

# 詐欺・強迫規定の起草過程

小野 健太郎

Kentaro Ono. Drafting process of Article 96 of Civil Code. *Studies in International Relations* Vol. 34, No. 1. October 2013. pp. 1 – 15.

In order to clarify the meaning of Article 96 of Civil Code, I investigated the enactment process of the Meiji era of fraud regulation in Japan, and duress regulation. Unlike present Civil Code, it became clear that there are eight regulations about duress were existed. A contract formed by duress can assert an invalid petition or apply to the Court for the avoidance of the contract. The declaration of intention induced by fraud may also be avoided. However, the petition of avoidance by this fraud was a special system at the previous Civil Code. The voidable effect cannot be asserted for a third person. Therefore, the effect of avoidance in those cases of fraud is the same meaning the claim of the reparations to a fraud person. Fraud regulation and duress regulation are specified in Article 96 of Civil Code. However, they should divide and be defined separately. By examination of formation process, it became clear that it is not necessary to specify them in the same article.

To clarify the meaning of fraud regulation and duress regulation, I want to investigate the judicial precedent about these regulations by the next research.

## 1. はじめに

民法96条は、詐欺・強迫による意思表示について規定している。これを「瑕疵ある意思表示」という。これは、内心の効果意思と表示行為との間に不一致が生じたのではなく、動機（意思決定）に他人の違法行為が作用した場合に、その意思表示を取消しうる行為とした点に特色があると解されている。

詐欺は、何らかの方法（欺罔行為）により、他人を錯誤に陥れ、それによって意思表示をさせることをいう。ある意思表示が詐欺によってなされたものと認められるためには、次の四つの要件が必要とされている。①詐欺をする者（欺罔者）において、他人を錯誤に陥らせ、その結果、他人に意思表示をさせようとする故意が存在すること（二重の故意）。②欺罔行為（欺罔の意思が具体的に現われる行為）が存在すること。③欺罔行為の結果、その他人が錯誤に陥り、その他人が意思表示をすること。④欺罔行為に違法性があること。被欺罔者が意思表示の取消を主張するためには、これらすべての要件を主張・立証する必要があることか

ら、その取消の主張はかなり難しいと解されている。

他方、強迫による意思表示の取消が認められるためには、詐欺の場合と同様に、二重の故意が必要となる。つまり、相手方を「畏怖」させる意思と、その畏怖状態を利用して一定の意思表示をさせようとする故意が必要であり、被強迫者がこれらの要件を主張・立証することが必要であると解されているため、この規定の適用も容易でない。

表意者は、強迫による意思表示を取り消すことができるが（96条1項、120条）、ただし、詐欺の場合と異なり、「第三者が強迫」をした場合でも、表意者は、相手方の善意に関係なく、強迫を理由として意思表示を取り消すことができる（96条2項の反対解釈）。また、強迫の場合、表意者は、強迫による意思表示の取消しを、善意の第三者に対抗することができる（96条3項の反対解釈）。

このように、詐欺・強迫は、同一条文で規定されているものの、その効果は異なる。そこで、そもそも「なぜ同一の条文で規定されているのか」という根本的な疑問が生じる。本稿では、現行民法96条が形成されるまでの起草過程をたどること

により、詐欺・強迫規定の基礎的研究の出発点としたい<sup>1</sup>。考察対象として、民法の立法過程を知るうえでの代表的な資料である『ボワソナード氏起稿再閱修正民法草案註釈』『法律取調委員會民法草案財産編人權ノ部議事筆記』『日本民法義解』『法典調査會民法主査會議事速記録』『法典調査會民法總會議事速記録』などを順次検討していく。

## 2. ボワソナード氏起稿再閱修正民法草案註釈

まず、旧民法の草案者であるボアソナードの民法草案から検討する。

第833條 欺詐ハ承諾ノ廢滅又ハ其瑕疵トスルコトヲ得ス但前三條ニ定メタル錯誤ヲ生スルトキハ此限ニ在ラス

其他ノ場合ニ於テハ欺詐ハ其行ヒタル者ニ對シ単ニ損害賠償ノ訴權ヲ生ス

然レトモ結約者ノ一方躬ラ欺詐ヲ行ヒ一方ノ者若シ其詐術ナクハ結約セサルヘキ事情アリシトキハ被欺者ハ要償ノ名義ヲ以テ合意ノ取消ヲ求メ且損害アリシトキハ其賠償ヲ求ムルコトヲ得

此場合ニ於ル合意ノ取消ハ善意ナル第三ノ人ヲ害スルコトヲ得ス

1) 本条は、フランス法と大いに異なる「一大新制按」を示したものであるとする。

詐欺は、ただ「欺詐タルノミニテハ承諾ノ瑕疵」とはならない。詐欺それ自体は、損害の賠償を生ずべき所為に過ぎないと解したからである。たとえば、本条で「契約ノ取消ヲ言渡スコトアルモ是レ唯此賠償ノ名義ヲ以テスルノミ」であり、それをもって善意の第三者に効力を及ぼすことはないとした<sup>2</sup>。

フランス法での詐欺は、「契約者ノ一人ニテ之ヲ實施スルコト」が無効原因の際に必要とされている。他方、第三者の行った詐欺に関しては、その第三者に賠償の請求が出来るのみにすぎない。草案者はかかる処理の差を、「奇怪」とであると指摘する<sup>3</sup>。

2) 草案者は、詐欺とは如何なるものをいうのか、ということに関して、ローマの学説に、たと

えば「一物ヲ摸シテ他物ニ擬シタルトキハ則チ欺詐」という学説、あるいは「詐欺トハ他人ヲ錯誤ニ陥ラシメ決心ヲ促シ詐術ヲ喫セシメンカ爲メニ用ヒタル總テノ猾策、悪計、詭謀ヲ云フ」という説を示す。しかし、ローマ法では、それぞれの契約者がその利益を保持しようとし、また、その利益を収めんがためにした巧智を用いた行為の時は、その行為は禁止しておらず、また罰してはいない。いわゆる「許シタル詐欺」(dolus bonus)を許容していた。問題となるのは、「不適法の詐欺」(dolus malus)であるとする。そして、近世にあつては、「悪キ方」すなわち、「不適法ノ欺詐」を詐欺と解し、「契約者ヲ錯誤ニ誘導シ且其結果ヲ受ケシメントスル詐術」の意味と解したとする<sup>4</sup>。

そうすると、詐欺によって生ずるところの錯誤の性質が問題となるわけであるが、それらは専ら錯誤規定で処理検討される。もしも、詐欺により草案830条で規定する合意の無効原因に該当する錯誤が生じたならば、その合意は錯誤として無効となる。ここでは、「主タル果効即契約ノ無効ナルコトニ就テハ」その錯誤が「欺詐ヨリ来ルモ錯誤ノ意外ニ出デタルモ敢テ區別ナカルヘシ」ということである<sup>5</sup>。

また、詐欺により草案830条2項、草案831条に該当する錯誤が生じた場合に関しても、それらの承諾の瑕疵は、詐欺に由来していても、結局はそれぞれの条文の錯誤の構成要件該当性の問題として判断される。では、詐欺によって生ずることがあるその他の錯誤の場合はどうであろうか。

たとえば、人の身分が合意の成立上に影響を及ぼすことがない場合におけるその身分に関する錯誤、物の本質となっていない品質についての錯誤、遠因(間接的な原因)上に係る錯誤などである。いわゆる、動機の錯誤に該当する場合といえようか。これらの錯誤は、「承諾に瑕疵」を与えたり、「合意の無効」とはならない。なぜなら、これらは「意外ニ出テタルモノニ非サレバナリ」。「意外」すなわち意思の欠缺が生じていないことを理由とするわけである。そして、これらの場合に本条のいう損害賠償や補償名義としての取消の訴権をあたえる。これを「契約ヨリ生シタル義務ニアラスシテ民法上ノ犯罪ヨリ生シタル義務」である、と結

論づけている<sup>6</sup>。このように、草案者は、詐欺を、法定債権を生ぜしめる行為であり、ある意味では特殊な不法行為と解していたといえよう。

3) 次に、詐欺に基づく損害の賠償を、どのようにして受けるかを検討している。この損害賠償は、ほかの場合と同様に、金銭賠償による。もしも、その欺罔者が契約当事者でない場合には、その欺罔者に対して主張する。また、「契約者ノ意ニ出テタル欺詐ナルモ合意ノ成立上ニソノ影響ヲ及ホスコト無キ時即其欺詐ニテ承諾ヲ決セシメタルニ非ラスシテ唯利益ノ僅少ナル要件ヲ弁許セシメタルノミナル時」も同様とする<sup>7</sup>。

