

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（三・完）

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（以上、第二三六号）

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

一. 概観

〈1〉

- 二. 代理理論からの議論
  - 三. 履行補助者の過失理論からの議論
  - 四. 信託責任理論からの議論
  - 五. その他の議論
  - 六. *procurator in rem suam* としての地位の理解
  - 七. 判例法理の評価（以上、第二三八号）
- IV. 若干の検討
- 一. ドイツ法での議論のまとめ
  - 二. 日本での同種事例をめぐる解釈論に与える影響
    1. 交渉代理人の責任法的立場
    2. 交渉代理人固有の事由に基づく責任に対する意義
      - (1) 日本法とドイツ法での制度的基礎の違い
      - (2) 交渉代理人固有の事由に基づく責任の態様
- 三. 併存的説明義務の有無を判断する際の考慮因子
1. 固有の信託
    - (1) 併存的説明義務の帰責根拠としての固有の信託
    - (2) 最判平成一八年の概要
    - (3) 最判平成一八年における帰責根拠の同一性

(4) 最判平成一七年の概要

(5) 最判平成一七年における信頼の機能

2. 交渉関与者の利益

3. 契約の一体性

4. 給付の一体性

5. 共同事業関係

6. 義務者の一体性

(1) 最判平成一七年の特徴

(2) 変額保険に関する金融機関の責任をめぐる議論

(3) 義務者の「一体性」あるいは「主体性」の内実

四. 他人の契約に関する説明に基づく責任の法的性質

V. 結語

#### IV. 若干の検討

##### 一. ドイツ法での議論のまとめ

ここまで、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 c. i. c. 責任に関して、判例法理と学説状況を紹介してきた。続いて、こうした議論が、日本法にいかなる意義を有しうるのかについて、考察したい。その準備作業として、まずは、ドイツ法での議論を、今一度、振り返ることとする。

この問題の出発点は、次の原則論にあった。すなわち、契約交渉の当事者が、他人を使って交渉を行った場合、この交渉をめぐる *c. i. c.* 責任が問題となるときには、実際に交渉を行った交渉代理人ではなく、交渉の当事者が、この責任を負う、というものである。その説明として、代理行為の効果は代理人ではなく本人に帰属する旨の代理法理（BGB一六四条）や、履行補助者による債務不履行行為の責任は履行補助者ではなく債務者に生じる旨の履行補助者の過失法理（BGB二七八条）が援用されていた。これに対し、例外的に交渉代理人の *c. i. c.* 責任が認められる場合も少なくなく、この責任を根拠付ける事由の一つとして、交渉代理人の「固有の利益」が古くから援用されてきている。

こうした責任を最初に認めたRG判決では、交渉代理人が「*procurator in rem suam*（自己の利益のために訴訟代理人）」という立場にあることが、その根拠とされた（上掲RG判決（一））。しかし、すぐに「固有の利益」がこれに替わり（上掲RG判決（二））、判例上の表現として定着した。当初は、交渉代理人に対する信頼と交渉代理人の「固有の利益」とが結びついて一つの責任根拠となるのか、それとも、それぞれが単独で責任根拠となるのか、不明確であった（上掲RG判決（三））。この点は、BGHにおいて後者の見解が採られることとなった（上掲BGH第七民事部判決（七））。また、交渉代理人の責任を根拠付ける「固有の利益」の評価基準についても、多様な解釈の余地があった。そのため、BGH内部において、この基準の運用をめぐる、見解が対立していた。

この論争の中心的役割を果たしたのは、第八民事部であった。同部は、有限会社Yの取締役Vに会社から支払われる報酬が会社の利益の相当部分を占める場合や、鉱山会社Yの社員取締役Vが家族とともに会社の鉱山株を保有していた場合に、Y社の契約について交渉代理人として活動したVに、契約締結に関する「固有の利益」を認定していた（上掲BGH第八民事部（八）（九））。また、妻Yの事業活動について代理人として行動した夫V

の責任を肯定する際には、Vが「自己の事柄」として、契約締結から個人的利益を得ようとしていたことに基づき、「固有の利益」を認めていた(上掲B G H第八民事部二〇〇)。これに対して、第六民事部は、契約交渉を行うことで得られる手数料につき、交渉代理人の責任を根拠付ける利益として不十分であると解していた。<sup>(1)</sup>

そうした中、第七民事部が、交渉代理人が得る仲介手数料や会社の従業員等が有する会社の事業に関する経済的利益は、単なる「間接的な経済的利益」に過ぎないとして、交渉代理人の責任を根拠付ける「固有の利益」には不十分であり、この責任を認めるには、交渉代理人が経済的にみて「自己の事柄」と同様に交渉を行っていたことが必要との見解を示した(上掲B G H第七民事部七〇)。この際、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代理法理からの広範な乖離に対して、懸念が示されていた。この見解は、一方で第八民事部の運用実態を否定する趣旨を含み、他方で第八民事部の示した基準を表現の上で採用する内容となっていた。そして、「間接的な利益」では不十分とすることについては、第二民事部も賛同していた。<sup>(2)</sup>

この第七民事部の判決後、第八民事部は、中古車販売業者Vの責任をめぐり、租税負担回避のために中古車販売の仲介という形式をとりながら、実質的にはVが中古車を所有者Yから買い取って、これを購入希望者Xに転売していたという事情を考慮し、X・Y間の契約締結に「固有の利益」を有していたとの認定を行っていた(上掲B G H第八民事部一六〇)(一九〇)。もともと、この事例類型においては、交渉代理人に対する個人的な信頼要求を根拠とする「代弁者責任」として処理されることで収斂していった。他方、会社の交渉担当者の責任については、「間接的な利益」が不十分との考えを受け入れながらも、引き続き「固有の利益」を根拠とした<sup>c. i.</sup>。責任を積極的に展開していった。まず、会社Yの取締役Vが、同時にY社の持分の全部または過半数を保有する場合には、Y社の契約に関するVの経済的利益は間接的ではなく、Vが「自己の事柄」と同様に交渉していた

と評価していた（上掲B G H第八民事部（一〇）（一一））。また、社員Vが会社Yの債務に関して、個人的に担保を提供している場合も、「自己の事柄性」を認定していた（上掲B G H第八民事部（一二））。これに対して、第二民事部が、法人と社員の法的独立性を理由に、一人有限会社の社員取締役や、株式会社の株主でもある取締役について、会社から報酬や利益配当を受けるとしても、会社の契約について「自己の事柄」と同様に取引していたと認めるには不十分との態度をとっていた。<sup>(6)</sup>そして、第六民事部と連邦労働裁判所（B A G）<sup>(5)</sup>が、第二民事部の判断を支持していた。<sup>(6)</sup>学説でも、第八民事部の判断を否定的に評価する見解が多数を占めていた。

こうした批判に対応する形で、第八民事部（一三）判決が、同部の見解を詳しく述べていた。そこでは、まず、第二民事部との不調和について、社員や取締役の責任は、会社の債務ではなく、同人らの固有の過失に基づくために、法的独立性に抵触しないことや、第二民事部の事例では、交渉代理人が契約交渉に決定的な影響を与えていなかったために責任が否定されたのであって、経済的な固有の利益を理由とする責任に関する判例法理を変更しようとはしていないことをもって、反論している。その上で、交渉代理人の手数料利益や社員の会社業務に関する一般的利益は、固有責任の根拠として十分ではないことを認めつつ、一種の「*procurator in rem suam*」として経済的に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緊密に関係していることを要求した。そして、契約成立に関する交渉代理人の「固有の利益」が認められる場面として、社員が会社債務について包括根保証を引き受けている場合、交渉代理人が代理の本人から責任追及される損害の除去のために契約交渉をしていた場合、および、相手方からの給付を代理の本人に渡さず、自己の利益のために使用する意図をもって契約締結した場合を挙げている。これらの場面での責任認定は、交渉代理人が、契約が締結されなければ得られない相手方の契約給付を自己の利益のために利用しておきながら、*c. i. c.* 責任を免れることを不合理とする価値判断によつ

て基礎づけられていた。

この(一三)判決には、それまでの第八民事部の立場に対する修正といえる内容が含まれてもいた。だが、その後の第八民事部は、(一三)判決で挙げた事例類型にあたるか否かで判断することで、引き続き交渉代理人のc. i. c. 責任を積極的に活用し、たとえば、社員や取締役である交渉代理人が会社債務について個人的に担保を提供している場合に、交渉代理人責任を肯定していた(上掲B.G.H.第八民事部(一四)<sup>(7)</sup>)。こうした担保提供者でもある交渉代理人の契約交渉に対する「固有の利益」は、第五民事部と第九民事部も認めていた。しかし、第十民事部は、交渉代理人の担保提供者としての地位も、間接的な利益を超えるものではないと評価していた。また、学説においては、この点についてもやはり、第八民事部に否定的な立場が多かった。

このB.G.H.内の対立は、最終的に、第二民事部の決定によつて解消された。第二民事部は、社員取締役で、かつ、会社債務の担保供与者である交渉代理人について、その「固有の利益」を理由としたc. i. c. 責任を否定するために、第八民事部と第九民事部に対して、従来の見解を維持するか否かを照会する決定を行った。その中では、社員取締役が会社債務のために個人財産を担保として提供しても、それは実質的に出資と変わらず、社員取締役の個人責任を正当化できないとの評価が示されていた。これを受けた両民事部が、維持しない旨の回答をしたため、本人の債務のための担保提供はc. i. c. 責任を根拠付ける「固有の利益」として不十分であるとの見解で、判例法理が確定した。この第二民事部による判例統一の後には、「固有の利益」を理由とする交渉代理人のc. i. c. 責任をめぐる、「自己の事柄」性基準が厳格に運用されるようになっていく。こうした判断は、学説の多くに支持されているが、反対の立場も主張されている。

このような展開をみせた判例法理に対し、学説においては、「固有の利益」を理由とする交渉代理人の責任に

関する全体的な評価について、いくつかの視点から様々な見解が提示されてきた。主なものとしては、交渉代理人が第一次の責任を負わない旨を原則とする立場があり、これを代理法理から導く見解と、代理法理は成立した法律行為の効果に適用範囲が限定されるものとして、履行補助者の過失の法理から導く見解がある。また、こうした原則論を採ることなく、交渉相手の信頼が誰に向けられたものであったかを基準として、c. i. c. 責任の名宛人を判断する見解も、広く支持を得ている。これらの見解のほとんどは、「固有の利益」を独自の帰責根拠とする判例法理に対して、批判的である。その理由とされるのは、「利益」概念の不確定性のために、責任を負う範囲が不明確に広がりうるということ、現在の法体系では、経済的利益の帰属主体だからといって、法的効果の帰属先となるわけではないことなどである。ただ、形成されてきた判例法理を受け入れながら、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」の運用に厳格な姿勢を求める学説も多く、こうした立場は、現在のBGHの態度に理解を示している。

さて、このようなドイツ法の議論から、何を学ぶことができるであろうか。以下に、この議論が日本法において参考となりうる意義を考えてみる。

## 二. 日本での同種事例をめぐる解釈論に与える影響

### 1. 交渉代理人の責任法的立場

ドイツ法での議論の出発点は、交渉代理人による契約交渉におけるc. i. c. 責任は、交渉代理人を用いた取引当事者へのみ課され、交渉代理人は責任を負わないとする原則論にあった。この原則論を基礎づける考え方としては二通りあり、一つは代理法理、もう一つは履行補助者の法理である。前者からの説明としては、「代理



人の行った行為の効果は、本人にのみ帰属し、代理人には帰属しない」ことからの類推により、契約締結前の債務関係も、交渉代理人ではなく、本人たる当事者に帰属するというものとなる。また、後者では、交渉段階の債務関係における債務者は取引当事者であり、債務を負っていない交渉代理人は不履行責任も負わないという発想となる。

こういった交渉代理人を免責する原則論は、日本法でも妥当するだろうか。契約交渉段階の過失に基づく責任をめぐる両法の違いを見ると、現在のBGBの規定では、契約類似の債務関係に基づく責任として、契約責任や不法行為責任と区別されながら、契約責任に準じて把握されている。そうした明文規定のない日本法では、債務不履行責任説と不法行為責任説が、ともに有力に主張されており、判例は後者に立っている。<sup>(10)</sup>このように、責任の法的性質論に、現状では若干のずれは存在する。とはいえ、交渉代理人の責任を考える際には、両法での取扱いは実質的に異ならないことになると思われる。

契約締結段階の過失に基づく責任を、特別な社会的接触関係や信頼に起因する債務不履行責任と解した場合、契約交渉でそうした関係が生じるのは、基本的に交渉当事者の間である。交渉代理人は、この接触関係を媒介する存在に過ぎない。それゆえ、契約締結過程における義務の名宛人は、交渉代理人ではなく、本人たる交渉当事者ということになる。交渉過程に代理に関する規定を準用しても、無権代理の場合を除き（民法一一七条）、交渉代理人に本人と同様の責任を負わせる制度や理論はない。また、交渉代理人を交渉当事者の履行補助者と捉えても、相手方に対して債務を負うのは当事者のみという状況に変わりはない。

対して、不法行為責任であるとすると、民法の規定によれば、交渉代理人を利用した交渉当事者の責任は、当事者自身に過失行為がある場合（民法七〇九条）、もしくは、使用者責任（民法七一一五条）の要件を満たす場

合ということになる。これらのうち、前者の場合、交渉当事者の過失に基づく責任を、交渉代理人が負担させられることはない。他人を利用した社会活動に際し、利用した者の過失を、利用された者の責任に帰せしめる法理は、存在しないからである。使用者責任が問題となる場合には、被用者たる交渉代理人の通常の不法行為責任が要件とされるため、交渉代理人も責任を負うのが前提となる。こうした交渉代理人の責任まで否定する理由はない。また、不法行為責任説の論者の中には、交渉代理人の登場する場面において、履行補助者責任論に言及するものもある。<sup>(11)</sup>ただ、これは、交渉補助者の過失について不法行為での使用者責任の問題で処理すべきとしつつ、交渉補助者が独立事業者であり、本人たる取引当事者に使用者責任を問うことが難しい状況について、交渉補助者の過失を取引当事者の責めに帰せしめることを理論的に正当化するための援用である。取引当事者の過失を根拠に、無過失の交渉補助者に責任を負わせようとする趣旨ではない。

