



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	西ドイツ割賦金融会社をめぐる法的問題の所在（2）
Author(s)	小林, 資郎; KOBAYASHI, Shiro
Citation	北大法学論集, 23(1), 88-132
Issue Date	1972-06-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16139">https://hdl.handle.net/2115/16139</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	23(1)_p88-132.pdf



# 西ドイツ割賦金融会社をめぐる法的問題の所在 (二)

小 林 資 郎

## 目 次

はしがき

第一章 西ドイツにおける割賦販売金融機構について

一 割賦金融会社の概観

二 割賦金融会社が介入する割賦販売の諸形態

第二章 消費貸借方式をめぐる買主の権利の判断

一 売買契約と消費貸借契約との関係

二 消費貸借方式に対する割賦販売法の適用可能性

附 金融割賦販売の諸形態における契約書の一例(以上二卷三号)

第三章 売買契約に基づく抗弁を金融会社に対して主張することの許容性

一 売主が目的物を買主に引渡さない場合

二 目的物に瑕疵があった場合

三 売主と買主が合意により売買契約を解除した場合

あとがき

(以上本号)

### 第三章 売買契約に基づく抗弁を金融会社

#### に対して主張することの許容性

消費貸借方式による金融に際しては、この取引は次のような経過をたどる。Vは、FからKに認められた貸金の払渡を受けることによって売買代金を得る。従ってVのKに対する留保所有権は、この払渡の時点で消滅する。その代りに、予め予定されていたKのFに対する担保権設定が効力を生ずる。この担保権は売買契約とは関係がない。これは法的に売買契約から分離された消費貸借契約の構成部分である。売買契約は既に処理された事実ことになる。解除・取消の場合には、KはVに対し売買代金の返還を要求しうる。KのFに対する貸金返還義務はそのような経過とは無関係である。

これがいわゆる法的分離説であり、この法的観察方法はFの望むところであり、最も彼の利益に適ったものである。しかしFによる目的物の取戻の場合には判例は原則としてこの説をとりながらも、AGGの適用のため経済的側面に注目してKの保護を図っていることは前章で述べた。

本章では更に歩を進めて、売買契約に基づく抗弁をKがFの貸

金返還請求に対して主張することが許されるか、という点について論を進めたいと思う。

このような抗弁の内容としては、売主が目的物を引渡さないこと、引渡された目的物に瑕疵があったこと、売主と買主が合意して売買契約を解除したこと等が考えられる。

これらの抗弁は、通常の割賦販売の場合にはVの支払請求に対して対抗しうるものであるが、AGGにはこれらに関する規定は存在しない。従ってここでの問題は、売買契約上の抗弁が存在する場合に、その危険を誰が負担すべきか、金融会社か買主かということになるだろう。以下に判例を中心にして、場合を分けて検討する。

#### 一 売主が目的物を買主に引渡さない場合

判例(8) AG Hamburg Urt. v. 10. 11. 1950<sup>(1)</sup>

〔事実〕 KはVから家具を購入し、内金を除く残代金に割賦手数料を加えた額についてK・Vが共同でFに貸付を依頼し承認を受けた。その際にK・Vが連帯債務者となった。Fは消費貸借上の債権をXに譲渡した。K・Vのいずれも支払を怠ったので、XがKに対して貸金返還を求めた。Kは、家具の引渡を受けていないと抗弁した。Xは貸付条件により、KはVに対して主張しうる

抗弁をもってXに対抗しえないと主張した。

〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕 Kが割賦販売契約を締結する意図であったとしても、KはVから目的物の引渡を受けていないのであるから、AbGは適用されない。Kの意図は、KとF、従ってKと債権譲受人Xとの法律関係の判断にとって意味のないものといわなければならない。

AbzGが制定される以前の割賦販売は、売主が自ら信用を与え、内金支払と引換えに目的物を所有権留保の下に引渡し、貸付額に利息を加えた残代金は分割して支払われるとの形式で行なわれていた。しかし第二次大戦後の経済構造の変化は、売主が自己資本をもって信用を与えることを不可能にし、その結果、売主は様々な方法で自己資本の豊富な生産者・卸売商あるいは特別な金融会社との提携をもつようになった。本件における形式は、KとVが共同でFに貸付申込をするというものである。貸金はKにはなく常にVに払渡され、それから目的物がKに引渡される。そしてこの場合、法形式的には、固有の売買契約が二面的に履行される。従って目的物の所有権も直ちにKに移転する。その結果、V Kの關係は法形式的に瑕疵担保關係に限定される。しかし他方、Fは貸金返還請求権につき、物的担保を望み、それは、KがVから取

得した所有権をFに担保のため譲渡するということによつてなされる。もちろん本件のように、目的物がVからKに引渡されていない場合には、上述の構成により、Vが目的物をFのために保管していることになる。いずれにせよ割賦金支払はKからVにはなく、専らKからFに対してなされる。そしてこのような場合には、V F間の継続的協定が存在する。

LG Hamburg Urt. v. 5. 1. 1950 <sup>(20)</sup> § 6 AbzGを適用する誘因となったF V間の非常に緊密な経済的關係は本件においても存在する。この緊密關係は、形式的理由からAbzGが適用されない場合であっても、「KがVに対して有する抗弁権をFに主張しえない」という貸付条件2との関連で考慮されなければならない。IGは、法形式的にはとりあげる必要はないとしながらも続けて、この条項の作成から、FもKを割賦買主と認めたことになると述べている。しかしなお法形式的には二つの分離・独立した契約が問題であるとしても、この側面からのみみる観察方法は生活經驗に合致するとはいえない。Kは自らを割賦買主とみなし、彼にとっては信用の授与者がFかVかということはどうでもよく、貸金返還は即ち売買代金支払以外の何物でもない。彼は残代金完済までは目的物の所有権を取得することはないのである。Fの側でもこの取引を経済的には割賦販売への介入であるとみなし

ていた。このことは、1Gの条件2に対する説明、そしてFが消費貸借契約書の中で「割賦手数料」という文句を用いていたことから明らかである。このような事情の下で、互いに緊密に結びついた契約を法形式的に二つに分割するのは正しくない。むしろFとVを一方に、他方にKをおき、一体的契約の当事者とみることで信義則に合致する。それゆえFも、法形式的にはVに対してのみむけられる抗弁の対抗を受けなければならない。Vは売却した物をKに引渡すことをせず、従って売買契約を履行しなかったのであるから、FもまたKに対し残代金支払—貸金返還を求めたことはできない。

本件における貸付申込は、Fの承諾を含まないあくまでも申込にすぎないということもまた考えなければならない。Kは、貸付申込に対する承諾は表示されなかったと主張する。この主張に対し、Xは、その承諾のあったことを何ら証明していないのであるから、F・K間の消費貸借契約の成立もまた証明されていない。既にこの理由から、Xの請求は棄却されなければならない。

判例⑨) 1G Braunschweig Urt. v. 22. 2. 1955<sup>(3)</sup>

〔事実〕 K (被告) は家具を割賦で購入し売買代金についてはFが貸付を認めた。注文票にある貸付条件に従がい、Kは家具を

Fのために譲渡担保に付した。Vは家具のうち、戸棚を引渡さなかったが、そのうちに破産した。Fから、FのKに対する債権を譲受けたX (原告) は、訴により、Kの割賦金不払を理由として、戸棚を除いた家具の引渡を求めた。Yの抗弁は、引渡を受けていない戸棚の代金まで支払う必要はないというにある。

AGは請求を棄却した。本訴において、Xは予備的主張として、§§1, 2 AbsGにより計算した清算額の支払と引換えに家具を引渡すように求めた。ここでは、KはFに対し完全な代金支払をなす義務がないとして控訴棄却。

〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕 Xは家具の引渡を§§1, 2 AbsGの制限の下に要求しうるのみである。本件においてはB型が問題なのである。Kは、家具販売のために作成された注文票において、Vに対してではなく、Fに貸付の申込をなした。Fは、K・V間の割賦販売を可能にするために貸付を認めたのであり、売買と消費貸借は法的・経済的一体性を形成する。従って、AbsGの規定は無条件に消費貸借に適用される。そしてFが担保権に基づいて目的物を取戻した場合には、消費貸借契約は解除されたものとみなされ、その後は§§1, 2 AbsGによる清算関係に移行する。Xは予備的に清算額と引換えに物の引渡を要求しているが、結論は、Kが戸棚の引渡

を受けていないことを抗弁としうるか否かに関係をもつ。

ABGの特別保護規定から帰結される抗弁、特に留保所有権の主張による解除効果の発生の抗弁とは異なり、一般民法から導びかれる抗弁、例えば契約不履行、瑕疵に基づく解除・減額の抗弁は、売買と消費貸借の繋合のみに基づくだけでは効果的ではない。これらの抗弁の維持は、原則的には、当事者による契約内容の形成と関連を有する。

Ewaldの論文(MDR 1955, 69ff.)において次のような見解が表明された。「金融会社による消費者金融に際し、経済的にみれば金融会社が本来の割賦売主であり、借主は売主である。そして買主は、例えば割賦金を誤って売主に支払った場合でも金融会社による売買目的物の取戻に対しては、§6 ABGの基本理念に従って保護されるべきである。」

本法廷はこの見解を採用しない。それは、§§1—5 ABGの規定が、売主に対し、遅滞、支払不能の結果に対してのみ目的物の取戻による保護を図っていることを十分に考慮していないことによる。この保護の範囲外では契約自由の原則が妥当し、経済的に繋合している売買と消費貸借を法的に分割するか否か、貸金について誰を債務者とするかの決定は、全く当事者に委ねられている。従ってまた、契約自由の原則に基づき、金融会社の買主に對

する貸金返還請求権を、買主が売買上の抗弁を金融会社に対する関係では放棄することによって、全く負担のないものとすることは当事者の合意により可能である。

しかしながら、放棄が有効であるための要件は、本裁判所が21.5.1953の判決で述べたように、契約条項が明確に形成されていることである。本件においてはそれが欠けている。売買契約と消費貸借契約の条項が混然としている。そのため、買主が商品の引渡を受けていないとの抗弁を金融会社に対して放棄したということとは明白ではない。

この問題の考案が、ABGの社会的保護規定としての性格を問題外とし、Fに対する上述の抗弁の切斷が原則として有効とされるならば、多くの国民層が買主として関与し、日常生活にとつて非常に重要な取引である金融割賦販売においては、契約条項が確実明白に形成されることが要請されなければならないのである。

判例⑤ AG Hamburg Urt. v. 11. 3. 1955<sup>(+)</sup>

〔事実〕 Kは家具商から物を割賦で購入し内金として200 DMを支払った。残代金についてKはFに対し割賦で返済すべく貸金を依頼した。その申込に基づきFは残代金を家具商に支払った。訴により、FはKに対し、残代金の支払を求めた。

〔判旨〕 認容

〔判決理由〕 貸付申込によれば、その貸金は S. G. 1954 に始まり一回に分割して完済さるべきであるが、契約によれば返済額の一部が支払われない場合には、F は全貸付額を直ちに返還請求しうる。なるほど割賦金支払が一週間以上遅れた場合に残余債務が弁済期に到達すると、貸付条件 8a は、§ 4 II AbzG に違反するがゆえに無効である。確立せる判例理論によれば、割賦販売契約の金融のために貸付を与えた貸主もまた AbzG の強行規定に服さなければならぬ。§ 4 II AbzG によれば、買主に帰せしめられた債務の不履行が、残余債務の弁済期到来をもたらすと、の合意は、買主が二回の継続した分割払を全部又は一部遅滞し、その額が少なくとも購買価格の一〇％に達する場合にのみ有効である。条件 8a は法的効力がないけれども、条件 8e によれば、K は契約によって負担した責任に従がわなかったのであるから残余債務は直ちに弁済期に到来する。貸付申込において、K は売買目的物の所有権を自己に占有を留めたままに譲渡する旨の記載があった。同じ貸付申込に、K が既に目的物の占有を得たとの表示もまた存在した。この K の表示は、所有権譲渡に関する合意を効力あらしめるためには不可欠のものであった。F は K の所有権譲渡を承認した。しかし、K は目的物の占有をなお得ていないのであるから所有権譲渡は有

効には行なわれない。したがって K は F に対して貸金についての担保を設定しなかったことになる。この点において、F の全貸付額返還請求を是認せざるを得ない契約義務に対する重大なる違反があるといわなければならない。K は売買目的物をまだ入手していなかったというものを F に対して主張することはできない。なぜなら、この種の抗弁は貸付条件 3 により、F に対しては不可能である。すなわちこれは K が買主として売主に対して主張しうる抗弁にすぎない。

判例 (1) BGH Urt. v. 7. 12. 1955<sup>(50)</sup>

〔事実〕 K は V から車を購入。その代金につき金融を受けるため、K と、V の社員たる M が共同で F に貸付申込をした。貸付額は V に払渡されて車の所有権は担保のため F に譲渡されるはずであった。貸金の返済のため、借主 (K と M) は、K が引受人、M が振出人である手形を振出した。F は貸付を承認し、貸金を V ではなく M に払渡した。M はこの金銭を V に渡すことなく消費し、V は車を引渡さなかった。K は M との売買契約を解除した。V は破産、F が K を相手として貸金返還請求をしたのが本件である。K は次のように主張した。「F は M の信頼性と車の引渡に関する調査義務を怠った。また、売買契約と消費貸借契約は一体で

