



Title	民事詐欺の違法性と責任 (2)
Author(s)	岩本, 尚禧
Citation	北大法学論集, 63(4), 174[159]-131[202]
Issue Date	2012-11-18
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/50941
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR63-4_005.pdf



民事詐欺の違法性と責任（２）

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

第１款 ローマ法における詐欺

第１項 dolus の意義

第２項 dolus の効果

第２款 自然法における詐欺

第１項 自由意思の主意と主知

第２項 ドイツ自然法学説

（以上、本号）

第２節 19世紀の詐欺論

第２章 詐欺の違法性と責任

第１節 転回する自由意思の要保護性

第２節 保護の範囲と限界

第２部 日本法

第１章 民事詐欺論の展開

第１節 日本民法と自然法

第２節 意思決定自由の要保護性

第２章 民事詐欺の違法性と責任

第１節 比較法の帰結の考察－裁判例を素材として－

第２節 民事詐欺の違法性と責任

結論

第１部 ドイツ法

第１章 詐欺の前史

第１節 ローマ法と自然法

第１款 ローマ法における詐欺

第１項 dolus の意義

（１）狭義の dolus －詐欺－

① actio doli の起源

ある論者によれば、旧約聖書における最初の犯罪は（カインの）兄弟殺ではなく、最初の虚言であり、これが世界に悪を出現させ、そして最初の虚言者および虚言の父が万惡の創始者であった¹、という²。

もともと、古代の人々は、必ずしも嘘を非難すべき事柄として考えていたわけではなかった³。各個人の存在が法によって保証されていなかった原始社会においては、狡猾であることは自己防衛にとって不可欠であり⁴、腕力を持たざる者は策略に頼る他なかったからである⁵。そして、この策略（List）という言葉の意味内容に相当する語が dolus であった⁶。嘘が必ずしも非難されるべき事柄として考えられていなかった時代にお

¹ Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Zweiter Teil: *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre*, 1797 (Neudruck 1959), hgg. von Karl Vorländer, S. 280. なお、同書の部分訳として、カント（白井成允＝小倉貞秀 訳）『道徳哲学』（1954年）が存在する。

² Rudolph von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 2. Bd., 4. Aufl., 1905, S. 477によれば、旧約聖書の創世記は嘘から始まる物語として理解されている。

³ Andreas Wacke, *Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List*, ZRG (Rom. Abt.) 94 (1977), S. 221.

⁴ Wacke, a.a.O. (Fn. 3), S. 222 ff.

⁵ Jhering, a.a.O. (Fn. 2), S. 479.

⁶ Ludwig Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1. Bd., 1908 (Neudruck 1994), S. 316.; Ulrich von Lübtow, *Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung*, in *Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht Festschrift für Horst Bartholomeyczik*, 1973, S. 263.

いては、*dolus* も非難さるべき価値判断を含まず、本来的には中性的意味内容を有する概念であった⁷。

ところが、次第に誠実性が顧慮され始めた。これはギリシャ哲学におけるストア派の影響も考えられる⁸。例えば、ストア派から影響を受けたキケロ（Marcus Tullius Cicero, 前106-43）は、詐欺の事例として次のような事案を紹介している。

両替商のピューティウス（Pythius）は、別荘の購入を検討していたローマの騎士カーニウス（Canius）を自身の別荘へ招待し、その際に予め地元の漁師達に同別荘の前で漁を行うよう依頼し、さらに近辺に魚が集まる水源が存在するかの如く装い、これを信じたカーニウスは同別荘を購入した。もちろん、そのような水源は存在せず、カーニウスが再び同別荘に出向いた時には、漁師達も見当たらなかった⁹。

キケロは次のように続ける。「カーニウスは腹が煮えくり返った。しかし、どうすることができたらう。そのことはまだ私の同僚にして友人であるガーイウス・アクイーリウスが *dolus malus*¹⁰ に関する方式書を

⁷ Lübtow, aa.O. (Fn. 6), S. 263.

⁸ Wacke, aa.O. (Fn. 3), S. 221 ff. ストア派はギリシャ哲学の一派であり、ストア派における永遠・不変の法則によれば、自然界において自然必然の法則としてあらわれ、人間社会においては人倫的法則としてあらわれ、後者の人倫的法則によって善と正を為すことを命ぜられ、悪と不正を避けることが命ぜられる（三島淑臣『法思想史』（1990年）97-118頁）。

⁹ その事例について、Cicero, *de officiis*, wiht an english translation by Walter Miller, 1913 (reprinted 1951), pp. 326を参照。なお、Cicero, *de officiis* の邦訳として、高橋宏幸（訳）『キケロー選集 9』（1999年）309頁以下が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

¹⁰ *dolus* に付された *malus* という形容詞は「悪い、有害な、邪悪な、悪人」という意味である（柴田光蔵『法律ラテン語辞典』（1985年）216頁を参照）。既に指摘したように、*dolus* は本来的に悪い意味を持つ概念ではなかったから、この意味における *dolus* と区別するために、*malus* という形容詞が付された（D. 4, 3, 1, 3: *Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen*

提案していなかった¹¹。この方式書の中で、*dolus malus* とは何か、という問いに彼は、見せかけと実際の行為とが異なる場合、と答えていた。これは実に見事に答えて、ものの定義をよく心得た人物にふさわしい。それゆえ、ピューティウスも含めて行為と見せかけが違う人間はすべて嘘つきで邪で性悪である¹²。

② *dolus* 解釈の変遷¹³

キケロを含め、ギリシャの精神文化に接したローマの法律家は、法知識の体系的構成に関心を抱き始め、その対象として *dolus* も含まれていたものであり、その過程において *dolus* の定義は様々な変容を受けた¹⁴。例

accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur。なお、ローマ法のラテン語の訳出に際して、Carl Eduard Otto=Bruno Schilling=Carl Friedrich Ferdinand Sintenis, *Das CORPUS JURIS CIVILIS* を参照した（以下も同様）。

¹¹ なお、*dolus* に基づく訴権たる *actio doli* はアクイーリウスによって紀元前66年に創設された。春木一郎「*Actio doli* ニ付テ（一）」法学協会雑誌36巻5号（1918年）1頁および8頁、原田慶吉『ローマ法（改訂版）』（1975年）232頁；Mitteis, a.a.O. (Fn. 6), S. 318 ff.; Paul Jörs - Wolfgang Kunkel, *Römisches Privatrecht*, 3. Aufl., 1949, S. 174. u. S. 260.; Alan Watson, *Studies in Roman Private Law*, 1991, p. 313.; Max Kaser - Rolf Knütel, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., 2003, S. 77.

¹² 高橋・前掲注9・311頁。ただし、同邦訳書は、*dolus malus* の語に対して、「悪質な詐術」という訳語を用いている。

¹³ 確かに *dolus* に *malus* の形容詞が付されたが、しかし法的問題として取り上げられる *dolus* が *dolus malus* であるから、次第に *dolus* の一語が *dolus malus* を意味するようになった（Wacke, a.a.O. (Fn. 3), S. 227）。本稿においても *dolus malus* を単に「*dolus*」と表記することがある。

¹⁴ Helmut Coing, *Zur Geschichte des Privatrechtssystems*, 1962, S. 18. 浜上則雄「法律行為論の『ローマ・ゲルマン法系』的性格」阪大法学65号（1968年）92頁も参照。

例えば、セルウィウスは、アクイーリウスの定義に対して、「他人を欺くための何等かの奸計（*machinationem quandam alterius decipiendi causa*）」を付け加えた（D. 4, 3, 1, 2: *Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur.*）。さらに Alfred Pernice, *Labeo*, 2. Bd., 1. Abteilung, 1865, S. 208 f. も参照。

えば、ラベオ (Marcus Antistius Labeo, 50.B.C.?-A.D.20) は *dolus malus* の意味内容について、次のように考えていた。

D. 4, 3, 1, 2.: しかし、ラベオは (それに対して次のように述べる)、真実を隠匿することによって自己または他人の財産を維持し保護する行動に出る如く、虚構は存在しなくても、誰かある者が騙されることは有り得るし、*dolo malo* は存在しなくても、何か異なる事が行われ、何か異なる事が虚構されることは有り得る。それゆえ彼は、自ら次のように概念を規定する。*dolum malus* とは、他人を籠絡し、欺罔し、眩惑せしめるために用いられる全ての狡猾、欺瞞、奸計である¹⁵。

ラベオによれば、積極的に相手方を欺かなくとも、他人を不法な手段で不利な立場へ陥れる事態も、*dolus malus* として理解される¹⁶。ラベオにとって真実歪曲の手段たる *simulatio* は不要であって¹⁷、あらゆる悪意に基づく反良俗的行為 (*jede arglistige unsittliche Veranstaltung*) が *dolus malus* を意味した¹⁸。

ラベオの定義は当時の有力な見解として理解されていた¹⁹。確かにラ

いずれにしても、アクイーリウスとセルウィウスの定義によれば、*dolus malus* は、事実の真相に反する観察を他人に生ぜしめる目的で、ある事柄を表示し、当該表示と異なる事柄を実行する謀計のことを意味する (春木一郎「*Actio doli* ニ付テ (二)」法学協会雑誌36巻6号 (1918年) 47頁以下)。このように、悪意訴権の射程は狭かった (Watson, *supra* (11), p. 313)。

¹⁵ Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumbeniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam.

¹⁶ 船田享二『ローマ法 第三巻』(1970年) 458頁; Max Kaser, *Das Römische Privatrecht* I, 2. Aufl., 1971, S. 628.

¹⁷ Pernice, a.a.O. (Fn. 14), S. 209.

¹⁸ Pernice, a.a.O. (Fn. 14), S. 209. 民法826条の起源を *actio de dolo* に求める見解も存在する (Max Kaser, *Römische Rechtsgeschichte*, 1965, S. 146)。

¹⁹ ウルピアーヌスも、承認していた。D. 4, 3, 1, 2.: *Labeonis definitio vera est*

ペオは *dolus* の意味を拡大しているが、しかし狡猾（*calliditas*）、欺瞞（*fallacia*）、奸計（*machinatio*）という特定の行為態様は必要であって、この意味において *dolus* は詐欺であった。

（２）広義の *dolus* —故意—

①主観的要件の意味

確かに *dolus* は詐欺の意味を持つ概念であった。しかし、*dolus* は主観的要件（現代の意味における意図や故意に相当する内容）の意味を持つ概念としても理解されていた。例えば、キケロは、トゥッリウス弁論（トゥッリウスの奴隷を自身の奴隷に襲わせたファビウスに対して、トゥッリウスが損害の賠償を求めた事案において、キケロがトゥッリウスの弁護人として、審理員に対して展開した弁論）²⁰において、*dolus* について次のように述べていた²¹。「*dolum malum* は個々に存在するのみならず（それでも私にとっては十分なのであるが）、そして、その行為の全体に存在するのみならず、一連となって所与の全部に存在する、と私は主張するのである。彼等は、マルクス・トゥッリウスの奴隷の所へ出向くことに決める。彼等は、それを *dolo malo*で行う。彼等は、武器を取る。彼等は、それを *dolo malo*で行う。彼等は、待ち伏せし悪事を為すに適切な時を選ぶ。彼等は、それを *dolo malo*で行う。彼等は、暴力でもって建物に侵入する。暴力を用いる際に *dolus* が含まれる。彼等は人を殺害し、その建物を破壊する。*dolo malo* なくして、人が殺害されることはなく、意図的に他人に損害が加えられることはない。かくし

（ラベオの定義は正しい）。Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, 1951 (reprinted 1961), p. 606も参照。

²⁰ この弁論は前72-71年に行われた。その詳細について、富山單治「民事二關スル Cicero ノ辯論（一）」京都法学会雑誌 4 卷 5 号（1909年）70頁以下、柴田光蔵「ローマ法における損害訴訟の一考察—キケロー Marcus Tullius Cicero の『トゥッリウス弁護論 pro Tullio』をめぐって—」法学論叢 92 卷 4・5・6 号（1972年）176頁以下を参照。

²¹ 原文は Albertus Cuius Clark, *M. Tulli Ciceronis Orationes*, 1911 (reprinted 1968) を参照した。訳出に際して、Manfred Fuhrmann, *Marcus Tullius Cicero sämtliche Reden*, 1. Bd., 1970, S. 225 を参照した。

て、個々が全て、その一つ一つに *dolos malus* が付着している性質のものなのである。そこへきて、あなた方は、その事件が概して、その犯罪が全体として *dolo malo* なくして実行された、と判断されるのか?」。

少なくとも、この文脈において語られている *dolus* が詐欺を意味していないことは明らかである。*dolus* は主観的要件の意味も併せ持つ概念であったのである²²。

