

民事詐欺の違法性と責任 (10・完)

岩 本 尚 禧

目 次

序論	(以上、63巻3号)
第1部 ドイツ法	
第1章 詐欺の前史	
第1節 ローマ法と自然法	(以上、63巻4号)
第2節 19世紀の詐欺論	(以上、63巻5号)
第2章 詐欺の違法性と責任	
第1節 転回する自由意思の要保護性	(以上、63巻6号)
第2節 保護の範囲と限界	(以上、64巻1号)
第2部 日本法	
第1章 民事詐欺論の展開	
第1節 日本民法と自然法	(以上、64巻2号)
第2節 意思決定自由の要保護性	(以上、64巻3号)
第2章 民事詐欺の違法性と責任	
第1節 比較法の帰結の考察－裁判例を素材として－	
第1款 一般事例	(以上、64巻4号)
第2款 特殊事例	(以上、64巻5号)
第2節 民事詐欺の違法性と責任	
第1款 詐欺取消制度の意義	
第1項 被侵害権利の要保護性	
第2項 96条における詐欺の要件論	
第2款 残された課題	
第1項 不実表示の意義と課題	
第2項 過失要件の評価と課題	
結論	(以上、本号)

第2節 民事詐欺の違法性と責任

第1款 詐欺取消制度の意義

第1項 被侵害権利の要保護性

(1) 自由意思に対する評価

自由意思の尊重は、決して我儘の奨励ではない。自由意思の保護は、決して我欲の擁護ではない¹¹⁴。社会制度が複雑化した現代において、社会構成の最小単位たる個人の尊厳は容易く見失われ、小さき個人は経済的強者によって圧倒される。こうした時代においては、消極的な自由意思の確保、すなわち責任根拠の自由意思の制限ではなく、むしろ積極的な自由意思の尊重、すなわち違法根拠の自由意思の重視が求められる。この要請に応え得る議論として、例えば自己決定権論が挙げられるであろう。権利性を備える違法根拠の自由意思という法益は憲法によって保障される基本権の地位へ高められ、その侵害は尊厳に対する侵害を意味し、さらに違法性の評価を受けることによって法律効果を発動せしめる。すなわち、自由意思の尊重は、個人の尊厳を確保する方法であり、経済的強者に対抗する手段であるのである。

ところが、本稿において検討したように、日本の学説・判例は96条1項における詐欺の故意要件の緩和に対して消極的であり、このことはドイツにおける学説・判例と対照的であって、その原因は意思決定自由という被侵害権利の要保護性に対する理解の相違に求められ得たのであった。

確かに日本においても1990年代前後から自己決定権を重視する議論が

¹¹⁴ 「自由」意思の「偏重」には問題があろう。この点について、本誌63巻3号100頁の注74を参照。確かに「民衆のある決定的部分が予め真に『自由』な人間になっておらない時には、たといどんなにみごとに自由主義の教説が説かれても、受ける側では利己主義の自由として受取ってしまうことになると思う」が、しかし「そうするとその間隙を利して、やはり『自由』はいけないのではないか、と封建主義の側に立つ人々が言い出し始め、そして封建的な秩序再建への危険が再びかもし出される。無秩序よりはどんなものでも秩序の方がよい、として封建的秩序に憧れを感じるとしたら、これこそ全く歴史の逆転ではないか」(大塚久雄『近代化の人的基礎』(1968年。初出は1946年) 67-68頁)。

見られ、例えば消費者契約法や金融商品販売法からも表意者を重視する傾向が窺われる¹¹⁵。しかし、結果として96条1項における詐欺の解釈が大きな影響を受けたわけではなく、その概念が拡大されたわけでもない。むしろ消費者契約法や金融商品販売法は意思決定自由の保護にとって必ずしも十分な保護を与えているわけではなく、それぞれ問題が残されている¹¹⁶。

¹¹⁵ 2001年から施行された消費者契約法は、意思決定自由という法益が過失行為からも保護されるべき要請の存在を示しているはずである。このことは、例えば同法4条1項において誤認に基づく取消権の要件として故意が緩和されていることから窺われる。「消費者の意思決定の自由は事業者によって侵害されやすい以上、その保護を拡充する必要がある。それが、消費者契約法の趣旨だとみることができる」（山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（一）」民商法雑誌141巻1号（2009年）14頁）。

その他に、2000年に制定された金融商品販売法および2004年に改正された商品取引所法は顧客に対する説明義務を規定し、さらに前者は説明の不存在と元本欠損額の立証によって損害額の推定を認める（両法における説明義務について、河内隆史・尾崎安央『商品取引所法（4訂版）』（2006年）230-231頁を参照）。しかも、2006年に改正された金融商品販売法において、説明すべき事項が大幅に改正され、加えて説明の程度が「一般大衆が理解し得る程度」から「当該顧客が理解し得る程度」へ変更されているのである（上柳敏郎・石戸谷豊・桜井健夫『新・金融商品取引法ハンドブック 消費者の立場からみた金商法・金販法と関連法の解説（第2版）』（2008年）237頁および240頁を参照）。

¹¹⁶ まず、消費者契約法について、同法は故意要件を完全に排除しているわけではない（同法4条2項を参照）。消費者契約法に残存する故意要件（同法4条2項を参照）は、同法の起草過程において、「事業者保護」の観点から求められていた（この点について、潮見佳男『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』同（編）（2001年）35頁を参照。下森・前掲注26・471-472頁）。次に、消費者契約法4条の「重要事項」の判断は、必ずしも消費者の意思決定自由に対する侵害と結び付けられていない。さらに、消費者契約法の適用範囲は「消費者対事業者」に限定されている。消費者の意思決定自由は事業者によってのみ侵害され得る性質ではないし、事業者の意思決定自由は何人によっても侵害されない性質でもない。

次に、金融商品販売法について、2006年に改正された同法において認められる説明義務違反に基づく法律効果は、無効や取消権ではなく、専ら損害賠償である（この点について上柳・石戸・桜井・前掲注115・245頁も参照）。確かに、

意思決定自由という法益に対する認識および保護は未だ十分ではなく、こうした現状において96条1項の詐欺取消制度によって果たされるべき役割は大きな意味を持つ。

(2) 96条1項の詐欺における違法性の根拠

既に確認したように、詐欺概念と故意概念の関係は古く、このことが詐欺解釈と行為無価値論を結び付け、意思決定自由の要保護性を制限させたのであった。すなわち、詐欺と故意を結び付ける伝統的詐欺解釈を維持する限り、過失行為のリスクが被欺罔者へ転嫁される帰結として、民法における意思決定自由に対する行為自由の優位という結論へ到達するからである。詐欺と故意の関係は現代の法体系が構築される以前において既に形成されていたのであるが、しかし今や被欺罔者の意思決定自由は自己決定権として憲法13条の幸福追求権からも導き出される¹¹⁷。憲

