

Title	「第三者の詐欺」と「第三者の強迫」の区別に関する批判的検討： ラテンアメリカ諸国の民法典を参考に
Sub Title	
Author	前田, 美千代(Maeda, Michiyo)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 民事法： 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.197- 246
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88453692-00000004-0197

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「第三者の詐欺」と「第三者の強迫」の
区別に関する批判的検討

——ラテンアメリカ諸国の民法典を参考に——

前田美千代

- 一 はじめに
- 二 法律行為の無効化と法律行為の存続
- 三 詐欺と強迫の区別
- 四 結びに代えて

一 はじめに

1 「詐欺」または「強迫」による意思表示

日本民法九六条一項は、「詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができる」と規定する。

二〇〇二年ブラジル民法では、詐欺に関し、一四五条において、「法律行為 (negócio jurídico) は、詐欺 (dolo) がその原因 (causa) であった場合、取り消すことができる (anulável)」と規定し、また、強迫に関し、一五一条において、「強迫 (coação) は、その意思表示 (declaração da vontade) を瑕疵化するために、その受動者 (paciente) において、その本人、その家族又はその財産に対する切迫しかつ重大な損害 (dano iminente e considerável) に関する確固とした恐怖 (fundado temor) を引き起すものでなければならぬ」と規定する。

強迫に関しては、「取り消すことができる (anulável)」という効果を同一五一条において規定していない。しかし、「法律行為の無効 (Da invalidade do negocio jurídico)」を取り扱う章に置かれた二七一条本文において、「法律において明文で規定される諸場合のほか、次の場合による法律行為 (negocio jurídico) はこれを取り消すことができる (anulável)」と規定し、同条二号において、「錯誤 (erro)、詐欺 (dolo)、強迫 (coação)、窮迫の状態 (estado de perigo)、レジオン (tesão) 又は債権者詐欺 (fraude contra credores) から生じる瑕疵 (vicio) による (法律行為)」を列挙する。したがって、ブラジル民法において、詐欺による法律行為も強迫による法律行為も、瑕疵ある法律行為として、ともに取り消すことができる。

アルゼンチン民法では、第二部 (Sección Segunda) 「権利及び義務の取得、変更、移転又は消滅を引き起こす法律事実及び法律行為 (De los hechos y actos jurídicos)」第一章 (Título I) 「法律」事実 (De los hechos)」において、九三一条から九三五条まで詐欺に関する規定が置かれ、九三六条から九四三条まで強迫に関する規定が置かれてい

る。九三二条では、「詐欺 (dolo) が行為の無効の手段 (medio de nulidad de un acto) となりうるためには、次の諸条件の集結が必要である」として四つの条件を規定する。本条にいう「手段 (medio)」とは、「原因 (causa)」の意味であり、フランス民法一一一六条と同様に、詐欺 (dol) が合意の無効原因 (cause de nullité de la convention) となることが規定されている。この他の条文は、すべて詐欺や強迫の成立要件を規定するのみであり、その効果については、次の第二章 (Titulo II) 「法律行為 (De los actos jurídicos)」に置かれた九五四条一項、ならびに、ブラジル民法と同様に、その次の第三章 (Titulo III) 「法律行為の無効 (De la nulidad de los actos jurídicos)」(一〇三七条、一〇五八条) に置かれた一〇四五条で規定されている。まず、九五四条一項では、「錯誤 (error)、詐欺 (dolo)、暴行 (強迫) (violencia)、脅し (intimidación) 又は虚偽表示 (simulación) の瑕疵ある行為 (actos viciados) は無効にされうる」と規定する。次に、一〇四五条では、「法律行為は取り消すことができる…… (Son anulables los actos jurídicos……)」として、制限行為能力 (incapacidad) など四つの場合を規定し、その一つとして、「錯誤 (error)、暴行 (強迫) (violencia)、詐欺 (fraude) 又は虚偽表示 (simulación) の瑕疵 (vicio) を有する場合」を挙げる。こうして、アルゼンチン民法においても、詐欺および強迫による法律行為は、瑕疵ある法律行為として、両方とも取り消すことができる。

2 「第三者の詐欺」または「第三者の強迫」による意思表示

(一) 第三者の詐欺による意思表示

詐欺や強迫を行う者が、契約の相手方ではなく、第三者である場合に、多くの国の民法典において、これとは異なる取扱いがなされている。⁽³⁾

まず、第三者の詐欺では、契約の相手方が詐欺の事実を知らなかった場合、法律行為の無効化を許容しうる

「同意の瑕疵（vicio do consentimento）」として考慮しない立法が一般的である⁽⁴⁾。日本民法九六条二項も、「相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知つていたときに限り、その意思表示を取り消すことができる」と規定する⁽⁵⁾。このように相手方の善意だけでなく、さらに無過失まで要求すべきとの主張がわが国でもなされるが、実際にそのような立法を採用するものとして、ドイツ民法一二三条二項が知られている⁽⁷⁾。

他方で、フランス民法典の影響を受けて法典化を行った国々では、詐欺が契約の相手方により行われた場合にのみ、合意・法律行為の無効化を許容する⁽⁸⁾。つまり、第三者が詐欺を行った場合には、相手方の主観的事情に係らず、法文の上では、これを一切取り消すことができない。

このように、相手方の詐欺による意思表示の取消しとは異なって、第三者の詐欺による意思表示の取消しには一定の制限が設けられている。具体的には、相手方の悪意や有過失といった主観的要件を考慮して初めて取消しを認める場合と、第三者の詐欺による意思表示の取消しを相手方の主観的事情に拘らず一切認めない場合である。

(二) 「第三者の強迫」による意思表示

次に、第三者の強迫では、相手方の強迫の場合と同一の取扱いをする民法典が一般的である。つまり、詐欺の場合と異なって、強迫による法律行為は、強迫者が契約の相手方であろうと第三者であろうと、そして、強迫者が第三者である場合で契約の相手方が強迫の事実につき善意であつても、いずれも常に取り消すことができる。

3 二種類の問題提起

(一) 相手方の詐欺と第三者の詐欺の区別

このように、詐欺と強迫には一定の区別が設けられており、その正当性も主張されるところであるが（後述）、

別の側面から見れば、次のような二種類の問題提起が可能である。

第一の点は、相手方の詐欺と第三者の詐欺を区別する取扱いについてである。両者を区別し、前者についてはのみ無制限に取消しを認めるいずれの国の民法典においても、後者すなわち第三者の詐欺に関する規定を、同意の瑕疵 (*vicio do consentimento/ vicio del consentimiento/ vice du consentement*) もしくは瑕疵ある意思表示を取り扱う章や項目に配置している。⁽⁶⁾ その意欲 (*querer*) が、自発的 (*espontâneo*) な間違い「錯誤」や引き起された (*provocado*) 間違い「詐欺」によって、自覚的 (*consciente*) ではないことにより、法律行為が取消し可能 (*anulável*) であるならば、それ「法律行為」は、第三者の術策 (*manobra*) であろうと、契約相手方の術策であろうと、いずれの場合も取消し可能でなければならないのではないか。⁽¹¹⁾ 相手方の悪意を条件に制限的に取消しを認める場合はともかく、第三者の詐欺について取消しを全く認めない場合は、規定の配置との関係でその積極的な説明が求められる。この点、強迫については、先に見たように、第三者の強迫も、相手方の強迫と同様に、それ「強迫」に基づく法律行為は、取消し可能な「同意の瑕疵」を構成するので、矛盾は存在しない。

(二) 第三者の詐欺と第三者の強迫の区別

第二の点は、第三者の詐欺と第三者の強迫を区別する取扱いについてである。第三者の詐欺については、相手方の詐欺と異なって、その取消しを制限的に認めるかまたは全く認めないとしつつ、他方で、第三者の強迫については、相手方の強迫と同様に、全面的な取消しを認める立法が多勢を占める。

この点、一九一六年ブラジル民法では、九五条において、日本民法九六条二項と同様に、第三者の詐欺による法律行為の無効化を相手方悪意の場合のみに限定しつつ「当事者の一方が詐欺を知る場合に (*se uma das partes o souber*)」一〇一条において、「たとえ第三者により、行われた場合であっても (*ainda quando exercida por terceiro*)」強迫 (*coação*) は行為 (*ato*) を瑕疵化する」と規定し、明文をもって両者を区別していた。⁽¹²⁾ わが国の民法では、

九六条二項の反対解釈により同一の結論を導いており、第三者の詐欺とは異なつて、第三者の強迫は、相手方が善意でも取消し可能と解されている。⁽¹³⁾

まず、第三者の詐欺も第三者の強迫も、ともに同意の瑕疵（vícios do consentimento）である点で、第一の点において指摘したことと同じ矛盾を抱えている。つまり、第三者の強迫により生じた行為（*ag*）が、その同意の瑕疵のために、取消し可能であるならば——契約の相手方が強迫に関与しようとしまいと——、同様に第三者の詐欺により生じた行為（*ag*）も、その意思はまた瑕疵化されているのであり、相手方が認識していようといまいと、法律行為の無効化（*anulação do negócio*）を許容すべきではないのか。⁽¹⁴⁾

次に、同意の瑕疵にも拘らず、第三者の詐欺の場合にのみ、相手方の善意を通じて、法律行為の無効化が許容されず、翻つて、その法律行為は存続することになる。しかし、このような相手方の事情は、第三者の強迫においても共通しており、過失なき表意者の犠牲の下に善意の相手方を保護するのか、善意の相手方の犠牲の下に過失なき表意者を保護するのかの二者択一となる。同意の瑕疵を根拠とするならば、第三者の詐欺において相手方が善意であっても、表意者は取り消すことができなければならず、善意の相手方は、詐欺を行った第三者に対して、損害賠償請求ができるのみでなければ一貫しない。逆に、日本民法九六条二項の規定に正当性があるならば、第三者の強迫における相手方についても同一の処理がなされて良いはずである。⁽¹⁵⁾

(1) フランス民法一一七条と同一ような規定である（ただし瑕疵の種類が異なる）。ブラジル民法でも、フランス民法と同様に、訴権（*ação*）の行使により、無効の主張を行う（Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado, Parte Geral, t. IV, Validade, Nulidade, Anulabilidade*, 2ª ed., São Paulo, 2001, p. 414）。後述のアルゼンチン民法も同様に訴権の行使により無効の主張を行う。

- (2) Augusto C. BELLUSCIO (dir.), Eduardo A. ZANNONI (coor.), *Código Civil y Leyes complementarias Comentado, Anotado y Concordado*, Tomo. 4 (arts. 896 a 1065), Buenos Aires, 1982, p. 222.
- (3) 詐欺や強迫を行う者が、契約の相手方であろうと第三者であろうと、別異に取り扱っていない民法典もある(本文にて後述)。
- (4) Silvio RODRIGUES, *Dos Vícios do Consentimento*, 2ª ed. São Paulo, 1982, p. 148.
- (5) その他、一九四二年(現行)イタリヤ民法一四三九条二項、一九一六年ブラジル民法九五条(本文にて後述)、メキシコ民法一八一六条、ベネズエラ民法一一五四条、ペルー民法二一〇条二項、グアテマラ民法一二六二条も、第三者の詐欺による法行為の無効化(意思表示の取消し)を認めるために、相手方の悪意を要求する。
- (6) 我妻栄『新訂民法総則(民法講義Ⅰ)』三二二頁(岩波書店、一九六五年)。無過失必要説の方が多数説である(山本敬三『民法講義Ⅰ総則』二二五頁(有斐閣、第二版、二〇〇五年)を参照)。下森定「詐欺・強迫」川島武宜、平井宜雄編『新版注釈民法(3)総則(3)§§90～98』四九七頁(有斐閣、二〇〇三年)では、ドイツ民法二三三條二項一文を引き合いに出しつつ、「思うに、善意の相手方に対し詐欺による意思表示を取り消しえないとするのは、当該意思表示の有効性・無瑕疵性に対する相手方の信頼利益の保護にあるのだから、本条三項の場合と同様に、外観信頼保護の制度が信頼者の無過失を要件とするのを原則とする建前により、この場合も無過失を要件とするのが妥当であろう」。また、川井健『民法概論Ⅰ民法総則』一八六頁(有斐閣、第三版、二〇〇八年)では、無過失必要説が正当であるとするとする理由として、表意者に落ち度のある心裡留保においてさえ過失のある相手方は保護されないのであるから、それより落ち度の少ない被詐欺者については過失のある相手方は保護されるべきではないからであると述べる。幾代通『民法総則(現代法律学全集)』二八一頁(青林書院新社、第二版、一九八四年)、須永醇『新訂民法総則要論』二〇七頁(勁草書房、一九九七年)、石田穰『民法総則』三五九頁(悠々社、一九九二年)および平野裕之『民法総則』二二三頁(日本評論社、第二版、二〇〇六年)も同旨。
- (7) この規定はドイツ民法のオリジナルではなく、一八八二年スイス債務法の二五條にすでに見出される。同条は、一九一一年の(現行)債務法において、二八條二項となっている。すなわち、「第三者の行った詐欺は、相手方が契約締結の当時、その詐欺を知り又は知るべきであった場合に限り、契約は被詐欺者に対し拘束力を有さない」。同様の規定は、一九六六年(現行)

ポルトガル民法二五四条二項でも採用されている。すなわち、「詐欺 (dolo) が第三者 (terceiro) から生じる場合には、(意思表示の) 名宛人 (destinatário) がその「詐欺」の認識を有したか又は有すべきであった場合にのみ、その「意思」表示 (declaração) は取消し可能 (anulável) である。しかし、誰かが、その表示により、何らかの権利を直接的に取得した場合には、その者が、詐欺を行った者であるか又はそれ「詐欺」を知っていたかもしくは知るべきであった場合には、その「意思」表示、その受益者との関係で取消し可能である」。同条において、「しかし」以下の第二文(第三者のための契約の場合)は、一八八一年スイス債務法には存在せず、ドイツ民法で初めて規定された。それゆえ、一八八一年スイス債務法に対するドイツ民法の革新的な点は、同法一二三条二項二文である。

