HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一九世紀フランス法における連帯債務と保証（三）
Author(s)	福田, 誠治
Citation	北大法学論集, 48(1), 33-130
Issue Date	1997-06-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36631
Type	departmental bulletin paper
File Information	48-1_p33-130.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（三）

福田誠治

目次

序章　連帯債務の性質論
第一章　ポチエ
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
　第三節　個別の諸事由の効力
　　第一項　弁済

（以上　四七巻五号）

第二項　供託を伴う現実の提供
第三項　更改
第四項　代物弁済
第五項　債務免除
第一款　連帯債務の場合――その一　明示による免除
第一目　免除の効力が全員へ及ぶ（一体型絶対効）のが原則である理由
1　立法過程における議論
2　学説による説明
3　一二八五条に対する学説の批判
4　小括
第二目　免除の効力が全員へ及ぶ理由
1　一二八五条一項本文に関する説明
2　合意の相対効原則と債務免除の関係
第三目　被免除者の負担部分を限度として、相債務者に対する権利行使が制限される理由
1　一二八五条に関する一般的な説明
a　学説の紹介
b　整理
2　「負担部分」の解釈
a　問題点
b　諸学説の紹介
c　基本的な考え方の抽出
3　小括
4　その他の論点

（以上　四七巻六号）

a　相対的免除
b　危機状態における免除
c　相債務者のなかに無資力者がいる場合
d　一部免除
第二款　連帯債務の場合――その二　黙示の免除
第三款　主債務者に対する免除
第一目　一般の免除
第二目　免除にさいして特段の合意があった場合
第三目　被免除者が破産または支払停止状態にあった場合
1　商法第三編原始規定下における債務免除の効力
a　概観
b　学説
c　裁判例
2　一八三八年五月二八日法により改正された商法下における債務免除の効力
a　改正法の概要
b　多数説の議論
c　少数説の議論
d　裁判例
3　保証人に対する留保の効力
4　小括
a　一二八七条一項は解釈規定にすぎないとする議論の射程
b　主債務者にとっての免除の実効性という議論の意味
c　連帯債務の議論における被免除者無資力の考慮

第四款　保証人に対する免除
第一目　主債務者に対する関係における免除の効力
1　免除の効力
2　免除の効力が及ぶ場合と合意の相対効原則との関係
第二目　相保証人に対する関係における免除の効力
1　概説
2　相保証人の義務は債務の全部につき継続するのか（根拠論）
3　相保証人が解放されるための要件とその効果
a　要件論
b　要件論からみた根拠論
c　小括
4　免除による相保証人の解放問題と求償問題との関係
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

（以上　本号）

第五項　債務免除

一二八二条「私署証書原本を債権者が債務者へ任意に交付すれば、それは解放の証拠となる。」

一二八三条「公証書原本についての任意の交付は、債務免除または弁済を推定させる。但し、反証を妨げない。」

一二八四条「私署証書原本または公証書正本を連帯債務者の一人に交付すれば、相債務者のために同一の効力を生ずる。」

一二八五条一項「連帯債務者の一人のために免除または合意による解放があれば、相債務者全員が解放される。但し、相債務者に対する権利について債権者が留保を明示すれば別である。」

二項「前項但書の場合において、債権者が請求できるのは、免除を受けた債務者[1]の負担部分を控除した範囲に限られる。」

一二八六条「質物の返還は債務免除を推定させるに足りない。」

一二八七条一項「主債務者に対して合意による免除または解放が認められれば、保証人は解放される。」

二項「保証人に対して免除または解放が認められても、主債務者は解放されない。」

三項「保証人の一人に対して免除または解放が認められても、相保証人は解放されない。」

一二八八条「保証債務の解放にさいして債権者が保証人から受領したものは当然に債務へ充当され、主債務者および相保証人を解放するものとなる。」

第一款　連帯債務の場合――その一　明示による免除

連帯債務者の一人と債権者の間で免除の合意があれば、原則として債務者全員が解放される（一二八五条一項本文）。例

外的に、免除の合意にさいして、相債務者に対する権利につき債権者が留保を明示すれば別である（同項但書）。もっとも、この場合において債権者が権利を行使できるのは、被免除者の負担部分を控除した残部に限られる（同条二項）。

問題点は三つある。免除の効力は全員へ及ぶのが原則である理由、一二八五条一項本文によって全員が解放される理由、二項によって権利行使が制限される理由、以上の三点である。個別に議論を紹介する。

第一目　免除の効力が全員へ及ぶ（一体型絶対効）のが原則である理由

一二八五条は一体型絶対効ある免除を原則とする。そうでない免除には留保の明示を要求するのである。かような形の原則と例外の関係について、多くの学説は批判的である。この点に関する議論を紹介する。

1　立法過程における議論

一体型絶対効ある免除を原則とすることについては、立法過程でも批判がみられる。すなわち、政府委員会草案（Projet de la Commission du Gouvernement）第三編第二章一〇一条は現行法とほぼ同じ規定であった(2)（Fenet, t.2 p.173）。これについての意見照会に対して、ルアン控訴裁判所（Tribunal d'appel séant à Rouen）は反対説を表明した。一般法からいえば、原則と例外が逆だというのである(3)（Fenet, t.5 p.490）。

この意見は採用されなかった。その理由にあたるものとして二つの説明がみられる。第一は、「疑いがあれば解放の恩恵（la faveur de la libération）が優先するべきだ」との説明である（Bigot-Préameneu, L'exposé des motifs, Fenet, t.13 p.280）。第二は、「免除は弁済と効力を同じくする」との説明である（Mouricault, Le discours devant le Corps législatif, op. cit. p.435）。

以上が、立法過程にみられる議論である。

2　学説による説明

一二八五条の説明には三通りある。これら三通りの説明については、注意すべきことがある。いずれの説明も一体型絶対効原則を理由づけるにとどまる。すなわち、一体型絶対効原則を破るために必要な「留保の明示」については、説明がないままになっているのである（後述4参照）。

①債務免除の効果を弁済と同じにみる説明

第一は立法過程にみられたのと同じである。すなわち、ロオマ法における要式免除契約には一体型絶対効があって、弁済と同じ効力がある（D.45.2.2; D.46.4.16 pr.）。そして、民法典はこの考え方をとったというのである（Toullier, vol.4 1 partie n.329 p.260-2; Colmet de Santerre, t.5 n.144 bis I p.231-2; Larombière, t.5 art.1285 n.13 p.99; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1791 p.118）。範囲の限定がない限り、免除は債務の全部について弁済類似の効力をもつことがふつうだというのであろうか。

この説明は、一体型絶対効原則の理由を免除の性質に求めている。このために、不可分債務についても同じ原理が妥当すると考えることになる（Larombière, op. cit. n.18 p.103）。但し、理論のうえから一二八五条に対して批判する立場をとれば別である（Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1791 p.119）。

②債務単一性からの説明

第二は、連帯債務の単一性から説明するものである。次のようにいう。

連帯債務は、債務者全員につき一個の同じ債務である。すなわち、各債務者が支払を約すのは、相債務者の義務内容である。したがって、一人の義務がなくなれば、相債務者も解放されたと推定される。これは、保証の場合も同じであって、保証人が支払を約すのは主債務者の義務内容である。だから、主債務者に対する免除があれば、保証人は解放される。そのさいに、保証人に対する権利が留保されても、附従性のために留保は効力を生じない(4)。これに対して、主債務者が支払を約したのは自分の義務内容であるから、保証債務だけを免除して主債務の免除を伴わないことは可能である(Delvincourt, t.2 p.175 et note 3 de la page 175 (notes et explications p.573). 傍点福田。連帯債務について債務単一性を理由とする点で同旨、Demante, t.5 n.235 p.428; Aubry et Rau, t.4 p.25. また、Maleville, t.3 p.122-3 も同旨か？ 以上に対する反対説、Laurent, t.17 n.340 p.342)(5)(6)。

この説明の趣旨は、次のようなものであろう。

連帯債務者ABがいる場合を例にとる。Aの約務（l'engagement）はBの義務内容である（ここでいう義務 devoir とは、その内容が債務者によって異なるものではない。ABともに同じ内容の義務を負っていて、しかも互いの義務に結合関係があることを意味している。この点で、日本の相互保証説とは異なる）。Bの債務が免除されたとする。Bの義務は消滅することから、Aの約務も消滅したと推定される。これが推定に止まる理由は、次の点にある。Bに義務があるのと同時にAにも義務があって、Aの義務内容がBの約務となっている。Bの義務と約務が免除によって消滅しても、Aの義務が消滅する必然性はない。これが推定に止まる理由であって、Aの義務も消滅するのがふつうだとしかいえない。

保証の場合はどうか。主債務者b、保証人aがいる場合を例にとる。aの約務はbの義務内容である。主債務者bの債務が免除されれば、bの義務は消滅し、保証人aの約務も消滅する。これは推定ではなく必然である。保証人aには義務がないからである。逆に、保証人aの債務が免除されても、aの約務が消滅するだけで主債務に変動はない。保証

人aに義務があって、その義務内容がbの約務になっている、というわけではないからである。以上が論旨であろう。(7)

この説明は、一体型絶対効原則の理由を連帯債務の性質に求めるものである（債務単一性に関するデルヴァンクウルの理解は他と異なる。前節第三款参照）。このために、もし不可分債務について一体型絶対効原則をとるとしても、同じ理由を挙げることはできない。ところが、この第二の説明をとる論者は、理由を示すことなく、一二八四条と一二四九条から推して不可分債務の場合にも一体型絶対効が（常に？――福田）生ずるという（Delvincourt, t.2 note 2 de la page 150 (notes et explications p.518)）。

③相互代理からの説明

第三の説明は、各債務者を債務に関する代理人と看做すという考え方を民法典が採用した、こう説明するものである（Demolombe, t.26 n.396 p.332; Marcadé, t.4 n.802 p.655. また、連帯債務の一般理論として相互委任を想定することに反対しつつも、一体型絶対効原則については通説がいう委任の帰結だとするものがある。Huc, t.8 n.138 p.178. これらの説に対する批判につき註（6）参照）。詳細はわからない。推測すると、免除を合意する債務者は相債務者の代理人でもあるから、相債務者へも免除の効力を及ぼす趣旨であるのがふつうだとする考えを民法典がとった、こう理解しているのであろうか。

この説明も一体型絶対効原則の理由を連帯債務の性質に求めている。このために、もし不可分債務について一体型絶対効原則をとるにしても、同じ理由を挙げることはできない。もっとも、不可分債務にも相互委任の関係を想定するならば第三の説明を理由とすることができる。さらに、もし一体型絶対効原則に批判的な態度をとって連帯債務についての例外的な準則とするのでなければ、論理的には第三の説明が一体型絶対効原則の理由となるはずである（後述第二目2③参照）。

②の説明をとる論者は不可分債務について次のようにいう。

特段の事情がない限り、相対的な免除とみられる。というのも、一二八五条の理論的根拠は薄弱であるし、不可分債務者相互間には委任や組合の関係がないからである（Demolombe, t.28 n.460 p.327. また、Marcadé, t.4 n.805 p.658 は、特に不可分債務について述べているわけではないが、連帯でない複数債務者の場合について同旨をいう）。

相対的な免除が相債務者へ全く影響を及ぼさないと考えているのかについては、わからない。

一二八五条を委任の帰結だという学説は、免除を受けていない不可分債務者が、被免除者の負担部分について債権者に計算を請求できるという。その理由として、二点を挙げる。第一に、さもなくば、被免除者が求償を受けることになって免除の実効性がなくなってしまう。第二に、不可分債権者の一人が免除した場合に関する一二二四条二項は、免除に実効性がなくなるという帰結を拒絶しているからである。但し、不可分債務の内容が通行地役権の設定である場合は別だとする。これは、一人に対して免除があっても、地役権の内容に変動がないからだという（Huc, t.7 n.361-2 p.481-2）。

3　一二八五条に対する学説の批判

学説は一二八五条を理論的に批判している。特段の意思表示を要求するべきは一体型絶対効ある免除の方だというのである。次の理由が挙げられている。

免除の合意を解釈するさいには、債権者の意思を探求すべきである。たしかに、ロオマ法における要式免除契約には一体型絶対効があって、制式の免除は弁済と同じ効力をもつとされた。しかし、ロオマ法に範を求めるのであれば、むしろ不訴求約束を参照するべきである。不訴求約束は単なる合意である点で、フランスにおける免除と同じだからである。そして、不訴求約束については債権者の意思を探求すべしとされているから（D.2.14.21; D.eod.25.1）、免除の解釈にさ

いしても債権者の意思を探求するべきである（Demolombe, t.26 n.396 p.331-2; Colmet de Santerre, t.5 n.144 bis I p.231-2; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1791 texte et note 14 p.118-9）。そして、債権者の意思を探求するのであれば、「権利の放棄は推定されない」[8]。したがって、免除が債務者全員について効力を生ずるには、特段の意思表示を要することになる（Mourlon, t.2 n.1270 p.664; Demolombe, loc. cit. et t.28 n.457 et 459 p.325-7; Laurent, t.17 n.340 p.342; Colmet de Santerre, Baudry-Lacantinerie et Barde, locc. citt.）。以上が批判の主な理由である[9]。

このほかに、次の理由づけもみられる。合意は当事者間でしか効力を生じない（一一六五条）。そして、免除の合意が相債務者へ及ぶ理由はない。連帯債務に特有の効力はここでは機能しないという（Laurent, t.17 n.342. 詳しくは註（6）参照）。

4　小括

一体型絶対効原則に関する議論をまとめておく。

一二八五条については立法過程や学説において種々の議論がみられたが、それぞれの理由のなかでは次のものが決定的だと考える。一二八五条を説明するものとしては、「疑いがあれば解放の恩恵が優先するべきである」との理由が決定的である。これは立法過程でみられたものである。他方で一二八五条の批判においては、「権利の放棄は推定されない」という理由が決定的である。これは多くの学説が挙げるものである。これら以外の理由については、一二八五条に対する賛否を左右するものではないと考える。このことを説明する。

まず、批判説においては「権利の放棄は推定されない」という理由のほかに、合意の相対効原則（これについては第二目2で詳述）を持ち出す理由が挙げられた。しかし、合意の相対効原則を債務免除の合意に妥当させるのであれば、免除によって一体型絶対効が生ずる余地は全くないことになってしまう。もし論者がそのように考えるのであればともかく、

そうでなければ、原則と例外の関係について合意の相対効原則を持ち出すのは妥当でないと考える。このために、反対説における決定的なものは、「権利の放棄は推定されない」という理由だと考えるのである。

次に、一二八五条を説明する四つの理由についてはどうか。「疑いがあれば解放の恩恵が優先するべきである」との理由が決定的だと考えるのは、一二八五条が単なる解釈準則にとどまらないことによる。すなわち、同条一項は留保の方法を定型化して明示の留保に限定しており（《...à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits...》）[10]、単なる解釈準則ではない（フランス民法における解釈準則の例として一一六二条がある。「疑いがあれば（Dans le doute）、合意は要約者の不利に、債務を契約した者の有利に解釈される」）。このように例外にあたるための要件が限定されている場合には、原則を説明する理由は強いものである必要があろう。そして、「疑いがあれば解放の恩恵が優先するべきである」との理由は、当為を含む価値判断であって、その当為の程度を強く捉えれば留保の方法を明示のものに限定することをも説明できる。これに対して、債務の単一性や相互代理、要式免除契約との対比といった理由は、当為を含むものではない。「一体型絶対効ある免除であることが多い」というにすぎない。もちろん、取引においてそういう場合が多いというのであれば、例外にあたる場合は少なくなるが、それは実態から見た多寡という次元の問題であって、一体型絶対効の事例が如何に多かろうとも、例外を定型的に限定する理由とはなり得まい。フランス民法によれば、四囲の状況から当事者意思を推認できるような場合であっても、留保の明示なくば原則通り一体型絶対効を付与することになるが、それを「そういった取引が多いからだ」という理由で説明することはできない、こう考えるのである[11]。

もちろん、一体型絶対効原則の理由とは別に、留保の方法を明示に限定することについての理由があれば事情は異なる。しかし、留保の明示について別の理由があったことを示唆するものはみあたらない[12]。

以上のことから、一二八五条をめぐる賛否両論の議論のなかでは、「疑いがあれば解放の恩恵が優先するべきである」

とする理由と「権利の放棄は推定されない」との理由が決定的だと考える(13)。そして、このことから次のようにいえると思われる。すなわち、学説は一体型絶対効原則について種々の説明を試みているけれども、その説明は説得力があるものではなく、むしろ態度としては一体型絶対効原則に批判的である、こういえよう。

一体型絶対効原則に対する判例の態度はわからない。これは次の事情による。判例の態度を知るために検討すべきは、連帯債務について一体型絶対効原則の適用が否定された事例、または連帯債務でないものについて一体型絶対効原則が適用された事例であろう。しかし、かような事例はみあたらないからである(14)。

第二目　免除の効力が全員へ及ぶ理由

1　一二八五条一項本文に関する説明

一二八五条一項本文が適用される場合には、一人に対する免除によって債務者全員が解放されることになる。その理由として、次の二点が挙げられている。

かような免除は債務者全員に対する権利を債権者が放棄するものであるから、全員に抗弁が帰属する（Demolombe, t.26 n.394 p.329; Colmet de Santerre, t.5 n.144 bis I p.231）。

目的物に関して債務は一個であるから、一人について債務が消滅すれば全員が解放される（Aubry et Rau, t.4 p.251; Demolombe, t.28 n.458 p.326）。

学説が挙げる二つの理由は、十分なものではない。合意の効力が及ぶのは当事者間に限られるのであって、一体型絶対効ある免除は合意の相対効原則に反するからである（一一六五条「合意が効力をもつのは契約当事者間に限られる。合意は第三者を害さず、また一一二一条に定める場合を除き合意が第三者に利益をもたらすこともない」（一一二一条は第三者のためにする契約）。ポチエについては、前章第五項第三款第一目、第四款第四目参照）。ところが一九世紀の学説の多くは、合意の相対効原則を論ずるさいに、この点に触れていない。相対効原則に対する例外にあたる場合が種々挙げられてはいるけれども（例、コンコルダ。商法五一六条）、例外のなかに債務免除を挙げるものが殆どみあたらないのである（参照、Delvincourt, t.2 p.126-8; Toullier, vol.3 1 partie n.341-2 p.223-4; Mourlon, t.2 n.1165-8 p.613-4; Aubry et Rau, t.4 p.327; Demolombe, t.25 n.38-46 p.44-51; Laurent, t.16 n.379-82 p.441-2; Demante et Colmet de Santerre, t.5 n.80 et 80 bis II p.112-4; Larombière, t.3 art.1165 n.1-14 p.132-7; Marcadé, t.4 n.491 p.423-4; Huc, t.7 n.181 p.248-50; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.12 n.582-7 p.587-9）。これらの学説は、免除の一体型絶対効を合意の相対効原則に対する例外とは位置づけていないのかもしれない（例外でないことを明言するものもある。後述2③参照）。

2　合意の相対効原則と債務免除の関係

この問題につき諸学説は如何に考えているのか。諸議論からは三通りの構成を推測できる。

①債務免除の効果を弁済と同じにみる構成

第一に、一体型絶対効ある免除を、ロオマ法における要式免除契約と同じに考えていると推測できる。すなわち、留保なき債務免除は要式免除契約と同じく弁済類似の効力をもつ、このように説明するのである。一体型絶対効原則に関する学説のなかには、民法典が要式免除契約の考え方を採用したとするものがあり、そのことからこの構成を推測でき

る（前述第一目2①参照）。

この構成は免除の性質に着目するものであるから、連帯債務以外の多数当事者関係（保証や不可分債務）にも同じ説明を用いることができる。しかし、現実にこの説明が示されるのは不可分債務だけであって（前述第一目2①参照）、保証については免除の効力が他へ及ぶ場合であっても要式免除契約の考え方を持ち出すものはみられない（次述および第三款第一目、第四款第一目2・第二目1参照）。