これに対して「契約者ノ意ニ出テタル欺詐若シ決意ノ基趾ナル時即遠因上ニ係ル欺詐ノ如キ所謂主タル欺詐アル場合ニ於テハ金銭ヲ以テスル賠償ハ其損害ヲ償フテ猶ホ不十分ナルコト往々之レアルヘシ」<sup>8</sup>。このような場合に、契約者をして、その合意より免れしめ、従前の地位に回復させることが簡単で正当なものと解され、この「賠償ノ名義」をもって言渡す「取消」をなさしめることとした。このように、契約の相手方が詐欺を行った場合には、例外的に損害賠償としての取消をみとめるのが、本条の詐欺である。

4) ところで、この「要償ノ名義」を以て言い渡される「取消」は、「承諾の瑕疵」に基づく「取消」とどのような差があるかに関し、次のような指摘がなされる<sup>9</sup>。

- ① 詐欺による合意に基づき目的物が第三者のもとに移転した場合には、「第一ノ讓興ハ縦令ヒ不動産タリトモ轉獲者ヲ害シテ」取消することができない。これに対して、通常の瑕疵に基づく取消の場合には、轉獲者に対しても合意の取消を訴求できる。
- ② 「若シ数名ノ共約者アリテ其中一名ノミ詐欺ヲ行ヒタルトキハ為メニ合意ヲ取消スコトヲ許サス」。この取消により、他の詐欺に関係のない者に損害を被らせることはできないからであるとする。このような処理は、「専ラ公正ト道理トニ基クモノ」とする。
- ③ 詐欺による「賠償ノ名義」をもってする「取消」の訴権は、「純然タル人權ニシテ即損害賠償ヨリ生スル単一ナル債権ナリ」と解され、

この取消は「特別ナル方法」であるとする。その結果、欺罔者が無資力になった場合、讓渡物がまだその欺罔者のもとにあっても、この「賠償ノ名義」の取消の主張の場合に、欺罔者の債権者に対して取消による所有権を主張することができないため、取消権者は「他ノ債権者」に優先的な取戻権を主張できないと解されていた。

第834條 合意ニ就キ結約者一方ノ唯諾ヲ其抗抵ス可カラサル虚偽ニ因テ迫成シタルトキハ其暴行ハ承諾ヲ廢滅ス

人ニ思慮スルノ能力ヲ失ハシムル切迫ナル危害ノ巨抗力ニ出シトキト雖之ヲ避ル爲メ過度又ハ無稽ナル約束ヲ成シ若ハ無分別ナル讓與ヲ爲セシトキモ亦同シ  
 虐為、脅迫又ハ危害ノ抗抵ス可カラサルニ非スト雖結約者カ自己又ハ他人ノ身體又ハ財産ニ即時又ハ不日ニ生スベキ一層大ナル痛苦ヲ避ル爲メ結約スルコトニ決意セシトキハ其暴行ハ唯承諾ノ瑕疵トス

1) 暴行は「承諾ノ瑕疵」を形づくるものにはすぎないと解されている（フランス法も同様）。ローマ法においても、「暴行ニ係ル意思モ亦常ニ一ツノ意思ナリ」とされており、それゆえ、一般に、「暴行又ハ強迫ニ従フ者ハ二害中其害較々僅少ナルモノヲ選擇スルヲ得ヘシ故ニ熟慮ノ上ニテ承諾シタルモノナリ」<sup>10</sup>と解されることが多かった。意思の選択可能性が存在したうえでの意思決定であるがゆえに、その意思は「承諾の瑕疵」とどまるとされていたのであろう。

しかし草案者は、「抗拒スル能ハス亦熟考スル能ハスシテ」意思なく承諾なき暴行という場合もありうるとする。たとえば、「一人ヲ束縛シ又ハ其防衛ノ具ヲ剥奪シ而ソ殺害スルニ足ルヘキ兇器ヲ胸部ニ擬シテテ約束又ハ讓渡ヲ督促シタル場合ノ如シ」ここでは、「純然タル外面ノ承諾ハ毫モ意思ヲ示シタルモノ」とはいえないのである<sup>11</sup>。そこで、一項の如き規定が用意されることとなった。

2) 二項では、一項の場合に準じて、「天災厄難ニ生シタル切迫ノ危険危害アリテ此天災厄難ニ罹

ル者其財産ノ全部又ハ其至大ノ部分ヲ約束シ或ハ譲渡シテ救助ヲ切願シタル場合」について、「承諾ヲ廢滅」する場合があることを認めた<sup>12</sup>。もっとも、この場合、人の思慮する能力を失なわしめる不可抗力の危害に因り、これを避けるために「過度無稽及ヒ無分別ナル約束」がなされているか否かが問題となるのであり、その場合、「若シ其合意ノ無分別ナラサルトキハ則完全ナル合意ヲ保持スル」こととなる。他方、「承諾ニ過渡アル等ニ因り其承諾ニ充分ナル虧缺アルトキハ則全ク合意ハ無効トスル」<sup>13</sup>。有効・無効の判断につき、裁判所にとり「至大ナル困難ヲ提起」することとなることが指摘されている。

3) 第三項では、「承諾ニ瑕疵」をもたらず場合を規定した。第一項の身体上の暴行である「虚偽」と、第二項の「切迫スル危害」は、第三項においては「稍々其度ノ微弱ナルノミ」と解されている。さらに、「脅迫」に関しては、「脅迫ヲ受ケタル者カ其害悪ヲ被ムルヨリモ人ノ彼ニ要求スル合意ニ承諾スルヲ撰擇スル程ニ稍々著大ナル痛害ノ脅迫」を規定した<sup>14</sup>。そしてこの「痛害」は直接又は近接すべきものであることを想定する。なぜなら、それが離隔したものとなった場合には、「脅迫ヲ受ケタル者其痛害ヲ恐怖スルコト合意ヲ為スニ優リ、而ソ其畏怖ノ切実ナリト信スルハ甚タ納カルヘケレバナリ」と解されるからである<sup>15</sup>。ここで重要なのは、「その畏怖」であって、「その損害」ではない。このことに関し、ローマ法では「現在ノ畏怖」といっており、フランス法の「現在ノ危害」というものと比べると、より正確であったという<sup>16</sup>。強迫の成立に関しては、強迫行為とそれによって生じる畏怖に基づき、ある一定の合意が選択されることが必要とされる（因果関係）ことを示すものであり、すでに起草者の段階で、現行法と同様の解釈理論が提示されている。

また、文理上、一方の当事者が合意によって免れんとした危害は、その身体若しくはその財産に関し、または他人の身体若しくは財産に関するものでもよく、結局、裁判所において「其危害ノ軽重ト意思上ニ及ホシタル畏怖ノ影響トヲ量定シ」諸般の情状すべてが考慮されることとなるのである<sup>17</sup>。

第835條 強暴又ハ脅迫ニ因リ身體又ハ財産ニ危害ヲ受ケントスル人カ結約者ノ配偶者其直系ノ親屬又ハ直系ノ姻屬ナルトキハ常ニ暴行ハ直ニ結約者ニ対シテ行ウモノト同視ス

此他ノ親屬、姻屬又ハ外人ニ係ルトキハ裁判所ハ事情ニ従ヒ此者ニ對シ行ヒシ脅迫ハ結約者ノ承諾上ニ勢力ヲ及ホシタルヤ否ヲ事情ニ従ヒテ査定ス

本条も、フランス民法、イタリア民法を参照したものとす<sup>18</sup>。血族姻族の等親が極めて近接する場合には、それらに対する危害は、結約者自ら被るべき危害と同視するに足るほど強固なものであると解した。なお、本条では人為の暴行のみについて説示しているが、前条2項での「天災ノ危害」にも適用するものであることが示されている。

第836條 暴行ハ結約者一方ノ所為ニ出ルト第三ノ人ノ所為ニ出ルトヲ問ハス且第三ノ人ニ結約者トノ通謀ナシト雖以上ニ定メタル區別ニ従ヒ承諾ノ廢滅又ハ瑕疵トス

本条は、同様の規定がフランス法にも明記されているもので、暴行と欺詐との大きな差異を生ずるところであるとする。また、ローマ法の「暴行ハ in rem 即其暴行ノ上ニ審理シ而ソ欺詐ハ in personam 即之ヲ行ヒタル人ニ就テ審理スト云ヒタリ」を本条の趣旨とする<sup>19</sup>。