②故意の意味

主観的要件を意味する *dolus* は、ローマ法においても見出される。例えば、次の法源が挙げられる。

D. 47, 8, 2: 法務官は次のように述べる。誰かある者が召集された者たちによって *dolo malo* に損害を加えられるにせよ、誰かある者の財産が略奪されるにせよ、申し立てられたなら、私は再び、そうしたことを為したとして申し立てられた者を、その場合に訴え得る可能性がある時から1年以内なら4倍額の決定を下し、1年後なら1倍額の決定を下す・・・²³。

D. 47, 8, 2: 告示が示しているように、略奪する者だけではなく、

²² この意味の *dolus* は、既に共和政時代（前510年頃－後27年）の王法（*Leges Regiae*）においても見出される。例えば、王法の一つヌマ王の法（*lex Numae Pompilii regis*）によれば、「自由人を *dolo sciens* により死に至らしめた場合、犯人は殺人犯たるべし」(Moritz Voigt, *Über Die Leges Regiae*, 1. Band, 1876, S. 609を参照。訳に関して、岩田健次「ローマ法における殺人罪」関西大学法学論集16巻4・5・6合併号（1967年）572頁を参照した）。*dolo sciens* は専ら認識され意欲された行動(*bewußte und gewollte Handeln*)を意味していた(Kaser, aa.O. (Fn. 16), S. 628)。なお、王法に関しては、岩田健次「王法」久保田正幡先生還暦記念出版準備会（編）『西洋法制史料選Ⅰ古代』（1981年）3頁以下を参照。

²³ *Praetor ait: Si cui dolo malo hominibuscoatis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo...*

損害を引き起こし、財産を略奪する目的を意図しつつ、武装した者を招集する者も *dolo malo* に行動しているのである²⁴。

これら法源において語られている *dolus* は、詐欺ではなく、違法な侵害意図を意味している²⁵。この意味における *dolus* は、違法な結果へ直接に向けられた意思として特徴づけられるのであって²⁶、現在の用語例に従えば、いわゆる意図（Absicht）に相当し²⁷、現在の刑法学における故意（Vorsatz）の起源でもある²⁸。要するに、*dolus* は狭い意味において

²⁴ 'Dolo' autem 'malo facere' potest (quod edictum ait) non tantum is qui rapit, sed et qui praecedente consilio ad hoc ipsum homines colligit armatos, ut damnum det bonave rapiat.

²⁵ この点については、Pernice, aa.O. (Fn. 14), S. 153を参照。さらに、王法を引用する法源も存在する。

D. 48, 8, 1 pr.: 刺殺および毒殺に関するコルネーリウス法によって、人を殺めた者は全て責を負う。*dolo malo* によって火災を生ぜしめた者、人を刺殺するために、または窃盗を犯すために、武器を携えて徘徊した者、官吏および首長として公的手続において、無実の者が訴追され、有罪判決を受けるような虚偽の告訴を人に為さしめた者も、責を負う。

刺殺および毒殺に関するコルネーリウス法（*Lege Cornelia de sicariis et veneficis*）は、前81年に制定された王法である。頭格（*caput*）は法的身分を意味し（原田・前掲注11・46頁以下、河上正二『歴史の中の民法 オッコー・ペーレンツ教授「ローマ法史講義案」を基礎に』（2002年）126頁を参照）、*capitalis* という形容詞は、刑罰が死刑・自由の喪失・市民権の喪失というローマ市民の頭格に関係する場合に用いられる（柴田光蔵『ローマ裁判制度研究』（1968年）122頁の注1を参照）。

²⁶ Beschütz, *Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre*, 1. Teil., 1907 (Neudruck 1977), S. 48.

²⁷ Friedrich Schaffstein, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen*, 1930 (Neudruck 1973), S. 107. なお、意図は故意の一形態であり、この点について、後述117頁を参照。

²⁸ Beschütz, aa.O. (Fn. 26), S. 48を参照。「故意はローマ法のドールスの承継者であつて、それは常に有責行為の特殊のものについて使用せられた言葉、即ち常に法律上非難せられる行為に附著する言葉である」（瀧川幸辰『犯罪論序説』（1938年）167頁）。

詐欺であり、広い意味において故意であったのである²⁹。

古代ローマの法律家のみならず、現代の法律家も詐欺を故意と離れ難く結び付いた概念として承認するし、このことは日本民法96条1項の詐欺においても同様である。こうした詐欺と故意の関係が約2000年に亘り維持され、今なお疑われていないことは（その是非は別としても）驚異であって、このことは現代の法体系とローマの時代において認められる法律効果の相違に鑑みれば尚更であり、同時に現代の法体系における詐欺取消制度の問題性を示唆している。そこで引き続き、ローマ法における詐欺の法律効果について概観する。

第2項 dolus の効果

（1）損害賠償と原状回復

①損害賠償－贖宥金－

ローマ法においては、民事訴訟であれ、刑事訴訟であれ、その目的は加害者の処罰であり、両者の相違は処罰の方法の差異に過ぎなかった³⁰。確かに、dolusに基づく訴権である actio doli は不法行為に基づく訴権（actio ex delicto）であり³¹、その効果は贖罪金（Buße）という一種の損

²⁹ Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Hälfte, 1918, S. 481. なお、刑事詐欺の起源は stellationatus であり、これが後にドイツ語の Betrug へ翻訳された。この点について、Friedrich Schaffstein, Das Delikt des Stellationatus in der gemeinrechtlichen Strafrechtsdoktrin. Eine Studie zur Entstehungsgeschichte des Betrugstatbestandes, in: Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, hgg. von Okko Behrends-Malte Dießelhorst-Hermann Lange-Detlef Liebs-Joseph Georg Wolf-Christian Wollschläger, 1978, S. 292を参照。もっとも、stellationatus は多義的な概念であったから、stellationatus として処罰される行為と単なる民事上の請求権を基礎づける行為の限界を認識することは難しく、actio doli の対象となる行為と stellationatus の区別も必ずしも明確ではなかった。この点について、Gustav Geib, Ueber die Gränze zwischen civilrechtlichem und criminellem Betrüge, Archiv des Criminalrechts, N.F. Bd. 21 (1840), S. 99.

³⁰ 原田・前掲注11・219頁。

³¹ Mitteis, aa.O. (Fn. 6), S. 318 ff.; Jörs - Kunkel, aa.O. (Fn. 11), S. 160. その他に

害賠償であった。しかし、この損害賠償は、現代の意味における損害賠償と同義ではなく、罰金（poena）という側面を有していた³²。ローマ法における不法行為訴権の目的は「基本的に以前の状態への復帰ではなく、有責性への罰と被害者への償いである。現代刑法の罰金刑と異なり、罰金は国家に帰属するのではなく、被害者に帰属する。したがって、罰金は公的刑罰なのではなく、私的刑罰なのである」³³。

私的刑罰（Privatstrafe）の機能を備える actio doli の贖罪金は、その効果においても現在の損害賠償と比べて、特殊な点が見られる。例えば、actio doli は不名誉訴権（actio famosa）であり³⁴、破廉恥（infamia）の制裁を生ぜしめた³⁵。

破廉恥はローマ市民の政治的権利（例えば、顕職や投票権）を奪う効果を有し³⁶、その濫用を防ぐためにも、actio doli には補充性が認められていた。すなわち、他の救済手段と actio doli が競合する場合は前者が優先し、競合的に actio doli を主張することはできなかった³⁷。このことは次の法源から明らかである。

D. 4, 3, 1, 4：法務官は、この対象に鑑みて他の訴権が許されなくな

原田慶吉『日本民法典の史的素描』（1981年）52頁および春木一郎「Actio doli ニ付テ（三・完）」法学協会雑誌36巻7号（1918年）34頁も参照。

³² 春木・前掲注31・34頁、ハインリヒ・ミッタース（世良晃志郎 訳）『ドイツ私法概説』（1994年）256頁。

³³ Jörs - Kunkel, aa.O. (Fn. 11), S. 169. 確かに被害者は罰金を取得するのであるから、経済的に見れば損害賠償の作用を果たしているが、しかし、これは第二次的な効果に過ぎない（原田・前掲注11・338頁を参照）。

³⁴ Kaser - Knütel, aa.O. (Fn. 11), S. 77. Pernice, aa.O. (Fn. 14), S. 224 ff. および原田・前掲注11・59頁以下も参照

³⁵ Andreas Wacke, Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum?, ZRG (Rom. Abt.) 88 (1971), S. 114も参照。

³⁶ Friedrich Karl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, 2. Bd., 1840, S. 201 ff. なお、同書の邦訳としてサヴィニー（小橋一郎 訳）『現代ローマ法体系 第2巻』（1996年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

³⁷ Jörs - Kunkel, aa.O. (Fn. 11), S. 260.; Pernice, aa.O. (Fn. 14), S. 204 および原田・前掲注11・232頁も参照。

る場合である、と述べる。正当にも法務官は他の訴権が許されない場合に初めて、この訴権を約束するのであり、なぜなら、求め得る市民法または法務官法の訴権が依然として存在するなら、不名誉訴権は法務官によって簡単に認められてはならなかったからである・・・³⁸。

ところで、ローマ法においては法律行為の概念は存在せず、無効あるいは取消しという抽象的概念も存在していなかった³⁹。それゆえ、例えば現代の日本民法と異なり、*dolus* を理由とする意思表示の取消しという法律効果も認められていなかった。もっとも、それに類似する効果は存在していた。すなわち、原状回復 (*in integrum restitutio*) である。

②原状回復

原状回復は判決によって以前の法的状態 (*a legal status quo ante*) の回復を意味し⁴⁰、その原因の一つとして *dolus* が挙げられる。すなわち、*dolus* を理由とする原状回復 (*in integrum restitutio propter dolum*) である。ウルピアヌスは原状回復という表題 (*De in integrum restitutionibus*) において、次のように指摘している。

D. 4, 1, 1.: こうした表題の効用は紹介するまでもなく、自明のことである。つまり、かかる表題のもとで法務官は多様な方法で、陥り騙された人々を救済するのであり、そうした人々は畏怖あるいは策略によって、または年齢もしくは自失の故に不利益を被ることがある⁴¹。

³⁸ Ait praetor: 'si de his rebus alia non erit'. merito praetor ita demun hanc actionem pollicetur, si alia non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a praetore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri...

³⁹ Ulrich von Lübtow, Der Ediktstitel „Quod metus causa gestum erit“, 1932, S. 73.

⁴⁰ Schulz, *supra* (19), S. 68.

⁴¹ Utilitas huius tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. nam sub hoc titulo plurifariam praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu sive calliditate sive aetate sive absentia inciderunt in captionem.

さらにパウルス（Paulus）は、dolus が原状回復の原因である点について、次のように述べている。

Sent. 1, 7, 2. : 法務官は次の事例において原状回復を認める。すなわち、ある行為が強迫および dolum によって為さしめられた場合、民事上の地位の変化が存在した場合、正当な錯誤が為された場合、および年齢の必要的不在または無能力の場合である⁴²。

ところで、actio doli の補充性が認められ、ゆえに原状回復が actio doli に優先するなら、dolus を理由とする主たる救済手段は、actio doli ではなく⁴³、むしろ dolus を理由とする原状回復であるはずである。ところが、例えば次の法源からも分かるように、actio doli と dolus を理由とする原状回復の区別は必ずしも厳密ではなかった。

D. 4, 3, 18. pr. : この訴が提起される場合でも、返還は裁判官の裁定に委ねられ、返還が行われなければ、その目的物の価値の賠償を命じる判決が下される⁴⁴。

⁴² 本文の訳文は、S. P. Scott, *Copvvs Jvris Civilis The Civil Law including The Twelve Tables, The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinions of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo*: Translated from the original Latin, edited, and compared with all accessible systems of jurisprudence ancient and modern, 1973, p. 262の英文を訳出した。ラテン語の原文は次のとおり。Integri restitutionem praetor tribuit ex his causis, quae per metum, dolum, et status permutationem, et iustum errorem, et absentiam necessariam, et infirmitatem aetatis gesta esse discuntur. なお、この一節は、Ludovicus Arndts, *Iulii Paulli receptarum sententiarum ad filium libri quinque*, S. 13から引用した。このPaulusの見解については、Wacke, a.a.O. (Fn. 35), S. 106 ff. も参照。

⁴³ D. 4, 3, 1, 6. : ・ ・ ・ ラベオは、誰かある者が以前の状態への原状回復を求め得るなら、その者には当該訴権が与えられない、という見解である ・ ・ ・ 。

⁴⁴ Arbitrio iudicis in hac quoque actione restituito comprehenditur: et nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est.