これは、判例および学説の動向と一致する（この点について橋本佳幸「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢164巻1-6号（2009年）391頁以下を参照）。しかし、効果が損害賠償に限定される限り、意思決定自由それ自体は保護の対象にならない。それゆえ、契約は締結したが、しかし未だ代金が支払われていない段階において詐欺に気づいた被欺罔者は、詐欺の存在を認識しながら、あえて代金を支払うことによって財産的損害を発生させない限り、保護されない。やはり不法行為法においては終局的には財産の増減に主眼が置かれるのである（この点について橋本・前掲・391頁以下を参照）。もちろん、不法行為法における自己決定権の保護という考え方は在り得る。しかし、そもそも損害賠償それ自体は法律行為の効力を左右しないのであるから、被欺罔者は履行請求を拒絶できない、という不都合を残す。

¹¹⁷ この点について、小林直樹『法の人間学的考察』（2003年）287頁を参照。山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治－私法関係における憲法原理の衝突－（二）・完」法学論叢133巻5号（1993年）5頁および同「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明（編）『現代法の展望 自己決定の諸相』（2004年）16-17頁も参照。

民法の体系においても本来的に意思決定自由の地位は決して低くはない。例えば、「生命・身体が社会の存立および不法行為法制度の根幹をなす最も重要な利益であることは、前述のとおり(言)であるから、最も重大さの程度が高い。身体を動かす自由も同様である（七〇条は、「自由」を挙げる。なお同条に「生命」が挙げられていないのは、生命侵害そのものに慰謝料請求権を認めない趣旨であった。一七一条および一七七頁参照）。重要さにおいてそれと劣らない意思決定の自由も含まれることに異論はない」

法が行為自由の要保護性を意思決定自由の要保護性に優先させているのではないなら、そして詐欺を規定する民法が最高法規としての憲法に服するなら、両法益の対等的保護が求められるべきである。

そのためには、まず結果無価値論の支持に依拠しなければならない。憲法が意思決定自由を保障しているなら、その侵害は違法でなければならないからである。本稿は、96条の検討を通じて行為無価値論を批判し、結果無価値論を支持する議論を展開した。結果無価値の優位は、もちろん民法の全体に及ぶべき帰結であり¹¹⁸、それと同時に96条においても妥当すべき帰結でなければならない¹¹⁹。

(平井宜雄『債権各論Ⅱ不法行為』(1992年) 41-42頁)。

¹¹⁸ この点について、曾根威彦「不法行為法における『違法性』概念—もう一つの〈比較法学〉の試み—」早稲田法学85巻1号(2009年) 80頁も参照。

¹¹⁹ 確かに、不作為は問題を残す。結果無価値論は、発生した結果を違法として理解する。この結果は、96条における詐欺取消制度においては、意思決定自由の侵害を意味する。ところが、不作為の詐欺は相手方の錯誤を利用する欺罔形態であって、換言するなら不作為の欺罔者は相手方の意思決定自由を侵害しているわけではない。すなわち、不作為の詐欺は違法性を基礎づける結果を生ぜしめないから、不作為の詐欺という欺罔形態と結果無価値論は一見すると両立し得ない(「いわゆる不作為による『権利』侵害の場合は、結果不法論の下においても、作為義務の存在することが必要である。このことは、違法というものが、結果の発生によって生じるのではなく、人のふるまいを規制をする義務(行為義務)に人のふるまいが違反することによって生ずるものであることを、示すものと考えられる」(四宮和夫『現代法律学全集10-ii 不法行為』(1985年) 279頁))。

不作為の欺罔は既に侵害された意思決定自由を放置する欺罔形態であり、一見すると不作為は権利侵害を生ぜしめない。しかし、この放置が被欺罔者をして意思表示へ誘導せしめ、そして詐欺に基づく取消権が争われるのである。見方を変えれば、不作為の欺罔が存在しなければ、被欺罔者にとって意思決定自由を回復する余地が残されているはずである。つまり、不作為の欺罔は、相手方の意思決定自由を回復する余地を奪う欺罔形態であり、この意味において不作為も意思決定の自由を侵害しているのであって、違法性を基礎づける結果を生ぜしめている(「阻害方法ハ必スシモ之ヲ積極的行爲ノミニ限ルヘキノ理存在セザルヲ以テ不告知ノ如キ消極的行爲ニヨリテ若シ假リニ告知ヲ爲シタリセハ當然生スヘキ意思活動ヲ阻害シタル者ハ尚之ヲ以テ他人ノ意思ノ自由決定ヲ

もっとも、結果無価値の優位は、被害者の法益の絶対的な優位を意味するわけではない。憲法は意思決定自由のみならず、憲法22条1項において経済的自由として行動の自由をも保障している¹²⁰。その意味において、結果無価値論においても比較衡量の視点は完全に排除されないし、本稿も意思決定自由の偏重を説くわけではない。それゆえ、次いで問題は、一方で意思決定自由の要保護性を考慮し、その侵害を違法として理解しつつ、他方で行為自由を確保する要件として如何なる内容を設定するか、である。

第2項 96条における詐欺の要件論

(1) 行為自由を確保する要件

意思決定自由が侵害される類型を欺罔者の主観的態様に応じて区別するなら、①無過失の欺罔者が虚偽の言明を為す場合、②欺罔者が過失に基づいて虚偽の言明を為す場合、③欺罔者が故意に基づいて虚偽の言明を為す場合、そして④相手方をして意思表示させる目的に基づいて故意に虚偽の言明を為す場合が挙げられる¹²¹。①から③においても、被欺罔者の意思決定自由は害され得る。しかし、通説が詐欺に基づく取消権を

阻害セルモノト云ハサルヘカラサル也」(末弘巖太郎「双務契約と履行不能(二)」法学協会雑誌34巻4号(1916)87頁))。

不作為の欺罔においては、作為の欺罔と異なり、誤れる言動という明確な過失行為の痕跡が発見され難い。そこで、この痕跡を炙り出す要素として、例えば保証人的地位に基づく作為義務が要求される。この作為義務は、不作為の欺罔を作為の欺罔と同視せしめる要素であり、換言するなら意思決定自由侵害の回復可能性の侵奪という結果を認定する要素であるから、結果無価値を導く要素であって、行為無価値を意味しない。

¹²⁰ 「憲法22条1項は、国民の基本的人権の一つとして、職業選択の自由を保障しており、そこで職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべきであり、ひいては、憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものといえることができる」(最判大1972年(昭47)11月22日刑集26巻590頁)。さらに、伊藤正己『憲法(第3版)』(1995年)358頁以下も参照。

¹²¹ この分類について、沖野眞巳「契約締結過程の規律と意思表示理論」別冊NBL54号(1999年)28頁を参照した。

認める類型は、いわゆる二段の故意を含む④のみである。それゆえ、96条における詐欺の故意は、意思決定自由を保護する要件として不当である。

さらに、この故意要件は、二重の意味において不当である。第一に、二段の故意という意味において不当である。「相手方を錯誤へ陥れる」という一段目の故意の要素が既に被欺罔者の意思決定自由を害しているのであるから、96条を意思決定自由保護の規範として理解する限り、二段目は不要である¹²²。そもそも、「相手方をして意思表示させる」という二段目の故意の要素は、詐欺の特有の要素ではない。なぜなら、およそ契約当事者ならば、相手方をして意思表示させる故意を有しているはずであるからである（売主ならば、買主に「買う」と言わせたいはずである）。従来通説および判例が二段目の故意を取って要求していた理由は、被欺罔者の意思表示を、欺罔者の特別な主観的意図の対象として捉えていたからである¹²³。しかし、このような欺罔者の行為態様へ偏する解釈が不当であることは、96条の規範目的から考えれば明白である。

