HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事詐欺の違法性と責任（７）
Author(s)	岩本, 尚禧
Citation	北大法学論集, 64(3), 322[183]-277[228]
Issue Date	2013-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/53403
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR64-3_008.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

民事詐欺の違法性と責任（7）

岩　本　尚　禧

目　次

序論
　第１節　本稿の課題
　第２節　本稿の構成　（以上、63巻３号）
第１部　ドイツ法
　第１章　詐欺の前史
　　第１節　ローマ法と自然法　（以上、63巻４号）
　　第２節　19世紀の詐欺論　（以上、63巻５号）
　第２章　詐欺の違法性と責任
　　第１節　転回する自由意思の要保護性　（以上、63巻６号）
　　第２節　保護の範囲と限界　（以上、64巻１号）
第２部　日本法
　第１章　民事詐欺論の展開
　　第１節　日本民法と自然法　（以上、64巻２号）
　　第２節　意思決定自由の要保護性
　　　第１款　意思決定自由の地位
　　　　第１項　「社会本位の法律観」の理論化
　　　　第２項　自由意思の制限
　　　第２款　法律行為法の可能性
　　　　第１項　学説の展開と事案の変化
　　　　第２項　法律行為法の諸問題　（以上、本号）
　第２章　民事詐欺の違法性と責任
　　第１節　比較法の帰結の考察－裁判例を素材として－
　　第２節　民事詐欺の違法性と責任
結論

第２節　意思決定自由の要保護性

第１款　意思決定自由の地位

第１項　「社会本位の法律観」の理論化

（1）新憲法における自由権

戦前における詐欺論は、意思決定自由という被侵害権利を軽視する時代感覚に依拠した解釈であった。しかし、戦後の新憲法は個人の尊重を唱え、自由の権利を明記している。問題は、最高法規における自由権の規定が、戦後における詐欺解釈に影響を与えたのかどうか、という点である。この点について検討する。

①公共の福祉と公序良俗－我妻と牧野－

人権は、人間の尊厳という理念を法的に表現した言葉である[187]。戦後の日本国憲法において基本的人権が規定され、日本は初めて本当の人権の思想を手に入れる機会を得た。そして、自由権も、憲法によって保障される基本的人権として規定された。憲法13条は次のように宣言する。

> 憲法13条：すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

一方で自由権を肯定し、他方で公共の福祉という制約を付す同条に関して、その解釈は様々に在り得よう[188]。この点について、まずは戦前から影響力を有した民法学者の理解を確認する。例えば、我妻栄は、新憲法における自由権が近代諸国家の憲法において認められている自由権に

---

[187] 宮沢俊義「８ 基本的人権」憲法問題研究会（編）『憲法読本 上』（1965年）106頁。

[188] 同条は個人主義と全体主義の調和を求めた規定として理解され（美濃部達吉『日本國憲法原論』（1948年）167頁）、あるいは同条における公共の福祉は基本的人権を補充する手段として理解される（戒能通孝『市民の自由－基本的人権と公共の福祉－』（1951年）１頁）。

比肩し得る内容を持つことを認めつつ、しかし次のように述べる。「新憲法の『自由権的基本権』は、その性格において、第十九世紀の諸憲法のそれを一歩も出でないものであらうか。否、私はそこに、國家に先行する自然の權利を保障せんとする純粋に個人主義的な思想から蝉脱せんとする氣運を見出し得ると考へるものである」[189]。

我妻は、依然として自由主義より社会主義に賛同し[190]、公共の福祉から「國家協同體理念に推移せんとする氣運」[191]を読み取る[192]。つまり、戦前から説かれた立場は戦後においても維持されている。そして、このことは我妻に限られない。例えば、牧野英一は、公共の福祉と民法の関係について、次のように述べる。「憲法が公共の福祉というのを、民法について考えると、それは公の秩序善良の風俗ということになるのである」[193]。

既に確認したように、個人主義に対する批判ないし反省から公序良俗に基づく法律観が展開され、これに伴い違法性評価の対象は権利侵害から行為態様へ移り、行為態様を示す故意が違法要素化され、その結果として個人的法益たる自由権の要保護性は極めて低く理解されたのであった。同様の発想が憲法13条において語られる限り、やはり詐欺が争われる局面において意思決定自由が持つ意味は僅かであることが予想される。

②自由と詐欺の関係－末川説の検討－

「意志の自由は人間の特權である。自由の體系の中では、それは法的

---

189 我妻栄「基本的人權」国家学会雑誌60巻10号（1946年）281頁。

190 我妻によれば、「自由主義的政治原理と社会主義的政治原理のいずれが人間の幸福にとって一層適切であるかは、主として人生観の問題のように思われる」という（我妻栄『法学概論』（1974年）84頁）。

191 我妻・前掲注189・281-282頁。

192 少なくとも憲法13条は1776年のアメリカ独立宣言書に立脚した規定であって、同条における権利は天賦の権利を意味するから、我妻の理解は憲法起草者の見解と一致しない。このことは我妻も認めている（「新憲法の基本的人權の保障についての、私の右のやうな解釋は、立法者の意思に反して、協同體理念を強く導入するものであるかもしれない」（我妻・前掲注189・285頁））。

193 牧野英一「公共の福祉と公序良俗」法律のひろば８巻７号（1955年）５頁。

自由の保障となつてあらわれる」[194]。その保障の一発露が憲法13条であるなら、詐欺取消制度における意思決定自由の意義も見直されて然るべきではないか。

かつて全体主義を強調した末川も、個人の自由の重要性を説き[195]、そして次のように述べる。「個人の自由の尊重がすなわち個人の意思の尊重だということは、やがて個人の意思の外部えの現われである意思表示と呼ばれる行爲の尊重ということになる」[196]。

憲法によって保障される自由が個人の意思表示における自由を意味するならば、かかる自由から意思決定の自由を除外する理由は存しない。そして、憲法が基本的人権として自由を保障する意義は、民法の法律行為制度を通じて私的生活関係においても、各人の自由意思を尊重する点に帰着するであろう。この点を認める末川は[197]、さらに「基本的人權が新憲法において擴充されたことに關連して・・・(中略)・・・ここに新しい法律觀を確立しなければならなぬ」旨を説く[198]。

問題は、この「新しい法律觀」の内容であり、これが詐欺解釈に如何なる影響を与えたか、という点である。この点に関する末川の理解は戦前から特に変化なく、例えば「權利侵害の代りに違法ということをとり入れて考えるのは、全體としての社會における評價を重んずることになっている」[199]、という。ならば、詐欺に関する理解はどうであろうか。

---

[194] 尾高朝雄『自由の體系』(1950年) 5頁。

[195]「本來、自由なるものは、人の意思に關している。從つて私的生活關係で個人の自由を尊重するということは、お互に人の意思を尊重しあうという意味をもつているのであり、またそういふ自由を國家が保障するということは、個人がお互に意思を尊重しあうこと、從つてまたお互の意思の結合によつて私的生活關係を作り出すことに對して、公の立場から干渉せず、且つそうすることに對する障害を除去するという意味である」(末川博「基本的人權と民法」季刊法律学1号(1947年) 103頁)。

[196] 末川・前掲注195・104頁。

[197]「憲法上公の關係で自由が保障されている國民は、私的の關係でも、むろん、自由な個人として、それぞれ活動の單位をなしているのであつて、ここでも當然に個人として尊重される」(末川・前掲注195・98頁)。

[198] 末川・前掲注195・116頁。

[199] 末川博「不法行爲の違法と犯罪の違法」民商法雜誌28巻4号(1953年)203頁。

末川は次のように述べる。「人は一般にだまされない権利すなわち精神的に頭のなかでものを自由に考える権利を有しているというふうに考えて、そのだまされない権利の侵害があったのだと説明することもあった。しかし、そんなだまされない権利とか自由にものを考える権利とかいうような権利があるというのは、実におかしなこじつけである」[200]。

これを見る限り、少なくとも詐欺の問題と自由権は依然として結び付けられていない[201]。これは、その結果として詐欺の違法性が個人の権利ないし法益ではなく、全体を意味する社会を通じて判断され、その帰結として行為者の態度が重視され、故意が違法評価の対象たり続ける結論を導く。

しかも、問題は、戦前の法律観（いわば社会本位の法律観）の維持・継承のみではない。戦時期の空白期間を経た日本の刑法学は、ドイツから目的的行為論および同理論と密接に関係する行為無価値論を導入した。行為の違法性を重視し、その反面として法益保護の観点を軽視する立場は法律観から法理論へ昇格（？）し、その影響力を一段と強めた。後述するように、このことは、民事詐欺の解釈にとっても無関係ではない。この点について、引き続き検討する。

（2）詐欺と行為無価値論

①刑法学における行為無価値論

周知の如く、1950年に勃発した朝鮮戦争によって特需が発生し、これを契機として戦後の日本は飛躍的な発展を遂げたが、しかし経済成長は弊害をも生み出した。その典型は確かに消費者問題であるが、しかし当時の消費者問題は、例えばドライミルク事件やサリドマイド事件の如く、

---

[200] 末川博「不法行為法における倫理性」法律時報26巻１号（1954年）９頁。

[201] この意味における日・独の相違の背景を端的に指摘することは容易ではない。しかし、ドイツにおいては近代的な権利意識が浸透し、個人の主体性が確立した後にナチズムが登場したことに対して、日本においては権利本位という考え方それ自体が輸入に過ぎず、個人の主体性を確立し得る近代的な基盤・背景を欠いていた、という相違は考えられるかもしれない（この点について川島武宜（発言）『日本の法学』（1956年）163-164頁、川島武宜『近代社会と法』（1959年）142頁を参照）。

生命侵害あるいは身体侵害が問題の中心であって、詐欺が争われる事案類型は未だ顕著ではなかった[202]。

さらに、消費者問題へ至る原因として大量生産・大量消費が存在し、大量生産・大量消費を支える交通機関の発達あるいは産業・工業の発展に起因する交通事故あるいは公害問題も重大な問題であった。例えば自動車事故の件数は1950年代から上昇し[203]、かかる事態において自動車運転者に対する処罰感情が高まり、大抵の事案において過失の成立が認められていたのであるが[204]、ところが次第に日常生活における自動車交通の必要性が増大し、もはや事故を回避し得る程度の低速運転は耐えられなくなった。ここに、いわゆる許された危険の法理が入り込む余地が生まれた。例えば、「自動車運転者の側にのみ過失を求めようとすれば、しまいには自動車を動けないものにしてしまいはしないか」[205]という疑問を提起する井上正治は、次のように述べる。「われわれの社会生活においては、ある種のばあい、なにほどかの危険をともなうことなくしては、その効果を期待しえない例が少くない。高速度交通機関の運転や危険なる工鉱業などの経営はその代表的なものであ」り、「かかる危険性は、社会的相当性を標準にして決定される。ここに関連して考察しなくては

---

[202] 事件の概要も含めて、及川昭伍「消費者問題の歴史と背景」同・北川善太郎（編）『消費者保護法の基礎（実用編）』（1977年）1頁以下を参照。

[203] 鉄道事故は戦前から既に問題視されていたものの（例えば、舟橋諄一「判例に現れたる鐵道及び電鐵交通事故－企業者の民事責任の立場よりみる－」法政研究5巻2号（1935年）89頁以下）、事件数それ自体は戦前と戦後（少なくとも1950年代まで）において大きな変化は見られない。この点について、戦後の自動車事故の問題も含めて、井上正治『過失犯の構造』（1958年）1頁以下を参照。

[204] 自動車運転者の落ち度が比較的容易に肯定された背景として次のことが指摘されている。「当時は現在ほど自動車の台数が多くなかった。道路は元来歩行者の通るところであり、自動車はたまにそこを例外的に通らしてもらうにすぎない、という昔ながらの観念がそのまま維持されていたから、道路上の危険を回避すべき義務は、もっぱら、道路交通にあとから割りこんでき、しかも一方的に危険をまき散らす自動車運転者のみの負担とされざるをえなかった」（西原春夫『交通事故と信頼の原則』（1980年）4頁）。

[205] 井上・前掲注203・4－5頁。

ならないのは、いわゆる『許された危険』（erlaubtes Risiko）の問題である」[206]。

こうした井上の理解が行為無価値論を展開したヴェルツェルの違法論と類似していることは、明白である[207]。そして、行為無価値論が必ずしも法益侵害と違法性を結び付けず、法益保護を制約する機能を持ち、こうした理解がドイツ民法の詐欺取消制度と結び付いた問題性は既に確認した[208]。これと同様の問題は、日本民法の詐欺取消制度においても生じ得る。

もっとも、行為無価値論の妥当領域が高度に危険な行為に限定されていたならば、問題は少ない。ところが、戦後の日本の刑法学界はドイツから目的的行為論を導入し[209]、行為無価値論が原則化し始めた[210]。目的

