



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一九世紀フランス法における連帯債務と保証（二）
Author(s)	福田, 誠治
Citation	北大法学論集, 47(6), 1-57
Issue Date	1997-04-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36630
Type	departmental bulletin paper
File Information	47-6_p1-57.pdf



一九世紀フランス法における連帯債務と保証（二）

福田 誠治

目次

序章	連帯債務の性質論
第一章	ポチエ（以上 前号）
第二章	一九世紀フランス法
第一節	序
第二節	連帯債務についての基本的な考え方
第一款	はじめに
第二款	債務単一性原理と相互代理原理の概要と議論の主な射程

a 一人の過責によるまたは遅滞中の目的物消滅

b 時効中断

c 金銭債務における損害金の発生

d 判決

e 和解・宣誓

第三款 債務単一性原理を用いる説

第四款 相互代理原理を用いる説

1 初期の学説

2 代理の範囲

a 債務を保存・永続させる行為には代理が及ぶけれども、債務を増大させる行為には及ばないとする説

b 相債務者の地位を良好する行為には代理が及ぶけれども、悪化させる行為には及ばないとする説

c 不完全代理説

3 相互代理原理の位置づけ

第五款 相互代理原理を批判する説

第六款 不完全連帯論と全部義務論

第三節 個別の諸事由の効力

第一項 弁済

1 学説による説明

2 検討——保証人の弁済をめぐる

第二項 供託を伴う現実の提供

第一款 概説

第二款 供託受諾の効果

第三款 供託取下の効果

第四款 供託受諾または判決がある前の法律関係

第三項 更改

1 連帯債務者による更改

2 主債務者による更改

3 保証人による更改

a 学説

b 判例

4 検討

第四項 代物弁済

第一款 概観

第二款 代物弁済の性質論

1 弁済との対比

2 売買・交換との類似性

3 更改との類似性

a 二〇三八条をめぐる議論

b 弁済や更改との対比(以上 本号)

第五項 債務免除

第六項 相殺

第七項 混同

第八項 消滅時効

第九項 一九世紀フランス法における連帯債務論

第三章 日本法

結語

第二章 一九世紀フランス法

第一節 序

本章では三つの観点から検討を行う。第一に、系譜研究の観点から、ボワソナドや梅らを通じて当時のフランス法が日本民法典に与えた影響を探るための準備作業を行う（具体的な検討は次章以下です）。対象を一九世紀に区切った理由の一つはここにある（この分析視角の意義については、これまでの諸業績によって示されたのと同じものである。瀬川信久『不動産附合法の研究』四九頁以下参照）。第二に、前章における検討結果との対比を行う。これにより、一つの時期における議論を相対的にとらえることができる。第三に、比較法的観点からの考察を行う。連帯債務や保証に関する基本的な考え方、あるいは個別問題への対応を比較する。なお、本章で参照した文献については章末に一欄を挙げる。

第二節 連帯債務についての基本的な考え方

第一款 はじめに

フランス民法典の制定後に、学説は条文の説明にさいして幾つかの原理を用いた（立法経過および条文の概略については、淡路剛久『連帯債務の研究』九〇―九頁参照）。大雑把に言えば、債務単一性原理と相互代理原理がそれである。この二原理をめぐっては理解の対立がみられる。しかも、この対立は不完全連帯論や全部義務論とも関係している。しかし、本稿が対象

としている債務消滅事由の効力とは関係がない。以下にこのことを示す。

第二款 債務単一性原理と相互代理原理の概要と議論の主な射程

二つの原理は、債務者の一人に生じた事由の効力が相債務者へ及ぶこと（一体型絶対効）を説明するものである。債務単一性原理は、債務が一個の同じものであることを一体型絶対効の理由とする。相互代理原理は、一人が本人であるのと同時に相債務者の代理人であるために一体型絶対効が生ずると説明するものである。

二つの原理をめぐる対立は、主に次の事由にあらわれている。

a 一人の過責によるまたは遅滞中の目的物消滅

一二〇五条一項「目的物が滅失した場合に、その滅失が連帯債務者の一人もしくはそれ以上の者の過責によるかまたはその遅滞中であるときは、相債務者は目的物の価額を支払う債務から解放されない。しかし、相債務者は損害賠償については責を負わない。」

二項「債権者が損害賠償を請求できる相手は、目的物滅失につき過責ある債務者と遅滞下にあった債務者に限られる。」（条文の邦訳にさいしては次の文献を参照した。神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書』、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典―物権・債権関係―』）

目的物が滅失した場合には、債務者に過責・遅滞なき限り債務は消滅する（一二〇二条）。右はこの原則に対する例外である。学説において議論されている点は、例外が設けられた理由、および価額支払義務と損害賠償義務で結論を異にす

説
る理由である。

論

b 時効中断

一二〇六条「連帯債務者の一人に対する訴求は、全員について時効を中断する。」

一二四九条一項「前数条の規定に従ってなされた連帯債務者の一人に対する訴求または一人がなした承認は、相債務者全員およびその相続人に対する関係で時効を中断する。」

原則として時効中断の効力は相対的であって、連帯債務者全員へ効力が及ぶのは例外だといわれている (Trop long. De la prescription t.2 n.627 p.147; Mourlon. t.3 n.1883 p.781; Aubry et Rau. t.2 p.358-9; Laurent. t.32 n.149 p.157-8; Marcadé. t.12 n.181 p.211-2; Huc. t.14 n.409 et 412 p.514 et 516; Guillaud. Traité de la prescription. t.1 n.265 et 268 p.251 et 255-6; Baudry-Lacantinerie et Tissier. t.28 n.556 p.413-4)。
これについても、例外が設けられた理由が議論されている (時効中断については、第四款3で再説する)。

c 金銭債務における損害金の発生

一二〇七条「連帯債務者の一人に対する損害金の請求は、全員について損害金を発生させる。」

原則として、期限の定めある金銭債務であっても、損害金発生 of 起算点は個々の債務者に対する請求時である (一二五三条三項)。学説において議論されているのは、これに対する例外が設けられた理由である。

d 判決

一二五一条「l'autorité de la chose jugée は、判決の対象となった事項に限り生ずる。請求されるものが同一であること、請求

が同一の原因に基づくこと、請求が同一当事者間においてかつ互いに同一の資格で提起されることを要する。」

フランスの既判力制度は日本と状況を異にする。第一に、判決の主文が推定の対象となる（一三五〇条三号。推定の意味につき後述第三節第八項註（三）参照。第二に、推定力をもつのはすべての終局判決であつて、確定判決に限らない（一三五一條参照）。これに伴い判決の効力は二分される。一つは、すべての終局判決がもつ *l'autorité de la chose jugée* である。いま一つは、*la force de la chose jugée* であり、通常の不服申立方法（控訴・故障申立。対概念となるのは、非常の不服申立方法で、具体的には破棄申立、再審申立を指す）が尽きた場合において、判決にこの効力が認められる。これにより判決の執行が可能となる（旧民訴五四八条。voy. Répertoire de procédure civile et commerciale, 1965 t.I, v. Chose jugée, n.1. 現行法としては、新民訴五〇〇条、五三九条、五七九条参照。また、判決効について詳しくは、江藤价泰「フランスにおける既判力概念に関する学説の発展」『フランス民事訴訟法研究』五三頁以下参照）。

l'autorité de la chose jugée については、前訴と後訴における当事者の同一性が要件とされている（一三五一条）。しかし、判例・学説は相互代理原理等を用いて、一人が受けた判決の効力を相連帯債務者に拡張する。また、これは保証の場合にもみられる。この拡張の是非・態様が議論されている（この問題をめぐる一九世紀以来の議論については、すでに紹介がある。木川統一郎「判決の第三者に及ぼす影響」新報六四卷一二号九〇五—三〇頁、淡路「連帯債務の研究」一〇六一—四〇頁、徳田和幸「第三者による判決取消の訴えの機能と判決効」『フランス民事訴訟法の基礎理論』二〇四—五頁（初出、『実体法と手続法の交錯（下）』、高田裕成「いわゆる対世効論についての一考察（二）」法協一〇四卷一一号一五四—二三頁、安井かずみ「フランスにおける第三者への判決効拡張についての一考察」龍法二七卷三号四五八—六〇頁、四七五—七頁、四八二—三頁、五〇六—七頁）。

e 和解・宣誓

二一〇五一条「利害関係者の一人がなした和解は、相利害関係者を拘束せず、また相利害関係者がその和解をもつて抗弁するこ

ともできない。」

一三六五条一項「宣誓が証拠となるのは、宣誓付託者ならびにその相続人および承継人の利益または不利益においてに限られる。」

三項「主債務者に対して宣誓が付託された場合において、その宣誓は保証人にも利益となる。」

四項「連帯債務者の一人に対して宣誓が付託された場合において、その宣誓は相債務者の利益となる。」

五項「また、保証人に対して宣誓が付託された場合において、その宣誓は主債務者の利益となる。」

六項「前二項の場合において、連帯債務者または保証人による宣誓が相債務者または主債務者の利益となるのは、その宣誓が債務に関して付託された場合に限られる。連帯または保証の事実に関して付託された場合には利益とならない。」

時効中断や判決の効力のように、一般論として相対効原則が定められている事由は他にもある。和解・宣誓がそれである。このうち、宣誓については、連帯債務および保証に関して明文がある（一三六五条三項―六項。かような制度下で、連帯債務者の一人による和解・宣誓・宣誓拒絶・宣誓付託・宣誓再付託の効果およびその理論構成が議論されている。

第三款 債務単一性原理を用いる説

諸事由の説明にさいし債務単一性を挙げる学説はいくつかあるが、債務単一性の中身を説明するものは次のものだけである。

目的物の点では債務が単一であることから、一人について債務を永続させる事由は全員について債務を永続させることになる。連帯債務においては、債務者甲の約務が債務者乙の義務内容を履行するというものであり、乙の約務は甲の

義務内容を履行するものである。このために、一人について当初の債務が存続する限りは、相債務者についても債務が存続する（だから、当初の有体物引渡債務が転化した価額支払債務につき過責・遅滞なき債務者も義務を負うし、時効中断の効力も他へ及ぶというのである——福田）。しかし、右の義務内容とは契約時におけるものを指す。したがって、契約後に一人の行為によって債務が増大するとしても、相債務者について債務が増大する理由はない（だから、損害賠償義務を負うのは過責・遅滞ある債務者に限られる）。このようにいう（*Delvincourt, t.2 p.139-142 et note 1 de la page 140 (notes et explications p.499)*）。

債務の単一性原理からの説明はすでにポチエにみられたが、説明の本身は異なる。ポチエが債務単一性をいうさいは債務原因の異同に着目していたのに対して（前章第一項2、第八項註（3）でみたように、弁済その他の債務消滅事由（特に弁済者代位）・一人の過責によるまたは遅滞中の後発的履行不能・時効中断についてこの説明をする）、右の説明においては各債務者の約務内容が相債務者の義務を指示し合っていることに着目している（債務免除についても同旨の説明がみられる。後述第三節第五項第一款第一目2参照）。この差異は保証の位置づけに現れている。ポチエが原因の異同という点から主債務と保証債務にも単一性があるというのに対して、デルヴァンクウルの説明では、保証人の約務内容は主債務者の義務を指示しているけれども主債務者の約務内容は保証人の義務を指示しておらず、債務単一の関係にはないというのである（その結果として、デルヴァンクウルは保証人に対する時効中断の効力が主債務者へ及ばないとする。後述第三節第五項第一款第一目2・第四款第一目1・第二目、第八項第二款第五目1参照）。

これと同様の考え方をする学説は、時効中断効の説明に限っていえば他にもみられる（*Troplong, De la prescription t.2 n.628 p.147; Duranton, t.21 n.271 p.448-9; Pardessus, Cours de droit commercial t.1, 1856 n.240 p.302*）。しかし、第一款で挙げた諸事由の説明を超えて連帯債務の基本的枠組といえるようなものを、債務単一性として提示するのはデルヴァンクウルだけである。

その一方で、多くの学説は債務単一性を用いた説明に反対する。時効中断の絶対効について、債務単一性は決定的な

理由でない (Duranton, t.11 n.216 p.267; Toullier, vol.3 2 partie n.729 p.448-9)。目的物の点では債務が単一だけれども、法律関係は債務者ごとに存する ('l'unité d'objet, la pluralité des liens')。このために、債務単一性原理では絶対効を説明できないというのである (Laurent, t.17 n.304 p.305; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1213-4 p.324-5 et 330-1)。

この批判における債務単一性は、義務内容の相互指示に着目しない点でデルヴァンクウルとは異なるとともに、ポチエとも異なり、単に給付の一倍額性を指すにすぎないといえる。すなわち、「目的物の点では債務が単一だが、法律関係は債務者ごとにある」という定式はポチエも示しているが、論述箇所は連帯債務成否の局面に限られる(債務の目的物は同じでなければならないが、履行期や履行地を区々にする場合でも連帯債務が成立するというさいにこの定式を用いる。前章第一項2参照)。ところが、右の批判は「法律関係は債務者ごとにある」との部分強調することによって、後発的履行不能や時効中断の説明を債務単一性とは別の理由(通説でいえば、相互代理)に求めている。これによって、債務単一性で説明できるのは弁済等の債務消滅事由(弁済・供託・更改(・代物弁済)・免除・相殺・時効完成)に限られることになった。しかも、ポチエは原因の異同に着目して債務の個数を区別していたが、一九世紀にはかような議論がみられない。これらのことから、一九世紀における学説の大勢がいうところの債務単一性とは、ポチエのような債務の個数論ではなく、弁済があれば全員が解放されるという関係、つまり給付の一倍額性を意味するにすぎないように思われるのである。⁽¹⁾

