



Title	近親者保証の実質的機能と保証人の保護（3・完） - ドイツ法の分析を中心に -
Author(s)	齋藤, 由起
Citation	北大法学論集, 55(3), 213-269
Issue Date	2004-09-15
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15306
Type	bulletin (article)
File Information	55(3)_p213-269.pdf



[Instructions for use](#)

近親者保証の実質的機能と保証人の保護（三・完）

——ドイツ法の分析を中心に——

齋藤 由 起

目 次

- 序章 問題の所在
- 第一章 問題の背景とB G H八九年判決登場まで
- 第二章 B G H八九年諸判決から連邦憲法裁判所九三年決定以前
- 第三章 連邦憲法裁判所九三年決定

（以上五五卷一号）

第四章 連邦憲法裁判所九三年決定以降

一 B G H 民事第九部九七年九月判決以前

二 B G H 民事第九部九七年九月判決とその後

1 B G H 判例

(1) 配偶者が他方配偶者のために共同責任を引き受ける場合

(2) その他の人的関係における共同責任

2 学説

3 小括

三 現在の到達点——ドイツ法の総括

1 問題の特徴の変遷

2 確定した判断枠組とその要件(考慮事実)

(1) 「特に大きな不均衡」原則

(2) 「過剩性+特段の事情」原則——その一(「特段の事情」第一類型)

(3) 「過剩性+特段の事情」原則——その二(「特段の事情」第二類型)

(4) 「過剩性+特段の事情」原則と「特に大きな不均衡」原則の適用順序および両原則の関係

3 既存の法理との関係

(1) 強迫(B G B 一三三一条一項)との関係

(2) 詐欺(B G B 一三三一条)との関係

(3) 債権者の説明義務との関係

(4) 暴利行為(B G B 一三八条二項)との関係

4 実務への影響

第五章 結び——日本法への示唆

(以上本号)

(以上五五卷二号)

第四章 連邦憲法裁判所九三年決定以降

二 B G H 民事第九部九七年九月判決とその後

1 B G H 判例

民事第九部は憲法裁九三年決定（判例〔24〕）を受けて従来
の判例を変更し、主債務者の成人したばかりで資力の乏しい子
や配偶者による巨額の共同責任設定契約の良俗違反（B G B 一
三八条一項）を認めるに至った。しかし、民事第九部は、配偶
者よりも取引無経験の子の方が要保護性が高いと考えていたの
で、取引無経験の子による共同責任設定契約を良俗違反に基づ
き全部無効（B G B 一三八条一項）とすることについては比較
的容易に肯定したが、配偶者の事例については、子の事例より
も厳格な判断基準によって良俗違反性を審査していた。すなわ
ち、配偶者の事例については、民事第九部はそれまで、「過剰
性＋特段の事情」原則、「特に大きな不均衡」原則、行為基礎
喪失論等による債権行使の阻止、の三つの判断枠組を定立し、
巨額の共同責任を負った配偶者の保護と詐害的財産移転を防止
する債権者の利益の間のバランスをとってきた。これらのうち
第二次的に適用が検討されていた「特に大きな不均衡」原則に
よる良俗違反の成立は、全ての判決において否定され、また、

この枠組による良俗違反性の根拠について判例の説示が二通り
に分かれていたので、不明な点が多かった。

このようななか、クレイフト判事の見解（本章一2（2））
が公表された直後のB G H 民事第九部一九九七年九月一八日判
決 NJW 1997, 3372（判例〔42〕）は、「特に大きな不均衡」原
則を第一次的に適用し、この判断枠組による良俗違反性の根拠
が、保証人の極端な過剰債務が保証人の「交渉力の劣位」を債
権者が利用した結果として引き受けられたことにあることを明
らかにした。そして、判例〔42〕の後のB G H 判例も、配偶者
の事例に第一次的に「特に大きな不均衡」原則を適用し、この
判断枠組の要件を徐々に具体化していった。それゆえ「家族に
よる共同責任」の問題解決のために現在通用する判断枠組は、
この時期に確立したということができよう。

なお、この時期、子の事例に関するB G H 判決は、筆者の探
し得た限りでは見つからなかった。そのため、判例〔42〕以降、
「特に大きな不均衡」原則の確立の基礎となつたのは配偶者の
事例である。ただし、この時期には、主債務者と兄弟姉妹関係
にある者が保証を引き受けたり、有限会社の有限責任社員
（Gesellschafter）が会社債務を保証した場合等に、「特に大き
な不均衡」原則の適用の可否が問題となつた判決がいくつか現

れた。これらの判決は、「特に大きな不均衡」原則の射程の確定に関わるものであり、BGH民事第九部が、主債務者とのいかなる人的関係から共同責任者の「交渉力の劣位」が推定されると考えたかを知るうえで参考になるものと思われるので、ここで検討する。

(1) 配偶者が他方配偶者のために共同責任を引き受ける場合
(ア) BGH民事第九部一九九七年九月判決

BGH民事第九部一九九七年九月一八日判決(判例〔42〕)は、Y(女性、年齢不明、家具職人の職業教育終了、婚約者A)が経営する会社で家具職人として月収手取り三五〇〇Mを得ていたが、AのX銀行に対する取引債務につき包括根保証したところ、Aが破産したので、X銀行がYに対して三〇万Mとそれの利子の強制執行を通知した後に、さらに約二二万Mを請求して提起した訴訟に対する判決である。なお、本件保証契約締結の背後には、AがXから融資を受ける際に提供していた種々の担保のうち、譲渡担保に供されたA所有の債権の回収がその債権の債務者の破産によって不能となったので、追加担保としてYがAの全債務を包括根保証したという事情がある。本件訴訟において、Yは、Xとの保証契約締結の交渉の際に譲渡担保債権の欠損額(二〇万M)しか話題にのぼらなかつたとして、良

俗違反に基づく無効を主張した。

判例〔42〕は、「特に大きな不均衡」原則について次のように述べた。「責任の総額と保証人の経済的履行能力の間に極端な不均衡(ein kraases Missverhältnis)があるため、保証人の経済的資金が主たる債務全体を弁済するのに実質的に無意味であり、いかなる観点からみても合意された債務額に対する債権者の法的に正当な利益を認識できない場合には、保証人が取引経験や法的知識がないために、主債務者との感情的結びつきだけからこのような債務に巻き込まれ、銀行が非難すべき方法でこれを利用したと推定すべきである。……保証人が、主債務者との個人的関係の外にある事情から、独立した自己責任による考慮に基づいて行動していない場合には、法秩序は、BGB一三八条一項によってこのような経済的に無意味な取引に対していかなる法的効果を与えることも拒否する」。本件において、Yの差押可能収入(約一六〇〇M)によっては五年以内に未払額の一〇%しか支払うことができず、銀行が当該保証に対して有する許害的財産移転の防止の利益は、他の担保価値を差し引いた一五万Mについてしか正当性がないこと、YはAへの個人的愛情や信頼によって意思決定をし、これによりYとAの生活の基盤である会社を維持しようとしたにすぎないこと、に基づき、

本件保証は経済的に無意味であり、Yの契約地位の劣位性のみから成立しているので、良俗違反（BGB一三八条一項）に基づき全部無効である。

判例〔42〕によれば、「特に大きな不均衡」原則の要件は、①保証人が主債務者と夫婦（パートナー）関係にあること、②責任の総額と保証人の経済的履行能力の間に極端な不均衡があること（二五％基準によって判断する）、③融資目的となる事業から保証人が独自の経済的利益を享受しないこと（事業の収益から扶養を受ける利益はこれに含まれない）、④保証責任の総額と詐欺的移転が防止される財産の額が釣りあわないこと、である。保証人が取引無経験者であることは、従来の判例においては「特に大きな不均衡」原則の要件として要求されていたが、判例〔42〕においては独立の要件として要求されておらず、右①ないし④の要件が具備されるときに推定される。

判例〔42〕の事案は、保証契約締結に至る交渉の際、保証額については譲渡担保に供された債権の欠損分しか話題にのぼらなかつた、とのYの主張について、保証リスクや責任範囲についてのXの故意による黙秘が認められれば、「過剰性＋特段の事情」原則が適用されそうな事案であった。そうであるならば、BGHがこのような事案についても第一次的に「特に大きな不

均衡」原則を適用したのは、子の事例と同様に配偶者の事例についても、保証人が主債務者との人的関係から正常な意思決定をできない状態に陥ること（「交渉力の劣位」）を認めるようになったからであると評価できる。

さらに、要件④について、判例〔42〕以前の判例においては、「特に大きな不均衡」原則の適用を審査するにあたって、共同責任者と主債務者が夫婦関係にあることから即座に債権者に詐欺的財産移転防止の利益があると認めることによって、良俗違反性を否定していた。しかし、判例〔42〕によって、保証責任の総額と詐欺的財産移転を防止する対象となる財産の額とが釣りあわない場合には、その利益のある部分も含めて全部無効に服することとなった。この限りで、行為基礎喪失論等によって債権者の債権行使を阻止して保証人を保護する必要性はかなり小さくなった。

このことに加えて、BGH民事第九部一九九八年一〇月八日判決NWJ 1999, 58（判例〔46〕）は、一九九九年一月一日以降に締結される保証契約について、詐欺的財産移転防止目的のような債権者の特定を良俗違反否定フアクターとして扱う要件を厳格化する方向で従来の判例を変更することを明らかにした。すなわち、一九九九年一月一日以降に締結される保証契

約について、債権者の特定の利益（詐害的財産移転の防止、保証人が将来の相続によって取得するであろう財産に対する差押えを可能にすること）を確保するために、極端な過剰債務となる保証契約が主債務者の家族との間で締結される場合には、このような限定された目的が保証契約の目的として契約上規定されない限り、保証契約は有効とならないとした。

判例〔46〕は、債権者の詐害的財産移転防止の利益の扱い方をこのように厳格化する理由について、大要次のように述べる。それまで民事第九部が、保証責任の総額と保証人の経済的履行能力の間に「極端な不均衡」がある場合に、債権者に詐害的財産移転防止の利益があることを決め手として良俗違反を否定してきた理由は、第一に、同法廷が、とりわけ配偶者の事例について、主債務者である配偶者から他方配偶者への詐害的財産移転を防止するために、銀行が他方配偶者の共同責任を要求するという信用実務上の慣行を是認していたこと、第二に、一九九四年の判例変更後も、家族による共同責任設定契約を良俗違反とする判断枠組が判例においてすぐには確定しなかったため、債権者にとって主要な目的である詐害的財産移転防止目的を達成する要件、すなわち契約の有効性を確保する要件が判然としていなかったこと、の二点による。しかし、前出民事第九部一

九九七年九月一八日判決（判例〔42〕）によって良俗違反性の判断枠組が確定したので、⁽¹⁸⁾ 詐害的財産移転防止の利益を良俗違反否定ファクターとして特別に考慮する必要性はなくなった。

このことから、行為基礎喪失論等による債権者の債権行使の阻止という方法も、良俗違反性の判断枠組が確定するまでのあいだに債権者の利益を保護するための、いわば「つなぎ」の役目を果たしていたと評価することができよう。

(イ) 民事第一一部九九年上告回付決定による民事第九部の実質的判例変更

B G H 民事第一一部は、一九九九年六月二九日上告回付決定 *NW 1999, 2584* (判例〔47〕)において、一九九四年に民事第九部が判例変更した後もなお解消されなかった民事第九部と民事第一一部の相違点を統一すべく、大法廷 (*Grosser Senat*) への回付を決定した。判例〔47〕は両法廷の間で解消すべき相違点について大要次のように述べる。

①巨額の共同責任設定契約の良俗違反性の判断基準は、主債務者の子の事例とそれ以外の近親者の事例とで区別すべきか。民事第九部は、「過剰性+特段の事情」原則、「特に大きな不均衡」原則、行為基礎喪失論等による債権行使阻止の三つの枠組を用いる。「過剰性+特段の事情」原則において、子の事例に

ついでのみ意思決定侵害が推定される。「特に大きな不均衡」原則において、詐害的財産移転防止や将来の相続の期待に対する債権者の利益は、子の事例においては巨額の共同責任を正当化しないが、それ以外（とりわけ配偶者）の事例では巨額の共同責任を正当化する事由となる。民事第九部は一九九七年九月一八日判決（判例〔42〕）以降、配偶者の事例についても、主債務者との人的関係によって巨額の債務に巻き込まれたことを推定するとの構成をとるに至ったが、このように共同責任者が主債務者との人的関係によって巨額の債務に巻き込まれた場合にも、債権者に詐害的財産移転防止の利益があることによつて契約は正当化されるとする。これに対して、民事第一一部は、主債務者との関係如何にかかわらず同一の基準で良俗違反性を判断する。そして、財産移転の防止の利益は、いずれの場合も巨額の共同責任を正当化する事由とはならないとする。

② 極端な過剰債務性は何を基準に判断するか。民事第九部は「特に大きな不均衡」原則において二五%基準を用いるが、民事第一一部は契約締結時の共同責任者の財産・収入状況によつて約定の利子を弁済できるかどうかを基準とする。

③ 極端な過剰債務性の判断は共同責任者の資力のみ焦點を合わせるべきか。民事第九部は、子の事例においては子自身の

財産・収入状況のみをもとに計算するが、配偶者の事例においては主債務者と共同責任者との二人の財産・収入状況を合わせたものを基礎に計算する。民事第一一部は、両事例について共同責任者個人の財産・収入状況のみを基礎にする。

④ 共同責任による著しい過剰債務性を判断する際、共同責任者が不動産等を有する場合には、どのようにその資産を評価すべきか。民事第九部は、その不動産にすでに物的負担が設定されている場合もこれを控除せず、不動産の価格そのものを資産として評価する。民事第一一部は、すでに設定された物的担保分を控除して資産価値を評価する。

⑤ 極端な過剰債務性を判断する際の基準時はいつか。民事第九部は、共同責任の弁済期を基準時とする。弁済期になつて財産・収入状況が改善していたときは、共同責任設定契約締結時にすでに共同責任者が履行可能となることが予測できたことが事実上推定されるとする。民事第一一部は、共同責任設定契約締結時を基準時として、共同責任者の学歴・職業教育の有無などからその後の収入増加の見込みを判断する。

⑥ 共同責任者が融資によつて現在より高額な扶養を受けられるという利益は、巨額の共同責任と利益調整すべき事情か。民事第一一部は「直接かつ十分な程度で利益を得る場合」にのみ

利益調整を肯定するが、扶養を受ける利益は間接的利益にすぎないとして利益調整を否定する。これに対して民事第九部の態度は不明確である。⁽⁸⁹⁾

本件は後に当事者により取下げられ、⁽⁹⁰⁾ 大法院の判断には至らなかった。しかし、民事第九部は、判例〔47〕を受け、二〇〇〇年一月二七日判決 NW 2000, 1182. (判例〔49〕)において、

「特に大きな不均衡」原則を適用し、各要件について民事第一一部に合わせる形で見解を変更した。判例〔49〕は、婚姻外パートナーである X (男性、三三歳、Y の主張によると、女性パートナー A の会社で月収四〇〇〇 M を得ていたというが、立証されていない) が、A の住宅建築を目的とする消費貸借債務 (一六五万 M) について、自らの生命保険金請求権を譲渡するとともに連帯保証を引き受けたところ、X が Y に対して、X Y 間の保証証書から Y が何の権利も取得していないことの確認を求めて提起した訴訟に対する判決である。判例〔49〕は、「特に大きな不均衡」原則の各要件のうち、前出民事第一一部一九九九年上告回付決定 (判例〔47〕) における②③⑤について民事第一一部に合わせる形で判例を変更し、さらに次のように述べた。債権者が当該保証以外に有する担保は、保証人の責任を正当な程度まで減少させる場合に限り、保証契約締結時にすでに存在

しまたは予測可能な分についてのみ顧慮されるべきである。取引に熟達した人も配偶者との感情的な結びつきによって著しい過剰債務となるような保証を引き受けることがあり得るので、配偶者が主債務者との感情的結びつきから保証を引き受ける場合には取引の熟達さは問題とならない。

本件連帯保証契約は、X の契約締結時の収入では、利子(一ヶ月当たり一万二三七五 M)を稼ぐことができなかったこと、X が融資目的である家に居住することにより得る利益は生活水準が上昇する利益にすぎず、見込みのない過剰債務と調整できる利益でないこと、X は A の代理人として交渉したが、主たる債務を発生させる取引に対する X 独自の利益はないこと、詐欺的財産移転防止の利益は他に提供された担保を差し引いた四〇万 M に認められるにすぎないこと、に基づき良俗違反と判断された。

(2) その他の人的関係における共同責任

(ア) 兄弟姉妹関係

前述のように、前出民事第九部一九九七年九月一八日判決(判例〔42〕)によって、夫婦(婚姻類似のパートナー)関係においても、「特に大きな不均衡」原則によって「取引経験や法的知識がないために、主債務者との感情的結びつきだけからこのような債務に巻き込まれ」たことが認められるようになった。

このようななかで判例は、主債務者の兄弟姉妹による保証の事例についても、条件つきで、配偶者の事例に準じて「特に大きな不均衡」原則によって良俗違反が認められるとした。

