Kansai University Repository
このページは自動生成のため、本来の表記と異なる場合があります。

不実表示と不法行為責任

その他のタイトル	Misrepresentation and the Torts Liability
著者	曽野 和明
雑誌名	關西大學法學論集
巻	12
号	6
ページ	952-973
発行年	1963-05
URL	http://hdl.handle.net/10112/00027847

不実表示と不法行為責任

曽野和明

目次

一　はじめに
二　不実表示と不法行為責任
(1)　不法行為責任成立の基礎
(2)　当事者間に法的関係の存する場合
(3)　当事者間に法的関係の存しない場合
三　結びにかえて

一　はじめに

暴行・傷害は、毒物の入ったチョコレートを与えたり、あるいは不実の表示により物理的接触誘致への同意を導いたりすることにより、詐欺・横領は虚偽の表示によって物品の所持を得ることにより、そしてまた悪意に満ちた嘘言の発表は相手方に非常な精神的苦痛を与えるであろう。このほか過失に基く不法行為の多くは、たとえば自動車運転手が誤ってターンの合図をしたり、危険が存するにもかかわらず警官がゴーの合図をしたりする場合のように、その本質において不実表示以外の何ものでもないことがしばしばある。しかしこのような場合には不実表示それ自体は表面にはとりあげられず、暴行・傷害・不法監禁・横領・名誉棄損等の既存の観念的類型の下で処理される。しかしながら、もしも不実表示が右のような類型成立への因子して作用せず、しかも詐害の意図がないために詐欺ともみなしえないよ

うな場合、殊に不実の表示によって相手方が財産上の損害を蒙ったようなとき、不実表示行為自体が一つの侵害行為として何らかの責任の基礎となりえないものであろうか。社会生活が健全に営まれるためにはそこにおいてなされる種々の表示行為が誠意をもってなされ、それに信頼しうるとの前提が必要である。しかし他方極度に潔癖ないくぶん感傷的な文学者のいうように、いつの場合にも虚偽を語ることが罪悪だということもできず、たとえば売買において或程度のseller's talkは認められるべきであるし、自己の生命や基本的権利を守るために、人は虚偽を語らざるをえない場合にも遭遇する。嘘一ついわぬ人間というものは現実には存在しないであろう。

どのような不実表示がどのような要件の下に責任を生ずるか。その模索が本稿の目的である。民法第九十六条は詐欺によって意思表示をなした者についてはその法律行為を取消しうるものとしているが（民法第九十六条が、不実表示に関する故意と欺罔の意思という二段の故意の結びつけられた詐欺という観念をもってきた不当なことについては、本稿三「結びにかえて」においてふれる）、たとえば商取引においては取引を取消して原状回復するよりも、金銭的損害の補償という手段によって解決することがより妥当な場合が多い。取引の効力如何にかかわらず不実表示についての不法行為責任追求の可能性をまず取上げた意図もここにある。

本稿はYale Law Schoolにおいて一九六一～二年の二学期を通じフルブライト留学生としてJames教授およびHarper教授に教えを受けた不法行為法セミナーにおけるMisrepresentationの演習の内容にその主軸をおきつつ、訴訟形式の異る我法の下でかつまた米国とは異った我国の不法行為法の下で、私なりに調整を試みたものである。収録した判例は全てShulman, H. & James, J.; Cases and Materials on Torts, 2d ed. (1952) Foundation Press, Brooklynに詳細に紹介されている。

二　不実表示と不法行為責任

一　不法行為責任成立の基礎

不実表示行為がそれ自体として不法行為となりうるものとすれば、もはや不実表示者と不実表示に信頼して行動し

損害を蒙った者との間における契約関係乃至何等かの法的関係の存在は前提とすべきではないはずである。不実表示はそれにより相手方に損害の生じた以上それ自体一つの侵害行為であり、不実表示者がそれにより利益を得たか否かには関係なく、その不実表示が違法性を帯び不実表示者に責任要件としての故意・過失が備わるかぎり、被害者の損害の救済をもって本旨とすべきであろう。それは利得の観念を潜在的に意識させる詐欺（fraud）と観念されるべきでなく不実表示それ自体として考察されるべきである。詐欺は不実表示の一場合としてあらわれるにすぎず、それは不実表示をなすについての故意にさらに詐害意図の加わったものである。しかし詐害意図の存しない場合にあっても不実表示が違法性を帯びるかぎり不法行為たりえないはずはない。英米において不実表示に関する不法行為責任は、伝統的な訴訟形式によって拘束される関係もあって、歴史的にはaction for deceitを中心として発展させられてきた。しかしdeceitはfraudとともに「詐欺」と邦訳されることがしばしばあるとしても、それはfraudよりも広い観念としてとらえられており、action for deceitの認められるのは、現在ではもはや詐欺的不実表示（fraudulent misrepresentation）の場合に限られないのである。

しかし英法を歴史的にみるとき、deceitに基づく不法行為責任の追求は容易にはみとめられなかった。初期の判例はある特定の非常に形式的な言葉を標準とし、契約内容にたとえば「保証する」(warrant)という言葉が使用されていないかぎり、相手方によりなされた表示に頼ったために損害が生じても当事者は仕方がないとさえしたのである（一六七七年詐欺防止法の影響）。一七〇〇年頃になって悪意不実表示（fraudulent misrepresentation）さらには善意不実表示（non-fraudulent misrepresentation）によって現実に損害が発生した場合に救済が認められるようになりはしたが、それは当事者間に直接法律行為が存する場合に限定され、契約関係の存在が前提とされていた。しかしながら一七八九年になると、原告が被告と直接と取引をしていない場合にあっても、被告の不実表示により原告が第三者と取引関係に入り損害を蒙

った場合、被告は責に任ずとする判決が現われ、この判決により不法行為としてのdeceitは、保証違反（breach of warranty）と明瞭に区別されることになったのである。

Pasley v. Freemen (King's Bench, 1789 3 D. & E (3 Term Rep.) 51, 100 Eng. Reprint 450)

