慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	契約締結補助者の理論
Sub Title	Intermédiation et contrat
Author	金山, 直樹(Kanayama, Naoki)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2015
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.88, No.7 (2015. 7) ,p.1- 40
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20150728-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

契約締結補助者の理論

金山直樹

はじめに
一　履行補助者の理論から
(1)　石田文次郎
(2)　松坂佐一
(3)　森田宏樹
(4)　要件・効果
二　契約締結補助者の理論へ
(1)　萌芽
(2)　根拠
(3)　要件
(4)　効果
おわりに

はじめに

現代においては、当事者以外の者の補助によって、契約が成立することが少なくない。そこで補助する者を「契約締結補助者」と呼ぼう。契約締結補助者の行為を契約相手方（以下、「（契約）相手方」とは、契約締結補助者を用いた側の当事者を指す）との関係でどう評価するかに関して、民法は、補助者が代理権を有しているとき、またはそれと同視できるときについては、法律行為法上の規定を用意している（九九条以下）。また、補助者が被用者に該当するときについては、不法行為法上の規定を用意している（七一五条）。さらに、消費者契約法は、補助者が相手方（事業者）から委託を受けた第三者として消費者契約の締結を媒介した場合において、当該補助者が同法四条一項～三項の定める行為をしたときは、補助者を相手方事業者と同視する旨を規定している（五条一項）。ところが、事業者契約の成立に向けて、補助者が独立に、自己のためにする意思をもって行動するような場合に関しては、法律行為法上も不法行為法上も、明確な規定を欠いている。そして、その間隙を縫うように、契約締結補助者による詐欺被害が増加しているように思われる。

たとえば、こうである。事業者Xは、ZからYをリース業者とするリース契約の勧誘を受けた。それによって、リース料が現在よりも低く抑えることができるというものであり、その勧誘を受けて、XはZの差し出した契約書に署名した。だが、実は当該契約書は別のリース契約をYと締結することを内容とするものであった。その結果、Xは、それまでのリース契約に基づくリース料はもとより、本来締結する必要のなかった新たなリース契約に基づくリース料についても、Yから支払いを求められることになった。なお、Zは、Yと提携関係にあるサプライヤー（リース物件の販売店）Aの出入り業者の一つであって、AやYとだけ取引しているわけではなく、またAやYと提携関係にあるわけでもない（以下では、これを「冒頭の例」という）。

この場合、もちろん、YがZによる詐欺行為を知っていた場合には、Xは第三者による詐欺を理由にXY間のリース契約を取り消すことができる（民法九六条二項）。だが、XがYの悪意を証明することは、実際には極めて困難である。だとすれば、Zはそもそも「第三者」か、という点を考えてみるべきではないだろうか。なぜなら、Zは、XY間の契約の締結を――詐欺行為までして――補助しているので、XY間の契約の当事者とは言えないにしても、全くの第三者だと言うこともできないからである。

このようなZの地位を的確に位置づけるため、私は、かねてから「契約締結補助者」という理論を提唱してきた[1]。それは、いうまでもなく、すでに判例・学説によって承認されている「履行補助者」理論の拡張の試みである。補助の対象が債務の履行ではなく、契約の締結であることに着目して、その法律関係を分析・評価するための理論的枠組を提供したいと考えたのである。ただし、これまで考察が極めて不十分であったことは認めなければならない。本稿は、その不十分さを補うためのささやかな試みである。

以下においては、まず、履行補助者の理論に関する既存の研究成果を確認しよう。先学の研究の成果がこれまで必ずしも十分に承継されてこなかったと考えられるからである（一）。それを踏まえて、履行補助者の理論の延長線上に、契約締結補助者の理論を位置づけよう。そこでは、契約締結補助者の行為につき契約相手方が帰責される根拠・要件・効果を明らかにしなければならない（二）。

一　履行補助者の理論から

ドイツ民法二七八条前段は、履行補助者の行為による債務者の責任に関して、「債務者は、自己の法定代理人および自己の義務の履行に用いた者の過失につき、自己の過失におけると同一の範囲においてその責めに任ず

る」と規定している。これに対して、わが国の民法には明文の規定は設けられていない。そこで、学説・判例による法創造がなされることになった。

この問題について、最初に本格的に論じたのは、(1)石田文次郎であり、それに、(2)松坂佐一が続くことになる。そして、近時においては、(3)森田宏樹が新たな局面を開いたということができる。それらを受けて、(4)履行補助者の要件と効果をまとめておこう。

(1) 石田文次郎

一九三六年公表の論文、「履行補助者の過失に因る債務者の責任」（法学論叢三五巻二号）において、石田文次郎は、当時の社会経済構造に関して、次のような基本的認識を示している。

近時の経済関係の発達によって、各種の職業は極度なまでに特殊化され、分業と協同によって経済生活は行われ、多くの債務の履行は何人かの協力もしくは補助によって実行されるようになってきている。しかも、債務の履行を補助する者は、債務者の被用者のように債務者と従属関係に立ってその支配に服している者だけでなく、運送取扱人、運送人、倉庫業者等、債務者と平等の関係に立つ独立的企業者であることが多い（二四五頁）。そこで、問題とすべきは、履行補助者の使用が許される場合において、補助者の選任監督につき債務者に何ら過失がなくても、補助者の過失に基づく行為によって債務不履行が発生したときには債務者は常に不履行の責任を負うべきか、という点である（二四七頁）。

このような問題意識に基づいて、「履行補助者とは、債務者の意思に基き債務の履行を補助する者であって、或は債務者の代理人として債務の履行を為し、或は単に債務の履行行為を補助する者である」と定義されることになる（二五四頁）。ここにおいては、代理人と補助者が同視されていることが注目される。そして、「補助者は

必ずしも債務者に対して債務履行の補助行為を為すべき法律上の義務を負うことを要しない。……他に主たる任務があっても、事実上債務の履行を補助すれば補助者となる」と言う（同頁）。つまり、「債務者と補助者との間に、委任若くは雇用の如き、継続的法律関係のあることを要しない」のである（二五五頁）。また、「補助者は必ずしも債務者の指揮命令に服する地位に在ることを要しない」（二五六頁）。なぜなら、「現代の如く、分業が発達し、職業が特殊化している情勢のもとに於ては、債権関係によって各種の分業が連結されて、債務の履行が完成されるのが常であるから、履行補助者を債務者の指揮監督に服する者のみに限ることは時代の実状に適合しない」からである（同頁注⑹）。

履行補助者の行為につき債務者が責任を負う場合、補助者の選任監督につき債務者に過失があったことが要件となるのか。石田文次郎は、もしそうなれば、「債務者は常に補助者の正当なる行為のみを利用し得て、債務者が補助者を使用しない場合よりも之を使用する場合の方が、債務者に有利となるだろう」と言う（二六一頁）。また、実際上も、「現代の社会情勢に於ては、企業は集中して益々大規模となり、且つ独立した企業者は補助者となるのであるから、補助者の選任監督につき債務者に過失のあるやうな場合は殆ど有り得ない」（同頁）。だから、債務者は、補助者の選任監督につき過失がなかったことのみならず、「給付の実行に当らしめた補助者にも過失なかりしこと」を証明しなければ、「給付結果の発生につき責任を負うている債務者は、給付結果の不発生につき過失なかりしと云ふことを得ない」（二六五頁）。

このように、石田説は、履行補助者の不履行による債務者本人の責任の根拠と要件を明確化した功績があり、現在においても最初に立ち返るべき古典というべきである。とくに以下の二点が注目される。

第一は、履行補助者は、債務者本人と選任・監督関係にあることも、従属関係にあることも、はたまた専属関係にあることも必要でない、としている点である。この点は、冒頭の例におけるZの位置づけを考える上で、極

めて示唆的である。

第二は、債務者は、履行補助者の選任監督についての過失がなくても、履行補助者自身に過失があれば、責任を負うとしていることである。そのように解する背景には、経済活動が分業化・特殊化した上で協同関係を築いている現実社会の構造に対する一定の眼差しがある。その構造に適合的な法理論を提案したのである。

(2) 松坂佐一

松坂佐一は、『履行補助者の研究』（岩波書店、一九三九年）において、ローマ法からの沿革を辿りつつ論を展開している。[2] 結論的には、ほぼ石田説と同旨を説くものであって、「〔履行補助者の〕使用は事実上の関係を以て足り、必ずしも補助者が債務者に対して負担する法律上の義務に基くこと、例えば両者の間に雇用の如き債権契約の存在を必要としない」として、たとえば「友人が好意的に債務の履行を補助する場合にも履行補助者である」と言う（一七八～一七九頁）。そして、補助が一時的か継続的か、有償か無償か、さらに、補助者が債務者からとくに債務の履行を命ぜられたか、債務者に対して経済的社会的に従属の地位にあったかは問題にならず、その主たる職務の範囲内において事実上、債務の履行を補助する者であれば足りる、と述べる（一七九頁、一八一頁）。

