

強迫と心裡留保

村田, 彰

(出版者 / Publisher)

法学志林協会

(雑誌名 / Journal or Publication Title)

法学志林 / 法学志林

(巻 / Volume)

98

(号 / Number)

2

(開始ページ / Start Page)

243

(終了ページ / End Page)

276

(発行年 / Year)

2001-02-28

(URL)

<https://doi.org/10.15002/00003546>

強迫と心裡留保

村 田 彰

一 問題の所在
二 ドイツ法

三 日本法
四 私見

一 問題の所在

日本民法は、「法律行為」(Rechtsgeschäft)、「意思表示」(Willenserklärung) という概念をドイツ普通法学から継受したのみならず、ドイツ普通法学下で支配した「意思教説」(Willensdogma) —— 「法律行為が法的効果を生ぜしめることを可能ならしめる決定的根拠は、表示によって外部化されたところの・そのような法的効果を欲するという意欲 *Wollen* にはかならない」¹⁾との法理——をも継受し、それに基づいて、意思表示成立の心理的過程に瑕疵ある

強迫と心裡留保 (村田)

ケースを「意思ノ欠缺」と「瑕疵アル意思表示」とに峻別する二元的構成を採っている（日本民法一〇一条一項・一二〇条二項参照——以下、条数のみを示す）。すなわち、意思の欠缺の場合には、表示に対応する意思が「欠缺」しているのだから、法律行為は「無」に等しい意味での「無効」（法律上当然に効力を生ぜず、なんびとからなんびとに対してでも、且つ、いかなる期間制限にも服さずに、主張されえ、しかも、追認によって遡及的に治癒されることもない当然・絶対且つ確定の「無効」とされる。これに対して、瑕疵ある意思表示の場合には、表示に対応する意思が「存在」しているから、法律行為は、一応有効に成立しているのだが、その要素たる意思表示に「瑕疵」があるにすぎないので取消しうべきもの、とされる。そうして、日本民法は、この「意思教説」的構成に基づいて、意思の欠缺に属するのが心裡留保（九三条・虚偽表示（九四条）・錯誤（九五条）、意思表示の瑕疵に属するのが詐欺・強迫による意思表示（九六条）、と構成したのである。

以上のことから、強迫を受けて意思表示をした者（被強迫者）は、その意思表示を要素とする法律行為が一応有効であることを前提とした上で、その意思表示が九六条一項所定の要件を具備していることを主張立証して、その行為を取消しうるはずである。そうして、実際、従来の殆どの学説は、強迫による意思表示に関する事例を九六条の問題として処理してきたように思われる。しかし、これと異なる法的処理のあり方を示唆する学説も僅かながら存在した。すなわち、於保教授は、強迫による意思表示が「意思と表示との不一致について表意者に自覚がある点で、錯誤又は詐欺の場合と異り、心裡留保又は虚偽表示に近い」ということを指摘し、舟橋教授もまた、強迫による意思表示の「多くは、心裡留保・虚偽表示・稀には、錯誤の實質を有するもの」と述べ、強迫による意思表示と心裡留保（ないし虚偽表示）との親近性を強調していた。しかし、強迫と心裡留保との関係を一層詳細に検討した学説は未だ見受け

られないように思われる。むしろ、従来の殆どの学説は、被強迫者の心理的狀態を十分に顧慮することもせず、「強迫による心裡留保」の下でなされた法律行為の法的効力のあり方を論じてきたように思われる。

そこで、本稿では、強迫と心裡留保との關係を再検討し、その上で、被強迫者の主観的・心理的狀態との關係が当該の法律行為の効力のあり方に差異を生じさせるべきか否か、また、もし差異を生じさせるとしたら、いかなる差異を生じさせるべきか、を考察することとする。その際、この問題を比較的活発に議論してきたのがドイツの学説であり、しかも、この問題に関するドイツの学説が日本の学説にも大きな影響を及ぼしてきたことから、まず、ドイツの学説を概観することとする。次いで、日本の学説を概観し、その上で、私見を述べることにする。

ところで、心裡留保に関しては日独両法において次のような制度上の差異が存在することに留意すべきである。すなわち、日本民法上の心裡留保（九三条）は、ドイツ民法（以下、「BGB」と略称する）にいわゆる「心裡留保」（Mental-reservation, *geheimer Vorbehalt*）（BGB 一六条）と「非真意表示」（*nicht ernstliche Erklärung*）（BGB 一八条。日本では一般に「諧謔表示」と呼称されている）とを包含するものである⁽⁴⁾、というのがそれである。そうして、BGB上の「心裡留保」と非真意表示とは、表示が表意者において真に意欲されていない、との点では共通するが、後者においては、表意者は「真意の欠缺が知られることを予期して」（BGB 一八条）いるから、表意者からすると留保が必ずしも内心に秘められていず、したがって、表意者に欺罔の意図は存しないこととなる。他方、前者においては、右の真意の欠缺が知られることの予期が表意者に存しないことから、結局、表意者は多かれ少なかれ欺罔の意図を伴っていることとなる。したがって、日本の通説によればBGBにいわゆる「心裡留保」も非真意表示も共に心裡留保規定（九三条）の適用を受けることが自明視されてきたにもかかわらず、BGBでは、「悪質な冗談」（*böser Scherz*）は

「心裡留保」規定（BGB一一六条）の適用を受けるのに対して、「軽い冗談」（guter Scherz）は「非真意表示」規定（BGB一一八条）の適用を受けることとなる。⁽⁵⁾

以上のごとく、日独両法は、心裡留保に関して制度を異にしている。そこで、以下において、BGB一一六条に規定する本来的な狭義の「心裡留保」を「心裡留保（狭義）」、「心裡留保（狭義）」と非真意表示とを包含する日本民法九三条にいわゆる「心裡留保」を「心裡留保（広義）」あるいは単に心裡留保、とそれぞれ呼称することにする。そうして、このように概念規定しておくことは、ドイツ法を参照して日本法と比較する際に必要であるのみならず、日本法の下でも「心裡留保（狭義）」と「非真意表示」とを明確に区別すべきだとする学説を参照する際にも有用である⁽⁶⁾、と思われる。

二 ドイツ法

BGB施行前のドイツでは、いわゆる「強迫による心裡留保」（erzwungene Mentalreservation）⁽⁷⁾は強迫によらない「心裡留保（狭義）」におけると同様に法的には顧慮されない、と一般に解されていた。⁽⁸⁾すなわち、意思主義を採る学説中の殆どの学説は、「強いられているとしても欲している」と説くパウルスの見解⁽⁹⁾に従って、強迫による意思表示の場合には意思と表示とが一致しているとして表示どおりに効力を持たせ、被強迫者のために対抗手段を付与しようとしたのである。⁽¹⁰⁾例えば、Savignyは、『ローマ法体系第三巻』第三章「法律関係の発生と消滅」の中の「意思表示——錯誤と強制」において、強迫⁽¹¹⁾による意思表示の場合には「選択の自由、したがって、被強迫者の意思が実在し、

意思表示……の単なるみせかけの存在でない現実の存在を、それと結びつけられたすべての法律効果とともに、ためらわずに承認しなければならぬ⁽¹²⁾」として、強迫による意思表示を有効視した上で、強迫の不道徳性に対する対抗手段として特殊な訴え・他者からの訴えに対する抗弁および原状回復請求を挙げている⁽¹³⁾。そうして、BGBは、この対抗手段として被強迫者に取消権(BGB二三条一項)を付与したのである。

以上のごとく、「強迫による心裡留保」を意思と表示との不一致(意思欠缺)として処理しないのがBGB施行前のドイツの通説であり、Savignyもまた、強迫の場合には意思と表示とが一致していると解している。しかし、他方において、Savignyは、『ローマ法体系第三卷』第三章の中の「意思表示——意思なき表示。意図的な表示」において、「意思と表示との不一致は、それが行為者と直接に接触する者にとって認識されているか認識可能である、したがって、それが行為者の単なる思惟と関わらない限りにおいてのみ承認されてよい⁽¹⁴⁾」と述べている、ということにも留意すべきである。すなわち、Savignyは、意思表示の三要素として意思自体・意思の表示および意思と表示との一致を挙げた上で、「心裡留保(狭義)」の場合には意思と表示との不一致が相手方に認識されまたは認識されうる場合に限り無効視される⁽¹⁵⁾、というのである。そうして、Savignyの影響を受けてBGB一一六条は成立し、BGB成立後は、強迫による「心裡留保(狭義)」を行為の相手方が知っている場合には同条二文を適用してその行為を無効視する学説が登場することとなる。そこで、以下では、この問題に対するBGB施行後の学説を同一一六条二文適用説と同一二三条適用説とに大別して概観することとする。