〔事実〕 原告PはXに商品の売買をなすに当ってXの信用を調査する必要があったが、唯一の信用調査の方法は、Xの近隣の者にXの信用状態を確かめることであった。PはDに対してXの信用状態を確かめたところ、彼はXの信用状態が非常に悪いことを知りながらPをあざむく意思をもってXの信用状態は非常に良好であると答えた。その解答のみを信頼してPはXに商品の売却をなしたが支払をえられなかったので、PはDに対してdeceitに基く損害賠償の請求をなした。Dはこれに対して「Xと別に馴れ合いもなかったしPと契約関係にもたたない全く利害関係のない自分には責任がない」と主張した。原告P勝訴。

〔判決理由〕 (1) 第三者の信用に関する質問に対して通常の場合、人はそれに答えるべき法的義務はない。しかしもしそれに答えるとすれば、正直に答えなければならない（悪意が挙証されないかぎり、第三者の信用が悪いと答えてもその者に対し責任を負うことはない—名誉棄損に関する場合、抗弁）。

(2) もしPが他に信頼するに足る筋から通知を受けることができ、そうするべきであったようなときは、PはDに対して損害賠償の請求をなしえない。しかし本件で信用状態を知りうる唯一の方法は近所の者にたずねることのみであった。

(3) 悪意不実表示をなすにつき利益を有する者がそれをなしたときは（たとえば悪意の当事者）、損害賠償の責に任ずることは勿論である。しかし不法行為としてdeceitを認めるの主旨は、Dがそれにより利益を得ようとしたかどうかにあるのではなく、Pがそれにより損害を受けたか否かに存するというべきである。deceitによる損害賠償請求には当事者間に取引関係の存するか否かは重要でない。自己のなした表示の非真実性を知りながらそれを意に介さずに表示することはdeceitといえ損害賠償の責任がある。

もっとも右の判決には次のような少数意見も存在した。即ち『多数意見によるときはPは買主XとDの両者に対して同時に責任追求をなしうることになるが、これではDがPに対して「もしXが支払わなければ私が支払いましょう」といった場合より、Pをして有利な地位におかせるという不都合な結果を導く』（surety argument）というのである。しかしながらこの判決の意味は、依然として「事業をなすに当って第三者の信用を調査する必要はしばしば生ずる。第三

者の信用を知っている立場にある者に質問をなすということは社会生活上分別の当然趣くところであるから、そのような立場にある者は重い道徳的責任を負わせられるべきであり、したがってまた真実を告げるという法的義務を負うものというべきである」（右の判決における主席判事 Lord Kenyon の意見）として、不実表示者の倫理責任が法的責任にまでたかめられることを明確にした点に求められるのである（もっともこれを法的責任にたかめうるか否かの判断は結局彼我の倫理感の相違にかかっているともいえよう。そして本件も「嘘を語るべからず」との宗教的雰囲気の中でなされた陪審員の評決が強く影響していることを注意すべきである）。

現在英米法上 deceit が不法行為訴訟として成立するための要件として一般に認識されているのは次のごときものである。即ち(1) DがPに対して真実に非ざる表示をなしたこと、(2) Dはその表示を真実でないと信じたこと、(3) DはPがその表示を信頼して行動するであろうと予期したこと（詐害の意図 scienter）、(4) Pもその表示を信頼して行動しその結果として損害を蒙ったこと、である（Dの不実表示による利得は全く問題とされない）。しかし右の要件を抽象的に並べただけでは具体的事件の解決指針としてあまりにも漠然としているし、また米国の deceit に関する個々の判例の内容を詳細に検討してみると、action for deceit という訴訟形式にしばられる結果として右の四つの要件を忠実にフォローしている形式をとりながらも、その要件を当事者のおかれる地位によって厳格にまた緩和して（たとえば(3)の要件を(2)の要件の存在によって事実上推定させる）あてはめようとする傾向が強く、事実上不実表示自体を問題とし、deceit 成立に関する右の四つの要件は重要視されていないようにもみえるのである。

本稿では便宜上当事者間に何らかの法的関係の存する場合と存しない場合とを分けて、米国の判例にあらわれた事案をモデル・ケースとしながら、いかなる場合に不実表示が違法性を帯び責任を生ずるかを考察する。もとより我々としては米法における訴訟形式 action for deceit にとらわれる必要はなく、不実表示の不法行為性そのものを問題とすればたりるのであるから、米国の判例において action for deceit としての訴訟形式に適合せしめるための努力がなされている部分については、裁判所の真の意図のみを紹介することにつとめた結果、内容的にはともかく形式的には

判決の忠実な再現となっていない箇所があり、事実も明快にするために変更を加えた点もあることをお断わりしておきたい。

二　当事者間に法的関係の存する場合

一　当事者間に契約関係の存する場合には、不法行為責任の基礎としての不実表示は、契約成立への誘因としてなされた段階における契約に関する事項・事情についての契約一方の当事者が相手方になす陳述または断言(statement or assertion)に限定される。もしも表示が契約の内容すなわち条件(condition)または担保条項(warranty)となった場合には、それが真実でなかったときは契約違反の問題となるからである。したがって不法行為となる不実表示は契約の構成部分ではなく、その表示が真でないことが明かとなっても契約違反とはならない(これは民法九十六条に関連する場合に取消を導くことや、米法上悪意・善意に関係なく契約が取消しうることとは別問題である)。もっとも不実表示を受けた者がその表示に現に誘導されて契約を締結したことは必要とするが、契約外の表示の不真実が如何なる場合に如何なる程度において不法行為責任を生ずるかがここでは中心問題となるのである。

二　責任の基礎は、不実表示が違法性を帯び、表示者が当該不実表示をなすことにつき故意・過失の存することにある。しかし表示者に相手方を詐害する意図のあったことがはっきりしている場合には、不実表示の段階における故意・過失をとらえるよりも詐害意図のみを問題とする方が責任の基礎はより明快である。そこで米法においてはまず詐害の意図(scienter)(結果の発生への期待あるいはその認容)を問題とする。そして表示行為が契約関係設定の誘因となっている場合には、表示の虚偽なることの認識・真実の意図的無視により、その詐害の意図(scienter)も立証されたとするのである。したがってDがPをして経済的取引に入らしめるべく故意に(intentionally)不実表示をなし、Pがそれにたよった結果取引関係を設定した場合にあっては、DはPがその表示に正当にたよった結果生じた損害について責任を負う。

