HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一九世紀フランス法における連帯債務と保証（一）
Author(s)	福田，誠治
Citation	北大法学論集，47(5)，1-86
Issue Date	1997-02-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36629
Type	departmental bulletin paper
File Information	47-5_p1-86.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

一九世紀フランス法における連帯債務と保証（一）

福田誠治

目次

序章　連帯債務の性質論
第一目　本稿の問題意識
第二目　連帯債務の性質論をめぐる日本の学説史
1　時期区分
2　戦前
a　真正連帯と不真正連帯の区別
b　不真正連帯の効果

3　戦後
4　従来の学説に対する疑問と本稿の分析視角
5　問題の外延――負担部分型絶対効事由について
第三目　具体的な検討方法
第一章　ポチエ
序　はじめに
第一項　弁済
1　ポチエの説明
2　検討
第二項　弁済提供後の供託
第三項　更改
第四項　代物弁済
第五項　免除
第一款　要式免除契約
第二款　合意免除
第三款　不訴求約束
第一目　不訴求約束による直接の効果として債権者に及ぼす影響
第二目　不訴求約束に起因する種々の法律関係
1　債権者に対する関係
2　求償関係
第四款　フランス法上の免除
第一目　連帯債務者の一人に対する免除
第二目　主債務者に対する免除

第三目　保証人に対する免除
1　免除の効果に関する説明
2　相保証人が抗弁できる理由
a　ポチエの説明
b　訴権譲渡による求償権の範囲と訴権譲渡抗弁の範囲の関係
第四目　合意の相対効原則との関係
1　概説
2　物的免除の場合
3　人的免除の場合
第六項　相殺
第一款　連帯債務の場合
第一目　反対債権をもつ債務者による相殺抗弁の可否とその効果
第二目　相債務者による相殺抗弁の可否――その一　一般論
第三目　相債務者による相殺抗弁の可否――その二　負担部分を限度とする抗弁
第二款　保証の場合
第三款　小括――多数当事者関係における法律上当然主義について
第七項　混同
第八項　時効
第九項　ポチエの連帯債務論
1　債務の性質論
2　各種債務消滅事由の効力
3　その他の問題
第二章　一九世紀フランス法

序章　連帯債務の性質論

第一目　本稿の問題意識

債務者の一人に何らかの事由が生ずると、相連帯債務者と債権者間の法律関係はどうなるのか。これについては民法四三三条以下の諸規定があり、一般の理解によれば、それらは連帯債務の性質論に関係している。

連帯債務の性質論に関する一般の理解によれば、連帯債務を真正と不真正にわける連帯二分論には疑問があって、不真正連帯にも求償を認めるべきである。また、不真正連帯に分類される各種の債務は、特定の積極的な性質をもつわけではなく、ただ真正連帯に関する規定が当然に適用されるわけではないという点で共通項をもつにすぎない。このために、個々の規定の適用・不適用については、不真正連帯債務にあたる債務を類型化して、各類型ごとに考えるという解釈態度をとるべきである。

不真正連帯に関する右の理解は正しい。しかし、右の理解が前提とする考え方について疑問を提示したい。このことを少し説明してみる。

従来の学説は、真正連帯に分類される各種の債務が何か特定の性質をもち、諸条文の要件・効果は真正連帯の性質に

着目して定められたものである、と考えてきたように思われる。このように考えたからこそ、ある種の債務が真正連帯に固有の性質を欠いて不真正連帯に分類される場合には、必ずしも民法の適用はない、というのであろう。また、民法の適用・不適用を考えるさいにも、その債務の性質に着目するのだろう。

しかし、真正連帯は何か特定の性質をもつものなのだろうか。また、個々の条文は、債務の性質に着目して要件・効果を定めたものなのだろうか。そうではなくて、債務消滅に関する規定についていえば、個々の事由に関する理解および多数当事者関係一般に共通するような利益調整が法律にあらわれているのではないだろうか。もしこのように考えうるとすれば、不真正連帯について規定の適用を排除しうるのは、その債務の性質ではなく、規定自体が不当だという点に理由があることになろう。

本稿は真正連帯なるものが特定の性質をもつものではないと考え、その論証を試みるものであるが、「真正連帯が特定の性質をもつか」という点だけが重要なわけでない。たとえ、「特定の性質をもつ」とみる立場をとるとしても、その立場にとって本稿が全く無意味であることにはならない。というのも、従来の分析視角は専ら債務の性質論におかれていたのに対して、本稿では別の視角をとって、個別の債務消滅事由の性質論から条文をみることも可能だと考えて、その可能性を追求するものである。その可能性の論証に失敗すれば、従来のように債務の性質論から連帯債務規定をみる視角が正当であったことの証になるであろう。逆に、もし債務消滅事由の性質論からの視角が可能だと一般に承認されるならば、さらに個別具体の局面について検討を進める筋道をつけることができよう（本稿は諸条文を概観するにとどまり、個別具体の局面については未検討課題を多く残している）。

以上が本稿における基本的な主題である。これをより具体化して、従来の連帯債務論との関係における本稿の主張を述べてみる。

民法が多くの事由に絶対効を認めるのに対し、従来の議論は、債権担保の観点を重視する立場から制度論として強く批判していた。債権者に満足を与える事由や時効中断を容易にさせる事由を除けば、相対効とするのが債権者の利益に適うと考えてきたのである。そのような考え方がありうることは否定しない。しかし、観点を変えて、民法の規定にはそれなりに理由があると考えることはできないだろうか。もし具体の解釈論において債権担保の観点をとることが正しいとしても、解釈にさいして、条文は不当だとして一蹴する態度は好ましくあるまい。本稿はこのように考えて、債権担保以外の観点から――具体的には各種債務消滅事由の性質論と多数当事者の利益調整という観点から――諸規定を考察したい。それとともに、個別の局面において種々の観点のうちどれが問題になるかということを検討する。

以下では、日本の学説史を概観しながらこの考え方をより具体的に述べてみる。

第二目　連帯債務の性質論をめぐる日本の学説史

1　時期区分

日本の学説史は大雑把にいって二期にわけられる。戦前の支配的な学説は、原則として不真正連帯債務に求償関係や負担部分がないとしていたが、戦後には、不真正連帯債務にも求償関係を認めるようになった。以下では、真正連帯と不真正連帯をわける理論的基準に関する諸見解を、各時期について紹介する。もっとも、具体的に個々の債務が真正であるか不真正かについては論者によって理解が異なるために、議論の整理としては不正確さが残る。しかし、考え方を

大摑みして、従来の議論が債務の性質に着目していたことを知るには十分であろう（詳しい整理については、椿寿夫『注釈民法一一巻』四九－六八頁参照）。

2　戦前

a　真正連帯と不真正連帯の区別

戦前には、真正連帯と不真正連帯の区別について、以下の諸見解が主張された。

①　連帯債務は法律行為または法律によって連帯が定められた場合（例、共同不法行為者の債務）であるのに対して、不真正連帯は単に債務の全部を履行することが定められた場合（例、七一五条による使用者の債務と選任・事業の監督者の債務）である（磯谷幸次郎『改訂債権法論（総論）』三八一頁、五六四－七頁）。

これと同旨を述べたうえで、性質論につき次のようにいうものがある。真正と不真正の違いは、債務者相互間における意思の共通という関係または共同関係の有無にある。真正連帯においては共同関係があるけれども、不真正連帯では共同関係がない（横田秀雄「多数当事者の債権について（四）」日本法政新誌二〇巻五号八六八－七四頁、「同（六）」同八号一四五九－七二頁、同『債権総論（訂正一三版）』五〇二－六頁）。

②　真正連帯においては債務の目的が同一であるばかりでなく共通または共同であるのに対して、不真正連帯では目的が同一であるにすぎない（嘉山幹一『改版債権総論』三一二－四頁、東季彦『債権法総論』一二一頁、勝本正晃「不真正連帯債務に就いて」『民法研究2』一七一－二頁、一八七－八頁（初出『東北帝国大学法文学部十周年記念法学論集』）、林信雄『債権法総論』一七〇－一頁。これと異なり、単に目的の異同を基準とするものもある。三潴信三『債権法提要総論下冊』三四九－五一頁、沼義雄『綜合日本民法論1』五八二－三頁、同『綜合日本

民法論別巻第四債権総論』三二〇頁、末弘厳太郎『債権総論（新法学全集）』一二八－三〇頁）。

これに対しては、その意味が明確でないとの批判がみられる（石坂音四郎『債権法大綱』一五二頁註一、末川博「不真正連帯債務に関する疑問」『民法に於ける特殊問題の研究第二巻』一七三－六頁（初出論叢一巻四号）。また、単に目的の異同を基準とする説に対する批判につき、末川「疑問」『民法に於ける特殊問題の研究第二巻』一七九－八〇頁）。

③　真正・不真正を問わず目的の共同はあるけれども、真正連帯においては主観的共同目的があり、しかも目的が共同であることについて主観的関連がある。これに対して、不真正連帯では客観的共同目的があるにすぎない（末川「疑問」『民法に於ける特殊問題の研究第二巻』一七三－六頁、一八〇－二頁、鳩山秀夫『増訂改版日本民法債権法（総論）』二五三－四頁、二八七頁および註二、田島順『債権法』一三六頁、一五一－三頁。同旨、石田文次郎『債権総論講義（債権総則契約総則）』一五九頁）。

この説に対する批判として、共同目的を主観的なものと客観的なものに二分する基準が明確でない（勝本『民法研究2』一七二－三頁註、岡村玄治『全訂債権法総論』一五七頁）、あるいは、主観的共同目的がなくとも真正連帯が成立しうるといわれている（近藤英吉＝柚木馨『註釈日本民法（債権編総則）中巻』四八－九頁）。

④　実質的原因の同一性が基準になる。単に原因といわず、実質的原因というのは、契約時期を異にする場合であっても真正連帯の成立を認めるためである（石坂『日本民法第三編債権第三巻』七九七－八頁、九一四－七頁、同『債権法大綱』一五一頁、一六八－九頁。これと異なり、単に原因の異同を基準にするものもある。松波仁一郎＝仁保亀松＝仁井田益太郎『帝国民法正解下債権編』二五三－五六頁、小池隆一『日本債権法要論』二二一－二頁（原因のほかに、債務の個数を問題とし、真正は一個であるのに対して不真正は複数だという））。

これに対する批判においては、実質的原因の意味が不明確であるし、債務発生の要件に関して実質と形式をわけることには疑問があり、むしろ債務自体に着目すべきだなどといわれている（仁井田益太郎「連帯債務ノ性質」法協三四巻一号六二頁、末川「疑問」『民法に於ける特殊問題の研究第二巻』一七七－九頁、沼『綜合日本民法論1』五八一頁、同『綜合日本民法論別巻第四債権総論』二八五頁、

三一八頁、近藤＝柚木『註釈日本民法（債権編総則）中巻』六三－四頁、鳩山『増訂改版日本民法債権法（総論）』二五六－七頁註七）。また、単に原因の異同をいう説に対する批判としては、契約時期を異にする場合に真正連帯が発生しないことになってしまうから理論としてはとりえないとされている（岡村『全訂債権法総論』一六一－二頁、沼『綜合日本民法論1』五七八頁、同『綜合日本民法論別巻第四債権総論』二八五頁、三一八頁、近藤＝柚木『註釈日本民法（債権編総則）中巻』四八頁、鳩山『増訂改版日本民法債権法（総論）』二五四頁、遊佐慶夫『民法原理〔総則・物権・債権〕』六二二頁、六二六頁）。

⑤　負担部分の有無が基準となる（仁井田・法協三四巻一号四四－五頁、五九頁、岩田新『債権法新論（増訂版）』一二五－七頁）。

これに対する批判においては、負担部分の有無は性質の結果であって、有無自体は決め手にならない（末川「疑問」『民法に於ける特殊問題の研究第二巻』一八〇頁）、あるいは負担部分は内部関係の問題であって債務の性質論とは無関係であるし、不真正連帯でも負担部分をもつことがあるなどといわれている（石坂『債権法大綱』一五一－二頁註一、近藤＝柚木『註釈日本民法（債権編総則）中巻』六四頁、鳩山『増訂改版日本民法債権法（総論）』二八六－七頁）。

⑥　戦前には連帯二分論をとらないものもみられる（岡松参太郎『註釈民法理由下巻』一二〇－一頁、岡村『全訂債権法総論』一五六－九頁、中島玉吉『債権総論』二三〇－二頁。また、旧民法の下でも、全部義務を法制化したこと（債権担保編七三条）に対して批判がみられる。岡松「連帯義務ト全部義務トノ区別」法協一二巻一一号八九一頁以下、一三巻二号九三頁以下）。

b　不真正連帯の効果

真正連帯に関する諸規定を不真正連帯債務に適用するかについては、次のようにいわれた。

一体型絶対効の諸規定（更改に関する四三五条、混同に関する四三八条）は適用されない。その理由は、債権者が現実に満足を受けないこと（末川「併存的債務引受」『民法に於ける特殊問題の研究第二巻』一五七－八頁（初出、論叢四巻五号））、あるいは、単に相対効

が原則であることに求められた（磯谷『改訂債権法論（総論）』五六六頁、沼『綜合日本民法論4』四六九頁、同『綜合日本民法論別巻第四債権総論』三二〇頁、鳩山『増訂改版日本民法債権法（総論）』一八八頁。同旨、三潴『債権法提要総論下冊』三四九－五一頁。もっとも、更改について理論的にいえば真正・不真正を問わず相対効になるはずであるが、四三五条は更改を弁済と同列においていることから、不真正連帯の場合にも一体型絶対効を生ずるというものがある。石坂『日本民法第三編債権第三巻』八三〇－四頁、九一八頁、同『債権法大綱』一五六頁、一六九－七〇頁、近藤＝柚木『註釈日本民法（債権編総則）中巻』六六－七頁）。その一方で、債権者へ満足を与える事由（弁済・代物弁済・供託・既援用相殺）については一体型絶対効が認められた。その理由として多くみられたのは、満足による目的到達が成立するからだという点であった（嘉山『改版債権総論』三一三頁、磯谷『改訂債権法論（総論）』五六六頁、勝本『民法研究2』一七六頁、末川「併存的債務引受」『民法に於ける特殊問題の研究第二巻』一五六－七頁、同「疑問」同書一八三頁、沼『綜合日本民法論4』四六九頁、同『綜合日本民法論別巻第四債権総論』三二〇頁、石坂『日本民法第三編債権第三巻』九一八頁、同『債権法大綱』一五一頁、石田『債権総論講義』一五八－九頁、田島『債権法』一五三頁、近藤＝柚木『註釈日本民法（債権編総則）中巻』六六頁、鳩山『増訂改版日本民法債権法（総論）』一八八頁）。ただし、政策的見地から相債務者に解放をもたらすべきでない場合には、目的到達の原理が働かないというものがある[1]（末川「疑問」『民法に於ける特殊問題の研究第二巻』一八三－八頁、勝本『民法研究2』一七七－八一頁。結果同旨、嘉山『改版債権総論』三一三－四頁、沼『綜合日本民法論別巻第四債権総論』三二〇－一頁、近藤＝柚木『註釈日本民法（債権編総則）中巻』六七頁）。

負担部分型絶対効の規定も適用されないという（未援用相殺・債務免除・時効）。その理由を負担部分の欠如に求めるものがみられる（勝本『民法研究2』一七三頁、石坂『日本民法第三編債権第三巻』九一九頁）。また、未援用相殺については、反対債権をもたない債務者が相殺を援用するには明文を要するし、実質的にも援用を認めるべきでないというものもある（末川「併存的債務引受」『民法に於ける特殊問題の研究第二巻』一四一－七頁、一五七頁。また、石坂『日本民法第三編債権第三巻』九一八頁も同旨か）。さらに、免除・時効については、債権者が満足を受けないのだから、四三七条二項・四三九条と同じに解するべきでないという

ものがみられる（末川・前掲一五八頁、一六三頁（請求についても相対効という。一四一－七頁、一六三頁）。

もっとも戦前でも、不真正連帯債務に求償関係を生ずる場合があるとしたうえで、その場合には負担部分型絶対効の規定が適用されるというものがある（勝本『民法研究2』一七三－四頁、一八一－二頁。また、賠償者代位による求償に着目するものとして、石坂『日本民法第三編債権第三巻』九一九頁、近藤＝柚木『註釈日本民法（債権編総則）中巻』六七－八頁）。

3　戦後

戦後になると、区別の基準を主観的共同目的の有無に求める説（戦前における③説）が通説となった（我妻栄『新訂債権総論』四〇一－四頁、四一〇－一頁、四四四－六頁、石本雅男『債権法総論』二八九頁）。

しかし、真正連帯の性質を相互保証として捉える説も有力である（山中康雄「連帯債務の本質」『私法学の諸問題（石田文次郎還暦記念）1』三七六頁、三八五－九〇頁、同「いわゆる連帯ということの意義」民商三三巻三号三四一－五頁[2]、津曲蔵之丞『債権総論上巻』一九三－四頁、二〇八－九頁、石本雅男『債権法総論』二八九頁、於保不二雄『債権総論（新版）』二二三－四頁、浜上則雄「連帯債務の本質と免除」法セミ二〇〇号一〇三頁、同『現代共同不法行為の研究』三三九－五七頁、四〇三－一三頁、淡路剛久『連帯債務の研究』一五八－六二頁、同「連帯債務の一体性と相互保証性」民法の争点Ⅱ五五頁、成田博「連帯債務とその免除」東北学院大学論集三〇号三七頁、同「連帯債務における免除と求償権拡張規定の関係」東北学院大学論集三三号一一一頁以下、同「中島玉吉・連帯債務論の再評価」東北学院大学論集三六号八一－二頁、同「連帯債務論への一視角」東北学院大学論集四一号一三頁。戦前においてこれと同様の発想を示すものがある。中島玉吉「連帯債務ノ性質ヲ論ス」志林一三巻八＝九号一三－六頁（中島『続民法論文集』一八八頁以下に再録）、同「再ヒ連帯債務ノ性質ヲ論シテ石坂博士ニ答フ」京法六巻一一号二－四頁、同『債権総論』二二九－三〇頁）。もっとも、相互「保証」ということの意味は法典上の保証そのものではないと理解されているようである。すなわち、相互保証説の論者によれば、相互「保証」には附従性がないなど、連帯債務は相互保証という実質を「ある程度形式の犠

牲において自己貫徹させたもの」だといわれている（山中康雄「連帯債務の本質」『私法学の諸問題（石田文次郎還暦記念）1』三八七－八頁）。また、相互保証説をとれば全てを説明できるわけではないとの批判もみられる（椿寿夫『注釈民法一一巻』六二頁、林良平ほか『債権総論改訂版』三六五－七頁、平井宜雄『債権総論第二版』三三〇頁、奥田昌道『債権総論（増補版）』三四八頁。これに対する相互保証説からの反論につき、浜上則雄『現代共同不法行為の研究』三三九－五七頁参照）。

その一方で、不真正連帯については次の理解が提唱されている。すなわち、不真正連帯にも求償関係が常にある（椿「連帯債務論序説」『民法研究Ⅰ』五三－四頁（初出、論叢六二巻五号）、同「連帯債務論の問題点」同七一－九頁（初出、民商三四巻三号）、同「不真正連帯債務の観念」同九六－九頁（初出、私法二四号））。また、不真正連帯の概念は積極的な意味内容をもつ統一的なものではなく、真正連帯ではないという消極的な共通点をもつにすぎない。このために、真正連帯に関する規定について、その類推の可否を考えるさいには、不真正連帯を単位とするのではなく、個別の債務類型ごとに検討すべきである（淡路『連帯債務の研究』一三四－五頁。具体的な解釈論につき、同書二四七頁以下参照）。

4　従来の学説に対する疑問と本稿の分析視角

今日までの議論の結果として、不真正連帯にも常に求償関係があり、また不真正連帯概念は積極的な意味内容をもたないと理解されるに至った（平井『債権総論第二版』三二九－三一頁、三三四－七頁、奥田『債権総論（増補版）』三七一－六頁）。この二点において従来の議論は正しいと考える。

しかしさらに進んで、真正連帯に関する民法の諸規定は債務の性質論と関係しているのだろうか。今日の理解にしたがえば、一体型絶対効なり負担部分型絶対効なりが生ずるのは主観的共同関係または相互保証の関係があるからだという。そうだとすれば、不真正連帯にあたる債務について類推の有無を考えるさいに手掛かりとなるのは、主観的共同関