1 BGB 一一六条二文適用説

この学説は、表意者が強迫を受けて「心裡留保（狭義）」による表示をなした場合に、BGB 一一六条一文により有効となるが、同一二三条により取消可能、ただし、相手方が表意者の「心裡留保（狭義）」を知っている場合には同一一六条二文により無効、と解する。そうして、この学説は、BGBの施行後それほど経過していない時期に登場した学説において比較的多く見ることができる。⁽¹⁸⁾そこで、この立場を採るその当時の学説を見ると、取消が有効な行為を前提とする以上無効な行為は論理的に取消されえない、あるいは、瑕疵の強い方は瑕疵の弱い方を吸収する、というのがこの学説の論拠である。⁽¹⁹⁾このことから、意思欠缺を理由とする無効は強迫を理由とする取消に優先する、ということになる。

近時、この立場を採る学説は、Dlicher、Heinrichs、Flume、Kramer、Hefermehl および Jaernig 等々である。⁽²⁰⁾例えば、Hefermehl は、「一一六条二文は、表意者が社会的または道徳的な強制を受けた場合に、表示の相手方が表意者にかかる強制状態を奇貨として利用することを妨げる規定である⁽²¹⁾」、と述べる。また、Dlicher は、被強迫者の「心裡留保（狭義）」が表示受領者に知られなかった場合には一一六条一文によって有効であるが二三条によって取消可能、被強迫者の「心裡留保（狭義）」が表示受領者に知られた場合には一一六条二文によって無効となる、と主張し、そうして、「特に取消権の期間制限を考えると、無効視することが原則として表意者の一層の保護になる⁽²²⁾」、と述べて、後述するBGB 二三条適用説を批判する。

以上、BGB 一一六条二文と同一二三条とが競合する場合において同一一六条二文の適用を優先する学説を概観し

だが、この学説の論拠は、無効な行為は取消されえない、とか、表意者の受ける強迫状態を行為の相手方に利用させることは妥当でない、とか、取消よりも無効の方が表意者は保護される、ということにある。そうして、Jauernigによれば、今日、この学説は支配的学説であるとされる。⁽²³⁾

2 BGB一三三條適用説

この学説は、「強迫による心裡留保」の事例について強迫に関するBGB一三三條を適用する。

まず、Kohlerは次のように主張する。すなわち、「心裡留保（狭義）」を禁止する倫理的内容は「汝は他者を欺罔すべきでない」（Du sollst den Andern nicht täuschen）ということであるが、強迫を受けた場合には欺罔は防衛として許される。すなわち、欺罔は、自己決定の聖域に他者が入り込んだことに対する正当なりアクションであり、純粹な緊急避難であり、暴力による緊急避難と同様に倫理的に許される。したがって、強迫によって「心裡留保（狭義）」に基づく意思表示をなした場合、その行為は無効とならないが、強迫の問題として処理される、というのである。⁽²⁴⁾このように、Kohlerは「強迫による心裡留保」に対してBGB一三三條を適用するのだが、Kohlerがここで問題にしている「心裡留保」は、欺罔の意図を伴っている「心裡留保（狭義）」であることに留意すべきである。

次に、Oertmannは、強迫により「心裡留保（狭義）」に基づく意思表示をなした場合にこれを不道徳なものではないとしてかかる表示を有効視するKohlerの右の学説がBGB一二六條一文の文言に沿ったものであるとしつつも、強迫による「心裡留保（狭義）」の効果をBGB一三三條によって取消可能と構成する理由をKohlerが十分に示していないとする。そこで、Oertmannは、強迫による「心裡留保（狭義）」の効果を取消とすれば強迫の要件を立証し

さえすればよいが、無効とすると更に「心裡留保（狭義）」を立証しなければならぬ、という立証の観点から、強迫による「心裡留保（狭義）」について同一二三条を適用すべきことを主張する。⁽²⁵⁾

次に、Hölderは、被強迫者が「心裡留保（狭義）」により強迫者に対して意思表示をした場合、一般の見解によれば、強迫された表示であるとの強迫者の認識が「心裡留保（狭義）」であるとの認識を含んでいるので、BGB一一六条二文により無効となるはずだが、強迫による場合については、BGBが別に一二三条を用意しているのだから、同一一六条二文ではなくして強迫に関する同一二三条によって処理すべきである、と主張する。⁽²⁶⁾更に、Nielandは、強迫による「心裡留保（狭義）」の場合に被強迫者に取消権のみを付与することにするなら、同一二三条に従って被強迫者はその意思表示を有効にさせるか否かを選択することができる、と述べる。⁽²⁷⁾そうして、Hartもまた、かかる場合に同一二三条を適用してその意思表示を有効にさせるか否かを被強迫者に選択させるべきだとし、また、強迫者が自己の強迫を認識しているからといって表意者の「心裡留保（狭義）」を知っていることにはならず、そうでないとするとその意思表示を無効にするか否かの選択を強迫者に委ねることになってしまう、と述べる。⁽²⁸⁾

以上の学説のいずれもが欺罔の意図を伴った「心裡留保（狭義）」（BGB一一六条）を問題にしているのに対して、欺罔の意図を伴っていない心裡留保をも問題とするのはHeuleである。そこで、最後に、Heuleの学説を少しく詳細に見ることとする。

Heuleによれば、意思と表示の一致を要求する意思主義が意思表示の有効要件として挙げているのは、①行為意思（Betätigungswille）、②表示の意義（意味および内容）を欲する意思、③法律効果を欲する意思（効果意思）の三要件であるとされる。まず、行為意思は、身体的行為そのものに対する意思であり、これなしにはそもそも法律の意味する

意思表示とならないのだから、当然に必要なものとされる。次に、表示の意義を欲する意思は、意思の発表を欲する意思であり、意思の発表を欲する意思が行為の結果すなわち表意者の行為の効果を欲する意思であるから、効果意思 (Erfolgswille) であり、表示意思 (Erklärungswille) と呼ばれるのが最も相応しい、とされる。そうして、この意思は Henle においても必要なものとされている。最後に、意思表示は意思の表示であって法律効果に対する表意者の心理作用を発表するものである、と解する学説 (Henle はこの学説を Offenbarungstheorie と呼称する) によれば、この関係が効果意思と解されるので、法律効果を欲する意思 (効果意思) は、表意者の現実の意思でなくして外部に表示された意思すなわち表示上の効果意思 (erkläter Wille) と一般に呼ばれているものである。そうして、意思と表示との一致を要求する意思主義からは、効果意思は当然に必要なものとされる。しかし、Henle によれば、意思表示とは、意思の表示でも法律効果に対する表意者の心理作用を発表するものでもなくして、法律効果を惹起する処分的表示であると解される (Dispositionstheorie)。したがって、Henle によれば、効果意思は不要なものとされることとなる。そうして、Henle は、以上のことを前提として、BGB 一六六条にいわゆる「心裡留保 (狭義)」を次のように説明する。

まず、BGB 一六六条一文は、Henle によれば、表意者が法律効果を惹起することに向けて表示しているが、法律効果を欲せず、しかも、欲しないことを内心に留保している、という場合「本来の心裡留保」⁽³⁰⁾ „eigentliche Mentalreservation“、本稿にいわゆる「心裡留保 (狭義)」にのみ適用される規定である。そうして、「心裡留保 (狭義)」(本来の心裡留保) の無顧慮は、意思と表示の一致を要求する意思主義からは法律によって規定されなければならない例外として位置づけられることとなるが、Henle によれば、前述のごとく効果意思が意思表示の有効要件から除外されているので、

例外でなくして自明なことであるとされる。⁽³²⁾

次に、BGB一一六条二文の規定は、同条一文を例外規定と解する立場（意思主義）からは基本原則（意思教説）に立ち帰った規定であると解されることになるが、⁽³³⁾ Henleによれば、Offenbarungstheorieに刻印された意思主義が支配的であった「過去の遺物」⁽³⁴⁾にすぎないとされる。そうして、その理由として、Henleは、表示受領者が表意者の悪質な冗談を知って表意者の態度を笑うかその態度に憤慨した場合、表意者において同条二文に従って言質をとらないですむことができる、⁽³⁵⁾ ということを挙げる。このことから、Henleは、同条二文の適用範囲を本来の心裡留保（心裡留保（狭義））の場合に限るべきだ、と主張する。⁽³⁶⁾

以上のとおり、Henleによれば、BGB一一六条の適用を受けるのは、本来の心裡留保の場合に限られる。そうして、相手方に知られた本来の心裡留保は強迫に際しても生じうるとする。しかし、そもそも本来の心裡留保が生じる事例は稀であり、相手方が本来の心裡留保を知っているという事例は更に稀であり、また、この二つの事例が稀でないとしても、本来の心裡留保の場合には表意者が表示した旨を欲していないということを内心に留保している以上、強迫と本来の心裡留保とが必然的に同時に生じることはない、と述べる。

