

民事詐欺の違法性と責任（6）

岩 本 尚 禧

目 次

序論

第1節 本稿の課題

第2節 本稿の構成

(以上、63巻3号)

第1部 ドイツ法

第1章 詐欺の前史

第1節 ローマ法と自然法

(以上、63巻4号)

第2節 19世紀の詐欺論

(以上、63巻5号)

第2章 詐欺の違法性と責任

第1節 転回する自由意思の要保護性

(以上、63巻6号)

第2節 保護の範囲と限界

(以上、64巻1号)

第2部 日本法

第1章 民事詐欺論の展開

第1節 日本民法と自然法

第1款 詐欺の前史

第1項 19世紀以前の詐欺論

第2項 民法典の成立

第2款 通説の形成過程

第1項 民法典成立初期の詐欺論

第2項 社会本位思想における詐欺

(以上、本号)

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

本稿はドイツ法の考察としてローマ法から出発した。ユスティニアヌス帝によってローマ法大全が編纂され（529年から534年）、このローマ法大全から *dolus* の法理を窺い知ることができた。当時の *dolus* の法理は、被害者の救済ではなく、むしろ加害者に対する制裁として機能していた。しかし、数世紀を経て次第に強まった自然法の影響から、被欺罔者の意思決定自由の観点から詐欺が捉えられ、そして現行ドイツ民法典123条1項は意思決定自由を保護する規範として理解されている。こうしたドイツ法の背景と日本法は如何に異なるか、その差異は如何なる形において現れているか、という点を確認することが日本法における第一の検討課題である。

第1款 詐欺の前史

第1項 19世紀以前の詐欺論

(1) 封建体制の時代

① 儒教の精神と自由

日本における古来の詐欺法理も、ローマ法の *dolus* と同様に、被害者の救済という観点より加害者の制裁という側面が強かった。まず、詐欺に関連する法として、718年に選定された養老律令が存在する¹。律令においては既に儒教の影響が顕著に見られ、律令の特色は教令教化であ

¹ これは10巻から成り、その第8巻の内容が詐欺律（あるいは詐偽律）であった（佐々波與佐次郎『日本刑事法制史』（1967年）433頁。養老律令の前身は大宝律令であり、大宝律令は唐律を母法として成立した継受法であった（佐々波・前掲・42頁）。大宝律令は法典として亡逸し、現在に伝わる律令が養老律令である。この点について、石井良助『日本法制史概説』（1994年）63頁を参照。

り²、律令の目的は勸善懲悪であって³、懲悪は律を意味したのである⁴。律令的な法思想においては民事の法規範は刑事の法体系に埋没せられ⁵、ゆえに民事詐欺の性格を把握することも困難であったように思われる⁶。

次に、鎌倉幕府の時代においては、式目という法形式が登場する。律令の目的は勸善懲悪であったが、しかし式目の目的は裁判の必要性であって、すなわち律令と式目の相違は道德と道理の相違であった⁷。そして、この道理に合わない事柄は非道・無理・理不尽等と呼ばれ、こうした道理に合わない事柄を強いて行うことが当時において「自由」を意味した⁸。この意味における「自由」は道理の蹂躪であり、権威の軽視であり、恣意の発現であって、現代において理解される意味の自由を含んではいなかった⁹。

こうした事情は江戸時代においても変わらない。江戸時代における儒教は封建教学として支配的地位を占め、法の目的は専ら社会秩序の維持であった¹⁰。封建社会は鎖国の実現によっても堅持され¹¹、その結果として当時の諸外国の法文化ないし法思想は、ほとんど日本へ流入しなかつ

² この点について、石井・前掲注1・70頁を参照。

³ 牧健二『改訂 日本法制史概論』(1935年) 52頁。

⁴ 「律は違犯を責めるものである」(石井・前掲注1・70頁)。ただし、養老律令における律の大半は亡逸し、詐欺律も現存していない(石井・前掲注1・64頁)。

⁵ 福島正夫「明治初年における西欧法の継受と日本の法および法学」同(編)『仁井田陞博士追悼論文集 第3巻 日本法とアジア』(1970年) 166頁。

⁶ 犯罪と不法行為も、明確に分化していなかった(石井・前掲注1・174頁)。なお、牧健二『改訂 日本法制史概論(第10版)』(1942年) 108頁によれば、両情和同という両当事者の自由な合意が詐偽によって害された契約は取消可能であった、という。しかし、そのことを裏付ける史料は、必ずしも明確ではない。

⁷ 牧健二「御成敗式目と道理の意識」法学論叢39巻2号(1938年) 2頁を参照。

⁸ 牧・前掲注7・41頁を参照。

⁹ 牧・前掲注7・41頁を参照。自由は、鎌倉時代以降において、我儘勝手あるいは独断という意味として用いられていた(渡部萬藏『現行法律語の史的考察』58頁(1930年))。

¹⁰ この点について、石井・前掲注1・378-379頁を参照。

¹¹ この点について、例えば井上清『日本の歴史上』(1963年) 283頁。

た¹²。

以上を要するに、少なくとも明治維新の以前において個人の権利を保護する法は存在せず¹³、当時の一般人の権利観念も極めて乏しく¹⁴、権利意識を観念し難い状況から法益保護という発想が生まれるはずはなく、自由意思の侵害を詐欺の被侵害権利として捉える法思想も存在しなかったのである¹⁵。

②翻訳語の「権利」と「自由」

今日の意味における「権利」と「自由」は開国を契機として、そして翻訳語として導入された。すなわち、鎖国政策は1854年に破られ、開国によって日本と諸外国の人的交流は激しく増大し、西洋文化に対する関心も高まり始めた¹⁶。例えば、西周(1829-1897)、津田真一郎(1829-1902)および加藤弘之(1836-1916)等は、当時の蘭学者たる箕作阮甫(1799-1863; 箕作麟祥の祖父)から教授せられ、後に西と津田は幕府の留学生として1862年にオランダのライデン大学へ留学し¹⁷、加藤は洋書調所の教官としてドイツ語を学び始める¹⁸。その他にも、福沢諭吉(1834-1901)

¹² この点について、水田義雄『西欧法事始』（1967年）25頁を参照。

¹³ 井上正一「佛國民法ノ我國ニ及ホシタル影響」法理研究會（編）『佛蘭西民法百年紀念論集』（1905年）54頁。小野清一郎「日本法理の自覺的展開（上）」法律時報14卷3号（1942年）22頁も参照。

¹⁴ 「從來我邦ニ於テハ、普天ノ下、王土ニアラザルナク、卒土ノ濱、王臣ニアラザルナク、人民ノ生命、身体、財産、榮譽、自由ハ皆ナ君主ノ許容ニヨリテ之ヲ享有スルモノト心得、毫モ之ヲ己レノ權利ナリト思惟スル感情トテハアラサリシナリ」（穂積陳重「權利ノ感想」法学協會雜誌55号（1888年）340-341頁）。井上・前掲注13・55頁。小野・前掲注13・22頁も参照。

¹⁵ 「徳川封建体制下において、拘束の欠如としての感性的自由が自己決定としての理性的自由に転化する機会はずいぶん到来しなかつたということが出来る」（丸山真男『戦中と戦後の間』（1976年。初出は「帝国大学新聞」1947年8月21日号）303頁）。

¹⁶ この点について、水田・前掲注12・1-34頁を参照。

¹⁷ この点について、水田・前掲注12・35頁以下を参照。

¹⁸ ドイツ語の本格的な研究の動機は、1860年（万延1）にプロイセンと締結された日普条約であった。この点について、沼田次郎『幕末洋学史』（1952年）

は1861年に欧州6カ国へ翻訳方として随行し¹⁹、箕作麟祥（1846-1897）は1867年のパリ万国博覧会の随行員としてフランスへ派遣されている²⁰。

留学から帰還した西と津田はライデン大学の教授フィッセリング（Simon Vissering, 1818-1888）から受けた口授の筆記を翻訳し、「権利」という言葉を紹介している²¹。こうして、「権利」の語は、西および津田によって定着せられた²²。

これに対して、「自由」という言葉は福沢によって用いられ始めた。福沢は、欧州随行の収穫として、『西洋事情』（初編は1866年）を世に送り出し、西洋の法思想を伝えている²³。そして、福沢は、自由という語について次のように述べる。「自主任意自由の字は我儘放盪にて國法をも恐れずとの義に非らず總て其國に居り人と交て氣兼ね遠慮なく自か丈け存分のことをなすべしとの趣意なり英語に之を『フリードム』又は『リベルチ』と云ふ未だ的當の譯字あらず」²⁴。この意味における「自由」は

229-230頁を参照。

¹⁹ この点について、水田・前掲注12・45頁を参照。

²⁰ 水田・前掲注12・49頁は、このことを日本におけるフランス法翻訳事業の起源として理解し得る旨を指摘する。

²¹ 西および津田は、英語の right に相当するオランダ語の regt の訳語として、権あるいは権利という語を用いている。この点について、中田薫『法制史論集第三卷 下』（1943年）1163頁および柳父章『翻訳語成立事情』（1982年）162頁を参照。

津田は、Burgerlyk regt の訳語として、民法という言葉をつ造した。「民法と云ふ語は津田眞道先生（當時眞一郎）が慶應四年戊辰の年に創制せられ」、「獨り『民法』だけは初めから一度も變つたことが無く又た他の名稱が案出されたことも無かつた」（穂積陳重『法窓夜話（第9版）』（1927年）173-174頁）。

²² ただし、翻訳された「権」の内容は、必ずしも今日の「権利」の意味内容に限定されていたわけではなかった。この点も含めて、柳父章『翻訳とはなにか 日本語と翻訳文化』（1976年）64頁および76頁以下を参照。

²³ この点について、水田・前掲注12・45頁を参照。

²⁴ これは、『福澤全集 第一卷』（1898年）「西洋事情初編 卷之一」の13頁から引用した。さらに、福沢は、西洋事情の第二編において、次のようにも述べる。「自由とは一身の好むまゝに事を爲して窮屈なる思なきを云ふ古人の語に一身を自由にして自から守るは萬人に具はりたる天性にて人情に近ければ家財富貴を保つよりも重きことなり」、「此自由の字義は初篇卷之一第七葉の割註にも云へる

必ずしも身体的自由のみならず、精神的自由をも含み得ることが窺われ、古来日本から伝わる意味の「自由」と明らかに異なり、福沢を通じて自由の「新」思想が伝播されたのであった²⁵。

ただし、詐欺論と自由意思の問題は、依然として明確ではなかった。例えば、西は、フィッセリングから、性法（自然法）の口授も受け、これを筆記していた。そして、これは神田孝平（1830-1898）によって『性法略』（1871年＝明治4）として訳出されている。この性法略によれば契約成立の一要件として「雙方契約ノ意志湊合」が求められ、性法略の「第十四編 契約ヨリ生スル人身上ノ權ヲ論ス」において詐欺は次のように伝えられている。「第十五條 一方若シ詐術ヲ以テ他ノ一方ヲ欺キ一時心服セシムルカ如キハ意志湊合ト爲ス可ラス」²⁶。

確かに詐欺が契約の不成立を導く要因として理解されていることは窺われるが、しかし詐欺が意思に及ぼす影響と法律効果の関係は必ずしも明らかではなく、この関係を論じた見解の登場はボワソナードを待たなければならなかった。この点について、引き続き検討する。

（2）フランス法の影響

①ボワソナードの自然法論

明治政府は、江戸幕府が米・露・蘭・英・仏と締結した通商航海条約（いわゆる不平等条約）を撤廃する前提として、法典を整備する必要に迫られていた²⁷。当時の西欧文化の中心はフランスであったのであり、既にオランダ法を学んでいた日本は、その母法たるフランス法へ目を転

如く決して我儘放盪の趣意に非らず他を害して私を利するの義にも非らず唯心身の働を逞して人々互に相妨けず以て一身の幸福を致すを云ふなり」（これは、『福澤全集 第一巻』（1898年）「西洋事情二編 例言」の3頁および4頁から引用した）。

²⁵ この点について、穂積・前掲注21・199頁。

²⁶ これは、『明治文化全集 第十三巻 法律篇』（1957年）「性法略」の12頁から引用した。

²⁷ 石井良助『『民法決議』解題』木村毅（編）『明治文化全集 第十三巻 法律篇（改版）』（1957年）39頁、中村菊男『新版 近代日本の法的形成』（1963年）33頁を参照。

じた²⁸。

まず、政府は滞仏経験を有する箕作麟祥にフランス法の翻訳を命じたのであるが、しかし当時の日本において未だ西洋の法思想を十分に理解し得る基礎が形成されておらず²⁹、このことは箕作も同様であって、フランス法を取り入れる作業は必ずしも順調ではなかった³⁰。そこで、政府は、1873年（明治6）にフランスからボワソナード（Gustave Emil Boissonade de Fontarabie, 1825-1910）を招聘したのであった³¹。

日本法に与えたボワソナードの影響については、もはや多言を要しないであろう。それゆえ、本稿において関連する限度において、ボワソナードの自然法論を概観し³²、次いで旧民法の規定を確認する³³。

²⁸ この点について、福島正夫「法の継受と社会＝経済の近代化（二）」比較法学4巻（1968年）3頁。なお、箕作より以前に、幕末において既に駐仏全権大使としてパリへ赴任していた栗本鋤雲も、フランス法の重要性を日本へ伝えた人物として重要である。この点について、中田薫「佛蘭西法輸入ノ先驅」法学志林18巻9号（1916年）1頁以下を参照。

²⁹ 例えば、箕作は droit civil の訳字として「民権」という語を提示したのであるが、しかし民権という新しい熟語が十分に理解されず、他の者から「民が権を有するとは何の事だ」という詰問を受けた、という逸話が残されている。穂積・前掲注21・212頁および福島・前掲注28・9頁も参照。

³⁰ この点について、大久保泰甫『日本近代法の父 ボワソナード』（1977年）33頁を参照。

³¹ この点について、梅溪昇『お雇い外国人 明治日本の脇役たち』（2007年）82-83頁を参照。

³² 検討の素材として、ボワソナードの性法講義を取り上げる。この性法講義の内容はフランス実定法概念に近く（この点について、池田真朗「ボワソナード『自然法講義（性法講義）』の再検討」法学研究55巻8号（1982年）2頁および11頁以下を参照）、旧民法典の起草過程を検討する前提として、この性法講義の概観しておくことが望ましいからである。

³³ 民法96条の沿革的研究として、柳澤秀吉「登記の公信力と民法九四条二項、九六条三項の意味」法学志林70巻1号（1972年）71頁以下、松尾弘「権利移転原因の失効と第三者の対抗要件－虚偽表示、詐欺取消および解除を中心として－」一橋論叢102巻1号（1989年）78頁以下、中舎寛樹「民法九六条三項の意義－起草過程からみた取消の効果への疑問－」南山法学15巻3・4号（1992年）15頁以下、田中教雄「日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程－不当な勧誘

まずボワソナードによれば、契約は義務の原因であり、契約が義務の原因である理由は当該契約が債務者の意思に基づいて生じるからであり、そして債務者が拘束される理由は自ら自由に契約し、自ら拘束し得る能力を有するからである³⁴、という。

この説明から、契約に由来する諸種の責任を基礎づける要素として自由意思が考えられていることが読み取れる。問題は、自由意思と詐欺の関係である。

ボワソナードによれば、錯誤あるいは強暴は承諾の瑕瑾を構成するが、しかし詐欺は錯誤を生ずるに過ぎないから、とりわけ性法の観点から論ずるならば、詐欺は承諾の瑕瑾を成さない³⁵、という。

