



Title	近親者保証の実質的機能と保証人の保護（1） —ドイツ法の分析を中心に—
Author(s)	齋藤, 由起; SAITOU, Yuki
Citation	北大法学論集, 55(1), 113-160
Issue Date	2004-05-06
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/15276">https://hdl.handle.net/2115/15276</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	55(1)_p113-160.pdf



# 近親者保証の実質的機能と保証人の保護（一）

——ドイツ法の分析を中心に——

齋藤由起

## 目次

- 序章 問題の所在
- 一 問題意識と本稿の目的
- 二 本稿の構成
- 第一章 問題の背景とBGH八九年判決登場まで

一 問題の背景

1 銀行実務上の背景

2 法律上の背景

二 B G H八九年諸判決以前の裁判実務と学説の反応

1 裁判例と学説

(1) 禁止法規違反 (B G B一三四条 (G e w O五六条一項)) に基づく無効

(2) 準暴利行為 (B G B一三八条一項) に基づく無効

(3) B G B三一〇条類推による無効

(4) 差押禁止範囲 (Z P O八五〇c条) の超過による良俗違反

(B G B一三八条一項)

(5) 説明義務違反に基づく債権者の損害賠償義務

2 小括

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

一 B G H判例

1 B G H民事第九部の見解

2 B G H民事第一一部の見解

二 学説

1 契約を実体法上全部無効とする見解

(1) 債務の巨額性Ⅱ共同責任者の無資力を根拠とする見解

(2) 共同責任者の意思決定侵害 (私的自治侵害) を根拠とする見解

2 契約自体を有効としながら共同責任者の救済を講じる見解

(1) 債権者と共同責任者との契約関係に着目する見解

(2) 債権者の共同責任に対する利益に着目する見解

(3) 主債務者と共同責任者の関係の事後的な解消に着目する見解

三 小括

第三章 連邦憲法裁判所九三年決定

第四章 連邦憲法裁判所九三年決定以降

第五章 結び——日本法への示唆

序章 問題の所在

一 問題意識と本稿の目的

1 わが国において、債務者と密接な関係にある者（家族、親戚、友人）による保証（以下では近親者保証と呼ぶ）は、不動産などの資産を十分に持たない中小企業や個人事業主の資金需要を満たすための担保手段として用いられることが多い。近時は、資金需要者の信用を補完することによってこのような者への融資を促進する信用保証協会による有償の信用保証が普及しているが、資金需要者が信用保証協会と保証委託契約を締結する際には、求償権を確保するために担保の提供が要求される。そのため、このような場合にも求償権そのものあるいは主たる債務（保証人の代位弁済後の被代位債権）を担保するために、物的担保と並んで、あるいは単独で、保証——近親者保証——

が利用される。従って、信用保証制度が発達してもなお、担保手段の一つとして近親者保証の需要が失われることはないといえよう。

もともと、近親者保証が本質的に「債務の担保」としての機能を営んでいるかどうかは、疑わしい。近親者保証の利用が特に多い中小企業金融の場合を例にとると、次のことが指摘されている。中小企業への融資の際に、経営者による個人保証（経営者個人保証）や当該事業に関わりのない名目的役員、経営者の父母・兄弟・友人などによる個人保証（第三者個人保証）が要求されることが多い。その理由は、中小企業では家計と経営が未分離であることや、財務諸表の信頼性に問題があることなどから、中小企業の経営や財務の実態を把握することが困難なことにある。それゆえ、「経営者個人保証」は、企業の信用補完ないし経営に対する規律付けの機能を有し、「第三者個人

(以上本号)

「保証」は、副次的な信用補完や経営者のモラル確保の機能を有する。<sup>(1)</sup>つまり、これらの保証においては、「債務の担保」という機能がよりむしろ、経営に対する規律付けや経営者のモラル確保の機能が重要視されている。<sup>(2)</sup>

右の定義及び各保証の機能によれば、本文冒頭で挙げた近親者（家族、親戚、友人——いずれも事業に関わりをもたない者であるとする）のうち、経営者と家計を別にする親戚・友人・父母・兄弟の保証は、「第三者個人保証」に入るが、経営者と同じの家計を運営する者、例えば配偶者の保証は、「第三者個人保証」に含まれないことが目を引く。このことは、事業に関わりをもたないが、経営者と同一家計に属しているため当該融資から事実上利益を享受する家族による保証は、機能的に、「第三者個人保証」と「経営者個人保証」の中間に位置づけられることを表しているとみることができると。そこで、本稿ではこのような家族の保証を「家族保証」と呼ぶことにする。

このようにみると、近親者保証は「第三者個人保証」と「家族保証」の二つに大別される。そして、実務においては、「第三者個人保証」の方が保証の本来の機能である「債務の担保」としての価値があると評価されているようである。このことは、「第三者個人保証」を得られない場合に「家族保証」を要求す

る次の制度からも裏付けられる。

すなわち、中小企業の経営の安定と強化を図る国家の中小企業政策の一環として、国民生活金融公庫によって、第三者に保証人を依頼することや担保（不動産、有価証券など）を提供することが困難な中小企業に対して「第三者保証人等を不要とする融資」（貸付限度一〇〇万円以内）が行なわれているが、融資の際には、債務者が法人営業である場合には代表者のほかに必要に応じて家族や社内の人による連帯保証が、個人営業である場合には家族または従業員による連帯保証が、それぞれ要求される。<sup>(3)</sup>

また、信用保証協会の保証委託契約に関して、例えば、金融機関の資産圧縮や新規貸出抑制等に伴って事業資金の円滑な調達に支障をきたした中小企業者に対する資金供給の円滑化を図るべく、限定的に創設された「中小企業金融安定化特別保証制度」<sup>(4)</sup>において、「無担保・第三者保証不要」の保証範囲が拡大されたが、この範囲内の保証委託契約の締結に際しても、「第三者」以外の者（会社内の人や家族）<sup>(5)</sup>による保証（求償保証）が要求されている。

従って、「家族保証」は、物的担保や「第三者個人保証」の提供が困難な資金需要者によって、融資を得るための最後の砦

として利用される色彩が強く、このことから、「家族保証」の機能は、経営者（主債務者）の経営モラルを確保することないし主債務者との精神的・社会的つながりによって主債務者の債務の弁済を促すことにあるといえよう。

このように、「第三者個人保証」の方が「家族保証」よりも相対的に「債務の担保」としての価値があると評価されてはいるものの、債務者の経営モラルの確保や債務者の債務の弁済促進のために利用される点で、その主たる機能は共通している。しかし、このいずれの保証も、「保証」という法形式を採っているために、主債務者が、例えば経営難に陥るなど、債務の履行が困難になった場合には、保証契約に基づき責任を追及され得る点で共通する。それゆえ、「第三者個人保証」と「家族保証」は、いずれも近親者保証として、次のような特有の問題を含んでいる。

すなわち、①主債務者と特別な人的関係にある個人（家族、親戚、友人）<sup>(6)</sup>によって、保証が無償で負担される近親者保証においては、②保証の責任は物的担保の場合と異なり保証人の全財産に及ぶが、保証人が自己の資力をはるかに上回る額の保証を引き受けることから、近親者から依頼を受けた者が、自己の資力や保証のリスクを考えずに保証を引き受けたた

めに、結果的に巨額の請求を受け、経済的破滅に追い込まれるという事態が生じやすい<sup>(7)</sup>。そして、③前述のように、近親者保証においては——特に十分な資力を持たない近親者が保証人となる場合によく当てはまるが——、「債務の担保」以外の機能が重視されていることをも考慮すると、保証の本来的目的である債権者の満足が要請されるだけでなく、保証人を保護すべき要請も強い<sup>(8)</sup>。

そこで、このような問題を解決すべく、わが国の学説では、①の観点から、債権者に保証人の利益を保護すべき義務（保証人保護義務）を課せようとする見解や、②の観点から、保証人の弁済の資力を保証債務一般の新たな成立要件としようとする見解<sup>(10)</sup>。さらに、債権者の「意思の悪性」すなわち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ことを根拠として、「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見解が主張されている。

他方で、わが国の下級裁判所において、保証人と主債務者が近親関係にあること——これはしばしば情義的關係と換言される——は、商工ローンによる融資の事例を除いて、保証契約の効力を否定したり保証人の責任を制限する要素として考慮

されてはいない（後述第五章参照）。

2 ドイツにおいては、前述（1）した近親者保証の分類のうち、とりわけ「家族保証」のケースについて問題が顕在化し、判例・学説において議論が展開された。すなわち、ドイツの銀行実務においては、中小企業や消費者への融資を行なう前提として、十分な資産や収入を有しない債務者の家族（*Angelhörige*、*Angelhörige*）（配偶者〔妻〕<sup>(12)</sup>）に保証契約や重畳の債務引受契約（以下ではこれらを「共同責任設定契約」と総称する<sup>(13)</sup>）をさせることが日常的に行なわれてきた<sup>(14)</sup>。このような無資

力の家族による共同責任は、責任財産の拡大というよりもむしろ、主に家族間での許害的財産移転を防止するためや、家族の経済的・精神的・社会的つながりを利用することによって弁済を円滑化するために要求される。しかし、主債務者が支払不能になると、銀行は、当然のことながら、「担保」としての法形式を纏った「共同責任設定契約」に基づいて、共同責任者たる家族に債務の履行を請求する。そしてこのとき、請求を受けた家族は、債務の巨額さゆえに生涯にわたって絶望的な債務超過——いわゆる「現代版債務監獄（*Die moderne Schuldum*）」——<sup>(15)</sup>に陥るのが常であり、これが社会問題となった。そのため、一九八〇年代後半以降、このような共同責任設定契約の有効性が

連邦通常裁判所（以下ではBGHと呼ぶ）において争われるようになり、現在、BGHは次のような見解を示し、ドイツ民法（以下ではBGBと呼ぶ）一三八条一項（*良俗違反 Sittenwidrigkeit*）によってこのような共同責任設定契約を全部無効としている。

例えば、BGH民事第一一部二〇〇二年五月一四日判決 NJW 2002, 2230.（後掲△別表5▽判例〔57〕）は、妻（二人の子あり、資産総額一七八〇〇マルク（以下ではMと略す）＋ $\alpha$ 〔土地債務八〇万Mの負担付土地と預金債権二万Mを夫と半分ずつ共有、生命保険返戻金八〇〇M〕、夫が単独で経営する有限会社〔GmbH〕（主債務者）の従業員であり、一時的に有限会社の業務執行者として月収総額六五〇〇Mを得ていた）が、この会社（KG&GmbH）の取引債務につき極度額を九八六万Mとする保証をしたところ、会社（KG）の財産について包括執行手続が開始したので、銀行が取引関係を解除し（残債務総額一八二七万六九六八・五五M）、妻に保証債務の一部の履行を請求した（請求額五〇万M）事案について、次のように述べて保証契約を良俗違反（BGB一三八条一項）によって無効と判断した。

「これまでのBGH民事第九部と民事第一一部との間で一致

した判例によれば、巨額の銀行債務について、主債務者が支払不能となった場合に、保証人や共同債務者がその収入や財産の差押可能部分から、消費貸借契約の当事者が定めた利子負担を永続的に負担できないことが明白であるならば、原則的に、保証人（Bürge）や共同債務者（Mitverpflichtete）にこのような過剩債務がある。このような極端な過剩債務においては、……その他の事情が加わらなくても、主債務者と個人的に近い立場にある保証人や共同債務者が、主債務者のために、もっぱら主債務者との感情的結びつきだけから、支払不能となるような人的保証を引き受け、与信者はこれを良俗に反する方法で利用したことが、反証可能な方法で（widerleglich）推定される」。

さらに、銀行が配偶者の共同責任を要求する主な目的であるといわれる財産移転防止目的については、次のように述べる。「当法廷が一九九九年六月二九日の民事大法廷への上告回付決定（判例〔47〕——筆者注）において既に述べたように、あるかもしれない財産移転防止目的のみによって、無制限の共同責任の要求を正当化することはできない。与信者が詳細について主張し、必要な場合には立証すべき特別な根拠のない限り、極端な過剩債務となる保証や共同債務引受が当初から内容的に主債務者と担保供与者の間の重大な財産移転を阻止しようとし

ているにすぎないことは、原則的には、認定されない。人的担保に全く特別な意味を付与する合意は決して普通に行なわれるものではなく、また、契約証書外にある諸事情から読み取られるものではない<sup>(18)</sup>。

3 家族による共同責任設定契約という現象をめぐるドイツの一連の議論は、すでにわが国で紹介され<sup>(19)</sup>、また、公序良俗則の観点から詳細な検討が加えられている<sup>(20)</sup>。この問題は「無資力近親者による共同責任」という特殊問題を通じて顕在化した普遍的問題（Ⅱ「契約自由と裁判所による契約内容に対する介入との関係」という私的自治論の根幹にかかわる普遍的な問題<sup>(21)</sup>）と捉えられており<sup>(22)</sup>、わが国の民法学における主たる意義もこの点にあるとされている<sup>(22)</sup>。

しかし同時に、一連の議論は、機能的にみると、巨額の共同責任と意思決定の侵害（ないし「交渉力の劣位」の利用）を組み合わせた良俗違反（準暴利）という構成を通じて、事実上「債務の担保」以外の目的に重心がおかれた共同責任設定契約において、共同責任者（Ⅱ主債務者の家族）を特別に保護している<sup>(23)</sup>のであり、判例で形成された判断枠組が、暴利行為・詐欺・強迫といったドイツ民法における既存の法理との関係で有する意義を考へることは、日本における近親者保証人の保護の法理を

考える上でも参考になると思われる。そこで、本稿では、ドイツにおける家族による共同責任の問題について、この問題が生じた背景、議論の変遷および議論の現在の到達点、既存の法理に対する位置づけ、さらにはここで形成された判断枠組がドイツの信用実務に及ぼした影響を明らかにすることで、日本法における近親者保証の問題を検討するための一定の視座を獲得したい。

その際、近親者保証（第三者個人保証）、「家族保証」をめぐる日本とドイツにおける次のような状況のちがいに留意したい。ドイツの判例においては、主債務者と共同責任者の精神的つながりは、主債務者と同一の家計を運営する配偶者や子の共同責任（「家族保証」）において最も緊密であると考えられており、「家族」について確立した共同責任者保護のルールを、家計を別にする母親や兄弟の共同責任（「第三者個人保証」）にまで及ぼす方向で議論が展開された。これに対して、わが国の下級裁判所判決に現れる近親者保証の事例の大半は、兄弟や義兄弟や義理の親子、さらにドイツの判例に現れたことのない友人といった「第三者個人保証」の事例である。ドイツの判例の大半を占める同居家族の事例は、現在のところ、裁判例にはあまり現れていないが、前述（一）のように、わが国においても

中小企業への融資のために家族の保証が要求されることがあることから、「家族保証」についても本稿が指摘する近親者保証の問題性が潜在していると思われる。ただ、わが国においては、根保証の事例について、主債務者との関係が密接であればあるほど保証人にとって主債務者の事業内容や責任範囲の予測が容易であると考えられ、また、主債務者と家計を一にし、当該融資から事実上の利益を享受することは、保証債務を負担する合理性があると認識されているようである。<sup>(24)</sup> それゆえ、日本とドイツとは「第三者個人保証人」と「家族保証人」のうち要保護性が高いと認識されるものが反対である。従って、このような状況のもとでは、まず、ドイツにおいて主に「家族」である共同責任者を保護するために確立されたルールを日本に導入すべきか否かが問題となる。また、「近親者保証」として同じ問題性を共有する二つの類型について、精神的つながりが強く、主債務者と家計を同一にする「家族」と、精神的つながりが「家族」よりは弱く、主債務者とは別家計に属する「家族」以外の近親者（「第三者」）とを同様に扱うべきかどうかという点も、近親者保証の問題を解決する際に一つの大きな課題になると思われる。