係または相互保証の関係の有無または程度であることになろう。しかし、この点は疑問である。連帯債務に関する諸規定のうち少なくとも一部については、絶対効の根拠は債務の性質論以外の点（免除や相殺といった各事由の性質に関する理解や、求償関係の保護）にあると考える。

この点につき従来の議論では、真正連帯と不真正連帯を性質の点で対置させていた。これは、不真正連帯が積極的な意味内容をもたない概念だと捉えるようになってからでも同じである。このために、今日の理解を築いた業績の一つである淡路論文においては、ロオマやフランスの連帯債務論を分析するにさいして、その議論が想定する典型例を探求して、その典型例を団体関係の強弱によって把握するという手法がとられた（淡路『連帯債務の研究』九一一二頁、一二一六頁、八二一三頁、一五九一六一頁）。このように、団体関係の強弱から分析する手法も十分に説得力をもつものである。しかし本稿は、次の理由からこの手法をとらない。

各規定に関する説明をみると、債務者相互間の緊密な関係（強い団体関係）が規定の理由だとされていることは殆どない（請求については、緊密な関係に着目した説明がある。岡松参太郎『註釈民法理由下巻』一三八頁、横田秀雄『債権総論訂正第一三版』五一九一二〇頁、津曲蔵之丞『債権総論上巻』一九八一九頁）。特に債務消滅事由に関する諸規定（四三五条～四三九条）については、該事由の性質や求償関係への配慮といった点が理由だとされている（詳しくは第三章で紹介する）。そうだとすれば、団体関係の強弱という分析視角をすべての事由について当て嵌めてよいのかという問題を生ずる。

ところで、民法の起草にさいしては一九世紀フランス法が参照された[3]。フランスでは、たしかに連帯債務の性質論が議論されて、不完全連帯または全部義務との二分論が展開された。しかしその議論を整理すると、債務消滅事由に関しては連帯債務の性質論は必ずしも考慮されていない。本稿では、これを明らかにすることによって、系譜的には、諸規定のうち債務消滅事由に関するものは連帯債務の性質論と無関係であることを主張する。そのうえで、絶対効を定める

諸規定は各事由の性質を基にしたものであるとともに、特に負担部分型絶対効を定める事由については求償関係を保護する考え方に基づいていることを示したい（この点の発想はすでに指摘されている。もっとも、債権担保の観点からみれば立法論として邪道だといわれている。椿「序説」『民法研究Ⅰ』五四頁、椿「問題点」同書六七―八頁）[4]。

そして、このことが民法典の理解として正しく、諸規定が債務の性質論とは無関係だとすれば、諸規定を不真正連帯にも類推すべしと結論づけることになろう。もちろん、この結論が具体的な妥当性を欠くならば、類推を否定する解釈を工夫することになろう。しかし、それはその債務が真正連帯の性質をもたないからではない。むしろ、規定自体が妥当性を欠くと考えて、例外規定だと位置づけることによるのである。かように考えるならば、不真正連帯に当たる債務については、その類型を問わず連帯債務規定の類推を排除できることになろう。

5　問題の外延――負担部分型絶対効事由について

先に示したように、従来の議論でも、債務消滅事由に関する諸規定については、該事由の性質や求償関係への配慮といった点が理由だとされている。その一方で、理論的な検討において重視されたのは債権担保（債権強効）の観点である（山中康雄「本質」『私法学の諸問題1』三九〇頁。また、椿寿夫「問題点」『民法研究Ⅰ』六七―八頁は、「内部関係にすぎない負担部分をもって対外関係をも広汎に律せしめる法制は、たとえ債務者の決済の便宜が理由として言われていても、担保制度の理論としては邪道」だという。極端にいえば、この観点だけを考慮すべしという主張であるかにも読める）。不真正連帯債務の場合において、債権者に満足を与えない事由は原則として相対効になるはずだという主張がみられたことは、このあらわれであろう[5]。

満足効なき事由について絶対効があれば、債権者にとって連帯債務の実益が少なくなるのはたしかである。債権強効という観点自体は尊重すべきものであって、本稿もこの観点を無視せよと主張したいわけではない。問題にしたいのは、

債権強効の観点を重視すべしとされている点である。すなわち、債権強効という観点の対極には求償関係への考慮という観点があり、双方とも重要ではないかと考えるのである。これを具体的にいうと、債務消滅事由が生じて、相連帯債務者の利益と債権者の利益が対立している局面では、相互の利益調整こそが問題であるように思われる。そして前述のように、利益調整という考え自体は負担部分型絶対効規定の説明において示されているのであって、従来の議論は民法の利益調整を批判するにすぎないものだといえる。

さらにいえば、弁済者代位に関して、法定代位権者には担保保存義務違反抗弁が認められ、求償期待が保護されている（五〇四条）。免除や時効について負担部分型絶対効が定められているのは、五〇四条の考え方を適用したものにすぎないともいえる(6)。そして、もし連帯債務について債権強効の観点だけを強調することが正しいとしても、五〇四条があるためにその強調は無意味である（於保『債権総論〔新版〕』二八六―七頁註三参照）。もし連帯債務につき債権強効の観点だけを強調するならば、それを担保全般にわたっていわなければならなくなるのである。かように考えるならば、連帯債務を考えるさいの観点如何は、担保法全般に関係することだといえる（五〇四条の系譜研究・比較法研究としてすでに、西村信雄『継続的保証の研究』二一二―五〇頁、寺田正春「弁済者代位制度論序説(二)」法雑二〇巻二号二一一―四頁がある。また、共同保証人の一人に対する免除の効果に関して、本稿と同じく担保保存義務違反抗弁の観点から英米法、ロオマ法、ドイツ法を検討するものとして、辻博明「共同保証と免除効果(一)、(二完)」法雑三一巻一号二八九頁以下、二号四九七頁以下、同「ローマ法における共同保証と免除効果」法雑三一巻三＝四号六三八頁以下、同「ドイツ法における共同保証と免除効果(一)」法雑三二巻二号二三五頁以下がある）。

第三目　具体的な検討方法

本稿では、主として一九世紀フランス法を検討対象とする。系譜研究の観点からいって、ドイツ普通法とならんで最も影響を受けたと考えるからである。ドイツ普通法については将来の課題としたい。先にフランス法を選んだ理由は、従来の議論がドイツ法の影響を受けたものであって、これと異なる視点を得ることができると考えるからである。また、一九世紀フランス法を検討する前に、法典編纂前におけるポチエの見解を検討する。民法典および一九世紀の議論に大きな影響を与えたと考えるからである。(7)

これらポチエおよび一九世紀フランス法の研究は、すでに労作がみられる（椿寿夫「連帯債務論序説」『民法研究Ⅰ』四七－五三頁、淡路剛久『連帯債務の研究』六九－一四〇頁、一六七－二二七頁、浜上則雄「連帯債務の本質と免除」法セミ二〇〇号一〇三頁、同『現代共同不法行為の研究』三三九－五七頁、四〇三－一三頁）。本稿ではこれらの業績を基にして、改めてフランス法を検討する。屋上屋を重ねることにもなるが、あえていうならば、連帯債務と保証を対比しつつ、特にその理由づけに拘ることによって先行業績とは別の観点を抽出することを試みる。保証との対比を行う理由は、これにより日本における相互保証理論の正当性を検証できると考えるからだけではない。ロオマ法において連帯債務と保証が未分離であった情況から、二つが分離した過程を知ることもできるだろうし、また、そもそも連帯債務の議論をみるだけでは議論を位置づけることができないと考えるからである。

（1）政策的見地から相債務者が解放されるべきでない場合として挙げられているのは、不法行為者の損害賠償債務と契約上の損害賠償債務とが不真正連帯の関係に立つ場合である。契約上の債務を負う者が弁済しても、不法行為者は解放されるべきではないという。そして、不法行為債務が残るから、四二二条により弁済者は債権者に賠償者代位するという。また、そのさいには損害保険については、賠償者代位の適用例として保険代位（現商法六六二条＝残存物代位）が認められているとす

る（末川博「不真正連帯債務に関する疑問」『民法に於ける特殊問題の研究第二巻』一八四－八頁、勝本正晃「不真正連帯債務に就いて」『民法研究2』一七七－八一頁）。

（2）山中説の論旨は、次のようにまとめることができる。

連帯債務は不可分債務と効果を同じくする。すなわち、弁済・供託・代物弁済・相殺・受領遅滞については一体型絶対効を生ずるという点で共通する。また、他の事由については相対効とすべきだという共通点もある（山中康雄「連帯債務の本質」『私法学の諸問題1（石田文次郎還暦）』三九〇頁、同「いわゆる連帯ということの意義」民商三三巻三号三三九頁）。

もっとも、両者が全く同じだというわけではない。真正連帯の場合には、債務者相互間に主観的共同関係が存在するという点に特徴をもつ。これに対して、不可分債務の場合において真正連帯と同様の主観的共同関係があるのは意思による不可分の場合に限られる（民商三三八頁。このことから、意思による不可分債務と真正連帯とは本質を同じくするという。『私法学の諸問題1』三九三頁、民商三四一頁）。

そして、主観的共同関係の中身は相互保証にある。連帯債務や不可分債務においては弁済等の他については相対効となるのだが、真正連帯や意思による不可分の場合には、相互保証の効力が働くことによって、相対効事由の一部が絶対効を生ずることになるのである（この点については、所説に動揺がみられる。旧説では、共同の免責を得るという共同事業を意図する関係が債務者相互間にある場合を真正連帯として、この関係を主観的共同関係の中身としていた。フランスにおける相互代理に類似する関係を念頭においていたのである。山中康雄『債権総論』一六九－七二頁、一七五－六頁。また、相互代理の関係と相互保証の関係を混ぜ合わせた説明もみられる。『私法学の諸問題1』三七八－八〇頁、三八六頁、三九〇頁、三九四－五頁。これらの見解は改説されている。民商三四〇－一頁）。具体的には保証の場合において、弁済・供託・代物弁済・相殺・受領遅滞・更改以外の事由（免除を念頭においているようである）については、主債務者にそれが生ずれば保証人に効力が及ぶけれども、保証人に生じても主債務者には効力が及ばない。これと同様に、連帯債務の場合には、それらの事由が一人に生ずれば、相債務者には負担部分型絶対効を生ずる。もっとも、これは債務消滅事由についてのことであって、請求については悉無律が働くために一体型絶対効とされた。また、未援用相殺については、主債務者が反対債権をもつ場合に保証人が抗弁できることから、連帯債務の場合には負担部分の限度で抗弁が認められた。このような立場をとれば、混同の一体型絶対効を説明できないけれども、これは規定自体が立法論として不当なのであって、本来は負担部分型絶対効とすべきものである（民商三四一－三頁）。

これに対して、不真正連帯に関しては、不真正連帯とされている債務の一部が不可分債務と同じになる（民商三四六－七頁。議論の進め方からすれば、不真正連帯においては主観的共同関係がないから常に不可分債務と同じになるという結論が出てくるように思われる。そのように結論づけていないということは、論旨を誤解しているのであろうか）。

これらの叙述のなかでは、相互保証といいながらも、それが民法上の保証と全く同じではないとされている（民商三四三－四頁、『私法学の諸問題1』三八五頁、三八七－八頁）。

これら山中説の論旨のうち、相互保証説が克服すべきは、この最後の点にあるのではないだろうか。すなわち、相互保証というときの保証の中身が、経済的な実質を捉えたものであるのか、それとも法律上の保証を指すのか、また法律上の保証を指すとして保証がもつ性質のうちどの点に着目して保証に類似するというのか、といった点が解明さるべきだと考えるのである。本稿では連帯債務と保証を対比することによって、この点の解明をも目指したい。

（3）フランス法が参照されたからといって、他の法が参照されていないといっているわけではない。連帯債務に関しては、特にドイツ法も参考にされている。しかし、本稿ではドイツ法の検討にまでは及びえない。将来の課題としておく。

（4）椿教授の諸業績によってわれわれが知りえたことは、次の三点にまとめることができる。

イ　対外的効力の考察については、内部関係との関連で検討することによって解決方向を定め得る（「連帯債務論序説」『民法研究1』五四頁）。すなわち、ある事由が絶対効か相対効かに関する法則は、債権者の便宜を図るか、それとも債務者相互間における決済の簡便を主眼とするかの違いに帰着する（「連帯債務論の問題点」同書六七－八頁）。

ロ　もっとも、内部関係が対外関係へ広汎な影響を及ぼす制度は担保の観点からすると邪道であって、立法論としては疑問である（「問題点」同書六七－八頁。また、「序説」同書五四－五頁も参照）。また、二当事者関係を念頭において発展してきた理論（特に債務消滅・変更の事由について）は、多数当事者関係において修正を要するのではないか。さらに、不法行為連帯については、契約連帯と異別の扱いをするべきではないのか（「問題点」同書六八－九頁）。

ハ　ドイツにおける不真正連帯債務論の意義は、求償が本質的に否定されるような「全額単独責任の競合」を排除するためのものだといえる。すなわち、不真正連帯債務の概念は求償を認め得るためのものとして意味をもつ（「問題点」同書七一－五頁）。ところが、ドイツ民法典は単純連帯型の制度をとったために、二分論を否定する説がみられた。その一方で、二分論の論者であっても、対外効の点では二分論を維持しえず、真正と不真正の差異はもっぱら内部関係における負担部

分の有無という点に求められた。すなわち、連帯債務の場合における求償と事務管理・不当利得・賠償者代位とは違うものとして位置づけられた。しかし、日本では法典上の制度が共同連帯に近く、連帯二分論が存立する余地はある。また、特に共同不法行為の場合について単純連帯型の概念が必要だといえる。そして、そのようなものとして位置づけられる不真正連帯においては、求償を債務の属性として認めるべきである（「不真正連帯債務の観念」同書九四－八頁、椿『注釈民法一一巻』六三－四頁）。

以上の三点から導かれる椿教授の結論は、特に共同不法行為の場合について、対外効の点では単純連帯型で、内部関係では求償を生ずるような債務を認めるべしというのであろう。類型論の観点から債務の性質をみれば、そのような主張もありえよう。本稿がこの主張と異なるのは次の点にある。

本稿は対外的な効力を債務の性質論からではなく、個々の債務消滅事由から考える可能性を探る。このような観点の違いは、椿教授の分析によって得られた「債務者相互間における決済の簡便」という点や「二当事者関係を念頭において発展してきた債務消滅・変更の事由に関する理論を多数当事者関係においてどの程度まで修正する必要があるか」といった点に重点をおいて連帯債務論を検討し直そうというものである。本稿において連帯債務を保証と比較することも、担保の視点からこの比較の必要性を説かれた椿教授の指摘に沿うものである（「序説」『民法研究1』五五頁）。

（5）債権担保の観点が重視されていることのあらわれとして、別の情況を挙げることもできる。すなわち、相対的免除という概念を設けることによって、四三七条による負担部分型絶対効を排除する主張がみられるのである（椿寿夫『注釈民法一一巻』九四－五頁）。

（6）本稿で主張できることではないが、最終的には次のような発想を提示したいと考えている。

本文のように考えれば、免除や時効については不真正連帯にあたる債務であっても該債務者の負担部分を限度として相債務者も債務を免れると解するべきことになろう。たしかに、負担部分とは債務者相互間において定まるものであるのに、それをそのまま対外関係（債権者に対する関係）でも意味をもたせることは不当である、こういった指摘が負担部分型絶対効についてみられる。負担部分の確定にさいして債権者は関与せずまたその認識がないこともあるからだという（さしあたり、平井『債権総論第二版』三三七頁。詳しくは第三章で紹介する）。しかし、この問題は、それは五〇四条にいう債権者の「故意又ハ懈怠」の判断に委ねることができはしないだろうか（五〇四条に関する判例理論からすれば、この発想も突飛なものではないように思われる。

すなわち、物上担保の目的物が差換えられた後に、差換後の担保物について価値が下落しても、差換時における担保評価が適正であれば、債権者に故意重過失なしとされている。最判平成二年四月一二日金法二二五五号六頁。故意重過失が問題とされたのは、担保保存義務免除特約があったためである）。

例えば、不法行為者が複数いるときに、示談による免除があっても負担部分型絶対効が生じない場合があることを認める。その理由は、裁判等があるまで債権額や負担部分額が確定しないことに求める。そして、理論構成としては、五〇四条を用いて、求償侵害につき債権者に「故意又ハ懈怠」なしといえば足るように思われる。これを解釈論として主張するには、系譜的な研究よりも、現実の裁判例に則した比較法的観点からの研究が必要であろう。将来の課題としておく。

（7）本文に述べるほかに、ポチエを検討する理由として次の事情もある。

一般に民法の規定を系譜的にみると、過去に具体的な問題処理の過程で下された判断が積み重ねられ、その諸判断を抽象化したものが規定に現れているといえよう。ところが、民法制定にさいして参照された一九世紀フランス法では、連帯債務者の一人にある事由が生じた場合において、相債務者がその事由をもって抗弁するという事件は多くない。そうだとすると、近世あるいは中世の法を手繰って、最終的には（といいきれるかには疑問もあるが）ロオマ法まで行きつくはずである。ところが、ロオマ法源である市民法大全においては、連帯債務について若干の法文がみられるにすぎない。むしろ、連帯債務と比較して目立つのは保証に関する法文である（保証については、学説彙纂四六巻一章に七三法文、勅法彙纂八巻四〇章に二九法文あるのに対し、連帯債務については学説彙纂四五巻二章に一九法文、勅法彙纂八巻三九章に四法文あるにすぎない。ロオマ法におけるこの情況は、連帯債務と保証が未分化であったという事情によるものである。これにつき、船田亨二『ローマ法第三巻』六四三―五頁、椿「連帯債務論序説」『民法研究1』八―九頁、淡路『連帯債務の研究』四二―六一頁参照）。これらの事情からすると、近代の法典編纂において、連帯債務に関する諸規定がロオマ法文から如何にして抽出されたかを知る必要があるといえよう（椿・前掲五四―五頁）。また、これによって、同じロオマ法を基にして、フランス法とドイツ法が分かれた過程を知る資料を得ることもできよう。ドイツ法については将来の課題とする。

第一章　ポチエ

序　はじめに

本章では、フランス古法におけるポチエの議論を紹介・検討する。ポチエの議論に着目するのは二つの理由による。第一に、ポチエの議論がフランス民法典の制定にさいして土台となっており、かつポチエの見解の多くがフランス民法典に取り入れられたといわれているからである。もちろん、ポチエの議論は中世以来の法学、特にクジャス（Jacques Cujas）やデュムラン（Charles Dumoulin）の議論を土台にしたものである（大川四郎「ロベール・ジョセフ・ポチエの邪利息論についての一試論(一)」名大法政論集一一四号五八頁、七〇―一頁註（38）、金山直樹「ポチエの法律学」姫路法学三号一二五頁註（2）参照）。しかし、それらはポチエの議論を通してあるいは直接あたって参酌することで足りると考える。第二の理由は、ポチエの著作がもつ二つの特徴は本稿の検討にとって便宜なことである。すなわち、本稿で扱う分野について、ポチエは広範囲かつ詳細な著作を残している。同時代の学者は個別の制度に限定して、あるいは簡潔な形でしか議論をしていない（金山・前掲一三〇頁註（7）参照）。いまひとつの特徴は、『債務論』や『オルレアン慣習法』のように当時のフランス法に関する著作がある一方で、ロオマ法に関する体系書『パンデクタエ』を残していることである。観点を異にする著作を対比することによって、ポチエがロオマ法源を如何なる形でフランス法に取り入れたのかがわかるであろう。そのさい特に重要なのは、時折ポチエがロオマ法の厳格さ（subtilitas, subtilité）を理由にして、ロオマ法文から離れた見解を示していることである（金山・前掲一二三―四頁、一二五頁註（3）、一二九頁参照。このほか、ポチエの基本的な発想の仕方や社会背景等については、既存の諸業績を参照されたい。大川「ロベール・ジョセフ・ポチエの邪利息論についての一試論(一)」名大法政論集一一四号四一頁以下、小川浩三「ジャン・ドマの lois de la religion と lois de la

police（二・完）」北法三八巻四号六二八－三〇頁および註、金山「ポチエの法律学」姫路法学三号一一七頁以下参照）。

本章で参照するポチエの著書は次のものである[1]（下線部で引用する）。

Coutume d'Orléans, 1740 (Œuvres de Pothier, par Bugnet, t.1 1845).

