

ゲルハルト・リース

ドイツにおける契約自由の 原則の展開について

渡 辺 惺 之 (共訳)
石 橋 秀 起

意思主義は、あらゆる自由主義的な民事法制の基礎のひとつである。この原則の下では、行為能力を有する全ての者は、原則として法律行為により表示した意思に拘束される。もっとも、全ての原則がそうであるように、この原則にも例外がある。その重要な例外のひとつが、第三者を害する契約の禁止である。この禁止の理由は次の点に求められる。すなわち、この場合、表意者の意思が第三者の意思と抵触することになるが、ここでは第三者の意思が優先されるのである。また、その他の例外として、表意者が責任を負うべきでない態様で意思が実現してしまった場合、とりわけ錯誤と強迫の場合が挙げられる。これらはドイツ法上、当然には無効にならず、取消しの意思表示によって効力が否定されなければならない。

法律上の禁止に違反した意思表示、例えば、一定金額の支払いに対し他人の殺害を義務づけるような契約は、当然に無効となる。この種の当然無効は、普通取引約款が条項禁止に違反する場合や、その他、契約上の合意が強行法に違反するいかなる場合にも生じる。これに関してはとりわけ、20世紀に登場した賃貸借法や労働法の領域における数多くの強行規範が挙げられるべきである。そして、こうした展開の現在の到達点を示すものと

して、労働法における最低賃金に関する法律の規定がある。このような規定は、建設業や郵便事業など若干の分野では既に存在しているが、さらに多くの分野、おそらく労働法の全ての分野にまで拡大されるべきであろう。そして、最後に挙げるべき重要な無効事由として、良俗違反の法律行為がある。

この無効事由の道具立ては、あらゆる法律行為、とりわけ契約の有効性を審査する際に、検討されるべきものである。法律行為を例外的に無効にする事由の数は、予想されたことではあるが、ドイツ民法典(BGB)が制定されて以来、明らかに増大している。しかし、それでもなお、上述の原則と例外からなる枠組みは維持されているのである。

取消可能事例、法律違反の事例、およびその他強行規範に対する違反の事例は、事の性質上、輪郭がはっきりしているのに対し、良俗違反という無効事由は、広範で法律上限界が不明確な適用領域を裁判官に許容する。一般に、良俗概念は、静態的に解されるべきではなく、変化に服するものと考えられている。すなわち、30年、40年前には良俗違反とされたものが、現在では良俗に適合していることも、また、その逆もあり得るのである。特に性道德に関して、最近、社会の評価が著しく変化したことは確かである。売春は、2、30年前にはまだ一般的に良俗違反とされていたが、現在では社会的に容認されていると考えられている。売春宿の賃貸借は、以前は良俗違反により無効と判断されたが、現在では裁判所において有効とされることになるだろう。ところで、今日における良俗違反性判断の重要性は、明らかに、経験が未熟で社会的に弱い立場にある人々に対する保護の領域に及んできている。

特に明確で実務的にも重要な例が、信用担保の分野、とりわけ保証に関する展開である。前世紀、90年代の初頭以来、連邦通常裁判所（BGH）および連邦憲法裁判所（BverfG）の判例は、徐々に次のような結果に到達している。すなわち、債権者と保証人との間の保証契約が両当事者の意思に合致しているからといって、保証は無条件に訴求可能なものではない。そして、むしろ今日では、保証人が債権者に対して特別に保護に値すると確定される場合、判例は、ますます頻繁に良俗違反の視点から保証契約の法的効力を否定するようになってきている。この分野では、判例法による意思主義に対する明確な制限がなされているといえる。