なお、「保証人の保護」というとき、日本では、なによりも

まず継続的保証・根保証（とりわけ包括根保証）の場合が想起されるであろう。しかし、ドイツでは、この議論に際しては、共同責任設定契約が継続型（例、根保証）か単発型か、責任範囲に上限のない包括的な責任であるか否か、また、単純保証か連帯保証かは問題とされていない。また、ほとんどの事例において主債務者が事業主または会社であり、その事業の取引債務のために設定された共同責任となっているが、消費者信用上の債務を主たる債務として設定された共同責任が問題となる事例もいくつかあるところ、これらの類型の差異も区別されていない。したがって、本稿で扱う問題は保証類型全般に当てはまるものである。

## 二 本稿の構成

以下の順序で検討する。まず、ドイツにおいて主債務者の家族が自己の資力をはるかに上回るような巨額の債務の共同責任を引き受け、それが過剰債務からの共同責任者の救済の問題として判例学説において論じられるようになった背景を明らかにしたうえで、八九年のBGH諸判決登場前における下級裁判所の対応とそれに対する学説の状況を整理することによって、この問題を従来のドイツの消費者信用における債務者本人の過剰

債務の問題の中に位置づけた（第一章）。次に、八九年のBGH諸判決登場以降の、BGHの小法廷間（とりわけ民事第九部と民事第一一部）の対立と判例の刺激を受けた学説の論争を整理し（第二章）、これらの対立に決着をつけた連邦憲法裁判所の決定を紹介する（第三章）。そして、その後にはBGHが著しい過剰債務となる共同責任を規制するための判断枠組を徐々に確立していった過程を、これに対する学説の評価とあわせて整理し、判例によって確立されたルールの要件、射程範囲、ドイツ民法における既存法理との関係を検討した後で、ドイツ法の分析を総括する（第四章）。最後に、日本との比較考察を試みる（第五章）。

## 第一章 問題の背景とBGH八九年判決登場 まで

### 一 問題の背景

ドイツにおいて家族による巨額の共同責任が利用され、これが法律上問題となった背景を、以下では、銀行実務上の背景（1）と法律上の背景（2）とに分けて整理する。

#### 1 銀行実務上の背景

## (1) 銀行側の思惑

(ア) 責任財産の維持 銀行は、主債務者から他の家族への許害的財産移転を防止するために家族による共同責任を要求する。債権者取消法 (Anfechtungsgesetz) や BGB 八二六条<sup>(26)</sup>では債権者にとって要件の立証が困難だからである。このことが、銀行が家族の共同責任 (Mithaftung) を要求する主要な理由であるといわれている<sup>(27)</sup>。また、主債務者が死亡した後に家族の相続放棄によって債務者がいなくなる危険を予め防止するために、家族の共同責任が要求される<sup>(28)</sup>。

家族のなかでも配偶者の共同責任は、一方配偶者の死亡以外<sup>(29)</sup>の原因で夫婦財産制が終了する場合 (BGB 一三七二条) に、主債務者である配偶者に対して、他方配偶者から剰余金清算請求権が行使され (BGB 一三七八条一項)<sup>(30)</sup>、主債務者の責任財産が減少することによって、銀行が不利益を被ることを防止するために要求される<sup>(31)</sup>。また、従来、ドイツ連邦銀行連盟のガイドラインによって、配偶者の共同責任は銀行取引の基本とされ、融資のためには必ず配偶者保証が要求されてきた<sup>(32)</sup>。しかし、現在、本稿で検討する BGH 判例の影響を受け、融資の際に配偶者の保証は要求されなくなった (後述第四章三・四参照)。

(イ) 家族の経済的・精神的・社会的つながりの利用 家族

の財産状況が将来的に改善することを期待して、その収入に対する差押えを期待したり<sup>(33)</sup>、家族と主債務者との密接なつながりを利用して家族に主債務者の行動に影響力を及ぼさせることによって不払いの危険を回避したり<sup>(34)</sup>、家族に融資の目的となる事業計画や主債務者の弁済に協力させたり<sup>(35)</sup>、他方で債務者自身に経営に専念させたりすることによって弁済を促進するため、家族の共同責任が要求される<sup>(36)</sup>。

(ウ) 家族 (配偶者) への情報提供機能 (Unterstützungsfunktion) 消費貸借による借り入れを受けるためには、夫婦の双方が自分たちが自由に使える収入 (Ⅱ家族の収入) を基礎にして借入額 (Ⅱ債務) を算出する必要がある<sup>(37)</sup>ので、配偶者による共同責任を要求することは、共同責任者となる配偶者に対する情報提供機能を果たすことになる。

(エ) 弁済不能による損害の填補 資力のない共同責任は実質的に担保としての役割を果たせないため、主債務者が弁済不能となると、債権者の債権が回収不能となる可能性が高いが、このことについて消費者信用実務に詳しいベンダー判事は次のように指摘する。差し迫った危険 (債権回収不能) が資産再評価の形で把握されると、租税支払義務との関連で銀行に税制上の利益が生じることによって、銀行の損失は五〇〜七〇% 填補

される。また、銀行は回収不能債権を債権取立会社に券面額の約5%で売却する<sup>38)</sup>。従って、信用債権の回収不能によって銀行に損失が生じるのは確かであるが、銀行は、一定の損失をコストとして予め計算に入れ、損失を最小限にとどめるための対策を講じているので、銀行はこのような共同責任を利害得失を計算したうえで要求している。

(2) 共同責任者側の動機

ここで共同責任者として想定されるのは、主債務者の子と配偶者であり、共同責任を引き受ける動機としては、以下の三つが挙げられる。

(ア) 忠誠心 家族や夫婦間には忠誠心 (Loyalty) があり、家族から署名を頼まれた者は、このような忠誠心によって法律行為の前に通常行なうはずの利益・不利益の考量——合理的意思決定——を行わず、感情を優先させて意思決定を行なう<sup>39)</sup>。

(イ) 融資からの事実上の利益の享受 夫の会社の経営資金のための融資(取引信用)の場合、夫の会社経営の成功によって家計運営費が増加するので、妻自身も、融資から事実上利益を得ている<sup>40)</sup>。家計運営のための物を購入する消費者信用の場合も同様である<sup>41)</sup>。他方で、父親のマイホーム取得のための融資に

ついて子供が保証人となった場合に、子供に相続財産増加の利益があるとみるべきかどうかについては、その見方が分かれている<sup>42)</sup>。

(ウ) 配偶者による共同責任が融資の条件とされていること ドイツ連邦銀行連盟のガイドラインおよび政府支援による独立起業家の支援プログラムにおいては、配偶者の共同責任が融資の条件とされているため、他方配偶者への融資を望む者は、共同責任を引き受けざるを得ない<sup>43)</sup>。

2 法律上の背景

家族による共同責任が「現代版債務監獄」と表現されるほど深刻な事態を引き起こした法律上の背景として、ドイツの破産制度が挙げられよう。一九九九年一月一日に新倒産法 (Insolvenzordnung、以下ではInsOと略す) が施行される以前、和議法 (Vergleichsordnung) による裁判上の和議手続や破産手続終結のための強制和議 (旧ドイツ破産法 [Konkursordnung、以下ではKOと略す] 一七三条以下) により免責が認められた場合は、KOにおいては、債務者(破産者)は、破産手続終了後も残債務について責任を免れることができなかった(KO一六四条)。それゆえ、巨額の共同責任を負った者は、最悪の場合には、将来の収入の差押可能部分(ドイツ民事訴訟法 [Zi-

vi)prozeßordnung, 以下ではZPOと略す] 八五〇c条)<sup>(45)</sup> によって生涯にわたって債務を弁済しつづけなければならなかったのである。

しかし、Inns〇の施行に伴い、残債務免責制度 (Restschuldbefreiung) が導入された<sup>(46)</sup>。これにより、破産手続において、七年間の誠実行為期間 (Wohlverhaltensfrist) 中に債務者が意思表示によって給与の差押可能分を受託者に譲渡することにより、債務者 (破産者) に免責の可能性が開かれた。そのため、法律上、債務者の生涯にわたる債務超過という事態は免れ得るものとなった。しかし、倒産法施行後も残債務免責制度が実際に機能するかどうかはいまだに未知数であり、ドイツ倒産実務の今後の展開を見守る必要がある。なお、ドイツでは、一九九九年以前の家族の共同責任の有効性をめぐる議論においてすでに、残債務免除導入後をも射程範囲に含めて議論が行なわれていた。ところで、主債務者の家族による共同責任設定契約の問題は、九〇年代前半の立法過程においても議論されている。消費者信用法 (VerbraucherKreditgesetz) の立法過程の公聴会では、家族による共同責任契約について消費者信用法の中で規定するかどうかが問題となったが、否定されたという<sup>(47)</sup>。新倒産法 (Inns〇) の立法過程でも、主債務者が残債務免責を認められるとき

には、その主債務者のために共同責任者となった家族をも含む主債務者の家族全体にも免責の効果を及ぼすべきかどうかが議論されたが、否定されたという<sup>(48)</sup>。このように、家族による巨額の共同責任の問題は、そのときどきの立法者を刺激しながらも、結局は、私法上の行為への介入に対する立法者の謙抑的態度により、法の規制を受けずじまいであった。

## 二 B G H八九年諸判決以前の裁判実務と学説の反応

### 1 裁判例と学説

従来、ドイツの裁判実務では、債務者が一生かかって利子すら完済できないことが債権者にとって予見可能な割賦信用契約については、債務者が数年内に負担可能な額を弁済すれば残りの債務を免責される、との和解による解決が図られてきた<sup>(49)</sup>。他方で、消費者信用取引の利子が著しく高利である場合には、暴利行為 (B G B一三八条二項) に基づき全部無効とされてきた<sup>(50)</sup>。このようななか、一九八〇年代に入り、債権者から家族のために巨額の債務の共同責任を引き受けた者に対する債務履行請求訴訟や、家族のために共同責任を引き受けた者から債権者に対する契約無効確認訴訟が下級裁判所に多く現れるようになり、下級裁判所判決の中には、契約の無効ないし同様の効果をもた

らすことによつて、共同責任者を救済しようとするものが現れた。本稿では、この現象が一九八〇年代に現れた現象であるという数々の文献の指摘に従い、一九八〇年以降BGH八九年諸判決登場以前の筆者が入手し得た下級裁レヴェルの裁判例を、その解決方法を整理して紹介する。

(1) 禁止法規違反 (BGB一三四条 (GewO五六条一項)) に基づく無効

シュトゥットガルト上級地裁一九八二年一月三日判決 NJW 1983, 891. (後掲△別表Ⅰ▽判例〔1〕) は、夫の消費貸借債務 (夫の既存債務の弁済と個人的欲求の満足のために使われた) につき連帯債務者となった妻に対して銀行が請求した事案について、妻の署名が夫の勧めにより自宅で行なわれたことに着目し、営業法 (Gewerbordnung, 以下では GewO と略す) 五六条一項六号違反による BGB 一三四条違反に基づき、妻の消費貸借契約を無効であると判断した。判例〔1〕は次のように述べる。「(妻の共同責任を獲得して頂くことを銀行から委任された) 夫は、銀行から要求された共同責任の件について妻と話し合い、また、銀行との融資の交渉に妻が関与するか、交渉を夫に委ねるかについて夫婦で合意することを許され、求められる。銀行の受任者が同時に第二借主の夫でもあるという特殊

事情から、必然的に、このような夫婦の準備的な話し合いは、銀行の事務所ではなく自宅で行なわれる。このことだけで他人である融資の勧誘者 (Darlehensgewerber) すなわち夫の単なる準備活動からの借主の保護を、妻に拡大することは賢明でない。しかし、妻に、少なくとも——消費貸借契約それ自体を締結する場合の——不意打ちからの保護を認めることは妨げられない」。

判例〔1〕は、学説から、移動営業 (Reisegewerbe) 概念ならびに GewO 規定の要件・保護目的・保護範囲についての理解を誤っていると批判された<sup>(53)</sup>。また、類似の事案に関する BGH 一九八六年一〇月一六日判決 ZfP 1986, 1535 (判例〔4〕) も、妻による共同責任を得ようとする夫の活動は、営業 (Gewerbe) や移動営業 (Reisegewerbe) (GewO 五五条) に該当しないこと、夫は銀行の履行補助者でないこと、夫婦は共に受信者として与信者たる銀行と向き合っているのであり、借入れの必要性に関する自宅での夫婦の話し合いは銀行の委任によるものではないので、一方配偶者による説明は銀行に帰責できないこと、さらに配偶者を他方配偶者による「精神的威圧」や「説得の術」から保護することは GewO 五五条および五六条の任務ではないこと、以上のことを理由に、夫の勧めによつて夫婦

の自宅<sup>2</sup>で署名された共同責任契約をGewO五六条一項六号違反とすることを否定した。

(2) 準暴利行為 (BGB 一三八条一項) に基づく無効

フランクフルト上級地方裁判所一九八四年九月二〇日判決 ZIP 1984, 1465. (判例 [6]) は、無資産で無収入の妻が、夫の割賦信用債務に共同申込者 (Mitaragsstellerin) として署名した事案につき、無資力で取引経験のない妻が当該債務によって著しい経済的過剰債務となるといふ事情と、債権者がこれを知っていたことから、準暴利行為 (BGB 一三八条一項) によって、妻の消費者信用契約を無効とした。<sup>54)</sup> この法律構成は、現在BGBが採用している判断枠組の原型といふべきものである。

しかし、判例 [3] のように、客観的要件の中で、取引無経験である共同責任者が共同責任によって著しい過剰債務となることのみを考慮する法律構成に対して批判的な裁判例もある。すなわち、ケルン上級地方裁判所一九八六年二月四日判決 ZIP 1987, 363. (判例 [5]) は、「このような事実 (資力の乏しい妻 [共同責任者]) による返済が事実上不能であるという事実——筆者注) は、消費貸借契約の暴利行為による良俗違反の判断が問題となる場合 (客観的要件として、高利による給付と反対給付の著しい不均衡がある場合——筆者注) に、全

事情の評価の枠内で考慮するのが望ましい」と述べる。判例 [5] は、従来の暴利行為に関する裁判例の流れに位置づけられよう。<sup>55)</sup>

(3) BGB 三一〇条類推による無効

シュトゥットガルト上級地裁一九八八年一月二二日判決 NW 1988, 833. (判例 [9]) は、婚姻外パートナーの割賦信用申込に際して、「共同債務者」として署名した女性が、銀行からの執行命令に対して執行異議を申立てた事案に関する判決である。判例 [9] は大要次のように述べる。