Dezero v. Turner (Supreme Court of Vermont; 1941 112 Vt. 194,122 A. 2d 173)

PはDの財産状態がよくないことを知っていたが、DがP宛になした「遺産千五百ドルが入って現在所有しているから暖房設備を備付けてほしい。代金備付完了次第その遺産でもって支払にあてる」との表示を信頼して、暖房設備をDの家屋に備付けた。しかしDの遺産云々は虚偽であって代金の支払がなされなかったので、Pは詐欺に基く責任を追求、勝訴した。(本件では何れにしてもDは支払えないのであるから、action for deceit を提起する意味がないとおもえるかもしれないが、詐欺訴訟が提起されたとなると被告に刑事上の責任も問題となってくる可能性があるので、身内の者による代位支払を得ることをねらったもののようである)。

むしろ訴訟形式にしばられない我々としては詐害の意図を問題とするまでもなく、不実表示をなすについての故意と当事者が取引関係を設定しようとしている状況下での不実表示の性格が違法であることに責任の根拠を見出すべきであろうが、たとえ推定されるにすぎないにしろ詐害意図の存在が違法性を強める効果をともなっていることは否定できない。

三　不実表示は事実の表示 (statement of fact) でなければならない。ある者が実際の事実に基かず単にそう信じているのにすぎないのに、彼がそう信じていることを意見の表示 (statement of opinion) としてでなく不動の真実であるかのように表示したとすれば、それは事実の表示と同様にみるべきである。何故ならこの場合彼は単にそう信じているにすぎないにかかわらず、積極的に事実として表示したのであるから、真実の意図的無視があったと認めうるのである。したがって、彼が自己の表示の虚偽なることを知っている必要はない。単に意見として有するにすぎないことを事実に関する知識として表示することをもって、直ちに真実の意図的無視とし故意ありとすることは、当事者にとって酷にすぎるとの見方もあろうが、日本法は不法行為責任の責任要件としての故意・過失を同等に取扱っているし(民七〇九)、当事者はこの場合事実の表示として発表しその結果を意に介さず(recklessly)、むしろ相手方がその表示に信頼

し行動することへの期待ないし認容（scienter）[1]があったと推定できるから、右の結論は不当ではないだろう。

Cobot v. Christie (Supreme Court of Vermont, 1869. 42 Vt. 121, 1 Am. Rep. 313)

〔事実〕 PはDの「この土地は一三〇エーカーあります」との言を信頼して甲土地を買った（契約には面積に関する条項は何も入っておらず甲土地それ自体の売買となっている）。ところが実際には一一七エーカーしかなかったので不実表示を理由として損害賠償の請求をなした。原告P勝訴。

〔判決理由〕 (1) 当事者の有している知識として事実の表示がなされ、それが虚偽であるときは、問題となっている事実関係の性格や当事者のおかれている立場等によって説明できないかぎり、それは故意に虚偽の表示がなされたものと推定でき、詐害の意図の下になされたものと推定できる。そして信じているにすぎないことを、その有する知識として表示するときは詐欺の責に任ずる

(2) 知識の表示として理解されまたそう理解されるべく意図された数量に関する絶対的表示はDがあたかもその事実について知識を有するとして表示したのと同じである。

(3) 詐害意図(scienter)はDが何ら知識を有しないことを自から知れるにかかわらず、単なる意見の表示(statement of opinion)としてでなく、D自身の有する事実についての知識として表示(statement of Knowledge of fact)がなされたことを示すことによって立証できる。

(4) その表示が信頼され、それが契約締結への導因となっていなければならないが、Pはその表示がなければ、契約の締結をしなかったろうということまで証明する必要はない。

しかしまた逆に、契約の誘因となる事項が現実の知識によって動かされえぬときは、表示がたとえ事実の表示としてなされていても、それは単に意見の開示とのみ認められるべきである。これについては次のような興味ある適切な事例をあげることができる。

Harris v. Delco Products (Supreme Judicial Court of Massachusetts, 1940. 305 Mass. 362, 25 N. E. 2d 740)

〔事実〕 （井戸堀工事代金請求事件） Pは井戸堀工事人である。Dは海岸の近くに甲土地をもっており近隣には塩水の湧くところもあった。PとDは甲土地に井戸堀の契約をなしたが、その契約締結前のやりとりの段階で、DはPに対し近くで井戸水に塩水が

入ってくるということを聞いたことがあると告げたのに対して、Pは、自分はこの土地の事情を良く知っておりしたがって「……良水がえられるでしょう」（they would get good sweet water.”）「塩水がでるというようなことは絶対にないでしょう」（…there would be definitely no chance of striking salt water.”）と答えた。ところが実際には堀られた井戸からは塩水が湧いたので、DはPの井戸堀代金請求に対し、Pの不実表示によって本来の契約の目的を達せられなかったとしてその支払を拒んだのが本件である。裁判所は次のような理由から代金請求権を認め、原告Pを勝訴せしめた。

〔判決理由〕 (1) 表示のなされる相手方は、その問題となっている事項より当然明らかな事情によって拘束される。そしてPが現実の知識によって動かされえぬ事項に関して自己の有する知識として表示したときは、単に彼が強くそう信じているという表現以上のものとして考えられるべきではない。如何なる者も契約の目的となっている井戸堀をしてみないことには、清水がでるか塩水がでるかを告げることはできないであろう。

(2) 未来に生ずる状態について信じていることを確信として表示し、それにDがたよったとしても、Pがその虚偽なることを知っていたことが証明されないかぎり、Pに対し責任追求はなしえない、と。

このような型の事件では、我々はまずそれが意見の表示かどうかを決定し、当事者がそれにたよったか否かを決め、それを信頼することが正当化できるか否かを考えるべきであろう。ある表示が確信的な言葉であって事実の表示とされるように示されているときでも、人々は必らずしもそれを言葉通り受け取るものではないから、言葉通り受け取るのが不合理であるようなときは、それを信頼して行動した者にまで損害賠償請求権を認めることはできないのである。また単なる価値・質についての表示は意見の表示とみられる場合が多いであろうが、もしも価値の表示が事実を推断させ、また専門的調査に基礎がおかれているように推断されたときは、事実の表示として責任が生じうる（See Restatement of Torts 542, 545）。予想・予測とか予言は事実の表示ではない。しかしもしも予想がテストに基礎をおく能力ある器具の測定結果としての事実に基くときは責任が生ずることになろう。判断基準はここでもやはりその予想にたよるのが合理的か否かということである。私は米法のdeceit 訴訟成立のための一つの要件たる「事実の表示」[2]（statement of fact）