この判例の展開は、ドイツの最上級審民事裁判所である BGH から始まったものではない。BGH は90年代初頭にはまだ、成人した保証人との間で締結された保証契約は、保証人が取引につき未経験であったり、主債務者との間に義理があったがために意思表示をした場合であっても、良俗違反により無効となるものではない、との見解を堅持していた。また、保証債務の履行が保証人の全人生をかけても負担できないことが予想されるという事情も、BGH は顧慮しなかったのである。例えば、ある事案では、債務者の21歳になる娘が、1982年以降、父親のために銀行に対して100,000マルク（約8,000,000円）の保証を引き受けたが、彼女は特別な職業教育を受けておらず、たびたび失業状態にあり、稼ぎがあった時でも月収1,150マルク（約92,000円）のみであった。この事案につき、BGH は、1989年の判決（NJW 1989, 1605）で、成人は、特別な取引上の経験がなくとも、保証意思の表明が責任リスクを基礎づけることを一般的に認識して

いる、と判示した。つまり、BGH は、成人たる保証人の意思は拘束力を有する、ということを当然の前提としたのである。そして、保証人の収入は最低限の生活費をとり措くと100,000マルクの利息(8.5%)を支払うのにも足りていない、ということも、BGH は顧慮しなかったのである。

BGH で敗訴判決を下された保証人は、この判決に対し、BverfG に不服を申し立てた。そして、BverfG は、1993年に、BGH の判決を憲法違反であるとする判決を下した(NJW 1994, 36)。曰く、BGH は、基本法違反の下、BGB の解釈についてとりわけ重大な過ちを犯し、基本法 2 条 1 項により保護される私的自治の原則と社会国家の原則(基本法20条 1 項, 同28条 1 項)の本質を見誤った、そして、契約の有効性を審査する際、「契約は契約だ」との確言に満足することは許されないものであり、むしろ契約の有効性は、「障害なき契約の対等性」をも前提としているのである、また、契約当事者は当然に「ほぼ対等の力関係」にある、ということをも所与のものとして受け入れることは誤りであり、社会国家の原則はむしろ、力関係に障害がある場合には是正がなされることを要求するのである、と。ある裁判所が、契約の対等性に対する障害についての問題を全く無視し、または、有効な方法によってこれを解決しようとしなない場合、BverfG の見解によれば、その判決は憲法違反にあたり、破棄されるべきものとなる。

BverfG は、この判決、および同年に下されたほぼ同内容の判決によって、BGH に再考を迫った。そして実際、その翌年以降、BVerfG が求めた意思主義の制限を考慮した一連の最上級審裁判所による判決が下された。BGH は、保証契約の良俗違反性を基礎づける一連の基準を徐々に展開していったのである。それは、次の7つの論拠に要約される。

1. 主債務者が返済できる現実的な機会があったのか。保証した家族構成員が請求を受ける蓋然性がどの程度あったのか。

2. 保証した家族構成員が責任を負う金額はどの程度か。それが高額であればあるほど、どちらかといえば良俗違反のほうから出発することになる。
3. 保証人の義務の範囲と彼の支払能力との間に不均衡があるのか。不均衡の程度はどの程度か。現時点で実際に期待される保証人の財産状態と収入状況、および将来の責任を負う時点における現実的に期待される保証人の財産状態と収入状況が、それぞれどうなっているのか。
4. 保証人自身の固有の利益がどの程度あるのか。その信用により利益を享受する者は誰か。融資の対象、例えば不動産だとかスポーツカーについて、利益を受けるのは誰か。保証人も所有権を取得するのか。また、事業上の信用融資の場合、保証人が信用融資による利益を、社員として享受するのか、役員として享受するのか、従業員として享受するのか。
5. 保証人の側の主観的事情は、「構造的な従属性」ゆえ、他律的な決定を基礎づける。すなわち、家族構成員の保証が、強制的な状況でなされたのか、経験不足によってなされたのか、判断能力の欠如によってなされたのか、あるいは、著しい意思の薄弱によってなされたのか。保証人に主債務者への心理的な依存がみられたか。保証人は熟慮の上で決断したのか、あるいは、例えば「訪問販売」のように、不意打ちを食らわされたのか。
6. 債権者の側の主観的事情も重要である。債権者は上記の主債務者や保証人の側の事情を知っていたのか。それを知りながら目をつぶっていたのか。
7. 単に主債務者の配偶者や子供であるという属性は、それ自体としては、保証の評価において直接的な影響を及ぼさない。しかし、上記の基準は、配偶者やその他生涯の伴侶となる者の保証を、主債務者の子供による保証の場合と比べ、より頻繁に正当化するであろう。