すなわち、BGH民事第九部一九九七年二月一日判決 NJW 1998, 597. (判例 [45]) は、兄弟が節税目的で設立した有限会社 (GmbH) の五〇%の持分権を有する社員 (Gesellschafter) である女性 (二六歳、銀行の速記員として月収手取り二三〇〇M、無資産) が、当該有限会社の取引債務につき一・二〇万Mを極度額とする連帯保証を引き受けた事例に関する判決である。判例 [45] は、成人した兄弟姉妹間には夫婦関係や成人したばかりの子と親の関係に「比肩し得る密接な個人的関係」はないのが通常であるが、「個々のケースにおいて、兄弟間にも相当の密接な人的関係や内部的依存関係があり得る」ので、このことを保証人の側で主張立証すれば「特に大きな不均衡」原則の適用の余地があると述べた。

判例 [45] から、BGHは、成人したばかりの子と親との関係や夫婦 (パートナー) 関係を、「交渉力の劣位」を生じる主債務者との「密接な個人的関係」の典型であると考えていることが明らかにされる。そして、このことから、「特に大きな不均衡」原則の要件は、①主債務者の子または配偶者に「比肩し得る

密接な個人的関係」にある者が、②自らの経済的履行能力と「極端な不均衡」にある共同責任を、③独自の経済的利益を追求することなく、引き受けること、ということになる。

(イ) 社員が会社債務を保証する場合

日本と同様、ドイツにおいても、銀行が中小企業や起業家に對して融資する際に、会社法上有限責任を負うにすぎない有限会社 (GmbH) の社員 (Gesellschafter) や経営者に対して、会社の取引債務について包括根保証を引き受けさせる慣行が行なわれているが、判例は、主債務者である会社の社員や経営者が会社の取引債務を保証した事例に対して、「特に大きな不均衡」原則の適用を否定した。

例えば、主債務者である有限会社の単独社員 (経営者) が会社の取引債務の包括根保証を引き受けた事案に関して、BGH民事第九部一九九七年二月一日判決 NJW 1998, 894. (判例 [44]) は、「主債務者との密接な感情的結びつきがあつてはじめて、保証人がその劣後的地位に基づき取引に巻き込まれたことの間接事実 (Mitw.) となり得る」としたうえで、「主債務者が保証人自身が出資する会社である場合、決定的な出資 (傍線は筆者による) があるときには、このような間接事実は考慮されない。むしろ、自分の会社の債務を保証した者の自己の経済

的利益が重要な位置を占める。それゆえ、この者は理不尽なりスク (unzumutbares Risiko) を負っているのではない。有限会社に対する取引信用の際に、社員による保証を要求する通常の銀行実務は、法的に否定されるべきでない。社員による保証の引受けは、特別な状況下でのみ例外的に良俗違反となるにすぎない」と述べて、会社の単独社員による保証の事案に対する「特に大きな不均衡」原則の適用を否定した。

それでは、共同責任者が主債務者である有限会社の名目的社員であり、かつ、その共同責任者が会社の実質的支配者と近親関係にある場合には、「特に大きな不均衡」原則が適用される余地はあるのであろうか。前出民事第九部一九九七年二月一八日判決（判例〔45〕）は、「特に大きな不均衡」原則は、「共同責任者が直接家族（兄弟姉妹）のためではなく、自らが社員である会社のために保証した場合には適用されない。会社が経済的にみて本質的に保証人と密接なつながりのある人間の所有であるならば、責任を引き受けざるを得なかった人（共同責任者——筆者注）は、家族保証や配偶者保証に典型的な葛藤状態にある。このことよって、会社に出資しようとする意思決定が、経済的熟慮に基づくのではなく、他方（主債務者——筆者注）に親切をするためになされる可能性がある」と述べ、

このような場合には、家族保証と同様に共同責任者を保護する必要性があることを認めた。そのうえで判例〔45〕は、保証人が経営に実質的に出資していないワラ人形的社員にすぎないと主張に対して、ワラ人形的社員による会社債務の保証も、原則的に、実質的社員や業務執行者の場合と同様に扱われるべきであるが、「銀行が、責任を引き受けざるを得なかった者が経済的に出資せず、経営者の地位を家族保証および配偶者保証に典型的な考慮に基づいてのみ引き受けており、この者が独自の経済的利益を追求していないという事実を知っているならば」、例外的に「特に大きな不均衡」原則が適用されると述べた。

なお、社員による会社債務の保証の場合のように、「特に大きな不均衡」原則の要件（要件①③）を充足しない場合についても、良俗違反（BG B一三八条一項）の可能性が完全に排除されるわけではない。共同責任者が債権者の意思決定侵害行為を主張立証すれば、「過剰性+特段の事情」原則によって良俗違反が認められる余地がある（本章一（2）（ア）参照）。

2 学説

（1）「特に大きな不均衡」原則は、民事第九部一九九七年九月一八日判決（判例〔42〕）以降の諸判決によって、①主債務者の子または配偶者に「比肩し得る密接な個人的関係」にある

者が、②自らの経済的履行能力と「極端な不均衡」にある共同責任を、③独自の経済的利益を追求することなく、引き受けることから、共同責任者の「交渉力の劣位」と、それを債権者が認識（利用）していることを推定するルールであることが確立したが、学説はこの枠組をどのように評価・理解しているのであらうか。

まず、「特に大きな不均衡」原則を、判例〔42〕と同様に交渉力の劣位推定ルールであると捉える見解がある。また、このように捉えながらも、判例に全面的に反対する見解がある。すなわち、メデイクスは、とりわけ債権者の認識または重過失による不知を推定する構成に対しては、家族保証の獲得に慣れきってしまい、個々のケースに心を配ることなど決してない銀行にとって現実の「認識」は問題とならないため、判例は擬制（Fiktionen）を使って無関心（Gleichgültigkeit）と認識（Kenntnis）を同視していると指摘し、保証人の意思決定に対する侵害については債権者の行為を問題とすべきであるとする⁽¹⁹⁾。

他方で、「特に大きな不均衡」原則の中に、交渉力の劣位推定ルールと経済的無意味性ルールとが併存すると理解する見解がある。ザイデル（Seidel）とブリンク（Brink）は、交渉力の劣位推定ルールが適用されるのは、主債務者との感情的つながりから交渉力に關して劣後的地位にある特別に保護すべき人的

集団（配偶者、パートナー、子等）に限定されるとし、経済的無意味性ルールは共同責任者と主債務者の人的關係如何にとらわれず、自己責任に基づき意思決定できる者（有限会社の社員による会社債務の保証等）にも適用できるとする。そしてこの二つのルールは、経済的無意味性ルールが交渉力の劣位推定ルールを包み込む形で重なり合うので、交渉力の劣位推定ルールは、独自の類型として存在する必要性がないと述べる⁽²⁰⁾。

さらに、ハーバーザックとギグリオ（Giglio）は、「特に大きな不均衡」原則の要件に着目し、これを内容的良俗違反であると批判する⁽²¹⁾。良俗違反の要件として、債権者から共同責任者への意思決定侵害の事実、少なくとも債権者が共同責任者の交渉力の「構造的劣位」を裏づける事情を知っていることを、共同責任者が立証することが要件とされるべきであり、特別な場合として取引無経験の子の事例においてのみ、このことの推定が認められるべきだとする⁽²²⁾。

また、トナー（Toner）も、右の①②③を要件として保証人の「交渉力の劣位」を推定する判例の構成を批判し、保証責任の総額と共同責任者の経済的履行能力の間に極端な不均衡がある場合（二五％基準により判断する）にも、保証人が自ら意思

決定侵害に関する事情について主張立証すべき点とすることで、ハーバーザックとギグリオと基本的に同じ見解である。その理由は次の通りである。「銀行は、主債務者と保証人の夫婦の間柄を知らないのが普通であり、これについて関心をもつ必要がない。それゆえ、保証人が精神的強制状態なくして意思決定したことを銀行が立証するのは、普通に考えて不可能であるといつてもよい。これに対して、どのような事情に基づいて意思決定の自由が侵害されたかを保証人が立証するのは、簡単である」⁽¹⁹⁶⁾。そして、保証人が自ら債権者からの意思決定侵害があったことを主張立証する場合には、たとえ債権者に詐害的財産移転を防止する利益があるとしても良俗違反が認められることになる。⁽¹⁹⁷⁾ トナーが主張する判断枠組の構造は、判例の「過剰性＋特段の事情」原則の構造とほぼ同じである。ただ、トナーは、このルールと、前述①②③を要件とする経済的無意味性ルールが併存することを認める。経済的無意味性ルールによれば、二五%基準を満たす以上、もはや共同責任に担保としての有用性がないので、債権者に詐害的財産移転を防止する利益がない場合には、良俗違反が認められ、詐害的財産移転防止の利益があるときには、BGB二四二条による債権行使が阻止される可能性が残される。⁽¹⁹⁸⁾ しかし、トナーは、これらのいずれのルールも

社員による会社債務の保証の事例には適用されないとする。⁽¹⁹⁹⁾

(2)では、「特に大きな不均衡」原則について右のいずれの見解に立つにせよ、主債務者から共同責任者となる家族への詐害的財産移転を防止する利益が債権者にあることが、良俗違反を否定するファクターとして考慮すべきだと考えられているのであろうか。このことは、前出民事第九部一九九八年一〇月八日判決(判例〔46〕)の傍論が、一九九九年以降に締結される保証については、契約内容として特別に規定しない限り右利益を考慮しないとしたことに対する評価につながる。

トナーは、家族保証においては、詐害的財産移転の防止が典型的な利益であるため、契約内容として規律する必要がなく、⁽²⁰⁰⁾ この利益がないことの立証責任を保証人が負うと述べる。フィッシャーは、詐害的財産移転防止の利益は、主たる債務が他の方法で担保されていない限りで承認されるべきだとする。夫婦は生活共同体として長期にわたり共同の経済的利益を得ることによって結びついているし、BGB八二六条や債権者取消法(AnG)⁽²⁰¹⁾による保護だけでは不十分だからというのがその理由である。⁽²⁰²⁾

これに対してティートウケは、次の理由に基づき詐害的財産移転防止目的を考慮することに反対する。すなわち、第一に、

金融機関は詐害的財産移転を防止すべく妻の保証を要求するが、実際のところ、詐害的財産移転を防止するためだけに保証契約が締結されることは極めてまれであり、債権者は、通常、保証契約締結後に妻が自ら獲得した財産まで全て差し押さえようとしている。第二に、どのような債権者も詐害的財産移転のリスクを負っているのだから、債権者は、詐害的財産移転からの保護がBGB八二六条やZPO八五〇c条によって図られることで満足すべきであり、家族保証の場合の債権者のみを優先して保護する必要はない。⁽²⁰⁵⁾

(3) トナーやフィツシャーのように、詐害的財産移転を防止するという債権者の利益を「特に大きな不均衡」原則における良俗違反性否定ファクターと捉える見解は、前出民事第九部一九九七年九月一八日判決（判例〔42〕）以前の判例と同様、契約の有効性を承認した上で、夫婦関係の解消（離婚）によって詐害的財産移転の危険性がなくなった場合には、行為基礎喪失論を用いて債権者の債権行使を阻止することを認める。また、保証人への請求の時点で危惧されていた財産移転が現実に行なわれていない場合にも、黙示の不請求の合意やBGB二四二条や権利濫用による債権者の権利行使の阻止を認める。これらの手段においては、契約自由の原則ならびに貸金債権の弁済を願

う銀行の正当な利益と、経済的弱者である保証人が弁済できないほど巨額の債務を負担しない利益とが比較衡量されている。⁽²⁰⁶⁾

ところで、BGH民事第九部一九九七年九月一八日判決（判例〔42〕）以前の判例がこのようにして債権者の債権行使を阻止してきた根拠が、解釈（BGB一五七条）によって確定された契約上の請求の制限にあったのか、信義則にあったのかについては、判例上、明らかではない。⁽²⁰⁷⁾ この点、ホルンとメデイクスは、判例が信義則に根拠を求めているとみており、他方で、トナーは、銀行が追求する特定の担保目的（詐害的財産移転防止目的）が現実化していないことが根拠になるとする。⁽²⁰⁸⁾

また、債権者の債権行使が阻止される要件は、判例によれば、①主債務者の家族が、②自らの経済的履行能力と「極端な不均衡」にある共同責任を、③自己の経済的利益の追求なくして引き受け、さらに、④（一九九九年一月一日より前に締結された保証契約については）財産移転が現実に発生していないか、またはその危険性がなくなったこと、である。要件①②③は「特に大きな不均衡」原則と共通するので、学説はこれらの要件を改めて論じていない。財産移転の危険の喪失や財産移転の不発生（要件④）については、その主張立証責任は保証人が負うと解されている。その理由は、債権者は主債務者と保証人の内部

関係をのぞき見ることができないのが普通だからと述べられる。⁽²⁰⁾

効果は、財産移転の危険がなくなった場合（行為基礎喪失）に請求権がゼロまで減額されることが判例上認められており、学説もこれに賛成している。その理由については、フィッシャーは、行為基礎存続時に請求権を貫徹できないのに、その喪失後に請求権が発生すべき理由はないと述べる。⁽²¹⁾

ただし、財産移転以外の予想外の出来事によって共同責任者が取得した財産の扱いについては見解が分かれている。フィッシャーは、共同責任者が夫婦関係解消に関連して相当の財産を取得したり、または、予想外の出来事（相続等）によって相当の財産を取得したときには、例外的にBGB二四二条によって柔軟に処理されるべきだとする。⁽²²⁾ これに対してメディクスは、共同責任者が主債務者の出捐以外の原因によって取得した財産は考慮すべきでないとする。⁽²³⁾

(4) 前述(1)のように、現在のBGH判例は巨額の共同責任を負った家族の保護をもつぱら良俗違反(BGB一三八条一項)に委ね、学説の多数もこれに賛同するが、メディクスは債権者による現実の意思決定侵害行為を問題とすべきだとして、契約締結上の過失(culpa in contrahendo)による解決を主張する。すなわち、保証リスクを過小評価した場合や、家族意識に

訴えかけることにより保証人に不誠実に影響を及ぼした場合に、債権者は契約締結上の義務違反に基づき損害賠償として保証人を免責する義務を負う。債権者のこのような義務は、保証人のリスクに対する抵抗力が小さければ小さいほど、すなわち、取引無経験であるほど認められやすい。債権者の損害賠償義務は保証人に過失があれば共働過失(BGB二五四条)によって減額されるが、このときの保証人側の過失とは、例えば保証人が本質的な事情(自身の支払能力の限界)に関して十分な情報を与えないことであり、保証人が債権者に対して故意に誤った情報を伝えた場合には、過失相殺によって損害賠償請求権を完全に排除することもある。⁽²⁴⁾

3 小括

ここでは、BGH民事第九部一九九七年九月一八日判決(判例〔42〕)以降のBGH判例において確立した「特に大きな不均衡」原則についてまとめることにする。

判例〔42〕によって、「特に大きな不均衡」原則による良俗違反性の根拠を、契約内容の不当性(共同責任者の過剰債務)と共同責任者の「交渉力の劣位」を債権者が利用したこと求めることが明らかにされ、配偶者の事例について、第一次的に「特に大きな不均衡」原則の適用が検討されるようになった。そし

て、その後の諸判決によって、この枠組の要件や考慮事実が徐々に確定した。

要件は、①主債務者の子または配偶者に「比肩し得る密接な個人的関係」にある者が、②自らの経済的履行能力と「極端な不均衡」にある共同責任を、③独自の経済的利益を追求することなく、引き受けることであり、ただし、④(一九九九年一月一日以降に締結されるものについては)債権者が詐害的財産移転防止目的を共同責任者と合意の上で、契約内容として規定する場合に、良俗違反は否定される。

要件①については、子や配偶者は「密接な個人的関係」がその身分から認められるが、主債務者と兄弟姉妹関係にある者は、親子や夫婦に「比肩し得る密接な個人的関係」にあることを自ら主張立証しなければならない。共同責任者が取引無経験である必要はなく、それどころか取引に熟達していてもよい。

要件②の「極端な不均衡」は、共同責任設定契約締結時の共同責任者の独自の資産および(予測可能な)収入状況によって、共同責任の約定の利子を全額弁済できるかどうかによって判断される。また、債権者が有する当該共同責任以外の担保は、共同責任設定契約による責任を合理的な程度まで減少させるものについてのみ、考慮される。そして、銀行は担保価値審査義務

を負うので、共同責任設定契約締結時を基準時として、共同責任者の履行能力を知っているとみなされる。

要件③については、子や配偶者が融資の目的である事業の成功から受ける事実上の利益は、「独自の経済的利益」として評価されない。これに対して、会社の経営者や有限責任社員は会社に出資しているの、融資の目的である事業に対して、すなわち共同責任の引受けに対して「独自の経済的利益」を有するとされる。

学説には、「特に大きな不均衡」原則を交渉力の劣位推定ルールと評価するものと経済的無意味性ルールと評価するものとが併存する。そして、債権者の意思決定侵害の事実を考慮せず、要件①②③のみから良俗違反を導き出すことに対する反対説もなお有力に主張されている。

三 現在の到達点——ドイツ法の総括

1 問題の特徴の変遷

家族のために巨額な共同責任を負った者の債務奴隷化が重大な社会問題となり、前出民事第九部一九八九年一月一九日判決(判例〔15〕)が登場した頃、BGHに現れ、学説が典型例として想定していたのは、次のような事案である。すなわち、主債務者の子や妻であり、かつ、成人したばかりで、教育過程に