(8) 一八六五年イタリア民法一一五条、スペイン民法一二六九条、ポルビア民法四八二条、コロンビア民法一五一五条、ウルグアイ民法二七五条二項、チリ民法一四五八条一項、コスタリカ民法一〇二〇条一項、ホンジュラス民法一五六〇条、プエルトリコ民法一二二一条、エクアドル民法一五〇一条、ドミニカ共和国民法一一一六条。

(9) 詐欺 (dolo) は同意の瑕疵 (vice du consentement) である。なぜなら (フランス) 民法典における一一一六条の位置 (place) および一一〇九条の文言がそれをわれわれにはっきりと示すからである (David AGATSTEIN, *Le dol des incapables à l'occasion d'un contrat: étude de la jurisprudence française postérieure au Code civil*, Paris, 1927, pp. 93 et 94 (n° 28))。

詐欺 (dolo) が同意の瑕疵 (vice du consentement) ではなく、損害賠償 (indemnité) を引き起す違法な行為 (fait illicite) であると考えることは、同意の諸瑕疵 (les vices du consentement) の中に「じりじり」に「はじりじり」詐欺を整理する一一〇九条に反する (Eugène GAUDEMET, *Théorie générale des obligations, réimpression de l'édition publiée en 1937*, Paris, 1965, p. 73)。

(10) 脅迫 (ameaçar) による場合には、その意欲は自由 (livre) ではなく。

(11) 法律行為の無効化 (anulação do negócio) が付与される理由は、当事者の一方の合致 (同意) (concordância) に欠陥があるからである。意思理論 (teoria pura da vontade real) の下では、同意の欠陥 (defeito do consentimento) がどこから生じたかを認識することは重要ではなく、同意の欠陥の存在さえ認識すれば十分である。法律行為 (ato jurídico) が意思の行為 (ato de vontade) である場合、同意 (consentimento) が瑕疵化されて外在化された以上、その行為 (ato) は無効とされなければならない (Silvio RODRIGUES, *op. cit.*, p. 150)。

同意の瑕疵 (vice du consentement) は、被害者の意思 (volonté de la victime) を傷つける。その結果は、詐欺を行った者が誰であろうと変わりがなく、法的な諸効果も異なるべきではな³ (David AGASTEIN, op. cit., p. 94 (n. 28))。

- (12) 同じように、第三者の詐欺による法律行為の無効化を一定の場合もしくは全面的に制限しつつ、強迫については、「たとえ第三者により行われた場合であつても」、これを取り消すことができるとする明文規定を置く立法例として、一九四二年(現行)イタリア民法一四三九条二項(詐欺)と一四三四条(強迫)、スペイン民法一二六九条(詐欺)と一二六八条(強迫)、一九六六年(現行)ポルトガル民法二五四条二項(詐欺)と二五六条(強迫)、ラテンアメリカ諸国では、ウルグアイ民法一二七五条二項(詐欺)と一二七四条(強迫)、ポリビア民法四八二条(詐欺)と四七七条(強迫)、ペルー民法二一〇条二項(詐欺)と二一〇一条(強迫)、エクアドル民法一五〇一条(詐欺)と一五〇〇条(強迫)、コロンビア民法一五一五条一項(詐欺)と一五一四条(強迫)、メキシコ民法一八一六条(詐欺)と一八一八条(強迫)、コスタリカ民法一〇二〇条(詐欺)と一〇一九条(強迫)、ニカラグア民法二四六〇条(詐欺)と二四五九条(強迫)、ホンジュラス民法一五六〇条(詐欺)と一五五九条(強迫)、プエルトリコ民法二二二条(詐欺)と二二〇条(強迫)、ドミニカ共和国民法二一六条(詐欺)と二一一一条(強迫)がある。

- (13) 川島、平井・前掲注(6)〔下森執筆〕五〇九頁、山本・前掲注(6)二二五頁。

- (14) Christian LARROUMET, Droit Civil, t. III, Les Obligations Le Contrat, 1^{re} partie Conditions de formation, 6^e éd., Paris, 2007, p. 318.

錯誤 (erreur) としての詐欺 (dol) は、それが決定的 (déterminante) であった場合、すなわち、相手方が不正または詐欺的な術策の張本人 (coupable de manoeuvres déloyales ou frauduleuses) でなかったならば、詐欺の被害者は契約することはなかったであろうという場合にしか考慮されない。この点に詐欺の同意の瑕疵としての性質が見出される。詐欺は、契約への他方当事者の同意を自由ではないものにしてしまう術策の使用から成る (Christian LARROUMET, supra, cit., p. 319)。

- (15) 法規範 (ordenamento jurídico) は、同意の瑕疵の場合に、その行為 (ato) から通常生じる諸効果をその行為に付与することを拒絶する。人間の意欲 (querer) をその活力および源とする法律行為 (ato jurídico) については、その意思 (vontade) が瑕疵化されている以上、その法律行為の本質的な要素 (elemento medular do negócio) を欠くからである。

- (16) 星野英一『民法概論Ⅰ(序論・総則)』二〇四頁(良書普及会、改訂版、一九七九年)。羽田さゆり「第三者による強迫」

に関する一試論」札幌法学一五卷二号一頁（二〇〇四年）では、第三者の強迫について、九六条二項の類推適用を認めるべきとする。ただし、その場合には善意無過失を要求する。

二 法律行為の無効化と法律行為の存続

1 アルゼンチン民法およびパラグアイ民法——法律行為の無効化——

相手方の詐欺と第三者の詐欺を区別せず、どちらも取消し可能とする民法典として、一八六九年（現行）（一八七一年施行）アルゼンチン民法九三五条および一九八五年（現行）（一九八七年施行）パラグアイ民法二九二条がある。⁽¹⁹⁾

両民法は、第三者の詐欺と第三者の強迫についても別異に取り扱っていない。両方とも、契約の相手方が善意であっても、取り消すことができる。⁽²⁰⁾ この場合、善意の相手方は、アルゼンチン民法九四三条ならびにパラグアイ民法二九五条第三文により、強迫を行った第三者に対して、法律行為の無効（*in iudicio actio*）により被った損害の賠償を請求することができる。⁽²¹⁾ また、契約の相手方が悪意の場合には、アルゼンチン民法九四二条およびパラグアイ民法二九五条第二文により、強迫を行った第三者と悪意の相手方は、連帯して（*solidariamente*）、被強迫者の損害を賠償する責任を負う。⁽²²⁾

なお、アルゼンチン民法では、第三者の詐欺に関する九三五条が、第三者の強迫に関する条文（九四一条〜九四三条）をすべて準用するため、第三者の詐欺の場合にも、善意の相手方は、第三者に対して損害賠償請求が可能であり、また、悪意の相手方は、詐欺を行った第三者と連帯して、詐欺被害者に対する損害賠償責任を負う。⁽²³⁾

2 二〇〇二年ブラジル新民法——法律行為の存続——

第三者の詐欺に関して、二〇〇二年ブラジル民法一四八条は、「第三者の詐欺 (dolo de terceiro) による法律行為 (negocio juridico) は、その法律行為が利益をもたらす当事者が詐欺についての認識 (conhecimento) を有したか又は有すべきであった場合にもまた、取り消されうる。反対の場合に、たとえその法律行為は存続する (subsistir) としても、その第三者は、彼が欺いた当事者のすべての損失及び損害 (todas as perdas e danos) に対する責任を負う」と規定する。この規定の旧規定である一九一六年民法九五条が、第三者の詐欺において取消しを認めるために、わが国の民法と同様に、相手方の悪意を要求していたのは先に述べたとおりである。また、後半部分の損害賠償に関しては、旧規定では存在せず、新规定で初めて盛り込まれた。一九一六年民法では、不法行為の規定である一五九条に基づく損害賠償請求が可能とされていた。

第三者の強迫に関して、同新民法一五四条は、「第三者により行われた強迫 (coação exercida por terceiro) は、その法律行為が利益をもたらす当事者が強迫についての認識を有したか又は有すべきであった場合には、その法律行為を瑕疵化し、また、相手方当事者は、強迫を行った第三者と連帯して (solidariamente) 損失および損害に対する責任を負う」と規定する。さらに、次の一五五条では、「強迫が第三者から生じる場合、その法律行為が利益をもたらす当事者が強迫についての認識を有したか有すべきであったのではない場合には、法律行為は存続する (Subsistir)」。しかし、強迫を行った者 (autor da coação) は、被強迫者 (coacto) に生じたすべての損失および損害に対する責任を負う」と規定する。なお、兩条文の旧規定である一九一六年民法一〇一条では、本文で「強迫は、第三者により行われた場合であっても、行為 (ato) を瑕疵化する」と規定していたのは既述のとおりである。

なお、一九一六年民法一〇一条では、一項において、「第三者により行われた強迫が、それが利益をもたらす当事者に事前に認識された場合、この当事者は、第三者と連帯して、すべての損失および損害に対する責任を負

う」と規定し、また、二項において、「行為の無効化により害された当事者が、第三者により行われた強迫について知らなかった場合、第三者のみが、損失および損害に対する責任を負う」と規定していた。⁽²⁷⁾したがって、第三者の強迫に関しては、アルゼンチン民法およびパラグアイ民法の「法律行為の無効化 (anulação do negócio)」による解決から、「法律行為の存続 (prevalcimento do negócio)」による解決へと一八〇度転換したことになる。

以上より、詐欺も強迫も、「法律行為の無効」ではなく「法律行為の存続」で一貫し、損害賠償により当事者間の調整をはかる規定に生まれ変わった。

3 本稿の問題意識と論証の範囲

第一に、詐欺と強迫がともに同意の瑕疵であるとすれば、両者を区別する根拠がいかなる点にあるのが問題となる。日本民法の下では、第三者の詐欺のみ別異に取り扱うことの正当性が問題となる。同意の瑕疵である以上、第三者の詐欺であっても常に取消しを認めた上で、善意の相手方については別途損害賠償請求権を付与したり原状回復的な保護を与えれば足りるからである（アルゼンチン民法・パラグアイ民法の解決）。

同様の問題は、フランス民法系の諸国の民法典に対しても向けられる。もともと、フランス民法一一一六条が、詐欺をはたらく者を「当事者の一方 (une des parties)」に限定するのは、詐欺を同意の瑕疵 (vice du consentement) ではなく犯罪 (délit) としていた。⁽²⁸⁾ローマ法の沿革的理由に基づく。⁽²⁹⁾しかし、このような沿革を理由とするのみならず、詐欺と強迫を区別すべき種々の積極的な理由が唱えられている。

第二に、第一の点で詐欺と強迫の区別に関して正当な根拠が見出されなければ、両者を同一に取り扱う道が追求されることになる。その場合に、効果面を「法律行為の無効化 (anulação do negócio)」とするのか、「法律行為の存続 (prevalcimento do negócio)」とするのが問題となる。日本民法九六条二項は、相手方が善意の場合に、

表意者の犠牲の下に、法律行為が存続することを意味しており、同意の瑕疵に対して、このような利益調整を行うことが、いかなる理由で認められ、どこまで妥当なのか（詐欺・強迫に共通して妥当なのか）が問題となる。³⁰

本稿では、第二の点を意識しつつ、主に第一の点について考察を加えることとする。論証の順序として、まず、詐欺と強迫の区別を正当化するフランス法・イタリア法の学説を検討し、また、それに対する批判を検討する。続けて、相手方の悪意有過失を条件に、第三者の詐欺について取消しを認め、詐欺・強迫の区別を結果的に緩和するドイツ民法一二三条の沿革・背景を若干検討する。以上の考察を踏まえ、第三者の詐欺と第三者の強迫を一切区別せず、両者において取消しを認め、損害賠償による調整を行う、アルゼンチン民法について、起草者の見解とともに紹介し、最後に、第三者の詐欺と第三者の強迫の区別に関する問題点を指摘して結びとしたい。

- (17) アルゼンチン民法九三二条は、「詐欺がある行為 (un acto) の無効 (nulidad) の手段 (medio) たりうるためには、次の諸状況 (circunstancias) がすべて集結しなければならない。第一に重大 (grave) であったこと、第二にその行為の決定的な原因 (causa determinante) であったこと、第三に重大な損害 (dano importante) を引き起こしたこと、第四に両当事者による詐欺 (dolo por ambas partes) ではなかったこと」。このように、「当事者の一方による詐欺」という要件は入っていない。なお、パラグアイ民法にはこのような詐欺の成立要件に関する規定は存在しない。
- (18) アルゼンチン民法九三五条「詐欺 (dolo) は、当事者の一方によるものであろうと、第三者 (tercera persona) から生じるものであろうと、生存者間 (entre vivos) の諸行為 (actos) の有効性 (validez) に影響を与える。第三者から生じる場合には、九四一条、九四二条及び九四三条がそれを規律する」。
- (19) パラグアイ民法二九二条「詐欺 (dolo) は、当事者 (partes) から生じるものであろうと、第三者 (tercero) から生じるものであろうと、諸行為 (actos) の有効性 (validez) に影響を与える」。

パラグアイでは、一八七六年にアルゼンチン民法の採用が決定され、翌年から施行されていた。これは、パラグアイとアル

ゼンチンの文化的・社会的背景の共通性から、トルコにおけるスイス民法の受容よりも成功したものと評価されており、パラグアイで一世紀以上にわたり効力を有した。民商法改正の動きは一九〇二年の改正委員会設置から始まり、パラグアイの法学者ルイス・デ・ガスベリ（Luis DE GÁSPERI）が最終的に草案を完成させたのは、一九六四年のことである。彼は、アルゼンチン民法のみならず、一九四二年イタリア民法、一九三六年アルゼンチン民法改正草案を主に参考にして起草した（全三五九七条文）。現行法およそ二八〇〇条文のうち、ガスベリ草案から二五〇条文が採用され、アルゼンチン民法から一三八条文が残り、アルゼンチン保険法から一四九条文が採用された（Luis MOISSET DE ESPANÉS, “El nuevo Código civil paraguayo,” *Codificación civil y derecho comparado*, Buenos Aires, 1994, p. 340）。

