



Title	ローン提携販売の法的構造に関する一考察（3）
Author(s)	千葉, 恵美子; CHIBA, Emiko
Citation	北大法学論集, 34(3-4), 111-176
Issue Date	1984-03-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16441
Type	departmental bulletin paper
File Information	34(3-4)_p111-176.pdf



ローン提携販売の法的構造に関する一考察(三)

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(以上第三〇卷第二号)
- 第二章 西ドイツにおける *finanziertcr 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(以上第三〇卷第三号)
- 五 判例理論の趨勢——補遺
- (一) 判例理論の発展とその方向
- (二) いわゆる抗弁の直接行使 (*Einwendungsdurchgriff*) をめぐる新たな動き

(三) 金融機関に対する請求権の直接行使 (Forderungsdurchgriff) は可能か

(四) 一九七九年連邦政府草案 (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

五 判例理論の趨勢——補遺*

(一) 判例理論の発展とその方向

(1) はじめに

一九六〇年代末を判例理論の認知の時代と呼ぶなら、一九七〇年代末は判例理論の熟成の時代と呼ぶべきであろうか。前述した BGH の判例理論における三つの法律構成——第一に、販売業者の詐欺行為が介在しているにもかかわらず、それを金融機関本人による詐欺として、金銭消費貸借契約の取消を認容する構成、第二に、金融機関は顧客に対して取引から生じる可能性のある危険につき明示すべき義務があるとする構成、第三に、売買契約上、顧客が販売業者に対して主張しえは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(第二章二参照)——は、それぞれ幾つかの特筆すべき変容をさらにとげている。もっとも、その発展の方向は必ずしも一様ではな
い。売買契約に障害事由が発生した場合における消費貸借契約の効力如何という問題を解決するための判断枠組という

観点から考察するならば、以下に述べるように、第三の構成に比べて、第一の構成はその有用性の後退を指摘しなければならぬであろう。

そこで、本節では、第一及び第二の構成については BGH 判例の最近の動向に簡単に言及することとし (一) (2)・(3)、第三の構成、すなわち、いわゆる抗弁の直接行使 (Einwendungsdurchgriff) の法理とそこから波及した請求権の直接行使 (Forderungsdurchgriff) の問題を中心に、現在における西ドイツの判例理論の到達点を解明したいと考える (二)・(三)。加えて、結局廃案になったとは言え、判例理論に依拠したとされる一九七九年連邦政府草案 (Entwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge) を批判的に分析することによって、西ドイツの判例理論が我々にいかなる示唆を与えているかを示すことにしよう (四)。

(2) 契約締結に関与した第三者の詐欺と金銭消費貸借契約の取消可能性
金融機関以外の他人の詐欺によって顧客が消費貸借契約を締結するに至った場合には、「第三者」による詐欺として、金融機関が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、顧客は消費貸借契約を取消することができないのである (s123 Abs. 2 BGB)。すでに前述したように (第二章二(一))、BGH は、これまで、§123 Abs. 2 BGB の意味における第三者か否かの判断基準を、消費貸借契約の契約交渉を販売業者が行なったために、顧客が、売主と貸主が同一の主体であるという印象を、あるいは、販売業者が金融機関の信頼する人物 (Vertrauensperson) であるという印象を受けたかどうか、という点に求め、仮に、右に述べた印象を顧客が受けた場合には、販売業者の詐欺行為であっても、本人、すなわち、金融機関の詐欺と同視しうると解してきた。

ところが、最近、BGH は、金融機関が積極的に他人に金銭消費貸借契約の締結に関する交渉を行なわせていたわけではなかった事案において、他人の詐欺行為を金融機関本人の詐欺と同視しうると判示した (12) BGH 1978. 7. 6;

NJW 1978, 2144 = WM 1978, 1154 = MDR 1979, 35)。〔21〕判決の事案では、事実上、すべての契約、すなわち、ポリ袋の製造契約及びその加工に必要な機械の売買契約並びに消費貸借契約に関する契約締結交渉を販売業者の代理人のみが行なっていた。しかしながら、金融機関は販売業者及びその代理人に、消費貸借契約の締結に関する交渉を委任してはいなかった。金融機関は、ただ他人が自己の契約書式を利用することを承認ないし放置していたにすぎない。従って、従来の判断基準に依れば、金融機関が契約交渉を行なう際に他人を利用することによって、売主と貸主が一体であるという印象、あるいは、契約締結にあたった者が金融機関の信頼する人物であるという印象を作出したとは言えないはずである。しかしながら、BGHは、次のように判示している。「契約交渉上の代理人が一人登場し、あらゆる契約書が同時に交付され、借入金と売買代金が一致することによって……被告（顧客）らは、売主と貸主が一体となって対峙している一体的な取引を締結した、という印象を受けるはずである。原告（金融機関）は被告らの借入申込みに承諾する際に、その貸付が商品の入手のために行なわれることを知っていた。それによって、客観的にみれば、原告はM会社（販売業者）——両者の共通する交渉代理人（販売業者の代理人であり、かつ、金融機関と恒常的に共同事業を行なっていたW会社のために事実上活動していた者）を介して——と製造契約（Produktionsvertrag）及び本件機械の売買契約並びに消費貸借契約の締結の際に協力していたし、売買代金の支払いのために貸付を行なっていた」⁴³（括弧内は筆者補充）。すなわち、「12」判決は、自己の契約書が販売業者の代理人によって利用されるのを金融機関が放置したことによって、客観的に見れば、あたかも販売業者と協力しているという外観を惹起した点に、販売業者及びその代理人の詐欺行為を金融機関本人の詐欺と解する根拠を求めているものと解される。

さらに、BGHは、販売業者と金融機関の間に介在した独立した信用仲立人（Kreditermittler）が、彼と共同事業を行なっている売主による詐欺を売買契約締結後に知ったにもかかわらず、これを利用して、事実上、金融機関の交渉

補助者として消費貸借契約の締結交渉を行なった場合に、信用仲立人もまた、§123 Abs. 2 BGB の意味における第三者ではないと解した〔3〕BGH 1979, 2, 8; NJW 1979, 1963 = WM 1979, 429 = MDR 1979, 560〕。〔2〕判決と比較するならば、〔13〕判決は、製造契約及び機械の売買契約の締結の際に同時に消費貸借契約が締結されたのではなく、また、消費貸借契約と製造契約及び機械の売買契約が同一人物によって仲介されていない点で事案を異にする⁴⁴。しかしながら、BGH は金融機関の意思によって信用仲立人が事実上消費貸借契約の締結交渉に介入していた点——交渉の事実上の委任——が重要であるとして、次のように判示している。「原告(金融機関)は、これらの者(信用仲立人)が、銀行の名で家内労働に勧誘された被告(顧客)の信用契約を用意するために、原告の契約書式を利用することができるということを認めていた、あるいは、いずれにせよ原告はそれを妨げなかった。消費貸借の申込みに承諾することにより、原告は信用仲立人と被告の間の信用条件に関する交渉結果を……審査や再質問をすることなく何らコントロールせずに認めたのであり、また、そのようにして信用仲立人の詐欺行為から具体的な利益を得た。その際、仲立人が契約書式を直接に原告から受け取ったか、あるいは原告が恒常的に共同事業を行なっているG金融会社から受け取ったかは重要でない。……仲立人の出現は……なお原告の危険領域にある」⁴⁵(括弧内は筆者補充)。すなわち、BGH は、信用仲立人が金融機関の借入申込書をG社を介して自由に使用していたにもかかわらず、金融機関がこれを放置し、信用仲立人の詐欺行為によって消費貸借契約の締結という利益を享受している点に、信用仲立人の詐欺によるリスクを金融機関に負担させる根拠を求めている。

確かにいずれの判決においても、BGH は消費貸借契約を締結する際に、顧客が、売主と貸主が同一の主体であるという印象を受けた、あるいは、取引の成立に関与した者が貸主の信頼する人物であるという印象を受けたという点に一応は言及している。しかしながら、第三者(§123 Abs. 2 BGB)か否かを画定する基準として、実際に問題とされてい

るのは、積極的に——たとえば、金融機関が販売業者に消費貸借契約の締結交渉を行なわせた場合——であれ、消極的に——たとえば、「[12]・[13]」判決におけるように他人による契約書の利用を放置した場合——であれ、消費貸借契約を締結する際に、金融機関が直接に詐欺行為を行なった他人を利用して利益を享受したと言えるかという点である。すなわち、いずれの判決においても、詐欺行為を行なった事実上の交渉代理人（[12]）判決においては販売業者の代理人、[13]）判決においては信用仲立人）が金融機関の契約書を自由に使用していたにもかかわらず、金融機関がこれを容認して、消費貸借契約の締結という利益を得ていた点が問題とされているからである。「[12]・[13]」判決が傍論としてではあるが、次のように述べている点からも、BGHは、§123 Abs. 2 BGBにおける「第三者」か否かの判断基準を實際には顧客の主観的印象にもとめてはいないと結論づけることができるのではなからうか。「たとえば、詐欺を行なった者が、意思表示の相手方または信頼する人物でない場合であっても、あるいは、信頼する人物であると見えない場合であっても、利益状況を考慮して公平の観点から、特別の事情に基づき第三者としての資格が否定されるかどうかを判断されねばならない。」⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾

以上から明らかなように、BGHは、一層「第三者」の範囲を厳格に解することによって顧客を救済している。しかし、この法律構成を利用するためには他人の詐欺行為が消費貸借契約自体の成立に関与していなければならない。従って、売買契約に障害事由が発生した場合における消費貸借契約の効力如何という問題を解決するための法律構成としては、限界があることを指摘しなければならないであろう。ただし、BGHは、消費貸借の利用目的が限定されていない貸付（個人信用 Personalkredit）の場合にも、前述した原則が「第三者」か否かの判断基準として採用されると述べている。それ故、§123 Abs. 2 BGBをめぐる判例理論の発展は、「[12]・[13]」判決を通じて、消費者信用取引において、金融機関以外の他人が消費貸借契約を締結する際に詐欺行為を行なった場合に、顧客が契約を取消しうるかという

点について、統一した判断枠組を示唆したものと、むしろ、とらえるべきではなからうか。

(3) 金融機関の明示義務

BGH は「金融割賦販売 (finanzierter Abzahlungskauf) における顧客を保護するために、前述した構成と並んで、次のような法律構成を展開してきた。すなわち、金融機関は、消費貸借契約を締結するにあたって、取引からいかなる危険が生じるかを顧客に明示すべき義務があり、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、損害賠償義務のひとつの方法として原状回復義務——すなわち、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借入金の返済をする必要がない——を金融機関に負担させる、もうひとつの構成である (本章二(二)参照)。

最近の判例においても、BGH は金融機関が明示義務を履行したか否かを確かななお問題としてはいるが、その際、重要な判断基準となっているのは、いかなる明示をしたかという点ではなくて、むしろ、いかなる方法でいつ明示したかという点である。たとえば、BGH は、借入申込書の裏面に小さく印刷された約款⁽⁴⁹⁾や支払委託書⁽⁵¹⁾に挿入されている明示条項を取引から生じる危険が適切な方法で明示されているとは言えないと解し、また、借入申込み後の受領確認書⁽⁵²⁾における明示をリスクが顕在化した後の、時期に遅れた明示であるとして、明示義務を履行したとする金融機関の主張を退けている。つまり、BGH は、顧客が契約書を読んで、通常、取引から生じる危険が明示されていると予想しうる場所——たとえば貸付申込書の本文のよく見える場所——に、しかも、顧客が取引を行なうべきか否かを自由に選択できる時期に明示しなければならぬと解して、金融機関の明示義務違反を認定したのである。

BGH が、明示義務を消費貸借契約を締結する際に、信義則に基づいて求められる一種の注意義務であると解している以上、顧客の救済を図るために明示内容の程度を高めるとしても、当然、金融機関に要求しうる限界があることは明

らかである。すでにこの点は、BGH判決の認めるところでもある（[10]判決参照）。そこで、BGHは、すでに行き詰まった明示内容の高度化という手法によってではなく、明示方法と明示時期を厳格に解することによって、なお、金融機関による明示義務の不履行を理由として顧客を救済しようとする構成を維持しようと努めたものと考えられる。しかしながら、このようなBGH判決の動きは、裏を返せば、判例が要求する明示内容を判例の要求する方法と時期に金融機関が明示する以上、顧客は救済されないということに他ならない。従って、すでに指摘したように（本章四(二)、このような構成は、第一の構成に比べ、売買契約上のすべての障害事由を射程に入れることができるとしても、金融機関が取引から生じる危険を明示していなかった時代とは異なり、売買契約上に障害事由が発生した場合に金融機関の貸金返還請求を封じる手段としては、今日、もはや、有用性を失ったと言わなければならない。

明示義務をめぐるBGH判決の動向として、むしろ、注目すべきであると思われるのは、判例上、与信者に一定の明示義務があると解される取引形態が拡大している点である。これまで、判例は、金融機関は消費貸借契約の締結にあたって、経済的に一体的な取引を法律上二つの契約に分離することによって生じる危険について顧客に明示しなければならぬと解してきたのであるから、そこでは、金融割賦販売の存在が前提とされていたものと考えられる。ところが、BGHは、最近、貸付金の利用目的が限定されていない貸付の際にも、金融割賦販売のように、取引から生じる危険を誰がいかなる程度で負担するかという点について顧客に錯誤が生じる虞れがある場合には、契約上、与信者に右の点につき明示すべき義務があると述べている。確かに、BGHは、明示義務の内容と範囲が消費貸借の種類及び借主に対する明示と保護の必要によって左右されると解しているから、消費貸借の利用に伴うあらゆるリスクについて明示すべき義務を与信者に一般的に負わせたわけではないと考えられる。⁵³しかしながら、与信者に一定の明示義務を負担させることは、顧客と与信者の間の取引情報及び法律知識に関する不平等を改善するために有益であることは疑いない。金融割

賦販売以外の消費者信用取引、とりわけ、利用目的が限定されていない信用供与の場合においても、取引から生じる危険の明示と与信者に求めた点で、明示義務に関する判例理論もまた新たな発展の方向を見い出していると言えるのではなからうか。⁵⁹⁾

(二) いわゆる抗弁の直接行使 (Einwendungsdurchgriff) をめぐる新たな動き

(1) いわゆる抗弁の直接行使の法理は、売買契約の成立上のみならず、履行上に障害事由が発生している場合にも、等しく、金融機関の貸金返還請求に対して、顧客に賦払金の履行拒絶権を与えることになるから、顧客にとっては、最も有効な防禦手段であることは疑いない。以下では、抗弁の直接行使をめぐるBGH判例の新たな動きを次の二点に絞って考察する。まず第一に、判例上いかなる要件の下で金融機関の貸金返還請求に対して、顧客に売買契約に基づく抗弁の主張が認容されているのか(②要件論)、第二に、金融機関は、いわゆる抗弁切断条項によって、顧客による抗弁の直接行使を予め回避できるのか(③抗弁切断条項と普通取引約款規制法)を検討することしよう。以上の二点の検討を通じて、前述した二つの構成に比べ、抗弁の直接行使の法理が、売買契約上に障害事由が発生した場合における消費貸借契約の効力如何という問題を解決する枠組として、より有効であることが、明らかにされると考えられるからである。

(2) 要件論

従来、BGHは、経済上一体的な取引を法律上は独立している売買契約と消費貸借契約に分離することによって、二つの契約に分離されない場合よりも顧客をより悪い地位に置いてはならない、という指導原理をうちたて、次の要件を充たす場合に、金融機関による貸金返還請求は信義則 (§242 BGB) に反する不当な権利行使にあたるとして、金融機関に対しても売買契約に基づく顧客の抗弁の主張を認容してきた(いわゆる抗弁の直接行使 Einwendungsdurchgriff)。

すなわち、第一に、顧客が商業登記簿上の商人でないこと（§8 AbzG の類推適用）、第二に、売買契約と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印象が顧客に生じたこと、第三に、販売業者が倒産等のために支払能力がないということを顧客が立証していること（いわゆる補充性 Subsidiarität の原則）⁽⁹⁷⁾以上、三つの要件である。すでに言及したように（本章四(三)）、「10」判決を契機としていわゆる補充性の原則が強調されるに及んで、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、BGH は顧客の抗弁の直接行使を拒否したのではないかと考えられてきた。前述した要件のうち、第一の要件は後述するように（本章五(四)(c)）、人的適用範囲に関連するもので、以下では、第二及び第三の要件をめぐる最近の BGH 判決を分析し、抗弁の直接行使を認容する判例理論が、売買契約上に障害事由が発生している場合において一般的な紛争解決基準として機能しうるか、という視点から検討を加えてみることにしよう。

(a) 要件論その一——いわゆる補充性の原則の限界。この原則を緩和した判決として、まず次の判決を取り上げることにする。

[14] BGH 1979. 1. 18; NJW 1979, 2194 = WM 1979, 489

〔事実〕原告（金融機関 X）は被告（顧客 Y）に中古車の残売買代金の支払いのために 3035 DM を融資し、中古車の所有権は X へ移転された。ところが、自動車業者 B より購入された本件中古車には、修理の必要があることが判明し、本件中古車は TÜV の検査証明書の授与後一年して回収された。それ故、Y は B に対してすでに支払った売買代金 700 DM の返還を求めて訴を提起したが、控訴審で締結された和解によって訴訟は終了した。和解は、B が修理費用を支払い、TÜV でチェックされた状態において本件中古車を Y に引渡し、Y は前述した訴訟上の請求を放棄するという内容であった。しかしながら、Y・B 間の訴訟上の和解は実行されなかった。他方、Y は X に賦払金の返済をしなかったので、X が貸付金全額等の返還を求めて提起したのが本件

