的に、「民法においては故意が意的要素を含むことは争われておらず、つまり主張せられた事実の不正確性、錯誤惹起および因果関係を欺罔者が起こり得ることとして認識しているのみならず、甘受していなければならないことは争われていない」という指摘も見られる(Florian Faust, Anmerkung zu BGH 7. 6. 2006, JZ 2007, S. 102 f.)。

²²¹ 例えば、Larenz, a.a.O. (Fn. 214), S. 399; Medicus, a.a.O. (Fn. 7), S. 308.

²²² かく解する学説として、Lübtow, a.a.O. (Fn. 7), S. 259を参照。

²²³ この点について、前述5頁を参照。

²²⁴ Ernst Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1890), Zweiter Theil, S. 43. 加えて、「錯誤の惹起が意思決定自由を害する」という理解は、119条以下の錯誤規定が、123条1項と同様に、意思の瑕疵を理由として取消可能性を認めていることか

加えて、意思決定自由の侵害を重視するなら、欺罔者の意的要素（結果の意欲ないし認容）は重要ではないはずである。欺罔者が意的要素を有していなくても、意思決定自由は害され得るからである。さらに、意思決定自由の侵害を重視するなら、欺罔者の故意として未必の故意を否定する理由は存在しないはずである。欺罔者が未必の故意しか有していなくても、意思決定自由は害され得るからである。

以上を要するに、123条1項の規範目的（意思決定自由の保護）を重視するなら、故意の立証は一段目の故意で足り、さらに故意の種類として最も立証の緩やかな未必の故意で足り、しかも意的要素は不要であるはずである。この点を踏まえて、引き続き裁判例を確認する。

第2項 裁判例の検討

（1）事案の概略

① BGH 8. 5. 1980 (NJW 1980, S. 2460)

確かに裁判所は、123条1項の枠組において、過失の欺罔を認めない²²⁵。しかし、裁判所は未必の故意を認める。そうした裁判例として、例えばBGH 8. 5. 1980 (NJW 1980, S. 2460) が挙げられる。本件は、次のような事案であった。

売主は自己の不動産の管理等を訴外会社に委ね、その間に地下水が何度も当該家屋の地下室に浸入する事態が発生し、その経緯を記した資料を訴外会社は用意したのであるが、しかし売主は同資料を閲覧せず、浸水について無知であった売主は当該不動産を買主へ売却した際に本件不動産に何ら問題が存在しない旨を確約していたのであって、後に浸水について知った買主が売主による悪意の欺罔を理由として意思表示の取消可能性を主張した。BGH 8. 5. 1980は次のように説示し、売主による悪意の欺罔を認めた。悪意の成立要件は未必の故意で足る。

ら肯定され得る。意思の瑕疵という概念に錯誤および悪意の欺罔が包摂される点について、Flume, a.a.O. (Fn. 7), S. 398 ff. を参照。

²²⁵ BGH 16. 3. 1977, NJW 1977, 1055. ただし、本件は、123条における悪意の欺罔それ自体が争われた事案ではない。

ある事情に関する特定の知識を有している旨を他人に保証する者が実際には当該知識を有していないなら、この者は悪意たり得る。欺罔を基礎づける事情を容易に認識することが可能(möglich)でありながら、かかる事情の不存在を盲目的に保証する者も悪意たり得る。もちろん、「でたらめ (ins Blaue)」に為された保証が全て悪意の非難を基礎づけるわけではない。本件の特徴は、売主は訴外会社の資料に目を通さなかったのであり、売主は完全なる不知(völligen Unkenntnis)であった点である。売買目的物について何も問題がない旨の保証は全く根拠を欠いているのであり、すなわち本件の売買目的物に関する事情について全く知り得なかった、ということを書主は認識していたのである。売主が意識的に(bewußt)不正確な保証を与えた点ではなく、売主が自ら知り得ない事柄を保証した点が問題であったのである。

本判決は、123条1項における悪意として未必の故意で足る旨を認め、そして実際には知らない事実を保証する言明が「でたらめ」な言明として悪意を基礎づけ得る旨を説示している。既に確認したように、未必の故意は最も過失に近い種類の故意である²²⁶。さらに、「でたらめ」な言明は積極的に欺罔する意思を欠く言明を意味し、これも過失に近い²²⁷。

未必の故意と「でたらめ」な言明という要素に加えて、本判決は、売買目的物に関する売主の不知をも認定している。本来ならば不知は原則として故意を基礎づけない²²⁸。つまり、本判決が説示する故意の内容は、かなり過失へ接近しているのである。

²²⁶ 前述6頁を参照。

²²⁷ 「民法においては故意が意的要素を含むことは争われておらず、つまり主張せられた事実の不正確性、錯誤惹起および因果関係を欺罔者が起こり得ることとして認識しているのみならず、甘受していなければならないことは争われていない。しかし、かかる意的要素は、でたらめな主張の場合には、しばしば存在しない。・・・(中略)・・・つまり、伝えられた情報の不正確性について、未必の故意が存在するのではなく、悪意非難を帰せられない認識ある過失が存在するに過ぎないのである」(Faust, aa.O. (Fn. 220), S. 102 f.)。

²²⁸ この点について、Wolf, aa.O. (Fn. 63), S. 773を参照。

② BGH 26. 9. 1997

以上のBGH 8. 5. 1980の他に、例えばBGH 26. 9. 1997 (NJW 1998, S. 302; MDR 1998, S. 25; JZ 1998, S. 1173) も過失に近い故意を認定した事例として挙げられる。本判決は、123条1項と契約締結上の過失法理の関係を検討した際に取り上げた事例でもあり²²⁹、次のような内容であった。

買主の原告は不動産売買契約に際して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仲介人A（被告の履行補助者）から受けたが、しかし実際は原告が一部を支出しなければならなかった。そこで、原告が被告に対して損害賠償を求める訴を提起した事案において、BGH 26. 9. 1997は、契約締結上の過失法理の適用を肯定した原審の判断を是認し、さらに次のように判示した。Aの過責を肯定する点に異議は唱えられないであろうが、しかしAは過失ではなく、故意の非難を受けるべきである。本件の如く、確たる根拠なく「でたらめ (ins Blaue)」に誤れる言明を為す者は、その言明の不正確性の可能性 (Möglichkeit) を考慮に入れているのであるから、未必の故意に基づいて行動しているのである。

本判決は、原審が契約締結上の過失法理を肯定した点を認めつつ、あえて故意を認定している。そして、本判決においては、当該言明の不正確性の可能性 (Möglichkeit) を認識していることが、未必の故意として認定されている。構成要件に該当する結果を可能性として認識することは認識ある過失の特徴でもある²³⁰。つまり、本判決は、故意の認定を過失へ変更したのではなく、原審が下した過失の認定を故意へ拡大したのである。これは、本判決の故意の射程が原審の過失に及ぶことを意味する。

③ BGH 7. 6. 2006

ところで、BGH 8. 5. 1980およびBGH 26. 9. 1997は、不動産売買とい

²²⁹ この裁判例について、本誌63巻6号315-316頁を参照。

²³⁰ Wolf, a.a.O. (Fn. 63), S. 773.