Pandectae Justinianeae, t.1-3, 1748 (ed.4, apud Belin-Leprieur, Paris, 1818-21).

Traité des Obligations, 1761 (Œuvres, t.2 1848).

Traité du Contrat du Vente, 1762 (Œuvres, t.3 1847).

Traité du Contrat de Change, 1763 (Œuvres, t.4 1847).

Traité du Contrat de Société, 1765 (Œuvres, t.4).

Traité du Contrat de Dépot, 1766-7 (Œuvres, t.5 1847).

Traité du Contrat de Prêt de consomption, 1766-7 (Œuvres, t.5).

Traité du Contrat de Mandat avec Appendice du quasi-contrat negotiorum gestorum, 1766-7 (Œuvres, t.5).

Traité des Personnes et des choses, 1776-8 (Œuvres, t.9 1846).

Traité de Hypothèque, 1776-8 (Œuvres, t.9 1846).

Traité de la Procédure civile, 1776-8 (Œuvres, t.10 1848).

叙述にさいして約束事をしておく。ロオマ法では、今日の保証にあたるものとしていくつかの種類があった（原田慶吉『ローマ法』二五五－六頁、船田亨二『ローマ法第三巻』六四〇－一頁）。そのうち三つをポチエも挙げている。信命（fideiussio）・金額

貸与委任（mandatum pecuniae credendae）・他人の債務の支払約束（pactum constitutae pecuniae）がそれである。このうち、他人の債務の支払約束については、ポチエの説明をみてもわからないことが多い（Obligations n. 458）。残る信命と金額貸与委任については、本稿で扱う問題との関係で相異点が示されており、ここでそれを紹介しておく。簡単にいえば、信命とは今日でいう保証にほぼ相当するものである。また、金額貸与委任は、主債務者への与信を内容とする委任が、債権者と保証人の間で行われるものである。この場合には、保証債務にあたるものが債権者＝受任者の費用償還請求権（ロオマ法の用語でいえば、委任反対訴権）であって、これが金額貸与委任者の受領物引渡請求権（委任正訴権）と双務契約上の牽連関係（ポチエ自身はかようには表現しないが）に立つ点で、信命と異なる。信命は問答契約という一方的な債務負担行為であって、債権者に対する反対債権を伴うものではない。これが主要な差異である。その一方で、従たる債務としての共通点もあることから、ポチエの説明には共通点に着目した部分とそうでない部分とが混在する。このために、以下での紹介・検討にさいしては、従たる債務一般に当て嵌まる記述については単に保証と表示し、金額貸与委任との対比における記述については、ロオマ法でいう信命に関しては保証（fideiussio）あるいは保証人（fidejusseur）等と表示する。

（1）本文に挙げるものほかに、本稿の問題に関連するものとして、次の草稿を遺したといわれている（但し未公刊。Luc Henry Dunoyer, Blackstone et Pothier, 1927 Paris p.58-9参照）。

Traité sur la subrogation.

Synopsis tractatus Molinaei de dividuo et individuo.

第一項　弁済

1　ポチエの説明

弁済の効果は債務の消滅にある（Pandectae. t.3 lib. 46 tit.3 n. 81 p.280: Obligations n.551）。

多数当事者関係については次のようにいわれている。

一つの弁済によって複数の債務が消滅することがある。ある債務からの解放を受けるために与えられた物が別の債務の目的物自体である場合にそうなる。具体的には、金額貸与委任がある場合において、借主が弁済すれば借主の債務とともに金額貸与委任者の債務も消滅する。また、ロオマ法において特有財産訴権により訴求を受けた奴隷の主人が敗訴して弁済すれば、奴隷のための信命者も解放されるとのロオマ法文（Afr. D. 46. 3. 38. 2）を挙げている（Pandectae. t.3 lib. 46 tit.3 n.86 p.280-1 et lib.50 tit.17 n.1404 p.762: Obligations n.552 et 554. 特有財産訴権については原田慶吉『ローマ法』二一六―七頁、船田享二『ローマ法第三巻』七〇一―二頁参照。また、右ロオマ法文につき、船田『ローマ法第二巻』一〇〇―一頁註一四参照）。

さらにポチエはいう。ある債務が弁済された場合に、別個の債務の債務者が解放されることがある。それならばなおさらのこと、同一債務についての複数債務者（ここでは、保証人（fidéjusseur）を含んでいる）の一人が弁済すれば、当該債務についての相債務者は当然に解放される。相債務者が主債務者（ここでは、連帯債務者を含んでいる）であるか保証人（fidéjusseur）の如き従たる債務者であるかを問わない（Obligations n. 550. また、op. cit. n.274: Pandectae. t.3 lib.45 tit.2 n.7 p.230 et lib.50 tit.17 n.1453 nota 1 p.757 も参照）。

もっとも、主債務者の弁済によって保証（fideiussio）債務が消滅する理由として、保証（fideiussio）の附従性（従たるものの性質からして主たるものなくしては存続し得ない）を挙げている箇所もみられる（Obligations n. 377）。

右に紹介したのは、弁済者代位に関する説明を除いた部分である。弁済者代位についても債務の単複でわけて次のようにいう。

「別個の原因（causa）に由来する二つの債務が目的物を同じくする場合において、一方についての弁済は二つの債務を消滅させる」と述べた。これが当て嵌まる場合は限定される。弁済した債務者が、他方債務の債務者に対して債権者がもつ訴権について、その訴権を譲受ける権利を有しない場合に限られるのである。これに対して、弁済者が譲受の権利をもつ場合には、弁済によって消滅するのは弁済者の債務だけである。他方の債務は存続する。これは、債権者が二重弁済を受けるためではなく、弁済者に訴権を譲渡するためである。この場合には、弁済後であっても訴権を譲渡できる（Obligations n.554. また、op. cit. n.446; Pandectae. t.3 lib.46 tit.3 n.87 p.281 も参照）。

同一債務の場合において一人が弁済すれば相債務者も解放されるとの準則には例外がある。共同債務者または保証人（fidéjusseur）の一人が弁済するさいに権利・訴権の譲渡を受けた場合には、その訴権の相手方に対する関係では債務が消滅しないとみられるのである（Obligations n. 556. また、op. cit. n.280; Pandectae. t.3 lib.46 tit. 1 n.45 et50 p.249-51 et lib.50 tit.17 n.1370 p.758）。この代位は法の擬制による（Orléans. Intoduction au titre 20 n.66-7）。この場合には、弁済時に譲渡が行われるかまたは譲渡の要求があることを要する。それなくば、債権者の債権や訴権は弁済により消滅する（Pandectae. t.3 lib.46 tit.1 n.49 p.250-1 et lib.50 tit.17 n.1373 p.759; Obligations n.280 et 558）。ポチエは弁済の効果についてこのようにいう。

(1)

2　検討

弁済者代位に関する説明から次のことがいえる。

連帯債務者の一人が弁済すれば全員について債務が消滅する。連帯債務は同一の目的物についての単一の債務（une

seule dette d'une même chose）だからである(2)（Obligations n.274）。このことは、主債務と保証（fideiussio）との関係についてもいえる。

もっとも、主債務者の弁済による保証（fideiussio）債務の消滅については附従性も理由とされている。しかし、附従性は附加的な理由にすぎないと解される。というのも、第一に、主債務者の弁済による保証（fideiussio）債務の消滅については、附従性をいわずとも債務の単一性から説明できる。第二に、もし保証（fideiussio）債務の消滅理由が附従性だけにあるとすれば、逆に保証人（fidéjusseur）が弁済した場合に主債務が消滅する根拠を債務の単一性以外に求めなければならない。ポチエにおける債務の単一性とは、一方の債務者からみれば債務は単一だが、他方の債務者からみれば複数であるとすることを許さないからである（後述する債務単一性についての分析を参照）。そして、保証人（fidéjusseur）の弁済による主債務の消滅について、債務の単一性以外の根拠を挙げる叙述はみあたらない。このために、保証（fideiussio）の附従性は付加的な理由だと解されるのである。

それでは、債務の単一性とは何を意味するのか。これについては、二つの叙述が参考になる。第一に、目的物は同じだが債務の単一性を欠く場合に関する叙述である（債務単一性による説明は、後述する時効中断のほかに、一人の過責によるまたは遅滞中の後発的履行不能について使われている。Obligations n.273）。

保証（fideiussio）債務は主債務へ単に加わったもの（une seule accessoire）にすぎず、主債務の原因（causa）が保証（fideiussio）債務の原因となる。例えば、主債務が消費貸借債務または売買代金債務であれば、保証（fideiussio）債務の原因は消費貸借または売買となる。金額貸与委任の場合はこれと異なる。金額貸与委任者の債務は、借主の債務へ単に加わったものではない。金額貸与委任者の債務は借主の債務とは原因を異にし、委任者と受任者＝債権者間における委任契約を原因とする。このように金額貸与委任者の債務と保証（fideiussio）債務は異なることから、弁済者が訴権譲渡を求めうる時期に差異があるという(3)（Obligations n.446）。

訴権譲渡の要求時期に関する差異について、この叙述では、債務の原因が問題だとしているが、1で紹介した説明では債務の単複が理由だとされていた。このことから、弁済による債務の単一性とは、債務原因の同一性を指すとはいえまいか。この推測を裏付けるのは第二の叙述である。それは、連帯債務の性質に関するものである。

「準則。共同債務者の債務は一個であり、金額も一個である。」「（債務が一個であるとは）対象すなわち義務づけられているものについてのことである。これに対して、債務者の人格に関しては複数である。各人が自己に固有の債務について義務を負うからである。」「派生準則。二人によって等しくない（impar）債務が引受けられた場合には、二人の債務者は生じないというのがより正しい。」「等しくないとは、物（res）または原因（causa）の点でのことである。このために例えば、二人の受寄者の一方が故意だけについて、他方が過失についても義務を負ったならば、二人が共同債務者になることはなかろう。二人が異なること（diversa）について義務を負っていて、そのことが共同義務者の債務の本質に反するからである。その本質は、同じこと（idem）について義務を負う点に存する。しかし、履行期または履行地の点で共同債務者の債務が等しくないことは可能である（…）。同じことについて義務を負ってさえおれば、異なる態様で（diversimode）その義務を負うことは可能だからである」（Pandectae. t.3 lib.50 tit.17 n.1353 textu et notis 4 et 5 p.757. これに類似する記述は多々みられる。op. cit. lib.45 tit.2 n.8, 15 et 17 p.230-1 textu et nota 1 et p.232 textu et nota 3: Obligations n.263）。

この叙述からいえるのは、連帯債務は一個の債務であって、一個の債務であるとは、目的物および原因が同一であるのを意味するということである。この説明から、目的物が同一である場合において債務の単複をわけているのは原因の異同であるといえよう。そして、1で紹介した部分と併せ考えると、原因の同一性が連帯債務や保証の本質だとする理解を窺うことができる。

さらに原因の意味について探求する必要があるけれども、ポチエは具体的な考えを明示しない。ここでは次のことを

指摘するにとどめる。時効中断に関する説明（後述第八項註（3））をみると、先に紹介した箇所の「債務原因」が「債権の権原」に言い換えられている。

（1）これは、ポチエの擬制説とよばれているものである。寺田正春「弁済者代位制度論序説（二）」法雑二〇巻二号二〇八―九頁参照。

（2）淡路剛久『連帯債務の研究』八一頁は、ポチエにおいて債務単一性は実質的な理由づけになっていないという。確かに、ポチエの利益衡量を引出すにさいして役立つ概念ではない。しかし、本稿では法律構成や法律上の理由づけに拘る立場をとっていることから、ポチエにおいては債務単一性が理由になっていると位置づけることで足りよう。

（3）債務原因を基準として債務の単複をわけて、これに訴権譲渡の要求時期を連動させる考え方は、現代のロオマ法学説にもみられる。Ernst Levy, Sponsio, fiepromissio, fideiussio, S.208-20.

この考え方の背景には、次の事情がある。ロオマ法文では訴権譲渡の利益や争点決定（これについては、船田享二『ローマ法第五巻』一四四―六九頁、春木一郎「Formula 訴訟ニ付テ(一)―(三完)」法協三八巻六号―八号、西村重雄「ウラサクの litis contestatio 論(一)―(三完)」民商六六巻三号―五号参照）の訴権消耗効に関して保証人（fideiussor）と金額貸与委任者を区別していた。このために、諸法文を整合的に説明する解釈を示す必要があったのである。もっとも、今日の通説は、右の区別を訴権の種類の差異（保証人（fideiussor）に対する訴権は厳正訴権であるのに対して、金額貸与委任者に対する訴権は誠意訴権である）から説明している。Kaser, Das römische Privatrecht, 1.Abs.2.Aufl., S. 658-9 参照。

第二項　弁済提供後の供託（obsignatio, consignation. ロオマ法上の供託については、原田慶吉『ローマ法』二四三－四頁、船田享二『ローマ法第三巻』四八六－七頁参照）

供託とは、債務者が裁判所の権威を介して第三者に目的物または金銭を寄託することである（Obligations n. 572. 傍点は福田。その意味は後述）。供託は真の弁済ではない。弁済とは、弁済する物の所有権を債権者へ移転するものである。ところが、所有権の移転には、原則として取得者の行為（体素）と取得の意思（心素）を要する。そのために、債権者が還付を受けるまでは供託によって所有権が移転しないからである（op. cit. n.573; Orléans. Introduction au titre 21 n. 107）。しかし、弁済提供後の供託は、弁済と同じく完全に債務者を解放し、債務を消滅させる（opp. citt.; Pandectae. t.3 lib.46 tit.3 n.3 p.264 et lib.50 tit.17 n.1406 p.762）。厳密にいえば、債権者が還付を受けるまでは、供託金の所有者は債務者のままである。但し、供託金の危険は債権者に帰する。債権者は、ある金額についての債権者から当該供託金についての債権者となるのである。そして、供託所が債務者になるという（Obligations n.580）。

多数当事者関係については次のようにいう。

債務者が供託金を取戻した場合には、供託はなかったものとみられて保証人や相債務者はなお債務を負うか。これについては説がわかれる。一旦消滅した債務を復活させる権限は債務者にないとする説と、供託によって債務が消滅するには供託の継続を要するとの説がある。これについては場合をわけて考えるべきである。供託にさいしては、供託前に供託を許すオルドナンス（une ordonnance du juge）か供託後に供託を有効とする判決が要る（Obligations n.578; Depot n.99）。右のオルドナンスがなくしかも判決が出る前に供託金が取戻された場合には、供託はなかったとみられるべきである。保証

人は解放されない。供託自体は弁済ではなく、供託が弁済と同じ債務消滅効をもつのは裁判官の権威（l'autorité du juge）によるものだからである。オルドナンスも判決もない供託が取下げられれば、その供託が債務消滅効をもつことはあり得ないのである。これに対して、オルドナンスがある場合または判決後に取戻がなされた場合には、取戻によって保証人や相債務者が害されることはあり得ないという（Obligations n.580）。

この説明は、供託によって債務が消滅するのを認めると同時に、裁判所の関与を供託による債務消滅効の確定要件とするものである（前頁に挙げた供託の定義を参照）。これについては次のことを指摘できる。ポチエのような結論を得るには、別の法律構成をとることもできる。裁判所の関与があれば、供託物取戻によって債務は復活するが、それによって相債務者等は害されないと構成するのである（取戻による債務の相対的復活）。しかし、ポチエはこの構成をとらず、相債務者や保証人以外の者であっても当然に保護されるような構成をとっている。もし、取戻によって債務は復活するが、相債務者等は害されないとする構成をとるならば、担保物権等がある場合において後順位担保権者や一般債権者の利害関係も問題となる。これらの者を保護することは可能である。しかし、当然に保護されるわけではない。これらの者が相債務者や保証人と同じく保護すべきかの判断を要するからである。この点につき、フランス民法典一二六三条は後順位担保権者だけを保護し一般債権者を保護しないとする相対的復活の構成をとっているかに読める。しかし、一九世紀の学説はポチエと同じ構成をとって、一般債権者をも保護している（次章第三節第二項参照）。

このほかに、保証人が供託した場合が問題となりうる。右の説明からすれば、主債務者が供託した場合と同じに考えているのであろうか。

また、弁済提供については次のようにいう。弁済提供によって債権者は受領遅滞に陥る。これは供託が弁済と同じ効果をもつための要件であるという（Obligations n.574）。そして、保証人が弁済提供して保証人と債権者との間では債権者

が受領遅滞に陥っているが、主債務者と債権者間では主債務者が履行遅滞に陥っている情況を示すロオマ法文（Paul. D. 45. 1. 88）等が紹介されている（Pandectae t.3 lib.46 tit.3 n.113 p.286-7）。しかし、履行遅滞後の目的物滅失に関する文脈である。このために、一人が弁済提供した場合において相債務者等が如何なる情況におかれるかについてはわからない。

第三項　更改

更改の効果は、現実の弁済があったのと同様に旧債務が消滅することにある（Pandectae. t.3 lib.46 tit.2 n.25 p.261 et lib.46 tit.3 n.3-4 p.264; Obligations n.599, 1 al.）。

連帯債務者の一人または主債務者が旧債務を更改して新債務を負担した場合には、相債務者または保証人は債務を免れる。保証債務の消滅については附従性が理由となる（Pandectae. t.3 lib.46 tit. 1 n. 68 p. 255; Obligations n. 378. これは、金額貸与委任者や他人の債務の支払約束者についても同じである。Obligations n. 446 et 488）。但し、更改にさいして相債務者等が新債務に加わることを条件とした場合において、それにも拘わらず同意が得られなかったときは別である。これは、更改契約の条件が不成就となり、更改が成立しないためである[1]（Obligations n. 599, 2-4 et 11 al. また、n. 595も参照）。

このことは、旧債務について抵当権や質権が設定されている場合にもいえる。原則として、抵当権等は更改により消滅するが、留保があれば新債務のために存続する。もっとも、それには目的物所有者の承諾を要する。（Pandectae. t.1 lib.20 tit.6 n.7 p.635 et t.3 lib.46 tit.2 n.25 p.261; Obligations n.599, 5-10 al.; Hypotheque n.187）。

ポチエの説明は以上である。右の説明について、ロオマ法の立場から指摘を加えておく。ポチエは、相連帯債務者や

保証人が新債務についても義務を負うための要件として、相債務者等が更改に加わることを要求する。これは、更改に加わった者による新たな債務の設定を考えたものであろう。その一方で、担保物権の場合には、所有者の同意があれば新債務のために元の順位が保存されるという。これらのことと、更改の債務消滅効が弁済と同じだとしていることとの関係について、今日のロオマ法学説からは次のようにいえる。

ロオマ法では、更改により旧債務は消滅し、それに従たる担保（保証や質）も消滅する。新債務のためには新たな担保の設定を要するとされているのである。このことは、ポチエが更改による債務の消滅効を弁済と同じだとしていることと合致する。ところが、ロオマ法学説によれば、留保ある場合に順位保存効が働くのは、担保物権に特有の法原理によるとされている。すなわち、更改後の新債権のために債権者が所有者の同意を得ておけば、元の順位を襲位（in locum succedere）するとされているのである（提供および襲位の権（ius offerendi et succedendi. 後順位担保権者が先順位担保権者に弁済して、先順位担保権者の地位を取得する権利。寺田正春「弁済者代位制度論序説（二）」法雑二〇巻二号二〇一―二頁参照）はその一つである。Kaser, Das römische Privatrecht, 1 Abs. S.468, 648; Kaser, Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht, Studi in Onore di G. Grosso vol.1 p.55 note 99 参照）。このロオマ法学説にしたがえば、ポチエは所有者の同意により担保物権が保存されるというけれども、それは担保物権自体の保存ではなく、新たな担保物権に更改前の順位だけを移す作用であるということになる。そして、このように考えれば、担保物件についての利害関係者のうち所有者の同意があるだけで、更改前の順位が保存されるとし、より強い利害関係をもつともいえる後順位担保権者の意思表示を要求しないこともうまく説明できるように思われる。

ところが、この点についてポチエは、明示的には言及しない。そして、更改の効力は弁済と同じであるという説明と、所有者の同意があれば担保物権が保存されるという一見して矛盾する説明だけが残った。それでは、後世の学説は、この矛盾に如何に取り組んだのか。これが次章の課題となる。結論を先取すれば、ポチエの説明にみられた矛盾は一九世

