

詐欺罪における処分行為について

目次

- 第一章 議論の意味
 - 第一節 交付・処分行為における効果意思の問題
 - 第二節 問題の設定
- 第二章 財貨移転秩序論と法律行為制度
 - 第一節 財貨帰属秩序と財貨移転秩序の区別
 - 第二節 財貨移転秩序の形成モデル
 - 第一款 私的自治と意思自治
 - 第一項 「福祉国家」における私的自治の保障
 - 第二項 意思モデルと合意モデル
 - 第二款 法律行為の客観的解釈
 - 第三款 当事者意思との関係づけの試み
 - 第四款 表示意識の要否をめぐる議論

加藤 正明

第三章 民事詐欺不法論の展開

第一節 民法九六条の成立過程

第二節 民法九六条のドイツ式解釈の通説化

第三節 「詐欺的」取引における制度間競合問題

第一款 問題の所在

第二款 情報提供義務論による意思表示の効力否定

第三款 「合意の瑕疵」論の登場

第四章 民事詐欺不法論の刑事詐欺不法論への投射

第一節 ボワソナード私案と刑法二四六条

第二節 詐欺罪の保護法益をめぐる効用説と自由説

第三節 効果意思の要否の段階的検討

第五章 結語

第一章 議論の意味

第二節 交付・処分行為における効果意思の問題

一 詐欺罪（刑法二四六条）は、欺罔を手段として被欺罔者に財物を交付させたり、財産上の利益を移転させたりする罪であり、本罪が成立するためには、被欺罔者による、財物の場合にはその占有を移転する「交付行為」、財産上の利益の場合には行為者または第三者に利得させる「処分行為」が必要である。⁽¹⁾ 交付行為が欠けるときは、たとえ欺罔を手段として財物の支配を自己または第三者に移転させても、それは窃盗罪（同法二三五条）の問題とされる。他方、客体が財産上の利益の場合、利益窃盗は不可罰なので、欺罔と利得とのあいだに処分行為が存在しなければ、財産犯が成立しないことになる。

交付行為が成立するためには、少なくとも、被欺罔者による問題の行為が、それ自体として、財物の占有の移転をもたらしものでなければならぬ。⁽²⁾ 例えは、デパートの紳士服売場で、試着すると偽って試着室で着替え、隙をみて商品を着たまま売場から逃走したという場合、たしかに、店員に対する欺罔は認められるし、これを手段として行為者は洋服の占有を取得しているけれども、店員は洋服の占有を移転する行為をおこなってはいないので、詐欺罪ではなく、窃盗罪が成立する。当該欺罔行為は相手方の占有を「弛緩」させたにすぎないというわけである。

これと並行的に、処分行為は、それ自体が、財産上の利益を行為者または第三者に確保させるものでなければならぬ。この点、判例によれば、債務者が債権者を欺罔して履行請求をさせなかった場合に、債務者が履行の督促を一時的に免れただけでは、彼は財産上の利益を得たとはいえないとされる。債務の全部または一部の履行、あるいはこ

れに代替する、もしくはこれを担保する何らかの具体的措置をとることを債務者に要請せざるをえない「特段の情況」があつたにもかかわらず、債権者が履行の督促ないし要求をしなかつたことが必要だといふのである。^③これは「そのような情況のないかぎり、処分行為があつたとはいえない」との判断を示したものと解される。^④

二 問題は、外形的には処分（交付）行為がおこなわれているけれども、それに対応する、民法学にいうところの内心的効果意思が欠ける場合である。平場安治は、処分行為を被欺罔者に帰属するためには、処分行為が彼の「意思」により支配されていなければならぬとして、被欺罔者の意思支配を、(1)処分行為をおこなう意思（行為意思）はあられるけれども、処分行為の結果については認識を欠く場合、(2)処分行為の結果を生じさせる意思（処分意思）も認められるけれども、「それが理由のない不利益をもたらしこと」についての認識を欠く場合、(3)自己に不利益が生じること容認しながらも、「処分行為をするに至った動機に錯誤がある」場合の三段階に分けている。^⑤これに従えば、被欺罔者の「意思支配」は、少なくとも(1)の段階に至っていなければならぬとしても、^⑥(1)の段階で十分なのか、それとも、(2)の段階にまで至る必要があるのかという争いである。

効果意思必要説は、個別財産の処分行為である以上、それは被欺罔者の「意思」にもとづくものでなければならず、したがって、彼は処分結果を少なくとも認識していなければならぬと解するようである。かつて同説を積極的に打ち出したのは目的的行為論をとる平場、福田平であり、彼らの行論には、処分結果を終局的目的とするのでなければ、もはや処分「行為」とはいえないという概念把握が前提されているようにも思う。^⑧それでも、最高裁が傍論ながら、効果意思必要説に立つかのような判示をしたこともあつてか、学説では効果意思必要説が、少なくともかつてまでは多数説だったようである。^⑩

なお、民法学では、効果意思は動機から区別されており、この点に思いを致せば、効果意思必要説からも、一定の

範囲で、「無意識的交付行為」に効果意思の存在を認めることは可能なように思われる。平野龍一は、例えば、箱ごとの魚の競り売りにおいてひそかに甲箱から乙箱に魚を何匹か移しておき、そのままの値段で乙箱を買い受ける場合は、窃盗ではなく詐欺にあたるけれども、隠し入れられたのが乙箱の魚とはまったくちがう物である場合は、事情を異にすると述べている。⁽¹¹⁾ 前者の場合は、売主の意思は「乙箱在中の魚を売る」というものであり、その容量に関して売主が思い違いをしていたとしても、それは動機の錯誤にあたる。そのかぎりで、買主（行為者）が「乙箱在中の魚」の所有権ならびに占有権を取得することに問題はない。山口厚は、箱の中の魚ではなく「魚入りの箱」を、その「価値について欺罔」されて交付したものと構成し、これを効果意思必要説の「緩和」とするが、その必要はないだろう。⁽¹²⁾

効果意思不要説は、およそ何かを交付するという意思さえあれば、当該財物に関する効果意思が欠けていても、交付行為を認めてよいとする。平野による前記設例でいえば、乙箱に売主の財布、あるいはとくに高価な魚を忍ばせたという場合にも、売主には乙箱と魚の占有を移転する意思はあるから、彼は財布も——無意識に——交付したということになる。したがって、効果意思必要説との相違は、当事者間の合意の範囲をこえる占有の移転を詐欺罪における「交付」の概念に含める点にある。この点、山口は、上述の「緩和」を推し及ぼせば、「交付意思の内容は交付の対象物をいわば全体として覆うものであればよく、その意味で、「物・利益の外形的移転の意思・認識」がある場合には効果意思を認めることができるというが、⁽¹⁴⁾これは必要説を放棄したに等しいものと思われる。その程度の「意思・認識」は不要説も要求するところだからである。

三 現在の学説は、効果意思不要説のほうがむしろ有力とみられるが、同説の支持者は、理論的正当性よりも結論の妥当性に依拠する傾向にある。⁽¹⁵⁾ 窃盗罪には軽微窃盗を捕捉するための罰金刑の選択肢があることを除けば、窃盗罪

と詐欺罪は法定刑が等しく、そのかぎりでは、交付行為の成否は罪名の相違をもたらすにすぎない。これに対して、客体が財産上の利益である場合、事は可罰性の限界に関わる。この点、例えば上述の、債権者を欺罔して、債務履行確保のための具体的措置を債務者に要請するのを見合わせさせたという場合に、これを詐欺利得罪として処罰すべき点に争いはないところ、債権者に債務免除の意思はないので、効果意思必要説からは、不当にも処分行為、したがって詐欺利得罪の成立が否定されることになる。本罪を成立させるためには、効果意思不要説に立ち、履行請求等の不作為が「無意識的な債務免除」にあたるかと解する必要がある、と。

効果意思必要説の内部でも、詐欺利得罪における結論の妥当性の確保のためか、同説の「緩和」が主張されている。井田良は、詐欺騙取罪については、窃盗罪との区別のために効果意思必要説をとりながら、詐欺利得罪については、「事実上相手方に利益を与える」という程度の認識が被欺罔者に存すれば足りると述べる¹⁶⁾。山中敬一は、詐欺騙取罪、詐欺利得罪ともに、「意識的処分行為」が必要だとはしながらも、「客体」の意識と「移転」の意識とを区別し、詐欺利得罪においては、姿形のない利益は財物のように携行することで「客観的事実的支配」を及ぼせないため、これに対する「支配力・影響力は、現実的監視可能領域を離脱した時点で消滅する」。つまり、財物の場合には、交付行為により相手方が占有を取得することの認識が必要だけれども、利益の場合には、処分行為により相手方が利益を取得することの認識は必要なく、「現実的監視可能領域」から離脱させる意思で足りる。したがって、債務免除のような法律行為だけでなく、「債権実現」の「事実的可能性」の確保」を意識的に放棄するだけでも、財産上の利益は行為者等に「帰属する」のであり、この点をもって、利益の「移転」に関する意識は認められるのだとするのである¹⁷⁾。このような交付・処分行為の二元的構成を「二分説」とよぶことにする。

二分説に対しては、「客体の相違によって詐欺罪の構造理解を変えるのは不当だ」とする批判が向けられる¹⁸⁾。たし

かに、わが国の刑法典は客体によって項を分けているから、文理解釈上の問題があるわけではないけれども、平野のいうように、「別項になっているとはいえ、同じ詐欺罪である以上」、客体の相違をこえた統一的な詐欺概念の構築が解釈論的には望ましい⁽²⁰⁾。また、山中説は、要するに、占有が効果意思をもって「移転させる」ものであるのに対して、利益は任意の行為の結果として、誰かに「帰属する」ものだから、必ずしも効果意思は必要ないとするものだろうが、利益が無形だからといって、どうして、それを誰かに「帰属させる」意思を問題にしなくてよいのかが明らかでなく、その点で、論理の飛躍があるように思われる。

四 交付行為においても効果意思不要説をとる場合の懸案は、窃盗罪との区別の明確性である。山口が必要説を「緩和」してもなお効果意思にこだわるのは、以下の二点において、「被欺罔者の行為の客観面を観察するだけでは、交付行為を限界づけられない」と考えるためである。

第一、効果意思不要説は不作為による交付行為と占有移転の甘受の区別に困難をきたす。例えば、差押えと偽って、占有者に物の搬出を甘受させる行為は、詐欺罪ではなく窃盗罪を構成するとされる。このことは、効果意思必要説によれば、「占有喪失は被欺罔者の意思にもとづかないからだ」と容易に説明がつくけれども、効果意思不要説からは、占有移転の甘受と不作為による交付行為の区別は、「引き渡さない」という選択肢(可能的自由)が被欺罔者にあつたかどうかによることになる。ところが、差押えの偽装では、被欺罔者はそのような選択肢がないと思っただけであり、それは「被欺罔者にとりその主観において占有を移転するか否かの意思決定の自由がない場合を越えて、被欺罔者の主観的意思を考慮する」ことを意味する⁽²¹⁾。

第二、そもそも、不作為による交付行為と占有の弛緩の区別も、効果意思不要説からは困難である。山口によれば、占有の弛緩も、占有移転の時点で占有者がこれを阻止しえた場合には、彼は無意識的に不作為による交付行為をおこ

なっているものであり、したがって、詐欺騙取罪の成立を「肯定しない理由はない」。しかも、占有を確保する可能性が完全には失われていないときは常に「無意識的」交付を認めることができる以上、窃盗罪と詐欺罪の競合を認めないかぎり、置き引きのように、「ただ単に不注意な人から物の占有を奪取する行為」は、「交付行為があるから窃盗罪ではなく、欺罔行為がないから詐欺罪としても不可罰であることになる」。この結論は支持できない。²²⁾

注

(1) 一般的な用語法ではないけれども、本稿では便宜上、財物を客体とする処分行為を、刑法三三五条の文言に従い、とくに「交付」行為とよび、財産上の利益を客体とする処分行為を「処分行為」とよぶことにする。

(2) 山中敬一「詐欺罪における「処分行為」に関する一考察」阿部純二先生古稀祝賀『刑事法学の現代的課題』(第一法規、二〇〇四)三一九頁によれば、ドイツでは、処分行為を「直接に財産の減少に導く作為・受忍・不作為」と定義することには争いがないとされる。「占有の終局的移転」と表現するのは、西田典之「刑法各論〔第六版〕」(弘文堂、二〇一三)一九六頁。直接性を要件とすることに反対するものとして、林幹人「詐欺罪における処分行為」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・各論』(日本評論社、一九九六、初出一九九四)二二八～二九九頁。訴訟詐欺の場合、占有移転を直接生じさせているのは執行官の行為であるが、処分行為するのは裁判官だと解されていることを例にあげるとともに、「直接性の要件はその理論的な根拠も明らかでない」とする。林(幹)の指摘に答えれば、直接性の要件は、被欺罔者の行為と構成要件の結果たる占有侵害とのあいだの相当因果関係をあらわすものであり、したがって、訴訟詐欺において裁判官の行為が処分行為とされるのは、確定判決の拘束力ゆえ、占有移転が客観的に予測可能だからではないかと解される。

(3) 最判昭和三〇年四月八日刑集九卷四号八二七頁。

(4) 中森喜彦「二項犯罪における財産上不法の利益と処分行為」西原春夫ほか編『判例刑法研究第6巻』(有斐閣、一九八三)二九〇頁。これに対して、内田文昭「財産犯における二項犯罪と処分行為」ジュリスト五〇〇号(一九七二)四一九頁は、一時免脱の「利得」性を否定したものとみて、他方で、処分行為は実体的な内容をもたない「不法利得」への「連結点」にすぎないと解する。同『刑法各論〔第三版〕』(青林書院、一九九六)三〇九頁も参照。

(5) 平場安治「詐欺罪における被欺罔者の処分行為」同『刑法における行為概念の研究』(有信堂、一九六一、初出一九五四)一九七～一九八頁。類似の分析をするものとして、辰井聡子「判批」『刑法判例百選Ⅱ〔第五版〕』(有斐閣、二〇〇三)九六～九七頁。

