

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」(2・完)

——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216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

二 ドイツにおける判例・学説の展開(承前)

5 学説による判例法理の精緻化

前掲判決【8】は、欺罔行為の本人への帰属に条文上の根拠を与えた点で、それまでの諸判決と一線を画するものといってよい。ところが、【8】には、理論的観点から不明瞭な点がある。例えば、BGB278条は、債務不履行に基づく損害賠償責任との関係で、履行補助者の不履行が債務者本人

に帰属する旨を定めた規律である。この条文を、詐欺取消しの問題に類推することが、なぜ正当化されるのか。また、同条の類推には、本人や補助者の側でどのような要件が充たされなければならないのか。【8】を支持しつつ、以上の点を説明することでBGB278条類推の理論を精緻化させたのが、シューベルトである⁽⁶⁶⁾。シューベルトの見解は、現在の判例・通説の基点であるため、その内容を詳しくみておく。

(1) BGB278条を類推する理論的根拠

まず、詐欺取消しの場面にBGB278条を類推できる根拠について、シューベルトは次のように説明する。

BGB278条は債務不履行責任に関する規定なので、ある当事者間に同条を適用または類推するには、その当事者間に債権・債務関係がすでに存在していなければならない。このため、詐欺取消しの場面で同条を類推するには、詐欺取消しを、契約交渉当事者間における債務の存在を前提とした制度とみて、この債務との関係で同条を類推する、と構成する必要がある⁽⁶⁷⁾。契約交渉当事者間では、虚偽の情報提供により相手方に契約を締結させてはならないという、交渉過程上の法定債務が生じる⁽⁶⁸⁾。詐欺取消しは、一方当事者がこの債務に違反して相手（表意者）を欺罔した場合において、当該意思表示の効力自体を否定する手段を、表意者に特別に付与した制度である。その意味で、契約締結上の過失責任の特則である⁽⁶⁹⁾。

以上の考え方によれば、契約交渉補助者は、一方当事者（本人）がこの

(66) なお、シューベルトと同時期に判決【8】の意義を強調したものとして、Leonardy, a.a.O. (Fn.62), S.1816f.

(67) Werner Schubert, Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluss, AcP 168, 478 (1968).

(68) Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.480.

(69) Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.480.

法定債務の履行のために使用した履行補助者と、位置づけられる。したがって、この補助者の詐欺は、補助者の有責に基づく当該法定債務の不履行と評価できる。これにより、BGB278条が詐欺取消しの場面に類推され、補助者の欺罔行為は、自己の行為と同様のものとして本人に帰属する⁽⁷⁰⁾。

(2) BGB278条類推の要件論

では、補助者の欺罔行為が本人に帰属するための要件は、何か。この点につき、シューベルトは次の要件論を提示する。

① 本人の意思に基づく契約交渉の委託

他人の詐欺に対してBGB278条が類推されるのは、前記契約交渉上の法定債務の履行に、本人がその他人を使用したと評価できるからである。このため、類推要件の中心になるのは、「本人が、自己の意思に基づきその他人を契約交渉に使用したこと」である⁽⁷¹⁾。この要件につき、シューベルトは以下の点にとくに言及している。

第1に、本人とその他人との関係がどのような内部契約に基づくかは、問わない。そもそも、両者の間に有効な法律関係があることすら、BGB278条類推の要件ではなく、その他人に契約交渉が委ねられた事実上の関係があればよい⁽⁷²⁾。

第2に、補助者であっても、「契約交渉」を本人から委託されていなければ、BGB278条は類推されない。ここでまず問題になるのが、代理人である。代理人は通常、契約締結だけでなく、その前提となる交渉も本人か

⁽⁷⁰⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.481.

⁽⁷¹⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.481.

⁽⁷²⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.481.

ら委託されている⁽⁷³⁾。従来の判例・学説は、代理人の欺罔行為が本人に帰属すると異論なく認めているが、シューベルトによれば、この結論も、代理人は「本人が契約交渉に使用した者」にあたるという、まさにそのことを根拠にはじめて正当化できる⁽⁷⁴⁾。それゆえ、最終的な契約締結を行うだけで、交渉権限を授与されていないことが明白な代理人については、その欺罔行為は本人に帰属しない⁽⁷⁵⁾。また、契約当事者を互いに紹介するだけで、その後の契約交渉を委託されていない仲立人にも、BGB278条は類推されない⁽⁷⁶⁾。紹介後の交渉まで仲立人が行う場合でも、仲立人は通常、一方当事者（本人）のみならず、他方当事者（表意者）の利益も同時に代表して業務を遂行する。このように両当事者の利害を調整すべき地位にある者は、一方当事者（本人）の側にもみ属するのではない⁽⁷⁷⁾。仲立人にBGB278条が類推されるのは、一方当事者のみから、契約相手紹介後の交渉まで委託されているときに、限られる⁽⁷⁸⁾。

② 契約成立への寄与度

次に、シューベルトは、欺罔者たる補助者が契約成立にどの程度寄与したことが必要か、という観点に着眼する。ここでもシューベルトは、本人からの契約交渉委託さえあればよく、補助者が交渉を成約直前まで完遂したことや、成約に重要な寄与をしたことは、BGB278条類推の要件ではないとする⁽⁷⁹⁾。このため、特定の専門事項に関する情報提供や助言のみを委

⁽⁷³⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.481f., S.485.

⁽⁷⁴⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.485.

⁽⁷⁵⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.485.

⁽⁷⁶⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.492f.

⁽⁷⁷⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.493.

⁽⁷⁸⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.493f.

⁽⁷⁹⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.484.

託された者が、当該事項について表意者を欺罔したときにも、その欺罔行為は本人に帰属する⁽⁸⁰⁾。

③ 追認法理による BGB278条の補充

以上の要件論によれば、本人からの事前の契約交渉委託がない限り、他人の欺罔行為は本人に帰属しない。ただし、シューベルトは、2つの観点からこの原則に例外を設けている。

第1に、無権代理人が詐欺をした場合において、当該無権代理行為を本人が追認した(BGB177条)⁽⁸¹⁾場合である。たしかに、この追認は、履行補助者としての無権代理人の地位にではなく、法律行為そのものに向けられている。しかし、無権代理行為の法律効果を追認により享受する本人は、交渉過程における無権代理人の不誠実な行動についても、信義則上これを引き受けるべきである⁽⁸²⁾。また、以上の考え方は、他人が、委託を受けずに無断で本人のために契約交渉をした場合にも、あてはまる。本人が、当該交渉結果を事後的に承認し、これに基づき自ら契約を締結した場合、交渉時におけるその者の欺罔行為は本人に帰属する⁽⁸³⁾。

⁽⁸⁰⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.484.

⁽⁸¹⁾ BGB177条1項 代理権を有さない者が他人の名において契約を締結した場合において、その契約が本人の利益および不利益において効力を生じるか否かは、本人の追認にかかると。

2項 相手方が本人に対して追認の意思表示を催告したときは、追認の意思表示は相手方に対してのみこれを行うことができる。この場合においては、催告前に代理人に対して表示した追認または追認の拒絶は、その効力を失う。追認は、催告を受けた後2週間以内にこれを表示しなければならない。この期間内に追認の表示をしなかったときは、これを拒絶したものとみなす。

⁽⁸²⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.482.

⁽⁸³⁾ Schubert, a.a.O. (Fn.67), S.482.

④ 表見代理法理による BGB278条の補充

第2に、シューベルトは、無権代理人または無権限の交渉補助者の欺罔行為が、表見代理法理を根拠に本人に帰属すると認める。この点を説明するため、ドイツ法における表見代理について、まず簡単に言及しておく⁽⁸⁴⁾。ドイツ法では、代理権の外観を信頼した相手方を保護するため、表見代理法理 (Rechtsscheinsvollmacht) が判例によって認められている。これには、2つの法理が含まれる。まず、①他人による無権代理行為を本人が知りながら、その行為に異議を唱えなかった場合において、善意の第三者保護のため、有権代理と同様の扱いをする場合がある。次に、②他人による無権代理行為を本人が知りうべきであるのに知らず、これを防止しなかった場合において、善意の第三者保護のため、有権代理と同様の扱いをする場合がある。①は忍容 (認容) 代理 (Duldungsvollmacht) と、②は外見代理 (Anscheinsvollmacht) と、それぞれ表現される。

シューベルトによれば、契約交渉は、法律行為の準備のためのものであり、法律行為に基づく義務の発生に近接している。このため、任意代理権の存在だけでなく、契約交渉権限の存在に対する信頼についても、契約の相手方 (表意者) は保護されるべきである。そこで、他人による無権限の契約交渉を本人が知り、かつこれを容認した場合、当該他人が交渉時にした欺罔行為は、前記①に基づき本人に帰属する⁽⁸⁵⁾。これに対して、②は、この場面では適用されない。他人の無断での交渉活動を過失で知らなかつ

⁽⁸⁴⁾ ドイツ法における表見代理法理を詳細に論じたわが国の先行研究として、例えば、白井豊『戦後ドイツの表見代理法理』(2003年)。なお、本文の説明では、山田晟『ドイツ法律用語辞典 (改訂増補版)』(1993年) 36頁、165頁、518頁以下も参考にした。表見代理法理につき判例が提示する詳細な要件論については、白井・前掲書47頁以下。

⁽⁸⁵⁾ Schubert, aa.O. (Fn.67), S.483.

