



Title	民事判例研究(2) : デート商法におけるクレジット契約の失効
Author(s)	得津, 晶
Citation	北大法学論集, 61(2), 148[125]-127[146]
Issue Date	2010-07-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/43660
Type	bulletin (article)
File Information	HLR61-2_007.pdf



[Instructions for use](#)

民事判例研究(2)

—— デート商法におけるクレジット契約の失効 ——

得津 晶

いわゆる「デート商法」による宝飾品の購入者が既払の割賦金の返還を斡旋業者に求めることができるとされた事例

名古屋高裁平成21年2月19日民事第一部判決(平成20(ネ)747号、債務不存在確認等、参加各請求控訴事件)

判時2047号122頁

事案

独身男性X(昭和55年生、教員)は、平成15年3月中旬、A社従業員である女性Bから携帯電話に「ジュエリーに興味・関心がないか、商品を買わせることはないので意見を聞かせてほしい」等の連絡を受け、29日に待合せ場所で別の女性Cと会った。CはXを抱き寄せるようにしてタクシーでファミリーレストランに連れて行き、Cは歓心を得るように名前呼び、CとXとが交際・結婚したら等の話を続けた。その後、Cは、Xの手を握り、半ば抱き寄せるような仕草などをしながら、8時間程度、貴金属や宝飾品の説明をした。その間、X、Cのテーブルの間にCの仲間であるDら3、4名が集まり、DはXの指のサイズを測るなどして購入を迫り、Xが買いたくない等を告げると、Dらは、逆に、こんなに親身になっているのにその対応はまずいだらうなどと威圧的な態度でさらに購入を迫った。Xは怖くなり同レストランから帰宅したかったが、Dらが近くに着席していたため改めて帰宅を言い出すこともできず、A社から宝飾品3点を157万5000円で購入することを申し込むとともに、Cの準備したY社宛のクレジット契約の申込書に署名押印して、Y社に対してY社がA社に

立替払し、XがY社に分割払手数料を含めた218万9250円を平成15年5月から平成20年4月まで毎月3万6400円ずつ支払う旨のクレジット契約を締結した。なお、当該宝飾品は、Xが平成18年4月ごろ複数の宝石・貴金属取扱店で査定を受けたところ、併せて10万円程度であった。

同年同月30日にY社担当者からXに電話で本件クレジット契約の申込につき申込意思、申込金額等契約内容の確認がされたが、Xは特段の苦情を述べることなくこれに回答した。

Xは平成15年5月ごろA社から宝飾品を受け取り、平成17年9月までの間は自動引き落としの方法によりY社に支払をした。その後、XはCから時折電話やメールなどを受けていたがしばらくするとCからの連絡はなくなり、平成17年（もしくは15年か？）秋ごろには電話もつながらなくなった。平成17年10月7日ころXはY社に対して本件売買契約に至る経緯・勧誘態様や解約を強く祈願する旨を記載した抗弁書を送付し、平成18年1月15日にはY社に商品を返すので貸倒にしてほしい旨を伝えた。

その後、XがY社に対して加盟店管理調査義務の懈怠による不法行為責任、公序良俗違反無効または消費者契約法上の取消（消費者契約法5条・4条3項2号〔退去妨害〕及び1項1号〔不実告知〕）に基づく割賦既払金相当額的不当利得返還請求（および民法所定の遅延損害金）を請求し、他方、Y社はXに対して割賦未払金及び商事法定利息による遅延損害金を請求した。

なお、本件においてY社は平成16年5月24日に個品割賦購入あっせん事業をY'社に譲渡し、6月28日にXに対して債権譲渡の通知書を送付し、本件訴訟の被告はY'社である。

原審は、Xの請求をいずれも棄却し、Y社の請求を認容。Xが控訴。

判旨 Xの請求認容

I. 「・・・Aは、独身男性であるXに対し、若い女性の販売員をあてがい、同女との今後の交際等を匂わせるような思わせぶりの言動をとらせ、好意を抱かせて勧誘に乗ってしまいやすい状況を作出した上で宝飾品の購入を勧め、更に複数名の販売員とともに長時間にわたり購入を勧誘し続け、Xが購入をためらうと、威圧的な態度さえ示してその場から立ち去って帰宅することを困難にするとともに、Xの貴金属等に対する知識の乏しさに乗じて市場価格ではそれ程でもない宝飾品を高額な価格で購入させるために、その当日に売買契約及び

クレジット契約の各申込書に署名押印させて、申し込みの意思表示をさせ、帰り際に・・・女性販売員がXに頬を寄せるようにして写真を撮る等して、翻意をしないようにさせ、翌日にクレジット会社（脱退被告のY社）から契約意思の確認をさせ、これに同意するようにさせ、さらにその後も相当期間・・・女性販売員から電話やメールをさせ、契約の維持継続を強固にさせ（解消を抑制させ）たのであるから、これら一連の販売方法や契約内容（販売価格が本件宝飾品の市場価格に照らして不均衡である。）等に鑑みると、本件売買契約は、Xの軽率、窮迫、無知等につけ込んで契約させ、女性販売員との交際が実現するような錯覚を抱かせ、契約の存続を図るという著しく不公正な方法による取引であり、公序良俗に反して無効であるというべきである。」

「したがって、Xは、Y社の本件クレジット契約に基づく未払金請求につき、割賦販売法30条の4第1項に基づき、本件売買契約が公序良俗違反により無効であることをもって、その支払を拒むことができる。Y社の未払金請求は理由がない。」

Ⅱ. 「・・・本来売買が購入者と販売業者の二者取引であったものを、個品割賦購入斡旋は、斡旋業者を加えて三者契約としたものであり、販売業者は代金につき立替払をしてもらう点に一番の利益があり（本件でも履行済みと窺われる。）、購入者は代金を分割返済すればよい点（本件は、宝石3個で代金合計150万円を60回の分割）に大きな利益があり、斡旋業者は代金に手数料を上乗せして入手できる（本件では手数料が約61万円である。）点に大きな利益を見出すことのできる仕組みである。そのために、販売業者と購入者との本来の売買契約以外に、販売業者と斡旋業者とは加盟店契約を、斡旋業者と購入者とはクレジット契約をそれぞれ締結する。また、クレジット契約の手続のための申込書の交付なども販売業者において行うのが通例である。このような仕組みは格別の障害が生じなければ、三者それぞれにとって利益であることはいうまでもない。」

「・・・個品割賦購入斡旋の制度的仕組み、背景等を検討すると、本件のように売買契約が公序良俗に反して無効となる場合には、三当事者の利害状況は一変する。販売業者と斡旋業者とは、立替金の授受が当初から終了しているために、事後的な調整を望まない傾向があり、斡旋業者と購入者との関係においても、斡旋業者は事後的な調整を望まない傾向があると推認される。これに対