(20) アルゼンチン民法九四一条「暴行 (fuerza) 又は脅し (intimidación) は、それ〔行為〕に介入しない第三者 (tercero) により用いられた場合であっても、その行為 (acto) を取り消しうる (anulable) もとする」。

パラグアイ民法二九五条第一文「暴行 (fuerza) 又は脅し (intimidación) は、第三者 (tercero) によって用いられた場合であっても、その行為 (acto) を瑕疵化する」。

(21) 善意の相手方のみならず、暴行の被害者も、暴行を行った第三者に対して損害賠償請求できる。なお、アルゼンチン民法では、第三者の詐欺に関する九三五条が、第三者の暴行の条文をすべて準用するため、第三者の詐欺の場合も全く同様である（本文参照）。

(22) アルゼンチン民法九四三条「第三者 (tercero) により行われた暴行 (fuerza) が、その行為の無効 (nulidad del acto) により害される当事者により認識されていなかった場合、第三者は、すべての損失及び損害 (todas las pérdidas e intereses) の唯一の責任者である」。

(23) パラグアイ民法二九五条第三文「その他の場合〔相手方が善意の場合〕において、その（填補）賠償 (resarcimiento) は、暴行を行った者 (causante) の専らの義務 (cuenta exclusiva) とする」。

(24) アルゼンチン民法九四二条「第三者により行われた暴行 (fuerza) が、当事者の一方により認識された場合、第三者及び押し付けられた暴行 (fuerza impuesta) を了承している当事者 (parte sabedora) は、害された当事者に対して、すべての損失及び損害 (todas las pérdidas e intereses) の賠償 (indemnización) について連帯して (solidariamente) 責任を負う」。

- (25) パラグアイ民法二九五条第二文「当事者の一方が、その〔暴行の〕認識を有した場合、この者〔当事者の一方〕は、暴行の行為者 (autor) と連帯して (solidariamente)、損害 (daños) に対する責任を負う」。
- (26) このように、被害当事者への損害賠償に関する強迫を行った第三者と悪意の相手方の連帯責任の規定は、第三者の詐欺にも適用されることになる。
- (27) 本文で述べたように、一九一六年民法では、詐欺に関してこのような規定は存在しなかった。
- (28) わが国においても、詐欺による意思表示の取消しの基本的含意を詐欺者に対するサンクシオンとみる立場によれば、表意者が相手方悪意の立証責任を負うべきであり、また、善意の相手方に無過失まで要求することは、必ずしもただちには肯定されない。また、相手方のない単独行為の場合にも、意思表示の取消しを認めることが、詐欺者に対するサンクシオンになりうる（松尾弘『叢書民法総合判例研究 詐欺・強迫』五三頁、五五頁、五七頁（一粒社、二〇〇〇年）を参照）。
- 同様に、詐欺者に対するサンクシオンないし詐欺者の悪性に着目して、四宮和夫、能見善久『民法総則』二〇四～二〇五頁（弘文堂、第七版、二〇〇五年）では、「表意者の意思表示が自由になされたのではないという点では、表意者の相手方による詐欺であれ、第三者による詐欺であれ、同じはずである。それにもかかわらず第三者による詐欺を特別扱いしているのは、詐欺取消が単に表意者の意思表示の瑕疵のみを問題にしているのではなく、詐欺をした者の悪性にも着目しているからである。それゆえ、表意者の相手方が詐欺をした場合には、取消しによって影響を受けても不都合はないが、詐欺をしたのは第三者なのに、意思表示の取消しの結果影響を受けるのは相手方であるという場合には、相手方自身には何ら落度はないのであるから、原則として意思表示の取消しはできないものとし、相手方自身が詐欺を知っていた場合にのみ表意者からの取消しを主張されるものとした」。
- (29) Louis JOSSEPRAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, 1928, p. 123 (n° 95)。
- (30) 当事者の詐欺と第三者の詐欺の区別に関して、フランス法が、一一一六条の規定にも拘らず、共犯理論により、相対無効 (nullité relative) の範囲を広げたことは、「法律行為の無効化」に照準を合わせていることになる。他方で、一一一六条の規定自体は、沿革的理由の問題はあれ、別の見方をすれば、「法律行為の存続」に照準を合わせていると考えることもできる。

三 詐欺と強迫の区別

1 区別の正当性

(一) 正当化根拠の整理

既述のように、フランス法系の民法典を有する国々では、第三者の詐欺による取消しを一切認めず、他方で、第三者の強迫については相手方の強迫と同様に取消しを認める。そして、多くの国々の立法例および判例理論では、第三者の詐欺につき、他方当事者が悪意・共犯の場合に限って法律行為の無効化 (*anulação do ato jurídico*) を許容するのに対し、意思を傷つける欠陥が強迫である場合には、その取扱いは一変し、それが第三者によるものであろうと、そのような他方当事者の認識を要求しない。このような詐欺と強迫の区別は、いかなる理由に基づくのであろうか。

Alfonso de Cossio y Corral⁽³¹⁾は、両者の区別が次のような理由で正当化されると述べる。第一に、詐欺の積極的主体 (*sujeto activo*) の認識可能性 (*cognoscibilidad*)、第二に、同人〔詐欺の積極的主体〕の支払能力 (*solvencia*)、第三に、暴行〔強迫〕 (*violencia*) の危険性 (*peligrosidad*)、第四に、詐欺の消極的主体 (*sujeto pasivo*) の有責性 (*culpabilidad*)、第五に、詐欺の違法性 (*ilicitud*)、第六に、詐欺の二次的性質 (*carácter secundario*)、最後に、もっぱら歴史的な理由の七種類である。以下に紹介する諸学説には、これらのうちの一つを根拠とするものや、複数の根拠を組み合わせるものがある。実際、論理的にも、第三の理由から第四の理由を導くことができるであろう。いずれにせよ、学説は、詐欺と強迫の実例から法政策的な理由付けを模索する傾向にある。

Ⅰ Aubry et Rau

Aubry et Rau⁽³²⁾によれば、第三者の詐欺と第三者の強迫に関して存在する区別は、両者の性質上の違いおよび要

保護性の違いから説明される。すなわち、暴行〔強迫〕(violence)の場合には、被害者は、強迫から逃れることができない上に、強迫を行った者と常に知り合いであるとは限らない。これに対し、詐欺の場合には、被害者は、術策を暴いてなお取り除くことが可能である上、詐欺の被害者と詐欺を行った者は、知り合いであることが通常である。ゆえに、単純な術策 (simples manœuvres) に対して以上に、強迫行為 (actes de violence) に対して、より実効的にその被害者を保護する必要がある。

(三) Laurent

Laurent⁽⁹⁵⁾も、詐欺 (dol) と暴行〔強迫〕(violence) という両瑕疵の個別的な特徴に依拠して、両者の区別を正当化する。すなわち、「暴行〔強迫〕(violence) は、人間の安全性 (sécurité des hommes) を脅かし、それゆえ、公序 (l'ordre public) を害する暴力行為 (voies de fait) から成る。この点からすると、暴行〔強迫〕(violence) は、詐欺よりも重大な事実 (fait plus grave) であり、立法者はより厳格に暴行〔強迫〕(violence) を抑圧しなければならなかったのである。さて、民事的観点で、暴行〔強迫〕された当事者が、暴行〔強迫〕を行った者に対して抵抗しなければならぬとすれば、暴行〔強迫〕の抑圧は、たいていの場合に不可能であろう。なぜなら、そのような批難しうる諸手段 (ces moyens coupables) に訴える者は、身を隠したり変装して正体が知れないように気を配るので、暴行〔強迫〕された当事者は、暴行〔強迫〕を加えた者を知ることが稀だからである。仮に、暴行〔強迫〕を加えた者が誰か分かったとしても、彼に対してなされる損害賠償訴権 (l'action en dommages-intérêts) は幻想的 (illusoire) であろう。なぜなら、暴力行為に訴えるような人間は、通常、資力のある人間 (hommes solvables) ではないからである。これらの諸理由は、詐欺については存在しない。詐欺の場合、契約当事者の一方の同意 (consentement) をだまし取る (surprendre) ために、詐欺的な術策 (manœuvres doluses) を用いた者に対する場合を除き、合意 (conventions) はむしろ維持されるべきである。結局、法律が詐欺と暴行〔強迫〕に関して行う区

別は、同意を規定する諸原則の観点からは説明されず、一つひとつの瑕疵から生じる実際上の諸結果によつてしか正当化されない」。

（四） Giorgi

Giorgi も、詐欺 (dolo) と暴行 (violenza) の間の区別について、論者の中で深刻な論争があったとした上で、convenienza civile の熟慮にその区別の原因があるとし、立法者をも納得させた⁽³⁷⁾と述べる。ここでの convenienza civile とは、暴行 (violenza) は、詐欺 (dolo) よりも深刻 (più gravemente) に社会秩序 (l'ordine sociale) を乱すものであるという意味である。実際、暴行 (violenza) が、詐欺 (frode) よりも道徳秩序 (l'ordine morale) から逸脱する行為であるかどうかは、詐欺 (frode) に対するダンテの神曲・地獄篇の厳しい判断を想起しても、疑いの余地は存在する⁽³⁸⁾。しかし、道徳主義者「倫理学者」がこれらの二種類の罪 (peccati) を天秤にかけたとしても、社会秩序 (l'ordine sociale) が詐欺 (frode) よりも暴行 (violenza) からより大きな被害を受けることは疑いない。また、あらゆる刑法典 (tutti i Codici penali) においても、偽造 (falsità)、詐欺 (frodi) および詐欺罪 (ruffie) よりも、強奪 (furti)、強盗 (rapine) および恐喝 (estorsioni) をより厳しく罰している⁽³⁹⁾。

（五） David Agastain

David Agastain は、⁽⁴⁰⁾ 暴行 (強迫) の被害者と取引をする相手方から見て、その被害者の取引時の態様から、詐欺の場合よりも、暴行 (強迫) の場合の方が、その被害事実⁽⁴¹⁾に気づくことがより容易であるとして、その区別を正当化する。それゆえ、暴行 (強迫) を受けた者と取引した者は、詐欺を受けた者と取引した場合よりも過小な保護で十分であるので、暴行 (強迫) では取引を無効にすることができのに対して、詐欺では無効にすることができない。

Agstein によれば、暴行〔強迫〕に関して、詐欺との関連で法律により確立された区別は、次のことに由来する。すなわち、詐欺により、人は、ある人を一定の仕方で行動するように納得させる (convaincre) に至るのに対して、暴行〔強迫〕は、それを無理強いするものであり、納得させるものでは決してない。その結果、詐欺の被害者 (victime du dol) と暴行〔強迫〕を受けた被害者 (celle qui subit une violence) とでは、その振舞いの外的側面 (aspects externes de la conduite) が同一ではない。詐欺の被害者は、取引をすることに完全に自覚的 (parfaitement consciente) ⁽⁴⁷⁾ かつ決定的 (décidée) であるように他方当事者には見えるのに対して、暴行〔強迫〕の被害者は、その躊躇 (ses hésitations)、⁽⁴⁸⁾ 神経質 (sa nervosité) により、契約の諸条項に対するその無関心 (son indifférence) により、彼に圧力をかけていると思われる人々とともに現れることにより、またその他の兆候 (indices) により、結局、注意深い人 (homme scrupuleux) に不信 (méfiance) を抱かせるはずである。それらの兆候 (symptômes) ⁽⁴⁹⁾ にも拘らず、合意 (convention) が締結された場合には、他方当事者の共犯関係 (complicité) ⁽⁵⁰⁾ がないとしても、軽率と (légèreté) が存在し、それゆえ、被害者が、保護に値する唯一の人 (seule digne d'intérêt) である。

2 区別に対する批判

Giorgi ⁽⁴³⁾ および Cossio y Corral ⁽⁴⁴⁾ によれば、詐欺と暴行〔強迫〕の区別に対する批判は、すでに Augustin Leyser ⁽⁴⁵⁾ および Hugo Grotius ⁽⁴⁶⁾ に見られるという。

Larombière ⁽⁴⁷⁾ は、詐欺 (dol) が当事者の一方 (l'une des parties) により行われなかった場合、この一方当事者も他方当事者〔表意者〕もともに善意 (bonne foi) であって、この対等の立場において、表意者による契約の無効が適わないことについて次のように述べる。

「しかし、第三者 (tiers) により行われた暴行〔強迫〕 (violence) については、契約は同様に無効であるという

が、なぜ善意 (bonne foi) を何ら考慮しないのであろうか。有効な同意 (consentement valable) が存在しないからというのみでは、まったく明らかでないのではないか。そして、有効な同意の不存在という理由は、第三者により行われた詐欺 (dol) の場合においても、まったく同じ意味で作用する。なぜなら、暴行 (強迫) の重圧 (étreintes de la violence) よりも、詐欺の罠 (pièges du dol) から解放されることの方が容易ではないからである。時に、あらゆる同意の不存在が詐欺ではより顕著である。なぜなら、詐欺された人は、その人自身の幻想 (bonne propre illusion) の犠牲者 (duper) であることにより籠絡され、真実 (vérité) に気づくことができないのに対して、暴行 (強迫) (violence) の場合には、その犠牲者は、強制 (contrainte) に屈するのであり、彼は、少なくとも、同意することに強制されていることは認識している。そして、そこには同等の必要性が存在し、同一の救助がなされなければならない。法律は、そのような同等の必要性や同一の救助を何ら欲しておらず、そしてこの点において、ナポレオン法典の起草者は、古い伝統にあまりに盲従的に追隨しており、ローマ法 (lois romaines) の習慣 (l'habitude) および巧妙な理由 (subtile raison) の先入観・偏見にとらわれすぎている⁽⁴⁷⁾。