第二に、意思決定自由という法益が過失行為からも保護されるべきであるなら、故意という要件それ自体が不当である。もっとも、確かに虚偽の言明を為した欺罔者が無過失であっても、被欺罔者の意思決定自由は害され得る。しかし、欺罔者の側の法益、すなわち行為自由も確保されるべきであるから、これを確保する要件として少なくとも過失は維持されるべきである¹²⁴。

(2) 96条1項の詐欺における責任の根拠

¹²² 例えば、四宮和夫・能見善久『民法総則（第五版増補版）』（2000年）202頁も、二段目の故意を要求せず、二段目の故意の内容を因果関係の問題として理解する。

¹²³ いわば、「意思表示獲得目的」である（沖野・前掲注121・28頁）。

¹²⁴ 例えば、高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999年）268頁および398頁は、違法性の意識という要件に、個人の行動の自由の保障機能を求める。もちろん、この意味における行為自由と本稿において意味する行為自由の相違あるいは刑事と民事という差異を無視することはできない。しかし、96条の要件として違法性の意識（の可能性）は要求されないことは既に確認した。それゆえ、本稿は、欺罔者の側の行為自由を確保する要件として、過失を求める。

既に確認したように、96条1項における違法性の根拠が意思決定自由に対する侵害であるなら、同条項において求められる過失は責任要件でなければならず、同条項において責任を語るなら、責任能力要件も求められなければならないであろう¹²⁵。すなわち、行為自由は過失および責

¹²⁵ 本稿が責任能力要件を要求する理由は、過失を責任要件として理解するからであり、少なくとも欺罔者に対する制裁を強調する意味は持たない。これに反して、96条の規範的特色として詐欺者に対するサンクションを強調する立場によれば、「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」という（松尾・前掲注55・5頁）。かかる理解の背景として、民法と刑法の峻別論の否定が存在する（松尾・前掲注55・2頁）。そして、さらに、その背景として、サンクションを通じた市場メカニズムの制度理解が存在する。すなわち、松尾によれば、「詐欺・強迫に関する法的ルールは、市場への参加者間の行動を指導する規範およびその違反に対するサンクションを中核とするものであり」、「市場メカニズムを支える制度の重要な一部分を構成しているとみることができる」というのである（松尾・前掲注55・3-4頁）。

確かに、96条を市場参加者の行動指導原理として理解することは可能であり、不当でもない。しかし、問題は、市場参加者の行動指導原理を法的制裁の観点から把握しなければならない理由である。すなわち、問題は、何を目指した「市場メカニズム」を措定するのか、である。この点に関する松尾の理解は、必ずしも明確ではない。

もちろん、悪質な行為者を排除する仕組は必要である。しかし、一個人が行使する取消権によって悪質な行為者を市場から排除することは難しいであろう。むしろ、これは悪質な行為者を排除し得る実力を備えた専門の機関ないし組織（警察や検察など）が担うべき任務であり、こうした機関ないし組織によって運用される法律（刑法や経済刑法など）が果たすべき役割であろう（例えば、神山敏雄「クラウド・ティーデマン『経済犯罪者に対するサンクション』の紹介と論評」法学会雑誌（岡山大学）37巻4号（1988年）914頁を参照）。ならば民法は、個人の尊厳や自由の確保を含めた損害の回復に努めるべきである。加えて、既に確認したように、「詐欺者に対する法的サンクション」は行為無価値論へ連なり、これは意思決定自由の保護を妨げる要因たり得るのであり、この点においても96条1項の責任能力の要件を制裁の観点から捉える理解は問題である。

しかも、健全かつ活気ある経済を形成する高質な市場メカニズムを目指すな

任能力を通じて確保され、過失および責任能力を通じて責任が基礎づけられる。

以上を要するに、96条における詐欺の要件は、被欺罔者の意思決定自由侵害、欺罔者の過失（一段目の故意の過失化）、この両者の因果関係¹²⁶、そして責任能力である。

確かに、96条における詐欺の故意要件を過失へ引き下げる意義として、従来は96条の射程外に置かれた過失行為者を96条へ包摂し得ることが挙げられる。しかし、より重要な意義は、むしろ事実の故意行為を法的事実の過失行為として認定し得る点に存する。従来解釈によれば、たとえ事実として故意に基づく欺罔行為が存在したとしても、故意が立証されない限り、せいぜい当該行為は法的事実として過失行為の認定を受けるに過ぎず、この意味における欺罔行為は96条の射程外へ放出されていた。しかし、96条における詐欺の故意要件を過失へ引き下げることによって、事実として故意に基づく欺罔行為を再び96条へ包摂することが可能になる。そして、96条の故意要件を過失へ引き下げることは、第1部におけるドイツ法の検討結果および前述の日・独の裁判例比較からも支持されるであろう。

ら、むしろ経済的弱者も安心して市場へ参加し得る前提として意思決定自由の確保が必要であろう。すなわち、「取引相手に『ボラレたり』、不必要なものを『売りつけられたり』する市場が良い市場であるはずはない。また、質の悪い商品しか出回っていない市場も良い市場とは考えられない。押し売り、詐欺、粗悪品などが横行する市場の質が高いとは言えない」のであり、「高質な市場を維持するためには、個人の自発的意思決定の機会が最大限認められなくてはならない」（矢野誠『「質の時代」のシステム改革』（2005年）3頁および153頁）。96条における詐欺取消制度は、かかる市場メカニズムを支える制度としても理解されるべきであろう。

¹²⁶ この因果関係は詐欺の要件として必要である。確かに、この因果関係に加えて、詐欺と意思表示の因果関係も必要である。しかし、後者の因果関係は詐欺の要件ではなく、取消権の発生要件として求められる（これは、不法行為法において、不法行為の成立要件と損害賠償請求権の発生要件が別個に検討される理由と同様である。この点について四宮・前掲注119・433頁を参照）。意思表示が存在しないなら、96条を争う余地も存しないからである。

第2款 残された課題

第1項 不実表示の意義と課題

(1) 不実表示の意義

96条1項の詐欺取消制度における故意要件を批判し、これに代えて過失を求める本稿の立場は、法律行為法における不実表示法理の導入と親和的である。民法の債権法改正に伴う一連の提案において、不実表示に基づく意思表示の取消可能性に関する規定の導入案は注目される¹²⁷。民法の不実表示は、消費者契約法と異なり、表意者の属性が消費者に限定されない。「事実に関して取引の相手方が不実の表示を行えば、消費者でなくても、誤認をしてしまう危険性は高いというべきだろう」からである¹²⁸。さらに、この改正案によれば、「表意者の意思表示をするか否かの判断に『通常影響を及ぼすべき事項』について不実表示が行われたかどうかを問題とし、客観的・定型的な要件を設定している」¹²⁹。しかも、

¹²⁷ 不実表示に関する提案は、次のような内容である（民法（債権法）改正検討委員会（編）『債権法改正の基本方針』別冊 NBL126号（2009年）30-31頁から引用した）。