- (6) 橋爪隆「詐欺罪(上)」法学教室二一九三号(二〇〇五)七六頁によれば、「占有が移転する段階の外形の状況を被害者の意思がカバーしていること」は、効果意思不要説においても「当然の前提とされている」。
- (7) 平場・前掲『研究』一九八頁、團藤重光編『注釈刑法』(有斐閣、一九六六)二〇〇頁(福田平)。
- (8) 内田・前掲『各論』三一九頁は、処分行為を目的的行為とみなしたため、「処分行為は利益移転を確認するための因果的契機にすぎない」として、効果意思不要説を支持する。
- (9) 無銭宿泊の場合に、詐欺利得罪における財産上の利益の移転は被欺罔者の「意思」によるから、欺罔による債務免脱が詐欺利得罪を構成するには、被欺罔者に「債務免除の意思表示をなさしめることを要する」と判示したのがそれで、ただし、無資力かつ支払意思のないまま、宿泊飲食したという事実であり、宿泊飲食のサービスの提供を受けた時点ですでに詐欺利得罪が成立していたために、上記判示は傍論にとどまった(最決昭和三〇年七月七日刑集九卷九号一八五六頁)。もともと、調査官解説によれば、右判示部分は、債務免除の利益を得たとするためにはその旨の意思表示を要すると述べたまでのことで、「それ以外の事実的処分行為を除外することを表明したものではない」とされる(寺尾正二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和三〇年度』(法曹会、一九五六)二〇三頁)。
- (10) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第一三卷(第二版)』(青林書院、二〇〇〇)一三二頁(高橋省吾)。
- (11) 平野龍一「詐欺罪における交付行為」同『犯罪論の諸問題(下)』(有斐閣、一九八二、初出一九八一)三三三六頁。
- (12) 山口厚「詐欺罪における処分行為」『平野龍一先生古稀祝賀論文集・上巻』(有斐閣、一九九〇)四五四〜四五五頁。
- (13) 鈴木左斗志「詐欺罪における『交付』について」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・上巻』(有斐閣、一九九八)五三二頁は、山口のように「視点を転換してよいのか、その根拠はどこにあるのかがはっきりしない」とする。
- (14) 山口「詐欺罪における交付行為」同『問題探究・刑法各論』(有斐閣、一九九九、初出一九九八)一五二〜一五三頁。
- (15) 例えば、中森『刑法各論(第三版)』(有斐閣、二〇一一)二二二頁、西田典之『刑法各論(第六版)』(弘文堂、二〇一一)一九六頁。
- (16) 井田良「処分行為(交付行為)の意義」『刑法の争点』(有斐閣、二〇〇七、初出二〇〇〇)一八三頁。
- (17) 山中・前掲『阿部古稀』三三三〜三三四頁。
- (18) 山口・前掲『探究』一四八頁。
- (19) なお、山口「コメント①」『理論刑法学の最前線Ⅱ』(岩波書店、二〇〇六)一三九頁。刑法二四六条一項が、「利益を交付させた」でなく「財産上不法の利益を得た」と規定しているのは、詐欺を行為者の側から眺めたという以上の意味はなく、二分説を「許す手

がかりを与えるものとは考えられない」とする。

(20) 平野・前掲『諸問題(下)』三三七頁。

(21) 山口・前掲『平野古稀』四四九～四五〇頁。すでに、物の占有ないし財産上の利益移転の「忍受」を詐欺罪の捕捉対象から除外するために、効果意思の必要性を説いていたのは、平場・前掲『研究』二〇三～二〇四頁。

(22) 山口・前掲『探究』一五〇頁。なお、山口・前掲『平野古稀』四五〇～四五二頁は窃盗罪と詐欺罪の競合を認めていた。

第二節 問題の設定

一 効果意思不要説には、窃盗罪と詐欺・騙取罪の競合を認めるものがある。

交付行為の有無によって両罪を区別することに対しては、林幹人が、「罪数論を先取りして、詐欺と窃盗が競合しないように構成要件解釈をほどこすのは、本末転倒だ」との批判を向けている。構成要件解釈は「当該犯罪の本質・目的に照らして論定されるべきであって、別の犯罪が成立するか否かによって動かされるべきではない」。交付行為も処分行為と同様、詐欺罪として処罰すべき範囲を限定するために存在するのであり、結果的に窃盗罪も成立する場合には、罪数論で処理をすればよい。もともと、詐欺罪と窃盗罪はどちらが重いともしえないので、「裁判所としては、どちらの罪でもよいが、いずれか一方の罪でのみ処断するべき」と解せば足りる、というのである。⁽²³⁾

林(幹)は効果意思不要説を支持する。彼によれば、詐欺罪は「公正な取引を確保することによって、財産を保護しようとするもの」だから、相手方が「取引」に入ったといえる場合、すなわち、「財産移転について意思決定をしているという意識」、さらに、「財産移転について『自由に』意思決定をしたという意識」がなければ、交付・処分行為とはいえない。したがって、差押えを偽装して占有移転を甘受させても、窃盗罪が成立するにとどまるのは、そこに

財産的取引関係を認めることができなからだということになる。逆に、そのような意識さえあれば、「自己の交付する財産の内容、その量・質について、全面的に意識が及んでいないとしても」詐欺罪の成立が認められてよい。²⁴⁾

ただ、ここで合わせ確認されるのは、林(幹)が詐欺罪を全体財産に対する罪ととらえていることである。財産犯は、その旨規定されている背任罪(刑法二四七条)だけでなく、近時学説の多数により財産的損害が書かれざる要件とされている詐欺罪、さらには窃盜罪までも、全体財産の減少(差損)を構成要件の結果とするものだと彼は説き、個別財産の喪失(物の占有喪失、財産上の利益の移転)と引き換えに相当の対価を得たのならば、構成要件の結果の発生は認められないとするのである(個別財産説に対する全体財産説²⁵⁾)。したがって、行為手段(欺罔行為)と構成要件の結果(全体財産の減少)のあいだの「中間結果」たる、交付行為の下地には、行為者と被欺罔者とのあいだの交換関係(取引)が横たわっているように思われる。

二 林(幹)説には、次の二点の疑問を投げかけることができる。

第一、窃盜罪と詐欺罪の「競合」は、法条競合のうちの択一関係なのではないか。択一関係は、不法内容を異にする罰条Aと罰条Bが同時に適用可能かのようにみえるが、処罰体系上、罰条Bのみが適用されるべき場合をいう。したがって、たしかに、詐欺騙取は欺罔を手段として相手方に財物を交付させて占有を取得するものであり、相手方から占有を奪取している点では窃盜を構成しうる事実も存するけれども、この場合は、刑法二四六条一項のみが適用されると解することもできるのである。これに関して、佐伯仁志は、窃盜と詐欺の競合を認めながら、「詐欺罪の成立要件とは別個に」、例えば、交付行為がそれ自体として占有移転の効果を有するかという直接性の有無により、「具体的な事案において窃盜と詐欺のどちらがより重要であったかを判断する」ことはできないかと述べている。²⁶⁾ そのように迂遠な手順をとらなくとも、両罪を択一関係とし、——占有・利益移転の直接性をそなえた——交付行為の有無によ

って適用罰条を決めれば足りるように思う。

ならば、交付行為は問題の所為の不法内容に関わるとともに、窃盗不法は交付行為の有無において詐欺不法から区別されるのではないだろうか。林(幹)は「およそ一つの要件は一つの目的にのみ奉仕しうる」とするが、そうとは限らないのである。ひるがえって、詐欺罪は「窃盗の間接正犯のうちで一定の類型(被害者の瑕疵ある意思を利用する類型)を取り出して処罰したもの」という佐伯(仁)の理解も、端的にすぎることになる。山口が上記理解に対して指摘するように、²⁹⁾ 反対給付の内容に関して欺罔があった場合には、占有移転したいについては錯誤は存在せず、したがって、そのような行為が詐欺を構成するとしても、これを窃盗罪の間接正犯の一種とみることはできない。交付行為は、詐欺不法に固有の要素であって、交付行為の内容規定から、単なる占有・利益侵害をこえたものとしての、詐欺不法が語られるのである。³⁰⁾

第二、交付・処分行為を「取引行為」と内容規定するのに、全体財産説を支持する必要があるのか。林(幹)が同説を支持するのは、次の理由からである。個別の財物・利益の喪失をそれ自体として「損害」(＝構成要件的结果)ととらえることは、当該物・利益に対する「民事法上の権利」の喪失をもって損害とする「法律の財産説」に立つことを意味する。だが、それでは、個別財産の喪失と引き換えに対価を得るといような、財産の実体面、すなわち、「経済生活に係る価値」としての側面はとらえきれまい。なぜなら、「民事法上の権利は、とくに民事法による経済生活の規律のために作られた概念であって、そのときには刑法による経済生活の規律のことは考慮に入れられてはいなかった」からだ、と。³¹⁾

林(幹)とは反対に、「民事法上の権利」が経済生活における前法律的価値関係を反映して概念構成されるべきものだとするれば、詐欺罪は個別財産に対する罪と解されてよいことになるが、刑法学上の問題は交付・処分行為の内容規

定である。ところが、多数説は個別財産説を支持しながら、交付・処分行為が民法学上どのように概念構成されるのかを検討してこなかった。林（幹）の研究によれば、経済的取引関係をそれ自体として詐欺構成要件の解釈に取り込むことができるのは、全体財産説に立った場合だけである。詐欺構成要件該当性の判断に実質的観点を取り込むべきだとして、不用意にも、例えば「財産上の損害」を語ることは個別財産説の放棄に等しいと彼は批判するが、この批判は現状では理由のあることのように思われる。

三 以上の検討から、詐欺罪における処分（交付）行為をめぐる問題の所在がみえてきたのではないかと思う。交付・処分行為は詐欺罪固有の不法内容に関わる構成要件要素で、しかも、本罪を個別財産に対する罪と解するならば、この要素は私法上意味のあるものでなければならぬ。逆にいえば、私法秩序の観点から、事実的な「物の占有や財産上の利益を移転する行為」にとどまらない意味を交付・処分行為に付与することを通じて、詐欺不法の内容は明らかになるのである。そこで、本稿は、法律行為制度そのもの、および、民事詐欺をめぐる民法学説の展開——といつても、その概略にすぎない——を追うこととする。

注

(23) 林（幹）・前掲『現代的展開』二二三～二四頁。同『刑法各論（第二版）』（二〇〇七、東京大学出版会）二三五頁は、「包括一罪（もしくは法条競合として、基本類型としての窃盗罪）とするべきであろう」と述べる。

(24) 林（幹）・前掲『現代的展開』二二五頁、二二〇～二二二頁。

(25) 林（幹）「詐欺罪における財産上の損害」現代刑事法四四号（二〇〇二）五一頁、同・前掲『各論』一四六頁。

(26) 佐伯仁志「詐欺罪の理論的構造」前掲『最前線Ⅱ』二二五頁。

(27) 林（幹）・前掲『各論』二三五頁。

(28) 佐伯（仁）・前掲『最前線Ⅱ』九六頁。

(29) 山口・前掲『最前線Ⅱ』一三五頁。

(30) すでに、平場・前掲『行為概念』一九〇～一九一頁。詐欺罪は窃盗罪と同様、個別財産を侵害する点にその本質があるが、「取引」という「二個の主体の並列的關係を前提とする」相互行為を介してそれがおこなわれる点に、窃盗罪との「社会的に意味ある態様の差」が存する、という。

(31) 林(幹)『財産犯の保護法益』(東京大学出版会、一九八四、初出一九八〇)七一頁。
 (32) 林(幹)・前掲現代刑事法四四号五二頁。

第二章 財貨移転秩序論と法律行為制度

第一節 財貨帰属秩序と財貨移転秩序の区別

一 民法は、私人間における様々な権利義務関係を規律する「私法」の一般法だが、それらの権利義務は、国家から私人に賦与されるものではなく、私人間の取引・社会生活の中で自生的に形成される秩序に支えられるべきものである。「市民社会」という概念に何を盛り込むのかはともかく、民法は、その存在形式面においては私人間の関係を国家が規律する法なのだが、その実質的意義においては、市民社会の法だといえる。

廣中俊雄によれば、「労働力の商品化を基礎とし商品生産を生産の支配的形態たらしめる資本制社会」としての市民社会は、「商品交換」が「社会全体の存立を支える社会過程」となる。商品交換とは、「ある商品が任意の帰属主体に帰属していたのを、彼の意思により他の者に移転する」過程に分析することができる。このような「財貨帰属」と「財貨移転」の仕組みに取り込まれた個々の財貨は「商品」としての性質をおびる。資本制社会の右構造は、そのよう

な仕組みを正当とみる社会的意識を、社会構成員のあいだに生じさせる。かくして、資本制社会に「秩序」ができる。それが財貨帰属秩序と財貨移転秩序である。³³ 廣中とともに秩序の正当性までを唯物論的にみるかどうかはともかく、とりあえずは、彼の構造分析に従うことにする。

財貨帰属秩序とは、財貨帰属主体に当該「財貨の有する利益内容」を「あてがう(割り当てる)」秩序で、財貨帰属主体以外の者が利益を受ける状態が、それ自体として秩序に反するものと評価される。³⁴

これに対して、財貨移転秩序とは、財貨の移転が「契約という法的形態をとっておこなわれる」ことに対応して、「財貨の移転はその帰属意思主体の意思に基づいて生ずるという觀念」が形成されたものである。そこには「商品交換を構成しない財貨移転(無償契約や遺贈)の場合」も含まれる。財貨移転秩序は「財貨移転を確定させる給付」の実行を要請し、その実行のない状態は、それ自体として秩序に反するものと評価される。したがって、財貨帰属主体は「財貨移転を約して財貨移転秩序に服することにより、財貨移転を確定させる給付をなすべき義務(債務)を負う」のだが、債務者の「意思の存在という点で問題があるとされるときは、財貨移転を約した行為は『財貨移転秩序』によって」無効または取消しが可能なものとされる。³⁵

二 以上の、財貨帰属秩序と財貨移転秩序の区別は、不当利得法における侵害利得と給付利得の類型区分に対応する。これは「類型論」とよばれるアプローチである。もともと、伝統的通説である、不当利得制度を「形式的・一般的には正当視される財産的価値の移動が、実質的・相対的には正当視されない場合に、公平の理念に従ってその矛盾の調整を試みる」公平(衡平)説も、右の二類型を区別する必要を争うものではなく、³⁶ 類型論とのあいだには、両類型に統一的要件・効果を立てるか、それとも、類型に応じて個別に要件・効果を論じるかの相違が存するだけなのかもしれない。³⁷

