HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	近親者保証の実質的機能と保証人の保護（２）　ードイツ法の分析を中心にー
Author(s)	齋藤, 由起
Citation	北大法学論集, 55(2), 223-259
Issue Date	2004-07-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15292
Type	departmental bulletin paper
File Information	55(2)_p223-259.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

近親者保証の実質的機能と保証人の保護（二）

――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

第二章　BGH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
一　連邦憲法裁判所九三年決定
二　小括
第四章　連邦憲法裁判所九三年決定以降
一　BGH民事第九部九七年九月判決以前
1　BGH判例
（1）子が親のために共同責任（保証）を引き受ける場合
（2）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　学説
3　小括
二　BGH民事第九部九七年九月判決とその後
三　現在の到達点――ドイツ法の総括
第五章　結び――日本法への示唆

（以上五五巻一号）

（以上本号）

第三章　連邦憲法裁判所九三年決定

一　連邦憲法裁判所九三年決定

前述のように（第二章一参照）、BGH内部において民事第九部と第一一部の見解が対立している状況の下、連邦憲法裁判所（以下では、憲法裁判所と呼ぶ）は、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〕）において、主債務者の資産も収入もない家族が巨額の債務を保証した場合に、民事裁判所はこのような保証契約を内容的に統制する憲法上の義務を負うか否か、負うとすればいかなる要件

のもとで負うのかという問題について、二件の憲法異議に応えるかたちでその判断を示した。

1　第一に（判例〔24〕－1）、父の巨額の取引債務につき、娘（＝X、二一歳、無資産・月収手取り一一五〇M）が締結した連帯保証契約の良俗違反（BGB一三八条一項）を否定した前出BGH民事第九部一九八九年三月一六日判決（判例〔17〕）に対するXからの憲法異議を認容した[129]。判例〔24〕－1は大要次のように述べる。

BGHが、保証の意思表示を相応の利益と見通し可能なリスクを伴った普通の（normal）契約と同様に評価し、成人であるXは発生するリスクを自ら確認しなければならないという理由のみから、Xの交渉力の弱さを証明する主張を拒否した点は、私的自治の憲法上の保障に違反する。

GG二条一項[130]は、私的自治を「法生活における個々人の自己決定」として保障する。「私的自治は、必然的に制約され、法的整序（Ausgestaltung）を必要とする」。私法取引には地位の平等な基本権保持者が参加し、さまざまな利益やしばしば反対方向の目的を追求する。私法取引のあらゆる当事者はGG二条一項の保護を受け、私的自治の基本法上の保障に等しく頼ることができるので、強者の権利のみが通用してはならない。「契約当事者一方の構造的な劣位が認識できる類型化可能な事例があり、契約の結果が劣位にある契約当事者にとって異常に大きい負担となる場合には、私法秩序はこれに対応し、修正を可能にしなければならない。このことは私的自治の基本法上の保障（GG二条一項）および社会国家原理（GG二〇条一項・二八条一項）の帰結である」。現行契約法はこの要請を十分に満たしている。契約の自由は、当事者の力関係がおおよそ均衡である場合にのみ利益調整手段として適切であり、契約当事者の対等性が失われた場合の調整が、現行民法の主な任務である。このとき重要な意義をもつのが一般条項（BGB一三八条一項・二四二条）[131]である。したがって、「民事裁判所には、一般条項の解釈および適用の際に、契約が他者決定の手段として機能しないように注意する義務が生じる。契約当事者がそれ自体許される規定を取り決めたならば、通常さらなる内容統制は不要であろう。しかし、㈠契約の内容が一方に異常に大きな負担を課し、利益調整として明らかに不当な場合（傍線・記号は筆者による）には、裁判所は「『契約は契約だ』ということを確認するだけで満足してはならない。むしろ、裁判所は、規定が㈡交渉力の構造的不均衡の結果であるかどうかを明らかにしなければならず、㈢場合によっては現行民法の一般条項の枠内で修正

しなければならない」。

本件において、憲法裁判所が認定した㈠に関する事実は、Xが主たる債務を発生させる信用取引に対して独自の経済的利益なくして異常に高額のリスク（ausserordentlich hohes Risiko）を引き受けたこと、Xが経営者のリスクを自己の経済的履行能力をはるかに超える範囲で連帯保証したこと、Xは独力では引き受けた債務負担から生涯解放されないことが予測できること、の三点である。このような事情の下では契約締結の前提（Voraussetzungen）と動機（Gründen）いかんが問題視されなければならないとする。次に、㈡「交渉力の構造的不均衡」を示す事実として挙げられたのは、保証責任のリスク評価が特に困難であることであり、この具体的事実として認定されたのは、本件保証が根保証であるため融資の費用や利子が算定根拠の不明確なまま算入され、被保証債務が無制限であり、保証法上の保護規定も排除されていたことと、職業教育を受けていない二一歳のXはこのような保証のリスクを実際に見抜くことができなかったこと、の二点である。判例〔24〕－1はそのうえで、このように「当事者一方の劣位が明らかな場合には、㈢どのように契約が成立したか、特に優位に立つ当事者がどのようにふるまったかが決定的に問題となる」とし、本件において、BGHが金融機関のあらゆる説明義務と指摘義務を否定し、銀行員が「あなたは大した債務を負うのではない」と発言することによって、Xに保証の引受けを強要したことを重視しなかった点は、私的自治の基本法上の保障について判断を誤っており、取り消されるべきであると判断した。

2　第二に（判例〔24〕－2）、同決定は、右の一般的説示に従い、妻（＝Y、育児に専念する専業主婦、無資産・無収入）が、X銀行から借り入れた債務（総額三万M、他に夫自身の生命保険が担保に供されている）について締結した連帯保証契約（請求額は一万六七二四・〇二M）の良俗違反性（BGB一三八条一項）を否定した判決に対するYからの憲法異議を棄却した。

考慮されたのは次の事実である。本件保証が巨額で評価困難な経営者のリスクを保証する趣旨のものではなく、世帯を構える際の費用と比較してもその額が異常なほど高額ではない消費者信用債務の保証である。受信者が夫であるため、妻であるYが融資金から直接に利益を享受することを前提としてよい。Yが保証の意思表示を強制されたり、他の方法で意思決定の自由を侵害されたりしたという事実が認定されていない。Xは保証を融資の条件としたが、説明義務違反、とりわけ保証のリスク

を言い繕ったりしていない。

二　小括

このように、憲法裁判所は、保証契約の内容が保証人にとって異常に大きな負担となり、かつ、利益調整として不当であること（イ）、債権者と保証人との間に交渉力の「構造的不均衡」があること（ロ）、その場合に債権者からの意思決定侵害があること（ハ）を組み合わせた、保証契約の内容に対する民事裁判所の介入基準を示した。これにより、憲法裁判所は、契約内容の不当性だけでなく、保証人の私的自治に対する侵害の結果として内容の不当な契約が締結されたことを根拠として、契約内容への介入を認めたことが明らかになる。

もっとも、憲法裁判所が保証人の意思決定過程に関する要件として挙げる㈡と㈧のうち、判断の決め手として考慮されているのは㈧である。このことは、憲法裁九三年決定の第一事件（判例〔24〕－1）において債権者の説明義務および指摘義務の有無が問題とされ、第二事件（判例〔24〕－2）において債権者の意思決定侵害がないことを一つの理由として憲法異議が棄却されたことから明らかになる。そして、このことによれば、憲法裁判所の考えは、保証人が取引無経験であるために保証リスクを適切に評価できないことを債権者が認識しているだけでは足りず、債権者のより積極的な意思決定侵害行為を要求する点で、すでに民事第一一部の諸判決において示されていた債権者の主観的要件とほぼ一致するといえる。

それでは、憲法裁判所が独自の要件としてあげる「構造的不均衡」（ロ）はいかなる意味を有するのであろうか。憲法裁判所の論旨からはこのことは明らかにならない。学説からは「構造的不均衡」という概念の不明確さが批判されているが[132]、保証人と銀行との間の「構造的不均衡」が裁判所による契約内容への介入の決め手となっていない以上、この概念は契約締結の際の事実上の決定自由を法的に保護する必要性に対する意識を先鋭化させる以上の意味をもたないとのカナーリスの指摘[133]が、的を射ているのではなかろうか。そのためか、その後のＢＧＨ判例において「構造的不均衡」概念が用いられることはなかった。

また、契約内容の「修正」がいかなる手段によるべきかも問題となる。憲法裁判所はＢＧＢ一三八条および二四二条（民法の一般条項）を挙げるが、具体的にいずれの手段を選択し、いかなる効果をもたらすべきかについては言及していない。しかし、以後のＢＧＨ判決は、第一次的にもっぱら良俗違反（ＢＧＢ一三八条一項）に基づく全部無効によって、このような共同

責任契約の内容の「修正」を図っている。

周知のとおり、憲法裁判所の決定は、連邦およびラントの憲法上の機関ならびに全ての裁判所および官庁を拘束する（連邦憲法裁判所法三一条一項）だけでなく、「法律としての効力」を有する（同条二項）。そのため、憲法裁九三年決定（判例〔24〕）は民事第九部の判例変更の契機となった。

第四章　連邦憲法裁判所九三年決定以降

前出憲法裁九三年決定（判例〔24〕）を受け、BGH民事第九部は、従来の立場、すなわち、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、このような保証人に対する銀行の資力調査・情報提供義務および説明義務を一切否定する立場を変更した。民事第九部の判例変更によって、この点をめぐる民事第九部と第一一部の対立は解消された。この後の裁判実務において、主債務者の子または配偶者（主に妻。また、法律婚によらない婚姻外パートナーも含む）が、親または配偶者のために巨額の共同責任を負った事案を中心に――数的には、配偶者の事例が大半を占める――判例が出された。これらの判例において、家族による巨額の共同責任設定契約の問題は、第一次的には良俗違反（BGB一三八条一項）の問題として扱われ、その判断枠組が展開された。

本章においては、判例の展開を、判例の転機となるBGH民事第九部一九九七年九月一八日判決（判例〔42〕）によって時期的に区分し、さらにその中で共同責任者と主債務者の人的関係に着目し、子が親のために共同責任を引き受ける場合と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とに区別して検討する。

一　BGH民事第九部九七年九月判決以前

1　BGH判例

（1）子が親のために共同責任（保証）を引き受ける場合

子の共同責任の事例は、判例に現れた契約類型が保証契約のみであったため、全て民事第九部によって判断された。

前出憲法裁九三年決定（判例〔24〕）によって取り消された前出BGH民事第九部一九八九年三月一六日判決（判例〔17〕）の再審であるBGH民事第九部一九九四年二月二四日判決 NJW 1994, 1341.（判例〔27〕）は、保証が構造的に当事者一方のみに利益を得させることを目的とする法律行為であること、

また、完全な行為能力者は、契約形成の自由によって著しい過剰債務となるような給付義務を負うこともできること、保証人が主債務者と血縁で密接に結びつく場合であっても保証責任の範囲や危険性を認識でき、これに基づいて自己決定できること、以上の三点を確認したうえで、大要次のように述べる。

「保証人が自己の現在及び将来期待できる収入状況・財産状況をはるかに超える債務を負うとしても、契約当事者間の耐えがたい不均衡（unerträgliches Ungleichgewicht）をもたらすような特段の事情によって保証人が過大な負担を負わされ、この特段の事情が債権者の責めに帰すべきものである場合には、このような保証契約は、BGB一三八条によって無効となり得る」（以下では「過剰性＋特段の事情」原則と呼ぶ）。