それによれば、債務者の家族構成員による保証の合意は、次のような場合には良俗違反となる。すなわち、異常に高いリスクがある場合、保証人が保証された信用に関して独自の経済的利益を有していない場合、保証人が BGB の保証人保護に関する任意規定のほとんど全てを自ら放棄した場合、保証人のリスクが彼の支払能力をはるかに越えている場合、および信用を供与した銀行がそれを容易に確認できる場合、である。

このような判断基準のカatalogを基礎とすれば、法的安定性が著しく損なわれることは、容易に推測される。加えて、これらの判断基準が総合的に評価されるべきであるということについては、見解の一致をみている。また、良俗違反とするためには、必ずしもこれら全ての判断基準がそろっている必要はない。つまり、いわゆる動的システムなのである。それによると、上記の判断基準の1つが特に強い形態で充足されている場合、他の基準がほとんど、あるいは全くなくてもよい、ということになる。例えば、保証人の債務がとりわけ過大であれば、取引経験の不足が僅かであるか全くないと確定される場合でも、良俗違反となり得るのである。

この判例は、保証債権者の典型である銀行において、大きな法的不安定をもたらした。銀行は、しばしば保護に値する理由から、家族構成員による保証を与信の条件としてきた。そうすることで、銀行は、経済的危機の場合に財産を確保するため、主債務者が配偶者や子供に財産を譲渡してしまうことを防止しようとするのである。この確かに正当な銀行による要求の実現は、上記の判例によって大きな危険にさらされることになる。この

判例によって最終的に、家族構成員の保証のみによって担保されてきた貸付がもはや全く行われなくなるか、非常に高額な利息付きで行われる、という結果になるのかどうかについては、今後を待たねばならない。今日、銀行は、そのような保証が問題となる場合に、その保証に一定の価値があるのかどうかを確実に予測することができなくなっており、もしかしたら、こうした形態の保証を全くやめてしまうのではないと思われる。しかし、そうすると、緊急に信用を必要とする者は、他に何らの担保もない場合には、ほとんど助けを得られないことになる。そうなれば、当初は保証人の利益のために展開された判例が、結局は、彼の両親や配偶者の不利益に作用することになるのである。

最近まで、BGH は、保証の良俗違反性に関する判例を、主債務者と保証人との間に家族関係が存するような事例、とりわけ配偶者や子供が保証を引き受ける事例に限定してきた。したがって、例えば、有限会社の役員が会社の信用のために保証を引き受けるような場合には、保証人のリスクがなお相当に高くても、無効を主張することはできなかった。そして、このような判例の状況は、現在でも変わっていない。

しかし最近、BGH は、これとは別の分野で、その無効判例を、保証人と主債務者との間に家族法上の依存関係はないが、労働法上の依存関係があるような事案に拡張した。

BGH は、2003年10月14日の判決（NJW 2004, 161）で、次のような事案につき、判断を行った。ある有限会社が、200,000マルクの当座貸越を必要としていた。そこで銀行は、この信用を従業員3名の保証がある場合にのみ供与するとした。そして、保証責任のなかに17%の利息についての責任を組み入れることが明示的に合意された。同会社が経済的に困難な状況に陥ったため、保証人のうちの1人が銀行から請求を受けることとなった。

彼の当時の月収は2222.70マルクであり、そのなかから娘のために356マルクの扶養料を支出しなければならなかった。保証人の債務が過大であることはその点で明白であった。したがって、上述の判断基準リストの第1点目は充足されたわけだが、当然のことながら、会社と労働者との間に家族法上の依存関係はない。