BGB 三一〇条の趣旨は、① 社会保障費の軽減および健全な労働意欲の維持という意味における市場経済の機能化、② 放棄不能な人権の保護、すなわち幸福追求権の保護にある。資産がなく将来の勤労所得に頼らざるを得ない労働者が、最低限度の生活費を超える割賦支払債務を負う場合には、債務者が即座に遅滞に陥り、遅滞した利子を勤労所得の差押可能部分から一生弁済し続けなければならないことが債権者に予見可能であり、このような契約は将来の財産の一部を債権者に譲渡することと事実上同視できる。このように巨額の債務引受によって最低限度の生活以下に押し下げられた人についてもBGB 三一〇条の趣旨が妥当する。従って、BGB 三一〇条<sup>36)</sup>の類推適用による無効が認められる。

学説ではシュヴァイントヴスキー (Schwimowski) が賛成した<sup>(57)</sup>。

しかし、シュトゥットガルト上級地裁<sup>(58)</sup>以外の下級裁判所は、勤労所得に頼らざるを得ない者にも将来の収入があるので、巨額の共同責任の引受けと将来の財産の一部の譲渡とは同視できないことを理由に、BGB三二〇条類推適用を否定した<sup>(59)</sup>。判例

[9]の上告審であるBGH民事第三部一九八九年三月一六日判決NZW 1989, 1665、判例[18]も、一定額を支払う契約上の債務を負う場合にも、一生涯債務を負うことになるため債務

者が勤労意欲を失う危険はたしかに存在するが、このような危険は個々の場合にBGB一三八条の枠内で顧慮でき、BGB三一〇条の適用により契約の自由全般を制限することを正当化するには足りないとして、BGB三一〇条の類推適用を否定した。

(4) 差押禁止範囲 (ZPO八五〇c条) の超過による良俗違反 (BGB一三八条一項)  
 リューベック地裁一九八六年二月一日判決NZW 1987, 959、判例[6]は、夫婦が既存債務の借り換えのために銀行から割賦信用を受けたが、月賦額が夫婦の月収の差押禁止範囲 (ZPO八五〇c条) を大きく超えており、夫婦が債務不履行に陥ったので、銀行が信用契約を解約し、夫婦に対して履行を請求した事案について、差押禁止範囲 (ZPO八五〇c条)

を用いて、結果的に、本件割賦信用契約をBGB一三八条一項に基づき無効と判断した。判例[6]は次のように述べる。「ZPO八一条以下および八五〇条は、ドイツ基本法 (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland、以下ではGGと略す) 一条一項 (人間の尊厳及びその保護)、同二〇条及び二八条 (社会国家原理) に基づく、個人に対する国家の憲法上の保護義務および注意義務を具体化するものである。ZPO八一条以下および八五〇条は、私法によって基礎づけられた支払債務に對して、公法による強制的な執行限度の直接的基準を与えるものではない……が、……我々の私法秩序の基本的な価値判断と密接に関わり、少なくとも、一般に耐えることができる経済的負担の程度について、確かな根拠を与えてくれる」。本件では、夫婦の月収の差押可能額から月賦額を支払うと、夫婦は、

實質的困窮から自由な生活の保障という基本的な憲法原理と矛盾した状況の下で生活することを余儀なくされるが、裁判所が本件割賦弁済の良俗違反を認めようとするならば、このことと、本件割賦弁済を適法であると宣言しても執行の方法でこれを貫徹することがGG一条一項、二〇条、二八条を指摘して拒絶されることとの間に、不可解な評価矛盾がある。

判例[6]は次のように批判されている。GG二〇条および

ZPO 八五〇条は強制執行の範囲を規定するものであり、強制執行法の保護法規が契約自由を制限する有効条項として適用されることは適切でない。<sup>(63)</sup> 債務者の経済的履行能力を超える債務を生じさせる契約も有効であるので（BGB 二七九条、ZPO 八五〇条）、債務者を保護するためには差押禁止範囲（ZPO 八五〇条以下）があれば十分である。<sup>(65)</sup> 執行保護は債権者の権利行使の制限にすぎず、これは契約関係にある社会的弱者の保護ではなく、社会的最低限の保護を保障するためのものであるから、差押禁止範囲は執行手続においてはじめて意味をもつのであり、従って、契約締結時の事情と差押禁止範囲とは無関係である。<sup>(66)</sup>

#### (5) 説明義務違反に基づく債権者の損害賠償義務

ツェレ上級地裁一九八八年六月一五日判決 NJW 1988, 1436. (判例〔12〕) は、父親 A の取引債務について極度額つき連帯保証をした娘 X が提起した保証無効確認の訴えに対して（後に取下げられた）、銀行 Y が反訴として提起した保証債務履行請求訴訟に対する判決である。判例〔12〕は、保証契約書に署名する際に、Y の従業員 B が「あなたは保証の署名により何の債務を負うのでもなく、手続を整えるために必要なだけだ」と述べたという X の抗弁を認め、X が契約締結上の過失（BGB

二七六条）に基づく損害賠償請求権を獲得し、これにより、Y は X を保証から解放する義務を負うと判断した（BGB 二七六条、<sup>(67)</sup> 同二四九条<sup>(68)</sup>）。

判例〔12〕は主要次のように述べる。債権者は、原則的に、保証契約締結時にそのリスクを説明する義務を負わないが、債権者が自ら保証リスクに関する保証人の錯誤を惹起した場合は、例外である。保証人が取引に熟達していないことが明らかなか場合、銀行の従業員は保証人から特別な信頼を注がれるので、保証人を獲得するために、銀行の保証条項に記されている保証責任の過酷さを故意に過小評価しながら説明してはならない。それゆえ、銀行の従業員は、誤った情報を提供することが有責とされる助言者 (Berater) の役割で助言しなければならず、誤情報の提供がある場合には、信用機関が、契約締結上の過失の原則に基づき責任を負わなければならない。<sup>(69)</sup>

#### 2 小括

ここでみた (1) ないし (5) の解決方法のうち、(5) を除くものは、いずれも、当該条文の本来の要件・目的・射程およびその条文についてなされていた従来の解釈からは、かなり無理のある解釈であると思われる。このような解釈をしてまで共同責任設定契約の効力を否定しようとしたのは、破産免責制

度のなかつた当時のドイツにおいて、巨額の債務負担から共同責任者(債務者)を保護すべき必要性が強く意識されていたからであるといえよう。しかし他方で、民法典が予定していない巨額の債務負担からの共同責任者の実体法上の保護を認めるべきでないという立場も根強かつた。それは、次のことから裏付けられる。

すなわち、前述した下級裁判例(事案の詳細はA別表1V参照。なお、B G H判決一件(判例〔4〕を含む)と、次章で扱うB G H判決の原審及び原審判決(A別表2V参照)を併せた合計三〇件の裁判例のうち、右(1)ないし(5)の方法で共同責任設定契約の効力の否認や事実上の免責が認められた判決は一二件であり、認められなかつた判決は一八件である。これを上級地裁以上の判決に限定してみると、合計一八件のうち前者が一件(このうちシュトゥットガルト上級地裁の判決が六件を占める)、後者が七件(このうちミュンヘン上級地裁の判決が二件を占める)である。現れた数字だけで比較すると、上級地裁以上の裁判所においては、共同責任設定契約の効力の否認を認める立場と認めない立場とが、どちらが優勢と判断できない状況にあった。

このような巨額の債務負担から共同責任者を民法上保護する

か否かについての考え方の対立は、次章で検討するB G H内部(民事第九部および民事第三部対民事第一一部)の対立に持ち込まれる。B G Hでは、この問題は、家族による巨額の共同責任設定契約を良俗違反(B G B一三八条一項)によって無効とすべきか否かという問題に形を変えて、論じられることになる。

なお、ここで特筆すべきことは、前出シュトゥットガルト上級地裁八二年一月二三日判決(判例〔1〕)および前出シュトゥットガルト上級地裁八八年一月二二日判決(判例〔9〕)が、消費者信用問題に関する立法措置の欠如を批判し、暴利行為規定の改革案を提示したベンダー判事が関与した判決であることである。<sup>(71)</sup>特にB G B三一〇類推説は、暴利行為について主観的要件の撤廃を目指すベンダー判事の発想に整合的であるが、<sup>(72)</sup>このように過剰債務性<sup>(73)</sup>決定結果のみに着目した解決は、莫大損害(*laesio enormis*)の法理の導入を拒絶するドイツにおいては受容され難いものであった。このようにベンダー判事の諸判決の見解は、その独特の発想・解釈論によって、判例学説の受け入れるところとはならなかつたが、家族による共同責任の問題性を提起した点で、大きな意義があるといえよう。

なお、ベンダー判事は、八八年の彼の論稿<sup>(74)</sup>において、当初予

手続に対してもつとも無防備な人的集団であることが、ある機関の調査によつて明らかになったことを指摘し、割賦信用の場合に共同責任を負つた妻の救済の必要性を説いていた。このことから、本稿で扱う家族による巨額の共同責任は、当時の社会問題であつた消費者信用取引における過剰債務問題の延長線上に位置づけることができよう。<sup>(15)</sup>

## 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

### 一 B G H判例

#### 1 B G H民事第九部の見解

主債務者である父や夫の巨額の債務のために共同責任を引き受けた資力の乏しい子や妻が、現実はその責任を追及されると、この者は、長期間(ときに一生涯)、人間の尊厳の保護および社会福祉国家原理によつて保障される最低限度の生活さえ奪われるおそれがある。前章(第一章二一(2))でみたように、すでに下級裁判所判決の一部には、①責任範囲と共同責任者の経済的履行能力の著しい不均衡があること(暴利〔B G B一三八条二項〕)の客観的要件においては「給付と反対給付の著しい

不均衡」が要求される)、②共同責任者がその取引無経験によつて債務者に対して劣後的地位にあることを債権者が認識していたこと、を要件として、準暴利行為(B G B一三八条一項)に基づき、共同責任設定契約無効とする構成をとるものがあつた。しかし、保証事件の管轄を有するB G H民事第九部は、最低限度の生活は、執行法上の差押禁止規定あるいは新倒産法によつて十分保障でき、このような共同責任にB G B一三八条一項を「拡大適用」することは、かえつて自由かつ平等な社会を求める基本的要請と矛盾し、融資需要者のチャンスを奪うことになりかねないと考えていた。そのため、民事第九部は、資力の乏しい家族による巨額の保証契約の効力を実体法上否定すること——とりわけ良俗違反(B G B一三八条一項)による無効——を一貫して否定した。

例えば、この問題に関する論争の発端となつたB G H民事第九部一九八九年一月一九日判決B G H Z 106, 269 = NJW 1989, 809(判例〔15〕)は、父(建築会社の業務執行者)の建物建築の公的資金を見込んでなされたつなぎ融資(三三万M)を担保するため、土地債務の設定や母の連帯保証に加えて、息子二人(二一歳の大学生と二〇歳の大学入学資格受験生、ともに無資産無収入)が連帯保証をしたところ、債権者である銀行が、

父の債務不履行に基づき信用契約を解約し、土地債務を実行した後で、息子らに対して残額二四万三〇〇Mを請求した事案に関する判決である。判例〔15〕は、本件連帯保証契約のBG B一三八条一項による無効を認めた原判決を破棄し、息子らの他の抗弁を審議するために事件を原審に差し戻したが、大要次のように述べる。

①「私的自治の一部としての契約形成の自由に基づき、全ての完全な行為能力者は、特に有利な条件の下でしか履行できないような給付義務を負う権利能力をも有している。その限りで、客観的に履行が可能である限り、債務者の（主観的）不能は彼<sup>(76)</sup>によって締結された契約の有効性に触れない（BG B三〇六条）」。②「一八歳以上の成人であれば、特別な経験がなくても、取引において一般に保証の引受けが危険の多い行為であること<sup>(77)</sup>を認識できる」。③保証人が家族に対する扶助意識から保証を引き受ける気になったとしても、債権者が何らかの威圧（Druck）を加えたのでない限り、これにより良俗違反とはならない。④債権者が自ら保証人のリスクを高めるきっかけを作った場合は別として、保証は債務者が一方的に債務を負担する法律行為であるので、原則的に、債権者は保証人に対して説明義務を負わないし、資力調査義務も負わない。

その後の類似の事案に関する諸判決は全て、判例〔15〕が示したテーゼ①②③④を引用し、保証契約を良俗違反（BG B一三八条一項）により無効とすることを否定した。後の諸判決は、さらに次のテーゼを付加した。⑤保証契約締結時に保証人が特記すべき財産を持っていなくても、その後の人生は未知であるので、将来債務を弁済する可能性が全くないわけではない（BG H民事第九部一九九一年五月一六日判決 NJW 1991, 2015, II 判例〔21〕）。⑥保証は一方的債務負担行為であるので、保証人が主債務者の経営判断に關与しているか、融資から直接利益を受けているかどうかは問題とならない（前出BG H民事第九部一九九一年五月一六日判決〔21〕）。配偶者による保証の事例について、⑦経営資金のための融資の場合には、主債務者から配偶者への許害的財産移転からの債権者保護が債権者取消法やBG B八二六条の立証困難によって不十分であるため、許害的財産移転防止目的が債権者にとって正当な利益となり、夫婦の離婚は保証契約の存続を良俗違反とする根拠とならない（BG H民事第九部一九九二年一月一六日判決 NJW 1993, 321, II 判例〔22〕）。これらによって民事第九部の見解は補強された。

ところで、テーゼ④によって、銀行の保証人に対する説明義

務および情報提供義務は原則的に否定されたが、前出ツェレ上級地裁一九八八年五月一六日判決(判例〔12〕)の上告審であるBGH民事第九部一九八九年三月一六日判決NJW 1989, 1605. (判例〔17〕)は、保証契約書署名時の銀行の支店長による「たいした債務でなく、書類のために署名が必要だけだ」との発言が、保証契約締結当時の主債務者の資力状態を考慮すると適切であり、保証人が知っていた経済的危険の判断になんら影響を及ぼしていないと認定し、さらに、主債務者のその後の取引の展開と将来の保証責任発生の経済的危険については、保証人が注意を払わなければならないと述べた。

このように、民事第九部は一貫して、主債務者の子や妻であり、かつ、年齢が若く、無資産で無収入ないし低所得の者による巨額の保証契約の良俗違反性と、このような共同責任者に対する銀行の説明義務および情報提供義務を否定した。

## 2 BGH民事第一一部の見解

銀行取引事件の管轄を有する民事第一一部も、私的自治の一部をなす契約自由に基づき、全ての成人は、自由に、リスクの大きい取引を行ったり、過剰債務となるほど高額で、特に有利な状況の下でしか履行できず、場合によっては収入の差押可能分による長期間の弁済を余儀なくされるような巨額の債務を負

うことができるとの原則(前述テーゼ①②)を承認する点で、民事第九部と出発点を同じくする。しかし、民事第一一部は例外となる場合を実際に認めた点で、民事第九部とは異なる。

それがBGH民事第一一部一九九一年一月二二日判決NJW 1992, 896. (判例〔20〕)であり、夫の会社の事業拡大のための融資につき重畳的債務引受をした専業主婦(二六歳、無資産無収入、職業教育・職業経験なし)が、債権者である銀行から一二万六〇〇〇M(原審で約一一万八〇〇〇に引き下げられた)を請求された事案(なお、訴訟係属中に夫婦は離婚し、訴訟係属時に妻は子供と共に生活保護を受けている)に関する判決である。判例〔20〕は、「私的自治は自由主義的社会秩序の構成要素であり、国家はその枠内にある諸規定を尊重しなければならないが、とりわけ契約の一方当事者が過度に優位に立つために契約上の規定を事実上一方的に定めることができる場合には、私的自治の制限が必要不可欠である。このように契約当事者間の対等性が妨害された場合には、裁判官はBGH一三八条および他の一般条項を適用する義務を負う」。そして「借主の経済的な過剰債務は、その他の特段の事情とあいまって、総合評価によって消費貸借契約の法的有効性を否定することを正当化できる」と述べて、著しい過剰債務を負った共同責任者を、実体