ボワソナードにとって、詐欺は、錯誤と異なり、契約を解消させる原因ではない。すなわち、ボワソナードが理解する詐欺は、そもそも自由意思と関係しない。ところで、既に確認したように、詐欺と自由意思の結び付きは啓蒙期自然法学説において登場し、詐欺による自由意思の侵害が被欺罔者の救済の理由として理解されていた³⁶。しかし、そもそもボワソナードの自然法論は、啓蒙期自然法学説に依拠していない³⁷。こ

に対処する手がかりとして－」香川法学13巻4号（1994年）515頁以下、武川幸嗣「法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説－民法九六条三項の意義と法理を中心に－」法学研究69巻1号（1996年）513頁以下が存在する。民法96条に関する立法過程の詳細は、これら諸研究に譲る。本稿においては、とりわけ詐欺と自由意思の観点から、必要な限度の概略に止める。

³⁴ ボワソナード（井上操 訳）『校訂増補 性法講義（復刻版）』（1881年）34頁。

³⁵ ボワソナード・前掲注34・34頁、69頁、112頁および117頁。もちろん、ボワソナードは、フランス法において詐欺が第三の承諾の瑕瑾として扱われている点も指摘している（ボワソナード・前掲注34・116頁）。なお、フランス民法の詐欺は次のように規定されている（以下の条文は、田中周友『現代外国法典叢書仏蘭西民法〔Ⅲ〕財産取得法（2）〔復刻版〕』（1988年）16頁以下から引用した）。

1116条1項：詐欺ハ當事者ノ一方ニ依リテ實行サレタル術策ガ、此等術策無カリセバ、他ノ當事者ハ契約セザルベカリシコトノ明カナルトキハ、之ヲ合意無効ノ原因トス

³⁶ この点について、本誌63巻4号197頁を参照。

³⁷ この点について、田中耕太郎「ボアツソナードの法律哲學－特に其の自然法思想に就て－」福井勇二郎（編）『杉山教授還暦祝賀論文集』（1942年）40頁

のことからも、ボワソナードが被欺罔者の救済根拠を意思決定自由の侵害に求めなかった理由の一端が理解されよう。

ならば、ボワソナードは詐欺を理由とする私法的救済の根拠を何に求めるのか。この点は必ずしも明確ではない。ただし、フランス法における伝統的見解は、詐欺が無効を導く理由を、詐欺者の不誠実に対する制裁に求める³⁸。この点に関する伝統的解釈をボワソナードも引き継いでいるようであり³⁹、そしてボワソナードの指摘によると彼の詐欺論もフランスにおける伝統的見解に従う内容であることが推察されるのである⁴⁰。

以上のボワソナードの詐欺理解は、同じく啓蒙期自然法学説に依拠しなかったサヴィニーの詐欺理解と少なからず共通する。サヴィニーも、詐欺が自由意思の有効性に影響を与えない点を指摘し、ゆえに詐欺を意思決定自由の侵害として捉えず、むしろ詐欺に基づく法律効果の根拠⁴¹を詐欺者の違法性あるいは反良俗性に求めていたのであった⁴²。

を参照。

³⁸ 例えばドマとポティエ、そして彼ら以降のフランス法学者の詐欺論について、山下純司「情報の収集と錯誤の利用－契約締結過程における法律行為法の存在意義－(1)」法学協会雑誌119巻5号(2002年)51頁を参照。

³⁹ この点について、武川・前掲注33・523頁も参照。

⁴⁰ ボワソナードによれば、詐欺は「全ク害アルヘク而シテ悪意ニテ即チ債主ヲ害スルノ意アリテ爲シタル所爲」であり(ボワソナード・前掲注34・145頁)、「詐詭ノ本人ハ締約人ニ起セシ損害ヲ償ハサル可カラス」、(ボワソナード・前掲注34・117頁)、そして「他人ニ害を爲セシトキ裁判所ノ命ヲ以テ」「其損害ヲ償ハシメ」る「類ハ之ヲ民事ノ制裁ト云フ」(ボワソナード・前掲注34・4頁)。

⁴¹ 法律効果に関しても、両者の理解は近い。サヴィニーは、詐欺が原状回復を導き得る点を認めつつも、actio doliに基づく損害賠償によって代替されている旨を述べていた(本誌63巻5号58-59)。ボワソナードも、旧民法(財産編)312条3項の「補償ノ名義」に関して、次のように述べている。「詐欺ノ為メ補償ノ名義ヲ以テ合意ヲ取消スモ其取消ハ承諾ノ瑕疵アリタルカ為メ言渡ス所ノ取消ト同一ノ性質ヲ有スルモノニ非ス」、「詐欺ノ補償訴権ハ専ラ対人訴権ナルカ故ニ単ニ損害賠償ノ債権ニ過キス」(星野英一(編)『ボワソナード民法典資料集成Ⅱ 後期Ⅳ 民法理由書 第2巻 財産編人権部』(2001年)74-75頁)。

⁴² 既に指摘したように、サヴィニーが詐欺取消制度における法律効果の根拠

②旧民法典における詐欺

詐欺を制裁の対象として捉え、詐欺と自由意思を結び付けないポワソナードの詐欺論は、もちろん彼が起草した旧民法典へ反映されている。旧民法典は1890年（明23）に公布され、同法における詐欺は次のように規定された。

旧民法（財産編）312条1項：詐欺ハ承諾ヲ阻却セス又其瑕疵ヲ成サス但詐欺カ錯誤ヲ惹起シ其錯誤ノミヲ以テ前三条ニ記載セル如ク承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ストキハ此限ニ在ラス

詐欺が承諾を阻却しない点は、前述の性法講義において述べられていた。性法講義において言及されていなかった詐欺の他の性質として、ポ

として意思を重視しない理由について、彼の主知主義と表示主義が考えられた（本誌63巻5号49頁の注224および注225を参照）。ところで、ポワソナードはカトリック教徒であり、彼の自然法はトマス・アクイナスの自然法理論に依拠している、という（田中・前掲注37・8頁の注（1）、17頁、21-22頁、23頁の注（1）および40頁）。トマス・アクイナスが主知主義であった点も既に確認した（本誌63巻4号179頁の注86）。サヴィニーもポワソナードも意思の意義を否定するわけではないが、しかし意思に優越する要素を認める点において共通し、これが両者の詐欺解釈において制裁的要素を強調させている一要因であるように思われる。しかも、このことは日本民法典起草者および同法典成立後の諸論者においても見られる日本民法学の傾向でもあり、この点は後述する。

なお、中舎・前掲注33・41-42頁によると、「ポアソナードのような詐欺の理解が現在の解釈論に与える最大の影響となりうるのは、取消の機会の拡大ということかもしれない。というのは、ポアソナードの理論を進めてゆけば、詐欺の程度が重大であり、被詐欺者に損害が生じていさえすれば、たとえそれが被詐欺者に錯誤をもたらしたことを立証しなくとも『取消』（原状回復と損害賠償）を認めるという議論につながる可能性があるからである」、という。しかし、「詐欺の程度が重大であり、被詐欺者に損害が生じてい（る）」という立証が極めて困難である点に最大の問題がある。結局、中舎が指摘する可能性は、詐欺の立証の難易度を錯誤の立証の難易度より下げなければ、開かれない。ところが、ポワソナードの詐欺論は、こうした難易度の引き下げを容易に認めない内容なのであるから、ポワソナードの詐欺論から「取消の機会の拡大」を導き出すことは難しい。

ボワソナードは旧民法の起草過程において、詐欺が故意の行為であること⁴³、そして詐欺が常に悪しき意味において用いられていることを指摘している⁴⁴。この点から、旧民法における詐欺も、被欺罔者の救済規定ではなく、欺罔者の制裁規定として理解されていることが窺われる。

この点に関しては、不法行為規定も重要である。旧民法（財産編）は、その第二部第一章「第三節 不正ノ損害即チ犯罪及ヒ准犯罪」の370条において、詐欺不法行為を規定した。

旧民法（財産編）370条1項：過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ為ス責ニ任ス

同条2項：此損害ノ所為カ有意ニ出テタルトキハ其所為ハ民事ノ犯罪ヲ成シ無意ニ出テタルトキハ准犯罪ヲ成ス

同条3項：犯罪及ヒ准犯罪ノ責任ノ広狭ハ合意ノ履行ニ於ケル詐欺及ヒ過失ノ責任ニ関スル次章第二節⁴⁵ノ規定ニ従フ

ボワソナードによれば、確かに民事の犯罪は未だ刑事犯罪を構成しない行為を意味するのであるが、しかし実際的に観察すれば、民事の犯罪が同時に刑事の犯罪たることは決して少なくない⁴⁶、という。さらに、旧民法の不法行為法における保護法益が具体的財産に限定されている点も重要である（これは、自由意思が詐欺の保護法益として認められていなかったことを意味する）。すなわち、民事責任は「他人ノ財産ニ及ヒタルモノニ限ル」のであって、「被害者ノ資産ニ間接ニ多少ノ損害ヲ及

⁴³ 「詐欺即故意ノ損害」（星野英一（編）『ボワソナード民法典資料集成後期Ⅰ-Ⅱ ボワソナード氏起稿 再閲修正 民法草案註釈 第二編 人権ノ部Ⅱ』（2000年）307頁）。確かに、この引用部分における詐欺は、不法行為の詐欺を意味している。しかし、ボワソナードによれば、そもそも詐欺は承諾の瑕疵の原因として理解されず、原則として損害賠償の対象として理解されている。

⁴⁴ 星野英一（編）『ボワソナード民法典資料集成前期Ⅰ ボワソナード氏起稿註釈 民法草案 財産編 第2巻（24～70）』（1999年）388頁。

⁴⁵ この「次章第二節」は、民法財産編第二部人権及ヒ義務の「第二章 義務ノ効力」における「第二節 損害賠償ノ訴権」を指す。

⁴⁶ 星野・前掲注41・329-330頁。

ホシタルトキニアラサレハ之カ為メ金銭上ノ賠償ヲ認ムルコトヲ得ス」⁴⁷。

以上を要するに、確かにフランス法の輸入によって次第に私法的権利の観念が日本においても普及し始める契機が与えられたのであるが⁴⁸、しかし少なくとも旧民法の詐欺の理論はドイツ的啓蒙期自然法学説と異なり、旧民法においては詐欺の犯罪的性質が重視され、さらに不法行為の保護法益として精神的自由は含まれず、このことから旧民法において被欺罔者の保護より欺罔者の制裁が重視されていたこと⁴⁹、そして詐欺を意思決定自由（被害者の法益）の侵害として捉えられていなかったことが理解されるのである⁵⁰。

第2項 民法典の成立

（1）自然法的啓蒙思想の可能性

①自然法論と進化主義の影響

当時の日本の思想界において、ドイツの自然法学が紹介されていなかったわけではない。例えば、加藤弘之は、18世紀のプロイセンの哲学者ヴォルフ⁵¹等の見解を引用し、いわゆる天賦人權論を展開していた。加藤によれば、例えば自由権は安寧幸福を求める最重要の天賦の権利であり、君主政府の権外に属する事柄である⁵²、という。こうした啓蒙思

⁴⁷ 星野・前掲注41・322-323頁。

⁴⁸ この点について、井上・前掲注13・75頁。

⁴⁹ 「沿革的には、詐欺を相手方の不法行為に対する制裁という行為態様の悪性の観点から正当化することも可能であり、旧民法の規定はこのような性格を有した」（森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（2）」NBL483号（1991年）56頁）。

⁵⁰ 以上の理解の他に、例えば既に指摘したように、ドイツ民法典成立後の判例は、いわゆる原因を与える悪意と偶然に生じる悪意の区別を否定し、その理由は被欺罔者の意思決定自由の保護に求められ得た（本誌63巻6号272頁の注9）。これに対して、ボワソナードは当該区別を維持していたようである（この点について、松尾・前掲注33・88頁を参照）。

⁵¹ ヴォルフの見解について、本誌63巻4号193-194頁を参照。

⁵² 加藤弘之「国体新論」植手通有（編）『日本の名著34 西周 加藤弘之（再版）』（1997年。「国体新論」の初出は1875年）394-395頁。

想の高揚に伴い、いわゆる自由民権運動が活発化したことは周知であろう。

ところが、人間の権利と自由を求める自由民権運動は専制権力に対する抵抗の運動でもあり⁵³、これはフランス革命を想起させ⁵⁴、しかも各人が天賦の人権として権利を行使し得る体制の肯定は家父長制あるいは絶対主義的天皇制に対する不服従の肯定を意味し得た⁵⁵。これを危惧した時の政府⁵⁶は自由民権運動の弾圧に乗り出し⁵⁷、さらに天皇が国家統治の全権を総覧する君主主権主義に立脚した明治憲法⁵⁸を作り出した。こうして、ついに自然法的啓蒙思想は機能せず⁵⁹、プロイセン的自然法も発展しなかったのである⁶⁰。

そして、このことは、前述の加藤弘之に関しても妥当する。加藤は、

⁵³ 後藤靖『自由民権 明治の革命と反革命』（1972年）3頁。

⁵⁴ この点について、井上清『日本の歴史 中』（1965年）184頁を参照。

⁵⁵ この点について、有地亨「明治民法起草の方針などに関する若干の資料とその検討」法政研究37巻1・2合併号（1971年）120-121頁を参照。

⁵⁶ いわゆる御雇い外国人として招聘されていたドイツの学者ロェスラー（Hermann Roesler, 1834-1894）の影響も重要であろう。この点について、井上清「日本人のフランス革命観－自由民権運動期を中心に－」同『井上清史論集 2 自由民権』（2003年。同論文の初出は1959年）177頁以下、ヨハネス・ジームス（高橋憲一 訳）「ヘルマン・ロェスラーと日本における独逸国法の採用」ソフィア（上智大学）10巻1号（1961年）6-9頁、古川純「3 明治憲法制定をめぐる法思想」小林直樹・水本浩（編）『現代日本の法思想 近代法一〇〇年の歩みに学ぶ』（1976年）41-42頁、梅溪・前掲注31・91頁以下を参照。

⁵⁷ 色川大吉『自由民権』（1981年）146頁以下を参照。

⁵⁸ 「明治憲法の全體を通じて其の根柢を爲して居た最も重要な基本主義とも謂ふべきものは、君主主権主義即ち萬世一系の天皇が國家統治の全権を總攬したまふことに在つた」（美濃部達吉『日本國憲法原論』（1948年）100頁）。すなわち、明治憲法は絶対主義的天皇制を表現した法制度であり（宮川澄『旧民法と明治民法』（1965年）208頁）、天賦人権思想を排除し、いわば国賦人権思想に立脚していたのである（佐藤幸治『憲法（第三版）』（1995年）71頁）。

⁵⁹ この点について、田中浩「明治前期におけるヨーロッパ政治思想の受容にかんする一考察－加藤弘之の『人権新説』をてがかりに－」家永三郎（編）『明治国家の法と思想』（1966年）660頁。

⁶⁰ この点について、福島・前掲注5・174頁も参照。

1881年に東京帝国大学の総理として就任し、その際に天賦人權論を展開した自身の著書（『真政大意』および『国体新論』）の絶版を内務卿へ願い出て、しかも翌年に出版された『人権新説』において天賦人權論の批判を開始している⁶¹。加藤によれば、人類も動植物と同様に体質・心性において祖先・父母の遺伝を受け、ゆえに各人の体質・心性において必ず優劣の差が生まれ、したがって人類が全て生まれながらに平等均一の権利を有する旨を説く天賦人權論は不当・矛盾であって、人類の権利は専制治者によって初めて設けられる⁶²、という。