訴訟である。LG・OLGともに請求認容。Y上告。

〔理由〕 破棄差戻。(本件では、売買契約締結後一八か月を経過してB・Y間に締結された訴訟上の和解を売買契約の履行と同視できるかが問題となった。BGHは、和解によって、当初の売買契約が破棄ないし他の売買契約によって交替させられたわけではなく、確認ないし補充されたにすぎないと解し、Bが必要な履行行為を拒絶している限り、経済上一体的な取引を二つの法律上独立した契約へ分割することによる危険は、Yに顕在化している、と判示した。さらに、経済上、Bが瑕疵担保上の責任を履行できないという点を証明しなかったとして、YにXに対する抗弁の直接行使を認めなかった控訴審に反対して、BGHは次のように述べた。) 売主に対する権利行使が不可能である場合だけでなく、それが期待できない場合にも、YはXの貸金返還請求に対して、売買契約に基づく抗弁を主張することができる。金融割賦販売 (finanzieller Abzahlungskauf) の場合に、買主が売主に売買代金を支払うことによって負担する危険は、買主が売主に対してなお瑕疵担保上の請求権あるいは損害賠償請求権を期待できる方法で (in zumutbarer Weise) 行使できるならば、銀行へ転嫁されない。しかしながら、その満足がしかるべき近い時期に (in angemessener, absehbarer Zeit) 達成されない場合には、売主に対して履行請求権、瑕疵担保上の権利あるいは損害賠償請求権を行使するよう買主に無理に要求することはできない。

〔14〕判決は確かに補充性の原則という枠組を踏襲してはいるが、買主の売主に対する権利行使が不可能な場合だけでなく、それが可能であっても「期待できない場合」には、貸主に対する抗弁の直接行使が許されると解しているから、従来の補充性の原則を緩和したものと考えられる。しかも、〔14〕判決は、買主が売主に対して履行請求権、瑕疵担保上の権利あるいは損害賠償請求権を行使しても、しかるべき近い時期に (in angemessener, absehbarer Zeit) その満足を得ることができなければ、売主による権利実現はもはや期待できないと判示している。⁽⁸⁾それ故、顧客は、売買契約上の抗弁を金融機関に対して主張するために、販売業者の経済状態が悪化しているという点を具体的に立証する必要がなくなつたと言えよう。この点で、〔14〕判決は、瑕疵担保責任を販売業者に追求できないという証明がないとし

て、顧客の金融機関に対する物的瑕疵の抗弁を許さなかった〔10〕判決を修正したものと考えられる。

ただ、〔14〕判決においても、売主に対する権利行使の事実とその実現が期待できないという点についての立証責任は顧客にあるものと解されている。確かに、本件では、顧客が売買の目的物の瑕疵を理由として、売主に支払済みの代金返還請求訴訟を提起した後に、売買契約の解除を思いとどまって訴訟上の和解に依っており、それにもかかわらず、なお売主は和解内容を履行しなかったのであるから、売主に対して権利行使したとしても、もはやその実現は期待できないという点の立証は容易であったと思われる。しかしながら、訴訟外で売買契約上の権利を行使したが、売主がこれに応じなかったという場合に、BGH が直ちに金融機関に対する売買契約上の抗弁の主張を顧客に許すかどうかはなお明らかではない。従って、今後、抗弁の直接行使が認容されるかどうかは、顧客の売主に対する権利の行使とその実現可能性という点をめぐる判決の具体的判断の蓄積を待つしかないと言えよう。⁽⁵⁹⁾

ところで、〔14〕判決のように瑕疵担保責任が履行されなかったのではなくて、売買契約が無効になったり、取消された場合にも、補充性の原則の緩和傾向、従って、抗弁の直接行使の法理が許容される範囲の拡大傾向がみられるであろうか。

BGH は後述する〔81〕判決 (BGH 1980. 2. 7; NJW 1980, 1155 = WM 1980, 327) において、次のように判示している。売主に対して権利行使が期待できないという要件は「売買契約の部分が、詐欺を理由として取消される場合、あるいは、……良俗違反を理由として無効である事件においても……肯定されねばならなかった。……経済的に一体的な割賦取引の売買契約の部分が無効である場合、少なくとも、銀行の信頼できる人物とみられる売主の暴利行為 (Über-vorteilung) を理由として、売買契約が無効とされる場合には、まず、売主に対して売買契約の不当利得法上の清算を
実施し、それまでは銀行へ借入金返済しなければならぬ」と借主に要求することはできない。買主すなわち借主が、

存在する契約に基づいて、期待可能な方法で、売主に対する契約の履行請求権、瑕疵担保上の権利あるいは損害賠償請求権を実現することができる場合には、売主に対する権利を優先的に行使させることは、適当な利益調整に役だつ。……しかし、このような考え方は、消費貸借契約と結びついている売買契約が無効である場合にはあてはまらない。⁽⁵⁰⁾

右の判決からすると、売買契約が無効である場合にも一応、前述した「緩和された」補充性の原則が採用されたものと解される。しかしながら、BGHは、同時に、少なくとも売主による暴利行為を理由として売買契約が無効となる(\$138 BGB)場合には、買主は売主に対して不当利得返還請求権を行使することなく、金融機関に賦払金の返済を中止することができる⁽⁵¹⁾と判示している。従って、「18」判決の事案に関する限り、BGHは、暴利行為を理由として売買契約が無効とされる点だけで、直ちに「買主の売主に対する権利行使が期待できない」という要件が充足されると解したものと考えられる。それ故、ここでは「緩和された」補充性の要件が充足されたというよりは、むしろ、事実上放棄されていると言えるのではなからうか。現在の判例の立場から推察するならば、今後、顧客が売買契約に基づく抗弁を金融機関に主張する場合に、売主に対する権利行使が期待できないという点についての立証が求められるのは、売買契約を解消せずに顧客が売買契約上の履行請求権あるいは瑕疵担保上の権利、損害賠償請求権を行使する事案に限定されるのではないかと考えられる。⁽⁵²⁾

以上から明らかなように、顧客の救済範囲を限定する機能を果たしてきた補充性の原則は、判例上、要件からしだいに後退することを余儀なくされ、抗弁の直接行使の法理は売買契約上に障害事由が発生している場合における一般的な紛争解決基準としての性格をもつ傾向にあると言えるように思われる(後述本章五(四)(a)参照)。従って、以下に述べるように、二つの契約が経済的に一体であるといえるかどうかという点が抗弁の直接行使の要件としてより重要となる。

(b) 要件論その二——二つの契約の経済的一体性をめぐって。BGHが、契約の相対的効力を前提としながら、金融

機関に対する抗弁の直接行使 (Einwendungsdurchgriff) を導く中核的要件は「売買契約と消費貸借契約の密接な経済的關係」と「金融機関と販売業者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」に集約される。現在も BGH は基本的には、右の判断枠組を踏襲しているものと考えられる。すなわち、一方の契約が締結されることなくして他方の契約もまた締結されないという程度に結びついている点と同時に、顧客には、金融機関と販売業者が共同して契約の相手方として対峙しているように見えたという点が問題とされているからである(たとえば、BGH 1979. 6. 21; NJW 1979. 2511 = WM 1979. 1180. BGH 1979. 12. 6; NJW 1980. 938 = WM 1980. 159. BGH 1982. 3. 25; NJW 1982. 1694.)⁽⁶³⁾。

ところが、近年、これまで売買契約と消費貸借契約の密接な結合を示す徴憑として判例が指摘してきた事実——たとえば、二つの契約が一体となった契約書式あるいは販売業者への借入申込書等の引渡と販売業者による貸付の仲介、金融機関と販売業者間の継続的取引提携あるいは基本契約の存在、金融機関に対する売買の目的物の譲渡担保、販売業者に対する借入金金の直接の支払い、顧客の借入金返済義務に関する販売業者の保証等——のうち、いずれかを欠く取引現象が表われている⁽⁶⁴⁾。これに対して、BGH は次の場合にも二つの契約が内部的に結びついていることを否定することはできないと解している。販売業者と金融機関の間に継続的取引関係が存在しない場合⁽⁶⁵⁾、売買契約上、融資に関する指摘を欠いている、ないしは、消費貸借契約上、売買契約・売主等に関する指摘がない場合、売買の目的物が金融機関に担保のために譲渡されていない場合、販売業者が連帯債務者となっていない場合、借入金金の受領権限が与えられた信用仲立人が介在している場合⁽⁶⁶⁾、金融機関が販売業者に消費貸借契約に関する書式を全く引き渡していない場合、販売業者と金融機関の間に基本契約が存在しない場合⁽⁶⁷⁾である。つまり、二つの契約の密接な結合を認容するためには、これまで判例において例示されてきたすべての間接事実が存在している必要はないというのが、現在の

BGH の考え方である⁽¹⁷⁾。

それでは、翻って、いかなる場合に売買契約と消費貸借契約は、法律上二つの契約に分離されているにもかかわらず、経済上密接に結びついていると言えるのだろうか。このような問題提起に対して、BGH は解答を基本的には回避している。すなわち、二つの契約が内部的に結合しているか否かの判断は、一定の形式的基準の満足とは関係がないとして、一般的な結合要素 (Verbindungselement) の提示を放棄しているからである⁽¹⁸⁾。しかしながら、このような判例の態度は、顧客の金融機関に対する抗弁の直接行使が認容されるための要件を一層不明確にしている。顧客にとっては、いかなる事実を立証すれば、金融機関の貸金返還請求に対して売買契約上の抗弁の主張が許されるのか、他方、金融機関にとっては、いかなる事実があれば、二つの契約の依存関係が排斥され、売買契約に基づく顧客からの抗弁の主張が否定されるのか、予測がたたない。判例の立場を徹底するなら、現実に生起している取引現象を一つ一つ検討しなければ、貸主に対する抗弁の直接行使の可否を決定できないことになるであろう。結局、契約の相対的効力の原則を前提としつつ強調される売買契約と金銭消費貸借契約の密接な結びつきに、いかなる法的意義があるのかが明らかにされなかった点に、判例理論が法的安定性を欠く根本的原因があったのではなからうか。

ただ、判例は、最近、二つの契約の密接な関連性を肯定する際に、次の三点については共通して問題としていわれる⁽¹⁹⁾。第一に、顧客に一定の目的物を取得させるためにのみ貸付が行なわれている点、第二に、二つの契約が前述した目的に奉仕しているといっても、顧客が分割払いによる商品の購入という経済的效果を享受するために、一方で金融機関との間に独力で金銭消費貸借契約を締結し、他方で販売業者との間に売買契約を締結したわけではなく、目的物を購入するにあたって、売主ないし信用仲立人によって指示された信用供与の機会を利用したにすぎないという点、第三に、買主の金融機関に対する支払委託書に基づいて、借入金が信用仲立人を介して売主へ支払われたり、売主の口座へ直接

に振替られる等、買主が借入金を自由に処分することができない点である。以上、三点を総合すると、一定の目的物の取得のためにのみ信用が供与されていることを取引の全当事者——すなわち、金融機関・販売業者・顧客——が認識していたか、あるいは、認識可能であつて、かつ、この企図された売買契約と消費貸借契約のいわば目的結合 (Zweckbindung, Verbindung zwischen Darlehen und Kauf durch die Zielrichtung) を確保するために、買主から借入金に対する自由な処分権が奪われている場合と言えよう。

以上の点のみから、BGH が二つの契約の密接な関連性を肯定しようと考えているかどうかは、なお明らかではないが、このような結合要素が少なくとも売買契約と金銭消費貸借契約の経済的一体性を導く重要な手懸りとなっていることは確かであると思われる。

ところで、BGH 判例は、「売買契約と消費貸借契約の密接な結合と並んで「顧客からは貸主と売主が一体的な当事者であるかのように見えた」という点を金融機関に対する売買契約上の抗弁の主張を顧客に認容するための要件としてきた。そこで、二つの契約に密接な関連性があつても、金融機関と販売業者が一体的な当事者として対峙しているという印象を顧客が受けない場合には、抗弁の直接行使は許されないと解すべきか否かが次に問題となる。

BGH は、抗弁の直接行使を認容するために、当初求めてきた金融機関と販売業者の継続的取引関係の存在という要件を放棄し——もっとも、前述したように、販売業者と金融機関の継続的取引関係の存在が売買契約と消費貸借契約の密接な結合を徴憑する間接事実のひとつであることに変わりはない——、これに代えて、顧客が販売業者と金融機関が一体となつて対峙しているという印象を受けた点を問題とするようになった (〔9〕判決参照)。従つて、BGH は顧客の立証を容易にするために、両当事者間の継続的取引関係という要件を「害にならぬように主観化したもの」と考えられる。それ故、BGH は従来「顧客の印象」という主観的要件を「二つの契約の密接な結合」という、いわば客観的要件

の他に別個に求めていたわけではなかったと言えよう。^分

ところが、最近、BGHはこの点に関連して次のように述べている。「経済的一体性は、目的——手段の関係を越えて、二つの取引が内部的に一方の契約が締結されることなくして他方の契約もまた締結されないという程度に結びついている場合に肯定される。このような画定は、客観的な一定の事情——結合要素——が存在すること……かつ、それによって主観的に借主のところで……売主と貸主が、買主すなわち借主に一体的な契約の相手方として対峙しているという印象が惹起されているということを前提としている。」「……結合要素は、ただ客観的に、売買契約と消費貸借契約の経済的一体性を根拠づけるために十分であるというだけでなく、銀行と販売業者が共同して契約当事者として対峙しているという印象を主観的に被告（顧客）に伝えるのに役だっている。」（括弧内は筆者補充）

要するに、BGHは、売買契約と消費貸借契約の経済的一体性を根拠づけるために、客観的要件として結合要素が存在しているとともに、主観的要件として前述したような印象が顧客に生じていることを要求し、かつ、二つの契約の密接な関連性を認定させる結合要素から、顧客のいわば「誤った印象」が一応推定されるものと考えているのではなからうか。従って、右の判決は、要件を一方で加重しているが、他方で顧客の要件の立証を軽減していると言えよう。右の理解を前提とすれば、顧客が貸主と売主を別の法主体であると認識していたという点を貸主が反証しない限り、顧客は前述した結合要素の存在を立証することによって、抗弁を直接、金融機関に行使用することができることになる。

ところで、顧客は一般に取引経験が浅く法律上の知識が十分でない。それ故、売買契約と消費貸借契約から構成されている金融割賦販売（finanzieller Abzahlungskauf）を割賦販売と同視し、売買代金の支払い先がたまたま金融機関であると考へても無理はない。従って、また、事実の問題としては、二つの契約の間に密接な結合があれば顧客は金融機関と販売業者が一体的当事者であるという印象を受けることが多いと思われる。しかしながら、金融機関は顧客と消

費貸借契約を締結しているだけで、販売業者とともに一体的な契約当事者として顧客と割賦販売契約を締結しているわけではない。従って、何故、顧客が売主と貸主を別の法主体であると認識しえなかったという事実から、売買契約に基づく抗弁を金融機関に対して主張できるといふ効果が導けるのが、判例上説明される必要があったと考えられる（後述本章五四(3)(a)参照⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾）。

結局二つの契約の経済的一体性を根拠づけるために、客観的な事情、すなわち、結合要素と並んで、顧客の主観的な印象を独立した要件として求めた点に、抗弁の直接行使を認定させる要件論の混乱する、もうひとつの原因があったと思われる。

(3) 抗弁切断条項と普通取引約款規制法

すでに前述したように、金融機関による明示義務の不履行を理由として、顧客は賦払金返済義務を免れると解する判例理論が確立するにつれ、金融機関が、BGHによって命じられたように明示義務を履行し、貸金返還請求ができないという危険を回避しようと努めたことは、当然予想された実務の対応であった。ところが、BGHは、取引から生じる危険を契約書において明示するならば、金融機関は明示義務を履行することができると解したから、多くの場合、たとえば「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、また、売買契約が解消された場合でも、顧客は借入金返済しなければならぬ」という文言が、契約書に予め定式化された条件として取り込まれることになった。加えて、〔8〕判決 BGH 1967. 2. 20; BGHZ 47, 233 を境として、金融機関による明示義務の不履行の効果として、従来認容されてきた原状回復の方法による損害賠償責任に言及することなく、あるいは、これとともに金融機関に対する抗弁の直接行使 (Einwendungsdurchgriff) を認容する判決（たとえば〔6〕判決 BGH 1971. 7. 5; NJW 1971, 2303,〔14〕判決 BGH 1979. 1. 18; NJW 1979, 2194）が現れたことから、金融機関が、当該取引からいかなる

危険が生じるかを契約書において予め定めるならば、顧客は金融機関に対して売買契約に基づく抗弁を行使できなくなるのかという点が問題となった。従来、右の問題をめぐる BGH 判決の動向は、必ずしも明らかではなかったが、以下に見るように、〔15〕判決 BGH 1982. 3. 25; NJW 1982. 1694 は普通取引約款規制法 (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 「AGB-Gesetz」) による約款内容のコントロールという観点から解答を引き出している。

〔15〕 BGH 1982. 3. 25; NJW 1982. 1694

〔事実〕 被告 Y (顧客) は T 有限会社と切手の自動販売機二台につき売買契約を締結し、同日、T 会社の取締役 (Geschäftsführer) と、すでに T 会社の顧客に購入資金を繰り返し融資している原告 X (金融機関) の支店へ赴き、借入申込みを行なった。その際、借入申込書式にはタイプ印刷で、11600DM の貸付金は X によって直接 T 会社の口座に振り込まれると記載されていた。申込書からは、Y が月当たり 1300DM の収入をあげることが明らかであったが、売買の目的物及びそれを譲渡担保とする旨の記載はなかった。ただし、貸金債権の担保として、Y の貸金債権のうち差押が可能な部分を X に譲渡する旨、定められていた。また、借入申込書の最後の部分には、太字印刷で次のような注意があった。「注意！ 商品を受領していない場合、瑕疵のある商品を受領した場合、あるいは、売買契約が有効に取消された場合にも、買主 (借主) は借入金を完全に返済しなければならない」と。その後、X は貸付金を T 会社へ振り込み、Y は賦払金を二度支払ったが、T 会社は自動販売機を引き渡さないうちに破産した。X は残貸付金の返還を求めて本件訴訟を提起した。OLG は、請求認容。Y 上告。

〔理由〕 破棄差戻。「抗弁の直接行使」の法理を認容するのに必要な二つの契約の経済的「一体性」について詳しくは、本章五〇(2) (b) 参照。本件では、Y が T 会社によって示された信用の機会を利用したにすぎず、X は貸付が自動販売機の販売のために行なわれることを知っていたこと、貸付金が直接 T 会社の口座に振り替えられたこと等から十分な結合要素があるとされ、この結合要素の存在から、X と T 会社が一体的な契約当事者として対峙しているという Y の印象が形成されたとして二つの契約の経済的一体性が肯定された。

