

研究ノート

ドイツ法の損害担保契約における 効力条項 (Effektivklausel) とは何か?

山本宣之

- 1 本稿の趣旨
- 2 損害担保契約の概要
- 3 請求払損害担保の概要
- 4 効力条項
- 5 おわりに

1 本稿の趣旨

(1) 外国法(筆者は主にドイツ法)を調べていると、未知ないし不明な概念や制度に出会うことも多い。まず単純に興味があくが、日本法の考察の手がかりになる可能性から、学術的関心に高まることがある。しかし、実際に検討する価値があるとは限らない。前提となる制度が異なる、社会経済的背景が異なる、独自の取引慣行と結びついているといった事情のためである。効力条項(Effektivklausel)もその1つだと思われる⁽¹⁾。本稿は、効力条項がそうしたものであることを確認し、他の参考に供して、研究資源の空費防止に助力するものである。

しかし、一見すると、効力条項はそうでないところがある。損害担保契約(Garantievertrag)には、保証債務と異なり、付従性がないと理解されている。請求払損害担保(Garantie auf erstes Anfordern)では、請求があり次第、履行しなければならず、いわば付従性がないことが最も徹底

(1) この語につき、後述4(1)参照。

されている。効力条項は、この請求払損害担保に付されることのある条項であるが、請求の条件として主たる債務に関する一定の事象の発生を求めらるるものであり、付従性のような依存関係が作られているとも解しうる。そのため、効力条項は、損害担保契約、損害担保契約と保証の関係、付従性などの考察の手がかりになることが期待できる。

そして、本稿では、効力条項について調べた結果を報告し、実際は効力条項の検討がそうした期待にほとんど寄与しないことを示すことになる。

(2) 損害担保契約には、明晰で安定的な用語や訳語がないように思われる。保証に関しては、保証人・債権者・主たる債務者、保証債務・主たる債務という語があり、また未確立であるが、保証債権・被保証債権という語があり、それぞれ保証に特有であり一義的に明確である。これに対し、損害担保契約に関して多くみられるのは、担保引受人又は諾約者、担保権者又は要約者又は債権者、債務者という語であるが⁽²⁾、いずれも他の法律関係にも用いられるもので、意味の明瞭さにも欠ける。また、損害担保契約に基づく権利・義務については表現されること自体が少ないといえる。

ドイツ法でも、損害担保契約に関しては用語に若干のバラエティがある⁽³⁾ (以下は仮の直訳である)。損害担保の義務を負う者は損害担保人 (Garant) で一致するが、その相手方で損害担保の権利を得る者は損害担保権者 (Garantieberechtigter) 又は損害担保受益者 (Garantiebegünstigter) であり、それぞれ単に権利者 (Berechtigter) 又は受益者 (Begünstigter)

(2) 西村信雄編『注釈民法(11)』192頁〔椿寿夫〕(1965年、有斐閣)、奥田昌道『債権総論(増補版)』380頁(1982年、悠々社)、椿久美子「損害担保契約の多様性と指導念書・請求払無因保証(上)(中)」NBL778号63頁、780号67頁(2004年)など。

(3) 以下につき、Stürner, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2020) (=Staudinger/Stürner), Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 219, 221, 227 und 240; Habersack, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Aufl. (2020) (=MüKo/Habersack), Vorbem § 765 Rn. 20 und 22; Hadding, Bürgschaft und Garantie, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. 3 (1983), S. 686-688; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. 2 Halbbd. 2, 13. Aufl. (1994), S. 79; Horn, Bürgschaften und Grantien, 8. Aufl. (2001), Rn. 103-105; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 10. Aufl. (2021), Rn. 1661, 1669, 1680, 1695 und 1705.

ドイツ法の損害担保契約における効力条項 (Effektivklausel) とは何か？

ともよばれる。そして、損害担保人は損害担保義務 (Garantieverpflichtung) を負い、損害担保権者は損害担保請求権 (Garantieanspruch) 又は損害担保債権 (Garatieforderung) を有すると表現される。また、主たる債務者に当たる者がいる場合は、債務者 (Schuldner) 又は (通常、損害担保人に損害担保契約の締結を委託することから) 損害担保委託者 (Garantieauftraggeber) とよばれ、そのとき損害担保権者は単に債権者 (Gläubiger) とよばれることがある。さらに、債権者と債務者の間の法律関係は対価関係 (Valutaverhältnis)、損害担保人と債務者の間の法律関係は補償関係 (Deckungsverhältnis) と表現されることが多いが、対価関係は原因関係 (Kausalverhältnis) や基本関係 (Grundverhältnis) とよばれることもある。

ドイツ法において、用語が一定の幅に収まっているのは、もともと「Bürgschaft (保証)」「bürgen (保証する)」とは別に、「Garantie (保証、請け合い)」「garantieren (保証する、請け合う)」という語が存在することが大きいと思われる。そのため、語頭に「Garantie」を付すことで、保証との区別を確保しつつ、一般的表現との自然な連続性を維持しながら、意味の明晰さももたせることができる。他方、若干のバラエティがあるのは、そのように「Garantie」を付す以外に、関係者 (Garant を除く) や権利・義務を端的に表現する語がないためであろう。

損害担保という語は、法的内容に着目した意識であるが、⁽⁴⁾ 動詞を作ることが難しいという欠点がある。また、「損害」及び「担保」はどちらもかなり一般的な語であるため、一方を付して関係者や権利・義務を表現すると不自然なものになり、意味も明確とはいえず、しかし、双方を常に付すのは冗長な印象を与える。安定的な用語の確立がないのは、こうした事情が関係していると考えられる。

