

# 契約締結過程における補助者の詐欺と 民法96条2項の「第三者」(1)

——ドイツ法の展開を手がかりに——

溝 渕 将 章

- 一 問題の所在
- 二 ドイツにおける判例・学説の展開
  - 1 BGB立法過程における議論
  - 2 帝国裁判所の判例
  - 3 帝国裁判所判例に対する学説の反応
  - 4 連邦通常裁判所による判例法理の転換（以上本号）
  - 5 学説による判例法理の精緻化
  - 6 判例におけるBGB278条類推法理の定着と展開
  - 7 学説の現状
- 三 若干の考察
- 四 結びにかえて

## 一 問題の所在

契約締結に至る過程では、当事者が代理人その他の補助者を用いて行為することがある。この分業的取引では、補助者からの詐欺により相手方が本人と契約をしたという紛争が、少なからず生じる。例えば、A・B間の取引で、Aの代理人CがBを欺罔したために、Bが契約をしたとする。わが国では、この場合にBが、Cの詐欺を理由にAとの契約（意思表示）を

取り消しうるかが、裁判のなかで頻繁に争点となり、学説でも議論されている。大審院時代以来、判例はここでBの取消しを認めており、学説もこの結論を異論なく支持している。ところが、この結論に関連して、解釈により明らかにすべき問題が生じる。Cは、法的にはAと別人格であるから、その詐欺は、契約当事者以外の「第三者が詐欺を行った場合」に形式上は該当する。民法（以下省略）96条2項によればこの場合、Cの詐欺についてAが悪意でない限り、Bは意思表示を取り消しえないはずである（本稿では以下、詐欺の事実についてAが善意であったことを前提にして、論述を進める）<sup>(1)</sup>。では、Aの善意悪意を問わずBの取消しを常に認める前記判例・学説の結論は、どのように正当化されるのか。

混乱を避けるため、本稿で用いる表現について次の点を断っておく。第1に、本稿では、詐欺を行った補助者を用いた者（詐欺を受けてされた意思表示の相手方）を「本人」と、詐欺を受けて意思表示をした者を「表意者」と表記する。前記事例では、Aが「本人」に、Bが「表意者」にあたる。第2に、以下で「契約締結過程」というときには、勧誘・交渉・締結段階その他の契約締結に至る過程の全体またはその一部を包括的に指すものとする（その過程上の特定の段階のみを指すときには、例えば「契約交渉過程」のように、その旨明示する）。また、単に「補助者」とだけいうときには、契約締結過程上何らかの形で使用される者を広く指すこととする

---

(1) 2020年4月1日施行予定の新法96条2項によれば、Aが詐欺を知っていたときだけでなく、「知ることができたとき」にも、Bは取消しができる。このため、Cの詐欺に対してBが意思表示を取り消しうる範囲が、条文上、現行法より拡大されることになる。しかし、「知ることができた」かどうか、すなわち、Aの善意が過失によるものだったかの立証責任はBにあることや、実際にAに過失がない場面もありうることに鑑みれば、Aの善意悪意や過失の有無を問わずに取消しを認める前記法理の意義は、新法下でもなお失われない。

(とくに交渉等に従事する者のみを指すときには、「契約交渉補助者」のように、その旨明示する)。

## 1 民法101条1項を根拠とする見解(伝統的判例)

大審院の判例は、この表意者の取消しを認めるにあたり、101条1項を根拠としていた。同項によれば、代理行為の効力が詐欺により影響を受ける場合、その事実の有無は代理人を基準に決定される。このため、代理人が詐欺を行えば、同項により、当該行為は取消し可能なものと決定され、表意者は、本人の善意悪意を問わずに取消しができる<sup>(2)</sup>。

しかし、この判例に対して、学説からは主に次のような批判がされている。101条1項は、代理における意思表示の瑕疵の有無は、意思表示の主体たる代理人を基準に判断すると定めたものである。このため、同項は、代理人が詐欺を受けて意思表示をした場合には適用されるが、代理人からの詐欺により表意者が瑕疵ある意思表示をした場面を、想定したものではない<sup>(3)</sup>。

また、前記判例の見解には、代理人以外の補助者による詐欺の場면을説明しにくい、という問題もある。契約では、例えば勧誘や交渉のみを任務とし、締約代理権は授与されていない補助者が、表意者との折衝の場に登場することもある。この補助者が勧誘や交渉等において表意者を欺罔した場合にも、表意者は常に取消しができるのか。分業のあり方が多様化した現代の取引では、この点も、代理人による詐欺と同様に問題となりうる。ところが、代理人のみを規律対象とする101条1項からは、この問題の答

---

(2) 大判明治39年3月31日民録12輯492頁、大判昭和7年3月5日新聞3387号14頁。

(3) 鳩山秀夫『日本民法総論(改版)』(1930年)400頁、松坂佐一『債権者取消権の研究』(1962年・初出1942年)206頁、我妻榮『新訂民法総則』(1965年)349頁、川井健『民法概論1(民法総則)(第4版)』(2008年)221頁、山本敬三『民法講義I総則(第3版)』(2011年)358頁、平野裕之『民法総則(第3版)』(2011年)374頁。

えを直接導きえない。

## 2 96条を根拠とする見解（通説）

そこで通説は、この問題を、96条の解釈問題、とくに同条2項にいう「第三者」の範囲をどのように画定するかという問題と捉えている。代理人は、本人のために意思表示をしたり、相手方（表意者）からの意思表示を受けたりする者であるため、当該契約との関係で「第三者」ではない。それゆえ、代理人の詐欺は、同項にいう「第三者が詐欺を行った場合」にあたらない。ここでは1項がそのまま適用され、本人の善意悪意を問わずに取消しが認められる<sup>(4)</sup>。

この見解には、伝統的判例のような理論上の難点は生じない。また、この問題を96条の解釈と捉えるため、代理人以外の補助者を視野に入れた説明が、可能になる<sup>(5)</sup>。現に最高裁判決のなかには、このような補助者による詐欺の場面をこの構成で解決したものがある。同判決では、生命保険会社Aと保険契約をしたBが、契約募集時に保険外務員Cの詐欺があったとし、その取消しをした。最高裁は、「Cは、Aの生命保険募集外務員として所論の保険契約締結の衝に当たったものであって、各保険契約者にとって民法96条2項にいう第三者に当たらない」と述べ、同条1項に基づく取消しを認めた<sup>(6)</sup>。

以上の点からして、補助者による詐欺の場面での取消しを説明する法律構成としては、この通説の立場が妥当である。ただし、この法律構成に

---

(4) 岡松参太郎『註釈民法理由上巻（訂正8版）』（1898年）204頁、鳩山・前掲注(3)400頁、松坂・前掲注(3)208頁、我妻・前掲注(3)349頁、四宮和夫『民法総則（第4版補正版）』（1996年）186頁、河上正二『民法総則講義』（2007年）376頁、川井・前掲注(3)221頁、山本・前掲注(3)358頁、平野・前掲注(3)374頁。

(5) 松坂・前掲注(3)208頁、平野・前掲注(3)374頁。

(6) 最判昭和41年10月21日裁判集民84号703頁。

は、理論的になお解明を要する問題がある。

(1) 補助者が「第三者」にあたらぬとする根拠

まず、補助者が96条2項の「第三者」にあたらぬとする根拠は何か、という点である。前記のように、補助者は、契約当事者本人とは法的に別人格である。意思表示を行いもしくはこれを受領する、または「契約締結の衝に当た」るなどという事情があっても、このことに変わりはない。この他人が本人にとって「第三者」ではないとするには、相当の理由付けが必要である。このことは、契約交渉補助者のような代理人以外の補助者について、とくにあてはまる。代理人行為説を前提にする限り、代理人は、当該契約の行為主体という点では、まさに当事者とみることができる。代理人が「第三者」ではないとの結論も、この代理学説から、比較的容易に説明できる。これに対して、代理人以外の補助者については、契約上の行為主体という点でも、また、成立した契約の効果帰属先という点でも、これを契約当事者とみることができない。そこで、この補助者を「第三者」から除外するには、何らかの法的理由付けが不可欠になる。