---

[206] 井上・前掲注203・67頁。

[207] ヴェルツェルは、次のように述べていた。法が法益侵害を全て客観的違法として禁じるなら、あらゆる社会的生活は直ちに停止せざるを得なくなるから、「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」べきである（本誌63巻６号290-291頁）。なお、井上とヴェルェルの関連性を示唆する文献として、例えば藤木英雄「第Ⅰ編 総論」同（編）『過失犯－新旧過失論争－』（1975年）53頁以下を参照。

[208] この点について、本誌63巻６号301頁以下を参照。

[209] この点について、福田平「目的的行為論とはどんな理論か」法律のひろば８巻８号（1955年）７頁を参照。さらに、目的的行為論に関連する当時の文献として、例えば、平野龍一「故意について（一）（二）」法学協会雑誌67巻３号34頁以下・４号（1949年）63頁以下、平場安治『刑法における行為概念の研究』（1974年。初出は「刑法における行爲概念と行爲論の地位」植松正・木村亀二・団藤重光・平野龍一（編）『小野博士還暦記念 刑事法の理論と現實（一）刑法』33頁以下（1951年））39頁以下、木村亀二「「刑法における目的行爲論－その意義と價値」季刊法律学14号（1953年）３頁以下、同「刑法雑筆（その一一」法律時報25巻２号（1953年）70頁以下、井上正治「目的行爲論の体系上の地位－犯罪論の一つの体系－」法政研究20巻２－４合併号（1953年）197頁以下、斎藤金作・西原春夫「目的的行爲論の一批判－ Nowakowski, Zur Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945（Juristische Blätter 76. Jahrg., Nr. 6-7, 1954）の紹介－」早稲田法学13巻（1955年）245頁以下、竹田直平「目的的行為論と主観的違法説」８巻８号（1955年）11頁以下、内田文昭「H・ヴェルツェル『目的的行爲論の領域に於ける刑法の現実的諸問題』Hans Welzel,

的行為論が導入された帰結として、責任要素から分離された故意は主観的違法要素として理解され、法益の侵害（＝結果無価値）は副次的意味しか有さず、むしろ法益侵害の方法（行為の種類あるいは主観的要素）が重視され[211]、違法性は当該行為が社会倫理的に耐え難い事柄として理解されたのである[212]。

例えば、いわゆる財産犯たる詐欺罪は個別財産に対する罪として理解されるが[213]、しかし社会秩序違反という観点を重視する最高裁判決も見られた。

最高裁判所1950年（昭25）７月４日（最高裁判所刑事判例集４巻1168頁）は統制法規の対象たる錦糸が騙取された事案において、次の理由に基づいて、詐欺罪の処罰を肯定した。すなわち、「かかる違法な手段による行為は社会の秩序をみだす危険があるからである。そして社会秩序をみだす点においては所謂闇取引の際に行われた欺罔手段でも通常の取引の場合と何等異るところはない」。

Aktuelle Strafrechtsprobleme im Ramhen (ママ) der finalen Handlungslehre, 1953」法学会論集７巻２号（1956年）119頁以下、吉川経夫「目的的行為論は新しい刑法にどのような影響を及ぼすか－西ドイツの刑法改正資料から」法学志林54巻４号（1957年）129頁以下、井戸田侃「故意の地位－目的的行為論体系についての一考察－」立命館法学20号（1957年）１頁以下、下村康正「ヴェルツェルの行爲論－所謂目的々行為論－」法学新報64巻４号（1957年）27頁以下、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－」（1962年）等が挙げられる。

[210] 例えば、福田平によれば、目的的行為論は以前から暗黙に認められていた行為無価値の考え方を整理・展開したに過ぎず、許された危険の法理も結果無価値から行為無価値へ移行する際の過渡的な理論として理解される、という（福田平「違法要素としての故意・過失－人的違法観の考察－」神戸法学雑誌９巻１・２号（1959年）167頁、同「過失犯の構造について」司法研修所論集（1971-Ⅰ）36頁を参照）。

[211] 福田・前掲注209・８頁および10頁を参照。

[212] 木村・前掲注209・８頁を参照。

[213] 例えば、福田平「§246〔詐欺罪〕」団藤重光（編）『注釈刑法（６）各則（４）』（1966年）156頁を参照。

本判決の如く、社会秩序を乱す欺罔手段という要素も詐欺罪の適用の可否を決する判断基準として採用されるならば、その反面として詐欺罪において占める個人的法益の重要性は低減する[214]。これは社会的相当性ないし行為無価値論の帰結であって、詐欺罪の違法性について福田平は要約的に次のように述べる。「どの程度のかけひき、誇張が行われたら、『欺罔』といえるかは、結局のところ、社会的相当性を規準として判断する他はなく、ここでも、社会的相当性の思想が『欺罔』という構成要件要素の解釈に、規範的原理として働いているのである」[215]。

②民法学における行為無価値論

詐欺罪において妥当する違法論によれば、社会的相当性の名において、個人的法益は軽視される。このことを刑法学者は、行為無価値論の立場から、次のように理解する。「われわれの日常生活において、商人が商品を売買するばあいに、多少のかけひきが行なわれ、また商品の広告宣伝に多少の誇張が伴うものであることは、一般経験的にみとめられ、ある程度、当然のこととして是認され」[216]、「粗悪品を優良品のごとく装つて売りつける行為もいずれも人を欺罔して財物（対価）を交付せしめる欺罔行為である。ただそれが具体的に社会的に相当な行為と認められる場合には違法性を阻却することになる」[217]。

こうした理解は戦前において民事詐欺に妥当した違法論と何ら異ならず、民法学者も承認する。例えば我妻栄は次のように述べる。「社会生活においては、ある程度まで、他人の不知や錯誤を利用することも許容するべきであ」り、「例えば、二等米を一等米だと告げ、粗悪な品を堅牢な品だと告げることも欺罔行為となりうる。しかし、多くの場合、違法性を欠くために、詐欺とならない」[218]。

---

[214] 前述の裁判例と詐欺罪の関係について、福田・前掲注213・166頁も参照。
[215] 福田平「社会的相当性」団藤重光（編）『刑法講座 第２巻』（1963年）124頁。同「詐欺罪の問題点」団藤重光（編）『刑法講座 第６巻』（1964年）90頁の注１も参照。
[216] 福田・前掲注215・124頁。同・前掲注215・90頁の注１も参照。
[217] 藤木英雄「社会的相当行為雑考」警察研究28巻１号（1957年）54頁。
[218] 我妻栄『新訂 民法総則』（1965年）309-310頁。

我妻が詐欺の成否を決する基準として挙げる「多少」・「ある程度」・「信義」等の要素の実質は不明確であるが、しかし詐欺に対する寛容な態度は学説のみならず、裁判例からも窺われる。

長崎地方裁判所1957年（昭32）２月16日（判時115号14頁）[219]は、他人が所有する立木を自己の立木として売却した被告等に対し、原告が詐欺に基づく取消権を主張した事案において、次のように述べた。「被告等に、少なくとも、客観的行為としての欺罔行為があつたことは、之を認めざるを得ない」が、しかし「原告等の右契約締結に関する意思表示は、詐欺による意思表示であると言ふことは出来ないと言はなければならない。何となれば、詐欺による意思表示が成立するためには、相手方に欺罔行為があり、之によつて、表意者が、錯誤の陥り、その意思表示を為したと言ふだけでは足りないのであつて、その外に、更に、相手方に詐欺の故意のあること、及びその欺罔行為に違法性のあることの二要件の存在することを必要とするところ」、「被告等に故意のあつたことは、之を認めるに足りる証拠がない」し、「他人の物の売買は、適法且有効であつて」、「その行為には、違法性がない」からである（なお、本件においては詐欺不法行為に基づく損害賠償も請求されていたが、しかし否定されている）。

裁判所は、一方で被欺罔者の意思決定自由の侵害（＝「前記売買契約を締結するに際し、被告等に、前記の点に於て、欺罔行為があり、之によつて、原告等が、前記の通り誤信し、右売買契約を締結するに至つた

[219] 96条１項の詐欺の成否が争われた戦後の裁判例として、本件の以前に金沢地方裁判所1951年（昭26）１月31日（下民集２巻１号105頁）、新潟地方裁判所長岡支部1951年（昭26）11月19日（下民集２巻1330頁）および東京高等裁判所1952年（昭27）７月22日（判タ28号55頁）が存在するものの、金沢地判は認知に関係し、新潟地判は離婚に伴う財産分与に関係し、東京高判は相続放棄の申述に関係し、いずれも財産法に関係しない（なお、大阪地判1955年（昭30）９月30日（判時66号26頁）および大阪高判1957年（昭32）２月11日（判時121号17頁）も96条１項の詐欺に関連するが、しかし商法189条の関係において同条項の適用それ自体が否定された事案であり、前者は後者の原審である）。

こと」）を認定しつつ、しかし他方で故意の不存在を理由として詐欺の成立を否定する。裁判所の説示だけから行為無価値論の影響を看取することは難しいが[220]、しかし結果的に被欺罔者の意思決定自由よりも加害者の行為自由が優先していることは明白である。

ところで、既に確認したように、ドイツにおいては民法学者のニッパーダイが目的的行為論を民法学へ導入し、その影響によってドイツ民法の詐欺取消制度においても意思決定自由の保護の観点は後退し、結果として欺罔者の行為自由を優先させる解釈が見られた。そして、日本民法の詐欺の問題においてもヴェルツェルの影響が見られるのであり、例えば本吉邦夫はヴェルツェルの理論に基づいて[221]、過失の詐欺が認められるべきではない理由について、次のように述べる。「騙しに掛っている行為は正常な取引とはいえず社会的に容認できず刑罰を課さるべきものであるが、被害者の立場と同時に行為者の立場を総合的に較量し、取引の円滑活発な進行による社会的利益を考慮に入れるとき、行為者自身瑕疵を知らない場合はあくまで取引関係であり、一般的には違法性が低く刑罰を課されないと同時に、個人の活動の自由を過度に制限しないことをも目的の一つとする不法行為法の分野に入ってこず、取引法上の責任しか負わないとすべきではなかろうか」[222]。

既に確認したように、ヴェルツェルが唱える行為無価値論によれば違

---

[220] 裁判所の説示によれば、故意と違法性の要件が区別されているように見えるが、しかし本件における違法性は他人物売買の適法性を確認する意味しか持たず、つまり本件の裁判所が言う違法性の要件は阻却事由の不存在を意味するに過ぎないのであって、それゆえ違法性を満たし得る要素は故意の他は存在せず、ゆえに本件の裁判所においても故意が主たる違法要素として理解されていることが窺われる。このような理解が許されるなら、本件の裁判所の理解は、行為無価値論そのものである。

[221]「今日刑法学では故意は違法性の要素であるとする考え方がヴェルツェル主唱の下に有力になっている。行為の違法性には、それが法益侵害を惹起したことだけでなく、侵害惹起の過程が社会倫理的・道義的見地からみて常規を逸脱し受忍しえないものであることを要する」（本吉邦夫「詐欺」林良平・中務俊昌（編）『判例・不法行為』（1966年）34頁）。

[222] 本吉・前掲注221・34-35頁。取引上の責任として、本吉は例えば債務不履行や瑕疵担保責任を挙げる。

法性の基準は社会的相当性に求められ、被害者の法益と対置される要因として社会的利益が持ち出される。そして、やはり本吉も社会的利益を考慮すべき旨を説く。この理解によれば、個人的な法益に基づく被欺罔者が加害者と対等な保護を受け得ないことは当然の帰結であり、被欺罔者は相手方の過失行為から由来するリスクを負担しなければならないのである。

裁判官たる本吉[223]の理解が当時の法曹界において一定程度において共有され得た内容であったならば、前述の裁判例における判事が「行為無価値」という文言を用いていないとしても、同様の発想を有していた可能性は十分に考えられる[224]。少なくとも、その説示から読み取れる内容は、行為無価値論そのものであった[225]。

以上を要するに、学説および判例において行為無価値の発想が詐欺の解釈に関しても支配的であったのであり、違法根拠の自由意思が十分な保護を受け得る解釈は戦後においても展開されていなかったのである。

第２項　自由意思の制限

（１）私的自治を実現する契機

①責任の制限

故意を違法要素として捉え、これを重視すれば、その反面として法益侵害の側面は軽視され、したがって違法根拠の自由意思という要素も希薄化する。違法根拠の自由意思が軽視されれば、契約を維持する方向へ

---

[223] この当時の本吉の肩書は、東京地方裁判所判事補。

[224]「暗黙のうちに、おそらくドイツ法での構造が脳中にあって、故意のみ罰せられているときは不法行為となるのも故意行為に限られることが承認されているといってよいであろう」（本吉・前掲注221・35頁）。

[225] 既に指摘した点に加えて、行為無価値論によれば故意の違法性と過失の違法性は異なるのであって、そして前述の裁判例においても過失の欺罔行為は認められながら（「被告等は、過失によつて、前記権利が被告等にあるものの様に振舞つたものと認められるから、被告等の前記欺罔行為は、過失によるそれであると言はなければならない」）、故意の不存在を理由として詐欺の成立が否定されていたのである（これに対して、権利侵害を違法性として見る結果無価値論によれば、もちろん故意の違法性と過失の違法性に差異は生じない）。