のみならず、Henleは、表意者が表示したことを欲せず、しかも、欲していないことを内心に留保もしていない、という場合があるとし、かかる場合を「本来でない心裡留保」(uneigentliche Mentalreservation⁽³⁷⁾)と呼称する。そして、「強迫された心裡留保」(erzwungene Mentalreservation)は、本来の心裡留保の問題としてこれまで議論されてきたが、Henleによれば、本来でない心裡留保の一事例であるとされる。そこで、次に、強迫と本来でない心裡留保との関係に関するHenleの見解を見ることとする。

前述したように、Henleによれば、表意者は、法律効果を欲していないが、欲していないことが表意者の内心に留保されるまでには至らない場合があり、その一事例として強迫の場合があるとされる。⁽³⁸⁾ すなわち、強迫を受けた表意者は、法律効果を欲しているのではなくしてその法律効果に消極的であるか少なくともどうでもよいと思っ⁽³⁹⁾ている、というのである。そうして、Henleは、欺罔の意図を伴った本来の心裡留保ですらBGB一一六条一文によって無効とならない以上、強迫された心裡留保を含む本来でない心裡留保の場合には、「意思表示は、表意者が表示したことを欲しないことよ⁽⁴⁰⁾って無効となることはな⁽⁴¹⁾ら⁽⁴²⁾」(„Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende das Erklärte nicht will.“)として、同条一文が当然に類推適用される、と主張する。

次に、本来でない心裡留保とBGB一一六条二文との関係についてのHenleの主張は次のとおりである。すなわち、前述したように、同条二文は、Henleによれば、本来の心裡留保の場合に限り適用される。そこで、問題は、本来でない心裡留保が同条二文の類推適用を受けるかである。そうして、この問題に対して、Offenbarungstheorieにおいては、表示したことを欲している、すなわち、法律効果を欲している、ということが要求されているので、表意者が表示したことを単に欲していない本来でない心裡留保の場合においても、相手方がこのことを知っているときには同条二文が類推適用されることとなり、その結果、同条二文と同一二三条との抵触の問題は不可避である、とされる。しかし、Henleによれば、意思表示が法律効果を惹起する処分的表示と解されるので、BGB一一六条一文は適切な規定であるが、同一一六条二文は、意思ドグマの影響下にあったという歴史的事情からのみ説明されうる例外的規定であるから、本来でない心裡留保には類推適用されるべきでない、と主張される。

以上のことから、Henleの主張は次のとおりとなる。すなわち、BGB一一三条に規定する強迫と同一一六条二文

に規定する本来の心裡留保とが同時に生じることがあり、この場合には無効を惹起する。しかし、このことは偶然であつて必然的でない。これに対して、強迫を受けた表意者が強迫者自身または悪意の第三者に対して意思表示をなした場合には、強迫と本来でない心裡留保とが同時に生じることが必然的である。しかも、この場合、表示は、無効とならないで、善意の第三者に対してなされた場合におけると同じく、強迫を理由として一二三条により取消されうる、⁽⁴²⁾ といふのである。

以上、強迫による心裡留保について同一一二三条を適用すべきだとする学説を概観した。そうして、この学説は、その論拠として、強迫を受けた場合の欺罔は許されて強迫の問題として処理される、とか、強迫による「心裡留保（狭義）」の効果を取消とすれば強迫の要件を立証しさえすればよいが、無効とすると更に「心裡留保（狭義）」を立証しなければならぬ、とか、強迫による「心裡留保（狭義）」の場合には法律が用意している規定（同一一二三条）を適用すべきである、ということを挙げる。ただし、Henle は、「心裡留保」を二つの類型に分けた上で、強迫と本来の「心裡留保（狭義）」との関係が偶然であるのに対して、強迫と本来でない心裡留保との関係は必然であるとし、そうして、後者の場合には、同一一六条一文と同一一二三条とが競合するが、表意者は強迫を理由としてその法律行為を取消しうる、と主張する。

三 日本法

次に、強迫による心裡留保の法的効力のあり方に関する日本の学説を見ることとする。その際、ドイツでは、「心

裡留保（狭義）が悪意の相手方との関係においてのみ無効となり（BGB一一六条二文）、非真意表示が常に無効となるのに対して（同一八条——ただし、表意者は、同一二二条により善意・無過失の者に対して信頼利益の賠償義務を負う）、日本では、「心裡留保（狭義）」と非真意表示とを包括する意味での「心裡留保（広義）」が一括して規定され（九三条本文）、しかも、「相手方カ表意者ノ真意ヲ知り又ハ知ルコトヲ得ヘカリシトキハ其意思表示ハ無効トス」（同条但書）と規定されていることから、「心裡留保（広義）」は、「心裡留保（狭義）」たと非真意表示たとを問わず、悪意のみならず有過失の相手方との関係においても無効となる、ということに留意すべきである。

1 九三条但書適用説

この学説は、ドイツにおけるBGB一一六条二文適用説に相当する。

まず、法典調査会起草委員の一人である梅博士は、強盗の場合には、「被害者ニ讓渡ノ意思ナキコトヲ前提トスルカ故ニ（然ラスンハ恐喝取財ト爲ルヘキモノトス）其意思表示ハ無効ナリ而シテ強盗ハ被害者ニ讓渡ノ意思ナキコトヲ知り得ヘキモノト視ルヘキカ故ニ第九十三条但書ノ規定ニ依リ同条本文ノ適用ナキモノトス」、と述べて、「意思ノ欠缺」を理由として九三条但書を適用する。⁽⁴⁴⁾ そうして、岩田博士もまた、「強盗を免れる爲に爲す『心にもなき意思表示』（vis compulsiva）は強迫に因る意思表示か否か疑ひがある。例へば、強盗に金を與へる行爲の如きである。此の場合に於いては金を與へる意思なくして外見上の行爲を爲すのであるからして、意思決定に基いて贈與を爲す場合とは區別しなければならぬ。故に此の場合は強迫に因る意思表示ではなく、其の表見上の意思表示は心裡留保の規定（九三）に従つて無効である」、⁽⁴⁵⁾と主張する。このように、この学説は、表意者が意思決定の自由を全く奪われた状態

で「意思表示」をなした場合において、その「意思表示」を要素とする法律行為を九三条但書に従つて無効視する。

次に、法典調査会起草委員を補助した松波・二保・仁井田の三氏の手による『帝国民法正解第壹巻』は、「表意者カ強迫ヲ受クルニ當リ一時害惡ヲ避ケンカ爲メ詐リテ其眞意ニ非サル意思表示ヲ爲シタルトキハ第九十二條ノ適用ヲ生スルモノニシテ本（九六）條ノ適用ヲ生スルコトナキモノナリ要スルニ本（九六）條ハ表意者カ強迫ヲ受ケタルカ爲メ實際意思表示ヲ爲スコトヲ決意シタル場合ニ於テノミ其適用ヲ生スルモノト謂フ可キナリ」⁽⁴⁶⁾（○は原文、と述べて、強迫による「心裡留保（狭義）」の場合には九三条を適用すべきだと主張する。そうして、嘉山説は、「強迫ニ因ル心裡留保（Erzwungene Mentalreservation）モ亦非眞意ノ意思表示ナルカ故ニ第九十三條ノ適用アリ従テ其本文ニ當ル場合ニハ有效ニシテ其強迫ニ因ル意思表示ナル點ニ於テ第九十六條ニ依リ取消シ得ヘキモノナリ又右ノ意思表示カ第九十三條但書ニ當ル場合ハ無効ニシテ無効ノ行爲ハ取消シ得ヘカラサルモノナレハ強迫ニ因ル意思表示ナルノ故ヲ以テ第九十六條ニ依リ之ヲ取消スコト不可能ナリ」、と述べて、ドイツにおけるBGB一一六条二文適用説と同じ論拠を示している。

ところで、強迫による心裡留保の効力に関して、穂積（重）博士が九三条但書適用説の立場からこの問題に詳しく触れているので、同博士の学説をここで少しく詳細に見ておくこととする。

まず、同博士は、意思表示の要素として、「重大な瑕疵のない目的意思」、「目的意思を表示しようとする意思」（「表示意思」）および「表示行爲」を挙げる⁽⁴⁸⁾。そうして、ここにいわゆる「目的意思」とは「或結果を惹起したいと云ふ欲望」であり、法律効果を欲する意思が直接に目的意思であることもあるが、法律効果意思が付随的であっても伴っているならば目的意思があるということになる。したがって、同博士は、意思と表示との不一致を「目的意思と

して表示された所と内心的目的意思とが違ひ、または内心的目的意思がないこと」であるとし、かかる意思表示を「非真意表示」と呼称する。そうして、この「非真意表示」を二分して、表意者がその不一致を知らない場合を「錯誤」、知っている場合を「虚偽表示」、とそれぞれ呼称する。更にまた、「虚偽表示」を二分して、相手方と通謀している場合を「通謀虚偽表示」、相手方と通謀していない場合を「單獨虚偽表示」、とそれぞれ呼称し、このうちの「單獨虚偽表示」を「相手方が之を真意の表示と思ふであろう」と云ふことが豫期される場合」（本稿にいわゆる「心裡留保（狭義）」と「相手方も亦之を真意の表示とは思ふまいと豫期される場合」とに分け、後者を「諧謔表示」（本稿にいわゆる「非真意表示」と呼称する。⁽⁴⁹⁾）そうして、同博士は、「第九三條は真意の表示でないことが客觀的には十分明白でない場合の規定と見、真意の表示でないことが客觀的に明白な意思表示は該（九三）條にかかわらず當然無効」、と主張する。