う点において共通する。それゆえ、財産価値の規模に鑑みて、裁判所は故意の認定を特別に緩和した、という見方も不可能ではないであろう。しかし、故意と過失の限界が微妙な裁判例は、不動産売買の事例に限られない。そのような事例として、例えばBGH 7. 6. 2006 (JZ 2007, S. 98)が挙げられる。

原告は被告から中古車を購入した際に、被告の従業員Bから、当該中古車が無事故車である旨の説明を受けていたのであるが、しかし原告が当該中古車を引き受けた後で、当該中古車は事故車であったことが判明し、原告は悪意の欺罔を理由として本件売買契約を取り消した。なお、被告の他の従業員は当該中古車が事故車であることを本件売買契約締結以前から認識していたが、しかしBは認識していなかった。BGH 7. 6. 2006は、次のように述べて、Bの悪意を肯定した。不正確な表示を、その不正確性を認識しつつ為す者は、悪意である。これは未必の故意で足る。事実的な根拠なく「でたらめに (ins Blaue hinein)」誤れる言明を為す者は悪意に行動しているのである。これは、確立した判例である。本件のBは、当該自動車を自ら検査せず、それにもかかわらず当該自動車が無事故である旨を保証したのである。それゆえ、Bは、悪意の非難を受けるべきである（なお、Bが犯した悪意の欺罔は、166条1項²³¹に従い、被告へ帰責される）。

本判決においても未必の故意が認められ、「でたらめ」な言明によって故意が肯定されている。本判決が前述のBGH 8. 5. 1980およびBGH 26. 9. 1997を踏襲していることは、容易に理解できる。本判決が説示する故意の内容も、やはり過失に近いのである。

(2) 可能性説の意義

①裁判所の立場

²³¹ 166条1項：意思表示の法律効果が意思の瑕疵または一定の事情を知ることもしくは知るべかりしことによって影響を受ける場合、代理人その人ではなく、本人その人を考慮する。

まず前述の諸裁判例からは、二段目の故意が要求されていないことが理解される。いずれの裁判例も当該言明の不正確性の認識を通じて故意を認定しているのであり、これは欺罔によって錯誤を惹起する故意と同義である²³²。つまり、先の諸判決が説示する故意は一段目の故意に相当し、二段目の故意に相当する部分（錯誤に基づく意思表示を求める部分）は主観的要件に反映されていない。既に指摘したように、錯誤の惹起が既に意思決定自由を害しているのであるから、意思決定自由保護の観点によれば、最終的に欺罔者が被欺罔者をして意思表示させる故意を有していたか否か、を問う理由は存しない。もっとも、取消権の前提として意思表示は存在しなければならないから²³³、前述の諸裁判例によれば、不正確な言明によって誘発された（＝因果関係の原因たる錯誤の結果に相当する）被欺罔者の意思表示の存在は取消権を発動せしめる客観的要件として理解されるであろう²³⁴。

次いで前述の諸裁判例からは、意的要素が要求されていないことが理解される。ところで、BGH 7. 6. 2006の原審は、本判決と同様に、結果的に原告の請求を認容していた。しかし、原審は、本判決と異なり、Bの悪意の責任を肯定していたわけではなかった。原審の判断によれば、本件において当該中古車が無事故である旨を記載した書類が存在し、Bは当該書類の記載を信頼していたのであって、確かに当該書類の記載は当該中古車の無事故を完全に裏付けるわけではないが、しかしBは過失であったのである²³⁵。

既に指摘したように、先のBGH 26. 9. 1997も、原審と判断を異にしていた。このような事態、つまり見解の相違に応じて故意と過失の射程が重複し得る事態は、未必の故意と認識ある過失の画定問題を想起すれば、容易に理解できる²³⁶。

²³² この点について、例えば、Larenz-Wolf, aa.O. (Fn. 7), S. 686.; Kramer, aa.O. (Fn. 172), S. 1403 f. を参照。

²³³ Brox, aa.O. (Fn. 121), S. 181.

²³⁴ 客観的要件たる意思表示の存在について、Lübtow, aa.O. (Fn.7), S. 255 ff. も参照。

²³⁵ この点について、Faust, aa.O. (Fn. 220), S. 103.

²³⁶ 未必の故意と認識ある過失は境を接している。イエシエック＝ヴァイゲン

故意犯処罰が原則である刑法とは異なり、民法における責任要件は故意または過失であるから、これまで民法学は故意と過失の画定問題に立ち入らなかった²³⁷。しかし、123条1項の要件から過失が排除され、故意に限定されるなら、問題状況は（原則として故意犯を処罰する）刑法と異なる。すなわち、未必の故意と認識ある過失の画定問題は123条1項の事案においても生じ得るのであり²³⁸、このことは実際に前述の諸裁判例を通じても確認できるであろう。

確かに、「未必の故意」である限り、これは故意であり、過失ではない。しかし、故意の内実の把握は必ずしも一様ではない。既に確認したように、故意に関する学説は、故意に意的要素を認める学説と認めない学説が別れ、意的要素を認める立場を意思説（ないし認容説）と呼び、これに対して意的要素を認めない立場は表象説（Vorstellungstheorie）と呼ばれる。前述の諸裁判例においては、欺罔を基礎づける事情に関する確実な知識なくして虚偽の言明を為したことが故意として認定されていたのであり、ここに意的要素は見出されない。すなわち、この意味において、前述の諸裁判例は表象説に依拠しているのである。問題は、123条1項における悪意ないし故意に関して、表象説に依拠する意義である。

②可能性説における故意

表象説は、結果の表象のみで故意の成立を認める²³⁹。この表象説は、意思説の対極に位置する²⁴⁰。そして、この表象説を徹底した立場が存在し、かかる立場は可能性説（Möglichkeitstheorie）と呼ばれる²⁴¹。可能性説によると、結果発生の可能性を表象すれば、少なくとも未必の故意

ト・前掲注196・225頁。

²³⁷ この点について、例えば、Wiethölter, a.a.O. (Fn. 101), S. 59を参照。

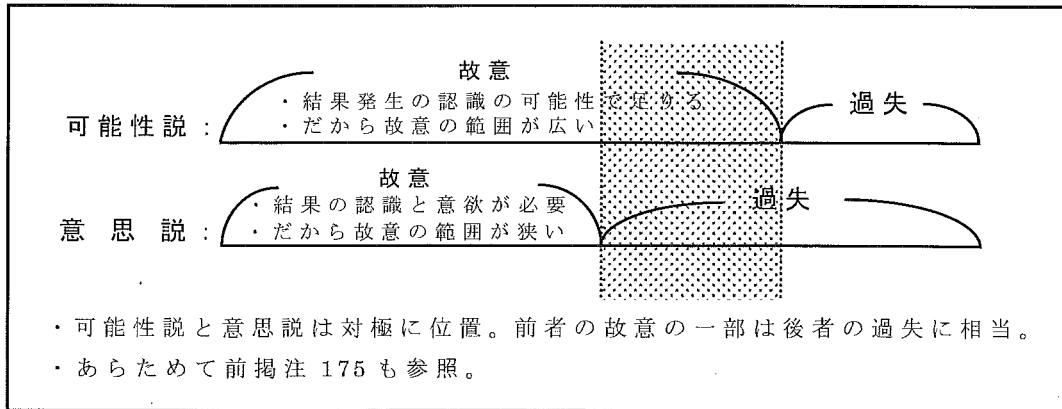
²³⁸ この点について、Claus-Wilhelm Canaris, Die Gegenleistungskondiktion, in: Festschrift für Wener Lorenz zum 70. Geburtstag, 1991, S. 41.; Hannes Rösler, Arglist im Schuldvertragsrecht, AcP 207 (2007), S. 607を参照。

²³⁹ Hanau, a.a.O. (Fn. 179), 1985, S. 664.

²⁴⁰ ロクシン・前掲注47・481頁。

²⁴¹ ロクシン・前掲注47・482頁。

が認められる²⁴²。とりわけ、BGH 8. 5. 1980およびBGH 26. 9. 1997において示された故意の内容は、認識の可能性であった。すなわち、BGH 8. 5. 1980およびBGH 26. 9. 1997は、可能性説に依拠しているのである²⁴³。



ところで、可能性説に従うなら、故意の内容として意的要素は求められず、しかも故意の内容は結果発生の可能性の認識のみで満たされるから、故意と過失は知 (Kenntnis) または不知 (Unkenntnis) によって区別される²⁴⁴。それゆえ、可能性説によれば、従来の意味における認識ある過失は否定され、これは不知として扱われ²⁴⁵、可能性説における過失は全て認識なき過失 (unbewußte Fahrlässigkeit) として理解される²⁴⁶。要するに、可能性説における故意は意思説 (ないし認容説) における故意より広く、換言するなら、可能性説における未必の故意は意思説 (ないし認容説) における過失の領域に食い込んでいる。それゆえ、可能性説を採用する BGH 8. 5. 1980およびBGH 26. 9. 1997において理解されている故意は (完全ではないとしても) 過失に相当し得るのである

²⁴² ロクシン・前掲注47・482頁。

²⁴³ この点について、Peter Mankowski, Beseitigungsrechte, 2003, S. 339 mit Fußn. 228も参照。

²⁴⁴ Eberhard Schmidhäuser, Zum Begriff der bewußten Fahrlässigkeit, Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1957, S. 312.

²⁴⁵ Schmidhäuser, aa.O. (Fn. 244), S. 312.