紀においても認識されていない。その結果として、日本の起草過程においても、不明確な趣旨説明がみられる。そうだとすれば、系譜研究の課題は、今日からみて、かように矛盾があるなかで可能な限り論点を抽出することにとどまる。それから先の当否の問題は系譜研究からはでてこない。

（1）『パンデクタエ』では、連帯債務者や保証人に更改が生じた場合に関する言及がない。これは、関係するロオマ法文がないためであろう（Kaser, Das römische Privatrecht, 1.Abs. S.658 Fn.19 は Venul. D. 46, 2, 31, 1 を挙げるが、これは複数要約者に関する法文である）。しかし、ポチエがロオマ法文とフランス法とで異なる理解をとっていたとは考えられない。本文に紹介した叙述をするにさいしポチエは、更改および条件に関する準則から推論しているところ、その準則についてロオマ法とフランス法とで異なる理解を示してはいないからである。

第四項　代物弁済（datio in solutum, dation en payement. ロオマ法上の代物弁済については、原田慶吉『ローマ法』二四二頁、船田享二『ローマ法第三巻』五六〇―三頁参照）

代物弁済による債務消滅の態様に関して、本格的な叙述はない。債権者が目的物以外の物を弁済として受領すれば、債務者は詐欺の抗弁（exceptio doli）によって解放されるというにとどまる（Pandectae t.3 lib.46 tit.3 n.65 p.276）。

議論がみられるのは、債権者が受領物を追奪された場合である。一般論として次のようにいわれている。受領物の所有者が債務者でないことがわかれば、債権者は受領物を提供したうえで債務者に本旨弁済を求めることができる

(Pandectae t.3 lib.46 tit.3 n.75 et 85 p.278-80)。この場合において、債権者は真の所有者から現に追奪されていることを要しない（Vente n.603）。これとは別に[1]、追奪を受けた債権者は購買準訴権（utilis actio ex empto）を取得する。これは、代物弁済が売買に類似するためである。債権者はこの訴権により次のものを訴求できる。第一に、元の債務が金銭債務であれば、その額を訴求できる。これは、売買の場合における代金の返還請求権に相当する。第二に、損害賠償を訴求できる。購買準訴権であれば損害賠償を請求できる点で、本旨弁済を求める元の訴権よりも債権者に有利であることが多いという（op. cit. n.603-4. 代物弁済と売買の対比については、op. cit. n. 300-3 および次章第三節第四項参照）。

元の債務について保証人がいた場合において、保証人は右の訴権につき義務を負うか。ポチエは次のようにいう。物の所有権が移転しないから弁済は有効でない。したがって、主債務は存続する。このために、保証債務は当然に存続するようにみえる。その趣旨の判決がある。その一方で、債権者が代物弁済を受領してから長期間経過した後に追奪を受け、その間に主債務者が無資力となれば、保証人に対する訴権は受理されないとする判決もある。その理由は衡平に求められている。他人の行為によって重荷を背負わされるべきではないというのである。具体的には次のような意味である。本来ならば、主債務者に資力のあるうちに保証人は債権者へ弁済したうえで主債務者から償還を受けることができた。ところが、債権者が代物弁済契約をしたために、保証人はこの方法をとることができなくなったというのが理由である。それでは、債権者が主債務者に期限を猶予したところ、その間に主債務者が無資力になれば保証人は弁済を免れることができるだろうか。これは否定されている。情況が全く異なるからである。代物弁済の場合には、追奪があるまでは債務は外観のうえで弁済されたものとなっている。したがって、たとえ主債務者の資力が危うくなってきたように思われても、代物弁済契約があるために保証人はなす術をもたない。外観のうえで主債務者は保証人を保証債務から解放しており、保証人は主債務者に対して解放を求めることができないのである。これに対して、期限が猶予されて

も債務が弁済された外観は生ぜず、主債務者の資力が危うくなってきたと思えば、保証人は主債務者に対して訴求できる（事前求償権）。このために、保証人は期限の猶予を非難できないのである（Obligations n.406. 他に多数当事者関係についての叙述はみあたらない）。

保証債務に関する説明からは指摘できることが三つある。

第一に、追奪にも拘らず保証人が解放されるとするが、その理由においてポチエは代物弁済後・追奪前に主債務者が無資力となったときを想定している。もちろん、保証人と債務者の利害が先鋭に対立するのは、主債務者が無資力の場合である。しかし、たとえば代物弁済の時点ですでに主債務者が危機状態にあった場合はどうなるのだろうか。すなわち、ポチエの議論が定型的に保証人を保護する趣旨だったのかという点が不明なのである。なお、フランス民法典二〇三八条は代物弁済が追奪されれば常に保証人を解放する。この点の差異は、代物弁済の法律構成が異なっていることに由来する（次章第三節第四項で詳述する）。

第二に指摘できることは、代物弁済以外への射程である。ポチエは、弁済の場合において引渡された物が債務者の所有物でなければ、追奪または受領物の提供を要件として債権者は改めて履行を要求できるという（Obligations n.496, 498 et 540）。その一方で、代物弁済の場合に保証人が解放される理由として、保証人の求償権に実効性がなくなったのは代物弁済契約があったためであることを挙げる。この理由づけは弁済の場合にも当然に当て嵌まるとはいえない。弁済と異なり、債務者は債権者に対して目的物以外の物の受領を強制できない（op. cit. n.530）。それにも拘わらず、債権者が受領した点に帰責（失権）の根拠が求められているように思われるからである。民法典下でも判例学説は、弁済物が追奪されても保証人は解放されないとする。しかし、その理由づけは異なっている（次章第三節第四項参照）。

指摘できる第三点は、保証人以外の場合への射程である。保証人が解放されるというさいに、ポチエは事前・事後の求償権に着目している。したがって、ポチエの議論は連帯債務者にも及ぶように思われる。連帯債務者にも事後求償権は認められるからである。

(1) ポチエは、本旨弁済を求める元の訴権と購買準訴権を請求権競合の形で認める。その背景にある事情として、ロオマ法文の中には元の訴権を認める法文 (Marcian. D. 46. 3. 46 pr. -1; Paul. D. 46. 3. 98 pr.) と購買準訴権を認める法文 (Ulp. D. 13. 7. 24 pr.; Anton. C. 8. 44. 4) とが混在していることを挙げうる。もっとも、このうち D. 13. 7. 24 pr. は購買準訴権を認める一方で、元の訴権は消滅したとしているように読める。ポチエがそのように読んでいたとすれば、二つの訴権の競合を認めたのはロオマ法文から離れたことになる (Bugnet. Oeuvres Pothier t.3 p.240 note 1 はそのようにいう)。しかし、訴権の競合を認める考え方は古法において支持されていたようである (Renusson, Traité de la subrogation, chap.5 n.21-41)。この点につき今日のロオマ法学説においては次のようにいうのが有力である。古典ロオマ法では見解の対立があり、元の訴権を認めるものと購買準訴権を認めるものとがあったというのである (Honsell/ Mayer-Maly/ Selb, Römisches Recht, 4.Aufl S.264 Fn. 7)。このような理解の背景にある事情として、代物弁済の更改につき学派の対立があったことを示唆する史料 (Gai. 3. 168) の発見がある。

第五項　免除

(ロオマ法およびドイツ普通法における免除と多数当事者関係における効果について、辻博明「ローマ法における共同保証と免除効果」法雑三二巻三＝四号六五二－六一頁、同「ドイツ法における共同保証と免除効果」法雑三二巻二号二四〇－六頁参照)

ポチエは、ロオマ法における免除の種類として、要式免除契約・合意免除・不訴求約束の三つを挙げる。その一方で、

フランス法の説明にさいしては免除だけを挙げる。これは次の事情による。ロオマ法では、反対行為の考え方に基づいて、債務が市民法の上で消滅するには、債務消滅行為が債務設定行為と同じ種類であることを要した（actus contrarius. これについては、原田慶吉『ローマ法』二三八頁、船田享二『ローマ法第三巻』五五一－四頁参照）。これに対して、フランス法についてポチエのいうところによれば、かような厳格さ（subtilité）が採用されていない。フランス法は要式免除契約の方式を知らない。すべての債務は、その中身や設定形式に関わらず、債権債務者間における単なる合意によって法律上当然に消滅する（Obligations n.607. また、Pandectae. t.3 lib.46 tit.3 n.6-8 p.264-5 et lib.50 tit.17 n.1388 p.760 も参照）。以下では免除の種類ごとに、ポチエの議論を紹介する。

第一款　要式免除契約（acceptilatio. これについては、原田慶吉『ローマ法』二三八頁、船田享二『ローマ法第三巻』五六八－七一頁参照）

要式免除契約の効果は債務の消滅にある（Pandectae. t.3 lib.46 tit.4 n.21 p.296）。もっとも、消滅するのは言語契約債務に限られる[1]（op. cit. n.2 p.292 et lib.50 tit.17 n.1418 p.763）。違う種類の債務を要式免除契約で消滅させるには、更改して債務を言語契約債務にしておく必要がある（op. cit. lib.46 tit.4 n.1. 4 et 21 nota 2 p.292-3 et 296 et lib.50 tit.17 n.1388 et 1419 p.760 et 764）。但し、更改がなくとも、特段の事情がない限り不訴求約束の効力が認められる（Pandectae. t.1 lib.2 tit.14 n.81 p.96 et t.3 lib.50 tit.17 n.1431 p.765）。

多数当事者関係については次のようにいう。

債務者の一人が要式免除契約をすれば、相債務者についても債務関係が解消される（Iavol. D. 45. 2. 2. Pandectae. t.3 lib.45

tit.2 n.5 p.230 et lib.50 tit.17 n.1422 p.764)。要式免除契約をした債務者が、あたかも弁済したかの如くにみられるからである（Ulp. D. 46, 4, 16. Pandectae, t.3 lib.46 tit.4 n.15 p.295. また、op. cit. lib.50 tit.17 n.1416 p.763 参照)。

保証人（fideiussor）が要式免除契約をした場合にも、主債務者は解放される（op. cit. lib.46 tit.4 n.22 p.206)。要式免除契約が弁済の代わりになるからである（op. cit. lib.50 tit.17 n.1418 nota 2 p.764)。この場合には、主債務が言語契約債務であることを要しない（loc. cit. et lib.46 tit.4 n.3 p.292-3)。

主債務者が要式免除契約をした場合にも、保証人（fideiussor）に対して訴求できなくなる。保証人（fideiussor）の債務は、主債務に附従する性質をもっており、主債務がせめて自然法の上では存在することを要するからである（op. cit. lib.46 tit.4 n.68 nota 6 p.255)。

この説明においては、主債務者が要式免除契約をした場合について附従性を理由としている。これは、該当箇所が附従性を説明する部分だからであろう。保証人が解放される理由としては、附従性だけでなく、要式免除契約が弁済類似の効力をもつ点にも求めることができよう（前述二六頁参照)。

第二款　合意免除（conventio）

合意免除については詳述されていない。示されているのは次の諸点にとどまる。

裸の合意（諾成契約）による債務関係は、裸の合意である合意免除による解消される（Pandectae, t.3 lib.46 tit.3 n.3 et 6 p.264-5 et lib.50 tit.17 n.1388 p.760)。売買契約の当事者間で合意免除があれば、契約上の債務関係は解消する。売主に保証人（fideiussor）

がおれば、これも当然に解放される（op. cit. lib.46 tit.3 n.6 nota 1 p.265）。

第三款　不訴求約束（pactum de non petendo. これについては、原田慶吉『ローマ法』二五一頁、船田享二『ローマ法第三巻』五七四―六頁参照）

第一目　不訴求約束による直接の効果として債権者に及ぼす影響

裸の合意によって解消できる市民法上の債務は、裸の合意によって成立したものに限られる。もっとも、他種の債務（具体的には、言語契約債務と要物契約債務を指す）であっても、不訴求約束によって債務者は抗弁を取得する（Pandectae. t.1 lib.2 tit.14 n.81 p.96 et t.3 lib.46 tit.3 n.6-7 p.264-5）。要式免除契約や合意免除との違いは、債務が存続する点にある。(2)

多数当事者関係については次のようにいわれている。

一般に約束は、約束の当事者以外の者に利益や不利益が及ばないことを原則とする（Pandectae. t.1 lib.2 tit.14 n.48 p.89）。もっとも、この原則には例外がある。例外のうち、連帯債務や保証に関係するのは次の二つである。

第一の例外は、約束の内容と求償権を考慮するものである。保証の場合からみていく。主債務者が不訴求約束をすれば、保証人（fideiussor）も約束の抗弁を取得する。これは、保証人（fideiussor）が訴求を受けないことについて、主債務者に利害関係があることによる。ここにいう利害関係は、保証人（fideiussor）が主債務者に

対して委任反対訴権（実定法でいう、費用償還請求権）をもつために生ずるものである。すなわち、もし保証人（fideiussor）が債権者からの訴求を受けるとすれば、主債務者が委任訴権の行使を受けることになってしまう。これをもって利害関係があるというのである。このために、保証人（fideiussor）が委任訴権をもたない場合には（例、贈与の趣旨でする保証（fideiussio））、約束の抗弁をもたない。これに対して、保証人（fideiussor）が不訴求約束をした場合には、主債務者や相保証人（confideiussor）は約束の抗弁をもたない。

以上のことは、共同諾約者についても同様である。諾約者相互間に組合関係があれば、諾約者全員に約束の抗弁がある。というのも、組合関係がなければ、債権者から訴権譲渡を受けない限り、一人が弁済しても求償できないからである。

但し、以上のことが当て嵌まらない場合もある。それは不訴求約束の趣旨による。すなわち、主債務者には訴求しないが保証人（fideiussor）には訴求するという趣旨であれば、保証人（fideiussor）は約束の抗弁をもたない(3)（Pandectae. t.1 lib.2 tit.14 n.50, 52 p.90 et lib.44 tit.1 n.7 p.159 et lib.50 tit.17 n.983 p.717; Obligations n.380, 23 et 24 al.）。

第二の例外は、約束の内容だけを考慮するものである。次のようにいう。。

詐欺の抗弁（exceptio doli）は約束の抗弁を補完するもの（subsidiarius）である。このために、次のことが守られるべきである。たしかに、厳格法（strictum ius）の立場からすれば、保証人（fideiussor）が不訴求約束をしても主債務者は約束の抗弁をもたない。しかし、詐欺の抗弁をもつことがある。すなわち、約束の趣旨が、主債務者に対しても訴求しないという点にある場合である。これは、共同保証人や組合関係なき複数諾約者についても同じである(4)（Pandectae. t.1 lib.2 tit.14 n.52 p.90）。

このように、約束の相対効原則に対する例外が認められているのは、第三者がもつ固有の求償権（委任訴権・組合訴権）を侵害する場合（ロオマ法では、固有の求償関係は常に認められるわけではなく、委任や組合といった法律関係を要する。後述第二目2参照）や債権者に詐欺があって第三者に損害を与える場合（詐欺の抗弁については、原田『ローマ法』八五頁、三九〇頁、船田『ローマ法第三巻』四六二―三頁参照）である。

では、相諾約者（連帯債務者）が抗弁できる場合に、抗弁の範囲はどうなるのか。この点はよくわからないが、求償権に着目していることからすれば、負担部分の限度だと考えていたのだろうか。

第二目　不訴求約束に起因する種々の法律関係

約束の趣旨が全員に対して訴求しないという内容であった場合には、相債務者が抗弁できることをみてきた。約束の趣旨がそれと異なる場合には、如何なる法律関係を生ずるか。相債務者等は約束の抗弁や詐欺の抗弁を行使できない。これは、先に紹介した叙述からわかる。ここでの問題は、次の二点にある。第一に、債権者に対して主張できる抗弁は他にないのか。第二に、約束をした債務者に対して、相債務者等は求償できるのかという問題である。これらについては、保証（fideiussio）をめぐって論じられている。ここで問題になるのは、主債務者や共同保証人のうち一人が不訴求約束をした場合における（相）保証人である。

1　債権者に対する関係

第一に、保証人が債権者に対して主張できる抗弁は三つ考えられる。催告・検索の利益、分別利益、訴権譲渡抗弁で

ある。

催告・検索の利益について、ポチエはこれを認める（Obligations n. 380, 30 al.）。そのさいに、クジャスを引用している（Cuiacius, Commentarius ad titulum de pactis, ad D. 2, 14, 21, 5. 次の刊本を参照した。Carolus Annibal Fabrotus ed., Jacobi Cujacii Opera Omnia, 10 tom. et Index, Neapoli, 1758 (t.1 p.936)）。

分別利益については言及がない。右に引用した箇所で、クジャスは分別利益も認めている。もっとも、否定している箇所もある。不訴求約束をした保証人（fideiussor）は解放されたことを理由とする（ad lib.51 Digestorum Salvii Juliani recitationes solemnes, ad D. 46, 1, 15, 1 (Opera Omnia, t.6 p.346-7)）。このために、クジャスの叙述からポチエの考え方を推測することはできない（次頁参照）。

訴権譲渡抗弁について、ポチエはこれを否定する。そのさいに、二通りの説明を示している。ひとつは、債権者が不訴求約束によって訴権を放棄したのは、債権者の過責ではなく寛大さ（liberalitas）によるものであって、その寛大さは咎められるべきものではないとする説明である（Pandectae, t.3 lib.46 tit.1 n.47 nota 6 p.250）。いまひとつは、訴権保存の義務を債権者は保証人（fideiussor）に対して負っておらず、弁済時に有する訴権を譲渡すれば足るという説明である[5]（Obligations n.380, 25-9 al. また、n.557, 1-17 al. も参照）。これらの説明も、クジャスが別々の箇所で示すものである[6]（Cuiacius, ad D. 2, 14, 21, 5 et ad D. 46, 1, 15, 1, locc. citt.）。

保証人が債権者に対して抗弁をもつかという問題については、ポチエの説明は以上にとどまる。結局のところ、よくわからない。同一の論点について説明の仕方を変えているうえに、変更の理由を示さないからである。しかし、それでも次のことを指摘できる。

『債務論』において、ポチエは次の考え方をとっている。不訴求約束が主債務者と債権者との間で行われ、保証人には訴求するという趣旨であった場合を考える。この場合に、主債務は消滅しない。主債務者は抗弁対抗できるにすぎない。このために、附従性を持ち出して、主債務の消滅に伴って保証債務も消滅すると構成することはできない。また、主債務者が抗弁をもつからといって、保証人にも同じ抗弁が帰属するとはいえない。この場合における抗弁は、主債務者の一身に専属するものだからである（以上につき、Obligations n.380, spécialement 23-36 al. また、一身専属的抗弁については、Pandectae, t.3 lib.44 tit.1 n.6 p.158 も参照）。

前述のようにポチエは検索・催告の利益を認めていたが、このような考え方が前提となっていたのである。そうすると、共同保証人の一人だけのためにする不訴求約束があった場合についても、ポチエは分別利益を認めていたのではあるまいか。

その一方で、訴権譲渡抗弁については、右の考え方を参考にすることはできない。というのも、訴権譲渡抗弁を否定するさいに、二通りの説明がみられた。ここで、不訴求約束によって債務が消滅しないという考え方と二通りの説明とを照らし合わせてみると、一方の説明が当然に導かれるとか、一方の説明と両立しないという関係はみいだせない。また、何れか一方の説明と右の考え方とを併せ考えると、何かがわかるわけでもないのである。

むしろ、不訴求約束によって債務は消滅せず抗弁を生ずるにすぎないという考え方と関係するのは、訴権譲渡抗弁の存否を問題にしているというそのこと自体である。訴権譲渡抗弁は、訴求を受けた者が債権者の訴権保存義務違反を問うものである。そこでは、債権者が訴権を喪失しまたは瑕疵あるものとしたことが要件となる。ここで右の考え方を併せ考えれば、次のことがいえる。不訴求約束によって一身専属的抗弁を取得した者は、訴権譲渡の方法（弁済者代位）による求償金請求においても求償義務を負わない。これがポチエの理解である。右の考え方においては、不訴求約束があ

っても債務は消滅しないとされている。このために、論理的にありうる考え方として、不訴求約束があっても、債権者は訴権を譲渡できるし、約束の相対効原則からいって、弁済者が譲受債権を行使しても抗弁対抗を受けないと考えることもできる。しかし、ポチエはそのようには考えないのである（Obligations n.380. 29 al. et n.557. 12-3 al.）。

2　求償関係

不訴求約束をした債務者等に対して相債務者等は求償できるか。訴権譲渡の方法による求償は否定されている（前述）。しかし、固有の法律関係である委任による求償は認められている。次のようにいう。

