

日本民法九六条（詐欺・強迫）の立法過程

—— 不当な勧誘に対処する手がかりとして ——

田
中
教
雄

第一章 序説

第二章 旧民法の立法過程

一 ボアソナードの見解

二 旧民法の立法過程

第三章 現行民法の立法過程

一 現行民法の立法過程

二 現行民法の起草者等の見解

三 小括

第四章 不当な勧誘の問題への示唆

第一章 序 説

七八

悪徳商法に代表される不当な勧誘による契約の締結という問題は消費者問題のひとつとして注目を集めている。消費者問題は一九六〇年代後半から商品の欠陥を中心に論じられてきたが、やがてそれと並んで、ここで問題にしている契約の締結方法の不当性や、返済能力のない消費者に信用を与える消費者信用などの問題が顕在化してきている⁽¹⁾。その主要な特徴のひとつは事業者と消費者間の地位の格差であるとされる⁽²⁾。不当な勧誘に関していえば、事業者は専門的な知識・経験を持ち消費者の心理を巧みに誘導するのに対して、消費者は取引経験も専門的な知識もない商品について欲望を刺激されながら、しかも十分に考える暇を与えられることなく勧誘される。さらに、消費者にはたとえ考慮する多少の時間を与えられたとしても、商品に関する情報収集について事業者に比べ経済的にも時間的にも大きな制約がある⁽³⁾。

このような不当な勧誘に関しては、たとえば訪問販売法、割賦販売法などのような特別法による規制が存在し、消費者にクーリング・オフを認めている⁽⁴⁾。また、行政的な対処、刑法的な対処なども考えられるが⁽⁵⁾、民法上の法理論による対処についても、既存の法制度の中から、たとえば契約の不成立⁽⁶⁾、公序良俗違反⁽⁷⁾、錯誤⁽⁸⁾、詐欺、強迫、行為無能力⁽⁹⁾、意思無能力⁽¹⁰⁾、不法行為などの適用可能性が主張されている。

これらの法制度の中で不当な勧誘という問題に最も密接に関係するのは詐欺・強迫であるが、それらの適用可能性が主張されるその一方で、従来の法理論をそのまま適用したのでは不当な勧誘という問題を解決するには不十分であることも指摘されている。現在の日本の通説によれば、詐欺の要件としては(1)詐欺者の故意(さらに相手方を欺罔して

錯誤におとしられようとする故意とこの錯誤によって意思表示をさせようとする故意にわけられる）、(2)違法な欺罔行為、(3)表意者が錯誤に陥ったこと、(4)この錯誤によって意思表示をしたことの四つがあげられている。強迫についてもほぼ共通する要件が必要とされている⁽¹²⁾。しかし、実際生活上、不法・不当な干渉を受け意思表示が自由になされなかつた場合は、詐欺・強迫による意思表示以外にも存在するとされ、詐欺者の故意という要件と違法な欺罔という要件を緩和することが問題になっている⁽¹³⁾。そこで、従来の法理論を拡張あるいは補足するために、諸外国の法理論を参考にしながら不当な勧誘に対処するための新しい法理論として次のようなものが主張されている。

(1) 契約締結上の過失の利用

契約締結上の過失は一九世紀の中ごろに、契約が外見上成立した場合と関連してイエーリングによって主張されたもので、その後の展開の中で契約締結前への契約上の義務の拡大として理解されるようになっていく⁽¹⁴⁾。特にドイツで発達してきた理論であるが、最近日本においても承認を受けつつあり、さらにこの理論を消費者保護に利用しようとする見解が主張されはじめていく。

たとえば、「専門知識のある売主が専門知識のない買主に対して相手方の意思決定に対し重要な意義をもつ事実について、信義則に反するような不正な申し立て、説明を行い、相手方を契約関係に入らしめ、相手方に損害を生じさせた場合、あるいは、相手方の意思決定に対する原因となるような事実について、契約当事者の一方が信義則上告知・調査・解明義務を負う事項について、故意又は過失によりこれを怠り相手方をして契約関係に入らしめ、これにより、この者に損害を与えたときには、一種の契約責任を負わなくてはならない場合がある」とされる⁽¹⁵⁾。また、このようにして締結した契約それ自体が不利益なものであり、損害賠償請求よりも契約上の履行義務から解放することが重要な

場合では、錯誤や詐欺の要件が立証しえない場合でも、補助的契約解消手段として契約締結上の過失の法理を適用すべきことが主張されている。⁽¹⁶⁾

(2) 情報提供義務

情報提供義務はフランスで展開された概念で、錯誤や詐欺との関連で問題にされている。知識や情報量において劣位する者が「契約の内容や効果を承知したうえで契約締結の意思決定をなすことを保障するために、より多くの情報量を有している相手方」がその者に対して契約の重要な要素につき情報を提供する義務があるとするとされ、「従来の概念によれば詐欺にも錯誤にも該当しないいわば中間的な領域につき詐欺・錯誤の双方を拡張して被害者の救済を図った結果として生まれた、詐欺と錯誤の接点に位置する概念」とされる。⁽¹⁷⁾

(3) 非良心性の法理

非良心性の法理とはコモン・ローの強迫に該当しない場合であっても承認されるエクイティ上の救済手段のひとつであって、一方当事者が相手方の貧困と無知に乗じて自己に有利な契約を締結した場合にその相手方に契約取消権が承認される。⁽¹⁸⁾ このような法理を消費者問題にも適用することが主張されている。つまり、「両当事者の地位、関係を顧慮して、事業者、消費者間に締結された契約が消費者に不利益な内容のものであり、事業者に有利なものであるときは、消費者の意思形成、意思表示が事業者により害されたことを推認せしめる、と考える」べきだとされる。⁽¹⁹⁾

(4) 給付の均衡

給付の均衡は従来暴利行為論として議論されてきた問題であるが、消費者保護などについて、錯誤・詐欺・強迫・意思能力などの法理が当事者の意思を問題とするためやや硬直的・限定的にならざるを得ないのに対して、より広く適用できる使いやすい法理であるとされる⁽²⁰⁾。

これらの新しい法理論が民法の解釈として主張されている以上、従来の法理論との関係を明確にすべきことは当然であろう。しかし、それだけでなくこれらの新しい法理論と従来の法理論の基礎にある市民法の原理との関係をも明らかにする必要がある。というのも、冒頭で触れたように、不当な勧誘の問題が消費者問題のひとつと理解され、事業者と消費者の立場の違いをその特徴のひとつとしており、対等な当事者を念頭に置いている市民法とは異質な側面を持つていることが盛んに指摘され⁽²¹⁾、民法の解釈として主張されてはいるものの、従来の法理論の基礎にある市民法とは異質な原理が働いている可能性があるからである。

不当な勧誘という問題はもはや市民法とは異質な原理によってしか解決できないのであろうか。訴訟以外の紛争処理においても訴訟それ自体においても市民法はそれとは異質な原理によって補充あるいは修正されなければならないのであろうか。市民法にしたがった訴訟による解決には信頼がおけず、「法に対する拒絶反応」を引き起こすしかないのであろうか⁽²²⁾。

もちろん、従来の法理論だけで消費者問題を処理することはできないであろう。従来の法理論だけで処理しようとすることは「法の過剰適用」であり、それだけでは処理できない、あるいはそのような処理では妥当な結果が得られ

ないという主張にも一定の意味を認めるべきであろう⁽²³⁾。法が相対的なものでありそれが変化していくことは当然のことである。しかし、その変化の中で表面的で一時的な流れに流されてしまっただけならならぬ。そうならないための方法のひとつとしては従来の法理論を抛り所とすることが考えられる⁽²⁴⁾。

ひとつには、従来の法理論をそのまま適用したのでは妥当な解決が得られないとしても、その基礎にある価値判断に立ち返ることによって市民法それ自体と連続したものとして妥当な解決が得られる可能性は否定できない。この観点からすれば、たとえばクーリング・オフの法理を含め、先にあげた消費者保護のための特別法を市民法との連続性において理解している見解が注目⁽²⁵⁾に値する。不当な勧誘について主張されはじめた新しい法理論についても市民法との連続性を検討してみる必要があるのではないだろうか。市民法との連続性が確認されれば、新しい法理論や消費者保護のための特別法は市民法の例外としてではなく、その原則の当然の適用として承認されることになり、特別法に規定がなくても消費者を保護することが可能になる。

また、このような市民法との連続性の確認は、逆に新しい法理論の「新しさ」を正しく認識させることにもなる。市民法の立場が絶対的なものでないとしても市民法をひとつの足場としなければ流れに流されるままに従来の法理論が持っていた妥当な判断をも捨て去ってしまうことになりかねないし、さらに、恣意的な解決に陥ってしまう危険性も否定できない。本稿で取り上げた不当な勧誘に関する新しい法理論の本当の新しさも、詐欺・強迫についての従来の法理論との対比においてはじめて理解されるのである⁽²⁶⁾。もちろん、このような、まさしく新しい法理論がどのような原理にまとめあげられるのかはさらに重要な課題として残ることになる。

そして、いずれにしろ従来の法理論との違いは、社会の現状が予定された姿とは違っていることの証左であり、そのような違いを生んだ原因へと目をむけさせることになるであろう。

以上のことから、本稿では、不当な勧誘が従来の法理論とどのような関係にあるのかを理解し不当な勧誘に対処していく手がかりを得るために、日本民法九六条の立法過程を通して詐欺・強迫についての従来の法理論をより明確な形で把握することを試みたい。市民法として何をイメージするのは論者によって違っている。しかし、できるだけ具体的に議論していくためには現実には主張された具体的な見解を前提にする必要がある。そこで本稿は、一九世紀末のヨーロッパ諸国の法から大きな影響を受けており、その点だけからしても近代的側面を有していると思われる現行民法の起草者の見解をひとつの手がかりとしたい。⁽²⁷⁾

なお、詐欺の立法過程については、一昨年、中舎寛樹「民法九六条三項の意義——起草過程からみた取消の効果への疑問——」⁽²⁸⁾が発表されている。同じ素材であっても関心を異にしていること、資料の理解を異にする点もあることなどから、重複する部分も多いが、本稿を公表することにも意義があると考えている。

(1) 大村敦志、消費者・消費者契約の特性——中間報告、NBL四七五号（一九九一年）二九頁、本田純一、消費者問題と契約法理、法律時報六〇巻八号（一九八八年）一七頁、竹内昭夫、消費者保護、竹内ほか、現代の経済構造と法（筑摩書房一九七五年）一二四頁以下。

このような消費者問題は日本に限らず諸外国においても問題になっている。たとえば、アメリカ、イギリス、フランス、ドイツなどにおいて消費者保護を目的とした諸法が制定されていることから、日本だけの問題ではないことは明らかである。藤倉ほか、諸外国における消費者（保護）法、加藤・竹内編、消費者法講座 第一巻 総論（日本評論社一九八四年）一一五頁以下、飯島紀昭、西ドイツにおけるクーリング・オフについて——制度の紹介と若干の考察——、成蹊法学一三三号（一九七八年）三一七頁以下、田島裕、訪問販売法——イギリス・アメリカ、ジュリスト八〇八号（一九八四年）二二頁以下、島田和夫、訪問販売法——フランス、同上三〇頁以下、栗田哲男、訪問販売法——西ドイツ・オーストリア、同上三五頁以下、田村耀郎、フランス訪問販売法におけるクーリング・オフ、島大法学二八巻三号（一九八五年）五七頁以下参照。

- (2) 及川昭伍、消費者問題の歴史と背景、北川・及川編、消費者保護法の基礎（青林書院新社一九七七年）二頁以下、長尾治助、消費者私法の原理（有斐閣一九九二年）七六頁以下、同、民法における弱者保護、ジュリスト八七五号（一九八七年）四七頁以下、竹内昭夫、消費者保護の方法、消費者法講座一、四七頁以下、大村、NBL四七七号三六頁。
- (3) 長尾、消費者私法の原理二七四頁以下（注3）、村田憲寿、訪問販売等の苦情・被害の実態、ジュリスト八〇八号一五頁以下、国民生生活審議会消費者政策部会、店舗外における消費者取引の適正化について（部会報告）、同上四五頁、ケーススタディ悪徳商法、法学セミナー三九五号（一九八七年）三二頁以下、浅井岩根、欺瞞取引被害の救済と予防の限界——法律官による民事的予防制度の必要性——、自由と正義四〇巻四号（一九八九年）五一頁以下、林郁、共通の窓口とこの手の商法が横行する社会的背景、法学セミナー三九五号四八頁。そのほかに、荒川重勝、消費生活の変化と法——「現代法」分析のための一素材——、法の科学一六号（一九八八年）三〇頁以下。
- (4) 北川善太郎、消費者法のシステム（岩波書店一九八〇年）九六頁以下、特集 消費者保護をめぐる諸問題・資料、自由と正義三二巻四号（一九八一年）六二頁以下。
- (5) 竹内、現代の経済構造と法八七頁以下、松浦伸吾、国の消費者行政機構、消費者保護法の基礎九九頁以下、伊藤進、消費者保護法の仕組みと課題、ジュリスト増刊総合特集消費者問題（有斐閣一九七九年）一七九頁以下、北川、消費者法のシステム二二頁以下、竹内、消費者法講座一、五〇頁以下、高見澤昭治、被害発生の予防における行政の役割、法学セミナー三九五号五六頁以下、浅井、自由と正義四〇巻四号五九頁以下、六三頁以下、松本恒雄、消費者私法ないし消費者契約という観念は可能かつ必要か、椿編、講座・現代契約と現代債権の展望 第六巻 新種および特殊の契約（日本評論社一九九一年）四頁以下。
- (6) 長尾、消費者私法の原理一〇二頁、円谷峻、事後的救済のありかた——契約の問題、法学セミナー三九五号五〇頁、同、契約の成立と責任（第二版）（一粒社一九九一年）二四三頁以下、山本映子、消費者取引と錯誤をめぐる最新判例の動向、NBL三七二号（一九八七年）二五頁、本田、法律時報六〇巻八号一八頁、松本、講座・展望六、一一頁以下。
- (7) 長尾、消費者私法の原理八頁以下、円谷、法学セミナー三九五号五〇頁、大村敦志、契約と消費者保護、星野ほか編、民法講座 別巻二（有斐閣一九九〇年）一〇六頁以下、松本、講座・展望六、二〇頁以下、今西康人、消費者取引と公序良俗違反、法律時報六四巻一二号（一九九二年）八〇頁以下。
- (8) 長尾、消費者私法の原理一〇三頁以下、山本映子、消費者取引における不当な勧誘行為と錯誤、NBL三七九号（一九八七年）三

- 四頁以下、森田宏樹、「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論、NBL四八二号（一九九一年）三〇頁以下。
- (9) 円谷、法学セミナー三九五号五一頁、松本、講座・展望六、一三頁以下。
- (10) 石田喜久夫、契約の拘束力、現代契約法大系 第一卷（有斐閣一九八三年）一〇一頁。
- (11) 円谷、法学セミナー三九五号五一頁、松本、講座・展望六、二六頁以下。
そのほかに、先物取引に関連して、今西康人、契約の不当勧誘の私法的効果について——国内公設商品先物取引被害を中心として——、民事責任の現代的課題（世界思想社一九八九年）二二二頁以下。
- (12) 我妻栄、新訂 民法総則（民法講義Ⅰ）（岩波書店一九六五年）三〇八頁以下、下森定、第九六条、川島編、注釈民法(3)（有斐閣一九七三年）二二三頁以下。
- (13) 長尾、消費者私法の原理一一七頁、実方謙二、消費者保護の論理と私法の論理、ジュリスト特集消費者問題一九四頁、松本恒雄、消費者取引における不当表示と情報提供者責任、NBL二三〇号（一九八一年）一七頁、河上正二、契約の成否と同意の範囲についての序論的考察、NBL四七二号（一九九一年）三九頁。
- (14) 田中教雄、契約締結上の過失責任と契約の締結——学説史を中心として——、九大法学六〇号（一九九〇年）二七四頁以下、本田純一、「契約締結上の過失」理論について、現代契約法大系一、一九五頁以下。
- (15) 本田、現代契約法大系一、二〇六頁。
- (16) 本田、現代契約法大系一、二〇七頁以下、同、法律時報六〇巻八号一八頁以下、森田、NBL四八四号六〇頁以下。
- (17) 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、民商法雑誌一〇二巻（一九九〇年）二五九頁以下、柳本祐加子、フランスにおける情報提供義務に関する議論について、法研論集四九号（一九八九年）一六一頁以下、河上、NBL四七二号三九頁以下、森田、NBL四八三号五八頁以下。
- (18) 望月礼二郎、英米法（改訂第二版）（青林書院一九九〇年）三七二頁以下。
- (19) 長尾、消費者私法の原理九七頁、及川光明、イギリス契約法における非良心性に関する若干の動向——記録官 Denning 卿の判決を中心として——、亜細亜法学一四巻一号（一九七九年）一一二頁以下、河上、NBL四七二号四〇頁。
- (20) 大村敦志、契約成立時における「給付の均衡」、法学協会雑誌一〇四巻一号（一九八七年）二頁以下、六号四六頁以下。
- (21) 竹内、現代の経済構造と法二五頁以下、甲斐道太郎、市民法原理からみた消費者問題、消費者保護法の基礎四六頁以下、中馬義直、