本稿では、以上を承知したうえで、意味の一義性を優先し、損害担保引

(4) たとえば、損害担保 (Garantie) を「補償 (又は保障)」と訳せば、本来の意味に近く、補償する・補償人・補償債務・補償契約という語を当てることができたが、保証と読みが同じという欠点があったであろう。

受人、損害担保権者、損害担保委託者と表現する。また、損害担保権者の権利は損害担保請求権、損害担保引受人の義務は損害担保義務とし、損害担保権者と損害担保委託者の間の法律関係は対価関係、損害担保引受人と損害担保委託者の間の法律関係は補償関係と表現することにする。

2 損害担保契約の概要

(1) まず、ドイツ法における損害担保契約の概要を整理したい。すでに何度も紹介されているが⁽⁵⁾、従来の紹介の仕方には2つの点で不備があると考えられ、とくにうち1つは請求払損害担保、効力条項の理解に影響するからである。

ドイツ法において損害担保契約は、一定の事實的又は法的結果が発生することに責任を負う、あるいは一定の損害発生危険が実現しないことに責任を負うものと定義される⁽⁶⁾。かなり射程の広い定義であり、これに該当すれば損害担保契約として把握されるため、損害担保契約には実に様々な種類があることになる(次述(2)参照)。もっとも、損害担保引受人は、自ら結果の発生や危険の不実現に努めるわけではなく、結果が発生しなかった場合や危険が実現した場合に、損害担保権者に損害が残らないように填補するという義務を負う⁽⁷⁾。「損害担保契約」はこの義務に着目した語

(5) 詳しい紹介・検討として、菅原春二「担保契約論(一)(二完)」論叢4巻2号1頁以下(1920年)、5巻4号38頁以下(1921年)、椿寿夫・前掲注(2)192-194頁、鶴井俊吉「損害担保契約の概念は、どのような内容のものとして有用ないし必要か」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望3』41頁以下(1994年、日本評論社)、椿久美子・前掲注(2)NBL778号66頁、780号66-68頁(2004年)。このほか、橋本喜一『銀行保証状論』(2000年、丸の内出版)は、国際取引で利用される銀行が発行する保証状(bank guarantee)の法律関係を検討するものであり、ドイツ法の銀行損害担保(Bankgarantie)の紹介も含まれている(自説を論じる体裁であるため、ドイツ法の紹介・検討がまとめて行われているわけではない)。

(6) 判例をもとにした定義であり、Staudinger/Stürmer, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 207; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 18; Larenz/Canaris (Fn. 3), S. 66; Horn (Fn. 3), Rn. 7; Bülow (Fn. 3), Rn. 1661.

(7) 明確に指摘するものとして、Canaris, in: Staub, Großkommentar zum HGB 10/1

ドイツ法の損害担保契約における効力条項 (Effektivklausel) とは何か？

であるが、「Garantie (保証、請合い)」の内容は前述の定義のとおりであり、各種類もそれに即していると考えられることができる。

従来の紹介の仕方は、おそらく損害担保契約という語の作用もあり、損害を填補するという観点⁽⁸⁾が過剰だったと思われる。この観点から出発すると、損害担保契約は、どのような事情から発生する損害を填補するのにかによって分類され、そうした事情や損害には様々なものがあるため、損害担保契約の概念は抽象的である、原則的形態が不明である、理論的に混乱があるといった疑問⁽⁹⁾につながる。しかし、前述の定義に従えば、損害担保契約の本質は、一定の結果の発生や危険の不実現の「Garantie (保証、請合い)」をすることにあり、当事者が何をその具体的対象とするかはもともと全く自由であり様々なのだといえる。また、結果的に発生する損害やそれを発生させる事情ではなく、当事者がその請合いの対象としたものを起点にして、それがどこまで達成されたか・挫折したかをみる方が、請求・抗弁・求償などの法律関係をより統一性をもって整序できると考えられる。

(2) 損害担保契約には様々な種類⁽¹¹⁾がある。しかし、当事者が請け合う対象に特別な限定はないため、一致した分類の仕方があるわけではない。代表的な分類として、行為損害担保 (Verhaltensgarantie)、債権損害担保 (Forderungsgarantie)、給付損害担保 (Leistungsgarantie) という分類や、債権ないし債務参加損害担保 (Forderungs- bzw. Interzessionsgarantie)、性質損害担保 (Eigenschaftsgarantie) という分類があるが、どちらにも

↘ Bankvertragsrecht, 4. Aufl. (1988), Rn. 1102; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 18.

(8) 金融取引の分野では、損害担保契約は、端的に「一定の事項から生じうる損害を填補することを目的とする」旨の定義もみられる。松嶋泰「損害担保契約」堀内仁監修『判例・先例金融取引法』182頁 (1979年、金融財政事情研究会)、峯崎二郎「損害担保契約」加藤一郎ほか編『担保法体系第5巻』749頁 (1984年、金融財政事情研究会)。

(9) 椿寿夫・前掲注(2) 197頁、鶴井・前掲注(5) 67頁、椿久美子・前掲注(2) NBL778号64頁。

(10) 企業買収における表明保証条項は、一定の事項についての真実性や正確性を保証するものであり、それに付随する補償条項とあわせて、損害担保契約として位置づける理解が有力とされるが(潮見佳男『新債権総論』424頁 (2017年、信山社) など)、こうした理解は損害担保契約の前述の定義と整合的であるといえる。後述 (2) も参照。