②債務単一性からの構成

第二は、保証について附従性を理由とする考え方があって、これに着目する構成である。すなわち、主債務者に対する債務免除があれば保証人も解放されるが（一二八七条）、その理由を合意の相対効原則との関係で次のようにいうものがある。「保証人の義務が存続できるのは、主債務者の義務がなお存続する場合に限られる。これもまた一つの原則である。それゆえに、債務者の解放は保証人の解放をもたらすのである」（Duranton, t.10 n.539 p.563. このほかに、債務免除の効果を合意の相対効原則に対する例外だというものとして、Demante, t.5 n.80 p.112 がある）。このように、保証の附従性を持ち出せば、免除の効果は合意の相対効原則に抵触しないことになる（前章第五項第四款第四目1参照）。

そうであれば、連帯債務について右と同様の発想をすることはできないだろうか。デルヴァンクウルは債務単一性を約務内容の同一性だと理解しており、そういった理解を前提とすれば免除の効力を次のように説明できるように思われるのである（債務単一性の理解については前節第三款参照）。すなわち、相連帯債務者へ効力が及ぶのは債務単一性によるのであって、それは合意の相対効原則に抵触しない、こう考えていると推測できる。

③相互代理からの構成

第三の構成は、相互代理を持ち出すものである。合意の相対効原則に関する解釈として、承継前主または代理人がした合意については、承継人または本人へ効力が及ぶとされている（Mourlon, t.2 n.1165 p.613; Aubry et Rau, t.4 p.327; Demolombe, t.25 n.39 p.45; Laurent, t.16 n.371 p.436; Colmet de Santerre, t.5 n.80 bis I p.112-3; Marcadé, t.4 n.491 p.423-4; Huc, t.7 n.180 p.427-8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.12 n.581 p.586-7）。そして、連帯債務者相互間には委任の関係があって、債務を消滅・減少するような合意をする権限が与えられているとみられる。このために、免除の効力が全員へ及ぶことは、合意の相対効原則に牴触しない。このような構成をとっていると推測するのである。現に、この構成を明言するものがある（Demolombe, t.25 n.44 p.49; Colmet de Santerre, t.5 n.80 bis II p.114）。

この構成をとるためには、連帯債務者相互間に委任があると考える必要がある。しかし、連帯債務の一般理論として相互委任・相互代理を想定することに対しては、批判もある（Laurent, t.17 n.294, 304, 307 et 310-1 p.292-4 et 305-11 et t.20 n.120 p.149; Huc, t.7 n.316-21 et 328-31 p.424-34 et 440-6. このうちロランについては註（6）参照。またユクは、連帯債務の諸効果を債務単一性で説明できるという。この点で同旨のものとして、Delvincourt, t.2 p.139-40, 142 et note 1 de la page 140 (notes et explications p.499); Duranton, t.11 n.216 p.266-7）。

もし、免除の一体型絶対効を委任で説明する構成をとるのであれば、二つの問題を生ずる。第一に、人的相対効は一般の合意以外にも、既判事項の権威（l'autorité de la chose jugée. 一三五一条）・宣誓（一三六五条一項）・和解（二〇五一条）に関して定められている（前節第二款d、e参照）。これらについても、委任を想定することで相対効原理への牴触を回避するのかという問題が生ずる。第二に、連帯債務以外の多数当事者関係であっても委任の関係が認められるとすれば、同じ説明を使うのかという問題がある。二つの問題については簡単にではあるがすでに触れた（前節第四款2c）。また、第二の問題

のうち、保証に関しては後述する（第四款第一目2・第二目1）。ここでは、不可分債務者の一人に対する債務免除を委任で説明できるかについてみる。

連帯債務免除の効力を委任で説明する学説は、不可分債務について一体型絶対効原則が適用されないという。不可分債務者相互間には委任・組合の関係がないことを理由とする（Demolombe, t.28 n.460 p.327. 前述第一目2③参照）。ドゥモロンプは、既判事項の権威や宣誓についても同じ考えを示す。すなわち、不可分債務者の一人が勝訴または敗訴判決を受けても、相債務者にとってその判決は既判事項の権威をもたない。また、一人が宣誓しても相債務者に利益をもたらさないし、一人が宣誓を拒絶しても相債務者に不利益が及ぶことはない。これらは、不可分債務者相互間に委任・組合の関係がないためだという[15]（Demolombe, t.26 n.628-33 p.559-63 et t.30 n.687 p.584）。ドゥモロンプはこの点で一貫している。しかし、債務免除については一体型絶対効原則の適用がないというだけで、一体型絶対効を生ずる場合があることは認めている（Demolombe, t.28 n.460 p.327）。この点の説明が問題として残っているが、その理解を推測する手掛かりを与えてはくれない。

ドゥモロンプ以外のものとしては、連帯債務免除の効力を委任で説明し、それを明示する学説はみあたらない。しかし、連帯債務の一般理論として、相互委任を想定するものは他にもある（前節第四款参照）。そのうち、①②の構成を示唆する学説以外のものについては、委任で説明する構成をとっているともいえよう。債務免除の一体型絶対効が合意の相対効原則に対する例外であるとの指摘が殆どないのは、この構成をとっているためだともいえるからである。もしそうであれば、これらの学説は不可分債務について如何に考えるのか。次の二点を併せ考えると、不可分債務の免除に一体型絶対効がありうることは委任で説明されているともいえる（考え方によっては、不可分債務について一体型絶対効原則をとることも可能である。前述第一目2③参照）。すなわち第一に、連帯以外の複数債務者に一体型絶対効原則は適用されず、「権利の放棄

は推定されない」との原則が適用されるというものがある（Marcadé, t.4 n.805 p.658. 前述第一目2③参照）。第二に、既判事項の権威や宣誓・和解をめぐって不可分債務者相互間に委任を想定するものが少なくない。すなわち、和解や訴訟における弁論・宣誓に関して、相債務者の地位を良化することにつき委任を受けている。このために、債務者側に有利な和解・判決・宣誓は相債務者へも効力が及ぶ。そして、これは不可分債務者についても同じだというのである（前節第四款2c参照。そこで挙げた文献のうち、Aubry et Rau. Larombière. Marcadé. Marcadé et Pont が基本的にはこの考え方を示す。もっとも論者によって具体的な解釈論は少しずつ異なる。また、代理を認める点で同旨、Toullier。さらに、これらに対する反対説についても、前節を参照）。以上の二点からすれば、連帯債務や不可分債務について委任の関係を認めるとともに連帯債務の免除における一体型絶対効を委任で説明する論者は、不可分債務についても同じ説明をとっている、このようにいえる。

連帯債務者の一人に対する債務免除が一体型絶対効をもつ場合について、学説がとっていたと推測できる考え方は以上の三つである。三通りの構成は、それぞれ右に示したような形の射程をもっている。

第三目　被免除者の負担部分を限度として、相債務者に対する権利行使が制限される理由

1　一二八五条に関する一般的な説明

a　学説の紹介

免除にさいして留保の明示があっても、債権者の権利行使は制限される（一二八五条二項）。もっとも、具体的な解釈をみると、多くの学説は二項を権利行使の制限とは考えていないことがわかる（後述b、2a参照）。その点を検討する前に

二項の制度趣旨に関する説明をみると、一般には次のようにいわれている。

もし、相債務者が全部について弁済義務を負うとすれば、不当な結論が生じてしまう。すなわち、相債務者が被免除者に対して求償できないか、あるいは求償できるかの二者択一となる。もし求償できないとすれば、債権者は相債務者の地位を悪化させ、相債務者の費用で自己の寛大さを示すことになってしまう。他方でもし求償できるとすれば、被免除者は免除の実益を失うことになってしまう。相債務者に対する権利行使を制限するのは、これらの論理的な帰結を回避するためである（Demolombe, t.26 n.383 et 396 p.320 et 329-30; Laurent, t.17 n.341 p.342; Colmet de Santerre, t.5 n.144 bis I p.231. このほかに、被免除者へ求償できる場合だけに言及するものがある。Mourlon, t.2 n.1269 p.663; Aubry et Rau, t.4 p.205 note 22; Demante t.5 n.235 p.428-9; Larombière, t.5 art.1285 n.15 p.100; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1792 p.119-20）。

このほかに、当事者意思の解釈として理性に適っているとの理由づけもみられる（Colmet de Santerre, t.5 n.235 bis p.429）。

さらに、たとえ明示の合意があっても、相債務者に対する完済請求権を留保できないというものがある。次の理由が挙げられている。

「たしかに、相債務者は被免除者に対して求償でき、合意の影響を受けないといえる。しかし、その留保条項は相債務者に顕著な不利益をもたらす。連帯債務者全員の間には地位の平等があるはずであるところ、この平等を害するのである。[16] というのも、相債務者は債務の全額を出捐することについて大いなる危険に曝されてしまうからである。また、もし被免除者が相債務者へ求償に応じた分について債権者が返還義務を負うとすれば、債権者にとって留保条項の意味がなくなってしまう。さらに、もし債権者が返還義務を負わないと考えるならば、免除の合意は実質的にいって連帯免除となる。…連帯免除にさいしても、相債務者に対する完済請求権を留保して〔被免除者の負担部分につき〕控除なしで済ませることはできないと考える」（Colmet de Santerre, loc. cit. 一二一〇条「債権者が債務者の一人に対して債務の分割に同意しても、相債

務者に対する連帯訴権を保つが、連帯被免除者の負担部分は控除される」）。

b　整理

諸学説を整理する。大きくわけると四つの制度趣旨が示されている。

a　もし権利行使の制限がなければ、相債務者は債務の全部について義務を負うことになる。この場合に、もし弁済者が被免除者に求償できないとすれば、相債務者の負担が増大する。これは不当である。

b　右の場合に、もし弁済者が求償できるとすれば、被免除者は免除の実益を失う。これは不当である。

b'　さらに、もし被免除者が債権者へ求償できるとすれば、留保の実効性がなくなる。

b"　また、もし債権者へ求償できないとすれば、連帯免除と同じになる。そして、連帯免除の場合であっても、相債務者に対する権利行使は制限される（一二〇条）。

c　もし、相債務者が債務の全部について訴求を受けるとすれば、各債務者の地位が平等でなくなる。これは不当である。

d　債権者の権利行使を制限することが、意思解釈として適切である。

このうち、制度趣旨ａｂの発想はポチエにみられる。もっともｂに類する形でポチエが説明しているのは、保証についてである（前章第五項第四款第一目、第四目3）。

ここでポチエが示した場合わけ（前章第五項第四款第一目）を参考にすると、次のようにいえる。留保ある債務免除は、合意内容によって二つ――一二八五条二項の効果に一致する場合とそうでない場合――にわけることができる。条文の

効果と同じ場合の合意とは、被免除者を債務から完全に解放するとともに、被免除者の負担部分については相債務者も解放する内容である。条文と異なる場合には、被免除者を債権者から完全に解放する一方で、相債務者は解放しないというのが合意内容である。学説が示す諸理由を、この二つの場合に当て嵌めると、次のようにいえる。

合意内容が条文と一致する場合に関係するのは、制度趣旨dである。この場合に生ずる問題は、合意の相対効原則との関係である（前述第二目②参照）。これに対して、合意内容が条文と異なる場合に関係するのは、制度趣旨abcである。相債務者に対する完済請求権の留保が明示された場合に言及する学説は少ないけれども、理論的にいえば、制度趣旨abcの対象はこの場合だといえる。

さらに次のことがいえる。

制度趣旨aとbは、相反する場合を対象とする。すなわち、連帯債務者相互間には求償権が二種類あるけれども（固有の求償権（一二二四条）、と弁済者代位による求償権（一二五一条三号））、制度趣旨aが対象とするのは、二つの求償権がともに認められない場合である。これに対して、何らかの形で求償権が認められるのであれば、制度趣旨bの対象になる。このために、もし制度趣旨abを是とするならば、当然の帰結として、被免除者の負担部分につき相債務者は請求を免れることになる。

他の制度趣旨についてはどうか。制度趣旨b'b''はbを補強するものであろう。これに対し、制度趣旨cは異質である。各債務者の地位は平等であるべきだと考えたうえで、平等を害した債権者に対する制裁として、一二八五条二項を位置づけるのである。

右のことから次のようにいえる。一二八五条二項の説明にさいしては、大きくわけて四つの制度趣旨が示された。そのうちabcが対象にするのは次の場合である。被免除者を完全に解放する一方で、相債務者は解放しないことを合意

した場合がそれである。この場合において、制度趣旨ａｂｃは合意内容に反して債権者の権利を制限するものである。理論上このようにいえるだけでなく、現実の説明にさいしても権利行使が制限されるといわれている（例、《le créancier ne pourra plus poursuivre les autres débiteurs que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.》: Demolombe, t.26 n.394 p.329）。

ところが、これとは矛盾する説明がみられる。一二八五条二項にいう負担部分（la part de celui auquel il a fait la remise）の具体的範囲をめぐる議論において、その説明がみられる。このことを次に説明する。

2　「負担部分」の解釈

a　問題点

負担部分の範囲をめぐっては、次の場合が問題にされている。求償関係における被免除者の負担部分（以下、真の負担部分という）が頭割で計算した範囲（頭割分という。もっとも、無資力者は計算から除外される。後述4ｃ参照）と一致しない場合、特に真の負担部分が頭割分を超過する場合がそれである。この場合については、例えば次のようにいわれている。

「債権者が一人に対して免除するさいに、他に対する権利を留保した。免除は、被免除者の負担部分だけについてのものである。では、如何なる範囲か?…それは意思の問題である。事実として債権者が有していたであろう意思によって決すべきものなのである。債務者の相互関係を債権者が知っておればどうなるか? 真の負担部分についての免除である、と一般には考えるべきであろう。知らなければどうなるか? 頭割分についての免除だと考えるべきであろう。事実関係から知・不知が明らかにならない場合には…頭割分についての免除だと考えるべきであろう」（Demolombe, t.26 n.397 p.332-3）。

ここでは、所論の結論を問題にはしない。着目するのは理由づけである。右の説明においては次のようにいわれてい

る。一二八五条二項にいう負担部分について、その中身を決するのは債権者の意思だというのである。しかし、この説明は制度趣旨として説かれたところに反する。というのも、制度趣旨のうちａｂｃは、免除の合意内容に反して債権者の権利を制限するものであるために、制限の範囲を考えるさいに債権者の意思を基準とする余地はないからである。もし債権者の事情を斟酌するのであれば、それは債権者の意思よりも債権者の期待であろう（例、一方を免除しても他方に対して半分は請求できると考えていたという期待）。ところが、一二八五条二項にいう負担部分の中身をめぐる議論においては、債権者の意思を基準として考えるものが多いのである（これを明示するものとして、ドゥモロンプのほかに次の学説がある。Toullier, vol.4 1 partie n.329 p.261 note 1; Laurent, t.17 n.341 p.342-3; Marcadé, t.4 n.803-4 p.656-8; Huc, t.8 n.138 p.178-9; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1792 p.120 note 2. また、同旨と解されるのは次のものである。Larombière, t.5 art.1285 n.16 p.100-2. これに対して、意思解釈の問題にしない、またはそう読めるのは次のものである。Delvincourt, t.2 note 5 de la page 175 (notes et explications p.573-4); Mourlon, t.2 n.1269 p.663-4）。

以上のことから次のようにいえる。一二八五条二項の具体的な解釈論を前提とすれば、制度趣旨として説かれている内容とは別の理解がとられていることがわかる。すなわち、多数説によれば、一二八五条二項は免除の合意、特に債権者の意思に関する解釈規定である。したがって、制度趣旨として説かれた諸理由のうち、真の理由になっているのは制度趣旨ｄだといえる。

それでは、制度趣旨ａｂｃは如何なるものとして位置づけることができるか。このことを知るために、一二八五条二項にいう負担部分の中身をめぐる議論について、その詳細を紹介・検討する。

ｂ　諸学説の紹介

被免除者の真の負担部分が頭割分と一致しない場合については、種々の見解がみられる。これを整理すれば次のようにいえる。[17] 学説は、真の負担部分に関する債権者の善意・悪意を問題にする。すなわち、真の負担部分が頭割分を超える場合において、債権者が悪意であれば真の負担部分を基準とし、善意であれば頭割分を基準とする。多くの学説はこう考えている。

その理由として典型的なものは、先に紹介したドゥモロンプの説明である。すなわち、一二八五条二項にいう「負担部分」の中身を決するのは債権者の意思であって、その意思を探求するさいに考慮要素となるのが、真の負担部分に関する善意・悪意だという。学説は基本的にこう考えている。

もっとも、学説の説明は一様でない。具体的問題について、説明の精粗や見解の対立がみられる。そして、見解の対立からは、根本的な理解の相違を読み取ることもできる。このことを説明する。

具体的問題としては、次の四点がある。

第一に、意思の探求にさいして考慮要素となるのは、債権者の善意・悪意だけかという問題がある。真の負担部分が一〇割である場合について二つの説がある。第一説は、債権者が悪意であっても頭割が基準になるという。さもなくば留保の意味がなくなるし、債権者の意図した免除範囲が頭割分であることは留保によって示されているからだという[18] (Toullier, vol.4 1 partie n.329 p.261 note 1; Larombière, t.5 art.1285 n.16 p.101-2; Marcadé, t.4 n.803-4 p.656)。第二説は、債権者が悪意であれば真の負担部分が基準になるとして、次の理由を挙げる。さもなくば、真の負担部分から頭割分を控除した残部について、被免除者が求償を受けるか、あるいは弁済者が不利益を被ることになってしまう。免除の実効性と相債務者の利益を同時に満足させるには、真の負担部分を基準としなければならない。そして、第一説に対しては次のように反論で

きる。相続人が相続承認を当然に意味するような行動をとる一方で、相続放棄を申述しても、相続を承認したとみられる。行動の性質に反する申述や言明は（déclaration ou protestation）、すべて当然に無効だからである。真の負担部分が一〇割である者を免除する一方で、他に対する権利を留保する場合についても、これと同じことがいえる（Delvincourt, t.2 note 5 de la page 175 (notes et explications p.573-4)）。この問題に関する裁判例はわかれている。(19)

第二の論点として、債権者の善意または悪意に関する証明責任の問題がある。真偽不明であれば、頭割分が基準になるというものがある。頭割分は外観上の負担部分（la part apparente）であって、各債務者の負担部分は頭割分だと推定されるからだという（Demolombe, t.26 n.397 p.333; Marcadé, t.4 n.804 p.658; Huc, t.8 n.138 p.179）。これに対して、原則は真の負担部分だというものがある。相債務者が解放される理由は、被免除者に対して求償できたはずだという点に存するからだという（Laurent, t.17 n.341 p.343）。

第三に、真の負担部分が頭割分を下回る場合の問題がある。この問題に言及するものは、その多くが債権者の善意・悪意を問わないとする（Larombière, op. cit. p.100）。相債務者が解放される理由は、被免除者に対して求償できたはずだという点にあるからだという（Mourlon, t.2 n.1269 p.663-4; Laurent, t.17 n.341 p.342-3; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1792 p.120）。しかし、善意であれば常に頭割分が基準になると考えているかの如きものもある（Demolombe, t.26 n.397 p.332-3）。

第四に、負担附免除について次のようにいうものがある。免除が無償であれば、法律になるのは債権者の意思である。しかし、負担附免除の場合には、合意における両当事者の意思を探求しなければならない（Laurent, loc. cit.）。

右の四点のうち、特に第一点と第二点から次のようにいえる。学説は、債権者の善意・悪意によって区別するという点で一致している。しかし、具体的な問題については見解の対立がある。そして、具体的問題に関する対立は、基本的な考え方の差異に由来しているように思われることから、さらに検討してみる。

c　基本的な考え方の抽出

基本的な考え方は二通りに推論できる。

第一は、一二八五条二項の制度趣旨として挙げられたもののうち、ａｂを重視すべきだとする考え方である。すなわち、相債務者に不利益を与えないことおよび被免除者に免除の実効性を保たせること、この二点を重視して、免除によって生ずる不利益を債権者に負担させるのである。但し例外を認める。真の負担部分が頭割分を超え、しかもそれにつき債権者が善意である場合には、例外的に債権者を保護するのである。この第一の考え方をとるといえるのは、次のものである。真の負担部分が一〇割の場合であっても、債権者が悪意であれば留保を無効とするもの（デルヴァンクウル）がそれである。また、真の負担部分に関する債権者の善意について、その証明責任を債権者に課すもの（ロラン）も同じである。

