

ドイツ法における保証の書面性と民法 446 条 2 項

山本 宣之

- I 問題の出現
- II 改正の概要
- III ドイツ法の規律
- IV 民法 446 条 2 項の特徴
- V おわりに

I 問題の出現

民法の一部改正（2004 年）により、財産法の条文が現代語化されるとともに、保証については 2 つの実質的な改正が行われた。1 つは、保証を新たに要式契約とするものであり、「保証契約は、書面でなければ、その効力は生じない」（446 条 2 項）とされ、書面ですること（書面性）が成立要件となった。⁽¹⁾ もう 1 つは、貸金等根保証契約に関する規定の新設であり、主として保証人の責任を合理的な範囲に限定するための条文が追加され、そのなかで極度額と元本確定期日を保証の書面に記載すべきことが定められた（465 条の 2 第 3 項、465 条の 3 第 4 項）。

ここで、そもそも保証の書面とは何かという疑問が生じる。書面にどのような内容を記載し、どのような形式で作成する必要があるのかを、446 条 2 項は明らかにしていないからである。また、保証契約の内容を記録した電磁的記録も書面と同視されるが（446 条 3 項）、この電磁的記録についても同様の疑問が生じる。

保証を要式契約とすることは、もともと実務的に大きな影響を及ぼさないという認識を前提に実現したところがある。従来から、保証については何らかの書面が作成されるのが通常であり、書面性は新たな負担とならな

いということである。電磁的記録を書面と同視することも、実務的な影響を小さくする配慮の1つといえる。そうすると、保証の書面とは何かは、あえて問う意味のない疑問のようにも見える。

しかし、この疑問は、そうした見かけほど単純ではないと思われる。446条2項は、民法が契約について要式性を本格的に採用した最初の例である。たしかに贈与契約の例はあるが(550条)、贈与と保証では経済社会における取引行為としての重要性に大きな差があるだけでなく、贈与の書面はあくまで有効に成立した契約の撤回可能性に関するものであり、契約の有効な成立自体に関する本来の要式性とは異なる⁽²⁾。したがって、要式契約に関しては、そもそも何が問題になりうるのかも含めて、理論的な空白がある(つまり、改正によって空白が出現した)のではないかと考えられる⁽³⁾。そして、その空白部分の検討をまたなければ、保証の要式性が実務に与える影響の大小も確定できないと思われる。実務的な影響は大きくないという認識自体が、実は特定の解釈論を暗黙の前提にした結果である可能性や、問題の存在自体が未知であるための不十分な理解という可能性がある。

本稿は、要式契約に関して理論的空白があるのではないかと、またそれを埋めるために比較法的基盤が必要ではないかという認識のもとに、立法当初から保証を要式契約としてきた外国法の1つであるドイツ法をとりあげ、ドイツ法における保証の書面性を検討するものである。また、それにより446条2項の規定の特徴を明らかにするとともに、446条2項の保証の書面性に関する解釈論的検討(別稿を予定している)の準備としようとするものである。

注

(1) 内田貴『民法Ⅲ(第3版)』339-340頁(2005年、東京大学出版会)、加藤雅信『債権総論』466-467頁(2005年、有斐閣)、潮見佳男『債権総論(第3版)』585頁(2007年、信山社)など。文言上は効力要件とも読めるが、保証契約に関して成立要件と効力要件を区別する意味はないように思われる。

(2) 民法上の他の要式行為としては、定款作成(旧37条)、寄附行為(旧39

条)、遺言(967条以下)、婚姻(739条)がある。いずれも、契約とは法的な様相が大きく異なるといえる。ただし、遺言は身分行為ではあるがその中心は財産処分意思表示であり、遺言の方式遵守・違反に関する議論は、要式契約に関しても参考になる可能性がある。このほか、特別法上、一定の方式が求められる行為について、執行秀幸「方式(要式行為)無効」椿寿夫編『法律行為無効の研究』372-373頁(2001年、日本評論社)。

- (3) しかし、立法審議においては、要式契約の体系的位置づけや理論的問題について、十分な注意が払われたとは思われない。次述Ⅱ参照。
- (4) 比較法として、西村信雄編『注釈民法(14)』181-184頁〔椿寿夫〕(1965年、有斐閣)、伊藤進「第3章人的担保 第IV節保証人の保護」鈴木禄弥・竹内昭雄編『金融取引法大系 第5巻』266-267頁(1984年、有斐閣)。

Ⅱ 改正の概要

まず、保証を要式契約とする2004年改正の趣旨を、主として立法担当者⁽⁵⁾による解説、および法制審議会保証制度部会における全6回の審議(以下、第〇回会議として引用する)⁽⁶⁾にもとづいて、概観しておきたい。

446条2項は、「保証契約は、書面でしなければ、その効力は生じない」と定め、書面によらない保証は無効であるとし、書面性を保証の成立要件としている。これは、保証を慎重ならしめるためであり、保証意思を外部的に明らかにさせる趣旨とされる⁽⁷⁾。したがって、書面性の目的は、保証人による軽率な保証の防止⁽⁸⁾、および保証意思の明確化による将来の紛争の予防にあると考えられる。また、446条2項の書面性は、1項にいう保証であれば、単純保証、連帯保証、根保証、個人保証、法人保証などの区別にかかわらず、適用があるとされる⁽⁹⁾。さらに、保証の更新(保証期間の延長)時にも、改めて書面性の要件をみたく必要があり、書面によらずに更新や自動更新をすることはできないとされる⁽¹⁰⁾。

保証の書面には、保証人の保証意思を示す必要がある⁽¹¹⁾。条文の文言は「保証契約」であるため、債権者と保証人の双方の意思が求められているとも読めるが、保証人を軽率な保証から保護するという目的にてらせば、債権者の意思は書面の不可欠な内容ではないとされる⁽¹²⁾。そして、貸金等根

保証（465条の2第1項）においては、極度額と元本確定期日に446条2項と3項が準用されるため、それらを書面に記載することが必要である（465条の2第3項、465条の3第4項）。そのうち、極度額の記載がない場合は、極度額の定めを欠くことになるため、貸金等根保証そのものが効力をもたない（465条の2第2項⁽¹³⁾）。元本確定期日やその変更の記載がない場合は、5年以内の期日であれば、保証人に有利と評価されるためそのまま効力が認められる。5年を超えるときは、効力を否定されて元本確定期日の定めを欠くことになり（465条の3第4項）、3年後が元本確定期日となる（同第2項）。

もっとも、保証制度部会では、書面に保証人の保証意思さえ記載されればよいのかという疑問が、繰り返し提示された⁽¹⁵⁾。その理由を概括すると、保証人の保護に実効性をもたせるには、保証人により慎重な判断をさせる必要がある、それには保証意思以外の内容の記載も求めるべきではないか、ということであろう⁽¹⁶⁾。そして、具体的には、「日付、氏名、主債務額、弁済期、利息、違約金、遅延金」や「保証の諸条件」の記載が必要であるとの意見がみられた⁽¹⁷⁾。こうした疑問や意見は、審議において明確に斥けられたわけではないが、強い支持を得るほどでもなく、成案には至らなかった。書面性が実務の負担にならないようにとの配慮が基調にあるなかで、書面性として保証契約のどのような要素を記載させるべきかを詰めきれず、また贈与の例（550条。単に「書面」と定めるのみである）を超えて、具体的に要素を明示すべきかどうかの結論を出せなかったものと推測される⁽¹⁸⁾。

446条2項の書面の形式には、特別な指定はない。主たる債務者と保証人が連名で債権者と作成する書面でも、保証人と債権者だけが別に作成する書面でもよい⁽¹⁹⁾。また、保証人の署名または押印は、文書の真正との関係で重要な意味をもつものの（民事訴訟法228条4項）、書面性の要件にとつては不可欠ではない。保証制度部会では、保証人の慎重さの確保や書面の偽造防止の観点から、保証人に文面の自書（手書き）を求めるべきではないかが、しばしば審議された⁽²⁰⁾。しかし、自書という厳格な形式を一律に要

求することの硬直性、またそれが実務の負担につながるとの懸念から、成案とならなかった。そして、いわばもともと極端な提案といえる自書に目を奪われるかたちで、保証人の署名や押印を最小限の形式として要求するといった、より現実的な選択肢は自覚的に議論されることがなかった。

446条3項は、「保証契約がその内容を記録した電磁的記録……によってされたときは、その保証契約は、書面によってされたものとみなし」、電磁的記録が書面代替性をもつことを認めている。これは、電子取引により保証が締結される場合を想定し、電子取引の利便性を損なわないための措置である⁽²¹⁾。電磁的記録には、フロッピーディスク等の電子メディアに記録されたデータのほか、電子メールやウェブ上で入力・送信されたデータも該当する⁽²²⁾。電磁的記録の形式にも特別な指定はなく、電子署名等の電子認証手段を講じることは求められていない。ただし、446条3項については保証制度部会で実質的な審議はなく、「保証制度の見直しに関する要綱」(2004年)の「第3 その他」の「その他所要の規定を整備するものとする」により、事後の手續に委ねられたと考えられる。そして、当時、審議が先行していた民事訴訟法の一部改正(2004年)における電磁的記録による管轄の合意(民事訴訟法11条3項)と、単純に文言を一致させるかたちで追加されたとみられる⁽²³⁾。

以下では、こうした2004年改正による保証の要式契約化の特徴、およびそれに伴って生じる問題の所在・内容を明らかにするため、ドイツ法における保証の書面性に関する解釈論(主に通説・判例)を概観することにする。

注

- (5) 吉田徹ほか「保証制度の見直し等に関する民法改正の概要(上)(中)(下)」金法1728号15頁以下、1729号43頁以下、1730号65頁以下(2005年)。保証の要式性については、とくに金法1729号48-49頁。
- (6) 保証制度部会の各回会議の議事録は、法務省のホームページ(http://www.moj.go.jp/shingi_index.html)「過去の審議会等」→「過去の審議会」→「終了済みの部会(民事法系)」→「保証制度部会」で提供されている(ホームページが再編されたときは、提供場所が移動することが予想される)。なお、議事

録ファイルは固定のページ番号のないいわゆるテキストファイル形式であり、また発言者も匿名の記号になっているため、発言を引用する方法として、該当する発言の冒頭の内容を示すことにする（例：「……」で始まる発言）。

- (7) 吉田ほか・前掲注(5) 金法 1729 号 48 頁。
- (8) 保証の軽率性は、情誼性や未必性にもとづくこともあれば（西村編・前掲注(4) 152-153 頁〔西村〕）、中小企業の経営者等が企業融資に対し担保提供を迫られた結果であることもあろう。
- (9) 第 3 回会議「これは、御質問になるのかと」で始まる発言参照。
- (10) 第 3 回会議「それから、自動更新云々ということ」で始まる発言参照。
- (11) 吉田ほか・前掲注(5) 金法 1729 号 48 頁。
- (12) 吉田ほか・前掲注(5) 金法 1729 号 48 頁。
- (13) 吉田ほか・前掲注(5) 金法 1728 号 19 頁。
- (14) 吉田ほか・前掲注(5) 金法 1728 号 21-22 頁。また、5 年を超える期日のときは、書面に記載がある場合でも、465 条の 3 第 1 項により効力を否定される。
- (15) 第 1 回会議「今の論点とちょっと別の論点に」で始まる発言、「私、この趣旨について疑問に思った」で始まる発言、第 5 回会議「しかしながら、注書きに述べて」で始まる発言、第 6 回会議「このタイミングでということを」で始まる発言。
- (16) 前注の各発言を参照。
- (17) 第 3 回会議「要式行為の（注 2）として加えたら」で始まる発言（また、第 2 回会議「前回の議論で、書面はもう既に」で始まる発言）、第 5 回会議「しかしながら、注書きに述べて」で始まる発言。
- (18) 第 1 回会議「今の御指摘は、一方で」で始まる発言と次の発言参照。2004 年改正は根保証のうち貸金等根保証のみを対象としているが、根保証に共通の書面性として極度額と保証期間（元本確定期日）の記載を求める意見もみられた。これに対する発言「必要がないということを今回ここで結論づけるわけではないのですけれども、そこまでの措置は今回の見直しのスケジュールのなかでは難しい」（第 6 回会議）は、保証の書面性の審議全般についても当てはまるのではないかという印象を受ける。
- (19) なお、吉田ほか・前掲注(5) 金法 1729 号 48-49 頁は、金融実務における保証書の差入方式による保証は、見直しが望ましいとしている。
- (20) 第 2 回会議「前回の議論で、書面はもう既に」で始まる発言、第 3 回会議「実務的な話としても」で始まる発言、第 5 回会議「今、〇〇委員の方から出た話題」で始まる発言、同「日弁連の意見書がお手元に」で始まる発言以下。
- (21) 吉田ほか・前掲注(5) 金法 1729 号 49 頁。
- (22) 電磁的記録の範囲は、法律によって異なりうるが、保証に関してはこのよ

