九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

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 : 消費者契約法第四条とドイツ民法第一二三条

田中, 教雄
関西学院大学法学部

https://doi.org/10.15017/3884

出版情報：法政研究. 70 (4), pp.397-422, 2004-03-01. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

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

――消費者契約法第四条とドイツ民法第一二三条――

田中教雄

はじめに
一　「故意」と「悪い意図」との区別
二　良俗違反による不法行為（ドイツ民法第八二六条）との対比
三　「故意」と「違法性」の関係
四　まとめ

はじめに

わが国の消費者契約法第四条は、次のように規定している。

「（消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消し）

消費者契約法第四条

消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して次の各号に掲げる行為をしたことにより当該各号に定める誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

一　重要事項について事実と異なることを告げること。　当該告げられた内容が事実であるとの誤認

二　物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものに関し、将来におけるその価額、将来において当該消費者が受け取るべき金額その他の将来における変動が不確実な事項につき断定的判断を提供すること。　当該提供された断定的判断の内容が確実であるとの誤認

2　消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対してある重要事項又は当該重要事項に関連する事項について当該消費者の利益となる旨を告げ、かつ、当該重要事項について当該消費者の不利益となる事実（当該告知により当該事実が存在しないと消費者が通常考えるべきものに限る。）を故意に告げなかったことにより、当該事実が存在しないとの誤認をし、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。ただし、当該事業者が当該消費者に対し当該事実を告げようとしたにもかかわらず、当該消費者がこれを拒んだときは、この限りでない。

3　消費者は、事業者が消費者契約の締結について勧誘をするに際し、当該消費者に対して次に掲げる行為をしたこと

により困惑し、それによって当該消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示をしたときは、これを取り消すことができる。

一　当該事業者に対し、当該消費者が、その住居又はその業務を行っている場所から退去すべき旨の意思を示したにもかかわらず、それらの場所から退去しないこと。

二　当該事業者が当該消費者契約の締結について勧誘をしている場所から当該消費者が退去する旨の意思を示したにもかかわらず、その場所から当該消費者を退去させないこと。

4　第一項第一号及び第二項の「重要事項」とは、消費者契約に係る次に掲げる事項であって消費者の当該消費者契約を締結するか否かについての判断に通常影響を及ぼすべきものをいう。

一　物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの質、用途その他の内容

二　物品、権利、役務その他の当該消費者契約の目的となるものの対価その他の取引条件

5　第一項から第三項までの規定による消費者契約の申込み又はその承諾の意思表示の取消しは、これをもって善意の第三者に対抗することができない。」

この消費者契約法第四条が規定する「誤認」類型によって、申込み、あるいは、承諾の意思表示の取消しが認められる要件としては、内閣府国民生活局消費者企画課編集『逐条解説・消費者契約法［補訂版］』によれば[1]、民法第九六条の詐欺の場合とは異なり、「二重の故意」、すなわち錯誤に陥れる故意とそれによって意思表示をさせようとする故意、と「詐欺の違法性」は必要とされない[2]。

民法の詐欺における「二重の故意」と「違法性」の要件が、その立証が困難であるために消費者に不利益であることは、以前から指摘されてきたことである。消費者契約法が、それらの要件を不要とし、消費者を救済することは、おそらく正義あるいは衡平に適っていることであろう。そのこと自体に異論はない。しかし、このような結論が、なぜ認め

られるのかを、民法との関係で明らかにする必要があるように思われる。先の要件の緩和は、消費者契約法第一条にいう「消費者と事業者との間の情報の質及び量並びに交渉力の格差」に由来するものであるが、このような格差への配慮が、民法と相容れるものなのか、それとも、それとは異質なものなのかを明らかにする必要がある。[3] そこで、本稿では、わが国と同様に「二重の故意」と「違法性」の要件を要求しているドイツ民法を取り上げ、詐欺者の「悪意（Arglist）」をめぐる議論を参考にしながら「二重の故意」と「違法性」の要件の意味・内容を明らかにし、消費者契約法においてこれらの要件が不要とされていることの意味を検討する手がかりとしたい。

なお、標記のテーマについては、すでに、詐欺の違法性について論じた高嶌論文の中で検討が加えられている。[4]「相手方の自由な意思決定に実質的影響を及ぼす欺罔行為は、それ自体で原則として違法である」という結論に異論はないが、ドイツ法の理解についてやや異なるところがあることをお断りしておきたい。

一　「故意」と「悪い意図」との区別

詐欺・強迫に関するドイツ民法第一二三条の規定は次のようなものである。

§ 123 BGB

(1) Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

(2) Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die

Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.

「(1) 詐欺（arglistige Täuschung）あるいは違法に強迫によって意思表示をさせられた者は、その表示を取り消すことができる。

(2) 第三者が詐欺を行なった場合には、相手方のある表示は、その相手方がその詐欺を知っていたか、あるいは、知るべきであった場合にだけ、取り消すことができる。表示の相手方以外の者が、その表示から直接に権利を取得している限りにおいて、その者が、その詐欺を知っていたか、あるいは、知るべきであった場合には、表示はその者に対して取り消すことができる。」

以下では、詳細な検討によって現在の通説を支えたLübtowの論文を参考に[5]、そこで引用されている論拠などを確認しながら、ドイツ民法第一二三条で要求されているarglistig（悪意の）と、「故意」や「違法性」との違いを明らかにしたい[6]。

Lübtowは、詐欺の主観的な要件として、「欺罔する故意」、すなわち詐欺者が自らの行為によって相手方に詐欺を惹起することを認識しかつ意欲していたこと[7]、ならびに、「相手方に意思表示をさせようとする詐欺者の故意（意図）」を挙げた後で[8]、「悪意」（Arglist）について検討している。この「悪意」についてドイツの学説・判例の多くは、故意（Vorsatz）あるいは意図（Absicht）であり、詐欺者が表意者の意思形成の自由を侵害しようとしたこと、欺罔された者が真実を知っていれば表示をしないであろうと考えていたこと、あるいは、その可能性を見込んでいたことで十分であるとしているようである[9]。

Lübtowによれば、そもそも、詐欺（arglistige Täuschung）による取消しは、ローマ法の悪意訴権（actio de dolo malo）に由来するものであり、それは、Ciceroが伝えるところによれば、C. Aquilius Gallus（前六六年に法務官[10]）の提案に基づいて導入されたものである[11]。

Ciceroは、「義務について」(De Officiis) 第三巻第一四章第六〇節において次のように述べている。[12]

De Officiis 3, 4, 60

Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, conlega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur quid esset dolus malus, respondebat cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulantes perfidi improbi malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum.