加藤は、その変説の根拠として、ダーウィンやスペンサーの進化主義を挙げている⁶³。もっとも、その根拠が何であれ、加藤の言説においては、私権（あるいは民権）に対する国権の優位が説かれているのであって⁶⁴、加藤の天賦人權論批判は他の天賦人權論者から痛烈な批判を受けた。そもそも、批判の以前に、加藤の転向それ自体が曲学阿権として非難されたのであった⁶⁵。

ところが、進化主義に基づく加藤の天賦人權論批判は、当時の有力な法学者から支持を受けた。この点は旧民法典に代わる現行民法典を理解する前提としても重要であり、引き続き検討する。

⁶¹ 植手通有（編）『日本の名著34 西周 加藤弘之（再版）』（1997年）519頁の年譜。

⁶² 加藤弘之「人権新説」植手通有（編）『日本の名著34 西周 加藤弘之（再版）』（1997年。「人権新説」の初出は1882年）422頁および446頁。

⁶³ 「ダルウィンならびにスペンセル等の進化主義の書を読むにおよび〔余の四十歳ごろのことなりき〕、吾人人類が本来特殊の生物にあらず、進化によりてはじめて吾人人類となりしものなるゆえんを知りしかば、ひとり吾人人類にのみ天賦人權なるものの存すべき道理なきゆえんをますます明瞭に知了し」た（加藤弘之「経歴談」植手通有（編）『日本の名著34 西周 加藤弘之（再版）』（1997年。「経歴談」の初出は1896年）488頁）。

⁶⁴ 中村雄二郎『近代日本における制度と思想』（1967年）219頁。

⁶⁵ この点について、穂積陳重『続法窓夜話』（1980年。初出は1936年）146頁。なお、加藤は、『人権新説』の最後を次の一文で閉じている。「余は今日の民権者流がつとめて急躁過激を避け、もっぱら着实敦厚の風を養い、真に社会の優者となりて、永く皇室の羽翼たらんことを希望せざるをえざるなり」（加藤・前掲注62・462頁）。

②法学者に与えた影響

進化主義に基づく天賦人權否定論者の一人として、穂積陳重が挙げられる⁶⁶。穂積は次のように述べる。「法律學ハ現時既ニ一大革命ノ時期ニ達シタリ、吾人ハ最早自然法ナル空理ノ上ニ法學ノ樓閣ヲ築ク能ハサルナリ・・・(中略)・・・スペンサー氏進化説ヲ大成シテ進化哲學ヲ興シテヨリ大ニ學問世界ヲ震動セリ、抑モ進化説ノ興レルハ實ニ學問上ノ一大革命ニシテ、一切ノ學科多少其影響ヲ蒙ラサル者ナシ」⁶⁷。

自然法が否定されるなら、これに依拠する旧民法が否定されることも当然であった。いわゆる法典論争も相俟って、最終的に旧民法は公布されなかったのである⁶⁸。法典論争を英法派と仏法派の対立として捉える見方も考えられるが⁶⁹、しかし仏法派の富井政章も旧民法典の施行に反対し、そして穂積と同様に自然法をも否定していたのである⁷⁰。

⁶⁶ 穂積陳重と加藤弘之の関係、とりわけ加藤が穂積に与えた影響について、白羽祐三「民法典論争の理論的性格－民法起草者・穂積陳重論－」法学新報100巻1号(1994年)28頁を参照。

⁶⁷ 穂積陳重「法律學ノ一大革命」法学協会雑誌7巻(1889年)6-7頁。なお、穂積は、加藤に対して向けられた曲学阿権という批判の不当性を訴えている(穂積・前掲注65・146頁)。

⁶⁸ この点について、例えば宮川・前掲注58・74頁も参照。

⁶⁹ 例えば、穂積・前掲注21・337-338頁。さらに、現民法の起草委員補助を務めた仁井田益太郎も、法典論争について次のように述べる。「私の感じた所では、此の争は佛法派と英法派との争ひです。歴史派と自然法派との争と云つたような高尚な争ひではない。見様に依れば一種の勢力争ひである。なぜかといふと、英法派はボアソナードの作つた佛法系の法典が嫌ひで－元來法典は嫌ひな所へ持つて来て－佛法派に都合の好いやうな舊民法は大嫌ひである。・・・(中略)・・・あの時の法典の斷行、延期の争は、法學界始まつて以來の事だと思はれる位ひ熱心にやつたのです。一種の生命線と云つた關係があつて、法典實施を斷行されては英吉利法律學校が無くなつて了ふと云ふ騒ぎです」(仁井田益太郎・穂積重遠・平野義太郎「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談會」法律時報10巻7号(1938年)15-16頁)。

⁷⁰ 富井によれば、「自然法と云ふ考が・・・天賦人權と云ふ考が始終となつて居る此自然法と云ふ考は今日の學問の上から見れば全く歴史上・・・歴史上の遺物である、既に十八世紀の夢と消えた考である」(「貴族院に於ける舊民法延期案に關する富井先生の賛成演説」杉山直治郎(編)『富

自然法の否定という立場から導かれる他の意味について⁷¹、本稿は詳細に立ち入ることができない⁷²。本稿が確認したい事柄は、自然法を否

井男爵追悼集』（1936年）159-160頁から引用した）、という。なお、富井とスペンサーの影響を受けた穂積の関係について、大河純夫「富井政章と法典編纂論」立命館法学231・232号（1993年）322頁も参照。

⁷¹ 当時の日本におけるスペンサーの理解と国家主義・家族主義の関係、さらに自然法を否定する思想と国家主義的法思想の関係について、永井道雄「スペンサー主義の流行－日本とアメリカの場合について－」思想393号（1957年）57頁、井ヶ田良治「民法典論争の法思想的構造（続）」思想506号（1966年）1141頁も参照。

なお、穂積陳重の法思想と当時の政治的イデオロギーについて、両者の関連を否定的に解する立場として、例えば穂積重行「明治一〇年代におけるドイツ法の受容－東京大学法学部と穂積陳重－」家永三郎（編）『明治国家の法と思想』（1966年）505頁が挙げられる。これに対して、両者の関係性を肯定する見解として、例えば白羽祐三「民法典論争の理論的性格－民法起草者・穂積陳重論－」法学新報100巻1号1頁以下（1994年）が挙げられる。

⁷² 穂積は自然法思想を否定するが、しかし私権を否定するわけではなく、むしろ拡大を説く。「我邦ノ人民ハ動モスレバ、私法上ノ權利ヲ措キ、漫ニ公法上ノ權利ノミヲ擴張セントスルノ傾キアルハ嘆スベキノ至リナラスヤ」、「我邦數百千ノ法律家ハ、公法上ノ權利ヲ主張スルニ先ダチ、或ハ公法上ノ權利ヲ主張スルト共ニ、私法上ノ權利ヲ擴張シ、從來日本人ニ缺亡セル權利ノ感想ヲ發揚興起シ、社會ニ對シ、國家ニ對シ權利思想ノ培養者トナリ、權利思想ノ傳播者トナリ、又權利思想ノ保護者トナルノ大責任ヲ負擔スル者ト稱セザル可ラザルナリ」（穂積陳重「權利ノ感想（前號ノ續）」法学協会雑誌57号（1888年）460-461頁。

このことは穂積が（フランス法に依拠した）旧民法典を批判した一理由としても理解され得る。例えば、穂積は次のように述べている。「近世に至り權利の思想稍發達し、法律は人民の權利を保護する者なりとの主義漸く行はるゝを以て、法律も權利を本位とし、義務を權利の客なりとなすに至れり、故に古代の法典は、皆な義務本位の法典にして近世の法典は概して皆な權利本位の法典と謂ふべし、然れども佛蘭西民法等の如きは、其本位未だ一定せず」（穂積陳重「法典論」木村毅（編）『明治文化全集 第十三卷 法律篇（改版）』（1957年）575頁。なお同書の初出は、1890年（明治23）である）。

もっとも、權利の主張を説く者が必ずしも權利の保護を主張する者というわけではない。例えば、穂積八束は、自然法思想を否定し、かつ個人の權利主張

定する穂積陳重が現民法の不法行為部分、同じく富井政章が法律行為部分の担当者であり、しかも本来的に前者はイギリス法学者、後者はフランス法学者であって、ドイツ法学者ではなく、すなわち立法者が理解する詐欺規定において詐欺と自由意思を結び付けたドイツ啓蒙期自然法学説の法思想は意識されていなかった可能性が高い⁷³、という点である。この点を確認するために、続いて現民法の立法過程を検討する。

(2) 民法典の規定

① 詐欺取消制度

パンデクテン方式が採用された現行民法⁷⁴の詐欺取消制度は、旧民法と異なり（旧民法は同法312条の詐欺取消制度と同法370条の詐欺不法行為を同一編同一部同一章に置いた）、不法行為法から分離され、総則編へ置かれ、次のように規定された。

の意義を説きつつ、次のように述べる。「社會ノ秩序ハ各人其權利ヲ主張スルニ由リテ維持セラル人カ其權利ヲ主張スルハ社會ニ對スルノ義務ナリ」（「權利ノ主張ハ社會的ノ任務ナリ」穂積重威（編）『穂積八束博士論文集』（1943年）333頁から引用した（初出は1896年）。同335頁によれば「權利ハ法ノ反照ニシテ法ノ外ニ權利ナシ」）。

⁷³ とりわけ自由意思の取り扱い方である。この点に関する穂積陳重と富井政章の理解については、後述する。穂積八束に関して言えば、「穂積は平等関係は不安定で、上下関係・支配服従関係は安定しているという独断的信念に立っている。平等関係は各人の自由意思の結合であるから、自由意思によって解消する、絶対的権力のもとでこの自由意思が抑制される場合にのみ永続的・安定的な結合が得られる、このような社会こそ『生存競争ノ中ニ立チ最適者トシテ永ク繁栄』する」という」（長尾龍一「穂積八束」潮見俊隆・利谷信義（編）『日本の法学者』（1975年）108頁）。

⁷⁴ 穂積はパンデクテン方式を賞賛していた。「獨乙はサビニー氏以來、沿革法律學盛んに行はれ、竟に羅馬式の編纂法は近世の社會に適せざるを悟り、其法典を編纂するに當りて、債權編を以て法典の首部に置き、第一に契約法を載せたるは、實に法典編纂法の一大進歩と稱すべきなり」（穂積・前掲注72・563-564頁）。そして穂積は、法典調査に関する方針意見においても、パンデクテン方式の採用を上申している（穂積・前掲注21・359-360頁）。

96条1項：詐欺又ハ強迫ニ因ル意思表示ハ之ヲ取消スコトヲ得

確かに現行民法典において見られるフランス法の影響は無視できないが⁷⁵、しかし96条の詐欺取消制度がドイツ民法典第一草案を模倣した規定であることは疑い得ない⁷⁶。既に確認したように、ドイツ民法第一草案は「詐欺」という文言を用い、これに対して第二草案は「詐欺」を「悪意の欺罔」へ変更し、これが現ドイツ民法123条1項に至る⁷⁷。ところが、日本の現民法は依然として「詐欺」という表現を用いているのであって、このことからドイツ民法第一草案の影響が窺われるのである。

問題は、ドイツ民法第一草案の理由書も参照されたのか、という点である。これは、換言するなら、詐欺と自由意思は結び付けられていたのか、という問題を意味する。既に確認したように、ドイツ民法第一草案の理由書において、「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が違法な方法で干渉されることを許すことができない」（ドイツ帝国民法第一草案理由書第1巻204頁）という起草者の態度決定が表明されていた。しかも、この一節が、現在でもドイツ民法における詐欺取消制度（123条1項）の目的を意思決定自由の保護に求める根拠として引用されているのであった⁷⁸。

ところが、法律行為法の起草担当者たる富井政章は、おそらくドイツ

⁷⁵ 例えば、池田真朗「ボワソナード『自然法講義（性法講義）の再検討』法学研究55巻8号（1982年）16頁を参照。

⁷⁶ ドイツ民法を模倣している点は、パンデクテンの採用の他にも、条文の体裁から明白である（ドイツ民法の条文について本誌63巻5号68頁以下を参照）。旧民法（財産編）312条1項によれば、詐欺によって引き起こされた錯誤の性質に応じて承諾の阻却が認められていた。しかし、現行民法96条が錯誤から独立した意思表示の瑕疵の原因として詐欺を規定していることは一見して明白であり、これは重要な修正理由の一点として挙げられているし（廣中俊雄（編）『民法修正案（前三編）の理由書』（1987年）149-150頁）、もちろんドイツ民法の規定とも合致する。

⁷⁷ この経緯について、本誌63巻5号67頁以下を参照。

⁷⁸ 本誌63巻5号68頁の注304を参照。

民法第一草案の理由書を参照していない⁷⁹。仮に富井が第一草案理由書を参照していたとしても、詐欺と自由意思が結び付けられた可能性は低い。既に確認したように、詐欺と自由意思はドイツの啓蒙期自然法学説によって結び付けられたのであるが⁸⁰、しかし富井は自然法思想それ自体を否定していたからである⁸¹。

自由意思の否定という点に関しては、富井よりも、穂積において明確である。続いて、この点について確認する。

②不法行為規定

⁷⁹ ドイツ民法第一草案理由書の翻訳は存在していた（1889年に司法省が発行している。翻訳者は澤井要一）。しかし、ドイツ民法の第一草案は起草委員補助の仁井田益太郎によって翻訳され、これを仁井田が富井に提出していたのであって、富井が理由書を参照していたならば、同草案の理由書についても仁井田が関与した可能性が大であるが、しかし仁井田本人は理由書に関して何ら言及していない（仁井田・穂積・平野・前掲注69・24頁）。富井が参照した資料に関して、岩田新「日本民法學に於ける梅と富井（序説）－富井先生長逝を敬悼の微意に於いて－」法学新報46巻1号（1936年）7-8頁および8頁の注7、有地・前掲注55・98頁も参照。

なお、「富井先生はドイツ語は読まれなかった。しかし、佛法出でありながら、民法論はドイツの方が上であると考えておられた」（牧野英一（発言）『日本の法学』（1956年）40-41頁）。

⁸⁰ この点について、本誌63巻4号197頁。

⁸¹ この点について、前述265頁の注70を参照。少なくとも富井は、責任根拠の意味における自由意思の意義を認めない。「今日ニ至ツテハ最早犯罪ヲ以テ漠然タル自由意思ノ偶發シタル結果トスル如キ考ヘハ通ラヌコト、成リマシタ」（富井政章「刑法學理の一新」法学協会雑誌9巻5号（1891年）11頁）。しかも、富井政章『損害賠償法原理』（1895年）4頁においても「所謂權利トハ佛國學者ノ往々唱道スル人間天賦ノ權利又ハ性法上ノ權利ヲ謂フモノニ非ス」という理解が依然として維持されているから、自由意思を被侵害権利として理解する余地は無かったであろう。

なお、後述するように、穂積も自由意思を認めず、この点について少なからず富井は穂積の影響を受けていたようである（この点について、例えば富井政章「法律學ニ關スル説」法学協会雑誌59号（1889年）624-625頁を参照）。

現行民法の不法行為の一般規定は、次のように規定された⁸²。

709条：故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ権利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責ニ任ス

まず過失責任主義は、これに対する原因主義が各人の活動を不当に妨害する不適切な原理である旨の理由に基づいて、旧民法と同様に維持された⁸³。このことは条文の文言からも明白である。