²⁴⁶ Horst Schröder, Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs, in: Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag, 1949, S. 245.

(2006年判決も、ほとんど同じ結論に至る²⁴⁷)。

刑法学において可能性説が説かれた本来の契機は、たとえ結果発生の認容を欠いていても、当該行為者を故意犯として処罰すべき法感情が存在していたからである²⁴⁸。このことは、123条1項と契約締結上の過失法理の関係においても妥当するであろう。契約締結上の過失法理によって123条1項における故意要件の緩和が図られた背景にも、過失の欺罔に起因する被害者を救済すべき法倫理的必要性が存在していたからである²⁴⁹。もっとも、判例および学説は、123条1項における明文の悪意要件を無視できず、正面から過失の欺罔を肯定することができず、ゆえに契約締結上の過失法理あるいは故意概念の緩和に依拠する解釈を展開したのである。

以上を要するに、123条1項において可能性説を採用する意義は、過失の欺罔に起因する被欺罔者を救済し、同時に（本来ならば）過失に相当する態様を「故意」として記述し得る点に存する。先のBGH 8. 5. 1980およびBGH 26. 9. 1997が可能性説を採用した理由も、この点に求められる²⁵⁰。こうした裁判所の解釈は、意思決定自由の保護という123条1項の規範目的および契約締結上の過失法理の展開に鑑みても、十分に理解され得るであろう。

²⁴⁷ 前掲注225を参照。

²⁴⁸ Schmidhäuser, a.a.O. (Fn. 244), S. 307.

²⁴⁹ この点について、本誌63巻6号314頁の注156を参照。

²⁵⁰ これら裁判所が故意要件の厳格性を緩和している旨を指摘する見解として、例えばLorenz, a.a.O. (Fn. 129), S. 315 f. を参照。

なお、ロクシン・前掲注47・483頁は、表象説や可能性説に対して、「故意をもっぱら知的要素へと縮減する解釈は、あまりに主知主義的である」という批判を提起する。本稿は、123条1項の意思決定自由の保護という規範目的と主知主義が相容れない旨を、各箇所において指摘した（本誌63巻4号179頁の注86、本誌63巻5号49頁の注225および本誌63巻6号309頁）。ならば、詐欺取消制度において意思決定自由の保護という規範目的を維持することと、欺罔者の故意の解釈として表象説あるいは可能性説を採用することは矛盾するのだろうか。本稿の理解によれば、これは矛盾ではない。その理由については後述する。

第2款 民事詐欺の違法性と責任

第1項 原則—作為—

（1）民事詐欺の違法性

①違法性の根拠

かつて123条1項は行為無価値論と結び付き、欺罔者に対する制裁の側面が強調され、その反面として意思決定自由の保護という側面は軽視された。しかし、1960年代頃から次第に各人の実質的な自己決定の重要性が再認識され、判例および学説は123条1項を契約締結上の過失法理によって補完し、意思決定自由の保護を拡大したのであった。そして、このような傾向は、やはり123条1項それ自体の解釈とも無関係ではなかった。すなわち、裁判所は、同条項の悪意要件に鑑みて、形式的に故意という体裁を維持しつつも、実質的に過失へ近づける解釈を展開してきたのである。

123条1項の悪意要件を実質的に過失へ拡大することは、同条項に代えて契約締結上の過失を適用する如く、法益保護に資する。既に確認したように、法益保護の重視は結果無価値論に連なり²⁵¹、これに対して行為無価値論は法の第一義的任務を必ずしも法益保護に求めないのであった²⁵²。確かに、かつてBGH 4. 3. 1957 (BGHZ 24, 21) は行為無価値に依拠し²⁵³、この判決に賛同した学説も少なからず存在した。そして、故意を構成要件要素として理解する目的的行為論も一定の支持を受け、これに伴い民法の役割として制裁を認める見解が登場し、かかる理解は123条1項の解釈にも影響を与えたのであった²⁵⁴。

しかし、当時においても多数説は依然として結果無価値に依拠していたのであって²⁵⁵、この傾向は現在も同様である²⁵⁶。BGH 4. 3. 1957以降の

²⁵¹ この点について、本誌63巻6号289-291頁を参照。

²⁵² この点について、本誌63巻6号291頁を参照。

²⁵³ この点について、本誌63巻6号299頁の注105を参照。

²⁵⁴ この点について、本誌63巻6号305-306頁を参照。

²⁵⁵ この点について、Hanau, a.a.O. (Fn. 176), S. 817を参照。

²⁵⁶ 例えば、Arndt Teichmann, in: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., 2003, S. 1027を参照。

裁判所が違法性の問題に関して基本的な立場を示していない点²⁵⁷を捉え、長期間に亘る裁判所の沈黙を行為無価値の放棄として評価する見解さえ存在するのである²⁵⁸。

結果無価値を支持する背景として、たとえ刑法が有害なる行為の制裁を目的にしているとしても、民法の役割から制裁の要素は排除され、民法の任務は財貨秩序の妨害に対応する調整体系である、という理解が存在している²⁵⁹。民法と刑法の差異は、規範の服従か、それとも法益の帰属か、という問題へ帰着する²⁶⁰。そして、私法において制裁が問題にならないならば、法益侵害ないし法益侵害の危険が違法性基準として措定されることは、当然の帰結である²⁶¹。なればこそ、民法学の支配的見解は、故意を責任形式として理解し、かつ故意を違法性に帰属させないのである²⁶²。

「意思表示は法律行為の手段であり、法律行為は私的自治の手段である」²⁶³。そして、「123条1項によって保護される法益は、『法律行為領域における自由な自己決定』である」²⁶⁴、「123条は、法律行為上の意思決定の自由を保護する目的を有する」²⁶⁵。私的自治にとって法的に保護された自由が重要な法益であり、故意が違法性を基礎づけないなら（行為無価値を採用しないなら）、意思決定自由が違法根拠の自由意思として違法性を基礎づけ、それによって123条1項における悪意の欺罔を理由と

²⁵⁷ この点について、Erwin Detsch, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 2. Aufl., 1995, S. 444.

²⁵⁸ Hanau, a.a.O. (Fn. 176), S. 817. それ以外にも、例えばBGH 12. 7. 1996 (NJW 1996, 3205) を引用しつつ、行為無価値論が裁判所によって拒絶された旨の見方を示す見解も存在する (Reppen, a.a.O. (Fn. 76), S. 786)。

²⁵⁹ Reppen, a.a.O. (Fn. 76), S. 787.

²⁶⁰ Robert Battes, in: *Ermann Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 1. Bd., 1981, S. 637.

²⁶¹ Reppen, a.a.O. (Fn. 76), S. 787.

²⁶² この点について、前述4頁およびHanau, a.a.O. (Fn. 176), S. 817も参照。

²⁶³ Medicus, a.a.O. (Fn. 7), S. 75.

²⁶⁴ Kramer, a.a.O. (Fn. 172), S. 1401.

²⁶⁵ Andreas Feuerborn, in: *Anwaltkommentar*, 2005, S. 507.

する取消可能性も正当化されるのである。

②保護の限界

確かに意思決定自由は重要な法益であるが、しかし「一方の自由が他方の不自由を意味する」²⁶⁶ことも忘れてはならないであろう。一方で結果無価値論に依拠し、被欺罔者の意思決定自由の保護を説きつつも、他方で欺罔者の法益は無視されてはならない。それゆえ、利益考量は避けられず、これによって意思決定自由の要保護性も確定される。問題は、違法根拠の自由意思が置かれる一方の天秤に対して、他方の天秤に何を置くか、である。

行為無価値論が用いる社会的相当性の理論によれば、他方の天秤に「社会的な」または「全体的な」という形容詞が付される大きな利益が置かれる。このことが意思決定自由という個人の法益を軽んじる原因であったのであり、問題であった。

本来的に民法における過責（故意または過失）は、行為者の行為自由を確保する要件であった²⁶⁷。123条1項において過責を要求するなら、他方の天秤に置かれる法益は行為者の行為自由であろう。ただし、故意を介した行為自由の確保と過失を介した行為自由の確保は、その確保の程度が異なり、むしろ前者は後者に比べて行為自由の確保の程度が拡大する。123条1項の故意は、まさに故意を介した行為自由の法益性を正当化する要因であったのであり、このことが意思決定自由の要保護性を低減せしめる原因であった。そこで、学説および判例は、123条1項を契約締結上の過失によって補完する議論を通じて、あるいは同条項における故意要件の緩和を通じて、意思決定自由の要保護性の確保に努めた。こうした解釈は、見方を変えるなら、一方当事者の意思決定自由と釣り合う他方当事者の法益を、過失を介した行為自由へ引き下げる努力でもあったのである。両者の法益は過失によって釣り合い、意思決定自由は過失の侵害によっても違法性を基礎づけ得るのである。

²⁶⁶ Medicus, a.a.O. (Fn. 7), S. 75.