貸付書式に「Y は商品を受領していない場合にも借入金を完全に返済しなければならない」という注意が挿入されていたこと

を理由として、YはXに商品を受領しなかったと主張できないわけではない。

控訴審は、このような注意が契約の要素となっていると解したが、それによって、§9 AGB-Gesetz⁽³³⁾の意味における法律の回避が問題となっていないわけではないから、抗弁の直接行使の法律効果は約款によって排除されうると判示している。しかしながら、このような見解は、判例が抗弁の直接行使の根拠を§242 BGBに、すなわち、法律に見出し出している点を誤解している。……§9 AGB-Gesetzは、法律規定の基本思想から離れるハヤ(Abs. 2 Nr. 1)だけでなく、契約の本質から生じる権利の制限(Abs. 2 Nr. 2)をも禁止している。§242 BGBに基づく給付義務や保護義務もまた、その義務が契約目的を考慮すると、非常に重要なものであって、約款利用者の免責が適切な危険配分をひどく妨げる場合には、この規定に含まれることが一般に認められている。本件では、経済的一体性につき客観的並びに主観的要件が存在しており、かつ、売主の破産によって最終的にはもはや商品が引渡されないとということが確定しているから、買主には……銀行に対して、借入金の返済を拒絶する権利がある。このような履行拒絶権は、金融割賦販売の方法で売買の目的物の取得を借主に可能にさせるという目的によって特色づけられる、具体的な消費貸借契約の性質から生じている。約款上の条項によって、借主が抗弁を金融機関に対して直接に行使しえなくなるなら、このような契約目的は危険にさらされることになる。金融割賦販売の特色から、§242 BGBに基づいて、買主にではなくて貸主に、売主の支払不能のリスクを負担させるよう命じられているならば、それ以外の方法による危険配分は、このような契約の性質を変化させることになる。

けれども、貸主による一方的な注意が、抗弁の直接行使を認容させる主観的要件の確定をまったく妨げることができないかどうかは審理しなければならない。なぜなら、そのような注意は、客観的な結合要素によって惹起された買主(借主)の印象、すなわち、売主と銀行が一体的な契約の相手方としてYに対峙しているという印象を形成する妨げとなり、借主に、銀行が売買契約に基づく抗弁にさらされることなく、あらゆる点で独立した消費貸借契約を締結するつもりであることを明らかにしているからである。本件では、このような目的が、予め書式化された注意によって達成されるかどうかを判断する必要はない。このような注意は——約款の場合と同様に——契約の相手方によって見おとされ、その完全な射程距離について理解されないという危険が存在する場合が多いであろう。貸主は、たぶん、消費貸借契約の完全な非依存性という目的を、あらゆる客観的な結合要素を回避することによってのみ達成することができる。

金融機関が予め申込書に挿入した条項、すなわち「商品を受領していない場合、瑕疵のある商品を受領した場合、あるいは、売買契約が有効に取消された場合にも、買主（借主）は借入金を完全に返済しなければならぬ」とする条項（以下、抗弁切断条項と呼ぶ）を契約の要素であると解している点では BGH と原審の見解は共通である。けれども、BGH は、原審とは異なり、抗弁切断条項を次に述べる理由から、契約の性質から生じる本質的な権利を制限し、この契約目的の達成を危殆ならしめる無効な条項であると判示している（§9 Abs. 2 AGB-Gesetz）。すなわち、いわゆる抗弁の直接行使が認容される結果、顧客には §212 BGB（信義則）に基づいて借入金返還債務につき履行拒絶権が与えられており、仮に、抗弁切断条項によって顧客から金融機関に対する抗弁の直接行使の機会が奪われるならば、金融割賦販売の方法で顧客に商品を取得させるといふ目的が危険にさらされることになるという理由である。

これまでの BGH 判決における伝統的な理解に従えば、金融割賦販売を構成する契約は、消費貸借の規定 (§§607 ff. BGB) と売買の規定 (§§433 ff. BGB) に、つまり、任意規定に完全に即した契約であり、金融割賦販売において、顧客が売買契約上の抗弁を貸主に対して行使できないのは、売買契約と消費貸借契約の法律上の独立性から生じる効果であると考えられてきた。このように金融割賦販売の法構造を理解する以上、借入申込書式に含まれている抗弁切断条項は、金融機関によって一方的に作成された免責条項ではなく、売買契約と消費貸借契約の法律上の独立性から当然生じる右の効果を確認したものにすぎないから、「15」判決のように、書式契約や約款の内容上のコントロールという問題はおこらないはずである⁽²⁴⁾。原審が、抗弁切断条項によって法律が回避されているわけではないと解したのも、右に述べた理解を前提としているのではないかと思われる。ところが、「15」判決では、売主が破産をし顧客に自動販売機が引渡されていらない以上、顧客には賦払金の履行拒絶権があるという点が前提とされている。すなわち、BGH は、まず、金融割賦販売における顧客の借入金債務を、一方で、売買代金債務とは別個に顧客によって負担された債務と解しながら

も、他方で、顧客に分割払いで売買の目的物を取得させるという目的を通じて、**売買契約と結びつけられた債務と** 捉え、**売買契約上に履行障害事由が発生している場合にも**、右の目的が達成されるためには、顧客に履行拒絶権を与えなければならぬと解しているのではなからうか。「15」判決が、顧客の履行拒絶権を排除する抗弁切断条項を、貸主が本来負担すべきリスクを顧客に転嫁し、契約の本質から生じる権利を制限する条項と解している点も、**売買契約と消費貸借契約は別個の契約として分化してはいるが**、なお、法律上結合していると解するならば、説明できるように思われる。

しかし、抗弁の直接行使を顧客に認容するために、主観的要件の充足を求める BGH 判決の立場にたつとすれば、抗弁切断条項によって、金融機関と販売業者が一体的当事者として対峙しているという印象の形成が妨げられないかどうかは、ひとつの問題である。⁽⁸⁵⁾ この点に関連して、「15」判決は、抗弁切断条項が顧客によって見落されることが多いこと、また、仮に見落されなかったとしても、抗弁切断条項の完全な射程距離を顧客が理解しえない場合が多い、と指摘している。従って、「15」判決は、抗弁切断条項が存在しているとしても、それだけでは、二つの契約の密接な関連性を認定させる結合要素の存在から推定された顧客の「誤った印象」⁽⁸⁶⁾ を覆すことはできないと考えているのではなからうか。結局、抗弁の直接行使を認容するために主観的要件をも要求する BGH 判決の立場に立脚するとしても、多くの場合、抗弁切断条項によって主観的要件の充足を妨げることは困難ではないかと解せられる。

かくして、「15」判決によって、今後、抗弁切断条項は、金融機関の免責条項のひとつとして、AGB-Gesetz の規制対象に取り込まれ、内容上のコントロールを受けることにならう。ただ、それは同時に、金融割賦販売の取引構造を法的にいかに評価するかという点をめぐる、BGH 判決の伝統的理解に変更——すなわち、**売買契約と消費貸借契約の法律上の独立性と経済上の一体性という枠組から**、**両契約の法律上の分化と法律上の結合という枠組へ——**を迫る契機を内包していることに気づくべきである。結局、BGH において、一方で、**売買契約上に障害事由が発生する際に顧客に**

与えられる借入金返還債務の履行拒絶権が、金融割賦販売上の、より厳密には、消費貸借契約上の本質的な権利と解されながら、他方で、金融割賦販売を構成する二つの契約、すなわち、売買契約と消費貸借契約がそれぞれ法律上は独立した契約であると解されることの意味が、解明される以外にこの問いに答える方法はないと言えよう。いずれにせよ、抗弁の直接行使に関する判例理論は、なお解明されねばならない点があるにせよ、売買契約上に障害事由が発生した場合における消費貸借契約の効力如何という問題を解決する枠組として、前述した二つの構成に比べ、有効であることは疑いないと結論づけることができるのではなからうか。

(三) 金融機関に対する請求権の直接行使 (Forderungsdurchgriff) は可能か

(1) 判例法として発展した抗弁の直接行使 (Einwendungsdurchgriff) の法理は、顧客が金融機関の貸金返還請求に対しても売買契約上の抗弁——たとえば、不履行・無効・取消・物的瑕疵の抗弁等——を主張できるという効果を導く理論であった。その結果、顧客は金融機関に対して未履行の賦払金の支払いを拒絶することが許されることになる。

ところで、通常、売買契約において、売主が売買の目的物を引渡さねば、買主は契約を解除し、すでに支払った売買代金の返還を売主に請求することができるし (§§326 I, 327, 346 BGB)、売買の目的物に瑕疵があれば、買主は契約を解除するか、あるいは代金減額の方法で、売買代金の全部または一部の返還を求めることができる (§§459, 462 BGB)。また、売買契約が無効あるいは取消により効力を失えば、買主には不当利得返還請求権が発生する (§§812 ff. BGB)。そこで、金融割賦販売の場合にも、顧客が、未履行の支払いを金融機関に対して拒絶できるだけでなく、売主に対するこれらの権利を金融機関に対しても行使できないかが、問題となりうる(いわゆる請求権の直接行使

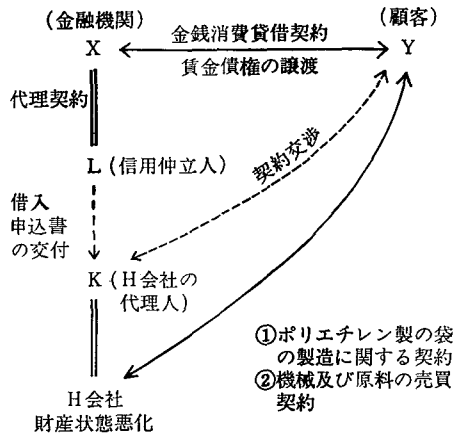
Forderungsdurchgriff)。換言すれば、顧客に対する関係において、売主の義務につき与信者の共同責任を認められな
いか、ということである。

判例上、この点が争点となった事件は少ない。追奪担保及び売買の目的物が引渡されなかったことを理由として、買主
が金融機関に対してすでに支払った賦払金の返還を請求した下級審判決（たとえば追奪担保の事案として OLG Stutt-
gart 1976. 12. 8; NJW 1977, 1244、売買の目的物が引渡されなかった事案として LG Oldenburg 1974. 7. 2; NJW
1975, 172）では、買主の与信者に対する請求権の直接行使を抑制する立場がとられている。ここでは、抗弁の直接行使
の法理を承認するために、BGH によって形成された指導原理——すなわち、信義則上、経済的に一体的な取引が法律
上二つの契約に分離されることによって、売主自身が信用を供与する割賦販売の場合よりも、金融割賦販売における顧
客がより悪い地位に置かれてはならないとする考え方——から、売主の義務に対する与信者の共同責任が否定されてい
る。つまり、仮に金融割賦販売の場合に顧客に金融機関に対する請求権の直接行使を認容するならば、顧客は売主のみ
ならず、支払能力のある金融機関からも賦払金の返還を受けることができ、割賦買主以上の地位を顧客に与えること
なるという点に、請求権の直接行使を否定する根拠が求められているのである。⁽⁸⁷⁾

(2) これに対して、BGH では、顧客がすでに金融機関に対して賦払金の一部を支払った後に、売買契約ないし消費
貸借契約あるいは両契約の効力が失われた場合の不当利得上の清算をめぐって、顧客の金融機関に対する請求権の直接
行使が問題となった。

[19] BGH 1979. 2. 8; NJW 1979, 1597 = WM 1979, 550

〔事案〕 被告 Y（顧客）は、H 会社とポリエチレン製の袋の製造契約（Produktionsvertrag）を締結し、同時に、その加工に必
要な機械及び原料を購入した。その際、被告は、これらの契約締結を目的として被告を訪問した H 会社の代理人 K を介して、本



における抗弁の直接行使の法理に従って、原告の貸金返還請求に対して被告はH会社が製造契約に基づく買取義務 (Abnahmeverpflichtung) を履行しなかったことを主張することができると判示した。しかしながら、被告の請求については、被告が賦払金を法律上の根拠なしに支払ったわけではなく、また、被告が売主の財産状態の悪化を理由として売主自身に対する返還請求権を行使できない以上、売主自身が売買代金につき信用を供与する場合よりも、被告を良い地位においてはならないと解して、棄却した。被告上告。

〔理由〕 被棄差戻。H会社の代理人Kによる貸付の仲介は §56 Abs. 1 Nr. 6 Gewerbeordnung (営業法、以下GewO) に違反した、移動営業による仲介である。GewO がこのような仲介を禁止するのは、財産のあまりない大衆が移動営業者によって訪問され、無思慮に債務を負担することから彼らを保護する点にその目的がある。従って、GewO に違反して締結された本件消費貸借契約は §134 BGB により無効と解すべきであり、右契約に基づく原告の被告に対する未回収の貸金返還請求は許されない。

件機械及び原料の購入代金を支払うために、原告X (金融機関) との間に金銭消費貸借契約を締結し、貸金債権の担保のために自己の貸金債権を原告に譲渡した。なお、借入申込書はKから、さらに、原告との代理契約 (Reparationsvertrag) に基づき貸付を仲介している信用仲立人Lを経由して、原告に引き渡され、他方、借入金はLを介して被告の口座に一旦振り込まれた後に、直ちにH会社に対する購入代金として支払われた。ところが、H会社には、製造契約に基づいて、被告の完成品の購入義務及び原料の引渡義務があったにもかかわらず、H会社は財産状態の悪化を理由として、本件製造契約を履行しなかった。このため、被告は原告に対する賦払金の支払いを中止した。原告は未払いの貸付金残額の支払いを求めて訴を提起し、これに対して、被告は反訴で、すでに支払済みの賦払金につきその返還を求めた。LG は本訴請求棄却、反訴請求認容。OLG は反訴請求棄却。OLG では、消費貸借契約を有効とみなし、本件機械等の売買契約及び製造契約が消費貸借契約と経済的に一体となるように結合していると解して、金融割賦販売の場合

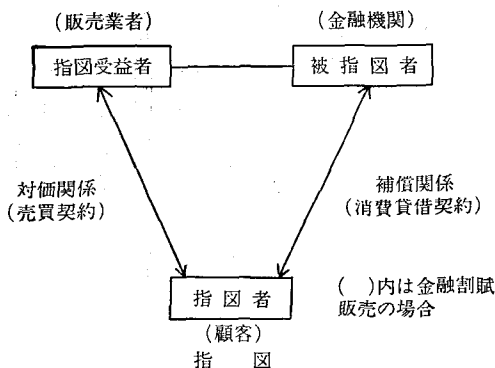
加えて、消費貸借契約の無効を理由とする、原告の被告に対する貸付金相当額の不当利得返還請求も認められない。確かに借入金には被告の口座へ転送 (Weiterleitung) されたが、ただちにH会社へ振り替えられたのであり、いずれにせよ、被告の口座の貸方には何ら利得はない。また、被告は借入金の転送によって本件機械の売買代金債務の支払いを免れている。けれども、製造契約が、売主の資産状態の悪化のために破綻し、本件機械は使用する機会 (Einsatzmöglichkeit) を欠き、経済的には無価値となつているから、その限りでは、被告の利益は消滅していると解すべきである (§ 318 Abs. 3 BGB)。確かに、原則的には、取得したものによつて債務の弁済をした者は利得の消滅を主張できない。しかしながら、本件では、原告からの借入金によつて弁済された被告の売買代金債務を切り離して考察するのではなく、全契約構造の中で考察しなければならぬ。原告は、禁止された方法で仲介された貸付によつて、被告に一体的な売買契約と製造契約を履行させたのだから、H会社の財産状態の悪化により、被告が機械を約定どおりに使用できず、損害賠償請求権等をH会社に行使できないというリスクを被告に転嫁することは、§ 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO の保護目的に反する。

他方、被告の支払済みの賦払金返還請求に対して、原告は、貸付金を支払った結果、利得がないと主張することはできない。原告が被告によつて給付された、あるいは、回収された金銭を失われた価値の埋め合わせのために利用し、それによつてリスクをたとえ一部であっても顧客に対して転嫁することは許されない。いずれにせよ、§ 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO に基づく、無効な消費貸借契約の不当利得上の清算には、原告に対する被告の返還請求権を認容することによつて、売主自身が機械に対する売買代金を融資した場合よりも、被告が良い地位に置かれるということは認められない。なぜなら、被告から原告に対する返還請求権が認容されないとするならば、貸主は法律上の根拠なく給付された返済を留保してもよむことになり、§ 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO における禁止規範の保護目的から生じる危険配分と矛盾することになるからである。

〔16〕判決で直接に問題とされたのは、§ 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO 違反を理由とする無効な消費貸借契約の不当利得上の清算である。従つて、〔16〕判決は、売買契約上買主が売主に対して行使しうる請求権を金融機関に対しても行使しうるか否かを直接には問題としていない。

貸付金は金融機関から販売業者に——もつとも一旦は顧客の口座に振り込まれているが——支払われているにもかかわらず、〔16〕判決は、一方で、顧客が借入金を利得しているか否かを、他方で、金融機関が顧客より支払われた賦払金

を利得しているか否かを検討しているから、金融機関の販売業者に対する貸付金の支払いが、金融機関の顧客に対する給付であると同時に顧客の販売業者に対する給付であるという理解を前提としているものと考えられる。換言すれば、金融機関の販売業者に対する出捐によって、金融機関は顧客に対する消費貸借上の債務を履行し、かつ、顧客は間接的に売買代金債務を履行したものと解されている。それ故、この点で「16」判決は、被指図者（本件では金融機関）が指図者（本件では顧客）の指図に従って直接、指図受益者（本件では販売業者）に弁済した後に、補償関係（本件では消費貸借契約）に瑕疵（本件では無効）が生じた場合



