

ドイツ法における『固有の利益を理由とする
交渉代理人の契約締結上の過失責任』に関する考察（一）

岡本裕樹

I 本稿の目的

II 判例の展開

一 ライヒ裁判所時代の萌芽

二 連邦通常裁判所における対立とその収束

1 ライヒ裁判所判例の承継

2 第八民事部による判例法理の積極的展開

(1) 会社の交渉担当者の責任

(2) 中古車販売業者の責任

(3) 配偶者の責任（以上、本号）

3 「固有の利益」の理解を巡る他の民事部の態度

4 第二民事部の決定による判例の統一

5 判例統一後のいくつかの判決

三 小括

III 学説の対応

IV 若干の検討

V 結語

I 本稿の目的

すでに広く知られていることであるが、ドイツ私法において、「契約締結上の過失 (*culpa in contrahendo*)」責任(以下、「*c. i. c.* 責任」)が、判例・学説により発展をみた要因は、一般的には、ドイツ民法典(以下、「*BGB*」)中の不法行為規範による保護範囲が狭隘であり、また、その解釈適用に際して、条文の文言に忠実な態度がとられたことに求められている。具体的には、① *BGB* 八二三条一項の保護法益が絶対的権利に限定されている、② 例外的に相対的権利が保護されるための要件が厳格なものとなっている、③ 使用者責任の免責が条文の文言通りに認められるため、使用者は実際に免責を受けることができるとともに、独立した事業者が交渉を補助した場合、交渉の当事者本人は使用者責任を負わない、④ 消滅時効や⑤ 証明責任の点で不法行為責任の追及は債務不履行責任の場合より困難である、といったことが挙げられる。これらを克服して、被害者に相応の救済手段を与えるために、契約責任ではないものの、当事者間の信頼を契機とした義務違反に基づく契約類似の法定債務関係として、*c. i. c.* 責

任が理論的・実務的に形成されてきた。⁽¹⁾

こうしたドイツの判例・学説の努力は、使用者責任の免責を認めるBGB八三一条一項後段の適用を回避し、本来の取引当事者に*c. i. c.* 責任を負わせることにも向けられた。そのための理論的方策として判例によって用いられたのが、履行補助者の過失責任に関するBGB二七八条と、「代理人の行った行為の効果は、本人のみに帰属し、代理人には帰属しない」とする代理法理（*Präsentationsprinzip*）であった（BGB一六四条⁽⁴⁾）。これにより、本来の取引当事者に代わって交渉を行った代理人もしくは交渉補助者（以下、両者を併せて「交渉代理人」という）について、説明義務に違反する等の行為態様が存在するときには、この交渉代理人ではなく、本来の取引当事者が*c. i. c.* 責任を負担するとの原則が、ドイツ法において確定した判例法理となっている。⁽⁵⁾

もっとも、契約交渉過程に生じる責任を取引当事者に負わせることが、常に相手方にとって望ましい結果をもたらすわけではない。個別の事案に妥当な解決を求めれば、当事者ではなく、交渉代理人に損害賠償義務を負わせるべき場合も考えられる。交渉代理人よりも取引当事者を賠償責任者とするほうが、資力の点で被害者保護に資するとは限らず、取引当事者が無資力のときには、交渉代理人に対する責任追及の実現が、救済の実効性において適しているという場合もありえよう。また、相手方が交渉代理人から、取引当事者への信頼ではなく、交渉代理人への信頼を求められ、この信頼が裏切られたときには、むしろ交渉代理人に*c. i. c.* 責任を負わせることが、同責任の趣旨に合致する。これらの場合、判例の原則論は、交渉代理人の*c. i. c.* 責任の成立を阻害する障壁となり、被害を受けた相手方を、不法行為法上の限られた救済へと押しやることになる。

しかし、実際には、このような不都合は、一定の場合に回避されてきた。それは、ドイツ判例が、交渉代理人固有の*c. i. c.* 責任の追及を可能とする道筋を、早い段階から開いていたためである。現在では、そうした交渉代理

人の c. i. c. 責任が生じる場面として、二つの類型が認められている。その一つは、「代弁者責任 (Sachwalterhaftung)」と呼ばれるもので、交渉代理人が自己に対する信頼を特に強く要求し、これにより契約交渉や契約の締結に著しい影響を与えた場合に、交渉代理人に課される責任である⁶⁾。そして、もう一つ、交渉代理人が契約締結について直接的な固有の経済的利益を有し、この利益が、同人が自己の事柄において行動していると変わらないほどに強い場合に、交渉代理人の個人的責任が生じる⁷⁾⁸⁾。これらの交渉代理人責任は、これまで数多くの事例でその適用を試みられ、種々の活発な議論を経て、現在では二〇〇二年のドイツ債務法現代化法によって、BGB 三二一条三項・二四一条二項という形で明文の根拠を有するに至っている。とりわけ、BGB 三二一条三項では、取引当事者ではない第三者が c. i. c. 責任に基づいて、賠償義務者になりうるとともに、賠償請求権者にもなりうる事が確認されている¹⁰⁾。これらの規定の内容は、それまでの判例や学説による法的発展に倣うものとして理解されるところに、今後のさらなる発展を妨げるほど確定的なものではないとされている¹²⁾。こうした理解から、BGB 三二一条三項の解説に際しては、従来の判例・学説上の分類に対応する形で、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」は同項前段で、「代弁者責任」は同項後段で規律されているとの位置づけが、一般的になされている¹³⁾。

本稿は、これら二つの交渉代理人責任のうち、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」を巡るドイツの議論状況を考察する。「代弁者責任」を考察対象から除くのは、次のような理由からである。これらの交渉代理人責任は、その法的性質の観点において、c. i. c. 責任である点に違いはない。また、判例において交渉代理人の第三者責任が検討される際には、この二つの責任の可能性が並列的に言及され、それぞれの責任の肯否が判断されるのが、一般的である。しかし、これらの責任は、交渉代理人の帰責根拠をそれぞれ異にしている。「代弁者責任」についていえば、先に述べたことから明らかなように、交渉代理人が c. i. c. 責任を負わされるのは、取引の相手方に

対して、取引当事者本人への信頼ではなく、交渉代理人自身への特別な信頼が求められたものの、この信頼を裏切るような説明義務違反などがあったことが、その根拠となっている。c. i. c. 責任一般について、取引上の「信頼」をもって、賠償責任の理論的根拠と解することに争いがあるとしても、現在のドイツ判例によれば、「信頼」要素が重要な考慮事由となることを否定できない。そのため、このような「代弁者責任」の帰責根拠は、c. i. c. 責任法理の内部で説明のつくものである。これに対して、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」は、そうした「信頼」に依拠するものではない。交渉代理人自身への特別な信頼が相手方に求められていなかったにもかかわらず、取引が、交渉代理人にとり、自己の取引の場合と同じほどの利益を伴うものであるとの理由から、交渉代理人はc. i. c. 責任を負わされるのである。その帰責根拠を、本来のc. i. c. 責任の理論の中に見出すことは難しい¹⁵⁾。むしろ、この二つの交渉代理人責任は帰責根拠の点で異なることを率直に認めたほうが、理解が容易である。現に、近時の連邦通常裁判所（以下、「BGH」）の判例の中には、交渉代理人責任を検討するに際し、「代弁者責任」については、BGB三二一条三項・二四一条二項を適用条文として挙げながら、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」については、BGHの確定した判例法理であることを付言するに止めているものもある¹⁶⁾。こうした理解からは、交渉代理人が、自身への信頼を介して、c. i. c. 責任を負わされることになる「代弁者責任」に対するものとは異なる関心が、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」に向けられる。

そこで、本稿では、ドイツの判例法理として確立している「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」を巡る議論を考察することにより、同責任の理論構造の解明を試みたい。考察の順序としては、交渉代理人の第三者責任を主導的に展開していった判例の変遷をまずは辿り、次いで、これに対する学説の諸見解を検討し、最後に、このドイツ法の議論が日本法においていかなる意義を持ちうるかについて考えてみたい。この際、「固有の利益を理由と

する交渉代理人責任」は、当初から学説からの批判が強い中で、判例法理として形成されてきたものであるため、その内実を知るには、判例の内在的理解が不可欠であることから、重要と思われる個別の裁判について、やや詳しく紹介していくことにする。

II 判例の展開

一 ライヒ裁判所時代の萌芽

「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」に関するドイツ判例法理は、個別事例に対する判断の集積を通じて、その内容が修正され、また、精緻化されてきた。その発展過程を明らかにするために、まずは、「固有の利益」を理由とした交渉代理人の c. i. c. 責任の類型につき、その萌芽となったライヒ裁判所（以下、「RG」）の判例を紹介する。

へー RG 一九二八年三月一日判決¹⁷⁾

〔事実の概要〕

Y が、その所有する不動産（小作農用土地建物）を複数の者に譲渡し、その後それぞれ譲受人がこれを転売したことにより、紛争が生じた。この紛争は裁判上の和解によって解決され、この和解により本件不動産を取得し

たBは、これをVに転売し、Vは代金を支払った。ただし、本件不動産の登記名義人はYのままであった。⁸⁵ Vはこれをさらに転売することを企図し、Yから代理権の付与を受けて、Yの名においてXと交渉し、Yの代理人として、Xとの間で売買契約を締結した。

ところで、この不動産を現実に占有しているのは、先の和解の際の紛争当事者の一人であるCであった。この和解の中では、Cが不動産の明渡義務を負うことが確認される一方で、YがCに対して、二〇〇〇マルクの抵当権の譲渡と二〇〇〇マルクの金銭の支払い義務を負うとともに、Cが他の不動産を取得できない場合に、Yが一定の住居の調達する義務も負うこととされた。さらに、これらの義務をYが履行するまで、Cには不動産の明渡しを拒絶する権利が認められること、および、本件不動産の購入者は、これらのYの義務について、併存的に債務引受しなればならないことも、定められていた。しかし、Vはこうした和解の内容を、契約交渉の中でXに説明していなかった。

Xは、Yの代理人であるVに、売買代金の一部（八〇〇〇マルク）を支払ったが、Cは、和解に基づくYの義務が履行されていないことを理由に、Xに対する不動産の明渡しを拒絶した。そのため、XはYに対して支払った代金の返還を求めて訴訟を提起し、勝訴した。しかし、Yへの強制執行は効を奏さなかった。そこで、XはVに対して、支払済み代金の返還を求めて訴訟を提起した。

〔判示内容〕

代理人がB G B旧二七六条一項前段⁸⁶の趣旨における債務者とみなされて、契約交渉中の過失が、代理の本人の責任だけでなく、代理人の責任も生じさせるかについて疑念を呈しながらも、本件においては特別な事情が存在するとし、以下の内容の判示をした。

【Vは本件不動産の買主であり、YとBに代金を支払った後に、自己の利益において、これを転売し、これにより、支払った代金を回収しようと考えていた。しかし、単に、本件不動産がなおYの名で登記されているという形式的な理由から、Xとの契約では、VではなくYが売主として、VはYの代理人として行動した。この売買に際して、実質的に唯一の当事者、あるいは少なくとも本質的な当事者は、Yではなく、Vであった。こうした一種の「procurator in rem suam（自己の利益のためにする訴訟代理人）」としてのVの地位は、V自身に義務を負わせるものであり、さらにこのことは、Vが、交渉当時すでに、Yの代理人として行動していたことが明らかなる場合にも妥当する。Vは、単なる形式的理由からV・X間の契約締結に至らなかった契約交渉の中で、Cの権利をXに知らせておかなければならなかった。この説明義務に違反があったとすれば、それが過失にのみによるものであっても、本件の特別な事情により、Xへの損害賠償義務を、Vに負わせることになる。】

