HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	民事詐欺の違法性と責任（9）
Author(s)	岩本, 尚禧
Citation	北大法学論集, 64(5), 212[219]-171[260]
Issue Date	2014-01-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/54539
Type	departmental bulletin paper
File Information	HLR64-5_010.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

民事詐欺の違法性と責任（9）

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　（以上、64巻３号）
　第２章　民事詐欺の違法性と責任
　　第１節　比較法の帰結の考察－裁判例を素材として－
　　　第１款　一般事例
　　　　第１項　裁判例の紹介と一般的動向
　　　　第２項　裁判例の分析　（以上、64巻４号）
　　　第２款　特殊事例
　　　　第１項　裁判例の紹介
　　　　第２項　裁判例の分析　（以上、本号）
　　第２節　民事詐欺の違法性と責任
結論

第２款　特殊事例

第１項　裁判例の紹介

（１）ドイツの裁判例

前款において一般事例として主に売買契約の事例を取り上げ、独・日の裁判例を比較し、それぞれ検討した。これに続き、本款においては特殊事例として保険契約・労働契約・認知・消費貸借契約・先物取引を検討する。

これら諸事例を特殊事例として扱う理由は３つ存在する。第一は、保険契約・労働契約においては経済的弱者が欺罔者として登場する点において特殊である。第二は、認知の類型が（欺罔者本人ではない）非嫡出子の法的地位に関連する点において特殊である。第三は､消費貸借契約･先物取引が投機的取引に関連し、さらに消費貸借契約の類型が主として第三者（の詐欺）に関連し、加えて先物取引の類型がドイツの詐欺取消制度において争われていない点において特殊である。まず、保険契約から順に検討する。

①保険契約の事例

［独29］BGH 13. 5. 1957（NJW 1957, S. 988）

保険契約の締結に際して保険者が被保険者に対して質問し、これに対して被保険者が事実に反することを認識しつつ事実に反する回答を与え、この点に関して保険者が被保険者の欺罔を理由として本件保険契約の取消しを求めた事案。契約前の質問について事実に反する回答を認識しつつ為した者は保険契約の締結に関する保険者の意思形成に関しても悪意を有していたはずである、という経験則の成立が認められるべき旨を主張した保険者に対して、BGH は当該経験則を否定し、取消者が悪意の欺罔に関する一切の成立要件を立証しなければならない旨を説き、保険者の主張を退けた。

［独30］BGH 20. 11. 1990（NJW-RR 1991, S. 411）

就業不能保険（Berufsunfähigkeitversicherung）を締結する際に、過去の病歴について保険者たる被告から質問を受けた被保険者たる原告は以前に罹患していた精神障害を秘匿し、逆に他の軽度の障害を告げ、そ

の後に生じた労災を理由として原告が当該保険に基づく年金支払を被告に求め、これに対して被告が原告の欺罔を理由として本件保険契約の取消しを求めた事案。原審は事実関係を意識的に過小評価した原告の言明を欺罔として認めたが、しかしBGHは単なる誤れる言明から悪意の欺罔を推論することはできない旨を指摘し、事案を差し戻した。

［独31］OLG Frankfurt 15. 5. 2002（VersR 2003, S. 357）

被保険者たる原告は保険者たる被告と保険契約を締結し、後に原告が被告に対して保険金の支払を請求したのであるが、しかし同契約の締結の際に事後的に生じた重大な健康障害について通知すべき義務が説明されていたものの、原告は後に生じた脳出血を被告に通知せず、被告が原告の欺罔を理由として本件契約の取消しを求めた事案。OLGは、原告が予め主治医の守秘義務を解いていたこと、このことから主治医が被告に対して原告の健康状態について報告するであろうことを原告が前提にしていたこと、ゆえに原告には悪意が欠けていたことを理由として、被告の請求を退けた。

保険契約の事例はドイツの裁判例48件の内で３件を占め、その内の２件において悪意の欺罔が否定されている。保険契約の事例に関してはドイツ法の検討において既に触れており[34]、そこでは次のことを確認した。すなわち、欺罔に基づく取消可能性が争われる保険契約の事例においては保険者たる事業者が被欺罔者であり、被保険者たる個人が欺罔者であること（一般的な欺罔事例においては経済的弱者たる個人が被欺罔者であり、経済的強者たる事業者が欺罔者である）、あるいは保険者の立証責任の緩和が結果として保険金支払義務の免除を意味し、これに乗じた保険者による無分別な顧客獲得活動の助長が懸念されること、ゆえに保険契約の事例における欺罔の成否に対する裁判所の認定は他の事例類型と比較して厳格であること、そして被保険者に対して安易に説明義務が課されないこと等である。

[34] 本誌64巻１号136頁以下を参照。

②労働契約の事例

［独32］BAG 5. 12. 1957（NJW 1958, S. 516）

就職に際して就職希望者が使用者の質問に対して虚偽の回答を為し、これに対して使用者が当該被用者の欺罔を理由として労働契約の取消しを求めた事案。BAG は、民法総則の規定が原則として労働関係においても妥当し、許される質問内容に対する虚偽の回答が欺罔を構成し得る点を確認し、被用者の前科に関する質問も場合によっては許されるが（例えば、職業運転手を希望する者の酩酊犯罪に関する前科あるいは出納係を希望する者の横領に関する前科など）、しかし配慮を欠いた質問は相手方のプライバシーに対する侵害を構成し得るし、希望する職種と前科が無関係な質問は許されない旨を説示して、本件における被用者の欺罔を否定した。

［独33］BAG 22. 9. 1961（AP Nr. 15 § 123 BGB Bl. 1253 = NJW 1962, S. 74）

労働契約の締結に際して使用者たる被告は就職希望者たる原告に対して妊娠の事実の有無を質問し、そして原告は妊娠の事実を否定し、本件労働契約が締結されたものの、後に原告が妊娠していた事実が判明し、この点に関して被告が原告の欺罔を理由として本件労働契約を取り消し、その撤回を原告が求めた事案。BAG は、前科に関する質問と異なり、妊娠に関する質問は被用者のプライバシーに対する侵害を構成せず、むしろ本件において欺罔を否定するなら、「嘘をつく権利」を生み出してしまい、これは妥当ではなく、かくして本件の如き許された質問に対する虚偽の回答は悪意の欺罔を構成し得る旨を説いて、原告の欺罔を肯定した。

［独34］BAG 1. 7. 1993（NJW 1994, S. 148）

感染の危険を伴う業務へ就く際に、使用者たる被告が就職希望者たる原告に対して妊娠の有無を質問し、これを原告は否定したが、しかし後に妊娠の事実が判明し、この点に関して被告が当該労働契約を取り消し、これに対して原告が取消しの無効を求めた事案。BAG は、本件における質問が例外的に原告および原告の子の健康の保護に資するならば、これは許される質問であり、この質問に対する虚偽の回答は悪意の欺罔を

成立させる旨を説示して、原告の主張を退けた。

［独35］BAG, 20. 5. 1999（NJW 1999, S. 3653）

飲酒運転による交通事故に基づいて刑事手続を受けていた原告が、警察公務員として採用される際に被告から現在進行中の捜査ないし刑事手続の有無について質問を受け、これを原告は秘匿し、その結果として原告と被告は労働契約を締結したものの、後に原告が罰金刑を受け、この点について被告が原告の欺罔を理由として本件契約を取り消し、これに対して原告が取消しの無効を求めた事案。BAG は、原告が希望する警察官という職業は自動車の運転を業務として求められ、それゆえ飲酒運転を理由とする前科は当該業務に関する原告の適性を疑わせるのであって、この点に関する質問は許されるのであるから、この質問に対する悪意の秘匿は123条に基づく取消権を正当化する旨を説示し、原告の主張を退けた。

［独36］BAG 6. 2. 2003（MDR 2003, S. 996）

清掃員として採用された原告は被告と労働契約を締結する際に妊娠について質問を受け、これを原告は否定したが、しかし実際は妊娠していたのであって、この点に関して被告が原告の欺罔を理由として本件契約を取り消し、これに対して原告が労働契約の存在の確認を求めた事案。BAG は、許される質問に対する虚偽の回答のみが欺罔を基礎づけ、採用前の妊娠に関する被告の質問は民法611a 条に違反し、かかる理解がヨーロッパ法の共通原則である旨を説示し、原告の訴を認めた[35]。

［独37］BAG 8. 5. 2008（NJW 2008, S. 3372）

破産手続を開始した被告会社は、工場の閉鎖に伴い、その従業員たる原告と解消契約を締結したものの、その際に再雇用を期待していた原告が後に再雇用されず、この点に関して本件解消契約の有効性を原告が争った事案。BAG は、原告が動機の錯誤に陥っていたこと、ゆえに本

[35] なお、611a 条は現在は存在せず、現在の612a 条に統合されている。611a 条を巡る経緯について、本誌64巻 1 号139頁を参照。

件解消契約が取り消され得ないこと、そして原告が悪意の欺罔に基づく取消可能性を主張していない旨を認定して、原告の主張を退けた。

労働契約の事例はドイツの裁判例48件の内で６件を占め、その内の３件において悪意の欺罔が否定されている。労働契約の事例に関してはドイツ法の検討において既に触れており[36]、そこでは次のことを確認した。すなわち、労働契約の事例が保険契約の事例と同様に経済的弱者が欺罔者として登場すること、労働契約において争われる法益がプライバシーであること、ヨーロッパ共同体指令やヨーロッパ共同体適合法に基づく議論の変遷が存在したこと（妊娠に関する質問は原則として許されなくなったこと）、こうした点に鑑みて被用者に対して安易に説明義務が課されないこと等を確認した。

③認知に関する事例

［独38］RG 30. 6. 1904（RGZ 58, S. 348）

被告は原告に子の認知を求めた際に原告以外の者と性交渉していなかった旨を告げ、そして両者は扶養義務等を定めた和解契約を締結し、原告は認知に応じたが、しかし被告が原告以外の者と性交渉していた事実が判明し、原告が被告の欺罔を理由として和解の取消しを求めた事案。RG は、本件における悪意の欺罔を否定し、原告の主張を退けた。

［独39］RG 7. 5. 1923（RGZ 107, S. 175）

事案内容は、ほぼ前出1904年と同様であり、原審は本件における悪意の欺罔を否定したが、しかし RG は積極的な虚偽の言明を重視し、事案を原審へ差し戻した。

［独40］LG. Berlin 14. 1. 1938（JW 1938, S. 1451）

原告たる父は父子関係の不存在を認識しつつ、被告たる子の父性を認知し、扶養義務も認め、その執行手続も進められたが、しかし後に原告が請求に関する異議の訴を提起した事案。LG は、一方で自己の父性の