要するに *actio doli* も結果的に原状回復と同様の結果を導くから⁴⁵、*actio doli* は *dolus* を理由とする原状回復に代わる機能を果たし得た⁴⁶。このように、*actio doli* と *dolus* を理由とする原状回復の区別は厳密ではなく、次第にローマ人は両者を峻別しなくなり⁴⁷、さらに *actio doli* の補充性も顧慮することなく、*dolus* によって成立した取引に原状回復を適用するようになった⁴⁸。*actio doli* に付随した破廉恥の制裁も、帝政期における市民身分の政治的権利の後退に伴い、その重要性が失われていった⁴⁹。

こうして一方で *dolus* を巡る効果の相違は薄れていったが、しかし他方で詐欺の意味の *dolus* については非難可能性の要素が強められた。ここにはキリスト教の影響が認められ、この点について引き続き検討する。

(2) キリスト教の影響

① *dolus* の非難可能性

既に指摘したように、本来的に中性的な概念であった *dolus* は、ギリシャ哲学の影響を受け、その意味を変じ始めた。そして、*dolus* が非難の要素を含む概念として扱われ始めた要因として、キリスト教の影響も挙げられるであろう⁵⁰。

キリスト教は古代後期におけるヨーロッパ法思想の重要な要素であっ

⁴⁵ Wacke, aa.O. (Fn. 35), S. 111を参照。

⁴⁶ この点について、Max Kaser, *Zur in integrum restitutio, besonders wegen metus und dolus*, ZRG (Rom. Abt.) 94 (1977), S. 143 mit Fußn 154も参照。

⁴⁷ あるいは、*in integrum restitutio propter dolum* の一般条項的性質（この点について Wacke, aa.O. (Fn. 35), S. 126を参照）も影響しているかもしれない。このことは、例えば次の法源からも理解される。D. 4, 1, 7, 1: ……加えて、救済手段を補足し得ない場合に初めて登場することになるような破廉恥訴権を与えるよりも、理性のみならず衡平もが求めるように、法的紛争を再び以前の状態に置くことが善良なる法務官にとって相応しいことなのである。

⁴⁸ Kaser, aa.O. (Fn. 46), S. 154を参照。

⁴⁹ この点について、サヴィニー・前掲注36・179頁を参照。

⁵⁰ Lübtow, aa.O. (Fn. 6), S. 265.

た⁵¹。確かに初期のキリスト教はローマ政府から厳しい迫害を受けたものの、ローマ政府は次第に宥和的な態度を見せ始め、コンスタンティヌス帝(Constantine, 在位306-337)によってキリスト教は初めて容認され、そしてキリスト教はテオドシウス帝(Theodosius, 在位375-395)によって国教化された⁵²。

キリスト教が公認され、とりわけ後古典期の編纂者は行為者のキリスト教的心情を重視した⁵³。例えば、以下の法源は、後古典期の編纂者によって改竄(interpolatio)⁵⁴された可能性が指摘されており⁵⁵、dolusの非難可能性の要素が見て取れる（なお、以下の法源に登場するクイントス(Quintus)という法律家の素性は不明である⁵⁶）。

D. 4, 3, 7, 7.: また、ラベオは、汝が余の拘束された奴隷を、その奴隷が逃げ得るよう、その桎梏を解いたなら、余はde dolo actioを許されるであろうか、と問う。クイントスは次のように自説を述べる。そのことを汝が同情から行ったのではないなら、汝は事実訴権を提起されてしまう。汝が同情に基づいて行ったのであれば、汝は当該事件

⁵¹ この点について、フランツ・ヴィーアッカー（鈴木祿弥 訳）『近世私法史』（1994年）18頁。

⁵² Gibbon's Decline and Fall of the Roman Empire, abridged and illustrated (editor: Rosemary Williams), 1979, pp. 111, 119, 190. なお、同書の邦訳書として、エドワード・ギボン（吉村忠典＝後藤篤子 訳）『図説 ローマ帝国衰亡史』（2004年）が存在する。

⁵³ Lübtow, a.a.O. (Fn. 6), S. 265.

⁵⁴ 法典編纂の過程において原文に加除修正が加えられることをインテルポラチオ(interpolatio)と呼ぶ。インテルポラチオについて、例えば、田中周友『世界法史概説』（1978年）149頁以下を参照。なお、インテルポラチオ一般の問題として「行き過ぎたインテルポラチオ狩り」も問題視されており、この点については小菅芳太郎「最近のインテルポラチオ研究」法制史研究9（1958年）227頁以下も参照。

⁵⁵ Lübtow, a.a.O. (Fn. 6), S. 265.

⁵⁶ この点について、Ulrich von Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia, 1971, S. 191 mit Fußn. 59を参照。

に対する訴に抗うことが許されるはずである⁵⁷。

クインタスは、同情心を理由として訴から免れ得ることを認める。すなわち、誰かある者が拘束された奴隷を気の毒に思い、これを逃がしたとしても、*actio doli* あるいは窃盗訴権 (*actio furti*) は提起され得ない。つまり、この者の気高く勇敢な動機によって *dolus malus* が排除され得ることが認められた反面として、*dolus malus* を基礎づける動機は卑劣でなければならなくなったのである⁵⁸。こうして、*dolus* は非難さるべき付随的意味内容を常に包含するようになった⁵⁹。

②原状回復の理論

dolus の効果、とりわけ原状回復に関しても、キリスト教ないし教会法の影響が見られる。そこで、ローマ法から教会法へ至る原状回復の理論の変遷を確認する。

6世紀の中頃に完成したローマ法大全は蛮族の侵入あるいは部族法の影響を受け、次第に衰退し始め、その衰滅の危機を脱する方法としてローマ法の再生という意味における再発見が必要であった⁶⁰。こうしたロー

⁵⁷ Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.

⁵⁸ Lübtow, a.a.O. (Fn. 6), S. 265.

⁵⁹ Mitteis, a.a.O. (Fn. 6), S. 316. Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 2. Bd., 2. Aufl., 1916, S. 720も参照。故意の意味における *dolus* も同様であり、非難されるべき者の心情を含んでいた (Alexander Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts, 1. Bd., 1895, S. 74)。船田・前掲注16・458頁によると、*dolus* は「不法行為について自分の行為の違法性を認識する意味にも用いられた」という。Theodor Mommsen, Römisches Strafrecht, 1961 (Nachdruck 1899), S. 86も参照。

⁶⁰ この点について、Rudolph Sohm, Fränkisches Recht und römisches Recht. Prolegomena zur deutschen Rechtsgeschichte, ZRG (Ger. Abt.) 1 (1880), S. 7 ff. を参照。なお、同論文の邦訳として、ゾーム (久保正幡・世良晃志郎 訳) 『フランク法とローマ法—ドイツ法史への序論—』(1942年)が存在する。以下では、同邦訳書を引用する (93-96頁も参照)。さらに、Paul Vinogradoff, Roman Law in Mediaeval Europe, 1909, p. 5-6 and pp. 14も参照。なお、同書の邦訳と

マ法再生の事業は、いわゆる注釈学派（Glossatoren）によって実現され、そして注釈学派はスコラ学（Scholastik）から発展した思考方法や分析手法に基づいてローマ法の再生を果たした⁶¹。ローマ帝国から公認されていたキリスト教は教会裁判所を発展させ⁶²、これに伴い教会によって世界の全体を把握されるべき必要と要求も高まり始め、その手段を与えた学問がスコラ学であった⁶³。

もっとも、数百年前のローマ法を直ちに転用することはできず、実用的法規として妥当させる前提として、ローマ法を中世の法へ同化ないし翻訳する事業が求められ、かかる作業が遂行された際の重要な要因として、解釈学派（Commentatoren）⁶⁴と中世の教会が挙げられるのであ

してヴィノグラドフ（矢田一男・小堀憲助・真田芳徳 訳）『中世ヨーロッパにおけるローマ法』（1974年）が存在する。加えて、ミッタイス＝リーベリッヒ（世良晃志郎 訳）『ドイツ法制史概説（改訂版）』（1971年）165頁以下、Mary Fulbrook, *A Concise History of Germany*, 2nd ed., 2004, p. 10（なお、同書の邦訳として、メアリー・フルブロック（高田有現・高野淳 訳）『ドイツの歴史』（2005年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する）も参照。

⁶¹ この点について、ゾーム・前掲注60・96頁、河上・前掲注25・39頁を参照。

⁶² この点について、Thomas John Feeney, *Restitutio in integrum an historical synopsis and commentary*, 1941, p. 13を参照。

⁶³ Hans Schlosser, *Grundzüge der Neuern Privatrechtsgeschichte*, 3. Aufl., 1979, S. 11. なお、同書の邦訳として、ハンス・シュロッサー（大木雅夫 訳）『近世私法史要論』（1993年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

⁶⁴ 解釈学派が詐欺論に及ぼした影響として、原因を与える悪意（*dolus causam dans*）と偶然に生じる悪意（*dolus incidens*）の区別も挙げられる（Sprenger, *Ueber dolus causam dans und incidens*, *AcP* 88 (1898), S. 361.; Wacke, aa.O. (Fn. 3), S. 237 f.; G. C. J. J. Van Den Bergh, *The life and work of Gerard Noodt (1647-1725)*, 1988, p. 245）。原因を与える悪意は、詐欺なかりせば被欺罔者が契約を締結していなかった類の詐欺を意味し、つまり動機に影響を与える詐欺を意味する。これに対して、偶然に生じる悪意は、詐欺が存在しなくても、契約は締結されていたが、しかし当該条件では締結されず、他の条件において締結されていた類の詐欺を意味し、つまり契約の特定の事項（たとえば反対給付の内容など）にのみ影響を及ぼす詐欺を意味する（Wacke, aa.O. (Fn. 3), S. 238）。この区別は、一部の例外を除いて、以降の学説および判例によって受け入れられ、原因を与える悪意の事案においては契約の解消という救済手段が与

る⁶⁵。

中世の教会は前述のスコラ学的方法に基づいて法の体系化を進め、1140年頃に教会法⁶⁶の教師グラティアヌス（Gratianus, 1179年以前に没）によって教令集が編纂された⁶⁷。原状回復（*restitutio in integrum*）という救済手段は、当初は教会法の救済手段として取り入れられていなかった。グラティアヌスの教令集においても原状回復は法として扱われていたわけではなかったが⁶⁸、しかし例えばボローニャにおいて教会法を学んだ法学者フグッチオ（Huguccio de Pisa, 1140-1210）⁶⁹はグラティアヌス教令集の注釈として、次のように述べる。「暴力、威迫、相手方による詐欺、または何らかの欺罔によって自己の物を奪われたなら、その者は回復されなければならない」⁷⁰。

フグッチオが原状回復について注釈を加えた経緯は必ずしも明確ではないが、しかし当時から原状回復は原則（*canon redintegranda*=rule of restitution）として理解され⁷¹、そして次第に原状回復は教会法における確立した救済手段として理解されるようになった。原状回復という救済手段は、教皇アレクサンデル3世（Alexander III, 1159-1181）⁷²によって教会法へ導入された。アレクサンデル3世が原状回復を教会法の救済

えられ、これに対して偶然に生じる悪意の事案においては救済手段として損害賠償に限られた（Sprenger, aa.O., S. 360）。この点は後述する。

⁶⁵ ゴーム・前掲注60・97-98頁。

⁶⁶ グラティアヌス以前の教会法について、M・D・ノウルズ他著（橋口倫介監修）『キリスト教史 第4巻 中世キリスト教の発展』（1981年）256頁の注2。

⁶⁷ シュロッサー・前掲注63・20頁。

⁶⁸ その理由は、必ずしも明確ではない。この点について、Feeney, *supra* (62), p. 19-20を参照。

⁶⁹ フグッチオについて、Gerhard Köbler, *Lexikon der europäischen Rechtsgeschichte*, 1997, S. 243も参照。

⁷⁰ このフグッチオの注釈について、Harold J. Berman, *Law and Revolution The Formation of the Western Legal Tradition*, 1983, p. 241から引用した。

⁷¹ Berman, *supra* (70), p. 241.

