



Title	民事詐欺の違法性と責任 (4)
Author(s)	岩本, 尚禧
Citation	北大法学論集, 63(6), 256 [269] -206 [319]
Issue Date	2013-03-29
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52546
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR63-6_007.pdf



民事詐欺の違法性と責任（４）

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

第１款 責任要件と違法評価

第１項 責任要件の違法化

第２項 違法対象の主観化

第２款 意思決定自由の再評価

第１項 行為無価値論の継承

第２項 法益保護の背景と方法

（以上、63巻６号）

第２節 保護の範囲と限界

第２部 日本法

第１章 民事詐欺論の展開

第１節 日本民法と自然法

第２節 意思決定自由の要保護性

第２章 民事詐欺の違法性と責任

第１節 比較法の帰結の考察－裁判例を素材として－

第２節 民事詐欺の違法性と責任

結論

第２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１款 責任要件と違法評価

第１項 責任要件の違法化

（１）法益の要保護性と責任の要件

①規範目的の帰結と要件

かつて啓蒙期自然法学説は被欺罔者の決定自由侵害を民事詐欺の救済根拠として理解し、かかる理解はプロイセン一般ラント法へ受け継がれたのであるが、しかしサヴィニーの歴史法学派はプロイセン一般ラント法の理解を退け、民事詐欺の理解は再びローマ法に依拠せられた。すなわち、普通法における民事詐欺は、詐欺者の反良俗性ないし不法性として出現したのである¹。

ところが、ドイツ民法典の制定過程においては委員会の多数を占めたプロイセン出身者が影響を与えた。このことを理由書における次の一節が端的に表現している。「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」²。かかる理解から、現行民法が法律行為の前提として自由な意思を求めていること³、そして詐欺取消制度たる123条１項の目的が意思決定自由の保護であることが導かれる⁴。すなわち、現行民法における民事詐欺は意思自由の許されない侵害（unerlaubte Verletzung der Willensfreiheit）として

¹ 本誌63巻5号47頁以下を参照。

² Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, I. Band, 1888, S. 204.

³ Ludwig Enneccerus-H.O. Lehmann, Das Bürgerliche Recht, 1. Bd., 2. Aufl., 1901, 203 f.; Gottlieb Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 1. Bd., 3. Aufl., 1903, S. 220.; Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band. 1 Hälfte, 1914, S. 603.

⁴ Josef Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1906, S. 515.; Theodor Loewenfeld-Erwin Riezler, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 1. Bd., 7./8. Aufl., 1912, S. 474.

出現するのであり⁵、「悪意の欺罔および強迫を理由とする取消しは、意思自由（Willensfreiheit）を不穏当な干渉から保護するために規定されているのである」⁶。こうして、詐欺と決定自由を結び付けた啓蒙期自然法学説の理解は、民法典の成立によって復活したのである。

意思決定自由の保護という123条1項の規範目的は、一方で悪意を故意へ読み替える解釈⁷を導き、さらに他方で欺罔者の責任能力の否定と

⁵ P. Siméon, Lehrbuch des Bürgerliches Rechtes, 1. Bd., 4. Aufl., 1908, S. 184 mit Fußn. 8.

⁶ Tuhr, aa.O. (Fn. 3), S. 614.

⁷ 123条1項の悪意という要件は、その語感から、道徳的非難可能性の要素を連想させる。実際に、例えば相手方の幸福のために犯された欺罔（例：足の不自由な友人を気の毒に思い、性能を偽り、この友人に車椅子を買わせる等）は、道徳的非難可能性の欠如を理由として、悪意が排除されることを認める見解も存在していた。しかし、他人が与える幸福を被欺罔者が受け入れなければならない理由はなく（Johannes Biermann, Bürgerliches Recht, 1. Bd., 1908, S. 250）、本当に相手方の幸福になるなら、被欺罔者は取消権を主張しないのであって、「相手方の幸福のため」という理由は大抵は言い訳に過ぎない（Werner Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., 1979, S. 543. Hans Christoph Grigoleit, Vorvertragsliche Informationshaftung, 1997, S. 19も参照）。そもそも、123条1項の規範目的が意思決定自由の保護であるなら、欺罔者の道徳的善悪は問題にならないはずである（この点について、Karl Larenz - Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., 2004, S. 684 ff. その他に、Wolfgang Hefermehl, in: Soergel Kommentar, 13. Aufl., 1999, S. 107 f. も参照）。それゆえ、たとえ他人の利益になることを企図した欺罔であっても、悪意は排除されない、という解釈が民法典の成立当初から多数であった（Planck, aa.O. (Fn. 3), S. 220; Heinrich Dernburg, Die allgemeine Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reichs und Preußens, 1906, S. 493. なお、かかる解釈は、現在も変わらない。例えば、Othmar Jauernig, in: Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., 2003, S. 64.; Dieter Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., 2002, S. 309; Ernst A. Kramer, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 4. Aufl., 2001, S. 1168; Larenz - Wolf, aa.O., S. 686; Hefermehl, aa.O. を参照）。こうして、「悪意の（arglistig）」という形容詞は、故意要件の単なる強調として理解され（Eduard Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, S.

いう解釈⁸をも導いた⁹。しかし、故意と責任能力の関係について疑問が

273)、123条1項における悪意は次第に単なる故意(Vorsatz)として扱われ(RG 3. 4. 1909 (JW 1909, S. 308)も参照)、こうした理解は現在でも通説である(例えば、Ulrich von Lübtow, Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung, in: Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht Festschrift für Horst Bartholomeyczik, 1973, S. 269.; Jauernig, a.a.O.; Kramer, a.a.O.; Wiebke Reitemeier, Täuschungen vor Abschluß von Arbeitsverträgen: Zum Verhältnis zwischen dem Straftatbestand des Betruges und dem Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung (§§ 263 Abs. 1 StGB, 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB), 2001, 150 f.を参照)。

⁸ 123条1項において要求されていない能力は、不法行為能力(Deliktstfähigkeit)である(Planck, a.a.O. (Fn. 3), S. 220.; Biermann, a.a.O. (Fn. 7), S. 251.; Tuhr, a.a.O. (Fn. 3), S. 603)。ただし、既に確認したように、ドイツ民法典は、普通法時代の行為能力概念を二分し、一方を法律行為能力として、他方を不法行為能力として規定したものの、両者に重大な相違は認められなかった(本誌63巻5号73-74頁を参照)。本稿において問うべき問題は、123条1項において要求されない行為能力と同条項において要求される故意の関係である。それゆえ言葉の相違は重要ではなく、その限度において不法行為能力を責任能力と言い換えても差し支えないはずであるから、以下では123条1項において要求されていない能力要件を、単に責任能力と表記する。なお、ドイツ民法学においては、責任能力(Schuldfähigkeit)または不法行為能力(Deliktstfähigkeit)という表現の他に、帰責能力(Zurechnungsfähigkeit)、過責能力(Verschuldensfähigkeit; Verschuldungsfähigkeit)、有責能力(Haftungsfähigkeit)、答責能力(Verantwortungsfähigkeit)あるいは判断能力(Urteilsfähigkeit)という語も用いられているが、しかし必ずしも厳密に使い分けられていないようである(この点について、Erwin Deutsch, Haftungsrecht, 1. Bd., 1976, S. 299 f.も参照)。

⁹ さらに、原因を与えた悪意と偶然に生じる悪意という区別も否定された(この区別について本誌63巻4号174頁の注64および本誌63巻5号63頁の注289を参照)。居住目的の不動産が売買されたものの、一部分が使用できず、このことを秘匿した被告の詐欺を理由として本件契約を取り消した原告に対して、本件の詐欺は売買価格の設定に影響したに過ぎない「偶然に生じる悪意(dolus incidens)」である旨の抗弁を被告が主張した事例において、RG 6. 7. 1910 (Seuffert's 66, 178; RG 6. 7. 1910, JW 1910, 799)は、民法において原因を与えた悪意と偶然に生じる悪意が区別されておらず、その区別の根拠を123条に求めることもできない旨を判示し、被告の主張を退けた。

偶然に生じる悪意(dolus incidens)は、詐欺が存在しなくても、契約は締

残る¹⁰。すなわち、仮に故意が責任要素であり、かつ責任能力が責任の

結されていたであろうが、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する。これは、一見すると、意思決定自由に影響を与えていない詐欺という印象を与え、誤解を生み易い。しかし、意思決定自由の侵害の有無は意思表示に関係し、当該条件における意思表示と当該条件と異なる意思表示は別の意思表示であって、つまり偶然に生じる悪意における意思表示も意思決定自由を害された意思表示である点において、何ら異ならない。意思表示ないし法律行為という概念それ自体が必ずしも重要視されていない。ローマ法においては原因を与える悪意と偶然に生じる悪意は意味を持つ区別であったのかもしれないが、しかし意思表示を法律行為の構成要素として捉える現行ドイツ民法が同法123条1項の目的を意思決定自由の保護として理解する限り、そして当該規範目的から見る限り、原因を与える悪意と偶然に生じる悪意を区別する理由は存在しない。RG 6. 7. 1910は、このような観点から理解することができるであろう（この区別を否定する点について、Hefermehl, aa.O. (Fn. 7), S. 100も参照。dolus causam dans と dolus incidens という区別が人身売買に関する法源－例えば D. 4, 3, 7 pr.; D. 19. 1. 11. 5. –に依拠されている点に鑑みて、こうした取引観念が現在においては妥当し得ない旨を説き、この区別を批判する理解も見られた。Sprenger, Ueber dolus causam dans und incidens, AcP 88 (1898), S. 370 mit Fußn. 22を参照）。さらに、例えば、「契約違反が重大である場合にのみ契約を解除し、それによって契約から解放される権利を当事者に与えるべきで、違反がそれほど重大ではないならば、損害賠償若しくは代金減額によって損害が填補されることで十分であるとの考え方」は契約法の領域において見られ（この点について、山田到史子「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由――一九八〇年国際動産売買契約に関する国連条約に示唆を得て－（一）」民商法雑誌110巻3号（1994年）279頁を参照）、原因を与えた悪意と偶然に生じる悪意という区別の発想に近い。しかし、こうした契約法における発想は、当事者の意思の瑕疵から離れた問題であり、少なくとも他方当事者によって侵害された意思が解除の可否を決しているわけではない。この点からも、意思決定自由を重視する法律行為法の詐欺取消制度において、原因を与えた悪意と偶然に生じる悪意という区別が否定されたことが理解される。

なお、この区別を123条1項と契約締結上の過失法理の適用基準として認める学説が存在するものの、この学説も123条1項と契約締結上の過失法理の両者を意思決定自由の保護の制度として理解している。この点は後述する。

¹⁰ 故意について、民法典における過責（故意と過失）主義が法益保護と行為自由の妥協の産物であり、823条1項の自由に含まれる意思決定自由が過

前提であるならば、責任能力が要求されない123条1項において故意を要求する解釈は矛盾するのではないか、あるいは責任能力が要求されない123条1項において責任要素の故意を要求する意味は何であるか¹¹、という疑問である。

こうした疑問は、詐欺取消制度の規範目的の理解へ跳ね返る問題であり、重要である。この点について、引き続き検討する。

②詐欺取消制度の責任要件

当時の故意は責任要素として理解され、責任能力も当然に責任論の問題であるから、まず当時の責任論を検討する。既に確認したように、民法典の起草者は、民法の能力規定について刑法の規定を参照し、その理由および利点として刑法学説の参照可能性を挙げていたから¹²、民法における責任論の範を当時の刑事責任論に求めることは許されるであろう。

失行為の侵害からも保護され得る性質であり、この法益の保護と加害者の行為自由の確保は過失を通じて釣り合わされるのであるならば、同じ法益を保護する123条1項において故意が要求されることは不均衡ではないか、という疑問が生じるのであり、この点は既に指摘した（本誌63巻5号80頁。なお、823条1項における自由に意思決定の自由を含める見解は、民法典成立当初においても、有力な立場であった。例えば、Gottlieb Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 2. Bd., 1900, S. 607.; ders., Der Begriff der Widerrechtlichkeit im § 123 des bürgerlichen Gesetzbuchs, in :Festgabe der Göttinger Juristen-Fakultät für Ferdinand Regelsberger zum 70. Geburtstag, 1901, S. 162; Karl Rober-Theodor Engelmann, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 2. Bd., 5./6. Aufl., 1910, S. 1594が挙げられる。さらに、例えば Planck, aa.O. (Fn. 3), S. 220は、悪意の欺罔と競合する規範として823条および826条を挙げ、少なくとも823条に関して2項に限定していない）。

¹¹ 例えばエンデマンによれば、123条1項においては被欺罔者の立場が重要であり、欺罔行為が結果的として表意者に影響を与えた点が重視されなければならない、欺罔者の有責（Haftung）・答責性（Verantwortlichkeit）あるいは過責（Verschulden）・悪しき意図（böse Absicht）は重要ではない、という（F. Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 9. Aufl., 1903, S. 355）。

¹² 本誌63巻5号77頁を参照。

刑法の犯罪論体系において責任概念に確固たる意義を初めて与えたビンディング（Karl Binding）に続いて、いわゆる心理的責任論がリストによって主張された¹³。リストの理解によれば、法的な答責性と結びつく結果を行為者と主観的に関連させることが責任を意味し、帰責能力は責任の前提である¹⁴、という。

ところが、民法典が施行されて間もなく、心理的責任論に対して批判が提起された。いわゆる規範的責任論を展開したフランク（Reinhard Frank）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¹⁵を故意の前提として理解することはできない、という¹⁶。さらに、フランクによれば、実際の責任の評価に際しては故意および過失のみならず、その外部に存する付随事情も斟酌されているはずである¹⁷、という。こうしてフランクは、帰責能力を責任の前提ではなく、責任の構成要素として理解し、しかも帰責能力・過責（故意および過失）・付随事情を責任要素として捉え、責任概念の全構成要素を端的に非難可能性（Vorwerfbarkeit）と呼び、責任を非難可

¹³ この点について、Hans Achenbach, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, S. 37 u. 42を参照。

¹⁴ Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 9. Aufl., 1899, S. 158 mit Fußn. 3. さらに、この理解は私法においても妥当する、という。Franz v. Liszt, Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898, S. 46.

¹⁵ 責任（Schuld）と帰責（Zurechnung）について、「軌範的責任論の創唱者であるフランクは、1907年の論文において、“Schuldfähigkeit”という語をしりぞけ、“Zurechnungsfähigkeit”でなければならぬとしたのであった。しかし、これは『責任』の要素として、故意・過失のほか、『帰責能力』および『附随事情』があるということを描指し、『責任』は一つの『総合概念』であるとしたところからきている」（小野清一郎「責任能力の人間学的説明（一）」ジュリスト367号（1967年）88頁）。

¹⁶ Reinhard Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, in: Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitätsjubiläum, 1907, S. 8.