「カーニウスは腹が煮えくり返った。しかし、どうすることができたろう。そのころはまだ私の同僚にして友人であるガーイウス・アクイーリウスが悪質な詐術に関する方式書を提案していなかった。この方式書の中で、悪質な詐術とは何か、という問いに彼は、見せかけと実際の行為とが異なる場合、と答えていた。これは実に見事な答えで、ものの定義をよく心得た人物にふさわしい。それゆえ、ピューティウスも含めて行為と見せかけが違う人間はすべて嘘つきで邪で性悪である。そこで、このような人間のすることに有益なものはありえない。かくも多くの悪徳に染まっているのだから。」

これは、漁師に頼んで自分の地所の前で漁をしてもらい、たくさんの魚が獲れるように見せかけ、またそうであると言ってその地所を売ったが、実際には、普段そこで漁をする者はなかったという事件についての叙述である。ここでの悪意 (dolus malus) の定義は、「見せかけと実際の行為とが異なる場合」(cum esset aliud simulatum, aliud actum) である。これは、学説彙纂第四巻第三章第一節第二法文で伝えられているServius Sulpicius Rufus (前四三年死亡[13]) の定義でもある。[14]

D. 4, 3 (de dolo malo), 1, 2

Ulpianus libro undecimo ad edictum

Dolum malum Servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.

「ウルピアーヌス告示註解第一一巻

セルウィウスは、たしかに、次のように定義した。すなわち、dolus malus とは、あることが見せかけられ、そして〔実際には〕別のことが行われることによって、相手方を騙すために、何らかの企てをすることであると。しかし、ラベオーは、次のようにいう。見せかけることがなくても、ある人が欺かれるようなことが行われることがある。dolus malus なしにも、〔実際には〕あることが行われ、別のことが見せかけられることがある。たとえば、このような見せかけによって、熱心に行為してその者あるいはその他の人の財産を守るような人たちが行なう場合であると。したがって、自らが、次のように定義した。すなわち、dolus malus とは、相手方を、欺き、策略にかけ、騙すために用いられた、すべての利口さ、策略、企てであると。ラベオーの定義は正しい。」

Servius の dolus malus の定義は、「あることが見せかけられ、そして〔実際には〕別のことが行われることによって、相手方を騙すために、何らかの企てをすること」(machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur) である。これが、M. Antistius Labeo（後一〇年から一一年の間に死亡[15]）の定義では、「相手方を、欺き、策略にかけ、騙すために用いられた、すべての利口さ、策略、企て」(omnem calliditatem fallaciam

machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam）となり、Gallus の定義にあった「あることが見せかけられ、そして〔実際には〕別のことが行なわれることによって」（cum aliud simulatur et aliud agitur）という限定がなくなり、dolus malus に含まれる範囲が拡大している。[16] Domitius Ulpianus（後二二八年死亡）[17]は、この Labeo の定義を正しいとしている。[18]

以上のように、古典期（前二七年から後二八四年までの元首政の時期に対応する）[19]においては、定義に変遷があるが、dolus malus は、「相手方を、欺き、策略にかけ、騙すために用いられた、すべての利口さ、策略、企て」という Labeo の理解が支配的なものであったとされている。[20]

Lübtow によれば、dolus という言葉自体は本来価値中立的なもので、[21] malus（悪い）という形容詞が付加されたのは、次に示す学説彙纂第四巻第三章第一節第三法文にあるように、dolus は良い意味でも用いられたからである。

D. 4, 3, 1, 3

Ulpianus libro undecimo ad edictum

Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit malum, quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro sollertia hoc nomen accipienbant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.

「ウルピアーヌス告示註解第一一巻

しかし、法務官は dolus と述べることで満足しておらず、「悪い」という言葉を付け加えた。というのも、古法学者は、善い dolus とも述べ、特に、敵や強盗に対して企てた場合に、この言葉を才気のあるという意味で理解したからである。」

古典的な dolus malus は、感情（Gesinnung）の非難や反道徳性には注目していなかったが、ギリシャ哲学とキリスト教の影響を受けた、後古典期（後二八四年以後）からビザンツ期の法学において、dolus malus に行為者の「感情」

の非難・反道徳性という要素が加えられたようである。(22)

一九世紀においてSavignyが、「dolus［ドルス。悪意］という表現は、どこでも、あらゆる人間的交渉の基礎である信頼［Zutrauen］の、不道徳的な侵害を言い表わす。」とし、(23)錯誤を意図的に惹き起こし、それによって錯誤者が意思表示をさせられる場合のdolusについて、それを真実の歪曲とするだけでなく、悪い（böse）意図をも要求していることは、先の後古典期からビザンツ期の法学に由来していると、Lübtowは指摘する。(24)ローマ法におけるdolus bonusとdolus malusの区別が、dolus malusに「悪い（たちの悪い、卑劣な）策略」（"arge"＝bösartige, gemeine "List"）という烙印を押し、「良俗に反する、悪い意志」（eine unsittliche, üble Gesinnung)が込められることにつながり、ドイツ民法第一二三条のarglistigという表現につながっているとする。(25)

しかし、騙した者の意志、動機の純粋さや不純さは、古典期ローマ法においても、現行法においても注目されておらず、dolus bonusは、「善い」、倫理的に非難されない意図（ein "guter", ethisch einwandfreier Willen）を表現しているのではないし、dolus malusは、「悪い」、倫理的に非難される意図（eine "böse", ethisch verwerfliche Absicht）を表現しているのでもないとされ、dolus bonusが存在する場合には、行為の違法性が阻却されている、とされている。(26)すなわち、Lübtowによれば、意図的に騙すことは、それが、たとえば自己の利益をはかるというような倫理的に非難される意図によるものであれ、あるいは、騙される本人のためという倫理的に非難されない意図によるものであれ、それは原則として違法であり、したがってdolus malusなのであり、ただ意図的に騙すものであっても、特に違法ではないとされる場合だけがdolus bonusなのである。

二　良俗違反による不法行為（ドイツ民法第八二六条）との対比

(一)　ドイツ民法第八二六条の編纂過程

先のLabeo以来拡大された、詐欺に限られない広い意味でのdolusは、ドイツ民法第八二六条に継承されている。(27)

ドイツ民法第八二六条は、次のような規定である。

§826 BGB

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

「良俗に違反する形で他人に故意に損害を加えた者は、その者に対してその損害を賠償する義務を負う。」

ここでは、故意として加害の意図が要求されている。そのことは、この規定の編纂過程からも明らかである。現行法の第八二六条に対応するのは第一草案では第七〇五条であるが、それは次のような規定である。(28)

§705 E I

Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt.