[36] 本誌64巻１号138頁以下を参照。

不存在を認識する者による認知が123条に基づいて取り消され得ない旨を説示しつつ、このことは他方で刑法169条における戸籍の身分隠蔽に相当する旨を指摘し、民法134条に基づく同認知の無効を認めた。

認知の事例はドイツの裁判例48件の内で３件を占める。事件数が少なく、その全体的傾向を知ることは難しい。ただし、認知の事例に関しては、認知の有無が欺罔者本人ではなく、その子に対して重大な影響を及ぼす点（ゆえに認知を受け得ない子の法的地位を考えれば、父性の存否について慎重な判断が求められなければならない点）および認知の事例が全て戦前である点において、特殊性が見られる。そして、この特殊性に関しては、次のような背景が存在する。

かつて父性の認知は、民法（旧）1718条[37]により、複数（の肉体）関係の抗弁を提起し得ない、という効果を有するに過ぎなかった。それゆえ、複数関係の抗弁以外の主張、例えば認知した男性による「自分は当該女性と受胎期間内に性交しなかった」という主張が可能であったのであり、その父性を争い得たのであった[38]。ところが、こうした認知の効力は非嫡出子の地位を弱めるものであり、このことは基本法６条５項に抵触する可能性を生み出す。同条項は次のように規定する。

> 基本法６条５項：非嫡出子には、法律によって、その肉体的・精神的発展および社会的地位に関して、嫡出子と同様の条件が作り出されなければならない。

かかる基本法の任務を実行するべく、そして非嫡出子の法的地位を可能な限り嫡出子へ近づけるべく、1969年に非嫡出子の法的地位に関する法律（Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder）

---

[37] ドイツ民法（旧）1718条：子の出生後に公の書面にて父性を認知する者は、その子の母と他の者が受胎期間内に性交渉を持った、ということを援用することができない。

[38] Felix Odersky, Kommentar zum Nichtehelichen-Gesetz, 4. Aufl., 1978, S. 40 を参照。

が制定された[39]。同法によって未婚の父性の認知は受領を要しない一方的な意思表示として確認され、民法116条以下における意思表示の無効および取消可能性に関する諸規定の適用が排除されたのである[40]。同法が制定された以降において、悪意の欺罔に基づいて認知の取消可能性が争われた事例は見出されない。

④消費貸借契約の事例

［独41］BGH 25. 4. 2006（WM 2006, S. 1066）

投資仲介人から不動産投資信託（Immobilienfonds）を勧められた被告は、これに参加する前提として、原告たる銀行と消費貸借契約を締結したが、しかし後に被告が同不動産の採算性および販売可能性に関する同仲介人の欺罔を理由として同消費貸借の効力を争い、加えて同仲介人の契約締結上の過失を主張し、これに対して原告が既出の消費貸借金の返還を求めた事案。BGH は、原審に反して、本件の仲介人が123条２項における第三者に該当せず、ゆえに同仲介人の欺罔を理由として被告銀行と締結された消費貸借契約を同条に基づいて取り消し得る旨を指摘し、さらに同仲介人に対する請求権を被告銀行に対しても主張し得る可能性を説いて、事案を原審へ差し戻した。

［独42］BGH 16. 5. 2006（JZ 2006, S. 1067）

仲介人から不動産投資信託を勧められた原告は、まず賃貸借共益関係（Mietpool, Mietpoolgemeinschaft, Mieteinnahmegemeinschaft：投資家によって購入せられた不動産を運営し、その得られた利益を同共益関係の参加者へ配当する仕組の組織）へ参加し、その資金を得る前提として被告銀行と消費貸借契約を締結したが、しかし原告は投資リスクや採算性に関する仲介人の欺罔および同欺罔に関して生じる被告銀行の独自の

[39] この点について、Odersky, a.a.O. (Fn. 38), S. 1 f u. 40 f を参照。同法の成立に至る社会的背景について、野沢紀雅「ドイツ法における非嫡出父子関係の変遷－一八九六年民法から一九六九年非嫡出子法まで－」法学新報87巻７・８号（1980年）159頁の注20を参照。

[40] この点について、Odersky, a.a.O. (Fn. 38), S. 41 f を参照。

説明義務の違反を理由として損害賠償を請求した事案。BGH は、仲介人と被告銀行が制度的に協働している事案においては同銀行にも説明義務が課され得る旨を指摘し、事案を原審へ差し戻した。

［独43］BGH 20. 3. 2007（NJW 2007, S. 2396）

仲介人の勧誘に応じて節税目的で不動産を取得した原告は、資金を得る前提として被告たる銀行と消費貸借契約を締結したものの、同契約に基づく金銭支給の条件として賃貸借共益関係の参加が求められ、原告は同関係に参加したが、しかし後に原告が本件不動産の採算性あるいは収益性に関する仲介人の欺罔および被告の説明義務違反を主張した事案。被告の説明義務違反を理由として本件消費貸借契約の巻戻を認めた原審に反して、BGH は、仲介人の欺罔を認めつつ、被告の説明義務を肯定する前提として仲介人の欺罔あるいは本件不動産の実際の価値に関して被告が認識していた等の事情を要する旨を説示し、事案を原審へ差し戻した。

［独44］BGH 5. 6. 2007（NJW 2007, S. 2407）

原告は仲介人を通じて不動産投資信託に参加し、その前提として被告銀行と消費貸借契約を締結したものの、原告は同信託の目論見書に記載されていない手数料等を別途に支払わされ、この点に関する故意の秘匿を理由として損害賠償を求めた事案。BGH は、仲介人が123条２項の第三者に該当せず、さらに仲介人の欺罔が肯定されるなら、被告銀行も損害賠償義務を負い得る旨を説いて、事案を原審へ差し戻した。

［独45］BGH 10. 7. 2007（NJW 2007, S. 3272）

投資仲介人から不動産投資信託を勧められた原告は、これに参加する前提として、被告たる銀行と消費貸借契約を締結したが、しかし目論見書に明記されていない手数料等が判明し、原告が損害賠償および訪問販売法に基づく同契約の撤回を求めた事案。BGH は、与信銀行が顧客に対する仲介人の欺罔を積極的に認識していた場合には、同銀行も顧客に対して説明義務を負い、さらに本件における信託責任者と同銀行の制度的協働関係の存否も重要である旨を説いて、事案を原審へ差し戻した。

［独46］BGH 3. 6. 2008（NJW 2008, S. 2572）

投資目的物を販売する仲介人から勧誘を受けた原告は不動産の購入を決意し、被告銀行と消費貸借契約を締結したものの、同契約の締結条件として賃貸借共益関係の参加が求められ、この条件を原告は受け入れたが、しかし実際の配当額が最初に示されていた配当額を大きく下回ること等を理由として原告が説明義務違反を理由とする損害賠償を求めた事案。BGH は、本件の如き共益関係の参加に関する効果として契約全体の巻戻を認めることが不当であり、さらに銀行の説明義務を肯定する前提として必要な仲介人の欺罔行為に対する同銀行の認識も確認する必要性を説示して、事案を原審へ差し戻した。

［独47］BGH 3. 6. 2008（NJW 2008, S. 2576）

仲介人の勧誘に応じて節税目的で不動産を取得した原告は、資金を得る前提として被告たる銀行と消費貸借契約を締結したものの、同契約に基づく金銭支給の条件として賃貸借共益関係の参加が求められ、原告は同関係に参加したが、しかし後に原告が本件不動産の採算性あるいは収益性に関する仲介人の欺罔および被告の説明義務違反を主張した事案[41]。原告の主張を退けた原審に反して、BGH は被告が仲介人に対しても融資し、さらに仲介人によって作成された目論見書が客観的に不正確である等の事実から被告と仲介人の制度的協働関係が窺われる場合に

[41] 本件は時効の成立の有無も重要な論点として争われた。すなわち、原告の請求権の主張に対して、被告は199条１項２号に基づく同請求権の時効消滅を主張した。同条項は次のように規定する。

199条１項：法定消滅時効期間は、①請求権が発生し、②債権者が同請求権を基礎づける事実および債務者本人を認識し又は重大な過失によって認識し得なかった年の終了時点から開始する。

法定消滅時効期間は３年であって（195条）、本件売買契約および本件消費貸借契約は1998年に締結され、被告は2002年１月１日における時効の完成を主張した。原審は原告の請求権が199条１項２号に基づく時効の成立によって既に消滅した旨を説示し、これに対して連邦通常裁判所は同条項号の主観的認識を満たす前提として仲介人の欺罔から生じる諸事実に対する原告の認識等が必要である旨を指摘し、この点も確認させるために、事案を原審へ差し戻した。

は、仲介人の欺罔に関する被告の認識も推定され、この点を確認させるために、事案を原審へ差し戻した。

消費貸借契約の事例はドイツの裁判例48件の内で７件を占め、「その他の事案類型」を除けば、売買契約の事例に次いで多い。しかも、2000年以降に限れば、悪意の欺罔に関する主たる事例群であり、注目される。ただし、一連の不動産投資信託および賃貸借共益関係を前提として争われている消費貸借契約の諸事例は、欺罔者たる仲介人の言動それ自体の認定が争われているわけではなく、むしろ同仲介人と融資銀行の関係（仲介人の欺罔に対する銀行の第三者性）あるいは同仲介人の言動に対する融資銀行の認識（仲介人の欺罔に対する銀行の善意性）が争われている。しかも、消費貸借契約に関連する意思表示それ自体は訪問販売法によって撤回されており、この点において詐欺取消制度は活用されていない。むしろ、銀行の責任を基礎づける前提要件として、123条１項における悪意の欺罔が主張され、仲介人の悪意の欺罔を銀行が認識していたなら、その責任を認める、という観点から詐欺取消制度が援用されている。つまり、これら一連の諸事例は必ずしも本稿の主たる検討対象（欺罔者の認識や言動の内容）と直接的に関連しているわけではないのであるが（融資銀行と締結された消費貸借の効力が主たる問題であるから、仲介人の欺罔行為に関しては悪意の欺罔が問題として扱われているものの、これ点は必ずしも前面に出ていない）、しかし123条の適用が争われる近時の顕著な事例群である点に鑑みて（類似する日本の裁判例も存在する。この点は後述する）、取り上げた次第である。

もっとも、例えば［独41］は「投資契約と結び付いた消費貸借契約それ自体も、欺罔が当該契約の締結と因果関係を有していた場合には、民法123条によって取り消され得るのであり、なぜなら基金参加の仲介人も消費貸借契約の仲介人も与信銀行にとって民法123条２項の意味における第三者ではないからである」（WM 2006, S. 1070）という説示を加え、あるいは［独44］は「消費貸借契約それ自体も民法123条によって取り消し得るのであり、あるいは民法124条１項の取消期間が経過しているのであるならば、契約締結の際の故意の過責（vorsätzlichem Verschulden bei Vertragsschluss）に基づく損害賠償請求権を被告に対して主張し得