⁷² アレクサンデル3世は、教皇の地位に就くまで、ボローニャにおいて法を教授していた。この点について、Feeney, *supra* (62), p. 24およびKöbler, aa.O. (Fn. 69), S. 14も参照。

手段として取り入れた意図は、教会それ自体を当該救済手段の主体として含めることであった⁷³。しかし、もちろん、この原状回復という救済手段は、教会のみならず、未成年者も享受し得たのであり、そして成年者も享受し得たのであった⁷⁴。

教会法は、その後も数世紀に亘り歴代の教皇によって集成化され⁷⁵、16世紀に教会法大全（Corpus iuris canonici）という総称が公式に付けられた⁷⁶。もっとも、教会法は、集成の過程においても、教育の過程においても、ローマ法の影響を強く受けていたのであり、つまり教会法は中世的意味におけるローマ法の現代的継承発展であった⁷⁷。こうして、詐欺を理由とする原状回復は世俗の法原理としても後世へ伝えられ、例えばドマ（Jean Domat, 1625-1696）は主著『自然秩序における私法』（Les

⁷³ この点について、Feeney, supra (62), p. 22を参照。教会財産の譲渡は紛争の対象たり得た。この点について、supra, pp. 23を参照。

⁷⁴ この点について、Feeney, supra (62), pp. 29-30を参照。なお、ローマ法において、in integrum restitutio propter dolumを求め得る主体は、原則として未成年者に限られていた。例えば、次の法源を参照。

D. 4, 3, 7 pr.: 正當にもポンポニウス（Pomponius）は、その文言を次のように理解している。すなわち、他の訴権が認められるべきではない場合、つまり、その事案が当該事案に関与する者にとって他の方法では救済されることにならない場合である。加えて、かかる見解は、25歳に達しない者が奴隷の揭示によって欺かれ、その奴隷を自分の個別の財産と共に売却し、その奴隷を買主が自由解放した場合、ユリアヌス（Julianus）が第4巻において、被解放自由人に対する悪意の訴権が認められ得る、と書き記したことで矛盾しないように思われる。けだし、このことを、我々は、その買主には悪意がないのであるから、その買主は売買契約に基づいて訴追され得ず、または、つまり詐欺が売却を誘引せしめた点に存したなら、売買それ自体が無に帰する、というように理解するからである。

⁷⁵ ローソン（小堀憲助＝真田芳憲＝長内了 訳）『英米法とヨーロッパ大陸法』（1980年）35頁。

⁷⁶ そして、教会法は、20世紀の初頭までローマ教会の法規集として拘束力を有した。この点について、シュロッサー・前掲注63・22頁。

⁷⁷ ヘルムート・コーイング（河上倫逸 訳）「2 ヨーロッパにおけるローマ＝カノン法の継受」（上山安敏 監訳）『ヨーロッパ法文化の流れ』（1983年）28頁。シュロッサー・前掲注63・23頁も参照。

lois civiles dans leur ordre naturel) において、詐欺を理由として未成年者および成年者が原状回復の救済手段を受け得る旨を説いている⁷⁸ (なお、ドマは、restitution と rescission が実質的に同じ内容を有し、常に厳密に区別されているわけではない旨を指摘する⁷⁹。この両概念は19世紀のドイツの裁判例においても用いられ、やはり厳密に区別されていない)。このように、ローマ法は教会を通じて中世の法として再生されたのであった。

以上のローマ法の概観から、現代の詐欺取消制度の骨格が既にローマ法において形成されていたことが窺われる。詐欺と故意の関係は現在においても一般に承認されているし、後述するように原状回復は取消権へ姿を変えて、実体法化される。しかし、言うまでもなく、ローマ法が生きた時代と現代は、人々を取り巻く社会状況や生活環境が全く異なる。取引対象物の選択肢ないし品質の程度幅が現代に比べて極めて限定的であったであろう古代・中世の時代においては、取引相手方の故意なしに欺かれること自体が例外的であったのかもしれない。しかし、価値観が多様化した現代においては取引の目的物に関する情報は当事者の判断を容易に左右し、一方当事者の何気ない言動によって他方当事者の判断が狂わされる事態が起こり得る。こうした相違を前提として、それでもなお2000年前から変わらぬ詐欺概念に依拠した96条1項の現在の解釈は正しいのであろうか。かかる疑問を再確認するためにも、あえてローマ法を概観した次第である。

もっとも、詐欺概念の変遷はローマ法の時代に終結したわけではなく、その後も幾多の変容を経たのであり、とりわけ自然法学説の影響が重要である。この点について、引き続き確認する。

第2款 自然法における詐欺

第1項 自由意思の主意と主知

⁷⁸ 本稿は英訳版 (The Civil Law in its natural order, translated from the French by William Strahan, ed., from the second London edition by Luther s. Cushing, 1. vol., pp. 929-953) を参照した。

⁷⁹ Domat, supra (78), p. 929-930.

（１）自由意思学説と宗教改革

①自由意思学説

ローマ法における *dolus* の概念や *actio doli* あるいは *dolus* を理由とする原状回復 (*in integrum restitutio propter dolum*) は、いわば詐欺の要件および効果に関する問題である。詐欺概念と故意が密接不可分の関係として理解されている点、欺罔者の非難すべき要因が強調される点、あるいは効果として原状回復という取消権に近い内容が認められる点等に鑑みれば、現在の詐欺取消制度の骨格は既に形成されていたように思える。

それに対して、当時の詐欺の理解と現在の詐欺取消制度における最も異なる点は、その規範目的的理解である。少なくとも、古代から中世初期における詐欺の概念は、意思決定自由の保護という発想と結び付いていたわけではなかった。

もっとも、自由意思論それ自体は、キリスト教の神学として既に論じられていた。キリスト教の浸透に伴い、人間それ自体が自由であり、精神の自由が人間の固有の本性であることが意識され始めていた⁸⁰。例えば、アウグスティヌス (*Aurelius Augustinus*, 354-430) によれば⁸¹、意思の自由な選択 (*libero voluntatis arbitrio*)⁸²を為し得る我々は悪も行い

⁸⁰ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, in: Hegel *Sämtliche Werke*, 11. Bd., 3. Aufl., 1949, hgg. von Hermann Glockner, S. 45. なお、同書の邦訳として、例えばヘーゲル（長谷川 宏 訳）『歴史哲学講義（上）（下）』（2000年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

⁸¹ 聖アウグスチヌス（今泉三良・井沢彌男 訳）『自由意志論』（1973年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

⁸² 「*libero voluntatis arbitrio*」は自由意思として訳されることが少なくないものの、「*liberum arbitrium*（選択の自由）」という言葉も存在し、「*libertas voluntatis*（自由意思）」という言葉を用いる論者も存在するので、本稿においては「*libero voluntatis arbitrio*」を「意思の自由な選択」と訳した。もっとも、こうした差異は自由意思に関する議論の実質を変えるわけではない。すなわち、「意志に反対して哲学者たちが提起してきた議論は、意志の能力の實在に反対したり、意志の内に含まれている人間の自由という概念に反対したり、また、自由意志に固有の偶然性、すなわち、定義からすればしないままにしておくこ

得るのであるが、しかし神が人間に意思の自由な選択 (*liberum voluntatis arbitrium*) を与えた理由は、むしろ善を欲し、これを正しく行うことができるようにするためである⁸³、という。

アウグスティヌスの理解によれば、キリスト者が共有する自由は、一方で神の恩寵であり、他方で善にも悪にも追従し得る意思の自由でもあり、神は人間に意思の選択を与え、人間に罪から解放される自由を与えているのである⁸⁴。

もっとも、この時代における自由は精神の内面的領域たる宗教において発現しているに過ぎず⁸⁵、少なくとも詐欺と自由意思は未だ関連性を有していなかった。しかし、自由意思論それ自体は展開され続け、例えばアンセルムス (Anselm of Canterbury, 1033-1109)、アクィナス (Thomas Aquinas, 1225-1274)、オリーヴィ (Petrus Johannis Olivi, 1247/48-1298)、スコトゥス (Duns Scotus, 1266-1308)、オッカム (William Ockham, 1280?-1349) 等が後世に及ぼした影響は小さくない。自由意思の理解は論者によって様ではなく、知性ないし理性を重視する主知主義の立場 (例えばアクィナス) や意思を重視する主意主義の立場 (例えばオリーヴィ・スコトゥス・オッカムの三者は主意主義) が存在する⁸⁶。

ともできる行為の偶然性に反対したりするものであった。こうした反論を今一度考えなおしてみると、はっきりしてくることがある。そうした反論は、伝統的にリベルム・アルビトゥリウム (*liberum arbitrium*) として知られてきた二つかそれ以上の望ましい目的や行動様式についての選択の自由に対する反論というよりも、未来のための器官としての、また、新たなことを始める力としての意志に向けられた反論なのである」(Hannah Arendt, *The life of the mind*; *Willing*, vol. 2, 1978, pp. 28-29. なお、同書の邦訳としてハンナ・アーレント (佐藤和夫 訳) 『精神の生活 下 第二部 意志』(1994年) が存在し、本注の引用は同邦訳書の35頁を引用した。以下でも、同邦訳書を引用する)。

⁸³ アウグスチヌス・前掲注81・69-74頁。

⁸⁴ この点について、Vernon J. Bourke, *Will In Western Thought An Historico-Critical Survey*, 1964, p. 82を参照。

⁸⁵ ヘーゲル・前掲注80・40頁。

⁸⁶ 主知主義の論者として考えられているトマス・アクィナスに関して、「トマスにとってトマス主義者であることを自認する人々よりも実際にははるかにトマスの継承者の数は多いのだが、そのほとんどすべての人にとってー普遍的

確かに、自由意思を巡る当時の諸見解は本来的に神学的問題である。しかし、意思決定自由の観点から詐欺を捉える本稿においては、意思を重視するか、それとも意思に優先する何か（例えば、理性や知性、あるいは意思に対する表示、個人に対する社会、契約正義）を認めるか、という点は重要な意味を持つ。例えばドイツにおいては伝統的に主意主義に連なる意思が重視され、現在の詐欺取消制度においても意思決定自由の保護が規範目的として理解され、その反面として欺罔者の主観的要件は相対的に意義が減じられ、次第に過失へ接近しているのに対して（この点は後述する）、例えば主知主義的傾向が窺われるサヴィニーは自由意思に対する侵害よりも欺罔行為の反良俗性ないし違法性を重視するし（この点は後述する）、アクィナスの自然法に依拠するボワソナードも詐欺の問題に関して自由意思の侵害を考えず（この点は後述する）、さらに意思よりも表示あるいは社会的観点を重視する我妻栄、そして意思よりも理性あるいは契約正義を強調する星野英一も、詐欺の問題に関して、被欺罔者の意思決定自由より、欺罔者の悪質性を重視するのである（この点は後述する）。

ところで、中世の後期からヨーロッパは物々交換経済から貨幣経済および信用取引経済へ移行し始め、中世末期のカトリック教義も社会層の精神を反映し⁸⁷、例えば教会は贖宥状を取引し⁸⁸、贖宥状は1343年に教皇

個よりも『高貴であり高度である』のは当然のことであって、個別科学としての哲学の試金石であるが、このことが要請されていることの証拠は、全体が部分の合計よりもつねに大きい、という古くからのアリストテレス的明言しかなかった」（アーレント・前掲注82・145頁）。つまり、アクィナスの理解から詐欺の問題を眺めるなら、意思決定自由の主体たる表意者個人よりも、その個人を取り巻く社会の観点が重視され、結果として表意者の法益の観点は希薄化し、解釈の重点は欺罔者の態様に向けられることになる。本文で挙げた主意主義の論者については、Bourke, *supra* (84), p. 89を参照。

⁸⁷ この点について、Erich Fromm, *Escape from Freedom*, 1965 (paperbacks edition 1994), p. 73を参照。なお、同書の邦訳として、エーリッヒ・フロム（日高六郎 訳）『自由からの逃走（115版）』が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

⁸⁸ O・W・ハイック（加来周一 訳）『キリスト教思想史 古代教会より宗教改革まで』（1969年）372-373頁を参照。

クレメンス6世 (Clemens VI, 在位1342-1352) によって方式化された⁸⁹。そして、贖宥 (いわゆる免罪符)⁹⁰を買う習慣は当時の自由意思論と関係があり、「免罪符を買う習慣は、中世後期にますます重要な役割を演じ、・・・(中略)・・・その習慣は、人間の意志と人間の努力の効用がますます強調されてきたことと関連していた」⁹¹。

ところが、贖宥は次第に濫用され⁹²、後の宗教改革を引き起こす一因を成した⁹³。教会は世俗と深い関係を持ち始め⁹⁴、このことが聖職者あるいは修道者の間に金銭的利害関係を生み出し、教会が堕落する一因を与えたのである⁹⁵。

②宗教改革

教会の堕落は宗教改革を生み出し⁹⁶、宗教改革は1517年に修道僧のル

⁸⁹ フロム・前掲注87・115頁の注(29)を参照。

⁹⁰ 贖宥の起源と訳語の問題について、高里良恭「贖宥(免罪符)とルターの95ヵ条」東北学院大学論集(歴史学・地理学)1号(1970年)3頁以下を参照。

⁹¹ フロム・前掲注87・79-80頁。

⁹² 例えば、チョーサー(梶井迪夫訳)『完訳 カンタベリー物語(中)』301頁以下(1995年)の「免罪符売りの話」において、次のように語られている。「わたしは免罪符売りになってから、このような策略で毎年百マルクも儲けました。・・・(中略)・・・わたしの意図はただ儲けることであって、罪を矯正することでは決してありませんから。・・・(中略)・・・わたしの外題は今も昔も、『すべての悪の根は金銭を愛することにあり』なんです」。

⁹³ Peter Blickle, Die Reformation im Reich 3. Aufl., 2000, S. 44. なお、同書の邦訳として、ペーター・ブリックレ(田中真造=増本浩子訳)『ドイツの宗教改革』(1991年)が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