このように、いかなる立場を基礎としても、交渉代理人を介した契約交渉において、契約締結段階の過失に基づく責任の名宛人としては、まずは交渉代理人を利用した交渉当事者が考えられることになり、交渉当事者の責任が、直ちに交渉代理人の責任も基礎づけるわけではない。

ところで、ここまでの話は、違った角度からみれば、債権の相対性（債務の履行は債務者に対してしか請求できない）や過失責任の原則の消極的側面（過失がなければ不法行為責任を負わない）からの帰結である。その意味で、交渉代理人ではなく、交渉当事者への帰責を基本とする取扱いが、日本法でも認められることに、何ら不思議はない。もつとも、このことが示すのは、交渉代理人は、取引当事者の固有の事情に基づいて責任を負わなければならないことだけである。つまり、交渉代理人が、同人固有の事情に基づく責任を負い得ることまでも排除するものではない。債務不履行責任説を基本的立場としても、交渉代理人に過失が認められる場合に、同人固有

の不法行為責任が生じうることを否定できない。また、債務不履行責任説の論者によっては、交渉代理人と相手方との間に特別な社会的接觸関係や信頼を認定できるときに、交渉代理人の c. i. c. 責任の発生を認めるかもしれない。ドイツ法を振り返れば、BGB 三二一条三項後段で明文化されているとおり、交渉代理人が相手方に対して、自信への信頼を特別な程度に要求し、これにより契約交渉や契約締結に重大な影響を与えた場合には、こうした交渉代理人固有の事由によって、同人の c. i. c. 責任（「代弁者責任」）が生じるとされている。さらに、ドイツの判例や学説は、c. i. c. 責任とは別に、交渉代理人に不法行為責任が生じる可能性を認めている。

こうしたことから、日本とドイツのいずれにおいても、交渉代理人の責任が問われない場面は、かなり限定される。こうした状況になるのは、取引当事者本人に責任が生じるが、交渉代理人には同人固有の帰責事由がない場合に限られる。交渉代理人固有の事由による同人の責任は、取引当事者の責任の有無とは無関係に、交渉代理人であるとの理由から免除されるものではないのである。

さて、これらのことは、あまりに当然の内容で、こんなに長々と申し述べる必要がないとも思われるかもしれない。それでも、少し強調しておきたい。すなわち、交渉代理人を免責する「原則」があつたとしても、交渉代理人固有の事由による同人の責任は、「原則」に対する「例外」的事象ではない。そうではなく、「原則」の適用範囲外の事象であるために、「原則」とは無関係に判断されるべき問題である。それゆえ、交渉代理人の責任を「第三者」責任と呼ぶ際には、注意が必要と考える。取引当事者本人に固有の事由に基づく責任を交渉代理人に負担させようとする場面であれば、こうした責任負担は、本来の責任の名宛人ではない「第三者」である交渉代理人の責任が問題となるという意味で、まさに「第三者」責任と称するにふさわしい。そして、本稿で考察したドイツ

ツ法における「固有の利益」を理由とする交渉代理人の c. i. c. 責任は、このような「例外」的事象にあたるものであった。これに対して、交渉代理人固有の事由に基づく責任は、この責任の本来的名宛人が交渉代理人であるため、「第三者」の責任ではなく、行為者本人の責任である。こうした責任も「第三者」責任と呼ぶのであれば、それは、交渉代理人が当該交渉の当事者ではないという形式的観点からの表現である。しかし、ここで責任の本質は「第三者」ではなく、「本人」の責任であるのだから、先の意味での「第三者」責任のような「例外」的性質は認められない。そのため、同じ「第三者」責任でも、実質的な意味での第三者責任と、形式的な意味での第三者責任とは、明確に区別されなければならない。形式的な第三者責任では、そうした責任の認定に支障となる免責原則論は存在しないのだから、責任を否定するのが基本であるとの予断をもってはならない。ただ、交渉代理人は、取引当事者とは別の立場にあるものであるため、特別な社会的接触関係や信頼ないしは過失の有無の判断をする際に、当事者とは別個の独立した評価が必要となりうるに過ぎない。

## 2. 交渉代理人固有の事由に基づく責任に対する意義

### (1) 日本法とドイツ法での制度的基礎の違い

こうした認識を前提として、同種事例に関する具体的解釈問題に際して、ドイツ法での議論が日本法において有しうる意味合いを考えてみたい。

まず、ここまでの検討からすると、ドイツにおける「固有の利益」を理由とする交渉代理人の c. i. c. 責任に関する法理が、日本法の同種事例でそのまま同様の機能を果たす余地は、ほとんど皆無といえる。本稿の冒頭でも述べたとおり、ドイツ法における c. i. c. 責任に関する法理は、BGBの不法行為規範による保護範

困が狭隘であるために、被害者が不法行為法規を援用すらできない場面で、被害者に救済手段を与えることをその役割として発展させられてきたものである。他方で、一般的・概括的に不法行為の成立要件を定める日本の民法のもとでは、不法行為法の適用範囲に遺漏ないし隙間はないことから、ドイツ法の *c. i. c.* 責任に関する法理は不要とする指摘がされている。<sup>(12)</sup> こうした両国での *c. i. c.* 責任一般に関する制度的相違は、交渉代理人への *c. i. c.* 責任の追及の場面でも現れる。すなわち、ドイツでの「固有の利益」を理由とする交渉代理人の *c. i. c.* 責任に関する法理は、相手方が、不法行為を理由としても、交渉代理人に対する特別な信頼を主張しても、いずれでも交渉代理人に対して責任追及できない場面において、限定的ではあるが補充的に法的保護を与える機能を果たしていた。これに対して、日本では、相手方が交渉代理人に対して責任追及しようというときに、少なくとも不法行為の主張が妨げられることはなく、「固有の利益」を理由とした *c. i. c.* 責任による補充の必要性は存在しない。あとは、不法行為規範に照らして、保護が与えられるか否かが判断されるのみとなる。先の分類を用いれば、相手方には、交渉代理人との関係において、形式的な意味での第三者責任による保護の可能性が与えられているために、例外である実質的な意味での第三者責任を持ち出すまでもないのである。

（2）交渉代理人固有の事由に基づく責任の態様

こうして日本では、相手方は交渉代理人の責任を追及する際、同人固有の事由に基づいて主張していくことになる。それでは、この場面において、ここまで考察したドイツ法の議論を参考にできないかといえは、ある程度の示唆は得られると解される。というのも、交渉代理人が、固有の過失に基づいて損害賠償責任を問われるとしても、過失の前提となる説明義務については二通りあると考えられるからである。すなわち、それは、取引当事

者本人も説明義務を負う場合に、この義務と関連して交渉代理人も負担させられる義務と、取引当事者本人の説明義務の有無に依存せず、交渉代理人がその個人的事情から負担させられる義務である。便宜上、前者を併存的説明義務、後者を独立的説明義務と呼ぶこととする。このうち、ドイツ法での「固有の利益」を理由とした交渉代理人の c. i. c. 責任は、実質的な第三者責任ではあるが、取引当事者本人の説明義務を前提とする点で、併存的説明義務と類似した状況にある。

このことをより具体的に説明しよう。まず、先に見てきたドイツの紛争事例での共通項を挙げておくと、①説明義務違反の c. i. c. 責任（交渉破棄事例はなし）、②交渉代理人 V と相手方 X との間に契約関係なし（相手方 X と契約関係にあるのは V を利用した取引当事者 Y）という事情がある。また、X に説明すべきだったとされた内容は、V が代理した交渉当事者 Y の財産状況（RG 判決〈三〉、BGH 判決〈七〉・〈九〉）（〈一一二〉・〈一四〉・〈二五〉・〈二〇〉）、および、契約目的となっている物や権利の瑕疵・性能（RG 判決〈二〉、BGH 判決〈八〉・〈一三〉・〈二六〉）（〈一九〉）が主なものであった。

これらを参考に、日本の紛争の中から類似性が認められる事例を探ると、独立的説明義務の存否について争われた最高裁判例といえるのが、最判平成二四年一月二七日である。<sup>(13)</sup>この事案では、金融機関 V が Y 社からの委託を受けて、シンジケート・ローンへの参加を他の金融機関に募り、これに応じた X をはじめとする複数の金融機関が、Y 社に協調融資を行った。しかし、この融資前より、Y 社の信用状態を疑問視する情報が、Y 社の主要取引銀行から V に伝えられていたにも拘らず、V はこの情報を、シンジケート・ローンに参加した X らに、事前に知らせていなかった。結局、X らによる融資の約一か月後に Y 社の経営が破たんし、回収不能となった融資額について、X らが V に対して損害賠償請求を行った。ここには、X らと V との間に契約関係が存在しない中で、

VがXらとYとの契約を斡旋し、その際に、VがXらに対して、Yの財産状態を説明しなかったことについて、Vの責任が問われているという状況があり、ドイツの紛争事例によく似ている。しかし、ここでの責任追及は、まずYがXらに対して情報提供義務を負っていたことを前提として、Vもこの義務を負担していたという構成ではない。最高裁は、Vの責任について、シンジケート・ローンのアレンジャーとしての立場と、Y社の信用状態に関する疑義をすでに認識していたこと、そして、その情報がシンジケート・ローンへの参加の判断に重大な影響を与えるものだったことを基礎として、認定している。このように、Vの責任は、Y社のXらに対する情報提供義務の存否とは無関係に、認められている。<sup>(14)</sup> こうしたVの責任は、独立的説明義務違反による責任であり、ドイツ法での「代弁者責任」と理論的構造が類似している。そのため、この責任を検討するうえで参照すべきは、本稿で取り扱ってきた「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」ではなく、「代弁者責任」に関する議論ということになる。<sup>(15)</sup>

他方で、取引当事者Yの説明義務を前提とする併存的説明義務に関連するものとしては、いくつかの事例が考えられる。まず、いわゆる融資一体型変額保険をめぐる一連の裁判例が、比較的まとまった事例群とそれに伴う議論の蓄積をもたらししている。この問題では、Y保険会社とXとの間の変額保険に関するリスクについて、保険料相当額をXに融資する金融機関Vに説明義務違反の責任を問えるかが、争われてきた。これと並んで、最高裁判例の中から、宅地の接道要件に関する金融機関の説明義務が争われた最判平成一五年一月七日（以下、「最判平成一五年」という）と、借入れの返済計画の実現可能性に関する金融機関の説明義務が争われた最判平成一八年六月二日（以下、「最判平成一八年」という）とを挙げる事ができる。これらの事例では、Xの契約相手となるY（保険会社、土地の売主、建設会社）側の契約締結段階における説明義務とともに、この契約交渉

に関与したV（金融機関）について同じ内容の説明義務が肯定されうるかが争われた。ここには、併存的説明義務の図式が見受けられる。ただ、ドイツの事例と異なり、これらの事例では、X・V間にも関連する契約（融資契約）が存在する点に特色がある。また、契約締結段階の説明義務に関するものではないが、最判平成一七年九月一六日（以下、「最判平成一七年」という）も、併存的説明義務を検討するうえで、参照すべき事例といえる。この事例では、不動産会社Yから委託を受けて分譲マンションの販売に関する一切の事務を行っていた宅地建物取引業者V社の説明義務が認められた。最高裁は、まず売主Y社につき、契約締結してからマンションの専有部分を引渡しする前に、買主Xに防火設備に関して説明する義務を、売買契約上の付随義務として認めつつ、Y社の事務を行っていたV社にも、信義則上、同様の説明義務があったと解している。ここには、契約締結前後かの違いはあるものの、併存的説明義務と同じ図式があたり、かつ、ドイツの事例と同様に、X・V間には契約関係は存在しない。さて、ここに挙げた事例では、最判平成一七年を除き、交渉代理人が用いられているわけではなく、多くの場合、VはX・Y間の契約交渉に関与しているに留まる。しかし、いずれにおいても、本来の説明義務者とは別の者の説明義務が問題とされている点で、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」との共通性が認められる。そこで、次に、これらの諸事例について、ドイツ法の議論を適宜参照しながら、Vの責任を認めるための根拠を探索してみたい。

### 三、併存的説明義務の有無を判断する際の考慮因子

#### 1. 固有の信賴

(1) 併存的説明義務の帰責根拠としての固有の信賴



ドイツ法における「代弁者責任」は、交渉代理人固有の信頼に基づいており、この責任の内容は、交渉代理人Vが取引当事者Yと同じ内容の説明義務を負うことであった。ここでの説明義務は、本稿での用語法に従えば、独立的説明義務にあたる。ドイツ法での中古車販売業者の責任は、「固有の利益」ではなく、「固有の信頼」に基づく「代弁者責任」へと収斂していったが、これは、上掲BGH第七民事部判決（七）により示された、交渉代理人の「固有の利益」に基づく責任と「固有の信頼」に基づく責任とを峻別する見解を前提としていた。

他方、日本法では、交渉代理人自身について説明義務の有無を具体的に判断するときには、それが併存的説明義務であっても、交渉代理人と相手方との間に存在した諸般の事情が個別的に考慮される。その際、その判断枠組みの基礎において、「固有の利益」に基づく責任と「固有の信頼」に基づく責任とを峻別するというドイツ法のような態度は確立していない。また、併存的説明義務もまた、形式的な第三者責任としての性格を有する。そのため、併存的説明義務を判断する際、交渉代理人固有の信頼も考慮因子となる。