〈二〉RG一九三一年三月五日判決²⁰⁾

〔事実の概要〕

未成年のYらは、共有する不動産（土地家屋）をXに売却し、登記名義をXに移転させた。その際の交渉や契約の締結は、Yらの法定代理人である母親Vによって行われた。Xの主張によれば、代金額は、本件不動産の平時賃貸料（Friedensmiete）を基準として、その六・二五倍の金額とされた。この契約交渉の中では、VはXに対し、本件不動産を賃貸する際の平時の賃貸料は一六六〇マルクであると説明していたが、実際には一三四〇マルクしかなかったとのことであった。そこで、Xは、YらとVを被告として、Vによる悪意の欺罔を理由に、主位的に代金減額を、予備的に損害賠償を求め、訴訟を提起した。

〔判示内容〕

Yらの責任を否定し、Vの契約責任も、Vが代理人であるとの理由で否定したうえで、以下の内容の判示をした。

【契約締結の際の代理人の過失が、契約類似の根拠に基づいて損害賠償義務を負わせるのは、BGB一六四条により、原則として代理の本人のみであり、代理人にはそうした義務を負わせない。例外的な形でのみ、すなわち、代理人が契約の成立について固有の利益を有している場合にのみ、そのような代理人の損害賠償義務が問題となりうる（上掲RG判決へ）を引用）。Vが、子であるYらの財産の用益権者（Nießbraucherin）であることを理由に、本件でこのような例外的場合が想定されるかについては、論じる必要はない。なぜなら、そのような場合であっても、考えられうるVの損害賠償義務は、Xへの履行利益の付与をもたらしえないからである。】

また、Vの不法行為に基づく損害賠償義務を巡っても、消極的利益の賠償しか認められないことを理由に、Xの請求を退けた。

〈三〉RG一九三八年一〇月二九日判決²⁵

〔事実の概要〕

Aコンツェルンは債務の弁済のために、Aコンツェルンに属するX社の保有する炭鉱を売却することになった。その交渉相手の一つが、V₁有限会社やV₂を構成員とするB産業シンジケートであった。下交渉の結果、BシンジケートがX社からの売却申入れを受けて、契約締結に向けた交渉を行うことに合意したが、印紙税法上の問題や政治的な事情など、様々な懸念材料により、売買契約締結には至らなかった。そこで、Bシンジケートが新たにY株式会社を設立し、Y社を炭鉱の買主としてX社との売買契約を締結し、登記名義もY社に移転された。しかし、Y

社は資本金に充てられるべき金員によって売買代金の一部を支払うことにより、設立当初から資本金不足の状態にあり、契約にしたがって炭鉱経営をX社から引き継ぐだけの十分な資力を有していなかった。X社は、炭鉱の雇用関係の引継ぎや付随義務等に関する契約条項に、Y社が違反したことで損害を被ったとし、はじめから資力不足のY社を設立したVらに対して、損害賠償を求めて訴訟を提起した。その際、X社は、請求原因として様々な法的根拠を挙げた。その中には、BシンジケートがY社を支援していくかのような印象をX社に抱かせながら、実際には資力の不十分なY社を設立し、その内情をX社に秘匿していたことにより、開示義務（Offenbarungspflicht）に違反したことで生じたとする契約締結上の過失責任も含まれていた。

〔判示内容〕

争点が多岐に渡るところ、Vらのc.i.c.責任に関する判断に限定すると、以下の内容の判示をした。

【c.i.c.責任は、契約当事者ではない関係者にも適用されることが考えられ、また、この第三者が固有の利益において主導的に契約交渉を行った限りにおいて、この者に適用されてきた（上掲RG判決へ一）（二）を参照。】

この場合、とりわけ、第三者が交渉を行った際に、本人として契約当事者になる予定だった者と相手方との契約が成立したか否かは、問題ではない。なぜなら、第三者は、自身に対して生じた相手方との信頼関係に基づいて、自己の行為について責任を負うからである。契約交渉の際の有責な行為が存在しうるのは、実際には状況が異なるにもかかわらず、契約が成立したかの信頼を、相手方に生じさせた場合、または、間もなくの契約成立への信頼、もしくは、より長期の契約関係の存在への信頼を生じさせ、これにより相手方に費用の支出を促した場合、あるいは、相手方当事者を、有利な契約の締結の断念や、不利な契約の締結、または、義務にしたがって真実の状況が開示されていれば成立していたはずの契約とは異なる内容の契約の締結へと導いた場合である。】

その上で、本件はこの最後の場合にあたるとし、V₁らは、X社の炭鉱を取得しようと考えたBシンジケートに属し、この取得のみを目的としてY社を設立したのであるから、全ての事情に照らして、V₁らは自己の利益において交渉していたことは明らかであると認定した。さらに、次のように続ける。

【V₁らは、自己の利益においてX社に契約相手としてのY社を提言したのであるから、Y社の設立が初めから与信不適合 (Kreditwürdig) であり、V₁らがこのことをX社に有責に秘匿していたのであれば、V₁らは、これについてX社に対して責任を負わなければならない。ところで、少なくともV₂の有責な行為は、諸般の事情から、V₂がX社をして、Y社との直接の契約締結により、X社に保証されていた売却申入受領者 (Bシンジケート) との契約の成立を断念し、あるいは、その実施の代わりにY社との契約を受け入れるよう導いた点に、存在しうる²⁸⁾。】

しかし、V₁らがX社と契約締結に関して直接交渉したことは、V₁ら自身の責任を正当化するには、なお不十分であるとする。【なぜなら、交渉時にはまだY社が設立されていなかったためであり、そのため、同社の与信不適合性に関する事情の開示は、まったく問題とならなかったからである。したがって、Y社設立後に行われたX社とY社との直接交渉が、むしろ重要であることになる。その限りでは、V₂はY社設立の発起人の一人であり、X社の求める契約内容の受入れを保証することにより、自身の利益がさらに向上する立場にあったのであるから、V₂の有責性は容易に想定されうる。これに対して、V₁社にはそうした事情がない。】

こうしたことから、少なくともV₂のc.i.c.責任が問題となりうることは確認された。ただし、この事案の結論としては、V₁らの開示義務違反が否定され、最終的にはX社の請求は棄却された²⁹⁾。

これらのRG判例は、「固有の利益」を理由とする交渉代理人のc.i.c.責任を認めたものとして、評価されて

いる。⁶⁰⁾しかし、R Gの説明が一貫しているわけではない。そのため、どのような根拠に基づいて、いかなる基準で、交渉代理人の責任が生じるのかについては、不明な部分が多い。

まず、R G判決〈一〉では、一種の「procurator in rem suam」としての地位が、交渉代理人の説明義務の根拠とされている。これに対し、R G判決〈二〉では、同判決〈一〉を引用しながらも、「契約の成立についての交渉代理人固有の利益」との表現を用いて、交渉代理人の責任を説明しようとしている。さらに、R G判決〈三〉では、「固有の利益」における主導的な契約交渉と併せて、交渉代理人と交渉相手との間の信頼関係も、考慮されており、「固有の利益」と信頼関係が、それぞれ独立した責任根拠となるのか、不明である。

また、それぞれの事実状況を見てみると、R G判決〈一〉と、「procurator in rem suam」の地位にある交渉代理人と判断されたのは、取引の目的となっている不動産の実質的な所有者（買受人）であった。この者が、登記簿上は他人の所有名義となっているために、⁶¹⁾名義人を代理の本人とし、自身は代理人として、転売契約を締結した、という事情があった。これにより、この転売契約の実質的な当事者は、交渉代理人であったとの評価がなされ、交渉代理人の c. i. c. 責任が認められていたのである。この点、R G判決〈二〉では、交渉した者が代理の本人の法定代理人（母親）であるというだけでなく、この本人の財産について用益権を有していることが、契約成立における交渉代理人の「固有の利益」の有無を判断する際の考慮要素とされた。この判決では、その判断は留保されたものの、実質的に自己の権利を処分しようとした交渉代理人、との評価がなされたR G判決〈一〉の事実と比べ、実質的にも本人の権利を代理権の範囲内で処分しようとした交渉代理人について、契約成立についての「固有の利益」を認めようとするには、本質的な違いが見受けられる。この違いは、「procurator in rem suam」から「契約締結に固有の利益を有する交渉代理人」への単なる言い換えとはいえないほど、交渉代理人の第三者責任の範囲

を広げる可能性を持つ。こうした「固有の利益」という表現が持つ意義の問題性の大きさをうかがわせる兆候は、R G 判決（三）でも見受けられる。この事案では、交渉代理人となる者が取引を成立させるために、自らも発起人となって株式会社を設立し、この会社を本人として契約交渉を行った状況の中に、交渉代理人の契約成立についての「固有の利益」が見出されている⁸⁰。しかし、株式会社の発起人であれ、会社設立後は会社とは別個の独立した法人格を有する者として扱われる。また、そもそも、社員の有限責任を認める会社制度自体が、そうした別個の法人格を利用して利益を上げることが容認している。資本充足等に関わる発起人としての責任以外に、株式会社を用いて企図される利益を理由とした責任を認めることは、こうした株式会社制度の基本理念との整合性が問われることになる。

このように、R G は、一定の場合に何らかの利益に着目して、交渉代理人に *c. i. c.* 責任を課すことについては、その立場を明確に打ち出した。しかし、「*procurator in rem suam*」であれ、「固有の利益」であれ、表現に託された内容が不明確なために、その基準は不鮮明である。その結果、とりわけ、ドイツ有限会社法（以下、「G m b H G」）などによって認められている社員の有限責任制度と、「固有の利益を理由とする交渉代理人の責任」との関係は、後に B G H 内で解釈が分かれる問題を引き起こすことになる。こうした議論は、「固有の利益」という表現が当然にはらむ曖昧な意味内容を画定することの必要性に起因するものであったといえる。

続いて、R G の立場を受けて、B G H が交渉代理人の責任を根拠づける「固有の利益」の意義を、どのように理解しようとしてきか、これを明らかにするために、B G H での判例法理の展開の状況を見ることにしよう。なお、前述のように、B G H の民事部内で、この法理の適用範囲に関する理解が必ずしも一致していたわけではないことから、以下では、判断を下した民事部も明記する。

二 連邦通常裁判所による判例法理の展開

1 ライヒ裁判所判例の承継

BGHは、まずはRGの判例を承継する形で、「固有の利益」を理由とする交渉代理人の*c. i. c.* 責任の類型を認め、問題状況の異なる事案で、この法理を適用した。

〈四〉BGH第五民事部一九五四年九月一七日判決³³

〔事実の概要〕

Yの夫Vは、Yの代理人としてXと交渉し、Yを買主とするX所有農地（訴訟時、二九〇〇〇ドイツ・マルク（以下、「DM」）の売買契約を、Xと締結した。その代金額は、一^mあたり最低一ライヒ・マルク（以下、「RM」）とされ、代金は、ドイツの貨幣制度が変更された後に支払われることとされた。また、Yが、Xのために代金相当額の保全抵当権を設定する義務を負うことも、合意された。Xは、RMとDMを二対一の割合で換算する合意があったとして、代金額は二四三五四DMとなると主張したが、Vは、RMとDMの換算割合は実際には一〇対一であるとして、二四三五DMの抵当権しか設定しなかった。そして、VはYと本件農地の売買契約を締結し、二四三五DMでこれを買収した。そこでXは、YとVに対して、連帯債務者として二四三五四DMの支払うよう求めるとともに、Vに対して、二一九一九マルクの保全抵当権を登記することを請求し、訴訟を提起した。

〔判示内容〕

Vが売買価格の一〇分の一のみの額の抵当権の設定手続を行い、本件農地をYから譲り受けたことで、Yによる抵当権更正義務の履行を不能にしたことを指摘したうえで、以下の内容の判示をした。