⁹⁴ 1495年の帝室裁判所条例によって効力が認められた普通法は教会法も含み、教会は日常生活に深く立ち入ることが可能であった(Richard Schröder-Eberhard Künßberg, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 6. Aufl., 1922, S. 870; ミッタイス=リーベリッヒ・前掲注60・447頁を参照)。このことも教会に対する批判を高めた(ブリックレ・前掲注93・54-56頁)。

⁹⁵ ノウルズ・前掲注66・520頁。

⁹⁶ John Bagnell Bury, A History of Freedom of Thought, 1913 (reprint 2006), pp. 28-29. なお、同書の邦訳としてビュアリ(森島恒雄訳)『思想の自由の歴史』(1970年)67頁以下が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。ヘーゲル・

ター（Martin Luther, 1483-1546）によって本格的に引き起こされた⁹⁷。ルターの批判は修道院生活や司教の世俗支配⁹⁸、さらに贖宥の売買も含めた教会の金銭的搾取にも及んだ⁹⁹。

既に指摘したように、贖宥の売買は自由意思論とも無関係ではなく、そして宗教改革の影響は自由意思論にも見出される。確かにルターは人間の自由意思それ自体を否定するわけではなく¹⁰⁰、前述したオッカムの支持者たるビール（Gabriel Biel, 1430-1490）の著作を通じてルターはオッカムの影響も受けていた¹⁰¹。しかし、ルターによれば、自由意思は神に対して意味を成さず、むしろ人間は神の意思に隷属する存在に過ぎない、という¹⁰²。

前掲注80・308頁も参照。

⁹⁷ ブリックレ・前掲注93・60頁。

⁹⁸ ヘーゲル・前掲注80・316頁、ビュアリ・前掲注96・67頁を参照。

⁹⁹ 例えば、ルター（成瀬治 訳）「キリスト教界の改善についてドイツ国民のキリスト教貴族に与う」松田智雄（編）『ルター 世界の名著23（第6版）』（1999年。原書は1520年）147頁以下を参照。

¹⁰⁰ この点について、ティリッヒ（大木英夫・清水正 訳）『キリスト教思想史 [I] 古代から宗教改革まで』（1997年）364-365頁を参照。

¹⁰¹ この点について、Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2. Aufl., 1955, S. 91を参照。「ドイツにおいては、チュービンゲン大学の教授ガブリエル・ビール（1495年没）であり、彼は西ヨーロッパのどの国においてよりオッカム主義を永続的なものとした。ビールの弟子ヨハン・ナティンはエルフルト大学でマルティン・ルターを教えた」（ハイック・前掲注88・382頁）。さらに、ヘルマン・テュヒレ他著（上智大学中世思想研究所 編訳／監修）『キリスト教史5 信仰分裂の時代（新装版）』（1991年）177頁の注3も参照。

¹⁰² いわゆる奴隸意思説である。「自由意志は、キリストを知らないうちは、つまり、彼を信じないうちは、何ら善きものを欲したり努力したりすることができず、むしろ必然的に、かの知られざる罪に仕えているのであり、「神は私の救いを私の意思決定の外にとり出し、神ご自身の意思決定のうちに受け入れたまい、私のわざや努力によってでなく、おんみずからの恩恵と憐憫によって、私を救うことを約束したもうているから、私は安泰であり確実なのである」（ルター（山内宣 訳）「奴隸的意志」松田智雄（編）『ルター 世界の名著23（第6版）』（1999年。原書は1525年）250頁および253頁）。フロム・前掲注87・84頁、テュヒレ・前掲注101・80頁も参照。

ルターによって指導された改革は次第に支持を受け、例えば1525年にドイツ騎士団長アルブレヒト（Albrecht von Brandenburg-Ansbach, 1490-1568）が、そして1528年にブランデンブルク辺境伯ヨアヒム 2 世ヘクトル（Joachim II. Hektor, 1505-1571）も改宗した¹⁰³。

ローマ教会の保護者たる神聖ローマ帝国の皇帝¹⁰⁴は宗教改革の抑制に乗り出すも、むしろ対立は深まり、皇帝の施策¹⁰⁵に対する抗議（プロテスト）を展開した改革派は伝統的なカトリックに対してプロテスタントと呼ばれ¹⁰⁶、さらに勢力を増したのであった¹⁰⁷。

これに対して、カトリック側も16世紀の中葉から反宗教改革の運動を活発化させた。かかる活動の重要な担い手として、ロヨラ（Ignatius de Loyola, 1491-1556）によって1540年に創設されたイエズス会が挙げられる¹⁰⁸。イエズス会によれば、確かに恩寵は神の一方的意思によって与えられるが、しかし神と人間の関係において人間の努力と自発的意思を容れる余地が存在し、自己の意思ないし努力によって神の恩寵に与り得る¹⁰⁹、という。すなわち、イエズス会派の理解はプロテスタントと正反

¹⁰³ フリーデントール（笠利尚＝徳善義和＝三浦義和 訳）『マルティン・ルターの生涯』455頁（1973年）、エルトン（越智武臣 訳）『宗教改革の時代』（1973年）40頁。なお、アルブレヒトもヨアヒム 2 世ヘクトルもホーエンツォレルン家の出身者であり、この意味については後述する。

¹⁰⁴ ブリックレ・前掲注93・258頁。

¹⁰⁵ 例えば、皇帝カール 5 世（Karl V, 1519-1556）は、1529年の帝国議会において革新を防止し、ローマ教会の祭儀の挙行を可能ならしめる決議を下した（ブリックレ・前掲注93・270頁以下）。

¹⁰⁶ フリーデントール・前掲注103・455頁、ブリックレ・前掲注93・271頁。

¹⁰⁷ プロテスタントからカルヴァン（Jean Calvin, 1509-1564）を祖として新しい分派が生まれ、やはりカルヴァンも教会の権威に対して否定的であり、そして自由意思に対しても否定的であった。バートランド・ラッセル（市井三郎 訳）『西洋哲学史 3』（1973年）518頁、ビュアリ・前掲注96・68頁を参照。Henry Kamen, *The Rise of Toleration*, 1967, p. 96. なお、同書の邦訳として、ヘンリー・カメン（成瀬治 訳）『寛容思想の系譜』（1970年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

¹⁰⁸ エルトン・前掲注103・146頁。

¹⁰⁹ エルトン・前掲注103・146頁および150頁。

対であり、人間の自由意思を信じたのである¹¹⁰。

もっとも、宗教的対立の背景は神学の相違に止まらず、むしろ世俗権力が宗教改革に関心を寄せた理由は個人的な野心に基づく権力の確立であって、宗教改革によって教会財産の収奪と司教権の獲得を正当化し得たからでもある¹¹¹。こうして、事態は軍事的対立に及び、いわゆる30年戦争（1614-1648）が勃発したのであった¹¹²。

もちろん、この戦争それ自体が自由意思論を進展させたわけではない。その後の自由意思論の展開は戦争を逃れたデカルトにおいて見られる。引き続き、このことがドイツの学者へ影響を与えた経緯を辿る。

（2）神学と法学の分離

①デカルト主義

ドイツにおけるルター派の影響に対して¹¹³、フランスにおいては強力なカトリックの勢力が存在していたのであって¹¹⁴、さらにイエズス会によるカトリック改革も着実に遂行されていた¹¹⁵。高等教育にも力を注いでいたフランスのイエズス会においては、主意主義に依拠した自由意思論を展開したスアレス（Francesco Suarez, 1548-1617）が重要であり¹¹⁶、とりわけスアレスの哲学がイエズス会派の学校において学んだ

¹¹⁰ ラッセル・前掲注107・519頁。「フランシスコ神学の半ペラギウス主義に関連したさらに自由な学派は、イエズス会によって力を得、やがて優勢となった」（ハイック・前掲注88・614頁）。

¹¹¹ エルトン・前掲注103・185頁、ブリックレ・前掲注93・23頁および174頁。

¹¹² カメン・前掲注107・207頁、フリッツ・ハルトウング（成瀬治＝坂井栄八郎 訳）『ドイツ国制史』（1980年）42頁以下、ブリックレ・前掲注93・288頁以下を参照。

¹¹³ エルトン・前掲注103・174頁以下。

¹¹⁴ カメン・前掲注107・192頁。もっとも、カルヴァンの祖国はフランスであって、フランスにおいても少なからずプロテスタントの影響が及んだ。エルトン・前掲注103・175頁。

¹¹⁵ テュヒレ・前掲注101・344頁も参照。

¹¹⁶ スアレスによれば、手段を選択する点においても、結果を意図する点においても、人間の意思は完全に自由であり、意思は自由の能力を意味する、という（この点について、Bourke, supra (84), p. 88を参照）。スアレスと主意主義について、阿南成一「スアレスの『法律』概念—トマスとの相違を中心として—」（1965年）

カルト (René Descartes, 1596-1650) にも影響を与えた点は注目される¹¹⁷。

周知の如く、デカルト哲学の特徴は合理主義であり¹¹⁸、この特徴はデカルトが展開する自由意思論にも表れている。30年戦争を避け、移住先のオランダにおいて自己の哲学を発展せしめたデカルトは¹¹⁹、その方法

43頁以下、稲垣良典「自然法における理性と意志―スアレス自然法理論の再検討―」阿南成一・水波朗・稲垣良典(編)『自然法の復権』(1989年)21頁以下も参照。

¹¹⁷ Bourke, supra (84), p. 88.

¹¹⁸ デカルトの合理主義は、パスカル (Blaise Pascal, 1623-1662) の次のような批判からも窺われる。「私はデカルトを許すことができない。彼はその全哲学のなかで、できれば神なしに済ませたいと思った。だが、彼は世界に運動を与えるために、神に最初のひと弾きをさせないわけにはいかなかった。それがすめば、もはや彼は神を必要としない」(伊吹武彦=渡辺一夫=前田陽一(監)『パスカル全集 第3巻』(1959年)68頁)。なお、パスカルは、当時のイエズス会における自由意思論に対しても異端の評価を下している(例えば伊吹武彦=渡辺一夫=前田陽一(監)『パスカル全集 第2巻』(1959年)に収められているプロヴァンシアルおよび恩寵文書を参照)。

¹¹⁹ Heinrich Heine, Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland, 1834 (Neudruck 1997), hgg. von Jürgen Ferner, S. 50-51. なお、同書の邦訳として、ハイネ(伊東勉 訳)『ドイツ古典哲学の本質』(1978年)92頁が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

当時のオランダは宗教的寛容が実施されていた稀な国であった。これは、以下のような政治的事情に由来する。1540年代以降のネーデルランド(今日のオランダとベルギーに相当する国)においても、フランスと同様に、カルヴァン派は強力な少数派を形成した(カメン・前掲注107・193頁)。当時のネーデルランドの領主は、プロテスタントの迫害がネーデルランドにおける通商貿易の利益を損う点に鑑みて、プロテスタントの寛容を考えたのである(前掲・193頁以下)。さらに、この寛容政策は、その他の政治的事情にも起因していた。すなわち、当時のネーデルランドはスペインの支配に服し、その支配者はカール5世の子フェリーペ2世(Felipe II, 1556-1598)であって、一方でフェリーペ2世は父と同様にカトリック教会の守護および帝国における信仰の一致を意識し(テュヒレ・前掲注101・172頁)、他方で当時のネーデルランドの領主はプロテスタントの迫害によってスペイン統治者の主導権が拡大することを危惧した(カメン・前掲注107・194頁)。両者の対立は数十年に亘り続き、今日

的懷疑から哲学の第一原理（*cogito ergo sum*：我思う、故に、我在り）を導き出し¹²⁰、そして自由意思の問題について次のように理解する。「わたしは、自分を重視する正しい理由となりうるものを、わたしたちのうちにただ一つしか認めない。すなわち、わたしたちの自由意志の行使、わたしたちの意志に対して持つ支配である」¹²¹。確かに私は常に誤謬に曝されているのであるが¹²²、しかし問題は誤謬の原因であり、「私の誤謬はどこから生じるのであろうか？ すなわちそれは、意志は知性よりもより広範囲に広がるので、私が意志を知性と同じ範囲内に限らないで、私が理解していないものにまで押し及ぼすという、ただこの一つのことからである」¹²³。「我々は疑わしいものに同意を拒み、かようにして誤りを避ける自由意志をもつ」¹²⁴。

以上の如く、デカルトが自由意思を重視し¹²⁵、さらに「意志は知性よりもより広範囲に広がる」という指摘から知性より意思を重視している

のベルギーに相当する領域をスペインとカトリック教会が保持し（テュヒレ・前掲注101・348頁も参照）、これに対してプロテスタントが占める他の領域は1581年にオランダとして独立（宣言）したのであった（前掲・226頁。ヘーゲル・前掲注80・343頁も参照）。こうしてオランダは、思想の自由を認め、著述と出版が自由に行われた当時における唯一の国となり、初期啓蒙期の理神論的・汎神論的な思想家、さらに無神論的思想家の避難所であった（ラッセル・前掲注107・552頁、カメン・前掲注107・303頁、ヴィーアッカー・前掲注51・323頁）。