消費者契約、ジュリスト特集消費者問題一七六頁、伊藤、同上二八一頁以下、実方、同上二九〇頁以下、北川、消費者法のシステム
 一一二頁以下、長尾治助、消費者保護法の理論（信山社一九九二年）八頁以下、同、消費者私法の原理一頁以下、本田、法律時報六
 ○卷八号一七頁、荒川、法の科学一六号四五頁以下、浅井、自由と正義四〇卷四号五六頁。ただし、甲斐道太郎、消費者問題と現代
 法、法律時報六〇卷六号（一九八八年）二〇頁。

(22) 北川善太郎、消費者保護の法理——逆説的試論——、ジュリスト特集消費者問題三九頁以下。

(23) 北川、ジュリスト特集消費者問題四〇頁。

(24) 原島重義、なぜ、いまサヴィニーか、原島編、近代私法学の形成と現代法理論（九州大学出版会一九八八年）六頁以下、三一頁以
 下、三七頁以下および編者はしがき参照。さらに、清水誠、時代に挑む法律学——市民法学の試み——（日本評論社一九九二年）三
 五五頁以下、三六九頁以下、三八六頁以下参照。

(25) 原島重義、約款と「市民法」論、法の科学二二号（一九八四年）二二頁、沢野直紀、消費者保護法と市民法——特殊販売と消費者
 信用を中心に——、西南学院大学法学論集二〇卷三・四号（一九八八年）一〇三頁、一三二頁以下、松本、講座・展望六、三二頁。
 なお、大村、民法講座別巻二、七三頁以下、同、NBL四七五号三〇頁、北川善太郎、消費者保護における民法の再評価、自由と正
 義三二卷四号（一九八一年）六頁参照。

(26) 本稿の基本的な視点である「市民法の見直し」については、原島、近代私法学の形成と現代法理論二頁以下のほか、同、民法理論
 の古典的体系とその限界——ひとつの覚書——、山中康雄教授還暦記念論文集 近代法と現代法（法律文化社一九七三年）一一九頁
 以下をはじめとする同氏の諸業績から多くの示唆を得ている。

(27) フランス法を手がかりとしたものとして、森田、NBL四八二号二二頁以下がある。基礎におく「古典的な契約法」が異なってい
 るため、詐欺と強迫の関係などの理解に若干の相違がある。本稿第三章第三節、第四章参照。

(28) 南山法学一五卷三・四号（一九九二年）一五頁以下。

第二章 旧民法の立法過程

一 ボアソナードの見解

一八七三（明治六）年一月に来日したボアソナード⁽¹⁾は翌年から司法省で自然法⁽²⁾、フランス民法などの講義を開始したとされる⁽³⁾。ここでは、司法省法学校の生徒に対する講義の翻訳とされる①「性法講義」（一八七七（明治一〇）年、②校訂増補一八八一（明治一四）年⁽⁴⁾）と司法省の官吏に対する講義の翻訳とされる③「仏国民法契約篇講義卷之二」（刊行年不明）⁽⁵⁾ならびに一八七八（明治一一）年から行われた講義の翻訳である④「仏国民法契約編第二回講義」（一八八一（明治一四）年と一八八三（明治一六）年を参照）⁽⁶⁾を基礎にして詐欺・強迫についてのボアソナードの見解を明らかにしたい（これらの資料の引用は本節内においては①～④の記号による）。

なお、用語が今日のものとなっており、資料によっても異なるので、理解を助けるために、ここでは旧民法の規定における表現をひとつの基準として適当と思われる用語に置き換えて紹介することにした。また、本稿を通じて旧字体を新字体に改めている。

まず、詐欺であるが、フランス民法は一一〇九条「承諾が錯誤に因りて与えられたるに過ぎざるとき、又はそれが強迫に因りて強要せられ若は詐欺に因りて籠絡せられたるものときは、何等有効なる承諾無きものとす」、一一一六条「詐欺は当事者の一方に依りて実行されたる術策が、此等術策無かりせば、他の当事者は契約をせざるべかりしこと明かなるときは、之を合意無効の原因とす。詐欺は推定せらるることなく、立証せらるべきものとす」と規定し⁽⁷⁾

て、詐欺は承諾の瑕疵として取消原因になると理解しているのに対して、ボアソナードは明確に反対の態度をとり、承諾の瑕疵を引き起こすのは錯誤と強暴だけであるとし、詐欺を除外している。⁽⁸⁾

その理由として詐欺は錯誤を発生するだけであるということがあげられている。⁽⁹⁾つまり、承諾の阻却や瑕疵をもたらすような錯誤の場合には錯誤のみで合意が不成立になったり取消されたりするのであって、詐欺があったという事実は全く関係がなく、それ以外の、承諾の阻却や瑕疵を発生させない錯誤の場合には、詐欺によって発生したとしても、その錯誤が承諾の阻却や瑕疵を発生させない錯誤であることにかわりがなく、同じ錯誤が詐欺による場合にだけその性質を変更して承諾の阻却や瑕疵を発生するということは「道理ニ反スル」としている。⁽¹¹⁾要するに、詐欺は錯誤を発生するだけであって、承諾の阻却や瑕疵との関係で意味を持つのは詐欺によって発生した錯誤にすぎないという見解である。⁽¹²⁾

したがって、当然のことながら錯誤が重要な意味を持つが、ボアソナードの見解によれば、錯誤は事実と意思の一致しない場合であるとされ、⁽¹⁴⁾承諾を阻却する錯誤と承諾の瑕疵を発生する錯誤の二つに大きく分類される。前者の承諾を阻却する錯誤としては契約の性質の錯誤と目的たる事物の錯誤が考えられている。具体的には、契約の一方当事者が売却しようとしているのに対して他方当事者は交換しようとしている場合が契約の性質の錯誤であり、一方当事者がこの物を売却しようとしているのに対して他方当事者が他の物を購入しようとしている場合が目的たる事物の錯誤であるとされている。⁽¹⁵⁾

さらに、合意の条件として真実かつ合法の原因が要求されているので、⁽¹⁶⁾原因の錯誤も原因を失わせることになり、合意の成立を妨げることになる。⁽¹⁷⁾原因とは縁由と区別された概念である。ボアソナードの述べるところによれば、当事者が契約を締結するに至った動機としては次のように多様なものが考えられる。ある利益を得るために契約を締結

するが、なぜこの利益を必要とするのかといえれば他の利益を得るためであり、なぜこの他の利益を必要とするのかといえばさらに第三の利益を得るためである、というように際限がない。これらの諸々の動機のうち最初の満足が原因であり、最も遠いところに位置するのが縁由である。契約を締結するについては、縁由は多数存在するが、直接の満足は一つに過ぎないという⁽¹⁸⁾。原因は有名契約の場合にはかならず一つあり、たとえば売買の場合には、売主側としてはその物を譲渡して代価を得るという願望、買主側としては代価を払ってこの物を得るという願望であるとしている⁽¹⁹⁾。より具体的な例として馬を購入しようとする場合があげられ、直接の満足は馬の所有者になることだけであり、真の所有者と契約しなかった場合には求めた満足が与えられないので原因の欠如によって売買は不成立になるという⁽²⁰⁾。さらに、馬を購入しようとした縁由として、運動をして健康を保持するため、商売などでの運送に使用するため、死亡した馬の代わりとするためという例があげられ、たとえばこのような縁由について医師によって運動が禁止されたり、商売などで馬を使用する必要がなくなったり、馬が死亡していなかったというような錯誤があっても合意の成立には障害はないという。その理由として述べられているのは、契約の相手方は縁由を知ることができなかった、知っていても詳細を聞きただして確信することができなかった、錯誤に関与しえなかった、それゆえにその害を受けるべきではないということである。それに対して、原因についてはそれが真実か虚偽かを確知すべきであるという⁽²¹⁾。ほかに、錯誤によって原因が欠如する例としては、父親の相続人として義務を負担しなければならぬと信じて更改したが負債がそもそも成立していなかったり、消滅していた場合があげられ、また錯誤によって虚偽の原因によって合意したために合意が成立しない場合として、先の例で父親の負債は成立していたがその目的や条件が信じていたところと違っていた場合があげられている⁽²²⁾。さらに、贈与の場合のように人の身上について格別の配慮をして合意をした場合には、この配慮は契約の主たる原因であるため、虚偽の原因によるものとして契約は不成立になるという⁽²³⁾。

このような承諾を阻却する錯誤と区別される、承諾の瑕疵を発生する錯誤について、ボアソナードは、錯誤のいっさいを承諾の瑕疵とすれば、何等かの錯誤に陥っていない契約はほとんどないのであるから、有効な合意はきわめて希なものになるとして、物の品質の錯誤、当事者の身上の錯誤の二つだけが承諾の瑕疵を発生させる錯誤であると⁽²⁴⁾する。

品質の錯誤については、ボアソナード自身、何を品質とするのかを決定することは困難であるとし、一般には基礎たる物の意味に解され、形状、容積、広狭、色彩ではなく、それらをまとった外形の下にある物であり、金属、鉱物、植物、動物であるという。さらに、法律上は無形の性質をも品質という場合があり、物の用法、たとえば書籍の場合には記載された学問の性質や陳述された事柄、さらに品物の出所由来、たとえば何某の画家の額面、何某の大家の仕事、有名人の所有していた物も品質であるとしている。そして、品質は当事者の目的に応じたものであるが、通常の品質ではないものに特に注目しているときはそれを証明しなければならぬ。このときにその趣旨をあらかじめ陳述していないことが多いが、それはその者の過ちであるという。物の性質や当事者の目的によって変化する品質を決定することは困難であるため、ボアソナードは、それを判断する基準として物の形状がこれと同一の物で変化するかどうかを検討すべきとし、純一で変化しない場合には品質であるとする。一般に当事者の求めるものは物の純一な形状であり、契約の趣旨は物の品質と一致する。したがって、品質の錯誤だけが合意の取消を可能とするのであって、錯誤を口実として合意を排撃することを可能にするならば取消しえない合意はほとんどなくなるという⁽²⁵⁾。

身上の錯誤については、先に述べたように虚偽の原因となることで合意が不成立になる場合のほかは品質の錯誤と同じであるとしている⁽²⁶⁾。

ところが、承諾の瑕疵を発生する以外の錯誤、たとえば品質でない錯誤や縁由の錯誤のような、承諾に影響を与え

ない錯誤の場合でも、契約相手方が詐欺をした場合については取消ができるとされている。しかし、これらの場合は承諾に瑕疵があるから取消が承認されるのではなく、詐欺による損害の賠償のひとつの方法として取消が位置づけられているにすぎない⁽²⁷⁾、したがって、第三者による詐欺の場合には損害賠償を請求できるだけであり⁽²⁸⁾、また、詐欺をしらずに転得した第三者に迷惑をかけることはできないとして第三者から取り戻すことを否定している⁽²⁹⁾。

次に、強暴であるが、これは詐欺とは異なり、承諾の瑕疵であるとされている⁽³⁰⁾。強暴は相手方当事者から行われることは必要ではなく、他の人による場合でも取消すことができ、この場合に相手方当事者がまったく関係していなかったとしても契約の利益は奪われるとしている。その際に、ボアソナードは、合意を維持して強暴を受けた当事者を苦しませることに比べれば、相手方当事者の苦情はわずかなものであるとしている⁽³¹⁾。

資料に若干の矛盾が存在していることもあって紹介がやや煩雑になったが、要点を簡単にまとめれば次のようになるだろう。

詐欺は錯誤を発生させるだけであり、契約の成立や効力は発生した錯誤の種類による。したがって、契約の性質の錯誤、目的たる事物の錯誤、原因の錯誤（主要な身上の錯誤も含む）場合には契約は成立せず、品質の錯誤、（主要でない）身上の錯誤の場合には契約を取消すことができる。それ以外の、品質ではない錯誤や縁由の錯誤は契約の成立・効力に影響せず、詐欺者に損害賠償を求めることができるだけである。ただし、詐欺者が契約相手方であった場合には取消が認められているが、あくまで損害賠償のひとつの方法としてである。したがって、第三者の詐欺の場合の契約相手方や転得者は影響を受けない。

強暴は契約の取消原因になる。したがって、第三者強迫の場合の契約相手方は影響を受ける。

- (1) 大久保泰甫、日本近代法の父 ボワソナアド（岩波新書一九七七年）三二頁以下、五〇頁。
 - (2) 大久保、ボワソナアド五七頁以下参照。
 - (3) 大久保、ボワソナアド五二頁以下、向井健、民法典の編纂、福島編、日本近代法体制の形成（下巻）（日本評論社一九八二年）三五七頁。
 - (4) 井上操訳司法省蔵版。校訂増補中正堂蔵版。大久保、ボワソナアド六八頁。
 - (5) 講義自体は、一八七六（明治九）年以前と推測される。大久保、ボワソナアド五六頁、石井良介、明治十一年民法草案、法律時報三〇巻四号（一九五八年）九六頁、同上六号六八頁以下、手塚豊、明治十一年民法草案編纂前後の一考察、瀧川博士還暦記念論文集（二）日本史篇（一九五七年）八四〇頁以下。この講義では箕作麟祥の翻訳した「仏蘭西法律書」がテキストとして使用されたとされるが、たしかに「仏国民法契約篇講義卷之二」に記載されている条文は翻訳局訳述「仏蘭西法律書」（印書局印行一八七五（明治八）年、使用できたのは明治十一年の翻刻）に記載されている条文の訳に完全には一致しないもののみわけて類似している。
- なお、手元にある資料それ自体に刊行・作成年が明記されていないものについては、本稿では刊行・作成年不明としている。
- (6) 司法省蔵版。注で引用する場合には後者の頁数による。
 - (7) 田中周友、現代外国法典叢書、仏蘭西民法III財産取得法(1)（有斐閣一九四二年）による。ただし、カタカナをひらがなに改めた。
 - (8) ①一七〇頁以下、二七七頁以下、二八七頁以下、②六九頁、一一二頁、一一六頁以下、④五六頁以下。③については、注10参照。
 - (9) ①二八八頁、②一一七頁、④四七頁以下、五七頁。
 - (10) 合意の不成立や取消については①二七二頁以下と二七七頁で、契約の成立の要件は承諾、事物、真実かつ適法な原因であり、有効の要件は承諾に瑕疵のないことと当事者に能力のあることとされている。②一一〇頁以下と一一二頁も同じである。③三頁目以下、と九頁目はフランス民法一一〇八条について、契約の成立と契約の効力発生を十分に区別していないとする。そして、契約の成立の条件として「性法講義」と同じように承諾、目的、適法な原因をあげている。したがって、承諾が阻却された場合、つまり承諾が存在しない場合には、それを成立の要件としている契約は不成立（無効）になる。それに対して、承諾は存在するものの瑕疵がある場合には契約は成立するが、有効要件を欠くため取消することができることになる。
- なお、③八頁目以下と一一頁目は契約が有効になる要件として当事者の契約を締結する能力と承諾について詐欺（詐欺）を受けないことをあげ、九頁目では能力と承諾が「不善」でないことを要件として、詐欺がないことを有効要件の一つとしているかのようである。

あるが、三七頁目以下、四五頁目など詐欺について言及している部分では詐欺によってなした契約は「不正」の承諾ではないとし、原則として取消を認めていない。用語が統一されていない感もあり、本稿では「性法講義」におけるボアソナードの見解を基礎としたい。この見解によることが③における詐欺と錯誤の関係についての叙述を理解するのにも適しているように思われる。このことによっても示されているように、③の資料は他の資料とはややその内容に異にし、しかも論理的な一貫性を欠いているように思われる。

(11) ①二八八頁以下、②一一七頁、④五七頁以下。

(12) 中舎、南山法学一五巻四・五号二〇頁。

(13) 錯誤規定の立法過程については、すでに小林一俊、錯誤法の研究（酒井書店一九八六年）に詳しいので、詐欺・強迫との関連で重要と思われる部分を紹介するとどめる。次の章で取り扱う現行民法の錯誤規定についても同様である。