指図とは、被指図者→指図者及び指図者→指図受益者という二つの財貨移動を被指図者→指図受益者という単一出捐によって決済しようとする仕組みであり、給付過程の簡略化のためや支払いの媒介手段として利用される技術である。被指図者の指図受益者に対する出捐によって、正常な事態なら、指図者は指図受益者に対する債務から、また被指図者は指図者に対する債務から解放されることになる。従って、また、被指図者の指図受益者に対する出捐は、被指図者・指図者間と指図者・指図受益者間の二つの給付関係を実現する手段にすぎない。加えて、指図は、被指図者をして指図受益者に出捐せしめ、その出捐については、指図受益者・被指図者ともに指図者とのみ清算することをめざす技術であるから、そこでは、被指図者にとっては自己に無関係な対価関係が、指図受益者にとっては補償関係が問題とならない。

(以上の説明については、四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 上巻』1981年、228—230頁によった。)

の不当利得上の清算の問題を念頭において、判示したものと思われる⁽⁹⁰⁾。(前図参照)。西ドイツにおける不当利得法上の通説的類型論に従って、このような事案類型における処理を本件に即して述べるならば、金融機関の給付としてではなく、顧客の給付として、販売業者は金融機関から金銭を受領したのであり、顧客も自己の売買代金債務の履行のためにその金銭を用いたにすぎない。従って、消費貸借契約に欠缺が生じている場合には、金融機関が顧客に対して給付利得の返還を請求できるにすぎない。その際、顧客の利得は、金融機関が直接に販売業者に出捐した結果、顧客が販売業者に対して負っていた売買代金債務を免れる点にあると解され、金融機関は貸付金の一部については顧客よりすでに返済を受けているから、本件では、差額、つまり、回収されていない賦払金相当額の不当利得返還請求権が金融機関に認容されねばならないはずである⁽⁹¹⁾。しかしながら、「16」判決は、右の結論を回避している。すなわち、「16」判決は、まず第一に、金融機関の顧客に対する貸付金相当額の不当利得返還請求権と、顧客の金融機関に対する支払済みの賦払金の不当利得返還請求権を別個に判断している⁽⁹²⁾。第二に、貸付金の支払いを金融機関の顧客に対する給付とみなし、販売業者に対する貸付金の支払いによって売買代金債務を免れている点に顧客の利得があるとしながらも、顧客の売買契約に基づく権利が無価値となっている以上、このような利得は消滅していると解し、金融機関の顧客に対する不当利得返還請求を許さない。第三に、顧客の金融機関に対する不当利得返還請求については、金融機関に支払済みの賦払金を取得させることは § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO の保護目的に反するという理由から、認容されている。従って、金融機関に顧客に対する給付利得返還請求権の行使を許さない以上、金融機関は、直接、販売業者に貸付金相当額の返還を求めざるをえない——もっとも、「16」判決からはどのような請求の根拠が説明されるのかは明らかではないが——結果、販売業者から貸付金を回収しえないというリスクは結局金融機関が負担しなければならぬことになる。

だがしかし、金融機関に対するいわゆる請求権の直接行使を顧客に認めるべきか、という我々の問題関心からみれば

らば、〔16〕判決は、「利得」概念の操作という手段を通じて、売買契約と密接な関係にあった製造契約上の販売業者の債務不履行を理由として、顧客が売買契約を解除し——これ自体可能であるかどうかも問題ではあるが——販売業者に対して行使すべき返還請求権につき、金融機関に対する直接行使を認めたと同一の結果となっている点で注目に値するものと考えられる。

(3) ところで、顧客が既履行の賦払金についてその返還を金融機関に対しても請求しうると解すべきであるなら、金融機関には販売業者に対する関係で債権回収の途が開かれていなければならないはずである。そこで、売買契約と消費貸借契約の効力がともに生じなかった場合に、金融機関が受領した賦払金を顧客に任意に返還し、販売業者に対して貸付金相当額の返還を請求した判決を次にとりあげよう。

〔17〕 BGH 1979, 12. 6; WM 1980, 159 = NJW 1980, 938

〔事実〕 龔啞者であるW夫婦は被告Y₁(販売業者)から造り付けの台所(Einbauschne)を購入し、翌日、Y₁の債務につき人的責任を負っている社員Y₂(§128 HGB 参照)及び売買契約の交渉を行なった訴外Mに伴われ、原告X(金融機関)の支店を訪れ、Xとの間に消費貸借契約を締結した。借入金のうち、そのほとんどは、W夫婦の支払委託書に基づいて、Y₁に対する計算小切手(Verrechnungsscheck)によって支払われた。ところが、その後W夫婦は§1b AbzG(ターリング・オフ規定)により売買契約及び消費貸借契約を撤回した。これに対してXはW夫婦より受領した第一回の賦払金を返還し、Y₁に対して支払った貸付金の返還を求めて本件訴訟を提起した。LG 請求認容、OLG 請求棄却。Xが上告。

〔理由〕 破棄差戻。(金融割賦販売であると言うためには、売買の目的物が担保として貸主に譲渡されていることが必要であるとして、割賦販売法 AbzG の適用を排斥した OLG 判決に対して、BGH は次のように判示した。判例上、例示された金融割賦販売のレットテルは、売買と消費貸借が一体的な割賦取引へと結びつけられる場合に、そのすべてが存在する必要はない。本件では、

買主が任意の目的物を取得するために独力で信用を調達してきたわけではなく、全利害関係人に本件貸付が造り付けの台所を取得するために行なわれた、ということが認識されていたか、あるいは認識可能であり、支払委託書においてW夫婦の借入金に対する固有の処分権が排除されていたのであるから、本件消費貸借契約は、割賦販売法の買主保護のための規定が適用になる金融割賦販売の一部であると解すべきである。Xの主張が正当であるとすれば、売買契約と消費貸借契約は、割賦販売法上の規定(§§1a, 1b AbsG)により効力を生じなかったものであり、それによって買主のXに対する契約上の指図(借入金をY₁に用だてる)も効力を欠いた。もちろん買主がX及びY₁との関係において、有効な指図という帰責しうる外観をつくり出したわけではなかった。その主張によれば、X及びY₁は金融割賦販売の三角関係及びその法律上事実上の形成に関与していた。売買契約が有効に成立していない以上、Xが貸付金をY₁に交付したとしても、それによって買主がY₁に対する売買代金債務を免れることはないから、Xが貸付金を買主の債務の弁済のためにY₁に給付したという事実は、買主にこのような給付(Leistung)を帰責する(zurechnen)のに十分ではない。Xの買主に対する不当利得返還請求権を排斥し、Y₁に対する不当利得返還請求権を正当化するのに、すでに、このような事実で十分であるかどうかを判断する必要はない。なぜなら、金融割賦販売の多数当事者関係における不当利得法上の清算の場合には、とりわけ、二つの結合した契約の無効(Unwirksamkeit)を導く割賦販売法上の規範の保護目的も考慮しなければならぬからである。契約を性急に締結したことからの保護(Uberlungsschutz)その他割賦販売法上の絶対的顧客保護規定は、Y₁への借入金の給付がXの買主に対する給付として取り扱われることを排斥している。

〔17〕判決では、売買契約も消費貸借契約ともに効力を生じなかったことを理由として、そもそも、顧客の金融機関に対する支払委託自体の効力が失われた、すなわち、指図が有効でなかった、と判示している。従って、〔17〕判決も〔16〕判決とは異なる構成を通じてであるが、〔16〕判決と同様、金融機関に未回収の貸付金相当額の不当利得返還請求を認めなかった。すなわち〔16〕判決では、金融機関の販売業者に対する貸付金の支払いによって、金融機関の顧客に對する給付と同時に顧客の販売業者に對する給付が生じたと解した上で、顧客に利得がないと判示したのに対し、〔17〕判決では、指図行為自体が有効でなかったために、金融機関の販売業者に對する貸付金の支払いを売買代金債務の履行

として顧客に帰責できないと判示し、現実的に財貨の移動が生じた金融機関と販売業者の間に給付利得関係があるとして、被指図者の指図受益者に対する直接の不当利得返還請求権を認容している。⁽⁹⁴⁾

問題は、むしろ、何故、「17」判決が、金融機関に、販売業者に対する貸付金相当額の返還請求権を認容する反面、顧客に対する未回収の賦払金返還請求権を許さないために「有効な指図が存在しなかった」と判示したのかという点にある。顧客の金融機関に対する支払委託は、金融機関の販売業者に対する貸付金の支払い時には有効に存在している。それ故、すでに指摘されているように、§§1a, 1b AbzG⁽⁹⁵⁾により売買契約と消費貸借契約がともにその効力を失ったことによって、指図、すなわち、支払委託自体の有効性を排除できるか、かりにできるとして、当初から指図が不存在であるケースと同様に扱うことができるかが問題とされねばならないと思われる。⁽⁹⁶⁾ しかしながら、BGHは、この点について十分な理由づけをしていない。これに代えて、「17」判決は、売買契約と消費貸借契約の無効を導く割賦販売法上の顧客保護規定の目的を斟酌すれば、金融機関の販売業者に対する貸付金の給付は、金融機関の顧客に対する給付として取り扱われないと述べている。そこでは、指図事例におけるように(前掲図参照)、金融機関の販売業者に対する出捐を、単に金融機関の顧客に対する貸付金の支払いと顧客の販売業者に対する売買代金の履行を簡略にしたものにすぎないにとらえるのではなくて、金融機関の販売業者に対する給付(も)あると解しているのではなからうか。「17」判決は、このような理解から、金融機関の販売業者に対する給付利得返還請求権の正当性を補強しているのではないかと考えられる。

このように、「17」判決において注目すべきことは、指図の効力を操作することによって、有効な指図が存在していないと解している点ではなくて、むしろ、金融割賦販売における契約当事者相互の給付の関連性のとらえ方にある。仮に、「17」判決のように、金融機関を、本来であれば顧客に支払うべき貸付金を、たまたま顧客の売買代金債務の履行

として販売業者に支払った給付仲介者 (Leistungsmittler) であると解さず給付者でもあると解すれば、貸付金が金融機関から直接に販売業者に支払われる根拠があらためて問題となる。なぜなら、顧客の支払委託だけではその根拠を説明することができないことになるからである。

(4) [16]・[17] 判決では、いわゆる請求権の直接行使 (Forderungsdurchgriff) の可否につき、間接的に議論がなされているにすぎない。これに対して、売買契約の無効を理由として、顧客が金融機関に対して、すでに支払済みの賦払金の返還と残債務の不存在確認を求め、正面から、顧客に対して請求権の直接行使が許されるか否かが問題となった判決がある。

[8] BGH 1980. 2. 7; NJW 1980, 1155 = WM 1980, 327

〔事実〕原告 X (顧客) とその妻は、商人 W より Heilmangel を 8800DM で購入し、物件の引渡を受けた。この際、X は売買契約と同時に W によって用意された被告 Y (金融機関) の借入申込書に署名し、総貸付額、10519.40DM (含、信用手数料 3469.40DM、事務処理手数料 7.50DM、照会手数料 12.50DM) の融資を受け、売買代金の限度で借入金は直接 W に支払われた。X が賦払金を二回支払った後は、X の息子が保証人として総額 9508.80DM を Y に支払った。本件物件の所有権は Y に担保のために譲渡されたが、X が占有していた。X は W に対して詐欺を理由として、売買契約を取消した。同時に、X は、Y に対して、W が小売価格で 2500DM である本件物件を 6900DM で売却し、本件物件によって獲得することができない収入があると X に思わせたこと、それ故、良俗違反を理由としても無効 (nichtig) である売買契約を、詐欺を理由として取消したこと、売買契約の無効 (Nichtigkeit) はこれと関連する消費貸借契約へも波及すると通知した。X は妻と息子から Y に対する不当利得返還請求権の譲渡を受け、Y に対してすでに支払済みの金銭の返還と残債務の不存在確認を求め、本件訴訟を提起した。LG は支払済みの賦払金の返還請求を棄却、債務不存在確認請求認容。XY とともに控訴。OLG は、X に対する支払済みの賦払金の返還と Y に対する Heilmangel の引渡及び X が W に対して有する不当利得返還請求権の譲渡との引換給付判決。Y 上告。

〔理由〕上告棄却。(BGH は、まず、良俗違反の基準として、給付と反対給付との間に目立った不均衡 (ein auffallendes Miss-

verhältnis) が存在するかどうかを審理する際に、金融割賦販売の場合には、売買契約と消費貸借契約の形式的な分離にもかかわらず、買主すなわち借主のすべての給付と売主及び貸主のすべての給付が互いに対照されるべきであると解した。これに依れば、本件売買契約は無効であり、これをもってXはYの貸金債権に対抗しうると判示した。なお、この際、BGHは売買契約の部分が良俗違反を理由として無効であるなら、いわゆる抗弁の直接行使は、買主があらかじめ売主との間で、無効となった売買契約の不当利得法上の清算を行なうことを前提としないとして、いわゆる補充性の原則を事実上放棄している。この点については本章五(二)(2)(a)参照。

Xらは支払義務があるとの仮定の下に、売主へ支払われた借入金金を賦払いによって返済してきた。しかしながら、消費貸借契約と結びつけられた売買契約の良俗違反によって、Yの貸金返還請求は絶えず妨げられてきたし、妨げられている。それ故、Yは法律上の原因なくして賦払金の返済を受けたのであり、YにはXらによって給付された支払いにつき返済義務がある。Yは、Xの不当利得返還請求権に対して、売主へ貸付金を支払ったのだから、もはや利得していないと主張することはできない。Yは、このような支払いのリスクを売買契約の無効を導いている規範の目的と割賦販売法の保護目的に従って、結合した契約の不当利得法上の清算の場合にも、Xとの関係においては負担しなければならぬ。YがすでにXより給付された賦払金を貸付金の埋め合わせに使い、それによって、このようなリスクをXらに転嫁することは認められない。

他方、§138 Abs. 1 BGBにより売買契約が無効である以上、Yがたとえ売主に対して借入金を交付したとしても、それによって、Xらが、売買代金債務を免れることはありえない。Xらは借入金につき自由な処分権を有していなかったのだから、Yの売主に対する借入金の給付がXらに対する給付であるとは認められない。また、借入金はXらの財産の構成要素ではなかった。利害関係人が無効な売買契約を実行したという事情から、Xらと売主との関係及びXらとYとの関係が不当利得法上別々に清算されるという点が弁護されうる。いずれにせよ、無効規範の目的と割賦販売法の保護思想が考慮されるべきである。それによれば、不当利得上の観点からXらは売主に給付された借入金をYに支払う、あるいは、価格賠償する義務はない。Yに対する二つの法律関係を別々に清算する場合にもまた、Xらは、事実上受け取った本件物件を引き渡し、売主に対する不当利得返還請求権を譲渡する義務があるにすぎない。

[18] 判決において、まず注目しなければならないのは、補償関係の瑕疵が対価関係の瑕疵から導かれている点であ

る。「18」判決において、良俗違反を理由として無効となったのは売買契約のみである。従って、売買契約と消費貸借契約が法律上独立した契約であるとの前提に立ち、有効な支払委託によって、貸付金が直接、金融機関から販売業者に對して支払われたと想定する以上、消費貸借関係について、不当利得上の清算が問題となる余地はないはずである。ところが、「18」判決は、「16」・「17」判決のように、消費貸借契約自体が無効であると解さずに、いわゆる抗弁の直接行使(Einwendungsdurchgriff)の法理により、顧客は絶えず(dauernd)売買契約の無効(Nichtigkeit)を金融機関の貸金返還請求權に対して主張できる結果、その点から、金融機関には賦払金の返済を受領する法律上の根拠がないと判示している。つまり、「18」判決は、有効な指図が存在するにもかかわらず、対価関係(本件では売買契約)・補償関係(本件では消費貸借契約)双方ともに瑕疵がある、いわゆる二重欠缺(Doppelmangel)の事案を念頭において判示しているものと解せられる(前掲図参照)。

指図におけるいわゆる二重欠缺の場合には、西ドイツにおいても、被指図者(本件では金融機関)が指図受益者(本件では販売業者)に對する給付利得返還請求權を取得するのか、それとも、対価関係と補償関係においてそれぞれ給付利得返還請求權が発生するかは議論のあるところである。現在の通説的理解⁽⁹⁹⁾、すなわち、後者の見解に従えば、まず、金融機関の販売業者に對する貸付金の交付によって、売買契約と消費貸借契約がともに無効であったとしても、顧客は販売業者に給付し、同時に金融機関から給付を受けたものとみなされる。従って、顧客は一方で受益し、他方で損失を蒙ることになるが、顧客の販売業者に對する給付利得は売買代金相当額であるのに對して、金融機関の顧客に對する給付利得は顧客の販売業者に對する給付利得返還請求權——つまり、金融機関は顧客の販売業者に對する給付利得返還請求權の譲渡を受ける——ということになる。従って、「18」判決では、すでに金融機関は貸付金を販売業者に支払っているから利得はなく、問題となるのは金融機関の顧客に對する給付利得返還請求權のみであるはずである。

しかしながら、「18」判決は判示の前提としたと考えられる二重欠缺の事実から導かれる右の結論を回避している。「18」判決は、売買契約の無効を導いた禁止規範の目的と割賦販売法の顧客保護思想から、まず、「16」判決と同様に、顧客の金融機関に対する不当利得返還請求権と金融機関の顧客に対する不当利得返還請求権を別個に判断している。その上で、消費貸借契約が、良俗違反を理由として無効となった売買契約と経済的に一体的な関係にあることを重視して、金融機関の既履行の賦払金の取得を良俗違反の取引からの利得であると解し、顧客に現実的な返還請求の機会を与えなければ、顧客に不当なリスクを負担させることになる⁽¹⁰⁾と解している。

このような理由づけから、金融機関の顧客に対する不当利得返還請求権——本件物件の引渡と顧客の販売業者に対する給付利得返還請求権の譲渡——と引換えにはあるが、支払済みの賦払金が顧客に返還されねばならないと「18」判決は判示した。

勿論、「18」判決は、売買契約が良俗違反を理由として無効となった場合に金融機関は支払済みの賦払金を顧客に返還しなればならないと判示したにすぎない。従って、販売業者の債務不履行ないし売買の目的物の瑕疵を理由として、顧客が解除権を行使するならば「18」判決と同様の解決が可能であるとしても、販売業者に対して物件の引渡請求や損害賠償請求あるいは填補賠償請求ができる場合には、金融機関に対するいわゆる抗弁の直接行使が認容されるだけである。つまり、その場合には、売買契約上に障害事由が発生した後、まだ履行されていない賦払金について履行拒絶権が顧客に与えられるにすぎない。商品が引き渡されていないとしても、あるいは物件に瑕疵があるとしても、売買契約がなお有効である以上、すでに返済された賦払金については、金融機関が「法律上の原因」なくして受領したと解する根拠がないからである。