¹⁷ 例えば、十分な休憩時間を得た後に軌道係として転轍器の操作を誤る者は、11時間の勤務を経た後に同一の過誤を犯した同僚よりも重い責任を負うべきように感じられる、という場合である（Frank, aa.O. (Fn. 16), S. 5）。

能性として理解するのである¹⁸。

フランクの規範的責任論は、後に様々な展開を辿る。例えば、規範的責任要素が加えられることによって責任が悪しき意思として捉えられ、あるいは規範的責任要素として違法性の意識ないし期待可能性が包含せられた¹⁹。例えば、ドーナ（Alexander Graf zu Dohna）は、フランクの見解を引用し、良俗的非難を基礎づけることが責任の本質を成す旨を述べている²⁰。

さて、問題は、「責任能力を責任の前提として理解する立場」と「責任能力を責任の一要素として理解する立場」が、それぞれ123条1項における責任能力の要否と関連して如何なる帰結を導くか、である。この問題に関して、前者の立場は比較的に明確である。責任能力は責任の要素を構成する故意・過失の前提であるから、責任能力を要求しない123条1項において故意を維持することは論理的に難しい。

これに対して、「責任能力は責任『要素』だとする見解は、責任能力も、違法の意識の可能性や期待可能性と同じく、行為の属性であり、故意・過失があるにもかかわらず、その非難可能性を『阻却』させる要素だとする。この見解を徹底すると、責任能力は、違法の意識の可能性・期待可能性に解消させられてしまうであろう」²¹。この理解に従うなら、123条1項において責任能力が要求されていなくても、これに代えて違法性の意識を要求するならば²²、故意要件は維持され得る。

ところが、123条1項において違法性の意識は必ずしも要求されてい

¹⁸ Frank, aa.O. (Fn. 16), S. 9-11.

¹⁹ この点について、Achenbach, aa.O. (Fn. 13), S. 113 f. u. 143 ff. を参照。

²⁰ Alexander Graf zu Dohna, Zum neuesten Stande der Schuldlehre, ZStW 32 (1911), S. 326.

²¹ 平野龍一『刑法 総論 II』（1975年）281頁。

²² 例えば、Gerda Müller, Praktische Auswirkungen der Schuldtheorie im Zivilrecht - der Irrtum über die Widerrechtlichkeit -, 1972, S. 68は、違法性の意識を123条1項における悪意の必要的構成要素として認める。ただし、こうした理解はローマ法の *dolus malus* を継承した規範として123条1項を理解している点、つまり123条1項に関する支配的見解と相容れない、という点には留意されるべきである。

ない。例えばトゥール（Andreas von Tuhr）は、フランクおよびドーナの見解を引用し、人の悪しき意思に対して非難が向けられる点を指摘し、そして一般論として故意の要件として違法性の意識を求める²³。しかし、123条1項に関するトゥールの解釈によれば、同条項においては取消可能性の根拠が決断の自由に対する干渉に求められ、ゆえに決して欺罔者の行為態様に現れる違法性または良俗的非難性に求められるわけではなく、したがって欺罔者が自己の行為の許されざることを意識している（Unzulässigkeit seiner Handlung sich bewußt）必要はない²⁴、というのである。「自己の行為の許されざることを意識する」ことが「違法性の意識」と一致するか否か、は確かに必ずしも明確ではない。しかし、123条1項の解釈として違法性の意識が要求されないことは、その他の学説および裁判例も認めている²⁵。

以上の検討から、123条1項において一般的な責任論が妥当しないこと、同条項の責任が刑事責任および不法行為責任と異なることが理解される。もっとも、たとえ123条1項が一般的な責任論に服さないとしても、同条項の故意を責任要素として理解する限り、やはり責任能力の要件を否定することは矛盾であろう²⁶。

このことを踏まえて、残される解釈の余地を想定するなら²⁷、第一に

²³ Andreas von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2 Hälfte, 1918, S. 481-484.

²⁴ Tuhr, aa.O. (Fn. 3), S. 603 f.

²⁵ 例えば、Ernst Heller, Der privatrechtliche Schutz der Freiheit, 1917, S. 64. さらに、RG 22. 10. 1910 (Seuffert's Archiv 66, S. 385.) も、強迫の事案においてではあるが、しかし違法性の意識を要求することが123条の解釈として是認され得ない旨を説示する。

²⁶ 「責任能力がなければ責任が阻却されるという意味で、責任能力が責任の要件（Merkmal）であることは、いずれの見解をとっても変りはない」からである（平野・前掲注21・281頁）。

²⁷ 確かに通説は123条1項において責任能力を要件として求めないのであるが、しかし、その意義について必ずしも十分に検討されているわけではない。この点について、例えば Grigoleit, aa.O. (Fn. 7), S. 130も参照。なお、グリゴライトは、責任能力の否定に関連して自然的故意について語る。自然的故意の問題点については、後述する。

123条1項において責任能力が要求されない解釈の意味を違法性の意識が要求されない意味として捉え直す可能性（123条1項において責任能力は必要であるが、しかし違法性の意識は不要、という意味）と第二に故意を責任要素として理解しない可能性が考えられる。第一の解釈によれば、意思決定自由の保護という123条1項の規範目的を維持しつつ、故意と責任能力の問題から生じる矛盾を回避でき、欺罔者の行為自由に対しても応分の配慮を払うことができる。

ところが、その後の議論は第二の解釈と結び付いた。次第に意思決定自由の要保護性が狭められ、しかも違法性の主観化に伴い故意の意味も変じ始めたことによって、123条1項における故意を違法要素として理解する可能性が開かれたのである²⁸。かかる経緯について、引き続き検討する。

（２）法益の要保護性と違法の評価

①自由概念の制限

123条1項の規範目的が意思決定自由の保護であること、かかる目的と要件論が連動していることを確認した。これは、意思決定自由の価値が比較的に高く評価されていたことを示唆している。ところが、「故意を違法要素として理解する可能性」は、意思決定自由を違法根拠の座から引き下ろすことを意味する。これは、意思決定自由の価値を低く評価する理解へ連なる。そして、かかる理解は、民法典成立後の裁判例や同裁判例後の学説からも窺われる。そこで、故意を違法要素の関連を問う

²⁸ 例えばヴェルツェルが展開する行為無価値論においては、一方で故意は専ら違法要素として扱われ、他方で「ウェルツェルの体系においても、責任能力や違法性の意識ないしその可能性は『責任』の要素とされている」（小野・前掲注15・88頁）。この立場の問題点は、この立場が123条1項の解釈と結び付くことによって同条項において責任を語る要素が全て否定される点、この立場から帰結される責任説が民法の通説たる故意説と相容れない点、そして行為無価値論と123条1項の規範目的が両立し得ない点に求められる。なお、責任説は故意と違法性の意識を分離する立場を意味し（故意を責任から分離し得る）、故意説は両者を分離しない立場を意味する（故意は責任要素たり続ける）。この点も含めて、後述する。

前提として、自由概念を巡る動向について以下の裁判例を確認する²⁹。

RG 11. 4. 1901 (RGZ 48, S. 114)。運送業に関して原告と競合していた被告は、自身および原告の取引関係者に対して、原告と取引しないよう求める旨を「要望」し、これを原告は圧力として捉え、823条1項における自由の侵害を訴えた。RGは、「民法823条1項の規定に関して、同規定の『自由』という表現が如何に解釈され、如何に画定されていようと（フォン・リスト『民法体系における不法行為債務（Die Deliktobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs）』3章24頁、プランク『民法典（Bürgerliches Gesetzbuch）』第2巻823条607頁注2aを参照）、特別な権利が行為者に帰属していない限り、他人の自由な意思決定に何らかの影響を与える干渉の全てを自由侵害の概念に含めて、それを上記法律の意味における違法として見なすことは許されない」という説示を加え、1896年の不正競争禁圧法（das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes）の趣旨や民法の諸規定に鑑みて、不正競争の可能性を確認するために、本件を差し戻した。

前章において指摘したように、19世紀の中葉から興隆した経済的自由主義は70年代ないし80年代においては終息し始めていたのであるが、しかし裁判所は自由思想を維持し続け³⁰、特別法において禁じられていな

²⁹ 以下の裁判例は、いずれも自由な意思決定あるいは自由な意思活動の意義について必ずしも言明しているわけではなく、自由概念を身体的活動の自由に限定したわけでもない。しかし、裁判所が自由概念を制限しようとしていたこと、そして責任法における自由の画定問題が初めて検討されたことは明白である（この点について、Erwin Deutsch, Freiheit und Freiheitsverletzung im Haftungsrecht, Festchrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag, 1978, S. 51.; Jörn Eckert, Der Begriff Freiheit im Recht der unerlaubten Handlungen, JuS 1994, S. 629）。

³⁰ 裁判所は、契約による営業の自由の制限を認め、カルテルの合法性も認めた（こうした裁判例について、村上淳一『ドイツ市民法史』（1985年）221頁以下を参照）。カルテル協定は、個人の合意と同視されていたのである（グスタフ・

い限り、如何なる競争も許される、という立場を崩さなかった³¹。これに対して、こうした裁判所の傾向を修正するべく、1896年に不正競争禁圧法（das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes）が制定された³²。

もっとも、同法は経済的自由を絶対的に禁圧する趣旨ではなかった。それゆえ、裁判所にとっては、確かに不正競争の防止は課題であったが、しかし経済的自由と他の法益の調整も課題であった。そして、本件の裁判所は経済的自由と意思決定自由を比較し、前者を優越させる余地を残したのである³³。このことは、経済的自由を重視していた従前の裁判所の立場から、容易に理解される帰結であろう。引き続き裁判例を確認する。

RG 27. 2. 1904 (RGZ 58, S. 24)。織物製品に関する実用新案を有していた被告は、これを模造した原告に対して、刑事告訴による威嚇を通じて模造を禁止させたのであるが、しかし被告の実用新案は保護力を備えず、かくして原告は自由侵害を理由として損害賠償を求めた。RG は、著名な論者が自由の内容として意思決定自由を含めていること、しかし意思決定自由の侵害を直ちに違法として理解できないこと、そして確かに本件における被告の言動は問題を残さないわけではないが、しかし原告の落ち度も無視できないこと等を指摘し、民法254条³⁴の適用可能性を検討するために、事案を差し戻した。

シュトルパー他（坂井榮八郎 訳）『現代ドイツ経済史』（1969年）50頁）。

³¹ Wolfgang Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz, 1958, S. 134. なお、同書の邦訳として、W・フィケンチャー（丹宗昭信 監訳）『競争と産業上の権利保護－西ドイツ競争制限禁止法の工業所有権法・不正競争防止法との関係についての考察－』（1980年）がある。

³² 同法の起草者によると、同法は民法に対する特別法の関係にあり、同法による保護が不十分である場合に、補充的に民法が適用される（Fikentscher, aa.O. (Fn. 31), S. 135）。RG 11. 4. 1901も、その旨を説いている。

³³ Deutsch, aa.O. (Fn.29), S. 51も、同判決が営業の自由または競争の自由を保護財として考慮していた旨を指摘する。

³⁴ 254条1項：損害が発生した際に被害者の過責が協働して作用していた場合

本判決は、むしろ原告の落ち度にも注目し、さらに254条の適用可能性をも示唆している。このことから、安易に被告による自由権の侵害を肯定しなかったこと、つまり自由概念が制限されたことも理解できる。もちろん、本件の事案の特殊性を無視することはできないが、しかし本件は前述 RG 11. 4. 1901を踏襲した内容として理解され得るであろう³⁵。

以上の裁判例の動向に伴い、学説も動き始めた。例えば、エルトマン (Paul Oertmann) は、RG 11. 4. 1901および RG 27. 2. 1904を引用しつつ、自由概念の限定を説き、不法行為の成立を制限する解釈を展開する。すなわち、エルトマンによれば、823条 1 項における自由意思決定の自由が含まれるならば、自由概念の際限なく拡大するであろうし、そもそも民法における自由は生命・身体・健康という純粋な人身的財産と関連しているのであるから、自由も純粋に人身的に解釈されるべきであり、したがって823条 1 項の自由は身体的活動の自由として解釈されるべきである³⁶、というのである。

ところで、エルトマンが自由概念の制限を主張する根拠は民法の規定や文言のみならず、その背景として労働問題が存在していたことも見逃せない。かつて1845年のプロイセン工業条令は労働休止の約定や工場労働者等の団結を禁じていたが、しかし19世紀の中葉から経済自由主義が興隆していたプロイセンにおいて次第に労働者の制約が解除され始め、例えば1869年に制定された営業条令は（一定の制約が付されつつも）ストライキやロックアウトを許容した³⁷。つまり、エルトマンは、一方で

には、賠償義務ならびに給付されるべき賠償の範囲は、とりわけ当該損害の如何なる部分が主に一方または他方当事者によって引き起こされたのか、という事情を勘案して決定される。

³⁵ 前掲注33の指摘は、同判決も含めている。さらに、本判決は（必ずしも自由概念に関連する説示の箇所においてではないものの）前述の RG 11. 4. 1901を引用している。

³⁶ Paul Oertmann, Verh. des 28. DJT, Gutachten II, 1906, S. 57 f.