(14) ①二七八頁、②一一二頁、④三四頁。

(15) ①二七三頁、二八八頁、②一一七頁。後にも触れるが、後者では、承諾を阻却する錯誤として契約の原因上の錯誤が加えられている。③一五頁目以下も同じである。④三八頁以下では、さらに、契約の必要な条件に関する錯誤、契約の主要たる人に関する錯誤が加えられている。これも後に触れるが、契約の主要たる人に関する錯誤は、結局、原因上の錯誤に含められるので（四三頁以下）、「性法講義」と異なっているのは契約の必要な条件の錯誤であり、具体的には売買契約における代金の額、保証人を立てれば金銭を貸し付けるといった場合の保証人を立てるといった条件などがあげられている。

(16) ①二七五頁、②一一一頁、③四頁目以下、注10、15参照。

(17) ①二七六頁、二八五頁、②一一一頁、一一五頁、一一七頁、③一七頁目以下、④四一頁以下。

(18) ①二八二頁以下、②一一四頁以下、③四三頁目以下、④四六頁、五〇頁以下。

(19) ①二七五頁以下、②一一一頁。

(20) ①二八三頁以下、②一一四頁以下。なお、③四三頁目では、他人物売買は契約を廃棄する、つまり取消することができる場合としてあげられている。

(21) ①二八四頁以下、②一一四頁以下。④四七頁では、たとえば、談話して縁由を知ることができたとしても、それゆえに法律上問題になるものとするべきわめて煩雑になるおそれがあることや、縁由の錯誤は錯誤者の不注意であることを指摘している。

- (22) ①二七五頁以下、②一一一頁以下、③一七頁目以下（ただし更改の例ではない）。
- (23) ①二八二頁、②一一四頁、④四二頁以下、四八頁以下。
- (24) ①二七七頁以下、②一一二頁、③一八頁目、二六頁目、④四四頁以下、四八頁以下。③四一頁目以下は物質（品質）についての錯誤は救済されるが、物質（品質）でない錯誤の場合には相手方が詐欺をした場合にだけ救済されるとする。
- (25) ①二七八頁以下、②一一二頁以下、③一八頁目以下、④四四頁以下。
- (26) ①二八一頁以下、②一一四頁、③二六頁目以下、④四八頁以下。ただし、③では合意が不成立になる場合についての言及がない。後に触れるように旧民法の立法過程においては主要な身上の錯誤とそれ以外の身上の錯誤が明確に区別されているが、「性法講義」などではその区別はやや不明確である。
- (27) ①二八九頁以下、②一一七頁以下、③四二頁目、四五頁目、四七頁目以下、④五〇頁以下、五五頁以下、六〇頁以下。④六〇頁以下では、契約相手方の詐欺の場合については他人の詐欺の場合よりも「不可」であることがあきらかであるため、償いの方法も異なり契約の取消も可能になるとする。また、品質の錯誤の場合ように承諾の瑕疵を名義とすることはできず、賠償を名義としてだけ取消することができるという。
- (28) ④五五頁。③四五頁目は物質（品質）でない錯誤の場合を念頭においていると思われる。
- (29) ①二九〇頁以下、②一一八頁、③四八頁目以下、④六一頁以下。
- (30) ①二八五頁、②一一五頁。注8参照。なお、①二八五頁以下は、承諾の瑕疵となる強暴は、強暴がなければ契約をしなかったという程であることが必要で、この場合には合意の原因が強暴であるとも言え、不法な原因として合意は不成立になるはずであるが、ローマ法の伝統にしたがって取消とされてきたことを指摘し、至当であるとしている。さらに、②一一五頁以下では、強暴を受けた者は強暴による損害より強暴者の求めに応じた方がよいとその利害得失を断定して利益になるであろうと考えた方にしたがったのであり、すでに自分で選択した部分があるのであるからまったく承諾がないとはいえず、ただ承諾に瑕疵があるだけであるとする。また、その反面として腕力で束縛されて真に自由を失い、やむを得ず契約書に署名した場合には全く承諾はなく契約は無効であるとする。③二九頁目も参照。④五二頁は選択したことについて言及するだけで、ローマ法の伝統については言及していない。
- (31) 承諾を決議させたのは畏怖であることから、強暴は有形ではなく無形のものであるという。①二八六頁、②一一六頁、④五二頁。①二八七頁、②一一六頁、④五三頁、六一頁。③三六頁目以下では、フランス法一一一条が暴行（強暴）者と契約相手方が別人

である場合についても契約の取消を承認し、詐欺と取扱を異にしている点に関して、暴行の場合には承諾があるといっても不正の承諾であるゆえに取消することができるとしている。

二 旧民法の立法過程

ボアソナードに民法の起草が命じられ旧民法の編纂が開始されたのは一八七九（明治一二）年あるいはその翌年である。⁽¹⁾一八八〇（明治一三）年に元老院内に民法編纂局が設置され、旧民法の起草が開始され、これと並行して司法省法学校において民法草案の講義が開始されている。

私の手元には旧民法の立法過程に関連する複数の資料があるが、それらに記載されている民法草案の新旧の順番は、詐欺・強迫について調べたという、まさしく管見のかぎりでは次のようになる（これらの資料の引用は本節内においては①～⑩の記号による）。

- ①「ボアソナード氏起稿 注釈民法草案 財産篇人權の部」(刊行年不明)⁽²⁾
- ②司法省での講義の記録である「ボアソナード氏起稿 民法草案財産篇講義第二部」(刊行年不明)⁽³⁾
- ③Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, 2e éd., t. 2, Tokio, 1883⁽⁴⁾
- ④「再閲日本民法草案」(刊行年不明)⁽⁵⁾
- ⑤「再閲修正民法草案第二編第二部」(刊行年不明)⁽⁶⁾
- ⑥「民法草案第二編」(作成年不明)⁽⁷⁾
- ⑦「法律取調委員会 民法草案議事筆記」(作成年不明)⁽⁸⁾
- ⑧「法律取調委員会 民法草案財産編 人權ノ部議事筆記 一」(議事は一八八八（明治二二）年二月に行われている)⁽⁹⁾

- ⑨ 「法律取調委員会 民法草案財産編再調査案議事筆記」(議事は一八八八(明治二二)年一〇月に行われている)⁽¹⁰⁾
- ⑩ 「法律取調委員会 民法草案再調査案議事筆記」(作成年不明)⁽¹¹⁾
- ⑪ 「民法再調査案」(作成年不明)⁽¹²⁾

⑪の後、一八八八(明治二二)年末に財産編等の民法草案の一部が完成し、内閣総理大臣に提出され、翌年、元老院で議決され、枢密院の審議を経て、一八九〇(明治二三)年四月二一日に公布された。若干の修正を受けてはいるものの⑪と旧民法の規定に内容についての大きな違いはない。⁽¹³⁾

以上の資料を基礎に旧民法の立法過程における詐欺・強迫についての起草者たちの見解を明らかにしたい。⁽¹⁴⁾

まず、条文の表現がどのように変遷したのかを示し、そののちに起草者たちの見解を紹介してみたい。

詐欺については①では次のように規定されている。直訳調で読み辛いが、旧字を新字に改めるだけで、そのまま紹介する。

三三三三條

詐欺ハ承諾ヲ除却セス又ハ瑕瑾ニセス、若シ夫カ(詐欺ヲ指ス)錯誤ノ一ヲ引起シタルトキニアラサレハ、夫レノミ(錯誤ヲ指ス)ニ因テ此効驗(瑕瑾又ハ除却ヲ云)ヲ持チタル、夫カ(不定代名詞)前ノ三ヶ條ニ云ワレテアル如ク

他ノ場合ニ於テハ夫カ(詐欺ヲ指ス)場所ヲ与ヘ得ス損害賠償ニ於テ一ノ訴權ニナラテハ、夫ヲ(詐欺ヲ指ス)行フタ所ノ者ニ対シテ

然レトモ若シ詐欺ノ本人カ契約シタル一方ノ者彼レ自カラ(一方ノ者ヲ指ス)テアルトキハ而シテ若シ詐欺ノ計策カアリシナラハ夫レ(計策ヲ指ス)ナクハ欺カレタル一方ノ者カ契約セナシテアロフ程ニ、此者カ(欺カレタル者ヲ指ス)合意ノ廃棄ヲ獲得ルタロフ、要償ノ名義ニテ、加之損害賠償ヲ以テ、若シ夫ハソコニ(不定代名詞)場所ヲ持ツナラハ

此場合ニ於テ合意ノ廃棄カ障碍シ得ス善良ナル信意ノ第三ノ所持人ニ

強迫については三三四条以下数箇条の規定があるが、その中で本稿との関連で重要と思われるものだけを紹介したい。

三三四条

暴行ハ承諾ヲ除去ス、若シ合意ニ於ケル契約者ノ一方ノ承知カ強暴ニ因テ彼レニ（契約者ノ一方ヲ指ス）引出サレタル時ハ、夫レニ（強暴ヲ指ス）彼レカ（契約者ノ一方ヲ指ス）抵抗シ得ナンタ所ノ

夫レカ（不定代名詞）夫ニ就テ（不定代名詞）同シクアル、若シ過分ナル又ハ粗暴ナル一個ノ義務カ一個ノ人ニ因テ契約セラレタル時、又ハ若シ非理ナル一個ノ譲与カ一個ノ人ニ因テ為サレタル時ハ、一個ノ差掛リタル危害ヲ免カル、為メニ、一個ノ抗拒ス可カラサル力ヨリ生スルト雖モ、夫レハ（危害ヲ指ス）彼レニ（一箇ノ人ヲ指ス）考究スルノ能力ヲ奪ヒ去リシ所ノ

暴行ハ承諾ノ一ノ瑕瑾ナラテハアラヌ、若シ強暴、危害、脅迫カ抵抗ス可カラサルモノテアラヌ然レトモ一方ノ者ヲ契約スルコトニ決定セシメタル時ハ、直接ナル又ハ接近シタル一層著大ナル害悪ヲ避クル為メニ、彼レノ（一方ノ者ヲ指ス）身体ニ付キ又ハ彼レノ（全上）財産ニ付テニモセヨ他人ノ身体ニ付キ又ハ財産ニ付イテニモセヨ

三三六条

暴行ハ前ニ為サレタル區別ヲ以テ承諾ヲ除去シ又ハ瑕瑾ニス、夫レカ（暴行ヲ指ス）他ノ一方ノ所為ヨリ又ハ共謀ナシト雖モ第三ノ人ノ所為ヨリ来ルカラ區別スルコトナク

三三七条

暴行サレタル契約者カ契約ノ無効ヲ獲得ル所ノ場合ニ於テ、彼レハ（暴行ヲ受ケタ結約者ヲ指ス）亦夫レヲ（契約ヲ指ス）保存スルコトヲ得、啻ニ暴行ノ本人ニ対シ損害ノ償ヒヲ請求シツ、

若シ暴行カ合意ノ決定テアラサリシトキハ、然レトモ啻ニ不利ナル条件ヲ承引セシメタトキハ、合意ハ保存セラルヘシ、損害ノ償ヒヲ除ヒテ

これらの当初の草案が民法草案財産篇講義や法律取調会での審議などを経てその表現を変更され、最終的に次のような旧民法の規定になった。

三一二条

詐欺ハ承諾ヲ阻却セス又其瑕疵ヲ成サス但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

此他ノ場合ニ於テハ詐欺ハ之ヲ行ヒタル者ニ対スル損害賠償ノ訴権ノミヲ生ス

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為スコトニ決意セシメタルトキハ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ナル第三者ヲ害スルコトヲ得ス

三一二条

強暴ハ当事者ノ一方カ抵抗スルコトヲ得サル暴行、脅迫ヲ受ケタルニ因リ枉ケテ合意ヲ為シタルトキハ承諾ヲ阻却ス

当事者ノ一方カ不可抗力ニ出テタル急迫ノ災害ヲ避クル為メ熟慮スルノ暇ナクシテ過度ナル義務ヲ約シ又ハ無思慮ナル讓渡ヲ為シタルトキモ亦同シ

暴行、脅迫又ハ災害カ抵抗ス可カラサルニ非サルモ当事者又ハ第三者ノ身体、財産ノ為メ切迫ニシテ一層重大ノ害ヲ避クル為メ当事者ヲシテ合意ヲ為スコトニ決意セシメタルトキハ強暴ハ承諾ノ瑕疵ヲ為ス

三一五条

強暴ハ当事者ノ一方ノ所為ニ出テタルト第三者ノ所為ニ出テタルト又第三者カ一方ニ通謀セルト否トヲ問ハス上ノ區別ニ從ヒテ承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ス

三一六条

強暴ヲ受ケタル一方ハ合意ヲ鎖除スルコトヲ得ル場合ニ於テモ強暴ヲ行ヒタル者ニ対シ損害賠償ノミヲ請求シテ其合意ヲ維持スルコトヲ得

強暴カ合意ノ決意ヲ為サシメタルニ非スシテ単ニ不利ナル条件ヲ承諾セシメタルトキハ其合意ハ鎖除スルコトヲ得ス但賠償ノ要求ヲ妨セス

当初の表現に比べて審議等の過程で大幅な修正が加えられている。しかし、法律取調委員会の基本方針はボアソナードの案を内容的にはそのまま採用することだったようであり、⁽¹⁵⁾すくなくとも詐欺、強迫については⑧や⑨の審議に

おける根本的な変更はないようである。特に⑨では引例の削除や大幅な字句の修正を行っているものの内容についての実質的な審議は行われていない。そこで、本節では叙述が類似している①③④⑤と、それらとはやや趣を異にするもの内容的にはやはり類似している②を基礎にして旧民法の条文の背後にある起草者の見解を明らかにしたい。一で紹介したポアソナードの見解とほぼ共通しており、繰り返しになる部分もあるが、簡単に紹介しておきたい。

まず、詐欺(dol)についてであるが、前節で紹介したのと同じように、フランス法一一一六条において詐欺者が契約者の中の一人であるのか契約外の第三者であるのかによって、承諾に瑕疵が発生したり、しなかつたりしているのは一貫していないと批判し⁽¹⁷⁾、三三〇条(旧民法三〇九条)に規定された合意の性質の錯誤(erreur sur la nature de la convention)⁽¹⁸⁾、目的の錯誤(erreur sur l'objet de la convention)⁽¹⁹⁾、原因の錯誤(erreur sur la cause de la convention)⁽²⁰⁾、主要な身上の錯誤(erreur sur la personne)⁽²¹⁾の場合には、その錯誤が詐欺によるのか、自分で錯誤に陥っただけなのかに関係なく、承諾が阻却されて合意は成立せず、ただ詐欺の場合には損害賠償を請求する余地があるだけであるとする⁽²²⁾。三三一条(三三〇条四項、旧民法三〇九条四項)の身上の錯誤(erreur sur la personne)⁽²³⁾、三三二条(三三一条、旧民法三一〇条)の物の主たる性質の錯誤(erreur sur les qualités principales de l'objet)⁽²⁴⁾は錯誤によって承諾に瑕疵ができるという⁽²⁵⁾。

なお、三三二条の二(三三二条、旧民法三二一条)に規定されている法律の錯誤(erreur de droit)についても、事実の錯誤(erreur de fait)と同じように、無効になる場合と取消になる場合が区別されるという⁽²⁶⁾。

これら以外の詐欺による錯誤として挙げられているのは身上の錯誤で合意に影響していない場合、物の従たる(secondaire)性質の錯誤、縁由上の錯誤(erreur sur le motif)であるが、これらは合意の無効を発生させるほど重要なものではなく、たとえこれらの錯誤が詐欺によって発生したものであってもその錯誤の性質は変わらないとする。ただ、

詐欺の場合には、契約ではなく民事犯罪 (délit civil) に基づくものとして詐欺を行った者に賠償を請求できるとする(三三三条二項、旧民法三二二条二項)⁽²⁷⁾。この損害賠償の方法は金銭賠償を原則とし、契約者以外の者が詐欺を行った場合にはこの方法しかなく、また契約者が詐欺を行ったとしてもその詐欺が承諾を決定させた原因でなかった場合もまた同様であるとする⁽²⁸⁾。しかし、縁由上の錯誤のように詐欺が承諾を決定させた原因であった場合には金銭賠償では十分でない場合が少なからずあり、被害者を合意から解放し以前の状態に復させるのが単純で最も正当なことであるという(三三三条三項、旧民法三一三条三項)⁽²⁹⁾。このような補償の名義による (à titre de réparation) 合意の取消と承諾の瑕疵による (pour vice de consentement) 取消の違いとして次の三点が指摘されている。