次いで起草者は、用語法の修正理由について述べる。例えば、旧民法における「不正ノ損害」という用語は犯罪および准犯罪という用語と関連し、これは民法において適切ではないから、これら諸文言を含む条項を削除する旨が述べられている⁸⁴。

こうした修正も現行民法の性格を知る前提として重要な意味を有するものの、より重要かつ実質的な修正は「権利」要件に存する。この点について、次のように説明された。「不法行為ニ關スル規定ハ之ニ依リテ既ニ存在セル他人ノ権利ヲ保護スルモノ」であり、「此ニ所謂權利トハ固ヨリ財産上ノ権利ニ限ラサルコトハ本編ノ立法主義ニ照ラシ殊ニ次條ノ明文ニ依リテ疑ヲ容レサル所トス」⁸⁵。

不法行為法の制度目的が明確に宣言され、しかも保護対象を財産的権利に限定していた旧民法における不法行為法に比べて、権利の範囲が拡

⁸² 不法行為法の起草過程を扱う文献は少なくないものの、とりわけ違法論の観点から論じた研究として、錦織成史「違法性と過失」星野英一（編）『民法講座 第6巻 事務管理・不当利得・不法行為』（1985年）133頁以下が挙げられる。同・142頁によれば、「わが民法は『違法性』という要件を文言上有するものではないが、違法と有責（Verschulden）という二段階の評価システムを、権利侵害と故意・過失という要件を立てることによって採用するものである、と理解することができる」。既に確認したように、これは客観的違法論を意味する（本誌63巻5号55頁を参照）。後述するように、この点は日本民法典成立当初の学説も同様である。

⁸³ 廣中・前掲注76・670頁。

⁸⁴ 廣中・前掲注76・668-669頁。

⁸⁵ 廣中・前掲注76・670-671頁。

大され、その保護の範囲も拡大される旨が確認されている⁸⁶。さらに、この説明における「次條ノ明文」は現行民法の710条を意味し、710条は次のように規定された。

710条：他人ノ身体、自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産権ヲ害シタル場合トヲ問ハス前条ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ対シテモ其賠償ヲ為スコトヲ要ス

同条について、起草者によれば、「身體ハ勿論自由名譽ノ如キハ社會ノ進歩ト共ニ最モ貴重ナル生存要件ヲ爲スモノナレハ法律ハ宜シク適當ノ方法ヲ盡シテ之ヲ保護スルコトヲ務メサルヘカラ(ス)」、ゆえに本案もドイツ民法第一草案と同様に「身體自由又ハ名譽ニ對スル侵害モ亦財産権ニ對スル侵害ト同シク權利ノ侵害タルコトヲ明示」する⁸⁷、という。

確かに、権利の概念に関する旧民法と現行民法の相違は明確である。しかし、ドイツ民法の解釈と比較するなら、現行民法の起草者の理解においても不明な点は残る。既に確認したように、ドイツ民法823条1項における自由は、かつて精神的自由を含む概念として理解された⁸⁸。では、日本民法710条における自由は、精神的自由を含むか、それとも身体的自由に限られるか。

710条それ自体と精神的自由に関連する起草者の理解は必ずしも明確ではないが、しかし少なくとも穂積は自身が依拠する進化主義に基づいて自由意思を否定する。すなわち、「從來の責任論は人類特別造化説を地盤となし、心理學の自由意志説を基礎となし、自由心と辨識心とを以て支柱となせる建造物なり」、しかし「自由意志責任論の大廈は既に傾きて之を支ふべき一木だにあることなし」、「必竟罪人は自由意思により

⁸⁶ フランス民法典の本位が不明であること、そして私権が拡張されるべきことを穂積が説いていた点について、前述266頁の注72を参照。

⁸⁷ 廣中・前掲注76・671-672頁。

⁸⁸ もっとも、同法典が成立して間もなく、同条項における自由は身体的自由に限定された概念として理解され、かかる理解が現在も通説および判例であった。この点について、本誌63巻6号278頁を参照。

（古代の責任説によれば天魔の魅入りにより）好んで罪を犯すにあらざして、罪を犯すことを好ましむる身體の組織あるに由るものたるや明かなり」⁸⁹。

この意味における自由意思が責任根拠の自由意思であることは明白である。これを認めず、さらに自然法思想をも否定する穂積の立場によれば、当然に違法根拠の自由意思も認められていなかったであろう。

以上を要するに、民法典が成立した時点においても、ついに詐欺と自由意思は結び付けられず、ゆえに詐欺取消制度の意義も依然として不明であり⁹⁰、むしろボワソナードが理解した如く、欺罔者に対する制裁⁹¹と

⁸⁹ 穂積陳重「責任新説」『穂積陳重遺文集 第二冊』（1932年。同論文の初出は1889年）55頁以下。

⁹⁰ 96条2項および3項について付言する。まず2項について、梅謙次郎によれば、「強迫ト詐欺トハ自ラ區別アリ即チ強迫ナルモノハ若シ承諾ヲ爲ササトキハ一層大ナル損害、例ヘハ身命ヲ失ヒ若クハ財産ノ大部分ヲ奪ハルルカ如キ危険アルモノナルヲ以テ強迫ニ因リ已ムヲ得シテ承諾ヲ爲スハ全ク本人ノ眞意ニ出ツルモノニ非ス之ニ反シ詐欺ノ場合ハ縱令欺カレタルニ由ルト雖モ元ト本人ノ任意ニ出テタルモノニシテ嚴酷ニ之ヲ言ヘハ多少ノ過失アルヲ常トスルモノナリ故ニ詐欺ニ遭ヒタル者ト詐欺ニ何等ノ關係ナキ相手方ト孰レヲ保護スヘキカト云ヘハ相手方ヲ保護スヘキコト言フヲ俟タス是レ第九十六條二項ノ規定アル所以ナリ」（梅謙次郎『民法原理 總則編 卷之二』（1904年）400頁）。梅が理解する強迫は意思の瑕疵ではなく、意思の欠缺に相当するし、被欺罔者の落ち度が対比されているのであって、もはや自由意思から説明されていない。なお、ドイツ民法123条1項において被欺罔者の落ち度は問わない解釈が有力である点について、本誌64巻1号132頁の注313を参照。3項については、そもそも不明確な点が多い。すなわち、「起草過程における起草者の詐欺の説明は、あいまいなものであり、とくに九六条三項については何らの説明がないまま規定されたものであった」（中舎・前掲注33・33頁）。要するに、96条2項および3項に関して、被欺罔者の保護という発想が希薄であり、少なくとも意思決定自由の観点から捉えられているわけでもなく、1項と同様に、詐欺取消制度それ自体の意義は不明である。

⁹¹ 詐欺取消制度あるいは不法行為法を被欺罔者に対する保護の観点から理解するか、欺罔者に対する制裁の観点から理解するか、は違法論にも関連する問題である。後述するように、例えば我妻榮は違法性の基準として公序良俗を挙げ、そのことが欺罔者に対する制裁の観念を強調し、その反面として被侵害権

して理解する余地が残されてしまったのである⁹²。

ところが、後述するように、その後の学説および判例は、およそ進化主義と無縁であって、自由意思の理解も立法者の見解と異なる展開を見せ、このことは詐欺論にも影響している。引き続き、この点について検討する。

第2款 通説の形成過程

第1項 民法典成立初期の詐欺論

(1) 詐欺の違法要素

民法典の起草者によれば、96条1項における詐欺取消制度の目的は被欺罔者の意思決定自由の保護ではなかった。当然、この意味における自由意思を違法根拠として理解する余地も存在しなかったのであり、この点においてドイツ民法における詐欺取消制度の理解と大きく異なる。ただし、日本民法典の成立後においてはドイツ民法の影響が見られ、このことは96条1項における詐欺取消制度の解釈にも関係し得る。そこで、続いて、民法典成立初期の詐欺論について、不法行為法の議論も参照し

利の要保護性の軽視が帰結され、保護の観点は後退せられる。この点に関する起草者の理解について、例えば穂積陳重も「不法」を公序良俗違反として理解していたようである（この点について櫛比昭人「明治民法『不法行為法』における起草者意思の探求－明治民法七〇九条の思想的背景－」法学政治学論究66号（2005年）305頁）。こうした理解においては、やはり保護の観点よりも、制裁の観点が重視されることになる（なお、櫛比・前掲は、穂積と梅謙次郎の見解の相違を説く過程において、少なくとも梅謙次郎は不法行為法の目的を制裁として考えていなかった旨を指摘している。梅の立場については、本稿においても簡単に後述する）。

⁹²「詐欺や強迫も、その結果表意者の健全な意思形成が妨げられた故にその効力を否定しうるものとする制度とみることのほか、詐欺者、強迫者の不誠実さを咎める制度とみること、さらには、それにより損害をこうむった者を保護する制度とみること、のどれもまったく可能である」（星野英一「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（1）連載にあたって」NBL469号（1991年）11頁）。詐欺取消制度を制裁として理解する問題性は、序論（とりわけ本誌63巻3号89頁）において指摘したし、ドイツ法における違法論の関係においても確認した。この点は、日本法における議論を踏まえて、あらためて後述する。

つつ、確認する。

①96条の規範目的

民法典の成立初期においては、いわゆる附帯私訴の制度が認められていた。それゆえ、96条の詐欺それ自体よりも、むしろ刑事詐欺と民事詐欺の関係という観点から争われる事案が少なくなかった。そして、この関係について、学説および判例は、刑法と民法の役割の相違から⁹³、刑事詐欺と民事詐欺の峻別（つまり刑事詐欺の成立は必ずしも民事詐欺の成立を意味せず、その逆も然り）を説き、さらに96条の詐欺の要件として利得意図あるいは加害意図を要求しなかった⁹⁴。

⁹³ 学説として例えば、富井政章「解疑 刑事犯罪ヲ構成スヘキ詐欺ニ因ル法律行為ノ効力」法学志林2巻18号（1901年）76頁。判例として例えば、大審院1903年（明36）5月12日（大審院刑事判決録9輯14巻849頁）によれば、「犯罪行為ト法律行為ハ常ニ必ラスシモ絶對的ニ兩立シ得ヘカラサルモノニアラス何トナレハ犯罪行為ハ國家カ刑罰權ノ運用上公安秩序ヲ維持スルカ爲メニ刑罰ノ制裁ヲ付シタル不法ノ行為ナルハ論ヲ俟タスト雖モ國家刑罰權ノ目的ハ此行為ヲナシタル犯人ヲ處罰スルニ因リテ充分ニ貫徹セラレ得ヘク其行為ヨリ生スル私法上ノ効力如何ハ要スルニ私人相互間ノ利害ニ關スル問題ニシテ其効力ヲ維持スルト否トハ刑罰權ノ實行ニ毫モ影響ヲ及ホスモノニハアラサルヲ以テ或ル行為カ一方ニ於テ犯罪行為ヲ構成スルニ拘ハラズ他方ニ於テ尚ホ私法上ノ効果ヲ生シ得ヘキモノトナスモ敢テ犯罪行為ノ觀念竝ニ法律行為ノ性質ニ牴觸スルコトナケレハナリ」（点線は筆者）。この判決と同趣旨の判断を示す他の裁判例として、大審院1906年（明39）3月10日判決（大審院民事判決録12輯382頁）、大審院1912年（明45）2月12日判決（大審院民事判決録18輯97頁）、大審院1914年（大3）4月21日（法律新聞941号28頁）、大審院1922年（大11）2月3日（大審院刑事判例集1巻24頁）、大審院1923年（大12）11月21日判決（大審院刑事判例集2巻823頁）が挙げられる。

もちろん、反対の見解も存在した。「契約ハ當事者雙方ノ法律行為ニ因リテ成立スルモノナルニ詐欺取財罪ヲ構成する場合ニ於テハ少クトモ詐欺者ノ行為ハ徹頭徹尾法律行為ト認ムヘカラサルモノトナルカ故ニ到底契約ノ成立ヲ來スコトナシ」（守谷富之助「詐欺取財罪ト契約」法学志林2巻20号（1901年）77-78頁）。

⁹⁴ 例えば、川名兼四郎『民法總論』（1906年）363-364頁、中島玉吉『民法釋義卷ノ一』（1911年）517頁。さらに、学説は、刑事詐欺の民事詐欺の差異として、

こうした区別は、刑事詐欺を財産犯として理解し、民事詐欺規定の目的を意思決定自由の保護として理解する立場からも可能であろう。実際にドイツにおいては、かかる相違に基づいて刑事詐欺と民事詐欺の要件の相違が認められ、民事詐欺において加害意図あるいは利得意図は要求されていなかったのである⁹⁵。

これに対して、自由意思の意義を重視しなかった日本民法の起草者(穂積と富井)によれば、日本民法96条1項の詐欺取消制度の目的は被欺罔者の意思決定自由の保護ではなかった。つまり、結果として要件の設定が部分的に同一であっても、その根拠が日・独において異なる、ということである。

もっとも、同じく起草者の梅謙次郎は、96条の詐欺について、次のように述べる。「當事者カ充分自由ニ其意思ヲ決シタルモノト云フコトヲ得サルカ故ニ意思ニ瑕疵アルモノトシ其法律行爲ヲ取消スコトヲ得ルモノトスル」、そして詐欺者は「故意ニ表意者ヲ欺キ以テ自己ノ利ヲ計ル者ナルカ故ニ其行爲ニ因リテ毫モ表意者ニ損害ヲ蒙ムラシムヘキニ非ス即チ表意者ヲ助ケテ詐欺者ヲ抑ヘサルヘカラス故ニ詐欺ニ逢ヒタル者ハ其法律行爲ヲ取消スコトヲ得ルモノトセリ」⁹⁶。

確かに、「詐欺者ヲ抑ヘサルヘカラス」という点から、制裁的要素が感じられる。しかし、詐欺と自由意思を結び付け、しかも「表意者ヲ助ケ」る観点から詐欺に起因する法律行為の取消可能性を展開する梅の理解は、ボワソナードと異なり⁹⁷、しかもフランス法に依拠した旧民法を否定した穂積と富井の見解とも対称的であり、興味深い。

ただし、梅の理解においても、その自由意思を違法根拠の自由意思と

民事詐欺の未遂を認めない。例えば、富井政章『民法原論 第一巻』(1904年) 377頁、川名・前掲・365頁、中島・前掲・518頁。この点は、後述するように、違法論と関連し、重要である。

⁹⁵ この点について、本誌63巻6号288頁を参照。

⁹⁶ 梅謙次郎『民法要義 卷之一』(1897年) 202頁。

⁹⁷ 「『ボワソナード』氏ハ詐欺ノ場合ハ承諾ニ瑕疵ナシト云ヘルモ瑕疵アリト云フコトヲ得ヘシ即チ其意思ハ完全無缺ノモノニ非ス換言スレハ詐欺ニ因リテ意思ヲ生シタルモノナルヲ以テ其意思ニ瑕疵アリト云フコトヲ得ヘシ」(梅・前掲注90・405頁)。

して理解し得るか否か、は問題として残る。例えば、梅は、710条の自由として、精神的自由に言及していない⁹⁸。もっとも、この点は当時のドイツ法派においても同様であって、例えば岡松参太郎も710条の自由の例として「不法逮捕、不法監禁」を挙げるのみであり、精神的自由に言及していない⁹⁹。