³⁷ 以上について、シュトルパー・前掲注30・53頁、横井芳弘「ドイツにおける労働争議の法理」季刊労働法15号（1955年）121頁以、久保敬治『ドイツ労働法の展開過程』（1960年）226頁以下、西谷敏「ドイツ争議権理論史に関する一考察—ストライキの民事責任を中心として—（上）」法学論叢87巻2号（1970年）

営業条例によって許容されている労働争議が、他方において民法の損害賠償義務によって抑制される点に不合理を見出し³⁸、ゆえに自由概念を制約することによって労働争議を理由とする不法行為の成立の制約を説いたのであった。

エルトマンの見解と同様の理解を示す裁判例も登場し、例えば最上級審判例として次の事例が挙げられる。

RG 17. 9. 1908 (JW 1908, S. 679)。原告によって雇用されている労働者が労働争議を起こした。ある雑誌が、この労働争議を支持し、さらに奨励する内容の記事を掲載した。この雑誌に対して、この記事による営業の制限ないし自由の侵害を理由として原告が損害賠償を求めた。RG は、前出の RG 11. 4. 1901および RG 27. 2. 1904も引用しつつ、本件における原告の自由に対する侵害が存在しなかった旨を判示し、原告の訴を退けた。

エルトマンの見解を前提として考えるなら、本判決が自由を制限することによって賠償義務の可能性を抑制したことも理解できるであろう。

エルトマンの影響は、それ以降の他の学説へ及んだ。エルトマンの見解は823条1項の自由意思決定の自由を含める当時の有力な傾向を転換させ、この時から823条1項における自由を身体的活動の自由としてのみ理解する立場が確立し、通説として現在に至るのである³⁹。

問題は、以上の展開から導かれる帰結である。すなわち、823条1項における自由が身体的自由限定されるなら、その結果として意思決定自由は過失行為から保護されず⁴⁰、むしろ意思決定自由の保護は主として123条1項・823条2項・826条に限定され⁴¹、その結果として意思決定

33頁以下を参照。

³⁸ この点について、Oertmann, aa.O. (Fn. 36), S. 50を参照。

³⁹ エルトマンの見解は、823条1項の自由概念に関する通説の創始者として理解されている（この点について、Eckert, aa.O. (Fn. 29), S. 630を参照）。

⁴⁰ 「欺罔または強迫による意思の違法な干渉は、823条1項の意味における自由の侵害ではない」（Tuhr, aa.O. (Fn. 3), S. 626）。

⁴¹ 例えばBiermann, aa.O. (Fn. 7), S. 255; Siméon, aa.O. (Fn. 5), S. 186; Loewenfeld-

自由の保護は必ず故意を伴う⁴²。このことによって、民法典における契約前の誤誘導に関係する規定は故意の誤誘導に限定され⁴³、こうして123条の故意要件は民法典における故意ドグマの個別的発現に過ぎない、という理解を生み出す前提が与えられたのである⁴⁴。

②主観的違法要素

むろん労働者の保護も重要であるが、しかし意思決定自由の要保護性の低下が詐欺と無関係な諸事例に起因していたことにも留意されるべきである。以上の自由概念を巡る動向は、必ずしも、123条の枠組において意思決定自由の要保護性を限定し、かつ要件として故意を維持する解釈を説得的に説明できるわけではない。

確認したように、民法典は客観的違法論を採用し、このことは123条

Riezler, aa.O. (Fn. 4), S. 483 f. を参照。

⁴² 悪意の欺罔と関連する823条2項における保護法規は、刑法263条の詐欺罪である (Biermann, aa.O. (Fn.7), S. 255.; Loewnfeld-Riezler, aa.O. (Fn. 4), S. 483 f.; Tuhr, aa.O. (Fn. 3), S. 626 mit Fußn. 134.)。刑事詐欺は、過失を理由として処罰されないから、故意に限定される (Grigoleit, aa.O. (Fn. 7), S. 23 ff も参照)。

そして、123条1項と競合する826条の良俗違反規定も、相手方の損害に向けられた故意を必要とする (Tuhr, aa.O. (Fn. 3), S. 626 mit Fußn. 135.; Grigoleit, aa.O. (Fn. 7), S. 19 ff も参照)。

⁴³ Grigoleit, aa.O. (Fn. 7), S.37.

⁴⁴ Hans Christoph Grigoleit, Neuere Tendenz zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, NJW 1999, S. 902. 例えばグリゴライトによれば、故意を要求することは民法123条の特性ではなく、契約前の誤誘導に係る民法の他の規定にも妥当し、その規定として823条2項・826条・463条 (債務法改正前)・676条が挙げられるのであり、823条2項は保護法規たる刑法263条の関係から欺罔者の (単なる故意のみならず) 利得意図が要求され、826条は反良俗性の要件として侵害故意が必要となり、契約前の誤れる情報に基づく行動を規制する463条2項も故意 (瑕疵の悪意による沈黙) を前提にしているし、676条も過失責任を排除しているのであって、つまり民法は過失による誤誘導の責任を排除しているのであり、このことから民法における故意ドグマの存在が認められ、123条の故意要件は民法の故意ドグマの個別的発現に過ぎない、という (Grigoleit, aa.O. (Fn. 7), S.19-37; ders., aa.O. (Fn. 44), S. 902)。

においても妥当し⁴⁵、ゆえに故意の意思決定自由侵害も過失の意思決定自由侵害も違法性の程度に関して異ならないはずであって、つまり従来
の客観的違法論を維持する限り、少なくとも理論的見地から意思決定自由
の侵害態様を故意に限定する解釈は難しいはずである。

ところが、次第に違法論それ自体に変化が見られ始めた。主観的違法
要素⁴⁶の発見が客観的違法論を修正する契機を与えたのである⁴⁷。違法性
を客観的に捉える客観的違法論は、主観的違法要素を肯定することによ
って、その内部において主観化する余地が生じ、主観的な故意を違法
性の要素として理解する道が開かれたのである。

主観的違法要素論は、まず民法学から展開された。フィッシャー（Hans
Albrecht Fischer）によれば、823条と226条（権利濫用）⁴⁸を対比するな

⁴⁵ この点について、例えば Arthur Menge, Der Begriff der Widerrechtlichkeit bei der Drohung im § 123 B.G.B., Inaugural - Dissertation, 1906, S. 16を参照。

⁴⁶ 「従来『客観的なものを違法性に、主観的なものを責任性に』夫々配分・歸屬せしめることが客観的違法論からする原則的見解であるとされていた。従つて、この立場からは、主観的違法要素という用語やこれによつて表示されている概念は明かに形容矛盾を犯すものであり、また自己矛盾の内容を湛える概念だとされることは殆ど概念必然的な歸結であつた筈である。けれども、右の公式的見解にとらわれず、虚心に違法性に影響を及ぼすべき要素を直視する時は、客観違法論の前提内部においても、主観的要素と雖も、これあることによつて始めて違法性の存否を確定し、又はその程度を加減するもののあることが近時ようやく認められるに至り、既に今日では通説的見解を形成するまでになつてきたのである。これが主観的違法要素であつて・・・（中略）・・・この要素の発見と理論的基礎づけは、直接には違法論の深化に基づくことはいうまでもないが、他面において、心理的責任論から規範的責任論への責任理論の深化・発展とも無関係ではなく、互に自己の立場に忠實なることが齟つて他を補強する所以ともなり、ついに最近の目的的行爲論によつて自覺的に兩者の關係が着目され」た（中義勝『刑事法學辭典辭典（増補版）』瀧川幸辰（編）（1957年）408-409頁）。

⁴⁷ この点について、Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Bd., 3. Aufl., 1997, S. 228も参照。なお、同書の邦訳として、ロクシン（町野朔・吉田宣之 監訳）『刑法総論 第一卷（第三版）翻訳第一分冊』（2003年）が存在する。以下では、同邦訳書を引用する。

⁴⁸ 民法226条：権利の行使は、それが他人に害を加える目的しか有し得なかつ

ら、一方で他人の所有権を侵害する行為は違法として評価され（不法行為）、他方で自己の権利の行使に際して他人の所有権を侵害する行為は違法として評価されないが（単なる権利の行使）、しかし他人を害する目的しか有さない権利の行使に際して他人の所有権を侵害する行為（権利濫用）は違法として評価されるのであるから、違法性から主観的要素を完全に排除することはできず、行為者の非難すべき目的（Zwecke）それ自体が違法性を引き起こすのである⁴⁹、という。さらにフィッシャーによれば、主観的違法要素は826条や227条（正当防衛）⁵⁰においても見出され、すなわち826条における良俗違反は単なる故意ではない主観的違法性を意味し⁵¹、正当防衛においても違法性の阻却または不阻却は外部的構成要件ではなく、目的によって決せられ、防衛目的が手段を神聖化する⁵²、というのである。

フィッシャーが説く主観的違法要素論によれば、故意は単なる責任要素を意味せず、主観的違法要素という性質を帯び得る。ならば、123条1項の要件として要求される故意は、主観的違法要素であるか。このことが次いで問題となる。

まず、フィッシャーによれば、123条と違法性の関係について次のように述べる。「強迫または悪意（Arglist）によって意思表示を為すべく決定することは、違法である」⁵³。フィッシャー自身が述べていたように、「行為者の非難すべき目的（Zwecke）それ自体が違法性を引き起こす」。つまり、この目的性は主観的違法要素性を判断する際の重要な要因として考えられる。そして、この目的性と123条1項における故意の関連は、

たときは、これを許さず。

⁴⁹ Hans Albrecht Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911 (Neudruck 1966), S. 138 u. 147.

⁵⁰ 227条1項：正当防衛によって為された行為は違法にあらず。

⁵¹ Fischer, aa.O. (Fn. 49), S. 147. その他に、例えばエルトマンも826条の違法性について、次のように述べている。「826条の諸事例においては、違法性という客観的要素は、故意という主観的要素に基づいて初めて生じるであろう」（Paul Oertmann, Sittenwidrige Handlungen, DJZ 1903, S. 328）。

⁵² Fischer, aa.O. (Fn. 49), S. 138 u. 293.

⁵³ Fischer, aa.O. (Fn. 49), S. 113.

少なくとも裁判所によって既に認められていた。

RG 3. 4. 1909 (JW 1909, S. 308) は売買契約の事例（詳細は不明）において、次のように判示していた。「悪意の欺罔とは、意思決定に干渉する目的（Zweck）で、欺罔者自身によって惹起された錯誤または既に存在した錯誤を故意に利用し、そのことによって錯誤者の意思表示に干渉することである」。

この説示によれば、悪意の欺罔は目的性を備えた行為として理解されている。学説も、この目的性を要求する。例えば、「民法の意味において、欺罔は、他人の意思を決定する目的（Zwecke）で、錯誤という手段によって遂行される行為である」⁵⁴、「悪意の欺罔という概念は、刑法の意味における詐欺の概念と同様に、錯誤惹起の目的（Zwecke）で、誤れる事実の虚構または正しい事実の隠蔽を知りつつ為すことを要する」⁵⁵、「欺罔は、悪意たるためには、相手方を欺罔者によって望まれた法律行為へ誘う目的（Zwecke）で行われなければならない」⁵⁶。

判例および学説が説く「目的」が主観的違法要素を意味し得るならば、確かに123条1項において責任能力を要求しなくても、故意を要件として維持する理由を正当化できる（例えば、123条1項は全く責任を問わないが、しかし法律効果の発動条件として違法性は必要であり、この違法性を満たす要件として故意が求められる、と説明すれば良い）。

ところが、主観的違法要素は行為無価値論と接合的であり、これが最大の問題点である。両者の関係については続く第2項における検討へ譲るものの、行為無価値論と123条1項が結び付くことによって同条項の規範目的は意思決定自由の保護から欺罔者の制裁へ転化し得る⁵⁷。すな

⁵⁴ Hölder, a.a.O. (Fn. 7), S. 272.

⁵⁵ Loewnfeld-Riezler, a.a.O. (Fn. 4), S. 480.

⁵⁶ Tuhr, a.a.O. (Fn. 3), S. 606.

⁵⁷ 「結果無価値とは、犯罪の実体を法益侵害（ないしその危険をも含む）と考える近代刑法学の伝統的立場を指すのに対し、行為無価値とは、犯罪の実質が法益侵害に尽きるものではなく、むしろ、法益侵害をもたらす行為自体がもつ性格に着目し、その規範違反性、秩序違反性あるいは常規逸脱性こそが実質で

わち、意思決定自由の保護という規範目的から導かれた責任能力要件の否定を正当化するために主観的違法要素を肯定するならば、その前提となる規範目的を変容させてしまうのである。次いで、この問題について検討する。

第2項 違法対象の主観化

(1) 刑法学における違法論

①結果無価値論

主観的違法要素は少なくとも123条1項において問題を残す理論ではあったが、しかし主観的違法要素論それ自体は刑法学へ受け継がれ、さらに発展せられた。これに連なる議論は法体系の全体に及ぶ違法論として重要性を有するから、引き続き刑法学における議論を確認する。

あるとみる考え方を指す、とするのが一般である。従って、この対立は、ひいては刑法の機能が何であるのか—前者からすれば、それは、法益ないし生活利益の保護であるのに対し、後者からは、規範あるいは秩序の内容を示して人々の行動をそれによらしめることとなる—という、根本的な問題に連なるとされるのである」(真鍋毅「行為無価値と結果無価値」中山研一・西原春夫・藤木英雄・西澤浩一(編)『現代刑法講座 第2巻 違法と責任』(1979年)18頁)。それゆえ、123条1項においても違法論を語る余地が存在するなら、これは同条項の規範目的の理解にも連なる。

後述するように、行為無価値論は、行為者の主観的態様から違法性を導き出し、その違法性に関する基本理念を示す語として「社会的相当性」という語を用いる。個人の主観的態様と全体的評価を意味する「社会的相当性」は一見すると結びつかないように思われるが、しかし、そうではない。確かに、後者は特に違法性阻却の場面において意味を持ち、つまり権利侵害の事態が生じて、社会的相当性を理由として違法性は否定され、この意味において消極的に作用している。しかし、その反射的作用として積極的に違法性を基礎づける要素として行為者の主観的態様が求められ、あるいは当該態様の程度を推し量る基準として社会的相当性が意味を持ち得る場面も考えられ得るのであり(とりわけ過失の義務の設定)、行為者の主観的態様と「社会的相当性」は関連している。そして、行為無価値論において行為者の主観的態様を重視する点が詐欺取消制度の故意要件の問題と関係し、行為無価値論において被害者権利を重視しない点が詐欺取消制度における意思決定自由の要保護性の問題と関係する。この点を含めて、引き続き検討する。

まず、主観的違法要素を独立の課題として初めて研究したメツガー（Edmund Mezger）の見解を確認する。客観的違法論（不法を原則として客観的に、責任を原則として主観的に捉える立場^{58）}に依拠するメツガーによれば、確かに不法は客観的な利益侵害であるが、しかし利益侵害が常に主観的な意思方向と無関係であるわけではなく、むしろ繊細かつ複雑な人間の利益活動を専ら外部から捉えることはできないのであって、その限度において主観的違法要素が考慮されなければならない、例えば欺罔者の利得意図を要する詐欺罪（刑法263条）は超過的内心傾向を伴う犯罪であり、利得意図は欺罔者の不法な意図を意味するのであって、それゆえ詐欺罪は主観的違法要素を備える犯罪として理解される^{59）}、という。さらに、メツガーは、不法評価の対象、すなわち（権利侵害であれ、損害発生であれ）結果を生ぜしめない未遂においても、主観的違法要素を認める^{60）}。

こうした刑法学の理解に対して、まず123条1項においては意思決定自由の侵害の有無が重要であるから、悪意の欺罔は成立要件として財産的不利益または利得意図もしくは加害意図を要しない。このことは123条1項における悪意の欺罔が財産犯たる性質を有する刑事詐欺から区別される特徴として理解されている^{61）}。そもそも、民事詐欺と刑事詐欺を区別するために、悪意の欺罔という表現が起草過程において導入されたのであった^{62）}。さらに、123条1項は少なくとも取消権の要件として意思表示の存在を要求するのであるから、同条項において未遂を語る余地は

^{58）} Edmund Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), S. 257.