あるかあるいは職業教育を途中で挫折し、職業経験も皆無または乏しい、無資産・無収入または低所得のため経済的にも精神的にも主債務者に依存している者が、親や夫の事業の取引債務や消費者信用債務につき巨額の共同責任 (Bürgschaft Schuldneramt) を引き受ける場合である。銀行はこのような共同責任を、担保のためというよりむしろ、家族間の詐欺的財産移転を防止したり、家族のつながりを利用して弁済を促進したりするために、要求した。また、ドイツ連邦銀行連盟のガイドラインおよび政府による起業家援助貸付においては、配偶者の保証が融資の条件とされていた。

法的判断において共同責任者側の事情として考慮されたのは、取引無経験 (年齢、職業教育の有無、職業経験の有無から認定される)、無資力 (現在の資産・収入、学歴・職業教育の終了に基づく将来の収入可能性から認定される)、主債務者との関係 (親子、夫婦) であった。憲法裁九三年決定 (判例 (24)) の判断の基礎となる事案に登場していたのも、右の事情が全て当てはまるような「共同責任者」であった。

しかし、現在、主債務者の子や妻の他に、夫や婚姻外パートナーや兄弟姉妹であり、高年齢で職業教育も終了し、職業経験も豊かで取引経験や法的知識も豊富な、さらに、それなりの定

収を有し、ときに資産も有する者による巨額の共同責任までもが、「家族の共同責任」の問題性を含むものとして、このカテゴリーに含まれている。

それゆえ、自己の利益なくして、「家族のため」という動機から自己の資力で弁済できないほどに巨額の共同責任を引き受けた者が、その請求を受けて経済的破滅状態に陥るといって「家族による共同責任」特有の問題は、かつては消費者信用における過剰債務の問題の一端として把握され、資力が乏しく取引経験もない「社会的弱者」の保護の問題として位置づけられていたが、現在では、保証に代表される人的共同責任一般に潜む問題として把握されている。

2 確定した判断枠組とその要件 (考慮事実)

家族の共同責任をめぐる問題は、一九九九年一月一日施行の新倒産法 (InsO) 施行によって残債務免責制度が導入されれば、その範疇で解決されるべき問題であるともいわれてきた。⁽²⁴⁾

しかし、新倒産法施行後もなお、執行や倒産よりも前の契約締結の段階で、次のような良俗違反 (BGB 一三八条一項) による規制が行なわれ、債権者からの意思決定侵害行為の故に、あるいは、家族 (主債務者) との密接な人的関係の故に、債権者に対して交渉力の点で劣後的地位にある共同責任者が引き受

けた不当な過剰債務の是正が図られている。

(1) 「特に大きな不均衡」原則

(ア) 前出民事第九部一九九七年九月一八日判決(判例(42))によれば、主債務者の子や配偶者(パートナー)に代表される家族が、極端に過剰債務となるような共同責任を引き受ける場合には、「特に大きな不均衡」原則の適用が考えられる。すなわち、①主債務者の子や配偶者(パートナー)と「比肩し得る密接な個人的関係」にある者が、②共同責任者独自の資産および収入の差押可能部分では元本の利子すら弁済できないほど、その経済的履行能力と「極端な不均衡」にある共同責任を、③独自の経済的利益を追求することなく、引き受けた事実から、共同責任者が、「取引経験や法的知識がないために、主債務者との感情的結びつきだけからこのような債務に巻き込まれ、銀行は非難すべき方法でこれを利用した」ことが事実上推定される。ただし、前出民事第九部二〇〇〇年一月二七日判決(判例(49))によれば、「取引に熟達した人も、生活パートナーとの感情的結びつきから、極端な過剰債務となるような債務を引き受けることがある。X(保証人——筆者注)が取引無経験でないかもしれないことは、この関連で、証跡として(Beweiszeichen)重要でない」。なお、一九九九年一月一日以

降に締結されたものに關しては、右要件①②③を満たす場合であっても、④債権者が当該共同責任設定契約の趣旨が許害的財産移転防止目的にあることを共同責任者と合意し、契約内容として規定した場合に限って、良俗違反は否定される。しかし、このような特約のある場合であっても、請求時に現実に財産移転が発生していないならば、債権者の債権行使が阻止されることにならう(本章一1(2)(ウ)参照)。

「特に大きな不均衡」原則は、後述するように、家族による共同責任の問題に固有の判断枠組であり、日本における近親者保証人の保護を考える上でも参考になると思われるので、前述のまとめ(本章一3、二3)もあるが、さらに踏み込んだ分析を試みたい。

(イ) 「特に大きな不均衡」原則は、 α 共同責任者にとって「極端な」過剰債務(契約内容の不当性)が、 β 債権者による共同責任者の交渉力の劣位の利用(意思決定侵害)の結果であることを根拠に、共同責任設定契約全体を無効(BGB二三八条一項)とする枠組である。そこで、要件①②③が、右の α と β のいずれとの関係で共同責任設定契約の良俗違反を基礎づけるのが問題となるが、各要件の問題と合わせて、以下でまとめ

(a) 要件①は、 β との関係で良俗違反を基礎づけることが明白である。

要件①については、まず、「密接な個人的関係」という判例の表現が意味することの実質は何かが問題となる。家族による共同責任に関する事件が裁判所に登場し始めた初期の頃(一九八〇年代後半)の事例と異なり、現在の判例においては、職業教育を終了し、それなりの定期収入を得る配偶者についても、主債務者との関係から「交渉力の劣位」が推定されることからすれば、共同責任者が主債務者に対して経済的に依存しているか否かは決定的な問題ではない。また、共同責任者の取引経歴や法的知識が豊富な場合にも、主債務者との関係から「交渉力の劣位」が推定される。それゆえ、共同責任者が主債務者に経済的に依存していたり、取引無経験であるという事実は、主債務者との精神的なつながりを意味する「感情的結びつき」の外側から共同責任者の「交渉力の劣位」を強めることはあるけれども、それ自身が「交渉力の劣位」をもたらず独立の要件ではない。このようにみるならば、「密接な個人的関係」という言葉の実質は、判決文に示された通り、主債務者との「感情的結びつき」に尽きることになろう。

そこで次に、主債務者との「感情的結びつき」に由来する「交

渉力の劣位」の内容も問題となる。これは、取引無経験の子の事例についてすでに検討したが、その後の判例も資料にして再度分析してみよう。先の検討(本章1-3(4))から、取引無経験の子と親との関係から子の保証契約を締結するか否かに関する任意性が低下し、このことと取引無経験とが相補って保証のリスクを評価することを困難にしていることが明らかになった。

前出民事第九部一九九七年九月一八日判決(判例(42))を再読すると、共同責任者が主債務者とのパートナー関係にあることに主債務者との密接な「感情的結びつき」が認められ、「取引経歴や法的知識がないために、主債務者との感情的結びつきだけからこのような債務に巻き込まれ」たことが導き出される。右説示において、「取引経歴や法的知識がない」という表現はリスク評価の困難を示唆しており、「主債務者との感情的結びつきだけからこのような債務に巻き込まれ」たという表現は契約締結の際の任意性の低下を示唆すると読み取ることができる。⁽²⁰⁾それゆえ、主債務者との人的関係(「感情的結びつき」)に由来する「交渉力の劣位」は、二つに分解できることが明らかになる。

それでは、リスク評価の困難と任意性の低下のうちのいずれ

が、主債務者との感情的結びつきそのもの由来する「交渉力の劣位」の中核をなすのであろうか。前出民事第九部二〇〇〇年一月二七日判決(判例〔49〕)は、「取引に熟達した人も、生活パートナーとの感情的結びつきから極端な過剰債務となるような債務を引き受けられることがある」と述べる。この説示は、保証のリスクを評価する能力の高い人であっても、主債務者との関係から生じる任意性の低下を克服することは困難であることの意味する。そうであるならば、任意性の低下こそが主債務者との人的関係(Ⅱ感情的結びつき)そのもの由来する「交渉力の劣位」の本質的なフアクターであるといえよう。

(b) 要件②が α との関係で良俗違反を基礎づけることは明白である。また、要件②の具体的考慮事実はすでに整理した通りである(本章二・3参照)。

(c) 要件③は、 α と β とのいずれの側面から良俗違反を基礎づけるのが、明らかではない。一方で、前出憲法裁九三年決定(判例〔24〕)は過剰な債務を利益調整によって正当化する要素(α)として捉えており、その後のBGHの諸判決も事実の当てはめにおいてこれに従っている。他方で、前出民事第九部一九九七年九月一八日判決(判例〔42〕)の説示は、独自の経済的利益の追求がないことを、共同責任者が主債務者との個

人的関係以外の事情から独立した自己責任に基づく熟慮によって引き受けていないこと(β)の証左と捉えている。従って、要件③は α と β の二つの側面から良俗違反を基礎づけると考えられる。⁽²⁸⁾

要件③についてはさらに、判例がどのような利益を α および β の両側面から良俗違反性を否定する「独自の経済的利益」として把握するののかも、問題となる。主たる債務が取引信用による債務の場合、融資を受けた主債務者の事業が成功すると、主債務者の収入が増加するので、主債務者と同一の家計を営む共同責任者が主債務者から高額な扶養を受けられたり、生活水準が向上したり、貯蓄が増加したりする点で、共同責任者は事実上の利益を受ける。しかし現在の判例は、共同責任者が主債務者の子であっても配偶者であっても、このような利益を「独自の経済的利益」として把握していない。また、主債務者の単独名義である不動産の購入・建築のための融資のための共同責任の場合、融資によって建築された家に同居する共同責任者には事実上の利益があるが、判例はこの利益も「独自の経済的利益」と考えていない。

判例が共同責任者に「独自の経済的利益」があると認定したのは、社員(Gesellschafter)が自ら出資する会社の取引債務の

共同責任を引き受ける場合である。このような場合には、 β との関係で、共同責任者は事業に出資する企業家であるので、適切なリスク評価に基づくことが前提とされる。他方で、共同責任を引き受けないと自己が出資する事業への融資が得られないという点では、共同責任引受けの任意性が低下しているといえるが、これは主債務者との「感情的結びつき」に基づくものではないので、このような任意性の低下によって「交渉力の劣位」は認められない。また、 α との関係でも巨額の共同責任の引受けは、保証人が追求する経済的利益と調整され、これにより正当化される。したがって、社員が会社債務を保証する場合には、「特に大きな不均衡」原則は適用されない。

(ウ) 以上の分析により、「特に大きな不均衡」原則は、右の要件①②③から、共同責任者の「交渉力の劣位」(「任意性の低下」と「リスク評価の困難」)および債権者によるこの利用を、事実上推定 (*faktische Vermutung*) する。しかし、このような事実上の推定の理論的根拠は、判例において長い間明らかにされてこなかった。⁽²¹⁹⁾この点につき、BGH民事第一一部二〇〇一年一月四日 NJW 2002, 744. (判例〔54〕)は、「与信者たる銀行が優位であればあるほど、負担が大きければ大きいほど、保証人や共同責任者と主債務者の人的関係が密接であればある

ほど、保証人や共同責任者の冷静かつ慎重に考慮する自己責任に基づく意思決定が失われる蓋然性が高い。：むしろ、極端な過剰債務の事例においては、担保供与者の本質的に自由な意思決定を裏づけることの主張立証責任を債権者に負わせることが正当である。このような：判断の場合には、個々のケースの事情が完全に無視されるわけではなく、許されない侵害の事実上の推定を反証する場合に、重要な役割を演じる」と述べた。また、最近のBGH民事第一一部二〇〇三年一月一日 NJW 2004, 161. (判例〔64〕)は、「推定は、配偶者、婚姻類似のパートナー、親密な親族や友人のための破産をもたらすような保証の引受けの場合、保証人はとりわけ感情に左右され、与信者がこれを利用してきたという生活経験に基づいている」と述べた。

この推定は反証可能 (*widerleglich*) であると考えられているが、推定を覆すために、債権者としてはどのような事実を主張立証すべきかも問題となる。判例において唯一見受けられるのは、共同責任者が融資金から独自の利益を享受しているとの旨の債権者からの主張である。これは要件③に対する反証であり、この反証が認められると、極端な過剰債務の負担は、利益調整の観点 (α) から、独立した自己責任による考慮に基づく意思決定の点 (β) から巨額の共同責任の引受けが正当化される

ことになる。⁽²⁰⁾

また、債権者が共同責任者に対して共同責任のリスクを十分に説明したこと(リスク評価の困難に対する反証)を主張した判例は、筆者が探し得た限りでは見当たらない。これによって、右の推定を覆すことができるかについての筆者の見解は、後述する(本章三三(3))。

(エ)なお、「特に大きな不均衡」原則が適用される射程範囲は、前出民事第九部二〇〇〇年一月二七日判決(判例〔49〕)以降のBGHの諸判決の蓄積によって徐々に明らかになっていくので、ここでまとめてみよう(△別表5▽も参照)。

(a)従来の判例において、「特に大きな不均衡」原則の適用が認められた事例の基本類型は次のとおりである。

(i)共同責任設定契約の類型は、保証(Bürgschaft)と重疊的債務引受(Schuldübernahme)であり、これらの契約による共同責任者は、保証人(Bürger)、共同責任者(Mitahfender)、共同債務者(Mitverpflichtete)ある。共同責任の範囲に上限があるか(極度額つき)ないか(包括的)、また、主たる債務を発生させる取引が取引信用であるか消費者信用であるか、継続的取引であるか単発的取引であるかについて、判例はこれを区別しない。

(ii)共同責任者は、主債務者の子、配偶者、婚姻外パートナー、またはこれらの関係と「比肩し得るほど(主債務者と)密接な個人的関係にある者」である。共同責任者が主債務者の兄弟である場合には、共同責任者が自ら主債務者との「密接な個人的関係」を主張立証しなければならない。

(iii)債権者は金融機関(Kreditinstitut)、すなわち銀行(Bank)または貯蓄銀行(Sparkasse)である。

(b)以上の基本類型を踏まえて、最近の判決の積み重ねによって徐々に明らかにされた「特に大きな不均衡」原則の射程範囲を、(i)契約類型、(ii)共同責任者、(iii)債権者、の順で整理しよう。

(i)契約類型 共同責任設定契約が消費貸借契約(Darlehensvertrag)であり、契約証書において共同責任者を表す文言が、共同申込者(Mitragsteller)、借主(Darlehensnehmer)、受信者(Kreditnehmer)等となっている場合について、このような者を真正の共同借主(echter Mitdarlehensnehmer)として、「特に大きな不均衡」原則の射程外とすべきかが問題となった。

この点につき、例えばBGH民事第九部二〇〇一年二月四日判決NJW 2002, 744.(判例〔54〕)は、婚姻外パートナーで

ある男性の銀行に対する飲食店経営資金を目的とする取引信用債務につき、女性パートナーが受信者 (Kreditnehmer) として共同署名した場合について、共同責任設定契約 (消費貸借契約) の有効性が問題となった事案に関する判決であるが、「真正の共同借主 (echter Mitdarlehensnehmer) とは…自己の信用引受け——に対する実質的かつ／または (und/oder) 個人的利益——を有し、本質的に貸付金 (Darlehensvalla) の交付および利用について同等の権限を持つパートナーとして共同決定できる者のみである」と述べ、「個々の具体的事例において、この要件が満たされるかどうかは、もっぱら共同借主 (Mitdarlehensnehmer) 側の状況によって判断される。それゆえ、与信銀行は、例えば消費貸借契約において選択された文言、例として共同借主 (Mitdarlehensnehmer)、共同申込者 (Mihantagssteller)、共同債務者 (Mischuldner) 等によって、単なる共同責任者 (Mithaftenden) を、任意に、同等の権限を有する共同借主 (Mitdarlehensnehmer) として扱い、これによって BGB 一三八条一項の無効という効果を免れることはできない」とした。⁽²¹⁾

また、これまで問題となった共同責任は人的担保の場合であるが、物的担保である土地債務 (Grundschuld) の設定についても「特に大きな不均衡」原則が適用されるかが問題となった。

BGH 民事第四部二〇〇二年六月一九日判決 NJW 2002, 2633. (判例〔60〕) は、義父母が娘婿の取引債務を担保するため、自ら居住する列状住宅 (Reihenhaus) に第一順位の土地債務を設定したところ、これに基づき強制執行が行なわれたため、これに対して義父母が執行異議訴訟を提起したという事案に関する判決である。判例〔60〕は、物的担保である土地債務の場合には、担保権の設定を受けた不動産に責任が限定されることから、保証人の全財産および全収入がその責任に服する人的担保 (保証) とは異なるとして、「特に大きな不均衡」原則の適用を否定した。判例〔60〕は理由を次のように述べる。「BGB 一三八条一項の規定は、例えば担保供与者が長年利用していたマイホームを失うことのように、財産目的物を担保として提供することによって経済的・個人的不利益を受けることから、担保供与者を保護しようとするものではない。唯一または最後の財産を担保として利用することが直ちに BGB 一三八条一項の意味で非難すべきことにはならない」。

以上より、「特に大きな不均衡」原則が適用される契約類型は人的担保に限定されるが、その者が共同責任者であるか否かは契約書の文言に拘束されず、共同責任者側の事情を考慮して実質的に判断されることが明らかになる。

(.ii) 共同責任者 判例において、主債務者の子・配偶者・婚姻外パートナーについては、共同責任者による主張立証がなくても、その感情的結びつきから生じる「交渉力の劣位」（リスク評価の困難、任意性の低下）が認められてきたが、これらの判例は、実際には、契約締結時に主債務者に経済的に依存している子や主債務者と家計を一つにしていた配偶者の事例に関するものであった。このことから、子が親から独立して生計を営むようになると、その関係は以前より希薄となるため、⁽²²⁾「特に大きな不均衡」原則の射程外となるのではないかとこの疑問が生じる。

この点について、BGH民事第九部二〇〇一年四月二六日判決 NJW 2001, 2466. (判例 [51]) が、母親（六二歳の主婦、年金生活者、資産あり）が息子の会社の債務の取引債務を保証した事案についても、保証人からの主張立証なくして、その身分関係のみから「密接な個人的関係」があることを認定した。⁽²³⁾このことから、反対に独立した子が親のために共同責任を引き受ける場合にも「特に大きな不均衡」原則の射程は及ぶと考えられる。

また、共同責任者と主債務者が友人関係 (Freundschaft) にある場合について直接判断したBGH判決は、筆者が探し得た限り見つけられなかったが、会社の従業員が会社債務を保証した

事案に関する最近の判決であるBGH民事第一一部二〇〇三年一〇月一四日 NJW 2004, 161. (判例 [64]) は、「特に大きな不均衡」原則における事実上の推定について、「推定は、配偶者・婚姻類似のパートナー・親密な親族や友人のための破産をもたらすような保証の引受けの場合には、保証人はとりわけ感情に左右され、与信者はこれを利用してきたという生活経験に基づいている」と述べ、さらに、「雇用主と従業員の間には、通常、夫婦、婚姻類似のパートナー関係、あるいは親密な親族や友人関係に比肩し得る感情によって形成される個人的関係がない」と述べた。このことから、共同責任者が主債務者と親密な友人である場合には「特に大きな不均衡」原則の射程は及び、他方で、共同責任者が主債務者である会社の従業員である場合には射程が及ばないことが明らかになる。

社員が会社債務を保証する場合について、前出BGH民事第九部一九九七年一月一六日判例 [37] は、有限会社(GmbH)の単独社員（＝経営者）による会社債務の保証について、保証人が主債務者たる会社に対して「決定的に (maggeblich) 出資」している場合には、独自の経済的利益の追求があるため、「特に大きな不均衡」原則の射程外であるとしていた。そこで、どの程度の出資があれば、「決定的な出資」があり、「特に大きな

不均衡」原則の射程外となるのが問題となる。

BGH民事第一一〇二年二月一日 WM 2003, 275.