Josseland も、暴行 (強迫) (violence) について、それが第三者により行使された場合であっても、無効の原因となることは、強迫者が正体を隠したり、支払能力がなかったりして、損害賠償請求が幻想的であることからすれば、まったく合理的な取扱いであると述べる。他方で、詐欺 (dol) については、当事者の一方によるものでなければならぬとの限定が付されている点につき、これが詐欺に固有のものであることますます怪しからぬ (choquante) 区別であるという。すなわち、詐欺の一種でしかない強迫が、第三者から生じる場合であっても、契約の無効を導いており、また、ドイツ民法一三三條二項やスイス債務法二八條二項が、両方の同意の瑕疵を同一の規則に服させる傾向にあることを指摘する。Colin et Capitant も、好ましい解決は、詐欺が第三者から生じる場合も、強制された者と同様に、騙された者も保護し、詐欺と強迫の両場合に契約の無効化 (annulation du

contrat) を許容することであると述べる。実際、詐欺 (dol) は、暴行 (強迫) (violence) と同様、被害者の同意 (consentement) を改悪し、ゆえに、その同意からあらゆる価値を奪うのであり、それは、術策 (manœuvres) を用いる者が誰であろうと変わりがない。

以上のような考え方は、「法律行為の無効化」へと連続する一貫性を備えている。法律行為 (act juridique) がその基本的な要素 (elemento primordial) として意思 (voluntade) を有し、そして、この意思が法律行為を産み出した生気を与えるものであるならば、同意思想が瑕疵を帯び、欠陥を有して発現する以上、それは、法律行為の諸効果 (efeitos do ato) において反映されなければならず、ゆえに、その諸効果は効果不発生 (ineficazes) となる。この道理は、意思の欠陥が、第三者により引き起こされたものであると、契約当事者の一方により引き起こされたものであろうと変わるものではない。

3 ドイツ民法一二三条の背景

(一) 十九世紀ドイツ普通法における強制 (Zwang) と錯誤 (Irthum)

サヴィニー (Savigny) は、⁽⁵⁰⁾ 強制 (Zwang)、⁽⁵¹⁾ 錯誤 (Irthum) の順に意思表示 (Willenserklärungen) を検討し、後者において、それだけで問題になる錯誤を検討した後に、別の発生の仕方が付け加えられる場合、すなわち、錯誤がもう一方の人の不誠実な意思つまり詐欺によって引き起こされている場合を検討し、この場合には、他人への影響の中に同じ反道徳性 (Unsitlichkeit) があるという意味で、強迫の場合と極めて明白な類似性を有すると述べる。⁽⁵¹⁾ 強制と詐欺の最も本質的な相違は、強制された者に与えられる救済が他の落度のない人に対しても効力をもつ (in rem 「物に対して」) のに対して、騙された者の救済は、詐欺者およびその承継人に対してのみ効力をもつ (in personam 「人に対して」) ことである。その基礎にあるのは、強制においては、詐欺と比較して、法的状態のも

つと悪くもつと危険な妨害〔意思の影響〕(schlimmere und gefährlichere Willensbeeinflussung)が含まれているという考え方である。⁽⁵²⁾

(二) 現行ドイツ民法一二三条の起草過程

(1) ゲープハルト (Gebhard) 部分草案 (Teilentwurf) 総則編一〇一条第一文
ゲープハルト部分草案総則編一〇一条第一文では、「ある者が意思表示をなすことへと、他人によって違法に、根拠ある恐怖の発生によって動かされた、あるいは詐欺によって導かれた場合には、その意思表示は直接的に作用する取消しに服する」と規定していた。⁽⁵³⁾

この法文では、十九世紀ドイツ普通法とは異なつて、「直接的に作用する取消可能」が採用され、この場合には、詐欺・強迫がないことが法律行為の要件 (Erfordernis) となり、本来は、詐欺・強迫に関係していない意思表示の相手方に対しても、詐欺・強迫による取消しを主張できることになる。⁽⁵³⁾

ただ、「表意者が外的な行為を意図し、その意思が、意図したもつとして表示されたことと一致している場合には、意思表示の相手方に知られていない、表意者の動機は顧慮されてはならない。なぜなら、表意者が希望しているとおりに理解された表示の有効性を当てにできない場合には、取引における信頼が害されるであろう」と述べ、善意の特別な保護措置 (eine besondere Schutzmaßregel des guten Glaubens) として、意思表示の相手方が認識できない詐欺と強迫は顧慮されないとすべきだとする。これに対して、相手方のない意思表示の場合には、善意を保護する必要はなく、常に顧慮されるとする。⁽⁵⁶⁾

(2) ゲープハルト部分草案総則編一〇一条第二文から第一草案一〇三条へ

こうして、ゲープハルト部分草案総則編一〇一条第二文では、「意思表示がある人に与えられた場合には、第三者によって行われた強迫や詐欺は、その意思表示受領者がそれを知っているか、知るべきであった場合にだけ

顧慮される」と規定していた。⁽⁵⁷⁾

これが、その後の審議を経て、第一草案一〇三条では、次のようになる。すなわち、「強迫や詐欺によって意思表示をさせられた場合には、その意思表示を取り消すことができる。相手方に対してなされるものが効力の要件である意思表示において、第三者が詐欺を行った場合には、意思表示の受領者がその詐欺を知っているか、知るべきであった場合にだけ取消し可能である」⁽⁵⁸⁾。

ゲーブハルト部分草案では、第三者の詐欺・強迫ともに、意思表示の相手方が強迫や詐欺を知っているか知るべきであったときにだけ例外的に取り消すことができるとしていた。しかし、詐欺についてはこれを認めつつも、強迫については、第三者の強迫であれ相手方の強迫であれ、同じように取消しを認めるという内容の修正案が出され、第一委員会の審議で採用された。⁽⁵⁹⁾ その根拠としては、現行法や草案で採用されていること、⁽⁶¹⁾ また、詐欺に對しては注意することができるが、強迫に對しては注意することができないこと、⁽⁶²⁾ 特に激昂したときなどに、個々の人が、多数の人のために強迫をする場合があり、⁽⁶³⁾ もし強迫により給付を行った者が、給付を受けた各人に對し、その共犯関係の有無や、強迫の事実を知っていたか知るべきであったことを証明する必要があるとすれば、「被脅迫者ハ實ニ不幸ナル地位ニ立ツヘキヤ明白ナルヘシ」といった指摘がなされている。

(3) 現行ドイツ民法一二三条へ

その後の帝国司法庁準備委員会 (Vorkommission des Reichsjustizrates) や第二委員会を通じて、①善意の相手方に対しては取消しができないのか、それとも、取消しは認めた上で、取り消した者が損害賠償義務を負担するのか、②この規則は、詐欺だけに限られるのか、それとも、強迫にも認められるのが議論された。⁽⁶⁵⁾

①について、取り消した者に損害賠償義務を負担させる見解は、錯誤者と詐欺を受けた者の法的状況がまったく異なっていること、そして、いったん取消しを許しておくながら、賠償義務を負わせるのは法感情に反するこ

とを理解していないと批判され、善意の相手方との関係ではそもそも取消しが許されないとされた⁽⁶⁶⁾。錯誤と詐欺の法的状況が異なるというのは、錯誤による無効の場合に、錯誤者に、契約締結上の過失（*culpa in contrahendo*）による損害賠償責任を負わせることが可能であると考えられたが、詐欺に関してそのような過失に言及するのは困難であつたからである⁽⁶⁷⁾。

②について、強迫にまで及ぼすことは法政策的な観点から批判された⁽⁶⁸⁾。強迫に対しては、先にも示した理由から、詐欺よりも一般的な保護をする必要があるとされ、また、興奮したときには個人は利益集団全体の代弁者になりやすいなどとされ、詐欺が不特定多数のためになされることはないから、この危険性は、詐欺の場合には存在しないとされた⁽⁶⁹⁾。

こうして、現行ドイツ民法一二三条は、次のように規定する。

「詐欺または強迫によつ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。

第三者が詐欺を行った場合には、相手方のある表示は、この相手方が詐欺を知っているか、知るべきであつ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、表示から直接に権利を取得した限りにおいて、その者が詐欺を知っていたか、あるいは、知るべきであつた場合には、表示はその者に対して取り消すことができる⁽⁷⁰⁾」。

4 小括——詐欺と強迫の区別と同化——

(一) 詐欺と強迫を区別すべき理由とその批判

フランス法では、詐欺と強迫の区別を正当化する理由として、①詐欺を行う者は認識可能であり、被害者の知り合いでありさえするが、強迫を行う者は、その正体を隠すので、認識不可能な場合が多いこと⁽⁷¹⁾、②詐欺はそれ

に気づいて取り除くことができるが、強迫は自ら抵抗して抑圧することが困難であること、③強迫を行う者に損害賠償請求をしても、その支払能力を期待できないこと、④詐欺と異なつて、強迫は人間の安全性を脅かし社会秩序を乱す行為であること、⁽⁷²⁾が主張された。

以上に対して、詐欺と強迫に設けられた区別を批判し、詐欺は、自らの幻想の被害者であるのに対して、強迫は、少なくとも強迫され否応なく意思表示をすることを自覚できるのだから、詐欺についても強迫と同様の保護が必要であるとされ、法律行為の無効化による同一の取扱いが主張された。また、強迫 (violence) が第三者の行為 (l'œuvre d'un tiers) であった場合、相手方 (cocontractant) は、罰の個人性の原則 (principe de la personnalité des peines) に背いて、彼が犯したのではないフォートの諸結果を被ることになり、この帰結は不当である。⁽⁷³⁾それゆえ、被害者と契約することで、強迫を行った第三者の行為により利益を受けた相手方に対して、共犯の推定 (présomption de complicité) がなされるとの説明も示されている。⁽⁷⁴⁾

ドイツ法においても、詐欺・強迫を不法行為として捉えるサヴィニーが、強迫について、法的状態のもつと悪くもつと危険な妨害が含まれるとし、また、現行法の起草過程においても、詐欺は注意できるが強迫は注意できない、あるいは、興奮したときに不特定多数人のためになされる強迫が起こりうるが、不特定多数人に対する詐欺がなされることはない、との主張がなされた。現行法の起草過程においては、フランス法と異なつて、相手方の悪意有過失を条件に取消しを認めるか否かの対立であつたために、相手方が多数いた場合に各人の悪意有過失を証明するのは困難と考えられたのである。しかし、Sallesにより、不特定多数人のために詐欺がなされることは全くないわけではなく、その場合には同じように証明が困難になるとの批判がなされたのは既述のとおりである。⁽⁷⁵⁾

(二) ドイツ法による区別の緩和

ローマ法の伝統を背負うフランス民法の明確な詐欺と強迫の区別に対して、その緩和へと踏み出しているのが、ドイツ民法一二三条二項である。²⁶⁾すなわち、フランス法系の諸国の民法典では、第三者が詐欺を行った場合、相手方の主観的事情に関係なく、法文の上では、これを一切取り消すことができないのに対し、ドイツ民法一二三条二項では、相手方の悪意有過失を条件に、取消しを認める。こうして、限定的ではあっても取消しを認めることで、強迫の場合の処理に近づくとともに、十九世紀ドイツ普通法とは異なつて、詐欺・強迫による意思表示は、瑕疵ある意思表示として理解されることになる。

(三) アルゼンチン法における詐欺と強迫の同化

当時の多数派の流れとは一線を画し、アルゼンチン民法の起草者ベレス・サルスフィールド (Dalmacio Vélez Sarsfield) は、(法律) 行為が第三者の詐欺により引き起こされた場合に、利益を受けた当事者が、第三者の欺瞞的術策 (manobra engañosa) と無関係であったとしても、その(法律) 行為の無効 (invalidéz) を認定する (九三五条)。第三者の暴行 (violencia) および脅し (intimidación) の瑕疵に関して、九三五条が準用する三規定 (九四一条、九四二条および九四三条) によれば、詐欺 (dolo) は、それ〔行為〕に介入しない第三者 (tercero) が用いた場合に、当事者の一方が詐欺の事実を知っていた場合、または、両当事者が詐欺の事実を知らなかった場合であっても、その行為を取り消しうる (anulable) ものにする。他方で、詐欺は、損害賠償の制裁 (sanción de indemnización) を生じる。すなわち、第三者が、行為の決定的原因 (causa determinante) であるような欺瞞 (engano) を用い、また、当事者の一方がその詐欺の認識を有する場合には、被害者たる当事者に生じた損害および損失に対して、両者が連帯して責任を負う。反対に、両当事者が、第三者の詐欺的な積極的行為または消極的行為 (acción u omisión dolosa) を認識せず、善意 (buena fe) で行動した場合、詐欺により生じたすべての損失および利益に対して、第

三者のみが責任を負う。⁽⁷⁷⁾

九三五条に関して、ベレス・サルスフィールドは次のような注釈を残している。すなわち、「この点、諸学説は、「スペイン民法草案である」ゴイエナ草案 (Proyecto Goyena) 九九二条にしたがい、一般的に、このような効果を第三者の詐欺に付与しない。しかし、その根拠はあまり重要性を有さない。暴行 (violencia) は同意 (consentimiento) から自由 (libertad) を取り払うのに対して、詐欺 (dolo) は、当事者が自由に同意することを妨げないと言うが、その行為 (acto) の主要な原因 (causa principal) について騙されて同意したと言わなければならぬ。暴行はまた厳密に言えば自由を取り払わない、なぜなら、より大きな害悪 (mal mayor) を選択することもできたからである。我々の法律では、詐欺がその行為の原因を与える場合、その詐欺が、当事者の一方により引き起こされるか、第三者により引き起こされるかに違いはない」。⁽⁷⁹⁾

このようなベレスの立法に対して、Machado は、Larombière, Duranton, Aubry et Rau, Demolombe, Chardon, Bedarride といったフランスの諸学説およびゴイエナ (Goyena) 草案、チリ民法 (二四五八条)⁽⁸⁰⁾ ならびにローマ法の学説彙纂 (Digesto romano) に依拠して、徹底的な批判を行った。確かに、両当事者が第三者の詐欺を知らない場合に無効を認めることは、行為時に外在化されていない諸理由 (razones) や契約当事者の悪意 (mala fe) と無関係の諸動機 (motivos) により、無効 (invalides) の主張 (reclamaciones) を許すことになるため、取引 (tráfico) および契約 (contrato) の安全 (seguridad) にとって危険性を孕んでいる。しかし、この場合も、意思 (voluntad) は瑕疵化されているとして、アルゼンチンの諸学説は一般的にベレスの解決を受け入れた。

また、大多数の民法典や判例理論において、無効 (nulidad) を認めるために、第三者の詐欺により利益を受けた当事者の認識 (conocimiento) を要求し、また、ドイツ民法二二三条二項およびスイス債務法二八条二項のように、他方当事者が、詐欺を認識していないとしても、認識すべきでありさえすれば (haya debido conocer) 十分に

あるとすることについて、Barbero は次のように説明する。すなわち、詐欺においては、法は、詐欺を行った者の振る舞い (conduca) を非難する。そして、第三者の詐欺の場合で、その契約の諸効果から利益を受けるべき当事者が詐欺の事実を知らない場合、詐欺による非難 (impugnativa por dolo) がなされない。その場合には、本質性 (esencialidad) および「認識可能性 (reconoscibilidad)」と云ふ錯誤 (error) の要件が満たされる限り、錯誤の非難 (la del error) がなされるのみである。⁽³²⁾

(31) Alfonso de COSSIO Y CORRAL, *El dolo en el derecho civil*, Madrid, 1955, p. 336.