^{59）} Mezger, aa.O. (Fn. 58), S. 259 ff.; ders., Strafrecht, II. Besonder Teil, 5. Aufl., 1956, S. 181も参照。

^{60）} Edmund Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 3. Aufl., 1949, S. 27.

^{61）} 例えば、Planck, aa.O. (Fn. 3), S. 220.; Kohler, aa.O. (Fn. 4), S. 522.; Biermann, aa.O. (Fn. 7), S. 250.; Paul Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen, 1. Bd., 2. Aufl., 1908, S. 379.; Loewenfeld-Riezler, aa.O. (Fn. 4), S. 480.; Tuhr, aa.O. (Fn. 3), S. 614.

^{62）} この点について、本誌63巻5号69頁を参照。

皆無であろう⁶³。

一見すると、123条1項における悪意の欺罔は、主観的違法要素と結び付かない。ところが、既に確認したように、123条1項における悪意の欺罔は目的性という要素と結び付くことによって著しく主観性が強調される可能性を残していた（これは、「他人の意思を決定する目的（Zwecke）」であり、「錯誤惹起の目的（Zwecke）」であり、「法律行為へ誘う目的（Zwecke）」であった⁶⁴）。しかも、確かに民法における悪意の欺罔は財産犯ではないから、利得意図を要しないが、しかし123条1項においても意思表示の存在は必要である。すなわち、民事詐欺における目的性を強調すれば、欺罔者の終局的な目的は意思表示の獲得として理解され得るのであり⁶⁵、結果の性質は異なるものの（財産的利得か、意思表示か）、123条1項においても欺罔者の利得意図を語り得る余地が生まれ、したがって主観的違法要素も正当化され得る。

ならば、123条1項における悪意の欺罔も、主観的違法要素を要する概念として理解されるべきでなのであろうか。しかし、メツガーが主観的違法要素を例外として位置づけた理由は、その根底に置かれている法の目的に関する理解と密接に関係し、この点は無視されてはならない。すなわち、メツガーによれば、「不法の実質的内容は、人間的利益の侵害である。法は全て人のために在り、人が法のために在るわけではない」のであり⁶⁶、「刑法においては、保護思想が第一義であり続ける」⁶⁷、とい

⁶³ そもそも民法において未遂を語る余地が存在しないのであり、この点について Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 508.; Manfred Wolf, in: Soergel Kommentar zum bürgerliches Gesetzbuch, 2/1. Bd., 11. Aufl., 1986, S. 752を参照。

⁶⁴ この点について、前述17-18頁。

⁶⁵ 例えば、Lübnow, aa.O. (Fn. 7), S. 259によれば、「意思表示が欺罔の目的である。それゆえ、被欺罔者が実行へ移すことになるような錯誤に基づく意思決定を引き起こす意図のもとで、故意に基づく錯誤の惹起を語るができるのである」。

⁶⁶ Mezger, aa.O. (Fn. 58), S. 248.

⁶⁷ Edmund Mezger, Straftat als Ganzes, ZStW 57 (1938), S. 696.

うのである⁶⁸。

法益保護の観点に立つなら、違法性の対象は法益の侵害に求められ、その評価は客観的でなければならず、主観的違法要素は例外でなければならない。それゆえ、メツガーの理解によれば、故意は決して主観的違法要素ではないのである⁶⁹。この理解に従うなら、123条の規範目的が意思決定自由という法益の保護である限り、やはり同条においても主観的違法要素の存在は否定的に理解されるはずである。

②行為無価値論

主観的違法要素を例外として捉えるメツガーの見解に反して、これを例外として捉えず、むしろ故意それ自体を主観的違法要素として理解する立場がヴェルツェル（Hans Welzel）によって唱えられた⁷⁰。この見解によれば、123条１項において故意を要求する限り、やはり同条項において主観的違法要素を肯定する余地が生じる。しかし、これが認められれば、123条１項の規範目的は変容を迫られるであろう。そこで、ヴェルツェルが説く違法論の内容と背景について、引き続き検討する。

まず、ヴェルツェルの違法論の内容を確認する。ヴェルツェルによれば、確かに従来客観的違法論に従う限り、法益侵害は常に違法であるが、しかし法が法益侵害を全て客観的不法として禁ずるなら、あらゆる社会的生活は直ちに停止する他なく、それゆえ従前の理解は不適切であるのみならず、そもそも共同体秩序において許される行為は社会的に相

⁶⁸ その後に展開されるメツガーによる法益概念の拡張あるいは精神化も注目されるが、しかし本稿においては触れ得ない（その理由の第一は本稿の能力的限界であり、第二は本稿においては結果無価値論の原則的立場と行為無価値論の原則的立場を示したかったからである。仮にメツガー自身の立場が後のナチス思想と親近性を帯びるに至る可能性と問題性を含んでいたのであるならば、その原因の一端はメツガーが主観的違法要素を例外的であれ許容した点に求められるべきであって、結果無価値論それ自体に内在する問題として理解されるべきではない）。その後のメツガーの理解については、伊東研祐『法益概念史研究』（1984年）155頁以下を参照。

⁶⁹ Mezger, aa.O. (Fn. 60), S. 27.

⁷⁰ この点について、Mezger, aa.O. (Fn. 60), S. 22を参照。

当な行為（sozialadäquate Handlungen）として不法ではなく、例えば鉄道運行は社会的に相当な活動であって、要するに「社会的相当性（または許された危険）を超え出る行為が初めて違法として考慮されるのである」⁷¹、という⁷²。

社会的相当な行為あるいは許された危険における行為は適法である、という認識に基づいて行為無価値という発想が生まれ、これと対置される伝統的な違法論は結果無価値と呼ばれ、こうして行為無価値論と結果無価値論が対立し始めたのであった⁷³。

従来の違法論に依拠しないヴェルツェルの見解はメツガーの見解と相違し、このことは法の目的に関する理解の相違にも反映されている。すなわち、ヴェルツェルによれば、刑法の第一次的任務は具体的な法益保護ではなく、社会倫理的な心情（行為の）価値の保護であって、法益保護は消極的予防的な目的設定に過ぎない⁷⁴、というのである⁷⁵。

⁷¹ Welzel, aa.O. (Fn. 63), S. 516 ff.

⁷² 構成要件に該当する違法かつ有責な「行為」を犯罪として定義するなら、この「行為」は結果を含む広義の行為を意味し、「結果」をも含むのであるから、これが違法であることは（結果無価値論であれ、行為無価値論であれ）当然である。むしろ、行為無価値論が違法評価の対象として理解する「行為」は構成要件において語られる（結果を惹起する）行為であって、この意味における行為は狭義の行為を意味し、「結果」の評価を含まないのであるから、この意味の行為は結果無価値論によれば何ら違法ではない（それゆえ、結果無価値論によれば、故意によって引き起こされる結果も、過失によって引き起こされる結果も、同程度に違法であり、故意と過失は違法性に関して差を生じない）。念のため、付言した次第である。

⁷³ この点について、Hans Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl., 1961, S. 9も参照。なお、同書の邦訳として、ハンス・ヴェルツェル（福田平・大塚仁 訳）『目的的行為論序説－刑法体系の新様相』（1974年）がある。

⁷⁴ Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl., 1958, S. 2 ff.

⁷⁵ 違法性の対象の評価を客観性に求めつつ（この意味において客観的違法論は維持される）、違法性の評価の対象を主観性に求める（故意を違法要素として理解する）立場は、果たして伝統的な「客観的」違法論の枠内において語られ得るのであろうか、という疑問が存在する。むしろ、ヴェルツェルの理解は主観的違法論者のメルケルの理解（メルケルについて本誌63巻5号55頁）と近接性を有し、そしてメルケルも刑法の目的を法に対する誠実の訓育として理解

被害者の法益侵害を違法として理解するのではなく、社会規範から逸脱する加害者の行為を違法として捉える行為無価値論によれば、刑法の目的は有害な行為に対する制裁である⁷⁶。それゆえ、違法評価の対象が加害者の主観へ移ることは当然の帰結であろう。すなわち、ヴェルツェルによれば、刑法の対象は第一義的に目的（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」のであって⁷⁷、こうして故意は本質的不法要素であり、不法は人的な（personales）行為不法である⁷⁸、という。

以上がヴェルツェルの違法論の概要である。この違法論によれば欺罔者の故意が違法要素として理解され、意思決定自由は違法根拠の座から降ろされる。これは123条1項の規範目的に関する従前の理解を揺るがし、意思決定自由の保護の観点から問題である。のみならず、さらに問題はヴェルツェルの違法論の背景であり、その背景としてナチス思想が関係していたことは看過し得ない。この点について、引き続き検討する。

（２）ナチス期の法思想

①「公益は私益に優先す」

世界的工業国として発展していた20世紀初頭のドイツは、1914年の第一次世界大戦を通じて政治的経済的体制を変じ始め、自由経済から次第に国家統制へ移行し、さらに基幹産業の社会化も進められ（例えば鉄道・都市交通・水道・ガス等）、とりわけ鉄道は当時としては世界最大の統一的鉄道企業体を形成していた⁷⁹。

していた（この点について、ゲルハルト・ドルンザイファー（川端博 訳）「アドルフ・メルケルの法理論と刑法解釈学」法律論叢53巻5・6合併号（1981年）158頁、167頁以下および178頁を参照）。

⁷⁶ この点について、Tilman Repgen, Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2004, S. 787も参照。

⁷⁷ Welzel, aa.O. (Fn. 63), S. 518 f.

⁷⁸ Welzel, aa.O. (Fn.73), S. 27.

⁷⁹ 以上について、ヘルムート・バーメ（大野英二＝藤本建夫 訳）『現代ドイツ社会経済史序説』（1976年）128-129頁、フリッツ・ハルトウング（成瀬治

確かにドイツ経済は一時的に回復したのであるが、しかし1920年代末から発生した経済恐慌によって失業者の数が増大し、失業者の救済対策に失敗した政府から国民は離れ、1930年以降の選挙において左右両極の革命政党が多数を占める事態が生じた。そして、その一極の政党が国民社会主義労働党（Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei）、すなわちナチスであったのであり、1933年にヒトラーが首相として任命され、ナチス政権が成立したのである⁸⁰。

ところで、ヴェルツェルによれば、鉄道運行は社会的に相当な行為であり、違法性が否定される。既に指摘したように、ナチスが台頭する以前から鉄道運営は最大規模の国家事業であったのであり、鉄道事業に基づく行為の違法性を否定することは鉄道事業に基づく犯罪の成立の抑制を意味し、鉄道事業の保護へ連なる。つまり、ヴェルツェルの行為無価値論は、被害者の個別的法益よりも、鉄道事業という全体的利益を優先する見解であって、ここにナチスの共同体思想が窺われるのである⁸¹。

ナチス思想は、ナチス綱領24条において端的に示されている。同条は、次のように規定する。「我が民族の継続的復興は、ただ次の原則に基づいて内部から行われ得る。すなわち、公益は私益に優先す」⁸²。

＝坂井栄八郎 訳）『ドイツ国制史』（1980年）429頁、シュトルパー・前掲注30・58-67頁および113-114頁、ハンス＝ウルリヒ・ヴェーラー（大野英二・肥前榮一 訳）『ドイツ帝国 1871-1918年』（2000年）288頁、Mary Fulbrook, *A Concise History of Germany*, 2nd ed., 2004, pp. 150-155（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）。

⁸⁰ 以上について、ベーム・前掲注79・146-149頁、ハルトゥング・前掲注79・466頁、シュトルパー・前掲注30・132-134頁。

⁸¹ いわゆる具体的秩序論とナチス思想の関係は、既に様々に論じられている。ヴェルツェルも、次のように述べる。「具体的秩序の思想は、法律において、また法律を通じて、常に、具体的民族共同体という現実の生きた価値に遡る」（Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935, S. 76）。やはり、「ウェルツェルの法思想が、ナチスの民族全體主義の影響をうけていたことは否定しえない」（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）33頁）。

⁸² Gottfried Feder, *Das Programm der N. S. D. A. P. und seine weltanschaulichen*

かかる思想の影響は、私法の領域においても窺われる。シュトル（Heinrich Stoll）は「公益は私益に優先す」というナチス綱領を最高原理として掲げ⁸³、これに基づいて民法典における基本原理の刷新を説く⁸⁴。例えば、損害賠償に関して、シュトルによれば、刑法のみならず、民法の損害賠償も贖罪思想を持ち、損害賠償の目的は共同体秩序の違反によって害された法感情の満足であって、さらに過責の程度に応じた責任の量定も許されるが、しかし共同体利益を僅かでも害する損害賠償は許されない⁸⁵、という。

既に確認したように、民法典の立法者は、民法を解釈する際に道義的あるいは刑法的観点が入り込む余地を排除するために、過責の程度に応じた責任の量定を明確に否定していた⁸⁶。立法者の意思に反するシュトルの理解は、まさに従来の法原則を変更した内容であるのである。

さらに、民法の役割と刑法の役割を明確に区別しないシュトルの理解は、法の目的として法益の保護を必ずしも重視しない立場へ連なり、その意味においてヴェルツェルの立場へ接近するのであり、そして実際にシュトルの不法論は明らかに行為無価値を示している。シュトルは次のように述べる。不法（Unrecht）は、「法秩序に違反する人間の行為を意味し、その行為が他人の権利または法益の侵害を引き起こすのであって、それゆえ損害賠償を義務づける」⁸⁷。

②ナチズムと自由意思

従来の原則の変更は、損害賠償法の領域に限られない。シュトルは、私的自治に関しても、共同体思想に基づいた理解を示す。すなわち、シュ

Grundgedanken, 178. Auf., S. 18.

⁸³ Heinrich Stoll, Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht, DJZ 1933, S. 1231.

⁸⁴ Heinrich Stoll, Vertrag und Unrecht, 1. Halbband, 2. Aufl., 1937, S. V (Vorwort).

⁸⁵ Heinrich Stoll, Vertrag und Unrecht, 2. Halbband, 1936, S. 202.