あり、売買契約は解除されたのであるから、売買代金の支払を拒否し手形の返還を要求しうる。

〔判旨〕 認容

〔判決理由〕 (一) Kの主張は、消費貸借契約の相手方はたしかにFのみであったが、売買契約と消費貸借契約を一体的法取引とみなしていたということである。学説・判例においてはたしかに、割賦取引においては売買と消費貸借は経済的に一体を形成しうるということ、AbzGが割賦買主のために予定している保護は、事情によっては売買のみならず、消費貸借に対しても適用しうるということがくり返し認められてきた。特に本法廷においても27.3.1955の判決で、AbzGの規定は次の場合には消費貸借契約にも適用があるとした。つまり、売買契約と消費貸借契約が互いに結びついており、その両契約が一体を形成し、その結果として買主が経済的に通常の割賦買主と同じ地位に立つ場合である。このような場合に、貸主が担保権者として物を取戻したならば、§5 AbzGにより、貸金債権を買主に対して主張することは許されない。

しかし本件においてはかような事実関係は存在しない。Fは貸金債務の履行のみを求めたのであり、§5 AbzGの要件は存しなご。AbzGは物がKに譲渡されることを前提としているのだから (§1 AbzG) 本件でAbzGが問題となる余地はない。買主保護

の原則は、買主による解除や売買契約上の抗弁にまで拡張されるものではない。この原則は、社会的にみて弱者であり、取引に不慣れた立場にある買主を§6 AbzGの意味における回避取引の場合にも§5 AbzGの規定がなければ生ずるのである。特別の危険、すなわち物を取戻されたのになお売買代金を支払わねばならないという危険から保護されるべきであるとの点にその正当性が是認されるのである。そのような事実関係は本件には存在しない。

(二) したがって、KがFに対して売買契約が履行されずこの契約の当事者が売買契約を解除したという抗弁を主張しうるか否かということだけが問題となる。しかしこの間は、次の理由から否定されなければならない。

たとえ売買契約と消費貸借契約が経済的に緊密な関係にあるといえども、法的には二つの独立した取引がある。Fは消費貸借契約の当事者であるにすぎない。貸付申込書に記載されている条項からも両契約の独立性が導びかれる。

条件2、相殺、瑕疵の抗弁、留保権の主張は、借主の側から貸主に対してなすことはできない。条件11、車の買主は、車の所有権、占有、取得、運行に伴う危険、責任、税、その他の負担を負う。車の滅失、損害は、契約に基づく貸主の請求権の行使には影響を及ぼさない。

両契約の法的独立性は本件ではますます明白である。すなわち、Vは消費貸借契約の当事者とはならず、Mが個人的に第二の借主となり、Mだけが手形を振出したからである。Kは条件1により車の取得に伴なう危険を負担したのであるから、Vが車を引渡さないこと、Mが貸付額を勝手に費消してしまふことを覚悟しなければならぬ。Mに対する抗弁は、売買と消費貸借の独立性により、Fに対しては主張しえないものというべきである。

判例(2) LG Hamburg Urt. v. 8. 12. 1955<sup>(9)</sup>

〔事実〕 KはVからストープを割賦で購入した。その際に、ストープを抗弁の余地のない状態で受領したとの書面による確認をなした。実際にはストープは引渡されなかった。他方、売買代金につき金融を受けるために、KはFに貸付申込をなし、貸金を割賦で返済する義務を負うとともに、売買契約に基づく抗弁を主張する権利を放棄した。Fは貸金をVに払渡したが、Kはストープを受領しなかったので割賦金をFに支払わず、詐欺を理由に売買契約と消費貸借契約を取消した。FがKに対し貸金返還請求。第一審 (Amtsgericht) ではFの請求は認められなかった。

〔判旨〕 認容

〔判決理由〕 (まず述べる) AGがAbzGを適用したのは、

AbzGは売買契約に基づく不履行の抗弁とは全く関係がないのであるから不当である。AbzGは通常の割賦販売と同様の経済的効果をもたらす契約、特に現金払ではない売買を可能にする金融会社との消費貸借契約に適用されることはある(本法院の判決〔判例(2)〕参照)。

しかし売買契約に基づく抗弁は次の理由から認められない。つまり、売買契約と消費貸借契約は法的に互いに独立した契約であり、FとVの共働は貸主FをAbzGの適用を超越して法的に売主と扱かうことまでをも認めるものではないからである。

(更に述べる) 買主が金融会社に対し直ちに売買契約に基づく抗弁をもって対抗しえないというのは明白である。

AbzGは強行規定としていわゆる隠れたる割賦取引に適用するのである。AbzGは経済的弱者たる割賦買主の保護のための特別規定なのであるから、AbzGの規定を論外として民法上の一般条項によって貸主を売主として扱かうのには疑問がある。このためには確固たる法規範が必要であろう。

また、KV間の売買契約が§128 BGBにより無効であるか、あるいは解除・取消の方法で有効に除去されたか否かは吟味する必要がある。たとえ売買契約が無効であるとしても、§129 BGBを適用して消費貸借契約の無効を主張しえないからである。すなわ

ち、§ 139 BGB<sup>(a)</sup> は一体的取引を前提としているのであり、本件での売買契約と消費貸借契約が経済的に一体をなすというのは § 6 Abs. 1 BGB に關して隠れたる割賦取引として扱かうことを可能にする場合にのみ意義を有するにすぎない。

(そして) K は消費貸借契約を § 123 BGB に基づいて取消することはできない。F は詐欺を行なつてはいないからである。また § 138 BGB も問題とならない。F は悪意ではなかつたからである。

判例 (3) BGH Urt. v. 8. 2. 1936<sup>(a)</sup>

〔事實〕 K は V からベッドを買い、内金を除く残代金の金融を F に申込み、その承諾を得た。V は商品を引渡さず、K は内金を支払わなかつた。そこで F は K を相手どつて、利息・割賦手数料を加えた貸付額の返還を請求した。K の主張は次のとおりである。(1) V との売買契約を錯誤と詐欺に基づき取消した。売買契約と消費貸借契約は一体をなすのだから、この取消は F に対しても効力をもつ。(2) F が売買契約書を呈示させなかつたのは、F の過失である。(3) 目的物の引渡の有無の確認を怠つた。(4) V の詐害的行為を知るべき注意義務に反した。(5) F は V に貸付申込の事務処理を委ねた。従つて、V は F の履行補助者である。

LG は F の請求を認容、OLG は棄却。

〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕 II、K は貸付申込を § 123 Abs. 1 BGB によつて取消しうる。F は § 123 Abs. 2 BGB に基づくことはできない。なぜなら V はその規定にいわゆる第三者ではないからである。

(1) において F V 間の取引関係を論じ、2 (a) でこの関係が V を § 123 Abs. 2 BGB にいわゆる第三者と扱かうことを認めないとしてその理由を続ける)

(b) 本件において V を信頼した F は、消費貸借契約の締結に際して、V が F の代理をつとめるといふ印象を外部に与え、これに基づいて V が行為することを可能にした。

このような金融割賦販売においては、売買と消費貸借は各々独立した取引である。しかしこれらの取引は経済的に緊密に結びついており、法的な独立性は § 123 BGB の枠内では次の場合には意味を喪失する。それは、(1) 貸主と売主が継続的取引関係にあり、貸主が、貸付申込を受けそれを貸主に呈示することを売主に委ねている場合、(2) この事務処理に際し貸主と売主が各々独立し、互いに関連のない当事者であることを明白に示さなかつた場合である。

このような場合にまず重要なことは次のことである。すなわち、買主層はその社会的地位から、売買と消費貸借との関係を明

白に区別しえず、この取引を割賦販売の変型ととらえ、契約の相手方としては売主のみを念頭において割賦販売取引に参加するということである。よしんば、買主層が、貸付申込が売主以外の第三者に向けられるということを知っていたとしても、通常はこの手続に際し、売主を貸主の代理人と考えるであろう。ここではVが貸付申込書類を取り扱ったということのみを言っているのではない。より重要なのは、VがFと継続的取引関係を結び、かなりの程度に亘って金融取引を処理し、それによって経済的利益——売上増加——を受けていることである。

(続けて) Vが連帯債務責任を引き受けたこと、及びKの信用価値の調査がVに委ねられていたことは、Vが §123 Abs. 2 BGB の意味における第三者ではないのだから問題とならない。

(c)このように理由づけた結果は、当事者の経済的可能性にも合致する。売主の経済的な事情は、金融会社が買主よりも速く正確に知覚しうる。なぜなら、金融会社と売主の間には継続的取引関係があるけれども、買主は極く稀にしか売主と関わりをもつことがないからである。金融会社と売主が共働していることは買主にとっては売主を信頼しうる基準となる。したがってKにとっては、VがFの代理人であると考えうるような事情があるのに、Vを §123 Abs. 2 BGB の意味における第三者として扱かうのは

不当といわざるを得ない。

判例(14) OLG Karlsruhe Urt. v. 5. 4. 1956<sup>(11)</sup>

〔事実〕 KはVから家具を購入した。Fによって作成された「貸付申込を伴う割賦販売契約書」にはKのFに対する貸付申込を承諾するとの表示があった。FはVを通じてKの申込を受け、Vに対して残代金を払渡した。ところが家具は引渡されなかった。Vははじめから、Kに契約を締結させ、それによってFから貸金の払渡を受けることを目的としていた。Kはこのために詐欺を理由に売買契約を取り消し、後に同じ理由でFとの消費貸借契約をも取消した。Fが割賦金の支払を求めたのが本件である。

〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕 III、KV間の売買契約は §123 BGB により詐欺を理由として取消され、従って §142 Abs. 1 BGB<sup>(12)</sup> により遡及的に無効となる。そして、売買契約の無効により消費貸借契約もまた無効となる。勿論、これは取消の結果として無効となった場合にも適用ありとされている §139 BGB を根拠とする。 §139 BGB は、一体的ではあるが可分な法律行為を前提とする。

(1) そのような一体的法律行為は、それが当事者の意思により全体

として結びつけられる複数の個々の取引から成り立っていると客観的に認められる場合に存在する。このことは、取引の経済的一体性を導ぐ外的結合と一体的経済目的から帰結されるべきである。この場合に当事者が一方なくしても成立させたか否かが重要なのであって、その複数の取引の両面に同一当事者が関与することとは要求されない。

(2) 金融割賦販売において、この要件が存在するか否か、したがって売買契約の無効は § 139 BGB により消費貸借契約の無効をも導びくか否かについて判例はまだ確定していない。Möllers は経済的一体性を根拠に § 139 BGB の適用を肯定した (NJW 1955, 1421)。Donau は経済的一体性はあっても法的一体性は存しなうのだから § 139 BGB は適用にならないと述べている (NJW 1955, 1666)。

しかし、法的一体性に欠けるという理由で § 139 BGB の適用を拒否する説は、それがまさに客観的に一体的取引を構成しない複合された取引に適用されるということを看過している。不可分の取引においては、§ 139 BGB をもちだすまでもなく、§ 142 BGB により、取消による無効をもたらす。一つの契約に含まれている個々の約款のうちの一つが無効である場合とはもかく、§ 139 BGB はその客観的内容によれば法的に別個のむしろ本質的には異なる

法取引である複数のそれが、当事者の意思に基づいて結合されている場合に適用されるものである。この場合に個々の取引(売買と賃貸借契約・売買と保証契約)は原則的にはその個々の取引に妥当する法命題に従って処理されなければならない。法的一体性は存在しないのである。しかし取引の一つが無効である場合には § 139 BGB によって、当事者の意思によればその取引に結合された他の取引をも無効とするように緊密に関連づけられているかを検証しなければならぬ。一方なくしては他方もありえないと考えられる場合はこの場合である。§ 139 BGB の意味における取引の一体性は、あらゆる結果に対して一体性を認めることを意味しない。売買契約と保証契約が関連している場合には、債権者は例えば売買契約の不履行があれば保証契約上の権利を行使しうる。これに反し、売買契約が無効であれば両契約の緊密な関連のゆえに保証契約もまた無効となる。かように考えてくると、§ 139 BGB の適用は、単に法的一体性がないとの理由で否定されるべきではなく、§ 139 BGB に関する判例で展開されてきた次の原則によって考案すべきである。すなわち、両契約の経済的一体性が、§ 139 BGB の適用可能性を肯定するか否か、従ってその限りで、両契約が法的に一体であるものとして扱かれるか否かという原則である。

(3) 本廷廷は § 139 BGB に関して判例が展開してきた原則が売買契約と消費貸借契約が結合している金融割賦販売にも妥当すると考える。

② まず両契約は一通の書面においてなされているのだから一体的取引としての外観を備えている。

③ K は買主・借主として、彼が通常の割賦販売で家具を購入したと同じ地位にあるのだから、両契約により当事者が一体的な経済的目的を追求している。

④ 既に LG が確定した如く、両契約は当事者の意思によれば、消費貸借契約なければ売買契約なし、また逆に売買契約なければ消費貸借契約なしという具合に結びついている。このことは、消費貸借契約についていえば契約書から明らかである。そこでは多くの規定上、売買契約の成立が前提となっている。F は貸付申込と同時に売買契約書の提示を受けなければその申込を承諾しないし、また、売買目的物が引渡された後にはじめて貸金を払渡すのである。