以上から明らかなように、確かに、顧客がすでに金融機関に対して賦払金の一部を支払った後、売買契約が無効であ

る場合の不当利得の清算という極めて限定された紛争⁽¹⁰²⁾についてはあるが、BGHは前述した下級審判例とは異なるアプローチをとることによって、金融機関に対する返還請求権の直接行使を認容する傾向にある⁽¹⁰³⁾。

問題は、右に述べてきたように、指図事例における二重欠飲の事案を判示の前提とする限り、修正的な思考過程を介させねば、判例の結論を導くことができない点にある。「18」判決において、BGHが、不当利得法上の支配的な見解からは必ずしも導けない顧客からの金融機関に対する賦払金返還請求を認容したのは、おそらく、金融機関に対する抗弁の直接行使が許される結果、顧客は消費貸借契約に基づいて賦払金を返済するよう義務づけられていないにもかかわらず、貸付金を販売業者に直接支払ったから利得はないとして、顧客の支払った賦払金を金融機関が保持し続けるのは、実際上妥当でないという考慮によるものと思われる⁽¹⁰⁴⁾。

一方で、既履行の賦払金につき顧客の金融機関に対する不当利得返還請求権が、他方で「17」判決に見られるように、金融機関の販売業者に対する直接の不当利得返還請求が認容されるという結論を導くためには、勿論、金融機関と販売業者を売主側として一体化し、金融割賦販売を単純に割賦販売に還元してみても何ら解答は得られない。また、「16」・「17」・「18」判決から明らかのように、顧客の指図に基づく貸付金の販売業者に対する出捐によって、二つの給付関係が同時に生じている、すなわち、本来であれば金融機関が顧客に支払うべき貸付金をたまたま顧客からの支払委託によって顧客の売買代金債務の履行として販売業者に支払ったと解するところからも、当然には、BGH判決の結論を導くことはできない。このようなジレンマからぬけ出すためには、給付行為の基礎となった法律関係、すなわち法律上は独立しているが、経済上は一体的であると判例によって要約されている金融割賦販売の法構造が解明される他にない。この点の解明に緒を与えてくれるのは、「17」・「18」判決において言及された契約当事者相互の給付の関連性に対するとらえ方、つまり「金融機関の販売業者に対する貸付金の給付が、金融機関の顧客に対する給付として取り扱われ

ない」という点にあると思われる。

四 一九七九年連邦政府草案

(1) 一九七九年に連邦政府によって提出された「融資された法律行為並びに仲立契約に関する法律の草案 (Entwurf eines Gesetz über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge」以下連邦政府草案と呼ぶ)は結局、第八回ドイツ連邦衆議院の会期満了により廃案となったが、民法及び商法へ若干の規定を新たに組み入れるよう提案している。以下にみるように、連邦政府草案は判例理論を範として起草されているから、連邦政府草案を批判的に分析することによって、西ドイツにおける判例理論の到達点と限界を解明することができると思われる。そこで、まず、右の分析を行なうための予備的作業として、これまで述べてきた金融割賦販売をめぐる BGH 判例の動向を要約しておくことにしよう。

(2) BGH は、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ことに着目し、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り、各契約の当事者間でしか効力がないという理解を前提としている。しかしながら、両契約は機能的には「顧客に分割払いで商品を購入させる」という目的に奉仕しており、この経済的機能における両契約の密接な結びつきを手懸りとして、BGH は、前述した契約の相対的効力の原則を修正している。つまり、売買の目的物が引き渡されていない、売買の目的物に瑕疵がある、あるいは、価値の低い商品を法外な価格で購入させる等売買契約上に直接の紛争原因があるにもかかわらず、BGH は次の三つの法律構成を通じて、売買契約の効力を問題とするだけでなく、消費貸借契約の効力をも問題としている。

第一に、第三者の詐欺行為が介在しているにもかかわらず、それを金融機関本人による詐欺として、消費貸借契約の取消を認容する構成、第二に、金融機関は、消費貸借契約の締結にあたり、顧客が金融割賦販売に関与することによって、いかなる危険が発生するかを彼に明示すべき義務があるのに、これを履行しなかった点に金融機関の契約締結上の過失があったとして、顧客に対する損害賠償義務のひとつの方法として原状回復義務を金融機関に負担させる構成、第三に、売買契約上、顧客が販売業者に対して主張しうる抗弁を金融機関に対して行使できないとすることが信義則に反するとする構成である（本章二参照）。

第一の構成は、販売業者の詐欺行為が売買契約の成立のみならず、消費貸借契約の成立にも関与していなければ利用できない点で、金融割賦販売において売買契約上に障害事由が発生した場合の顧客の一般的救済手段としては限界がある。しかしながら、BGHは、最近、§123 Abs. 2 BGB の意味における「第三者」の範囲をさらに厳格に解し、販売業者と金融機関の間に介在する者——たとえば独立した信用仲立人——によって詐欺が行なわれた場合にも、消費貸借契約の取消を認容している。この点に関連して、BGHは、金融割賦販売以上に信用供与機能と販売機能の分化が進んだ消費者信用取引、すなわち、消費貸借の利用目的が限定されていない貸付の場合においても第一の構成を採用すると解している。従って、むしろ、第一の構成は、一般的に消費者信用取引において、金融機関以外の他人が売買契約の締結に関与していたかどうかを問わず、消費貸借契約を締結する際に詐欺行為を行なった場合に、顧客が契約を取消しうるかという点についての統一的な判断基準を示唆したものと考えられる（本章五（一）参照）。

第二の構成と第三の構成は、従来異なる紛争類型において展開されてきたが、BGHはその後、「複線化」していた二つの法律構成を同時に問題とするようになった（本章三）。

確かに、第二の構成は、金融機関が取引から生じる危険を全く明示していなかった時期には、極めて有効な紛争解決

手段であった。しかしながら、その後、金融機関も、当然、判例によって求められた内容と方法に従って明示義務を履行し、それによって貸金返還請求権を行使できないという危険を回避しようと努めた。このような取引実務の対応に対して、BGHは、明示すべき内容を一層拡大する一方で、明示方法や明示時期を厳格に解することによって、顧客の救済を図ってきた。だが、明示義務が契約締結の際に求められる一種の注意義務である以上、BGHもその厳格化に眼界があることを承認せざるをえなかった。従って、与信者の明示義務を問題とする構成は、今日、金融割賦販売だけでなく、一般的に消費者信用取引における顧客と与信者の取引情報及び法律知識に関する不平等を改善する手段としては、なお有益であるとしても、金融割賦販売において、売買契約上に障害事由が発生した場合の消費貸借契約の効力如何という問題を解決するための方法としては、もはや有効性を失ったと言わざるをえない(本章四(二)及び同五(一)参照)。

第三の構成、すなわち、いわゆる抗弁の直接行使(Einwendungsdurchgriff)の法理は、売買契約について発生している障害事由がいかなるものであるかを問わず、顧客に賦払金の履行拒絶権を与えることができることから、第一及び第二の法律構成に比較して、顧客にとっては最も有益な防禦手段である。けれども、右の効果を認容するための要件をめぐって判例は混乱し、第三の構成の有効性に対しても疑問がもたれた。一つは、顧客の救済範囲を限定する機能を果たしてきた、いわゆる補充性の原則が一時非常に強調されたことによる。すなわち、現在は、原則として、売主に対する権利行使が期待できない場合には、顧客は売買契約上の抗弁を貸主に対しても行使できると解されているが、以前は、販売業者が倒産等のために支払能力がないということを顧客が立証しなければ、金融機関に対して抗弁の直接行使はできないと解されたからである。二つは、「経済的一体性」という概念が動揺している点に関連する。経済上一体的な取引を法律上二つの独立した契約、すなわち、売買契約と消費貸借契約に分割することによって、分割されない場合よりも顧客を悪い地位に置いてはならないという指導原理の下に、顧客に抗弁の直接行使を認容しているにもかかわらず

らず、BGHが、一般的にいかなる場合に両契約が経済上密接に結びついて一体化していると言えるかを明示しなかったこと、また、二つの契約の経済的一体性を根拠づけるために、両契約の結びつきを認定させる客観的事情の他に、顧客の主観的印象を独立した要件として求めたこと、以上の二点が「経済的一体性」という抗弁の直接行使を導く中核的要件を動揺させた原因である。

加えて、いわゆる抗弁切断条項によって、金融機関が顧客による抗弁の直接行使を予め回避できるか否かという問題も、第三の構成の有効性に対する疑問のひとつであった。しかし、BGHは、AGB-Gesetzによる約款内容のコントロールという観点から、抗弁切断条項を無効であると判示した。そこでは、抗弁の直接行使が認められることによって生じる借入金返還債務（賦払金）の履行拒絶権が、金融割賦販売において顧客に与えられる本質的な権利であると解され、仮に抗弁切断条項によって顧客から抗弁の直接行使の機会が奪われるならば、金融割賦販売の方法で売買の目的物を顧客に取得させるという、消費貸借の目的が達成されないと考えられている（§9 Abs. 2 AGB-Gesetz）（本章四(三)及び同五(三)参照）。

なお、判例上では、顧客が未履行の賦払金について金融機関に履行を拒絶できるだけでなく、さらに、売主に対する各種の請求権を金融機関に対しても行使できるかという点、すなわち、請求権の直接行使については、一般的な原則が確立されているわけではない。だが、BGHは、良俗違反を理由として売買契約が無効となった場合の不当利得上の清算という極めて限定された紛争についてはあるが、顧客は既履行の賦払金の返還を金融機関に対して請求できると解している（Rückforderungsdurchgriff）（本章五(三)）。

(3) さて、連邦政府草案は、以上概観してきた金融割賦販売をめぐる判例理論をいかなる点で確認し、いかなる点で越えているのであろうか。まず、連邦政府草案とそのたたき台となった参事官草案を示すことにしよう。

<p>商法第三四八条のa第一項</p>	<p>同第二項</p>	<p>商人が自己の営業活動において <i>im Betrieb seines Handelsgewerbs</i> (受領した貸付) に対して、民法第六〇七条のaの規定は適用されない。</p>	<p>同第三項 同第四項 同第五項</p>	<p>商法第三四八条のa第一項</p>	<p>同第二項 同第三項 同第四項 同第五項</p>	<p>商業登記簿に登録された商人が受領した貸付に対して、民法第六〇七条のaの規定は適用されない。</p>	<p>同第三項 同第四項 同第五項</p>
<p>民法第六〇七条のa第一項</p>	<p>同第二項</p>	<p>商人が自己の営業活動において <i>im Betrieb seines Handelsgewerbs</i> (受領した貸付) に対して、民法第六〇七条のaの規定は適用されない。</p>	<p>同第三項 同第四項 同第五項</p>	<p>商法第三四八条のa第一項</p>	<p>同第二項 同第三項 同第四項 同第五項</p>	<p>商業登記簿に登録された商人が受領した貸付に対して、民法第六〇七条のaの規定は適用されない。</p>	<p>同第三項 同第四項 同第五項</p>

参事官草案 (Referentenwurt) (108)

連邦政府草案 (Regierungswurt) (109)

表にみるように、連邦政府草案は判例法として発展した、いわゆる抗弁及び返還請求権の直接行使の法理を成文化することを企図している点で注目される。すなわち、前述した判例上の法律構成のうち、第一及び第二の構成の採用を拒否したものと考えられる⁽¹⁰⁾。すでに前述したように、金融割賦販売において売買契約上に障害事由が発生した場合の紛争解決手段として、第一及び第二の構成の限界を判例理論の動向の中に指摘できる以上、連邦政府草案における選択は当然の帰結であったと言えよう。

連邦政府草案において、立法政策上の指標となつたのは、一体的な経済的過程を売買契約と消費貸借契約へ分割することによって、買主は割賦買主より悪い地位に置かれてはならないという考慮である⁽¹¹⁾。このような原則から、信用を供与する第三者に対しても、売主との法律関係から生じる一定の権利が買主に帰属するという結論を導いている点で、連邦政府草案も、基本的には、いわゆる抗弁の直接行使の法理をめぐる判例理論の基本構造を踏襲している。従って、連邦政府草案は、金融割賦販売自体に対する契約法的評価という観点からではなくて、機能的に未分化で、いわば時代遅れとなりつつある割賦販売へ金融割賦販売を引き戻して規制している。それ故、この点では、判例同様、連邦政府草案もまた、金融割賦販売における売買契約と消費貸借契約の分化の意義を十分に把握していないという批判が可能である。なぜなら、二つの契約の分化は、法的には是認しえない不当な目的——たとえば割賦販売法の回避——を実現する手段ではなくて、割賦販売のなかに内包されていた販売機能と信用供与機能が、異なる法主体によって機能的に分業化された結果と考えられるからである。しかしながら、反面、連邦政府草案は金融機関の貸金返還請求が信義則に反する不当な権利行使であるか否かを問題としていない。むしろ、積極的に買主すなわち借主の権利の拡張を規定している⁽¹²⁾。この点で、連邦政府草案は判例理論を越えているものと考えられる。以下、連邦政府草案の要件・効果・適用範囲に関する規定をもう少し詳しく分析してみることしよう。

(a) 要件。連邦政府草案において、買主すなわち借主の権利拡張の要件とされたのは、次の三点である。すなわち、第一に、消費貸借の使途 (Zweckbestimmung) がもの (Gegenstand) ないしその他の給付の取得であること、第二に、消費貸借契約と売買契約とが経済的に一体的な過程の一部とみなされ、第三に、売買契約に基づく抗弁あるいは請求権が、買主に売主に対する履行拒絶権または返還請求権を与えている場合である。

このような規定のしかたから、第一に注目されるのは、判例上も修正と制限が加えられ、後退を余儀なくされていた、いわゆる補充性の原則が放棄されている点である。⁽¹¹⁾ 連邦政府草案は、その根拠として、売買契約に基づく権利をまづ売主に対して行使しなければならぬとするなら、第三者によって融資された売買の場合に、売主によって売買代金の信用供与が行なわれる場合より買主を悪い地位においてはならない (Schlechterstellungsverbot) という立法政策上の指標と合致しないことになる⁽¹²⁾と述べている。もつとも、このような理由づけから、補充性の原則を排斥することは、買主に履行拒絶権、すなわち抗弁の直接行使を認容する範囲では妥当であるとしても、返還請求権の直接行使を認容する際には説得的とは言えない。売主の他に金融機関にも請求権の行使が可能であるなら、請求権の実現が容易になり、割賦買主よりも、むしろ有利な地位が顧客に与えられることになるからである (本章五(三)参照)。従って、すでに言及されているように、⁽¹³⁾何らの効果がなくとも、はじめに自己の権利を融資された法律行為 (finanziertes Rechtsgeschäft) の相手方——たとえば売主——に対して追求しなければならぬというリスクを借主は負わされるべきではない、という連邦政府草案の立法理由中のもうひとつの論拠がより決定的となるように思われる。確かに、補充性の原則は、顧客が売買契約上に障害事由が発生していないのに賦払金の支払いを拒絶するのを制限する点では意味があると考えられる。しかし、仮に顧客が抗弁の直接行使を濫用したとしても、売買契約上に障害事由が発生していることを立証できない限り、賦払金の支払いを拒絶した顧客には債務不履行責任が発生することになる。それ故、補充性の原則を要件とし

なくとも顧客による抗弁等の濫用は防止できるのであって、かえって、売買に基づく権利をまず売主に対して行使しなければならぬとすることによって、顧客に無意味な手数をかけさせることになるからであると思われる。

連邦政府草案においても、抗弁及び請求権の直接行使を認容するための中心的な要件と考えられているのは、売買契約と消費貸借契約が経済的に一体的な取引過程の一部とみなされるという点である。もっとも、「一体的経済的過程 (einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang)」という要件は必ずしも一義的に明確ではない。そこで、連邦政府草案は §607-a Abs. 2 E-BGB において、いかなる場合に右の要件が承認されるかを例示している。すなわち、まず第一に、個々の事案において貸主と売主の間に協力 (Zusammenwirken) がある場合、第二に、右の協力が無いとしても、売主と貸主の間に継続的取引提携がある場合である。確かに、右の二つの例において「一体的経済的過程」があることを法律上推定すること自体には問題がないとしても、鍵となる概念について大幅に解釈の余地を残す規定のしかたは、これまで判例に現われた二つの契約の経済的一体性の有無をめぐる不確定なモメントをすべてとりこんでしまうことにな⁽¹⁸⁾った。ところで、参事官草案では、前述した二つの具体例の他にも、借主に借入金に関する自由な処分権がない場合 (一号)、及び、消費貸借契約において貸付目的が定められている場合 (二号) にも、二つの契約が「一体的経済的過程」の一部であるとの法律上の推定を受けると規定されていた。連邦政府草案においても、右の事実が一体的経済的過程を承認する重要な間接事実であることは否定されていない。だが、それだけで常に売買契約と消費貸借契約の経済的一体性の「法律上の推定」を正当化することができるか、という疑問がなげかけられている。結局、連邦政府草案はすでに判例上認知された、わずかな解釈上の手懸りを規定しているにすぎず、依然として、⁽¹⁹⁾ 売買契約と消費貸借契約の関連性の確定という課題を裁判所に負わせたままである⁽²⁰⁾と言わなければならない。

もっとも、連邦政府草案では、二つの契約の経済的一体性を認定するための要素として、判例上問題とされてきた主

観的要件、すなわち、売主と貸主が一体的な契約の相手方として対峙しているという顧客の印象が排除されている。換言すれば、「一体的経済的過程」の有無が客観的に判断されている。⁽¹²⁾この点では、連邦政府草案は評価できると思われる。⁽¹³⁾二つの契約が密接に結びついている場合には、貸主と売主が一体化しているという印象を顧客が受けることは多いであろうが、しかし、逆に、顧客が売主と貸主が別の法主体であると認識しえなかったからといって、売買契約と消費貸借契約が常に密接に結びついて一体化しているとは言えないはずである。また、顧客が売主と貸主が別の法主体であると認識したとしても、両契約が密接に結びついて一体化している場合がないとは言えないと解される。従って、連邦政府草案におけるように、抗弁及び請求権の直接行使を認容させる中核的要件は、二つの契約の客観的な結合関係であると結論づけることができるのではなからうか。