る」（NJW 2007, S. 2409）という説示を加えているのであって、ドイツ民法123条1項は全く無関係ではない（なお、詐欺取消制度と契約締結上の過失法理が使い分けられている一理由として、時効の問題が考えられる点について、前述214頁も参照）。

（2）日本の裁判例

①保険契約の事例

日本における保険契約の事例に関しては、基本的に戦前において争われ、その内容も商法の規定に関係し、ドイツの裁判例と比較検討する意義に乏しいから、概略に止める[42]（ドイツの裁判例の比較検討対象としては、先物取引の事例を取り上げる）。

民法典成立の当時の商法における保険契約の告知義務規定は一見すると詐欺の構成要件と重複するので、同規定と民法96条の関係が争われる事例が少なくなかった。1890年（明23）の商法は、この告知義務に関して次のように規定していた。

> 商法旧653条：保険者ハ被保険者カ契約取結ノ際重要ナル情況ニ付キ虚偽ノ陳述ヲ為シ又ハ其情況ヲ黙スルトキハ悪意アリタルト否トヲ問ハス契約ヲ解ク権利アリ但被保険者カ保険者ノ総テノ問ニ対シテ其知ル所ヲ竭シ且善意ニテ答ヘタルトキハ過失ナキモノト看做ス然レトモ保険者ノ有スル解約ノ権利ハ此カ為メニ妨ケラルルコト無シ

同条によれば、被保険者の主観的態様を問わないのであるから、この告知義務規定は制度的な不良危険排除を意図した立法であったのであろう[43]。ところが、同条は1899年（明治32）に改正され、次のように規定された（生命保険の部分）。

---

[42] 保険契約と欺罔に関連する事例が全て民法96条1項の詐欺として争われているわけではないものの、以下で取り上げる裁判例は原則として96条1項の詐欺が言及されている事案に限る。

[43] この点について、例えば倉沢康一郎『保険契約の法理』（1975年）277頁を参照。

商法旧429条：保険契約ノ当事保険契約者又ハ被保険者カ悪意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事実ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付キ不実ノ事ヲ告ケタルトキハ其契約ハ無効トス但保険者カ其事実ヲ知リ又ハ之ヲ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ此限ニ在ラス

この旧429条は、旧653条の但書を削除し、さらに当該保険契約の無効原因を保険契約者または被保険者の悪意または重過失に限定している。法律効果が「契約ヲ解ク権利」から「無効」へ変更された理由は必ずしも明確ではないものの[44]、いずれにせよ保険契約者または被保険者の保護が改正の趣旨であった[45]。

こうした改正の趣旨それ自体は、裁判例においても反映されている。例えば、次の判決が挙げられる。

［日47］大審院1907年（明40）10月4日（民録13輯939頁）は、小学校の教諭（保険契約者・被保険者）が自身の職業を貿易商と偽り、これを信じた生命保険会社（被告）が当該教諭と生命保険を締結し、後に同教諭の遺族（原告）が保険金の支払を求め、これに対して被告が商法旧429条に基づいて保険金の支払を拒絶した事案である。原審によれば、商法旧429条における「重要ナル事實又ハ重要ナル事項トハ生命保險契約ノ要素タル危險ヲ測定スルカ為メ必要ナル事實」を意味するが、しかし学校教諭と貿易商の間に危険の程度に大差なく、ゆえに商法旧429条に基づく無効は認められない。これに対して被告は、生命の危険のみが保険契約の要素を構成する危険を意味するのではなく、「被保險者ノ人違ナルヤ否ヤ無資力者ニアラサルヤ否ヤ詐欺ノ申込ニアラサルヤ否ヤ等何レモ保險契約ノ要素タル危險」である旨を理由として上告した。大審院は次のように述べて、被告の上告を退けた。「上告人カ本點ニ於テ論スル被保險者ノ人違又ハ詐欺ノ申込ノ如キハ民法總則ノ規定即チ同第九十五條又ハ第九十六條ニ依リ其契約ハ無効

[44] この点について、例えば倉沢・前掲注43・279頁を参照。

[45] この点について、例えば芳賀八彌「現行商法及修正商法ニ於ケル開陳責任」保険雑誌42号（1899年）４頁において引用されている起草者の見解を参照。

タリ又ハ之ヲ取消スコトヲ得可キモノタレハ此ノ如キ場合ニ商法第四百二十九條ヲ適用ス可キ謂ハレアラサルナリ」。

裁判所は、結果的に民法96条の適用可能性を示唆している[46]。民法96条と商法429条の適用領域が区別されることによって、本件における商法旧429条の適用を回避することができる。そして、商法旧429条の適用を回避することができれば、保険契約者または被保険者を保護することができ、前記の趣旨が全うされる。すなわち、保険者契約者または被保険者を保護するために、あえて民法96条の適用可能性が示唆されたのである[47]。

ところが、商法旧429条は1911年（明44）に再び改正され、次のように規定された。

---

[46] 本判決は、民法96条適用説として理解されている（例えば、田中誠二「五保険－（一）被保険者の既往症に關する虚偽の陳述と詐欺行爲との區別－（二）詐欺行爲に關する立證責任－（三）保險醫師の診斷上の過失が保險業者に及ぼす影響」判例民法（大正十一年度）21頁）。

[47] もっとも、こうした解釈は、民法96条が援用されれば、むろん無意味である。例えば、大審院1911年（明44）３月３日（民録17輯85頁）は［日47］と同様に保険契約における詐欺が争われ、しかも保険者によって民法96条および［日47］が援用された事案である。原審は、重要事項の告知義務に関しては「獨リ商法第四百二十九條カ絶対的ニ適用セラルルモノニシテ此範圍ニ於テハ民法總則詐欺ノ規定ノ適用ヲ除外スヘキモノト解」し、その理由を次のように述べる。「若シ假リニ同告知義務ニ關シ民法總則詐欺ノ規定ヲ適用シ得ルモノトセン乎保險者ハ保險契約ノ成立ヲ不利益トスル場合ハ必スヤ告知義務違背ニ随伴スル詐欺ヲ理由トシテ該契約ヲ取消スヘキヲ以テ同商法第四百二十九條但書ノ適用ヲ見ルヘカラサルニ至リ法カ同條但書ニヨリ保險契約者又ハ被保險者等ヲ保護セントスル趣旨ヲ没却スルノ結果ヲ生スレハナリ」（大審院の説示も同旨）。すなわち、裁判所によれば、商法旧429条但書が想定している保険者の落ち度が肯定される限り、民法96条の適用は許されない。それゆえ、裁判所は、保険契約者または被保険者の保護を図るため、民法96条の適用を否定したのである（本判決は、民法96条非適用説として理解されている（例えば、田中・前掲注46・21頁））。

商法旧429条１項：保険契約ノ当時保険契約者又ハ被保険者カ悪意又ハ重大ナル過失ニ因リ重要ナル事実ヲ告ケス又ハ重要ナル事項ニ付キ不実ノ事ヲ告ケタルトキハ保険者ハ契約ノ解除ヲ為スコトヲ得但保険者カ其ノ事実ヲ知リ又ハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ此限ニ在ラス

この条文改正によって、法律効果の「無効」が「解除」へ変更された。この解除は、いわゆる告知であって、遡及しない[48]。すなわち、無効であるならば保険者は収受した保険料を返還しなければならなず、新規の保険契約者の獲得に要した費用の回収も難しいが、しかし告知たる解除によれば契約の効力に関して保険者に選択権が与えられる。要するに、この改正の目的は、保険者の利益保護の強化であった[49]。

この点を反映した裁判例として、例えば［日48］大審院1917年（大６）12月17日（民録23輯2142頁）が挙げられる。

本件は、保険契約者たる上告人が被保険者の健康状態を偽り、保険者たる被上告人をして保険契約を締結せしめたものの、後に被上告人が上告人（欺罔者本人）に対して民法96の詐欺を理由として同契約を取り消した事案である。大審院は次のように述べて、民法96条の適用を認めた。「保險契約者又ハ被保險者ノ告知義務ニ關スル商法第四百二十九條ノ規定ハ保險事業ノ性質ニ鑑ミ保險者ニ對シ危險ノ測定ニ必要ナル材料ノ提供ヲ相手方タル保險契約者又ハ被保險者ヨリ受クルコトヲ得ヘキ特殊ノ權能ヲ付與シタルモノニシテ即チ保險者ノ利益ノ爲メニ設ケタルモノナルヲ以テ詐欺又ハ錯誤ニ關スル民法總則ノ適用ヲ除外スルモノニ非ス」、さらに「本件ノ如ク詐欺ニ因リ締結シタル保險契約ノ取消ヲ爲スニ付テハ民法第九十六條ノ規定ニ則ルヘク商法第四百二十九條第一項但書ノ支配ヲ受クヘキモノニ非ス」[50]。

---

[48] この点について、三浦義道『告知義務論』（1924年）268頁も参照。

[49] この点について、野津務『保険法に於ける「信義誠実の原則」（再版）』（1965年。初版は1934年）129頁、倉沢・前掲注43・279頁を参照。

[50] 商法429条但書の適用が否定されたなら、なぜ本件において同条が適用され

このように、先の商法改正は少なからず保険者の有利に作用しているようであるが[51]、しかし例外的な事例も存在する。例えば、次の事案が挙げられる。

［日49］大審院1917年（大６）９月６日（民録23輯1319頁）は、自己の既往症の事実を秘匿した保険契約者が保険者をして生命保険契約を締結せしめ、後に保険者が被保険者の相続人（欺罔者本人ではない）に対して同契約を取り消す旨の意思表示を為した事案である。原審は詐欺を理由とする保険者の取消権を認めず、さらに商法429条に基づく保険者の解除権も認めなかった。かかる原審の判断を是認した大審院は、次のように述べた。「詐欺トハ他人ヲシテ錯誤ニ因リテ或意思ヲ決定表示セシムル爲メニ故意ニ事ヲ隠蔽若クハ虚構シテ表示スルコトノ謂ヒナレハ假令保険契約者カ既往症ヲ告ケス却テ既往症ナキ旨告知シタル爲メ上告人カ之ヲ信シテ本訴契約締結ノ意思ヲ表示シタルニセヨ保険契約者ニ於テ上告人ヲシテ錯誤ニ因リテ契約締結ノ意思ヲ決定表示セシムル意思ヲ以テ其告知ヲ爲シタルニ非サル限リハ詐欺ヲ行ヒタルモノト謂フヲ得ス」、それゆえ「保険契約者ニ於テ既往症ヲ告ケス却テ既往症ナキ旨告知シタル事實アルモ當時同人ニ上告人ヲシテ錯誤ニ陥ラシメ之ニ因リテ契約締結ノ意思ヲ決定表示セシメントノ意思アリタルコトヲ認ムヘキ證據ナキニ付キ詐欺ヲ行ヒタルモノト謂フ