第一に、詐欺によってなされた合意に基づいて移転した物がさらに詐欺に関係のない第三者に移転した場合には、合意を取消して第三者に損害を与えることはできない(三三三条四項、旧民法三二二条三項但書)。承諾の瑕疵を理由として取消した場合にはそうではない。第二に、契約相手方が複数存在しその中の一人だけが詐欺をしたにすぎない場合には、取消によって過失のない外の契約者に損害を与えてはならない(三三三条三項、旧民法三一三条三項)。第三に、詐欺による賠償訴権は人権 (personnelle) であり、債権 (créance) に過ぎない。これによって契約の取消を求めることができるのは賠償の一方法としてに過ぎない。したがって、被害者は何等先取特権 (Préférence) を持つものではなく、詐欺を行った者が無資力になった場合には一般の債権者と同じである。承諾の瑕疵を理由とする場合には、瑕疵ある合意によって移転した物を所有権に基づいて返還させることができるのであり、一般の債権者に優先するとされる⁽³⁰⁾。

以上のほかに、新しく言及されたと思われる点は、詐欺の範囲についてローマ法の定義を参考にしながら、各契約当事者が合意について自己の利益を保護し、かつなるべく利益を得るためにするいっさいの工夫 (adresse, habileté) が禁じられているのではなく、法律が禁止しているのは不法の詐欺 (dolus malus, dol illicite) だけであるとしていることで

ある⁽³¹⁾。

次に、強暴(violence)についてであるが、まずたとえば拘束された上に凶器を胸に突きつけられて約束した場合には、意思がないといえるとし(三三四条一項、旧民法三二三条一項)⁽³²⁾、また不測の事態によつて発生した危険(danger, péril imminent)から免れるために義務を負担した場合について意思がないといえる場合があることを認めている。しかし、このような場合に示される「助力、忠実(service, dévouement)」は評価できないものであるために、裁判所があるべき内容(減額などを決定するべきではなく、したがって契約全体として無効にするか、有効にするかの二者択一)しかなく、「過度、無分別(exagération, déraisonnable)」である場合は無効とし、それ以外の場合にはそのまま効力を承認するしかないとする(三三四条二項、旧民法三二三条二項)⁽³⁴⁾。

以上とは異なり三三四条三項(旧民法三二三条三項)は承諾に瑕疵が発生する場合とされ、ここで規定されている強暴(violence)あるいは脅迫(menace)にしたがつて承諾した者は、強暴と望まない約束という二つ害悪のうちの小さい方を選択したのであつて、考究した上の承諾であることから、強暴によるものであつても承諾なのであつて、ただ承諾に瑕疵が発生するにすぎないとされている⁽³⁶⁾。

三三六条(旧民法三二五条)で第三者による強暴でも承諾が阻却されたり、瑕疵が発生するとされていることは詐欺と最も異なる点であり、これは不可抗力、天災(force majeure, événement de la nature)による危害の場合と同じであるといえる⁽³⁷⁾。②一五五頁以下では、第三者による強暴の場合に被害者のために契約(合意)を取消すことによつて契約の相手方が被る損害と取消さない場合に被害者が被る損害とを比較すれば契約相手方の損害の方が小さいという。ここではさらに転得者との関係でも、承諾に瑕疵があるということから契約の取消が可能であるとする。

三三七条(旧民法三一六条)は、強暴者が自ら取消を主張できないことはもちろん、たとえ自分自身が強暴者ではなくとも契約相手方は取消を主張できないという規定である。その趣旨は契約者は取消さなければならぬのではないことを示すことにある⁽³⁸⁾。また、詐欺と同じく暴行にも主たる暴行と従たる暴行があることを認めている⁽³⁹⁾。

以上、詐欺と強暴について旧民法におけるボアソナードの見解を中心に見てきたが、基本的には前節でまとめた見解と変わらない。ただ、詐欺については詐欺によって発生した錯誤が承諾に影響しない場合のうち、取消が承認されるのは詐欺者が契約相手方である場合で、しかも詐欺によって発生した錯誤が承諾を決定させた主たる動機である場合とされているが、この後者の条件は前節で使用した資料においては明確になっていなかった。また、強暴については強暴によって意思がなくなる場合があること、強暴以外に不測の事態によって発生した危害も意思を阻却したり意思に瑕疵を発生させる場合があることが追加されている。

(1) 向井、日本近代法体制の形成(下) 三六〇頁以下、石井、法律時報三〇巻六号六八頁、大久保、ボワソナード一三四頁、星野通、明治民法編纂史研究(ダイヤモンド社一九四三年)七一頁。手塚、瀧川還暦(二)八四一頁によれば、明治七年から開始されたフランス実定法の講義それ自体が日本民法の編纂の準備として行われたものようである。

(2) 九州大学所蔵の本には司法省生徒課通学係の印影があり、条文ならびに注釈部分に書き込みがある。この書き込みは②の講義において指示されている訂正ときわめて類似している。したがって、この書き込みが②の講義の後に行われたものであることは明らかであるが、それ以後の何時の時点のものかは不明であり、本稿では資料としては扱わない。なお、①の資料とほぼ同じ内容の、しかし一冊にまとめられたものが、香川大学の神原文庫に「ボアソナード 日本民法草案注解(上)」として存在している。

(3) 例えば三三一条は①と同じく従たる身上の錯誤についての条文であり、講義において言及されている「草案」の中には①の草案を指していると考えられるものがある。たとえば、②一〇三頁以下参照。したがって、①よりも後で、後に触れるが、三三一条が三三

- 条四項になった③よりも前の条文であると推測される。ほかに三二九条も参照。この資料に記載されている講義の日付は詐欺・強迫の部分については明治一五年一月二〇日（第百回）、同二五日（第百一回）、同二七日（第百二回）である。
- (4) ここでは、先の三三一条は三三〇条の四項となっている。こののち⑪まで三三〇条四項のままであり、旧民法においては三〇九条四項である。
- (5) 旧草案が付けられている部分を除けば、条文の欄外にある要約、条文に注釈につけられた通し番号などからして、③の翻訳と思われるほど内容が類似している。ここで引用されている旧草案は①の条文と一致しているようである。
- (6) 条文数や表現が異なることを除けば、内容的には④と同じようである。中谷、南山法学一五卷三・四号二五頁（注9）、小林、錯謬法の研究一六九頁（注8）参照。なお、現物を確認していないが、本稿で使用したものと内容を同じくしつつも体裁を異にする刊本が存在しているようである。
- (7) 日本近代立法資料叢書一六卷。③の条文の翻訳と推測されるが、三二九条のように変更が加えられている場合がある。ここには三二九条が二つあるが、ひとつは法律取調委員会の審議の前提となったものであり、もう一つはその審議後のものようである。ただし、審議前の条文であっても③とは異なっている。
- (8) 日本近代立法資料叢書一五卷。ここには条文と法律取調委員会の議事の要約が記載されている。条文は⑥と同じである。要約は⑧の審議の要約と思われるが、必ずしも一致しない。
- (9) 日本近代立法資料叢書八卷。法律取調委員会では⑦の条文について報告委員が修正意見を述べた後に、審議を行ったようである。たとえば三三一条については、⑦の条文では「推定セラル（ル）」とあったのを、報告委員の提案で「推定ス」と修正している。この修正した後の条文が⑧の条文である。条文の修正は報告委員の提案に基づくだけでなく、法律取調委員会の委員の発案によっても行われている。たとえば三三〇条三項において「共同」を削除しているのがこれにあたる。
- (10) 日本近代立法資料叢書一一卷。ここでの議事の前提とされた条文は⑧で修正された条文とはかなり異なっている。⑨で述べられていることからすれば、報告委員が大幅な修正を加えていると推測される。たとえば、三三〇条では⑧の条文には存在していた例示的な部分を報告委員が削除したものが審議の基礎とされている。
- (11) 日本近代立法資料叢書一五卷。⑨の審議の要約と思われる。
- (12) 日本近代立法資料叢書一六卷。⑨の審議を経て作成された条文であると考えられる。

- (13) 向井、日本近代法体制の形成(下)三七〇頁以下、石井良助、ボアソナード氏起稿 日本民法草案財産篇、法律時報三〇卷一一号 八八頁以下、大久保、ボワソナード一三九頁以下、一五〇頁以下。
- (14) これらの資料のほかに旧民法公布直後の一八九〇(明治二三年五月に、本野一郎、森順正、城数馬著、ボアソナード訓定、富井政章校閲「日本民法義解」が刊行されている。詐欺・強迫について先に掲げた資料や前節の資料と比べれば、説明や具体例が付加されているものの基本的な内容は大きくは異ならない。
- 旧民法については、仁井田益太郎編、舊民法(日本評論社一九四三年)によっている。但、明らかな誤りについては修正している。
- (15) 小林、錯誤の研究一五二頁参照。
- (16) 中谷、南山法学一五卷三・四号二二頁参照。
- (17) ①五三卷二二頁以下、③ n.79、④一八五頁、⑤一〇六頁以下。
- (18) ①五一卷二二頁以下、②八八頁以下、③ n.58、④一五二頁以下、⑤八一頁以下。
- (19) ①五一卷二四頁以下、②八九頁以下、③ n.59、④一五二頁以下、⑤八二頁以下。
- (20) ①五一卷二五頁以下、②八九頁以下、③ n.60、④一五三頁以下、⑤八三頁以下。⑧三八頁以下では目的と原由(原因)の区別、縁由と原由の区別が問題になっているが、報告委員が持ち出す例はボアソナードと同じ理解に基づいていると考えられる。前節注16以下参照。なお、目的と原因の区別については本野ほか「民法義解」九四頁以下にも言及があり、原因の錯誤は概ね目的の錯誤であるという。
- (21) ①五二卷六頁以下、②九六頁以下、③ n.63 et s.、④一五九頁以下、⑤八七頁以下。原因の錯誤の一種であるとされる。すでに触れたが、③以後は後に触れる承諾に瑕疵を発生させるだけの身上の錯誤も同じ条文にいられている。主要な身上の錯誤と区別される身上の錯誤の例としては、義務者が無資力になる危険があることからその身上に配慮すべき期限付の売買や利息付の貸借などが挙げられている。この区別は富井「契約法講義」(本稿第三章第二節注1)一〇一頁によれば、ボアソナード独自のものようである。
- (22) ①五三卷二八頁以下、②一三九頁、③ n.79 et s.、④一八四頁、一八七頁以下、⑤一〇六頁、一〇八頁以下、⑧四九頁。前節で触れた契約に必要な条件の錯誤についての言及はない。ただし、①五〇卷二六頁、③ n.50、④一三七頁、⑤七〇頁以下に合意の成立を偶然の事項に従わせることができることについての言及がある。

なお、①四九卷一頁以下、②六三頁以下、七二頁以下、③ n^{os} 40 et s.、④一一六頁以下、⑤五五頁以下、旧民法三〇四条、三〇五条。これらの箇所でも合意 (convention) の成立 (existence) 要件と有効 (valable) 要件を区別し、成立要件として承諾 (consentement)、処分権のある目的 (objet)、原因 (cause) を、さらに一定の場合について方式 (solenités) を要求し、有効要件として承諾に瑕疵のないこと (absence de vices dans le consentement)、当事者の能力 (capacité des parties) を要求している。そして、成立要件が満たされない場合には合意は成立せず、つまり無効 (nullité) になり、有効要件が満たされない場合には合意には瑕疵があり、取消可能 (annulable) になるという。前節注10参照。なお、熊谷芝青、日本民法における「無効及ヒ取消」——効力否認論序説——、早稲田法学会誌四二卷（一九九二年）一八六頁以下参照。

(23) ①五二卷八頁以下、②一〇〇頁以下、③ n^o 64、④一六二頁以下、⑤八九頁以下。

(24) ①五二卷一五頁以下、②一〇五頁以下、③ n^{os} 65 et s.、④一六四頁以下、⑤九一頁以下、⑧四二頁以下。これらの箇所では、要約すればほぼ次のようなことが述べられている。物の性質の錯誤によって合意に瑕疵が発生するにはその性質が原因であることが必要である。しかも、その性質が合意をするにいたった唯一の原因である場合には原因の錯誤を理由として合意はまったく無効になるので、ここにいう性質の錯誤であるためにはその性質が合意を決定させるほど重要でなければならぬが、それだけで合意を決定させるようなものではない。フランス民法は「本質 (substance)」と規定しているが、本質とはその物を組成する物 (matière) を意味するので、たとえ本質であっても契約者がそれを目的としていない場合は含まれず、本質ではない性質でも合意を決定させることがある。そこで、この草案では意図的に「主たる (principal)」に換えている。しかし、本質上の性質であるかどうかということは全く無意味なものではなく、本質上の性質である場合には主たる性質であると推定され、そうでない場合には主たる性質ではないと推定される、という。本質であるかどうかを判断する基準については、前節で紹介した見解と同じことが述べられている。

なお、旧民法三一〇条が規定する「品質」と「品格」の違いについて、本野ほか「民法義解」一〇二頁以下は「品質」とは「同種類ノ物ニ在テ純然同一ニシテ増減程度ナキ性質」をいい、「品格」とは「各物ニ付キ変易シ多少程度アルモノ」をいうとしている。「品質」が必ずしも承諾の瑕疵を発生させるわけではないが、それを推定するという。

(25) ①五三卷二九頁、②一三九頁、③ n^{os} 80、④一八八頁、⑤一〇九頁、⑧四九頁。
 なお、①五二卷二九頁以下、③ n^{os} 69、④一七一頁以下、⑤九六頁以下では、錯誤者に過失がある場合には、相手方に賠償すべきであるとし、さらに、その過失が重大な場合で取消の損害が莫大な場合には取消を拒絶すべきであるという。本野ほか「民法義解」

一〇九頁以下にも同趣旨の言及がある。

- (26) ①五三卷二頁以下、②一一六頁以下、③ n^{os} 71 et s.、④一七三頁以下、⑤九八頁以下。
- (27) ①五三卷二九頁以下、五二卷一頁以下、②一四〇頁以下、九一頁以下、③ n^o 80; n^{os} 61 et s.、④一八八頁以下、一五五頁以下、⑤一〇九頁、八四頁以下。
- (28) ①五三卷三一頁以下、②一三四頁以下、③ n^o 81、④一八九頁以下、⑤一一〇頁。これらの箇所では、詐欺が承諾を決意させた原因ではない場合の例として売り渡された物のまったく付従的な重要でない性質についての詐欺があげられている。なお、本野ほか「民法義解」一二八頁以下には、契約相手方が第三者の詐欺を知っていた場合や代理人が詐欺を行った場合についての言及がある。
- (29) ①五三卷二二頁、三二頁以下、②一三七頁、一四四頁、③ n^{os} 79 et 81、④一八四頁、一九〇頁、⑤一〇六頁、一一〇頁、⑧四九頁以下。損害賠償の方法として原状回復を原則とする場合には契約相手方が詐欺者である限り損害賠償と取消には違いない。それに対して金銭賠償を原則とする場合には契約相手方が詐欺者であっても損害賠償と取消には違いがあらず。Vgl. W. Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches (= Vorlagen), Allgemeiner Teil, Teil 2, 1981, S. 138.
- (30) ①五三卷二二頁、三三頁以下、②一四五頁以下、③ n^{os} 79 et 82、④一八四頁、一九〇頁以下、⑤一〇六頁、一一〇頁以下、⑧五〇頁。
- (31) ①五三卷二五頁以下、③ n^o 80、④一八六頁以下、⑤一〇七頁以下。
- (32) ①五四卷二頁以下、②一四九頁以下、③ n^o 83、④一九三頁、⑤一一三頁、⑧五一頁。
- (33) 前節で取り上げた資料では、あるいは見落としがあるかもしれないが、この場合についての言及は見あたらなかった。
- (34) ①五四卷四頁以下、②一五〇頁、③ n^o 83、④一九四頁以下、⑤一一三頁以下、⑧五一頁。無効とした場合には、救助した者が救助したことによって被った損害を補償するということ以外は、救助された者の恩義心に任せるしかないという。
- (35) 一項二項すでに言及されている暴行 (voie de fait)、危害 (Déril) が、三項でも繰り返されているが、一項二項の場合は意思を排除する程に強力なものであるのに対して、三項の場合はより程度の弱いものであると説明され、さらにそれらと区別して、承諾を決意させる程の強い脅迫が付け加えられていた。そして、この脅迫がもたらす害悪は直接かつ現在のものでなければならぬとされた(①五四卷七頁以下、②一五〇頁以下、③ n^o 84、④一九五頁以下、⑤一一四頁以下)。しかし、⑨の審議の中で脅迫のこのような特