(32) もとより、Giovanni Battista FUNAIOLI, *La Teoria della Violenza nei Negozi Giuridici*, Roma, 1927, P.201 における整理である。

(33) 富井政章『民法原論第一巻』四五六頁（有斐閣、一九八五年）（一九二二年の復刻版）では、「詐欺ハ絶対的ニ豫防シ得ヘカラサルモノニ非スシテ被害者ノ不注意ニ出ツルコト稀ナリトセス」とし、同四六三頁では「強迫ハ詐欺ト異ナリテ之ヲ避クルコト能ハサルガ故ニ表意者ノ過失ニ歸スルコトヲ得ス」と述べる。また、Jean CARBONNIER, *Droit civil* vol. 2, Les biens Les obligations, Paris, 2004, p. 1994 [p. 958] も、第三者の詐欺と第三者の強迫で反対の解決がなされることにつき、詐欺の被害者には「騙されると云ふ一定のフォート (une certaine faute à se laisser duper) があること云々」。Alex WEILL, François TERRÉ, *droit civil Les obligations*, 4^e éd., Paris, 1986, p. 196 参照。

わが国の教科書においても、表意者の有責性を挙げるものが多い。平野・前掲注(6)二三九頁では、「詐欺の被害者の場合には騙された落ち度があるため、取引の安全を犠牲にしてまで保護するに値しないが、強迫の場合の被害者はそのような落ち度が通常は考えられないので、取引の安全を犠牲にしても保護すべきであり、第三者は強迫をした者への損害賠償で満足するしかない」。佐久間毅『民法の基礎』一七九頁（有斐閣、第3版、二〇〇八年）では、「民法が、被強迫者を被詐欺者に比べて厚く保護しているのは、両者の帰責性が異なると考えられたからである。詐欺の場合には、騙されたという点で被詐欺者も軽率の謗りを免れない。それに対して、被強迫者にはそのような軽微な帰責事由すら認められない……」。加藤雅信『新民法大系Ⅰ民法総則』二二六一頁（有斐閣、第2版、二〇〇五年）では、「騙された者はしっかりした判断をしていないという意味

で一定の落ち度があると考えられるのに対し、強迫については、被強迫者を責めることはできない……。また、石田・前掲注(6)三六五頁では、「要素の錯誤の場合、表意者は重過失があれば善意無過失の相手や第三者に対して無効を主張できないが、強迫の場合、表意者には重過失に相当するような帰責事由がないと考えられるからである」。

なお、山本・前掲注(6)二一五頁では、意思原理と帰責原理から、詐欺と強迫の区別を正当化する。まず意思原理として、強迫では、意思決定の自由そのものが侵害されているのに対し、詐欺では、誤った事実認識を前提とするとはいえず、意思決定自体は任意に行われている。次に帰責原理として、強迫では、意思決定の自由が侵害されていたのだから、表意者の自己責任を語る前提が欠けているが、詐欺では、表意者は自分で正確な情報を集めることが要請されるのに、それをおこなっていないと、相手方の保護を後退させても、表意者を保護する必要がある」とし、意思原理から正当化を試みる。

以上に対して、四宮、能見・前掲注(28)二〇六頁では、「錯誤や強迫については第三者保護に関する規定がないのに、詐欺についてはだけそれがあるのは、元来は「詐欺による意思表示」の保護を一段低くみる考え方に由来する。すなわち、詐欺の場合には、強迫とちがって騙される者も幾分は悪いという考えに基づくものであった(富井)。しかし、現在では、善意の第三者を保護する規定は、積極的に取引安全のための規定と理解するのが適当であろう」。

(34) Silvio Rodrigues は「これらのうち、本文に紹介した四人の説のみ納得できるところ」(Silvio RODRIGUES, op. cit., p. 155)。

(35) Charles AUBRY et Charles RAU, Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae, t. 4, 5^e éd. Paris, 1902, §343, p. 507 (note 29)。

(36) François LAURENT, Principe de droit civil français, t. 5, Bruxelles, 1875-1878, n° 529。

同様に Eugène GAUDEMET, op. cit., p. 74 も「衡平 (équité) 社会的な正しき (honnêteté sociale) の概念により、両者の区別を正当化する。すなわち、詐欺 (dol) の場合には、同意が瑕疵化されているとしても、ある程度、騙されるといふフォートが存在する。より多くの注意 (attention) と慎重さ (prudence) があれば、その策略に気づくことができたはずである。それゆえ、第三者の詐欺において詐欺の被害者の無効主張を許すことは、詐欺の被害者のフォートもしくは軽率さの諸結果を無実の相手

一方に押し付けることを許すことになる。したがって、契約を維持することが公平（equitable）であり、詐欺の被害者は詐欺を行つた者に対して損害賠償訴権（action en dommages-intérêts）を与えられる。暴行（強迫）（violence）の場合、状況は全く異なる。人が暴行（強迫）の被害を受ける場合、否応なくそうなるのであり、何らのフォートも軽率さも存在しない。すなわち、被害者はそこ（暴行（強迫））から逃れることができない。それゆえ、契約の相手方を優先させるべき事情は存在しない。契約の相手方の側のフォートも存在しないが、被害者の側のフォートも存在せず、両者の事情は対等である。この場合、一般的な諸原則の適用に戻り、それによれば、同意の瑕疵は無効（nullité）をもたらす（ただしスイス民法二九条のような調整はあり得る）。

(37) Giorgio GIORGI, *Teoria delle Obligationi nel diritto moderno italiano*, v. 4, 2. ed., Firenze, 1886, pp. 131 e 132 (n° 101).

(38) Giorgi は「ダンテの神曲『地獄篇』の第一一歌を引用する。ダンテの神曲『地獄篇』において、罪は大別して三つ、放縦、獸心（暴力）、邪悪（虚偽）がある。獸心（暴力）はさらに三つの環に分かれ、隣人に対するもの、自己に対するもの、神に対するものがある。邪悪（虚偽）は人間特有であつて最も神の憎むもの、大別して二つあり、一つは特別の信頼関係にない者に対するもので、さまざまな欺瞞行為であり、他は特別の信頼関係にある者に対するもので、裏切りである（西沢邦輔『ダンテ「神曲」上地獄篇』一〇五頁（日本図書刊行会、一九八七年）を参照）。Giorgi が引用する箇所の翻訳は次のとおりである。寿岳文章訳『ダンテ神曲『地獄篇』』一一〇頁（集英社、一九八七年）では、「天国で憎しみを受ける悪は、一つ残らず不正を目的とする。してかかる目的は、暴力によつてか、或はけつさ誑詐によつてか、他を苦しめること必定。なれども誑詐は、人間特有の悪なるによつて、ひとときわ神の不興を蒙り、それゆえに誑詐のやからの居る獄は一段と低く、かれらを攻める苦痛も、一段と烈しい。西沢邦輔訳『ダンテ神曲地獄篇』九〇頁（キリスト教図書出版社、一九七七年）では、「さて憎しみを／天に受くる／すべての悪の／目当てとは 害与うること、してすべて／かかる目当ては／たばかりか／暴力で人に／害をなす。されどたばかりは／人のみの／なす悪にして、神の目に／よりいとわしき／ものなれば、たばかり者は／下にあり、攻むる悩みも／より大いなり」。山川丙三郎訳『ダンテ神曲地獄』八四頁（大空社、一九九三年（一九一四年の復刻版））では、「夫れ憎を天にくる一切の邪悪は其日当非を行ふにあり、而かしてすべてかかる目的は或は力により或は欺罔によりて他を窘む／されど欺罔は人特有の罪悪なれば、神意に悖ること殊に甚し、この故にたばかり者低きにあり、かれらを攻むる苦患また殊に大なり」。

(39) ただし、民法上の詐欺・強迫と刑法上の詐欺・恐喝等では、それらの構成要件も異なっていることを考慮する必要があるう。

例えば、アルゼンチン法において、民法の強迫では、その成立要件として、耐えがたい強制 (*fuertza irresistibile*) であることが要求されるのに対し、刑法の恐喝では、人的な自由 (*libertad personal*) の剝奪に関する犯罪の構成要件として、耐えがたいものであること (*irresistibilidad*) という要件を課しておらず、民法と刑法における要件の対立がある。

(40) David AGATSTEIN, op. cit., p. 98 (n° 28).

(41) フランス民法において、詐欺も同意の瑕疵の一つとして規定されているとはいえ、当事者の一方により行われた詐欺の場合にのみ無効の主張を認めるということは、相手方により行われた詐欺しか錯誤をもたらしえないことになる。したがって、第三者の詐欺により、フランス民法一一〇条の諸条件の下での錯誤 (*erreur*) をもたらさないもので、第三者の詐欺の被害者は完全に自覚的 (*parfaitement consciente*) であることなる (David AGATSTEIN, op. cit., p. 98)。

(42) フランス民法一一一六条では、詐欺が当事者の一方により行われた場合に限り、無効の原因になると規定するため、第三者の詐欺において、相手方が悪意であっても、契約を無効とすることはできない。しかし、判例・学説は、契約の相手方が第三者の欺罔に協力し、またはそれを知りもしくは利用した場合には、契約を無効とするに足りるとする (山口俊夫『概説フランス法下』五七頁 (東京大学出版会、二〇〇四年) を参照)。David Agastein は、詐欺と暴行 (強迫) を比べて、その被害者の取引時の態様に着目し、詐欺の被害者については、相手方が詐欺の事実気づくのは容易ではないので、共犯関係の認定により初めて、契約の無効を許可するのに対して、暴行 (強迫) の被害者については、相手方が暴行 (強迫) の事実気づくことは容易であるはずなので、共犯関係を認めるまでもないとする。

(43) Giorgio GIORGI, op. cit., p. 132.

(44) Alfonso de COSSIO Y CORRAL, op. cit., p. 336.

(45) Augustin LEYSER (Augustini LEYSERI), *Meditationes ad pandectas: quibus praecepta iuris capita ex antiquitate explicantur, cum iuribus recentioribus conferuntur, atque variis celeberrimorum responsis et rebus indicatis illustrantur*, Lipsiae (Leipzig), 1717-1781, specimen LIX, de dolo, IV; Hugo GROTTIUS (Hugonis GROTTII), *De iure belli ac pacis libri tres: in quibus ius naturae & gentium item iuris publici praecepta explicantur*, Paris, 1625, lib. II, cap. 11, § 6. Giorgi は、ドイツ民法一一三三条は、Grotius の理論にならざるべからざる。同条では、他方当事者 (l'altro contraente) が詐欺 (dolo) を知っていたか (*conoscenza*) 又は知るべきであった (*dovera*

- conoscere*) 場合にて、無効訴権 (l'azione di nullità) を認めず、*in iudicio* Grotius の理論をめぐり制限せず (Giorgio GIORGI, op. cit., p. 132 (nota 3))。)
- (46) M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III & IV, livre III du code Napoléon*, art. 1101 à 1386, v. 1, Paris, 1857, p. 87.
- (47) Louis JOSSEFAND, op. cit., p. 105 (n° 81) et pp. 123-124 (n° 95).
- (48) Josseland は、強迫 (violence) を、加重的な状況を伴う詐欺 (dol) であると考えていた (Louis JOSSEFAND, *Cours de droit civil français*, t. 1, Paris, 1938, n° 126)。古代ローマ法においても、詐欺は、広義において、強迫を含むものであるこの主張があった (Andrae ALCIATI (ALCIATUS) *patritii, et juriscons, Mediolanens. Responsa, nunquam antehac excusa*, Lugduni (Lyon), 1561, 5, no 4)。Polynice Alfred Henri VAN WETTER, *Les obligations (Pandectes, contenant l'histoire du droit romain et la législation de Justinien)*, t. 2, 2^e éd., Paris, 1910, p. 135 (§ 94, 2°) では、Pertus と Domat ならびに学説彙纂 (*Digesta*) を引用して、「詐欺 (dol) は、精神的な強迫 (violence morale) とは異なる。それにもかかわらず、法源においては、広義の意味でもまたその文言〔詐欺〕を用いており、詐欺の中に、精神的な強迫を含めてゐる」。
- (49) Ambroise Victor Charles COLIN et Henri CAPTANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7^e éd., Paris, 1932, p. 42 (n° 45)。
- (50) 十九世紀ドイツ普通法においては、サヴィニー (Savigny) の見解が通説であり、詐欺・強迫による法律行為は有効であるが、詐欺・強迫の反道徳性 (違法性) を理由に、訴権 (詐欺に関して悪意訴権、強迫に関して強迫訴権)、抗弁、原状回復などの形で間接的に作用する取消可能とされた (田中教雄「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」石部雅亮編『ドイツ民法典の編纂と法学』二五五頁 (九州大学出版会、一九九九年) を参照)。
- (51) サヴィニー、小橋一郎訳「現代ローマ法体系 (第三卷)」一〇七頁 (成文堂、一九九九年)。このように、サヴィニーは、意思表示の瑕疵に注目した彼以前の自然法学説に反対し、詐欺・強迫の違法な反道徳性に着目しており、詐欺・強迫は、実体的な権利の侵害ではなく、法秩序を妨げる心持ちあるいは不誠実と独断にその本質をもっている不法行為 (Delikt) であるとみる (田中・前掲注 (50) 二五四頁)。
- (52) サヴィニー、小橋訳・前掲注 (51) 一〇九頁、田中・前掲注 (50) 二五五頁、Staudinger/Singer, BGB, 13. Aufl. 2004, § 123