傾き、その結果として契約を維持する根拠として自己責任が持ち出され、この意味の自由意思として責任根拠の自由意思が強調される[226]。

ところで、既に確認したように、ドイツにおいては、1960年代前後から労働問題や消費者問題を通じて意思決定自由の意義が認識され[227]、ドイツ民法123条１項の規範目的が再確認された[228]。これに加えて、契約締結上の過失の法理に関連する議論も意思決定自由の法益性を向上させる要因として考えられたのであった[229]。

日本においても1960年代から労働問題や消費者問題を通じて従来の私的自治の理解に対する反省が生じ、これに関連して自由意思についても語られる契機が生じた。しかし、そこで語られた自由意思は自己決定の保護ではなく、自己決定の制限という観点から説かれた自由意思であって、つまり違法根拠の自由意思が顧慮されていたわけではなかった。例えば、白羽祐三によれば、資本構造における階級対立が不自由の意識を呼び起こし、「それを克服する運動を通じて、契約の自由に対する法的な『制限』が登場する」[230]のであり、例えば売買に関しては、経済・社

---

[226]「たとえ他人の欺罔行為によって錯誤におちいったとしても、表意者はなお意思表示の決定の自由を保持し、自己の自由な判断によって意思表示をしたわけであり、時としては相手方の欺罔行為を見破ることのできる場合もあるかも知れない」（石本雅男『民法総則』（1962年）243頁）。ここで石本が語る決定の自由は、錯誤に基づいた誤れる意思表示の決定の自由を意味する。しかし、96条１項は、相手方によって誤った意思表示を為さしめられた者を保護する規定なのであるから、石本において違法根拠の自由意思が軽視されていることは明白である。さらに、「相手方の欺罔行為を見破ること」が被欺罔者の負担として理解されているなら、これは責任根拠の自由意思の強調として理解できる。

[227] フルーメが理性に対する意思の重視を指摘した点について、本誌63巻６号309頁を参照。

[228] ヴォルフが違法性の根拠を意思決定自由の侵害に求めた点について、本誌63巻６号310頁を参照。

[229] このことが債務法の改正へ結実した経緯について、本誌63巻６号312頁以下を参照。

[230] 白羽祐三「契約の自由－現代社会における契約の自由の意義（はたして自由があるか）、その機能」契約法大系刊行委員会（編）『契約法大系Ⅰ（契約総論）』（1962年）６頁。

会を支配する私的独占企業・国家独占事業が契約の自由を奪い、ゆえに「ここに契約の自由に対する『制限』すなわち契約関係への国家的干渉・立法的規制がおこなわれる」[231]、という。

もちろん、白羽にとって契約の自由は私的自治の原則の発現であり、ゆえに自由な意思を通じて実現される[232]。白羽は、経済的強者の自由を制限することによって、経済的弱者の不自由が克服される過程を説いている。すなわち、消費者の保護を図る方法として、責任根拠の自由意思の制限が語られている[233]。

②自由意思の地位

自由を制限することによって合理的な契約内容を実現させる、という発想は他の論者においても見られた。例えば、「契約に対する種々の国家的規制を、私的自治によってバック・アップし、これを合理的なものにする努力がなされうるのではないか」という星野英一の指摘は[234]、本来的に私的自治の根源的要素として考えられる責任根拠の自由意思を制限して、そのことによって「合理的な内容」を確保し、契約それ自体を存続させる趣旨であろう。

責任根拠の自由意思を制限する考え方それ自体は不当ではない。例えば、制限行為能力制度は責任根拠の自由意思を制限することによって、特定の行為者の保護を図る。しかし、制限行為能力における自由の制限は契約の拘束力を弱める意味を持つのに対して、白羽・星野の議論における自由の制限は契約の拘束力を弱めず、むしろ契約の存続が前提であ

---

[231] 白羽・前掲注230・10頁。

[232]「契約による諸関係は、人の自由意思の所産であるということを指して、契約の自由とよぶ。換言すれば、それは、われわれの社会生活がわれわれの意思のみによつて形成され、決定されるということの一つの表現である（個人意思自治の原則・私的自治の原則の発現）」（白羽・前掲注230・1頁）。

[233]「労働者や消費者にとって、契約の自由がなく、契約不自由の実態があり、その実態に着目したうえで、形式的な契約自由の原則をいかに制限するかという問題こそが課題とされてい」た（川井健「憲法における人権保障規定の私法的効力」判例時報724号（1974年）13頁）。

[234] 星野英一「Ⅵ 現代における契約」『岩波講座 現代法８』（1966年）265頁。

る[235]。問題は、契約の存続を理由づける発想である。

星野によれば、「それは、私的自治の否定のように見えるが、まさにより大きい意味において私的自治の肯定であり、その出発点である、市民の自己規制の原理に立ち戻ったにすぎない」という[236]。これが「私的自治を制限する法的規制は主権者たる国民の意思が根拠であり、国民の意思が『大きい意味において私的自治』の発露を意味するから、責任根拠の自由意思を制限することは私的自治を否定しない」、という趣旨であるならば、これは個々の私的自治が全体の総意に服することを意味し、ここに「普遍が個よりも『高貴であり高度である』」という主知主義[237]的な発想が見られるのである。

主知主義と詐欺解釈については既に述べたように、例えばサヴィニーとボワソナードの理解によれば詐欺取消制度においては欺罔者の行為の違法性や不誠実が強調され[237-a]、その規範目的は制裁的意味を有した。星野も「『意思』から『理性』へ」を説き、詐欺取消制度の趣旨について次のように述べる。「詐欺や強迫の場合は、詐欺者・強迫者の反倫理的・反社会的行為に対する制裁の要素があるがゆえにその契約の効力の否定が認められる」[237-b]。すなわち、責任根拠の自由意思を制限する理解は96条１項の規範目的に対する理解にも関係し、一方で意思決定自由の保護という観点から離れ、他方で制裁的要素を重視する傾向を持つので

---

[235] 加えて、想定されている事例の相違も無視できない。例えば、約款が付された保険契約や不公平な約定が規定された労働契約は問題を抱える契約内容ではあるが、しかし消費者あるいは労働者にとって決して不要な契約ではなく、契約の締結それ自体は必要であり、かつ望まれている。ゆえに、締結された契約の全部を否定するのではなく、むしろ契約自由の原則を制限することによって一部の効力を否定する必要性が存在し、ゆえに、この必要性を正当化する考え方、つまり責任根拠の自由意思を制限する解釈も生まれるのであろう（もちろん、これが正しい解決の仕方であるか否か、は別の問題ではあるが）。

[236] 星野・前掲注234・266頁。

[237] 本誌63巻４号179頁の注86を参照。

[237-a] 本誌63巻５号47頁以下および本誌64巻２号259頁を参照。

[237-b] 星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」『岩波講座 基本法学４－契約』（1983年）33頁および49-50頁、同・前掲注92・11頁も参照。

ある。

ところで、星野によれば、「自由と一口にいって、種々の内容を含み、時には、これらが抵触し、一方を捨てて他を採らなければならないことが起る。このさい、自由にも、価値の序列が存するというべきであろう。そして、いかなる場合にも保護されるべき、思想の自由、人身の自由こそ重要であるが、経済活動の自由は、仮にこれを認めるとしても、序列が低いことは否定できないのではないだろうか」[238]。

ここでは、一見すると、精神的自由の優位が説かれている。ならば、被欺罔者の意思決定自由と欺罔者の行動の自由（これは経済活動の自由に属する）が相互の対立する利益として理解されている詐欺取消制度においても、前者が優先するのであろうか。この点について、引き続き検討する。

（2）自由の序列－三菱樹脂事件－

①裁判所の理解

詐欺が争われた最も有名な民事事件として、三菱樹脂事件（一審は東京地判1967年（昭42）7月17日（判時498号66頁）、原審は東京高判1968年（昭43）6月12日（判時523号19頁）、上告審は最大判1973年（昭48）12月12日（判時724号18頁））が挙げられる。同事件は、これから検討するように、単に憲法学的問題としてのみならず、自由の序列における意思決定自由の地位を推し量り得る事案としても、注目に値する。

三菱樹脂事件は、被告会社（三菱樹脂株式会社）の入社試験に際して学生運動に関する経歴を秘匿し、さらに虚偽の事実を申告した原告が試用期間経過後の本採用を拒否され、これに対して原告が雇傭契約の成立を求めた事案である。詐欺に基づく契約の解消を求めた被告会社に対して、原審は憲法14条および19条に基づいて解雇の無効を認め、次のように述べた。「秘匿し、虚偽の申告をしたと主張する事実が第一審原告の政治的思想、信条に関係のある事実であることは明らかであるから、これを入社試験の際秘匿することは許されるべきであり、

[238] 星野・前掲注234・264頁

従って、これを秘匿し、虚偽の申告をしたからといって、詐欺にも該当しない」[239]。

既に確認したように、ドイツにおいても雇用契約の締結に際して、被用者が虚偽の事実を告げ、これに対して使用者が詐欺に基づく同契約の解消を争う事例が存在し、許されない質問に対する欺罔が正当化され得る旨を説く裁判例も存在した[240]。ただし、その詐欺が許容される理論的根拠は必ずしも明確ではなかったのであり、この点に関しては三菱樹脂事件の原審も同様である。しかし、いずれも共通する点は、被用者の要保護性が優先し、詐欺の成立が否定された点である。

ところが、最高裁は、原審の判断に反して憲法の私人間適用を原則として否定し、次のように述べて、本件を差し戻した。

「私人間の関係においても、相互の社会的力関係の相違から、一方

[239] この原審の前に、同種の事例として東京地方裁判所1967年（昭42）４月24日（判時482号35頁）が存在していた。幹部要員として被告会社（富士通信機製造株式会社）へ入社した際に共産党員の事実を秘匿した原告が後に被告会社から懲戒解雇の通知を受け、これに対して原告が解雇の無効を求めた事例において、懲戒解雇のみならず、原告の詐欺を理由とする雇用契約の解消をも主張する被告会社に対して、同裁判所は次のように述べた。「政党又は大学内外の諸団体加入の有無及びその活動状況もしくは社会運動に対する関心の程度の如きは労働者の性向の判断に全く関連がないわけではないが、少くとも会社のように物品の製造、販売を目的とする企業の場合には、使用者と労働者との間の労働関係が本来政治的、文化的色彩を帯有するものではなく、その意味で必ずしも全人格的接触を不可欠の条件とはしない以上、大学卒業の幹部要員についてもその性向判断のため、さして重要な事項とはいい難いのであ」り、原告の「経歴詐称をもって懲戒事由とする根拠は乏し」く、さらに「日本国民がその思想、信条を表明することもまた、これを秘匿することも、その自由として憲法一四条、一九条の保障するところであり、この理は国家と国民との間のみならず、国民相互の間にも妥当すると解され、かつ本件においては右自由の制限を許容すべき特別の事情があるとも認め難いから、原告が右契約においてなした政治的思想、信条に関する欺罔行為は違法性がないものというべきである」。

[240] この点について、本誌63巻６号302頁および同頁の注117を参照。

が他方に優越し、事実上後者が前者の意思に服従せざるをえない場合があり」、さらに「憲法は、思想、信条の自由や法の下の平等を保障すると同時に、他方、二二条、二九条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している。それゆえ、企業者は、かような経済活動の一環としてする契約締結の自由を有し、自己の営業のために労働者を雇傭するにあたり、いかなる者を雇い入れるか、いかなる条件でこれを雇うかについて、法律その他による特別の制限がない限り、原則として自由にこれを決定することができる」。

最高裁の説示が自由の序列を認めている点は明白である。そして最高裁は、被用者の思想・信条の自由と使用者の経済的自由を対置せしめ、後者の優越を認めたのである。問題は、こうした序列において意思決定自由が置かれるべき位置である。

②経済的自由の優越

本判決は、企業者の雇用の自由が認められるべき理由を次のように説明している。「企業者において、その雇傭する労働者が当該企業の中でその円滑な運営の妨げとなるような行動、態度に出るおそれのある者でないかどうかに大きな関心を抱き、そのために採否決定に先立ってその者の性向、思想等の調査を行なうことは・・・（中略）・・・企業活動としての合理性を欠くものということはできない」。

すなわち、裁判所が認める経済的自由の背景として企業秩序が存在し、企業秩序違反の可能性（「当該企業の中でその円滑な運営の妨げとなるような行動、態度に出るおそれのある者」）を当該企業が感じれば、その要保護性が認められ、その反面として思想・信条の自由に対する侵害も正当化される。このことから、経済的自由の前提を成す企業秩序が個人の精神的自由より優先していることが理解される[241]。

[241] 本来ならば、「企業秩序をみだしたとかみださぬとかいうことは、労働契約によつて労働関係が成立したのちの労働者の債務履行の態度にかかわるものである」（後藤清「労働契約の成立」石井照久・有泉亨（編）『労働法大系 5 労

