

# Eine Betrachtung über die Wirkung der persönlichen oder dinglichen Sicherung bei Unwirksamkeit der gesicherten Forderung (2)

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2297/32145">http://hdl.handle.net/2297/32145</a>

# 被担保債権無効・取消の場合における人的・物的担保の効力に関する一考察 —比較法的検討を踏まえて—（2）

長谷川 隆

第一章 序—本稿の目的

第二章 フランス法の状況（以上、四九巻二号）

第三章 ドイツ法の状況

第一節 若干の断りと前置き

第二節 保証の場合をめぐる状況（以上、本号）

第三節 質権、抵当権等の場合をめぐる状況

第四節 ドイツ法のまとめ

第四章 まとめ

## 第三章 ドイツ法の状況

第一節 若干の断りと前置き

本章では、被担保債権が無効・取消の場合における、人的・物的担保の効力という問題に関するドイツ法の状況を概観する。ただし、第一章の2で前もってお断りしたように、本章の内容は前稿で叙述したところを再提示する

部分が多い。しかし、前稿の内容とはもとより同一ではない。その理由として、以下の二点を挙げることができる。  
まず、前稿の内容を一部変更・省略し<sup>(1)</sup>、叙述を改訂した。次に、引用文献は、入手できる限りにおいて、極力新しいものに改め、あるいは入れ替えた。さらに、新しく登場した判例を追加するとともに、法改正にも言及した。  
さて、以下においては、担保権を人的担保＝保証の場合と、物的担保＝質権、抵当権等に分け、第二節では、保証をめぐる先の問題に関する状況を、統いて第三節では、質権、抵当権等に関する問題状況を、それぞれ判例、学説の順で眺めることとし、最後に第四節でドイツの状況をまとめることとした。

## 第二節 保証の場合をめぐる状況

### 第一 総説

本項では、以下の考察の便宜となる、いわば前提問題について言及しておこう。

#### 1 保証の附従性と民法典の規定

(1) ドイツ民法において、普通保証（Bürgschaft、以下単に保証とする）には、一般に附従性（Akzessorietät）があるといわれている。そして、保証債務は、成立、範囲、存続、消滅といった各段階において主たる債務との間で附従性をもつとされるが、多くの学説は、先の問題を成立段階における附従性（Entstehungsakzessorietät）に關わるものと把握している。<sup>(2)</sup>そして、この附従性は、保証に関する以下の二つの規定、すなわち、ドイツ民法典（BGB）七六五条第一項、七六七条第一項第一文に表れているとされている。後にふれる議論とも関わるので、上記両条文

を掲げておこう。

七六五条第一項 「保証人は保証契約により、第三者が彼の債権者に對して負う債務の履行について、右債権者に對して保証する義務を負う。」

同条第二項 「保証は将来の債務または条件付き債務についても引き受けことができる。」

七六七条 第一項【第一文】 「保証人の義務については、主たる債務のそのときの現状(*der jeweilige Bestand*)を基準とする。」

同条同項【第二文】 「このことは、特に、主たる債務が、主たる債務者の過失または遅滞によって変更した場合にも当てはまる。」

同条同項【第三文】 「保証人の債務は、主たる債務者が保証の引受後に行つた法律行為によつても拡大されることはない。」

同条第二項 「保証人は主たる債務者が債権者に償還すべき、解約告知および訴訟追行の費用について責任を負う。」

(2) 本稿の問題に関する限りで、上記両条文について簡単にふれておきたい。

ア 学説においては、主たる債務が存在していることは、保証債務が有効に成立することの前提であるという点につき、異論はないものの、この成立における附從性の根柢をどの条文に求めるべきか、といふ点が学者によつて異なる。有力な見解としては、保証の定義規定である七六五条が挙げられているが、七六七条第一項第一文をも、これに加えてあげる見解がある。<sup>(4)</sup>

イ 七六七条一項は全体として、保証債務の範囲ないし存続における附從性の表れであると解されることが多く、保証の危険の明確性、限界づけを目的とした規定であるといわれる。このうち、第一文は、主たる債務の範囲

が保証債務の範囲を決定づけることを定めているとされている。そして、同一文については、主たる債務が消滅すれば、保証債務もまた消滅する、という効果が述べられている。<sup>(5)</sup> 同条同項第二文は、主たる債務が拡大されたときも第一文と同様なことが当てはまる、とする趣旨であるとされ、主たる債務者の有責性、つまり彼の過失・遅滞により、原債権が変形し、<sup>(6)</sup> 二次的な請求権 (Sekundäransprüche) が発生した場合でも、保証責任がなお及ぶことを定めている。そして、この第二文にいう「(主たる債務が) 変更した場合」に関しては、多くの議論は見あたらず、主要なコンメンタールによれば、同一文が適用される主な場合は、主たる債務者に有責な点があり、これによる履行遅滞、履行不能等の給付障害が生じ、その結果、彼に損害賠償義務が発生したような場合である、と説かれている。<sup>(7)</sup>

(3) ところで、一般に、主たる債務が無効である場合 (後述する問題との関連でいうと、例えば、債務が法律の禁止に違反する内容をもつ場合、良俗違反の場合など)、主たる債務は初めから存在しなかつたものとされ、あるいは、事後的にこれが取消された場合には、同債務は溯及的に失効する。<sup>(8)</sup> ここで、先のような成立における附従性の原則が働くことから、主たる債務についての保証債務もまた無効であって、存しなかつたことになる。しかし、他方で、すでに契約が履行されていた場合には、当事者には、受領していた物についての不当利得返還義務が課せられる。そこで、先の原則にもかかわらず、保証債務が主たる債務に代わって生ずることとなつた不当利得返還債務をも担保することとなるのか、が問題となり、この問題に関して、ドイツ法においても議論が交わされているのである。<sup>(9)</sup>

#### (4) 連帯保証について

後に見る判例の中には、いわゆる連帯保証 (selbstschuldnerische Bürgschaft) の事例も存在するので、連帯保証について簡単にふれておこう。まず、普通保証の場合には、保証人には先訴の抗弁権 (Einrede der Vorausklage) が付

与されている。これは、わが民法における検索の抗弁権に相当するものであり、債権者がまず主たる債務者の財産に対して執行しなかつた場合に、保証人に与えられる抗弁権である。<sup>(10)</sup>しかし、この抗弁権は予め放棄することができ、この抗弁権なき保証は一般に連帯保証と呼ばれている。しかしながら、連帯保証といえども保証の基本的性格を有しており、上述の附従性は失われていない。<sup>(11)</sup>

## 2 主たる契約の良俗違反を原因とする無効について

本稿で概観する判例中に散見され、学説でも取り上げられているのは、暴利によつてなされた金銭消費貸借がBGB一二三八条にいう良俗に反して無効とされ、その結果、貸主から交付された金銭についての不当利得返請求権が発生するという事例である。これに関して、ここでは、次の二つの問題に關して、簡潔にふれておこう。一つ目は、金銭消費貸借の無効が担保設定契約にいかなる影響を及ぼすかという点。二つ目は、不法原因給付に關わる点である。