第二は、制度趣旨のうちｄを重視すべしとする考え方である。すなわち、免除の合意、特に債権者の意思を重視するのである。第二の考え方をとるといえるのは、次のものである。真の負担部分が一〇割であれば、債権者が悪意であっても留保に効力を認めるもの（トゥリエ、ラロンビエェル、マルカデ）がそれである。また、債権者の悪意について、証明責任を債務者に課すもの（ドゥモロンブ、マルカデ、ユク）も同じである。この考え方は、一二八五条二項を意思解釈問題と位置づけるためか、論者の説くところは一様でない。すなわち、債権者が悪意の場合に頭割分を基準とするのは、真の負担部分が一〇割の場合に限るというものがある（Laromblère, t.5 art.1285 n.16 p.101-2）。若干なりとも真の負担部分が相債務者にあれば、その分につき留保の効力を生ずるから、その点に債権者の意思があると考えるのであろう。その一方で、真の負担部分が基準となるための要件として、真の負担部分につき債務を免除する意思が債権者にあることを要するというものがある。このために、真の負担部分につき悪意であっても、右の意思が債権者になければ頭割分が基準になると

いう（Marcadé, t.4 n.803-4 p.656-7）。この説明は、一二八五条二項の効果を専ら債権者の意思解釈に委ねるものである。もっとも、頭割分については免除の実効性を認めており、この点で制度趣旨bを尊重している。そのさいに、頭割分を請求できなくなることについて、論者が実質的に妥当だと考えているのか、それとも解釈論としては止むを得ないと考えているのかはわからない。ここでいえるのは、頭割分を請求できなくなることについて、批判がみられないことだけである（保証の場合には事情が異なり、免除を受けていない保証人が全額支払義務を負う場合を認めるものがある。後述4aおよび第三款第一目・第二目参照）。

これまで検討してきたのは、債権者と相債務者の関係である。もしそこで、頭割分を控除した残部につき相債務者が弁済を強いられれば、次に被免除者に対する求償問題を生ずる。この点につき、第一の考え方をとる論者は言及しない。第二の考え方をとる論者は、弁済者は被免除者へ求償できるという。求償を認めても被免除者は頭割分につき免除の実効性を保持することになるとする（Larombière, t.5 art.1285 n.16 p.101-2; Marcadé, t.4 n.804 p.657）。第二の考え方をとっても、相債務者は負担の増大という不利益を被るわけではないことがわかる。

3　小括

以上をまとめると次のようにいえる。

制度趣旨ａｂに類する発想は、ポチエにもみられた。そして、具体的な解釈論において制度趣旨ａｂを生かす考え方がみられたけれども、例外が認められた（第一の考え方）。その一方で、具体的解釈論において、制度趣旨ａよりも債権者の意思（制度趣旨ｄ）を重視するものもあった（第二の考え方）。この考え方は、制度趣旨ｂの内容を修正するものであった。ポチエの発想からすると、被免除者が求償義務を負うことは――たとえ真の負担部分の一部であっても――不当だ、

というものだったはずである。ところが、第二の考え方においては、真の負担部分の全部について求償義務を負うことは不当だけれども、頭割分の限度で求償義務をも免れるのであれば不当でないとされた。第二の考え方は、このようにして債権者の利益と被免除者の利益を調整したのである（ポチエも共同保証については、債権者に対する関係と求償関係を切断する考え方を示している。しかし、一九世紀における第二の考え方は、被免除者に対する求償を認める点でポチエと異なる）。具体的解釈論をみると、一般的には制度趣旨に関する理解がこのようにわかれている。しかしその一方で、相債務者の利害関係に言及する学説は一致した見解を示し、免除によって相債務者が不利益を被ることはないとしている。これが本項目における結論である（次の4aも参照）。

4　その他の論点

以上のほかにも、議論のみられる論点がある。また、議論があって然るべきなのに、論ぜられていない点もある。これらの一部を紹介・指摘しておく（免除が一部弁済と引換になされた場合の効果や連帯免除の効果についても議論されているが、将来の課題としておく）。

a　相対的免除

日本でいう相対的免除に関する議論がみられない。すなわち合意内容が、被免除者に対しては請求しないが、相債務者に対しては債務の全部を請求するというものだった場合である（相対的免除につき次章第五項第二款第一目5c参照）。もし特定の考え方をとって、留保ある免除の効果を債権者の意思解釈に委ねるならば、相債務者に対する権利の全部について留保を認めてもよいように思われる。また、主債務者に対する免除については、保証人に対する権利の留保に加えて特段

の合意があれば、保証人に対して請求できるとされている（後述第三款第二目参照）。

ところが、連帯債務についてはこの問題を議論する必要がないと考えられているような節がある。すなわち、二〇世紀の議論ではあるけれども、連帯債務については留保が認められているから問題なく主債務者に対する免除こそが問題だというものがある（Voirin, note D.P.1933, 2, 2）。その論旨は次のようなものだと思われる。保証人に対する留保の効力に関しては悉無律が作用して、債務の全部につき効力を認めるか否かの何れか一方になる。これに対して、連帯債務の場合には留保の効力を認めても、真の負担部分または頭割分につき免除の実効性を保持することができる。このために、連帯債務において債務全部についての留保があると認定して、その効力を認める必要はない、こう考えられているように思われるのである（この考え方は、第三款第三目1c⑥で紹介するカン控訴院判決からも窺える）。

この理解が正しいとすれば、次のようにいえるかもしれない。連帯債務者の一人に対する免除についてはいくつかの制度趣旨が挙げられてけれども、被免除者が免除の実効性を失うことに対する保護（制度趣旨b）は、多数説によって他の制度趣旨よりも軽視された。しかしながら、実効性を完全に失うことについては慎重な態度がとられた。被免除者の真の負担部分が一〇割で、債権者悪意の場合であっても、頭割分につき債権者の権利行使が制限されたのは、かような考え方が背景にあると思われるのである。

b　危機状態における免除

被免除者が破産または支払停止状態にあった場合に関する議論がみられる。後述する（第三款第三目）。

c　相債務者のなかに無資力者がいる場合

相債務者のなかに無資力者がいる場合について議論がみられる。[20] 問題は、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を誰が負担するのかという点にある。被免除者が分担すべきだった分についても、債権者の権利行使が制限されるといわれており（Huc, t.8 n.138 p.178-9）、理由として三点が挙げられている。

第一に、連帯免除に関する一二一五条がある（Duranton, t.11 n.224 p.276 et t.12 n.372 p.472; Larombière, t.5 art.1285 n.15 p.100. 一二一五条「連帯債務者の一人に対して債権者が連帯訴権を放棄した場合において、相債務者の一人または複数人が無資力になれば、無資力者の負担部分はさきに連帯免除を受けた者を含む債務者全員で負担部分に応じて分担される」）。連帯免除につき条文は被免除者が分担すべき分を計算するとしているが、[21] デュラントンやラロンビエルは算出された分を債権者が負担すると解しており、これと同様に考えるという趣旨であろうか。あるいは、留保があれば、被免除者に対する連帯免除と、その負担部分についての債務免除が同時に成立すると構成しているのかもしれない。第二の理由は、もし被免除者が分担すべき分について権利行使を制限しなければ、結論が不当になるというものである。債権者の行為によって相債務者の負担が増大することになってしまうからだという（Duranton, t.11 n.224 p.276; Marcadé, t.4 n.802 p.655-6; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1792 p.120）。第三に、被免除者が負担義務を負うことある分の全部について、免除の対象になったとみられるからである（Toullier, vol.4 1 partie n.329 p.262）。

このほかに、次のようにいうものがある。相債務者が（任意に?――福田）弁済した場合には、無資力者の負担部分についての分担を被免除者に対して求めることができる。さらに、被免除者は求償に応じた分について債権者へ求償できる。免除の結果をすべて負担すべきは債権者だからであるという（Mourlon, t.2 n.1278 p.667）。この学説が、弁済者が債権者に抗弁できないと考えているのかはわからない。

裁判例でも、相債務者は分担分につき抗弁できるとされている（Trib. civ. Seine, 4 avr. 1900, Gaz.Pal.1900, 1, 802.もっとも、抗弁

の範囲に関する計算に疑問がある[22]。

d　一部免除

一部免除に言及するものがある。一万フランを四名の連帯債務者が負担する場合に関して、次のようにいう。もし債権者が一人に対して五〇％を免除して留保をつけなければ、次のようになる。一二八五条一項により、五〇％については全員が解放される。残債務は五〇〇〇フランになる。これに対して、免除にさいし留保の明示があれば、次のようになる。被免除者は五〇〇〇フランにつき免除の利益を受けるが、相債務者については二五〇〇フランに限られる。免除額を負担部分に応じて按分した一二五〇フランではない。したがって、相債務者三名は、残る七五〇〇フランについて連帯して義務を負うという（Duranton, t.11 n.226 p.278-9）。

留保ある場合において、相債務者が利益を受けるのは二五〇〇〇フランだとされている。免除部分を按分するのではなく、先に被免除者の負担部分に充当するのである。この考え方は理論的にも説明できる。相債務者が利益を受ける理由は、被免除者に対して求償できたはずだという点にあるからである。

第二款　連帯債務の場合――その二　黙示の免除

債権証書（私署証書原本または公証書正本）が債務者に返還された場合には、返還が解放の証拠となり、債務免除または弁済が推定される（一二八二条、一二八三条）。そして、連帯債務者の一人に対して債権証書が返還されれば、債務者全員に同

じ効力を生ずる（一二八四条）。

要するに、黙示の免除の場合には、常に一体型絶対効を生ずるのである。その理由は、次のように説明されている。債権証書の占有を失うことによって、債権者はその権利を証明する手段を失う。これは返還を受けた債務者に対してだけでなく、相債務者に対する関係でもいえる（Demolombe, t.26 n.395 p.330; Laurent, t.17 n.340 p.340-1 et t.18 n.375-6 p.401-2; Demante et Colmet de Santerre, t.5 n.233 et 233 bis II p.425-6; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1799 p.128）。また、もし債権者が相債務者に対して請求する意思をもっておれば、債権証書を保持したはずである（Mourlon, t.2 n.1432 p.749; Larombière, t.5 art.1285 n.1 p.85-6; Marcadé, t.4 n.799 p.653-4）。

以上が一般に示されている理由である。このように多数当事者関係一般に通ずる理由のほかにも、債務単一性や相互代理といった連帯債務の特質に基づく、とする説明がみられる（Aubry et Rau, t.8 p.381 texte 52; Demolombe, t.28 n.412 p.292. また、Maleville, t.3 p.122 も参照）。

しかし、連帯債務の特質は理由にならない。というのも、学説は、不可分債務や可分債務についても一二八四条と同じ結論をとり、しかもそのさいには、不可分債務等の特質ではなく、多数当事者関係一般に通ずる理由を挙げるからである（不可分債務につき、Demolombe, t.28 n.412 p.292-3; Larombière, t.5 art.1285 n.2 p.86; Huc, t.8 n.138 p.177; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1799 p.128. 可分債務について、Mourlon, t.2 n.1432 p.749; Aubry et Rau, t.4 p.207 texte et note 31; Demolombe, t.28 n.413 p.293-6; Laurent, t.18 n.376 p.402; Colmet de Santerre, t.5 n.233 bis V p.427; Marcadé, t.4 n.799 p.653-4; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1800 p.128-9. もっとも、不可分債務については反対説もある。Larombière, t.5 art.1282 n.10 p.63）。

保証の場合も同じだとされている。すなわち、主債務者が債権証書の返還を受ければ保証人も解放される。また、保証人が返還を受ければ、主債務者や相保証人も解放される。その理由として、主債務者が返還を受ける場合につき附従性を挙げるものがみられるほかは、右記の多数当事者関係一般に通ずる理由が示されている（Mourlon, Aubry et Rau, Marcadé, opp. citt.; Demolombe, t.28 n.414-6 p.296-7; Laurent, t.18 n.377 p.402-3; Demante et Colmet de Santerre, t.5 n.233 et 233 bis Ⅲ et Ⅳ p.425-7; Larombière, t.5 art.1284 n.4 p.87; Huc, t.12 n.238 p.271; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1801 p.129-30. また、宣誓に関する一二六五条の類推をいうものがある。Delvincourt, t.2 p.175 et note 2 de la page 175 (notes et explications p.573)）。

第三款　主債務者に対する免除

第一目　一般の免除

主債務者が債務免除を受ける場合には、保証人も解放される（一二八七条一項）。黙示の免除については既にみた（第二款）。ここでは明示の免除についてみる。

保証人の解放について、学説は二通りの理由を挙げており、それはポチエが挙げるのと同じものである（前章第五項第四款第二目参照）。

保証人の約務は従たるものであって、主債務者の約務が消滅するのに伴って当然に消滅する（Meleville, t.3 p.123; Delvincourt, t.2 p.175; Duranton, t.12 n.373 p.472; Mourlon, t.2 n.1436 p.751 et t.3 n.1124 p.451-2; Aubry et Rau, t.4 p.692-3; Demolombe, t.28 n.461 p.327-8;

Laurent, t.18 n.370 p.396; Colmet de Santerre, t.5 n.237 bis I p.430 et t.8 n.269 bis II p.298; Larombière, t.5 art.1287 n.1 p.105; Marcadé, t.4 n.806 p.658; Marcadé et Pont, t.9 n.406 p.220; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1793 p.120-1; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1153 p.604. 同旨, Troplong, Du cautionnement et des transactions n.503 p.441-2)。

もし保証債務が残るとすれば、主債務者は求償義務を負うために、免除の実効性が失われてしまう (Delvincourt, t.2 note 7 de la page 175 (notes et explications p.574); Mourlon, Laurent, Baudry-Lacantinerie et Barde, locc. citt.; Huc, t.12 n.238 p.271. 同旨, Demante, t.5 n.237 p.430)。

学説はさらに、保証人に対する権利を留保しても、留保の効力を生じないという (Delvincourt, t.2 note 5 de la page 175 (notes et explications p.573))。次の諸理由が挙げられている。

ロオマ法と異なり、フランス法では免除により主債務が消滅する。このために、附従性により保証債務も消滅する (Aubry et Rau, t.4 p.205 note 23; Demolombe, t.28 n.462 p.328-9; Marcadé et Pont, t.9 n.407 p.220-1; Huc, t.12 n.238 p.271-2)。

債権者は保証人から求償権を奪うことができない。二〇三七条が論拠となる（二〇三七条（一九八四年三月一日法による付加前の原始規定）「債権者の権利・抵当権・先取特権への代位が債権者の行為によって保証人のために作用しえない場合においては、保証人は解放される」。Troplong, op. cit. n.505 p.442-4; Demolombe, Larombière, locc. citt.)。

もし保証債務が残るとすれば、主債務者は求償義務を負うために、免除の実効性が失われてしまう (Larombière, Huc, Baudry-Lacantinerie et Barde, locc. citt.)。

これらの説明においては、保証人が求償権をもたない場合が想定されていない。しかし、その場合でも同じに考えるのであろうと推測される。もしこの推測が当たっておれば、諸理由のうち、主要な理由は附従性であって、他は附加的

な理由にすぎないものとなる（前章第五項第四款第二目参照）。

留保を否定する見解に対しては、反対説もある。すなわち、ロオマ法文（UlpD.2, 14, 22. 前章第五項註（4）参照）を引いて、保証人に対する留保を認める見解もみられる（Zachariä / Puchelt, Handbuch des Französischen Civilrechts, 6.Aufl. 2.Bd. §324 S.376 Anm.17. しかし、第七版では留保無効説が正当だとされ、第八版では留保有効説の紹介すらも削除されている。Zachariä / Crome, 8.Aufl. §304 S.362 Anm.17）。このほかに、二つの場合について留保を認める見解がある。一つは、免除にさいして特段の合意があった場合である。いま一つは、免除の時点で主債務者が破産または支払停止状態にあった場合である。それぞれについて、議論を紹介する。

第二目　免除にさいして特段の合意があった場合

特段の合意があった場合に関する議論は、次の判決を契機して生じた。

Orléans, 6 juin 1868, D.P.1868, 2, 224= S.1869, 2, 6.

X銀行はAと交互計算契約を結んでいた。Aの兄弟Yは、右契約によるAの債務につき一二五〇〇フランの限度で保証していた。その後XA間で合意が成立し、一六〇〇〇フランの支払と引換に、XはAを解放した。そのさいに、Xは保証人に対する権利の留保を明示しただけでなく、Yの代位に同意する義務をXが負うときはAは債務免除を主張できないし、Yが弁済したときはXによる減額や保証人の代位の無効をAは主張できない、このように合意した。この合意の後に、XはYに対して保証債務一二五〇〇フランの支払を求めた。これが本件である。Yは抗弁して、XA間の合意によりAは解放されているから、保証人であるYも解放されたと主張した。

一審（Trib.civ.Tours, 27 août 1867）は請求を全部認容した。

「〔認定事実からわかるように〕ＸＡ間の合意は、保証人に対する債権者の権利を損なうものではない。主債務者に対する保証人の権利は十分に尊重されており、双方の権利を悪化・減少させてはいないからである。」

Ｙは控訴したが、控訴棄却。一審判決の理由が引用されている。

この判決は学説においても支持されている（Demolombe, t.28 n.462 p.328-9; Laurent, t.18 n.371 p.398 et t.28 n.288 p.289; Fabreguettes, Questions pratiques de droit commercial, Rev. crit. 1879, 339 n.16; Larombière, t.5 art.1287 n.1 p.105; Marcadé, t.4 n.806 p.658 note 1; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1153 p.604）。しかし、具体的妥当性を超えて、この判決を理論構成するものはみあたらない。このために、本件合意を債務免除と法性決定できるかには疑いが残る。また、連帯債務の場合において、同様の合意があれば、一二八五条二項による権利行使の制限が働かないのかについても、学説の理解はわからない。

第三目　被免除者が破産または支払停止状態にあった場合

ここでの問題は、保証人に対する留保がある場合に、主債務者が破産または支払停止状態にあるという事情がもつ意味を検討することにある。この点に関する議論をみる（3）前に、右の情況下における債務免除自体の効力についてみる（1、2）。そのさいには、被免除者が連帯債務者である場合をも対象とする。ここでの問題は連帯債務にも共通するからである。すなわち、ここで問題になるのは、一般法である民法が適用されるのか、それとも破産等に特殊事情を認めて民法を排除するのか、という論点である。

この点は破産法制と密接に関係する。そして、破産につき定めるフランス商法第三編は、一八三八年に全面改正されている。このために、改正の前後で区別して議論を紹介する。

1　商法第三編原始規定下における債務免除の効力

a　概観

一八〇七年の商法典では、コンコルダの効力に関しては、次の規定があるにすぎなかった（le concordat については、強制和議と訳す文献もある（小野木常「破産及破産犯罪」『仏蘭西商法Ⅱ』六五頁）。しかし、裁判例の中には強制和議にあたるといえるかに疑いのある事例があること、また特に本項目ではそれが任意であるか強制であるかが論点の一つになっていることを考えて、本稿ではコンコルダとしておく）。コンコルダが認可されれば、債権者全員にとって強制的なもの（obligatoire）になるという規定である（商法五二四条二文原始規定「認可によってコンコルダは債権者全員にとって強制的なものとなり、各債権者のために破産者の不動産へ抵当権が設定されることになる」。また、コンコルダは無担保債権者の過半数かつ無担保債権額の四分の三以上の多数をもって成立した。同五一九条、五二〇条）。コンコルダにおいて債務が減免されると連帯債務や保証債務がどうなるか、これについての規定はなかった。

b　学説

民法学説をみる限りでは、コンコルダによる免除については、民法一二八五条や一二八七条の適用が排除されるという（Delvincourt, t.2 note 6 de la page 175 (notes et explications p.574); Duranton, t.10 n.540 p.563-4, t.11 n.225 p.277, t.12 n.376 p.474-6 et t.18 n.380 p.417; Troplong, Du cautionnement et des transactions n.504 p.442; Toullier, vol.4 1 partie n.330 p.263. この見解が一般にとられていたといわれている。Jurisprudence générale, t.24 v.Faillite et banqueroute n.828 p.278-9）。このうちデュラントンは、その見解を詳しく示している。

コンコルダは強制的なものである。任意の免除ではない。破産者の財産情況を考慮して、できるだけ多く回収するためになされるものである。このために、相連帯債務者や保証人はコンコルダにおける免除を援用できない。また、破産者が主債務者である場合には、保証の附従性が問題となる。しかし、コンコルダによる免除があっても、自然法上は主債務が存続する。このために、附従性が作用して保証債務が消滅することにはならない。これは、主債務者が未成年者の場合と同じである（二〇一二条二項「しかし、主債務者に純粋固有の抗弁によって主債務が取消され得るものであっても、その債務を保証することができる。未成年の場合がその例である」）。これらのことは、当該債権者がコンコルダに賛成投票したか否か、またコンコルダにさいして留保をつけたか否か、といった事情によっては左右されない[23]（Duranton, loccc. cittt.）。しかし、コンコルダに関する方式が践まれていない場合は別である。特に、商人でない者がその諸債権者と免除を合意した場合がそれにあたる。かような合意は任意の免除であって、合意に同意した債権者だけに効力が及ぶ。コンコルダの権利は例外的なもの（un droit exorbitant）である。商法が商人だけについてこれを認めているのは、商人が一般の市民よりも多大な危険に曝されていることを理由とする（Duranton, t.11 n.226 p.277-9, t.12 n.377 p.476-7 et t.18 n.381 p.417-8）。

右の説明から次のことがわかる。学説においては、一二八五条や一二八七条一項の適用を排除することが主張された。コンコルダによる免除は強制的であることが理由とされている。ここで注意すべきだと思われるのだが、デュラントンは、コンコルダの方式を践まない場合については民法の適用を主張していた。これは、適式のコンコルダについてさえも、明規がないために民法が適用される可能性のあった時期における見解である。後の多数説は同旨の見解をとるが、デュラントンとは区別するのが適切であろう。

c　裁判例

初期の裁判例は、免除がコンコルダによるものであることを考慮しなかった。特に破毀院は、この点につき動揺している。以下では、民法典や商法典の制定前における判決を含めて紹介する。このために、日本法でいう強制和議といえるかが疑わしい事件も含まれている。

①Cass.req., 12 frim. an 10, Refonte du Rec. Sirey 1791-an 12, 1, 560.