²⁶⁷ この点について、本誌63巻5号84-85頁を参照。

(2) 民事詐欺の責任

①責任要件の内容

意思決定自由の保護を求める立場は、故意の違法要素化を否定し、さらに故意を過失へ近づける。もっとも、「過責、すなわち故意および過失は、責任の根拠であり、限界でもある」²⁶⁸。それゆえ、123条1項においては、少なくとも過失は要求されなければならない。

確かに123条1項の枠組において、過失の要件化を明示的に認める見解は見当たらない。しかし、学説は、過失の要件化を暗に示唆している。例えば、ある学説は、123条1項の故意について、自然的故意 (natürliche Vorsatz)²⁶⁹あるいは過責非難なき自然的意識 (natürliches Bewußtsein ohne Verschuldensvorwurf)²⁷⁰という表現を用いる。自然的故意という概念は、帰責無能力者 (責任無能力者) でさえ持ち得る自然的意味における故意 (Vorsatz in natürlichem Sinne) を意味する²⁷¹。それゆえ、精神病者や児童 (Kinder) も、自然的故意を持ち得る²⁷²。この意味における自然的故意は、認識ある行為の際の故意として理解されている²⁷³。例えば、不注意から人間を轢く自動車運転者は、「故意に」自動車を運転している²⁷⁴。死を引き起こすモルヒネの注射を何も知らずに打つ看護婦も「故意に」注射している²⁷⁵。つまり、自然的故意は法的意味における故意ではなく²⁷⁶、厳密には責任形式の故意でもない²⁷⁷。自然的故意は、本

²⁶⁸ Erwin Deutsch, Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP 202 (2002), S. 893.

²⁶⁹ Grigoleit, a.a.O. (Fn. 7), S. 18.; Mankowski, a.a.O. (Fn. 243), S. 340.

²⁷⁰ Larenz-Wolf, a.a.O. (Fn. 7), S. 686.

²⁷¹ Schönke-Schröder, a.a.O. (Fn. 177), S. 411.

²⁷² Friedrich Schaffstein, Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechts-systems, ZStW. 57, S. 314.

²⁷³ Schönke-Schröder, a.a.O. (Fn. 177), S. 411.

²⁷⁴ Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 156. なお、同書の邦訳として、アルトゥール・カウフマン (甲斐克則 訳) 『責任原理 刑法的・法哲学的研究』(2000年)がある。

²⁷⁵ Kaufmann, a.a.O. (Fn. 274), S. 156.

²⁷⁶ Schönke-Schröder, a.a.O. (Fn. 177), S. 1376.

²⁷⁷ Schönke-Schröder, a.a.O. (Fn. 177), S. 411. 少なくとも民法における故意は責

質的な価値内容を奪われた概念であるのである²⁷⁸。自然的故意は法的な評価を受けない概念であるが故に他の法的概念と明確に区別することが難しく、それゆえ自然的故意は認識なき過失に基づく行為にも存在することが認められている²⁷⁹。

123条に関する民法学説が自然的故意という表現を如何なる意味において用いているか、は必ずしも明確ではない。しかし、自然的故意という表現は、123条1項における悪意の欺罔に関する近時の動向に鑑みれば、故意要件の緩和を示唆する表現として捉えることができよう²⁸⁰。この意味においても、123条1項における責任要件は、過失に近い故意として理解できるであろう。

②責任能力の要否

123条1項における故意を違法要素ではなく、責任要件として理解するならば、責任能力要件も必要であろう。しかし、既に確認したように、通説の理解によれば、123条1項の要件として、責任能力は要求されていない²⁸¹。この問題に関しては、本稿は既に二個の可能性を提示していた。すなわち、第一は123条1項において責任能力が要求されない解釈の意味を違法性の意識が要求されない意味として捉え直す可能性（123条1項において責任能力は必要であるが、しかし違法性の意識は不要、という意味）であり、第二は故意を責任要素として理解しない可能性で

任形式として理解されている。この点について、前述4頁を参照。

²⁷⁸ Mezger, a.a.O (Fn. 60), S. 34.

²⁷⁹ Kaufmann, a.a.O. (Fn. 274), S. 156.

²⁸⁰ 自然的故意という表現を用いるグリゴライトは、既に確認したように、契約締結上の過失法理によって123条1項を補完する解釈を展開し、同法理の保護目的として意思決定自由を含めていた（本誌63巻6号316頁。Nickel, a.a.O. (Fn. 160), S. 185も参照）。さらに、過責非難なき自然的意識という表現を用いるヴォルフは、既に確認したように、サヴィニーの如く欺罔者の反良俗性を問うのではなく、123条1項における意思決定自由の要保護性を説いていたのである（本誌63巻6号310頁）。

²⁸¹ この点について、本誌63巻6号271-272頁。

ある²⁸²。

既に検討したように、その後の学説は第二の可能性を選択したのであり、すなわち目的的行為論ないし行為無価値論に基づいて故意を違法要素として理解したのであった。しかし、こうした解釈の不当性については、これまで本稿において確認してきた。それゆえ、残される選択肢は第一の可能性である。

ところで、自然的故意の概念は、かつて目的的行為論者によっても支持されていた。例えば目的的行為論者のニーゼは、自然的故意を、dolus から違法性の意識を排除した概念として捉える（これは責任説の帰結でもあり、つまり故意を構成要件要素として理解する結果として故意と違法性の意識が分離され、違法性の意識は責任要素として残される）²⁸³。

ところが、例えばBGH 18. 3. 1952 (BGHSt 2, 194)²⁸⁴は、ニーゼの理解に反して、次のように説示した。

「刑罰は責任を前提とする。責任とは非難可能性のことである。責任という無価値判断によって、行為者には、適法に振る舞い、適法に決断し得たにもかかわらず、不法な決断を下し、法に適うべく振る舞わなかったことが非難される。人が良俗的な成熟に達するや否や、自由で良俗的に自己決定する資質が刑法51条において列挙されている病的事象によって一時的に麻痺せられ、または長期に亘り破壊されていない限り、人は自由で答責的で良俗的に自己決定する資質を有し、それゆえ法に適い、かつ不法に抗う決断を下し、自身の振る舞いを法的当為の規範に従わせ、そして法的禁止を回避する能力を有する点に、責任非難の内的根拠がある。人が自由で答責的で良俗的な自己決定に際し法に与し、不法に抗う決断を下すための前提は、法と不法の認識である。自ら自由に決断した事柄が不法であることを知る者は、それ

²⁸² その理由も含めて、本誌63巻6号277-278頁。

²⁸³ Werner Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951, S. 13 f.