もっとも、必要に応じて債務者が補助者の行為に対して干渉をなし得べき可能性を持っていることは必要であって、それは、通例、債務の履行に使用されるべき補助者につき債務者による選任・指揮・監督の可能性という要件として現れると説く（一八一頁）。この点は、石田説と立場を異にしているように見える。しかし、「債務者との間に雇用関係を有しない独立の企業者（selbstständiger Unternehmer）と雖も、債務者が債務の履行を委託し、且、損害の発生を防止するに必要な干渉の可能性が留保され得るかぎり、債務者の履行補助者」となり、

「事実上債務者がかかる可能性を留保したと否とは問うところではない」とも説いている（一八一頁）。それゆえ、結論的には石田説との差異はそれ程大きくない。実際、松坂説が「干渉可能性」の問題として念頭に置いているのは、債務者が郵便や鉄道を用いた場合である。そこにおいては、債務者は選択の自由を有せず、かつ、その経営に関し干渉し得ないから、履行補助者の存在を観念することができない、とされている（一八一～一八二頁）。

松坂説の特徴的な点を補足すれば、以下の三点である。

第一は、履行補助者がさらに補助者を使用した場合について、明確に説いていることである。すなわち、「履行補助者が更に補助者を使用した場合に於て、その使用が債務者の意思に基づく限り、復履行補助者も債務者の履行補助者である」という（一八九頁）。

第二は、履行補助者は、債務者と共にその債務の履行に協力するところの単なる補助者であると、債務者に代わって債務の全部若しくは一部の履行を引き受けるところの代行者であるとを問わない、と述べていることである（一八四頁）。債務の履行のため、単なる補助者を使用するか、代行者を使用するかは、原則として、債務者の自由に属するからである（一八五頁）。

第三は、履行補助者と評するためには、履行補助者は債務者の意思に基づいて行為をする者でなければならない、としていることである（一八八頁）。したがって、第三者が債務者の意思に基づくことなく履行行為を行った場合には、たとえそれが債務者の利益となるときでも、当該第三者は、たとえば事務管理者になるだけであって、履行補助者になるわけではない（一八八～一八九頁）。もっとも、債務者の意思は、当然のことながら、必ずしも補助者の選任を目的とする明示の意思表示の形式を取る必要はない。「第三者が履行の補助をなすことを知って、債務者が之を黙って忍容する場合には、追認（Genehmigung）となり得る。而して、債務者が事務管理者の行為を追認したるときは、事務管理者は宛も最初から債務者の意思に基き行為したと同じく、その履行補

助者となる」のである（一八九頁）。また、その反面として、「第三者も亦債務者のために行為し、その事務を処理する意思を有することを必要とする」（同）。

(3) 森田宏樹

右のようないわば古典説は、その後の学説において、そのまま受け入れられるには至らなかった。類型化の試みがなされるようになったからである。すなわち、その後の通説によれば、①債務者が自己の手足として用いる者が「真の意味での履行補助者」であって、その故意・過失につき債務者は自己に故意・過失があったのと同じ責任を負う、②債務者に代わって債務の全部を引き受けた「履行代行者」は、(a)禁止されているにもかかわらず用いたときはそれ自体が債務不履行になり、(b)明文で許されている場合は（例、一〇六条、六二五条二項、六五八条一項）、債務者は代行者の選任・監督に過失があった場合に限って責任を負い、③どちらでもないときは①と同様に扱うべきだ、とされたのである。[3] もっとも、このような通説に対しては、とくにその分類の恣意性に関しては、いろいろな形で批判がなされていた。[4]

そのような状況の中、前記(1)(2)で紹介した古典説を再評価したのが、森田宏樹「わが国における履行補助者責任論の批判的検討」である（同・契約責任の帰責構造（有斐閣、二〇〇二年）一四五頁以下）。それによれば、履行補助者の行為につき債務者が責任を問われる根拠は、債務者が、契約によって負担する債務の内容を履行補助者の利用によって一方的に変更してはならないこと、つまり「契約の拘束力」にある（一六四～一六六頁）。その立場から、履行補助者の行為によって債務者が帰責されるのは、まさに債務者自身がその意思に基づいて自己の債務の履行のため履行補助者を関与させたからだと言う（一六七頁）。つまり、債務者は、債務を自分で履行するか、他人を用いて履行するかは原則として自由に決定することができるが、他人による債務の履行を決定した場

合には、まさにその決定が帰責の根拠になる、というわけである（同頁）[5]。そして、その帰結として、古典説と同じく、履行補助者というためには、「この者に対して選任または監督をなしうるような従属的な関係にあることを要しないのみならず、債務者の干渉可能性さえ要しない」と言う（一六八頁）[6]。このように説く森田説は、現在の学説において、好意的に評価されているように見える[7]。

もちろん、補助者の行為が本人の行為と同視されるのが原則となれば、契約責任を問われることがないようにしたい債務者としては、実際上は選任・指揮・監督につき十分な注意を払って、履行補助者が債務不履行を招来しないように努めるであろう。これが履行補助者の理論の実社会における効用である。評価規範が行為規範に投影し、債務者が注意を払うことによって、最終的には債権者の保護が図られる結果が導かれるからである。

なお、森田説は、債務不履行における帰責事由は「債務者が契約において合意したことを履行しなかったこと」であるという立場から、履行補助者が合意内容を履行しないことが直ちに債務者の帰責事由になる、と説いている（一六八頁）。この点を通説的に表現するならば、履行補助者の故意・過失は（その判断基準は契約から生じた債務者の債務内容）、信義則上、債務者自身の故意・過失と同視される、ということになる。

(4) 要件・効果

債務者に対して債務不履行責任を問うための要件は、①履行補助者の履行行為が債務者の容認の下になされたこと、および、②履行補助者に故意・過失があったこと（有力説によれば契約内容に従った履行がなされなかったこと）である。履行補助者であるか否かは、もっぱら①の基準、すなわち債務者による容認の有無で判断される。そこでは、履行補助者が債務者との関係で、従属的な地位に置かれているか、指揮監督の下に置かれているか、継続的関係を有しているか、はたまた提携関係にあるか、といったことは問題にならない。債務者の容認の下、

債務者を補助し、または債務者に代わって、債務を履行する者は、原則として、履行補助者として捉えられるのである。

効果は、履行補助者の故意・過失ないし不履行を、債務者本人のそれと同視できることである。その結果、債権者は債務者に対して、損害賠償請求権および契約解除権を行使できることになる。

具体的には、冒頭に掲げたリース契約に即していえば、ZがYに代わって、サプライヤーAからリース物件を受け取り、Xに納入をすることになっていた場合には、Zは、Yの履行補助者たるAのさらなる履行補助者として位置づけることができる。その場合、Zの故意により契約書に従った物件が納入されていないときには、Yに帰責事由が認められるというべきである。したがって、XはYの債務不履行を理由に、損害賠償を請求し、またリース契約を解除することができるはずである。

もっとも、この点は、ファイナンス・リース契約の特性からいえば、その実体は顧客に対する金融上の便宜を付与するものであるから、事後的に物件の納品がないことを理由として、Zに対して、債務不履行に基づく損害賠償請求権や契約解除権を行使することはできない、と解する余地がある。なぜなら、ファイナンス・リース契約においては、Yはリース契約において物件給付義務を負担することはなく、もっぱらXに対して融資しているに過ぎないと解すべきが原則だからである。

たしかに一般的原則論としては、そう言えるかもしれない。しかし、最高裁は、そこに一定の歯止めをかけている。というのは、次のように判示しているからである。

「ユーザーによるリース物件の使用が不可能になったとしても、これがリース業者の責めに帰すべき事由によるものでないときは、ユーザーにおいて月々のリース料の支払を免れるものではないと解すべきである」。

（最判平五・一一・二五金法一三九五号四九頁――裁判官・大堀誠一、味村治、小野幹雄、三好達、大白勝）

この判決の事案においては、リース業者とサプライヤーの間に、提携関係は存在しなかったようである。それどころか、ユーザーは、サプライヤーの資金繰りに協力するため、目的物件の使用を自ら放棄していたという事情が認められるようである。[8] そうだとすれば、この事案は、むしろユーザーが詐欺を仕組んだとさえ評価できるものであって、ユーザーが責任を負うのはいわば自業自得というべきかもしれない。

いずれにせよ、この判旨を反対に解釈するならば、リース業者の責めに帰すべき事由によって、リース物件の使用が不可能になったときには、ユーザーは月々のリース料の支払いを免れることができると解すべきことになる。ここにいう帰責事由が履行補助者の故意・過失を含むことはいうまでもない。それゆえ、冒頭の例でいえば、ZがYの履行を補助している場合において、リース物件がZの故意によって納入されなかったときには、Xは、履行補助者の故意を理由に、Yに対して損害賠償を請求し、またYとのリース契約を解除することができるはずである。

とはいうものの、これは、あくまでも履行補助者の問題である。ZがYの履行を補助したとはいえない場合には、履行補助者の理論は働かない。そこで、履行の場面から離れて、Zが、XY間の契約成立に向けて積極的に働きかけたという事実に着眼する必要がある。同じく「補助者」といっても、債務履行の段階ではなく、契約成立の段階での関与に焦点を当てて、法的に評価・分析しなければならない。