「一般的な自由に基づいてそれ自体許された行為も、それが他人に損害を与え、その実行が良俗に違反する場合には違法として妥当する。」

この規定を決議した第一委員会の審議過程において、損害の発生を予見して行為した場合にだけ、すなわち故意の場合にだけ、損害賠償を発生させる違法となるのか、単なる過失による良俗違反が存在するのかが問題になっているが、過失による良俗違反が存在するかどうかは、具体的な事件において裁判官が決定することとされた。(29)

この点について、第二委員会前に開催された帝国司法庁準備委員会ならびに第二委員会では、不誠実な行為による他人の利益領域の過失での侵害は稀であり、また、立法者が対処すべき重大な良俗違反とも言えないことから、第一草案第七〇五条は、学説・実務での支配的見解に合わせて、故意による、すなわち加害の意識を伴う（mit dem Bewußtseine der Schädigung）行為に限定され、損害賠償請求権をもつ者の範囲についても、故意の行為が向けられた者に限ることが明確にされた。[30] 第二委員会がまとめた、いわゆる第二草案七四九条は次のような規定になっている。

§ 749 E II

Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechts vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

「自分の権利の行使として行なったのではない行為によって、良俗に違反する形で他人に故意に損害を加えた者は、その者に対して損害を賠償する義務を負う。」

この後、さらに、帝国議会で修正をされ、現在の表現になっている。[31]

Lübtow は、ドイツ民法第八二六条で要求される加害（Schaden zufügen）を、財産への加害（Vermögensbeschädigung）と理解している。[32] しかし、この点は、詐欺の場合に関しては、総体としての財産（Vermögen als Ganzes）には不利益を受けていなくても、騙されて締結された契約それ自体を損害（Schaden）と理解する余地がある。債権的な効果しかもたないものの、不法行為に基づく損害賠償請求権の効果として、詐欺によってなされた意思表示の法律効果を消滅させ原状へ戻すこと（Wiederaufhebung）ができる、としていることからすれば、立法者も契約の締結それ自体を損害と理解していたようである。[33] この理解を前提にすれば、ドイツ民法第八二六条の故意は、加害の意図であるとしても、詐欺に関しては、それは財産上の損害を発生させる意図である必要はなく、意思表示をさせるこ

とを意図することで充分であるということになる。

(1)　ドイツ民法第一二三条の編纂過程

Lübtow によれば、ドイツ民法第一二三条の法政策的根拠は、意思形成が詐欺や強迫によって許されない形で影響されること、すなわち自由な意思決定への違法な干渉からの保護である。したがって、欺罔者が表意者にとって最善であることだけを意図し、表意者を慈悲深い意図で（pia fraus）で取引へと引き込むことを考えていた場合でも、この保護は与えられなければならないとされる。すなわち、たとえ、ほかの人の理解からすれば、それがその者の最善にならないとしても、すべての人は、その行為の主であり続けるべきであるとされる。(34)

このことは、その編纂過程からも確認される。第一草案においてドイツ民法第一二三条第一項に対応するのは第一〇三条第一項であるが、それは次のような規定である。(35)

§ 103 Abs. 1 E I

Ist Jemand zur Abgabe einer Willenserklärung von einem Anderen widerrechtlich durch Drohung oder durch Betrug bestimmt worden, so kann er die Willenserklärung anfechten.

「ある者が、他人によって強迫や詐欺によって違法に意思表示をさせられた場合、その者は、その意思表示を取り消すことができる。」

その理由書では、「法秩序は、法律行為の領域において、自由な自己決定が違法に侵害されることを許すことができない。」とされている。(36) 詐欺（Betrug）の概念を明確にすることは断念され、決定に影響をもつであろう諸事情を相手方に伝達する法的義務が、どの程度存在するかという詐欺概念の射程を決する基準となる問題は、立法的に解決できないとされている。そして、一般に、すべての悪意（arglistig）による信義則違反は詐欺であるとされ、刑法における詐

欺の概念は、いずれにしても基準にならないとされている。[37] 詐欺の概念を決定しないことについて、帝国司法庁の準備委員会で、刑法における詐欺のように財産上の損害は必要ではなく、詐欺によって表意者が意思表示をさせられたことだけが重要であるという意見が出され、第二委員会では、そのことを明確にするために、Betrug を arglistige Täuschung に変更することが決定されている。[38]

要するに、ドイツ民法第一二三条は、自由な意思決定への違法な干渉とその排除を問題としている。したがって、前節での検討を踏まえれば、ドイツ民法第一二三条における arglistige Täuschung は、「悪い」（arglistig）という形容詞が付加されているものの、「相手方に害を加える意図」や「非難される意図」を意味しているわけではなく、単に、相手方が真実を知っていれば望まないであろう意思を形成させる意図であれば十分であり、たとえそのような意思を形成させることが本人のためであり、「善き意図」に基づくものであったとしても、なお、詐欺の要件としての「故意」として十分であることになる。

三　「故意」と「違法性」の関係

先に見たように、Arglist は、倫理的に非難される意図ではなく、単なる故意でしかない。しかし、ドイツ民法は、意思に影響する手段として詐欺を使用することを、常に違法であると理解している。[39]

このことはドイツ民法典の編纂過程からも明らかである。すなわち、ドイツ民法第一二三条の編纂に際して、帝国議会の審議において「違法」という言葉の削除が提案されたときに、詐欺の場合は違法であることは当然であるとされ、「違法」という言葉は、詐欺とは関連させられず、強迫とだけ関連せられている。それゆえに、いわゆる第二草案第九八条 "Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder durch Drohung widerrechtlich

bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.”「詐欺あるいは強迫によって意思表示を違法にさせられた者は、その表示を取消すことができる。」は変更され、先に示したように、現行法では、widerrechtlich（違法）は強迫の前に置かれ、“durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung”「詐欺あるいは違法に強迫によって」となって、強迫の場合だけを修飾しているのである。(40)