法上、一般条項の適用によって救済する可能性を認めた。

本件では、融資金の使途はもっぱら夫の事業のためであり、妻はその経営判断に関与していないこと、融資の目的である夫の事業の成功が結果的に夫の扶養義務に寄与したとしても、妻が当該融資によって直接的利益を受けているのではないこと、妻の個人的事情から、子育てを終えて就職したとしても一ヶ月あたり一五〇〇Mの利子すら支払えないことが契約締結当時に債権者にとって予見可能であり、債権者は当初から弁済を夫だけに期待していたので、債権者に保護に値する利益はないこと、夫から妻への詐害的財産移転を防止するためには保護規定（債権者取消法、BGB八二六条）があるので債権者は保護に値しないこと、債権者は夫が妻に対して婚姻関係に基づく影響力を行使して妻を共同責任者することを融資実行の条件とし、妻は夫に「署名によって愛を証明せよ」と言われて拒絶することをおきらめたこと、以上の事情を総合考慮して、本件重畳的債務引受契約を良俗違反（BGB一三八条一項）によって無効であると判断した。

その後のBGH民事第一一部一九九二年一月二四日判決 NJW 1993, 322. (判例〔23〕) は、共同責任設定契約が良俗違反（BGB一三八条一項）となる場合を次のように一般化した。

すなわち、共同責任設定契約が良俗違反となるのは、「共同責任設定契約時に共同責任者がその債務を自分の収入や資産で履行できず、かつ近いうちに財産改善の見込みがなく、金融機関がこの経済的過剰債務を認識しており、特段の事情（傍線筆者）がある場合」であり、「特段の事情」として、①債権者側が共同責任者の家を不意打ち的に訪問して共同責任の引受けを迫ること、②他方配偶者が夫婦の愛情や扶助意識に訴えかけることによって精神的強制状態を利用すること、③署名を単なる形式的なものとし、共同責任者が融資金の使途を主債務者と共に決定したり、融資金によって取得した土地の共有者となることなどによって、共同責任者が主債務を発生させる融資から直接的利益を享受する場合には、他の要件を全て満たす場合であっても、良俗違反性が阻却されるとする。

このように民事第一一部は、債務の著しい過剰性と共同責任者の決定過程に関する「特段の事情」を組み合わせたBGB一三八条一項による良俗違反性の判断枠組を承認したが、この枠組の主観的要件は、かつて下級裁の一部（前出フランクフルト上級地裁一九八四年九月二〇日判例〔3〕等）で定立されていたよりも厳格である。すなわち、民事第一一部は、共同責任

者が経済的過剰債務にあることと共同責任者が取引無経験であることを債権者が認識していたり、重過失によって知らなかったこと（判例〔3〕参照）ではなく、前記①②③の各事情によって明らかないように、債権者が故意に共同責任者のリスク評価を誤らせたり、共同責任を引き受けるか否かの任意性を低下させるなど、より積極的な債権者の侵害行為を要求していたのである。

## 二 学説

学説においては、八九年の民事第九部諸判決の登場から刺激を受ける形で、巨額の共同責任から主債務者の資力の乏しい家族（妻、子）を実体法上救済すべきか否かについて議論が生じた。学説において、この問題は、私法秩序の機能のあり方にかかわる根本的な問題、すなわち、私的自治（契約自由）と消費者保護（社会的弱者保護）の境界線の描き方（Ⅱ取引自由の義務を負う私法秩序が与えなければならぬ法的保護の程度）の問題として位置づけられ、いづれを優先するかによって、このような共同責任設定契約を実体法上全部無効として共同責任者（家族）を救済すべきか否かに対する立場が分かれた。

なお、当時の学説が想定する「共同責任者」像は、BGH諸

判決の事案に現れていたように、主債務者の子や妻であり、かつ、年齢的に若く、職業教育を終了していないか挫折しており、無資産で無収入ないし低収入で、主債務者に経済的・精神的に依存している者である。

### 1 契約を実体法上全部無効とする見解

民事第九部の見解に全面的に反対する立場であり、その多くは良俗違反（BGB一三八条一項）による全部無効を主張する。

（1）債務の巨額性Ⅱ共同責任者の無資力を根拠とする見解

まず、ホンゼル（Honsel）は、将来の経済活動の自由の全部ないし本質的な部分を奪うことは良俗に反する桎梏（Knebelung）であるとし、共同責任者に著しい過剰債務をもたらす共同責任設定契約が桎梏に該当するとする。そのうえで、桎梏をもたらすような共同責任からの保護を執行法規定に任せようとすることは、執行法が改正されない限り、共同責任者を生涯にわたって差押禁止範囲内の生活に追いやることになり、個人の自由な発展に対する侵害を承認してしまうことになる。そこで、共同責任者が共同責任者にとつて著しい過剰債務となることが契約締結時に明らかに予測できることを要件として、共同責任設定契約を良俗違反（BGB一三八条一項）によって全部無効とすることを主張する。<sup>(81)</sup>

(2) 共同責任者の意思決定侵害（私的自治侵害）を根拠とする見解

しかし、債務の巨額性のみを根拠に良俗違反を導こうとする右見解は、他の学説に受け容れられていない。学説においてはむしろ、良俗違反（BGB一三八条一項）の根拠を、巨額の共同責任者が、共同責任者の自己決定ではなく、債権者の他者決定によつてもたらされたこと、つまり共同責任者の「實質的」私的自治が害された結果であることにもとめる見解が有力であり、これは当時のBGH民事第一一部の立場にも通じるものである。

配偶者による共同責任について詳細な議論を展開するハイน์リクスマイアー（Heinrichsmeier）は、共同責任者が無資産（Vermögenslosigkeit）である事実を客観的要件<sup>(83)</sup>とし、主観的要件を、銀行（債権者）が共同責任者の劣位を利用して自己の利益のために共同責任者の他者決定を導くことであるとす。そして、「劣位の利用」としては、①情報上の劣位の利用、②婚姻による結びつき<sup>(84)</sup>の利用、を挙げるが、共同責任者の情報上の劣位・無資力・共同責任者と主債務者の密接な人的関係の各事実があつても、銀行による劣位の利用は推定されず、銀行による劣位の利用は、共同責任者の側で主張立証しなければなら

ないとする。<sup>(84)</sup> ①情報上の劣位の利用とは、情報上優位にある契約当事者が他方当事者の知識不足に自ら寄与することである。

例えば、銀行が共同責任者に対して請求する危険性を小さく見せかけたり、保証の意思表示や共同署名の意味を純粹に形式的なものであると見せかけたり、銀行が、過剰債務によつて共同責任者が生涯にわたる債務を負担させられる危険性があることを知りながら、共同責任者を「だまして甘い汁を吸う」ことである。<sup>(85)</sup> ②婚姻による結びつき<sup>(86)</sup>の利用は、婚姻による結びつきを利用した夫の行為を銀行に帰責できる場合に認められる。しかし、そもそも主債務者である夫が妻に「署名によつて愛を証明せよ」と迫ることによつて、妻が自己決定が失われるほどの精神的強制状態に陥るかどうかは疑わしく、契約当事者でない夫による意思決定侵害を銀行にどの程度まで帰責できるかが問題となる。<sup>(86)</sup> そこで、②についてはさらに、融資が失敗する危険に気づいている妻に対して銀行が特別の威圧を行使したり、妻が夫からの「道義的威圧（moralischen Druck）」がなければ契約を締結する気にならないことを銀行が積極的に認識しながら、このような「道義的威圧」を認容していることと、融資の失敗とこれに基づく生涯にわたる債務負担の危険を銀行が認識していることが前提となる。<sup>(87)</sup> ハイน์リクスマイアーの見解は、当時

の民事第一一部の立場にもっとも近い。

ハインリクスマイアーと同様に、共同責任者の実質的私的自治侵害を重視するライニケ (Raincke) とティートウケ (Tiedtke) は、保証契約が保証人が常に不利な立場に置かれる片務契約であることに着目し、銀行は保証人に対して特別な配慮義務を常に負っているとの考えから出発し、その義務違反の効果として良俗違反を認めようとする。すなわち、銀行は保証人の年齢や資力を調査する義務を負うので、保証責任発生の蓋然性が高く保証人が一生涯債務を負うことが明白であるという事実から、保証人がその若さや無経験によってリスクを適切に評価できないことを推論すべきであり、このような場合に、保証契約が良俗違反になるとする<sup>(89)</sup>。この見解は、前述のハインリクスマイアーの見解のうち①情報上の劣位の利用に相当するが、良俗違反を否定する事実の主張立証責任を銀行に負わせる点で、ハインリクスマイアーの見解よりも良俗違反が肯定されやすく、共同責任者にとって有利な見解である。

2 契約自体を有効としながら共同責任者の救済を講じる見解  
右(1)の立場に対して、共同責任設定契約を全部無効 (BG B一三八条一項) とすることを否定し、共同責任者の保護を原則的に執行法や(一九九九年施行の)新倒産法 (InsO)

といった手続法上の規定に委ねようとする立場も有力である<sup>(90)</sup>。

その理由は、第一に、実体法レベルでこのような共同責任設定契約の承認を拒むと(例えば良俗違反による無効)、与信者たる銀行が受信者や共同責任者の借り入れ可能範囲やこれに伴う将来の生活設計をも決定することになるので、受信者や共同責任者が広範にわたって「禁治産化」するおそれがあること<sup>(91)</sup>、第二に、融資の目的となる計画が失敗することは、共同責任設定契約締結時にはまだ確定していないので、共同責任設定契約締結の段階で、実体法的無効という強力な効果によって計画が失敗した場合のリスクを封じる必要がないこと<sup>(92)</sup>、である。

ただ、この立場も共同責任者の救済を完全に放棄したわけではなく、契約の効力を否定したり、無効と実質的に同様の効果を生じる手段を講じている。以下では、各論者が救済の根拠として何に着眼しているかによって、債権者と共同責任者との契約関係に着目する見解(1)、債権者の共同責任に対する利益に着目する見解(2)、主債務者と共同責任者の関係の事後的な解消に着目する見解(3)とに区別して整理する。

(1) 債権者と共同責任者との契約関係に着目する見解

(ア) 資力調査・情報提供義務 資力調査・情報提供義務とは、共同責任設定契約締結前に債権者が主債務者および共同責

任者の財産状況を調査し、場合によってはそのリスクを説明し、または融資を拒絶すべき義務である。前述(二)(1)(2)のライニケとティートウケのように、保証契約においては保証人が常に不利な地位にあることに着目して、債権者は保証人に対して常に特別な配慮義務を負うべきだとする見解もある<sup>(93)</sup>。

しかし、学説上一般に、融資によるリスクは主債務者および共同責任者側で負うべきものであること<sup>(94)</sup>、資力調査・情報提供義務は顧客の自己決定権に対する甚だしい介入を含むこと<sup>(95)</sup>等から、このような義務は原則的に否定される<sup>(96)</sup>。また、信用事業法(Kreditwesengesetz、以下ではKWGと略す)一八条によっても、借主の側に対する銀行の資力調査・情報提供義務は生じない。ただし、例外的に、融資目的となる計画に関する特別なリスクについて銀行が情報上優位に立つ場合<sup>(98)</sup>(具体的には、銀行が融資の目的が失敗することを知っていた場合<sup>(98)</sup>)や、銀行が顧客に対してさらに危険な状態を作出したり、顧客の取引無経験を知ってこれを利用したりした場合<sup>(99)</sup>には、信義誠実の原則に基づきこれらの義務が認められるべきだとする見解がある。

(イ) 共同責任のリスクに関する説明義務 共同責任のリスクに関する一般的な説明義務は、保証契約が片務契約であること<sup>(100)</sup>、行為能力者である成人は保証のリスクを十分に認識してい

ること<sup>(101)</sup>、保証契約は書面を要求する要式契約であること(BGB七六六条第一文)<sup>(102)</sup>がすでに保証のリスクを警告していること<sup>(103)</sup>等から、否定される<sup>(104)</sup>。

しかし、①保証責任の発生がある程度の蓋然性をもって予想されるが、保証人が主債務者そのものの具体的なリスクを評価できない場合や、②保証目的が拡大されているが、この保証目的拡大の結果が契約書から読みとることができないものである場合<sup>(106)</sup>、③銀行と保証人の間に特別な信頼関係がある場合<sup>(106)</sup>には、例外的に債権者が保証人に対して説明義務を負うと解する見解がある。また、債権者である銀行が自ら保証人の錯誤を惹起した場合に説明義務が認められることは学説上広く承認される<sup>(106)</sup>ところであるが、とりわけメデイクス(Medicus)は、金融機関があまりにしつこい方法で勧誘(eine allzu aufdringliche Werbung)をする場合には、書面の必要性(BGB七六六条第一文)による警告機能および保証人保護機能が失われ、債権者の行為の結果として生じたリスクが保証人の一般的なリスクの上に重なることとなるとして説明義務を認める。ブランドナー(Brandner)は、配偶者や家族のように主債務者と同一の生活共同体に属する者が共同責任を引き受けた場合、銀行は生活共同体解消(例えば離婚)後も共同責任が存続し続けることを指

摘する義務を負い、この説明義務違反の効果として責任免除もあり得るとする<sup>(10)</sup>。

(ウ) 効果 債権者の資力調査・情報提供義務違反や説明義務違反が認められると、共同責任者は債権者に対する損害賠償請求権を取得し(BGB二四九条第一文)、また、ときには免責請求権を取得することもあり<sup>(11)</sup>、この場合には実質的に契約無効と同等の結果となる。しかし、契約締結上の過失の効果として共同責任者に免責を認められることに対しては、詐欺・強迫(BGB一二三条)<sup>(12)</sup>よりも強力な効果を認める点で疑問視する見解もある。

(2) 債権者の共同責任に対する利益に着目する見解

H・P・ヴェスターマン(H.P.Westernann)は、無資産で無収入の家族による共同責任に対する銀行側の利益は詐欺的財産移転の防止に尽きるという観点を出発点とし、このような共同責任設定契約については、主債務者からの財産移転や、契約締結時に予測できた職業上・財産上の改善によって、共同責任者が結果的に大きな財産を取得できなかった場合には、共同責任者への差押えが許されないという合意(請求免除特約 *pactum de non petendo*)<sup>(14)</sup>が当事者間でなされたことを推定すべきであるとする<sup>(14)</sup>。そして、その効果として、主債務者から財産移転を

受けた場合や、相続や宝くじによって獲得した財産等によって共同責任者が独自の資産や収入を得た場合にしか、債権者の請求は認められないとする<sup>(15)</sup>。

彼自身は、契約締結後の展開と結びついた解決を可能にする点をこの見解の長所だとする<sup>(16)</sup>。しかし、補充的契約解釈による請求免除特約の推定は「完全な擬制 (*blanke Fiktion*)」であるとの批判がある<sup>(17)</sup>。なお、この見解は、後述する判例変更後の民事第九部諸判決(第四章一(2))において補助的な枠組として採用される。