²⁸⁴ なお、同判決の紹介として、金澤文雄「ハンス・ヴェルツェルの『責任説』の人間学的基礎」岡山商科大学法学論叢4号（1996）16頁以下がある。

にもかかわらず行為する場合に、有責に行動しているのである」。

本判決によれば、責任非難を基礎づける要素として違法性の意識が要求されるのであり、すなわち自然的故意の概念は(少なくとも部分的に)否定された²⁸⁵。確かに、刑法の領域においては、自然的故意の概念は維持し得ないのかもしれない。しかし、前述の残された第一の可能性によれば、123条1項において責任能力を要求されない意義は違法性の意識を要しない意味として理解される。しかも、この理解によれば、123条1項における故意と *dolus* との相違を強調することができ、同条項の規範目的にも適うであろう。

以上を要するに、123条1項における責任要件として（過失に近い）故意および責任能力が要求される。確かに、責任能力の要否を除いて、同条項の責任要件の問題についてドイツ民法学は特に言及しておらず、本稿が導き出した結論も各論点における帰結の総合に過ぎない。しかし、ドイツ法を検討する目的は、日本民法96条1項の詐欺解釈に対する示唆を得ることであり、この目的の達成にとって十分な根拠は得られたはずである。

第2項 例外—不作為—

（1）不作為の特殊性

ここまで本稿において引用した裁判例は、主として作為の詐欺の事案であった。法益たる違法根拠の自由意思を保護する観点から、契約締結上の過失法理による補完、あるいは故意概念の緩和等が議論された。ところが、作為の詐欺に対して、不作為の欺罔は既に存在する錯誤の維持または強化であり²⁸⁶、つまり不作為の詐欺における被欺罔者の錯誤は欺

²⁸⁵ 例えば、カウフマン（Arthur Kaufmann）も、刑法の故意は規範的内容を有し、純粹なる心理学的な要素ではなく、社会生活における行為事情の意味を明確に理解する者だけが刑法の意味における故意行為を為し得るのであるから、刑法における故意を自然的故意としてのみ捉える立場は正当ではない、という（Kaufmann, a.a.O. (Fn. 274), S. 135）。

²⁸⁶ Larenz, a.a.O. (Fn. 214), S. 398; Medicus, a.a.O. (Fn. 7), S. 308; Kramer, a.a.O. (Fn. 172), S. 1403 f. u. S. 1408.

岡者によって惹起されるわけではなく、すなわち不作為の詐欺における欺罔者は一見すると意思決定自由を害していない²⁸⁷。こうした不作為の特性は、不作為の事例と作為の事例において如何なる相違を生み出すのであろうか²⁸⁸。この点を確認するため、まず不作為一般について確認し、次いで不作為の欺罔に関する若干の裁判例を検討する。

①不作為一般

不作為それ自体は結果を生ぜしめない²⁸⁹。それゆえ、不作為を如何にして作為の結果惹起と同置するか、が問題である²⁹⁰。ところで、不作為は、真正不作為と不真正不作為の二種に分かれる²⁹¹。真正不作為と不真正不作為は、当該法規が不作為構成要件を含むか否か、によって区別される²⁹²。そして、特に刑法学においては真正不作為は法によって求められている行為の不履行それ自体を意味し、つまり真正不作為は特定の結果の発生を要しない²⁹³。それゆえ、作為と不作為の同置は、むしろ不真正

²⁸⁷ 一方当事者の錯誤を他方当事者が認識していたとしても、これは一方当事者の単なる錯誤に過ぎず、私的自治に基づく自己責任の帰結である。Singer/Finckenstein, a.a.O. (Fn. 214), S. 600も参照。

²⁸⁸ 例えば、カナーリス (Claus-Wilhelm Canaris) は、123条1項における悪意の欺罔と契約締結上の過失法理の関係について議論される契機を与えたBGH 31. 2. 1962 (NJW 1962, S. 1196) に関して (この一連の議論は本誌63巻6号312頁以下)、この事例が不作為の事例であったなら、異なる判断が下され得た可能性を示唆する (Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts-Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), S. 313 f.)。

²⁸⁹ Ernst Wolf, Die Lehre von der Handlung, AcP 170 (1970), S. 221 f.

²⁹⁰ イエシエック=ヴァイгент・前掲注196・470頁。

²⁹¹ イエシエック=ヴァイгент・前掲注196・473頁。

²⁹² Walter Stree, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, S. 214.

²⁹³ 例えば、救助の真正不作為を定める刑法323c条 (災害または公共の危険もしくは急迫に際して、救助が必要であり、しかも当該事情から救助が期待され、とりわけ自己の身に重大な危険が及ぶわけでもなく、他の重大な義務違反を犯す可能性も存在しないにもかかわらず、救助を行わない者は、一年未満の自由刑または罰金刑に処す) の違反者が結果 (例えば、被災者の死亡) を回避し得

不作為において問題となる²⁹⁴。不真正不作為は、結果を回避すべき作為義務を負う場合に限り、作為と同置される²⁹⁵。この結果回避義務は、保証人的地位から生じる²⁹⁶。そして、保証人的地位は、法律、契約または先行行為に基づく²⁹⁷。例えば、刑法263条の詐欺罪における不作為は不真正不作為犯であり、それゆえ保証人的義務を前提とする²⁹⁸。なお、行為者は自己の作為義務から帰結される構成要件該当の状況を認識していなければならない²⁹⁹。そして、この不作為者が構成要件の実現を可能として考え（さらに、意的要素を求めるなら、それを認容すれば）、未必の故意が認められる³⁰⁰。

民法規定において、123条1項は基本的に作為構成要件として理解されているから、同条項における不作為は不真正不作為であり³⁰¹、同条項における不作為の欺罔は作為の欺罔と同置させる前提として作為義務を要する³⁰²（これに対して、123条1項と同様に悪意要件を定めていた（旧）

たか否か、は問われない。イエシエック＝ヴァイгент・前掲注196・473頁。なお、刑法323c条が真正不作為犯を定めた規定である点について、Cramer/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 292), S. 2630を参照。

²⁹⁴ この点について、イエシエック＝ヴァイгент・前掲注196・483頁。

²⁹⁵ Deutsch, a.a.O. (Fn. 8), S. 125.; Bernhard Drees, in: Ermann Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 1981, S. 2141. 刑法13条1項も、その旨を定める。刑法13条1項：刑法の構成要件に該当する結果の回避を怠る者は、本法に従い、その者が結果の不発生に関して法的な義務を負い、その不作為が作為による法律上の構成要件の実現に相当する場合にのみ、可罰的である。

²⁹⁶ Deutsch, a.a.O. (Fn. 8), S. 127.; Repgen, a.a.O. (Fn. 76), S. 784. イエシエック＝ヴァイгент・前掲注196・483頁も参照。

²⁹⁷ Repgen, a.a.O. (Fn. 76), S. 784. イエシエック＝ヴァイгент・前掲注196・483頁も参照。

²⁹⁸ Cramer/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 292), S. 2194 f. もっとも、判例は、信義誠実を説明義務の根拠として認めることもある（Cramer/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 292), S. 2197）。

²⁹⁹ Cramer/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 292), S. 288.

³⁰⁰ Cramer/Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 292), S. 289.

³⁰¹ この点について、Holger Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 489.; Rösler, a.a.O. (Fn. 238), S. 569を参照。

³⁰² 例えば、Wolfgang Hefermehl, in: Soergel Kommentar zum Bürgerliches

463条2項³⁰³は、悪意の秘匿という不作為構成要件を含むから、同条項における不作為は真正不作為である³⁰⁴。123条1項において作為義務の違反を通じて作為と不作為が同置されるなら³⁰⁵、同義務違反が意思決定

Gesetzbuch, 1. Bd., 10. Aufl., 1967, S. 494.; Flume, a.a.O. (Fn. 7), S. 541.; Brox, a.a.O. (Fn. 123), S. 183.; Medicus, a.a.O. (Fn. 7), S. 311.; Jauernig, a.a.O. (Fn. 7), S. 63.

³⁰³ 463条1項：売買目的物が購入時点において保証された性質を欠く場合、買主は解除または代金減額に代えて不履行を理由とする損害賠償を請求することができる。

同条2項：売主が欠陥を悪意に秘匿した (arglistig verschwiegen hat) 場合も、同様である。

³⁰⁴ Fleischer, a.a.O. (Fn. 301), S. 489. もっとも、従来の解釈は123条1項と(旧)463条2項の構造的差異に注目せず、両者を同列に扱い、それゆえ一般的に(旧)463条2項における悪意の秘匿においても作為義務の存在が問われていた(Fleischer, a.a.O., S. 488 f. を参照)。悪意要件を有する(旧)463条2項は、123条1項と並び、民法典における故意ドグマを形成する一規範として理解されていたし(Grigoleit, a.a.O. (Fn. 7), S. 25 ff.; ders., a.a.O. (Fn. 44), S. 902. Mertens, a.a.O. (Fn. 167), S. 848 mit Fußn. 79も参照)、両規範が競合することも一般に認められていたのであり(Peter Derleder, Sachmängel- und Arglisthaftung nach neuem Schuldrecht, NJW 2004, S. 970を参照)、こうした事情が123条1項と(旧)463条2項を区別させなかったのかもしれない。しかし、(旧)463条2項は債務法の改正によって削除され、物の瑕疵については新たに434条によって、権利の瑕疵について新たに435条によって規定された。両条は悪意要件を備えず、ゆえに民法典における故意ドグマの一部は既に破られている。加えて、両条の解釈に関する学説の動向として、123条1項と異なり、説明義務の存在を問わない見解が少なくない点も注目される(この点について Florian Faust, in: Bamberger/Roth Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 2003, S. 1643)。このように理解するなら、両条を真正不作為の規定として、123条を不真正不作為の規定として把握することができるであろう(Rösler, a.a.O. (Fn. 238), S. 569 mit Fußn. 16も参照)。