ただけの場合、本人は、当該他人の行動に干渉できないからである⁽⁸⁶⁾。

6 判例における BGB278条類推法理の定着と展開

次に、シューベルト説登場以降現在に至るまでの判例・学説を概観し、この問題に関するドイツ法の現状を確認する。

まず、判例をみていく。ここでは、判例が、①補助者の欺罔行為を本人に帰属させる根拠を何に求めているか、②この帰属をどのような要件のもとで認めているかに、焦点を合わせる。

(1) 補助者の欺罔行為を本人に帰属させる根拠

補助者の欺罔行為を本人に帰属させる根拠として、これまでの判例は、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」、そして③ BGB278条を挙げていた。すでに述べたとおり、判決【8】やシューベルト説が登場して以降、判例は、帰属の正当化根拠として③を中心に据えるようになる⁽⁸⁷⁾。詐欺取消しの問題に BGB278条をなぜ類推できるのかについても、詐欺取消しは契約締結上の過失責任の特則だからだとする説明を、採用し

⁽⁸⁶⁾ Schubert, aa.O. (Fn.67), S.483.

⁽⁸⁷⁾ この判例の態度を明瞭に示す例が、割賦販売における販売業者の詐欺の場面である。従来の判例は、前記①を根拠に販売業者の欺罔行為を金融機関に帰属させていたが、1960年代後半以降は、帰属の根拠として③を挙げるようになる。BGH, 20.2.1967, BGHZ 47, 224. 同判決は、金融機関が販売業者に、(1)自社名の印刷された金銭消費貸借契約申込書を預け、(2)契約締結のために必要な交渉や、申込書記入に関する事務処理を委託していたことを理由に、販売業者を金融機関の契約交渉補助者と認定した。そのうえで、「任務の遂行における販売業者の有責に、金融機関は責任を負う(BGB278条)」として、買主の取消しを肯定した。

ている⁽⁸⁸⁾。

ただし、判例は、次にみる BGB278 条類推の要件が充足されない場面でも、同条類推とは異なる根拠に基づき、本人への欺罔行為帰属を認めることがある。この点にも留意しながら、欺罔行為帰属の要件を判例がどのように設定しているかを、以下でみていく。

(2) 補助者の欺罔行為を本人に帰属させる要件

① 本人から他人への契約交渉委託

前記シューベルト説によれば、補助者の欺罔行為に BGB278 条を類推するには、「本人からその補助者に、契約交渉の委託があったこと」が要件となる。判例も同説と同様に、補助者への契約交渉委託を、欺罔行為帰属の中心的要件と位置づけている。

これに対して、本人と当該補助者間での指揮監督関係の有無や、交渉受託者が本人の従属的補助者か独立的事業者かの相違は、欺罔行為帰属の成否に影響しないとされる。このことを明瞭に示す近年の代表例として、リース取引におけるサプライヤーの詐欺をめぐる判決を挙げうる。リース取引において、ユーザー・リース業者間のリース契約を媒介したサプライヤーが、交渉時ユーザーを欺罔したとする。この場面で判例は、サプライヤーをリース業者の契約交渉補助者とみて、その欺罔行為をリース業者に帰属させている⁽⁸⁹⁾。

⁽⁸⁸⁾ BGH, 17.4.1986, NJW-RR 1987, 59 ; BGH, 8.12.1989, NJW 1990, 1661.

⁽⁸⁹⁾ ただし、詐欺取消しの可否を争点とした事案ではないものの、サプライヤーをリース業者の履行補助者 (BGB278 条) と認めたものとして、すでに、BGH, 3.7.1985, BGHZ 95, 170.

【9】連邦通常裁判所1988年9月28日判決 (NJW 1989, 287)

[事案の概略] 船舶代理店のY(ユーザー)は、自社の輸出入部門にA社(サプライヤー)の「テキストシステム」を導入するため、Aと提携関係にあるリース業者Xと、当該システムのリース契約を締結した。Xは、自己のリース契約用紙をAに預け、また個々のリース料算定のための資料も適宜Aに提供しており、本件でも、X・Y間のリース契約の交渉やリース料算定、契約書の作成を行ったのは、Aであった。この交渉時AはYに対して、当該システムのうちハードウェアの供給だけでなく、供給後AからYに提供される「フルサービス」も、リース契約の内容に含まれると説明していた。契約から約3ヵ月後にYがリース料を支払わなくなったので、Xは契約を解除し、損害賠償等の支払をYに請求した。これに対してYは、交渉時の前記説明と異なり、実際に契約内容に含まれていたのはハードウェアの供給のみであったとして、Aの詐欺を理由にリース契約を取り消した。第1審はXの請求を一部認容した。原審は、前記Aの説明が詐欺にあたること、本件でAはXにとってBGB123条2項の「第三者」ではないことを理由に、Yの取消しを認め、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。

「Aは、Xの認識と意思に基づきリース契約の事前交渉をし、Xから提供された資料に照らしてリース料算定を行ったり、場合によってはその他契約条件について協議したりしていた。連邦通常裁判所の判例によれば、このようなサプライヤーは、契約交渉過程における注意義務・説明義務について、リース業者の履行補助者である。このサプライヤーが当該義務に有責に違反した場合、BGB278条に基づき、リース業者はユーザーに損害賠償責任を負う。(中略)このような場合、サプライヤーであるAは、BGB123条2項の第三者に該当しないため、Xは、Yの取消しを対抗される」。

サプライヤーはリース業者から独立した事業者であるが、本判決は、後者から前者へリース契約交渉の委託があれば、前者の欺罔行為が後者に帰属すると認めた。交渉委託さえあれば、受託者が本人の従属的補助者か、独立的事業者かは問わないとする立場が、この判断の背景にある⁹⁰⁾。この立場は、割賦販売における販売業者の詐欺をめぐる一連の判決からすでに窺い知ることができるが、判例は、リースのような現代型の複合契約の場面にも、同様の考え方を及ぼしている。

欺罔者に契約交渉委託があったかを重視する判例の考え方は、仲立人の詐欺をめぐる事案にも現れている。判決【4】以来、判例は、仲立人をBGB123条2項の「第三者」とみてきたが、近年ではこの考え方を修正している。

【10】 連邦通常裁判所 1995年11月24日判決 (NJW 1996, 451)

[事案の概略] Yは、仲立人Aの媒介により、自己所有の賃貸用家屋をXに売却した。ところが、事前交渉においてAは、1平米あたり10マルクの賃料保証を引き受ける意向がYにあるとの虚偽の説明を、Xにしていた。本訴訟においてXは、まず、Aの詐欺を理由にYとの売買契約を取り消した(そのうえで、支払済みの代金の返還等を請求したと推測される)が、控訴審係属中に本件家屋を転売し、契約交渉上の説明義務違反を理由とする損害賠償の支払に、請求内容を変更した。第1審と原審はXの請求を認容した。これに対してYが上告した。

[判旨] 上告棄却。

①「一方当事者の意思と認識に基づき、この当事者の任務に通常属する事柄を引き受けている仲立人は、(中略)当事者の履行補助者である。この場合にはBGB278条の適用が正当化される」。

90) 同様の趣旨を述べたものとして、BGH, 14.11.2000, NJW 2001, 358.