し、購入者だけは、売買契約が無効であるから、目的物は返還し、割賦代金については、支払ってればその返還を求めたいし、それが未払いなら支払を拒否したい状況であると推認される。このように、公序良俗違反で売買契約が無効という場合には、三者の利害状況は前二者の販売業者及び斡旋業者が現状不変更希望、購入者のみ現状変更希望という対立関係になると窺われる。しかし、本来は、一体的な関係にあったのであるから、売買が無効等になる場合には、できる限りそのことを反映して、代金支払のための制度であるクレジット契約の効力が扱われるべきは当然である。

まず、購入契約が公序良俗違反で無効であるようなときに、購入者が販売業者に売買の無効を主張できるのは当然であるが、同時にこのような事由をもって、当該支払の請求をする割賦購入あっせん業者に対抗することができる旨の規定（割賦販売法30条の4第1項）が昭和59年に設けられた。斡旋業者としては、上記の無効事由を知らなくてもその対抗を受けるというものであり、少なくとも、購入者は、未払いの割賦金については、斡旋業者からの支払請求を拒絶することができるようになったと認められる。このような立法は、上記のあべき利害状況と現実の利害状況との不一致に1つの調整的な解決を図ったといえることができる。

そこで、この規定により、購入者が既払いの割賦金の返還を斡旋業者に求められるかを見るに、この点については、なお議論があり、結論として否定的な見解が多いようである。これによれば、本件のXのように購入者が公序良俗違反等の支払を拒絶できる事由があるにもかかわらず、誤って割賦金の一部を支払った場合に、その返還を支払先の斡旋業者に求めることができないこととなるが、そのような結果は、同じ当事者間で未払請求であれば上記の規定を根拠にこれを拒絶できることに對比して、購入者にとっては不均衡な感を否めない。斡旋業者も、購入者が当初から支払拒絶を主張してくれば取得できなかった割賦金を、偶々取得している状況にあるといえることができる。」

「そうすると、①・・・本件売買契約が公序良俗違反で無効であるところ、上記・・・のとおり、の個品割賦購入斡旋の制度的背景・仕組み等に関する事実によれば、上記の売買の無効を是正するためには、代金の支払のための法律関係にも売買の無効をできる限り反映させるべき要請があるといえるべきこと、②上記の場合に、割賦販売法30条の4第1項の規定により未払金の支払請求はできない（売買の無効に沿う）こととされたが、購入者からの既払金の返還請求

の可否に関する明示の規定はなく、上記の規定によって返還可能であるとまでの結論を導けない（売買の無効に沿わない）可能性も高いこと、③ところで、この場合において、斡旋業者が販売業者の不正な販売方法に関する事情を知らず、かつ、知らないことに責任がなく、単なる支払のための信用供与により手数料を得るだけであれば、斡旋業者が売買の無効の影響を受けないことにも相当の理由があると考えられること、④しかし、・・・、元々クレジット契約が存在することが売買契約を支えるために不可欠であり、本件においても、Aは、Y社のためにクレジット契約締結の準備行為（申込手続）を代行していること、しかも、・・・、本件の斡旋業者Y社は、販売業者Aについて消費生活センターからクレームが付いていることを、本件クレジット契約締結当時、全く窺えないわけではなかったこと、⑤本件の無効事由がAとXとの個別的事由ではなく、デパート商法という販売業者Aによる本件の目的物の売買の方法全般に関わる事由であること、⑥Y社（あるいはY'社）は、通常であれば本件の仕組みの中で手数料収入により利益を得る仕組みであり、既に一定の利益は得ていると見込まれること、⑦Aが現在休業状況にあり、Aから既払金相当額の回収を図ることは実際上できないこと、以上の事実・事情が認められる。

これらの背景事実、制度の仕組み等を総合すると、本件売買契約の公序良俗違反の無効により、売買代金返還債務が発生したところ、本件の事情の下では、本件クレジット契約は目的を失って失効し、Xは、不当利得返還請求権に基づき、既払金の返還をその支払の相手先である斡旋業者（Y社を承継したY'社）に対して求めることができるというべきであり、これを斡旋業者側からいえば、斡旋業者は、この仕組みに具体的に一定程度関わりを持っていたのであるから、それにもかかわらず、売買契約の無効には無関係であるとか、本件クレジット契約は本件売買契約に原則として左右されない等として、既払金の返還請求を拒否することは本件の事情の下では理由のないことであるといわなければならない。]

Ⅲ. 「クレジット契約自体は購入者と斡旋業者間の契約であるが、斡旋業者が、販売業者の社会的に著しく不相当な販売行為を知り、あるいは容易に知り得ながら、漫然と与信を行い、その結果、購入者に対する被害が発生・拡大したというような特別の場合には、販売業者の不法行為を助長したものとして、不法行為責任（Xの主張によれば加盟店管理調査責任）を負う場合があるというべきである。」

「Y社は、平成15年1月23日ころ、直接、Aと加盟店契約を締結し、同年6月20日ころまで約5か月間、Aとの間で、179件の取引があったところ、このうち、顧客から支払停止の申出を受けたのは本件を含め17件であったが、初めてその申出を受けたのは本件クレジット契約締結（同年3月29日）後の同年4月15日であって、本件クレジット契約締結以前に支払停止の申出を受けたことはなかった。」

「平成14年には各地の消費生活センターに、Aのデパート商法により宝飾品をクレジットで買わされたといった相談がY社分を含め全体で年間70件ほど寄せられていたところ、このことに照らすと、Y社が平成15年4月15日まで購入者から支払停止の申出を受けたことがなかったことについては若干疑問がないわけではないが、Aにとって斡旋業者との間の取引に占めるY社のシェアは約10%から20%にとどまっていたこと・・・や、Y社がそれまでに契約解除・取消等を巡って消費生活センター等からAの販売行為に対する苦情・相談を受けたことを窺わせる証拠がないことに鑑みると、上記・・・の認定事実を覆すには至らないというべきである。」

「・・・Y社が、本件クレジット契約締結までの間、・・・認定説示したAの社会的相当性を逸脱した販売行為を知り、あるいは容易に知り得ながら漫然と与信を行っていたということはできない。」

評釈 結論に賛成

1. 本判決の意義

近時、デパート商法が社会問題になっているところ¹、本判決は、①本件デパート

¹ デパート商法については国民生活センターのサイト（http://www.kokusen.go.jp/soudan_topics/data/date.html）参照。特に、国民生活センター「相談件数が増加し契約金額が高額化したデパート商法」2004年1月8日（available at, http://www.kokusen.go.jp/pdf/n-20040108_1.pdf）。そのほか、森一矢「スペシャル・レポート『架空請求』『出会い系デパート商法』『情報漏洩』—あなたも狙われている ご用心!『ネット詐欺』の巧妙な手口」プレジデント42巻14号（2004年）、御木礼二「交際を装い宝石を売りつける恋愛感情を利用した“デパート商法”」政界往来68巻8号（2002年）、岡本哲「キャッチセールス・デパート商法の法律相談」法学セミナー502号（1996年）131頁以下参照。