学説においても、例えば最高裁判決を支持する花見忠は、一方で企業の私的自治を否定した原審の判断に関しては国家と私人を区別しない考え方として批判しつつ、他方で個人の思想・信条の自由に関しては「『社会秩序と個人の自由をいかに両立させるか』」という観点に基づいて原審の判断を「ウソをつく権利を公然と認めるというこれまた非常識な結論」として批判する[242]。すなわち、花見の理解によれば、事業者の自由は貫徹され、これに反して被用者の個人的権利は「社会秩序」と比較考量される。個人的法益が置かれる一方の天秤に対して、他方の天秤に各個人を統合する社会秩序が置かれれば、その衡量の帰結は既に明白であろう。

精神的自由に対する経済的自由の優越は、詐欺の問題に関連して、我妻栄の意見書において見出される[243]。既に確認したように、我妻は96条の詐欺に関して、「社会生活上、多少の欺罔行為は、放任されるべき」であり、「例えば、二等米を一等米だと告げ、粗悪な品を堅牢な品だと告げることも欺罔行為となりうる。しかし、多くの場合、違法性を欠くために、詐欺とならない」という理解を示していた[244]。ところが、我妻は本件の意見書において三菱樹脂の側に与し、次のように述べる。一方で「資本主義経済社会においては、企業もまた、社員、従業員の思想・信条に統一を求め、その能率を高めて経済的競争場裡に活動する自由を保有すべき」であり、他方で「陳述してもそれを理由とすることができないものなら、黙秘しても、偽りを陳述しても支障はない、というのはあまりにも硬直な理論である。黙秘すること、欺くことは、人間として

働契約・就業規則』（1963年）９頁）。

[242] 花見忠「思想の自由と雇用関係」ジュリスト553号（1974年）63頁。なお、ドイツのラーレンツも、妊娠に関する使用者の質問に対して被用者が虚偽の回答を示した事件において、使用者の質問に対して沈黙によって答えることが当該質問内容の実質的な肯定を意味し、被用者の保護にとって十分ではないとしても、嘘をつく権利を認めるべきではない旨を指摘していた（本誌63巻６号302頁の注118を参照）。

[243] 我妻意見書が本判決に与えた影響について、例えば本多淳亮「試用労働関係と思想・信条の自由」労働法律旬報851号（1974年）46頁を参照。

[244] この点について前述９頁を参照。

の信義の裏切りである」[245]。

つまり、我妻によれば、個人に対する欺罔行為は放任され得ても、企業に対する欺罔行為は許されないのであるから、やはり企業の経済的自由は個人の意思決定自由に優先する。このような事業者の優越が我妻の協同体理論の帰結であるか否か、は必ずしも明確ではない[246]。しかし少なくとも、意思決定自由の要保護性を低く理解する点に関する限り、我妻の立場は戦前から一貫している[247]。

第２款　法律行為法の可能性

第１項　学説の展開と事案の変化

（1）学説の展開

①法律行為法における主観化

行為無価値論が説く違法論と戦前から日本において展開されていた違法論は実質的に同一の内容を備え、それによれば違法性の判断基準は社会的相当性ないし社会的妥当性に求められた。そして、問題は、その帰結であった。違法性の判断基準が「社会的」要素に置かれることによって、その反面として個人的権利ないし法益は軽視され、むしろ社会秩序における加害者の態度が重要な意味を持ち、こうして違法性の評価の対象の主観化が導かれたのである。この理解に依拠すれば、民事詐欺の問

---

[245] 我妻栄「意見書」労働判例189号（1974年）29頁。

[246] 既に確認したように、我妻は憲法の起草者の理解に反して憲法に協同体理論を読み込んでいた。前述３頁の注192を参照。

[247] 戦前における我妻の理解について、本誌64巻２号294-295頁を参照。あるいは我妻は、事業者の意思決定自由を重視しているのであろうか。これは否定されるであろう。確かに我妻はサヴィニーの理解する法人擬制説を否定するから、法人の自由意思を認める余地は残されるであろうが（サヴィニーは法人の自由意思を認めない）、しかし他方で我妻は個人意思に擬した団体意思から法人を理解する有機体説をも批判し、むしろ法人の本質を社会的価値の観点から捉え、その実体を社会学・経済学から考察すべき旨を説くのであり（我妻・前掲注218・122頁以下）、ここでは意思決定自由を事業者の法益として理解する余地は乏しく、少なくとも我妻は意見書において事業者側の利益について明確に「経済的競争場裡に活動する自由」という表現を用いている。

題において被害者の意思決定自由は軽視され、むしろ欺罔者の故意が違法根拠として正当化され、その反射的作用として過失のリスクは被欺罔者へ転嫁されるのであった。

確かに、労働問題や消費者問題から経済的弱者を保護する契機も生まれた。しかし、既に確認したように、そこで志向された保護の在り方は責任根拠の自由意思の制限であり、これは表意者の自由意思の保護を意味したわけではなかった。

以上の経緯は、いわば被害者ないし表意者の不在の議論であった[248]。これに対して次第に反動が生じ始めたことは理由のあることである。例えば、意思主義の復権論は、その一例であろう。意思主義の復権が意味する内容は論者によって異なり得るものの、その共通目標は人間性の回復ないし尊重である[249]。例えば、高橋三知雄は、1960年代以降のドイツにおける私的自治論、とりわけ私的自治の保障を基本法から導き出すことによって個人の尊厳や人格の自由を強調するフルーメやヴォルフの見解を援用し[250]、次のように述べる。「契約当事者の力関係の不均衡から生ずる契約自由の形骸化の現象や大量取引からの生起する種々の問題を克服しなければならないことは、わが国のみならずドイツでも同様である。しかしながら、わが国では、強行法によって契約自由を否定し、私的自治の価値を否定することによって問題を処理しようとするのが大勢である」[251]が、しかし「人間の尊厳、個人人格の自由な発展のためには、国家や第三者に干渉されることなく私的法律関係を形成する自由が保障さ

[248] 特に行為無価値論については「行為不法論は被害者の立場ではなくして加害者の立場である、という批判がある」（四宮和夫『不法行為法』（1985年）280頁。なお、四宮自身は行為無価値論を支持する）。

[249] 本稿において取り上げる以外の論者の見解も含めて、安井宏「最近のいわゆる『意思主義復権論』について」修道法学８巻１号（1985年）169頁以下、同「《意思主義の復権》という比喩は、どのように理解し評価すればよいか」椿寿夫（編）『講座・現代契約と現代債権の展望 第４巻 代理・約款・契約の基礎的課題』（1994年）305頁以下を参照。

[250] フルーメとヴォルフの見解について、本誌63巻６号309頁以下を参照。

[251] 高橋三知雄「私的自治・法律行為論序説（一）」法学論集24巻３号（1974年）138頁。

れなければならない。西ドイツにおける最近の私的自治論は、それを主張しているのではなかろうか」[252]。

高橋の理解は、自由の保障によって人間の尊厳の確保を求める点において、責任根拠の自由の制限を説く従来の理解と一線を画する。さらに高橋は、特にヴォルフの見解の紹介として（これを完全に支持するわけではないものの）、法律行為法における意思決定自由の重要性を強調する点に賛意を示している[253]。

ただし、この意味の自由が違法根拠の自由意思を意味するか否か、あるいは詐欺取消制度の関係において如何なる意味を持つのか、という点に関する高橋の見解は必ずしも明確ではない。

②権利論の再生

詐欺と自由に関しては、違法論の問題も含めて、当時の権利論が重要である。例えば、原島重義は、まず目的的行為論に基づく行為無価値の判断が権利保護の可能性を制約している点を疑問視し、そして自由が権利の出発点である旨を述べ、欺罔者の態度から違法性が判断される結果として被欺罔者の自由が顧慮されない我妻の相関関係説に対して異を唱える[254]。

高橋と同様に意思の重要性を説く原島にとって[255]、個人的権利ないし法益を軽視する違法論が批判の対象たり得ることは、当然の帰結であろう。こうした理解は、違法性の判断基準として社会的相当性を持ち出す

---

[252] 高橋・前掲注251・128頁。

[253] 高橋三知雄「ヴォルフ『法律行為における決定の自由と契約による利益調整（1）・（2・完）』法学論集21巻3号・4号（1972年）155頁以下・104頁以下を参照。

[254] 原島・前掲注151・60頁および76頁。

[255] 原島の関心は「法律行為ないし契約規定の性格論を介して古典理論へ立ち返り、あらためて法律行為ないし契約概念の再構成を試みている事実、にある」のであり、原島が理解する古典理論によれば「私法上の法律関係は、自由な人格の意思力（Willensmacht）の流出の結果、形成されるものでなければならない」（原島重義「民法理論の古典的体系とその限界－ひとつの覚え書き－」黒木三郎（代）『近代法と現代法』（1973年）123頁および162頁）。

見解に反対し、むしろ個人の意思ないし権利（主観的権利）に立ち返る意味において、いわば「主観化」として理解され得る。

ところで、原島が批判する目的的行為論は、行為者の意思を基点として構成される行為論であり、その帰結として行為者の故意が重要な意味を持ち、これが違法の対象として捉えられ、違法評価の主観化を招いたのであった。目的的行為論は、行為者ないし表意者の意思を重視する点において、意思主義の復権と同じ方向性を示しているように見える。実際に、例えば、不法行為法において目的的行為論の導入を説く前田達明は[256]、パンデクテン体系を採用する民法典の背後に存在する「意思ドグマ」を指摘し、不法行為法における行為論の展開を背景として、法律行為法における行為論の検討の必要性をも示唆し、次のように述べる。「『意思ドグマ』は、法律行為と不法行為に共通のドグマであり、それは、行為という社会的事実的存在に、利益不利益の帰属（Zurechnung）の契機をもとめるものであ」る[257]。

こうした意思ドグマの存在を肯定するならば、意思を重視する原島が目的的行為論を否定することは一見すると矛盾している。しかし、これは矛盾ではない。不法行為法ないし刑法において行為者の意思を重視する意味と、法律行為法において表意者の意思を重視する意味は同じではないからである。つまり、法律行為法における意思は、いわば当事者間における「法」の根拠であり、この意味において意思の探求は決定的に重要であるが、しかし不法行為者の意思を如何に深く探求しても、これが法を形成するわけではないからである[258]。もちろん、こうした相違は、

---

[256] 前田は、目的的行為論を次のように紹介する。「人間の意思（目的的意思、したがって『故意』）は、行為の背骨（Rückgrat）として行為からは切り離せない要素と捉えられ、この行為が構成要件的行為となると、故意は主観的構成要件要素とされる。さらにこの主観＝客観の統一体たる行為が違法判断の対象とされるゆえ、故意は主観的違法要素でもあるとする」（前田達明『不法行為帰責論』（1978年）７頁）。

[257] 前田・前掲注・256・196-197頁。

[258]「行爲ト意思表示トハ固ヨリ同一義ニアラズ。不法行爲ヲ組成スル行爲ハ意思表示ナルコトヲ妨ゲズト雖モ固ヨリ意思表示ナルコトヲ要スルニアラズ。又其意思表示ナル場合ニ於テモ不法行爲ガ法律行爲タルモノト解スルコトヲ得

不法行為法あるいは刑法において行為者の意思を顧慮しなくて良い、という意味ではない。しかし、不法行為法あるいは刑法において行為者の意思を重視したいなら、責任論という場において主観的要素を考慮することができるのであって、意思を違法論の場において主観化された要素として理解しなければならない必然性は存しない。したがって、法律行為法において意思を重視する立場が目的的行為論を否定することは、矛盾ではない[259]。

確かに原島の理解においても、詐欺の問題に関しては主として不法行為論が念頭に置かれ、詐欺取消制度それ自体と自由の関係は必ずしも詳細に述べられてはいない。しかし、法律行為法と不法行為法・刑法における意思の理解の相違を踏まえつつ、原島がドイツ民法第一草案理由書を引用し[260]、契約締結過程における自由の侵害も言及している点に鑑みれば[261]、原島の立場は詐欺取消制度を自由意思の保護として理解する可能性を認め、ドイツ民法の詐欺取消制度に関する議論と同様の展開を辿り得る余地を開き、さらなる権利論の展開を通じて詐欺取消制度の議論の進展を期待させる内容として理解できるのである。

（2）事案の変化

①投機的取引の経緯と傾向

ズ。蓋シ其意思表示ハ不法行爲ノ効果ニ對スルモノニアラザルノミナラズ不法行爲ノ効果ハ常ニ必ラズ行爲者ノ意思ニ基カズシテ法律之ヲ認ムルモノナレバナリ」（鳩山・前掲注113・852頁）。

259 同様の理由から、一方で詐欺取消制度における意思決定自由の保護という規範目的が主意主義と結び付き（この意味の主意主義は、法律行為法における意思の重視）、他方で故意の厳格性を緩和した表象説あるいは可能性説が主知主義と結び付き（この意味の主知主義は故意を違法要素として捉える理解を弱める）、そして両者を同時に支持したとしても、矛盾ではない。この点について、本誌64巻1号119頁の注250を参照。