ハインリクスマイアーも、債権者が無資力の配偶者による共同責任に対して夫婦間の詐欺的財産移転防止の利益を有することが認められる場合には、このような共同責任設定契約の良俗違反性を例外的に否定するが、この場合には夫婦関係の存続を行為基礎と認めることにより、夫婦の離婚後は、信義誠実の原則によって、債権者はおもとの契約の保持を要求できなくなるとし(行為基礎喪失)、配偶者の責任は離婚前に主債務者から移転された財産に限定されるとする<sup>(18)</sup>。

(3) 主債務者と共同責任者の関係の事後的な解消に着目する見解

配偶者による共同責任について論じるライフナー(Rainer)

は、夫婦が離婚した場合の共同責任設定契約の扱いについて、次のように論じる。<sup>(119)</sup>

連帯債務の場合には、融資金は共同利用され、家計収入に不十分に混入するので、夫婦や家族のような経済共同体は、銀行との連帯債務の合意の本質的な基礎（「行為基礎」）となる。<sup>(120)</sup>離婚によって、このような経済共同体における連帯責任の経済的・社会的意義は変化し、弁済に対する共通の不安から、高度の危険を伴う相互保証へと機能が変化するが、このような相互保証を要求することは公平の觀念に合致しないので、行為基礎喪失論を適用して信用債務を調整する必要がある。<sup>(121)</sup>したがって、連帯債務は夫婦の離婚によって分割債務（B G B 四二〇条）となり、各配偶者は残債務のうち個人に割り当てられた部分についてのみ弁済すれば足り、疑わしい場合にはその割合は半額となる（B G B 四二六条準用）。

他人の債務を担保することを主な目的とする保証の場合には、原則的に融資金の共同利用は推定されない。ただし、夫が借り換えをする際に妻（または婚約者）<sup>(122)</sup>がその全額および夫の旧債務の部分について保証する場合や、保証人が主債務者と共同で家計を運営し、融資が家計の助けとなる場合には、<sup>(123)</sup>例外的に夫婦関係の存続が行為基礎となる。

この見解に対しては、本来ならば共同責任者である配偶者が負うべき夫婦関係の解消によるリスクが債権者に転嫁される点につき、夫婦関係が存続するかどうかはそもそも債権者にはわかりえないことであり、債権者が夫婦関係のいざこざに巻き込まれる必然性はないので、夫婦の離婚によって配偶者が共同責任を免れるということ自体が不可思議であるとの批判がある。<sup>(124)</sup>

### 三 小括

夫や父のために巨額の共同責任を引き受けた成人したばかりで資力の乏しい妻や子を実体法上保護すべきかという問題は、まず、下級裁判例（第一章二一）において、肯定するもの否定するもの、その中にもそれぞれにおいて種々の法律構成がみられたが、この時期のB G Hにおいては、このような共同責任設定契約が良俗違反（B G B 一三八条一項）によって無効となるか否かという点から問題とされた。B G H内部においては、民事第九部（及び民事第三部）<sup>(125)</sup>と民事第一一部は、成人は私的自治に基づきリスクの大きい取引を行ったり、巨額の債務を負うことができることを出発点とする点で一致していた。しかし、民事第九部（及び民事第三部）<sup>(126)</sup>がこの原則を貫いて、このような共同責任設定契約の良俗違反や、債権者の共同責任者に対す

る説明義務を一切認めず、著しい過剰債務からの共同責任者の保護を執行法規定に委ねようとしたのに対して、民事第一一部は、「一方当事者が過度に優位にたつために契約上の規定を事実上一方的に定めることができる場合には、私的自治の制限が必要不可欠である」として、著しい過剰債務を負った共同責任者を民法上保護した。すなわち、債権者が共同責任者の経済的過剰債務を認識しながら、共同責任者の意思決定に不当に影響を与えた場合に、BGB一三八条一項に基づく共同責任設定契約の無効を認めた。このように、BGHの内部には実体法上の保護の要否という点で対立があった。

判例の登場を受けて議論が開始された学説の争点も同様に、このような共同責任者に「実体法上の保護を与えるべきか否か」という点にあったが、実体法上の保護を認める場合の法律構成は、良俗違反（BGB一三八条一項）にとどまらず、多岐にわたって論じられた。そのうち、共同責任の実体法上無効、すなわち良俗違反（BGB一三八条一項）に基づく無効を認めようとする見解の中では、共同責任者の「実質的」私的自治の侵害にその根拠を求めるハインリクスマイアーの見解が、民事第一一部の立場に最も近いといえる。共同責任者の救済をできるだけ執行法に委ねようとする見解も、「家族の共同責任」という現象

に伴って現れる事例的特徴（契約締結時の債権者の振る舞い、このような共同責任を要求する債権者の目的、共同責任者による融資金の用途及び家族関係の解消（離婚））に即して実体法による救済を限定的に認めることによって、債権者と共同責任者の利益を調整し、融資を受けるための担保手段として家族の共同責任しかもたない受信者への融資の可能性を残そうとするものであった。

## 注

- (1) 新しい中小企業金融の法務に関する研究会「新しい中小企業金融の法務に関する研究会報告書」〔平成一五年七月一六日〕<http://www.fsa.go.jp/news/newsj/5ginkou/f-20030716-1.html>〔平成一六年一月六日現在〕四頁。なお、「第三者個人保証」や「経営者個人保証」の定義は、右研究会報告書においては具体的に示されていないが、同研究会にゲスト・スピーカーとして出席された伊藤進教授の定義を参照した。伊藤進「保証の法的効力について」①——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。

(2) 伊藤・前掲注（1）六頁

(3) 中小企業庁広報室「平成一五年度版 中小企業施策利

用ガイドブック」一六頁参照。

(4) 中小企業金融安定化特別保証制度の創設は、平成一〇年八月二八日に閣議決定された「中小企業等貸し渋り対策大綱」において決定された。中小企業金融安定化特別保証制度は平成一〇年一〇月一日から平成一三年三月末までの限定的措置であり、また、最終的な保証承諾実績は二九兆円弱であった。右制度においては、本文中で述べた無担保保証における第三者保証徵求免除範囲の引き上げ（三五〇〇万円↓五〇〇万円）の他に、保証限度額の引き上げ、保証料率の引き下げ、保証要件の緩和、審査におけるネガティブリスト方式の採用等によって、不動産などの担保や第三者の保証の提供の困難な中小企業のための信用保証協会による信用保証の提供のための要件を緩和し、これによって中小企業の資金調達をより容易にした。

金融安定化特別保証制度及びその運用の概要については、「中小企業等貸し渋り対策大綱」（平成一〇年八月二八日閣議決定）のほか、中小企業庁事業環境部金融課「中小企業金融安定化特別保証制度の実績と新たな信用保証制度の運用開始」金法一六一二号（二〇〇一年）七五頁、中小企業庁「施策ガイド 中小企業金融安定化特別保証制度のまとめ」月刊中小企業五三巻七号（二〇〇一年）六〇頁、「特集 中小企業金融安定化特別保証制度への

取り組み」信用保証九八号（一九九九年）二頁以下。

(5) なお、實際上、ほとんどの場合には経営者の配偶者による保証が要求されることである。この点は、長年、大阪府中小企業信用保証協会において信用保証の実務に携わられた村田利喜弥教授のご教示を得た。

(6) 西村信雄博士によれば、このような保証の特徴として、「無償性」と「情義性」があり、「無償性」とは、対価なくして保証を引き受けることであり、保証契約の相手方（債権者）だけでなく、保証委託の相手方（主債務者、第三者）からも、対価を受け取っていないことである。「情義性」は、無償性よりも意味が広く、保証人が経済的打算を持たないこと、すなわち、対価がない場合のほかに、間接的になんらかの経済的利益がないことを意味する。西村信雄編『注釈民法（11）債権（2）』（有斐閣、一九六五年）一五二頁。

(7) このような事態を指摘するものとして、今瞭美「保証人の保護」長尾治助・中坊公平編『セミナー生活者と法』（悠々社、一九九五年）二〇一頁、長尾治助「クレジット債務保証人の保護」同編『レンダグーライアピリティ』（悠々社、一九九六年）三二六頁、石田喜久夫「消費者民法のすすめ」（法律文化社、一九九八年）八八頁以下。

なお、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会が一九

九七年七月に実施した全国四一都道府県における破産記録全国調査によれば、破産理由は、「生活苦・低所得」二〇・七八%、「負債の返済」一三・五四%、「保証債務・第三者の債務の肩代わり」一一・一九%、「事業資金」一一・一〇%、「病氣・医療費」一〇・七一%などとなっている。日本弁護士連合会消費者問題対策委員会「一九九七年破産記録全国調査」七頁。この調査結果からは、保証人となった破産者は、実際に主債務者とのいかなる関係に基づいて保証契約を締結するに至ったかは明らかにならない。しかし、破産理由の中で保証債務が占める割合は一割強にのぼることは注目されよう。

(8) 周知のとおり、保証人の保護は、とりわけ根保証の場合に強く要請される。西村博士によれば、保証には、利他性・無償性・未必性・軽率性といった特徴があり、根保証になるとこれらの特徴が強まると同時に広汎性・永続性が加わり、そのために保証人保護が要請される(西村信雄「継続的保証の研究」〔有斐閣、一九五二年〕八〇頁以下)。そして、これらの特徴のうち責任制限について重要なのが広汎性である。ただ、これらの特徴は保証人保護に直結するわけではなく、広汎性などを理由に債権者に保証人に対する注意義務が課され、その義務違反に基づき保証人を保護するのである(西村信雄「継続的保証」二一九頁以下)。

(9) 平野裕之「保証契約における債権者の保証人に対する義務(1)」、「(2)」、「(3)」、「(4)」法律論叢七四卷一頁以下(二〇〇一年)、七四卷六号一三三頁以下(二〇〇二年)、七五卷一七頁以下(二〇〇二年)、七五卷五・六号二七頁以下(二〇〇三年)。また、消費者保証の情義性という特性、リスクヘッジの契約の特性、両当事者間の専門知識の量が大きく隔たるという特性、約款取引であるという点から、金融機関である債権者に保証人への説明義務を課せようとする見解もある。道垣内弘人「保証契約の成立にともなう説明義務」〔民研五二三号(二〇〇〇年)三頁以下〕。

(10) 小杉茂雄「保証債務成立に関する一考察(一)」、「(二)完」〔阪法一一二号四四頁以下(一九七九年)〕、一一五号二五一頁以下(一九八〇年)、長尾治助・前掲注(7)三一六頁以下。

(11) 下森定「保証・物上保証契約の締結と銀行の情報提供義務(下)」〔民研四八九号(一九九八年)一八頁〕。

(12) ドイツ語の *Angelöhne* や *nale Angelöhne* は、日本語に直訳すると親族や近親者といった意味になる。しかし、ドイツにおいて巨額の債務の共同責任を引き受けて問題となっているのは、主債務者の配偶者や成人したばかりの子の事例である。そうであるならば、*Angelöhne* や *nale Angelöhne* とどう言葉の中で実質的に把握されている

るのは、親族や近親者よりも狭い「家族」である。それゆえ、本稿では「Angehörige」や「nahe Angehörige」を「家族」と訳すことにする。

(13) この用語法は、この問題の先行研究である児玉教授にならったものである。なお、「共同責任設定契約」によって発生した保証や連帯債務を「共同責任」と呼ぶ。児玉寛「無資力近親者による共同責任をめぐる判例の展開」法雑誌一巻四号（一九九五年）六七四頁。

(14) 連邦憲法裁判所一九九三年一〇月一九日決定 NJW 1994, 36. (後掲へ別表3) 判例 [24]

(15) メディクス (Medicus, Die moderne Schuldum?, Recht-dogmatische Überlegungen zur Privatautonomie im Recht der Bankgeschäfte, in: Bankrechtstag 1992, Aufklärung- und Beratungspflichten der Kreditinstitute — Die moderne Schuldum?, S.88.) は、債務監獄の歴史的意義として、かつてドイツ法における弁済をしない債務者に対する執行措置として、債務奴隷状態 (Schuldnechtschaft) と共に、債務監獄 (Schuldum) における監禁措置があったことについて説明している。メディクスによると、債務奴隷は、債務者を債権者の奴隷として働かせて債務を弁済させるものであった。これに対して、債務監獄は監禁された債務者に労働によって債務を弁済させるものではなく、投獄前には債務監獄に入れられるという恐怖心から債務

者が貯蓄を債務弁済に回すようになるという効果、投獄後にはその家族が債務者を解放させなければならぬという効果を有するものであった。なお、債務監獄の費用は債権者が負担するので債務監獄への監禁は短期間であり、一生涯というほど長期にわたるものではなかったという。

(16) BGB 一三八条 (良俗違反の法律行為・暴利行為)

一項 善良の風俗に反する法律行為は無効である。

二項 とくに相手方の強制状態、無経験、判断力の欠如または重大な意思薄弱を利用して、ある給付に対し自己または第三者に財産的利益を約束または提供させる法律行為は、その財産的利益が給付に対して著しい不均衡にある場合には、これを無効とする。

なお、本稿においては、以下の部分で引用する BGB の条文も含め、BGB の条文の訳出に際しては、柚木馨編 (高木多喜男補遺) 『獨逸民法 (1) 民法総則 (復刻版)』 (有斐閣、一九五五年)、椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』 (日本評論社、一九八八年)、右近健男編『注釈ドイツ契約法』 (三省堂、一九九五年)、椿寿夫・右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』 (三省堂、一九九〇年) を参照している。

(17) 有限会社 (GmbH) の社員 (Gesellschafter) による会社債務の保証については、第四章二 (2) 参照。

(18) 本件事案においては、保証人が所有する土地についてはすでに設定されていた土地債務の負担額が土地の価値を超えているので資産価値として考慮できないとしたうえで、保証人の収入(月収総額六五〇〇M)と資産(約一万八〇〇〇M)では、「九八六万Mの被保証債務につき順次発生する利子を、差押可能な収入および財産から負担できないことが明白である」として、極端な過剰債務であることを認定した。そして「経験がありかつ取引に熟達した人も、配偶者との感情的結びつきから経済的に著しい過剰債務をもたらすような債務を引き受け得る」ので、本件において、保証人が主債務者の従業員として働いており取引経験があり夫の代理人として主債務者の建て直しに関する話し合いに参加したという事実は、主債務者の経済的意味での単独所有者である夫との感情的結びつきにより保証を引き受けたという推定を覆すものではないとした。以上に基づき、本件保証契約の良俗違反(BGB一三八条一項)による全部無効を認めたのである。

(19) この議論に関する先行研究として、以下のものがある。一九九四年上半期までのBGBおよび連邦憲法裁判所の裁判例を紹介・分析する研究として、児玉寛・前掲注(13)六七三頁があり、さらに九七年頃までの裁判例および学説を紹介・検討する研究として、佐藤啓子「近親

者のための保証契約と良俗性——特に親子関係のあり方をめぐって」東京商船大学研究報告(人文科学)四八号(一九九八年)六一頁、同「妻の保証意思と周辺事情——近親者のための保証契約と良俗性 その2」東京商船大学研究報告(人文科学)四九号(一九九八年)七一頁がある。

