



Title	ローン提携販売の法的構造に関する一考察 (2)
Author(s)	千葉, 恵美子
Citation	北大法学論集, 30(3), 1-40
Issue Date	1979-12-27
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16290
Type	bulletin (article)
File Information	30(3)_p1-40.pdf



[Instructions for use](#)

ローン提携販売の法的構造に関する一考察 (二)

千 葉 恵 美 子

目 次

- 序 章 分析の対象と基本的視角——消費者契約研究序説——
- 第一章 我国におけるローン提携販売の実態
 - 一 はじめに
 - 二 現象的実態分析
 - 三 機能的実態分析
- 第二章 ローン提携販売をめぐる紛争の特異性（以上第三〇卷第二号）
- 第三章 西ドイツにおける *finanzierter Abzahlungskauf* をめぐる判例の動向
 - 一 本章の課題と判例の基本構造
 - 二 判例理論にみられる三つの構成
 - 三 法律構成相互の関連性
 - 四 判例理論の趨勢（以上本号）
- 第三章 西ドイツにおける学説の展開
- 第四章 ローン提携販売の法的構造と若干の問題に関する解釈論の展開
- 結 章 要約と今後の課題

第二章 西ドイツにおける finanziert Abzahlungskauf をめぐる判例の動向

一 本章の課題と判例の基本構造

(一) 本章の課題は次の二点にある。まず第一にローン提携販売と類似した取引形態である finanziert Abzahlungskauf⁽¹⁾ について、いかなる紛争が発生し、連邦最高裁判所 (Bundesgerichtshof 以下 BGH) がそれをどのように解決しているかを検討することであり、第二に紛争解決のために BGH が示した理論の変遷を整理し、その問題点を明らかにすることである。

(二) finanziert Abzahlungskauf を扱う判例の多くは、金融機関(ないし、貸付金債権の譲受人) が顧客に対して貸付金の返還を請求する、という訴訟構造をとるのが一般的である。したがって顧客の返済義務の不履行が請求原因となるが、顧客が債務を履行しない理由は一様ではない。つまり、金融機関も販売業者も自己の債務を履行したにもかかわらず、顧客が賦払金の返済を遅滞している場合と、売買関係が本来予定されていた展開をたどらない結果、顧客が賦払金を返済しない場合があるからである。換言するならば、金銭消費貸借関係に障害事由 (Störung) がある場合と売買関係に障害事由がある場合とが考えられるわけである。

前者の場合には、⁽²⁾ 我国におけると同様に西ドイツにおいても finanziert Abzahlungskauf に対する割賦販売法 (Gesetz betreffend die Abzahlungsgechäfte, 以下 AbzG) の类推適用の可能性が問題となっており、BGH は「隠れた割賦取引」(verstecktes Abzahlungsgechäfte) であつて finanziert Abzahlungskauf に割賦販売法を適用し顧客に一定の保護を与えている。⁽³⁾ したがって、このような紛争の場合には、finanziert Abzahlungskauf の法的構

造の検討に至るまでもなく紛争解決の手がかりを得ることができるとは。しかしながら、それ故金銭消費貸借關係に障害事由がある事例について判例を分析しても *finanzieller Abzahlungskauf* をめぐる紛争に根本的な解決を与えるための緒を発見することは難しいと言えよう。そこで本稿ではすでに前章四で指摘したように紛争に対する評価基準が必ずしも明らかでないケース、すなわち売買關係に障害事由が発生している場合を中心に判例を検討したいと考える。

西ドイツにおいても問題となりうる全ての売買關係上の障害事由につき、裁判例が存在するわけではないが、諸論稿において重要とされ、度々引用される BGH 判例⁽⁴⁾を抽出することにす。

(三) 以下 BGH 判決の動向を検討するにあたって予め判決の基本的構造を述べておくことにしよう。

BGH は *finanzieller Abzahlungskauf* の法律關係を次のように解するところから出発している。すなわち、BGH はまず第一に、顧客が販売業者とは売買契約を、金融機関とは金銭消費貸借契約を締結しているところから、このように契約の相手方が異なる以上、両契約は法律上独立した契約であるという理解を前提としている。

両契約が法律上独立しているということは、売買契約と金銭消費貸借契約は相互に当該契約の当事者間でしか効力がなく、一方の契約の効力が他方の契約の効力に影響を与えないということを意味する。つまり、それは契約の相対的効力の是認に他ならない。

しかしながら BGH は第二に、右の理解を前提とすると同時に「顧客に分割払いで商品を購入させる」という目的に奉仕するところに両契約の存在意義があるとして、両契約の経済的一体性を肯定するのである。そして、このような経済的機能という観点から肯定される両契約の密接な結びつきが、結局のところ一定の要件の下に契約の相対的効力という原則的な理解を修正しているわけである。⁽⁵⁾

すなわち、BGH 判決の事実関係を観察すると売買の目的物が引渡されていないこと、あるいは売買の目的物に瑕疵があることが、紛争の原因となっているにもかかわらず、BGH は次の三つの法律構成を通じて金銭消費貸借契約の効力を問題としている。

(1) 販売業者の詐欺を理由として金銭消費貸借契約の取消を問題とする構成（売買の目的物の引渡義務につき不履行あるいは不完全履行があった事例）。

(2) 金銭消費貸借契約の締結にあたり、金融機関には当該取引から生じる可能性のある危険につき顧客に明示すべき義務があるのに、これを履行しなかったとして金融機関の顧客に対する損害賠償義務を問題とする構成（売買の目的物の引渡義務につき不履行があった事例から売買の目的物に権利の瑕疵ないし物的瑕疵があった事例へ拡大）。

(3) 売買契約上、顧客が販売業者に対して主張しえたはずの抗弁を金融機関に対して対抗できないとすることが信義則に反するとする構成（売買の目的物に物的瑕疵があった事例から売買の目的物が引渡されなかったために売買契約が販売業者の詐欺を理由として取消された事例へ拡大）。

以上、いずれの法律構成においても、金銭消費貸借契約の効力が問題とされている点では共通している。けれども(1)の構成及び(2)の構成が顧客の金融機関に対する直接の抗弁を問題にしているのに対して、(3)の構成はBGHの原則的理解——契約の相対的効力——を前提とするならば、契約当事者以外の第三者への抗弁対抗が問題となっている点で違いがあると言えよう。

そこで以下では、判例の動向を年代順に追うのではなく、どのような紛争類型においてどのような法律構成が展開されたかという観点からまず判例を分類することにする。

(1) 正確には、finanzieller Abzahlungskauf には三つの取引形態がある。すなわち、我國のチケット販売に類似した取引形態である A 取引 (Königsberger システムともいう)、同じく我國のローン提携販売に類似した取引形態である B 取引 (Berliner システムともいう) 及び B 取引と同様の取引形態であるが、顧客の賦払金の支払手段として手形が利用されている C 取引がある (詳しくは「小林・前掲論文序章註」(12)「西ドイツ割賦金融会社をめぐる法律問題の所在」北大法學論集第三二二卷三三二五至三三三三頁、Josef Esser, "Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag beim B-Geschäft des finanzierten Teilzahlungs geschäfts", in *Festschrift für Eduard Kern*, 1968, S. 88-90)。「か」判例上 finanzieller Abzahlungskauf として問題となつてゐるのは B 取引であり、三形態のうちで B 取引が最も利用されている (但し、昨今 B 取引の限界性につき議論があることについては、すでに第一章註 (29) で指摘したとおりである)。このため以下の叙述では、西ドイツの判例・文献にならい、特にことわらないかぎりには B 取引の意味において finanzieller Abzahlungskauf を使うことにする。

さて、我國のローン提携販売と類似した取引形態である B 取引は主に耐久消費財の購入のために利用されている。以下、簡単に取引実態を述べておくことにしよう。まず、販売業者と割賦金融会社 (Finanzierungsinstitut) 等の金融機関が基本契約 (Rahmenvertrag) を締結し、販売業者の販売する商品を購入する顧客に対して一定の枠で貸付を行ない、販売業者が顧客の返済義務につき保証する (連帯債務者あるいは保証人となる) ことを約する。顧客は販売業者と売買契約を締結するとともに頭金を支払い、金融機関への貸付申込書が含まれている契約書に署名をする。販売業者は貸付申込書を金融機関に転送し、金融機関がこれを承諾すると、残売買代金 (頭金を除く) を金融機関は直接、販売業者に支払う。加えて金融機関は顧客に対する債権を担保するため、自ら売買の目的物を譲渡担保にとる。以後、顧客は残売買代金に利息等を加えた貸付金額について金融機関に割賦返済する。以上が一般的な取引実態である。

(2) 我國において判例上ローン提携販売に対する割賦販売法の類推適用が問題となつた判決として、最(一)判昭和五一年一月四日(民集三〇卷九一五頁)がある。詳しくは後述。

(3) たとえば BGHZ 47, 241; 47, 253.

(4) 一九六七年までの finanzieller Abzahlungskauf をめぐる判例を紹介するものとして小林・前掲論文註 (1) 第二三卷一号八九—一三三頁がある。

(5) W. Daum, "Der Bundesgerichtshof zum finanzierten Abzahlungskauf — zugleich ein Beitrag zur culpa in contrahendo —",

説 NJW 1968, S. 372 は、BGH 判決を買主の社会的保護と銀行の経済的利益の間の妥協を示すものと理解している。

論 二 判例理論に見られる三つの構成

(一) 販売業者の詐欺と金銭消費貸借契約の取消

最も早い時期に金融機関の顧客に対する貸付金返還請求が棄却された判例として、まず BGHZ 20, 36 を取り上げることにする。この判決では、売買の目的物が顧客に引渡されていないのに販売業者が残代金相当額の貸付金を支払ったことが、したがって販売業者が売買代金の弁済を受けたことが紛争の原因となっている。

[一] BGH 1956, 2, 8; BGHZ 20, 36

〔事実〕被告（顧客）は訴外 M 会社より寢室の調度品 (Schlafzimmereinrichtung) 及びソファ・ベッド (Couchbett) を 1351 DM で購入したが、頭金を除く 1000 DM につき原告（金融機関）から融資を受けるために購入と同時に貸付の申込をした。その際 M は、被告に署名をさせた白紙の便せんを利用して、被告が商品を既に受領したとする書面をつくった。原告は商品が受領されたかどうかを確認せずに被告に融資した。しかしながら実際には、被告は頭金を支払っておらず、商品も受領していなかった。ところで原告は M に貸付申込用紙を大量に委ね、融資に関する事務処理をさせており、約 300000 DM の融資枠を与えていた。原告は利息、融資手数料等を含めて貸付金全額の返還を請求した。LG は請求認容、OLG は請求棄却。原告上告。