【確かに、任意代理人の締結した契約から生じる義務が課されるのは、原則として代理の本人のみである（BG B一六四条）。しかし、RGの判例は、契約締結上の過失責任について、交渉中の取引の締結、または実現された取引の締結について、代理人が個人的に経済的な利益を有している場合に、代理人の責任も認めている（上掲RG判決一〇〇〇三三）などを引用）。この考え方を推し進めても、妻のために契約を締結し、その履行に協力する夫に対しては、確かに、契約履行に努力すること、さらには、夫婦間の緊密な経済的結び付きを考慮しても、契約目的を無に帰せしめないことを要求することはできない。それでも、夫がその行動によって契約目的を頓挫させれば、たとえ過失がなかったとしても、夫が契約の相手方の損失において利得することになる場合には、夫はそれによって生じる相手方の損害を除去する義務を負うものとみなされなければならない。Vが、最初は誤解されていたXの真の権利が解明されたにもかかわらず、Xに不利な形で形式的な法的状況を援用し、抵当権の更正を拒もうとするのであれば、Vは同人に対しXが抱いた信頼に背き、信義誠実に違反する。】

そして、実際の農地の価格が更正後の抵当権の額よりも高いことも考慮して、Vの更正義務を認めた。

〈五〉BGH第二民事部一九五八年二月四日判決³⁸⁾

〔事実の概要〕

V社は備船人Yの代理人として、船舶仲介人（Schiffsmakler）X社に船の通関手続きを委託した。X社は、自身

がYの運送料債権を取り立てることができ、それにより自身の立替金や報酬は担保されていると信頼して、他に十分な補償もなく通関費用を立て替え、また、前払金を以前の取決めから半額に減額することに同意した。しかし、V社はYから金銭の支払いを受けることが困難であることを知っていたため、この運送料債権の譲渡を受けて、船主Aへの備船料の支払いに充てるとともに、燃料の積み込みや港湾費用に関わるV社のYに対する債権と差引計算することにしていった。このことは、X社に知らされていなかった。その後、未払いの費用がYからX社に支払われなかったため、X社がV社に損害賠償を求めて、訴訟を提起した。

〔判示内容〕

まずは、以下のように述べて、交渉代理人のc. i. c.責任の一般的な可能性を認めた。

【諸般の事情のもとで、代理人自身が契約交渉や契約締結の際の過失について、責任を負わされることは、判例（上掲B G H第五民事部判決〈四〉を引用）や学説において承認されている。とりわけ、この観点は、契約交渉を固有の利益において主導的に行い、取引締結から個人的な利益を得ようとする代理人に、援用される（上掲R G 判決〈一〉、〈三〉を引用）。代理人は、自己への信頼を特別な程度まで要求し、これによって契約交渉に影響を与えた場合にも、責任を負う。それらの事情のもとでは、相手方当事者の意思決定について本質的な重要性があり、この者にとって告知されることが信義誠実にしなかつて期待されるべき諸事実を、契約交渉において開示する義務が、代理人自身にも課される。この義務の有責な違反は、代理人自身の賠償義務をもたらす（B G B旧二七六条）。】⁸⁸

そのうえで、運送料を譲渡された代理業者は、まずは現金による航行の諸費用を、この運送料から支払うことが、船舶運航取引領域の取引通念に合致するとし、V社がこの慣行から外れようとする場合には、その旨の説明を受けられるとX社は期待できたとした。加えて、船舶仲介人は船舶に係る諸費用の支払いを受けられる保証がある場合

にしか活動しないのが、取引慣行であり、X社の期待が、V社にとって認識可能であったことも、認定した。そして、自己の利益と、代理する船主Aの利益においてX社と交渉したV社が、債権残額について、備給人Yからの支払いしか可能でなく、自身は単にその支払いを取り次ぐ意図しかなかったことを、信義誠実にしたが、X社に明らかになければならなかったか否かが、あらゆる事情を評価して判断される必要があると判示した。⁶⁵⁾（原審判決を破棄し、差し戻したものとみられる。）

〈六〉 BGH第七民事部一九六三年六月二十七日判決⁶⁶⁾

〔事実の概要〕

Y社が住宅家屋の区画を開発する際、V₁らの建築士団体Aが、家屋建築における建築士業務を委託された。このA団体は、現場の建築主任としてV₂を選任した。また、これらの家屋へのガラスの設置作業については、Y社がX社に委託して、X社がこれを行い、Y社はその報酬を支払った。その後、設置されたガラスが損傷し、V₂の求めに応じて、Xが損傷したガラスを交換した。その際、V₃からは、代金はすぐに支払われる旨の受け答えがあった。ただし、V₂には、Y社やV₁らを代理して、そのようなガラス交換を目的とする請負契約を締結する権限は、付与されていない。X社はこの費用の支払いをY社に請求したが、Y社はこれを拒絶した。また、X社は、この損傷について責任があると考えたB社にも請求したが、やはり費用の支払いを受けられなかった。そこで、X社はV₁に対して、その支払を求めて訴訟を提起した。

〔判示内容〕

本判決では、代理権限を有しない契約を締結したV₂の契約交渉の際の過失について、V₂を選任したV₁に、履行

補助者の過失に基づく責任が生じるかが争われた。その中でB G Hは、契約交渉の際の過失責任は、代理人ではなく、代理の本人（本件ではY社）だけがこれを負うとする原則を確認したうえで、V₁のc.i.c.責任について、以下の内容の判示をした。

【しかし、判例や学説においては、求められる成果について代理人が経済的に利益を有している場合か、もしくは、特別な信頼が代理人に注がれた場合には、代理人も同じ法的観点のもとに引き入れられることが、承認されている（上掲B G H第五民事部判決〈四〉、R G判決〈二〉等を引用）。原審の事実認定によれば、この要件が満たされていることが考えられる。とりわけ、V₁が所属するA団体は、場合によってはY社からガラスの損傷について責任を追及されることがあり得たため、V₂と同様に、ガラスの張り替えに固有の利益を有していたといえる。さらに、建築主任の建築家は、欠陥の除去について職人と交渉するときには、通常の場合、特別な信頼を要求することがありうる。】⁸⁸⁾

そして、本件では、Y社によりガラスの損傷の費用が負担されるか、あるいは、その他の補償手段があると理解されるようなV₂の誤った説明を信頼して補修したX社は、この信頼を裏切られた場合に、損害賠償を請求できると判断した。また、この損害賠償請求について、V₁もB G B二七八条により責任を負うことになるとした（そのようなXの請求を根拠づける事実や、Xの共働過失の有無を審理させるために、原審判決を破棄・差戻し）⁸⁹⁾。

このように、B G Hは、R Gの判例を受け継いだ。しかし、そのことは、R Gの立場の不明確性も同時に承継することにもなった。前述のように、R Gの判例からは、交渉代理人のc.i.c.責任の帰責根拠とその基準が不明確であった。この二点を解明する手掛かりは、ここに見たB G H判決の中に見出されない。

第一に、いずれの判決においても、交渉代理人の「固有の利益」とともに、交渉代理人自身に対する契約交渉相手の信頼の侵害が帰責根拠として挙げられており、両要素の関係が判然としない。

第二に、「固有の利益」の意義についてみれば、いずれの判決も、それぞれの事件の個別事情を評価しているのみで、何らかの判断基準を示しているわけではない。この判断基準との関連でみれば、BGH第五民事部判決（四）は、「固有の利益」に、「経済的（wirtschaftlich）」という表現を加えている。この点、当該事件で具体的に考慮されているのは、契約目的を頓挫させることで、相手方の損失において交渉代理人が得る利益である。この利益は、本人と相手方との契約そのものから生じるものではないため、同判決の理解するRGの判例法理における「固有の利益」と一致するとは言いがたい。そのため、同判決が「経済的」という修飾を付加したことの意図は、明らかではない。

こうした状況の中で、次の判決が、第一の問題について明確な解答を示し、第二の問題について一定の立場を確認した。

〈七〉 BGH第七民事部一九七一年四月五日判決⁴¹⁾

〔事実の概要〕

Y夫婦は、建築士Aに店舗兼住居用建物を建設させていたが、その完成前に経済的に行き詰った。債権者集会の後に、Yは、金融・不動産取引業者（Finanz- und Grundstücksmakler）であるVに、今後の建物の財務的管理と、店舗や住居部分の売却を依頼するとともに、Vに包括的な代理権を付与した。その中で、以後の建設作業の実施には、Vの同意を必要とすることが、取り決められた。これにしたがい、Aは、金属関係の工事を継続するために、

X社をVに紹介し、Vの同意を得たうえで、YとAがXと請負契約を締結した。その際、Xが前払金の支払いを求めたが、Vは、請負報酬はすべての仕事の完成と検査の後に、物件の売却代金から支払われると回答した。仕事が終了した後、XはYらに請負報酬を請求したが、支払いはなかった。その後、Vは、Yらのための活動を停止した。Vは、店舗や住居部分の一部しか譲渡できず、その利益は主に、銀行債務の填補に充てられていた。そこで、XはVに対して、損害賠償を求めて訴訟を提起した。

〔判示内容〕

BGHは、代理人の契約交渉の開始によって生じる法定債務関係に基づく義務が、原則として代理の本人に課されることを確認したうえで、以下の判示をした。

【しかしながら、特別な状況のもとでは、代理人自身も、この義務の違反について責任を負わなければならないととりわけ、契約相手から特別な信頼が代理人個人に与えられていた場合、もしくは、代理人が契約の締結に固有の経済的利益を有していた場合に、それが妥当する（上掲BGH判決〈四〉〈五〉等を引用）。】

そして、本件のVは、Yらの代理人として行動していないが、Xへの注文について決定権を有する人物であったことから、代理人と同視できるとして、そうしたVの「固有の経済的利益」の存否について、次のように続ける。

【もっとも、代理人の責任について検討すれば、Vにとり、飲食店用店舗の売却で生じる仲介手数料（Provision）に関して、建設計画の完成が重要であるに違いなかったという限りにおいて、Xによる注文の実施についてVが経済的な利益を有していたとの事情は、問題となりえない。そのような単なる間接的な経済的利益は、VがX夫婦の代理人として交渉していたとしても、契約締結上の過失を理由とする責任を負わせるに十分ではない。結局のところ、商事代理人や、企業の業務代理人またはその他の従業員のすべてが、同人によって会社のために行われた取引

が成立することについて、経済的な利益を有している。しかし、それゆえに、代理人固有の責任の事例は不相应に拡大され、代理人の行為については代理の本人が責任を負うとする原則が、看過できないほど広範に捨て去られることになるであろう（BGH第七民事部一九六五年九月二七日判決を引用）。そのため、締結される取引に関する固有の経済的利益を理由とする代理人の責任は、契約締結によって追及される目的との、より緊密な関係を要件とする。代理人が個人的に請求されうるためには、この代理人が交渉の目的に特別に近い立場にあり、つまり、経済的にみて、自己の事柄と同様に（gleichsam in eigener Sache）交渉していなければならぬ（後掲BGH第八民事部判決（二〇〇）を引用）。代理人は少なくとも、事後の契約当事者と同等の地位を正当化する形で、契約交渉の相手方当事者に対して対応していなければならない。VがXとの交渉を直接的に行っていたとしても、このことはVには妥当しない。⁴⁴⁾

これに対し、交渉代理人固有の経済的利益を理由とする責任の判断とは別に、代理人自身への信頼の侵害を理由とする責任を独自に検討し、この観点からVのc.i.c.責任が認められた。⁴⁵⁾

このように、本判決は、BGH第五民事部判決（四）と同様に「固有の経済的利益」という表現を用いながら、こうした事情と、代理人自身への信頼の侵害は、それぞれが別個独立して交渉代理人のc.i.c.責任の根拠となることを明示した。これにより、いずれかの事情が認められれば、例外的に、交渉代理人自身の責任が認められるとするBGHの判例法理が確立した。

また、本判決はさらに、代理人等が当該取引に関して取得しうる仲介手数料等は、「間接的な経済的利益」に過ぎないとして、交渉代理人のc.i.c.責任の根拠としては不十分であるとの判断も示した。これは、第七民事部の