【1.5.15】（不実表示）

〈1〉相手方に対する意思表示について、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき相手方が事実と異なることを表示したために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示した場合は、その意思表示は取り消すことができる。

〈2〉相手方に対する意思表示について、表意者の意思表示をするか否かの判断に通常影響を及ぼすべき事項につき第三者が事実と異なることを表示したために表意者がその事実を誤って認識し、それによって意思表示をした場合は、次のいずれかに該当するときに限り、その意思表示は取り消すことができる。

〈ア〉当該第三者が相手方の代理人その他その行為につき相手方が責任を負うべき者であるとき。

〈イ〉表意者が意思表示をする際に、当該第三者が表意者に事実と異なることを表示したことを相手方が知っていたとき、または知ることができたとき。

〈3〉〈1〉〈2〉による意思表示の取消しは、善意無過失の第三者に対抗することができない。

¹²⁸ 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注127・31頁。

¹²⁹ 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注127・32頁。

「表意者に重過失がある場合でも、表意者は意思表示を取り消すことができる」¹³⁰。

こうした不実表示の概念は、96条における故意要件の不当性を訴える本稿からも支持できる¹³¹。ただし、同改正提案は、規範目的に関して、疑問を残す。例えば、イギリス法における不実表示は、必ずしも意思決定自由を保護する法理として理解されているわけではない¹³²。加えて、今回の改正提案において不実表示法の範囲が「事実に関する」不実の表示に限定されていることから、この不実表示法の目的が必ずしも意思決定自由の保護ではないことが窺われる。「事実に関する」不実の表示ではなくても、意思決定の自由が害され得るからである。不実表示法の規範目的の理解は、被侵害権利の問題を含み、違法性の問題にも連なる課題である。

(2) 不実表示の課題

例えば、イギリスの不実表示法それ自体にも問題が残されている。Le Neve v. Le Neve (1748), 3 Atk 646; 26 E.R. 1172においてローマ法の *dolus malus* が引用され、つまりローマ法の影響が見られ、しかもドイツの啓蒙期自然法学説と異なり、確かにイギリスの伝統的な哲学においては自由の行使と意思の概念は必ずしも結び付けられていなかったのであるが¹³³、しかし被欺罔者の被侵害権利の観念が全く存在していなかつ

¹³⁰ 民法（債権法）改正検討委員会・前掲注127・32頁。

¹³¹ 不実表示法の導入の正当化について、山本・前掲注117「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」・3頁以下において展開されている基本権保護義務論が重要である。本稿と山本説は不実表示法理の導入について賛成する点において一致するのであって、それを正当化する説明の仕方が異なるに過ぎない。具体的な相違点は、山本説によれば、不実表示法の導入が実現しない限り、錯誤法の拡充に頼らなければならない、これは評価矛盾の拡大を意味する。この点について、本誌63巻3号92頁を参照。

¹³² 少なくとも通説・判例ではない（ただし、下級審において意思決定の自由の保護を示唆する裁判例は存在する。この点は後述する）。

¹³³ この点について、例えば Vernon J. Bourke, *Will In Western Thought*, 1964, pp. 89-90を参照。イギリス哲学と日本における思想状況の対比について、例え

たわけでもなく、例えば詐欺的不実表示 (fraudulent misrepresentation) を理由として損害賠償請求が求められた Peek v. Derry (1887), 37 Ch. D. 541において、「陳述を受ける者が有する正しい陳述だけを為さしめる権利 (the right which those to whom he makes the statement have to have true statements only made to them)」という表現が見られ¹³⁴、つまり被欺罔者の被侵害権利という違法性の根拠を語る余地が存在していたのである。しかも、確かに本判決の理解は同事件の貴族院たる Derry v. Peek [1889] 14 App. Cas. 337において否定されたが、しかし同貴族院は他方で欺罔者の主観的要件 (mens rea) として無頓着 (recklessness) を認めるのであり、無頓着 (recklessness) は未必の故意または認識ある過失に相当する概念として理解されているのであって¹³⁵、詐欺の責任要件として過失を語る余地が存在し、故意と過失の確定問題も潜んでいる¹³⁶。加えて、1967年に成立した不実表示法は、善意不実表示に基づく取消権を定めつつ、裁判官の裁量に基づいて取消権に代わる損害賠償請求権を認定し得る条項も定める (同法2条2項)。これは、ドイツ民法123条1項を補完する法理として契約締結上の過失法理に基づく損害賠償請求権が認められた状況と類似しているようにも見える (イギリスの不実表示法を意思形成の自由を保護する制度として理解するドイツの法学者も存在する¹³⁷)。

ば丸山真男「日本における自由意識の形成と特質」同『戦中と戦後の間 1936-1957』(1976年) 297頁以下も参照。

¹³⁴ なお、サヴィニーは「真実の通知を求める権利 (Recht auf Mittheilung der Wahrheit)」を否定する (これは、Theodor Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, 2. Teil, 1852, S. 540-541から引用した)。

¹³⁵ 例えば田中英夫(編)『BASIC 英米法辞典』(2001年) 155頁; Christoph J. M. Safferling, Vorsatz und Schuld Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, 2008, S. 360 ffを参照。

¹³⁶ この点を示唆する論者として、William R. Anson, Derry v. Peek in the House of Lords, 6 L.Q.R. (1890), p. 73.

¹³⁷ 例えば、Holger Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 817を参照。

しかし、善意不実表示に関する法改正委員会の第10報告によれば、取消権の効果が原告の損害を上回り得る点に鑑みて、実質的正義を担保する手段として裁判官の自由裁量が認められた¹³⁸。この点を見れば、同法の自由裁量規定は、むしろ日本における過失相殺に基づく法律行為的効力の割合的解消の理解に近い（取消権に代わる自由裁量に基づく損害賠償という救済手段は、その損害賠償の算定基準を契約法の算定に従うのか、不法行為法の算定に従うのか、裁判官の自由裁量と取消権と損害賠償請求権の要件充足性の関係、あるいは両要件の充足の時期等々について曖昧かつ不明瞭な点を残し、不実表示法を複雑化している、という批判が早くから提起されていた¹³⁹）。

このように不実表示法においても問題は残されており、その導入に備えた議論は必要であろう。

第2項 過失要件の評価と課題

(1) 過失要件の評価

不実表示法が導入されたとしても（あるいは導入されなくても）、被欺罔者の意思決定自由と欺罔者の行為自由を考量する思考枠組が必要であることは何ら変わらない。そして、その際に、欺罔者の行為自由を確保する要件として過失が重要であることは、既に確認した。ただし、過失の理解について、見解は分かれている。

かつて過失は故意と並ぶ主観的責任要素として理解され、不注意という心理状態を帰責根拠として把握されていた（旧過失論）¹⁴⁰。しかし、現在の支配的見解によれば、過失は客観的な結果回避義務違反を意味する客観的過失として理解されている（新過失論）¹⁴¹。そして、その過失の標

¹³⁸ この報告書は、例えば George Spencer Bower, *The Law of Actionable Misrepresentation*, 3rd. ed., 1974, ed. Sir Alexander Kingcome Turner, pp. 451 以下に所収。

¹³⁹ Atiyah-Treitel, *Misrepresentation Act 1967*, M. L. R.30 (1967), pp. 369.