この原則は、「著しい過剰性」と「特段の事情」の二つの構成要素に分解できるが、「著しい過剰性」について、判例〔27〕は、「具体的反証のない限り、原則として、いまだ教育過程にあり、あるいは就職したばかりの若者には、たいした資産や収入がないと判断される。そして、両親からしてすでに銀行に対してその他の担保を提供できず、まさにそれがために子供の保証に頼らざるを得ない場合には、とりわけ右のことが妥当する」と述べる。

「特段の事情」について、判例〔27〕は大要次のように述べる。第一に、「債権者が保証人の取引無経験や精神的強制状態を利用する」場合がある。すなわち、リスクの大きな一方的債務負担行為である保証契約は、両当事者が契約を締結するか否かを自由に決定でき、当該債務により生じる法的効果を完全に認識できるときにはじめて、保証人を自己責任に基づく決定に拘束することが正当化される。取引に関して無経験な若者は、自分にとって法的・経済的利益のない法律行為に基づく債務の引受けを両親に請われた場合には、自由かつ冷静に判断せず、精神的強制状態から深く考えないで両親の希望に応じる危険がある。そのとき、署名が引き起こすかもしれない結果の重大さを若者が見極めるのは困難である。BGB一六一八a条[134]の規定によって、両親と子供は生涯にわたって相互に援助しあい配慮しあう義務を負っている。両親が子供に、その危険の発生によって長期間あるいは全生涯にわたって高額の債務を支払いつづけなければならないような保証を、家族の扶助意識のみから引き受けさせることは、のちのちの子供の独自の生活設計の全てを危険にさらすこととなるので、BGB一六一八a条に違反する。他方で、金融機関が、主債務者が自分の子にその経済的履行能力をはるかに超える債務の保証を引き受けさせることを融資の

条件とするならば、主債務者の保証人に対する道徳的にも法的にも否定すべき影響力の行使を知っていたか、あるいは知ることを故意に看過した場合には、金融機関がBGB一六一八a条に違反する主債務者の行為の責任を負うべきである。

第二に、「その他の方法で保証人の意思決定の自由を違法に侵害する」場合がある。金融機関の従業員が保証責任の範囲を故意に小さく見せ、特に署名を純粋な形式的手続であると説明した場合には（保証は形だけであるとの説明、いわゆる「形だけ発言」）、保証人の決定に不当に影響を及ぼしており許されない。(135)

判例〔27〕は、憲法裁九三年決定（判例〔24〕）が示した契約内容の「修正」要件に概ね沿うかたちで、債務の過剰性（保証債務が保証人にとって異常に大きな負担となること）と、債権者から保証人への意思決定侵害を要件とする良俗違反性の判断枠組を示した。判例〔27〕は、「特段の事情」、すなわち、交渉力の面で保証人の債権者に対する耐え難い劣位をもたらす事情として、第一に主債務者による違法な影響力の行使を債権者が利用すること（第一類型）、第二に債権者自身による違法な意思決定侵害（第二類型）を挙げたが、判例〔27〕においては「特段の事情」の第二類型が認定されている。

これに対して、「特段の事情」の第一類型（主債務者の違法な影響力の行使を債権者が利用したこと）を認定して連帯保証契約の良俗違反を認めた判決として、BGH民事第九部一九九六年一〇月一〇日判決 NJW 1997, 52.（判例〔34〕）がある。これは、Y（二五歳の大学生、父から仕送り月八五〇M、専門試験終了後に父の会社に入社予定）が、父の経営する会社の事業に対する投資信用のため、自発的に、極度額一億四〇〇〇万Mとする連帯保証を他の兄弟や母との計五人で共同して引き受けたところ、後に父の会社が破産し、X銀行がY（訴訟の時点で月収手取り五六〇〇M、二人の子あり）に対して一部請求（全債務約一一八万Mのうち二〇万M）した事案に関する判決である。判例〔34〕は、「特段の事情」の第一類型について、大要次のように述べる。

自由意思による意思決定が前提とされる夫婦関係と異なり、両親と取引無経験の子との関係においては、「若者は感情的・経済的依存関係に基づいて、独自の生活形成に対する個人的利益よりも、純粋に経済的に決定された両親の願いを憂慮すべき方法で優先させる危険がある」ので、親からの威圧（Druck）がなくても、子供が主債務者たる両親のために独自の直接的利益なくして自力での弁済の見込みがないほどの巨額な責任を引

き受けた場合には、子供が完全に自主的に決定をなし得なかったという事実上の推定が生じる。[136] 両親のBGB一六一八a条違反の行為を銀行に帰責させる理由は、「信用機関が、このように法的に拒絶される主債務者の行為によって保証人に生じ、露見した摩擦状態を自己の利益のために悪用し、または独自の目的のために利用したので、自ら良俗違反の行為をしたことになる」からである。[137]

判例〔34〕は、「特段の事情」の第一類型について、親に感情的・経済的に依存する子と親の間では、子に意思決定の不自由が生じやすいという定型的危険に基づき、主債務者（親）から保証人（取引無経験の子）への威圧の行使がなくても、子が巨額の保証債務を引き受けたという事実から、親子関係から生じる保証人（取引無経験の子）への意思決定侵害を事実上推定するという構成をとった。このような推定は、保証人（取引無経験の子）の主張立証責任の軽減をもたらす点で、前出民事第九部一九九四年二月二四日判決（判例〔27〕）よりも保証人（取引無経験の子）保護に厚いといえる。もっともBGHは、子が親のために保証する事例であっても、子の取引無経験を実質的に審査することによって、このような推定が行われる場面に絞りを掛けている（BGH民事第九部一九九六年一二月五日決定 NJW 1997, 940.＝判例〔36〕）。[138]

ところで、前出BGH民事第九部一九九四年二月二四日（判例〔27〕）と同年月日に同法廷で出されたBGH民事第九部一九九四年二月二四日判決 BGHZ 125, 206＝NJW 1994,1278.（判例〔26〕）は、息子＝Y（二三歳、当時連邦国防軍の兵士として月収一五〇〇M）が、建築家である父の事業計画（建築）のために現在及び将来の全債務につき包括連帯保証したところ、父の事業計画が頓挫して、二〇〇〇万M以上の債務が残ったため、X銀行から一部請求（五〇万M）を受けた事案に関する判決である。判例〔26〕は、BGB一六一八a条に違反する両親（主債務者）の行動が銀行（債権者）に帰責されることによって契約が無効になる場合として、「過剰性＋特段の事情」原則のほかに、債務の範囲と保証人の履行能力との間に「特に大きな不均衡（besondere groben Missverhältnis）」があり、かつ、これが保証人の取引無経験と結びついている場合を追加し、大要次のように述べる。

「特に事情が甚だしい例外的場合にのみ、すなわち保証人が責任を負うべき債務が非常に高額であるため、危険が現実化した場合に債権者の債権の大部分を履行できないことが、どんなに保証人に有利に予測しても契約締結時にすでに確実と紙一重

の蓋然性で確定している場合には、保証は債務の大きさだけを理由として良俗違反となる」（以下では「特に大きな不均衡」原則と呼ぶ）。

「保証人が融資目的たる事業に法律上・経済上本質的に関与していない限り、そもそも保証人にはこのような債務を負うことに対する合理的な経済的意味がないので、このような場合には一生自力で弁済できないような債務によって、自己の生活形成にとって重要な利益を獲得するチャンスがなくなるという危険が保証人を脅かす」。

「特に大きな不均衡」について、反証のない限り、原則的に、就学中または就職したばかりの若者は相当な財産や収入を持たないことが前提とされるべきである（前出ＢＧＨ一九九四年二月二四日＝判例〔27〕と同旨――筆者注）。

金融機関は、若者が無経験だからこそ、このような債務を保証することを認識すべきであり、それが融資の際に担保価値を調査する銀行慣習に合致する。主債務者の子供が非常に高額の保証を引き受けたにもかかわらず、銀行が相当の調査をしていなかった場合には、保証人の財産状況を銀行が知っていたか、故意に看過したと解さざるを得ない。しかし他方で、債権者が、主債務者が自己の財産を家族に譲渡し、これにより貸付債権の回収を危険にさらすことを危惧する理由がある場合には、個々の場合に家族保証に対する債権者の正当な利益が基礎づけられる。

本件において、Ｙがその教育状況からも実際の営利生活における活動からも取引無経験であること、両親に対する扶助意識だけから債務を引き受けたこと、建築計画が成功すると相続財産の価値が増加する可能性があるが、相続の見込みはチャンスにすぎず、法的地位の問題とはならないので、Ｙに本件融資に対する合理的利益がないこと、本件融資目的は建築であり、融資金で購入された土地にはすでに土地債務が設定されていることから、主債務者からＹへの詐害的財産移転の危険がないこと、以上の事実は良俗違反を基礎づけるものである。これに対して、融資の目的である建築計画に対してＹが独自の経済的利益を有することが認められると本件保証契約の良俗違反は否定されるところ、Ｘが、Ｙが融資によって建てられた住宅の管理・転貸を行なう予定であった旨を主張したため、この事実を審理すべく原審に差し戻す。

「特に大きな不均衡」原則は、その文言からは、債務の巨額性以外の事情を一切考慮しないかのようにも思われる。しかしながら、判例〔26〕の考慮事実から明らかになるように、保証

人の意思決定過程に関する事情として、保証人の取引無経験や主債務者との親子関係から生じる扶助意識があることをも考慮し、また、債権者の主観的要件として、取引無経験だからこそ若者が巨額の債務を保証することについての債権者の「認識」を要求する。この点で、「特に大きな不均衡」原則も、債務の巨額性だけでなく、保証人の意思決定過程ないし債権者の主観的要件にも着目していると評価することができる。

民事第九部は、定立した二つの判断枠組（「過剰性＋特段の事情」原則と「特に大きな不均衡」原則）の関係を明らかにしていない。親子の事例に限定してみると、債権者自身による違法な意思決定侵害がある場合を除いて、二つの判断枠組の適用要件には実質的に差がないようにみえる。「過剰性＋特段の事情」原則（「特段の事情」の第一類型）が適用された判決（判例〔27〕〔34〕）と「特に大きな不均衡」原則が適用された判決（判例〔26〕）における保証人の資力と保証債務額の差を比較しても、保証の責任範囲と保証人の経済的履行能力の不均衡の度合いについて、後者の方が大きいとはいえない[139]。「過剰性＋特段の事情」原則の適用場面において、「保証人の取引無経験や精神的強制状態の債権者による利用」が取引無経験の子と親の関係そのものから推定され、他方で「特に大きな不均衡」原則の適用の際に、保証人の取引無経験や主債務者との関係に基づく動機を考慮するのであれば、他の考慮要素にもそれほど差がないように思われる。

（２）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

配偶者間の事例においては、保証の事案のほかに重畳的債務引受による連帯債務の事案もある[140]。なお、判例上、法律婚による婚姻生活共同体と法律婚によらない婚姻外生活共同体（事実婚）とでは、主債務者との感情的結びつきに基づいて経済的履行能力を超えた債務を引き受ける危険がある点は同じであるとして、同じように扱われる（ＢＧＨ民事第九部一九九七年一月二三日 NJW 1997, 1005.＝判例〔39〕参照）。