二　契約締結補助者の理論へ

以下においては、(1)これまでの議論を一瞥した上で、議論の背景にある社会的認識を明らかにしよう。その上で、(2)契約締結補助者の行為につき契約相手方が帰責されるべき法的根拠を探究するとともに、その(3)要件、および、(4)効果を考えてみたい。

(1)　萌芽

すでに、石田文次郎は、「履行補助者の過失に因る債務者の責任の理論を契約締結の場合にも応用してよいと思う」と述べていた。[9] また、北川善太郎も、「履行補助者について説明してきた……ことは、いま一つの契約補助者である締約補助者にも妥当する」と説いている。[10] 履行補助者理論がそのまま契約締結場面に応用されるべきだと考えられたのである。

そもそも、私が「契約締結補助者」という理論を展開する必要があると考えたのは、ローン提携契約の問題を扱う東京地判平成一五・三・二五（判時一八三〇号七二頁――裁判官・豊田建夫、寺岡洋和、鈴木拓児）に関する評釈においてであった。そこでは、以下のように説いた。少し長いが、引用することをお許し頂きたい。

「私は、個々の契約締結に際して顧客に個別的にいかなる説明がなされたかとか、商品開発に関して信販会社がどのように関わったかといったレベルでの具体的事実よりも、端的に、《ある契約の締結を別の契約の締結によって補助した》という定型的な事実のレベルに着眼すべきだと思う。かつ、それだけで十分だと考える。というのは、個別的な説明義務の内容を確定して、それが尽くされたかどうかを判定する方法は不安定であり、

実際に機能しにくいのに対して、複数の業者側で組み立てられた表に見える定型的な関係事実に拠り所を求めると顧客保護のために安定的な判断ができるからである。ここに、契約締結の補助は双方的であって、ローン契約は本件商品販売契約の締結を補助するとともに、本件商品販売契約はローン契約の締結を補助している、とみることができる。私は、そのような形で定型的に契約締結を補助したという事実に着眼して、「契約締結補助者」という概念を提唱したい。……

契約締結補助者概念を採用すると、契約当事者とは異なる法主体の責任を問いやすくなるのではないだろうか。それは、「補助者」という用語の提案から察せられる通り、履行補助者理論の拡張の試みだからである。つまり、原則として債務者は債務の履行に際して履行補助者を自由に用いることができるが、その不履行は自己の不履行と同様に扱われる。それと同様のことを契約締結についても認め、契約締結者は自由に締結補助者を用いることができるが、締結補助者の不履行は契約締結者のそれと同視されると考えるわけである。この法理を本件に有意的な形で当てはめれば、信販会社Yはローン契約に際して、契約締結補助者として提携関係にある本件商品販売会社Hを用いたので、Hの不履行は、ローン契約締結者Yの不履行と同視され、その結果、当然〔商品購入者〕Xはローンの支払いにつきHの不履行を抗弁としてYに対抗することができる。

こうした画一的・統一的な扱いをすると、個別の細かな事実関係に立ち入ることなく契約当事者の置かれた定型的な状況を確認すれば足りることになり、ひいては当事者の立証負担も、また裁判官の審理対象も大幅に軽減できる点で、個々的・個別的な審理を必要とする説明義務論や注意義務論のアプローチよりも優れているのではないだろうか。基本的な構造としては、Yと提携関係にあるHが、Xと本件商品販売契約を締結することによって、XY間のローン契約の締結を補助したという事実さえあれば十分である。その結果、民法上、Xは、①ローンの支払いにつき、締結補助者Aに対して有する抗弁をローン契約締結者Yに接続できる。のみな

らず、②締結補助者Hからの本件商品購入行為に起因する損害が生じたときは、Hに加えて、Yの責任も追及できる可能性が浮かび上がってくるかもしれない。

このような解釈を採用すると、商品購入者は、契約締結補助者が多ければ多いほど責任主体が増え、その保護が厚くなる可能性がある。のみならず、契約を分別化することによって契約リスクを拡散するという近時多く見られるビジネスモデルに対して、警鐘を鳴らすことができるのではないだろうか。これは、結局、信販会社が本契約（売買契約等）のリスクを負うことが社会における市民生活のために望ましいと考えるか否かに関する選択の問題である。どのようなルールであっても、それに応じて最適化状態を作り出すことができるのが市場であり、資本である。だから、信販会社にリスクを負担させることになれば、信販会社としては、提携関係会社の提供する契約の信頼性を十分に調査して、契約締結補助者に起因するリスクを除去することになろう。我々が現実にそうした世界に住むことができるかどうかは、さしあたり裁判所が自己の役割と社会市民生活との関係をどう考えるかにかかっているように思われる。

仮に契約締結補助者という理論ないし見方が認められるとすると、商品購入者は、利息を払ってでも提携信販会社の用意するローンを用いた方が、自己資金で購入するよりも、契約リスクを軽減できることになろう。そうなると、同じ購入者であっても、ローンを用いる者と自己資金を用いる者との間で保護の態様に差異が生じることになる。この点が疑問だというのが、本判決の補助的な理由になっている。けれども、それはそれで経済社会における合理的ルールとして通用するのではないだろうか。つまり、商品購入者は、利息等を払って提携信販会社を利用すれば信販会社が契約締結補助者のリスクを分担してくれるが、自己資金を活用すれば自分でリスクを負うのである。資金のある者は選択肢を有しており、好む方を選択できることになる」[11]。

私は、以上の引用部分において、①互いに相互依存関係（提携ローン）にある二つの契約を想定し、②その効果として一方の契約債務の不履行が他方の契約の抗弁事由になるか、ということを問題にしていた。これに対して、本稿では、①一つの契約の成立過程において相手方の用いた補助者が詐欺などの違法行為を行った場合において、②契約当事者はどのような要件において相手方に帰責することができるのか、ということを問題にしたい。いずれも「契約締結補助者」という角度から観察する点は変わらないが、本稿の方が、前稿と異なり、二つの相互依存的な契約の存在を本質的要素として捉えない分だけ、より単純かつ原理的な形で考察を進めることができるように思われるからである。とはいえ、二つの相互依存的な契約が見られる場合が多いことは否定できない。

たとえば、冒頭のリース契約の例においては、Zは独立の営業者として、一方で、Aを売主とするAY間の売買契約の成立を補助・媒介し、他方で、XをユーザーとするXY間のリース契約の成立を補助・媒介している。のみならず、Zは、右の補助・媒介につきAやYから何らかの形で報酬を得ているかも知れない。しかし、本稿において焦点が当てられるのは、そうした相互依存的な契約関係ではなく、もっぱら契約成立への端緒を切り開く行為をした契約締結補助者それ自身である。ここにおいて、ZはYやAの従業員ではないし、正式の代理人というわけでもない。のみならず、Yとの間で選任・監督関係にあったり、従属関係や専属関係にあるわけでもない。だが、このような場合であっても、履行補助者の故意・過失は債務者本人に帰責されるというのが、履行補助者の理論である（前記・石田説参照）。さらに、履行補助者においては、債務者の意思に基づいて履行する必要があるとされている（前記・松坂説参照）。

これらの点は、ほぼそのまま契約締結補助者についても当てはまる。その骨子を予め示すならば、こうである。まず、Zは、YやAの従業員でなくても、その正式の代理人でなくても、またXとの間で選任・監督関係になくても、さらに従属関係ないし専属関係になくてもよい。YがZの契約締結補助行為を容認していれば、Zを契約

締結補助者として認定するための主観的要件は充足される。そして、客観的要件は、ZがXに対して詐欺などの違法行為を行ったことである。これらの要件が充足されると、当事者は、契約締結補助者の違法な行為につき相手方に帰責することができる。

ところで、契約締結補助者の行為に基づく相手方の責任の問題を考えるためには、そもそも何ゆえ履行補助者の行為につき債務者が責任を問われるのか、という出発点に立ち返る必要がある。この点、石田文次郎の説いていたところは示唆的であり（→前述一(1)参照）、その見方は、ほぼそのまま契約締結補助者についても当てはまる。同説を契約締結の場面に合わせてパラフレーズするならば、次のようになろう。

近時の経済関係の発達によって、各種の職業は極度なまでに特殊化され、分業と協同によって経済生活は行われ、多くの契約の締結は何人かの協力もしくは補助によって実行され、しかも契約の締結を補助する者は、被用者のように契約相手方と従属関係に立ってその支配に服している者だけでなく、平等の関係に立つ独立的企業者であることが多い。そこで問題とすべきは、契約締結補助者の使用が許される場合において、それを用いた契約相手方がその選任監督につき何ら過失がなくても、補助者の過失に基づく行為によって契約当事者に損害が発生したときには、補助者を用いた契約相手方は常に帰責されるべきか、という点にある。

ここに、契約締結補助者とは、契約相手方の意思に基づき契約の成立を補助する者であって、あるいは契約相手方の代理人として契約を締結し、あるいは単に契約の締結行為を補助する者である。補助者は必ずしも契約締結相手方の一方に対して契約締結の補助行為を為すべき法律上の義務を負うことを要しない。……他に任務があっても、事実上契約の締結を補助すれば補助者となる。つまり、契約相手方と補助者との間に、委任若くは雇用の如き、継続的法律関係のあることを要しない。また、補助者は必ずしも契約相手方の一方の指揮命