(2) 「第三者」にあたらぬ者を確定する基準

次に、ある補助者が「第三者」か否かをどのように判断するか、という点である。取引上、詐欺が問題となる補助者の類型としては、多様なものを想定しうる。これまでの裁判例で扱われた例をみても、①代理人、②契約勧誘・交渉補助者<sup>(7)</sup>、③本人たる会社の営業部門従業員<sup>(8)</sup>、④リース契約

---

(7) 最判昭和41年10月21日裁判集民84号703頁、神戸地判昭和26年2月21日下民2巻2号245頁、東京地判平成8年7月30日判時1576号103頁。

(8) 東京地判平成4年3月6日判タ799号189頁。

におけるサプライヤー<sup>(9)</sup>など、その職務・権限において千差万別である。このように多様な補助者類型のうち、どの範囲の者が「第三者」にあたり、どの者がこれにあたらないのか。この点の判断は、本人の善意悪意を問わずに取消しを認めうるかを決める分水嶺になるため、紛争解決において極めて重要な意味をもつ。ところが、判例・学説は、そのための明確な判断基準論をいまだ確立していない。

この判断基準論の重要性は、とくに民法（債権関係）改正作業における

- 
- (9) リース契約では多くの場合、リース業者と提携関係にあるサプライヤーが、ユーザーへの勧誘や説明、ユーザーとの交渉等をする。この過程でサプライヤー（その従業員）がユーザーに詐欺を行った場合、ユーザーは、この詐欺を理由にリース契約を取り消しうるか。近年では、補助者による詐欺をめぐる紛争のあり方として、この種のものが、とくに下級審裁判例を中心に急増している。例えば、東京地判平成22年2月10日判タ1382号186頁、大阪地判平成24年7月27日判タ1398号159頁、大阪地判平成25年3月5日判時2198号113頁。ここでは、リース契約との関係でサプライヤーを96条2項の「第三者」ではないとみて、同条1項による取消しをユーザーに認めえないかが問題となるが、これまでの裁判例の多くは、この取扱いを否定している。その理由付けは、判決ごとに多様であるが、おおむね次のように要約できよう。リース業者とサプライヤーは、別個の法主体であり、リース契約に関して、それぞれが独立の役割を担い、自己の判断により行動する。サプライヤーは、独自の判断で勧誘・交渉をし、その反面、リース業者への取次ぎ後には、信用調査や審査、契約締結の意思決定等には関与しない。他方、リース業者も、サプライヤーを介してのユーザーからの申込みについて、独自に信用調査、審査等をして契約締結の意思決定をする。その前段階にある勧誘・交渉には、積極的な関与・介入をしない。このような両者の独立性からして、サプライヤーは「第三者」とされる。

なお、この問題を論じたものとして、葉袋真司・岡本圭史「契約締結補助者の詐欺と民法96条2項」消費者法ニュース87号280頁以下（2011年）。また、この問題を素材としつつ、補助者の詐欺に関する一般理論を展開するものとして、金山直樹「契約締結補助者の理論」法研88巻7号1頁以下（2015年）、金山直樹「契約締結補助者の理論（その2）」同法68巻7号2289頁以下（2017年）（以下、それぞれを金山①、金山②として引用する）。

審議や、消費者契約法5条の解釈をめぐる学説の議論からも、窺うことができる。次に、項を改めてこの点を詳論しよう。

### 3 民法（債権関係）改正作業における審議

一般の民法（債権関係）改正作業において、補助者の詐欺をめぐる問題を明文化させる動きがあったことは、記憶に新しい。【中間試案】では、代理人その他の補助者の詐欺に対して、表意者の取消しを常に認める次の条文案が提案された<sup>(10)</sup>。

「民法第96条の規律を次のように改めるものとする。

- (1) 詐欺又は強迫による意思表示は、取り消すことができるものとする。
  - (2) 相手方のある意思表示において、相手方から契約の締結について媒介をすることの委託を受けた者又は相手方の代理人が詐欺を行ったときも、上記(1)と同様とする（その意思表示を取り消すことができる）ものとする。」
- （3項と4項は省略した）

この条文案は、【要綱案】で削除され新法に盛り込まれなかったものの、同案をめぐる部会審議での議論や同案へのパブリックコメントは、この問題に対する学界や実務界の認識を把握するうえで、重要な資料となろう。とくに注目されるのは、多様な補助者類型のうち、どのような者に同規律が適用されるのかという、2(2)で述べたのと同様の問題が、ここでも喫緊の検討課題として浮上した点である。以下でみるように、部会審議やパブリックコメントでは、この適用範囲を十分に明確化させることの困難さ

---

(10) 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」（2013年2月26日決定）6頁。本稿で引用する法制審議会民法（債権関係）部会に関する議事録・資料等は、すべて法務省ホームページから入手した。

が、繰り返し指摘されている。

第1に、媒介受託者が詐欺を行った場合といっても、その事案は多様であり、表意者の取消しを認めるべき場合と、これを認めるべきではない場合とがあるのではないかと、いう点である。例えば、宅地建物取引業における媒介のように、本人（売主または買主）が消費者である場合、媒介受託者たる宅地建物取引業者を、本人が十分にコントロールできないこともある。ここで、宅建業者の詐欺を本人の詐欺と同視して法律関係を処理することには不安が残る、と問題提起がされている<sup>(11)</sup>。

第2に、代理人と媒介受託者以外の者による詐欺に対しても、取消しを認めるべき場合がありうる、という点である。部会審議でこの結論自体に特段の異論はなかったものの、問題は、その内容を条文にどう反映させるかである。【中間試案】のように代理人と媒介受託者のみを列挙すると、それ以外の者の詐欺に対しては、（本人が悪意でない限り）取消しを認めないとする反対解釈が、立法後されかねない<sup>(12)</sup>。これを避ける代替案として【中間試案】では、「その行為について相手方（本稿でいう本人にあたる—筆者注）が責任を負うべき者が詐欺を行ったとき」<sup>(13)</sup>にも取消しを認めるとする案が、注意書きに示されている。しかし、この案では、「相手方が責任を負

---

(11) 「法制審議会民法（債権関係）部会第31回会議議事録」（2011年8月30日）53頁（山野目幹事発言）。同様の指摘は、パブリックコメントでもみられる。民法（債権関係）部会資料71-2「『民法（債権関係）の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要（各論1）」31頁。

(12) 「法制審議会民法（債権関係）部会第76回会議議事録」（2013年9月10日）21頁（笹井関係官発言）。

(13) 部会審議等で、その詐欺について本人が責任を負う者として想定されているのは、例えば、法人が本人の場合に、その代表者や支配人、従業員等である。民法（債権法）改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ—序論・総則』（2009年）146頁、「民法（債権法）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」230頁以下、「第31回会議議事録」前掲注(11)52頁以下。



うべき者」の意味が曖昧なため、条文の適用範囲を明確にできない<sup>(14)</sup>。部会審議では、「相手方が責任を負うべき者」の前に「代理人」と「媒介受託者」を例示して解釈指針を示す、との提案があった<sup>(15)</sup>ものの、結局この問題点が要因となり、前記条文案の採択が見送られることになった<sup>(16)</sup>。

債権法改正における以上の議論は、どのような補助者の詐欺に対してなら取消しを認めうるか、その判断基準を明確にすることの重要性と困難さを示すものであろう。そして、(前記条文案が採択されなかった)新法のもとで、この問題はとりもなおさず、96条2項の「第三者」から除外できるのはどのような補助者か、という解釈問題として現れる<sup>(17)</sup>。

#### 4 消費者契約法5条をめぐる議論

消費者契約法には、補助者の詐欺に関する明文がある(消費者契約法5条)。同条によれば、事業者の代理人(2項)、または消費者契約締結の媒介を事業者から受託した者(1項)が、重要事項に関する誤認惹起行為等を消費者にした場合、当該行為に関する事業者の善意悪意を問わずに消費者は取消しができる。補助者の詐欺をめぐる問題の一部が、消費者契約との関係では立法上の解決をみたわけである。