¹⁴⁰ 「過失トハ不注意（善良ナル管理者ノ注意ヲ缺クコト）ニ因リ行爲ノ結果ヲ豫見セザルカ又ハ之ヲ豫見スルモ容認セザル心理状態ヲ謂フ」（鳩山秀夫『日本債權法各論（下）』（1924年）901頁）。

¹⁴¹ この点について、例えば潮見佳男『不法行為法』（1999年）154頁を参照。

準は、平均人の能力であって、行為者の能力ではない（いわゆる抽象的過失）¹⁴²。通説によれば、過失の義務違反の有無は、通常人の能力あるいは技量等を基準として一般的・客観的に判断される¹⁴³。

過失を心理状態として捉える立場も、過失を客観的な義務違反として捉える立場も、過失の意義を行動の自由の確保として理解することができる¹⁴⁴。ただし、前者は過失を責任要素として捉え¹⁴⁵、後者は過失を違法要素として捉える¹⁴⁶。この点が問題である。

過失を違法要素として捉えるなら、96条1項の詐欺取消制度において意思決定自由に対する侵害を違法として理解する意義は相対的に減じられる。既に確認したように、行為無価値論が理解する法の第一義的任務は、法益の保護ではなく、行為を法秩序に適合させることである。この法「秩序」の内容は社会全体の見地から判断されるのであって、すなわち「行為無価値論的アプローチには、『社会発展の利益』への傾斜が生じやすい」¹⁴⁷。それゆえ、欺罔者の行為自由を確保するのみならず、被欺罔者の意思決定自由を重視する本稿の立場は、過失と行為無価値を結び付ける理解に与することはできず、結果として過失を心理状態として捉える立場と親和的になる。

¹⁴² この点について、例えば潮見・前掲注141・162頁を参照。

¹⁴³ 四宮・前掲注119・336-337頁を参照。

¹⁴⁴ 前者について、例えば鳩山・前掲注140・848頁。後者について、例えば潮見・前掲注141・43頁および158頁。

¹⁴⁵ 例えば、鳩山・前掲注140・901頁を参照。

¹⁴⁶ 例えば、潮見佳男は次のように述べる。「行為者による意思形成の自由・決定自由を保障しつつ、これに基づく意思決定・行為操縦をどのように規制していくかという角度から、意思決定に基づく行為に対して法的規制を加えるのが行為規範であり、それへの違反があった場合に、法秩序として無価値評価を下す」のであり、「私的生活を遂行するに当たり行為者のとる行動に対して、法秩序が、過失判断という枠組みを借りながら、事前的評価に基づく行為規範を確定し、その当為内容を潜在的行為者に提示することにより、この潜在的行為者の決定ならびに行動を望ましい方向へと是正し、ないしは望ましい決定ならびに行動を許容しかつ積極的に保障していくという」「過失の事前的無価値判断に共感を覚える」（潮見佳男『民事過失の帰責構造』（1995年）276-278頁）。

¹⁴⁷ 中山研一『刑法総論』（1982年）384頁。

(2) 過失要件の課題

96条における詐欺取消制度を意思決定自由の保護として理解するならば、意思決定自由に対する侵害が違法性の根拠であって、過失は違法性の根拠ではなく、96条において要求される過失は責任要素として理解される（換言するならば、故意に基づく意思決定自由の侵害と過失に基づく意思決定自由の侵害は、その違法性について、差異を生じない）。

もっとも、過失を責任要素として捉えても、違法要素として捉えても、法理論として見る限り、結論において大差は生じない、という理解も在り得る¹⁴⁸。しかも、過失を心理状態として捉え、かつ注意義務の基準を平均人へ求める立場も存在し¹⁴⁹、これは旧過失論における客観説であって、この立場によれば、過失の内容は新過失論へ接近する。このように、過失論の対立は理論的性格が強い。

もちろん、こうした過失の理論的性格の相違も重要であるが¹⁵⁰、しかし96条の規範目的が意思決定自由の保護であるならば、より重要な問題は意思決定自由を侵害し得る過失構造の具体的な内容の解明であろう。つまり、如何なる（過失）行為が他人の動機に対して如何なる影響を及ぼすか、という問題である。これは、人の意思決定の仕組に関する理解も含めた研究を要すると同時に、動機を意思表示の内容として捉えない（現在の支配的見解が理解する）法律行為法の範疇を超え出る問題でもある。この問題は、例えば心理学の知見をも借りた分析を要するのであっ

¹⁴⁸ この点について、例えば浅田和茂『刑法総論』（2005年）338-339頁も参照。

¹⁴⁹ 「過失とは、その結果の発生することを知るべきでありながら、不注意のためそれを知りえないで、ある行為をするという心理状態である」。そして、「不法行為の場合には、抽象的過失だけが問題となる。被害者としては、加害者の方で普通人としての標準的な注意を払うものと思って行動しているのであって、たまたま加害者が注意力が劣っていたために具体的過失がないとされ、損害賠償が取れなくては、被害者の保護に不十分であり、不公正な結果が生じることになる」（加藤一郎『不法行為』（1957年）64頁および69頁）。

¹⁵⁰ 「過失を内部的・心理的な容態としてとらえるか、あるいは外部的な行為として理解するか、という違いは、実は過失責任の帰責の根拠づけという理論上の問題に深くかかわっている」（森島昭夫『不法行為法講義』（1987年）174頁）。

て¹⁵¹、今後の課題である¹⁵²。

¹⁵¹ 詐欺を含めたドイツ法律行為論は「当時のドイツ心理学の知見を背景にしているが、その後、百年の間に心理学はずいぶんと進歩した」。「そうだとすると、現在の状況（判例の状況や解決すべき事件の状況）にあわせて、かつ、最近の心理学の知見を考慮して、別の体系化をはかるといふ試みがなされてもよい時期がきているのではないかと思われる。もちろんこれは簡単なことではない。ドイツの意思表示理論にしても何十年かの時間をかけて何人もの学者が力を注いだ成果であった。その現代化は一朝一夕になしうるわけではない。ただ、情報格差ということが強く意識されている消費者契約は、このようなパラダイム転換の素材として格好のものであるということは確かである」(大村敦志『消費者法(第2版)』(2003年)75-76頁)。

もちろん、日本民法が法律行為制度を維持する限り、たとえ心理学の知見が援用されようとも、その基本枠組はドイツ法律行為論であって、96条1項の規範目的を意思決定自由の保護として捉える解釈を變じる必要性も生じない。心理学を援用する理由は、むしろ、詐欺を巡る問題が「そもそも自己決定権の『侵害』があったことをどのように判断するかという非常にむずかしい問題につながり」、「人間の情報処理に対する制約要因にはどのようなものがあり、それがどのようになかたちで利用ないし悪用されているか」という分析が必要であるからである(山本敬三「基本権の保護と契約規制の法理」先物取引被害研究29号(2007年)18頁。なお、同頁において、最近の認知科学による成果を取り込んだ研究の必要性が指摘されている)。