うに解してよいであろう。

- (23) 第6回会議「関連する質問なのですが」で始まる発言以下。民法の一部改正、民事訴訟法の一部改正とも、第161回国会において内閣提出の法律案にもとづき成立している。民法446条3項は提出された法律案にはすでに存在していたが、それ以前のどのような手続段階で挿入されたかは追跡できなかった。

Ⅲ ドイツ法の規律

1 BGB 766 条の意義

ドイツ民法典（BGB）766 条（保証の意思表示の文書方式）は、次のように規定する。「保証契約が効力を生じるには、保証の意思表示を書面により交付しなければならない。保証の意思表示を電子方式により交付することはできない。保証人が主たる債務を履行するかぎり、方式の瑕疵は治癒される⁽²⁴⁾。BGB 766 条の求める書面とは、BGB 126 条1項が定める「文書方式（Schriftform）」の書面であり、作成者の署名を必要とするのが特徴である⁽²⁵⁾。この方式に違反する場合、BGB 125 条により保証の意思表示（つまりは保証契約）は無効である。したがって、保証は書面を要する要式契約であり、保証の意思表示を文書方式の書面によって交付することが効力要件とされる。

BGB 126 条の文書方式は、一般にはBGB 126a 条の定める電子方式（elektronische Form）（作成者の電子署名が必要である）によって代替できるが（BGB 125 条3項⁽²⁶⁾）、BGB 766 条2文は、その例外として電子方式の代替性を否定している（なお、BGB 766 条2文は2001年改正により追加された規定であり、旧2文は現行の3文に移動したことに注意する必要がある）。そして、保証が方式違反のため無効であっても、保証債務が履行されたときは、BGB 766 条3文により、履行された限度で無効が追完されることになる。なお、同条3文が「主たる債務」とするのは誤りであり、保証人の債務である「保証債務」が正しいと説かれて⁽²⁷⁾いる。

BGB 766 条の立法目的は、保証人に対する警告機能にある。つまり、保

証債務のリスクを過小評価して軽率に保証しがちな保証人に対し、保証債務の及ぶ範囲を書面で明らかにし警告することである。⁽²⁸⁾そして、BGB 766条の書面性の要件はこの警告機能と照合されながら解釈され、保証人に対する十分な警告となるかどうか判断の重要な基準となる。こうした点は従来から争いがなく、次の判例に典型的に現れているといえる。「BGB 766条の規定は、もっぱら保証人の要保護性に仕えるものである。これにより保証人はより慎重であるよう促され、十分な熟慮のない意思表示をしないよう保護されることになる。この規定は、保証人にその意思表示がもたらす責任について警告するものであるから、文書方式が遵守されるのは、他人の債務につき責めを負うという意思以外に、債権者、主たる債務者、被担保債権の記載が書面にある場合だけである。そのため、保証人が保証意思の明らかになる一片の書面に署名しさえすれば、警告機能が充足されるわけではない。むしろ同時に書面は、引き受けられるリスクの範囲を定め、保証人が意思表示をする際にそのリスクを明確に認識させるものでなければならぬ」⁽²⁹⁾。

2 書面性の適用領域

BGB 766条の書面性は、すべての種類の保証に適用がある。ただし、完全商人が商行為としてする保証は例外であり、諾成によって有効に成立する（ドイツ商法典 350条、351条）。完全商人は、保証の書面性による要保護性を欠くと評価されるからである。他方、商事会社の取締役や業務執行社員は当然には商人でないため、会社の債務を保証する場合も書面性に服することになる。しかし、会社の債務の内容やリスクを熟知できる立場にある以上、取締役や業務執行社員については警告による保護は不要ではないかとの疑問が残るとされる。⁽³⁰⁾

BGB 766条が適用されるのは、保証契約それ自体に限られるわけではない。たとえば、保証契約の予約にも適用があると解されている。⁽³¹⁾保証人となる者は、予約によって債権者に対し保証契約の締結義務を負うことになり、もし諾成の予約が有効だとすれば、書面性の警告機能による保証人の

保護が潜脱されるからである。これに対し、保証委託契約では、保証人となる者が主たる債務者との間で保証契約の締結義務を負うにすぎないため、適用がないとされる⁽³²⁾。また、保証人が保証契約の締結につき代理権を授与する行為にも、適用があると解されている⁽³³⁾（詳しくは後述6（4）参照）。もし口頭による代理権の授与が有効だとすると、書面性による警告は代理人にしか及ばず、保証人の保護は空洞化されるからである。この理解は、BGB 167条2項（要式行為の代理権の授与には方式を要しない）に反するが、書面性が警告機能をもつ場合はそれが優先するとされる。そして、無権代理による保証契約の追認の意思表示（BGB 177条1項）も、ちょうどあらかじめする代理権授与の場合と同じく、BGB 182条2項（要式行為の同意や追認には方式を要しない）に反して、書面性の適用を受けると解する立場が有力である⁽³⁴⁾。以上によれば、予約、代理権の授与、無権代理の追認のように、保証人のさらなる実質的な意思的関与なしに保証債務を根拠づけうる行為についても、書面性の警告機能によって保証人を軽率な意思決定から保護する必要があるとして、BGB 766条の適用が認められているといえる。

これに対し、BGB 766条はその文言を保証に限定しているため、保証類似の他の契約には類推適用されないと解されている⁽³⁵⁾。したがって、信用委任（委任者が受任者に第三者への信用供与を委任する契約）により、委任者は第三者の債務の保証人となるが（BGB 778条）、書面によってする必要はない。また、併存的債務引受（Schuldbeitritt）は、保証と同じく人的担保として機能しうるものであるが、書面は不要であり、この結果、ある契約が保証であるか併存的債務引受であるかの区別は、その契約が書面性に違反して無効かどうかの判断を決定づけることになる⁽³⁶⁾。さらに、損害担保契約（Garantievertrag）も人的担保として機能するが、書面による必要はないとされる。ただし、損害担保契約は付従性を欠くためリスクが高く、保証以上に書面性による警告機能が求められるとして、類推適用を認める有力な学説がある⁽³⁷⁾。

3 書面性の範囲

BGB 766 条の書面性に服するのは、保証人の意思表示だけであり、債権者の意思表示が除かれることに争いはない⁽³⁸⁾。これは、保証人に対する警告機能という書面性の目的、および「保証の意思表示」という条文の文言から導かれる。その書面性に服する保証人の意思表示には、保証契約の成立自体に関する意思表示だけでなく、保証人に不利な各種の付随的合意、およびいったん成立した保証や付随的合意を保証人に不利に変更する合意の意思表示が、すべて含まれるとされる⁽³⁹⁾。書面性の警告機能を貫徹するには、付随的合意や変更も対象にする必要がある一方で、書面性の目的はあくまで保証人の保護にあり、保証人にとって有利な付随的合意や変更に関して書面を求める必要はないからである。

したがって、保証契約の締結時における、連帯保証（連帯の特約）（BGB 773 条参照）、保証人の抗弁権の放棄・制限、弁済による代位（BGB 774 条の法定債権譲渡）の排除・制限、保証人に不都合な履行期や履行地などの合意は、いずれも BGB 767 条以下に規定される保証人の責任等を拡大する（ないし拡大しうる）ものであり、書面によらなければ効力がない。そうした合意を事後的に追加することや、保証人にさらに不利な内容に変更することも、同様である⁽⁴⁰⁾。この意味で、書面性違反による無効に限ってではあるが、保証に関する任意法規は片面的に強行法規化することになる。これに対し、保証の限度額の設定、条件の付与、期限の猶予、他の共同保証人に後れて責任を負う旨の合意などは、保証人に有利にはたらくものであり、書面による必要はない。しかし、いったん成立した有利な合意を事後的に解消したり、保証人に不利に変更する場合（限度額の引き上げ、条件・期限の放棄など）は、書面によることが求められる。このため、たとえば、保証契約のなかに債権者が先に主たる債務者の在庫商品から債権の回収を図るべき条項がある場合に、その条項を削除するには、保証人が書面によって同意する必要があるとされる⁽⁴¹⁾。

4 書面の不可欠な要素

保証契約が有効であるためには、その成立に関する保証人の意思表示が書面性をみたく必要があるが、このとき、最少限、何が書面に記載されなければならないかが問題となる。つまり、何が書面の不可欠な要素であるかである。これに関する判例の代表的な判示は、次のとおりである。「警告機能は、そもそも保証人が保証意思の明らかになる文書に署名しさえすれば、みたされるわけではない。むしろ引き受けられるべきリスクが文書に表記され、限定され、それによって保証意思の交付に際し保証人にそのリスクを明確に認識させなければならない。したがって、連邦通常裁判所は、確定判例において、他人の債務について責任を負うという意思の表示とともに、債権者、保証される主たる債務、および主たる債務者の表記を要求している⁽⁴²⁾」。また学説も、書面性の警告機能から、書面には保証人の保証意思、債権者、主たる債務者、および主たる債務が記載される必要があるという理解で一致している⁽⁴³⁾。ところで、これらの要素は、保証意思を除いて、債務一般に関する確定性原則（Bestimmtheitsgrundsatz）（債務の内容は確定可能でなければならない）として、保証債務の確定性のために求められる要素と同じである⁽⁴⁴⁾。保証債務の内容が確定可能であるには、債権者、主たる債務者、主たる債務という要素によって、どのような債務について保証するのかが明らかになる必要がある。そして、言うまでもなく保証意思は保証人の意思表示の根幹を成すものであるから、結局、書面の不可欠な要素とされるのは、すべて保証契約を成立させる（そして保証債務を発生させる）ための本質的要素であるといえる。

書面がその不可欠な要素のいずれかを欠く場合、保証契約そのものが無効である。書面に主たる債務者名と債権者名が記されているが、主たる債務の記載欄が空白であるケース⁽⁴⁵⁾（他の記載から主たる債務を導ける場合は異なる⁽⁴⁶⁾）、書面に誤って別の主たる債務が記載されたケースが、代表例である⁽⁴⁷⁾。もっとも、そうした要素を欠くかどうかの最終判定は、次述5のような解釈をまつ必要がある。

5 書面性と解釈の関係

(1) 問題の所在

不要式行為に関しては、解釈によって解明された当事者意思をそのまま意思表示の内容とすることに、特段の支障はない。しかし、要式行為においては、単純に当事者意思を妥当させると書面性に反するおそれがある。解釈の根拠となる事実が書面からうかがえず、当事者意思が書面に十分に示されていないという場合が考えられるからである。そのため、BGB 766条の書面性に限らず、書面の方式を要する要式行為一般について、書面上にない諸事情をどこまで解釈において考慮してよいか⁽⁴⁸⁾が議論されることになる。このとき、一方で、書面性の要件を放棄することはできず、他方で、当事者意思の解明を断念することもできないため、通説・判例は、示唆理論（Andeutungstheorie）とよばれる考え方によって、双方の要請の調和を図っている。