なお、PIO-NETに寄せられた相談件数の推移は以下の通りである（2010年

商法について公序良俗無効としたこと、及び、②信販会社に対してクレジット契約を失効したとして既払金返還請求を認めた点に意義がある²。なお、本判決後にデパート商法に関連して信販会社に既払金返還を命じた判決として大津地裁長浜支判平成21年10月2日消費者法ニュース82号206頁³がある。

II. デパート商法の公序良俗違反性

本件はデパート商法による宝飾品の売買契約を公序良俗違反無効としたものであるが、デパート商法については既に仙台地判平成16年10月14日判時1873号143頁⁴が不法行為責任を肯定している。だが、本件と平成16年仙台地判とは認定事実ないし裁判所の挙げる判断要素を異にする。仙台地判の事案は、原告の主張する監禁・脅迫の事実の存在を否定し、「20歳程度の女性従業員が研修資料どおり親しげに話すことによって、本件各商品を買わせたもの」であり、「女性従業員が親しげに話すことにより、Aが良い気分や見栄を張ったりして契約を締結してしまう雰囲気になり、本件各商品の購入を断れなくなったもの」(判時1873号151頁)としているのに対し、本件では、女性の販売員がXに好意を抱かせる勧誘方法をとったことのほか、複数名の販売員が8時間という長時間に渡り勧誘を続けたこと、威圧的な態度をとったことといった意思表示のプロセスの瑕疵を伺わせるような事情、並びに、購入商品の価格が市場価格

2月16日現在)。

年度	2004	2005	2006	2007	2008	2009
相談件数	1,548	1,447	1,286	903	736	375*

(*前年同期 562)

² 本判決の社会的反響がうかがえるものとして本判決を取り扱ったブログ等は、酔うぞの遠めがね「デパート商法は公序良俗に反する、との判決」2009年2月24日 (<http://youzo.cocolog-nifty.com/data/2009/02/post-d360.html>)、弁護士紀藤正樹のLINC TOP NEWS「デパート商法は公序良俗違反：クレジット会社の責任」2009年2月24日 (<http://kito.cocolog-nifty.com/topnews/2009/02/post-65aa.html>)、井上直行弁護士ブログ関西合同法律事務所デッセイ「デパート商法」2009年2月24日 (<http://kansaiyodo.blog42.fc2.com/blog-entry-304.html>) などがある。

³ 平成21年長浜支判の事案についてはⅢ. で後述する。

⁴ 解説として野口敬三・判批 NBL803号 (2004年) 64頁がある。

と比べて高額であるという対価の不均衡をうかがわせる事情が指摘されている点に違いがある。デート商法とは「勧誘時に言葉巧みな話術で異性に行為を抱かせ、それに付け込んで商品等を販売する商法⁵」とされていることからすると、平成16年仙台地判の事案は純粋にデート商法的要素のみを理由に⁶不法行為を認めた事件であるのに対して、本件は、複数人で囲い込んだという点に消費者契約法4条3項2号により取消の認められる消費者への退去妨害的要素、また、威圧的な態度の点も絡めると強迫など意思表示の瑕疵・不存在的要素、対価の不均衡からは暴利行為論的要素がそれぞれ見受けられ、純粋なデート商法の事案と比して、意思表示の効力を否定（無効・取消）しやすかった事案といえる。このように整理すると、本件の公序良俗無効の判断は、意思表示の不存在・瑕疵及び消費者契約法4条の取消権等と連続的に理解されるものであると思われる。

反面、平成16年仙台地判は、被害者が当時25歳の男性ながら同年代の者や通常人と比して判断能力に乏しい人間であり、かつ販売業者側もこのことを認識していたことが認定されており、さらに、多重債務となりそのことを叱責されたことなどから精神的に追い詰められ自殺にまで至ったという被害の重大性という点で、被害者保護に傾きやすい事案であったのに対し、本件の被害者は、学校の教師であり通常の判断能力を有している事案であった点で異なる。このように考えると、デート商法的要素以外の意思表示の問題性を示す要素がなく、かつ、被害者の判断力に取り立てて問題がない場合に不法行為責任等を認めるのかという問題は本判決を含めてもいまだ裁判例がない領域ということになる。

Ⅲ. 信販会社との関係

本判決は、売買契約の公序良俗違反無効によってクレジット契約の効力（割賦金支払債務）について「目的を失って失効」したとして、既払金返還請求を

⁵ 国民生活センター（2004）前掲注（1）1頁。

⁶ ただし、平成16年仙台地判も単にデート商法的要素のみならず、被害者の給与所得と比較した場合の債務の過大性、対象財産である宝飾品が被害者にとってまったくもって不用のものである点、過量販売である点も認定されており、これらの点が判示に影響を与えたものと推測される。

認めた。売買契約が無効である以上、割賦販売法30条の4第1項によって未払いの割賦金の支払いを拒絶できることは明文で定められているが、既払金の返還まで認めるものではないため「目的を失って失効」として既払金の返還を認めたものである。本判決の採用する「目的を失って失効」という法律構成は、近時、フランスのコオズ論の影響などを受けて学説によって採用されているところの「契約の失効」(La caducité du contrat)論⁷と近接するものであるが、裁判例としてここまで明確に採用したのは本判決がおそらく初めてではないかと思われる。だが、契約の失効論は要件・効果も含めて議論が収束しておらず、また、フランス法がその前提とするコオズ論⁸は、その目指す実質⁹はともかく、少なくとも形式的には法律構成として日本法が採用するところではない¹⁰。そこで、本判決が契約の失効という枠組みを用いたことで、従前の裁判例・学説の採用する考え方と要件としてどのような違いがあるのかを検討する。

⁷ 都筑満雄「複合契約中の契約の消滅の判断枠組みと法的根拠に関する一考察—複合契約論考・その二—」南山法学33巻1号8頁以下、特に17頁以下(2009年)、小林和子「複数の契約と相互依存関係の再構成—契約アプローチと全体アプローチの相違を中心に—」一橋法学8巻1号167,208頁(2009年)など参照。両文献ともフランス法を素材としている。特に、都筑(2009)前掲28頁以下は複合契約において一方の契約の消滅によって他方の契約の存在意義が失われた場面(の中で当事者に二つの契約を不可分とする意思を認めることができない場面)を「コースを消失した場合」と整理し、その効果として契約の失効という法律構成を提唱しており、「目的を失って失効」という本判決の論理構成と近似している。