ともかく、ここで確認されるのは、財貨秩序の侵害に関しては、少なくとも、財貨帰属秩序侵害と財貨移転秩序侵害の二つが考えられるということである。

注

(33) 廣中俊雄『新版民法綱要・第一卷』（創文社、二〇〇六）三〇四頁。

(34) 廣中・前掲『綱要』五頁。

(35) 廣中・前掲『綱要』六〇八頁。

(36) 我妻榮『債権各論・下巻一』（岩波書店、一九七二）九三八、九四二〜九四三頁。

(37) さしあたり、藤原正則『不当利得法』（信山社、二〇〇二）一六頁を参照。

第二節 財貨移転秩序の形成モデル

第一款 私的自治と意思自治

第一項 「福祉国家」における私的自治の保障

一 財貨移転秩序は、契約をはじめとする法律行為によって形成される。法律行為とは、意思表示を要素とし、意思表示の内容とおりの法律効果が発生するという法律要件で、契約は、対向関係にある複数の当事者の意思表示が合致することで成立する法律行為である。例えば、「AはBに対して商品を移転する」旨のAの意思表示と、「BはAに対して金銭を支払う」旨のBの意思表示とが、「申込みと承諾」として合致したときに、売買契約という法律行為はAとBが約したとおりの効果を生じる（民法五五五条参照）。すなわち、Aに帰属していた財貨（商品）はBに移転し、逆に、Bに帰属していた財貨（金銭）はAに移転する。この過程が遅滞なく実現すれば、「財貨の移転はその帰属意思

主体の意思に基づいて生ずる」という財貨移転秩序は確証されるのである。

法律行為制度において、当事者の意思表示の内容どおりの法律効果の発生が認められるということは、財貨移転秩序に対して、国家は——少なくとも原則的には——介入しないということを意味する。財貨移転秩序の形成は、市民社会の自治に委ねられているのである。かねてより、法律行為は「私法上の自治行為」⁽³⁸⁾といわれてきた。

二 問題は、市民社会の自治に委ねられた財貨移転秩序が、原則としてそのまま、国家法としての「民法」上の権利義務関係となるのはなぜかである。

この点、福祉国家観を背景に、むしろ、財貨移転秩序への国家の干渉を原理的に承認したのは、我妻榮である。彼によれば、現代の国家は「各個人に最少限度の文化的生存を保障するために、個人の財産関係にも積極的に関与し、命令強制を加えるようになった」。このため、「私法は次第に公法原理を撰取」し、近世初頭の私法の指導原理であった「個人主義的自由」は、「公共の福祉という理念によって浄化されたもの」となっているとされる⁽³⁹⁾。ここで、我妻が「公共の福祉」の理想のために、個人の自由と調和させようとするのは、「平等」である。すなわち、各個人の間にある「老若、男女、美醜、賢愚、強弱、善悪、等々の差別」の存在という「現実をそのまま承認し、その現実の上に立って、不平等の生じないようにすること」であり、それは個人を抽象的な「人格者」ではなく、「生きている『人間』と見る思想」に立脚するものである⁽⁴⁰⁾。敷衍すれば、「個体差をもった各個人が等しく自己実現の機会を与えられるべきだ」という理念の下で、国家は市民社会に積極的に介入するのである。

したがって、「私法的自治」の保障は、国家による市民社会の統治上の政策でしかない。我妻にとって、法律行為が意思表示の内容どおりの効果を生じるのは、制定法実証主義的にも、民法九一条がそう規定しているからであり、そこに「自然法原理のようなものは、認めることはできない」。では、なぜ民法はそうのように規定しているかといえ

「それが妥当だと考えるから」である。⁽⁴¹⁾「我」の自覚という近世民主主義の洗礼を受けた人類にとっては、最少限度において、各個人の人格の尊厳を保障することは、国家による公共の福祉の増進にとつてむしろ不可欠だと、彼はいう。⁽⁴²⁾

三 しかし、我妻が理想としたような福祉国家はわが国では実現しなかったし、やがて、福祉国家を理想とするこゝと自体にも疑問の目が向けられるようになる。我妻の述懐によれば、新憲法制定直後の、農地改革をはじめとする諸改革は彼に、福祉国家の到来を「案外近い将来に期待することができると考え」させるものだったが、昭和二〇年代終わりごろから、占領軍総司令部の方針転換にともない、「わが国の重要な施策は、ことごとく後退の一途をたどった」⁽⁴³⁾。もはや「自由権の基本権の調整を説き、協同体理念の高揚を主張する」自説は「大きな危険をはらむであろう」⁽⁴⁴⁾と。他方で、福祉国家論は、裏をかえせば、個人の自由を国家が制限することを正当化するものであり、国家の捉えかたによっては、我妻の危惧とは反対に、「福祉政策は、現代国家が、国家独占資本主義の段階において展開するさまざまな政策のうちの一つの政策」にほかならないとして、イデオロギー暴露の標的となつた。⁽⁴⁵⁾「福祉国家」は保革両陣営から敬遠されたようである。

注

(38) 鳩山秀夫「法律行為乃至時効」(巖松堂書店、一九二二)三三三頁。

(39) 我妻「新訂民法総則」(岩波書店、一九六五)三三四頁。

(40) 我妻「民主主義の私法原理」同「民法研究 I」(有斐閣、一九六六、初出一九四九)五頁。なお、山本敏三「公序良俗論の再構成」(有斐閣、二〇〇〇、初出一九九五)一四頁、同「憲法システムにおける私法の役割」法律時報七六卷二号(二〇〇四)六一頁は、我妻が、国家を一つの協同体とみる「協同体主義」に立脚していたとするが、我妻・同書四三頁注一では、「私は、いまでも、この理論(協同体理論のこと——引用者注)を正しいと思っている。しかし、私法原理としては、さらに具体的なものを必要とする」と

述べられており、戦後の我妻私法学において、「協同主義」は必ずしも前面に押し出されていたわけではない。

(41) 我妻・前掲『総則』二四二頁。

(42) 我妻・前掲『研究Ⅰ』六〇七頁。

(43) 樋口陽一「日本憲法学と『福祉』問題」東京大学社会科学研究所編『福祉国家第四卷』（東京大学出版会、一九八四）五九頁以下。

最近のものとして、中村睦男「社会権再考」企業と法創造六巻四号（二〇一〇）七三頁以下を参照。

(44) 我妻『民法研究Ⅶ』（有斐閣、一九六九）三〇四頁。

(45) 渡辺洋三「現代福祉国家の法学的検討」同『現代国家と行政権』（東京大学出版会、一九七二、初出一九六四）一二二頁。

第二項 意思モデルと合意モデル

一 我妻後の民法学説は、法律行為制度じたいの原理的基礎づけに取り組むようになる。

その端緒を開いたのは星野英一である。彼は、我妻に代表される伝統的理論が、無批判に、法律行為制度をドイツに「私的自治」(Privatautonomie)、したがって、同制度を国家(公)と個人(私)の垂直関係という文脈でとらえているということを見出した。ところで、フランスには、法律行為制度は「意思自治」、すなわち、当事者間で契約が規範として拘束性を有する根拠を、国家ではなく両当事者の「意思」(volonté)にみいだし、「だから、意思表示の内容どおりに法律効果が生じるのだ」と考える伝統が存する。⁴⁶⁾ 法律行為制度には、私的自治型と意思自治型の二つがあることが分かってきたのである。

ただ、私的自治としての法律行為制度も、法律効果を生じる契機を当事者の「意思」(Willé)にみいだしている点では意思自治としてのそれと変わりはなく、意思自治原理と私的自治原理とで法律行為制度の基礎づけにどのような相違点が生じるのかは、まだ明らかではない。ところが、星野は当初、意思自治を契約そのものに規範性の契機をみいだす思想と解していたため、意思自治は私的自治と異なり、「言葉によって他人を信頼させた者はこれを裏切っては

ならない」という「客観的倫理」によって法律行為制度を基礎づけるのだ、と説くにとどまった。⁽⁴⁷⁾

二 ドイツにおける私的自治の原理は、カントの「道徳的自律」に由来する。カントは、人びとの自由があまねく保全される社会制度を純理論的に考察した。「あなたの行動原理が、普遍的な立法の原理となるように行為せよ」という定言命法により、万人が、何時いかなるときでも、そのように振る舞って矛盾が生じない行動原理は「道徳法則」であつて、自然が法則に従うことを誰も不自由とはいわないと同様に、人間が道徳法則に従うことは自由を何ら損なうものではない。逆に、人びとが道徳法則に従い、とりわけ、「他人を常に目的として扱え。何かの目的のための手段として利用してはならない」という行動原理を墨守して共同生活を営めば、それは自由な社会なのである。しかも、カントによれば、人間が「すべきだ」という行動原理を定立できるのは、彼が自由だからであり、したがって、自由は道徳法則の存在根拠だとされる。以上を要するに、自由な人は、上記定言命法に従い形式的に、行為の善悪を自分で判断することができ、そこに他者が介入する余地はない。これが道徳的自律の思想である。⁽⁴⁸⁾

このように、私的自治の原理は、自律を「自らが律する」という意味に解する。すなわち、道徳的自律をそなえた「意思」の主体としての、個人による任意の自己決定であることに意思表示の本質をみだし、そのことをもって、国家の介入（＝他律）を排除し、しかも、「意思が実現しないことは正義に反する」として、国家が意思表示の内容ごとの法律効果の発生を認めるものなのである。私法は道徳に奉仕するものだが、その方法は次のようなものでなければならぬとサヴィニーは説いた。「それは倫理の命ずるところを実行することによってではなく、各個人の意思に内在する倫理の力の自由な展開を保障することによってである」⁽⁴⁹⁾。彼は、カントの道徳的自律の思想を個人と国家（制定法）の關係に適用したのである。

三 これに対して、自律を「自らを律する」という意味に解するのが、意思自治の原理である。

カントに道徳的自律の構想を促したのはルソーの思想だが、両者の決定的な相違点は、後者が「自由」を「平等」という政治原理に結びつけていたという点にあるのかもしれない。ルソーによれば、人間は自然的には自由な存在であって、彼の同類もその点において同等だから、自然状態においては、「人類は皆、平等だ」といえるけれども、人類が集団生活を営み、社会を形成すると、誰かが誰かに優位するという意味での格差が生まれる。そうすると、人間は他者よりも優位に立つことで自尊心を満たすことをおぼえ、やがて、余暇や財産の多寡といった社会的格差を創出するようになる。自尊心を満たすためには劣位者がいなければならないから、自尊心にかられた人間の中には、自分の真価を偽ったり、他者を蹴落とそうとしたりする者が出てくる。かくして、人類は誠実さだとか、他者への同情（憐れみ）だとかといった美德を失っていく。理念上、「万人が万人に対して狼」（ホップズ）に陥るのは、自然状態ではなく社会状態にある人間なのである。

社会における不平等性を自然的格差にとどめる、いわば必要以上の社会化の歯止めとして、ルソーは複数者の意思の合致である「合意」の重要性を強調した。その合意は、誰か特定の人の意思（特殊意思）ではない、「一般意思」による規律の範囲内で「市民的自由」を享受することを内容とするものであり、これが彼のいう社会契約である。

「意思の自律」の思想は、フランスでは経済的自由主義に結びつき、「すべてが個人心理のレヴェルに還元」されて、「個人的利益の自由な追求が、同時に社会的な有用性を表現することが想定される」ようになる。国は市民社会を「なすがままにし、通るがままにし」なければならないし、また、契約は「自ら諸利益の平衡を実現するのであって、正当価格や暴利行為取消などの客観的正義の規範は斥けられなければならない」と考えられたのである。フランスにおいて、この「人間の自然的自由とその経済的予定調和との考え方は、民法典の諸規定に対する関係で、確かに明示の理念ではなかったとしても、少なくとも黙示の準拠枠組を構成するものであった」⁵⁰。

したがって、意思自治の原理においては、自由意思による自己拘束という意味での自律が、契約を、ひいては、私法上の権利義務関係を正当化する。意思表示の本質は、自由な「意思」の主体たる個人が他者に拘束されるのを自ら決定することに求められて、それゆえに、「契約が実現しないことは正義に反する」として、国家は意思表示の内容どおりの法律効果の発生を認めるのである⁴⁹⁾。

四 以上をまとめれば、「AはBに財貨を移転しなければならない」のはなぜかと問われたときに、「Aが自らの意思でそれを(道徳的に)正しいと判断したからだ」と、「AとBとのあいだに、そのような拘束を政治的に正しいものとする合意が存在するからだ」との二通りの解答が考えられる。すなわち、財貨帰属秩序の正当化の契機を自己の「意思」に求めるか、それとも、自他の「合意」に求めるかが、法律行為制度の理論構成をめぐる学説の対立の背景にあるのではないかと思われる。前者からの理論構成を「意思モデル」、後者からのそれを「合意モデル」とよぶこととする。

注

(46) 星野英一「現代における契約」同『民法論集第三卷』(有斐閣、一九七二、初出一九六六)六九〇七〇頁。その後、星野は概念整理を改めた。星野「契約思想・契約法の歴史と比較法」同『民法論集第六卷』(有斐閣、初出一九八三)二一〇頁以下。本稿はここに従っている。さらに、私的自治と意思自治の概念をめぐる、自説を含む学説の展開をまとめたものとして、星野「意思自治の原則、私的自治の原則」同『民法論集第七卷』(有斐閣、初出一九八四)一一七頁以下。

(47) 星野・前掲『論集第三卷』四九頁。

(48) 村上淳一「ドイツ市民法史」(東京大学出版会、一九八五)二四〇二六頁を参照。村上は、道徳的自律が「本当に、現代の法律学者がいう『私的自治』のモデルたる性格をもっていたであろうか」との疑問を投げかけるが、彼の理解する私的自治は「契約自由の原則」、したがって、星野のいう意思自治のことだと思われる。

(49) 村上・前掲『市民法史』四七頁。

(50) 北村一郎「私法上の契約と『意思自律の原理』」岩波信喜ほか編『契約(岩波講座基本法学4)』(岩波書店、一九八三)一七六―一七九頁。なお、フランスにおける意思自治原理成立に対するカントの影響は「必ずしも現実的なものではなかったようである」とする。

(51) これを、国家と個人の関係を規律する「権力秩序」が、市民社会の一部門として、財貨秩序を含む「他の諸秩序の確保ないし助成」という目的に奉仕」するものとみるのは、廣中・前掲『綱要』三二―三三頁。