ということをここで強調した。これを日本法的に考えれば、具体的な不実表示についての違法性の有無の判断にあたって、「事実の表示」であったか否かがやはり一つのメルクマールとしての役割を果たすであろうと考えたからである。

註 (1) action for deceit によく使用される scienter という言葉はもともと「知って」という意味であるが、不実表示自体についての故意よりも、むしろ「詐害の意図」あるいは「相手方が自己の表示に信頼して行動することへの期待乃至認容」を指すことが多い。しかし不実表示者責任追求の手段として action for deceit の訴訟形式がとられ、その枠の中で長い期間種々の不実表示者の責任が取扱われてきた結果、scienter も種々の意味に使われるようになり、現在では結果を意に介さない reckless な表示行為に scienter ありとされることもある。

(2)「意見」の存在はそれ自体一つの事実であるから、「事実」と「意見」とを対比するのは不当で、「知識」(Knowledge)と「意見」(opinion)とを対比すべきであるともいえる。しかし言葉の形式に決定的な意味があるわけではない。末延三次訳・条解米国契約法—リステイトメント—四七四条、三二七頁参照。

四　虚偽の表示が存在する事実についてなされ、それが取引関係設定への本質的誘因 (material inducement) (それが唯一の誘因である必要はない) である場合に責任が生ずる (see op. cit. Dezero v. Turner et Cabot v. Christie)。言葉をかえていえば虚偽の表示は当該取引関係の本質的部分に関係しなければならず、またそれは損害の発生に対しての主原因 (proximate cause) でなければならない。(3) ある誤った表示が非常に枝葉的なものであり、取引の締結に際し考慮に入れられる要素には殆んど関係していないときは (たとえば他の取引先は皆値上げに応じてくれたとの不実表示によって、ある得意先に商品の値上げを承諾させたとき。Monsanto Chemical Works v. American Zinc, Lead & Smelting Co. Supreme Court of Missouri, 1923. 253 S.W, 1006)、被害者は、それが取引締結に決定的な影響を与えたということは許されない (表示が本質的なものか否か、それを信頼してもいいかどうかということは法律問題であり、被害者がそれを信頼して行動したか否かは事実問題である。まず客観的な materiality が定められ、そののち主観的な reliance の問題に移る。そして Green によれば、materiality は非常に弾力的なものであり、これこそが裁判官が具体的な事件においてもっとも効果的にその裁量を行使して action for deceit における責任をチェックしうる拠点であるとされている。Green; Judge and Jury (1930) pp.306, Cited from Schulman and James, op. cit. p. 945)

相手方のなした表示を信頼したことが必要である。もしも不実表示を受けた者がその表示を虚偽であるとおもい、

それに信頼を置かずに自から調査をなし、そのようにして得た資料に基づき行動したとするならば、それは不実表示者の表示をそのまま受け取るのをためらったことすなわち彼がそれに信頼しなかったことの証拠とみるべきであろうまた表示への信頼は当該環境のもとで正当なものでなければならない。被害者の行動は、法をして「彼の損害は彼自身の責任なり」といわせる程不合理的なものであってはならないと考えるべきである。しかしながら米国の多数判例は、合理的かつ慎重な人ならばだまされなかったであろうような場合でも被害者に対し救済を与えてきた。deceit は一種の侵害行為（aggression）であるから過失相殺的な考慮（米国の判例はMississippiを除きcontributory negligenceを問題としているが、日本法的に考えて一応過失相殺の語におきかえておく。民法七二二条参照）はなしえないというにある（Prosser: Torts 402）。そしてさらに少数の裁判所は、事実について積極的な表示がなされた以上、たとえそれを確かめる方法が手近にある場合でも常に信頼してもいいとした（したがってたとえば不動産の買主はたとえ彼がその土地を見、そしてその大きさを判断することができる場合でも、正確性には測量を要し、目測のみでは判断できないとの根拠から、土地の売主の面積に関する主張を信頼してもいいことになる。この場合売主の面積に関する積極的な確言は非常に本質的なものであり、現実の測量に匹敵するとするのである。）。しかしこのような考え方に対しては、個人をして自己自身を守りその対立者を容易に信用してはならないというCaveat Emptor（買主をして警戒せしめよ）の原則を不実表示にもってこようという少数の立場も存在する。すなわち面と向かいあって取引している相手方によってなされた事実の主張には、それがたとえ積極的な主張であっても当事者は軽々しく信頼をおくべきではないというのである（"puffing"あるいは"seller's talk"として認識されている）。私は deceit は一種の侵害行為であるとの原則論は認めつつ、右の米国における少数説の立場は、不法行為の成立を違法性の面から絞ろうとする我国の考え方とまさしく合致するものであり妥当なものとおもう（この点は我法のもとでは過失相殺の面から処理する方策もあろうが、それより前に違法性自体の有無を問題とすべきであろう）。社会生活においてはある程度まで他人の不知や錯誤を利用することは行なわれるのであり、特に取引をなすにあたっては相手方を少しでも自己に有利なように動かそうと試みるのは自然である。その行為が取引上要求せられる信義の原則に反するものでないかぎり、その行為には

違法性が存しないのであって、不法行為として成立しないというべきであろう。単に愚者のみが一般的な正直というものを期待するのであり、相手方の表示を信頼することがあまりにも非合理なときはそれは信頼を置いた者自身の責任というべきである(see Rest. Torts, 541, Prosser: Torts, 749は「一見して明らかにおかしく、信用するのが非常識な明白な虚偽に対しては信頼をおくべきではなく、もし信頼をおいたとすれば、真実の発見に対し彼は自から目を閉じたものというべきである」とする。したがって事実が特に表示者の知識にのみ存し、真実性を確かめるのが非常に不便か困難であるときは、あるいはまた相手方の調査を妨げるような試みがなされたときは、その相手方には調査をなす必要は存しない。Seeger v. Odell, Supreme Court of California, 1941. 18 Cal. 2d 409, 115 p. 2d 977, 136 A. L. R. 1291)。