RdM: 60を参照。

- (53) 田中・前掲注(50)二五七頁。
- (54) 十九世紀ドイツ普通法と現行ドイツ民法との最も大きな違いは、詐欺・強迫の効果が、債権的な回復しか認めない間接的に作用する取消し可能から、物的な適及効を認める直接的に作用する取消し可能に変更されたことである(田中・前掲注(50)二四九頁、二七三頁)。これは、特に詐欺・強迫者の責任のない特定承継人との関係や、第三者が詐欺・強迫をした場合などの検討を通じて採用された(田中・前掲注(50)二五九頁)。また、田中教雄「ドイツ民法典の編纂過程における取消概念の変遷」香川法学一七巻四号六三頁以下(一九九八年)を参照。
- (55) 間接的に作用する取消し可能な場合には、詐欺・強迫を受けた者は、詐欺・強迫による法律行為から利益を得た者に対して、不法行為あるいは不法行為への関与という債権の発生原因に基づいて、得られた利益を原状へと回復させることを請求する債権を持つにすぎない。このように、第三者に対する請求権が認められない限り、第三者は影響されない。第三者が詐欺・強迫をした場合や転得者のような第三者がいる場合については、詐欺・強迫者への損害賠償請求や詐欺・強迫に関与した第三者への損害賠償請求が認められる。しかし、詐欺・強迫によつて利益を得た第三者が原則として顧慮されないことは不都合であり、法が発展する中で、補償請求権を第三者に拡大する努力がなされてきた。第三者の強迫に影響力を認めるのは、債権を関係のない者へと拡大することである(田中・前掲注(50)二五八頁、二六一頁、二六二頁)。
- (56) 田中・前掲注(50)二六二頁、Raymond SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1929, p. 64 (n° 19)。
- (57) 田中・前掲注(50)二五七頁。なお、ローマ法では、詐欺と強迫は、第三者との関係で異なる扱いがなされているが、その必要性はないという(田中・前掲注(50)二六一頁)。
- (58) 第百三條「某人カ脅迫又ハ詐偽ヲ以テ不法ニ意思陳述ヲ為サシメラレタルトキハ某人ハ其意思陳述ニ付キ抗争ヲ為スコトヲ得ノ若シ意思陳述ヲ関係者(意思陳述ノ應受者)ニ對シ獲スルニ非サレハ作用ノ定マラサル意思陳述ニ関シ第三者カ詐偽ヲ行ヒタルトキハ意思陳述ハ應受者カ其詐偽ヲ識知シタルトキハ又ハ識知スルコトヲ要シタルトキニ限り抗争ヲ為サルコトヲ得」(今村研介『独逸民法草案(一八八八年第一草案)(日本立法資料全集別巻147)』三〇丁(信山社出版、復刻版、一九九九年)を参照)。

- (59) Raymond SALEILLES, *op. cit.*, p. 62 (n° 17) によれば、ドイツ民法の起草過程において、詐欺と暴行（強迫）との間の同化（*assimilation*）を目指した複数の修正案が提示され、その同化の方法として全く対立する二案が存在した。一つは無効を生じる諸事実が当事者の一方（*une des parties*）から生じる場合のみ、暴行（強迫）についても詐欺についても、無効を認めるという案であり、他の一つは、非難された諸事実を行った者が当事者の一方であったか第三者であったかに応じて、区別することなく、詐欺にも暴行（強迫）にも常に無効を認めるという案である。ただし、この場合、相手方が詐欺または暴行（強迫）の諸事実の共犯ではなく、または、彼がそれらの諸事実を知らなかったというフォート有さないという条件の下で、無効が宣言される当事者（＝相手方）には、詐欺または暴行（強迫）の被害者である無効の請求者に対する損害賠償請求権が付与される。そして、少なくとも第二委員会の前までは、二つ目の案が優勢であったようである。
- (60) 澤井要一『独逸民法草案理由書（一八八一年第一草案）第一編（日本立法資料全集別巻148）』三五二丁（信山社出版、復刻版、一九九九年）、田中・前掲注（50）二六四頁。
- (61) 「然レドモ總テノ法律ニ於テ何人ガ脅迫ヲ用ヒタルヤニ拘ハラスシテ被脅迫者ヲ保護スルハ理由ナキニシモアラス（李國普通地方律第一部第四節第四十二條、佛國民法第千百一十一條、薩國法典第八百三十二條、「チューリッヒ」法典第九百二十三條、義務法ニ關スル瑞士法律第二十六條、巴威里草案第一部第二十條「ドレスデン」草案第六十九條）」（澤井・前掲注（60）三五二丁）。
- (62) 「詭譎ニ對シテハ注意スルコトヲ得ルモ脅迫ニ對シテハ注意スルヲ得ストノ之レカ為ノ主張セラレタル理由ハ自ラ判然タルヘシ」（澤井・前掲注（60）三五二丁）。
- (63) 「激昂シタル時ニ在リテハ往々各個人ハ許多ノ人ノ利益ノ為メニ脅迫ヲ有効ニ實施スルコトアリテ」（澤井・前掲注（60）三五二丁）。*MünchKommBGB/Kramer*, 4. Aufl. 2001, § 123 RdNr. 42; *Staudinger/Singer*, a. a. O., § 123 RdNr. 60; *Raymond SALEILLES*, *op. cit.*, p. 62 (n° 16)。
- (64) 「若シ脅迫ノ為メ給付ヲ為シタル者カ給付ヲ受ケタル各人ニ對シテ其共ニ責任アルヤ否又之レヲ知了セサルヘカラサルヤヲ證明スルコト必要ナルトキハ右ノ非脅迫者ハ實ニ不幸ナル地位ニ立ツヘキヤ明白ナルヘシ」（澤井・前掲注（60）三五二丁）。*MünchKommBGB/Kramer*, a. a. O., § 123 RdNr. 42; *Staudinger/Singer*, a. a. O., § 123 RdNr. 60。

詐欺 (Tauschung) の場合と異なり、強迫 (Drohung) が誰により行われたかは問題とならない。強迫者は、意思表示の受領者でも第三者であつても良い。第三者が強迫した場合、強迫の意思表示の受領者が認識していたか認識しているべきであつたかも知れない。現行ドイツ民法一二三条二項第一文は強迫 (Drohung) の場合に適用がないのである。例えば、政治的な住民グループ全体が迫害された場合、一二三条のその他の諸条件 (故意および因果関係) を充足すれば、政治的な強迫 (politische Kollektivdrohung) もまた取消権を付与される (Saudinger/Singer, a. O., § 123 Rdnr. 64)。そのような集団的強迫 (Kollektivdrohungen) として、ナチスの弾圧に際してユダヤ人の行った売却が一二三条により取り消された事例が紹介されている (MinchKommBGB/Kramer, a. O., § 123 Rdnr. 53; Soergel/Hefemehl, BGB, 13. Aufl. 1999, § 123 Rdnr. 42)。

(65) 田中・前掲注 (50) 二六四頁。

(66) 田中・前掲注 (50) 二六四頁。

(67) 錯誤による無効の場合に、錯誤者に、契約締結上の過失 (culpa in contrahendo) による損害賠償責任を負わせることが可能であると考えられたが、詐欺に関してそのような過失に言及するのは困難であつた (Raymond SALEILLES, op. cit., p. 63 (n. 17) を参照)。

(68) Raymond SALEILLES, supra. cit.によれば、詐欺と強迫の区別は、法政策上の理由に基づく以外にあり得ず、当時の一般的な理解では、詐欺が第三者から生じた場合に、相手方が善意で承諾した詐欺の合意 (convention dolosive) から利益を得ることよりも、相手方が強迫と全く関係がないのに、強迫から発せられた約束を利用することの方がより不公平であると考えられた。詐欺と強迫という二状況の評価に基づいた衡平 (equité) がその理由であつたが、単に伝統的な評価に過ぎないことには変わりがなく、しかし、当時の法的意識に合致する理由として、ドイツ民法の起草者により採用された。それでも、詐欺に関して、二状況の間の区別は、非常に重要な革新により、かなり和らげられた。

(69) 一八九六年に帝国宰相が帝国議会に草案とともに提出した、『帝国司法庁覚書』では、相手方のある意思表示における、第三者の詐欺については、相手方が第三者の詐欺を知っているか、知るべきであつた場合にだけ取り消すことができること、そしてまた、第三者の強迫については、多数に対する意思表示の場合があることから、詐欺の場合に認められた例外は適用されないことが述べられている (田中・前掲注 (50) 二六六頁)。

しかし、この点、Saleilles は、不特定多数人のためになされるというケースが、確かに詐欺では強迫ほどは生じないとしても、全くレアなケースではないと述べる。他者のための契約 (contrat pour autrui) に関して、不特定の受益者のために、詐欺が、複数の利害関係者の一人により行われ、その約定の利益がある他者により援用されることがあるからである。証明の困難さは、等しい状況下で、同様に生じる。また、その約定は、ドイツの立法理由 (Motifs) により述べられた諸場合においては、強迫の被害者にとつても、詐欺の被害者にとつても、同様に、その証明は困難ではなからうか (Raymond SALEILLES, op. cit., p. 62 (n° 16) を参照)。

(70) 田中・前掲注(50)二六七頁。

(71) 岡松参太郎『註釋民法理由上巻総則編』二〇六頁(有斐閣、一八九六年)〔信山社、復刻版、一九九一年〕。

(72) Henri et Léon MAZEAUD, Jean MAZEAUD, François CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, t. II, 1^{re} vol., *Obligations théorie générale*, 9^e éd., Paris, 1998, p. 184 については、「詐欺と異なつて、強迫は、それが第三者から生じる場合でも、契約を無効にする。その理由は、強迫が、詐欺よりも深刻に (gravement) 公序 (l'ordre public) を乱すからである。詐欺に対しては、経験・知識の豊富な人であれば、防ぐことができる。それゆえ、強迫は、より強力に (énergiquement) 制圧されなければならない。そして、強迫を行つた者が誰であらうと付与される無効訴権 (l'action en nullité) の展望は、同様の暴行を予防するものでもある」。

(73) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, *Droit civil Les obligations*, 1. L'acte juridique, 12^e éd., Paris, 2006, p. 175.

(74) Boris STARCK, Henri ROLAND, Laurent BOYER, *Droit civil Obligations*, t. II, *Contrat*, 6^e éd., 1998, p. 160.

(75) Saleilles の批判については、注(69)を参照。

(76) Raymond SALEILLES, op. cit., p. 63 (n° 17).

(77) Augusto C. BELLUSCIO (dir.), Eduardo A. ZANNONI (coord.), op. cit., p. 233.

(78) ゴイエナ草案九九二条「契約者の一方の当事者 (partie de uno de los contrayentes) の策略的 (insidiosas) な言葉 (palabras) 又は陰謀 (maquinaciones) により、他方契約者がそうでなければ締結しなかつた契約を締結することに仕向けられる場合、詐欺 (dolo) が存在する」。この根拠として、ゴイエナ (Florenio GARCIA GOYENA) は次のように解説する。すなわち、「利益を受ける当事者が共犯 (cómplice) にならうとはあまりない。しかし、詐欺が、当事者の共犯関係 (complicidad) にならうと

第三者から生じることもある。この場合、契約は存続し (el contrato subsiste)、そして、被詐欺者 (el engañado) は、彼を騙した第三者に対して、損害賠償訴権を有するのみである」。

- (79) Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD, Roberto ERNESTO GRECO (sup.), Código Civil de la Republica Argentina y Legislacion Complementaria, 29^a ed., Buenos Aires, 1990, p. 220. なお、この本は、起草者ベレス・サルスフィールドによる立法注釈書に、事後の法律による修正を付加したものである。この本の序文において、監修者である Roberto ERNESTO GRECO は、次のように述べている。すなわち、「この版は、正誤表に関する第二次法 (Ley de Fe de Erratas) として知られる一八八二年九月九日の法律一一九六号 (Ley 1196 del 9 de setiembre de 1882) により規定された修正とともに、ニューヨーク (一八七二年) およびラ・バルマ (一八八三年) で発行されたオフィシャル版に基づき作られている。ただし、ニューヨーク版については、一八七二年八月七日に承認された、法律五二七号 (Ley 527) により、一八七〇年の日付の版がオフィシャルであると宣言されている。一一九六号法に記載のない、各オフィシャル版における不一致の場合には、ニューヨーク版にしたがう文章が付加されている。ラ・バルマ版は、ベレス・サルスフィールドの注釈を含む唯一のオフィシャル版であり、本書にはそれを完全におさめている」。なお、本書は、神奈川大学名誉教授 (慶應法学会会員) 石井陽一氏からお譲り戴いた。ここにお礼申し上げる。