②違法根拠の自由意思

ところで、ドイツにおいては、ドイツ民法823条1項に関する初期の支配的見解（例えばリスト）は同条項の自由として精神的自由を含めていた¹⁰⁰。周知の如く、当時の日本法学に与えたドイツ法学の影響は絶大であって¹⁰¹、このことは自由権の解釈においても同様であった。すなわ

⁹⁸ 梅は次のように述べる。「権利ハ敢テ財産權ト云ハサルカ故ニ一切ノ權利ヲ包含スヘシ・・・(中略)・・・例ヘハ不法ニ他人ノ自由ヲ拘束シタルトキハ假令之ニ因リテ其ノ者カ金錢ノ損害ヲ受ケサルモ亦賠償ヲ爲スヘキモノトス・・・(中略)・・・他ニ其自由ヲ奪ハレタルニ因リ生シタル不愉快ノ感情ヲ金錢ニ見積リ以テ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ」(梅謙次郎『民法要義 卷之三(第31版)』(1910年)885頁)。このように、梅は少なくとも精神的自由について述べていない。なお、自由の侵奪が身体的自由に関係し得る点については、本誌63巻5号79の注339を参照。

⁹⁹ 岡松参太郎『民法理由 債權編』(1897年)471頁。なお、岡松は、責任能力に関連する議論において、自由意思の概念に関して否定的な見解を示している。その理由について、岡松参太郎「意思能力論(二)」法学協会雑誌33巻11号(1915年)65頁によれば、「自由ナル意思決定ノ能力ナシト云フハ獨民刑ノ採用スル所ナレトモ亦意思ノ方面ニ偏シ正當ト云フヘカラス・・・(中略)・・・又此形式ハ哲學上ノ宿命論、不宿命論ニ關係スルノ嫌アルノミナラス・・・(中略)・・・其意義不明ニシテ解釋一定セス」。既に確認したように、ドイツ民法草案における当初の規定は「理性の使用」という表現であったが、しかし意的要素を重視するために、ドイツ刑法典の責任能力規定に従い、「自由な意思の行使」という表現へ変更したのであった(本誌63巻5号75頁以下)。こうした相違からも、当時における意思決定自由に対する日・独の理解の相違が窺われる。

¹⁰⁰ この点について、本誌63巻6号273頁の注10を参照。

¹⁰¹ 「ドイツ法にあらざれば法にあらざりというような気分があった」(末弘厳太郎(発言)『日本の法学』(1956年)40頁)、「ドイツ法にあらざればというのは

ち、日本民法の解釈論は、初期のドイツ学説に依拠し、自由権の内容として精神的自由を肯定すべき旨を説く立場が次第に多数を占めた。例えば、二上兵治によれば、「自由ハリストノ所謂無形法益（unkörperliche Rechtsgüter）ノ一種ニシテ其本質ハ」「他ヨリ拘束ヲ受ケサル權利ナルカ故ニ或學説ノ如ク其目的ヲ身體ノ自由ニ限定スルハ根據ナキ獨斷」であって、精神に対する拘束も自由権の侵害である¹⁰²、という。

日本民法における自由権の解釈とドイツ民法における自由権の解釈の相違は、後者においては次第に自由概念を身体的自由に限定する見解が通説化したのに対して¹⁰³、前者においては自由権を精神的自由にも拡大する解釈が通説化¹⁰⁴した点である。例えば、末弘巖太郎は、ドイツ民法823条1項における自由が身体的行動の自由に限定されている解釈を紹介しつつ、しかし「凡テ法律ニヨリテ保護セラレタル利益」も保護されるべき旨を説き¹⁰⁵、次のように述べる。「民法七一〇條ニ所謂自由トハ獨リ身體的自由ノミナラス精神的自由ヲモ包含スルモノニシテ詐欺強迫其他ノ方法ニヨリ意思ノ自由決定（Ungestörte Willensbestimmung）ヲ阻害スル場合ハスヘテ同條及ヒ第七〇九條ニヨリテ不法行爲ノ責任ヲ負擔ス」¹⁰⁶。

以上の如く、自由な意思決定の法益性は確立され、その自由が詐欺によって侵害される性質の法益として承認されたのである。問題は、これが違法根拠の自由意思として理解され得るか否か、である。ドイツにおいては、違法性と有責性が峻別され、法益侵害を違法として理解したりストは意思決定自由の侵害を違法として理解した¹⁰⁷。当時の日本法学は、

三十年代からはじまった。明治三十年には前にもいったように、ドイツ法の卒業生は一人であったが、翌年からは殖え出した。民法の実施と共にドイツ法は隆盛になった」（牧野・前掲注79・40頁）。

¹⁰² 二上兵治「自由権」法学新報16卷3号（1906年）41-43頁。

¹⁰³ この点について、本誌63卷6号278頁以下を参照。

¹⁰⁴ 反対説として、曄道文藝「民法判例批評（五）」京都法学会雑誌11卷（1916年）89頁。加えて、同『日本民法要論 第1卷』（1920年）337頁も参照。

¹⁰⁵ 末弘巖太郎「双務契約と履行不能（二）」法学協会雑誌34卷4号（1916年）86頁。

¹⁰⁶ 末弘・前掲注105・87頁。

¹⁰⁷ 本誌63卷5号78頁以下を参照。

違法性の理論に関してもドイツ法学から影響を受けた。例えば、二上によれば「不法にあらざる権利侵害なるものなし」¹⁰⁸、さらに末弘によれば「スヘテ権利侵害ハ違法ナリ」¹⁰⁹。かかる違法理解は結果無価値論を基礎づける客観的違法論を意味し¹¹⁰、同様の見解は他の論者によっても認められていたのであった¹¹¹。

以上を要するに、詐欺によって侵害され得る法益として承認された意思決定自由に対する侵害は違法性を基礎づけるのであって、すなわち違法根拠の自由意思が認められていたのである。

（2）詐欺の責任要素

①故意要件の意味

日本民法においても、ドイツ法の解釈と同様に、違法根拠の自由意思は認められた。このことは、ドイツ法学の影響に加えて、当時の個人主

¹⁰⁸ 二上は、より詳細に次のように説いていた。「不法を以て権利侵害より獨立せる成立要素と見るは故意又は過失を獨立要素と見ると同様に決して不當なりと云ふことを得ざるなり。只獨逸民法第八百二十三條には故意又は過失と共に不法なる要素を掲ぐるに反し吾民法第七百九條に於て故意又は過失を擧げて不法を掲げず。蓋しこれ我民法は義務者の心的状態を権利の觀念の内容より除外したけれども不法の問題に關しては権利の觀念に抽象的の性質を與へ從ふて不法にあらざる権利侵害なるものなしと斷定したるなるべし」（二上兵治「権利侵害」法学協會雜誌23卷（1905年）200-201頁）。

¹⁰⁹ 末弘が言う「法律ニヨリテ保護セラレタル利益」はリストが言う法益を意味し、リストによれば法益侵害は違法を意味した点について、本誌63卷5号80頁を参照。

¹¹⁰ ドイツ法の検討において確認した。この点について、本誌63卷5号81頁を参照。

¹¹¹ 例えば、菱谷精吾『不法行爲論』（1908年）42頁によれば、「我民法ニ於テハ不法行爲ハ必ス権利侵害タルニ依リテノミ不法タルモノトナシタル」。さらに、団野新之『増訂改版 損害賠償論（第五版）』（1916年）131頁によれば、「權利ヲ侵害スルコトハ法律ニ於テ明示又ハ默示ニ認メタル違法阻却原因ノ存セサル限り違法ナルコト言フ俟タス」。

なお、菱谷の著書および団野の著書は、末弘によって当時の主要文献として挙げられている（末弘巖太郎「適法行爲による『不法行爲』」法律時報5卷7号（1933年）11頁）。

義思想あるいは自由主義思想とも無関係ではあるまい。個人の自由を重視する思想は権利の観念を次第に拡大せしめ¹¹²、「第七百九條ニ權利ト謂フハ固有ノ意義ニ於ケル權利ヨリハ其意義汎ク總テ或人ニ利益アル法律上ノ地位ヲ意味スル」のであり、「第七百九條ニ謂フ所ノ權利侵害ガ次條謂フ所ノ身體、自由及び名譽ノ侵害ヲ包含スルモノト解スル」という理解へ至るのである¹¹³。

ただし、個人的法益の拡大は、各法益の要保護性の平等を必ずしも意味しない。少なくとも、96条の枠組においては、意思決定自由の法益よりも、行為自由に重点が置かれていた。この点について、鳩山秀夫は次のように述べる。「意思表示の効力を問題とするに當りては須らく表意者を以て起點となさざる可らず、他人に於て意思決定の不自由を惹起こしたりという客觀的因果關係あり、之を惹起こさしめんと欲したりという主觀的連絡あらば乃ち他人を措いて表意者を保護するに十分なる理由存す。民法は之を以て當事者の雙方を最も公平に保護し、取引の安全を確保する所以としたるものなり」¹¹⁴。

詐欺取消制度の枠組において「取引の安全」は法律行為の効力の維持を意味し、すなわち「取引の安全」の確保が（被欺罔者の意思決定自

¹¹² 「個人主義的經濟秩序は、各人を、利潤の追求者にし」、『有形財の侵害』ばかりでなく、『無形財の侵害』も損害だとし、而してその各々に對して遠慮なく賠償を要求するに至り、そして「人的利益といはれるものの數が、刻々殖えた。生命・身體・健康・肉體および精神の自由・名譽・貞操・信用・秘密・肖像・氏名、曰く何・曰く何」（栗生武夫『人格權法の發達』（1929年）の序文）。栗生は個人主義思想を批判しているのであって、このことが逆に当時における個人主義思想の影響を窺わせる。個人主義思想に対する批判的な傾向は特に第一次世界大戰前後から主流を形成し、個人的權利ないし法益の縮小へ向かう。個人主義思想に対する批判が理由であれ、權利ないし法益の縮小は、これを根拠として違法性を基礎づける客觀的違法論の変容を迫る。このことによつて詐欺の違法性の解釈も変化するのであり、この点も後述する。

¹¹³ 鳩山秀夫『日本債權法各論（下）』（1924年）862頁。

¹¹⁴ 鳩山秀夫『民法研究 第一卷（總則）』（1925年。初出は1910年）528頁。同論文は強迫における意思を論じているものの、この点は詐欺にも同じく妥当する旨を説いている（523頁）。

由¹¹⁵に対置される) 欺罔者の行為自由の確保を意味することは明白であろう。問題は、それを確保する要件である。「他人に於て意思決定の不自由を」「惹起こさしめんと欲したりという主観的連絡」は明らかに故意を意味する¹¹⁶。故意の維持は過失責任の排除を意味するから、故意が肯定されない限り、一方で行為自由は保護され、他方で意思決定自由は保護されない。すなわち、96条の詐欺取消制度における故意要件は行為自由の確保を超えて、行為自由の偏重を意味するのであり、その反射的帰結として被欺罔者の法益は軽視されるのであって¹¹⁷、鳩山も表意者を起点として捉え得ない旨を指摘していたのであるし、さらに次のようにも述べている。「意思表示の効力に影響あらしむるは効果意思決定の不自由ということのみを以て説明するを得ず」¹¹⁸。

②責任能力要件の意味

意思決定自由を軽視する態度は、96条1項における責任能力要件の解釈からも窺われる。既に確認したように、ドイツの詐欺取消制度において欺罔者の責任能力は要求されなかった。これは、意思決定自由保護と

¹¹⁵ 当時の通説と同様に鳩山も客観的違法論を支持し、自由権を詐欺によって侵害され得る性質の法益として認める。この点について、鳩山・前掲注114・526頁および528頁、同「債務不履行ト不法行為トノ競合（質疑解答）」法学志林18巻12号（1916年）32頁を参照。

¹¹⁶ 鳩山の詐欺の故意の定義によれば、「第一ニ相手方ヲ錯誤ニ陥ラシメントスル意思ヲ要ス第二ニ錯誤ヲ利用シテ法律行為意思ヲ決定セシメントスル意思ヲ要ス」(鳩山秀夫『註釋民法全書第二卷 法律行為乃至時効』(1922年)163-164頁)。その他に、富井・前掲注94・373頁および375頁、川名・前掲注94・361-362頁、中島・前掲注94・517頁も同様の定義を示している。

¹¹⁷ 「個人主義の時代には却つて人間の人格の保護はなほざりにされ」、「節度なき單なる個人の自由活動の尊重の半面に於て『隣人』が犠牲に供せられる」(来栖三郎「民法における財産法と身分法（三）」法学協会雑誌61巻3号（1943年）35頁）。

¹¹⁸ 鳩山・前掲注114・523頁。さらに鳩山は、例えば95条の錯誤規定に対する批判として同規定における無効という効果が意思主義に偏している旨を指摘しているのであり（鳩山・前掲注113・364-365頁）、この点からも鳩山の基本的立場が窺われるであろう。

いうドイツ民法123条1項の規範目的から導かれたのであった¹¹⁹。詐欺取消制度において責任能力を要求しない点は日本法の解釈も同様であり、96条1項の詐欺取消制度において責任能力を要求しない解釈は通説であった¹²⁰。しかし、その理由が日本とドイツにおいて異なる。

例えば、鳩山によれば、「詐欺ハ法律行為ニアラザルヲ以テ固ヨリ詐欺者ハ行為能力者タルヲ要セズ、又不法行為タル詐欺ト異リ不法行為能力者タルコトヲ要セズ」¹²¹、という¹²²。要件として責任能力¹²³は要求されていないものの、その理由は意思決定自由の要保護性から導かれているわけではないのである。

以上の日・独の相違は、意思決定自由の要保護性に対する日・独の理解の差異を示している。ところが、責任能力を要求しない解釈それ自体から帰結される問題性が日・独において異なる点は留意されなければならない。つまり、詐欺取消制度において責任能力が要求されていないなら、責任は問われていないのであるから、責任要件の故意¹²⁴を要求

¹¹⁹ この点について、本誌63巻6号271-272頁。

¹²⁰ この点について、鳩山・前掲注116・164頁を参照。

¹²¹ 鳩山秀夫『日本民法總論（下巻）』（1925年）373-374頁。

¹²² 既に確認したように、法律行為能力と不法行為能力の両概念はドイツ普通法時代の行為能力という包括的概念から派生しているのであって、本来的に同一であった（この点について、本誌63巻5号74頁を参照）。こうした理解は、当時の日本民法学においても受け入れられていた。「行為能力ハ法律上意思活動ノ効果ヲ認メラルル資格ニシテ廣狹二様ノ意義アリ狭義ニテハ單ニ法律行為能力ヲ指稱シ廣義ニテハ法律行為能力、特別行為能力（兩者ヲ適法行為能力ト謂フ者アリ）及ヒ不法行為能力（之ニ對シ責任能力又ハ引責能力ノ語アリ）ヲ總稱ス」（団野・前掲注111・63頁）。

¹²³ 鳩山は不法行為能力という文言を用いているが、しかし他の箇所においては端的に責任能力という文言を用いているから（鳩山・前掲注116・164頁）、本稿においても96条1項において要求されない行為能力を意味する語として責任能力の文言を用いる。

¹²⁴ ドイツ法の影響として、日本民法学においても客観的違法論が採用された点は既に確認した（前述278頁）。そして、過責（故意・過失）が責任要素である点は、客観的違法論の帰結である。すなわち、「違法ナルコトハ客観的ニ之ヲ定ムヘキモノナルヲ以テ加害者カ權利ヲ侵害スルモノニ非スト誤信シ侵害行