(2) 代表的な判決

保証の書面性と解釈の関係について述べる判決は少なくないが、判例の立場は、次の判決によく現れていると思われる（なお〔判旨〕の中の番号①～⑤は、引用の便宜のために付したものである）。

連邦通常裁判所（＝BGH）2000年2月17日判決（BGH ZIP 2000, 740＝WM 2000, 886）（以下、BGH 2000年判決として引用する）

〔事実の概要〕

1997年1月24日、原告Xリース会社は、訴外A有限会社に対し、ゴム加工機械各1台を目的物とする2個の賃貸借売買契約（Mietkaufvertrag⁽⁴⁹⁾）について、契約書2通を交付し、また保証書面1通を添付した。保証書面の第1条は、次のように定めていた：「ここに、保証人は、Xがリース契約（Leasingvertrag）番号／目的物……にもとづいてA（以下、「主たる債務者」とよぶ）に対し有する、条件付きまたは期限付きを含む、既存および将来のすべての請求権について、74万マルクまでの連帯保証を引き受ける」。しかし、「リース契約番号／目的物」欄の「……」部分は未記入であった。1997年1月27日、Aの社員（Gesellschafter）の被告Yは保証の

意思表示について署名し、同日、Aの取締役はXに賃貸借売買契約の契約書2通とその保証書面1通を返送した。そして、Xは、保証書面の空白の欄に、賃貸借売買契約2個の契約番号2つを記入し、またそれらの目的物として「ゴム加工機械各1台」と記入した。Xは、そのように空白を補充した保証書面1通と賃貸借売買契約の契約書の副本2通を、1997年2月4日付けでYに送付した。ところが、Yは、1997年2月10日付けで、この書面の保証について署名した記憶はなく、保証を撤回すると返答した。その後、Xは、Aの支払い遅滞を理由に賃貸借売買契約を解除した。賃貸借売買契約にもとづくXのAに対する残債権額は約76万マルクであり、XはYに対しその一部である25万マルクの支払いを請求した。しかし、ラント裁判所、上級ラント裁判所は、Xの請求を棄却した。

〔判旨〕 破棄差戻

①「Ⅱ. ……1. 保証の場合も、まずBGB 133条、157条にしたがい、契約の内容が解釈されなければならない。第2段階では、ある一定の意味で解釈されるべき保証の意思表示の交付が、BGB 766条1文、126条1項による文書方式に適合するかどうかを検討されなければならない。……」

②「3. ……書面性は、保証人に警告し、十分に熟慮されていない意思表示から保護するものであり、保証の意思表示のすべての主要な部分に適用される。保証の意思表示は、他人の債務に責任を負うという意味を認識させるものでなければならず、債権者、主たる債務者、保証される主たる債務の記載を含む必要がある。」

③「もっとも、これらの〔記載を要する⁽⁵⁰⁾〕要素は、意思表示の文言から疑問の余地がないほどに示される必要はない。不明確または多義的な書面であっても、解釈の方法によって疑問が解消されうる場合は差し支えない。このとき、必要とされる範囲の〔保証人の〕意思について書面に十分な手がかり（Anhaltspunkt）が存在し、したがって保証債務の内容が書面に何らかの方法で表現されているかぎり、書面外の諸事情も考慮に入れることができる。」

④「……被告の署名した保証の意思表示には、主たる債務が正確に示さ

れていなかった。保証の意思表示は、詳しい記載のない「リース契約」上の請求権に係づけられていただけである。しかしながら、これにより保証の意思表示が方式無効となるわけではない。むしろ、書面自体が、保証される債務について適切な指示 (Hinweis) をしている。〔保証書面の〕第1条によると、被告は1個のリース契約にもとづく (aus einem Leasingvertrag) 請求権について保証した。〔しかし〕その単数形の使用は、必ずしも「1個の」リース契約のみが担保されうることを意味しなかった。この点は、第2条第1項から明らかになる。そこには次の定めがある:「保証は、1個ないし複数のリース契約の終了 (Beendigung des/der Leasingvertrages/verträge) まで存続し……」。控訴審が基礎にした事実関係によれば、どのような契約が問題となるかは保証の両当事者にとって明確だったのであるから、契約番号とリース目的物〔の記載〕を欠くことは、それ自体としては意味をもたない。その事実関係によると、原告と主たる債務者の間には賃貸借売買契約2個以外の契約は存在しなかった。第1条に記された保証の限度額も、〔主たる債務に関する〕追加的な指示 (Hinweis) であった。〔つまり〕74万マルクという額は、(原告が異論を受けることなく主張したように) 賃貸借売買契約2個の契約額から各契約の初回金 (支払い済み) を差し引いた額に、ほぼ相当していたのである。〕

⑤「4. 被告は「リース契約」にもとづく債権について保証し、そして賃貸借売買契約は通常のリース取引と多少異なるものであるとはいえ、賃貸借売買契約2個にもとづく原告の債権についても責任を負わなければならない。「リース契約」の概念は、ここでは賃貸借売買契約についての害のない誤った記載 (誤表 (falsa demonstratio)) である。ここで前提にすべき原告の主張によれば、原告と主たる債務者の間にはゴム加工機械に関してのみ契約が存在した。これらの契約は、主たる債務者自身からは「賃貸借売買契約」と性格づけられ、他方、被告は常に「リース」とよびつつも主たる債務者と同じものを考えていた。賃貸借売買契約と保証の意思表示は、こうした交錯する用語法を反映しているのである。〕

この事案では、書面による保証の意思表示に複数の問題があった。第1

は、書面の記載によれば、主たる債務は1個の契約から生じる債務だけであるが、意思表示の解釈によれば、2個の契約から生じる債務であるとされる点である。第2は、書面の記載によれば、主たる債務の発生原因はリース契約であるが、意思表示の解釈によれば、賃貸借売買契約であるとされる点である。第3は、主たる債務の発生原因である契約の番号・目的物を空白にしたまま保証人が書面に署名し、債権者がその空白を事後的に補充した点である。BGH2000年判決は、第1の点は、書面性と当事者意思の解釈の問題として捉え（判旨④）、第2の点は、（その問題の一部でもあるが）書面性と誤表は害さず原則の問題として捉え（判旨⑤）、どちらについても書面性の違反はないとした。また、第3の点は、この事案では解釈によって契約の番号・目的物を導くことができるため、いわゆる白紙保証の問題にはならないとした⁽⁵¹⁾。以下では、まず、第1と第2の問題の検討を行い（次述（3））、第3の問題は性格が異なるため項を改めて検討することにする（後述6参照）。

（3）書面性と当事者意思の解釈

（a）示唆理論

通説・判例は、書面の方式を要する要式行為一般について示唆理論をとっている。示唆理論によれば、当事者意思が書面に不完全にしか表現されていないときでも、書面に示唆されている（angedeutet）場合は、書面性の目的が達成されたと考えられ、書面性をみたと判断される⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾。この点は示唆理論として共通の理解である。ただし、当事者意思の解釈と書面性の判断の関係については、示唆理論のなかで理解が分かれている。

多数説・判例は、要式行為に関して、当事者意思の解釈と書面性の判断を分離して行う2段階の方法をとり、示唆理論を後者に位置づけている⁽⁵⁴⁾（BGH2000年判決の判旨①もこの立場を示す）。それによれば、まず、第1段階として、BGB133条、157条の解釈原則にしたがい当事者の意思表示⁽⁵⁵⁾および契約内容の解釈が行われる。これは不要式行為の場合と同じであり、この段階では書面の記載に拘束されることなく、書面外の事情を含むすべての事情にもとづいて当事者意思が解明される。次に、第2段階とし

て、解明された当事者意思が書面性をみたまどうか判断される。当事者意思が書面に明確かつ一義的に表現されていれば、書面性に適合することは疑いがない。しかし、そうでない場合も、示唆理論にしたがい、当事者意思が書面に示唆されているといえるときは、書面性をみたまと認められることになる。

これに対し、少数説は、⁽⁵⁷⁾要式行為においては、あくまで書面の記載にもとづいて当事者意思を解釈することを基本とし、示唆理論にしたがい、書面外の事情も書面にその示唆があるときは考慮できるとする。これは、当事者意思の解釈と書面性の判断を同時に行う1段階の方法といえる。当事者意思は、当初から書面性を充足する範囲内の事情にもとづいて解明され、書面性の判断を改めて必要としないことになる。多数説では、示唆理論は書面性の充足それ自体を判断する基準であるが、少数説では、当事者意思の解釈において考慮できる書面外の事情の範囲を決める基準といえる。

もっとも、多数説と少数説は、具体的結論において大差がないと指摘されている。⁽⁵⁸⁾多数説は、書面外の事情にも依拠しながら当事者意思を解明するが、書面の記載がその最も重要な解釈資料となるのは当然である。また、少数説は、当事者意思の解釈において書面の記載から出発するとはいえ、それに拘束されるわけではなく、示唆理論の範囲で書面外の事情を考慮し、書面の文言と異なる解釈をとることも認められる。この結果、多数説において、当事者意思が書面に示唆されていると判断される場合は、少数説においても、それと同じ当事者意思が、書面に示唆のある事情に依拠して導かれるであろうと考えられる。

(b) 保証における示唆理論の適用

通説・判例は、保証の意思表示の書面性に関しても示唆理論をとる。BGH 2000年判決の判旨③もその趣旨であり、⁽⁵⁹⁾示唆の意味を、保証の意思表示について書面に十分な手がかりが存在することとする。また、判旨④には、保証の書面性に関する示唆理論の適用例をみることが出来る。この事案の主たる債務は、保証意思の解釈によれば2個の賃貸借売買契約から生じる債務であるが、書面の文言自体によれば1個の賃貸借売買契約から

生じる債務である。このとき、判旨④は、契約の語が単数形であることは複数の契約である可能性を排除しないこと、他の条項には単数形と複数形の契約の語が併記されていること、保証限度額が2個の賃貸借売買契約の残債務額に相当することから、書面性の充足を肯定している。つまり、主たる債務を2個の契約上の債務とするという保証の意思表示は、契約書に明記されているわけではないが、契約書に表れたそれら3つの事情によって示唆されていると認められたと考えられる。

BGH 1989年判決も、⁽⁶⁰⁾示唆理論の適用例である。この事案では、被告による保証の意思表示は、原告（貸金債務の保証人）に対し主たる債務者が負う求償債務を保証するもの（Rückbürgschaft 求償保証）と解釈されるが、書面にはその旨の直接的な表現はなく、単に「原告のために10万マルクの最終不足額保証（Ausfallbürgschaft）を引き受ける」旨の記載があるにすぎなかった。とくに問題となったのは、書面の不可欠な要素である主たる債務者および主たる債務（前述4参照）が示唆されているといえるかどうかである。⁽⁶¹⁾まず、10万マルクという保証限度額は、原告のした保証の限度額と一致し、したがって主たる債務である求償債務の額とも一応対応するが、しかし保証限度額は保証人の責任の上限を示すにすぎず、主たる債務の種類や範囲についての十分な示唆にならないとされた。そして、債権者（原告）と主たる債務者の間に、主たる債務となりうる複数の債務が存在する場合は、とくにそうであるとされた。さらに、最終不足額保証は、保証債務の補充性を強化し、債権者が主たる債務者から最終的に弁済を受けられなかった額を保証するものであり、最終不足額保証という記載は、主たる債務が求償債務であることの十分な手がかりにはならないとされた。以上の判断から、被告の保証の意思表示は書面性をみとさないという結論が導かれている。