(1) 金銭貸借契約が暴利を伴うため、後述のように良俗違反によつて無効とされたとき、これを担保する保証契約、抵当権・質権等の設定契約は、前者の影響を受けて無効となるのか。ここで、良俗違反に關わる条文は、BGB一二三八条であり、次のような規定である。<sup>(12)</sup>第一項—良俗 (die guten Sitten) に反する法律行為は無効である。第二項—特に、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用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對して著しく不均衡が生ずる程度に給付の価値を超えるならば、これを無効とする。

ところで、通説的見解および判例によれば、原因行為たる金銭貸借契約がBGB一二三八条二項の要件を満たす暴利行為 (Wucher) に該当する場合には、担保契約も無効になると解されている。ところが、かねてより判例は、

同条二項が定めた要件が厳格なことから、同項の適用を受けにくい暴利行為を、同条一項の良俗違反として処理する法理を定着させている。<sup>(13)</sup>そして、判例、学説上、一項の適用によつて金銭貸借契約が無効とされる場合には、基本的には担保契約は当然に影響を受けて無効となるのではなく、結局は、事例ごとの個別の判断（例えば、担保契約の具体的な内容を吟味するなど）にゆだねられると考えられている。本稿において概観する暴利的行為に関する判例は、後に見るとおり、ほとんど同条一項の良俗違反としての無効を問題とするのであり、そうすると、担保契約は無効ではなく、いわば中立的な処理を受けることとなる。

しかしながら、以上の觀点とは異なり、附從性の原則により、金銭消費貸借契約の無効によつて、これら担保は失効することとなるため、先に掲げたような問題が改めて問わされることになるのである。

(2) 次いで、暴利を伴う金銭貸借契約が良俗に反して無効であるとの判定を受ける場合、不法原因給付により給付された金銭（元本）の返還請求は許されないのではないか、という疑念が生ずるかもしれない。しかし、ドイツにおいて、判例・通説は、貸し付けられた元本の返還請求は認められると解している。その理由につき、二つの説明がなされている。第一は、元本そのものの給付という点に良俗違反ではなく、元本利用の対価が良俗に反しているにすぎないから、元本は当然に返還されねばならない、とするものである。<sup>(17)</sup>第二は、返還が否定されるところの給付とは、財産の終局的な移転と解されるところ、金銭消費貸借は実質的にいすれ目的物が返還されるという合意を基礎にするので、これには該当しない、と説明するものである。<sup>(18)</sup>

### 3 補充的契約解釈

以下のドイツにおける判例、学説の中には、本稿の問題は、補充的契約解釈（Ergänzende Auslegung）により解決されるべきだとする見解が見られるので、先行業績に依拠しながら、予め、じく簡略にこの問題にふれておきた

い。

(1) 補充的契約解釈とは、契約の中にある問題に関する規律を置かなかつた (Regelungslücke) 場合に、当事者が契約中で下した評価を尊重して、個々の事案に即して、特に規律されていない問題の解決を図ろうとするものである。学説中には、補充的契約解釈という概念ないし法技術を否定する見解もあるが、これを肯認する立場が通説であり、また、判例も同じくこの法概念・法技術を認めている。<sup>(21)</sup> この法概念は、当事者が行った表示の意味を確定することを目的とする狭義の契約解釈とは一應区別される。他方、一般に契約中の規律に欠缺がある場合には、任意法規により解決を図ることも考えられるところである。<sup>(22)</sup> このことから、任意法規との関係が問題となる。この場合には、対応する任意法規が存在する場合と存在しない場合とがあり得る。学説上、前者については、当該具体的な事案が、任意法規の予定する典型的な事態に適合するときには任意法規が適用され、そうでない事態の場合には、補充的契約解釈が問題となる、とする点で一致が見いだされる。<sup>(23)</sup> しかし、後者の場合の、任意法規と補充的契約解釈の関係については、意見の合致は見られず、裁判官による法規範の発見・定立の余地を認める見解や、すべて補充的契約解釈の問題だとする見解がある。なお、補充的契約解釈のなしうる範囲（限界づけ）については議論があるが、契約修正を導いてはならない、とする点では意見の一一致が見られる。

## (2) 補充的契約解釈の基準

ア 補充的契約解釈を行う場合の基準として、判例がしばしば用いるのが、「仮定的当事者意思 (der hypothetische Parteiwille)」<sup>(24)</sup> である。「当事者が規律を要する点を考慮していたならば何を規律したであろうか」を問題とするものである。しかし、実際の意思是存在していないのであるから、この概念は誤解を与えやすい。そこで学説は、この基準に、裁判官に對して具体的な契約における当事者の評価を尊重することを命ずる指針としての機能、を見い出している。

また、一般的には、「仮定的当事者意思」は個別的当事者意思というよりも、客観的当事者意思という意味で用いられている。

イ 判例・学説により用いられる、上記以外の具体的基準としては、次のようなものが例示されている。まず、兩当事者の行つた評価に介入しない補充方法に役立つ要素として、契約目的、契約連関（*Vertragszusammenhang*：契約中にすでにある定めから、当該問題に関する規律を引き出すという考え方であり、類推、勿論解釈等がそれである）、取引慣行、契約類型などが挙げられる。<sup>(26)</sup> なお、多くの論者によりあげられる基準として、信義誠実がある。もつとも、これは、以上の各基準とは異なり、当事者の評価に介入する、いわば規範的補充のための基準であり、契約修正を導かぬよう、注意が必要である。

- (1) 前稿（1）（2）では、契約解除の場合の原状回復義務に、当初の人的担保は及ぶのか、という問題をもあわせて紹介・検討したが、本稿では、テーマをより明確にするため、解除の問題については、これを取り扱わないこととした。
- (2) ドイツの保証契約全体を概観する文献として、さしあたり、以下のものを挙げておこう。鶴井俊吉「ドイツ法における保証制度の概略」手形研究三三四号三〇頁（一九八二年）、伊藤進「ドイツ債権担保制度概観」『物的担保論』六四頁（一九九四年）、右近健男編『注釈ドイツ法』六五〇頁以下（鶴井俊吉）（一九九五年）。
- (3) 1)のよつた理解が多数を占めてくると見られる。代表的文献として、D.Medicus, Die Akzessorietät in Zivilrecht, Jus 1971, 498; J. von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 13. Aufl., 1997, § 765 (N. Horn) Rn. 78ff.; (以下、本コノハメントール) ； Staudinger-Barbeiter ハレ＝モルテン＝バーナー ; P.Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Aufl. 2007, Rn. 837; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 2009, § 765 (M.Habersack) Rn. 61ff. (以下、本コノハメントール) ； MünchKomm-Bearbeiter ハレ＝モルテン＝バーナー 一方、これを内容にねげる附従性の問題田の もとに整理すれば、K.Larenz, C.W.Canaanis, Schuldrecht II 2, 13. Aufl., 1994, § 60 S. 11f.
- (4) 前注（2）の論者の中で、根拠条文として、七五六条を重視するのは、メダイクス、ホルンであり、両条文を挙げるのは、ハバーザック、また、七六七条のみを挙げるのはシヨロウである。
- (5) Staudinger-Horn, aa.O § 767 Rn. 10; MünchenKomm-Habersack, aa.O § 767 Rn. 1.