令に服する地位に在ることを要しない。なぜなら、現代の如く、分業が発達し、職業が特殊化している情勢のもとに於ては、契約関係によって各種の分業が連結されて、市場に商品として置かれるのが常であるから、契約締結補助者を契約相手方の指揮監督に服する者のみに限ることは時代の実状に適合しないからである。

契約締結補助者の行為によって契約相手方が帰責される場合の要件は何か。補助者の選任監督につき契約相手方に過失があったことが要件となるのか。だが、そうなれば、契約相手方は常に補助者の正当なる行為のみを利用し得て、契約相手方が補助者を使用しない場合よりも之を使用する場合の方が、契約相手方に有利となってしまうだろう。また、実際上も、現代の社会情勢に於ては、企業は集中して益々大規模となり、且つ独立した企業者は補助者となるのであるから、補助者の選任監督につき契約相手方に過失のあるやうな場合は殆ど有り得ない。だから、結局、契約相手方は、契約締結補助者の選任監督につき過失がなかったことのみならず、契約の締結を補助した者にも過失なかりしことを証明しなければ、信義則上、契約締結補助者の行為につき帰責されるべきなのである。

(2) 根拠

履行補助者に関しては、先に検討したように（→前述一(3)参照）、近時では、債務者が責任を負うのは、債務者は履行補助者を用いることによって、一方的に債務内容を変えることができない、という契約の拘束力によって説明する学説が有力である。これとの対比でいえば、契約締結補助者の行為については、契約成立前には契約の拘束力を観念することはできないので、履行補助者で用いられているのと同じ法的根拠（契約の拘束力）を援用することはできない。そこで、考えられるのは、(ア)契約締結上の過失、(イ)安全配慮義務、(ウ)システム設計者責任である。順次、検討しよう。

(ア) 契約締結上の過失

まず、この場面で想起すべきは、「契約締結上の過失」の理論である。周知のように、契約の相手方が契約の締結に際して行った行為につき、「契約締結上の過失」の理論によって責任が発生する場合がある。この点に関して、判例は、次のように説いている。

「契約の一方当事者が、当該契約の締結に先立ち、信義則上の説明義務に違反して、当該契約を締結するか否かに関する判断に影響を及ぼすべき情報を相手方に提供しなかった場合には、上記一方当事者は、相手方が当該契約を締結したことにより被った損害につき、不法行為による賠償責任を負うことがあるのは格別、当該契約上の債務の不履行による賠償責任を負うことはないというべきである。

なぜなら、上記のように、一方当事者が信義則上の説明義務に違反したために、相手方が本来であれば締結しなかったはずの契約を締結するに至り、損害を被った場合には、後に締結された契約は、上記説明義務の違反によって生じた結果と位置付けられるのであって、上記説明義務をもって上記契約に基づいて生じた義務であるということは、それを契約上の本来的な債務というか付随義務というかにかかわらず、一種の背理であるといわざるを得ないからである。契約締結の準備段階においても、信義則が当事者間の法律関係を規律し、信義則上の義務が発生するからといって、その義務が当然にその後に締結された契約に基づくものであるということにならないことはいうまでもない」。

（最判平二三・四・一二民集六五巻三号一四〇五頁――裁判官・千葉勝美、古田佑紀、竹内行夫、須藤正彦）

この判決は、契約締結上の過失責任は、契約責任ではなく、不法行為責任であると法性決定し、不法行為責任

に関する時効規定を適用したものである。それまで、契約責任として捉える見解も有力であったところ、その法律上の性質を明確化したわけである。その核心は、「契約締結の準備段階においても、信義則が当事者間の法律関係を規律し、信義則上の義務が発生する」という点にある。

契約締結補助者の行為に基づく相手方の責任の根拠は、この契約締結上の過失に求めることができる。契約相手方が契約締結に向けて補助者を用いる場合、不法行為法上、補助者を通じて当事者に損害を加えることがないようにすべき信義則上の義務が課されている、というべきだからである。もし、相手方が、契約締結補助者を用いることによって、本来自分で契約を締結した場合には問われるべき責任を免れることができるとすれば、不法行為法上の義務の変更を認めることになってしまうだろう。だが、何人も、他人を用いることによって、自ら負う不法行為法上の義務を回避することはできないはずである。不法行為法上の義務が法律に由来する以上、その拘束力から離脱することは許されないからである。だから、契約相手方は、自分で行ったならば自己に帰責されるような行為（情報提供義務違反、説明義務違反、詐欺強迫行為）が補助者によって行われた場合、自己の責任を免れないのである。履行補助者問題における帰責の根拠が契約の拘束力だとしたら、契約締結補助者問題における帰責の根拠は法律の拘束力だというべきである。

(イ) 安全配慮義務

もう一つ、法的根拠として考えることができるのは、安全配慮義務である。安全配慮義務は、判例によって、契約という場において契約当事者が損害を被ることがないように、という趣旨に基づいて認められるに至った義務である。判例によれば、「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入った当事者間において、当該法律関係の付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一

般的に認められるべきもの」とされている（最判昭五〇・二・二五民集二九巻二号一四三頁――裁判官・関根小郷、天野武一、坂本吉勝、江里口清雄、高辻正己）。もっとも、安全配慮義務においては、成立した契約の当事者間の社会的接触が念頭に置かれている。いいかえれば、契約成立前の場面においては、安全配慮義務を観念することはできないはずである。

けれども、たとえば自衛隊に体験入隊中の者に、右の判決の事案におけるのと同様の事故が起こったとしたら、国は安全配慮義務違反の責任を問われないのだろうか。むろん、問われるであろう。その場合、右の判例の定式は、「安全配慮義務は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触の関係に入ろうという当事者間において、当該法律関係に入ることを前提とする付随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務として一般的に認められるべきもの」という形で拡張して再定位すべきだからである。ここでは、契約上の本来の安全配慮義務と異なり、契約締結上の過失と同様、もっぱら不法行為上の、つまり一般生活上の信義則上の義務が問題とされることになる。

㈾ システム構築者の責任

右の判決では、自衛隊員の安全が問題になっていたが、安全自体は目に見えない無形のものである。自衛隊員の安全を確保する義務が無形のものであるとすれば、それは、冒頭の例においてYが契約相手方として当事者Xの取引上の安全（「取引の安全」と異なり、第三者に起因する取引上のリスクを除去すべきこと）を確保する義務と質的に異なるものではないはずである。かつては、市民生活上の安全は有体物に即して考えられていたが（例、七一七条の工作物責任）、現代においては、取引場面における無形の安全が重要性を増してきている。

この点について、私は、インターネット販売を素材に、システム構築者の責任という観点から、次のように述

べたことがある。

「〔私〕はシステム構築者に光を当てて、インターネット販売という場を提供した以上、その場において契約相手方が損害を被ることがないようにシステムを設計・設置・管理する責任がある、と主張するものである。この角度から考えると、前節で扱った抗弁の接続の問題も、同様に考えることができよう。すなわち、契約を組み合わせて取引をする者は、その組み合わせによって、契約相手方が損害を被ることがないようにシステムを設計・設置・管理する責任がある、ということができる。

このようにシステム構築者の責任を捉えることは、ローマ法とは異なり、遅くともドマ[12]以来、土地の工作物という有体物の設置または保存上の瑕疵によって他人に損害が生じたときは、工作物の所有者が被害者に対して賠償しなければならないとされてきた思想の現代版である（ちなみに、ポティエはこの点につき説くところがない）。すなわち、契約の名において人を一定の〈場〉に引き入れた者は、契約という無体物の設置または保存上の瑕疵によって契約相手方に損害が生じたときは、責任を負うべきだという思想である（民法七一七条一項参照）。契約の相互依存関係の問題は、クレジット販売の事案も含めて、この基本思想に基づいて解決すべきだと考える[13]」。

「システム構築者責任は、たとえば盗難キャッシュカードを用いてＡＴＭ現金自動払出入機で預金を引き出した事案に関して、債権の準占有者に対する弁済といえるかをめぐる判例の発展によって認められた責任であり、これが銀行の約款の自由に対する規制法理として働いている。いわく、『債権の準占有者に対する機械払の方法による預金の払戻しにつき銀行が無過失であるというためには、払戻しの際に機械が正しく作動したことだけでなく、銀行において……機械払システムの設置管理の全体について、可能な限度で無権限者による払

戻しを排除し得るよう注意義務を尽くしていたことを要するというべきである』（最判平一五・四・八民集五七巻四号三三七頁――裁判官・上田豊三、金谷利広、浜田邦夫、藤田宙靖）[14]。

この思想は契約締結補助者を用いることをシステム化した契約にも当てはまる。たとえば、リース契約についていえば、そのようなシステムを構築した「Yにおいて……契約締結補助者を含めて、当該リース契約システムの設置管理の全体について、可能な限度で勧誘者などを通じて詐欺等が行われることを排除し得るよう注意義務を尽くしていたことを要するというべきである」、ということができるからである。