したがって、§ 123 BGB 適用の要件は存在する。それゆえ、消費貸借契約は無効であり、この契約上の F の債権は消滅した。

判例(四) OLG Oldenburg Urt. v. 11. 1. 1957<sup>(13)</sup>

〔事実〕 K は V から家具を購入し、内金を支払った。残代金について売買契約書中で F に対する貸付申込をなし、貸金返還について G が保証人となった。F は貸付額を V に払渡したが、V は家具を K に引渡さなかった。それを理由に K は F に売買契約解除の意思表示をなした。V は破産。F は K に対する債権を G に譲渡したがその後 G も破産した。原告は G の破産管財人であり、K に貸金の返還を請求した。

〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕 (まず) K が F に対してなした売買契約の解除は効果を生じない。なぜなら、貸付条件によれば K は売買契約上の債権・抗弁権を F に対して主張しえないからである。売買と消費貸借はこのような金融販売においては、法的に独立した取引であるからである。したがって K は G に譲渡された債権については、支払う義務がある。しかし以下に述べる理由から、K に帰属する損害賠償請求権と相殺することができる。

まず注目しなければならないのは、この種の金融取引がしばしば、売買契約と消費貸借契約の区別を認識しえず、この二つの契約が一通の書面でなされることによりそれを種々の当事者との一つの割賦販売契約であると考える取引に不慣れた買主によってなされるという事実である。その結果、買主が書面中に金融会社の

名前を見出すと、売主に対する信頼を強くもつに至る。そして、特に本件の如く、VがFに委ねられ、その最初にFの名前のある契約書を用いた場合には、FがVの経済状態を熟知しており、信頼できる売主と共働しているとKが信ずるのは止むを得ないことである。適切にもKが述べているように、Fは〃Kに対して認められた貸金〃いわば他人の金をVに払渡すのである。

以上のことから、二つの契約の独立性ということを支持するとしても、信義則上、FはKに対して契約上の義務がある。

Fは貸金をVに払渡す前に商品引渡の有無を確認しなければならぬ。このことが十分に行なわれたとはいえない。したがってFはKに対し契約違反の責任を負わなければならない。

判例⑥ OLG Karlsruhe Urt. v. 16. 9. 1957 (2)

〔事実〕 KはVから家具を購入した。——後にVは破産した——Kは書面により売買申込をなし、同日、Fに対し残代金について貸付の承諾を求めた。その申込には〃上述の商品を抗弁の余地のない状態で受領した〃との文言が付されていた。ところがまずKが履行の延期を求め、次いでVが経済的危機に類したために、家具は引渡されなかった。Fは貸付額をVに払渡し、Kに対する債権をXに譲渡した。Xは貸金の返還を求めたが、Kは売買は履

行されなかったとして支払を拒絶した。

〔判旨〕 認容

〔判決理由〕 問題となるのは、割賦金融取引のB型において、買主が金融会社の支払請求に対し、売買契約が適正に処理されなかったことを理由に対抗しうるか否かである。判例・学説においては、売買契約と消費貸借契約が法的に独立していることを前提に議論を進めるのが有力である。しかし他方には、両契約の経済的連結の視点から、一方が他方に影響を及ぼすことを承認する説もある。そしてBGHは、債務者保護を意図するAbsGの規定を、金融会社と買主との関係に適用した(BGHZ 3, 257)。また売主の詐欺についても、これをもって買主は金融会社に対抗しうるとし、売主は、金融会社・買主間の取引において§ 123 Abs. 2 BGBの意味における第三者ではないとした(BGHZ 20, 36)。更にBGHは、一定の範囲における商品の瑕疵についても金融会社に対する買主の抗弁を認めた(BGHZ 22, 90)。売主が買主に商品を引渡さないことについてOLG Oldenburg (MDR 1957, 359)は法的独立性を強調しながらも、金融会社に商品引渡の有無を調査する義務を認め、金融会社がこの義務に違反した場合には、買主は、相殺可能な損害賠償請求権を有することによって両契約の経済的連結を顧慮した。

本法廷は、両契約の独立性が契約条件の中で明白に認識されるような場合には、法的独立性を主張する多数説にくみする。

(そして具体的に、本件では法的独立性説をとることが適切である)と述べる)

かようにして、KはFに対し、原則として売買契約の瑕疵ある処理を以って対抗することはできず、したがって法的には、売買代金支払ではなく貸金返還である割賦金支払を、Vによる商品引渡の有無に拘らずなさねばならない。この危険を各買主は、金融会社との消費貸借契約の締結時において既に負担しているのである。このことは、Fが貸付額の全部を直ちにVに払渡すということにその理由がある。多くの割賦買主が自己の署名の意味を十分に把握しえないということは、他の判断を導びくに十分な理由であるとはいえない。

かようにして、売買と消費貸借の法的独立性に固執する場合でも、なお経済的な取引の処理を妨げる事情——それは買主と売主との関係に根源を有するものであるかもしれない——が、法的に買主と金融会社との関係に作用するか否かを探索する必要性は残る。まず売主の詐欺の場合に、買主は消費貸借契約をも取消しうるかという問題がこれに属する(参照 BGHZ 20, 36)。更に、貸金は商品引渡がなされた後にはじめて売主に払渡すことを要するという内容の忠実義務違反を理由として、金融会社が買主に対して負うべき損害賠償責任の問題もまた同様である(参照、上述 OLG Oldenburg)。詐欺による取消可能性に関しては、これまで

の判例にあらわれたように、§ 123 Abs. 2 Satz. 1 BGBの意味における第三者の概念を制限的に解釈することによって解決される(上述 BGH)。売主が商品を引渡さない場合の金融会社の損害賠償義務については、信義則 (§ 242 BGB)によって、金融会社は買主に対して、商品が買主に引渡されるまで貸金払渡をしないと、いう義務を負担する。これは買主の基本的利益に合致し、通常は売主と継続的取引関係にある金融会社に一貫して期待しうることである。この問題に対しては、社会的に保護を必要とする買主の利益において、既になされた商品引渡を確認する買主の確実な表示を要求しなければならない。したがって、買主の商品受領の表示は、通常そして本件でもそうであるように、契約書中に既に印刷されているようなものでは十分ではない。すなわち、売買契約締結の時点では引渡がなされていないのが通常であるのだから、買主のこの受領表示は内容的に真実に合致せず、したがって金融会社による売主への貸金払渡の基礎は存在しないからである。このような表示は、本件でもそうであるように買主に著しい危険を負担させる。すなわち、この表示によって貸金の払渡、つまり経済的には売買代金の前払を導びき、その後売主が破産すれば最終的にその負担は買主にかかってくることになるからである。したがって、あらゆる関与者の利益状態を考慮しながら、金融会社

は、買主が契約締結後相当な時間的間隔をおいた時点で独立の表示によって商品の受領を確認した後にはじめて、貸金を売主に払渡すことが信義則上要求されるとされなければならない。

しかしながら、たしかに本件においてFがVに対し商品引渡前に貸金を払渡したのはFの義務違反といわなければならないが、当時の判例の状況を考えて、Fに責任ありといいきることはできない。これらの事情から、Kの防禦は十分なものとはいえない。

判例(17) LG Essen Urt. v. 19. 9. 1957<sup>(16)</sup>

〔事実〕 KはVから家具を購入し、Fから割賦で返済すべく貸金を認められ、それはFから直接Vに払渡された。ところがVは、家具を引渡さないうちに破産してしまった。FがKを相手に貸金返還を訴求した。

〔判旨〕 認容

〔判決理由〕 たしかに、消費貸借契約の内容を売買処理の混乱を理由として攻撃されぬようにしようとするFの努力は不当である。これはKとFが直接的関係に立たないということを理由とする。これに対し、VはFと緊密な関係にあり、VがKをFに紹介したという事情は重要である。ゆえに正当にも、OLG Oldenburgは「金融会社が介入する金融割賦販売においては、買主は金融会

社が信用に値する売主と共働していることを当然のこととしてよい」と述べたのである。したがって、売買の処理が不満足に終わった場合には、FはKに対し損害賠償の責任があり、Kは消費貸借契約を取消しうるのである。

しかしそれにも拘らず、Kには前述の視点からの損害賠償請求権は認められない。F・V間の基本契約約款第五項から明らかなように、貸付の承諾は、Kの商品受領確認と引換えにのみなされるのである。それゆえ、Fは、Kが家具の受領に矛盾する事実を述べた場合には、貸金をVに払渡すことはないのである。Kは署名する前に「私は今日瑕疵のない状態で上述の商品を受領しました」と印刷された文言を読まなかったと弁解するが、このことで彼の責任を軽減することはできない。受領確認が契約書のどこかに隠されており、Kがはからずも署名してしまったという場合には別の考察がありうる。しかし、本件では、この受領確認は明白であり、特別な黒い線が引いてあった。Kが契約書を全部読まずに署名した場合には、不利益な結果を甘受しなければならない。

判例(18) BGH Urt. v. 27. 1. 1958<sup>(18)</sup>

〔事実〕 原告Fは、契約上Vに対し、その顧客に10000 DMまで、購入資金を貸付ける義務を有している。KはVから三台の機

械を購入することとし、Vと共にFに貸金を求めた。この申込書類において、売買申込は商品の引渡によって承諾され、貸金はVに払渡されるものと定められていた。裁判所の認定によれば、K V間には、商品の引渡がなされるまではVがFに対し割賦金を支払わねばならぬとの合意があった。Vは、内金を受領し商品が引渡されたとの不正な申告を伴った契約書をFに呈示し貸金の払渡を受けた。

Fの貸金返還請求に対してKは、消費貸借契約は商品受領の確認がなく、商品の引渡はなされなかったものであるから存在しないと主張した。

ICはFの請求を棄却したが、OLGはその一部を認めた。Kが上告。

〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕 II、上告理由が消費貸借契約の成立を争うものである限り、無益である。

1、被告Kは消費貸借契約が有効に成立するための要件は、貸付申込の承諾を書面で確認することであると主張し、これを貸付条件1によって根拠づける。「条件1、委託を受けてなされた貸付申込は、申込者に書面で確認したときにはじめて受領されたものとみなされる。Fはこのために相当の熟慮期間を必要とす

るのであるから、申込者は確認以前においては、Fが同意した場合にのみ貸付申込を撤回することができる」

しかしこの定めの意味は、一方で申込者が確認までは彼の申込に拘束され、しかし他方Fが貸付申込の受領を確認する以前は貸金の払渡を要求しえないということしかわからない。しかしFが申込に従がい、貸金を既にVに払渡してしまった場合には、貸金払渡、すなわち消費貸借契約の成立については、問題の余地はない。貸付申込は受領され、貸金払渡義務は履行されたのである。

2、上告理由は更に「Kは商品を受領しなかったのだから売買契約は成立せず、そして売買契約と消費貸借契約の関係から消費貸借契約も成立しなかった」と述べる。

しかし、貸付申込承諾によって売買契約が有効性を得、したがって消費貸借契約も有効に成立したことになる。なぜなら、貸付申込承諾によってKは機械の引渡請求権を得、Vは引渡義務を負担するに至ったからである。

III、売買契約と消費貸借契約の緊密な関係を根拠として、上告理由は次のように云う。「FはVの行為すなわち貸付申込を不当に伝達したという行為につき責任を負う。FはVを監督することによってそのような誤謬を避ける責任がある。Fが何らかの処置をしなかった場合には、Fが貸金返還請求をなすこと自体がKに対

する契約違反となる」

この論旨は、VがKの意思に反して貸付申込を伝達し、貸金払渡を要求した場合にはもちろん注目しなければならぬ。しかし、Kは商品引渡前の貸付申込承諾、したがって貸金の払渡に同意を与えていたのである。Kは自ら商品引渡前の貸金払渡から生ずる危険を誘発した。このような事実関係においては、KがVとの合意によって生ずる危険をFに転嫁しようとすることは信義則に反するといわなければならない。

判例⑤ BGH Urt. v. 17. 11. 1960<sup>(2)</sup>

〔事実〕 Vは署名を求めために売買契約書をKに呈示した。

それには予め、売買申込・Fに対する貸付申込・商品の受領確認が含まれており、裏面には売買条件・貸付条件が印刷されていた。売買申込書および貸付申込書にはKが、受領確認にはKの妻とVがそれぞれ署名した。Vはこの契約書をFに呈示し、貸金の払渡を受けた。Vは商品の引渡をせず、したがってKも支払をしなかった。その後VはKに通知することなく最初の三回の割賦金支払をFに対してなした。それ以後の支払がなされなかったためFはKに対し残額を請求したのが本件である。

Kは消費貸借契約を、錯誤及びVの詐欺を理由として取消し、

「Kは契約書を全部読まずに署名し、Fが介在することを知らなかった」「Kは家具の引渡を受けなかったのだから、Fに支払をなす必要は全くない」と主張した。

第一審・第二審ではFの請求は棄却された。

〔判旨〕 破棄差戻

〔判決理由〕 B、判例・学説において核心をつく考え方が現われている。つまり、「貸主は明示義務を負い、その違反は買主に對して損害賠償義務を負担するに至る。貸主は、売主が商品に引渡した後にはじめて貸金を売主に払渡すことが許され、払渡に際して、買主の商品受領確認があったか否かを問わない」というものである。これを本件にあてはめると次のようになる。