ず、民法96条の取消権が認められたのか。これは、おそらく本件が１ヶ月という解除権行使期間を徒過した事例であったからであろう。

[51] それ以外の商法改正後の裁判例として、大審院1914年（大３）６月５日（法律新聞950号30頁）および大審院1915年（大４）６月26日（民録21輯1044頁）が存在する。前者においては改正前と改正後の相違を説示しつつ、民法96条の適用が肯定され、詐欺の成立が認められた。後者においては「縦令告知義務者カ保険契約ノ當時重要ノ事實ヲ思ヒ浮ヘサリシトスルモ些少ノ注意ヲ用キハ之ヲ思ヒ浮ヘ得タリシ場合ナランニハ重大ナル過失ニ因リテ重要事實ヲ告知セサリシモノト爲ササルヘカラサル」という説示を下し、過失を広く捉え、保険会社の解除を認めた。こうした裁判例からも、保険者の利益保護の強化の傾向が窺われる。

ヲ得サル旨判定シタル」原院は正当である[52]。

［日48］と異なり、本判決は民法96条の適用を否定した。問題は、その理由と方法である。本判決の詳細な事実関係は必ずしも明確ではなく、このことは［日48］も同様であるから、両者を一概に比較することはできない。しかし、少なくとも、［日48］における保険者の訴訟相手方は欺罔者本人であるのに対して、［日49］における保険者の訴訟相手方は保険契約者・被保険者の相続人である、という点に相違が見られる。生命保険契約の性質から、その効力が争われる際には告知義務違反者（と目される者）が既に死亡していることは少なくない。それゆえ、欺罔行為の事実確認は困難であるし、確認し得たとしても、詐欺の非難を受けるべき本人は存在しない。加えて、従来から保険金受取人の保護の必要は説かれていたのであって[53]、それゆえ徒に同保険契約の効力を解消すれば、欺罔行為に関与しない相続人の保護が奪われかねない。この点に、本件において民法96条の適用が否定された理由が窺われるのである。

次に問題は、民法96条の適用を否定する方法である。商法の改正に伴い商法規定と民法96条の競合が否定されず、それでも保険契約者または被保険者の保護を図るなら、一方で96条の適用可能性を肯定し、他方で当該事案における96条の適用を否定しなければならない。それゆえ、本判決は、96条における詐欺の要件を操作し、故意要件を厳格に絞り込むことによって詐欺の成立を否定したのであろう[54]。本件は、96条の故意

[52] なお、原文における「中原幸之進」または「幸之進」を「保険契約者」へ書き換えた。

[53]「生命保険契約締結ノ動機ハ或ハ遺族扶助ノ爲ナルコトアリ」（佐竹三吾「保険金受取人ノ保護」法学志林８巻６号（1906年）16頁）、「元來保険金の受取人とは被保険者の死亡に付いて或程度の經濟的需要を感ずべき者である」からである（中川善之助「六 相続－保険金受取人の權利は當然相續の目的となるか？」判例民法（大正十一年度）27頁）。もっとも、保険金受取人の保護に関する議論は、同人と当該保険金に対する債権者との関係において説かれることが少なくない。

[54] 本判決と同種の裁判例として、例えば大審院1922年（大11）２月６日（民集１巻13頁）が挙げられる。本件は、被保険者が死亡した後に、同人と保険者が締結した保険契約に基づいて被保険者の妻たる被上告人が保険者に対して保険

要件を明示した（と一般に考えられている）最初の判例でもあり[55]、この意味においても注目される。

既に確認したように、ドイツにおいても保険契約における悪意の欺罔の事例は、保険契約者をして安易に詐欺者たらしめることを回避するべく、他の事例に比べて例外的な処理を受けた[56]。同様の傾向が、日本の裁判例からも看取されるのである[57]。

金を請求し、これに対して保険者が被保険者の告知義務違反を理由として保険金の支払を拒絶した事案である。原審は、被保険者が「悪意ヲ以テ」重要なる事項を告知しなかった事実を肯定しつつも、民法96条の詐欺の成立は否定した。これに対して、重要事項を「悪意ヲ以テ」虚偽告知した被保険者は保険者をして保険契約を締結せしめる自覚および希望をも有していたのであって、ゆえに本件において民法96条の詐欺は肯定されるべきである、という上告理由が主張された。大審院は、上告を退けて、次のように述べた。「原判決理由中ノ『悪意ヲ以テ』ト云フ文詞カ上告人ヲ誤信セシメントスルコトノ自覺又ハ希望ヲ意味スルモノニ非スシテ唯事實ニ反スルコトノ自覺ヲ意味スルモノナルコトハ判文前後ノ關係ニ照シテ明白ナルヲ以テ上告人カ其文詞ニ依據シテ被保險者ノ詐欺行爲ヲ論斷スルハ失當ナリ」。

本判決によれば、相手方を「誤信セシメントスルコトノ自覺又ハ希望」と「唯事實ニ反スルコトノ自覺」が区別され、商法旧429条の「悪意」は「唯事實ニ反スルコトノ自覺」を意味するが、しかし「唯事實ニ反スルコトノ自覺」は民法96条の要件を満たさない。本判決は民法96条における故意の内容について明言していないが、しかし同条において単なる自覚を超える要素（例えば、相手方を「誤信セシメントスルコトノ自覺又ハ希望」）が求められていることが推察される。本判決における保険者の訴訟相手方は、［日56］と同様に、欺罔者本人ではない。この点からも、本判決における故意内容の加重化は理解できる。

[55] この点について、松尾弘『叢書 民法総合判例研究 詐欺・強迫』（2000年）５頁以下も参照。

[56] この点について、本誌64巻１号137-138頁を参照。

[57] なお、それ以降の裁判例は少ない。96条１項の詐欺が争われた保険契約の事案として、高知地判1986年（昭61）11月26日（判時1252号101頁）および東京高判1991年（平３）10月17日（金商894号27頁）が存在する。両事案とも、いわゆる保険金詐欺の事例であり、保険契約者ないし被保険者と保険金請求者が同一であり、保険金請求者と欺罔者が同一であって、詐欺が肯定されている。

②労働契約の事例

［日50］東京地判1967年（昭42）４月24日（判時482号35頁）

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、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」。

［日51］東京地判1967年（昭42）７月17日（判時498号66頁）

いわゆる三菱樹脂事件の第一審。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および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。

［日52］東京高判1968年（昭43）６月12日（判時523号19頁）

いわゆる三菱樹脂事件の原審。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、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」。

［日53］最大判1973年（昭48）12月12日（判時724号18頁）

いわゆる三菱樹脂事件の上告審。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」（なお、差戻審において、和解が成立している）。

一連の労働契約の事例は、三菱樹脂事件を中心として既に検討し、この事件を通じて詐欺および違法性に関連する若干の議論も確認した[58]。この事件は、一般的には憲法の問題として取り扱われているし、加えて、それ以降において、この種の事例は見当たらない。

③認知に関する事例

詐欺に基づく認知の効力が争われた裁判例は、［日54］金沢地方裁判所1951年（昭26）１月31日（下民集２巻１号105頁）の一件のみである。次のような事案であった。

原告は被告から妊娠を告げられ、原告と被告は同棲を始めたものの、その直後に被告は子を出産し、それゆえ原告は子の父性に疑問を抱きつつも、認知したのであるが、しかし後に当該認知の取消しを求めた

[58] この点について、本誌64巻３号198頁以下も参照。

事案。原告は、被告が原告以外の者と性交渉を持たなかった旨を述べた、という主張を展開した。これに対して裁判所は、被告の子が原告の子ではないことを認定しつつ、しかし原告は被告の子の父性に疑問を抱いていていたのであるから、原告は詐欺に基づいて認知の意思表示を為したわけではない旨を説示し、原告の請求を退けた。

既に確認したように、この種の事例はドイツにおいて（少なくとも詐欺取消制度においては）現在は争われておらず、日本においても一件しか存在しない。

④消費貸借契約の事例

ドイツの裁判例と比較する観点から取り上げられ得る日本の裁判例として［日30］［日31］［日35］［日39］が存在する。これら諸事例は既に売買契約の事例として検討した。さらに、これら諸事例が、売買契約の事例の中においても、とりわけ投機的ないし投資的な特徴を有する事例である点をも既に確認した[59]。

⑤商品先物取引の事例

［日55］神戸地判1965年（昭40）11月５日（判時442号50頁）

証券会社に勤める原告は取引所の商品仲買人たる被告の社員Ａから勧誘を受け、その際にＡは一方で「委せてくれれば必ず儲かるという甘言を用い」、他方で具体的な運用方法について原告に説明せず、さらにＡが勝手に取引を実行した結果として損害が発生し、これに対して

[59] この点について、前述231頁を参照。なお、［日30］［日31］［日35］［日39］において、詐欺が認められた事例は存在しない。

投資目的の不動産取引という点において、ドイツの消費貸借の事例も日本の事例も類似する。この意味においては、ドイツの消費貸借の事例群も、売買の事例として取り扱うことは不可能ではない。ただし、ドイツの事例においては不動産投資信託の側面が強く、その前提として締結された消費貸借契約の効力が主として争われ、日本の事例においては消費貸借契約を前提ないし包含した不動産売買の効力が主として争われる。かかる差異に鑑みて、ドイツの事例は消費貸借の事例として、日本の事例は売買の事例として検討した。

原告がＡの詐欺を理由として本件契約を取り消した事案。裁判所は、Ａの言動を「相手の無知に乗ずる詐欺」として認定し、原告の主張を認めた。

［日56］大阪地判1972年（昭47）９月12日（判時689号104頁）

農産物の商品取引員たる原告の外務員Ａは「今が小豆の底値であって今後次第に値が上がり儲かる可能性が強く、今が絶好の買時であることを強調し」、この勧誘に基づいて被告は原告と穀物取引委託契約を締結したものの、相場は下がり続け、その結果として生じた損失金を原告が被告に求め、これに対して被告がＡの詐欺的勧誘を理由として本件契約の取消しあるいは不法行為に基づく損害賠償を請求した事案。裁判所は、一方で96条の詐欺を否定しつつ、しかし他方でＡの不法行為を認定したものの、過失相殺として損害賠償額の５割を縮減した。