ところが、ここでもまた、同規律が適用される補助者の範囲をめぐり、解釈が分かれている<sup>(18)</sup>。とくに、「媒介をすることの委託」を受けた者と

---

(14) 「第76回会議事録」前掲注(1)21頁(笹井関係官発言)。

(15) 「第31回会議事録」前掲注(1)52頁(鹿野幹事発言)、「民法(債権関係)部会資料66A『民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(1)』に係る意見」1頁(山本敬三委員)。

(16) 民法(債権関係)部会資料66A「民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(1)」4頁。

(17) 「要綱案のたたき台(1)」前掲注(1)64頁。

(18) この問題に関する詳細は、後藤卷則「代理行為の瑕疵からみた代理制度」椿寿夫・

は、具体的にどのような補助者を指すのか。同法施行当初の経済企画庁の説明によれば、同条における「媒介委託」があったと認めるには、契約締結直前までの必要な段取り等を行うよう、他人への委託があったことが必要とされている<sup>(19)</sup>。このため、単に契約勧誘の委託があっただけでは、「媒介委託」にあたらないとされる<sup>(20)</sup>。他方で、学説では、同条の適用範囲をより広く捉える見解が有力である。例えば、契約締結過程の一部について尽力するよう委託があれば、「媒介委託」と認める見解がある。これによれば、顧客の紹介や契約勧誘だけを委託された補助者が詐欺をした場合にも、取消しが可能となる<sup>(21)</sup>。また、さらに進んで、勧誘や交渉自体の委託すら不要とする見解もある。契約締結のための個別の情報提供や説明を事業者本人が他人に分担させたことをもって、「媒介委託」があったとする<sup>(22)</sup>。

このように、消費者契約法5条が適用される補助者の範囲については、契約媒介のあり方の多様性を反映して広狭様々な見解がある。2(2)で指摘した民法一般レベルにおける判断基準論の明確化は、この消費者契約法5

---

伊藤進編『代理の研究』（2011年・初出2007年）409頁以下、後藤卷則『消費者契約と民法改正——消費者契約の法理論第2巻』（2013年）291頁以下（以下、それぞれを後藤①、後藤②として引用する）を参照。

(19) 経済企画庁国民生活局消費者行政第1課編『逐条解説消費者契約法』（2000年）113頁以下。ただし、この説明は、宣伝契約のように、事業者の顧客が、事業者と別顧客との契約を媒介する場面を念頭に置いたものであり、「媒介委託」の成否は、「最終的には個別具体例に即し」て判断すべきと付言している。

(20) 経済企画庁国民生活局消費者行政第1課・前掲注(19)114頁。

(21) 落合誠一『消費者契約法』（2001年）98頁。また、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタル消費者契約法（第2版増補版）』（2015年）115頁も参照。

(22) 沖野眞巳『『消費者契約法（仮称）』における『契約締結過程』の規律』NBL685号22頁（2000年）、佐久間毅「消費者契約法と第三者・代理」ジュリ1200号65頁（2001年）。

条の解釈に一定の方向性を与える可能性があり<sup>(23)</sup>、その意味でも重要となるろう。

## 5 比較法的観点からの考察

以上のように、判例・通説は、補助者の詐欺に対して、本人の善意悪意を問わずに表意者からの取消しを認める。この結論を導く法律構成として、補助者の詐欺は第三者詐欺にあたらなからだ、と説明されている。しかし、補助者を「第三者」から除外する根拠や要件・基準については、議論が十分に熟していない。今後、日本法が取り組むべき検討課題は、まさにこれらの点にあるといえよう。

この日本法の現状と対照的なのが、ドイツ法における理論状況である。ドイツ民法典（以下BGBと表記する）123条<sup>(24)</sup>によれば、表意者は、詐欺による意思表示を取り消すことができる（1項）が、第三者が詐欺を行った場合は、意思表示の「相手方が詐欺を知りまたは知るべかりし場合に限り」、取消しが可能となる（2項）。ドイツの判例・学説によれば、詐欺をしたのが「相手方」の補助者である場合、補助者は「第三者」に該当しないため2項は適用されず、1項により表意者は常に取消しができる。

---

(23) 例えば、佐久間・前掲注②263頁。

(24) BGB123条1項 詐欺または違法な強迫により意思表示を行うことを決定させられた者は、その意思表示を取り消すことができる。

2項 相手方に対してすべき意思表示について第三者が詐欺をしたときは、相手方が詐欺を知りまたは知るべかりし場合に限り、これを取り消すことができる。（以下省略）

なお、本稿では、BGB条文の訳出に際して以下の文献を参考にした。柚木馨『現代外國法典叢書獨逸民法〔Ⅰ〕民法総則』（1937-1938年）、柚木馨『現代外國法典叢書獨逸民法〔Ⅱ〕債務法』（1938-1940年）、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（1988年）。

このように、ドイツ法は補助者の詐欺の問題につき、日本法と類似の法律構成により、日本法と同様の結論を導いている。しかも、ドイツの判例・学説では、補助者を「第三者」から除外する根拠や、どのような補助者を「第三者」から除外できるかといった、日本法が積み残してきた問題が詳細に議論されている。そこで、日本法で前記課題に取り組むにあっても、比較法的観点からこのドイツ法の議論を確認しておくことに、一定の意義があると思われる。本稿では、このような関心のもと、ドイツ法における議論を次に紹介する。

## 二 ドイツにおける判例・学説の展開

### 1 BGB 立法過程における議論

ドイツ法紹介の起点として、BGB 立法者がこの問題をどのように考えていたのかを、まず確認しておく。

#### (1) BGB123条 2 項の立法趣旨

第 1 に、第三者詐欺に関する BGB123 条 2 項の趣旨を、立法者はどのように考えていたのか。同項の原案である第 1 草案 103 条 2 項<sup>(25)</sup>の理由書で、立法者は次のように説明している<sup>(26)</sup>。表意者の「意思決定の自由が、意思

---

<sup>(25)</sup> BGB 第 1 草案 103 条 1 項 ある者が、他人からの違法な強迫または詐欺により意思表示を行うことを決定させられた場合は、その意思表示を取り消すことができる。

2 項 意思表示が関係者に行われることで効力を生じる場合において、詐欺が第三者によってされたときは、意思表示の受け手が詐欺を知りまたは知るべかりし場合に限り、意思表示を取り消すことができる。

<sup>(26)</sup> 同項の立法過程を分析した文献として、Peter A.Windel, Welche Willenserklärungen unterliegen der Einschränkung der Täuschungsanfechtung gem. § 123 Abs.2 BGB?, AcP 199, 421 (1999).

表示の有効性の前提要件なのであれば、詐欺・強迫のような「違法な影響力を行使したのが、法律行為の当事者であるか、それ以外の者であるかで区別することは、本来ならできない」<sup>(27)</sup>。第三者詐欺の場合でも、意思決定の自由を侵害されている以上、表意者は意思表示を常に取り消しうるはずである<sup>(28)</sup>。しかし、これでは、詐欺について善意無過失であった意思表示の受け手が不測の損害を被り、「過酷な結果」が生じる。そこで、詐欺について意思表示の受け手が悪意または善意有過失の場合に限り取消しを認める規律を、例外則として設けた<sup>(29)</sup>。

このように、BGB123条2項は、同条1項により認められる取消しを、意思表示の受け手を保護するために例外的に制限した規律と、位置づけられている。1項の取消しを原則、2項によるその制限を例外則とするこの立法趣旨は、補助者の詐欺をめぐる後の議論で重要な意味をもつようになる。

## (2) 代理人による詐欺の取扱い

第2に、では、意思表示の受け手（本人）の代理人が表意者に詐欺を行った場合は、どのように問題を解決するのか。この点に関する立法者の考えを知る手がかりは、BGB166条1項<sup>(30)</sup>の立法過程にみられる<sup>(31)</sup>。同

---

<sup>(27)</sup> Benno Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, Bd.1: Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, 1899, S.466.

<sup>(28)</sup> Windel, a.a.O. (Fn.26), S.427.

<sup>(29)</sup> Mugdan, a.a.O. (Fn.27), S.466.