②仲立人にBGB278条を適用するには、「当該仲立人が、一方当事者の義務の範囲に属する任務を、この当事者から引き受けたことが必要である。純然たる仲立業務をするだけで、契約当事者の主たる義務や付随的義務の履行に関与しない仲立人に、BGB278条は適用されない」。

③「控訴裁判所の事実認定によれば、Aを、Yの履行補助者と認めうる。Aは、仲立人としての斡旋だけでなく、Yが契約前に負う注意義務の履行を、委ねられていた。契約交渉において当事者は、(中略)意思決定にとって重要な事情が実在する旨相手方を欺罔してはならない義務を負う。Yは、重要な契約交渉をAに委ね、契約締結前に負うこの義務の履行にAを使用していた。たしかに、Yは、交渉に関する独自の裁量をAに付与しておらず、契約条件を事前に提示していた。しかし、契約締結前の注意義務の履行がAに委ねられていたとする評価は、このことによって左右されない」。

本件のAのように、仲立人であっても、契約相手紹介後の交渉まで一方当事者から委託されていれば、その交渉時の欺罔行為が本人に帰属する。このように、帰属の成否を分けるのは、当該補助者の形式的地位や呼称ではなく、個々の場面でその者が契約交渉を委託されていたか、である。ここにも、帰属要件として契約交渉委託を重視する判例の態度を看取できる。

その反面、判例は、交渉委託を受けていない者については、BGB278条の類推を否定している。このため、契約相手の紹介のみを任務とする仲立人は、BGB123条2項の「第三者」から除外されない(判旨②)。また、同様の理由で「第三者」から除外されない例として、「自発的に交渉を開始した他人」がある。

【11】連邦通常裁判所1995年11月20日判決(NJW 1996, 1051)

【事案の概略】A有限会社の単独の社員で業務執行者であったXは、Aの

持分すべてを、A従業員Bの子Y1およびY1の友人Y2に譲渡し、Yらは、Aの既存債務全額を引き受ける旨合意した。この取引の背景には次の事情があった。XとBは従前交際関係にあったが、関係が破綻した。そこでBは、XをAから追放し、代わりに自身の子を社員にしようと画策し、持分譲渡へ向けた交渉を単独で始めた。Xは、譲渡契約の準備をBに委託してはいなかったものの、Bによる交渉結果に基づき、最終的にYらと譲渡契約を締結した。ところが、Aは債務超過の状態にあり、譲渡から約1年後、Yらは、譲渡契約時Bが債務額について虚偽の説明をしていたとして、譲渡契約を取り消した。Aの未履行債務には多額の租税債務が含まれていたため、Xは、ドイツ公課法69条⁽⁹¹⁾に基づき、未払の租税債務の支払を税務署から請求された。そこで、Xは、前記債務引受けを根拠に、同租税額の支払をYらに請求した。第1審はXの請求を認容した。これに対して原審は、次のように判示し、Xの請求を棄却した。すなわち、本件でXからBへの契約交渉委託はなかったものの、Xは、本件契約を自ら締結することで、Bの行動を追認したといえる。このため、Aの債務額に関するBの欺罔行為はXに帰属し、前記の譲渡契約取消しにより、Yらの債務引受けは無効になる。これに対してXが上告した。

[判旨] 破棄差戻し。

①「単に契約締結を斡旋するだけの者は、BGB123条2項の第三者である。(中略)同様のことは、ある者が自発的に契約締結の準備をした場合にも、原則として妥当する。当該契約が最終的に成立したという事情があっても、この欺罔者の第三者性は否定されない。この場合に欺罔行為の帰属

(91) ドイツ公課法69条(条文は事件当時のもの) 第34条および第35条に掲げられた者は、租税債務関係に基づく請求権(第37条)がこの者の故意または重過失による義務違反のために確定もしくは履行されず、または期限に確定もしくは履行されなかったときには、その責任を負う。(以下略)

がなお認められるのは、交渉補助者としてのこの者の行動を本人が追認したとき、または公平性の観点からこの帰属が必要とされるときに、限られる」。

②「本件で認定されたのは、Bが準備した契約をXが締結した、という事実のみである。しかし、この事実だけでは、BがX側の交渉補助者として活動した、またはXがBの行動を追認した、とは認定できない」。

本件のように、本人からの委託なく他人が契約交渉をした場合、当該交渉に基づき結果的に成約に至ったとしても、それだけでは欺罔行為の帰属は認められない。この帰属を認めるには、本人が、他人の行動を自己のための交渉活動として追認することが必要になる。

ただし、本判決は、本人からの交渉委託や追認がなくても、「公平性」を根拠に欺罔行為帰属を認める可能性を示唆している(判旨①)。このように判例は、交渉委託を帰属の中心的要件に据えているものの、これを不可欠の要件とまではみていない(同様のことは、判決【8】判旨③においても示されている)。

② 契約交渉委託の外観に対する信頼の保護

契約交渉委託なしで欺罔行為の帰属を認める考え方は、次の判決【12】にも表れている。本判決は、本人から欺罔者に明示的・直接的な交渉委託はなかったものの、契約交渉補助者としての外観が当該欺罔者にあった、という事案を扱ったものである。

【12】 連邦通常裁判所1978年7月6日判決(NJW 1978, 2144)

[事案の概略] ビニール袋製造業を営むA社は、自社製品を製造する在宅労働者を募集した。これに応募したYは、在宅労働契約、および製造に要する機材等の売買契約をAと締結した。その際、在宅労働契約の交渉を行っ

たAの代理人Bは、機材の代金支払に充てる費用をYが調達するために、X銀行からの融資を紹介し、これを受けてYは、金銭消費貸借契約をXと締結した。本件当時、AやBは、この金銭消費貸借の媒介を直接Xから委託されていなかった。しかし、Bは、Xと提携関係にあった訴外融資斡旋会社の補助者としても活動しており、Xの金銭消費貸借契約申込用紙を、同社を通じて入手していた。その後、購入した機材が高額にすぎ、かつ本件ビニール袋製造に適していないことが判明したため、YはA（B）の詐欺を理由に、Aに対しては在宅労働契約および売買契約を、Xに対しては金銭消費貸借契約を、それぞれ取り消した。これに対してXは、貸付金の返還をYに請求した。第1審と原審は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。

「Xは、金銭消費貸借の交渉をA・Bに委託していないので両者はBGB123条2項の第三者である、とは主張できない。AとXは、同一の交渉代理人（Bを指す―筆者注）を通じてYと折衝した。これによりA・Xは一体となってYと対峙したので、委託がなかったという前記事情を、Yは知らなかった。商事取引に携わらないYは、法的知識がなく、売主、貸主、および両者のために行為した売主代理人（Bを指す―筆者注）らの法的な関係性を、確実に把握できなかった。Xは、本件諸契約の準備にあたり共通の交渉代理人を使用してAと協働することを是認した、との外観をYに対して生じさせた。Aの交渉代理人が自社の契約用紙を使用し、かつ金銭消費貸借契約を自社の名において準備することを、Xは許容したか、少なくともこのことを妨げなかった。Bがこの契約用紙を直接Xから渡されたか、あるいは別会社から取得したかは、本件では重要ではない。いずれにせよ、Xのためにも行為している外観がBに生じたことは、Xの危険領域に属することである」。

本判決は、契約交渉委託を直接受けていない者の欺罔行為が、本人に帰属すると認めた。これによれば、①契約交渉補助者としての外観が他人にあり、②この外観作出につき本人に帰責性があるときには、他人の欺罔行為が本人に帰属する⁽⁹²⁾。②の帰責性として、他人による交渉活動を本人が「許容したか、少なくともこのことを妨げなかった」点が、挙げられている。このように、権利外観法理を根拠に欺罔行為を本人に帰属させた点に、本判決の特徴がある。この判断には、他人の欺罔行為を広く本人に帰属させようとする、戦後の判例の姿勢が明瞭に表れている⁽⁹³⁾。

③ 補助者の任務と欺罔行為との関連性

①でみたように判例は、本人からの契約交渉委託があれば、補助者の欺罔行為を本人に帰属させている。もっとも、近年では、このことに一定の制限を設けた判決がある。

【13】連邦通常裁判所2011年3月30日判決 (NJW 2011, 2874)

[事案の概略] X (ユーザー) は、業務用自動車を調達するため、自動車販売業者 A (サプライヤー) の媒介により、自動車のリース契約をリース業者 Y と締結した。このリース契約の交渉に際して、A は、宣伝契約 (Werbevertrag) を別途 B と締結することを、X に勧めた。この宣伝契約はリファイナンスを目的としており、次のような内容であった。まず、X がリース料全額を B から借り、これを月々分割で B に返済する。その一方で、X は、新規顧客 3 人を A に紹介することに「宣伝補助金」名目の金銭

⁹²⁾ MünKom/Armbrüster, a.a.O. (Fn.45), § 123, Rn.64f.

⁹³⁾ なお、本判決の翌年にも、これとほぼ同一の事案を扱った連邦通常裁判所判決が登場し、欺罔行為の帰属が肯定されている。そこでも、他人による交渉活動を本人が知りながら妨げなかったという事情が、帰属を正当化する根拠とされている。BGH, 8.2.1979, NJW 1979, 1593.