ＢＧＨ民事第九部は、資力の乏しい配偶者による共同責任設定契約においては、債権者の目的は責任財産の拡大にではなく、主に配偶者間の詐害的財産移転を防止すること（責任財産の維持）にあるとする。そして、このような債権者の目的を良俗違反否定ファクターとして考慮して良俗違反の成立範囲を狭めることによって債権者の右利益を保護するとともに、他方で、良俗違反性が否定される場合にも債権者の権利行使を阻止することによって、保証人の保護を図ろうとした[141]。そのため、民事第九部は次の三つの判断枠組を定立し、次の順序で適用した。

第一に「過剰性＋特段の事情」原則の適用を審査し、債権者から保証人への違法な意思決定侵害がないことを理由にその適用が否定されると（良俗違反否定→一応有効）、第二に「特に大きな不均衡」原則の適用の可否を審査する。そして、債権者に詐害的財産移転防止の利益があることを理由にこの適用が否定されると（良俗違反否定→有効確定）、第三に補充的契約解釈や信義則（BGB二四二条）によって債権者の請求阻止を検討する。このような検討順序をふまえ、以下では各判断枠組の要件および考慮事実を分析すべく、判決を分解して分析する。

（ア）「著しい過剰性＋特段の事情」原則

BGH民事第九部一九九五年一月五日判決 BGHZ 128, 320＝NJW 1995, 592.（判例〔29〕）は、夫の会社の事業拡大融資のため、会社のY銀行に対する全取引債務を連帯保証（極度額二八万M）したX（三四歳、無資産、専業主婦で三人の子供あり、専門教育を受けていない）が、Y銀行からの右額の請求およびその一部（五万M）の強制執行通知に対して提起した無効確認訴訟に対する判決である。なお、保証契約締結時、Xとその子供達は夫の会社の収入から扶養を受けていたが、当時から夫婦は危機にあり、後に離婚した。判例〔29〕は、親子の事例で定立された「過剰性＋特段の事情」原則を配偶者間の事例にも適用できるとしたうえで、「特段の事情」の第一類型について大要次のように述べる。

配偶者の事例においては、親子の場合と異なり、著しい過剰債務となるような共同責任を家族の扶助意識だけから引き受け、これについて銀行が悪意または善意重過失であっても、当該共同責任設定契約が良俗違反となることは原則的にない。その理由は次の通りである。婚姻生活共同体（BGB一三五三条一項）[142]は、夫婦相互の財産的・法的関係と同様に人的関係を含み、同等の権利義務を有する協力関係として規定されているので、債権者は、家族生活の扶養の基盤となる事業に関する事柄について夫婦が信頼関係に基づき共に検討するのが通常であり、あらゆる懸案事項について不当に威圧（Druck）せず、パートナーの自由な決定権を互いに尊重しあうものと考えてよい。主債務者である会社が両配偶者の共有であるか否か、夫婦が共に会社で働いているのか否かは問題とならない。また、夫婦は生活領域全体にわたる人的関係として、パートナーの経済共同体・危険共同体としての共同責任における責任分配も定められている（BGB一三五三条一項・一三五六条）[143]ので、銀行は、自己の経済的履行能力をはるかに超える保証を引き受けた配偶者が、他方配偶者の道徳的・法的に否定すべき行為によってこのよう

な決定をするに至ったと考えなくてよい。もっとも、融資がもっぱら主債務者の個人的利益のためだけの場合[144]は別である。

本件では、原審において、Xの夫婦が危機にあり、Xが夫の強力な精神的威圧により署名したことを知らなかったというYの主張に対して、Xから反証が提出されていないため、「過剰性＋特段の事情」原則は適用できない。

判例〔29〕によれば、取引無経験の子の保証の事例においては、親子関係から生ずる違法な意思決定侵害（「特段の事情」の第一類型）は、子が自己の利益なくして巨額の債務を保証した事実から推定されるのに対して、配偶者の事例においては、夫からの意思決定侵害があったことを保証人自身が主張立証しない限り、認められない。それゆえ、配偶者の事例の方が、「特段の事情」の第一類型の認定が厳格だといえる[145]。その背後には、親子関係は相互の顧慮義務（ＢＧＢ一六一八ａ条）で規律されているのに対して、夫婦関係においては、相互の同権や自律性が前提とされ、夫婦は責任共同体（ＢＧＢ一三五三条一項・一三五六条）として規律されていること、また、主たる債務を発生させる融資が夫婦の家計に資することが前提とされていることがあるようである。

さて、このように民事第九部一九九五年一月五日判決（判例〔29〕）においては、「特段の事情」の第一類型の認定が問題となったが、他方で、債権者自身による違法な意思決定侵害（「特段の事情」の第二類型）にあたるかが問題となった諸判決が現れた。これらの判決においては、具体的に、債権者が、融資金の交付後に、信用契約解除・融資金返還請求の脅しをかけることによって妻の保証を要求したことが、違法な意思決定侵害に該当するかが問題となった。

妻が夫の会社設立のための融資につき連帯保証を引き受けた事案に関するＢＧＨ民事第九部一九九五年一一月二日判決 NJW 1996, 513.（判例〔30〕）は、銀行が、妻の保証が必要であることを認識しながら融資の交渉の席でこの必要性を隠し、また、妻が保証人となるつもりがないことを知りながら融資額の大半を夫に交付し、夫が会社設立のため交付された金銭の大部分を使用した後になってはじめて融資の約束を取り消すとの脅しをかけて妻の保証を要求したという事情がある場合には、銀行による保証人（妻）の精神的強制状態の利用が認められると述べ、本件をこのような事実の有無を審理すべく原審に差し戻した。

このような形の意思決定侵害は、配偶者の事例だけではなく、有限会社（GmbH）の一〇％の持分権を有する社員（Gesellsc-

haftet）兼従業員が巨額の会社債務を保証した事例に関する判決（民事第九部一九九七年一月一六日判決 NJW 1997, 1980.＝判例〔37〕）においても、保証契約締結に至る全ての背景的事情が総合考慮して認められた[146]。すなわち、有限会社の社員兼従業員（Y）が、X銀行から会社債務の保証を引き受けるよう求められたのに対して、有限会社の社員として有限責任しか負っていないことと、資産を持っていないことを理由に拒絶したにもかかわらず、X銀行が会社と信用契約を締結して融資金を交付したため、Yとしては自分が新たに保証の引受けを要求されるとは全く思ってもいなかったところ、YがX銀行を定期訪問（Routinebesuch）した時に、X銀行は融資金全額について即座に保証をすることを全く不意打ち的に（völlig unvorbereitet）要求し、Yが再三拒絶したにもかかわらず、保証を引き受けない場合にはすぐに信用を解約するとして、それを要求をしつづけたため、Yがその場で保証を引き受けた。このときYには冷静に熟慮する（rühige Überlegung）時間はなかった。X銀行によって作出された強制状態だけから保証が引き受けられ、この強制状態が、保証を引き受けるか否かに関する保証人の冷静かつ独立した熟慮を妨げたならば、保証引受けは道徳的に否定されるべきであり、BGB一三八条一項によって無効である。なお、社員による会社債務の保証一般については後述する（第四章二1（2））。

しかし他方で、婚姻外パートナーの女性が、男性パートナーの事業拡大のための消費貸借債務につき連帯根保証を引き受けた事案に関するBGH民事第九部一九九七年一月二三日判決 NJW1997, 1005.（判例〔39〕）は、当初別の保証人を立てる予定で融資が実行されたものの、金銭交付後にこの者による保証を得られなくなったので、銀行が追加担保を要求し、急遽代わりにこの女性パートナーが保証を引き受けたという事情について、たしかに保証人は融資金返還請求を懸念して精神的圧迫の下で保証を引き受けたが、予定されていた別人による保証が不可能となったことは債務者の危険範囲内のことなので、銀行が他の保証人を要求することは契約上許された権利行使である点で、前出一九九五年一一月二日判決（判例〔30〕）とは事案が異なるとした。

これらの判決を比較すると、共同責任者が金銭的窮迫状態によって同じように「精神的強制状態」に陥っていると思われる場合であっても、債権者の違法な意思決定侵害（共同責任者の金銭的窮迫状態＝精神的強制状態の利用）が認められる場合とそうでない場合とがある。その判断基準は、債権者自身が、故

意によって共同責任者の精神的強制状態を作出したか否かにあるとみることができる。(147)

（イ）「特に大きな不均衡」原則

前出BGH民事第九部一九九五年一月五日判決（判例〔29〕）は、配偶者の事例における「特に大きな不均衡」原則の扱いについて、大要次のように述べる。

配偶者の事例においては、保証人の巨額の責任に対して債権者の「正当な利益」が認められるのが通常であるため、原則として「特に大きな不均衡」原則による良俗違反性は否定される。「正当な利益」とは配偶者間の詐害的財産移転防止の利益であり、次の理由から強く保護される。第一に、夫婦や婚姻外生活共同体においては、税法上・責任法上の優遇のために、財産の一部を会社と無関係のパートナーに移転することがよくある。第二に、主債務者が将来取得する全財産を会社と無関係のパートナーだけに生じるようにすることがある。第三に、BGB八二六条や債権者取消法では立証責任の点で債権者が十分に保護されない。

さらに、このような保証債務を詐害的財産移転防止の観点のみから正当化したとしても、「このような合意は、主債務の弁済期到来後すぐに、信用機関が保証人に対して無制限に請求してよいという結果を必然的に生じるのではない。むしろ責任の合意は黙示の不請求の合意（Pactum de non petendo）を含んでいると説明でき、経済的履行能力のないパートナーが財産を取得しない限り、債権者が保証人に対して裁判上の措置を取ることは、BGB二四二条によって妨げられる。無資力のパートナーを責任に引き込む意味と目的を顧慮すれば、いずれにせよ資産収入状況が改善していないのに請求することは、権利濫用となり得る」。

判例〔29〕によって、民事第九部は、配偶者の保証の場合には、「特に大きな不均衡」原則の適用の可否を判断するにあたって、保証契約を無効とする保証人の利益よりも、銀行が配偶者保証をとる主目的とする債権者の詐害的財産移転防止の利益（第一章一1（1）参照）を優先させることを明らかにした。事実、判例〔29〕から後出民事第九部一九九七年九月一八日判決（判例〔42〕）が出るまでの全判決が、債権者に詐害的財産移転防止の利益があることを理由に、配偶者保証の事例について「特に大きな不均衡」原則による良俗違反の成立を否定した。

ところで、「特に大きな不均衡」原則において、保証契約を良俗違反とする根拠はどこにあるのだろうか。BGH民事第九部一九九六年一月一八日判決NJW 1996, 1274.（判例〔31〕）は、

「債務者の経済的履行能力と債務者が引き受けた債務との間の特に大きな不均衡は、債務者が劣後的な地位（eine unterlegen-en Position）のみから取引に巻き込まれたという推定を根拠づけ、誠実な思考をもつ債権者に用心を促すかもしれない」と述べた。保証人が極端な（krasse）過剰債務（保証債務）を負うことで、保証人の経済的リスクを引き受けるために必要な覚悟が決定的に侵害されており、債務者の生存に関わる利益（死活問題［existenzielle Belange］）を債権者が少なくとも重過失により無視する点に、債権者の非難可能性が見いだされるという。(148)