殊性は忘却されたようで、一項でも脅迫が規定されている。⑨の審議においては強暴と暴行、災害（危害）の関係をめぐって議論がされているが、結局のところ強暴には暴行、災害、脅迫の三つが含まれるとされたために、一項に規定されている強暴には二項の災害が含まれていないことを示そうとして、一項では「暴行脅迫」と規定したようである（⑨一七二頁以下）。④や⑤までは暴行が violence の訳語であり、強暴が *voie de fait* の訳語であったと考えられる。本野ほか「民法義解」一三三頁以下では、強暴は暴行と脅迫を意味し、災害とは区別されているようである。なお、承諾の瑕疵を発生させるのは畏怖であつて、暴行、脅迫はその手段であるとしている。さらに、暴行は脅迫の手段であるとしている。脅迫と畏怖の関係については、前節注30参照。

(36) ①五四卷二頁以下、②一四九頁、③ p. 83、④一九三頁、⑤一一三頁。

(37) ①五四卷一四頁以下、③ p. 86、④一九九頁以下、⑤一一七頁以下。

(38) ①五四卷一六頁以下、②一五六頁以下、③ p. 87、④二〇〇頁、⑤一一八頁以下。なお、三四〇条（旧民法三一九条）参照。

(39) ②一五七頁以下。注28参照。なお、⑧五三頁以下では、二項について、損害の賠償は請求できるが、合意を無効にはできないのであり、その理由として、たとえば脅かされて高く買った場合に、買おうとは思っていたのだが（決意の原因ではない）、ただ恐ろしいから高く買ったただけであり（不利な条件を承諾）、合意は不利な条件で成立している、とされている。

第三章 現行民法の立法過程

一 現行民法の立法過程

周知のように、旧民法は一八九〇（明治三三）年に公布され、その施行は一八九三（明治二六）年の予定であつたが、法典論争の結果、一八九二（明治二五）年に延期が決定され、さらに、翌年に法典調査会規則が制定され、穂積陳重、富井政章、梅謙次郎を起草委員として、改正作業が開始された。¹⁾

詐欺・強迫に関する規定の改正経過を概観すると次のようになる。この規定は富井の起草とされ⁽²⁾、一八九四（明治二七年）二月に起草委員によって（主）甲五号議案として第一議案（修正原案）が作成され⁽³⁾、同年三月二日の第二一回主査会⁽⁴⁾、三月二三日の第一四回總會、さらに整理会での審議を経て⁽⁵⁾、一八九六（明治二九年）一月に修正案が第九回帝國議會に提出され、その審議を経て公布され、一八九八（明治三二年）七月一六日に施行された⁽⁷⁾。本節では①第一議案⁽⁸⁾、②主査会⁽⁹⁾および③總會での審議⁽¹⁰⁾、④修正案理由書⁽¹¹⁾と⑤衆議院での審議⁽¹²⁾を基礎にして、現行民法九六条の立法過程を概観してみたい（これらの資料の引用は本節内においては①～⑤の記号による）。

旧民法三一二条から三一七条の修正として提案された規定はほとんど実質的な変更を受けることなく現行民法九六条の規定となった。起草者たちは修正の理由としておおよそ次のようなことを述べている⁽¹³⁾。原文をそのまま掲載することは煩雑なので、やや正確を欠くことにはなるが、私なりに表現をかえて紹介する。

旧民法三一二条一項の規定を設けた理由は、詐欺があれば必ず錯誤があり、錯誤だけで承諾を阻却しあるいは承諾に瑕疵を発生させるときは、その原因が詐欺であるか否かに関係なく、錯誤によって合意は無効あるいは取消すべきものになる。これに対して、合意の効力を左右しない錯誤はその原因が詐欺であるからといってその結果が変わるものではない。つまり、詐欺それ自体は合意を無効にしたり、取消すべきものとする効力をもち、ただ損害賠償の原因であるにすぎない、ということにある。

同条二項はこの原則の適用を掲げたものであり、三項は本（現行民法九六）条と大きく違わないけれども、補償主義という言葉を加えてこの原則に反していないことを示したものである。

しかし、旧民法の起草者の理解によれば、詐欺はそれ自身が意思表示の効力を左右するものではなく、それによつ

て発生した錯誤によって意思表示が効力を失うということになるが、現実はその錯誤によって意思表示を取消すことができるとしている以上、補償名義を必要としているのは理解できない。なぜなら、単純な錯誤のみでは意思表示の効力に影響せず、詐欺による場合だけ取消することができるということになるが、これも一種の錯誤の効果であり、この点につきほかの錯誤と性質を違える理由はない。たとえば、どのような事項について錯誤があったにしろ、詐欺によるものであるから補償名義でなければ取消し得ない、ということには全く理由がない。しかも、法文には取消しうるということだけを記載すればよく、取消の名義をあげることは体裁上良くない。そこで、本条一項のように修正した。

また、この取消の規定は合意だけに適用すべきものではなく、全ての意思表示に適用すべきものであることから、本条一項のように広範な規定とし、相手方のある意思表示の場合にその相手方に責のない第三者の詐欺を理由とする取消を許さないことは本条二項で明らかにした。

以上のことから、原文（旧民法）の主意を改める以上はその一項と二項は存続させることはできず、三項の規定中に「損害アルトキハ其賠償ヲ求ムルコトヲ得」とあるのは一般原則の適用であるにすぎない。ただ、その但書の規定はこれを採用して本条三項とした。

本条二項の、第三者が詐欺を行ったことを契約相手方が知っている場合については取消ができるという規定は旧民法やそれが模範としたフランス、イタリアなどの法典には規定がないが、公平であると思われることから、スイス債務法、ドイツ民法草案の規定を参考にして追加した¹⁴。

旧民法三二三条から三三七条の規定は強暴について規定しているが、本条は三二三条三項の規定だけを残して修正し、そのほかの規定はすべて削除した。

三二三条一項は抵抗できない暴力を身体に加えて不本意な合意をさせた場合を規定しているが、この場合に合意が

無効であることは明文で規定する必要はない。なぜなら、この場合には、暴行に強制されて意思表示をした者は暴行者の機械、手足となったにすぎず、その表示した意思は表意者の意思ではなく暴行者の意思であり、表意者の意思表示としては無効であることは当然であって、フランスその他の諸国でも規定していないので削除した⁽¹⁵⁾。

同条二項に規定されている場合は学者の間に多少議論があるが、不可抗力による急迫の災害は、人為的なものであったとしても、義務の約束または譲渡をさせるという目的を持つてなされたのではなく、ただその機会となったに過ぎないのであるから、そもそも無効または取消の原因とすべきものではない。フランスその他の諸国の法典が契約の効力に影響するとして規定している暴行、脅迫はこの場合を含んでいない。したがって、本条でも、「強迫ニ因ル：」としてこの場合を除外することを示している。ただし、実際に精神を喪失した事実が明らかであれば、意思表示が存在しないこともちろんである。これは一般原則の適用にすぎない。

同条三項は本条に採用したものであるが、煩雑であったので文章を簡単にした。特に、強迫は抵抗すべからざるものたることを要せず、とあるが、まったく余計であり、強迫にあつた者はすべて目前に重大な害悪を受けようとしていることに畏怖して本意ではない意思表示をするものであり、抵抗できないか否かは問題にならない⁽¹⁶⁾。また「当事者又ハ第三者ノ身体、財産ノ為メ」とあるが、特に当事者と限定しない以上はこの点について疑問が発生するおそれはない。また、身体財産というときは名誉は含まれないように見えるが、名誉と身体、財産の間で法律の規定を違える理由はない。名誉に対する急迫の危害を避けるため畏怖心に基ついてなした意思表示も同じように取消することができべきである。したがって、これらを列挙することをさけ、強迫によって畏怖心が発生したことを必要とする一点を重視することを表現した。原文の「切迫ニシテ」以下も明言の必要がないことから削除した⁽¹⁷⁾。

三三四条の規定は⁽¹⁸⁾すでに強迫によって危害を受けるべき者が第三者でもよいとする以上は不必要なので削除した。

三一五条も強迫が相手方の所為であることを言っていない以上、当然のことであるので明文を設ける必要はない。特に、本条の規定が相手方のあることが必要な契約に特別なものではない以上なおさらである。

三一六条一項の規定はすべて自分の利益のために与えられた権利はこれを放棄することができるという当然の原則の適用を掲げたものにすぎない。また、二項の規定はすでに本条に記載した強迫の要件が欠ける場合であり、同じように存続させる必要はない。そのほか、損害賠償について規定することも通則の適用にすぎないので全条を削除した。三一七条一項は裁判官への訓令にすぎず、強迫によって畏怖心が発生したかどうかを査定するには自ら原文に列举されたような事項を参酌しなければならぬ。また、二項で、尊属親に対する畏敬心は取消の理由とならないことを明記しているが、当然のことであるので削除した。英米法では不当の威力と称して当事者の相互関係その他の事情から意思の自由が欠如しているという推定をして契約を取消することができる場合を認めるが、これを採用する必要はないと考えた。

旧民法において詐欺と密接に関係していた錯誤についても大幅な修正が施され、その理由としておおよそ次のようなことが述べられている。関連すると思われる部分だけ要約して紹介する。⁽²⁰⁾

諸外国の立法では、当事者の意思を重視し、当事者が主眼とした目的物の性質について錯誤がある場合には合意の効力に影響するとしている。特に、ドイツ民法草案は錯誤の種類を指定せず、すべて錯誤者が事態を知っていれば意思表示をしなかったであろうと認められる場合には、その意思表示は無効あるいは取消し得るものとしている。しかし、このような立場では錯誤に陥ったことを口実として無効・取消を申し立てることになり、裁判官も確証を得るこ

とが困難な心情の状態によって意思表示の効力を決することになり、取引の安全を害することになる。そこで、法律行為の要素に錯誤がある場合に限って意思表示を無効にすることとした。なぜなら、要素に錯誤がある場合が表意者の意中にあることと表示したことが最も一致していない場合だからである。

旧民法三〇九条一項の規定する合意の性質の錯誤は要素の錯誤である。目的の錯誤も、行為の目的は常に行為の要素であるがゆえに要素の錯誤である。また、原因という特別の成立要件はなく、原因というのは契約をなす意思の合致あるいはその目的であるから、他の成立要件と混同したものである。原因の錯誤も要素の錯誤に外ならない。したがってこれらを規定する必要はない。

同条二項も行為の要素に錯誤がある場合にだけ意思表示を無効にするとした以上は、縁由の錯誤が意思表示を無効にしないことは明らかであるので削除した。

同条三項の規定する錯誤は行為の性質にしたがって要素の錯誤であつたり、そうでなかったりするので規定しなかつた。

同条四項は行為の要素に関係がなく、意思表示の効力を左右しないと考え削除した。なぜなら、他国の法典にこの種の錯誤を取消原因とした例はないからである。

三一〇条一項二項は、物の品質または品格についての錯誤が決意の原因である場合には、承諾の瑕疵であるとするがこれは妥当ではない。この規定によれば、物品を購入した者は品質について鑑定を誤つたことを理由として売買を取消することができ健訟の弊が生じ、取引の安全を害する。立法上は、物の品質、数量、価格等は当事者自身の責任で鑑定すべきことを原則とすべきである。もし、一定の品質が必要な場合には特別の保証をさせることができる。本(現行民法九五)条では行為の要素に錯誤がある場合にだけ意思表示を無効にできるとしているのであり、目的物に錯誤が

なく、単にその品質等に錯誤があるにすぎない場合には意思表示の成立に影響しない。もつとも、当事者が一定の品質を指示したにもかかわらず、その品質の物を得られないときには、事実の如何によつて目的に錯誤があつて無効となるか、詐欺を理由として取消することができる。

以上、現行民法の起草者の修正理由を中心にその見解を紹介したが、その見解にやや不明確な点があることは否定できない。現行民法の起草者が旧民法の規定を紹介している部分からすれば、起草者は規定の趣旨を十分に理解していると思われる⁽²³⁾。そして、この旧民法の立場からすれば、「補償名義」は詐欺による単純な錯誤を理由とする取消が損害賠償の一種であることからくる当然の帰結であり、起草者もこのことに言及している。ところが、これを起草者は不可解であるとしている。その理由については、先の紹介の中で言及されているが、ここでは原文を引用して再度紹介したい⁽²⁴⁾。

「然レトモ既成法典編纂者ノ見ル所ニ從ヒ詐欺ハ直チニ意思表示ノ効力ヲ左右スルモノニ非スシテ之ヨリ発生シタル錯誤ニ因リ意思表示ノ効ナキニ至ルモノトスルモ現ニ其錯誤ニ因リ意思表示ヲ取消スコトヲ得ルモノトスル以上ハ原文ニ言ヘル如ク補償名義ヲ以テスルニ非サレハ其結果ヲ得ル能ハストスルノ意ヲ解スルニ苦ムナリ蓋シ単純ナル錯誤ノミヲ以テハ意思表示ノ効力ヲ妨クルニ足ラスシテ其詐欺ニ出テタルコトヲ要スルトスルモ畢竟一種ノ錯誤ノ効果ニ外ナラス敢テ此点ニ付キ他ノ錯誤ト其性質ヲ異ニスヘキ謂レナシ仮令如何ナル事項ニ付キ錯誤アリタルニモセヨ其詐欺ヨリ発シタルカ為メ補償名義ニ非サレハ取消ヲ為スコトヲ得サルモノトスルハ全ク其理由ヲ見サルナリ且夫レ法文ニハ唯取消ヲ為スコトヲ得ルヤ否ヤヲ定ムヘキノミ取消ノ名義ヲ掲クルカ如キハ其体裁ヲ得タルモノニ非ス故二本条

この文面からすれば、不可解とした実質的な理由は、詐欺を理由とする取消も一種の錯誤の効果でしかなく、詐欺による単純な錯誤の場合だけ補償名義を要求する理由はないということのようである。これは、ボアソナードや旧民法が前提にしていた、詐欺を理由として「補償名義」によってする取消の効果は（単純な）錯誤の効果ではなく、詐欺に基づく損害賠償の方法のひとつであるという理解とはまったく異なった立場を採用していることを意味する。しかし、ここで言われている「他ノ錯誤」が具体的に何を指すのかは不明である。なぜなら、旧民法と違って現行民法では、要素の錯誤がある場合は無効であり、要素の錯誤以外の、たとえば動機の錯誤のような場合は意思表示はそのまゝ有効であるとされている。つまり、詐欺による場合を除けば、取消の効果を生じさせる錯誤はほかには認められていない。したがって、詐欺による単純な錯誤と同じ性質を持っている錯誤が想定できないのである。もし、詐欺の場合は、要素の錯誤の場合も含めて、発生した錯誤に関係なく取消が認められるということが前提になっているのであれば、詐欺による単純な錯誤の場合だけ「補償名義」が必要というのは不可解という主張と理解することができるが、この場合には詐欺による取消と錯誤による無効の競合という問題が発生する。しかし、この点についての言及はない。このように、特に詐欺について起草者が述べている修正理由だけではなお不明確であるので、節を改め、起草者達によって執筆された教科書等を参考にして、さらに起草者の考えを探ってみたい。

(1) 民法成立過程研究会（福島正夫編）、明治民法の制定と穂積文書——「法典調査会 穂積陳重博士関係文書」の解説・目録および資料——（有斐閣一九五六年）九頁、一六頁（以下、穂積文書として引用）、宮川澄、旧民法と明治民法（青木書店一九六五年）二