<sup>(30)</sup> BGB166条1項 意思表示の法律上の効果が、意思の欠缺またはある事情を知っていたこともしくは知るべかりしことによって影響を受けるときは、その事実の有無は本人ではなく、代理人について決するものとする。

<sup>(31)</sup> BGB166条の立法過程の詳細は、拙稿「民法101条1項と『悪意の帰責』法理(1)」  
 阪法63巻1号87頁以下(2013年)。

項は、「代理行為の効力に影響する主観的事情は、代理人を基準に判断すべき」旨を定めた規定であり、日本民法101条1項の母法である<sup>(32)</sup>。同項の原案である部分草案（総則）112条<sup>(33)</sup>の理由書において、部分草案起草者は、「代理人の詐欺に対する本人の責任（Haftung）」という項目を設け、次のように説明している。

「この問題は、部分草案のなかで直接に定められてはいない。しかし、これを解決する十分な手がかりを、本条に見出すことができる。（中略）法律上、代理人が代理権の範囲内でした法律行為は、本人自らの行為と等しい価値をもつものとして、本人に帰属する。そして、法律行為上の意思決定を行うのは代理人であるため、意思決定の瑕疵、意思の存否、善意悪意は、この意思決定の生成過程に従い、かつ現実にも致するよう、代理人を基準に判断すべきと強く明言されている。そのため、代理人による詐欺や強迫が、本人に帰属する法律関係に影響することに、疑いの余地はない」<sup>(34)</sup>。

以上の説明は、主に損害賠償責任の成否を念頭に置いたものと思われる。しかし、代理人の形成した法律関係がそのまま本人に帰属するので、前者のした詐欺が後者の法律関係に影響する、との指摘は注目に値する。

---

(32) 原田慶吉『日本民法典の史的素描』（1954年）63頁以下、佐久間毅「代理学説と民法第101条の規律」岡法40巻3・4号896頁（1991年）。

(33) 部分草案（総則）112条 法律行為の有効性および効力は、本人について決するものとする。意思表示と実際の意思との一致、意思決定の瑕疵（意思無能力、強迫、詐欺、錯誤）、および法的に重要な知または不知の存在は、代理人について決するものとする。

(34) Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, Teil 2, 1981, S.183f.

この発想を詐欺取消しに及ぼせば、代理人が詐欺により法律関係を形成した場合、その法律関係は、当事者の詐欺に基づくものとなり、表意者は常に取消しができる。部分草案起草者の考えを、このように推測することも許されるのではないか。

さらに第1委員会では、代理人の詐欺に基づく取消しの可否が、より意識的に議論されるようになる。前記部分草案(総則)112条に関する審議のなかで、フォン・ヴェーバーは、同条の末尾に以下の文言を追加すべきとする修正案を提出した<sup>(35)</sup>。

「代理人が行った詐欺は、本人が詐欺について善意であり、かつ過失がなかった場合にも、法律行為の取消し原因となる」。

審議の結果この提案は否決されたものの、これは、提案内容に対する反対からではなく、むしろその内容は自明のことであり、明文化の必要はないとの理由からである<sup>(36)</sup>。このように第1委員会では、代理人の詐欺に対して表意者は常に取消しができるとの結論が、確認されている。この審議を経て起草された第1草案117条<sup>(37)</sup>の理由書にも、次のような説明がある。

「法律行為の成立に際して、代理人が強迫または詐欺を行った場合、第1草案103条(BGB123条に相当する一筆者注)の要件のもとで、表意者は法律行為を取り消すことができる。これは、本人が、強迫または詐

---

<sup>(35)</sup> Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 2.Teilband, 1985, S.878.

<sup>(36)</sup> Jakobs/Schubert, a.a.O. (Fn.35), S.879.

<sup>(37)</sup> BGB 第1草案117条 実際の意味と表示された意思とが合致しているかどうか、強迫、詐欺、錯誤、および悪意・善意有過失の影響は、代理人について決するものとする。

欺を知っていたかどうかを問わない。法律行為には、構成要件上の瑕疵（Tatbestandsmangel）が付着しており、これについて本人は対抗される」<sup>(38)</sup>。

この説明中にみられる「構成要件上の瑕疵」とは、「当事者の詐欺に基づいて形成された」という属性を意味していると推測される。BGB立法者は、代理の規定である BGB166条1項を介して、本人がこの属性を対抗されると理解していた。

もっとも、代理の規定を根拠とするこの説明からは、代理人以外の補助者が詐欺を行った場合に、意思表示の取消しは可能か、またその根拠は何かについて、直接答えを導きえない<sup>(39)</sup>。この点についての解釈は、BGB施行後の判例・学説の展開をまつべきことになる。

## 2 帝国裁判所の判例

代理人その他の補助者の詐欺をめぐる紛争は、BGB施行の直後から帝国裁判所の判例に登場する<sup>(40)</sup>。帝国裁判所の判例に特徴的なのは、詐欺を

---

<sup>(38)</sup> Mugdan, a.a.O. (Fn.27), S.478.

<sup>(39)</sup> ただし、前掲の部分草案理由書には、次の記述がある。すなわち、「代理人の悪意（Arglist）に対する本人の責任は、ある者の違法行為を有責性の推定を理由に他人へと帰属させる例外規定を、根拠とするものではない。仮にそうだとすれば、この責任を明示する規定が存在するはずだからである。むしろ、この本人の責任は、代理の一般的な諸原則に基づき、かつ、これらの原則が要求する範囲内で認められる」（傍点筆者）。Schubert, a.a.O. (Fn.34), S.185. この記述からは、代理人以外の補助者の詐欺には取消しを認めないとするのが、少なくとも部分草案起草者の考えだったと推測できるのではないか。

<sup>(40)</sup> ドイツ法における戦前・戦後の判例の展開を整理したものとして、Michael Jüttner, Die Zurechnung der arglistigen Täuschung Dritter im rechtsgeschäftlichen Bereich unter besonderer Berücksichtigung des Problems der „gespaltene“ Arglist, 1998,



行ったのが代理人かそれ以外の補助者かで、異なった取扱いがされていた点である。

(1) 代理人による詐欺をめぐる事案

判例でまず登場したのは、代理人による詐欺をめぐる事案である。この場面につき、帝国裁判所は、本人の善意悪意を問わずに取消しを認めるとの考えを、早期に確立した。次の判決【1】には、その立場の萌芽をみることができる。

【1】帝国裁判所1905年7月8日判決（RGZ 61, 207）

[事案の概略] 掲載誌からは詳細は不明であるが、次のような事案と推測される。Yの父Aは、Yの法定代理人として、Y所有の土地をXに売却した。その際、Aは、土地の取値高を偽ってXに伝えていた。そこで、Xは、Yに損害賠償を請求した。原審は、Xの請求を認容した。これに対してYが上告した。

[判旨] 破棄自判（請求棄却）。

第1草案理由書<sup>(41)</sup>では、代理人による詐欺の場合、表意者は意思表示を常に取り消しうると明示されている。ここには、「代理人が契約締結に際して詐欺を行ったときは、BGB123条の取消しが被欺罔者に与えられる唯一の救済手段である、との立法者の立場を看取しうる」。このため、Aによる虚偽の情報提供について、金銭による損害賠償を、XはYに請求できない。

本判決は、表意者の損害賠償請求を否定する前提として、代理人の詐欺

---

S.82ff.

(41) ここで本判決は、1(2)で引用した第1草案理由書の該当箇所（前掲注38）を指示している。RGZ 61, 207, 212.