(11) 紹介として、鶴井・前掲注(5) 46-49頁。

「その他」という分類がある。⁽¹²⁾

行為損害担保では、損害担保引受人は、自分が将来一定の行為をすることを請け合うが（土地担保権の設定者が、将来のその実行による競売において、自ら一定の入札をすることを請け合う競売損害担保（Ausbietungsgarantie）、事業入札の参加者が入札するに当たり、落札後の契約上の義務を遵守することを自ら請け合う入札損害担保（Bietungsgarantie）など）、自己又は第三者が過去に一定の行為（他に知られていないもの）をしたことを請け合うものもある。⁽¹³⁾ 債権損害担保は、損害担保引受人が、債務（金銭債務のほか、引渡債務やその他の給付義務もありうる）が履行されることを請け合うものであり、保証と機能が類似する。⁽¹⁴⁾ 給付損害担保ないし性質損害担保では、損害担保引受人は、とくに売買の目的物や請負の仕事が一定の品質・性質等を有することを請け合うものであり、それはドイツ民法典（BGB）所定の瑕疵担保責任を拡張した内容であることも、瑕疵担保責任に含まれない内容（目的物の将来の転売可能性、企業買収における貸借対照表の正確性、売主ではない製造者等がする品質保証など）であることもある。⁽¹⁵⁾ また、「その他」の分類には、会社間の支配契約（Beherrschungsvertrag）において、支配会社が従属会社の株主に対し配当に代わる継続的な支払をすることを請け合うもの、賃貸物件の売主や建築業者が買主に対し一定の期間について一定の賃料収入があることを請け合うもの、文書の真実性を請け合うものなど、非常に多様なものがある。⁽¹⁶⁾

(3) 損害担保契約に基づく損害担保請求権・損害担保義務の内容（とく

(12) Staudinger/Stürner, Vorbem zu § 765ff. Rn. 272; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 26.

なお、Interzessionとは、保証・損害担保・債務引受などの方法で、第三者の債務に関して債務者として加わることを指す。

(13) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 273.

(14) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 277.

(15) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 283ff; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 40ff.

(16) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 290ff; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 43ff.

ドイツ法の損害担保契約における効力条項 (Effektivklausel) とは何か？

にいくら額の支払を請求できるか・義務を負うか) は、各契約の定めによって決まる (通常、特定の金額や限度額が定められる)。そして、損害担保請求権・損害担保義務は、担保事象 (Garantiefall) の発生に条件づけられていると理解されている⁽¹⁷⁾。損害担保契約で請け合われた一定の結果が発生しなかった場合 (ないし一定の損害発生の危険が実現してしまった場合) が担保事象に当たるが (保険契約における保険事故に相当する)、その具体的内容は各契約の定義に従う。ドイツ法の損害担保契約に関する従来の紹介は、この損害担保請求やその前提となる担保事象に関する部分が手薄だったと思われる⁽¹⁸⁾。

損害担保権者が損害担保引受人に請求するためには、損害担保契約の成立のほかに、担保事象の発生の立証が必要とされる。債権損害担保 (前述 (2) 参照) では、担保事象は損害担保権者と損害担保委託者の間の対価関係上の債務に関するものになり、保証の付従性のような依存関係がある。しかし、損害担保契約には「付従性がない」 (抽象性 (Abstraktheit) や独立性 (Selbständigkeit) とも表現される。以下、独立性と表現する) というのが一致した理解である。損害担保権者は、契約で定義された担保事象の発生さえあれば請求することができる。そして、損害担保引受人は、担保事象が発生した以上は履行する義務を負い、原則として契約から直接的に導かれる抗弁 (損害担保契約の有効性、担保事象の発生、請求の方法・内容・期間などに関するもの) を主張できるだけであり、対価関係や補償関係に由来する抗弁は主張することができない⁽¹⁹⁾。たとえば、担保事象⁽²⁰⁾

(17) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 227; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 25.

(18) Garantiefall に一定の紹介・言及をするものとして、橋本・前掲注(5) 139頁 (保証状事故)、潮見佳男「ドイツにおける請求即払保証・損害担保の法理」論叢 154巻 4=5-6号 209頁、218頁 (2004年) (保証事故、担保事故)。

(19) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 219; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 20; Larenz/Canaris (Fn. 3), S. 75; Horn (Fn. 3), Rn. 264; Bülow (Fn. 3), Rn. 1671.

(20) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 221; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 22; Canaris (Fn. 7), Rn. 1135-1138; Bülow (Fn. 3), Rn. 1671, 1680-1681. 権利濫用の抗弁については、後述 3(3) 参照。

の定義が対価関係上の債務の不履行という趣旨の場合、損害担保権者は「その履行がない事実」（支払がない、引渡しがないなど）だけを立証すればよく、損害担保引受人は対価関係に関する有効性及対価関係上の抗弁の付着を理由に履行を拒むことはできない。また、担保事象の定義が対価関係上の債務の履行期の到来という趣旨の場合、損害担保権者は「その到来した事実」だけを立証すればよく、損害担保引受人は対価関係上の債務の弁済消滅でさえ抗弁とすることができない⁽²¹⁾。そこでの担保事象は、対価関係上の債務の不履行や履行期の到来にのみ関連づけられているのであって、対価関係上の法的に有効な債務の存在及び抗弁の付着しない債務の存在にまで関連づけられているわけではないからである（もし関連づけられていれば、もはや独立性のある損害担保契約ではなく、付従性のある保証だとされる⁽²²⁾）。

損害担保契約において請け合われた一定の結果が「真に生じなかった」場合（ないし一定の損害発生の危険が「真に実現した」場合）、実質的担保事象（materieller Garantiefall）が発生したとされ、それに対し、損害担保契約に定義されている事象は形式的担保事象（formeller Garantiefall）とよばれる⁽²³⁾。債権損害担保では、対価関係上の債務について真に不履行がある場合に、実質的担保事象が発生したといえる。損害担保引受人が形式的担保事象の発生を受けて履行したが、対価関係上の無効・取消しや債務の弁済などのため、実質的担保事象が発生していなかった場合、損害担保権者は本来保持できないはずの給付を不正に受けたことになるが、その返還関係は損害担保委託者と損害担保権者の問題になる⁽²⁴⁾。つまり、損害担保

(21) 以上につき、Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 229; Bülow (Fn. 3), Rn. 1661, 1676 und 1681.