³⁰⁵ 一般的法原則によれば、説明義務の不作為は、欺罔者が説明すべき法的義務を負う場合に限り、積極的欺罔として評価され、同置される、という。例えば、Hefermehl, a.a.O. (Fn. 302), S. 494.; Peter Bydlinski, Bürgerliches Recht, 1. Bd., 2000, S. 140を参照。

自由の侵害を意味するはずであり³⁰⁶、不作為においても意思決定自由が違法性の根拠であるはずである³⁰⁷。そして、かかる意思決定自由の侵害が123条1項における構成要件の実現に相当するのであるから、「作為義務の不履行なかりせば被欺罔者は意思表示していなかったであろう」ことを不作為の欺罔者が認識していれば、故意が認められ、場合によっては未必の故意も肯定されるであろう。

なお、不作為の欺罔の事案において問われる作為義務は正確な情報を提供すべき義務を意味し、これは一般に説明義務と呼ばれる³⁰⁸。他方で、作為の欺罔を不正確な情報を提供しない不作為義務の違反として理解することも可能であり、この意味の不作為義務は一般に真実義務と呼ばれる³⁰⁹。そして、両者を合わせて、一般に情報提供義務と呼ばれる³¹⁰。ここでは不作為の欺罔に関する議論である旨を強調するためにも、以下では主として説明義務という文言を用いる。

以上の理解を前提として、続いて123条1項における悪意の欺罔が争われた不作為の事例を検討する³¹¹。

³⁰⁶ 既に存在する意思決定自由の侵害の利用も、自由な意思決定に対する不当な影響である（Larenz-Wolf, a.a.O. (Fn. 7), S. 758）。

³⁰⁷ 123条1項の目的は意思決定自由であるから、同条項において問われる作為義務も意思決定自由の保護を目指した義務であるはずである（意思決定自由を保護する義務として説明義務を捉えている見解として、Nickel, a.a.O. (Fn. 160), S. 178およびS. 179 mit Fußn. 522において挙げられている文献も参照）。それゆえ、不作為の詐欺においても違法性の根拠は違法根拠の自由意思として理解することができるであろう。もっとも、作為の詐欺に比べて行為無価値的発想が強まることは否定できない。不作為一般の問題として、橋本佳幸『責任法の多元的構造 不作為不法行為・危険責任をめぐって』（2006年）24頁も参照。

³⁰⁸ Grigoleit, a.a.O. (Fn. 7), S. 4; Singer/Finckenstein, a.a.O. (Fn. 214), S. 599 ff. も参照。

³⁰⁹ Grigoleit, a.a.O. (Fn. 7), S. 4; Kramer, a.a.O. (Fn. 172), S. 1407.

³¹⁰ Grigoleit, a.a.O. (Fn. 7), S. 4; Mertens, a.a.O. (Fn. 167), S. 819も参照。

³¹¹ もちろん、各契約類型に応じた区別は必要であろう（この点についてKramer, a.a.O. (Fn. 172), S. 1408を参照。例えばders., S. 1408 ff. によれば売買契約、労働契約、その他の契約という区別が示されている）。実際に各契約類型において不作為の詐欺が持つ意味は異なる。本稿においても、まず売買契約

②不作為の欺罔の事例

不作為の欺罔の事案として、BGH 28. 4. 1971 (NJW 1971, S. 1795) を取り上げる。次のような事案であった。

運送業を営む被告は化学液体の運送用タンクとタンクトレーラーを原告に注文し、原告は被告へ本件タンクおよびタンク車を引き渡したのであるが、しかし当該タンクの積載量がトレーラーの積載量を超過し、タンクを完全に満たすことができず、このことによってブレーキやカーブの際に増水振動が生じ、安全に運行し得ないことが判明し、被告は悪意の欺罔を理由として当該契約を取り消した。BGH 28. 4. 1971は、次のように判示した。原審の理解によれば、商取引の際は売主は買主に対して説明義務を負わない、という。このこと自体は正しい。しかし、売買法をも支配する信義誠実の原則によれば、他方当事者の決断にとって重要になる事実を買主に告げるべき義務を売主は負う。本件タンクの液体運搬の適性に関して原告が少なくとも疑問に感じていたなら、原告は沈黙してはならず、信義誠実に従い説明義務を負うのである。そして、悪意は、相手方が欺罔なかりせば意思表示を為さなかったであろうこと、または当該の合意内容では為さなかったであろうことを意識していれば足りる。かかる意識は、未必の故意で満たされる。なお、原審は被欺罔者の過失を指摘しているが、しかし123条1項において被欺罔者の過失は問題にならない。

BGH 28. 4. 1971の特徴は、第一に故意の内容が可能性説に近い点であり³¹²、第二に被欺罔者の落ち度を問わない旨が説示されている点であり、

を取り上げ、これと区別して労働契約および保険契約について検討する。なお、123条1項における悪意の欺罔が争われた不作為の事例については内山敏和「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1頁以下(2004年)・113号1頁以下・114号1頁以下・115号1頁以下・116号27頁以下(2005年)・117号19頁以下・119号1頁以下(2006年)が詳細であり、本稿は必要な限度の検討に止める。

³¹² Mankowski, a.a.O. (Fn. 243), S. 339は、本判決を可能性説を採用した事例と

第三に信義則から説明義務が肯定されている点である。まず、第二点は意思決定自由保護の観点から説明できるし³¹³、このことから第一点も説明できるであろうから³¹⁴、第一点と第二点は123条1項における悪意の欺罔が争われた作為の事例と異なる内容である。さらに、BGH 28. 4. 1971が説示する故意の内容も、基本的に不作為一般において確認した内容に相当し、問題ない。

問題は第三点である。もっとも、説明義務の存在が肯定され、その違反も肯定されているから、同義務違反が意思決定自由侵害の行為と同置され、違法性も肯定されるであろう。むしろ、問題は、同義務の根拠である。BGH 28. 4. 1971は信義則を援用し、説明義務の存在を肯定する³¹⁵。しかし、作為義務の根拠を信義則に求める限り、説明義務の存否は個別事例に応じて判断される他なく³¹⁶、定式性を欠き、不安定であり、問題である。

もっとも、BGH 28. 4. 1971は、信義則のみならず、「本件タンクの液体運搬の適性に関して原告が少なくとも疑問に感じていたなら、原告は沈黙してはならず、信義誠実に従い説明義務を負う」という説示を加えることによって、説明義務と売主の認識の関係を示唆している。この点については、例えばBGH 20. 10. 2000 (NJW 2001, S. 64)においても、次のように判示されている。

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

して理解する。

³¹³ 学説も、被欺罔者の落ち度を問わない。例えば、Jauernig, a.a.O. (Fn. 7), S. 63; Feuerborn, a.a.O. (Fn. 265), S. 516.; Kramer, a.a.O. (Fn. 172), S. 1406を参照。

³¹⁴ 意思決定自由の保護を重視するなら、故意の立証は軽減されなければならない、そして可能性説の故意は過失に近く、その立証は他の見解の故意より容易である点について、前述14頁以下を参照。

³¹⁵ これが民法典成立以降の判例の傾向である点について、Singer/Finckenstein, a.a.O. (Fn. 214), S. 600を参照。

³¹⁶ この点について、Dieter Giesen, Anmerkung zu BGH 28. 4. 1971, NJW 1971, S. 1798を参照。その他に、Hefermehl, a.a.O. (Fn. 302), S. 494も参照。

告が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。欺罔を否定した原審と異なり、BGH 20. 10. 2000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、土壌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。