⁸ コオズ論については小粥太郎「フランス契約法におけるコースの理論」早稲田法学70巻3号(1995年)、竹中悟人「契約の成立とコース」法協126巻12号2367頁以下(2009年)、127巻1号1頁以下、2号189頁以下、3号371頁以下、4号576頁以下、5号613頁以下(2010年)[未完]等参照。

⁹ 小粥(1995)前掲注(8)文献133-134頁、141頁によれば、フランスのコオズ論は、契約法における形式主義的な法体系に対して、生活における法の比重が高まるにつれて、法体系の外側にあった事情(当事者の動機、給付の均衡、双務契約の牽連性、その他の違法性)を実質的観点から契約法の体系の中に取り込む機能をもつ一般条項的なものであり、特に、債務者の立場から債務負担に実質的理由を要求し、相互性が確保されていない場合には債務の拘束力を制限する機能をもつと整理されている。

¹⁰ 小粥(1995)前掲注(8)文献160頁。

本件のような場合にクレジット契約の既払金返還を認めるため従前用いられてきた法理としては、①無効の伝播と②信義則（不履行の結果をあっせん業者に帰せしめるのを信義則上相当とする）の2つの法律構成があった。

無効の伝播論¹¹は、著名な芸娼妓判決以来、公序良俗違反の契約と密接不可分な契約は無効になると理解されていることから導かれている（最判昭和30年10月7日民集9巻11号1616頁）。芸娼妓判決では、同時になされる消費貸借契約（前借金契約）が芸娼妓契約の拘束性を事実上強化している点が不可分一体と評価される根拠となっていたところ¹²、本判決はクレジット契約が売買契約を支えるために不可欠であると述べており（判時127頁第2段）¹³、不可分一体として無効となることも当然に考えられる（名古屋高裁金沢支判昭和62年8月31日判時1254号76頁¹⁴、東京地判平成16年8月27日判時1886号60頁¹⁵）。ただし、従前の学説は、無効の伝播の要件として第三者が公序良俗違反事実について現

¹¹ 川島武宜＝平井宜雄編・新版注釈民法（3）総則（3）（2003年・有斐閣）§90Ⅷ210頁〔森田修〕、中田裕康「提携住宅ローンにおける抗弁権の対抗」金法1304号（1991年）32頁、川地宏行「第三者与信型販売における抗弁の接続と与信業者に対する既払金請求」クレジット研究40号別冊（2008年）71頁、都筑満雄「複合契約と公序良俗－無効判断枠組みの解明に関する一考察－（下）」国民生活研究47巻3号（2007年）32、34頁。なお、ドイツ法の示唆から公序良俗違反の場合の抗弁の接続においては既払金の返還まで認めることを示唆する神作裕之「割賦購入あっせんにおける抗弁権の接続と既払金の返還」クレジット研究23号（2000年）84、85頁も参照。他に、千葉恵美子「第三者与信型消費者信用取引と契約関係者の清算（上）」北大法学論集39巻5－6号I 88頁以下。

¹² 前掲注（11）新版注釈民法（3）212頁〔森田修〕。他方、割賦購入あっせん一般に不可分一体性から抗弁の接続を常に認めることをためらう見解では、信販会社加盟店であることが売買契約締結の理由でないことが挙げられている（山下友信・判批ジュリ1038号155頁）。

¹³ 前掲注（11）新版注釈民法（3）210頁以下〔森田修〕の整理によれば、①公序良俗違反について知っていること、②目的・手段、原因・結果といった何らかの客観的な関係という2つの要件の相関関係によって初めて無効が認められる「無効の伝播」類型ではなく、複合的公序良俗違反ということになろう。

¹⁴ 同日の名古屋高裁金沢支判昭和62年8月31日判時1279号22頁は、一般論として、立替払契約の公序良俗違反無効の余地を認めた。

¹⁵ 偽ブランド品等のマルチまがい商法の事案。

実の認識を要求するものや¹⁶、第三者の認識の要素と密接関連性の要素とを相関関係で判断するというものがあり、本件Y社のように認識していなかった場合とは差異がある¹⁷。そして、従来問題になった事案は、芸娼妓契約のほか、無限連鎖講取引などといった取引当事者の利益のみならず社会全体への害悪が問題となるような類型の事案であった。これに対し、本件のデート商法はとりわけ本件の退去妨害類似、強迫類似の事案においては意思表示の瑕疵・不存在と連続的に捉えられるような当事者の利益を第一に問題とするような類型であるといえるため、同じ公序良俗違反とされても、無効の伝播を認める根拠は従来よりも弱いといえよう。

これに対して、信義則による処理は、最判平成2年2月20日判時1354号76頁が、特段の事情として、特別の合意が存在する場合または信販会社が不履行に至る事由を知っているもしくは知りうべきでありながら立替払いを実行した場合には、「不履行の結果をあっせん業者に帰せしめる」ことを認めていることによる¹⁸。平成2年最判は抗弁の対抗が問題になった事案だが、判示の文言は抗弁の対抗にとどまらず債務不履行責任としての既払金返還にも親和的な文言となっている¹⁹。平成2年最判によれば、この場合の要件は、本件のように特別の合意がない事案においては、公序良俗無効となる事由を知っていること、

¹⁶ 都筑（2007）前掲注（11）文献25頁（最終的には動機の不法性の程度や不法な動機との牽連性の程度との相関判断であるとはするが、最低でも不法の動機の認識を相手方の認識の程度のスタートラインとしている）、34頁。これに対して、前掲注（11）新版注釈民法（3）§90Ⅷ210頁〔森田修〕は、「乙契約のみの当事者乙が、甲契約の公序良俗違反について知っていること」が「密接不可分の関係」を基礎づける第1の要素であるとしているが、他方、第2の要素（乙契約が甲契約の内容上、目的・手段、原因・結果といった何らかの客観的な関係に立つこと）との相関関係で判断するとしており（森田修・新版注釈民法（3）§90Ⅷ211頁）、かならずしも認識を要求するものではない。

¹⁷ 前掲注（11）新版注釈民法（3）211頁〔森田修〕。

¹⁸ 平成2年最判については、空クレジットの疑いのある事案であることが指摘されており、射程を限定的に解釈すべきという意見もある（石川正美「クレジット取引に関する最高裁判決の問題点（中）」NBL470号〔1991年〕54頁）。

¹⁹ 江頭憲治郎・商取引法〔第6版〕（2010年・弘文堂）134頁注5、鹿野・後掲本件判批160頁。これに対して大阪地判平成18年9月29日LEX/DB 25420797は効果を抗弁の対抗に限定している。

もしくは知りうべきでありながら立替払いを実行したこととなりそうである。そして、いかなる場合が知りうべき場合に当たるのかといえば、加盟店管理調査義務違反がある場合という言い換えがなされている²⁰。