(22) Vgl. Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 258.

(23) 一般的な表現であり、債権損害担保に関してよく用いられる。Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 228; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 29-31; Canaris (Fn. 7), Rn. 1139; Bülow (Fn. 3), Rn. 1682.

(24) 以下につき、Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 385-390; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 22; Canaris (Fn. 7), Rn. 1142; Horn (Fn. 3), Rn. 615-617; Bülow (Fn. 3), Rn. 1689.

ドイツ法の損害担保契約における効力条項 (Effektivklausel) とは何か？

契約には付従性がなく、損害担保権者は形式的担保事象が発生すれば履行を請求できるため、原則として損害担保引受人との間で不当利得は成立しない。むしろ損害担保引受人は、損害担保委託者に対し事務処理契約 (BGB675 条) などの補償関係に基づく費用償還として求償することができ、そして損害担保委託者は自分のした費用負担を通じて損害担保権者が不当利得したなどの構成に基づいて、返還請求できるとされる。

(4) もっとも、損害担保契約の実情として、担保事象が詳細に定義され、損害担保権者がそのすべてを完全に立証する必要があることは稀だとされる⁽²⁵⁾。そのような単純損害担保 (einfache Garantie) は、債権損害担保では、担保事象が対価関係上の債務とその不履行に関連づけられて詳細に定義されることになり、その債務への付従性に似た依存関係が生じることになる (その関連づけが詳細であるほどその依存関係は強まるが、付従性のある保証との区別は残る。前述 (3) 参照)⁽²⁶⁾。

しかし、実際は、担保事象はしばしば非常に簡潔に定義され、その内容によっては損害担保権者は特別な立証が不要になるとされる⁽²⁷⁾。また、担保事象として、容易・迅速に入手できる「特定の書面の呈示」や「公証人・専門家等の証明」だけが求められることもある⁽²⁸⁾。これらの場合、損害担保権者は、損害担保引受人から迅速に履行 (支払) を受けて流動性資金を確保できることになる。たしかに損害担保引受人は、簡易な担保事象の発生だけで履行を強いられ、また実質的担保事象の発生なしに不正な請求を受ける危険性が高まるが、他方で、簡潔に定義された担保事象の発生だけ、あるいは特定の書面や証明だけを確認して履行に応じれば、損害担保委託者に対し求償できるという側面がある。むしろ、単純損害担保では、損害担保引受人は、詳細に定義された担保事象の完全な立証があるかどうかを、

(25) Bülow (Fn. 3), Rn. 1676. とくに銀行損害担保 (次述 3(1) 参照) では、非常に稀だとされる。Canaris (Fn. 7), Rn. 1129; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 22.

(26) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 229; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 22.

(27) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 228.

(28) Hadding (Fn. 3), S. 695.

(実質的担保事象の当事者でないにもかかわらず) 調査確認する事実上の義務(間接義務)を負い、それに反して履行した場合、損害担保委託者に求償できないというリスクを負う。⁽²⁹⁾ 簡易な担保事象の方がより普及していると考えられるのは、こうした事情に基づくといえる。

そして、請求払損害担保は、最も簡易な担保事象を採用するものである。

3 請求払損害担保の概要

(1) 請求払損害担保は、損害担保契約に「Zahlung auf erstes Anfordern (=payment on first demand)」という趣旨の請求払条項が付されたものをいう。⁽³⁰⁾ たとえば「当方は貴方に対し損害担保を引き受け、最初の請求に基づき (auf erstes Anfordern) 最大〇〇額を支払う義務を負う」などと定められる。⁽³¹⁾ これにより、損害担保引受人は、損害担保権者から請求があり次第、遅滞なく履行(支払)をする義務を負うことになる。もとは国際取引において預託金などの現物担保に代えて利用され、その後、国内取引にも利用が拡大していったものである。⁽³²⁾

請求払条項はどのような損害担保契約にも付すことができ、損害担保契約の様々な種類(前述2(2)参照)で利用されている。そのなかでも、とくに債権損害担保において広く普及した形態であるとされ、また銀行が損害担保引受人となる銀行損害担保(Bankgarantie)では最も頻繁にみられる形態であるとされ、⁽³³⁾ 実務上標準化しているといえる。これは単純損害担

(29) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 228; Hadding (Fn. 3), S. 695.

(30) すでに紹介・検討として、橋本・前掲注(5)、潮見・前掲注(18) 207頁以下。なお、前者は、ドイツ法の請求払の銀行損害担保(銀行保証状と訳されている)を含むが、他国法との総合に基づく論説である。後者は、請求払保証(Bürgschaft auf erstes Anfordern)(後述4(3)も参照)の位置づけに主眼があると考えられる。

(31) Hadding (Fn. 3), S. 691f. の例を参照。

(32) 日本法では請求払無因保証に対応する。江頭憲治郎「請求払無因保証取引の法的性質」金法1395号6頁以下(1994年)を参照。

(33) Bülow (Fn. 3), Rn. 1698; Canaris (Fn. 7), Rn. 1130.