ところが、その後の判例の展開の中で、欺罔された者の意思が欺罔により影響されることが常に違法であるわけではないことが判明した。すなわち、雇用に際して雇用する側が雇用されようとする者に、プライバシーにかかわるため正当な理由なしには本来は質問してはならない質問をした場合に、それに対して事実に反して嘘を答えることは許されるとされている。雇用されようとする者が、雇用しようとする者を欺罔して労働契約を締結させることになり、本来であれば「詐欺」に該当する例であるが、違法性が阻却されるというのである。(41)

この判例の展開にも見られるように「故意」と「違法性」の判断は別のものなのであって、「悪い」（malus, arglistig）という言葉のために故意と倫理的な非難とが結合されて理解されてきたことに対して、故意それ自体には倫理的な非難は不要であるとし、倫理的な非難の問題は、故意とは別に、違法性の問題であるとするLübtowの主張も、(42)「故意」と「違法性」とを分離したことにその意味を持つと思われる。

四　まとめ

本稿では、ドイツ民法における意思表示の取消し原因としての詐欺の要件について、Lübtowの論文を参考にしながら、次のことを確認した。

(1)「故意」については、「相手方を害する意図」（財産上の損害を与える意図）は必要ではなく、「意思表示をさせる

意図」があれば十分とされていること[43]

(2) 「故意」において従来問題とされてきた「倫理的非難」の問題は、「違法性」の問題とされていること

(3) 自由な意思決定の侵害が、原則として違法とされていること

(4) 意思表示をさせる意図としての故意があり、自由な意思決定の侵害がある場合にも、なお、違法性がない場合があるとされていること

このように、Lübtowは、「故意」と「違法性」の違いを明らかにしたが、そのことは、「故意」が主観的違法要素として欺罔行為の違法性の認定に影響することまでを否定するものではないと思われる。人を欺いて錯誤に陥れようとする「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」という「二重の故意」のうち、特に前者の「人を欺いて錯誤に陥れようとする故意」の有無が、欺罔行為の違法性に影響することは否定できないであろう。欺く意図はなかったものの不注意であったために相手方を欺く結果になった場合と比べれば、そこに違いを認めざるを得ない[44]。

主観的態様が違法性に影響を与えることは、害する意図を要求するSavignyやドイツ民法第八二六条においても認められる。Savignyは、Lübtowが批判したように、たしかに、dolus malusとdolus bonusの区別を基礎にして悪い(böse)意図を要求している。しかし、Savignyが詐欺取消しの根拠としたのは、詐欺の反道徳性（違法性）なのであり[45]、この反道徳性（違法性）を認めるために悪い(böse)意図を要求しているように思われる。また、ドイツ民法第八二六条の良俗違反による不法行為において加害の意図としての故意が要求されていることも、先に述べたように、良俗違反であること（違法性）を認定するために必要とされたものである[46]。これらと同じように、ドイツ民法第一二三条の詐欺取消しの場合も、自由な意思決定への干渉を認識していることが、違法性を肯定するためには必要であると思われる。

故意が違法性を認めるために必要とされる主観的違法要素であることが否定されないとすれば、Lübtowが明らかに

したのは、故意と違法性の区別を明確にしたうえで、財産上の損害を与える意図ではなく、錯誤に陥れて意思表示をさせる意図さえあれば、原則として違法性が承認されるということではないだろうか。

以上のように、ドイツ民法の詐欺取消しは、錯誤に陥れて意思表示をさせる意図としての詐欺者の故意と、そのようにして意思表示をさせる行為に原則として認められる違法性をその要件としており、故意は主観的違法要素であると考えられる(47)。では、このことを前提にしたとき、消費者契約法四条が「二重の故意」と「違法性」を不要としていることはどのように理解されるべきであろうか。

「二重の故意」のうち、少なくとも「意思表示をさせようとする故意」が消費者と契約を締結しようとしている事業者にあることは明らかである。しかし、違法性に密接に関係する「人を欺いて錯誤に陥れようとする故意」、それゆえにまた「その錯誤によって意思表示をさせようとする故意」については検討を必要とする。「誤認」類型に該当する行為を行なっている事業者は消費者に錯誤を惹起する意図を持っていることも多いと思われるが、『逐条解説』においても、たとえば不実告知について、「真実または真正でないことにつき必ずしも主観的認識を有していることは必要なく、告知の内容が客観的に真実または真正でないことで足りる」とされており(48)、錯誤に陥れる故意がない誤認させる行為によっても意思表示の取消しが認められている。仮に主観的違法要素としての、錯誤に陥れる故意がなければ違法性が認められないとすれば、消費者契約法第四条は違法性なしに取消しを認めていることになる。

しかし、この点については、たしかに錯誤に陥れる故意がなければ違法性が認められないことが原則であるとしても、「誤認」類型に該当する行為が、「情報の質及び量並びに交渉力の格差」（消費者保護法第一条）がある状態で行なわれていることからすれば、誤認させる行為の違法性を認める余地があるように思われる。「消費者に錯誤を惹起する意図」を持っている場合は当然であるし（そのままで民法の詐欺に該当する）、たとえそのような意図がなく過失によって消費者に錯誤を惹起した場合であっても、事業者が利用できる情報の質や量の豊富さからして、不実告知、断定的判断の

提供、不利益事実の不告知などの行為は、それによって消費者に錯誤を惹起し意思表示をさせた場合には、自由な意思決定を侵害するものとして違法性を承認することが可能なのではないだろうか。[49] 消費者契約法第四条は、事業者と消費者との間で締結される契約の実態を基礎にして、「二重の故意」と「違法性」が存在するとみなしている、あるいは、すくなくとも「違法性」が存在しているとみなしている「みなし」規定とでも理解すべきものと思われる。[50] もちろん、反証を許さないところにまで踏み込んでいる部分は消費者保護のための政策的配慮と理解されるべきであろうが、消費者契約法第四条には、「誤認」類型に該当する行為の違法性を前提としているという点で、欺罔行為の違法性を前提とした詐欺の規定に通じる、一般化可能な部分が内在していると理解すべきではないだろうか。そうすることによって、消費者契約法が規定する「重要事項」以外の事項に関する誤認させる行為によってなされた意思表示の取消しを認めることも可能になるであろう。ただし、これらの行為の違法性が、特別の関係にある者の間で認められる義務に違反することで認められるもの（契約締結上の過失の場合）と共通するのか、それとも、そのような関係がなくても認められるもの（不法行為の場合）と共通するのかについては、故意ではなく義務違反を問題にせざるを得ないことから、さらに検討する必要があることを留保しておきたい。[51]