する意味は何か、という疑問が日本民法の解釈においても生じるのである¹²⁵。

この問題について、当時における民事責任論の代表的論者であった岡松参太郎の理解¹²⁶を通じて、確認する。岡松によれば、「行爲者ノ心状ヲシテ非難スヘキモノタラシムル」要素として、行為の結果の社会的意義に関する認識（違法性の意識¹²⁷）が必要であり¹²⁸、これに対して故意・過失は因果関係の認識として求められ、つまり「故意過失ト云フハ是非ノ判断ヲ交ヘサル無色ノ觀念」であって、しかも責任能力は責任の前提ではなく、条件の一つであるから、したがって「責任無能力者ニモ故意過失アリ得ル」¹²⁹、という。岡松は違法性の意識を要求し、責任を非難可能性として捉えているようであり、つまり規範的責任論に近く、このことは故意を何人も持ち得る概念として捉えている点からも窺われる¹³⁰。

爲ヲ爲シタルトキト雖モ其行爲ハ違法タルヲ失ハス」、そして「責任トハ違法ノ結果ニ對スル行爲者ノ主觀的關係ニシテ一般ニ故意及ヒ過失ハ有責行爲ノ主觀的要件ナリトス」（団野・前掲注111・131頁および162頁）。客観的違法論に関しては、岡松参太郎『無過失損害賠償責任論』（1953年。初出は1916年）461頁以下も参照。

¹²⁵ この点に関するドイツ法における問題について、本誌63巻6号273-274頁を参照。

¹²⁶ 岡松も通説と同様に客観的違法論を採用しているから（岡松参太郎「意思能力論（五）」法学協会雑誌34巻3号（1916年）71頁）、従前の議論を前提にし得る。

¹²⁷ 違法性の意識と行為の結果の社会的意義に関する認識の相違について、岡松の理解において必ずしも明確な区別は示されておらず、むしろ同意義として用いられているように見える（「過責アルニハ行爲ノ結果ノ違法ノ認識又ハ其認識ノ可能アルコトヲ要」す（岡松・前掲注126・84頁））。

¹²⁸ 岡松・前掲注99「意思能力論（二）」・69-70頁。

¹²⁹ 岡松・前掲注124・612頁、同・前掲注124・72-75頁。

¹³⁰ 規範的責任論はフランクによって提唱され、フランクによれば精神病者でさえ行為を意欲し、犯罪要件を表象することが可能であるから、帰責能力を故意の前提として理解することはできず、しかも実際の責任の評価は故意および過失に加えて、その外部に存する付随事情をも斟酌されているはずであり、したがって帰責能力は責任の前提ではなく、責任の一構成要素であり、すなわち帰責能力・過責（故意および過失）・付随事情が責任要素であって、こうした

確かに、責任無能力者も故意を持ち得るなら¹³¹、96条において責任能力を否定しつつ、故意要件を維持することは一見すると可能である。しかし、責任能力が責任の前提であれ要件であれ、責任能力が存在しなければ、責任が成立しない点において何ら変わらないのであるから、故意を責任要素として理解する限り、責任能力要件の不要という解釈は故意要件の存在と矛盾する。したがって、残されている選択肢は、96条1項において責任能力を要求するか¹³²、それとも96条1項の故意を責任要素

責任概念の全構成要素を非難可能性と呼び、責任を非難可能性として理解するのであった（本誌63巻6号275-276頁）。なお、岡松もフランクの文献を引用している（岡松・前掲注126・74頁）。

¹³¹ 責任無能力者も持ち得る故意が自然的故意を意味すること、これを詐欺取消制度の要件として求める意味については、既に確認した。この点について、本誌64巻1号123-124頁を参照。自然的故意に関する邦語文献として、鯉淵幸也「酩酊者犯罪における自然的故意、過失の意義 過失殺人、過失過失致死の概念について」英米法学12号（1961年）39頁以下、西原春夫「ドイツ刑法における酩酊犯罪」日本刑法学会（編）『酩酊と刑事責任』（1959年）36頁以下も参照。

¹³² 本稿は、責任能力の不要という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がドイツ民法における詐欺取消制度の解釈として妥当である旨を主張した（つまり責任能力は必要であるが、しかし違法性の意識は不要。本誌64巻1号126頁を参照）。一方で欺罔者の非難可能性を問わない解釈は被欺罔者の意思決定自由の保護に資するし、他方で意思決定自由は確かに重要な法益であるが、しかし他の法益から完全に優越した絶対の性質であるはずはなく、むしろ過失責任主義の帰結として他方当事者の行為自由に対する配慮は当然に求められ、ゆえに欺罔者の行為自由の確保を図るなら、行為自由（責任）の範囲を確定する基準として責任能力は必要である、という理解である（ただし、過失責任主義を説くなら、96条1項における意思決定自由と行為自由の衡量要件が、なぜ故意でなければならないのか、という疑問が当然に生じる。本稿は96条1項の故意要件を否定し、これに代えて過失要件を主張する。この点は後述する）。

当時の日本の民法学説においても責任能力を要求すべき旨を説く論者は、少数ではあるものの、存在した。例えば、長島毅『民法總論』（1921年）319頁である。ただし、その理由は本稿の理解と全く異なる。長島は次のように述べる。「詐欺又ハ強迫ニ不法性ヲ必要ナリトスル以上何故ニ主観的要件ヲ必要トセサルヤ其理由ヲ解スルニ苦シム」。すなわち、長島は主観的要件と違法性を結び付けている。この主観的要件が責任能力を意味するなら、長島は主観的違法論

として理解しないか、である。

ドイツ法の検討において確認したように、その後のドイツ学説の展開は、故意の主観的違法化を説き、行為無価値論へ進んだ¹³³。つまり、「96条1項の故意を責任要素として理解しない」解釈が選択された。そして、後述するように、日本の学説も結果としてドイツ学説と同様の展開を辿るのであった。この点について、引き続き検討する。

第2項 社会本位思想における詐欺

（1）権利制約の要請と法理

①「個人」から「社会」へ

当時の個人主義・自由主義思想は当時の裁判例からも窺われ、例えば権利概念に固執する大審院1914年（大正3）7月4日判決¹³⁴（いわゆる雲右衛門事件）が挙げられるであろう（この裁判例は附帯私訴であるが、しかし雲右衛門事件は民事事件としても争われ、大審院1918年（大正7）9月18日判決¹³⁵は自由競争を理由として不法行為の成立を否定している）¹³⁶。

に依拠しているのであって、主観的違法論が責任能力を要求することは当然の帰結である（この点について、本誌63巻5号55頁を参照）。しかし、ドイツ民法学も日本民法学も客観的違法論が前提であって、これは本稿の前提でもある。

なお、近時においても、責任能力を要求すべき旨を説く論者が、少数ではあるものの、存在する。例えば、松尾弘『叢書 民法総合判例研究 詐欺・強迫』（2000年）5頁である。松尾は次のように述べる。「詐欺による意思表示の取消が、詐欺者に対する法的サンクションとしての意味も併せもつとの観点（前述一・一）からは、詐欺者に責任能力（七一二条）があることも要求されうるであろう」。この立場が行為無価値論を意味し、詐欺取消制度の理解として不当である点はドイツ法の検討においても確認したものの、その後の日本法の解釈論においても関係する問題であり、この点は後述する。

¹³³ この点について、本誌63巻6号283頁以下および318-319頁を参照。

¹³⁴ 刑録20輯1360頁。

¹³⁵ 民録24輯1710頁。

¹³⁶ 例えば我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為（復刻版）』（2005年。初版は1937年）123頁の注（1）は、雲右衛門事件を、「自由競争尊重の思想が露骨に現はれて居る」判例として理解している。なお、雲右衛門事件に対する評価

ところが、第一次世界大戦（1914年から1918年）の前後において、日本資本主義は興隆期の頂点を迎え、その矛盾が露呈し始めた¹³⁷。資本の集中は経済的強者と経済的弱者の階級闘争を急激に発展させ、さらに資本の拡大に伴う企業活動の拡張は市民の生命ないし身体を脅かす弊害を生み出した。こうした事情を背景として、次第に過度な個人主義・自由主義の抑制を求める傾向が生じたのである。例えば、1916年の大阪アルカリ事件¹³⁸および1919年の信玄公旗掛松事件¹³⁹は、第一次世界大戦を前後する異なった社会的背景に基づいて下された判決として挙げられるであろう¹⁴⁰。

として、能見善久「桃中軒雲右衛門事件と明治・大正の不法行為理論」法学会雑誌（学習院大学）44巻2号（2009年）183頁以下、大村敦志「雲右衛門事件（1）－被侵害利益①経済的損害」法学教室349号（2009年）78-79頁も参照。

¹³⁷ 「自由経済の『自由』は、抽象的な形式的自由であり、したがってその法もまた、そのやうな自由の原理の上に立つて居り、したがって自由は具體的には強者の自由となつてゐる」（川島武宜「自由経済における法と倫理－民法を中心として－（二・完）」法律時報14巻7号（1942年）22頁）。

¹³⁸ 大審院1916年（大5）12月22日民録22輯2474頁。本件は、大阪アルカリ株式会社が出した硫煙によって農作物に被害を受けた農民が、不法行為に基づく損害賠償を求めた事件である。

¹³⁹ 大審院1919年（大8）3月3日民録25輯357頁。本件は、鉄道院（国）が運営する汽車の煤煙によって損害を受けた路線の周辺住民が、不法行為に基づく損害賠償を求めた事件である。

¹⁴⁰ 大阪アルカリ事件において原告住民の訴は退けられ、信玄公旗掛松事件において原告住民の訴は認容された。もっとも、周知の如く、大阪アルカリ事件の差戻控訴審（大阪控訴院1919年（大8）12月27日法律新聞1659号11頁）においては、原告住民の訴を認容する判断が示された。信玄公旗掛松事件の判決および大阪アルカリ事件の差戻控訴審は、共に大戦後の1919年（大8）であった。「大正八年が新たなる記憶と印象とを吾人に與ふるは、言ふ迄もなく世界大戦終了の第一年たること是れ也。……（中略）……歐洲大戦が種々なる經濟上の變動を起し、物價の高騰其の極に達して、所謂成金者流の跋扈すると共に、其反面に中等階級以下の生活難を促進し、遂に米騒動なる不祥事を演出したり……（中略）……司法官は或意味に於て人生そのものを取扱ふものなる以上、國民の意思、生活、感情に對して、至大なる注意と理解とを有するものなり、換言すれば裁判は常に民本的裁判ならざるべからず」（法律新聞1493号3

そして、学説も個人主義・自由主義を否定し、これに代わる法律観を模索し始めた。それまで当時の通説が支持していた客観的違法論は、ドイツ法の検討において既に確認したように、19世紀中葉以降の経済自由主義が責任の画定を要請し、有責性が過責（故意・過失）という主観的要件と結び付けられ、そして違法性が権利侵害という客観的要件と結び付けられた帰結であった¹⁴¹。しかし、この「権利」侵害要件が両方向から批判された。つまり、一方で権利侵害要件の緩和は（被害者側の）個人主義として批判され¹⁴²、他方で権利侵害要件の固持も（加害者側の）個人主義として批判されたのである¹⁴³。要するに、当時の学説にとって、「権利」を結び付ける思想（いわば権利本位の法律観）が気に入らなかつ

頁（1919年1月）。川井健『民法判例と時代思潮』（1981年。初出は「判例と時代思潮－民法判例の基礎としての経済・社会の構造－」判例時報830号（1976年）9頁）v頁も参照。さらに、とりわけ各事件における関係者から社会的背景を見て取る大村敦志「大阪アルカリ事件（4）－社会的な背景」法学教室346号（2009年）59頁以下、同「信玄公旗掛松事件（2）－社会的な背景」法学教室348号（2009年）34頁以下も参照。

¹⁴¹ この点について、本誌63巻5号57頁を参照。

¹⁴² 前掲注112の栗生の引用文（「個人主義的経済秩序は、各人を、利潤の追求者にし」、「『有形財の侵害』ばかりでなく、『無形財の侵害』も損害だとし、而してその各々に對して遠慮なく賠償を要求するに至」り、そして「續々新法益が発見された。人的利益といはれるものの數が、刻々殖えた。生命・身體・健康・肉體および精神の自由・名譽・貞操・信用・秘密・肖像・氏名、曰く何・曰く何」）は、次のように続く。「而してその侵害に對しては、損害賠償を要求し、侵害に伴ふ無形の精神的苦痛に對しても、慰藉料を求めた。賠償や慰藉料は、事後の救済手段であるから、未だ以て私益の保護に足りないとし、豫防的手段の私力的なるものとして新たに緊急避難權を案出し、その公力的なるものとして大いに不作為の訴を發達させた－すべて我慾の擁護のために」。

¹⁴³ 例えば、牧野英一は、客観的違法論を支持する鳩山説に對して、次のように述べる。「博士が『苟くも客観的に違法なる行爲に因りて他人に損害を與ふるときは主観的に過失なきも常に賠償責任を負担すべきものとせば、人の活動は極めて不自由なるに至るべく』（第848頁）とされて居るのは、明かに自由競争を極限理念とした個人主義的口吻ではあるまいか」（牧野英一『法律に於ける具體的妥當性』（1925年）328頁）。なお、引用文において挙げられている鳩山の文献は、鳩山・前掲注113である。

たのである¹⁴⁴。

こうして、権利と結び付く「個人」が抑制され、これと対置される「社会」の観点が強調され始めたことは¹⁴⁵、なかば必然であった。そして、「社会」通念を安易に読み込める一般条項が法解釈の基点に置かれたことも、当時において必然的な帰結であった。例えば、牧野英一は次のように述べる。「法律は権利を規定したものではなくして、公の秩序善良の風俗を規定したものになるのである。法規に違反するとは、他人の権利を侵害することではなくして、公の秩序善良の風俗に反して行動することになるのである」¹⁴⁶。

とりわけ、「法規に違反するとは」「公の秩序善良の風俗に反して行動すること」という理解が、既に行爲無価値を示唆している¹⁴⁷。その後の展開を確認する。

②大学湯事件—不法行爲法の観点から—

法律観の変化が表れた裁判例として、大審院1925年（大正14）11月28

¹⁴⁴ 例えば、権利侵害要件の固持を非難する牧野にとって、権利侵害要件の緩和は一個の解決的解釈であったはずである。しかも、牧野は、こうした方向性を鳩山が志向している点も認めている。しかし、牧野は、「伝統的な意義に於ての権利の観念が非合理的なものであるならば、其の伝統的なものを合理的に全く排斥し、新たに或ものを持つて来る」方向性を求めるのである（牧野・前掲注143・330頁）。法律の文言に拘泥しない解釈的態度から、自由法論の影響も窺える（この点について、常盤敏太「不法行爲の要件としての違法性」法学志林32巻4号（1930年）93頁も参照。なお、牧野とフランス法、デュギーと権利否認論の関連も想起されるのであるが、しかし本稿では立ち入れない）。

¹⁴⁵ 「個人は、個々の個人でなしに社会の個人である。社会構成の微分子である。故に社会の維持および発展のためには、自我の主張を抑へねばならぬ」（栗生・前掲注112・120頁）。

¹⁴⁶ 牧野・前掲注143・349-350頁。

¹⁴⁷ 牧野は既に、刑法の分野において、社会通念に依拠した行爲の違法性について説いている。「行爲の違法性といふことは論理的に其の内容を定めることができぬ。之は行爲の社会的価値判断に属するものであるからである」（牧野英一『行爲の違法（第三版）』（1924年。初出は1916年）はしがき1頁）。