(6)

例えば、次のコハメンタール等がいのよつに説明してゐる。Staudinger-Horn, aa.O. §767Rn.25ff; W.Ernau, Handkommentar zum BGB, 11. Aufl., 2004, §767(E.Hermann), Rn.8(以下、本コハメンタールをErman-Bearbeiterとして用いた) ; MunichKomm-Habersack, aa.O. §767Rn.7.

(7) 取消の効力について、BGB I 四二条一項を参照。

(8) 周知のことであるが、契約の無効・取消の場合においては、BGB八一一条一項に基いて、いわゆる給付利得返還債務が生ずる。この点にても、磯村保「事務管理・不当利得総論B外国制度イドイツの制度」谷口知平ほか編「新版注釈民法(一八)」一六頁以下(一九九一年)。

(9) Staudinger-Horn, aa.O. §765Rn.80.

(10) BGB七七一条の規定がそれである。同条は「保証人は、債権者が主たる債務者に対して行った強制執行が目的を達成しないとから結果になるまでは、債権者に満足を与えることを拒みうる(先訴の抗弁)」と定める。なお、先訴の抗弁という表現は誤解を招きやすいので、むしろ先執行の抗弁といふべきだとの主張がなされてゐる。

(11) Staudinger-Horn, aa.O. §773Rn.5.

(12) 本文の第一項の訳は、大村敦志「公序良俗と契約正義」二四〇頁(一九九五年)によつた。なお、本文に記載した第一項の文言は、一九七六年改正後のそれである。それ以前は、現在の「強制狀態、無経験、判断力の欠如または重大な意思薄弱」という要件が、「窮迫、無経験または懲罰」となつてゐた。

(13) この点にても、大村・前注(12)二二二四頁以降(二二二五頁、二二二七頁、二二二八頁)参照。

(14) 例えば、K.J.Hopf/O.Milbert, Kreditrecht, 1999, §607Rn.320; H.T.Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 13.Aufl., 1999, §138(W.Heftermehl)Rn.50(以下では、)のコメンタールを、Soergel-Bearbeiterとして用いる) ; Erman-H.Palm, 11.Aufl., 2004, §138Rn.2ff.

(15) BGB八一七条は第一文で、「給付の目的が受領者がこれを受領する」とじよひて法律もしくは良俗に反するといふように設定されていふ場合には、受領者はこれを返還する義務を負う」と定め、続けて、第一文として、「給付者にも同様にそのよつた違反があるときには、返還請求権は排除される(以下略)」といふ条文が置かれる。この第一文の内容が、不法原因給付である。

(16) 第二文の法文は、受領者と並んで給付者も同様に良俗に反してゐる場合に、返還請求権が排除されると定めている。しかし、暴利の貸付は給付者(貸主)だけが非難されることになる場合が普通であり、この場合に八一七条第二文が適用されないのは不合理である。そこで、判例通説は、同条の適用範囲を広く解し、給付者だけに良俗違反がある場合にも、同一文の適用を認めてゐる。この点にても、磯村・前注(8)一九頁。

(17) P.Schlechtriem, Schuldrecht Besonderer Teil 6, Aufl., 2008, Rn.742.

(22) D.Medicus,Bürgerliches Recht,21.Aufl.,2007,Rn.699 ; MünchKomm-M.Schwab,5.Aufl.,2009,§817Rn.35.

(19) メイハにおける補充的契約解釈について、「日本敬三教授による詳縁な研究がなされ得ねり、本稿はこれに多くを負つてゐる。山本敬三」「補充的契約解釈（一）～（五・完）」法學論叢一一九卷）[号]一頁、一一九卷四号一頁、一一〇卷一號一頁、一一〇卷一號一頁、一一〇卷一號一頁（一九八六年）、同「補充的契約解釈」私法五〇号一四二頁（一九八八年）。

(20) ハのよつた見解を支えるのは、契約は両当事者が自由の法關係を自ら形成するものであるとする認識である。なお、補充的契約解釈の実定法上の根拠は、BGB一五七条である。同条は、「契約は取引慣行を顧慮し、信義誠実の要求する所によつて解釈されるべきである」と定めている。

- (21) 判例については、例べたとく、Soergel,M.Wolf,13.Aufl.,1999,§157 Rn.103 ; MünchKomm-J.Busche,5.Aufl.,2006,§157Rn.26.29ff. ; Staudinger-H.Roth,2010 §157Rn.12.15.
- (22) 山本・前掲論文（11）論叢一一〇卷一號一頁以下、同論文（四）論叢一一〇卷一號一頁以下。
- (23) 山本・前掲論文（11）論叢一一〇卷一號一頁以下、同論文（四）論叢一一〇卷一號一頁以下。
- (24) Soergel,Wolfaa,O.Rn.129 ; MünchKomm-J.Busche,aaO,Rn.46ff. ; Staudinger-H.Roth,aaO,Rn.30ff.
- (25) 山本・前掲論文（四）論叢一一〇卷一號一頁以下を参照。
- (26) 各基準の意義および問題点については、山本・前掲論文（四）論叢一一〇卷一號一頁以下。簡略には、同・私法一四六頁を参照。山本教授は、これら基準の整理は、メイハにおいても十分ではなきわれぬ。

## 第二 単例

以下、保証に関する判例を概観するにいたした。まず、判決の時間的順序に従ふ、戦前（第一次世界大戦前）から戦後へと見てゆく。その際、当初の主たる債務につきなされた保証は、不当利得返還債務に及ばないとする判例（ハれを便宜上、否定例といつ）と、当初なされた保証が不当利得返還債務にも及ぶとする判例（ハれを、便宜上、肯定例といつ）を区別して紹介するにいたしたい。

## 1 戦前の判例

戦前の判例中で一件、否定例を見いだすことができる。それを見てみよう。

〔独・1〕 RG1919.3.10; RGZ95,125.