第837條 暴行ヲ受ケタル結約者契約ノ無効ヲ求ムルコトヲ得ル場合ニ於テ暴行者ニ只損害賠償ヲ要求シテ其契約ヲ保持スルコトヲ得  
暴行ハ合意ヲ決定セシムルノ原由ニ非スシテ唯不利ノ條件ヲ受諾セシメタルトキハ合意ヲ保持スヘシ但其賠償ヲ求ムルコトヲ妨ケス

承諾に瑕疵ある契約者は、必ずしも契約の取消の申立による保護を申立てなければならぬものではなく、損害賠償を得て満足することも可能であることを明示した条文である。

第838條 總テ暴行ノ場合ニ於テハ裁判所ハ雙方ノ年齢、男女、體格、精神ノ形状及ヒ身分ヲ照察

スヘシ

然レトモ卑屬親ノ尊屬親ニ對シ又ハ婦ノ夫ニ對スル純一ナル尊敬ノ畏懼ハ合意ヲ取消ニ足ラス

年齢の考察に関して、幼者よりもむしろ「老年ノ人ニ之ヲ適用スベシ何トナレバ幼者ハ別ニ他ノ保護ヲ受クルバナリ」。男女に関して、「婦女ハ其受ケタル暴行又ハ強迫ヲ申立ルコトニ於テ男子ヨリモ一層容易ニ許可セラルヘシ」と解釈指針を述べている<sup>20</sup>。

また、子の親に対する尊敬のみの理由によって、「己レニ求メラレタル合意ニ抗抵スルコトヲ得サリシト云フコトハ認許スヘカラサル」ことなので、子のために過大な保護をなさしめないように「注意ヲ為ス」ために二項を規定したとする<sup>21</sup>。

第839條 錯誤，暴行，詐欺，損失及ヒ無能力ハ之ヲ申立ル者ヨリ其事實ヲ證明ス可シ  
 結約者雙方ニ屬スル無効申立ノ訴權ハ雙方ノ非理ニ基クトキト雖共ニ消滅セス但損害賠償ノ相殺ヲ妨ケス

1) 本条に関しても、フランス法においては詐欺の場合のみ規定しているものの、錯誤，暴行，無能力などについても同様の処理すべきことを明文で規定した。また、本条は、証拠の点に関して、「合意の成立の条件」と「合意の有効の条件」の差異を明らかなさらしめる点において、意義があるとする。「合意成立の条件」は、推測することが出来ず、その合意より利権を得ようと主張する者において、「合意ノ成立ヲ證明ス可シ」。他方、合意が成立したときは、「其合意ハ有効ナルモノト見做スヘシ」。そこで、自己の承諾の「汚穢」又は「自己ノ無能力」により契約に瑕疵ありと主張する者は、これら例外の事実を証明すべきとなる、と指摘している<sup>22</sup>。いわゆる法律要件分類説明を明示しており、興味深い。

2) 合意の成立とその有効との区別は、とりたてて「法律ニ記載スヘキモノニアラサルナリ何トナレハ此原則ハ事物ノ自然ニ存スルカ故ナリ」という<sup>23</sup>。そして、「成立」につき「一箇人カ他人ノ一人ニ對シテ義務ヲ負フハ常ニ例外即非常ノ置位

ナリ故ニ義務成立ノ証拠ハ之ニ因テ利益ヲ得ントスル者ノ責任トナルヘキナリ」。「有効」について、「凡ソ現存スル所ノモノハ有効ニシテ生存スヘシト云フニ存リ然ルニ合意カ瑕疵トナリ又ハ取消トナルヘキ場合ハ常ニ或ル過愆又包含シ而シテ錯誤ニ於テハ注意ノ虧歛損失及ヒ無能力ニ於テハ辨別ノ虧歛ノ如キ即合意ヲ取消サントスル一方ノ者ノ過愆ナルコトアリ。又時トシテ暴行及ヒ欺詐ニ於ケルカ如キ相手方ノ過愆ナルコトアリ故ニ是等ノ場合ハ又例外ノ場合ニシテ之レカ証明ヲ為サルヘカラス」<sup>24</sup>として、本文を説明している。

3) 草案者は、二項の対象を「殊更ニ結約者互推ノ欺詐又ハ結約者双方ノ無能力ナル場合ノミヲ規定セリ」としている。双方が欺詐の場合と双方無能力の場合のみを予定していたわけである。なぜなら、「結約者互相ノ暴行其双方ノ錯誤又ハ其双方ノ損失アル場合ヲ相定スルハ最も難ケレハナリ」とする<sup>25</sup>。しかし、本文二項の対象は、立案者の予定した場合よりも、広範な場合もあるであろう。

4) 互相の欺詐の場合について、ローマ法では「二人ノ結約者カ互ニ欺クトキハ其ニ訴權ヲ明瞭ニ拒絶シ二箇ノ欺詐ハ互ニ相殺セルモノナリ」と位置づけていたが、草案者はかかる立場を批判し、本条二項の「結約者双方ノ其受ケタル損害ニ就キ訴求スルヲ許スハ最も正當」とする<sup>26</sup>。

第840條 前數條ニ豫定シタル場合ニ於テ無効申立ノ訴權ハ承諾ノ瑕疵アル者又ハ無能力者ニ非サレハ之ヲ有セス

然レトモ處刑ヨリ生スル無能力ハ此處刑人ト結約シタル者モ之ヲ申立ルコトヲ得

1) フランス法では、無能力者と結約した能力者からする契約の無効申立の訴権を拒絶しているものの、その他の場合、たとえば、承諾の瑕疵ある者と結約した者からする無効申立の訴権を拒絶する規定を有していなかった<sup>27</sup>。

無効の申立の訴権は、「保護セント欲スル者ニ非サレバ屬セサル」ものであり、無効の申立は欺詐又は暴行の本人においては決してすることができないことは明白であることを規定した<sup>28</sup>。

2) 第二項に記している例外は、その証明を要

すべきものである。そもそも、刑法上禁治産とされた者と契約した者に、その契約の無効申立の訴権を付与するのは、互いに無効申立権を有することで、結果的に取引が見送られていき、其の裁判言渡を受けた者が、その監守に賄賂を用いたりすることの原因を除却することになるためであるからとする<sup>29</sup>。

第841條 取消スコトヲ得ル合意ハ第三章第七節ニ定メタル期間内ニ其取消ヲ求メサルトキハ暗ニ確認シタルモノト看做ス  
其他暗黙ナル確認ノ場合及ヒ明瞭ナル確認ノ法式ハ右同節ニ規定ス

無効申立の訴権は、「譲渡セル物件ヲ回復スルノ方法」であるという。この訴権は、「或ル期限内ニ執行セラルルヲ要シ其期限ノ経過シタルトキハ合意ハ確認セラレタルモノト看做サルル」。フランス民法ではこの期限は10年であるが、イタリア民法では5年としており、このイタリア式で「充分ナルモノ」とした<sup>30</sup>。

### 3. 法律取調委員会民法草案財産編人権ノ部 議事筆記<sup>31</sup>（明治21年2月13日）

ボワソナード草案と条文の文言を異にするものも多いが、規定内容の骨格に大きな変化は存在しない。法律取調委員会での議論のなかにも条文の意味を明確にするものもあり参考になる。提案されている草案条文とともに議論の要点を拾ってみた。

第333條 詭譎ハ承諾ヲ排除セス又ハ之ニ瑕疵ヲ付セス但其詭譎カ前三條ニ記載セル如ク特立シテ承諾ヲ排除シ又ハ之ニ瑕疵ヲ付スルノ效力アル錯誤ノ一ヲ惹起シタルトキハ此限ニ在ラス  
其他ノ場合ニ於テハ詭譎ハ之ヲ行ヒタル者ニ對スル損害賠償ノ訴権ノミヲ生スルコトヲ得  
然レトモ若シ詭譎ノ本人カ一方ノ契約者其者ニシテ且詐術カ若シ其詐術ナクハ欺カレタル他ノ一方ノ者ニ於テ契約セサルヘカリシ程ノモノタルトキハ其欺カレタル者ハ補償ノ名義ニテ合意ノ取消ヲ