先行判例を踏襲している。さらに、第八民事部の判決を引用して、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」が認められるためには、経済的にみて、交渉代理人が自己の事柄と同様に交渉していたことが必要であるとした。これらの見解を確認した背景には、本件事案におけるVの責任を判断するうえで必要であったという意味のほかに、先にも触れた有限会社の取締役や社員等が契約交渉を行った場合の責任を巡り、B G Hの民事部相互の間で、必ずしも態度が一致していたとはいえない状況があった。とりわけ、第八民事部が、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」に対して、比較的寛容な態度を示していた。

そこで、次に、有限会社の取締役・社員の責任をはじめとして、判例法理を積極的に展開していった第八民事部の諸判決を紹介し、その後、そうした第八民事部の立場と他の民事部の判断とを比較しながら、「固有の利益」を巡る各民事部間の見解の違いが修正され、B G Hの判例法理における「固有の利益」の理解が固まっていった様子を見ていくことにしよう。

2 第八民事部による判例法理の積極的展開

まずは、第八民事部による「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」の展開状況を考察する。この中で問題となった事例を大きく分けると、会社の交渉担当者の責任、中古車販売業者の責任、配偶者の責任の類型がある。

(1) 会社の交渉担当者の責任

「固有の利益」を理由とする交渉代理人の c. i. c. 責任を巡り、第八民事部の突出した立場をもっともよく表し

ているのが、会社の取締役等として契約交渉を行う社員の責任に対する態度であった（以下においては、会社の持分を有する社員が取締役としての地位にある場合に、この者を「社員取締役」と表記する）。

〈八〉BGH第八民事部一九六二年二月一九日判決⁴⁶

〔事実の概要〕

Y有限会社は、二〇年間、事業地の所有者Aから、同地上に地上権の設定を受け、地上または地下に事業で利用する工場施設を建設するための権利を、譲渡可能な形で付与されていた。ただし、建物の新築の場合には、Aらの書面による承諾を確保する義務を負っていた。その後、Y社は、同社取締役Vの代理によって、X社に対して、「Y社の土地上に」六〇〇m²について、二年間の使用貸借権を設定した。この契約の中で、Y社は、当該借地上に、建築規制に従ったバラックを一つまたは複数建設することを、X社に認めた。また、不可抗力により解約が必要となった場合、両社とも損害賠償責任を負わないこととされた。しかし、X社は建築規制上の認可を得ることなく、バラックの設置を始めた。事後的に建築認可を申請したX社に対し、建築認可の所轄官庁は、この申請には多くの点で不備があることを指摘した。X社には補充が要求され、なかでも、土地所有者の必要書類を追加するように求められた。その後、Y社は、地方首長の書簡の図面に添付された、Vの署名付きのY社の書面により、X社に対して使用貸借契約を解約した。この書面によりX社は、Aらが署名を拒絶していたことを知った。そこで、X社は、本件借地の所有者がY社ではなく、同地上に建物を建設するためには土地所有者の承諾を要することを、交渉を担当したVがX社に知らせていなかったことを理由に、Y社とVに対して、バラック設置費用の賠償と、支払った賃借料の返還を求めて、訴訟を提起した。

〔判示内容〕

不動産賃貸借において土地の所有関係や関連する法律関係を開示する貸主の義務を認定したうえで、Vのc. i. c. 責任について、以下の内容の判示をした。

【確かに、Vは、契約の締結に際して、自己の名において行動したわけではなく、自身が取締役を務めるY社の名で、契約を締結している。しかし、少なくとも、代理人自身が契約の締結に強い経済的な利益を有しており、取引から個人的な利益を得ようとしている場合、または、代理人が特別な範囲で個人的な信頼を要求していた場合に、契約交渉の際に代理人によってなされた過失に関する代理人の個人的責任が問題となりうる。】⁹⁰⁾が、学説や判例において承認されている（上掲R G判決〈一〉、〈三〉、B G H第五民事部判決〈四〉等を引用）。本件では、明らかに経済的規模が大きくない有限会社の取締役として、Vが活動し、約定された使用賃貸料を徴収していたという状況は、同人が使用賃貸借契約の成立に関して、有限会社の取締役としての地位に相応の利益のみならず、それを超えた強い固有の利益を有していたとの想定を、容易に生じさせる。】

そして、Y社の年間利益の相当部分がVに渡っていたとするX社の主張を含めたVの利益の内容や、X社の共働過失、さらにはVの故意の不法行為に基づく責任について再審理するために、事件を差し戻した。

〈九〉 B G H第八民事部一九六七年四月五日判決⁹¹⁾

〔事実の概要〕

X社は、共同持分鉱山会社 (Gewerkschaft) Yとの間で、建物の解体によって生じる煉瓦等の構造材を購入する契約を結んだ。Y社は、登記簿では、鉄鉱石鉱山の所有者と登記されていた。ただ、この鉱山区域は未採掘で、さ

ほどの財産価値を有していなかった。このY社の事業内容は、もっぱら採掘とは関係のない取引であり、Y社の鉱山株のうち、八五％をVが、残りの一五％をVの家族が保有していた。本件売買契約に際しては、VがY社を代理していた。建物解体作業は、Y社ではなく、解体資材を取得するA社によって行われることになっており、Y社は、事業組合契約をA社と結び、解体計画全体について五万マルクを限度として資金を供出することを引き受けていた。しかし、Y社の貸付後に、A社は資産不足となり、現場に残されている解体資材と、今後、解体によって生じる資材は、A社の債権者により差し押さえられた。それにより、Y社の解体資材の供給は遅滞に陥り、X社は本件売買契約を解除した。そして、X社は、解体資材の給付がなされなかった部分についての前払代金の返還を求めて、Y社に対して訴訟を提起し、勝訴判決を得た。しかし、Y社への強制執行は効を奏さなかった。そこで、X社は、Vに対して、損害賠償を求めて訴訟を提起した。

〔判示内容〕

Y社の収益がVやその家族に渡っていたことや、契約当時のY社の債務超過状態、および、本件解体事業に必要な資金の調達方法が不適當であったことを考慮して、Vの責任を認めた原判決を支持し、以下の内容の判示をした。

【原裁判所が、Vは、契約締結の際のX社の過失を自己のものとして、責めを負わなければならない、と述べたとしても、これは不正確な表現方法に過ぎない。諸事情を勘案すれば明らかなように、原裁判所の実際の考えは、Vが、X社とY社との間の契約締結の際に自身に課されていた義務を、有責に違反した、というものである。代理人が契約締結の際の過失について責任を負いうるとするのは、学説や判例の一致した見解である。そのような責任は、とりわけ、契約交渉を固有の利益において主導的に行い、契約締結から個人的な利益を得ようとする代理人について生じうる。そのような状況のもとでは、相手方当事者の意思決定に本質的な重要性を有し、その通知が信義

誠実にしたがって相手方に期待されるに違いない事実について、これを契約交渉の際に開示する義務を、代理人も個人的に負担する（上掲BGH第五民事部判決〈四〉、同第二民事部判決〈五〉、同第七民事部判決〈六〉、同第八民事部判決〈八〉等を引用）。つまり、問題となっているのは、代理された法人に負わされた給付の履行について、代理人が責任を負わなければならないという趣旨での透過効（Durchgriff）ではなく、自己の過失についての、契約相手が契約を締結しなかったか、もしくははより有利な内容の契約を締結したときに生じた状況にこの者を置くことを内容とする代理人の損害賠償責任である。⁴⁹⁾】

そして、こうした責任の要件については、Vやその家族による鉾山株の保有状況を理由に、Vが「固有の利益」において主導的に契約交渉を行い、この契約から「固有の利益」を得ようとしていたことを認定した。⁵⁰⁾

〈一〇〉BGH第八民事部一九八二年一月二七日判決⁵¹⁾

〔事実の概要〕

木材商を営むX社は、Y有限会社と一九七〇年以來の取引関係にあった。Y社は、主に建物の窓を製造しており、一九七五年以降は、Vが単独社員であり、かつ唯一の取締役であった。また、一九七三年以來、X社がVの要望に応じ、代金支払いは手形によって行われていた。一九七七年六月から一九七八年一月にかけて、Vの注文に基づいて、X社はY社に、代金総額四一〇〇〇マルクを超える木材を供給した。しかし、一九七八年二月にVは、Y社の破産手続きの開始を申し立てた。提出されたY社の資産状態によれば、大幅な債務超過となっていた。裁判所は財団不足を理由に、Vの申立てを却下した。これにより、X社は、Y社に対する債権について損失を被った。そこで、X社は、VがY社の債務超過状態を説明しないままX社と取引を行ったことを理由に、Vに対して、損失の一部の

賠償を求めて訴訟を提起した。これに対してVは、Y社の債務超過は、Y社の顧客が高額の債権の支払いを拒絶したことにより、突然生じたものであると主張している。また、経営健全化のために、Vの妻は、Y社に五万マルクの貸付をしている。

〔判示内容〕

Vの*c.i.c.*責任について、以下の内容の判示をした。

【確かにVは、Y社の名において契約を締結した。しかし、判例や学説において承認されているところでは、少なくとも、代理人自身が契約締結について経済的な強い利益を有しており、取引から固有の利益を得ようとしている場合、または、特別な程度まで個人的な信頼を要求していた場合には、代理人も契約交渉の際の過失について責任を負いうる（上掲B G H第八民事部判決〈八〉〈九〉を引用）。Vが、木材供給を必要とするY社の単独社員かつ取締役として、X社との取引について経済的に強い利益を有していたとする原審の認定は、上告によって争われなく、また法的瑕疵も認められない。また、信用供与とともに契約当事者の信頼を要求した有限会社の代理人は、個別の事例において、信用供与の必要性について決定的な状況を説明する義務を負いうるとした原審の見解は、最上級審判例と一致しており、是認されうる（上掲R G 判決〈一〉〈三〉、B G H第八民事部判決〈九〉等を引用）。確かに買主は、取引相手に対し、自己の財産状況や与信適格性を開示する義務を、原則として負わない。しかし、商品信用の場合のように、契約の相手方が先履行をし、有限会社の代理人が、それにより発生する債務を有限会社はもはや履行できないことを認識しているか、あるいは認識していなければならない場合には、状況が異なる。この場合、契約の相手方の保護されるべき利益が、少なくとも本件のように長期にわたる取引関係においては、買主の経済的逼迫についての説明を要求する。なぜなら、こうした事情は、契約目的を無に帰せしめるものだからであ

る。有限会社の単独責任の援用は、このとき、会社の法的独立性の濫用にあたる。⁵⁴⁾ そのうえで、一九七七年八月の時点で、VがY社の財産状況を認識していたことの認定について、審理が不十分であるとして、原審判決を破棄して、事件を差し戻した。⁵⁵⁾

〈一一〉BGH第八民事部一九八三年二月二三日判決⁵⁶⁾

〔事実の概要〕

Vは、複数のコンクリート工場の単独の取締役であり、かつ、過半数の持分を有する社員である。こうしたコンクリート工場の中に、Vの兄Aによって設立されたY有限会社があった。X社は、Y社の設立以来、Y社に資材を供給してきた。長年の取引関係では、X社が、額面五万マルクの手形を、Y社から毎月二通から三通受け取ることによって、決済されてきた。月末には、手形金額とは異なる実際の残高が、小切手により調整されていた。この決済方法により、X社は、二万五千マルクから五万マルクの範囲で、Y社に恒常的に与信していた。一九七三年六月から八月にかけて供給した資材についても、X社は手形や小切手を受け取った。しかし、同年六月と七月に、公認会計士と商事コンサルタントが、Y社を含むVの会社が回復不能なほど資力不足であることを理由に、破産を申し立てるよう助言していた。それでもVは、破産を回避するために努力したが、効を奏さず、最終的には、Y社について破産開始の決定がなされた。X社は、Y社の資産状況を適時に開示しなかったことを理由に、Vに対して、回収できなかった債権の額について損害賠償を求め、訴訟を提起した。