註 (3) 詐害行為の目的が第三者の行為の介入によって達成されたとしても、依然としてproximate cause-とみなされることがある。たとえば Nyulassie v. Mozer, Supreme Court of California, Appellate Department, Los Angels County, 1948においては、家主Dが借家人Pに借家を明渡させる手段として、Office of Price Administrationより息子の若夫婦が入るとの条件で立退要求許可書 (certificate of eviction) を取得し、それによりPを立退かしたが、実際にはより高い賃料で他の者に賃貸したことが判明したので、Pは立退きの結果蒙った損害の賠償を請求した事件において、裁判所は「詐害行為追行の必要的手段としてまずO・P・Aの許可書をうるためにO・P・Aをあざむくという行為が入ったとしても、事情を変えるものではない」とした。

五　当事者は契約条項に述べられた事項以外には如何なる表示もなされなかったと規定することはできる。しかしもしもその契約が詐欺的な行為によって締結されたのであるならば、その契約の条項にどのような内容が挿入されているにせよ、この契約を完全無欠ということはできず、その条項の効力を認めることは公序則 (public policy) に反することとなる。これに関連しては次のような面白い事件がある。

Sharkey v. Burlingame Co. (Supreme Court of Oregon, 1929) (131 Or. 185, 292 p. 546)

土地売買業者Dの代理権を有する使用人Xは、Dの土地を実際の価値より高い値でPに分割払いの条件で売込んだが、その際XはPによる分割払いの全部済む迄にさらに高値で転売する旨を約し、同じようなケースで他にもそうした例のあることを告げてPをして契約締結へと導いた。Pはその後その転売の約束の履行を本人であるDに求めたが、Dは、代理人Xに対してはDが転売をも取

扱っている旨の表示を顧客になしてもよいとして契約をとりやすいように指示しておきながら、Pに対しては、契約書裏面にDの代理人はそれを再転売することを約束する権限は有しないと印刷してあることを理由としてそれを拒絶した。そこでPは履行する意図が現在存しないのに約束することは詐欺であるとして、詐害行為としての不実表示に基く損害賠償を求めたのが本件である。裁判所は上述の本文に述べた理由によって原告Pを勝訴せしめたのであった。

六　表示の受領者側に損害の生じたことの立証が必要である。回復できる損害は不実表示の性格から生ずるであろうと予見できた範囲にかぎられる（Mayne はたとえば売主が自からその牛が伝染性の病気にかかっているのを知りながら詐欺的に健全な牛だとして売った場合、買主が自己の有する他の牛と一緒に飼育したために全部の牛が病気となり死亡したときは、買主は損害として全部の牛の価値を回復できるとする。Mayne's Treatise on Damages 11 th ed. (1496) p. 210）。したがって、たとえば株式の売買に関して虚偽の表示がなされたときは不実表示がそのような結果の発生に関連した事実についてなされていないかぎり、市場の下落や当該株式発行会社の支払不能という事実は何ら関係なしということになる。末延博士は「英国不法行為法概況」(3)において、「法律上の因果関係論は単なる論理的推論ではなく、正義及び便宜に基いて法律上の責任の所在及び範囲を決定しようという極めて具体的な目的を持った現実論である」とされ、次のような英国諸法律家の因果関係に関する言葉を示されているすなわち「夜と昼との間には長い薄明の間がある。しかし正確な境界線を引くことは不可能としても当該の場合が何れの側に這入るかは解るのである」（ブラックバン判事）、「因果関係に関する法則は恐らく常に厳密な論理に従わずに適用されるだろう」（ライト卿）、「判例は数多あって誠に困るが、問題は寧ろ第一感の問題である」（スクラットン判事）、「民事上因果関係探究の目的は誰か責任者を定めてこれに責務を負わし損害に対する賠償を被害者に与うるにある。損害賠償請求の訴訟は現実の複雑した連続の科学的探求でもなければ、一連の出来事の歴史的調査でもない。……それは実際的探求である」と。私は上述のような考え方を発展させて我法上も不法行為が故意によるか過失によるかによって裁判所は事実上損害額の算定基準の操作を考えているのではないかとおもう。そしてこのことは、たとえば不法行為が純然たる

侵害行為とみなしうる詐欺のようなときはあるいは過失相殺を認めず、過失による不法行為には過失相殺を認めるといった方策によって実際上調整できるであろう。

ここで損害額の算定方法如何ということを契約違反の場合と比較するという方法で眺めておこう。米国の多くの判例は、損害の回復に関してあたかも契約上warrantyがなされていたときと同様に、買った財産の現実の価値と表示された通りならば存したであろう価値との差額であるとした。しかしながらこの多数判例は、不法行為に基づく損害賠償は被害者の蒙った現実の損失の補償にある点を看過す点において誤まっている。不法行為における被害者は、彼が現実に支払った金銭より彼が依然として物品に保存せしめている価値を差引いたものを回復できるにすぎないのである(Out of Pocket Rule. Reno v. Bull, Court of Appeals of New York, 1919. 226 N.Y. 546, 124 N.E. 144.におけるobiter dictum)。いま甲が乙に対して四百五十ドルの価値ありとのwarrantyのもとに三百ドルで動産を売ったが実際には二百ドルの価値しかなかったとしよう。乙はあきらかにwarrantyに基づく契約違反によってwaarrntyが履行されれば存したであろう価値四百五十ドルと実際の価値との差額二百五十ドルを請求できる。しかしこのwarrantyを契約締結前のやりとりの段階における不法行為としての不実表示におきかえて考えるならば、彼が支払った金額三百ドルと実際の価値二百ドルの差額のみ乙は回復できるということになる。たとえ不実表示がなかったら乙は買わなかったであろうという場合でも、その不実表示によって乙から現実に失われた金額は百ドルであって決して二百五十ドルではない。言葉をかえていうならば、不法行為に基く損害賠償にあっては、予定利益の損失は回復できず、現実の金銭的損失にかぎられるということになる。この区別をはっきりと認識しないために多くの米国の裁判所はaction for deceitの場合にあっても、甲は二百五十ドルについて責任ありとしているのである(McCormick; Damages, 121 (1935), Clark; Summary of American Law (1960) p.37. ニューヨーク州はReno v. Bull (1919) op.cit.以後は異なる。英法については小林規威「英法における不法行為および契約違反の損害賠償」綜合法学五巻一二号四五頁以下参照。なお伊沢孝平・保険法二五〇頁参照)。