¹⁵² 法と心理に関する従来の主たる関心は、供述心理(自白の信憑性や目撃証言の確実性)や量刑心理(刑罰量定における人的条件の影響)あるいは心証心理(心証形成過程の構造)であり、とりわけ刑事法の領域に存していた(例えば、皆川治廣「証言心理学」法学協会雑誌31巻10号(1913年)29頁以下、植松正『裁判心理学の諸相』(1947年。なお、植松の心理学研究について、村井敏邦「心理学と刑法学との交錯—植松正先生の人と学問—」一橋論叢62巻4号(1969年)343頁以下も参照)、菊野春雄『嘘をつく記憶 目撃・自白・証言のメカニズム』(2000年)、高木光太郎『証言の心理学 記憶を信じる、記憶を疑う』(2006年)、G・ボーネ(庭山英雄・田中嘉之 訳)『裁判官の心証形成の心理学』(2006年)、立石孝夫『法と経済の心理学Ⅱ—トラブル回避の心構え—』(2010年)とりわけ第2章「刑事罰と人の心理」54頁以下)。

しかし、本稿の関心は、心理学的見地から捉えられた意思決定という事象を、民法が定める要件・効果へ結び付けることであって、とりわけ民事における取引の局面に存する。さらに、本稿の関心は、合理的な経済人の意思決定ではなく、必ずしも合理的に行動しない個々の消費者における意思決定であり、この

結論

第1節 「本稿の課題」の確認

本稿の課題は、96条の詐欺取消制度を、違法性と責任という観点から相互に検討し、現代における詐欺取消制度の在り方を再考することであった。民法96条1項の詐欺取消制度における「故意」要件は、第一に欺罔者の過失行為に起因するリスクが被欺罔者へ転嫁される点において不当であり、第二に民法の基本原則たる過失責任主義に反する点において疑問であったからである。そして、さらに重要な点は、過失のリスクが被欺罔者へ転嫁され、過失責任主義の例外が認められる限り、被欺罔者が保護を受ける範囲は縮減し、その反面として当該法律行為の有効性

意味において記述的研究が対象である（記述的研究とは、必ずしも合理性を前提とせず、人の主観的な心理過程を解明する研究のことである。記述的研究に対して規範的研究と呼ばれる領域が存在し、これは合理性を前提として利益を最大化する選択方法を解明することである。いわゆるプロスペクト理論は前者に属し、いわゆるゲーム理論は後者に属する）。こうした観点における心理学の研究は既に少なからず存在しているし（例えば、杉本徹雄（編）『消費者理解のための心理学』（1997年）、広田すみれ・増田真也・坂上貴之（編）『心理学が描くリスクの世界』（2002年）、子安増生・西村和雄（編）『経済心理学のすすめ』（2007年。とりわけ竹村和久「第2章 意思決定過程の心理学」45頁以下および加藤英明・岡田克彦「第6章 行動ファイナンス」137頁以下）、奥田秀宇『意思決定心理学への招待』（2008年）、下條信輔『サブプリミナル・インパクト—情動と潜在認知の現代』（2008年）とりわけ第3章「消費者は自由か」149頁以下、竹村和久『行動意思決定論 経済行動の心理学』（2009年）。さらに、いわゆる悪徳商法の側から見た心理学的アプローチについて、箱田裕司・仁平義明（編）『嘘とだましの心理学』（2006年）35頁以下も参照）、そうした心理学における知見を紹介ないし研究する法学研究者の論稿も近時は見られるものの（例えば、山本顯治「投資行動の消費者心理と民法学《覚書》」同（編）『法動態学叢書 水平的秩序4 紛争と対話』（2007年）、村本武志「消費者取引における心理学的な影響力行使の違法性—不当威圧法理、非良心性ないし状況の濫用法理の観点から」姫路ロー・ジャーナル1・2巻（2005-2007年）193頁以下）、未だ進展の余地が多く残された領域であり、本稿が今後の課題として取り上げた所以でもある。

を維持する根拠が必要とされるため、被欺罔者の自己責任が強調されることになっている点であった。

確かに伝統的な責任論によれば、人の自由意思が責任の根拠であった。自己責任の根拠も、概して自由意思である。本稿では、この意味の自由意思を「責任根拠の自由意思」と呼んだ。しかし、自由意思は人の尊厳を成し、ゆえに法的に保護される権利として尊重されるべきものでもある。そのため、この自由意思は被侵害権利性を具有し、その侵害は違法性を基礎づけるはずである。本稿では、この意味の自由意思を「違法根拠の自由意思」と呼んだ。

もちろん、「責任根拠の自由意思」と「違法根拠の自由意思」は表裏一体である。しかし、その表を見るか、裏を見るか、このことが96条1項の規範目的の理解に反映される。仮に96条1項の規範目的を被欺罔者の保護に求めるならば、「責任根拠の自由意思」よりも、欺罔者の言動によって害される「違法根拠の自由意思」が重要な意味を持つはずである。

ところが、従来解釈によれば、96条1項において重視される要素は「責任根拠の自由意思」であった。このことは、同条項における故意要件から由来する欺罔者中心の解釈、または「騙された者にも落ち度がある」という偏見、あるいは法律行為の有効性を前提として議論される過失相殺に基づく割合的解決の傾向からも、容易に窺われた。しかし、こうした従来理解は、様々な情報が錯綜する高度に複雑化した現代の取引環境においてもなお、その正当性を保持し得るのであろうか。むしろ、個人の尊厳がともすれば見失われつつある現在の状況においては、「違法根拠の自由意思」の意味を再評価し、96条1項の規範目的を被欺罔者の意思決定自由の保護へ求めるべきはないのか。そして、このことは同条項の「故意」要件を「過失」へ引き下げることによって、より良く達成されるのではないか。本稿の問題関心の核心は、ここにあった。

第2節 本稿の小括

本稿は、その課題を達成するために、日本法の詐欺取消制度を検討する前提として、その母法たるドイツ法を検討し、それを踏まえて日本法

を検討した。

第1款 ドイツ法

(1) ローマ法

詐欺の起源と言われるローマ法の *dolus* は、詐欺の意味に加えて、故意の意味も有した。つまり、詐欺と故意は、既に結び付いた概念であった。さらにキリスト教も影響して、*dolus* は道徳的に非難に値する概念として理解されていた。このような概念を前提とする法においては、被害者の保護よりも加害者に対する制裁の観念が作用し、ゆえに欺罔者の態様が重要であって、少なくともローマ法においては被欺罔者の意思決定自由という観点から詐欺を捉える解釈は存在していなかった。

(2) 自然法学説

人の自由意思に関わる問題は神学から生まれ、これが中世の自然法学説へ受け継がれた。まず、責任根拠の自由意思が説かれたものの、とりわけ啓蒙期自然法学説において自由意思は人の権利としても理解され、ついに詐欺によって侵害され得る性質の利益として捉えられた。その集大成がプロイセン一般ラント法であり、詐欺と被侵害権利の関係に限れば、プロイセン一般ラント法における詐欺とローマ法における詐欺は対照的である。つまり、詐欺の解釈に際して、欺罔者の観点を特に重視するローマ法と異なり、プロイセン一般ラント法においては被欺罔者の観点が取り入れられている、ということである。