〔判示内容〕

Vの責任を巡る個々の要件の充足について争われ、結論としてVの責任が認められた。その中で、交渉代理人の

責任に関しては、まず、代理人自身が契約締結について経済的に強い利益を有し、取引から「固有の利益」を得ようとしていたか、または、特別な程度まで個人的な信頼を要求していた場合に、代理人も契約交渉の際の過失について責任を負いうることを確認し、そうした個人的な信頼を認定したうえで、「固有の利益」について、以下の内容の判示をした。

【Vはさらに、信用取引に基づく供給の継続に関するX社との契約について、強い固有の利益を有していた。確かに、判例が、代理人の間接的に過ぎない経済的利益では、同人の責任を認めるのに十分ではないとしているのは、妥当である（上掲BGH第七民事部判決〈七〉を引用）。しかし、有限会社の社員取締役の経済的利益は、決して間接的なものではない（上掲BGH第八民事部判決〈八〉〈一〇〉を引用）。このことはVにもあてはまる。なぜなら、Vは、確かに有限会社の持ち分すべてを掌握しているわけではないが、一九七三年春からの各社におけるVの取締役への任命が示しているように、その固有の経済的利益を各社の利益と完全に一体化させ、経済的にみれば、自己の事柄と同様に交渉していたからである（上掲BGH第七民事部判決〈七〉等を引用）。】

〈一二〉BGH第八民事部一九八四年一月二五日⁵⁵

〔事実の概要〕

Y社は当初は、無限責任社員をAとB、有限責任社員をC合名会社（社員はVら）とする合資会社として登録されていた。一九七七年三月三〇日、Y社はそれまでの申請に基づいて、Y有限合資会社となった。この変更後は、AとB、およびC社がY社の有限責任社員となり、無限責任社員としてD有限会社が加わった。このD社の社員はAとBとVらであり、その取締役は当初はAとBとV₁であったが、一九七七年三月二三日以降は、V₁がそこから

外れた。同年三月二四日、Y社がX社に、配管設備素材について照会を行った。その際のテレタイプには、V₂の名を示す記号が付され、差出人の名称は「Y合資会社」となっていた。これに基づいて、X社の取締役はV₂と電話で交渉し、Y社は同年四月四日の書面により、注文を行った。この書面には、「Y合資会社」の表記とBのサインが記載されていた。同年四月二二日にY社が行った出荷依頼の書面にも、「Y合資会社」の表記およびV₂の記号が記載されていた。X社は、Y社の倉庫に商品を納入したものの、代金が支払われることはなかった。この商品は、V₁の考えにより、Y社からD社に売却されたが、D社の取引相手が、この商品の注文を取り下げたために、C社のもとで保管されることになった。このY・D間の取引の代金は、C社がD社に資金を提供し、E貯蓄銀行にあるY社の口座に支払われた。この口座は高額の負債を抱えており、E銀行からY社への信用供与については、物的担保が提供されるとともに、V₁らが包括根保証人となっていた。その後、同年八月二九日にY社について破産手続きが開始され、同年一〇月に資産の不存在を理由に、Y社は消滅した。そこで、X社はV₁らに対して、代金相当額の損害の賠償を求めて訴訟を提起した。

〔判示内容〕

X社は様々な請求原因を挙げているが、第八民事部はその中で、Y社の弁済能力に関する故意による良俗違反の加害を理由に、BGB八二六条に基づいてV₁らが不法行為責任を負う可能性を指摘して、原審判決を破棄して、事件を差し戻す判断をした後に、差戻審では、Y社の資産状況に関する説明義務について、V₁らの*c.i.c.*責任も審理されるべきとして、以下の内容の判示をした。

【契約当事者のために行動する代理人もしくは受任者が、契約締結について特別な程度の経済的利益を有し、この取引から固有の利得を得ようとしていた場合、もしくは、特別な個人的信頼を要求していた場合には、契約締結

上の過失に基づいて、契約当事者のみならず、この代理人等も責任を負いうる（上掲B G H第八民事部判決〈一一〇〉〈一一〉等を引用）。この際、責任者を巡っては、契約当事者の法定代理人か、任意代理人かを問う必要はない。交渉人が、代理される会社に特別な影響力を及ぼしていること、および、この交渉人が、諸般の事情のもとで取引の成否を握る決定的な判断を行い、相手方当事者の判断に重大な影響を与える行動をとる者として、契約当事者に対処していることで、十分である（上掲B G H第七民事部判決〈七〉等を引用）それゆえ、VらがY社の代理権を付与されてなく、または、X社との契約の際にはもはや代理権がなかったことは、Vらの責任を妨げるものではない。責任に関する前者の要件―Vらの固有の経済的利益―は、本件において肯定されうる。企業のあらゆる社員がその会社の活発な取引行為について有する一般的な利益は、確かにそれには十分ではない。むしろ、代理人の責任は、契約締結によって追及される目的との、より緊密な関係を要件とする（上掲B G H第七民事部判決〈七〉を引用）。この代理人は―経済的にみて―自己の事柄と同様に関与していなければならない（上掲B G H第七民事部判決〈七〉を引用）。判例がこうした考えに立ったのは、代理人が有限会社の唯一の取締役であり、かつ単独社員もしくは過半数の持分を有する社員であった場合においてである（上掲B G H第八民事部判決〈一一〇〉〈一一〉を引用）。なぜなら、こうした場合には、事実上、会社と社員との間の一体性が存在するためである。本件のように、社員が包括根保証によって会社の債務について責任を負い、これにより、事実上、事業リスクのすべてを負担している場合にも同様に、そうした緊密な利益結合が想定されうる。つまり、Vらは、契約交渉の際に、与信適格性の欠如を義務に違反して開示しなかったのであれば、責任を負う。⁵⁶⁾】

〈一三〉 B G H 第八民事部一九八五年一〇月二三日判決⁵⁸

〔事実の概要〕

Y 社は、 V_1 と V_2 のみを社員取締役とする有限会社である。所有権者組合 A は、保有する飲食店施設について、Y 社との間で用益賃貸借契約を締結した。そして、Y 社は、V らの代理により、この飲食店につき、X 社に用益賃借権を設定した。しかし、それ以前に A 組合は、転賃借契約への同意を留保する旨を、Y 社に伝えていた。X 社は飲食店の備品と「のれん」の対価を Y 社に支払ったが、A 組合は転賃借への同意を拒絶した。そこで、X 社は、Y 社と V らに対して、代金の返還と損害の賠償を求めて、訴訟を提起した。

〔判示内容〕

交渉代理人によって契約交渉がなされたとき、契約締結上の過失について、原則として代理の本人のみが責任を負うこと、また、交渉代理人が例外的に責任を負担される場合もあり、そうした例外には二つの類型があることを確認し、これまでの判例と学説を簡単に振り返ったうえで、「固有の利益を理由とする交渉代理人の責任」について、以下の内容の判示をして、V らの責任を認めた原判決を破棄し、X に弁明の機会を与えて、V らの契約締結時の状況を審理しなおすために、事件を差し戻した。

【代理人固有の経済的利益の諸事例においては、代理人の責任は確かに、交渉の相手方との特別な信頼関係によって根拠づけられていない。しかしながら、自身が決定的な影響を及ぼした交渉に際して、自己の事柄と同様に行動することにより、固有の経済的利得を求めた者については、この者が契約交渉に際して相手方当事者に損害を与える誤りを犯した場合に、信義誠実の原則に従い、自身の非当事者性 (Unzuständigkeit) を援用することが、拒絶されなければならない (上掲 B G H 第五民事部判決〈四〉、同第二民事部判決〈五〉を引用)。代理人の責任が、有限

会社に適用される責任制度と常に矛盾し、社員・取締役が予測不能な個人責任の危険をもたらすということも、認められない。なぜなら、問題となっているのは、GmbHG 一三条二項により免除されているところの、会社の債務に関する社員・取締役の責任ではなく、自己の過失に基づく個人的な責任だからである（上掲BGH第八民事部判決〈九〉を引用）。責任リスクの予測可能性については、責任の要件として、契約交渉への決定的な影響と、有限会社への出資のみから導かれるわけではない代理人の特別な固有の利益が存在していなければならないため、予測不能ということにはならない。当民事部は、BGH第二民事部の判例と矛盾していると考えていない。確かに、公表されているところでは、最初に第二民事部が、固有の利益についての代理人の責任の原則を、有限会社の代理人（ただし、その事案では任意代理人）へ転用し（上掲BGH第二民事部判決〈五〉を引用）、近時のいくつかの判決では、交渉上の特別な信頼の要求を理由とする固有責任の事例のみを言及するようになってきている。これらの事例では、商品先物オプション（Warenmition）の販売に際しての情報提供義務の違反に関する有限会社の取締役の責任、または、被用者の責任、もしくは、独立商事代理人の責任が問題となっており、代理人は契約交渉に決定的な影響を与えていないことは、認められうる。これにより、第二民事部が、経済的な固有の利益を理由とする有限会社社員の責任に関する同民事部の判例や、他の民事部の判例を、根本的に変更しようとしていたという事情は、これらの諸事例からは読み取られない。

もっとも、商事代理人や業務代理人、その他の従業員の手数料利益のような、契約締結に関する代理人の単なる間接的な経済的利益や、有限会社の業務に関して各社員が有する全く一般的な利益は、各人の固有責任の根拠として十分ではない。むしろ、必要なのは、代理人が一種の「procurator in rem suam」として、経済的にみて自己の事柄と同様に関与しているほど、契約交渉の目的との緊密な関係である。当民事部は、代理人が有限会社の単独取

締役であり、かつ、単独社員または過半数の持分を有する社員であった諸事例（上掲BGH第八民事部判決（一〇）（一一））において、ここに述べたことを前提としてきた。確かに、有限会社の社員には会社の年間純益が全部または一部についてもたらされ（GmbHG二九条⁹⁰）、この社員が全くの事実として、有限会社に有益な契約の締結について単なる間接的な利益を有しているのみではないことは、否定できない。しかし、法的意味においては、こうした会社への出資から導かれる個人的な利益は、代理人の固有の責任の理由づけとして十分ではない。なぜなら、（単独）社員・取締役の地位のみから、経済的な固有の利益、さらには代理人の責任が導かれることになれば、このことは、有限会社に適用される責任秩序（GmbHG一三条一項、二項）が（単独）社員および取締役の地位を、それだけを理由にした責任根拠として十分なものとしていないことから、この責任秩序と評価矛盾をきたす。こうしたことは、とりわけ一人有限会社の場合に顕著である。さもなければ、一人有限会社の場合、一般的な見解に従えば、一人有限会社についても、原則として有限会社のみが、会社財産により債権者に対して責任を負い、社員は責任を負わないとされ、経済的な一体性の観点のみでは、この分離原則の打破を正当化できないと考えられているにもかかわらず、取引を行う単独社員は、契約締結上の過失について、常に個人的にも責任を負うことになるであろう。信義誠実の原則の援用も、ここでは代理人の固有の責任を生じさせることはできない。社員・取締役が契約の締結と実施について有している利益であって、この社員・取締役に他人の非当事者性を援用することを禁じている固有の利益が、有限会社の利益と一体化していたとしても、この者はまだ、この利益のみを理由にして責任を負わされることはないということが、改めてGmbHG一三条二項の趣旨と目的から導かれるためである。

しかしながら、このことから、代理人として会社のために行動した社員・取締役の固有の責任が、特別な個人的信頼の要求の場合にのみ問題となるということが導かれるわけではない。なぜなら、仲介した契約の成立に関する