以上の2つの法律構成の具体的結論に違いがあるかどうかは、両者を連続的に捉えることができるのかそれとも断絶して理解するのかという問題とつながる²¹。無効の伝播論か複合契約論（信義則）か、さらには加盟店管理調査義務

²⁰ 山下友信〔判批〕ジュリスト1038号（1994年）156頁。

²¹ 都筑満雄・複合取引の法的構造（2007年・成文堂）294頁は最判平成8年11月12日民集50号10巻2673頁〔予定されていた屋内プール完成遅延によりスポーツクラブ会員契約と同時に販売されたリゾートマンションの区分所有権の売買契約の解除まで認めた事案〕に代表される複合契約論と平成2年最判（最判平成2年2月20日判時1354号76頁）に代表される消費者保護法理としての抗弁の接続を別物として理解する。さらに都筑満雄「モニター商法と抗弁の接続—抗弁の接続の新たな限界について—」三重大学法経論叢24巻1号（2006年）165頁は、平成8年最判に代表される複合契約間の消滅影響如何のアプローチと芸娼妓契約に代表される公序良俗無効の伝播とを別物とみている（裁判例が平成8年最判を引用しているところ引用すべきは芸娼妓判決とする）。このように、都筑は、①消費者保護法理としての抗弁の接続法理（平成2年最判に代表）、②複合契約の消滅の影響法理（平成8年最判に代表）、③公序良俗違反無効の伝播（芸娼妓判決に代表）をすべて別の法理として断絶させて理解している。また、都筑の整理に既存の判例法理を当てはめると、消費者保護の要請のある①アプローチのほうが、②アプローチよりも顧客保護の範囲が狭くなるので、この分類法（類型論）が本当に妥当か疑問も残る。

これに対して、神作裕之「割賦購入あっせんにおける抗弁権の接続と既払金の返還」クレジット研究23号（2000年）85頁は、割賦購入あっせんにおける売買契約の消滅が与信契約等の消滅等を導く場合の類型化として、売買契約が公序良俗に反していた場合、意思表示の瑕疵により無効または取消の場合に無効・取消の効力が与信契約等にまで及ぶ場合（都筑の整理では③のアプローチ）と並べて、売買契約と与信契約等との間の牽連性が強く両者を経済的・法的に一体と評価すべき例外的場合に割賦法30条の4（当時。抗弁の接続のみ規定）適用の結果、既払金の返還を認める類型（都筑の整理では①、②のアプローチ）を提唱しており、少なくとも①と②のアプローチは統合して理解するようであるし、また同列に並べることで③のアプローチも統一的に理解する方向を示唆していることがうかがえる（「類型論」というのは、類型同士が断絶するというニュアンスよりも、売買契約が公序良俗違反無効・意思表示の瑕疵であれば

違反をもって不法行為を成立させるかという法律構成の差異によって保護要件が異なるとする²²のは疑問がある²³。試論ではあるが、契約の正当化根拠を、単に当事者の意思や私的自治のみに求めるのではなく、社会的有用性²⁴（効率性）などといった（当事者の意思以外の）客観的な契約正義²⁵に求めるという理解

与信等契約も消滅させるのに対して、瑕疵担保や通常の債務不履行である場合には与信契約等は消滅させない、といった形で、予見可能性・法的安定性確保の観点から結論を類型的に提示すべきという意味であろう）。

²² 都筑（2007）前掲注（21）文献327頁によれば、特定の取引についてのリスクの転嫁までを含む消費者保護法理としての抗弁の接続と広く複合契約における契約間の影響関係一般を扱う複合契約を「別」のものとして両法理の共存を図ることを示唆する。

²³ 山本敬三・公序良俗論の再構成（2000年・有斐閣）289頁は、基本権保護型公序良俗の問題と不法行為法上の「違法性」ないし「過失」の問題は、いずれも基本権をその侵害から保護すべきかどうかの問題となっている点で変わりはないとして、保護の内容が同じである限り、両者で判断を異にすることは許されないとする。潮見佳男「規範競合の視点から見た損害論の現状と課題（2）」奥田昌道編・取引関係における違法行為とその法的処理－制度間競合論の視点から（1996年・有斐閣）23頁、松岡久和「原状回復法と損害賠償法」奥田編・前掲書59頁以下、潮見佳男・契約法理の現代化（2004年・有斐閣）3頁以下、山本敬三「民法における動的システム論の検討」法学論叢138巻1=2=3号（1996年）208頁以下参照。

²⁴ 都筑（2007）前掲注（21）文献161頁は「契約というものは社会に生きる個人の本質的欲求を満たしうる財産とサービスの交換の仲介というその社会的有用性によって拘束力を与えるものである。そしてこの契約の機能は、拘束力によって秩序と安定が与えられることで将来の予見が可能になり、ここで生ずる信頼の土壌の元で始めて（ママ。筆者注）発揮されるものなのである」としており、非常に功利主義・帰結主義に親和的なニュアンスで社会的有用性概念を用いている（参照。山田八千子・自由の契約法理論〔2008年・弘文堂〕4頁以下、山本〔2000〕前掲注（23）文献30-31頁）。ただし、都筑自身は契約の拘束力の根拠を単純に意思のみに求めるのではないという根拠論のパラダイム転換については「現代契約法学の展開全体を受け止めたものでなければならず、この問題は今後の課題として残される」（185頁）としてこの議論にコミットすることなく結論を留保している。

²⁵ 大村敦志・公序良俗と契約正義（1995年・有斐閣）370頁。ただし、同書はそのタイトルと異なり、かならずしも「契約正義」による契約の効力の正当化

の下、契約正義（社会的有用性）実現の手段として暴利行為論という法律構成と契約の性質決定²⁶という法律構成とがあると位置付け、さらに後者は複合契約規制の契約形式の組み換え²⁷と共通し、契約形式の組み換えの実例として複合契約論の信義則による処理があると捉えれば、これらの法律構成は、すべて同一の法益保護を目的とするものであることになるので、規範評価は矛盾すべきでないことになろう。このように理解すれば、法律構成の違いによって結論に差が生じるべきではないことになろう。