（2） 最判平成一八年の概要

こうした固有の信頼を基礎とした併存的説明義務を考えるうえでは、前掲の裁判例のうち、最判平成一八年が参考になる。

最高裁第一小法廷平成一八年六月二二日判決

〔事実の概要〕

V銀行の担当者Bが、土地の所有者Xに対し、土地の有効利用をめぐってY建設会社を紹介した。Y社の担当

者Aは、Xの所有または共有する土地上に建物を建設し、建物の賃料収入を建物建設のための借入金の返済等に充てる計画を立案し、その旨の経営企画書を作成した。この経営企画書では、建物建設費用の自己資金をねん出するために、この建物を建設した後に、Xが敷地の一部を売却することを予定していた。しかし、経営企画書どおりにこの一部敷地を売却すると、建築後の建物が容積率の制限を超える違法な建築物となり、仮に売却するにしても、この一部敷地に建物を建設しようとする敷地の二重使用として建築確認を受けられない可能性が高く、そのために売却価格は当初の計画よりも低下する状況にあった。Aはこのことを認識していたが、一部敷地売却後の建物建設の際に建築主事が敷地の二重使用に気付かなければ支障がないとの見込みで、この土地利用計画をXに提案していた。Bは、この敷地の問題を知らないまま、Aの作成した経営企画書を参照して投資プランを作成し、Aとともに、経営企画書と投資プランの内容を、Xに説明した。これらの説明を受けて、Xは、Y社との間で建物設計契約と建築請負契約を、V銀行との間で金銭消費貸借契約を締結するなどした。しかし、建物建築後に敷地の一部を予定通り売却できなかったことから敷地問題が明るみとなり、Xが、Y社とV銀行に対して、説明義務違反に基づく責任を追及するなどに至った。

## 〔判示内容〕

最高裁は、まず、敷地問題により予定どおりに一部敷地を売却することが困難であった計画を提案したY社につき、敷地問題等について説明義務があり、Aがこれに違反したとして、Y社の責任を認めた。他方、V銀行の責任については、一般論として、消費貸借契約に際して返済計画の具体的実現可能性は借受人が検討すべき事柄であるとし、本件でも一部敷地の売却可能性に関する調査・説明義務がAに当然にあるわけではないとした。しかし、「Bは、Xに対し、本件各土地の有効利用を図ることを提案してY社を紹介しただけではなく、本件北側

土地の売却によりV銀行に対する返済資金をねん出することを前提とする本件経営企画書を基に本件投資プランを作成し、これらに基づき、Aと共にその内容を説明し、Xは、上記説明により、本件貸付けの返済計画が実現可能であると考え、本件貸付けを受けて本件建物を建築した」との認定事実をもとに、これにさらに、「Bが上記説明をした際、本件北側土地の売却についてV銀行も取引先に働き掛けてでも確実に実現させる旨述べるなど特段の事情」が加われば、敷地問題等についての調査・説明義務を肯認する余地があるとした。<sup>(20)</sup>

この事例では、Y社とV銀行は、それぞれのXとの契約のために交渉しているため、V銀行がY社の交渉代理人として行動したとはいえない。また、V銀行が一般論として説明義務を負わないのは、交渉代理人であるからという理由ではなく、消費貸借の貸主となることを目指した交渉者としての地位に対する評価に基づいている。そのため、ドイツの事例とは、事実的にも、法的にも、事情が異なる。さらに、V銀行の説明義務がY社の説明義務に依存しているという法的関連性はない。両者の責任は、各人とXとの別個の契約をめぐる各人への固有の信頼に基礎づけられている。<sup>(21)</sup> 依存関係は、法的説明義務に関してではなく、V銀行（B）の作成した投資プランとY社（A）の作成した経営企画書との間、言い換えれば、V銀行に対する信頼の基礎とY社に対する信頼の基礎との間に事実上存するに過ぎない。したがって、本稿の分類に従えば、この事例は、併存的説明義務ではなく、独立的説明義務に関するものと位置づけられる。とりわけ、最高裁が、V銀行側の説明に対するXの信頼をもとに、通常の消費貸借にはないV銀行の調査・説明義務の可能性を認めた論理は、ドイツ法の「代弁者責任」と同様といえる。ただし、V銀行に対するXの信頼の内容が、Y社に対するXの信頼の内容に依拠しているという事実上の依存関係に、併存的説明義務に関する参照例としうるだけの類似性をみることができる。

## (3) 最判平成一八年における帰責根拠の同一性

ところで、最判平成一八年で述べられているように、XがYとの契約のために金融機関Vから融資を受ける場合、たとえVがX・Y間の契約交渉に関与していても、この契約をめぐる説明義務がVに課されるか否かについては、これを否定するのが一般的取扱いとされる。<sup>(2)</sup> それにも拘らず、この事例で、V銀行についてY社と同一内容の説明義務の可能性が認められた要因は、両者の説明義務の法的基礎であるそれぞれに対するXからの信頼が、同一内容であったことにあると解される。Xとしては、A・Bの説明により、両者から示された返済計画が実現可能であるとの信頼を、Y社だけでなく、V銀行に対しても抱くに至り、この信頼に基づき契約締結を決定したという事情が認められている。当該返済計画の実現可能性に係る信頼は、Y社については返済計画の策定者に対するものとして、V銀行についてはこの返済計画を前提とした投資プランの作成者に対するものとして、正当と評価されているのである。ここでは、同一内容の信頼から同一内容の説明義務が導かれているといえる。ただ、Y社については、Bらが敷地問題を認識しながらXにそれを告げなかったため、説明義務違反に基づく責任が直ちに認められたのに対して、V銀行については、Aが敷地問題を知っていたという事情がないため、返済計画の実現可能性に関する調査義務を前提とした説明義務の可能性の認定に止められたという違いがあるに過ぎない。<sup>(2)</sup>

また、その他の特徴として、Y社とV銀行に向けられたXの信頼が同一内容であっただけでなく、両者ともXとの間で別個の契約を締結したことも挙げられる。これにより、この事例では、契約締結段階の過失に基づく責任を不法行為責任と解する立場からも、債務不履行責任と解する立場からも、両者に同一の説明義務を認めることが可能だったといえる。すなわち、不法行為責任説では、契約交渉後に契約当事者となるか否かに拘らず、契約締結段階で過失が認定されれば、責任を根拠付けることができる。これに対して、債務不履行責任説の中には、

契約締結段階の過失に基づく責任を、交渉後に締結する契約と関連づけて説明する見解が有力に主張されているが、最判平成一八年の事案では、XはV銀行とも契約を締結していたので、このような見解からも、両者の責任を説明することに支障はなかったといえる。

（4）最判平成一七年の概要

次に、最判平成一八年との比較のために、併存的説明義務の一例である最判平成一七年の状況をみてみよう。

最高裁第二小法廷平成一七年九月一六日判決

〔事実の概要〕

Xが不動産会社Yからマンションの一室（八〇二号室）を購入する契約を締結し、その後、約一年してから本件部屋の引渡しが行われた。この部屋には防火戸が設置されていたが、引渡しの際にその電源スイッチは切られていて、作動しない状態だった。この電源スイッチは、室内の納戸の壁に設置されていて、ふたがねじで固定された連動制御器の中にあり、この制御器内に電源スイッチがあるのが一見して明らかとはいえない造りになっていた。また、Xは部屋への入居までに、重要事項説明書や図面などを受け取っていたが、この説明書には部屋の防火設備として防火戸の記載はなく、図面に防火戸の位置が表示されていただけだった。さらに、防火戸の電源スイッチの位置や操作方法、火災発生時における本件防火戸の作動の仕組み等については、全く説明を受けていなかった。なお、この契約については、Y社の全額出資による宅地建物取引会社Vが、Y社から委託を受けて、Xとの契約交渉から契約締結、部屋の引渡しに至るまで、販売に関する一切の事務をY社に代わって行っていた。

そうした事情のもと、Xの入居から約半年が経った頃、Xの失火と推定される火災がこの部屋で発生し、Xが死亡した。そして、Xの遺族が、スイッチが切られていた防火戸に関する説明をY社・V社が怠ったために、防火戸が作動せず、部屋の損傷範囲が広がったなどとして、両社に対して損害賠償を請求した。

## 〔判示内容〕

最高裁は、マンションの売主であるY社につき、売買契約上の付随義務として、防火戸に関する説明義務があったとした。そのうえで、V社については、V社がY社の各種不動産売買等に関する代理業務等を行うために設立された会社であり、その不動産販売について宅建業者として取引仲介業務を行うだけでなく、勧誘、説明等から引渡しに至るまで販売に関する一切の事務を行っていること、Xとの売買契約についても、V社はY社から委託を受け、契約締結手続にとどまらず、引渡しを含めた一切の販売に関する事務を行ったこと、XはV社の実績や専門性等を信頼し、V社から説明等を受けたうえで、購入の意思決定を行ったことなどの事実関係に基づき、「宅地建物取引業者であるV社は、その業務において密接な関係にあるY社から委託を受け、Y社と一体となって、本件売買契約の締結手続のほか、八〇二号室の販売に関し、Xに対する引渡しを含めた一切の事務を行い、Xにおいて、V社を上記販売に係る事務を行う者として信頼した上で、本件売買契約を締結して八〇二号室の引渡しを受けたこととなるのであるから、このような事情の下においては、V社には、信義則上、Y社の上記義務と同様の義務があったと解すべきであり、その義務違反によりXが損害を被った場合には、V社は、Xに対し、不法行為による損害賠償義務を負う」と判断した。

さて、ここで認められた説明義務であるが、先にも指摘したとおり、契約締結後の目的物の安全性に関わるも

のであることから、契約締結段階の説明義務とは事情が異なってくる。<sup>(24)</sup> もっとも、V社とXとの間に契約関係がないことは、契約締結段階の交渉当事者間の状況と同じである。さらに、V社の説明義務は、Y社の説明義務を前提としているため、併存的説明義務としての性質を有している。そのため、ここで取り扱う意味のある事例といえる。そして、このような義務を認めるに際して最高裁の挙げた論拠には、V社の実績や専門性等に対するXの信頼が含まれている。このように、契約が存在しない関係において説明義務を認める際に、当事者間の信頼が重要な考慮要素とされているのが分かる。

（5） 最判平成一七年における信頼の機能

それでは、最判平成一七年におけるVに対するXの信頼が、説明義務を基礎づけるうえで、最判平成一八年のものと同じ機能を果たしているかという点、そうではないと考える。

最判平成一七年における信頼についていえば、その内容は、宅建業者としてのV社の専門性に関するものも含んでおり、また、直接に委託関係のないXからV社への信頼が、V社の説明義務を正当化する根拠の一つとされている。これらのことから、この判決は、委託関係のない第三者に対する宅建業者の責任を認めた最判昭和三六年五月二六日<sup>(25)</sup>を踏襲したものとの評価がある。<sup>(26)</sup> こうした位置づけは、最高裁の考えるV社の責任について、その一面を適切に捉えている。しかし、この事例において、V社の責任を根拠付ける一要素とされているものの、V社にY社と同じ内容の説明義務が認められたことまで、ここでの信頼だけから説明することはできない。V社の義務を設定する際には、宅建業者としての同社への信頼が帰責根拠として援用されているのではあるが、義務内容の判断に際し、この信頼から導かれうるものはほとんどないといってよい。というのも、この事例におけるY

社の説明義務を基礎づけていたのは、XとY社との売買契約であって、Y社に対するXの事実的信頼ではなかった。XがいかにV社を信頼しようにも、Y社と同様の説明義務をV社に負わせるには、売買契約という法律原因を欠いている。また、宅建業者の説明義務については、宅建業法三五条一項に説明事項が列挙されているところ、これらは最低限の重要な事項であり、同項はこれら以外の事項についての説明義務を免ずる趣旨ではないとされる。<sup>(27)</sup>とはいえ、非委託者である買主との関係において、売主と売主側の媒介業者としての宅建業者は、それぞれの固有の地位を根拠に法的責任を負わされているのであるから、売主と同じ内容の説明義務が宅建業者に課されることを、宅建業者の専門的知識や実務経験に対する信頼によって当然に正当化しうるわけではない。<sup>(28)</sup>したがって、売主の地位に基づいて課される義務と同じ内容の義務を、当事者以外の者に負担させるには、相応の論拠が別に必要となる。そして、最判平成一七年は、そうした更なる論拠として、Y社とV社との関係を指摘している<sup>(29)</sup>と解されるのである。

これに対し、最判平成一八年の事例では、先に見たとおり、Y社とV銀行にそれぞれ向けられたXの信頼の内容が同じであったために、義務の設定にだけでなく、義務内容の確定についても、その同一内容の信頼を基礎とする判断が可能だったといえる。これらの対比から最高裁の判断を分析すると、Xに対するYの説明義務と同じ内容の義務をVにも認めようとする際に、Vに対するXの信頼が一般的に重要な考慮因子となりうるとしても、個別事例において信頼がどのような機能を果たしうるかは、当該事例での具体的な事情、とりわけ、信頼の内容や説明義務の法的性質によって異なるものと取り扱っていると捉えることができよう。つまり、信頼という要素は、個々の事例ごとに、義務設定の場面でしか機能しない場合もあれば、義務内容についても論拠とされる場合もあるということになる。この理解にしたがえば、最判平成一七年での信頼は、義務設定の根拠としてし



か機能していなかった場合として位置付けられる。それでは、このように判例を理解することを差し当たりの前提とするとして、X・V間に義務設定の根拠としての信頼が認められる場合に、義務内容の確定に際し、いかなる考慮因子がYと同じ内容の義務をVに課すことの論拠となりうるのか、以下に検討していこう。

## 2. 交渉関与者の利益

本稿で考察したドイツ法の議論の争点となっていたのは、相手方Xと取引当事者Yとの間の取引について、交渉代理人Vが「固有の利益」を有しているときに、本来はYが負うべき*c. i. c.* 責任をVに課すことができるか、および、これを認める場合、Vの*c. i. c.* 責任を正当化しうる「固有の利益」とはどのようなものであるか、という問題であった。日本でも、本来の義務負担者Yと同じ義務をVに課すことの論拠として、Yを当事者とする取引の交渉に関与したVの利益が挙げられることがある。<sup>(91)</sup>この点につき参考となるのが、最判平成一五年である。この事例においては、控訴審である大阪高裁の判示内容が特に興味深いため、ここで合わせて紹介することとする。

最高裁第二小法廷平成一五年一二月七日判決

### 〔事実の概要〕

V信金の担当者Bが、Xに対し、V信金から融資を受けて土地を購入するよう積極的に勧誘し、Y所有の土地の購入を進めた。本件土地には公道に通じる私道があり、これを構成する複数の土地はすべて私有地であったところ、Yはこの私道の土地の一部も所有していた。Bの積極的な勧誘により、Xは本件土地を購入することにし、