BGH 1989年判決の事案において、被告が求償保証を引き受けた意図は、貸金債務を保証した原告に損失を残さないためと考えられる。限度額10万マルクの最終不足額保証という書面の記載は、そうした意図を端的に表現したものと理解することもでき、書面の作成経緯をふまえれば、被告の

意思表示は書面に示唆されていると解しえないわけではないであろう。しかし、BGH 2000年判決の事案では、保証の意思表示を示唆するとされた単数形の契約の語、他の条項における複数形の語、賃貸借売買契約の残債務額は、いずれもたしかに書面に記載されている。これに対し、BGH 1989年判決の事案では、書面には最終不足額保証という記載しかなく、最終不足額保証それ自体の意味は求償保証とは明らかに異なるため、求償保証を引き受ける意思（求償債務を主たる債務として保証する意思）が示唆されていたと理解しづらいのはたしかである。示唆理論が適用されつつ両判決で結論が分かれたのは、この点に理由があるのではないと思われる。

(c) 書面性と誤表は害さず原則

当事者が意図的にまたは過誤により誤った表示や多義的な表示をしたときでも、当事者の現実の意思が合致していればそれが意思表示の内容となる。これは、誤表は害さず原則（*falsa demonstratio non nocet* 誤った表示は害さない）とよばれ、意思表示の解釈方法として承認されている⁽⁶²⁾。しかし、書面の方式を要する要式行為にこの原則を適用すると、書面上に正しい表示がないはずの当事者意思が効力をもつことになる。たしかに、そのとき、示唆理論の適用によって、誤表が当事者意思を示唆しているとされ、書面性の充足が認められる場合もあろう。しかし、誤表自体の客観的な意味内容が明確であるときは、他の意味内容の意思が示唆されているとみることには限界があり、示唆理論に依拠してもすべての問題が解消されるわけではないといえる。

この問題につき、通説は、要式行為にも誤表は害さず原則の適用があると解している⁽⁶⁵⁾。したがって、当事者意思が現実合致していた場合、書面に誤った表示がなされても、その意思が意思表示の内容になるとともに、書面性もみだすことになる。誤った表示をしたとはいえ、当事者は自分に認識可能な意味内容（つまり、現実合致した内容）で書面に表示したのであり、書面性の警告機能による当事者保護の要請は充足されていると解されるからである⁽⁶⁶⁾。判例も、同じ立場をとっていると考えられる。たとえば、BGH 1995年判決は、複数のリース契約上の債務を主たる債務とす⁽⁶⁷⁾

るのが当事者意思であり、保証書面の単数形のリース契約の記載は誤りであると指摘したうえ、そうした誤表は書面性の充足に影響しないとした。また、BGH 2000年判決は、判旨⑤において、賃貸借売買契約上の債務を主たる債務とするのが当事者意思であり、保証書面のリース契約という記載は無害な誤表にすぎないとし、書面性の違反を問題にしなかった。

(4) 示唆理論に対する反対説

以上のような示唆理論に対しては、従来から有力な反対説が存在する⁽⁶⁸⁾。当事者意思が書面に示唆されているかどうかの判断について、明確で一貫した基準を欠いているというのが、批判の1つである⁽⁶⁹⁾。そうした基準がないため、同等ないし類似の事案であるにもかかわらず、判例によって区々の判断がなされていると指摘される。むしろ結論が先にあって、書面性を認めるときは示唆されていたと述べ、否定するときには示唆されていなかったと述べるにすぎないという疑いもあるとされる。また、判例のとり結論は唯一可能なものというわけではなく、異なった判断を下すことも可能であったとされる。たとえば、BGH 1989年判決の事案について、保証の限度額は10万マルクであるとする記載は、主たる債務がそれ以上の額になりうることを意味し、それに該当するのは求償債務だけであったのであるから、結局、主たる債務は求償債務であることが示唆されていたと解しうる。もう1つの批判は、示唆理論が要式行為にも誤表は害さず原則の適用を認めることに向けられる。つまり、当事者意思について書面に十分な手がかりがなく、したがって書面外の事情のみに依拠して導かれる場合であっても、書面の記載が単なる誤表にすぎないとされるときは書面性の充足が認められるため、示唆理論は自らの例外を容認しているということである⁽⁷⁰⁾。たしかに、示唆理論によれば、書面の記載が表示として誤っている場合、それを単なる誤表とするのか、書面性に反する不十分な表示とするのかは、重大な違いをもたらすが、示唆理論において両者の区別は必ずしも明確とはいえないくらいがあると思われる。

そこで、反対説は、示唆理論と全く異なる方法で書面性を判断しようとする。それによれば、当事者意思が書面に不完全にしか表現されていない

場合でも、当事者の視点からみて十分な表現といえるときは、書面性の要件をみたとされる。書面の客観的な記載ではなく、当事者の主観的な認識として書面に十分な表示をしたのであれば、書面性による警告機能は果たされたという趣旨である⁽⁷¹⁾。このような反対説によると、当事者意思を示唆する書面が作成された場合や、書面に誤った表示をしたにすぎない場合は、当事者自身は書面を完成させたと認識したものとして、書面性の充足が認められることが多いであろう。さらに、そうした場合に当たらず、当事者意思がもっぱら書面外の事情から導かれる場合であっても、当事者の認識次第で書面性が認められる余地が生まれることになる。これに対し、当事者の視点からみても書面の表示が不十分であり、書面外にのみ存在する事情に依拠することがその不十分さを穴埋めする結果になる場合は、もはや書面性を認めることができないとされる⁽⁷²⁾。

6 白紙保証（および代理による保証）の問題

(1) 問題の所在と前提

保証人が、保証の意思表示をする書面の全部または一部が空白であることを知りながら署名し、他人（しばしば主たる債務者や債権者）に空白の補充を委ねることがある。このような書面にもとづく保証は、白紙保証（Blankobürgschaft; Blankettbürgschaft）とよばれ、書面性の要件をみたすかどうかの問題になる。白紙保証は、一方で、空白の補充によって最終的には適式の書面が完成するため、単に書面が作成されない場合や記載すべき不可欠な要素を欠く場合とは異なる。しかし、他方で、保証人が署名する時点では完全な書面が存在しないため、保証人に対する警告機能が十分ではないという事情がある⁽⁷³⁾。

この白紙保証に関しては、次の点が前提となる。まず、保証人が他人に書面の空白を補充する権限を授与し、その者が空白を補充した場合、書面上の表示は保証人自身の意思表示として効力をもつと構成される⁽⁷⁴⁾。このとき、他人は、署名した保証人の意思表示を完成させるにすぎず、保証人の代理人として行為するわけではなく、かつ、使者のように、すでに完成さ

れた意思表示を伝達するだけでもないとされる⁽⁷⁵⁾。また、全部または一部が空白の書面に署名した場合であっても、BGB 126 条 1 項の文書方式に必要な署名としては有効であると解されている⁽⁷⁶⁾。

(2) 従来通説・判例

かつて通説・判例は、原則として白紙保証は有効であると解していた⁽⁷⁷⁾。白紙保証では、単純に書面性に反する場合と異なり、保証人が書面の不完全さを認識したうえで、他人に空白の補充権限を授与するのであるから、保証人に対する警告機能は果たされていると考えられたのである。ただし、保証人の意思に反する内容が補充された場合は、BGB 172 条 2 項の類推適用のかぎりでのみ、保証は効力をもつとされた。保証人は、その意思に反する内容の意思表示をするつもりはなかったのであるから、本来、BGB 119 条 1 項（表示錯誤）にもとづいて意思表示を取り消すことができるが、BGB 172 条 2 項の趣旨にしたがい、善意・無過失の相手方に対しては取消しを主張することができないという理解である⁽⁷⁸⁾。BGB 172 条 1 項は、本人が代理人に代理権の授与書面を交付し、代理人がそれを相手方に呈示した場合についての表見代理に当たる規定である。同条 2 項は、その書面が返還されるか失効が宣言されるまではその代理権が存続すると定め、BGB 173 条は、そのとき相手方の善意・無過失が要件となると定める。空白の補充権限を授与して交付される白紙保証の書面は、代理権を授与する書面と類似するところがあり、また、そのような空白のある書面を交付した保証人よりも、善意・無過失の相手方を保護すべきであることから、BGB 172 条 2 項を類推適用をすべきだと解されたのである⁽⁷⁹⁾。

(3) BGH 1996 年判決⁽⁸⁰⁾

その後、白紙保証の有効性に関しては、BGH 1996 年 2 月 29 日判決を契機とする解釈の転換があった。この事案において、訴外会社の業務執行者（被告）は、保証人として保証書面に住所・氏名等を記載し署名した。しかし、債権者と主たる債務者の名は記載せず、その欄を空白にしたまま書面を債権者（原告）に交付し、その後、原告が自らを債権者、訴外会社を主たる債務者とする記載を補充した。そして、原告が被告に対し保証債務

の履行を求めて訴えを提起したところ、原告が補充した内容は保証人の意思に合致すると認定された。したがって、かつての通説・判例によれば、有効な保証として原告の請求が認められるべき事案であった。

しかし、BGH 1996年判決は、次のような理由を述べて請求を棄却した。「……書面を要する保証について、その旨の意思表示をする代理権または空白を補充する権限〔の授与〕を、文書方式に服せしめることは、一般的に正当である。BGB 766条の保護規定の目的は、保証人にその責任の内容と範囲を明確に認識させることにあり、もし保証人が、すべての必要不可欠な意思表示の構成要素を含まない文書に署名し、その記載の不足を埋めるよう第三者（とくに主たる債務者や債権者）に口頭で授権すれば足りるとするのであれば、その目的は空洞化されるであろう⁽⁸¹⁾」。そして、被告は原告に対し、口頭で空白の補充権限を授与したにすぎないため、BGB 766条1文の書面性の要件をみださず、保証は無効であるとした。

また、これに続けて、BGH 1996年判決は、次のような判断も示した。「連邦通常裁判所の判例によれば、署名のある白紙書面を交付した者は、補充された文言が自分の意思に合致するかどうかにかかわらず、善意の第三者に対しては、補充された内容が自らの意思表示として効力をもつことを認めなければならない。この法的帰結は、書面による授権をすることなく他人に白紙書面を委ねた保証人にも、正当に妥当する。……ただし、保護に値するのは、補完された書面を受け取り、意思表示が保証人に由来すると考えてよい者、つまり、その書面が有効な授権を受けていない第三者によって補完されたと判断できない者に限られる。〔しかし〕原告はそうした人的範囲に属していない。原告は、書面による授権を受けることなく、自ら重要な点について書面を補充したからである⁽⁸²⁾」。

この判決によれば、保証書面の空白を補充する権限の授与は、BGB 766条の書面性に服することになる。したがって、補充権限が書面によって授与された場合でないかぎり、保証人の意思に合致する内容の補充であるかどうかに関係なく、白紙保証は無効である。書面によらない補充権限の授与は無効であり、それにもとづいて補充された保証の意思表示も無効とな

ると理解される。⁽⁸³⁾ 補充権限の授与書面に記載されるべき内容は、保証人の意思表示に関する書面性の範囲（前述3、4参照）と同じであり、保証書面で明らかでない内容が授与書面に記載される必要がある。⁽⁸⁴⁾ しかし、白紙保証においては、保証人が署名のある白紙書面を交付したことで生じる外観への信頼を保護すべきであるとの考慮から、BGB 172条2項を類推適用することが認められる。⁽⁸⁵⁾ その結果、補充権限の授与が書面性をみたさない場合でも、保証書面の意思表示が保証人自身に由来しないことにつき善意・無過失の相手方（通常は保証契約の相手方である債権者）との関係では、白紙保証は有効とされる。これは、補充権限の授与は書面性をみたすが、補充された内容が保証人の意思に反する場合も同じであり、保証人はこの場合においても、BGB 119条1項にもとづく意思表示の取消し（前述（2）参照）が認められないことになる。⁽⁸⁷⁾