第四款 相互代理原理を用いる説

1 初期の学説

民法典下において相互代理原理を主張したもののうち、最初期の学説は次のようにいう。

訴求による時効中断に一体型絶対効を認める一二〇六条の理由について、ポチエらによれば、債務の目的物が同一であつて債務が単一だからだという。しかし、この理由づけは弱く不十分であるように思われる。したがつて、より説得力ある理由づけを探索しなければならない。それは、連帯債務の性質自体にある。複数の者が単一の契約によつて単一の債務について連帯して義務を負う場合には、それにより、当該債務に關して組合關係に入り、お互いのために弁済することにつき黙示の委任により負担を負う。または、一二一六条が示すように、お互いの保証人となる。したがつて、一人で弁済した者は、自分のために行爲すると同時に、他の債務者のために各自の負担部分を弁済することになる。同様に、一人が債務を承認すれば、その承認は自己の名ですると同時に、黙示の委任に基づいて相債務者の名でも承認することになる。さらに、債権者が一人に対して訴求すれば、全員の受任者、全員の保証人に対して訴求することになる。だから、時効中断の効力は全員へ及ぶ。また、一人に対する損害金の請求は、全員について損害金を発生させる(二二〇七条)。同じ原理により、目的物の滅失が債務者の一人の過責によるまたは一人の遅滞中であれば、相債務者は目的物の価額を支払う債務から解放されない(二二〇五条)。相債務者に過責がなくとも、組合員もしくは受任者の一人の過責によつて目的物が滅失したのだから、その者の行爲は当然に相債務者の責に帰す。しかし、連帯は推定されず拡張し得ないことから、過責・遅滞なき債務者は損害賠償義務を負わない。組合員または受任者の過責のために相債務者が債務から解放されないのと同じく、その過責により債務が拡大・増大することはない(Toullier, vol.3 2 partie n.729-31 p.448-50. すでに紹介がある。淡路『連帯債務の研究』一〇一―一二頁)。

右の説明においては、組合・委任(代理)・保証が並列的に挙げられている。その關係はよくわからない。このうち、相互保証については、具体的な議論において相互保証が挙げられているのは第二款の諸事由である(Demante, t.5 n.133 et 138-40 p.206, 214 et 217; Mourlon, t.2 n.1630 p.857; Huc, t.7 n.318-9 p.429-30)。債務消滅事由をめぐる議論で相互保証を持ち

説
出すものはみあたらない（唯一の例外が、相殺抗弁についてみられる。後述第三節第六項第一款第一目2b参照）。

相互保証構成に対しては、たとえ債務者相互の関係においては相互保証人とみることができるとしても、債権者に対する関係では各債務者が主債務者になるとの反論がある（Demolombe, t.26 n.207-9, 228, 272 et 313 p.174-6, 184, 204 et 249-51; Colmet de Santerre, t.5 n.133 bis et 136 bis I p.206 et 212, 相殺援用権に関して同旨を説くものにつき後述第三節第六項第一款第一目2a参照）。学説の大勢は、委任または組合関係に伴って生ずる委任を根拠とした相互代理構成をとる（Demolombe, t.26 n.201, 206 et 341 p.169-70, 172-4 et 281; Colmet de Santerre, t.5 n.139 bis et 328 bis XXIV p.214-7 et 616; Larombière, t.3 art.1200 n.4 p.389-90; Marcadé, t.4 n.602 et 608-11 p.504-5 et 508-10 et t.5 art.1351 n.XIII p.210-1; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1213 p.324-9）。

2 代理の範囲

一二〇五条・一二〇六条を相互代理原理で説明する学説が大勢を占めるようになった後も、相互代理の中身について学説が説くところは一致しない。具体的には、相互代理原理の範囲について理解が二つにわかれる（代理範囲に関する確な整理として、Huc, t.7 n.318 et 328 p.428-30 et 440-2参照）。

a 債務を保存・永続させる行為には代理が及ぶけれども、債務を増大させる行為には及ばないとする説

ポチエは、後発的履行不能について、一人の行為・過責・遅滞は、債務を保存し永続させる点で相債務者を害するが、債務を増大させる点では相債務者を害しないとした（Obligations, n.273）。学説は、この定式を代理範囲に結びつけ、債務を保存し永続させる点には代理が及ぶけれども、債務を増大する点には及ばないという。代理の範囲論としては、多くの学説がこの理解をとる（Toullier, vol.3 2 partie n.731 p.450; Mourlon, t.2 n.1253 et 1255 p.656-7 et t.3 n.1884 p.782; Demolombe, t.26 n.341

p.281; Colmet de Santerre, t.5 n.139 bis I p.214-7; Marcadé, t.4 n.608-11 p.508-10, t.5 art.1351 n.XIII p.210-1 et t.12 n.181 p.212; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1213 p.327-9)。

b 相債務者の地位を良化する行為には代理が及ぶけれども、悪化させる行為には及ばないとする説

ある学説は、他の債務者の地位を良化する (améliorer) 行為については相互に委任があるけれども、悪化させる (détériorer) ことについては委任がないという (Larombière, t.3 art.1200 n.4 p.389-90)。これにより、債務者の一人がなした宣誓は相債務者へ利益をもたらす (一二六五条四項)。また、一人がなした和解については、相債務者は対抗を受けないけれども、相債務者にとって利益にはなるという (op. cit. art.1208 n.11 p.160)。一人が勝訴し請求棄却判決を受けた場合についても、相債務者は利益を受けるとして同じ説明をする (op. cit. n.18 p.465)。もっとも、単純に利益・不利益だけで代理権の有無をわけるのではなく、時効中断の一体型絶対効について、債権の保存に関しては相互に代理するという (op. cit. art.1206 n.1 p.439)。また、一人が敗訴し請求認容判決を受けた場合に相債務者へ l'autorité de la chose jugée が及ぶというさいに、全員を代理して全員のために争ったのだという (op. cit. art.1208 n.19 p.467)。

別の学説は次のようにいう。代理は債権者のためでもあるが、債務者のためでもある (Aubry et Rau, t.4 p.38)。まず、債権者の権利を保存し、権利を行使することについては債権者のために代理する。これにより、一人についての事由が全員についてのものとみられる。時効中断 (二二〇六条) や一人に過責・遅滞ある場合の目的物滅失 (二二〇五条) がこれにあたる (op. cit. p.28-9)。しかし、債権者のための相互代理は、その根拠を当初の債務にしている。このために、相債務者に新たな債務を負担させたり、約務設定時における地位を悪化させる効果をもつ事由には相互代理が及ばない。具体的には、目的物が滅失しても過責・遅滞なき債務者は損害賠償義務を負わない (二二〇五条)。また、一人がなした和解や一

人が受けた敗訴Ⅱ請求認容判決は、相債務者に対抗できない (Op. cit. p. 30)。次に、連帯により債務者自身のために、債権者に対するお互いの地位を良化することについて代理するとみられる。これにより、一人がなした宣誓 (一三六五条四項や和解、一人が受けた勝訴Ⅱ請求棄却判決は、全員が援用できるといふ (Op. cit. p. 31 et l. 8 p. 379-80)。

この説は、古典的な a の定式を修正したものであるとの見方がある (Baudry-Lacantinerie et Barde, l. 13 n. 1213 p. 328)。しかしむしろ、判決効の拡張に関する議論を連帯債務論に持ち込んだものかもしれない⁽²⁾ (後述・参照)。

c 不完全代理説

以上の二説は、連帯債務の性質論に関する学説を整理したものである。これと視点をかえて債務の性質論から離れると、代理に関する別の考え方が浮かび上がる。すなわち、和解・宣誓・判決のように相対効を原則とする事由に着目すると (二〇五一条、一三六五条一項、一三五一条。後にみる免除についても同じである。一一六五条。後述第三節第五項第二目参照)、連帯債務に固有ではないような代理が認められているのである。それが、不完全代理の考え方である。

この考え方は、代理構成をとることによって、相対効原理の枠内で絶対効を説明するものであって、二つの特徴をもつ。

第一に、代理構成の根拠は連帯債務者が弁済につき代理権を有していることに求められているが、連帯債務に限らず、保証 (主債務者が保証人を代理するといふときと、保証人が主債務者を代理するといふときがある) や不可分債務の場合にも、代理関係からの説明がみられる。もっとも、弁済についての代理を連帯債務の性質として挙げる学説がある (Toullier, vol. 3 2 partie n. 729 p. 449; Mourlon, t. 2 n. 1247 p. 654; Larombière t. 3 art. 1200 n. 4 p. 389。しかし、弁済の効力を説明するさいに、相互代理原理を持ち出すものはない。後述第三節第一項参照)。しかし、和解・宣誓・判決に視点を置いて保証や不可分債務の議論をみると、連帯債務の場合と

同じく、弁済についての代理を理由として和解等に関する代理関係が認められているのである。このために、弁済に関する代理に着目した議論は、連帯債務に特有のものではないといえよう。

第二の特徴は、債務者側に有利な事由に限り代理権を認める点である。すなわち、不利な事由については代理権がない(この点で代理が不完全ということによって、一体型絶対効を排除するのである(この点で、前述bの説明は、不完全代理の考え方の中に取り込むこともできる)。もっとも、時効中断の効力が及ぶこと(債務者側に不利な事由である)を説明するさいにも、弁済に関する代理権から推論する学説がみられる(前述1、後述第三節第八項第二款第五目1、2)。また、判決効については解釈論上の対立がみられるところ、効力が及ぶかを不完全代理の考え方から請求の棄却か認容かで区別する学説と、判決の結論によって効力の有無を異にするのはおかしいと考えて訴訟行為自体について代理権が及ぶのだとする考え方とがある(左掲文献中で、判決について不完全代理の考え方を一貫させない論者がこれにあたる)。これらの学説情況からすると、不完全代理の考え方は、条文を説明したり妥当な結論を得るために各事由における相對効原理を回避するためのものにすぎないのではあるまいか(債務免除や更改についても相互代理が持ち出されており、これも債務免除や更改という合意に関連して出てくる相對効原理を説明するためだと思われる。後述第三節第三項4、第五項第一款第一目2・第二目2参照)。

不完全代理の考え方がみられるのは次の文献である。

連帯債務の場合については、少なくとも学説が不完全代理の考え方を示す(Duranton, t.18 n.420 p.470-3(和解), t.13 n.605 p.632(宣誓), t.13 n.519-20 p.556-9(判決); Troplong, Du cautionnement et des transactions n.125-6 p.644-5(和解・宣誓・判決)については説明なし); Mourlon, t.3 n.1189 p.478(和解), t.18 n.420 p.470-3 t.2 n.1653 p.867, t.2 n.1630 p.857(判決); Aubry et Rau, t.4 p.30 texte et note 31 et p.644 texte et note 1(和解), t.4 p.30 texte et note 31 et t.8 p.194 texte et note 41 et p.197 texte et note 49(宣誓), t.8 p.379(判決); Demolombe, t.26 n.341 p.281-2 et

l.30 n.678 et 684 p.581 et 583(宣誓)。しかし、判決については有利不利を問わず効力が及ぶということと、不完全代理構成を批判する。l.26 n.374 p.310-4 et l.30 n.370 p.350-3); Larombière, l.3 art.1208 n.11 p.460(和解), l.3 art.1208 n.11 p.460 et l.7 art.1365 n.7-8 p.351-4(宣誓)。その一方で判決については有利不利を問わず代理が及ぶという。l.3 art.1208 n.18-9 p.465-8); Marcadé, l.5 art.1365 n.3 p.256(宣誓), l.5 art.1351 n.13 p.210-1(判決); Marcadé et Pont, l.9 n.673 p.379(和解); Huc, l.12 n.316 p.357(和解)。その一方で、判決については単独債務者と同じに扱われることから、有利不利を問わず効力が及ぶという。l.7 n.328 p.440-2); Guilhonard, Transactions n.99 p.402(和解・宣誓・判決については説明なし); Baudry-Lacantinerie et Wahl, l.24 n.1299 p.697(和解); Baudry-Lacantinerie et Barde, l.15 n.2765 et 2767 p.429-31(宣誓)。その一方で、判決に関しては有利不利を問わず代理を理由に効力が及ぶという。l.13 n.1231 p.344-7))。

主債務者が保証人を代理するという場合についても、同様の議論がある(Duranton, l.13 n.604 p.631-2(宣誓)。その一方で、判決に関しては有利不利を問わず効力が及ぶという。l.13 n.517 p.551-2); Troplong, Du cautionnement et des transactions n.506-7 et 125 p.444 et 645(和解)。その一方で、宣誓や判決に関しては有利不利を問わず効力が及ぶという。op. cit. n.510-3 p.446-8); Mourlon, l.2 n.1653 p.867(宣誓)。その一方で、和解や判決についても有利な場合に限ると主張するものに、その根拠を求償関係に求める。l.2 n.1629 p.857 et l.3 n.1190 p.478); Aubry et Rau, l.8 p.380(判決); Demolombe, l.30 n.677 et 685 p.581 et 583(宣誓); Larombière, l.7 art.1365 n.8 p.354(宣誓)。その一方で、判決に関しては有利不利を問わず効力が及ぶという。l.3 art.1208 n.12-5 p.461-4); Marcadé, l.5 art.1351 n.13 p.211-2(判決)。その一方で、宣誓に関しては、有利な場合に限り効力を及ぼす点で結論は同じであるが、その理由を有利な場合には附従性に求め、不利な場合には別個の債務であることに求める。l.5 art.1365 n.3 p.256); Marcadé et Pont, l.9 n.409, 411 et 671-2 p.221-3 et 378-9(和解), l.9 n.409 et 411-2 p.221-3(判決)。その一方で、宣誓に関しては、有利な場合に限り効力を及ぼす点で結論は同じであるが、その理由を有利な場合には附従性に求め、不利な場合には別個の債務であることに求める。l.9 n.409 et 411-2 p.221-3); Baudry-Lacantinerie et Wahl, l.24 n.1299 p.698(和解); Baudry-Lacantinerie et Barde, l.15 n.2765 et 2767 p.429-31(宣誓))。

逆に、保証人が主債務者を代理するという場合にも、不完全代理の議論がみられる(Troplong, op. cit. n.446 et 448 p.396 et

398(宣誓), n.449-58 p.398-407(判決), n.460 p.407-8(和解); Mourlon, t.2 n.1653 p.867(宣誓)。その一方で、和解に関しては相対効だという。t.3 n.1190 p.478。また、判決に関しては、不利な判決を受けた場合だけに言及し、代理の不存在を理由に効力が及ばないという。t.2 n.1630 p.857)。Aubry et Rau, t.4 p.665 texte et note 6 et 7(和解), t.8 p.381-2(判決); Larombière, t.7 art.1365 n.7-8 p.351-2 et 354(宣誓), t.3 art.1208 n.6-7 p.464-5(判決); Marcadé, t.5 art.1365 n.3 p.256(宣誓); Marcadé et Pont, t.9 n.345 et 348-52 p.185-8(宣誓), n.347 p.185-6(判決)。また有利な和解については代理の効果として効果が及ぶという。t.9 n.346 p.185); Baudry-Lacantinerie et Barde, t.15 n.2765 et 2767 p.429-31(宣誓))。