に対して表意者は常に取消しができる，との考えを示している。ただし，詐欺取消しの可否が直接争点となった事案ではないこともあり，この結論を導く法律構成は明確にされていない。この点をより詳しく説明したのが，次の判決【2】である。

【2】帝国裁判所1909年10月27日判決（RGZ 72, 133）

[事案の概略] Xは，Y所有の分農場を1モルゲンあたり215マルクで購入する契約を，Yの代理人Aとの間で公正証書により締結した。公正証書作成直前の契約交渉において，AとともにY側の契約交渉を担当したBは，以前にこの農場の一部を購入したCは1モルゲンあたり220マルクで購入した，とXに告げ，この情報が正しいと誓約した。しかし，Cによる本当の購入価格は1モルゲンあたり180マルクであった。Xは，当該事実を知っていればYと契約することはなかったと主張して，Bの詐欺を理由に意思表示を取り消し，契約無効の確認を求めて提訴した。第1審はXの請求を認容したが，控訴審はこれを棄却した。Xが上告したところ，上告審は，控訴審判決を破棄して事件を差し戻した。差し戻し後控訴審は，Xの請求を認容した。これに対してYが上告した。

[判旨] 上告棄却。（判旨冒頭の番号は筆者が付した。以下同じ）

①本件では，「詐欺によりXに契約を締結させたBが，BGB123条2項の第三者にあたるかどうかが問題になる」。（中略）意思表示の受け手を保護する同項の立法趣旨および同項の文言に照らせば，「同項の第三者とは，被欺罔者が行う意思表示の受け手以外の者，すなわち，当該意思表示に関与しない者を指す」。

②本件のBは，交渉を，「Yの承認がありさえすれば契約が効力を生じる程度にまで進めるよう，委託されていた。BはAと共同で交渉をし，交渉を主導していたのはむしろBであった。（中略）それゆえ，Bは（中略）Yのもうひとりの代理人として，契約に関するXの意思表示をAと共同で受

## 契約締結過程における補助者の詐欺と民法96条2項の「第三者」(1)

領したといえる。したがって、Bは、BGB123条2項の第三者にあらず、Xは、Bの詐欺に基づき、同条1項によって売買契約を取り消すことができる」。

本判決は、BGB123条2項の「第三者」から代理人を除外することで、同条1項による取消しを認めた<sup>(42)</sup>。日本の通説とも共通するこの法律構成は、その後判例として確立し、現在に至るまで踏襲されている。

では、「第三者」から除外されるのは、代理人に限られるのか。あるいは、それ以外の補助者についても、「第三者」から除外されることはあるのか。本判決後は、この問題が判例上の争点となる。

### (2) 契約交渉補助者・仲立人による詐欺をめぐる事案

前掲判決【2】判旨②から分かるように、帝国裁判所は、形式上は締約代理権のない契約交渉補助者であっても、代理人に匹敵する程度に成約に寄与した者については、BGB123条2項の「第三者」から除外している<sup>(43)</sup>。他方で、帝国裁判所は、同じく契約交渉補助者であっても、代理人

---

(42) なお、戦前の判例には、立法者と同様にBGB166条1項を根拠に挙げて、判決【2】と同一の結論に至るものがあつた。RG, 16.3.1911, RGZ 76, 107. しかし、BGB166条1項を根拠として明示する判決は、とくに戦後は姿を消している。現在の判例は、代理人はBGB123条2項の「第三者」にあたらぬとの構成により、表意者の取消しを認めている。

(43) 同様の判断を示したものとして、RG, 5.3.1936, SeuffA 91, Nr.40. 同判決では、週刊誌の著作・出版に関する権利をYに譲渡したXが、未払代金の支払を求めて提訴した。これに対して、Yは次のように反論した。本件で、Xから譲渡契約の交渉を委託されていたAは、当該週刊誌からの収益について、Yを欺罔した。それゆえ、本件契約は取消し可能である。帝国裁判所は、「Aが、その合意した条件に基づき譲渡契約が締結されうる程度にまで、交渉を進めていた」点を重視し、Xの善意悪意を問わずにYの取消しを認めうるとした。

に匹敵する権限のない者は「第三者」にあたる<sup>・</sup>と判断している。この判断を示した早期の例として、次の判決【3】がある。

【3】帝国裁判所1909年1月26日判決（RG Warn 1909 Nr.178）

〔事案の概略〕 掲載誌からは詳細は不明であるが、Yの契約交渉補助者Aが、Xを欺罔した事案である。原審は、AはBGB123条2項の「第三者」にあたら<sup>・</sup>ないとして、Xによる取消しを認めた。

〔判旨〕 判決主文は、掲載誌からは不明である。

「法的意味における代理と認められるには、法律行為上の意思表示を他人の名において行うことを要し、意思表示の準備段階における契約交渉を他人のためにしただけでは足りない。仮にAがYの任意代理人として契約を締結していたならば、Y自らが詐欺をしたときと同様に、本件でも取消しが肯定される。しかし、本件で認定された委託関係からだけでは、YがAの欺罔行為を自己の行為と同様に対抗されるとは、帰結できない」。

本判決は、「準備段階における契約交渉をしただけ」の補助者を、BGB123条2項の「第三者」と認めた。このように帝国裁判所は、契約交渉補助者を「第三者」から除外できるかの判断に際して、代理人に匹敵する権限がその者にあったかを決め手としている。

さらに、次の判決【4】は、これと同様の理解を仲立人にも及ぼし、かつその理由を明確にしている。

【4】帝国裁判所1920年12月14日判決（RGZ 101, 97）

〔事案の概略〕 Xは、スウェーデン産マッチ125荷箱を購入する契約をYと締結したが、マッチの輸入許可を得ることができなかった。その後、Xは、Y側の補助者として契約を媒介した仲立人Aに詐欺があったとして、Yとの契約を取り消し、支払った代金の返還を求めて提訴した。原審は、

契約締結過程における補助者の詐欺と民法96条2項の「第三者」(1)

Xの請求を棄却した。これに対してXが上告した。

[判旨] 上告棄却。

①「委託関係に基づく何らかの形で取引成立に関与したにすぎず、締約代理権のない者を、代理人と同様に扱うことはできない。この者の詐欺を理由とする意思表示の取消しは、委託者が詐欺について善意無過失だったときには認められない」。

②「他人に代理権を授与した者は、これにより、自ら選任した代理人に全幅の信頼を与えたこと、そして、その者と自身とが同一視されるのを容認する意思があることを、対外的に表明したことになる。しかし、限定的な範囲でのみ行為することを他人に委託し、重要な行為を自己に留保した契約当事者に、以上のことはあてはまらない。この場合、表意者は、委託者の認識と意思とが重要となることを知っている。このため、表意者は、受託者の説明に直接関わっていなくても委託者はその説明に責任を負う、などとは主張できない。このような主張を広範に容認することは、取引の促進に資するものではなく、むしろその障壁となりうる」。

本判決は、仲立人を BGB123条2項の「第三者」とみている(判旨①)が、その理由付けに際して、代理人を「第三者」から除外する実質的な根拠をまず示している(判旨②)。代理の場合、表意者は、代理人の説明を本人自身のそれと同一視し、本人がその説明に責任を負うと信頼する。この信頼は、他人を代理人に選任し表意者と対峙させた本人が、惹起したものである。そこで、この信頼を保護すべく、代理人の詐欺に対しては、本人自身による詐欺のときと同様に、BGB123条1項を適用する。このように、判例が従来認めてきた結論の実質的理由を示した点で、本判決は重要である<sup>(44)</sup>。

---

(44) なお、本判決と同様の結論を示すものとして、RG, 19.1.1921, JW 1921, 623. 同判決

### (3) 帝国裁判所判例の小括

以上の紹介からは、BGB123条2項の「第三者」から除外される補助者の範囲を、帝国裁判所が相当狭く捉えていたことが分かる<sup>(45)</sup>。代理の場合、表意者は、代理人の説明を本人のそれと同一視し、その説明に本人が責任を負うと信頼する。この信頼を保護すべく、代理人による詐欺の場合には、本人自身が詐欺をしたときと同様の法的保護を表意者に与える。この保護に値する信頼が表意者に生じるのは、欺罔者が本人の代理人として表意者と対峙した場面に限られる。このため、「第三者」から除外されるのは、①代理人、および②これに匹敵する権限をもつ契約交渉補助者のみである。③このような権限のない契約交渉補助者や④仲立人は、「第三者」に該当する。

### 3 帝国裁判所判例に対する学説の反応

戦前の学説は、以上でみた帝国裁判所判例を基本的には支持していた<sup>(46)</sup>。もっとも、結論の細部については、これを批判する見解もあった。とくに批判の対象とされたのは、BGB123条2項の「第三者」から除外される者を、代理人に限定した点である。戦前から戦後直ぐの学説では、判例よりも広い範囲の補助者を「第三者」から除外する見解が、相次いで登

---

は、代理商による詐欺が問題になった事案を扱ったものであり、「代理権をもたずに、(中略)契約締結を準備したにとどまる媒介者は、第三者にあたる」とした。

<sup>(45)</sup> Staudingers Kommentar zum BGB, Buch 1 Allgemeiner Teil 3, Neubearbeitung, 2012, § 123, Rn.49 (Singer/Finckenstein); Münchener Kommentar zum BGB, Bd.1, Allgemeiner Teil, 7.Aufl., 2015, § 123, Rn.63. (Armbrüster).