- (80) チリ民法一四五八条「詐欺 (dolo) は、当事者の一方 (una de las partes) の行為 (obra) であつて、さらにそれ「詐欺」がなければ契約しなかつたことが明らかである場合を除き、同意 (consentimiento) を瑕疵化しない」。アンドレース・ベリヨ (Andrés Bello) により起草された、一八五五年 (現行) チリ民法は、ラテンアメリカの最も重要な民法典の一つであり、そのラテンアメリカ諸国への影響は、フランス民法がわが国を含め世界の民法典に与えた影響に匹敵すると言われる。中川和彦「チリ一八五五年民法典とアンドレース・ベリヨ」(1) (3・完)「成城法学四五巻一頁以下 (一九九三年)、四六巻二一頁以下 (一九九四年)、四七巻一頁以下 (一九九四年) を参照。

- (81) アルゼンチン民法では、九二三条〜九三〇条において、不知 (ignorancia) および錯誤 (error) について規定している。本質的な錯誤 (error esencial) については、九二五条で規定されている。ただし、取引の安全のため、錯誤による契約の無効化を認めない規定として、表意者の過失 (negligencia culpable) に言及する規定 (九二八条) は存在するが、イタリア民法一四三一条のように、相手方の認識可能性に関する明文規定は存在しない。

(82) Augusto C. BELLUSCIO (dir.), Eduardo A. ZANNONI (coor.), op. cit., p. 235. ㊦た Christian LARROUMET, op. cit., p. 318 ㊦た。第三者の詐欺が、契約の本質的要素に関する錯誤を導いた場合には、被害者は、錯誤による無効を主張しうるとする。

四 結びに代えて

1 強迫の危険性および公序を犯す重大な違反

第三者の詐欺と第三者の強迫の区別を正当化する見解は、両場合において有効な同意が存在しないことを認めつつも、⁽⁸³⁾詐欺と強迫という両瑕疵の個別的な特徴に基づく種々の理由により、詐欺よりも強迫の方が要保護性が高いという結論に達している。強迫にはあつて詐欺にはない特徴の一つとして、危険性の有無がある。これは、十九世紀ドイツ普通法におけるサヴィニーの見解にも見出される。わが国の民法の起草過程においても、詐欺と違つて強迫の場合には、被強迫者の受ける危険が大きいことからやむを得ず取扱いを異にしたという事情があつた。⁽⁸⁴⁾

強迫には、ローマ法以来の絶対的強迫 (*vis absoluta*) と強制的強迫 (*vis compulsiva*) の区別があり、前者については、そもそも本質的な要素である同意を欠くことにより、その法律行為は無効または不存在と説明されることが多い。後者については、意思の瑕疵が形成され、そこには選択を内包する。通常、民法が規定するのは後者のみであり、⁽⁸⁵⁾その法律行為は取り消すことができるにすぎない。確かに、自由があつたなら、意欲しなかつたとしても、強制されたとはいえ、意欲したからである (*tamen coactus volui*)。

フランス法では、「強迫」に *violence* という語をあてているが、より正確に、同意の瑕疵 (*vice du consentement*) を生ぜしめるのは、一一一二条の文言ともなっている *crainte* (恐怖)⁽⁸⁶⁾である。また、*violence* は脅し (*menace*) か

ら成り立っている。スペインおよびスペイン語圏ラテンアメリカ諸国の民法典には、「強迫」を意味する語として、*violencia* のほか *intimidación* (脅し) や *temor, miedo* (恐怖) があり、例えば、コスタリカ民法一〇一七条では、「強制 (*fuera*) 又は重大な恐怖 (*miedo grave*) により構成される契約は取り消すことができる (*anulable*)」と規定し、法文上、強制 (*fuera*) とは異なる強迫の類型として、「恐怖 (*miedo*)」を規定する。フランス法の *crainte*、スペイン語圏の法の *intimidación, temor, miedo* は、ローマ法では *metus* と呼ばれていたものである。

このように、強迫は、内在外および外在から二つの異なる側面において分析される。一つは、表意者が自由を失い、強要行為を行う際の精神状態を指し、もう一つは、意思表示を強制するために、表意者に対して行使された身体的または精神的な暴力を指す。ローマ法における *metus* は、恐れを引き起こす外的な行為ではなく、被害者において抱かれた心理的な恐怖を問題とする概念である。このように、強迫とは、ある行為の実行に被害者を導くために、被害者に対して行使された身体的または精神的な圧迫 (*pressio*) のことである。⁽⁸⁷⁾ しかし、諸外国の法文をみると、「強迫」として、ブラジル民法・ポルトガル民法の強制 (*coação, coacção*) やフランス民法・スペイン語圏の民法の暴行 (*violence/ violencia*) の語が多く用いられ、被害者に生じた恐怖の心理状態よりも、行為者により用いられた強制的な手段から成る外的な行為をよりの確に反映する場合が多い。

フランス法では、*menace* から成る *violence* により引き起こされた *crainte* が重要であり、どのようにして *crainte* が引き起こされたのか、いかなる形式 (*forme*) で *menace* がなされたのかという *violence* の手段は問われないとされる。⁽⁸⁸⁾ それなのになぜ危険性の有無を問題とするのだろうか。詐欺との違いとして、危険性の有無を指摘するとともに、深刻に公序を犯すので無効訴権を与えて今後の同様の暴行を防止する必要があるというが、*violence* がそのようなものであることは当然の前提である。詐欺・強迫の外的行為の側面から各々の違法性要件を判断するのならともかく、外的行為が危険であるか否かによって、(絶対的強迫のように) 同意の存否に影響を

与えることはあつても、同意の瑕疵の程度に影響を与えるということがあるのだろうか。

民法が規定するのは、強制的強迫（*vis compulsiva*）であり、強制されたとはいえ被害者（被強迫者）が意欲した（*coactus volui*）場合である。それにも拘らず、被害者（被強迫者）が恐怖に陥った精神状態よりも、恐怖を引き起こす外的行為が問題とされ、被害者が「意欲した（*volui*）」ことより「強制された（*coactus*）」ことに力点が置かれる傾向にある。区別の正当性を主張する見解は、外的行為としての「強迫」と「詐欺」の態様を比較し、強迫では、人間の安全性を脅かし、暴行者の正体も分からず、支払能力も期待できない、ゆえに、公序を犯すより重大な違反であり、実効的に制圧する必要があるとする。この点、暴行により引き起こされた「恐怖」と、詐欺により引き起こされた「錯誤」という被害者の精神状態のレベルにおける比較が片落ちになっていないだろうか。⁽⁸⁹⁾ とりわけ、第三者の詐欺や強迫の場合には、被害者が「意欲した（*volui*）」ことによる、被害者・相手方の同意（*consentment*）のみが問題となるだけに、外的行為の態様に依拠した区別は説得力を欠く。また、引き起こされた心理状態としての「恐怖」と「錯誤」を比べて、同意の瑕疵の程度が異なり、前者の方が要保護性が高いというのもあまりに説得力に欠ける。⁽⁹⁰⁾むしろ、そのような「恐怖」や「錯誤」が法律行為の無効化を許容するものであるかどうか、相手方の利益に配慮しつつ問題とされなければならない。

2 詐欺と要素の錯誤

また、強迫においては、詐欺の場合にくらべ表意者の意思表示の瑕疵が大きいと説明がなされる。すなわち、詐欺の場合、表意者は要素の錯誤でない錯誤に陥った場合には大きな損害を受けるおそれは少ないが、強迫の場合、表意者は大きな損害を受けるおそれがある。⁽⁹¹⁾これに対しては、取消しにより、相手方も大きな損害を被る可能性があるため、十分に説得的とはいいがたいとの批判がなされている。⁽⁹²⁾

この批判は至極妥当なものであり、さらに言えば、要素の錯誤に該当すれば錯誤無効の主張が可能であるから、意思表示の瑕疵の大きいものは錯誤無効で救われるというのは一般論としてのみ理解しうるものである。詐欺で救われる意義のある錯誤は、要素の錯誤に該当しない(動機の)錯誤であり、特に要素に当たらない錯誤は、大きな損害を受けるおそれが少ないものという前提に立っている。

確かに、わが国の民法において、起草者の見解に照らせば、九六条の主要な適用対象として、要素の錯誤にならない動機の錯誤を想定しており、詐欺制度と錯誤制度の機能配分は明確である。しかし、要素に該当しない錯誤や動機の錯誤が、とりわけ大きな損害を受けるおそれの少ないものであった場合、そのような錯誤は、それが詐欺によって引き起こされた錯誤であるならば、常に詐欺により保護されるのだろうか。

3 主要な詐欺と付随的な詐欺

ブラジル民法およびアルゼンチン民法では、詐欺であつても、法律行為の取消しが許容されないものがある。すなわち、主要な詐欺 (*dolo principal*; *dolus causam dans*) (ブラジル民法一四五条、アルゼンチン民法九三二条) と付随的な詐欺 (*dolo accidental*, *dolo incidental* (*incidente*); *dolus incidens*) (ブラジル民法一四六条、アルゼンチン民法九三二条) の区別があり、前者についてのみ取消しが許容され、後者については損害賠償請求をなしうるにすぎない。⁹⁴⁾

ブラジル民法一四六条では、「付随的な詐欺 (*dolo accidental*) は、損失及び損害 (*perdas e danos*) の補償 (*satisfação*) を義務付けられるのみであり、また、付随的 (*accidental*) とは、それ「詐欺」にも拘らず、他の方法 (*outro modo*) によつても、(法律) 行為 (*negocio*) が行われるような場合である」と規定する。アルゼンチン民法九四三条では、「付随的な詐欺 (*dolo incidente*) は、行為の有効性 (*validez del acto*) に影響を与えない。しかし、それ「詐欺」を犯す者は、引き起こされたあらゆる損害 (*cualquier dano*) を補償 (*satisface*) しなければならない。行為の効果的

な原因（causa eficiente del acto）ではなかったもの〔詐欺〕が付随的な詐欺（dolo incidente）である」と規定する。

アルゼンチン民法九三二条では、「主要な」詐欺の成立要件の二つ目として、「行為の決定的な原因（causa determinante de la acción）であったこと」を挙げている。つまり、詐欺がなければ契約がなされなかったという決定的原因（causa determinante）であり効果的原因（causa eficiente）でなければ、詐欺であるからといって、無効の原因となる同意の瑕疵として考慮されない。詐欺が存在し、それにより契約条件等の変更が生じたが、いずれにせよ契約されたという場合には、無効の主張が許されず、詐欺を行った者に対して損害賠償請求をなしうるのみである。⁹⁵さらに、前述のアルゼンチン民法九三二条では、「主要な」詐欺の成立要件の三つ目として、「重大な損害（daño importante）を引き起こしたこと」を挙げる。したがって、損害が僅かであった場合、無効訴権（acción de nulidad）は付与されない。

このように、詐欺といっても、その強度（densidade）に基づく段階的な区別があり、主要な詐欺（dolo principal）の場合にのみ、それにより引き起こされた錯誤が問題とされ、法律行為の無効化への道が開かれる。とりわけ、アルゼンチン民法では、その起草に際して最も大きな影響を与えたとされる幻のブラジル民法草案、フレイタス（Augusto Teixeira de Freitas）のエスボソ〔草案〕（Espócio）⁹⁶四七三条において、「行為の效果的な原因ではなかったもの〔詐欺〕も、付随的な詐欺（dolo incidente）も、諸行為の有効性に影響を与えない。すでに合意されたある交渉（negociación, negociación）の経過の中で用いられたことにより、行為の效果的な原因ではなかったもの〔詐欺〕が、付随的な詐欺（dolo incidente）である」と規定し、ここにいう付随的な詐欺（dolo incidente）とは、目的物の価格の減額など、合意後に後発的に偶然生じた出来事〔詐欺〕という意味であり、法律行為の效果的な原因でない詐欺の一類型であった。それを、その類型を取り払い、段階的に、主要な詐欺（dolo principal）たりえないものとして位置づけ直されたのである。⁹⁷こうして、アルゼンチン民法における付随的な詐欺は、契約の決定的原

因・効果的原因でなく、損害も僅かなものとして、詐欺としての十分な強度を有さずに、法律行為の無効化の道を閉ざされる。

4 まとめ

以上より、一口に詐欺・強迫といっても、段階があり、同意の瑕疵として法律行為の無効化が許容されるものは、詐欺につき一定の強度以上のものであり、強迫につき一定の強度以下のものである。⁽⁹⁸⁾ こうして、両瑕疵の性質に由来する要保護性の違いというのは、詐欺か強迫かという二者択一で判断しうるものではない。詐欺と強迫の個別的な特徴に依拠して区別を行う場合には、主要な詐欺 (*dolo principal*) と強制的強迫 (*vis compulsiva*) に限定した上で、絶対的強迫 (*vis absoluta*) を除いてなお、違法性要件との関係で両者の外的行為態様に違いがあるといえるのでなければならない。⁽⁹⁹⁾ また、心理的状态としての「錯誤」と「恐怖」を比較する際には、相手方の利益との調整や取引の安全との関係で、「錯誤」には、宥恕し得ない錯誤や善詐欺と悪詐欺の区別があること、民法典によつては、錯誤主張に際して相手方の認識可能性を要求する場合もあること、「恐怖」には、切迫性や緊急性などの要件が課され、強迫の対象も、本人、その配偶者、その財産など法文によつて異なることも考慮に入れる必要がある。このように、無効主張可能な詐欺と強迫については、その成立要件レベルで一度ふるいにかけておられ、それは当事者により行われた場合も、第三者により行われた場合も同様である。むしろ、第三者により行われた場合にのみ、詐欺と強迫の態様の違いに改めて言及しつつ、無効主張可能性の判断がなされることは是非が問われなければならない。

5 今後の課題

詐欺と強迫を同一に取り扱うとした場合に、改めて問題となるのが、効果の面を、アルゼンチン民法・パラグアイ民法のように法律行為の無効化とするのか、二〇〇二年ブラジル民法のように法律行為の存続とするのかという点である。二〇〇二年ブラジル民法では、法律行為は常に取り消しうる代わりに、相手方が瑕疵（*vice*）を知らずまた知り得なかった場合には、相手方の誠実性（*bona fide*）および法律関係の安定性の見地から、法律行為が存続すべきであるとしている。

わが国でも、第三者の強迫に九六条二項を類推適用すべきことが唱えられている。これはすなわち、相手方の善意（無過失）を契機として、法律行為が存続すべきことを意味している。ドイツ民法の起草過程において、詐欺・強迫のないことが法律行為の要件となったことの反射的效果として、善意者保護措置の導入が検討された経緯からすれば、むしろ無過失を要求してこそ是認しうる解決であるのかもしれない⁽⁸⁴⁾。

ブラジル民法一四八条（詐欺）・一五五条（強迫）では、第三者の詐欺・強迫において、相手方が善意・無過失であつて、契約が存続する場合、表意者が被る損害の賠償は、もっぱら第三者に帰せられている。アルゼンチン民法九四三条・パラグアイ民法二九五条第三文においても、第三者の詐欺・強迫において、契約が無効となつた際、善意の相手方に対して、第三者がもっぱら損害賠償義務を負う。そして、これらの民法において、相手方が悪意（・有過失）であつた場合には、第三者と連帯して損害賠償責任を負う。これらの損害賠償の意味についても、第三者の詐欺・強迫の効果との関係で、今後考えていきたい⁽⁸⁵⁾。

(85) Alex WEILL, François TERRÉ, *op. cit.*, p. 196.