このほかに、保証人の行為が主債務者にとって有利であるとすれば、主債務者はそれを事務管理として追認すれば効力が及ぶと構成するものがみられる (Guilhonard, Traité du cautionnement & des transactions n.100 p.403(和解), n.223 p.252(判決))。

不可分債務者相互間にも同様の代理関係を認めるものがある (Aubry et Rau, t.4 p.664(和解)。その一方で判決に関しては、有利なら一体型絶対効だが、不利なら負担部分型絶対効(計算義務?)になるという。t.8 p.381-2 texte et note 53); Larombière, t.7 art.1365 n.8 p.355(宣誓)。その一方で判決に関しては、有利不利を問わず代理を理由に効力が及ぶという。t.3 art.1225 n.12-7 p.620-4 et t.7 art.1351 n.100 p.111-5)。Marcadé, t.5 art.1351 n.13 p.208-10(判決)。その一方で和解に関しては、有利なら一体型絶対効だが、不利なら負担部分型絶対効(計算義務?)だという。Marcadé et Pont, t.9 n.676 p.380)。また、不完全代理の考え方をとるわけではないが、不可分債務を連帯債務と同じだとしたうえで、代理の関係を認めるものがある。Toullier, vol.5 2 partie n.206-7 p.174-5(判決)。有利不利を問わず効力が及ぶという。これに対する批判、Duvergier, sur Toullier op. cit. p.175 note a)。また、不可分債権者相互間についても同旨の見解がある (Duranton, t.13 n.528 p.570-1 et t.18 n.418 p.469-70(和解)。その一方で不可分債務者の一人がなした宣誓については、有利不利を問わず相対効だという。もっとも、有利な宣誓の場合において、不可分債務が損害賠償債務に転化すれば、一二四条の考え方から債権者は当該債務者に対して計算義務を負うという。t.18 n.607 p.633-4); Troplong, op. cit. n.125 et 127 p.644-5(和解))。

不可分債務に代理を認めることに對しては、反対説もある (Demolombe, t.26 n.628-33 p.559-63(判決) et t.30 n.687 p.584(宣誓));

論
3 相互代理原理の位置づけ

右のように、多くの学説は諸事由の効力を相互代理原理で説明する。この原理の位置づけを知りうるような局面が、時効中断の効力をめぐってみられる。

時効中断の効力が債務者全員へ及ぶことについては、代理の具体的中身を別とすれば、多くの学説が相互代理に理由を求める⁽³⁾⁽⁴⁾(Mourlon, t.2 n.1250 p.655 et t.3 n.1884 p.782; Aubry et Rau, t.4 p.28; Demolombe, t.26 n.355 et 625 p.299 et 555-6; Colmet de Santerre, t.5

n.328 bis XXIV p.616; Larombière, t.3 art.1206 n.1 p.439; Marcadé, t.4 n.610 p.509 et t.12 n.181 p.212; Guilouard, Traité de la prescription, t.1 n.269 p.256; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1214 p.330-1; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.560 p.416-9. 同旨 Toullier, vol.3 2 partie n.729 p.449; Laurent, t.17 n.294, 304 et 397 p.292-4, 305 et 401)。

もつとも、時効中断事由が私署証書による債務承認である場合には、少し事情が異なる。

私署証書の成立を第三者に対抗するには確定日付を要する(一三八条「私署証書が第三者に対する関係で日付を具備するのは、証書の登録日または証書署名者もしくは署名者の一人の死亡日、封印証書もしくは財産目録調書のような官吏作成の証書による内容確認の日となる」)。もつとも、代理人が署名した場合の本人は右にいう第三者にはあたらないと解されている(さしあたり Baudry-Lacantinerie et Barde, t.15 n.2351 p.80-1 参照)。

このことから、連帯債務における相互代理を理由にして、債務者の一人が債務承認証書へ署名すれば相債務者についても時効中断の効力が及ぶという学説がある(Guilouard, Traité de la prescription, t.1 n.255 et 270 p.240-2 et 256-7; 結果同旨, Huc, t.14 n.413 p.518)。しかし多くの学説はこれに反対し、署名していない債務者に対して時効中断を主張するには、私署証書に

確定日付を具備する必要があると云う (Duranton, t.21 n.270 et 282 p.447-8 et 471; Pardessus, Cours de droit commercial t.1 n.240 p.303; Aubry et Rau, t.2 p.362; Marcadé, t.12 n.181 p.212 note 2; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1215 p.332 note 1; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.563 p.418. 同旨 Delvincourt, t.2 note 5 de la page 205 (notes et explications p.639). 同旨の裁判例も幾つ。Bordeaux, 23 déc. 1861, S.1862, 2, 319= Jur. gén. suppl. t.13, 1863, v. Prescription civile n.417 p.174 note 1)⁽⁹⁾。

このように確定日付を要求する学説が多いことから、相互代理原理の位置づけを窺うことができるかもしれない。すなわち、条文または解釈上の結論として一体型絶対効がある場合には、相互代理原理が持ち出される一方で、相対効の結論をとるときは、相互代理が及ばないという。なかには、時効中断につき法律が代理関係を認めたのは例外であって、代理関係を拡張解釈すべきでないというもののさへある (Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.563 p.418)。そうであれば、この原理が連帯債務の基本原理だと説明されているけれども、それを表面通りに受け取ることができないように思われる。代理は例外だという説明を重視すれば、むしろ、説明の道具として代理が持ち出されているにすぎないとさえいえよう。そして、相互代理原理のなかに何らかの具体的な利益衡量(例、債務者側を共同体としてみるような発想)がある、そのように捉えることは——少なくとも——躊躇すべきだと感ぜられるのである。⁽⁶⁾

第五款 相互代理原理を批判する説

相互代理原理に対しては批判もみられる。連帯の諸効果を相互代理原理では説明できない、あるいは相互代理原理を用いずとも説明できるというのである。

ある学説は次のようにいう。連帯債務においては、一個の原理があつてそれが二つの側面をもつ。一面からみると、

複数の債務者がいて、債務者の数だけ法律関係がある。他面からみると、債務は一個である。債務者全員が同じもののその全部について義務づけられるからである。したがって、複数の法律関係と一個の債務がある。各法律関係において、各債務者は、単独債務者であるのと同じく債務全体について義務を負う。その法律関係は、債務単一性により、一個のものとなる。これにより、債務者全員は一個の人格を形成するとみられる (Laurent, I.17 n.294 p.292-4)。これを具体的にいうと、時効中断に一体型絶対効があるのは (二〇六条、債務者全員が一人の債務者とみられることによる。もつとも、この点については、組合や代理からでも説明できる (op. cit. n.304 p.305)。損害金請求の絶対効は (二〇七条、相互代理原理と調和しない。相互代理原理においては、債務を増大させることについては委任がないとされているからである。むしろ、その絶対効は訴訟や費用の回避を目的としたものであるといえる (op. cit. n.310 p.308-9)。一人の過責によるまたは遅滞中の目的物滅失については (二〇五条、相互代理原理から説明されている。しかし、目的物の価額を支払う債務を負うことが、過失・遅滞なき債務者にとってその地位を悪化させることにならないのかは疑問である (op. cit. n.311 p.309-11)。また、判決の効力については相対効であって、訴訟上の代理は成立しないという (op. cit. I.20 n.120 p.149-53)。

別の学説は次のように考える。連帯の目的は、債権者が一度に完済を受けられるようにすることにある。このために、債権者は任意の債務者に対して単独債務者であるのと同じように訴求できる。したがって、訴求の効果も単独債務者である場合と同じになる。その結果として、全員に効力が及ぶ (Huc, I.7 n.316-30 p.424-31)。

第六款 不完全連帯論と全部義務論

不完全連帯論と全部義務論は、連帯の効果を一部否定する点で共通しているが、体系上の位置づけを異にする。不完

全連帯論は、連帯債務の一部を不完全連帯として位置づける議論であるのに対して、全部義務論は連帯とは別に似而非なる概念として位置づける議論である。

何れの議論とも、その主たる対象は第二款で挙げた諸事由である。債務消滅事由をめぐっては殆ど議論がなく、叙述があっても網羅的でない。このために、本稿では扱わない。ここでは、不完全連帯や全部義務といわれるものについて否定される効果は、通説において相互代理原理と結びつけられていることを指摘するにとどめる。

以上の基本的な考え方を踏まえたうえで、個別の事由に関する考え方をみる。

(1) フランス法の位置づけとして、連帯債務の個数論につき一個説が通説だというものがみられる(石坂音四郎『日本民法第三編 債権第三卷』七八三―四頁、仁井田益太郎『連帯債務ノ性質』法協三四卷一号四八頁、鳩山秀夫『増訂改版日本債権法(総論)』二四九―五〇頁、沼義雄『綜合日本民法論別巻第四債権総論』二八一頁、田島順『債権法』一三八頁)。おそらくは、目的物に関して債務が一個だとされている点に着目したのであろう。たしかに、ポチエやそれを受け継いだ初期の学説は、目的物に関して債務は一個だというさいに日本でいうような一個説を含意していたようである。しかし、少なくとも一九世紀においては、その意味は修正されて、給付の一倍額性を指すにすぎなくなつたと解される(日本でも、フランス法の位置づけとして二個説をとるとみるかの如きものがある。近藤英吉『柚木馨』註釈日本民法(債権編総則)中巻、四四頁。このほかに、法律関係の点では多様であるとされている点に着目して複数説をとっていると解し、さらに進んでポチエがこれを述べていることを理由にポチエをも複数説だとみるものがある。岡松参太郎『連帯義務ト全部義務トノ區別』法協一三卷二号九五―六頁、一〇四―九頁、勝本正晃『債権総論中巻之一』一〇七頁註一)。

(2) Aubry et Rau, t.8 p.379-82 においては、一定の者について判決効拡張の有無を判決の結論により區別し、債務者に有利な判決については訴訟における相互代理原理があるとする一方で、不利な判決については相債務者は第三者になるとする。その例として、連帯債務のほかに、用益権者が判決を受けた場合における所有権者、主債務者が判決を受けた場合における保証人、不可分債務者の場合などを挙げる。この説明は、第二版にもみられるが(see t.3 p.300-1), 連帯債務については相互代理ではなく、債権者に対する関係において債務者全員が合わせて一人の単独債務者であるとみられることから説明

している (op. cit. l.1 p.345)。

(3) 時効中断については、債務単一性(第三款参照)や相互代理以外の説明として次のものがみられる。

イ 代理をいう必要はないとする学説がある。一人に対する請求で足りるようにすることが連帯の目的である。そのため債務者全員が一人にみられるのだ、そう説明できるという (Huc, t.7 n.316 et 319 p.424-6 et 430 et t.14 n.412 p.516, 第五款参照)。

ロ 中断効が全員へ及ぶのは、相互保証の結果である (Demante, t.5 n.138 et 140; Huc, t.7 n.319 p.430, 同旨 Toullier, vol.3 2 partie n.729 p.449, 第四款参照)。

ハ 中断効が及ぶことによって債務者は費用の増大を回避でき、この点で債務者の利益にもなる。もし請求が相対効だとすれば、債権者は全員に対して請求するだろうし、それによって嵩んだ請求費用は債務者の負担となるからである (Delvincourt, t.2 note 3 de la page 140 (notes et explications p.500); Mourlon, t.2 n.1255 p.657, 同旨 Colmet de Santerre, t.5 n.328 bis XXIV p.616)。

以上のほかに、系譜的説明としては、ポナエと同じロオマ法文 (Iust. C. 8. 39. 4) が挙げられている (Maleville, t.3 p.73; Duranton, t.12 n.216 p.266; Troplong, De la prescription t.2 n.628 p.147; Demolombe, t.26 n.355 p.299; Larombière, t.3 art.1206 n.1 p.439)。

(4) もっとも、相互代理の具体的範囲に関する理解は一樣でない。すなわち 2 a b でみたように、代理の範囲は債務を保存・永続させる行為あるいは地位を良好化する行為に限るとの学説があった。ところが、中断によって短期消滅時効であったのが一般時効となる場合において、時効期間伸長の効果が相債務者へも及ぶかという問題があり、学説が対立している。そして、伸長の効果が及ぶとする学説は、債務を増大させるのではなく保存するにすぎないからだとするが (Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1217 p.332-3, 同旨 Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.562 p.417, また「この見解をとる裁判例もある。Rouen, 5 mars 1842, S.1842. 2, 318= Jur. gén. t.36 v. Prescriptions n.623 p.191 note 2」) その一方で、効果が及ばないとする説は「期間伸長により債務の増大になるあるいは地位を悪化するからだ」というのである (Aubry et Rau, t.4 p.30; Laurent, t.17 n.309 p.308, 結果同旨 Huc, t.14 n.412 p.517-8)。

(5) 事案は「終身定期金債務を二人の女性が負ったというものである (二人は姓を同じくし、定期金設定後ともに婚姻していることからすれば、姉妹ではあるまいか)。債務承認は、一方債務者の夫がしている (夫婦財産契約が婚資制であったために、婚資についての管理権を夫が有した。民法原始規定一五四九条)。

(6) 二〇世紀においては次のようにいうものがみられる。相互代理の考え方が妥当するのは、債務者相互間に利益共同体 (une communauté d'intérêts) の関係がある場合だけであって、互いに無関係であれば妥当しないのである (Ripert et Boulanger, *Traité de droit civil*, t.2 1957 n.1829 p.658, また, Vincent, *L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive*, RTDciv. 1939 n.55 p.666; Derrida, *Encyclopédie Dalloz* 1955 t.5 v. Solidarité n.91 p.27 et 1975 t.8 n.102 p.9 参照)。