次に要件に関して注目されるのは、貸主に対しても行使できる抗弁と請求権の範囲である。連邦政府草案は、まず第一に、売買契約に基づく抗弁あるいは請求権であること、第二にそれが売主に対する関係で借主に履行拒絶権ないし返還請求権を与えるものであること、と規定している。従って、請求権については、売買契約の無効・取消・解除等により、売主に対して給付返還請求権が生じる場合に限定される。また、抗弁については、売買契約の無効・取消の抗弁、§1b AbzG (ターニング・オフ条項) に基づく意思表示の撤回 (Widerruf) の抗弁、法定解除権、売主側の不履行あるいは不完全履行を理由とする履行拒絶権等が考えられる。ただ、連邦政府草案は、一方で、「法律上の根拠のある」抗弁・請求権に限定していた参事官草案を修正し、他方で消費貸借契約の締結後の事後的な売主・買主間の合意から生じる抗弁・請求権を借主に対して行使することはできなく (§607-a Abs. 1 Satz 2 E-BGB) と規定している。それ故、右にあげた他にも、消費貸借契約の締結時までの売主と買主の間の合意に基づく抗弁あるいは請求権であって、それが売主に対する履行拒絶権あるいは返還請求権を導くものである限り、貸主に対しても行使できると解せられる。⁽¹³⁾おそらく、

消費貸借契約を締結した後の事後的な合意に基づく抗弁・請求権の貸主に対する直接行使を封ずることによって、貸主が不測の損害を蒙らないように配慮するとともに、消費貸借契約の締結時までに売買契約にいかなる約定が存在しているかを調査すれば、貸主は、消費貸借契約の締結を拒否することによって、危険を回避できると考えたのではなからうか。ただ、連邦政府草案では、買主・売主間の合意が売買契約と密接な関係にあったとしても、売買契約を越える合意——判例上問題となったものとして、たとえば売買契約とともに締結された製造契約や家内労働契約——であれば、それにに基づく抗弁・請求権を貸主に対して行使することはできないことになる。貸主がそのような合意の存在を知っており、危険回避手段をとることができるとしても、売買契約を越える合意に基づく抗弁・請求権であれば借主は貸主に對して主張できないことに変わりはない。この点を考慮するなら、むしろ、消費貸借契約の締結時までに借主すなわち買主と売主の間に存在する、客觀的にみて貸主に認識可能な範圍の抗弁・請求権⁽²⁴⁾については、それが売買契約上の合意に基づくか否かを問わず、貸主に対しても主張できると解すべきではなからうか。売買契約上の合意は、貸主にとって、客觀的にみれば認識可能なものであるのに対して、売買契約を越える合意は、一般に貸主が認識しづらいものであるにすぎないと考えられるからである。

(b) 効果。連邦政府草案は、借主すなわち買主に賦払金の返済につき履行拒絶権を与えるだけでなく、無効・取消等により売買契約の効力が失われた場合には、すでに貸主に支払われた賦払金につき返還を請求できる旨、規定している。効果について、まず注目されるのは、参事官草案では貸主に対して行使できる請求権の範圍が限定されていなかったの比べて、連邦政府草案では、明確に貸主の一般的共同責任が否定されている点である。売買契約と消費貸借契約の經濟的結合に基づいて、⁽²⁵⁾ 売買契約から生じる売主のすべての債務につき貸主に連帯責任を負担させることは極端すぎるといえるのが、その理由である。この結果、借主は、売買の目的物の引渡請求権あるいは損害賠償請求権、修補請求権

等を貸主に対して主張することはできないことになる。従って、連邦政府草案は判決理論を追認する限度で効果を規定したものと解せられる。問題は、連邦政府草案が抗弁の直接行使と既履行の賦払金返還請求権を認容する根拠にある。草案自体が認めているように、⁽¹²⁶⁾前者は立法政策の指標である「悪しき地位の禁止」原則から説明することができるとしても、後者はこの原則から直ちに導くことはできない。買主すなわち借主が、割賦販売の場合と同様の地位に置かれるべきであるなら、売主の支払不能の危険は、買主すなわち借主自身が負担しなければならないはずであって、このような危険を貸主に対する賦払金返還請求権の直接行使というかたちで貸主に転嫁できないと結論づけざるをえないであろう。連邦政府草案では、賦払金の返済を経済的に考察し、かつ、借主からみれば、それが売買代金の支払いの代わりとなっている限度で、⁽¹²⁷⁾貸主に対しても返還請求権が認容されると述べられているにすぎない。⁽¹²⁸⁾つまり、連邦政府草案は、もっぱら返還請求権の範囲を限定しているにすぎず、⁽¹²⁹⁾何故、売買契約の効力が失われた場合にのみ顧客に返還請求権の直接行使が認容されるのかについては、⁽¹³⁰⁾何ら言及していないのである。

だが、理論的根拠についてはともかく、連邦政府草案が右の範囲で、抗弁及び請求権の直接行使を認めることは、当事者の利益状況という点からみる限り、是認できる。まず、抗弁の直接行使について検討を加えてみると、顧客にとっては、割賦払いで目的物を取得できることが重要であって、賦払金の支払先が売主であるか、貸主であるかは問題ではないし、何よりも、顧客自身には何ら過失がないのに、商品も金銭も失うという損害を顧客に負担させるのは妥当でないはずである。他方、金融機関の貸金返還請求に対して、⁽¹³¹⁾売買契約に基づく抗弁の主張を顧客に認めたとしても、金融機関は、顧客の賦払金返済債務につき予め売主から保証・担保等を取得しておくことによって危険を回避できる。勿論、売主に支払能力がない場合には、売主の保証も効果が期待できないが、売主の選択にあたり、財産状態のチェック・営業の監督等を行うことによって、危険を軽減する手段が金融機関にはある。また、最終的に貸付金の返済を受けられ

ないことによつて損害を蒙つたとしても、金融機関は損害を融資手数料に転嫁しうる可能性があるから、金融機関は顧客に比べ危険に対してはるかによく保護されうる地位にあると考えられる。請求権の直接行使についても、既履行の賦金の限度で金融機関に対する返還請求権を認めることが、当事者の利益状況に合致するように思われる。判例理論の分析にあたり言及したように、抗弁の直接行使によつて売買契約がその効力を失つた場合には顧客は賦払金を返済する必要がないにもかかわらず、不当利得法上は販売業者に貸付金を支払つたことによつて金融機関に利得はないとして、金融機関が顧客が支払つた賦払金を保持し続けるのは、實際上妥当でない。この点から既履行の賦払金については金融機関に対する返還請求権が正当化される。これに対して、損害賠償請求権、目的物引渡請求権、修補請求権等を金融機関に対しても行使できると解することは、販売主体ではなく信用供与主体として取引に関与している金融機関を割賦売主と同様の地位にたたせることになり、販売機能と与信機能を分業化した意味が全く失われることになるからである。

(c) 適用範囲。この点について問題となるのは、次の三点である。

第一に、参事官草案では賦払信用に適用範囲が限定されているのに、連邦政府草案ではこのような制限がないから (§607-a Abs. 1 E-BGB)、『分割返済方式をとらない消費貸借にも本法が適用されることになる』⁽¹³¹⁾。

第二に、連邦政府草案では、動産の金融割賦販売だけでなく、権利その他の給付の取得を目的とする貸付についても本法が適用される (§607-a Abs. 1, Abs. 4 E-BGB)。このような適用範囲の拡大は、融資された法律行為が売買契約でなくとも、また、そこで取得される目的物が動産でなくとも、全当事者の利害状況が同一であれば、⁽¹³²⁾抗弁の直接行使の法理を類推適用してきた判例の動向を追認したものである。⁽¹³⁴⁾

但し、連邦政府草案は、次の理由から、抵当権や土地債務によつて担保されている、あるいは、担保されねばならない消費貸借に対して、一般的な適用排除規定を置つてゐる (§607-a Abs. 3 E-BGB)。すなわち、連邦政府草案の提

案理由によれば不動産、信用の範囲においては、貸主に対する抗弁の直接行使を認容する必要がきわだつてあるというわけではなく、例外が考えられるし、不動産の買主の保護は公証時に一定の明示義務を負っている公証人の協力によって保障されると説明されている。すでに指摘されているように、右の規定に立法技術上の難点があることは確かである。おそらく、草案では土地取得を目的とする貸付を念頭において適用排除規定を置いていたのであるが、前述した規定の文言からすれば、抵当権あるいは土地債務を契約で定めると、動産の金融割賦販売の場合であっても、抗弁及び請求権の直接行使は排除できることになるからである。しかしながら、住宅ローンが消費者信用取引の主要なウエイトを占めている我国の現状を顧慮するなら、我々の問題関心は、いかなる適用排除規定を置くべきかという点ではなくて、むしろ、何故、不動産取得に関連する貸付の際に、西ドイツでは、一般的適用排除規定を置いて、顧客の権利拡張を許さないのか、という点にある。

すでに知られているように、西ドイツは、戦後、賃貸住宅を整備し、借家人を保護することによって、住宅を確保してきた。⁽¹³⁸⁾従つて、戦後一貫して持家政策を推進してきた我国⁽¹³⁹⁾に比べ、西ドイツでは、個人が自己使用のために不動産を取得し、それに関連して貸付を受けることにより被害を蒙るといった問題は先鋭化しなかつたのではないかと思われる。換言すれば、住宅取得者として登場する者は、いわば、家賃から収益をあげようとする投資家であると考えられてきたのではなからうか。⁽¹⁴⁰⁾そして、まさに住宅取得がこのように長期的投資であるとする認識が、不動産取得を目的として融資を受ける顧客の保護の必要性を否定する根拠になっているのではないかと考えられる。なぜなら、投資家は大抵、取引経験も法律上の知識も乏しいとはいえないはずであり、自己の権利を守るために自ら行動を起こすことができる⁽¹⁴¹⁾と解せられるからである。

しかしながら、西ドイツでもここ二〇年余りの間に「一戸建て持家住宅 (Einfamilienhäuser)」と区分所有住宅 (Ei-

gentumswohnungen)を所有する者の数は、かなり増加⁽¹⁴²⁾してきているようである。従って、このような住宅取得形態の増加と相俟って、自己使用のための不動産取得を目的として、貸付を受ける顧客層も増加しているのではないかと推測される。不動産取得を目的とする貸付の場合にも、動産の金融割賦販売との間に「拒否できない類似性」があることはBGH判決も認めているところであるし、不動産取得者を保護する必要が一般的に存在しないと断言できるかどうかは疑問の余地があるのではないかと思われる。

もっとも、金融機関に対する抗弁あるいは請求権の直接行使を認容しなくても、不動産取得者を保護するための手段が他にすでに存在しているのであれば、問題はないかもしれない。連邦政府草案が提案理由のなかで、公証人の公証時における明示義務に言及したのは、このような趣旨であろう。⁽¹⁴³⁾しかしながら、草案の提案理由に対しては、不動産担保権を設定するために、全ラントにおいて、公証人の協力が必要とされているわけではなく、また、公証人が公証時に明示義務を負っているわけではないと批判されており、⁽¹⁴⁵⁾公証人の介在によって、融資を受ける不動産取得者が取引から生じるリスクを十分に認識し、危険な取引を回避する機会を与えられたと言えるかどうかは、必ずしも明らかではないと言えよう。

従って、保護を必要とする不動産取得者層が存在し、彼らを保護するために既存の他の手段が有効に機能すると言えないのであれば、連邦政府草案のように一般的適用排除規定を置くのではなくて、むしろ、不動産取得を目的とする貸付においても、当該取引が抗弁及び請求権の直接行使の要件を充足している限り、顧客の権利拡張を許すべきではなからうか。⁽¹⁴⁴⁾少なくとも、連邦政府草案における一般的適用排除規定の存在を理由として、我国に同様の規定の導入を提唱することは慎重であるべきではないかと思われる。

第三に問題となるのは、連邦政府草案の人的適用範囲である。連邦政府草案は、§ 8 AbzGを類推適用してきた判例

理論を踏襲している。提案理由によれば、本法案起草の直接の起因となったのが、金融割賦販売にも顧客の撤回権（クーリング・オフ）を導入しようとした——⁽¹⁴⁸⁾もともと、右の撤回権の導入は結果的には成功しなかったが——一九七三年の AbzG 改正案であったことが、§ 8 AbzG と同様の人的範囲を規定する要因となったようである。しかしながら、たとえ、連邦政府草案がこのような起草経過をたどったものであるとしても、また、本法案が割賦販売と同等の保護を顧客に与えることを立法政策上の指標としていても、何故、抗弁及び返還請求権の直接行使が認容される人的範囲が、実情に合致しないと批判されている AbzG の人的適用範囲⁽¹⁴⁹⁾と同一でなければならないのだろうか。⁽¹⁵⁰⁾

連邦参議院は、その意見の中で、連邦政府草案の人的適用範囲が消費者保護的性質をとまなう他の規定に含まれている人的適用範囲とできるだけ調和するよう要請している。⁽¹⁵¹⁾これに対して、連邦政府は次の三つの可能性を指摘している。すなわち、第一に、§§ 348—351 HGB（商法）における伝統的な限界づけに準じて、取引が顧客のためにも商行となる場合には、完全商人が登録しているかどうかを考慮することなく本法案の適用を排除する規定、第二に、§ 8 ZPO（民事訴訟法）において定められた裁判管轄権の合意の許容性に関する新たな限界づけに準じて、完全商人と並んで、公法上の団体及び公法上の特別財産（Sondervermögen）もまた、本法案の適用範囲から排除する規定、第三に、§ 24 Satz 1 AGB-Gesetz に準じて、完全商人、公法上の団体及び公法上の特別財産と並んで小商人もまた適用範囲から排除する規定である。

一般的には、顧客の保護の程度が高ければ高いほど、それだけ保護されるべき顧客の範囲が制限されることになる可言えよう。従って、顧客がいかなる点でいかなる程度に特別な保護を与えられているかが、人的適用範囲を画する基準を選択するひとつの目安となるろう。

仮に、前述したように、貸主に対する抗弁及び請求権の直接行使が金融割賦取引に本質的な権利として顧客に容認さ

れていると解するなら、顧客が消費者でなくとも、本法案の適用可能性はあるはずである。すべての顧客に権利の拡張が認められないのは、むしろ、顧客の権利を妨げる契約形式を排除する趣旨で、参事官草案 (Abs. 4) と同様、連邦政府草案 (Abs. 5) でも、本法案が片面的強行規定を定めているからではなからうか。つまり、一定の範囲の顧客は、金融割賦取引の構造から当然に与えられる抗弁あるいは請求権の直接行使の機会を放棄させられる可能性があるから、顧客の権利拡張を強行法規化する必要が一方にあり、他方で強行法規化する以上は人的適用範囲を制限しなければならぬのではなからうか。¹⁵³このように解するなら、少なくとも、顧客が公法人あるいは公法上の特別財産である場合、及び、顧客が完全商人で取引がその者の営業の範囲に属する時には、¹⁵⁴ §607-a E-BGB 全体ではなくて、貸主に対する抗弁あるいは返還請求権の直接行使を強行法規化して、¹⁵⁵ §607-a Abs. 5 E-BGB の適用を除外すべきことにならう。ここでもまた、売買契約等 (融資された法律行為) と消費貸借契約が一体的経済的過程の一部とみなされる限り、何故、貸主に対しても、借主が融資された法律行為の相手方に対して有している抗弁あるいは返還請求権を行使できるのか、換言すれば、一定の顧客層を保護するために特別に借主の貸主に対する抗弁・請求権の直接行使が規定されているのか、それとも金融割賦取引の取引構造上、その顧客に帰属する本質的な権利を確認する趣旨で規定されているのかという点の解明を待たねばならない。

(4) 以上、判例理論及び連邦政府草案の分析を通じて、①売買契約上に障害事由が発生しているが、顧客がなお売買契約を解除するまでには至らない場合には、売買契約上の抗弁を金融機関に対して行使させることによって、未履行の賦払金についてその履行を拒絶する権利を顧客に与えること、②売買契約が不成立・無効・取消・解除により有効に存在しない場合には、賦払金の履行拒絶権を顧客に許すだけでなく、既履行の賦払金について顧客から金融機関に対する返還請求権を認めることが妥当であること、また、③右の範囲で抗弁及び請求権の直接行使を導く中核的要件が、融資さ

れた法律行為——売買契約等——と消費貸借契約の客観的な結合であることが明らかとなった。しかし、二つの契約が結合しているということは、法的にはいかなる意味をもつのであろうか。この点、判例理論も、連邦政府草案も法律上独立した契約である売買契約と消費貸借契約が経済的機能の点からみて結びついていると解するに留まっている。だが、事実的なものに規範形成力を認めない限り、単に売買契約と消費貸借契約が経済的に一体であるというだけでは、抗弁及び返還請求権の直接行使を顧客に認容することはできないはずである。次章では、両契約の結合の法的意義を解明するという課題を担った西ドイツの学説について分析を加えてみることにしよう。

* 本稿(一)・(二)発表後留学のため執筆を中断している間に、西ドイツでは多数の判例が公表され、さらに判例理論の発展を見た。このため、第二章については補充が必要となった。以下、補遺として論述することをお赦し願いたい。

(41) 本草案の起草・審議経過、その後のゆくえについては後述註(105)(106)参照。

(42) 事案の概略は次のとおりである。M会社は新聞の広告により、家内労働者を求めていたが、一九七三年一月にM会社の代理人Aが被告(顧客、 $Y_1 \cdot Y_2$)を訪問し、合成樹脂製の袋の製造に関する契約(Produktionsvertrag)とそれに必要な機械(3972DM)の購入契約を締結した。その際、本機械の購入にあたり融資を受けねばならなかった Y_1 らは、同時に、M会社の代理人Aが持参した原告(金融機関、X)の書式により消費貸借契約を締結した。直ちにXは Y_1 らに3972DMの計算小切手(Verrechnungsscheck)を送付し、その小切手はAによって回収された。しかし、本件機械はあまりにも高額すぎ、合成樹脂の袋の製造によって利益を上げるには適当でないということが判明し、一九七四年二月に Y_1 らはXとM会社に対して詐欺を理由として本件契約の取消の意思表示を行なった。すべての契約の交渉にあたったM会社の代理人Aは、Xと恒常的に共同事業を行なっていた金融会社Wのためにも活動しており、WよりXの消費貸借契約書式を受けとっていた。Xは $Y_1 \cdot Y_2$ に対して貸付金の返還を請求した。原審、請求棄却。X上告。

(43) BGH NJW 1978, 2144 [2145].