〔理由〕請求棄却。売買と消費貸借は法律上二つの独立した取引であると考えねばならない。しかしながら両取引は互いに経済上密接に結びついている。したがって、第一に継続的取引提携にある範囲において、貸主が売主に貸付申込書の記入及び提出を委ねており、かつ第二に売主が貸付に関する事務処理をする結果として、売主と貸主が二人の独立した、互いに関連のない取引当事者であると買主に明白に示さなかった場合には、§ 123 BGB の範囲において両取引の法律上の独立性は意味のないものになる。

この際、まず第一に重要なことは、買主層はその社会的地位から売買契約と金銭消費貸借契約とを明確に区別しえず、むしろ本件取引を割賦取引の変型ととらえ、売主のみを契約の相手方と考えやすいということである。かりに買主層が、貸主が売主以外の第三者であることを知っていたとしても、本件におけるような手順で取引が行なわれるなら、売主を貸主の代理人ないし受任者と考えるであろう。より重要なことは、売主と貸主が、継続的な取引提携のある範囲において、原告との融資取引の機能により経済的な利益を受けているということである。

それ故、原告はMを § 123 Abs. 2 BGB の意味における第三者であることはできない。したがって被告は貸付申込を § 123 Abs. 1 BGB により取消すことができる。

結局、この判決の争点は、詐欺行為を行なった販売業者が § 123 Abs. 2 BGB の「第三者」であるか否かという点にある。かりに販売業者が第三者であるなら、金融機関が販売業者の詐欺を知っているか、あるいは知らないことに過失がある場合でなければ、顧客は金銭消費貸借契約の取消を金融機関に主張することはできないからである。これに対して、BGH はまず第一に金融機関と販売業者との間に継続的取引関係があり、販売業者が貸付事務を処理していること、第二に顧客に販売業者と金融機関が独立した契約の当事者であると明確に示さなかったこと、以上二つの要件をみたす場合に、販売業者を第三者であることはできないと判示した。

ところが、その後BGH は商品の一部が引渡されなかった事例 (2) BGH 1967. 2. 20; BGHZ 47, 224) において販売業者と金融機関の間の継続的取引関係が決定的ではなく、販売業者が金融機関のために契約行為を行ない、その結果として顧客に対して販売業者を金融機関の信頼する人物とみるきっかけを与えたということが決定的であるとして、次のように判示した。「買主は……売主と貸主の間の取引関係を認識しうる可能性は殆んどない。そのような場合にあって売主と貸主の間に存する継続的取引関係をつねに求めるなら、それは買主を偶然的結果に依存させることになる。これに対して、たとえ一回であっても、貸主が売主に金銭消費貸借契約の締結に関する交渉を行わせる

説
論
ならば、両者が同一であると見られることを貸主に要求しうるのである。なぜなら、貸主は売主に貸主の信頼する人物であるとして現われる機会を与え、それによって買主を売主の不正な行為にさらし、危険に陥れ、しかしながら、他方で貸主自身は売主の行為によって利益を享受しているからである。」と。そこで BGH は金融機関が金銭消費貸借契約の締結に必要な行為を販売業者に委ねているという点から、§ 278 BGB⁽⁶⁾により、販売業者の過失は金融機関の過失であるとして、販売業者は § 123 Abs. 2 BGB にいう第三者ではないと判示したのである。「2」判決にあっては、当該取引を一度締結するだけの顧客が、販売業者と金融機関の間の取引関係を認識しうる可能性は殆んどないという実地的考慮から、したがって顧客が両者の取引関係を立証することが困難であるところから、「1」判決の要件を緩和したものと考えられる。finanzierter Abzahlungskauf⁽⁷⁾である以上、販売業者と金融機関が継続的取引関係にあるうとなかろうと、販売業者の行為による顧客の危険と金融機関の利益は同一であるからである。

それ故、BGH は「第三者」 (§ 123 Abs. 2 BGB) か否かの判断基準を、金銭消費貸借契約の契約交渉を販売業者が行なっていたために、売主と貸主が同一の主体であるという印象、あるいは販売業者は金融機関の信頼する人物 (Vertrauensperson) であるという印象を顧客が受けたかどうか、という点にのみ求めているのである。その際、金融機関が右に述べたような印象を形成するきっかけを顧客に与えたことが帰責の根拠になっているものと考えられる。このような理解は、一定の外観を作出した者はその外観を信頼して行為した者に対して責任を負わなければならない、とする考え方を基礎にしているように思われる。しかし、「1」・「2」判決で問題とされている作出された外観——つまり、販売業者と金融業者が一体的な当事者である——は顧客側から見た外観である点に注意する必要がある。したがって販売業者を § 123 Abs. 2 BGB の「第三者」でないとする BGH 判決は、顧客側から見た外観の信頼に対して保護を考えるものと理解される。しかし、何故「顧客側からみた」外観の信頼に対して保護を与えない

ればならないのだろうか。この疑問はまた、「2」判決が何故 § 278 BGB を同時に問題としているかという疑問とも共通する。つまり、顧客に一定の印象を与えるきっかけを形成した点ではなくて、むしろ販売業者の行為によって金融機関が利益を享受している点を帰責の根拠と考えるべきではないかと思われるのである。¹⁰⁾

(三) 金融機関の明示義務 (Aufklärungspflicht)

BGH は「1」・「2」判決と同様に売買の目的物が引渡されなかった事例において、別の法律構成を通じて金融機関の顧客に対する貸付金返還請求を拒んでいる。

〔6〕 BGH 1960. 11. 17; BGHZ 33, 293

〔事実〕 被告 (顧客) である貧しい夫婦は、当時家具の販売に伴う融資のために原告 (金融機関) と協働していた B から家具を購入した。B は K に署名のために契約書を呈示したが、その契約書には表面に注文書、原告への借受申込書、商品の受領確認書が含まれ、裏面には売買及び消費貸借約款が印刷されていた。注文書には被告が、借受申込書には被告と B が、受領確認書 (Empfangsbestätigung) には被告 (妻のみ) と B が署名した。B はこの契約書を原告に提出し貸付金の支払いをうけた。B は家具を引渡さず、被告は賦払金を支払わなかった。B は被告の知らないうちに原告に賦払金を三回支払ったが、それ以降は支払われなかった。原告は残金の返還を被告に請求した。被告は金銭消費貸借契約を B による詐欺及び錯誤を理由として取消し、次のように主張した。被告は契約書を全部読まずに署名をし、原告が貸主として介入していることを知らなかった。また家具が引渡されていないのだから、原告に返済をする必要はない。なお、B は現在財産がない。LG 請求棄却、OLG も請求棄却。原告上告。

〔理由〕 破棄差戻。「貸主には明示義務があり、これを履行しない場合には、買主に対して損害賠償義務を負う。また、貸主は売主が商品を買主に引渡した時に初めて、貸付金を売主に支払うことが許される。その際、これまで一般に行なわれてきた方式通りの買主の受領確認を貸主が信用してもよいかどうかは異論のあるところである」とする、これまでの下級審判決及び学説の理解を前提として、次のように判示した。

經驗則上、買主が商品の引渡前に予め受領を確認し、与信者がそれを信用して商品が引渡される以前に貸付金を売主に支払うことは稀ではないが、そこから、貸主は商品の引渡の前後を問わず、随意に貸付金を売主に支払ってよいという結論を正当化することはできない。finanzieller Abzählungskauf の場合、とりわけ家財道具の割賦販売の場合には、取引経験の少ない買主が、契約書を全くあるいは表面的にしか読まないということ、又買主が、売主の他に貸主が介在しており賦払金を与信者に支払わねばならないということを認識していたとしても、商品を受領していない場合には賦払金を支払う必要がないと考えていることもまた経験的事実である。このような買主の誤解はまさに両契約の密接な経済的關係に基づくものと言わなければならない。したがって、割賦金融を業とし、前述した事情を知るべき地位にある原告は、法律上も取引上も経験の少ない買主に対して信義則上、予めなされた受領確認からいかなる危険が生じるかということを有効な方法で説明する義務がある。

本件では、原告がBに必要な契約書を交付し、顧客と融資の申込につき協議し、申込を受領して原告に提出することを委任していた。その限りでBは原告の補助者である。したがってBが被告に十分に説明をせず、契約書に虚偽の記述をし、虚偽の受領確認の成立に加担した限り、原告は§ 278 BGB にもとづきBの行為に関して責任を負う。ただし銀行に不利益を与えるために買主と売主が協力する場合には、この限りではない。

以上から、原告は被告に対して契約締結上の過失を理由として §§ 276, 278 BGB にもとづき損害賠償義務を負い、その結果原告は被告に貸付金の返還を請求することができない。その際、被告は相殺の意思表示をする必要はない。

ところで、取引経験の少ない買主も、契約書あるいは受領確認書を読まずに署名をする場合、あるいは商品の受領前に虚偽の受領確認書と知りながら引き渡す場合には過失があり、§ 274 BGB によって過失相殺が行なわれる（この理由で破棄差戻）。

〔3〕判決では〔1〕・〔2〕判決におけると同様に販売業者の詐欺による金銭消費貸借契約の取消が主張されながら、BGH は次のような法律構成を展開している。すなわち、金銭消費貸借契約を締結するにあたって金融機関は、信義則上、顧客が予め売買の目的物の受領を確認することからいかなる危険が生じるかを顧客に明示する義務があり、これを履行しない場合には契約締結上の過失があったとして原状回復の方法——貸付金が販売業者に直接支払われず、その結果顧客は金融機関に対して貸付金の返済をする必要がない——で損害賠償義務を金融機関に負担させる

という構成をとったのである。その際、實際上金銭消費貸借契約の交渉にあたっては販売業者であるところから、〔3〕判決は〔2〕判決と同様に販売業者と金融機関の間に継続的取引提携があるか否かを問題とすることなく、販売業者を金融機関の補助者であるとして § 278 BGB にもとづき販売業者の明示義務の不履行を金融機関のそれと同視している。つまり、BGH は一方で金融機関の明示義務の根拠を売買契約と金銭消費貸借契約との密接な結びつきから、取引経験に乏しい顧客は契約書を読まないか、読んでも売買の目的物が引渡されねば賦払金を支払う必要がないと考えている、という経験的事実に求め、他方で金融機関への帰責の根拠を § 278 BGB に求めているわけである（但し、後述〔5〕判決はすでに契約書上で顧客に必要な明示を与えていないことよって金融機関は明示義務に違反しているとする¹³⁾）。