（1）内閣府国民生活局消費者企画課編『逐条解説・消費者契約法［補訂版］』（商事法務、二〇〇三年、以下、『逐条解説』として引用する）。

（2）『逐条解説』八九頁以下。消費者契約法第四条第二項が規定する「不利益事実の不告知」における「故意」とは、「当該事実が当該消費者の不利益となるものであることを知っており、かつ、当該消費者が当該事実を認識していないことを知っていながら、あえて」という意味とされおり（同七九頁）、「二重の故意」とは異なっている。

（3）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）一頁以下参照。

なお、わが国の法学に大きな影響を与えてきたドイツにおいて、EUの指針などを契機とする消費者保護法規や普通取引約款規

制法が民法典へと統合されたことは、消費者保護法と民法との関係を原理的な部分から検討する必要性を改めて意識させるものである。Vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, in Claus-Wilhelm Canaris, Schuldrechtsmodernisierung 2002, München, 2002, S.569ff., S.591ff., S.601f.

(4) 高嶌英弘「民事上の詐欺の違法性に関する一考察」磯村保ほか編『石田喜久夫先生古希記念・民法学の課題と展望』（成文堂、二〇〇〇年）一六三頁以下。

(5) Ulrich von Lübtow, Zur Anfechtung von Willenserklärungen wegen arglistiger Täuschung, Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht, Festschrift für Horst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag, Berlin 1973, S.249ff.; vgl. Andreas Wacke, Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, 94. Band, 1997, S.228.

(6) 私事に関することではあるが、西村重雄先生には、大学院でのDigestenexegese以来、公私にわたってご指導ご鞭撻を受け、ローマ法の国際シンポジウムなどにおいても報告の機会を与えていただいた。まがりなりにも本稿が日本民法の系譜を辿りローマ法にまで言及できるのも先生のお蔭である。

(7) Lübtow, a. a. O., S.258f.

(8) Lübtow, a. a. O., S.259f.

(9) Lübtow, a. a. O., S.260; Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 62.Aufl., München 2003, § 123 Rdnr.11 (S.97) [Helmut Heinrichs]; Hans Christoph Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, München 1997, S.18.

(10) Wolfgang Kunkel, Die Römischen Juristen, Unveränderter Nachdruck der 2.Auflage von 1967, Köln u.a. 2001, S.21 によれば、前六六年に法務官であった。前九五年に執政官であったQ. Mucius Scaevolaの門下生である。

(11) Lübtow, a. a. O., S.261.

(12) 訳文は、岡道男ほか編『キケロー選集9』（岩波書店、一九九九年）三一一頁［高橋宏幸・訳］による。原文は、M. Winterbottom, M. Tulli Ciceronis De Officiis, Oxford, 1994 によっている。なお、理解を助けるため傍線・下線を補っている。

(13) Kunkel, a. a. O., S.25 によれば、前五一年に執政官となり、前四三年に死亡した法曹で、Q. Mucius Scaevolaとならぶ、共和政下の重要な法曹である。Ciceroと同時代人である。

(14) 学説彙纂の原文は、Okko Behrends u. a., Corpus Iuris Civilis, Text und Übersetzungen, II, Digesten 1-10, Heidelberg 1995 によっている（以下、同じ）。なお、理解を助けるため下線を補っている。

Gallus の定義には「相手方を騙すために」(decipiendi alterum causa) の部分がないが、当然の事として示されなかったものと推測されている。春木一郎「Actio doli ニ付テ」法学協会雑誌三六巻（一九一八年）六四七頁以下、特に八五七頁。

(15) Kunkel, a. a. O., S.114.

(16) 春木、前掲注(14)八五八頁参照。そこで例示されている学説彙纂第八巻第五章第九節序文では、土地に設定した用益権を消滅させるために土地に建物を建築した場合について悪意訴権が与えられている。ここには「見せかけ」は存在していない。

D. 8, 5 (si servitus vindicetur vel ad alium pertinere negetur), 9pr.

Paulus libro vicensimo primo ad edictum

Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu aedificaveris, possum intendere ius mihi esse ire agere: quod si probavero, inhibebo opus tuum. item Iulianus scripsit, si vicinus in suo aedificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de iure meo, id est ius esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus. sed si quidem nondum aedificavit, sive usum fructum sive viam habet, ius sibi esse ire agere vel frui intendere potest: quod si iam aedificavit dominus, is qui iter et actum habet adhuc potest intendere ius sibi esse, fructuarius autem non potest, quia amisit usum fructum: et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Iulianus ait. contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, aedifices, recte intendam ius tibi non esse aedificare vel aedificatum habere, quemadmodum si in area mea quid aedifices.

「パウルス告示註解第二一巻

あなたが、私が通行権 (iter) を持っている場所 (loco) に建物を建てる場合には、私は、そこを通行し (ire)、あるいは、そこを通って家畜を追う (agere) 権利を持っていると主張して訴えること (intendere) ができる。私がこのことを証明した場合には、私はあなたの建築を妨害するであろう。同じように、Iuliamus は、次のように述べている。隣人がその土地に建物を建てることによって、その者が私の雨どいを通る雨水をもはや受けいれることができないようにした場合には、私は、私の権利に基づいて、すなわち、私は、雨どいを通る雨水をその者の土地へと導く権利を持っていると主張して訴えること (agere) ができると。私たちはこのことを道路権 (via) について述べているが、それと全く同じである。しかし、その者がまだ建築しておらず、しかし、ほかの者が用益権 (usus fructus) あるいは道路権を持っている場合には、この後者の者は、[両方の場合に] この者がその土地を通行し (ire)、あるいは、そこを通って家畜を追い (agere)、あるいは、そこを利用する (frui) 権利を持つと主張して訴えることができる。しかし、[承役地の] 所有者がすでに建てていた場合には、通行権 (iter) あるいは家畜通行権 (actus) を持つ者は、さらに、その者が相応の権利を持っていると主張して訴えることができる。しかし、用益権者 (fructuarius) はそうではない。なぜなら、その者は用益権を失ったからである。Iulianus は、したがって、この場合には、悪意訴権 (de dolo actio) が与