しかし、そのように考えるとしても、相互代理が妥当する場合につき利益共同体の関係があるというだけでは説明しきれない。というのも、本文で挙げた確定日付に関する判決は、利益共同体の関係を認めてもよさそうな事案だったといえるからである(前註参照)。そうであれば、証書の対抗力の問題を別異に解した理由が示されない限り、利益共同体の關係が重要な考慮要素になっていたとはいえないように思われるし、かえって、さほど考慮されていないのではないかとの疑問を生ずる。さらには、証書の対抗力のように、相互代理の範囲外だとされている局面が他にあるかも知れない(本稿は、債務消滅事由に着目して連帯債務や保証の効力を探るものであって、相互代理原理自体の射程については省略する)。

以上のことから、相互代理原理の裏に利益共同体という発想があるとみることに躊躇するのである。そして、先行業績においては、利益共同体の発想が裏にあるとみる説明だけを紹介しているが(淡路剛久『連帯債務の研究』一〇三―四頁、この紹介は若干正確さを欠くように思われる)。

第三節 個別の諸事由の効力

第一項 弁済

一二〇〇条「債務者側の連帯が成立するのは、債務者が同一物について債務を負い、各債務者が全部について強制を受けることがあり、かつ一人の弁済により相債務者が債権者から解放を受けるような場合である。」

一二〇八条一項「債権者から訴求を受けた債務者は、債務の性質に由来する諸抗弁（⁽¹⁾les exceptions）ならびに自己に固有の諸抗弁および共同債務者全員に共通する諸抗弁のすべてをもって対抗できる。」

二項「債権者から訴求を受けた債務者は、相債務者に純粋固有の抗弁をもって対抗することはできない。」

二〇一条「債務の保証人となる者は、債務者自身が履行しない場合において債権者に対してその債務を履行する責を負う。」

二〇三四条「保証により生ずる債務は、他の諸債務と同じ事由により消滅する。」

二〇三六条一項「保証人は、主債務者がかも債務に附著する諸抗弁（*les exceptions*）の全てをもって債権者に対抗できる。」

二項「しかし、保証人は債務者に純粋固有の抗弁をもっては対抗できない。」

1 学説による説明

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（二〇〇条、二〇八条）。債務は一個だからだとされてゐる（*Toullier*, vol.3 2 partie n.732 p.450; *Aubry et Rau*, t.4 p.25; *Demolombe*, t.26 n.203 et 376 p.170-1 et 315; *Laurent*, t.17 n.329 p.333-4; *Baudry-Lacantinerie et Barde*, t.13 n.1211 p.322）。

主債務者が弁済すれば、保証人も解放される（二〇一条、二〇三六条一項）。保証債務の附従性が理由とされている（*Delvincourt*, t.2 p.169 et note 3 de la page 169 (notes et explications p.558); *Toullier*, vol.4 1 partie n.5 p.6; *Aubry et Rau*, t.4 p.692; *Marcadé et Pont*, t.9 n.391 p.212; *Baudry-Lacantinerie et Wahl*, t.24 n.1138-9 p.597-8. このほかに、主債務の消滅事由一般について、保証債務の消滅を附従性から説明するものがある。
Maleville, t.4 p.123; *Duranton*, t.18 n.371 p.407; *Mourlon*, t.3 n.1124 p.451-2）。

保証人が弁済した場合には主債務者も解放される（*Troplong*, *Du cautionnement et des transactions* n.443 p.393. 弁済者代位の問題は将来の課題とする）。学説は、主債務者が解放される理論的根拠を説明しない。

右のことから次のことを指摘できる。保証人の弁済により主債務が消滅する理由を挙げるものはみあたらない。このために、主債務者の弁済による保証債務消滅の理由となっている附従性についても、それが唯一の理由であるかの疑いを生ずる（前章第一項2参照）。この点を次に検討してみる。

2 検討——保証人の弁済をめぐる

① 給付の一倍額性からの説明

保証人の弁済により主債務が消滅することについて、ポチエと同じく債務の単一性にその理由を求めることができる。弁済をめぐるは明確な議論がみられないために、他の事由に関する議論をみると、時効中断について債務の個数論に言及するものがある。その議論において、多くの学説は主債務と保証債務は別個であることを前提に議論している（個数論としては、連帯債務や保証においては別個の債務であるとみているものが多い。連帯債務につき前述第二節第三款、第四款2 a b・3、保証につき後述第八項第二款第五目1、2参照）。そうすると、ポチエと同じ説明をすることはできないようにみえる。

しかし、時効中断効に関する債務の個数論と弁済に関する給付の一倍額性とは別個の問題だともいえるのであって（前述第二節第三款参照）、一九世紀フランスでも給付の一倍額性を保証に認めていたとみることもできよう。そうであれば、保証の場合にも、主債務者や保証人による弁済の効果は給付の一倍額性で説明することになる（前章第一項2参照）。

② 保証人が弁済するのは主債務だとする説明

それとは別に、不完全代理の考え方に着目して次のように考えることもできる。すなわち、保証人の弁済は、保証債務に充てられたものではなく、主債務者の代理人として主債務を消滅させるのだと構成するのである。現実はこの構成がとられているのかはわからないが、和解等の効力論において、保証人は弁済につき主債務者から代理を受けていると

説明されている（前述第二節第四款²を参照）。この説明は和解等を支配する相対効原理との整合性をつけるためのものではあるけれども、説明を文字通りにとれば、この理解がとられているといえよう。

もしこの構成がとられているとすれば、他の場合に関する説明を如何に位置づけることができるか。

第一に、主債務者の弁済による保証債務の消滅については、附従性が唯一の理由になっていると理解できる。もし附従性と並んで債務単一性や給付の一倍額性を説明概念としていたならば、保証人の弁済が主債務に充てられたものだとみる意味がなくなってしまうからである。

第二に、連帯債務の場合にも不完全代理の考え方が示されていることから、これについても代理構成がとられているとも理解できる。しかし、保証の場合と異なり、連帯債務者が相債務者の債務を弁済するという必要はない。しかも、附従性がないからそれだけでは説明にならず、代理構成をとるとともに附従性をも認めなければならなくなる。⁽²⁾たしかに連帯債務の性質論として相互保証構成をとるものはみられるが、債務消滅事由の効力を相互保証構成で説明することは念頭になかったように思われるのである（前述第二節第四款¹参照）。このように考えるならば、少なくとも学説の大勢においては、債務の単一性（あるいは単一性と相互代理の考え方をあわせたもの）が日本法にいう給付の一倍額性を指しており、それが理由になっているといえる。

（1）l'exception の本来的な意味は、手続上の防禦方法（le moyen de procédure）である。具体的には、原告の請求が時期尚早または不適式であるとして延期または退ける事由を指す。しかし、一二〇八条や一二〇三六条においては、この語が実体法上の防禦方法（le moyen de défense）を指している（Demolombe, t.26 n.377 p.316; Colmet de Sautter, t.5 n.142 bis I p.220; Laurent, t.17 n.299 p.297-8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1237 p.354）。

(2) 日本法の相互保証説においては、類似の構成をとる試みがみられる。すなわち、弁済者の負担部分については自己の債務に充てられたものであるけれども、残部については相債務者の債務に充てられたものであって、その結果として附従性が作用するとする(中島玉吉「連帯債務ノ性質ヲ論ス」志林一三卷八〇九号三四一七頁『続民法論文集』二二一五頁、山中康雄「連帯債務の本質」『私法学の諸問題』三七七八頁、三八六頁。また、石坂音四郎「中島博士ノ連帯債務論ヲ評ス」京法六卷一〇号一四八九一頁、中島玉吉「再ヒ連帯債務ノ性質ヲ論シテ石坂博士ニ答フ」京法六卷二二号一六二七一九頁も参照)。

第二項 供託を伴う現実の提供

一二五七条一項「債権者が弁済受領を拒絶する場合には、債務者は債権者に対して現実の提供をなし、債権者が提供の受領を拒絶すれば提供した金額または物を供託することができる。」

二項「供託を伴う現実の提供は債務者を解放する。現実の提供が有効に行われた場合には、債務者によって提供が弁済の代わりとなり、かくして供託された物は債権者の危険に帰す。」

一二六一条「供託が債権者によって受諾されていなかったならば、債務者は供託を取下げることができる。債務者が供託を取下げれば、債務者の相債務者または保証人は解放されない。」(供託取下とは日本法という供託物取戻に相当する。法典上の用語であるから、ここでは供託取下と表記する)

一二六二条「債務者自身が自己の提供および供託を有効とする判決を取得し、その判決が la force de la chose jugée を取得した場合には、たとえ債権者の同意があっても、債務者は供託を取下げて相債務者または保証人を害することができない。」(la force...については前節第二款d参照)。

一二六三条「la force de la chose jugée」を取得した判決によって供託が有効とされた後に債務者が供託を取下げることには債権者が同意した場合には、債権についていた先取特権または抵当権を債権者は債権の弁済のために行使することができない。供託取下に同意した証書が抵当権取得に必要な方式を具備した日以降に限り、債権者は抵当権を取得する。」

第一款 概説

一二六二条による相債務者や保証人の解放については次のようにいわれている。

債務者が現実の提供をしたうえで供託をなし、債権者が供託を受諾すれば、債務は確定的に消滅する。供託を有効とする判決が la force de la chose jugée を取得した場合には、その判決は債権者の受諾に等しい。したがって、右の受諾または判決後に債権者の同意を受けて債務者が供託を取下げても、債権債務者間における供託取下の合意は新たな債務を発生させるものである。だからこそ、供託取下にも拘わらず相債務者や保証人は解放されるのである。また、一二六二条において先取特権の復活が認められていないのもこのためである。さらに、抵当権については新たに設定の合意を要する⁽¹⁾ (Delvincourt, t.2 p.165-6, note 7 de la page 165 et note 1 de la page 166 (notes et explications p.551-2); Duranton, t.12 n.233-5 p.361-2; Mour-

lon, t.2 n.1385-6 p.728; Aubry et Rau, t.4 p.199-200; Demolombe, t.28 n.150, 154 et 157 p.111 et 113-5; Laurent, t.15 n.208-10 p.232-5; Demante et Colmet de Santerre, t.5 n.207 et 207 bis I-III p.394-5; Marcadé, t.4 n.741 p.610; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1630 et 1632-3 p.721 et 723-4)。

抵当権の復活について一二六三条は順位の復活だけを否定しているようにも読める。⁽²⁾しかし、学説は新たな抵当権設定の合意を要件とする。供託取下による抵当権の復活を否定しているのである。このことは、供託受諾によって弁済と同じ形で債務が消滅するとの考えを示している。

第二款 供託受諾の効果

右にみたように、学説は供託受諾の効果を弁済と同じだとする。さらに学説は、説明にさいして供託受諾を弁済と対比している。すなわち次のようにいう。

弁済とは所有権を移転することである。しかし、現実の提供と供託があるだけでは、供託物の所有権は移転しない。

債権者が供託物を受諾することによって所有権が移転するというのである⁽³⁾ (Duranton, t.12 n.229 p.358-9; Mourlon, t.2 n.1385 p.727-8; Laurent, t.18 n.201, 206 et 210 p.227-8, 230-1 et 233-4; Demolombe, t.28 n.147-8 et 150 p.107-8 et 111; Colmet de Santerre, t.5 n.202 bis II, V et n.207 bis I p.384, 386 et 394; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1627, 1630 et 1632 p.719, 721 et 723. なかには「受諾によって弁済自体が成立する」というものもある。Mourlon, Laurent, Demolombe)。

このような説明はポチエと同じものである(前章第二節第二項参照。債務消滅の要件ないし確定要件を、「オールドナンスまたは判決」から「債権者による受諾または判決」にかえたにすぎない。しかし、右の説明の射程は民法典下では不正確である。古法時代と異なり、所有権移転について意思主義がとられているからである(二三八条)。したがって、右の説明のうち所有権に関する部分が当て嵌まるのは金銭債務や種類債務等の場合に限られる。特定物債務の場合については、所有権の移転を目的物の引渡に読み替えないといけない。

第三款 供託取下の効果

債権者による供託の受諾または判決がある前に供託者が供託を取下げた場合には、相債務者や保証人は解放されない

(一一六一条)。学説によれば、先取特権や抵当権も存続する (Duranton, t.12 n.230 p.359 et t.20 n.295 p.495-6; Mourlon, t.2 n.1385 p.727; Aubry et Rau, t.4 p.199 note 31; Laurent, t.18 n.201 p.227-8 et t.31 n.360 p.348-9; Larombière, t.4 art.1261 n.1 p.506-7; Marcadé, t.4 n.741 p.610; Baudry-Lacantinerie et de Loyes t.27 n.2248 p.483)。抵当物件に第三取得者がいても同じであることを明言するものもある (Garsonnet, Traité théorique et pratique de procédure, Paris, 1897, t.6 n.1322 p.336 note 34)。それでは、担保物権について登記の抹消があればどうか。これに言及するものはみられない。代物弁済の場合に関する考え方からすれば、登記抹消があれば順位が保存されないだけとするのであろうか (後述第四項第二款 3 b 参照)。

供託者が供託を取下げないに、相債務者や保証人は取下に異議を申立てることができない (Duranton, t.12 n.232 p.360; Laurent, t.18 n.205 p.229-30; Larombière, t.4 art.1261 n.1 p.507; Hue, t.8 n.95 p.131. 民法典の立法過程では同旨の説明と異議申立を認める説明の双方がみられる。Bigot-Prémeneu, L'exposé des motifs et Jaubert, Le rapport au tribunal, Fenet, t.13 p.274 et 353)。

また、受諾や判決がある場合において、それによる供託物取下権の消滅を供託所に知らせるのは債権者の任務だと考えられている (Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1632 p.723)。すなわち、判決の存在につき供託所が善意で取下に応じた場合には、債権者は供託者に対して供託物の返還を求めることができるにすぎない (Duranton, t.20 n.235 p.362)。あるいは相債務者や保証人の債務・抵当権・先取特権が復活しないとされている (Toullier, vol.4 1 partie n.234 p.200-1; Aubry et Rau, t.4 p.200 note 35; Demolombe, t.28 n.156 p.114; Larombière, t.4 art.1263 n.3 p.510. 供託所は「受諾や異議申立の通知がない限り常に取下に応じなければならない」。

Toullier, loc. cit.; Aubry et Rau, t.4 p.199 note 30; Demolombe, t.28 n.148 p.108; Laurent, t.18 n.208 p.232; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1630 p.722)。