(1)(2)、消費貸借契約と売買契約は同一の書面でなされたが、この契約書の内容から、Fは商品がKに引渡された後に貸金をVに払渡すということが当事者の意思であったことがわかる。これはFがKに受領確認を求めたこと、及び商品が引渡されなかった場合にはその旨をFに通知すると定められていたことに合致する。上告理由は貸付条件2を引用する。「貸付条件2は、Fに対する目的物の担保権設定との関連で、貸付申込のFによる承認があったけれども、Kが目的物を取得していない場合をも規定したものである」と述べ、そこから消費貸借契約の内容に従がい、商品が引

渡される前にVに貸金を払渡すことはFの自由であると帰結させる。

しかし条件2からそのような結論を導びくべきではない。経験則上、Kが商品の引渡前に予め受領確認をなし、Fがそれを信頼して商品の引渡以前に貸金をVに払渡すことは稀ではないのだから、Fには貸付条件の中で望ましくない事態が生じた場合にも商品に対する担保権を確保したいという欲求があるのは当然であろう。しかしそれにも拘らず、Vへの貸金払渡をFの自由にまかせるべきであるという主張は是認され得ない。

(3)、金融割賦販売の場合に、特に家具の割賦販売に際してみられるように、取引に不慣れた買主層が契約書に印刷されている文言を全然あるいはせいぜい表面的にしか読まないということは経験的事実である。更にそれら買主がFの介在を知っていたとしても、商品を受領しなくとも割賦金は支払わなければならないということがあるとは想像だにしないということもまた経験的事実である。そのような場合に彼がVではなくFに支払うことを知っていたとしても、商品を受領しなければ支払義務を負わないということを当然のこととしている。この誤謬は二つの契約の緊密なる経済的關係に基づき、更にこの誤謬は、大きな危険が存することを認識せずに、商品受領以前に受領確認をなすということへ導

びくことになる。

(4)、このような事情の下では、割賦金融を営業としており、右に述べた事情を知るべき地位にあるべきFは、法的・取引的に不慣れた買主に対しては信義則上、予め受領確認にはいかなる危険が存するかということを有効な方法で説明する義務があるといわなければならない。

C、新たに判例・学説上において、Fは、この取引を処理するに当りなされたVの過失ある行為につき、§ 278 BGB<sup>(18)</sup>によって、Kに対して責任を負うという考え方があらわれた。本件の控訴裁判所もこの考え方に拠っており本法廷も同様である。

本件ではFはVに必要書類を交付し、貸付申込を処理することを委ねた。その限りでVはFの補助者である。Vは契約書の内容・受領確認の意味につき十分にKに説明しなかったのだから、§ 278 BGBによってFはVの過失につき責任を負わなければならない。

D、これらの理由からFはKに対し契約締結上の過失により、§ 276<sup>(19)</sup>、278 BGBに基づいて損害賠償義務を負う。Fは損害賠償義務の結果としてKに対し、貸金債権を主張しえない。このような場合には、Kの相殺の意思表示を必要としない。

E、「これが差戻の理由である。要約すれば、次のようになる。

取引的に不慣れた買主であっても、契約書や、受領確認を読まずに署名した場合、あるいは意識的に商品の受領以前に不当な受領確認をなした場合には、過失が存する。そして§54BGBによって過失相殺がなされうる。控訴審ではこの点につき判断を脱漏した。」

判例(2) BGH Urt. v. 20. 2. 1967<sup>(12)</sup>

〔事実〕 KはVから自動車を購入し、代金につきFに貸付申込をなした。その申込書には次のような記載があった。〃重要な指示！ Fは貸付額をVに払渡す。その際に商品が定められた通りに引渡されたか否かを調査する必要はない。〃更に貸付条件には次のようなものがあつた。〃2. 取消・商品瑕疵抗弁・留保権の主張は借主からFに対しては主張しえない。12. 借主は自動車の所有・占有・取得・運行に附随する危険、責任、税、その他の負担を負う。〃これとは別にKはFに〃車を定められた通りに、異議のない状態で受領した〃との受領確認を送達した。FはVに貸金を払渡した。Vは車をKに引渡すことなく破産した。

FがKを相手に貸金返還請求。

〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕 金融割賦販売の場合、売買契約と消費貸借契約は

経済的には一体とみられても、法的には二つの互いに独立した契

約とされる。このことから原則的には、売買契約に基づく抗弁は貸主に対して対抗しえないということになる。しかし法的に分離されていて、当事者は経済的の一体性を欲し、割賦販売を達成しようとしているのである。このことは貸主に次のことを義務づける。つまり、消費貸借契約締結時に〃売主に対する貸金の払渡は、商品が定められた通りに引渡されたか否かを調査せよになされる〃〃売買契約に基づく抗弁を貸主に対して主張しえない〃ということを示すのみならず、〃商品が引渡されなくとも割賦金の支払をしなければならぬ危険がある〃ということをも明示しなければならぬ。この明示義務を根拠づける売買と消費貸借の経済的緊密関係は、買主に対し、通常の割賦買主が負う以上の責任を負わないとの考えを抱かせる。これは経験則から導びかれる。貸主は買主をこのような危険におくことは許されない。これが許されるとすれば、消費貸借契約の目的——割賦販売の実現——に反することになるであろう。貸主がこの義務を怠った場合には、それによって生じた損害を賠償しなければならぬ。

この明示義務は、誠実なる取引で要求される信義則の問題に属する。そこには契約行為によって根拠づけられる契約類似の信頼関係が存するのである。割賦販売に介在した金融会社の明示義務は、単にその表示に注意を向けさせるだけでは足りず、その表示

の広範な結果を買主に理解させなければならない。一般的には  
「借主はたとえ商品を受領しなくとも貸金を全額支払わなければ  
ならない」ということを明白に述べなければならない。具体的例  
としては、太字でかこみをつけて「注意」不履行・瑕疵ある履  
行の場合にも、買主（借主）は貸金を全額支払わなければならない  
」というようになすことが必要である。本件においてはこのよ  
うな表示はなされず、したがってFは彼の義務に違反したといわ  
なければならない。

判例(2) BGH Urt. v. 20. 2. 1967<sup>(22)</sup>

〔事実〕 レストランを経営していたKはその設備のための絨毯  
を購入した。売買契約には内金・残代金並びにKの受領確認が含  
まれていた。実際には内金は支払われなかったし商品の引渡もな  
されなかった。同じ書面にKとVは共同でFに残代金の貸付を申  
込んだ。そこでは、貸金はVに払渡されること、KはFに十二ヶ  
月に分割して貸金を返還することが定められており、更に、瑕疵  
抗弁その他の売買契約に基づく権利をKはFに対して主張しえな  
いとあった。FはVに700DMを払渡した。Vは商品引渡以前に  
その営業活動を中止した。Kは商品を受領していないことを理由  
に支払を拒絶した。

FがKに貸金返還請求。

〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕 これまでの連邦裁判所判決では、本件のような金  
融割賦販売においては、売買と消費貸借契約は経済的に割賦販売  
の実現という目的によって結びつけられているとしても、原則論  
としては法的に分離・独立したものと評価されてきた。一方の取  
引が他の取引に影響を与えるか否かの問題はKが取消が是認され  
る理由を述べていないから、本件では考察する必要がない。

上告理由は述べる。「売買と消費貸借は法的には別個に締結さ  
れたとしても、それを全体として把握すれば経済的には一体であ  
り、まさしく割賦販売と評価されなければならない。したがっ  
て、契約上割賦取引を二つに分割したとしても、そのことによっ  
て買主を通常の割賦買主よりも悪しき地位におくことは許されな  
い。それゆえ、ABGの保護を与えないことや、一定の要件の下  
で売買契約に基づく抗弁を貸金返還請求に対抗させないというこ  
とは不当である」

控訴裁判所は二つの契約の關係につき判断しなかったけれど  
も、いずれにしても判決により一定の買主層の保護のために展開  
された原則が、取引の熟練者が贅沢品を買った場合には適用でき  
ないというの是不当である。

Fが商品引渡以前に貸金をVに払渡すことが許されるといふのは自明のことではない。ゆえにFはKの契約書上の受領確認によって貸金払渡の要件が満たされ、その確認を信頼したと主張することはできない。Kがその行為に存する大きな危険を意識せずに簡単に受領確認をなすというのは経験的事実である。本件で用いられた契約書には、受領確認・売買契約・消費貸借契約が共に存在していたということによってその危険は一層大きなものとなる。それらに署名をなすことによって、貸主が直接、直ちに売主に貸金を払渡すことになる。この種の割賦金融を業としてなしている者は、この経験的事実を知っている筈である。Fは信義則上Kに対し有効な方法によって、受領確認を商品受領以前になした場合に生ずるであろう危険を具体的に説明する義務があるといわなければならない。

控訴裁判所の判断——そのような明示義務は取引に不慣れな者の日用品の購入の場合にのみ存し、取引の熟練者の高価品の購入の場合には存しない——に本法廷は従がうことはできない。前述の原則を、貧しい買主が家具を割賦で購入した場合に展開させるのはなるほど正しい。しかし既に連邦裁判所判決で、買主の保護の要求はこの場合に限るのではなく、割賦販売と認められる限り、買主が商人として商業登録簿に記載されているのではない場

合にも肯定されると判示されている。そして個別的にはなく、買主が誰であろうとも一般的に用いられる契約書は、全ての人が金融会社の介在から生ずべき危険——商品が引渡されない場合あるいは瑕疵ある履行がなされた場合でも割賦金支払義務を免れることができない——を理解しうるように作成されていなければならない。

本件で用いられた契約書は買主にその危険を認識させるには適当ではない。たしかに裏面には条件3.として次のような記載がある。〃売買契約に基づく瑕疵担保権その他の権利は売主に対してのみ主張しうる。金融会社との消費貸借契約、貸金を割賦で金融会社に支払う義務とは無関係である〃しかしこの記載は内容的に、買主に対し、たとえ商品を受領しなかった場合でも割賦金支払義務を免れないということを明白に誤解なく知らしめるには不十分である。

結論として、Fは契約書によって商品の受領を確認させることは許されず、受領確認は商品の引渡後にはじめてなされ得るものであるから、他の方法によってKが商品を適正に受領したか否かということを確認しなければならない。これがなされず、Fは商品引渡以前に貸金をVに払渡したのであるから、Kは貸金返還請求に対抗することができる。

判例(2) BGH Urt. v. 20. 2. 1967<sup>(23)</sup>

〔事実〕 FはKに対し、車の購入に際して認めた貸金の返還を請求した。Vは中古自動車の販売を業としており、Fと継続的取引関係にある。そして貸付に要する書類をFから委ねられており、Kの貸付申込に関する処理をなし、それにはVも共同申込者として署名することになっている。契約書の表面には次のような記載があった。

借主に対する指示、売主は金融会社の履行補助者ではなく、専ら借主の委任者として行為する。(消費貸借条件1項をも参照)

裏面に印刷された消費貸借条件1項で借主は次のことを承認していた。Fとの消費貸借契約と売買契約は法的に独立し、別個に処理さるべき法取引である。売買契約上の抗弁並びに損害賠償請求権はFの貸金返還請求権を妨げるものではなく、専らVに対してのみ主張しうるものである。Fの債権はKによる売買契約の解除によっても影響を受けない。FはVの契約締結上の過失については責任を負わない。

KはVに対しては売買契約を詐欺を理由に取消した。その後Vは行方不明となった。Fが貸金返還を求めた。

〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕

1、Kは中古自動車を取得するためVと売買契約、Fと消費貸借契約を結んだ。二つの契約は緊密な経済関係にあり、Kに割賦払による車の取得を可能にするという統一的目的を有していた。確定された判例によれば、売買と消費貸借はたとえ本件の如く目的によって互いに結びつけられるとしても原則として法的に独立した契約であると評価されている。本法廷は本件の判断にあたり両契約の経済的緊密関係の存否を調査する必要がない。売買契約は詐欺を理由とする取消によって、趣及的に無効とみなされる。

2、控訴裁判所はFが消費貸借契約のみに基づいてなした訴提起が理由のないものとした。その理由は、Kは信義則によりFの貸金返還請求に対し売買契約の無効をもって対抗しうるというにある。ここではBGHZ 37, 94を引用しているが、その判決要旨は次のようなものである。金融会社と売主が一定期間継続する取引関係にあれば、買主は金融会社の貸金返還請求に対しては、売主が破産したためいかなる瑕疵担保権をも要求しえない場合には商品の瑕疵をもって対抗しうる。経済的に一体である取引を売買契約と消費貸借契約に分割することは買主に不利益を及ぼす場合には許されない (§ 242 BGB)。

控訴裁判所は本件の事案とBGHZ 37, 94の事案とは目的物が

中古品と新製品、對抗手段が瑕疵担保責任と売買契約の無効という点で異なるということを正当に理解している。しかしこの相違とともに、買主が消費貸借契約を取消したか否かということも重要である。