⁸⁶ その理由も含めて、この点について本誌63巻5号82頁の注354を参照。

⁸⁷ Stoll, aa.O. (Fn. 84), S. 5.「法益の侵害」という結果から切り離された「人間の行為」が不法として理解されている。

トルによれば、自由主義の時代においては当事者意思の実現が法の最高任務であったが、しかしナチズムにおける個人は共同体という大きな連鎖の一連結に過ぎず、当事者の意思も共同体義務に従属させることが重要であり、したがって私的自治の承認は共同体に対する義務と拘束を意味する、というのである⁸⁸。

この意味における私的自治は共同体全体の利益を確保および増進する限度において認められているのであって、その限度において自己決定も認められる⁸⁹。しかし、それは、あくまでも共同体に対する義務あるいは自己責任を明確化する必要性に基づいているのであり、このことをラーレンツ（Karl Larenz）が端的に指摘している。すなわち、「ナチズムは各民族構成員の意思を、自発性を、排除しない。ナチズムは彼に答責を求めているのであって、それゆえ彼には義務を基礎づける真正なる一定の決定自由が与えられねばならないのである」⁹⁰。

この意味における「決定自由」が責任を基礎づける意味の自由意思、すなわち責任根拠の自由意思であることは明白である。しかも、この自由意思は、共同体のために、その限度において、認められるに過ぎない。このような法思想が支配する状況において⁹¹、すなわち一方で法の目的を法益保護に求めない行為無価値論が有力化し、他方で共同体利益を前提としてのみ私的自治が肯定される状況において、個人の自由が尊重されるはずがなく、まして個人的法益を意味する違法根拠の自由意思が認められるはずもなかった⁹²。

⁸⁸ Heinrich Stoll, Gemeinschaftsgedanke und Schuldvertrag, DJZ, 1936, S. 420; ders., aa.O. (Fn. 84), S. 6.

⁸⁹ Stoll, aa.O. (Fn. 84), S. 6.

⁹⁰ Karl Larenz, Die Wandlung des Vertragsbegriffs, Deutsches Recht, 1935, S. 491.

⁹¹ 「新たな精神は私法を貫き、ここでも各個人から共同体へ、許された意思力から義務的拘束を生み出す根拠へ、個人的利益の利己的追求から民族および民族同胞に対する信義へ、すなわちドイツ共同体法へ導くのである」(Stoll, aa.O. (Fn. 84), S. 5.)。

⁹² 「〈責任ある自由〉の議論は、ワイマール期の反自由主義的な思潮である『保守革命』の思想家たちの言説の中にしばしば検出されるものであって、ラーレ

問題は、こうし当時の支配的理解と123条1項の関係である。例えば、ヴェルツェルが主張する違法論が123条1項においても支持されるなら、故意は主観的違法要素として正当化され、その反面として意思決定自由の保護という規範目的は没却せられるであろう。この問題は戦前において必ずしも明確ではなく⁹³、ゆえに引き続き戦後の議論を検討する。

第2款 意思決定自由の再評価

第1項 行為無価値論の継承

（１）戦後の状況

①民法学における行為無価値

ンツと同時代に流行した一つの自由の見方といえる」（森田修「ラーレンツの手品－法律行為論の展開と『ナチス私法学』－（２・完）」法学協会雑誌124巻4号（2007年）13頁）。この時代においては、意思表示における意思は、必ずしも表意者の自由な意思を意味しなかった。この意味において、ナチス時代において登場した「妥当の表示」理論が表示主義と親和的であった点も理解できる（森田修「ラーレンツの手品－法律行為論の展開と『ナチス私法学』－（１）」法学協会雑誌124巻3号（2007年）39頁）。ところで、ここまで検討したように、結果無価値論と行為無価値論の相違は、前者における違法の評価対象の客観性と後者における違法の評価対象の主観性であった。ただし、前者の客観性は被害者を基点として理解され、後者の主観性は加害者を基点として理解されている点に留意されるべきである。すなわち、結果無価値論の客観性と意思表示の解釈に関する表示主義は共通性を有さず、むしろ意思という観点から捉えるならば、結果無価値の客観性（詐欺取消制度における被欺罔者の違法根拠の自由意思）と意思表示の解釈に関する意思主義（表意者の意思）が共通性を有する。これに対して、意思表示の解釈に関する表示主義と行為無価値論は、その判断基準たる「社会的相当性」という点において相通じる点を有する。

⁹³ 当時における、当時の支配的理解と123条1項の関係は、必ずしも明確ではない。この関係を窺わせる事例それ自体が少ない。特殊な事例として、例えば非アーリア人がナチスの機関紙と広告契約を締結したが、しかし同機関紙が当該広告を掲載せず、本件の非アーリア人が損害賠償を求めた事案において、AG, Jena 14. 9. 1937 (JW 1937 S. 3306) は、非アーリア人が自己の人的属性を契約締結時に告げなかった点を捉えて、123条の適用の可能性を示唆しつつも、むしろ本件においては第一義的に138条が適用されるべき旨を述べ、本来的な契約の不成立を認めて、賠償請求を退けている。

戦後のドイツにおいては人権の尊重の気運が高まり、これに伴い民法の解釈においても人格権の保護を求める見解が打ち出された。例えば、コーイング（Helmut Coing）によれば、民法における人格的利益の保護は823条1項あるいは823条2項に限られないし、826条における不法行為も人間的尊厳に対する侵害行為として理解するなら、人間的尊厳に対して私法的保護を与え得る可能性が広く開かれ、826条の故意要件も未必の故意（*dolus eventualis*）として理解すれば、各規定間の要件格差は縮小され得るのであって、人格権は人間の尊厳として顧慮される個人的私権として広く保護されるべきである⁹⁴、という。

さらに、人格権の保護に関して重要な意味を持つ基本法が1949年にドイツ連邦共和国基本法として制定された。例えば、基本法2条1項は次のように規定された。

2条1項：何人も、他人の権利を害さず、かつ憲法適合的秩序または良俗法規に反せざる限り、自己の人格の自由な発展の権利を有する⁹⁵。

同条項の解釈によれば、人格の自由な発展の権利は原則として全く任意の自由な意思決定（*freiem Willensentschluß*）に従い作為または不作為を為し得る権利を意味する⁹⁶。確かに人格の自由な発展の権利性について当時の学説は必ずしも一致していなかったが⁹⁷、しかし前述のコーイングも823条1項の自由の解釈として意思自由を含めていたのであ

⁹⁴ Helmut Coing, Das Grundrecht der Menschenwürde, der strafrechtliche Schutz der Menschlichkeit und das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts, Süddeutsche Juristen-Zeitung, 1947, S. 641-645.

⁹⁵ Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

⁹⁶ Hermann von Mangoldt-Friedrich Klein, Das Bonner Grundgesetz, 1. Bd., 2. Aufl., 1957, S. 171.

⁹⁷ この点について、赤坂正浩「人格の自由な発展の権利」法学50巻7号（1987年）1203頁以下を参照。

て⁹⁸、意思決定自由の要保護性に関する議論は戦前と異なる様子を見せ始めていた。

自然法思想の復活や人格権の高揚は確かにナチス法学に対する反省現象ではあったが、しかし必ずしもナチス私法学の反省を意味したわけではなかった⁹⁹。しかも、市場経済においては未だ国家の関与が強く残る分野も少なからず存在し（例えば鉄道等）、戦後の経済再建・経済成長を達成する前提として経済界全体の利益が優先された¹⁰⁰。こうして、「法益の侵害を全て違法として評価すれば、社会は停止するであろう」というヴェルツェルの行為無価値論は生き残り、社会的相当性の理論および同理論と結び付く目的的行為論は、個人的利益を制約する法理論として、戦後においても維持されたのである。

そして、民法学者も社会的相当性の理論を支持した。例えば、ニッパードイ（Hans Carl Nipperdey）である¹⁰¹。19世紀の個人主義的・自由主義的法秩序に強く影響された損害賠償法を疑問視するニッパードイによれば、人の行為の実質は共同生活を通じて理解されるのであるから、ある行為の不法性も人間生活における良俗の秩序に基づいて決定され、一般的な社会秩序に反する行為、つまり社会的相当性を逸脱する行為が違法であって、これは刑法において妥当している原則であるが、しかし民法においても妥当する¹⁰²、という¹⁰³。

⁹⁸ Coing, aa.O. (Fn. 94), S. 641. ただし、詐欺の保護法益として自由意思が語られているわけではない。

⁹⁹ この点について、戦後ドイツにおけるコーイングの活躍を含めて、五十嵐清「ファシズムと法学者－ナチス私法学の功罪を中心に－」北大法学論集14巻3・4合併号（1964年）418-421頁を参照。

¹⁰⁰ シュトルパー・前掲注30・235頁以下、277頁以下、296頁以下を参照。

¹⁰¹ Rudolf Wiethölter, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, 1960, S. 9を参照。ニッパードイの見解の紹介として、藪重夫「現代刑法理論（目的的行為論）と民法における違法・責任理論」今村成和＝小山昇＝矢田俊隆（編）『法学政治学論集』（1960年）83頁以下、前田達明『不法行為帰責論』（1978年）18頁以下がある。

¹⁰² Ludwig Enneccerus - Hans Carl Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbb. 2, 14. Aufl., 1955, S. 913-918.

¹⁰³ ニッパードイは、ヴェルツェルの目的的行為論を支持し、不法論のみなら

確かにニッパードイの見解は批判を受け¹⁰⁴、必ずしも支配的見解を形成したわけではなかったが、しかしニッパードイの理解に依拠した裁判例¹⁰⁵が登場し¹⁰⁶、さらにヴェルツェルも同判決を支持し¹⁰⁷、次第に社会

ず、過責概念も法の全領域に妥当する一般理論として理解している。すなわち、ニッパードイによれば、旧来の学説は過責概念（故意および過失）を責任の要素として理解するが、しかし目的的行為論に従うなら故意および過失は不法構成要件に属し、それゆえ故意と過失は責任から厳格に区別されるから、残る責任非難の要件は帰責能力および違法性の意識であって、これは故意と違法性の意識を分離する責任説を意味し、ヴェルツェルも支持する刑法の有力説であって、この立場は民法においても支持されるべきである、という（Enneccerus-Nipperdey, aa.O. (Fn. 102), S. 924-933 und mit Fußn. 10)。ニッパードイにとって、法秩序は統一的に形成されており、それゆえ法および不法は普遍的に妥当する概念である、という理解が前提であるのである（Enneccerus-Nipperdey, aa.O. (Fn. 102), S. 919）。

¹⁰⁴ 特に重要な批判は、目的的行為論を支持する刑法学者のニーゼ（Werner Niese）によって提起された批判であろう。ニーゼによれば、社会倫理的な基本評価から離反した悪しき意思を問う刑法において目的的行為論が支持される理由は、刑法では故意犯と過失犯に対して異なる種類と範囲の刑罰が科され、ゆえに個々の事案に応じて不法と責任を推し量る必要が存在しているからであり、そして目的的行為論から必然的に帰結される責任説は故意の不法と過失の不法を区別し得る点において刑法の要請に適合するからであるが、しかし民法の目的は損害の調整であり、故意と過失に応じて法律効果を区別しないのであるから、このことから民法において責任説を採用する理由が存在しないこと、むしろ民法は結果無価値を重視していること、民法における違法性を行為無価値に求めることは完全ではないことが理解され、したがってニッパードイの見解は妥当ではない、という（Werner Niese, Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht, JZ 1956, S. 460-464. ニッパードイに対するニーゼの批判について、中谷瑾子・宮澤浩一「現代刑法理論と民法－ニーゼのニッパードイ批判をめぐって－（一）（二・完）」法学研究30巻7号（1957年）49頁以下・8号61頁以下。さらに、藪・前掲注101・119頁以下、五十嵐清「刑法理論と民法理論－その関係についての一考察－」ジュリスト313号（1965年）35頁も参照）。なお、責任説については、後述する。

¹⁰⁵ 例えば、BGH 4. 3. 1957 (BGHZ 24, 21)。同判決の紹介として、藪・前掲注101・105頁以下、前田・前掲注101・21頁以下がある。

¹⁰⁶ この判決に対する学説の評価の大勢は、この判決がヴェルツェルによつ

の相当性の理論ないし行為無価値論は民法学において無視できない影響力を及ぼし始めた。

②労働法学における行為無価値

行為無価値論の影響は、民法学に止まらず、労働法学においても見られる。既に確認したように、戦後のドイツにおける経済状況は経済界全体の利益を優先する傾向を有した¹⁰⁸。このような社会的市場経済の影響は、例えば賃金の上昇は社会全体の経済にとって不利益である、という考え方とも結び付く。当時の労働法学界の権威でもあったニッパードイ¹⁰⁹は、社会的相当性の理論を民法のみならず、労働法の領域へも取り込み、争議行為の違法性を社会的相当性を通じて判断する解釈を展開したのである¹¹⁰。

ニッパードイは、社会的相当性の原則を一般的法原理として理解し¹¹¹、さらに前述した戦前における自由権に関する裁判例をも援用しつつ¹¹²、次のように述べる。かつてRGが判断したように、民法823条1項

で主張された社会的相当性の理論に依拠していることを肯定する。例えば、Franz Wieacker, Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1957, S. 535 f.; Heinz Bindokat, Mehrere Unrecht?, JZ 1958, S. 553; Erich May, Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtsfertigungsgrund, NJW 1958, S. 1264; Heinrich Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Bd., 14. Aufl., 1963, S. 327 ff.

¹⁰⁷ BGH 4. 3. 1957は踏切事故の事案であり、既に社会的に相当な行為の例として鉄道を挙げていたヴェルツェルは同判決に基づいて社会的相当性の理論が一般的法原則であること、同理論が刑法のみならず、全法秩序において妥当する旨を主張している（Welzel, aa.O. (Fn. 74), S. 74.）。

¹⁰⁸ この点について、前述30頁を参照。

¹⁰⁹ この点について、五十嵐・前掲注99・412-413頁を参照。

¹¹⁰ 争議行為の違法性とニッパードイの理解について、喜多實「争議行為のいわゆる民刑事免責の法構造」一橋論叢57巻5号（1967年）602頁以下。

¹¹¹ Alfred Hueck-Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Bd., 6. Aufl., 1957, S. 638. ヴェルツェルの見解も引用されている。Hueck-Nipperdey, aa.O., S. 639 mit Fußn. 34を参照。

¹¹² これら裁判例について、前述11頁以下を参照。

における自由は意思決定自由を含まず、それゆえ確かに同条項の自由侵害は労働争議によって生じないのであるが、しかし同条項の「その他の権利」として認められている営業権の侵害を理由として労働争議に対する823条1項の適用は可能であって、その際に重要な意味を持つ基準が社会的相当性であり、すなわち労働争議が全て違法を意味するのではなく、社会的相当性を逸脱した労働争議が違法であり、民法823条1項に基づく賠償義務に服する¹¹³。

こうした社会的相当性の理論を介したニッパードイの争議行為論は、一見すると使用者の営業権と労働者の争議行為権が比較考量される構図である。しかし、ニッパードイの理解によれば、まず「民法823条1項に服する権利の侵害は、それ自体として構成要件に該当し、かつ違法であ」り¹¹⁴、つまり争議行為は原則として違法であって、例外的として社会的相当性概念を通じて争議行為の違法性が阻却されるのである¹¹⁵。

以上の如く、社会的相当性ないし行為無価値の考え方は、刑法以外の他の法領域へも引き継がれた。問題は、その解釈論の影響である。前述したメツガーとヴェルツェルの対立においても確認したように、結果無価値論は法益の保護と結び付き、行為無価値論においては制裁的観点が重視される。民法においても行為無価値論に依拠するならば、制裁の観点が強調されるであろう¹¹⁶。その影響が詐欺取消制度においても見られるか否か、について引き続き確認する。

(2) 悪意の欺罔と行為無価値論

①違法論と正当防衛

行為無価値論が民法へ流入した影響は、123条1項における悪意の欺罔においても見られる。そして、悪意の欺罔と違法性の関係を意識させ

¹¹³ Hueck-Nipperdey, a.a.O. (Fn. 111), S. 632-639.