［日57］東京地判1974年（昭49）４月18日（判時746号93頁）

商品外務員の経験を有する原告は商品取引員たる被告を通じて生糸および乾繭の買方針を維持していたものの、被告の従業員Ａ等は向い玉を前提として相場の下落を示唆する虚構の事実を原告へ伝え、この情報に基づいて原告は売方針へ転換したのであるが、しかし依然として相場が上昇を続けた結果として清算損を生じ、かくして原告が同従業員の詐欺を理由として方針転換の意思表示を取り消し、委託金証拠金（約１億円）の返還を求めた事案。裁判所は、向い玉を推認し、96条の詐欺を肯定し、原告の主張を認めた。

［日58］福岡地判1983年（昭58）４月26日（判タ501号185頁）

商品取引の経験を有しない原告は商品取引員たる被告の従業員Ａ等から勧誘を受け、その際に同従業員は原告に対して「二ヶ月程度で相当の利益をもたらし得るかのように説明し」、これを信じた原告は取引を開始したものの、結果として損失が発生し、この点について原告はＡの詐欺に基づく取消しあるいは不法行為に基づく損害賠償を請求した事案。裁判所は、96条における詐欺の成否について触れず、不法行為を認定した。

［日59］大阪地判1986年（昭61）５月30日（判タ616号91頁）

商品取引の経験を有さない訴外Ｚは被告Ａおよび被告Ｂから先物取引の電話勧誘を受け、その際に被告等は商品の大豆について「年末にかけて値上りが見込まれるから、これを買い付ければ利益が上がる」という説明を為し、かくして訴外Ｚは被告会社に商品取引を委託したのであるが、しかし大豆の相場の上昇に伴い売付の損失分が増大し、訴外Ｚが詐欺あるいは不法行為を理由とする各種請求を提起した事案。裁判所は、一方で96条の詐欺を否定し、他方で不法行為を認めたが、しかし３割の過失相殺も認めた。

［日60］東京地判1992年（平４）９月29日（判タ823号241頁）

先物取引の経験を有する原告は商品取引委員たる被告会社における従業員の被告Ａから勧誘を受け、その際に被告Ａは「絶対に儲かるから安心して任せてほしい。元本は保証する」旨を述べ、かくして原告は被告会社と商品取引委託契約を締結したのであるが、しかし最終的に差損が生じ、この点について原告が被告の詐欺あるいは不法行為を主張した事案。裁判所は、本件における元金保証契約の成立を肯定し、これを理由として不法行為を否定し、さらに詐欺も否定した。

［日61］東京地判1995年（平７）12月22日（判タ926号220頁）

商品先物取引の経験を有しない原告は被告会社の従業員Ａから先物取引の勧誘を受け、その際にＡは自ら「原告の出身大学の後輩である」旨の事実に反する詐言を述べ、後に原告は被告と売買基本委託契約を締結し、最終的に損金が発生し、原告が詐欺あるいは不法行為を主張した事案。裁判所は、出身大学に関するＡの詐言を認めつつも、これが勧誘の一契機に過ぎず、原告の意思を決定せしめた要因ではなかった旨を述べて、詐欺を否定し、その他の主張も認めなかった。

［日62］大阪高判2008年（平20）６月26日（判時2022号14頁）

被控訴人は商品取引員たる訴外Ａと委託契約を締結したものの、被控訴人はＡの従業員の不法行為に基づいて損害を被り、かくして被控訴人は当該損害の賠償を求める請求権を全て認容する確定判決（欠席判

決）を得たのであるが、しかしAは破産宣告を受け、それゆえ被控訴人は取引所たる控訴人がAと締結していた弁済契約（控訴人がAに代わり「委託により生じた債権」を弁済する契約）の内容として不法行為債権も含まれる旨を主張し、被控訴人は控訴人に対して既に認容された限度における損害賠償債権を請求し、これを原審は認めたが、しかし最高裁判所によって破棄され[60]、その差戻審において被控訴人がAの詐欺を理由として売買の効力の否定を求め、このことに基づいて委託者資産の引渡を求めた事案。裁判所は、Aの詐欺を否定し、被控訴人の請求を棄却した。

民法96条の詐欺が争われた先物取引の諸事例に関しては、既に簡単な検討を加えた[61]。1960年代から96条1項の詐欺が争われる先物取引が急増し、これは当時の経済事情に依拠した変化であった。もちろん、かかる経済事情の変容はドイツにおいても同様に見出され、ドイツにおいても先物取引に関連する被害は急激に増加した。ところが、ドイツにおける先物取引の事案は刑事詐欺（あるいは不法行為）の対象として論じられてはいるものの、ドイツ民法123条の詐欺取消制度においては争われていない（その理由は後述する）。

既に検討した保険契約・労働契約・認知・消費貸借の各事例群においても、それぞれ特殊性を有し、日・独の裁判例を安易に比較検討することはできない。そして、ドイツ民法123条の詐欺取消制度において先物取引の類型が争われていない状況を踏まえるなら、先物取引における両国の詐欺を比較・検討することも慎重でなければならないであろう。

しかし、市場経済における先物取引それ自体の重要性および商品先物取引という事案の類似性に鑑みれば、不法行為法であるにせよ、刑事詐欺であるにせよ、日・独における先物取引の事案を比較検討する意義は小さくない。そこで、引き続き、日・独における先物取引の事案を具体的に検討する。

---

[60] 最一判2007年（平19）7月19日判決（判時1983号77頁）。

[61] 本誌64巻3号206頁以下を参照。

第２項　裁判例の分析

（１）ドイツの先物取引

①取引所法と先物取引

日・独における先物取引の事案を具体的に検討する前提として、まずドイツにおける先物取引の経緯を確認する。

ドイツの取引所取引の歴史は古く[62]、先物取引は1816年から利用され始め、活発化したのであるが、しかし次第に訴訟も頻発し、差額取引（Differenzgeschäft）を賭博行為として判断した判決が少なからず散見され始めた。こうした判例の見解は民法典の起草においても影響を及ぼし、この問題は一時は取引所法の問題として委ねられたのであるが、しかし最終的にドイツ民法においても法典化されたのであった[63]。

ドイツ民法762条１項：賭博または賭事によって、拘束力は基礎づけられない。それゆえ、賭博または賭事に基づいて給付を受けた者は、拘束力が存在していなかったのであるから、返還しなくてよい[64]。

同条２項：この規定は、給付当事者が賭博の債務または賭事の債務の履行を目的として利得当事者に対する拘束力を引き受ける合意、とりわけ債務の承認に関しても妥当する[65]。

同（旧）764条：商品または証券の給付を内容とする契約が、合意

---

[62] その詳細について、山口博教『ドイツ証券市場史 取引所の地域特性と統合過程』（2006年）を参照。

[63] Norbert Engel, in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Buch Recht der Schuldverhältnisse, 1996, S. 379.

[64] Durch Spiel oder durch Wette wird eine Verbindlichkeit nicht begrundet. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat.

[65] Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schulanerkenntnis.

された価格と給付者から取得者へ給付された時点における取引所価格または市場価格の差額を支払うことにする意図のもとで締結された場合、その契約は賭博として看做される。このことは、一方当事者の意図のみが差額の支払に向けられていた場合であっても、かかる意図を他方当事者が知り又は知るべかりし場合は同様である[66]。

取引所先物取引は、同条における差額取引として理解され得た[67]。それゆえ、民法によれば、商品先物取引は契約的効力を有さず、そもそもドイツ民法123条における悪意の欺罔を理由とする取消可能性を争う必要が存しなかったのである。

しかも、1896年に制定された取引所法（Börsengesetz）[68]によって、先物取引の参加それ自体に一定の制約が課され、このことによって一般大衆の保護が図られていた。例えば、次の規定が挙げられる。

ドイツ取引所法（旧）66条1項：ある取引部門においてなされた取引所先物取引は、取引の締結時に双方の当事者が取引所登記に登録していない限り、債務関係を基礎づけない。

ところが、危険な取引から大衆を保護する、という取引所法の目的は次第に後退し、例えば1989年の改正によって一定の条件に基づいて個人

[66] Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht abgeschlossen, daß der Unterschied zwischen dem verinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teil an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen. Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß.

[67] Hans-Hermann Seiler, in: Ermans Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd., 1981, S. 1938.

[68] その内容について、松野尾裕「ドイツ帝国取引所法1896年6月22日」立教経済学研究44巻1号（1990年）125頁以下を参照。

投資家に対しても先物取引能力が認められた[69]。確かに、この改正によっても先物取引能力の付与は限定的であり、そもそもドイツ取引所法における規定（主として同法53条ないし56条）に対してドイツ民法123条を含めた意思表示に関する民法の諸規定は原則として補充的にしか適用されず[70]、しかもドイツ民法（旧）764条は依然として存続していた。

しかし、1990年代以降から金融市場を巡る状況が大きく変化し始め、とりわけ金融市場の現代的発展あるいは金融市場の自由化に伴い[71]、ドイツ民法（旧）764条の法理念に対する強い疑念が提起され[72]、2002年の第４次資本市場振興法によってドイツ民法（旧）764条が削除され[73]、さらに取引所法（旧）53条も削除されたのであった[74]。

以上の経緯から、先物取引の事案においてドイツ民法123条の悪意の

---

[69] ドイツ取引所法(旧)66条を修正したドイツ取引所法(旧)53条２項によれば、例えば損失リスクが特定できないこと、あるいはリスクの排除が不可能であること等の特定の注意事項が取引締結前に書面によって通知されている場合に、両当事者が商人ではなくても、その取引の拘束力を認める旨を規定する。こうした修正に至る経緯について、角田美穂子「金融商品取引における適合性原則－ドイツ取引所法の取引所先物取引能力制度からの示唆－（二）」亜細亜法学36巻１号（2001年）191頁以下、同「金融商品取引における適合性原則－ドイツ取引所法の取引所先物取引能力制度からの示唆－（三）」亜細亜法学37巻１号（2001年）91頁以下（特に111頁以下。ドイツ取引所法（旧）53条２項の全訳は111-112頁を参照)、同「ドイツ取引所法の『投機取引への未経験者の誘惑』に対する刑罰法規について」全国商品取引所連合会（編）『商品取引所論体系13』（2007年）268頁以下を参照。

[70] この点について、O.M. マイヤー＝ H. ブレーマー（高橋壽男＝小田和美 訳）『ドイツ取引所法』（1959年212頁）；Eberhard Schwark, Börsengesetz, 2. Aufl., 1994, S. 432を参照。

[71] こうしたドイツにおける展開について、例えば山田剛志『金融自由化と顧客保護法制』（2008年）48頁以下を参照。

[72] Engel, a.a.O. (Fn. 63), S. 379.