これに対して、新たに「契約の失効論」を採用したかにみえる本判決は、与信業者Yが公序良俗違反事実について「販売業者Aについて消費生活センターからクレームが付いていることを、本件クレジット契約締結当時、全く窺えないわけではなかった」との判断がなされているものの、他方、不法行為責任を否定する判示において、加盟店管理調査義務違反を否定し、その際に、「斡旋業者が、販売業者の社会的に著しく不相当な販売行為を知り、あるいは容易に知り得」る場合ではなかったことを認定している。それにもかかわらず契約の失効を用いて信販会社に既払金返還を認めた本判決は、この意味で、従来の裁判例・学説よりも要件を緩めて保護を強化した判決といえることができる。それでは、このように本判決が保護を拡大した理由を「契約の失効」論それ自体に求めることができるかという点で定かではない。「契約の失効」論が保護を図る利益が、社会的有用性等の様に、暴利行為論（無効の伝播）や契約の性質決定と同一であるならば、保護の範囲はむしろ従然の法律構成と同一であるべきであろう。本判決が、保護を強めた理由として本判決自身が述べているところでは、本件クレジット契約による三者間取引に対して本判決が「本来売買が購入者と販売業者の二者間取引であったもの」（判時126頁第3段）、「本来は、一体的な関係にあったのであるから、売買が無効等になる場合には、できる限りそ

を詰め切れておらず（同書・370頁には「現時点では後者（＝契約正義。本稿筆者注）の一般論に結論を出すわけにはいかない」とある）、契約正義概念に本格的に取り組むのは「『脱法行為』と強行規定の適用」、「典型契約論」（大村敦志『典型契約と性質決定』で単行本化）の二つの論文に展開され、公序良俗と契約正義は「研究の出発点」にすぎないとされている（大村敦志・公序良俗と契約正義 [1995年・有斐閣] ii頁）。

²⁶ 大村敦志・典型契約と性質決定（1997年・有斐閣）352頁。

²⁷ 山田誠一「『複合契約取引』についての覚書（2・完）」NBL486号（1991年）52頁。

のことを反映して、代金支払いのための制度であるクレジット契約の効力が扱われるべきは当然である」(判時126頁第4段)、「売買の無効を是正するためには、代金支払いのための法律関係にも売買の無効をできる限り反映させるべき要請が存在するというべき」というように、二当事者間の売買契約において認められる救済方法をベースラインとして強く意識している点がうかがえる。このような判示は、少なくとも平成2年最判以降には採用されておらず、このような思考を背景に本判決が従前の裁判例よりも保護を強めたといえることができる。

このように考えると、契約の失効論といった法律構成はあまり関係なく、むしろ、二当事者をベースラインにするか否かこそが問題であり、この点こそ本判決が先例と異なった結論を採用した第一の理由であると考えられる。そして、売買契約の当事者の利益を考えれば本判決の一般論は支持し得るが、信販会社の利益も考えると、信販会社の与信によって売買契約の当事者にとっても従前では実現できない売買契約の達成という形で利益を受けている以上、売買契約のみを基準に考えるわけにはいかない。そして、まさにこの点について判断した平成2年最判の採用した利害調整のラインを積極的に変更すべき追加的理由も見出しがたい²⁸。このように考えると、本判決の理由付けの当否は平成2年

²⁸ 平成2年最判に対しては保護要件が狭すぎるものが批判されている(執行秀幸「判批」リマークス1991(下)75頁以下、千葉恵美子「判批」民商103巻6号124頁以下、同「判批」セレクト90年24頁、本田純一「判批」法セ435号114頁、吉川栄一・商法〔総則・商行為〕判例百選(第3版)124頁以下、長尾治助「商品購入代金の立替金払契約上の抗弁問題と信義則」ジュリスト973号50頁以下)。石川(1991)前掲注(18)文献54頁以下によると平成2年最判の事案は空クレジットの疑いの非常に強い事案であり、判決の一般論も、このような空クレジットの疑いの非常に強い事案に限って適用すべきと射程をかなり限定して理解する。ただし、平成2年最判は、「あっせん業者において販売業者の不履行に至るべき事情を・・・知りうべき場合」において購入者の保護を認める判決であり、多くの論者が主張する加盟店管理調査義務も、この「知りうべき場合」として観念することもできる(山下[1994]前掲注(20)文献156頁)。仮に、判例の立場に対して批判があるとすれば、この「知りうべき場合」の認定が厳格すぎる(最判平成13年11月22日判時1811号76頁等参照)に向けらるべきであり、判例の一般論に対してではないのではなからうか。とすれば、本判決においても、最判平成2年の枠組みを積極的に変更するよりも、「知りうべき場合」の柔軟な認定で解決すべき問題だったのではあるまいか。

最判の一般論の当否という従前から検討されてきた問題を蒸し返しているだけではなかろうか。肯定的な表現をすれば、批判の強い平成2年最判に対して、判例違反となる正面からの批判は避け、裏口から平成2年最判を取り崩そうとしたのが本判決の「契約の失効」論ということになろう。

さらに言えば、本事案の解決として、このように先例と異なる一般論を採用する必要があったのか疑問がある。本判決は加盟店管理調査義務違反の認定の際に、知りうべきであることを否定したが、実際の認定は微妙である。むしろ、消費生活センターへの苦情等の情報を確認すべきであったとの形で過失（加盟店管理調査義務違反）を認定してしまってよかったのではあるまいか。加盟店管理調査義務違反を不法行為と捉えれば、本判決の公序良俗違反無効との間には、弁護士費用の負担の有無に違いがあり、本判決はこの微妙な差異に配慮して判決を下したのであろうが²⁹、説得力にはやや疑問がある³⁰。

²⁹ ただし、不法行為を認定することは、単に損害賠償額の問題ではなく、「贖罪（償い）」の意味、転じて加害者にスティグマを課すという意義もありえ（潮見佳男・不法行為法〔1999年・信山社〕263頁以下、吉田邦彦・不法行為等講義録〔2008年・信山社〕13頁以下）、被害者への経済的救済は認めるべきであるが、加害者に「贖罪」まで課すべきではないとの判断によれば、加盟店管理義務違反の認定に謙抑的であることは理解できる。

他にも「贖罪」とはやや異なるが、不法行為に正義論の視覚を取りこんだものとして棚瀬孝雄「不法行為法の道徳的基礎」同編著・現代の不法行為訴訟（1994年）3頁以下、吉田邦彦「法的思考・実践の推論と不法行為『訴訟』」同・民法解釈と揺れ動く所有論（2000年・有斐閣）220頁以下〔初出：ジュリスト997号58頁以下、998号87頁以下、999号87頁以下（1992年）〕、浅野有紀「不法行為法と矯正的正義（1）（2）」法学論叢136巻1号（1994年）32頁以下、137巻4号（1995年）42頁以下等がある。

しかし、正義論や矯正的正義を強調する見解は、不法行為法（ないし不法行為「訴訟」）の目的として単に抑止の観点にとどまらないものがあることを指摘はしているものの、本判決のように、公序良俗違反と比較しても不法行為には「贖罪」の意義が強いといえるのか、公序良俗違反を認定された方がスティグマは強いのではないか、等を考えると、やはり、本判決で公序良俗違反を認定するのに不法行為を否定する理由として「贖罪」・スティグマの観点で説明がつくかどうかは疑問である。