同博士は、以上のことを踏まえた上で、「強迫を受けた者がことさらに真意でない意思表示をした場合」について、「強迫による目的意思の決定がないのであるから、嚴格に言ふと第九六條の問題ではなくて第九三條の問題なのだが、それでは不釣合も甚しいから、第九六條一項と第九三條但書とを併せて適用するのがよからう。即ち強迫者が意思表示の虚偽なることを知つて居る場合には其意思表示は無効、然らざる場合には其意思表示は取消し得べきもの、といふことになるのである。さう解釋するについては、第九三條本文に『其效力ヲ妨ゲラルコトナシ』と規定して居るので、先づは都合がよい、⁽⁵⁰⁾と主張する。このように、穂積（重）説は、強迫により「心裡留保（狭義）」が生じた場合、相手方が「心裡留保（狭義）」の事実を知っている場合には九三條但書により無効、そうでない場合には九六條により取消可能、と構成するのである。

以上、九三条但書と九六条とが競合する場合において九三条但書を優先的に適用する学説を見てきたが、この学説は、無効と取消とが競合した場合には無効を優先する、ということ的前提視しているように思われる。

2 九六条適用説

BGB一二三条適用説に相当する学説を主張するのは鳩山博士である。鳩山博士は、「強迫ヲ受ケテ眞意ニ非サル意思表示ヲ爲セル者アル場合」に九三条と九六条とのいずれを適用すべきかを問題にする。まず、「第九十六條ハ強迫ノ瑕疵アルモ仍ホ行爲意思（効果意思）ノ存スル場合ヲ規定スルモノニシテ本問ノ場合ニハ行爲意思（効果意思）無キカ故ニ多少ノ疑問アルモ本（九三）條本文ノ場合ニ付テハ仍ホ第九十六條ノ適用アルモノト信ス」と主張し、その際、BGB一二三条適用説を採るKohler、Isay、HölderおよびOertmannの学説を援用する。⁽⁵³⁾ そうして、その理由として、「第九十六條ハ行爲意思（効果意思）アルモ仍ホ取消シ得ヘキモノトスルノ趣旨ニシテ且ツ本（九三）條ハ行爲意思（効果意思）無キニ拘ハラス之ヲ行爲意思（効果意思）ヲ存スル普通ノ意思表示ヨリモ更ニ有力ナラシムルノ趣旨ニアラス條文ニ『其效力ヲ妨ケラルルコトナシ』ト言ヘルヨリ觀ルモ一般ノ意思表示ト同一ノ效力ヲ附スルノ意義ナレハナリ」と述べる。⁽⁵⁴⁾ 次に、「本（九三）條但書ノ適用ヲ受クヘキ場合即チ強迫ヲ爲シタル者カ表意者ノ眞意ニアラサルコトヲ知り又ハ知ルヲ得ヘカリシ場合」の法的処理のあり方を問題にして、「理論上ニ於テハ其意思表示ヲ無効ト爲スヘキモノナリト雖モ事實トシテハ強迫カ畏怖ヲ生セサルカ或ハ行爲意思アルカ如ク信セラルル行爲ヲ爲スカ二者其一ヲ出テサルコト多數ナルヘク而シテ證明ノ點ニ至リテハ第九十六條ノ證明ハ本（九三）條但書ニ比シテ寧ロ容易ナレハ實際に於テハ第九十六條ノ適用ヲ見ルコト多カルヘシ」と述べて、⁽⁵⁵⁾ 立証の観点から九六条適用説を主

張する。

この問題に対する鳩山説は右のとおりであるが、九六条適用説を採る鳩山説とBGB一三三條適用説を採るドイツの学説とを比較するとき、鳩山説は、特にOertmannの影響を受けていると見ることができるよう思われる。

以上、強迫による心裡留保の法的効力のあり方に関する日本法の学説を見てきた。そうして、日本民法の学説は、ドイツ民法の学説の影響を大きく受けているものの、欺罔の意図を伴っていない「心裡留保」と強迫との関係を問題視するHenleの学説の影響を殆ど受けていない⁽⁵⁶⁾、と見ることができるよう思われる。

四 私見

以上、強迫による心裡留保の法的効力のあり方に関する日独両法の学説を概観してきた。そこで、以下では、これまで述べてきたことを参考にしてこの問題を考察することとする。まず、強迫と心裡留保との関係を考察し、次いで、この問題に関する私見を述べることにする。

1 強迫と心裡留保との関係

強迫と心裡留保との関係を考えるに際しては、まず、Henleの見解が参考になるように思われる。Henleは、BGB一一六条一文が「意思表示は、表意者が表示したことを欲しない旨を内心に留保したことによつて無効となることはない」と規定していることから、同一一六条の適用範囲を「表意者が表示したことを欲しない旨を内心に留保し

た」場合（本来の心裡留保」、本稿にいわゆる「心裡留保（狭義）」のみに限定し、「表意者が表示したことを欲しない旨を内心に留保」するまでには至っていない場合を「本来でない心裡留保」と概念規定する。そうして、強迫による意思表示の場合に本来の心裡留保（心裡留保（狭義）」が偶然に生じることが確かにありうるが、本来の心裡留保の場合には表意者が表示した旨を欲していないということを内心に留保しているのだから、強迫により本来の心裡留保が必然的に生じることはない、と述べる。むしろ、被強迫者に通常生じる心理的狀態は、その法律効果に消極的であるか少なくともその効果をどうでもよいと思っにすぎない状態、すなわち、表示したことを欲しない旨を内心に留保するまでには至っていない状態である、と主張する。

思うに、まず、強迫を受けた者が「表示したことを欲しない旨を内心に留保し」て表示をなす、すなわち、畏怖の狀態から脱するために意図的に虚偽の表示をなす、ということは確かにありうることである。しかし、被強迫者の通常の心理狀態は、むしろ、表示したことを欲しない旨を内心に留保するまでには至っていない、すなわち、強迫により心ならずも表示をなした、というだけのことであるように思われる。したがって、この点に関する Henle の主張は正当である、と思われる。

次に、日本民法においては、九三条に規定する「心裡留保（広義）」中に非真意表示も含まれることから、強迫と非真意表示との関係をも考えてみる必要が一応はあるように思われる。しかし、非真意表示においては真意を伴っていないことを相手方が見誤らないであろうとの予期が表意者にあるので、非真意表示が強迫により生じることが現実には殆どありえないように思われる。そこで、強迫による非真意表示は本稿の考察の対象から除外することとする。

更に、日本の学説を見ると、強迫により意思決定の自由を全く奪われた場合に九三条但書を適用する学説がある。

そこで、これについて一言することとする。

2 強迫による心裡留保の法的効力

以上のとおり、強迫と心裡留保との関係を考えるに際しては、①表意者が強迫により「表示したことを欲しない旨を内心に留保」して表示をなした場合、②「表示したことを欲しない旨を内心に留保」するまでには至ることなく表示をなした場合、③強迫により意思決定の自由を全く奪われた場合、のそれぞれに分けて考察する必要がある、と思われる。ただし、日本民法においては、表示した旨を欲していないことを内心に留保している場合 (Heile のいわゆる「本来の心裡留保」とこれを内心に留保していない場合 (Heile のいわゆる「本来でない心裡留保」とを問わず、「表示に対応する真意の意識的な欠缺」はすべて「心裡留保 (広義)」規定 (九三条) に包摂されることになるので、「心裡留保」を Heile のように本来・非本来と区別して概念規定することは適切でない、ということに留意すべきである。そこで、以下では、便宜上、表意者が表示した旨を欲していないことを内心に留保している場合、すなわち、欺罔の意図を伴っている心裡留保を「意図された心裡留保」、表意者が表示した旨を欲していないことを内心に留保していない場合、すなわち、欺罔の意図を伴っていない心裡留保を「意図された心裡留保」と呼称し、後者の中でも真意を伴っていないことを相手方が見誤らないであろうと表意者において予期した場合を特に「非真意表示」として「意図されたわけではない心裡留保」と区別することとする。