[73] 小宮靖毅「II. 第四次資本市場振興法の概説」日本証券経済研究所（編）『ドイツ第四次資本市場振興法の概要』（2005年）27頁も参照。

[74] 注69も参照。なお、取引所法（旧）88条は、有価証券取引法へ移された。この点について、久保寛展「ドイツ第四次資本市場振興法に基づく相場操縦規定の改正」同志社法学55巻７号（2004年）356頁以下を参照。

欺罔が比較的最近まで議論され得る状況ではなかった事情が理解されるであろう。もっとも、それ以降においても、先物取引の事案に関してドイツ民法123条の適用が争われた事例は、未だ見当たらない。

②刑法と先物取引

ところで、ドイツ取引所法は、意思表示の効力に関連する規定のみならず、刑罰に関する規定も置いていた。例えば、1896年のドイツ取引所法において、以下の規定が重要である。

> ドイツ取引所法（旧）78条：常習的に利得の意図を持ちつつ他人の無経験（Unerfahrenheit）または軽率を利用し、その他人の営業に属さない取引所投機取引へ唆す者は、軽懲役および15,000マルク以下の罰金に処する。加えて、公民権の喪失を言い渡すこともできる。

この規定は、しばらく大きな変化を見せなかった。しかし、ある指摘によれば、1970年から1980年の間に、ドイツ国内の個人投資家は、商品先物取引および商品先物オプション取引において、およそ10億ドイツマルクを超える損失を受けている[75]。かかる事態に鑑みて、1986年に第２次経済犯罪対策法[76]が制定され、これに伴い取引所法（旧）78条も以下のように改正された。

> 同法（旧）89条１項：業として取引所投機取引において他人の無経験（Unerfahrenheit）を利用しつつ同人を同取引へ唆し、あるいは直接的または間接的に同取引の参加を唆す者は、３年以下の自由刑または罰金刑に処する。

---

[75] この点について、Karl Lackner-Christian Imo, Zum Vermögensschaden bei betrügerishcen Manipulationen mit Warenterminoptionen, MDR 1983, S. 969を参照。

[76] 同法について、神山敏雄「西独における第二次経済犯罪対策法の制定」法律時報58巻11号（1986年）53頁以下を参照。

この規定では、従前の（旧）78条に比べて、一方において欺罔者の利得意図の要件および被欺罔者の軽率の要件が削除され、他方において無経験の利用の要件は維持されている。すなわち、詐欺の成立要件の緩和が図られつつ、被欺罔者の側の無経験という要素が重視されているのである。

同条の解釈によれば、利用される「無経験」は、被害者が取引所投機取引に関する理解および経験を有さず、自己の取引の意義を正確に評価できないことを意味し、初めて当該取引に手を出した者は原則として無経験者として看做される[77]。そして、同条の解釈によれば、無経験の「利用」は行為者が被害者の無経験に少なくとも取引締結の一要素として付け込むことを意味し、これは行為者の主観的要件をも意味するのであるが、しかし同要件の立証は困難であるから、その要件の存否を判断する際は具体的な契約締結の諸事情（例えば電話による販売、攻撃的な広告など）が参照される[78]。

こうした（旧）89条の趣旨は、前述した2002年の第４次資本市場振興法に基づくドイツ取引所法の改正においても引き継がれた。既に確認したように、ドイツ取引所法における意思表示に関連する規定および民法（旧）764条が2002年の第４次資本市場振興法によって削除されたのであるが、しかし取引所法における罰則規定は維持され、現在のドイツ取引所法23条および61条として、次のように規定されている[79]。

> ドイツ取引所法23条１項：業として取引所投機取引において他人の無経験（Unerfahrenheit）を利用しつつ同人を同取引へ唆し、あるいは直接的または間接的に同取引の参加を唆すことは、禁じられる。
>
> 同61条：23条１項に違反して他人を取引所取引へ唆し、または同取引への参加を唆した者は、３年以下の自由刑または罰金刑に処する。

---

[77] Schwark, a.a.O. (Fn. 70), S. 575.

[78] Schwark, a.a.O. (Fn. 70), S. 576.

[79] 同23条と（旧）89条の関係について、Wolfgang Groß, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., 2006, S. 97も参照。

問題は、こうした取引所法の刑罰規定とドイツ刑法263条（詐欺罪）の関係である。一般的に、両者は、いわゆる一行為数犯（Tateinheit）の関係に立つ規範として理解されている[80]。一行為数犯はドイツ刑法52条[81]において規定されており、同一の行為が複数の法律に違反する場合または同一の行為が同一の法律を複数回に亘り違反している場合を意味する（いわゆる観念的競合）[82]。そして、ドイツ刑法52条２項によれば、３年以下の自由刑を定めるドイツ取引所法よりも５年以下の自由刑を定めるドイツ刑法263条が適用されるのであり、この関係は改正前においても、すなわちドイツ取引所法（旧）89条とドイツ刑法263条の関係においても同様であった[83]（もっとも、後述するように、刑事詐欺として扱われる先物取引の事案においても、無経験の要件は重視されているのであり、この点において取引所法の影響は皆無ではない）。

残る問題は、刑事詐欺として扱われる先物取引の形態である。これまで、いかなるドイツの取引所においても、商品先物取引は認可されていなかった。それゆえ、ドイツの事業者は国外において執行される取引の仲介を業として活動する。しかも、従来の投機的な先物取引は相当の初期投資を要した。この意味においても、取引所における投機的取引は、大衆の一般投資家にとって手が出せない取引であった。しかし、こうした一般投資家を先物取引市場へ取り込むため、先物オプション取引等の特殊な取引形態が開発され、こうして取引所取引における一般投資家の

---

[80] Roland Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Bd., 2006, S. 262.

[81] ドイツ刑法52条１項：同一行為が複数の刑罰法規に違反し、または同一の行為が同一の刑罰法規を複数回に亘り違反する場合、一個の刑罰しか認められない。

同法２項：複数の刑罰法規に違反する場合、その刑は最も重い刑罰を威嚇する法律に従い決定される。その刑罰は、その他の適用可能な法律が認めている刑罰より減じてはならない。

[82] Ruht Rissing-van Saan, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2. Bd., 2006, S. 1345.

[83] Schwark, a.a.O. (Fn. 70), S. 577.

被害が誘発され[84]、そしてドイツ刑法263条の適用が争われる先物取引の事案が主として先物オプション取引であるのである。

ドイツ刑法263条の適用が争われる先物取引の事案が主として先物オプション取引である点は、日本法と比較する観点からも重要である。商品先物オプション取引は、オプションの買主（Optionsnehmer; Käufer）が契約締結時点における相場（基礎価格）にてオプションの売主（Stillhalter; Verkäufer）から特定の種類・数量の商品を購入し（買いオプション；Kaufoption）あるいは売却する（売りオプション；Verkaufsoption）権利を、当事者によって合意された価格（オプション価格：Optionspreis）にて売買する契約である。契約締結の後の相場が如何なる展開を示そうとも、オプション価格は支払わなければならない。それゆえ、例えば買いオプションの行使を考える投資家は、相場が上昇し、しかも、その上昇差がオプション価格を上回る場合にしか、正味の利益を得ることができない。かように複雑な取引を通じて素人の一般投資家が利得する機会は概して低く、その反面として高度な情報提供が不可欠であり、かかる情報提供の有無あるいは情報提供の程度を巡る紛争が後を絶たない[85]。さらに、商品先物オプション取引においてはオプション価格が重要な意味を持ち[86]、かかる価格の程度や設定方法に関連して争われる事案も少なくない[87]。

---

[84] 以上の取引形態の経緯について、BT-Drucks. 10/318, 1983, S. 47を参照。角田・前掲注69・（三）104-105頁も参照。

[85] 例えば、Jürgen Oechsler, in: Staudingers Kommentar, Buch 2, 2009, S. 161 ff. を参照。

[86] ドイツの刑事詐欺の事案として、仲介業者によるオプション価格の値上が欺罔行為として争われることも少なくない。この点も含めて、ドイツにおける先物取引の事案について、神山敏雄「西独における商品先物オプション取引をめぐる犯罪（１）（２）（３）（４・完）」判例時報1289号（1988年）３頁以下・同1290号（1988年）８頁以下・同1292号（1989年）３頁以下・同1293号（1989年）８頁以下を参照。

[87] 従来の議論状況について、例えばFrank Guido Rose, Betrug bei Warentermingeschäften-mehr Klarheit beim Vermögensschaden?-zugleich Anmerkung zu BGH, wistra 2008, 149-, wistra 2009, S. 289 ff. を参照。

以上を要するに、ドイツにおける商品先物取引の事案について、これまで民法の詐欺取消制度の適用を受けた事案は見当たらず、しかし他方でドイツ刑法263条の適用を受け[88]、その取引類型は先物オプション取引である。それゆえ、先物取引の事例に関しては、ドイツの詐欺取消制度と日本の詐欺取消制度を直接的に比較検討することはできないのであるが、しかし先物取引の事案がドイツおよび日本において詐欺の問題として重要な意味を持つことは否定されず、ドイツにおける先物取引の刑事詐欺事件から日本の詐欺取消制度に対して少なからず示唆が得られるはずである。以下では引き続き、両者の事例を検討する。

（2）裁判例の比較検討

①ドイツ刑事詐欺と先物取引事案

商品先物オプション取引に関連する近時の刑事詐欺の事案として、[独48] BGH 13. 11.2007（wistra 2008, S. 149）が挙げられる[89]。次のような事案であった。

1990年から商品先物取引業界において活動を続けていた被告人Kは1997年に商品先物オプション取引の仲介を業とする会社Fを設立

[88] ドイツ取引所法（旧）89条の目的は無経験の投資家の財産保護であり、同条はドイツ民法823条２項における保護法規として理解され（Schwark, a.a.O. (Fn. 70), S. 577）、さらに826条に基づく請求も可能であり、こうした関係は既に確認したようにドイツ取引所法23条１項においても基本的に変わらない。少なくともドイツの不法行為法における処理は詐欺それ自体として扱われているわけではない点に鑑みて、以下ではドイツ刑法における先物取引の事例を取り上げる次第である（なお、823条２項より、826条において争われる事例が多いように思われる。Oechsler, a.a.O. (Fn. 85), S. 161 ff.; 角田・前掲注69・「ドイツ取引所法の『投機取引への未経験者の誘惑』に対する刑罰法規について」274頁も参照）。例えば、近時の事例として BGH 22. 11. 2005 (ZIP 2006, S. 171) を参照（有価証券のオプション取引の事案であり、823条２項ではなく、826条が争われている）。

[89] それ以前の、特に取引所法（旧）89条および（現）23条に関する民事および刑事を含めた裁判例について、角田・前掲注69・「ドイツ取引所法の『投機取引への未経験者の誘惑』に対する刑罰法規について」296頁以下も参照。