他方で、BGH民事第九部一九九六年四月二五日判決 BGHZ 132, 328=NJW 1996, 2088.（判例〔32〕）、BGH民事第九部一九九七年一月二三日判決 NJW 1997, 1003.（判例〔38〕）、BGH民事第九部一九九七年一月二三日判決 NJW 1997, 1005.（判例〔39〕）は、「債権者の見地からみても、このような範囲の責任に対して正当な利益がないので、合理的な考え方によれば経済的に無意味であることが明らかな場合、BGB一三八条一項により無効となり得る」と述べた。

このように判例においては、「特に大きな不均衡」の根拠を保証人の意思決定侵害の危険とこれを放置した債権者の帰責性に求める判決と、経済的無意味性に求める判決とが併存する。しかし、これらの判決の全てにおいて「特に大きな不均衡」原則の適用が否定されており、また、いずれも後述するBGB二四二条の運用による請求阻止の評価枠組と合わせて事実認定が行なわれているため、「特に大きな不均衡」原則に固有の考慮要素も明らかにはならない。

（ウ）他の理由による債権行使の不許

前出BGH民事第九部一九九五年一月五日判決（判例〔29〕）は、最終的に、保証契約締結後に保証人が主債務者と離婚したことを考慮することによって、銀行からの請求を行為基礎喪失論に基づき退けた。判例〔29〕は大要次のように述べる。

保証の場合、支払能力に関する事情や夫婦生活の継続は、原則的に保証人が負うべきリスクである。しかし、債権者が配偶者の引き受けた保証債務がその経済的履行能力をはるかに超えることを知りまたは重過失により知らない場合には、債権者は、詐害的財産移転を防止することを保証契約の主目的とし、夫婦を経済的に「一人の」債務者とみなしているので、保証人と主債務者が夫婦関係にあることが保証契約の行為基礎となる。(149) そして、保証人が主たる債務から独自の経済的利益を享受していない場合には、保証契約締結後に夫婦が離婚することによって保証契約の行為基礎が喪失する。その効果は、銀行が保護を必

要とする期間や保証人とっての融資の経済的意義など、個々の事案の重要な事情を全て考慮して、契約を調整し、支払義務を最大ゼロまで減少させることである。

本件において、保証人の経済的履行能力と債務の範囲との間に極端な（krasse）不均衡があることが債権者にとって明白だったこと、銀行も保証人も本件保証が夫婦間の財産移転を防止するための保証であることを認識していたこと、夫の会社が支払不能となり、夫婦は離婚したので、財産移転の危険がなくなったこと、保証人の融資に対する独自の利益がなくなったこと、以上に基づき、債権者はすでに強制執行をした五万Mを超える部分につき債権を行使できない。

判例〔29〕は、配偶者の資力によっては保証債務の弁済が望めないほど責任額と資力に「極端な不均衡」がある事案について、銀行が配偶者による保証を要求する定型的目的である詐害的財産移転の危険がなくなったことを理由に、銀行の債権行使を認めなかった。

これに対して、請求時になお夫婦関係が存続しているものの、未だ財産移転が実行されていない事例について、債権者の債権行使が許されるかが問題となった判決がある。

前出民事第九部一九九七年一月二三日判決（判例〔38〕）は、事実審の口頭弁論終結時には保証人と主債務者との間の離婚判決が未だ確定していなかった事案に関する判決であるが、詐害的財産移転防止によって特定される保証契約の目的は、行為基礎喪失前にもすでに重要であるとして銀行の請求権行使を阻止した。判例〔38〕は次のように述べる。「配偶者個人にいずれ発生するかもしれない財産を差し押えるチャンスを債権者に与えるためだけに、配偶者が責任を引き受ける場合、このことは、保証人に経済的履行能力のない限り、債権者が保証債務から請求権を導き出すことができないことが両当事者の合致した意思であるとする証拠となる。保証契約に基づく請求権の履行期が保証人の財産取得時まで延期されたという意味に解するのが自然である。個々のケースにおいて当事者の意思表示がこのような解釈を許さない場合も、保証人に財産が発生する前であれば、はじめから経済的履行能力のないことがわかっている保証人に対する請求は信義則（BGB二四二条）によって否定される」。

ところで、行為基礎喪失論を適用する要件である保証人の経済的履行能力と保証債務の範囲との間の「極端な不均衡」、すなわち「保証人に経済的履行能力がなく、契約締結時に認識できた事情によれば、保証人が見通し可能な期間に独自の資産収入によって信用債権を弁済できないことが予想される場合」と

は、具体的にどの程度の「不均衡」をいうのであろうか。前出一九九六年四月二五日判決（判例〔32〕）は次のような基準を設けた。すなわち、保証人自身の収入の差押可能部分（ＺＰＯ八五〇ｃ条）によって、保証債務の履行期から五年以内に元本の四分の一を弁済できないこと（以下では「二五％基準」とよぶ）である。判例〔32〕によれば、経済的履行無能力の基準時は保証債務の履行期であるが、保証人の経済状況が数年のうちに根本的に改善することはまれにしかないという経験から、保証人の履行能力については、保証契約締結時に、保証債務の履行期における保証人の資産・収入状況を認識可能な履行期までの展開と結びつけて判断しなければならない。さらに、保証人が請求時点で実際に獲得していた収入は、疑わしい場合には保証契約締結時から予想できたことが事実上推定されるので、これに対抗する抗弁の立証責任は保証人が負う。判例〔32〕によって示された二五％基準はその後の判例においても用いられている。(150)

前述のように、保証契約の良俗違反性が否定された配偶者の事例のほとんどにおいて、債権者の債権行使が認められなかった。そして、「特に大きな不均衡」原則と債権者の債権行使の不許を判断するための事実認定が一括して行なわれていることからも、この二つの判断枠組は、債権者の「正当な利益」すなわち詐害的財産移転防止の利益を共通項として、切り離すことができないほど密接な関係にあることがわかる。

2　学説

民事第九部が、家族による巨額の共同責任設定契約の良俗違反性（ＢＧＢ一三八条一項）を肯定するようになったことの影響を受けて、学説における論点も、良俗違反性の判断枠組とその判断枠組においていかなる事実をどのように考慮するのかという点に自然と移っていった。学説は、次々と出されるＢＧＨ判例を整理する色彩のものが多く、判例が定立する判断枠組を前提に、これに対する評価やそこで考慮すべきファクターに言及するものがほとんどであるため、学説が判例に対して直接的な影響を及ぼしていることは少ない。しかし、当時の学説の反応を明らかにすることには意義があると思われるためので、ここに紹介する。

（1）まず、判例が第一次的な適用基準とした「過剰性＋特段の事情」原則に関する学説を、要件ごとに整理すると次のようになる。

①保証債務が保証人にとって異常に大きな経済的負担となること　学説は判例を前提として、保証契約締結時を基準時と

して、保証債務の範囲と保証人の履行能力との相関関係によって決まると理解する。[151] ホルン（Horn）は、保証人の経済的履行能力については保証人の現在所有する財産と予測できる定期収入を考慮すべきだと述べる。[152] ザック（Sack）もこのように考えるが、さらに具体的に、契約締結時に予測不能な相続や宝くじによる財産取得の抽象的可能性は考慮されず、また、融資によって取得された目的物（例えば、価値が安定しまたは増加傾向にある不動産）を主債務者から相続する具体的可能性についても、保証債務の利子負担が時間の経過に伴い増加するため、保証責任の総額が相続された融資目的物の価値を超えることがあるので、考慮されないとする。[153]

②被保証取引に対して保証人の経済的利益がないこと　主債務者の子も配偶者も、融資の目的である主債務者の事業が成功すれば、これによって増加した収入から高額の扶養を受けられる点で、被保証取引から事実上の経済的利益を享受する点は共通する。問題は、このような事実上の利益をどのように評価するかである。ハーバーザック（Habersack）とガンター（Ganter）は、次の理由から配偶者と子供とを区別して扱う。すなわち、主債務者と経済目的共同体を形成する配偶者の保証の場合には、主たる債務を発生させる取引が家族の扶養に役立つ場合には、保証人の自己の経済的利益になる。しかし、子の保証の場合には自己の経済的利益はない。親子は夫婦と異なり、主債務者との共同体関係を永続的に継続するわけでないし、主たる債務を発生させる取引によって得られた財産の相続の見込みは全くないかあるいは確定していないからである。[154] これは当時の民事第九部の見解と整合的である。

他方で、アルバス＝フレンツェルは、子の事例と配偶者の事例とを区別せず、融資の目的から共同責任者の独自の経済的利益の有無を検討する。[155] 融資の目的が不動産の購入目的である場合には、その不動産が主債務者の単独所有であるならば共同責任者に独自の利益はなく、この場合には、共同責任者が当該不動産を共同利用・同居・相続するとしても共同責任者に独自の経済的利益はない。取引信用の場合、例えば共同責任者（妻）が経営に関与しない夫の会社が主債務者である場合、会社の収益からもたらされる扶養の利益は、共同責任者独自の経済的利益とはならない。消費者信用の場合、例えば主債務者の旧債務の借り換え目的の場合、共同責任者には独自の経済的利益はなく、金融機関も通常このことを認識しているはずである。共同利用のための商品またはサービスの購入目的の場合、共同責任者も主債務者と同程度に利用する利益を有するので、共同責任

者に独自の経済的利益がある。共同責任者が独自の経済的利益を否定する場合には、共同責任者が経済的利益の不存在につき主張立証責任を負う。[156]

ところで、保証人に独自の経済的利益があることは、保証人の著しい経済的過剰債務(①)と債権者との交渉力の不均衡(③)のいずれの要件との関連で保証契約の良俗違反性を否定するのか。この点、前出憲法裁九三年決定(判例〔24〕)は、「契約の内容が一方的に異常に大きな負担を課し、利益調整として明らかに不当な場合」と述べていることからも明らかになるように、著しい過剰債務(①)を正当化する事情として考慮していた。しかし、学説は、保証人の独自の経済的利益を①との関連で捉えてはいないようである。例えば、ホルンは、「保証人の自己の利益の顧慮と自己責任の考えによって、保証債務の範囲と保証人の履行能力の間の一定の不均衡を、BGB一三八条を適用せずに保証人に甘受させる結果となることは正当である」と述べる。[157] また、ガンターは、「保証人自身に経済的利益のあることが保証人が無経験のみから保証を引き受けたことの反証となる」と述べる。[158] さらにザックは、債権者からの意思決定侵害がある場合について、債権者が保証人の取引無経験を利用した場合や、リスクを過小評価した場合や、不意打ち的に保証人を要求した場合には、保証人に独自の経済的利益があるとしても、これは巨額の保証を正当化する根拠にならないと述べる。[159] つまり、学説は、保証人が自己の経済的利益を考慮して保証を引き受けたことから保証人の自己責任ないし合理的判断を導き出す点で、債権者との交渉力の不均衡(③)を否定する方向に作用する要素として捉えているようである。

③保証人と債権者の交渉力が保証人にとって耐え難いほど不均衡であること　学説は、まず(i)債権者から保証人への意思決定侵害として、債権者による責任の過小評価や保証責任のリスクの黙秘を挙げる。[160] これは、次に述べる④債権者の主観的要件と重なり合う。さらに、保証人側の事情から保証人の交渉力の劣位を生じるものとして、(ii)保証人の取引無経験や(iii)主債務者との家族関係を挙げるが、後者二点については諸説ある。