ドイツ法の損害担保契約における効力条項 (Effektivklausel) とは何か？

保ではなく、簡易に定義された担保事象が用いられるのと基本的に同じ理由による (前述 2(4) 参照)。つまり、損害担保権者は請求だけに基づいて履行 (支払) を受けられるため、迅速で確実な担保を得ることになり、また、損害担保引受人は請求に応じて履行すれば、損害担保委託者に対し求償することができる。これにより、損害担保引受人 (とくに銀行) は、対価関係上の問題について自ら調査して、損害担保権者の請求の当否を判断すべき立場に置かれる (その判断を誤れば、損害担保権者から債務不履行責任を追及されるか、又は損害担保委託者に求償できない) など、他人間の紛争に巻き込まれるリスクを回避することができる⁽³⁴⁾。この前提として、当然であるが、損害担保引受人 (とくに銀行) は、損害担保委託者に求償に応じる資力があることを予め確認したうえで、有償の損害担保委託契約 (BGB675 条の事務処理契約と解される) を結び、委託内容として請求払損害担保の締結及び請求払の実施を定めておくのであろう⁽³⁵⁾。

(2) 請求払損害担保においては、損害担保権者は実質的担保事象が発生した (損害担保委託者の債務の不履行があった、引き渡された目的物に瑕疵があったなど) と「単に主張する」ことにより請求することができ、この主張が担保事象 (形式的担保事象) に当たる。ただし、この主張に「筋が通っている (Schlüssig)」ことは必要であり、損害担保契約に合致しないとき (異なる債務や異なる目的物に関する主張など) や矛盾を含むときは、それを充たさない⁽³⁷⁾。また、そうした主張及び請求は、通常、書面すべきことが定められ、書式・言語やさらには一定の表現が指示されること

(34) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 251; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 29; Hadding (Fn. 3), S. 698.

(35) Vgl. Canaris (Fn. 7), Rn. 1107 und 1112; Horn (Fn. 3), Rn. 569f.

(36) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 253; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 32; Canaris (Fn. 7), Rn. 1130.

(37) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 254; Canaris (Fn. 7), Rn. 1130; Bülow (Fn. 3), Rn. 1699. また、後二者及び Larenz/Canaris (Fn. 3), S. 78f. は、主張に「一定の実質化 (Substantiierung)」も必要であるとし、たとえば単に債務の不履行があったと主張するだけでなく、その不履行が誤った給付なのか遅滞なのか程度までは主張することが求められるとする。

もある。⁽³⁸⁾これらに関しては、損害担保厳格性（Garantiestrenge）やその一部である書面厳格性（Dokumentenstrenge）とよばれる原則が妥当する。⁽³⁹⁾つまり、損害担保権者の主張及び請求は、損害担保契約に定められた方法・内容・期間に厳密に合致する必要がある、損害担保契約に定められた書面に厳密に合致する必要がある。もっとも、損害担保権者が以上を充たす主張及び請求をすることは基本的に容易であり、担保事象は非常に簡素化されているといえる。そして、損害担保引受人は、損害担保委託者との関係において、損害担保権者の主張及び請求が筋が通っているか、契約所定の方法・内容・期間に合致しているかだけを調査確認する義務を負い（ただし次述（3）も参照）、それを遵守すれば求償できることになる。⁽⁴⁰⁾

（3）請求払損害担保の損害担保引受人が主張できる抗弁は、損害担保契約に共通のものである。つまり、原則として契約から直接的に導かれる抗弁（損害担保契約の有効性、担保事象の発生、請求の方法・内容・期間などに関するもの）に限られ、対価関係や補償関係に由来する抗弁は主張できない（前述 2(3) 参照）。請求払条項が付されることで、理論的に主張できる抗弁がさらに限定されるわけではない。ただし、⁽⁴¹⁾請求払でない損害担保契約において、担保事象が対価関係に関連づけられて定義されると、担保事象の発生を争うなかで対価関係上の事情を事実上持ちだすことが考えられるが、請求払損害担保では、担保事象は単に主張することで足りるため（前述（2）参照）、そのような反論の仕方は不可能になる。この点から、請求払損害担保は、対価関係からの独立性の程度がより強いと表現することもできるが、それは理論的なものではなく、担保事象の定め方による事実上の程度の違いといえる。

(38) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 252; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 32.

(39) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 253; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 32; Canaris (Fn. 7), Rn. 1130 und 1133.

(40) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 254; Canaris (Fn. 7), Rn. 1130.

(41) Vgl. Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 249ff.; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 29ff. 請求払損害担保の項目には、固有の抗弁があるとの記述はみられない。

ドイツ法の損害担保契約における効力条項 (Effektivklausel) とは何か？

また、請求払損害担保においては、権利濫用の抗弁がより重要になるといえる。請求払損害担保では、形式的担保事象と実質的担保事象の乖離が激しく、損害担保権者は単に主張すれば足りる（形式的担保事象を充たす）ため、実質的担保事象の発生なしに不正に請求される危険性が高まるからである。一方で、請求払損害担保の迅速で確実な担保という機能を害することはできず、他方で、一般的法原則として不正な請求を安易に見逃すこともできず、また損害担保引受人としても軽々に履行（支払）に応じれば損害担保委託者との求償関係が紛糾するおそれがある⁽⁴²⁾。そのため、現在の通説・判例は、不正な請求が信義則 (BGB242 条) に反して濫用的といえる場合に、損害担保引受人は履行（支払）を拒絶できるとする⁽⁴³⁾。そして、請求払損害担保では、その機能も考慮してより厳格な基準が具体化され、実質的担保事象の欠如（ないし対価関係の瑕疵）が重大であり、かつ、明白又は迅速・容易に立証可能 (liquide beweisbar) であることが要件とされている⁽⁴⁴⁾。その例としては、前払金返還を請け合う請求払損害担保において、そもそも前払金の振込みがなかった場合や、債務の履行を請け合う請求払の債権損害担保において、債務の発生原因である契約が要式違反のため無効であった場合などがある⁽⁴⁵⁾。どちらも瑕疵は重大であり、振込記録や契約書面から明白又は迅速・容易に判明するであろう。もっとも、権利濫用の抗弁は、実質的担保事象（ないし対価関係）に関する事情に依拠するものであるが、理論的には、損害担保契約に基づく損害担保権者の請求権の濫用であり、損害担保契約から直接的に導かれる抗弁の一種として位置づけられている⁽⁴⁶⁾。