(判例〔61〕)は、主債務者たる有限会社の出資金の一〇%の社員(持分権者)かつ単なる従業員である者が、会社債務を保証した事案について、従来の判例が「決定的に出資した社員」に限定して「法的・経済的に責任を負うべき人」であるとしたことは、「単独社員 (Alleingesellschafter)」、多数持分社員 (Mehrheitsgesellschaft)、業務執行社員 (Geschäftsführer-Gesellschafter) のみが、会社債務のために自己の経済的履行能力をはるかに超える経営資金信用を有効に保証できるという意味で理解されるべきではなく、「受信者たる有限会社や合資会社に対する保証人の『決定的な出資』という概念や類似の表現によって排除されるべきなのは、意味のない些細な出資 (Bagatel- oder Späterbeteiligungen) のみである。」と述べて、本件保証人が会社に対して有する一〇%の持分は、一般的な取引通念によれば、会社資本に対する特記すべき持分となり、このことは有限会社法 (GmbHG) 五〇条の立法者の見解とも合致するとして、「特に大きな不均衡」原則の適用を否定した⁽²⁵⁾。

また、主債務者が合資会社 (KG) である場合については、BGH民事第一一〇二年五月二八日 NJW 2002, 2634.(判

例〔58〕)が、有限責任社員 (Kommandist(m)) が合資会社の取引債務を保証した事案についても、「特に大きな不均衡」原則の射程外になるとした。

このように有限会社や合資会社の(有限責任)社員による会社債務の保証の事例は、原則的に「特に大きな不均衡」原則の射程外になるが、このような事例であっても、債権者からの直接の違法な意思決定侵害がある場合には、「過剰性+特段の事情」原則が適用される余地がある(本章一(2)(ア)参照)。

(iii) 債権者 政府の起業家支援プログラムに基づく銀行貸付の場合にも、「特に大きな不均衡」原則によって良俗違反が認められるかが問題となった。このような融資を求める主債務者には特別な財産がないのが通常であるため、唯一の担保として配偶者(妻)による共同責任を立てることが条件とされるが、このような融資の場合には通常の銀行融資よりも有利な条件で融資が行われることから、通常の銀行融資の事例について展開された良俗違反という手段を認めるべきでないとも考えられるからである。この点、判例(BGH民事第一一〇一年一九九六年一月五日 BGHZ134, 42 = NJW 1997, 257. || 判例〔35〕)、BGH民事第一一〇一年一九九七年三月一日判決 NJW 1997, 1773. || 判例〔40〕)は、共同責任者の保護を認めた⁽²⁶⁾。

また、債権者が金融機関以外である場合に射程が及ぶかも問題となった。BGH民事第一一部二〇〇一年一月一三日判決

NJW 2002, 746. (判例〔53〕)は、Aが融資および不動産仲介

業を営むY会社にA所有の強制競売中の土地建物について抵当権の負担のない所有権を調達することを約して売却したが、その取得にかかる費用が予想以上に高額であり、売却価格では足りなかつたので、契約を危険にさらさないようにするため、Y

がAに融資し、これにつきAの妻Bと当時実業中等学校(Ratschule)在学中の息子Xが重畳的債務引受をした事案に

ついて、Yがなした公正証書に基づく強制執行に対してXが提起した執行異議訴訟に関する判決である。判例〔53〕は、「金融機関以外の——筆者注）他の与信者の場合にも、とりわけ

与信者が経常利益の全部または一部を金銭取引(Geldgeschäft)から獲得し、消費者信用法(Verbraucherkreditgesetz)一条一項

第一文の意味での事業者(Untnehmer)として評価される場合には、(金融機関の債権について、主債務者の配偶者や家族

が巨額の保証や共同責任を引き受ける場合に特に大きいのと)類似の経済的劣位が問題となる」と述べ、本件では、Y

が営業として保険取引や不動産仲介取引と並んで融資や住宅貯蓄の仲介に従事する合資会社であるため、広い意味での金銭取

引(Geldgeschäft)を営んでいるとして、「特に大きな不均衡」原則の適用の基礎があることを認めた。

(2)「過剰性+特段の事情」原則——その一「特段の事情」第一類型)

BGH民事第九部一九九四年二月二四日(判例〔26〕)によれば、成人したばかりで取引無経験の子による親のための共同責任については、「過剰性+特段の事情」原則の「特段の事情」(主債務者との人的関係から生じる意思決定侵害)の推定構成が適用される(第一類型)。これによれば、共同責任額と共同責任者の経済的履行能力の間に「特に大きな不均衡」がなくとも、共同責任者の経済的履行能力にとって「著しく過剰」となる債務を、子が独自の経済的利益を追求することなくして引き受けたことを要件として、親の子に対する違法な共同責任引受けの要求(BGB一六一八a条)と、親(主債務者)の違法な行為についての債権者の認識または重過失による不知が推定される。

前述の検討(本章三2(1)(イ)(a))により、共同責任者の「交渉力の劣位」の直接的原因は、主債務者との「感情的結びつき」であることが明らかになったが、成人したばかりで取引無経験の子は、その知的状況や判断材料となる経験等の不

足から、保証のリスクを評価する能力が特に低く、また、親に對して精神的にも経済的にも依存しているのが通常であることから、任意性が低下する危険が特に高いので、債務の過剰性の割合が「特に大きな不均衡」原則より小さくても、「交渉力の劣位」の推定を認めているとみることができるといえる。

ただし、二〇〇二年一月より保証事件の管轄を有する民事第一一部は、前出一九九九年上告回付決定（判例〔47〕）においてすでに、あらゆる近親者について同一の判断枠組（特に大きな不均衡）原則を適用すべきだと述べていた。そのため、今後は、取引無経験の子の事例も、他の家族と同様に扱われ、「過剰性+特段の事情」原則の「特段の事情」の第一類型の推定構成は、「特に大きな不均衡」原則に吸収される可能性がある。

(3) 「過剰性+特段の事情」原則——その二（「特段の事情」第二類型）

①共同責任額が共同責任者の経済的履行能力にとって「著しく過剰」であり、②債権者からの意思決定侵害行為、例えば、取引無経験の利用（例、リスクの過小評価）や精神的強制状態の作出（例、金銭的窮迫状態の利用）といった事実を共同責任者が主張立証する場合、「過剰性+特段の事情」原則によって、

共同責任設定契約の全部無効（BGB一三八条一項）が認められる。

「過剰性+特段の事情」原則（「特段の事情」の第二類型）においては、債権者からの直接の意思決定侵害が問題とされるので、共同責任者が主債務者といかなる人的関係にあるかは問題とされない。また、共同責任者が融資によって独自の経済的利益を追求していることも規制の障害とならない。

なお、共同責任者が取引無経験であることは、リスクの過小評価の場面においてのみ問題となる。したがって、例えば、有限会社や合資会社の有限責任社員が、会社法上の有限責任以上の責任を負う趣旨で会社債務の共同責任を引き受ける場合には、原則的に、事業によって独自の利益を追求する企業家としての判断に基づいて会社に出資していると考えられ、また、共同責任のリスクを熟知しているとして扱われるので、債権者によるリスクの過小評価行為があつたとしても、これが債権者による意思決定侵害行為として認められることはないであろう。

(4) 「過剰性+特段の事情」原則と「特に大きな不均衡」原則の適用順序および両原則の関係

BGH民事第九部一九九七年九月一八日（判例〔42〕）以降、著しい過剰債務となる共同責任に対する規制のうち、「特に大

きな不均衡」原則が、「主債務者の家族」による「巨額の共同責任」という問題に固有の判断枠組として、第一次的に適用を審査されるようになった。「過剰性+特段の事情」原則は、「特に大きな不均衡」原則によって当該共同責任設定契約の良俗違反性が否定されたときに、第二次的に登場する。この点で、両判断枠組の適用順序は、判例〔42〕以前の判例と逆になっている。このように「特に大きな不均衡」原則が第一次的な判断枠組となることによって、B.G.H.によって確立された良俗違反性判断のための枠組が、なによりもまず「主債務者の近親者」を巨額の共同責任から保護しようとするものであることが、前面に押し出された。

「特に大きな不均衡」原則は、その要件に鑑み、債務の「過剰性」の大小の観点から、「過剰性+特段の事情」原則の特則であると位置づけることも可能である。しかし、前出民事第九部一九九七年九月一八日判決(判例〔42〕)が、「保証人が、決定的に、主債務者との個人的関係の外にある事情を含む独立した自己責任による考慮に基づいて行動していない場合には、法的秩序は、B.G.B.一三八条によって、このような経済的に無意味な取引に対していかなる法的効果を与えることも拒否する」と述べるように、むしろ「交渉力の劣位」(とりわけ任意性の低

下)を発生させる危険性の高い、主債務者との密接な感情的結びつきを有する人的関係に着目した特則であると位置づける方が妥当であるように思われる。

3 既存の法理との関係

以上の検討により、「過剰性+特段の事情」原則と「特に大きな不均衡」原則の考慮要素やその相互関係が明らかになった。ところで、家族による巨額の共同責任という問題それ自体は、第一章で述べたように、従来の消費者信用における過剰債務の問題の延長線上に位置づけることができるが、この問題を解決するために確立された判断枠組は、ドイツ民法典に既存の法理との関係でどのように位置づけられるのであろうか。

「過剰性+特段の事情」原則および「特に大きな不均衡」原則が、共同責任設定契約の良俗違反を認める根拠の一つである意思決定の侵害ないし「交渉力の劣位」の実質は、共同責任者の「任意性の低下」と「リスク評価の困難」とに分解できるが、このこととの関連で、これらの判断枠組は、ドイツ民法が持ち合わせる意思表示の瑕疵に対する規制とどのような関係に立つのか。「任意性の低下」は強迫(B.G.B.一三三条一項)の構造と、「リスク評価の困難」は誤った事実認識の観点から詐欺(B.G.B.一三三条)の構造とそれぞれ対応する。⁽²⁹⁾

(1) 強迫 (BGB 一二三条一項) との関係

強迫 (BGB 一二三条一項) は、手段 (差し迫った害悪 [Ubel]) と目的 (これによって得られる結果) のいずれか一方が正当でない場合に、「違法な強迫 (BGB 一二三条一項)」として被強迫者による取消を可能とする。これに照らすと、共同責任設定契約の締結によって共同責任を取得するという債権者の目的は違法でない。手段に関しては、例えば債権者が共同責任者の金銭的窮迫状態を利用して精神的強制状態を作出する場合は、債権者が共同責任者に対して「共同責任を引き受けないならば融資金を返還せよ」と威圧することは、利益を与えることとの拒否にすぎず、手段の違法性は認められない。⁽²³⁾ また、債権者が主債務者との人的関係から生じる共同責任者の任意性の低下を利用する場合、主債務者が共同責任の引受けを拒絶する家族に対して肉体的な暴力を振るって脅す場合は格別、その関係自体から生じる精神的強制状態を利用して、強迫とは認められない。⁽²⁴⁾ それゆえ、「過剰性+特段の事情」原則および「特に大きな不均衡」原則によって無効が認められるケースは、目的の点からも手段の点からも、そのままでは強迫 (BGB 一二三条一項) の要件には当てはまらない場面である。⁽²⁵⁾

そこで、これらの判断枠組が契約「内容」の不当性 (共同責

任者にとって著しい過剰債務となること) に着目して暴利行為論による規制を可能にしたことは、共同責任設定契約の締結という「目的」の実質 (内容) との関係で強迫を拡張したものと位置づけることができると考えられる。⁽²⁶⁾

(2) 詐欺 (BGB 一二三条) との関係

詐欺 (BGB 一二三条) による取消は、債権者が主債務者の状況や他の重要な危険要素について故意に誤ったまたは不完全な報告をした場合に認められるが、例えば債権者による「形だけ」発言の場合には、保証のリスクに関する考えが事実上侵害されたにすぎないとされ、他に特別の事情がない限り BGB 一二三条は成立しないと解される。⁽²⁷⁾

(3) 債権者の説明義務との関係

最近の BGH 判決は、債権者が保証リスクの大小に関する保証人の錯誤を惹起した場合や、この点につき債権者が明らかに情報上優位に立つ場合に、債権者に説明 (指摘) 義務 (Hinweispflicht) を負わせ、この義務の不履行の効果として、債権者が保証人に対して契約締結上の過失に基づく損害賠償義務を負い、債権者が保証人に請求できなくなることを認めた。⁽²⁸⁾ このように、債権者の説明義務が債務の過剰性の有無と無関係に認められ、義務違反の場合には無効と実質的に同じ効果が生

じるならば、例えば「形だけ」発言のような事例のように、債権者に説明義務を負わせることで保証人の保護が達成できる場合には、「過剰性+特段の事情」原則はその有用性を大きく減じられよう。

また、一定の場合に債権者に共同責任者への説明義務が負わされることを前提に考えれば、「特に大きな不均衡」原則の要件が全て満たされる場面についても、債権者が共同責任のリスクを十分に説明したことを立証すれば、少なくともリスク評価の困難については反証できそうである。しかし、前出民事第九部二〇〇〇年一月二七日判決（判例（49））が「取引に熟達した人も、生活パートナーとの感情的結びつきから極端な過剰債務となるような債務を引き受けることがある」と述べるのは、まさにリスクを適切に評価できる可能性（能力）と契約を締結するか否かの任意性とは、「交渉力の劣位」を構成する異次元のファクターであり、これらは相互に補充し合えないことを意味している。それどころか家族による共同責任の場合には、債権者がそのリスクを十分に説明しても、主債務者との感情的つながりの故に、共同責任者の側でその説明を受け容れることができないうことも予想されるのであり、主債務者との人的関係そのものから生じる共同責任者の任意性の低下は、債権者

の説明によって克服できるものではなく、かえってその説明無しに帰すことさえあり得る。それゆえ、債権者が共同責任のリスクを説明したことを主張立証したとしても、任意性の低下との関連で、「特に大きな不均衡」原則における事実上の推定を覆すには足りないといえよう。それゆえ、⁽²³⁾「過剰性+特段の事情」原則および「特に大きな不均衡」原則が、巨額の共同責任を負担した共同責任者を救済するための独自の意義ないし必要性を有するのは、共同責任者の「任意性の低下」との関連においてであるといえよう。

（4）暴利行為（BGB一三八条二項）との関係

このように「家族による共同責任」の問題として現れてくる事例のうち、「任意性の低下」の事例は強迫事例の延長線上に、「リスク評価の困難」の事例は詐欺事例の延長線上にそれぞれ位置づけることができる。しかし、これらの事例は、契約成立時の状況のみに着目した強迫や詐欺といった意思表示の瑕疵に關するドイツの既存の法理による規制が困難である。そのため、共同責任設定契約による責任が共同責任にとつて著しい過剰債務になるといふ契約内容の不当性に着目した規制が考えられる。ここでいう契約内容の不当性とは「給付の客観的不均衡」である。それゆえ、「家族による共同責任」の問題の解決のために

「定立された二つの判断枠組（「過剰性十特段の事情」原則、「特に大きな不均衡」原則）は、ドイツ民法において相手方の強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思薄弱に乗じて過大な利益を得ようとする契約を規制する暴利規定（BGB一三八条二項）を基礎にしている。