第二款 法律行為の客観的解釈

一 法律行為の制度は、意思表示の内容どおりに法律効果が発生するのを認めるものだから、意思表示の内容をどのように解釈するか、さらに、対向的当事者間の意思の合致たる契約においては、「問題の意思表示が、どの部分で意思の合致をみているのか」が法律行為法の中核的な論点となる。これは「法律行為の解釈」とよばれる。

我妻に代表される伝統的理論は、意思モデルに立ちながら、法律行為を客観的に解釈する。意思表示がなされる過程は、通例、①内心的効果意思を形成する理由である動機に導かれて、②効果意思を決定し、③さらにこれを外部に表出しようとする意思(表示意思)を生じ、その下で、④効果意思の表出として価値ある表示行為をするというように分析されるが、法律要件としての意思表示は、①の動機を除いた、②～④を要素とする。意思モデルからは、「個人によって現実に決定された内心の効果意思を意思表示の本体として、これに応じた法律効果の発生することを原則とする」ことになるかのようにみえるが、我妻はこれに反対し、④の「表示行為を本体として、これを純粋に客観的に解釈するのが正当」とする。⁽⁵²⁾

二 我妻流の法律行為の客観的解釈の背景にあるのは、法律行為を国家(制定法)によって承認された法規範とみ

る私的自治論である。彼は、内心的効果意思が意思表示の相手方に必ずしも察知できるものではないことから、内心的効果意思とおりの法律効果を認めることは「相手方に不慮の損失を蒙らせるおそれがあるから、多くの例外を認めざるをえない」として、取引安全の要請も理由に挙げてはいるけれども、それだけでなく、法律行為の客観的解釈が「意思表示は、個人間の生活関係を妥当に規律する規範を作るものだ」という理論」の帰結するところだともいう。したがって、「法律行為の解釈は法律問題である」。内心的効果意思は「客観的な一つの事実」であり、これを含む諸々の「確定された事実を基礎として」、一定の「諸標準に従って判断して、はじめてその意味ないし内容が明らかになる。法律行為の解釈の本質は、実にこの判断である」と我妻は述べる。³³⁾

「意思表示による規範の創成」と「効果意思の周縁化」を架橋するのは、「私法は裁決規範である」というテーゼである。意思表示によって作られる「個人間の生活関係を妥当に規律する規範」は制定法に等しいとして、制定法の「心的職能」は、「一定の生活関係をこれによって処理してゆくこと、換言すれば、最も広い意味において裁判すること」にあると彼はいう。法適用によって解決されるべき具体的な事件にあつては、「普遍妥当的の価値概念から演繹された普遍的法律価値なるもの」が「錯綜せるファクターを照明して、客観的判断に到達せしめる明鏡として主張」される。法律行為の解釈に引き寄せていえば、紛争解決にあたり、内心的効果意思を絶対視することは、「個人意思の絶対」という「十九世紀の私法関係を指導する原理」から引き出された「各種の法律関係を、その場合の具体的な内容」を有する、個人意思に基いて決定せよ」という「裁判における具体的な指針」に従うことを意味するが、「法律的規律によって達成すべき理想」は右に限らず、「正義」だとか、「衡平」だとか、「社会的作用」だとかも存在する。もつとも、これらは「普遍妥当性を有し得る場合にも、何ら具体的指針を示さざる点」で、「法律の価値論として充分なものではない」³⁴⁾。そこで、我妻は以下のように述べている。

私は、各種の法律関係のそれぞれにつき、能う限り具体的な指導原理を探究すべしと主張する。(中略)相争う総てのファクターを仔細に観察し、顧慮せらるべきあらゆる要素——すなわち、経済的弱者の侵害せられる各種の利益、各個人の静的並びに動的の安全、社会における法律秩序の安定、現代社会の風習、慣行、信条、一国産業の興廃等々——を、単に倫理的規範によつて規律せられる場合とは異なり、法律がそれらの事件を強制力を処理するものなるために特に考慮すべきファクターをも、悉く検討し、それぞれの法律関係において、能う限り具体的な原理を求め、個々の事件の具体的判断に対して準拠を示すことに努めなければならないと考える。⁽⁵⁵⁾

要するに、我妻にとつて、法律行為の客観的解釈は、裁判所等による紛争処理を通じた、市民社会への福祉国家的介入の次元で、実質的な平等の理念を法律行為制度に埋め込む装置だったのである。それは、「個人意思の絶対」の原理とは異質の原理による、外在的な修正を意味する。例えば、法律行為の一部が「不能・不法・反社会性その他の理由によつて無効」な場合に、ドイツ民法と違い、⁽⁵⁶⁾「無効な部分を除いてもなおこの法律行為をしたであろう」といへなくとも、必ずしも法律行為の全部を無効とせず、「当事者の目的に明らかに反」しない限りで、「無効な部分を法律の規定・慣習・条理などによつて補充して合理的な内容に改造」してよいとされるのは、⁽⁵⁷⁾このためである。

三 「当事者の意思表示どおりに法律効果が発生する」としながら、「法律行為に意味を付与するのは、裁判所である」ということを根拠に法律行為に客観的解釈をほどこす伝統的理論は、「それは当事者間の共通の意思を軽視するものだ」との批判を浴びるようになる。例えば、「煙草一〇〇〇カートンを引き渡す」という意思表示に關して、当事者双方が一カートンを一二個詰めと誤解していたとする。このとき、伝統的理論からは、「一カートンは正しくは一

○個詰めである。ゆえに、この意思表示は『煙草一万箱を引き渡す』という意味だ」と解釈される。当事者どうしでは、「二万二〇〇〇箱の煙草を引き渡す」ということで意思は一致しているのに、両当事者ともそれとは異なる「客観的意味」に拘束されるのは不当だ、と。我妻説に限って言えば、この場合は「両当事者の内心的効果意思が一致している」という客観的事実をどう法律的に「判断」するかの問題になるのだから、指摘はあたらないのではないかとも思うが、学説の多数は「客観的解釈」を上記のように硬直的なものとみるようである。

注

(52) 我妻・前掲『総則』二二九頁。

(53) 我妻・前掲『総則』二二九、二五八頁。

(54) 我妻「私法の方法論に関する一考察」同『近代法における債権の優越的地位』(有斐閣、復刻版、一九九七、初版一九五三、論文初出一九二六)四八一～四八二、五〇〇～五〇一頁。傍点は原文に従う。字体、仮名遣い等、表記は適宜改めた。以下同じ。

(55) 我妻・前掲書五〇一頁。

(56) 関連条文は次のとおり。

ドイツ民法一三九条 法律行為の一部が無効である場合において、無効である部分がなくともその法律行為がおこなわれたであろうと認められないときは、法律行為の全部を無効とする。

(57) 我妻・前掲『総則』二五七～二五八頁。

第三款 当事者意思との関係づけの試み

一 問題は、法律行為の解釈において当事者双方の共通の意思を優先することの意味である。この問題は、両当事者の意思が一致していない場合の、共通の意思に代わる準拠点をどこに求めるのかに關係する。

合意モデルからは、「両当事者の共通の意思」とよばれるものこそ、法律行為制度を正当化する「合意」にほかなら

ないから、これが表示内容の客観的解釈に優先するのは当然だということになる。そうだとすれば、共通の意思が存在しないところに契約は成立しえない。そこで、この立場は、内心的効果意思の一致までの「深度」は合意の成立にとつて必要なく、「表示の合致」、すなわち、「合意に至った」という外形的事実の共通の認識で足りると解する⁵⁸。したがって、このモデルにおいて、内心的効果意思の一致という意味での「共通の意思」が存しない場合には、表示行為を客観的に解釈することで、法律行為の内容規定がなされる。これは「表示主義」とよばれる立場である。

このように、「合意」が社会的事実としての「契約」にまで形式化されてはじめて、意思自治の原理は社会連帯的な色彩をおびる⁵⁹。古典的な意思自治原理は、個人が自らの「内心にある欲求」という意味での意思の実現を目指していくうちに、予定調和的に市民社会が出来上がるといふものであり、契約は欲求充足の手段だった。ところが、いまや、「契約を結ぶこと」、さらに抽象化すれば、「他者と関わること」がそれ自体として価値を有するようになる。星野が意思自治と結びつけた、「客観的倫理」としての「言葉によって他人を信頼させた者はこれを裏切ってはならない」というあの命題は、かかる文脈においてとらえることができよう。

二 これに対して、意思モデルからは、「両当事者の共通の意思」の存在は、「表意者の意思が実現しても、相手方が不測のコスト負担を強いられない」という意味での、均衡状態をあらわすから、表意者の内心的効果意思どおりの法律効果を認めてよいということになる。そうだとすれば、共通の意思が存在しない不均衡状態においては、表意者の意思を実現させることの正当性が問われる。このような問題設定が許されるのは、表意者の道徳的自律、あるいはそれに類するような自律性によって法律行為制度を原理的に基礎づける理論に限られる。

したがって、意思モデルにおいては、「表示の意味」を表意者の意思どおりに解釈するか、それとも、意思表示を受領した相手方の認識どおりに解釈するかが、法律行為の解釈——正確には、「意思表示の解釈」——の問題と解され

る。⁶⁰もつとも、そのように解したところで、複数の意思表示の内容が互いに食い違っていれば（不合意）、法律行為が成立しないことに変わりはない。合意モデルとの相違点は、表示が文言上は合致している錯誤も「広い意味で共に不合意のカテゴリに属する」ものとされているところにあるのかもしれない。⁶¹

ここで浮上してくるのが、「帰責原理」による表示主義の基礎づけである。⁶²これは、ラレンツの——刑法学では「客観的帰属論」とよばれる——帰責論に起源を有する。彼は、ヘーゲルの客観的観念論を法学に適用して、客観的に存在する社会制度を「自由意思の所産」として概念構成することを試みた。それによれば、「AはBに財貨を移転しなればならない」という当為命題は、誰かがそうせよと「命令」するのではなく、当該命題を法として「妥当」させることで、法規範たりうる。したがって、意思表示とは、自由の所産たる法律行為制度が法として妥当することの観念の表出である。そのためには、意思表示は、表意者が属している「生活圏」で普遍的に通用している、すなわち、誰もがそうと認識する意味が付与されるべきであるが、ただし、契約のような、特定人とのあいだで成立する債権債務関係の場合には、当事者間という限定された「人的範囲」で通用する客観的意味が付与されてよい。要するに、相手方がそのように認識できるとも、あるいは認識すべきだともいえない独自の意味を、表意者が意思表示に勝手に付与することは許されず、その限りで、表示の意味は客観的に帰責（帰属）されるのである。⁶³後に、ラレンツは、意思表示の「対人的なコミュニケーション」としての側面を強調して、意味帰責の理論を、表示の意味に対する相手方の信頼の保護という観点から説くようになる。⁶⁴

三 右叙述から看取されるのは、意味帰責の理論が、「意思」に他者との制度的関係を内在させるものだとということである。個人の意思は、法制度だとか、コミュニケーションだとかの、制度的な対人関係を素地として、その内容（＝意味）が規定される。「意思」は、すでに社会制度によって枠づけられたものなのである。しかも、帰責原理にもとづ

く相手方の信頼の保護は、理論上、具体的な人間関係からではなく、規範的・抽象的な「(法)人格」としての信頼関係から引き出されており、この点で、合意モデルとは似て非なる基礎づけをあたえられているようにも思われる。

注

(58) 「合意の深度」や「表示の合致」という表現は、大村敦志『基本民法Ⅰ(第三版)』(有斐閣、二〇〇七)三三三頁に従う。

(59) 大村『民法総論』(岩波書店、二〇〇二)六〇～六一頁に示唆をえた。

(60) 異見として、滝沢昌彦「表示の意味の帰責について」一橋大学研究年報一九号(一九八九)二八八～二八九頁。「個別的状况によって表示の意味が決定されること」を「意思表示の客観的解釈」と解し、そのように解釈された意味は、「当事者の主観を離れて客観的に通用する意味」だとする。

(61) 内池慶四郎「無意識的不合意と錯誤との関係について」同先生追悼論文集『私権の創設とその展開』(二〇一三、慶應義塾大学出版会、初出一九六五)三九頁を参照。

(62) 用語は、山本(敬)『民法講義Ⅰ総則(第三版)』(有斐閣、二〇一三)一一三頁に従う。ただし、ここでは、「責任を課せられるのは、そうされてもやむをえない理由がある場合だけである」という内容のものとしてとらえられており、「帰責」の概念は一般化されている。

(63) 磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論について(三)」神戸法学雑誌三〇巻三号(一九八〇)五〇三頁以下、滝沢・前掲「橋大学研究年報一九号一八九頁以下を参照。「指定説」(Bestimmungstheorie)ともよばれる、ラレンツの法理論については、さらに、青井秀夫『法理学概説』(有斐閣、二〇〇七)八四頁以下も参照。

(64) 磯村・前掲神戸法学雑誌三〇巻三号五一～三頁は、ラレンツが改説したとみる。

第四款 表示意識の要否をめぐる議論

一 ところで、意思表示が成立するためには、当該行為が意思表示であることの意識、すなわち、表示意識を要するかに関して、民法学説では争いがある⁶⁵。意思表示は、効果意思、表示意思、表示行為を要素とし、法律行為の成立

には効果意思が合致していなくとも、表示ないしは表示に付与された意味が合致していれば足りると解されていることは、これまでに述べたとおりだが、表示行為は表意者の意思にもとづくものでなければならぬ。問題は、「表示意思」が、刑法学でいえば社会的意味の認識を含むかである。例えば、ワイン競売中に偶然知り合いを見つけ手挙げて挨拶したところ、それが増価申込みの合図として扱われて、そのままワインを競り落としてしまった（トリアーのワイン競売事例）。この場合に、「競売中に手を挙げる」という意思で挙手しているけれども、右行為が当該ワイン競売においては増価申込みにあたる——と判断される——ことの認識は存しない。それでも、ワイン購入の意思表示は成立するか。