を一定の間毎月Bから支払われる。これにより、リースから生じるXの金銭的負担が軽減される。これを受けてXは、Yとのリース契約と同時に、Bと宣伝契約を締結した。その後、新規顧客をXがAに紹介したところ、Bは、当初は前記約定の金銭をXに支払ったものの、約定期間途中でこの支払をしなくなった。そこでXは、宣伝契約が履行されないのを認識しつつAはその締結を勧めたのであり、このAの行動は、リース契約締結をXに決意させるための欺罔行為である、と主張し、Aの詐欺を理由にリース契約を取り消した。そのうえで、支払済みのリース料の返還等をYに請求した。第1審と原審は、Aの欺罔行為はYに帰属しないので、Xは契約を取り消しえないとし、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「補助者の行動が本人に帰属するかどうかは、BGB278条におけるのと同様の基準により判断される。このため、決定的基準となるのは、補助者の行為が、当該補助者の引き受けた任務の一般的範疇に属するものかどうか、である。本人から補助者への委託事項と補助者による当該行為との間に、因果関係や時間的な密接性はあるものの、内的・実質的関連性がない場合には」、当該行為は本人に帰属しない。

②本件で「Yは、リース料その他費用を計算するソフトウェアやデータ、およびリース契約申込用紙をAに預け、契約条件の交渉や金銭の受領をAに委ねていた。しかし、これによりAに委託されたのは、リース契約締結のために必要な準備をすることだけである。これに対して、第三者（Bを指す—筆者注）との取引を別に媒介する方法でリース契約締結をユーザーに決意させる、などということは委ねられていなかった。リースからの経済的負担が別の契約相手との新たな契約によって軽減される、などとサプライヤーがユーザーを欺いたとしても、それは、リース業者から受託した任務の実行において（in Ausübung）ではなく、その任務の機会に（bei Gelegenheit）サプライヤーが行ったことにすぎない」。

本判決は、契約交渉委託があったことだけでなく、補助者がした欺罔行為と補助者の任務との間に「内的・実質的関連性」があることを、欺罔行為が帰属の要件とした⁹⁴⁾。このように、欺罔者が本人から何を委託されていたかだけでなく、その委託事項と当該欺罔行為とがどの程度関連しているかを基準に、帰属の成否を判断している。

(3) 判例の到達点

以上の紹介を踏まえ、判例の到達点を、次のようにまとめることができる。

ある補助者がBGB123条2項の「第三者」から除外されるのは、この者の欺罔行為が本人に帰属するからである。判例は、この帰属をBGB278条類推によって正当化する。同条類推の要件は、本人から当該補助者へ、契約交渉の委託があったことである。交渉委託さえあれば、当該補助者が従属的補助者か独立的事業者か、またその形式的地位や呼称は問わない。ただし、欺罔行為の帰属を認めるには、本人から委託された補助者の任務と当該欺罔行為との間に「内的・実質的関連性」のあることが、要件となる。この関連性がなければ、欺罔行為は本人に帰属しない。

他方で、判例は、交渉委託を、欺罔行為帰属の不可欠の要件とまではみていない。交渉委託がなくても、BGB278条とは別の根拠に基づき、帰属

94) ドイツ法では、履行補助者の行為に債務者が責任を負うには、この行為が債務の①「履行につき」されたことが必要か、あるいは②「履行の機会に」されたものであれば足りるか、BGB施行直後から論争がある。この「債務の履行と履行補助者の行為との関連性」の問題につき、現在の判例・通説は、①の立場をとる。本判決は、欺罔行為の帰属を認めるのに必要な要件を、BGB278条につき展開された以上の要件論から直接導いている。

なお、「債務の履行と履行補助者の行為との関連性」の問題の詳細は、潮見・前掲注50246頁以下、256頁以下、275頁以下を参照。

が正当化されることがある。その例として、①交渉補助者としての外観が欺罔者にあり、この外観作出につき本人に帰責性があるとき、②他人による無断の契約交渉を本人が追認したとき、そして③「利益状況と公平性」に基づいて帰属が必要とされるとき、がある。

7 学説の現状

ドイツ法紹介の最後に、学説の現状を確認しておく。現在の代表的な注釈書・体系書では、シューベルト説やこれを受けて展開された判例法理を支持するのが一般的となっており、これらの見解を通説とみて差し支えない。これによれば、補助者の欺罔行為が本人に帰属することにより、この補助者はBGB123条2項の「第三者」から除外される。欺罔行為の帰属を正当化する根拠は、BGB278条類推である⁽⁹⁵⁾。

ただし、比較的近年の研究では、欺罔行為の帰属を認める理論の細部について、独自の考えを展開するものもある。その代表例として、ロレンツとマンコヴスキの各見解を挙げうる。

(1) ロレンツの見解

ロレンツは、欺罔行為帰属の正当化根拠をBGB278条類推に求める点

⁽⁹⁵⁾ Staudinger/Singer/Finckenstein, aa.O. (Fn.45), § 123, Rn.50 ; MünKom/Armbrüster, aa.O. (Fn.45), § 123, Rn.65. 研究書・研究論文においてこの見解を支持するものとして例えば, Ulrich Immenga, Der Begriff des „Dritten“ nach § 123 Abs.2 BGB beim finanzierten Beitritt zu einer Abschreibungsgesellschaft, BB 1984, 5f. ; Hans Christoph Grigoleit, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S.144f. ; Tobias Tröger, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S.463. なお, 学説では, ここで問題になるのはあくまで契約の効力であって, 損害賠償責任の成否ではないとし, BGB278条類推に反対する見解も少数ながらみられる。Sebastian Martens, Wer ist „Dritter“? – Zur Abgrenzung der §§ 123 I und II 1 BGB, JuS 2005, 888f.

で、シューベルト説や判例を基本的に支持する⁽⁹⁶⁾。しかし、この帰属根拠をBGB278条にのみ求める点は適切ではないとし、シューベルト説を批判する。むしろ、判例⁽⁹⁷⁾のように、BGB278条を類推できない場面でも、欺罔行為帰属の可能性を認めるべきだとする⁽⁹⁸⁾。したがって、BGB123条2項の「第三者」から除外される者の範囲は、BGB278条において履行補助者とされる者のそれよりも、広範に亘る⁽⁹⁹⁾。

このように解する根拠として、ロレンツは、BGB123条の規律構造を挙げる。BGBの立法過程⁽¹⁰⁰⁾で説明されているように、BGB123条2項は、1項により原則的に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定である。このように取消しが原則で、これを制限する2項が例外則だという関係性からすれば、2項の適用範囲は限定的に画されるべきである⁽¹⁰¹⁾。それには、同項の「第三者」から除外される者、すなわちその欺罔行為が本人に帰属する者を、できるだけ広く解する必要がある。欺罔行為帰属の成否を、BGB278条から導出される基準にのみ依拠して判断することは、このBGB123条の趣旨に照らせば不適切であ

⁹⁶⁾ Stephan Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S.324f.

⁹⁷⁾ ここでロレンツが挙げているのは、権利外観法理に基づき欺罔行為の帰属を認めた前掲判決【12】、および同判決と類似の事案を扱った連邦通常裁判所1979年2月8日判決(NJW 1979, 1593)(前掲注93を参照)である。

⁹⁸⁾ Lorenz, a.a.O. (Fn.96), S.325.

⁹⁹⁾ この主張は、近年の注釈書でも支持されており、ドイツで極めて有力となっている。Staudinger/Singer/Finckenstein, a.a.O. (Fn.45), § 123, Rn.50; MünKom/Armbrüster, a.a.O. (Fn.45), § 123, Rn.65.

¹⁰⁰⁾ 1(1)を参照。

¹⁰¹⁾ 同様の趣旨を述べるものとして、Grigoleit, a.a.O. (Fn.95), S.145; Staudinger/Singer/Finckenstein, a.a.O. (Fn.45), § 123, Rn.50; MünKom/Armbrüster, a.a.O. (Fn.45), § 123, Rn.65.

る⁽¹⁰²⁾。

ロレンツは、以上の発想に基づき、次の者がした欺罔行為はいずれも本人に帰属すると主張する。まず、①本人の意思に基づき契約交渉を委託された者である。この者の欺罔行為は、「BGB278条の法的思想」に基づき本人に帰属する。次に、現実には交渉を委託されていないものの、②交渉受託者としての外観を有している者、である。②の欺罔行為は、BGB278条によっては本人に帰属しない⁽¹⁰³⁾。しかし、交渉委託の外観作出につき本人に帰責性があれば、権利外観法理に基づき帰属が正当化される⁽¹⁰⁴⁾。

(2) マンコヴスキの見解

マンコヴスキも、BGB278条類推により問題を解決する判例・通説を、基本的には支持する。この類推を説明するにあたりマンコヴスキは、詐欺取消しを契約締結上の過失責任の特則とみる点⁽¹⁰⁵⁾に加えて、BGB278条の実質的法意を挙げている。同条は、本人が、分業に伴う不利益を受けずに分業利益のみ享受するのを、防止する規律である。この趣旨は、債務不履行法だけでなく、意思表示法の領域でも等しく妥当する。分業が、本人の責任負担・リスク負担の領域を狭めることはない。このリスク負担の領域は、本人が自己の行動に直接責任を負う領域と、本人に使用された事務処

⁽¹⁰²⁾ Lorenz, aa.O. (Fn.96), S.324.