(44) 事案の概略は次のとおりである。被告(顧客)はP会社と袋の製造に関する家内労働契約とこの加工に必要な機械の購入契約を締結した。その後八日して、P会社と共同事業を行ない、これらの契約の締結を仲介したSとOは、原告(金融機関)と長年にわたり共

同事業を行なっているG金融会社から受領していた原告の借入申込書を利用して、被告は3950DMの借入申込書に署名させた。しかしながら、本件機械の売買代金が3850DMであることが判明し、SとOのチーフと称する者がはじめの借入申込書を破棄後、新たな借入申込書に被告の署名を求めた。原告はG社から提出された被告の消費貸借の申込みに承諾を与え、被告は3850DMの小切手を送付し、P会社のMitarbeiterによってこの小切手は被告から取り立てられた。ところが、被告の主張によれば、本件機械は、実際には800DMの価値しかなく、再三にわたる催促にもかかわらずP会社は被告が製造した袋を引きとらず、その労賃も支払わなかった。そこで被告は売買契約・家内労働契約並びに消費貸借契約を詐欺と錯誤を理由として取消した。原告は貸付金全額の還還を求めて訴を提起し、消費貸借は純粹な個人信用(Personalkredit)であり、貸付金の利用目的もP会社の取引行為も原告は知らなかった、と主張した。LG・OLGともに請求棄却。原告上告。BGHも上告棄却。

(45) BGH WM 1979, 429 [431].

(46) BGH NJW 1978, 2144 [2145]; BGH WM 1979, 429, [431].

(47) Walther Hadding, Welche Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Verbrauchers auf dem Gebiet des Konsumentenkredits? *Verhandlungen des 53. Deutschen Juristentages, Bd. 1 (Gulachten)*, 1980, S. K 307. この点に関する基準は法的安定性という点から問題があるところ。

(48) [31] 評者 BGH WM 1979, 429 [431]; Hadding, a. a. O., S. 308. この点をBGHは首尾一貫してい々と評価している。

(49) 明示内容という点から注目されるのは、セザンネに融資された法律行為が良俗違反である場合にそのリストを指摘すべきであるとしたBGH 1979, 5. 17; NJW 1979, 2092 [2094]、及び、売主の補助者であり、同時に貸主の交渉補助者である者が、消費貸借契約の締結にあたり、経済的・一体的な取引の成立に関して重要であった記載を誤った場合に、貸主に対して買主どのような権利が帰属するかを金融機関は明示しなかった、と明示したBGH 1979, 6. 21; WM 1979, 1180 [1182]があるところ。Vgl. Hadding, a. a. O., S. 312, Wolf, a. a. O., S. 1002.

(50) たんねん、BGH 1979, 5. 17; NJW 1979, 2092 [2094]. BGH 1979, 1. 18; NJW 1979, 2194 [2195]. BGH 1978, 2. 9; NJW 1978, 1427 [1428].

(51) たんねん、BGH 1979, 5. 17; NJW 1979, 2092 [2094].

(52) たんねん、BGH 1979, 6. 21; WM 1979, 1180 [1182].

- (33) BGH 1979. 5. 17; NJW 1979, 2092 = WM 1979, 1035. BGH 1980. 3. 20; NJW 1980, 1388 = WM 1980, 620.
- (34) BGH 1979. 5. 17; NJW 1979, 2092 (2094).
- (35) 限定的にはあるにしても、BGH が貸付金の利用目的が定められていない消費貸借の場合にも与信者に明示義務を負わせたのは、理論的には、信頼責任の発展と無関係ではない（この点については、たとえば、渡辺博之「契約締結上の過失責任をめぐる体系化の傾向と『信頼責任』論——カナリスおよびシュトルの所論を中心として」『民商法雑誌』八八巻二号二六〇—二八四頁等）。だが、このような判例理論の発展を促したより実質的な要因は、独立した法主体として金融機関と販売業者の間に介在する信用仲立人が消費貸借契約と売買契約等を架橋する取引形態が拡大している点にあるのではないかと考えられる（Vgl. Hadding, a. a. O., S. 311）。
- (36) Christian Joerges, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, 1981, S. 74-75 は「融資をまた取引（finanziertes Geschäft）の際になされたすべての試みが、利用目的が特定されない自由な信用で転用できるわけではないとしながらも、明示義務・保護義務・情報義務（Aufklärungs-, Schutz- und Informationspflichten）の包括的発展は、販売機能と信用供与機能を分化することによって生じるリスクを消費者に一方的に負担させないための解釈原則として、利用目的が特定されない自由な信用にも有益であると解している。
- (37) この要件を補充性 Subsidiarität の原則と初めて呼んだのは Canaris, *Bankvertragsrecht*, 1975, Anm. 710 である。現在は判例上におおむねこの用語が採用されている。
- (38) 同前 Norbert Reich, *Verbraucherrecht——Rechtliche Probleme und Perspektiven*, 1979, Rdz. 176.
- (39) Eckhard Wolf, *Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum finanzierten Abzahlungsgeschäft*, WM 1980, S. 1003 は「貸主に対する抗弁の主張の可否が、売主に対する権利行使のために買主に期待可能な手段があるかという点の判断に依存することになり、買主はかなり不安定な地位に置かれることになる」と述べている。なお、筆者は BGH の裁判官である。
- (40) BGH NJW 1980, 1155 (1157).
- (41) Hadding, a. a. O., S. 322.
- (42) 事案の概略は次のとおりである。原告 X（金融機関）は、じゅうたんクリーニング機械を販売している J 合資会社と長年、密接に共同事業を行ない、通常 J 社の代理人が売買代金を現金で支払うことができない買主に原告の信用申込書を呈示していた。わずかな資本でクリーニングサービスを行なうことよって有利な利益を得られるという J 社の新聞広告によって、被告 Y₁ は本件じゅうたんクリーニング機械を購入した。その際、J 社の代理人は、予め印刷され記入された X の約款の抜粋とともに Y₁ に提示し

た。これに Y_1 は借主として、 Y_1 の妻である被告 Y_2 は連帯債務者として署名した。借入申込書には、売買契約・売買代金・売主等に関する注意が含まれていなかったが、同時に提示された約款の中には、「消費貸借契約は借入金によって履行されるべき売買あるいはその他の契約と無関係である。このような契約に基づく抗弁は銀行に対抗しえない」と明示されていた。また、被告 Y_1 によって署名された受領確認書には「私は X （原告）が売主／仲立人に私の借入金を直ちに支払うことに同意する。私は、たとえ商品をこの確認書に反して受領しなかった、あるいは、瑕疵のない状態で受領しなかった場合にも、 X に対して借入金の返済を行なわれなければならない、ということを知っている」と、また、赤字印刷で「注意、有効な引渡後に初めて署名せよ」と記載されていた。信用仲立人 L は、 J 社の代理人によって送付された申込書をドイツ国内からの同種の申込書とともに原告に送った。この申込に承諾した X は賦払金の遅滞を理由として貸付残額の返還を求めて訴を提起した。被告 Y_1 ・ Y_2 は、自己の給付と J 社の給付の間で $6500DM$ 以上の目だった不均衡が存在すること、 J 社によって言明された利得は本件機械から得られないこと、被告 Y_1 に約束したヘルリン南部の領域保護を J 社は被告に与えなかった、と主張した。LG 請求棄却。OLG 一部請求認容。被告上告。BGH 破棄差戻。

(63) 事案については後述本章五(三) [17] 判決参照。

(64) 事案については後述本章五(三) [15] 判決参照。

(65) 従来一般的な取引実務については第二章一註(一)参照。

(66) Rolf Bender, Probleme des Konsumentenkredits, NJW 1980, S. 1135 は、最近行なわれている取引実務として、次のような例を紹介している。借入金の調達は売主ないし売主の知っている信用仲立人によってなされ、消費貸借契約書には借主が借入金を自由に使える、という明確な注意が含まれている。銀行は売主ないし仲介者に対してではなく、顧客に計算小切手 Verrechnungsscheck を送付する。売主ないし信用仲立人は、銀行で消費貸借の申込みがなされた後、何日して計算小切手が出されるかを正確に知っている。売主は商品を引渡し計算小切手を回収することができ、顧客は計算小切手を意のままに処分することができない。

(67) この点については、本章三(三)参照。

(68) 以上の点につき、二つの契約の内部的関連性が排斥されないと判示した判決として、たとえば BGH WM 1979, 1180 [1181-1182]; BGH WM 1980, 159 [159-160]。

(69) たとえば BGH NJW 1980, 1155 [1157]; BGH WM 1979, 1180 [1182]。

- (70) たとえば BGH NJW 1982, 1694 [1695].
- (71) BGH WM 1979, 1180 [1181].
- (72) BGH WM 1979, 1180 [1181].
- (73) BGH WM 1979, 1180 [1181]; BGH WM 1980, 159 [160]; BGH NJW 1982, 1694 [1695]. この他、いわゆるマルチ商法において、顧客が会社の営業組織上の地位を獲得するための対価につき融資を受けた事案について抗弁の直接行使の原則を類推適用したBGH WM 1980, 620 [621-622].
- (74) BGH WM 1980, 159 [160]; BGH 1982, 1694 [1695]; BGH WM 1980, 620 [622].
- (75) BGH WM 1980, 159 [160]; BGH NJW 1982, 1694 [1695]; BGH WM 1980, 620 [622].
- (76) Löwe, a. a. O., NJW 1971, S. 2304. Bernd Gundlach, *Konsumentenkredit und Einwendungsdurchgriff*, 1979, S. 184.
- (77) Hadding, a. a. O., S. 320.
- (78) BGH NJW 1982, 1694 [1695].
- (79) 経済的一体性を判断するにあたって顧客の具体的印象を問題とすべきではないと主張するものとして、Peter Gilles, *Verbraucherpolitische Vertragsrechtsreformen im Bürgerlichen Gesetzbuch, zu dem Gesetzentwurf über finanzierte Rechtsgeschäfte und Maklerverträge*, ZRP 1979, S. 269.
- (80) 土地の取得のためになされた融資の際には、融資をする銀行と土地の売主が自己の利益を図る別の権利主体であるということを経営に連じていない顧客も知っている、という点が強調され、この点が金融機関に対する抗弁の直接行使を結果的に顧客に許さない理由のひとつとなっている。しかし、二つの契約の経済的一体性を基礎づけるために、従って、抗弁の直接行使を認容するために、顧客の「誤った印象」を問題とする必要がないとすれば、不動産取引における抗弁の直接行使の法理の適用可能性につき、再考の必要がある。この点については、後述本章五回(3)(a)及び(c)参照。
- (81) (10) 判決BGH 1973. 1. 18; NJW 1973, 452では、取引から生じる危険が顧客に明示された場合でも、顧客は抗弁を金融機関に対して行使できると解されている(同旨、Hippel, *Verbraucherschutz*, 2. Aufl., 1979, S. 167, Fn. 42; Wolf, a. a. O., S. 1002)。BGH 1979. 6. 21; WM 1979, 1180 及びBGH 1980. 2. 7; NJW 1980, 1155 [1157]は売買契約の締結後になされた明示は金融機関に対する抗弁の直接行使を原則的には排斥しないと判示している。

(82) 本法の解説として、マンフレッド・レービンダー(高橋弘訳)「普通取引約款と消費者保護——普通取引約款の規制に関する新しい西ドイツの法律について——」広島大学政経論叢二六巻六号一五三—一八三頁、石原全「西ドイツ『普通取引約款法規制に関する法律』について」シヤリスト六三七号一四九—一六二頁等。

(83) §9 AGB-Gesetz (一般条項)。

(1) 約款中の規定が信義誠実の命令に反して使用者の契約の相手方を不当に不利にするときには、その規定は無効である。

(2) 規定が次のような場合には、不当な不利益が承認される。

1. 規定が、回避される法律規定の本質的な基本思想と一致しえないとき、又は、

2. 規定が、契約の性質から生じる本質的な権利若しくは義務を制限し、これがため、契約目的の達成を危殆ならしめたとき

(条文の訳は、レービンダー(高橋弘訳)・前掲論文一六八頁による。)

(84) Max Vollkommer, Der Schutz des Käufers beim B-Geschäft des „finanzierten Abzahlungskauts“, in: *Festschrift für Lorenz*, 1973, S. 711-712. Gundlach, a. a. O., S. 48. Joachim Schmidt-Salzer, *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, 2. Aufl., 1977, S. 251ff., S. 253 ♀ 同様の指摘をしよう。なお、本文に述べた考え方から、契約は守らなければならないと強調する見解と「Müller-Laube, *Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft—Ein Beitrag zur Lehre vom atypischen Vertrag*, 1973, S. 207ff.

(85) 勿論、後述するように(本章五(四)(a))、抗弁の直接行使を顧客に許容するために、主観的要件の充足が必要でないとすれば、このような問題は生じない。

(86) BGH NJW 1982, 1694 [1695].

(87) OLG, Stuttgart, 1976. 12. 8; NJW 1977, 1244 [1245].

(88) Werner Baur, Rückzahlungsanspruch des Abzahlungskäufers gegen die Finanzierungsbank bei nicht ordnungsgemäßer Leistung durch den Verkäufer? NJW 1975, 2008, 2009 は、経済的機能の同一性を理由として、金融割賦販売を割賦販売に還元して理解するところからは、金融機関に対する請求権の直接行使を正当化する根拠を発見することはできないと述べている。後述する連邦政府草案においても、この点は、言及されている(Vgl. Bundesrat-Drucksachen 8/3212, S. 11-12)。また Reich, a. a. O., RdZ. 177 は、このような金融機関に対する請求権は抗弁の直接行使の問題を越えていると述べている。

(88) Vgl. Joerges, a. a. O., S. 63.

(90) 我国でも不当利得制度の類型化が提唱され発展するに及んで(たとえば、川村泰啓『所有』関係の場で機能する不当利得制度」判例評論一七、一二〇、一二三、一二四、一二五、一二六、一二八、一二九号、同「給付利得制度——契約関係の場で固有に機能する不当利得制度」判例評論一四三号、加藤雅信「類型化による一般不当利得法の再構成」法学協会雑誌九〇巻七号—九八巻四号等)、三角関係における不当利得の当事者決定をめぐって、給付関係を基準とすべきか、それとも不当利得を生ぜしめる瑕疵ある原因関係を基準とすべきかにつき議論が展開されている(たとえば、山田幸二「不当利得法における三角関係(Dreiecksverhältnis)について」福島大学商学論集四二巻一号—三六一—一七一頁、好美清光「不当利得法の新しい動向」判例タイムズ三八七号—二五—三〇頁、四宮和夫「給付利得の当事者決定基準——三者不当利得の諸類型」成城法学八号—一二三頁、九号—一三四頁、一〇号—一三六頁等)。指図事例はこの三者不当利得の代表的的事案類型である。西ドイツの状況を紹介する邦文文献として、山田・前掲論文一〇四—一三六頁の他、同「日独における『不当利得法における三角関係』論の近況について——カナリス論文」三者間における利得の調整』の紹介をかねて」福島大学商学論集四六巻四号八二—一〇六頁、廣瀬克巨「三角関係における給付利得——ドイツ類型論の一断面」未完、比較法雑誌—五巻—号—一四五頁、同—二号—一三二頁等がある。

(91) Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II* 1981, S. 526ff.; Esser-Weyers, *Schuldrecht Bd. II Teilband 2*, 1979, S. 43. 四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為 上巻』一九八一年、二三—頁も同様に解している。

(92) Vgl. Joerges, a. a. O., S. 63—64.

(93) WM 1980, 159 [161].

(94) もっとも、ドイツの通説的類型論は、被指図人の受益者に対する直接の不当利得返還請求を認容する点では一致しているが、何故、有効な指図が存在しない場合に、被指図人の受益者に対する出捐を指図人に帰せしめられないのかという理由づけをめぐって動揺している。通説は有効な指図が欠如すると行為基礎が欠けると解している。廣瀬・前掲論文・比較法雑誌—五巻—号—三三—三三頁参照。通説に依する批判として Claus-Wilhelm Canaris, *Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis*, in: *Festschrift für Karl Larenz*, 1973, S. 807—809. など、四宮・前掲書—三三—頁は、被指図者—指図受益者の給付関係を被指図者—指図者及び指図者—指図受益者間に転帰せしめる要件を欠くために、給付関係は依然として被指図者—指図者間にとどまるとして、被指図者の指図者に対する給付利得返還請求権の成立をみとめる。

- (95) Joerges, a. a. O., S. 65.
- (96) 廣瀬・前掲論文・比較法雑誌一五卷一号三三—三四頁によれば、ドイツの通説的類型論は、指図の撤回のケースを有効な指図が存在しなかったケースと同視しえない、すなわち、被指図人から受益者に対する直接の不当利得返還請求権を認容することはできないと考えているようである。もっとも、被指図人が出指する前に指図人が指図の撤回を受益者に通知した場合には被指図人から受益者に対する不当利得返還請求が認容されることになるようである。
- (97) WM 1980, 159 [161].
- (98) NJW 1980, 1155 [1157].
- (99) Vgl. Esser-Weyers, a. a. O., S. 51, Cararis, a. a. O., S. 801. 四宮・前掲書二二二頁も、西ドイツにおける通説的理解を支持して「さ」に於いて Canaris は被指図人一人が受益者の抗弁権・破産のリスクを負担することになるとして批判している (Canaris, a. a. O., S. 811f.)。
- (100) NJW 1980, 1155 [1157-1158].
- (101) BGH は金融機関の顧客に対する給付利得返還請求権を認容してはいるが、それは、顧客の金融機関に対する給付利得返還請求権と引換であることに注意された。なお、BGH は、金融機関の顧客に対する請求権の対象を顧客の販売業者に対する不当利得返還請求権である (Kondiktion der Kondiktion) と解しているから、この点では通説の見解に従っている。この点については、四宮・前掲書二二三頁を参照された。
- (102) Joerges, a. a. O., S. 66 44. BGH が返還請求権の直接行使 (Rückforderungsdurchgriff) の承認を売買契約の無効の事案に限定するにあまりあるかどうかは現在のところさきわめることが困難であると述べている。
- (103) Hadting, a. a. O., S. 66 は、貸主が売買の目的物を譲渡担保権に基づいて取り戻すことによつて、§§ 5, 6 AbzG が準用され、解除の効果が引をなされる場合にも、顧客は金融機関に対して履行した賦払金の返還を請求できると解している (たとえば、BGH 1976. 3. 26; NJW 1976, 1093 [1094] 等) 点をあわせて指摘している。しかし、ここでは、賦払金債務を顧客が履行しなかった結果、消費貸借契約上に障害事由が発生しているのであり、本稿で問題としていっている紛争状況とは異なる。
- (104) Vgl. Joachim Gernhuber, Austausch und Kredit im Rechtsgeschäftlichen Verbund——zur Lehre von den Vertragsverbindungen, in: *Festschrift für Larenz*, 1973, S. 480.