（4）現在の学説・判例

BGH 1996年判決の立場は、その後の判例によって踏襲され、⁽⁸⁸⁾ 学説の多くからも基本的に是認されていると考えられる。⁽⁸⁹⁾ また、BGH 1996年判決は、白紙保証に関する補充権限の授与だけでなく、保証契約の締結に関する代理権の授与も BGB 766条の書面性に服するとしている（前述（3）参照）。その結果、書面によらない代理権の授与は無効であり、それにもとづく保証契約は無権代理として浮動的に無効となり（BGB 177条1項）、そして、保証人が書面によって追認（前述2参照）すれば遡及的に有効となる（BGB 184条1項）。⁽⁹⁰⁾ 学説の是認は、こうした点にも及ぶものと考えられる（前述2参照）。

ただし、BGH 1996年判決の射程を限定しようとする学説も有力である。⁽⁹¹⁾ 代理権や補充権限の授与は常に書面性に服するのではなく、BGB 167条2項（前述2参照）の明文の規定に反してでも要式性の警告機能による保護を優先すべき場合にのみ、書面を要するとする。具体的には、授権者が授権によって法律上の拘束を受ける場合、⁽⁹²⁾ または事実上の拘束を受ける場合であり、後者は、授権がもつばら被授権者の利益となり、その者が自らの利益のために遅滞なく権限を行使できる場合をいう。これは、もともと

BGB 311b 条（旧 313 条）⁽⁹³⁾ に関する学説・判例の議論であるが、保証に係るのはその後者の場合であり、保証人が債権者や主たる債務者（またはそれらの側の者）に代理権や補充権限を授与する場合が該当するとされる。これに対し、とくに保証人側に属する者（その従業員など）に授与する場合は、保証人自身の利益となる授権であり、BGB 167 条 2 項に反してまで BGB 766 条の警告機能による保証人の保護を優先する必要はないとされる。もっとも、このように代理権や補充権限の授与の書面性を限定的に解する学説においても、実際上少なくとも債権者や主たる債務者への授権について書面を求めていることは、確認しておく必要があろう。

7 書面の形式

BGB 766 条が求めるのは、BGB 126 条 1 項が定める文書方式（Schriftform）の書面である（前述 1 参照）。文書方式は、法定の標準的方式であり、作成者が書面に自分で署名すること（自署）を必要とする⁽⁹⁴⁾。現行のドイツ民法典は、文書方式以外の法定の方式として、電子方式（elektronische Form）（BGB 126a 条）、テキスト方式（Textform）（BGB 126b 条）、公正証書（BGB 129 条）、公的認証（notarielle Beurkundung）（BGB 129 条）を定めている⁽⁹⁵⁾。公的認証は、文書方式の署名が作成者の署名であることを公証人が認証するものである。公的認証と公正証書は、文書方式よりも厳格な方式であり、文書方式に代わることができる。電子方式は、作成者の名の記載と電子署名法（Signaturgesetz）による電子署名を備える必要がある。一般に電子方式は文書方式に代わることが認められるが（BGB 126a 条 1 項）、実務上重要な法律行為については例外が定められている⁽⁹⁶⁾。BGB 766 条 2 文も、軽率な意思決定から保証人を保護する警告機能の面で不十分であるとの理由から、電子方式は保証の書面性をみたさないとしている⁽⁹⁷⁾。また、テキスト方式は、最も簡便な方式であり、書面に作成者の自署を必要とせず、書面の写し、コピー、ファックス文書、電子メールでも足りる。このようなテキスト方式は、より厳格な文書方式に代わることはできず、保証の書面性をみたさないとされる。

保証契約では、保証人の意思表示に関して文書方式が必要とされるため、保証人が書面に署名することが重要となる。署名は、文書の末尾に記入して文書を完結させる意味があり、その観点から一定の形式的厳格さが求められる。つまり、署名（Unterschrift）は、まさに文書の下部に（unter）⁽⁹⁸⁾記されて「書面を場所的に締めくくる」ものでなければならず、上部署名（Oberschrift）や横署名（Nebenschrift）がされた書面は、書面性に反することになる。⁽⁹⁹⁾文書に追補がされた場合、元の署名はその上部に位置する関係になるため、追補には別に署名が必要になる。もっとも、事案に即した個別的判断をする余地はあり、たとえば、文書の中に用意された署名欄に署名があり、その直下に連帯保証という記述があった事案、⁽¹⁰⁰⁾署名後に文書が修正され、保証人が修正された内容に関しても署名の効力を維持する意思であった事案⁽¹⁰¹⁾では、書面性の充足が認められた。

署名は、保証人自身による署名（自署）でなければならない。文書自体は自書される必要はなく、印刷、写し、コピーであっても差し支えないが、署名は直接それらに記入される必要がある。したがって、署名された書面の写し、コピー、ファックス送信された文書は、⁽¹⁰²⁾それ自体に署名があるわけではなく、文書方式の書面とは認められない。また、電報の送信依頼書に保証人の署名があっても、配達された電報自体に署名はないことから、やはり書面性をみたとされる。⁽¹⁰³⁾

8 保証の意思表示の交付

BGB 766 条は、書面を作成するだけでなく、保証人が書面に記載された保証の意思表示を交付すること（Erteilung）を要件とする。たとえ適式の書面が作成されても、交付がなければ書面性の充足は認められない。保証の意思表示の交付という概念は分かりにくい、保証の意思表示を表した書面を債権者の自由な処分⁽¹⁰⁴⁾に委ねるかたちで譲り渡すことをいうとされる。通常は、保証人が債権者（またはその代理人や使者）に書面を交付することによって、保証の意思表示を債権者に交付したことになる。債権者の処分⁽¹⁰⁴⁾に委ねるのは一時的でもよく、その後⁽¹⁰³⁾に債権者から書面の返還を受

けても、保証の意思表示は交付されたと認められる。これに対し、債権者に書面の写しやコピーが交付されたり、書面がファックスで送信された場合は、適式に作成された書面は実際に存在するものの、その書面自体は保証人の元にとどまっていた債権者の処分⁽¹⁰⁵⁾に委ねられていないため、保証の意思表示の交付があったとは認められない。この点は、保証人が、保証に関する公正証書をファックスで債権者に送信するよう、公証人に対し指示した（そのため、保証人には交付に向けた明確な認識があった）場合でも異ならないとされる。⁽¹⁰⁶⁾

9 書面性違反の効果

(1) 無効

BGB 766 条の定める書面性に違反する場合、BGB 125 条により保証の意思表示は無効であり、それにもとづく保証契約も無効となる。⁽¹⁰⁷⁾ BGB 125 条は、法定の方式に違反する法律行為は無効であると規定し、これが BGB 766 条に関しても適用されることによる。保証の意思表示のうち、書面の不可欠な要素（前述 4 参照）以外の部分について書面性の違反がある場合は、その部分が無効となる。主たる債務の一部や、保証人に不利な各種の付随的合意（前述 3 参照）について、書面の記載を欠くような場合である。そして、BGB 139 条により、無効な部分以外の残部だけでは契約が締結されなかったであろうときは、保証契約全体が無効となる。

(2) 方式の瑕疵の治癒

BGB 766 条 3 文によれば、書面性違反による無効は、保証債務が履行されたときは治癒される。任意の履行がなされれば、書面性の警告機能による保証人の保護は、もはや不要になるとされるからである。治癒の効果は、将来に向かってのみ生じ、また保証債務が履行された限度で生じる（そのため、未履行の部分は依然として無効である）。⁽¹⁰⁸⁾ 履行としては、弁済だけでなく、代物弁済、取戻し請求権を放棄した供託、相殺なども該当する。しかし、保証債務を目的とする担保権の設定、債務約束や債務承認、準消費貸借などは、保証債務の弁済と同視できないため該当しないとされ

⁽¹¹⁰⁾る。また、書面性違反が治癒されるのは、BGB 766 条 3 文の履行によってのみであり、事後的に口頭で保証人が追認したり債権者と効力を確認する合意をしても、有効に転じることはない。その場合、BGB 141 条 1 項の無効行為の追完として新たな行為をしたと判断される余地があるが、保証人のその意思表示が BGB 766 条の書面性を免れるわけではない。

BGB 766 条 3 文の保証債務の履行において、書面性違反を治癒する意思があることは要件ではない。⁽¹¹¹⁾もちろん、弁済等の履行自体は有効でなければならない、そのために弁済者に一定の意思が求められるとしても、それと治癒の意思は異なるものである。したがって、書面性違反の事実を知らずに保証契約が有効であると誤信して履行された場合でも、治癒は生じることになる。この点は、すでに履行がなされた以上、軽率な意思決定に関して保証人に警告する必要はないという、BGB 766 条 3 文の趣旨から導かれている。また、無効であると知らないからこそ履行がなされるのであり、仮に治癒の意思を要件とすれば、BGB 766 条 3 文は、事実上、その適用場面を失うであろうと指摘される。もっとも、法に通じない者が、保証債務が存在すると誤信し、差し迫った強制執行の危惧から履行したにすぎないような場合は、BGB 766 条 3 文の適用を否定すべきではないかとする学説⁽¹¹²⁾もある。

(3) 無効主張の制限

書面性違反による無効は、原則としてすべての者が主張することができる。たしかに、保証人は、程度の差はあれ、書面性違反に関与しているといえる。つまり、保証の意思表示を口頭でのみした場合、保証人自身も書面の作成に意を払わなかったという意味では関与があり、また書面は作成したが有効な署名をしなかった場合や、書面を作成し署名したがコピーを交付した場合であれば、なおさらそうであろう。しかし、こうした関与をもって保証人が直ちに無効主張を禁止されるとすれば、BGB 766 条の書面性の警告機能による保証人の保護は空洞化されることになる。そこで、保証人の無効主張が制限されるのは、あくまで例外的な場合に限り⁽¹¹³⁾と解されている。このため、保証人が保証の意思表示をする公正証書を作成

し、公証人が保証人の了承を得てそれをファックスで債権者に送信した場合においても、保証人が書面性違反による無効を主張し、保証債務の履行を拒否することが許されるとされる。⁽¹¹⁴⁾

保証人の無効主張は、それが信義則（BGB 242 条）違反となる特別な事情があるときは制限される。とくに、保証人が書面の必要性や充足性について債権者を故意に欺罔した場合、保証契約が無効であると主張することは許されない。また、そのような極端な場合でなくても、通説・判例によれば、保証人が保証契約を通じて長期にわたってすでに利益を得ていた場合も、無効主張は信義則に反するとされる。⁽¹¹⁵⁾ これにつき具体的に挙げられる例は、会社が主たる債務者、保証人がその取締役や社員などの関係があるという場合である。たとえば、有限会社を主たる債務者としてその有限責任社員が10万マルクを限度額とする保証契約を締結したが、書面性を充足していなかった場合、債権者がそれを有効と考えたために有限会社に信用を供与し、それを通じて有限責任社員である保証人も間接的に利益を受けて数年が経過したというケースである。⁽¹¹⁶⁾ ただし、こうした場合に、保証人が利益を得ていたことをもって、直ちに無効主張が信義則違反となるわけではなく、保証人の得た利益が多大なものであること、保証が長期間有効なものと考えられてきたことが重要であると解されている。⁽¹¹⁷⁾ また、債権者が保証を有効であると考えるのは当然であるから、債権者の一般的な信頼があるだけではならず、保証人の利益にもなった債権者との取引を保証人自身の言動等が誘引したといった、より具体的な関係が必要であるとの理解もみられる。^{(118) (119)}

注

(24) §766 Schriftform der Bürgschaftserklärung

Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich. Die Erteilung der Bürgschaftserklärung in elektronischer Form ist ausgeschlossen. Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt.