日判決¹⁴⁸（いわゆる大学湯事件）が挙げられる。

本件は、大学湯という名称の湯屋業を営む賃借人と同建物の賃貸人が両者の合意に基づいて賃貸借契約を解除したのであるが、しかし賃借人が大学湯の老舗を売却する前に、賃貸人が第三者に同湯屋業を営ませ、これによって営業の利益を喪失した賃借人が損害賠償を求めた事案である。原審は老舗の権利性を否定し、そして不法行為の成立を否定した。しかし、大審院は原審判断を破棄し、次のように述べて事案を差し戻した。「其ノ侵害ノ対象ハ或ハ夫ノ所有權地上權債權無體財産權名譽權等所謂一ノ具體的權利ナルコトアルヘク或ハ此ト同一程度ノ嚴密ナル意味ニ於テハ未タ目スル權利ヲ以テスヘカラサルモ而モ法律上保護セラルル一ノ利益ナルコトアルヘク否詳ク云ハハ吾人ノ法律觀念上其ノ侵害ニ對シ不法行為ニ基ク救済ヲ與フルコトヲ必要トスト思惟スル一ノ利益ナルコトアルヘシ」。

本件は権利侵害要件を緩和した事案として紹介されることが少なくない。むしろ、それは正当な理解である。しかし既に指摘したように、権利概念の緩和それ自体は個人主義として非難される対象であったのであるから、大学湯事件を個人主義・自由主義に依拠した雲右衛門事件と対比して理解するなら、むしろ大学湯事件の実質的意義は不法行為を理由とする救済の可否それ自体を社会通念に依拠せしめた点に求められるべきであろう¹⁴⁹。

そして、このことは本判決も示唆している。本判決によれば、民法の意味における不法行為は「法規違反ノ行為ヨリ生シタル惡結果ヲ除去スル爲被害者ニ損害賠償請求權ヲ與フルコトカ吾人ノ法律觀念ニ照シテ必要ナリト思惟セラルル場合」であり、適法行為は「共同生活ノ規矩ニ遵ヒテノ行為ナルニ反シ」、すなわち不法行為は「其ノ準繩ノ外ニ逸スル

¹⁴⁸ 大審院民事判例集 4 卷670頁。

¹⁴⁹ この点について、前田陽一「不法行為における権利侵害・違法性論の系譜と判例理論の展開に関する覚書」能美善久・瀬川信久・佐藤岩昭・森田修(編)『民法学における法と政策』(2007年) 458頁も参照。

ノ行爲」を意味する。つまり、不法行為の正否を決する重要な点は、緩和された権利概念ではなく、むしろ当該の行為態様が社会通念から逸脱することであることが理解される。確かに、この点に関する事実認定は本判決の説示から直接に窺い知ることはできない。しかし、本判決の事実において「被上告人千太郎及ふなハ上告人カ老舗ヲ有スルコトヲ知りナカラ被上告人梅三郎ト共謀シ老舗ノ賣却ヲ不能ナラシメタ」という悪質な行為態様¹⁵⁰が指摘されている¹⁵¹。

そして、続く学説も同様の理解を示す¹⁵²。例えば木村清司によれば、

¹⁵⁰ つまり、「甲乙間に平穏な賃貸借関係の永續したこと、今日乙が丙にこれを賃貸して利を得て居ること等を綜合考察すれば、乙の行爲は一面に於て所有権の行使たる形式を備へるにも拘らず、しかもなほ、公序良俗に違反すること疑がない。そしてこの公序良俗違反の點にその行爲の違法性をもとめられねばならない」(我妻・前掲注136・123頁)。大学湯事件において加害者の主観的態様が重視されている点について、大河純夫「民法七〇九条『権利侵害』再考—法規解釈方法との関連において—」河内宏=大久保憲章=采女博文=児島寛=川角由和=田中教雄(編)『市民法学の歴史的・思想的展開—原島重義先生傘寿—』(2006年)543頁も参照。

なお、我妻は詐欺に関する違法性の基準も公序良俗に求める。この点は後述する。

¹⁵¹ ある論者によれば、「本判決は、『権利』にとらわれないという意味で、まさに学説のいう『権利侵害から違法性へ』という図式を確立したことになる」という(川井健「大学湯事件判決について—不法行為法の体系と課題—」星野英一(編)『現代社会と民法学の動向(上)不法行為』(1992年)127-128頁)。ただし、ここから全く異なる二種の評価が導かれる点に留意されなければならない。第一は、「人々の権利を尊重する態度」という評価である(川井・前掲・127頁)。第二は、『権利侵害の違法性による置き換え』は、『権利侵害があっても必ずしも違法ではない』というかたちで、かえって法的保護の制限としても機能しうる」という評価である(原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4巻(1976年)55頁)。確かに、その後の学説は「権利侵害から違法性へ」進む。しかし、それは第二の意味として評価されなければならない。この点は後述する。

¹⁵² 大学湯事件の段階においては、未だ二個の選択肢が与えられていた、という見方も可能である。すなわち、「選択肢のひとつは、『被侵害利益』と『侵害行為の態様』という二つの要素を統合する上位概念として『違法性』要件への

一方で大学湯事件は故意や通謀等の詐害的行為に起因し、他方で大学湯事件において認められた権利は積極的に主張すべき利益なき権利を意味し、すなわち「具體的権利と稱し得ない利益（債権の第三者に對する關係を含む）に就いては行為者の主觀的状況が道徳的に批難すべき場合にのみ不法行為の成立あるものと見ることが出来る」¹⁵³、という。木村は、このような解釈の意義として労働問題を取り上げ、かかる解釈を通じて例えば当時の労働組合法が同盟罷業を不法行為として構成していない理由を説明する¹⁵⁴。

ところで、既に確認したように、労働事件はドイツ民法823条1項に

移行を主張するもの、他の選択肢は、『権利侵害』要件を従来どおり被侵害利益を中心に考察し、その範囲を具体的『権利』から『法的保護に値する利益』にも拡大するものであった」。ところが、「学説の大勢は、第一の選択肢である『違法性』要件への移行を選択した」（櫻見由美子「権利保護と損害賠償制度について－『権利又は法律上保護される利益の侵害』要件に関する考察を通して－」能見喜久＝瀬川信久＝佐藤岩昭＝森田修（編）『民法学における法と政策 Law and Policy Making in Civil Law』（2007年）499頁）。その理由は、当時における個人主義に対する批判的傾向に加えて、「『権利』の概念は固定的になりやすいのに対して、『違法性』の内容はかなり弾力的・流動的である」という点に求められるのであろう（加藤一郎『不法行為』（1957年）36頁）。こうした発想は、後述の行為無価値論へ通じる。すなわち、行為無価値論の「利点」は、その違法性の判断基準を「社会的相当性」等として理解することによって、ほぼ一般条項の如き運用が可能になる点である（その「利点」は特に過失論において見出され、事案の類型に応じて、過失の義務の設定が変更可能であり、そこに違法性の関連が見られる点について、潮見佳男『民事過失の帰責構造』（1995年）を参照。例えば、同98頁の「注意義務の前倒し現象ないし結果回避義務の予見段階への伸長現象」）。しかし、こうした行為無価値論の「利点」は、行為無価値論に反対する立場から見れば、「その場しのぎ、小手先の解釈」として映る。さらに、行為無価値論の問題は、行為無価値論が「権利」侵害の要件を重視しない反射的作用として、各法益の要保護性が低下する点に存する。むしろ、この点が96条1項の詐欺取消制度における問題点と関係しているのであり、この点について引き続き検討する。

¹⁵³ 木村清司「不法行為法に於ける Ultima ratio legis としての反公序良俗性」法学協会雑誌46巻9号（1928年）27頁および31頁。

¹⁵⁴ 木村・前掲注153・46-47頁。

における自由概念の制限を招いた一契機であった¹⁵⁵。自由概念の限定は雇用者側の法益の限定を意味し、すなわち労働者の同盟罷業等による不法行為の成立の制限を意味し得たのである。ただし、このことは、その反面として、故意ドグマの形成を促進した。すなわち、同法同条項の自由の範囲が身体的自由限定されたことによって、意思決定自由を被侵害利益として理解する詐欺取消制度（ドイツ民法123条）の競合規範が同法823条2項および826条に限定され、かくして詐欺者の主観的態様を故意に限定するドグマが形成されたのであった¹⁵⁶。

こうした故意ドグマの片鱗を、木村も示唆する。すなわち、木村によれば具体的な権利の侵害は過失で足りるが、しかし単なる利益の侵害は故意に基づく公序良俗違反が不法行為の成立要件であり、そして自由権は後者に属する¹⁵⁷、というのである¹⁵⁸（これは、少なくともドイツ民法826条における自由権侵害と同質の内容である）。

「個人から社会へ」・「権利侵害から公序良俗へ」という傾向が踏襲され、それに伴い加害者の態度が重視され、その反面として個人的性格の強い自由権の要保護性は縮小されていることが窺われる¹⁵⁹。しかも、こ

¹⁵⁵ この点について、本誌63巻6号279頁以下を参照。

¹⁵⁶ この点について、本誌63巻6号282-283頁および283頁の注44を参照。

¹⁵⁷ 木村・前掲注153・31頁および38頁。「自由権の内容は全然積極的に保護せらるべき内容を有せず」（木村・前掲注153・40-41頁）。

¹⁵⁸ なお、一見して、木村説は、いわゆる相関関係説に近い。同説を主張する我妻栄について、木村自身が次のように述べている。「本論稿の成るに就いては我妻東大教授の尠からざる助言、参考書の貸與等に負うところ誠に多い」（木村・前掲注153・48頁の注（43））。

¹⁵⁹ もちろん、社会ないし公序の重視が自由権の制限と結び付く論理的な必然性は存しない（公序に依拠した自由権の保護の可能性は否定されない）。しかし、当時の時代感覚においては、自由を軽視する方向へ事実として働いたのである。このことが詐欺の問題として示唆される事案として、例えば大審院1933年（昭8）6月8日判決（大審院刑事判例集12巻771頁）が挙げられる（ただし、後述の如く、本件は不法行為の詐欺として争われている）。本件は、負債を有する上告人が差押を受け得る自己の不動産を、他の上告人等と共に転売利益を見込み得る土地として詐言し、被上告人をして同土地を購入せしめ、同被上告人から金銭を騙取し、これに対して被上告人が財産的損害賠償および意思

の傾向は戦前の末期へ向かう過程において、さらに加速する。そして、少なくとも詐欺を語る枠組において自由権の持つ意義は、ほとんど失われるに至るのである。この点について、引き続き検討する。

（2）違法評価の主観化

①「権利侵害から違法性へ」

権利の概念から離れ、これを端的に違法性へ読み替える議論を展開した末川の『権利侵害論』は周知であろう。そして、末川の権利侵害論も、やはり当時の個人主義あるいは権利本位の法律観に対する批判から生み

決定自由の侵害を理由とする慰謝料を求めた附帯私訴である。原審は、上告人等に対して詐欺罪等の有罪判決を下し、被上告人の請求を認容した。大審院は、この原審判断を支持し、次のように述べた。「第七百十條ニ所謂自由トハ身體的活動ノ自由ノミナラス精神活動ノ自由ヲモ包含スルモノト解スルヲ正當ナリトスルカ故ニ不法行爲者カ本件ニ於ケルカ如ク欺罔手段ニヨリ被害者ノ意思決定ノ自由ヲ害シテ錯誤ニ陥レ財物ヲ騙取シタル案件ニ付テハ被害者ニ於テ之カ爲メ財産上ノ損害ヲ被リタル外特ニ精神上ノ苦痛ヲ被リタル事實ノ存スル限り不法行爲者ニ對シ財産上ノ損害賠償ノ外慰藉料ヲ請求スルコトヲ得ルモノト解スルヲ妥當ナリトス」、そして「上告人等ノ判示ノ如キ偽計詐術ニ因リ金圓ヲ騙取セラレ之カ爲ニ精神上多大ノ苦痛ヲ受ケタルモノナルコト明ナルカ故ニ原判決カ之ニ對シ慰藉料請求權ヲ認メタルハ違法ニ非ス」。

本件は、裁判所が710条の自由として意思決定自由を認め、これを詐欺の被侵害権利として認めた事例として紹介されている。このこと自体は正当である。しかし、附帯私訴の本判決において既に詐欺罪の有罪判決が下されていること、つまり当然に故意の自由権侵害が前提であること、そして本判決が答弁書から「老夫婦カ老後ノ生活資料タル全財産ヲ抛チ知ラス知ラス詐欺ノ深間ニ陥レラレ今後如何ニ處スヘキカ果シテ眞實法律上保護ヲ受クヘキヤヲ思ヒ煩フニ於テハ夜モ眠ル能ハス食モ其ノ咽喉ヲ通ラサルコトアルヘク其ノ心勞ハ公判援用ノ本人ノ供述ニヨリテモ明」という部分を引用していることは看過されてはならないであろう。すなわち、本判決においては、むしろ暴利行為にも似た公序良俗違反性、つまり加害者の悪質性から出発し、これを理由として認められるべき慰謝料を正当化する必要性から精神的自由の存在を肯定したに過ぎないように思われるのである。このことは、裁判所の「精神上多大ノ苦痛」という表現からも窺われるであろう。

出されている¹⁶⁰。末川は次のように述べる。確かに権利概念は法秩序の一部を形成する重要な要素であるが、しかし法秩序の内容は権利に尽きるわけではなく、それゆえ違法性の評価にとって法秩序違反という観点が必要であるから、権利侵害を伴わない行為も違法の評価を受け得るのであって、したがって行為の違法性に重点が置かれ、この意味において権利侵害要件は本質的な意味を有さず、権利侵害は違法行為の徴表に過ぎず、むしろ権利侵害要件は法律全体の立場から加害行為を評価する要素として認められているのであって、決して被害者個人の主観的立場を擁護する前提として認められているわけではない¹⁶¹、という。

末川の理論から行為の違法性、つまり行為無価値の要素が強く窺われる。そもそも結果無価値論によれば権利侵害それ自体が違法性を意味するのであるから、権利侵害要件を違法性へ読み替える末川の理解は既に結果無価値たる余地に乏しく¹⁶²、行為無価値へ至る傾向を示しているのである¹⁶³。

問題は、かかる違法論と詐欺の関係である。個人性の強い法益の要保護性を重視しない末川の理解によれば、例えば710条によって規定され

¹⁶⁰ この点について、例えば利谷信義＝乾昭三＝木村静子（編）『法律学と私』（1967年）169頁。さらに、末川博『不法行為並に権利濫用の研究』序および342頁（1938年。初出は「ドイツ民法及びスイス民法における権利濫用に関する規定の成立過程（一）（二）」法学論叢20巻5号および6号（1928年））も参照。

¹⁶¹ 末川博『権利侵害論（第2版）』（1971年。初版は1930年）273頁-315頁。

¹⁶² 「『権利侵害の違法性による置き換え』は、『権利侵害があっても必ずしも違法ではない』というかたちで、かえって法的保護の制限としても機能しうる」（原島・前掲注151・55頁）。

¹⁶³ 「『権利侵害』の要件は一面に於て被害者に救済を與ふるを正當とするや否やを決定する標準として定立されたものであるが、同時に他面に於ては加害者をして賠償義務を負担せしむるを正當とするや否やを決定する標準たるべき役目をもつものである。而して従來の通説は専ら前者の標準として『権利侵害』を見てゐるのに對して、寧ろ之を主として後者の標準に役立てやうと試みてゐるものが末川教授の『権利侵害論』であつて、之によると『権利侵害』は即ち『違法』を意味するものとして理解され、従つて被害者に侵害の客體たる『権利』ありたりや否やが問題とされずに、寧ろ加害行為が違法であるかどうかを不法行為となるや否やを決する主たる標準となる」（末弘・前掲注111・8頁）。