為替手形の振出人が破産した後に、所持人と協定した事例である。留保はない。裏書人に対する所持人の請求は全部退けられた。

②Paris, 10 niv. an 13, Refonte du Rec. Sirey an 13-1808, 2, 15 (Paris, 18 niv. an 10, op. cit. 1791-an 12, 2, 46も参照).

為替手形の引受人についてコンコルダがあった事例である。所持人はコンコルダに同意したと認定されているが、留保の有無は不明である。裏書人に対する所持人の請求は全部退けられた。民法典の制定後・商法典の制定前における判決であるが、本件に民法典が適用されたのかはわからない。

③Cass.req., 9 mai 1815, Jur. gén. t.7 v.Cautionnement n.306 p.590 note 3.

保証債務履行請求事件。主債務は三二八五六フランの手形債務であった。満期前に主債務者が支払を停止した段階で、一四〇〇〇フランの限度で連帯保証した事例である。主債務者についてのコンコルダで、債務の八五％が免除された。本件債権者はコンコルダに同意しているが、留保の有無はわからない。原審は一四〇〇〇フランの支払を保証人に命じ、保証人の破毀申立も棄却された。

④Cass.civ., 11 fév. 1817, Refonte du Rec. Sirey 1815-1818, 1, 280= Jur. gén. t.20 v.Effets de commerce n.495 p.251 note 1.

為替手形の振出人につきコンコルダがあった事例である。コンコルダでは、債権の行使を五割に限定することとされた。本件手形所持人はコンコルダに加わらなかったが、コンコルダとは別に振出人と協定を結び、残余の五割について裏書人に対する遡求権を留保している。これ以前に振出人と裏書人は判決を受け、連帯して手形金を所持人へ支払うよう命ぜられている。この判決に基づいて、所持人は残余の五割につき裏書人に対して差押えたので、裏書人は差押の解放を求めた。これが本件である。原判決は裏書人の請求を棄却し、破毀申立も棄却された。裏書人は手形金の半分につき義務を負うとされた。留保の効力を認めて、一二八五条二項を適用している。

⑤ Cass.req., 5 août 1818, Jur. gén. t.7 v.Cautionnement n.306 p.590 note 1.

連帯保証債務履行請求事件。主債務者についてのコンコルダで、債務の九割が免除された。本件債権者はコンコルダに加わったうえで、連帯保証人に対する権利を留保している。原審は債権者の請求を認容し、連帯保証人の破毀申立も棄却された。次のように判示されている。

「〔本件債権者は免除に同意するとともに、権利を留保している。〕このことからわかるように、債権者は保証人を解放する意思がなかった。また、本件免除によって保証人の利益が害されたとは認定されていないだけでなく、むしろ保証人にとって有益だと認定された。これは、保証人から回収さるべき金額が、それだけ減少しているからである。」

判旨の末尾は次の趣旨であろう。すなわち、コンコルダにおいて債務の一割については主債務者から弁済を受けたのであって、この点で保証人にとって有益だという趣旨であろう。九割の債務免除が保証人にも及び、その分につき保証人が利益を受けているという趣旨には読めない。

⑥ Cass.civ., 30 nov. 1819, Refonte du Rec. Sirey 1819-1821, 1, 139= Jur. gén. t.33 v.Obligations n.1498 p.333 note 2 et n.2602 p.382 note 1.

Yは為替手形三通（計五〇〇〇フラン）を振出し、A（Yの姉妹の配偶者）がこれを引受けた。Xは順次の裏書により所持人となったが、満期に支払がなく拒絶証書を作成した。一八〇九年の商事裁判所判決で、YAは連帯して五〇〇〇フランを支払うよう命ぜられた。その後にAは破産した。Aとその諸債権者間でコンコルダが成立し、財産譲与と引換にAは解放されることになった。そのさいに、相債務者および保証人に対する権利・訴権はすべて留保することが明示された。このコンコルダにはXも加わった。XはYに対して手形金の支払を求めた。これが本件である。Yは抗弁して、YがAの保証人または連帯債務者だとして、一二八七条一項または一二八五条二項の適用を主張した。

一審（Trib.civ.Cherbourg, 29 aout 1816）は請求を全部認容し、Yの控訴も棄却された（Caen, 14 aout 1817）。次の理由による。

「…本件留保が有すべき効力を認めても、免除の条項に効力がなくなるわけではない。これは、保証人が主債務者に対して求償しても、少なくとも債権者が変わるという利益を主債務者は受けるからである。この利益は取るに足りないものではないことがある。むしろ、一部保証の場合や、保証人が弁済できなかったり、一部しか弁済しない場合には、実質的な利益となる。というのも、これらの場合に、残債務について主債務者が…債権者や…保証人から訴求を受けることはありえないからである。本件において、Aが債務の一部につき…この利益を受けたのは確実であろう。」「本件に一二八五条や一二八七条を適用する必要はない。…本件は明らかに一二八七条の場合ではない。同条は、保証人に対する留保のない絶対的な免除の場合を当然の前提としているからである。また、本件は一二八五条の場合でもない。本件で問題となっているのは連帯債務者でないからである。たしかに、為替手形の振出人たるYは所持人に対し連帯の担保者になっている。しかし、手形の記載によれば、Yは負担部分をもつ債務者ではなかった。一般論として引受は引当資金を前提とするだけでなく、本件で振出人は引当資金を手形に表示し、引受にさいしてBはこの表示が真実であることを認めた。このために、所持人は手形の表示から、Yが負担部分をもつ債務者でないことを知っていた。したがって、一二八五条が前提とするような、留保の対象になり得る負担部分は存在しなかった。」「一二八五条

の目的が合意の自由を制限したり、債権者の欲しない免除を強制することにあると考えるべきではない。真の目的は、同条が想定する場合において債権者の意思を推定し、これを明規することにある。このように解せば、同条は全く賢明な規定である。というのも、自然な考え方として、連帯債務者の一方に対して免除し、他方に対する訴権を留保する場合において、他方債務者に弁済させる意思を債権者がもっているのは、その債務者の負担部分だけだと考えられるからである。この場合には、留保の効力は、留保が当然にもつはずの内容と一致する。しかし、負担部分なき保証人について同じ推定が働く余地はない。というのも、免除された部分と留保された部分を識別することができず、…債務の全部について留保が効力を生ずるか、あるいは全く効力を生じないかの何れかになるからである。」「〔一〇三七条を理由とする訴権保存義務違反の主張は理由がない。〕債権者の意思としては、主債務者に対して直接に訴求する権利を放棄したと考えるべきだからである。弁済した保証人が当然に取得する代位権が、この放棄によって損なわれることはありえない。」

Y破毀申立。一二八七条・一二八五条違反を主張する。

破毀申立認容、原判決破毀。「一二一〇条・一二八五条をみよ。…振出人Yと引受人Aは手形金の支払につき連帯せよとの判決を受けた。これによりYAは連帯債務者となった。原判決が確認した争いのない事実によれば、XはAに対して…免除した。そのさいに、Aの相債務者や保証人に対する権利を単純無条件に（uniquement）留保した。連帯債務者の一人を免除する一方で他に対する権利を留保するというのは、一二八五条が規定する場合にあたる。…同条は一二一〇条から当然のこととして説明される。すなわち一二一〇条によれば、債権者が一人に対し債務の分割に同意する場合において、相債務者に対する訴権を保つのは、連帯免除を受けた債務者の負担部分を控除した残部に限られる。このために、連帯債務は債務者相互間において当然に分割される。一二一三条により、相互間では各自の負担部分だけについて義務を負うことになる。ところが、原審は本件手形金の全額を支払えとAの相連帯債務者Yに命じた。原審は、被免除者Aの負担部分を控除すべきであった。これにより、原審は一二一〇条

と一二八五条に公然と違反した」（なお、破毀移送後の二審判決につき、Rouen, 21 mars 1822, Refonte du Rec. Sirey 1822-1824, 2, 48 参照）。

⑦ Cass.req., 13 fév. 1822, Jur. gén. t.7 v.Cautionnement n.304 p.589 note 4.

保証債務履行請求事件。主債務者Aについてコンコルダがあった事例である。コンコルダでは債務の六割が免除されたけれども、本件債権者Xはコンコルダへの署名を拒絶した。これは、保証人Yに対する権利が消滅するのを恐れたからであった。しかし、コンコルダにおいて定められた配当金を、Xは留保なしに受領した。残債務につきXはYに支払を求めた。これが本件である（なお、YはAに対して担保（"求償）の訴を出しているが、詳細不明。破毀院は、コンコルダと免除につきYが同意していることを理由に、Yの主張を退ける）。Yは抗弁し、主債務者に対する免除によって保証人は当然に解放されること、配当金の受領によってXは保証債権を放棄したこと、主債務者Aの財産を検索すべきことを主張した。

一審は抗弁を容れて請求を棄却したが、二審（Riom, 3 fév. 1820）はXの控訴を容れて、請求を認容した。次の理由による。主債務者に対する免除によって保証人が利益を受けるのは、免除が予期せぬ破産によって強制されない任意のものである場合に限られる。Xはコンコルダへの署名を拒絶したが、それは自己の権利を損なわないためであった。また、Aの財産は検索ずみであって、再度の検索は不要であり時間稼ぎのものとなる。

Y破毀申立。原判決が検索抗弁を退けたこと、および、主債務者へ求償できなくなっているのに免除の利益を否定したこと、この二点を攻撃する。

破毀申立棄却。「…検索に関する上告理由第一点について。コンコルダにさいして、Aの財産はすべて検索されている。原審が再度の検索を不要としたのは法律に違反しない。特に、主債務者Aの財産がコンコルダの後に回復したとの主張すらないから、再度の検索は無駄である。第二に、Xは…コンコルダへ加わることを拒絶した。これは、Yによる保証の効力を損なわないためであった。第三に、XがYの保証を要求して保証契約を結んだのは、差し迫っているように思われたAの無資力に備えるためで

あった。…以上のことから、Yの抗弁は…理由がない。」

⑧ Lyon, 14 juin 1826, Refonte du Rec. Sirey 1825-1827, 2, 243= Jur. gén. t.7 v.Cautionnement n.306 p.590 note 2.

債務履行請求事件。連帯債務か保証債務かの法性決定はない。訴外の債務者についてコンコルダがあり、そこでの免除を被告が援用した事例である。本件債権者はコンコルダに同意している（コンコルダの内容は不明）。また、コンコルダの前日に本件債権者は被告と口頭の合意をして、本件債権者がコンコルダに加わっても、被告に対する訴権を損なうことはなく、権利を明示的に留保することとされた。一審は請求を認容し、一審被告の控訴も棄却された。コンコルダにおける免除には、一二八五条・一二八七条一項が適用されないと判示する。

⑨ Bordeaux, 28 août 1826, Refonte du Rec. Sirey 1825-1827, 2, 282.

物上保証人による抵当権登記抹消請求事件。主債務者についてコンコルダがあった事例である。コンコルダでは債務の八五％が免除された。本件抵当権者は任意にコンコルダへ署名して、留保をつけなかった。その後に、残余の一五％につき弁済を受けている。一審は請求を棄却したが、二審は物上保証人の控訴を容れて、請求を認容した。抵当権の附従性を理由としている。

⑩ Paris, 8 juin 1831, S.1831, 2, 221.

為替手形金請求事件。共同引受人（夫婦）の一方につきコンコルダがあった事例である。コンコルダでは債務の八五％が免除された。そのさいに、本件手形所持人は破産者の相連帯債務者に対する権利を留保している。一審は請求を棄却した。コンコルダによる免除は合意免除であること、および、留保はあるが破産者の負担部分が一〇割であることを理由とする。しかし、二審は所持人の控訴を容れて、請求を認容した。コンコルダは任意の免除でないために一二八五条が適用されないこと、また本件では留保があることを理由とする。

⑪ Lyon, 12 avr. 1832, S.1833, 2, 428= Jur. gén. t.7 v.Cautionnement n.157 p.563 note 3.

連帯保証債務不存在確認請求事件。主債務者につきコンコルダがあった事例である。コンコルダでは債務の六五%が免除されるとともに、諸債権者の権利を留保することが明示されている。本件債権者はコンコルダに加わっている。債権者が保証契約の履行を請求してきたので、連帯保証人は保証契約の不存在（掲載誌の事案紹介によれば正確には、保証契約書の無効）確認を求めた。これが本件である。

一審は請求を認容した。本件契約書が私署証書による片務契約の有効要件を欠くことを理由とする（民法一三二六条（一九八〇年七月一二日法による改正前の原始規定）一項「私署証書により金銭もしくは評価可能な物の支払について一方だけが他方に約務を負う場合には、証書の全文を署名者が自書することを要する。または、署名のほかに、金額もしくは物の数量を文字で記したうえで、良し（bon）もしくは承認（approuvé）と自書することが少なくとも必要である。」なお、判旨では、主債務者に対する免除の効力にも言及し、事案の特殊性のゆえに、本件債権者については一二八七条が適用されるとする。しかし、保証契約が無効だというのだから、一二八七条の適用に関する判旨は傍論であろう）。

本判決は債権者の控訴を容れて、保証人の請求を棄却した。本件契約書は有効だとしたうえで、コンコルダに一二八七条一項は適用されないとした。

以上の諸判決から二点を指摘できる。

第一に、⑧判決はコンコルダによる債務免除について民法の適用を排除し、この傾向はその後一貫している（⑨判決を除く）。もっとも、これらの判決においては事案の特徴として、留保がある。このために、債権者が留保をつけなかった場合には、結論が異なることになるかもしれない。

また、⑨判決については、コンコルダに拘束されない抵当権者であることが結論に影響を与えたと説明されている（innommé, Refonte du Rec. Sirey 1825-1827, 2, 243 note 4; Jur. gén. t.24 v.Faillite et banqueroute n.828 p.278-9）。しかし、留保なしにコンコ

ルダへ加わったという事情から説明することもできよう。

それでは、コンコルダに留保をつけなかったという事情は、どういう意味をもつのだろうか。この点に関する諸判決の考え方を知るためには、強制的だということの意味を明確にする必要があろう。というのも、民法の適用を否定する諸判決は免除が強制的であることを理由としており、問題はその意味に掛かっているからである。すなわち、商法五二四条（文言はaで前掲）にあるように、コンコルダへ不参加・反対した債権者がコンコルダへの拘束を強制されるという意味にとるならば、かような債権者に限り民法の適用を排除することになろう。これと異なり、債務者の資力状態が債権者にコンコルダを強制したという意味にとるならば、留保をつけなかった債権者についても民法の適用を排除することになろう（「強制的」の語義について、後の学説は対立している。2b参照）。この点につき諸判決は明確でないが、債権者の行動如何を問わないとしているように思われる。該当部分の抄訳をあげておく。

⑧判決。民法の適用ある免除は、債権者に完全な同意あることを当然の前提とする。ところが、コンコルダに加わった債権者については、完全な自由を看取することができない。債権者はそれを拒んでも認可によって強制的なもの（obligatoire）になりうるし、債権者がコンコルダに加わったか拒否したかで法律は区別していないからである。

⑨判決。抵当権者は任意にしかも留保なしにコンコルダへ署名した。

⑩判決。一二八五条による解放効を生ずるのは、任意の免除の場合に限られる。コンコルダによる免除は任意でない。債権者は債権額の減縮を甘受するよう強いられ（obligé de subir）、それは債権者の意思とは無関係だからである。

⑪判決。コンコルダによる免除は、あるいは多数債権者の意思のために、あるいは債務者の苦境と損失を増大させない必要とのために、常に強制的（forcée）だとみられる。

第二に、⑧判決以降の下級審裁判例の傾向はほぼ固まったといえるが、それ以前の破毀院裁判例は動揺していた。民商法典の下での事件に限っても、一二八五条や一二八七条一項の適用を認めたものとして、④⑥判決がある。他方で、適用を否定したのは③⑤⑦判決である。これを単純にみると、民事部（④⑥）と審理部（③⑤⑦）による見解の相違といえるかもしれない。もっとも、④判決は除いて考えた方がよいと思われる。

④判決は一二八五条二項を適用して留保の効力を認めているが、もし民法の適用を排除しても結論は変わらない。すなわち、④判決における免除は、破産者に対して債権の半分を請求しないという内容である。そして、本訴請求の対象になったのは、免除されていない残りの半分である。このために、もし一二八五条二項の適用を排除しても結論に変わりはないといえる。

2　一八三八年五月二八日法により改正された商法下における債務免除の効力

a　改正法の概要

商法第三編「破産および破産犯罪」は、一八三八年法により全面改正された。原始規定の下で疑いのあった点は、立法により解決された（改正後の商法五四五条「コンコルダがあっても、諸債権者はその債権の全部について破産者の相債務者に対する訴権を保存する。」その適用例として、Cass.req., 9 août 1842, S.1842, 1, 845= Jur. gén. t.11 v.Compétence commerciale n.257 p.228 note 4; Paris, 16 avr. 1864, D.P.1864, 2, 127= S.1864, 2, 289 参照）。改正法の下で議論がみられるのは、破産手続外で行われる協定であって、次の規定の解釈が争われた。

一八三八年改正後の商法五四一条一項「商人たる債務者は、財産譲与の利益について認可を申立ても受理されない。」

二項「但し、破産者の積極財産の全部または一部を委付することによるコンコルダは、本章第二款に定める規定にしたがって

成立させることができる。」

三項「このコンコルダは、他のコンコルダと同じ効力を生ずる。このコンコルダは、他のコンコルダと同じ方法で取消されまたは解除される。」（各項とも、一八五六年七月一七日法による改正後の規定を挙げた。一八五六年改正の実質は二項以下の新設にあり、二項については一八三八年法の文言を修正したにとどまる）

b　多数説の議論

破産宣告前において支払停止状態にある者が、その諸債権者と合意して、財産委付と引換に債務免除を受けることがあった。この場合をめぐって議論がみられる。多数説によれば、破産手続によらない債務免除には民法が適用される（Fabreguettes, Rev. crit. 1879, 357 n.49; Larombière, t.5 art.1287 n.4 p.107; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1155 p.605）。