(25) 詳しくは、後述7参照。

(26) 詳しくは、後述7参照。

- (27) Horn, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2, 13. Aufl. (1997) (=Staudinger/Horn) (「=.....」は文献等の引用時の略記を意味する。以下においても同じである), §766 Rn. 53; Habersack, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 5, 5. Aufl. (2009) (=MünchKomm/Habersack), §766 Rn. 28 Fn. 146.
- (28) Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 2 HalbBd. 2, 13. Aufl. (1994) (=Schuldrecht II), S. 5; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, 15. Aufl. (2010), Rn. 1008; Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 6. Aufl. (2011) (=Schuldrecht BT), Rn. 952.
- (29) BGHZ 132 (1997), 119, 122–123.
- (30) このため、取締役や業務執行社員の無効主張が例外的に制限される場合がある(後述9(3)参照)。また、端的にドイツ商法典350条の類推適用を主張する学説も有力である。Staudinger/Horn §766 Rn. 6; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 3.
- (31) Staudinger/Horn §766 Rn. 2; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 2.
- (32) Staudinger/Horn §766 Rn. 3. ただし異論もある。MünchKomm/Habersack §766 Rn. 2; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, 3. Aufl. (2008), Rn. 71.
- (33) BGHZ 132, 119, 125; Staudinger/Horn §766 Rn. 38; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 21; Larenz/Canaris, Schuldrecht II, S. 6; Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 954.
- (34) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2. Band, 4. Aufl. (1979), S. 891; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 21; Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl. (2006) (=AT), Rn. 976; Köhler, BGB Allgemeiner Teil, 34. Aufl. (2010) (=AT), §11 Rn. 27. このうち、Medicus, aaO は、追認により本人は直接的に拘束されるため、代理権授与の場合よりも、さらに方式自由は制限されるべきであるとする。ただし、BGB 182条2項のとおり不要式とする説もあり、こちらが通説・判例であるともいわれる。不要式とする説は、代理権授与と異なり、追認ではすでに無権代理人が締結した要式契約が存在し、本人は十分に吟味可能であることを論拠とする。Schramm, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, 5. Aufl. (2006) (=MünchKomm/Schramm), §177 Rn. 38; Leptien, in: Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 2, 13. Aufl. (1999) (=Soergel/Leptien), §177 Rn. 23; Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 3. Aufl. (2011) (=AT), Rn. 1469. もっとも、この説は主に BGB 311b 条(不動産取得行為等に公正証書を要すると定める)を念頭においていること(ただし、Bork, aaO は保証についても明言する)、他方、代理権授与に書面を要とした BGHZ 132, 119, 125 は、BGB 311b 条(旧 313 条)と BGB 766 条の相違を強調して判断していることに注意する必要がある。

- (35) Staudinger/Horn §766 Rn. 4.
- (36) 併存的債務引受であるとされるには、主たる債務の成立につき引受人自身が直接的な経済的利益を有することが重要な指標となるとされる。Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, Rn. 1010; Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 939. なお、MünchKomm/Habersack §766 Rn. 2 は、併存的債務引受が人的担保の機能をもつ場合は類推適用を認める。
- (37) Larenz/Canaris, Schuldrecht II, S. 77.
- (38) Staudinger/Horn §766 Rn. 8-9; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 5; Larenz/Canaris, Schuldrecht II, S. 5.
- (39) Staudinger/Horn §766 Rn. 10-12; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 13-14.
- (40) Staudinger/Horn §766 Rn. 11; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 13.
- (41) BGH WM 1997, 625.
- (42) BGH NJW 1989, 1484. 同旨の判例は多数ある。たとえば、BGHZ 26 (1958), 142, 146; BGH NJW 1982, 569, 570; BGH WM 1991, 536; BGH NJW 1993, 724, 725; BGH NJW 1993, 1261, 1262; BGH NJW 1995, 1886; BGH ZIP 2000, 740, 741; BGH NJW 2001, 3327, 3328.
- (43) Staudinger/Horn §766 Rn. 17; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 8; Larenz/Canaris, Schuldrecht II, S. 5; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, Rn. 1008; Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 952.
- (44) Staudinger/Horn §766 Rn. 17; Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 952. 保証の場合の確定性原則については、Staudinger/Horn §765 Rn. 13; MünchKomm/Habersack §765 Rn. 68.
- (45) BGH NJW 1993, 1261.
- (46) Vgl. BGH NJW 1995, 2161.
- (47) BGH NJW 1989, 1484, 1485.
- (48) Larenz/M. Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. (2004) (=AT), §28 Rn. 85-87; Medicus, AT, Rn. 328; Köhler, AT, §9 Rn. 14; Bork, AT, Rn. 558.
- (49) 賃貸借として契約され、賃借人に目的物を買取るオプションが与えられる。Schürnbrand, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 3, 5. Aufl. (2008), §499 Rn. 26.
- (50) 引用文中の [……] は筆者注であり、以下においても同じである。
- (51) BGH ZIP 2000, 740, 741.
- (52) 後出注 (54) の多数説、(57) の少数説の各文献参照。
- (53) ドイツ法の示唆理論（および後述の誤表は害さず原則と書面性の関係）につき、主に2文献を検討するものとして、滝沢昌彦「要式行為の解釈についての西ドイツの諸学説」一橋論叢104巻1号69頁以下（1990年）（暗示定式

- という訳語を当てる)。また、遺言の解釈における示唆理論に関して、浦野由紀子「遺言の補充的解釈(2・完)」民商115巻2号229-237頁(1996年)(示唆説という訳語を当てる)、堀川信一「遺言の解明的解釈の方法と限界について」大東法学18巻2号81頁以下(2009年)。
- (54) Larenz/M. Wolf, AT, §28 Rn. 88; Medicus, AT, Rn.328 und 330; Köhler, AT, §9 Rn.14; Bork, AT, Rn. 559-563; Hefermehl, in: Bürgerliches Gesetzbuch Bd.2, 13.Aufl. (1999) (=Soergel/Hefermehl), §125 Rn.19; Einsele, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.1 1. HalbBd., 5. Aufl. (2005) (=MünchKomm/Einsele), §125 Rn.37-38; MünchKomm/Habersack §766 Rn.6; BGH NJW 1995, 43, 44; BGH NJW 1995, 1886; BGH ZIP 2000, 740, 741. とくに Bork, AT, Rn.560 は、第1段階においてまず要式行為の保証である(不要式行為の損害担保ではない)ということ、確定する必要があると指摘する。
- (55) BGB 133条(意思表示の解釈): 意思表示の解釈においては、現実の意思が探求されなければならない、表現の字義にとらわれてはならない。
- (56) BGB 157条(契約の解釈): 契約は、信義誠実が取引慣習を考慮したうえで要請するように、解釈されなければならない。
- (57) Staudinger/Horn §766 Rn.19; unklar Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7.Aufl. (2007), Rn.896.
- (58) Staudinger/Horn §766 Rn.20.
- (59) なお、BGH 2000年判決の判旨③④だけを見ると、少数説の1段階の方法のようにも読めるが、判例の立場は判旨①が示す通り多数説と同じであり、判旨①に続いてまず保証の意思表示の解釈がなされ、主たる債務が2個の賃貸借売買契約上の債務であることが確定されている。判旨③④はそのうえで判示である。BGH ZIP 2000, 740, 741.
- (60) BGH NJW 1989, 1484.
- (61) この事案では、保証人は原告(債権者)の「ために」保証すると書面に記載されていたため、誰が債権者であるかの明記もないとされた。しかし、法律用語としては、保証人は原告に「対して」保証すると表現すべきであるものの、一般用語としては、原告の「ために」と表現することがあるため、書面の記載は原告が債権者であることを示唆していると判断された。
- (62) Larenz/M. Wolf, AT, §28 Rn.30; Medicus, AT, Rn.327; Köhler, AT, §9 Rn.13; Bork, AT, Rn.519.
- (63) たとえば、BGH NJW 1995, 1886, 1887 は、主たる債務の発生原因が複数のリース契約であるとき、単数形の表記は誤表であるとするが、BGH 2000年判決の判旨④は、単数形を複数の契約であること示唆の1つと捉えていると考えられる。
- (64) 前述のBGH 1989年判決において、最終不足額保証が求償保証の示唆にな

- らないとされたことが、これをうかがわせる。
- (65) 示唆理論をとりつつ誤表は害さず原則の適用に反対する説は少数である。Wieling, Die Bedeutung der Regel „falsa demonstratio non nocet“ im Vertragsrecht, AcP 172 (1972), 297, 315–316はその例であるが、誤表は害さず原則を適用した場合、書面性の警告機能が果たされることは認めつつ（この点では通説と一致する）、契約締結・内容の明確化・証明機能が放棄されることを理由に反対する。
- (66) Larenz/M.Wolf, AT, §28 Rn. 92.
- (67) BGH NJW 1995, 1886, 1887.
- (68) 主な反対説として、Köhler, AT, §9 Rn. 15; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Rn. 75–81; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Aufl. (2006), Rn. 146–152. Auch Köhler, Anmerkung, JR 1984, 14, 15; Tiedtke, Die Umfang des Schriftlichkeitserfordernisses bei der Bürgschaft, WM 1989, 737, 739.
- (69) とくに Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Rn. 75–80.
- (70) Köhler, JR 1984, 14, 15; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Rn. 81.
- (71) Köhler, AT, §9 Rn. 15; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Rn. 80.
- (72) Köhler, AT, §9 Rn. 15.
- (73) Vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II, S. 5 und Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 901.
- (74) Larenz/M.Wolf, AT, §48 Rn. 34; Medicus, AT, Rn. 913; Köhler, AT, §7 Rn. 28; MünchKomm/Schramm §172 Rn. 14. 作成者（保証人）の意思表示として効力をもつとする法律構成につき、Binder, Gesetzliche Form, Formnichtigkeit und Blankett im bürgerlichen Recht, AcP 207 (2007), 155, 159–168. それによると、単純に作成者自身の意思表示として構成されるのではなく、作成者に帰属させる（zurechnen）べき意思表示として構成され、代理との類似性などから代理法の一部が類推適用されるが、それらの詳細は必ずしも明らかではないという。Vgl. auch Bork, AT, Rn. 1647.
- (75) Bork, AT, Rn. 1645–1646; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 22; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Rn. 112.
- (76) Larenz/M. Wolf, AT, §27 Rn. 36; MünchKomm/Einsele §126 Rn. 11; Soergel/Hefermehl §126 Rn. 5.
- (77) Larenz/Canaris, Schuldrecht II, S. 5–6. Vgl. auch Staudinger/Horn §766 Rn. 44–46; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Rn. 111, 112, 114; Bülow, Blankobürgschaft und Rechtsscheinzurechnung, ZIP 1996, 1694.
- (78) より古くは、単純に BGB 119 条 1 項による取消しを認めるのが通説であった。Staudinger/Horn §766 Rn. 46.
- (79) なぜ BGB 172 条 1 項ではなく、同条 2 項の類推適用であるのかは明らかで