¹¹⁴ Hueck-Nipperdey, a.a.O. (Fn. 111), S. 640.

¹¹⁵ ニッパードイは、ヴェルツェルの文献を引用した後に続けて、社会的相当性の概念を特別な正当化事由として示している。Hueck-Nipperdey, a.a.O. (Fn. 111), S. 639 mit Fußn. 34を参照。

¹¹⁶ Manfred Löwisch, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2004, S. 282.

る契機を与えた裁判例として、次の事案が重要である。

BAG 22. 9. 1961 (AP Nr. 15 § 123 BGB Bl. 1253= NJW 1962, S. 74) は、労働契約の締結時に被告（使用者）が妊娠の有無を尋ね、これを原告（被用者）は秘匿し、後に被告が悪意の欺罔を理由として当該契約を取り消した事案において、あらゆる虚偽の回答が悪意の欺罔を構成するわけではないが、しかし妊娠の有無に関する質問は許された質問であり、ゆえに本件において悪意の欺罔が成立する旨を説示した。

本判決は、悪意の欺罔が場合によっては許容され得る余地を示唆した¹¹⁷。これは、いわば「嘘をつく権利」を認める可能性を残しているのであって、この点を批判する見解が存在する¹¹⁸。しかし、使用者の質問が被用者のプライバシーを侵害している点も同時に顧慮されるべきであろう¹¹⁹。この点に鑑みて、正当防衛の判断を通じて悪意の欺罔を評価す

¹¹⁷ 本判決も引用している BAG 5. 12. 1957 (NJW 1958, 516) においては、前科に関する質問は許されない質問として理解され、この質問に対する虚偽の回答は悪意の欺罔として認められなかった。使用者の質問権を認めるべき必要性も確かに存在するのであるが、しかし他方において被用者のプライバシーを保護する必要も存在するのであり、基本法が保護する人格権の問題も含めて労働法における一個の論点を形成している（例えば、Florence Beck, „Fragerecht“ und „Recht zur Lüge“, 2004を参照（特に S. 75 ff.））。

なお、BAG 5. 12. 1957と BAG 22. 9. 1961によれば、質問内容に応じた区別が認められるのであるが、しかし男女の平等的取扱に関するヨーロッパ共同体指令（1976年）を受けて、とりわけ近時の裁判実務においては妊娠に関する質問も許されない質問として理解されている。この点は後述する。

¹¹⁸ ラーレンツは、ある質問に対する単なる沈黙が当該質問内容の告白に等しく、ゆえに単なる沈黙が質問に対する防御として十分ではないこと、さらに質問に対する回答を拒絶することによって不利益を被る可能性が存することを指摘しつつも、しかし「たとえ限定的であっても、嘘をつく権利を承認することは、甚大なる法的不安定を来とし、とりわけ信頼の激しい動揺を招く」点を重視し、悪意の欺罔が許容される可能性を認めない（Karl Larenz, Anm. zu AP Nr. 15 § 123 BGB Bl. S. 1256）。

¹¹⁹ 前掲注におけるラーレンツの見解も、「嘘をつく権利」を認めることが当事

べき旨を唱える学説が登場した。すなわち、ノイマン－デュースベルク (Neumann - Duesberg) によれば、被用者の側のプライバシーを考えるなら、許されない質問に対する正当防衛として悪意の欺罔が認められるべきであり、そして正当防衛によって違法性が阻却され、このことによって悪意の欺罔は正当化され、したがって取消権も否定される¹²⁰、という。

この理解によれば、少なくとも、「嘘をつく権利」という表現を回避した解決が可能である¹²¹。しかし、ノイマン－デュースベルクの理解を「悪意の欺罔と違法性」の関係から眺めるならば、防衛意思の要否という重要論点が出現する。既に確認したように、主観的違法要素論は正当防衛の問題としても登場し、その初期の提唱者のフィッシャーは、違法性の阻却または不阻却に関して行為者の目的の重要性を説き、主観的正当化要素として正当防衛の意思を要求していた¹²²。そして、主観的違法要素は行為無価値論と密接に関係していたのであり、ヴェルツェルは原則として故意を主観的違法要素として理解し、結果無価値論と行為無価値論の対立が生み出されたのであった。すなわち、防衛意思の要否とい

者間（むしろ使用者）の信頼を損ねる点を重視するが、しかし許されない質問を提起した者が「嘘をつく権利」の行使を誘発している点に対する配慮は示しておらず、事業者側に偏した理解であり、これは問題であろう。

なお、ドイツの裁判例の類型として、悪意の欺罔が争われる他の一般的な事案と異なり、労働契約と保険契約に関しては、経済的弱者たる被用者が欺罔者として登場し、経済的強者たる使用者が被欺罔者として登場する、という特徴が認められる。この点は、悪意の欺罔の捉え方にも影響しているように思われる。この点は、後述する。

¹²⁰ Neumann - Duesberg, Rechtswidrigkeitserfordernis und Rechtswidrigkeitsausschluß (Notwehr) in Täuschungstatbestand des § 123 BGB, JR 1967, S. 2 f.

¹²¹ 123条1項における悪意の欺罔と正当防衛の問題と解決方法は、その他の学説によっても受け入れられている。例えば、Lübtow, a.a.O. (Fn. 7), S. 275.; Hans Brox, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 7. Aufl., 1981, S. 183.; Kramer, a.a.O. (Fn. 7), S. 1168を参照。

¹²² 前述17頁を参照。

う問題は、違法論の対立へ還元され得る論点であるのである¹²³。問題は、この対立が123条1項の悪意の欺罔において如何なる意味を持つか、である。

②正当防衛論の影響

既に確認したように、結果無価値論に依拠するメツガーは刑法の第一義的任務を法益の保護として理解していたのであり、これに対して行為無価値論を展開したヴェルツェルは刑法の第一次的任務を社会倫理的な心情的価値の保護に求めた¹²⁴。すなわち、防衛意思の要否の問題は規範目的の理解にも影響する。たとえば、防衛意思の要件化に対して結果無価値論が抱く危惧感の背景には、民法の損害賠償法は損害を調整することが任務であって、悪しき意思に私的刑罰を科すことが任務ではない、という理解が存在しているのである¹²⁵。

¹²³ 防衛の意思を要求する立場は、「違法性の判断は、客観面・主観面の両方からなされなければならない、という違法二元論ないし行為無価値論からの帰結であり、故意を積極的な主観的違法要素（主観的構成要件要素）とする立場と裏腹の関係にある」のに対して、防衛の意思を要求しない立場は、「違法性の判断は客観的でなければならない、という結果無価値論からの帰結であり、故意をもつば責任要素とする立場に通ずる」（浅田和茂『刑法総論』（2005年）227頁）。つまり、ここまで検討してきた違法論は正当防衛の問題と密接に関連しているのであって、このことを前提として、続けて123条1項と違法論の関係について確認する。

なお、民法学における正当防衛の議論は、刑法学説から影響を受けている（この点について、Repgen, a.a.O. (Fn. 76), S. 793）。それゆえ、正当防衛と違法性の関する刑法学の議論を、民法学において否定する理由は存しないであろう。

¹²⁴ この点について、前述23頁を参照。

¹²⁵ この点について、Johann Braun, Subjektive Rechtfertigungselemente im Zivilrecht?, NJW 1998, S. 942; Repgen, a.a.O. (Fn. 76), S. 787も参照。

結果無価値論の立場から見れば、防衛の意思を要求する立場は防衛の意思を持たざる防衛者の悪しき意思を理由として、この防衛者に損害賠償義務を負担させる理解に等しく、こうした解釈は正当防衛の際に要求される防衛意思という主観的要素が良俗的評価と結び付く危険性としても映る（Braun, a.a.O., S. 942; Helmut Grothe, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 5. Auflage, 2006, S. 2529を参照）。それゆえ、結果無価値論者は、原則と

つまり、123条1項における悪意の欺罔と正当防衛の関係を議論する重要な意味は、正当防衛の意思の要否の問題を通じて、同条項の規範目的の理解に影響が及ぶ点に存する。そこで、123条1項における防衛意思の要否に関して、再びノイマン・デュースベルクの見解を確認する。ノイマン・デュースベルクによれば、悪意の欺罔による正当防衛の成否は欺罔の目的（Zweck）を通じて決せられる¹²⁶、という。このことからノイマン・デュースベルクが防衛の意思を要求していること、それゆえノイマン・デュースベルクが既に行為無価値論へ傾斜していることが推察される¹²⁷。そして、ノイマン・デュースベルクは次のように述べる。「法が取消可能性という極めて重大なる制裁（Sanktion）を当事者の特定の振る舞いへ下す理由があるとするなら、それは当該当事者の振る舞いが法によって拒否されるからであり、つまり違法であるからに他ならない」¹²⁸。

して正当防衛に際して防衛意思を要求せず、客観的な正当防衛状況によって結果無価値が除去されることを認めるのである（Jauernig, aa.O. (Fn. 7), S. 151 u. 248も参照）。なお、結果発生を違法性の判断要素として理解する結果無価値論によれば、正当防衛時における攻撃者の行為は結果不法論の違法性判断の対象である結果を惹起していないから、227条2項（：正当防衛は、現在の違法な攻撃から自己または第三者を回避するために必要な防衛である）における「違法な攻撃」の要件を満たさない。それゆえ、結果無価値論は、現に発生した結果のみならず、差し迫る結果（bevorstehende Erfolg）ないし法益の危殆化（Rechtsgutsgefährdung）を違法性の判断要素として理解する（この点について、Wolfgang Münzberg, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S. 345 mit Fußn. 702.; Grothe, aa.O., S. 2524.; Repgen, aa.O. (Fn. 76), S. 787を参照）。

¹²⁶ Neumann - Duesberg, aa.O. (Fn. 120), S. 3.

¹²⁷ ノイマン・デュースベルクは、結果不法と行為不法を区別する必要性がない旨を指摘し、Münzberg, aa.O. (Fn. 125)を引用する（Neumann - Duesberg, aa.O. (Fn. 120), S. 3 mit Fußn. 2）。ミュンツベルクの立場は、違法性を行為に関連づける理論であり、すなわち行為無価値論に依拠している（この点について、Erwin Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl., 1995, S. 447 mit Fußn. 129を参照）。

¹²⁸ Neumann - Duesberg, aa.O. (Fn. 120), S. 2.

防衛の意思を要求するノイマン－デュースベルクの理解から、行為無価値論が123条1項へ入り込み、法律効果の制裁的側面が重視され、違法性は行為の関連において捉えられていることが判明するであろう。しかし、その反面として、意思決定自由の保護という123条1項の規範目的は後退する。このことは、詐欺取消制度において行為無価値論を支持する帰結として留意されなければならない¹²⁹。

¹²⁹ 例えば、シュトル（Hans Stoll）も、123条を端的に行為関連的不法の形式として捉え、同条において行為無価値の理論が顧慮される旨を説く。Hans Stoll, Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens, JZ, 1958, 143.

なお、123条1項の強迫に関連する違法性要件について付言する。同条項の違法性要件が強迫にのみ関連することは立法過程において確認された（本誌63巻5号71-72頁）。この点について、ノイマン－デュースベルクによれば、日々の生活においては健全な強迫が存在し得るから、これを除くために、立法者は強迫に関しては違法性要件を設けたのであろう、という（Neumann-Duesberg, aa.O. (Fn. 120), S. 2）。例えば、訴の提起は一定の圧力を伴うが、しかし債務を履行しない債務者に対して訴を提起することは法が認めているのであり、かかる法的制度の利用それ自体は強迫ではなく、違法でもない（Flume, aa.O. (Fn. 7), S. 535; Kramer, aa.O. (Fn. 7), S. 1187.）。しかし、例えば、ある銀行が自己の債務者Aの交換手形（資金調達を目的として振り出され、双方が切り合う手形。騎乗手形とも呼ぶ）を告発する代わりに、Aの妻に対してAの連帯保証を引き受けるように迫る場合は、強迫の成立が考えられ得る。このような事案において、原審は強迫を認めたが、しかしBGH 23. 9. 1957 (BGHZ 25, 217)は強迫を否定した。その理由について裁判所によれば、自己の発言が他人の意思自由に許されない方法で干渉している、という意識が強迫者に欠けていたからである、という。かかる裁判所の立場に対して、123条は被強迫者の自由な意思決定を保護しているのであるから、違法性も客観的に決せられる、つまり被強迫者の決定自由の客観的侵害が重要である、という学説の批判も見受けられる（Johannes Karakatsanes, Die Widerrechtlichkeit in § 123 BGB, 1974, S. 133; Werner Lorenz, JZ, 1963, S. 319 f.を参照）。しかし、裁判所と同様に、強迫者の主観を重視するなら、強迫における違法性は典型的な結果不法として理解されないのである（Stephan Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 352.）。

123条1項それ自体が行為無価値論に服するなら、欺罔における悪意要件と強迫における違法性要件は、実質的に異ならない。すなわち、行為無価値

第2項 法益保護の背景と方法

(1) 法益保護の背景

①個人保護の社会的要請

123条1項における悪意の欺罔という概念は、それ自体が既に行爲者の悪質性を連想させ、しかも行爲無価値論と結び付くことによって意思決定自由の保護という123条1項の規範目的さえも後退させてしまう。

こうした理解は、確かに1960年代において妥当していた。ところが、他方において1960年前後から消費者問題も表面化し、法益の保護を志向させる重要な契機が生じた¹³⁰。このことは、123条1項における悪意の欺罔に関する解釈にも影響を及ぼしたのである。

社会的経済的関係の変化は人間像を変容せしめ、自己の生活関係を自ら形成する個人的人格という観念は社会的影響や経済力によって左右される大衆の人間という姿へ変容し、契約当事者間の力の均衡は崩れ、こうして自己責任に基づいて利益調整する前提は次第に失われ始めていた¹³¹。こうした事態は労働問題においても重要な意味を持つであろうが、しかし例えば争議行為において示される労働者間の団結が示す如く、集団的色彩が強い労働問題と異なり、消費者問題は個々人の取引関係の観点から捉えられるのであり、なればこそ個人の意思が重視される契機も

論によれば、一方で強迫が持たない悪意要件は主観的違法要素として理解され、他方で悪意の欺罔が持たない違法性要件も主観的違法要素を意味するからである。それゆえ、123条1項の構成要件を、故意の欺罔または違法な強迫(vorsätzliche Täuschung oder widerrechtliche Drohung)として表記する者も存在する(例えば、Dieter Medicus, Die Lösung vom unerwünschten Schuldvertrag, JuS, 1988, S. 4を参照。なお、メディクスも123条1項における悪意の欺罔を行爲不法論に基づいて解釈している。この点は後述する)。

¹³⁰ この点について、例えばトーマス・ライザー(吉野一 訳)「最近十年間の西ドイツにおける契約法領域の立法および法学の社会的変化への対応」法学研究(明治学院大学)27巻(1981年)175頁以下を参照。Holger Fleischer, Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung, AcP 200(2000), S. 103も参照。

¹³¹ Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 1.