以上、契約締結補助者理論の根拠を探ってきた。すでに、契約の当事者を保護する理論としては、安全配慮義務やシステム構築者の責任が認められている。また、契約締結前の当事者にも、契約締結上の過失の理論によって一定の義務が課されている。いずれも、契約当事者、あるいは契約関係に入ろうとする者に対して、相手方は、契約法上あるいは不法行為法上の要請として、信義則上、一定の配慮をすべきことが求められている。これらはすべて、広い意味で「安全配慮義務」ということができよう。契約締結補助者の理論は、その一つの現代的な現れとして位置づけることができる。

契約締結補助者を用いた場合に課される安全配慮義務は、不法行為法上の法定の義務であるから、契約相手方は、いかなる合意によっても免責されることはない。したがって、たとえば、契約相手方が当事者との間で自己の用いる契約締結補助者による詐欺・強迫につき何ら責任を負わないと合意しても、無効である。それは、意思表示の規定が強行規定であることの反映でもある。その点で、履行補助者を用いる場合には、原則として、予め合意によって債務者の免責条項を定めることができるのと異なっている。

(3) 要件

ある者（契約相手方）が契約締結補助者の行為につき帰責されるための要件は、履行補助者の要件に準じて考えるべきである。それは、契約の成立に際して、①相手方が補助者の契約締結補助行為を容認していたこと、および、②補助者の違法な行為（例、詐欺）によって契約が締結されたことである。

①の点については、契約相手方が契約締結補助者に対して選任・監督できる地位にあることも必要だと主張されるかもしれない。しかし、契約相手方は、補助者が媒介した契約を締結しない自由を有しており、いつでも補助者の使用を止めることもできる。その意味で、契約相手方は、常に契約締結補助者を選任・監督できる地位にあるというべきである。つまり、相手方の「容認」の要件の中に、すでに選任・監督の可能性は含まれているのである。

さらに、契約締結補助者の要件を前記の二要件に絞ることについては、それでは要件が軽すぎ、ひいては安易に契約相手方が責任を負わされる危険がある、と反論されるかもしれない。けれども、そもそも契約相手方が容認しなければ、契約締結補助者の関与によって契約が成立することはなく、したがって、たとえ契約締結補助者が詐欺を働いていたとしても、契約当事者に被害が及ぶこともなかったはずである。だから、契約相手方による容認があれば、契約締結補助者の行為につき相手方に帰責するための要件としては、十分なのである。契約相手方がそのような責任を免れたいのであれば、自分で契約を勧誘するか、契約締結補助者の選定・監視体制を強化すれば済む。まさに、その結果として、契約当事者の取引上の安全が守られることに、契約締結補助者の理論の社会的意味がある。

冒頭の例に即していえば、Yは自分で顧客を開拓して新たな契約を締結することができるにもかかわらず、そ

の容認の下、Zに肩代わりしてもらっている以上、その詐欺につき責任を負うことになる。最高裁が《契約相手方は締結補助者の行為につき責任を負う》というルールを明確に宣明するだけで、今後は、契約相手方が安易に補助者に頼るようなことはなくなり、顧客の犠牲において与信業者が保護されるという好ましくない状態は大幅に改善される。まさに、評価規範たる法のルールが行為規範レベルに投影することによって、市民生活の安全の向上に向けて好影響を及ぼすことが見込まれるのである。どのようなビジネスモデルを構築するかは自由である。だが、それに伴うリスクを一方的に顧客に押しつけるようなことはあってはならない。

もちろん、もし最高裁が市民生活の安全を向上させる判決を下すとなれば、リース業者は〈不測の損害〉を被ると主張するだろう。たしかに、リース業者にも保護すべき正当な利益があることは否定できない。けれども、そのようなことを言えば、法は永久に進歩しないことになってしまう。この点に関しては、最高裁が、非嫡出子の相続分の不平等を規定する民法九〇〇条四号但書を違憲だと判断した際、その効果がいつの時点まで、どのような事案につき遡及するのかを明らかにしたことが興味深い（最大判平二五・九・四民集六七巻六号一三二〇頁）[15]。そこでは、判例変更の波及効果を考慮に入れて、新たな判断の時的・物的射程が明確にされている。

けれども、最高裁が契約締結補助者の理論を認めるに際しては、そこまでの対応をする必要はないだろう。なぜなら、非嫡出子に関する民法の規定は、最高裁によって何度も繰り返して合憲だとの判断が示されてきたことから[16]、それを変更することは極めて重大かつ深刻な社会問題となりうるのに対して[17]、契約締結補助者の行為につき契約相手方に責任を負わせるというルールを採用しても、とくに深刻な社会問題とはなりえないからである。新たなルールによって、仮にリース業者が想定外の不利益を被るとしても、それは既存の契約によってもたらされる特定かつ限定的なものであるのに対して、顧客たる契約当事者が得る利益は、既存の契約によるものだけでなく、将来のものも含むという意味において、一般的かつ無限のものである。リース業者の被る不利益と顧客が

得る利益を比較考量すれば、どちらを優先すべきか、その結論は自ずから明らかであろう。

(4) 効果

契約締結補助者が違法な行為をした場合、契約当事者はその効果を、契約相手方に帰責することができる。(ア)不法行為と(イ)法律行為の二つのレベルに分けて検討しよう。

(ア) 不法行為法上の効果

契約相手方の用いる契約締結補助者の違法行為が不法行為の要件を充足している場合、違法行為の効果は相手方に帰責されるので、補助者を用いた相手方は、契約当事者に対して、不法行為責任を負うことになる。契約締結前の一般生活上の義務は、法律の拘束力（信義則）が支配する世界であって、契約相手方が契約締結者を用いることによって潜脱されるようなことがあってはならないからである。それゆえ、契約相手方は、あたかも自分で違法行為をしたのと同様の不法行為責任を負う。契約当事者は、契約締結補助者の違法行為によって被った損害につき、相手方に対して賠償を請求することができる。不法行為による損害の賠償項目に弁護士費用が含まれることは、いうまでもない。

契約締結補助者の理論は、契約相手方に不法行為責任を負わせる限りにおいて、民法七一五条の規定する使用者責任を補充・拡張する機能を果たすことになる。なぜなら、同条適用のためには、「職務の範囲」という要件があり、その範囲内で行われた行為についてしか、使用者は責任を問わないとされているからである。たとえば、最近の判決は、次のように言う。

「Yは貸金業を営む株式会社であって、Aを含む複数の被用者にその職務を分掌させていたことが明らかであるから、本件欺罔行為がYの事業の執行についてされたものであるというためには、貸金の原資の調達が使用者であるYの事業の範囲に属するというだけでなく、これが客観的、外形的にみて、被用者であるAが担当する職務の範囲に属するものでなければならない。ところが、原審は、貸金の原資を調達することがYの事業の範囲に属するということのみから直ちに、これがYの被用者の職務の範囲に属するとして、本件欺罔行為がYの事業の執行についてされた行為に該当するとしたものであるから、その判断には、民法七一五条の解釈適用を誤った違法がある」。

（最判平二二・三・三〇判時二〇七九号四〇頁――裁判官・那須弘平、藤田宙靖、堀籠幸男、田原睦夫、近藤崇晴）

これに対して、契約締結補助者については、職務の範囲に属する行為かどうかは問われない。もちろん、契約相手方との指揮監督関係の存在も問われない。その意味で、契約締結補助者の理論は、契約の場面において、相手方の使用者責任を補充・拡張する役割を果たすのである。

⑷　法律行為法上の効果

では、契約相手方が用いる履行補助者の詐欺を理由に、契約当事者は契約を取り消すことができるか。いうまでもなく、詐欺を行った者が契約と全く無関係の第三者であれば、民法九六条二項の定める規律に従って処理され、相手方が詐欺を知っていたときだけ、当事者は契約を取り消すことができるに留まる。だが、冒頭の例に即していえば、契約締結補助者たるZは、XY間の契約につき、全く無関係ということはできない。むしろ、Yのために積極的に顧客を開拓して、Yのリース契約件数を増やすべく（詐欺的な）営業活動をしているといえるか

らである。のみならず、YもZの行為を容認している。だから少なくとも、Zは、九六条二項にいう「第三者」の典型ということができないことは明らかである。

すでに、(a)判例は、契約当事者以外の者であっても、九六条二項にいう「第三者」として扱うことができない場合があることを認めている。「代理人」による詐欺がそれに該当する。それを受けて、(b)学説は、「媒介者」や「補助者」についても同様に扱うべきだと主張している。

(a) 代理人

判例は、周知のように、第三者が契約相手方の代理人であった場合には、民法一〇一条を適用して、相手方の知・不知にかかわりなく、当事者に取消権の行使を認めている。その際、次のように説いている。

「意思表示の効力が詐欺に因りて影響を受くべき場合に於て、其事実の有無は代理人Zに付き之を定むべきことは民法第一〇一条の規定する所なれば、原判決の確定したるが如くYの代理人たるZに於てXを欺罔し手形を騙取したる事実の存する以上は、本人たるYに於て其詐欺の事実を知ると否とは、相手方たるXの取消権には何等の影響を及ぼすものにあらず」。