だとすると右に述べたような経験的事実から信義則にもとづいて金融機関の明示義務を肯定していく以上、顧客の資質を個別的に検討することが必要ではないか——取引経験が豊かな顧客であれば金融機関の明示義務の程度が低くてもよいのではないか——という疑問が生まれてくることになる。ところが BGH は、レストランを経営する顧客が、レストランの調度品としてじゅうたんを購入し、やはりじゅうたんの受領を予め確認しているにもかかわらず、実際には引渡されていなかった事例（〔4〕BGH 1967.2.20; BGHZ 47, 217）において次のように判示している。金融機関に明示義務があるという原則を「貧しい買主が家具を割賦で購入した事例において（BGHZ 33, 293）展開するのはなるほど正しい。しかし……買主すなわち借主の保護の必要はこのような事例に限られるのではなく——諸契約の関係が割賦取引と認められる限り——買主の教育程度及び取引経験そして売買の目的物が何であるかを考慮することなく、買主が商人として商業登記簿に登記されていない以上、肯定されなければならない。なぜなら……買主つまり借主が誰であろうと一般的に使用される契約書は、誰もがその契約書を理解し、その法律上重要な内容を受容し、

(金融機関の介在によってはじめて生ずる)危険、すなわち商品が引渡されなくてもあるいは不完全に引渡されても賦払金を支払わねばならないという危険を理解しうるようにな成されなければならないからである」と。つまり、BGHは動産の *finanziert*er Abzahlungskauf であらば、*AbzG* (割賦販売法) の保護思想⁽¹⁴⁾ が及ぶかぎり、金融機関に明示義務があるとして、*finanziert*er Abzahlungskauf における顧客の一般、救済を問題としているのである。そこでは定型的に行なわれる *finanziert*er Abzahlungskauf をひとつのシステムとして一般的な規制の必要を論じている点で注目される。⁽¹⁵⁾

さて金融機関にはいかなる範囲の明示義務が求められているだろうか。この点、事前に商品の受領を確認しているにもかかわらず、商品が引渡されていなかった〔3〕・〔4〕判決の事例では、予めなされた受領の確認からいかなる危険が生じるか——つまり商品が引渡されなくとも賦払金を支払わなければならない——という明示が要求されている。ところが、BGHは、販売業者が結局、売買の目的物である乗用車の所有権を取得することができず、かつ顧客も金融機関も所有権を善意取得しなかった事例、つまり追奪担保の事例において次のように判示した。

〔5〕 BGH 1967. 2. 20; BGHZ 47, 207

〔事実〕 被告(顧客)は自動車センターから乗用車を購入したが、その乗用車は、まず自動車センターがM金融会社から融資を受けて購入し、被告に引渡したものである。車を引渡す際に、自動車センターは被告に本件乗用車がMに譲渡担保にとられており、車券がMにあることを告げず、また被告も車券の提示を求めなかった。

一方、被告は残売買代金の融資を受けるために原告(金融機関)に貸付の申込をし、貸付申込書は自動車センターから原告に転送された。貸付申込書の表面には次のように記載されていた。「重要な注意!銀行は申込の承諾後、注文された目的物が約定どおりに引渡されたかどうかを検査せずに売主へ代金を支払う。銀行は売主といかなる契約関係にも立っていない」「借主は売主が自動車の車券を直接に銀行へ引渡すことに同意する」と。また添付されていた金銭消費貸借契約約款には次のような規定が

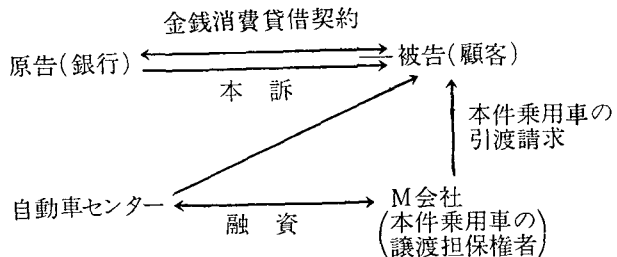
あった。「2. 借主は銀行に対して相殺・瑕疵の抗弁・留置権を行使することはできない」「12. 借主は自動車所有権・占有・取得・運行に結びついた危険・責任・税金・付加金その他の負担を負う」と。

原告は売主に車券の呈示を求めずに、自動車センターに貸付金を支払った。自動車センターは破産し、被告はM金融会社から確定力ある判決にもとづいて本件乗用車の引渡を求められた。原告はそこで被告に対して貸付金の返還を請求した。OLG 請求認容。

〔理由〕これまでの BGH 判決 (BGHZ 33, 293; 33, 302; 40, 65; 43, 258) において展開された原則を確認して次のように判示している。

finanziertes Abahlungsgeschäft の場合、売買契約と金銭消費貸借契約は、その経済的一体性にもかかわらず、法律上は二つの互いに独立した契約とみなされるべきであり、原則的には売買契約にもとづく抗弁を買主は貸主に対抗することはできない。しかしながら、売買契約と金銭消費貸借契約はその法律上の分離にもかかわらず、全ての利害関係人によって経済上一体的なものであることを欲せられ、割賦取引を達成するという目的で締結されている。それ故、貸主には金銭消費貸借契約を締結するにあたり次のような義務がある。つまり、貸主は買主に、金銭消費貸借契約を締結する際に免責条項の形で、商品が約定どおり買主に引渡されているかどうかを調査せずに貸主が売主に貸付金を支払い、売買契約にもとづく抗弁を貸主に対抗できないと指摘するだけでなく、このような条項から買主にどのような危険が生じるかを明示する義務がある。このような明示義務は経験的事実から明らかのように finanziert Abahlungskauf の買主が、自分は通常の割賦販売の買主よりも大きな危険を負担しないと考えているほど売買と消費貸借が密接に経済上結びついているところから導かれる。かりに貸主が買主を危険にさらすことが許されるなら、割賦取引を実現するという金銭消費貸借契約の目的に反することになる。

このような明示義務は契約交渉にもとづく契約類似の信頼関係の一部をなすものであり与信者が明示義務を履行しなければ、損害賠償義務が発生し、原則として原状回復の方法——売主に貸付金が支払われず、被告の返済義務が発生しないのと同様の状



態にする——で賠償しなければならない (§ 249 BGB)⁽¹⁵⁾。

本件においては、一般的には貸付申込書上で明確に借主は商品の所有権を移転されないままであっても完全に貸付金を返済しなければならぬと述べなければならない。たとえば、貸付申込書に太字印刷で目につくように枠どりをして「注意！ 商品を受領していない場合でも、瑕疵のある商品を受領した場合でも買主（借主）は貸付金を完全に返済しなければならない」と記載するべきである。

ところで本件では、契約書に「借主は売主が自動車の車券を直接に銀行へ引渡すことに同意する」という規定があったために被告は売主に車券の呈示を求めなかった。このような規定からするならば、原告が車券を受領後初めて売主へ貸付金を支払うものと理解される。したがって右に述べた明示義務とともに、原告は少なくとも善意信頼の保護 (Gutgläuberschutz) によって、売主が自動車を引渡す際に買主に車券を呈示する場合にのみ買主に所有権が移転するということを明示する義務がある。

このように明示義務の範囲を拡大する傾向は後述〔10〕判決まで続くことになる（詳しくは後述四）。

ところで〔3〕判決は金融機関に明示義務を要求する一方で取引経験の乏しい顧客であっても契約書や受領確認書を読まずに署名した場合あるいは、虚偽の受領確認であるとして知らなかった場合には、過失があるとして § 254 BGB による過失相殺の可能性を認めている。しかし、顧客側の過失は例外的な事例においてのみ肯定される傾向にあると指摘されている⁽¹⁷⁾。かりに契約書を読まずに署名した点に顧客の過失があるとするならば finanzieller Abzahlungskauf の買主には大抵何らかの過失があることになるからである。

(三) いわゆる Einwendungsdurchgriff

これまで紹介してきた判例は、販売業者に商品の引渡義務の不履行（ないし不完全履行）があるにもかかわらず、金融機関が顧客に貸付金の返還を求めた事例である。ところで finanzieller Abzahlungskauf の場合、しばしば判例に登場するもうひとつの紛争類型として売買の目的物に瑕疵がある場合がある。BGH はこのような紛争について

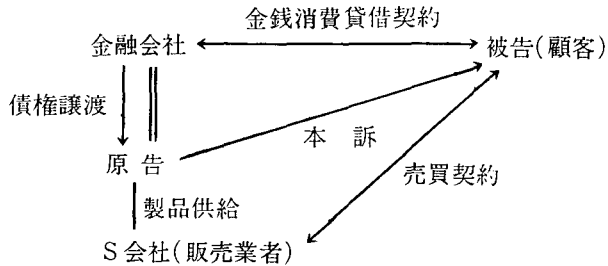
て、前述した二つの法律構成とは異なる第三の途、すなわち信義則上、売買契約上の抗弁を金融機関に対抗できる (Einwendungsdurchgriff) とする構成を選んでいる。そこで「1」判決と並んで早い時期に金融機関の顧客に対する貸付金返還請求を棄却した BGHZ 22, 90 及びこの判例を踏襲し、以後の判例の指導原理となった考え方を展開する BGHZ 37, 94 を取りあげることとする。

〔6〕 BGH 1956. 10. 29; BGHZ 22, 90

〔事実〕 マットレス及び家具工場を営む原告は S 会社に製品を供給していた。被告 (顧客) は S 会社より Schlafzimmer を購入し、原告の仲介によって S 会社と被告は残売買代金の融資を金融会社に申し込んだ。原告と金融会社は協同しており (Zusammenarbeiten) 貸付金は原告の口座に振り込まれた。ところが製品の引渡をうけたにもかかわらず、被告は金融会社に賦払金を支払わなかった。そこで金融会社から貸付金債権の譲渡をうけた原告は、貸付金の返還を請求した。これに対して被告は引渡をうけた Schlafzimmer には重大な瑕疵があり、S 会社はこれを修補できなかつたと主張した。OLG は請求認容。被告上告。

〔理由〕 破棄差戻。金融会社が介入する割賦販売において、売買契約と金銭消費貸借契約が法律上独立しているとしても、そこから直ちに被告は物的瑕疵の抗弁を貸付金債権に対抗できないというわけではない。一体的な生活過程 (einheitlicher Lebensvorgang) にある割賦取引を法律上二つの契約に分離することは、新品の家具の買主から約款によって物的瑕疵の抗弁権を排斥しえないとする強行法的命題を回避することになる。

最終の買主に対して新品の家具を販売する際に、買主に修補請求権が与えられている場合には、普通取引約款によって売主の法定瑕疵担保責任を免責することができる。しかしながら、修補が不可能である場合、あるいは売主によって修補が拒絶された場合、不十分にしか修補がなされない場合、不当に修補が遅らされる場合には、修補請求権に代えて、買主は売主の法定瑕疵担