(42) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 334; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 36; Larenz/Canaris (Fn. 3), S. 79.

(43) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 335; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 36; Larenz/Canaris (Fn. 3), S. 79.

(44) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 336; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 36; Larenz/Canaris (Fn. 3), S. 79; Horn (Fn. 3), Rn. 547f.; Bülow (Fn. 3), Rn. 1704.

(45) Horn (Fn. 3), Rn. 548; Bülow (Fn. 3), Rn. 1704.

(46) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 264; Bülow (Fn. 3), Rn. 1699. Larenz/Canaris (Fn. 3), S. 80 は、この点を認めただうえで、権利濫用に基づく抗弁の貫徹 (Ein-

4 効力条項

(1) 損害担保契約において、請求払条項に加えて、効力条項が付されることは稀ではないとされる⁽⁴⁷⁾⁽⁴⁸⁾。なお、効力条項 (Effektivklausel) には、「いわゆる (sog.)」という付加語や引用符 („...“) が付けられることが多く、またこの語の由来 (条項のネーミングの理由) は説明されないことが多い⁽⁴⁹⁾。説明があるときも一致せず、実質的担保事象が「実際に (effektiv)」が発生したという趣旨と、実質的担保事象の発生を「効果的に (effektiv)」立証するという趣旨に分かれている⁽⁵⁰⁾。ここでは意識を採用し、この条項を充たすことで効力 (Effekt) が生じ請求できるという趣旨で、「効力条項」の語を用いている。

効力条項の代表例は、「損害担保権者に損害が発生した場合に」請求払に応じる、「売主が引渡しをしなかった場合に」請求払に応じるというものである⁽⁵¹⁾。このほか、「損害担保委託者が契約上の義務を取決めどおりに果たさない場合」「売主が瑕疵担保義務を履行しない場合」「瑕疵担保義務を履行しないことが確定した場合」「製造された装置に瑕疵があった場合」などが挙げられる⁽⁵²⁾。

↘ wendungdurchgriff) (対価関係上の抗弁が損害担保契約にも及ぶという趣旨) の問題であると理解する。

(47) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 257. なお、単純損害担保では損害担保権者が担保事象の発生を立証する必要があり、効力条項と重複するため (本文の例を参照)、単純損害担保に効力条項を付しても意味がないとされる。Kleiner/Landort/Gemperli, Bankgarantie, 5. Aufl. (2016), § 22 Rn. 8; Schrems-Scherbarth, Die Bankgarantie als nationales Sicherungsinstrument (2017), S. 56.

(48) すでに効力条項の紹介・検討として、橋本・前掲注 (5) 169-175 頁。実体条項や実質条項という語を挙げつつ、実証条項という訳語を採用している。

(49) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 257; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 34; Hadding (Fn. 3), S. 695; Canaris (Fn. 7), Rn. 1131.

(50) Kleiner/Landort/Gemperli (Fn. 47), § 22 Rn. 17; Schrems-Scherbarth (Fn. 47), S. 56.

(51) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 257; MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 34; Hadding (Fn. 3), S. 695; Canaris (Fn. 7), Rn. 1131; Graf von Westphalen, Die Bankgarantie im internationalen Handelverkehr, 5. Aufl. (2023), Kap. B Rn. 110.

(52) MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 34; Graf von Westphalen (Fn. 51), Kap. B Rn. 110.

ドイツ法の損害担保契約における効力条項 (Effektivklausel) とは何か？

(2) 損害担保契約に請求払条項と効力条項が付された場合、矛盾をはらむ内容になる。一方で、単に主張だけで足りるはずの請求払を定め、他方で、実質的担保事象に関連づけられた一定の場合に請求を制限しているからである。損害担保権者は迅速で確実な担保を求め、損害担保委託者は不正な請求の抑止を求め、損害担保引受人はどちらにも利害がありうるという状況で、妥協の結果として、そうした内容の損害担保契約の委託及び引受がされるのであろうと推測される。⁽⁵³⁾

どのように契約内容を解釈すべきについては、多様な見解が主張されている。1つは、損害担保権者は、効力条項に定められた事象（損害が発生した、引渡しがなかったなど）に関しては立証しなければならず、それ以外の担保事象に関してはその発生の主張で足りるとする見解である。⁽⁵⁴⁾ 請求払条項と効力条項の両者が現に定められた事実を尊重し、損害担保厳格性（前述3(2)参照）もふまえ、両者のできる限りの貫徹を図る解釈だといえる。しかし、効力条項に定められた事象の限りで（実質的担保事象のうち主要な事象であることが多いであろう）単純損害担保（前述2(4)参照）の場合と同じ状況になり、請求払条項による迅速で確実な担保という機能は阻害されるため、実務に適合しないと批判される。⁽⁵⁵⁾

そこで、他の1つは、損害担保権者は、効力条項に定められた事象に関して、立証ではなく、疎明で足りるとする見解である。⁽⁵⁶⁾ これにより、請求払損害担保の機能の阻害は縮小されるといえる。しかし、疎明は訴訟法上の概念であってその評価基準は一般になじみがなく、損害担保引受人が疎明の成否を評価し判断すべき立場に置かれるのは不適切であり、実現不可

(53) Graf von Westphalen (Fn. 51), Kap. B Rn. 111.