求メ又損害アルトキハ其賠償ヲモ求ムルコトヲ得  
此場合ニ於テ合意ノ取消ハ善意ナル第三者ヲ害スルコトヲ得ス

「補償名義ニテ合意ノ取消ヲ求メル」というのはどのように求めるのか、という質問に対し、南部委員が「損害ヲ償フ変リニ取消シテ呉レト、第三者ニ對シテハ往カヌノデス」と答え、それならば合意の取消でよいのではという鶴田委員の再度の質問に対して、栗塚報告委員は、「第三者ニ向テ出来ルカ、ソレハ出来マイ、何ゼナレバ對人権デアルカラト云フノデアリマス」とし、補償というのは人権（債権）であることを明確にしている。そして、続けて、「合意ヲ取消スコトカ出来ル、併シ補償名義ト書イテ置カヌト、第三者マテ往ケルト見ヘルガ、ソレハ往カヌゾヨ」ということで、末文に「合意ノ取消ハ第三者ヲ害スルコトヲ得ス」と規定したことを指摘している<sup>32</sup>。また、「取消」は、裁判所へ訴えることが必要とされていることが分かる。

第334條 強暴ハ當事者ノ一人ノ合意ニ付テノ同意カ其者ノ抗抵スルコトヲ得サリシ暴行ニ因テ迫取セラレタルトキハ承諾ヲ排除ス  
人ニ熟慮スル總テノ能力ヲ失ハシムル不可抗力ニ出テタル危難ト雖モノ急迫ナル危難ヲ避ル爲メ其人カ過度若クハ無思慮ナル約務ヲ契約シ又ハ無分別ナル移付ヲ爲シタルトキモ亦同シ  
暴行、脅迫又ハ危難ノ抗抵ス可カラサルニアラスト雖モ或ハ當事者ノ身體又ハ其財産ノ爲メ或ハ他人ノ身體又ハ其財産ノ爲メ即時若クハ切迫ナル一層重大ノ害ヲ避ル爲メ當事者ヲシテ契約スルコトニ決意セシメタルトキハ強暴ハ承諾ノ瑕疵タルノミ

一項の条文で、「當事者ノ一人ノ合意ニ付テ同意」という「合意」と「同意」の区別に関して議論が展開されている。ここでは、抗拒不能の意思表示に基づく契約を無効とすべきであるということ念頭においているものの、「意思表示」を中心とした議論でないため、委員会での議論は不明確な議論となっている<sup>33</sup>。

第335条 強暴又ハ脅迫ニ因リ身體又ハ財産ヲ危害ニ付セラレタル第三者カ契約者ノ配偶者、其直系ノ親屬又ハ姻屬ナルトキハ強暴ハ常ニ契約者其者ニ加ヘラレタリト看做ス

其他ノ人ニ付テハ親屬ナル姻屬ナルト又は外人ナルトヲ問ハス裁判所ハ此等ノ者ニ對シテ爲シタル脅迫カ契約者ノ承諾上ニ及ホセシ影響ヲ其情況ニ隨ヒテ査定ス

特に議論はない。

第336条 強暴ハ上ニ爲シタル區別ニ從ヒ承諾ヲ排除シ又ハ之ニ瑕疵ヲ付ス但其強暴カ他ノ一方ノ所爲ニ出ツルト又ハ通謀ナキモ第三者ノ所爲ニ出ツルコトヲ區別スルコトヲ要セス

この規定に関しても、特に議論なく本条を「註ノ様ナモノ」としている<sup>34</sup>。

第337条 強暴ヲ受ケタル一方ノ者カ契約ヲ無効ト爲スヲ得ルコトヲ得ル場合ニ於テ其者ハ強暴ヲ行ヒタル者ニ對シ損害賠償ノミヲ請求シテ其契約ヲ維持スルコトヲモ得

強暴カ合意ヲ決定セシメタルニアラスシテ不利ノ條件ヲ受諾セシメタルノミナルトキハ其合意ハ無効トナラス但賠償ヲ求ムルコトヲ妨ケス

本条二項の「強暴カ合意ヲ決定セシメタルニアラスシテ不利ヲ受諾セシメタルノミナルトキ」の意義をめぐって議論がなされているが<sup>35</sup>、本質的な意見の対立はないといえよう。

第338条 強暴ノ總テノ場合ニ於テ裁判所ハ人ノ年齢、體性、身體竝ニ精神ノ形状及ヒ互相ノ身分ヲ斟酌スヘシ  
然レトモ卑屬親ノ尊屬親ニ對シ及ヒ婦ノ夫ニ對スル尊敬ノ畏懼ノミニテハ合意ヲ取消サシムルニ足ラス

本条原案では、二項に「及ヒ婦ノ夫ニ對スル尊敬畏懼」という文言が存在していたが、後に削除された様である。

第339条 錯誤、強暴、詭譎、折損及ヒ無能力ハ之ヲ推定セス即チ之ヲ援唱スル者ヨリ證スルコトヲ要ス

當事者雙方ニ屬スル無効ノ方法ハ互ノ非理ニ基ツクトキト雖モ互ニ毀滅セス但損害アルトキハ其賠償ノ相殺ヲ妨ケス

本条が予想する事態は、詐欺が両方にある場合か、又は双方の無能力の場合であるという<sup>36</sup>。

第340条 前數條ニ定メタル場合ニ於ケル無効ノ訴權ハ無能力者又承諾ニ瑕疵アル者ノミニ屬ス然レトモ處刑ノ言渡ヨリ生スル無能力ハ其言渡ヲ受ケタル者ト約定シタル者ヨリ之ヲ援唱スルヲ得

「無効ノ訴權」には、「絶対ノ無効」と、「對峙ノ無効」とがあり、本条は「對峙ノ無効」をいうと解している。そして、「對峙ノ無効」は「取消訴權」ことであるとする。「無能力者又ハ承諾ニ瑕疵アル者ノミ」が主張できるのが對峙無効であるとする。また、「絶対無効ハ成立ツテ居リマセヌノデ、元來ナカッタモノト見ルノデス、對峙無効ハ一旦成立テ居タノデ、瑕疵ガアルニモセヨ生キテ居ルガ、一方ハ元來生レテナイノデアリマス」と栗塚報告委員が解説を加えている<sup>37</sup>。現在でも説かれている無効と取消の差異の説明方法である。

第341条 若シ取消スコトヲ得ヘキ合意ヲ第三章第七節ニ定メタル期間ニ於テ攻撃セサルトキハ默示ニテ認定セラレタリト看做サル  
其他默示ノ認定ノ場合及ヒ明示ノ認定ノ方式ハ右同節ニ之ヲ規定ス

第三章七節とは、との質問に対し、1616条以下と答えたほか、特に議論はない。

#### 4. 旧民法財産編と『日本民法義解』

法律取調委員会で審議された詐欺・強迫に関する規定は、ついに、旧民法財産編312条～317条の規定として結実することとなる。本編では、旧民法の代表的な注釈書である『日本民法義解』<sup>38</sup>で

の議論をたどることにより、その内容の検討をしていく。

第312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條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對スル損害償ノ訴權ノミヲ生ス

然レトモ當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爲スコトニ決意セシメタルトキハ其一方ハ補償ノ名義ニテ合意ノ取消ヲ求メ且損害アルトキハ其賠償ヲ求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

1)「詐欺トハ當事者ノ一方其對手ヲシテ錯誤ニ陥ラシムルノ目的ニ出デタル虚偽ノ術策」をいうと解している。ボアソナード草案833条での議論と同様に、詐欺で問題となるのは、「不善ナル詐欺」であり、それゆえに「一方ノ術策ヲ擧ケテ詐欺ト云ハント欲セハ必スヤ人ヲ誤謬ニ陥レントスルノ悪意アルヲ要スル」こととする<sup>39</sup>。

しかし、民法上の詐欺は刑法上の詐欺とは同一ではないので、被欺罔者をして、「結約スルノ意ヲ決セシムルカ為メ用ヒタル術策ノ詐欺取財又ハ背信等ノ罪ヲ構成スル元素アルヲ要セス而ソ何レノ場合ニ於テ詐欺アルカハニ事實裁判官ノ判断スヘキ所」であって、ここで一定の解を示すべきでないとする<sup>40</sup>。

2) 詐欺は、契約にいかなる影響をおよぼすかに関して、そもそも詐欺は「錯誤ニ陥ラシムルノ手段ニ過キス単ニ詐欺アルモ其害ナケレバ毫モ承諾ノ瑕疵トナルヘキノ理ナシ然リト雖トモ詐欺ハ原ト悪意ニ出ツルモノナレハ之カ為メ損害ヲ惹起シタルトキハ承諾ノ瑕疵トナルヘキ錯誤ナキトキニテモ猶ホ之ヲ行ヒタル者ヲシテ其賠償ヲ為サシム」<sup>41</sup>べきこととなるわけである。その際、場合によっては合意を「取消」すこともできる。しかし、これは「唯立法上ノ便宜法ニ過キスシテ敢テ純理ノ命スル所ニアラサルナリ」<sup>42</sup>とする。詐欺の「取消」は、あくまで「賠償をなさしめる」ことが本旨であることを確認している。