⁽¹⁰³⁾ ただし、表見的補助者もBGB278条の履行補助者概念に包摂されるので、ロレンツの見解は同条の解釈論を正しく反映していない、との批判もある。Tröger, aa.O. (Fn.95), S.463.

⁽¹⁰⁴⁾ ロレンツによれば、この本人の帰責性は、他人による無断での交渉活動を本人が認識していたときだけでなく、これを過失で知らなかった場面でも、認められる。Lorenz, aa.O. (Fn.96), S.325.

⁽¹⁰⁵⁾ Peter Mankowski, Beseitigungsrechte Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, 2003, S.953f.

理者が本人の利益を追求する「委任領域 (Delegationsbereich)」から、構成される。後者の領域では、事務処理者による故意の欺罔行為が、本人に帰属する。この場合、他人の使用に通常伴うリスクが現実化した、といえるからである⁽¹⁰⁶⁾。

以上の正当化根拠を前提に、マンコヴスキは、欺罔行為帰属の要件を次のように提示する。第1に、欺罔者が、「本人側において、契約締結に至る過程で使用されていること、すなわち契約交渉または締結に関与したこと」⁽¹⁰⁷⁾である。欺罔者が、交渉を主導したり成約に重要な寄与をしたりしたことは、帰属要件ではない。このため、従属的立場において交渉に関与した者の欺罔行為も、本人に帰属する。また、欺罔者が本人から経済的に独立し、欺罔者への指図権限が本人にないといった事情があっても、それは帰属の妨げにならない⁽¹⁰⁸⁾。ただし、補助者が自己の任務範囲を明白にこえてした欺罔行為については、本人への帰属が否定される。委託の範囲外の行動から本人が意図的に利益を享受しようとしたとは、認めえないからである⁽¹⁰⁹⁾。

第2に、欺罔者が、直接には自己の利益のために行為した場合についてである⁽¹¹⁰⁾。この場面では、①欺罔者が、自己の契約準備活動により間接的に本人の利益を図っていること、②本人が①の事情を認容し、③欺罔者の活動から得られた結果を自己のために利用したことを要件に、当該欺罔行為が本人に帰属する。ここでマンコヴスキは、欺罔者の行動が間接的に本人の利益となる点(①)だけでは帰属根拠として不十分であり、本人側に

⁽¹⁰⁶⁾ Mankowski, a.a.O. (Fn.105), S.954.

⁽¹⁰⁷⁾ Mankowski, a.a.O. (Fn.105), S.955.

⁽¹⁰⁸⁾ Mankowski, a.a.O. (Fn.105), S.955f.

⁽¹⁰⁹⁾ Mankowski, a.a.O. (Fn.105), S.956.

⁽¹¹⁰⁾ ここで念頭に置かれているのは、金銭消費貸借に際して保証人を得るために、主債務者が、知人等を欺罔して債権者と保証契約を締結させるような場面である。

における「承認 (Akzeptanz)」(②③) が、帰属を肯定するのに不可欠である旨、とくに付言している⁽¹¹¹⁾。

第3に、当事者双方のために行為する補助者の扱いである⁽¹¹²⁾。ここではとくに、仲立人が問題となる。仲立人は通常、当事者双方の利益を代表するため、一方当事者(本人)の領域のみに属するとはいえない。ただし、仲立人が、実質的には一方当事者(本人)の利益のみを代表している場合には、その欺罔行為が本人に帰属する。例えば、本人側が当該仲立人を反復・継続的に使用しているのに対して、他方(表意者)は一回きりの取引を行おうとしているとき⁽¹¹³⁾などが、これにあたる。

三 若干の考察

補助者の詐欺をめぐる問題につき、ドイツ法では以上のように詳細な議論が展開されている。たしかに、日本法とドイツ法の間には、この問題を考えるにあたり看過できない制度上の相違がある。とくに、ドイツ法ではBGB278条がこの問題を解決する中心的な根拠とされているが、同条に相当する明文は、日本法にはない。これに相当する理論として、履行補助者責任法理が判例・学説上形成されているものの、その根拠論・要件論の細部については、いまだ意見の統一をみない。このような相違点に鑑みれば、ドイツ法の理論を日本法の解釈論にそのまま導入することは、慎むべきであろう。しかし、それでもなお、ドイツ法における議論は、日本法で

(11) Mankowski, a.a.O. (Fn.105), S.957.

(12) Mankowski, a.a.O. (Fn.105), S.959f.

(13) この場合、仲立人は、本人側と長期的取引関係を築くことで、本人側からより多額の報酬を得られると期待する。このため、仲立人は、本人側の希望や利益をより重視するようになる。Mankowski, a.a.O. (Fn.105), S.960.

この問題を考える際に参考にできそうな点を、少なからず含んでいると思われる。

1 補助者を96条2項の「第三者」から除外する法的説明

はじめに、補助者を96条2項の「第三者」から除外する、法律上の説明である。この点につきドイツ法は、補助者の欺罔行為が本人に帰属するので、この者が「第三者」から除外される、と説明する。他人の欺罔行為が本人に帰属する結果、本人自身が詐欺をしたと同様の法律関係が生じるので、BGB123条1項に基づく取消しを認める。欺罔行為の帰属というこの発想は、日本法においても参考になる。この発想によれば、補助者の詐欺の問題は、他人の欺罔行為に基づく不利な効果を本人に引き受けさせることが、実質的に正当かどうか、という観点から考察すべきことになる⁽¹¹⁴⁾。同様の観点からの考察は、日本法においてもすでに多数あるが⁽¹¹⁵⁾、

(114) この点に関連して、96条2項の趣旨につき梅謙次郎が残した、次の記述が注目される。すなわち、「局外者カ詐欺ヲ行ヒタレハトテ当局者タル相手方カ之ヲ知ラサル以上ハ其行為ヲ取消シ局外者ノ非行ノ結果ヲ其非行ニ無関係ナル相手方ニ負担セシムルハ非理モ亦甚シキカ故ニ」、第三者詐欺の場合には取消しを認めないとした(傍点筆者。また、旧字体を改めた)。梅謙次郎『民法要義卷之1 総則編(訂正増補33版)』(1911年)234頁。この説明の反対解釈が許されるならば、「局外者ノ非行ノ結果ヲ(中略)相手方ニ負担セシムル」ことが正当化されるときには、96条2項は適用されない、と帰結できるであろう。問題は、この「負担セシムル」ことが何を根拠に、どのような場合に正当化できるのかを、考察することにある。

(115) 近年の先行研究として例えば、佐久間・前掲注2264頁以下、後藤①・前掲注18417頁、後藤②・前掲注18307頁、金山①・前掲注(9)12頁以下、32頁。このような観点からの説明は、体系書・教科書等にも広く浸透している。例えば、四宮・前掲注(4)186頁、川井・前掲注(3)221頁、山本・前掲注(3)358頁。一3でみた【中間試案】の基礎にも同様の発想がみられる。「中間試案(概要付き)」・前掲注106頁。また、消費者契約法5条との関係においてであるが、落合・前掲注2197頁。

比較法的にみても、今後はこの方向で議論を進めることが支持される。

2 欺罔行為の帰属を正当化する根拠

では、この欺罔行為の帰属は、何を根拠に正当化されるのか。この点に関して、ドイツ法は特徴的な考え方を採用している。詐欺取消しは、契約締結上の過失責任の特則である。したがって、詐欺取消しで問題になる欺罔行為の帰属も、補助者による契約締結上の過失責任のときと同一の根拠、すなわち BGB278条（類推）によって、これを認める。

翻って日本法では、詐欺取消しを契約締結上の過失責任の特則とみる理解が、一般には根づいていない⁽¹¹⁶⁾。また、前記のように、履行補助者責任に関する条文が、そもそも民法に置かれていない。このように解釈論上・法制度上の乖離が大きいことに鑑みれば、欺罔行為の帰属に関してドイツ法で展開されている根拠論・要件論の内容を、そのまま日本法の解釈にもち込むことはできない。しかし、契約締結過程上の義務違反に適用される帰属法理を、詐欺取消しに類推する考え方自体は、日本法でも参考に値すると思われる。

契約締結過程（とくに交渉過程）では、当該契約を締結するか否かの意思決定に影響する事項につき、相手方に説明や情報提供をすべき義務が、当事者の一方または双方に生じる。もちろん、当事者間の情報量・交渉力の格差を是正するというこの義務の目的からして、一切の当事者がすべての場合にこの義務を負担するわけではない。しかし、少なくとも、違法な欺罔行為により相手方を故意に契約締結へ誘導してはならないとする義務