（大判明三九・三・三一民録一二輯四九二頁――上告代理人に江木衷の名があるが、裁判官名は不詳）

また、後の判決は、次のように説く。

「意思表示の欠缺、詐欺、強迫、善意悪意等、総て意思表示の効力に影響を及ぼすべき事情は代理人に付之

を定むべきものと解すべく、同一〇一条に所謂詐欺強迫は、代理人が相手方より之を受けたる場合のみならず、代理人が相手方に対して之を行いたる場合をも包含する……」。

（大判昭七・三・五新聞三三八七号一四頁――裁判官・須賀喜三郎、前田直之助、神谷健夫、岡村玄治、渡辺久）

ここで注目すべきは、判例が代理人による詐欺を民法一〇一条の問題としていることに対して、学説が批判的なことである。すなわち、学説は、一〇一条は代理人が詐欺をする側に立った場合を射程に入れていないとして、相手方の代理人が契約当事者に詐欺を働いたときには、同条の適用を否定し、むしろ、相手方の代理人は九六条二項にいう「第三者」ではないということを理由に、当事者は常に九六条一項によって意思表示を取り消すことができる、と説く。[18] そこでは、成立した契約から見れば「第三者」に他ならない者が、九六条二項にいう「第三者」には該当しないことが認められている。

では、正規の代理人ではなく、契約の締結を補助・媒介する者はどうか。代理人と同様に扱うべきだろうか。

(b) 補助者

契約締結補助者は、代理人と同様、九六条二項にいう「第三者」には該当しない、と最初に明確に説いたのは、おそらく近藤英吉である。いわく、

「法律行為の媒介者又は補助者も亦、当該意思表示の成立に関与する者なるが故に、相手方と同一視せられるべきである」。[19]

そして、ドイツの判例を紹介して、そこでは「法律行為の準備行為が、殆ど全部、媒介者又は補助者の手に於いてなされ、当事者は、唯その完結行為、例之、文書の作成のみを為した場合、……之等の媒介者又は補助者を当事者と同視して、その詐欺に基づく意思表示の取消を認むべきものと解している」と言う。[20]

実際、ドイツの判例によると、まさにリース契約において、サプライヤーによる詐欺によってユーザーXがリース業者Yとリース契約をした場合には、Xは、詐欺の事実に関するYの知・不知を問わずに契約を取り消すことができるとされていることに注目すべきである。[21] 日本民法九六条、とくにその第二項は、ドイツ民法一二三条二項（第一草案一〇三条、第二草案九八条）に由来している。[22] 母法国において「第三者」概念が制限的に解釈され、契約締結補助者の行った詐欺に基づく契約については、無条件に詐欺被害者が取り消すことができるとされていることに、我々は謙虚に学ぶべきではないだろうか。

振り返って、日本においてはどうか。近時において、教科書・注釈書でこの問題を意識しているのは、①河上正二、②下森定、および、③平野裕之である。これらの学説を順次検討した上で、④私見を述べたい。

① 河上正二

河上説は、Cが詐欺を行ってBに品物を売りつけて、その代金につきA信販会社とクレジットを組ませたような場合につき、割賦販売法上の救済と並んで（割販法三〇条の四参照）、民法上、「Aの加盟店管理が極めてずさんであったり、詐欺的取引活動を事実上容認しているといえるような場合には」、立て替え払いの委託契約そのものを取り消して、販売業者と信販会社の共同事業性を考慮して既払い代金の返還請求を認めることも検討に値しよう、と述べる。[23] しかし、その論拠は必ずしも明確とは言い難い。のみならず、Yの加盟店管理のずさんさ、あるいはZによる詐欺的行為のYによる容認がなければ、Xは取り消すことができないとするが、何ゆえそのような要件が付加されるのか、その論拠が示されていない。

② 下森定

下森説は、会社の代理人でない従業員が欺罔行為を行った場合には、会社による詐欺が成立すると主張するに際して「法的構成としては、契約締結上の過失理論における履行補助者（契約締結補助者）理論を一歩進め、これらの者の事実行為を信義則上使用者の行為と同視して、相手方に損害賠償のみならず詐欺取消しの主張をも認めること（法律行為法的救済の認容）も考えられよう」と言う[24]。この説には全く賛成であり、その見方もほぼ私見と一致している。だが、従業員以外の者が契約締結を補助した場合が視野の外に置かれている。より一般的な理論が求められるゆえんである。

③ 平野裕之

より一般的な解釈論を提唱しているのが平野説である。この説は、消費者契約法五条一項が、本人の代理人だけでなく、媒介の委託を受けた者に同法四条の行為があった場合にも消費者取消権を認めていることに着眼し、それを民法に対する特別規定としてではなく、確認規定として位置づけた上で、「代理人の他、内部の従業員だけでなく外部の業者も含めて、代理人以外の勧誘・媒介を担当する者の詐欺行為について本人は責任を負うものと考えるべきである」と説く[25]。平野説の価値判断には全く同感だが、消費者契約法の規定を確認規定だと評価することは難しいのではないだろうか[26]。そのような結論を導くためには、やはり、民法の基本に立ち返った考察を必要とするように思われる。

以上のように、これまでの学説の中には、すでに契約締結補助者は九六条二項にいう「第三者」には該当しないと説くものがある。だが、不必要な要件を課し（河上説）、射程が狭く（下森説）、あるいはその理由を十分に説明することができないでいるのが現状である（平野説）。

④ 私見

この問題につき私見を提示する前に、まず、Xが、Zによる詐欺行為によって錯誤に陥っていたことを理由に、Yに対して錯誤の主張ができないかを考えてみよう。実際、契約の要素であるリース料、リース期間およびリース物件について、Xが契約書をきちんと確認・認識せずに署名することによって契約が成立したとすれば、表示の錯誤があったと主張することが考えられる。しかし、Xには重過失があったと評価される可能性が高いであろう。あるいは、Zが新たに持ち込んだ契約によってリース料が実質的に減額されると考えたことが動機になっていたとして、Xが、動機の錯誤を主張することが考えられる。だが、動機の錯誤は、その動機がYに表示されていなければ考慮されないので、Xが救済される可能性はそう高くない。さらに、Xは、リース契約においては目的物件の引渡しが不可欠の要素なので、実際に物件の引渡しがない場合には、その部分に要素の錯誤があると主張するかもしれない。しかし、ファイナンス・リース契約においては、信用付与と物件供給とを別々に解するのが原則なので（もっとも、前述一(4)参照）、物件供給に関する錯誤が直ちに信用供与の錯誤をもたらすと考えることは難しいだろう。以上、要するに、Xによる錯誤の主張が認められる可能性は低いであろう。

だからこそ、契約締結補助者の理論が効用を発揮するのである。契約締結補助者の理論の根拠は、契約相手方は契約締結補助者を用いることによって、法律が命じる一般生活上の義務（契約関係に入ろうとする者に対する一種の安全配慮義務）の内容を変更することは許されない、という法律の拘束力にある。ここに一般生活上の義務は、もちろん詐欺などの違法行為をしない義務を含んでいる。ところで、詐欺行為が行われた場合、民法は、不法行為責任と並んで取消しによる制裁を予定している。この二本立ての制裁が、契約締結補助者が介在したからといって、変更されるべきでないことはいうまでもない。二本立ての制裁も法律に由来するからである。それゆえ、契約相手方が任意に介在させた契約締結補助者によって詐欺行為がなされた場合には、当事者には、あたかも契約相手方によって詐欺行為がなされたのと同じ保護が与えられなければならない。だから、契約相手方は、

契約締結補助者の行為につき、不法行為法上の効果のみならず、法律行為法上の効果も帰責されるのである。

この点を、民法九六条の認める原状回復的救済の持つ意味に即して考えてみよう。もし、契約締結補助者が九六条二項の「第三者」に該当すると解するならば、相手方が詐欺の事実を知らなかった場合には、当事者は、相手方との契約を取り消すことができず、せいぜい相手方に対して損害賠償の請求をすることができるに留まる（前述㈠参照）。ところが、そもそも九六条による救済は、詐欺という形態で不法行為がなされた場合につき、七〇九条による通常の損害賠償に加えて、取消しによる原状回復的な損害賠償の方法をも認めたものとして位置づけることができる。契約締結上の過失理論を一般不法行為法上のルールとして位置づけるならば、取消権を認める民法一二六条は、その責任内容に関する法律上の特則として浮かび上がってくるのである。被害者は、この二つの救済を自由に選択することができるはずである。のみならず、取消しによって損害が完全に塡補されない場合には、それに加えて、七〇九条に基づく救済が与えられなければならない。このような民法上の詐欺被害者救済制度の内容が、契約締結補助者によって詐欺行為が行われた場合に変更されてよいはずはない。だから、相手方が任意に契約締結補助者を用いた場合には、まさに相手方の「手足」として評価され、その詐欺行為は相手方の詐欺と同視されるべきなのである。