し（その客層は取引所投機取引における無経験者であった）、そして主としてアメリカの取引所において活動し、さらに以前の同僚であった被告人Ｍも雇い入れ（かつてＫとＭは同じ企業に勤めていたのであり、当該企業の活動は当該企業の破産および当時の責任者に対する刑事捜査手続に伴い1997年に終了している）、そして被告人両名は執拗な電話勧誘を繰り返し、無経験者（Unerfahrener）をして利得機会が資本の喪失リスクを大きく上回る如く誤信させ（ある投資家に対しては85％という高い利得可能性を提示していた）、投機取引の締結へ誘引し、結果として複数の顧客に対して損害を生ぜしめた事案である。

地方裁判所はドイツ刑法263条の詐欺を理由として、Ｋを２年６ヶ月の自由刑に処し、Ｍを１年６ヶ月の自由刑（執行猶予付）に処した。

BGHは、次のように述べて、上告を退けた。「被告人両名は、アメリカの取引所における商品先物取引および商品先物オプション取引について、投資家の約80％がその資本を完全に又は部分的に喪失し、投資家の約20％しか利得を得ていないことを経験から認識していた。さらに、被告人両名は、やはりＦもその顧客等に対して有利な利得・喪失のリスクを達成させる状況になかった、ということを認識していたのである」。さらに、「地方裁判所が法的に問題なく為した確認によれば、被告人両名はＦの顧客等に対して、Ｆが追求する投資戦略およびＦの従業員の特別な知見に基づいて、Ｆが仲介する個別の取引所投機取引について、とりわけ反復的に投機的取引を行うことによって利得の見込みが喪失リスクを上回る、ということを意識的に真実に反して虚構したのである」。「こうした説明は、価値判断として位置づけられ、構成要件に該当する欺罔行為を意味しない過大な吹聴や予想ではない。むしろ、顧客に対するその発言は・・・・・・必要的な事実関連を含んでいるのである」。「かかる欺罔に基づいて、Ｆの従業員を通じて、判決に挙げられた28名の顧客の全員に、その目的に適う相応の表象が生じた。欺罔に起因する顧客等の錯誤の結果として、前記28名の顧客は、その財務助言に対する反対給付として差額および手数料という形で報酬を支払うべき契約上の義務をＦに対して負担することで、自身の財産を処分したのである」。そして、地方裁判所の理

解によれば、「これがなければ、つまり相当に大きい喪失の蓋然性を認識していたなら、顧客等はFに給付を求めなかったであろう、というのである」。なお、「判決理由は、取引所法（旧）89条（取引所投機取引の誘引）に対する被告人等の違反をも裏付けるものである」。

以上が事案と判旨の概要である。この裁判例から以下の要件が導かれる。第一に当該取引の高い損失リスク（例えば、投資家の約80％が損失を被り、約20％しか利得できない状況）を被告人が認識していること（以下では「第一要件」と呼ぶ）、第二に当該取引においても十分な利得を達成させ得ない状況を被告人が認識していること（以下では「第二要件」と呼ぶ）、第三に無経験の顧客に対して利得の可能性が損失リスクを上回る旨の説明を被告人が意識的に真実に反して虚構したこと（以下では「第三要件」と呼ぶ）、第四に第三要件の欺罔に基づいて顧客が錯誤に陥り、その結果として手数料等を支払う契約上の義務を負担し、これによって財産を処分したこと（以下では「第四要件」と呼ぶ）、第五に第三要件の欺罔なかりせば（換言するなら相当に大きい喪失の蓋然性を認識していたなら）顧客は反対給付を求めなかったであろうこと（以下では「第五要件」と呼ぶ）が必要である。

ドイツ刑法263条が予定する保護法益は個人的財産であって、自由ではない[90]。それゆえ、先物取引に関する刑事詐欺の事案において財産的損害は重要な論点であり[91]、第四要件を外すことはできない。ところが、

[90] かかる理解が支配的見解である。例えば、Peter Cramer/Walter Perron, in: Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, S. 2234.; Herbert Tröndle-Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 54. Aufl., 2007, S. 1738を参照。しかし、ドイツ刑法263条を財産のみならず、処分の自由あるいは真実に対する権利を保護する規範として理解する立場も存在する（この点について、Michael Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 82 ff を参照。かつて例えばフォイエルバッハも啓蒙期自然法学説に基づいて詐欺を真実に対する権利の侵害として理解していたのであり（本誌63巻５号42頁の注199）、この理解はドイツ民法123条の解釈に接近するが、しかし刑法学界において一般的な支持は得られていない）。

[91] この点について、Rose, a.a.O. (Fn. 87), S. 289 ff. を参照。

財産的損害に関連する第四要件は、民事詐欺において検討を要しない。ドイツ民法123条は意思決定自由を保護する規範的であって、直接的に財産的利益の保護を企図しているわけではないから、その要件として財産的損害を求めていないからである[92]。このことは、日本民法96条１項における詐欺も同様である[93]。

主観的要件に関しても、刑事詐欺と詐欺取消制度の詐欺は異なる。財産的損害が重要な意味を持つドイツ刑法263条の詐欺においては、詐欺の故意は客観的構成要件（欺罔、錯誤、財産処分および財産的損害）[94]の全体に及んでいなければならない、と言われている[95]。欺罔者は、欺罔によって被欺罔者の錯誤が引き起こされ、この錯誤によって被欺罔者が財産を処分し、この財産処分によって被欺罔者の財産が害されることを意識していなければならないのである[96]。さらに、ドイツ刑法263条は、上記の故意と並び、財産処分に関する欺罔者の主観的要件として利得意図（Bereicherungsabsicht）[97]も要求する[98]。しかし、民事詐欺においては

---

[92] ドイツ民法123条は「私的自治によって必要とされているように、法律行為上の自己決定は、意思形成が欺罔や強制から自由に行われ得る場合にのみ実現せられる、という考え方に依拠している。同規定は－刑法263条（詐欺）および刑法253条（恐喝）と異なり－財産を保護していないのであり、したがって財産的損害を要件としないのである」（Heinz Palm, in: Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Bd., 12. Aufl., 2008, S. 296）。

[93] 必ずしも明示的に指摘されているわけではないが、しかし明示的に損害の発生を求める見解も見当たらない。

[94] Cramer/Perron, a.a.O. (Fn. 90), S. 2186.; Tröndle-Fischer, a.a.O. (Fn. 90), S. 1739.

[95] Cramer/Perron, a.a.O. (Fn. 90), S. 2233.

[96] Cramer/Perron, a.a.O. (Fn. 90), S. 2234. もっとも、この故意は未必の故意で足りる。Hefendehl, a.a.O. (Fn. 80), S. 228 f.

[97]「意図（Absicht）は目的的な結果意欲を要するのであり、つまり利得（Bereicherung）が行為者にとって構成要件実現の主たる目的または必要的中間目的でなければならないのである」（Urs Kindhäuser/Sonja Nikolaus, Der Tatbestand des Betrug (§ 263 StGB), JuS 4/2006, S. 298）。意図（Absicht）と故意（Vorsatz）の関係について、本誌64巻１号107-108頁を参照。

[98] Cramer/Perron, a.a.O. (Fn. 90), S. 2234.; Hefendehl, a.a.O. (Fn. 79), S. 228 ff.

財産的損害を要しないから、故意の対象が財産的損害に及ぶ必要は存しないし、そもそも民事詐欺において利得意図を要しない点は既に確認した[99]。

なお、民法における詐欺取消制度は財産的損害の発生を要しないが、しかし意思表示の存在を要する[100]。もっとも、刑事詐欺において重要な要素の財産的損害は大抵は欺罔者と被欺罔者の間の契約から生じるであろうし、本件の裁判例も財産的損害は当事者間の契約から生じている旨を指摘しているのであって（第四要件を参照）、それゆえ本件においても当然に意思表示は存在していた。

確かに第四要件は錯誤の惹起を含み、これは民事詐欺においても重要な要件である。しかし、これは第五要件においても包摂されているから、問題は存しないであろう。むしろ、この点から、つまり錯誤の惹起および被欺罔者の決定自由に関連する点から[101]、民事詐欺の関係においては第五要件が重要な要件として登場する。

問題は、この第五要件がドイツ刑法263条の詐欺罪によって処断された先物取引事例において如何に判断されているか、である。これは第一要件ないし第三要件が関係しているであろうが、しかし第一要件を満たさない事例は基本的に考えられず、第二要件は各事例に応じて認定する他ない。残る要件は、第三要件である。

この第三要件は、客観的事実（「利得の可能性が損失リスクを上回る旨の説明」）および欺罔者の主観的態様（「意識的に真実に反して虚構した」）、さらに被欺罔者の事情（「無経験」）が複合した要件である。情報の虚偽性は欺罔として客観的構成要件の問題に属し、その欺罔者の認識

---

[99] このこともドイツの詐欺取消制度と日本の詐欺取消制度において同様である。本誌63巻６号288頁および本誌64巻２号274頁を参照。

[100] Palm, a.a.O. (Fn. 92), S. 308.

[101]「理由書自体は103条の法政策的根拠を、『意思決定の自由』は保護されるべきである、という点に認めている。しかし、理由書の意味における意思決定の自由を害するもの、それは錯誤である」（Ernst Zitelmann, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1890, 2. Theil, S. 43）。この理由書における103条は、現ドイツ民法123条の草案規定である。同条の起草過程について、本誌63巻５号64頁以下を参照。

は故意として主観的構成要件の問題に属することは刑事詐欺の一般的要件としても認められているのであって[102]、それぞれ客観的事実と欺罔者の主観的態様に対応し、このことは民事詐欺の要件としても通常は求められるのであるから、特殊な要件というわけではない。これに対して、第三要件における「無経験」は若干の確認を要する。

既に確認したように、この無経験要件は取引所法においても掲げられていた要件である。そこでは、取引所法（旧）89条１項[103]における「無経験」は被害者が取引所投機取引に関する理解および経験を有さず、自己の取引の意義を正確に評価できないこと、初めて当該取引に手を出した者は原則として無経験者として看做されること、そして無経験の「利用」の立証の困難に鑑みて、その要件の存否は具体的な契約締結の諸事情（例えば電話による販売、攻撃的な広告など）から判断されることが確認された。先物取引および取引所法に関連する近時の裁判実務においても無経験要件は重要な意味を持ち、以前に同種の取引において損害を受けていても（ある意味において経験者を意味し得たとしても）、あるいは先物取引の危険性について説明を受けていても（形式的な情報提供を受けていたとしても）、無経験の認定を下す裁判例が存在する[104]。確かに本件はドイツ刑法263条に基づいて処断されているが、しかし取引所法（旧）89条からも処断され得る旨も説示されており、無経験の解釈として取引所法の理解は無視されるべきではないであろう。本判決においても、執拗な電話勧誘の存在が肯定され、顧客の無経験も認定されているのである。