(20) 原田昌和「巨額な共同責任の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開——(一)、(二)・完」論叢一四七巻一四二頁(二〇〇〇年)、一四八巻一四八頁(二〇〇〇年)、同「極端に巨額な保証債務の反良俗性——ドイツ良俗則の最近の展開・その二——(一)、(二)・完」論叢一四八巻二一八頁(二〇〇〇年)、一四九巻五号四六頁(二〇〇一年)。この論文の書評として、吉村良一「民法学のあゆみ」法時七四巻七号(二〇〇二年)八一頁。

(21) 児玉・前掲注(13)六七四頁。

(22) 吉村・前掲注(20)八三頁。この書評は原田・前掲注(20)各論文の意義もこの点の分析にあるとする。

(23) なお、わが国においては、主債務者の近親者(家族、親戚、友人)が、主債務者との特別な関係のみから経済的打算によらずに引き受ける保証をいわゆる情義的保証と呼び、このような保証人を情義的保証人と呼ぶのが一般的である。

- (24) 例えば、東京高判平成九年六月一九日判時一九二四号 九八号参照。
- (25) 伊藤進教授によると、主要銀行においては、①債務者の代表者など経営に深く関与し経営内容に責任を負っている者、②実質的に債務者の経営を支配し意向を経営内容に反映できる者、③生計を一にして債務者同様に与信取引により便益を受けている者、④債務者の信用力のみでは与信取引が十分に可能とはいえないときに、特定の個人資産の裏付けをよりどころとして与信取引を行なう場合の特定の個人、について保証が徴求されることである。伊藤・前掲注(1)六頁。
- (26) BGB 八二六条〔良俗違反の故意による加害〕善良の風俗に反する方法で他人に対し故意に損害を与えた者は、その他人に対し損害を賠償する義務を負う。
- (27) 連邦憲法裁判所一九九三年一〇月一九日決定 BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36. (判例〔24〕)。初期の学説(べ)の目的の存在を指摘するものとして H. P. Westermann, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherdarlehen—Dogmatische Grundlagen, ZHR 153 (1989), 123, 140; Brandner, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten—Leitlinien der Rechtsprechung, ZHR 153 (1989), 147, 159; Eckert, Unbemessige Verschuldung bei Bürgerschafts- und Kreditaufnahme, WM 1990, 85, 89; Krütel, Befreite Ehefrauen?—Zur Mithaftung für Bankkredite von Angehörigen, ZfP 1991, 493, 495.
- 消費者信用法 (Verbraucherkreditgesetz 一九九一年一月一日施行) の立法過程における公聴会 (Anhörung) において、銀行側がこの目的の存在を指摘している (Helmrich/Seiliger, Das Verbraucherkreditgesetz, AnwBl 1992, 103 107.)。
- 但し、消費者信用の場合には詐害的財産移転防止目的は無意味であるとの指摘がある (Bender, Zur Situation der Ehefrauen beim Ratenkredit, in: Rechtsatlas zum Verbraucherschutz, 1988, §11, 12.)。また、不動産取得のための融資の場合にも、当該不動産それ自体に土地債務や抵当権による担保が設定されるため、詐害的財産移転防止目的が無意味であるとの指摘もある (Arbers-Frenzel, Die Mithaftung naher Angehöriger für Kredite des Hauptschuldners, 1996, 66f.)。
- (28) Arbers-Frenzel, aaO. (Fn. 27), 56; Chelidonis, Die erkennbar untaugliche Bürgschaft, 1998, S. 68.
- (29) BGB 一三七二条〔その他の場合の剰余金清算〕一方配偶者の死亡以外の方法で夫婦財産制が終了した場合、BGB 一三七三条から一三九〇条の規定により、剰余金が清算される。

- (30) BGB 一三七八条〔清算請求権〕一項 一方配偶者の  
 剰余金が他方配偶者の剰余金を上回る場合には、超過剰  
 余の半分は清算請求権として他方配偶者に帰属する。
- (31) Albers-Frenzel, a. a. O. (Fn. 27), S. 62f.
- (32) Reifner, Mihaftung der Ehefrau im Bankkredit - Bürgschaft  
 und Gesamtschuld im Kreditversicherungsrecht, ZIP 1990, 427,  
 427. なお、政府支援による独立起業家の支援プログラム  
 に基づく融資の場合にも、配偶者による共同責任が要件  
 となる。 Richtlinie des Bundesministeriums fuer Wirtschaft  
 fuer das Eigenkapital-Programm zur Forderung selbständiger  
 Existenzen in den alten Bundesländern und Berlin (West) von  
 6. 16. 1994, Banz. Nr. 119 vom 29. 6. 1994, 5e, Prog-  
 rammrichtlinie für das Eigenkapitalhilfe-Programm des Bun-  
 desministeriums für Wirtschaft zur Förderung selbständiger  
 Existenzen in den neuen Bundesländern und Berlin (Ost) von  
 15. 9. 1994, Banz. Nr181 von 23. 9. 1994, 5e. Vgl. auch, Kerls,  
 Die Haftung einkommensschwacher und vermögensloser  
 Angehöriger bei öffentlich geforderten Darlehen, DZWIR  
 1996, 9, 10.
- (33) Eckert, a. a. O. (Fn. 27), WM 1990, 85, 88; Albers-Frenzel,  
 a. a. O. (Fn. 27), 77ff.; Cheidonis, a. a. O. (Fn. 28), S. 72.
- しかし、例えば、共同責任設定契約当時無資力の妻に  
 ついては見解が分かれている。 シュビントヴスキー

(Schwintowski, EWIR §765 BGB 1/92, 253, 254) は、契  
 約締結時に無資力である（無職であり、かつ、子育て中）  
 妻が共同責任者となる場合、子育てを終えた後に多くの  
 妻が再就職をするので、債務を全く履行できないわけ  
 はないことを指摘する。他方で、アルバース・フレンツェ  
 ル（Albers-Frenzel, a. a. O. (Fn. 27), S. 78f.）は、妻が再就  
 職するとしても元の職に戻ることは困難であり、パート  
 タイマーで終わることが多く、再就職後の収入が差押禁  
 止範囲（ZPO 八五〇c 条）に達しない可能性がある」と、  
 再就職後の収入による債務の履行の可能性は、当該  
 共同責任者の子供の人数・資格の有無・年齢などに  
 かかっているという。

(34) Cheidonis, a. a. O. (Fn. 28), S. 25, 82ff.

(35) Krügel, a. a. O. (Fn. 27), ZIP 1991, 493, 495. ミュンスター  
 トゥン（Münstermann, Ann zum LG München, v. 7. 10. 1987  
 und OLG München, v. 27. 7. 1988, WuB I E2b-7, 88.）は、  
 無職または低所得の妻は、家計の運営において「家族収  
 入」の大部分を管理し、場合によっては必要なだけ節約  
 することにより、夫婦共同の債務を履行できるように貢  
 献するという。ちなみに、「フロームとヴァインツィール  
 (Frohm/Wenzel, AnwBl 1991, 461, 464.) は、「これを共  
 同責任者の主債務者に対する「監督機能 (Aufsichtsfunk-  
 tion)」と呼ぶ。

- (36) このことを指摘する早期の裁判例として、*シュンケン* 地裁一九八七年一〇月七日判決 WM 1988, 81. (判例 [60])。また、ドイツ連邦銀行連盟の態度決定によつて明らかになされていることを指摘するものとして、後述連邦憲法裁判所一九九三年一〇月一九日決定(判例 [24])。
- (37) この点も消費者信用法制定過程の公聴会において銀行側から指摘されてくる。Helmrich/Seeliger, a.a.O. (Fn. 27), AnwBI 1992, 103 107. Vgl. auch. v. Rottenburg, Verbrauchspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten – Aspekte der Bankenpraxis, ZHR 153 (1989), 162, 172. *ケルツ*, H. P. Westermann (H. P. Westermann, a.a.O. (Fn. 27), ZHR 153 (1989), 123, 140f.) は、無資産無収入の妻による保証の場合の共同責任の担保価値は、経済的にはあまり高く評価されず、情報提供の価値こそが重要であるとする。これに対して、*アルバース* フレンツェル (Albers-Frenzel, a.a.O. (Fn. 27), 44.) は、家族保証に情報提供機能を認めることは現実離れしており配偶者が他方配偶者の債務の額を知るためだけに、自身も債務を負わねばならぬ理由はないと批判する。
- (38) Bender, a.a.O. (Fn. 27), S. 12.
- (39) Derleder, Ann zu OLG Koblenz v. 25. 3. 1992, EWIR § 38BGB 7/92, 1165; Albers-Frenzel, a.a.O. (Fn. 27), 37ff, 52. さらに、*アルバース* フレンツェルは、妻による共同責任の場合には、夫に対する経済的依存から妻の忠誠心が強まる可能性があるが (Albers-Frenzel, a.a.O. (Fn. 27), 39.)、子による共同責任の場合には、親子関係の感情は、極端な場合には実際に両親に対する義務感情をもたらし得るが、通常はないだろうとの見解である (Albers-Frenzel, a.a.O. (Fn. 27), 53.)。これに対しては、成人してもまだ学生であるなど両親の扶養を受けている子は、経済的にも感情的にも両親に依存しているため、両親に対する権威・威圧・愛情・感謝の念に逆らうことができないとの見解もある (Grossfeld/Lüth, Die Bürgschaft junger für ihre Eltern, WM 1991, 2013, 2017. vgl. auch. Honsell, Die Mithaftung mittelloser Angehöriger, Jus 1993, 817, 820.)。
- (40) Medicus, Leistungsfähigkeit und Rechtsgeschäft, ZIP 1989, 817, 820; Knütel, a. O. (Fn. 27), ZIP 1991, 493, 494; Helmrich/Seeliger, a. O. (Fn. 27), AnwBI 1992, 103, 107ff.; H. P. Westermann, Die Bedeutung der Privatautonomie im Recht des Konsumenkredits, Festschrift für Hermann Lange zum 70. Geburtstag, 1992, S. 995, 1008; Albers-Frenzel, a.a.O. (Fn. 27), 41f.
- (41) v. Rottenburg, a. a. O. (Fn. 37), ZHR 153 (1989), 162, 171; Albers-Frenzel, a.a.O. (Fn. 27), S. 42f.). ただし、*アルバース* フレンツェル (Albers-Frenzel, a.a.O. (Fn. 27), S. 44.) は、夫が結婚前から有する旧債務の借換えのために新たに消

費者信用を利用する場合や不動産取得のための融資の場合、取得した不動産が夫の単独名義であるならば、妻に利益はないとする。

(42) 子の利益を肯定する見解として、*Medicus, a. a. O.* (Fn. 40), ZIP 1989, 817, 820; *Reheim, Ann zu BGH v. 19. 1. 1989 und v. 28. 2. 1989, JR 1989, 468, 468.* 否定する見解として、*Honsell, Ann zu BGH v. 24. 2. 1994, EWiR §765BGB 4/94, 555, 556; Arbers-Frenzel, a.a.O. (Fn. 27), 56.*

(43) 前述本章一(1)(ア)および注(32)で掲げた文献を参照。

(44) KO一六四条一項 破産手続の終了後、満足を得ていない破産債権者は債務者に対して自己の債権を無制限に行使用することができる。

(45) ZPO八五〇c条「勤労所得に対する差押範囲」 勤労所得は支払われる期間に応じて、次の額に達しないときは、差押えることができない……(以下略)。

(46) ドイツ倒産法の説明については、木川裕一郎『ドイツ倒産法研究序説』(成文堂、一九九九年)に依拠している。

なお、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会が一九九八年に実施したドイツとオーストリアの破産事情調査の一環として行なわれた、ケルン大学手続法研究所プロジェクトニング (Prüfung) 教授の講演において、免責制

度導入のきつかけとして次の二点が挙げられている。第一に、債務奴隷からの解放である。第二に、従来ほとんど指摘されることがなく、あまり脚光を浴びていないがプロジェクトニング教授が重要視する根拠として次のように述べる。「連邦憲法裁判所をはじめとするドイツの裁判所は、ここ一〇年ないし一五年の間に、いわゆる実体法を判例によって改正をしていくというような傾向が見られております。有名な例を一つあげますと、財産を持っていないものがその保証人にされたというような場合でありますが、判例によりますと、そのような保証契約は無効であるというふうな判断を裁判所は出しておるわけです。しかし、このような実体法上の変更を判例によってするということとは、非常に無理が生ずるわけでありまして、その意味では、免責制度と言うことによつて、このような裁判による実体法の改正ということを少し軽減をしようという意味があったのではないかと、私は考えております。」(『欧州破産事情調査報告書』(日本弁護士連合会消費者問題対策委員会、一九九八年)四八頁)。

(47) このことを指摘するものとして、Vgl. Helmrich/Seelig, a.a.O. (Fn. 27), AnwBl 1992, 103, 107f. なお、ヘルムリッヒとゼーリガーは、家族による共同責任には、一本の線をつなぐことができないほどさまざまなケースがあり、

また、家族保証を法により規制することは、これが保証に対する本質的な介入である場合には、私法に対する深刻な介入となるので、家族による共同責任の問題については連邦憲法裁判所の判断を待ち、法典化については一度よく考えるべきであるとの立場である。

- (48) のことを指摘するものとして Vgl. Scholz, Restschuld-befreiung für Verbraucher, MDR 1992, 817, 818. 〇れに對しは、シユニットとランチュ (Schmidt/Rämsch, Das neue Verbraucherinsolvenzverfahren, MDR 1994, 321, 324.) は、主債務者の家族関係は、基本事情 (Basisumstand) として法律によって定められるべきだといふ考えに基づき、債務清算計画 (Schuldenbereinigungsplan) においては、主債務者が規定どおりに履行することにより、主債務者だけでなく共同責任者である家族も、——ある意味で自動的に——債務を免除されると述べる。また、ヘルマン (Hörmann, Hilfe der Insolventverurtheilten Verbraucher? WM 1992, 1223.) は、過剰債務となり、建て直しが必要な経済単位は、個人の家計 (private Haushalt) であるとの考えに基づき、同法の草案の段階で、共同責任者となった家族を手續に取り込まなかつたことを、社会に対する盲目 (sozial blind) であると非難する。

- (49) 後出シユトウツトガルト上級地裁一九八八年一月二二日判決 NJW 1988, 833, 834. (判例 [6]) 参照。

- (50) 一九七〇年代以降の消費者信用取引における暴利をめぐる判例・学説の流れについては、大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣、一九九六年) 一三六頁以下に詳しい。後出ケルン上級地裁一九八六年二月四日判決 ZIP 1987, 363. (判例 [5]) も、この流れの上にあるといえよう。

(51) GewO五五條〔移動營業〕

- 一 項 營業所外でまたは營業所をもたないで、先行する注文なくして、自身自身で
- 一 号 物品を販売し、買い入れ、または物品の注文をとる者、
- 二 号 營業的給付を提供し、營業的給付の注文をとる者、
- 三 号 芸術・學問上顧客の高度の利益を認め得ない展示、音楽演奏、娯樂的公演、またはその他の催しを提供する者、
- は (移動營業)、移動營業証が必要である。
- 二 項 一 項 二 号 三 号 の 場 合 に は 、 市 場 取 引 (六四條) についても、移動營業証が必要である。
- GewO五六條 (移動營業において禁止される業務)
- 一 項 移動營業においては次のことが禁止される。
- 六 号 買戻し契約 (三四條四項) および金銭消費貸借契約の締結ないし仲介・物品売買や住宅貯蓄組合契約の

締結と関連する金銭消費貸借契約は、これに該当しない。  
 (52) B G B 一三四条〔法律上の禁止〕 法律上の禁止に違反する行為は、当該法律により別段の結果を生じない限り、これを無効とする。

(53) Knitel, Der eigene Ehemann-ein von der Bank beauftragter "Hausbesucher"?, — Zugleich eine Anmerkung zu OLG Stuttgart, 23. 11. 1982 (NJW 1983, 891), NJW 1983, 1839, Löwe, Anm. zum OLG Frankfurt, v. 26. 3. 1985, EWIR §134BGB 3/85, 345, 345.