代理人の特別な固有の経済的利益は、代理の本人である会社への出資に限定される必要はなく、そうした利益を超える事情として、たとえば、社員が引き受けた包括根保証に基づいて会社の債務について責任を負う場合（上掲B G H第八民事部判決（一・二）を引用）や、代理人の活動が、さもなければ同人が代理の本人から請求される可能性のある損害の除去を目的とした場合（上掲B G H第七民事部判決（六）を引用）などが、考えられるからである。

そのような社員の固有の責任をもたらす個人的な経済的利益は、代理人が契約締結の際に、契約の相手方から調達された契約給付を、規則に反して、代理の本人である会社に取り次ぐことなく、自分自身の固有の利得のために、この給付を一定の目的につき込む意図を有していた場合（B G H第六民事部一九七一年一月二六日判決を引用）にも、認められうる。なぜなら、社員が予め抱いていた意図に沿って、相手方の契約給付を会社ではなく、直接的に自分自身の利益に用いた場合に、社員の固有の利益は合意どおりの契約の処理からしか生じえないのに、これに対して、社員は固有の責任から免れたままとされるのはなぜなのか、理解できないからである。】

〈一四〉B G H第八民事部一九八八年三月二日判決⁸³⁾

〔事実の概要〕

食肉流通・販売会社Xは、食肉輸出入業を営むY有限会社と継続的な取引関係にあった。Vは、Y社の社員であり、かつ、単独の取締役である。X社は、一九八四年の一〇月・十一月に、Y社に食肉を販売したが、この代金は支払われず、同年一月八日に、Y社は取引活動をやめてしまった。Vは、Y社の破産手続きの開始を申し立てたが、これは財団不足を理由に却下された。Y社が倒産に至ったのは、A銀行から付与されていた当座勘定貸付が、同年一月八日に解除されたことがきっかけであった。この当座勘定貸付に際して、Vとその妻は、同人らの共有

する土地に土地債務を設定し、また保証人にもなっていた。同年四月に、Y社は、A銀行から貸付金の返済もしくは担保の追加を求められたため、A銀行に取引上の既存の債権および将来債権を譲渡し、所有する全運送車両を含めたすべての所有動産に譲渡担保権を設定していた。これにより、Y社はもはや大した財産もない状況になったが、その後も同社の債務は膨らみ、倒産時までに莫大な金額に上っていた。そこで、X社は、Vに対して、食肉発送の注文時にY社の資産状況の説明がなかったことを理由に、回収できなかった代金債権の残額や、Y社に対する訴訟費用などの賠償を求めて、訴訟を提起した。

〔判示内容〕

Vの「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」について、これまでの判例を引用して、第八民事部の立場を変えないことを明言した。その中で、この立場への批判に対しては、以下の内容の判示をしている。

【契約交渉の際の過失責任の枠内において、強い固有の経済的利益は、契約締結前の説明義務の十分な法的根拠として認められえないとする異論は、判例の立場に対しては不当なものである。こうした異論は、特別な信頼関係から契約前の責任が生じることについて、その当初の理論的導出の意義を過大に評価しているとともに、この制度の継続発展の中で当民事部が与えた理由付け、すなわち、自己の事柄と同様に行動した代理人については、この者が契約交渉に際して相手方当事者に損害を与える誤りを犯した場合に、信義誠実の原則に従い、自身の法的非当事者を援用することが、拒絶されなければならないという理由付け（上掲BGH第八民事部判決〈一三〉を引用）を、見過ごしている。本件と状況の異なる事件において、当民事部の判決（上掲BGH第八民事部判決〈一〇〉）に含まれる表現は、「（有限会社の代理人による）有限会社の単独責任の援用は、このとき（そのような固有の利益の場合には）、会社の法的独立性の濫用にあたる」と述べている。当民事部の判決（上掲BGH第八民事部判決

（一三）での理由づけに対しては、交渉の相手方の保護の妥当性は、こうした、通常は認識できないような、社員・取締役の固有の利益追求という内部的要件からは、導かれないという批判が向けられているが、このような批判は失当である。保護の妥当性は、債務超過にある取引相手に対して商品信用による給付をしようとしている者の情報の必要性から導かれる。これに対して、社員・取締役の固有の経済的利益は、説明義務違反の帰責性をもたらし、交渉の相手方の認識と無関係である。⁶⁵⁾】

そのうえで、Vとその妻が、その所有する土地上に土地債務を設定し、極度額を定めた根保証を引き受けていた点を評価して、本件契約の締結に関するVの「強度の経済的な固有の利益」を認めた。⁶⁶⁾

〈一五〉BGH第八民事部一九八八年一〇月五日判決⁶⁶⁾

〔事実の概要〕

建設資材を取り扱うX社は、建設会社であるY有限合資会社と長期にわたる取引関係にあった。Y社の無限責任社員はA有限会社であり、Vは、Y社の有限責任社員であると同時に、A社の社員であり、また、同社の単独取締役であった。X社はY社からの注文を受けて煉瓦を納入していたが、その代金は途中から支払われなくなった。その後、VがY社の和議手続きの開始を申し立てたが、財団不足を理由に、附帯破産手続きが開始された。また、A社についても破産手続開始の申立てがなされたが、これは財団不足のために却下された。そこで、X社は、Vに対して、Y社が支払不能となっていたことの説明がなかったことを理由に、回収できていない代金の残額について損害賠償を求めて、訴訟を提起した。

〔判示内容〕

Vの責任を認めた原審の判断に対し、例外的に交渉代理人の責任が認められる二つの類型を確認した後に、以下の内容の判示をした。

【原裁判所がVの固有の責任についての要件充足を肯定したのは、法的に誤りである。Vによる特別な個人的信頼の要求についての根拠を、原裁判所は認定しておらず、Xも主張していない。同様に、Vの直接的かつ経済的な固有の利益の想定も、原判決による理由付けでは、支持することができない。なぜなら、当民事部の判例によれば、有限会社の社員・取締役が、同人の代理する会社に出資していることのみでは、固有の経済的利益を理由とする契約締結上の過失に基づく責任を根拠づけるには不十分であり、原裁判所はこのことを見過ごしているからである（上掲BGH第八民事部判決〈一三三〉〈一四〉等を引用）。これに反する見解は、有限会社に適用される責任秩序（GmbHG二三条一項、二項）との評価矛盾をきたすことになり、このことはとりわけ、取引活動を行う単独社員が、交渉上の過失について、常に個人的に責任を負うことになる一人有限会社の事例で、顕著である。合資会社の代理人が、無限責任社員である有限会社に出資すると同時に、合資会社の無限責任社員としての持ち分を有している場合も、同様である。有限責任社員としての地位のみから、上記の当民事部判例の趣旨における固有の経済的利益を導きだそうとすれば、これは、責任主体としての合資会社の法的独立性に依拠する有限責任社員の無限責任の原則と、評価矛盾となる。⁶⁰⁾】

そのうえで、Y社の有限責任社員としてのVの地位、および、A社へのVの出資のほかに、固有の経済的利益に関する根拠を原裁判所が確定していないとして、原判決を破棄し、Vの不法行為責任を審理するために、事件を原審に差し戻した。

（2）中古車販売業者の責任

自動車販売業者が、車の買主から同人が使用していた中古車を下取りし、これを「仲介取引」によって他の者に売却し、手数料を得る、という形での中古車流通方法が行われることがある。こうした取引形式がとられた目的は、かつては、自動車販売業者が、自ら売主となるのではなく、顧客と中古車購入者との間の契約を「仲介」すること、自身の付加価値税や売上税の負担を免れることにあった。⁸⁸その結果、販売業者は、法形式的には、自らが売買契約の当事者となることなく、中古車購入者との契約を締結していた。BGH第八民事部の判決の中には、こうした中古車販売業者の*c. i. c.*責任を認める際、中古車販売業者の「固有の利益」を根拠とするものが、いくつか見られる。

〈一六〉BGH第八民事部一九七六年三月一七日⁸⁹

〔事実の概要〕

自動車販売業者Vは、Yに車を販売する際に、Yの自動車を下取りすることになった。この下取りの際に、Yは、「自動車売却仲介委託」と記された書式により、最低売却価格を二五〇〇マルク、仲介手数料を二〇%として、自己の名と計算において下取車を譲渡するよう、Vに委託した。この車の引渡しを受けたVは、車のエンジンとギア装置を、別の中古部品に取り替えた。この車に関心を持ったXに対して、Vは、設置した中古エンジンはこれまで四万キロ、中古ギア装置は二万キロの走行に使用されたと説明した。Xはこの車を購入することにし、「（仲介取引としての）売買契約」と書かれた書式に買主としてサインした。この契約書には、Vの従業員が、仲介人として、売主のためにサインしている。この契約書では、代金は二五〇〇マルクとされ、瑕疵担保責任を免除する取り決め

もなされた。Xから全額支払われた代金は、Vの手数料を差し引かれることなく、すべてYの収益として取り扱われた。その後、車に搭載されたエンジンとギア装置は、Vの説明よりもはるかに長い距離の走行に使用されていたことが判明し、本件車はスクラップとしての価値しかないものと評価された。そこでXは、契約を解除し、Vに対して売買代金相当額等の損害賠償を求めて、訴訟を提起した。

〔判示内容〕

Vが「特別な代理人」として自己に対するXの信頼を要求したことを理由に、Vの*c. i. c.*責任を認めた原審の判断を承認したうえで、以下の内容の判示をした。

【古くから確定した判例によれば、代理人自身も例外的に、BGB二七八条により責任を負う代理の本人と並んで、契約交渉の際の義務違反について責任を負わなければならない、それはつまり、契約の相手方から代理人に、契約当事者の「代弁者」として特別な信頼を向けられた場合、もしくは、代理人が交渉の目的に近い立場にある場合、とりわけ、契約締結について固有の経済的利益を有していた場合である（上掲BGB第五民事部判決〔四〕を引用）。^{m)}】

こうしたことが当てはまるのは、同民事部の過去の判決^{m)}が示すように、自動車販売業において販売業者が中古車の売却に際し、仲介・契約締結代理人として、売主のための無制約の「代弁者」の地位にある場合であるとともに、さらに、中古車販売業者の「固有の利益」について、次のように評価した。

【他方で、問題となっている車の売却について、Vも固有の経済的利益を強く有していたとする原裁判所の認定は、適切である。もっとも、この利益は、契約によりVに認められた仲介手数料請求権からは生じない。なぜなら、Vは、この請求権を行使せず、二五〇〇マルクの売上金を全額について、Xの代金債務に関して同人の貸方に算入

したからである。しかしながら、本件車の売却についてのVの特別な利益は、Vが、Yに売却した車の代金の算定する中で、Yの中古車を下取りしたという事情において、すでに存在している。⁷²⁾】
そして、結論として、取り替えたエンジンやギア装置について、Xに客観的に誤った説明をしたVの損害賠償責任を認めた。

〈一七〉BGH第八民事部一九七七年六月二九日⁷³⁾

〔事実の概要〕

Xは、中古車を七七〇〇マルクで買い受けた。売買の際、自動車販売業者Vは、売主Yの名と委託において行動し、Yに五五〇〇マルクを支払った。また、Vは、本件車が無事故車両であることを説明するYの文書のコピーを、Xに渡していた。しかし、Xの主張によれば、その後の検査により、本件車が事故に遭っていたことを示す多くの欠陥が発見された。それでもXは、本件車を使用し続けたところ、本件車は全損した。そこで、Xは、YとVに対して、車の引渡しと引換えに代金の返還を求めて訴訟を提起した。このうち、Yに対する請求は、時効の完成を理由に、棄却された。

〔判示内容〕

Vの*c.i.c.*責任の可能性を認め、事故がXへの譲渡前に起きていたのかを審理するために原審を破棄し、事件を差し戻したが、この責任を巡り、Vの「代弁者責任」を認めた後に、「固有の利益を理由とする責任」に関して、以下の内容の判示をしている。