<sup>(46)</sup> Planck's Kommentar zum BGB, Bd.1, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1913, S.305; Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.1, Einleitung, Allgemeiner Teil, 13.Aufl., 1931, S.537; Staudingers Kommentar zum BGB, Bd.1, Allgemeiner Teil, 10.Aufl., 1936, § 123, Rn.37f. (Riezler).

場する。その代表例として、エンネクセルス／ニッパーダイ、ティツェ、オストヴァルト、そしてコーインクの各見解を挙げうる。

(1) エンネクセルス／ニッパーダイの見解

エンネクセルス／ニッパーダイは、代理人だけでなく、契約締結を準備しただけの媒介者も、BGB123条2項の「第三者」から除外すべきと主張する<sup>(47)</sup>。同説は、媒介者の具体例を明示していないものの、「第三者」から除外される補助者の範囲を判例よりも広く捉える見解と、位置づける。この解釈の根拠として、エンネクセルス／ニッパーダイは次の点を挙げる。第1に、契約締結補助者の悪意 (Arglist) により生じた利益を、表意者の損失において本人に享受させることは、公平に反する<sup>(48)</sup>。第2に、BGB123条2項の文言も、この解釈の妨げにならない。同項の「第三者」とは「取引成立に関与しなかった者」のみを指し、媒介者はこれに該当しない<sup>(49)</sup>。そして第3に、契約締結上の過失責任 (culpa in contrahendo) との関係である。契約締結補助者が詐欺により相手方 (表意者) に契約を締結させた場合、本人は、履行補助者責任 (BGB278条)<sup>(50)</sup>に基づき、信頼利益の損害賠償責任をいずれにせよ表意者に対して負う。結果的にここでは、補助者の詐欺を理由に取消しを認めたのと同様の結論に至る<sup>(51)</sup>。

---

(47) Enneccerus/Nipperdey, a.a.O. (Fn.46), S.537.

(48) Enneccerus/Nipperdey, a.a.O. (Fn.46), S.537.

(49) Enneccerus/Nipperdey, a.a.O. (Fn.46), S.537.

(50) BGB278条 債務者は、法定代理人および義務の履行のために使用する者の有責 (Verschulden) について、自己の有責と同一の範囲において責任を負う。(以下省略)  
なお、ドイツ法における履行補助者責任を扱った研究として、例えば、落合誠一『運送責任の基礎理論』(1979年) 31頁以下、57頁以下、74頁以下、潮見佳男『契約責任の体系』(2000年・初出1987年) 235頁以下。

(51) Enneccerus/Nipperdey, a.a.O. (Fn.46), S.538. なお、この点について若干の補足説

## (2) ティツェの見解

前記エンネクセルス／ニッパードアイは、BGB123条2項の「第三者」から媒介者を除外するに際し、BGB278条に言及していた。同条を、この問題を解決する根拠としてとくに重視するのが、ティツェ、そして同説を承継するオストヴァルトである。

ティツェは、代理人を「第三者」から除外した判例を支持しつつも、この結論の根拠は、「他人が、本人の委託に基づきその利益のためにする活動において、詐欺を行った」、という点にこれを求めるべきだとする<sup>(52)</sup>。この根拠に照らせば、代理人だけでなく、「本人の承認に基づき、その利益のために契約交渉に関与した者」はすべて、「第三者」から除外すべきである。この者が、「自己の担当する交渉と内容的に関連した欺罔的言明」を行ったときは、BGB123条1項により取消しを常に認める<sup>(53)</sup>。この解釈の根拠としてティツェは、「BGB278条の基礎にある思想」を挙げる。詐欺取消しとの関係でこの思想は、取引成立に使用した補助者の詐欺に本人

---

明をしておく。ドイツ法では、説明義務その他の契約交渉過程における行為義務が、契約締結上の過失責任の名の下に論じられている。学説は、BGB施行直後から、この義務違反には契約法上の規律が適用されることを異論なく承認しており、判例も同様の態度を示している。その結果、判例・学説は、当事者が交渉過程で使用した補助者の義務違反にBGB278条が適用されることを、当然のこととして肯定している（以上の点については、潮見・前掲注50259頁以下を参照）。これに対して日本法では、契約交渉過程における説明義務の違反を、契約法と不法行為法のいずれで規律するか、それゆえ、補助者によるこの義務違反に履行補助者責任と使用者責任のいずれを適用するかについて、見解が分かれている。契約交渉過程における補助者の義務違反に適用される規律に関しては、ドイツ法と日本法とでこのように背景事情が異なっている点に、注意が必要である。

<sup>(52)</sup> Heinrich Titze, Anmerkung zu RG,19.1.1921, JW 1921, 624.

<sup>(53)</sup> Titze, a.a.O. (Fn.52), S.624.



が責任を負うことを、要求する<sup>(54)</sup>。

### (3) オストヴァルトの見解

オストヴァルトは、ティツェの見解を支持しつつ、ティツェが根拠に挙げた「BGB278条の基礎にある思想」の意味を具体化させ、同説の内容を深化させた。オストヴァルトによれば、BGB278条の基礎には、次のような一般原則がある。自己の利益のために他人を意識的に使用した者は、その使用に起因する法的不利益を甘受すべきである<sup>(55)</sup>。ここでいう法的不利益は、通常、債務者が（自己の過失なしで）損害賠償責任を負う（BGB278条）ことだが、これに限らず、ある契約が取消し可能となり、それゆえ無効になるという形をとることもある<sup>(56)</sup>。以上の原則に照らせば、①契約交渉に関与した本人の被用者<sup>(57)</sup>、または②締約代理権のない媒介者、商事代理人もしくは保険代理人のように、「本人の意思に基づき契約交渉に関与し、本人の経済圏に属する者」が詐欺をした場合、それに基づく不利益は本人が負担する。したがって、これらの者は、BGB123条2項の「第三者」から除外される<sup>(58)</sup>。

### (4) コーインクの見解

BGB123条2項の「第三者」から除外すべき補助者を広く解する見解は、戦後も支持者を増やしていく。戦後直ぐの学説としてドイツで頻繁に引き合いに出されるのが、コーインクの見解である。コーインクは、誰が「第

---

<sup>54)</sup> Titze, a.a.O. (Fn.52), S.624.

<sup>55)</sup> Walther Ostwald, Wer ist „Dritter“ bei Anfechtung einer Willenserklärung wegen arglistiger Täuschung?, JW 1922, 795.

<sup>56)</sup> Ostwald, a.a.O. (Fn.55), S.795.

<sup>57)</sup> Ostwald, a.a.O. (Fn.55), S.795.

<sup>58)</sup> Ostwald, a.a.O. (Fn.55), S.795.

三者」から除外されるかを定める基準を、次のように設定する。第1に、代理人は、「法律行為に関与した者」なので、「第三者」にあたらない<sup>(59)</sup>。さらに、当事者間の公平性や取引安全の保護のために取消しを制限するBGB123条2項の趣旨に照らせば、「第三者」から除外される者を、代理人に限定すべきではない<sup>(60)</sup>。そこで、第2に、「当該行為と直接の経済的利益関係を有する者」も、「第三者」から除外すべきである<sup>(61)</sup>。この第2の点につき、コーインクは詳細な要件論を挙げていないものの、「第三者」から除外する者を広く解すべき根拠として、BGB123条2項自体の趣旨に言及している点が、注目される。

#### (5) 小括

以上のように、戦前から戦後直ぐの学説では、代理人以外の補助者もBGB123条2項の「第三者」から除外すべきだとの議論が、次第に広がりを見せていった。とくに、代理人に匹敵する権限のない契約交渉補助者についても、「第三者」から除外すべきことが強調された。そのように解釈する根拠として、BGB278条の法意や、BGB123条2項自体の趣旨が挙げられた。これらの学説は、判例にも影響を及ぼし、戦後の判例が帝国裁判所の考え方を修正するきっかけとなった。この点にも留意しながら、次に、連邦通常裁判所判例をみていく。

### 4 連邦通常裁判所による判例法理の転換

連邦通常裁判所は、以上の学説の影響のもと、1950年代後半頃から帝

---

<sup>(59)</sup> Staudingers Kommentar zum BGB, Bd.1, Allgemeiner Teil, 11.Aufl., 1957, § 123, Rn.37 (Coing).