3)「補償名義」としての「取消」が生ずる場合として、「若シ其詐欺ナケレハ決シテ結約セサリシナルヘキトキハ獨自瑕疵ト為ルヘキ錯誤ヲ生セサルトキト雖モ或ハ補償トシテ合意ヲ取消スコトヲ得ヘシ」とする。そして、「彼ノ品格ニ係ル錯誤ノ若キハ承諾ニ瑕疵ヲ生スルモノニアラサルモ若シ其當事者一方ノ詐欺ニ因由シ而ソ他ノ一方之ヲ持テ結約スルコトニ決意シタルトキハ則チ其合意ノ取消ヲ求ムルコトヲ得」と指摘している<sup>43</sup>。そうすると、ここで対象とされている事案は「品格ニ係ル錯誤」であるが、実際に次に掲げられている具体例を見ても分かるように、いわゆる「動機の錯誤」の場合をいうものと解される。すなわち、馬の売買に際して、売主が買主に対してその「駿ニシテ癖ナキヲ信セシメ買主ハ其駿タルヲ恃ミ之ヲ買取リタルニ乗用ニ際シ悪馬タルヲ発見シタルトキノ如キ」であるという。この場合、「金銭上の賠償ノミニテハ未タ以テ全ク損害ヲ補フ能ハサルコトアルヘク且此際ニ於テハ當事者中詐欺者ヲ責メ被欺詐者ヲ保護スヘキハ道理ノ略易キモノナレハ合意ヲ取消スヲ以テ簡明ニシテ且至當ナリトス」<sup>44</sup>というものである。

このように、「補償名義」による「取消が認められる詐欺とは、相手方の欺罔行為によって、引き起こされた錯誤により締結された意思表示（瑕疵ある意思表示）であり、現行規定の枠組みとその本質は異なることとなる。

第313条 強暴ハ當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爲シタルトキハ承諾ヲ阻却ス

當事者ノ一方カ不可抗力ニ出テタル急迫ノ災害ヲ避クル爲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譲渡ヲ爲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當事者又ハ第三者ノ身體、財産ノ爲メ切迫ニシテ一層重大ノ害ヲ避クル爲メ當事者ヲシテ合意ヲ爲スコトニ決意セシメタルトキハ強暴ハ承諾ノ瑕疵ヲ成ス

1) 強暴とは、ある「人ニ對シ其承諾ヲ得ンカ為メニ行フ所ノ強制」をいう。その手段は、「形体



上苦痛ヲ加フルノ暴行」, また, 「心意上畏懼ヲ生セシムルノ脅迫」であり, 共に承諾の自由を損傷し, これに瑕疵を付するものである<sup>45</sup>。

2) 「承諾の瑕疵」といえる場合とは, 「心意上畏懼ヲ生セシムル所ノ脅迫ノミ」であるとする。

3) 強暴は, 自由を奪う程度に差異が存在することから, その法的効果にも差異が生ずることとなる。

「強暴ノ程度至重ニシテ抵抗スルヲ得サルモノナルトキハ其人ヲシテ畏懼セシムルノ甚シキ為ニ全く是非得失ノ思慮ヲ失イ心意ノ自由ヲ喪失セシムヘク此場合ニ於テハ恰モ暴行者被暴行者ノ手ヲ執リテ証書ヲ作ラシメタル時ニ於ケルト異ナラスシテ毫モ承諾アル」ことなしとしている<sup>46</sup>。また, 「災害ニ遭遇シ其急迫ニシテ抗拒防禦スヘカラサルニ當リ之ヲ免レンカ爲メ思慮ヲ施スノ暇ナク結約シタルトキモ」自由な承諾とは言えないとする。もっとも, その合意が無思慮のものとはいえないような場合のときには, 「利害ヲ考慮シ損益ヲ較量」したものであり, その承諾は完全なものとする<sup>47</sup>。

他方, 「暴行, 脅迫又ハ災害」が, 抵抗できないものでない場合にあっても, 危害が切迫していることから, 「之ニ抗拒スルトキハ合意ヲナスヨリモ却テ其危害ノ一層甚シキヲ畏レ之ヲ避ケンカ爲承諾ヲナシタルトキハ」決して自由の喪失があるとは言えないものの, 「幾分か其自由ヲ減殺セラレタルモノ」でその承諾は不完全なものであるとする<sup>48</sup>。

4) ここでの強暴は, 「不正ノ手段」のものをいう。「強テ行ハシメタル法律上ノ所為縦ヘ正当ナルモ脅迫手段ノ性質不正ナルトキハ承諾ニ瑕疵ヲ附スルモノナリ」という<sup>49</sup>。つまり, 「正当権利ヲ行用セントスルノ脅迫ハ承諾ノ瑕疵トナラサルヲ原則ト為スト雖モ若シ其濫用即チ不正ノ目的ニ出テタル行用アルトキハ法律上ノ脅迫モ亦不正ノ脅迫トナリ」強暴に該当する<sup>50</sup>。そして, 正, 不正の判断は, 「脅迫ニ因テ締結シタル約束ノ過度ナルヤ否ヤニ」よるべきとしている<sup>51</sup>。

5) 当事者の身体・財産, 名誉または, 第三者の身体・財産, 名誉に対し, 暴行・脅迫等を行い, 人の「心意ノ自由ヲ失ワシメ因テ承諾ヲ為サシメ

タル」ときは, これに瑕疵を付するものとしている。もっとも, その「自由ノ全部ヲ喪失セシメタルヤ將タ其一部分ヲ喪失セシメタルヤ」したがって, 合意の成立を妨げているのか, 有効をさまたげているのかは, 裁判官は, 十分に当事者の「心意自由ヲ喪失セル程度ヲ査定スヘキナリ」という<sup>52</sup>。

第314条 強暴ニ因リテ身體財産ニ危難ノ恐ヲ受ケタル第三者カ當事者ノ配偶者又ハ直系ノ親屬若クハ姻屬ナルキハ其強暴ハ常ニ之ヲ當事者ニ加ヘタリト看做ス

此他ノ人ニ付テハ親屬ナルト姻屬ナルト又ハ外人ナルトヲ問ハス裁判所ハ此等ノ者ニ對シテ加ヘタル強暴カ當事者ノ承諾ニ及ホセシ影響ヲ其事情ニ從ヒテ査定ス

強暴が, たとえ第三者に加えられたときであっても, それが当事者本人の配偶者, 又はその直系親族, もしくは姻族に対する場合には, 強暴が当事者本人に向けられたばあいと比較して, 「恐怖ノ念ヲ生セシムルノ程度ヲ異ニスルコトナカルヘシ」<sup>53</sup>。そこで, これらの者に対する強暴は, 当事者本人に対するものと看做したとする。

第315条 強暴ハ當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其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

強暴は, 当事者の一方の行為であろうと, 第三者の行為であろうと, また, 第三者が当事者と通謀することなくした行為であってもよい。具体例としては, 数人の者が会社契約を締結するに当たり, そのうちの一人が, 他の一人の決意を強請しこれに対して暴行をした場合, 被害者がその契約の無効を主張する場合をあげている<sup>54</sup>。適切な例示かはさておき, ここでは第三者による強暴が肯定された。

第316条 強暴ヲ受ケタル一方ハ合意ヲ銷除スルコトヲ得ル場合ニ於テモ強暴ヲ行ヒタル者ニ對シ

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爲シタルニ非スシテ單ニ不利ナル條件ヲ承諾セシメタルトキハ其合意ハ銷除スルコトヲ得ス但賠償ノ要求ヲ妨ケス

1) 合意の銷除権者は、瑕疵ある承諾を爲した者又は無能力者のみ（下巻309条）である。しかし、他方、銷除を主張せずに強暴を行ったものに対し損害賠償の請求をし、その合意を維持することができることを認めた規定である。

2) 本条一項の原則は、諸般の場合に適用することを可とすべきとする。

3) 強暴行為が、合意の決意をなさしめたる原因とはならず、単に不利な条件を生じせしめたに過ぎないときは、その合意は、銷除の主張をすることはできず、ただ、相手方に損害賠償の請求ができると規定した<sup>55</sup>。