他にも、不法行為と公序良俗違反無効との差異として、①不法行為であれば販売会社の不法行為責任と信販会社の不法行為責任を共同不法行為と構成する

なお、本判決後にデパート商法に関連する信販会社への立替払金債務が問題となった大津地裁長浜支判平成21年10月2日消費者法ニュース82号206頁では、既払金返還を認める際に、加盟店（正確には加盟店が信販会社との加盟店契約に違反した信販会社の承認のない加盟店の代理店）を消費者契約法5条1項の媒介の委託を受けた者として、消費者法4条の適用を認め、加盟店の店員によるデパート商法上の発言を「重要事項」（消費者契約法4条）について事実と異なる説明をしたとして意思表示の取消を認めた。このように、加盟店を信販会

ことで信販会社の責任の範囲（因果関係〔相当因果関係の用語を嫌う平井宜雄・債権各論Ⅱ〔1992年・弘文堂〕201頁の用語法によれば関連共同性〕）を信販会社の入る以前の取引損害にまで拡大させることができるという点、②立替金債務支払のために商品を転売した場合に無効であれば同時履行の抗弁権によって救済が阻害されるおそれ、③将来の事案に慰謝料・拡大損害の責任肯定の余地を残しておく点等の違いもある（得津晶・判批ジュリスト1379号〔2009年〕128頁）。

しかし、①の点については、共同不法行為であるとしても加盟店管理調査義務違反という過失類型に第三者と信契約が必要になる以前の販売業者と購入者との間の純粋な二当事者間の売買契約の無効の責任についてまで事後に関与したと信業者に責任を課すことがそもそも妥当なのかという疑問がある。②については、すでに引き渡した商品については不法原因給付（民法708条）として（他方、当然、既払金については不法原因給付性を否定する。最判昭和29年8月31日民集8巻8号1557頁は民法708条を無効主張者と受益者との悪性の比較の問題としており、一方に不法原因給付が認められれば、反対債務は不法原因給付に該当しないということになる）、同時履行の抗弁権はそもそも発生しないと考えることも可能である。③の点については、本判決のほか、大阪地判平成20年1月30日判時2013号94頁〔呉服過量販売〕、倉敷簡判平成20年4月25日消費者法ニュース76号213頁〔健康食品販売〕で問題になっているが、不法行為責任であることから慰謝料請求を常に認めなくてはならないわけではなく、不法行為の成立を肯定した上で慰謝料を否定するという解決をとればよく、不法行為責任を頭ごなしに否定する必要はない（大阪地判平成20年4月23日判時2019号39頁参照）。

³⁰ 大阪地判平成20年4月23日判時2019号39頁は公序良俗違反無効に加えて不法行為責任を肯定している。ただし、本判決のように公序良俗違反無効を認定したことで、もはや損害は存在しないという（やや概念法学的な）理解をするのであれば、不法行為責任は民法709条の要件を満たさない以上成立しないという理解も十分に成り立つ。

社の「媒介」（消費者契約法5条）とし、デート商法上の発言を消費者契約法4条違反とする³¹法律構成が、今後のデート商法事件に用いられる法律構成の一つに加わるものと思われる。加盟店を信販会社の媒介委託（消費者契約法5条1項）として加盟店の行為態様を基準に立替払契約に直接消費者契約法4条を適用していくという手法はデート商法以外の事案において近時の裁判例でもみられるところである（東京地判平成21年6月19日判時2058号69頁³²）。このような手法であれば、複合契約における無効の伝播論、信義則論や本判決の契約の失効論といった法律構成に頼ることなく、広く消費者保護を図ることができるように見える。だが、加盟店を媒介と見ることができる場合には一定の限界があるであろうし³³、消費者契約法4条の「重要事項」は売買契約ではなく立替払契約を基準に認定することから、売買契約における販売態様の問題性が立替払契約の重要事項と認定できるのは、従前の法律構成において要求されてきた密接不可分性や信販会社の認識などが要求されることとなり実質的な判断基準はやはり変わらないのではあるまいか。仮に、販売契約の行為態様の問題性がすべてそのまま信販会社との立替払契約に及ぶとすれば、加盟店管理調査義務を無過失責任とするに等しく、そこまでの政策判断を消費者契約法に読み

³¹ ただし、平成21年長浜支判では、問題となった立替払金契約は、以前の別会社に対する立替払金契約の解約に必要である、ないし、以前の別会社との立替払金契約を解約するとの虚偽の説明を行っており、重要事項の不実告知（消費者契約法4条1項1号）を認定しやすかったという事情があり、長浜支判以外のデート商法の事案でどこまで単純な恋愛関係内部の問題にとどまらない契約法・法律行為法的な要件事実への認定が容易な事情を裁判所が認定できるかは今後の課題であろう。

³² 包茎手術等における医療機関担当者が医学的に一般に承認されていない術式（亀頭コラーゲン注入術）をその旨の告知をしなかったことが不利益事実の不告知（消費者契約法4条2項）に該当するとした事案。ただし、当該事実の不告知が、手術の医療契約にとどまらず、立替払金契約にとってまで「重要事実」ないし「不利益事実」に該当するのかは判断に疑問の余地がある（判時2058号71頁匿名コメント参照）。

³³ 例えば、寝具や着物の展示会取引においては信販会社から従業員が出張し、加盟店の販売契約とは別に信販会社従業員の待機する場所に消費者が赴いて立替払契約を締結するのが通常であり、このような場合に、加盟店を信販会社の媒介とみることはできないであろう。

込むことができるのかは問題である³⁴。

Ⅳ. 今後の課題

平成20年6月割賦販売法改正により、訪問販売など特定商取引に該当するような場合に限って³⁵、過量販売、一定の事実の不告知等について意思表示の撤回権・既払金返還制度（割賦法35条の3の13-16）などが導入された³⁶。本件

³⁴ 信販会社の加盟店管理調査義務を無過失責任とした場合、信販会社は加盟店の債務について保証人となることになり、信販会社は立替払金債務に含まれる手数料に保険料まで含むこととなり、加盟店が非常に限定されるもしくは信販会社の手数料が増大することから第三者与信を用いた売買契約（信用購入あっせん）を利用する機会を消費者から奪うことになりかねない。このような結果が社会的に望ましいか否かは判断の分かれるところである上、このような結果まで割賦販売法が定めているということは現在の割賦販売法からはできないのではあるまいか。

³⁵ 特定商取引に限定されていることは批判が強く、政治的妥協と評価されているが（島川勝「特定商取引法・割賦販売法改正法案の問題点一特に共同責任について一」消費者法ニュース76号〔2008年〕208頁）、本件のような展示会取引が店舗取引として適用除外であるとしても、消費者契約法5条、4条の解釈による対応が示唆されている（池本誠司・消費者法ニュース76号207頁）。