十分に存在していたのである¹³²。

もちろん、例えば経済的な力関係の不均衡に基づく契約は138条¹³³によって、あるいは取引約款に基づく不公平な契約は242条¹³⁴によって、一応の解決を図ることが可能であった。ところが、共通原理の欠如が問題として残されていた。そして、こうした共通原理を求める前提として、私的自治ないし自己決定が強調され始めたのである¹³⁵。

もちろん、私的自治それ自体は、既に以前から承認されている民法の基本原則である。しかし、単なる私的自治の承認は、たとえ不本意な意思表示であったとしても、私的自治的意思を理由として当該意思の有効

¹³² もっとも、労働問題からも自由意思を強調する見解は説かれていた。例えば、ラム（Thilo Ramm）によれば、「個人にとって意思形成の自由は、その人格と直接的に結び付く。意思形成の自由を喪失することは奴隷状態よりも低く見られる状態へ成り下がることを意味するが、しかし奴隷は自分の意思によって自由を奪い取ることができるのに対して、意思形成の可能性が奪われている者には意思形成の機会さえ失われているのである」り、「基本法2条において規定されている個人の行為自由は、個人の決定自由または意思形成の自由（Entscheidungs - oder Willensbildungsfreiheit）を確実にしめる保証であり、行為自由が意思形成の自由なくして想像し得ない如く、逆に意思形成の自由も行為自由なくして思考し得ないのである」、という（Thilo Ramm, Die Freiheit der Willensbildung - ein Grundprinzip der Rechtsordnung, NJW 1962, S. 465-469）。

ただし、ラムの主眼は、むしろ、個人の意思決定自由それ自体ではなく、労働者団体の意思形成自由であり、個人の意思決定自由が基本権として保護される帰結を団体内部の意思形成自由の保護へ及ぼす点に存する（この点について、Ramm, aa.O., S. 467 f. u. S. 470）。個人は統一単体であるが、しかし団体は解体可能性を有するのであって、両者は区別されるべきである、という反論の可能性をラム自身も示唆している（Ramm, aa.O., S. 468 u. S. 470）。それゆえ、ラムの議論は、純粹に個人の意思決定自由を尊重する議論へ必ずしも直結しない。

¹³³ 138条1項：善良の風俗に反する法律行為は、無効である。

¹³⁴ 242条：債務者は、取引通念に鑑みて信義誠実に適うべく給付を為す義務を負う。

¹³⁵ この点について、Wolf, aa.O. (Fn. 131), S. 1-3を参照。

性を導き出すことができ、むしろ経済的強者の利器と化す¹³⁶。それゆえ、形式的な私的自治ではなく、法律行為を実現する前提として求められるべき自己決定の力（Macht zur Selbstbestimmung）を保証する実質的私的自治が要請された¹³⁷。

この方向性を重視する代表的論者としてフルーメ（Werner Flume）が挙げられる。フルーメは、自己決定を為し得る力が存在して初めて私的自治が実現され得る旨を確認し、さらに意思の重要性を説く¹³⁸。フルーメによれば、私的自治は基本法2条によって保障された基本原理であり、そして「私的自治を承認することは、次なる原則の承認を意味する：意思は理性に代わりて立つ（stat pro ratione voluntas）」¹³⁹。

既に確認したように、基本法2条の解釈として、意思決定自由が含まれていた¹⁴⁰。このことから、私的自治と意思決定自由が密接に関連していること、自己決定の権利性が示唆されていること、そして以降の展開として意思決定自由が強調されることも予想される。

これに加えて注目される点は、stat pro ratione voluntas が私的自治の承認を意味する原則として理解されている点である。既に確認したように、理性より意思を重視する立場は主意主義を意味し、例えば民法典の起草者も同様の態度を示していたのであった¹⁴¹。

問題は、こうした立場が123条1項における悪意の欺罔に関する解釈に及ぼす影響である。この点について、引き続き検討する。

¹³⁶ この点に関して、Günther Hönn, Zur Problematik der Privatautonomie, Jura, 1984, S. 62を参照。

¹³⁷ この点について、Hönn, aa.O. (Fn. 136), S. 72.

¹³⁸ Flume, aa.O. (Fn. 7), S. 10.

¹³⁹ Werner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, 1. Bd., 1960, S. 136-141. フルーメの法律行為論について、例えば高橋三知雄「Flumeの法律行為論」法学論集16巻4・5・6号（1966年）433頁以下、吉岡祥充「W・フルーメの法律行為論に関する一考察－ラーレンツ行為基礎論との比較を通して－（1）（2・完）」法学雑誌31巻3・4号（1985年）777頁以下・32巻2号（1985年）257頁以下を参照。

¹⁴⁰ 前述29頁を参照。

¹⁴¹ 本誌63巻5号77頁を参照。

②規範目的の再評価

確かに、これまで検討したように、戦前・戦後を通じて、違法性の主観化に伴い、詐欺取消制度から欺罔者に対する非難を見出す立場が有力化し、これは一方で行為無価値論と結び付き、かつて説かれたサヴィニーの見解へ接近し、他方で詐欺を自由意思の侵害として捉えた啓蒙期自然法学説および民法典の起草者の理解から乖離していた。しかし、これに対して、フルーメは再び、意思を重視する立場を示した。

フルーメの立場は異説ではなかった。フルーメと同様に、決定自由を私的自治的な自己決定の表出として捉えるヴォルフ (Manfred Wolf) は、例えばサヴィニーが展開した行為者の違法性を重視する理論を批判し、むしろ意思形成に対する妨害という観点から理解すべき旨を説き¹⁴²、次のように述べる。「民法典は、サヴィニーの如く強迫の違法性を、その反良俗性に依拠しているのではない。むしろ、民法典は、その点に関する根拠を、意思自由の侵害に見出しているのである」¹⁴³。

この意味においてヴォルフが理解する自由意思は、単なる責任根拠の自由意思に止まらず、違法根拠の自由意思を意味する。違法根拠の自由意思は既にリストによって示唆されていたものの、リストの見解は主として不法行為法において展開されていたのであって¹⁴⁴、これに対してヴォルフが理解する自由意思は明らかに法律行為法に位置する違法根拠の自由意思を意味している。

確かにヴォルフはサヴィニーの強迫理論を取り上げている。しかし既に確認したように、サヴィニー説における強迫と違法性の関係は詐欺に関しても妥当していたのであって¹⁴⁵、ゆえにヴォルフの理解は詐欺（民法典における悪意の欺罔）にも妥当するはずであり、少なくともヴォルフは詐欺を別異に扱う意図を示していない¹⁴⁶。

¹⁴² Wolf, aa.O. (Fn. 131), S. 80 u. S. 114.

¹⁴³ Wolf, aa.O. (Fn. 131), S. 113.

¹⁴⁴ この点について、本誌63巻5号78頁以下を参照。

¹⁴⁵ この点について、本誌63巻5号48頁の注223を参照。

¹⁴⁶ Manfred Wolf, Rechtsgeschäftslehre, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, mit Beiträgen von Volker Emmerich · Walter Gerhardt · Wolfgang Grunsky · Diether Huhn · Eike Schmidt · Otto Tempel · Manfred

既に確認したように、サヴィニーは自然法学説から生まれたプロイセン一般ラント法を批判し、欺罔行為の違法性を重視していたのであって、被欺罔者の自由意思に対する侵害から違法性を捉えていたわけではなかった¹⁴⁷。この意味においてサヴィニーの立場は、戦前・戦後における行為無価値論の理解に近い。もちろん、サヴィニーが個人意思の自由と詐欺取消制度の法律効果を結び付けなかった主たる理由はサヴィニーが依拠するローマ法に求められるであろうが、しかし他の理由としてサヴィニーが自由意思を責任根拠としてのみ理解し、違法根拠として作用する自由意思を把握していなかった点にも求められるであろう¹⁴⁸。ゆえに、その逆として、意思決定自由という被害者権利の要保護性を強調する理解によれば、決定自由が違法性の評価へ含まれ、行為無価値的発想から結果無価値的発想へ転換せられる。この理解に従うなら、取消権は制裁として看做されず¹⁴⁹、123条において行為不法や欺罔者の処罰を語ること否定されるのである¹⁵⁰。

もっとも、自由意思を強調するフルーメとヴォルフの理解は、必ずしも123条1項の具体的な要件論へ反映されていない。欺罔者から被欺罔者へ解釈の視点が移るなら、それに応じて要件が変化（とりわけ緩和）されて然るべきであるが、しかし少なくともフルーメとヴォルフにおい

Wolf, 1974, S. 108 ff. を見る限り、ヴォルフが特に強迫を取り上げている理由は、123条1項の違法性要件に求められるように思われる。既に確認したように、123条1項における強迫は独自の違法性要件を備え、これが主観的違法要素として作用し得たのであった（この点について、前述38頁の注129を参照）。つまり、違法性要件を持つ123条1項の強迫においてさえ、意思自由の侵害を違法性の根拠として捉えることができるのであるなら、違法性要件を持たざる悪意の欺罔においても同じ解釈が妥当するはずである。

¹⁴⁷ この点について、本誌63巻5号47頁以下を参照。

¹⁴⁸ サヴィニーは個人の自由意思を否定していたわけではなく、むしろ自由意思を法律行為論の前提として捉えていたが、しかし自由意思は強迫または詐欺によって害されないものとして理解していた。この点について、本誌63巻5号49頁の注224。

¹⁴⁹ この点について、Lübnow, aa.O. (Fn. 7), S. 274.

¹⁵⁰ この点について、Michael Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, 1981, S. 138.

て、そのような具体的な解釈論は展開されていない。この意味において当時の学説の動向は法益を保護すべき背景と必要の説明に止まる。

むしろ、实际的に要件を緩和する契機は、裁判所によって与えられた。まず、裁判所は契約締結上の過失法理を通じて123条1項における悪意の欺罔を補完する理解を示した。ただし、法益保護の方法として重要な意味を持つ同法理の目的は当初は必ずしも自由意思の保護という観点から捉えられていたわけではなく、このことから同法理と123条1項の関係が問われ、債務法の改正にも及ぶ種々の議論を呼んだ。この点について、引き続き検討する。

（２）法益保護の方法－契約締結上の過失－

①画定問題

社会の複雑化によって詐欺を受け易い状況が形成される一方で、詐欺者の故意の証明が人の精神内部の立証であることはローマ法の時代から何ら変わらず、その立証は依然として困難である¹⁵¹。それゆえ、123条1項において意思決定自由の保護を志向する前提として、同条項における故意要件の克服が重要な課題として残る。

故意要件を克服する方法を大別するなら、証明それ自体を簡易化する方法¹⁵²と要件を緩和する方法が考えられ得る。後者に関しては、さらに、契約締結上の過失法理を援用する方法¹⁵³と、同条項における故意概念を

¹⁵¹ その困難を例えるなら、「悪魔の証明」(probatio diabolica)である(Theodor Süss, Vorvertragliche Anzeigepflicht, insbesondere bei der Krankenversicherung, VersR 1952, S. 186)。

¹⁵² 例えば、一応の証明である。悪意の欺罔に関する一応の証明について、判例は確立していない。この点は後述する。

¹⁵³ 123条1項と契約締結上の過失法理の関係は既に紹介されている。例えば、藤田寿夫「説明義務違反と法解釈方法論－詐欺規定と評価矛盾するか？－」神戸学院法学7巻1・2号(1997年)1頁以下、同「取引交渉過程上の法的責任」伊藤進＝國井和郎＝堀龍児＝新美育文(編)『現代取引法の基礎的課題』(1999年)533頁以下、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開(一)」法学論叢45巻2号(1999年)1頁以下(同論文を収めた『契約法理の現代化』(2004年)142頁以下)、川角由和「ドイツ債務法の現代化と『契約締結上の過失』(culpa

拡張する方法が考えられる。ここでは、まず契約締結上の過失法理を援用した裁判例について確認する(故意概念を拡張に関しては後述する)。

契約締結上の過失法理を援用した裁判例として、BGH 31. 2. 1962 (NJW 1962, 1196) が著名である。

被告は新しい旋盤を購入する際に原告の代理人から新旋盤を旧旋盤の設置場所に設置し得る旨の説明を受けたのであるが、しかし実際は設置不可能であったのであり、新旋盤の引取を拒絶した被告の代金支払義務の有無が争われた。BGH 31. 2. 1962は、次のように述べて、過失による欺罔を理由に、被告の売買代金支払義務を否定した。すなわち、過失による被欺罔者に困難な悪意の証明を行わせる理由は存在せず、確かに契約締結上の過失法理の効果は損害賠償であるものの、この意味の損害賠償は債務法上の義務を解放させる請求権に過ぎず、123条1項における悪意の欺罔に基づく取消可能性と結果において異なる(123条1項と契約締結上の過失法理の相違は、前者が物権的效果を有する点において残る)。

123条1項を契約締結上の過失法理によって補完することは、要件ないし効果において、過失の詐欺を肯定するに等しい。この点を疑問視したメディクス(Dieter Medicus)は、次のように述べて、BGH 31. 2. 1962を批判する。すなわち、メディクスによれば、もしも同法理の安易な適用を許せば、123条が要求する悪意(故意)要件は空洞化されてしまうのであり、確かに有責な言動に対して何ら制裁(Sanktion)が加えられない点に対しては、これに反発する法感情が存在するかもしれないが、しかし、そのことを理由として同法理の無差別な適用を認めること

in contrahendo)」川角由和・中田邦博・潮見佳男・松岡久和(編)『ヨーロッパ私法の動向と課題』(2003年)211頁以下、古谷貴之「ドイツ情報提供責任論の展開－制度間競合論の視点から－」同志社法学59巻3号(2007年)95頁以下、内山敏和「意思形成過程における損害賠償法の役割についての一考察－損害賠償法と法律行為法・その1－」早稲田法学84巻3号(2009年)303頁以下。本稿は上記の先行業績に依拠しており、それゆえ重複は可能な限り避けるが、しかし分析が重複しない限度においては重複も厭わず、検討を続ける。

はできない¹⁵⁴、という。

既に違法論の検討において確認したように、制裁の強調は行為無価値論の傾向を有し、さらに行為無価値論にとって故意は重要な違法要素であった。メディクスも123条1項と制裁の問題を結び付け、しかも123条1項における故意要件の空洞化を懸念しているのであって、さらにメディクスは同条項における故意を「故意の不法（vorsätzliches Unrecht）」として理解している¹⁵⁵。すなわち、過失の詐欺を実質的に認めるBGH 31. 2. 1962に対してメディクスが批判を加える背景には、行為無価値論の発想が窺われるのである。

行為無価値論が123条1項と結び付けば、意思決定自由の保護という同条項の規範目的が後退することも既に確認した。確かに、BGH 31. 2. 1962が意思決定自由の保護という観点から契約締結上の過失法理を援用したのか否か、は必ずしも明確ではない。しかし、確かな事は、契約締結上の過失法理を通じて123条1項の要件を緩和したBGH 31. 2. 1962から、被欺固者を過失の欺固から救済すべき必要性が認められる、という点である¹⁵⁶。このことは、BGH 31. 2. 1962に続く裁判例（例えば、BGH 11. 5. 1979 (NJW 1979, 1983) およびBGH 17. 4. 1986 (WM 1986, S. 1032)¹⁵⁷が、契約締結上の過失法理の適用を肯定し続けた事実からも理解されるであろう。

¹⁵⁴ Dieter Medicus, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo, JuS 1965, S. 214 u. 218.