(1) 意図された心裡留保が強迫により生じた場合

まず、意図された心裡留保が強迫により生じた場合の法的効力のあり方を考える。この場合、表意者は、強迫を受

けてはいるものの欺罔の意図を伴って表示をなしているのだから、九三条本文に従って原則として表示に拘束されるべきだ、と思われる。ただし、意図された心裡留保をなした者の帰責性が虚偽表示をなした表意者のそれに近いことから、九四条一項の類推適用により、表示に対応する真意の欠缺について悪意（悪意と同視せられる重過失を含む）の相手方に対する関係でのみ意図された心裡留保をなした者からの無効主張が例外的に認められる、と解されるべきである。そうして、悪意（重過失）の相手方からの第三者（転得者）が出現した場合にも、相手方との関係において九四条一項を類推適用する以上、表意者は九四条二項の類推適用により悪意（重過失）の第三者に対してのみ無効を主張しうる⁽⁵⁸⁾、と解されるべきである。なお、表意者が表示のとりの効果発生を欲したとしても、表意者がそもそも効果意思を有していない⁽⁵⁹⁾というだけにとどまらず欺罔の意図を伴ってもいるのだから、相手方または第三者は、意図された心裡留保を理由とする無効を表意者に対して主張しうる、と解されるべきである。

次に、この場合における九六条一項の適用の可能性を考えてみると、Kohlerは、強迫を受けた者には欺罔が防衛として許されるとして、意図された心裡留保をなした被強迫者にも取消権を付与すべきことを主張している。また、Oertmannや鳩山博士は、強迫による意思表示であることを立証することの方が意図された心裡留保であることおよび相手方の悪意（重過失）を立証することよりも容易であるとして、かかる場合における九六条一項（BGB二三一条一項）の適用の可能性を肯定する。そうして、このように解されるべきだとするなら、第三者が強迫をなした場合には、第三者による詐欺に関する九六条二項のごとき規定が強迫に関しては存在しないので、被強迫者は相手方の善意悪意を問わず常に強迫を理由として当該の行為を取消することができる、ということに帰着する。しかし、強迫によるとはいえず自由意思を失ったわけではない状態で意図的に虚偽の表示をなした表意者の利益と相手方のそれとを比較

するとき、前者の方を後者よりも常に保護すべきであるとは必ずしもいえないように思われる。むしろ、善意（無重過失）の相手方との関係ではかかる表意者から当該行為の法的拘束力の否認を主張させるべきでない、と思われれるのである。かくて、意図された心裡留保が強迫により生じた場合には九六条一項に定める取消権を表意者に付与すべきでない、と思われる。

なお、このように解したとすると、相手方から強迫を受けた場合であっても欺罔の意図を伴って表示をなした者は表示に対応する真意の欠缺についての相手方善意（重過失）を立証して九四条一項の類推適用による無効を主張しなければならなくなる、ということに帰着するから、かかる表意者に立証の困難を強いることとなつて不当ではないか、という疑問が生じるように思われる。しかし、そもそも意図された心裡留保がなされることの可能性は、強迫による場合の方が強迫によらない場合と比較して格段に高いように思われる。しかも、このことに加うるに、強迫者である相手方は、被強迫者が少なくとも心ならずも表示をなしたことを容易に知りうるように思われる。勿論、強迫者である相手方が表意者の真意欠缺までも知ったとしたら、表意者に対する強迫は無意味とならうから、かかる相手方は表意者の真意欠缺自体についておそらくは善意であろうが、かかる状況の下で表意者の真意欠缺に善意であることについての重過失の立証は極めて容易である、と思われる。したがって、かかる状況の下で意図された心裡留保および相手方の重過失の立証に特段の困難が存しないのだから、前述の疑問には十分な理由がないと思われる。⁽⁹⁾

かくて、私見によれば、意図された心裡留保が強迫により生じた場合には、九四条の類推適用によってのみ処理されるべきであり、九六条を適用する必要性は殆ど存しないか（相手方が強迫をなした場合）、九六条を適用すると不当な結果を生じさせるか（第三者が強迫をなした場合）、のいずれかだ、ということになる。

(2) 意図されたわけではない心裡留保が強迫により生じた場合の法的効力

次に、意図されたわけではない心裡留保が強迫により生じた場合の法的効力のあり方を考えてみる。この場合、表意者は、強迫を受けて意図されたわけではない心裡留保をなしたのだから、相手方の善意悪意を問わずに当該の行為の効力を否認することができる、と解されるべきである。したがって、かかる表意者は、九六条一項により強迫を理由としてその行為を取消することができる、と解されるべきである。そうして、相手方の主観的態様のいかんにかかわらず表意者からの取消主張が認められるべきだと解する以上、善意・無過失の転得者(第三者) に対してまでも表意者からの取消は認められるべきである、⁽⁶¹⁾と思われる。

次に、この場合における九三条の適用可能性の有無を考えてみる。まず、意図されたわけではない心裡留保が九三条但書の適用を受けると仮定したとしても、かかる心裡留保は強迫により心ならずも真意欠缺を生じたケースであり、しかも、表意者は欺罔の意図を伴うことなしに表示をなしている。このことから、かかる心裡留保を理由とする「無効」は、表意者保護のための「無効」の一類型に他ならない、と見ることができようと思われる。そうして、表意者保護のための「無効」は、相手方・第三者からは主張されえず、かつ、取消に関する一二六条の類推適用を受けるべきである、という性質の無効である、と主張する学説が今日では有力である。⁽⁶²⁾ そうして、そうだとすると、日本民法上、意図されたわけではない心裡留保を理由として無効を惹起することが仮にあるとしても、かかる心裡留保を理由とする無効と強迫を理由とする取消との間に効果上の重大な差異を見出すことができず、したがって、前者は後者に吸収されて、強迫により意図されたわけではない心裡留保がなされた場合においても取消のみが可能、⁽⁶³⁾と解されるべきだ、と思われる。次に、意図されたわけではない心裡留保は九三条但書の適用を受けない、と Henle と同様に

解したとすると、かかる心裡留保が強迫により生じた場合には、その行為は九六条一項に従って一応有効と扱われるのだから、この場合に九三条本文を殊更に適用する必要性は存しない、と思われる。結局、意図されたわけではない心裡留保が強迫によりなされた場合に九三条を適用しなければならぬ実益はない、と思われるのである。

以上のごとく、私見によれば、意図されたわけではない心裡留保が強迫により生じた場合には九六条一項のみが適用されることとなる。

(3) 強迫により意思決定の自由が全く奪われた場合の法的効力

最後に、強迫により意思決定の自由が全く奪われた場合の法的効力のあり方を考えてみる。この場合、意思表示そのものが成立していないものとして当然に無効視するのが通説であるとされていることから、心裡留保の問題でなくして意思表示の不存在の問題として考えるべきである、と思われる。そうして、そうだとすると、意思表示の不存在を理由とする無効が当然かつ絶対の無効と解されていることから、この場合の無効はなんびとからなんびとに対してでも主張されうる無効である、と解されるべきである。⁽⁶⁵⁾

以上、心裡留保が強迫による場合の法的効力のあり方に関する私見を述べてきたが、私見を要約すると、意図された心裡留保が強迫により生じた場合には、その行為は、原則として九三条本文の適用を受けるが、九四条の類推適用により例外的に無効となることがあり、意図されたわけではない心裡留保が強迫により生じた場合には、その行為は九六条のみの適用を受けて取消可能、強迫により意思決定の自由が全く奪われた場合には意思表示そのものが成立していないとして当然かつ絶対の無効、と解されるべきこととなる。

最後に、意思表示成立の心理的過程に瑕疵あるケースを「表示に対応する真意の欠缺」と構成して「真意」を「表

示に対応する仮定的意思」と概念規定する舟橋(新)説を採りつつ、かかるケースを①意図された真意欠缺、②意図されたわけではない真意欠缺、③やむことをえない真意欠缺とに三分する須永説に即して私見を述べておくなら、次のとおりである。すなわち、私見によれば、意図された心裡留保が強迫による場合には①のケースに属し、意図されたわけではない心裡留保が強迫による場合には③のケースに属する、ということとなる。そうして、「意図された心裡留保」(心裡留保(狭義))は、①のケースに属する「虚偽表示」と「通謀」の有無という点で区別されるから必要かつ有用な概念であるが、「意図されたわけではない心裡留保」は、少なくともそれが強迫により生じる場合には、③のケースに属する「強迫による意思表示」に吸収されるから、殊更に必要な概念でない、ということに帰着する。

(1) 川島武宜『民法総則』一六六頁(有斐閣、一九六五〔昭和四〇〕年)。

(2) 於保不二雄『民法総則講義』二〇二頁(有信堂、一九五一〔昭和二六〕年)。同旨、今泉孝太郎『改訂新民法総則』三〇〇頁(泉文堂、一九六三〔昭和三八〕年)、幾代通『民法総則』二八六頁(青林書院新社、二版〔初版は一九六九〔昭和四四〕年〕、一九八四〔昭和五九〕年)。

(3) 舟橋諄一『民法総則』一一一頁(弘文堂、一九五四〔昭和二九〕年)。

(4) ここで、「心裡留保(狭義)」に関する BGB 一二六条、非真意表示に関する同一一八条・一二二条および強迫に関する同一二三条一項・一二四条の原文および日本語訳を掲げておく(日本語訳は、法務大臣官房司法法制調査部司法法制課「ドイツ民法典——総則」法務資料四四五号(一九八五〔昭和六〇〕年)による)。

§ 116 „Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt.“

§ 118 „Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.“

§ 122 „Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der § § 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.“

Die Schadenersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte).“

§ 123 Abs.1 „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.“

§ 124 „Die Anfechtung einer nach § 123 anfechtbaren Willenserklärung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen.“

Die Frist beginnt im Falle der arglistigen Täuschung mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt, im Falle der Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 203 Abs.2 und der § § 206, 207 entsprechende Anwendung.