多数説は二通りの理由を挙げるが、その二つは考え方を異にする。

第一に、破産手続によらない債務免除が、強制的なものでないことに着目する。個別に同意した債権者だけに効力が及ぶにすぎないからだという（Pardessus, Cours de droit commerciale, t.3 2 éd. 1857 n.1247 p.458-9; Aubry et Rau, t.4 p.206 texte et note 26; Demolombe, t.28 n.465 p.330-1）。

第二の理由は次のものである。商法五四五条は民法に対する例外であって、例外は限定解釈すべきものである。たしかに、実質論としては違うことがいえるかもしれない。すなわち、手続外の協定による債務免除が任意であるのは、形式上のことにすぎず、債務者の資産状態が悪化したことによって強制されたものだともいえる。また、債務者は支払を停止しているのだから、実質的には破産しているといえる。しかし、かような実質論は立法者に委ねるべきものであって、解釈にさいし考慮すべきものではない。また、手続外の協定による債務免除が強制的なものでないことは、理由と

して不正確である。手続通りのコンコルダの場合には、賛成投票した債権者にも商法五四五条が適用されるからである（Laurent, t.18 n.371 p.396-7 et t.28 n.385-6 p.287-8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1795 p.122 texte et note 2）。

二つの理由のうち、論理のうえで整合的なのは、第二の理由であろう。第二の理由は第一の理由を批判しており、その批判は納得できるからである。すなわち、もし第一の理由をとれば、商法五四五条の適用は限定されて、コンコルダへ反対投票しまたは参加しない債権者だけが相債務者や保証人に対する権利を保つことになってしまう。たしかに、この議論においては、債務免除が任意である（volontaire）か強制的である（obligatoire）かといった表現が用いられ、その意味について、第一の理由は商法の用語と同義に解している。すなわち、商法における「強制的」の語は、認可によってコンコルダの効力が反対投票者や不参加者へも及ぶことを意味する（一八三八年改正後の商法五一六条は、1aで紹介した原始規定五二四条二文と同旨である）。その一方で、商法五四五条の趣旨は、債務免除の効力が反対投票者等へ及ぶ点には求められていない。むしろ、破産者の資力状態からいって、これ以上の回収不能を防ぐために債務免除が強いられたという点に、その理由がある[24]（Pardessus, Laurent, locc. citt.; Colmet de Santerre, t.5 n.237 bis I p.430; Marcadé et Pont, t.9 n.406 p.220; Bravard-Veyrières, Traité de droit commercial, t.5 2 éd. 1891 p.437-40; Huc, t.12 n.238 p.272; Guillouard, Traités du cautionnement & des transactions n.227 p.255-6; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1794 p.121-2; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t.7 3 éd. 1903 n.616 p.576-7）。このために、手続外の協定であれば効力が及ぶのは同意した債権者だけだからといって、それは商法の適用を排除する理由にならないと考えられる。すなわち、債務免除が強制的か否かというのは、反対投票者や不参加者へ効力が及ぶか否かではなく、債務者の資産状態が債務免除を強いているか否かを問うているのだ、こう解されるのである。そして、問題とするべきは、如何なる資産状態であれば債務免除が強いられたといえるのか——破産宣告を要するのか、事実上の支払停止で足り

るのか――という点であることになる。以上のことから、第一の理由を論理的につきつめると、それは理由になっていないと考える。

c　少数説の議論

多数説に対しては、反対説もある。主債務者が支払停止状態であるときに協定が成立した場合には、協定による債務免除には民法が適用されないというのである（後掲文献のほか、Marcadé et Pont, t.9 n.406 p.220 texte et note 2）。次の理由を挙げる。

商法五四五条の目的はただ一点にある。コンコルダに賛成したか否かによる区別をなくして、債務免除が必要に迫られたものであることを債権者全員について推定すること、それが目的である。そして、コンコルダの認可や破産宣告がないからといって、当然に一二八七条一項が適用されることにはならない。認可等がなくても、協定が賢明であることおよび協定による免除が恵与によらないこと、これらについての証明が許される。商法五四五条は例外規定だとしても、例外ということの意味は、破産手続があれば免除が任意でないことの証明が不要だという点にあるにすぎない。このために、商法に明規がなくとも一二八七条一項の適用を排除できる（Bertauld, note D.P.1868, 2, 98. 反対説の論者のうちベルトルトは、一二八七条一項を排除する要件として、保証人に対する権利の留保を要求するようである。このことから、反対説については3で再説する）。

d　裁判例

破毀院裁判例は、破産手続外の債務免除に民法を適用する。次の裁判例がある。

①Douai, 13 mai 1857, S.1858, 2, 17.

連帯保証債務履行請求事件。主債務は、交互計算契約によるものである。被告（主債務者の兄弟）は二万フランを限度に連帯保証していた。主債務者が事実上倒産したことにより、諸債権者は合意して、主債務者から全財産の委付を受けた。委付財産は換価されて、各債権者へ按分された。そのさいの合意により、残債務については主債務者の財産状態が回復するまで猶予し、利息だけを免除することとされた。

一審（Trib. Lille, 29 août 1856）は原告債権者の請求を全部認容した（認容額が二万五〇〇〇フランとなっている。保証限度額と認容額の何れかが誤記であろう）。本件合意では主債務の元本が免除されていないことを理由に、一二八七条一項の適用を否定した。被告保証人は控訴したが、控訴は棄却された。一審判決理由が引用されている。

② Cass.civ., 17 juin 1867, D.P.1867, 1, 219= S.1867, 1, 356= Journal des tribunaux de commerce 1868, 112 et Cass.req., 30 mars 1869, D.P.1869, 1, 512= S.1869, 1, 343= Journal des tribunaux de commerce 1870, 271.

保証債務履行請求事件。債権者Xは主債務者Aとの間で交互計算契約を結んでいた。この契約上の債務および手形債務について、Yは一万フランの限度で保証していた。Aはその諸債権者と合意した。Aの財産委付と引換に、諸債権者はAに対する権利を免除し、またAの相債務者や手形振出人・裏書人等に対する権利はすべて留保することとした（一九六〇年一〇月）。翌年二月にXはこの合意に加わったが、Yに対して保証債務の履行を求めた。これが本件である。

一審（Trib.com. Rouen, 17 déc. 1863）は、請求を認容した。次のようにいう。

「たしかに、Aの破産は宣告されておらず、一八六〇年一〇月の合意はコンコルダでない。しかし、次の事実が認められる。合意の時点では宣告がないけれども、支払停止状態にあったのだから破産は成立していた（商法四三七条〔一項「支払を停止する商人は、すべて破産状態にある」〕）。本件合意がコンコルダでないとしても、保証人に対する関係では当然にコンコルダと同じ効力を生ずる。本件合意による免除は、コンコルダによる免除と同じく、債権者の意思の結果というよりもむしろ必然性の結果だからである。」

Yは控訴したが、二審（Rouen, 4 juil. 1864）は控訴を棄却した。一審判決を引用したうえで、「YはXへ弁済すればAに対する権利を取得でき、この権利は保存されている」との理由を付加している。

Y破毀申立。一二八七条・二〇三七条違反および商法五四五条の誤適用を主張する。

破毀申立認容、原判決破毀、カン控訴院へ移送（Civ., 17 juin 1867）。「一二八七条・二〇三七条、商法五四五条をみよ。任意の債務免除とは異なり、商法五四五条により、コンコルダによる強制的な免除があっても破産者の保証人に対する権利・訴権は存続する。この規定は一二八七条の一般原則に対する例外であって、その適用は当然に限定される。コンコルダの成立にさいして、破産に関する法定の諸方式が践まれたうえで商法の定める諸要件を充たして場合に適用が限られるのである。本件においては、債務者の破産が宣告されておらず、債権の調査や破産主任官（un juge-commissaire）による監督、裁判所による認可がない。かような情況下でなされた協定に、コンコルダの性質や効果を付与することはできない。法定の諸要件・担保を欠く場合において、債務者に対する免除が強制的であるのは、協定に加わった債権者に限られる。この債務免除は各債権者による個別の同意だけに基づくものであって、任意の免除にあたる。その効果は一二八七条・二〇三七条によって規律され、商法五四五条が規律するのではない。そのうえに、事実審裁判官は、本件において積極財産の委付によるコンコルダの成立を認定していないだけでなく、コンコルダが成立していないと認定している。それにも拘らず、原審は本件において請求を認容した。原審は、商法五四五条の適用を誤り、明らかに一二八七条・二〇三七条に違反している。」

移送後の二審でXは再抗弁事由として留保の効力をも主張したが、裁判所は一審判決を取消して請求を棄却した（Caen, 10 juin 1868, D.P.1868, 2, 97= S.1868, 2, 251= Journal des tribunaux de commerce 1868, 433）。

「本件留保は、Yに対する関係で一二八五条による保存効をもち得るものではない。Yは相連帯債務者でも連帯保証人でもないからである。…連帯の約定がない場合において、〔一二八七条一項の〕原則に対する例外として留保の効力が生じ得るのは、

保証人が留保へ同意した場合に限られる。かような同意を認定できるような証拠をXは提出せず、またその事実を主張しない。」

「商法五四五条は、一二八七条が示す原則に対する例外である。…それが適用されるのは例外的な場合であって、想定事例に限定されねばならない。…Xの主張によれば、Aの破産が宣告されておらずとも、Aは支払停止状態にあった。そして、Aの状態を前にXはAの申出を甘受するよう強いられたのだから、商法五四五条を類推適用して然るべきだという。この主張は失当である。たしかに、破産宣告がなくとも、破産状態の結果について民事裁判所は判断できる。しかし、破産の結果のうち、特に定められた方式が履践されそれが確認されて初めて生ずるような結果にまで、判断の権能が及ぶことはありえない（コンコルダの認可については、商事裁判所が管轄権をもつ。商法六三五条――福田）。保証人の保存は、裁判所が認可したコンコルダに結合されたものである。認可を他のもので補うことはできない。五四五条の基礎にある理解は、裁判所の判断にしたがった債権者は、その全員が合意免除に同意しなかったと推定されるというものである。頻繁に生ずるように、現実にはコンコルダの投票において少数派になることがある。しかし、法律の意図は、そのことを調査して、債務免除に賛成投票したか反対投票したかの確認をやめることにある。もっとも、この点における法律の改正前においては、保証人が保存されるか解放されるかを左右するのは、債権者の意思であって、債務者の財産状態に由来する事実上の有用性ではなかった。今日では、債務者に関する〔事実上の有用性に着目した〕新制度および協定によるコンコルダの発展が、法律の改正を当然に働きかけている。しかし、その権限があるのは立法者だけである。さらに、保証人の協力を得ずに行動したことについて、Xは責を負わなければならない。保証人とXの利害関係は共通しているのだから、この点につき協力・一致することは容易であった。」

さらに、Xは破毀を申立てた。一一三四条（「適法に形成された合意は、当事者にとって法律の代わりとなる」）・一一八四条（一項「双務契約においては、両当事者の一方がその約務を履行しない場合について、解除条件が常に含まれる」）・一二八五条・一二八七条・二〇三七条の違反・誤適用を主張して、次のようにいう。債権者は協定へ同意するさいに、保証人に対する権利を留保している。一二八五条二

項は、連帯債務者について留保を認めている。合意の自由という原則により、留保は単純保証人に対する関係でも効力を生ずる。一二八七条一項は公序規定ではない。保証人が訴求を受ければ、保証人に対する関係で主債務者は債務免除の利益を失うことになるが、主債務者はそれに同意している。このために、保証人は不利益を被らない。以上のことから、主債務者の意思に反して、保証人が主債務者の利益を理由に抗弁することはできない。このように主張した。

破毀申立棄却（Req., 30 mars 1869）。「法律上の点について。破産宣告を受けていない債務者が積極財産を委付し、諸債権者がこれを受け入れる場合には、その協定は諸債権者による任意の債務免除にあたる。したがって、一二八七条・二〇三七条により保証人は解放される。…商法五四五条が適用されるのは、破産宣告後に成立する本来のコンコルダに限られる。一八六〇年一〇月の協定…による留保は、本件に一二八五条を適用せしめるものではない。同条は連帯債務者や連帯保証人[25]だけについての規定だからである。事実として、本件におけるYは連帯債務者や連帯保証人ではなく、Aの単純保証人にすぎない。…以上のことから、商法五四五条はYに適用されない。債務者からの任意の委付が受け入れられることによって、保証人はその約務からの解放を有効に宣言された（一二八五条・二〇三七条）。」

③ Cass.civ., 12 nov. 1867（註（10）に挙げた裁判例①）et Cass.civ., 8 avr. 1868, S.1868, 1, 260（一八六七年判決と同一当事者間における別事件）.

二件とも為替手形金請求事件だが、訴訟物となる手形を異にすると推測される。一八六七年判決の事件だけを紹介する。

原審は、商法五四五条の解釈につき次のようにいう。同条により、協定に加わってもYに対する権利を放棄したことにはならない（判文については註（10）参照）。

Y破毀申立。商法五四五条につき次のように主張する。原判決は、本件協定を商法五四五条にいうコンコルダと同列においた。しかし、同条の根拠は、コンコルダにおける免除が強制的なものだと看做される点にある。本件協定をコンコルダと同列に置く

ことは、手続問題として許されない。両者は、合意の自由という点で全く異なる。また、商法五四五条は例外的規定である。だから、射程は厳密に限定さるべきである。」

これに対して、Xは次のように主張した[26]。第一に、一八五六年改正後の商法五四一条は、委付によるコンコルダの根拠規定ではない。認可を要件として、反対投票者や不参加者にコンコルダの効力を及ぼすための規定にすぎない。同条による規制外のものであっても、賛成投票者についてはコンコルダの効力を生ずる。本件では、Xだけではなくもコンコルダに同意している。このために、商法五四五条の適用がある。第二に、コンコルダによる免除は任意のものではなく、債務者の営業状態からくる必要性を考慮してなされたものだとみられる。このことは、破産宣告がなくとも支払停止があれば当て嵌まるはずである。むしろ、支払停止状態での協定の方が、より強い必要性に迫られているといえる。裁判上の清算を待つことにより、損失が増大するという危険を生ずるからである。もしそう考えないのであれば、裁判上のコンコルダについても、賛成投票者と他の者を区別する必要があることになってしまう（この論理については前述b参照）。第三に、原判決の認定事実によれば、XはYに対する訴権の行使を放棄していない。

破毀申立認容、原判決破毀、移送。「一二八五条・一二八七条、商法五四五条をみよ。一八五六年七月一七日法は、積極財産の委付によるコンコルダを認める。同法により、他のコンコルダと同じ効果が付与されている。同法が扱っているのは、破産手続内で成立するコンコルダに限られる。…同法の文言からわかるのは、破産者の積極財産を全部または一部委付して成立するコンコルダについて、これを破産におけるコンコルダの形成準則に準拠させることである。したがって、破産宣告を受けていない債務者に対して、委付と引換に猶予または債務免除があった場合において、その契約へ本規定の適用を拡張することはできない。この場合において、利害関係者がその契約を如何に法性決定していたかは関係ない。関与者が全く任意でなした協定であって、コンコルダに特有の要件・担保の枠外で成立したものは、一二八五条・一二八七条にいう免除または合意による解放にあたる。

…したがって、Xの請求を容れ…た原判決は…商法五四五条の適用を誤っており、同条に違反する。」

移送後の二審（Pau, 21 janv. 1869, S1869, 2, 79）は、Yの控訴を容れて、Xの請求を棄却した。商法の適用につき次のようにいう。

「…一二八五条の一般原則は、民事と同じく商事にも適用される。しかし、商法五四五条による例外がある。…例外規定である本条の適用については、一般のコンコルダと委付によるコンコルダとで区別する必要はない。一八五六年七月一七日法により、二つのコンコルダは同じ準則に服し、効果を同じくするからである。もっとも、真のコンコルダであることを要する。すなわち、商法の定める方式が践まれた後に、商法五〇七条以下の準則にしたがって形成されることを要する。したがって、破産宣告が当然の前提要件となる。そして、商法五四五条によるコンコルダに関する例外は、コンコルダが債権者全員に対して…強制力をもつことから正当化される。支払を停止している商人とその諸債権者の間で委付と引換に猶予または債務免除があった場合でも、その協定に例外を拡張することはできない。法定の方式による担保がなく、破産宣告すらもないからである。そういった協定は、同意した債権者だけについて強制力をもち、コンコルダの法定効果をもちえない。そういった協定によって生じうるのは、一般法上の効果に限られる。したがって、債権者による解放が協定に含まれておれば、一二八五条により当然に相連帯債務者は解放されることになる。」

以上の裁判例から次のようにいえる。控訴院裁判例では、破産手続外の協定による債務免除に商法五四五条を適用して民法の適用を排除するものがみられた[27]（②③判決の原審）。しかし、破毀院裁判例は商法の適用を排除して民法を適用する（②③判決）。これが判例の立場だといえる。

3・　保証人に対する留保の効力

危機状態にある主債務者との協定によって、諸債権者が免除した場合の効力についてみた。ここでは、そのさいに保証人に対する権利が留保された場合についてみる。もっとも、多くの学説はこの点に触れない。2で紹介したように多数説は、主債務者が支払停止状態にあるという事情は特に考慮すべきものでないと考えているが、この考え方を留保ある場合にまで及ぼしているのであろうか。

一部の学説は、明示の留保についてその効力を認める。次の諸理由が示されている。

第一に、一二八七条一項は解釈規定であって、命令規定（un article impératif）ではないから、その適用を排除できる。第二に、主債務は自然債務として存続するから、附従性は働かない（Bertauld, note D.P.1868. 2. 97）。第三に、たしかに一二八五条と対比すれば、一二八七条一項は留保を否定しているようにみえる。これは、もし留保の効力を認めると、主債務者は求償を受けて免除の実効性を失うからだといえる。しかし、主債務者が支払停止状態にあれば実効性を失うとはいえない。主債務者は債権者からの訴求を免れることができるからである。そして、主債務者の資力が回復すれば保証人は求償できるけれども、それは主債務者にとって免除の実効性がなくなることを意味しない。また、商法五四五条はコンコルダについて保証債権等の存続を認めている（Bertauld, op. cit. p.98; Laurent, t.18 n.371 p.397-8）[28]。第四に、検索抗弁や二〇三七条による失権は機能しない。というのも、主債務者の財産は一部弁済に当てられているし、厳格な訴求や裁判上の検索は、主債務者の財産を減らすことになる（手続費用や時間を考えているのであろう）。協定はこれを回避するためであって、保証人の利益にも適っている（Bertauld, op. cit. p.97）。第五に、主債務者の財産状態に照らして、免除が相当な範囲であれば、留保につき保証人の同意を要しない。留保は免除を限定するものであるのに、保証人が留保の無効を主張する一方で、免除だけを援用することは許されない（Bertauld. loc. cit.; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t.7 3 éd. n.657 p.616-7）。

このほかに、保証債権保存の要件として、保証人の同意を要求する学説がある(29)（Fabreguettes, Rev. crit. 1879, 356-7 n.48; Bravard-Veyrières et Demangeat, Traité de droit commercial, t.5 2 éd. p.686-7）。もっとも、同意ある場合に留保の効力を認めるのか、それとも同意によって別の担保が新たに成立すると理解するのかは、わからない。新たな担保が成立すると理解しているかのように読めるものもある（Fabreguettes, op. cit. p.338-9 n.15-6 参照）。

裁判例の情況は次の通りである。ある破毀院判決は、留保の効力を認めるかの如き口吻を示していた（Cass.civ., 12 nov. 1867（前述2の③判決＝註（10）の①判決。該当部分の判旨については註（10）参照）。この判決の理解につき、Laurent, t.18 n.371 p.398 et t.28 n.287 p.288 参照）。しかしその後に、留保の効力を否定する判決がでた（Cass.req., 30 avr. 1869（前述2②の再上告審判決））。