えられる、という。反対に、私があなたに私の土地（fundus）について許さなければならない通路の上に、あなたが建築した場合には、私は、あなたが建築し、あるいは、建物を持つ権利を持っていないと主張して訴えることができるのは正当なことであり、それは、あなたが私の敷地（area）に何かを建てた場合と同じである、という。」（訳文は、Okko Behrends u. a., a. a. O. のドイツ語訳を邦語訳したものであるが、（　）内と傍線を補っている。Kunkel, a. a. O., S.244 によれば、Iulius Paulus は、後二〇三年から近衛長官であった Papinianus の試補であり、Salvius Iulianus は、後二世紀中頃の法曹である。）

(17) Kunkel, a. a. O., S.245f. によれば、Paulus とともに、Servus 帝と Caracalla 帝の時（後一九三年から二一一年）に、近衛長官であった Papinianus の試補であった。

(18) Lübtow は言及していないが、この Servius と Labeo の定義に対応する、連続した二つの法文が存在している。まず、Servius の定義と類似する定義が、学説彙纂第二巻第一章第七節第九法文において見られる。

D. 2, 14 (de pactis), 7, 9

Ulpianus libro quarto ad edictum

Dolo malo ait praetor pactum se non servaturum. dolus malus fit calliditate et fallacia: et ut ait Pedius, dolo malo pactum fit, quotiens circumscribendi alterius causa aliud agitur et aliud agi simulatur.

「ウルピアーヌス告示註解第四巻

法務官は曰く本職は悪意に因るの契約を保護せざるべしと。悪意は詭計及び詐術に依りて実現す、而してペヂウスが言へる如く他人を欺瞞せんが為め或事を為すか又は或事を為すが如く仮装する場合には約束は常に悪意に因りて成りたるものとす。」

訳文は、春木一郎『ユースティーニアーヌス帝学説彙纂プロータ』（有斐閣、一九三八年）二四〇頁によっているが、aliud agitur et aliud agi の部分は「或事を為し、かつ、別の事を為す」と訳すべきであろう。また、傍線を補っている。なお、Kunkel, a. a. O., S.168 によれば、この法文中に出てくる Sextus Pedius は、後二世紀中頃の Iulianus と同時代の法曹であると推定されている。

次の第十法文においては、Labeo の定義に依拠した理解が見られる。

D. 2, 14, 7, 10

Ulpianus libro quarto ad edictum

Sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adicit: sed eleganter Labeo ait hoc aut iniquum esse aut supervacuum. iniquum, si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere: supervacuum, si deceptus hoc fecerit, inest enim dolo et fraus.

「無方式の約束が［見せかけることなしに］悪意のない人の損害になる形で（fraudandi causa あざむくために）行われたということが申し立てられた場合について、法務官は［告示に］何も加えていない。しかし、ラベオーは、適切にも、これ（加えること）は不当であるか、余計であるだろうと述べている。もし、債権者が、その債務者に、一度、信義誠実にしたがって受け取るべき物の範囲内で［無方式の合意によって］免除したことを、覆すことを試みる場合には、不当である。彼が、悪意のない者として違法に損害を受けているがゆえに（deceptus だまされたために）、これ（免除）を行なう場合には余計である。なぜなら、悪意は、悪意のない人をそのように加害する場合（fraus）をも含むからである。」

訳文は、Behrends u. a., a. a. O. のドイツ語訳を邦語訳したものであるが、（ ）内と傍線を補っている。

(19) Max Kaser/Rolf Knütel, Römisches Privatrecht, 17.Aufl., München 2003, § 1 Rdnr. 9ff. (S.4ff.); Gerhard Dulkeit/Fritz Schwartz/Wolfgang Waldstein, Römische Rechtsgeschichte, 9.Aufl., München 1995, S.3.

(20) Lübtow, a. a. O., S.262, Fritz Schulz, Classical Roman Law, Oxford at the Clarendon Press, 1951-1954, p.606.

(21) Lübtow, a. a. O., S.263.

(22) Lübtow, a. a. O., S.265f.

(23) Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Dritter Band, Berlin 1840, S.117f. 訳文は、サヴィニー／小橋一郎訳『現代ローマ法体系・第三巻』（成文堂、一九九八年）一〇九頁による（以下、同じ）。

(24) Lübtow, a. a. O., S.266.; Savigny, a. a. O., S.118f.: "In dieser Anwendung also heißt dolus Verfälschung der Wahrheit, und so ist der Ausdruck gleichbedeutend mit fraus. Es muß aber noch hinzugedacht werden die böse Absicht, das heißt die welche auf des Gegners Nachtheil gerichtet ist, ohne Unterschied ob zugleich eigener Vortheil bezweckt wird oder nicht. Diesen Zusatz bezeichnen die Römischen Juristen durch den Ausdruck dolus *malus*, im Gegensatz eines denkbaren dolus bonus in solchen Fällen, worin selbst Gewalt als Selbstvertheidigung erlaubt seyn würde, worin also augenblicklich ein Rechtsverhältniß gar nicht vorhanden ist."「この適用においては、したがって、dolus［悪意］は、真実の歪曲［Verfälschung der Wahrheit］を意味し、こうして、その表現は、fraus［フラウス。詐害］と同義である。しかし、なお付け加えて考えなければならないのは、悪い［böse］意図である。すなわち、相手方の不利益に向けられている意図であって、同時に自己の利益が意図されるかどうかを問わない。この付加を、ローマの法律家たちは、dolus *malus*［ドルス・マルス。悪意の詐欺］という表現で言い表わし、暴力さえ自力防衛として許されているような、したがって当面法律関係がなんら存在しないような場合における考えられるdolus bonus［ドルス・ボヌス。善意の詐欺］に対立させる。」（小橋訳一一〇頁）

(25) Lübtow, a. a. O., S.268.

(26) Lübtow, a. a. O., S.268f.; Wacke, a. a. O., S. 228 Anm.196.

(27) Lübtow, a. a. O., S.262; Benno Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich Bd. II, Berlin 1899, S.421.

(28) Horst Heinrich Jakobs und Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Recht der Schuldverhältnisse III, Berlin und New York 1983（以下、SR 3として引用する）, S.892.

なお、ドイツ民法典の編纂過程については、石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、一九九九年）参照。

(29) Jakobs u. Schubert, a. a. O., SR 3, S.883; Mugdan, a. a. O., Bd. II, S.406.