要するに、詐欺を行った契約締結補助者は民法九六条二項にいう「第三者」には該当しない。したがって、当事者は、相手方が詐欺の事実を知っていたか否かにかかわりなく、契約を取り消すことができるのである。このことを冒頭の例に即していえば、Xは、Yに対して損害賠償請求ができるのみならず、Yとの契約を取り消すことができる。また、契約締結補助者の詐欺によって特定物を売却していたような場合には、契約当事者は、取消しによって、契約相手方に対して目的物の返還を請求することができる。

契約締結補助者の理論は、補助者による詐欺の場合にその効用が限られるわけではない。その汎用性は高く、

補助者の説明義務違反、情報提供義務違反など、広くその違法行為につき、契約相手方に帰責することができるからである。それゆえ、契約締結補助者の説明義務違反等は、相手方自身のそれとして扱われることになる。のみならず、補助者の悪意といった主観的態様についても、契約相手方に帰責することができる。たとえば、冒頭のリース契約の例でいえば、Zが知っていたことは、Yも知っていたものとして扱われる。だから、前述の動機の錯誤に関していえば、Xの動機を作出したZは当然にXの動機を知っていたはずであるから、Zを契約締結補助者として用いたY自身もXの動機を知っていたものとして扱われ、その結果、Xは、Yに対して動機の錯誤を主張することが可能になろう（動機が「法律行為の要素」であったといえるかの問題は別）。このように、契約締結補助者の理論による帰責のメカニズムは、広い射程を有している。

おわりに

近時においては、リース契約をめぐる訴訟において、「契約締結補助者」の理論に依拠する主張が多く見られるようになってきている。もっとも、これまで下級審においては、「契約締結補助者」の主張がなされても採用されることはなく、結果的にリース業者を保護する判断がなされてきている（①東京地判平二二・二・一〇判タ一三八二号一八六頁[27]――裁判官・畠山稔、熊谷光喜、折田恭子、②東京地判（控訴審）平二四・七・六（平成二四年(レ)第三九〇号TKC二五四九五五一九[28]）――裁判官・矢尾渉、前澤功、仲田憲史、③東京地判（控訴審）平二四・一二・一三（平成二三年(レ)第一八二八号TKC二五四九九二二九）――裁判官・廣谷章雄、手嶋あさみ、井町大慧、④大阪地判平二五・三・五判時二一九八号一一三頁――裁判官・古財英明、中田克之、小野健）。それは、契約締結補助者の理論が十分に理解されてこなかったことの表れというべきであろう。その責任は、もっぱら適切な理論を裁判の現場に供

給することのできなかった学説にあるというべきである。

本稿は、これまで私自身が十分に責任を果たしてこなかったことの反省の上に立って、契約締結補助者の行為によって契約成立の恩恵を受けているリース業者を保護しつつ、詐欺の被害者たる顧客に一方的な犠牲を強いるような法のルールを改めるべく、理論的考察を試みたものである。たしかに、冒頭のような例においては、YもXと同様の被害者だといえないでもない。だが、YとXとでは、立場が異なっていることに留意しなければならない。なぜなら、Yこそが、リース契約というシステムを構築した上で契約締結補助者を用いたのであり、それゆえ契約締結の場を安全な形で顧客に提供することができたのであり、したがって、契約締結に際してXに対して不測の損害を被らせることがないように配慮することができたからである。だからこそ、Yは、契約締結補助者の違法な行為につき帰責されるべきなのである。

もし、Zが顧客Xに詐欺を働いたとしても、Yはリース料を回収できるというルールが承認され続けるならば、Yは、Zが顧客に詐欺的な勧誘を行っていないかにつき注意しようというインセンティブを全く欠くことになってしまうだろう。Yは、Zの営業活動を調査して、その詐欺的勧誘の事実を察知しようものなら、たちまち民法九六条二項にいう「相手方がその事実を知っていたとき」に該当することになるので、顧客による契約の取消しの危険にさらされてしまうからである。その結果、Yとしては、Zを全面的に〈信頼〉して、その持参する契約書類にだけ目を通した上で、もっぱら顧客の信用調査に専心する方が安全だということになりかねない。

このような、いわば「野放し」の現状を変えることができるのが、契約締結補助者の理論である。この理論によって、現在の取引のあり方を変革し、市民の取引上の安全を向上させることができる。それは、社会公益的な観点から、契約に対する眼差しを更新しようとするものである。契約締結補助者の理論による法の変革・更新によって、冒頭の例にあるようなリース契約の悲劇を避けることができる。なぜなら、契約締結補助者の理論が認

められると、リース会社は、顧客の信用のみならず、契約締結補助者の行為にも目を光らすことになり、結果的に契約締結補助者による詐欺被害が減少することになるからである。

すでに、最高裁は、生命保険外交員Zによる詐欺に基づいて複数の保険契約がY保険会社との間で締結された事案において、各保険契約者Xが詐欺を理由に保険契約を取り消すことができることを前提に、取消しの結果、保険会社はDに対して給付した出来高給につき不当利得として返還を請求できるとした原審判断を是認している。その際、いわく、「Zは、Y会社の生命保険募集外務員として所論の保険契約締結の衝に当つたものであつて、各保険契約者Xにとつて民法九六条二項にいう第三者に当らないから、原判決に所論の違法はない」。そこでは、契約締結補助者Zが「第三者」でないことが明確な形で認められている（最判昭四一・一〇・二一裁判集民事八四号七〇三頁――裁判官・奥野健一、城戸芳彦、石田和外、色川幸太郎、草鹿浅之介）。したがって、契約締結補助者の理論を承認するためには、あと一歩を進めれば足りる。

契約締結補助者の理論を認めるか否かは、市民の取引上の安全をどう図るかに関する社会的選択の問題である。現在までに最高裁は、履行補助者の理論を承認し、安全配慮義務を承認し、さらに、契約締結上の過失理論を承認することによって、市民生活の安全確保に向けて、貴重な社会的選択を行ってきている[29]。そして今、新たな社会経済構造の変化に対して、適切な対応をすることができるかが問われている。

今回の民法（債権法）改正においては、業界圧力もあってか、契約締結補助者どころか、履行補助者に関してさえ、規定を置く気配がないように見える[30]。しかし、法は、社会の変化に合わせて不断に発展しなければならない。発展しなくなった法は、死せる法である。最高裁が、法の番人として、現在の社会経済の構造に適合的なルールを新たに宣明することによって、契約相手方以外の者による違法行為から、消費者のみならず、事業者をも守る方向で法を発展させることを期待したい。

【付記】

本稿は、現在、最高裁において係属中の空リース事件（平成二七年（ネオ）第一八〇号、平成二七年（ネ受）第二〇四号）におけるユーザー側の「リース被害京都弁護団」の求めに応じて執筆した意見書（二〇一五年六月二六日）を元にしている。ここでは、意見書と異なり、具体的な事件から少し距離を置き、一般理論の展開に力点を置いている。

（1）金山直樹・現代における契約と給付（有斐閣、二〇一三年）一六〇頁以下、同「取引裁判例の動向・二〇一三年前期」民事判例Ⅶ（二〇一三年）一七～一八頁参照。

（2）その要約として、松坂佐一・民法提要・債権総論（有斐閣、四版・一九八二年）七〇頁以下参照。

（3）例、我妻栄・新訂債権総論（岩波書店、一九六四年）一〇六頁以下、奥田昌道・債権総論（悠々社、増補版・一九九三年）一二六頁以下。

（4）星野英一・民法概論Ⅲ債権総論（良書普及会、一九七八年）六三頁以下、平井宜雄・債権総論（弘文堂、二版・一九九四年）八五頁以下、落合誠一・運送責任の基礎理論（弘文堂、一九七九年）参照。

（5）ここで森田論文は、勝本説を好意的に引用している（一八二～一八三頁注(83)）。勝本説は、概要、次のように説く。債務者は自己の履行義務の実行方法として任意に履行補助者を用いるのであって、その行為をもって自己の履行行為たらしめんとするものである。その場合、債務者が債権者に対して補助者の正当なる行為のみを利用し、その過失については関係ないと主張することは許されない。なぜなら、履行のために補助者を使用する者は、補助者のすべての行為を利用するものといわなければならないからである。そうでなければ、すべての債務者は、履行補助者を使用することによって責任を免れることになり、不当である。もっとも、補助者の過失は、直接に債務者の過失そのものではなく、債務者の責めに帰すべき事由であるに留まる（勝本正晃・債権総論・上巻（巌松堂書店、訂正四版・一九四〇年）三二二～三二三頁）。

（6）なお、それと並んで、政策的に認められる代位責任たる「他人の行為による契約上の保障責任」類型が析出されているが（一六九頁以下）、ここでは関係がないので、省略する。

（7）森田説を肯定的に評価するものとして、たとえば、平野裕之・プラクティスシリーズ債権総論（信山社、二〇〇五年）二五四～二五五頁、加藤雅信・新民法体系Ⅲ債権総論（有斐閣、二〇〇五年）一五六～一五八頁、大村敦志・基本民法Ⅲ債権総論・担保物権（有斐閣、二版・二〇〇五年）一一三頁、中田裕康・債権総論（岩波書店、三版・二〇一三年）一四二～一四三頁。

（8）道垣内弘人「判批」金法一三九六号七九頁。

（9）先に本文一⑴で引用した石田文次郎論文二六七頁。

（10）北川善太郎・注釈民法⑽（有斐閣、一九八七年）四三七頁。

（11）金山・前掲注（1）現代における給付と契約一六五～一六八頁〔初出、二〇〇四年〕。

（12）Jean Domat, Les loix civiles dans leur ordre naturel, nouv. éd., 2 tomes *in* 1 vol., Paris, 1777, t. 1, p. 208-209, n°. 4.