<sup>(60)</sup> Staudinger/Coing, a.a.O. (Fn.59), § 123, Rn.37.

<sup>(61)</sup> Staudinger/Coing, a.a.O. (Fn.59), § 123, Rn.37.

国裁判所判例を修正するようになり、現在では、代理人以外の広範な補助者を、BGB123条2項の「第三者」から除外している。ただし、現在の判例は、前記学説だけでなく、1968年に公表されたシューベルトの論文からも、多大な影響を受けて形成されたものである。シューベルトの見解は、ドイツにおける現在の判例・通説の基点と評価できるため、本稿では以下、シューベルト説登場の前後で時期を分け、戦後の判例・学説を紹介する。

この区分にそって、まず、1960年代前半までの判例をみていく。この時期の判例でとくに扱われたのは、割賦販売における販売業者から買主への詐欺、そして、保証契約等における主債務者から保証人等への詐欺をめぐる事案である。

#### (1) 割賦販売における販売業者の詐欺をめぐる事案

割賦販売 (Abzahlungsgeschäft) では、代金支払資金を買主に調達させるため、販売業者が、自己と提携関係にある金融機関との金銭消費貸借契約を斡旋することがある (以下で「割賦販売」というときには、とくにこの取引形態を指すこととする)。ここで、販売業者が金銭消費貸借契約の媒介に際して詐欺を行った場合、買主は、詐欺に関する金融機関の善意悪意を問わずに申込みを取り消しうるか。金銭消費貸借契約につき販売業者は、金融機関から代理権を授与されておらず、その媒介を委託されているにすぎない。帝国裁判所判例によれば、この販売業者の詐欺は、第三者詐欺に該当しそうである。これに対して、連邦通常裁判所は、ここで販売業者を「第三者」から除外する立場を示すようになる。その先例が、次の判決【5】と【6】である。

【5】連邦通常裁判所1956年2月8日判決 (BGHZ 20, 36)

【事案の概略】 A家具店から家具を購入したYは、代金支払資金を得るた

め、Aの斡旋で、X貯蓄金庫に金銭消費貸借契約を申し込んだ。その際、Aは、家具引渡し前に代金を得ようと画策し、商品受領と代金の一部支払を証明する受領証を作成のうえ、Yを欺罔してその署名を得た。Aは、この受領証と金銭消費貸借契約申込書とをXに提出し、Xは、Yに金銭を貸し付けた（なお、本件でXは、自行の金銭消費貸借契約申込用紙をAに預けており、同書面の記入を行ったのもAであった）。その後、商品の引渡しや代金支払がまだであることが判明したので、Xは、貸付金全額の返済をYに請求した。これに対して、Yは、Aの真意を知っていれば金銭消費貸借契約を申し込むことはなかったと主張し、Aの詐欺を理由に申込みを取り消した。第1審はXの請求を認容したが、原審はこれを棄却した。これに対してXが上告した。

[判旨] 上告棄却。

①「Aは、BGB123条2項の第三者にあたらない。むしろ、Aの行動は、X自身によるものと同様にXへと帰属するので、Xは同項を援用できない」。

②「本件取引のあり方からすれば、帝国裁判所判例に従って『第三者』の概念を捉えたとしても、Aを、Xにとっての第三者とすることはできない。（中略）本件事案では、締約代理権の授与によってではないものの、それ以外の方法（XからAへの媒介委託—筆者注）によって、外部の者と対峙することがAに可能となっている。その結果、Yは、XがAを信任し、金銭消費貸借契約締結に際してのAの行動に完全な責任を負う、との印象を抱いたはずである」。

【6】連邦通常裁判所1960年11月17日判決（BGHZ 33, 302）

[事案の概略] 開業医のYは、Aを業務執行者とするB合資会社から医療用機具等を購入した。その際、Yは、代金支払の融資を受けるために、Aから渡された金銭消費貸借契約申込書に署名して、Aに手交した。Bは融資斡旋の枠契約（Rahmenvertrag）をX銀行と結んでいたため、Aは、こ

契約締結過程における補助者の詐欺と民法96条2項の「第三者」(1)

の申込書をXに提出し、これを受けてXは、7000マルクの貸付けをした。その後、Yは、貸付金の一部を返済したものの、返済期間途中で支払をしなくなった。そこで、Xは、貸付金全額の返還等をYに求めて提訴した。これに対してYは、前記斡旋に際してAに詐欺があったことを理由に、金銭消費貸借契約申込みを取り消した。第1審はXの請求を棄却した。原審はXの請求を認容した。その際、原審は、買主の取消しを認めた前掲判決【5】を引用しつつも、【5】と本件とでは以下の点で事案が異なっているとして、Yの取消しを認めなかった。第1に、本件のYは、高い教養と社会的地位のある医師であり、【5】の買主と異なり、Aとの売買とXとの金銭消費貸借とが別個独立の契約だと認識できたはずである。第2に、本件金銭消費貸借の申込書には、具体的な金融機関名が印字されていなかった。第3に、XとB間の融資斡旋の取引関係は、本件契約の2ヶ月前に始まっていたにすぎない。これに対してYが上告した。

[判旨] 破棄差戻し。

前記の相違点は、「AをBGB123条2項の『第三者』とみた控訴裁判所の判断を、正当化しうるものではない。

重要なのは、Xが、(中略)融資銀行から信任を得た者(Vertrauensperson)として買主と対峙する機会を、AとBに与えたことである。この点において本件事案は、BGHZ 20, 36 (判決【5】一筆者注)のそれと共通している。」

判決【5】【6】は、販売業者の欺罔行為が金融機関に「帰属する」ので、前者は後者にとってBGB123条2項の「第三者」ではないとした。その理由付けにあたり、両判決は前掲【4】の枠組を踏襲している。【4】によれば、①ある者が本人の代理人として契約相手(表意者)と対峙する場合、②表意者は、代理人の説明を本人のそれと同一視し、その説明に本人が責任を負うと信頼する。この信頼を保護すべく、表意者には、本人による詐欺の場合と同様の法的保護(BGB123条1項)を与える。【4】は、

②の信頼が表意者に生じるのは、本人から他人へ代理権の授与があった場合に限りとしていた。これに対して、【5】【6】は、媒介委託があっただけの場合にも、販売業者と対峙する買主には②の信頼が生じるので、この信頼を保護すべきだとした<sup>(62)</sup>。このように、表意者の信頼保護を実質的理由とする枠組を踏襲しつつも、この保護を認める範囲を拡大させることで、販売業者を「第三者」から除外している。

## (2) 保証契約等における主債務者の詐欺をめぐる事案

金銭消費貸借では、主債務者からの依頼により、その知人や近親者らが、保証人になったり物的担保を提供したりすることがある。この依頼に際して主債務者が保証人等を欺罔していた場合、保証人等は詐欺を理由に保証契約等を取り消しうるか。主債務者は、保証契約等との関係でBGB123条2項の「第三者」であり、債権者が詐欺について悪意等でない限り取消しはできなさそうである。ところが、判例では、主債務者を「第三者」から除外して保証人等の取消しを認める判決が、この時期に登場する。

### 【7】連邦通常裁判所1962年6月20日判決（NJW 1962, 1907）

〔事案の概略〕 農業機具業者Aは、廃業を表明した取引先農家Yから農業用財産を譲り受け、その対価として現金支払のほか、居住用家屋をYのために建設する約束をした。同じ頃、Aの財政状況が著しく悪化したため、Aに融資をしていたX銀行は、Aに担保の追加を要求した。そこでAは、Yが所有する土地に、まずY自身を権利者とする土地債務を設定させ、さらにこれをYからXへと譲渡させた。その際AはYに対して、土地債務の譲渡は、前記家屋建設の融資を受けるためのものと虚偽の説明をした。Aが破産し、背任等を理由に訴追された後、Xは土地債務に基づく請求を

---

(62) Helmut Leonardy, Anmerkung zu LG Stuttgart, 25.2.1966, NJW 1966, 1816.