表示意識の不存在は表示錯誤と概念上区別される。かつてはこの点に混乱があったようで、鳩山秀夫は、意思表示において効果意思と表示行為とを結びつけるのが「表示意思」（＝表示意識）だとして、表示錯誤は表示意識が欠ける場合であり、しかも、この場合には意思表示そのものが成立しないから、錯誤無効に関する民法九五条を適用するまでもなく、意思表示は無効だと説明していた。⁽⁶⁶⁾その後、彼は説明を改め、表示意識とは、表示に対応する効果意思に限らず、任意の効果意思を表示する意識であり、誤記や誤言といった表示上の錯誤においても表示意識は認められる、したがって、これらは民法九五条の適用対象となるとしている。⁽⁶⁷⁾これに対して、表示意識の不存在は「法律行為の平面で動いているとの自覚がない」場合であり、表示意識とは、「法律関係の新たな変動をもたらさうる意思表示をなすとの行為者の意識」だとされる。⁽⁶⁸⁾

伝統的見解は表示意識を不要とする。我妻は、表示に対応する内心的効果意思が欠けるという点では、表示意識の不存在と表示錯誤とで相違はなく、したがって、両者の取扱いを異にする必要はないと説いている。⁽⁶⁹⁾もつとも、錯誤を無効とするのではなく取消原因とし、しかも、錯誤を知った後遅滞なく取消権を行使しなければならないと規定す

るばかりか、意思表示を取り消した場合の、表意者の無過失の損害賠償責任を法定までしている、ドイツとは異なり、⁽⁷⁰⁾わが民法典は、わずかに九五条但書において、表意者が重過失の場合には錯誤無効の主張を許さないとするだけで、法律行為を不成立とする場合との取扱いの相違はさほど大きくはない。その意味で、我妻による不要説の理由づけは、ドイツにおけるほどには決定的でないといえよう。

二 表示意識必要説は、表意者が自らのした意思表示に拘束されるのは、彼に表示意識がある場合だけだとする。それによれば、表示主義は相手方の信頼の保護だけではなく、表意者の意思責任によっても基礎づけられるため、後者が欠ければ、表示に対する責任は生じない。すなわち、「意思表示は、表意者と相手方との共働により初めて成立する」から、法律行為制度は表意者の自己決定のみならず、表意者の「自己答責や約束遵守、相手方の信頼保護、取引社会の安全の保障などから複合的に」基礎づけられる。逆に、「相手方が表示を正当に信頼した」というだけで、表意者が表示に拘束されるわけではなく、「信頼保護の結果として拘束を受ける者の帰責要因が考慮されるべき」である。「表示意識を欠く者は法律関係形成の場面に自己がいることすら認識していない」点を考慮すれば、この場合、意思表示を成立させる「共働形成性」が存在しない。したがって、「表示意識を欠く表示容態は、意思表示の機能から見て、意思表示として相応しくない」というのである。⁽⁷¹⁾

意思表示の拘束力を支える他の原理に照らしても、表示意識が存在しない場合を法律行為法によって規律するのは不当である。「約束遵守」は表意者に「約束する」という意思がない以上働きえない。自己答責性に関しては、「そもそも表示手段の選択も、表示意味の決定していない」表意者が「選択・決定を誤った」とはいえず、自己答責原理により「自己決定の瑕疵を補充」しようにも、自己決定そのものが欠如している。最後に、取引社会の安全保障も、「少なくとも、一般民法上の取引」では、「当事者関係を凌駕して」法律行為を成立させなければならないほど強力な要請

とは認められない。⁽⁷²⁾

表示錯誤の場合とちがいで、表示意識の欠缺につき表示者に重大な過失があっても、彼は法律行為の不成立を主張できるが、必要説によれば、この帰結は不当ではない。というのも、民法九五条但書は、「意思表示をするときは、自己の意思が相手方に適切に伝わるように、正しい表示手段を選択せよ」という規範を表意者に与えるものだが、これに對して、およそ意思表示をするという意識のない者に妥当するのは、せいぜい、その「前段階」の「相手方には問題の行為を意思表示ととらえる自由があるから、彼を誤解させないようにせよ」という規範にすぎないからである。後者は「要するに、一般社会生活上の規範」であって、これに違反しても、表示者は不法行為責任を負うにとどまる。⁽⁷³⁾

注

(65) 本款の叙述は、佐久間(毅)「意思表示の存在と表示意識」岡山大学法学会雑誌四六卷三・四号(一九九七)二六三頁以下に拠るところが大きい。

(66) 鳩山・前掲「法律行為」一三三〜一三四頁。

(67) 鳩山「表示上ノ錯誤」法学協会雑誌三六卷四号(一九一八)一五八〜一五九頁。

(68) 佐久間(毅)・前掲岡山大学法学会雑誌四六卷三・四号二六六頁。

(69) 我妻・前掲「総則」二四一〜二四二頁。

(70) 関連条文は次のとおり。

ドイツ民法一九九条 ①意思表示の内容に錯誤があつた、または、およそその内容を表示する意思のなかつた意思表示は、表意者が事情を知り、かつ、事実関係を合理的に判断したならば、意思表示をしなかつたであろうと認められるときは、これを取り消すことができる。

②取引上重要と認められる人または物の属性に関する錯誤も、意思表示の内容についての錯誤とする。

一二二条 ①第一一九条、第二二〇条の場合の取消しは、取消権者が取消原因を知った時から責に帰すべき遅延なしに(遅滞なく)、これをしなければならない。(以下略)

一 二二条 ①意思表示が一一八条により無効、または、第一一九条、第一二〇条を理由に取り消されたときは、表意者は、相手方に対してする表示の場合には、相手方もしくは第三者に対して、表示が有効であることを信じたことにより相手方または第三者が受けた損害を賠償しなければならない。ただし、表示が有効であることにつき相手方または第三者が有する利益の額を超えることができない。

(71) 佐久間(毅)・前掲岡山大学法学会雑誌四六卷三・四号三二一～三二四頁。

(72) 佐久間(毅)・前掲岡山大学法学会雑誌四六卷三・四号三二五～三二六頁。

(73) 佐久間(毅)・前掲岡山大学法学会雑誌四六卷三・四号三二七～三二八頁。

第三章 民事詐欺不法論の展開

第一節 民法九六条の成立過程

一 民法九六条一項は、「詐欺による意思表示」をした表意者に当該意思表示の取消権を与える。また、同条二項は、意思表示の相手方ではなく、第三者による詐欺の場合にも、相手方が右詐欺の事実を知っていたときに限り、取消権を認めている。表意者が取消権を行使した場合、当該意思表示は「初めから無効」とされることにより(遡及的無効。民法一一一条本文)、債権債務もなかったことになるため、当該債権を原因として給付を受けた者には、民法七〇三条の「受益者」として、不当利得返還義務が発生する。さらに、詐欺を理由とする取消しの場合、相手方は、自ら詐欺をおこなった、あるいは、第三者による詐欺の事実を知っている者なので、民法七〇四条の「悪意の受益者」にあたる。したがって、彼は、受けた利益にとどまらずこれに利息を付したものを返還しなければならないし、損害

があるときには、その賠償責任を負う。

二 詐欺取消しの制度は、旧民法（明治二三年法律二八号）にも存在するが、それは当事者が詐欺により他方当事者に損害をあたえたことに対する民事制裁として位置づけられていた。⁽⁷⁴⁾ 旧民法財産編は、承諾（＝意思の合致。旧民法三〇六条）阻却的錯誤と取消的錯誤に関する同法三〇九―三一一条の直後の、同法三一一条に、詐欺は、同法所定の錯誤を惹起するものでなければ、承諾を阻却することも承諾の瑕疵をなすこともないとする規定を置いた（一項）。したがって、この場合は、損害賠償の訴権のみが発生することになる（二項）。ただし、とくに、相手方の詐欺により表意者が合意（＝法律行為。旧民法二九六条）を決議するに至ったという場合には、善意の第三者を害さないかぎり、「補償の名義にて」合意の取消しを求めるとともに、損害があるときは、その賠償を求めることができる（三項）。⁽⁷⁵⁾ つまり、詐欺取消しによる相手方への原状回復の義務づけは、損害賠償に代わる損害填補の手段だったのである。

換言すれば、旧民法にとって詐欺は、それ自体として財貨移転秩序を直接揺るがすものではなかった。財産編三二二条は、フランス民法（ナポレオン民法典）が詐欺を承諾の瑕疵事由としながら、他方で、その起草者の一人であるポティエが、詐欺を理由とする取消訴権の存在意義を詐欺者に対する損害賠償にみだしていたのを、ボワソナードが後者の立場から規定をまとめたという経緯をたどって成立した。⁽⁷⁶⁾ ポティエは、詐欺を承諾の騙取と解し、それでも承諾が存することには変わりはなく、ゆえに詐欺は契約の無効を必ずしも帰結しないとしながらも、そのような契約は「不品行」であり、「契約を規律すべき誠実に反する」ものだから、被欺罔者は取消状を得ることができると説いた。ただし、ポティエによれば、取消しに値する「真の詐欺」は、「誠実を公然と害する」場合に限定され、「相手方の詐欺がなければ、契約を締結しなかつただろう」という「決定性」を欠く詐欺は、損害賠償責任を生じさせるとどこまでも⁽⁷⁷⁾。

「詐欺はそれ自体として承諾の瑕疵をなさない」とのテーゼの背景にあるのは、承諾阻却のないし取消的錯誤が認められない場合には「法的評価の対象としての契約じたいは存在する」という前提認識である。それは、ポティエが「詐欺による契約は不品行である」と述べていたことからもうかがえる。さらに突き詰めれば、ボワソナードが人間の真の自然状態を、原子論的な「独りその血縁者とのみ生活する人」ではなく、社会的存在として、「相互に交換し、共存共栄を謀る」ことにみいだす（田中耕太郎）、トマス主義的自然法論に立っていたことが、旧民法の民事詐欺規定をもたらしただけであろう。

三 現行民法は、旧民法の規定を生かしながら、ボワソナードとは反対に、民事詐欺を財貨移転秩序に関わるものと位置づけている。起草者は、旧民法の詐欺規定を、「詐欺を錯誤の惹起ととらえながら、無効原因にも、取消原因にもならないとする矛盾した規定」だと批判し、旧民法三一二条一項、二項にあたる部分、および三項の「補償の名義にて」という部分を削って、詐欺を錯誤無効（民法九五条）の後に続く取消原因とし、さらに、第三者による詐欺に關する規定を追加したのである。なお、現行民法は、取消しにおける善意第三者保護の部分は残して、これを民法九六条三項としたが、この点に關する説明は起草段階ではなされなかった。⁽⁸⁰⁾

問題は、詐欺が「それ自体として意思表示に瑕疵をもたらず」ことの論拠だが、これに關する、富井政章と梅謙次郎の二人の起草者は、「詐欺は、意思表示の成立過程に不当な影響を及ぼすものだから」とする点で、おおむね見解の一致をみている。詐欺により惹起された錯誤は、民法九五条における要素の錯誤のごとき「意思の欠缺」をきたすには至らないものであるが、詐欺による意思表示は「任意に成立」したものとはいえない点で瑕疵があるというのが、富井の説明である。⁽⁸¹⁾ 梅は次のように説明している。詐欺の場合、表意者の意思は「完全無欠のもの」でないという意味で瑕疵がある。では、要素の錯誤にあたらぬ「単純の錯誤」は瑕疵ある意思なのかといえ、理論上はそうだが、

そのみを理由に表意者が意思表示を取り消すことは許されないというだけである。詐欺の場合は、錯誤に陥った「原因悪事なるをもって」取消しを許すものとしたのが民法九六条なのだ、と。⁽⁸²⁾

さらに、梅は、欺罔行為をその結果たる錯誤（意思の瑕疵）から切り離してそれ自体として評価し、良詐欺と悪詐欺とに区別する。良詐欺とは、「普通人のよく為す所の詐欺」であり、駆け引きの範囲内で「多少嘘を吐く」ことよって表意者を錯誤に陥らせる場合をいう。例えば、売り物の薬缶を金製かと問われた古道具屋が、「左様です。金でございませう」と答えるのがこれにあたる。良詐欺も日常用語上、詐欺には相違ないけれども、「單純の錯誤」の惹起にすぎないので、取消原因にはならない。これに対して、先の例で贗の鑑定をこしらえて金製をかたるといように、「詐術」を手段として錯誤を惹起するのが悪詐欺で、「法律語としての詐欺」はこの悪詐欺をいうのだと、梅は述べている。⁽⁸³⁾

注

(74) 旧民法から現行民法にかけての民法九六条の成立過程については、中倉寛樹「民法九六条三項の意義」南山法学一五卷三〇四号（一九九二）一五頁以下、田中教雄「日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程」香川法学一三卷四号（一九九四）七七頁以下、同「不当な勧誘を理由とする契約の取消」私法五七号（一九九五）一六六頁以下、武川幸嗣「法律行為の取消における第三者保護の法律構成序説」法学研究六九卷一号（一九九六）五一三頁以下を参照。

(75) 旧民法の条文は以下のとおり。

第三二二条一項 詐欺ハ承諾ヲ阻却セス又其瑕疵を成サス但シ詐欺カ錯誤ヲ惹起シ其錯誤ノミヲ以テ前三条ニ記載セル如ク承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ストキハ此限ニ在ラス

二項 此他ノ場合ノ於テハ詐欺ハ之ヲ行ヒタル者ニ対スル損害賠償ノ訴權ノミヲ生ス

三項 然レトモ当事者ノ一方カ詐欺ヲ行ヒ其詐欺カ他ノ一方ヲシテ合意ヲ成スコトニ決意セシメタルトキハ其一方ハ補償ノ名義ニテ合意ノ取消ヲ求メ且損害アルトキハ其賠償ヲ求ムルコトヲ得但其合意ノ取消ハ善意ノ第三者ヲ害スルコトヲ得ス

- (76) 武川・前掲法学研究六九卷一号五二二頁。
- (77) 山下純司「情報の収集と錯誤の利用(一)」法学協会雑誌一一九卷五号(二〇〇二)八一〇～八一頁を参照。
- (78) 岩本尚禧「民事詐欺の違法性と責任(六)」北大法学論集六四卷二号(二〇一三)二五八～二五九頁を参照。
- (79) 田中耕太郎「ボアツソナードの法律哲学」『杉山教授還暦祝賀論文集』(岩波書店、一九四二)二二～二三頁。
- (80) 中舎・前掲南山法学一五卷三〇四号三二～三三頁。
- (81) 富井政章『民法原論第一卷(総論)』(有斐閣、復刻版、一九八五、原版一九三二)四五一～四五二頁。
- (82) 梅謙次郎『民法要義卷之二』(信山社、復刻版、一九八四、原版一九一一)二二二頁。
- (83) 梅『民法講義』(信山社、復刻版、一九九三、原版一九二四)六一～六二頁。