4　小括

ここでは、留保の効力を日本で認めるべきか否かという観点からフランス法を検討することはしない。それは、本稿の対象外である。一九世紀フランス法が参考になるのは、ある特定の立場をとるとした場合に、その理由を如何に提示するかという点であろう。この観点から指摘できるのは、次の三点である。

a　一二八七条一項は解釈規定にすぎないとする議論の射程

第一に、留保を有効とする説は、主債務者の支払停止状態を念頭にしている（前述3）。しかし、その理由づけにおいては、この場合を超えて妥当し得るような理由も挙げられている。すなわち、一二八七条一項が解釈規定にすぎないという理由である。この理由を重視すれば、主債務者に資力がある場合の免除であっても、留保に効力を認めることができよう。もっとも――論者の理解は定かでないが――その文脈からいって、常に留保の効力を認めるわけではないよ

うに読める。もしそうだとして、議論の射程を支払停止状態での免除に限定する趣旨だとすれば、解釈規定だという理由がもつ価値は限定されることになろう。すなわち、一部弁済と引換の債務免除に同意しなければ、主債務者の財産状態はさらに悪化することになるのであって、それは債務者の利益だけでなく保証人の利益にも反する。こういった実質的な理由を根拠づけるために、一二八七条一項は解釈規定だといわれていることになる。そうすると、実質的な理由を欠く場合（支払停止なき場合）について一二八七条が解釈規定だという理由を挙げて留保に効力を認めることは、議論の射程を逸脱することになる。

これを比較法の観点からいうと次のようになる。かりに、日本で免除一般につき留保の効力を認めるとの結論をとったとする。そのさいに、一二八七条は解釈規定だとする理由が、結論の根拠づけになりそうだが、それはフランス法から離れることになる。一九世紀フランスの議論は主債務者が無資力の場合を念頭にしたものだと思われるからである。もちろん、日本法として、附従性の問題を免除の意思内容によって回避できると考えることは可能であろう。しかし、その立論にさいしてフランス法の議論を参考にすることはできない。

b　主債務者にとっての免除の実効性という議論の意味

第二に、主債務者にとっての免除の実効性という点につき、次のことを指摘できる。留保の効力を認める議論は、効力を認めても主債務者は免除の実効性を失わないとしている。そこでいう実効性の中身については、主債務者が訴求を免れること、および、保証人からの求償を受けるのは資力回復時であることが挙げられている（前述3。また註（28）参照）。これからすると、危機状態にある主債務者が破産宣告を免れる点で、免除に実効性があるといっているように思われる。すなわち、保証人が弁済すれば直ちに求償してくるような情況下で、主債務者が当座の請求を免れることをもって、実

効性があると考えているわけではないのである。

c　連帯債務の議論における被免除者無資力の考慮

第三に、連帯債務について指摘できることがある。第一款で紹介した学説は、一般の免除に関する議論であった。しかし、裁判例では、被免除者が危機状態にあった場合の免除をめぐって、いくつかの判決がみられた（1⑥⑩、2③のほか、註（10）①③、（19）②。また、連帯債務か保証かの認定がない事件として、1⑧。これと異なり、被免除者が危機状態にない場合の事件は註（10）②、（19）①。この点に着目すれば、第一款第三目でみた学説について、次のように評価できるように思われる（以下の評価は、危機状態に関する学説裁判例に着目することを前提とするものであって、別の観点からの評価を排斥するものではない。たとえば、担保保存義務違反に関する二〇三七条をめぐる学説裁判例に着目して異なる評価をすることもできよう。このために、以下の分析は仮のものであって、最終的な結論は将来の課題とする）。

一九世紀フランスにおいては、一二八五条二項の理由として一般的には、相債務者の負担部分が増大したり被免除者が免除の実効性を失うのは不当だという点が挙げられた（前述第一款第三目1b参照）。その一方で具体的な解釈論においては、一二八五条二項にいう負担部分とは原則として頭割だとする解釈が展開された。そのさいには、一般論として挙げられた理由は重視されず、むしろ具体的解釈論は右の一般論に対応しないものであった（前述第一款第三目2a、c参照）。

ところで、被免除者が無資力である場合には、求償侵害の問題を生じない。そもそも求償権に実効性がないからである。求償に実効性があるのは、被免除者の資力が回復した場合に限られる。そして、債務の連帯や保証は、無資力回避を担保することこそが目的である。そうすると、債務免除にさいして被免除者が財産を委付した場合については、免除を理由に相債務者に対する権利の行使を制限する必要性は弱くなる（被免除者が真に無資力であれば、制限の必要性は全くないこと

になる。しかし、無資力や委付財産の相当性に関する判断は破産手続に委ねるべきものだとする制度設計も可能であって、多数説や判例はかような立場をとっている。前述2b、d②判決、③判決参照）。すなわち、多くの学説が一二八五条二項の具体的解釈論において、その一般論からは離れて、負担部分概念を小さくみているのは、被免除者が無資力の場合を意識していたからである、このように評価することも不可能ではあるまい（拙稿のように断片的な検討からはこの評価を言い切ることができない。将来の課題とする）。

多数説や判例をこのように評価することには批判もあろう。たとえば次のような批判が考えられる。もし右の評価が正しいとすれば、相債務者に対する権利行使を制限する必要は全くなく、一二八五条二項の適用を否定することになるはずである。そういった解釈は、合意の中身を操作して、債務免除ではなく不訴求の合意と解することにより可能となる。現実にも、保証人に対する留保の効力を認める学説は、それと類似の解釈をとっている、こう批判できよう。

しかし、一九世紀フランスの学説は、かような形で法律の適用を回避するような解釈方法をとらないと考える。それは、破産手続外の協定による債務免除について、多数説や判例が商法五四五条の適用を否定していることに現れている。また、手続外の協定で保証人に対し留保した場合について、多くの学説は言及しておらず、効力を否定するかのようにみえるのであって（前述3参照。判例も同旨）、このことも私見を裏付けるものとなろう。法律の適用を回避するためには、特段の意思表示（前述第二目参照）または特別法（商法五四五条）を要するのであって、免除の合意に意味を持ち込んで民法の適用を回避することはしない、これが一九世紀におけるフランスの法解釈だと考える。

第四款　保証人に対する免除

第一目　主債務者に対する関係における免除の効力

1　免除の効力

保証人が債務免除を受けても、主債務者は解放されない（一二八七条二項）。これは、従たる保証債務がなくとも主債務は存続できるからだといわれている（Maleville, t.3 p.123; Delvincourt, t.2 p.174; Duranton, t.12 n.374 p.473; Toullier, vol.4 1 partie n.330 p.262-3; Demolombe, t.28 n.466 p.331; Laurent, t.18 n.372 p.398; Colmet de Santerre, t.5 n.237 bis II p.430; Larombière, t.5 art.1287 n.2 p.105; Marcadé, t.4 n.806 p.658; Huc, t.8 n.139 p.179; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1796 p.123）。

このほかに、次の理由を挙げるものがみられる。

保証人は、主債務者が解放されることについて利害関係をもたない（Demante et Colmet de Santerre, t.5 n.237 et 237 bis II p.430）。

権利の放棄は限定解釈すべきである（Laurent, Baudry-Lacantinerie et Barde, locc. citt. 同旨、Demolombe, t.28 n.457 p.325）。

保証債務と主債務は別個の債務である。そして、主債務者の約務内容は自分の義務内容であって、保証人の義務内容ではない（Delvincourt, t.2 p.175 et note 3 de la page 175 (notes et explications p.573). この理由づけの意味については、前述第一款第一目2㈡参照）。

以上四つの理由のうち少なくとも後二者については、相対効を理由づけるというよりも、相対効原則を理由づけるものだと解される（デルヴァンクウルはこのことを明言する）。そして学説によれば、一二八七条二項の適用は合意によって排除できる。免除の合意内容または債権者の意思内容が主債務の消滅にある場合には、主債務者も解放されるという（Delvincourt, t.2 p.175 et note 2 de la page 175 (notes et explications p.573); Troplong, Du cautionnement et des transactions n.461 p.408; Mourlon, t.2 n.1435 p.750; Demolombe, t.28 n.466 p.331; Laurent, t.18 n.372 p.398-9; Marcadé, Baudry-Lacantinerie et Barde, locc. citt. このうちロランは、債権者の意思が基準にな

ることを明言する。その一方で、合意が基準になることを示唆するものもある。Demolombe, t.28 n.457 p.325)[30]。

2　免除の効力が及ぶ場合と合意の相対効原則との関係

債権者と保証人との合意によって主債務者も解放される場合には、合意の相対効原則との関係が問題となる。この点を考えてか、主債務者の承諾を要件とするものがある（Laurent, Baudry-Lacantinerie et Barde, locc. citt.）。

しかし、この考え方は、体系的な理論のうえで問題を惹起するはずである。すなわち、合意の相対効原則が働くことを理由として、主債務者の承諾を要件とする、そのこと自体には問題がない。しかし、保証についてそう考えるのであれば、連帯債務についても同様に考える必要があるのではないだろうか。ところが、連帯債務につき一体型絶対効を生ずる場合をめぐって、相債務者の承諾を要件とする議論はみあたらない。この点につき考えてみる。

連帯債務について検討したところによれば、合意の相対効原則と関係する理論構成としては、考え得るものが三通りあった。それは、一体型絶対効ある免除に弁済類似の効力を認める構成・連帯債務の債務単一性から説明する構成・債務者相互間における代理や委任の関係から説明する構成である（前述第一款第二目2参照）。

このうち、弁済類似の効力を認める構成は、保証人への免除にも使うことができる。この構成をとれば、保証人に対する主債務の免除において、主債務者の承諾を要しないことになる。主債務の免除は弁済類似の効力をもち、合意の相対効原則に対する例外をなすからである。

連帯債務の債務単一性に代わりうるものは保証の附従性である（前述第一款第二目2③参照）。そして、連帯債務者や主債務者に対する免除について債務単一性や附従性で説明するのであれば、保証人に対する主債務の免除についてはそれに対応する説明方法がない。そうすると、保証人に対する免除の場合に限り、その説明を別の法理（事務管理が考えられる）

に求めなければならない。このように、連帯債務者や主債務者に対する免除の効果を債務単一性や附従性で説明すれば、保証人に対する免除の場合に限り主債務者の承諾を要求することになる。

代理・委任の関係については、保証の一般論としてこれを認める学説はみあたらない。ところが、相対効原則が支配するような事由は他にもある。そのうち、保証人による宣誓については、その効力が主債務者へ及ぶことが明規されている（一三六五条五項。文言については、前節第二款e参照）。また、既判事項の権威（l'autorité de la chose jugée）や和解についても、主債務者へ効力が及ぶとする学説がある。そして、これらを説明するさいに、保証人が主債務者から代理を受けているといわれている（前節第四款2c参照。そこで紹介したように、代理構成とは別に、主債務者による追認を要件として保証人による事務管理を認める学説もある）。この構成をとれば、保証人への免除についても、代理・委任によって合意の相対効原則との整合性を説明できる。それとともに、主債務者の承諾を要件とする必要はなくなるであろう。

右のことからすると次のようにいえる。

多くの学説は主債務者の承諾を問題としていない。これは、保証人に対する主債務の免除を弁済類似のものと構成しているか、あるいは代理・委任の構成をとっているからだといえる。さもなくば、連帯債務者に対する一体型絶対効ある免除の場合との体系的整合性がつかなくなるからである。

これに対し、保証人に対する免除につき主債務者の承諾を要求する学説は、連帯債務の場合に相互代理構成をとる一方で、保証人は主債務者の事務管理者にすぎないと理解していることになる。現実にも、連帯債務と保証とについて扱いを違える学説がみられる。すなわち、相互代理関係を連帯債務の特徴だとみたうえで、一二八五条一項と一二八七条二項の差異は相互代理関係の有無に起因すると説明するのである（Fournier, Le cautionnement solidaire, Rev. crit. 1887, 53 n.38. もっ

とも、連帯保証に関する記述である）。このように説明するのであれば、承諾の要否という問題と連帯債務や保証の一般理論とは整合的であることになる。

ところが、ロランについては事情が異なる。ロランは、保証人に対する免除につき主債務者の承諾を要件としている。これは、事務管理の構成をとっているからだといえる。他方で、ロランは連帯債務につき債務単一性の説明や相互代理説を批判したうえで、連帯債務に固有の性質として債務者全員が一人にみられるというが、同時にその性質が債権者の利益において機能するにすぎないという（前述第一款第二目2③、註（6）および第二節第五款参照）。批判内容の当否はともかくとして、これでは整合性がとれない。連帯債務において相債務者の承諾を不要とすることにつき説明がないからである。

第二目　相保証人に対する関係における免除の効力

1　概説

共同保証人の一人に対して債務免除があっても、相保証人は解放されない（一二八七条三項）。その理由として、一人を解放して他を解放しないことについて、これを妨げるものはないからだといわれている（Maleville, t.3 p.123; Delvincourt, t.2 p.174; Demolombe, t.28 n.467 p.332; Laurent, t.18 n.373 p.399; Colmet de Santerre, t.5 n.237 bis II p.430; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1797 p.124）。

このほかに、次の理由を挙げるものがみられる。

被免除者は、相保証人が解放されることについて利害関係をもたない（Demante, t.5 n.237 p.430）。

権利の放棄は限定解釈すべきである（Laurent, Baudry-Lacantinerie et Barde, locc. citt. 同旨、Demolombe, t.28 n.457 p.325; Larombière, t.5

art.1287 n.3 p.105-6)。

被免除者の債務は相保証人の債務とは別個のものである（Delvincourt, t.2 p.175)。

これら四つの理由のうち少なくとも後二者については、相対効原則を理由づけるものだと解される（デルヴァンクウルはこのことを明言する)。現実にも、共同保証人全員が解放される場合があるとされている（Delvincourt, t.2 p.175 et note 2 de la page 175 (notes et explications p.573); Mourlon, t.2 n.1435 p.750; Laurent, loc. cit.; Marcadé, t.4 n.807 p.658-9. 前述第一目1参照)。

共同保証人全員が解放される場合としては、免除によって主債務が消滅する場合を想定しているようである（ロランは別)。このために、合意の相対効原則が相保証人について問題となることはない。相保証人が解放されるのは、免除合意の効力ではなく、主債務消滅に伴い附従性が機能することによるからである（Marcadé, loc. cit. 参照)。これに対して、主債務はそのままで共同保証債務だけが消滅する場合には、合意の相対効原則との関係が問題となる。ロランはこの場合を想定しているようだが、相対効原則との関係には言及がない。第一目の場合と同じく、相保証人の承諾を要件とするのであろうか。

共同保証をめぐっては、次のことが議論されている。一二八七条三項によって相保証人が債務から完全には解放されないとしても、債務の全部について義務が継続するのか。もしそうでないとすれば、債務の一部について義務を免れるさいの要件・効果は如何なるものか。これらの点が議論されている。これに関する議論を順に紹介する。

2　相保証人の義務は債務の全部につき継続するのか（根拠論）

この点に触れる論者は、すべてこれを否定する。被免除者の負担部分を控除した残部の限度でしか、債権者は訴求できないというのである。次の諸理由が挙げられている。

①分別利益がある場合には（二〇二六条）、相保証人はこれを行使して、被免除者の負担部分につき支払義務を免れることができる（Toullier, vol.4 1 partie n.331 p.263 note 1; Aubry et Rau, t.4 p.205-6 note 24; Demolombe, t.28 n.467 p.332; Laurent, t.18 n.373 p.399; Colmet de Santerre, t.8 n.270 bis Ⅵ p.303-4; Marcadé, t.4 n.807 p.659; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1797 p.124. 同旨、Delvincourt, t.2 note 8 de la page 174 (notes et explications p.572))。

この説明は、ロオマ法における不訴求約束についてポチエが示していたものであるが（前章第五項第三款第二目参照）、一九世紀フランスにおいてなお維持できるかには疑いがある。というのも、右の説明では、被免除者が分割の頭数に入ることが前提となっている。ところが、不訴求約束による債務消滅の理論構造は変容を受けており（前章第五項第四款冒頭・第二目参照）、近代法において被免除者が分割の頭数に入るかにつき疑いがあるからである。この問題は分別利益の要件・効果論に掛かることになる。分別利益に関して被免除者を如何に扱うかについては言及されていないが[31]、分別利益の理解次第では、第一の理由が民法典制定前における伝統的な理由づけを無思慮に持ち込んだものだと評価できる。

②分別利益がない場合には一二八五条二項を適用（論者によっては、類推適用）できる（Delvincourt, t.3 note 6 de la page 265 (notes et explications p.265) et t.2 note 8 de la page 174 (notes et explications p.572); Toullier, vol.4 1 partie n.331 p.263; Mourlon, t.2 n.1435 p.750; Aubry et Rau, t.4 p.205 note 24; Demolombe, t.28 n.467 p.332; Laurent, t.18 n.373 p.399; Marcadé, t.4 n.807 p.659 (voy.aussi n.808 p.660); Huc, t.12 n.239 p.272-3; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1797 p.124. 同旨、Colmet de Santerre, t.5 n.237 bis Ⅱ p.430-1)。

この理由について指摘すべきことが二点ある。

第一に、一二八五条二項の適用があるとするさいに、二〇二一条による準用を正面からいう学説がみあたらない。すなわち、二〇二一条は、主債務者と連帯する保証人について連帯債務の規定を準用する（文言については、註（25）参照）。そして、学説・裁判例は主債務者と連帯する保証人について分別利益を否定しているのだから（註（31）イ）、一二八五条二項を適用するさいに二〇二一条による準用を根拠としてもよいように思われる。ところが、二〇二一条を挙げる学説はあっても、それは参照条文（argument）としての指示にすぎない（Demolombe, loc. cit. 参照）。その理由を推測すれば、次のように考えることができよう。もし、二〇二一条による準用をいうとすれば、一二八五条二項だけでなく同一項も準用されることになる。しかし、学説は一項に批判的な態度をとっている（前述第一款第一目3参照）。こういった実質論が理由となって、二項についても二〇二一条による準用がいわれていないと推測される（Huc, t.12 n.272 p.272-3 参照）。

それでは、二〇二一条を介しないで一二八五条二項を適用するために、如何なる理論構成がとられているか。分別利益なき共同保証人は、債務の全部について義務を負うのだから、一二八五条二項を援用できるとの説明がみられる（Aubry et Rau, loc. cit.）。この説明から窺えるのは、債務免除が一人だけを解放する場合について、一二八五条二項は連帯債務に限らず多数当事者関係一般に妥当する規定だという理解である（この理解を明言するものもある。Mourlon, Traité théorique et pratique des subrogations personnelles, 1848, p.512-4）。そして、相保証人が分別利益をもつ場合でも一二八五条二項の類推適用を主張できるという学説があるが（Mourlon, loc. cit.; Laurent, t.18 n.373 p.399-400）、これも同じ理解をとるのであろう。もっとも、一二八五条二項が多数当事者関係一般に妥当するとの理解は、その一般化が限定されることもある（後述3b参照）。

指摘の第二点として、保証連帯の関係ある相保証人につき一二八五条一項・二項と同じ処理を主張するものがある。留保の明示がない限り、相保証人も解放されるというのである（Toullier, vol.4 1 partie n.331 p.263）。これに対しては、反対

説もある。一二八五条は債権者にとって過酷な規定であるから、連帯債務に限定すべしというのである（Gauthier, Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation, 1853, n.505 p.544. 結果同旨、Huc, t.12 n.239 p.272-3）。