260 既に確認したように、この第一草案理由書に基づいて、ドイツ民法の詐欺取消制度は意思決定自由保護の規定として理解されている。この点について、本誌63巻5号68頁の注304を参照。

261 原島重義「法と権利に関するひとつの試論－民法学から－」法哲学年報（1984年）43頁を参照。

本稿にとって、本来ならば、その後の権利論の展開が注目される。ところが、詐欺の問題は、詐欺取消制度の適用が争われる事案類型として投機的取引が増大したことによって、むしろ不法行為法の議論へ移行した[262]。これはドイツ法の状況と異なる点でもあり[263]、重要である。そこで、その経緯について、詐欺と不法行為論の問題へ移る前に、概観する。

日本における先物取引の歴史は古く[264]、例えば米取引は既に江戸時代において堂島帳合米市場として幕府から公認され、これは明治時代から始まる取引所制度の嚆矢であった[265]。明治時代の資本主義化は急激な経済的変化を招き、米価格も高騰し、その原因を米相場に見た明治政府は米相場市場を賭博的市場の幣制として認定し、これを一律に禁じたのであるが[266]、しかし経済界においても影響を及ぼしたボワソナードの意見が斟酌され[267]、ボワソナードが来日した翌年の1874年に株式取引条例が

---

[262] 確かに96条１項の詐欺取消制度が争われた全事案に占める投機的取引の事例の割合は決して大きくないが、しかし投機的取引（とりわけ先物取引・変額保険・ワラント取引）の事例が目立ち始めた1960年代から1990年代に限れば、例えば売買契約が約30件であり、投機的取引は約20件（この内の取消権の肯定例は２件）であり、さらに投機的取引に関連して詐欺的不法行為が争われた事案は1980年代から増加し、その事案数は1980年代と1990年に限定しても約20件であって、次第に不法行為法へ推移している様子が窺われる。なお、その他の類型も含めた裁判例の総合的検討は後述する。

[263] ドイツにおいて契約締結上の過失法理に基づく詐欺概念の拡張が議論された点について、本誌63巻６号312頁以下を参照。そして、ドイツ民法の詐欺取消制度において金融商品事例（とりわけ先物取引）が争われない背景と理由については後述する。

[264] 例えば、宮本又郎『近世日本の市場経済－大坂米市場分析－』（1988年）を参照。とりわけ、投機的な取引が出現し始めた点について、同203頁以下を参照。

[265] 小谷勝重『日本取引所法制史論（再版）』（1956年）84頁および113頁。

[266] この点について、小谷・前掲注265・165-166頁を参照。

[267] 渋沢栄一によれば、「當時大藏省に居つた玉乃世履氏は、斯くの如き空米相場は國民の賭博心を助長し、不健全なる思想を蔓延せしめ、國家に害毒を流すに到るれがあるから、斷然之れを禁止してしまはねばならぬと強硬に主張された」が、しかし、こうした意見に対してボワソナードは次のように述べた。「空米相場即ち延取引の類は單純に考へると賭博に類似して居る様であるが、實際は如何に現在米を買ひ集めて賣る資力の無い者がした賣米の契約に於いても、

制定された[268]。さらに、後に米商会所条例も制定され、この内容は1878年の株式取引所条例へも引き継がれている[269]。本来の目的が何であれ、米商会所条例および株式取引所条例に基づいて設立された米穀あるいは株式の取引所は、結果として、公認の賭博場と化した[270]。確かに戦前・戦後の直後においては一時的に取引所は閉鎖されていたが、しかし1948年に証券取引法が、そして1950年には商品取引所法が制定され[271]、取引所も再始動した。確かに当時の商品取引所における取引の当事者は当該商品の関係業者が中心であって、一般消費者が当該取引に参加することは稀であったが[272]、しかし上場商品たる農産物や工業品の実物の需要が

将又現在は引取るだけの資力を有せない者がした契約に於いても、何日何時其の契約者が之れを實行し得らるゝ實力ある者とならぬとも限らぬ、而も現在は手許に持つて居らないとしても、兎に角世の中に在る物を契約物件として取引するのであるから、決して禁止すべき性質のものではない。從つて賽コロを轉がして勝負を決する賭博とは、全然其の根本の性質を異にする立派な契約であつて、空相場とは云ふものゝ、所謂延取引なのであるから、當然許可して然るべきものである」（渋沢栄一『青淵回顧録 上』（1927年）474-476頁）。野田正穂「ボアソナードと取引所問題」法学志林72巻1号（1974年）123頁も参照。なお、引用文中の玉乃世履は初代大審院長を務め、ボワソナードの民法編纂に際して委員として参画していた（玉乃世履について、手塚豊「玉乃世履《日本の名裁判官・その3》」法学セミナー36号（1959年）50頁以下、吉岡達生『初代大審院長 玉乃世履－年譜－』（2002年）を参照）。

[268] この点について、渋沢・前掲注267・475-476頁、野田・前掲注267・121頁を参照。

[269] この点について、野田・前掲注267・128-129頁および134頁を参照。

[270] この点について、野田・前掲注267・134頁を参照。前述した帳合米取引においては訴訟の提起が禁じられていたようであり、その理由について小谷・前掲注265・139頁によれば、「帳合米取引はその実体が全く賭博的取引に異ならないから、之を公事として公裁するが如きは、博奕禁令の本旨と扞格するところありとみとめたことが其の根幹的理由であると解す」。

[271] 戦前まで同一の旧取引所法において取り締まられていた株式取引と商品取引は、別個の法律によって規律された（向井鹿松「新商品取引所法の下における取引所」法律時報22巻11号（1950年）40頁を参照）。

[272] この点について、横田捷宏「商品取引所法の改正問題」時の法令595号（1967年）27頁を参照。

次第に減少し、それゆえ先物取引業者にとって取引所におけるヘッジのみの経営は困難となり、一般委託者を取引所へ引き込む必要性が生じた[273]。こうして、これまで顧客の来訪を待ち受けていた商品取引員は積極的に顧客の獲得へ乗り出し[274]、第三の利殖という謳い文句に誘われた一般大衆が商品取引へ参入し始め[275]、商品先物取引における紛争の増大を招いたのであった。

商品先物取引において詐欺取消制度の適用が争われた最初の事例として、神戸地方裁判所1965年（昭和40）11月５日判決[276]が挙げられる。

本件は、商品取引所の商品仲買人たる被告が「必ず儲かる」等の甘言を用い、これによって原告に証拠金を提供させて、その取引の一切を委ねさせた後に、原告が詐欺を理由として当該取引を取り消し、証拠金の返還を求めた事例である。裁判所は次のように述べた。「その証拠金を以て仲買人が預け主の具体的な指示を受けることなく勝手に取引を行ういわゆる委せ玉はその弊害の故に禁止されているところであり危険の度合も高いものであるから被告の店員がそれを行うためにはそのことを十分に説明し完全な合意が出来ておるならともかく委せてくれれば必ず儲かるという甘言を用い証拠金のための有価証券を預けさせ、これにより勝手に取引を行うことは相手の無知に乗ずる詐欺に該当すると解する」。

先物取引に携わる者であるなら、先物取引は必ず儲かる保証が存しない取引である点は周知である。ゆえに、「必ず儲かる」旨を述べた勧誘者は、それが事実に反していることを認識しつつ、あえて発言しているはずである。したがって、この勧誘者の詐欺の故意を認めた本判決の結論は当然の帰結である。

---

273 この点について、浅井岩根「先物取引被害の実態と救済」判例タイムズ701号（1989年）81頁を参照。

274 この点について、浅井・前掲注273・78頁を参照。

275 この点について、横田・前掲注272・27頁を参照。

276 判例時報442号50頁。

しかし、本判決は、勧誘員の具体的な言明のみならず、「委せ玉」という取引方法の危険性にも注目していたように思われる。

例えば、「委せ玉」等の危険性が窺われない大阪地方裁判所1972年（昭47）9月12日（判時689号104頁）の事案においては、先物取引に関して「一つ間違えば不測の損害を生ずるもので、過去その無知が原因となって多数の顧客が回収不能の損害を蒙っていることは公知の事実である」旨が説示され、さらに「穀物取引は、現物を持ってやることだし農林省の保護もあることだから株式と違い丸裸になることはない旨」の明白に虚偽の言明に基づく勧誘方法の存在が認定されつつも、他方で詐欺に基づく取消権それ自体は否定されている（過失相殺5割を伴う損害賠償が認容された）。

勧誘員の具体的な虚偽の言明が認定されていても、詐欺の成立は認められていない。これに対して、以下の事例においては、取引形態の危険性が加わり、詐欺が肯定されている。

東京地方裁判所1974年（昭49）4月18日（判時746号93頁）においては、いわゆる「向い玉」（業者が顧客の玉と同種・同量・同限月の反対玉を建て、顧客が預託した資金を手元に留保し、かつ流用しつつ、最終的に業者が証拠金・利益金を全て売買益金として獲得し得る取引方法[277]）の存在が推認され、「商品取引員である被告が顧客である原告に対し、サービスとしての相場情報や意見をこえた虚偽の事実を告げて、原告を錯誤に陥らせ、被告の意図する方向での委託の意思表示をさせることの違法であることは、多言を要しない」旨の説示に基づいて、96条の詐欺の成立が認められた。

向い玉を客殺し商法として捉える見解も存在し[278]、少なくとも向い玉

[277] 例えば、浅井・前掲注273・85頁を参照。
[278] 例えば、神山敏雄『日本の経済犯罪－その実情と法的対応』（1996年）84-85頁を参照。

は客殺し商法を推認せしめる有力な根拠であって[279]、詐欺罪においても成立要件を構成する重要な要素である[280]。しかし、やはり、詐欺における重要な要素として、欺罔者の主観的要素が考慮されている。とりわけ勧誘員の具体的な虚偽の言明が認定されている前述の大阪地判1972年において詐欺の成立が否定されている点に鑑みれば、事業者の側の利得意図に近い主観的態度が認定されない限り、96条の詐欺が肯定されない傾向が窺われる。このことは、他の事例においても妥当する。

大阪地方裁判所1986年（昭61）５月30日（判タ616号91頁）は、いわゆる両建（たとえば、買玉が予想に反して値下がりした場合、仕切りを勧めたり追証拠金を積むように勧めたりはせず、同種・同量・同限月の売玉を建てる取引方法。業者は新規の売建玉について手数料を徴収し、追証拠金よりも多額の資金を引き出すことができる[281]）の事案において、96条の詐欺を否定している（過失相殺３割を伴う損害賠償は肯定された）。

96条１項の詐欺が争われた先物取引事例の全体として、詐欺が認められた事例は上記の神戸地判1965年および東京地判1974年のみであり、このことは96条の詐欺の要件として相当に強度な欺罔者の主観的態度が要求されている反射的帰結として理解できよう[282]。

---

[279] 岩橋義明「商品先物取引におけるいわゆる客殺し商法につき、詐欺罪が認められた事例－最高裁平成４年２月18日第三小法廷決定－」法律のひろば45巻５号（1992年）45-46頁および49頁。

[280] 例えば、本江威憙（監）『民商事と交錯する経済犯罪Ⅱ』（1995年）361頁を参照。

[281]「顧客にとっては、結局のところ両建時点の損を固定するだけで、将来、売り買いともに有利に仕切ることはほぼ不可能である」（浅井・前掲注273・85頁）。

[282] 被害者の救済が薄い、という点に関しては変額保険事例においても同様の傾向が見られる（変額保険は払込保険料における保険料積立金を独自に運用することによって保険金額と解約返戻金額を変動させる生命保険であり、一方で相続税対策として利用され、他方でバブル経済を背景としても注目を集めた。しかし、バブル経済の崩壊も影響し、変額保険に関連する訴訟が激増した。安彦和子「変額保険訴訟事件」消費者法ニュース15号（1993年）48頁、松本恒雄「変

②投機的取引の事案の問題点

投機的取引の事案において96条の違法性評価として加害者の主観的態度が重視されるとしても、それ自体は戦前から続く伝統的な詐欺解釈と同様である。

こうした解釈伝統に加わる投機的取引の事案における独自の特徴は、被害者の落ち度を取り上げる傾向である。このことは、前述の神戸地判（1965年）の「原告が用心さえすればその実体を更に認識し得た」、大阪地判（1972年）の「利益面だけでなく危険性を有することを知り得た筈であるのに、右準則あるいはパンフレット等の提示を求めることもなく、