(事実) Yは妻であるAから包括代理権を与えられ、これに基づき、一九一三年、代金七万マルクでXより木材を購入する契約を結び、公正証書により、Aの負う代金債務について連帯保証した。Aが代金を完済しないため、XはYに対して5千マルクの支払いを求めて訴えを起こした。これに対し、Yは上記売買契約は暴利行為により無効である、と主張し争つた。原審は、次のように判示して、Yの主張を退けた。すなわち、売買契約は無効であっても、AはXから購入した木材を転売して三万五千マルクを得ているから、Aは同額につき不当利得をしている。公正証書上には、代金債務を保証する旨が述べられていても、Xは木材引き渡しから生ずる請求権についても保証を得ているというべきであり、Yは木材の売買契約が無効の場合、代金債権に代わって生ずるXの不当利得返還請求権についても保証責任を負う、と。これに対し、Yが上告を行つたところ、ライヒスゲリヒト(RG)は上告を容れ、原判決を破棄した。

(判旨) なるほど、合意の解釈を行うに際しては、書面上の文言に固執することなく真意が探求されるべきである。しかし、現実的な合意においては、限界もまた存在する。本件保証においては売買代金債権のみが問題となるというべきである。なぜならば、原審の認めるような保証責任の拡大が意図されていたとすれば、これは売買代金債権ではなく、木材引渡しから生ずるXの別の債権について語ることになつてしまふからである。

右判決の理由付けにはやはつきりしない点もあるが、RGは、本事例が売買契約の買主の側の保証であったことを重視し、保証人の意思があくまで代金支払債務について保証する意図であった、と判断したものといえるだろ

う。

右判決に対して、肯定例を一件紹介しよう。

[独・2] RG1929.10.24; HRR1930.Nr.211.

(事実) A織物有限会社の業務執行役員 (Geschäftsführer) ドあるBとYは、AがXと締結した5千ライヒスマルクの金銭消費貸借契約につき、借主Aの主たる債務を連帯保証する」とし、その旨を記載した書面も作成された。上記金銭がXからAに交付された後、Xは詐欺を理由に先の金銭貸借契約を取消した。原審は、詐欺取消がなされば、附從性によつて保証契約も無効となるので、XはYに対して、保証責任は問うことができないと判示した。これを不服として、Xが上告したのが本件である。

(判旨) 論旨にややはつきりしない点があるが、次の通りである。消費貸借は要物契約である。本件のXの取消は、消費貸借約束 (Darlehensversprechen) 上の、金銭を相手に供与するという義務のみに関わる。これに比べて、Aの、要物契約から生ずる金銭返還義務は、先の義務に依存するものではない。従つて、Yの保証は、要物契約としての消費貸借 (Darlehens-Realvertrag) から発生する返還義務に及ぶことは疑いない。また、本件のように、反対当事者側の契約違反について、貸主が契約条項を用いる (Gebrauch zu machen) 必要がある場合には、信義則に照らし、貸主の担保は脱落しない。

この判決は、保証責任を肯定するために、要物契約性を持ち出している。すなわち、金銭引渡し前の貸主の債務と引渡し後の借主の返還債務とを切り離し、前者の取消は後者の効力には関わらないとするものようである。しかし、このような構成によるならば、保証人は、取消後の不当利得返還債務ではなく、消費貸借契約上の債務につき、保証責任を負うことになるようと思われ、若干の疑問がないではない。

## 2 戰後の判例

### (1) 否定例

よく挙げられる事例として、まず、以下の四件を示そう。

[独・3] OLG Frankfurt 1980.7.9; NJW 1980, 2201.

(事実) A 有限合資会社は X から金銭を借り入れ、これにつき、A の社員 Y が連帯保証をした。X は Y に債権額の一部五千マルクを請求し訴えを起こした。原審は、金銭貸借契約それ自体は暴利によりなされており、良俗に反し無効である、としつつも、A のなすべき不当利得返還義務については、Y は保証人として責任を負うと判示し、X の請求のうち、四千マルクの範囲でこれを認容した。そこで、Y が控訴した。

(判旨) BGH 七六五条、七六七条に表れている附從性の原則からすると、主たる債務が無効の場合における不当利得返還債務に保証は及ばない、という結論が導かれる。しかし、保証契約書面上であれ解釈によつてであれ、保証責任を拡大させようという当事者意思が認められれば、別の可能性が出てくる。たとえ、契約文言中にこの意思が明示されていなくても、かような意思の手がかりとなる事情が存することが必要である。しかし、本件においてはかような意思は見いだせず、また上記のような事情は存しない。

このように本判決は、保証を肯定する余地があると一般的には述べたものの、結論としては保証責任の拡大を否定したものである。

さて、この判決が一般論として、保証責任肯定の姿勢を垣間見せたのに対し、この判決から後退し、保証責任の拡大には消極的立場を取った事例が、次の「[独・4]」である。本節第一で述べたように、金銭貸借契約が良俗に反して無効である場合に、これに伴う担保契約は必ずしも当然に無効の影響を受けないとするのが判例学説の傾向であるが、本判決はこれとは異なる判断を示している。

[独・4] OLG Stuttgart 1984.8.7; NJW 1985,498.

(事実) 詳細は不明であるが、次のような事実関係と見られる。Yは自分の息子AがX割賦銀行 (Teil-zahlungsbank) から借入れをするに際して、「なされた貸付けまたは後に成立する債務 (aus gewährten Darlehen oder später eingegangener Schuldverpflichtung)」について保証を行うとの契約をXとの間で結んだ。Aの債務不履行により、XはYに対して未弁済金額と金利の支払いを求めた。原審がXの請求を認めたため、Yが控訴した。

(判旨) 控訴認容。Yの保証にかかる金銭貸借契約は市場金利を大幅に超える金利を付しているので良俗に反しており、無効である。しかし、Yの行った保証は債務者Aに対してもつ不当利得返還請求権を担保しない。保証の拡大は当事者の合意に依存し、本件合意内容は不当利得返還請求権を含ましめたものとは考えられない。また、本裁判所は、原則的に良俗に反する法律行為についての担保契約は無効であると解する。  
さて、続いて、[独・3] 判決の延長上に位置づけられるケースがあるので、見てみよう。

[独・5] OLG Hamm 1987.4.3; WM 1987,1277

(事実) Yは一九七九年一一月、AがX銀行から一万マルクを借り入れるにつき、連帯保証した。しかし、この貸借契約は、市場金利をはるかに超える利息支払いを契約し、かつAにとって他の不当な条件をも含んでいたため、別途、裁判所によって無効なものと判断された。そこでXはAに交付した金銭を不当利得として返還請求するにつき、Yに保証人としての責任を求め、提訴した。原審がX勝訴の判断を下したため、Yが控訴した。

(判旨) 保証責任が直ちに不当利得返還債務に及ぶものではない、とするのが通説的見解であり、判例上も、このためには保証意思の解釈、意思の探求が必要だとされている。このためには、解釈上の手がかり (Ansatz-

Punkt) が要求されるが、これは保証契約の書面上に明示されていなければならぬ。本契約書中には、「貸金の提供から生ずるあらゆる債権、利息、費用」について保証するという文言があるが、偏見のない読み手ならば、保証対象は、貸借契約から生ずる債権に限定される、と理解するであろう。さらに、本件契約書面には、「保証は起こりうる契約解除から発生する債権についても及ぶ」とあるが、これもXからなされる不当利得返還請求についての自覚的保証のための手がかりにはなり得ない。

以上のように、本判例は、基本的には意思解釈の問題であるという前提に立つてゐる。しかしながら、契約解除についての保証の合意を、保証が不当利得返還債務へも及ぶことの解釈の基礎としては認めないと、かなり厳格な姿勢を見せてゐることが特徴的であるといえよう。

否定例の最後に、方式欠缺による契約無効（もつとも無効原因はドイツ法特有の規定に基づくものである）が問題となつたケースを紹介しよう。

〔独・6〕 LG Düsseldorf 1989.3.10; WM1989,1126.