③担保保存義務違反抗弁に根拠を求めることができる（一二〇三七条原始規定（現一項）「債権者のもつ権利・抵当権・先取特権への代位が債権者の行為により不能となる場合には、保証人は解放される。」Duranton, t.12 n.375 p.473 (voy. aussi t.18 n.382 p.425); Toullier, vol.4 1 partie n.331 p.263 note 1; Gauthier, op. cit. n.503 p.543; Mourlon, t.2 n.1435 p.750; Laurent, t.18 n.373 p.399-400; Colmet de Santerre, t.8 n.270 bis VI p.303-4; Larombière, t.5 art.1287 n.3 p.106; Marcadé, t.4 n.807 p.659-60; Marcadé et Pont, t.9 n.375 p.201; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1797 p.124. 同旨、Huc, t.8 n.140 p.180. また、単純保証の場合につき同旨、Troplong, Du cautionnement et des transactions n.553-6 p.495-6. もっとも、トロロンは担保保存義務違反抗弁の一般論として、連帯保証人につき二〇三七条の適用を否定する。Troplong, op. cit. n.557-60 p.499-505. これには批判が強い。Mourlon, Traité théorique et pratique des subrogations personnelles p.493-507; Mourlon, Cautions solidaires, Rev. crit.1853, 290ss.; Aubry et Rau, t.4 p.696-7 note 19; Marcadé et Pont, t.9 n.375 p.201-2）。

学説はこれらの理由を挙げるが、真の理由になっているのはそのうちどれか。それを知るには、具体的な要件・効果論を把握する必要があろう。

3　相保証人が解放されるための要件とその効果

a　要件論

要件論として特に議論がみられるのは、保証契約の時期を考慮するかという点である。

多くの学説は、時期を考慮要素とする。被免除者の保証契約が相保証人と同時かそれ以前であることを要件とするの

である。その理由として、被免除者の契約が後であれば、相保証人が契約するさいに被免除者への求償を期待していない。また、相保証人の負担部分は、その契約時と比べて重くなっていないからだという（Delvincourt, t.3 note 2 de la page 146 (notes et explications p.264); Duranton, t.12 n.375 p.473-4; Mourlon, Traité théorique et pratique des subrogations personnelles p.526; Mourlon, t.2 n.1435 p.751; Demolombe, t.28 n.468 p.332-3; Larombière, t.5 art.1287 n.3 p.106; Marcadé, t.4 n.809 p.660-1; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1797 I p.124-5）。これはポチエと同じ理解である（前章第五項第四款第三目2a参照）。これを第一説とする。

第二説は、契約時期の先後を考慮しない。先後関係で区別することにつき根拠規定がないし、かえって、分別利益や求償では区別されていないからだという（Gauthier, op. cit. n.504 p.543-4; Laurent, t.18 n.373 p.400; Huc, t.8 n.140 p.180. そのほかに、時期による区別を明確に否定しているわけではないが、同旨と解されるものがある[32]。Colmet de Santerre, t.5 n.227 bis II p.430-1 et t.8 n.270 bis VI p.303-4）。

b　要件論からみた根拠論

右の要件論から、相保証人が解放される根拠論（前述2）を振り返ってみる。ここでは、要件論につき第一説をとる場合と第二説をとる場合のそれぞれについて検討する。

要件論についての第一説をとる場合には、次のようにいえる。

根拠論のうち理由①をとるためには、分別利益の要件論としても、先後関係を考慮する立場をとらねばならない。ところが、第一説の論者のうちデルヴァンクウルやマルカデは、分別利益につきこの立場をとらない（註（31）ニ参照）。相保証人解放の根拠論とその要件論および分別利益の要件論について、平仄を合わせているのはデュラントンだけである（Duranton, loc. cit.）。

根拠論における理由②についてはどうか。そこでは連帯債務に関する一二八五条二項を根拠としていることから、連帯債務をめぐる議論と対比してみる。

対比にさいしてまず問題になるのは、契約時を異にする場合に連帯債務が成立するかである。この点につきポチエは明確でなかったが（前章第五項第四款第三目2b末尾参照）、一九世紀の通説は完全連帯の成立を認める（後掲のほか、Delvincourt, t.2 note 5 de la page 140 (notes et explications p.502). 反対、Toullier, vol.3 2 partie n.723 p.445-6）。そのさいには、先行する債務者と後行する債務者が、契約にさいして相互に指示することを要求するものが多い（Demolombe, t.26 n.206 p.172-4; Laurent, t.17 n.279 p.282-3; Colmet de Santerre, t.5 n.134 bis II p.207; Larombière, t.3 art.1200 n.5-6 p.390-1 et art.1202 n.2 p.397-8）。

そうだとすれば、共同保証と同じ問題が連帯債務についても生ずることになる。ところが、連帯債務者に対する免除に関しては、契約の先後関係を論ずる議論がみあたらない。このことは、共同保証に関する要件論の第一説と平仄が合わないようにもみえる。しかし、次のように考えれば、むしろ平仄は合っているといえる。すなわち、共同保証に関する要件論の第一説は先後関係を考慮するさいに、その理由を、契約時に先行保証人が後行保証人（＝被免除者）に対する求償を期待していない点に求める。この「契約時における求償期待」という観点を連帯債務についてみると、多くの学説は、先行の連帯債務者であっても後行の連帯債務者に対する求償期待がある場合を想定している。というのも、連帯債務の成立要件として、契約にさいして相互に指示することを要求しているからである。以上のことからすれば、共同保証に関する第一説は連帯債務に関する考え方と平仄がとれているといえる。また、第一説がその根拠を理由②に求めることは、矛盾ではない。但し、一二八五条は多数当事者関係一般に妥当するとの理解は限定を受け、多数当事者関係のうち契約時に求償が期待されているような場合に限定されることになる。

しかし、完全連帯の成立要件につき右と異なる理解をとれば別である。すなわち、完全連帯の成立要件については、

次のようにいうものがある。先行契約で表示がなくとも、後行契約後に先行債務者が連帯の意思表示をすれば、完全連帯が成立する（Marcadé, t.4 n.601-2 p.502-5）、あるいは、後行契約で先行債務者が指示されるだけで連帯債務が成立するという（Duranton, t.11 n.188 p.221-2）。これらの考え方（特にデュラントン）を前提とすれば、連帯債務の場合にも先後関係を考慮するのでなければ、共同保証に関する要件論第一説と平仄が合わないことになる。そして、もし連帯債務の場合には先後を問わず一二八五条二項が適用されるというのであれば、共同保証に関する要件論第一説がその根拠を一二八五条二項に求めること（根拠論の理由②）は適切でないということになる。

根拠論における理由③についてはどうか。担保保存義務違反抗弁（二〇三七条）をめぐる議論においては、要件論第一説と同様の議論がみられる。すなわち、弁済者代位の対象となるはずの担保権が喪失された場合であっても、その担保権の設定前に契約した保証人は抗弁できないというのである（Mourlon, Traité théorique et pratique des subrogations personnelles p.99 et 525-7; Dutruc, note S.1862, 1, 130; Mourlon, t.3 n.1161 p.467; Aubry et Rau, t.4 p.695 texte et note 14 (contra, 2 éd. t.2 p.81); Laurent, t.28 n.308 p.308-11; Marcadé et Pont, t.9 n.377 p.202-3; Huc, t.12 n.252 p.288. このほかに、後行する担保の喪失に同条を適用するには債権者の重過失を要するというものがある。Duranton, t.18 n.382 p.421-4. 以上に対しては反対説がある。Troplong, op. cit. n.570-1 p.517-21; Gauthier, op. cit. n.535-8 p.569-73; Colmet de Santerre, t.8 n.270 bis Ⅲ p.302; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1179 p.618-9. これらに対し、二〇三七条の解釈論として先後関係を区別することに疑念を示すものがある。Demolombe, t.27 n.653 p.592. 判例は、先後で区別する立場をとる(33)）。この立場は、要件論第一説と平仄が合う。

これに対して要件論の第二説をとって、相保証人の解放につき契約時期を考慮しないと考える場合はどうか。分別利

益や担保保存義務違反抗弁の要件論として、契約の先後関係を考慮しない説はある（右述および註（31）ニ）。このために、第二説は、根拠論のうち理由①、③と平仄を合わせることができる。また、理由②をとって、連帯債務に関する一二八五条二項に根拠を求める立場については、常に平仄が合う。

c　小括

以上を要約する。

相保証人が解放される要件として契約の先後関係を考慮するかの問題は、解放の根拠論と関係をもつ。そのさいに論点となるのは、根拠とされた制度（分別利益・一二八五条二項・担保保存義務違反抗弁）と相保証人の解放とについて、具体的解釈論の次元で両者の平仄が合うかという点である。もし平仄が合わないとすれば、根拠とされた制度が表面的には理由づけになっているとしても、真の理由にはなっていないと評価することになろう。

検討の結果として次のことがわかった。

平仄を合わせている学説は現実にもみられた。すなわち、免除による相保証人の解放と分別利益の双方について、先後関係を考慮するものがあった（Duranton. 但し、相保証人解放の根拠として分別利益を明示しているわけではない）。また、相保証人の解放と担保保存義務違反抗弁の双方について、先後関係を考慮するものもあった（Duranton, Mourlon, Marcadé (et Pont)）。それとは逆に、相保証人の解放と分別利益の双方について、時期による区別を否定する学説があった（Colmet de Santerre. また、保証人解放の根拠として分別利益を挙げているわけではないが、結果的に一致しているものとして、Huc）。また、相保証人の解放と担保保存義務違反抗弁の双方について、時期による区別を否定する学説もあった（Gauthier, Colmet de Santerre）。さらに、一二八五条

二項については、相保証人の解放につき時期による区別を否定するもの（Laurent, Colmet de Santerre, Huc）と平仄が合うことはもちろんであるが、時期を考慮する学説とも常に矛盾するわけではない。これは、完全連帯の成立につき相互指示を要求しているためである（Demolombe）。

しかし、平仄が合っていない学説もみられた。すなわち、相保証人の解放につき時期を考慮する一方で、解放の根拠とした分別利益については時期を考慮しない学説がある（Marcadé（et Pont）, Baudry-Lacantinerie et Barde（ou, et Wahl））[34]。また、相保証人の解放につき時期を考慮する一方で、解放の根拠とした担保保存義務違反抗弁については考慮を否定するものもある（Baudry-Lacantinerie et Barde（ou, et Wahl））。さらに、相保証人の解放につき時期を考慮する一方で、解放の根拠として一二八五条を挙げながらも、完全連帯の成立要件として先行契約時に後行保証人の指示を要求しないものがある（Delvincourt, Marcadé）。以上とは逆に、相保証人の解放につき時期の考慮を否定する一方で、解放の根拠とした担保保存義務違反抗弁については時期を考慮するものがある（Laurent）。

この検討結果から次のことがいえよう。

相保証人の解放については、その要件論において契約時期を考慮するかが問題となる。この点につき一九世紀フランスでは、肯定・否定の両説がみられた。そして、それぞれの根拠については、分別利益・連帯債務に関する一二八五条二項・担保保存義務違反抗弁が挙げられた。その根拠を細かくみていくと、理論的には一貫しない学説があるものの、契約時期への考慮の有無をその根拠論と結びつける学説がみられた。このために、相保証人の解放に関する要件論と分別利益等との間に問題連関をみいだすことができる。もっとも、その問題連関は一様でない。分別利益や担保保存義務違反抗弁については、相保証人の解放と要件論を調和させる形がとられたが、一二八五条二項については完全連帯の成

立要件について特定の立場をとるという形で調和するような解釈がとられたのである。

4　免除による相保証人の解放問題と求償問題との関係

本稿では、免除による相保証人の解放を考えるさいに、契約時期の先後を考慮すべきか否かには立ち入らない。検討すべきは諸問題の連関だけである。かような視角からすると、次の問題が残されている。

これまでみてきたのは債権者と保証人間の法律関係である。それでは、共同保証人相互間の求償関係において、契約時期の先後は考慮要素となるのか。またこの点で、求償問題と対外関係の問題（免除による相保証人の解放および、これと問題連関をもつ分別利益・担保保存義務違反抗弁）とは如何に位置づけられているのか（前章第五項第四款第三目2b参照）。これらについて検討する。

求償の要件・効果論において、契約時期の先後関係を問う学説はみあたらない（考慮しないことを明示するものとして、Troplong, op. cit. n.426 p.376; Mourlon, Traité théorique et pratique des subrogations personnelles, p.412; Gauthier, Traité de la subrogation de personnes ou du paiement avec subrogation, n.334 p.373-4; Larombière, t.4 art.1251 n.53 p.374; Marcadé et Pont, t.9 n.316 p.175; Huc, t.12 n.233 p.266）。

それでは、求償関係において契約時期を考慮しないことは、対外関係（前述3a）と如何に位置づけられているか。対外関係においても契約時期への考慮を否定する立場（第二説）をとれば、考え方として一貫しており問題はない（第二説のなかには、その理由として、求償関係では契約時期の先後を問わないことを挙げるものもある。Gauthier, op. cit. n.504 p.543-4）。問題は第一説をとる場合である。この場合には、求償関係と平仄が合わないようにもみえる。この点の説明として、共同保証人相互間における求償の問題と、債権者が保存すべき担保の問題とは別だというものがみられる（Larombière, t.5 art.1287 n.3 p.106. 同旨、Demolombe, t.27 n.653 p.592）。さらに、二つの問題が別であることの理由について、担保保存義務違反抗弁に関する記述

をみると、二通りの説明がみられる。

第一の説明は次のものである。担保保存義務違反抗弁の根拠は衡平にある。すなわち、保証人は契約にさいして担保権を考慮しており、もし求償の担保としてその担保権を当てにできないとすれば、契約しなかったであろう。それゆえに、債権者が自己の行為によって保証人から担保を奪ったのに保証債権を行使できるとすれば、衡平が損なわれることになる。しかし、保証契約後に債権者が取得することある担保権については、これと同じではない。不確かな可能性は、確実な期待の根拠たりえない。このために、後に取得した担保権を放棄しても、契約時における保証人の期待を害したとはいえない。衡平が損なわれるわけではない。放棄によって、保証契約時の状態に戻っただけだからである（Mourlon, Traité théorique et pratique des subrogations personnelles p.527; Marcadé et Pont, t.9 n.377 p.203）。

第二の説明は次のものである。保証人は債権者がもつすべての権利に代位する。これは法律に基づくものである（二〇二九条「債務を弁済した保証人は、債権者が債務者に対し有した権利のすべてに代位する。」一二五一条「次の者のために、法律上当然に代位が生ずる。…三号　他人とともにまたは他人のために債務の弁済につき義務を負っていて、債務を弁済することにつき利益をもつ者」）。その一方で、保証人が債務を負うさいに考慮した権利のすべてについて、債権者は保存義務を負う。これは、法律に基づくものではなく、債権者と保証人間の合意に基づくものである。このために、その合意に拘って、契約にさいし債権者が負った義務の中身を検討しなければならない。そして、具体的に保存義務を生ずるのは、保証人が契約にさいして考慮した担保権、すなわち保証契約時に設定されていた担保権だけである。というのも、契約時に存在しなかった担保権を、保証人が考慮することはありえないからである（Laurent, t.28 n.308 p.309-10. この説明は、担保保存義務違反抗弁の根拠を保証契約に読み込んでおり、この点で、ポチエにより近い。前章第五項第四款第一目、第三目参照）。

このように説明することで求償関係と対外関係を別の問題とし、要件・効果を異にすることができる、こう考えられ

ているのである。

これを連帯債務の議論と比べてみる。

連帯債務の議論では、相債務者の求償期待や被免除者にとっての免除の実効性を問題として、債権者の帰責を問う考え方（第一の考え方）と、免除合意を合理的に意思解釈する考え方（第二の考え方）があった（前述第一款第三目2参照）。このうち第二の考え方は、求償関係と対外関係を切り離すものであって、この点では共同保証の議論と似ている。しかし、共同保証の議論は、相保証人の求償期待や債権者の帰責を問題にするのであって、むしろその思考図式は第一の考え方に近い。

第一の考え方は、一二八五条二項にいう負担部分を真の負担部分と同じだとしており（但し、例外を認める。第一款第三目2c参照）、この点で共同保証の議論と異なる。この差異は、共同保証の議論が求償期待の基準時を契約時においていることによる。他方で、連帯債務の場合には、契約時期を異にする場合であっても、先行債務者が後行債務者への求償を期待している情況が想定されている（先行契約時に後行債務者の指示を要求する。前述3b参照）。そうすると、連帯債務に関する第一の考え方は共同保証の議論と全く同じものだといえる。そして、もし連帯債務の成立要件論につき後行債務者への指示を要求しないとの立場をとれば、共同保証と同じく契約時期の先後関係を問題にすることになろう。

右のように考えると、連帯債務に関する第一の考え方は、債務者相互間に団体関係ある場合を想定しており、そのことが免除の議論に影響していたことになる。但し、ここでいう団体関係の意味は契約時に求償期待があることを指すのであって、債務者相互間に共同事業の意図があるような強い団体関係ではない。

（1）フランス法のうえでは、「免除を受けた者」、「被免除者」という用語は正しくない。遺言による場合を除いて、免除には合意を要するとされているからである（Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1767 p.94-6 参照）。しかし、本稿では便宜のために、この点における彼我の差異を無視する。

（2）これとは別に、政府委員会原案同章一七二条では、現行一二八五条二項に相当する定めがあった（Fenet, t.2 p.185）。同原案一〇一条と一七二条は国務院（Coseil d'État）における審議の過程で一箇条にまとめられた。

（3）次の規定を提案する。

「債権者が連帯債務者の一人だけに対して債務を免除した場合には、相債務者は解放されない。もっともこの場合において、債権者が請求できるのは被免除者の負担部分を控除した範囲に限られる」（Fenet, t.5 p.490）。

この規定が定めているのは負担部分型絶対効ある免除だけである。しかし、明示あらば一体型絶対効が生ずることを否定するわけではないようである。

（4）この説明から次のことがいえる。デルヴァンクウルによれば、連帯債務において各債務者が支払を約するのは、相債務者の義務内容である。この説明は、連帯債務を相互保証と理解するものであるかにみえる。しかしそうではない。本文に挙げた説明から看取できるように、連帯債務においては附従性がないと理解されているからである。デルヴァンクウルは相互保証説をとっていないことがわかる。

（5）ドゥマントの叙述は明確でない。ここでは本文のように分類できることを示しておく。

ドゥマントはいう。「連帯債務者各自は totum et totaliter の形で義務を負っている。このため一般には一人への免除が物的な免除と解される。だから、全員に効力が及ぶのである。」

ここでいう totum et totaliter の意味をドゥマントは明確にしないが、次のように理解しておく。連帯債務における totum et totaliter とは、不可分債務における totum, sed totaliter と対になった表現である（Demante, t.5 n.159 p.269 参照）。二種類の債務について、共通点（totum）と相違点（totaliter）を示す表現なのである。そして、ここでドゥマントは相違点に着目していると考えられる。相違点につきドゥマントはいう。「連帯債務の特徴は、各債務者が相債務者のために支払うという約務にある。すなわち、一人が債務を負っている限りは、全員について約務が存続するのである」（op. cit. n.132 p.205）。このことから、ドゥマントが免除の一体型絶対効原則を説明するさいに着目したのは、右の特徴だと理解できる。

これに対して、ドゥマントは相互代理を考えていたとする理解もある（Colmet de Santerre, t.5 n.132 bis p.205-6）。しかし、ドゥマントは対外的効力を説明するにさいして、相互保証の考え方を用いることはあっても、相互代理の考え方を用いた例はみあたらない（Demante, t.5 n.133 et 138-40 p.206, 214 et 217）。相互委任がでてくるのは求償関係にとどまる（op. cit. n.147 p.237）。

（6）ロランは次のようにいう。

たしかに、被免除者は全額について債務を負っていて、単独債務者であるのと同じにみられる。しかし、この点における連帯の効果が設けられた趣旨は、債権者の利益を守るためだけにある（Laurent, t.17 n.340 p.342）。

この反論においては、連帯債務の理論構造について次の考え方が前提となっている。連帯債務の特徴として、一個の法律関係が多重性をもつと同時に、債務が単一である。このうち法律関係が多重であるのは、債務者が複数いるためである。そして、債務が単一であるために、一個の法律関係になっている。その結果として、各債務者は債務全体について義務を負う。それとともに、諸債務者が一個の人格を形成するとみられる。このために、ある債務者に生じた事由が、全員に生じたとみられる。そして、かような効力は、与信の条件として債権者のために認められるものである（op. cit. n.294 p.292-4）。