⁽¹¹⁶⁾ ただし近年では、契約締結上の過失理論を一般不法行為法上のルールと位置づけたうえで、詐欺取消しをその特則とする見解が、日本法でも提唱されている。金山①・前掲注(9)32頁。

は、当事者双方に常に生じるであろう⁽¹¹⁷⁾(以下では、契約締結過程における説明義務と、相手方を欺罔してはならないとするこの義務を一応区別して検討を進める)。

契約締結過程で用いられた補助者が、勧誘や交渉において相手方を欺罔した場合、その行為は、説明義務、または相手方を欺罔してはならないとする前記義務の違反にあたる⁽¹¹⁸⁾。この義務違反は当事者本人に帰属するので、本人は、義務違反を理由とする損害賠償責任⁽¹¹⁹⁾を相手方に負う。このように、補助者の欺罔行為から生じる効果を本人に負わせることは、損害賠償法上は日本法でも異論なく認められる。このこととの均衡上、損害賠償責任よりも成立要件が厳格な詐欺取消しとの関係でも、少なくともこれと同等の保護を相手方(表意者)に与えてしかるべきである。そこで、損害賠償法上の帰属法理を類推することにより、詐欺取消しにおける欺罔行為の帰属を、正当化できるのではないか。

ただし、ここで問題になるのは、では、契約締結過程での義務違反が、損害賠償法上は何を根拠に本人に帰属するのかである。日本法上、この帰

(117) 同趣旨の指摘としてすでに、金山①・前掲注(9)31頁、金山②・前掲注(9)2308頁。

(118) 説明義務違反をめぐる裁判例のなかには、詐欺取消しによっても表意者を救済できる事案、あるいは表意者が現に詐欺取消しを同時に主張している事案が、少なくない。例えば、最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁、京都地判昭和62年3月31日判タ655号197頁、大阪地判昭和63年2月24日判時1292号117頁、東京地判平成11年2月25日判時1676号71頁など。

(119) なお、この場合の被害者利益は、契約締結を自ら判断する自己決定権、すなわち人格的利益であるが、その侵害から生じる損害には、契約締結により相手方が被った財産的損害も含まれる(この点については、小淵太郎「説明義務違反による不法行為と民法理論(下)——ワラント投資の勧誘を素材として」ジュリ1088号93頁以下(1996年)、横山美夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ1094号134頁(1996年)などを参照)。例えば、義務違反がなければ締結しなかったであろう契約に基づき、相手方が支払った対価相当額などがこれにあたる。

属を認める結論自体に異論はみられないものの、帰属を正当化する根拠については見解が分かれているためである。この点は、直接には損害賠償法の問題にも関わるため、本稿では軽々に答えを出すことは差し控え、以下の可能性があることを示すにとどめる。

(1) 使用者責任または履行補助者責任

当事者が詐欺により相手方に契約を締結させる前記状況は、損害賠償法上、取引的不法行為を構成する。このため、当事者の補助者がこれを行った場合に適用される帰属法理として第1に考えられるのは、使用者責任である⁽¹²⁰⁾。詐欺取消しにおける欺罔行為の帰属についても、使用者責任の類推によりこれを認めるとの構成が、まず成り立つであろう⁽¹²¹⁾。

他方で、契約交渉過程における説明義務については、契約自体と密接に関連した段階で生じることにより鑑み、これを契約上の債務（またはこれに類似の法定債務）とみる見解が、古くから主張されている⁽¹²²⁾。この契約責任説の論者は、交渉補助者による説明義務の違反に履行補助者責任が適用されることを、説明義務の法的性質から当然のこととして帰結する⁽¹²³⁾。同説

(120) 例えば、最判平成8年10月28日金法1469号51頁、京都地判昭和62年3月31日判タ655号197頁。

(121) この点については、松本恒雄「消費者契約法と契約締結過程に関する民事ルール」ひろば53巻11号12頁以下（2000年）も参照。

(122) 例えば、鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』（1955年・初出1924年）315頁、松坂・前掲注(3)202頁、我妻榮『債権各論上巻』（1954年）39頁以下、森泉章「『契約締結上の過失』に関する一考察（3・完）」民研290号3頁（1981年）、本田純一「『契約締結上の過失』理論について」『現代契約法大系第1巻 現代契約の法理(1)』（1983年）214頁。

(123) とりわけ、松坂・前掲注(3)205頁。契約責任説によれば、他人を契約交渉過程に関与させた本人は、自らが負う「法定債務」たる説明義務の履行にこの他人を用いている、と評価できるためである。

に従えば、相手方を欺罔してはならないとする前記義務についても、これを契約上の債務と法性決定し、補助者によるその違反に履行補助者責任を適用できる可能性がある。詐欺取消しとの関係で類推されるべき法理も、履行補助者責任となる⁽¹²⁴⁾。この構成は、契約交渉上の義務を法定債務とみて、その違反に履行補助者責任(BGB278条)を適用するドイツ法の立場にも通じる。しかし、最高裁は近年、契約交渉過程における説明義務を不法行為法上の一般的な注意義務だとし、契約責任説を否定した⁽¹²⁵⁾。説明義務に補助者が違反した場合に本人が賠償責任を負うかどうかについても、使用者責任によりこれを規律することが、今後判例に定着すると思われる。このため、少なくとも従来の契約責任説が主張する意味では、補助者の説明義務違反に履行補助者責任を適用することは、困難と思われる。相手方を欺罔してはならないとする前記義務の法的性質や、補助者がこれに違反した場合に適用される帰属法理についても、以上と同様に考える。

ただし、本人・補助者間の指揮監督関係の存在を要件とする使用者責任は、本人が独立的事業者を用いる場合には適用されない。このため、説明義務に違反したり、相手方を欺罔したりしたのが独立的事業者であった場合、使用者責任では本人の責任を追及できない。これでは、本人たる企業が別事業者を通じて契約準備をする現代的な取引形態(リース契約媒介等)に対応しきれず、被害者(表意者)保護の隙間が生じる。そこで学説では、契約締結過程における義務を不法行為法上の義務とみつつも、補助者によるその違反には、使用者責任と異なる独自の帰属法理を適用する見解が、提唱されている。

(124) 履行補助者責任を根拠に挙げてこの問題を解決する見解として、川島武宜・平井宜雄編『新版注釈民法(3) 総則(3)』(2003年)472頁(下森定)。

(125) 最判平成23年4月22日民集65巻3号1405頁。

(2) 「交渉代理人」の理論

そのひとつが、いわゆる「交渉代理人」の理論である⁽¹²⁶⁾。この見解は、独立の事業者たる補助者に、使用者責任とは別の報償責任の法理を適用し、本人の責任を認める。本人から契約の交渉権限を付与された交渉代理人の説明義務に違反し、相手方に経済的損害を与えた場合でも、交渉代理人が独立の事業者である以上、使用者責任は適用されない⁽¹²⁷⁾。しかし、交渉代理人の行為から経済的利益（自己への法律効果の帰属）を享受する本人は、その行為による相手方の経済的損害についても、これを負担すべきである。そこで、本人による利益享受との権衡を図るため、交渉代理人の説明義務違反につき、本人は相手方に損害賠償責任を負う⁽¹²⁸⁾。

(3) 「契約締結補助者」の理論

もうひとつは、「契約締結補助者」の理論である。同説は、損害賠償責任のみならず詐欺取消しの問題も視野に入れ、欺罔行為の帰属に関する一般理論を提示する。同説の特徴は、欺罔行為帰属の正当化根拠を、法律の拘束力に求める点にある。契約締結過程上、当事者は、説明義務および違法な詐欺をしない義務を、信義則上負担する⁽¹²⁹⁾。当事者本人が契約締結過程に補助者を使用し、補助者がこの義務に違反したとする。仮にこの場合に本人が賠償責任を免れるならば、本人は、補助者の使用を通じて前記義務の履行を回避できることになる。しかし、前記義務が法律に由来する以上、本人は、その拘束力から離脱することを許されない。このため、本人

⁽¹²⁶⁾ ただし、同説の論者は、この理論が詐欺取消しに類推されることまで念頭に置いて議論を展開しているわけではない。

⁽¹²⁷⁾ 潮見・前掲注50283頁。

⁽¹²⁸⁾ 潮見・前掲注50284頁。

⁽¹²⁹⁾ 金山①・前掲注(9)19頁、22頁、31頁、金山②・前掲注(9)2308頁。

は、自らしたならば自己に帰責される説明義務違反や詐欺強迫行為が補助者によってされた場合、自己の責任を免れえない⁽¹³⁰⁾。同様の理解は、損害賠償責任のみならず、詐欺取消しにも及ぶ⁽¹³¹⁾。本人自ら行為したならば表意者に与えられる保護(96条1項の取消し)が、本人が補助者を介在させたことで否定されてはならないという考え方は、ここでも妥当する。このため、契約締結補助者の詐欺行為につき、本人は帰責される⁽¹³²⁾。