第317条 強暴ノ場合ニ於テ裁判所ハ當事者ノ男女、年齢、強弱、智愚及ヒ相互ノ身分ヲ斟酌ス可シ

然レトモ卑屬親ノ尊屬親ニ對スル尊敬ノミニ出テタル畏懼ハ合意ヲ取消スノ理由ト爲ラス

1) 強暴は、313条に示した程度が存在する場合は人の自由意思を失わしめることとなるが、その程度の有無の認定は難しい。そこで裁判所は「當事者ノ男女、年齢、強弱、智愚、及ヒ相互ノ身分」を考慮することとした。

幼少者に関しては未成年を理由に取消を主張できることから實際上「強暴」を考慮する必要がない場合が多いものの、その場合でも強暴により「全ク意思ノ自由ヲ喪失シ合意ヲ爲シタル場合」には、取消の訴権の期間経過後もなお合意の無効を主張しうる点において意義があるものとする<sup>56</sup>。

2) 父母又は尊屬親に対する尊敬恭服の念は、多少真意の自由を拘束することがあるものの、これをもって自由を阻害するものでないことから、「尊屬親ニ對スル尊敬ノミニ出テタル畏懼ハ合意ヲ取消スノ理由ト爲ラス」と規定された<sup>57</sup>。

第318条 錯誤、強暴、詐欺及ヒ無能力ハ之ヲ推定セス其申立人ヨリ之ヲ證スルコトヲ要ス

當事者ノ雙方ニ屬スル銷除訴権ノ方法ハ相互ノ非理ニ基ク時ト雖モ互ニ毀滅セス但損害アルトキハ其賠償ノ相殺ヲ妨ケス

1) 成立している合意につき、有効要件を欠くとして合意の銷除を主張するものは、その旨の証明を要することは「証拠ニ関スル通則ノ適用」だと説明する<sup>58</sup>。

2) 318条2項は、おもに「双方ノ等シク無能力ナルトキ」及び「相互ニ詐欺ヲ行フタル場合」において、双方ともにその合意の銷除を請求する権利を失わないことを確認した<sup>59</sup>。また、互いに損害賠償の請求が可能な場合には、「最少額ヲ限度トシ相殺スベキナリ」とする。(387条, 532条参照)

第319条 前数條ノ場合ニ於ケル無効訴権ハ無能力者又ハ瑕疵アル承諾ヲ與ヘタル者ノミニ屬ス然レトモ處刑ノ言渡ヨリ生スル無能力ハ其言渡ヲ受ケタル者ト合意ヲ爲シタル者ヨリ之ヲ申立ツルコトヲ得

1) 合意成立要件を欠くときは、当事者双方がこれを争うことができるが、有効要件を欠く場合には、「瑕疵アル承諾ヲナシタル者」または「能力ナキ者」のみが、これを争うことができ、相手方がこれを主張することはできない旨の規定である。

2) 現行法規定には存在しないが、当時、刑法により重罪刑に処せられた者に科する「禁治産」の場合には、ただ其言渡しを受けた者のみならず、その相手方もその合意の無効を求めることができた。これは、「専ラ刑罰ノ効驗ヲ確保セントスルニ在リテ固ヨリ保護ノ精神ニ出ツルニアラス」「公ケノ秩序ニ基クモノナルヲ以テ合意銷除ノ権獨リ禁治産者ニ歸スヘカラサルナリ」とする<sup>60</sup>。

第320条 取消スコトヲ得ヘキ合意ヲ第三章第七節ニ定メタル期間ニ攻撃セサルトキハ默示ニテ之ヲ認諾シタルモノト看做ス

此他默示認諾ノ場合及ヒ明示認諾ノ方式ハ右同節ノ規定ニ從フ

1) 相当の期間を設けて「長短其宜シキヲ失フコトナク一方ハ以テ瑕疵アル承諾ヲナシタル者又ハ無能力者ヲ保護シ一方ハ以テ之ト結約シタル者ヲ保護セサルヘカラス」そうして、どのくらいの期間を経過すれば承諾ありとみなすべきかは、第三章第7節（削除ノ節）に規定した<sup>61</sup>。

2) 当然無効の場合には、本条の適用ないものとする。

## 5. 法典調査會民法主査會<sup>62</sup>での議論（明治27年3月2日）

現行民法96条は、詐欺および強暴に関する旧民法財産編312条～317条を修正したものである。

### 1) 詐欺に関する規定

まず、詐欺に関する修正理由を概観する。

起草者は、旧民法の草案者が旧財産編312条1項の規定を起草した理由を次のようなものとして捉えていた。即ち「凡ソ一方ニ詐欺アレハ必ス他ノ一方ニ錯誤アリ而シテ其錯誤ノミヲ以テ承諾ヲ阻却シ又ハ其瑕疵ヲ成ストキハ詐欺ニ出テタルト否トヲ問ハス専ラ錯誤ノ爲メ合意ハ無効又ハ取消シ得ヘキモノトス」つまり、ここでの合意の効力の問題はもっぱら錯誤規定の該当性の問題であり、「之ニ反シテ合意ノ効力ヲ左右スルニ足ラサル錯誤ハ其詐欺ニ出テタルカ爲メ結果ヲ異ニセス即チ詐欺其モノハ合意ヲ無効又ハ取消シ得ヘキモノト為スノ効力ヲ有セスシテ唯損害賠償ノ原因タルニ過キス」と解していた<sup>63</sup>。そして、同条2項は（ただ損害賠償の原因に過ぎないという）「此原則ノ適用ヲ掲ケタルモノニ外ナラ」ないと位置づけた。

しかし、このような旧民法の草案者の立場に対し、起草者は、旧民法典の編纂者の見解にしたがったとしても、ある一定の詐欺の場合に「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シムナリ」と指摘する<sup>64</sup>。詐欺に基づく錯誤により合意の取消が認められるとするならば、それは「一種ノ錯誤ノ効果ニ外ナラ」ないとする。そして「敢テ此點ニ付キ他ノ錯誤ト其性質ヲ異ニス

ベキ謂レナキ」と解する。たとえいかなる事項について錯誤があったとしても、「其詐欺ヨリ發シタルカ爲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ケル如キハ其體裁ヲ得タルモノニ非ス」としたのである<sup>65</sup>。

旧民法の規定した「補償名義としての取消」を、端的に「取消」に格上げしたわけである。しかし、なぜ「詐欺」に基づく意思表示が、無能力者制度と同等の保護を享受しうる「取消」原因と解されることとなったのかの説明は全くなされていない。詐欺による意思表示が「一種の錯誤」というだけでは不十分であろう。この「取消」の趣旨を、法律行為は成立しているが、このまま取消を認めないと詐欺者が不当な利益を得ることを認容する結果となり、被欺罔者の被った損害が賠償されないままとなり、かかる法状態を「是とししない」が故の「取消」であると解するならば、その本質はボワソナード草案（旧民法規定）とさしておおきな乖離はないといえる<sup>66</sup>。

現行96条2項の規定に関し、旧民法典及び仏伊の法典にはないものの、スイス債務法及びドイツ民法草案を参照し導入したことが言明されている<sup>67</sup>。

### 2) 強暴に関する規定

強暴に関する規定は、313条3項の規定のみを残し、それに修正を加えそのほかの規定はすべて削除された<sup>68</sup>。

① 313条1項は、「抵抗スベカラズ暴力ヲ身体ニ加エ以テ其意ニ非サル合意ヲ為サシメタル場合ヲ規定セリ」。しかし、この場合その合意の無効であることは「明文」でこれをしめすことは必要でないとされた。この場合、その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ているに過ぎない。その表示意思は表意者の意思とは決して言えない。したがって、表意者の意思表示として無効であることは、「固ヨリ言フヲ俟タサル所」であり、この場合について規定をしているものなく、したがって削除したとする<sup>69</sup>。