(i)について、ハーバーザックとホルンは、経験のレベルによって行為能力の差は生じないので、年齢の若さや職業経験がないことに基づく取引無経験はそれだけで良俗違反を基礎づけるものではないが、債権者による説明義務違反やリスクの過小評価が債権者による取引無経験の利用に該当するとする。[161] ハーバーザックはさらに、ゲルンフーバー(Gernhuber)と同様

に、取引無経験を情報の欠如に基づく「知的」劣位ではなく「動機（Motivation）」であると捉え、保証人が法律行為のリスクを知っている場合にも取引無経験が認められ、債権者が相当の説明を行っても取引無経験は除去されないとする。[162] このことから、ハーバーザックは、取引無経験を、保証リスクについて適切な説明が行なわれることによって補われる性質のものとそうでないものとの二つの側面から捉えていることがわかる。

（iii）について、ザックが指摘するように、判例においては、成人したばかりで両親に依存している子の方が、共同体内で同等の権利義務を有する配偶者に比して精神的強制状態が肯定されやすいが、[163] 学説では、保証の引受けによって愛情や忠誠心を示さなければならないという精神的強制状態が発生する点では、親子も夫婦も同等であると考える見解が有力である。[164] なかでも、アルバス＝フレンツェルは、保証人が主債務者と家族関係にあること自体が、合理的意思決定ではなく保証人が感じあるいは家族から期待される忠誠心（Loyalität）に基づいて保証が引き受けられたことを示すとする。そして、保証人が主債務者と同居したり、主債務者に経済的に依存したりしている場合には、保証を引き受けることを意思決定する際に、家族のためという動機（familiäre Motive）が優先されるので、実質的私的自治が特に疑わしい、と述べる。[165]

④債権者の主観的要件　まず、債権者が保証のリスクを過小評価したり、黙秘したりすることが挙げられる。

また、債権者が保証人の経済的過剰債務（①）を認識するか、少なくとも過失によって認識していないことに加えて、保証人側の事情から生じる債権者との交渉力の不均衡をもたらす事情（取引無経験・主債務者との家族関係）を債権者が認識しているか、または、過失によって知らないことも挙げられる。[166]

各要件の立証責任について、①②については、保証契約の良俗違反を主張する保証人の側が立証責任を負うことに異論はないが、交渉力の耐えがたい不平等（③）と債権者の主観的要件（④）の立証責任を、債権者と保証人とのいずれが負うべきかが問題となる。学説においては、主債務者の家族一般につき、家族が自己の経済的利益なくして巨額の保証を引き受けたという事実があれば（要件①②）、銀行による反証のない限り、保証人の交渉力の劣位や債権者の主観的要件が推定されるとする構成が有力である。[167] しかし、すでにみたように、判例は、取引無経験の子の事例についてのみ、債権者の主観的要件の推定を認めていた（「過剰性＋特段の事情」原則の「特段の事情」第一類型）。このような判例の立場をグリューンは次のように理

解する。すなわち、BGHは、若い子が家族の絆に基づき保証を引き受けてしまうという定型的危険状態（typische Gefahrenlage）において、保証人を他者決定（＝私的自治侵害）から保護するために、両親（主債務者）が取引無経験かつ独自の経済的利益をもたない子に保証の引受けを依頼することをやめさせる義務を、銀行に負わせたものである。そして、両親から保証人への意思決定侵害を銀行が過失により看過することが、この義務に対する違反となり、良俗違反という結果は家族の衝突状態を利用した銀行に対する制裁となる、と理解する。[168] フィッシャーは、両親がBGB一六一八a条に違反しているかどうかを判断するためには、両親の利益と子の利益とを利益考量する必要があり、融資の目的である事業に対する子の独自の利益が小さければ小さいほど、かつ、責任総額と保証人の経済的履行能力の間の不均衡が大きければ大きいほど、良俗違反が認められやすくなると述べる。[169]

（2）次に、「特に大きな不均衡」原則によって良俗違反が導き出される根拠について、判例においては、保証人の「交渉力の劣位」を債権者が放置して契約を締結したこと（＝交渉力の劣位の利用）を根拠にするものと経済的無意味性を根拠にするものとが併存していた。判例の状況を受け、学説も大きく二つに分かれている。まず、保証人の意思決定に対する侵害（私的自治侵害）に根拠を求める見解がある。グリューンは、債権者の「非難すべき心情（verwerfliche Gesinnung）」が推定されるとする。[170] ガンターも、「わずかな収入で生活する保証人が主に非利己的動機から（hauptsächlich aus uneigennützigen Motiven）行動した場合には、責任の引受けはこの範囲において経済的に無意味であり、契約自由の濫用とみなされるべきである」と述べる。[171]

他方で、「特に大きな不均衡」原則を、債権者にとって当該保証がいかなる見地からみても経済的に無意味であることを理由に良俗違反を導き出すものと理解する学説もある。[172] ハーバーザックは、判例が債権者の保証人に対する意思決定侵害の事実を独立した要件としていない（推定されるにすぎない）ことに着目し、憲法裁九三年決定（判例〔24〕）の中に基礎をおかず、事件においても説得的でない単なる内容的良俗違反であると批判し、「特に大きな不均衡」があることは、保証人の動機と契約締結の事情を考慮するきっかけを与える保証の良俗違反に関する二つの構成要件的特徴の一つにすぎないと述べる。[173] ホルン――「特に大きな不均衡」原則の根拠に対する理解は不明――も、保証債務と保証人の履行能力の間に極端な不均衡がある

ことと、このような保証が債権者にとって経済的に無意味であることだけでは、保証契約は良俗違反とならず、債権者と保証人の耐えがたい交渉力の不均衡が加わってはじめて良俗違反が認められるべきだと述べる。[174]

このようななか、一九九七年に発表されたBGH判事のクレーフトの見解は、後出民事第九部一九九七年九月一八日判決NJW 1997, 3372.（判例〔42〕）の予告ともいうべきものであるが、「両親の債務のための若い成人（子）の保証、他方配偶者のための配偶者の保証、これらに比肩し得る種類のケースにおいては、「保証人の明白な著しい過剰債務から、保証を引き受けるか否かという点で冷静かつ独立した慎重な考量（Abwägung）からではなく、合理的に行動する債権者に対する耐え難い劣位を基礎づける主債務者との感情的結びつきから保証が引き受けられたことが――原則的に反証可能であるが――事実上推定され、このことは、――このような事情が債権者に主観的に帰責され得る限り――保証の良俗違反を導き出す」と述べ、[175]「特に大きな不均衡」原則が、保証債務と保証人の履行能力の間の極端な不均衡から、保証人の「交渉力の劣位」および債権者がこれを利用したことを推定する構成であるとの見解を明らかにした。

（3）最後に、「特に大きな不均衡」原則と「過剰性＋特段の事情」原則との関係について、「特に大きな不均衡」原則は、保証債務と保証人の履行能力の不均衡が特に大きい場合の特則であるとの見方が一般的である。[176]これに対して、グリューンは、前出一九九四年二月二四日判決（判例〔26〕）について、保証債務と保証人の履行能力の不均衡が大きければ大きいほど、保証人にとって負担となる客観的事情の要求度は低くなるとして、動的体系に位置づけてこれを理解する。不均衡が大きい場合、他の客観的事情としては、主債務者の家族である保証人の取引無経験と被保証取引に対して保証人の独自の経済的利益がないことで足り、客観的要件が満たされれば主観的要件（債権者による重過失による不知）も自動的に満たされるとする。[177]

3　小括

（1）判例は、良俗違反性（BGB一三八条一項）の判断枠組を二つ定立した。第一に、「過剰性＋特段の事情」原則であり、次の通りである。「保証人が自己の現在及び将来期待できる収入状況・財産状況をはるかに超える債務を負うとしても、契約当事者間の耐えがたい不均衡（unerträgliches Ungleichgewicht）をもたらすような特段の事情によって保証人が過大な負担を負わされ、この特段の事情が債権者の責めに帰すべきものである

場合には、このような保証契約は、BGB一三八条によって無効となり得る」。

（ア）「過剰性＋特段の事情」原則の「特段の事情」には二つの類型がある。まず、債権者が主債務者の保証人への違法な影響力の行使を利用する場合である（第一類型）。保証人と主債務者の人的関係から生じる保証人の意思決定侵害については、取引無経験の子の保証の事例と配偶者の保証の事例とで、判例上扱いが異なる。

取引無経験の子が、親のために、自己の経済的利益なくして、自己の現在及び将来の収入で支払えないほど巨額の債務の共同責任を負った場合には、このような事実から、子が完全には自由な意思決定をなしえなかったこと、両親が子に対して一六一八a条違反の行為をしたことが推定され、このような保証人をとった銀行（債権者）が、親の子に対する威圧を知っていたか、過失によって知らなかったことが推定される。この場合に実際に考慮される事実をみると、この枠組は子の事例における「特に大きな不均衡」原則と重なり合っている。

配偶者の事例においては、取引無経験の子の事例と異なり、保証人である配偶者が、保証債務を自己の現在及び将来の収入で支払えないこと（著しい過剰性）と、主債務者から意思決定を侵害された事実を自ら主張立証しない限り、良俗違反が認められない。この枠組は、取引経験のある配偶者についても適用が審査されているので、保証人の取引無経験は要件とされないとみることが可能であるが、この枠組によって実際に良俗違反性が肯定された判例はない。

このようにみると、判例は、取引無経験の子が親のために共同責任を引き受ける場合の方が、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よりも、その人的関係において、共同責任者の意思決定侵害が生じやすいと考えていることが明らかになる。

（イ）次に、債権者自身が共同責任者の意思決定を違法に侵害する場合である（第二類型）。

債権者が、共同責任のリスクを過小評価し、あるいは主債務者ないし共同責任者の金銭的窮迫状態を利用することによって、共同責任者が自己の現在及び将来の収入で支払えないほど巨額の債務の共同責任を負担させられたことを要件として、全部無効（BGB一三八条一項）が導き出される。考慮事実を具体的にみると、債権者からの意思決定侵害の態様がリスクの過小評価である場合にのみ、共同責任者が取引無経験であることが要求される。債権者から共同責任者への意思決定侵害行為がある

場合には、子の事例も配偶者の事例も、その考慮要素を等しくする。

（2）第二に、「特に大きな不均衡」原則であり、次の通りである。「特に事情が甚だしい例外的場合にのみ、すなわち保証人が責任を負うべき債務が非常に高額であるため、危険が現実化した場合に債権者の債権の大部分を履行できないことが、どんなに保証人に有利に予測しても契約締結時にすでに確実と紙一重の蓋然性で確定している場合には、保証は債務の大きさだけを理由として良俗違反となる」。

①主債務者の配偶者が、②その現在及び将来の収入と、主債務者である他方配偶者の収入とを合わせたもの[178]が責任総額と比較して「特に大きな不均衡」[179]にある共同責任を、③自己の経済的利益なく、引き受けたこと、さらに、④債権者に配偶者間の詐害的財産移転を防止する利益がないことから、（共同責任者の「交渉力の劣位」を債権者が利用したことが推定されることによって、あるいは、共同責任が経済的にみて無意味であることに基づき）、良俗違反が導かれる。