(2)

(事実) A会社とXリース会社は、一九八九年に、いわゆるセール・アンド・リースバック契約を締結し、まことに公正証書によつてA所有不動産をXに譲渡する契約がなされ、移転登記が経由されるとともに、代金一五〇万マルクが支払われた。しかし、その後、同不動産をXからAに賃貸借（リース）する旨の契約書の書面中には、「目的物所有権移転後、借主は公正証書によつて、目的物の買戻権（Ankaufrecht）を留保する。これにより借主は一八年または三〇年の期間経過後、目的物を取得する」という条項があつたにもかかわらず、同契約書は公正証書によつては作成されなかつた。他方でYは、Xと一九八〇年に連帯保証契約を結び、AがXに対して負う賃料等一六六万マルクについて保証することとなつた。

ところが、Aに対し一九八五年に破産手続きが開始されたため、XはAとのリース契約を解消し、Aの未

払い賃料、損害金等の支払いを求めて保証人Yを訴えた。これに対し、Yは前述の賃貸借契約は無効であると争った。

(判旨) <sup>(3)</sup>まず、先の不動産賃借契約は、その所有権取得に関わる買戻権の合意を伴うものであるから、BGB三一三条に基づき、公正証書によつてなされるべきところ、この契約方式を欠いているので無効である。そして、<sup>(4)</sup>このような約定の無効は、一部無効にとどまらず、セール・アンド・リースバック契約全体の無効を招く。次に、方式欠缺のためにセール・アンド・リースバック契約が無効になることによつて、不当利得返還債務が生じた場合、補充的契約解釈により、保証人は同債務についても責任を負う、という結論が得られる。この場合、主たる債務の無効原因が同債務者の危険領域 (Risikobereich) にある場合には保証人に責任が及ぶ。しかし、本件はこれに該当しない。というのも、本件で問題となつた契約方式は債権者Xの発意に由来しており、方式上の瑕疵の責任はXに帰せしめられるからである。

本判決は、結果的には保証責任を否定したものの、新規性に富み、興味深い。まず、補充的契約解釈により保証責任肯定の余地があること、そして、無効原因がいずれの当事者の危険領域にあつたか、を決め手としていること、など従来の判例に見られなかつた判示をしているのである。特に、主たる債務の無効原因が、いずれの当事者の危険領域にあるかという判断基準は、後掲のペッヒャーの学説からの影響を見ることができる。

## (2) 肯定例

以下では、最上級審判決四件を紹介する

まず、理論的に十分な理由づけが与えられているわけではないが、戦前の否定的姿勢からの変化を見せた点で、しばしば引用されるものを示そう。

(事実) 事実は次のようである。XはAに土地を賃貸し、YはAの保証人となつた。保証契約書中には、「貸借契約継続中における、同契約から生ずる義務」について保証するという文言が置かれていた。しかし、しばらくの後、賃貸借契約が無効であることが判明した(原因は不明)。XはAに対して現実に目的物を利用した利益を不当利得として返還するように求めたところ、Aはそれができなかつたことから、XはYに責任追及したものである。

(判例) 保証が不当利得返還義務に及ぶことは法的に排除されえない。このことは賃貸借契約の場合にいつそうよくあてはまる。本件契約書中の「貸借契約から生ずる義務」という条項は、保証人の責任拡大という解釈にとつて必ずしも妨げとならない。

これに続く最上級審の肯定例は八〇年代に至るまで見出されない。八〇年代に至つて登場する次の判例は、学説により頻繁に取り上げられる著名なものである。<sup>(1)</sup>

[独・8] BGH 1987.2.12; JZ 1987, 883 = WM 1987, 616

(事実) 電気器具販売業者であるXは、いわゆるローン提携販売により客Aに商品を売り、Y割賦銀行はAに対して約一五一四三マルクの融資を行つた。さて、これ以前にXYは割賦販売のための金融について基本契約(Rahmenvertrag)を結んでおり、同契約書五条には、Xは顧客AのYに対する消費貸借上の義務につき共同責任(Mithaft)を引き受ける旨の合意事項があつた。さらに同九条一項は、顧客が割賦金の返済を二回遅滞した場合、銀行の請求により、販売会社は直ちに顧客の借入額を弁済する義務を負う、と約定していた。ただし、同条には第二項として、銀行は借主に対して執行名義を得、かつ、これに基づく差押えが無意味であるとの証明書が執行官から交付されるに至るまで(bis zur Fruchlosigkeitsbescheinigung)借主に請求を行つるととする旨の条項が付け加えられていた。ところで、借主Aは借入れ金の一部しか弁済しなかつたため、Yは上記基本契

約に基づき自行におけるXの預金口座から一〇三六六マルク引き落とした。これに對してXが異議を唱えるとともに、その内の五〇〇〇マルクの返還を求めたという事件である。なお、XがY A間の金銭貸借契約は暴利であるがゆえに無効であると主張したことにつき、一審、二審判決ともにこれを容れ、当時の市場金利の倍以上の利率であるから、同契約は良俗に反し無効であると判示した。

(判旨)

1) Xの負う先の共同責任の性質は、保証に相当するものである。これはXYの締結した基本契約の解釈によって決定されるところ、原審はこれを重層的債務引受だと解した。しかし、先の九条二項の合意からは、Xは補充的かつ附従的にのみ (nur subsidiär und akzessorisch) 責任を負うと解すべきである。

2) 金銭消費貸借が無効である場合、借主の保証人の責任が不当利得返還債務まで拡張されるとは一般的にはいえない。しかし他方で、返還債権者たる貸主は良俗に反する契約内容を意識的または過失により設定したのだから、保証人よりも保護を受けるに値しないと断じて責任の拡大を一切否定してよいものではない。結局は個々の場合における保証契約の解釈の問題である。解釈に当たっては、主たる債務者の友人・縁者のように好意で保証人になつたか、商人として金銭貸借の共同責任を引き受けたか、により判断が異なる。そして、自分の顧客に代金を支払わせたいめであるとか、仲介手数料 (Vermittlungsprovision) を得るなど、保証人が自己の経済的利益を追求しているときには、保証人の責任は不当利得返還債務に及びうる。

本判決は、上告審としてはじめて、金銭消費貸借契約の借主の保証人の責任が、同契約無効の場合の不当利得返還債務にまで及ぶことがあることを判示したものとして位置づけられている。加えて、問題の解決は個々の契約解釈に依存する、との立場を明言したという意義をもつものといえる。

同じく八〇年代後半には、上記BGH判決をほぼ踏襲した下級裁判所判決が出現しているが、さらに、九〇年代

(6)

單々に次のよつたBGH判決が出現した。

(7)

[独・⑨] BGH1991.11.21; NJW1992,1234.