(54) MüKo/Habersack, Vorbem § 765 Rn. 34; Hadding (Fn. 3), S. 695; Canaris (Fn. 7), Rn. 1131.

(55) Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 4. Aufl. (2011), Rn. 50; Schrems-Scherbarth (Fn. 47), S. 61f.; auch Samhat, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. (2019) (=MüKoHGB/Samhat), J Rn. 125.

(56) Horn, Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern, NJW 1980, 2153, 2156. ただし、その後、この見解は主張されていない。Vgl. Horn (Fn. 3), Rn. 493f. und 518-522.

能だと批判される⁽⁵⁷⁾。

そのため、別の1つは、効力条項に定められた事象に関して、結局、損害担保権者が請求のために何をすべきか解明できないため、損害担保権者と損害担保引受人の間に無意識の不合意（BGB155条）があり、効力条項は無効だとする見解である⁽⁵⁸⁾。そして、補充的契約解釈の結果、当事者は効力条項によって形式的担保事象と実質的担保事象（ないし対価関係）の連結を意図したのであるから、もはや独立性のある損害担保契約と解すべきではなく、また請求払もその意図に反するため、付従性のある保証（連帯保証）と解するほかないとする⁽⁵⁹⁾。効力条項があることからその無効だけでなく、請求払やさらには損害担保契約の否定にまで行き着くことには違和感があるが、効力条項の位置づけの難しさをよく表しているといえる。

(3) 現在の判例の立場として理解され、また最近の学説の多くが示す見解は、損害担保権者は、効力条項に定められた事象が発生した旨の主張をすれば足りるとするものである⁽⁶⁰⁾。判例は、保証に請求払条項と効力条項が付された事例（「履行期の到来した」請負報酬債権について「請求払による」保証を引き受ける）⁽⁶¹⁾について、債権者は保証人に請求するに当たり、履行期の到来を立証する必要はなく、履行期の到来を筋が通るように主張すればよいとする。その理由は、「請求払保証」が預託金に代わる迅速で流動的な資金（sofort liquide Mittel）として用いられ、その目的を達するには、履行期の到来などの対価関係上の争いは、主たる債務者と債権者の間の返還関係に委ねられるべきであり、対価関係に関する立証を要求する

(57) Canaris (Fn. 7), Rn. 1131; Schrems-Scherbarth (Fn. 47), S. 61; auch Emmenegger, Die Inanspruchnahme der Bankgarantie, in: Schweizerische Bankrechtstagung 2008, S. 159.

(58) Graf von Westphalen (Fn. 51), Kap. B Rn. 112-131.

(59) Graf von Westphalen (Fn. 51), Kap. B Rn. 132-135.

(60) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 257; Schrems-Scherbarth (Fn. 47), S. 61f.; MüKoHGB/Samhat, J Rn. 125; Emmenegger (Fn. 57), S. 158.

(61) 請求払保証に関しては、潮見・前掲注(18) 207頁以下、また山本宣之「契約としての保証」磯村保ほか編『法律行為法・契約法の課題と展望』164-166頁（2022年、成文堂）。

(62) BGH Urt. v. 17. 10. 1996, NJW 1997, 255.

ドイツ法の損害担保契約における効力条項 (Effektivklausel) とは何か？

のは、請求払保証の本質と整合しないということに求められる。⁽⁶³⁾そして、学説は、迅速で流動的な資金という機能は、請求払損害担保（とくに銀行損害担保）になおさら強く当てはまるため、効力条項に関して同じように理解すべきだとする。⁽⁶⁴⁾また、実際に判例も、請求払損害担保に関してそうした立場を前提にしたうえで、さらに、効力条項に定められた事象をその文言を引用して主張する必要はなく、その事象を定めた契約書の項番号だけを示して主張すればよいとする。⁽⁶⁵⁾

この見解では、まず請求払条項の存在が尊重され、それに基づく目的や機能に照らして効力条項が解釈されているといえる。この結果、効力条項は、損害担保契約の独立性や、請求払損害担保における損害担保引受人の抗弁に影響するものではなく、損害担保権者が請求払を求めるに当たり「追加的に主張すべき内容」を定めるものにすぎないことになる。また、効力条項には、損害担保権者の不正ないし権利濫用の請求を抑止する役割も期待されたであろうが、そうした追加的主張をするときの心理上の威嚇的障壁を作るにとどまるといえる。⁽⁶⁶⁾もっとも、効力条項の法的位置づけは最終的にはその解釈問題であると理解され、実質的担保事象（ないし対価関係上の事情）が詳細・明確に定義されているなどの場合は、損害担保権者はその発生を立証する必要があると解釈される可能性もあるとされる。⁽⁶⁷⁾

5 おわりに

(1) ここまで、ドイツ法の損害担保契約に付されることがある効力条項についてみてきた。効力条項は、損害担保契約のうちの、請求払条項が付

(63) BGH Urt. v. 17. 10. 1996, NJW 1997, 255.

(64) Schrems-Scherbarth (Fn. 47), S. 62; MüKoHGB/Samhat, J Rn. 125; Emmenegger (Fn. 57), S. 158.