Ⅱ 1、本法廷は本件の判断にとって、理由のある有効な売買契約の取消が、二つの契約の緊密なる関係のゆえに消費貸借契約にも作用しうるか否か、Fの補助者として消費貸借契約の成立に参加したVの詐欺が、消費貸借契約も取消されるという形でFに影響を及ぼすのか否か、消費貸借契約の取消が表示されたか否かという問題を調査する必要がある。なぜなら既に連邦裁判所判決で、本件のような場合にはKはFに対する貸金返還を正当に拒否できるということが明らかであるからである。

上告理由は、売買契約の無効は貸金返還請求権を消滅させないということから発している。これは控訴裁判所の出発点でもある。なぜなら控訴審判決が、Kは貸金返還請求に対し信義則に基づき売買契約の無効をもって對抗しえ、Fは消費貸借条件1に基づきながら信義則に反して行為したことになると帰結しているが、それには、消費貸借上の請求権自体は存在するがKは許される権利行使の抗弁を提出しうるといふ衡量が根拠となつてゐるからである。この抗弁は直ちに請求を理由なしとはしない。Fの

要求がどこまで信義則に一致するか、いかなる結果がそこから導かれるかということを明らかにするために、は個々の事案における事情を細心に確定することが必要である。

金融割賦販売の事案において BGHZ 37, 34 は、信義則により買主に貸金返還請求に対する抗弁——売主に瑕疵担保責任を追求めない——を認めた。すなわち取引の分割により分割しない場合よりも買主を不利な立場におくことは許されないという理由である。もちろん二つの要件がある。買主が商人として商業登録簿に記載されていないことと金融会社と売主が一定期間継続する取引関係にあり、売主が多くの特で金融会社の補助者として行為しているような外観を備えていなければならない。そしてその理由を、一定期間継続する取引関係のみが買主に売買契約上の抗弁を認める根拠となることに求める。

上告理由で、借主に対する指示が並びに消費貸借条件1項が引用されているが、これは効果的ではない。もちろん、これらは明らかにこれまでの判例の帰結を回避する意図をもったものであるが、借主に消費貸借契約の存在とそれに基づく義務の履行を売買契約のそれらと無関係であることを認識せしめる努力のあらわれである。そして当事者がこれを法的に有効に合意することは排斥されるものではない。しかしFがみずからこれを主張することは

禁じられる。割賦買主は通常、会社の介在によって生ずる危険、すなわちたとえ商品を適法に受領しなかった場合でも支払わねばならぬことがあるとの危険を認識せず、むしろ商品を受領しなれば支払う必要はないということをも自明のことと考えている。割賦金融を業としてなしているFはこの経験的事実を念頭においておかねばならない。

このような事情の下では、Fは消費貸借契約の締結の際にKに對し、たとえ売買契約が解消し又は商品が引渡されなくとも貸金は返還されねばならぬということを明白に知らしめる義務を負う。Fはこの義務に従がわなかった。借主に對する指示は問題とならない。消費貸借条件1項については、これを注意深く読めばFが意図していることを理解しうるであらう。しかし粗略に日を通した場合にも広範囲に亘ってその警告を把握しうるには十分なものではない。消費貸借契約の締結に際しKに適切な方法で危険を教示することを怠った場合には、Fは、Kが売買契約上の抗弁をFに對して主張することを明白に放棄したということを根拠とすることは許されない。KはFが売買とは全く関係がないということを明白に認識していたとの上告理由の論旨は適切なものではない。

2. (一) 2 後段で述べた BGHZ 37, 94 と本件との事実関係の

相違を述べて続ける) 本法院は事実関係の相違は本件の判断に

とって重要ではないとした控訴審判決に賛成である。なぜなら、ここではKが売買契約に基づく抗弁を貸金返還請求に對して主張しうるか否か、主張しうるるとすればその範囲は如何ということのみが問題だからである。BGHZ 37, 94 も、一つの法的に独立した契約の承認ということから出発しているが、経済的一體取引を法的に分割することによって買主を分割しない場合よりも悪しき地位におくことは許されないとすれば、買主に瑕疵ある履行の抗弁を認めないこと、及び売買契約の無効をもって貸金返還請求に對抗させえないとするとは不当といわなければならない。

以上売主が商品を引渡さない場合に、それを理由とする買主の金融会社に對する抗弁が許されるか否かについて判例にあらわれた見解を概観した。

Fあるいはその債権譲受人のKに對する貸金返還請求が認められたのは、判例(10)(11)(12)(13)である。このうち判例(10)は、売買契約と消費貸借契約の法的独立性が契約条件によって明白に認識されうるような場合には法的独立性を認めるものであり、信義則による明示義務にまで論は及んでいない。判例(10)(11)においては契約上の何らかの合意・確認がその効力を認められ、Kが敗訴した

というものである。(8)はともかくとして、(9)は抗弁権放棄の合意、(10)は商品受領の確認であるが、この種の記載は金融会社の作成による契約書の大部分にみられるものである。特に商品受領確認は事実と異なる確認であるがゆえに抗弁権の放棄以上にその有効性に疑いがもたれる。しかしこれらは後に述べるように、取引に不慣れた買主に対する信義則上の明示義務をFに対して課すことによって解決が図られるようになったといえるだろう。(9)は特殊なケースである。それは商品引渡以前に貸金をVに払渡すことにKが同意を与えていたという点である。この同意は、商品引渡がなされるまではVがFに対して割賦金支払をなすとの合意があったことから導びかれたものである。この同意によってKは自ら危険を作り出したのであり、この危険をKが負担しなければならぬとする。このような合意は(8)以外にはみられない。判例(11)においては両契約の経済的一体性を認めるのはABGに規定された抗弁が問題となっている場合に限定する。それは前章で紹介したような目的物の取戻、期限の利益喪失約款などである。そして、ABGに規定された以外の抗弁を民法上の一般原則によって認めるのは疑問であるとし、そのためには特別な法規範が必要であるとす。

これら以外の判決は、Fあるいはその債権譲受人による貸金返

還請求を認めなかった。すなわち、二つの契約が法的に独立したものであるとの原則は肯定するが、他方では無視しえぬ事情があるとす。それはF・V間に存在する緊密な取引関係である。つまり、FとVを一体としてKに対する側とみるわけである。ここからまずVの詐欺がFにも影響を及ぼすことになる。Vの詐欺は、商品を引渡さずしてFから貸金の払渡を受けたということによって容易に肯定されるであろう。そして§23 BGBの枠内では、F・Vの間に一定期間継続する取引関係があり、貸付に関する事務処理をFがVに委ねていた場合には、両契約の法的独立性はその意味を喪失する。それとともに、§123 Abs. 2 BGBにある「第三者」にはFは含まれないとの判断もつけ加えられる。

更に別の側面から、VはFの履行補助者であって、§278 BGBによってFはVと同一の責任を負わなければならないとの指摘もなされている。

重要なのは、Kによってなされた商品受領確認の評価である。すなわち、FによるVへの貸金払渡は商品引渡後になされることが信義則上要求される。それは判例(12)が述べているように、いわば「他人の金」をFはVに払渡すのであるということに基づく。そうするとFはKの商品受領確認があれば払渡の要件が満たされることになり、Vに払渡すことが可能になる。ところが実際には

この確認は、売買契約・貸付申込に用いられる書類に予め印刷されており、現実に商品引渡がなされる以前の段階でいわば実体に反してなされるのである。そこからこの受領確認を無効とするかあるいはFに対しても、その内容に関する明示義務を負わせるということになる。

この受領確認と明示義務を関連づける根拠として、それが実体に反しているということは別の側面から、割賦金融を利用する買主層の取引の不慣れさもまた重要である。つまり買主はこの受領確認によって危険が発生するとは考えていないし、更にそれ以上に、その印刷された文言に目を通すことさえも疑問である。ともかく買主にとっては、商品の引渡を受けないのにその代金だけは支払わねばならないというのは予想外のことといつてよいだろう。このような現実的考慮を加えて、金融会社に対しこの受領確認の意味を具体的に説明する義務を課するのである。この明示の程度は、不履行・瑕疵ある履行の場合であっても買主は貸金を全額返還しなければならないとの如くになすことが要求される。

一方、注意を要するのは、このような受領確認をするについて買主の過失の可能性を肯定した判例<sup>(19)</sup>である。すなわち取引に不慣れた買主であっても、契約書を全く読まずに、したがって受領確認があることを知らずに署名した場合とか、何らかの意図をも

って意識的に商品受領以前に受領確認をした場合には前者においては過失相殺の対象となるべき過失の可能性があり、後者においてはそもそも受領確認の有効性が認められるであろう。判例<sup>(19)</sup>は過失相殺がなされうるか否かについて判断する必要があるとして差戻したものである。同じく明示義務を論じたものとして判例<sup>(20)</sup>があり、いずれもFの明示義務違反としてFの請求は棄却されたが過失相殺の点にまでは触れていない。

## 二 目的物に瑕疵があった場合

判例<sup>(23)</sup> LG Freiburg, Urt. v. 15. 6. 1954<sup>(24)</sup>

〔事実〕 KはHの作成になるラジオをVから買い内金を支払った。KとVは残代金の金融を受けるため共同でHに対する貸付申込書に署名した。それによってK及びVはHに対し割賦金支払義務を負った。消費貸借契約の成立とともにラジオの所有権はKに移転し、同時にHに対し譲渡担保に付されることになっていた。Hは貸付を承諾して貸金をVに払渡した。その後Kはラジオが中古品であったとしてHの同意を得ずにVに返還した。ラジオの所在は不明となった。HはKに対し貸金の返還を求めた。Kは、売買契約は消滅したのであるから貸金を返還する必要はないと抗弁

した。第一審では請求が棄却されたため、Hが控訴した。

### 〔判旨〕 認容

〔判決理由〕 合意によってVに対する売買代金債務は、Hに対する貸金債務に変更したのである。ラジオの瑕疵（中古品であったということ）に基づき、Kがその交換を求め得るか否かは、しいて問題とする必要がない。すなわち、いずれにしてもKはそのような抗弁をHに対して主張することができないからである。

本件のように、売買契約と消費貸借契約が一方なくして他方もありえないという具合に結びついている場合、買主は消費貸借契約の履行を求める貸主に対し、売主が留保所有権に基づき目的物を取戻した場合には、解除の抗弁を§§5、6 ABzGによって提出しうる。しかしVは留保所有権に基づいてではなく、ラジオの交換のために取戻したのである。この場合には§§5、6 ABzGは問題となる余地がない。それを適用すべき法的根拠がないからである。売買契約と消費貸借契約はたしかに経済的には結びついているが、法的には分離されており互いに独立した法取引であると評価される。その結果、原則として売買契約に基づく抗弁を貸主に對して主張しえないことになる。しかし次の場合には疑念が生ずる。すなわち、貸主が支払を受けなかったために生産者がその支払を肩代わりし、あるいは生産者が最初から貸主としてあ

らわれる場合に、その生産者が譲受けた債権あるいは最初から自己に帰属する消費貸借契約上の権利を主張した場合である。このような場合に生産者が責任を負わなければならないのは、売買契約の履行に際して生じた混乱が彼に帰すべき要因によって導びかれた場合——例えば、生産時から附着する瑕疵を有する商品の引渡・彼が仲介した金融会社が信頼に値しないものであった場合等——であると考えることができる。

しかし本件におけるいわゆる商品の瑕疵というのは、VがKに売却する以前に他の顧客に数カ月間に亘って使用させていたというものであり、これは生産者たるHの責任の外部にある。すなわち、KV間のみ関係する抗弁はVに対してのみなされるべきであって、Hがこの影響を受けることはないといわなければならない。

### 判例(24) AG Hamburg Urt. v. 12. 5. 1955<sup>(25)</sup>

〔事実〕 KはVからラジオを買い、その代金166. 50 DMのうち12 DMを内金として支払った。そしてKVはFに対し、残代金その他の費用につき貸付を申込んだ。その貸金はVに払渡され、KがFに割賦で返済することになった。ラジオの所有権は割賦金の完済までFに担保のために譲渡された。Kが割賦金支払を

怠ったためFがKVを相手どって残金の返還を求めた。Kはラジオには瑕疵があったとの抗弁を主張した。

〔判旨〕 認容

〔判決理由〕 本件の事案が割賦販売と認められるか否かについての争点には触れる必要はない。たとえこの間が肯定され、そのうえでVとFの経済的・法的一体性が承認されるとしても、Kの残債務——これを貸金債務あるいは売買代金債務のいずれととらえるにせよ——を訴求しているFに対し、Kは商品瑕疵の抗弁を主張することはできない。なぜなら、AbzGは固有の手段で貸付を認めた売主が残りの売買代金を請求した場合に買主が主張する商品瑕疵抗弁に対しても特別の保護を与えるものではないからである。AbzGは売主による売買目的物の引渡請求により物及び既に支払済の代金を喪失することに対し一定の範囲で買主を保護するものである。

本件においてFはラジオの引渡ではなく、単に残債務の支払を求めているにすぎないのであるから、KがVに対して主張しうるラジオの瑕疵あるいはそれ以外の売買契約上の抗弁は、Fに対しては無益であるといわなければならない。

判例 ⑧ LG Hanburg Urt. v. 13. 10. 1955 (28)

〔事実〕 KはVから家具を購入した。その際に、代金について、FはKに貸付を承諾した。FのKに対する貸金返還請求に対し、Kは、引渡された家具は劣等のものであったと抗弁した。