- はない。Canaris, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971) (=Vertrauenshaftung), S. 58 は、判例は兩条項を十分に区別できていないとし、同条2項は補充権限が事後的に消滅した場合にのみ類推可能であり、補充権限が当初から欠けていた場合は同条1項を類推すべきであると批判する。なお、Bork, AT, Rn. 1650 は、BGB 172 条1項、173 条の類推適用という構成を示している。
- (80) BGHZ 132, 119=NJW 1996, 1467=WM 1996, 762=ZIP 1996, 745. この判決については、角田美穂子「ドイツ消費者信用契約における書面方式の要求」クレジット研究30号44頁(2003年)に言及がある。
- (81) BGHZ 132, 119, 125.
- (82) BGHZ 132, 119, 127-128.
- (83) BGH 1996年判決の意義については、Staudinger/Horn §766 Rn. 45; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 23.
- (84) BGHZ 132, 119, 128. Vgl. MünchKomm/Habersack §766 Rn. 22.
- (85) なお、書面性をみだし、かつ補充された内容が保証人の意思に合致する場合は、保証人の意思表示として効力をもつため(前述(1)参照)、BGB 172 条2項類推適用をまつまでもない。
- (86) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 65 に依拠すれば、相手方が信頼する外観は厳密には2種類に分かれる。まず、顕示の補充(offene Ausfüllung)(相手方の面前で空白を補充する場合など)においては、相手方は空白の存在を知っているため、相手方が信頼するのは、署名のある書面の所持者が補充権限を有するという外観である。この場合は、たしかにBGB 172 条の表見代理の類推適用に親しむといえる。これに対し、隠れた補充(verdeckte Ausfüllung)(補充された後に書面が相手方に提示される場合など)においては、相手方は空白が存在した事実を知らないのであるから、相手方が信頼するのは、書面の意思表示が作成者(保証人)自身の意思表示であるという外観である。しかし、この場合、BGB 172 条との接点は見出しがたいといえる。そこで、Canaris, aaO は、顕示の補充におけるBGB 172 条の類推適用の法理が、別形態の補充である隠れた補充にも類推適用される、と構成するほかないとする。
- (87) Medicus, AT, Rn. 913; Köhler, AT, §7 Rn. 28; Bork, AT, Rn. 1650; Staudinger/Horn §766 Rn. 45; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 23. もっとも、Canaris, Vertrauenshaftung, S. 60 は、そもそも表示錯誤はなく、せいぜい補充権限者が意思に反した内容の補充をしないであろうという動機錯誤しかないとする。
- (88) BGH WM 1997, 909, 910; BGH ZIP 2000, 451, 452; BGB ZIP 1596, 1597.
- (89) Larenz/M. Wolf, AT, §27 Rn. 37; Medicus, AT, Rn. 913; Köhler, AT, §7 Rn. 28; Bork, AT, Rn. 1649; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II, Rn. 1008; Looschelders, Schuldrecht BT, Rn. 953-954; Staudinger/Horn §766 Rn. 45-46; MünchKomm/Einsele §126 Rn. 11; Soergel/Hefermehl §126 Rn. 5; Weber, Kreditsicherungsrecht,

8. Aufl. (2006), S. 56–57; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, Rn. 900–903. また、後出注 (91) の文献も単純な反対説ではなく、一応ここに含めてよいであろう。このほか、通説・判例よりもさらに書面性を貫徹させる説として、Binder, AcP 207, 155, 194–196 があり、相手方の信頼保護（取引安全）よりも書面の作成者に対する警告機能を優先すべきであるとし、BGB 172 条 2 項の類推適用の余地を一般的に否定する。通説・判例に部分的に反対する説として、Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Rn. 114; Pawlowski, Anmerkung, JZ 1997, 309, 312 があり、保証人の意思に反した内容の補充がされた場合は、BGB 119 条 1 項の錯誤による取消しを認めるべきであるとする。
- (90) 白紙保証の補充権限の授与が書面性をみたさない場合、通説・判例によれば保証の意思表示は無効となるが（前述 (3) 参照）、それに反対し、代理権の授与が書面性をみたさない場合（無権代理）と同様に考えるべきであり、BGB 172 条 2 項の表見代理が類推適用されることも整合性がとれるとする少数説がある。Staudinger/Horn §766 Rn. 45; Keim, Das Ende der Blankobürgschaft?, NJW 1996, 2774, 2775–2776. 通説・判例によれば、書面性違反の効果は保証契約の無効であり、BGB 766 条 3 文の履行された限度でのみ治癒されるにすぎないが、少数説によれば、書面性違反の効果は浮動的無効であり、書面による追認によって遡及的に有効となる可能性があることになろう。
- (91) 細部はそれぞれ異なるものの、MünchKomm/Habersack §766 Rn. 21; MünchKomm/Schramm §167 Rn. 28–29; Soergel/Leptien §167 Rn. 11–13; Keim, NJW 1996, 2774, 2775; Fischer, Formnichtigkeit der Blankobürgschaft-BGHZ 132, 119, JuS 1998, 205, 207–208; Kandler, Die Formbedürftigkeit von Vollmachten bei formgebundenen Geschäften (2004), S. 284–296.
- (92) 具体的には、撤回できない代理権（unwiderrufliche Vollmacht）の授与の場合であり、その典型例は、被授權者が授權者に対し請求できる行為について代理権が授与される場合である（土地の売主が買主に対し所有権移転の物権行為につき代理権を授与するなど）。Larenz/M. Wolf, AT, §47 Rn. 52; Medicus, AT, Rn. 942; Köhler, §11 Rn. 32.
- (93) 前出注 (34) 参照。
- (94) または、公証人の認証を得た筆跡（Handzeichen）を記す必要がある（BGB 126 条 1 項 2 肢）。文盲の者などについて用いられる。
- (95) ドイツ法の書面の方式の種類・内容については、熊谷芝青「ドイツ民法における『方式無効』について」高知短期大学社会科学論集 67 号 8–11 頁（1994 年）、角田・前掲注 (80) クレジット研究 30 号 27–31 頁（全般）、34–35 頁（電子方式）、57–58 頁（テキスト方式）。また、2001 年改正により追加された電子方式と簡易なテキスト方式の意義・問題点については、デルナー（福田清明訳）「電子方式とテキスト方式」明治学院大学法律科学研究所年報 19 号

- 65-73 頁 (2003 年)、佐藤優希「民事訴訟法における電子文書の証拠力」比較法 41 号 471-474 頁 (2004 年) (とくにテキスト方式)。
- (96) 具体例については、Köhler, §12 Rn. 9a.
- (97) EU 電子商取引指令 (Directive on electronic commerce of 8 June 2000, 2000/31/EC) は、9 条 1 項において、電子的方法による契約締結を可能にするよう求めているが、同条 2 項 c) において、保証人が自らの商取引、事業、職業以外において保証契約を締結する場合は例外とすることを認めている。しかし、そうすると、商人でない法人や自然人がその事業や職業のために保証する場合 (たとえば前述 2 参照) に関してはその例外に当たらないため、BGB 766 条 2 文による電子方式の排除は EU 指令に反することになるという指摘がある。MünchKomm/Habersack §766 Rn. 16.
- (98) Larenz/M. Wolf, AT, §27 Rn. 34; Medicus, AT, Rn. 617; Bork, AT, Rn. 1056.
- (99) BGHZ 113 (1990), 48, 53-54.
- (100) BGH NJW 1995, 43, 45.
- (101) BGH NJW 1994, 2300, 2301.
- (102) BGHZ 121 (1993), 224, 229; BGH WM 1997, 625, 627. Vollkommer und Gleußner, Anmerkung, JZ 1993, 1007, 1007-1008 は、ファクス送信に関しては、送信された文書が文書方式をみたすかという問題と、書面の意思表示の交付があるかという問題があると指摘し検討する。
- (103) BGHZ 24 (1957), 297, 302.
- (104) Staudinger/Horn §766 Rn. 33; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 24.
- (105) BGHZ 121, 224, 228-230. Vgl. Vollkommer und Gleußner, JZ 1993, 1007, 1008-1009.
- (106) BGHZ 121, 224, 233.
- (107) ドイツ法の要式行為一般における方式違反の効果については、熊谷・前掲注 (95) 16-22 頁。
- (108) 条文の文言と異なり、「保証債務」であることにつき、前述 1 参照。
- (109) Staudinger/Horn §766 Rn. 53; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 28-29.
- (110) Staudinger/Horn §766 Rn. 53; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 29.
- (111) Staudinger/Horn §766 Rn. 53; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 28. また、第三者が保証債務を履行した場合も治癒され、この場合も第三者に治癒する意思があることは要件ではないとされる。
- (112) Staudinger/Horn §766 Rn. 53.
- (113) BGHZ 26, 142, 151; Staudinger/Horn §766 Rn. 50.
- (114) BGHZ 121, 224, 234.
- (115) BGHZ 26, 142, 151; Staudinger/Horn §766 Rn. 51; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 30.

- (116) BGHZ 26, 142, 151-152. また、BGH WM 1986, 939, 940; BGH WM 1997, 625, 627-628 も、主たる債務者が有限会社、保証人がその社員であり、主たる債務者と債権者の取引を通じて保証人も利益を得ていたケースである。
- (117) Staudinger/Horn §766 Rn. 51; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 30; Reinicke/Tiedtke, Bürgschaftsrecht, Rn. 103. 要式行為全般に関してであるが、最近の判例を含めた分析として、Armbrüster, Treuwidrigkeit der Berufung auf Formmängel, NJW 2007, 3317.
- (118) MünchKomm/Habersack §766 Rn. 30; BGH NJW 1996, 1467, 1469 (BGHZ 132, 119, 129 では該当箇所は省略されている)。
- (119) なお、ドイツ法では方式を遵守しなかった者に対し、不法行為や契約締結上の過失にもとづく損害賠償責任が認められ、その者による無効主張が事実上の制限を受けることがある。今西康人「ドイツにおける方式無効の治癒～契約締結上の過失責任との関係を中心に (1) (2)」商大論集 35 卷 2 号 18 頁以下、3 号 37 頁以下 (1983 年)、熊谷・前掲注 (95) 22-24 頁。しかし、保証に関しては、そうした損害賠償責任を認めた判例は見当たらず、また、学説上も議論がないようである。その理由は明らかではないが、保証の場合は、保証契約が無効に帰したことによる損害賠償責任の効果が、保証債務の履行利益の賠償と同じになりがちであること (今西・前掲 (2) 3 号 54 頁、Binder, AcP 207, 155, 193)、そのため信義則による無効主張の制限と結果的に一致するという事情があるのではないかと推測される。

IV 民法 446 条 2 項の特徴

1 薄められた書面性

2004 年改正 (前述 II 参照) にもとづく 446 条 2 項の書面性を、立法当初から保証契約を要式契約としてきたドイツ法の規律 (前述 III 参照) と照合すると、3 つの特徴を指摘できると考えられる。

まず、446 条 2 項の定める書面性は、保証人に対して保証のリスクを警告し、保証人による軽率な保証を防止するという目的にとって不十分であり、その意味で薄められた書面性にとどまるという点である。これは、446 条 2 項が、書面について特別な形式を求めていることに端的に現れている。つまり、446 条 2 項の書面には、署名捺印 (968 条、969 条、970 条参照)、署名または記名捺印 (商法 32 条参照) が不要であるため、紙等

に文字で表現された文章が記載されていれば足り、また原本でなくてもコピーや写しでよいことになる。これは、ドイツ法の最も簡便な形式であるテキスト方式（前述Ⅲ7参照）に近いと考えられるが、テキスト方式においてさえ記名と文末を示す記述が必要であるため（BGB 126b条）、それよりさらに簡便な形式であるといえる。しかし、テキスト方式については、書面の作成者に対する警告機能はないとされ、その適用は、意思表示の効果をもたない通知（消費者契約の撤回権の通知（BGB 355条2項）など）や、意思表示のうち重要度の低いものや記録をとる必要のあるもの（消費者契約の撤回（BGB 355条1項）、賃貸人の賃料増額請求（BGB 558a条1項）など）に限定されている。⁽¹²⁰⁾ドイツ法は、保証人に保証債務のリスクを警告する目的から、保証の意思表示に関して署名（自署）を要する文書方式（前述Ⅲ7参照）を求めているが（BGB 766条1文）、446条2項の書面性は、そうした規律からかなり隔った著しく緩やかな要件であると評価することができる。