保責任を再び追求することができる。これをも排斥する約款は信義則に反するものとして許されない。

したがって、一つの割賦取引を二つの独立した契約、つまり売買契約と金銭消費貸借契約に分離したとしても、売主が修補義務を約定どおり履行しない場合には、金融会社の貸付金返還請求権に対して被告は売主に対する物的瑕疵の抗弁を対抗することができる。

[7] BGH 1962. 4. 5; BGHZ 37, 94

〔事実〕被告である建築家とその妻は飲食店用の調度品として新品の家具を訴外 I より 23000 DM で購入した。頭金 4600 DM を除く残売買代金は融資手数料及びその他の費用とともに原告が融資した。被告によって署名された契約書には、表面に被告による I への売買の申込及び I が連署した原告に対する被告の借入申込、異議なき状態で商品を受領したとする被告（夫）の確認、I による商品の引渡と頭金の受領に関する証明が含まれていた。また裏面には、売買及び金銭消費貸借契約約款が印刷され、次のような約定があった。「4）……保証期間内の瑕疵担保責任は解除権及び代金減額請求権を排斥し、引渡された目的物の修理に限定する……。9) 受信者は銀行に対して相殺及び物的瑕疵の抗弁、留置権の行使をすることができない。」

商品の受領後、被告は瑕疵があると異議を述べたが、I が破産したため、修補されなかった。このため被告はそれ以後賦払金を原告に支払わなかった。そこで原告は、被告は目的物の瑕疵を原告に援用することはできないとして、未払いの残金の返還を請求した。OLG 請求認容、被告上告。

〔理由〕破棄差戻。BGHZ 22, 90 を踏襲し、新品の売買の際に売主が買主に修補請求権を与えている場合には最終買主に対する法定瑕疵担保責任が免責されるが、修補が行なわれない場合には買主は再び売主に法定瑕疵担保責任を追求できるとした。本件では売主が破産しており、修補請求権を被告に認めても無意味である。また、瑕疵に基づき主張しうる破産債権も通常、非常に価値が少ないので考慮する必要はない。したがって被告は売主に瑕疵担保責任を追求することができない。このような事情にある場合、契約書において経済上一体的な取引を売買契約と金銭消費貸借契約に分離し、そこから生じる貸主に有利な効果を生ずることが主張することは信義則 (§ 242 BGB) 上できない。経済上一体的な取引を法律上分離し、特別に契約書上で分離することによって、分離されていない状態よりも買主を悪しき地位に導くことは許されないのである。このような原則には次の二つの制限がある。第一に、貸主と売主が、継続的な取引関係にあり、買主に経済上一体的に見え、売主が契約の成立の際に多くの点において

貸主の補助者となっていること、第二に、買主が商品の受領の際に商業登記簿に商人として登記されていないこと (§ 8 AbzG の類推) である。

finanzierter Abzahlungskauf をめぐるその後の BGH 判例の全体に一つの方向を与えたものとして注目される [6] [7] 判決は次のような考え方を前提にしている。すなわち、BGH は民法上売買の目的物に瑕疵がある場合に買主が主張しうる権利——契約の解除権と代金減額請求権 (§ 462 BGB)——を約款によって排除し、その代わりに売主の責任を売買の目的物の修補に限定することを認めながらも、それが売主の瑕疵担保責任を完全に免除する結果をもたらすならば、民法上の瑕疵担保責任を免責とする約款は信義則に反するとして民法上の責任の復活を認めているのである。通常の割賦販売の場合に右に述べた BGH の理論を展開するならば、販売業者による瑕疵の修補が効を奏しない場合には、民法上の瑕疵担保責任が復活し、その結果、顧客は代金減額請求権を行使することができる。したがって、顧客は、少なくとも未払分の賦払金については支払義務を免れることになる。ところが、finanzierter Abzahlungskauf の場合には、金融機関から販売業者に直接支払われた貸付金によって売買代金はすでに完済されている。したがって顧客は一方で金融機関に賦払金の弁済を続けながら、商品の瑕疵については効果が期待しえない販売業者に対する不当利得返還請求権——[7] 判決では販売業者が破産しているから破産債権になる——に依拠しなければならぬということになるわけである。そこで BGH は、finanzierter Abzahlungskauf において、販売業者が修補義務を約定どおり履行しない場合に金融機関に売買契約と金銭消費貸借契約の法律上の独立性を主張させることは、販売業者の瑕疵担保責任を完全に免除するのと同じの結果になるとして、顧客は金融機関に対して物的瑕疵の抗弁を対抗しうると判示したのである。

ところで、以上のような BGH の考え方は〔7〕の判決において述べられているように *finanziert Abzahlungskauf* が通常の割賦販売と同様の経済的目的——割賦払いで商品を購入するという目的——に奉仕している以上、通常の割賦販売を締結する顧客よりも *finanziert Abzahlungskauf* を締結する顧客が悪しき地位に置かれてはならないとする原則に基づいている。この原則は以後の BGH 判決全体を貫く指導原理となっている。問題はいかなる場合に *finanziert Abzahlungskauf* の顧客が通常の割賦販売の顧客より悪しき地位に置かれていると言えるかである。〔6〕判決によれば、販売業者が修補義務を約定どおり履行しない場合であり、〔7〕判決では販売業者が破産したために實際上顧客が、販売業者の瑕疵担保責任を追求しえない場合に前述した原則に反し、金融機関の貸付金返還請求は売買契約から法律上独立しているにもかかわらず、信義則上許されないことになる。換言するならば、顧客が販売業者に瑕疵担保責任を追求しうる限りは、*finanziert Abzahlungskauf* の顧客は通常の割賦買主より悪しき地位に置かれてはいないということになると言えよう（もっとも〔6〕判決では必ずしも明確ではない）。つまり、BGH は信義則にもとづいて例外的なケースにおいてのみ顧客の売買契約上の抗弁が妥当する範囲を拡張していると理解される（後述四参照¹⁸）。それ故に *finanziert Abzahlungskauf* の顧客が、通常の割賦販売より悪しき地位に置かれているかどうかの判断にあっては、個々の事実関係における顧客の利益と金融機関の利益の比較衡量だけが問題になるのである¹⁹。

但し、〔7〕判決によれば、以上の範囲で金融機関に対する抗弁対抗が許されるには、次の二つの要件を充たす必要がある。すなわち、第一に金融機関と販売業者が継続的な取引関係にあり、顧客に経済上両者が一体的に見え、金銭消費貸借契約の成立の際に多くの点で販売業者が金融機関の補助者として行爲しているという要件を、第二に顧客が商品を受領する際に商業登記簿に商人として登記されていないという要件を充たすことが必要とされている。しか

しながら、金融機関と販売業者との継続的な取引関係の存在が要件として必要か否かは後述〔9〕の判例で問題とされることになる。

(6) § 123. Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten.

Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abgegeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abgegeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte.

(7) 事実の概略は次のとおりである。被告は売主より農業機械を購入し、残代金については原告より貸付を受けた。売主もその際連帯債務者となり、貸付金は直接、原告から売主に支払われた。ところが、被告は最初の賦払金の支払日の後に支払を拒絶した。被告は附属品が欠けており、売買の目的物は約定通りに引渡されていないと主張し、売主の詐欺を理由として金銭消費貸借契約を取消した。なお、売主は破産をしている。LG は請求棄却、OLG は請求認容。被告が上告。BGH は破産差戻。

(8) BGHZ 47, 224 (229-230).

(9) § 278. Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden. Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung.

(10) Daum, a. a. O., S. 375 は次のように述べている。銀行が貸付の申込を承諾することによって、販売業者により成立させられた取引——金銭消費貸借契約——から生じる利益を要求することの中に販売業者を第三者でないと解することの前置法的根拠が存する。

(11) § 254. Abs. 1 BGB. Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.

- (12) BGHZ 47, 207 [213].
- (13) BGHZ 47, 217 [222-223].
- (14) AbzG は動産の割賦販売で、かつ買主が商業登記簿上の商人でない限り買主を保護している (§§ 1, 8 AbzG 参照)。
- (15) このように金融機関に顧客が商業登記簿上の商人でない限り一般的に明示義務を求める BGH 判決は、私的自治の原則に対する一つの修正ではないかと思われる。
- (16) § 249. Wer zum Schadensersatz verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen.
- (17) Pagendarm, "Das finanzierte Abzahlungsgeschäft Bemerkungen zu acht neuen Urteilen des Bundesgerichtshofs", WPM (Wertpapier-Mitteilungen) 1967, S. 438.
- (18) Pagendarm, a. a. O., S. 439-440; W. Daum, a. a. O., S. 373.
- (19) Pagendarm, a. a. O., S. 437.

三 法律構成相互の関連性

(+) 我々は、BGH によって展開された二つの法律構成の紹介と分析を通して、それぞれが一定の紛争類型と密接に結合していることを知った。すなわち、商品の引渡義務の不履行ないし不完全履行が紛争原因となっている判例においては、販売業者の詐欺を理由とする金銭消費貸借契約の取消並びに金融機関の明示義務違反という構成が展開され、他方、商品に物的瑕疵があることが紛争原因となっている判例においては、金融機関に対する売買契約上の抗弁対抗 (Einwendungsdurchgriff) の可否が問題となっているからである。したがって、また以上のような判例の展開か

らするならば、BGHは売買関係上の障害事由が金銭消費貸借関係にかなる影響を及ぼすのかという問題について統一的な首尾一貫した説明をすることを放棄していたと考えられる。ところがBGHは、BGHZ 47, 233を境として、従来異なる紛争類型において展開され、いわば「複線化」⁽⁸⁾していたEinwendungsdurchgriffと金融機関の明示義務という二つの法律構成を融合し、異なる紛争類型に同一の解決基準を採用したのである。一つは、販売業者が商品の引渡義務を履行しなかったにもかかわらず、顧客が金融機関から貸付金の返還を請求された事例において、いわゆるEinwendungsdurchgriffを認容する判決が、今一つは、商品に瑕疵があった事例において、金銭消費貸借契約を締結する際に金融機関に明示義務を要求する判決が登場したからである。そこで前者の例としてBGHZ 47, 233を後者の例としてBGH, NJW 1971, 2303を次に取り上げることしよう。

[8] BGH 1967, 2, 20; BGHZ 47, 233

〔事実〕 売主は中古車の販売業者であり、原告から継続的に貸付の事務処理を委ねられていた。このため売主は契約書を原告から受けとり、顧客に対する原告の融資の担保として土地債務を負担し、かつ連帯債務者として連署していた。契約書の表面には売主／仲介者は銀行の履行補助者ではなく、専ら借主の受任者として扱う」と記載されており、裏面に印刷された金銭消費貸借契約約款には、借主は金銭消費貸借契約と売買契約が法律上独立しており、無関係に履行されるべき法律行為であることを認める、売買契約にもとづく異議・抗弁・損害賠償請求は専ら売主に対して主張されるべきであった銀行の貸付金返還請求権を妨げない、銀行の請求権は借主による売買契約の解除とは無関係であり、銀行が契約締結上の売主の責任を負担しないことを借主は認める、と書かれていた。