BGH 20. 10. 2000は、買主の決断を左右し得る事項に関する通知を買主が期待し得る場合に、説明義務が認められる旨を説示する³¹⁷。しかし、その判断は「取引通念」に従うのであり、信義則に依拠する帰結と変わらない。ただし、BGH 20. 10. 2000においても、BGH 28. 4. 1971と同様に、買主の決断を左右し得る事項に関する売主の認識、つまり廃棄物に関する売主の認識が指摘されている。

確かに、説明義務の根拠を、裁判所は明示的に提示していない。しかし、BGH 28. 4. 1971にせよ、BGH 20. 10. 2000にせよ、裁判所が説明義務を語る前提として、買主の決断を左右し得る事項に関する売主の認識が言及されている。本来ならば、こうした認識は既に故意に含まれているはずである。要するに、裁判所の理解によれば、売主の故意それ自体が説明義務の根拠であって、しかし単なる故意ではなく、「買主の決断を左右し得る事項」という制約が伴い、かかる制約が説明義務を（信義則上）正当化し³¹⁸、この制約は「でたらめな」（確実な事実の認識を欠く）

³¹⁷ これは他の裁判例においても同様の説示が少なからず見られ、123条1項における悪意の欺罔が争われる不作為の裁判例においては「開示されるべき事情が相手方の決定にとって重要であることおよび信義則上その開示が期待されることの2点が重視されている」という（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－（5）」早稲田大学大学院法研論集117号（2005年）44-45頁）。

³¹⁸ 学説も、私的自治が十分に機能し得ない局面において説明義務が顧慮される旨を説く（Singer/Finckenstein, aa.O. (Fn. 214), S. 601）。この意味における局面は、「買主の決断を左右し得る事項」を買主が認識していない事態を意味するであろう。さらに学説は、被欺罔者の意思決定にとって本質的な事情

言明によって故意が基礎づけられる作為の事例³¹⁹と異なる不作為の詐欺の特有の限界として理解されるであろう³²⁰。

（2）作為義務に関する原則と例外

①説明義務の根拠と配分

確かに不作為においては、説明義務に関して一定の制約を伴う。しかし、その他の点に関して、不作為の事例と作為の事例においては、大きな差異は認められない。ただし、ここまで検討した不作為の事例は売買契約に関する事例であり、その他の事例に関する検証が残されている。

ところで、説明義務を無批判に認めることは、自ら得た情報に基づく利益の獲得を不当に制約し、妥当ではない³²¹。確かに、不作為の欺罔を基礎づけ得る説明義務の存否の判断は、有利な情報を持つ当事者の利益

に関する秘匿を欺罔として理解する（Singer/Finckenstein, a.a.O. (Fn. 214), S. 599）。加えて、学説は故意も要求するのであるから、つまり学説の理解においても、欺罔者が「買主の決断を左右し得る事項」を認識していれば、説明義務が顧慮され、その義務が違反されれば、欺罔が成立するのである。故意が義務を制限する機能を有する点を指摘する見解として、Grigoleit, a.a.O. (Fn. 7), S. 31 ff. を参照。

なお、不作為一般の問題として、過失の不作為に関して作為義務の問題を過失概念へ解消あるいは引き寄せる見解が存在し（橋本佳幸『責任法の多元的構造 不作為不法行為・危険責任をめぐって』（2006年）22頁以下を参照）、これに倣えば、故意の不作為に関しても作為義務の問題を故意概念へ解消あるいは引き寄せる理解は不可能ではない（故意の不作為について、橋本佳幸『責任法の多元的構造 不作為不法行為・危険責任をめぐって』（2006年）33頁の注（19）を参照。ただし、橋本自身は、過失の不作為について作為義務の問題を過失へ解消させず、独自の問題として捉え、さらに故意の不作為についても故意概念へ解消させない）。この意味においても、やはり行為無価値へ接近するが、しかし不作為の問題においても結果無価値が重視されるべきであり、この点について前掲注307を参照。

³¹⁹ 作為の事例については、特に前述10頁以下を参照。

³²⁰ 不作為の問題の出発点は「不作為それ自体は意思決定自由を侵害しない」という点であり、この点は不作為の要件と作為の要件を区別する十分な理由たり得るであろう。

³²¹ Giesen, a.a.O. (Fn. 316), S. 1797 f. を参照。

追求と有利な情報を持たざる当事者の利益保護を画定する問題として理解され³²²、123条1項は情報の均等化に努める民法の典型的規範として理解される³²³。しかし、とりわけ現代の情報化社会においては、自ら努力して情報を獲得した者の利益を無視できないであろう³²⁴。

そこで、一部の学説は、保証人的地位や信頼関係ではなく、情報の経済的な財という側面に着目し、かかる見地から説明義務の根拠を議論し始めた³²⁵。この見地によれば、情報の獲得へ向けた投資の意義やフリーライダーの排除等も考慮され、説明義務は表示受領者（例えば、ある商品の売主）が当該情報（その商品の状態など）を表示者（その商品の買主）よりも安価で入手することができ、この表示受領者が最安価情報提供者である場合に限り、効果的になる³²⁶、という。

とりわけ情報費用の負担という観点を重視するなら、契約の重要部分に関わる情報を無償で取得ないし提供し得る者が説明義務を負うべきである、という結論へ至るであろう。そのような事案類型として、例えば

³²² この点について、例えば、Harry Westermann, in: Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 4. Aufl., 1967, S. 140.

³²³ Fleischer, a.a.O. (Fn. 301), S. 234.

³²⁴ この点について、Mankowski, a.a.O. (Fn. 243), S. 315も参照。加えて、次のような事情も無視できない。「契約の取消・無効の場合は、別に元の状態に戻るだけのようにも見えるかもしれないが、より積極的なペナルティとして働くこともある。情報を隠していた側は、当該情報を知られた上に、何も無かった状態に戻されるから、いわばただで情報を取り上げられた形になるからである」（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）2088頁）。

³²⁵ 契約当事者にとって重要な事情を事前に突き止め、そして起こり得る将来の全事情を想定した完全な契約を作り出すことは、膨大な情報費用および交渉費用を要する。それゆえ、より十分な情報を有する当事者に説明義務を課すことによって、取引費用は低減し、分配効率は上昇し、そして市場効果も高まる。問題は、如何にして費用負担を軽減し、そして効率的な財貨交換を可能ならしめるか、である。Michael Adams, Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht, AcP 186(1986), S. 453-458; Fleischer, a.a.O. (Fn. 130), S. 102; Mankowski, a.a.O. (Fn. 243), S. 310 u. 315を参照。

³²⁶ この点について、Mankowski, a.a.O. (Fn. 243), S. 310-316.

保険契約と労働契約が考えられる。とりわけ被保険者自身および被用者自身の情報は基本的に人的属性に関係しているから、こうした情報は投資を要することなく既に被保険者および被用者によって保持されている³²⁷。しかも、売買等の単発的な交換契約と異なり、保険契約あるいは労働契約が一定程度の長期に亘る継続的契約である点に鑑みれば、被保険者自身および被用者自身の人的属性に関する情報は、当該被保険者および被用者の信頼性を判断するためにも、重要な意味を持つ³²⁸。確かに、費用を要せず取得された情報であるとしても、必ずしも開示されるべきではないが、しかし説明義務は肯定され易いであろう³²⁹。

こうして、保険契約における被保険者と労働契約における被用者は、比較的容易に説明義務を課されるはずである。問題は、このことが果たして123条1項の事案において妥当しているのか否か、である。引き続き、この点について検討する。

②保険契約と労働契約

まず、保険契約の事案を検討する。123条1項における悪意の欺罔が争われた事案として、例えばBGH 13. 5. 1957 (NJW 1957, S. 988) が挙げられる。

保険契約の締結に際して原告の被保険者が虚偽の申告を為したか否か、が争われ（虚偽の内容は明確ではない）、被告の保険者が原告の悪意の欺罔を理由として本件契約の取消可能性を主張し、これに加えて一応の証明による立証の緩和をも求めた事案において、BGH 13. 5. 1957は次のように説示し、被告の請求を退けた。民法123条における悪意に基づく意思決定という概念は相手方を錯誤に陥れる認識（Bewußtsein）および意欲（Willen）が成立要件であり、かかる成立要件は悪意の欺罔に基づく保険契約にも同じく妥当し、そして民法

³²⁷ Mankowski, a.a.O. (Fn. 243), S. 323 ff.