第二節 民法九六条のドイツ式解釈の通説化

一 起草者の理解をなぞるように、民事詐欺の本質を意思決定の自由の侵害にみいだす立場が通説としての地位を固める。詐欺を意思の瑕疵とみるのは、フランス民法だけでなく、現行民法制定の直後、一九〇〇年に制定されたドイツ民法典もそうだったが、わが国ではドイツ民法学説の継受が極端なまでに進むなか、民事詐欺もドイツ式に論じられるようになる。以下に述べるように、起草者の理解は意思モデルによって補強されたのである。⁸⁴⁾

統一民法典成立前のドイツでは、サヴィニーに代表される、民事詐欺不法を欺罔行為の反良俗性に求めるローマ法的解釈と、これを錯誤の惹起にともなう意思決定の自由の侵害に求めるプロイセン一般ラント法的解釈とが対立していたが、プロイセン側の主導によるドイツ民法典は後者を選択した。⁸⁵⁾ただ、立法段階で問題となったのが財産的損害を要件(構成要件要素)とする刑事詐欺の概念との統一性で、錯誤を惹起しただけで取消しを認めるのはもはや「詐欺」(Betrug)とはいえないのではないかとの疑問が、リストとツィーテルマンにより提起された。彼らは、そのよう

な民事詐欺を「悪意の欺罔」(arglistige Täuschung)とよび、これが採用されて現行規定に至るが、それでも、規定の趣旨が表意者の意思決定の自由を保護することにある点に変わりはない。

二 民法九六条をドイツ民法に引き寄せて解釈したのが、鳩山秀夫である。強迫に関して同条一項は「強迫による意思表示は、取り消すことができる」と規定しており、当時の旧規定もこれと同様であったが、彼は、「強迫の不法」と強迫「手段の不法」の二概念を案出する。前者の「不法」は、ドイツ民法一二三条一項第二選択肢の、強迫による意思表示が「違法に」(widerrechtlich)なされたことという要件に対応するもので、鳩山は、フランス民法において「違法」は解釈論上、ドイツ民法においては文言上、この「強迫の不法」を要件としており、これらの系譜を引く日本の民法も、書かれざる要件として、当然に「強迫の不法」を要求するところだとした⁸⁷⁾。

鳩山によれば、民法が強迫を理由とする意思表示の取消しを許したのは、「効果意思決定の自由が他人の干渉に依りて不当なる拘束を受けたる場合に表意者を保護する」ため、裏をかえせば、そのような干渉ないし拘束が「正当」な場合には、表意者の要保護性が欠けるので、取消しは認められない。要するに、「手段の不法」、すなわち、強迫が不法行為にあたる必要はないが、「強迫を受けて効果意思を決定することが法律上客観的に表意者の当然認容すべき」ところとはいえないことは、強迫取消しの要件になると彼は説いたのである⁸⁸⁾。

以上の「強迫の不法」論を民事詐欺に推し及ぼせば、詐欺取消しは「効果意思決定の自由」を他人の干渉によって不当に拘束された表意者を保護するための制度であり、「欺罔により効果意思を決定することが法律上客観的に表意者の当然認容すべき」ところとはいえない、という意味での「詐欺の不法」が、詐欺取消しの書かれざる要件として要求されることになる。ただ、ドイツ民法一二三条一項第一選択肢は、詐欺を「悪意の欺罔により」と規定するだけで、そこには「違法に」という文言が欠けているため、「詐欺取消しに違法性は不要なのではないか」との疑問が生じ

る。この点、ドイツ民法学説には、本条にいう「悪意」を、詐欺該当事実の認識（故意）をこえて、欺罔の違法性をあらわすものと解する立場があり、これを参照すれば右の疑問は解消する。⁽⁸⁹⁾このようにして、民事詐欺はドイツ民法の「悪意の欺罔」と同義とされたのである。

注

(84) 岩本・前掲北大法学論集六四卷二号二六八～二六九頁によれば、現行民法はドイツ民法第一草案の影響を受けてはいるものの、富井はドイツ語を読まなため、翻訳のなかつた同理由書のほうは参照してないと推測されるし、たとえ同理由書を参照していたとしても、自然法論者でない彼において「詐欺と自由意思が結びつけられた可能性は低い」とのことである。

(85) ドイツ民法における民事詐欺規定の成立過程については、田中（教）「詐欺取消しにおける『故意』と『違法性』の要件に関する一考察」法政研究七〇卷四号（二〇〇四）一一九〇頁以下、岩本「民事詐欺の違法性と責任（三）」北大法学論集六四卷二号（二〇一三）四二頁以下を参照。

(86) ドイツ民法の条文は次のとおり。

一二三条① 意思表示をするように、悪意の欺罔により又は違法に強迫により決定された者は、その意思表示を取り消すことができる。

(87) 鳩山「強迫の不法」同『民法研究第一巻』（岩波書店、一九二五、初出一九一〇）五二五頁。

(88) 鳩山・前掲書五二三、五二八～五二九、五四一頁。傍点は原文に従う。

(89) 田中（教）前掲法政研究七〇卷四号一一八六～一一八七、一一九一～一一九二頁によれば、「悪意」(Arglist)はローマ法の *dolus malus* に由来するが、古典期ローマ法において、ドールスが「善い」とか「悪い」とかという表現には、倫理的な含意はなく、悪意を良俗違反とするサヴィニーの解釈もビザンツ期の法学に由来している。以上から、悪意に違法性を読み込むという解釈——ドイツでは、「故意ある欺罔は常に違法である」との理解から、「違法性」の文言が削除された——は、必ずしもローマ法の伝統にのっとったものではないことがわかる。

(90) 我妻・前掲『総則』三二〇頁。

第三節 「詐欺的」取引における制度間競合問題

第一款 問題の所在

一 伝統的通説においては、「違法な欺罔行為」が詐欺取消しの書かれざる要件として掲げられる。詐欺取消しには、相手方に、詐欺の故意にくわえて、欺罔行為が違法であること、およびその認識が必要とされる⁹¹。先述のとおり、通説は民事詐欺の本質を意思決定の自由にみており、それに従えば、民事詐欺不法は「単純の錯誤」の惹起に尽きる。ここで「詐欺の不法」だとか、「詐欺の違法性」だとかとよぶものは、刑法学における可罰的違法性に類するもので、欺罔行為は、取消しという不利益を相手方に負担させるのにふさわしい程度に違法でなければならぬとするものなのだろう。

詐欺の違法性の評価基準を信義則（民法一条二項）にみいだすのは、我妻である⁹²。彼によれば、信義則論とは、末弘巖太郎が実社会における「ある法律」をもとに「あるべき法律」を構成すべきだとして、概念構築的な、悪くいえば硬直的な伝統的民法解釈学からの脱却を訴えたことに触発された鳩山が、「当事者間の関係自体が原則的に信義則を具体化して成立するもの」とし、条理を「例外的取扱いから原則的取扱いへ」と押し上げながら、さりとて、それが民法の理論体系の破壊に至らないように、「民法の概念を信義則によつて柔軟化し、その理論体系の内部からする修正・改築を試みる」理論である。もつとも、信義則や条理の重視はすでに牧野英一が自由法論の立場から強調するところであった。我妻は鳩山の立場に近いようだが、いずれにせよ、彼は、「現代社会における理想」の「法律哲学的」探究とともに、「他方においては、更にそれにも増して、現代社会における各種の生活関係につきその社会的・経済学的研究」の必要性を確認するのである⁹³。

二、ところで、契約の準備交渉過程における当事者間の信頼関係から、信義則を介して契約責任に準ずる責任を導くことは、学説上、契約法と不法行為法の交錯領域として論じられてきた。「契約締結上の過失」論である。⁹⁴我妻は、契約が締結当時から客観的不能ゆえ無効な場合だとか、取引の前提となる専門的知識や情報を提供しなかった場合だとかは、「事實上契約によつて結合された当事者間の関係は、何等特別の関係のない者の間の責任（不法行為上の責任）以上の責任を生ずるとなすことが、正に信義則の要求するところ」だとして、契約が有効であることを信じたためにこうむつた損害や、契約締結によつて生じた損害の賠償（信頼利益の賠償）責任を認める。しかも、問題の契約が無効あるいは取り消されたとしても、右責任を免れることはできないという。⁹⁵

これを詐欺取消しの場合にあてはめれば、違法な欺罔により契約を締結させられた表意者には、民法九六条の詐欺取消しと契約締結上の過失責任の追及という、二つの選択肢が存することになるが、相手方に詐欺の故意がある場合、どちらの選択肢をとつても結論に相違はない。なぜなら、前者の選択肢をとつたとしても、表意者は民法七〇四条により、契約を締結させられたことによつてこうむつた損害の賠償まで求めることができるからである。

三、問題は、詐欺の故意までは認められないが、取引の前提となる重要な情報を表意者に提供しなかったという、「詐欺的な」取引の取扱いである。この場合、伝統的通説によれば、詐欺取消しは認められないけれども、契約締結上の過失は認められて、相手方は信頼利益の賠償責任を負う。ところが、ここで賠償の対象となるのは、「契約を締結させられたことによつてこうむつた損害」であり、その賠償は、換言すれば、契約が締結されなかった場合の利益状態を実現すること、ひいては、契約の効力を否定することに等しい。伝統的通説の処理枠組は、一方で契約を有効としながら、他方で契約の実現を阻止するという矛盾に陥っているのではないか。⁹⁶これが詐欺的取引における「制度間競合」の問題である。

注

(91) 故意を要件とすることに疑問を投げかけるものとして、岩本「民事詐欺の違法性と責任(一)」北大法学論集六四巻二号(二〇一〇)二七七頁。たしかに、意思の瑕疵を理由に意思表示を取り消したい表意者の利益と、法律行為が取り消されることで商機を失いたくない相手方の利益を衡量したときに、その妥協点が「詐欺の故意」に帰着するという必然性はないのかもしれない。通説形成の経緯からやや穿った見かたをすれば、この要件が設定されたのは、単にドイツ民法が民事詐欺を「悪意の欺罔」と規定していたからにすぎないのではないかとも思われる。ただ、岩本は相手方の一般的な行為自由との衡量から上記疑問を提起しており、本稿の理解とは異なる。

(92) 我妻・前掲「総則」三一〇頁。

(93) 我妻「民法に於ける『信義則』理念の進展」同「民法研究Ⅱ」(有斐閣、一九六六、初出一九四二)六〇―一一頁。自由法論とは、裁判官が、結論の具体的妥当性を確保するために目的論的解釈や法発見による「法創造」をおこなうことを正面から認める立場である。田中成明「現代法理学」(有斐閣、二〇一一)四四九―四五〇頁を参照。

(94) 契約締結上の過失論については、谷口知平・五十嵐清編『新版注釈民法(13)』八四頁以下(潮見佳男)を参照。

(95) 我妻「債権各論上巻」(岩波書店、一九五四)三八―四二頁。

(96) 山本(敬)「取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論」ジュリスト一〇九七号(一九九六)一一八頁を参照。ただし、「信頼利益の賠償は契約の否定に等しい」という命題を争う余地は残る。松岡久和「原状回復法と損害賠償法」ジュリスト一〇八五号(一九九六)九一―九二頁、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリスト一〇八五号(一九九六)一三五―一三六頁を参照。違法な契約からの救済手段として、契約の効力否定(無効、取消し)のほか、そこまでに至らないけれど、不法行為法による、したがって、過失相殺による割合的処理の可能性のある、信頼利益の賠償は認められるものとして、詐欺取消しによる原状回復と、契約締結上の過失を理由とする原状回復に段階差を設けることも不可能ではないからである。

第二款 情報提供義務論による意思表示の効力否定

一 詐欺的取引の問題が盛んに議論されるようになったのは一九九〇年代だが、その背景には、当事者間の契約締

結過程を法的に規制すべきだと時代の要請があった。当時、いわゆるバブル経済が崩壊して景況が急速に悪化すると、高利契約のように借主の窮状に付け込む、消費者の情報収集能力に限界があることを利用して不正確な情報を提供する、契約書に判を押させるまで玄関に居座るなど、なりふり構わぬ事業者が自らに有利な契約を消費者に押しつける案件が激増し、社会問題化していた。このような消費者問題への対応は、消費者契約法（平成二二年法律六一号）による民法の実質的修正へと実を結ぶこととなる。すなわち、契約締結過程において事業者による不当な干渉があった場合に關しては、詐欺強迫にあたらなくとも意思表示の取消しが認められたのである（消費者契約法四条）。

詐欺的取引の、民法上の取扱いをめぐって、学説は、「表意者との情報格差を是正するためには、相手方に情報提供義務を課すべきだ」とする点ではおおむね一致をみている。（契約前の）情報提供義務とは、フランス民法学において、これに違反して締結された契約の拘束力を「当該契約は信義誠実に反する」という理由で否定するために構想されたものである。⁹⁸ 信義誠実の原則が、当事者間の「契約に準ずる関係」を基礎づける根拠としてではなく、契約関係を解消する根拠として援用される点に、その特徴が認められる。同国では、情報提供義務違反が認められるならば、積極的な術策をとまわず、ただ表意者側の事実誤認を奇貨として自己に有利な契約を締結しただけの場合でも、それは「沈黙による詐欺」にあたるとして、詐欺取消しが認められていたが、その後、この理論は契約関係論として一般化されて、当事者の一方の情報提供義務は他方の調査義務の不在の裏返しだと考えられるようになる。⁹⁹ 情報の不均衡は、抽象的には、当事者双方がこれを解消するために努力しなければならぬものとなったのである。

二 相手方の情報提供義務違反を意思表示の無効・取消しの法理に取り込むことで制度間競合を解決するアプローチとしては、次の三説が存在する。¹⁰⁰

第一は、詐欺取消しの要件たる詐欺の故意を、情報提供義務違反から「推定する」説である。¹⁰¹ 学説には、故意の要

件を廃棄し、情報提供義務違反を「詐欺の過失」として、その場合にも詐欺取消しを認める見解も存在するが、本来的な意味での詐欺が「意思形成そのものに対する干渉」であるのに対して、情報の不提供は「意思形成の前提となる情報収集」の妨害による、意思形成への「間接的」干渉だと解するならば、錯誤の故意的惹起は「本来的詐欺」の不可欠の要素だということになる。このため、「詐欺の拡張」を試みるアプローチは、「自らに情報提供義務を課されていることを知りながら、情報を提供しなかったこと」を詐欺の故意の推定事由に掲げるとどまる。