被告は売主に対して売買契約を詐欺を理由として取消した。原告は被告に対して貸付金の返還を請求して本訴を提起した。なお、売主は行方不明である。LG及びOLGは請求棄却。原告上告。

〔理由〕 上告棄却。(売買契約が詐欺によって取消されるとしても、金銭消費貸借契約に基づく貸付金返還請求権はなお存在するという前提に立ちながら、次のようにいう)原告の請求がどこまで信義則に合致し、そこからどのような結果が生じるかを個々

の事案の状況にもとづいて綿密に調査をする必要がある。原告は契約書に売主は原告の補助者ではなく、原告は売買契約といかなる関係もないと記載してであると主張するが、売買契約と金銭消費貸借契約は経済上一体的なものと言わなければならない。経済上の一体性は、両契約がまさに割賦販売を達成するために締結され、各々が割賦販売の全体的機能の一部を負担し、買主との関係よりも密接な関係にある銀行と売主が買主に対峙しているという関係から理解されるのである。

また、金融機関は金銭消費貸借契約を締結する際に、顧客に誤解されないように、かつ顧客が明白に——契約書をちよっと見ただけでも、契約書の本文を読まなくとも——見落とさないように、たとえ売買契約が解消され、あるいは商品が引渡されず、不完全に履行されたとしても、借入金を支払わなければならないと注意する義務がある。本件では契約の表面に印刷された「借主に対する注意」及び裏面の金銭消費貸借契約款上の規定では、右の明示義務を履行したとは言えない。それ故、被告は売買契約上の抗弁を貸付金債権に対抗することを明らかに放棄していた、と原告が主張することはできない。

本件の事実関係は BGHZ 37, 94 とは異なるが、被告が貸付金債権に売買取引にもとづく抗弁を対抗できるか、できるとしてどのような範囲においてできるかということだけが重要である。もしも経済上一体的な取引を法律上分離することが、そして特別に契約書上で分離することが、分離されていない場合よりも買主を悪しき地位に置くためになされるなら、買主に瑕疵の抗弁を認容したのと同様の要件の下で、売買契約の無効をもって貸付金返還請求権に対抗することを買主に認めねばならない。

[6] BGH 1971. 7. 5; NJW 1971, 2303

〔事実〕被告（顧客）は B 商会から *Waschsaloneinrichtung* を購入し、残売買代金につき原告（金融機関）から融資を受けた。その際、原告と提携し貸付申込書の交付を受けていた保険代理人 P が、貸付に関する事務処理を行ない、B 商店に貸付申込書と賦払金支払いのために被告によって引受けられているところの手形を転送した。貸付申込書には、B 及び機械の供給商社 F が連帯債務者として連署した（両商店は後になっていずれも財産状態が悪化した）。なお、契約書には「相殺や商品に瑕疵があるという苦情」によって弁済の時期を延期してはならない、という約定があった。被告は一部を返済したがその後催告されたにもかかわらず弁済しなかったため、原告は貸付金の残額及び手形金の返還を求めて本件訴訟を提起した。これに対して被告は次のように主張した。本件機械には、品質と性能に重大な瑕疵があるが、B 及び製造した商店に実際に瑕疵担保責任を追求めることはできない。したがって、機械を購入するために融資された借入金を融資の際に売主と協力関係にあった原告へ返還する義務はな

い、と。加えて被告は、機械の品質と性能に関する詐欺を理由として売買契約及び金銭消費貸借契約を取消した。また、原告は売買契約と金銭消費貸借契約の分離及びそれに伴う買主と借主の分離から生じる危険を被告に明示しなかったのだから、原告には契約締結上の過失がある、とした。LG 及び OLG は請求認容。被告上告。

〔理由〕 破棄差戻。(本件では原告とB商会との間にPが介入しているところから、本件取引が finanziert Abzahlungskauf かどうかの問題となった。BGH は、本件貸付が被告・B 商会間の売買契約への融資を目的とし、本件目的物の原告への譲渡担保が原告の債権担保手段として求められているところから、売買契約と金銭消費貸借契約は内部的に結合しており、 finanziertes Abzahlungsgehalt であると認定した。)

BGH の判例によれば finanziertes Abzahlungsgehalt の場合には、信義則に基づき買主に売買契約上のある一定の抗弁を貸主に対抗することが認められている。経済上一体の割賦取引を二つの法律上別々の契約へ分離することによって、買主が瑕疵担保責任を追求しえない、あるいは、両契約に分離されていない場合よりも買主を悪しき地位に導いてはならないからである。判例は以上の原則を肯定するために買主が商人として商業登記簿に登録されていないこと (§ 8 Abs.1) 及び売主と貸主に継続的取引提携があることを要求してきた。しかしながら、両者の間に継続的取引提携があることは決定的な問題ではない。むしろ、個々の事案において売主と貸主の関係が買主に経済的に一体とみえたかどうかの問題となる。本件では、融資契約書において売買の目的物及び売主が示され、原告が売買の目的物を譲渡担保にとり、金銭消費貸借契約には売主が連署していたところから、表面上は分離されていても経済的には一つの取引へと結びつけられていて、売主と貸主が一体となって買主に対峙していたという印象が被告に生じたに違いない。

ところで、原告は買主に誤解のないようにはっきりと見落とさぬように、売買の目的物が引渡されなくとも、売買の目的物に瑕疵があっても、売買契約が錯誤あるいは詐欺を理由として取消されても、借入金を弁済しなければならぬ、と明示すべき義務がある。本件では被告は購入した機械から生じる収益で賦払金を弁済しようと考えていた。その際商品が引渡されない、あるいは瑕疵ある商品が引渡されたために経済的利益が全く生じない場合でも賦払金の返済を続けなければならないなら、買主はこの種の取引を締結しなかったであろう。それ故、金銭消費貸借契約上の債務が独立しているということを事実と一致するように買主に明示する義務が原告にはある。しかしながら本件では、金銭消費貸借契約において借主は相殺及び商品に瑕疵があるという苦情を貸主に主張できず、弁済の時期を延期してはならない、という明示があるのみで、売買契約の取消による法律状態

につき何の注意もなされていなかった。それ故、原告は右の条項によって十分に明示義務を果たしたと主張することはできない。

しかし、十分に明示があれば被告は契約の締結をしなかったということが、明白に証明されない場合ですら、もしも被告が詐欺を理由として売買契約を取消すならば、これに基づき被告は原告に対抗できる。なぜなら、原告は被告が金銭消費貸借契約を締結する際に後に被告に顕在化した危険を知らなかったということを原告は前提としなければならぬのに、貸付金の返還を請求するならば、それは信義則に反するからである。それ故買主が、充分な明示によって買主がどのような態度をとったかを証明しなくとも、明示義務の不履行は買主に詐欺を理由とする売買契約の取消を与信者に主張する権利を与えるのである。

現在も右の構成が踏襲されているところから、〔8〕及び〔9〕判決は現在の判例の基本的骨格を示すものとして注目される（後述〔11〕判決参照）。

① ところで BGH は従来の法律構成をどのように融合させているのだろうか。

〔8〕・〔9〕判決からするならば、⁽²¹⁾ BGH は金融機関が明示義務を履行していないにもかかわらず、顧客に貸付金の返還を請求することが信義則に反すると考えているようである。従来 Einwendungsdurchgriff は信義則を媒介項として認容されており、したがってその可否は結局、通常の割賦販売を範とした金融機関と顧客の利益ないし不利益の比較衡量に依拠してきたと言える（〔8〕判決参照）。他方、金融機関の明示義務は契約前の誠実義務（Treuepflicht）として、同時に信義則の帰結として位置づけられている。つまり、法律上の根拠として信義則を求める点に両者の接点（Berührungspunkt）があるわけである。⁽²²⁾ したがって、私見によれば、金融機関の明示義務違反は貸付金返還請求を不当な権利行使として認定するための一資料として利用されていると考えられる。これを機能的側面から考察するなら、Einwendungsdurchgriff を認容するための要件——私見によれば、金融機関と販売業者とが一体的当事者であるという買主の印象——を補足ないし調整する手段として役立っている。⁽²³⁾ かりに右のように解するとしても、なお金

融機関の明示義務の不履行と Einwendungsdurchgriff を結びつける構成は次の点で必ずしも明確とはいえない。まず第一に、「〔8〕及び〔9〕判決は金融機関による明示義務不履行の効果として契約締結上の過失にもとづく損害賠償義務を認容した従来の判決〔3〕・〔4〕・〔5〕判決」を²³⁾変更したのか。第二に、かりに金融機関が当該取引の危険を顧客に充分明示した場合、金融機関に対する売買契約上の抗弁對抗を排斥する規定は有効となり、その結果金融機関に対する顧客の Einwendungsdurchgriff は否定されるのか。²⁴⁾第三に、金融機関に明示義務を求める一方で顧客の過失を問題とし過失相殺の可能性を認める構成と、顧客が売買契約上の抗弁を金融機関に對抗できるか否かの二者択一を迫る構成は、その効果の点でどのように融合されるのか。

ところで「〔8〕及び〔9〕判決では販売業者の詐欺が問題となっており、金銭消費貸借契約自体の取消が許されないか否かが併せて問題となる。この点、「〔8〕及び〔9〕判決は共に金銭消費貸借契約自体の取消の可能性を認容しながらも、売買契約の取消を抗弁として金融機関に對抗できる以上、金銭消費貸借契約を取消すまでもないと判示している。しかし、販売業者の詐欺が売買契約の成立のみに関与していたのか、それとも金銭消費貸借契約の成立にも関与していたのか、その区別は実際上なかなか困難ではないかと思われる。売買契約の成立と金銭消費貸借契約の成立は相互に密接に関連しており、完全な商品を購入することが少なくとも金銭消費貸借契約を締結する際の顧客の動機であると考えられるからである。

(三) かくして、右に述べてきたように仔細に判例を検討するならば、なお各法律構成相互を繋ぐ基準は明確ではないと言えよう。しかしながら、各法律構成相互の要件を比較してみるとBGH判決は要件を一定の方向に収斂させようとする傾向を示している。