取引無経験の子の事例については、主債務者との人的関係から生じる保証人の意思決定侵害が「過剰性＋特段の事情」原則（第一類型）によっても推定されるので、「特に大きな不均衡」原則は、事実上、配偶者の事例についてのみ独立した意味を有することになる。しかし、実際のところ、配偶者の事例の大半を占める夫の事業のための取引信用債務の共同責任の事例においては、融資目的の事業の成功に伴う収入増加によって共同責任者がより高額の扶養を受けられる利益によって、「独自の経済的利益」があると認定され[180]（＃③）、また、夫婦関係が存続する限り常に債権者に詐害的財産移転を防止する利益があると認められるので（＃④）、この枠組によって良俗違反が認められた判例はない。しかし、このような場合にも、離婚によって詐害的財産移転の危険がなくなったこと、請求時点ではそれが現実に行なわれていなかったことを理由として、行為基礎喪失論や信義則に基づき債権者の債権行使が阻止される。

（3）これらのうち、「過剰性＋特段の事情」原則の第一類型および「特に大きな不均衡」原則においては、債権者からの直接の意思決定侵害行為があることは要求されない。むしろ、ここで問題とされているのは、主債務者との人的関係（親子関係、夫婦関係）から生じる共同責任者の正常な意思決定を行なえない状態（「交渉力の劣位」）を債権者が放置して契約を締結したこと（＝利用）である。

そこで、判例が、あえて主債務者との人的関係から生じる「交

涉力の劣位」を考慮する理由が問題となる。この問いに対しては、前出のアルバス＝フレンツェルが「精神的強制状態は、共同責任を家族から頼まれることによって生じ得る。家族関係とこれから生じる忠誠心（Loyalität）に基づき、家族の合理的判断があるかどうかについて疑念が生じる」と述べるように[181]、共同責任と主債務者の人的関係、とりわけ夫婦関係や親子関係に、共同責任者の「交渉力の劣位」が生じる定型的危険性が見いだされるからであると答えられよう。判例はさらに、夫婦関係と親子関係のうち、取引無経験の子と親との関係においてもっとも子の「交渉力の劣位」が生じる危険性が高いと考えているようである。

（4）「過剰性＋特段の事情」原則も「特に大きな不均衡」原則も――「特に大きな不均衡」原則を経済的無意味性を根拠とするものと理解しない限り――、共同責任者の経済的過剰債務（契約内容の不当性）が、債権者からの意思決定侵害（ないし「交渉力の劣位」の利用）の結果であることを良俗違反の根拠とするが、そもそも巨額の共同責任の引受けが正当視される場合、すなわち共同責任者の意思決定過程が正常である場合（＝交渉力の均衡）とはどのような場合であろうか[182]。前出BGH民事第九部一九九四年二月二四日判決（判例〔27〕）は、次のように述べる。

「基本法上保護される私的自治が、リスクが大きく、同時に一方的な債務負担となる法律行為の締結を正当化し得るのは、両当事者が契約を締結するか否かを自由に意思決定することができる場合（傍線筆者）に限られる。このような自由と、問題となる債務がどのような法的効果と結びつくのかに関する無制限の認識可能性（傍線筆者）とがあってはじめて、保証人にとって異常に大きい負担となる法的効果を、自己責任による意思決定に拘束させることの正当化理由がある」。これによれば、正常な意思決定は、①契約を締結するか否かを自由に決定できること（意思決定の自由＝任意性）と②保証リスクを適切に評価できる可能性（リスク評価の可能性）から構成される[183]。

正常な意思決定が右の二つからなるとして、これらが侵害されるとはどういうことであろうか。①については、任意性が低下し、契約締結するか否かを自由に決定できなくなることによって共同責任者が「断りきれない状態」に陥ることである。②については、リスクの発生可能性や発生するリスクの大きさを評価することが困難になることである。

債権者が共同責任者の正常な意思決定を直接に侵害する場合として、判例に現れた事例には、金銭的窮迫状態の利用とリス

クの過小評価とがある。金銭的窮迫状態の利用は、債権者がある者（保証人候補者）が保証を引き受けるつもりのないことを知りながら主債務者に融資を実行して金銭を交付し、その後融資の実行継続と引き換えに保証引受けを要求することによって、保証人候補者の意思決定の任意性を低下させるものである。他方でリスクの過小評価は、債権者が保証契約書への署名は「形だけ」であると説明することによって（「形だけ発言」）、保証のリスクを過小評価することによって、それでなくても自力によるリスク評価が困難な取引無経験の保証人のリスク評価をさらに困難にするものである。それゆえ、リスクの過小評価と金銭的窮迫状態の利用は、異なった構造をもつ意思決定侵害である。

主債務者との人的関係および共同責任者の取引無経験から生じる「交渉力の劣位」について、先の判例〔27〕は次のように述べる。「通常、わずかな取引経験しかない若い成人は、そのような状況において（両親から共同責任の引受けを頼まれたという状況――筆者注）、自由かつ冷静に判断せず、精神的強制状態から深く考えないで両親の希望に応じている危険がある。そのとき若者が、その署名が引き起こすかもしれない結果の大きさを見極めるのは困難である」。ここで、「精神的強制状態」という表現は、任意性の低下を表している。そして、「自由かつ冷静に判断せず・・・深く考えない」ことと、共同責任者が若者（＝取引無経験）であることは、リスク評価の困難を表す。それゆえ、とりわけ取引無経験の子と主債務者との親子関係は、任意性の低下とリスク評価の困難との二つの側面から、保証人の交渉力を債権者に対して劣後させる事情として機能する[184]。なお、リスク評価の困難の側面は、主債務者との人的関係と保証人の取引無経験が補充しあって生じたものとみてよい。

以上より、共同責任者の意思決定の侵害や主債務者の人的関係から生じる「交渉力の劣位」には、任意性の低下とリスク評価の困難という二種類があることが明らかになる。

（5）ところで、「過剰性＋特段の事情」原則または「特に大きな不均衡」原則によって共同責任設定契約の良俗違反性（BGB一三八条一項）が認められる場合、その効果はどうなるのか。例えば、債権者に詐害的財産移転防止の利益がある場合、共同責任の総額がこの利益相当分を相当に超える場合、詐害的財産移転防止の利益のない部分についてのみ、良俗違反に基づき無効とすることができるであろうか。この点、判例は、契約全体を良俗違反により無効と判断するが、その理由について、前出BGH民事第九部一九九六年一〇月一〇日判決（判例〔34〕）

が「BGB一三八条一項は、このような場合に債務をまさに許される範囲にまで減額させることを許さないから」であると述べるにとどまる。学説からもこれに対する異論はない。(185)

注

(129) 判例〔24〕の結論は、学説の多数により支持されている。Wiedemann, Anmerkung zum BVerfG, Beschul. v. 19. 10. 1993, JZ 1994, 411; Graf von Westphalen, Das Recht des Stärkeren und seine grundgesetzliche Beschränkung, MDR 1994, 5; Admeit, Die gestörte Vertragsparität-ein Trugbild, NJW 1994, 2467; Honsell. Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und Vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, 565. 邦語文献として、国分典子「ドイツ憲法判例研究」自治研究七一巻八号（一九九五年）一三七頁参照、クラウス＝ヴィルヘルム カナーリス（山本敬三訳）「ドイツ私法に対する基本権の影響」論叢一四二巻四号（一九九八年）一頁。

(130) GG二条一項 各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に違反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。

(131) BGB二四二条〔信義誠実に適った給付〕 債務者は、取引の慣習を顧慮し信義誠実に適うように、給付を行う義務を負う。

(132) Admeit, a.a.O. (Fn. 129), NJW 1994, 2467, 2468f.

(133) カナーリス（山本訳）前掲注（129）論叢一四二巻四号二一〇・二一一頁。

(134) BGB一六一八a条〔補佐義務および配慮義務〕 両親と子は相互に補佐し配慮しあう義務を負う。

(135) 本件保証契約は次の事実に基づき良俗違反（BGB一三八条一項）により無効であると判断された。保証人は契約締結時に一〇万Mの債務と当時の利子を支払える状況になかった。保証人は職業教育を終了していない労働者として月収約一一五〇Mを稼いだにすぎなかった。保証人の収入状況や財産状況が将来的に大きく改善する根拠は主張されていない。本件融資が保証人の独自の利益に資するものでないことに争いはない。保証人は二一歳の取引無経験者であり、義務教育終了後長い間無職であり、父の事務所で一時的に働き、少し前に魚工場で働き始めた。保証人が署名する前に、銀行の従業員が説明した保証の意味と範囲は、責任のリスクやこれと結びついたその後の生活形成に対する危険を覆い隠すものであった。

(136) 但し、事実上の推定であるため、信用機関は反対の事実を立証することが可能であるという。

(137) 本件保証契約は次の事実に基づき良俗違反（BGB一

三八条一項）により無効であると判断された。Yが数年後には平均以上の月収を得ることを前提としても、利子（一年当り八万七五〇〇M）を弁済することは不可能である。Yは取引無経験である。Yは卒業後父の会社に入社予定であり、融資に対して一定の独自の利益を有するが、Yは融資目的の計画に、融資に直接の利益を有する第三者のごとく関わっていなかった。Yは融資に対して間接的利益を有するが、この利益は本件保証額に対するYの正当な利益とならない。

(138) BGH民事第九部一九九六年一二月五日決定NJW 1997, 940.（判例〔36〕）は、息子（二四歳、収入不明、法学部出身、父の頼みにより父の会社の業務執行者にされていた）が父の会社の取引債務（一八万七九五一Mおよびその利子）につき最終不足額支払保証をした事案に関する判決であり、保証人がときどき弁護士の下で働いていたことや、銀行が最初に要求した連帯保証を拒否して最終不足額支払保証に持ち込んだことから取引無経験を否定した原審判決を支持して、本件保証契約の良俗違反性を否定した。

(139) Vgl. auch, Honsell, Anmerkung zum BGH,Urt. v. 10. 10. 1996, EwiR §765 BGB7/96,1121,1122.