(54) デュッセルドルフ上級地裁一九八三年一月三日判決 ZIP 1984, 166. (判例〔2〕)、シュトゥットガルト上級地裁一九八七年四月三日判決 WM 1987, 1422. (判例〔7〕)、B G H 一九八九年一月一九日判決 NJW 1989, 830. (判例〔15〕) の原審 (OLG Braunschweig)、B G H 一九八九年一月二八日判決 NJW 1989, 1276. (判例〔16〕) の原審 (OLG Stuttgart)、B G H 一九九二年一月一六日 NJW 1989, 1665. (判例〔22〕) の原審 (OLG Stuttgart) も、フランクフルト上級地裁一九八四年九月二〇日判決 (判例〔3〕) と同様の法律構成 (B G B 一三八条一項) によって、共同責任設定契約の無効を認めた。

(55) 注 (50) 参照。  
 (56) B G B 三〇条 (将来の財産に関する契約) 当事者の一方が自己の将来の財産またはその部分を譲渡する義務、

または用益権を設定する義務を負う契約は、無効である。  
 (57) Schwintowski, Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Schuldners als Maßstab der Wirksamkeit von Verbraucherkreditverträgen, ZBB 1989, 91, 93ff. シュヴァイントゥスキーは、私人の経済活動の自由の形式的・実質的確保という B G B 三〇条の趣旨に鑑み、債務者が契約締結時に経済活動の自由を事実上放棄しているとみられる場合には、同条の「財産譲渡」と同視できるとの考えに基づき、契約締結時に共同責任者が差押可能な財産を持ち合わせていないことと、その個人的事情によれば最低限度の生活を越える将来の財産取得が期待されないことを要件として、同条の類推により全部無効を導き出す。

(58) 判例〔9〕のほかに、後出 B G H 一九八九年三月一六日 NJW 1989, 1665. (判例〔18〕) の原審 (OLG Stuttgart)、後出 B G H 一九八九年一月一六日 NJW 1990, 1034. (判例〔19〕) の原審 (OLG Stuttgart) も、B G B 三〇条の類推適用を認めた。

(59) シュンヘン上級地裁一九八八年七月二二日判決 WM 1988, 1365 (判例〔13〕)；ハム上級地裁一九八八年一月五日判決 WM 1988, 1817 (判例〔14〕)；パンベルグ上級地裁一九八八年四月二九日判決 ZIP 1988, 1247 (判例〔10〕)；ハンブルク上級地裁一九八八年五月一六日判決 WM 1988, 1261. (判例〔11〕)。

- (60) G G 一条「人間の尊厳」一項 人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することが、すべての国家権力の責務である。  
本稿における G G の訳出は、樋口陽一・吉田善明編「解説世界憲法集(第四版)」(三省堂、二〇〇一年)による。
- (61) G G 二〇条「連邦国家、権力分立、社会的法治国家、抵抗権」一項 ドイツ連邦共和国は、民主的かつ社会的な連邦国家である。
- (62) G G 二八条「ラント及び市町村の憲法秩序」一項 ラントにおける憲法秩序は、この基本法の趣旨に即した共和制的・民主的および社会的な法治国家の諸原則に適合していなければならない。(以下略)
- (63) ミュンヘン上級地裁一九八八年七月二一日決定 WM 1988, 1365. (判例 [13]) Vgl. auch, Eckert, Ratenkreditverträge und die Pfändungsfreigrenzen des §850cZPO, WM 1987, 945, 953.
- (64) B G B 二七九条「種類債務における主観的不能」債務の目的が種類のみで定まっている場合において、同種の給付が可能である限り、債務者は、過失がないときにも、その主観的給付不能についての責任を負う。
- (65) ミュンヘン上級地裁一九八八年七月二一日決定 WM 1988, 1365. (判例 [13])
- (66) Münstermann, a. a. O. (Fn. 35), WuB I EZb. -88.7.
- (67) B G B 二七六条「自己の過失責任」一項 債務者は、別段の定めがない限り、故意及び過失につき責任を負う。取引に必要な注意を怠った者は、過失あるものとする。  
二八七条及び二八八条の規定は、この場合に適用する。  
二項 故意に基づく債務者の責任は、あらかじめ免除することができる。
- (68) B G B 二四九条「損害賠償の種類と範囲」第一文 損害賠償につき義務を負う者は、賠償を義務づける事情が生じなかったならば存在するであろう状態を回復しなればならない。  
なお、本件では、保証契約締結時に B の X に対する悪意の欺罔も認められるところ、X が詐欺取消 (B G B 一三三条) を主張しなかったため、これは認められなかった。
- (69) なお、本判決は Y から上告され、B G H 一九八九年三月一六日判決 NJW 1989, 1665. (判例 [18]) により破棄された。その後、X の違憲申立てによって連邦憲法裁判所が憲法裁九三年決定 (判例 [24]) において、この B G H 判決を違憲と判断し、再審が行なわれた。再審判決 (B G H 一九九四年二月二四日 NJW 1994, 1341. II 判例 [27]) において、本件保証契約は良俗違反 (B G B 一三八条一項) に基づき無効と判断された。
- (70) 消費者信用問題を受けての暴利行為に関するベンダー

判決の見解と、それをめぐる判例学説上の議論については、大村・前掲注(50)二三六以下に詳しい。本稿のここの記述も同書の記述に負うところが大きい。

- (71) なお、シュトゥットガルト上級地裁においては、同時期の他の判決も全て、BGB三一〇条の類推あるいはBGB一三八条一項の適用による契約の無効を認めている。(72) このことについては、大村・前掲注(50)二四二頁以下に詳しい。

- (73) 莫大損害法理の起源・古典的歴史については、石部雅亮「契約の自由と契約正義(一)——莫大損害(Laesio enormis)の歴史を中心に——」法雑三〇卷三・四号(一九八四年)三〇七号以下。また、ドイツ民法が莫大損害法理を採用しなかった経緯については、大村・前掲注(50)一一〇頁以下参照。

- (74) Bender, a. a. O. (Fn. 27) S. 11-15.

- (75) Vgl. Grün, Das End der strengen BGH-Haftungsrechtsprechung bei Bürgschaften leistungsfähiger junger Er-wachsener, NJW 1994, 2935, 2936; dies., Die Generalklauseln als Schutzinstrumente der Privatautonomie am Beispiel der Kreditmitaufung von vermögenslosen nahen Angehörigen, WM 1994, 713, 723.

- (76) BGB三〇六条(不能な給付) 不能な給付を目的とする契約は、無効である。

- (77) これについて、後のBGH民事第九部一九九一年五月一六日判決NJW 1991, 2015。(判例(21))は、債権者が融資を保証成立の条件とすることは不当な威圧(Druck)を推論する根拠とならなるとした。

- (78) このことは、BGH民事第三部一九八九年三月一六日判決(判例(18))がすでに承認しているとする。

- (79) Vgl. Schwintowski, a. a. O. (Fn. 57), ZBB 1989, 91, 91; Rehbein, a. a. O. (Fn. 42), JR 1989, 468, 469, 471.; Medicus, a. a. O. (Fn. 40), ZIP 1989, 817, 824.; ders., Die moderne Schuldturn? a. a. O. (Fn. 15), S107ff.

- (80) Honsell, Anm zu BGH 19. 1. 1989, JZ 1989, 495; ders., a. a. O. (Fn. 39), Jus 1993, 817; Reinicke/Tiedtke, Zur Sit-tenwidrigkeit hoher Verpflichtungen vermögens- und ein-kommensloser oder einkommensschwacher Bürgen, ZIP 1989, 613; Schwintowski a. a. O. (Fn. 57), ZBB 1989, 91; Wochner, Die neue Schuldrechtschaft, BB 1989, 1354; Bender, Anm zu BGH v. 19. 1. 1989, EwIR §765BGB I/89, 239; Grün, Anm zu BGH v. 22. 1. 1991, NJW 1991, 925, Köndgen, Anm zu BGH v. 16. 5. 1991, NJW 1991, 2018.

- (81) そして、ホンゼルは、判例が割賦信用の場合に消費者に良俗違反による広範な保護を与え、それどころかビール醸造所と飲食店経営者の間のビール供給契約を契約期間が二〇年を超えているという理由で良俗違反とした

- から、無資力の若者による保証について良俗違反を認めないことは評価矛盾であるとBGH民事第九部を批判した。Honsell, a. a. O. (Fn. 39), JuS 1993, 817, 818ff.; Vgl. Larenz /Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerliches Gesetzbuch, 59. Aufl. 2000, §41 Rn. 36, S. 752.
- (82) Reinicke/Tiedtke, a. a. O. (Fn. 80), ZIP 1989, 613, 614f.; Heinrichsmeier, Die Einbeziehung des Ehegatten in die Haftung für Geldkredit, 1993, S.149f.
- (83) Heinrichsmeier, a.a.O. (Fn. 82), S.156. 客観的要件についてはさらに、共同責任者に資産や収入がなくても主債務者の資産収入だけで十分に弁済できるならば、共同責任者自身が請求される危険性が小さいため、経済的過剰債務の判断の際には他方配偶者(主債務者)の資産や収入も考慮に入れるとし(Heinrichsmeier, a.a.O. (Fn. 82), S. 160)、共同責任者の融資に対する利益の有無は関係なく、共同責任者の経済的過剰債務を銀行が知っていたこと的主張立証責任は共同責任者が負担する(Heinrichsmeier, a.a.O. (Fn. 82), S.159.) と述べる。
- (84) Heinrichsmeier, a.a.O. (Fn. 82), S.154f. auch, S.164.
- (85) Heinrichsmeier, a.a.O. (Fn. 82), S.156ff.
- (86) Heinrichsmeier, a.a.O. (Fn. 82), S.163.
- (87) この認識は、銀行が主債務者とその配偶者の経済状況を調査した結果、夫婦の明らかな経済的過剰債務を推定できるときにのみ認められる。Vgl. Heinrichsmeier, a.a.O. (Fn. 82), S.161.
- (88) Heinrichsmeier, a.a.O. (Fn. 82), S.164.
- (89) Reinicke/Tiedtke, a. a. O. (Fn. 80), ZIP 1989, 613, 615.
- (90) この立場は基本的に民事第九部に賛成する。Medicus, a. a. O. (Fn. 40), ZIP 1989, 817, 820ff; Rehbein, a. a. O. (Fn. 42), JR 1989, 468; H. P. Westermann, Anmerkung zum Ur. v. BGH 16. 3. 1989, JZ 1989, 746; Eckert, a. a. O. (Fn. 27), WM 1990, 85, 90ff.; Knütel, a. a. O. (Fn. 27), ZIP 1991, 493.
- (91) Rehbein, a.a.O., (Fn. 42), JZ 1989, 468, 471; Medicus, a.a.O. (Fn. 40), ZIP 1989, 817; H. P. Westermann, a.a.O. (Fn. 90), JZ 1989, 746, 748; ders, a. a. O. (Fn. 40), FS Lange, S. 995, 1015; Eckert, a.a.O. (Fn. 27), WM 1990, 85, 88; Knütel. a.a.O. (Fn. 27), ZIP 1991, 496f.
- (92) Rehbein, a.a.O., (Fn. 42), JZ 1989, 468, 471; H. P. Westermann, a.a.O. (Fn. 90), JZ 1989, 746, 747; Knütel. a.a.O. (Fn. 27), ZIP 1991, 496f.
- (93) Reinicke/Tiedtke, a. a. O. (Fn. 80), ZIP 1989, 613, 615f. これに対しては、保証人が銀行に対して特別な信頼をよせているというのは疑わしく、むしろ保証人が主債務者の資力を信頼していることを推定すべきだという批判がある。Medicus, a.a.O. (Fn. 40), ZIP 1989, 817, 820.
- (94) v. Rottenburg, a.a.O. (Fn. 37), ZHR 153 (1989), 162, 174f.

- (95) Derleder, Festschrift für Johannes Bärmann und Hermann Weinauer, 1990, 121, 133.
- (96) v. Rotenburg, a. a. O. (Fn. 37), ZHR 153 (1989), 162, 174f.; Schwintowski, a. a. O. (Fn. 57), ZBB 1989, 91, 96; Derleder, a. a. O. (Fn. 95), FS Bärmann und Weinauer, S. 121, 132; Rehbein, a. a. O. (Fn. 42), JR 1989, 468, 470; ders., Zur Mithaftung vermögensloser Angehöriger – Zugleich Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 19.10.1993, JR 1995, 45, 46; Horn, Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Beab. 1997, §765 Rn. 187, S. 251. フラントナー (Brandner) は、銀行内部で行なう資力調査の結果、主債務者が融資によって明らかに過剰負担となりまたは過剰負担となるらしいことが判明しまたは判明し得べき場合には、銀行は主債務者に対して融資を拒絶する契約締結上の義務を負っているというが、共同責任者については、弁済義務の履行について明らかに経済的無能力であっても、融資を拒絶する根拠がないとして、この義務を制限的に捉える。Brandner, a. a. O. (Fn. 27), ZHR 153 (1989), 147, 158f.
- (97) KWG 一八条第一文。金融機関は、受信者とその経済状況を、とりわけ年度末決算の提示によって、公表させる場合にのみ、総額五〇万DM以上の信用を供与できる。総額五〇万Mを超える融資について受信者の経済状況
- を公表せるといふ受信者の公法上の義務は、銀行債権者と受信者たる銀行の破産から保護しようとする同条の趣旨によるものであるため、(100)での資力調査・情報提供義務は、銀行債権者のためのものである。Vgl. Schwintowski, a. a. O. (Fn. 57), ZBB 1989, 91, 96, Fn. 54; Eckert, a. a. O. (Fn. 27), WM 1990, 85, 92.
- (98) v. Rotenburg, a. a. O. (Fn. 37), ZHR 153 (1989), 162, 174.
- (99) Schwintowski, a. a. O. (Fn. 57), ZBB 1989, 91, 96.
- (100) Eckert, a. a. O. (Fn. 27), WM 1990, 85, 93.
- (101) Medicus, a. a. O. (Fn. 40), ZIP 1989, 817, 821. それに対して、テイトツケ (Teitcke, Zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Bürgschaftsrechts seit dem 1. Januar 1986, ZIP 1990, 413, 418.) は、保証人がリスクを知っているという推定自体が、現実の生活に即していないと批判している。
- (102) BGB 七六六条 (保証の意思表示の書式)。保証契約が有効であるためには、保証の意思表示を書面で示すことを要する。保証人が主たる債務を履行したときは、その限りにおいて方式の欠缺を治癒する。
- (103) ただし、ホンゼル (Honsel, a. a. O. (Fn. 80), IZ 1989, 495.) は、書面への署名はあまりにも簡単になされているので、書面を要求しても、保証人を軽率さから有効に保護することはできないと述べて、書面の警告機能が機