債権者は自己の訴権を排斥できるが、他人の訴権を排斥することはできないからである（Paul. D. 46. 1. 71. 1）。これに対して、約束の趣旨が全員に対して訴求しないというものであれば、事情は異なる。保証人が抗弁できたのに債権者へ弁済したのは誤解（perperam）によるものだからだという（Pandectae. t.3 lib.46 tit.1 n. 66 textu et notis 2 et 3 p.255）。

これは委任による求償に関する説明であるために、その射程を検討する必要がある。固有の求償権に関する理解が今日と異なるからである。すなわち、ロオマ法についてポチエは、固有の法律関係（組合・委任）がある場合に限り連帯債務者や保証人の求償権を認めている。また、フランス法については、かような法律関係がなくとも固有の求償権を認めているが、それは事務管理準訴権として認めているにすぎない（特に、共同不法行為者相互間、共同保証人相互間）。そして、事務管理準訴権を認めるさいには、一人の弁済によって相債務者や相保証人が債務解放という利益を受けたままでいることが不当だという点に根拠を求めているのである（Obligations n.282. 11-2 al. et n.445. 4-7 al. これは、日本法でいえば不当利得に近い）。これを前提にして不訴求約束の帰結を考えると、被免除者は不訴求約束によって解放されているのだから、その後に相債務者等が弁済しても、事務管理準訴権は発生しないように思われるのである。そして、委任ある場合に関するロオマ

法文の射程は事務管理準訴権には及ばない、こういった結論をポチエの説明から引き出すことができる（第一目で紹介した説明でも、委任や組合関係に基づく固有の求償権の存否が、保証人や相債務者についての効果をわけている）。

第四款　フランス法上の免除

フランス法の説明において論じられている免除は一形式だけである（前述三七頁参照）。もっとも、内容に応じて、物的免除（la remise réelle）と人的免除（la remise ou décharge personnelle）の二つにわけられている。次のように説明されている。

「物的免除は、債務が支払われたとみることを債権者が宣言する場合に成立する。また、現実には弁済がないのに受領したかの如くに受領証書を交付する場合にも成立する。この免除は弁済と等しい。目的物は義務の対象でなくなる。このために、債務を負っている者全員が解放される」（Obligations n.616）。(7)

「人的免除は、債権者が債務者を債務から解放するだけのものである。この解放は、債務関係を解消するというよりも、むしろ債務者の人格を債務から引離すものである（これは混同に関するロオマ法の表現を借用したものである。後述第七項参照――福田）。この免除による債務の消滅は、免除を認められた者が単独の主債務者である場合において結果的に生ずるにすぎない。これは、債務者なくば債務は存在し得ないことによる」（op. cit. n.617, 1-2 al.）。

免除を二つにわけたのは、多数当事者関係を念頭に置いたものであることがわかる。以下では、当事者に応じて場合をわけて、議論を紹介する。

第一目　連帯債務者の一人に対する免除

連帯債務者の一人と債権者が免除を合意する場合は、債権者の意思に応じて三つにわけられている。

第一は、債務の全部を消滅させる意思であったと評価された場合である。相債務者も解放されるという（op. cit. n. 275, 1 al.）。

第二は、債権者の意思が次の点にあったと評価された場合である。すなわち、免除を受ける債務者（以下では、便宜のために被免除者という）の負担部分については債務を消滅させるとともに、残余の分については被免除者の人格を債務から解放する、というのが意思内容であった場合である。残余の分について、相債務者はなお債務を負うという（op. cit. 2 al.）。

第三は、被免除者の人格を解放するにとどめて、しかも相債務者に対する債権については、その全部の保存を明示した場合である。この場合でも、相債務者に対して債務の全部を請求することはできず、被免除者の負担部分が控除される。また、相債務者のなかに無資力者がいる場合には、無資力者の負担部分のうち被免除者が分担すべきであった分についても、控除の対象になるという（op. cit. 3-6 al. et n.557, 22-3 al.）。

以上のことについて問題点が三点ある。第一に、免除の合意に関与しなかった債務者にも影響が及ぶとされているが、これは合意の相対効原則に反するのではないか。第二に、第三の場合においては、債権者の意思に反する効果が認められているが、これは何故か。第三に、三つの場合のうちのどれにあたるかに関する推定法則はあるのか。これらの問題点のうち、ここでは第二点と第三点をみることにする（第一点については第四目で述べる）。

問題点第二については次のようにいわれている。

「連帯債務者は期待をもっている。完済すれば相債務者に対する求償権を取得するであろうし、求償のために残りの訴権を債権者から譲受けるであろう、との期待である。この期待がなければ、連帯して債務を負うことはなく、自己の負担部分だけについて債務を負ったであろう。債務者が連帯した場合には、常に訴権譲渡が黙示の〔うちに債権者の〕負担となっているのである。したがって、各債務者に対する完済請求権は、常に訴権譲渡と引換になっている。第三の場合においては、被免除者に対する訴権について、債権者は自己の行為によって譲渡不能になっている。それにより、完済を求めるための要件を充たすことができなくなっている。このために、完済を求めることができない。訴権譲渡の抗弁によって退けられるのである」（Obligations n.275, 4 al. 括弧書は福田。また、n.557, 22-3 al. et n.617, 3-5 al. も参照）。

ポチエは、連帯債務設定契約のなかに訴権譲渡との引換であることを読み込むのである（以上のことについてはすでに紹介がある。淡路剛久『連帯債務の研究』七八―九頁、寺田正春「弁済者代位制度論序説（二）」法雑二〇巻二号二一二頁）。

問題点第三についてみる。ここでの問題は、三つある場合のうち、第一の場合と第二の場合の何れが推定されるかに帰着する。というのも、第三の場合については、相債務者に対して債権の全部を保存することについて明示あるときだとされているし、効果の点で、第二の場合と第三の場合は同じだからである。

この問題について明確な説明はない。第二の場合が推定されているかのように読める箇所があるにすぎない(8)。証明責任の一般原則にしたがって、債務消滅事由である免除の範囲については債務者が証明責任を負うと考えていたのだろうか（この点の証明責任準則とその適用例につき、Obligations n.728 et 656 参照）。あるいは、債権者の意思解釈に委ねていたとポチエを位置づけたうえで、権利の放棄は推定されないのだから第二の場合が推定されるといえるかもしれない（一九世紀フランス法では、ポチエがかように考えていたというものがある。Demolombe, t.26 n.396 p.330-2; Colmet de Santerre, t.5 n.144 bis I p.231; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1791 p.118. また、Toullier, vol.4 1 partie n.329 p.262; Marcadé, t.4 n.802 p.655 も参照）。しかし、ポチエは免除の成立につ

いては推定を認めている（Obligations n.608-13. また、Pandectae. t.1 lib.2 tit.14 n.16 p.81 も参照）。このために、一九世紀学説のようにポチエを理解するのであれば、免除の成立と免除の範囲を区別していたことを示さずばなるまい。この点は将来の課題とするが、免除範囲についてポチエは推定の問題を意識しなかったのかもしれない。

第二目　主債務者に対する免除

主債務者が物的免除を受けた場合には、保証人も解放される。附従性からいって、主たる債務関係の消滅は保証の消滅をも惹起するからだという（Obligations n. 377）。

主債務者が人的免除を受けた場合も同じだとされている。理由は二つ挙げられている。

第一に、債務免除はロオマ法における不訴求約束と異なる。免除の合意により、債務者は法律上当然に（de plein droit）解放されるのである。このこと及び附従性から、保証人も解放される（op. cit. n.380, 37-8 al., n.557, 16 al. et n.617, 6 al.）。

第二に、もし保証人が解放されないとすれば、主債務者にとって解放の実効性がなくなってしまう。保証人は弁済すれば、主債務者へ求償できるからである（op. cit. n.617, 6 al.）。

このように保証人が解放されることを評して、「保証人（fidéjusseur）は訴権譲渡抗弁によって、債権者の請求を不受理と判決させることができる」という箇所もある（op. cit. n.557, 15 al.）。

さらに、債権者が保証人に対する権利を留保しても、留保には効力がないとされている。前述第一の理由によるという（op. cit. n.380, 38 al.）。

人的免除の効果について検討を加える。問題は、ポチエが挙げる二つの理由は常に当て嵌まるのか、また訴権譲渡抗弁は常に可能なのかという点にある。結論は、常に妥当するのは第一の理由だけだと考える。これは、保証人に求償権がない場合（例、贈与の趣旨でする保証）を想定することによる。すなわち、この場合であっても、主債務者が人的免除を受ければ保証人は解放されるというのがポチエの理解であったと推測できる。(9) ところが、第二の理由づけや訴権譲渡抗弁という法律構成は、射程が求償権ある保証人に限られるためである。このために、第二の理由は付加的なものだと考えられる。

保証人が抗弁できることと合意の相対効原則との関係については後述する（第四目）。

第三目　保証人に対する免除

1　免除の効果に関する説明

保証人が物的免除を受けた場合には、主債務者も利益を受けるとされている（Obligations n.431; Mandat n.73, 8-15 al. spéciale-ment 11 al. もっとも、求償の局面に関する説明である）。共同保証人については説明がみあたらない。主債務者と同じに考えるのであろう。

人的免除の場合はどうか。主債務者は解放されないという。保証債務は主債務に従属しているが、主債務は保証債務に従属していないからだとする（Obligations n.617, 8 al.）。

共同保証人については次のようにいう。

一人に対する解放によって相保証人が解放されることはない。但し、相保証人の保証契約が被免除者の契約と同時で

あるかそれより後であれば別である。この場合には、被免除者の負担部分につき相保証人は訴権譲渡抗弁を主張できる。また、相保証人のなかに無資力者がおれば、無資力者の負担部分のうち被免除者が負担するはずだった分についても抗弁できるという（Obligations n.617, 9-10 al. et n.557, 19 al.）。

右のことについて問題が三つある。第一に、物的免除については主債務者や相保証人も解放されると考えているようである。また、人的免除であっても相保証人に抗弁が帰属することもあるとされている。これらのことは、合意の相対効原則に反するのではないか。第二に、共同保証人の一人に対する免除があれば、場合によっては相保証人も抗弁できるのは何故か。第三に、（共同）保証人（の一人）が免除を受けた場合において、免除内容につき証明なくば、物的免除と人的免除の何れが推定されるのか。これらの問題を検討する必要があろう。このうち、第一点については後述する（第四目）。また、第三点については説明がない。

2　相保証人が抗弁できる理由

a　ポチエの説明

問題点第二につきポチエは次のようにいう。

「複数の者が一緒に保証人となる場合には、お互いに求償することを期待している。契約するのは求償を信頼してのことであって、求償への信頼がなければ、契約しなかったであろう。このために、債権者が自己の行為によって相保証人から信頼を奪うのは正当でない」。しかし、「被免除者が相保証人よりも後に保証人となった場合には、…被免除者に対する求償を相保証人が期待するはずはなかったのである」（Obligations n.557, 20-1 al. 同旨、n.617, 10 al.）。

考え方としては、連帯債務の場合と同じであることがわかる（前述四七頁参照）。もっとも違いがある。共同保証につい

ては、保証契約の時期が相前後する場合も想定されているのである。[10] そして、被免除者の保証契約が先行していたか、または相保証人と同時であった場合に限り、訴権譲渡抗弁を認める。これは、保証契約のなかに抗弁の根拠だけでなく抗弁の内容（となる求償期待の内容）を読み込む考え方である（共同抵当の場合にも似た問題が生ずる。後述七八頁参照）。

b　訴権譲渡による求償権の範囲と訴権譲渡抗弁の範囲の関係

右の考え方は、具体的な問題と理論的な問題を惹起する。具体的問題とは、人的免除がない場合に、訴権譲渡による求償の要件として保証契約の先後関係を問うのかという問題である。理論的には、訴権譲渡による求償権の範囲と訴権譲渡抗弁の範囲との関係が問題となる。具体的問題は理論的問題に影響を与える関係にある。そして、ポチエの説明からは具体的問題について二つの理解が可能である。

第一の理解は、訴権譲渡による求償の要件として保証契約の先後を問うていると推測するものである。すなわち、aでみた訴権譲渡抗弁に関する説明に着目すれば、先行する保証人が後行する保証人に求償できない、こうポチエは考えていたといえる。この理解をとれば、訴権譲渡による求償と訴権譲渡抗弁とは、要件効果の点で平仄が合うことになる。

第二の理解は、訴権譲渡による求償に関しては、先行保証人からの求償を認めていたと推測するものである。推測の根拠は、固有の求償権に関する説明にある。すなわち、ポチエは共同保証人相互間における求償の根拠を衡平に求めて、共に義務を負っていた者が一人の費用で利益を受けるのは衡平に反するから、事務管理準訴権によって求償できると考えている（前述四四頁参照）。そうであれば、弁済時に保証人でさえあれば、一人の弁済によって保証債務を免れた者として求償義務を負うことになる。ここでは契約時期の先後は問わないのである。さらにポチエは、共同保証人相互間における負担部分の限度で固有の求償権を認めると同時に、訴権譲渡による求償を同じ範囲に限定する（Obligations n.560, 1-2

al. これは連帯債務者相互間でも同じである。op. cit. n.281; Orléans, Introduction au titre 20 n.84)。これらのことから、訴権譲渡による求償に関しては、契約時期の先後を問わないという考えをとっていたともいえるのである。そうすると、訴権譲渡による求償と訴権譲渡抗弁とは要件効果を異にし、契約の先後関係は抗弁についてのみ考慮されることになる(11)（求償については将来の課題とする。共同保証人相互間における負担部分について、ポチエは有資力者による頭割と考えている）。

ポチエがどちらの考えをとっていたのかはわからない。ここでは、第二の理解をとった場合に生ずる理論的問題について、次のことを指摘するにとどめる。

第二の理解をとれば求償と抗弁の要件効果が異なるが、その理由は次のように推測できる。求償は、専ら保証人相互間における負担の釣り合いを実現するための制度である。これに対して、訴権譲渡抗弁については債権者が関与する。しかも、抗弁は保証契約から直ちに生ずるものではなく、衡平を理由として訴権保存義務を契約に読み込むことによって認められるにすぎない。このために、抗弁の要件効果については、個々の保証人と債権者との関係が考慮される。こういった理由から、求償と抗弁とが要件効果を同じくする必然性はない、こう推測するのである。

推測の根拠は次の二点にある。

第一は、保証人（fidéjusseur）と金額貸与委任者について、ポチエが示す対比である。すなわち、金額貸与委任は双務契約であって、債権者は訴権を保存し譲渡する債務を負う。これに対して、保証人（fidéjusseur）の契約からは訴権の保存を義務づける債務が出てこないという（前述註（6）参照。この点はすでに紹介がある。寺田正春「弁済者代位制度論序説（二）」法雑二〇巻二号二二二―四頁）。訴権譲渡抗弁に関する説明（前掲a）、この対比を前提にしているのである。このように、保証人（fidéjusseur）の訴権譲渡抗弁は、契約の解釈によって認められるものである。しかも、その解釈は当事者の内心の意思を探求すると

いうよりも、衡平を理由に意味を持ち込むものである。そうだとすれば、金額貸与委任の場合と比較して、保証人（fidéjusseur）に対する債権者の訴権保存義務は程度として弱くなろう。そしてこのことは、債権者に対する関係と保証人相互間の関係との切断に繋がるように思われるのである。このように、保証人（fidéjusseur）に対する訴権保存義務が、衡平を理由とする契約解釈によるものであることは、第二の根拠からはより明確になる。

第二の根拠は、過失による訴権喪失に関する説明である（連帯債務をも含めて説明されている）。すなわち、ポチエは過失の場合に訴権譲渡抗弁を否定する。具体例として、債権者が抵当権を喪失し、それがデクレに対する故障申立の懈怠による場合[12]、および第三取得者の取得時効完成を放置したことによる場合を挙げる。そして、訴権譲渡抗弁が認められるのは次の二つに限られるという。第一は、債権者の作為によって債務者の一人の人格や財産を解放して、訴権譲渡が不能になった場合である。第二は、訴訟において債権者が欠席し、これにより請求棄却の判決が下され、そこに共謀の疑いがある場合である。抗弁を二つの場合に限定する理由として、ポチエは二点を挙げる。第一に、債権者の訴権譲渡義務は衡平に基づくにすぎない。厳密な意味での債務（une obligation précise）として、連帯債務者や保証人（fidéjusseur）に対し債権者が訴権保存を約しているわけではない。だから、債権者は訴権保存に反する行為さえしなければよい。第二に、相債務者や保証人（fidéjusseur）も抵当権の保存に注意を払うことができた。債権者へ催告して、自己の危険で時効中断やデクレに対する故障申立をさせることができたのである[13]。債権者が抵当権の喪失を放置したことについて相債務者等が主張できるのは、債権者へ催告していた場合に限られる。もし相債務者等も注意を払わなかったのであれば、債権者の過失を主張しても受理されない。その過失は抗弁する者にも共通するからだという（Obligations n.557, 24-8 al. この点についてはすでに紹介がある。寺田正春「弁済者代位制度論序説（二）」法雑一〇巻二号二一四頁）。

以上のことから次のようにいえる。

もし、ポチエが訴権譲渡抗弁だけについて契約の先後関係を考慮するとの考えをとっていたとしても、その考え方は説明できる。訴権譲渡抗弁については、保証人相互間における負担の均衡よりも、むしろ個々の保証人と債権者の関係が重要である（ポチエが右に紹介したなかでいう衡平とは、債権者との関係を指していると解される）。このために、各保証人が契約にさいして期待していた求償権の範囲が抗弁の内容になる、こう説明できるのである。

連帯債務については契約時期を異にする場合が考慮されていない。もし、時期を異にする連帯債務の設定を認めていたとすれば、同様に考えていたのであろうか。

右のように考えて、訴権譲渡抗弁だけについて契約の先後を考慮するならば、ロオマ法におけるのと類似した問題が生ずる。後行する保証人が人的免除を受けた場合の問題である。具体的には、先行する保証人が分別利益を主張するさいに、被免除者を頭数に含めることができるのか。また、先行する保証人は被免除者に対して固有の求償権を行使できるのかという問題である（前述第三款第二目参照）。しかし、ポチエはこの問題に言及しない（後述六〇頁参照）。

第四目　合意の相対効原則との関係

1　概説

場合によっては免除の合意が、合意に加わらなかった債務者・保証人に影響を与えることをみた。このことと合意の相対効原則との関係についてみる。

ポチエは、原則として合意の効力（effet）が当事者間に限られるという。合意によって生ずる債務関係や権利は、意思

の合致（le consentement et le concours des volonté des parties）から形成されるものである。このために、合意によって、関与しなかった第三者に債務を課したり権利を付与したりできないからだという（Obligations n.85 et 87）。

その一方で、例外をいくつか挙げている。免除に関係するものとして、次のようにいう。

「合意の相対効原則は、保証人について一種の例外を生ずる。債権者と主債務者間の合意は、これに加わらなかった保証人にも利益をもたらすからである。その合意によって主債務者が取得するのと同じ権利を、保証人は債権者に対して取得する」（op. cit. n.89）。

合意の相対効原則と債務免除の関係に関する言及はこれだけである。説明が網羅的ではないことから、ポチエの考え方はその議論から理論的に推測するほかあるまい。

これまでに紹介してきたポチエの議論を整理すると、免除の合意に加わらない第三者へ免除の影響が及ぶ場合は、二つにわけることができる。

物的免除の場合には、被免除者が連帯債務者・主債務者・保証人の何れであるかを問わず、全員が解放される（前述四六頁、四八頁、四九頁）。これは、物的免除が弁済に等しいからである（四五頁）。これは、ロオマ法でいえば、要式免除契約の場合と同じである（第一款参照）。

これに対して、人的免除の場合には全員が解放されるわけではない。また、相連帯債務者や相保証人が解放される場合であっても、それは免除の効力ではなく、むしろ訴権譲渡抗弁や附従性の効果である（前述四七―八頁、五〇―一頁参照）。ポチエの議論を理論的な観点から意味づければ、この議論は次のことを意味する。債権者から訴求を受けた相連帯債務者や保証人が訴権譲渡抗弁や附従性を主張するには、合意の事実を主張立証すればたり、合意の効力が自分に及ぶこと