Yとの間で本件土地の売買契約を締結するとともに、V信金との間で融資契約を締結した。なお、この売買契約の締結には、YとXのほか、売主側の不動産仲介業者として、C社の担当者らが立ち会った。これらの契約から約一二年後、Xが本件土地上に建物を建築しようとしたが、本件土地が接道要件を満たさないものであったため、建築確認を受けられなかった。この間、Yが所有していた私道の一部土地は、Yの死亡でその相続人により相続され、この相続人からC社に譲渡されていた。Xは、C社に本件土地の前面道路部分について道路位置の指定を受けることなどについて協力を求めたが、これを拒否され、逆に、前面道路部分の土地を高額で買い取ることを求められた。そこで、Xが、V信金に対し、本件土地の接道要件に問題について説明義務違反があったとして、損害賠償を請求した。

〔大阪高裁の判示内容〕

大阪高裁は、「Bは、同人の方からXに対して、資産運用に有利である旨告げた上、V信金の住宅ローンによる融資を受けて本件土地を購入するように強く働きかけて勧誘し、その結果、Xが購入を決定したこと、以後、本件土地の売買手続及び融資手続の一切はBにおいて行い、Xは、ただ売買の当日初めて売主のYに引き合わされて売買契約書及び住宅ローン契約書等に署名押印したにすぎないこと、…本件土地はそのままでは、建築基準法四二条、四三条の接道義務を満たさない、建物敷地として利用不能の土地であつて建物を建築するためには、前面道路である二三一番一の土地について通行地役権の設定等による通行権の取得が不可欠であることなどの事実によれば、本件土地の売買契約は、V信金の融資契約と一体となつて、V信金の利益のために、Bの斡旋によつて行われたのであるから、このような場合には、信義則上、BはXに対し、本件土地の売買契約に先立つて、上記接道義務の不充足などについて説明すべき義務を負うものというのが相当である」として、BとV信金

の責任を認めた。

〔最高裁の判示内容〕

これに対して、最高裁は、本件の売買契約と融資契約とが当事者を異にする別個の契約であることを前提に、①「Bが接道要件が具備していないことを認識しながら、これをXに殊更に知らせなかつたり、又は知らせることを怠つたりしたこと、V信金が本件土地の売主や販売業者と業務提携等をし、V信金の従業員が本件土地の売主等の販売活動に深くかかわっており、BのXに対する本件土地の購入の勧誘も、その一環であることなど、信義則上、BのXに対する説明義務を肯認する根拠となり得るような特段の事情」は認定されていない、②本件売買契約締結当時、本件前面道路部分は本件土地の売主であるYが所有しており、不動産登記簿上も公衆用道路とされていたことから、YがXに売却した本件土地の接道要件を満たすために本件前面道路部分につき道路位置の指定を受けること等のYの協力が得られることについて、十分期待することができたのであり、本件土地は、建物を建築するのに法的な支障が生ずる可能性の乏しい物件であった、③本件土地の接道要件の充足性は、宅地建物取引業法三五条一項所定の重要事項として、書面による説明義務があるところ、本件売買契約においては、売主側の仲介業者であるC社がその説明義務を負っているのであって、Bに同様の義務があるわけではないと述べて、「Bが、Xに対し、V信金から融資を受けて本件土地を購入するように積極的に勧誘し、その結果として、Xが本件売買契約を締結するに至ったという事実があったとしても、その際、BがXに対して本件土地が接道要件を満たしていないことについて説明をしなかったことが、法的義務に違反し、Xに対する不法行為を構成するということとはできない」と判断した。

このように、本案では、BおよびV信金の説明義務違反を認めた控訴審の判断が、最高裁によって覆されたのであるが、ここで注目したいのが、控訴審での理由づけである。大阪高裁は、本来であればYないしは同人側の宅建業者C社がXに負っていた説明義務と同じ内容の信義則上の説明義務を、B（ひいてはV信金）に認めるために、本件売買契約が「V信金の融資契約と一体となって、V信金の利益のために、Bの斡旋によって行われた」ことを理由としている。つまり、Vの利益のためにYの契約が締結されたことを、Vの責任を根拠付ける一要素としており、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*c. i. c.* 責任をめぐる議論との親和性が、ここに見られる。だが、ドイツ法での議論の展開と同様に、他人の契約に有する利益を責任根拠としうるかにつき、これを否定する判断がここまで一般的となつていいる。最高裁は、BがV信金からの融資による土地購入を積極的に勧誘し、売買契約に至つたとの事実は、Aの説明義務違反を根拠づけないとの言い回しで、そうした評価を示している。また、学説においても、金融機関の職員が顧客への融資を目的に不動産売買の勧誘に関与しただけでは、金融機関に説明義務違反の責任を問うには不十分と解されているところである。<sup>(32)</sup>

もっとも、そうした否定的評価のための根拠が示されているかといえ、そうともいえない。融資目的で取引に勧誘した金融機関の説明義務に関する従前の事例と間で、勧誘態様の不当性を抽象的に比較しただけの、いわば肌感覚的な評価が示されているようにも映る。

この点について、ドイツ法での議論を振り返ると、まず、「利益」を基準に責任主体の範囲を画定するには、「利益」概念自体が曖昧に過ぎることが挙げられていた。責任の範囲を明確に示しえない「利益」概念は、判断基準として適格性に欠けるのである。また、経済的利益の帰属主体が必ずしも法的効果の帰属先となるわけではないというのが私法の基本的考えであることから、単なる利益は、法的義務や責任の根拠たりえないことも述べられ

ていた。これらの論拠が、一応の参考になる。

ただし、ドイツ法の議論の前提として、c. i. c. 責任を「契約類似の債務関係」に基づく責任とする理解があることには、注意を要する。このような理解の背後では、契約締結前の法律関係について、契約ないしは法律行為に関する法理論を準用することが志向されている。そのため、間接代理の場合を例示として、「利益」のみでは法的効果の帰属を正当化できない、との論理が成り立ちうるのである。これに対して、最高裁のように、契約締結前の事象に基づく責任を不法行為責任と解する立場であれば、過失や違法性の評価の際に契約・法律行為法理を参照する必然性はなく、「利益」を考慮要素とすることも解釈論としてありうるといえる。

とはいえ、不法行為法でも、「利益」のみで責任が根拠づけられるわけではない。報償責任の原理によって説明されることの多い民法七一五条の使用者責任をみても、ある者が他人の行為により利益を受けるだけでなく、この他人を指揮監督する関係にあることが、要求されている。また、そうした関係になれば、他人の行為から利益を受ける場合でも、責任は否定されている（民法七二六条参照<sup>34</sup>）。民法典の立場は、不法行為責任についても、「利益」を単独で帰責根拠とすることに否定的といえる。

さらに、契約締結前の説明義務に限定して考えてみても、取引に関する「利益」によって説明義務を正当化することは難しい。まず、取引に関する「利益」を有する者は、当該取引を相手方に説明できるほど精通していなければならぬ、との規範的評価は、現実的ではない。たとえば、金融機関は、融資の勧誘の際、他人の取引の成立により融資を実現できるという「利益」を常に有しているが、他人間の取引のすべてについて金融機関に説明を求めても、それは実現不可能である。また、そもそも「利益」を強調した場合、取引相手自身の自己責任にも目を向けることになる。というのも、取引における利益を基準とするのであれば、VがYの交渉代理人として

契約成立に関与したX・Y間の契約において、この取引で第一義的に利益を受けるのは、当事者であるXとYである。だからこそ、YがXに対して情報提供義務を負うか否かを考える際には、まずXは自己の利益を理由に、Vに情報提供義務を転嫁させる以前に、取引に係る情報を自ら調査すべき立場にあるというのが、契約法における基礎的認識となっている<sup>(35)</sup>。そのため、「利益」のみを強調することは、関係者すべての調査責任を浮き彫りにすることになり、Xを保護しようとしても、かえって藪蛇になりかねない。

こうしたことから、取引に関する「利益」だけでは、本来的な義務の名宛人ではない者に義務を課すことを法的に正当化することはできないと考えられる。

### 3. 契約の一体性

ところで、前掲の大阪高裁判決は、V信金の責任を根拠付けるために、X・Y間の土地の売買契約とX・V間の融資契約の一体性も挙げている。また、相続税対策を目的とした金融機関からの借入金による変額保険をめぐる紛争においても、変額保険契約と融資契約との一体性が主張されることが多かった<sup>(36)</sup>。それでは、契約の一体性は、Xに対するYの説明義務と同内容のVの義務を正当化しうるであろうか。

まず、どのような目的で二つの契約の一体性が主張されるのかを確認すると、それには、①一方の契約の瑕疵により、全体の契約の瑕疵が導きうること、②債務不履行責任や不法行為責任の追及において、共同責任の追及が可能となること、③一方の契約当事者の説明義務の範囲が他方の契約に関する事柄についても及ぶという具合に説明義務の範囲を広く捉えうることなどが挙げられている<sup>(37)</sup>。これらのうち、①については、芸娼妓契約中の稼働契約の無効が消費貸借の無効をもたらしとした判例がすでに示している<sup>(38)</sup>とおり、消費貸借が他の契約と一体性

がある場合、この他方の契約が無効となるときに、消費貸借も無効となることがある。そのため、①のための主張であれば、目的に適合しているといえる。変額保険に際しても、保険契約と融資契約の双方について一体的に錯誤無効が認定される事例が、今では少なくない。<sup>(39)</sup> 契約に一体性があるとされる場合、契約目的の反公序良俗性や動機の錯誤といった契約無効の原因が各契約に共通して認定されやすいことが、そうした全体的無効をもたらす理由であろう。もともと、この点は本稿の検討対象ではないため、これ以上立ち入らない。

それでは、②と③の目的についてはどうか。これを考えるには、複数契約の「一体性」が何を意味するのかを確認しておかなければならない。いくつかの解釈可能性があるが、一つには、売買契約もしくは保険契約と融資契約との法的一体性という趣旨での主張が想定される。ただ、裁判において実際にそうした主張に沿った認定がされることは、まずない。<sup>(40)</sup> 一般に裁判実務では、契約の個数は当事者の意思表示を基礎として形式的に判断される。また、「利益」概念が不確定であるのと同様に、形式的には複数の契約として締結されたものについて法的一体性の有無を判断するための基準は明確ではない。最判平成一五年の事案について、売買契約と融資契約に一体性はないとする評価もあるが、その判断の根拠や基準は示されていないし、逆に、複数契約の法的一体性が認められるための一般的判断基準も定かではない。<sup>(42)</sup> いずれにせよ、法的一体性を判断しようにも、その手掛かりすら存在しない状況といえる。

さらに、こうした障害を克服したとして、契約の法的一体性が認定されれば、それだけで、融資契約の当事者である金融機関Vに、他の契約の当事者Yと同じ義務を課すことが正当化できるといえるのは、やや短絡的に映る。というのも、たとえ同一の契約の中で、Y・VとXとが対峙するとしても、VがYと同じ債務を負うかどうか、VがYの給付を保証するといった取扱いがなされるとは限らないからである。可分債務が分割債務とされる場合

が、その証左である。結局のところ、VとYがいかなる債務や責任を負うかは、契約内容の解釈に依存する。契約締結前の説明義務についても同じで、法的に一体の契約をYとVがXの相手方当事者として締結しようとしているときに、売主ないし保険会社としてのYと、金融機関としてのVとでは、各人がXに対して予定している給付の内容が異なるのであるから、それぞれの給付内容に対応する形で、各人の義務内容は別異に判断されるのではないだろうか。<sup>(43)</sup>

#### 4. 給付の一体性

また、二つの契約の一体性という表現を用いて、両契約の法的独立性を前提としながら、相手方Xが、片方の契約だけでは契約締結に至らなかったという状況を指していることも考えられる。Xが、Yとの間の契約だけでは取引に入ることはなく、Vとの契約も前提としているときに、VがX・Y間の契約締結交渉に関与する場合である。こうした状況は、Xが自身の目的を果たすために、Yからの給付だけではなく、Vからの給付を必要としている場面とも評価できる。そのため、正確には、契約の一体性というよりも、給付の一体性に着目しているといえる。

こうした給付の一体性の観点との関連では、金融機関からの保険料相当額の借入れを前提とする融資一体型変額保険をめぐる東京高判平成一四年四月二三日<sup>(44)</sup>以下、「東京高判平成一四年」という<sup>(45)</sup>が参考となる。同判決は、金融機関の説明義務違反を認めるに際して、こうした融資一体型変額保険につき、保険料借入れを前提とする変額保険特有の不確実性を重視し、相続税対策という保険加入者の目的に照らすと、商品としての適格性を欠くと評価をもって責任を基礎づけたことで、一連の変額保険訴訟の中でも特に注目を浴びた。こうした判断は、契



約の目的との関連で「商品の適合性」を問題とした判決として画期的であるとともに、変額保険と保険料融資とを一個の「商品」のようにとらえて「適格性」を判断することにより、投資リスクと融資リスクを一体的に評価できる基礎を築いて、金融機関担当者による勧誘行為の違法性を導きやすくする根拠を示したものと評されている。<sup>(45)</sup>この他にも、保険料借入れが相続税対策の手段の一部であることを捉えて、変額保険と保険料融資の密接な関連性や経済的機能における一体不可分性を指摘する裁判例がある。<sup>(46)</sup>こうした判断には、給付の一体性を手がかりに、本来なら説明義務を負担しないはずの交渉関与者の責任を認めたとの側面が見受けられる。