第四款 供託受諾または判決がある前の法律関係

供託受諾または判決がある前の法律関係については二通りの説明がある。⁽⁴⁾

第一説によれば、供託により債務は消滅する。もつとも、供託受諾または判決があるまでは債務消滅が確定しないという (Delvincourt, t.2 p.165)。この説明は、供託受諾や判決がある前に供託者が供託を取下げれば債務が復活するとの考え方を示すものである。

第二説の考え方は、供託により訴求に対する防禦方法が成立するにすぎないものである (明確ではないが次のものがこの考え方をとつてゐるように読める。Duranton, t.12 n.227 et 229-232 p.358-361; Mourlon, t.2 n.1385 p.727; Aubry et Rau, t.3 p.487; Demolombe, t.28 n.147 et 149 p.107-10; Laurent, t.28 n.201-2 et 205-6 p.227-31; Colmet de Santerre, t.5 n.202 bis V et n.206 bis II p.386 et 393-4; Larombière, t.4 art.1258 n.15 p.476)。

この二つの説明が具体的な結論を異にするのか否かは不明である。本稿で問題となるのは、債権者が供託者以外の者に対して訴求したところ、供託の抗弁を主張されたという局面である。第二説のなかには、連帯債務者や保証人が供託した場合について、この抗弁を否定するかの如きものがある (Larombière, loc. cit.)⁽⁵⁾。この局面について触れるものは他にみあたらない。

(1) これとは異なる説明もみられる。判決後の供託取下については当初の先取特権や抵当権を行使できないのだが、その理由を更改に求めて、供託取下の同意により更改が成立するというのである (Maleville, t.3 n.110)。

(2) 一二六三条が方式の具備だけを挙げている理由については次のように考えられているようである。民法典施行前においては、抵当権設定契約が明示されておらずとも債務を証する公正証書があれば当然に一般抵当権が成立した。たしかに、民法典では抵当権設定契約の明示が必要となった(一二七条、一二二九条)。しかし、一二六三条の起草時には、抵当権設定の要件が確定していなかったというのである (Delvincourt, t.2 note 1 de la page 166 (notes et explications p.552); Demolombe, t.28 n.158

p.115-6)。なお、古法下では債務についての公正証書作成にさいして黙示の抵当権設定契約が当然に結ばれると考えている (Pothier, *Hypothèque* n.10)。

(3) これとは少し異なる説明もみられる。

「物事は、設定されたのと同じ方法によって解消されるべきである (Res eodem modo dissolvi debet quo fuit colligata)」(この法諺は、ロオマ法における反対行為の考え方に由来するものである。これについては前章第五項冒頭参照)。そして、債務の形成には二つの意思の合致を要する。したがって、債務を確定的に解消するためにも意思の合致を要する。そして、債務者の意思は提供と供託によって示されており、債権者の意思は受諾によって示される。したがって、受諾によって債権は真に消滅する。しかし、受諾あるまでは債務者が供託物所有権を有する (Delvincourt, t.2 note 7 et 8 de la page 165 et note 1 de la page 166 (notes et explications p.551-2))。

この説明においては弁済との関係が示されていない。もともと、供託の受諾によって弁済と同じ効力が生ずる、こう考えていることだけはいえる。

(4) 本文で取り上げた論点は債務消滅の成否である。このほかに問題になる点として、目的物滅失に関する危険の移転 (二五七条二項) および損害金発生の有無があるけれども、紹介は省略する。

(5) ラロンビエエルは次のようにいう。「提供と供託をなしたのが保証人または連帯債務者であったならば、その提供と供託が弁済に相当するのは提供・供託者と債権者の間に限られる。主債務者または相債務者については、その提供と供託は弁済の代わりにならない。したがって、提供・供託者が相債務者に対して求償権を行使できるのは、その提供と供託が債権者によって有効とみとめられるかまたは：判決によって適法と認められた後に限られる」(Larombière, t.4 art.1257 n.15 p.476)。

この説明は、提供と供託による解放の効力を提供・供託者と債権者間に限るものである。そのさい念頭においているのは、供託者が相債務者に対して求償する局面であって、求償を否定することに主眼がある。しかし、供託者の供託物取戻に対して相債務者は異議を申立てることができないともしており (第三款参照)、供託者以外の者は債権者の請求を免れないと考えているのではあるまいか。

(6) 関係する判決がある (Cass. civ., 29 fév. 1864, S.1864, I. 495= Jur. gén. suppl. t.11 v. Obligations n.935 p.280 note 1)。抵当不動産の第三取得者が配当加入している抵当権者のために弁済提供と供託をした場合であっても、被担保債権の債務者は解放されな

いとする。特殊事情として、第三者が供託所に異議を申立てていたために（しかも抵当権者は異議の当事者でない）、抵当権者が供託金を受領できない情況にあり、そのことが重視されている。

第三項 更改

一二八一条一項「債権者と連帯債務者の一人との間でなされる更改により、相債務者は解放される。」

二項「主債務者についての更改は保証人を解放する。」

三項「但し、第一項の場合においては相債務者の加入を、第二項の場合においては保証人の加入を債権者が要求し、相債務者や保証人が新たな合意への加入を拒否すれば、旧債権が存続する。」

1 連帯債務者による更改

連帯債務者の一人について更改が成立した場合には、相債務者は解放される（一二八一条一項）。これにより、更改当事者となった債務者につき法定代位が成立するとされている（*Larombière*, t.5 art.1281 n.1 p.52-3; 同 *Jur.*, *Delvincourt*, t.2 note 7 de la page 173 (notes et explications p.570-1)）。相債務者が解放される理由としては、債務の存在自体についての消滅事由であること（*Demolombe*, t.26 n.392 p.328）¹あるいは弁済と同じ債務消滅効をもつ（*Mourlon*, t.2 n.1415 p.742; *Audry et Rau*, t.4 p.25; *Laurent*, t.17 n.330 p.334 et t.18 n.326 p.352; *Huc*, t.7 n.325 p.437; *Baudry-Lacantinerie et Barde*, t.14 n.1735 p.44-5. ²）³ *Colmet de Santerre*, t.5 n.142 bis II p.222）⁴ 更改が債権をもってなす代物弁済だ（という）が挙げられている。このほかに、お互いの地位を良化することについての

相互代理が前提になっているとの説明もみられる (Aubry et Rau, t.8 p.381 note 52)。連帯債務者の一人につき更改が生じた場合における更改の効果が争われた裁判例はみあたらない (更改の効力が他へ及ぶとしたうえで、更改後の新債務が不履行の場合に生ずる結果については議論がみられる。この点については後述第四項第二款3b参照)。

日本ではフランス法の紹介として、一二八一条二項により相債務者に影響がないことを特約できるとされている。特約によって、当該債務者についての新債務と相債務者についての旧債務とが併存し、一方の履行により他方も消滅する関係に立つと紹介されている (山中康雄『連帯債務の本質』『私法学の諸問題1 (石田文次郎選)』三七九—八〇頁、我妻栄『新訂債権総論』四一六頁。日本民法四三五条について通説は意思推定規定とみるが、その解釈における説得づけの一つになっているかに読める)。日本法の解釈論としてはともかく、一九世紀フランス法の紹介としては間違いである。たしかに、更改にさいして債権者が相連帯債務者や保証人の加入を求めたところ、相債務者等がこれを拒めば旧債務が存続すると規定されている (一二八一条三項)。しかし、相債務者等だけについて旧債務が存続するのではない。更改における債権者の要求内容は更改契約の条件を構成し、相債務者の拒絶は条件不成就にあたり更改契約が成立しないと説明されている (Maleville, t.3 p.118; Delvincourt, t.2 p.142 et 173; Duranton, t.12 n.317 p.428; Toullier, vol.4 1 partie n.314 p.247; Mourlon, t.2 n.1412 et 1414-5 p.740-2; Demolombe, t.26 n.392 p.328; Laurent, t.17 n.330 p.334; Demante et Colmet de Santerre, t.5 n.229 et 229 bis I p.418; Huc, t.8 n.125 p.163-4 et t.12 n.242 p.275。これはポチエも同じである。前章第三項参照)。

2 主債務者による更改

主債務者が更改すれば保証人は解放される (一二八一条二項)。保証の附従性が理由とされている (Delvincourt, t.2 p.173 et t.3 p.146 et note 7 de la page 146 (notes et explications p.265); Mourlon, t.2 n.1414 p.741; Aubry et Rau, t.4 p.222 et p.692-3; Laurent, t.18 n.324 p.351;

Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1735 p.44-5)。特筆すべき裁判例はみあたらない(一二八一条の適用例、Cons. d'État, 1 avr. 1881, D.P.1882, 3, 90)。

3 保証人による更改

a 学説

学説において議論がみられるのは、保証人について更改が生じた場合である。学説は三つに分かれる。

① 相対効説

第一説は、保証債務の更改によって主債務者や相保証人は解放されないという。一二八一条は特別の規定 (dispositions toutes spéciales de notre article) であること、保証には従たる性質があることを理由とする (Larombière, t.5 art.1281 n.2 p.54. また、Marcadé, t.4 n.783 p.642 note 1 は、その文章からすると同旨であるが、第三説にあたる文献を引用する)。本条が特別の規定だというのは、特段の理由がない限り更改の効力が他へ及ばないということであろう。また、保証の従たる性質とは、従たる債務について変更・消滅を生じても主債務に影響を及ぼさないとの意味であろう(保証人への免除・混同・時効中断の効力につき同旨の説明がある。後述第五項第四款第一目1、第七項、第八項第二款第五目2参照)。

② 絶対効説

第二説によれば、保証人が債務の負担を一人で引受けることにより債務が消滅し、主債務者は解放される。これは、保証人が弁済した場合と同じだという⁽¹⁾ (Colmet de Santerre, t.5 n.229 bis II p.418. 同旨、Duranton, t.18 n.420 p.472 note 1)。その背景にある理解として、更改は債権をもってなす代物弁済であって、弁済と同列にあるとの考え方がるように思われる(前
述1参照)。

第二説が念頭においては保証人自身が更改した場合だけである。もつとも、第三者が更改して新債務を負担する場合についても同じ結論になると解される。第二説の考え方からすれば、第三者が保証債務を弁済した場合に擬えることになるからである。

③ 場合により区別する説

第三説は、更改の目的によって効果を区別する。更改の目的が当該保証人を保証債務から解放することにある場合には、主債務は存続し、主債務者や相保証人は解放されない。しかし、更改両当事者の意思が主債務を更改することにある場合には、当該保証人が一人で新債務を負担し、主債務者や相保証人は解放される (Demolombe, t.28 n.339-40 p.240; Laurent, t.18 n.325 p.351-2; Huc, t.12 n.242 p.275; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1735 p.44 note 5; 前者の場合だけに「こゝに述べ Aubry et Rau, t.4 p.222 も同旨であろう。そして、当該保証人だけを解放する意思であることが通常だという (Demolombe, Laurent, loc. cit.; Huc, t.12 n.242 p.275-6)。また、第三者が保証人と交替する場合については、主債務者や相保証人に対する訴権を放棄する意思が債権者になかったことが推定されるというものがある (Dalloz, Jurisprudence générale, supplément, t.11 v. Obligations, n.1052 p.303)。その一方で、求償の局面では保証人が更改により主債務者を解放すれば求償できるとされている (Mourlon, t.3 n.1150 p.462; Laurent, t.28 n.237 p.248; Guillaud, Traité du cautionnement & des transactions n.168 p.191-2; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1087 p.573)。

b 判例

連帯保証人について次の判例がある。

Cass. civ., 18 juill. 1866 D.P.1866, 1, 326- S.1866, 1, 429.

XはAに対して有価証券の売買代金債権を有し、Y B Cが連帯保証人となっていた (A B C Yは同一会社の役員)。Bの両

親MNとXは合意して、MNが二〇〇〇フランを限度としてBの副保証人となった(一八四〇年二月八日付公正証書)。さらにその後、MNは右の二〇〇〇フランとは別に未払金二七〇〇〇フランの支払を約し、代わりにXはBが完全に解消されたと宣言した(一八四一年八月三日付公正証書)。二度の合意にさいして、MNは抵当権を設定している。また、一八四〇年の合意で約された二〇〇〇フランについては、一八四六年に抵当不動産の売却代金でもって元利とも弁済されている(二五四〇〇フラン)。これにより、MNはY等に対する求償権を取得したうえで、それをXに譲渡している。Xは、元の債権およびならびにMNから譲受けた求償権に基づいて、Yに対し二七七〇〇フランを請求した。これが本件である。一・二審とも請求棄却。二審(Lyon, 15 juill. 1863)は連帯債務に関する一二八一条一項を適用した(連帯保証人については連帯債務に関する規定が準用される。二〇二条。その文言は後述第五項註(25)参照)。

X破毀申立。連帯保証人の一人についての更改の利益を主債務者や相保証人に及ぼした点につき、原判決を攻撃する。申立認容、原判決破毀。「債権者と連帯債務者の一人との間で更改があれば相連帯債務者は解放されるとしても、保証人について更改がなされた場合については同じでない。保証債務は主債務に従たる債務にすぎないが、主債務は存続したままで保証債務が消滅することがある。また、保証が連帯であることはこれを左右しない。連帯により保証の性質が変化するわけではなく、効果が修正されるにすぎないからである。原判決の認定事実によれば、BはXに対して主債務者Aの連帯保証人として義務を負っていたにすぎない。そして、MNがXの同意を得てBに交替し、Xの利益となる一八四〇年および一八四一年の契約に同意したのはBを保証から解放するためであった。このような事実関係の下では、一八四〇年と一八四一年の契約による更改は当該保証人だけについて生じ、当該保証人だけに利益をもたらす。したがって、更改により主債務者や相保証人が解放されることはあり得ない。これと異なる判断をした原判決は、一二八一条、二〇二一条の適用を誤っており、両条に違反した。」

この判決は先の第三説をとるものと解される⁽²⁾（同旨の判決として、Trib. civ. Lyon, 4 déc. 1889, *Moniteur judiciaire de Lyon*, 4 janv. 1890（未見）。Dalloz, *Jurisprudence générale, supplément*, t.11 v. *Obligations*, n.1052 p.303による）。このほか、保証人が更改して主債務者を解放すれば求償できるとするかに読める判決がある。Cass. req., 7 mars 1876, D.P.1876.1. 350=S.1876.1. 448。更改により主債務者や相保証人が解放されない理由として、新債務者の意思を考慮要素としているからである。しかし、学説において本判決が自説をとるものとして引用しているのは、第三説だけでない。第一説も、本判決が自説をとるものとして引用している（Audry et Rau, *Laurent, Laromière, locc. cit.*）。