〔判旨〕 認容

〔判決理由〕 売買契約と消費貸借契約が結びついているからといって、Kが売買契約上の抗弁を消費貸借契約の当事者たるFに対して主張しうるということにはならない。

AbzGは、売買契約上の抗弁をもって、割賦販売の目的を達成するためになされた他の契約——消費貸借契約——に対抗しうるか否かについては、なんらの規定も有していないのである。Kは受領した物を相手方に返還していかないのだから、AbzGが適用される余地はないということもかくとしても、Kが不当に商品受領確認をなし、一年後に契約不履行を理由として割賦金支払を拒んだような場合には、FはKの詐欺をもって対抗することができる。ところが、BGHZ 3, 257においては、Kが解除の意思表示をなしたという事実が存する。解除はそのような契約の取消可能性の一形式として、AbzGで特に認められたものである。拡張解釈をすることは許されないものといわなければならない。

判例 ⑨ BGH Urt. v. 29. 10. 1956 (27)

〔事実〕 Hは家具工場を経営しており、その製品を小売商Vに供給している。KはVからベッドを購入し、その際に、KとVは共同して、Hの仲介により、Fに対し内金を除く残代金について貸付申込をなした。Fは貸付を承諾し、貸金をHに払渡した。

Kが割賦金支払を怠ったので、FはHから満足を受け、彼の有するKに対する債権をHに譲渡した。Hはこの債権に基づき、Kに対して訴を提起した。Kは管轄違を主張するとともに、ベッドには追完によっても除去しえぬ重大な瑕疵があると抗弁した。

IGは管轄違を理由に訴を却下したが、OLGはHの請求を認めた。

〔判旨〕 破棄自判

〔判決理由〕 III. いわゆる商品瑕疵抗弁が許されるかという問題にとつては、次の法的観点を基準として判断される。

(1) (ABGの適用を避けるために取引を二つに分割しても意味がないと述べた後) ABGを適用するための特別な法的観点は、ABGの適用が直接問題となっていないのではなく、売買契約に基づく抗弁を買主が消費貸借契約上の請求に対抗するために主張しうるか否かが問題となっている場合には直ちにもちこむことはできない。この問題は、ABGを考慮することなく、両契約の法的構成と、そこから派生する法的観点に基づいて判断されねばなら

ない。

(2) 控訴裁判所は次のような考え方に拠っている。

今日行なわれている、金融会社が介在する割賦販売においては、Vとの売買契約、Fとの消費貸借契約という二つの独立した契約が締結され、この両契約の法的独立性は、売買契約に基づくVに対する抗弁を、消費貸借契約に基づく請求に対して主張することを禁ずることになる。

しかしながら、本件の事実関係においては、控訴裁判所の考え方が決定的な地位を占めるとはいえない。たとえ、この考え方を原則の出発点とするにしても、それを理由として直ちに、Kは商品瑕疵抗弁を貸金請求に対して主張することを禁じられるという結論に到達するものではない。

(3) そこで基準となるのは、契約書において、商品瑕疵の責任を取得者に対して負わないと定めることが許されるか否かということである。この問が否定され、そしてその限りで一般取引約款の内容には内的制限があるということを認めなければならぬとすれば、金融会社あるいはそれからの債権譲受人による貸金返還請求に対し、買主は商品瑕疵の抗弁によって保護される可能性が生ずる。その場合には、*§ 8 ABG*の適用のための基準となった視点が重要な意味を有するに至る。そして一体的生活経過である割

賦取引を法的に二つの契約に分割することは、新品の家具の買主から、商品瑕疵抗弁の主張の可能性を奪うことはできないとの強行的法命題の回避を意図するものである。以上の考察の結果、割賦取引が法的に二つの契約に分割されているとしても、Kは商品瑕疵の抗弁をFの貸金返還請求に対して主張しようとの結論に達する。

(5) 新品の家具の売買に際し、一般取引約款によって瑕疵担保責任を排除することは、買主に追完の権利が認められている場合には是認されるだろう。しかし追完の権利がなんらかの理由で実現されない場合には、瑕疵担保請求権は復活すると考えなければならぬ。それまでをも排除した約款は信義則に反するものとして許されない。

(6) (3)で説明したことから、新品の家具の売買に際し、買主の法的地位は取引を二つの契約に分割することによっても不利にならないということが明らかになった。割賦販売をこのように法的に構成することは、買主の瑕疵担保権を追完の拒絶後も認めない場合には一般の法原則から許容されないと結論を導びく。

以上の判断の結果、本件において、Kは、Vが自己の追完義務にしたがわない場合には追完を求める権利に代わって、瑕疵担保請求権が復活し、この権利に基づき、Fの貸金返還請求に対抗し

うる。

判例(8) BGH Urt. v. 5. 4. 1962<sup>(28)</sup>

【事実】 KはVから飲食店開業のために新品家具を購入した。

2300DMのうち400DMを内金として支払い、残代金に信用手数料・その他の費用をあわせた額について、Fに貸付申込をなした。その申込に用いられた書類にはKのVに対する売買申込、KとVが署名しているFに対する貸付申込、商品を抗弁の余地なき状態で受領した旨のKの受領確認、商品の引渡と内金受領についてのVの証明(以上表面)、売買条件、貸付条件(以上裏面)が印刷されていた。

条件(4) 保証期間内における瑕疵担保責任は、解除・価格の減少を排斥し、目的物の修繕に限定する。 条件(9) 相殺・瑕疵抗弁・留保権の主張は、借主の側から金融会社に対してなされ得ない。

商品の受領後、Kは直ちに商品に瑕疵ありとの抗議をなしたが、Vが破産したために交換はなされなかった。それを理由として、KはFに対する支払をしなかった。FがKに貸金返還を求めた。

前審でFが勝訴した。Kが上告。

〔判決理由〕 1. BGHはBGHZ 22, 90の判決において、一定の要件の下で、Fの貸金返還請求に対し、商品の瑕疵に基づくKの抗弁を認めた。この判決に対し学説は反対を唱え、次のように述べる。「判決は売買契約と消費貸借契約の法的独立性と一致しない。しかも本来、§ 6 Abs. 1が問題となる余地はないのである。買主は瑕疵担保請求権を理由として、売主から満足を受けることができる。貸主が、瑕疵担保責任・売主の破産の危険を負担するということは予期されていないのである」

2. 控訴裁判所は、BGHZ 22, 90判決が正当であると考えている。本件でこれと異なった結論を示したのは、事実関係を異にするからである。すなわち、前記事案においては、金融会社から債権を譲り受けた生産者が訴求したものであり、生産者は、経済的利益によって売主と緊密に結びついているということを理由に、請求が棄却されたのであった。

4. 控訴裁判所は述べる。「一般取引約款によって、Kから商品瑕疵の主張の可能性を奪うことはできない。Kは値引きを理由にVに対し破産債権を有するに至る。破産の危険をFに転嫁することはできない。破産の危険は割賦販売に特有のものではなく、割賦販売取引の外部に存するものといわなければならない。」

ようにして控訴裁判所は先の判決とは反対の結論に達したのである。

新品の売買に際して、VがKに対する瑕疵担保責任を免れることは信義則に反する。したがって、そのような免責は、Kの追完権との関連においてのみ許容される。そして追完がなされなかった場合には、法律上の瑕疵担保請求権が復活することになる。

④ Vの破産に際してKが商品の瑕疵に基づいて主張しうる破産債権は、通常、非常に価値が少ないので考慮する必要がない。

⑤ 条件(4)は、Kに追完の権利を認めている。しかしこのことは、Vが破産した場合には追完を認めても無意味であるという点で、何ら事態を変えるものではない。

⑥ 経済的に一体を形成する取引を売買契約と消費貸借契約に分割すれば、売買契約に基づく抗弁を消費貸借上の貸金返還請求に対して主張しえぬことになる。この帰結は条件(9)に述べられている。しかし、経済的一体取引を分割することにより、Kを、そうでない場合よりも悪しき地位におくことは、信義則上許されない。

⑦ もちろん、既に貸金全額を返還した買主は、Vの破産の場合には、担保責任を追求しえない。しかし経済的にみれば、買主が全額を支払っていない限り、商品に瑕疵があった場合に、買主

が更に支払をなさねばならぬとするのは不当である。

⑤ 控訴裁判所は、Vの破産は割賦販売の予期しうる危険の外部にあると述べる。しかし、より決定的なのは、取引の分割によってKにいかなる不利益をも発生させてはいけないという点である。

⑥ Vが瑕疵担保責任を果たしうる状態にあり、したがってKが瑕疵担保権を追求する可能性を有する限り、Fが貸金返還を求めることは、信義則に反することはない。しかし、本件においては、Vが破産したためにそれを追求しえないのであるから、これは問題外である。

5. 右の原則は更に二つの制限を要する。

⑦ Kが瑕疵担保権を追求しえない場合にKがFに対し、§224 BGB<sup>(29)</sup>によって商品の瑕疵を主張しうる内的な理由は、FとVが一定期間に亘って共働し、契約の成立・処理に際してVがFの補助者であり、両者が一体となって行動しているようにみえるということがある。この一定期間の結びつきが、Fに対する瑕疵抗弁の主張を是認させる。これに対し、FV間にそのような関係がない場合には、反対の結論に達することとなる。

本件において、FV間に一定期間継続する取引関係、いわゆる基本契約 (Rahmevertrag) が存在したようであるが認定はされ

ていない。この点において控訴裁判所の事実認定は不十分である。

⑧ さらに、§8 Abs. 1 BGBからの制限がある。すなわち、割賦販売における買主は、Abs. 1により一定の方向で保護を受け、その保護観念は Abs. 2の適用範囲を超えて考慮される。しかしながら、商業登録簿に商人として記載されている買主は、保護する必要性を認められていない。本件において、Kが商業登録簿に商人として記載されていたか否かは、なお明らかにされてはいない。

6. 控訴裁判所は、まず、引渡された商品に瑕疵があったかどうか、あったとすればその価額の引下げは、Kの主張する額が正当であるかどうかを確定しなければならない。さらに §44 BGBとの関係で、商品の受領のときに、Kが瑕疵の存在を知っていたか否かも重要である。またKは、商品を異論のない状態で管理していたということを証明しなければならない。

判例 ⑨ BGH Urt. v. 20. 2. 1967<sup>(31)</sup>

〔事実〕 KはVから農耕用の機械を購入した。代金は 22000 DMであり、7000 DMを内金として支払った。残代金について、VとKは共同でFに対して貸付申込をなした。申込書にはFの名称があり、その裏面には契約条件が印刷されていた。すなわち、

消費貸借契約上のKに対する債権の担保のために、売買目的物の所有権はFに譲渡さるべきこと、Kは売買契約上の請求・抗弁をFに対して主張しえないこと、この契約書にある条件を承認することを確認した。Fは申込を承諾し、貸金をVに払渡した。

Kは最初の割賦金支払日の後に支払を拒絶し、目的物は約定通りに引渡されなかったと主張した。附属品が欠けていたのである。Vは破産してしまった。KはVの詐欺を理由にFに対して消費貸借契約を取消した。

FがKに対し貸金返還を求めた。

第一審は請求棄却。第二審はFの請求を認容した。Kが上告。

〔判旨〕 破棄差戻

〔判決理由〕 BGHの判例（参照特にBGHZ 20, 36；33, 292；33, 302）によれば、次のようになる。

「金融割賦販売の場合、原則として買主は売主との契約関係に基づき抗弁を貸主に対して主張しえないということは、結果的には、売買契約と消費貸借契約の法的独立性の原則から発する。売主が消費貸借契約の成立に必要な行為を売買契約と同時に履行し、したがって売主と貸主が一体の如くにみえる場合には法的独立性は後退する。そしてこのような取扱いは、買主に、自分が互いに分離・独立した契約当事者との間に二つの契約を締結するの

だとは認識させない。この両契約の緊密なる関係が、売主が消費貸借契約の枠内で貸付のために行為する限り、売主を§123 Abs. 2 BGBの意味における第三者とはみなさず、この規定の予定している第三者による詐欺の取消制限は排除されるということを見認するのである。たとえ一般的に委任関係に基づき、契約締結の代理権なくして何らかの方法で取引の成立に関与した者が当事者の代表と同視され得ず、したがって§123 Abs. 2 BGBにおける第三者に該当するとしても、金融割賦販売の場合には、通常、取引に不慣れた買主層——彼らは契約書を表面的にしか読まず、貸付申込が第三の当事者に向けられていることをそもそも意識しない——が関与するという経験的事実から、別の法律状態が生ずる。すなわち、二つの法的に独立した契約があるにかかわらず、売主が貸主のために消費貸借契約に関する行為をする限りにおいて、買主の保護必要性は売主を§123 Abs. 2 BGBにいわゆる第三者とはみなさないことを要求する。そしてこの要求は、貸主が一時的にはなく、一定期間継続する取引関係において、消費貸借契約の締結に必要な行為を売主に委ねた場合には常に満たされなければならない。」