次にすでにみてきた理論を整然と述べた説得力に富むニューヨーク州の一判例を掲げておこう。

Hotaling v. A.B. Leach & Co.(Court of New York, 1928. 247 N.Y. (84, 159 N.E. 870, 57 A.L.R. 1136)

〔事実〕　PはD証券会社に趣き適当な投資対象を求めたところ、Dはたまたま自己が全額引受けていたX会社の社債が最も確実でありX会社には充分な担保財産もあって業績もいいから少々の経済界の変動にも絶対に動じないとして、PにX会社の社債をすすめた。そこでPはその社債を買入れ貯蓄対象として持ち続けたが、二年後やや不況になったのにともなってX会社は倒産Pは損害を受けた。この不況は決して大きなものではなく、X会社がもしもDが表示したような健全な会社であれば、到底その位の不況で倒産を導くようなものではなかった。そこでPはDの不実表示によって損害を蒙ったとして、社債の買入金額九百八十ドルから現在の価値五ドル八四セントと既に受領してきた利息を差引いた金額を損害としてDに対し請求した。原告P勝訴。

〔判決理由〕　(1)　Pは投資を導いた詐害行為の主たる結果としての損害を回復できる。Dはdeceitに関連しない後発的な事件によって生じた損害については責任がない。

(2)　通常動産の購入を導いたdeceitのためにもたされた損害というものは、支払った金額とその物品の価値との差額である。一般原則は不法行為の直接的結果としてもたらされた現実の金銭的損害が損害の算定基準といえる。

(3)　本件ではdeceitにより投機としてでなく投資のために社債を買ったのであり、したがって彼がもっと早くそこで売ったかもしれない市場の存在は、彼がもっと早くその社債を処分すべきであったという事情がない以上、最初のdeceitと究極的損害との間の原因結果との連関をたつものではない。PはDの不実表示によって投資の対象として社債を持ち続けたのであり、したがってそれによって生じた損害を回復することができる。裁判所は結果的損害の回復を認める。

(4)　当事者は詐害行為からはっきりと区別できる中間的原因によって損害が生じたときは、その部分については回復できない。

(5)　Dの詐害行為を主原因として生じた損害は、彼が支払った金額と彼がその用途にしたがって処分して得た金額との差額である

(6)　本件ではDはX会社の全発行社債を引受け、健全な対象としてすすめて他の者に売ったのであり、その流通は投資家をしてその社債のバックとなっている担保は実際よりずっと大きいものと信ぜしめるものであった。そしてPはその社債を投資対象として買ったのであり、彼は安全感を抱かなければそれを買わなかったであろうとおもわれる。言葉をかえていえばPはDの表示に非常な信頼を置いていたということである。

(7)　真の損害算定基準は、不法行為の直接的結果として生じた現実の金銭的損害の補償にあるべきである。

(8) 本件ではDの不実表示はPによって継続的に信頼されていた。そしてまたもし社債が表示された通りのものであったとするならば、経済界の不況にもその発行会社は押し流されるようなことはなかったであろう。したがってDの不実表示はPの損害の主原因であったということができる。

三　当事者間に法的関係の存しない場合

不実表示者が経済的取引に入ろうとする相手方に対し故意に不実表示をなし、相手方がそれにたよった結果取引関係を設定し損害を蒙ったときは、そこに不実表示者の詐害意図（相手方が自己のなす不実表示に信頼して行動するであろうとの期待乃至認容）を推定できるかもしれない（本稿二四二参照）。しかし当事者間に経済的利害のからまった取引関係がないときは詐害意図を推定するのは危険である。虚偽の表示をなす者が取引関係の当事者でなく、その表示を信頼して被害を受ける者の行為によって何ら利益が考えられないときは、不実表示者に責任を負わすためには、通常表示者が真実を告げていないことを自ら知れることのみならず、多くの場合相手方が自己のなす不実表示に信頼して行動するであろうとの期待ないしその認容という詐害意図の存在の立証がなされなければならないであろう。契約当事者間の保証（warranty）の理論はむろん不法行為訴訟に持ってくることはできない。しかしかりにもってくることができたとしても（米国における一部の判例理論）、無償の約束（gratuitous promise）が拘束力を有しないとされる米法の下では、表示が完全に無代償で与えられたといわれないためには（したがって拘束力がありというためには）、通常不実表示者は当該取引について経済的利益を持っていなければならないものとされ、その取引から直接・間接に何らかの利益を期待していなければならないとされてきたのである。したがってこれを裏がえせば、不実表示者に何らの利益が考えられないときは、詐害意図が証明されないかぎり原則として表示者に責任なしということになる(4)。

(Smith v. Badalm, Supreme Court of Vermont, 1941. 112 Vt. 143, 22 A.2d 161.
(Rosenberg v. Cyrowski, Supreme Court of Michigan, 1924. 227 Mich. 508, 198 N.W. 905)

ところで右の考察は、一応不実表示の点についての認識すなわち故意を前提とした上で詐害意図の要件を問題とし

たのであるが、このことはもとより不実表示が故意・過失によりなされ、表示がそれ自体として違法性を帯びる場合の不法行為責任を否定しようというものではない。唯当事者間に何らの法的関係が存しないときは、多くの場合詐害意図が証明されないかぎり不実表示に違法性ありと認めることが困難であろうとの予測に基く（それはまた表示に信頼することの合理性にも関連する）。したがって自己の表示に対して相手方が信頼を置くであろう事情にある者や社会的に何人も信頼を置くであろう地位にある者については、その者が過失に基いて不実表示をなした場合についても違法性が比較的容易に認められることになり責任を負わすべき場合が生じうる。米国においては action for deceit の訴訟形式にとらわれるかぎり scienter を必要とすることになるが、以下の判例にみるごとく米国の裁判所はもはや形式を捨て正面から過失責任をとりあげるようにもなっている。Reno v. Bull (New York State Supra, (1919)) 事件においては裁判所はaction for deceitの訴訟方式にとらわれた結果、株式会社の取締役が株式発行に関する目論見書に内容的に虚偽の表示があったにもかかわらず相当の注意を払わず署名した場合において、株式取得者に対する scienter がないから責任を負わずとしたのであったが（英国における同一結論）Derry v. Peek (1889) 14 A.C. 337 (classic case)、これが我商法二六六条ノ三に必敵する規定の必要性を認識させたのでもあった（See, Federal Securities Act of 19933 as amended C 15 U.S.C.A. ss. 77a et seq.）。取締役の第三者に対する責任に関する規定は実に米法におけるaction for deceit 方式厳守時代の反骨的遺物でもある。このような訴訟方式の伝統を有しない我法の下では商法二六六条ノ三は当然の事理を明確にしたにすぎないと考えるべきであろう。