額保険の勧誘と説明義務」金法1407号（1995年）20-21頁を参照）。まず、変額保険の事例においては、詐欺に基づく取消権が認められた事例は存在しない。のみならず、約半数の事例において救済の請求（詐欺に基づく取消権または錯誤の基づく無効もしくは不法行為の基づく損害賠償請求）は認められていない（東京地方裁判所1993年（平５）２月10日判決（判タ816号214頁）、東京地方裁判所1994年（平６）３月15日判決（判タ854号74頁）、東京地方裁判所1995年（平７）１月27日判決（金法1420号37頁）、東京地方裁判所1996年（平８）２月21日判決（判時1587号82頁）、東京地方裁判所1999年（平11）２月23日判決（判タ1029号206頁））。不法行為法に依拠した処理は先物取引の諸事例と同様であり、過失相殺として８割の減額を判示する裁判例が存在し（東京地方裁判所1996年（平８）３月26日判決（判時1576号61頁））、さらに借入金の利息に関して過失相殺を認める裁判例も存在する（横浜地方裁判所1996年（平８）９月４日判決（判時1587号82頁）において約３割の過失相殺が認められた）。

変額保険の事案においては、詐欺に基づく取消権と錯誤に基づく無効の両方が主張され、後者のみが認められた事例が存在する（東京地方裁判所1994年（平６）５月30日判決（金法1390号39頁）、東京地方裁判所1996年（平８）７月30日判決（判時1576号61頁）、横浜地方裁判所1996年（平８）９月４日判決（判時1587号82頁）、東京地方裁判所1997年（平９）６月９日判決（判タ972号236頁））。この点は先物取引の事例と異なる。その理由として、変額保険の事例は先物取引に比べて新しい取引類型であり、かつ複雑である点が考えられるであろう（つまり、その内容は必ずしも周知ではなく、被害者の落ち度を問い難い。あるいはバブル経済に対する評価も無視できない。この点について大村敦志「変額生命保険契約の締結の際の虚偽の説明による誤信と要素の錯誤」金法1428号（1995年）70頁）。ただし、こうした事例では、あえて詐欺について触れずに錯誤を認めており、詐欺の成立が明確に否定されているわけでもない。

漫然、右外務員の勧誘に応じた」、大阪地判（1986年）の「被告の勧誘に安易に応じて本件委託契約を締結し、その後も受身の態度に終始し自らの努力で損害の発生を防止しようとする意欲を欠いていた過失があ」る、という説示からも窺われる。

すなわち、加害者の悪質性を重視する詐欺の本来的性格に加えて、被害者の落ち度を暗に示唆する投機的取引の内実が相俟って、詐欺に基づく96条の取消権は被害者の落ち度を差し引いても余ある加害者の悪質的主観的意図が認められて初めて肯定され、その反面として被害者の落ち度は自己責任という形において責任根拠の自由意思を強調する結論を招いている。このことは、契約の効力に影響を及ぼさない不法行為法と整合的であり、さらに被害者の落ち度を加味し得る過失相殺制度とも親和的であり、その後の投機的取引の処理が不法行為法へ推移した理由でもある。

以上の如き裁判例の傾向が詐欺取消制度一般に対して如何なる程度の影響を及ぼしたのか、という点は重要ではあるものの、容易に確認し得る事柄ではない[283]。しかし少なくとも、不法行為法における先物取引に関する裁判例の傾向を、学説は必ずしも否定しない。例えば、故意不法行為における意思の要素に注目する窪田充見は、当該故意が被害者の不注意（過失）の利用を伴う事案における過失相殺の適用を不当として理解し、その具体例として欺罔行為の不法行為を挙げるのであるが[284]、しかし被害者の不注意が必ずしも故意によってのみ利用されるわけではない点は顧慮されていない（被害者にとって、加害者の虚偽の言明が故意に基づこうと過失に基づこうと、結果において何ら異ならない。加害者の過失による虚偽の言明を被害者が納得した時点で、その不注意は惹起

[283] 例えば、本稿において被欺罔者の意思決定自由よりも欺罔者の行為態様を重視する論者として取り上げてきた我妻栄も、96条１項の詐欺取消制度の説明に際して被欺罔者の落ち度を特に強調していない（例えば我妻・前掲注218・308頁以下）。もっとも、我妻以降の文献においては、被欺罔者の落ち度を指摘する記述が見られる（例えば、「詐欺にかかった者にはうかつな点もあるのが通常だから、その者が不利益を被ってもやむをえない」（四宮和夫『民法総則』（1972年）195頁）。

[284] 窪田充見『過失相殺の法理』（1994年）217-218頁。

され、利用されている）。つまり、窪田の理解によれば、故意に含まれる加害者の「意思」が重視され、その反面として加害者の不注意（過失）のリスクは被害者に転嫁されなければならず、この転嫁は過失相殺において可能であり、したがって詐欺取消制度は考慮されず、被害者の意思決定自由も保護されないのである。

以上の如く、加害者の態度を重視する立場によれば、被害者の意思決定自由は十分な保護を受け得ない[285]。そして、このことは被害者の落ち度を重視する立場においても同様である。例えば、故意を要する詐欺取消制度が投機的取引の事例へ介入しない理由を表意者の落ち度に求める橋本佳幸は、過失相殺に基づく意思決定自由の割合的解決を示唆する[286]。しかし、96条１項の詐欺の効果が取消権である理由は意思決定自由という被侵害権利が割合的解決に馴染まないからである。要するに、橋本が取引的不法行為において保護される被侵害権利を意思決定自由に求めていない可能性は否定できず、実際に橋本は次のように述べる。「被侵害法益の把握に際しても（自己決定への干渉という加害形態をとった）純粋財産損害と構成すれば足り、インフォームド・コンセントにおけるごとくに『自己決定権』侵害を論じる法技術的意味は乏しい」[287]。

橋本の指摘は不法行為法に限られ[288]、96条１項の詐欺は別個に理解さ

---

[285] 既に指摘したように、加害行為を重視する態度は日本における伝統的な不法行為論である。すなわち、「それ自体法的非難に値する行為、を判断基準にして、取引当事者の意思形成の自由を保護する領域を画定していくという思考が、機能しているのであ」り、「実例の上でも詐欺的加害ないし害意ある行為がある場合には、不法行為の成立が肯定されやす」く、「不法行為法の伝統的思考からは、自己決定の侵害は、加害行為の態様の中で捉えられているのであって、被侵害利益の中で捉えられていないことの一現象がここに現れている」（錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリスト1086号（1996年）89頁および92頁の注（13））。

[286] 取引的不法行為の事例における過失相殺は、「いわば、意思表示の効力を割合的にしか破棄しない詐欺取消であ」り、「被害者の意思形成の自由につき割合的保護を付与するものといえよう（割合的な詐欺取消）」（橋本佳幸「取引的不法行為における過失相殺」ジュリスト1094号（1996年）149頁）。

[287] 橋本・前掲注286・153頁。

[288] 橋本佳幸「不法行為法における総体財産の保護」法学論叢164巻１－６号（2009

れる余地が残されているのかもしれない。しかし、過失行為に対しても保護が与えられる詐欺不法行為における被侵害権利を－自己決定の自由それ自体としてではなく－財産権として考える立場は、故意が認められる場合に限り保護される96条１項の被侵害権利たる意思決定自由より財産権が優越することを認める立場であって、そのこと自体が問題である。この立場によれば、被害者は自己の意思決定自由の侵害に気づいても、財産的損害が発生するまで保護を待たなければならず（これを待たずに取消権の主張が可能であるなら、割合的保護の議論が意味を成さない）、辛うじて709条に基づいて保護されても過失相殺を受ける可能性が高く、過失相殺の適用を回避し得たとしても、そもそも96条１項の存在意義は没却せられ、意思決定自由を保護する機会は与えられないのである[289]。

過失相殺制度は確かに一見すると喧嘩両成敗を演出できるのであるが、しかし、このことは裁判官の機械的判断（とりあえず過失相殺を宣言する態度）を助長しかねない。過失相殺を多用する裁判例を見る限り[290]、それは既に常態化しているのではないか、という疑念さえ生じ

年）408頁も参照。

[289]「取引的不法行為における説明義務違反を介しての自己決定権侵害という構想は、取引行為の当事者の自己決定という人格的利益そのものの保護を目指すものではない。財産的利益の処分についての自己決定権の不法行為法上の意味は、少なくとも現状では、財産的利益の保護を実現するという効果を導き出すという枠内で認められる」（錦織成史「取引的不法行為における自己決定権侵害」ジュリスト1086号（1996年）90頁）。

[290] 確かに、本稿において取り上げた過失相殺事例の数それ自体は必ずしも多くない。しかし、これは96条１項の詐欺が争われた事例という前提が存在するからであって、不法行為の事例も含めれば、過失相殺が適用される事例は少なくない。例えば、東京地判1975年（昭50）１月28日（判時775号165頁。商品先物取引、過失相殺３割）、札幌地判1977年（昭52）２月25日（判時854号109頁。先物取引、過失相殺７割）、札幌地判1980年（昭55）３月28日（判時981号117頁。商品先物取引、過失相殺４割）、長崎地判1986年（昭61）３月17日（判時1202号119頁。商品先物取引、過失相殺３割）、秋田地判1986年（昭61）９月24日（判タ650号223頁。商品先物取引、過失相殺４割）、名古屋地判1986年（昭61）10月31日（判タ639号184頁。商品先物取引、過失相殺４割から７割）、横浜地判1987年（昭62）12月18日（判時1284号118頁。商品先物取引、過失相殺７割）、

る[291]。

こうした不法行為法の弊害に加えて、いわゆる評価矛盾の問題[292]、さ

秋田地判1989年（平１）３月14日（判タ701号210頁。商品先物取引、過失相殺３割５分）、仙台地判1991年（平３）12月９日（判時1460号125頁。商品先物取引、過失相殺４割）、東京地判1993年（平５）８月31日（判時1499号86頁。商品先物取引、過失相殺４割）、東京地判1994年（平６）２月４日（金商967号38頁。ワラント取引、過失相殺８割５分）、東京地判1994年（平６）２月15日（金商967号27頁。株価指数オプション取引、過失相殺７割）、東京地判1994年（平６）３月29日（判タ858号217頁。商品先物取引、過失相殺９割）、東京高判1995年（平７）３月14日（判時1530号58頁。ストラドル先物取引、被害者の落ち度を考慮して損害額を約半分に制限）、東京地判1995年（平７）12月５日（判時1580号120頁。商品先物取引、過失相殺４割）、東京地判1996年（平８）２月23日（判時1576号61頁①。変額保険、過失相殺５割）、東京地判1996年（平８）７月10日（判時1576号61頁④。変額保険、過失相殺７割）、東京地判1996年（平８）６月19日（判時1576号61頁③。変額保険、過失相殺６割）、最二判1996年（平８）10月28日（金法1469号49頁。変額保険、過失相殺６割）、大阪高判1997年（平９）６月24日（判時1620号93頁。ワラント取引、過失相殺１割）、仙台高判1997年（平９）10月29日（判時1647号115頁。ワラント取引、過失相殺３割）、東京地判2008年（平20）６月30日（判タ1283号164頁。商品先物取引、過失相殺４割）。

[291]「判例は安易に過失相殺をしすぎるように思われる」（河内隆史「先物取引に関する判例」判例タイムズ701号76頁（1989年））。同「商品先物取引の被害の救済と判例法理－不当勧誘・一任売買を中心として－」法学新報97巻１・２号331頁（1990年）も参照。「そもそも外務員の勧誘がなければ、このような先物取引の経験・知識のない顧客が先物取引に参入することはまずないと思われるし、一方がルールを違反しているのに、それを見抜けなかった素人に四割、五割、あるいはそれ以上の過失を認定することがはたして公平といえるであろうか」（同332頁）。

[292] 評価矛盾の問題は序論において言及した（本誌63巻３号96頁）。ここでは、評価矛盾という問題設定に対する反論について検討する。ところで、評価矛盾という問題は、論者によって捉え方が異なる。例えば、橋本佳幸によれば、「契約が有効であるにもかかわらず原状回復的（給付利得返還の実質を有する）損害賠償が認められるのは矛盾ではないか」という観点から捉えられている（橋本・前掲注286・153頁）。つまり、有効な契約に基づく財貨移転が損害賠償によって阻止される点を、評価矛盾として捉えている。こうした理解によれば、橋本が唱える過失相殺に基づく割合的な詐欺取消という考え方は、評価矛盾と

らに事業者が提供する情報に基づいて他方当事者の意思が形成される今日の取引状況に鑑みれば、むしろ問題の所在は法律行為法に置かれるべきであり[293]、詐欺概念の拡張を含めた議論が求められるはずである[294]。かかる方向を目指す諸学説は存在するのであるが、しかし詐欺を巡る法律行為法における議論も一様ではなく、種々の問題を含む。この点につい

いう批判を回避し得るように見える。しかし、評価矛盾という問題は、一般に次のように捉えられている。すなわち、「一方で契約の有効な成立を妨げる事情の存在を否定しつつ、他方で契約を成立させるための勧誘行為等を違法と評価するのは、評価レベルでの矛盾ではないか」（道垣内弘人「取引的不法行為－評価矛盾との批判のある一つの局面に限定して」ジュリスト1090号（1996年）137頁）。つまり、社会的に一個の事実を、民法という同一の法体系における或る規範は違法性として評価し、別の規範は違法性の評価を下さない、という点が矛盾として捉えられている。法律行為法においては適用で、不法行為法においては違法であることが矛盾の根本なのであって、過失相殺に基づく割合的詐欺取消が結果として実現され得るとしても（過失相殺は不法行為の成立が前提、つまり不法行為法における違法が前提）、このことは評価矛盾の回避を意味しない。さらに、過失相殺に基づく割合的詐欺取消は、一方で責任根拠の自由意思を貫徹し、他方で違法根拠の自由意思を部分的に保護しているだけであって、たとえ相手方の過失が原因であっても、被害者の自己責任が徹底される結論を正当化し、相手方の過失のリスクを被害者が負担しなければならない結論へ至り、不当である。