を主張する必要はない。その一方で、合意の相対効原則は合意の効力を問題とするものであって、合意の事実までもが相対的に捉えられるわけではない。したがって、訴権譲渡抗弁や附従性を理由に解放を主張できるとしても、そのことは合意の相対効原則に抵触しないのである。ポチエは保証について、附従性を理由に合意の相対効原則に対する例外が成立するというが（前頁）、免除の効力が保証人へ及ぶわけではないから、理論的には例外ではないのである。もっとも、ポチエは「一種の例外（une espèce d'exception）」だといっており、それはこういったことを意味しているのかもしれない（ポチエをそのように理解するものがある。Demolombe, t.25 n.44 p.49）。

以上のことから、債権者に対する関係で合意の相対効原則が問題となるのは、物的免除の場合だけだといえる。物的免除の効果が弁済と等しいことを理由として、免除の効果が全員に及ぶからである。また、人的免除の場合であっても、求償の局面では免除の効力や合意の相対効原則が問題になりうる。この二点につきさらに検討する。

2　物的免除の場合

まず、物的免除と合意の相対効原則の関係についてみる。相対効原則に対する例外としてポチエが挙げるのは、主債務者が免除を受けた場合だけである。しかし、例外はこの場合に限らない。連帯債務者や共同保証人の一人が物的免除を受ける場合にも例外が成立するはずである。しかも、主債務者が物的免除を受ける場合に保証人が解放されることは、例外にあたるといわないでも、附従性を理由にして説明できる。相対効原則に対する例外として挙げるべきは、むしろ連帯債務や共同保証の場合だといえる。

このことをロオマ法の説明と対比してみる。ロオマ法については、免除行為として三種類が挙げられていたが、ここでは要式免除契約と不訴求約束についてみる。

ポチエがフランス法における物的免除を説明するさいに、ロオマ法におけるどの制度を参考にしたのだろうか。それは要式免除契約だといえる。というのも、たしかに不訴求約束であっても、場合によっては多数当事者関係において全員へ効力が及ぶとされたが（前述三九―四〇頁）、全員へ効力が及ぶことを弁済に擬えていたのは要式免除契約のほうだからである。また、物的免除の説明をみると、要式免除契約に関するロオマ法文を挙げている箇所もある（前述註（8）参照）。

それでは、ロオマ法の説明にさいして、約束の相対効原則との関係が述べられたのはどれであるか。それは不訴求約束だけであって、要式免除契約については相対効原則の問題は示されておらず、むしろ相対効原則の射程外と理解されているようである（前述三七―九頁参照）。ところが、フランス法の説明にさいしては形式による区別は捨てられて、あらゆる債務が単なる合意で消滅するとされた（前述三六―七頁、四五頁参照）。フランス法における免除の合意は、すべて相対効原則の射程内にあるものとなったのである。

以上のことから、次のようにいえる。ポチエは明言しないけれども、物的免除については合意の相対効原則に対する例外を認めている。例外を設けた理由を探せば、効果が弁済に等しいことを挙げうるだろう。それでは、かような理論は正当か。この点につきポチエ自身の説明はなく、一九世紀フランス法でも十分な議論はない（次章第三節第五項第一款第二目参照）。ポチエと同じくロオマ法を法源としたドイツ普通法学を検討するのが有益であろう。将来の課題としておく。

3　人的免除の場合

次に、人的免除の場合において、免除が求償関係に及ぼす影響、およびその影響と合意の相対効原則との関係について検討する。これについて直接の言及はないが、ポチエの考えを窺うことはできる。場合をわけてみてみる。

連帯債務者の一人に対して人的免除がある場合について、ポチエは相債務者に訴権譲渡抗弁を認める。そのさいに、

債権者は被免除者に対する訴権を相債務者へ譲渡できないという（前述四七頁参照）。この説明からすると、もし訴権譲渡抗弁がないとした場合において、訴権の譲渡を受けても相債務者は被免除者へ求償できないと考えていたことになる。これは、ロオマ法における不訴求約束の場合と同じである（前述四二―四四頁参照）。それでは、固有の求償権についてはどうか。ポチエは明言しないけれども、連帯債務者相互間に固有の求償権を根拠づけるような法律関係があれば求償できると考えているように思われる。というのも、主債務者が人的免除を受けた場合であっても、保証人は固有の求償権を行使できると考えているのであって（次頁参照）、その考え方は連帯債務にも当て嵌めうるからである。そして、ここにいう固有の求償権とは、組合や委任によるものを指し、事務管理準訴権による求償権を含まない。

そうすると、相債務者が被免除者へ求償できなくなるのは、訴権譲渡による求償と固有の求償権のうち事務管理準訴権による求償の場合であることになる。これらの場合には、合意の相対効原則との牴触問題が生ずることになるが、そのうち事務管理準訴権による求償ができなくなることについては、合意の相対効原則に反しないといえる（後述する共同保証の場合を参照）。要するに、ポチエの考えをとると合意の相対効原則との牴触問題を生ずるのは訴権譲渡による求償の場合だけであって、この場合につき相債務者が被免除者に求償できないとしても合意の相対効原則には牴触しない、ポチエはこう考えていたといえる。

このほかに、相債務者が訴権譲渡抗弁を主張せずに弁済すればどうなるか、という問題もある。これについて説明はない。主債務者が人的免除を受けた場合と同じに考えるのであろうか（次述）。もっとも、保証の場合には求償要件としての通知の問題が関係しているけれども、連帯債務者相互間について、ポチエは通知を求償要件としない。この点は将来の課題としておく。

主債務者が人的免除を受ければ保証人も解放される、とポチエはいう（前述四八頁）。このために、保証人が債権者に対して附従性を主張すれば、求償問題を生ずる余地はない。しかし、ここで二つの問題について検討する必要があるように思われる。第一に、もし附従性を保証人が主張できないとすれば、保証人は弁済を強いられることになるが、この場合に主債務者へ求償できるのかという問題である（ロオマ法ではこの問題を生じた。第三款第二目参照。この点の差異は、ポチエが不訴求約束と人的免除を違うものとして構成した結果として附従性が働くようになったことによるのであろう）。この問題は、合意の相対効原則の射程を探るのに有益であろう。第二の問題は、保証人が抗弁できるにも拘らず弁済しても、主債務者へ求償できるのかという問題である。

第一の問題については、保証人は主債務者へ求償できると考えている。というのも、保証人解放の理由として、もし解放されないとすれば主債務者にとって免除の実効性がなくなってしまうとしているからである（前述四八頁参照）。合意の相対効原則が作用すると考えているのだろうか。この点をロオマ法との連続性のなかで捉えると、「債権者が他人（保証人）の訴権を排斥できない」という考え方をみいだすことができる。もっとも、この考え方の射程は限定されており、保証人が固有の求償権、しかも組合や委任といった関係にもとづく求償権がある場合に限定されているように思われる。そもそも事務管理準訴権と訴権譲渡による求償権しか発生しえないような場合については、保証人が求償権をもっていたとはいえない。というのも、事務管理準訴権が発生するには、弁済によって求償義務者が債務解放という利益を受けていることが必要であるし、訴権譲渡による求償権は「他人の訴権」とはいえないからである（前述四四－五頁参照）。

第二に、保証人が抗弁できるのに弁済した場合は、主債務者に対して求償できないと考えているようである（Obligations n.432-5. また、前述四四頁参照）。しかし、これは免除の効力ではなく、求償要件である通知を怠ったことによるとされている。ポチエの説明を理論構成すれば、求償権は成立するが通知懈怠によって失権するということになろう。したがって、求

償できないことは合意の相対効原則に牴触しないといえる。通知の問題につき詳しくは、将来の課題とする。

共同保証人の一人が人的免除を受けた場合については、連帯債務の場合とほぼ同じ説明が示された（前述四九－五一頁参照）。ここでは、差異につき検討する。

共同保証人相互間の求償関係については、ポチエの考えを二通りに理解することができた。訴権譲渡による求償の範囲が訴権譲渡抗弁の範囲に一致するという理解と、一致しないという理解である（前述第三目2b頁参照）。もし一致するという理解をとれば、連帯債務の場合と同じになる。すなわち、相保証人は被免除者に対して求償できないが、そのことは合意の相対効原則に牴触しないということになる。問題を生ずるのは、求償範囲が訴権譲渡抗弁の範囲と異なるという理解をとる場合である。というのも、求償範囲と抗弁の範囲が異なるために、訴権譲渡抗弁を主張しても、被免除者の負担部分について相保証人は債務を免れないことがある（註（11）の図参照）。このために、負担部分について、弁済者は被免除者に求償できるかという問題を生ずるからである。そして、もし求償できるとすれば、被免除者は免除の実効性を失うことになるし、また求償できないとすれば、合意の相対効原則との関係が問題となる。

この点について、ポチエの説明はないが、求償を否定していたと推測できるかもしれない。というのも、共同保証人相互間における固有の求償権は、事務管理準訴権だとされている。この準訴権が発生するには、弁済により保証人が解放されることを要する（前述四四－五頁参照）。ところが、被免除者の解放原因は人的免除であって弁済ではないから、被免除者に対する固有の求償権は発生しないといえる。そして、固有の求償権がなければ、訴権譲渡による求償権もない（前述五一頁参照）。これらのことから、もし被免除者に対して求償できないとしても、それは相保証人へ免除の効力が及ぶからではなく、被免除者が免除によって解放されたという事実があるからだといえる。したがって、もし求償を否定

していたとしても、そのことは合意の相対効原則に抵触しないといえよう。

（1）言語契約債務とは次のものを指す。問答契約債務・解放自由人の宣誓（iusiurandum liberti）によって生ずる労働債務・嫁資の宣誓（dotis dictio）の三つである（Pandectae. t.3 lib.46 tit.4 n.2 p.292. lib.50 tit.16 n.220 p.608 et tit.17 n.1418 nota 1 p. 763）。後二者については、原田慶吉『ローマ法』二一五―六頁、船田享二『ローマ法第三巻』一一三―四頁参照。

（2）債務が消滅するか、抗弁の働きかけによって防禦できるにすぎないかという問題は、ロオマ方式書訴訟手続における抗弁（exceptio）の特殊性に基づくものである。ドイツ法において、実体法上の抗弁と訴訟上の抗弁を区別しているのは、この影響を受けたものであろう。しかし、ポチエがロオマ法については区別を認識しているにも拘わらず、フランス法において免除を統一したことは、この区別の放棄を意味しているように思われる（Obligations n.323. 4 al. 参照）。このために、この区別については詳論しない。

なお、ドイツ普通法および現行法下での議論について、坂口裕英「サヴィニーおよびヴィントシャイトの抗弁論に関する理論について」名城法学一五巻一＝二号七六頁以下、永田真三郎「抗弁権概念について」関西大学法学論集二二巻四＝六号五八五頁以下、山崎敏彦『抗弁権の永久性論』八四―九九頁参照。

（3）約束の内容が、債務者本人には訴求しないが相続人には訴求するというものであった場合もある。この場合には、債務者の相続人も約束の抗弁をもたないとされている（Pandectae. t.1 lib.2 tit.14 n.5 p.79）。

（4）『パンデクタエ』の該当部分を挙げておく（傍線部分はポチエの言葉である。また、註は省略し、改行は無視する）。

「…対物約束は次の者全員に利益をもたらす。その者の債務関係の解消が約束した者に利益をもたらすような場合である。それゆえに、債務者の合意は保証人（fideiussores）に利益となるであろう（Paul. D. 2. 14. 21. 5）。二人の諾約者や組合員である二人の銀行業者についても同様である（Paul. D. eod. 25 pr.）。しかし（Nisi tamen）、債務者だけに対して訴求しない、保証人（fideiussor）には訴求するとの趣旨であった場合は別である。この場合に保証人（fideiussor）は抗弁をもたないだろうからである（Ulp. D. eod. 22）」（Pandectae. t.1 lib.2 tit.14 n.50 p.90）。

「しかし、保証人（fideiussor）の約束が債務者に利益をもたらさないとしても、しかし大概は詐欺の抗弁が債務者に

利益をもたらすであろうとユリアヌスは書いている（Paul. D. eod. 25, 2）。すなわち（Videlicet）、債務者にも訴求しないとの趣旨であった場合にそうなる。共同保証人（confideiussores）についても同じである（Ulp. D. eod. 26）。組合員でない複数諾約者についても〔同じだ〕と付加できる」（op. cit. n.52. キッコー書は福田）。

本文におけるポチエの紹介・整理は、右の箇所を中心として筆者（福田）なりのポチエまたはロオマ法理解を示したものである。本来ならば、ロオマ法文（に関する福田の理解）とポチエの説明とは区別するべきではあるが、この点は曖昧なまま残しておく。本稿は、実定法解釈論を目指すものであって、史的な観点からの厳密な検討は本稿の叙述を複雑にするように思われるからである。

（5）ポチエは二通りの説明をするさいに、想定事案をかえている。債権者の寛大さは咎められるべきではないと説明するさいには、共同保証人（confideiussores）の一方だけのために不訴求約束がなされた場合を考えている。これに対して、債権者に訴権保存義務がないと説明するさいには、主債務者だけのために不訴求約束がなされた場合を考えているのである（これは、ポチエが引用するクジャスでも同じである）。このために、次のように理解することもできる。ポチエは保証人（fideiussor）に訴権譲渡抗弁を否定するさいに、不訴求約束をしたのが主債務者であるか共同保証人（confideiussor）であるかによって理由を使い分けているといえるかもしれない。

（6）二通りの説明が生じた事情を解説する。

債権者が訴権を喪失した事案について二つのロオマ法文がある。それらは一見すれば矛盾するために、調和が試みられた。そのさいに、二法文における事案の差異として着目された事実が二つあった。これが二通りの説明を可能にした事情である。これを具体的に示す。

第一法文（Papin. D. 46, 3, 95, 11）の事案は次の通りである。債権者が主債務者に対し訴求したが、債権者の過責により敗訴した（ポチエやクジャスは、敗訴した原因の例として過多請求を挙げる。過多請求については船田亨二『ローマ法第五巻』二五一―二頁参照）。その後に、債権者は金額貸与委任者に対して訴求した。また、第二法文（Iul. D. 46, 1, 15, 1）の事案は次の通りである。二〇金について甲乙二人が保証（fideiussio）した。甲が、訴求を受けないようにするために、債権者に対して五金につき諾約した（ポチエやクジャスは、甲だけのために不訴求約束が成立したとみる）。その後に、債権者は乙に対して訴求した。以上の事案において、第一法文では、請求が否定されている。金額貸与委任者へ訴権を譲渡できなくなったことを理由とする。これに対

して、第二法文では、乙に抗弁がないとする。

この二法文を前にして、ポチエらは次の二点に着目する。債権者が訴権を喪失したのは、第一法文では債権者の過責によるものだが、第二法文では不訴求約束によるものである。事案の差異の第一点はこれである。第二点は当事者に着目するものである。すなわち、債権者から訴求を受けているのは、第一法文では金額貸与委任者であるのに対して、第二法文では保証人（fideiussor）である。この点に着目して、ポチエは次のようにいう。

金額貸与委任者は受任者＝債権者に対して委任正訴権をもっている。これにより、債権者は委任事務の処理にさいして受領したもの（訴権）について、その引渡義務を負う。このために、債権者の行為によって訴権譲渡が不能になれば、債権者は金額貸与委任者に対して委任反対訴権を行使できなくなる。保証人（fideiussor）についてはこれと事情が異なる。訴権を保存するという債務を、債権者は保証人（fideiussor）に対して約していない。弁済時に債権者が訴権譲渡を拒めないのは、衡平を理由とするのである。だから、債権者は弁済時にもっている訴権だけについて、譲渡義務を負うのである（この点について、クジャスの理解ははっきりしない）。

ここでてきた二つのロオマ法文については、数多の説があったようである。標準註釈では六つの説が挙がっている（Glossa ad D. 46. 1, 15. 1 v. Exceptione）。

（7）「債権者が宣言する（déclarer）」とされているが、単独行為による免除を認めるわけではない。ポチエは、免除の成立に合意を要求している（Obligations n.614）。但し、遺言による免除は認めるようである（Pandectae. t.1 lib.17 tit.1 n.56 p. 516; Mandat n.199. 13-8 al.）。

（8）次の箇所である。

「連帯債務者の場合において、債権者は一人に対する債務免除により債務を消滅させて、相債務者全員を解放することができる（D. 46. 4. 16）。しかし、債権者が債務消滅の意思をもっていたと評価されることを要する。当該債務者の人格を解放する意思があったにすぎなければ、被解放者の負担部分を除いて、相債務者は解放されないからである」（Obligations n. 621. なお、D. 46. 4 は要式免除契約の章である）。

この部分から、次の内容を読みとることができるかもしれない。すなわち、債権者が債務消滅の意思をもっていたという特段の事情がなければ、被免除者の負担部分の限度でしか相債務者は解放されないとの考えを読みとるのである。しかし、

もしポチエがかような理解をとっていたとしても、負担部分型絶対効原則についてポチエ自身は理由を示していない。

(9) このことは、次の論旨からいえると考える。

古いロオマ法では、保証人が不訴求約束を援用できる唯一の理由は、保証人に対する請求が主債務者へ反射してしまうという点にあった。このために、求償権なき保証人は抗弁を主張できなかった（Obligations n.380, 23 al.）。

このようにいったうえで、ポチエはフランス法について最終的に第一の理由を挙げるのである。

かような論旨からすれば、人的免除については求償権なき保証人にも援用を認めるのがポチエの理解であったといえよう。

(10) 裏を返せば、連帯債務については契約時期を異にすることが想定されていない。これは、時期を異にすることが実務上なかったことによるのか、それとも、時期を異にするときは連帯債務が成立しないと考えていたからなのか。この点はわからない（Pandectae, t.3 lib.45 tit.2 n.13 et 16 p.231-2 et lib.50 tit.17 n.1351 p.757参照）。一九世紀フランスにおいては、契約時期を異にする場合に完全連帯が成立するのかが議論されている（Delvincourt, t.2 note 5 de la page 140 (notes et explications p.502); Duranton, t.11 n.188 p.221; Toullier, vol.3 2 partie n.723 p.446-6; Aubry et Rau, t.2 2 éd. §298 note 2 p.342 et t. 4 4 éd. §298 note 2 p.13; Demolombe, t.26 n.206 p.172-4; Colmet de Santerre, t.5 n.134 bis II p.207; Larombière, t.3 art.1200 n. 5 p.390-1; Marcadé, t.4 n.601-2 p.502-5）。トゥリエによれば、この議論はヴゥト（Voet, ad D. 45, 2 n.1）に影響されたもののようである。

(11) 第一の理解と第二の理解とでは具体的な結論が、全く異なることになる。このことを示す。甲乙丙が順に連帯保証した場合を考える。

この場合に、第一の理解をとって、訴権譲渡による求償の要件としても契約の先後関係を考慮するとどうなるか。最後に契約した丙は甲乙に対して全部を求償できる（甲乙は丙に求償できないのだから、丙に負担部分はない）。また、乙は甲に対して全部を求償できる。この求償権は抗弁によって保護されることになる。甲乙丙のうち一人が人的免除を受けると次のようになる。

イ　甲が人的免除を受けた場合

債権者は乙丙に対して請求しても抗弁により退けられる。乙丙は契約時において甲に全部を求償できると期待していたからである。

ロ　乙が人的免除を受けた場合

債権者は甲に対して全部を請求できる。甲は乙への求償期待をもっていなかったからである。甲は弁済しても丙に求償できない。また、債権者は丙に請求しても抗弁により退けられる。丙は乙に全部を求償できると期待していたからである。

ハ　丙が人的免除を受けた場合

債権者は甲乙に対して全部を請求できる。甲乙は丙への求償期待をもっていなかったからである。乙が弁済すれば、甲へ全部を求償できる。甲乙は弁済しても丙へ求償できない。

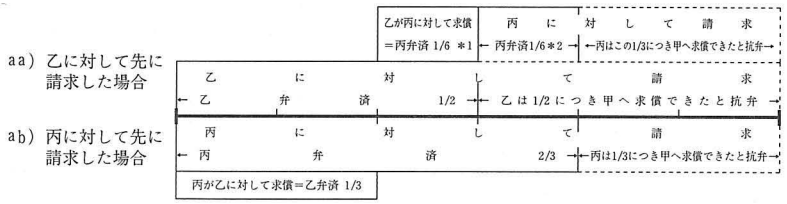
第一の理解ではこのようになる。第二の理解をとって、訴権譲渡抗弁だけについて契約の先後関係を考慮するとどうなるか。甲乙丙の間では頭割による求償権を相互にもつ。その一方で、契約時において有した求償期待の内容は異なることになる。甲は求償期待をもたない。乙は半分を甲に求償できると期待していた（ここでの期待とは、各保証人の契約時を基準として、もし求償問題を生ずればどうなったかを問うのであるから、後行契約者の負担部分は先行契約者との頭割となり、先行契約者が全部を負担することにはならない。このために、たとえば甲乙間における甲の負担は、甲からみると債務の全部になる一方で、乙からみると債務の半分となるが、これは求償期待だけの問題だから、甲が乙に求償するときと乙が甲へ求償するときとの均衡を問う必要はなく、この点で第一の理解をとる場合と考え方が異なる）。丙は甲乙に三分の一ずつを求償できると期待していたことになる。このために、抗弁できる範囲はそれぞれ異なることになる。結論を示すと次頁の図のようになる。