- ② 313条2項は、学者間に多少議論がないとはいえないものの、いわゆる「不可抗力ニ出テタル急迫ノ災害」は、「人為ニ出テタルモノト雖モ」「義務ノ約束」または「譲渡」を為さしめる目的で行ったものでなく、ただその機会となったに過ぎない。したがって、無効又は取消の原因となすべきものではない。新法の条文では「強迫に因る」意思表示は、と規定して313条2項の場合を除外することを明確にした<sup>70</sup>。ただし、実際精神を喪失した事実が明らかな場合には、「意思表示ノ効ナキコト論ヲ俟タス是レ普通一般ノ原則」の適用に他ならないとしている<sup>71</sup>。
- ③ 313条3項の規定は、新法でも採用したものであるが、非常に煩雑にわたる規定なので大幅にその「文を簡」にした。たとえば、「強迫ハ抵抗スヘカラサルモノタルコトヲ要セス」と規定されていたが、これは「全く無用ノ冗言」で、およそ強迫に遭うものは「目前ニ巨害ヲ受ケントスルニ畏怖シテ其意ニ非サル意思表示ヲ為スモノニ外ナラス」その強迫が抵抗すべからざるものか否かは「固ヨリ問フ所ニ非サルナリ」とする<sup>72</sup>。また、原文では、「当事者又ハ第三者ノ身體財産ノ爲メ」と規定されているが、特にこの点に関しては明文なくても問題ないと解された。他方、「身體財産」という場合、そこには「名誉」が包摂しないようにも解されるが、名誉に対する急迫の危害を避くるため「畏怖心ヲ以テ為シタル意思表示ハ同シク之ヲ取消スコトヲ得サルヘカラス」とする<sup>73</sup>。ここでは、名誉侵害に対して畏怖を生じた場合にも、強迫による取消が可能である点に注目したい。
- 新法では、これらを逐一列挙することを避け、ただ「強迫ニ因リ畏怖心ヲ生シタルコトヲ要スル」の一点に重きを置いた<sup>74</sup>。
- ④ 314条の規定は、強迫に因り危害をうくべきものが第三者であることを認めている以上は、不必要な規定であり削除する<sup>75</sup>。
- ⑤ 315条の規定も、第三者による強迫を認める以上は、当然のことであり明文を設ける必要ない<sup>76</sup>。

- ⑥ 316条1項の規定は、およそ、自己の利益のため、与えられたる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示しているに過ぎない。
- 316条2項の規定も、強迫の要件を欠く場合を示しているが、必要のない条文とされる。316条3項の規定は、損害賠償の規定も通則に過ぎず全条文削除した<sup>77</sup>。
- ⑦ 317条1項の規定は、裁判官に対する訓令にすぎない。強迫により畏怖心を生じたか否かを査定するには原文に列挙されている事項を参酌せざるおえないことは当然である。
- 317条2項の規定は、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するが、これも当然のことなので共に削除した<sup>78</sup>。
- ⑧ なお、英米法における「不当威力」と称して、「当事者相互ノ關係其他ノ事情ヨリ意思ノ自由ヲ缺ケリトノ推定ニ基キ契約ヲ取消スコトヲ得ル場合ヲ認ムルト雖モ」本案ではこれを「採用スルノ必要ナシト信シタリ」との点も注目される<sup>79</sup>。

### 3) 審議過程での質疑応答

審議過程においては、詐欺・強迫の規定が「是ハ婚姻トカ何トカ云ウコト」という伊藤博文議長の質問に対し、富井博士は「婚姻ニモアリマス」とされ、梅博士も「婚姻ニハヒヨツトスルトモウ少シ特別ノ規則ガ要スルカモ知レマセヌガ若シ特別ノ規則ガナケレバ之ガ嵌マリマス」と解していた<sup>80</sup>。つづけて、伊藤議長から、第三者の詐欺に関する規定の意味に関し疑問が提示され起草委員からその説明が続く。富井博士が「詰リ此取消ハ相手方ニ對シテ為ス場合デアリマス相手方ニ罪ノナイ場合ニハ相手方ニ對シテハ取消ヲ許サナイ精神デアル第三者ガ詐欺ヲヤツタ場合ニ相手方ハ少シモ咎メナイ場合ニハ取消ヲ許サナイ強迫ト違ウ所ハ詐欺ノ場合ニハ幾分カ詐欺者ニモ・・・ガ含ンデ居ル」<sup>81</sup>との説明がされている。「・・・」の部分が速記録では欠落していて残念であるが、起草者は、第三者の強迫による取消を肯定していること。詐欺と強迫では、契約に至るまでの被欺罔者の帰責性が異なり、その結果取消の効果に影響

を与えていることがわかる<sup>82</sup>。

また、「強迫」という文言に関して、「脅ス」という文字と「強ユル」という文字のどちらが宜しいか、との土方寧博士の質問に対し、梅博士は、「始め脅スト云フ方ニシマシタガ後トカラ強ノ字ニ直ホシタノデアリマス」「其譯ハ既成法典ニ依ルト暴行脅迫夫レカラモウツ災害斯ウ三ツアツタノデス」・・・「此處ハ脅迫ト云ウコトヲひつくるめテ云フ積リデアリマス然ルニ脅カスト云ウ字デアル若シ之ヲ承知シナケレバ御前ヲ殺ストカ御前ノ息子ヲ殺ストカ色々ナルコトヲ云フノナラバ脅スト云フコトガ嵌マルガ現ニどんどんどやし付ケル然ウスルト苦シイカラ夫レデハ承知ヲスルト云ウ然ウ云フノハ間接ニハ脅スニナルカラ強テ脅カス云フ字使ハレヌコトモナイ、ケレドモ普通ノ意味カラ云フト脅スト云フテハ餘リ濫用ニナルケレドモ強ユルニハ相違ナイカラ其方ハ強ユルト云フ方ニ這入ル脅カスト云フ字ナレバ其方ガ這入ラヌカモ知レマセヌ」「夫レデ強暴ノ字ト脅迫ノ迫ノ字ヲ取ツテ入レタノデアリマス」（ひらがなは、原文のまま）としている<sup>83</sup>。

さらに、富井博士は、補足説明として、「暴行者ガ身體ニ直接ニ脅カヲ施ス例ヘバ手ヲ以テ契約書ニ印ヲ捺サセタ其方ノ暴行ハ固ヨリ本条ニ含マナイ積リデアリマス」かかる行為は暴行者の意思表示であり、表意者の自由な意思表示とはいえないと解している。そしてかかる「既成法典ノ財産編三百十三條一項ニ規定シテアル如キ場合然ウ云フ種類ノ暴行ハ本條ノ規定ノ中ニハ含マナイ積リデアリマス」<sup>84</sup>と説明している。

## 6. 法典調査會民法總會<sup>85</sup>での議論（明治27年3月23日）

總會では、現行民法96条の2項、3項についての修正が少しく議論された。起草委員である富井博士から、3項の文言につき、「詐欺ニ因ル意思表示ノ取消ハ之ヲ善意ノ第三者ニ…」とあるのを「…之ヲ以テ善意ノ第三者…」というように「以テ」の二字を追加修正したい旨が提案され、承認された<sup>86</sup>。

また、2項に関して、箕作麟祥委員から、「或人

ニ對スル意思表示ニ付キ第三者詐欺ヲ行ヒタル場合ニ於テハ…」との文言に対し、「或人ニ對スル」を削除すべきとの提案がなされた。これに対し、梅博士は、削除してしまうと、条文の文頭に「意思表示」という言葉が突出するのは餘程奇妙なことであるし、「或人ニ對スル」というのは「余程考ヘテ用イタ文字デアル」とする。すなわち、「第一ニ此「第三者」ト云フモノガ出テ來ルニハ先ヅ「第一者」「第二者」云フモノガ其處ニナクテハ往カヌ、所ガ意思表示ト云フモノハ必ズシモ第二者ノアルモノデハアリマセヌ意思表示ニモ公衆一般ニ對スル意思表示杯ハ相手方ハゴザイマセヌ然ウ云フ場合ニハ第三者ト云フモノモ出來マセヌ夫レデアリマスカラ意思表示ノ中ニハ相手方ニ對スルモノ、併ナガラ未ダ相手方ガ極マラヌ中ハ相手方ト云フコトハ出來マセヌカラ「或人ニ對スル」ト云フノデアル始メニ「或人ニ對スル意思表示」ト言ヘバモウ相手方ト言ハレマスケレドモ始メニ意思表示ト云フモノガ出ナイ中カラ「相手方ニ對スル意思表示」ト言ハレマセヌカラ無據餘リ面白クゴザイマセヌケレドモ止ムヲ得ズ斯ウ云フ字ヲ使フ必要ヲ感ジタノデアリマス若シ之ヲ取りマスト甚ダ奇妙ナコトニナリハシナイカト云フ考ヘテ居リマス」<sup>87</sup>と答えている。そのほか、田部芳委員から、2項に関して、「相手方カ其事實ヲ知りタルトキ又ハ之ヲ知りタリト看做ス可キトキニ限り」との修正提案がなされ、その理由として、「元來此相手方ガ其事實ヲ知ツテ居ルト云フコトヲ實際ニ於キマシテ證明スルコトハ随分困難デアリマスルカラ從令其直接ニ知ツタト云フコトデナクテモ事情ニ依テ裁判官ガ知ツタト看做ス可キ認定ノ出來ル場合ニハ矢張り同一ノ扱ヒニスルト云フコトハ至當ノコトト考ヘマスル夫故ニ之ヲ知ツタトキモ亦知ツタト看做ス可キトキデモ同ジヤウナ規定ニシタガ宜カラウト思ヒマス」との趣旨の提案があった<sup>88</sup>。しかし、箕作委員からの提案は否決され、田部委員の提案は採択されないまま、審議は次の条文に移行した。