以上の根拠を前提に、同説は、本人が契約締結補助者の行為につき帰責される要件として、①本人が補助者の契約締結補助行為を容認していたこと、および②補助者の違法な行為によって契約が締結されたことを、挙げる⁽¹³³⁾。本人・補助者間での指揮監督関係の有無は問わないとされる⁽¹³⁴⁾。

3 欺罔行為の帰属を認める要件論

次に、詐欺取消しにおける欺罔行為の帰属を、いかなる要件のもとで認めるべきか。前記のとおり、この帰属は、損害賠償法における帰属法理の類推によって正当化される。帰属要件の考察にあたっては、まずは、2(1)から(3)でみた各帰属法理において展開されている要件論が、手がかりとなる。これらの法理は、指揮監督関係の要否につき見解を異にするものの、いずれも、本人が契約締結過程上の任務を補助者に委ねていたことを、本人の損害賠償責任を認める要件とする。そこで、詐欺取消しにおける欺罔行為の帰属についても、契約締結過程上の任務が本人から欺罔者に委託されていたことが、要件となる。

(130) 金山①・前掲注(9)19頁、31頁、金山②・前掲注(9)2308頁。

(131) 金山①・前掲注(9)26頁以下、金山②・前掲注(9)2308頁以下。

(132) 金山①・前掲注(9)31頁以下。

(133) 金山①・前掲注(9)23頁。

(134) 金山①・前掲注(9)23頁、26頁、金山②・前掲注(9)2309頁。

ただし、およそ何らかの任務委託があったことのみをもって常に欺罔行為の帰属を認めることには、疑問が残る。この点については、ドイツ法の要件論が参考になる。すでにみたように、ドイツ法でも、本人から補助者に契約交渉の委託があったことが、欺罔行為帰属の成否を判断する重要な基準とされている。他方でドイツ法は、補助者への任務委託という観点に加えて、その任務と現にされた欺罔行為との間にどの程度の関連性が必要かという点を、同時に考慮している。これによれば、補助者に契約締結過程（とくに交渉過程）上の任務が委託されていても、当該任務と欺罔行為の間に「内的・実質的関連性」がなければ、欺罔行為の帰属は否定される⁽¹³⁵⁾。このように、自己の任務との関連で補助者が当該欺罔行為に及んだかという観点から本人の責任を画することは、日本法でも必要である。自らの委託した任務と無関係にされた欺罔行為についてまで、本人にその不利益を引き受けさせるべきではないからである。このため、欺罔者に何らかの任務委託があったと認定された場合でも、現にされた欺罔行為が当該任務と関連性を有しているか否かを、帰属の成否の判断にあたりなお精査すべきである⁽¹³⁶⁾。2(1)から(3)でみた帰属法理のいずれを詐欺取消しに類

⁽¹³⁵⁾ とくに前掲判決【13】では、この「関連性」の有無が、欺罔行為帰属の成否を分ける決め手とされている。学説でも、「関連性」を要件とする見解は古くからある。例えば、BGB278条類推による解決を早期に提唱したティツェは、契約交渉補助者が「自己の担当する交渉と内容的に関連した欺罔的言明」をしたことを、帰属の要件とする（二3(2)参照）。また近年の学説でも、補助者が自己の任務範囲を明白に逸脱して欺罔行為をした場合に、帰属を否定する見解がある（二7(2)参照）。これも、同様の観点から帰属の範囲に絞りをかけたものであろう。

⁽¹³⁶⁾ この点に関して注目されるのが、東京地判平成4年3月6日判タ799号189頁である。Yは、AがX社から融資を受ける際に、その債務の根保証契約をXと締結した。契約締結にあたり、Aの既存債務の有無をYがXに問い合わせたところ、Xの営業担当者Bは、既存債務はないと返答した。ところが、実際には既存債務が契約時に存在していたことが判明したため、YはBの詐欺を理由に、Xとの根保証契約を取

推するにせよ、以上の観点から欺罔行為の帰属に限界を設けることを、要件論に取り入れるべきである。

4 欺罔行為帰属の正当化根拠の拡充

以上のように、詐欺取消しとの関係で補助者の欺罔行為を本人に帰属させるには、契約締結過程上の任務が当該補助者に委託されていたこと、および当該任務と欺罔行為の間に一定の関連性のあることが、要件となる。では、本人から欺罔者にこの任務委託がなかった場合、欺罔行為の帰属を常に否定すべきなのか。2、3でみたのとは異なる正当化根拠に基づき、欺罔行為の帰属をこの場合になお認めうるかが、問題となる。この点についても、ドイツ法は参考になる。ドイツの判例・学説は、本人から欺罔者へ事前の任務委託がなかった場合でも、BGB278条類推以外の根拠に基づき、欺罔行為を本人に帰属させている。その意味で、欺罔行為帰属の正当化根拠として、複数の可能性を併存させている。このように、任務委託を要件とせず欺罔行為の帰属を認める例が比較法上存在することは、日本法で同様の問題を考える際にも注目に値する。ドイツ法におけるこの理論の背景には、BGB123条2項をめぐる次の理解がある。同項は、本来認め

り消した。裁判所は、「BはX内の審査部門から渡された契約書等への署名・捺印の徵求と出納部門から渡された現金の交付をするにとどまり、自ら契約条件等を設定する権限はなかった」としつつも、Yによる取消しを認めた。その理由として、「Bの前記行為はB本来の業務行為と密接な関連性を有するものであり、また、XはBら営業担当者の業務行為によって利益を得ているとともに、営業担当者において不相当な業務行為がないか否かを指導監督する義務を負っているというべきであるから、(中略)XにおいてBの前記行為につき善意であった旨主張することは信義則に反し許されない」(傍点筆者)と述べている。この説示は、Bの欺罔行為に基づく不利な効果をXに引き受けさせてよいかという観点から問題を捉えたうえで、このことを正当化する要件のひとつとして、Bの任務と当該行為との間の「密接な関連性」を掲げたものと、評価できる。

られる取消しを、意思表示の受け手保護のために制限する例外則である。この例外則としての性格上、同項の適用は限定するべきであり、それには、同項の「第三者」をできるだけ狭く解釈しなければならない。この理解から、補助者による欺罔行為の帰属を可能な限り広範に認めるべきだ、との解釈が導出される。

以上と同様の発想を日本民法96条2項との関係で仮にとりうるとすれば、日本法でも欺罔行為帰属の範囲を拡大させる方向で、解釈論を展開していくべきといえるのではないか⁽¹³⁷⁾。以下では、ドイツの判例・学説上扱われている例にそって、この問題を具体的に検討していく。

(1) 権利外観法理に基づく欺罔行為の帰属

第1に、委託を受けずに活動した他人に、本人の補助者としての外観があったときである。例えば、割賦販売で売主が買主（表意者）を欺罔して融資を申し込ませたところ、融資銀行（本人）と売主の間に法律上の提携関係がなかった事案が、ドイツ法では扱われている。この場面につき判例は、①本人の補助者としての外観が欺罔者にあり、②その外観作出につき

⁽¹³⁷⁾ リース契約上のサプライヤーの詐欺をめぐる問題（前掲注(9)を参照）に関して、薬袋・岡本・前掲注(9)は、サプライヤーを96条2項の「第三者」とみてユーザーの取消しを否定する下級審裁判例を、次のように批判している。すなわち、この判断の背景には、同条の「第三者」を「限定解釈することに対する抵抗感があるのかもしれないが、民法96条3項、同177条など、『第三者』の意義を限定解釈することは少なくない。民法96条2項の解釈においてのみ限定解釈を頑なに拒み、形式的な解釈を貫こうとすることは、いかにも奇妙なことである」と。この指摘は、本文で述べたことに照らせば、より一層妥当する。96条2項がそもそも1項の例外則だとするならば、その適用範囲を限定することは、むしろ解釈の一般準則に適合するからである。この点につきドイツ法では、「疑わしい場合には、欺罔者を『第三者』ではないとみるべき」だとの指摘まである。Staudinger/Singer/Finckenstein, a.a.O. (Fn.45), § 123, Rn.50.