しかし、暴利においては「給付と反対給付の著しい不均衡」が客観的メルクマールとなるが、共同責任設定契約は片務契約であるため、「給付の均衡」論は導入しにくい。それゆえ、責任の総額と共同責任者の経済的履行能力の「著しい不均衡」を客観的要件としたことに「給付の均衡」の拡張があり、これらの判断枠組は、暴利を客観的要件について拡張したものと位置づけることができる。

4 実務への影響

最後に、これまで分析してきた家族による巨額の共同責任に対する規制についての判例の変化がドイツの信用実務に与えた影響を、実務家の所見を参照してまとめてみよう。⁽²³⁸⁾

個人との取引の際に、銀行実務においては、かつては受信者の配偶者による保証が要求されるのが普通であったが、現在、このような要求はむしろ例外となつてしまつた。⁽²³⁹⁾ 前出BGH民事第九部一九九八年一〇月八日判決（判例〔46〕）の後、現在

では一般に、妻を共同責任者とすることは行なわれていない。民事第九部は詐欺的財産移転防止目的を保証の目的として合意する可能性を指摘したが、このような方法は実務において通用しないのである。⁽²⁴⁰⁾ また、例えば、予定された保証人が物的担保の目的物となる財産（とりわけ不動産・有価証券・生命保険請求権）を所有する場合には、銀行がこの者による保証を要求することはできない。社員による会社債務の保証において、主債務者や予定される保証人に他の担保手段の目的となるような財産がない場合のみ、例外的に、保証が要求される。⁽²⁴¹⁾

他方で、会社との取引——とりわけ、政府の負担による起業家援助貸付——においても、かつては配偶者による共同責任を要求するのが通常であったが、現在では、保証会社（Bürgschaftsgemeinschaft）の最終不足額支払保証（Ausfallbürgschaft）によって、融資が担保されるようになった。⁽²⁴²⁾ しかし、このような場合にも、結局のところ、求償権の実効性を確保する必要がある保証会社（保証人）に、変更された判例に対応しながら配偶者間の詐欺的財産移転を防止する負担が移つたにすぎない。この必要性に應えるべく、保証会社は、配偶者による「共同責任」という法形式を回避し、主債務者と配偶者に対して共同責任と同様の効果を有する別個の意思表示を要求し

ている。この意思表示によって、受信者は配偶者に対して営業上の財産価値を移転しない義務を負い、受信者は移転した財産価値を再び取り戻す義務を負う。⁽²⁴³⁾

以上のように、判例が、債権者から共同責任者への直接の意思決定侵害行為を要件とせずに、主債務者との密接な個人的関係にある者による巨額の共同責任設定契約の全部無効（BGB一三八条一項）を認めているという現状においては、与信者にとって、家族の共同責任に対する担保としての信頼性が著しく損なわれることは否定できない。このような事態を受けて家族の共同責任が信用担保の手段として使い物にならなくなっていくとの指摘もある。⁽²⁴⁴⁾しかし、角度を変えてみれば、判例の強硬な措置によって、実務が家族の「共同責任」の実質的機能に即した新たな形式を作り出すことが促されたのであり、これによって「共同責任」における法形式と実質的機能の乖離が解消されつつあると評価することもできるのではないだろうか。そうだとすれば、ドイツにおける判例の変化は、共同責任制度の運用の健全化を促進したといえるのではないだろうか。

もっとも、この新たな形式が、「共同責任」がこれまで果たしてきた全ての実質的機能を満足させているとはいえない。具体的には、新たな形式によっては、詐害的財産移転を防止する

ことはできても、家族の共同責任が担ってきた他の重要な機能——共同責任によって配偶者に自覚を負わせ、配偶者に家計収入を節約して使ったり、主債務者の会社で共同で働いたりする動機づけをし、これによって弁済を促す機能や、主債務者が配偶者の名前で新会社を設立し、将来の家族の収入をその会社に生じさせることを防止する機能——は果たされないことが指摘されている。⁽²⁴⁵⁾このような機能をも満足させる形式を見出すことができるかどうかは、ドイツの信用実務における今後の課題であり、我々としては今後の展開を見守っていく必要がある。

第五章 結び——日本法への示唆

1 近親者保証の有効性ないし責任制限が問題となる場合、裁判に現れる保証人と主債務者の人的関係は、ドイツでは主債務者と同一の家計を営む家族（子、配偶者、婚姻類似のパートナー）が殆どであるのに対して、日本では、主債務者と家計を別にする親戚や友人（第三者）が多数を占めている。ただし、日本でも、裁判には現れていないものの、主債務者の家族による保証は現実に行われている。⁽²⁴⁶⁾そのため、比率の相違こそあれ、近

親者保証に関する事例状況には、両国間で類似性がある。

しかし、日独両国間では、近親者保証を利用する主たる目的に相違があることは確かである。ドイツにおいては、家族の共同責任の主要な目的は、家族間の許害的財産移転を防止することにあるとされる。この目的は日本の「家族保証」において重視⁽²⁴⁷⁾されていない。このことは、両国間における許害的財産移転を防止する法制度の機能性や物的担保のとり方の差に起因すると考えられる。

もつとも、日独両国間で、とりわけ取引信用のために近親者保証が利用される場合については、このような保証に共通する機能が担わされているように思われる。すなわち、日本においては、中小企業への融資の際に要求される「第三者個人保証」には、副次的な信用補充機能のほかに経営モラル確保機能のあることが認められている⁽²⁴⁸⁾。また、とりわけ担保（不動産、有価証券）や「第三者個人保証」の提供が困難な中小企業への融資を可能にするために家族の保証が要求されるような場合には（序章一参照）、このような保証は純粹に担保としての価値を見込まれたものではなく、むしろ家族のつながりを利用して弁済を促す機能や、経営モラル確保機能に着目されていると考えるのが自然であろう⁽²⁴⁹⁾。他方で、ドイツにおいても、家族の共同責

任には、家族間の精神的・経済的・社会的つながりを利用して主債務者を経営に専念させたり、弁済を促進したりする機能があるとされている（第一章一（一））。それゆえ、日独両国間において、近親者保証が担っている実質的機能には共通するものがあるといえよう。

また、法制度についても日独両国間に相違（ズレ）があった。すなわち、日本では破産免責制度が古くから認められていたのに対して、残債務免責制度の導入を伴う新倒産法施行（一九九九年一月一日）以前のドイツには破産免責に該当する制度がなかった。そして、ドイツにおいては、破産免責制度がなかったという事情こそがBGHが家族の共同責任を無効と判断することを促したことは事実である。しかし、残債務免責制度の導入後ともBGHが良俗違反の判断枠組を維持・適用しつづけていることからすれば、破産免責制度の有無は、近親者保証の問題性を先鋭化させる点で重要な役割を演じたに過ぎないと考えられる。

以上より、日独両国間における事例のズレも、法制度のズレも、我々がドイツの議論を単に外国のものとして鑑賞するにとどまらざるを得ないほど大きな障碍とは思われる。

2 わが国の下級裁判所判決⁽²⁵⁰⁾においては、例えば、保証契約締結時に既に主債務者が資金難にあるにもかかわらず、保証人の

主債務者の資力に関する問い合わせに対して債権者が、「今その程度の融資を受ければ秋ころまでの決済資金としては大丈夫であり、私共は大丈夫でない会社には融資はしない」と説明したのを受け、これを信じて保証人が保証を引き受けたところ、翌日主債務者が倒産したという事例において、保証人の錯誤無効の主張が認められた裁判例がある。⁽²³⁾ この事例においては、保証人が保証リスクを適切に評価することが債権者によって困難にされている。

他方で、貸金業者（Y）の従業員（B）が多重債務により支払不能の状態にある主債務者（A）の自宅に押しかけ、主債務者が支払不可能を理由に拒否したにもかかわらず、長時間にわたり玄関先で支払や保証人をつけることを要求し続けたため、主債務者の二〇歳なったばかりの息子（X）が困惑してその場で連帯保証承諾書に署名押印したという事案について、権利濫用に基づき、XがYに対して保証債務の履行義務を負わないことを認めた裁判例もある。⁽²⁴⁾ この事例においては、保証を引き受けるかどうかについての保証人の任意性が債権者によって著しく低下させられている。

このようにわが国では、債権者自身が、保証人の保証リスクの適切な評価を妨げたり、保証を引き受けるか否かの任意性を

著しく低下させる場合については、錯誤や権利濫用に基づき保証契約を無効にしたり、それと同様の効果を発生させることによって、保証人の保護が図られている。⁽²⁵⁾ それゆえ、このようなケースについては契約内容の不当性（＝保証債務が保証人にとって著しい過剰債務となること）を問題にしてまで、保証人の保護を論じる必要性はあまり大きくはない。

3 わが国では、根保証（とりわけ包括根保証）において保証人の保護の必要性が特に高いとされ、その責任制限が問題とされている。根保証人の責任制限においては、保証契約締結後に取引額が増額するなどして契約締結時と事情が変化してきた場合に、根保証人の責任を制限することが考えられるが、そこで責任制限の可否を決定つけるのは、保証人がその変化を予測・認識できたかということや、保証人が解約権を懈怠によって行使していないのではないかということと、他方で、債権者がその変化について保証人に通知したり、保証意思を確認したりしたかということであり、両者の落ち度を比較することによって主債務者の支払不能のリスクが両者間で調整されている。このような考慮の中で、相互保証の場合のように保証引受けに有償性が認められれば責任制限は拒絶されるが、保証引受けが無償でなされたことが責任制限の決定的な根拠として考慮されるわ

けではなく、また、保証人が近親関係において生じる情義に基づいて保証を引き受けたことも、保証契約締結時の事情として、信義則による責任制限のための諸事情の総合考慮のひとつのファクターとして考慮されているが、責任制限の決定的な根拠というわけではない。⁽²⁵⁾ それどころか、保証人が主債務者の義弟であり、年に数回主債務者方を訪れていることから、「個々の取引の内容などについて、その都度連絡は受けていなかったものの、これを十分に知り得る立場にあった」として、このような関係が責任範囲の予測可能性を基礎づける事実として考慮されることがある。⁽²⁶⁾ このように保証人が主債務者と近親関係にあることは、保証人が主債務者と債権者の間の取引内容を知り得たか否か、すなわち責任範囲の予測可能性の有無を判断したり、保証責任を引き受ける合理的理由があるか否か、すなわち主債務者が中小企業である場合に事業からの保証人の経済的利益の享受の有無を判断するための事実として考慮されている。そして、保証人と主債務者の関係が希薄であればあるほど保証人にとつて保証責任範囲の予測が困難であり、また、経済的利益の享受がないため保証責任を負担する合理的理由もないとの判断につながりやすく、責任制限が認められやすい。したがって、「第三者個人保証人」の方が「家族保証人」よりも保護されや

すい傾向にある。

この点、ドイツの判例においては、かつては「家族保証人」の方が「第三者個人保証人」よりも保護の要請が強いと考えられていたが、現在ではこれらは同等のものとして保護が認められており、要保護性が高いと考えられる人的関係が日本の裁判例におけるのとは異なる。また、「近親関係」との捉え方も日本の裁判例におけるのとは異なる。すなわち、ドイツの判例においては、共同責任者が主債務者と密接な感情的結びつきを有する家族関係にあるという事実それ自体が、契約を締結するか否かという点での共同責任者の任意性（意思決定の自由）を低下させることによつて、場合によつてはさらに共同責任者の取引無経験と相俟つて共同責任のリスクを適切に評価することを妨げることによつて、共同責任者の交渉力を契約の相手方である債権者に対して劣後させる要素であると考えられている。そして、債権者に保証のリスクなどについての説明義務を負わせることによつて適切なリスク評価の可能性は回復できても、低下した任意性は回復されないで、このような説明が果たされた場合にも、共同責任者の債権者に対する「交渉力の劣位」は是正されないと考えられている。

このようなドイツのBGH判例の考えを参照することは、近

親関係において生じる「情義性」——わが国の裁判例や学説においてしばしば保証契約の効力を否定したり制限したりする事由として考えられている——の実質を紐解く鍵になるのではないだろうか。すなわち、わが国で多用される「情義性」という用語には、保証人と主債務者との人的関係（＝感情的結びつき）から生じる「任意性の低下」という含意があり、この「任意性の低下」が債権者の保証リスクに関する説明等によっても払拭されず、また根保証の場合には解約権の行使を躊躇させる原因となつていふと考えられており、それだからこそ、「情義性」が保証契約の効力否定ないし責任制限要素として意識されているのではないだろうか。

ただ、そうであるにしても、債権者が共同責任者と主債務者との近親関係から生じる「任意性の低下」を認識しながら契約を締結したこと（＝「利用」）が、即座に契約の効力の否認を根拠づける共同責任者への意思決定侵害になるとするのは、自己の外部から全く影響を受けない、社会から孤立した意思形成を理想とすることにつながりかねず、現実的でないと批判を免れないだろう。⁽²³⁸⁾ この点、ドイツでは、債権者がこのような共同責任者の「任意性の低下」や「リスク評価の困難」に乗じて、共同責任者に他人（＝家族）のための「極端な」過剰債務を負

わせたことが、法的に非難されるのである（BGB二三八条一項）。すなわち、共同責任者の「任意性の低下」の利用および「リスク評価の困難」の利用（＝意思決定侵害）をもつて直ちにといふわけではなく、契約内容の不当性（共同責任者によって極端な過剰債務を生じること）が認められてはじめて、契約内容への介入が正当化されている。

近親者保証において保証人の保護が要請されるのは、冒頭（序章一）で述べたように、近親者から依頼を受けた者がその依頼を断りきれず巨額の債務の保証を引き受けた結果、この履行を請求され、経済的破滅に追い込まれるという事態が生じやすく、他方で、債権者の側でも、債務の担保機能ではなく、その人的関係を利用した弁済促進機能や経営モラル確保機能などを重視して、近親者保証を利用しているからである。そうであるならば、保証契約締結時に保証人の経済的履行能力と保証債務との間に一定の不均衡があり、これによつて保証人が保証債務を履行できないことが明白な場合には、破産よりも前の段階で、主債務者の近親者が独自の経済的利益なくして保証を引き受けたことも考慮して、契約の効力を制限する処理が考えられてもよいのではなからうか。⁽²³⁹⁾

實際上、このようなことを認めても、それほど取引実務に支

障をきたすものではないと思われる。というのは、実際の取引実務では、保証人予定者の「担保価値」を見込んで保証契約が締結される場合には、債権者（金融機関など）が保証人の資力を調査するのが通常であり、はじめから担保として不適切な保証契約を締結することはないと思われるからである。⁽²⁶⁾そして反対に、十分な資力のない人による保証の場合には、債権者がかかる保証人の「担保」としての実効性に着眼しているのではなく、保証という法形式に他の機能を担わせていると考えられるため、そもそもこのような場合にまで債権者に「保証人」への責任追及を許す必要は小さいと考えられるからである。⁽²⁶⁾

もつとも、このような観点から保証契約の否認を認めるべきだととしても、わが国でそれを実効性ある法的規制手段として確立するには障碍があろう。というのは、ドイツ法における近親者による共同責任設定契約の規制の場面で重要な役割を果たしている暴利行為に関する規定（BGB一三八条二項）に相当する条文が、日本にはないからである。それゆえ、ドイツにおける良俗違反に基づく全部無効という解決方法をそのまま日本に導入すべきか否かについては慎重な考慮を要しよう。この点は、暴利行為規定を有するドイツ法独自の色彩が強いからである。もつとも、わが国には暴利行為に関する規定はないものの、大

判昭和九年五月一日民集一三卷八七五頁によって暴利行為に対する規制が判例法理によって導入され、民法九〇条の中に読み込まれていることを考慮すると、暴利規定のないことが致命的な障碍となることはなさそうであるが、このことについてのさらなる検討は他日を期すことにしたい。

また、ドイツの判断枠組ないしこのような考え方をわが国に導入する際には、事実に対する評価のレベルではあるが、困難な問題が残るだろう。それは、保証人が融資そのものから事実上利益を享受する場合に、これを「独自の経済的利益」があり、それゆえに保証責任を負担する合理的理由があると評価するか否かという問題であり、主債務者と同一の家計を営む家族、特に配偶者、について問題となる。配偶者は主債務者自身（中小企業金融の保証の場合は「経営者」と融資目的に無関係な近親者（「第三者」との間の、いわばグレーゾーンを占めると考えられるからである。

ドイツの現在の判例は、このような場合に配偶者の独自の経済的利益を否定するが、学説からの批判は依然として存在する。わが国においても、中小企業への融資の例で「第三者個人保証」の定義から経営者の妻が除外されることがあるのは、配偶者は主債務者と同様に融資から利益を享受しているので、無償で保

証を引き受けていると評価することに違和感をおぼえるからであらう。⁽²⁶⁾ たしかに中小企業等においては経営と家計とが分離されていないことが多いので、主債務者と同一の家計を営む配偶者に事実上の利益があることは否定できないし、このような事情から配偶者が主債務者である経営者と同視されることにも一定の説得力はある。しかし、配偶者に「独自の経済的利益」があると評価すべきか否か、ひいては配偶者による保証を経営者自身の保証と第三者保証とのいづれに引きつけて考えるかは、配偶者自身が融資金の用途や融資目的の事業に対する決定権を有するか否か等の観点から、個々の事案における実状を考慮して實質的に判断すべきであらう。