また、446条3項は、保証契約の内容を記録した電磁的記録によっても書面性が充足されることを認めている。この電磁的記録にも特別な形式は不要であり、電子署名などの電子認証手段も求められていない。このため、電子媒体に電子データによって記録された文章があれば足りると考えられる。したがって、446条3項の電磁的記録は、同条2項の紙等と文字を電子媒体と電子データに置き換えたものであり、両項は同等の要件を定めているように見える。他方、ドイツ法は、電子方式（前述Ⅲ7参照）に電子署名を付けることを要求したうえで（BGB 126a条）、それでもなお電子方式が文書方式を代替できない場合を残している。これは、キーボード等による操作の簡便さや心理的障壁の低さのため十分な警告機能を確保できないからであるとされ、保証についても電子方式では書面性を充足しないことが明文で定められている（BGB 766条2文）。この考慮をふまえると、446条3項が電磁的記録を書面と同視することは、446条2項の書面性をより一層緩和するものと評価することができる。

たしかに、保証の書面として何を要求するかは、日本の法制の見地から

決めればよく、実務慣行に配慮することも必要である。しかし、それにしても、書面の形式としてどのような種類が考えられ、それぞれの種類でどのような機能がどの程度が期待できるかという考察は不可避であると思われるが、446条2項の立法過程でそれが行われたとは言いがたい（446条3項に関しては立法過程自体が不明である）（前述Ⅱ参照）。実務上は、保証契約の締結において書面が作成され、署名捺印をするか少なくとも署名や記名捺印をするのが慣行であろうから、446条2項でその形式を要件として求めたとしても実務的な影響は小さく、むしろその慣行を法的に正当化することで警告機能を効率的に確保できたのではないかと考えられる。また、電磁的記録に関しては、そうした形式に関する慣行は未発達であろうから、446条3項で特定の形式を定めて普及させる意義は大きかったといえる。2004年の改正による446条2項・3項では、そうした機会が活かされなかったことになる。

2 見通しをもたない書面性

また、446条2項の定める書面性は、解釈論的に問題になりうる多くの点について見通しが立てられていないという意味で、全体像が不明瞭である。まず、446条2項は、保証契約を書面であることを要求するが、その文言からは、書面に記載すべき内容について具体的な手がかりは得られない。たしかに、保証人の保証意思がその書面の不可欠な要素であることは、立法過程において明らかにされているといえる（前述Ⅱ参照）。しかし、その保証意思とは何を指すのか、どのような要素から成るのかについて、詰めた議論はみられない。保証意思という概念は決して定着したものではなく、また、保証意思にはその客体や相手方の存在が必須のように思われるが、立法過程からは保証人の保証する意思という漠然とした理解しかうかがえない。そうした理解は、贈与の書面には贈与の意思（贈与意思、出捐意思）が示されれば足り、保証の書面には保証意思が示されれば足りるという、相似の関係を意識したものかも知れない。しかし、贈与の書面は有効に成立した契約の撤回可能性を排除する要件であるが、保証の

書面は契約の成立要件そのものであり、その法的意義には大きな違いがある。むしろ贈与の書面との違いに着目することによって、保証の書面に記載すべき内容や保証意思の概念を明らかにする試みが必要であり、かつ可能であったと考えられる。

このほか、446条2項の立法過程には、ドイツ法の解釈論で議論される点（前述Ⅲ参照）はほとんど現れていない。しかも、法制審議会が保証制度の見直しを諮問する際、白紙保証の有効性を問うことが確認されていた⁽¹²³⁾が、保証制度部会の議事録には白紙保証についての議論は見当たらない。空白のある書面の交付と被交付者による空白の補充は、書面性との関係につきそれ自体として理論的関心が向けられてよい問題であるとともに、代理権の授与と代理人による書面の作成がなされた場合に隣接する問題でもある。また、書面に空白が残った場合や誤った補充がなされた場合は、保証契約の内容がどのように解釈され、その解釈結果が書面性をみとすかどうかにも連続する問題である。それらはいずれもドイツ法の主要な論点であり（前述Ⅲ5、6参照）、白紙保証は、そうした点を検討する契機となりえたものといえる。白紙保証に関する検討（少なくとも問題提起）がなされなかったのは、以後の解釈論にとって損失であり、446条2項の書面性がほとんど空白のまま残されたことを象徴していると考えられる。

3 実践的な書面性

これに対し、446条2項の書面性は、実務上の必要性が高い問題に積極的に対処したという側面があり、実践的な意図をもった規律であるといえる。まず、446条2項には、書面によらない保証契約が保証人の履行によって治癒される旨の規定がないことが重要である。これは、そのような規定をおくと、保証取引の実情にてらし、債権者による強引な取立てを助長するおそれがあると考えられたからである。ドイツ法では、保証人が履行したかぎりでは書面性違反は治癒されるが（BGB 766条3文）、強引な取立てが行われているとの指摘はみられず、規定の存在が批判を受けている⁽¹²⁵⁾ということもない。無効であるにもかかわらず債務の履行を執拗に迫るよ

うな債権者が存在し、それを拒絶し切れずに最終的に履行に応じる債務者が存在することが、強引な取立ての問題が生じるための条件であろう。ドイツではそうした条件が欠けるとみられるが、日本では、消費者契約に関する事業者と消費者、金銭消費貸借に関する貸金業者と借主の対応ぶりから推測して、むしろ条件が調うと考える必要がある。このため、保証人の履行による治癒を否定しておくことは、実務的に意味のある現実的な対処として高く評価することができる。⁽¹²⁶⁾⁽¹²⁷⁾

また、貸金等根保証に関して、極度額（465条の2第3項）と元本確定期日（465条の3第4項）が書面に記載すべき要素として明記されていることも重要である。それにより、極度額の記載がないときは貸金等根保証は効力がないこととなり（465条の2第2項）、元本確定期日の記載がないときは3年後が元本確定期日となる（465条の3第2項）。2004年改正で新設された貸金等根保証の規定は、個人の保証人（とくに中小企業の借入金債務について保証する経営者等）が金額や期間に制限のない包括根保証の引受けを求められ、過大な責任を負いかねない現状に対処しようとしたものである。⁽¹²⁸⁾ そのなかで、極度額と元本確定期日を書面の要素とすることは、保証人に対し責任の範囲と期間を警告する機能をもつとともに、他の規定とあいまって責任の範囲と期間の限定を実現する役割を果たしている。ドイツ法においても、包括根保証（Globalbürgschaft）のリスクは問題視されているが、明文の規定は存在しないため、保証人の責任の限定は、確定性原則（前述Ⅲ4参照）、BGB 767条1項3文（主たる債務に関する事後的合意により保証債務は拡張されない）、約款規制に関するBGB 305c条（旧約款規制法3条。不意打ち条項に関する規定）、BGB 307条（旧約款規制法9条。内容規制に関する規定）など、複数の条文に委ねられている。そして、包括根保証に関する書面性については、限度額は書面の不可欠な要素ではないとする判例がある一方で、約款の包括根保証条項は、限度額の記載がないときはBGB 305c条やBGB 307条の規制を受けるとする判例があり、⁽¹²⁹⁾ 見通しの悪い状態になっている。これに対し、2004年改正は、最も保証人保護の必要性が高いといえる貸金等根保証を対象を

しぼりつつ、書面性と組み合わせて一般的な手当てをしたものであり、また実務に対する明確な指針を示したものと評価することができる。

注

- (120) Larenz/M. Wolf, AT, §27 Rn. 51; Medicus, AT, §41 Rn. 623; Köhler, §12 Rn. 9b; Bork, AT, Rn. 1062. また、前掲注 (95) の各文献参照。
- (121) Larenz/M. Wolf, AT, §27 Rn. 43; MünchKomm/Einsele §126b Rn. 25.
- (122) 柚木馨・高木多喜男編『新版注釈民法 (14)』38-44 頁 [柚木・松川正毅] (1993 年、有斐閣) が詳しい。
- (123) 法制審議会第 142 回における次のやりとりである (http://www.moj.go.jp/shingi_index.html)。「●これは、今お尋ねするというのは適当ではないという気がして、部会等でいずれ御審議をなされることかと思うのですけれども、保証の制限の話ですが、大変常識的に考えられるのは、最初の締結の時点では白地にしておいて、後で実際に必要が起きたときにそこを補充するというようなやり方みたいなものが出てくると、恐らく尻抜けになってしまうのではなかろうかと。そういう場合をどうするのか、そういうのはもともと無効と考えるのかとか、そういう問題、できればもし部会での御審議ということなれば、御検討いただきたいと思います。」「●ただいまのような御指摘も踏まえて、部会で御審議願いたいと考えております。」
- (124) 吉田ほか・前掲注 (5) 金法 1729 号 48 頁。また、第 6 回会議「このほか、要式行為に関連する論点としては」で始まる事務局の発言参照。
- (125) Staudinger/Horn §766 Rn. 53-54; MünchKomm/Habersack §766 Rn. 28-29.
- (126) もっとも、強引な取立ての問題を排除するには、書面性違反の無効な保証契約にもとづいて履行した場合、不当利得として返還請求ができる (自然債務の履行として給付保持力があるのではない) といった解釈論も必要であろう。
- (127) また、446 条 2 項の書面性については、ドイツ法のように商人が商行為としてする保証を例外とする規定 (前出 III 2 参照) がない。この点も、中小規模の事業者を軽率な保証から保護すべき実務上の必要性に適合する面があるろう。しかし、実際のところ、これは意図されたというよりも、むしろ書面性の機能に関する十分な検討がなされず (前述 1 参照)、その機能に即した適用領域の検討がなされなかった結果にすぎないように思われる。
- (128) 吉田ほか・前掲注 (5) 金法 1728 号 18-19 頁。また、法制審議会第 142 回「まず、第 3 の保証制度の見直しに関する諮問第 66 号について」で始まる事務局の発言参照。立法過程の審議時間の割り方からすると、そもそも 2004 年改正の主眼は根保証に関する規律にあり、その前提として保証の要式契約

化が検討されたふしもある。

(129) 以上については、Staudinger/Horn §765 Rn. 44–57; MünchKomm/Habersack §765 Rn. 72–75.

V おわりに

本稿は、ドイツ法における保証の書面性について検討してきた。ドイツ法では、書面の方式の種類と機能について明確な認識があり、それにもとづいて保証の書面として要求すべき形式や要素が導かれていたといえる。また、書面に関して（例外的であるにせよ）完全には排除できない問題、とくに書面の記載が不十分である場合、空白が事後的に補充される場合についても、議論が展開されていた。さらに、代理による保証や、書面性違反の無効主張についても、考察すべき問題が存在することが示されていた。本稿は、そうした検討をふまえ、民法 446 条 2 項の保証の書面性に関して、その特徴を概括したにとどまる。446 条 2 項の保証の書面性に関する解釈論的検討は、次稿において行うことにしたい。⁽¹³⁰⁾

注

(130) 数は多くないが、議論は始まっている。辻博明「新しい保証法の位置づけと課題」名城法学 55 巻 2 号 97 頁以下（2005 年）、木納敏和「保証契約の書面性（民法 446 条 2 項）をめぐる実務的問題に関する一考察」小林一俊ほか編『債権法の近未来像』133 頁（2010 年、酒井書店）、石川正美「保証契約の要式行為化の意義に関する一考察」白鷗大学法科大学院紀要 4 号 200 頁以下（2010 年）、北居功「判批」金商 1336 号 140 頁以下（2010 年）。また、体系書では、中田裕康『債権総論（新版）』（岩波書店、2011 年）469–471 頁が論じている。