本人の帰責性が認められることを要件に、当該欺罔行為を本人に帰属させている。本人・欺罔者間の内部関係を正確に認識できない表意者を、保護すべきだからである。以上と同様の考え方は、権利外観法理が広く根づいている日本法でも、とることができよう。

もっとも、この考え方にどの程度の実益があるのかについては、注意が必要である。前記事案のような場面では、表見的補助者の活動結果に基づき、最終的に本人は自ら表意者と契約を締結している（だからこそ、当該補助者の詐欺を争点とする本人・表意者間の紛争が事後的に生じる）。ここで本人は多くの場合、表見的補助者の活動やその結果を認識しつつ契約締結に及ぶはずであり、この行動は、表見的補助者の活動に対する追認と評価できる。この場合、後記(2)で扱う理論により欺罔行為の帰属を認めれば足り、権利外観法理を正当化根拠としてもちだす必要はない。このため、「任務委託」自体がない場合に表意者を保護する手段としては、権利外観法理のもつ有用性は限定的だと思われる。むしろ同法理に実益があるのは、「任務と欺罔行為の関連性」に対する表意者の信頼を、保護すべき場面である。前記のように欺罔行為の帰属には、補助者の任務と当該行為との関連性が要件となるが、この関連性の有無を正確に判断することが、表意者には困難なことも多い。補助者の任務内容は本人・補助者間の内部関係上定まるものであり、表意者はその詳細を容易に把握できないからである。本人・補助者間の内部関係を正確に認識できない表意者を保護すべき要請は、この場面でも妥当する。そこで、補助者の任務と欺罔行為との間に内部関係上は関連性がなくても⁽¹³⁸⁾、表意者または取引社会一般の視点を基準にこの関連性が外観上存在するときには、欺罔行為の帰属を肯定すべ

(138) 例えば、前掲注(136)でみた東京地判平成4年3月6日判タ799号189頁の事案において、契約交渉・契約条件の設定のみならず、主債務者に関する情報の提供までもが、Bの本来の職務に属さなかったような場面を、想定されたい。

きではないか⁽¹³⁹⁾。

(2) 本人の追認に基づく欺罔行為の帰属

次に、他人が委託を受けずに契約準備活動をした場合において、その活動結果に基づき、本人自らが表意者と契約を締結するときである。これに関してドイツ法では、次の2つの場面を区別して議論が展開されている。第1に、他人が委託を受けずに「本人の補助者として」活動した場合である。第2に、他人が、直接には自己の利益のために本人・表意者間の契約を準備した場合である。

このうち第1の場面でドイツ法は、他人の補助活動に対する本人の追認を要件に、当該他人が補助活動時にした欺罔行為を本人に帰属させる。他人の補助活動から事後的にであれ利益を享受する本人は、当該活動に伴う欺罔行為のリスクを同時に引き受けるべきだからである。

日本法においても、この理由付けは同様に妥当と思われる。そこで、本人の追認を、欺罔行為帰属の正当化根拠と認め、本人の責任範囲を拡大させるべきである。ただし、本人のどのような行動がここでいう追認にあたるのかは、なお検討を要する問題である。ドイツ法では一般に、本人が、「他人の事前の補助活動を承認したうえで、自ら表意者と契約を締結」すれば、追認と認められる⁽¹⁴⁰⁾。これによれば、他人の補助活動があつ

⁽¹³⁹⁾ 使用者責任では、不法行為が「事業の執行について」されたことが要件になっており、この事業執行性は行為の外形を基準に判断される。この要件論は、補助者（被用者）の任務内容と当該不法行為との関連性、およびこれに対する被害者の認識状態を基準に、本人の責任を画するものと評価でき、その限りでは本文で述べた要件設定と比較的近似している。このため、仮に使用者責任の類推によりここでの問題を解決する場合には、使用者責任本来の要件論のなかに、本文で述べた考え方をどう位置づけていくかが、検討課題となる。

⁽¹⁴⁰⁾ 二五(2)③、および前掲判決【11】判旨②を参照。

たことを、本人が契約時認識していたことが、少なくとも要件となる。しかし、それだけで足りるのか、あるいは本人における何らかの態様がさらに必要かについては、十分な議論がみられない。日本法においても、この問題を掘り下げて検討することが今後必要となろう。

(3) 他人が自己の利益のために契約準備活動をした場合の扱い

次に、前記第2の場面についてである。ドイツ法では例えば、主債務者が知人等(表意者)を欺罔して債権者(本人)と保証契約をさせたり、物的担保を提供させたりした場面が、念頭に置かれている。この場面で欺罔者の契約準備活動(保証の依頼や交渉)は、直接には自己の利益のためのものであり、そこから生じる本人の利益は、間接的・反射的なものにすぎない。ここでは、欺罔者たる他人が、「本人の補助者」として表意者と対峙するのではないため、本人・表意者間で成約に至っても、そのことをもって本人が他人の「補助活動」を追認したとみるのは困難である。ドイツの判例・学説はこの場面でも、「利益状況と公平性」を根拠に、他人による契約準備活動時の欺罔行為が、本人に帰属する余地を認める。しかし、その要件論は前記第1の場面に増して明確さを欠いている。とくに、①本人が、他人の活動とその結果を承認し、これに基づき自ら契約を締結したことで足りるのか⁽¹⁴¹⁾、または、②それ以外の事情、例えば本人が当該契約の成立に強い利害を有していること、契約準備を他人に執拗に迫っていたこと、その他本人の事前の態度が要求されるか⁽¹⁴²⁾につき、意見の統一をみない。

この類型については、そもそも帰属を認めること自体の適否を含め、ド

(141) 二7(2)を参照。

(142) 前掲判決【7】を参照。

イツ法でも議論がいまだ熟していない⁽¹⁴³⁾。このため、ドイツ法の理論を日本法の解釈で直接参考にすることには、とくに慎重な態度が求められる。しかし、ドイツ法の議論で念頭に置かれている前記事案は、日本法においても同様に生じうる。この種の紛争で債権者の善意悪意を問わずに詐欺取消しを認めてよいかを検討することには、日本法でも一定の意義があると思われる⁽¹⁴⁴⁾。その意味で、少なくともこの第2の場面をめぐる議論の必要性があること、とくに、主債務者の行為を債権者に帰属させる方法により、保証人の取消しを認める余地が理論上存在することを、ドイツ法は教えているといえよう⁽¹⁴⁵⁾。

(143) 連邦通常裁判所も、前掲判決【7】ではこの帰属を肯定したものの、その直後の【8】では帰属を認めるのに慎重な姿勢をとる（同判決判旨③を参照）など、動揺をみせている。

(144) なお、新法465条の10第2項によれば、保証委託に際し主債務者が財産状況等の情報を保証人に提供しなかったときには、保証人は保証契約を取り消すことができる（ただし、保証債権を取得した債権者の利益にも配慮するため、主債務者による情報不提供等につき債権者が悪意または善意有過失であったことが要件に付加されている）。このため、ここで問題となる場面の多くは、今後は同項により解決できるようになると思われる。もっとも、同項は、①事業目的での債務を主債務とする場面で、②個人保証人たる保証受託者に対し、③同条1項所定事項につき主債務者からの情報不提供等があったときのみ、適用される。このため、同項により問題を解決できる範囲には、一定の限界がある。金山直樹「保証契約締結前の義務と契約締結補助者の理論」曹時70巻4号1070頁（2018年）。

(145) このような観点から前記問題の解決を試みる見解として、金山・前掲注⁽¹⁴⁴⁾1058頁以下。同説によれば、保証契約締結過程において、債権者は保証人に対し、主債務者に起因する想定外のリスクを保証人が負わないよう、相手方配慮義務を負う。債権者からの依頼・要求により主債務者が知人等に保証を委託した場合、主債務者は、債権者が保証人に対して負う相手方配慮義務の履行補助者としての地位に立つ。そこで、2(3)でみた「契約締結補助者」の理論を適用し、主債務者が保証人にした違法行為を、債権者に帰属させる。これにより、保証人は、債権者の善意悪意を問わず、当該

四 結びにかえて

本人が契約締結過程で用いた補助者が、96条2項の「第三者」から除外されるのはなぜか。また、補助者を「第三者」から除外する要件・基準は何か。この問題につき、本稿は、ドイツ法を手がかりに若干の試論を提案した。ただし、本稿は、この問題を考える際の一般的な理論を示したにとどまる。理論の細部については結論を保留した点も多い。とくに、欺罔行為帰属を正当化するために、使用者責任その他の帰属法理のうち何を類推すべきかについて、明確な態度決定を差し控えた。また、補助者に委託された任務と当該欺罔行為との関連性の有無を、どのようにして判断するのか。そのための具体的基準も示すこともできなかった。これらの点を検討していくことが今後の課題である。

保証契約の効果を否定できる。

もっとも、同説のようにこの場面で主債務者を債権者本人の補助者と認めることには、若干疑問の余地があるようにも思われる。前記場面で、主債務者は、直接には自己の利益のために行動している。このため、保証契約締結過程での本人の義務履行を引き受けたという意味で、主債務者を「本人の補助者」とみることが、当然にはできないように思われる。ドイツ法ではまさにこの点が要因となり、欺罔行為帰属の成否につき意見の帰一をみない状況になっている。むしろ、主債務者は「本人の補助者」ではないとしたうえで、その欺罔行為をなお帰属させる法理を、別途検討すべきではないか。