(事実) 事實関係、判斷とともに本問題に関連する点にしづり、大幅に省略した。

一九七五年一一月、W銀行はXの夫であるAとの間で、六七八五マルクの融資といれを分割返済する旨の契約を結んだ。この際、Aの妻XはWの用意した書式に従い、Aの債務保証のために、次のような条項を含む契約書に署名した。すなわち、「Xは六七八五マルクの消費貸借から生ずる債権、『あるいは例えば債務不履行に基づく解除、瑕疵担保による解除、取消、不当利得などの原因から生ずる諸債権につき』連帯保証をする」と(なお、『』で囲んだ部分を「あることは(oder)条項」と呼ぶことにする)。それに加えて、Xは上記貸借および保証のさらなる担保として、自己の雇主であるBに対し現在有しままたは将来取得する給料債権の差押え可能部分をWに譲渡するところ約定を結んだ。その後、WがAに対してもつ貸金債権と先の給料債権はP銀行を経由してYに譲渡され、譲受人Yは一九八七年三月、書面によりXの雇主Bに対してのことを通知した。これを受け、BはXへの給料の内、八六二四マルクをYに支払った。

ところが他方、AW間の金銭消費貸借契約は、通常の金利を大きく超過してゐることから、良俗違反のため無効であることが判明した(原審の認定による。この点、当事者間に争ひなし)。ソレでXは、同契約の保証および担保のための債権譲渡はいずれも無効であるとして、Yに対し、不当利得返還請求の訴えを提起した。これに対してYは、債権譲渡によつてかゝつての債権者であるWの地位を承継していることを前提に、次のように抗弁した。金銭貸借契約が無効であることから、Aは交付された金銭の不当利得返還債務を負い、Aの保証人Xはこれにつき保証責任を負担してゐる。そりや、上記のXからの請求に対し、反対に、Xに対してもつ右の保証契約上の債権によつて相殺する、と。

原審ではXが勝訴し、Yが上告した。原審判決は、1) Xの保証は不当利得返還債務に及ばない。このよう  
な責任拡大は附従性を失効せしめる不当な試みである。2) Xの保証に関する「あるいは条項」は旧ドイツ約  
款規制法三条<sup>(8)</sup>にいう不意打ち条項に該当し、契約の構成部分とはならない、等と判示した。

(判旨) 破棄・差戻。BGHは要するに、保証人Xは消費貸借契約無効の場合の、主たる債務者の負う不当利  
得返還債務についても保証責任を課せられうる、と判断した。その理由として重要な点を指摘し  
ておこう。1) 先述の「あるいは条項」は旧ドイツ約款規制法三条にいう不意打ちにはならない。なぜなら、  
そこに示された複数の請求権への保証引受けは自由な意思を基礎にしている。また、金銭貸借契約から生ずる  
債権について保証する者は、少なくとも同契約無効の場合、不当利得返還請求権についても保証がなされるこ  
とを債権者が望んでいることを予期すべきである。2) 「あるいは条項」は保証人に不当な不利益を与えるが  
ゆえに(旧)ドイツ約款規制法九条一項により無効である、とはいえない。判例上、一定の要件のもとに、消  
費貸借契約無効の場合の不当利得返還請求権に保証を結びつける解釈が認められており(ここに前掲のBGH  
「独・8」が引用される)、不当利得を根拠として交付した金銭の回復を求める債権者の利益は妨げられない。

他方、これにより保証人の利益は不当に軽んじられない。彼が保証責任を負うことは暴利条件を付した銀行の  
共犯者になるものではないし、反良俗行為を助長するものでもない。

本判決がこれまでの判例と異なるのは、保証契約の約款中に原契約に付随した不当利得責任に関する文言  
があり、その効力が約款規制法との関係で問題になつたという点である。しかし、本判決が「独・8」の考え方を  
基本的に受け継いでいることは明らかであり、重要な意味を持つ判例といえよう。

さらに、二〇〇〇年代に入り、裁判所は本問題に関して同種の判断を重ねていく。次に、事実、判旨ともぐく簡  
單ではあるが、近時の判例を紹介しよう。

[独・10] BGH2001.3.15 ; NJW2001,1859.

(事実) Y銀行はW合資会社への融資 (Zwischenfinanzierungskredit) として、五〇万マルクを貸し付けることとしたが、この融資についての業務執行社員会議の承認を得るのことを条件としたものの、その承認はなされなかった (Gremienvorbehalt)。A貯蓄銀行はこの融資につき保証人となり、その結果、同額がYからWに交付された。その後、先の会議の承認がなされないままWが破産してしまったので、Aは保証人としてYに五〇万マルク支払った。さて、先の会議の承認が欠けている場合、YとWとの金銭消費貸借は無効とされる。とするならば、Aの保証人としての履行義務は、YのWに対する不当利得返還請求権を担保することになるのではないか、という問題が争点となつた。

(判断) 要点は次の通りである。貸し付けられた金銭は、条件付き貸借契約に基づくものであり、この条件の脱落 (Ausfall) の結果、貸主には不当利得返還請求権が生じるが、この債権が保証の対象になるか否かは、金銭消費貸借の担保のための保証の解釈に依存する (前掲「独・8」判決が引用される)。このような解釈は、次のような場合に心に浮かる。1) 貸借として交付された金額と不当利得返還の金額が同一目的に奉仕すること。2) 保証人の危険 (Risiko) が、担保された法的基礎の存在だけでは、高まる」とがないこと。

本判例もこれまでの戦後上告審判決と同じく、問題は、契約解釈の問題に帰するとしている点は注目に値する。

### 3 判例のまとめ

保証に関する判例の状況をまとめておいた。以下、紛争事例、肯定否定の判断状況、法律構成という三つの角度からまとめておきたい。

#### (1) 紛争事例

特に戦後においては、契約無効から生ずる不当利得返還債務を問題とするものが多数を占め、中でも、暴利的金銭貸借に関するケースが目立っている。

## (2) 肯定否定の判断状況

戦前では、無効・取消の場合において、保証責任肯定、否定と結論が対立していた。これに対し、戦後は様相を異にする。まず、肯定的姿勢を示した五〇年代の「独・7」にもかかわらず、八〇年代には下級裁判所による四件の否定例が見られる。しかし、この内の「独・3」、「独・6」は保証責任を肯定する余地があるとしつつも、異なる結論を採用した事例であり、両判決はむしろ基本的には肯定説に与する、とも評価し得ないではない。他方、一九五四年以降、肯定説に立脚した四件のBGH判決が出現している。以上のことから、戦後においては、肯定的立場が主流であるように見られる。

## (3) 法律構成

ア 戦前の判例は、当初の保証の対象たる主たる債務と、契約の無効・取消から生ずる不当利得返還債務は異質なものであるという理解に立ち、否定例はこれを判断根拠として用いている。他方、肯定判例は、この両債務の差異という問題を克服すべく、別の理由づけを試みている。例えば「独・2」は要物契約という構成に基づいている。