ている人格的利益は私法的権利として理解する必要性を否定され、ゆえに710条は権利侵害なき事例として位置づけられ、詐欺も自由権の侵害として理解されず、すなわち「詐欺によつていかなる権利が侵害されたかを究明しようとするが如きは、要らざる詮索であり、「要するに、詐欺の如きはそれ自體違法なのである」¹⁶⁴、という結論へ到達する¹⁶⁵。ただし、「それ自體違法」の内容は明確ではなく、末川は違法性の評価基準を補充する概念として公序良俗を挙げるものの¹⁶⁶、それ以上の詳細な詐欺の要件論を示していない。

こうした不明瞭な点は当時においても問題視されていたが¹⁶⁷、しかし行為の違法性を重視する理解は支持を受け¹⁶⁸、例えば我妻は違法評価の流動化を強調し¹⁶⁹、そして相関関係説を展開する。すなわち、我妻によれば、「當該加害行為の被侵害利益に於ける違法性の強弱と加害行為の態容に於ける違法性の強弱とを相関的・総合的に考察して最後の判断に到着すべきである」¹⁷⁰、という。

行為の違法性が重視され、違法評価の流動化に基づいて個別の権利性が問われないなら、もちろん詐欺の枠組においては欺罔行為の側面が重視され、詐欺の被侵害権利たる自由権が持つ意味は大きく失われる。す

¹⁶⁴ 末川・前掲注161・340-343頁および361頁。

¹⁶⁵ 末川は、次のようにも付け加える。「私は自由権というような私法上の人格権を認める必要はないと思うのであるが」、「自由権を認める論者には、詐欺又は強迫による不法行為の成立を説明するために、人の精神的活動即ち意思決定についてまでも自由権があるというように解する者もあるけれども、法律の關與し得るところの自由の概念をかくの如く擴大することは穩當であるまい」(末川・前掲注161・352頁)。

¹⁶⁶ 末川・前掲注161・223頁。

¹⁶⁷ 「殊に『権利侵害のない不法行為』に於て各種の行為がいささか平面的に並べられて居るやうに感ぜらるゝ」(我妻栄「末川博博士『権利侵害論』」法学協会雑誌50巻6号(1932年)115頁)。

¹⁶⁸ 「私も亦権利侵害なる要件は加害行為の違法性あることを意味すると解する説に従ふ」(我妻・前掲注136・125頁)。

¹⁶⁹ 「権利侵害といふ固定的觀念が『違法なる行為』といふ流動的な觀念に移つた」(我妻・前掲注136・100頁)。

¹⁷⁰ 我妻・前掲注136・126頁。

なわち、「詐欺強迫等による加害行為が違法なのは自由権といふ利益を侵す點に在るのではなく、その行為が詐欺強迫といふ禁止規定又は公序良俗に反するものなる點に存すると謂はねばならぬ」のであり、「強いて自由権を問題とせず、専ら侵害行為の態容を理由として違法性を定むべしと謂はねばならない」¹⁷¹。

詐欺が争われる局面において自由権の要保護性を認めない我妻にとって、違法根拠の自由意思を認める余地は存しない。むしろ、詐欺の違法性は侵害行為の態様によって決せられ、それは同時に公序良俗違反を意味する。我妻のみならず、前述の牧野、木村そして末川も、違法性の基準として公序良俗を援用していた。ゆえに続く問題は、公序良俗の概念において機能する違法論の内容である。

②公序良俗と社会的相当性—法律行為論における影響—

以上の我妻の理解は不法行為の詐欺が対象であるが¹⁷²、しかし我妻は96条1項における詐欺の違法性に関しても公序良俗を援用する。すなわち、「違法性あるもの・即ち信義の原則に反する程度のものでなければ詐欺ではな」く、「違法なりや否やは第九〇條について述べたと同一の標準によつて決せらるる」¹⁷³。そして、我妻は、90条の公序良俗について次のように述べる。「『公の秩序』とは國家社會の一般的利益を指し、『善良の風俗』とは社會の一般的道德觀念を指す」が、しかし両者は「大部分に於て一致するのみならず、理論上も明瞭に區別し得ない」から、「行

¹⁷¹ 我妻・前掲注136・136頁。

¹⁷² ここまで検討した不法行為法の領域における議論については、山本敬三「不法行為法学の再検討と新たな展望—権利論の視点から—」法学論叢154巻4・5・6号(2003年)292頁以下も参照。とりわけ末川および我妻の理解において、「『権利本位』の法律観から『社会本位』の法律観へという基本姿勢を容易に読み取ることができ」、「違法性理論は、不法行為法において権利本位の法律観からの転換をはかろうとした」点が確認されている(同302頁以下)。本稿も、この理解に依拠している。これに加えて本稿が検討しなければならない問題は、不法行為法の領域における違法性理論が法律行為法においても影響していたか否か、である。この点について引き続き検討する。

¹⁷³ 我妻栄『民法總則』(1931年)437頁。

爲の社会的妥当性なる語で兩標準を一括して考へようと思ふ」¹⁷⁴。つまり、違法性の基準たる公序良俗は社会的妥当性を通じて判断され、したがって違法性の基準は社会的妥当性に求められるのである。

ところで、戦前のドイツにおいては、客観的違法論の内部において主観化を推し進めたヴェルツェルが行為無価値論を展開し、故意を違法要素として理解していた。そして、ヴェルツェルは違法性の基準を社会的相当性（sozialen Adäquanz）へ求めたのであった¹⁷⁵。

違法性の判断基準に関する我妻とヴェルツェルの類似性は、否定できないであろう。このことは違法評価の主観化も無関係ではない。確かに、我妻は、詐欺の違法性に関して「自由権を問題とせず、専ら侵害行為の態容を理由として違法性を定む」旨を説き、その違法性の基準として公序良俗を挙げるのみであって、実質的な要件を示しておらず、とりわけ違法性と故意の関係は不明確である。しかし、自由権の侵害が故意の公序良俗違反である点は既に他の論者によって主張されていたのであり¹⁷⁶、我妻も公序良俗の判断において「凡ての行為の社会的価値はその動機を考慮せずして決定し得ない」旨を説いているし¹⁷⁷、そもそも「侵害行為の態容」を推し測り得る要件は96条1項の枠組においては欺罔者の故意の他に存在しないのである¹⁷⁸。

ここまで本稿が違法論を確認してきた理由は、責任能力を要しない96条1項において如何なる理由から故意要件を維持し得るのか、という疑問を検討するためであった¹⁷⁹。そして、違法性の評価対象の主観化を認め、さらに故意を違法要素として認める当時の通説的見解に従うならば、故意を責任要素として維持する必然性は失われるから、たとえ96条1項において責任が問われなくても（同条項において責任能力要件を要しなくても）、確かに違法性の根拠として故意を維持する解釈は可能にな

¹⁷⁴ 我妻・前掲注173・397頁。

¹⁷⁵ この点について、本誌63巻6号290-291頁を参照。

¹⁷⁶ この点は、既に木村が指摘していた（前述291頁）。

¹⁷⁷ 我妻・前掲注173・411頁。

¹⁷⁸ もちろん、我妻も詐欺の要件として故意を求める（我妻・前掲注173・434-435頁）。

¹⁷⁹ この問題について、前述281-282頁。

る¹⁸⁰。

しかし、法律効果の発動根拠を、権利の観念ではなく、加害者の行為態様に基づいて肯定する立場を突き詰めれば、権利概念の否定へ至り、個人の尊厳が封殺される点は留意されなければならない。このことは、当時の全体主義思想が明瞭に示している。例えば末川は、次のように述べる。「新たな世界観として全體主義的國家観といふべきが支配的となり、個人(個體)を包容し個人に先んじしかも個人のうちにも生きる『全體』の立場が強調され」¹⁸¹、「個人は原子論的に孤立した自立的のものではなくて、常に全體の目的の爲めに生き全體の運命をになひつつ互に協調し協同する部分的のものとなつてゐる」のであって、ゆえに「ひたすら抽象的に権利一般に關して論を進める如きは許されぬと考へるのであり」、「法は人の共同生活を秩序づける爲めに人の行動(容態)を規律する」¹⁸²。

法が「人の行動(容態)を規律する」意味は、裏を返せば、「侵害行為の態容を理由として違法性を定む」という意味であり、故意の違法要素化を意味する¹⁸³。かかる法律観においては、法の目的は社会秩序の維

¹⁸⁰ 責任から独立した故意を認めるヴェルツェルの理解によれば責任無能力者の故意も認められる。この点について、Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 504を参照。

¹⁸¹ 末川博「権利理論における歴史性—法の基本問題に關する考へ方(その一)・権利理論構成への一省察(上)—」民商法雑誌19卷4号(1944年)9頁。

¹⁸² 末川博「権利と法規との關係—法の基本問題に關する考へ方(その二)・権利理論構成への一省察(下)—」民商法雑誌19卷5号(1944年)3頁。末川が述べる全体主義思想について、末川によれば「『公益は私益に優先する』といふ如きはこれを端的に表明する」(末川博「権利理論における歴史性—法の基本問題に關する考へ方(その一)・権利理論構成への一省察(上)—」民商法雑誌19卷4号(1944年)9-10頁)なのであって、末川の理解におけるナチス思想の影響は明白である。「公益は私益に優先する」という標語について、本誌63卷6号292-293頁を参照。

¹⁸³ 例えば、行為無価値論を展開するヴェルツェルによれば、「刑法の対象は、第一義的に、消極的な結果の惹起へ向けられた目的性(目的活動的)行為であり、「その目的性という要素が刑法的不法に属」し、ゆえに「目的性目的活動性の要素たる故意が不法構成要件に属するのである」(Welzel, aa.O. (Fn. 180), S. 518 f.)。なお、ヴェルツェルの違法論とナチス思想の関連性について、瀧川春

持および社会秩序違反の行為に対する制裁であって、決して法益の保護ではない¹⁸⁴。このような法律観が支配する限り、96条1項は被欺罔者の保護として機能せず¹⁸⁵、その法益たる違法根拠の自由意思を肯定する余地も存在し得ないのである¹⁸⁶。

雄「自由主義刑法の山脈と世界観」平場安治（編）『瀧川先生還暦記念 現代刑法學の課題 上』（1955年）377-378頁、内藤謙「目的的行爲論の法思想史的考察（一）」刑法雑誌9巻1号（1958年）14頁および35頁を参照。

¹⁸⁴ 例えば、行為無価値論を展開するヴェルツェルによれば、「刑法の第一義的任務は、現実の法益保護ではなく、各個人の保護でもなければ、その個人の所有権等の保護でもない」のであり、「刑法の任務は根源的で社会倫理的な心情（行為）価値の保護である」（Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 6. Aufl., 1958, S. 24）。

確かに、「社会の秩序なるものは元々個人の爲に維持されるものと考へることもでき、従て法律といふものが本従社会本位に定めらるべきであるといふ論も、いやそれは個人本位に定めらるべきであるといふ論も、雙方とも一應の理由が立つ」（中島弘道「民法に於ける個人主義と全體主義」法学志林41巻5号（1939年）13頁）。しかし、逆の発想、つまり個人の利益の保護が社会全体の利益に資する、という発想は語られない。全體主義の法思想によれば、あくまでも「法は第一次的に社会全體の維持と發展とを目的としてゐる」（石田文次郎「債權契約の新基調」小野清一郎（編）『牧野教授還暦祝賀 法理論集』（1938年）462頁）。

¹⁸⁵ 個人的法益より非利己的な公益が優先された背景として、当時の經濟統制も挙げられるであろう（川島武宜「統制經濟における法と倫理」經濟統制法年報1巻1輯（1942年）38頁を参照）。これは、96条の存在意義それ自体に関わる問題でもある。すなわち、「自由契約を主眼とすればこそ、意思表示に關する民法第九三條乃至九六條の意思欠缺に關する規定、並に契約の成立に關する詳細な法規を必要とするであらうが、規制契約に於いて錯誤並に詐欺に關する民法總則の規定は殆ど用を爲さぬであらう」（石田文次郎「契約理論の轉化」法学論叢43巻5号（1940年）51頁）。

当時においては、「戦争中の經濟法規というものを支持するのがいかにも進歩的なものであるかのような非常に強いイリュージョンを起こしていた。そのイリュージョンが起る基礎には、人民の利益と法の結びつきが非常に薄弱であったという根拠はありました」（戒能通孝（発言）「第一 日本法学の回顧と展望」『日本の法学』（1956年）160頁を参照）。

¹⁸⁶ 「わが國においてのみならず外國において個人に對立する協同體の地位が強調せらるることも、市民社會においてみとめられたやうな個人の自由の意思、個人が固有する自由、の否定を目的とするものであり、右のやうな『犠牲の倫

続く問題は、このような理解が戦前における一過性の内容であったのか、である。戦後において状況は変化したのであろうか。この点について、引き続き検討する。

(未完)

理』の表現にほかならない」(川島・前掲注185・37頁)。

もっとも、必ずしも法益の観点と結び付かない責任根拠の自由意思が認められていた可能性は否定できない。ドイツのナチス思想においても、責任根拠の自由意思は認められていた(この点について本誌63巻6号295頁)。ただし、責任根拠の自由意思が認められていた理由は、「個人の意思を認めることによつて最もよく個人の『責任』を促進することが出来る」からであり、「その範囲に於て『行動する個人の責任を要請する』からである」(我妻栄「ナチスの契約理論」福井勇二郎(編)『杉山教授還暦祝賀論文集』(1942年)113頁)。つまり、全体主義思想における責任根拠の自由意思の第一義的意義は、社会的利益の促進であつて、契約の拘束力の根拠ではない。このことは当然に法律行為の解釈に影響を及ぼし、その基軸から当事者の意思は離れる。すなわち、「團體主義的思想に依ると、意思表示の解釋は、爲されたる意思表示に如何なる意味を盛ることが、意思表示を爲した四圍の事情に適應し、又取引の通念と一致するかと云ふ客觀的妥當な意味決定の問題となる。換言すると、意思表示の解釋は、個人の意思へ導かれずには社會的合理性へと導かれ」(石田・前掲注184・469-470頁)、「法律行為の解釋は表示行為が有すべき客觀的の意義を決定することである以上、その決定に當つて誠實信義の原則又は條理が作用すべきことは寧ろ當然であり、「内心的効果意思は—錯誤等の場合に於て—法律行為の効力の有無を左右することがあるだけで、法律行為の内容に影響を及ぼすことは絶対にない」(我妻・前掲注173・373頁および382頁)。

こうした意思表示の解釈的態度は、いわゆる表示主義を意味する。もちろん、表示主義も意思を否定するわけではないが、しかし「意思より優先する要素を認める」という点が本稿においては重要な意味を持つ。既に確認したように、サヴィニーも同じく表示主義の立場であり、被欺罔者の意思決定自由ではなく、詐欺の反良俗性を重視し、その違法性から詐欺を捉えたサヴィニーの詐欺論は、本稿において検討した我妻の詐欺論と大筋において一致する(なお、日本法思想とサヴィニーの歴史法学派の関係について、小野・前掲注13・19頁を参照)。こうした「意思より優先する要素」を認める立場は、その後においても見られ、そうした立場が96条において連結することによって表意者保護の観点は希薄化するものであり、この点は後述する。