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreißig Jahre verstrichen sind.“

一一六条〔心裡留保(狭義)〕「意思表示は、表意者が表示したことを欲しない旨を内心に留保したことをよつて無効となることはない。相手方に対してした意思表示は、相手方が表意者の留保を知つたときは、無効とする。」

一一八条〔非真意表示〕「真意でない意思表示は、真意の欠缺が知られることを予期してされたときは、無効とする。」

一二二条〔表意者の損害賠償義務〕「意思表示が第一一八条の規定によつて無効である場合又は第一一九条及び第一二〇条の規定によつて取り消された場合において、表意者は、意思表示が相手方に対してされるときは、その者に対し、その他のときは、すべての第三者に対し、相手方又は第三者が意思表示を有効と信じたことにより被つた損害を賠償しなければならぬ。ただし、損害賠償は、意思表示が有効であるときに相手方又は第三者が取得する利益の額を超えないものとする。」

前項の損害賠償義務は、被害者が無効又は取消しの原因を知つていたとき、又は過失によつて知らなかつた(知ることができた)ときには、生じない。」

一二三条一項〔強迫による取消〕「詐欺又は違法な強迫により、意思表示をさせられた者は、その意思表示を取り消すことができぬ。」

一二四条（取消期間）「前条の規定により取り消すことのできる意思表示は、一年以内に限り、取り消すことができる。

前項の規定は、詐欺の場合には、取消権者が詐欺を発見した時から、強迫の場合には、強迫がやんだ時から進行する。消滅時効に関する第二〇三条第二項、第二〇六条及び第二〇七条の規定は、前項の期間の進行について準用する。

取消しは、意思表示をした時から三〇年を経過したときは、することができない。」

(5) 詳細は、拙稿「遺贈と心裡留保（一）」——特に包括遺贈を中心として」法学志林八七巻四号一—二五頁以下（一九九〇〔平成二〕年）を参照されたい。

(6) 「心裡留保（狭義）」と非真意表示との差異に着目して九三条の解釈論を展開する学説として、穂積重遠『民法總論下巻』五二頁以下（有斐閣、一九二二〔大正一〇〕年）、同『民法總則』二八四頁以下（日本評論社、一九三六〔昭和一一〕年）、須永醇『民法總則要論』一七五頁以下（勁草書房、一九八八〔昭和六三〕年）、同『新訂民法總則要論』一七五頁以下（勁草書房、一九九七〔平成九〕年）、拙稿「心裡留保と錯誤」須永醇・下森定監修『民法總則重要論点研究』一〇一頁以下（酒井書店、一九九一〔平成三〕年）、本城武雄・目崎哲久編『民法總則』一五六頁以下（村田）（嵯峨野書院、一九九六〔平成八〕年）がある。なお、嘩道文藝『日本民法要論第一巻總論』三二六—三二九頁（弘文堂書房、三版）（初版は一九二二〔大正一〇〕年）、一九二四〔大正一三〕年）は、自覚ある意思の欠缺を非真意表示（九三条）と虚偽表示（九四条）とに分け、更に、非真意表示を心裡留保（本稿にいわゆる「心裡留保（狭義）」と諸論表示とに分けるが、この両者の中間に位置する非真意表示があるとし、その例として「虚偽表示が不成功ニ終リシトキ例ハ表意者ハ相手方ガ真意ノ表示ニアラザルコトヲ知りテ之ニ應對スベシト信ジ第三者ヲ欺ク爲メニ相手方ニ對シテ非真意ノ表示ヲ爲シタルニ相手方ハ真意ノ表示ナリト信ジ之ニ應對シタルトキニ於ケル非真意表示ノ如シ」（三二九頁）場合を挙げる。ただし、効果面での差異について言及はない。

(7) Henle, *Vorstellungs- und Willentheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung*, 1910, S.64 によれば、*erzwungene Mentalreservation* “この表現は適切でないが、*Zwang*” “この用語は「適法な」(legitim) 強制の「適法でない」(illegitim) な強制を意味されるであろう。キツビ、ウツビは、*Zwang*”を「強迫」と解しておくべきであろう。

(8) Henle, *Vorstellungs- und Willentheorie* (in Anm.7), S.64. 岡松参太郎『法律行為論全』（一九一四〔大正三〕年、京都法学会）一四六頁（詳し）。

(9) L.21 § 5 *quod metus* (4. 2.), „Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quanvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui: sed per Praetorem restituendus sum, ut abstineri mihi potestas tribuatur.“

- 学説發露第四卷第二章「畏怖によりなされたこと」第二法文第五節（パウルス）「強いられて畏怖で相続を承認したとき、私は、相続人になると考える。なぜならば、それが自由であったとしたり欲しなかつたとしても、やはり強いられて欲したからである。しかし、私は、法務官によって、免れる力が私に与えられるように、回復される」（日本語訳は、小橋一郎訳「サヴィニー現代ローマ法体系第三卷」九六〇九七頁（成文堂、一九九八（平成一〇）年による）。
- (10) Henle, *Vorstellungs- und Willensstheorie* (in Anm.7), S.65f.
- (11) 強迫に関するサヴィニーの立場については、田中教雄「強迫における害悪の重大性と第三者効——日本民法九六六条の系譜」西村重雄・児玉寛編『日本民法典と西欧法伝統』二五八頁以下（九州大学出版会、二〇〇〇（平成一二）年）参照。
- (12) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd.3, 1840, S.102. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd.1, 9. Aufl., 1963 (Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main 1966), S.416. また「強迫された法律行為は、ともかくも実際の意思が表示されているのだから、詐欺によつてなされた法律行為と同様に無効とならぬ」と述べている。
- (13) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd.3 (in Anm.12), S.104. 取消可能性に関するサヴィニーの立場を紹介した文献として、山下末人「取消・解除に於ける原状回復義務」法学論叢（一）巻五号一〇七頁以下（一九五五（昭和三〇）年）、辻博明「メンフレッド・ハーター・意思表示の取消し得べきこと（Anfechtbarkeit）の史的展開」奈良法学会雑誌二巻二号九六頁以下（一九八九（平成元）年）、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——法律行為の効力に関する諸概念」香川法学一七巻四号五六頁以下（一九九八（平成一〇）年）、林幸司「ドイツ法における相対的無効」法律時報七一巻四号七七頁（二〇〇〇（平成一二）年）」などがある。
- (14) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd.3 (in Anm.12), S.259.
- (15) Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd.3 (in Anm.12), S. 99.
- (16) 「心裡留保（狭義）」に関するサヴィニーの立場については、新井誠「サヴィニーの意思表示、法律行為概念——特に心裡留保をめぐって」民商九六巻五号六五頁以下（一九八七（昭和六二）年）を参照された。
- (17) Holzhauser, *Dogmatik und Rechtsgeschichte der Mentalreservation*, in: *Festschrift für Rudolf Gmür zum siebzigsten Geburtstag*, 1983, S.131f.
- (18) v. Blume, *Beiträge zur Auslegung des deutschen B.G.B.*, in: *Iherings Jahrbücher für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd.38, 1898, S.261f; Rehbein, *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und*

die Praxis, Bd.1, Allgemeiner Teil, 1899, S.142; Staudinger-Riezler, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, Bd.1, Allgemeiner Teil, 7./8. Aufl., 1912, S.479, § 10 理由 6° Henle, Das Anwendungsgebiet der Anfechtbarkeit wegen Drohung, in: Festschrift für Ernst Zielmann, 1913, S.48, Anm.116, 17° 10 不効の理由を詳説すルコト Kolbe, Das erzwungene Rechtsgeschäft nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch, Diss. (Greifswald) 1902, S.42; Niemann, Zur Lehre von der Drohung des § 123 im Bürgerlichen Gesetzbuche, insbesondere von dem Begriffe der Widerrechtlichkeit, Diss. (Leipzig) 1908, S.21f.; Wieseler, Die Widerrechtlichkeit der Drohung als Erfordernis der Anfechtung wegen Zwanges, Diss. (Rostock), 1903, S.44, Anm. 4° 理由 10°

(2) Vgl. Henle, Anwendungsgebiet (in Anm.18), 48f. 14° 17° 無効な法律行為の取消は如何なるべきかとその前提を論ずルコト Kipp 民法の解釋と適用との關係を以テ論ずルニ付テ 1911 年 10 月号 49° (Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, in: Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum, 1911.)°

(22) Staudinger-Dilcher, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd.1, Allgemeiner Teil, 12.Aufl., 1979, § 116 Rdn.10, S.238; Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 42. Aufl., 1983, § 116 Rdn.4, S.79; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2, Das Rechtsgeschäft, 4.Aufl., 1992, S.530; Säcker (Red.) -Kramer, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1993, § 116 Rdn. 13, S. 896; Soergel-Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd.2, Allgemeiner Teil, 2, 13.Aufl., 1999, § 116 Rdn.11, S.56; Jauernig (Hrsg.) -Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 9.Aufl., 1999, S.54f.