(30) Jakobs u. Schubert, a. a. O., SR 3, S.893; Mugdan, a. a. O., Bd. II, S.1078ff.

(31) Jakobs u. Schubert, a. a. O., SR 3, S.898, 901f.; vgl. Mugdan, a. a. O., Bd. II, S.1080, 1298. 主として問題とされたのは、主観的な権利の実行も良俗違反になりうるのかというシカーネの問題である。

(32) Lübtow, a. a. O., S.276f.

(33) Grigoleit, a. a. O., S.19ff.; Mugdan, a. a. O., Bd. II, S.422. そのほか、Grigoleit は引用していないが、Mugdan, a. a. O., Bd. I, S.467, Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, Teil 2, Berlin u. New York 1981, S.138. 以上の点について、拙稿「十九世紀ドイツ普通法における詐欺・強迫理論とドイツ民法典の編纂過程」石部編『ドイツ民法典の編纂と法学』（九州大学出版会、一九九九年）二六七頁参照。近時、BGH NJW1998, S. 303 re. Sp. は、契約の回復的な清算（Rückabwicklung）の要件は、財産上の損害（Vermögensschaden）であるとする。しかし、この財産上の損害は、主観的に把握され、締結しなかったであろう契約を締結した場合にも認められるとされている（S. 304 re. Sp.）。Holger Fleischer, Konkurrenzprobleme um die culpa in contrahendo: Fahrlässige Irreführung versus arglistige Täuschung, AcP 200(2000), S. 108ff.、川角由和「ドイツ債務法の現代化と「契約締結上の過失」（culpa in contrahendo）」川角ほか編『ヨーロッパ私法の動向と課題』（日本評論社、二〇〇三年）二四八頁以下、Manfred Lieb, Culpa in contrahendo und rechtsgeschäfte Entscheidungsfreiheit, Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 343ff. 参照。

なお、この点は、ドイツ民法が損害賠償の方法として原状回復主義を採用していることに関係している（ドイツ民法第二四九条、第一草案第二一九条）。それに対して、日本民法は金銭賠償主義を採用しているために（民法第七二二条、同第四一七条）、損害賠償の方法の一つとして契約の解消を求めることはできないが、日本民法第九六条の基礎となった旧民法財産編第三一二条の編纂過程においてボアソナードが、損害賠償による保護では不十分であるとして合意の取消しを認めたことは興味深い。拙稿「日本民法

九六条（詐欺・強迫）の立法過程」香川法学一三巻四号（一九九四年）一〇〇頁参照。第三者との関係については、同一二〇頁、一二七頁参照。ドイツ民法については、拙稿、前掲論文二五九頁以下、二六三頁以下参照。

(34) Lübtow, a. a. O., S.272.

(35) Jakobs u. Schubert, a. a. O., Allgemeiner Teil I（以下、AT 1 として引用する）, S.614.

(36) Mugdan, a. a. O., Bd. I, S.465.

(37) Mugdan, a. a. O., Bd. I, S.467; 拙稿、前掲注(33)一九九九年論文二八〇頁注(40)。

(38) Lübtow, a. a. O., S.276f.; 拙稿、前掲注(33)一九九九年論文二八二頁注(62)、Jakobus u. Schubert, a. a. O., AT 1, S.625, 634f.; Mugdan, a. a. O., Bd. I, S.722f.

(39) Lübtow, a. a. O., S.273.

(40) Mugdan, a. a. O., Bd. I, S.965; Jakobs u. Schubert, a. a. O., AT 1, S.640, 644; 拙稿、前掲注(33)一九九九年論文二八五頁注(86)。前出注(35)の第一草案第一〇三条第一項でも widerrechtlich は、詐欺と強迫の両方に関連しているように理解できる。

(41) Lübtow, a. a. O., S.273ff.

(42) Lübtow, a. a. O., S.268f.; Wacke, a. a. O., S.228 Anm.196.

(43) わが国でも、「財産上の利益を得ようとする故意」「財産上の損失を蒙らしめようとする故意」は必要ではない。川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)』（有斐閣、二〇〇三年）四七一頁以下［下森定］。

(44) たとえば虚偽の事実を告げて錯誤に陥れる場合に、事実が虚偽であることを知っているにもかかわらず告げることと、不注意でそれを知らないで告げることとの間には大きな違いがある。後者の場合にも責任が認められるとすれば、それは告げる事実について真実であるかどうかを調査する義務を課すことになる。

違法性に関してではないが、旧民法財産編第三七〇条第二項は、今日の不法行為に当たる「不正ノ損害」について、加害の意図がある「有意（volontaire）」と、それがない「無意（involontaire）」とを区別し、損害賠償の範囲に関係させている（同条第三項）。『〔仏語公定訳〕日本帝国民法典並びに立法理由書　第二巻　財産編・理由書』（信山社、一九九三年、明治二四（一八九一）年版復刻）四九五頁以下、星野英一（編集顧問）・ボワソナード民法典研究会編『民法理由書』（雄松堂出版、二〇〇一年）三二〇頁以下、ボアソナード『仏文・日本民法草案註解〔復刻版〕第二巻』（宗文館書店、一九八三年、明治一六（一八八三）年版復刻）二七三頁以下＝Mr. Gve Boissonade, Projet de Code civil pour l'Empire de Japon, accompagné d'un commentaire, deuxiéme édition, tome deuxiéme, Tokio 1883, n^{os} 270 et s.; 星野英一（編集顧問）・ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード氏起稿再閲修正民法草案註釈』（雄松堂出版、二〇〇〇年）三〇三頁以下。

(45) Savigny, a. a. O., S.115ff. "Ist nämlich der Irrthum hervorgebracht durch den unredlichen Willen eines Andern, das heißt durch Betrug, so hat dieser Fall eine unverkennbare Ähnlichkeit mit dem des Zwanges. ..... Beide haben eine unsittliche Natur. Beide enthalten an sich kein Unrecht, aber sie greifen störend ein in die nothwendigen Bedingungen menschlicher Lebensgemeischaft, die in dem Rechtsgebiet Regel und Schutz empfängt. Beide also verdienen gleicherweise, durch das positive Recht als Unrecht anerkannt, verfolgt und bekämpft zu werden."「すなわち、錯誤がもう一方の人の不誠実な意思によって、すなわち詐欺によって生じさせられているときには、この場合は、強迫の場合との極めて明白な類似性を有する。…(略)…両方とも、不道徳的性質を有する。両方とも、それ自体は不法を含まないが、しかし、法的領域において規則と保護を受け取る、人間の生活共同の必要条件に、妨害的に干渉する。したがって、両方とも、同じように、実定法により不法と認められ、責めたてられ、たたかれて当然である。」(小橋訳一〇七頁以下)、拙稿、前掲注(33)一九九九年論文二五四頁以下。