それでも、給付の一体性だけで、X・Y間の契約に関するVのXに対する説明義務を根拠づけられるとは思われない。この説明義務が給付内容に対応するものとして課される限りは、結局は上記3.で述べたことがここでも妥当するものと考ええる。YもVも、一体的な給付の内容のうち、説明義務を課されるのは、自らが給付義務を負うことが予定されている部分に基本的に限定され、それを超える義務を課すには、義務拡張のための正当化根拠を必要とすると考えられるためである。東京高判平成一四年も、商品としての融資と変額保険の一体性だけから金融機関の責任を導いているわけではない。この他に、実際に勧誘行為を行った保険会社の代理店の担当者として金融機関担当者との「連携」や、代理店担当者の行為への金融機関担当者の「加担」といった認定事実を評価根拠としている。<sup>(47)</sup>複数の契約給付をまとめて一つの商品として販売する場合、販売者が全体について説明義務を負うのは当然と説かれることがあるが、この主張も、複数の契約の組み合わせによる単一の商品であるということだけでなく、販売者としての地位を、説明義務の根拠としているものとみられる。「連携」や「加担」を、商品の販売者として評価する際の考慮事由と考えれば、東京高判平成一四年と方向性を同じくしていると解される。これに対して、最判平成一五年の事案について、融資と売買の一体性を認めただうえで、融資と不動産とを一個の

商品のようにとらえ、当該契約の目的に照らした当該商品の適格性（契約目的適合性）を問題とする立場から、金融機関が融資の専門家であることに鑑み、顧客の専門家に対する信頼に基づき、契約目的の不適合を顧客に知らせる信義則上の義務を負うと解すべきとする見解については、金融機関が土地の売主でない以上、売買契約の給付目的である土地についての説明義務を金融機関に課すには、なお論理的飛躍があると考えられる。<sup>(50)</sup>

また、給付の一体性という観点も、やはり判断基準の不確定性を払しょくできていない。金融機関の融資は、常に、他の契約に基づく給付と関連して行われるため、この関連給付と融資の一体性は、濃淡はあれ、常に見出すことが可能である。しかし、融資と関連する給付の内容について、給付義務者となることが予定されていない金融機関に当然に説明義務を課すことができないのは、ここまでの検討から明らかである。そのため、給付の一体性を説明義務の根拠とするにせよ、そうした根拠たりうるにはどの程度の一体性が要求されるかを明らかにする必要があるが、この判断基準を設定するのは困難であろう。

こうしたことから、契約の一体性を主張する際の前記目的との関連でいうと、給付の一体性を主張したとしても変わりなく、①については成功し得ても、②③については正当化として不十分と考える。さらに、根本的問題として、契約の一体性であれ、給付の一体性であれ、X・Y間の契約に関するVのXに対する説明義務を説明するための補助的な考慮要素となりうるとしても、そのような考慮が可能となるのは、XとVとの間でも契約の締結が予定されている、あるいは現に行われている場合に限定されるのではないか。つまり、先にみた最判平成一七年のようにX・V間の契約が予定すらされていない事案では、契約や給付の一体性が責任根拠として機能する余地は皆無であり、射程上の限界がある。そのため、複数契約が存在しない状況も念頭に置きながら、より一般的な正当化根拠を他に求める必要がでてくる。

## 5. 共同事業関係

XとVの間で契約が予定されていない場合であっても、ここまで考察してきた事例で共通するのが、YとVの協力関係である。VがYの契約交渉に関与しているからこそ、Vの責任が問われるのだから、両者に協力関係があるのは当然であり、また、この協力関係がVの責任の根拠として考慮されるのも、また当然といえる。最判平成一七年では、Y社とV社の密接な業務関係（V社はY社の子会社）、業務委託関係、ならびに、契約締結・履行段階の一体性によって、V社の説明義務が基礎づけられていた。東京高判平成一四年で挙げられた「連携」や「加担」といった考慮要素も、こうした協力関係を示す事柄といえる。さらに、最判平成一五年に関連して、不動産売主と金融機関との「ヨコ」の関係が一体的であればあるほど、金融機関に対しても、不動産取引上の問題を点で説明する義務を課しやすくなるという発想を指摘し、こうした考え方を合理的と評する見解も見られる。<sup>(51)</sup>

それでは、いかなる協力関係があれば、Yと同じ説明義務をVに課することが可能となるか。この点、独立した法人格の主体であるYとVとの間の共同事業関係を、Vの責任の根拠とする主張がなされることがある。<sup>(52)</sup>だが、この共同事業関係も、Vの責任を理論的に説明しきれない。ここまでに検討した考慮因子と同様に、法的に意味のある「共同事業」の認定基準が不明瞭であり、その基準によっては、他人の契約に関する固有の利益を責任根拠とするのと実質的に変わりがなくともなりえる。そうした判断基準の問題を別にしても、共同で事業を行う状況があったところで、それぞれが独立した活動を行っていれば、協力相手の責任まで当然に負わされるわけではない。それが、民法や学説の基本的立場である。不法行為法の領域でいえば、先にも触れたが、他人を指揮・監督している立場になれば、その他人の行為について責任を負わされるわけではない（民法七一五条・七一六条）、仮に責任を認められる場合であっても、行為者と同じ内容の過失を根拠とした責任が課されるわけ

ではない。また、繰り返し述べてきたように、他人の債務の履行に協力する者につき、その履行行為が債務者の債務不履行責任を生じさせることはあっても、履行補助者が当該債務を共同で負担させられることにはならない。こうしたことから、YとVに共同事業関係があったとしても、それぞれの活動が独立したものである限り、そうした共同事業関係だけでYと同じ内容の義務をVに課すことは正当化できない。そのため、YとVとの協力関係に着目するにしても、切り口を変えて分析する必要がある。

## 6. 義務者の一体性

### (1) 最判平成一七年の特徴

共同事業関係とは異なる観点から協力関係の意味を考えてみたとき、改めて振り返るべきは最判平成一七年の事案である。同判決は、Y社とV社との間の密接な関係を重視しており、V社の専門性に対するXの信頼の要素よりも、Y社とV社の関係の一体性の要素に、Y社の責任の根拠を求めようとしているとも評されている<sup>(54)</sup>。この事案でのV社は、Y社の代理業務等を行うために設立された同社の子会社であり、その不動産販売について宅建業者として取引仲介業務を行うだけでなく、勧誘、説明等から引渡しに至るまで販売に関する一切の事務を処理していた。Xとの契約についても、Y社からの委託に基づき、契約締結手続から引渡しを含めた一切の販売に関する事務を行っていたと認定されている。つまり、V社は、Xとの契約交渉・締結の相手方であるY社に代わり、Y社がXに対して行うべき全ての事柄を、Xに対して一手に担当していたのであり、Y社が直接に対応することはなかった。ここでは、Y社が行うはずの売主としての活動を、その代理人であるV社が独占的に担当していたとの事情の中に、取引過程におけるY社とV社との一体性をみることができる。最判平成一七年もそうした実態

を、V社の説明義務に関する帰責根拠としたものと解される。

この理解が正しければ、Y社と同じ内容の説明義務をV社に認定することをめぐり、決定的な根拠とされたのは、Y社がXに説明すべき事柄につき、Y社とV社との内部関係の都合により、現実にはXに説明業務を行いうるのがV社であったとの事情といえる。つまり、この事案では、Xとの関係において、売買契約によりY社に義務づけられる説明の内容や方法を決定し、実行することができ、また、すべきであったのは、Y社に代わって目的物の引渡しを担当したV社のみであり、その状況を作り出したのがV社自身であった。このようなV社に関して、Xに対する不法行為責任をめぐる過失判断の中で、Y社の行うべき目的物に関する説明を、Y社に代わってXに對し実施する立場にあったにも拘らず、その説明が不十分だったとの評価がなされ、不法行為責任が肯定されたものと解されるのである。

このように最判平成一七年を評価した場合、その判断はどこまで一般化が可能であろうか。ここでは、本来の説明義務者Yに代わり、相手方に対する現実の説明を担当していたVとYとの間に、緊密な主体的一体性があったと、一応表現できる。ただし、「緊密な」といつてみたり、「主体的」と述べてみたりしたところで、そうした表現の意味するところには、どうしても曖昧さが残る。そのため、この事例のみから交渉担当者の説明義務の一般的基準を導くには無理があり、他の事例にも目を向ける必要がでてくる。ただ、そうすると、他の事例においてもやはり、同じように説明義務者と説明担当者との内部的・事実的一体性を責任根拠として考慮する解釈態度が見受けられる。たとえば、不動産取引を巡る金融機関の説明責任が争われた最判平成一五年と最判平成一八年を比較して、金融機関と売主や不動産取引業者との関係が一体的であればあるほど、金融機関にも不動産取引上の問題点を説明する義務を課しやすくなるという発想が、判決文より窺われ、これが合理的であると評する分析

がある。これによると、金融機関と本来の説明義務者である専門業者との情報面や活動面の一体性が認められるならば、説明義務の根拠とされる情報格差に起因する相手方の自己決定権保護の要請や、専門家に対する社会的信頼が、金融機関の説明義務について妥当しうるとされる。<sup>(55)</sup>

(2) 変額保険に関する金融機関の責任をめぐる議論

さらに、融資一体型変額保険における金融機関の責任を巡る議論を見てみよう。

この問題に関する公表裁判例のうち、説明義務違反による金融機関の責任が肯定された事例の中には、説明義務の根拠として、金融機関VがY保険会社に顧客を紹介するという協力関係が挙げられることがある。<sup>(56)</sup> また、そうした紹介をするだけでなく、Vの従業員Bが保険加入へと積極的に勧誘し、Yの担当者Aに勧誘の助言をするなどしたといった事情や、BがXの相続税対策の必要性がそれほど高くないことを認識しながら変額保険を紹介し、Aの勧誘の際にBも保険契約の運用に不安がないと述べたなどの事情により、Vの責任を説明する裁判例がある。金融機関の責任を肯定した最初の公表裁判例とされる大阪地裁堺支部平成七年九月八日判決は、BがX側に変額保険を持ち込み、これに勧誘して、健康診断に同行したことのほかに、運用益に関する断定的判断を提供したとの認定まで行っていた。<sup>(60)</sup> そのほか、BはXに相続税対策としての変額保険の存在を知らせてだけで、X自身が、Vと提携関係のない既知のYに変額保険を問い合わせ、Aから変額保険の説明を受け、BはX・Y間の交渉に七回中二回同行した場合に、BもAとともに保険勧誘を行ったとしてVの責任を認めたものもある。<sup>(61)</sup> Vの責任を否定した裁判例でも、Bに一定の関与があれば説明義務違反を認定する可能性を指摘するものが見られる。<sup>(62)</sup> その一方で、BがYやその他の専門家を紹介したという事情だけでは、Vの責任を認めることはできないと

する裁判例も少なくない。<sup>(63)</sup>

このように、裁判例を見ると、金融機関と保険会社との間における説明主体としての一体性ないしは協働関係の有無が、金融機関の責任を判断する基準の一つとなっていて、その緊密さの程度が考慮される傾向がある。ただ、事例ごとの個別事情に違いはあるが、評価の厳格性に大きな幅があるのも確かである。そして、これに対応するかのように、学説の見解も様々である。

学説においても、金融機関と保険会社の一体性を、金融機関の責任根拠とする主張が多い。ただ、一体性の有無についての判断をめぐっては、単に金融機関が変額保険を紹介したり、加入を持ち掛けたただけで、金融機関の説明義務を認定することに否定するのが一般的といえる。<sup>(64)</sup> リスクのある金融商品の販売であつても、適合性の原則に抵触しなければ、その紹介や提案自体が一般的に違法とされることはないのだから、これらだけでは金融機関の責任を説明することはできない。そこで、追加的事情として、責任肯定に積極的な立場から、保険会社から金融機関が紹介料を受取るなどの結びつきがある場合を挙げられることがある。<sup>(65)</sup> これは、金融機関による保険勧誘という点とともに、保険契約締結による金融機関の利益に責任根拠を求める見解といえる。しかし、融資対象の契約の締結による金融機関の利益が、当該契約に関する説明義務の根拠として十分でないことは、先に述べたとおりである。金融機関側の利益ではなく、その行為態様に着目する見解においては、変額保険と融資の商品としての一体性ととも、勧誘行為もまた、金融機関が主体となり、もしくは金融機関と保険会社が一体となつて行われたことや、あるいは、金融機関担当者自ら勧誘したり、<sup>(66)</sup> 保険会社従業員の説明に同席するなどとして、変額保険の勧誘に積極的に関与したと認められることなどが、<sup>(67)</sup> 必要とされる。また、変額保険の内容・リスクについて顧客から質問があつた場合、ローリスク・ローリターン<sup>(68)</sup>の銀行取引を行つていた顧客に対して、いきなり

ハイリスク・ハイリターンを取引を推奨する場合、従前の顧客に対して、それまでの取引を解約させたり、他の投資取引をやめさせたりして変額保険を勧める場合などに、「信認義務」違反に基づく金融機関の責任を認めようとする見解もある。<sup>(65)</sup>しかし、顧客からの単なる質問だけで「信認義務」としての説明義務が生じるとすると、顧客が情報収集に関するリスクを容易に金融機関に転嫁できることになる。繰り返しになるが、自己の行為に関する情報収集については基本的に自身でリスクを負担するのが契約法上の共通認識であり、主張されるようなりリスク転嫁が容易に認められるかは、極めて疑問である。<sup>(66)</sup>さらに、「信認義務」が義務者の専門的地位に依拠するものであるならば、これを認めたとしても、金融機関の専門に含まれず、本来の専門家たる保険会社により説明されるべき事項が、金融機関の説明義務の内容となることを説明できない。

このように検討してみると、つまるところ、裁判例や学説が、他の契約に関する金融機関の説明義務を正当化する考慮因子であると、緩やかに共通して認識しているものとしては、勧誘行為における金融機関の主体的行動や保険会社との一体的活動が残るように思われる。ただ、前掲の学説は、金融機関の説明義務を肯定した裁判例の分析に依拠するにとどまり、そこで挙げられている事情が説明義務を生じさせることの理論構造を示すには至っていない。