¹²⁰ この第一原理について、デカルト（谷川多佳子 訳）『方法序説』（1997年。原書は1637年）46頁、同（桂寿一 訳）『哲学原理』（1964年。原書は1644年）38頁を参照。

¹²¹ ルネ・デカルト（谷川多佳子 訳）『情念論』（2008年。原書は1649年）133頁。

¹²² ルネ・デカルト（山田弘明 訳）『省察』（2006年。原書は1641年）86頁。

¹²³ デカルト・前掲注122・92頁以下。

¹²⁴ デカルト・前掲注120の『哲学原理』・38頁。

¹²⁵ さらに、デカルトは次のようにも述べる。「ひとり意志つまり自由意志だけは、それ以上大きなものの観念が考えられないほど大きいものであることを、私において経験している。したがって、私が神のある像と似姿を担っていると理解しているのは、主として意志を根拠としてである」（デカルト・前掲注122・90頁）。そして、「人間が自由に、即ち意志によって行為することは、その最高の完全性であり、これによって賞賛或いは非難に値するものとなる」（デカルト・前掲注120の『哲学原理』・59頁）。

点からも、デカルトの意思自由は主意主義的伝統に連なることが窺われる¹²⁶。デカルトが後世に及ぼした影響は大きく、それはドイツにおけるプーフェンドルフ (Samuel Pufendorf, 1632-1694) にも反映されている。この点について引き続き検討する。

②合理的自然法

デカルトに由来する合理主義は世俗的な自然法論の動力であった¹²⁷。ドイツは、近世の合理的自然法を開拓する前提として、デカルト主義に触れなければならなかった¹²⁸。そして、デカルトの影響は、デカルト主義者のヴァイゲル (Erhard Weigel, 1625-1699) を介してプーフェンドルフ (Samuel Pufendorf, 1632-1694) に及んだ¹²⁹。

まず、プーフェンドルフはルター派の神学から決別し¹³⁰、自然法を神の崇拜方法に関する問題から切り離した¹³¹。これによって法は神学から

¹²⁶ Bourke, supra (84), p. 88-89. デカルトを主意主義者に数える立場として、アレント・前掲注82・32頁も参照。

¹²⁷ Welzel, aa.O. (Fn. 101), S. 110.

¹²⁸ Hans Thieme, Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte, 2. Aufl., 1954, S. 23.

¹²⁹ ヴィーアッカー・前掲注51・370頁。プーフェンドルフに与えた影響としては、宗教戦争も無視できない。30年戦争 (1614-1648) は一方の宗派が完全に勝利し得ないことを知らしめ、根本的な事柄に関して自ら思索する自由を増大させた (ラッセル・前掲注107・519頁)。そして、このことが、30年戦争末期の印象を直接に受けたプーフェンドルフにも多かれ少なかれ影響を与えた (この点について、ミヒャエル・シュトライス編 (佐々木有司・柳原正治 訳) 『17・18世紀の国家思想家たち－帝国公 (国) 法論・政治学・自然法論－』 (1995年) 284頁、桜井徹「第11章 ザームエル・プーフェンドルフ」勝田有恒＝山内進 (編) 『近世・近代ヨーロッパの法学者たち－グラウティアヌスからカール・シュミットまで』 (2008年) 180頁を参照)。

¹³⁰ プーフェンドルフによれば、自然法は決して神学教義と矛盾するわけではないのであるが、しかし理性によっては探求され得ない神学教義も存在し、この点において自然法は神学教義から距離を置いているのである、という。Samuel von Pufendorf, De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo, translated by Frank Gardner Moore (reprinted 1964), p. viii を参照。

¹³¹ この点について、Welzel, aa.O. (Fn. 101), S. 109 u. 145 ff. を参照。

分離し¹³²、プーフェンドルフによって包括的な自然法の体系が展開された¹³³。プーフェンドルフによれば、人の活動が全て人の行為として理解されるのではなく、知性（intellectus）と意思（voluntas）に基づく行為が人の行為として理解されるのであって、知性と意思は人間の特別な性質として認められる精神的能力であり、そして意思の能力が自由（libertas）を意味し、意思が人の自由な行動を可能ならしめ、ゆえに自由は自由な決断をも含み、したがって意思が自由に形成されることが重要である¹³⁴、という。

プーフェンドルフの自由の概念は法の基本原理として出現し¹³⁵、自由は意思活動の最高原理として位置づけられた¹³⁶。

¹³² ヴィーアッカー・前掲注51・302頁。

¹³³ Welzel, a.a.O. (Fn. 101), S. 110.

¹³⁴ Samuel von Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo*, translated by C. H. Oldfather and W. A. Oldfather (reprinted 1934), p. 53; ders., *De officio hominis et civis juxta legem naturalem libri duo*, translated by Frank Gardner Moore (reprinted 1964), p. 4-5; ders., *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, 1994, hgg. von Klaus Luig, S. 25-29.

¹³⁵ Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, 1. Bd., 1985, S. 73. もちろん、プーフェンドルフは信仰を捨てたわけではない。彼は依然としてプロテスタントであったが、しかし自由意思を認めるプーフェンドルフがプロテスタントにおける予定説に依拠していないことも明白である（「予定説は大きなプロテスタントの教会によってもその信仰の内へ採り入れられたが、結果としてはその教会の大部分によって再び放棄されたり、あるいは可能であった限り別に解釈されてしまったりしたのであるが、なぜなら理性は予定説を自由や行為の帰責についての学説と、したがって全ての道徳と一致しないと思うからである」（カント（小倉志祥 訳）「学部争い」カント全集・第13巻『歴史哲学論集』（1988年）351頁）。プーフェンドルフがイエズス会のスアレスおよびスアレスに連なるデカルトの影響を受けているなら、むしろプーフェンドルフの自由意思はカトリック（の側）における自由意思説に近い（半澤孝磨「自由意志論思想史上のカント」未来502号（2008年）28頁も参照）。

¹³⁶ この点について、Franz Lubbers, *Die Geschichte der Zurechnungsfähigkeit*, 1938, S. 33も参照。意思概念が神学から法学へ導入される過程においてプーフェンドルフが果たした役割について、筏津安恕『義務の体系のもとでの私法の一般理論の誕生』（2010年）も参照。筏津によれば、「主意主義は、スアレスの道

問題は、自由意思 (*libertas voluntatis*) と詐欺の関係である。プーフェンドルフによれば、欺罔者が意図的な決定 (*destinatione animi*) に基づいて、取引に際して目的物の性質や価格に関して *dolus* が介在した場合、当該契約は不完全である¹³⁷、という。

もっとも、詐欺が契約の効力に影響を与える点是指摘されているが、しかし詐欺と被欺罔者の自由意思 (違法根拠の自由意思) の関係は必ずしも明確ではない。むしろ、プーフェンドルフの詐欺論において語られている意図的な決定 (*destinatione animi*) は欺罔者の (自由) 意思に相当するのであって¹³⁸、責任根拠の自由意思に相当する。

こうした自由意思に基づく責任の概念はプーフェンドルフから始まる、と言われている¹³⁹。プーフェンドルフによれば、自由な原因たる人の意思に依拠した行為は意思の行為 (*actio voluntatis*¹⁴⁰; *voluntary action*) として理解され、これが帰責 (*imputatio*; *imputation*) に関して考慮される¹⁴¹、という。合理主義から連なる個人主義的傾向は人間行為の内実へ目を向けさせ、このことが自由と帰責を結び付けたのである¹⁴²。

徳神学に由来し、デカルト哲学をへて、プーフェンドルフへと継承されていた」(前掲・176頁)。

¹³⁷ Samuel von Pufendorf, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, 1994, hgg. von Klaus Luig, S. 73 u. 91 f.

¹³⁸ 「*destinatione animi*」を Samuel Pufendorf, *Gesammelte Werke*, 2. Bd., *De officio*, hgg. von Gerald Hartung, 1997, S. 155は「*freywillig*」と訳し、Pufendorf, *supra* (130), p. 52は「*voluntarily*」と訳す。

¹³⁹ Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., 1965, 169 f.; 小野清一郎「責任能力の人間学的解明(一)」ジュリスト367号(1967年)93頁を参照。

¹⁴⁰ Pufendorf, aa.O. (Fn. 138), S. 115は「*voluntariæ*」を「*freywillige*」と訳している。

¹⁴¹ Pufendorf, *supra* (134), p. 66.

¹⁴² この点について、Lubbers, aa.O. (Fn. 136), S. 33およびハインリッヒ・ロンメン(阿南成一 訳)『自然法の歴史と理論』(1956年)94頁を参照。なお、自由意思と責任を結び付ける理解はプロイセン一般ラント法および帝国刑法典へ引き継がれた。しかも、ドイツ民法典の能力規定は帝国刑法典の責任規定を模範として編纂されたのであり、この点は後述する。

確かにプーフェンドルフによって包括的な自然法体系へ導かれ、これがドイツにおいて自然法思想¹⁴³を伸展せしめた契機であった¹⁴⁴。ただし、その前提として、宗教的寛容に基づく思想の自由が必要であった¹⁴⁵。こうした宗教的寛容はプロイセンにおいて果たされ、かように展開されたドイツ哲学は詐欺論にも影響を与え、ついに詐欺と被欺罔者の自由意思が結び付けられる。引き続き、その間のプロイセンにおける法状況について概観する。

第2項 ドイツ自然法学説

（1）ドイツ哲学

①プロイセンの状況

まず、プロイセンの歴史と位置的特徴を確認する。かつてバルト海沿岸の地域に、プロイセンと呼ばれる非キリスト教徒の小民族が定住していた¹⁴⁶。この地を1226年から侵略・征服したドイツ騎士修道会は、この地に修道会国家を建設した¹⁴⁷。既に確認したように1525年の当時のドイ

¹⁴³ 自然法ないし自然法思想の捉え方は様々に在り得る。例えば、「一方では『ヨーロッパ精神史』のうえに自然法がまさに普遍的性格をもって形成される。他方ではそれが特定の精神的風土に定着し、土着化される。プロイセン普通国法、ALRは『プロイセン的自然法』である、とみるのもその一つであろう」（矢崎光圀「近世ドイツの自然法思想」尾高朝雄（編）『法哲学講座 第三巻』（1956年）75頁の注（三））。

¹⁴⁴ Andreas B. Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, ZRG (Rom. Abt.) 42 (1921), S. 584.; Welzel, aa.O. (Fn. 101), S. 110.

¹⁴⁵ ハイネ・前掲注119・72頁。

¹⁴⁶ Sebastian Haffner, Preußen ohne Legende, 3. Auf., 1979, hgg. von Henri Nannen, S. 40. なお、同書の邦訳として、セバスチャン・ハフナー（魚住昌良＝川口由紀子 訳）『プロイセンの歴史』（2000年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

¹⁴⁷ ハフナー・前掲注146・21頁を参照。1226年の当時の騎士団長ザルツァ（Hermann von Salza, 1179?-1239）は、当時の神聖ローマ帝国皇帝フリードリヒ2世から、プロイセンがドイツ騎士修道会へ与えられ、かつ同総長に帝国諸侯と同等の地位が与えられる旨の内容の勅書を得ていた。この点について、ミッタイス＝リーベリッヒ・前掲注60・250頁。

ツ騎士団長たるアルプレヒトは宗教改革に乗じてプロテスタントへ改宗し¹⁴⁸、そして彼は修道会国家を世俗化することによって初代プロイセン公の地位に就いた¹⁴⁹。

アルプレヒトはホーエンツォレルン家の一員であり、ホーエンツォレルン家はブランデンブルクをも領地として統治していた¹⁵⁰。この時からプロイセンとブランデンブルクが同一族によって結び付けられる可能性が生まれ、このことは後のプロイセンにおける自然法の展開にも影響を与えた。まずアルプレヒトの死去に伴い、ブランデンブルクの選帝侯ジギスムント (Johann Sigismund, 1572-1619) がプロイセンを獲得し¹⁵¹、さらにジギスムントによって宗教的寛容が認められた。既に確認したように、ブランデンブルク辺境伯ヨアヒム2世ヘクトルは1528年にルター派へ改宗していたのであるが¹⁵²、しかしジギスムントは1613年にルター派からカルヴァン派へ改宗したものの¹⁵³、当時のブランデンブルクおよびプロイセンにおいてはルター派が多数を占めていたから¹⁵⁴、ジギスム

¹⁴⁸ この点について前述25頁を参照。

¹⁴⁹ Otto Hintze, *Die Hohenzollern und ihr Werk*, 1916, S. 11. ただし、修道会国家は隣国のポーランドと争い、その結果として西プロイセンはポーランド領へ帰し、確かに東プロイセンは修道会国家に帰属していたものの、しかしポーランドの宗主権に服していたのであって、アルプレヒトのプロイセン公国も依然としてポーランドの宗主権に服していた (ミッタイス＝リーベリッヒ・前掲注 60・252頁の注9、ハフナー・前掲注146・24-25頁)。