従来、顧客に Einwendungsdurchgriff が認容されるためには金融機関と販売業者の継続的取引関係の存在が必要

とされてきた⁽²⁷⁾。しかし、「9」判決は右の要件に代えて、販売業者と金融機関が一体となって対峙しているかの印象を顧客が受けたことを要件としている⁽²⁸⁾。すでにBGHは、金銭消費貸借契約を締結する際に販売業者の詐欺が第三者の詐欺 (§ 123 Abs. 2 BGB) であるか否かの判断にあたって販売業者と金融機関の間に継続的取引関係がないからといって販売業者が第三者であると主張することはできないと判示しており、また金融機関に明示義務を要求する要件としてそもそも販売業者と金融機関の間の継続的取引関係を要件としていない⁽²⁹⁾。「2」・「3」・「5」判決参照⁽³⁰⁾。したがって、「9」判決は右判決の傾向に追隨したものと解せられる。

この結果、判例理論にみられる三つの構成の構造には次のような共通性があることを指摘することができよう。すなわち、顧客が商業登記簿上の商人でないこと⁽³⁰⁾及び金融機関と販売業者が一体的な当事者であるという印象を顧客が受けたことから、Einwendungsdurchgriff 及び金融機関に明示義務を求める根拠がそして § 123 Abs. 2 BGB における第三者か否かの判断基準（したがって販売業者の詐欺による金銭消費貸借契約の取消の可能性）が導かれ、かつ売買契約と金銭消費貸借契約の密接な経済的關係から、金融機関と販売業者とが一体的な当事者として対峙しているという顧客の印象が生じると解せられる点である。換言するならば、商業登記簿上の商人でないような顧客が関与する finanzieller Abzahlungskauf の取引構造自体が三つの構成の基盤となっているのである。それ故、売買関係上の障害事由が金銭消費貸借関係にかなる影響を与えるかという問題について首尾一貫した説明を加えるためには finanzieller Abzahlungskauf の取引構造を法的にいかに評価するかという点を、つまり、法的構造の検討を回避することができないと考えられる。

(27) Löwe, NJW 1971, S. 2304.

(28) BGHZ 47, 233 [240]; NJW 1971, 2303 [2307].

- (22) Pagendam, a. a. O., S. 437; Coester, NJW 1973, S. 1042.
- (23) Löwe, a. a. O., S. 2304; Coester, a. a. O., S. 1042.
- (24) BGH は必ずしも金融機関の明示義務違反から損害賠償義務の効果を導く構成を排斥していないと解せられる(後述〔10〕判決参照)。むしろ、BGH は金融機関の明示義務の不履行と顧客が危険を伴う契約を締結したこととの間に因果関係が存在するか否かについて立証が困難であるところから、明示義務違反の効果として従来認容されてきた損害賠償義務に言及することなく、Einwendungs- durchgriff の可否を問題としたのはなごかを解せられる。Löwe, a. a. O., S. 2305; BGH, NJW 1971, 2303 [2307].
- (25) Löwe, a. a. O., S. 2304; König, JZ 1972, S. 56; Eike von Hippel, a. a. O., S. 167; Pagendam, a. a. O., S. 440; Von Max Volkammer, "Der Schutz des Käufers beim B-Geschäft beim "finanzierter Abzahlungskauf" in *Festschrift für Lorenz*, 1973, S. 707.
- (26) BGHZ 47, 233 [235-236]; NJW 1971, 2303 [2306].
- (27) BGHZ 37, 94 [100]; BGHZ 47, 233 [238].
- (28) 金融機関と販売業者の継続的取引関係が両者を密接に結びつけ、このような取引関係があることによって金融機関は危険を認知し回避できると説明されている(Daun, a. a. O., S. 374; Löwe, a. a. O., S. 2304; Pagendam, a. a. O., S. 440)。右の要件を放棄した実際の理由及びこの要件に代えて顧客の印象という、いわば「主観的」要件を求めることに対する疑問は、「2」判決の紹介にあたって言及した点と同様である(本章二〔参照〕)。
- (29) BGH は "finanzierter Abzahlungskauf" の AbzG の適用可能性を判断する際にも金融機関と販売業者との継続的取引関係を要件として挙げる(BGHZ 47, 253 [256])。
- (30) 販売業者の詐欺によって金銭消費貸借契約自体の取消を認容するBGH判決は、この点を必ずしも明確に述べていないが、買主層の社会的地位を問題としている点から、少なくとも顧客が商業登記簿上の商人でない場合を前提としていると解せられる。

四 判例理論の趨勢

(一) 判例理論における三つの構成とその相互の関連性に関する検討を通じて、我々は *finanzierter Abzahlungskauf* に関する BGH 判決の構造を概観してきた。そこで以下では、最近の判例を紹介しながら、判例上問題となっている論点につき BGH 判決の変遷を整理してみることにしよう。重要な問題点は次の二点に絞られる。第一に、*finanzierter Abzahlungskauf* の顧客に発生する可能性のある危険を金融機関はいかなる範囲まで明示することが要なのか（明示義務の拡大と限界）。第二に、顧客はいかなる場合にいかなる抗弁を本来の名宛人である販売業者に代えて金融機関に対抗することができるのか（いわゆる *Einwendungsdurchgriff* の許容範囲）。まず、以上の問題に言及する最近の二つの判決を紹介することにしよう。

[91] BGH 1973. 1. 18; NJW 1973. 452.

〔事案〕 商業登記簿上に商人として登記されていない被告は K 商会から台所の調度品 (*Kücheneinrichtung*) を購入し、売買代金の一部を頭金として支払った。被告は残金につき K 商会と継続的な取引提携にある原告より融資をうけ、貸付金は約定どおり、直接 K 商会に支払われた。しかしながら台所設備には重大な瑕疵があり、K 商会による修補は効を奏しなかったため、被告は賦払金を支払わなかった。K 商会の普通取引約款には「瑕疵担保責任は契約解除権あるいは代金減額請求権及び他の請求権については排斥され、引渡された商品の修理だけに限定される」と書かれてあった。さらに、被告が署名した注文書及び原告への借入申込書には、その表面に特別の項として大字印刷で次のような文言が含まれていた。「私たち（買主）は、売買契約にもとづく異議あるいは抗弁並びに瑕疵担保権があるとしても、約定どおりに貸主へ借入金を返済する義務がある」（約款二条参照）。原告は貸付金全額の返還を求めて本訴を提起した。LG, OLG とともに請求認容。被告上告。

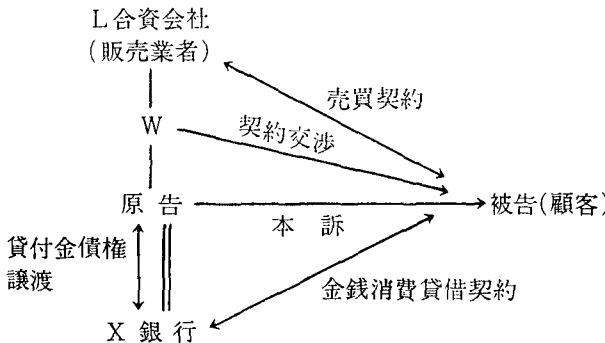
〔理由〕 上告棄却。(これまでの BGH の判決は、分割払いで一定の動産を取得させるといふ経済的目的が売買契約と金銭消費貸借契約を密接に結合させていること、それにもかかわらず両契約は法律上独立しており、原則的には売買契約上の抗弁を貸主に對抗できないこと、しかし、経済上一体的な割賦取引を二つの法律上独立した契約へ分離することによって買主を通常の割賦販売の場合よりも悪しき地位ないし無権利の地位に置いてはならないところから、一定の要件の下に売買契約にもつく一定の抗弁を貸付金債権に對抗しうることを確認した上で次のように述べている。) 売主が修補義務を約定しており履行しなかつた場合に買主は再び法定の瑕疵担保責任を売主に主張できる。しかし、この責任は原則的には金銭消費貸借契約と無関係である。ただ、売主が破産したような買主の権利行使が實際上不可能である場合に売買契約上の抗弁を信義則上金融機関の貸付金返還請求に對抗しうるのである。したがって、どの程度原告の請求が信義則に反するか、そこからどのような効果が生じるかを判断するため、個々の事案の状況を綿密に吟味することが必要である。売買の目的物に瑕疵がある場合に、金融機関がこれを考慮に入れず、貸付金の返還を買主に請求したとしてもそれが直ちに信義則に反するわけではない。売買契約と金銭消費貸借契約は法律上独立しているところから、買主はまず第一に売主に瑕疵担保責任を追求すべきである。買主が金融機関の貸付金返還請求にすぐ瑕疵担保上の権利を對抗することができず、一方で買主が売主に対する訴訟を提起し、他方で金融機関に対する賦払金の返済を継続しなければならぬというところによって、finanzieller Abzahlungskauf における買主の保護が、誠実なる取引観に矛盾する方法で (in einer den Anschauungen des redlichen Geschäftverkehrs widersprechenden Weise) 損われざるわけではない。このような法律状態は、金融機関の介入とそこから生じる売買契約と金銭消費貸借契約の分離にもとづいている。BGH が例外的に Einwendungsdurchgriff を認容する根拠となっている § 242 BGB は、一般的な公平条項を含んでいるのではなく、経済的に一体的取引を二つの法律上独立した契約に分離することによって、消費者の保護が害される場合に生じる法倫理上認容できない結果を回避することに奉仕しているのである。このような危険は、たとえば売主が倒産した場合、あるいは他の原因で買主に対して実際上支払能力がない場合のように、買主が売主に対して瑕疵担保責任をもちや追求しえなくなった場合に初めて現実化するものである。このような場合にだけ、買主は通常の割賦販売の場合よりも悪しき地位に置かれているといえる。しかしながら、本件では売主に対して被告が瑕疵担保責任を追求しえないということが証明されていない。

(また、本判決は金銭消費貸借契約の締結の際に貸主に明示義務があること、これを履行しない場合には契約締結上過失があり、貸主は買主に損害賠償義務を原則的には原状回復の方法で履行すべきであることを確認した上で、本件では明示義務が履行

されていると判示した。太字印刷で買主に「売買契約にもとづく異議あるいは抗弁、並びに瑕疵担保権が帰属しているとしても、約定どおり金融機関に貸付金を返済しなければならぬ」と書かれた契約書によって金融機関は finanzieller Abzahlungskauf の経済的な危険を十分に明示していたと解せられる。このような条項は契約書を全て読まなくともちょっと見ただけで目につくからである。加えて、「売買契約にもとづく異議あるいは抗弁」という文言は瑕疵ある商品が引渡される場合をも明白に包含しているから平均的読者 (BGHZ 47, 217, 222 ff.) は右の場合にも賦払金の返済をしなければならぬと理解しうるのである。したがって、売主によって修補義務が履行されない場合、あるいは効を奏しない場合に復活する法定瑕疵担保責任を貸付金債権に対抗できないことを明示する必要はない。このように個別の明示を求めることは却って買主の理解を困難にし、買主を保護するという目的に合致しない。

〔一〕 BGH 1978, 2, 9; NJW 1978, 1427.