- 二三頁以下、谷口知平、総説、谷口編、注釈民法(1)（有斐閣初版一九六四年）二二頁、小林一俊、民法総則理由概要（三和書房一九七二年）一二頁以下、星野、明治民法編纂史研究一〇三頁、一五三頁。
- (2) 穂積文書五三頁。法典調査会規則五条を受けて制定された法典調査規程一条では「単独起草合議定案」と規定されているが、その意味は数人の起草委員が単独で起草し、その後合議して修正案を確定し、それを委員会で審議するということのようなものである。仁井田益太郎ほか、仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会——民法修正案参考資料——、法律時報一〇巻七号（一九三八年）六四九頁以下、六六〇頁以下、穂積文書一七頁、二四頁以下。
- (3) 穂積文書七頁、二二頁以下、六八頁。
- (4) 当初は二〇名以内の主査委員による主査会と三〇名以内の査定委員による總會が存在し、會議を二重に開催することになり不都合であったため一八九四（明治二七）年三月末に法典調査会規則が改正され調査会に一本化されている。これらの主査会・總會（後に調査会）の審議を経た後に、さらに、整理会で審議された。穂積文書七頁、三一頁以下、仁井田、法律時報一〇巻七号六四九頁。
- (5) 詐欺・強迫について整理案では変更はない。法典調査会、民法整理案一一頁（日本近代立法資料叢書一四巻）、穂積文書三二頁以下、仁井田、法律時報一〇巻七号六六二頁によれば、整理案は整理会の審議の対象となった議案である。
- (6) 民法修正案一五頁（日本近代立法資料叢書一五巻）。
- (7) 穂積文書二二頁以下参照。
- (8) 民法第一議案（日本近代立法資料叢書一三巻）。詐欺・強迫に関する規定の条文番号は九四条となっている。この後、同年三月六日配布の（総）甲四号議案では、条文番号は九六条となっている（第一議案一〇一頁）。以後、現行民法に至るまで変更はない。
- (9) 法典調査会、民法主査會議事速記録（日本近代立法資料叢書一三巻）。
- (10) 法典調査会、民法總會議事速記録（日本近代立法資料叢書一二巻）。
- (11) 広中俊雄編著、民法修正案（前三編）の理由書（有斐閣一九八七年）。「民法修正案理由書」としては「以活版換騰写」と「未定稿本」があるようであるが、前者は整理案前後の条文に理由を付したものとされ、後者は議會に提出された修正案に対応したものであるとされる。これらの理由書には起草者自身が作成した第一議案の意思表示の部分までに付された理由と、それ以外の部分について起草委員補助が作成した理由が含まれている。広中、理由書、序ならびに一六頁以下、仁井田、法律時報一〇巻七号六五二頁、穂積文書三五頁以下。

- (12) 広中俊雄、第九回帝国議会の民法審議（有斐閣一九八六年）。
- (13) ①八六頁以下、②六五二頁以下、④一四九頁以下。
- (14) 前節参照。ドイツ民法一二三条二項、同第一草案一〇三条参照。Vgl. Schubert, Vorlagen, Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1986, S. 685.
- (15) ②六五六頁以下。
- (16) 「抵抗ス可カラサル」に関連して、⑤二二二頁で、富井政章は、事実上は抵抗できても好まざる意思表示をなす害と為さねば受ける危害とくらべて、意思表示をしない場合に受ける害の方が大と見てその意思表示をしたときには強迫を受けたということになる、つまり、意思表示は自由ではない、無効にはならないけれども取消することができる、という趣旨の発言をしている。
- (17) 「強迫」という用語ならびに「或人ニ対スル」という部分について少し議論があり、「強迫」は災害を除く暴行と脅迫を意味し、相手方のない意思表示が存在することとの関係から「或人ニ対スル」が必要とされたようである。②六五六頁以下、③五一四頁以下。なお、前節注35参照。
- (18) 強暴ニ因リテ身体財産ニ危難ノ恐ヲ受ケタル第三者カ当事者ノ配偶者又ハ直系ノ親属若クハ姻属ナルトキハ其強暴ハ常ニ之ヲ当事者ニ加ヘタリト看做ス
此他人ノ人ニ付テハ親属ナルト姻属ナルト又ハ外人ナルトヲ問ハス裁判所ハ此等ノ者ニ対シテ加ヘタル強暴力当事者ノ承諾ニ及ホセシ影響ヲ其事情ニ從ヒテ査定ス
- (19) 強暴ノ場合ニ於テ裁判所ハ当事者ノ男女、年齢、強弱、智愚及ヒ相互ノ身分ヲ斟酌ス可シ
然レトモ卑属親ノ尊属親ニ対スル尊敬ノミニ出テタル畏懼ハ合意ヲ取消ス理由ト為ラス
以上、仁井田、舊民法による。
- (20) ①八三頁以下、②六四六頁以下、④一四四頁以下。
- (21) 当事者の身上の錯誤で、それが決意の原因である場合、つまり、主要な身上の錯誤についての規定である。前節注21参照。
- (22) 身上の錯誤が合意の付随的原因にすぎない場合、つまり、従たる身上の錯誤についての規定である。
- (23) 中舎、南山法学一五卷三・四号二九頁以下は反対。起草者は旧民法三二二条三項を錯誤の種類に関係なく詐欺がある場合にはすべて「補償名義」が必要であると誤解していたとする。

(24) ①八六頁、②六五三頁、④一四九頁以下。旧字体を改めている。

二 現行民法の起草者等の見解

本節では、現行民法の起草者達が教科書等で示した詐欺・強迫についての見解を明らかにしてみたい。このような見解は、起草者達が個人的に発表した見解であること、発表された時期も起草時と若干ずれることなどからして、現行民法の立法過程についての直接的な資料ではないが、それを明らかにする補助資料のひとつになりうるものである。

私の手元にあるのは、①富井政章「契約法講義」⁽¹⁾、②同「民法原論 第一巻 総論」⁽²⁾、③梅謙次郎「民法要義 卷之一 総則篇」⁽³⁾、④同「民法講義」⁽⁴⁾、⑤同「民法原理 総則編 卷之二」⁽⁵⁾である。そのほかに、起草者ではないが、⑥富井が校閲した岡松参太郎「注釈 民法理由 上巻」⁽⁶⁾、起草委員補助であった⑦松波仁一郎、仁保亀松、仁井田益太郎「帝国民法正解 第一巻」⁽⁷⁾がある（これらの資料の引用は本節内においては①～⑦の記号による）。

これらの資料の中、詐欺・強迫については富井が起草担当者であるとされることから、その著作が最も重要なはずであるが、①は起草委員に任命される六年ほど前にフランス民法の教科書として作成されたものであり、②は現行民法が公布されて七年後に初版が出版され、しかも私の手元にある版はさらにそれから一〇年後のものである。それに対して、梅は直接の起草担当者ではないものの、起草にあたっては協議が行われたとされ、⁽⁹⁾主査会や総会において発言もしているから、その著書も起草者の見解を理解する有力な資料であることに疑いない。幸いなことに、③の初版は民法前三編が公布された直後に刊行が開始されているのであり、本稿ではこれを基礎に、梅のその他の著書や富井の著書などを補助資料としながら、起草者の見解を明らかにしたい。

詐欺についての見解を理解するにはここでも錯誤の理解が重要になるので、錯誤について概観をしたのちに詐欺・

強迫の概観をすることにしたい。まず、梅の錯誤に関する見解であるが、ほぼ次のようなものである。

錯誤とは当事者が誤解により真意と異なった意思表示をなすことをいい、大別して、意思の欠缺と理由の錯誤に分かれる⁽¹⁰⁾。

意思の欠缺を発生するのが、現行民法九五条にいう法律行為の要素に錯誤がある場合である⁽¹¹⁾。何をもって法律行為の要素とするのかは議論があるが、ここでいう法律行為の要素とは広義の法律行為の目的であり、狭義の行為の目的のほかに、場合によって当事者が含まれる。狭義の行為の目的とは法律行為の履行によって発生する事項またはその事項の根本である物だけを指し、たとえば売買においては、通常は権利の移転、代金の支払いである。当事者は当然に法律行為の要素ではなく、たとえば売買においては、通常は相手方が誰であるかは問題ではない。贈与の場合でも、受贈者は相手方を問題としないが、贈与者にとっては相手方が重要で要素となる⁽¹²⁾。

旧民法は原因を契約の要素としていたが、原因とは法律行為をなすにいたった法律上の理由であり、たとえば売買においては、売主が権利を他人に移転する約束をするのは代金の支払いを受けるためであるから、原因は買主の代金支払義務であり、買主が代金を支払う約束をするのは権利を自己に移転させるためであり、原因は売主の権利移転義務である⁽¹³⁾。このような原因は広義の目的に他ならず、ただ視点をかえただけであるが、目的とよぶのが妥当である⁽¹⁴⁾。

法律行為の性質についての錯誤の場合も、法律行為の目的に錯誤がある場合である。たとえば贈与と売買を取り違えた者は契約の目的の一つである代価の支払いの有無について錯誤がある⁽¹⁵⁾。

法律行為の要素に錯誤がある場合には意思は全く欠缺しており、意思表示は真の意思の表示ではなく、無効である。ただし、表意者に重大な過失がある場合には、表意者は不法行為の原則から意思表示の無効から発生するすべての損

害を賠償しなければならぬが、損害賠償は不確実な基準で決定され、当事者は十分の賠償を得ることができないので、実際の便宜から損害賠償の代わりに、過失ある表意者は意思表示の無効で対抗できないこととした。⁽¹⁶⁾

理由の錯誤は単純の錯誤と詐欺による錯誤に区別されるが、ここで念頭に置かれているのは単純の錯誤である。⁽¹⁷⁾この単純の錯誤によつては法律行為の取消は一切認められない。「理由」は各人の脳裏にあるもので外面に現れないから他人は通常知り得ないが、理由の錯誤を取消原因とすれば取引の安全を害するからである。また、単純の錯誤の場合、多くは錯誤者の不注意によるもので、相手方には通常まったく過失がないからである。⁽¹⁸⁾

旧民法などが採用している、たとえば金瓶を買うおうとして誤つて真鍮の薬罐を購入した場合のような物の本質の錯誤それ自体は契約の取消原因ではない。金瓶を買う意思を明示して誤つて真鍮の薬罐を購入したのであれば、目的に錯誤があるのであつて意思の欠缺があり、それに対して買主の意中で金瓶であると憶断したのであれば、これは契約を為すにいたつた理由にすぎず、契約の目的がその薬罐にあることに錯誤はなく、法律行為の効力に影響はない。⁽¹⁹⁾

次に、詐欺については次のように述べられている。

詐欺もまた錯誤を生ずる。詐欺による錯誤については諸外国は承諾の瑕疵として取消を認めている。それらと同じように、単純の錯誤は法律行為の要素に関するものでない限り法律行為の効力に影響しないが、詐欺による錯誤はその効力を認めて法律行為の取消原因とした。単純の錯誤は当事者の過失による場合が多く、これによつて法律行為を取消することができるのであれば、過失者を保護して過失のない者に損害を与える結果になるが、当事者の一方が詐欺をした場合にはその相手方には過失はなく、過失があつても悪意はなく、他方、詐欺者は相手方を欺いて自己の利益を

計るものであるから詐欺者の行為によってその相手方に損害を与えるべきではない。つまり、相手方を助ける必要があることから、相手方は法律行為を取消することができるものとした。旧民法はこれを承諾の瑕疵とせず「補償ノ名義」による取消としたが、この場合も、当事者が十分に自由に意思決定したとはいえないため、意思に瑕疵があるものとして法律行為を取消することができるのは学理にも適しているし、法律において一旦取消権を与え、法文にその性質を明記して「補償ノ名義」の文字を加えるのは法文の体裁上もよくない。⁽²⁰⁾

なお、⑤四〇四頁以下では、実際の結果は旧民法と現行民法に違いはないが、立法の主義が異なっていると、まず、相手方のない意思表示の場合に旧民法の立場では妥当でなく、また、詐欺による錯誤の場合も単純の錯誤の場合も意思に瑕疵があるが、後者の場合にはその瑕疵を理由として取消すことを認めず、前者の場合にはその原因が悪事であることから取消を認めるのが妥当であるという。これを考え合わせれば、起草者が旧民法を不可解とした際に述べられている「詐欺ニ出テタルコトヲ要スルトスルモ畢竟一種ノ錯誤ノ効果ニ外ナラス」の意味も理解できるように思われる。さらに詐欺については次のように述べられている。

詐欺を取消原因としたのは、詐欺者と詐欺を受けた者の位置を比較して詐欺を受けた者を助けようとしたためである。したがって、相手方のない意思表示の場合には誰が詐欺を行った場合でも取消の原因になり、相手方のある意思表示の場合には相手方が詐欺を行ったことが取消の条件である。第三者が詐欺を行った場合には意思表示の効力に影響しないのが原則で、ただ相手方がその詐欺を知っている場合には、表意者の自由な意思が表示されたものではないことを知るべきであるから、取消しても不測の損害を受けることはない(九六条二項)⁽²¹⁾。詐欺者に対して意思表示を取消

す場合でも、その取消の効果が第三者に及ぶ場合には、取引の安全を害する恐れがあるので、善意の第三者には対抗できない（同条三項⁽²²⁾）。

なお、④六一頁以下では、詐欺について、良詐欺と悪詐欺を区別し、商人が自分の商品売りたいという希望から「多少嘘ヲ吐ク」ことは通常のことであるとし、たとえば古道具屋にある薬罐を見て、「是ハ金ダラウカ、左様デス金デゴザイマス」と言った場合は詐欺に相違ないが、いちいち法律が制裁を加えて契約を無効にするということでは商売ができないとして、これらの良詐欺は単純な錯誤に入るのであつて取消原因ではないとするが、色々作為して欺く場合、たとえば名の有る人の証明書だと偽の証明書を出したような場合には詐欺（悪詐欺）であるという⁽²³⁾。⑤三九八頁では不法行為であることが明言されており、詐欺を理由とする取消を承認する際には、詐欺の違法性が重要であつたと推測される。

最後に、強迫については次のように述べられている。

強迫は意思の欠缺の場合と自由の欠缺の場合に区別され、たとえば白刃を掲げて意思表示をすることを迫り聴かなければ斬首されることが明らかな場合には、意思がないのにそのように装って意思表示をしたのであつて全く意思はなく、法律行為が成立しないことは当然であり規定する必要はない。それに対して、同じ状況でも意思表示をする不利益と殺される不利益を比較し前者を選択したのであれば、意思がないのではないが、強迫によるものであるため意思の自由を欠くだけであり、取消権があるに過ぎない⁽²⁵⁾。

強迫そのものは意思の瑕疵ではなく、それによって生じた畏怖が意思の瑕疵である。しかし、畏怖によって意思表

示をなしたすべての場合にその意思表示を取消することができるのではない。たとえば旧民法が承認していたような不測の事態により発生した危険を原因として義務を負担した場合は、畏怖心のため十分な自由を持っていなかったとしても、意思は存在したのであり、他方、救助者は義務が負担されたがゆえにそれを得ようとして危険を冒して救助したのであり、もしこれを無効としたのでは救助する者はいなくなる。暴行、強迫によって畏怖心が生じた場合には畏怖心があるから意思の瑕疵が発生するのではなく、他人の不法行為のために意思の自由を有しないがゆえに意思表示の取消を許すものであり、天災のために意思の自由を有しない場合は法律上問題にならないという。⁽²⁶⁾

前節の終わりに指摘したこととの関連では、詐欺による動機の錯誤が意思の瑕疵であることが明言されており、旧民法との違いがより明白である。つまり、詐欺による動機の錯誤の場合には意思には瑕疵がないとした旧民法とは違って、この場合にも自由な意思決定がないとしているのである。現行民法と旧民法の重要な違いである。

しかし、「他ノ錯誤」の意味との関係で重要な詐欺と錯誤の競合に関する起草者達の見解ははっきりしない。梅はこの点について言及していないようである。富井は、②三七四頁で意思表示に影響する事由としては錯誤と詐欺は重複せず、錯誤だけでは意思表示の効力に影響しない場合にその錯誤が詐欺を原因とする場合にこれを取消することができるといふ。詐欺による錯誤が縁由の錯誤とともに理由の錯誤に分類されていること⁽²⁷⁾、詐欺の説明において使用されている具体例、さらに②における言明などから推測すれば、詐欺による要素の錯誤は九六条の規律対象ではないようである。⁽²⁸⁾