¹⁵⁰ その経緯も含めて、ハフナー・前掲注146・27-28頁。ホーエンツォレルン家それ自体はプロイセン地方の出身ではなく、南ドイツの一族であった (ハフナー・前掲注146・13頁)。

¹⁵¹ Hintze, aa.O. (Fn. 149), S. 164. ハフナー・前掲注146・26-28頁も参照。ただし、プロイセン領域は依然としてポーランドの宗主権に服していた (ハフナー・前掲注146・33頁)。

¹⁵² 前述25頁を参照。

¹⁵³ その理由について、Hintze, aa.O. (Fn. 149), S. 161およびカメン・前掲注 107・139頁も参照。

¹⁵⁴ しかも、ジギスムントの妻アンナ (Kurfürstin Anna) もルター信仰を固持していた。彼女はプロイセンの皇女であったのであり、彼女の生活と信仰について、Hintze, aa.O. (Fn. 149), S. 157 f. を参照。

ントは自身の最高の領主特権たる信仰の強制を放棄し¹⁵⁵、さらに1615年にルター派に対して礼拜の自由を保障し¹⁵⁶、こうしてプロイセンでは当時としては例外的に宗教的寛容が促進されたのである¹⁵⁷。

その後の30年戦争を経験したホーエンツォレルン家は軍備の増強に努め¹⁵⁸、フリードリヒ3世¹⁵⁹（フリードリヒ大王の祖父）によって1701年にプロイセン王の称号が獲得され¹⁶⁰、こうして宗教的寛容を肯定するプロイセンが国家として成立し、かかる宗教的寛容に基づく思想の自由がドイツ哲学を生み出す重要な契機を与えた¹⁶¹。

さらに、ドイツ哲学にとっては、プロイセンにおいて宗教的自由を実現したフリードリヒ大王（Friedrich der Große, 1740-1786）の即位も重要であった¹⁶²。例えば、フリードリヒ大王の先代王によって国外退去を

¹⁵⁵ Hintze, aa.O. (Fn. 149), S. 164 f. ハフナー・前掲注146・83-84頁も参照。

¹⁵⁶ カメン・前掲注107・139頁。

¹⁵⁷ もっとも、このことが当時の人々に必ずしも肯定的に受け入れられたわけではない。すなわち、確かに「このようにしてブランデンブルク＝プロイセンは、異なる宗派の共存が可能にして不可避の最初の国となった」のであるが、しかし「人びとにとっては不信仰でしかない他の宗教を、自分たちの隣人に許すように国家から要求されたということは、彼らのもっとも崇高で神聖な感情を傷つけた」からである（ハフナー・前掲注146・84頁）。カメン・前掲注107・143頁および253頁も参照（なお、同頁における、ジギスメントが1613年に「ルター主義者」になった、という記載は誤訳であろう。ジギスメントは「カルヴァン主義者 Calvinist」になった。Henry Kamen, *The Rise of Toleration*, 1967, p. 192を参照）。

¹⁵⁸ ハルトゥング・前掲注112・137頁。

¹⁵⁹ 1660年にプロイセンをポーランドから解放した大選帝侯フリードリヒ・ヴィルヘルム（ジギスメントの孫）の子（ハフナー・前掲注146・34頁）。

¹⁶⁰ プロイセンの名が選択された理由（ブランデンブルクの名が選択されなかった理由）は、プロイセンは帝国の一部ではなかったからである（帝国領内の領主は王の称号を得ることができなかったから）である。ハフナー・前掲注146・39頁以下、フルブロック・前掲注60・110頁以下を参照。

¹⁶¹ ハイネ・前掲注119・72頁。

¹⁶² かつて宗教的寛容は人々にとって必ずしも肯定的に受け入れられたわけではなかったが、しかし「状況が変わったのは、ようやく十八世紀の後半、キリスト教が力を失い、啓蒙主義が国民の最下層にいたるまで浸透した時であった。

命じられていたヴォルフ (Christian Wolff, 1679-1754) が¹⁶³、ヴォルフの著書から哲学を学んだフリードリヒ大王によって再び呼び戻されたのである¹⁶⁴。

②啓蒙哲学

デカルトの著作を読み、プーフェンドルフの自然法思想にも親しんだヴォルフは、ドイツの思想界を50年以上に亘り支配し、ドイツ哲学の発展に寄与した¹⁶⁵。ヴォルフによれば¹⁶⁶、人間の行為は他人の意思に服さず、自己の意思に従い行為することが自由であり、自分の意思に反して自分の物が奪われることは損害を意味し、何人も損害を加えてはならず、このことは故意であれ過失であれ (dolo vel culpa) 変わらないのであって、ゆえに故意による詐欺 (vorsätzlicher Betrug; fraus consilii) であろうと、故意に非ざる詐欺 (unvorsätzlicher Betrug; fraus eventus) で

時代精神のこの風向きの変化に対して、プロイセンはその宗派的寛容によって、最善の準備ができていた。プロイセンは啓蒙主義の模範的な国となった。そして自ら自由思想家だったフリードリヒ大王ほどに、この新しい精神の体現者として人びとに信頼され、人びとを感嘆させた人はいない」(ハフナー・前掲注146・84-85頁)。ビュアリ・前掲注96・112頁も参照。

¹⁶³ 国外退去の理由について、ビュアリ・前掲注96・164頁、ディルタイ (村岡哲 訳) 『フリードリヒ大王とドイツ啓蒙主義』(1975年) 53頁、G・クラインハイヤー＝J・シュレーダー (小林孝輔 監訳) 『ドイツ法学者辞典』(1983年) 324頁以下を参照。

¹⁶⁴ ディルタイ・前掲注163・52-53頁、カッシーラー (中埜肇 訳) 『自由と形式－ドイツ精神史研究－』271頁 (1985年)、クラインハイヤー＝シュレーダー・前掲注163・325頁。

¹⁶⁵ ハイネ・前掲注119・72頁および130頁、クラインハイヤー＝シュレーダー・前掲注163・323頁。

¹⁶⁶ ヴォルフの見解は、Christian Wolff, Grundsätze des Natur-und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, 1754 (Neudruck 1980) から訳出した。なお、以下の訳文に引用されたラテン語は、Christian Wolff, Gesammelte Werke, 1. Abt. Lateinische Schriften, 26. Bd., INSTITUTIONES JURIS NATURAE ET GENTIUM, 1750 (Neudruck 1969), hgg. von Marcel Thomann を参照した。

あろうと、許されない¹⁶⁷、という。

ヴォルフにとって、詐欺は他人に悟られることなく損害を与える行為を意味する¹⁶⁸。そして、その損害と意思が関連づけられ、過失の詐欺も許さない旨が指摘されているのであって、この点は注目される。ただし、ヴォルフにとっては体系的論証こそが重要であり、正当なる成果は必ずしも重要ではなかった¹⁶⁹。詐欺論に関して、詐欺の概念それ自体から過失の詐欺が導き出されているわけではなく、「過失の損害は許されない」という前提から、過失の詐欺が語られているに過ぎない。確かにヴォルフの哲学は少なくとも当時のドイツ語圏において大きな影響力を有したが、しかし他方において当時の哲学および自然法論が秘めた独断的という欠点も認識され始めていた¹⁷⁰。

こうして、ヴォルフ哲学から良くも悪くも直接に間接に影響を受けた哲学が形成され、これはドイツ啓蒙思潮という名称において総括されている¹⁷¹。この時代を代表する哲学者カント（Immanuel Kant, 1724-1804）¹⁷²は、啓蒙について次のように述べる。「啓蒙とは、人間が自分の未成年状態から抜けでることである」¹⁷³。「ところでこのような啓蒙を成

¹⁶⁷ Wolff, aa.O. (Fn. 166), S. 47-48 u. 166-178.

¹⁶⁸ Wolff, aa.O. (Fn. 166), S. 178.

¹⁶⁹ Franz Beyerle, Der andere Zugang zum Naturrecht, Deutsche Rechtswissenschaft, 1. Bd., 1936, S. 15.

¹⁷⁰ このこととカントの理解について、シュトライス・前掲注129・550-551頁を参照。

¹⁷¹ シュヴェーグラー（谷川徹三＝松村一人 訳）『西洋哲学史 下巻』（1958年）111頁。

¹⁷² 例えば、カントは、道徳形而上学と実践の関係におけるヴォルフ哲学について、次のように述べる。「ヴォルフのその部門は、それがまさに一般実践哲学であるという理由から、ある特殊な種類の意志、つまりいかなる経験的動因ももたずにまったくアプリオリな諸原理によって規定され、そこでひとが純粹意志とよびうるような意志を考察しないで、意欲一般と、この一般的意味での意欲に帰属するあらゆる行為と条件とを考察したのである」（カント（宇都宮芳明 訳）『道徳形而上学の基礎づけ（新装版）』（2004年。原著は1785年）19頁）。

¹⁷³ カント（篠田英雄 訳）『啓蒙とは何か 他四篇』（1974年。原書は1784年）7頁。

就するに必要なものは、実に自由にほかならない」¹⁷⁴。

周知の如く、カントは当時の自然法論者の中においても、とりわけ個人の自由を重視した¹⁷⁵。このことは、自由な意思の理解においても見られる。すなわち、カントによれば、人間の意思は自由な選択 (arbitrium liberum) であり、人間には自ら自分自身を規定する能力が具わっているのであって¹⁷⁶、我々自身の意思が尊敬の本来の対象である¹⁷⁷、というのである。

一見してカントにおいても自由意思が重視されているのであるが、しかしカントの用語法は必ずしも統一されておらず¹⁷⁸、その終局的な確定は困難である¹⁷⁹。そもそもカント哲学を仔細に分析することは本稿の能力を超えるし、本稿の目的でもない。本稿において確認したい点は、カント哲学が彼の信奉者をして自由の行使と意思を同一視する理解へ向かわせた、という点である¹⁸⁰。

¹⁷⁴ カント・前掲注173・10頁。

¹⁷⁵ この点について、ロンメン・前掲注142・100頁も参照。

¹⁷⁶ カント(篠田英雄 訳)『純粹理性批判 中』(1961年。原書は1781年)207-208頁。

¹⁷⁷ カント・前掲注172・159頁。

¹⁷⁸ 意思の概念について、新田孝彦『カントと自由の問題』(1993年)222頁を参照。さらに理性と知性の関係について、ショーペンハウアー(茅野良男 訳)「意志と表象としての世界 正編 (III)」(1975年)46頁以下を参照。知性という訳語に関して、「Vernunft und Verstand、『理性』と『知性』(『悟性』)というのは誤訳だと思う。カントはドイツ語の Verstand をラテン語の intellectus の訳語に使ったのであり、Verstand は verstehen、現代の訳で言えば『理解する』というものの名詞形だが、ドイツ語の das Verstehen に含意されているものを持っていない)」(Hannah Arendt, *The life of the mind; Thinking*, vol. 1, 1971, pp. 13-14. なお、同書の邦訳としてハンナ・アーレント(佐藤和夫 訳)『精神の生活 上 第一部 思考』(1994年)が存在し、本注の引用は同邦訳書の17頁を引用した)。

¹⁷⁹ なお、カントの主意主義を示唆する見解として、パウルゼン(伊達保美・丸山岩吉 訳)「イマヌエル・カント」『世界大思想全集 57』(1932年)302頁、ヴィンデルバント(清水清 訳)『哲学概論』(1960年)141頁。

¹⁸⁰ 「カントの自由概念は様々な解釈の余地を残しているし、しかもカントにおける『意思』について一義的な意味を打ち立てることは不可能である、というのが事の実際である。せいぜい、カントが何人かの彼の信奉者をして自由の行

（2）プロイセン一般ラント法

①成立経緯

カントの影響を受けた当時の論者は少なくないであろうが¹⁸¹、しかし本稿において特に注目されるべき法学者として、カール・ゴットリーブ・スワレッツ（Carl Gottlieb Svarez, 1746-1798）が挙げられる¹⁸²。なぜならスワレッツがプロイセン一般ラント法の編纂者であったからであり、続いてスワレッツの理解を概観する。

スワレッツによれば、人は理性（Vernunft）や意思の自由（Freiheit des Willens）等の能力を有し、理性を通じて自己の行為および当該行為の結果を熟考することができ、意思の自由を通じて理性的な動因に従って自己の行為を決定するのであり、こうした能力は人が至福