〔事実〕 被告である夫妻は、すでに解散してしまったL会社より、セルフサービスの Waschsalon を購入し、X銀行から売買代金につき融資を受けた。その際、X銀行と協同関係にある原告の総代理人 (Generalbevollmächtigter) であり、かつ同時にL会社資会社の支配人 (Prokurist) であるWが貸付の交渉及び事務処理にあたった。契約書の裏面に印刷された金銭消費貸借契約約款には、「申込者と売主の間に売買契約にもとづく何らかの意見の衝突 (Differenz) があっても、X銀行から供与された借入金を約定どおり返済しなければならないという債務から申込者は免れない」という太字の目だつ条項が含まれていた。X銀行は貸付金を直接売主へ支払い、原告に貸付金債権を譲渡した。原告は未払いの貸付金につき被告に返還を求めて本訴を提起した。被告はこれに対して、Waschsalon から月 4000 DM の純利益があると確約したにもかかわらず、最高でも月 2000 DM しか純利益があらぬのであって、Wはこの事実を販売交渉の際にすでに知っていたのだから、本件取引は詐欺である。したがって賦



払金の返済を拒絶すると主張した。OLG は請求認容。被告上告。

〔理由〕 破棄差戻。(本件では営利事業それ自体が、それ故一個あるいは多数の動産だけでなく、営業に結びついたその他の価値や可能性、とりわけ営業権 (good will) が帰属する資産の総体が売買の目的物となっているところから、動産の finanzieller Abzählungskauf に関して発展した判例理論を適用できるか否かが問題となった。これに対して、BGH はすべての利害関係者が同一の利害状況にある場合には、いわゆる Einwendungsdurchgriff を動産以外の finanzieller Abzählungskauf にも転用できると判示し、次のように述べている。)

申込者と売主の間に売買契約にもとづく何らかの意見の衝突があっても、申込者は貸付金を返済する義務から免れない、とする金銭消費貸借約款上の文言によっても、被告から抗弁を奪うことはできない。このような条項は、取引の経済的一体性をそして経済的一体性を補充する売主側と金融機関が結合しているという外観を解消するために、平均的買主 (Durchschnittskäufer) に対して適当ではない。それ故、貸主に売買契約上の抗弁を對抗しうる内部的根拠が存在するのである。銀行が介入することによって買主は通常の割賦販売の場合には負担することのない法律上の危険、とりわけ売買契約上の抗弁を考慮せずに借入金返済しなければならぬという危険を負担している。たとえ (完全な商人ではない、あるいは商業登記簿に登記されていない) 買主が (わずかではあるが) 営利事業者として (本件ではガソリンスタンドの賃借人として) 取引経験があるとしても、法律上の専門的知識はないのであり、それ故経済上一体的ではあるが法律上分離された finanzielles Abzählungsgeschäft の法律上の危険を十分に理解することはできないであろう。本件では、貸付申込書の本文のよく見える場所にはなく、申込書の裏面に印刷された普通取引約款上のみ右の条項が記載されており、又売主の支配人が銀行の契約交渉上の補助者として貸付申込を準備し、その際虚偽の陳述をし、それが経済上一体的な取引の成立にとって重要である場合に、右の条項は法律状態につき何の意味もないのである。それ故、右の条項は顧客に対する明示に必要な要件をみたしていない。

Einwendungsdurchgriff が本件で許されるか否かを判断するためには、さらに被告が売主側に損害賠償を請求できないかどうか、被告によって行使された売買契約上の抗弁が正当であるかどうかを控訴審において審理しなければならない。

買主が売主に対して瑕疵担保責任を追求できる場合、あるいは売主に損害を賠償させられる場合には、売主への売買代金の弁済という買主が負担すべき危険を銀行に転化することはできない。本件では合資会社である売主が確かに解散しているが、これから直ちに被告は売主に瑕疵担保責任を追求できないとすることはできない。被告が、合資会社の無限責任社員 (persönlich-

haftender Gesellschafter) に対してあるいは——契約締結上の過失の点で——売主に代って取引をする支配人や有限責任社員 (Kommanditist) に対して損害賠償請求権を行使できる場合には、解散した合資会社による瑕疵担保責任に等しいからである。一定の營業利益を獲得できるとの確約は販売された事業の属性に関する確約、つまり販売された事業の収益性に関する確約と解される。たとえ、事業の一定の属性を契約上確約していないとしても売上高に関して原告の代理人が虚偽の陳述をした場合には、契約締結上の過失を理由とする損害賠償請求権が考慮され、この債権をもって貸付金返還請求権に対抗することができる。

(二) 明示義務の拡大と限界

金融機関の明示義務に言及するのは〔3〕・〔4〕・〔5〕・〔8〕・〔9〕・〔10〕・〔11〕判決である。一般的に述べるならば、これらの判決を通じて BGH は、誤解されぬように、かつはっきりと見落とされぬように (eindeutig, klar und unübersehbar) 顧客が finanzieller Abzählungskauf の構成部分である金銭消費貸借契約を締結するといかなる危険を負担することになるかを金融機関は明示しなければならない、と判示してきた。そこでは、契約書における明示の場所 (貸付申込書の本文のよく見える場所) 及び顧客の視覚に訴えるような明示方法 (太字印刷・枠どり)、素人にも理解されるような明示内容が重要なポイントになっている。最も問題となるのは明示内容である。³¹⁾

初期の判決は、このような明示義務を金融機関に求める判例理論が、極めて有効な紛争解決の手段であることを物語っている。〔3〕判決に見られるように、顧客はただ商品の受領を確認したとする書類に署名しただけであり、金融機関は實際上商品が引渡されていない場合でも顧客が借入金を返済する義務があることを何ら明示していないからである。

しかしながら、顧客と販売業者の契約関係あるいは履行関係に障害事由が発生すると、顧客に対する貸付金返還請

求権が行使しえなくなることは、金融機関にとって耐えがたいことである。それ故、BGH が命じる方法に従って、金融機関が明示義務を履行し危険を回避しようと努めることもまた当然のことと言えよう。たとえば、「8」判決では契約書の裏面に印刷された金銭消費貸借契約において「売買契約にもとづく異議・抗弁・損害賠償請求権は専ら売主に対して主張されるべきであって、銀行の貸付金返還請求権を妨げない、銀行の請求権は借主による売買契約の解除と無関係であり、銀行が契約締結上の売主の責任を負担しないことを認める」との条項が、また「9」判決でも「借主は相殺及び商品に瑕疵があるという苦情……を貸主に主張することはできないのであって、それによって弁済の時期を延期してはならない」との条項があり、初期のBGH 判決に登場する契約書と比較すると、危険を回避しようとする金融機関の意図は明らかである。これに対してBGH は「商品を受領しなかった場合でも、瑕疵のある商品を受領した場合でも顧客は借入金を返済しなければならぬ」（「3」・「4」・「5」判決）という明示に加えて、顧客が結局販売業者の詐欺によって売買契約の取消を主張した（「8」・「9」判決）では、その事案に即して「売買契約が解消されても借入金を支払わねばならぬ」という明示を求めた。つまり、BGH は顧客に発生する可能性のある危険を個別的にかつ具体的に明示することを金融機関に要求したのである。このような判例の変遷は、裏を返せばBGH が要求する明示を金融機関が次々と契約書に取り込んでいく以上、常に明示義務の程度を高めていかなければ顧客を救済することができない、ということを意味している。

けれども、明示義務が金銭消費貸借契約を締結する際に信義則にもとづいて求められる一種の注意義務である以上、明示義務の高度化にも内在的限界があることを否定するわけにはいかないはずである。BGH は少なくとも「9」判決までは、この限界を実質的には空洞化することによって対処してきたと言える。しかし、「10」判決において、BGH は明示義務の限界を空洞化していくことによって生じる破綻を告白しなければならなかったのである。「8」・

〔9〕判決からするならば、〔10〕判決でも顧客が主張したように「販売業者によって修補義務が履行されない場合あるいは効を奏しない場合に復活する法定瑕疵担保責任を貸付金債権に対抗することはできない」という個別の明示を金融機関に求める可能性がなかったとは言えない。だが、BGHはこのような個別の明示はかえって顧客の理解を困難にするとして「私たち（買主）は売買契約にもとづく異議あるいは抗弁並びに瑕疵担保権があるとしても約定どおり貸主へ借入金返済しなければならぬ」という、売買契約上の障害事由に関する網羅的な表現によって明示義務が履行されていると明示したのである。³⁴

契約の相対的効力を前提としつつも、実質的には顧客を救済してきた従来のBGH判決と比較するならば、〔10〕判決を「後退した」と評価することもできる。³⁵しかし、我々は明示義務の高度化に内在的限界があることを明らかにした〔10〕判決を通じて、次の問題点に気づくべきである。すなわち、*finanzierter Abzahlungskauf* に関与することによって顧客に発生する可能性のある危険を金融機関に明示させるBGH判決が浸透した現在、金融機関の明示義務違反を問題とする構成がはたして具体的な紛争解決の手段として適切であるか、という問題である。確かに、金融機関に一定の明示義務を負担させることは、現在でも顧客と金融機関の間の取引情報に関する不平等を改善する有効な手段であることは否定できない。契約締結のための判断材料となるような適切な情報が顧客に提供されることは、提供されない場合に比べて、危険な取引への接近を事前に予防する効果があるからである。しかし、明示に右の効果が少ないから期待できるとしても、すべての顧客が明示内容を的確に判断できる能力があるという保証はない。従って危険な取引を締結したからと言って、その危険を承知して顧客は契約を締結したと推測することもできないはずである。それ故、明示が全く存在しない場合には、明示義務の不履行と金銭消費貸借契約の締結の間に因果関係があることを簡単に導くことができたとしても、一定の明示が存在する場合には、両者の因果関係の立証は困難となると考

えられる。⁽³⁶⁾我々は、まずこの点に具体的紛争解決の手段として金融機関の明示義務違反を問題とする法律構成の限界を指摘することができる。

だが、最も重要なことは、たとえ契約を締結する際に判断材料となるような適切な情報を顧客に与え、かつ的確な判断能力を顧客に期待できたとしても、契約内容を自ら危険を負担しないように変更する自由が顧客にあるわけではないという点である。つまり、顧客と金融機関の間には相互の地位に互換性がないが故に、商品給付義務と賦払金返済義務の結びつきが完全にゆるんでいる *finanzierter Abzahlungskauf* の取引構造自体を顧客は変更することができないのである。そして、顧客と金融機関の間の取引情報に関する不平等は、まさに両者の地位に互換性がないことの一つの現象にすぎないと考えられる。従って、我々は金融機関の明示義務違反を問題とする迂路によってではなく、⁽³⁷⁾*finanzierter Abzahlungskauf* それ自体を規律する方向に具体的な紛争解決の手段を求めなければならない。それ故、⁽³⁸⁾こゝでもまた *finanzierter Abzahlungskauf* の法的構造を決定する必要があるが指摘されるのである。