(1) 時習社発行。「例言」には明治二〇(一八八七)年二月とある。

(2) 有斐閣書房初版一九〇三(明治三六)年、本稿で使用したのは、一九一三(大正二)年のものである。

- (3) 和仏法律学校、書肆明法堂一八九六（明治二九）年。
- (4) 有斐閣書房初版一九〇一（明治三四）年、本稿で使用したのは一八版一九二三（大正一二）年である。
- (5) 法政大学、書肆明法堂一九〇四（明治三七）年。
- (6) 有斐閣書房初版一八九六（明治二九）年、本稿で使用したのは訂正一二版である。緒言にあるように、富井の見解と異なる部分もあるようである。
- (7) 日本法律学校刊行年不明、一八九六（明治二九）年と推測される。
- (8) 特にポアソナードを参考にしているようであるが、必ずしも全面的に従っているわけではなく、たとえばローラン（Laurent）、コルメドサンテール、アコラス（Accolas）、ボードリー（Baudry）などの当時のフランスの諸文献を参考にしながら独自の意見を展開している。山口俊夫、フランス法学、碧海ほか編、法学史、（東京大学出版会初版一九七六年）一九八頁以下参照。
なお、興味深いことには、英米法への言及が随所に見られる。
- (9) 前節注2参照。
- (10) ③一八二頁、⑤三六六頁以下、②三六〇頁以下。
- (11) ④五四頁。②三五七頁では、意思の欠缺を発生させないような軽微な錯誤まで意思表示の効力に影響することは取引の安全を害するという。⑦五八一頁以下も同趣旨。
- (12) ③一八三頁以下、④五五頁以下、⑤三六九頁以下、⑦五八四頁以下。ここでいう（広義の）「目的」は旧民法の場合と違い、法律上の効力を生じさせようとする当事者の意思である（第二章第一節注15、同第二節二注19参照）。②三五九頁以下は法律行為の成立に不可欠な「法律行為の要素」（いわゆる *essentia negotii* と思われる）とは違ふとしつつ、目的の錯誤と表現することは当事者が要素になる場合もあることから誤解を招くといひ、縁由の錯誤とは区別される意思表示の内容に関する錯誤（意思表示の行為の錯誤）表示の錯誤と意思表示の内容の錯誤）の中、ある程度重要なものがここにいう法律行為の要素であるとする。重要であるかどうかは表意者の意思を重視する主観的標準と、それ以外のたとえば取引の慣習などを重視する客観的標準の折衷として、意思表示の内容に関係し、もしその点について錯誤がなければ意思表示をしなかったと認められ、しかもそれをしなかったことが世上一般の観念からしても正当と認められるべき場合にかぎって要素に錯誤があったと解すべきであるという。このような法律行為の内容に関する重要な錯誤は法律行為の成立要件についての錯誤に限定されず、法律行為の偶素や縁由であっても当事者が意思表示の内容とし

た場合にはこれに含まれることがあるとする。②三六八頁では、当事者の性状は当然に意思表示の内容になるものではなく、その錯誤は縁由の錯誤であるにすぎず、意思表示の内容とされた場合にはじめて要素の錯誤になりうるという。⑥一八七頁以下は、錯誤はすべて無効を発生させるべきであるが、実際上の必要から重大な錯誤に限定したとする。そして、それは客観的原则で定まるという。⑥一八九頁以下は、当事者に関する錯誤は決意の原因であるときには行為の要素になるとし、それに対して、従たる原因であることは実際上なく、あるとしても微細なもので契約の効力を左右しないという。なお、⑥一九二頁以下も「法律行為の要素」に言及している。

(13) ③一八六頁、⑤三七五頁以下、②三三六頁以下。旧民法とはほぼ共通する理解である。第二章第一節注18、同第二節注20参照。

(14) 売買においては自分が義務を負担することと、相手方も義務を負担することの両方を合わせたものが目的である。また、原因は意思の一部であるともいっている。③一八七頁、⑤三八一頁以下。②三三七頁以下も、縁由との区別は意思表示の内容であるかどうかだけの基準で十分とし、原因を契約の要素とする必要性を認めない。⑥一八八頁以下。

(15) ③一八八頁、⑤三八四頁以下。⑥一八八頁も同じである。

(16) ③一八九頁以下、⑤三八七頁以下、②三七二頁以下、⑥一九二頁以下、一九四頁以下、⑦五八八頁以下。第二章第二節注25参照。

(17) ③一九〇頁、⑤三六六頁以下、三九〇頁。理由の錯誤は物の本質の錯誤と縁由の錯誤にも分けられるが、梅はこの区別を採用していない。③一九二頁以下、⑤三六七頁以下。

(18) ③一九〇頁以下、⑤三八〇頁以下、三九〇頁以下。③一九一頁は、法律は人の外面の動作に付き典則を設けるもので、その意思の内部に立ち入り規定を立てるものではないという。④五三頁以下でも、法律は人の精神を支配するのではなく、人の行為すなわち表に現れ出た事柄を支配するのであるから、意思は表示されなければ効力がないとするが、理由の錯誤に限定された叙述ではなく、一般的なものとなっている。②三三五頁以下では、縁由とは法律行為をなす意思を決定するにいたる理由であつて当然その内容をなすものではないとし、法律行為の成立に影響しないという。また、縁由が法律行為の内容(条件)となるには相手方への通告では足りず、法律行為の内容とする意思を表示することが必要であるという。

(19) ③一九一頁以下、④五七頁以下。表現はともかく、旧民法の立場と実質的にどれほどの差異があるのかは疑問である。第二章第一節注25、同第二節注24参照。⑤三八〇頁、三九二頁以下では、物の本質の錯誤にどのような場合が含まれるかについては争いがあつて一定しておらず、むしろ、理由の錯誤は一切取消原因ではないとするほうがよいという。②三六八頁は、目的物の性状は表意者が

その意中で欲望したというだけでは意思表示の内容とはならず、その錯誤は縁由の錯誤であり、目的物の性状が意思表示の内容となつた場合にはじめてその錯誤が意思と表示の不一致となりうるという。そして、意思表示の内容であるかどうかは判断が困難な問題で、結局、取引慣行で客観的に決定されるとする。このような説明は、旧民法の立場に類似している。⑥一八九頁以下では、自己の鑑定を誤つたことを理由として契約を取消すことを認めたのでは訴訟が増加し取引の安全が害されるとして、認めないことを原則とせざるをえない。一定の品質が欲しいのであれば保証を求めるべきであるという。ただし、⑦五八六頁以下は目的（物）や当事者の特別の性質に重きが置かれている場合には、要素に関する錯誤になるという。

(20) ③一九四頁以下、④六〇頁以下、⑤三九八頁以下、⑥二七三頁以下。⑥一九八頁以下では、旧民法が補償名義を必要としていることは取消を承認する以上理解できないとし、むしろ、理論的には意思と表示は一致し、ただ意思の成立した原因が不法というだけであるので意思表示の効力は左右されず、ただ詐欺者に対する対人的な抗弁（権）や回復請求権を与えるのが妥当であるが、実際上不便であり詐欺を受けた者の保護に十分でないので意思表示の有効要件を欠くものとして取消を承認したという。

なお、②三七七頁以下は、軽微な詐欺も取消原因になるとすれば取引の安全を妨げることから、詐欺がなくても契約したであろう場合は損害賠償等の請求はできるとしても取消はできないという。第二章第二節注28参照。

(21) ③一九五頁以下、⑤三九九頁以下、②三七八頁以下、⑥二〇四頁以下。⑦五九六頁以下は、第三者が詐欺を行った場合でも取消すことができるはずであるが、相手方が不測の損害を被ることから取消を認めないとしている。なお、⑤四〇〇頁以下では、強迫との比較が行われ、強迫は承諾をしない場合には身体・生命を失いもしくは財産の大部分を奪われるような重大な危険があるものであるから、強迫によって承諾をする場合には本人の真意によるものではなく、それに対して詐欺の場合には欺かれたとしても本人の任意によるものであり、厳格に言えば通常は本人に多少の過失があることから、詐欺にあつた者と詐欺に関係のない相手方を比べれば、相手方が詐欺のあつたことを知っている場合以外は、当然相手方を保護すべきことになるという。②三七八頁以下、三八五頁、⑦六〇頁も同旨である。ただし、①一一五頁以下では、契約相手方の保護と巧妙な詐欺も避けがたいことを理由としてこのような異なる取扱いに反対している。⑥二〇六頁は、詐欺については予防の方法があること、何人が詐欺をしたのかを証明することができること、強迫は公益上一層重大であることなどから、強迫による自由の欠缺を一層保護するという。

(22) ③一九六頁。⑤四〇二頁以下では、第三者詐欺とほぼ同一の原理によるとされている。ここでは再び強迫と比較され、強迫は法律上抵抗できないため止む得ず行為したものと見なされるが、詐欺は思慮あるものは容易に欺かれないのであり、詐欺にかつたのは

思慮が足りないからであり、したがって第三者に対抗できないが、第三者が悪意の場合には保護に値しないから取消を對抗できるといふ。⑦五九六頁は、善意の転得者が保護されるのは詐欺に陥った者は通常過失によって詐欺を発見できなかったからであるとしている。詐欺と強迫の違いについては、⑤四〇二頁以下と同趣旨のことが⑦六〇三頁以下で言及されている。②三七九頁以下は、実際の必要上とするだけである。なお、ここでドイツ民法一二三条二項が引用されているが、富井の誤解と思われる。ドイツ民法一二三条二項の後半が規定する「表示がなされた者以外の者が、その表示から直接に権利を取得した限りにおいて、彼がその詐欺を知っていたか知るべきであった場合には、彼に対してはその表示を取消することができ」は、「直接」に権利を取得した場合、たとえば第三者のための契約を念頭においた規定であり、転得者はここにいう第三者には含まれない。準備草案の起草者は善意の第三者を保護する規定を設けようとしたが、第一委員会において準備草案の当該規定は削除された。Schubert, Vorlagen, A. T. 2, S. 141, 147f.; H. H. Jakobs u. W. Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unverfentlichen Quellen, Allgemeiner Teil, 1. Teilband, Berlin u. a. 1985, §§116-124, S. 602 ff.; B. Mugdan (Hrsg.), Die gesamtten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1. Band, Berlin 1899, S. 466 (= Motive), S. 722 (= Protokolle), S. 834 (= Denkschrift). なお、⑥二〇七頁も参照。

- (23) 第二章第二節注31。
- (24) ⑤四〇九頁によれば、暴行と脅迫を併せて強迫と表現されている。前節注17参照。
- (25) ③一九六頁以下、④六二頁以下、⑤四一〇頁以下。ここでは、手を捕らえて証書を作らせた場合は被強迫者の作成したものではなく、強迫者の作成したものであるので意思の欠缺の場合ではないとされている。しかし、②三八〇頁以下はこのような場合を意思の欠缺とし、本文で掲げたような場合をなお「選択」をしたものであるとして、意思表示ではあるものの瑕疵があるだけであるとする。
- ⑥二〇〇頁、⑦六〇五頁。なお、⑤四一〇頁以下は、意思の欠缺と自由の欠缺は学理上の区別であり、実際上の区別はきわめて困難であるという。ポアソナードの理解については、第二章第一節注30、同第二節注32参照。
- (26) ③一九八頁以下、⑤四一二頁以下。ただし、③一九九頁は畏怖がはなはだしく、心神の錯乱を来していた場合には意思の欠缺であるという。②三八四頁以下は、意思表示をさせる意思をもってした強迫の結果であることを必要とし、たとえば水火その他の危難のような、意思表示をさせる目的を持たない危害に誘発された意思表示は、強迫による意思表示ではないとし、有効であるという。②三八三頁以下では、強迫が不法なものであることを要求している。⑥二〇〇頁以下、⑦六〇二頁以下、六〇四頁以下。

なお、第三者の強迫については注21、22参照。

(27) 注17参照。

(28) ⑦五九四頁は、法律行為の要素につき錯誤に陥り重大な過失がない場合には、九五条の規定によって意思表示の無効を来すために、九六条の適用を生ずることはないという。

三 小 括

前二節を基礎として現行民法の起草者の見解を簡単に要約すれば、以下のようなようになるであろう。

動機の錯誤が無効事由でないことを認めながらも、詐欺によって発生した錯誤については、不法行為をした詐欺者と詐欺を受けた表意者を比較した上で、自由な意思決定がなく意思の瑕疵であるとして法律行為の取消を認めている。第三者詐欺の場合や転得者が存在する場合についても、やや思慮に欠け過失がある詐欺を受けた者と詐欺にまったく関係のない善意の契約相手方や善意の転得者を比較し、後者を保護している。

強迫については、意思が欠缺する場合以外は、意思表示はあるがそれをなす際に自由がなかったものと理解しているようである。しかも、その自由がない状態が不法行為によって発生したことが重要であり、不法行為以外の、たとえば不測の事態によって意思表示をする際に自由がない場合には取消を許していない。このような判断の基礎には、おそらく詐欺の場合と同じように、強迫者と強迫を受けた表意者の比較があると思われる。しかし、第三者強迫の場合の契約相手方や善意の第三者との関係では、詐欺と違って強迫の場合には、被強迫者の受ける危険が大きいことからやむを得ずなされたものであり、詐欺を受けた者に何等かの落度が認められる詐欺の場合よりも被強迫者を保護するようである。⁽¹⁾

繰り返しになるが、このような見解を詐欺と意思の欠缺・瑕疵、動機の錯誤、取消の意味、第三者の詐欺・強迫、善意の第三者などの取扱いに注意しながら、旧民法の基礎にある見解と比較してみたい。

旧民法では、詐欺は錯誤を発生させるということから詐欺によって合意を阻却する錯誤が引き起こされた場合には承諾の欠缺が発生し、合意に瑕疵を発生させる錯誤が引き起こされた場合には承諾の瑕疵が発生する。それ以外の、動機の錯誤については意思の欠缺・瑕疵は認めていない。

それに対して現行民法では、要素の錯誤が発生した場合には錯誤による無効を承認している⁽²⁾。ここでいう要素の錯誤に挙げられるのは旧民法が意思の欠缺をもたらず場合としていた契約の性質の錯誤、目的たる事物の錯誤、原因の錯誤、物の本質の錯誤の一部⁽³⁾である。要素の錯誤以外の場合には、梅によれば動機の錯誤も含めてすべて意思に瑕疵がある場合とされているようである⁽⁴⁾。ただ、意思の瑕疵と取消は常に結びついているものではなく、意思表示者とその相手方の立場を比較して取消を許すかどうか判断されている。

以上のように旧民法、現行民法ともに動機の錯誤はそれだけでは取消原因ではないとされているが、詐欺による動機の錯誤については、旧民法では、錯誤としては顧慮されず、ただ詐欺が不法行為であることの結果として発生する損害賠償請求権を実現するひとつの、しかしより有効な方法として取消が承認されている。したがって、契約相手方が詐欺をした場合に限定され、しかもこの場合に認められる取消は意思の瑕疵を原因とする場合とは異なる性質のものでとされている。つまり、「補償名義」による取消である。第三者による詐欺の場合には第三者に損害賠償を請求できるだけである。また、同じ理由から善意の転得者から取り戻すことも認められていない⁽⁵⁾。

それに対して現行民法は、やや解りにくい部分があるが、詐欺による動機の錯誤も意思の瑕疵と理解し、取消を旧民法のように区別することを認めない。しかし、意思の瑕疵と取消は直結しておらず、詐欺の場合に取消が承認され

るのは詐欺者と詐欺を受けた者の比較に基づいている。そのため、第三者による詐欺の場合には契約相手方が善意である場合には取消は認められない。おそらく同じ発想から善意の第三者に対しても取消を対抗できないとしている。

強迫については、旧民法、現行民法ともに一定の場合に意思の欠缺が発生することを認め、それ以外の場合には意思の瑕疵が発生するだけであるという。大きな違いは、旧民法が不測の事態による危険の場合についても意思の欠缺・瑕疵が発生することを認めているのに対して、現行民法は意思の瑕疵の発生を明確に否定していることである。旧民法の立場からすれば、当然に第三者による強迫であっても取消が認められ、転得者に対してもそれを主張できることになる。現行民法の場合には詐欺と同じ取扱いもできるはずであるが、強迫の場合には強迫された者に重大な危険が発生することを理由として第三者による強迫や転得者に対しても保護されることになる。

旧民法・現行民法のそれぞれの規定を適用した結果における違いとして指摘できるのは詐欺による取消の効果がやや違っている点と天災などによる畏怖の場合を現行民法が否定していることなどである。ただ、理論的には、旧民法が詐欺の問題をすべて錯誤の問題に解消してしまっているのに対して、現行民法は意思の瑕疵の問題として理解している。しかし、何れも詐欺の違法性に注目している点では異ならない。強迫については何れも意思の瑕疵の問題としているが、旧民法はそれに徹して天災によって生じた畏怖も意思の瑕疵のひとつとするのに対して、現行民法は強迫の違法性に注目している。⁽⁶⁾

(1) 詐欺や強迫を意思の瑕疵と理解したり、意思表示者とその善意の相手方の立場や善意の第三者の立場を比較するという観点にはドイツ民法からの影響が感じられる。ドイツ民法の立法過程においては、詐欺・強迫が意思の瑕疵であることが一貫して前提とされつつ、善意の相手方や第三者との関係について当時の諸立法や普通法などを参照しながら検討が加えられ、準備草案では詐欺・強迫