4 検討

以上のことから次のようにいえよう。

連帯債務に関する一二八一条を説明するさいに、学説はポチエが挙げる理由をそのまま用いて、更改の効果を弁済に擬している（前章第三項参照）。しかしこの説明は保証人の更改についての考え方（学説の第一説と第三説および判例。以下では便宜上、判例・通説という）と一貫しない。このことを説明する。

連帯債務者の一人について更改が成立すれば、債務者全員が解放される。通説は弁済との類似性から説明する。しかし、もし更改の性質論として効果が弁済に類似するというのであれば、保証人の更改も弁済に類似するとみて、主債務者や相保証人は解放されるということになるはずである（Colmet de Santerreはこの考え方をとる。前述3 a ②参照。それなのに、判例・学説は主債務者や相保証人は解放されない、あるいは解放されないことがあるという。この点で、連帯債務と保証では考え方が一貫せず、更改の効果が弁済に類似するとの説明を更改の性質論として一般化できない（かように説明が一貫しないことはすでにポチエにもみられる。更改により債務が消滅するという説明と、留保・同意があれば担保物権が新債務のために存続するという説

明が並存するのである。しかし、更改により債務が消滅するならば、担保物権の存続には弁済者代位のような制度を要するはずであり、この点でポチエの説明も一貫性を欠くのである。——なお、前章第三項の叙述は不適切であつた。そこでいいたかつたのは、更改の効果を弁済に擬する説明が担保物権に関する議論と一貫していないこと、それと同じことが一九世紀にも保証人の更改をめぐるてみられることを予め示すこと、この二点にあつた。更改にさいし担保物権につき留保があつた場合に関する一九世紀の議論については将来の課題とし、本稿では扱っていない。もつとも、連帯債務につき条文に対する批判がみられないことからすると、結論として相連帯債務者が解放されるのは正当だと考えているようにも思われる。

こういった一貫性の欠如はどのように捉えればよいのだろうか。

連帯債務については、一体型絶対効の理由を更改の性質論に求める説明のほかに、相互代理を挙げるものもあつた(前述1)。これは、更改という合意に第三者効があることを説明するためであろう。そして、かような代理関係は、連帯債務に固有のものではなく、弁済によつて全員が解放されるという関係があれば常に認められるものであつて、債務免除の議論に出てくるものと同じだといえる(前節第四款2。参照)。

すなわち、ロオマ法においては、更改と要式免除契約とは問答契約の形式をとるものである。この点に着目すると、一つの債務について更改あるいは要式免除契約が成立すれば、債務が消滅する。更改あるいは要式免除契約の当事者が連帯債務者の一人であれ保証人であれ、このことに変わりはない(元来、要式免除契約は弁済にさいして行われたものである。ポチエの説明はこの発想の下に示されたものだと思う。前章第三項、第五項第一款、第四款第二目2参照)。ところがすでにポチエにおいて、更改や免除につきこの点の要式性が失われている。また、一九世紀には債務免除と同じく更改についても相互代理を持ち出すのがみられるが、これは要式性を失つた結果として合意の相対効原則が関わつてくると考えたからではあるまい

ところが、問題は相対効原則だけでなく、一九世紀には保証人の更改が問題となつた（これにつき、少なくともポチエには問題意識がなかった。そして、学説は保証人の更改につき考え方を示ただけで終わり、それを基に更改の性質論を再検討するまでには至らなかった。体系的にみると一貫しない説明がみられたのは、かような経緯によるものだと推測される。そして、保証人の更改により主債務者が解放されないことを認めるのであれば、更改はもはや債務を当然に消滅させるものではなくっていると理解すべきであろう。

- (1) 第二説は、更改によって保証人が債務の負担を一人で負うことに同意した場合を考えている。このために、第三説は、自説をとるものとして第二説を引用する。第二説が述べたのは、更改当事者の意思が主債務の更改にある場合だと捉えるのである（Laurent, t.18 n.325 p.352 texte et note 2）。たしかに、そのような理解も可能である。しかし、Colmet de Santerre, t.5 n.229 bis III では、第三説の考え方が退けられているようである（北大所蔵の第二版（一八八三年）には該箇所がなく。Dalloz, Jurisprudence générale, supplément, t.11 v. Obligations, n.1052 p.303 による）。
- (2) その後、判例は若干変更している。

イ Cass. civ. 13 juin 1939, D.H.1939, 417.

XはAに対して貸金債権を有し、それにつき連帯保証人Y・Bがいたが、BはXの同意を得てCに交替した。XはYに対して保証債務の履行を求めた。これが本訴である。原審（Haut, 8 fév. 1935）はXの請求を棄却した。Xは破棄を申立て、保証人の交替を理由にYが二〇三七条により解放される範囲を争う。破棄院は申立てを容れて、原判決を破棄した。なお、交替によって連帯保証人となったCの資力は問題にされていない。

「債権者の行為によって権利や担保が放棄されることによって保証人が解放されるのは、一二五一条三号、二〇二九条の代位によって移転するような権利や抵当権、先取特権から保証人が現実に利益を受けることができたはずの範囲に限られる。そして、複数の者が同一債務につき連帯保証人として義務を負っている場合には、訴求を受けた保証人は相保証人に対す

る求償権を分割せねばならず、各人の負担部分の限度でしか訴求できない。原判決はXの請求を退けた。そのさいに原判決はCが第二の保証人としてBに代わることをXが許したことによって、Yが将来においてBに対して取得することある求償権をXが喪失させ、これによりYはXに対する債務から完全に解放されたという。しかし、たとえBが契約関係にとどまっていたとしても、Yは弁済により債務の半分についてしか求償できない。原判決が、Yは自己の負担部分についてまでも解放されると判断したのは、二〇三七条、二二二四條、二〇三三條に違反する。」

□ Cass. civ. 1, 11 janv. 1984, Bull. civ. 1, n. 11 = J.C.P. 1986, éd. G. II, 20647.

XはAに対して貸金債権を有し、それにつき連帯保証人Y₁₄がいた。Aについては裁判上の清算手続が開始された(一九六七年倒産法制下でのものである。これについては、霜島甲一「一九六七年のフランス倒産立法改革について」判タ三〇八号二頁以下、同「一九六七年のフランス倒産立法改革に関する法文の翻訳(1)〜(4)完」志林六八巻一―二号、三二四号、六九巻一号、七二巻一号参照)。Aの営業財産は競売に付され、BCがこれを競落した。そのさい譲渡の条件として、「BCは、この和解につき適切な通知を受けたXに対して、保証人Y₁₂の代わりになる」こととされた。この条件は受命裁判官によって許可されたうえで、その条件を付した証書にXが署名した。この証書により、Y₁₂につき更改が成立したと認定されている。XはY₁₄に対して保証債務の履行を求めた。これが本訴である。原審(Rennes, 11 mars 1983)はXの請求を棄却した。Xは破棄を申立て、原判決が更改によりY₃₄も保証債務を免れるとした点について攻撃する。申立棄却。

「二〇二一条により、債権者に対する連帯保証契約については連帯債務に関する規定にしたがうこととされている。そして、二二八一条により、債権者と連帯保証人の一人との間で更改がなされれば、他の債務者は解放されることになる。したがって、特段の合意がない限り、保証人Y₁₂についての更改により共同保証人Y₃₄は解放される。よって、原判決は結論において正当である。」

このように、判例は、主債務者と連帯した共同保証人の一人について更改が生じた場合について、更改の目的に注目して、主債務者や相保証人が解放されない場合を認めた(本文掲記の判決。しかしその後、二〇三七条(担保保存義務違反抗弁)により相保証人は更改を生じた者の負担部分の限度で解放されるとし(イ判決)、さらには、二〇二一条により連帯保証人に準用される二二八一条一項に基づき原則として相保証人は完全に解放されるとしている(ロ判決)。要するに、一体型絶対効原則をとるが、特段の合意(その具体的中身は不明)があれば負担部分型絶対効になるとするのである。ただ、ここでの負担部

分型絶対効は、更改自体の効果ではなく、担保保存義務違反抗弁によって生ずるものである。

第四項 代物弁済

一二四三条「債権者が目的物以外の物の受領を強制されることは、提供された物の価額が〔目的物と〕等しいかたより大きいとしても、あり得ない。」

二〇三八条「主債務の弁済として債権者が不動産その他の財産を任意に受領すれば、たとえ債権者が追奪を受けることになっても保証人は解放される。」

第一款 概観

連帯債務者の一人が代物弁済すれば、債務者全員が解放される (Demolombe, t.26 n.391 p.327; Baudry-Lacantiniere et Barde, t.13 n.1246 p.359; 同, Colmet de Santerre, t.5 n.142 bis II p.222)。主債務者が代物弁済すれば、保証人は解放される (二〇三八条)。さらに、保証人が代物弁済すれば主債務者は解放される。これにより、保証人は主債務者に対して求償できる (Duranton, t.18 n.349 p.370; Troplong, Du cautionnement et des transactions n.333 p.297; Marcadé et Pont, t.9 n.229-30 et 329 p.130-1 et 180)。規定や学説からは、このような効果がわかる。

代物弁済の債務消滅効は、各種債務消滅事由のうちどれに近いのか。連帯債務の場合につき、代物弁済の効果を弁済

と同じにみるものがある (Demolombe, Baudry-Lacantinerie et Barde, loc. cit. あるいは Colmet de Santerre, loc. cit. も同様か)。しかし、この理解で一貫されているわけではなく、代物弁済の債務消滅効を更改に近いと解するものがある。以下ではこの点に関する議論を紹介する。

第二款 代物弁済の性質論

問題となるのは、代物弁済により引渡された物が他人の所有物だった場合である。すなわち、受領物について追奪を受ければ、債権者は元の債権や担保を行使できるかが問題となる。そして、この点では弁済よりも更改に近いとみる説がみられるのである。この問題は代物弁済の法的性質論と関係している。このことから、代物弁済の性質に関する議論を紹介する。

学説は、代物弁済を弁済・売買・交換・更改と対比している。

1 弁済との対比

弁済との関係については、例えば次のようにいわれる。「弁済の目的物となるべきは、債務の目的物それ自体である。したがって、債権者が目的物以外の物の受領を強制されることはありえない(二二四三条)。逆に、債務者には目的物以外の物を与える義務がない。…目的物以外の物を任意に債権者が受領しまたは債務者が与える場合には代物弁済が成立する」(Larombière, t.4 art.1243 n.1-2 p.130-1)。すなわち、弁済においては目的物の受領・引渡義務が生ずるのに対して、代物弁済は任意の行為だというのである(同旨, Delvincourt, t.2 note 4 de la page 167 (notes et explications p.554); Duranton, t.12 n.71 et 79

p.107-8 et 112-3; Toullier, vol.4 1 partie n.46-7 p.58-9; Mourlon, t.2 n.1338 p.700; Aubry et Rau, t.4 p.157 texte et note 1; Demolombe, t.27 n.226 et 230 p.201-4; Laurent, t.17 n.555-6 p.544-5; Demante et Colmet de Santerre, t.5 n.182 et 182 bis I-II p.333; Marcadé, t.4 n.691 p.568-9; Huc, t.8 n.30 p.46; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1459-60, 1462 et 1684 p.557-8 et 787)。

2 売買・交換との類似性

代物弁済と売買・交換とは取引形態の点で類似するといわれる。すなわち、金銭債務の債務者が金銭の代わりに物を引渡す場合には、その代物弁済が売買に類似する。物の引渡債務について金銭を支払う場合にも同様である。また、目的物の代わりに別の目的物を引渡す場合には、交換に類似するとされる (Duranton, t.12 n.80 p.113; Laurent, t.17 n.556 p.545-6; Colmet de Santerre, t.5 n.182 bis II p.333. 同旨 Delvincourt, t.3 p.67; Troplong, De la vente, t.1 n.7 p.13; Toullier, vol.4 1 partie n.46 p.58-9; Aubry et Rau, t.4 p.331 note 1; Demolombe, t.27 n.230 p.203-4; Huc, t.8 n.30 p.47; Guilouard, Tarité de la vente & de l'échange t.1 n.67 p.77; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1686 p.793; Baudry-Lacantinerie et Saignat, t.19 n.194 p.202-3)。⁽¹⁾ この理解を前提として、売買に関する規定を代物弁済に類推適用することが主張される (一般的にこのことをいうものがある。Toullier, Aubry et Rau, Baudry-Lacantinerie et Saignat, loc. cit.; Guilouard, op. cit. n.69 p.79; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1687 p.795)。⁽²⁾ これは、日本民法五五九条のように、売買の規定を有償契約一般に準用する規定がないためである。

諸規定のうち本稿と関係するのは、追奪担保責任に関する規定である (一六二六条—一六四〇条。一六二六条「売買にさいして別段の約定がなくとも、取得者が目的物の全部もしくは一部について追奪を受けた場合、または目的物について負担の主張を受けたが売買にさいしてその負担が通知されていなかった場合には、売主は取得者に対して担保する債務を当然に負う。」一六二九条「前条と」同じく不担保の約定がある場合において、追奪があれば売主は代金の返還義務を負う。但し、売買にさいして取得者が追奪の危険について悪意である場合、または取得者が自己の危険にお

いて購入した場合には別である。」一六三〇条「担保が約定されていた場合または別段の約定がなかった場合において、取得者が追奪を受ければ売主に対して〔次のものを〕請求できる。第一 代金の返還、第二 取得者が所有者に対して果実の返還債務を負う場合には、その果実の返還、第三 買主の担保請求に関する費用および主請求における原告が支払いたる費用、第四 さらに損害賠償および契約費用」。

多数説は、債権者が代物弁済を受領した後に追奪を受ければ、債務者に対して追奪担保責任を追及できるという(Troplong, De la vente, t.1 n.7 p.15; Aubry et Rau, t.4 p.221; Demolombe, t.28 n.291 p.200-1; Laurent, t.18 n.323 p.350 et t.24 n.151 p.154; Guilouard, *Tarité de la vente & de l'échange* t.1 n.67 p.77-8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1686 p.793; Baudry-Lacantinerie et Sagnat, t.19 n.194 p.202-3)。これに対して少数説は、債権者に元の債権の履行請求権だけを認める (Delvincourt, t.3 note 6 de la page 67 (notes et explications p.129); Mourlon, t.3 n.506 p.212-3)。その理由は示されていない。裁判例には追奪担保責任に基づく損害賠償請求権を認めるものがある (Orléans, 30 juin 1850, S.1851, 2, 44)。