(84) 田中教雄「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―」香川法学一三巻四号一

二七頁（一九九四年）。なお、ここにいう「危険」とは、要素の錯誤であれば、錯誤による取消しが可能となるので、大きな損害を受ける「危険」を回避できる詐欺と違って、そのような錯誤・詐欺の関係がない強迫では、表意者が大きな損害を受ける「危険」があるという意味で言っているのか（羽田・前掲注（16）七頁ではそのようにとれる）、詐欺と強迫の外的行為自体の危険性を指しているのかが定かでない。本稿では、「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」とか「詐欺を受けた者には何等かの落度が認められる」という記述から後者の意味にとった。

(85) ポルトガル民法二四六条では、身体的な強迫 (coação física) による表示 (declaração) は何ら効果を生じないと規定し、この点に関する例外をなしている。ポルトガル民法典については、アンドレ・ペレイラ、加賀山茂監訳、今尾真、阿部満、大野武、伊室亜希子訳「ポルトガル民法典―素描」法学研究（明治学院大学）八四号九七頁以下（二〇〇八年）を参照。

(86) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, op. cit., p. 171.

(87) Washington de BARROS MONTEIRO, Curso de direito civil I, Parte geral, 41ª ed., São Paulo, 2007, p. 210.

(88) Jean CARBONNIER, op. cit., p. 1995.

(89) フランス民法一一一条（第三者の強迫）は、道徳的な根拠（事柄）(données morales) よりも心理的な根拠（事柄）(données psychologiques) を優先し、他方で、当事者の一方による術策を要求する一一一六条は、心理的な分析 (*analyse psychologique*) の次元では説明不可能であり、道徳的に (*Moralement*) 明らかにされるのみである。すなわち、無効 (*nullité*) は、フォートにより引き起された侵害の賠償として考慮されるので、無実の相手方により負担させることはできない。罪 (*peine*) は個人的 (*personnelle*) でなければならぬからである (Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, op. cit., p. 170 et 175)。

(90) わが国の民法では、「身体又は財産上に著しくかつ現在の害悪 (*mal considerable et présent*)」(フランス民法一一二条) や「本人、その家族又はその財産に対する切迫しかつ重大な損害 (*dano iminente e consideravel*)」に関する確固とした恐怖 (*fundado temor*)」(ブラジル民法一一一条) といった強迫が台意の瑕疵を構成するための要件が法文上では明示されていない。起草過程では、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するため、「切迫ニシテ」は明言の必要なく

削除された（田中・前掲注（84）一一〇頁）。フランスやブラジルでは訴権体系を採用するために、強迫の構成要件が民法上で明示されていると考えられる。これらの構成要件は、いわゆる絶対的強迫を除外して、「錯誤」と対比されるべき心理状態としての「恐怖」を考慮する上では、重要な要素であろう。

(91) 石田・前掲注（6）三六五頁。ドイツにおいても、強迫ゆえの取消しの特権（Privilegierung der Anfechtung）は、次のように正当化される。すなわち、第三者の詐欺の場合に、被詐欺者には、錯誤者としての資格において依然として取消権が付与される。他方で、第三者の強迫の場合における被強迫者の保護は、強迫に物的に作用する取消しを拒絶する場合、もっぱら強迫者の損害賠償責任および支払能力に依存することになる（Staudinger/Singer, a. a. O., § 123 Rdnr. 60）。

(92) 羽田・前掲注（16）七頁。

(93) 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—民法九六条三項の意義と法理を中心に—」法学研究六九巻一号五三二頁（一九九六年）。

この点、アルゼンチン民法では、本文で述べるように、「重大な損害（dano importante）の発生」（九三二条）が詐欺の成立要件の一つとなっている。そのため、自発的な錯誤（いわゆる錯誤）と惹起された錯誤（いわゆる詐欺）では、要素の錯誤か否かでその守備範囲が明確に区分されるのではなく、錯誤の要素性と重大な損害では、重なり合う部分さえあるかもしれない。そうした場合、詐欺には錯誤との機能配分があるからといって、強迫と比べて、被害者は大きな損害を受けるおそれが少ないとは必ずしも言い切れない。

(94) この点、フランス民法では、大多数の学説は、主要な詐欺（dol principal）と付随的な詐欺（dol incident）の区別に好意的ではないという（Christian LARROUMET, op. cit., p. 330）。詐欺とは、錯誤における本質的性質（qualités substantielles）を有するなくとも、無効とされるが、詐欺により引き起された錯誤（l'erreur provoquée par le dol）が、同意（consentement）を決定づけるものでなければならぬ。これがフランス法における《主要な》詐欺（dol « principal »）である。詐欺において、無効が認められない場合に、被害者は損害賠償請求が可能であり、また無効が認められた場合でも、損害を被れば賠償請求が可能である。これはフランス民法一三八二条に基づく不法行為責任（responsabilité délictuelle）である（Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, Philippe STOFFEL-MUNCK, Droit Civil Les Obligations, 2^e éd., Paris, 2005, p. 253; Christian LARROUMET, op. cit., p. 330）。

- (95) Silvio RODRIGUES, *Direito Civil I Parte Geral*, 34th ed., São Paulo, 2007, p. 195-196; Washington de BARROS MONTEIRO, *op. cit.*, p. 206; Orlando GOMES, *Introdução ao direito civil*, 19th ed., Rio de Janeiro, 2007, p. 422-423.
- (96) アウグスト・テイシェイラ・ヂ・フレイタス (Augusto Teixeira de Freitas) は、十九世紀ブラジルの有名な法学者であり、とりわけ、彼が一八五八年に完成させた「統一民事法 (Consolidação das Leis Cíveis)」は、ドイツ民法典より約四〇年前に、各則規定に先立ち「総則」を置くという法典編纂方式 (現在のいわゆるパンデクテン方式) を採用したものとして重要である。この「統一民事法 (コンソリダサウソン)」は、一九一六年民法典の施行までおよそ五〇年間にわたり事実上のブラジル民法典として機能した。後に、彼は政府の依頼により民法典の起草に着手し、一八六〇年代中頃に民法典草案に注釈をつけたものを順に公表し、それに「草案」を意味する「エスボン (Esboço)」という名前をつけた。しかし、エスボン完成後に政府が設けた評価委員会において、批判や制限がなされたことから、落胆したフレイタスは民法典の起草作業をやめてしまった。このため、フレイタスのエスボンは、ブラジル民法典としては結実しなかったが、南米諸国とりわけアルゼンチン民法典に与えた影響は計り知れず、実際、エスボンの条文を直訳しただけの部分もある。なお、一九一六年ブラジル民法典は、ブラジルが帝政から連邦共和国となって以降 (一八八九年)、政府の依頼の下で、クロヴィス・ベヴィラクア (Clóvis Beviláqua) という法学者の手により編纂されたものである。以上の点につき、堀浩「ポルトウガルおよびブラジルの近代私法の史的形成と両国の近代諸法典」神戸法学雑誌三七巻四号七二三〜八一七頁 (一九八八年)、マルセロ・デ・アルカンタラ「ブラジル民法典の歴史」国際商事法務三五巻一二号一六七三〜一六七五頁 (二〇〇七年)。
- (97) 実際には不適切になされたとの評価がされて 528 (Augusto C. BELLUSCIO (dir.), Eduardo A. ZANNONI (coord.), *op. cit.*, p. 230)。
- (98) 第三者の詐欺であつて、相手方が悪意であつても、それが付随的な詐欺であるならば、もともと損害賠償請求しできない。また、絶対的強迫にあつては、そもそもそれにより引き起こされた恐怖は問題とならない。
- (99) 強迫では、絶対的強迫 (*vis absoluta*) と強制的強迫 (*vis compulsiva*) ・相対的強迫 (*vis relativa*)、あるいは、身体的強迫 (*forza física*) と精神的強迫 (*forza moral*) といった区別がなされる。わが国でも、民法上は取り消すことのできる強迫が規定されているが、判例・学説において、単なる瑕疵 (*defeito*) ではなく、当然無効 (*nullidade radical*) となる強迫の存在が認め

られる。しかし、これらの実際上の区別に関して、客観的な基準が存在するとは言い難く、論者によりまた裁判例により様々である。

(100) 現行ドイツ民法一二三条二項第一文は、第三者の詐欺 (Täuschung durch einen Dritten) が行われた場合、受領を要する意思表示 (empfangsbedürftigen Willenserklärungen) に関して問題となり、詐欺の意思表示の受領者が、知っていたか又は知るべきであった (kannte oder kennen musste) 場合でなければ、その意思表示の取消しは制限される。受領を要しない意思表示 (nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen) には取消しの制限は妥当しない。第三者の詐欺が行われたが、意思表示の受領者がそれに何ら関与せず、またその認識もなく認識すべくでもなかった場合に、取消権が制限されるのは、この場合、法は、意思表示の受領者の信頼 (Vertrauen) を保護に値するものと考えるからである (Staudinger/Singer, a. O., § 123 Rdnr. 623)。

(101) 武川・前掲注(93)五三三―五三四頁では、「本来動機の錯誤(単純ノ錯誤)それ自体は原則として保護に値しないが、それが詐欺による場合には特に取消の対象とされるのは、かかる取消が表意者側の意思表示の瑕疵を根拠としつつも、詐欺者(相手方)に対する法的サンクションという特殊な要素を本質的に帯びていることを示唆しているのではないかと述べる。梅博士は「単純ノ錯誤」も理論上は意思表示の瑕疵にあたるとしながらも、詐欺が本来不法行為を構成することをもって、「単純ノ錯誤」と区別して表意者保護を図ることの実質的根拠としており、このような趣旨に鑑みれば、詐欺を理由とする取消は、原則として詐欺者(相手方)との関係で相対的に認められるに過ぎない、という基本構想を導くことができる。こうした詐欺取消の特殊性は、九六条二項において具現化され、第三者の詐欺については相手方が悪意の場合に限り特に取り消しする旨を明規しており、詐欺は相手方によって行われたものであることを取消の要件とする、という原則をうけた例外規定であると把握することができる」。こうして、九六条は、詐欺に関して、二項・三項ともに、徹底した取消しの相対性を規定し、強迫との差別化を示しており、三項の詐欺取消しの相対効すなわち対外的効力の制限は、詐欺取消しの効果の對抗不能として把握されるべきとする。

第三者の詐欺において、表意者の取消しに制限があるのは、法的サンクションという要素を論じることができないために原則に戻るといふこととともに、また、「被害者ノ不注意」であるとか「相手方…過失ナキ者」であるといった理由からも説明される。強迫の場合との対比において、関係当事者間の「不注意」ないし「過失」の比較がなされ、「過失」の有無を基準とす

る表意者の要保護性の差異が挙げられるのは、以上の取消しの相対性という経緯を包含した上のことであり、単に詐欺と強迫における表意者の帰責性の大小のみならず、自ら錯誤に陥った場合には保護に値しない動機の錯誤と、取消し可能な強迫とをどこまで同視できるのか、錯誤・詐欺・強迫という同意の瑕疵の効果における静的安全と動的安全との調整を総合的に考察しつつ、また、他の第三者保護法理とともに考慮する必要がある。

なお、詐欺も錯誤を引き起こすことから、同意の瑕疵の原因は錯誤と強迫のみであるとの主張に対して、Covello は次のように反論する。すなわち、「錯誤 (*L'errore*) は、他人の術策 (*artifizio*) により引き起こされ得る。しかし、一般に、その原因 (*causa*) を探求することを必要としない。その探求が有益なのは、錯誤がそれ自体無関係な動機 (*in motivo*) 上になされる場合のみであるが、法律行為の内容 (*contenuto del negozio*) を構成しないにも拘らず、誰のために (意思) 表示をなしたのが重要性を有した場合である。この場合、錯誤それ自体が、その行為の無効 (*inefficacia dell'atto*) を引き起こすのではなく、その (意思) 表示が詐欺により引き起こされたということが、無効を引き起こす。その上、それ自体、意思 (*volontà*) を瑕疵化する錯誤の場合であっても、原因 (*causa*) の探求は有益であり得る、なぜなら、詐欺の場合、錯誤者は詐欺者に対して、損害の賠償 (*risarcimento del danno*) を請求し得るからである。それゆえ、法律は、錯誤と区別して詐欺を考慮するのである」(Nicola COVELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, 4 ed., Milano, 1929, § 123)。