(140) 連帯債務の事例の管轄を有する民事第一一部は、前出憲法裁九三年決定（判例〔24〕）以前から、無資産無収入の妻が夫の事業資金融資のために引き受けた巨額の連帯債務について、債権者による意思決定侵害がある場合にBGB一三八条一項に基づく全部無効を認めていた。それゆえ、憲法裁九三年決定後も、民事第一一部の見解は、民事第九部ほど劇的に変化していない。もっとも、民事第一一部も、憲法裁九三年決定後になってはじめて、共同責任による債務の極端な過剰性から共同責任者の「交渉力の劣位」と債権者によるその利用の推定を認めた点で、変化がみられる。

なお、配偶者の事例に関する争いのほとんどがその契約類型（保証契約）から民事第九部で扱われ、また、憲法裁の九三年決定（判例〔24〕）後の同法廷における判断枠組の変化が甚だ大きいため、以下では、民事第九部の判決を主な検討対象とし、民事第一一部判決については、〈別表3〉に掲載するにとどめ、本文中では必要な限りで扱うにとどめることにする。

(141) これに対して、民事第一一部においては、BGH一九九一年一月二二日判決NJW 1991, 923.（判例〔20〕）がすでに、配偶者間の詐害的財産移転は、債権者取消法およびBGB八二六条によって防止すべきであるとして、このような債権者の利益をBGB一三八条一項の判断枠組の中で考慮することを否定していた。

(142) BGB一三五三条一項〔婚姻生活共同体〕

婚姻は一生涯にわたるものとして締結される。配偶者は互いに婚姻上の共同生活をなす義務を負う。配偶者は相互に責任を負う。

(143) BGB一三五六条〔家計運営、就業能力〕

一項　夫婦は相互に協力して家計を運営する。家計の運営が配偶者の一方に委ねられているのであれば、当該配偶者は自己の責任で家計を運営する。

二項　いずれの配偶者も就業する権利を有する。就業を選択し、実際に就業することによって、当該配偶者は、他方配偶者および家族の負担を顧慮しなければならない。

(144) この例として挙げられるのは、BGH民事第一一部一九九四年四月二六日判決NJW 1994, 1726.（判例〔28〕）である。この判決は、カーマニアの夫の自動車購入資金、すなわち夫の娯楽のための消費貸借債務について妻が締結した重畳的債務引受契約の良俗違反を認めたものである。

(145) 後の類似の事案に関する判決において、夫を助けようという動機だけでは意思決定侵害として認められないとして（BGH一九九六年四月二五日判決BGHZ 132,328 = NJW 1996, 2088.＝判例〔32〕）、また、主債務者（夫）による違法な意思決定侵害の事実が立証されていないとして（BGH民事第九部一九九六年一月一八日判決NJW 1996, 1274.＝判例〔31〕）、BGH一九九七年一月二三日判決NJW 1997,1003.＝判例〔38〕）、「著しい過剰制＋特段の事情」原則の適用が否定されている。

(146) なお、判例〔30〕によれば、債権者が、融資金を交付した後で、「保証の署名をしないならば、融資はすぐにとりやめる」と言うことは、強迫（BGB一二三条一項）の要件を満たすものではない。というのは、債権者が融資を解除することによって、支払不能に基づき会社の包括執行が開始され、保証人が労働の場を失うことは、保証人にとって「害悪（Übel）」と感じられるかもしれないが、客観的にこれは正当なことだからである。

また、本件では、Yに取引経験があり、主債務者の社員および従業員として信用関係の存続に独自の利益を有することから、債権者が単に保証を引き受けなければ信用を解約するとの脅しをしただけではYの意思決定の自由は侵害されないとされている。

(147) BGHのクレーフト判事（Kreft, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zur Bürgschaft, WM-Sonderbeilage 1997, 3, 27f.）は、民事第九部一九九五年一一月二日判決（判例〔30〕）においては、銀行が当初から妻が共同責任を引き受けるつもりのないことを知っており、他に立てられた保証人が自らの保証引受けを妻による共同責任にかからしめようとしたことを銀行が隠していたことが無効の原因になったのに対して、民事第九部一九九七年一月

二三日判決（判例〔39〕）においては、保証人となった配偶者が、債権者が主債務者に交付した融資金の返還を請求するであろうと危惧したために精神的強制状態において保証を引き受けただけであり、不快な（anstossig）特徴はないと評価する。

(148) ただし、判例〔31〕では、結果的に両配偶者の差押可能な収入によって被保証債務の利息だけでなく元本も少なからず履行できる状況であったので、「特に大きな不均衡」がないとして良俗違反が否定された。後に保証人の側から憲法異議が申し立てられたが、受け入れられなかった。BVerfG Beschl. 2. 5. 1996, NJW 1996, 2021.

(149) この点で、判例〔29〕は、かつて民事第九部が一九九二年一月一六日判決（判例〔22〕）において示した見解を変更した。判例〔22〕は、主債務者から配偶者への詐害的財産移転防止目的を債権者の正当な利益として認めた上で、離婚は、融資を得るための保証を夫婦生活の継続に結びつけるという当事者間の一致した意思がある場合にのみ行為基礎喪失をもたらすと述べ、本件においては右の事情がないので、離婚による行為基礎喪失は認められないと判断していた。

(150) BGB民事第九部一九九六年五月二日判決 NJW-RR 1966, 1262.（判例〔33〕）およびBGH民事第九部一九九七年一〇月九日決定 WM 1988, 592.（判例〔43〕）も、二五％基準に従って保証人の経済的履行無能力を認定し、離婚による行為基礎の喪失を認めた。

(151) Albers-Frenzel, a.a.O. (Fn. 27), S.215; Sack, Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Bearb. 1996, §138 Rn.317, S.299; Horn, a.a.O. (Fn. 96), Staudingers, §765 Rn. 169, S. 244. これに対して、前述（第二章二1（2））で紹介したハインリクスマイアーの見解は、保証人の無資産・無収入を要件としていた。

(152) Horn, a.a.O. (Fn. 96), Staudingers, §765 Rn. 169, S. 244.

(153) Sack, a.a.O. (Fn. 151), Staudingers, §138 Rn. 317, S. 299. なお、メディクス（Medicus, a.a.O. (Fn. 15), Die moderne Schuldturm, S.91.）は、契約締結時に評価が固定化されることが良俗違反説の欠点であると指摘している。

(154) Ganter, Aktuelle Probleme der Kreditsicherheiten in der Rechtsprechung des Bundesgerichthofes, WM 1996, 1705, 1712; Habersack, Münchener Kommentar 3.Aufl., §765 Rn 24, S. 849; Fischer, Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichthofs zur Bürgschaft und zum Schuldbeitritt－Teil II－, WM 1998, 1749, 1752.

もちろんこのような見解によっても、子による保証の場合でも、被保証信用に対して独自の利益を有する場合には、他の要件が満たされていても良俗違反は認められないであろう。Vgl. Kreft, a. a. O. (Fn. 147), WM-

Sonderbeil. 1997, 3, 25ff. なお、ハーバーザックは、保証人の自己の利益の有無によって、債権者に対する交渉力の劣位を生じ得る家族（保証人）につき、独自の利益がある配偶者と、独自の利益のない子および兄弟とを区別する。

(155) Albers-Frenzel a. a. O. (Fn. 27), S.216ff.

(156) Albers-Frenzel, a. a. O. (Fn. 27), S.218; vgl. auch, Honsell, Anmerkung zu BGH zom 26.4.1994-XIZR184 /93, EWiR, BGB5/94, 531, 532.

(157) Horn, a. a. O. (Fn. 96), Staudingers, §765 Rn. 170, S. 245.

(158) Ganter, a. a. O. (Fn. 154), WM 1996, 1705, 1712.

(159) Sack, a. a. O. (Fn. 151), Staudingers, §138 Rn. 323, S. 301.

(160) Horn, a. a. O. (Fn. 96), Staudingers §765 Rn. 172, S. 245f .; Habersack, a. a. O. (Fn. 154), Münchener, §765 Rn 23, S. 848.

(161) Horn, a. a. O. (Fn. 96), Staudingers, §765 Rn. 174, S. 246.; Habersack, a. a. O. (Fn. 154), Münchener, §765 Rn 23, S. 848.

(162) Habersack, a.a.O. (Fn. 154), Münchener, §765Rn.22,S.848; Gernhuber, Rüinose Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit, JZ 1995, 1086, 1090.

(163) Sack, a.a.O. (Fn. 151), Staudingers, §138Rn.318,S.300. ガンター (Ganter, a. a. O. (Fn. 154), WM 1996, 1705, 1712.) は判例によるこの区別を是認する。

(164) Grün, a. a. O. (Fn. 75), WM 1994, 713, 724; Albers-Frenzel, a. a. O. (Fn. 27), S.216, auch ,S.178; Horn, a. a. O. (Fn. 96), Staudingers, §765 Rn. 174, S. 246. Vgl. auch, Habersack, a. a. O. (Fn. 154), Münchener, §765 Rn 24, S. 849.

(165) Albers-Frenzel, a. a. O. (Fn. 27), S.178, 216.

(166) Grün, a. a. O. (Fn. 75), WM 1994, 713, 723; Arbers-Frenzel, a. a. O. (Fn. 27), S. 215f.; Horn, a. a. O. (Fn. 96), Staudingers, §765 Rn. 175, S. 247.; Habersack, a. a. O. (Fn. 154), Münchener, §765 Rn 27, S. 850f.

(167) Albers-Frenzel, a. a. O. (Fn. 27), S.215f.; Sack, a. a. O. (Fn. 151), Staudingers, §138 Rn. 324, S. 301. これに対して、ハーバーザック (Habersack, a. a. O. (Fn. 154), Münchener, §765, Rn. 18, S. 846.) は、債権者の主観的要件の推定に反対する。

なお、債権者の主観的要件を事実上推定するという構成をとる場合、この推定を覆すために、債権者としてはいかなる反証事実を主張立証しなければならないかという問題について、言及している者はあまりいない。パーペ (Pape, Die neue Bürgschaftsrechtsprechung－Abschied vom "Schuldturm"?, ZIP 1994, 515, 517.) は、近親者の場合、保証引受の際の主債務者からの道義的威圧の推定を否定し、保証引受を経済的に正当化するような動機を、銀行が立証しなければならないとする。さらに、保証人

が若者や取引経験のない者である場合には、保証責任が発生しても、保証人が生活の危険なくして履行できることの現実的な見込みが保証契約締結時にあったことを、銀行が立証しなければならないとする。

(168) Grün, a. a. O. (Fn. 75), NJW 1994, 2935, 2936.

(169) Fischer, a. a. O. (Fn. 154), WM 1998, 1749, 1752.

(170) Grün, a. a. O. (Fn. 75), NJW 1994, 2935, 2936.

(171) Ganter, a. a. O. (Fn. 154), WM 1996, 1705, 1711.

(172) Sack, a. a. O. (Fn. 151), Staudingers, §138 Rn.322, S.301; Habersack, a. a. O. (Fn. 154), Münchener, §765 Rn 18, S. 846.

(173) Habersack, a. a. O. (Fn. 154), Münchener, §765 Rn 18, S. 846.

(174) Horn, a. a. O. (Fn. 96), Staudingers, §765 Rn. 172, S. 245f.

(175) Kreft, a. a. O. (Fn. 147), WM-Sonderbeil. 1997, 3, 24.

(176) Ganter, a. a. O. (Fn. 154), WM 1996, 1705, 1711; Sack, a.a.O. (Fn. 151), Staudingers, §138 Rn.322, S. 301; Habersack, a. a. O. (Fn. 154), Münchener, §765 Rn 18, S. 846.

(177) Grün, a. a. O. (Fn. 75), NJW 1994, 2935, 2936; dies, a. a. O. (Fn. 75), WM 1994, 713, 724.

(178) BGH民事第九部一九九六年一月一八日判決NJW 1996, 1274.（判例〔31〕）による。

(179) この「特に大きな不均衡」原則は、行為基礎喪失論や権利濫用による債権者の請求阻止の枠組と合わせて事実認定が行なわれるので、実質的には、これらの判断の際に用いられる二五%基準によって、債務の過剰性が判断される。

(180) これに対して、子が親の取引信用債務の共同責任を引き受ける場合には、親に対して経済的に依存している子が、融資目的である事業の成功に伴う収入によって、扶養の利益を享受するとしても、判例上、独自の経済的利益があるとは評価されていない。この点で判例においては、融資目的となる事業から、共同責任者が子である場合にも配偶者である場合にも同様に発生する事実上の利益に対する法的な意味づけが、主債務者との関係によって異なるものとして評価されているとみることができる。

(181) Albers-Frenzel, a. a. O. (Fn. 27), S.178.