³²⁸ Mankowski, a.a.O. (Fn. 243), S. 323; Hans-Martin Pawlowski, Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., 2003, S. 267も参照。

³²⁹ Mankowski, a.a.O. (Fn. 243), S. 325.

123条に関する成立要件の立証責任は全て取消者が負うのであり、申込の際の質問に対して故意に誤れる返答を与えた被保険者は保険者の意思形成に関しても悪意であった、という一般的経験則は存在せず、一応の証明は認められない。

保険契約の締結に際して保険者が被保険者に対して質問する内容（例えば既往症の有無）は基本的に被保険者にしか知り得ず、しかも被保険者にとっては費用を要しない情報である。つまり、説明義務の効率的分配を考えれば、被保険者の説明義務および同義務違反は肯定され易いはずである。しかし、本判決が説示する故意の内容は意思説である³³⁰。これは既に検討した可能性説と対極に位置する見解であって³³¹、意思説に依拠する故意の立証は可能性説に依拠する故意の立証よりも難しい。このことから、本件の裁判所が詐欺の成立に消極的であることが窺われ、本判決は一応の証明という立証の簡易化をも認めなかったのである。問題は、その理由である。

保険契約の事案は、123条1項における悪意の欺罔が争われる典型的な事案と異なる。例えば、典型的な消費者の事例は基本的に消費者（被詐欺者）と事業者（詐欺者）という構図である³³²。ところが、BGH 13. 5. 1957においては経済的弱者が欺罔者として登場する事案であり、裁判所としては要件の立証を厳格に求めることによって被保険者が十分な立証なしに詐欺者として見なされる事態を阻止したかったのかもしれない³³³。あるいは、保険者の立証責任の緩和は結果として保険金支払義務

³³⁰ 意思説について、前述4頁を参照。

³³¹ この点について、前述15-16頁を参照。

³³² その他の特殊性としては、例えば生命保険を締結した欺罔者たる被保険者が死亡することによって被保険者本人を尋問することができなくなること、さらに被保険者の欺罔に起因するリスクは（例えば保険料の調整によって）他の被保険者に分配することも可能であること等が考えられる（Süss, a.a.O. (Fn. 151), S. 185; Herbert Haasen, Zur Beweislast bei der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, VersR 1954, S. 483）。

³³³ この点について、Emil Böhmer, Zur Anfechtung von Versicherungsverträgen nach § 123 BGB, MDR 1958, S. 208も参照。

の免除を意味するから、これに乗じた保険者による無分別な顧客獲得活動の助長が懸念されたのかもしれない。例えば、保険契約の締結に際して保険の販売員が健康状態に関して正確に回答する必要な旨を告げることによって被保険者を勧誘しておきながら、契約締結後に発覚した被保険者の健康障害を理由として被保険者の悪意の欺罔に基づいて当該契約の取消可能性を求めた事案において、BGH 20. 11. 1990 (NJW-RR 1991, S. 411) は悪意の欺罔に関する主観的成立要件の確認が不十分である旨を判示し、事案を差戻している。

123条1項における悪意の欺罔が争われる労働契約の事案も経済的弱者が欺罔者として登場する点において、保険契約と同様である。両者の相違は、例えば前述した BAG 22. 9. 1961 (AP Nr. 15 § 123 BGB Bl. 1253= NJW 1962, S. 74)³³⁴において明らかなように、労働契約の事案においては被用者のプライバシーが関係している点である³³⁵。裁判所は、例えば労働契約の締結に際して前科について質問された被用者が虚偽の回答を為した事案において悪意の欺罔の成立を否定し (BAG 5. 12. 1957 (NJW 1958, S. 516))³³⁶、これに対して妊娠について質問された被用者が

³³⁴ この事案について、本誌63巻6号302頁以下を参照。

³³⁵ この点について、例えば Beck, aa.O. (Fn. 117), S. 17 f. も参照。

³³⁶ もちろん、前科に関する質問が全て許されないわけではない。例えば、次のような事例が挙げられる。かつて飲酒運転に基づく前科を持つ原告が被告国から前科の有無について何度も質問されていたものの、この前科を秘して、最終的に警察公務員として採用され、その後当該前科の存在が判明し、被告国は悪意の欺罔を理由として雇用契約を取り消した事案において、BAG 20. 5. 1999 (NJW 1999, S. 3653) は次のように述べた。民法123条1項に基づく取消権は、許された方法で提起された質問に対して真実に反する回答が為されれば、正当化される。ところで、基本法33条2項によれば、ドイツ人は全て、自己の適性、才能および専門的能力に応じて、あらゆる公共の職務に等しく門戸が開かれている。それゆえ、公共職務の希望者の採用は、適正等の特別な要件が前提である。こうした適性に関しては、職務上の任務を憲法の諸原則に基づいて引き受け、市民の自由権を擁護し、法治国家規則を遵守できる能力と内なる覚悟が含まれる。これを知る必要が存在する限度において、使用者は採用に際して前科について質問することが許される。そして、飲酒運転を理由とした原告の前科は、自動車運転に関する原告の適性を疑わせるのである。

虚偽の回答を為した事案において悪意の欺罔の成立を否定しなかった (BAG 22. 9. 1961)。

もっとも、確かに当時の裁判所は妊娠に関する質問を必ずしも許されない質問として理解しなかったのであるが、しかしドイツは男女の平等的取扱に関するヨーロッパ共同体指令 (1976年) に基づいて労働法に関するヨーロッパ共同体適合法 (1980年) を制定し³³⁷、これに基づいて新たに611a条³³⁸を規定した³³⁹。同条によれば原則として妊娠を理由とする採用拒否は許されず、その後の裁判所も妊娠に関する質問を原則として許さない態度を示した。

例えば、原告が労働契約の締結に際して妊娠していない旨を被告に告げたが、しかし後に原告の妊娠が確認され、被告は悪意の欺罔を理由として当該労働契約を取り消した事案において、BAG 6. 2. 2003 (MDR 2003, S. 996) は次のように述べた。

ヨーロッパ共同体指令の目的に従うなら、一時的な活動障害は重要ではなく、母体の保護に必要な時間が経過した後に当該妊婦が再び就業し得るならば、妊娠に関する質問は許されない。

³³⁷ この経緯および同指令の内容について、例えば Peter Hanau, in: Ermann Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 8. Aufl., 1989, S. 1607を参照。

³³⁸ 611a条1項: 使用者は、合意または措置の際に、とりわけ労働関係の形成、昇進、命令または告知の際に、被用者の性別を理由として当該被用者を不利に扱ってはならない。しかし、ある合意または措置が被用者によって果たされるべき業務の種類にとって重要であり、特定の性別が当該業務の不可欠な前提である場合に限り、性別を理由とする異なる取り扱いが許される。訴訟に際して被用者が性別を理由とする不利な取り扱いを推定させる事実を提示した場合、使用者は、性別に関連しない実際的な根拠に基づいて異なる取り扱いが正当化されること、または当該性別が果たされるべき業務の不可欠な前提であることを立証しなければならない。

³³⁹ なお、611a条は611b条と共に既に存在せず、両規定は現在の612a条に統合されている (この点について、Rudi Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Bd., 5. Aufl., 2009, S. 357を参照)。

保険契約における既往症と同様に、労働契約における前科ないし妊娠の事実は、原則として被用者しか知り得ない情報であり、しかも当該被用者にとって当該情報の取得は費用を要さない。それゆえ、被用者の説明義務は肯定され易いはずである。ところが、123条1項における悪意の欺罔が争われる労働契約においては、保険契約と同様に、裁判所は被用者の説明義務について慎重な態度を見せる。

以上を要するに、不作為の事例は作為の事例と異なる考慮を要し、不作為の事例においても特に異なる処理を受ける類型が存在する。こうした類型は欺罔者の属性（経済的弱者が欺罔者）や保護法益の種類（プライバシーの問題）³⁴⁰が他の事例と異なるのであって、こうした類型においては本稿において検討した123条1項における悪意の欺罔に関する諸原則は必ずしも妥当しない。個別に検討を加えた所以である。

（未完）

³⁴⁰ とりわけ労働契約の類型に関しては、使用者の質問権と被用者の嘘をつく権利の対立として表現されることもある。例えば、Mankowski, a.a.O. (Fn. 243), S. 335; Kramer, a.a.O. (Fn. 172), S. 1405を参照。