Glanzer v. Shepard (Court of Appeals of New York, 1922, 233 N.Y. 236, 135 N.E. 275, 23 A.L.R. 1425)

〔事実〕 XはPと豆の売買契約を結んだが、公認計量士の計量にしたがって代価を支払うこととし、Xは公認計量士なるDに計量を依頼した。PはDの計量を信頼してXに支払いをなしたが、後になってDの示した計量表示が実際より多かったことが判明した。そこでPがDに対しその損害の賠償を請求したのが本件である。計量の不正確は単にDの過失によるものであった。原告P勝訴

〔判決理由〕　Dは社会大衆の面前に自から有能な計量士であるとして現われている以上、その計量表示によって規制される行為に入るあらゆる者のために注意深く計量をなすという義務の存在が推定しうる。……そしてDはその義務に違反した。

右の判決は、表示により第三者がそれを基礎として行為をなすであろうとの知識をもって表示行為がなされるときは表示者は合理的な注意をはらう義務がある（したがってその表示の用途が知れるときは、義務負担の領域が拡大される）とするもので、この義務は法によって課せられるものであるとするのである。しかし右の判決によって述べられた一般理論は同じニューヨーク州裁判所においてまもなくくつがえされ、過失によって虚偽の証明や報告をなし、それに対し彼とは全く関係のない第三者が信頼をおいたとしても、証明や報告を過失により誤って伝えたことにつき表示者は責任を負わないとされた。

Ultramares Corp. v. Touche, Niven & Co.（Court of Appeals of New York, 1931, 255 N.Y. 170, 170, 174 N.E. 441 74 A.L.R. 1139）

〔事実〕　X会社は公認会計士Dをして決算報告を作成せしめたが、X会社の二重帳簿の存在は公認会計士としての通常の能力によれば容易に発見でき、しかも経営状態がきわめて悪いのにもかかわらず、Dは過失により事実に反してX会社の経理状態は非常に健全なものとして表示し、その数通に各々署名した。その際Dはその決算報告書が融資者に示されるであろうことを察していたが、彼の署名した報告書がどのような融資者に示されるのかは知らなかった。PはX会社への融資を考えていたが、その決算報告書によって勇気づけられて融資に踏切り、その決果損害を蒙った。この事件は本稿二(二)四においてふれたCaveat Emptorの原則ないし表示への信頼は合理的なものでなければならないとの点からもあるいはチェックが可能かともおもわれるが、裁判所は、Pが前述のGlanzer事件の判例理論によってDに対し責任追求をなしたのに対し、次のように判示してその請求を棄却した。

〔判決理由〕　(1)　公認会計士に依頼していない者は、公認会計士に依頼関係にある者と同一の地位にあるということはできない

(2)　Dを単なる過失のために第三者に対しても責任ありとなすことは、Dをして不特定の人達に不特定の期間、不特定の金額について責任にさらさせることになる。そしてまた本件公認会計士Dの責任を認めるならば、一般公衆に対してなされることを知って社債の有効なることを証言した弁護士は、法律や判例をみおとしていてその判断が誤っていたときは、あらゆる投資者に対して責任を負うことにもなるであろう。(3)　過失に基づく言葉は、それに基いて行為がなされることを知って公共的職業・契約関係等より生ずる何らかの義務関係にある者が相手方に対して直接に（この点をあげて裁判所はさきのGlanzer Caseと本件が異なることを強調した）話されたときにのみ責任を生ずる。そ

して他方公認会計士はその者を雇おうとする如何なる者に対してもサービスがなされるという意味で公共的であるにすぎない、と（これはCardozo首席判事の意見であるが、Yale Law Schoolの。セミナーにおいてHarper教授もその理由づけに賛成ではなかった）。

右の二つの判決が、その理由づけはともかくとして個々のケースにおいて妥当な結論を導いていることには異論がなかろう。問題はその調和策あるいは表示者の責任を劃する方法如何である。自己の表示を信頼するであろうと合理的に考えられる者に対し責任を負うこととして、表示者の側から眺めて責任を負う相手方を定める方法もあろうが、不実表示が故意によるにしろ過失によるものにせよともかく一つの侵害行為であることから考えて、私は表示を受ける者が自己に対して表示が向けられたと考えるにつき正当であるかぎり、表示者はその者に対して責に任ずるとして表示の受領者側から範囲を劃するのがよりよい方法ではないかと考える。そして表示者は第三者を通じて当該表示を受けた者に対しても、その第三者がそれを伝達するにつき現実且つ明白な権限をもっているかぎりやはり責に任ずと考えるべきだろう。

註(4)　Mayneは、次のように述べている。すなわち「ある不実表示が第三者をある特定方向に行動させるべくなされた場合において、第三者が全く違った方向に行動したとすれば、表示者はもはや責任を負わない。たとえば、会社設立の目的で株式の引受人を募るべく目論見書が発行され、詐欺的不実表示乃至事実の省略が含まれている場合、それによって欺罔され最初の株主となった者はその目論見書発行者に対して損害賠償請求権を有するが、その目論見書を見て会社の将来性を高く評価し、株式市場において当該会社の株式を取得した結果損害を蒙った者は、目論見書発行者に対して損害の請求をなしえないこととなる。この場合株式の割当が終了すると同時に目論見書の機能は一応消滅してしまったと考えられるのである。言葉をかえていえば、目論見書発行者は目論見書発行によって公衆に対しある行為（引受行為）をなすことを誘ったのであるが、一方現実に不服を述べている者は全く他の行為をなしたのである（もっとも会社設立のための目論見書作成の目的が株式引受人の出現の追求に限定されるということは事実上の推定に基づいているにすぎず、法律上のものではないから、事情によってくつがえされることもあろう）」と（Mayne's Treatise on Damages 11th ed.（1946）p.114～5）。この考え方も結局は当事者間に法的関係の存しないときは、詐害意図（scienter）の要件が厳格に考えられなければな