(182) この問題については、原田・前掲注（20）「巨額な共同責任の反良俗性（二・完）」論叢一四八巻一号九六頁以下）が詳細に考察しており、本稿の検討もこの考察に負うところが大きい。

(183) すでに、原田・前掲注（20）「巨額な共同責任の反良俗性（二・完）」論叢一四八巻一号九九頁が指摘している。

(184) すでに、原田・前掲注（20）「巨額な共同責任の反良俗性（二・完）」論叢一四八巻一号一〇一頁が指摘している。

(185) そもそも、学説においては、これらの枠組（BGB一三八条一項）の効果論に言及するもの自体が少なく、ハー

バーザックとクレーフトが、判例の見解を指摘するに止まる。Habersack, a. a. O. (Fn. 154), Münchener, §765 Rn 25, S. 850; Kreft, a. a. O. (Fn. 147), WM Sonder-Beil, 1997, 3, 24.

〈別表3〉　憲法裁判所九三年決定および憲法裁判所九三年決定からBGH一九九七年九月一八日判決以前のBGH判決

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	*
24－1	BVerfG Beschl. 19. 10. 1993 NJW 1994, 36（判例〔17〕の憲法異議）	連帯保証	子	16. 3. 1989⑨（判例〔17〕）参照。	判例〔17〕参照。	憲法異議認容。	○
24－2	BVerfG Beschl. 19. 10. 1993 NJW 1994, 36	連帯保証	妻	年齢不明、無資産・無収入、専業主婦で育児中。	夫の生命保険を担保とした融資（総額三万M）。請求額は生命保険返戻金回収後の残額一万六七二四・〇二M。	憲法異議棄却。	×
25	BVerfG 5. 8. 1994 NJW 1994, 2749（判例〔16〕の憲法異議）	連帯保証	子	28. 2. 1989⑨（判例〔16〕）参照。	判例〔16〕参照。	憲法異議認容、保証人が本件融資に対して独自の利益を有していたかどうかを審査すべく、再審理を命じた。	○
26	24. 2. 1994⑨ NJW 1994, 1278	包括根保証	子	二三歳、連合国防軍兵士として月収一五〇〇M。	父（建築家）の事業計画（建築）のために、銀行に対する現在及び将来の全債務につき包括連帯保証。残債務二〇〇万M以上。一部請求として五〇万M。	BGB一三八条一項⇒差戻「特に大きな不均衡」原則「融資に対する合理的利益の有無を審査すべく、差戻し。	差戻し
27	24. 2. 1994⑨ NJW 1994, 1341（判例〔17〕の再審）	連帯保証	子	二一歳、無資産、水産工場で月収手取り一一五〇M。	不動産取引業を営む父の事業資金融資の求額一〇万Mとその利子。	BGB一三八条一項⇒肯定「過剰性＋特段の事情」原則→無効	○
28	26. 4. 1994⑪ NJW 1994, 1726	重畳的債務引受	妻↓離婚	二〇歳、職業教育は途中で挫折、クリーニング屋のパートで月収八〇〇Mと育児手当月四二〇M。	カーマニアの夫（月収手取り二五〇〇M）で月額二八七Mの月賦債務）の自動車購入の融資のため、五万一五八七M（七二回払い、初回六八〇M・二回目以降七一七M）の重畳的債務引受。請求額三万七五一三Mとのその利子。	BGB一三八条一項⇒肯定「特に大きな不均衡」原則→無効	○
29	5. 1. 1995⑨ BGHZ 128, 230= NJW 1995, 592	連帯保証	妻↓離婚	三四歳、専業主婦、無資産、職業教育を受けていない。	夫の事業拡大融資のため、会社取引に基づく全債務につき、極度額二八万Mとする連帯根保証。保証契約当時から夫婦は危機にあり、その後離婚。請求額二八万MとMとその利子。うち五万M以上請求不可強制執行通知がなされた。	BGB一三八条一項⇒否定「過剰性＋特段の事情」原則→有効「特に大きな不均衡」原則→有効∵財産移転防止の利益行為基礎喪失⇒五万M以上請求不可∵離婚	△

35	34	33	32	31	30
5. 11. 1996① BGHZ 134, 42= NJW 1997, 257	10. 10. 1996⑨ NJW 1996, 52	BGH 2. 5. 1996⑨ NJW-RR 1996, 1262	25. 4. 1996⑨ NJW 1996, 2088	18. 1. 1996⑨ NJW 1996, 1274	2. 11. 1995⑨ NJW 1996, 513
連帯保証	連帯保証	連帯保証	連帯保証	連帯保証	連帯保証
妻	子	妻→離婚	妻→離婚	妻	妻
年齢・学歴・職歴・収入・資産不明。	二五歳、大学で建築技術を勉強中、父から仕送り月八〇M、専門試験終了後に父の会社に入社することが内定している。	年齢・学歴・職歴・収入・資産不明。請求時差押可能収入約四〇M。	三五歳、無職、商業教育を修了し過去に経営に関与した経験あり。	四四歳、主債務者である会社の給与係として月収手取り二五〇〇M。	年齢不明、パートの事務員、月収総額一二八七M。
夫の金属工業有限会社設立のための企業貸付三〇MにつきⅠ重畳的債務引受。一部請求として一万五〇〇〇M。	父が経営する会社の事業のための融資につき、その他の兄弟（三人）と母との五人で極度額一億四〇〇〇Mの連帯根保証。訴訟提起時子供二人、月収五六〇〇M。残債務一一八万Mのうち一部請求として二〇万M。	事案の詳細は不明。夫の銀行に対する一〇万三〇〇〇Mの消費貸借債務の連帯保証。	夫と夫の兄弟のレストラン経営資金の融資のため、現在および将来の全取引債務につき極度額八万七〇〇〇Mとする連帯根保証。	夫の建設会社設立の融資のために極度額二〇万Mとその利子につき連帯根保証。残債務二一万Mにつき強制執行。	夫の会社設立の融資のために極度額一〇万Mにつき連帯根保証。銀行は、妻が保証を引き受けるつもりのないことを知っていたが、当該融資のために、他に最終不足額支払保証人と低予定された者が、妻による連帯保証がなければ、自分も保証を引き受けないといったので、銀行は融資金の大半を夫に交付したあとで、妻による保証を要求。請求額一〇万M。
BGB一三八条一項⇒差戻し「特に大きな不均衡」、「原則財産移転防止目的は、一特に大きな不均衡」を正当化せず。	BGB一三八条一項⇒肯定「過剰性＋特段の事情」原則→無効「特段の事情」について親の子に対する意思決定侵害を事実上推定。	BGB一三八条一項⇒否定∵財産移転防止の利益〈適用枠組不明〉行為基礎喪失⇒請求不可∵離婚	BGB一三八条一項⇒否定「過剰性＋特段の事情」原則→有効∵特に大きな不均衡」原則→有効∵財産移転防止の利益行為基礎喪失⇒差戻し∵離婚将来の収入算定のため差戻し	BGB一三八条一項⇒否定「過剰性＋特段の事情」原則→有効「特に大きな不均衡」原則→有効∵夫の収入と合わせると「極端な不均衡」なし。	BGB一三八条一項⇒差戻し「過剰性＋特段の事情」原則→銀行による不当な影響力の行使の有無を審理すべく差戻し。
差戻し	○	△	差戻し	×	差戻し

36	37	38	39	40	41
5. 12. 1996⑨ NJW 1997, 940	16. 1. 1997⑨ NJW 1997, 1980	23. 1. 1997⑨ NJW 1997, 1003	23. 1. 1997⑨ NJW 1997, 1005	11. 3. 1997⑪ BGHZ 135, 66= NJW 1997, 1773	17. 4. 1997⑨ NJW-RR 1997, 1199.
最終不足額支払保証	保証	連帯保証	連帯保証	重畳的債務引受	連帯保証
子	社員（持分一〇％）	妻→離婚	パートナー（女）	妻→離婚	子
二四歳、収入不明、大学（法学部）出身、ときどき弁護士の下で働く、父の会社の業務執行者にされている。	男性、主債務者である有限会社の社員（一〇％の持分権者）かつ総経業員であり、月収額四二〇〇Mで家族四人を扶養。	年齢不明、無職、無資産・ホテルの職業教育終了。	年齢不明、主債務者が経営する自分の名前を商号とする飲食店で商品の発注や接客などをして月収手取り二五三M。その後無職。	三四歳、無資産、花屋の販売員として月収手取り約一二〇〇M。	二五歳、機械組立の教育を受けると同時に父経営の機械組立会社で働き、事業の振替口座の代理権を有する。月収総額五〇〇〇M、生活費等を引いて七〇〇M残る。兄弟と複数の不動産を共有（持分二分の一）するが、全価値につき（一）X銀行のため一つの土地債務設定。うち一つの土地建物の賃料月一五〇〇M。
父の会社の取引債務につき、一八万七九五一Mおよびその利子につき最終不足額支払保証。	会社の当座勘定信用（五〇万M）と投資信用（四〇万M）に基づく債務の計九〇万Mを保証。有限責任であることと資産がないことから保証引受けを拒絶していたが、銀行が融資金交付後、不意打ち的に保証引受けを要求した。一部請求として一〇万M請求。	夫の全取引債務につき極度額七万四〇〇Mとする連帯根保証。融資目的として夫所有の自動車修理が掲げられるが争いあり。請求額六万二〇〇〇M。	パートナーの事業拡大のため極度額一〇万Mとする連帯根保証。当初別の保証人を立てる予定であったが、貸付金三六万五〇〇〇Mの交付後に、この者による保証を得られなくなったので、急遽代わりに保証引受け、担保のための定期預金を増額した。	夫の自動車販売会社設立のための起業家貸付一五万四〇〇〇Mにつき重畳的債務引受。一部請求？M	父の会社の再建計画のための追加融資のため、父の銀行に対する現在及び将来の全債務につき極度額一〇万Mおよびその利子とする連帯保証。請求額一〇万二四八八・七五M。
BGB一三八条一項⇓否定 「過剰性＋特段の事情原則」→有効	BGB一三八条一項⇓差戻し 「特に大きな不均衡」原則→有効 「過剰性＋特段の事情」原則→差戻し 債権者が保証人の精神的強制状態を作出。	BGB一三八条一項⇓否定 「過剰性＋特段の事情」原則→有効 「特に大きな不均衡」原則→有効 ∵財産移転防止の利益 為基礎喪失⇓請求不可∵離婚	BGB一三八条一項⇓否定 「過剰性＋特段の事情」原則→有効 「特に大きな不均衡」原則→有効 ∵財産移転防止の利益 ∵黙示の不請求の合意⇓否定 ∵保証人の契約締結時の収入が二五％基準を満たさず（弁済可能）	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⇓肯定 判例（26）（27）（34）で示した枠組の適用不可。 著しい過剰債務→立証されず。 ∵Yの教育状況から，保証債務を見通しの期間内に弁済できるような職業上の地位を取得することを考慮に入れてよい。 両親のふまいと銀行による保証の要求→法的に非難されず。 ∵Yは会社の再建計画に関与，重大な投資決定に関与，振替口座の代理権有する。 銀行による意思決定侵害の事実やリスクの黙秘などは主張されていない。
×	差戻し	△	×	○	×