なお、無経験要件に関しては、ドイツ民法138条２項[105]も無視できない。

---

[102] Urs Kindhäuser/Sonja Nikolaus, Der Tatbestand des Betrug (§ 263 StGB), JuS 3/2006, S. 194を参照。

[103] その内容について、前述266頁を参照。

[104] この点について、角田・前掲注69・「ドイツ取引所法の『投機取引への未経験者の誘惑』に対する刑罰法規について」276-280頁を参照。

[105] ドイツ民法138条２項：とりわけ、誰かある者が、他人の強制状態、無経験（Unerfahrenheit）、判断力欠如または著しい意思薄弱を悪用し、自己または第三者のために、ある給付に対して財産的利得を約束または提供せしめ、その財産的利益が当該給付に対して著しい不均衡を生じる法律行為は、無効である。

ただし、取引所法（旧）89条が規定する可罰的な誘引行為に基づいて成立した取引所投機取引はドイツ民法138条２項によって無効にならない[106]、という解釈が有力である[107]。

以上を要するに、先物取引の事案においては、刑事詐欺特有の財産的損害を除けば、刑事詐欺と民事詐欺において類似した要件論が妥当する。ただし、「無経験」の要件は、これまでドイツ民法123条１項における悪意の欺罔が争われた事例において見られなかった。もっとも、既に確認したように、ドイツ民法123条１項においては先物取引が争われなかった事情が存在していたのであった。ドイツの民事事件として然るべき事案が見当たらないならば、「無経験」の要件が民事詐欺の問題として持つ意味の検討は、日本の詐欺取消制度において争われた先物取引の事案を通じて確認されるべきであろう。引き続き、かかる観点から日本の詐欺取消制度において争われた先物取引の事案を確認する。

②日本民事詐欺と先物取引事案

既に検討したように、［日55］［日56］［日57］は、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を示唆していた[108]。

こうした傾向に加えて、［日55］における被害者の経験・無経験の意義は必ずしも明確ではないが、しかし96条１項の詐欺が否定された［日56］の被害者は無経験者であり、96条１項の詐欺が肯定された［日57］の被害者は経験者であることから、裁判所の理解においては無経験の要

[106]「何故ならば、このような勧誘は、法律上の禁止および善良な風俗に違反（民法第一三四条、第一三八条）するものではあるが、取引自体に関して、この二つの違反が存在するとは限らないからである」（マイヤー＝ブレーマー・前掲注70・303頁）。Schwark, a.a.O. (Fn. 70), S. 577も参照。

[107] さらに、ドイツ民法138条２項の伝統的な（特に裁判実務の）理解によれば、専門的知識の欠如は必ずしも無経験を意味せず、この理解によれば先物取引における同条項の活用可能性は限界があろう（むしろ、こうした同条項の限界から、種々の改正議論が提起されもした。この点も含めて、大村敦志『公序良俗と契約正義』（1995年）216頁以下を参照）。

[108] この点について、本誌64巻３号209頁以下を参照。

件は必ずしも重視されておらず、むしろ被欺罔者の無経験という要件より欺罔者の主観的態度が重視されていることが窺われる。

換言するなら、無経験という事実は必ずしも詐欺を容易に認定させる要素として作用しない。例えば、［日58］［日59］［日61］［日62］は被害者が無経験者の事案であったが、しかし96条１項における詐欺は否定されている。残る［日60］においても、結局は詐欺は否定されている。

もっとも、96条１項の詐欺が否定されている［日56］［日58］［日59］においては不法行為に基づく損害賠償が認められている。すなわち、不法行為法に依拠した処理を行う点において、結果としてドイツにおける先物取引の処理と類似性が見られる[109]（もちろん、過失相殺の有無等に関して差異は認められるであろうが）。

しかし、少なくともドイツの不法行為法における処理は詐欺それ自体として扱われているわけではないから、問題は先物取引に関連するドイツの刑事詐欺における処理と日本の詐欺取消制度における処理の相違である。そこで、既に取り上げたドイツの刑事詐欺と比較検討する事例として、最近の［日62］を取り上げる。

［日62］は次のような事案であった。被控訴人は商品取引員たる訴外Ａと委託契約を締結したものの、被控訴人はＡの従業員の不法行為に基づいて損害を被り、被控訴人は当該損害の賠償を求める請求権を全て認容する確定判決（欠席判決）を得たのであるが、しかしＡは破産宣告を受け、ゆえに被控訴人は取引所たる控訴人がＡと締結していた弁済契約（控訴人がＡに代わり「委託により生じた債権」を弁済する契約）の内容として不法行為債権も含まれる旨を主張し、被控訴人は控訴人に対して既に認容された限度における損害賠償債権を請求し、これを原審は認めたが、しかし最高裁判所（最一判2007年（平19）７月19日（判時1983号77頁））によって破棄され、その差戻審において被控訴人がＡの詐欺を理由として売買の効力の否定を求め、このことに基づいて委託者資産の引渡を求めた。

[109] ドイツにおける先物取引の事例と不法行為法の関係について、前述268頁の注88を参照。

こうした事実に加えて、以下の事実も認定されている。Aは「平成12年10月ころから高利金融業者等からの借入れが増えて資金繰りが悪化していき」、「平成14年6月14日に一回目の不渡りを出したが、高利金融業者等からの借入れを継続して会社の延命を図り、多額の会社資金を仮払金という名目の下に役員、従業員及び第三者に交付し流出させて放置するという杜撰な経営処理を行っていたもので、同年11月29日には二回目の不渡りを出して倒産し」、その間に「先物取引はおろか株式取引の経験もなかった」被控訴人が商品先物取引をAに委託した経緯によれば、「平成14年3月20日ころ、被控訴人がA担当者（乙山）から先物取引の勧誘を受け、さらに、同月27日に勤務先に電話勧誘を受け、被控訴人が余裕資金がなかったためいったん断ったが、なおも乙山が『甲野の名前で登録しました。』『20口で200万円になる。』などと虚偽の事実を申し向け、被控訴人が『金がないと言っている。何でそんなことになる。』と抗議したのに対し、他の担当者（丙川）が『特別に160万円にさせてもらう、40万円は会社に言って対処する。』『既に登録してしまったので、何とか今晩9時までに用意してほしい。』『従業員を行かせますので。』などとやや強引に勧誘し」、さらに「担当者は『1ヶ月もあれば十分です。』『4月末には利益を付けてお返しします。』と述べた」。しかし、裁判所は、次のように述べて、Aの詐欺を否定し、被控訴人の請求を棄却した。「被控訴人は本件取引の勧誘当時33歳で自動車販売会社に勤務し、自動車販売の職務に従事していた者であって、商行為、経済的行為についての常識的な判断力は十分に備えていたとみられる者であり、このような者が、自分で全く了解していない契約について、一方的に『既に登録してしまった。』などという話をされて、その意味、内容も確認せずに信じ込み、契約締結を断れないと誤解し錯誤に陥ることによって本件契約の委託をなすに至ったとは、常識的にはにわかに考えがたいところである」。

この［日62］を［独48］と比較する。まず、［独48］から、第一要件として当該取引の高い損失リスクを被告人が認識していること、第二要件として当該取引においても十分な利得を達成させ得ない状況を被告人が認識していること、第三要件として無経験の顧客に対して利得の可能

性が損失リスクを上回る旨の説明を被告人が意識的に真実に反して虚構したこと、第五要件として第三要件の欺罔なかりせば（換言するなら相当に大きい喪失の蓋然性を認識していたなら）顧客は反対給付を求めなかったであろうことが確認された（詐欺取消制度において第四要件が不要であることは確認した）。

［日62］に限らず、事業者の側において第一要件を欠いていることは、通常は考えられない。さらに、［日62］において認定された事業者側の杜撰な経営管理から、第二要件も満たすであろう（少なくとも「不渡りを出した」という事実は利益を出せない企業である証左であろう。そして、［62］において第三要件の無経験は満たすし、「利得の可能性が損失リスクを上回る旨の説明」の要件も満たす（「担当者は『１ヶ月もあれば十分です。』『４月末には利益を付けてお返しします。』と述べた」）。問題は、「被告人が意識的に真実に反して虚構したこと」という要件である。

裁判所は、この要件について言及していない。このことは詐欺が否定されているのであるから当然であるが、しかし詐欺が否定された理由が問題である。裁判所は、既に引用した部分に加えて、「本件取引はＡが第一回目の不渡りを出す直前の時期であり、そのころのＡにおける取引の勧誘には相当の不法行為法上の問題点があったことは窺われる」という判断を示しつつ、被欺罔者の地位（「自動車販売の職務に従事していた者」）に基づいて詐欺を否定している。しかし、意思決定自由の侵害に表意者（被欺罔者）が気づかない点が（強迫と異なる）詐欺の特徴である[110]。しかも、裁判所は、被欺罔者の地位と取引成立後における手続過程の問題（『既に登録してしまった。』）を関連させるのみであって、契約成立前の過大な勧誘については言及していない（もちろん、被控訴人は、この点を主たる争点として主張している）。すなわち、「経済的行為についての常識的な判断力は十分に備えていたとみられる者」を理由として詐欺を否定する説示は、結果として自己責任（責任根拠の自由意思）を強調する意味しか持たず、その反面として意思決定自由の要保護性（違法根拠の自由意思）は軽視されているのである。

[110] この点について、本誌64巻３号222頁の注312を参照。

以上の検討から、日本の裁判所は一方で欺罔者の故意を容易に認めず、他方で被害者の自己責任を強調するのであって、日本の詐欺取消制度はドイツの刑事詐欺と比較しても、その成立が困難であることが理解される[111]。

日・独の裁判例の相違は一般事例においても既に検討したし、そこでは故意の認定の幅が両国の裁判例における大きな相違点であることを確認した。例えば、ドイツの裁判例においては、当該言明の虚偽性を明確に認識していなくても、「でたらめに（ins Blaue hinein）」為された言明から、故意が肯定されるのであった[112]。ドイツにおいては「でたらめに（ins Blaue hinein）」という要素を刑事詐欺の故意の要件として認める見解すら存在する[113]。こうした欺罔者の主観的要件に関する理解の相違が（明示的ではないにせよ）先物取引の事例においても日・独の相違として現れ、その背景として意思決定自由の要保護性に対する理解の相違が存在しているように思われるのである。

（未完）

[111] 先物取引において、96条1項の詐欺が争われる事例は、[日61]から最近の[日62]まで10年以上も空いている。この事実は、被害者側が詐欺取消制度の援用を諦めている証左であろうし（[日62]においても最高裁から差し戻されて初めて詐欺取消制度が援用されている）、このことからも96条1項の詐欺の成立の困難性が示唆されるであろう。

[112] この点について、本誌64巻1号112頁以下を参照。

[113] Tröndle-Fischer, a.a.O. (Fn. 90), S. 1784.