【VはXから信頼を受けた者であった。これに加えて、Vは売買契約の締結に関し、固有の経済的利益も有して

いた（上掲B G H第五民事部判決〈四〉を引用）。なぜなら、Vの申立てによれば、Vは売主Yに自動車の代価として五七〇〇マルクを支払ったが、Xには七七〇〇マルクを請求し、これを受け取ったことについて、争いはないからである。⁹⁰⁾】

〈一八〉 B G H第八民事部一九七九年三月一四日⁹⁵⁾

〔事実の概要〕

Yは、中古車を購入した日に、転売利益を得ることを目的に、この中古車の販売仲介を自動車販売業者Vに委託した。この仲介依頼の際、最低販売価格を二九〇〇マルクとし、これを超える売却益はすべてVの利得となることに取り決められた。Vは、Yに二九〇〇マルクを支払って車の引渡しを受け、車を塗装し直し、Yの名と計算において、Xに五九九〇マルクで車両を売却した。その際、瑕疵担保責任の免責や無事故についての無保証などが約定されたほか、修理も検査もしていないことが契約書面に明記されていた。しかし、その後の検査により、本件車には走行能力がなく、運行に危険が生じるほどの修補不能な欠陥があることが分かり、実際の価値はせいぜい五〇〇マルクであると鑑定された。そこでXは、YとVに対して、代金返還と損害賠償を求めて訴訟を提起した。

〔判示内容〕

代理人の*c.i.c.*責任は、個人的な信頼の要求を理由とする責任を検討しなくても、「固有の利益」から生じうることを確認した後に、本件のVの「固有の利益」について、以下の内容の判示をしている。

【Vは、転売によりYから請求されることになる最低販売価格の二九〇〇マルクを、仲介委託を引き受けた際にすでにYに支払っていたことから、中古車の売却に固有の利益を有していた。つまり、Vは支出した金額を回収す

るために、全力を尽くす必要があった。より高価で転売することについてのVの固有の利益は、とりわけ、Vが仲介手数料の代わりに、最低売却価格を超える売却益を利得として保持できたことから、認定される。この転売に関わる経済的利益は、Vにのみ存在し、Vを準売主としての地位に置いていた。これに対して、広範な瑕疵担保免責を考慮しても、Yは純粹に形式的な売主にとどまっていた。】

そのうえで、Vが本件車の欠陥を認識していなかったとしても、専門家としてさびやすい車種であることを知っていたながら、このことを説明しなかった点に害意性を認定し、Vの責任を認めた。

〈一九九〉BGH第八民事部一九八一年一月二八日判決⁷⁾

〔事実の概要〕

Xは、Vの仲介で、Yから中古車を三九〇〇マルクで購入した。この際、XはYと一切接触していない。契約交渉は、Vの営業所で、Vの夫Aによって行われた。また、売買契約の書式において、瑕疵担保責任が排除されている。売買代金は、車両の引渡しの際に、Vに支払われた。しかし、Xが車を使用して数日後、エンジンが始動しなくなった。これはVの費用で修理されたが、数ヶ月後に再びエンジンが故障し、一三〇〇マルク程度の費用がかかるものと見積もられた。Xは、エンジン全体がオーバーホールされたとの、Vの夫による虚偽の保証があったと主張して、Vに対して売買代金の返還等を請求した。

〔判示内容〕

Vの責任を否定した原判決に対して、Vの「代弁者責任」の可能性を認めた後に、「固有の利益を理由とする責任」に関しては、以下の内容の判示をした。

【原裁判所が、法的瑕疵や手続上の不備なく、契約締結上の過失を理由とするVの責任は特別な信頼関係によって正当化されない、という結論に至ったのであったとしても、この責任が、Vが売買契約の締結に固有の経済的利益を有していたことを理由に、根拠づけられるか否かが、検討されなければならない（上掲BGH第五民事部判決〈四〉、同第八民事部判決〈八〉、後掲BGH第八民事部判決〈二〇〉等を引用）。当民事部は、中古車仲介取引に関して何度も、このことを特に強調している（上掲BGH第八民事部判決〈一六〉、〈一八〉を引用）。本件事案において選択された契約内容は、自動車販売業者を仲介人の役割に押しやっているが、この契約内容は、売上税負担の発生を回避するための一般的な慣習に沿うものである。本件事案では、これに加えて、Vにより仲介された契約の中で、「特別条項」として、買主は引渡しの際に「仲介人への現金での支払い」を行わなければならないと取り決められているという事情がある。これらのことから、Vには反対給付請求権が付与されることが導かれる。なぜなら、Vがそれ以前に、車両の対価を前所有者の貸方へ確定的に算入していたことが、明らかだからである。この条項は、その様式や契約中の位置により、取立代理権と理解することはできない。これによりさらに、売買契約の締結に関して、Vの独占的な経済的利益があるとはいえないまでも、Vの主たる経済的利益があることは確かである。】

ただし、これらの交渉代理人の*c. i. c.*責任は、契約中の売主の瑕疵担保責任を免除する条項によって、排除されているとして、BGH旧四五九条二項⁸⁶⁾の趣旨における責任の有無を審理するために、事件を差し戻した。

(3) 配偶者の責任

一方配偶者Vが、他方配偶者Yを代理して交渉を行った場合にも、第八民事部は、Vの「固有の利益を理由とす

る交渉代理人責任」を認めている。結論としては、B G H第五民事部判決〈四〉と類似しているが、第五民事部が無過失責任を認めていたとともに、Vの*c. i. c.*責任を理由付ける「固有の利益」の内容が、両事例では異なる。

〈二〇〉B G H第八民事部一九六七年一月一五日判決⁸⁰

〔事実の概要〕

卸売業を営む自営業者Xは、A社の代理人として働いていた頃から、Yの営む卸売会社Bに、放送・電子機器を卸していた。取引は、B社で働くV（Yの夫）の注文に基づいてXが納入し、前払金なしでVが製品を受け取っていた。この取引における代金の支払いは、一九六〇年七月初めまでは、ほぼ合意にしたがって行われていたが、同月に引渡された製品について、Xは代金を受け取っていない。この製品が引き渡された当時、Yは深刻な債務超過にあった。この代金等の支払いを求め、XはVに対して訴訟を提起した。

〔判示内容〕

妻の経営する企業を夫が実質的に運営していたとしても、夫が妻や会社の代理人として契約を締結した場合には、夫はこの契約に基づいて義務を負わないことを確認したうえで、Vの*c. i. c.*責任について、以下の内容の判示をした。

【代理人によって交渉が行われ、この代理人が契約締結の際の注意義務や説明義務に違反したとき、B G B二七八条により、原則として代理の本人のみが責任を負う。しかし、例外的な場合においては、契約の相手方は代理人自身にも請求することができ、それは、代理人がまさに自分自身について相応の信頼を要求した場合、もしくは、代理人が交渉の目的に特別に近い立場にあった、つまり、代理人が経済的にみて、自己の事柄について交渉し、契

約の締結から個人的な利益を得ようとしていた場合である（上掲BGH第八民事部判決〈九〉等を引用）。そのような固有の利益は、一方配偶者による他方配偶者の代理の際に、原則として肯定されるべきである。そのような事情に際して、契約責任を負う代理の本人である配偶者が無資力である場合に、契約の相手方を法の保護を事実上受けられない地位におくことは、適切ではない。むしろ、このような場合には、固有の利益において交渉を主導的に、その際に信義に反する行動を有責に行った代理人である配偶者に、学説や判例において利己的な代理人の責任について発展させられてきた原則を、適用しなければならぬ。それゆえ、代理人である配偶者が、契約締結の際に契約の相手方の利益を有責に侵害し、契約締結から固有の利益を得ようとしていた場合には、原則として、相手方は代理人である配偶者自身に、契約締結上の過失の観点から、損害賠償を請求できる⁸⁰⁾。】

こうした見解に基づき、本件におけるVの「固有の利益」は、事業の運営がV・Y夫婦の生活基盤であったことから、認定されている⁸¹⁾。

以上、第八民事部による「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」の展開状況を見てきた。ここまでは、事例類型ごとに分節し、第八民事部の各判決を紹介したにとどまるため、時系列の中で第八民事部の判例群全体から読み取られうる同民事部の基本的理解の変遷を、十分に明示できていない。しかし、会社の交渉担当者の責任を巡る「固有の利益」の評価基準を個々に確認するだけでも、同民事部の見解が少しずつ修正されていったことを認識できよう。この変化は、他の民事部や学説の態度と無関係ではない。続いては、第八民事部の立場と比較しながら、交渉代理人の責任を根拠づける「固有の利益」に関する他の民事部の見解を見ていく。

注

- (1) Staudinger/Löbisch (2005) § 311 Rn. 95; MünchKommBGB/Emmerich, 5. Aufl., 2006, § 311 RdNr. 57, Fn. 4.
- (2) BGB 八三一条 使用者責任
- (1) ある事業のために他人を使用する者は、その他人が事業の執行につき第三者に対して違法に加えた損害を賠償する義務を負う。使用者が被用者の選任に際し、かつ、使用者が設備もしくは危惧を供給し、または事業の執行を指揮しなければならぬ限り、その供給もしくは指揮に際し、取引に必要な注意をしたとき、またはこの注意をしても損害は発生したであろうときは、賠償義務は生じない。
- (2) 契約により使用者のために前項後段が定める業務の管理を引き受けた者も、前項と同一の責任を負う。
(なお、本稿において引用する条文の原文としては、内容的な変更が加えられていない限り、現行の規定を用いた。また、BGBの規定の訳出に際しては、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、一九八八）、同編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』（三省堂、一九九〇）、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、一九九五）、岡考編『契約法における現代化の課題』（法政大学現代法研究所、二〇〇二）、半田吉信『ドイツ債権法現代化法概説』（信山社、二〇〇三）を参考にした。）
- (3) BGB 二七八条 第三者に関する債務者の責任
債務者は、法定代理人及び義務の履行のために使用する者の過失について、自己の過失と同一の範囲において責任を負う。第二七六条第三項の規定は、この場合には適用しない。
- (4) BGB 一六四条 代理人の意思表示の効力
(1) 代理人がその権限内で本人の名においてした意思表示は、本人のために、また、本人に対して、直接の効

力を生じさせる。意思表示が明示的に本人の名においてなされたか、意思表示が本人の名においてなされたことが諸般の事情から明らかであるかを問わない。

(2) 他人の名においてする意思が明らかでないときは、自己の名において行為する意思の不存在は問題とならない。

(3) 第一項の規定は、他人に対してすべき意思表示がその代理人に対して行われた場合に、準用される。

(5) *c.i.c.* 責任に対する B G B 二七八条の適用を認めた判決として、RG, JW 1915, 240; JW 1915, 577; RGZ 103, 47, 50 などがある。

c.i.c. 責任に対する代理法理 (B G B 一六四条) の適用については、RGZ 132, 76; BGHZ 14, 313 などを参照。

(6) RGZ 106, 68 がリーディング・ケースである。

(7) RGZ 120, 249 が、その先鞭をつけた。

(8) これらの第三者責任に関する先行業績としては、遠田新一「代理人の契約準備上の過失責任」政経論叢一〇巻四号 (一九六一) 八九頁、今西康人「ドイツにおける契約締結上の過失責任理論の展開 (二)」六甲台二八巻三号 (一九八一) 四五頁がある。また、近時の B G H 判例を紹介するものとして、栗原由紀子「ドイツにおける契約外の第三者責任と情報提供・助言義務」青森法政論叢八号 (二〇〇七) 一二八頁も参照。

(9) B G B 三一一條 法律行為上の債務関係および法律行為類似の債務関係

(1) 法律行為による債務関係の発生および債務関係の内容の変更は、この法律に別段の定めがない限り、当事者間の契約を要する。

- (2) 第二四一条第二項の義務を伴う債務関係は、次の各号のいずれかによっても発生する。
 - 1 契約交渉の開始
 - 2 当事者の一方が、将来の法律行為上の関係の発生を考慮して、自己の権利、法益および利益に影響を及ぼす可能性を相手方に与え、またはその可能性を相手方に委ねて行った契約交渉の準備 (Anbahnung)
 - 3 これらと類似する取引上の接触
 - (3) 第二四一条第二項の義務を伴う債務関係は、自身は契約当事者ではない者に対しても、発生しうる。この債務関係は、特に、この第三者が自身への信頼を特別な程度まで要求し、これにより契約交渉または契約締結に重大な影響を与えた場合に、発生する。

BGB二四一条 債務関係に基づく義務

 - (1) 債務関係に基づき、債権者は、債務者に対して給付を請求することができる。この給付は、不作為を内容とするものできる。
 - (2) 債務関係は、その内容に従い、各当事者に相手方の権利、法益および利益を配慮する義務を負わせることができる。
- (10) Canaris JZ 2001, 499, 520.
- (11) BT-Drucks. 14/6040 S. 163; Canaris a. a. O. (Fn. 10), 520.
- (12) BT-Drucks. 14/6040 S. 163; Canaris a. a. O. (Fn. 10), 520; Teichmann BB 2001, 1485, 1491.
- (13) Staudinger/Löwisch, a. a. O. (Fn. 1), Rn 149; MünchKommBGB/Emmerich, a. a. O. (Fn. 1), RdNr. 234 ff.
- (14) Vgl. MünchKommBGB/Emmerich, a. a. O. (Fn. 1), RdNr. 59 ff.