(23) Soergel-Hefermehl (in Anm.20), § 116 Rdn.11, S.58, 14° 17° 1° Hefermehl 17° 「無効の理由として本條本文の要件は一般に認めらるべきである。本條の効力に關する決定は原則として無効の理由を以てするべきである。」 (§ 116 Rdn.11, S.56)° 14° 17° 理由 10°

(24) Staudinger-Dilcher (in Anm.20), § 116 Rdn.10, S.238.

(25) Jauernig-Jauernig (in Anm.20), S.55, 10° 理由 10° Holzhauser (in Anm.17), S.121f.

(26) Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd.16, 1877, S.96f; ders., Ueber den Willen im Privatrecht, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd.28, 1889, S.199; ders., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, Allgemeiner Teil,

- 1906, S.487. 国政¹ Isay, Die Willenserklärung im Thabestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, S.18.
- (25) Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 1927, S.379.
- (26) Hölder, Kommentar zum Allgemeinen Theil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, S.277. 国政¹ Planck-Flad, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd.1, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1913, S.272; Staudinger-Coing, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd.1, Allgemeiner Teil, 11.Aufl., 1957, § 116 Rdn. 11, S.605.
- (27) BGB-RGRK-Nieland, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besondere Berücksichtigung der Rechtsprechung der Reichsgerichte und des Bundesgerichtshofes, Bd.1, 1982, § 116 Rdn.5, S.173.
- (28) AK-BGB-Hart, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil, 1987, § 116 Rdn.4, S.350.
- (29) 民法の総論²に於て Henle, Vorstellungs- und Willensstheorie (in Anm.7); ders., Anwendungsgebiet (in Anm.18); ders., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 1926, 国政¹・植田²・穂積³ (∞) 『法律に於ける』 | 国政¹ (註14) や植田²に於て
に於て。
- (30) Henle に於ては 『心理論叢 (叢義)』 の中で 義務の強制性を論ずるに於て 法律の強制力を論じている (Hoffnung) に於ては (Vorstellungs- und Willensstheorie (in Anm.7), S.47; Anwendungsgebiet (in Anm.18), S.52)°
- (31) 民法の総論²に於ては 『義務論叢 (叢義)』 (Willensdogma) を論ずるに於て 『心理論叢 (叢義)』 や民法の総論²に於て (Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd.1, Allgemeiner-Theil, Amtliche Ausgabe, 1888, S. 189ff.; Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd.1, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, 1899, S.457f.); 『心理論叢 (叢義)』 に於ては 民法の総論²に於ては 植田² 『義務の心理論叢 (1-1-2)』 法律雑誌 八八巻一頁 | 三二頁 (一九九〇年) を参照された。
- (32) Vorstellungs- und Willensstheorie (in Anm.7), S.474ff; Lehrbuch (in Anm.29), S.225.
- (33) Vgl. Motive (in Anm.31), S.189ff.; Mugdan (in Anm.31), S.457f.
- (34) Henle, Vorstellungs- und Willensstheorie (in Anm.7), S.481.
- (35) Henle, Lehrbuch (in Anm.29), S.226, 349; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8.Aufl., 1997, S.656, 349

「心裡留保(狭義)」の場合には、表意者が相手方を欺罔しようとしているのだから、表意者よりもむしろ相手方を保護すべきであるとして、「受領者は、表意者の欺罔の意図を知っている場合でも、表意者の言質をとることができるとみなすべきである」と主張している。そうして、Larenzは、同書の六版(1983)、S.353において、「法律がこのように規定していないのは、『意思主義』の影響を受けたものと歴史的に理解されるべきである」と述べていたことがある。また、栗生武夫「法の變動」三八四頁(岩波書店、初版二刷(一九三七(昭和一二)年)、一九四九(昭和二四)年)は、「心裡留保も時としては表示を無効にさせる破壊力をもつので、『無効』を極度に恐れる現代の法律學は——意識的に或ひは無意識的に——心裡留保の觀念の局限化を計り、抗辯發生の余地を少なからしめんとする」と述べた。

(26) Henle, *Vorstellungs- und Willenstheorie* (in Anm.7), S.481.

(27) Henleによれば、「本来でない心裡留保」の概念は、錯誤から「本来の心裡留保」(心裡留保(狭義))に至るまでの広い領域を包括するものであり、この概念を用いるのは、一方で「本来の心裡留保」との内的親近性を、他方で特に表示内容の錯誤との内的相連性を、それぞれ明確に示すためであるとされる(*Anwendungsgebiet* (in Anm.18), S.53-54)。

そこで、Henleの挙げる「本来でない心裡留保」の事例中、強迫による場合以外のそれをここで見ておくなら、次のとおりである(以下、主として、Henle, *Lehrbuch* (in Anm.29), S.226ff.を参照した)。

まず、Henleは、許可に関する錯誤と法律要件に関する錯誤とを挙げる。前者の例は、現行法によれば贈与が許可されていないと誤解した場合である。後者の例は、その法律行為が法律違反あるいは要式行為であると誤解した場合(客観的要件に関する錯誤)、行為能力、代理権、処分権がないものと誤解した場合(主観的要件に関する錯誤)であり、所有権に関する錯誤(*error in domino*)が特にそうであるとされる。そうして、これらの場合、その行為が効力を有しないものと表示受領者との間で合意した、と表意者が誤解したときには、意思表示としての意味に関する錯誤の問題として無効と処理すべきだとされる。これに対して、その行為が効力を有しないことについて表示受領者が知らない、ということを表示意者が前提視した場合には、表意者の意味または内容に関する錯誤の問題とはならない。すなわち、この場合、表示意思が存在し、表示したことを欲していないだけであるから、むしろ、「本来の心裡留保」と親近性を有する、とされる。

次に、表意者において相手方が承諾をしないであろうと期待して契約の申込をした(例えば、注文主が実際に希望する量よりも遙かに大量に注文した)場合を挙げる。この場合においても、表示意思が存在し、表示したことを欲していないだけであるから、「本来の心裡留保」と親近性を有する、とされる。

以上 Henle のいわゆる「本来でない心裡留保」の事例を見てきたが、Henle によれば、「本来でない心裡留保」は、「本来の心裡留保」よりも頻度として多いにもかかわらず、学説から等閑視されてきたとされる。

- (38) Henle, *Vorstellungs- und Willensstheorie* (in Anm.7), S.73; ders., *Anwendungsgebiet* (in Anm.18), S.83f.
- (39) Henle, *Lehrbuch* (in Anm.29), S.227f.
- (40) Henle, *Anwendungsgebiet* (in Anm.18), S.54; ders., *Lehrbuch*, S.228 (in Anm.29), 43; Henle が「心裡留保(狭義)」の有効性を不道徳と結びつけていることと関しては、*Vorstellungs- und Willensstheorie* (in Anm.7), S.54ff. 参照。
- (41) Henle, *Vorstellungs- und Willensstheorie* (in Anm.7), S.475; ders., *Anwendungsgebiet* (in Anm.18), S.54; ders., *Lehrbuch* (in Anm.29), S.225.
- (42) Henle, *Anwendungsgebiet* (in Anm.18), S.56f.
- (43) 梅謙次郎『民法要義卷之二總則編』三三九頁(法政大学・有斐閣書房、二四版(初版は一八九六(明治一九)年)、一九〇五(明治二八)年)。
- (44) 梅・前掲註(43)『民法要義卷之二總則』三三九・三三七頁。同頁、小林一俊・吉田豊『民法總則』三四頁(小林(酒井書店、一九九七(平成九)年)。
- (45) 岩田新『民法總則新論』四九四頁(有斐閣、一九四一(昭和一六)年)。同頁、同『日本民法總論』二九七頁(同文館、一九二五(大正一四年))。
- (46) 松波仁一郎・二保亀松・仁井田益太郎『帝國民法正解第壹卷』六〇四頁(日本法律学校、訂正再版(初版は一八九六(明治一九)年)、一八九八(明治三二)年)。
- (47) 嘉山幹一『民法總論』二四一頁(巖松堂書店、九版(初版は一九二〇(大正九年)、一九二七(昭和二)年)。同頁、同「強迫ニ因ル不眞意表示ノ效力如何」法学新報二四卷一八二〜一八三頁(一九一四(大正三)年)。この立場を採るその他の学説として、例えば、三浦信三『民法總則提要第三冊』三七二頁(有斐閣、五版(初版は一九二二(大正一〇)年)、一九二五(大正一四)年)、同『全訂民法總則提要下巻』三三三頁(有斐閣、一版(初版は一九二二(大正一〇)年)、一九三四(昭和九)年)、中村萬吉『日本民法論總則篇』一五〇頁・一六三頁(早稲田法制学会、一九三二(大正二一)年)、中島毅『民法總論』三九八頁(巖松堂書店、五版(初版は一九二〇(大正九)年)、一九二五(大正一四)年)、中島弘道『民法通論』一五〇頁(清水書店、一九二五(大正一四年))、同『民法總則物權法論』一五〇頁(清水書店、三版(初版は一九二五(大正一四)年)、一九二八(昭和三)年)、石田文次郎『現行民法總則』