また、ドイツでは、共同責任者自身の現在の資産・収入および契約締結時に予測し得る将来の収入の差押可能部分によつて主たる債務について約定された利子すら弁済しきれない場合に、「極端な」過剰債務があると考えられているが、日本でも同様の基準を用いることができるかどうかについても、なお問題となる。この点については取引の実態に詳しい実務家による所見なども参考にしながら、わが国において妥当な基準を明確にしていく必要があると思われる。

4 なお、近親者保証とは異なるが、わが国では、個人保証が

利用される場合として、金融機関による企業への融資の際に、通常の債権回収手段としてというより、経営責任を負わせる趣旨によつて、その経営者が会社の債務の保証を引き受けさせられることが多いようである（「経営者個人保証」⁽²⁶⁾）。このような場合も、近親者保証と同様、保証人が独自の資力では支払えないほど巨額の債務を保証することが多く、保証責任発生の場合に保証人が支払不能に陥る危険が高い。

しかし、このようなことは日本特有の現象ではなく、ドイツにおいても同様の実務慣行があり、このような共同責任者の過剰債務も問題となっている（第四章二一（2）（イ）参照）。BGHはこのような慣行を否定せず、社員による会社債務の共同責任については、共同責任者が融資によつて独自の経済的利益を追求していることを理由に、「特に大きな不均衡」原則の適用を否定し、良俗違反（BGB一三八条一項）に基づく無効を原則的に認めない。もつとも、例えば債権者が会社の金銭的窮迫状態を利用して社員の強制状態を故意に作出する場合など、債権者が社員に対して違法な意思決定侵害をすることによつて、社員が著しい過剰債務となるような共同責任を引き受けさせられた場合には、「過剰性+特段の事情」原則による共同責任者の救済が認められる。

このように経営者や社員による会社債務の保証の事例について保証人の保護を否定する傾向は、わが国の裁判例においても同様に見受けられる⁽²⁶⁾。根保証における責任制限の場合、保証人が主債務者の取締役や役員であることは、主債務者の取引や経理状態を熟知できる地位にあるとみなされ、取引額の増加、すなわち責任範囲の予測可能性を基礎づける事情として、責任制限を否定する方向に考慮されている⁽²⁶⁾。したがって、経営者や社員による保証を要求する銀行実務に対して肯定的な態度をとり、このような場合に保証人の保護を否定する点で、日本とドイツの間には考え方の隔たりはないと考えられる。

5 以上、本稿では、保証の本来の機能である担保機能以外の機能が重視されやすい近親者保証において、近親者から依頼を受けた者がその依頼を断りきれず巨額の保証を引き受けた結果、経済的破滅に追い込まれるという事態を解決する手段として、家族の共同責任の扱いに関するドイツの議論を検討した。これによって明らかになったことは次の通りである。

ドイツの銀行実務においては、従来、共同責任の本来の目的である担保目的ではなく、許害的財産移転の防止や家族のつながりを利用して弁済を促進したりする目的のために、家族による共同責任が要求されてきた。そして、このような目的のために

資力の乏しい家族（特に配偶者）が共同責任者となったために、過剰債務の問題（いわゆる「債務監獄」）が生じ、当時の社会問題であった消費者信用における過剰債務の問題の一環として論じられるようになった。B G H 民事第九部は、当初、私的自治に基づきこのような共同責任者を実体法上保護しないと立場であったが、連邦憲法裁判所九三年決定（判例〔24〕）によって、判例を変更した。その結果、現在、債務の著しい過剰性と保証人の意思決定への侵害を組み合わせた「過剰性+特段の事情」原則と、債務の過剰性の極端さと共同責任者—主債務者間の一定の人的関係に関して右特則となる「特に大きな不均衡」原則が確立され、これらの二段階の判断枠組によって共同責任が良俗違反（B G B 一三八条一項）に基づき全部無効とされている。B G H 民事第九部一九九七年九月一八日判決（判例〔42〕）において、とりわけ共同責任者が主債務者の家族である場合に「特に大きな不均衡」原則が第一次的に適用されるようになったことを受けて、実務においても、取引信用等の場合に、家族による「共同責任」という法形式が利用されることは殆どなくなり、「家族の共同責任」の実質的機能に適合した形式が採用されるに至った（第四章三・四）。

わが国では、すでにみたように（本章2）、詐欺や強迫に至

らないまでも、債権者が保証人の意思決定を侵害する場合——ドイツで「過剰性+特段の事情」原則がカヴァーしている範囲——については、既に他の法規定に基づき保証人の保護が図られているので、このような場合について、新たに債務の過剰性Ⅱ契約内容の不当性を問うてまでして、保証人の保護を図る必要性は小さい。これに対して、債権者自身の意思決定侵害行為の関与がないものの、保証人が主債務者との密接な感情的結びつきによって生じる「任意性の低下」に基づき、自己の資力をはるかに超える巨額の債務を保証させられているケース——ドイツで「特に大きな不均衡」原則がカヴァーする範囲——については、保証人の保護が講じられていない状況である。しかし、このような場合こそが、「近親者保証」の問題性をもっとも顕在化する場面である。この空白状態を埋めるべく、ドイツのとりわけ「特に大きな不均衡」原則をめぐる議論を参照することには意義があるであろう。

このように、ドイツで確立された家族の共同責任を良俗違反(BGB一三八条一項)とする判断枠組を日本にそのまま導入してよいかについてはなお慎重な検討が必要であろうが、債務の担保以外の機能が重視されている近親者保証における保証人保護の基本的な解釈の方向性はここにあるように思われる。⁽²⁶⁸⁾ま

た、銀行が当初から担保目的以外の機能を追求するために保証人を要求した場合に、このような保証契約の効力を否定するドイツ判例が、実務に対して、保証の実質的機能と適合した法形式の採用を促したことは、わが国においても、近親者保証——とりわけ中小企業金融における近親者保証——のあり方を考える上で参考になるであろう。⁽²⁶⁹⁾

注

(186) 「特に大きな不均衡」原則は、責任範囲と共同責任者の経済的履行能力の間に「特に大きな不均衡」があることを要件とするが、判例〔42〕以前の判例においては「特に大きな不均衡 (das besonders groben Missverhältnis)」という表現が用いられていたところ、判例〔42〕からは「極端な不均衡 (ein krasses Missverhältnis)」という表現が用いられるようになった。これらは表現上の違いにとどまり、その言葉の実質は同じものを指しているといつてよい。なお、「極端な不均衡」という新しい表現はすでに前出民事第九部一九九五年一月五日判決(判例〔29〕)において行為基礎喪失論の適用判断の際に用いられていたが、これも「特に大きな不均衡」と同義であるとみてよい。

(187) 判例〔42〕は、これまで行為基礎喪失論の適用に際して用いられていた二五%基準を、良俗違反の「極端な不

均衡」の判断にも用いるに至った。

(188) 「特に大きな不均衡」原則の要件やこれによる良俗違反性の根拠は、前出BGH民事第九部一九九七年九月一八日判決(判例〔42〕)でおおむね確定したが、個々の要件の具体的考慮事実が最終的に確定したのは、後述するBGH民事第九部二〇〇〇年一月二七日判決(判例〔49〕)においてであるといえよう。

(189) 従来、夫の事業のための取引債務につき妻が共同責任を負うという事例においては、融資を受けた夫の事業が成功すると、夫の扶養を受ける妻はその生活水準の向上や家計の貯蓄を増やすという点で事実上の利益を受けているため、妻が融資に対して独自の経済的利益を有するかという点が判例上問題となっていた。この点につき、BGHはこのような事実上の利益を直接的利益と評価するか間接的利益と評価するかの問題にしてしまった。民事第九部は、当初これを直接的利益と評価し、良俗違反を否定するファクターとして捉えたが、前出民事第九部一九九八年一〇月八日判決(判例〔46〕)の事実のあてはめにおいて、高額な扶養の利益を、融資の目的となる事業に対する保証人の独自の経済的利益とは考えないようになったように思われる。しかし、民事第一一部一九九九年上告回付決定(判例〔47〕)は、大法廷の決定によって、これを明確化すべきだとした。しかしその後も、

民事第九部はこれに対する回答を明白に示してはいない。ただ、保証事件の管轄が民事第一一部に移った現在(二〇〇二年一月一日以降)では、(こ)でいう「経済的利益」は、例えば会社(主債務者)の単独社員や業務執行者による共同責任の場合に、これらの者が融資目的の事業の成功により獲得する利益を指すものと考えてよいであろう。

(190) Vgl. Tiedtke, Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet Bürgschaftsrecht seit 1997, NJW 2001, 1015, 1023.

(191) Fischer, a. O. (Fn. 154), WM 1998, 1749, 1752f.; Martis, Sittenwidrigkeit von Bürgschaften einkommens- und vermögensloser Ehegatten sowie nichtehelicher Lebenspartner, MDR 1998, 936, 941. ティートウケ(Tiedtke, Sittenwidrigkeit der Bürgschaft eines nahen Angehörigen des Hauptschuldners bei krasser finanzieller Überforderung des Bürgen, NJW 1999, 1209, 1210.)は、「特に大きな不均衡」原則によって、「主債務者の家族との保証契約は全て、原則的に、このような極端な過剰債務があることによって良俗違反とみなされる」と述べるが、この見解に立つと思われる。

(192) Medicus, Entwicklungen im Bürgschaftsrecht – Gefahren für die Bürgschaft als Mittel der Kreditsicherung?, Jus 1999, 833, 836f. なお、メディクスは「特に大きな不均衡」原則の要件①～③について次のように考える。

要件①および③について、保証人と主債務者との家族関係は二重の意味で良俗違反を否定する論拠になる。要件①について、主債務者との家族関係は詐害的財産移転の危険があることを意味するので、配偶者による保証はBGB一三五七条およびBGB一三六二条と類似の機能を担い、これによって債権者は財産移転を取り消す手間を省くことができる。要件③について、融資目的となる事業の成功による主債務者の資産や収入の増加に伴い、家族に高額な扶養請求権や相続財産の増加の利益が生じることが考えられるので、家族関係が保証人に被保証取引からの収益をもたらす (Medicus, JUS 1999, 833, 835)。

要件②について、保証人の過剰債務に対する救済は執行法上の保護(差押えの制限)と新倒産法の残債務免除規定によって図り得る。保証契約締結時点ではなく執行の時点での履行能力を審査する点で契約締結後の保証人の財産取得の可能性を考慮でき、実態に即した解決が可能になるからである。特に新倒産法の施行によって過剰債務に陥った保証人をBGB一三八条一項によって保護すべき必要性が相当小さくなる (Medicus, JUS 1999, 833, 835f.、メデイクスは、このことをすでに主張していた。Vgl. ders., a. a. O. (Fn. 40), ZIP 1999, 816, 817ff.; ders., a. a. O. (Fn. 15), Die moderne Schuldum, 87ff.)。

(193) Seidel-Brink, Bürgschaften vermögens- und einkommens-

loser Bürgen, DB 1998, 661, 663f.

(194) Habersack-Giglio, Sittenwidrigkeit der Bürgschaft wegen krasser finanzieller Überforderung des Bürgen? – Eine rechtsvergleichende und europarechtliche Skizze –, WM 2001, 1100, 彼等は、BGHが共同責任者の極端な経済的過剰債務を良俗違反の必要十分条件と考えており、これによって、憲法裁が示したところの、経済的過剰債務と共同責任者の意思決定過程に対する侵害という二つの要件から離れてしまっただけでなく、憲法裁が考えていたよりも厚い保護を保証人に与える結果となっていると指摘する (Habersack-Giglio, WM 2001, 1100, 1103.)。

(195) Habersack-Giglio, a. a. O. (Fn. 194), WM 2001, 1100, 1105.

(196) Tonner, Die Haftung vermögens- und einkommensloser Bürgen in der neueren Rechtsprechung, ZIP 1999, 901, 904.

(197) Tonner, a. a. O. (Fn. 196), ZIP 1999, 901, 905.

(198) Tonner, a. a. O. (Fn. 196), ZIP 1999, 901, 907f.; ders., Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften BGH, NJW 1999, 58 (BGH v. 8. 10. 1998), JUS 2000, 17, 21.

(199) Tonner, a. a. O. (Fn. 196), ZIP 1999, 901, 910f.

(200) トナー (Tonner, a. a. O. (Fn. 196), ZIP 1999, 901, 903.) は、配偶者保証のみならず、子による保証の場合にも、パートナー関係において互いに経済的問題についても気を配りあう夫婦よりは詐害的財産移転が行なわれる危険

- 性は低いかもしれないが、これは危険性の大小の問題に過ぎないので、詐欺的財産移転防止の利益が債権者の正当な利益として認められるべきであり、この点で両事例を区別することはできない。Vgl. auch, Medicus, Die Bedeutung von Erwartungen des Gläubigers beim Abschluss der Bürgerschaft, FS Fikentscher, 1998, S.265, 267.
- (201) Tonner, a. a. O. (Fn. 196), ZIP 1999, 901, 911f.
- (202) Fischer, Die Bürgerschaft zwischen Dogmatik, Verbraucherschutz und Praxis, WM 2000, 14, 15.
- (203) Tiedtke, a. a. O. (Fn. 191), NJW 1999, 1209, 1210f.
- (204) Fischer, a. a. O. (Fn. 154), WM 1998, 1749, 1754ff.; Seidel-Brink, a. a. O. (Fn. 193), DB 1998, 661, 664f.; Tonner, a. a. O. (Fn. 196), ZIP 1999, 901, 903; ders., a. a. O. (Fn. 198), Jus 2000, 17, 20ff. なお、ザイテルとプリנקは、「特に大きな不均衡」原則による良俗違反が詐欺的財産移転防止の利益があることによって否定されても、債権行使の阻止の枠組が適用されるので、これらの枠組は表裏の関係にあると述べる。
- (205) Fischer, a. a. O. (Fn. 154), WM 1998, 1749, 1755.
- (206) Horn, Übermäßige Bürgerschaften mittelloser Bürgen: wirksam, unwirksam oder mit eingeschränktem Umfang?, WM 1997, 1081, 1085; Fischer, a. a. O. (Fn. 154), WM 1998, 1749, 1754f.; Tonner, a. a. O. (Fn. 196), ZIP 1999, 901, 911f.
- (207) Horn, a. a. O. (Fn. 206), WM 1997, 1081, 1085f.; Medicus, a. a. O. (Fn. 200), FS Fikentscher, S.265, 269, 280.
- (208) Tonner, a. a. O. (Fn. 196), ZIP 1999, 901, 912.
- (209) Medicus, a. a. O. (Fn. 200), FS Fikentscher, S. 265, 269.
- (210) Fischer, a. a. O. (Fn. 154), WM 1998, 1749, 1756.
- (211) Fischer, a. a. O. (Fn. 154), WM 1998, 1749, 1756.
- (212) Medicus, a. a. O. (Fn. 200), FS Fikentscher, S.265, 269.
- (213) Medicus, a. a. O. (Fn. 192), Jus 1999, 833, 838f.
- (214) 第二章二〇および注(90)に挙げた文献を参照。
- (215) なお、判例において実際に「特に大きな不均衡」原則の適用が問題となったのは、成人したばかりで取引無経験の子であるが(前出B G H 民事第九部一九九四年二月一四日判決Ⅱ判例〔26〕)、配偶者の事例について取引無経験が要件から外されたことから(前出B G H 民事第九部二〇〇〇年一月二七日判決Ⅱ判例〔49〕)、子についても取引無経験を要件とする必要性はもはや失われたといえるだろう。
- (216) 民事第九部は、前出民事第九部一九九八年一〇月八日判決(判例〔46〕)において、一九九九年一月一日以降に締結される共同責任設定契約(保証契約)について、詐欺的財産移転防止目的である旨の明記を要求する。これに対して、二〇〇二年一月一日に保証事件に対する管轄を民事第九部から引き継いだ民事第一一部は、一九九

九年一月一日以前に締結された共同責任設定契約(保証契約)についても、詐害的財産移転防止目的である旨が明記されていない巨額の保証契約を良俗違反(BGG一三八条一項)により無効とすることを明言した(BGH民事第一一部二〇〇二年五月一四日NJW 2002, 2230。判例〔57〕参照)。

(217) 原田・前掲注(20)「極端に巨額な保証債務の反良俗性(一)」論叢一四九巻五号六一頁においてすでに指摘されている。

(218) なお、要件④について、債権者の詐害的財産移転防止などの利益は、このような目的が当事者間で特別に規定される場合には、他の要件が具備されていても良俗違反性が否定されるが、これは、aとの関連で良俗違反を否定するファクターとして作用するといえよう。

(219) Vgl. Odersky, Rütnose Bürgschaften – Rechtschick und Zivilrecht, ZGR 1998, 169, 178.