のいずれであっても第三者の詐欺・強迫における善意の相手方も相手方の詐欺・強迫における善意の第三者も保護されていたが、第一草案以後、第三者の強迫は善意の相手方にも主張できるとされ、善意の第三者の保護は詐欺・強迫のいずれについても否定されている。前節注22参照。

(2) ただし、この場合にも取消を承認していたのかははっきりしない。前節注28参照。

(3) 性質が明示されている場合に限られている。前節注19参照。

(4) 前節注20参照。

(5) Schubert, Vorlagen, A. T. 2, S. 140 f.によれば、転得者が悪意であるだけでは転得者からの取り戻しを根拠づけるには不十分であるとされる。なぜなら、ここでは取消は損害賠償のひとつとして理解されているのであるから、転得者自身が損害賠償義務を負担するだけの不法行為を行っていることが必要であり、悪意であるというだけでは足りないからである。それにもかかわらず善意・悪意を問題にし、転得者からの取り戻しを承認することは立法者の権力行為(ein gesetzgeberischer Gewaltakt)であるとされる。

これがドイツ民法が詐欺・強迫を意思の瑕疵として理解した根拠でもある。Vgl. Jakobs u. Schubert, §§116-124, S. 601; Mugdan, I. S. 465 f. なお、松波ほか「帝国民法正解 第一巻」五九五頁参照。

(6) このような認識からすれば、森田、NB L四八四号五八頁が指摘する詐欺と強迫の「質的な違い」は旧民法の理解としては妥当するが、ドイツ民法の影響が感じられる現行民法の理解としては疑問が残る。森田論文についての窪田充見、民法学のあゆみ、法律時報六五巻一号(一九九三年)二三一頁の指摘に共感を覚える。

第四章 不当な勧誘の問題への示唆

現行民法がどのような議論を経て形成されてきたかを見ると、たしかにいくつかの解決を必要とする問題を留保せざるを得ないものの、不当な勧誘を従来の詐欺・強迫についての法理論と連続したものとして理解し、取消権などを認めることによって消費者を救済することができるように思われる。本章では前提になる諸問題とともにこの可

能性を私見をまじえながら示してみたい。

現行民法の考え方を前提にして不当な勧誘に詐欺・強迫と同じ位置づけを与えるためには、まず不当な勧誘によって意思に瑕疵が発生したと評価されなければならないことになる。そして、この意思の瑕疵によって取消を承認するには、表意者の地位と不当な勧誘を行った者の地位を比較して、詐欺・強迫の場合と同じように前者が保護に値すると評価できるものでなければならぬ。つまり、不当な勧誘が詐欺・強迫と並ぶ違法な行為であることが必要になる。⁽¹⁾

旧民法の考え方にしたがえば、不当な勧誘によって意思に瑕疵が発生することは必ずしも必要ではない。もちろん、強迫などによって意思に瑕疵が発生した場合には取消が承認されるが、詐欺と同じように損害賠償請求権を承認し、その一種として契約の取消を承認するという構成も考えられる。しかし、この場合も、不当な勧誘が詐欺と同じように違法な行為であることが前提になる。⁽²⁾

以上のことからして、現行民法の理解によるのであれ、旧民法によるのであれ、従来の法理論と連続した形で不当な勧誘を理解するとすれば、二つの問題を検討しなければならぬ。つまり、不当な勧誘によって意思に瑕疵が発生するののかという問題と不当な勧誘は詐欺と同じような違法な行為であるかという問題である。

まず、不当な勧誘によって意思に瑕疵が発生するののかという問題であるが、わが国ではかなり以前から、意思と動機を区別し動機の錯誤を原則として顧慮しないこと⁽³⁾に対して批判がある。もしこの批判にしたがい動機の錯誤を一般的に顧慮するのであれば、現行民法や旧民法のように詐欺などによって意思決定が影響されているかどうかを問題にするまでもなく、動機の錯誤だけを理由として取消を承認する余地があることになる。しかし、旧民法や現行民法の立法過程で、動機は相手方が知ることができず知っていてもそれを確認することを要求できないものであるから顧慮しないとされていることに一定の説得力がある以上⁽⁴⁾、先の批判には直ちにはしたがえないように思われる。

動機の錯誤を原則として顧慮しないとすれば、不当な勧誘が意思の瑕疵にあたるかという問題は次のようになる。現行民法は意思の瑕疵を広く理解し、動機の錯誤も意思の瑕疵に含めているようである。取消を認めるかどうかはむしろ意思表示者とその相手方などとの比較によることになり、その際には不当な勧誘の違法性が重要であると思われる。また旧民法は意思の瑕疵があれば取消を認めるが、意思の瑕疵がなくとも不当な勧誘が詐欺と同じような違法な行為であれば損害賠償の一種として取消を承認するのであるから、ここでも不当な勧誘が詐欺と同じような違法な行為であるかが重要である⁽⁵⁾。

したがって、現行民法であれ旧民法であれ、取消が承認されるかどうかにとつては不当な勧誘が詐欺と同じような違法な行為であるかどうかの問題が重要である。不法行為における違法性の要件がかなり緩やかなものと理解されている現状においては、不当な勧誘の違法性を肯定することは一見したところでは問題ないようにも感じられる。しかし、その前提作業として不法行為についての従来の法理論を確定することが必要であろう。特に、ドイツ民法が不法行為について八二三条一項に該当しない第一次的財産損害について制限的な態度をとっており、八二三条二項にいう保護法規がある場合と八二六条の故意の良俗違反の場合に限定していることとの関係が問題になる。このような制限的な態度についてその合理性を承認する見解もあり⁽⁶⁾、わが国の民法とドイツ民法との関係からしても無視できない問題である。したがって、本稿で即断することはできない。しかし、消費者に不必要な支出をさせることを狙って組織的に行われる不当な勧誘が自由な意思決定を妨げていることは明らかであり、不当な勧誘はかぎりなく詐欺に近いものであるように思われる。不当な勧誘に違法性を認めている最近のいくつかの判例はこのことを示唆している。たとえば、先物取引などでは「勧誘から取引までの一連の行為が全体として不法行為を構成すると解している」判例の傾向が指摘されている⁽⁷⁾。これは先物取引において委託契約の効力を争うものから昭和五〇年代を境に流れが変わったと

いうこととの関連で述べられたものであるが、不法行為を承認できるのであれば、詐欺・強迫と同じように取消を問題にできるのではないだろうか。また、訪問販売法の昭和六三年改正で規定された禁止行為（同法五条の二）などは、消費者の保護のために規定されているのであるから、これに違反した行為によって消費者が不利な契約を締結させられた場合には不法行為になり、取消が認められることは当然のことのように思われる⁽⁸⁾。訪問販売法などの特別法のそれ以外の規定も、訪問販売などに際して違法な勧誘がなされているという現状に対応したものであるのではないだろうか。つまり、これらの販売方法それ自体に違法性があるために、多くの規制を必要としていると思われる。

クーリング・オフについても、それを承認せざるをえないのは、訪問販売自体の違法性を示唆していると思われる。たしかに私も自由な意思決定がされていないからこそクーリング・オフが承認されるのであり、それは私的自治の原則の徹底として理解すべきであると考えている⁽⁹⁾。そして、動機の錯誤をも意思の瑕疵と理解していると思われる現行民法の立場ではこのような理解が正しいものである。しかし、自由な意思決定を強調するだけでは足りないように思われる。なぜなら、動機の錯誤を顧慮しない従来⁽¹⁰⁾の法理論からすれば、現行民法が詐欺について関係者の比較を行ったのと同じように、意思決定への他人の不当な関与という側面を問題にせざるをえないように思われるからである。つまり、詐欺や訪問販売の場合に自由な意思決定がないことが確かに取消やクーリング・オフの本来の根拠であるとしても、現行法は動機の錯誤を意思の瑕疵と理解しながら取消を承認しないのであり、詐欺について取消が認められるのは、詐欺者と詐欺を受けた者の行為の比較、とくに詐欺行為の違法性が重要だからである。したがって、クーリング・オフについても訪問販売などが持つ意思決定への他人の関与という側面が問題になると思われる。クーリング・オフの法理も決して従来の法理論を修正し動機の錯誤を無条件に顧慮しようとするものではなく、事業者と消費者を比較し、その際に十分な考慮期間や情報を与えずに契約を成立させようとする事業者の行為を問題にして、クーリン

グ・オフを承認しているのではないだろうか。指定商品が広範囲にわたり、訪問販売の対象になる商品が拡大するに連れてあと追的に拡大していくのは、訪問販売という販売方法自体の違法性を示していると思われる⁽¹⁰⁾。

不当な勧誘の違法性が承認された場合、次に問題になるのはその違法性の程度である。詐欺のように第三者詐欺の場合の善意の契約相手方を保護し、転得者のような善意の第三者を保護するのか、それとも強迫のように善意の契約相手方や第三者に対しても主張できるのかが問題になる。旧民法では、詐欺については意思に瑕疵がないとすることから、この問題は論理的に解決され、善意の相手方や第三者の保護が導かれていたが、ドイツではそのような解決への不満から意思の瑕疵を承認することとなったようであり⁽¹¹⁾、簡単に解答できる問題ではない。

なお、不当な勧誘に違法性が承認できない場合であっても、旧民法からの示唆としては、二つのことが問題になる。ひとつは、旧民法が災害などに基づく意思表示の取消を認めている以上、取消を承認するに必ずしも相手方などの行為を必要とせず、したがって違法性を問題にしない場合もあるということである。しかし、現行民法は強迫については明白に違法性を必要としており、詐欺についてもそのような立場を採っていると思われるので、さらに検討が必要である。もうひとつの問題は、契約締結上の過失との関連である。旧民法では損害賠償請求権が発生すればその効果のひとつとして取消を承認する余地があるので、不法行為でない不当な勧誘の場合であっても損害賠償請求権が発生するかどうかを問題にすることができる。これは契約締結上の過失の問題に関連しているように思われる。つまり、不当な勧誘を契約締結上の過失のひとつとして理解することができるのであれば⁽¹²⁾、契約締結上の過失に基づいて発生した損害賠償請求権を根拠に、より被害者を保護する手段のひとつとして契約の取消を承認する余地がある。ただ、契約締結上の過失それ自体が十分に解明されていない以上、ここではその可能性を示唆することができにすぎない。最後に簡単にまとめれば現行民法の立法過程の検討を通じて本稿で示しえたのは、詐欺・強迫に直接に該当しなく

とも不当な勧誘が違法であると言えるのであれば、取消を認めることは従来の法理論によっても可能である、ということである。新しい法理論が解決を迫られている問題はおそらくさらにその先にあり、不当な勧誘が違法といえない、あるいは、いいにくい場合でもなお消費者に救済を与えることができるのかどうかということにある。しかし、そのように先に進むまえの前提問題として、動機の錯誤を原則として顧慮しないことが妥当かどうか、動機の錯誤を顧慮するのは意思決定に干渉した他人の行為などが不法行為である場合にかぎるべきか、それとも不法行為ではないとしても当事者間の特別な関係を考慮して契約締結上の過失などによって一定の責任を肯定すべきかなどが検討される必要があると思われる。結局のところ、これは、自由な意思決定がない意思表示者とその意思表示に関係する相手方や転得者のような者との間をどのように規律するのかという問題であり、旧民法や現行民法のなした利益衡量や価値判断を維持するのかどうかの問題である。これに答えるには、意思決定に関与した他人の行為が不法行為に該当するとはいえないような事例について具体的に分析し、そのような具体的な事例で本当に従来の法理論の判断を変更する必要があるのかを検討し、変更するとすればどのような基準にまとめられるのかを明らかにしなければならないであろう。今後の課題としたい。

(1) 第三章第二節注23、26参照。なお、「違法」という言葉も曖昧であり、旧民法や現行日本民法の立法過程における議論からして、ここでは不法行為を基礎づける前提としての違法性を問題にする。このような違法性を判断する際に、「契約内容の不当性」が考慮されるのかという点については、なお検討を必要とする。森田、NBL四八四号五七頁、六二頁、六四頁以下。

(2) 詐欺を理由とする取消を承認するには本文に述べたように相手方の行為に違法性を必要とするが、旧民法は災害の場合にも意思の瑕疵を承認するので、意思に瑕疵が発生するために違法性を必要とするのかどうかは検討の必要がある。第二章第一節注27、31、同章第二節注31、37参照。

- (3) 川島武宜、意思欠缺と動機錯誤、民法解釈学の諸問題(弘文堂一九四九年)一九〇頁以下、二一五頁以下はこの区別を否定する。その主たる理由は、動機の錯誤と要素の錯誤を区別することは不可能であるということであり、区別の基礎となった意思主義を否認することを提唱している。
- ここで特に問題とされた物の性質の錯誤(性状錯誤)は、旧民法の起草過程ではたしかに区別の困難さが指摘されてはいるものの、動機の錯誤とは区別して理解され、一定の場合に取消原因となっている。第二章第一節注25、同章第二節注24参照。現行民法の起草者は原則として顧慮しない。第三章第一節注20、同章第二節注19参照。なお、中松櫻子、ドイツにおける錯誤論の基本問題、法学研究五二巻七号六九頁参照。
- (4) 第二章第一節注21、第三章第二節注18。
- (5) 意思表示の拘束力との関係で別の問題も発生する。現行民法では不当な勧誘によって意思に瑕疵が発生したとされる場合であっても、旧民法ではあくまで意思には瑕疵がないものとして理解される。つまり、不当な勧誘によって影響されていないことは法律行為の有効要件ではなく、取消はあくまで損害賠償のひとつの方法にすぎない。このことは単なる構成の違いにすぎないということも見えるが、そうではない。旧民法では、第三者詐欺の場合に詐欺を受けた者が善意の契約相手方との関係で拘束されるといふことの根拠は、瑕疵のない意思に求められている。それに対して現行民法では、意思に瑕疵があるので拘束の根拠が問題になる。ドイツ民法は信頼の保護にその根拠を求めているようであり、このことが第三者詐欺の場合に契約相手方に無過失を要求することと関連しているように思われる。Vgl. Schubert, Vorlagen, A. T. 2, S. 142. しかし、意思表示がなされている以上必ずしも「信頼」の観点を持ち出す必要はないように思われる。この点については、児玉寛、古典的私的自治論の法源論的基礎、原島編、近代私法学の形成と現代法理論一六二頁以下参照。
- (6) Claus-Wilhelm Canaris, Schutzgesetz—Verkerspflichten—Schutzpflichten, Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München, 1983, S. 82 f.
- (7) 河内隆史、先物取引に関する判例、判例タイムズ七〇一号(一九八九年)六六頁。
- (8) 昭和六十一年に通産省産業政策局内に設置された、訪問販売法の具体的なあり方を探ったとされる訪問販売等問題研究会では、訪問販売法の規定に違反した場合の「消費者取消権」については、「取締法規違反が常に強行法規違反として私法上の契約の効力に影響を及ぼすわけではないことから、どのような取締法規違反があるときにこれを認めるべきか、また、訪問販売法以外の行政的取締法

規違反における規制と著しい差異が生ずる等の問題があるので……引き続き慎重に検討する必要がある」とされている。資料 訪問販売等問題研究会報告書 訪問販売等の現状と今後のあり方（抄）、ジュリスト九〇一号（一九八八年）三九頁。森島昭夫、訪問販売等問題研究会報告書について、同上二四頁。

なお、法令違反と契約の効力の問題については、大村敦志、取引と公序——法令違反行為効力論の再検討、ジュリスト一〇二三号（一九九三年）八二頁以下参照。

(9) 原島、法の科学一二号二二頁。沢野、西南学院大学法学論集二〇巻三・四号一〇七頁。

(10) 本文で示したように、不当な勧誘を従来の法理論と整合的に理解する可能性があるとしても、不当な勧誘を禁止するにいたった社会的背景、特に不当な勧誘が日常化したという現実には注意すべきであろう。原島、法の科学一二号二二頁、三一頁以下。

(11) 前節注1、5参照。

(12) イエーリングや一九世紀のドイツ普通法などが念頭においていたものとは区別された、つまり契約の締結あるいは法律行為に基礎を持つのではない責任としてここでは使用している。田中、九大法学六〇号三一二頁以下では今後の課題とした部分である。

正 誤 表	
頁	誤
九八頁	妨セス ↓ 妨ケス
一〇三頁	中谷 ↓ 中舎
一〇四頁	中谷 ↓ 中舎
一二八頁	合意を阻却 ↓ 承諾を阻却
同	承諾の欠缺 ↓ 合意の欠缺
同	合意に瑕疵 ↓ 承諾に瑕疵
同	承諾の瑕疵 ↓ 合意の瑕疵