(46) Palandt, a. a. O.,§ 826 Rdnr. 8, 9, 12 (S.1264) [Heinz Thomas] によれば、故意と良俗違反は別々に判断される。このこと自体は、ドイツ民法第一二三条について Lübtow が「故意」と「違法性」を区別したことから考えても、故意があるからといって良俗違反が常に肯定されるわけではないのであり、当然のことであろう。しかし、良俗違反が、重過失のある行為によっても行なわれることがあるにもかかわらず良俗違反とは別に故意が要求されている点は、第二委員会時の立法者の考えとは異なるように思われる。

(47) 意思決定は原則として表意者の危険と負担で行なわれるものであるが、例外が認められるのは、相手方によって違法に意思決定が影響されている場合などだけであり、詐欺・強迫は、この例外たる、意思への違法な影響の場合である。Schubert, a. a. O., S. 131f., 137. 拙稿、前掲注(33)一九九九年論文二五八頁。日本民法においても詐欺取消しは欺罔行為の違法性を前提としている。拙稿、注(33)一九九四年論文七七頁以下参照。私見によれば、不法行為と歴史的に密接に関連している詐欺を理由とする意思表示の取消しは、欺罔行為の違法性に密接な関連を持っている。拙稿、前掲注(33)一九九九年論文二七五頁以下。

(48) 『逐条解説』六七頁以下。

(49) 本文でも触れたように、故意による場合にだけ違法となるのか、過失による場合にも違法となるのかについては、すでにドイツ民法典の編纂過程において議論された事柄でもある。Grigoleit, a. a. O., S.29ff. は、ドイツ民法は、その諸規定の文理（明示的に故意に限定していること）・体系・目的（私的自治・自己決定から導かれる自己責任）からして、情報提供についての責任を故意の場合に限定していたとする。しかし、第一委員会が、過失による良俗違反を認めるかどうかの問題を実務に委ねたのに対して、第二委員会は、それが稀であること、また、対処を必要とするほど重大ではないことを理由に、故意に限定したのであり、そのことが過失による良俗違反を積極的に排除する趣旨であったとは考えられない。

いずれにしても、故意が必要とされる詐欺取消しと、過失の場合にも責任が認められる契約締結上の過失や不法行為に基づく責任との関係は問題である。この問題については、Grigoleit の著書のほか、ders., Neuere Tendenz zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, NJW1999, S.900ff.; Fleischer, a. a. O., S. 92ff. や Grigoleit の紹介も含む藤田寿夫「説明義務違反と法解釈方法論」神戸学院法学第二七巻一・二号（一九九七年）一頁以下、同「取引交渉過程上の法的責任」伊藤進ほか編『現代取引法の基礎的課題』（有斐閣、一九九九年）五三三頁以下、潮見佳男「ドイツにおける情報提供義務論の展開」法学論叢一四五巻二号（一九九九年）一頁以下がある。立法者が故意に限定していた点については、わが国でも、法典調査会起草委員補助であった松波仁一郎・仁保亀松・仁井田益太郎『帝国民法正解第二巻総則』（信山社、一九九七年、明治二九（一八九六年）版復刻）五九一頁以下は、「詐欺ハ必ス故意ニ出ツルモノナルヲ知ル可シ故ニ誤リテ虚偽ノ事実ヲ陳述シ又ハ真正ノ事実ヲ陳述セサリシ場合ニ於テハ仮令之カ為他人ヲシテ錯誤ニ陥ラシムルモ決シテ詐欺ヲ行ヒタルモノト謂フ可ラス」としている（引用に際して、一部、旧字を新字に改めている）。史料によって確認される立法者の認識や判断がそもそも正しかったのか、また、それに拘束されるのかは、民法の解釈方法に関する問題であり、将来の課題としたい。

なお、「違法性」に注目したところで、問題が先送りにされるだけであり、何が違法なのかが問題になる。Martin Schmoeckel u. a., Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd.1 Allgemeiner Teil, Tübingen 2003, § 116-124 Rdnr.105 (S.484) [Martin Josef Schermaier]。

(50) 横山美夏「消費者契約法における情報提供モデル」民商法雑誌一二三巻四・五号（二〇〇一年）五五九頁。

なお、消費者契約法第三条において努力義務とされている「情報提供義務」は、契約当事者間の具体的な状況においては、事業者側の勧誘行為の違法性を承認する規定として活用することが期待される。横山、前掲論文五六九頁以下、北川善太郎「消費者契約法と民法」NBL七一七号（二〇〇一年）二三頁以下参照。また、金融商品の販売等に関する法律第三条が規定する業者の説明義務は、大前恵一朗「金融商品の販売等に関する法律の概要について」ジュリスト一一八五号（二〇〇〇年）六二頁によれば、「情報格差のある顧客を相手とする金融取引一般を通じて守られるべき義務」とされ、「義務違反があれば、不法行為による損害賠償における権利侵害（違法性）の要件を満たす」とされている。

(51) 川角、前掲注(33)二六六頁以下は、契約締結上の過失として議論されてきた諸類型を契約責任と不法行為責任に解消するようである。契約締結に注目することによって契約責任に分類することができる類型が存在することに異論はない。しかし、充分な情報提供や説明があれば契約を締結しなかったであろう場合には、契約成立に先行する準備段階での情報提供義務・説明義務を、後に締結される契約によって根拠づけることはできないと思われる（拙稿、「契約締結上の過失責任と契約の締結」九大法学六〇号（一九九〇年）二八九頁、三〇七頁参照）。また、契約交渉の破棄を違法と評価するには、何らかの義務を想定せざるを得ず、その

ためには当事者の間の（契約関係とは異質な）関係が注目されざるを得ないであろう。その義務がいわゆる「社会生活上の義務」であり、不法行為責任を発生させる、と言えるのかは、ドイツ民法のような要件上の制約がない日本民法においても、なお検討の必要があるように思われる。