### (3) 義務者の「一体性」あるいは「主体性」の内実

さて、こうした変額保険に関する議論と先の最判平成一七年の分析をもとに、これまでの考察も踏まえて総括すると、どうなるであろうか。

いずれにおいても、他人の契約に関する説明義務を正当化するに際し、そうした義務を負わされるVと当該契



約の当事者であるYとの一体性や密接な関係が重視されている。変額保険に関しては一般的に、変額保険を提案したり、紹介したりするだけでは不十分で、金融機関側の積極的な説明や勧誘までが求められていた。ただし、単なる提案や紹介と積極的な説明や勧誘を実際の事例で区別できるかは微妙との指摘がある。<sup>(70)</sup> そのため、より細やかな判断基準が求められる。最判平成一七年では、VがYに代わって、契約相手Xに対する対応を全て引き受けていて、契約の目的物に関する説明もVにしか行われえない状況が、YとVによって作り出されていた。Xに適切な説明が行われるべきとされた事案で、その説明を実施できるのがVだったからこそ、契約上の給付義務者ではなかったVに、当該義務者のYと同様の説明義務が認められたのであった。変額保険に関して金融機関の説明義務を認めた裁判例の中で、保険会社Y側が保険の説明を一切行わず、金融機関V側のみがこれを担当していたような事案は、さすがに存在しない。だが、ほとんどの場合、単に勧誘するだけでなく、Vの担当者Bが保険の説明に主体的に関与していたという事情が見られる。

これらを整理すると、次のような傾向を抽出することができよう。すなわち、通常であれば、自らに説明義務がない事柄について、本来の説明義務者が行った説明に不実の事実が含まれていたり、説明が不十分であったために、説明の相手方が誤解や不十分な理解により損害を被っても、自身が責任を負わされるいわれはない。しかし、説明義務者でないにもかかわらず、他人の契約の説明に自ら関与し、それが原因で説明の相手方の理解に瑕疵を生じさせた者は、その瑕疵により生じた損害について責任を負わされる。

ここでの決定的要素は、説明への関与と、相手方の瑕疵ある理解との因果関係といえる。このうち、因果関係の有無の判断は、説明への関与がどの程度であったかに影響される。そのため、説明への関与の程度が、より重要である。こうした指標は、やはり、抽象的にならざるを得ないが、評価の指針くらいは示しうる。その指針を

考えるうえで、前提となるのが、ここでの責任が形式的な第三者責任であるということである。つまり、他人の行為についての責任ではなく、自己の行為についての責任である。これを基にすれば、他人の契約に関する説明義務に基づく責任を当事者以外の者に負わせるには、この者が自身の説明と評価されうる程度に関与していることが必要となると解され、その際、現実に行われた説明を支配・管理していたかどうかで判断されるべきとの考えに行きつく。そうすると、他人の契約に関する説明義務を正当化する当事者との「一体性」や説明に関する「主体性」は、「説明への支配・管理可能性」に読み替えられると解されることになる。従来の学説や裁判例の考えるところの中から、共通項を彫りだし、これを分析すると、こうした評価となるのではないか。

こうした理解に立てば、責任の前提として「説明義務」を想定するのは、帰責根拠との対応性を説明するのに困難が生じると思われる。そうではなく、他人の契約に関する説明に関与した者の責任は、説明すべき義務の違反ではなく、説明に関する危険を作り出したことによる責任と解するほうが一貫する。そうなると、情報格差に起因する自己決定権保護の要請や、専門家責任といった理論的観点は、本来の義務者のもとで説明義務を正当化するために考慮されることはあっても、説明関与者の責任については核心的根拠として機能しないことにもなる。さらに、この帰結は、二つのことを意味するものと思われる。すなわち、一方で、本来の説明義務者Yが主導して説明を実施している場合には、これに関与しただけのVが、この説明に関する責任を負わされることはない。他方で、VがYによる説明について指示・監督するなどして、説明を支配・管理していたといえる場合には、たとえVが相手方Xに対して実際の説明をしていなくても、Vの責任を肯定しようということである。<sup>(1)</sup>

この見地から最判平成一七年の事案を振り返ると、V社が契約に関わる説明を全て実施する地位にあったため、この説明に関する支配・管理可能性のみをもってV社の帰責性を正当化できる。そのうえで、宅建業者としての

V社に対するXからの信頼は、義務内容の確定に影響しただけなく、義務設定の根拠としても不要であるが、V社の説明とXの瑕疵ある理解と間の因果関係の存否を判断する際の考慮要素となりうると考えられる。

他の事例はどうか。最判平成一五年の事案では、V信金の担当者Bが、Xに対して、V信金からの融資をもとにした土地購入の勧誘を積極的に行い、これによりXが土地を購入するに至ったとされている。しかし、売買契約締結の際に、当該土地に関する説明を、Bが担当したり、この説明について売主側の不動産仲介業者C社に対して指示をしたなどの事実は認定されていない。そのため、BやV信金の責任を否定した最高裁の判断と同じ結論に至る。また、V銀行独自の信頼により説明義務が認められた独立的説明義務の事案である最判平成一八年については、ここでの考察は妥当しない。ただ、この判決でも、V銀行がY建設会社を紹介したということだけで、V銀行の責任が認められているわけではないことは、留意すべきといえる。

#### 四．他人の契約に関する説明に基づく責任の法的性質

最後に、他人の契約の説明に関与した者の責任が、いかなる法的性質のものとして構成しうるかを確認する。本稿は、契約交渉段階における説明義務の理論的基礎に関する一般的考察を目的とするものではないため、こうした説明義務の法的性質論について特定の見解に依拠することなく、検討してきた。こうした従来の議論と、ここでの考察結果が、どのように接合するかを考えてみたい。

まず、不法行為責任説は、本稿の立場と親和性が高いといえる。過失評価の際に、他人の契約の説明を支配・管理して危険を作出したとの事情を考慮要素に取り込むのは容易であるため、他人の説明に関与した者の責任を不法行為責任として構成するのは、論理的に整合する。加えて、民法七一一五条と同七一一六条をめぐる通説的解釈<sup>(7)</sup>

と関連付けて理解することも可能となる。通説は、両規定の解釈として、ある者の利益のための活動において他人が不法行為を犯した場合に、この他人を指揮・監督していたか否かによって、利益享受者の不法行為責任が区別されると考える。<sup>(73)</sup>これを「他人の行為への支配・管理可能性」と読み替え得るならば、本稿の示した帰責根拠は、この通説的解釈に通じる。また、注文・指図についての過失に基づく注文者の責任に関し、民法七一六条ただし書きによらなくても、同七〇九条によって構成することが可能とされる。こうした見解と、「説明への支配・管理可能性」のあった第三者の責任を、同人固有の過失に基づく責任とすることは、責任構造の理解において共通性を認めることができる。<sup>(74)</sup>

これに対し、債務不履行責任説はどうか。ドイツ法のように、契約交渉段階で契約類似の債務関係を指定するのであれば、ある説明が相手方の契約締結に関する自己決定に影響を与える形で信頼が要求された場合に、この説明への支配・管理可能性を、そうした債務関係の発生因子として取り扱うことができよう。他方で、そうではなく、当事者間に成立する契約に関連付けて債務不履行責任を説明する見解だと、契約当事者以外の者の責任を根拠付けることは、極めて難しいと言わざるを得ない。契約と関連付ける考え方も諸説あるところ、一つには、契約交渉段階での説明が、契約締結後の契約利益や契約目的と対応していない場合に、契約交渉過程の一部を締結後に生じた債務の履行過程に事後的に組み込まれるものと解する立場がある。<sup>(75)</sup>こうした正当化のためには、事前の説明を契約利益や契約目的として取り込んだ契約が、説明をした者と相手方との間に締結されることが必要となる。しかし、本稿で検討した形式的な第三者責任に含まれる併存的説明義務の事案では、X・Y間の契約をめぐる説明に関する責任が問題となるVと説明を受けたXとの間には、この説明と関連する利益や目的のための契約は締結されていない。そのため、債務不履行として構成するための理論的基礎を欠くことになる。これは、

Vが金融機関で、X・Y間の契約に付随して、Xと融資契約を締結している場面でも同様である。融資契約の目的は、X・Y間の契約の利益や目的を実現することではなく、その実現のための資金を貸与することであるため、X・Y間の契約に関する説明を、融資契約と関連付けることはできない。さらに、こうした見解とは異なり、契約締結前に契約上の債務を指定する立場については、そのような理解が理論的に可能であればよいが、そのためには、ここでの第三者の説明義務に関する問題に留まらず、私法上の契約概念を一般的に再構築することが求められる。たとえば、既に紹介したところの「準契約」概念を用いたコンドゲンの見解は、そうした再構築の試みであったといえる。しかし、今のところ、法的契約概念の見直しをめぐり、定見といえるものはみあたらない。<sup>(77)</sup>

これらのことは、内田貴の關係的契約理論にもあてはまる。この理論では、契約關係は動的に把握され、紛争が発生した場合には、それまでの全契約關係の経緯を考慮に入れて權利義務を判断する。そして、その判断を導く原理は、当事者の意思や信頼、法律だけでなく、契約の背後にある社會關係・共同體の規範にも拠り所が求められ、むしろ、約束も信頼もそのような規範に裏付けられて初めて拘束力の根拠たりうるという。<sup>(78)</sup>さらに、契約紛争の解決は、契約關係という時間の経過と事實の変動を伴う事態を全体として事後的に評価し、適合的な規範を見出す過程として理解されるとする。<sup>(79)</sup>この理論を用いれば、これまでに見た諸事例におけるXとVとの間にも、關係的契約を認定し、Xに対するVの契約責任を正当化できそうに思える。ただ、この理論でも、やはり、契約の成立に当事者の意思が要求されるようであり、<sup>(80)</sup>最判平成一七年のVの責任を契約責任とすることはできない。また、事後的評価として事態全体を評価するというのは、先にみた債務不履行責任説のうちの、契約交渉過程の一部を締結後に生じた債務の履行過程に事後的に組み込まれるものとして理解する立場と、實質的に変わらない。ただ、契約利益や契約目的の観点だけでなく、契約の背後にある社會關係や共同體の規範も拠り所となる点に違

いがある。そのため、これらを手掛かりとして、Xと融資契約関係にある金融機関Vの契約責任を肯定することも可能かもしれない。しかし、融資対象となっている契約について専門家ではない金融機関に、説明義務を認める社会関係や共同体の規範があるとは思われない。さらに、内田は、関係的契約概念について、裁判規範として一定の効果を導くための概念ではないとも述べている。<sup>(81)</sup> このことを踏まえると、この理論も、契約締結前に当事者の意思を要することなく成立する関係的契約を措定し、契約上の債務の発生を説明することに資するとは思われない。つまり、新たな法的契約概念の定立までは志向されていないように映るのである。

こうしたことから、契約当事者間における契約締結段階での説明義務の違反を債務不履行責任と構成する立場を採ろうとも、契約当事者以外の説明に関する責任は、不法行為責任として性質決定するよりほかないと考える。

## V. 結語

以上、ドイツ法での「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」をめぐる議論状況を紹介・分析するとともに、これらをもとに、日本法上の問題との関連で、こうした議論を参照する意義を検討した後、他人の契約に関する説明に関与した者の責任について考察を行った。

ドイツ法で議論されたのは、交渉当事者Yと契約を締結したXが、Yの交渉代理人Vの交渉段階での言動が原因となり損害を被った場合に、Yだけでなく、Vに対してもc. i. c. 責任を問うことができるかという問題であった。この背景には、ドイツ不法行為法の保護範囲の狭隘さがあった。そうした中、Vのc. i. c. 責任を否定するのが原則としつつも、古くから、大きく二つの類型において例外的な取扱いがされてきた。一つは、Vの固有の信頼を根拠とする「代弁者責任」、もう一つが「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」であった。

これらは、不法行為法による保護の隙間を補填する役割を果たしていた。また、これらのうち、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」は、Vの信頼を帰責根拠とすることでc・i・c責任法理の内部で説明可能な「代弁者責任」よりも、例外としての性格がさらに強いものであった。そのために、この責任については、判例によって認められた当初から、強い批判が挙げられることになり、また、帰責根拠とされる「固有の利益」の解釈をめぐる、一時期、BGH内でも見解が分かれていた。しかし、現在では、交渉代理人が「自己の事柄と同様に」交渉していたことを要求するようになり、かつ、その認定に際しては厳格な態度が示されている<sup>(4)</sup>。肯定例を強いて類型化するなら、Vが自らを実質的当事者とする取引において、形式的にYを契約当事者にして、Yの法人格を利用した場合と、VがYの利益を害する形で、自己の利益のために、X・Y間の契約を利用した場合とに分けられようか。こうした状況を一応の目安としたとしても、実際には、Vの態度がよほど悪質で、Yの責任を認めただけではXの被害が救済されないといえる個別事情が、要求されているように思われる。

他方、日本法においては、契約当事者以外の者Vが一方当事者Yのために契約締結交渉に関与し、Vの契約交渉段階での言動が元で、相手方当事者Xに損害が生じた場合、Xが、Yの責任とともに、Vの責任を追及したいと考えれば、少なくとも不法行為責任を主張していくことができる。そのため、Vのc・i・c責任が不法行為法の間隙を埋める必要性は、ドイツ法と異なり、ほとんど存在しない。こうした事情から、類似の事案において、ドイツ法の議論を日本法の参考とできる余地は、それほどなかった。ただ、XがVの説明義務違反を理由とする請求を行う際に、Xに対するYの説明義務と同内容の義務の存在を、Vについて認定することができるかが争われる場面では、ドイツ法の議論を参照しうるだけの類似性を認めることができた。そのうえで、本稿では、Xとの契約交渉過程における説明に対するVの支配・管理可能性を、Vの責任を正当化するための核心的根拠と

考えるに至った。

さて、ここに至って改めてドイツ法の議論を振り返ると、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」をめぐり、カナリスが、c. i. c. 責任を基礎づける信頼の名宛人を判断する際に、交渉代理人の「行為支配性」をメルクマールとして挙げていたことと、本稿の分析は類似しているといえる。こうした類似性は、実質的な第三者責任と形式的な第三者責任を概念上区別したとしても、問題の根底に一定の共通性があることを示しているように思われる。