(220) ただし共同責任者独自の経済的利益があるとして、「特に大きな不均衡」原則によって良俗違反の成立が否定される場合であっても、「過剰性+特段の事情」原則の適用の可能性は残されている。

この他に、例えば、主債務者と密接な感情的つながりのない者が共同責任者となる場合(≠要件①)や、共同責任額と共同責任者の経済的履行能力の間に「極端な不

均衡」はないが、「著しい過剰性」の要件を満たす程度には過剰債務となる場合(≠要件②)にも、「特に大きな不均衡」原則の適用はないが、「過剰性+特段の事情」原則の適用の可能性はなお残されている。

(221) 妻が夫と共に共同署名し、後にその共同責任契約の効力が問題となった事案に関する判決としては、他にBGH民事第一一部一九九八年一〇月六日NJW 1999, 135(共同申込者≠Mittagssteller)、BGH民事第一一部二〇〇二年五月二八日判決NJW 2002, 2705(判例〔59〕)(契約類型は消費貸借契約≠Darlehensvertrag)がある。ただし、BGH民事第一一部二〇〇〇年一月一四日判決NJW 2001, 815(判例〔50])(借主≠Darlehensnehmer)においては、BGHは、融資の目的が①夫の取引債務の借り換えと②夫婦共同の旧債務の弁済であり、①の部分についてのみ「特に大きな不均衡」原則を適用して一部無効(BGG一三九条)を認めた原審を支持した。

(222) 前出BGH民事第九部一九九七年二月一八日判決判例〔45〕によれば、成人後の兄弟姉妹について、共同責任者自身による「比肩し得るほど密接な個人的関係」の主張立証が要求されていた。

(223) ただし、本件では、保証人が保証債務の弁済に足りる資産を有していたことから、著しい経済的過剰債務が否定され、保証契約は有効とされた。

(224) GmbHG 五〇条〔少数持分権〕

一項 合わせて少なくとも資本金の一〇分の一に相当する会社持分権を有する社員は、目的と理由を申し立てて、社員総会 (die Versammlung) の召集を要求する権限を有する。

(225) この他に、社員による共同責任の事例としては、BGH 民事第九部二〇〇一年九月一八日判決 NJW 2002, 1337. (判例〔52〕) (単独社員兼業務執行者) ˆ BGH 民事第一一部二〇〇二年一月一五日判決 NJW 2002, 956. (判例〔55〕) (二五%の持分権者) がある。

(226) なお、この問題について唯一言及しているケールス (Kerls, Die Haftung einkommensschwacher und vermögensloser Angehöriger bei öffentlich geförderten Darlehen, DZWR 1996, 9.) も、判例の見解を支持する。

(227) 消費者信用法一条〔適用範囲〕一項一文 この法律は、信用を供与し (与信者) または仲介しまたは斡旋する (信用仲介者) 事業者 (Unternehmer) と消費者との間の信用契約および信用仲介契約に適用される。

同条の訳出に際しては、渡辺達徳「ドイツ消費者信用法 (試訳)」クレジット研究 三三卷 (二〇〇〇年) 一二七頁を参照した。

(228) このように、「合意の瑕疵」の構造を明確に指摘するものとして、森田宏樹「合意の瑕疵」の構造とその拡張理

論 (1)「NB L 四八二号 (一九九一年) 一三頁。また、原田論文も既にこのことを指摘している。原田・前掲注 (20)「巨額な共同責任の反良俗性 (二)」論叢 一四八巻一 号一〇二頁参照。

(229) Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., 1997, §37, Rn. 29ff. S. 701f.; Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Aufl., 2000, vor§123 Rn. 15ff. S. 92; Heilmehl-Sörgel, BGB Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, §123 Rn. 39ff. S. 112f.

(230) この点については、前出 BGH 民事第九部一九九七年一月一六日 (判例〔37〕) が言及している。注 (146) 参照。Vgl. Heilmehl-Sörgel, a. a. O. (Fn. 82), S. 113f.

(231) Heilmehl-Sörgel, a. a. O. (Fn. 82), S. 113ff.; Horn, a. a. O. (Fn. 96), Staudingers, §765 Rn. 58 S. 363.

(232) なお、債権者が共同責任者の金銭的窮迫状態を利用して精神的強制状態を作出する場合など、保証契約を締結するか否かの任意性を低下させることによって、契約締結上の過失による損害賠償請求権が認められた判例は見当たらなかった。

(233) 森田寛樹「合意の瑕疵」の構造とその拡張理論 (3・完)「NB L 四八四号 (一九九一年) 五七―五頁によれば、フランスにおいては、当事者にとって外的な状況によって自由意思を欠いた場合 (窮迫) を強迫と同視できるか

が問題となり、学説は相手方が急迫に乗じて過大な利益を得ようとする場合にこれを強迫と同視できるとするといふ。すなわち、「状況の濫用」型の場合には、表意者の自由な意思決定の確保という観点だけから「合意の瑕疵」を基礎づけることは困難であり、契約内容の不当性、すなわち契約上の「給付の不均衡」が認められて契約に対する介入が正当化され得る。

(234) Horn, a. a. O. (Fn. 96), Staudingers, §765 Rn. 53, S. 361ff. しかし、このように銀行が共同責任者の軽率さを助長するような場合にはBGB一二三条の成立を認めるべきだとする学説 (Medicus, a. a. O. (Fn. 15), Die moderne Schuldum, §104; Heinrichsmeier, a. a. O. (Fn. 82), S. 110.) もある。

(235) BGH民事第九部一九九九年七月一日判決WM 1999, 1614. は、息子とその嫁の旧債務の借り換えを目的とする融資のため、Y (息子の母、六八歳、月収は二つの年金の総額八八七・四四Mと自らも居住する住居の賃料収入四〇〇Mの合計一二八七・四四M、自ら居住する土地建物を所有) が、一〇万Mにつき保証をしたところ、主債務者の不履行に基づきX銀行がYに対して保証債務 (一〇万Mとその利子) を請求した訴訟に関する判決である。本件保証契約締結の際には、Xが、当初、Yに対してY所有の土地建物に八万Mの土地債務を設定することを要求したが、Yがこれを拒否し、その代わりに本件

保証を引き受けたという事情があった。

判決は、本件保証契約の良俗違反を否定した原審を破棄し、事実の審理のために原審に差し戻した。本判決は、本件保証契約が良俗違反となるかどうかについて判断を保留したうえで、Xには保証引受けの効果をYに説明する義務があることを認めた。すなわち、息子達の債務の弁済のために自己の土地建物を処分するつもりで決していないYが、土地債務を設定する代わりに本件保証を引き受けたのは、Yが保証の効果を認識していなかったことによるので、Xは、保証引受けが、その経済的效果において、土地債務と同様に土地への差押えを可能にすることをYに説明する義務を負う。また、保証人の意思決定 (保証引受) にとって決定的な事情を保証人が知らないのに対して債権者が知り得る場合には、債権者の情報の優位に基づき、債権者はこのような事情について説明する義務を負う。

(236) ハーバーザックとギグリオ (Häbersack-Giglio, a. a. O. (Fn. 194), WM 2001, 1100, 1105f.) は、一般に消費者への説明 (Aufklärung) は、不均衡状態を是正するための適切な手段であるけれども、説明の名宛人 (消費者) に情報を受け取る意思がないために、また、知的にこの能力を有しないために、個々の事例において、このことが法律行為を良俗違反とすることが拒否されないとする。

(237) グリューン (Grün, a. a. O. (Fn. 75), NJW 1994, 2935, 2937) は、早くからこのことを指摘してきた。

なお、妻が夫のために保証を引き受けるという事態は、イギリスにおいても問題となっていたが、イギリスでは、保証契約の締結時に、特に主債務者と保証人との間に夫婦またはそれと類似の生活共同体関係があり、保証契約締結によって保証人がならん利益を受けない場合には、不当威圧推定の危険があり、債権者としてはこのような危険がある場合に「合理的措置」をとらない場合には不当威圧の認識が擬制され、保証人の契約取消の抗弁に服さなければならぬとされている。しかし債権者は、合理的措置として、夫の同席しない場で妻と面接して妻の引き受けようとするリスクについての警告を行ない、妻にソリシタによる公平無私の助言を受けること勧告すると不当威圧の擬制認識を覆すことができると思われる。

なお、イギリスにおいてこのように保証人が救済されるのは、人的保証の場合に限られず、また、保証人の過剩債務も要件とされていない。

イギリスの状況については、木村仁「保証契約締結における保証人の保護と不当威圧の法理——イギリス判例を中心に——」(二)・(一)「元」民商一一四卷二号(一九九六年)二五五頁、民商一一四卷三号(一九九六年)四五四頁、同「イギリスにおける保証契約締結時の債権者

の義務——O'Brien 判決以降」近畿大学法学四五巻二号(一九九八年)一一一頁、鹿野菜穂子「妻による保証・物上保証とその効力——イギリス法」消費者法ニュース四四号(二〇〇〇年)四六頁、同「妻による保証・物上保証とその効力——英国オブライアン事件以後の状況」消費者法ニュース四六巻(二〇〇一年)五四頁、Habersack-Giglio, a. a. O. (Fn. 194), WM 2001, 1100ff. を参照した。

(238) ここで参照した文献の著者であるホエス (Hoes) とルヴォウスキー (Lwowski) ²としてシュレーター (Schlöter) は、いずれも弁護士である。Hoes/Lwowski, Die Wirksamkeit von Ehegattenbürgschaften aufgrund drohender Vermögensversicherung?, WM 1999, 2097; Schlöter, Auswirkungen der geänderten Bürgschaftsrechtsprechung auf die Kreditpraxis, WM 2000, 16.

(239) Schlöter, a. a. O. (Fn. 238), WM 2000, 16, 18.

(240) Hoes/Lwowski, a. a. O. (Fn. 238), WM 1999, 2097, 2099; Schlöter, a. a. O. (Fn. 238), WM 2000, 16, 19.

(241) Schlöter, a. a. O. (Fn. 238), WM 2000, 16, 19.

(242) Hoes/Lwowski, a. a. O. (Fn. 238), WM 1999, 2097, 2099; Schlöter, a. a. O. (Fn. 238), 2000, 16, 19.

(243) Hoes/Lwowski, a. a. O. (Fn. 238), WM 1999, 2097, 2099; Schlöter, a. a. O. (Fn. 238), WM 2000, 16, 19.

なお、ホェスとルヴォウスキー (Hoesl/wowski, a. a. O. (Fn. 238), WM 1999, 2097, 2099) が、ハンブルク保証会社 (有限会社) (Die Bürgschaftsgemeinschaft Hamburg GmbH) の申込用紙を引用しているので、ここで訳出してみよう。主債務者の申込用紙には次のように書かれているという。「最終不足額支払保証の引受けの——筆者注) 申込に应じられる場合について、私は次のことをもって保証会社 (……) に対する意思表示とします。私は最終不足額支払保証が有効である間は、事前に保証会社 (……) の同意を求めることなく、営業上の財産価値を私の配偶者に譲渡しません」。

他方で、主債務者の配偶者の申込用紙には次のようにかかれているという。「私 (……) は、保証会社 (……) の事前の同意なく、私の配偶者から譲渡されるかもしれない営業上の財産価値を受領せず、ないしは、受領した財産価値を再び返還する義務を負います」。

(244) メディクス (Medicus, a. a. O. (Fn. 192), JUS 1999, 833, 839) がこのことを指摘し、「特に大きな不均衡」原則によって、債権者の侵害行為の有無を現実考慮せずに良俗違反を認める判例を批判する。

(245) Hoesl/wowski, a. a. O. (Fn. 238), WM 1999, 2097, 2100.

(246) 一〇年前になるが、一九九四年六月一六日から一九九〇年に全国二八箇所で開催された弁護士による「保証人一一

〇番」の実施結果からも明らかになる。これによると、寄せられた相談における保証人の主債務者との関係は、配偶者が一三%、その他の家族が二二%、友人が二九%を占めていたとのことである。木村達也「保証人一一〇番」——保証契約の悲劇をなくすための決議——」消費者法ニュース二一号 (一九九四年) 三四頁参照。

また、中小企業庁によって二〇〇二年一月に行われた「金融環境実態調査」によれば、中小企業がメインバンクへ提供している保証人の種類は、多い順に、代表者、代表者の親族、代表者以外の役員、その他の個人、資本関係のある法人、その他の法人、となっている。本稿の関心との関連で「代表者の親族」と「その他の個人」が保証人として提供される割合に着目すると、代表者の親族については、従業員規模が二〇人以下の会社では三五・一%、二一人以上一〇〇人以下の会社では二二・八%、一〇一人以上三〇〇人以下の会社では八・七パーセント、三〇一人以上の会社では三・三%である。これに対してその他の個人については、順に、三・四%、一・七%、〇・三%、〇・二%である。中小企業庁編集「中小企業白書 (二〇〇三年版)」(ぎょうせい、二〇〇三年) 一四三頁参照。本稿の区分によれば、「その他の個人」は「第三者個人保証」であるが、この調査における「代表者の親族」は「家族保証」と「第三者個人保証」を包

括するものであると思われる。

(247) 序章一 参照。

(248) 注(一) 参照。なお、「八座談会」新しい中小企業の仕事——金融庁研究会報告を契機に「金法一六九〇号(二〇〇三年)二四頁(中村廉平発言)、友松義信「包括根保証」銀法六二九号(二〇〇四年)五七頁も参照。

(249) 家族保証と第三者個人保証は、債務者の経営モラルの確保や債務者の債務の弁済を促進する機能を有する点で共通することは、すでに序章一で指摘した。

(250) 継続的保証、根保証における責任制限に関する判例における責任制限の要素を分析した先行研究としては、後藤勇「継続的保証における保証責任の限度——最近の裁判例を中心として——」判夕四四五号(一九八一年)一五頁、福田誠治「伝来型保証の特徴と保証人保護の正当化理由——根保証人の責任制限に関する裁判例の検討を通じて——」椿寿夫編著『法人保証の現状と課題』別冊NBL六一号(二〇〇一年)一八〇頁がある。また、最近、中小企業金融に伴う保証を中心に保証の法的効力に関する裁判例を整理するものとして、伊藤進「保証の法的効力について①⑤——中小企業金融に伴う保証を中心に——」銀法六二三号(二〇〇三年)四頁、六二六号(二〇〇三年)一八頁、六二八号(二〇〇四年)三三頁、六三二号(二〇〇四年)五〇頁、六三三号(二〇〇四年)

五二頁があり、また、保証人保護に関する裁判例を詳細に整理したものと、平野裕之「保証人保護の判例総合解説」(信山社、二〇〇四年)がある。

(251) 大阪地裁昭和六二年八月七日判夕六六七号一六四頁。

(252) 広島高裁平成九年一月二八日(判例集未登載) 木村晋介・本田純一・千葉肇「新消費者取引判例ガイド」(二〇〇〇年、有斐閣)に掲載されている。判旨は次の通り。「本件連帯保証は本件貸金後の事後的な保証であつて、また、当時、A業自己破産の道しか残されていなかったのであるから、直ちに保証債務の履行を請求されることは確実であり、かつ、求償債務の満足は全く期待できないというXに一方的に不利益となる契約である。そのような保証も熟慮の上、自由な意思のもとになされたのであれば、法的に貸しのないものとして、その履行を義務づけられてもやむを得ない者であるが、本件の場合、BらがAに対する違法な取立て行為に及ぶ中、Xは、Bらがいづまでも帰らないことに困惑して、やむを得ず保証したものであるから、その後、Xが納得の上で保証債務を履行するは格別、YがXの意思に反して、その履行を請求するがごときは到底許されることではないというべきである。

以上のとおり、BらのAに対する取立行為の態様やXが本件連帯保証をするに至った経緯に照らせば、Xが既

に支払った分がYの不当利得となるか否かはともかくとして、YがXに対して本件保証債務の履行義務があると、して履行を請求することは権利の濫用といふべきであり、XはYに対して本件保証債務の履行義務を負わないものと解するのが相当である。」

(253) 序章一に紹介したように、下森定教授は、リスク負担が確定的であることに關する保証人の不知に乗じて、銀行が自己に一方的に有利な契約締結に向けて積極的に働きかけた場合に、「給付の均衡」法理から民法九〇条違反が成立する可能性があることを指摘する。しかし、わが国では、このような場合に、「給付の均衡」法理を持ち出すまでもなく、保証人の保護が図られている。したがって、「給付の均衡」法理による民法九〇条違反を必要とする場面は非常に狭くなるであろう。なお、下森教授がここで主張する「給付の均衡」法理は、本稿が検討したドイツの「過剰性+特段の事情」原則に類似するものであるとみることができようか。

(254) 相互保証の事例として、大阪地判昭和四九年一〇月一六日金判一一五六号一三頁、東京高判昭和五九年四月二三日金法一〇八四号四二頁。

(255) 保証引受けの無償性・情義性が責任制限の際の総合考慮のファクターとして考慮された最近の裁判例としては——いずれも商工ローン融資に關する保証の事例である

が——、東京地判平成二一年一〇月二八日金法一五九一〇六三頁、東京地判平成二二年一月二六日判時一七三五〇九二頁、東京地判平成二二年一月二七日判時一七二五〇一四八頁がある。

(256) 東京高判平成九年六月一九日判時一九二四号九八頁。

(257) 後藤勇・前掲注(250)判夕四四五号一五頁以下および福田誠治・前掲注(250)別冊NBL六一号一八〇頁以下がすでにこの点を指摘している。

(258) しかし、わが国では、本稿で扱っているように保証契約の契約当事者(債権者+保証人)外の人的關係(保証人+主債務者)に着目するものではないが、民法七五四条において夫婦間で締結された契約の取消権が認められており、その立法趣旨は、夫婦關係は他の人的關係と異なり、威圧や溺愛によつて意思の自由を奪われて、自由意思に基づかず契約が締結されやすいことにある。このことは日本民法が、ある特定の人的關係において、定型的に、意思決定の自由が特に制限を受けることを認めているものと考えられる。