[293] 次のような理由も考えられる。「詐欺的商法の被害者の願いは恐らく、交付した金員の返還または求められた金員交付の拒絶であろう。そのためには、公序良俗違反、錯誤等による無効または詐欺等による取消を理由とする当該契約の私法的効力の否定が想起される」からである（國井和郎「民法判例レビュー21（民事責任）」判例タイムズ667号（1988年）64頁）。

[294]「情報や交渉力の面で、一方当事者が劣った立場に立たされている場合（たとえば、消費者が事業者と取引する場合や下請の中小企業が大企業と取引する場合など）には、その者は、自ら主体的に判断して確固たる効果意思を形成するというよりも、相手方の提供する情報に依存して、相手方の積極的な勧誘に応じて、あるいは、相手方の提示する条件に拘束されて、効果意思の形成を迫られるからであ」り、「このような事情を考慮に入れると、詐欺・強迫の概念の拡張がなされるべきであることになろう。不法行為法による損害賠償責任は、詐欺・強迫による取消しに吸収されるべきなのである」（大村敦志『基本民法Ⅰ 総則・物権総論』（2005年）57-58頁）。

て、引き続き検討する。

第２項　法律行為法の諸問題

（１）契約正義から見た詐欺

①情報提供義務論

不法行為法における処理の不都合を回避し、不法行為法へ投げ出された諸問題を再び法律行為法へ取り戻すならば、その前提として法律行為法における制度の拡張あるいは新たな法理の導入が検討されなければならない。本稿の検討対象たる詐欺の問題に関して言えば、詐欺概念の拡張が当然の課題である。ところが、詐欺概念の拡張を語る学説においても、やはり加害者の態様が依然として重要な意味を持つ。その一例として、まず情報提供義務論が挙げられる。

例えば、後藤巻則は、契約の拘束力という観点から展開されているフランスの情報提供義務論として、情報提供義務論が合意の形成過程における信義則の強調と結び付くこと、同義務論が原則として経済的弱者たる消費者と経済的強者たる事業者という枠組に限定されること、意思自律の制限を物語る情報提供義務の承認が契約の基本原理を意思自律の原理から契約正義の実現へ移転せしめたこと、そして合意の瑕疵の判断が（消費者等の）相手方の行為態様を中心として考察されるようになったこと等を紹介し、これを示唆として日本法の解釈としても契約正義の観点に基づいて、個人の意思ではなく、加害者の態度を重視すべき旨を説き、この観点から詐欺と錯誤の接近・統一的把握を論じる[295]。

本稿が注目する点は、意思自律の制限、加害者の態度の重視、そして詐欺と錯誤の接近性である。まず、この意思自律の制限は、60年代の日本において展開された私的自治の制限論と同様であって、責任根拠の自由意思の制限を意味する。そして、既に指摘したように、責任根拠の自

[295] 後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（１）」民商法雑誌102巻２号（1990年）183-185頁、198-200頁、209頁の注（13）、同「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（３・完）」民商法雑誌102巻４号（1990年）456頁の注（９）、460-461頁。同論文は後に『消費者契約の法理論』（2002年）へ収録。

由意思の制限は、違法根拠の自由意思の尊重ないし保護を意味しない。そもそも、意思決定自由の侵害という観点を重視するなら、加害者の属性（事業者であるか否か）は意味を持たないのである（意思決定自由は、何人によっても害され得る）。

次に加害者の態度を重視する点に関して、後藤によれば日本の伝統的解釈は『「表意者の意思を重視することを基本として相手方の事情を考慮する」という方向で発展してきたもの」として理解されている[296]。しかし、本稿において確認したように、日本においては例えば既に我妻が社会本位の法律観に基づいて欺罔者の行為態様を重視し、96条における詐欺の違法性の基準を信義則に求める議論を展開していたのであった[297]。社会本位の法律観に基づいて行為者の態度を重視し[298]、その根拠として信義則を持ち出す点において、むしろ後藤自身の考え方は、日本の伝統的詐欺解釈と何ら異ならない[299]。

---

[296] 後藤・前掲注295「（３・完）」・461頁。

[297] この点について、本誌64巻２号295-296頁を参照。

[298] 後藤も、「社会的、道義的な正義（契約正義）」という表現を用いる（後藤・前掲注295「（３・完）」・461頁）。

[299] もちろん、詐欺概念の柔軟化という点において、情報提供義務論と日本の伝統的詐欺論は異なる、という指摘は考えられる（後藤も、フランスの議論として、詐欺の故意の推定を紹介している。後藤巻則「フランス契約法における詐欺・錯誤と情報提供義務（２）」民商法雑誌102巻３号（1990年）337頁）。ならば、前者は後者に対して、具体的に如何なる程度において、詐欺概念を柔軟化しているのであろうか。

例えば、ある者は次のように述べる。「情報提供義務を負う者が、その情報が表意者の決断を左右することを認識した上で虚偽の事実を述べ、あるいはその情報を秘匿したことが明らかになった場合など、情報提供義務違反が当該情報を相手方が保有しないことおよびその情報の相手方にとっての重要性を認識して行われたときには、詐欺の故意を推定できるのではないだろうか」（横山美夏「契約過程における情報提供義務」ジュリスト1094号（1996年）135頁）。

しかし、「情報提供義務を負う者が、その情報が表意者の決断を左右することを認識した上で虚偽の事実を述べ、あるいはその情報を秘匿したこと」は、誰が立証するのか。この立証の難易度は、96条における故意の立証の難易度と如何なる程度において異なるのか。あるいは、故意が推定されることによって、96条において問題視された厳格性が如何なる程度に緩和されるのか。仮に緩和

最後に詐欺と錯誤の接近性に関して、後藤は、錯誤においても相手方の悪意が錯誤の認定に影響する点に鑑みて、加害者の態度を重視する結果として詐欺と錯誤が接近する旨を説く[300]。しかし、被欺罔者は欺罔者によって意思決定自由を害された者であるのに対して、錯誤者は自身の落ち度に基づいて意思表示した者である、という点は留意されるべきである。すなわち、「單純ノ錯誤ハ多クハ當事者ノ過失ニ出ツルモノニシテ之ニ因リテ法律行爲ヲ取消サシムルトキハ往往ニシテ過失者ヲ保護シ却テ過失ナキ者ニ損害ヲ加フルノ結果ニ至ルヘシト雖モ他人カ詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ表意者ハ或ハ毫モ過失ナク又假令過失アルモ他人ノ非行ニ因リテ錯誤ニ陥リタル者ナリ」[301]。錯誤の無効という効果に加えて、後藤によれば錯誤者の相手方に対する損害賠償をも認められ得るから[302]、自ら勝手に錯覚に陥る者が錯誤へ陥らされた者と同等あるいは同等以上の保護を受け得る結論へ至り[303]、不当な帰結を導く可能性がある[304]。

②「合意の瑕疵」の理論

情報提供義務論と同様に、当事者の行為態様を加味し得る点に意義を見出す理論として、合意の瑕疵の理論が挙げられる。すなわち、「情報提供義務の概念を認める理論的な意義の一つは、合意の瑕疵を、意思ではなく当事者の行為態様という新たな視角から検討することを可能にし

されるとして、情報提供義務を導入する代償として、被欺罔者の意思決定自由たる被侵害権利性を軽視することが、果たして民法の解釈として妥当であるのか。疑問が残る。

[300] 後藤・前掲注295「（3・完）」・460頁以下。

[301] 梅・前掲注96・202頁。

[302] 後藤・前掲注299・461頁。

[303] かかる差異を考慮するなら、むしろ被欺罔者は単なる錯誤者よりも強く保護されて然るべきである（於保不二雄『民法總則講義』（1956年）187頁以下を参照）。

[304] しかも、いわゆる評価矛盾の問題は、さらに拡大する。錯誤と詐欺の評価矛盾の問題について、本誌63巻3号92頁を参照。

たことにある」[305]。このように説く森田宏樹によれば、「『合意の瑕疵』は、理論的には、①表意者の意思の完全性と、②相手方の行為態様の悪性という二つの観点から、これを正当化することがいずれも可能である」[306]、という。

森田も含めた複数の論者によって、詐欺取消制度は被欺罔者の意思の観点から捉える可能性と欺罔者の悪性の観点から捉える可能性が指摘されている[307]。問題は、いずれの観点が如何なる理由に基づいて採用されるか、である。古く主知主義に基づいて詐欺者の行為態様を重視する解釈が展開され（例えばサヴィニーあるいはボワソナード）、20世紀前半においては表示主義あるいは社会本位に基づいて詐欺者の行為態様を重視する解釈が展開され（例えば我妻）、そして20世紀の後半においては契約正義に基づいて詐欺者の行為態様を重視する解釈が展開されている[308]。主知主義によせ、表示主義にせよ、契約正義にせよ、これは意思

---

[305] 森田・前掲注49・59頁。

[306] 森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（１）」NBL482号（1991年）23頁。

[307]「詐欺や強迫も、その結果表意者の健全な意思形成が妨げられた故にその効力を否定しうるものとする制度とみることのほか、詐欺者、強迫者の不誠実さを咎める制度とみること、さらには、それにより損害をこうむった者を保護する制度とみること、のどれもまったく可能である」（星野・前掲注90・11頁）。その他に、「詐欺、強迫については、このような行為によって相手方の意思決定を歪める者の悪性に着目することも可能である」（大村敦志「契約内容の司法的規制（１）」NBL473号（1991年）37頁）。

[308] 前述した後藤（前述36頁）および森田（「信義則や当事者の行為態様等の道徳的な要素（契約正義）」という表現を用いる。森田・前掲注306・24頁）。星野も契約正義を重視し、意思に優越する理性を説き、例えばドイツのフルーメの見解を批判し、次のように述べる「『意思の代わりに理性を（stat ratio pro voluntate）』、正確には『意思の上に理性を（stato ratio super voluntatem）』というべきではないだろうか」（星野・前掲注234・47-50頁）。フルーメが私的自治を承認する意味を、「意思は理性に代わりて立つ（stat pro ratione voluntas）」として理解し、主意主義的な立場に依拠していた点について、本誌63巻６号309頁を参照。なお、大村敦志「契約と消費者保護」星野英一（代）『民法講座　別巻２』（1990年）113頁の注（４）によれば、星野に対するトマス・アクィナスの影響が窺われ、トマスが主知主義であった点については本誌63巻

に優先する何か（例えば理性、社会、正義）を認める立場である。詐欺の解釈の観点が原則として、被欺罔者の意思から捉えるか、欺罔者の悪性から捉えるか、という二方向を前提として考えるなら、前者を認めない限り、後者へ至ることは当然の帰結であろう[309]。

ただし、後者に与する論者は、欺罔者の悪性から詐欺取消制度を捉えなければならない根拠について、必ずしも明確な回答を与えていない。確かに、「契約規範は社会関係の枠組を通して実現されるものである以上、他人の干渉を受けないという意味での『自由な意思』、つまり、外部からの影響を受けない社会から『孤立した自由意思』をあるべき状態として措定することは、あまりに非現実的であろう」という指摘が見られる[310]。しかし、96条1項における詐欺取消制度は、あらゆる外部的影響を問題視しているわけではなく、欺罔者たる相手方の言動に由来する影響を問題視しているのである。

過失の詐欺が認められなくても、欺罔者の過失に起因する虚偽の言明が被欺罔者の錯誤を惹起しているならば、共通錯誤の可能性が検討され得るはずであるが、しかし被欺罔者の自由意思を軽視する立場は共通錯誤も容易に認めない[311]。伝統的通説と同様に、欺罔者の悪性を注目する立場は被欺罔者の自由意思を重視せず、このことは合意の瑕疵論も同様である[312]。欺罔者の行為態容を重視する見解においては、詐欺と故意の

4号179頁の注86を参照。さらに、星野とキリスト教の関係について、星野英一『ときの流れを超えて』（2006年）5頁および53頁以下も参照。

309 そして、こうした理解が行為無価値論へ至ることも既に確認したのであり、つまり「故意があったかどうかは主観の問題であり間接的に認定するほかないが、そうなると、行為の違法性の評価が大きな影響を持ってくる」（大村敦志『消費者法（第2版）』（2003年）79頁）。