この点を弁済物の追奪があった場合と対比してみる。弁済として受領した物について債権者が追奪を受ければ、改めて弁済を求めることができる。他人の物による弁済には効力がないからである(二三八条一項「弁済が有効であるためには、『弁済者が』弁済として与える物の所有者であって、かつその物の譲渡能力があることを要する」)。学説には、さらに損害賠償請求権を認めるものがある (Demolombe, t.28 n.91 p.83-4; Larombière, t.4 art.1238 n.5 p.82; Hue, t.8 n.14 p.26; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1410 p.512-3)。このために、代物弁済の場合と類似した法情況があるともいえる。代物弁済の場合にも、多数説は追奪担保責任に基づく損害賠償請求権を認めるからである(多数当事者関係における弁済と代物弁済の対比については3b参照)。

3 更改との類似性

a 二〇三八条をめぐる議論

代物弁済と更改の関係については、次の問題をめぐって説かれている。代物弁済による受領物について、債権者が追奪を受ければ、元の債権や担保を行使できるかという問題である。元の権利のうち保証債権については、これを行使できないことが法定されている二〇三八条。このことの説明にさいして、代物弁済を更改とみる説明がみられるのである。この点に関する学説は三つに分かれる。

① 代物弁済を更改とみる説

第一説は、代物弁済契約を目的物の変更による更改とみる。主債務者が代物弁済すれば、主債務は更改より消滅する。それとともに、保証債務も附従性により消滅する。たしかに、債権者が追奪を受ければ主債務者は追奪担保責任を負う。しかし、それは更改後の新債務である。保証人が追奪につき義務を負わないのはこのためである (Duranton, t.12 n.82 p.125-7 et t.18 n.383 p.425-6; Toullier, vol.4 I partie n.300-1 p.237-9; Aubry et Rau, t.4 p.221 texte et note 48 et p.692-3; Demolombe, t.27 n.230 p.203-4 et t.28 n.288-92 p.196-204; Laurent, t.18 n.323 p.350-1; Larombière, t.5 art.1273 n.7 p.15-6 et art.1278 n.6 p.38-42; Marcadé, t.4 n.691 p.568-9; Marcadé et Pont, t.9 n.398-400 p.215-6; Huc, t.8 n.30-1 p.46-8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1685 p.788-92; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1148 bis p.601-2)。

この考え方は、二〇三八条の立法過程でみられたものである⁽³⁾ (Treillard, L'exposé des motifs, Chabot, le rapport au Tribunal et L'ary, Le discours devant le Corps législatif, Fenet, t.15 p.45, 59 et 87-8)。この説をとるときは、旧債務についての担保物権も保証債権と同じ運命を辿ることになる (抵当権や先取特権について, Toullier, vol.4 I partie n.307 p.242; Laurent, t.31 n.363 p.352-3; Colmet de Santerre, t.9 n.162 bis II p.381; Huc, t.8 n.31 p.48-9 et t.14 n.54 p.66)。ゆえに、連帯債務についても同様の説明をするものがみられる (Toullier, loc. cit.)。

② 二〇三八条を保証人保護の規定とみる説

第二説によれば、債権者が追奪を受けても、原則のうえからいえば保証人は解放されない。代物弁済が債務消滅効を生ずるには、引渡された物の所有権が移転することを要するからである（その法律構成として、所有権移転の不能によって成就する解除条件を代物弁済契約に読み込むものがある。Tropiong, *Du cautionnement et des transactions* n.581 p.531-2; Laurent, t.28 n.281 p.283. また、単なる引渡だけでなく所有権移転を代物弁済の積極的要件とみているかに読めるものもある。Mourlon, t.2 n.1338 p.700 et t.3 n.506 et 1162 p.213 et 467-8)。

二〇三八条はこの原則に対する例外である。例外を設けた理由は次の点にある。弁済期が到来すれば、保証人は主債務者に対して保証債務からの解放を求めることができる（二〇三二条四号「保証人はたとえ弁済する前であっても〔次の場合には〕損害なき状態を得るために、債務者に対して訴求することができる。四号 約定期限の到来により債務が履行期に到りたるとき。」「損害なき状態を得るために（pour être par lui indemniée）」の意味につき、西村重雄「保証人の事前求償権」太田知行ほか編『鈴木禄弥先生古稀記念民法学の新展開』二二一頁以下、特に二二五―六頁註（7）、二四九―五〇頁註（45）参照。ところが、債権者が一旦は代物弁済を受領したことにより、保証債務消滅の外観が作出された。保証人はこの外観を信じて右の解放請求権を行使しなかつたのである。これにより、保証人は主債務者無資力の危険について回避手段を失った。その一方で、保証人は債権者に対して義務を負うが、その義務は債権者が追奪を受けるまで顕在化しない。そして、顕在化の時期は原則のうえからいうと無限定であって、いつ保証債務が復活するかわからない。これは衡平に反する。法律が例外を設けたのはこのためである。第二説はこのようにいう（Delvincourt, t.2 note 4 de la page 167 (notes et explications p.554) et t.3 p.147 et note 1 de la page 147 (notes et explications p.266); Tropiong, op. cit. n.580-3 p.531-4; Mourlon, t.3 n.1162 p.467-8; Laurent, t.17 loc. cit.; Demante, t.8 n.271 p.304; Guilhonard, *Traité du cautionnement & des transactions* n.255 p.287-8. このほかに、第一説を主張するものの中にも付加的な理由として第二説と同旨のことをいうものがある。Toullier, vol.4 1 partie n.301 p.338-9. また、ロランやマルカデールボンも第一説と第二説の双方を挙げるが、これは論述箇所による説明の不一致であろう（一九世紀フランス法では少なからずみられる）。Laurent, loc. cit. et t.18 n.323 p.350-1 et t.31 n.363 p.352-3; Marcadé et Pont, t.9 n.398-400 p.215-6 et t.11 n.1230 p.525)。

考え方はボチエにみられるものである（前章第四項参照）。

代物弁済が更改の性質をもつかについて、第二説の論者は理解を一にしない（肯定説、Troplong, Des privilèges et hypothèques t.4 n.847 p.6; Guillaud, op. cit. n.226, 253 et 258 p.255, 286 et 289-90. 否定説、Troplong, Du cautionnement et des transactions n.580 p.531; Mourlon, t.2 n.1338 p.700; Laurent, t.28 n.279 p.282）。第二説にとつては、この点で性質論と効果論との間に論理的な関係がないのであろうか。

第二説においては、二〇三八条を保証以外の担保に類推することは是非をどのように考えるのか。原則として類推できないとの考え方が出発点となろう。二〇三八条は例外規定であつて、例外は限定解釈すべきだからである（もっとも、この解釈率則をここで明示するものはみあたらない）。そして、実質論としても次の説明がみられる。

保証人について例外を設けた理由は抵当権や先取特権には当て嵌まらない。債権者が代物弁済を受領すれば、保証人は主債務者に対して訴求（いわゆる事前求償。二〇三二条は、保証委託の有無に拘わらずこれを認める）できなくなる。しかし、抵当権等については代物弁済の受領によつて害されるものがないから二〇三八条の類推はできない。但し、代物弁済により登記が抹消されておれば、新たに登記がなされた時の順位になる（Mourlon t.3 n.1666 p.678-9; Guillaud, Traité des privilèges & hypothèques t.4 n.1896 I et 1898 p.205-7 et 211. 同旨、Delvincourt, t.2 note 4 de la page 167 (notes et explications p.554) et t.3 note 6 de la page 181 et note 1 de la page 183 (notes et explications p.383 et 389-90); Troplong, Des privilèges et hypothèques t.4 n.847-67 p.6-33, spécialement n.857ss.; Marcadé et Pont, t.11 n.1230 p.525-6. もっとも、抹消された登記の回復に関する一般論として、回復前からの第三者に対して元の順位を主張できるとする説がある。Laurent, t.31 n.197-8 et 230-5 p.166-9 et 202-7. ここでは、第二説をとると抹消登記の回復の効力が問題になることを確認するにとどめる）。

③ 保証人の約務に着目する説

第三説は、保証人の約務に着目する。保証人が担保しているのは主債務者による有効な弁済である。代物弁済物が追

奪されることについて保証人は担保していない。これが二〇三八条の趣旨である。すなわち、目的物に関する追奪の危険について、保証人はその契約時にこれを評価できる。特に、目的物が金銭または動産種類物であれば追奪の危険は殆どないと評価できる。また、目的物の所有権は主債務者にあることがわかっておれば、保証人は追奪について安心して保証できる。このために、もし債権者が代物弁済を受領せずに本来の目的物を請求しておれば、追奪されるような事態には至らなかつたであろうといえる。追奪を受けた債権者が保証人に対して請求できないのはこのためである (Huc, t.12 n.256 p.292-4 別の箇所では第一説と第三説と一緒に挙げている。そこでは、第三説はむしろ付加的な理由となっている。Huc, t.14 n.54 p.66-7)。

第三説は、保証人の地位と債権者の行為に着目する点で第二説に類似するが、保証人の約務自体から説明する点で異なる(第三説は二〇三八条を例外規定ではないという)。この点ではむしろ第一説と類似する。差異は、第一説が更改と附従性による保証債務の消滅をいうのに対して、第三説は代物弁済の受領によりその後の帰趨については保証人の約務を超える点に理由を求めることにある。保証以外の担保について、第三説は二〇三八条の類推を肯定する(先取特権や抵当権につき Huc, t.14 n.54 p.66-7)。

裁判例には、第一説をとるかの如きものがある。⁽⁵⁾

b 弁済や更改との対比

二〇三八条が対象とするのは、代物弁済により給付された物が後に追奪された場合である。これを、弁済や更改の場合と対比してみる。

弁済の場合には、弁済者に所有権のあることが、弁済の効力要件になっている(二三八条)。多数当事者関係に関する明示的な言及はみられないが、他人物による弁済があつても連帯債務者等は解放されないと考えているようである

(Aubry et Rau, t.4 p.166 参照。また抵当権につき、登記抹消後に登記を得た第三者に対して順位を主張できなくなるにすぎないというものがある。Duranton, t.20 n.294 p.495; Delvincourt, t.3 note 6 de la page 181 (notes et explications p.383). さらに、抹消登記時の劣後権利者に対しては抵当権の復活を主張できるが、抹消後に登記を得た第三者がおれば、抹消時の劣後権利者に対しても順位を主張できなくなるという。Delvincourt, t.3 note 1 de la page 183 (notes et explications p.389-90)).

もともと、代物について売買をしたうえでその代金債務と旧債権とを相殺した場合について、代物弁済と同じことになるというものがある (Larombière, t.5 art.1278 n.6 p.42-3 et t.4 art.1251 n.24 p.338)。これは、取引形態が代物弁済と類似していることに着目したものであって、弁済一般を射程とするものではあるまい (取引形態の類似性から法律上の効果を同じくするといふ点についても、通説の立場からすれば疑わしい。註(1)イ参照)。

そうすると、弁済の場合には、代物弁済と異なり、弁済者だけでなく相連帯債務者や保証人も債務を免れないといえる。

更改についてはどうか。問題になるのは、新債務の不履行を理由として更改契約を解除できるかである⁽⁶⁾ (一一八四条一項「双務契約においては、一方当事者の約務不履行に関する解除条件が常に含まれている。」二項「この場合には、当然には契約が解除されるわけではない。不履行の相手方は選択権を有し、可能であれば合意の履行を不履行者に強制するか、または合意を解除して損害賠償を求めることができる。」三項「解除には裁判上の請求を要し、事情に応じて被告に猶予期間が与えられることがある。」)。詳しい議論はないが、解除されても相債務者等への第三者効がないと考えているものが少なからずみられる (左記のほか、Huc, t.8 n.125 p.164 条件をつけて、新債務の不履行を解除条件とすれば、相債務者や保証人の解放は条件付のものになるという)。三通りの理由がみられる。

解除の遡及効 (一一八三条、一一八四条) は合意の相对効原則 (一一六五条) によって制限されて、不履行の債務者に対する

関係に限定される。この場合に、債権者が保証人に対する権利を留保していても同じである。特に当事者でない者に關して、契約の根本的な効力が留保によって排除されることはないからである。以上のことは保証人ばかりでなく、相連帯債務者や抵当権についても同じである (Toullier, vol.4 1 partie n.300-7 p. 237-42; 同註²⁹ Larombière, t.5 art.1278 n.6 p.40-2)。

更改の性質からいって旧債務の消滅は条件付ではなく、一一八四条は更改契約に適用されない (Demolombe, n.291 p.201. もっとも、代物弁済を更改とみなうえでの、代物弁済に関する説明である。したがって、前述の第二説であればこれに反対することになる。Marcadé et Pont, t.11 n.1230 p.525 参照)。

新たな債務が有効であれば足り、その履行は更改の効力に影響を与えない。一旦消滅した債務は復活しないからである (Audry et Rau, t.4 p.215 texte et note 23)。

以上のことから次のようにいえる。

弁済と代物弁済を比べると、二当事者関係だけを考える限りにおいては、細かな点で学説の対立があるものの、追奪があれば(代物)弁済者は何らかの義務を負うのであって(前述)、弁済と代物弁済とで大差ないといえる。しかし、連帯債務や保証を射程にいれると、(代物)弁済者以外の者についての考え方が異なる。すなわち、代物弁済の場合には保証人を保護する規定があり、しかも第一説と第三説は保護の範囲を拡張する方向にある。代物弁済の当事者以外に對する関係では弁済と違う扱いをして然るべきだという価値判断が窺えるのである。もっとも、第二説は二〇三八条を限定解釈しているが、それなりに納得できる形で条文を説明しており、条文の価値判断を批判する意図はないように思われる。何らかの第三者保護を必要とする点で、弁済と代物弁済とは違うのだとする考え方が一九世紀フランスを支配していたといつてよいであろう。