ただし、同条は沿革的系譜(フランス法)以外に法規範としての正当理由をもたない条文であるとされ、獨立対等な夫婦關係を当然の前提とした現行法のもとでは、夫婦間の意思表示が真意に基づくのではないことを前提とするような立場は採るべきではないとして、廃止論も

強い（有地亨・青山道夫編『新版注釈民法（21）親族（1）』（一九八九年、有斐閣）三八二頁以下（中川高男））。そうであるならばなおさら、主債務者の配偶者が自己の経済的利益の追求なくして極端な過剰債務となるような共同責任を引き受けたという場面に限ってはあがあるが、独立対等な夫婦関係を宣言するドイツにおいて、その人的関係から意思決定の「不自由」（任意性の低下）が生じることが認められたことは興味深いことである。

(259) このような観点から、公序良俗による解決に肯定的な見解として、磯村保「判批」金法一四二八号（一九九五年）五五頁。

(260) わが国においても、債権者が保証人の資力を十分に調査をしていなかったことを理由のひとつとして、保証人の責任制限が認められた裁判例がある。例えば、東京地判平成十一年一〇月二八日金法一五九一号六三頁、東京地判平成十二年一月二七日判時一七二五号一四八頁等。

なお、平野裕之・前掲注（250）二二三頁―二二二頁は、保証契約締結時における債権者の保証人保護義務の一環として、債権者が保証人に対して、過剰保証契約その他不適切な保証契約を回避すべき義務、具体的には債権者保証人にとって過剰な保証契約か否かを調査し、過剰な保証契約を避けるべき義務を負うとし、その違反の効果として、原則的に公序良俗違反に基づき保証契約を全部

無効とし、過剰保証が著しいといえず、公序良俗違反を用いるのが無理な場合にも、信義則による責任制限が許されるべきだと主張する。

ドイツ判例（BGH民事第九部二〇〇〇年一月二七日判例（49））も、慣習上、債権者には、共同責任者の「担保価値審査義務」があることを認めている。

(261) この点、伊藤進教授の見解は、本稿の考えと基本的に同じ方向を指向すると思われる。伊藤教授は、中小企業金融において、「第三者個人保証」は、「経営者個人保証」と異なり、経営責任の担保を目的としないことと、主債務者である中小企業の経営の破綻などから生じる債務を負担する覚悟が保証人には一般的にないこと、中小企業の債務を担保させる客観的合理的理由がないこと、金融機関としても、「第三者個人保証人」にそこまでの担保責任を求めるつもりはなく、有担保主義の原則から形式的に保証人を徴求するのが通常であること、を指摘する。そして、右のような「第三者個人保証」の特質から、「第三者個人保証」の場合には、事実的意思として経営上の債務負担の意思があったとしても、そこから直ちに経営上の債務全額を担保する規範的意図があると破壊されず、「第三者個人保証」の法的効力は、原則的に「信義則による保証責任の合理的範囲の制限」の法理を内包し、原則的に保証責任が制限されるべきだと述べ

る。伊藤進・前掲注(250) 銀法六三二号五四頁―五五頁。

(262) 序章一注(一)の伊藤教授による定義を参照。

(263) 浅尾重機「包括根保証人の責任の信義則による制限」

金法一六六七号(二〇〇三年) 七四頁は、「家族的、同族的な企業の場合には、主債務者の事業が遂行される過程で、家族あるいは同族としてさまざまな利益に預かるものと考えられるが、それらのことも広い意味では保証の対価と評価されよう」と述べる。また、平野裕之・前掲注(250)が、「夫の事業資金のために妻が保証人になるのと、単なる知人程度の者が保証人になるのとは大きく異なるろう」と述べるのも、同様の考えに基づくと評価できよう。

(264) 中小企業庁によって二〇〇二年一月に行われた「金融環境実態調査」によれば、中小企業金融の際に、中小企業の代表者がメインバンクと保証契約を締結している割合は、従業員規模が二〇人以下の会社では八二・二%、二一人以上一〇〇人以下の会社では七九・五%、一〇一人以上三〇〇人以下の会社では六二・六パーセント、三〇一人以上の会社では二五・八を占めている。中小企業庁編・前掲注(246) 一四三頁参照。

(265) 例えば、東京高判平成元年一月二四日金法一二三四号三十七頁。

(266) 例えば、東京高判昭和四三年九月二四日金判一五六号

一三頁、大阪地判平成六年二月二六日金法一四四〇号四四頁等。しかし他方で、保証人は役員であるけれども、名目的役員にすぎないとして、責任制限が認められたものとして、東京高判昭和六〇年一月一日判時一一七三号六三頁、東京地判平成二年七月二三日判時一三八六号一三一頁がある。

(267) 序章一で述べたように、不動産などの確な財産や第三者の保証を立てることが困難な者が、家族保証を利用する場合はまさにこれに当てはまるであろう。

(268) 磯村保・前掲注(259) 金法一四二八号五五頁、平野裕之・前掲注(250) 二二二―二二二頁参照。

(269) なお、法制審議会保証制度部会によって平成一六年五月二四日に取りまとめられた「保証制度の見直しに関する要綱中間試案において、保証人が①貸金債務について、②根保証をした③個人である場合を念頭におき、保証人保護の方策が検討され、根保証契約を要式行為とすること、根保証に限度額・期間を定めること、期間の経過以外の元本確定事由を定めることがまとめられた。

しかし、包括根保証を否定し、限定根保証化しても、本稿が序章一で指摘したような問題は解決されないのであり、依然として保証人の資力およびその意思決定過程に着目した保証契約の効力否定ないし責任制限法理によって保証人(根保証人に限らない)を保護すべき必要

性は残っていると考える。

*なお、本稿が引用するBGB等の条文には、現在改正されているものが多いが、議論当時の条文を参照すべく、旧規定のまま引用・訳出している。

* *校正の段階で、伊藤進「保証の法的効力について⑥、⑦(完)」
銀法六三三三号(二〇〇四年)七二頁、銀法六三三四号(二〇〇四年)三二二頁、金融法務事情編集部「法制審議会『保証制度の見直し』に関する要綱中間試案を取りまとめ」
金法一七〇八号(二〇〇四年)一六頁、法務省民事局参事官室「保証制度的見直しに関する要綱中間試案補足説明」
金法一七一〇号(二〇〇四年)三八頁、銀行法務FORUM(座談会)「個人保証制度的見直しに関する諸問題」
銀法六三三三号(二〇〇四年)四頁に接した。

判例 番号	判決年月日 (○は小法廷)	契約 類型	主債務 者との 関係	共同責任者の年齢・ 収入・学歴等	融資の目的・融資金額・請求額	解決方法
46	8.10.1998⑨ NJW 1999, 58.	連帯 保証	妻	四四歳・無職・無資産	夫の全取引債務につき極度額一〇〇万Mとする連帯根保証。他に土地建物の対する担保(二五万M)あり。	BGB一三八条一項肯定 「特に大きな不均衡」原則無効 一九九九年一月以降締結の保証契約は財産移転防止目的を契約書に規定しなければならぬ。
45	18.12.1997⑨ NJW 1998, 597.	連帯 保証	名目妹 経営者	二六歳・銀行の速記 〇M・無資産。	兄弟が節税対策のために設立した有限会社連帯根保証。保証人は共同経営者として五万M出資して銀行はこれを知悉しているとの主張。請求額五〇万M。	BGB一三八条一項肯定 「特に大きな不均衡」原則無効 夫婦や親子と「比肩」する密接な個人関係」の有無を審査すべく差戻し
44	11.12.1997⑨ NJW 1998, 894.	包括根 保証	経営者 ・業務 執行者	主債務者である有限会社 の単独経営者Y1と その夫で業務執行者Y 2。	兄弟が節税対策のために設立した有限会社連帯根保証。保証人は共同経営者として五万M出資して銀行はこれを知悉しているとの主張。請求額五〇万M。	BGB一三八条一項肯定 「特に大きな不均衡」原則無効 「独自の経済的利益あり」 →有効
43	9.10.1997⑨ WM 1998, 592 原審 WM 1997, 2122.	連帯 保証	妻↓ 離婚	年齢・学歴・職歴・収入不明(請求時差押可 能収入なし)。不動産 四一〇万Mの担保権設 定(を夫と共有(二二 万M))。(資産価値	Y1Y2はXと共にA会社の債務を包括根保証。Xの妻Bは一五〇万Mを極度額とする根保証。保証に基づきXが弁済した後、Y1Y2に求償権行使。	BGB一三八条一項肯定 「特に大きな不均衡」原則無効 「独自の経済的利益あり」 →有効
42	18.9.1997⑨ NJW 1997, 3372.	包括根 保証	パート (女)	年齢不明・家具職とし て主債務者の会社で働 き、月収手取り三五〇 〇Mを得ていた。	夫の建物建築のつなぎ融資一八〇万Mにつき連帯保証。 BGB一三八条一項肯定 「特に大きな不均衡」原則無効 「独自の経済的利益あり」 →有効	BGB一三八条一項肯定 「特に大きな不均衡」原則無効 「独自の経済的利益あり」 →有効

△別表4▽BGGH民事第九部一九九七年九月一八日判決から、二〇〇〇年一月判決まで

49	48	47
27. 1. 2000 ^⑨ JZ 2000, 674 NJW 2000, 1182.	25. 11. 1999 ^⑨ NJW 2000, 362 WM 2000, 23.	29. 6. 1999 ^⑩ NJW 1999, 2384.
連帯保証	連帯保証	重量的引受
パート(男)	妻	妻↓離婚
男性・三三歳・債権者の主張によるとパートナリーMを得ていたといふが、立証されていない。	年齢不明・月収総額二二五〇M。	三三歳・土地あり・夫の会社で月収手取り一六五〇M。
パートナリーの住宅建築を目的とする消費貸借債務一六五万Mの連帯保証。他に、保証人の生命保険金請求権の譲渡、土地債務あり。	夫の会社の商品供給契約に基づく現在および将来の全取引債務(無期限)につき極大額三〇〇万M。他に、夫も共同保証。請求額三〇〇万M。	建築家である夫の単独所有の住居建物および事務所等の改造のための融資につき、無制限に連帯債務を引受けた。他に、夫所有の土地建物と保証人所有の土地に、土地債務設定。土地債務に基づく強制競売後の残債務三六万M。
BGB一三八条一項↓肯定 「特に大きな不均衡」原則↓無効	BGB一三八条一項↓否定 「特に大きな不均衡」原則↓有効 権利濫用(BGB二四二条)↓請求不可	上告回付決定。その後、取下げ。
○	△	取下げ

△別表5 V B G H 民事第九部二〇〇〇年一月判決以降「特に大きな不均衡」原則の射程の確定

* 共同責任設定契約の効力否定が認められた場合↓○ 認められなかった場合↓×

51	50	判例 番号 (○は小法廷)
26. 4. 2001 ^⑨ NJW 2001, 2466. WM 2001, 1330.	14. 11. 2000 ^⑩ NJW 2001, 815.	判決年月日 (○は小法廷)
連帯保証	Drittel inschne m(er)in	契約 類型
母親	夫婦 ↓離婚	主債務 者との 関係
六二歳、主婦、年金生 活者、年金月一五九 二・五三M、主債務者 等と土地建物を共有 (持分の価値は当時二 〇万M)	二六歳、理容師の資格 所有、子供(五人)の 育児をする。同時に の会社の手伝い。その 後パートとして月収 手取り八四〇M。	共同責任者の年齢・ 収入・学歴等
息子の会社の取引債務につき極大額一五 万Mとする連帯保証。保証証書の返還と 引換えに、保証人所有の土地建物に対し て一五万Mの保証債務をその約束に対し る銀行は、一五万Mとその利子を請求さ れた。取消法に基づき、主債務者から譲渡さ れた持分への強制執行の許容を請求。	夫の会社債務の借換えと夫婦共同の旧 債務(一九九〇・七〇〇M)の弁済のため の借入(四九七〇〇M)・月八〇〇M五 年払い)について「Darlehensnehmer」 として署名。	融資の目的・融資金額・請求額
BGB一三八条一項↓差戻し・原審請 求× 「特に大きな不均衡」原則は、主債務 者の母親にも適用可能。適用可能をカパー 産を有するので、適用不可。	BGB一三八条一項・一三九条↓一部 無効 ☆夫の取引債務借換え部分↓無効 ☆特に大きな不均衡原則 ☆夫婦の旧債務弁済部分↓有効	解決方法
差戻し	△	*

近親者保証の実質的機能と保証人の保護 (3・完)

56	55	54	53	52
<p>14. 5. 2002 ① NJW 2002, 2228.</p>	<p>15. 1. 2002 ① NJW 2002, 956. MDR 2002, 468.</p>	<p>4. 12. 2001 ① NJW 2002, 744.</p>	<p>13. 11. 2001 ① NJW 2002, 746. WM 2002, 125.</p>	<p>18. 9. 2001 ② NJW 2002, 1337. WM 2001, 2156.</p>
<p>連帯保証</p>	<p>連帯保証</p>	<p>Kreditnehmer</p>	<p>重量的引受</p>	<p>包括根保証</p>
<p>夫婦 離婚</p>	<p>社員(持分)25% 夫婦 離婚</p>	<p>女性 別</p>	<p>子</p>	<p>単独社 業務執行者</p>
<p>年齢不明・子供(七歳)あり・月収手取り一四七〇M・資産として所有するMehrfamilienhausの料収入月一二三三Mの質</p>	<p>四五歳・主婦(保証契約締結時無職・育児中)から扶養家族給付金療技術企業の後任医師と月収総額四〇M。</p>	<p>三六歳、紡績専門家、育児しながらパート経営のスナックでパートとして手伝い。</p>	<p>一八歳、Ratschule(実業中等学校)在学中、無収入・無資産。</p>	<p>二〇歳、不動産売買・管理を業とする有限会社社員兼業務執行者が、保証契約締結後業務執行者に就任。父が</p>
<p>夫が共同経営者である銀行に對する現在及び将来の限度の一万Mと利子。銀行は、既に設定された抵当権によつて使い果たされている。</p>	<p>自己を二五%出資し、共同経営者四名、夫を含め二人が共同で業務執行をする。有限会社が銀行から受けた当座勘定信用消費貸借契約(総額二〇〇万M)につき融資によつて取得した土地に第一順位の土地債務(二〇〇万M)の最終支払額不足保証、他の銀行による備付資産流通財産の譲渡担保、他の社員による各五〇万Mの根保証あり。</p>	<p>スナックを経営するパートナの多目的信用契約に基づく債務(手取り・融資額一〇万五〇〇M、月賦一九七八M)についてKreditnehmerとして署名。</p>	<p>父が自身の土地建物(強制競売中)の抵当権の負担のない所有権を、融資と不動産取引仲介業をなす有限会社に対し了すべく当該有限会社から受けた三五〇Mの融資(利率一〇%)の債務引受。他に主債務者の妻の債務引受あり。</p>	<p>会社の取引債務を包括根保証。保証契約締結後会社は倒産した。請求額五万M、一三四六〇Mの時残債務総額七〇万Mに引き上げられた。保証人は自身を父のわら人形であること主張。</p>
<p>差戻し</p>	<p>×</p>	<p>差戻し</p>	<p>○</p>	<p>差戻し</p>

61	60	59	58	57
10.12.2002⑩ MM 2003. 275.	19.6.2002④ NJW 2002. 2633.	28.5.2002⑩ NJW 2002. 2705.	28.5.2002⑩ NJW 2002. 2634.	14.5.2002⑩ NJW 2002. 2230.
保証	土地 債務	Die heins nehmer	連帯 保証	保証
社員兼 従業員	義父 母	妻	子・合 資会社 の有限 責任社 員	夫婦 離婚
M担九M)共 手取し、妻と 共有(二分の 一)。	七四歳と七五 歳、土地を 共有し、自ら も居住する Reihenhaus を所有。	無資産、夫の 会社の事務 のパートとし て月収総額 二〇〇M、契 約締結時妊 娠六ヶ月。	三〇歳、法学 士、金融サ ルタントを 営む。年収は 二四〇M。預 金は二万八 千M。不動産 の土地担保 権(一四万五 千M)。	五〇M。土地 の債務(八 万M)を負担 し、夫と共有 の土地を返 戻金(八〇M) を銀行預金 (二万M)と 共有(二分の 一)。
同僚の保証 あり。	娘の夫の会社 の取引債務を 担保するた め、共有する 土地に対して 第一順位の特 許権を設定。銀行による 公正証書に基づく強制執行 に対する執行 異議訴訟。	夫の会社(不 動産仲介業) の変動利息付 消費貸借に基 づく債務(八 〇万M)当初 につき六七 五%、月賦初 回一七〇M 資によつて取 得した不動産 への土地債務 五九万七二 五Mとその利 子。	母が経営指揮 をとり、有限 責任社員であ る合資会社の 取引債務につ き極度額を一 〇万Mとする 連帯保証。一 部請求一〇 万Mとその利 子。	主債務者はK GHEH & Co. G. 夫が唯一の 有限責任社員 兼無限責任社 員。この会社 の取引債務に つき極度額九 六万Mとする 保証。残債務 一八二万六九 六Mのうち、 一部請求五〇 万M。
BGB一三 八条一項の 適用不可。	BGB一三 八条一項の 適用不可。	BGB一三 八条一項の 適用不可。	BGB一三 八条一項の 適用不可。	BGB一三 八条一項の 適用不可。
×	×	○	差戻し	○