(12)　競売や滌除にさいして抵当権者が配当金や滌除金を受けられなかった場合を指していると推測される。競売の手続は次のように説明されている。

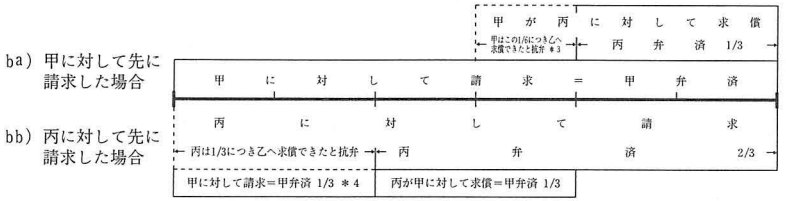
期日に競売が行われる。さらに、期日から八日間は、三分の一以上の増価を要件とする買受申出が認められる（Orléans, Introduction au titre 21 n.95 et 98; Procédure n.621-3）。この申出なくば、書記官は競落人のために競落正本を作成する。これはデクレの正本（décret）と呼ばれる。この正本は捺印官（sceleur）に送られて、二四時間留め置かれる。その経過後に、捺印されて競落人へ交付されることになる。その二四時間が経過するまでは、抵当権保存のためにする故障申立（oppositions afin de conserver）ができる（Procédure n.625）。また、デクレによって抵当権はすべて消除される（Orléans, op. cit. n.111-3; Procédure n.638 et 641）。競売代金による配当は、差押申立人と故障申立人に対して先に行われる（Orléans, op. cit. n.73-8 et 123; Procédure n.585-7 et 642）。

また、滌除手続は通常の競売手続を流用したものである。第三取得者が取得財産について自ら差押を申立てることによ

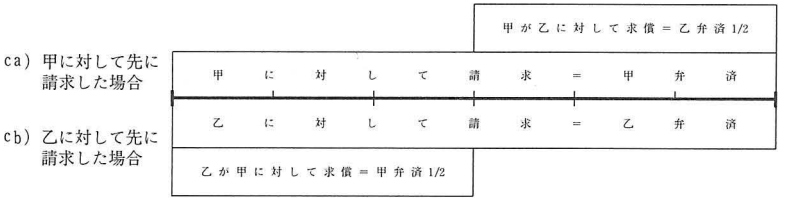
a）甲が人的免除を受けた場合：最終的に、乙丙は1/3ずつ負担することになる。



b）乙が人的免除を受けた場合：最終的に、甲は2/3、丙は1/3負担することになる。



c）丙が人的免除を受けた場合：最終的に、甲乙は1/2ずつ負担することになる。



＊1　乙が弁済した1/2は、乙にとっては乙と丙の負担部分にあたる。債権者に対する関係で乙にとって甲の負担部分とされる分を控除した残部だからである。また、乙が弁済した1/2は、丙にとっても丙の負担部分を含むことになる。このために、乙は丙に対して求償できる。この場合に求償できる範囲は1/6となる。現実に求償する局面においては乙の契約時における求償期待は関係ない。このために弁済した1/2から乙の負担部分1/3を控除した残部1/6を丙に求償できる。

＊2　債権者と乙との間では甲の負担部分が1/2となる。しかし、債権者と丙の間では甲の負担部分は1/3である。このために、債権者が乙との間では甲の負担部分とされた1/2のうち1/6（1/2と1/3の差）については、債権者は丙から回収できる。

＊3　債権者と甲の間では全部が甲の負担部分となる。しかし、債権者と丙の間では、乙の負担部分が1/3あることになる。甲に対して丙はこのことを主張できる。甲は債権者を代位しているからである。主張できる範囲は1/6になる。甲から求償を受けた1/2のうち、丙が契約時において自己の負担部分として認識したのは1/3である。だから、差額の1/6については、本来なら乙へ求償すべき分だと丙は甲に主張できるのである。

＊4　考え方は＊2と同じ。債権者と丙の間では乙の負担部分は1/3になる。しかし、債権者と甲の間では乙の負担部分はない。このために、債権者が丙との間では乙の負担部分とされた1/3の全部について、甲から回収できる。

註（11）の表　点線部分が抗弁の範囲である。

って開始される。第三取得者は取得代価（贈与による取得であれば、第三取得者が提示する価額）で競落するという形になる。もちろん、より高額の買受申出があれば別である（Orléans, op. cit. n.166-5; Procédure n.666-72. この競売手続については簡単な紹介がある。新関輝雄「フランス法における滌除について」民商六八巻五号七〇五頁）。

本文で紹介したのは、デクレに対する故障申立の懈怠により抵当権を喪失した場合である。それは、抵当権者の手続懈怠によって配当金や滌除金を受領できなかった場合であることがわかる。

(13) ポチエ全集の編者ビュネは、保証人が催告できるとポチエがいっていることには矛盾があるという。矛盾の理由は、抵当物件の第三取得者と保証人の双方に検索抗弁が認められていることにある（Bugnet, Oeuvres t.2 p.222-4 note 3）。紹介は省略する。

ポチエが訴権譲渡抗弁について契約時期を考慮したこと、および第三取得者と保証人の双方に検索抗弁を認めたことは、一九世紀フランスにおいて議論を惹起する誘因となる。第三取得者と保証人間における弁済者代位権の行使範囲に関する問題がそれである。この問題については将来の課題とする。

第六項　相殺

多数当事者関係に属する場合ごとに、議論を紹介する。

第一款　連帯債務の場合

第一目　反対債権をもつ債務者による相殺抗弁の可否とその効果

ポチエは抗弁を認める。その効果につき次のようにいう。この抗弁は弁済に等しい。したがって、連帯債務者全員について、債務が消滅する（Obligations n.274. 3 al.）。

第二目　相債務者による相殺抗弁の可否――その一　一般論

一人が反対債権をもつ場合において、相債務者は相殺抗弁を出せるか。これについては次のロオマ法文がある。Papin. D. 45, 2, 10.

「二人の諾約者が組合員でないならば、要約者が一方の諾約者に対して金銭につき義務を負っているということが、他方に利益をもたらすことはなかろう。」

ポチエは、この法文の結論を維持するようである（loc. cit.; Pandectae. t.1 lib.16 tit.2 n.17 p.494 et t.3 lib.50 tit.17 n.1430 p.765. 但し、実際上の観点から一定限度で相殺抗弁を認める。後述第三目参照。そうだとすれば、ロオマ法文を挙げている箇所は、理論的な観点からの説明であると位置づけることになろうか）。もっとも、法文を反対解釈して、組合関係あらば相殺抗弁できるとする。組合関係があるために、諸債務者が一人（una persona）であるかの如くにみられるからだという（Pandectae. t.1 lib.16 tit.2 n.17 p.494 note 3. なお、『債務論』でも右のロオマ法文を挙げているが、組合関係あらば相殺抗弁できる理由を説明していない。このためか、フランス民法典や一九世紀の学説ではこの点をめぐる議論が受け継がれていない）。

ポチエは、組合関係ある場合に相債務者が相殺抗弁できる範囲について言及しないが、反対債権の全額について相殺抗弁を認める趣旨だと解される。というのも、後に紹介する議論においてポチエは、相殺抗弁を負担部分に限定しているけれども、それは実務上の観点から相殺抗弁が認められる場合の話であって、ここでの説明とは場合を異にすると解

されるからである（第三目参照）。

ポチエの説明を相殺の一般的な要件論と関係づけてみる。問題となるのは、相殺の成立に援用を要求しないこと（法律上当然主義）との関係である。すなわち、フランス法では、相殺適状の事実があれば相殺が成立し、当事者による援用を要しないとする見解が支配的だったとされている(1)（この点につき深谷格「相殺の構造と機能(一)」名大法政論集一三三号五一―六〇頁参照）。ポチエも、フランス法についてこの考え方をとる（Obligations n.635. ロオマ法に関するポチエの理解については紹介を省く。その理解は、同所および Pandectae, t.1 lib.16 tit.2 n.2-6 p.491-2 et t.3 lib.50 tit.17 n.1427 p.764 に示されている）。この点に関する要件論は、先に紹介した説明と矛盾するように思われる。当事者による援用をまたずに相殺が成立するというのであれば、連帯債務者の一人について相殺適状の事実があるというだけで、債務は消滅するはずだからである。このことから、連帯債務に関する説明が一般理論と調和しているかを検討すべきだと考える。

ポチエは、法律上当然主義の内容についていう。「相殺が法律上当然に成立するということの意味は、法律の力だけによって相殺が成立し、裁判官による宣告やさらには当事者による援用さえも要しないことにある」（Obligations n.635, 3 al.）。

この説明の具体的な意味を整理して紹介する。論点は四つある。

第一に、訴訟において被告となった者には、相殺抗弁を出す義務があるという。そして、抗弁を出さなければ、裁判官は反対債権の存在を察知できないから、請求全部認容判決を出すことになろうという。しかし、抗弁の目的は、相殺の成立を裁判官に知らせることの一点にある。これは、債務者が弁済していた場合に、弁済の抗弁を出す必要があることと同じだという（Obligations n.635, 9-13 al. すでに紹介がある。深谷・前掲名大法政論集三三号五八頁）。

第二に、利息の発生停止について次の説明がみられる。利息付債務の債務者が反対債権を取得すれば、利息の発生が

止むという。具体的には、不動産の売主が金銭消費貸借債務を相続した場合が挙げられている（不動産売買の場合には、不動産の引渡により、代金債務について法定利息または約定利息が発生するとされている。Vente n.283）。もっともこれは、法律上当然主義の適用があるような通常の相殺の場合における効果だという。相殺の主張があった時点で相殺が成立するような場合には、利息の発生が止むのは援用の日であるとする。具体的には、不動産売買代金の債権者が物の引渡と金銭支払の選択債務を負い、その選択権が売買代金の債務者にある場合が挙げられている（選択債権については、選択権者だけが相殺を主張できる。また、相殺の成立は選択権の行使時である。Obligations n.629）。この場合には、代金債務者が選択権を行使した日から利息の発生が止むという（Obligations n.636）。

第三に、法律上当然に相殺が成立しているにもかかわらず、一方債務について支払がなされた場合について説明がある。この場合において、支払った者が有するのは、非債弁済を理由とする不当利得返還請求権だとされている。それでは、支払った者が有した反対債権のために担保物権が設定されていた場合には、その順位を失うのか。ポチエは場合をわける。支払にさいして、反対債権の存在につき善意であれば、相殺の成立を否定する（例、支払った者が先取特権つき反対債権を相続していたことが判明した場合）。というのも、相殺は両当事者による相互の弁済を法律が擬制するものであるところ、この擬制は両当事者のために設けられたものである。当事者に損失をもたらしたり、錯誤に引き込むような場合には、擬制は成立しないからだという。これに対して、支払った者が悪意であれば、相殺の成立を否定できないという（Obligations n.639）。

第四に、訴訟において被告が相殺抗弁を出さなかったために、一方の債権について請求認容判決が下されて、その判決が執行された場合をめぐって議論がみられる。この場合には、非債弁済は成立しない。判決が市民法上の債務を形成するからである（Prêt de consomption n.159）。そして、法の厳格さ（subtilité du droit）からいえば、相殺が成立している。しかし、

相殺は生じなかったものとみるべきだという。というのも、衡平のうえからいって、判決によって原告の債権につき相殺の効力がなくなってしまっているのに、被告の反対債権につき相殺の効力が存続することは許されないからだとする。この場合において、反対債権のために担保物権があればどうなるか。反対債権に関する被告の善意・悪意あるいは相殺抗弁を主張立証するさいの軽率さの有無によって区別すべしという（Obligations n.640）。

具体的効果に関する説明からすれば、相殺は当然に生ずるのが本則だとする理解を窺うことができる。そうであるならば、連帯債務の場合に関する説明は、この理解に反することになる。それでは、連帯債務の場合について本則から離れる理由はあるのか。それを示唆する説明はみあたらない（後述第三款参照）。

第三目　相債務者による相殺抗弁の可否——その二　負担部分を限度とする抗弁

ポチエは、連帯債務の場合に関して理論的には相債務者による抗弁を否定したうえで、実務上の観点から反対債権をもつ者の負担部分を限度として抗弁を認める。そのさいに、結論を同じくするドマに言及している。ここでは、二人の説明を紹介する。

負担部分の限度で相殺抗弁を認める理由として、ドマは次のようにいう。「債権者との間で相殺をなすべきであるような者の負担部分について、その支払を相債務者に強いるのは正義に適わないであろう。というのも、もし相殺が成立しないとして、しかも該債務者が自己の名で相殺できるのに無資力となれば、相債務者が弁済しても、なす術がなくなるからである。これは、該債務者がすでに義務を負っていなかった、そうではなくとも正義にしたがって相殺できたはずの分を弁済したことによるのである」[2]（傍線福田）。そして、第二目で挙げたロオマ法文は、特段の事情がない限り負担

部分を超えて相債務者が相殺抗弁を出すことができないとの意味に解すべしという（Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, t.2 2 éd. 1695, J. B. Coignard, Paris p.293-4 texte et note n（1 partie liv.3 tit.3 sect.1 art.8））。

これに対して、ポチエは、まずドマの考え方を紹介し、次いでそれを批判する。反対債権をもつ者が相殺を主張できるがゆえに、その者はもはや負担部分につき義務を負わず、そのために相債務者が弁済義務を負うはずはない。これがドマの理由づけである。この理由は、さほど決定的なものではない。というのも、連帯債務者はその相互間では各自の負担部分についてしか義務を負わないけれども、債権者に対しては債務の全部について義務を負う。このために、相殺抗弁できるのは、自分の反対債権だけである。もっとも、ドマの考えに立っていえることがある。ドマの考えをとれば、訴権循環を回避できる。すなわち、相債務者は完済すれば、反対債権をもつ者に対して負担部分につき求償できる。そして、その負担部分について、弁済者は反対債権を差押さえて、債権者から弁済を受けることになろう。これを考えれば、実務上はドマの説にしたがうべきである（Obligations n.274, 4-5 al.）。

この議論から二点を指摘できる。

第一に、ドマとポチエは結論を同じくする。また、理由づけが理論でなく、実質論にあることも同じである。しかし、厳密には同一ではない。ドマは、一人が相殺できるにも拘わらずその者の負担部分につき相債務者が弁済を強いられることの不当さ、および相債務者が無資力の危険を背負うことの不当さを理由とする。これに対して、ポチエは、訴訟の手間を軽減できる点をいう。もっとも、その裏には、ドマと同じく無資力危険への配慮があるといえるかもしれない。

指摘の第二点は、ポチエによるドマ批判についてである。ポチエはドマを批判するさいにドマの主張の一面だけを取り出して、それが理論的におかしいという。すなわち、ドマの主張は、負担部分を限度とする相殺の既成立を認めるこ

とにあると紹介する（ドマの叙述のうち傍線部分がそれにあたるであろう）。その上で、ドマ批判として、債権者に対する関係では相債務者にとって債務の全部が自己の債務だというのである。この批判は、相殺主張者について二債権の対立がない点を衝いたものであろう（ポチエやドマにおける相殺の相互性要件につき、深谷格「相殺における相互性要件について」西南法学論集二六巻一＝二号二九七－九頁参照）。しかし、ドマの主張は理論的な観点からのものではなく、無資力危険に配慮して二債権の成立という要件を緩く（相殺主張者につき対立がなくとも相連帯債務者につき対立があればよい）理解しようといったにすぎない（指摘の第一点参照）。そして、実質論から要件を緩和しようというのはポチエも同じである。それにも拘らず、ポチエがドマの理由づけを「さほど決定的でない（Cette raison n'est pas toute à fait concluante.）」と評したのは、ドマや自分の説が相殺の理論からは説明が困難であることを表明していることになろうか（フランス民法典の立法過程では、このドマ批判に着目している。次章第三節第六項第一款第一目参照）。

第二款　保証の場合

ポチエは次のようにいう。

保証人が相殺抗弁を出す場合には、自分がもつ反対債権のほか、主債務者がもつ反対債権についても主張できる。これは例外である。すなわち、原則として相殺抗弁は、両当事者間で対立する二債権に限られるからである。例外が成立する理由は、保証の性質にある。すなわち、保証人が主債務者よりも重い債務を負うことはありえない。このために、主債務者がもつ抗弁一般について、保証人はそれを行使できる。そして、主債務者は、自分の反対債権でもって相殺抗弁を出せるからである（Obligations n.631. Pandectae. t.1 lib.16 tit.2 n.16 p.494 et t.3 lib.50 tit.17 n.1430 p.765）。

これに対して、保証人の反対債権でもって、主債務者が相殺抗弁を出すことはできない（Obligations n.631）。

第三款　小括――多数当事者関係における法律上当然主義について

ポチエによれば、保証人が抗弁できるのは、主債務者が抗弁できるからである。また、そのさいに引用しているのは、主債務が消滅した場合における附従性の説明（Obligations n.377. そこでは、弁済や債務免除のほかに、相殺によって主債務が消滅した場合も扱われている）ではなく、主債務者がもつ抗弁の援用権に関する説明（Obligations n.380）である。この点に着目すれば、主債務者について相殺適状がある場合に、主債務が当然に消滅すると考えているようには思われない。もしそうだとすれば、連帯債務について法律上当然に相殺が成立するとは考えていなかったこと（前述六八頁参照）とも平仄が合うことになる（もし保証の場合に附従性によって主債務の消滅とともに保証債務が消滅するというのであれば、連帯債務の場合にも、反対債権をもつ者の債務とともに相債務者の債務が消滅するとすることにならざるをえまい）。このことから、相殺に関する法律上当然主義（前述六九頁）は、本稿が扱う多数当事者関係において字義通りの内容をもっていなかったことになる。すなわち、一人について相殺適状があれば、相債務者や保証人の債務が当然に消滅するという内容のものだとは考えていないように思われるのである。そして、保証と連帯債務の差異は、主債務が存続する状態において、保証人が主債務者の抗弁を行使できるのに対して、連帯債務については類似の関係がないことに起因する。こればポチエの理解だといえる。

（1）今日では、この見解はロオマ法を誤解したものだとされている。深谷・前掲名大法政論集一三三号四二頁、および四九頁註（52）、（53）、六四頁註（33）所引の文献を参照。また、ロオマ法における相殺一般については、原田慶吉『ローマ法』

二四七－五一頁、船田享二『ローマ法第三巻』五九七－六〇八頁、深谷・前掲名大法政論集三三号三八－五〇頁、同「相殺における相互性要件について」西南法学論集二六巻一＝二号二九六－七頁参照。

（2）文章を異にする刊本があり、傍線以下の部分の主語が「反対債権をもつ者」ではなく、「相債務者」になっている（revue par Carré, Oeuvres complètes de J. Domat. t.4 1823 p.24 note b）。しかし、ドマの主張が実質的観点からのものであることにはかわりない。

第七項　混同

「混同の効果は、混同を生じている者が債務から引離されることにある（Effectus confusionis est ut persona in qua fit confusio, ab obligatione eximatur.）」。その結果として債務を負う者がいなくなれば、間接的に債務は消滅する(1)（Pandectae. t.3 lib.46 tit. 3 n.4 et 129 p.264 et 291 et lib.50 tit.17 n.1425 p.764; Obligations n.643）。これに対して、多数当事者関係においては次のようになる。

連帯債務者の一人につき混同を生じた場合の効果は、ロオマ法とフランス法で異なる。ロオマ法では、連帯債務者相互間における組合関係の有無により区別される。組合関係があれば債権者が相債務者に対し訴求できるのは負担部分（pro parte）に限られるが、組合関係なくば全額につき訴求できる（Pandectae. t.3 lib.46 tit.3 n.130 p.291. これはロオマ法文による。Paul. D. 46. 1. 71 pr.）。しかし、フランス法では、債権者が訴求できるのは該債務者の負担部分を控除した残部に常に限定される。ここでの負担部分とは、相債務者の中に無資力者がおれば、無資力者の負担部分に関する分担分を含む（Obligations n.276 et 645. 既に紹介がある。淡路剛久『連帯債務の研究』七九頁参照）。ロオマ法が組合関係の有無で区別する理由、およびロオマ法とフランス法が異なる理由は、何れも固有の求償権に関係する。すなわち基本的な発想として、弁済者が取得するは

ずの求償権が混同によって奪われるのは正当でないために、相債務者が債権者＝債務者に対して義務を負うのはその負担部分を控除した残額に限られると考えている。ところが、フランス法では固有の求償権が常に認められるけれども、ロオマ法では組合関係がある場合に限られることから叙上のような差異が生ずるという（Obligations n.645, 8-11 al.）。

保証に関してはロオマ法とフランス法とで差異はない。主債務者につき混同を生ずれば保証債務も消滅する。これは、同一人のために同一人に対して義務を負うまたは委任者となることは不可能だからである。また、保証人が義務を負ってやるべき債務者がいない、さらに、主たる原因が存続しなければこれに従属するものも存続しないといった理由による（Pandectae. t.3 lib.46 tit.3 n.129-30 p.291 et lib.50 tit.17 n.1260 p.757; Obligations n.379, 1 al. et n.644. また、Pandectae. t.3 lib.46 tit.1 n.21 p.245 et lib.50 tit.17 n.45 も参照）。

これに対し、保証人につき混同を生じても主債務者は債務から解放されない（Pandectae. t.3 lib.46 tit.3 n.130 p.291 et lib.50 tit.17 n.1425 p.764; Obligations n.645, 1-6 al.）。

また、担保物権の設定がある場合において、債権債務者間で混同を生ずれば担保物権も消滅する（Orléans. Introduction au titre 20 n. 60; Hypothèque n. 188）。もっとも次の例外がある。

Paul. D. 36, 1, 61 (59), 1 pr.