- (15) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, S. 115.
- (16) BGH NJW 2006, 2321, 2322, Tz. 12.
- (17) RGZ 120, 249.
 なお、本判決は、北川善太郎『契約責任の研究』(有斐閣、一九六三)二四二頁以下、今西・前掲注(8)六一頁以下において、紹介されている。
- (18) 土地取得に必要な行政当局の許可を、Vが得られなかったためとのことである。Vgl. G. Müller, ZIP 1993, 1531, 1533.
- (19) BGB旧二七六条
 (一) 債務者は、別段の定めがない限り、故意および過失について責任を負う。(以下、略。)
- (20) なお、本稿において判示内容を紹介する際に「【】」で囲まれている部分は、判決文を一部抜粋して要約したものであり、判決文の翻訳ではないことを注記しておく。
- (21) RGZ 120, 249, 252 f.
- (22) RGZ 132, 76.
- (23) RGZ 132, 76, 80 f.
- (24) RGZ 132, 76, 81.
- (25) RGZ 159, 33.
 なお、本判決は、北川・前掲注(17)二四三頁以下において、紹介されている。
- (26) RGZ 159, 33, 54 f.

- (27) RGZ 159, 33, 56.
- (28) RGZ 159, 33, 56.
- (29) RGZ 159, 33, 58.
- (30) 以下のほかに、RG, HRR 1935, Nr. 719がある。
- この判決は、RG判決〈一〉〈二〉を援用しながら、代理人が経済的な契約当事者であるか、あるいは本質的な当事者でありながら、形式的にのみ代理人として交渉した場合に、代理人の c. i. c. 責任が例外的に認められるとしている。また、この裁判の原告は、代理の本人は代理人の藁人形 (Strohmann) にすぎなかったとして、この判決の事案は先の例外的場合にあたると主張している。ただし、この判例情報からは、その他の事案の詳細は明らかではない。
- (31) あるいは、いわば「ババ抜き」で「ババ」をひいてしまった者が、そうした登記状態を利用して、「ババ」を他人に押し付けようとする類の転売交渉であったのかもしれない。
- (32) RG判決〈三〉の評価につき、シュタイニンガーは、RG判決〈一〉とともに、交渉代理人が形式的な理由で、自らが契約当事者となることを回避し、他の者を代理の本人として当事者に仕立てたことを根拠として、交渉代理人の責任を認めたものと解している (Steininger, Die Haftung des Geschäftsführers und/oder des Gesellschafter-Geschäftsführers aus culpa in contrahendo bei wirtschaftlicher Bedrängnis der Gesellschaft mbH, 1986, S. 53 ff.)。
- しかし、〈一〉判決では、交渉代理人Vが契約の目的である不動産の登記名義を有していなかったために、対外的に所有者として行為できなかったのに対し、〈三〉判決では、Vから構成されるBシンジケートがX社との契約締結に至らなかったのは、印紙税法上の問題や政治的な事情などが原因であった。後者の事案では、当事者

の望む内容の契約を締結することは可能ではあったが、当時の社会状況・取引環境における支障があったために、Y社を設立することにしたものと考えられる。加えて、こうした取引成立のための方策について、X社も了解していたであろう。これらのことを勧案すれば、〈三〉判決で、Vらが「形式的な理由で契約当事者としての地位を回避した」と評価することはできないであろう。RGも、〈三〉判決でそうした事情を論拠として明示していない。したがって、RG諸判決の統一的な理解は困難と考えられる。シュティヒトも、RGの判例法理を、不確定で、一貫していないものと評価している (Sticht, Zur Haftung des Vertretenen und Vertreters aus Verschulden bei Vertragsschluss sowie des Erfüllungsgehilfen aus positive Vertragsverletzung, 1966, S. 77)。

(33) BGHZ 14, 313.

なお、本判決は、今西・前掲注(8)六二頁において、紹介されている。

(34) BGHZ 14, 313, 318.

なお、本判決は、妻の行為を代理した夫の無過失責任を認定している点において、交渉代理人の*c. i. c.*責任を認めたRGの判例とは別の法理によるものとして評価され、批判の対象となっている (Lehmann, JZ 1955, 159; Reinicke, NJW 1955, 533; Canaris, F.S. Giger, 1989, S.91, 151 f.)。この中で、レーマンは、本案は不当利得法の規定によって解決されるべきだったと考えている (Lehmann, a. a. O., 159 f.)。また、ライニッケは、これに加えて、「ドイツ取消法 (Anfechtungsgesetz) 三条 (故意による加害) の援用や、夫婦間の契約についての行為基礎の喪失の主張の可能性を挙げる (Reinicke, a. a. O., 534)」。今西・前掲注(8)六二頁脚注(一六)も参照。

(35) BGH, MDR 1959, 187.

なお、本判決は、今西・前掲注(8)六二頁以下において、紹介されている。

- (36) BGH, MDR 1959, 187 f.
(37) BGH, MDR 1959, 188.
(38) BGH, NJW 1963, 2166.
(39) BGH, NJW 1963, 2166, 2167.
(40) BGH, NJW 1963, 2166, 2167 f.
(41) BGHZ 56, 81.
なお、本判決は、今西・前掲注(8)六四頁以下において、紹介されている。
- (42) BGHZ 56, 81, 83.
(43) BGH, WM 1965, 1288.
この判決の事案では、母親Yの経営する会社Aの単独業務代理権 (Einzelprokura) を与えられたVが、X社とYとの間の契約を締結し、X社が契約にしたがった債務の履行を行った直後に、A社の破産手続きが開始された。この訴訟において、交渉代理人の c. i. c. 責任に関する判例法理が、契約締結後の積極的債権侵害にも適用されるか等が争われ、第七民事部は、この問題を論じる前提として、本件のVについて、この判例法理の要件を満たす状況が存在するかを判断し、XとVの間には特別な信頼関係なかったとたうえて、A社の発展に関するVの間接的な経済的利益は、Vの c. i. c. 責任を生じさせるには不十分であると評価した。その理由として、さもなければ、代理人固有の責任の事例が、全く不相応に拡大され、代理人の行為については代理の本人が責任を負うとする原則が、看過できないほど広範に捨て去られることを挙げている。
- (44) BGHZ 56, 81, 83 f.

- (45) BGHZ 56, 81, 84 ff.
 (46) BGH, WM 1963, 160.
 (47) BGH, WM 1963, 160, 161.
 (48) BGH, WM 1967, 481.
 (49) BGH, WM 1967, 481.
 (50) BGH, WM 1967, 481 f.
 (51) BGH, NJW 1983, 676.
 (52) BGH, NJW 1983, 676, 677.
 (53) BGH, NJW 1983, 676, 677 f.
 (54) BGHZ 87, 27.
 (55) BGHZ 87, 27, 33 f.
 (56) BGH, NJW 1984, 2284.
 (57) BGH, NJW 1984, 2284, 2286.
 (58) BGH, NJW 1986, 586.
 (59) GmbHG 二三条 法人・商事会社
- (1) 有限会社は、それ自体独立して権利を有し、義務を負う。有限会社は、土地について所有権その他の物権を取得し、裁判所に訴え、又は訴えられることができる。
- (2) 有限会社の債務については、会社財産のみが、会社債権者に対して責任を負う。

- (3) 有限会社は、商法典の趣旨における商事会社とみなす。
（なお、GmbHGの規定の訳出に際しては、大隅健一郎「有限会社法」大隅健一郎ほか『獨逸商法（IV）』（有斐閣、復刊版、一九五六）、荒木和夫『ドイツ有限会社法解説』（商事法務、改訂版、二〇〇七）を参考にした。）
- (60) GmbHG旧二九条
- (1) 定款に別段の定めがない限り、社員は毎年度の貸借対照表にしたがって生じる純利益を請求する権利を有する。
- (2) 配当は持分の割合に応じてなされる。定款において、これと異なる配当の基準を定めることができる。
- (61) BGH, WM 1971, 498.
- この判決の事案では、国際的な投資ファンドを設立・運営し、投資信託受益証券 (Zertifikat) を発行するY社の商事代理人であるVが、Xに投資証券を販売したが、その後Xが破綻したため、Xの購入した投資証券が無価値になった。第六民事部は、判決の中で、Y社からVに支払われた仲介手数料は、Vのc.i.c.責任を根拠づける「固有の利益」として不十分であるとしたうえで、VがXから受け取った金員の相当部分をY社に支払わず、Vやその妻がY社に支払った前払金の返還のために利用していた場合には、異なる判断がなされるべきかという問題につき、そうした事実認定がなされていないことを理由に、その検討を留保した（結論として、Vの責任を否定）。

(62) BGH, NJW 1986, 586, 587 f.

(63) BGH, NJW 1988, 2234.

- (64) BGH, NJW 1988, 2234, 2235.
 (65) BGH, NJW 1988, 2234, 2235.
 (66) BGH, NJW 1989, 292.
 (67) BGH, NJW 1989, 292 f.
 (68) BGHZ 79, 281, 283; MünchKommBGB/Emmerich, a. a. O. (Fn. 1), RdNr. 249.
 なお、一九九九年の税制改正により、転売人には差額課税されることになったため、仲介取引の形式をとる税
 法上の動機はなくなった。代わって、二〇〇二年の債務法改正以降、こうした仲介取引は、B G B 四七四条以下
 の消費者動産売買における厳格化された責任の回避を可能にするものとして、とりわけ、B G H 四七五条一項後
 段の趣旨における脱法行為にあたるかが、議論になってくる。Vgl. MünchKommBGB/Emmerich, a. a. O. (Fn. 1),
 RdNr. 250 f.
- (69) BGH, WM 1976, 614.
 (70) BGH, WM 1976, 614.
 (71) BGHZ 63, 382.
 この判決は、今西・前掲注(8)六五頁以下において、紹介されている。
 (72) BGH, WM 1976, 614.
 (73) BGH, NJW 1977, 1914.
 (74) BGH, NJW 1977, 1914, 1915.
 (75) BGH, NJW 1979, 1707.

(76) BGH, NJW 1979, 1707.

(77) BGHZ 79, 281.

(78) BGHZ 79, 281, 285.

(79) B G B 旧四五九条

(1) (略。)

(2) 売主は、物が保証された性質を危険移転のときに有することについても、責任を負う。

(80) BGH, WM 1968, 5.

(81) BGH, WM 1968, 5.

(82) BGH, WM 1968, 5, 6.

このほか、前払金なしでの取引における信用供与の観点も考慮されている。