Yにした。Yは、Aの詐欺を理由に土地債務の譲渡を取り消した。原審はXの請求を棄却した。これに対してXが上告した。

[判旨] 上告棄却。

①誰がBGB123条2項の「第三者」から除外されるかは、「公平性という視点に従い、利益状況を考慮してこれを判断すべきである」。

②たしかに本件では、Yが、Xから信任を得た者としてAをみたがゆえにAを信頼したという、判決【5】【6】のような事情は立証されていない。しかし、両判決は、「欺罔者の第三者性が否定されるのは、代理人、または本人から信任を得た者としての外観がこの者にある場合に限る、などと明言してはいない。(中略)したがって、両判決は、代理人以外の者の行為を、当該判決で挙げられたのとは別の根拠によって意思表示の受け手に帰属させることを、否定するものではない。本件のように、利益状況と公平性からしてこの帰属が必要とされる場合が、これにあたる」。

本件では、Xの委託を受けてAがその補助者としてYと折衝した、という事実は認定されていない。このため、媒介委託を根拠とする従来の判例に照らせば、ここでAの欺罔行為をXに帰属させることは、できなさそうである。ところが本判決は、この委託がなくても、当該事案の「利益状況と公平性」を根拠に、欺罔行為の帰属を認めうるとした。そのうえで、本件事案における当事者間の諸事情を列举し、Aの欺罔行為をXに帰属させるべきだと結論づけた。具体的には、(i)Aの財政悪化に伴い、Xが新たな担保獲得に多大な利益を有していたこと、(ii)土地債務譲渡はAが自発的に準備したものであったが、Xは、このAの申し出を積極的に利用しており、しかも、この申し出は、Xが担保追加を以前から執拗に迫っていた結果であること、などが挙げられている。

このように「利益状況と公平性」に基づく事案ごとの判断を志向する本判決に対して、次の判決【8】は、より具体的な条文上の根拠を挙げている。

【8】連邦通常裁判所1962年9月26日判決（NJW 1962, 2195）

【事案の概略】 X会社は、Aにガソリンスタンドを賃貸ししていた。Aは、当該賃貸借契約から生じる債務の保証人を得るため、保証意思を表示した証書を自身で作成し、そこに親類Yの署名を得たうえで、同証書をXに差し入れた。その後、Xは、当該保証契約に基づいてYに支払請求をしたが、Yは、保証の意思表示はAの詐欺によるものだとして、これを取り消した。第1審はXの請求を棄却した。原審は、本件でAはBGB123条2項の「第三者」にあたるどころ、その詐欺についてXの悪意は立証されていないとして、第1審判決を破棄した。これに対してYが上告した。

【判旨】 破棄差戻し。

①「問題となりうる状況の多様性に鑑みれば、BGB123条2項にいう第三者の概念について一般的な定式を見出すことが、可能かつ有意義なことかどうかには、疑問が残る。つまるところ基準となるのは、当該欺罔行為に対して意思表示の受け手が自己の行為と同様の責任を負い、被欺罔者を契約に拘束すべきではない、といえる程度に、意思表示の受け手と欺罔者の関係が密接かどうかである。判例・学説で挙げられている多様な視点は、この観点のもとで、当該のそれぞれの事案にとって決定的な意味をもちうる」。

②「ここで特別な地位を占めるのは、欺罔者が、意思表示の受け手から契約交渉を委託されており、（中略）意思表示の受け手のために当該交渉をした、という状況である。契約交渉に入ることにより、当事者間には法定債務関係が生じる。この債務関係に基づき、当事者は、取引上必要な注意を尽くす義務を、そして、それに違反した場合には損害賠償の義務を負う。ここで交渉に際して補助者を使用した者は、BGB278条により、補助者の有責に対して自己のそれに対するのと同一の責任を負う。したがって、契約交渉補助者が他方当事者を欺罔した場合、本人は、少なくとも損害賠償という観点のもとでは、当該欺罔行為を自己の行為と同様に対抗される。



契約締結過程における補助者の詐欺と民法96条2項の「第三者」(1)

しかし、この原則を、損害賠償法に限定すべき理由はない。むしろ、この原則は、詐欺取消しにも、一般的な根拠として適用されるべきである。契約交渉補助者の詐欺を委託者自身のそれと等しくみるわけであるから、この補助者はBGB123条2項の第三者には該当しない。Aがこのような履行補助者であったかどうかについて、控訴審判決は十分な事実認定をしていない」。

③差戻し後控訴審において、AがXの契約交渉補助者ではなかったと認定されたとしても、「当事者の利益状況を斟酌しつつ事案の諸事情を総合考慮することにより、ここでAをBGB123条2項の第三者から除外できるかを、なお検討すべきである。本件のように債務者の詐欺により保証人が保証を引き受けた場合、前記利益状況の考量にあたっては、以下の点を看過してはならない。すなわち、たとえ保証を得よう債権者が債務者を促していたときであっても、保証を得ることは、通常は主として債務者自身の利益になることであり、それゆえ、債務者の作為が直ちに債権者に帰属するとはいえない、という点である」。

本判決の意義は次の2点である。第1に、これまでの判例法理を理論的に整序した点である。ある欺罔者がBGB123条2項の「第三者」から除外されるかは、その者の欺罔行為が本人に帰属する程度に、両者の関係が密接かどうかによって決まる。すなわち、欺罔者が「第三者」から除外されるのは、その欺罔行為が本人に「帰属する」からである<sup>(63)</sup>。これまで判例で掲げられた「表意者の信頼保護」(判決【4】【5】【6】)、「利益状況と公

---

<sup>(63)</sup> Staudinger/Singer/Finckenstein, a.a.O. (Fn.45), § 123, Rn.50; MünKom/Armbrüster, a.a.O. (Fn.45), § 123, Rn.64. 同様の趣旨を明言した判決として例えば、BGH, 20.2.1967, BGHZ 47, 224; BGH, 20.11.1995, NJW 1996, 1051; BGH, 12.11.2002, NJW 2003, 424.

平性」【7】といった視点は、この帰属を正当化する根拠と位置づけられる（判旨①）。

さらに本判決は、この帰属の正当化根拠として、新たに BGB278 条を挙げている。この点が、本判決の第 2 の意義である。本人から契約交渉を委託された補助者の詐欺は、BGB278 条における履行補助者の債務不履行（契約締結上の過失）に擬せられ、同条の法理により、その欺罔行為は本人に帰属する（判旨②）。ここで留意すべきなのは、本判決が、BGB278 条と前記の 2 根拠それぞれを、欺罔行為の帰属を正当化する独立の根拠とみている点である。このため、BGB278 条では帰属を認めえないときでも、「利益状況と公平性」を根拠に、帰属を認める余地がある（判旨③）。

### (3) 小括

以上のように連邦通常裁判所は、代理人以外の補助者を BGB123 条 2 項の「第三者」から除外する方向へと、立場を転換させた。判例によれば、欺罔者たる補助者が「第三者」とされないのは、その欺罔行為が本人に帰属するからである<sup>(64)</sup>。この帰属の正当化根拠として、①補助者の説明を本人のそれと同一視した表意者の信頼を保護すべきこと、②個々の事案における「利益状況と公平性」、③ BGB278 条が、それぞれ独立のものとして挙げられている<sup>(65)</sup>。

判決【8】の後、判例は、欺罔行為帰属の正当化根拠として③を中心に据えるようになる。その背景には、【8】を受けて、次に紹介するシューベルトの説が登場し、広く支持を集めたという事情がある。

---

<sup>(64)</sup> Staudinger/Singer/Finckenstein, a.a.O. (Fn.45), § 123, Rn.49.

<sup>(65)</sup> Jüttner, a.a.O. (Fn.40), S.85ff.