(3) 歴史法学派と BGB の立場

① 歴史法学派

その後のプロイセン一般ラント法とローマ法の関係は、サヴィニーの歴史法学派の影響によって、後者が勢力を増した。詐欺の解釈は欺罔者の行為態様へ向けられ、その反良俗性あるいは主観的違法要素が重視された。とりわけサヴィニーの自由意思論は、詐欺によって自由意思が害されない、という点にも特徴が見られる。これは意思よりも表示を（あるいは個人よりも全体を）重視するサヴィニーの表示主義の影響も無視できない。

② BGB の立場

確かに一方において歴史法学派の影響が見られたものの、他方において経済自由主義に基づいて躍進を続けたプロイセンは BGB の編纂において大きな影響を及ぼし、その影響は詐欺の理解にも見られ、「意思決定自由に対する違法な侵害を許さない」という起草者の態度が明確に示され、詐欺の解釈は詐欺を被欺罔者の自由意思から捉える自然法学説あるいはこれに依拠したプロイセン一般ラント法の理解へ引き戻され、これ以降のドイツ民法(学)における詐欺取消制度の規範目的を規定した。そして、BGB において意思決定自由と違法性が結び付けられ、「違法根拠の自由意思」が確立された。

(4) 薄れゆく意思決定自由の価値

① BGB における自由の内容

ドイツ民法典成立の当初においては、例えばドイツ民法823条1項の自由として意思決定自由を含める解釈が支配的であった。このことから、意思決定自由の要保護性が高く設定されていたことが窺われた。ところが、詐欺と無関係な諸事例を契機として、ドイツ民法823条1項の自由を身体的自由に限定する解釈が確立された(例えば労働事件:労働者のストライキの不法行為性を否定するため、同条項の法益の範囲を限定する解釈が展開された)。この時から、意思決定自由を保護し得る不法行為規範は主として823条2項および826条に限られ、詐欺取消制度と競合する不法行為規範も823条2項と826条に限られ、意思決定自由は過失行為から保護される得る法益の地位を喪失したのであった。

② 行為無価値論の影響

意思決定自由の要保護性の低下に加えて、行為無価値論も意思決定自由の要保護性に影響を与えた。行為無価値論によれば、一方で違法評価の対象の主観化(例えば、違法評価の対象が「権利侵害」から「故意」へ移る)が導かれ、そのことによって法の目的も変じ(「保護」から「制裁」へ)、従来の違法評価の対象(「権利侵害」)の意義も薄れた。そして、行為無価値論は民法学においても展開され、その影響を受けた詐欺取消制度の故意要件は違法要素として理解され、これに伴い再び欺罔者の行

為態様が解釈の基点に置かれ、その結果として詐欺取消制度の規範目的も制裁の観点が強まり、ますます詐欺取消制度における意思決定自由の意義は薄れた。

(5) 意思決定自由の再評価

①意思決定自由の保護を拡大する方法：契約締結上の過失法理

詐欺取消制度を巡る解釈は、1960年代前後から生じた消費者問題あるいは労働問題も影響して、また新たな動向を見せ始めた。すなわち、諸般の問題を捉え得る共通の基本原則として私的自治が見直され、その過程において意思決定自由に対する評価も改められた。そうした中で、裁判所は詐欺取消制度の適用が予定され得る事例において、契約締結上の過失法理を援用した。学説の有力な傾向も、こうした裁判所の理解に賛意を示した。さらに学説は契約締結上の過失法理の役割を意思決定自由の保護として理解し、この理解は債務法改正において立法化された。

②意思決定自由の保護を拡大する方法：故意概念の緩和

ドイツにおける損害賠償の原則が原状回復であることから、契約締結上の過失法理の援用は詐欺取消しを認めるに等しく、つまり事実上の過失の詐欺を認めるに等しい。そして、裁判所は、この方向性を詐欺の故意概念それ自体においても押し進めている。すなわち、裁判所は、故意概念それ自体を緩和し、当該言明の虚偽性に対する積極的な認識を欠く「でたらめ」な言明に基づいて未必の故意を肯定し、さらに近時の特徴として（いわゆる可能性説を採用することによって）部分的に故意の過失化を実現している（故意の理解を巡り学説は対立し、その中の可能性説における故意は同説と対極に位置する意思説の過失へ食い込む。「故意の過失化」は、この意味である）。

以上の概観から、ドイツにおいて意思決定自由の要保護性が高く設定されていること、このことが詐欺取消制度へ反映し、故意の過失化を実現していることが理解された。

第2款 日本法

(1) 前史

①明治以前

ドイツにおいて意思決定自由の要保護性が高く設定されている背景として、既に確認した自然法学説を含む伝統の存在を無視できない。これに対して、日本法において、こうした伝統は見られない。少なくとも、西洋哲学の意味における権利や自由あるいは自由意思の概念が日本へ入り込む契機は、鎖国体制の崩壊の時まで待たなければならなかった。

②旧民法典における詐欺

西洋法思想を取り入れる契機は様々に在り得たものの、特に詐欺に限れば、まずボワソナードが重要である。ボワソナードによれば、詐欺は意思の瑕疵を構成せず、主として不法行為として扱われる。詐欺が意思決定自由を害さず、むしろ欺罔者の反良俗性あるいは不誠実性を問題視する点を見る限り、ボワソナードの詐欺論はサヴィニーの詐欺論と同様である（サヴィニーとボワソナードの共通点を探り出すことは容易ではないものの、主知主義＝意思よりも知性・理性を重視する立場において共通する）。

(2) 民法典の起草者と解釈者

①起草者の理解－特に富井と穂積－

自由意思を重視しない点においては、特に現行民法典起草者の富井（法律行為担当）・穂積（不法行為担当）とボワソナードは共通する。とりわけ、ダーウィンやスペンサーから影響を受けた穂積は、その進化主義に基づいて、自由意思を否定するのみならず、自然法思想それ自体をも否定する。これが民法起草者の立場であったことは注目されるのであるが、しかし詐欺論の詳細は必ずしも明確ではなく、後の解釈に委ねられた問題であった。

②解釈者の理解－特に末川と我妻－

民法典成立当初はドイツ法学も影響し、権利の観念が重視され、例えば710条における「自由」の概念に意思決定自由が含まれた（これは現在も同様）。ところが、権利を重視する立場は次第に個人主義的に過ぎる立場として批判を受け、例えば709条の権利侵害要件は違法性へ読

み替えられ（末川）、その違法性の判断基準として社会的相当性や信義則が援用され（我妻）、その違法論は行為無価値論へ傾斜し始めた。このことは詐欺論にも影響を及ぼし、詐欺の違法性の基準は、被欺罔者の意思決定自由ではなく、欺罔者の行為態様に置かれた。

（3）戦後から現代に至る状況

①自由意思の制限

戦後の新憲法は個人の尊厳を謳うが、しかし詐欺論の状況は何も変わらなかった。意思決定自由の要保護性も変化なく、むしろ経済的自由に劣後する旨を説く裁判例さえ登場した（三菱樹脂事件）。そのような状況において、消費者問題や労働問題に直面した学説は、意思決定自由の権利性を強調するのではなく、その制限を説いた。ただし、これは、「責任根拠の自由意思」を制限することによって表意者の免責を正当化する消極的な保護に過ぎなかった。