論』三七七頁(弘文堂書房、六版(初版は一九三〇(昭和五)年)、一九三五(昭和一〇)年)、近藤英吉「註釋日本民法(總則編)三五一頁(巖松堂書店、訂正再版(初版は一九三二(昭和七)年)、一九三四(昭和九)年)、沼義雄「綜合日本民法論(5)」一三五頁(巖松堂書店、一九三六(昭和一一)年)。その他にも、例えば、葉師寺志光「改訂日本民法總論新講」五二八頁(註二)(明玄書房、四刷(一刷は一九七〇(昭和四五)年)、一九七五(昭和五〇)年)は、「被強迫者が強迫のため余儀なく、その法律価値を有する行為たることを認識しつつ真意でない意思表示をした場合は、事情に依り九三条但書の適用により無効となることがある」(傍点は原文)と述べる。

(48) 穂積(重)・前掲註(6)『民法總論下卷』三八〇―四二頁、同・前掲註(6)『民法總則』二六八―二七〇頁。

(49) 穂積(重)・前掲註(6)『民法總論下卷』五三―五四頁、同・前掲註(6)『民法總則』二八四―二八五頁。

(50) 穂積(重)・前掲註(6)『民法總則』二八七頁、同頁、同・前掲註(6)『民法總論下卷』五七頁。

(51) 穂積(重)・前掲註(6)『民法總則』三一九頁、同頁、同・前掲註(6)『民法總論下卷』八一―八二頁。なお、同博士は、「立法論としては強迫による單獨虚偽表示の效力をも明かに規定すべきであった」(前掲註(6)『民法總論下卷』八二頁)、と述べたことがある。

(52) 鳩山秀夫「法律行為乃至時効分冊第一」一〇七頁(巖松堂書店、二版(初版は一九一〇(明治四三)年)、一九二一(明治四四)年)。

(53) なお、Oermann (in Anm.25) S.379.において引用されている Isay (in Anm.24) の頁数が S.118 と表記されては、却つて S.18 の誤植と思われるが、鳩山・前掲註(52)『法律行為乃至時効』一〇七頁におつても同様の Isay, Willenserklärung, S.118 となつてゐる。

(54) 鳩山・前掲註(52)『法律行為乃至時効』一〇七頁。

(55) 鳩山・前掲註(52)『法律行為乃至時効』一〇七―一〇八頁。

(56) ただし、Henle の学説は早くから日本に紹介されて高く評価されていた。例えば、岡松・前註(8)『法律行為論全』一一二〇頁(註二五)は、「Henleノ著述ハ研鑽ヲ積ミ努力ヲ重ネタルモノニシテ諸種ノ點ニ於テ意思表示ノ理論ヲ深遠ナラシメタルノ功績ハ没スヘカラス」と述べ、また、栗生・前掲註(35)『法の變動』三八四頁は、心裡留保の意味が「Henle, Binder, Hölderらの力により明らかとなる」と指摘している。

(57) 「心裡留保(狭義)」に対して九四条一項を類推適用すべきであることをはじめ主張したのは、須永・前掲註(6)『民法總則要論』一七七頁、同・前掲註(6)『新訂民法總則要論』一七六頁である。この立場に従いつつ、悪意のみならず悪意と同一視せられる

重過失ある相手方との関係でも無効視すべきことを主張するのは、拙稿・前掲註(6)、『心裡留保と錯誤』一一四頁、前掲註(6)『民法総則』一五八頁である。

(58) 須永・前掲註(6)『民法総則要論』一七八頁、同・前掲註(6)『新訂民法総則要論』一七六―一七七頁、拙稿・前掲註(6)『心裡留保と錯誤』一一六頁、前掲註(6)『民法総則』一五九頁。なお、動産取引については第三者保護規定(一九二条)により無権利者からの善意・無過失の第三者が保護されることから、九四条二項の類推適用の有無が問題となるのは主として不動産取引においてである。

(59) 須永・前掲註(6)『新訂民法総則要論』一三三頁参照。

(60) なお、私見が現実の訴訟の場合においてどのように機能するのかを考えてみると、次のようにならうか、と思われる。すなわち、意図された心裡留保および相手方の重過失よりも強迫を立証する方が表意者にとってはおそらく容易であろうから、通常、表意者は相手方に対して強迫を理由として当該の行為の取消をまず主張する、と思われる。しかし、私見によれば、表意者が強迫の事実を立証しえたとしても、相手方が意図された心裡留保を立証できればその行為を有効とすることが可能となるので、意図された心裡留保を主張・立証するのは実は相手方の方である、と思われる。そうして、表意者は、九四条一項の類推適用により相手方の悪意(重過失)を立証して表示の拘束力から免れることが可能だが、相手方が強迫者である場合には、相手方の重過失を立証することが——本文で述べたように——極めて容易なので、被強迫者の救済には殆ど支障をきたすことのない形で事態は処理されることとなる、と思われる(第三者からの強迫による場合には、相手方の悪意(重過失)の立証が被強迫者において困難であろうということは十分に想定されうるが、相手方保護のためにやむをえない)。かくて、私見のように解しても特段の不都合は現実の訴訟場において生じない、と思われるのである。

(61) ただし、表意者が外形を除去しえたにもかかわらず放置した場合には九四条二項が類推適用されるべきであろう。

(62) 例えば、須永・前掲註(6)『民法総則要論』一三三―一三三頁、同・前掲註(6)『新訂民法総則要論』二三四―二三五頁、近江幸治『民法講義Ⅰ(民法総則)』二七三―二七四頁(成文堂、第二版補訂版(初版は一九九一(平成三)年、一九九六(平成八)年)、など。また、直接には錯誤に関する議論であるが、小林一俊『錯誤法の研究』一九八頁以下(酒井書店、一九八六(昭和六一)年)、同『錯誤論の問題点(三・完)』法学教室二二六号(三)―二四頁(一九九一年(平成三)年)、椿寿夫『錯誤無効と詐欺取消の関係』広島法学一〇巻三号(二頁以下)(一九八七(昭和)年)をも参照されたい。なお、既に、舟橋諄一『意思表示の錯誤——民法第九十五条の理論と判例』九州帝国大学法文学部十周年記念法學論文集(岩波書店、一九三七(昭和一二)年)七五頁は、無効を公益的無効と私

益的無効とに區別すべきことを主張していた。

(63) ドイツでは、強迫を理由とする取消は除斥期間（強迫の止んだ時から一年、意思表示をなした時から三〇年——BGB二二四條）に服し、無効に基づく返還請求権は三〇年の経過により消滅時効にかかる（BGB一九四條一項・一九五條・九〇二條）。したがって、ドイツにおいては、強迫を理由とする取消の除斥期間を経過した後に、意図されたわけではない心裡留保を理由とする無効の主張を表意者に認める必要は全くない、とはいえないように思われる。

(64) 例えば、川島武宜編『注釈民法(3)』二四二頁（下森定）（有斐閣、一九七三（昭和四八）年）。

(65) ただし、意思表示の不存在を理由とする無効と強迫を理由とする取消との競合問題は残る。これについては、須永醇「強迫による意思表示」星野英一・平井宣雄編『民法判例百選I総則・物権』五五頁（有斐閣、三版、一九八九（平成元）年）参照。

(66) 舟橋（新）説に関しては、舟橋諱一・須永醇「錯誤における『真意』について」法學志林八九卷二号五三頁以下（一九九一（平成三年））を参照されたい。

(67) 須永・前掲註（6）『新訂民法総則要論』一七四頁*。

〔元〕

（後記）

拙稿は、須永先生のご退職をお祝いするために投稿したのですが、大学院時代から今日に至るまで私に対して辛抱強く法律学を教授して下さいたことに對する感謝も含まれています。先生は私に對して意思表示論および能力論を中心に法律学の指導をして下さいましたが、このことは今では私の貴重な財産となっています。このことに對してお礼を申し上げますとともに、先生のご健康とご多幸をお祈り申し上げます。