¹⁵⁵ Medicus, aa.O. (Fn. 154), S. 209.

¹⁵⁶ 「自己決定に対する過失の干渉を顧慮すべき根本的な法倫理的な要請が窺われるのである」（Lorenz, aa.O. (Fn. 129), S. 332）。

¹⁵⁷ 例えば、BGH 11. 5. 1979、BGH 17. 4. 1986が挙げられる。BGH 11. 5. 1979は強迫の事案において取消期間経過後（民法124条1項：123条による取消可能な意思表示の取消は、1年以内にのみ為すことができる）も契約締結上の過失法理に基づいて契約の履行を拒絶し得る旨を説き、BGH 17. 4. 1986は契約締結上の過失に基づく損害賠償が認容された事案において同法理に基づいて責を負うべき人的範囲を123条に基づいて決定されるべき旨を説示している。この点からも、裁判所が契約締結上の過失法理と123条における取消可能性を接近せしめていることが窺われる。

②「契約締結上の過失」の立法化

意思決定自由を過失行為からも保護すべき要請は、まず不法行為法の領域において見られた。既に確認したように、支配的見解は823条1項における自由概念から精神的自由を排除していたが、しかし例えばヴォルフ (Ernst Wolf)¹⁵⁸やエッケルト (Jörn Eckert)¹⁵⁹は823条1項における自由として決定自由を認めるのである。

そして、意思決定自由の要保護性を重視する理解は、123条1項と契約締結上の過失法理を巡る議論においても見られ始める。まず、裁判例として、BGH 26. 9. 1997 (NJW 1998, S. 302; MDR 1998, S. 25; JZ 1998, S. 1173) が重要である。

買主の原告は不動産売買契約に際して売買代金の支払が賃料や税制措置によって補われ得る旨の説明を仲介人（被告の履行補助者）から受けたが、しかし実際は原告が代金の一部を支出しなければならなかったものであり、原告が被告に対して損害賠償を求める訴を提起した事案において、BGH 26. 9. 1997は次のように説示した。法律行為領域における自由な自己決定を保護する123条1項において損害の発生は要しないが、しかし契約締結上の過失法理による契約解消は「損害」の発生が必要であり、その「損害」の有無は基本的に差額説によって

¹⁵⁸ ヴォルフによると、同条項における自由を身体的自由に限れば、人格的發展にとって根本たる人間の絶対的権利は否定されるのであり、決定自由を絶対権として保護しないことは基本法2条に違反する、という (Ernst Wolf, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd.: besonderer Teil, 1978, S. 520.; ders., Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., 1982, S. 131 u. 135)。基本法2条について、前述29-30頁。

¹⁵⁹ エッケルトによれば、当該決断に対応して行為し得る自由なき内面的決定自由は無意味であり、「823条1項の意味における自由は、特定の作為決定および不作為決定の自由と、この決定に対応した作為および不作為の自由－決定の自由－として理解されるべきである」、という (Eckert, aa.O. (Fn. 29), S. 631)。しかも、エッケルトによれば、かかる解釈は民法典成立当初の支配的見解、例えばリストの見解にも符合する、という (Eckert, aa.O.)。エッケルトがリストの見解に言及している箇所は aa.O., S. 629。リストの見解について、本誌63巻5号78頁以下を参照。

判断されるものの、たとえ売買目的物が価格相当分の価値を有していても、相手方の有責な義務違反なかりせば、被害者は当該契約を締結していなかったであろう事案においては、その目的物が被害者にとって無用であることが「損害」を意味するのである。

本判決は、一見すると、契約締結上の過失法理の保護目的から意思決定自由の保護を排除している。しかし、本判決が説示する損害概念は財産的減少を問わないから、本判決が理解する契約締結上の過失に基づく保護は実質的に財産と無関係である¹⁶⁰。つまり結果的に、BGH 26. 9. 1997は契約締結上の過失法理によって意思決定自由が保護されることを認めた裁判例として理解される可能性を秘めていたのである¹⁶¹。

実際に、BGH 26. 9. 1997以降の学説は、その可能性を受け、契約締結上の過失法理を通じて意思決定自由の保護を図る解釈を積極的に展開する。例えば、ローレンツ（Stephan Lorenz）とグリゴライト（Hans Christoph Grigoleit）は、両者とも契約締結上の過失法理の意義として意思決定自由の保護を含める¹⁶²。既に確認したように、意思決定自由の重要性はフ

¹⁶⁰ Carsten Nickel, Die Rechtsfolgen der culpa in contrahendo, 2004, S. 181.

¹⁶¹ この点について、Fleischer, aa.O. (Fn. 130), S. 113.; Nickel, aa.O. (Fn. 160), S. 184も参照。

¹⁶² Lorenz, aa.O. (Fn. 129), S. 388; Grigoleit, aa.O. (Fn. 7), S. 67 f.「学説においては――一見する限り――St. ローレンツとグリゴライトのみが明瞭に、契約締結前の説明義務が意思決定自由－『法律行為上の決定自由』または『意思自由』を保護している、という前提から出発している」（Nickel, aa.O. (Fn. 160), S. 185）。

ところで、ローレンツは、123条 1 項における悪意の欺罔に基づく取消可能性と契約締結上の過失法理の画定基準として、原因を与える悪意（*dolus causam dans*）と偶然に生ずる悪意（*dolus causam incidens*）の区別を援用する。ローレンツの理解によれば、悪意の欺罔を理由とする取消可能性は偶然に生ずる悪意においても原因を与える悪意においても認められ、これに対して契約締結上の過失法理は原因を与える悪意が存在する場合にだけ、認められる。ローレンツによれば、悪意の欺罔に基づく取消可能性は法倫理的に特に重要な意思決定の干渉を典型的に保護し、これに対して債務法における保護制度は個別化された保護を与えるに過ぎず、ゆえに契約締結上の過失法理に基づいて契

ルーマおよびヴォルフによって説かれていたのであり、ローレンツもグリゴライトもフルーマおよびヴォルフの見解を引用している¹⁶³。このことから、契約締結上の過失法理を通じて意思決定自由の保護が求められた理由も理解されるであろう。

こうした判例および学説の動向を背景として、過失による意思決定自由侵害を保護する必要性は、2002年から施行された改正債務法にも反映された。まず241条に新しく第2項が加えられ、同項は債務関係における相手方の権利 (Rechte)、法益 (Rechtsgüter) および利益 (Interessen) の保護を規定し¹⁶⁴、この意味における「利益」は決定自由も含めた全種類の利益として理解され¹⁶⁵、しかも当該利益は新311条2項によって契約

約の解消を導くならば、厳格な成立要件を求めることが説得的である、という (Stephan Lorenz, Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo: Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?, ZIP 1998, S. 1056)。既に確認したように、解釈学派以来の詐欺法理として、原因を与える悪意が存在する場合にだけ取消可能性が認められ、偶然に生ずる悪意が存在するに過ぎない場合は損害賠償しか認められない (本誌63巻4号174頁の注64、本誌63巻5号63頁の注289および前述4頁の注9)。これに対して、ローレンツの理解によれば、原因を与える悪意が存在する場合にしか損害賠償は認められないのであり、すなわち伝統的な詐欺法理と比べて適用される法律効果が逆転している。つまり、ローレンツの理解によれば、「偶然に生ずる悪意」であっても、123条1項の射程に入るので、意思決定自由の保護の可能性は伝統的理解よりもローレンツの理解において高まる。こうした相違も、伝統的理解と現代における意思決定自由の要保護性に対する理解の相違の現われであろう。

¹⁶³ Lorenz, aa.O. (Fn. 129), S. 15; Grigoleit, aa.O. (Fn. 7), S. 34 ff.

¹⁶⁴ 241条2項：債務関係 (Schuldverhältnis) は、その内容に従い、全当事者に他方当事者の権利、法益および利益を顧慮すべき義務を負わせることがある。

なお、同条項および以下の注において掲げるドイツ債務法現代化法の邦訳として、半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』(2003年) 433頁以下も参照した (初出は「ドイツ債務法現代化法 (邦訳)」千葉大学法学論集17巻1号 (2002年) 41頁以下)。

¹⁶⁵ Claus-Wilhelm Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, S. 519. この利益の侵害として財産的損害も要求されない。この点については、AnwK-BGB/Peter Krebs, Schuldrecht Bd.2 Teilband1, S. 709を参照。

の準備または類似する取引上の接触においても保護されるのであり¹⁶⁶、すなわち意思決定自由が契約締結上の過失法理によって保護される旨が立法化されたのである¹⁶⁷。

既に検討したように、リストは法的に保護される利益を法益として理解し、その侵害を違法として捉え、そして法益に自由意思を含めていた¹⁶⁸。かかる自由意思の要保護性が、ようやく約100年後の債務法改正において立法化されたのである。現在の民法の理解は、契約締結上の過失によって123条1項における悪意の欺罔を補完させる解釈に対する批判（特にメディクスの批判¹⁶⁹）と相容れず、さらに行為無価値の発想とも相容れないであろう。

ここで改めて確認したい。ここまで本稿が123条1項と行為無価値論の関係を論じた理由は、同条項の解釈として責任能力が要求されていない意味を解明するためであった¹⁷⁰（のみならず、行為無価値論に対する批判それ自体も企図されている）。その意味の可能性として、第一に違法性の意識が要求されない意味として捉え直す可能性（123条1項において責任能力は必要であるが、しかし違法性の意識は不要、という意味）と第二に故意を責任要素として理解しない可能性が考えられた。行為無価値論と結び付く第二の可能性が否定されたならば、残る可能性は第一の解釈である。それゆえ、123条1項において責任能力を要求しない支配的見解の意味は、故意を違法要素として理解する意味ではなく、違法

¹⁶⁶ 311条2項・241条2項に応じた義務を伴う債務関係は、1 契約交渉の開始、2 何らかの法律行為的關係に鑑みて一方当事者が他方当事者に対してその権利、法益および利益に影響を及ぼし得る契約の勧誘または類似する法律行為的な接触によっても生じる。

¹⁶⁷ 改正後の債務法規定において「契約締結上の過失」という文言は用いられていないが、しかし241条および311条が契約締結上の過失法理による保護を規定した規範として理解されている点について、Canaris, a.a.O. (Fn. 165), S. 519; Bernd Mertens, *Culpa in contrahendo beim zustande gekommenen Kaufvertrag nach der Schuldrechtsreform*, AcP 203 (2003), S. 818等を参照。

¹⁶⁸ 本誌63巻5号80頁を参照。

¹⁶⁹ この点について、前述45-46頁。

¹⁷⁰ この点について、前述5-6頁以下。

性の意識を要求しない意味として解釈されるべきである。そして、このことは同時に、故意が責任要素として理解される意味も持つ¹⁷¹。

このように、123条1項における責任能力の問題に関しては、一応の説明が与えられ得る。しかし、故意が維持されること自体に疑問が残る。「123条1項によって保護される法益（Rechtsgut）は、『法律行為の領域における自由な自己決定（die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete）』である」¹⁷²ならば、なぜ123条1項においては故意が要件でなければならないのか。意思決定自由の要保護性が認められ、しかも823条1項や241条・311条と同じ法益の保護を規定しているならば、123条1項における故意は不当ではないか¹⁷³。こうした疑問に答えるかのように、実際にドイツの裁判所は、一方で契約締結上の過失法理を援用し、さらに他方で123条1項の故意要件をも緩和している。日本民法典96条1項の解釈を考えるならば¹⁷⁴、契約締結上の過失法理ではなく、むしろ故意要件の緩和こそが有益な示唆たり得るように思われる。ゆえに、ドイツ民法123条1項における故意の問題について、引き続き検討する。

（未完）

¹⁷¹ この点は、後述の自然的故意の問題においても触れる。

¹⁷² Ernst A. Kramer, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 5. Aufl., 2006, S. 1401.

¹⁷³ 「表示義務者が民法123条を援用するだけで自己の過失行為に関する答責を免れ得ることに、正義の衡量は耐えられない。有責に行為する契約当事者と責任なくして誤誘導せられた契約相手方の関係においては、我々には専ら後者を保護する必要があるように思われる」（Fleischer, aa.O. (Fn. 130), S. 101）。つまり、故意要件は、相手方の過失行為のリスクを被欺罔者が負担しなければならない、という結論を正当化してしまうのであり、不当である。

¹⁷⁴ 「制定法の定めるところでない culpa in contrahendo 理論に拠ることこそ、邪道と観ぜられたとしても、これを不当とすることはできまい」（石田喜久夫「信義則上の義務違反による契約不成立と不法行為責任」民商法雑誌89巻2号（1983年）291頁）あるいは「契約締結上の過失でカバーされると言われている問題はあまりにも雑多である。また、このようなドイツ製の理論を導入しなければならぬ必然性が日本にはない」（大村敦志『消費者法（第2版）』（2003年）88頁）という理解が存在している点に鑑みるならば、尚更である。