³⁶ 改正の経緯は、2007年12月10日に産業構造審議会割賦販売分科会基本問題小委員会報告書が〈既払金の返還ルール〉の必要性を提唱（報告書9-10頁）し、その後、2008年6月の割賦販売法改正で与信契約の取消権（共同責任規定）を創設した（割賦法35条ノ3ノ13～35条ノ3ノ16。特に35条ノ3ノ13第4項）（松田洋平＝乃田昌幸＝戸塚悠二＝小山綾子「法令解説・悪質商法への抜本的対策」時の法令1824号（2008年）26-27頁、池本誠司「特定商取引法・割賦販売法改正が実現！」消費者法ニュース76号（2008年）207頁、島川勝「特定商取引法・割賦販売法改正法案の問題点一特に共同責任について一」消費者法ニュース76号（2008年）208頁以下）。

産業構造審議会割賦販売分科会基本問題小委員会は、委員長が山本豊で委員は全17名。うち、学者8名（法律学7名〔民法・消費者法3名、情報法〈公法〉2名、商法1名、刑法1名〕、経済学1名）、業界団体5名（信販会社4名、販売業者1名）、消費者団体3名、弁護士1名（日弁連消費者問題対策委員会委員）。報告書は *available at*, <http://www.meti.go.jp/report/data/g71210aj.html>。

また、割賦販売報告書と同日に特定商取引小委員会報告書（産業構造審議会消費経済部会特定商取引小委員会報告書（平成19年12月10日））も公表され、

のようなデパート商法においてはファミリーレストラン（本件）や事務所内（平成21年長浜支判）に同行して取引する等、訪問販売（特定商取引法2条1項2号）に該当することから、今後は、平成21年12月1日から施行された改正割賦販売法が活用されることとなろう。この場合にも、どのような事実の不実告知が「購入者・・・の判断に影響を及ぼすこととなる重要なもの」（割賦販売法35条の3の13第1項6号等）に該当するのかという問題が残り、この認定には従前の法律構成による密接関連性等の議論が参考になろう。

また、「債権法改正の基本方針」は、一方では複数の法律行為の無効【1.5.50】、契約の解除【3.1.1.81】を、他方では第三者型与信契約における抗弁の接続【3.2.6.D】【3.2.6.10】を提案している、本稿でも提示した、無効の伝播論と信義則論さらには同一当事者間の複合契約の解除の要件及び効力の範囲の関係は今後の課題となる³⁷。

債権法改正の基本方針によれば、複数の法律行為の無効【1.5.50】は「法律行為の無効」に限定されており、債務不履行解除のような場合には及ばない。他方、契約の解除【3.1.1.81】は当事者が同一である場合に限定され、本件のような第三者与信型取引には及ばない³⁸。第三者型与信契約における抗弁の接続【3.2.6.D】【3.2.6.10】については、そもそも規定を民法中に置くか否かの点で争いがある上³⁹、効果が抗弁にとどまり、既払金の返還には及ばない。

このような仕分けはカテゴリカルに過ぎるとも感じるが、「債権法改正の基本方針」によれば、従来の説明義務違反の類型の多くが消費者契約法を経ずに民法の法律行為無効に関連して扱われることから⁴⁰、【1.5.50】の「無効」が「取

そこでは訪問販売であるが（過量販売の取消）が提案され、平成20年改正特定商取引法・割賦販売法によって導入された（特定商取引法9条の2、割賦販売法35条の3の12）。

³⁷ 民法（債権法）改正検討委員会「債権法改正の基本方針」NBL904号（2009年）344頁【3.2.6.D】〔提案要旨〕参照。

³⁸ 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Ⅱ－契約および債権一般（1）（2009年・商事法務）323頁。

³⁹ 民法（債権法）改正検討委員会（2009）前掲注（37）344頁【3.2.6.D】〔提案要旨〕、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Ⅳ－各種の契約（1）（2010年・商事法務）403頁。

⁴⁰ 債権法改正の基本方針【1.5.15】、【1.5.18】【1.5.19】等参照。

消」も含むと解釈し、後は「密接な関連性」及び「当事者がこれと密接に関連する他の法律行為をしなかったであろうと合理的に考えられるとき」を柔軟に認定できるのであれば、【1.5.50】のカバーする範囲は相当に広く、これのみで本件のような事例の解決には足りる。反面、効果が抗弁の接続にとどまる【3.2.6.D】【3.2.6.10】は、特別法のように判断の容易な類型的要件が置かれなにかぎり、取り立てて存在意義は乏しいと思われる⁴¹。

また、第三者与信契約の事例における販売業者の資力（無資力）の問題等は法律行為論の【1.5.50】では拾いきれないのではないかと⁴²とも思われるが、そもそも販売業者の通常の資力・支払能力の問題まで信販会社に保証させるとなると、信販会社との与信契約には常に保険（Credit default swap 類似の保険）とセット販売・購入を強制されることになり、このような立法政策が社会的に望ましいとも、広く消費者の利益に適うともいえないのではないかと（前注（34）参照）。

※本判決の先行評釈として鹿野菜穂子・金判1336号158頁がある。

⁴¹ 【3.2.6.D】は抗弁の接続の一般規定を考える際に前述した平成2年最判との関係を強調するようであるが（民法（債権法）改正検討委員会[2010]前掲注（39）文献403頁）、前述したように平成2年最判は「不履行の結果をあっせん業者に帰せしめる」ことを認めているものであり、既払金返還をも認めるものと読めるものである（江頭[2010]前掲注（19）文献134頁注5、鹿野・後掲本件判批160頁）。【3.2.6.D】は、平成2年最判のみならず、割賦販売法に置かれている抗弁の接続の特別規定の基礎となる考え方を示すものでもあることから（民法（債権法）改正検討委員会[2010]前掲注（39）文献405頁）一概には言えないが、抗弁の接続に効果を限定する立法が一般規定としてなされることは、最判平成2年の解釈・射程を不当に抗弁の接続に効果を狭めることにつながりかねないという懸念がある。慎重な配慮が期待されるところであるが、そもそも抗弁の接続に限定した一般規定の創設自体に疑問がある。

⁴² ただし、呉服のモニター商法の事案で破綻必至の販売形態を採用している販売業者の将来における破綻の確実性を要素の錯誤とした裁判例として東京地判平成21年10月26日消費者法ニュース82号179頁がある。ただし、破綻必至のモニター商法はマルチまがい商法と同様、公序良俗に反するものとして信販会社への既払金返還については無効の伝播論で処理すべきであり、【1.5.50】で処理可能な事案であったと解される。

〔本稿は平成22年度科学研究費若手研究（B）（課題番号：22730067）の研究
成果の一部である〕