（13）金山・前掲注（1）現代における契約と給付一八一～一八二頁。

（14）金山・前掲注（1）現代における契約と給付一七八頁。

（15）判決は、民法九〇〇条四号但書は「平成一三年七月当時において〔憲〕法一四条一項に違反していたと判断される以上、本決定の先例としての事実上の拘束性により、上記当時以降は無効であることとなり、また、本件規定に基づいてされた裁判や合意の効力等も否定されることになろう」としつつも、「本決定の違憲判断は、Aの相続の開始時から本決定までの間に開始された他の相続につき、本件規定を前提としてされた遺産の分割の審判その他の裁判、遺産の分割の協議その他の合意等により確定的なものとなった法律関係に影響を及ぼすものではないと解するのが相当である」と説いて、違憲判決の効力が無限定に広がらないように配慮している点で注目される（裁判官・竹崎博允、櫻井龍子、竹内行夫、金築誠志、千葉勝美、横田尤孝、白木勇、岡部喜代子、大谷剛彦、大橋正春、山浦善樹、小貫芳信、鬼丸かおる、木内道祥）。

（16）最一判平一二・一・二七裁判集民事一九六号二五一頁（裁判官・小野幹雄、遠藤光男〔反対意見〕、井嶋一友、藤井正雄、大出峻郎）、最二判平一五・三・二八裁判集民事二〇九号三四七頁（裁判官・北川弘治、福田博、亀山継夫、梶谷玄〔反対意見〕、滝井繁男〔反対意見〕）、最一判平一五・三・三一裁判集民事二〇九号三九七頁（裁判官・

島田仁郎、深沢武久〔反対意見〕、横尾和子、甲斐中辰夫、泉徳治〔反対意見〕）、最一判平一六・一〇・一四裁判集民事二一五号二五三頁（裁判官・島田仁郎、横尾和子、甲斐中辰夫、泉徳治〔反対意見〕、才口千晴〔反対意見〕）、最二判平二一・九・三〇裁判集民事二三一号七五三頁（裁判官・古田佑紀、今井功〔反対意見〕、中川了滋、竹内行夫）。

(17) もっとも、これまでの合憲判決は常に違憲だとする反対意見を抱えていたから（前注(16)参照）、違憲判決は晴天の霹靂ということはできないかもしれない。

(18) 例、鳩山秀夫・日本民法総論（岩波書店、増訂改版・一九三三年）四〇〇～四〇一頁註一、我妻栄・新訂民法総則（岩波書店、一九六五年）三四九頁、四宮和夫・民法総則（弘文堂、四版・一九八六年）一八六頁注(1)、同二四六頁注(1)、石田喜久夫編・現代民法講義1民法総則（法律文化社、一九八五年）一六六頁〔磯村保〕、辻正美・民法総則（成文堂、一九九九年）二五一頁、川井健・民法概論1民法総則（有斐閣、四版・二〇〇八年）二二一頁、佐久間毅・民法の基礎1総則（有斐閣、三版・二〇〇八年）二五三頁、河上正二・民法総則講義（日本評論社、二〇〇七年）三七六頁、平野裕之・民法総則（日本評論社、三版・二〇一一年）三七四頁。

(19) 近藤英吉・註釈日本民法（総則編）（一九三二年）三四六頁。同旨、同・民法大綱・総則（一九四〇年）三〇〇～三〇一頁、田島順・民法総則（一九三八年）三四七頁、沼義雄・綜合日本民法論(5)（一九三六年）一二三頁、同・民法総論・下（改訂版、一九四一年）九七頁。

(20) 近藤・前掲注（19）註釈日本民法三四六頁。

(21) Dieter Medicus, Allegemeiner Teil des BGB, 10. Auflage, 2010, Rn 801.

(22) 第一草案一〇三条一項「意思表示の効力を生ずるには相手方に対して之を表示することを要する場合に於て第三者が詐欺したるときは、相手方は之を知り又は知らざるべからざりしときにのみ意思の表示を取消すことを得」、第二草案九八条二項「第三者が詐欺したる場合に於て或人に対する意思の表示は相手方が詐欺を知り又は知らざるべからざりしときにのみ意思の表示を取消すことを得」（以上、法学協会雑誌一一巻一二号付録四八頁〔仁保亀松訳〕による）。現ドイツ民法一二三条二項前段も「第三者が詐欺を行った場合、ある人に対する意思表示は、相手方が詐欺を知り、また知るべきであったときに限り、取り消すことができる」と規定している。

(23) 河上・前掲注(18)民法総則講義三六七～三六八頁。
(24) 下森定・新版注釈民法(3)（有斐閣、二〇〇三年）四七二頁。
(25) 平野・前掲注(18)民法総則三七四頁注(419)。
(26) 最高裁は、割賦販売法三〇条四第一項新設前の個品割賦購入あっせんの事案や（最判平二・二・二〇判時一三五四号七六頁――裁判官・坂上寿夫、安岡満彦、貞家克己、園部逸夫。割賦販売法三〇条の四第一項の規定の趣旨につき同旨、最判平二三・一〇・二五判時二一三三号九頁――裁判官・那須弘平、田原睦夫、岡部喜代子、大谷剛彦、寺田逸郎）、平成一一年改正前の割賦販売法の適用を受けるクレジット契約の事案において（最判平一三・一一・二二判時一八一一号七六頁――裁判官・深沢武久〔反対意見〕、井嶋一友、藤井正雄、町田顕）、法文を超えてまでは抗弁の接続を認めない立場を示している。抗弁の接続は、法律の改正によって初めて「創設的」に認められた権利として位置づけているからであろう。このことからすると、消費者契約法四条・五条を「確認規定」として位置づけて同法の適用外の場面において類推適用するというのは、難しいように思われる。
(27) この判決については、金山・前掲注（1）民事判例Ⅶ一七～一八頁で批判的に検討している。
(28) ①判決とほぼ同旨であり、同様の問題を含んでいる。
(29) 法と社会的選択の問題については、フランスにおいて連帯主義を唱える論者から学ぶべき点がある（金山・前掲注(1)現代における契約と給付三頁以下、とくに四〇～四一頁参照）。
(30) もっとも、民法の一部を改正する法案は、九六条二項を改正して、「相手方に対する意思表示について第三者が詐欺を行った場合においては、相手方がその事実を知り、又は知ることができたときに限り、その意思表示を取り消すことができる」という規定を置くことを予定している。この規定によれば、契約締結補助者を用いた相手方は、補助者による詐欺につき悪意があるときのみならず、善意であっても、そのことにつき過失があるときは、当事者による取消しを覚悟すべきことになる。しかし、実際の訴訟においては、契約相手方の悪意・有過失を証明することは困難であって、そのため裁判官による認定も確実性と安定性を欠いたものにならないだろうか。これに対して、契約締結補助者の理論によれば、契約相手方の悪意・有過失は問題にならないので、訴訟審理は極めて容易であり、その判断も確実かつ安定したものになるだろう。のみならず、たとえ相手方が善意・無過失の証明に〈成功〉したとしても、

当事者が保護される点において、実体法のルールとして優れている。

【後記】

脱稿後、薬袋真司＝岡本圭史「契約締結補助者の詐欺と民法九六条二項――提携リース問題と債権法見直しの議論に関連して――」（消費者法ニュース八七号（二〇一一年）二八〇頁）を見落としていたことに気がついた。法制審議会での議論も踏まえた上で、簡潔ながら興味深い指摘がなされているので、本稿と併せて一読して頂ければ幸いである。

さらに、再校時に、代理人の悪意・過失を本人に帰責できるかという問題につき、ドイツ法を参照軸とする研究があることを知った（岡本裕樹「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）～（三・完）」法政論集二三六号、二三八号、二六二号（二〇一〇～二〇一五年）、溝渕将章「民法一〇一条一項と『悪意の帰責』法理（一）～（二・完）」阪大法学六三巻一～二号（二〇一三年）、後者の書評として、桑田和久「民法学のあゆみ」法時八七巻九号（二〇一五年）一〇九頁）。そこでは、代理権を持たない補助者、つまり契約締結補助者も含めて論じられている。なお、私見のような解釈論は、かなり以前からドイツにおいて見られるようであり（Werner Schubert, Unredliches Verhalten Dritter bei Vertragsabschluß, AcP 1968, S. 470）、その骨子は学説・判例によって大体において承認されているようである（Staudinger/Reinhard Singer, BGB 2012, § 123, Rn 50, 52, 57）。