この考え方は本法廷のそれと一致するが、しかし、一定期間継続する取引関係という要素が決定的なのではない。売主が貸主の

ために契約行為をなし、その結果として買主に對し、売主を貸主の仲介者とみるきつかけを与えたということが決定的なのである。

BGH (NJW1962, 2195, 2196) は割賦金融とは関係のない事案において、次のように述べている。

「事実を形成する可能性が多様である場合に、§ 123 Abs. 2 BGB の第三者について一般的形式化することに意味があるかどうか、あるいはそもそも可能かということについては疑問があるように思われる。重要なのは次の観点である。すなわち、契約行為に關与することにより、關与者と当事者の間には、いわば契約類似的信頼關係が発生する。ここから取引において要求される注意義務の遵守とその違反の場合の損害賠償義務がでてくる (§ 276 BGB)。それゆえ、行為に際して補助者としてあらわれる者の過失については、§ 278 BGB によって本人が責任を負うことになる。履行補助者が他の部分で詐欺をなした場合には、彼をひき入れた本人は、その詐欺をもって対抗を受ける。この原則を損害賠償請求に限る必要はない。むしろこの原則は一般的原则として詐欺を理由とする取消権にも妥当する。しかし履行補助者の詐欺が委任者の詐欺と同視されうるならば、履行補助者は § 123 Abs. 2 の意味における第三者ではない。」

具体的事件を予定しているこの判断は、割賦金融の事案にも向けられる。多くの場合に固有の売買取引の枠内でのみ売主に対抗する買主は、売主と貸主（金融会社）との間に存する関係を認識する可能性は殆んどない。この認識は偶然の機会を待つしかないのである。これに對し、貸主が売主に契約締結を委ねるときには、彼らを同一とみることを貸主に期待しうるのである。なぜなら、貸主は売主に買主への仲介者として行為する機会を与え、それによって、買主を売主の不当な行為の下におくという危険にさらしたからである。

本件において、F は V に自己の名称のある貸付申込書を交付し、K に契約書を呈示すること、消費貸借契約に必要な行為をなすこと、K に署名させることを委ねた。したがって、F には契約書を受領することしか残されていない。ゆえに V は、右に述べた意味で F の履行補助者であった。すなわち、次のような結果となる。F は V によってこの任務の遂行に際してなされた過失を、§ 278 BGB に基づき固有の過失とされねばならない。

V が詐欺によって K に署名させた場合には F は自己の関知せぬ詐欺であるということで K による消費貸借契約の取消には対抗することができず、この詐欺の責を負わねばならない。つまり、V は § 123 Abs. 2 BGB に「わゆる第三者ではないからである。」

商品に瑕疵があった場合に、KがFの貸金返還請求に対してこの瑕疵をもって対抗しうるかとの問題について判例をみてきた。

判例(23)(24)は抗弁の可能性を否定した。(23)においては両契約の独立性を根拠とする。そして両契約の緊密な経済的関係は、あくまでも、ABCの適用性を判断する場合にのみ考察の対象となるにすぎないとする。この点で、商品の引渡がないとの抗弁の可能性を否定した判例と軌を一にするものである。したがって、ABCになんらの規定をも有していない商品瑕疵の抗弁についても、買主は金融会社に対して主張することはできないのである。

ただ(25)の事案は、Fから債権を譲り受けた商品生産者たるHを原告とするものであるが、傍論で、瑕疵がHに関係するものである場合には、抗弁の主張を拒絶することは疑問があると述べている。すなわち、現実請求している者が売買契約の処理における混乱の責任の一端を担っているということが考慮されなければならず、その限りにおいて、請求が貸金返還請求であるのか、あるいは売買代金請求であるのかを問わないのである。この点で両契約の法的独立性は幾分緩和されていることができよう。

(24)は、この二つの判決とは視点を異にする。すなわち、ABCは、買主が支払済代金と目的物の両方を失なうことを避けようとするものであるとし、商品引渡請求ならばともかく、貸金返還請求

には商品瑕疵抗弁をもって対抗しえないとしたものである。

これら三つの下級審判決に対し、最上級審たるBGHは、判例(20)(21)において、Fあるいはその債権譲受人に対する商品瑕疵の抗弁を認めた。そしてその理由を、売買契約と消費貸借契約の緊密なる経済的関係に求めている。これらの判決においては、KがVに対して追完を求める機会が失なわれているという事実が共通しており、この事実が決定的であると思われる。すなわち、これらの判決からは、KがVに追完を求めうる限りはFの貸金返還請求を拒絶しえないという結論が導びかれるであろうことが推測されるからである。そしてこの結論は、買主が通常の割賦販売における場合よりも不利な地位にはおかれぬとの理由から是認されるであろう。契約による瑕疵担保責任排除は、Kに追完権が認められているときには、可能である。しかし、その追完の可能性が消滅した場合には、瑕疵担保権が復活する。

判例(21)においては、(20)と同様の論理に立ちながらも制限が加えられている。すなわち、商品瑕疵抗弁をFに対して主張しうるためには、FとV間に一定期間継続する取引関係が存すること、そしてFとVが契約の成立に一体となって行動しているようにみえることが必要である。そして前者の要件、つまり具体的あらわれとして、基本契約の存在が決定的であるとす。ところが、(21)にお

いては、決定的なのは後者の要件であるという。この二つの判例は、その根拠を、(2)は信義則の規定 (§242 BGB) に求め、(3)は履行補助者の規定 (§278 BGB) に求めているために、要件に程度の差異が生じたものと考えられる。

商品瑕疵の抗弁が問題となっている場合に、Vの破産というところが重要なポイントとなっていることは前述した。すなわち、追完権の主張をVに対してなすことが不可能、あるいは著しく困難な場合に、敢えてFへの支払をKに強いることに疑問が生ずるのは止むを得ないだろう。したがって、Vが破産していない場合——瑕疵担保責任を果たしうる場合——にあくまでも両契約の法的独立性を後退させ、両契約の緊密なる経済的関係を根拠としてKの商品瑕疵の抗弁を認め、FのKに対する貸金返還請求を否定すべきかという点については即断することはできない。

新品の買主から瑕疵抗弁の可能性を奪うことができないとの強行的法命題は、あらかじめ契約条件で、瑕疵担保請求権を放棄する旨の合意がなされる場合に問題となるものである。中古品の売買に際しては、その放棄が有効であるのかという点について、別の考察が必要であるう。

### 三 売主と買主が合意により売買契約を解除した場合

判例(2) LG Braunschweig, Urt. v. 12. 5. 1953<sup>(22)</sup>

〔事実〕 KはVからラジオを160 DMで購入し、内金として35 DMを支払い、残代金に手数料を加えた125 DMの貸付をFに対して申し込んだ。その申込書にはKの他に、V及び本訴原告たる卸売商Gが連帯保証人として署名していた。ラジオは一旦Kに引渡されたが、その翌日に、Vが他へ現金で売却したいというので返還され、KとVが合意の上、売買契約を解除した。しかし、VはKとの売買契約書ならびに貸付申込書をFに呈示し、貸金の払渡を受けてしまった。KがFに対する割賦金支払をしなかったため、FはGから支払を受け、これに対してFのKに対する債権を譲渡した。Gは、この債権に基づき、Kに対して貸金返還を求めた。

〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕 Gは売買契約の解除の影響を受ける。形式的には、KVの関係はVの瑕疵担保責任に限定され、KのFに対する義務は消費貸借契約に基づくものとして別個に形成される。しかし、経済的にみれば、独立した契約というものは問題とはならな

い。

K V間の売買契約と、K F間の消費貸借契約は、一体的取引としてまとめられるように結びついている。そして経済的には、割賦金は売買代金以外のなものでもない。履行条件から派生するFの債権の独立性と、売買取引からの遊離は、したがって、取引の原則的形態に矛盾する。また他方において、履行条件の事実的形態にも矛盾する。すなわち、売買申込はVによってのみ受領される。他方、貸付申込は、契約書によれば、Fが受領したことになる。しかし実際上、貸金債権の発生は、Vによる売買申込の承諾にその基礎を有する。したがってVは、貸金債権の発生に決定的に関与したことになる。履行条件には、Kの遅滞に基づき、解除・減価あるいは損害賠償を主張した場合の規定を欠いている。そしてこの場合、Kが権利を主張するときにFの同意が必要であるということとはなんら定まっていはいない。

取引のこのような性質、そして二重の性格に帰因する困難性から、両契約の法的独立の原則を超越して、買主の保護という結果を導びくべきである。したがって、Gによって主張されたKの義務は否定されるべきである。

本件においては、Vはラジオを引渡した後すぐに他へ売却する

らといって取り戻し、契約の解除に合意したのである。Kは、売買契約解除の時点でなおVの手元にあった貸付申込書がFに呈示されることはないであろうし、少なくとも、Fに解除が伝えられるであろうということを期待しうるのである。取引の二重の性格および取引条件の欠陥から生ずる不明確性をKの責任に転嫁することはできない。

合意による売買契約の解除は、K F間の消費貸借契約の存続を阻害する。Fはこの抗弁の対抗を受けねばならない。GはFが貸金債権の担保のためにラジオの所有権を留保していたこと、およびKが担保物を故意にもしくは過失的に侵害したということにより、己の主張を正当化することはできない。

判例(33) LG Essen Dkt. v. 6. 11. 1933

〔事実〕 KはVからラジオを購入した。金融のため、Fとの間に消費貸借契約を結んだ。Kが割賦金を支払えなくなったので、V、K、Pの三者の合意で、ラジオをPに譲渡することになった。Pはラジオの引渡を受けたにも拘らず、代金を支払わなかった。Fは保証人Gから支払を受け、Kに対する債権をGに譲渡した。GがKに対して貸金返還請求。

〔判旨〕 認容

〔判決理由〕 本件における唯一の問題は、Kが述べるように、そもそも合意によって売買契約が解除された場合、この解除がKをFに対する義務から解放する効力を有するか否かということである。前審では、消費貸借契約は売買契約と経済的に一体を形成し、その運命を共にするものであるとして、この間が肯定された。しかしまさしく両契約の緊密な関係は、取引になんらかの変更を加える場合には、あらゆる関与者の参加を要求する。このような変更が売買契約の当事者のみによってはなされないということは、次の契約条件から明白である。「Vは売買代金債権が問題となる限り、契約関係から離脱する。VはFが担保権を有するラジオに関しては処分権を有しない。Vは、Fの同意なくして、交換以外の目的でラジオを取り戻すことは許されない。」

契約条件のこの定めは無効ではない。(これについて説明が加えられている。)

本件で問題となっているのは、解除の効果をANDGと調和させることではなく、解除そのものが有効か否かを決定することである。この間に対しては、否と答えなければならぬ。なぜなら、契約条件から明らかのように、解除するためにはFの参加が要求されているにかかわらず、それが欠けていたからである。ラジオがVに返還されたという事実からも解除が有効になされたとはい

えない。これにもFの同意が必要であったからである。

もちろん、FのKに対する債権の譲受人であるGは、彼とVの間に緊密なる関係——それは、KがVをGの代理人とみることが正当とされる関係である——が存した場合は結論を異にしよう。解除の合意はFに対してではなく、Gに対しては有効となる。しかし、Kは、V G間にそのような関係がある旨を述べなかつたし、この種の取引が一般的にこの場合に該当するということとはできない。

したがって、Kにはなお義務が残存している。KがラジオをPに譲渡することは不可能ではない。Pの支払無能力は、売買契約・消費貸借契約によって発生したKの義務を消滅させない。すなわち、Fの同意がないのであるから、V K Pの三者間でなされた合意は無効である。

次にあげる判例は、V Kが明白な合意によって売買契約を解除したのではないが、Kによる目的物のVへの返還につき、Vが異議を述べなかつたということで、合意があったものと擬制してここに紹介する。

判例 81 LG Siegen Urt. v. 12. 12. 1955<sup>(24)</sup>

〔事実〕 Kは卸売商Gから、Hの製作による冷蔵庫を購入し

た。売買契約がなされたのと同一の書類でKが消費貸借契約を結び、Kの貸金債務につきGとHが連帯保証人となった。GがFから貸金の払渡を受け、冷蔵庫の引渡がなされた後、Kは引渡された冷蔵庫が注文の品と違うというを理由に交換を要求した。Gがそれに応じなかったのでKは割賦金支払を中止し、冷蔵庫をGに対して返還した。その間にFは保証人Hから弁済を受け、Hは、Fから譲り受けた債権に基づきKに貸金返還を求めた。

## 〔判旨〕 棄却

〔判決理由〕 (まず述べる。Hは連帯保証を理由としてFから請求を受け、FがKに対して有する権利を譲渡された。しかしFは本来的に、Kに対する債権を主張しえなかったのである)

売買契約と消費貸借契約は経済的に連関し一体を形成する。なるほど両契約は法的に独立しているが、互いに緊密なる経済的関係にある。この種の契約の場合、売主と金融会社が買主に代金の分割払による商品取得を可能にするために結びついている。買主は、通常、締結した契約とその法的効果を完全に理解しうる地位にはない。彼にとっては、商品を手することと代金を割賦で支払うことしか念頭にはないのである。なるほど通常の場合には売主自身が分割払を認めることによって買主に信用を与える。

しかし買主の地位は、与信者が売主以外の第三者である場合でもこれと同様なのである。買主は通常、新しい契約——消費貸借契約——を結ぶことを明白に理解してはいない。与信者が売主自身であろうと第三者たる金融会社であろうと、買主の経済的地位は同じなのである。したがって、売買契約と消費貸借契約が、互いに遊離したもの、独立したものとみられるべきではなく、一体として処理されなければならない。