(65) BGH Urt. v. 10. 10. 2000, NJW 2001, 283.

(66) Schrems-Scherbarth (Fn. 47), S. 63.

(67) Staudinger/Stürner, Vorbem zu §§ 765ff. Rn. 258; Schimansky/Bunte/Lwowski (Fn. 55), Rn. 51; wohl Horn (Fn. 3), Rn. 518ff.

された請求払損害担保に関して利用されるものであった。

損害担保契約は、一定の結果の発生や危険の不実現を請け合うものとして把握され、その請け合う対象に特別な限定はないため、実際に様々な種類の損害担保契約が存在しかつ普及している（前述 2(2) 参照）。こうした状況は、すでに日本法とかけ離れているといえる。また、損害担保契約は、請け合われた結果が不発生であったり危険が実現した場合に発動することになるが、損害担保権者の請求（損害担保引受人の責任）は、契約に定義された担保事象（形式的担保事象）の発生に条件づけられ、担保事象の発生・不発生によって請求の可否が決まる（前述 2(3) 参照）。したがって、実質的担保事象（真に結果が不発生、真に危険が実現）にかかわらず、担保事象（形式的担保事象）に該当する事実が発生した以上、損害担保権者は請求することができ、損害担保引受人は履行する義務を負う（前述 2(3) 参照）。損害担保契約の独立性（付従性がないこと）は、この担保事象（形式的担保事象）をキーとする法的構造に由来すると考えられる。しかし、このように契約に定義された担保事象（形式的担保事象）の発生・不発生のみをもって法律関係を決定する構造（実質的担保事象（ないし対価関係）から独立して法律関係を決定する構造）は、日本法には定着しづらいと思われる。ドイツ法では、典型契約として抽象的債務約束（BGB780 条）や抽象的債務承認（BGB781 条）が定められ、物権行為の無因性が承認されているなど、他の法律関係から独立に法律関係を決定することを受容する素地や蓄積があるといえるが、それとは事情が大きく異なるであろう。

そして、請求払損害担保は、形式的担保事象と実質的担保事象の乖離が最も激しいものであった（前述 3(3) 参照）。損害担保引受人は、実質的担保事象（ないし対価関係）に関する事情にかかわらず（不正な請求の疑いがあっても、権利濫用以外はそれに関知せず）、請求を受け次第、自分は履行に応じて、損害担保委託者への求償によって負担を回収するという、極めて経済合理的な割り切った選択をするものといえる（前述 3(1) (3) 参照）。しかし、こうした選択は、国際取引上引受けを要求される場合を

ドイツ法の損害担保契約における効力条項 (Effektivklausel) とは何か？

除いて、日本法では普及しづらいと思われる。⁽⁶⁸⁾ この結果、請求払損害担保で利用される効力条項もまた、日本法には縁遠いと言うべきであろう。

(2) また、損害担保契約は、契約に定義された担保事象 (形式的担保事象) の発生・不発生によって損害担保権者の請求の可否が決まり、実質的担保事象 (ないし対価関係) に関する事情には左右されない。こうした損害担保契約の独立性 (付従性がないこと) の結果、損害担保引受人は、契約から直接的に導かれる抗弁のみを主張することができ、対価関係に由来する抗弁は主張できない (前述 3(3) 参照)。ここにすでに、損害担保契約 (とくに債権損害担保) と対価関係に対し付従性のある保証との明確な境界が存在している。

そして、請求払損害担保は、担保事象 (形式的担保事象) を最大限に簡素化し、実質的担保事象の発生を単に主張することでよいとするものであった (前述 3(2) 参照)。しかし、これによって、担保事象 (形式的担保事象) の発生に関する抗弁 (契約から直接的に導かれる抗弁の 1 つ) が、その「主張の内容・方法」に関する反論に限定されことになるものの、対価関係に由来する抗弁は (もともと主張できないのであり) 新たに制限されるわけではない。その意味で、「請求払」損害担保であることは、損害担保契約の独立性とは理論的には無関係だといえる。

損害担保契約に請求払条項と効力条項が付された場合、判例及び多数説とみられる見解によれば、損害担保権者は、効力条項に定められた事象が発生した旨の主張を追加して請求すれば足りるとされる (前述 4(3) 参照)。請求払損害担保における担保事象 (形式的担保事象) の簡素化に、いわば若干の揺り戻しが生じることになり、その分だけ損害担保引受人が争える「主張の内容・方法」が広がるものの、対価関係に由来する抗弁を主張できないことに変わりはない。その意味で、効力条項もまた、損害担

(68) 加藤貴仁「銀行による保証業務の再検討—履行保証制度を題材にして」金融法務研究会『金融取引における信用補完に係る現代的展開 (金融法務研究会報告 20)』24 頁 (2012 年) は、請求払無因保証 (前出注 (32) 参照) の利用実績について十分な調査をすることができなかつたとする。請求払無因保証の利用が広がっていないことをうかがわせる。

保契約の独立性とは理論的には無関係だといえる。

(3) 以上によれば、効力条項の検討は、日本法における利用面でも理論面でもほとんど寄与しないという結論になる。ただし、効力条項、及びその前提である損害担保契約や請求払損害担保においては、対価関係上の何にどのように担保事象（形式的担保事象）を関連づけるかが個々の契約により個別に行われるのに対し、保証においては、保証であるとの契約の性質決定に従い、その関連づけ（保証債務の付従性）が一括的に認められるという特徴があることが分かる。このような保証の法律関係の（一方では）簡明さと（他方では）硬直さを再確認できることは、わずかな寄与とよぶことができるであろう。