それは何か。本稿では、ドイツ法での議論を考察し、そこでの紛争類型に類似する日本での問題事例を比較検討するという、オースドックスな手法をとった。これにより、実質的な第三者責任と形式的な第三者責任、および、独立的説明義務と併存的説明義務という形で、問題認識のための類型をより細かに分析することができた。また、「他人の契約に起因する利益」を帰責根拠とすることに対して、その問題性を指摘するに至った。これらを、本稿での比較法的考察による一応の成果としたところではある。とは申しても、ドイツ法と日本法とで取り扱った事例類型やそれに伴う問題の内容に本質的な違いがあることは否めず、両者の比較から得られたものは、それほど大きなものではない。確かに、ドイツ法の事例でも、日本法の事例でも、ある契約をめぐる事情の説明について、当事者以外の者の責任が肯定された場面では、この者が当該説明を支配・管理可能な状況で実施していたと評することもできる。この事情は共通点として挙げられてよいのかもしれないが、やはり、両法の間で理論的責任構造が異なるため、こうした共通性は表層的なものに過ぎないともいえる。しかし、それにも拘らず、本稿で紹介したドイツ法での議論状況には、別の観点から重要な資料的価値が認められるべきものと考ええる。すなわち、ドイツ法における「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」は、本来ならc. i. c. 責任も不法行為責



任も生じないはずの交渉代理人に責任を負わせることで、相手方の保護の遺漏をすくいあげるといふ役割を担っていた。ただ、この役割は、c. i. c. 責任の観点からの評価に過ぎない。少し視点を変えれば、他の者Yを契約当事者にして、自らは交渉代理人の地位に留まったVに、形式的に見ればYに負わされるべき責めを負担させられうるかをめぐる議論との側面もあった。ドイツの学説はこのことを、「透過効 (Durchgriff)」や「藁人形 (Strohmann)」といった用語を使って示していた。こうした見方をすると、他人の法人格を形式的に利用して、当事者としての負担を回避し、実質的な利益だけを享受する者について、どのような法的取扱いをすべきかを考えるときに、本稿で紹介した議論状況、とりわけ判例の変遷や対立、各事例での個別事情などは、有意義な比較法的資料となりうべきものと考えられるのである。そして、日本法における他人の契約の説明に関する第三者の責任についても、実質的な説明担当者への制裁を指向している側面を捉えれば、この文脈の中に緩やかな形で関連付けることも可能であろう。もともと、こうした問題を論じるには、法人格の否認や藁人形論、さらに間接代理などを総合した見地からの考察が必要となるが、このような観点からの検討は、本稿の採った手法とは相容れないものである。加えて、このような包括的見地からすれば、「固有の利益を理由とする交渉代理人責任」は問題領域の一部でしかない。そのため、本稿でこれ以上立ち入ることは無理であることから、ドイツ法上の議論の再調理については他日を期すことにして、拙い試論を閉じたい。

注

(1) BGH, WM 1971, 498.

(2) BGHZ 88, 67, 70.

- (3) BGH, NJW 1981, 2810f.; WM 1985, 384.
- (4) BGH, VersR 1978, 59, 60.
- (5) BAG, NJW 1975, 708, 710.
- (6) もっとも、第二民事部と第六民事部の判決の事案では、被告とされた社員取締役が、契約交渉に直接参加していなかったり、あるいは、保有する株式の割合が五・八八％に止まっていたといった、第八民事部の見解に照らしても、社員取締役の責任が否定されそうな事情があった。
- (7) BGH, WM 1967, 121, 123.
- (8) BGH, WM 1987, 1431.
- (9) BGH, NJW 1989, 110, 111.
- (10) 最判平成二三年四月二二日民集六五卷三号一四〇五頁を参照。
- (11) 潮見佳男『債権総論〔第二版〕I』（信山社、二〇〇三）三〇六頁・五六三頁。
- (12) 平井宜雄『債権総論〔第二版〕』（弘文堂、一九九四）五四頁以下、同『債権各論I上―契約総論』（弘文堂、二〇〇八）一二八頁、潮見佳男『不法行為法I〔第二版〕』（信山社、二〇〇九）一六〇頁以下。もちろん、不法行為責任の各成立要件の解釈次第で、不法行為法上の保護の範囲から外れる場面もありうるが、このことは、不法行為法規の一般的援用可能性を否定するものではない。
- (13) 判時二一七五号一五頁。
- (14) もちろん、Xらに対するYの責任は、Vの責任に関する判断から独立して評価される。同判決での田原睦夫裁判官の補足意見、および、潮見佳男「借り手の情報提供義務」ジュリ一四七一号（二〇一四）一八頁以下、とりわけ二三頁を参照。
- (15) このほか、XがYとの契約のために金融機関Vから融資を受けた後に、Yが倒産したという事案で、Xに対するVの責任が争わ

れた東京地判平成三年四月一七日判時一四〇六号三八頁（融資に必要な書類照合に落度があつたなどとして銀行の請求を制限）や、東京地判平成七年二月二三日判時一五五〇号四四頁、および、その控訴審である東京高判平成七年二月二六日金法一四四五号四九頁（XがYに振り込んだ融資金からVがYに対する債権を回収したことにつき、東京地裁は不法行為責任を肯定、東京高裁は否定）もまた、独立的説明義務と関連するものといえる。

(16) 判時一八四五号五八頁。

(17) 判時一九四一号九四頁。

(18) とりわけ、変額保険に関する紛争については、かつて、いわゆる募取法（保険募集の取締に関する法律）により、金融機関による保険商品の窓口販売が許されていなかったという事情があり、これが、保険商品に関する金融機関の説明義務を否定的に解する背景の一つとなっていた。

(19) 判時一九二二号八頁。

(20) なお、差戻後控訴審（大阪高判平成一九年九月二七日金判一二八三号四二頁）では、BらがXに対し、知り合いの業者に一部敷地を購入させる旨の説明をした事実是否定されたが、V銀行の他の担当者がAに対してそうした意向を示したために、Aが敷地問題を認識しながら、Xに対して一部敷地は売却可能と説明したと考えられること、および、BがXに対して「知り合いの不動産業者に声をかけておく。」と発言したために、Xが一部敷地の売却が可能と判断したとの認定に基づき、Bらの行為はV銀行の説明義務に違反するとして、V銀行の賠償責任を認めた。

(21) 山田剛志「判批」銀法六六三号一八頁以下は、この事例を「契約当事者でない銀行の説明義務」に関するものとして把握しようとしているが、適切ではない。V銀行の説明義務の可能性は、V銀行とXとの消費貸借契約との関連で認められている。また、山田（剛）は、Y社の説明義務を、同社の不動産業者ないしは宅建業者といった一般的地位から導かれているかのような理解を

示しているが、これも誤りである。最判平成一八年は、Y社の説明義務を、同社の業者としての地位ではなく、Bが敷地問題を認識しながら経営企画書を作成して、敷地問題を説明することなく、経営企画書の内容に沿った契約の締結交渉を行ったという個別具体的な事情から根拠付けている。

- (22) 原田昌和「判批」判タ一二二六号(二二〇〇七)三八頁、山田誠一「判批」金法一八二二号(二二〇〇七)二〇頁、加藤新太郎「判批」判タ一二四五号(二二〇〇七)三九頁。

- (23) さらに、最判平成一八年の判決の読み方によっては、V銀行の責任を認めるには、一部敷地の売却についてV銀行が保証するかのような言動が必要とされるかのようにも解される(階猛「判批」NBL八四三三号(二二〇〇六)三八頁参照)。しかし、そうした保証を要求する態度に対しては、Xの信頼に保護を与える基準として嚴格に過ぎるとの批判がある(潮見佳男「判批」金判一二五一号(二二〇〇六)一頁、原田・前掲注②三九頁)。本件でのXの信頼の対象を、V銀行の前提とした返済計画の実現可能性とするのであれば、これをもとに投資プランを作成し、Xの信頼を惹起したV銀行について、Xの誤認を招いたという点ですですに十分な帰責性があるといえ、その責任を認めるためにさらなる明確な保証まで要求することは加重であろう。前掲注②で紹介したように、差戻後控訴審では、一部敷地の売却を確言したとまではいえないAの発言をもとにV銀行の責任が肯定されている。この程度の言動でも、Xの信頼を正当と評価するための根拠として足りると解すべきである。

- (24) 小粥太郎「判批」民商一三三卷二二号(二二〇〇六)二七八頁も参照。

- (25) 民集一五卷五号一四四〇頁。

- (26) 野澤正充「判批」判評五六九号(二二〇〇六)一六六頁。非委託者に対する媒介業者としての宅建業者の注意義務については、明石三郎ほか「詳解宅地建物取引業法」(大成出版社、改訂版、一九九五)一五八頁以下〔岡本正治〕を参照。

- (27) 明石ほか・前掲注②三三三頁以下〔岡本(正)〕。大阪高判昭和五〇年七月一五日判タ三二九九号三〇二頁も参照。

- (28) 最判平成一七年の原審である東京高判平成一六年七月一日日金判一二三二二号二七頁は、不動産売主の販売代理人は、宅建業者であったとしても、売主の果たすべき事柄について説明義務を負わないとしていたが、宅建業者と売主の地位を区別している点において、賛同できる判断である。また、融資一体型変額保険に関して、金融機関に対する信頼が、当然には変額保険のリスクに関する金融機関の説明義務をもたらさないと判断した裁判例として、東京高判平成一二年九月一日判時一七二四号四八頁も参照。
- (29) 野澤・前掲注②六一六頁以下。牧佐智代「判批」六甲台五三卷二二〇〇六八九頁以下では、最高裁が、Y社とV社との関係に着目して、V社にY社の義務（契約責任）と同様の義務があるとしながら、V社の責任を不法行為責任として構成することについて、疑念が呈されている。しかし、本文で述べるとおり、義務設定の根拠と義務内容の確定の根拠とを区別したうえで、V社の不法行為責任をめぐる過失評価の中で、結果回避義務の有無と内容を、順々に検討したものと解すれば、一応の説明はつくものと思われる。
- (30) 融資一体型変額保険において、金融機関Vの従業員が、Vによる融資実績の拡大を目的に、保険会社Yと保険契約者Xとの間の変額保険の締結を積極的に勧誘したことを説明義務の根拠とする裁判例として、大阪地判平成九年七月三十一日判時一六四五号九八頁、東京地判平成一四年五月一日四日（判例集未登載）。
- (31) 大阪高判平成一三年一月一九日金判一一八九号一二頁。
- (32) 片岡宏一郎「判批」民商一三〇卷四〇五五号（二〇〇四）三一七頁、後藤卷則「判批」リマークス三〇号（二〇〇五）六四頁。
- (33) 最判昭和三年四月三日民集一一卷四号六四六頁、最判昭和六年七月一日民集四二卷六号四五一頁、我妻栄「事務管理・不当利得・不法行為」（日本評論社、一九三七）一六二頁、加藤 郎「不法行為（増補版）」（有斐閣、一九七四）一六五頁、幾代通（徳本伸一補訂）「不法行為法」（有斐閣、一九九三）一九五頁以下。

- (34) 我妻・前掲注<sup>33</sup>一六六頁、加藤・前掲注<sup>33</sup>一七〇頁、前田達明『民法VI 2 (不法行為法)』(青林書院、一九八〇)一五六頁、四宮和夫『不法行為』(青林書院、一九八七)六八四頁以下、幾代<sup>II</sup>徳本・前掲注<sup>33</sup>一九六頁以下、平井宜雄『債権各論II 不法行為』(弘文堂、一九九二)二二九頁以下、窪田充見『不法行為法』(有斐閣、二〇〇七)二〇五頁以下、潮見佳男『不法行為法II (第二版)』(信山社、二〇一二)七八頁、平野裕之『不法行為法 (第三版)』(信山社、二〇一三)二六三頁以下。
- (35) 横山山夏「契約締結過程における情報提供義務」ジュリ一〇九四号(一九九六)一二九頁は、契約締結の判断に必要な情報収集が各人の自己の責任で行われるべきことを、私的自治の原則からの要請とする。また、山田誠一「情報提供義務」ジュリ一一二六号(一九九八)一八〇頁以下は、動機の錯誤の取扱いに関する通説的理解や詐欺の故意要件をもとに、契約締結のための情報の収集や情報の分析の失敗によって生じた不利益は、失敗した者自身が負担するというのが、法律行為法の原則的規律であると述べる。
- (36) この主張を認めた裁判例として、東京地判平成一七年一〇月三二日判時一九五四号八四頁。学説としては、田澤元章「判批」別ジュリ二〇二二号(二〇一〇)一一六頁。
- (37) 関沢正彦<sup>II</sup>市原恭夫「変額保険訴訟の背景と論点」金法一四六五号(一九九六)一三頁。松岡久和「変額保険の勧誘と銀行の法的責任」金法一四六五号(一九九六)一八頁も類似の事項を挙げているが、これは、保険会社と銀行の一体性に関する主張との関連で指摘している点に、ニュアンスがある。
- (38) 最判昭和三〇年一〇月七日民集九卷一十一号一六一六頁。ただし、この最判昭和三〇年の判示内容は、稼働契約と消費貸借契約とを別個独立した契約とすることを前提としているのか、一つの芸娼妓契約の中に稼働部分と消費貸借部分があるとの認識に基づいているのか、必ずしも明確ではない。最近の関連する最高裁判決として、平成二三年一〇月二五日民集六五卷七号三一四頁も参照。