第二は、錯誤無効(民法九五条)の要件たる「要素の錯誤」を相対化する説である。表意者が錯誤を理由に意思表示の無効を主張するためには、「問題の錯誤がなければ、その意思表示をしなかったらう」ということが、表意者を基準にしても(主観的因果関係)、また表意者の立場にある通常人を基準にしても(客観的重要性)、肯定されるだけでなく、その錯誤は「法律行為の要素」でなければならぬ。ここで問題となるのは動機錯誤で、伝統的理論によれば、動機は、それが内心にとどまっているかぎり法律行為の要素にあたらないが、明示または黙示の意思として表示されている場合は法律行為の要素とする余地があるとされる。けれども、相手方が情報提供義務に違反している場合には、もはや表意者に動機の表示を期待しえないのだから、彼は情報提供義務の対象事項に關わる錯誤のみをもって意思表示の無効を主張できる、と⁽¹⁰⁾。ただ、表意者の錯誤の内容ではなく、表意者・相手方双方からの錯誤の除去可能性をもって契約効力の否定を導くのは、錯誤無効というよりは、むしろ詐欺取消しに近い⁽¹¹⁾。学説では、「民法九五条と九六条の法意からの類推」により、効果は無効でなく取消しとすべきだとする説もとなえられている⁽¹²⁾。

第三は、情報提供義務に違反して締結された契約を、公序良俗違反ゆえ無効とする説である。詐欺的取引は、詐欺の故意を欠くゆえ民法九六条にいう「詐欺」にあたらないにしても、意思決定に対して不当な干渉をくわえている点には変わりはなく、したがって、契約自由の侵害にあたる。国家は、憲法上の権利として契約自由を個人に保障して

おり、かかる「国家の基本権保護義務」は、個人が契約制度を介して他人の契約自由を侵害した場合には、同じく契約制度を媒介して、すなわち、本来ならばするはずのない契約に拘束されないように契約の効力発生を否定することで、達成される。国家には、詐欺や強迫取消しによる保護を「拡張する方向で法創造することが憲法上要請されるといわねばならない」のである。⁽¹⁰⁷⁾この点、民法九〇条の公序良俗規範は、一般条項として、「法律行為法の欠缺をおぎなうためにあらかじめ制度的に用意された調整弁」のはたらきをする。「詐欺的取引のケースでは、この公序良俗による法形成が、さしあたりもつとも抵抗の少ない方法だと言いうことができる」と。⁽¹⁰⁸⁾

三 どのようなにして制度間競争を解消するにせよ、詐欺的取引においても表意者に意思表示の効力否定を認めることは、それにより商機を失いたくない相手方の負担において、「(最低限度) 経済合理的な取引をする」権利を表意者にあたえることを意味する。ただ、個人主義を建前とする現行法秩序においては(憲法二三条参照)、自己責任、すなわち、「自分の利益は自分で守るべきだ」という原則が、取引社会においても基本的に妥当するといふべきであり、したがって、表意者のために必要な「情報を提供する」という作為義務を課すことは、自己責任の原則の修正にあたる。問題はそのような修正の根拠である。

個人の道徳的自律を私的自治の基盤とする意思モデルにおいて、情報提供義務論の正当化は、「自己決定」の概念を再規定することによってなされる。現実の自己決定には、「個人がさまざまな能力的・環境的な制約を引きずりながらも、(中略) それでも残された選択肢にコミットしているという側面」がある。この点を重視し、「もろもろの能力的・環境的な制約下での主体的な選択・決定」を「自己決定」と解するのならば、個人間で自己決定の合理性に程度差が生じることはむしろ当然だということになる。ゆえに、抽象的に「自己決定を権利として保障する」というだけでなく、「自己決定の存立基盤とその確保に関する社会の構成原理」までを問題としなければ、基本権としての「自己

決定権」は憲法上保障されているとはいえない、というわけである。⁽¹⁰⁸⁾

注

(97) 消費者庁企画課編『逐条解説・消費者契約法(第二版)』(商事法務、二〇一〇)三頁。

(98) 後藤卷則『消費者契約の法理論』(弘文堂、二〇〇二、初出一九九〇)一八〜一九頁。

(99) 馬場圭太「フランス法における情報提供義務理論の生成と展開(二・完)」早稲田法学七四巻一号(一九九八)五三〜五五頁。馬場は、情報提供義務のみを語ることは「持つ者は持たざる者に分け与えなければならぬ」という道徳規範を法の領域にそのまま持ち込むことを意味し、これに対する違和感が、フランス民法学において「情報を持たざる者の調査義務」が構想されるようになる背景としてあつたのではないかとする。

(100) 山本(敬)・前掲ジュリスト一〇九七号二二八頁以下、横山「消費者契約法における情報提供モデル」民商法雑誌一二三号四〇五頁(二〇〇二)五七六頁以下を参照。なお、契約締結上の過失責任として、契約の解除を認めるのは、本田純一『契約規範の成立と範囲』(一粒社、一九九九)九七〜九八頁以下。

(101) 横山・前掲ジュリスト一〇九四号一三四〜一三五頁、同・前掲民商法雑誌一二三巻四〇五号五七七頁。

(102) 橋本佳幸「取引的不法行為における過失相殺」ジュリスト一〇九四号(一九九六)一五二頁。最近のものとしては、岩本「民事詐欺の違法性と責任(一〇・完)」北大法学論集六四巻五号(二〇一四)六五頁。

(103) 山本(敬)「民法における合意の瑕疵論の展開とその検討」棚瀬孝雄編『契約法理と契約履行』(弘文堂、一九九九)一七〇頁を参照。「表意者の側から契約内容化が期待できる場合」を、錯誤無効の主張が許されない「表意者に重大な過失があつたとき」と構成するのは、山下純司「情報の収集と錯誤の利用」私法七〇号(二〇〇八)一七八頁。これは、相手方の情報提供義務を調査義務の不在、したがって、表意者の無過失へと読みかえる立場を前提とするものだろう。

(104) 情報提供義務違反にもとづく意思表示の効力否定を、「詐欺の要件を緩和したものというより詐欺・錯誤の要件を统一的に緩和したもの」ととらえるのは、後藤・前掲『消費者契約』七一〜七二頁。

(105) その萌芽的な見解として、廣中「動機の錯誤について」法学教室一二七号(一九九二)六五頁。動機の錯誤による意思表示は瑕疵ある意思表示であり、しかも、相手方によって当該錯誤に陥つたのではないから、民法九六条二項の第三者詐欺を類推し、相手方が表意者の動機錯誤を知っている(悪意)、もしくは悪意と同視すべき重過失があるときには、取消しは認められないとする。

(106) 大村『消費者法(第四版)』(有斐閣、二〇一〇)九七頁。

(107) 山本(敬)・前掲『再構成』七〇～七二頁。

(108) 山本(敬)・前掲ジュリスト一〇九七号一二九頁。

(109) 山本(敬)・前掲棚瀬編『契約法理』一八二～一八四頁。

第三款 「合意の瑕疵」論の登場

一 ところで、以上の動きと並行して、民事詐欺不法論に「ゲシュタルトの転換」とでもいえそうな現象が起ころ。すなわち、民事詐欺を、契約交渉過程における瑕疵が、表意者の意思決定への影響というかたちではなく、それ自体として法律行為(契約)の取消原因となると説明する見解が登場するのである。「合意の瑕疵」論とよばれるこのアプローチは、合意モデルからの理論構成にあたる。

それによれば、錯誤無効と詐欺取消しは表意者の「相手方の行為態様の悪性」に着目して区別される。たしかに起草者は、表示と効果意思の不一致は錯誤無効で、動機形成過程における錯誤は詐欺取消しの対象と解していたようにだけれども、現在では、動機錯誤も一定の場合には錯誤無効を主張しえ、また、「要素の錯誤」が詐欺により惹起された場合に、詐欺取消しを排斥することなく、錯誤無効と詐欺取消しの二重効を認めるのならば、両者の区別はもはや表意者における「意思表示のプロセス」の阻害態様によってはなしえない。また、民法九六条二項が、第三者による詐欺に関して、相手方の知情を要求していることも、民法が、単に表意者の「意思の瑕疵」に取消原因の根拠を求めているいないことの証左で、「錯誤の領域拡張を正当化しようするような非良心的な態様を相手方自身に見い出すこと」で、(中略)詐欺固有の図式に還元している⁽¹⁰⁾ものと解されるというのである。

この立場からは、相手方による情報提供義務の懈怠は、詐欺と同等に扱える程度の「悪性」が彼に認められるかど

うかの問題として構成される。フランス法における情報提供義務論は、「詐欺の法理に消費者保護の観点からの考慮を付加した点」に意義があり、さらにいえば、それは「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覚から検討することを可能にした」。いまや、表意者の意思は、契約締結過程における相手方の行為態様への「信義誠実や正当性の観点からの評価」に相関して「動的に」把握されるのである。もともと、情報提供義務違反があれば詐欺の故意がなくとも取消しを認めてよいかに関しては、詐欺の故意が「行為態様の誠実さという信義則の要請と取引安全や当事者の自己責任等の諸原理の要請との調和を図るものである」ことからすれば、「故意の要件を緩和することには慎重な態度をとるべき」だとして、詐欺の故意を推定する程度にとどめるのが望ましいとされる¹¹⁰⁾。

二 合意の瑕疵論の一つの方向を示すものと思われるのが、契約当事者間の非対称性への着目である。当事者がとるに非事業者あるいは事業者の場合には、両当事者が「自己の責任において契約締結のための情報収集をすべきことを、私的自治によって導かれる原則として妥当させてよい」けれども、事業者と消費者とのあいだには「情報力の格差」があり、しかも、消費者は「事業者の情報提供に信頼して契約を締結する」もので、「その信頼は保護されるべき」だから、もはや自己責任の原則は妥当しない。「事業者たる当事者は、消費者である相手方に対して、その契約締結の意思を左右し得る事実」について、彼の「事業者としての地位」ゆえに、情報提供義務を負い、これに違反する行為は「故意のみならず過失による場合も違法となる」。合意モデルの背景にある意思自治原理が、平等の理念と関係づけられているという点を想起すれば、合意の瑕疵論から右のごとき主張が展開されたとしても驚くにはあたらないだろう。

注

(110) 森田宏樹「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論(2) NBL四八三号(一九九二)五七頁。

- (11) 森田・前掲NBL四八三号五九、六〇頁。
 (12) 横山・前掲ジュリスト一〇九四号一三一、一三三頁。
 (13) 第二章第二節第一款第二項。

第四章 民事詐欺不法論の刑事詐欺不法論への投射

第一節 ボワソナード私案と刑法二四六条

ボワソナードは、民事詐欺と刑事詐欺を連続的にとらえ、詐欺の中でも良俗違反（違法性）の程度がはなはだしい態様の詐欺を列挙することで刑事詐欺不法を規定しようとした。旧民法が制定された頃、わが国は刑法改正作業に入っており、旧刑法（明治一三年太政官布告三六号）の起草者であるボワソナードも私案を作成している。それによれば、詐欺罪の欺罔手段は、(1) 利害に関する錯誤の惹起「その他有罪なる計策」、(2) 売買等の「契約物件の性質もしくは量目、数高または度尺の多寡」に関する錯誤の惹起、(3) 他人物等を自己の物と偽る等、の三類型に限定される。(2)と(3)に関しては、旧刑法も準詐欺として処罰するところであり、要するに、同私案はこれらを詐欺取財にまとめたものだといえる。そのうえで、彼は、(1)～(3)に該当しない欺罔手段は「不良」であつても、「有罪」とするには及ばないと説明するのである。(16)

現行刑法では、ボワソナード私案とは反対に処罰規定が著しく簡素化されるとともに、旧刑法の刑事詐欺規定の一特徴であつた証書騙取罪が姿を消して、財産上の利益を行為客体とする詐欺利得罪が新設された。もつとも、詐欺利

得罪は証書騙取罪を發展させたものであり、現行刑法は、欺罔行為により全体財産を損なう行為を処罰するためにドイツ刑法にならって詐欺利得罪を設けたというわけではないとみられる。¹¹⁵⁾

これらの点は、「詐欺とは、欺罔によって他人に損害をこうむらせることであり、その制裁として、損害賠償、損害填補手段としての取消し、さらには刑事罰が用意されているのだ」とみるボワソナード流の民事・刑事詐欺の理解が、現行刑法の採用するところではないということを裏づけるように思われる。

注

(114) 条文案は以下のとおり。

第四三四条 通常ノ詐欺取財

左ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者ハ詐欺取財ノ犯人ト為シ二月以上二年以下ノ重禁錮四円以上四拾円以下ノ罰金ニ処ス

第一 仮想ノ危害ヲ以テ恐懼を懷カシメ又ハ虚偽ノ利益ヲ希望スルノ念願ヲ生セシメ其他有罪ナル計策ヲ以テ金額、有価物品、不動産若クハ動産又ハ権利ノ讓渡、義務若クハ義務ノ免脱ヲ記載セル証書ヲ自己ニ交付セシメタル者若シ公私ノ証書ヲ偽造シタルトキハ第二百三十七条乃至第二百五十条ニ照シ重ニ從テ処断ス

第二 売買其他消費物、商品若クハ或ル動産ノ物品ヲ目的トスル有償契約ニ付キ詐欺ノ手段ヲ用イ相手方ヲシテ契約物件ノ性質若クハ量目、数高又ハ度尺ノ多寡ヲ誤マラシメタル者

第三 自己ノ所有ニアラサルコトヲ知テ故ラニ詐欺ノ手段ヲ以テ動産不動産ヲ売渡シ又ハ有償ノ名義ニテ讓渡シ若クハ書入質入ヲ為シ或ハ其ノ所有ニ係ルト雖モ他ニ讓渡ヲ為シ書入質入又ハ物上権ヲ該財産ニ付承諾シタル物上権ノ全部又ハ一部ヲ隠蔽シタル時亦タ同シ但シ此ノ場合ニ於テハ犯人最初ノ起訴ノ際書入質入有スル負債ノ全額ヲ償却シ又ハ其他ノ物上権ヲ該財産ヨリ脱却シタルトキハ其刑ヲ免ス