### イ 戦後の判例

まず、戦後判例も、主たる債務と不当利得返還債務の異種性という前提に立っていることは疑いないと思われる。しかし他方で、契約当事者の保証責任拡大の意思が、契約解釈を通じて認められれば、不当利得返還債務への保証を肯定しうる、とする考え方が多くの判例に共通しており、今やこの法律構成が判例上定着しつつある。もつとも、ここでの「契約解釈」はいわゆる補充的意思解釈をも含めた広い概念として使われているようと思われる（「補充的意思解釈」という述語を判例中で明示的に用いるのは「独・6」のみ）。特に近時の「独・8」がこれを明言し、

「独・9」、「独・10」によつて再確認されたといつてよいだらう。また、これらの判断傾向は、「独・8」に前後する「独・3」、「独・6」の判断中にもうかがわれるところである。また、(補充的)契約解釈が成り立つ理由として、「独・10」が貸借契約上の金銭返還と不当利得返還が同一目的であること、不当利得責任を課した場合、保証人のリスクは高まらないこと、に言及していることを指摘しておきたい。

ウ ところで、(補充的)契約解釈を基礎として保証責任の肯否の判断をする際の基準について気のついたところを指摘しておこう。注目すべき判例が二つある。第一は、「独・8」であり、その判断は、単に好意により保証人になつたのではなく、保証人に商人としての利益追求目的があつた、という要素を掲げ、この場合には保証人は責任を負うと明言していることである。もう一つは、「独・6」であり、無効原因がいずれの当事者の危険領域にあつたかを問題としており、本件では、無効原因が主たる債務者側の危険領域になかつたがため、保証人の責任が否定されているのである。ちなみに、戦前の判例「独・2」は借主＝主たる債務者側に詐欺があり、取消された事案であつて、保証責任の拡大を肯定したその結論を支えるものとしてまさに上記のような考慮が妥当しうるケースといえよう。

### 第三 学説

#### 1 前置き

先の問題をめぐる保証に関する見解について、複数の学者により展開されることになったのは、戦後特に八〇年代以降である。そこで以下では、主に比較的近時の学説状況を概観することにしたい。

次に、学説は次のような二つの立場に大別しうるようと思われる。第一は、保証責任の拡大を原則的に認めよう

とする見解である（便宜上、無条件肯定説と呼ぶ）。第二は、これに對して、一定の場合に限り保証責任を肯定する立場である。ただし、この立場においても、その根拠を当事者のなした契約の解釈に求める見解と、契約解釈に依存しない見解とが見出される。

さらに、各学説は、もっぱら金銭消費貸借契約の無効を対象とした見解（限定的議論と呼ぼう）か、これに限ることのない同契約無効の場合を含む一般的見解か（包括的議論と呼ぼう）、に區別しうる。この点もあわせて示す」ととしたい。

## 2 各学説の状況

### (1) 無条件肯定説

ア これはカナリスの主張する見解である（限定的議論）。すなわち、主たる契約が無効で、契約上の義務の代わりに不当利得返還義務が生じた場合、保証は原則的に不当利得返還義務に及ぶ。、そして、かような解決は誠実かつ理性的な当事者意思と利益状況に合致する、とするものである。<sup>(9)</sup>

イ その根拠としては、次のようである。金銭消費貸借契約の無効の場合、①経済的に見て、不当利得返還請求権と消費貸借上の返還請求権は区別しにくい。②右の両請求権は、単に請求権の基礎（Anspruchsgrundlage）を異にするにすぎない。

ウ しかし、この説は、特に上記②の点につき、批判があるなど、多くの支持を得ていない。<sup>(10)</sup>

### (2) 契約解釈に依存しない・肯定説（この(2)および次の(3)は第二の立場である）

ア この立場は、保証債務の内容確定性の要請から、基本的には、保証責任の拡大を許さないものの、無効・取消原因が主たる債務者の側にある場合には、保証責任は拡大されると解するものである。ペッピヤーの主張にか

かる見解であり（包括的議論）、同調者も見出される。<sup>(11)</sup>

イ 本見解の条文の根拠として、BGB七六七条一項第一文を類推することが挙げられている。<sup>(12)</sup>

(3) 契約解釈に依存する・肯定説

保証契約当事者の保証の合意いかんにより責任を肯定する場合を認めるものであり、このような場合には附從性原則との不調和は生じない、と説明する見解である。近時の多数説といえよう。<sup>(13)</sup>ただし、このような立場の中にあっても、保証契約の中に約定文言などの手がかりが明示的に存在する場合に限るとする説（以下のア）、いわゆる補充的契約解釈により、ややゆるやかに（具体的手がかりを欠いていても）責任拡大を認める説（以下のイ）、とが区別されるほか、単に契約解釈に基づく、と述べるにとどまっている見解も少なくない。以下では、ア、イの各見解を概観する。

ア 優格な立場

ティーテュケ、ブラウロツクの一教授は、保証人の責任拡大は、彼が契約の無効等を知り、または少なくともこれを予期して保証契約を締結したということが、契約解釈から明らかにされる場合に限定されるとする。なお、彼らは、前掲BGH判例「独・8」を論じ、同判決の判旨を補充的契約解決に基づくものであるとした上で、次のごとくに批判する。補充的契約解釈は、もし主たる契約の無効を当事者が知っていたならば、信義則上いかなる合意がなされたかを問うものである。そつだとすると、第一に、このよつた場合、保証人が保証をしたとは通常想像しつづき。第二に、商人としての保証か否か、という先のBGHの解釈基準によれば、良俗違反者たる金銭の貸主は、不当利得返還までも担保されることになり、不当である。

イ ゆるやかな立場

上記アの立場とは異なり、近年、いわばゆるやかな觀点から、補充的契約解釈に基づき保証責任の拡大を肯定す

るもののが目立つてゐる。ここでは、代表的論者の見解を一、三紹介する。

(1) ホルンは、<sup>(16)</sup> 反良俗的金銭貸借の保証の場合につき（限定的議論）、以下のように論ずる。すなわち、保証契約中の責任範囲に関する定めが不明の場合には、本来的解釈とは異なる契約解釈が問題となり、客観的利益考量(objective Interessenbewertung) の視点が付け加えられるべし、とする。そして、その際の判断要素として、前掲「独立・<sup>(17)</sup> 8」の示した基準を採用する提案を行う。

(2) ビュロウも同じく、良俗に反する無効な金銭貸借を保証した場合に関する（限定的議論）、次のように説明する。保証契約当事者の合意内容が不明な場合には、補充的契約解釈によつてのみ保証責任の拡大が肯定される。もつとも、暴利をもくろんだ當人である不当利得債権者による保証人への請求は、信義則に照らして許されない。