## 7. むすびにかえて

強迫規定に関して、通説の立場では強迫とされ

る場合は、比較的狭く、契約が単に不公平な方法で締結されたというだけでは強迫とならないとの指摘がなされている<sup>89</sup>。しかし、すでに検討したように、旧民法の強迫規定はその対象領域はかなり広範なものを含んでいた。無効原因をもたらす強迫、災害に起因する場合の強迫、承諾の瑕疵の原因となる強迫などである。ところが、強迫は現行民法立法の際に、もっぱら瑕疵ある意思表示をもたらすものにその適用領域を限定化してしまった。旧民法と現行民法とでは、強迫規定にかんする立法者の条文化に対する感度の差が著しいように感じられる。

他方、詐欺は、もともと旧民法では無効原因でも取消原因でもなく、相手方に対する損害賠償請求を基礎とするシステムであった。それが現行民法立法に際して、「取消」原因とされたわけである。両者は民法学説上、「瑕疵ある意思表示」として共通条文の中に規定されたが、その効果は勿論、その要件論も個別的に検討していくことも可能で、むしろ分離して規定されるべきものであるといえよう。

本稿は、詐欺・強迫規定の立法過程を少しく検討したにすぎない。それぞれの制度にふさわしい要件・効果を再検討するにあたり、今後さらに現行民法典成立後の学説の展開、判例の体系的な検討が、必要であると思慮される。これらの条文に関する比較法的考察も含め、次稿の課題としたい<sup>90</sup>。

## 註

<sup>1</sup> 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」香川法学十三卷四号（一九九四年）77頁がある。また、森田宏樹「「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論」（1）NBL No482 22頁以下、（2）NBL No483 56頁以下、（3・完）NBL No484 56頁以下。

<sup>2</sup> ボワソナード民法典研究会編『ボワソナード氏起稿再閣修正民法草案註釈（ボワソナード民法典資料集成後期1－2）』（雄松堂出版、2000年）95頁。

<sup>3</sup> ボワソナード前掲書96頁。

<sup>4</sup> ボワソナード前掲書97頁。

<sup>5</sup> ボワソナード前掲書97頁。

<sup>6</sup> ボワソナード前掲書98頁。

<sup>7</sup> ボワソナード前掲書98頁。

<sup>8</sup> ボワソナード前掲書98頁。

<sup>9</sup> ボワソナード前掲書99～100頁。

<sup>10</sup> ボワソナード前掲書100頁。

<sup>11</sup> ボワソナード前掲書101頁。

<sup>12</sup> ボワソナード前掲書101頁。

<sup>13</sup> ボワソナード前掲書101頁。

<sup>14</sup> ボワソナード前掲書102頁。

<sup>15</sup> ボワソナード前掲書102頁。

<sup>16</sup> ボワソナード前掲書102頁。

<sup>17</sup> ボワソナード前掲書103頁。

<sup>18</sup> ボワソナード前掲書104頁。

<sup>19</sup> ボワソナード前掲書105頁。

<sup>20</sup> ボワソナード前掲書106頁。

<sup>21</sup> ボワソナード前掲書106頁。

<sup>22</sup> ボワソナード前掲書107頁。

<sup>23</sup> ボワソナード前掲書107頁。

<sup>24</sup> ボワソナード前掲書108頁。

<sup>25</sup> ボワソナード前掲書108頁。

<sup>26</sup> ボワソナード前掲書109頁。

<sup>27</sup> ボワソナード前掲書110頁。

<sup>28</sup> ボワソナード前掲書111頁。

<sup>29</sup> ボワソナード前掲書112頁。

<sup>30</sup> ボワソナード前掲書113頁。

<sup>31</sup> 「法律取調委員会民法草案財産編人權ノ部議事筆記」『日本近代立法資料叢書8』（商事法務研究会、昭和62年）48頁以下。

<sup>32</sup> 法律取調委員会前掲書50頁。

<sup>33</sup> 法律取調委員会前掲書51頁。

<sup>34</sup> 法律取調委員会前掲書52頁。

<sup>35</sup> 法律取調委員会前掲書53頁。

<sup>36</sup> 法律取調委員会前掲書56頁。

<sup>37</sup> 法律取調委員会前掲書57～58頁。

<sup>38</sup> 富井政章校閲、本野一郎、城数馬、森順正、寺尾亨著『日本民法義解財産編第三卷 人權及び義務（上）明治23年版』（信山社復刻版、平成10年）120頁以下。

<sup>39</sup> 民法義解前掲書122頁。

<sup>40</sup> 民法義解前掲書122頁。

<sup>41</sup> 民法義解前掲書123頁。

<sup>42</sup> 民法義解前掲書123頁。

<sup>43</sup> 民法義解前掲書124頁。

<sup>44</sup> 民法義解前掲書125頁。

<sup>45</sup> 民法義解前掲書133頁。

<sup>46</sup> 民法義解前掲書136頁。

<sup>47</sup> 民法義解前掲書138頁。

<sup>48</sup> 民法義解前掲書139頁。

<sup>49</sup> 民法義解前掲書140頁。

<sup>50</sup> 民法義解前掲書142頁。

<sup>51</sup> 民法義解前掲書143頁。

<sup>52</sup> 民法義解前掲書145頁。

<sup>53</sup> 民法義解前掲書147頁。

<sup>54</sup> 民法義解前掲書149頁。

- 
- 55 民法義解前掲書 153 頁。
- 56 民法義解前掲書 155 頁。
- 57 民法義解前掲書 156 頁。
- 58 民法義解前掲書 157 頁。
- 59 民法義解前掲書 158 頁。
- 60 民法義解前掲書 162 頁。
- 61 民法義解前掲書 164 頁。
- 62 「法典調査會民法主査會議事速記録」『日本近代立法資料叢書 13』（商事法務研究会，昭和 63 年）652 頁以下。
- 63 民法主査會前掲書 653 頁。
- 64 民法主査會前掲書 653 頁。
- 65 民法主査會前掲書 653 頁。
- 66 『法典質疑問答第一篇民法総則』（信山社復刻，平成 6 年）276 頁における仁井田益太郎博士の解説。
- 67 民法主査會前掲書 654 頁。
- 68 民法主査會前掲書 654 頁。
- 69 民法主査會前掲書 654 頁。
- 70 民法主査會前掲書 654 頁。
- 71 民法主査會前掲書 654 頁。
- 72 民法主査會前掲書 654 頁。
- 73 民法主査會前掲書 654 頁。
- 74 民法主査會前掲書 654 頁。
- 75 民法主査會前掲書 654 頁。
- 76 民法主査會前掲書 655 頁。
- 77 民法主査會前掲書 655 頁。
- 78 民法主査會前掲書 655 頁。
- 79 民法主査會前掲書 655 頁。
- 80 民法主査會前掲書 655 頁。
- 81 民法主査會前掲書 656 頁。
- 82 古くからの問題である。たとえば，滝沢昌彦「クリスチャン・ヴォルフの契約理論－「約束」的契約観」法学研究（一橋大学研究年報）31 1998 年 118 頁。
- 83 民法主査會前掲書 656 頁。
- 84 民法主査會前掲書 657 頁。
- 85 「法典調査會民法總會議事速記録」『日本近代立法資料叢書 12』（商事法務研究会，昭和 63 年）513 頁。
- 86 民法總會前掲書 514 頁。
- 87 民法總會前掲書 514 頁。
- 88 民法總會前掲書 515 頁。
- 89 四宮和夫＝能見善久『民法総則』第 8 版（弘文堂，平成 22 年）242 頁
- 90 最近のものとして，鹿野菜穂子「錯誤規定とその周辺－錯誤・詐欺・不実表示について」『民法（債権法）改正の論理』（新青出版，平成 22 年）233 頁。