為と意思を同一視せしめるよう刺激した、というのが最も無難な結論である」（Bourke, supra (84), p. 91）。

¹⁸¹ カントの自由意思論を受け継いだ論者として、例えばヨハン・ゴットリーブ・フィヒテ（Johann Gottlieb Fichte, 1762-1814）、さらにフィヒテと親交を結んでいたゴットリーブ・フーフェラント（Gottlieb Hufeland, 1760-1817）が挙げられる。カントとフィヒテについて、Bourke, supra (84), p. 91を参照。カントとフーフェラントについて、Thomas Karst, Der Einfluß von Carl Gottlieb Svarez auf die preußische Gesetzgebung, ZRG (Rom. Abt.) 120 (2003), S. 181; Michael Rohls, Kantisches Naturrecht und historisches Zivilrecht, 2001を参照。フィヒテとフーフェラントについて、シュヴェーグラー・前掲注171・208頁を参照。

例えば、フーフェラントは、譲渡し得ない財の一種として意思の自由を挙げ（Gottlieb Hufeland, Lehrsätze des Naturrechtes und der damit verbundenen Wissenschaften zu Vorlesungen, 2. Aufl., 1795 (Neudruck 2007), S. 78, § 150）、さらに詐欺を次のように定義する。「詐欺（dolus）とは、ある人の決断を決定づけるため、不正確な表象を故意に引き起こすことである」（Hufeland, aa.O., S. 145, § 302）。被欺罔者の決断の観点から詐欺が説明されている点が注目される。

なお、このフーフェラントの後任としてサヴィニーがランズフート大学へ招聘されている。サヴィニーもカント哲学の影響を受けているが、しかし周知の如く彼は自然法思想を支持しない。この点は後述する。

¹⁸² Karst, aa.O. (Fn. 181), S. 181は、フーフェラント以外に、カントによって定理にまで高められた自由の原理を普遍的基本原理として法論へ持ち込んだ人物としてスワレッツを挙げている。

(Glückseligkeit) を求めんと欲する衝動から導かれる自然的権利として害されてはならないのであって、すなわち「人は意思の自由を主張する権利を有し、盲目的衝動あるいは外部的な強制によって規定されることなく、知性 (Verstand) の認識によってのみ自己の決定および行為を規定される権利を有しているのである」¹⁸³、という。

以上の如く、スワレッツはカントと同様に自由を尊重し、スワレッツにおけるカントの影響が窺われる¹⁸⁴。

次いで問題は、詐欺と自由意思の関係である。スワレッツによれば、誰かある者が知りつつ故意に他人を有害な錯誤へ導く行為は全て詐欺であり¹⁸⁵、「本質的錯誤または詐欺が起きた場合、意思の自由および確実性の欠如を理由として、契約は効力を生じない」¹⁸⁶、というのである。

こうして、スワレッツによって、詐欺の問題と意思の自由が結び付けられた。そして、スワレッツによれば、意思の自由は権利であった。それゆえ、この意味において詐欺と関連する自由意思を違法根拠の自由意思として理解する可能性は十分に存する。もっとも、確かに当時においては未だ現代的意味における違法論が存在せず、その侵害を違法として捉える理解が確立していたわけでもなく、それゆえスワレッツにおいて語られた自由意思を違法根拠の自由意思として評価することは差し控えなければならないであろう。加えて、スワレッツが明確に主意主義の立場であるかどうか、という点も疑問が残る。

しかし、とりわけローマ法の *dolus* においては加害者の主観的態度の観点からのみ把握されていた詐欺の問題が、スワレッツによって被害者の観点から把握されたことは確実な変化である。さらに、ローマ法の *dolus* と異なり、詐欺それ自体を権利侵害として把握する解釈の余地が生まれたことも明白である¹⁸⁷。

¹⁸³ Carl Gottlieb Svarez, Vorträge über Recht und Staat, 1791-1792, hgg. von Hermann Conrad und Gerd Kleinheyer, 1960, S. 258-259 u. 454-455.

¹⁸⁴ この点について、Karst, aa.O. (Fn. 181), S. 181を参照。

¹⁸⁵ Svarez, aa.O. (Fn. 183), S. 277.

¹⁸⁶ Svarez, aa.O. (Fn. 183), S. 276.

¹⁸⁷ カントも、1797年に出版された『道徳の形而上学』において、次のように述べている。「虚言は(語の倫理的意味においては)故意の不真実一般であって、

そして、このことは、法典編纂者たるスワレッツの理解として、プロイセン一般ラント法の規定においても反映された。そこで、プロイセン一般ラント法における民事詐欺に関連する諸規定を確認する。

②関連条文

詐欺および詐欺に関連し得るプロイセン一般ラント法の諸規定として、以下の条文が挙げられる。

序章83条：人の一般的権利は、他人の権利を侵害することなく、自身の福祉を追求し促進し得る自然的自由に基づく¹⁸⁸。

1 編 4 章 4 条：意思表示は、自由でなければならず、本心 (ernstlich) かつ確実でなければならず、あるいは信頼できなければならない¹⁸⁹。

1 編 4 章85条：むしろ、詐欺 (Betrug) によって引き起こされた意思表示は全て、被詐欺者を拘束しない¹⁹⁰。

1 編 5 章349条：誰かある者をして契約の成立へ導かせる詐欺は全て、それから再び離脱することを被欺罔者に認める¹⁹¹。

自由は権利の基礎であり（序章83条）、意思表示の有効要件として自由が求められ（1 編 4 章 4 条）、そして詐欺に基づく意思表示は被欺罔

その非難を説く前提として、他人に損害が生じている必要はない。というのも、虚言は他人の権利の侵害であろうからである」（Kant, aa.O. (Fn. 1), S. 278 f.）。

¹⁸⁸ Die allgemeinen Rechte des Menschen gründen sich auf die natürliche Freiheit, sein eigenes Wohl, ohne Kränkung der Rechte eines Andern, suchen und befördern zu können.

¹⁸⁹ Die Willenserklärung muß frei, ernstlich und gewiß, oder zuverlässig sein.

¹⁹⁰ Vielmehr ist jede durch Betrug veranlasste Willenserklärung für den Betrogenen unverbindlich.

¹⁹¹ Jeder Betrug, wodurch Jemand zur Errichtung eines Contracts verleitet worden, berechtigt den Betrogenen, davon wieder abzugehen.

者を拘束しない（1編4章85条）。すなわち、詐欺という事象に関しては被欺罔者の自由な意思の表出が妨げられた点が重要であって、被欺罔者は自己の意思自由が制約されないことを求めることができるのである¹⁹²。現行ドイツ民法典における詐欺取消制度の目的も意思決定自由の保護として理解されており、こうした理解はプロイセン一般ラント法に由来しているのである（この点を裏付ける説明は後述する）。ただし、スワレッツの見解を検討した際に確認したように、プロイセン一般ラント法の詐欺制度を違法根拠の自由意思の観点から捉え得るか否か、は引き続き検討を要する問題である¹⁹³。

こうした自由意思の性質の問題に加えて、さらに詐欺の効力に関しても、プロイセン一般ラント法の規定内容は必ずしも明確ではない。一方で「拘束しない」という表現が用いられ（1編4章85条）、他方で「離脱を認める」という表現も用いられているが（1編5章349条）、しかし「取り消す」¹⁹⁴という文言は詐欺の関連において見当たらないのである。これに対して、強迫は次のように規定されている。

1編4章31条：誰かある者が身体的暴力によって為さしめられた意思の表出は、拘束力を有さない¹⁹⁵。

¹⁹² この点について、Wilhelm Bornemann, Von Rechtsgeschäften überhaupt und von Verträgen insbesondere, nach preußischem Rechte, 2. Aufl., 1833, S. 122 f. も参照。さらに同頁によれば、既に被欺罔者は害されているから、詐欺者は被欺罔者の損害を企図している必要はない、という。

¹⁹³ 責任根拠の自由意思がプロイセン一般ラント法において認められている根拠として、例えば次のような刑事規定が挙げられる。

2編20章16条：自由に行為することができない者に犯罪は生じず、ゆえに刑罰も生じない（Wer frey zu handeln unvermögend ist, bey dem findet kein Verbrechen, also auch keine Strafe statt.）。

責任根拠の自由意思に関しては、フリードリヒ大王の影響も指摘されており、この点について例えば佐伯千仞「フリードリヒ大王と刑法（1）」法学論叢40巻4号（1939年）527頁以下も参照。

¹⁹⁴ 現行ドイツ民法典においても用いられている「取り消す（anfechten）」という表現の由来は気に掛かる点であるが、しかし解明することができなかった。

¹⁹⁵ Außerkünften des Willens, wozu jemand durch physische Gewalt genöthigt

1 編 4 章33条：生命、健康、自由および名誉に対する危険な強迫も、それに基づいて生じる全ての意思表示について、効力を生ぜしめない¹⁹⁶。

1 編 4 章45条：通常ならば法的に存続する意思表示を、受けた強制を理由として取り消し（anfechten）たい者は、裁判官に対して申し立てることができる時から直ちに、遅くとも当該時点から8日以内に裁判上にて通告しなければならない¹⁹⁷。

確かに強迫に関して意思表示の取消可能性が認められるのに対して、同様の規定は詐欺に関して見当たらない¹⁹⁸。こうした詐欺と強迫の相違

worden, haben keine verbindliche Kraft.

¹⁹⁶ Auch gefährliche Bedrohungen des Lebens, der Gesundheit, der Freyheit und Ehre, machen jede darauf erfolgende Willensäußerung unkräftig.

¹⁹⁷ Wer eine sonst rechtsbeständige Willenserklärung wegen erlittenen Zwanges anfechten will, muß dieses, sobald als er einen Richter hat antreten können, spätestens aber binnen Acht Tagen nach diesem Zeitpunkte gerichtlich anzeigen.

¹⁹⁸ Manfred Harder, Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen, AcP 173 (1973), S. 213および本田純一「近世ドイツ立法史における形成権の基礎」一橋論叢74巻2号（1975年）77頁の注（22）によれば、プロイセン一般ラント法1 編 4 章92条において詐欺を理由とする意思表示の取消可能性が認められている、という。

しかし、同条は次のように規定する。

1 編 4 章92条：かかる理由（91条）に基づいて、通常ならば法的に存続する自身の意思表示を取り消さんと欲する者は、その旨を、その意思表示を為してから8日以内に、46条に従い裁判上にて通知しなければならない。

そして、「かかる理由（91条）」を示す前条は次のように規定されている。

1 編 4 章91条：他人を騙す意図がなくても、酩酊によって、または激情の惹起によって、もはや自身の行為および当該行為の結果を正しく判断できない状況に当該他人を置く者は、そうした状態で為された表示から権利を得ることはできない。

つまり、1 編 4 章91条および同92条は詐欺を定めた規定ではない（この点について、Bornemann, a.a.O. (Fn. 192), S. 110も参照）。

は見られるものの、いずれにせよ意思表示のみによって効力が生じる取消可能性が未だ認められていなかった点は、詐欺も強迫も同様である^{198-a}。これは現行民法典の詐欺取消制度と異なる点であり、なお確認を要する。

以上の自然法学説の検討を通じて、詐欺の解釈が欺罔者自身の態度から被欺罔者の意思決定自由という被侵害権利へ移り変わった経緯を確認した。ここにローマ法的詐欺解釈と自然法学説的詐欺解釈の相違が見られる。そして、後述するように、現行ドイツ民法の詐欺取消制度の規範目的は被欺罔者の意思決定自由の保護として理解されているのであり、ここに自然法学説の影響が見出されるのである。詐欺の解釈の重点を被欺罔者に置く立場は、「欺罔者の故意」という要件に必ずしも固執しない理解と親和的であり、このことは後述するように、現行ドイツ民法の詐欺取消制度における故意要件が契約締結上の過失法理を通じて緩和され、あるいは故意概念それ自体の拡大を通じて緩和されている解釈の背景として理解することができるであろう。こうした背景の有無は、ドイツ法と日本法における解釈の相違を確認するためにも重要であり、自然法学説を検討した所以である。

ただし、未だ不明な点も残されている。まず、自由意思と違法性の関係である。現行ドイツ民法典における詐欺取消制度の規範目的が意思決定自由の保護であるなら、その侵害は法にとって望むべからざる事態であり、違法を意味するはずである。しかし、意思決定自由の侵害を違法性の根拠として捉える解釈は、少なくとも18世紀の段階において見られない。詐欺取消制度における違法性の根拠は規範目的の理解に関連するし、その反面として詐欺取消制度において問われる責任は何か、という問題を考察する手掛かりでもある。この問題は19世紀の議論を通じて進展せられるのであって、次節において引き続き検討する。

次に残された問題は、法律効果である。現行ドイツ民法の詐欺取消制度は意思表示による意思表示の取消可能性を認めるが、しかしプロイセ

^{198-a} つまり、意思表示の効力に関する法律効果は裁判所において主張されなければならなかった。この点について、Ulrike Köbler, Werden, Wandel und Wesen des deutschen Privatrechtswortschatzes, 2010, S. 124も参照。

ン一般ラント法においては認められていなかった。これも19世紀の議論を通じて進展が見られる問題であるから、次節において引き続き検討する。

（未完）