(三) つわゆる *Einwendungsdurchgriff* の許容範囲

Einwendungsdurchgriff に言及する判決は [6]・[7]・[8]・[9]・[10]・[11] 判決である。当初 BGH は、⁽³⁹⁾[6] 判決に見られるように、売主の瑕疵担保責任を完全に免除する約款は信義則に反するという考え方を根拠として、金融機関に対する物的瑕疵の抗弁を認容した。すなわち、売買契約と金銭消費貸借契約が法律上及び約款上分離されることによって、売買の目的物の修補に限定された瑕疵担保責任が履行されない場合でも、顧客は借入金金の返済を免れないことになり、実質的には販売業者の瑕疵担保責任を完全に免除するのと同様の結果になると BGH は考えていた。しかしながら、契約の相対的効力を前提とするならば、右の見解から「販売業者」に対して、修補義務が履行されない場合に復活する法定瑕疵担保責任 (§§ 462, 463 BGB) を追求できるとの結論を導くことが許されるとし

ても、「金融機関」に対して、物的瑕疵の抗弁を對抗できるといふ効果を導くことはできないはずである。⁽³⁹⁾そこで、すでに前述したように〔7〕判決は次のような命題を準備せざるをえなかったものと考えられる。すなわち、経済上一体的な取引を法律上二つの独立した契約——売買契約・金銭消費貸借契約——に分離することによって、両契約に分離されない場合よりも顧客を悪しき地位あるいは無権利の地位に置いてはならない、という命題である。言い換えるならば、右の命題は *finanzieller Abzahlungskauf* が通常の割賦販売と同一の経済的目的——割賦払いによる商品の販売——に奉仕する以上、その法律関係は同様に規律されねばならないということに他ならない。そして、右の命題に反する金融機関の貸付金返還請求は、信義則に反する不当な権利行使であると解されている。

ところで、BGH は右の命題から具体的には、*Einwendungsdurchgriff* の許容範囲に関する次の二つの結論を導いていると考えられる。一は、通常の割賦販売において顧客が販売業者に対して主張しうる抗弁は、*finanzieller Abzahlungskauf* の場合にも許されるべきであるという結論であり、二は、*finanzieller Abzahlungskauf* の顧客は販売業者に対して売買契約上の権利を行使できる限り、通常の割賦販売の顧客に比して特に悪しき地位に置かれてはいないという結論である。

すなわち、まず前者について BGH 判決の変遷を整理してみることにする。*Einwendungsdurchgriff* の根拠を前述した構造の中に求める以上、もはや物的瑕疵の抗弁に *Einwendungsdurchgriff* の許容範囲を限定する必要はない。それ故、BGH は〔8〕・〔6〕判決において、売買契約が販売業者の詐欺を理由として取消される場合に、顧客は売買契約の無効を金融機関にも対抗できると判示した。前述した命題を〔8〕・〔9〕判決に即して展開するならば、次のようになる。売買契約が取消されると売買契約の効力は遡及的に無効になるから、顧客は販売業者に対して不当利得返還請求権を行使することができる。しかしながら、後述するように、右の権利に実現可能性がない場合、通常

の割賦販売であれば、割賦販売契約自体が無効となる結果、顧客は少なくとも未払いの賦払金については支払義務を免れることになる。これに対して、finanziertier Abzahlungskaufの場合には、契約の相対的効力を前提とする以上、売買契約が無効であっても金銭消費貸借契約は依然として有効であり、未払分の賦払金についても顧客は金融機関に返済しなければならないことになる。BGHがEinwendungsdurchgriffの許容範囲を拡張した根拠はまさにこの点にあるわけである。加えて、BGHは傍論ながら、売買契約の締結にあたり、販売業者に契約締結上の過失があることを理由とする損害賠償請求権も金融機関に対抗できると判示している(11)判決参照)。

ただ、顧客が販売業者に対して主張しうる権利につき、その実現可能性がなければ、いかなる権利も抗弁として金融機関に対抗できるというわけではない。たとえ、販売業者と顧客の間に締結された約定が経済上も法律上も売買契約と密接な関係にあったとしても、その約定から生じる抗弁を金融機関に対して対抗することはできない。売買契約を越える約定が販売業者と顧客の間に存在することを金融機関が知らなかった点が根拠のひとつになっているが、かりに金融機関が知っていたとしても、BGHが通常の割賦販売(売主・買主間の利害関係)とfinanziertier Abzahlungskauf(売主・買主・与信者間の利害関係)との比較をEinwendungsdurchgriffの可否に関する判断基準とする以上、金融機関に対抗できる抗弁は売買契約にもとづく抗弁に限定されることになろう。⁽⁴⁾

次に、Einwendungsdurchgriffの許容範囲に関する、もう一つの問題点——顧客の販売業者に対する権利行使の可性とEinwendungsdurchgriffの可否——に関して、BGH判決の変遷を整理してみることにする。すでに前述したように、BGHは、売買の目的物に瑕疵がある場合には顧客が販売業者に瑕疵担保責任を追求できる限り(7)判決)、又売買契約が販売業者の詐欺を理由として取消される場合には同じく顧客が販売業者に不当利得返還請求権を行使できる限り(8)・(9)判決)、金融機関の貸付金返還請求は信義則に反しないと考えている。言い換えるなら

説 ば、販売業者の経済状態が Einwendungsdurchgriff の可否に関する判断基準となっているわけである。具体的には、販売業者が破産した場合（〔7〕判決）、行方不明である場合（〔8〕判決）、財産状態が悪化している場合（〔9〕判決）に Einwendungsdurchgriff が認められている。販売業者の経済状態が悪化する場合はそう多くはないから、結局 BGH は例外的な事案についてしか Einwendungsdurchgriff を許容していないと解される。

加えて、最近の判決は Einwendungsdurchgriff の許容範囲にさらに絞りをかけている。一つは、販売業者に支払能力がないことにつき顧客に立証を求めた点である。BGH は〔10〕判決において、販売業者に対して顧客が瑕疵担保責任を追求しえないという証明がないとして Einwendungsdurchgriff を許さなかったからである。右判決からするならば、今後顧客は販売業者の破産手続の完了を待つか、あるいは販売業者の経済状態につき具体的な立証を要求されることになる。

二つは、販売業者側の経済状態を問題とする点である。すなわち、〔11〕判決は販売業者である合資会社に対して顧客が行使できる権利と合資会社の無限責任社員及び有限責任社員、支配人に対して主張できる権利を同視している。従って、顧客は右の権利につき、いずれも実現可能性がないこと、換言するならば、販売業者側全員の支払無能力を立証しない限り、Einwendungsdurchgriff は認められないことになる。金融機関に比べ、顧客は、販売業者の経済状態に関して迅速にかつ的確な情報を把握できる地位にないから、右判決は顧客に重い立証責任を負担させたことになろう。

従って、Einwendungsdurchgriff の許容範囲に関する BGH 判決の変遷を整理するならば、BGH は一方で顧客が金融機関に対抗できる抗弁の範囲を拡大しながら、他方で顧客に販売業者側の支払無能力につき立証の負担を課することによって、結果としては、Einwendungsdurchgriff の許容範囲を極めて限定しているものと考えられる。だが、

問題となるのは、販売業者に支払能力がないわけではないが、売買契約上に——契約関係それ自体及び履行関係——に障害事由が発生しているという、通常最も多く発生することが予想される紛争についてである。しかし、BGHはこの一般的ともいへべき紛争の解決基準について沈黙している。

かくして、右に述べてきた結論の根拠となっている BGH 判決の基本的構造、すなわち判決が契約の相対的効力を前提としながら、*finanziert Abzahlungskauf* の構成要素である売買契約と金銭消費貸借契約の経済的一体性を強調していることの意味及び、*finanziert Abzahlungskauf* が通常の割賦販売といわば同一の契約類型に属すると解して同一の法規制を認めることの意味を再検討することが必要になると思われる。次章では、このような課題を担った西ドイツの学説について、その動向を紹介し分析することにした。

(31) König, a. a. O., S. 55 は契約書において明示すれば明示義務を果たすことができるとする BGH 判決に疑問を表明している。

(32) BGHZ 47, 233 [234].

(33) BGH NJW 1971, 2303 [2307].

(34) BGH NJW 1973, 452 [454-455].

(35) なお、「10」判決に続く「11」判決は金融機関の明示義務が履行されていないと判示するが、これは「10」判決で求められた程度まで金融機関が明示をしなかったことに基づく。したがって「11」判決は「10」判決以降の BGH 判決に関する評価の変更を迫るものではない。

(36) 事実、「9」判決にはこの点の判断を回避しようとする傾向が見られる。

(37) ギルレス・前掲論文序章註(12)「ローン提携取引の実際と民法上の諸問題——西ドイツにおける消費者保護の側面」二一—二三頁は、明示義務を金融機関に負担させる構成はせいぜい単にひとつの附加的な法解釈学上の助言を与えるにすぎないとして、明示義務を問題とする構成の限界を指摘する。同旨、小林・前掲論文註(12)「金融割賦販売における買主の保護」二四八—二五二頁。

38) このような判例の考え方は、一九七七年四月一日に施行された「普通取引約款規制に関する法律」第一条第一〇項に取り入れら

説
れている。

(39) K. Larenz, a. a. O., S. 200.

(40) しかしながら、これまでのところ給付請求権 (§ 433 BGB)、履行遅滞や履行不能の効果としての契約解除権及び損害賠償請求権 (§§ 325, 326 BGB) 等を抗弁として金融機関に対抗できるか否かを問題とする BGH 判決は見あたらない。

論

The Trilateralism of the so-called
“Sale Related Loans” in Japan (2)

Emiko CHIBA

This chapter deals with cases and theories of West Germany, because the study of consumer-problems in the field of private law has made progress in West Germany compared with Japan, even though there is a similarity between both nations in the legislation of consumer transactions.

West German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) has shown its interpretation about troubles caused from “finanzierter Abzahlungskauf” which is similar to the transaction “Sale Related Loans” as follows :

In cases resulting from products being paid for in advance, but then there is no delivery of the product, the question is the cancellation of contract of loan for consumption for reasons of fraud of seller and the offence against the obligations of credit company, while in cases resulting from a defect in goods, the defense against credit companies in sale contract is in question.

By introducing recent cases I have analyzed the transaction of above theories shown by the West German Federal Supreme Court.

(to be continued)