(3) オーストリアの学者であるビドゥリンスキーも、<sup>(18)</sup> ドイツ法上の議論に加わり、次のように述べる。反良俗の場合のような無効な金銭貸借における実際の保証契約においては、単に、「取引関係から生ずるあらゆる債権」を保証するとの文言が置かれることが多い。しかし、そこから保証責任についての消極的結論のみが生ずるべきではない。補充的契約解釈により、誠実かつ合理的な当事者意思を探る必要がある。もともと保証人は主たる債務者が弁済しないことを覚悟しているのだから、交付済み金銭の返還に、契約上の請求、不当利得という理由の違いがあつても、原則的に保証人の責任拡大は肯定される。ちなみに、オーストリア暴利規制法七条一項第三文は、契約上の請求権のために付された担保は、暴利により契約が無効である場合に生ずる不当利得返還請求権についても責任を負うことを予定した規定である。同条文は補充的契約解釈の考え方が立法化されたものというべきであり、この規定は参考に値する、と。<sup>(19)</sup>

学説の動向をまとめておこう。

(1) 議論の対象

学説上の主たる議論は、多くの判例で扱われた、金銭消費貸借が暴利ゆえに無効であつた場合の保証人の責任範囲を不当利得返還請求権にまで拡大しうるか、という問題を中心に展開されている。ただし、契約のその他の無効・取消等の場合を包摂するものもわずかではあるが存在する。

(2) 結論の方向

まずいえることは、成立における附従性を理由として、保証人の責任拡充を一律に否定する見解は見あたらぬことである。むしろ学説の動向としては、一定の場合には保証人の責任を肯定する方向にある。

(3) 法律構成

ア 多数説は契約解釈により上記結論を導いている。その中にあつても、ティーテュケ、ブラウロックのように、少なくとも保証人の意思の明示的手がかりを要求する厳格な立場が見られる。他方で、補充的解釈に規範的判断を持ち込み、信義則を用いるビュロウ、商人としての保証かどうかを問題とするホルンらの立場が注目される。

イ 一方有力な見解として、契約解釈によらず、無効・取消原因が債権者・主たる債務者のいずれの側にあるかという基準によつて、保証人の責任が拡大するか否かを決しようとするペッヒャーの主張がある。ちなみに、前掲判決「独・6」は補充的契約解釈によるとしながらも、無効・取消原因がいずれの当事者の危険領域にあるか、というペッヒャーの提案を取り入れているように見える。

(1) 本判決の解説として、K.Schmit,NJW1988,S.312 があり、結論賛成である。

(2) セール・アンド・リースバックはユーザーがその所有する物件をリース会社に譲渡し、同時にリース契約によつて同物件を借りるとい

う契約である。本来はアメリカで発展した取引であるが、ドイツにおいても利用されてくる。ドイツにおけるこの取引については、やや

古い文献であるが、FG v Westphalen, Der Leasingvertrag 4.Aufl., 1922, Rn.16ff., Rn.1055ff.を参照いただきたい。

(3) 判決当時のBGBの三條第一文は次のように規定する。「当事者の一方が不動産所有権を譲渡もしくは取得する義務を負う」とを内容とする契約は、「公正証書の作成を必要とする」。本条文は、1901年より施行されたドイツの債務法改正により、BGBの中に新規に

の条第一項として位置づけられるに至った。

(4) 判決理由中、「ハーマンの説の引用が見られ（WM1989,S.1128）。

(5) 本件の訴訟等について、K.Tiedtke,Bürgschaft für ein sittenwidriges Darlehen,IZ1987,853.

(6) OLG Düsseldorf 1983.2.23.; WM1983,1407.がそれである。

(7) 本件解説によれば、H.Koziol,EWR§AGBG,1/92,109がある（結論は賛成）。

(8) ドイツ約款規制法(AGB-Gesetz)は、1901年に施行された債務法の現代化に関する法律により新たにBGBの中に組み入れられた。かつての約款規制法三条は、BGBの五〇条の第一項になつた。ちなみに、後出の約款規制法九条は法文をやや変えて、BGBの七

条一項に組み入れられた。いりやは本判例中で問題となつてゐる従来の約款規制法三条、九条一項を掲げておこな。証出に当たつては、

石田喜久夫編【注釈】ドイツ約款規制法(改訂普及版)(一九九九年)四二頁、九七頁に依拠した。旧ドイツ約款規制法三条・約款中の条項で、当該事情とりわけ契約の外形からして約款使用者の相手方がそれを予期する必要がないほどに異例であるものは、契約構成要素とはならない。同田九条第一項・約款中の条項が信義誠実の命ずるところに反して約款使用者の契約相手方に不当に不利益を与える場合は、その条項は無効である。

(9) K.Larenz-C.-W.Canaris,Schuldrecht II/2,S.11.(本節第一注(3))

(10) 例へば、「口頭で返還請求権は契約上の返還請求権と相異なる生活事実(geradezu konträrer Lebenssachverhalt)」と特徴を置く。J.Bilow, Recht der Kreditsicherheiten,Rn.966.(本節第一注(3))

(11) MünchKomm-H.P.Pecher,2.Aufl.,1986,§677Rn.2.「ハーマンの説すむふれられる見解によれば、U.Reifner,Handbuch des Kreditrechts, 991,§42 Rn.128ff.

(12) もへとも、これはハーマン自身が述べてゐるだけではなく、前注(11)のハイフナー教授の分析によるものである。

(13) ハバーザックは契約解釈により本問題を解決する立場は、もはや通説であるといふ。Vgl.MünchKomm-Habersack,5.Aufl.Rn.62,Anm.281.(本節第一注(3))

(14) 例えば、前注(13)のハバーザックなど。

- (12) D.Reinicke/K.Tiedke,Kreditsicherung,3.Aufl.,1997,S.25ff.(Tiedke); U. Blaurock,Aktuelle Probleme aus dem Kreditsicherungsrecht,3.Aufl.,1990, S.52ff.

(13) Staudinger-Horn,a.a.O. §765Rn.82-84.(本節第1注(12))

(14) Bülow,a.a.O.Rn.820.

(15) PBydlinski,Einreden des Bürgen, Österreichisches Bank-Archiv,1987,690(693ff).回避の範囲を定むるのとくに、Die aktuelle höchstgerichtlich

Judikatur zum Bürgschaftsrecht in der Kritik,WM1992,1301(1307).

(16) 暴利規制法は通常、Wuchergesetz1949による稱される特別法である。同法十七条第一項は、まず第一文で、契約が暴利行為とされ無効である場合には、当事者の両当事者は返還せねばならないことを規定する。第二文は省略。第三文では、契約当事者の相互清算の結果、当事者の一方にひいて、超過請求が生じたときは、当初の契約上の請求権に依り供与されていた担保は、これにひいても責めを負う旨が定められる。この第三文にひいては、契約上の請求権に引き質権、保証などの担保が設定された場合には、これら担保が契約無効とされた後の不利益得返還請求権をも担保するといふ趣旨の規定である。説明されることは、既に述べた文脈として、例えばPraxiskommentar zum ABGB,3.Aufl.,2006,Bd.4,Wuchergesetz§7(P.Apathy),Rn5.