それでは、差異は何故に生ずるのか。代物弁済について弁済とは違う扱いをすることは、債権者に不利益をもたらすことになるから、その差異とは不利益を正当化するものでなければなるまい。ここで想起されるのは、1で紹介した弁済と代物弁済の対比である。すなわち、代物弁済とはその当事者間でなされる任意の行為であること、この点が債務者に不利益をもたらす理由になっているのではあるまいか。この点に着目した議論は、二〇三八条に関する第二説・第三説に現れている。また、更改（これも任意の行為である）についても代物弁済と同様に第三者保護の議論が出ており、右の推測を裏付けるであろう。追奪・不履行の局面に関しては、代物弁済を弁済よりも更改に近いと考えれば、一九世紀の学説状況を説明できるのである。そして、これらの議論においては満足効の有無という観点は示されておらず、また満足効の有無という観点からでは議論を整理することもできない。

(1) 代物弁済と売買とでは差異もあるといわれている。三点が指摘されている。

イ 債務の不存在が判明した場合の法律関係

例えば、金銭債務における債務者が物を引渡すさいに代物弁済の形式がとられておれば、債務不存在が判明することによってその取引は非弁済となる。したがって、引渡された物の返還を請求することができる（二三五条一項「あらゆる弁済は債務を前提とする。義務なくして支払われたものは返還請求権に服す」）。これに対して、売買の形式がとられておれば、売買自体は有効である。債務不存在が判明することによって影響を受けるのは、元の債務と売買代金債務との相殺である。この相殺は不存在となるから、売主は代金の支払を請求することになる（Delvincourt, t.3 note 6 de la page 67 (notes et explications p.129); Duranton, t.12 n.81 p.115-6; Troplong, De la vente, t.1 n.7 p.14-5; Mourton, t.3 n.506 p.212-3; Demolombe, t.28 n.292 p.202-4; Laurent, t.24 n.152 p.154-5; Guilouard, Tarifé de la vente & de l'échange t.1 n.68 p.78-9; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1686 I p.794)。

ロ 契約条項の解釈準則

売買の場合には売主の不利に解釈される（一六〇二条二項「不明瞭または曖昧な約定はすべて売主の不利に解釈される」）。しかし、

債務者が物の引渡をもって金銭債務を代物弁済する場合には、右規定は類推されない。むしろ、逆の解釈準則が適用される(一一六二条「疑いがあれば、合意は要約者の不利にまた債務を設定する者の有利に解釈される」というのも、一六〇二条二項は一六二条の原則に対する例外であって、限定解釈すべきものである。また、この例外を拡張する誘因もないからである(Trop long, op. cit. n.7 p.3-4; Laurent, t.24 n.153 p.155; Guillouard, op. cit. n.69 p.69; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1687 p.794-5)。

ハ 暴利行為を理由とする不動産売主の解除権(一六七四条—一六八五条。一六七四条「不動産価額の二分の七を超える損害が売主に生じた場合には、たとえ取消請求権の放棄を契約に明示した差額を贈与すると表示していても、売主には売買の取消を求める権利がある」)

初期の学説には、代物弁済への類推適用を認めるものがあつた(Toullier, vol.4 I partie n.44 p.58-9)。金銭債務を不動産でもって代物弁済する場合において、債務額が不動産価額の二分の七未満であれば、代物弁済契約の取消権を認めるというのであろう。これに対して、一九世紀末においては類推適用を否定する見解がみられる。その理由として、暴利行為による不動産売買契約の取消は例外的な制度であつて、これを拡張する誘因もないとされている(Guillouard, op. cit. n.69 p.70; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1688 p.795)。

(2) 追奪担保責任以外に、代物弁済への類推適用が主張される規定としては、売主先取特権に関する二〇三条一号などがある。

(3) 本文に挙げた見解は、立法府や護民院でみられたものである。これに対して、政府委員会草案の起草者の一人は、別の説明をしている。「いったん約束の抗弁が取得されれば、保証人はその意に反し改めて拘束されることはない(D.2.14.62)」とこののである(Maleville, t.4 p.125)。

(4) こゝで単なる動産ではなく動産種類物というのは、二一八〇条(現一項。日本民法一九四条)を念頭においたためであろうか。

(5) Cass. req. 10 mai 1858, D.P.1858, I, 283=S.1859, I, 161.

Aは銀行Xに貸越取引の担保として約束手形三通(計六〇〇〇フラン)を振出し、Aの妻Yはその支払につき手形上の連帯保証人となった(一八五四四年。一八五六年一月二五日にAは右約束手形の支払として(en paiement)別の手形二四通(計六〇〇六三フラン)をXに裏書譲渡した。そのさいにYは、新たに交付された手形の明細書(bordereau)の下欄において、その手形を満期まで担保し、支払がなければ自分が支払うことを明らかにした。Xは、手形二四通と引換に当初の手形三通をAに返還した。その後に、Aは破産宣告を受け、その破産手続でAの破産開始時期(支払停止時期)が一八五五年九月一日に

繰上げられ（フランス商法旧規定四四一条）、Xが受領した手形二四通はAの支払停止状態につきXが悪意で弁済のために取得したものとして、破産財団への返還が命ぜられた（同四四七条、四四九条）。このために、XはYに対して一八五四年契約に基づき保証債務の履行を求めた。一八五六年一月二五日の代物弁済が取消されたことにより、YはAに対する関係で一八五四年契約が復活したことを理由とする。これが本訴である。これに対しYは反訴として、手形二四通のうち未払の五通について手形金四七九三フランを弁済提供したうえで、その弁済提供の効力確認を求めた。一八五四年契約による保証債務は一八五六年の更改により消滅している。更改成立後にXが追奪を受けたとしても、一八五四年契約による保証債務は終局的に消滅している（民法二〇三八条）。したがって、Yの義務は一八五六年契約によるものに限られる。同契約によりYが支払を保証した手形二四通のうち一五通については、弁済されている。Aの破産財団に対する関係では現状回復がなされているけれども、それにより弁済の効力は左右されないから、右一五通についてのYの保証債務について現状回復を生ずることはない。依って、残五通につき弁済提供の効力確認を求める。Yはこのように主張した。一審（Trib. civ. Beaune, 22 avr. 1857）はXの本訴請求を認容した（反訴については不明）。Yの控訴に基づいて、二審（Amiens, 22 juill. 1857）は、Yの控訴を容れ、Xの請求を棄却し、Yの反訴請求を認容した。次の理由による。

Xの本訴請求について。一八五四年契約による債務は、一八五六年一月二五日の弁済により消滅した（二二八二条、二二八四条）。その代わりに別の保証債務が設定された。この保証債務は元の保証とは別のものであって、二四通の商業手形が受領されたことによるものである。これにより、旧債務から新債務への置換（substitution）が生じている。したがって、Yの旧債務につき更改が生じている。たしかに、AがYがXに対してなした代物弁済は後に取消されている。しかし、それはXの責に帰すべき詐欺の結果であって、AはYはその詐欺に関与しておらず、責めを負うものではない。したがって、Xが手形二四通を主債務の弁済として任意に受領したことにより保証人Yは解放された。その後に、二四通につき破産財団への返還を命ぜられたことは、Yの解放を左右するものではない（二〇三八条）。Yの反訴請求について。手形二四通のうち一五通についてXは取立ずみである。残五通につき、Yは弁済提供をした。これにより、YのXに対する債務は消滅した。

Yは破毀申立するも、申立棄却。

「原判決の認定事実によれば、一八五四年五月二九日にAがXに振出した手形三通の支払について、YはXに対して連帯保証債務を負った。一八五六年一月二五日に右手形の主債務者Aは、手形の支払として二四通の手形をXに交付した。Yは、

右手形の明細書の下欄において、右手形を満期まで担保し、支払なくば自ら支払うことを明示した。Xは、右手形二四通の受領と同時に、A Yに対して当初の手形三通を返還した。原判決は、Xの自由に基づいて、Yが満期における二四通の手形について担保した契約は、連帯保証にすぎないと認定した。右の事実からすれば、一八五六年一月二五日の取引により、当事者は新債権を旧債権に置換えており、旧債権は消滅した。連帯債務者の一人と債権者との間で更改が行われたときは、これにより相債務者は解放される(二二八一条)。したがって、保証人はたとえ連帯保証人であっても、主債務者についての更改により解放される。これにより、Yは当初の契約から完全に解放された。」

「債権者が主債務の弁済のために不動産その他の財産を任意に受領したときは、その後に追奪を受けることになっても、保証人は解放される(二〇三八条)。本条は一般規定であって、連帯保証人にも適用される。Xは手形二四通を任意に受領している。この代物弁済により、Yは一八五四年五月二九日の契約から解放された。XがAの破産財団に対する関係で手形二四通につき受けた判決は、Yに対する関係で債務を復活させる効力をもたない。Yに対する関係では、その債務は既に消滅しているからである。そのうえに、Xが判決を受けた原因は、一八五六年の代物弁済の時点でAの支払停止についてXが悪意であったことにある。これはXに純粹固有の事情である。これにつき、YがXに対して責めを負うことはない。」

「一八五六年におけるYの契約を手形保証と解することができるとしても、なおYは解放される。手形保証による債務は当事者の合意により定まる。法律がその債務を振出人や裏書人の債務と同視するのは、合意がない場合に限られる。一八五六年の契約によれば、Yが手形二四通を担保するのは、満期に支払がない場合に限られる。したがって、Yの債務がその限度を超えることはない。そして、二四通の手形のうち五通を除いては、債務者が満期においてXに弁済した。その一方で、支払のない五通の手形金についてはYが弁済提供している。よって、Yはその手形保証から解放された。」

この判決は、代物弁済が故意否認された場合であっても、連帯保証人の債務は復活しないとしたものである。他方で、通常の弁済が故意否認された場合には二〇三八条の適用が否定されている(Cass. civ., 23 oct. 1888, D.P.1889, I, 167=S.1889, I, 409)。

(6) 更改に関しては、無能力者が更改した場合との対比をさらに検討しなければならない。ここでは、簡単に学説情况进行理しておく。

問題となるのは、無能力を理由とする取消についてである。すなわち、更改後の新債務について債権者が履行を求めた

ところ取消を主張された場合において、債権者は旧債務の履行を求めることができるかという問題である。更改契約の要件論からすれば、この問題は当然に旧債務の復活を肯定することになりそうである（一二七二条「更改を生ぜしめることができるのは、両当事者が契約能力をもつ場合に限られる」と）。ところが、初期の学説は旧債務の復活を否定した。これは、「一旦消滅した債務は復活しない。但し、衡平上の理由から債権者を保護する必要がある別である（*Obligatio, sive actio semel extincta non reviviscit, nisi justa causa substat ex qua aequitas subveniat*）」との法諺に基づくものである（参照：D. 46. 2. 1. 1（助成なき被後見人）；Inst. 3. 29. 3；Pomp. D. 46. 2. 24（条件）；C. 8. 26. 5；D. 4. 4. 50；D. 16. 1. 14；D. eod. 16. 1. 1；Gloss. ad D. 46. 3. 98. 8 更改当事者の能力について、ポチエはフランス法に関して債権者の能力だけに言及している（*Obligations* n.590-591）。その一方で、被後見人による更改を認めるロオマ法文については、被後見人が利得を受けた場合に限定する。利得を受けていなければ、自然債務が生ぜず、そのために更改も効力を生じないことになるという（*Pandectae, l.3 lib.46 tit.2 n.5 p.257 note 7. Vide p.184-5 scholium*）。

旧債務が復活しないとする実質的理由については、次のようにいう。市民法上の債務負担能力なき者による新債務と引換に、旧債務の消滅に同意した点で債権者の無思慮があり、新債務の取消は債権者の責めに帰すべきことである（*Delvincourt, l.2 note 8 de la page 171 (notes et explications p.565-6) ; Duranton, l.12 n.282 p.398; Toullier, vol.4 1 partie n.298 p.235-6; Larombière, l.5 art.1273 n.2 p.10 et art.1278 n.5 p.37-8*）。このために、更改によつて無能力者が損失を被る場合には事情が異なる。たとえば、債権者が無能力者であつて、担保つきの旧債務を無担保の新債務に更改しても更改契約は無効であつて、旧債務や担保は消滅しないとされてゐる（*Toullier, op. cit. p.236 note 1; Larombière, l.5 art.1273 n.2 p.10 et art.1278 n.4 p.37*）。

無能力以外の事由については見解がわかれる。錯誤・詐欺・強迫・良俗違反の全てについて、旧債務はそもそも消滅しないというものがある。これらの事由があれば絶対無効（*la nullité radicale*）であることを理由とする（*Delvincourt, l.2 note 8 de la page 171 (notes et explications p.565) ; Toullier, vol.4 1 partie n.299 p.236-7*）。別の見解によれば、良俗違反については旧債務が消滅しない。しかし、債務者に関する詐欺・錯誤・強迫については、債権者が旧債権を任意に放棄した結果は動かないといふ（*Larombière, l.5 art.1278 n.3-4 p.36-8*）。

これとは別に、次のようにいうものもある。新債務の設定について無能力を理由とする取消事由があるとしても、旧債務の消滅についてその事由が当然に取消をもたらしものではない。これは無能力取消だけでなく、錯誤等による無効の場合にも同じである（*Aubry et Rau, l.1 2 éd. §323 p.403-4 texte et note 33 et 36*）。

以上の見解に対しては反対説があり、一九世紀後半には多数説になっている。新債権の行使に対して無効取消の主張があった場合には、旧債務が復活するという。更改契約が無効になることを理由とする。但し、更改契約が射倖契約である場合や、債権者の責に帰すべき事由がある場合（例、債権者の詐欺）は別だという（Aubry et Rau, t.4 p.215 texte et note 23; Demolombe, t.28 n.249-61 p.169-82; Colmet de Santerre, t.5 n.219 bis VI p.403-4; Huc, t.8 n.106 p.142-3; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1696 et 1730 p.7 et 33-5. 同旨 Marcadé, t.4 n.750-8 p.616-24）。

このように、伝統的には、消滅した債務が復活しないという考え方があったところ、一九世紀においてはこの考え方をどこまで限定できるかという形で議論が展開されている。このために、債務不履行解除の可否だけでなく、無能力の場合等をも含めた議論を検討する必要がある。将来の課題としておく。