(115) 旧刑法は、欺罔および恐喝を手段とする「財物もしくは証書類」の取得を「詐欺取財の罪」とするという一般規定を置いたうえで、これに準ずる処罰類型として、「幼者の知慮浅薄」または「人の精神錯乱」に乗じた場合のほか、売買等の契約後、その履行段階で給付物を粗悪品に変えて引き渡したり、数量を偽ったりした場合、他人物を自己の物と「冒認」して販売交換あるいは抵当権設定した場合を「詐欺取財を以て論ず」としていた。

旧刑法の条文は以下のとおり。

第三九〇条一項 人ヲ欺罔シ又ハ恐喝シテ財物若クハ証書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト為シ二月以上四年以下ノ重禁錮ニ処シ四年以上四十元以下ノ罰金ヲ附加ス

二項 因テ官私ノ文書ヲ偽造シ又ハ増減変換シタル者ハ偽造ノ各本条ニ照シ重キニ從テ処断ス

第三九一条 幼者ノ知慮淺薄又ハ人ノ精神錯乱シタルニ乘シテ其財物若クハ証書類ヲ授与セシメタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

第三九二条 物件ヲ販売シ又ハ交換スルニ当リ其物質ヲ変シ若クハ分量ヲ偽テ人ニ交付シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

第三九三条一項 他人ノ動産不動産ヲ冒認シテ販売交換シ又ハ抵当典物ト為シタル者ハ詐欺取財ヲ以テ論ス

二項 自己ノ不動産ト雖モ已ニ抵当典物ト為シタルヲ欺隠シテ他人ニ売与シ又ハ重子テ抵当典物ト為シタル者亦同シ

(116) 森順正ほか訳『刑法草案註釋下卷』(宗文館書店、復刻版、一九八八)七〇七頁。

(117) 中森「二項犯罪小論」法学論叢九四卷五・六号(一九七四)二二五〜二二六頁を参照。

第二節 詐欺罪の保護法益をめぐる効用説と自由説

一 詐欺罪の保護法益に関して、近時学説では、これを「個別財産から得られる事実的効用」と解するものと、「個別財産を処分する自由」と解するものの二説が主張されている。前者を「効用説」、後者を「自由説」とよぶことにする。

効用説を説くものと思われるのは、鈴木左斗志である。彼によれば、財物罪の保護法益は「被害者の占有に伴う財物の利用可能性」であり、刑法上保護される「占有」は、「被害者による利用可能性を裏づけるような客観的事実と主観的事実とによって構成される」。窃盗罪と詐欺罪は、占有侵害が「直接的に客観的事実を変更することによって」生じるのか、それとも「被害者の占有意思に対する干渉を通じて」生じるのかで区別される。したがって、占有者に財物を無意識的交付させる行為は、財物の移転を認識させないことで占有意思に干渉しているのだから、詐欺騙取罪を

構成する。これと並行的に、詐欺利得罪においても、問題の財産的権利を行使することによって生じる「利益状態」が保護法益と解される。無意識的債務免除の場合に、被欺罔者の行為に処分行為が認められるのは、「弁済を受けること」によって生じる利益状態」を確保するために必要な措置をとらないことを、彼が「承認」しているからだと言木はいう。¹⁸⁾

効用説は、刑事詐欺不法の本質を財貨帰属秩序の攪乱に求める立場だといえることができる。無意識的な交付や債務免除は、問題の財産権を処分（放棄）する意思表示をしていないのだから、問題の財貨は被欺罔者に帰属していること自体は揺らがない。けれども、当該財貨から得られるはずの効用を、彼は得ることができなくなった。それゆえ、詐欺は処罰されるのだ、というわけである。他方で、欺罔により意識的交付・処分をさせた場合も、これはこれで財貨移転秩序に反するために財貨は被欺罔者に復帰し、財貨帰属秩序の侵害ととらえられることになろう。

二 これに対して、自由説を説くのは、足立友子である。彼女は、欺罔行為による被欺罔者の意思への働きかけが（刑事）詐欺不法を基礎づけるものとみて、詐欺罪は基本的には自由侵害だとする。ただ、本罪が財産犯である以上、欺罔行為によって侵害される自由は「交付行為の段階における身体的自由ではなく、『財産処分の意思決定』の段階での自由」であり、「それはあくまで、財産に内在する要素として考え直すべきだ」として、詐欺罪の保護法益論にフィードバックさせる。足立によれば、財産は、何かと交換するための手段としての機能以前に、そもそも「『交換手段』として用いるか自己の手元で保持・使用するかについて自由に選択し決定することそれ自体」として、すなわち、「財産主体が当該財産を通じた財産的活動について選択することを通して、財産的自己実現を達成する」ための手段という側面において、刑法上保護される。¹⁹⁾

自由説は、財貨移転秩序の攪乱を刑事詐欺不法とみるものではないかと思われる。なぜなら、「当該財産を通じた

財産的活動」に関する財産主体の選択を「自己実現」として（国家が）尊重する、というのは法律行為制度と同義だからである。したがって、欺罔によってした瑕疵ある意思表示は、もはや個人の「自己実現」とはいえず、そのような意思表示をさせた点に、足立は詐欺を処罰する根拠をみいだすことになる。

窃盗不法と刑事詐欺不法を区別すべきだとすれば、基本的には自由説が支持される。窃盗も詐欺騙取も法律上の原因なく他人の財物から利益（＝効用）を不当に利得する点で相違はなく、効用説からは、窃盗罪と詐欺罪は法条競合のうち特別関係もしくは補充関係に立つことになる。この結論を支持しないとすれば、効用説を放棄し、「不当利得」の具体的内容を尋ねる必要がある。この点、足立の言葉を借りれば、財貨を「交換手段」として他者との財産的取引に用いるのか、それとも、「自己の手元で保持・使用」して効用を得るのかで、「財産」は様相を異にする。すなわち、財産は、前者の場合には財貨移転秩序、後者の場合には財貨帰属秩序においてとらえられるのである。

三 ただ、「財産を処分する自由」の具体的内容に関しては、議論の余地がある。足立は、欺罔行為によって財産的処分の自由が害されることを刑事詐欺の不法内容とするが、彼女の理解する「自由」は、財産にどのような価値を付与するかを決定する自由を指しているだけであり、いまだ抽象的である。⁽¹²⁾

この点、松宮孝明によれば、詐欺罪における——窃盗罪とは意味内容を異にする——財産権は「財産処分の動機となるべき誤った情報を与えられて財産を処分することのない権利」という「動的自由」⁽¹³⁾ だととして、さらに、何が「欺罔」にあたるかは「被欺罔者の当該取引における『役割』に応じて客観的に制約を受ける」のであり、被欺罔者による価値決定は「当該取引ないし市民社会において尊重されるべき客観性を備えている」ものでなければならぬとされる。⁽¹⁴⁾

だが、松宮説に対しては、まず、彼のいう「動的自由」なるものは「詐欺にあわない権利」というに等しく、これ

を詐欺罪の処罰根拠とするのは同語反復ではないか、との疑問が向けられる。この疑問をかわすためには、保護法益論における「詐欺」の概念を刑法上の「詐欺」概念とは独立に構成する必要があるが、松宮は規範的観点を導入せよ、「役割」を顧慮せよというだけで、これもまた、抽象論にとどまっているように思われる。自由説は発展途上にあるといえよう。

これに関しては、民事詐欺に関する議論が参考になる。民法学では、表意者の意思決定に着目して民事詐欺不法を論じるアプローチと、相手方の行為態様、したがって、契約締結過程での欺罔手段に着目して民事詐欺不法を論じるアプローチがある。これは法律行為制度の原理的基礎づけに関係しており、前者はその起点を表意者の「意思」に求め、後者は表意者と相手方とのあいだの「合意」に求める。自由説のいう「自由」は「道徳的自律」を意味するのか、それとも「意思の自律」を意味するのか。この問いに解答することが、同説の次の課題なのではないかと思われる。

注

(118) 鈴木・前掲「松尾古稀」五三八～五三九、五七三～五七四頁。

(119) 足立友子「詐欺罪における欺罔行為について(五・完)」法政論集、二一五号(二〇〇六)四〇五、四一一～四一二頁。

(120) 照沼亮介「判批」刑事法ジャーナル二七号(二〇一一)九二頁は、「財産的処分の自由」を被欺罔者が財産の価値を「主観的」に決定できる自由にとらえ、そこには詐欺罪の成立範囲を「適切に限定する内在的な基準が存在」しないと批判する。

(121) 松宮孝明「論文評」法律時報七九卷八号(二〇〇七)一六六頁。さらに、同「刑法各論講義(第三版)」(成文堂、二〇一二)二二五頁も参照。

第三節 効果意思の要否の段階的検討

一 財貨移転秩序と被欺罔者の効果意思の関係は、①法律行為の成立レベルにおける効果意思の要否の問題と、②

法律行為の解釈のレベルにおける効果意思の顧慮、③法律行為の効力発生レベルにおける効果意思の要否の問題、の三段階に分けて検討される。

①の法律行為の成立レベルでは、問題の表示に対応する効果意思が存在する必要はないとされている。したがって、被欺罔者に効果意思が欠けるからといって、彼が「当該財物・財産上の利益（財貨）の移転を約束しなかった」ということにはならない。行為者と被欺罔者の財産的関係は財貨移転秩序においてとらえられる。

ただし、表示段階における効果意思の欠缺に関しては、「問題の財物・財産上の利益に関して効果意思が欠ける」という場合と、およそ効果意思とよべるものが欠ける、すなわち、「問題の財物・財産上の利益どころか、何らかの財物・財産上の利益に関して、意思表示をしているという意識さえない」という場合とで、問題を区別すべきである。

後者の場合に法律行為が成立しないのは（表示意識必要説）、行為者と被欺罔者の財産的関係が財貨移転秩序の埒外にあることを意味する¹²⁰。したがって、たとえ事実上被欺罔者の手で財貨の移動がなされていたとしても、これは財貨帰属秩序の侵害として構成されるべきであろう。この場合は、窃盗罪の間接正犯が成立する¹²¹。

二 次に、表示意識欠缺の場合と同様の結論になるのが、②の法律行為の解釈により、問題の財貨に関して法律関係の変動が生じない場合である。例えば、魚箱に財布を隠し入れてそのままの値段で魚箱を買い受ける行為は、効果意思不要説の立場からは、詐欺にあたりと解されてきた。けれども、本件売買契約は「（財布を含む）魚箱の在中物」ではなく、売主の意思内容どおり、「魚箱の中の魚」の売買と解釈される。ここで表示主義に立つ理由はないだろう。少なくとも現在の民法学説では、「法律行為の客観的解釈」にこだわるべきではないとされており、財布に関する占有移転は当該売買契約にもとづくものでないといえるのである¹²²。実際にも、財布を奪われた売主が魚の売買契約を詐欺取消しするとは考えにくく、売主は、端的に、「財布を売った覚えはない」として所有権にもとづく物権的返還請求を

するだろう。そうだとすれば、この場合には財貨移転秩序の動揺は生じておらず、したがって、窃盗罪の間接正犯の成否が論じられるべきものと解される。

これに対して、欺罔による債務免脱が詐欺にあたるのは、履行の督促等の「具体的措置」が、債権の実現という財貨移転秩序に関わるからである。ただ、これを効果意思なき意思表示たる「無意識的債権放棄」と構成する必要はないように思われる。履行期の到来とともに債権者には履行請求権——それを債権の本来的内容とみるか、それとも債務不履行の効果とみるかはともかく——が発生する。ここでの問題は、履行請求権の不行使が、その後の履行不能をもって契約利益の逸失をもたらしということにある。この点に、ある種の動機の錯誤が認められるのだとすれば、詐欺利得罪の成立を肯定することは十分に可能であろう。林(幹)¹²³は、債権実現の危険の顧慮が「財産犯の保護法益を法的にはなく経済的に理解することからの帰結」だとするが、法的財産説からも同様の結論を導くことはできるのである。

三 法律行為が成立し(①)、その内容が当該財物・財産上の利益に関係するものと解釈されたとして(②)、最後に効果意思の要否が問題となるのが、③法律行為の効力発生である。この段階では、効果意思を決定する動機形成過程において不当な干渉があった場合はもとより、効果意思が欠ける場合も、財貨移転秩序に動揺をもたらす。民法九五条はそのように規定している。動機の錯誤と同様、表示に対応する効果意思の欠缺たる表示錯誤の惹起も刑事詐欺の捕捉対象なのである。この段階では、効果意思不要説が支持される。

注

(122) 第二章第二節第四款。

(123) 契約書あるいは、預証のような、法律行為に付随して作成される文書とは無関係の文書(例えば、請願書、挨拶状)と偽って、契

約書等に署名捺印させても、私文書偽造の間接正犯が成立するにとどまる。なお、大審院時代の判例に、交換契約を締結する際に、文書の相手方が契約書の作成を依頼してきたことを奇貨として、第三者宛ての当該物の預証を作成し、これを契約書だと偽って受寄者欄に署名させたという場合は、詐欺罪ではなく、私文書偽造罪が成立するとしたものがある（大判明治四三年一〇月七日刑録一六輯一六四七頁）。この結論は、被欺罔者が文盲であることから表示責任を認めにくく、その意味で「意思表示」をなしたとはいえないということから正当化できよう。したがって、被欺罔者の側にそのような事情が存しなければ、内容の異なる契約書に署名させる行為は詐欺罪を構成するものと解される。

(124) 第二章第二節第三款。

(125) 林(幹)・前掲『現代的展開』二二三～二三四頁。

第五章 結語

本稿の結論は、「財貨移転秩序侵害との関係で、効果意思が意味をもつ場合とまたない場合がある」ということである。「無意識的交付」と「無意識的債務免除」で取扱いが異なる点では二分説のようにみえるけれども、本稿の立場は、行為客体により詐欺罪の構造を二元的にとらえるのではなく、詐欺罪の処罰根拠に立ち返って、詐欺騙取罪と同利得罪の構造を統一的に理解するものだから、二分説とは一線を画する。

ただ、刑事詐欺不法の具体的内容に関しては、財貨移転秩序をどのように原理的に基礎づけるかによって、二通りの解釈があることも明らかになった。意思モデルと合意モデルがそれである。この問題は、財産的損害の取扱いに係るのではないかと思うが、本稿では論じなかった。今後の検討課題としたい。