本件ではそのような契約が問題となっているのである。両契約を一体とみることの正当性は、売買契約と消費貸借契約を法的に分離しえぬ契約がG・K間で結ばれていたことから導びかれる。両契約の緊密な関係は、さらに、Fが売買契約に基づくあらゆる権利を譲渡されており、契約条件9によって割賦金支払がFに対してなされることが定められていたということからも明白である。

結局、書面による合意の中で、売買契約と消費貸借契約が明白に区別されていなかったということが考慮されなければならない。したがって、Kの法的地位はAUSGの規定から明らかであり、それゆえ、売買契約の消滅は、消費貸借契約に基づくKのFに対する支払義務をも消滅させることになる。

売主と買主が売買契約を解除しても、貸金がFからVに払渡されていたら、Fは、貸付条件に基づいてKに貸金返還を求めざるであらう。この場合にKは売買契約の解除の抗弁をもって對抗しうるかという間に答えたのがこの三つの判決である。

判例(29)(3)においては、両契約の緊密なる関係を理由とする買主保護の必要性という側面から抗弁を認めしたが、判例(30)においては、同じく経済的関係を根拠とし、それゆえに売買契約の解除には全関与者の同意が必要であるとしてこの解除の効果を認めず、抗弁の可能性を否定した。しかし、この判決において、Fから債権を譲り受けた卸売商に対しては抗弁が認められる可能性を示唆しているのは注目すべきであり、これに加えられる要素として、GがVの代理人とみられるような外観が存することを挙げている。

この売買契約の解除については、前述した商品不引渡・商品瑕疵抗弁の場合にも、その結果としての解除が問題として現われる余地がある。しかしそこでは、売買契約のみの解除ではなく、全体として——消費貸借契約をも含めて——解除が許されるか否かという視点から問題がとらえられていたものである。ここでは、売買契約の解除そのものの効果に重点があるといえよう。

本章の命題に対する学説の解答は、原則的には否定するのが通説といつてよいだろう。すなわち、前章で述べたように、ABG適用の可否を考ふる基準として重要なウエイトを占めていた金融割賦販売の経済的観察方法なるものは、あくまでも、金融割賦販売が、§ 6 ABGにいう割賦販売にあたるか、そしてABGが適用されるかとの間に答える場合の判断方法であるにとどまり、それ以外の間に対しては、売買契約と消費貸借契約の法的独立性の原則に基づいて論じなければならないとするのである。

しかし、これはあくまでも原則としてであつて、いかなる場合にも、金融会社の買主に対する貸金返還請求を認めなければならないというのではない。以下に、その例外をもたらしう場合を整理してみよう。

(1) VがFから譲り受けた貸金債権をもってKに対しその履行を求める場合。

Vは通常、KのFに対する貸金返還債務につき、連帯債務者又は連帯保証人として責任を負担しているから、Kが、例えば商品の瑕疵を理由に、Fに対する支払を拒むと、FはVに対して支払を求める。Vは、Fとの関係上その支払に應ぜざるを得ない。その結果、FのKに対する債権はVに移転する。(§ 774 Abs. 1 Satz. 1 BGB<sup>(29)</sup>)。Vがこの債権に基づいてKに対してその履行を求める場

合には、KがFに対しては放棄した抗弁権は、K V間で再び問題とならう (§ 774 Abs. 1 Satz. 3 BGB)<sup>(97)</sup>。それゆえ、Kが支払を免れる可能性が生ずるのである。

(2) 契約の内容が不明確である場合。

この不明確性は、VとFが各々独立し、互いに無関係な当事者であることが、Kにとっては十分に明らかでなかったという限りにおいて問題となりうる。そして、Fに対するKの抗弁権の許容性を導びくのは、もっぱら、§ 242 BGBが根拠となる。

しかし、実際に用いられている書類によれば、この不明確性を直ちに導びくことはできないのではないかという疑問が生ずる。

「FとVの、Kに対するいわゆる法的独立性は、もっぱら、契約書において、消費貸借契約と売買契約とを明白に分離していないということから導びかれるのであるけれども、実際に用いられている契約書では、重要な項目については、太字で書かれている、あるいは枠組みなどがなされており、一般的に § 242 BGBによってなされる議論は妥当しないものといわなければならぬ」<sup>(98)</sup>

ところが、契約書の内容と契約成立の事情を考えると、Kに有利な議論もなりたち得る。すなわち、VはFの履行補助者とみなされるのではないかということである。一般的に貸付申込に

関する書類はFからVに交付されており、その事務処理はVに委ねられている。つまり貸付申込に付随するFの責務——例えば、貸主たるFが貸金をVに払渡すのは、商品がKに引渡された後でなければならず、F自らがその引渡の有無を調査する義務を有している——は、すべてVが行なっている。従ってVはFの履行補助者であり、Fは § 278 BGBにより、Vの行為について責任を負うのである。<sup>(99)</sup>

(3) 売買契約が効力を失なった場合。

この場合に、§ 399 BGBによって、消費貸借契約をも無効とすることはできない。すなわち、売買契約と消費貸借契約が、経済的には一体とみうる法律行為と評価しえても、法的には、一体的法律行為とみることはできないからである。<sup>(100)</sup>

そこで、売買契約が効力を失なった場合には、取引の基礎が崩壊したとし、不当利得の規定によってKを保護しようとする試みもみられる。しかしながら、これにはあまり意味がない。すなわち、目的の不到達は、Fに利得が存するときのみ、しかもその範囲内でのみ、Fの貸金返還請求に対抗することを容認するにすぎない。しかしながら、実際には貸金は既にVに払渡されているのだから、Fに利得が存する場合というのは、非常に稀なことなのである。<sup>(101)</sup>

これに対し、Mollers は、ストレートに §139 BGB の適用を主張し、K の F に対する抗弁を認めよという。「両契約は、一方なくして他方もありえないという具合に密接に結びついている。売買契約の成立と商品の引渡は、貸付申込を承諾する要件である。逆に、K には、F が貸付申込を承諾しなかった場合には売買契約を解除する権利が留保されている。一方の契約の運命は、他方の契約の存続にかかっている。売買契約が何らかの理由で無効であったり、有効に取消された場合には、消費貸借契約はその存在の基礎を失なうことにならう」<sup>(13)</sup>。

売買契約上の抗弁を、買主が金融会社に対して主張しうるかという問題を一般的に肯定する学説は、ABG の適用性を考える際の基準となった経済的観察方法をとる。すなわち、具体的な生活関係を考慮すれば、保護を必要とするのは、やはり買主であり、その買主の保護を図るためには、問題となっている売買契約上の抗弁を金融会社に対しても主張することを認めなければならぬ。その意味で、ABG の根本思想がこの BGB 上の問題にも入りこんでいるわけである。そしてこの考え方は実体的には、最終的に、一般条項たる §242 BGB に包摂される<sup>(14)</sup>。

注

- (1) MDR 1951, 675
- (2) 判例(2)
- (3) MDR 1955, 356
- (4) MDR 1955, 356
- (5) MDR 1956, 597
- (6) MDR 1956, 292
- (7) §138 Abs. 1 BGB 善良の風俗に反する法律行為は無効とする。
- (8) §139 BGB 法律行為の一部が無効である場合には、その全部が無効とする。但し、その無効な部分がなくとも法律行為をなしたと認められる場合は、この限りではない。
- (9) §123 BGB (1項) 詐欺又は不法な強迫によって意思表示を決定したる者は、その意思表示を取消すことを得。  
(II項) ある人に対する意思表示につき第三者が詐欺を行なったときは、相手方が詐欺を知り又は知ることを得べかりし場合に限りその意思表示を取消すことを得。
- (10) BGHZ 20, 36
- (11) MDR 1957, 161
- (12) §142 Abs. 1 BGB 取消し得べき法律行為を取消したるときは、初めから無効なりしものとみなす。
- (13) MDR 1957, 359
- (14) MDR 1958, 96
- (15) MDR 1958, 33

- (16) MDR 1958, 840  
 (17) BGHZ 33, 293  
 (18) § 278 BGB 債務者はその法定代理人及び債務の履行のために使用したる者の過失につき、自己の過失における同一の範囲においてその責に任ず。  
 (19) § 276 BGB 債務者は別段の定めなき限り故意及び過失につきその責に任ず。取引上必要なる注意を怠りたる者は過失ありたるものとす。  
 (20) § 254 BGB 損害の発生につき被害者に過失ありたる時は賠償の義務及び範囲は、その時の事情、殊に損害が主としていずれの当事者により発生したるかを斟酌してこれを定む。  
 (21) BGHZ 47, 207; NJW 1967, 1022  
 (22) BGHZ 47, 217; NJW 1967, 1025  
 (23) BGHZ 47, 233; NJW 1967, 1028  
 (24) MDR 1954, 610  
 (25) MDR 1955, 477  
 (26) MDR 1956, 293  
 (27) BGHZ 22, 90; MDR 1957, 347  
 (28) BGHZ 37, 94  
 (29) § 242 BGB 債務者は誠実にかつ取引上の慣習にしたがって給付をなす義務を負ふ。  
 (30) § 464 BGB 買主が瑕疵を知りて瑕疵あるものを受領し

たときは、受領の際、瑕疵に基づく権利を留保した場合に限ってその請求をなすことができる。

- (31) BGHZ 47, 224; NJW 1967, 1026  
 (32) MDR 1953, 744  
 (33) MDR 1954, 416  
 (34) MDR 1956, 292  
 (35) Busch, Hat der Käufer Einreden aus dem i. Vbdg. mit einem Finanzierungsgeschäft abgeschlossenen Kaufvertrag gegenüber dem Finanzierungsinstitut? MDR 1952, 210  
 (36) § 774 Abs. 1 Satz. 1 保証人が債権者に弁済した限度において主たる債務者に対する債権は保証人に移転する。  
 (37) § 774 Abs. 1 Satz. 3 主たる債務者と保証人との間に成立した法律関係に基づき主たる債務者の有する抗弁権はこれによって影響を受けない。  
 (38) Critolli-Ostler, Abzahlungsgesetz 5. Aufl. S. 350  
 (39) Möllers, Probleme zum Kundenfinanzierungsvertrag(3), NJW 1955, 1422 (1423).; Crisolli-Ostler, aaO  
 (40) Möllers, Probleme zum Kundenfinanzierungsvertrag(5), NJW 1958, 207 (209).  
 (41) Crisolli-Ostler, aaO S. 351; Donau, Probleme zum Kundenfinanzierungsvertrag, NJW 1955, 1666.; Meyer, Abzahlungsgeschäft und Einanzierungsinstitut, MDR 1958, 79.

- (42) Crisoli-Oster, aaO S. 352  
 (43) Möllers, Probleme zum Kundenfinanzierungsvertrag(3), NJW 1955, 1421 (1423)  
 (44) Pefermann, Abzahlungsgefähre mit Zwischenfinanzierung, Rpfleger 1955, 148 (151).

あとがき

以上、西ドイツにおいて発展を続けている金融割賦販売から生ずる問題、特に金融を与える主体として、割賦金融会社が介在する際に生ずる問題の裁判所による解決方法の紹介を試みた。以上の結果をみると、争点は、①売買契約と消費貸借契約の関係について、法的独立説(Trennungstheorie)をとるか、あるいは経済的一体説(Einheitstheorie)をとるか ②法的独立説をとった場合に買主を保護する方法はあるか、の二点であった。そして、判例上のおおよその傾向をさぐると、法的独立説をとりながらも、具体的事案においては、買主を保護する方向で問題の解決を図っていることが明らかになったと思われる。

この買主を保護しようとする試みは、一九六九・九・一のAbzGの一部改正という形で、立法的に実現された。ここでは、この改

正点について触れておきたい。改正点は二つある。一つはあらゆる割賦販売に際し買主の意思表示は必ず書面によることを要求したことであり、他の一つは、買主の訴訟上の地位の改善ということである。後者の内容は、割賦販売をめぐる訴については、買主の住所地の裁判所が専属的に管轄裁判所となるということであり、これにより、それまでのように、売主側が予め約款で自己に有利な裁判所を指定することが不可能となったわけである (§6a Abs. 1 AbzG)。

第一点についてであるが、改正法は、「契約締結に向けられた買主の意思表示は書面によることを要す。書面には特に、現金価格、割賦販売価格、割賦金の額・回数・支払日が記載されなければならぬ」 (§1a Abs. 1) と規定した。この改正以前においても、もちろん、大部分は書面をもってなされていたけれどもそれが要求されていたわけではなかった。

「売主は買主に書面の謄本を交付しなければならない」 (§1a Abs. 2)。この趣旨は、買主が自己の引受けた義務を明白に認識しうるようにするためと、後に紛争が生じたときに有利な証拠となるというにある。

「買主の意思表示が一項の要件を満たさない場合には、契約は、売買目的物が買主に引渡されたときにはじめて成立する。但しこ

の場合には、買主の債務は現金価格の額においてのみ理由あるものとする」(Sia Abs. 3)。書面の要求が満たされない場合のサンクションとしては、取引を無効とするか、あるいは、現金価格についてのみ買主が債務を負担するか二つの可能性が考えられたが、結局、後者の解決法をとった。これが両者の利益に最もよく合致するからであろう。

以上で本稿を終えるが、Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsbereignung, Band W の刊行が遅れているため、これを参照しえなかったことをつけ加えておく。