しかしそれでも、BGHは、労働者と雇用者との関係も、保証を良俗違反により無効とするのには十分である、と判示した。労働者がこのようなリスクのある取引を行った理由は、明らかに、有限会社への与信によって雇用者が生き延びてくれることを期待したからである。すなわち、当時のドイツが陥っていた高失業率の時代にあっては、職場の確保は特別に高い経済的価値があったのであり、保証人は、その点ですでに貸付に関して固有の経済的利益を有していた。しかし、BGHは、この事案の判決においては、銀行は被用者による保証の問題性に気づいていたにちがいないのに、労働者の失業への不安を意図的に利用した、と認定したのである。そして、こうしたことから、BGHは、動的システムにおける総合的考慮に基づき、ここでも保証契約を良俗違反により無効としたのである。

保証法に関する判例と並行して、この間、家族法の領域においても一定の展開がみられる。それは、離婚後に法律上発生する扶養義務について、婚姻前に合意しておくことに関する問題である。離婚後の扶養に関する規定は強行法ではないため、このような合意は、たしかに原則として可能である。しかし、最近では、このような合意を良俗違反により無効とするBGHの判決が、たびたび下されている。ここでも、弱い立場の契約当事者 例えば、裕福なドイツ人年上男性との婚姻に若さと美しさ以外の何も与えることができなかった若いブラジル人女性のような の保護が問題となっているのである。このドイツ人男性は、婚姻に際して、離婚した

場合の扶養義務を契約により排除していた。しかし、その婚姻が離婚となったとき、BGH は、扶養の排除は良俗違反にあたるとして、夫に扶養を命じたのである（BGH, FamRZ 2006, 1097）。

以上のように、この領域でも、一面では、たしかに社会正義に資する状況がみられるが、しかし他面、この種の判例によってもたらされる法的不安定は、一層広い範囲に拡大している。今後、良俗違反の判断基準につき、さらに多くの判例が積み重ねられ、銀行や将来の配偶者に一層の明確さをもたらしたとしても、いつの日かこの領域で十分な法的安定性が獲得されるのかどうかについては、甚だ疑問が残るところである。いずれにしても、現状では、最上級審裁判所の判例は、この BverfG によっても高い価値が認められている法的安定性の問題につき、すばらしい貢献をしているとはいえない。この判例によって本来的に保護されるべき人々（保証人や、弱い立場の婚姻当事者 通常は女性）にとって、この判例が行き着いた帰結は、家族構成員の保証によってのみ担保されてきた銀行の与信はほとんど行われなくなる、ということと、婚姻を控えた多くの人々が婚姻しないと決意するようになる、ということなのである。

この判例は、個別事案の正義か、それとも法的安定性かという、法の抱える永遠のジレンマの非常に明確な一例といえよう。日本の民法学および判例が、比較可能な事案においてこのジレンマをどのように解決しているのか。これが私にとっての大きな関心事である。

〔訳者後記〕 本稿は2008年2月29日に法学部の民法研究会において行われたゲルハルト・リース教授（ミュンヘン大学）の講演原稿を訳出したものである。研究会は、リース教授の日本の研究者の方々との幅広い関係から、多くの学外の方々にもご参加いただいた。近時、わが国でも関心の高い問題にも

関わるテーマについて、講演後に活発な意見交換が行われた。リース教授の本学へのご訪問は、ミュンヘン大学法学部と立命館大学法学部との間の研究交流協定に基づき、ドイツ学術交流会(DAAD)の支援により実現した。

ゲルハルト・リース教授、並びに、本研究会の実現を支援していただいたDAAD、本学部との交流協定の締結及び実施にご尽力を頂いたミュンヘン大学のダグマー・ケスターバルチン教授に感謝を申し上げたい。

Hiermit möchten wir Herrn Prof. Gerhald Ries unseren herzlichen Dank aussprechen. Gleichzeitig möchten wir auch herzlich Frau Prof. Dr. Dagmar Coester Waltjen und DAAD für die freundliche Bemühung und Unterstützung für die akademisch Auftausch Projekt zwischen den Rechtswissenschaftlichfakultäten von Ludwig Maximillian Universität München und Ritsumeikan Universität danken.

[渡辺惺之記]