らないことを裏付けるものとおもう。

三　むすびにかえて

本稿の目的は、不実表示者の責任を不法行為の面から眺めることであった。しかしここで結びにかえて民法九十六条を中心として日本民法の不実表示に対する態度を概観しておこう。日本民法では契約に関する合意の効力如何に関しても、一般原則としての法律行為たる意思表示の効力如何の問題として意思表示それ自体をとらえるから、取引関係設定に関し不実な表示をなした相手方の責任というものは少くとも正面からはとりあげられていない。しかも欺罔の意思なくして善意で（過失の有無にも関係なく）不実の表示がなされたときは九十六条はもはや適用しえず、あるいは九十五条にかからしめることが可能かもしれないが、九十五条は法律行為の要素に錯誤があったときとしており、動機に錯誤があつた場合には九十五条で実際上救済できない場合が多く、せいぜい「表示された動機は意思表示の内容となり錯誤の影響を受ける。換言すれば動機が表示され相手方がこれを知っているときは、その範囲内における錯誤は法律行為の内容の錯誤となる」と解されるにすぎないのである。これは内田力蔵教授も指摘されておられるように、日本民法が英米法と異り不実表示と欺罔の意思というものを段階的に考えず、詐欺・欺罔行為という一個の観念で律しようとしたところに原因があることは明かであり、表示行為としての不実表示それ自体の責任というものを軽視しているともいえるとおもう。詐欺の成立には不実表示をなすについての故意と欺罔意思という二段の故意を必要とする。民法九十六条のように詐欺による意思表示のみ取消すことができると限定するときは、相手方の過失によって（あるいは無過失で）不実表示がなされたときは相手方に欺罔意思が存しないから意思表示は取消しえないこととなるのであるが、善意の第三者はその第三項で保護されている以上（この点は米法も同じである）意思尊重主義を徹底しようというのなら（そして詐欺によつて意思表示がなされたときは意思に瑕疵ありというのなら）

相手方の欺罔意思の有無によって区別すること自体がおかしいことになるのである（内田力蔵教授は「英法における善意不実表示」の研究において、意思表示取消事由としての詐欺は何故に不法行為の構成要件を満足する詐欺たるを要するやのローマ法以来疑われざる前提の検討を必要とすると述べておられる。法協五三巻五号八八六頁。なお内田教授は右論文において、広く英法における不実表示一般をとりあげられ、それを主として法律行為の効力に与える影響を中心として詳細に研究紹介されているが、随所にうかがわれる教授の我法に対する鋭い反省は、その具体的内容とともにきわめて示唆に富む。法協五三巻五～七号所収）。もっとも不実表示が詐欺達成の手段とみられる程強力に意思表示者に影響を与えたときにのみ法律上取消さなければならない程意思に瑕疵があったのだと説明されるのかもしれないが、それは何も詐欺行為に限定しなくとも、不実表示への信頼が当該環境の下で合理的なものでなければならない（本稿二〔一四〕と同じ精神）と要件づけることによってさらに弾力的なものとなろう。また一方九十五条の錯誤による無効の主張を動機の錯誤の場合に適用しようという一派の解釈論の立場が（舟橋教授・民法総則一〇七頁以下、詳しくは谷田貝教授「錯誤と動機」民法演習Ⅰ（総則）問題十一、一三四～八頁参照）、九十六条の不都合を救いうるものとしても、それでは欺罔意思のない不実表示に誘導されて意思表示がなされたときは意思表示は無効ということになって詐欺の場合と均衡を失するし（もちろんこの点は九十五条、九十六条を択一的に主張できるとの解釈によってある程度救えるが）、善意の第三者の保護を考えていない九十五条を適用するのは危険でもある。不実表示自体に関する問題を詐欺にすりかえてしまった印象を与える民法九十六条は、我国の不法行為の分野においてもあたかも詐欺のみが不法行為であるかのような錯覚を与える原因を作り、不実表示自体に基づく不法行為責任追求の努力を事実上抑えてきたのではあるまいか。たとえば契約締結以前の口頭による交渉段階でのやりとりにおける表示を現実的に問題とする英米法における不実表示に関する理論は、契約の効力にそれをしぼってみてもずっと幅広い救済を与えるのであり、倫理的色彩の強い法の分野に属するといえるのである（不実表示の善意・悪意にかかわりなく・不実表示者側に何らかの負担を課める）。我法の下においても欺罔の意思に関係なく不実表示それ自体に関する責任追求の努力はなされるべきであり、たとえば善意有過失の不実表示によってなされた法律行為はたとえ現行法上取消しえないとしても、金銭賠償で救済が可能な場合が多いのであるから、詐欺でない別個の不実表示責任として、本稿二で眺めたコス

モスの中で不法行為責任の追求が可能と考える。そしてその損害賠償法理は講学上は不法行為の一場面として取扱われるであろうが、それは我々が観念するような民法上の不法行為といった観念よりも、むしろ一般に表示行為そのものに固有の責任として扱ってもよいとおもわれ、英米法のEstoppel、新たな無過失責任的なWarranty（これは従来の契約法上のwarrantyではなく、例えば商品の生産者と末端の消費者との間に適用されるものであり、生産者の社会的・倫理的責任を全面に強く打ち出そうとしている。しかし歴史的には、もともとwarrantyは不法行為責任の分野から契約法の分野にとり入れられたものであったから、社会的責任の衣を着せられて再び本来の姿に戻ろうとしているともいえよう。日本法への適用の可能性については本誌十三巻五号に発表予定）との綜合的理論構成が可能ならば、契約法と不法行為法の両者にまたがる表示行為法というものが確立できるのではないかと考えるのである。

（一九六二・一二）