310 森田宏樹「『合意の瑕疵』の構造とその拡張理論（3・完）」NBL484号（1991年）58頁。

311 森田によれば、共通錯誤において表意者の重過失を問わない見解が存在するものの、「しかし、ここで問題とされるべきは錯誤に陥っていたことの正当性であって、右のような場合でも、相手方よりも表意者の方が事実確認ないし情報取得義務を負っていると評価しうる場合がありうるから、重過失要件が一律には排斥されるとはいえない」、という（森田・前掲注306・30頁の注（39））。

312 森田は、詐欺に基づく自由意思の侵害の程度と強迫に基づく自由意思の侵

結合関係が当然の前提として理解され、この点に関してはローマ法から何ら進歩しておらず、これを維持する限り、情報提供義務あるいは合意の瑕疵の理論を検討しても、伝統的詐欺解釈に変容を迫るわけではなく、その結論を左右しないのである[313]。

（2）自己決定権論から見た詐欺

①基本権としての自己決定権

害の程度を区別する。すなわち、「古典的な契約法が保障している『自由な意思決定』とは、強迫による畏怖に比する程度に任意性を欠いた心理状態によるものではないこと」という理解を前提として、自由意思の保護の観点から詐欺を拡張する限界を示し、「相手方の行為態様の悪性に焦点をすえた拡張の方向」を説く（森田・前掲注306・58-59頁）。確かに、詐欺と強迫による自由意思の侵害の程度を区別する理解は在り得る考え方であろう。しかし、そのことから、被欺罔者の意思決定自由の保護の程度を低く見る根拠は、必ずしも引き出すことはできない。例えば、「詐欺は、表意者は、自己のなした意思表示が本来ならなされなかったものであることを表意者が自覚していなかった点では、錯誤と共通であり、強迫は、表意者にこの点の自覚がある点では、心裡留保ないし虚偽表示に近い」（鈴木禄弥『民法総則講義（改訂版）』（1990年）147頁）。つまり、被強迫者は自身の意思決定自由に対する侵害を認識しているが（強迫は、相手方に当該行為が強迫であることを認識させなければ、強迫の意味を成さないから）、しかし被欺罔者は自身の意思決定自由に対する侵害を認識していないのであるから（詐欺は、相手方に当該行為が詐欺であることを悟られると、詐欺として意味を成さないから）、被欺罔者が自身の意思決定自由を回復する契機は被強迫者より少なく、したがって被欺罔者の要保護性を被強迫者の要保護性より高く評価することが可能である（96条２項および３項については前述本誌64巻２号272頁の注90も参照）。

313 確かに、後藤および森田の見解は96条１項における詐欺取消制度の活用可能性の限界が前提であり、これを補い得る他の法理論として情報提供義務ないし合意の瑕疵の理論を持ち出しているのであって、96条１項それ自体の可能性を検証している本稿とは土俵が異なる。上記の後藤説および森田説に対する批判も、その限度の内容である。しかし、96条１項に代わる他の法理論を展開するならば、その前提として96条１項の限界を示す論証が必要であるにもかかわらず、この点について上記の後藤説および森田説は十分に示していない。両説に対する上記の批判は、この意味も含む。

詐欺に代わる情報提供義務あるいは合意の瑕疵という新たな法理は欺罔者の行為態様を重視する傾向を帯び、結果として伝統的な詐欺解釈と異ならない結論へ至ることが確認された。少なくとも日本民法の詐欺取消制度に関しては、その立法の前後から一世紀間に亘り、被欺罔者の要保護性あるいは被欺罔者の被侵害権利を基軸に据えた議論が主流を占めることはなかった。

もちろん、既に確認したように、1970年代前後から展開された意思主義の復権あるいは権利論の再生において、被欺罔者の被侵害権利の観点から議論を進展せしめる余地が存在しなかったわけではない。そして、1990年代前後においても、自己決定権論という形において、被欺罔者の被侵害権利の観点から96条１項を解釈する可能性が生じたのである。

確かに、その当初の背景は、いわゆる医療過誤あるいは脳死問題であり[314]、すなわち自己加害の権利の可能性を含む問題（例えば、自殺や喫煙の自由）であって、その自己決定権は生命あるいは身体に関連する内容であった。しかし、自己決定権は、その根拠として挙げられる人間の尊厳ないし幸福の追求という観点から憲法の幸福追求権と結び付けられ[315]、憲法が及ぶ全法領域において語られ得る概念となった。例えば、労働法においても、各労働者の幸福追求という観点から、労働者の生存あるいは経済生活の保障ではなく、むしろ各労働者の精神的自由や自己決定を重視する理解が唱えられ始めたのである[316]。

民法において権利論の立場から自己決定権の意義を説く論者として、山本敬三が挙げられる。山本は「私的自治や契約自由がそのままでは十全に機能せず、それを補うために介入が行われざるをえないが、しかしそれによって逆にまた私的自治や契約自由の基礎が掘り崩されるのではないかというディレンマにどう対処するか」[317]という問題意識から、権

[314] 例えば、山田卓生『私事と自己決定』（1987年）３頁以下を参照。

[315] この点について、山田・前掲注314・342-343頁を参照。

[316] 例えば、西谷敏「労働法における個人・団体・国家－自己決定理念の意義を中心として－」法哲学年報1989年42頁以下、同「労働法における自己決定の理念」法律時報66巻９号（1994年）26頁以下を参照（同『規制が支える自己決定』（2004年）も参照）。

[317] 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治－私法関係における

利論に基づいて権利の観点から、詐欺も含めた諸問題を問い直す。こうした立場は、かつて説かれた自由意思の制限という消極的な保護の在り方(責任根拠の自由意思を制限することによる実質的な契約自由の保障)ではなく[318]、むしろ自由意思の権利性を確認することによる積極的な保護の在り方（違法根拠の自由意思を強調することによる自由意思の被侵害権利性の確立）を求める本稿の立場と基本的に同一の方向として理解できる。

ただし、山本の議論は、憲法の私人間適用の問題を取り扱う点において、その特徴と問題を含む。山本は、私的自治と自己決定権の基礎をリベラリズムの思想に求め、その発露として憲法13条を捉え、さらに詐欺に起因する保護の問題を憲法に基づく保護請求権の問題として理解する[319]。もちろん、如何なる形にせよ、自己決定権が詐欺取消制度において語られるなら、これを欺罔者から論じる従来の議論と異なり、被欺罔者の被侵害権利を基点として96条１項を解釈する余地が生まれ、これは少なからず詐欺の拡張を含意するであろうし、新たな展開が期待される[320]。

ところが、山本は次のように述べる。「詐欺の拡張には、やはり限界

憲法原理の衝突－(１)」法学論叢133巻４号（1993年）６頁。

318　この点について、前述14頁。

319　山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治－私法関係における憲法原理の衝突－（二・完)」法学論叢133巻５号（1993年）５-６頁。

320「民法九六条に直接あたらないことを理由として保護を否定するならば、それは、国家が憲法上みずからに課せられた基本権保護義務を果たさないことを意味する。したがって、かりに民法典が『詐欺』『強迫』の場合に保護を限定する趣旨であったとしても、それを拡張する方向で法創造することが憲法上要請される」のであり（山本敬三『公序良俗論の再構成』(2000年）71頁)、96条１項の詐欺に関連して議論される意思決定自由についても、「この意思決定の自由とは、究極的には、憲法13条の幸福追求権にまでさかのぼる基本的な自由である。このことは､法形成の問題を考えるうえで､非常に大きな意味をもつ。なぜなら、そのような基本的な自由、つまり基本権を他人による侵害から保護することは、国家のもっとも基本的な義務に属するからである」、という（山本敬三「取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論－総括」ジュリスト1097号（1996年）127頁)。

があると言わざるをえない。それは、そうした拡張が、『詐欺』の本来の意味と相容れないからである。つまり、『詐欺』とは、もともと『わざとだます』という意味である。にもかかわらず、そこから『故意』の要件をはずしてしまうと、詐欺を語りえないところで『詐欺』があると言うことになりかねない」[321]。

憲法レベルにおいて欺罔者の行為自由と対等の地位を占める被欺罔者の自己決定権の保護[322]が民法レベルにおいて否定されるなら、これは基本権保護義務論が「96条1項における詐欺」の解釈を変更せしめる議論ではない旨を示唆するであろう。このことは、96条1項の枠組において伝統的な詐欺の解釈に対して変容を求める本稿の立場においては問題であり、引き続き確認する。

②基本権保護義務論の問題

96条1項の詐欺論へ権利論の視点が導入されるならば、欺罔者の悪性あるいは行為態様に偏した伝統的詐欺解釈と異なり、詐欺取消制度の拡張が支持されるのではないか。なぜ山本は詐欺取消制度の拡張を許さないのか。ここに基本権保護義務論の問題が見出される。

「『詐欺』とは、もともと『わざとだます』という意味である」という山本の理解は、これまで本稿において検討した諸議論から容易に推察され得るように、欺罔者の側から見た詐欺である。しかし、これを被欺罔者の側から見れば、詐欺を意思決定自由の侵害として定義し得るのであり、この定義において故意は詐欺の必然の要件ではないはずである[323]。

ならば、なぜ山本は後者の意味における詐欺の解釈の可能性を否定するのか。この疑問は、あるいは次のように考えるならば、解消されのか

---

[321] 山本・前掲注320・「取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論－総括」128頁。

[322] 欺罔者の側の営業の自由あるいは経済活動の自由も基本権として位置づけられる、という意味である。この点について、山本・前掲注320・『公序良俗論の再構成』67頁以下。

[323]「被欺罔者の救濟の立場からは欺罔者に故意ありしや否やは本質的な問題ではあり得ない」（内田力蔵「英法に於ける善意不實表示に就いて（1）」法学協会雑誌53巻5号（1935年）836頁）。

もしれない。山本は権利論と密接に関連する基本権保護義務論を展開し、これは国家をして基本権保護義務を負わしめ、かかる保護義務の履行を求める方法を正当化する議論である。そして、その履行方法として、例えば裁判所の判決あるいは国会の立法が考えられている[324]。しかし、少なくとも96条の問題に関して、裁判所の役割に期待することはできない。なぜなら、96条における詐欺取消制度に関連する諸問題は、本来的に裁判所の法観的（例えば、違法の判断として行為態容の重視）、偏見的（例えば、「騙された者にも落ち度がある」という理解）かつ場当り的（例えば、評価矛盾の放置）な態度に由来しているからである。それゆえ、次いで国会の立法に基づく基本権の保護が考えられる。立法を通じて96条の問題を解決する方途は十分に考えられ得るであろう。しかし、この意味における基本権保護義務論は一種の（あるいは、まさに）立法論である。すなわち、96条における詐欺取消制度の問題点が理論あるいは解釈によって解決されるならば、この局面における基本権保護義務論は（完全ではないにしても）その意義を失う。したがって、山本の理解によれば、現在の96条の枠組を前提とする限り、詐欺取消制度の拡張を図る方向へ向かないのである。

ならば、山本は、詐欺に関連して、立法論を展開しているのか。山本は消費者契約法の不十分性を説き、立法論として民法における不実表示の導入を示唆している[325]。近時の債権法改正に伴う法律行為法における改正提案においても、不実表示規定の導入が検討されていることは周知であろう[326]。なお、山本は、立法的解決が実現する間の当座の措置として、錯誤法の拡充を唱える[327]。しかし、これは評価矛盾の拡大を意味するのであって[328]、ここにも解釈による解決に期待していない山本の態度が窺

---

[324] 山本敬三「契約関係における基本権の侵害と民事救済の可能性」田中成明（編）『現代法の展望 自己決定の諸相』（2004年）13頁。

[325] 山本・前掲注324・27頁。

[326] この点に関して、山本敬三「契約規制の法理と民法の現代化（一）」民商法雑誌141巻１号（2009年）35頁。民法（債権法）改正検討委員会（編）『債権法改正の基本方針』別冊 NBL126号（2009年）30-31頁も参照。

[327] 山本・前掲注324・27頁。

[328] この点に関して、本誌63巻３号92頁を参照。

われる。

以上を要するに、民法96条1項の詐欺取消制度においては、ついに被欺罔者の意思決定自由は解釈の基軸に置かれず、むしろ故意要件は維持され、その結果として相手方の過失に由来するリスクは被欺罔者が負担しなければならない意味の自己責任が正当化され続けた。すなわち、民法96条1項の詐欺取消制度において語られる自由意思は、違法根拠の自由意思としてではなく、もっぱら責任根拠の自由意思として理解されているのである。

もちろん、立法論は、それ自体として重要である。仮に不実表示法の導入が実現すれば、本稿が想定する96条の詐欺取消制度に関連する諸問題は（少なくとも理論的見地から）一挙に解決される可能性が開かれる。ゆえに、本稿は不実表示法の導入について反対ではない。しかし、不実表示法の導入の検討それ自体が、過失行為から意思決定自由が保護されるべき要請の存在を示唆しているはずである。このような要請に対して現在の民法に如何なる可能性が残されているのか、現在の96条が担う本当の役割は何か、こうした問に答える努力を怠れば、改正後の救済制度においても不当な桎梏が課せられる可能性を残してしまうのではないだろうか。

（未完）