②契約正義

その後の判例・学説の展開においても、被欺罔者の意思決定自由を重視しない点において、変わらなかった。例えば、学説においては情報提供義務あるいは合意の瑕疵論が展開され、従来と異なる様相を見せたものの、これら学説は契約正義の観点に基づいて詐欺取消制度を欺罔者に対する制裁の制度として捉えるのであり、その反面として被欺罔者の自由意思は等閑視される。

以上の如く、日本の詐欺論は、ほぼ一貫して、被欺罔者の意思決定自由の要保護性より、欺罔者の行為態様を重視してきた。それゆえ、当然に故意要件は不可欠の要素として固持される。

（4）日・独の判例比較

①一般事例—特に売買契約—

日本法における詐欺論は、ドイツの裁判例と比較することによって、さらに特徴が際立つ。ドイツの裁判例においては当該言明の虚偽性に対する積極的な認識を欠く「でたらめ」な言明に基づいて未必の故意が肯

定され、さらに近時の特徴として（いわゆる可能性説を採用することによって）部分的に故意の過失化を実現されている。これに対して、日本の裁判所は、積極的に相手方を騙す欺罔者の意図が立証されない限り、詐欺を肯定しない。こうした日・独の差異は、その一要因として、両者における意思決定自由の要保護性に対する理解の相違に求められるように思われる。既に指摘したように、ドイツにおいては故意の緩和のみならず、契約締結上の過失法理の援用も重要な意味を持つが、しかし同法理が援用される際も過失相殺が適用された事例はほとんど見受けられず、この点からも単なる法的構成の相違ではなく、ドイツにおいては意思決定自由が重視されていることが理解されるのである。

②特殊事例—特に保険契約・労働契約—

一般的な売買の事例と異なり、特に保険契約および労働契約は経済的弱者が欺罔者として登場する点において特殊性を有する。さらに保険契約および労働契約は不作為の問題に関しても特別な配慮を要する問題を抱えているのであり、必ずしも一般的な詐欺の事例と同列に扱えない（こうした理由から、たとえ被保険者あるいは被用者が説明義務を基礎づける事情を容易に知り得る立場にあったとしても、簡単に同義務違反は認められず、つまり特殊事例においては一般事例と異なり、詐欺の否定率が高い）。これは、一般事例から区別して、個別に検討した所以でもあった。

(5) 民事詐欺の違法性と責任

①民事詐欺の違法性

ドイツ法と比べて、日本法の詐欺取消制度は厳格に故意要件を求める。これは被欺罔者の救済にとって重大な桎梏を意味する。しかし、消費者契約法あるいは金融商品販売法等の諸立法は詐欺の故意要件を緩和する傾向を示しているし、さらに債権法改正の一環として議論された不実表示法の導入も明らかに故意要件の緩和を企図した提案である。こうした近時の動向は、過失の欺罔からも被欺罔者を救済すべき要請の存在を示唆しているはずである。もちろん、故意要件の緩和は法律文言の形式的な修正によって済まされる問題ではなく、詐欺取消制度に対する基本的

理解の転換を要する。これは、従来 of 行為無価値的発想の放棄を意味し、同時に「詐欺取消制度の規範目的は意思決定自由の保護＝意思決定自由に対する侵害が違法」という発想の再確認を意味する。こうした理解に立脚して初めて、「違法根拠の自由意思」に対する配慮が生まれ、その反射的作用として故意要件の否定が正当化されるのである。

②民事詐欺の責任

「違法根拠の自由意思」が含意する被欺罔者の意思決定自由は絶対的な法益ではなく、欺罔者の行為自由という法益も同様に重要である。ただし、従来 of 理解によれば、故意要件が行為自由の保護へ傾斜し過ぎた点に問題が存在していた。そこで、本稿は、リスクの公平な配分および過失責任主義の原則に鑑みて欺罔者の故意要件を否定し、これに代わる過失の要件化を求め、この過失を通じて行為自由の確保を担保させる解釈を示した。もちろん、この過失が認められれば、行為自由は奪われるのであり、その限度において欺罔者は不利益を甘受しなければならず、この意味において過失は欺罔者の責任要件を構成する。

第3節 結論

96条1項における詐欺取消制度の規範目的は意思決定自由の保護として理解されるべきであり、この目的に反する故意要件は否定されるべきである。そして、民事詐欺の違法性は欺罔者の故意によって基礎づけられるのではなく、被欺罔者の意思決定自由に対する侵害が民事詐欺の違法性であり、そうした侵害を生ぜしめる欺罔者の過失が民事詐欺の責任である。

96条の規範目的が意思決定自由の保護であるなら、続いて生じる重要な問題は、意思決定自由を侵害し得る過失構造の具体的な内容の解明である。つまり、如何なる（過失）行為が他人の動機に対して如何なる影響を及ぼすか、という問題である。これは、例えば心理学の知見をも借りた分析を要する問題であって、今後の課題として残された。

(完)

*正誤表：注の標記に誤りがありましたので、以下の通り謹んで訂正いたします。

巻 / 号 / 頁 / 注	誤	正
63 / 4 / 191 / 148	前述25頁	本号183頁
63 / 4 / 191 / 152	前述25頁	本号183頁
63 / 5 / 65 / 294	前述2-3頁	本号42-43頁
63 / 5 / 67 / 299	前述19頁以下	本号60頁以下
63 / 5 / 67 / 299	前述2-3頁	本号42-43頁
63 / 5 / 71 / 313	前述13頁	本号52頁以下
63 / 5 / 72 / 320	前述7-12頁	本号48頁以下
63 / 5 / 81 / 347	前述15-18頁	本号55頁以下
63 / 5 / 82 / 352	前述17頁	本号57頁
63 / 6 / 289 / 64	前述17-18頁	本号285-286頁
63 / 6 / 300 / 108	前述30頁	本号298頁
63 / 6 / 300 / 112	前述11頁以下	本号278頁以下
63 / 6 / 303 / 122	前述17頁	本号285頁
63 / 6 / 304 / 124	前述23頁	本号291頁
63 / 6 / 309 / 140	前述29頁	本号297頁
63 / 6 / 310 / 146	前述38頁の～	本号306頁の～
63 / 6 / 315 / 158	前述29-30頁	本号297頁
63 / 6 / 316 / 162	前述4頁の～	本号272頁の～
63 / 6 / 318 / 169	前述45-46頁	本号313-314頁
63 / 6 / 318 / 169	前述5-6頁	本号271頁以下
64 / 1 / 111 / 223	前述5頁	本号107頁
64 / 1 / 113 / 226	前述6頁	本号108頁
64 / 1 / 121 / 262	前述4頁	本号106頁
64 / 1 / 123 / 277	前述4頁	本号106頁
64 / 1 / 132 / 314	前述14頁以下	本号117頁以下
64 / 1 / 134 / 319	前述10頁以下	本号112頁以下
64 / 1 / 137 / 330	前述4頁	本号106頁
64 / 1 / 137 / 331	前述15-16頁	本号117頁
64 / 3 / 201 / 244	前述9頁	本号191頁
64 / 3 / 202 / 246	前述3頁の～	本号185頁の～
64 / 3 / 221 / 308	前述36頁	本号218頁
64 / 3 / 225 / 318	前述14頁	本号194頁以下
64 / 5 / / 103	前述266頁	注76以下
64 / 5 / / 109	前述268頁の～	(削除)