能していないことを指摘する。

- (104) 注(100)(101)に掲げた学説の他に共同責任のリスクに関する説明義務を原則的に否定する学説として、Canaris, Bankvertragsrecht, 3. Aufl. 1988, 2.Abschnitt, Rn.109, S.79; Brandner, a. a. O. (Fn. 27), ZHR 153(1989), 147, 159; Köndgen, a. a. O. (Fn. 80), NJW 1991, 2018; Rehbein, a. a. O. (Fn. 42), JR 1989, 468,471; ders, a. a. O. (Fn. 96), JR 1995, 45, 46.
- (105) Köndgen, a. a. O. (Fn. 80), NJW 1991,2018f.; vgl.auch, Medicus, a. a. O. (Fn. 40), ZIP 1989, 817, 821.
- (106) Köndgen, a. a. O. (Fn. 80), NJW 1991, 2018f.
- (107) Eckert, a. a. O. (Fn. 27), WM 1990, 85, 93.
- (108) 「リスクを高める先行行為 (der resikoerhöhenden vorangegangenen Tun)」とも呼ばれる。Canaris, a. a. O. (Fn. 104), Rn. 113, S.81f.
- (109) Medicus, “Geld muss man haben”, Unvermögen und Schuldverzugs bei geldmangel, AcP 153(1988), 489, 503.
- (110) Brandner, a. a. O. (Fn. 27), ZHR 153(1989), 147, 159f. Fn. 57.
- (111) Brandner a. a. O. (Fn. 27), ZHR 153 (1989), 147, 160; Rehbein, a. a. O. (Fn. 42), JR 1989, 468, 471; ders, a. a. O. (Fn. 96), JR 1995, 45, 46.
- (112) BGB一一三三条「詐欺または強迫に基づく取消」  
 一項 悪意の欺罔または違法な強迫によって意思表示を

することを決定させられた者は、その意思表示を取り消すことができる。

二項 相手方に対してなすべき意思表示について第三者が欺罔を行なった場合には、相手方が欺罔を知りまたは知るべきときに限り、これを取り消すことができる。意思表示の相手方以外の者が意思表示によって直接に権利を取得する場合には、取得者が詐欺を知りまたは知るべきときに限り、これに対して意思表示を取り消すことができる。

- (113) Medicus, a. a. O. (Fn. 15), S. 91.
- (114) H. P. Westermann, a. a. O. (Fn. 40), FS.Lange, S. 995, 1013ff..
- (115) H. P. Westermann, a. a. O. (Fn. 40), FS.Lange, S. 995, 1015.
- (116) H. P. Westermann, a. a. O. (Fn. 40 ), FS.Lange, S. 995, 1015.
- (117) Mayer-Maly, Was leisten die gute Sitten?, AcP194 (1994), 105, 151.
- (118) Heinrichsmeier, a.a.O. (Fn. 82), S.175f. なお、ハインリクスマイアーは自ら、この効果がサエスターマンの見解と類似していることを指摘する。Heinrichsmeier, a.a.O., (Fn. 82), S.176. Fn. 631.
- (119) この見解は、前出シエトウツトガルト上級地裁一九八七年四月三日判決(判例〔7〕)の評釈において初めて

述べられた。この時期には主に妻による夫のための連帯債務が問題となっていたので(第一章二参照)「ライフナーの関心も必然的にこのような事案を前提とするものであったと考えられる。Vgl. Reifner, Anm zum OLG Stuttgart, v. 3. 4. 1987, EWIR §138BGB 7/87, 543, 545.

保証に「*Reifner, a.a.O. (Fn. 32), ZIP 1990, 427, 430ff.; ders, Handbuch des Kreditrecht, 1991, §41Rn.147, §359 ; 連帯債務に「*Reifner, a.a.O. (Fn. 32), ZIP 1990, 427, 435; ders, a.a.O. (Fn. 119), Handbuch, §41 Rn.144, S. 358.**

(120) Reifner, a.a.O. (Fn. 32), ZIP 1990, 427, 435; ders, a.a.O. (Fn. 119), Handbuch, §42Rn.141, S. 357.

(121) Reifner, a.a.O. (Fn. 32), ZIP 1990, 427, 435; ders., a.a.O. (Fn. 119), Handbuch, §41Rn.146, S. 358f.

(122) B G B 四二〇条〔可分給付〕 数人が可分給付を負担し、または数人が可分給付を請求できる場合において、疑わしいときは、各債務者は、平等の割合でのみ義務を負い、各債権者は、平等の割合でのみ権利を有する。

(123) B G B 四二六条〔連帯債務者の求償義務〕 一項 連帯債務者は、別段の定めがない限り、その相互関係においては平等の割合で義務を負う。連帯債務者の一人からその負担部分を取り立てることができないときは、求償につき義務を負う他の債務者がその欠損を負担する。

(124) Reifner, a.a.O. (Fn. 32), ZIP 1990, 427, 436; ders, a.a.O. (Fn. 119), Handbuch, §41Rn.150.

(125) Reifner, a.a.O. (Fn. 32), ZIP 1990, 427, 437.

(126) Reifner, a.a.O. (Fn. 32), ZIP 1990, 427, 437; ders, a.a.O. (Fn. 119), Handbuch, §42Rn.236, Rn.239.

(127) Medicus, a.a.O. (Fn. 15), 87, 106.

(128) 民事第三部は消費者信用事件の管轄を有する小法廷であり、一九八九年三月一六日判決 NJW 1989, 1665. (判例

[18])と一九八九年一月一六日判決 NJW 1989, 1034.

(判例 [19])を判断した。本章ではとりわけ民事第九部と民事第一一部の対立に焦点を合わせるため、これらの判決は八別表2ⅴに掲載するにとどめ、本文では割愛した。なお、民事第三部の見解は当時の民事第九部の見解と概ね同じである。

近親者保証の実質的機能と保証人の保護 (1)

6	5	4	3	2	1	判例 番号
LG Lübeck 11. 12. 1986 NJW 1987, 959.	OLG Köln 4. 12. 1986 ZIP 1987, 363.	BCH③ 16. 10. 1986 ZIP 1986, 1535.	OLG Frankfurt 20. 9. 1984 ZIP 1984, 1465.	OLG Düsseldorf 3. 11. 1983 ZIP 1984 166.	OLG Stuttgart 23. 11. 1982 NJW 1983, 891.	判決年月日
制賦 信用 契約	「信用 契約」 の連 帯債 務者	「信用 契約」 の第 二受 信者	「消費 貸借 の共 同申 込者」	消費 貸借 契約	消費 貸借 契約	契約 類型
夫婦と 主債 務者	妻	妻	妻	本人	妻	主債 務者 との 関係
夫ハバス運転手・月収 妻ハ掃除婦・月収六五 〇M。共に無資産。子 供二人。	月収八五〇M、子供二 人。	?	ツイリピン出身でドイ 無収入。無職。	一九歳の男性(妊娠中 の妻あり)・取引無経 験。年収総額二六六六 M。月収総額一六六六 M。	?	共同責任者の年齢・ 収入・学歴・職業等
夫の既存債務の借り換えのため総額六 万三〇二四・二Mの連帯債務。請求額三 五・一六Mについては請求後の任意弁済 と差押えによって既弁済。	目的不明。制賦信用一万五六一八Mにつ き夫と連帯債務。利息や諸費用により総 額二万五三三・五四M。	夫のために一万九九六〇M連帯債務。夫 が融資を依頼すると、銀行は信用申込用 紙を送付。夫婦はこれに記入、返送。	夫ととう一人の債務者の一部弁済目的の 消費貸借(総額五万六一四九M)の連帯 債務。請求額四万一九七・八・五九Mとそ のうち三万四一九五Mについての利息。	自動車購入の際の既存債務の借り換え 一四〇〇Mとマイホーム獲得資金二五万 七二六・二三Mの消費貸借。請求額二万六 八二六・二三M。	夫の債務の弁済と夫の個人的欲求を満た すために二万三〇〇〇Mの連帯債務。請 求額一万六〇〇〇M。	融資の目的・融資金額・請求額
		×	○	○	○	*
ZPO 八五〇c 条違反による BGB 一 三八条一項違反し全部無効。 但し元本三万七〇〇Mにつき不当利 得に基づく返還義務(BGB 八二七条) (本件では既弁済)。	BGB 一三八条一項し全部無効。 高利の取引無経験の妻独自の債権者 の認識あり。	GewO 五六条一項6号違反によるB GB 一三四条違反無効を否定し全部有 効。	全部無効。準暴利行為(BGB 一三八条一項)し 全部無効。取引無経験の妻(無資力)による経済 的過剰債務+債権者による認識(また は重過失による不知)。	全部無効。誤解していた。誤解も認める。過失に基づく損害賠償請 求権も認める。	BGB 一三八条一項し全部無効。 借主の収入と月々の負担の間の不均衡 (経済的過剰債務) + それについて債 権者が認識+借主の若さ+取引無経験 による軽率な行動または負担額につき 誤解していた。	解決方法 (適用条文・効果・理由)

△別表1\VBGH一九八九年諸判決登場場以前の下级裁判決(第一章)

12	11	10	9	8	7
OLG Celle 15. 6. 1988 WM 1988, 1436. BGH 63, 1989 民事第九部判決 (判例〔17〕)の原審	OLG Hamburg 16. 5. 1988 WM 1988, 1261.	OLG Bamberg 29. 4. 1988 ZfP 1988, 1247. = WM 1988, 1225.	OLG Stuttgart 12. 1. 1988 NJW 1988, 833. BGH 63, 1989 民事第三部 判決(判例〔18〕)の原審	LG München 7. 10. 1987 WM 1988, 81.	OLG Stuttgart 3. 4. 1987 WM 1987, 1422.
連帯保証契約	保証契約	信用契約 同署名	信用契約 の共同債務者	信用契約	消費借貸契約 の共同債務者
子	妻	妻	婚姻外 ↓ 別居 ↓ 別居	妻	離婚 ↓ 無職
二一歳・無資産、職業教育を受けていない。水産工場パートとして、月収手取り一五〇M。	主婦・無資産・無収入。	主婦・無収入	二五歳、契約締結時月収一四〇M。前夫との離婚後子供一人あり。融資後主債務者と別居後の収入は失業手当のみ。	?	契約締結時年齢不明、請求時月収手取り一〇〇M。子供一人。
不動産取引業を営む父の事業資金融資のため、極度額一〇万Mとその利子。請求額一〇万Mとその利子。	夫の Dispositionscredit 一万三〇〇〇Mの保証。請求額不明。訴訟費用扶助に関する訴訟。	目的不明。夫の債務の重畳的債務引受。七Mとその利子四%。請求額六八二五・八	パートナーの旧債務弁済(二万五九四五・九六五〇)と同棲のための引越資金として二万五〇〇〇Mの割賦信用(総額三万五二五〇M、初回六一七M、二回目以降五八七〇M×五九回)の連帯債務。旧債務分を差し引いた額を、パートナーに交付。一万Mを「共同債務者」の口座へ交付。	夫の債務の借り換えを目的とする融資の連帯債務。金額不明。	夫の割賦信用元本一万四五〇〇Mの連帯債務。その後離婚。夫からの扶養なしの請求額一万一九二四・三五Mと一五%の利子。
○	×	×	○	×	○
悪意の詐欺(BGB 一二三条)成立の余地あり。信用機関が、取引無経験の保証人に保証リスクを過小評価して説明することにより、その意思決定に影響を及ぼした場合、は、説明義務違反。契約締結上の過失に基づく損害賠償請求権を認め、保証人の契約からの解放認める。	BGB 三二〇条適用否定。主婦が無収入であることを債権者が知っているだけであり、は良俗違反とならない。保証の引受はBGB 一三六五一項の同意を要する法律行為でないとして無効(BGB 一三六六条)否定。	高利によるBGB 一三八条一項による無効否定、BGB 三二〇条適用否定。全部有効。	一方Mにつき不当利得返還義務(BGB 八二二条)否定。共同生活中の既弁済分による充当認める。	GewO 五六条一項六号違反否定。	BGB 一三八条全部無効。債務者が弁済できないことが当初から確実な(債権者にとつて予見可能な)債務を負うことを、債権者が取引可能(債務者がなくとも、債権者が取引可能な)の債務者に対し勧めたのは迫る場合から消費貸借契約は無効となる。

近親者保証の実質的機能と保証人の保護 (1)

18	17	16	15	号番 (○は小法廷)
16. 3. 1989③ NJW 1989, 1665.	16. 3. 1989③ NJW 1989, 1605.	28. 2. 1989③ BGHZ 107, 92= NJW 1989, 1276.	19. 1. 1989③ BGHZ 106, 269= NJW 1989, 830.	判決年月日 (○は小法廷)
連帯債務	連帯保証	連帯保証	連帯保証	契約類型
パート(女)別	子	子	子	主債務者との関係
二五歳・無資産・商店従業員として月収手取り一四〇〇M、その後失業手当月額八〇〇M。	二一歳・無資産・水産工場で月収手取り一一五〇M。	一九歳と婚約者二二歳。共に無資産・月収二人を合わせて約二〇〇M。	二一歳大学生と二〇歳大学入学者格受入生。共に無資産無収入。	共同責任者の年齢・収入・学歴など
パートナーの旧債務弁済と同棲のための家具購入資金のための合計二万五〇〇Mの共同債務者(連帯債務)であったので、追加担保として重畳的債務引受をした。請求額一、万五七八〇Mとその利子。	不動産取引業を営む父の事業資金融資のため、極度子額一〇万Mとする根保証。請求額一〇万Mとその利子。	両親の住宅取得のための公的助成を見込んだつなぎ融資二六万Mの連帯保証。請求額二二万M。	建築会社の業務執行者である父の建物建築の公的資金を見越したつなぎ融資三五万Mの連帯保証。請求額二四万三四一〇M。	融資の目的・融資金額・請求額
×○×	×○×	×○×	×○×	*
×…三二〇条類推(Sunsgart II 判例 [6])	×…説明義務およびBGB一三八条一項適用否定(Henge II 判例 [14])	×…BGB一三八条一項(Sunsgart) ×…BGB一三八条一項適用否定	×…BGB一三八条一項(Banachweig) ×…BGB一三八条一項適用否定	解決方法…LG(上) BOLG(中) BGLG(下)

△別表2▽ B G H 八九年諸判決から憲法裁九三年決定以前のB G H 判決(第二章)

\* 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↓×

14	13
OLG Hamm 5. 10. 1988 WM 1988, 1817.	OLG München 21. 7. 1988 WM 1988, 1365.
消費借貸契約	信用契約
妻	離婚妻
?	七〇〇M。請求時一三・五六M。
経営困難の夫の工務店の経営資金のため30万Mの融資につき連帯債務。請求額不明。	契約締結時月収手取り七〇〇M。請求時一三・五六M。既存連帯債務の弁済と自動車購入資金のための融資金元本三万九〇〇Mの連帯債務。請求額一四〇五・六五Mと利子一三%と督促費用一〇・八M。
×	×
BGB三二〇条類推適用否定↓全部有効。無資産で労働収入のみに頼らざるを得ない者も将来の収入があるので、BGB三二〇条の範囲外。	BGB三二〇条およびZPO八五〇条による無効否定↓全部有効。