- (39) 大阪高判平成一五年三月二六日金判一一八三号四二頁、横浜地判平成一六年六月二五日金判一一九七号一四頁、東京高判平成一七年三月三一日金判一二一八号三五頁。東京地判平成八年七月三〇日判時一五七六号一〇三頁も参照。また、融資契約と変額保険契約の一体的評価については、石田剛「判批」判タ一一六六号（二〇〇五）一〇二頁以下も。
- (40) 潮見佳男「相続税対策としての変額保険の「適格性」と銀行の不法行為責任」NB L七四三三号（二〇〇二）一二三頁。
- (41) 片岡・前掲注(32)三一六頁。
- (42) 拙稿「複合契約取引論の現状と可能性」加賀山還暦『市民法の新たな挑戦』（信山社、二〇一三）五三五頁以下参照。
- (43) とりわけ、銀行業務が制限されている中で、不動産売主ないし宅建業者や、保険会社と同じ内容の義務を課すことは、この制限との整合性が問題となる。関沢Ⅱ市原・前掲注(37)一三頁以下、松岡・前掲注(37)二三頁、吉田和央「判批」金判一四一一号（二〇一三）一一九頁参照。逆に、この制限に違反した業務行為を金融機関が行えば、それ自体が違法であると評価し、その事実に対応する責任を金融機関に課すことのほうが一貫する。富山地判平成八年六月一九日判時一五七六号六一頁参照。
- (44) 判時一七八四号七六頁。
- (45) 潮見・前掲注(40)一二頁以下。
- (46) 大阪地判平成九年七月三一日判時一六四五号九八頁、東京地判平成一七年一〇月三一日判時一九五四号八四頁。
- (47) ただし、潮見・前掲注(40)一三頁は、同判決の問題点として、こうした「連携」や「加担」の具体的内容や程度が明示されていないことを挙げる。このほか、東京地判平成一七年一〇月三一日判時一九五四号八四頁は、融資契約と保険契約との経済的機能における不可分一体性をもとに、金融機関担当者にも、相続税対策としての変額保険のリスクに関する説明を自ら行うか、生命保険会社の担当者に説明させるべき義務があるとするが、本文で述べたとおり、こうした解釈は印象論に留まるように映り、論理の飛躍がみられる。なお、この事案での金融機関担当者は、保険契約者に、相続税対策としての変額保険を自ら提案し、保険

会社担当者等を紹介するなどし、保険会社担当者による説明の際に同席していたという状況にあった。

- (48) 松岡・前掲注(37)二三頁。東京高判平成一四年に關して、潮見・前掲注(40)一四頁は、「不適格（不適合）な商品を販売した」こと自体をとらえて「契約締結上の過失」責任を導くことも、容易ではなかったかと疑念を呈するが、この見解も、金融機関の責任を説明するうえで、変額保険の販売者としての地位に着目しているといえる。

- (49) 後藤・前掲注(32)六五頁。前掲注(46)の大阪地判平成九年は、銀行業務の拡大に変額保険を利用したとの銀行の利益も強調する。

- (50) この主張には、他にも理論的欠陥がある。まず、そこで示されているように、金融機関は融資の専門家といえる。しかし、不動産取引の専門家ではないため、融資と不動産とを一個の商品として捉えたとしても、たとえ顧客が不動産部分についても金融機関を信頼したとしても、専門家に対する信頼とはいえない。また、最判平成一五年の事案では、売買契約時において当該土地が接道要件を具備する可能性があったのであるから、相続税対策という目的の達成が極めて不確実だった融資一体型変額保険の場合と比較して、契約目的に対する不適格性が同程度だったとはいえない。さらに、この主張によると、金融機関による融資の多くにおいて、融資目的の契約給付との商品として一体性が認められそうだが、この理解が正しければ、本文で先に触れたとおり、金融機関に対して、その専門領域に含まれない契約給付に関する説明義務を広く課すことにもつながり、知識や情報を有していない金融機関に事実上不可能な対応を強いる状況も出てくることが予想される。

- (51) 階・前掲注(23)三七頁。

- (52) 変額保険をめぐり、金融機関が保険会社に顧客を紹介するという協力関係を、金融機関の説明義務の根拠とする裁判例として、神戸地裁平成一三年二月三日裁判所ウェブサイトに、東京高判平成一五年二月一日判時一八六三号四一頁。また、小林秀之「藪口康夫「貸手責任に関する我が国の総合判例研究（六）」―「貸手責任と金融倒産」研究序説」判評四五五号（一九九七）二頁以下は、村本武志「変額保険における銀行の責任」長尾治助編『レンダー・ライアビリティ―金融業者の法的責任』（悠々社、



一九九六）一八八頁以下に倣い、変額保険に販売に関わる銀行の関与形態を、保険会社が顧客の支払う保険料に充てるために金融機関を紹介する場合（融資関与型）と、金融機関が提案型融資の一環として、顧客を保険会社に紹介・斡旋する場合（勧誘関与型）に分類したうえで、勧誘関与型では、無資格者である金融機関が変額保険の勧誘を行ったこと自体により、顧客の保護に反するという権利侵害の違法性が惹起されるとし、融資関与型では、金融機関の説明義務を観念しうるのは、保険会社と金融機関の間に提携・共同関係が認められるような場合に限定するとする。この見解については、両類型ごとで法的評価が変わる根拠が不明確であるとともに、金融機関と保険会社との間に提携・共同関係がなければ顧客を紹介しあうこともないはずであるから、この類型化が実態を区分するのに適切とも思われない。また、変額保険という金融商品の紹介や取扱保険会社の紹介・斡旋と、変額保険の仕組みに関する詳しい説明を伴う勧誘とを同視しているようにもみえるが、両行為には本質的に違いがあると解されることから、このような同視は妥当ではない。

(53) 参考として、サブリース取引における「共同事業」概念が論者によって異なることにつき、拙稿「典型契約としての組合契約の意義」名法二五四号（二〇一四）七六二頁以下。

東京高判平成一四年に関する潮見・前掲注(40)一四頁は、融資一体型変額保険につき、不適切な商品を相続税対策のものとして設計し販売した点に関する過失を組織過失の一種として捉える余地を指摘する。ただ、ここでいう「組織」の意味も不明確である。潮見・前掲注(42)三一五頁によると、組織過失は、法人に限らず、自然人や複数の法人の集団を構想しうるところでも、当該集団内の人的・物的組織編成やシステム構築についての権限を有している者（集団の中核となる自然人または法人）について観念できるとされる。これによった場合でも、融資一体型変額保険において、独立して契約を締結する保険会社と金融機関との間で「組織」といえるほどの集団が形成されているとは即断できない。この判断のためには、「組織」の定義付けが不可欠となる。また、東京高判平成一四年の事例で、金融機関に人的・物的組織編成やシステム構築についての権限があったといえるかについても、

詳しい事実分析なしでは判断できない。

- (54) 牧・前掲注(29)八九頁。
- (55) 階・前掲注(23)三七頁。
- (56) 前掲注(52)の神戸地判平成一三年と東京高判平成一五年を参照。
- (57) 大阪地判平成一二年一二月三日金判一一〇号二六頁。
- (58) 東京高判平成一六年二月二五日金判一八六三号四一頁。
- (59) 判時一五五九号六三頁。
- (60) ただし、この事件の控訴審判決である大阪高判平成八年一二月五日判時一六〇五号五七頁では、Bによる保険の持込みや断定的判断の提供といった第一審認定事実が削除されている。なお、この控訴審判決は、金融機関だけでなく、保険会社の責任も否定している。このほか、金融機関担当者による断定的判断の提供を根拠に金融機関の責任を認めた裁判例として、東京地判平成九年六月九日判時一六三五号九五頁。
- (61) 横浜地判平成一六年六月二五日金判一一九七号一四頁。なお、この事案のBは、二回目の同行の際に、Xに対して相続税軽減効果について説明している。
- (62) 東京地判平成一一年三月三〇日判時一七〇〇号五〇頁、東京高判平成一二年九月一一日判時一七二四号四八頁、東京地判平成一三年七月二七日判タ一一〇六号一三二頁など。
- (63) 東京地判平成八年三月二六日判時一五七六号六一頁とその控訴審である東京高判平成一二年九月一一日判時一七二四号四八頁、東京地判平成一〇年五月二五日判時一六五一号九七頁、東京地判平成一一年三月三〇日判時一七〇〇号五〇頁。
- (64) 松岡・前掲注(37)一九頁、洲崎博史「判批」リマックス一六号(一九九八)一一七頁、石川知子「いわゆる「貸し手責任」をめ

ぐる裁判例と問題点」判タ一六三号（二〇〇五）六一頁、反対、村本・前掲注⑤一九四頁、小林Ⅱ・裁口・前掲注⑥二頁以下（勧誘関与型における金融機関の責任）。

松本恒雄「金融機関の紹介責任」金法一四五八号（一九九六）四六頁は、保険会社担当者の説明が不十分である場合の金融機関従業員の説明義務を認めた前掲・大阪地裁堺支部平成七年九月八日判決を評して、自己の積極的行為によって相手方を危難陥れた者が漫然とそれを傍観していると違法となる場合として、「先行行為に基づく作為義務」の一種であるとし、変額保険の紹介・勧誘が、そうした先行行為に当たるとしている。ただし、ここで作為義務としての説明義務を生じさせる「先行行為」と言えるだけの「勧誘」の内容が詳しく述べられていないため、単に加入を提案しただけでも説明義務を認める趣旨か、積極的に訪問して売り込みをしたり、具体的な契約内容を提示するなどを要求するのは、判然としない。

(65) 本田純一「判批」ジュリ一五五号（一九九九）二六五頁、同「契約規範の成立と範囲」（一粒社、一九九九）一三四頁、同「判批」銀法六六四号（二〇〇六）八四頁。

(66) 土田亮「判批」ジュリ一六五号（一九九九）一二二頁。

(67) 山田純「判批」金判一二四〇号（二〇〇六年）四頁以下。

(68) 本田・前掲注⑥「契約規範の成立と範囲」一三七頁以下、同・前掲注⑥銀法六六四号八四頁。

(69) 議論のあるところではあるが、動機の錯誤をめぐっては、相手方に動機を伝えただけでは、民法九五条の錯誤とはいえないと解されているし、また、消費者契約法三条二項は、消費者の努力義務を明記している。

(70) 松岡・前掲注⑦一九頁。

(71) 変額保険に関する金融機関の責任をめぐり議論のあった消極的説明義務についても、同様に考えられる。消極的説明義務とは、前掲の大阪地裁堺支部平成七年九月八日判決で言及されたことにより注目されたもので、保険会社Yの従業員Aの説明によって、

相手方Xが変額保険の内容について誤解しているときに、金融機関Vの担当者Bは、誤解を解くために説明を自らするか、Aに再度の正確な説明を促すべきとする義務である。このような消極的説明義務は否定するのが一般的とされている(潮見・前掲注(40)一二頁)。この問題を本文中で述べたところに沿って考えると、こうした場合も、Aの説明がBからの指示・監督に従ったものであれば、BないしVの責任の基礎を認定しうることになる。なお、前掲注(60)を付した本文でも触れたように、この判決では、BがXに保険を持ち込み、将来の利得について断定的判断を述べていたとの事実認定がなされているため、本稿で示した見解によっても、BやVの責任を認めうる。

(72) 潮見・前掲注(34)七八頁以下。

(73) 民法七一五条の使用者責任を報償責任の原理で正当化する見解でも、民法七一六条との関係では、指揮監督関係の有無によって違いを説明する。我妻・前掲注(33)一六二頁・一六六頁、加藤・前掲注(33)一六五頁・一七〇頁以下、幾代Ⅱ徳本・前掲注(33)一九五頁以下。

(74) もっとも、注文者の責任については、請負人の不法行為の成否にかかわらず、判断されるべきものとされているところ(前田・前掲注(34)一五七頁、四宮・前掲注(34)七二四頁、潮見・前掲注(34)八一頁)、本稿は、他人の契約に関する説明に基づく第三者の責任を併存的説明義務と解するため、交渉当事者本人の責任を前提とする点で異なるように思われるかもしれない。ただ、これは、本稿で取り扱ったのが、契約当事者自身に説明義務が課される場合に、第三者に同じ内容の説明責任を問うことができるかについて争われた事例であったことからの帰結であり、対象とする事例類型の違いに過ぎないといえるし、また、本稿は、第三者の独立的説明義務の可能性を否定するものでもない。

(75) 潮見佳男『債権総論(第二版) I』(二〇〇三)五八三頁、円谷峻『新・契約の成立と責任』(成文堂、二〇〇四)二二六頁以下、中田裕康『債権総論』(岩波書店、第三版、二〇一三)一二七頁以下。同様の考え方に關する理論構造を、意思表示の解釈の観点

- から詳細に分析するものとして、山城一真『契約締結過程における正当な信頼—契約形成論の研究』（有斐閣、二〇一四）四三四頁以下。この点につき、小笠原奈菜「当事者が望まなかった契約の適正化と情報提供義務（三）」山法五四＝五五号（二〇一一）五〇頁以下も参照。
- (76) 本誌二三八号（二〇一一）三二頁以下参照。
- (77) 本田・前掲注64『契約規範の成立と範囲』六二頁以下・九六頁以下・二三二頁以下は、信頼を根拠として契約前に契約上の義務が発生し、このことは第三者の説明義務にも妥当するとの見解を示すが、信頼のみを契約責任の根拠とすることについて、理論面からの一般的正当化に乏しく、便宜的な説明に過ぎない。
- (78) 内田貴『契約の再生』（弘文堂、一九九〇）一七三頁。
- (79) 内田・前掲注(78)一七七頁。
- (80) 内田貴『制度的契約論—民営化と契約』（羽鳥書店、二〇一〇）一二八頁は、関係的契約における社会規範を、あくまで当事者の意思を補充するものと位置付けている。吉田克己ほか「制度的契約論の構想〈討論〉」北法五九卷一号（二〇〇八）「一三〇」頁以下（内田貴発言）も参照。前述のコンドゲンの見解は、古典的契約法の崩壊現象を前にして、アメリカ法の議論を参考に、契約概念を再構成しようとする点で、ここでの関係的契約論と共通している。しかし、コンドゲンが合意を単なる「形式的行為」として軽視したことと比較して、内田の構想は、なお、古典的契約法から脱し切れていない印象を受ける。
- (81) 内田・前掲注(80)一二八頁。
- (82) 本誌二三八号（二〇一一）一六頁参照。
- (83) 本誌二三八号（二〇一一）三〇頁参照。

【訂正】

本誌二三六号一八頁一六行目「VがX夫婦の」の箇所を「VがY夫婦の」に、同号一二三頁一三行目「X社の過失」の箇所を「Y社の過失」に、同号一三八頁一〇行目「得に」の箇所を「特に」に、本誌二三八号一〇頁一二行目「制度介した」の箇所を「制度を介した」に、それぞれ訂正させて頂きます。

(本稿は、アレクサンダー・フォン・フンボルト財団 (Alexander von Humboldt-Stiftung) より研究奨励費の助成を受けて行った在外研究における成果の一部である。)