「質の負担つきの債務者が、債権者を相続人に指定する一方で、自分の、すなわち遺言者の娘に相続財産を返戻するようにと債権者へ請託した。(2)〔債権者は相続財産の資力が〕疑わしいので相続承認を欲しなかったのに、法務官の命により強制されて相続を承認し、〔相続財産を娘に〕返戻した。〔債権者は〕質の買主を見いださなかったので、所有者の権利による質の占有について許しを求めた。予は解答した。たしかに、相続承認により債務は混同した。しかし、自然法上の債務が除かれて質も解かれなかったのか否かを検討すべきである。そこで、債権者兼〔原告兼〕(3)相続人が質物を

占有している場合と占有していない場合における質物の効力につき検討すべきである。そして、占有している場合には、〔債権者が〕信託遺贈受遺者から如何なる訴権によっても訴求されることはありえない。質の訴権は相続財産に属する訴権であるから、これによっても〔訴求されることはありえない〕。また、〔信託遺贈受遺者が〕十分には返還を受けなかったかの如くに、信託遺贈の履行請求も有効ではなかろう。信託遺贈の履行請求（＝質物の引渡請求）が生ずれば、それは質が全く介在しなかったとした場合のことだからである。しかし、たとえ信託遺贈受遺者が質物を手にしていても、その場合でもセルヴィウス訴権が生じよう。というのも、金銭が支払われなかった（＝被担保債権の弁済がない）のは事実だからである。これは、訴権が抗弁により失われた場合について述べることと同じである。それゆえに、〔質物〕保持の権利だけでなく、質の名義で〔質物〕請求権さえも〔相続人に〕帰属する。また、支払われたものにつき返還請求されることもなかろう。それゆえ質のために自然法上の債務が残っている（後略。ブラケットは原文のママ）」。

この法文は信託遺贈義務者（相続人）と受遺者間における質物の争いをめぐるものである。争点は、義務者が質権者であるために相続承認によって債権債務の混同を生じ、それに伴い質権も消滅するかという点である。これにつき本法文では、混同が生ずるけれども債務は自然債務として残り、それを被担保債権として質権が存続するとしている。これは、債権債務の混同が自然債務をもたらすものだということや、自然債務を被担保債権とする質権設定も認められていること（Pandectae, t.1 lib.20 tit.1 n.7 p.609. また、Orléans, Introduction au titre 20 n.25; Hypothèque n.58 も参照）と関係しているかもしれない。

ポチエがこの法文の射程（特にフランス法における）を如何に理解しているかはわからない。被担保債権の混同消滅に伴う抵当権の帰趨を述べるさいに、この問題は特に言及されていないためである（Hypotheque n.189. ロオマの信託遺贈はフランス法でも信託的継伝処分（la substitution fidéicommissaire）として受け継がれており、一九世紀にもこの問題は混同の解消として議論されている。次章第三節第七項参照）。

また、共同抵当物件の一部を債権者が取得したことにより、抵当権につき混同を生ずればどうなるか。ポチエは、訴権譲渡により求償できる第三取得者が複数いて、その一人が債権者である場合につき次のようにいう。取得の先後により区別すべきであり、抵当権者の取得が先であれば第三取得者に対し全額につき抵当訴権を行使できる。第三者の取得時点では抵当権者の取得財産上の抵当権が既に消滅しており、これにつき第三取得者が代位の期待をもつことはないからである。しかし、第三者の取得が先であれば、その者は訴権譲渡の抗弁を主張でき、これにより被担保債権の一部を免れることができる。これは、第三者の取得時において他の物件上の抵当権の一部を行使できるという期待があったのに、抵当権者の物件取得によってその期待が害されるという結果を回避するためである（Orléans, Introduction au titre 20 n. 43; Hypothèque n.104-5. もっとも、該抵当物件を誰から取得したかによって区別しており、ポチエの説明はそう単純ではない。詳しくは将来の課題とする）。

（1）債権債務者間で相続があっても、相続人が限定承認して財産目録を作成する場合には債務の混同を生じない（Obligations n.642）。このために、担保物権は消滅しない（Pandectae. t.3 lib.46 tit.3 n.133 p.292; Obligations n.379, 2 al.; Hypothèque n.188）。

（2）本件では、債務者が娘への財産返戻（restitutio）を請託（rogatio）することによって信託遺贈（fideicommissum）が成立し、相続人指定を受けた債権者が相続を承認することによってその効力を生じている。これにより、信託遺贈義務者（fiduciarius）たる債権者は、信託遺贈受遺者（fideicommissarius）たる娘に財産を返戻する債務を負う。信託遺贈については、原田『ローマ法』三六六－七〇頁、船田『ローマ法第四巻』四二一－三〇頁参照。

（3）actor. ポチエはこの語が誤って挿入されたと考える。事案からいって、信託遺贈受遺者たる娘が質物の返戻を請求したのだと考えるからであろう。これはクジャスに倣ったものだという（Pandectae. t.3 lib.46 tit.3 n.132 p.292 nota 4）。

（4）actio pignoraticitia directa. 債務消滅を理由として、質権設定者が質権者に対して取得する質物返還請求訴権を指す。これにつき、原田『ローマ法』一八一－二頁、船田『ローマ法第四巻』二五六－七頁参照。

（5）actio hereditaria. 相続人が相続債務者に対し取得する訴権を指す場合と、相続債権者または受遺者が相続人に対して有す

る訴権を指す場合がある（Heumann-Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9.Aufl. S.235 v. Hereditarius 参照）。ここでは前者であろう（ポチエも同旨）。しかし、ポチエは、「質の訴権は相続財産に属する訴権ではないので」と否定辞（non）を補って読む。これはクジャスに倣ったもので、相続財産に属する訴権とは被相続人が死亡時にもっていた訴権に限られるところ、質物返還請求権の要件たる弁済がない以上は被相続人がこれを取得できないことを理由とする（Pandectae, t.3 lib.46 tit.3 n.132 p.292 notis 5 et 7）。

（6）actio Serviana. 質権者が第三質物占有者に対し質物の返還を求める訴権を指す。これにつき、原田『ローマ法』二六三頁、船田『ローマ法第四巻』六七四－五頁、六八三－四頁参照。

（7）その根拠となるロオマ法文は本法文しかないようである（Kaser, Das römische Privatrecht Abs.1 §113 S.481 Fn.31）。しかし、混同による自然債務化は、「債務者の人格を債務から引離す」（Paul. D.46, 1, 71 pr.）との考え方とも平仄があっており、それからいっても本文のようにいえよう。

第八項　時効

時効の効果は、債権者の訴求を不受理とするような抗弁を債務者に認めることにある（Obligations n.687）。多数当事者関係に関して言及があるのは、時効中断や時効利益の放棄についてである。時効完成の効果について言及がないのは、中断に一体型絶対効が認められているとともに、債務者によって時効期間が異なる場合を考慮しなかったためだと推測される。

時効中断の効力をもつのは、債務者による債務承認および債務者に対する裁判上の請求である（Obligations n. 692）。連帯債務者の一人につき中断があれば、全員に対する関係で中断効を生ずる。これは、各人が全額についての債務者であ

って、その債務が同一のもの（une seule et même dette）であることによる（Pandectae. t.3 lib.45 tit.2 n.10 p.231; Obligations n.697. 根拠として lust. C. 8, 39, 4 (5) を挙げている。[1] この点については既に紹介がある。淡路剛久『連帯債務の研究』七五頁）。また、主債務者につき中断があれば、保証人についても中断効が生ずる。これについては異論もあるが、[2] 保証契約の附従性（le contrat purement accessoire）および主債務と保証債務の単一性から一体型絶対効が認められる[3]（Obligations n.698）。

時効利益放棄の効果を生ずるのは、時効完成後の債務承認である（op. cit. n.699. 1 al.）。多数当事者関係において債務者の一人が債務を承認すれば、その者に限り承認の効果を生ずる。これは、時効完成によって不受理の抗弁が成立しており、その後の債務承認はその権利を放棄するものであって、放棄により第三者の権利を害することができないからだという。第三者として具体的には、相連帯債務者や保証人・承認前に抵当物件を取得した第三取得者等が挙げられている（op. cit. 2-9 al.）。

（1）「§1 慈悲が朕に勧めることからすれば、同時に一つの同じ契約において、如何なる形の中断によってであれ、中断または債務承認により、全員が債務を弁済することにつき一緒に強制されるのが仁に適っており、このことは、債務者の単複を問わず、また債権者の単複を問わず当て嵌まるとみられる。§2 朕の話が関係する場合には常に、他の者の債務承認または書面による催告が、それとは別の債務者に不利益を与え、また別の債権者に利益を与える、かく朕は定める。§3 それゆえに、債務承認は一般的なもの（絶対効あるもの）であって、何人も他人の不承認を計算にいれることは許されない。一つの契約が一つの根かつ一つの源泉から流出し、債務の原因が同じ訴権に基づくことは明白だからである。」

（2）たとえばプロヴァンスのパルルマンでは、主債務者に対する中断が保証人へ効力を及ぼさないとしていたようである（Cass. req., 26 juin 1827. Refonte du Rec. Sirey 1825-1827. 1, 626= Jur. gén. t.30 1853 v. Lois n.380 p.159 note 2 参照）。

（3）理由を次のようにいう。

主債務者に対する訴求や主債務者による債務承認があれば、保証人に対する関係でも時効が中断する。これは、連帯債

務の場合と同じ理由が当て嵌まるからだといわれている。すなわち、複数の連帯債務者に対する債権が一個の同じものであるのと同様に、保証人（fidejusseur）に対する債権は主債務者に対する債権と同じものである。そして、その同じ債権について一人に対して訴求があれば、債権者が債権を行使しなかった旨の主張は通らない。これに対しては反論があって、主債務と保証債務とは別物だとの批判がある。しかし、保証は主債務に加わったものにすぎないから、その反論は当たらない。

さらに別の反論がある。連帯債務と保証とでは事情が違うと主張する。すなわち、ある物を複数の者に対して売却した場合において、代金につき諸買主が連帯すれば売主の債権は一個であって、各買主に対する債権の原因は同じである。そして、各買主に対する訴権は購買訴権（actio ex vendito）である。このように債権・訴権が一個であるために、一人に対して訴求すればその債権を行使したことになる。これに対して保証の場合には、たしかに主債務者に対する債権と保証債権とは目的物を同じくする。このために、一方が弁済すれば他方も解放される。しかし、目的物は同じであっても別個の債権であって、契約を異にしまた訴権を異にする。すなわち、売買代金について保証人がおれば、主債務者（買主）に対する債権は売買契約に基づくものであって、そこから生ずるのは購買訴権である。その一方で、保証人に対する債権は保証契約に基づくものであって、問答契約訴権（actio ex stipulatu）を生ずる。このように債権が異なることから、主債務者に対して訴求しても保証人に対する訴権を行使したことにはならないのである。したがって、主債務者に対する訴求によって保証債務の時効は中断しないというのである。

この反論に対しては、次のように応答できる。保証契約は全く附加的なもの（un contrat purement accessoire）である。保証契約によって保証人は主債務に加わるにすぎず、別段の債権をもたらすわけではない。債務者を増やすだけなのである。保証人に対するのは問答契約訴権だというけれども、そうだからといって債権が異なることにはならない。問答契約はそれ自体が債権の権原（un titre de créance）ではなくて、債権を確実にするものである（Obligations n.698. 連帯債務の場合にも債務の単一性を理由に一体型絶対効を認める。Obligations n.272 et 697）。

第九項　ポチエの連帯債務論

ポチエの議論からわかったことを、債務の性質論と諸事由の効力にわけて、まとめておく。

1　債務の性質論

連帯債務や保証債務の性質論については二点を指摘できる。

第一に、ポチエは連帯債務や保証が単一だといっていたが、それは債務の単一性を指す。そして、具体的な中身については分析しきれなかったけれども、債務の単一性とは、債務原因ないし債権の権原に着目したものである（前述二六―八頁）。

第二に、主債務者が弁済したり更改した場合について、保証人の解放を附従性から説明していた。しかし、具体的内容をみると、附従性を持ち出さずとも、結論を説明できる。主債務と保証債務とは一つの債務だと考えているからである。むしろ、附従性が機能する局面は、主債務者が人的免除を受けた場合に限られる。具体的には、保証人の解放を説明するさいに、訴権譲渡抗弁（これは連帯債務でも同じである）と附従性の二つを理由としている。このうち、主な理由づけは附従性だといえる。これは、連帯債務と異なり保証の場合には、保証人に求償権がなくとも（例、贈与のための保証）解放されることによる。債務消滅の局面における附従性が真に機能するのは、この場合である。

2　各種債務消滅事由の効力

ポチエが、各事由の効力を考えるさいに用いた理由は大きく四つにわかれる。

①連帯債務者または主債務者もしくは保証人（fideiussor）が弁済した場合には、相連帯債務者または保証人（fideiussor）もしくは主債務者の債務が消滅するとして、その理由は債務の単一性に求められている。また、供託・更改・要式免除契約・物的免除・既援用相殺は弁済と効力が同じだとされているから、これらについても結局は債務の単一性が理由だといえる（代物弁済については詳しい説明がないから、検討対象から省く）。逆に、債務単一性が相連帯債務者に不利益をもたらす場合として、時効中断が挙げられている（本稿では紹介を省いたが、過責や遅滞ある場合の後発的履行不能も同じである。前述二六頁参照）。

②主債務者につき時効が中断した場合に、保証人へその効果が及ぶ理由は、保証の附従性に求められている。この理由も、保証人にとっての有利・不利を問わず用いられ、弁済・人的免除・混同につき附従性からの理由づけが示された（この理由の位置づけについては前述した）。

③一体型絶対効事由のうち未援用相殺（保証の場合および連帯債務であれば組合関係ある場合）については、①②と事情が異なる。保証人は主債務者の抗弁を自分も主張できることが理由となっている。②と異なるのは、存続に関する附従性ではなく、内容に関する附従性が問題だとされている点、および保証債務と主債務の単一性では代替できない点である。また、組合関係ある連帯債務者の場合には、諸債務者が一人とみられるからだとしている。これは債務者相互間の緊密な関係に着目したものだといえる。

④負担部分型絶対効または相対効の事由については、求償問題が関係する。すなわち、連帯債務者につき混同を生じた場合には人格が引き離されるとされ、このことと求償関係の有無とが負担部分型絶対効（フランス法）または相対効（ロオマ法）の理由だとされている。この考え方は、連帯債務者に対する人的免除に引き写されている。また、求償関係への配慮という点では、連帯債務者に関する不訴求約束・未援用相殺（組合関係なき場合）についても同じである（連帯債務者に対する不訴求約束についても同じ考え方が示されているが、効果が負担部分型絶対効であるかはわからない）。さらに、主債務者に対する不

訴求約束についても考え方は同じである。

①③および④について次のことを指摘できる。

①の諸事由については、弁済との類似性が問題とされているが、そこでは債権を満足するかといった点は考慮されていない。要式免除契約や物的免除も弁済と効果が同じだとされているのである。

では、類似性をいうさいに、ポチエはどこに着目したのか。それはわからない（ポチエと同じくロオマ法を法源とした学説、特にドイツ普通法との対比を要するであろう。これについては将来の課題とする。ただ、推測にすぎないけれども、ロオマ法において更改や要式免除契約が問答契約であったことが関係しているように思われる）。本稿で確認したいのは、一体型絶対効を生ずる事由が、その事由の性質に規定されたものだということである。もっとも、③の未援用相殺については事情が異なり、債務者相互間の緊密な関係が一体型絶対効の理由だとされている。

負担部分型絶対効に関する④の諸事由については、求償関係が考慮されている。そこでの考え方は、該事由の性質からすると相対効となるはずだが、求償関係を考えて負担部分型絶対効とするといったものであろう。その結果として、相債務者は、債権者や該事由を生じた債務者の無資力危険を免れている。

このように機能としては同じだといえるが、細かな点で説明の仕方が異なる。それは、求償関係を考慮するさいに、着目したのが固有の求償権であるか訴権譲渡による求償権（弁済者代位）かという点である。すなわち、不訴求約束・相殺抗弁・混同に関しては固有の求償権に着目する一方で、人的免除に関しては訴権譲渡による求償権に着目し、訴権譲渡抗弁（日本法でいう担保保存義務違反抗弁。五〇四条）の構成をとってる。もっとも、ポチエが考える訴権譲渡抗弁は、日本のものと同じではない（共同保証の場合に契約時期を考慮する。この異同については、一九世紀フランス法を介して旧民法に影響を与えているが、求

償問題とも関係しており詳細は将来の課題としておく。但し、若干は次章第三節第五項で扱う）。その結果として、固有の求償関係を考慮する場合とは効果が異なるかもしれないのである（前述第五項第四款第三目2b参照）。

以上を要するに、債務消滅事由の効果をめぐっては、各事由の効力論や求償関係への考慮がその効果を左右しており、連帯債務の性質論が効果に影響を与えている場合は殆どない。それは、組合関係ある場合における相殺抗弁だけであり、しかも、その議論は後世に受け継がれていない（前述六九頁参照）。

3　その他の問題

各事由には固有の問題がある。すなわち、不訴求約束や免除については、約束・合意の相対効原則との関係が問題になる。また、相殺抗弁については、相殺の成立に関する法律上当然主義が関係する。しかし、それらは本稿の主題とは無関係だと考える。すなわち、本稿は債務消滅事由の効果を規定する諸要因を分析するものであるが、約束・合意の相対効原則は不訴求約束や免除の効果を理論構成するさいに問題となるにすぎない。そして、この相対効原則は特定の価値判断（第三者に利益・不利益をもたらさない）に基づいたものだとしても、不訴求約束や免除の局面では、むしろその価値判断を否定する方向で議論が構成されているのである。また、相殺については、多数当事者関係において法律上当然主義が考慮されていない。相対効原則や法律上当然主義につき第五項・第六項で詳しく述べたのは、それらが本稿にとっては無関係であることをいいたかったがためである。

以上のことを踏まえて、一九世紀フランス法の紹介に移る。

附記

※本稿は、北海道大学へ提出した学位論文に加筆したものである。

※平成八年八月一九日に脱稿後ドイツにて研修中のため、校正等で方々にご迷惑をかけました。あえてお名前は挙げませんが、御礼申し上げます（一一月二四日於ボン）。