(105) 連邦政府草案は次のような立法経過をたどって作成された。一九七三年十二月に AbzG の二度目の改正が行なわれた際に、§1c AbzG として、金融割賦販売を構成する売買契約と消費貸借契約を、AbzG の適用範囲に限定して、一体的に取扱う旨の規定を置こうとしたが、連邦参議院より異議が出されて、結局、日の目を見なかった (Vgl. Bundestag-Drucksachen 7/1398)。このため、連邦参議院は AbzG 改正案を可決する際に、金融割賦販売に関して包括的規制を行なうよう連邦政府に要請した。この要請は一九七八年、連邦司法省の手によって参事官草案 (Referentenentwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte sowie über Maklerverträge) が起草されることによって現実化された。その後、各界から意見聴取が行なわれ、本文におけるように、若干の修正が加えられて連邦政府により法案が提出されたのは翌一九七九年であった。Vgl. Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 1, S. 9-10, Teilzahlungswirtschaft 4/1978, S. 26.

(106) 連邦政府草案は連邦参議院の見解¹⁾及びこれに対する連邦政府の反対意見が付帯されて、連邦参議院に提出され、一九七九年一月一日で第一読会を審議された (Vgl. Walter Münstermann, Regierungsentwurf eines Gesetzes über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge, Teilzahlungswirtschaft 2/1980, S. 48) が、結局廃案となった。第九回ドイツ連邦参議院では、仲立契約に関する部分のみが再提出された。(なお、Franz Josef Scholz, Finanzierte Rechtsgeschäfte Neuere Rechtsprechung des BGH und Gesetzentwurf der Bundesregierung, MDR 1980, S. 186 は、金融割賦販売に関する規制と仲立契約に関する規制は一つの法律案の形式を採っているが、両者の関連性は非常にゆるいと述べている。)その理由として、連邦政府は、現在すすめている、消費者信用をめぐる EC 加盟国の法律上の規定及び行政規則の調整に関する EC 理事会の努力、並びに、第五三回ドイツ法曹大会における立法政策上の議論によって、近い将来、消費者信用の包括的規制が行なわれることが期待されており、この包括的規制に関連して、より適切な方法で、第三者によって融資された取引の場合における、抗弁の直接行使の問題も、規制されるべきであると考えた (Bundestag-Drucksachen 9/1633, S. 8)。Vgl. Hansjörg Weber, Die Problematik des finanzierten Abzahlungskaufs, ZRP 1982, S. 306, S. 310.

(107) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 2.

(108) Vgl. Teilzahlungswirtschaft 4/1978, S. 26.

(109) Vgl. Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 4, S. 7.

(110) Hansjörg Gilles, a. a. O., ZRP 1979, S. 268.

- (11) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 10, S. 11.
- (12) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 11 は、売買契約と消費貸借契約の結合が買主をして、売主との法律関係から生じる一定の権利を貸主との関係においても行使することを正当化すると述べている。
- (13) この点については本章五(2)(a)参照。
- (14) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 12.
- (15) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 12.
- (16) Hadding, a. a. O., S. 330.
- (17) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 12.
- (18) 本章五(2)(b)参照。
- (19) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 12. また連邦政府草案では、貸主と売主が融資目的を認識しているだけでは、「一体的経済的過程」を承認するのに不十分であると述べ、例として、純粋な個人信用の場合に借主が自発的に一定の目的のために融資を受けることを売主と貸主に知らせる場合をあげている。
- (20) Gilles, a. a. O., ZRP 1979, S. 269 は連邦政府草案を解釈上の衝突が事前にプログラミングされていると批判している。また、Hadding, a. a. O., S. 329 は「このような契約の関連性の確定が裁判所に留保されているなら、第二項における例示は意味がない」と述べている。
- (21) 同様の指摘を「*Der Hadding, a. a. O., S. 330, Gilles, a. a. O., ZRP 1979, S. 268, Marschall von Bieberstein, Der finanzierte Abzahlungskauf, Rechtsprechung und Reformproblem, 1980, S. 44.*
- (22) Hadding, a. a. O., S. 329-330 が指摘しているように「利害関係者から見れば、売買と貸付が経済的一体的な過程として現われるということが、連邦政府草案の提案理由において、借主の権利を拡張する内在的根拠と補充的に述べられている (Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 11) と同じく、借主からその関係がどのように見えるかという点は何ら重要ではなう。
- (23) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 12 は売主・買主間の後発的に基礎づけられた義務や貸主が消費貸借契約を締結する際に計算に入れる必要がない義務に基づく抗弁・請求権を貸主に対して直接行使することはできないと述べている。
- (24) 本章四(三)北大法学論集第三〇巻第三号五四九頁はこの限りで修正する。

- (15) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 11.
- (16) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 11.
- (17) 返還請求権の範囲についても、すなわち、すでに貸主に返済された賦払金の限度に利息・手数料が含まれると解して顧客に返還する必要があるのか、それとも払戻しまでの利息・手数料は銀行に帰属すると解すべきかについても問題とされている。この点につき、Münstermann, a. a. O., Teilzahlungswirtschaft 2/1980, S. 50, Gilles, a. a. O., ZRP 1979, S. 269, Hadding, a. a. O., S. 330.
- (18) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 11.
- (19) Reich, a. a. O., JZ 1980, S. 336 も、連邦政府草案は返還請求権の根拠に基づいて区別するのではなくて、専ら、返還請求権の限度を制限していると評している。
- (20) Münstermann, a. a. O., Teilzahlungswirtschaft 2/1980, S. 52 は、借主が貸主に対しても返還請求権を行使できるとして、貸主はどのような方法で貸付金を回収できるのかを立法者は規定すべきであると述べている。おそらく、本章五例において分析したように不当利得法上の解釈との調整を考慮しているのではないかと思われる。
- (21) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 12. Münstermann, a. a. O., Teilzahlungswirtschaft 2/1980, S. 49 は、賦払いで返済されるべき消費貸借も、ただ返済の最終期限しか合意されていない消費貸借も違った取り扱いがなされるべきではないと述べている。
- (22) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 12 は具体的な例として、結婚仲介 (Ehevermittlung)、結婚紹介 (Eheanbahnungen)、休暇旅行 (Urlaubsreisen) 及び、通信教育 (Fernlehrgänge) を目的として貸付がおこなわれる場合をあげている。
- (23) 融資された法律行為が売買契約でなかった BGH 判例として、BGH 1978. 11. 23; NJW 1979, 868 BGH 1979. 5. 17; WM 1979, 1035 = NJW 1979, 2092 BGH 1980. 3. 20; WM 1980, 620 = NJW 1980, 1514 (以上、Mitarbeitervertrag), BGH 1981. 11. 19; DB 1982, 426 (請負契約) など、売買の目的物が動産でなかった BGH 判例として、[1] BGH 1978. 2. 9; NJW 1978, 1427 (営業に結ついた動産以外の価値や可能性、とりわけ営業権が帰属する資産の総体) 等。
- (24) Vgl. Marschall von Bieberstein, a. a. O., S. 39-40.
- (25) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 12.
- (26) Hadding, a. a. O., S. 331, Marschall von Bieberstein, a. a. O., S. 40-41, Münstermann, a. a. O., S. 51.
- (27) たとえば、動産の金融割賦販売の場合に、当該動産自体を貸金債権の担保に供するのではなく、顧客の不動産に抵当権を設定させ

た場合を想起せよ。

(138) 稲本洋之助・戒能通厚・田山輝明・原田純孝編著『ヨーロッパの土地法制 フランス・イギリス・西ドイツ』一九八三年、三九一—三九二頁等。早川和男・塩崎賢明・鈴木 晃「統計・日本の住宅事情および国際比較」ジュリスト増刊総合特集三〇号『現代日本の住宅改革』一九八三年、五八頁によれば、西ドイツの持家率は三三・五％（一九七二年）で他のヨーロッパ諸国——たとえば、イギリス五〇・一％（一九七一年）、フランス四五・五％（一九七三年）、イタリア五〇・九％（一九七一年）、スウェーデン三五・二％（一九七〇年）等——と比較しても低い。なお日本の持家率は、六〇・四％（一九七八年）である。

(139) 我國の戦後における住宅政策・住宅金融・住宅需要については、伊豆 宏『日本の住宅需要』一九七九年、七七一—六九頁、土地・住宅行政研究会『土地対策と住宅対策』一九八二年、一八〇—一八八頁等を参照されたい。

(140) もっとも、過度に借家人保護をしたために、収益率が低下し、住宅建設に対する投資が引き上げられる重要な原因となっていると指摘されている。ペテル・アレンス（霜島甲一訳）「西独における『社会的』借家法とそれが現実にもたらしたもの」法学志林第八〇巻一号三三一—五九頁。

(141) Vgl. Heymann, Zur Haftung bei Bauherrn- und Ersterwerbmodellen, DB 1981, S. 568. 以下「Werner & Machunsky, Anwendungsdurchgriff und Schadenersatzansprüche gegen Kreditinstitute bei der Finanzierung von Bauherrngemeinschaften, DB 1982, S. 2230」は「Bauherrnmodell（住宅建設を伴う土地売買を目的として建築主組合 Bauherrngemeinschaft に参加する住宅取得形態）の場合についてはあるが、建築主組合に参加する投資家の圧倒的部分は商人ではなく自由業者・自営業者・親方等であり、彼らは、一般的に経済的にも法律的にも経験があるとはいえないのではないかと問題を提起して、投資家が個々のケースにおいて具体的に保護に値いしないかどうかを審査すべきであると述べている。

(142) ペテル・アレンス・前掲論文三四頁。大西泰博「ドイツ不動産所有権法の現代的課題——所有権法研究（一）その覚え書き——」早稲田大学社会科学研究所一八号二〇—二〇三頁によれば、一九七四年における所有権者によって利用されている住宅総数は約七〇〇万戸で、このうち区分所有住宅は約七〇万戸である。これに対して使用賃貸借住宅の総数は約一、三〇〇万戸である。

(143) Wolf, a. a. O., WM 1980, S. 1008. BGH 1970, 9. 18; WM 1970, 1362 [1363]. BGH 1979, 7. 12; NJW 1980, 41 [42].

(144) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 12. Vgl. § 17 Beurkundungsgesetz. BGH 1980, 4. 22; DB 1980, 1936.

(145) Hadding, a. a. O., S. 331, Münstermann, a. a. O., Teilzahlungswirtschaft 2/1980, S. 51.

- (141) この点 BGH 1979, 7, 12; NJW 1980, 41 [42-43] (住宅所有権の申込者が、施工者と区分所有住宅の供給と建造に関する契約を、金融機関と消費貸借契約を締結したが、施工者の財産につき破産手続が開始され、建設地の競売が命じられた事案)や BGH 1980, 11, 13; NJW 1981, 389 [390-400] (税制上有利な不動産の取得のため、Abschreibungsgesellschaftへ加入し、金融機関より融資を受けたが、期限までに不動産が引き渡されなかった事案)は、一般的に不動産取得に関連して行なわれた貸付の際に、貸主に対して、借主が融資された契約に基づく抗弁を行使できないかどうかについては判断を留保し、当該事件において、抗弁の直接行使を認容する要件が充足されるかどうかを検討している。ここでは、抗弁の直接行使が許されない理由として、まず第一に、法律上の知識のない素人も、信用を供与する金融機関と不動産の譲渡人等が大抵は自己固有の利益をそれぞれ異なる異なる権利者であることを知っている点、第二に、金融機関が消費貸借契約の法律上の独立性を引きあいにすることが信義則に反するとみられるような付加的な事情が存在しない点 (Vgl. Wunderlich, Zur Haftung der Kreditinstitute gegenüber den Bauherren bei der Finanzierung von Immobilienwerb nach dem Bauherrenmodell——Insbesondere Einwendungen der Bauherren gegen den Darlehensrückzahlungsanspruch——DB 1980, S. 917; Heymann, a. a. O., DB 1981, S. 568; Werner & Machunsky, a. a. O., DB 1982, S. 2229-2230)が、共通してあげられている。しかしながら、すでに指摘したように、草案は、二つの契約の経済的一体性を認容するために主観的要素——すなわち、売主と貸主が一体的な契約の相手方として対峙している、という顧客の印象——を問題とせず、一「一体的経済的過程」の要件を判断しており、また金融機関の資金返還請求が信義則に反する不当な権利行使であると解するのではなく、二つの契約の結合という点から積極的に顧客の権利拡張を規定している。従って、少なくとも前述した理由からは、不動産取得を目的とする貸付の際に顧客に金融機関に対する抗弁及び請求権の直接行使を許さない結論「つけることは難しいように思われる」。
- (142) Marschall von Bieberstein, a. a. O., S. 40-41 は、土地取得と関連する貸付の際に購入者の保護が必要とされる場合がある (der, *Gutachten zur Reform des finanzierten Abzahlungskaufs für das Bundesministerium der Justiz*, 1978, S. 142-143 に於ける見解を修正)として § 242 BGB に於ける救済を提唱している。
- (143) Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 25.
- (144) Dieter Heckelmann, Grenzlilien für den Käuferschutz beim Retenkauf nach dem BGB und nach dem Abzahlungsgesetz——ein Beitrag zu dem Auslegungsmaßstäben für das AbzG——, in: *Festschrift für Johannes Barmann*, 1975, S. 432ff.

- (150) 連邦政府草案は若干の規定を BGB 及び HGB に組みこもうとしているのに、何故、人的適用範囲を AbzG のそれと一致させねばならぬのか、という批判もある。Marschall von Bieberstein, a. a. O., S. 41.
- (151) Stellungnahme des Bundesrates vom 22. 6. 1979, Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 32. 連邦参議院としては、実情に合った人的適用範囲規定として § 24 Satz 1 AGB-Gesetz をあげよう。
- (152) Gegenüberlegung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates, Bundestag-Drucksachen 8/3212, S. 36.
- (153) このようご解すると § 24 Satz 1 AGB-Gesetz が最も参考になると言えようである。但し § 24 Satz 1 に規定されている人的範囲に属する者が適用を排除されているのは、§ 2 (契約への採用)、§ 10 (評価の余地のある条項の禁止)、§ 11 (評価の余地のない条項の禁止)、§ 12 (国際的な適用領域)のみであり、しかも約款内容をコントロールしている §§ 10, 11 のために無効となる条項には § 9 (一般条項) が適用されると規定されている点に留意されたい。
- (154) この他、学説上、独立した職業上の行為 (selbständige berufliche Tätigkeit) として行なわれた借入れは、本法案の適用範囲から除外すべきであると主張されている。たとえば Münstermann, a. a. O., Teilzahlungswirtschaft 2/1980, S. 53; Scholz, a. a. O., MDR 1980, S. 188 等。
- (155) ただし、[15]・[17]・[18] 判決の分析において言及した点に注意されたい。すでに、二つの契約の法的結合、及び、給付の関連性に対する新しい視点の萌芽がみられるように思われる。

Rechtliche Struktur des finanzierten Abzahlungskaufes (3)

Emiko CHIBA*

Einleitung: Gegenstand der Analyse und Ausgangspunkt der Fragestellung
in dieser Arbeit

1. Faktisches Vorkommen des finanzierten Abzahlungskaufes in Japan
 - 1.1 Vorbemerkung
 - 1.2 Phänomenale Analyse
 - 1.3 Funktionale Analyse
 - 1.4 Besonderer Charakter der Konflikte beim finanzierten Abzahlungskauf (Veröffentlicht in: Hokkaido Law Review, 1979, Bd. 30, Heft 2)
2. Tendenz der Rechtsprechung über den finanzierten Abzahlungskauf in der Bundesrepublik Deutschland
 - 2.1 Aufgabenstellung dieses Teils und Stellungnahme der Rechtsprechung
 - 2.2 Drei verschiedene Begründungen in der Rechtsprechung
 - 2.3 Zusammenhänge zwischen diesen Begründungen
 - 2.4 Tendenz der Rechtsprechung (Veröffentlicht in: Hokkaido Law Review, 1979, Bd. 30, Heft 3)
 - 2.5 Tendenz der Rechtsprechung — Ergänzungen
 - 2.5.1 Spätere Entwicklung der Rechtsprechung und ihre Richtungen
 - 2.5.2 Rechtsprechung über den sog. Einwendungsdurchgriff
 - 2.5.3 Der sog. Forderungsdurchgriff
 - 2.5.4 Der Regierungsentwurf von 1979 (In diesem Heft)
3. Entwicklung der in der Literatur vertretenen Lösungen in der Bundesrepublik Deutschland
4. Rechtliche Struktur des finanzierten Abzahlungskaufes in Japan und einzelne Störungsfälle

Schlußfolgerung: Zusammenfassung der Ergebnisse und Aufgabe in der
Zukunft

*Assistentin an der juristischen Fakultät der Universität Hokkaido