連帯債務の理論構造に関するかような理解を、前述の反対説と照らし合わせれば、反対説の趣旨はむしろ次の点にあるといえる。

債務が単一であるために、一人に生じた事由の効力が全員へ及ぶことがある。もし免除にこの原理が当て嵌まるとすれば、一体型絶対効原則の理由として、この原理を持ち出すことは正当であろう。しかし、免除に右の原理は当て嵌まらない。一人について生じた事由が全員へ効力を及ぼすという原理は、債権者の利益においてのみ機能するところ、免除は債権者にとって不利益な事由だからである。

この議論については立ち入った検討をしない。議論の背景にあるのは、連帯債務の理論構造に関する理解の対立にすぎないともいえるからである（ロラン説の問題点につき後述第四款第一目2参照）。ここでは二点だけを指摘する。

第一に、右の反対説は本文掲記の説（債務単一性を理由とする説明）だけを標的としたものではない。第二の説（相互代理を理由とする説明）に対する反対説ともなっている。その叙述からすると、ロランの意識はむしろ第二説に向けられているように読める。

指摘の第二点は、ロランの連帯理論が二つの特徴をもっていることである。第一は、相互代理の考え方を否定している

ことである（loc. cit. et n.304, 307 et 310-1 p.305-11 et t.20 n.120 p.149-50）。第二の特徴は、連帯債務に特有の効力が債権者の利益においてのみ生ずるとしていることである（同旨、Mourlon, t.2 n.1240 p.651. 反対、Aubry et Rau, t.4 p.28-9. 反対説は、相互代理の考え方をとったうえで、代理が債権者のために機能することもあれば、債務者のために機能することもあるという。前節第四款2b参照。このほかに、ロランは同旨の文献としてPothier, Obligations n.270を挙げるが、該当する記述はみあたらない）。この点につき、日本の旧民法債権担保編五二条一項はオブリ＝ロの説をとっている。

（7）この説明にはわからない点がある、すなわち、論者はいう。「各債務者が支払を約すのは、相債務者の義務内容である（chacun des débiteurs s'engage à payer ce que doit son codébiteur）」（Delvincourt, t.2 note 3 de la page 175 et note 1 de la page 140 (notes et explications p.573 et 499)）。

そこでいう義務内容とは何か、また、各債務者が負う義務は相互に如何なる関係に立つのか、こういったことがわからない。今後の課題としておく。

（8）これは、ラテン語で《A iure nemo recedere praesumitur》または《Renuntiatio est strictissimae interpretationis》といわれる法諺である（Detlef Liebs, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 5.Aufl. S.28, 188参照）。この準則をここで用いることは妥当か、また、日本に持ち込むことができるか、こういった問題を検討するには、フランスにおける理解の詳細（準則の内容と射程）を知る必要がある。将来の課題とする。

（9）批判説の論者によるポチエの理解につき、前章第五項第四款第一目問題点第三参照。

（10）留保の明示という要件については、厳格な方式はなく留保がわかるような表示をすれば足りるとされている（Delvincourt, t.2 note 4 de la page 175 (notes et explications p.573); Toullier, vol.4 1 partie n.329 p.262; Larombière, t.5 art.1285 n.13 p.99; Huc, t.8 n.138 p.178）。しかし、黙示の留保が認められないことについては、特に議論がない。

留保の明示をめぐっては次の判決がある。

①　Cass.civ., 12 nov. 1867, D.P.1867, 1.483= S.1868, 1, 61= Journal des tribunaux des commerce 1868, 112 2 esp.

為替手形金請求事件。所持人Xは裏書人Yに対して手形金（一万八三四フラン）の支払を求めた。Yは自己受手形の第一被裏書人である（フ商法一一〇条三項参照）。当事者の主張を整理すると次のようになる。

請求に対してYは抗弁する。振出人Aはその諸債権者との間で協定し、Aの財産委付と引換に、諸債権者はAに対して

債務を免除することにした（一八六二年四月二八日）。この協定にXは加わった。そして、XはAと連帯する共同債務者であるから（商法（一九三五年一〇月三〇日デクレ・ロワによる改正前の原始規定）一一八条・一四〇条）、YはAに対する債務免除によって解放される（一二八五条一項）。

これに対して、Xは再抗弁事由を二つ主張する。第一点、本件において民法は適用されない。というのも、一八六二年に協定した時点でAは支払を停止しており、その協定は財産委付によるコンコルダにあたる。そして、財産委付によるコンコルダは一般のコンコルダと同じ効力をもつところ（商法五四一条三項。後述第三款第三目2）、一般のコンコルダは破産者の相債務者に対する債権者の権利に影響を与えないからである（商法五四五条。後述第三款第三目2）。第二点、一八六二年の協定においてXはYに対する権利を留保している。すなわち、本件協定はAとその諸債権者間で成立したものであること、Yも協定に加わっていること、その他の協定をめぐる情況から、XはYに対する権利を留保しており、民法一二八五条一項の適用はない。また、同条二項が適用されて、Yに対する債権のうちAの負担部分が控除されることもない。これは、YがAに対して債務を免除して遡求権を失っているために、XがAだけを解放してもYに不利益を生じないからである（この点の論理については第三目参照b参照）。

一・二審ともXの請求を全部認容した。二審（Bordeaux, 20 juill. 1864）は、Xの再抗弁につき次のようにいう。

「たしかに、Xは…Yと同じく一八六二年の協定に加わった。しかし、商法五四五条により法律のうえでも、また事実としても、Xはこの参加によって…Xに対する訴権の行使を放棄してはいない。Yの主張によれば、Xは一八六二年の協定に加わって…Yに対する権利を放棄し…た。これにより、XはYに対する権利を失ったというが、その主張は失当である。というのも、Xは一八六二年の協定に加わっているが、それによってYに不利益を与えていないからである。これは、Yも協定に加わって、本件手形につきYに対する関係でAを解放することに同意していることによる。…したがって、XはYに対する遡求権を失っていない。」

Y破毀申立。再抗弁事由第二点について次のように主張する。原判決は、XがYに対する遡求権を明示的に放棄した事実がないとした。しかし、民法一二八五条によれば、沈黙は当然に遡求権の放棄を意味する。XがAを解放したにも拘らずYがXに対してなお債務を負うには留保を要する。また、原判決は、Yも協定へ加わったことに着目して、そのためにAの解放はYに不利益をもたらさないとする。しかし、そういった事情があっても、連帯債務の免除に関する法定の効果

は妨げられない。以上のことから、原判決は一二八五条に違反する。

これに対して、Xは次のように主張した（この主張が訴訟上もつ性質につき後述註（26）参照）。原判決の認定事実によれば、XはYに対する訴権の行使を放棄していない。また、留保の明示について、法律はその方式を定めていない。したがって、留保の方法が不存在であることをYは主張できない。これは、YがXとともに本件手形金債務を免除していることからもいえる。

破毀申立認容、原判決破毀、移送。再抗弁事由第一点について、本件協定はAの破産宣告前になされたものだから商法五四一条、五四五条の適用がないとする（後述第三款第三目2に挙げる裁判例③参照）。そのうえで、同第一点につき次のようにいう。

「免除が主債務者または連帯債務者に対してなされた場合には、権利の留保を明示しない債権者に対する関係で、保証人や相債務者は解放される。さらに、その保証人または相債務者が合意に加わったという事情は重要でない。その参加は、前示諸規定（一二八五条・一二八七条を指すと解される――福田）が要求するような留保の表示に相当したり、その代わりになるものではない。〔留保を〕契約に記入させるのは債権者にかかっている。…原判決の記録や理由においては、合意にさいしてXが裏書人Yに対する権利を留保したことが示されていない。…以上のことから、Xの請求を容れ…た原判決は、民法一二八五条・一二八七条に違反…する。」

破毀院により移送を受けた控訴院は、Yの控訴を容れ、Xの請求を全部棄却した（Pau, 21 janv. 1869, S.1869, 2, 79）。再抗弁事由第二点につき次のようにいう。

「手形振出人を解放したことにより、一二八五条に基づいてXは裏書人を解放したことになる。これにより、XはYに対する遡求権を失った。一八六二年の協定による法定の効果を排除するために、Xは契約当事者の意思解釈を主張するが、その主張は失当である。また、Yに対する権利を喪失しないことにつきXには利益があるとして、それを理由にXは留保する意図だったと主張するが、この主張も失当である。Xはこれらの主張によって、法律の適用を回避することができない。契約者は、その意図に拘らず、自己の意図を法律に合致させたと推定されるからである。要するに、XがYに対する遡求権を保存する意図であったとしても、それだけでは足りない。一二八五条により、Xは明示の留保によって自己の意思を表示しなければならなかったのである。しかるに、XがAのために合意した解放は、単純・無条件のものであった。一八

六二年の契約にさいしてYが右解放に合意したからといって、解放によってYに生ずる法定の効果を、Yが主張できなくなるわけではない。」

本件における特殊事情は、連帯債務者の一方に対して債権者が債務を免除するさいに、他方の債務者が免除に同意するとともに、自らの債権も放棄したという点にある。破毀院および移送後の二審は、右事情が一二八五条にいう留保の明示に相当するものではなく、また右事情からは留保の明示を認定できないとした。なお、本件と同一当事者間における別事件として、Cass.civ., 22 août 1866, Journal des tribunaux de commerce 1867, 133（協定にさいして特別利益を約したことを理由とする債務不履行事件）; Cass.civ., 8 avr.1868, S.1868, 1, 260（別の為替手形に関する手形金請求か？後述第三款第三目2に挙げる裁判例③参照）がある。

② Cass.civ., 3 juill. 1900, D.P.1902, 1, 417= S.1900, 1, 441= Journal des tribunaux de commerce 1901, 605.

株金払込請求事件。株式会社xが発行する記名式株式（一株五〇〇フラン）をAが引受けた。株金は四分の一（一株あたり一二五フラン）については、Aが払込んでいる。Aは五〇〇株を株式上の権利義務をともにYへ譲渡し（一八八二年五月三一日）、その旨が株主名簿に登録された。一八八六年の判決によりx会社は解散宣告を受け、清算人Xは、Yに対して払込未了株金の支払を求めて訴えた（第一訴訟）。当初の請求金額は六二五〇〇フラン（払込未了額の三分の一にあたる）であったが、その後に請求を減縮して、当座は五〇〇〇フランの請求にとどめるとした。この訴訟において、YはXに五〇〇〇フランの支払を命ずる欠席判決があった（一八九一年六月二三日）。その一方で、XはAに対しても訴求していたがAとは合意して、二〇〇〇〇フランの支払と引換にAに対し債務を免除した（一八九一年八月二四日）。その後にXは改めてYに対して払込未了株金の総額一八七五〇〇〇フランの支払を求めて訴えた（第二訴訟）。第二訴訟においても、Xは請求を減縮し、当座は五〇〇〇〇フランの請求にとどめるとした。第二訴訟において、Yは第一訴訟の欠席判決に対して故障を申立てた。この故障申立と第二訴訟が本件訴訟である。争点となったのは、一八九一年八月におけるXA間の合意をYが援用できるかであった。Yはこの合意が債務免除だとして一二八五条一項の適用を主張した。Xはその合意が和解だとして、和解当事者でないYに援用権がない（二〇五一条。条文は第二節第二款e参照）と主張した。

一審（Trib.com.Seine, 25 juill. 1895, Journal des tribunaux de commerce 1899, 354）は、Yの故障申立を棄却するとともに、Xの第二請求を全部認容した。本件合意を和解だとしたうえで次のようにいう。

「XはAに対して訴求すると同時に、Yに対しても訴求していた。しかし、その訴訟は分離されていた。また、XはAY間の連帯を求めていなかった。XはAYに対する関係で…株金の四分の一につき別々の請求認容判決を得た。但し、Yに対する関係では認容額が五〇〇〇フラン（五〇〇〇フランのミスプリ）に減縮された。これらの事実に注目するのが適切である。このために、Xが和解に留保をつける必要はなかった。特に、XはYとの間での一八九一年六月の欠席判決正本を保持していたことから、そのようにいえる。したがって、Xが和解によりYを解放したという主張は採用できない。事実としてXが解放する意図をもっており、また現に解放したのは…Aだけである。以上のことから、Yは…本件株金の払込につき当然に義務を負う。」

Y控訴。二審（Paris, 10 mai 1898, Journal des tribunaux de commerce 1899, 358）は、一審判決をほぼ維持した（一審判決で払込未了額とされた一八七五〇〇フランについて、Aが支払った和解金二〇〇〇〇フランの充当を認めた）。二審判決でも本件合意は和解であって、Yは合意を援用できないとされた。本件合意にさいして、XがYに対する権利を留保したかについて判示がない。

Y破毀申立。たとえ本件合意が和解であるとしても、その効力は債務免除と同じである。そして、YはAと連帯する共同債務者である。したがって、Yは当然に本件合意の利益を受けると主張する。

破毀申立認容、原判決破毀、オルレアン控訴院へ移送。

「一二〇〇条および一二八五条をみよ。法律上の論点について。払込未了株式の引受人と順次の譲受人は、株金の支払につき義務を負う。義務の態様は、各人が全額につき強制を受けることがあり、また一人が弁済すれば他の者は債権者から解放されるという関係にある。この情況は、債務者相互間に連帯関係があることを決定づけるものである（一二〇〇条）。そして、この情況により債務者へ一二八五条が適用されることになる。一二八五条によれば、連帯債務者の一人に対して免除または解放があれば、相債務者全員が解放される。但し、相債務者に対する権利について債権者が留保を明示すれば別である。解放が和解の結果であれ、単なる債務免除の結果であれ、このことは当然に当て嵌まる。」

「事実について。原判決の認定事実によれば、一八九一年八月の契約により、Xは二〇〇〇フランの支払と引換にAを…債務全体から解放した。Aが引受けた株式五〇〇株についての譲受人であるYに対して、権利の留保はなされなかった。したがって、Aに対して解放が合意されたことにより、Yに利益が及ぶことになる。事実審裁判官は合意成立をめぐる諸事情を評価して、XはAだけを解放する意図だったと判示した。この点の判断は是認できない。右の評価は、法定要件で

ある明示的な留保を補完できるものではない。したがって、連帯債務者Aに合意された債務消滅について、その利益がXに及ぶことを否定した原判決は一二〇〇条、一二八五条に違反する。」

本件における特殊事情は、連帯債務者AYに対して別々に訴訟がなされ、しかもXはAとYの連帯を求めていなかった点にある。破毀院は、かような情況下でXがAだけと和解して債務を免除しても、一二八五条にいう留保の明示が不要になるわけではないとした。なお、払込未了株式の譲受人が負う責任については、Cass. 26 août 1878 et 21 juill. 1879, D.P.1879, 1, 321-332参照。

その他の裁判例として次のものがある。

③ Trib.civ.Gand, 8 fév. 1853, Belgique judiciaire 1853, 330.

詳細不明。連帯保証人XAがいたところ、債権者はAに対して債務を免除した。そのさいに、《voor wat hem A aengaet（Aについては）》と表示された。Aの負担部分を控除した残額につき請求が認容された。判決理由においては、文脈からいって、右の表示は《voor wat het deel van A aengaet（Aの負担部分については）》と同義だとされた。

この事件ではXAが保証連帯関係にあったか否かが不明である。しかし、掲載誌は表題で一二八五条に関する判決としている。学説にも、同条に関する判決として引用するものがある（Huc. t.8 n.138 note3 p.178）。

④ Orléans, 17 janv. 1884, Jur. gén. suppl. t.11 v.Obligations n.1102 p.310-1.

詳細不明。コンコルダの手続によらず、諸債権者が協定して債務を免除した事案だと推測される。そのさいに、「第三者に対する諸債権者の権利をすべて留保して（sous la reserve des droits des créanciers contre les tiers）」と表示された。これに関与した債権者の一人は、債務者の妻をも連帯債務者としていたが、判決では妻に対する権利の留保は認められなかった。「月並みな定型的表現（une formule générale et en quelque sorte banale）」からは、明確な意思を認定できないとされた。

また、今世紀の判例として次のものがある。

⑤ Cass.req., 21 fév. 1928, Gaz.Pal. 1928, 1, 785.

ABが連帯債務を負っていた。Bは建設会社で、Aはその役員だと推測される。債権者はAと和解した。そのさいには、

「…Bが元利を支払った後に」一定額がAへ返還されることを取り決めた。本訴は債権者とAの間で行われているが、訴訟形態は不詳である。破毀院はAの破毀申立を棄却した。和解契約における右の取り決めにおいて、Bに対する債権が引き続き存続することを債権者は明示しているとされた。

以上の裁判例から、留保の明示につき次のような傾向を引き出すことができる。

免除の合意にさいして表示された文言については、これを解釈して留保の明示を認定できる（認定された例、③⑤判決、認定されなかった例、④判決）。しかし、免除をめぐる諸事情（相債務者も被免除者に対して債権をもっていて免除の合意に関与したことなど、連帯債務者各人に対する訴訟が別々になされてしかも債権者は債務者間の連帯を求めていなかったこと）から留保の明示を認定することはできない（①②判決）。

(11) 立法過程では、「疑いがあれば（dans le doute）解放の恩恵が優先するべきだ」とされている。このために、この理由を挙げたビゴ・プレアムヌゥの主観的意図としては、留保の明示を要求するほどまでに強い要請だと考えていなかったのかもしれない。しかし、草案が留保の明示を要求していることは、ビゴ・プレアムヌゥも認識している（Fenet, t.13 p.280）。また、ビゴ・プレアムヌゥの主観的認識がどうであれ、「解放の恩恵が優先するべきだ」という理由は、留保の明示を要求する議論になりうる。「解放の恩恵が優先するべき」程度は操作が可能だからである。これに対して、たとえば債務の単一性に基づく理由は、留保の明示を要求するほどに強い要請だと理解する余地はないと考える。

(12) 一体型絶対効原則についてとは別に、留保の明示を要求することについての理由がある、こう考えるとすれば、その理由としてはたとえば相債務者への不意打ち防止が考えられる。すなわち、もし黙示の留保を認めるとすれば、債権者と相債務者との間で訴訟になって免除をめぐる諸事情につき裁判所の審査を経るまでは、黙示の留保の存否が確定しないことになってしまう。このために、留保がなかったと相債務者は考えたにも拘らず、裁判では黙示の留保が認定されてしまう可能性がある。このために、相債務者の利害を考慮して、留保の方法を明示に限定したと理由づけることができるのである。

この理由を加えれば、債務単一性といった理由等も一二八五条の説明にはなる。しかし、不意打ち防止その他の理由を挙げて、留保の方法を限定していることを説明する学説はみあたらない。そのうえに、不意打ち防止という理由が一応は考えられるものの、これで説明になるかにも疑問がある。というのも、免除という無償の行為から利益を受けることにつ

いて、相債務者が期待をもつとしても、それは保護に値しないともいえるからである。これらのことから、留保の明示を要求することについて、別に理由があるとは考えないで議論を進める。

(13)「解放の恩恵が優先するべきだ」という要請と、「放棄は推定されない」という要請のうち、免除の効力を考えるさいに妥当するのは何れであるか。これが残る問題であって、将来の課題としておく。二つの要請の射程は免除以外の行為にも及ぶであろうし、それらをも検討せねば答は出てこないと考えるからである。

(14) 契約連帯以外の場合に関する裁判例を紹介しておく。判決による法性決定が連帯債務であるか全部義務であるかを区別せず、また今世紀の判決を含めて紹介する。

a　不法行為の事例

① Cass.req., 17 mars 1902, D.P.1902, 1, 541（すでに紹介がある。淡路『連帯債務の研究』一八五－六頁）.

X社の金員をYが横領した。横領は、YがAとともに商店を開設するためであった。前の訴訟で、XはAに対して損害賠償を求め、Aは九八〇〇〇フラン余の支払を命ぜられた。その後にXとAの間で和解が成立し、六〇〇〇〇フランの支払と引換に、XはAに対する権利をすべて放棄することに同意した。そのさいに、XはYに対する権利を留保しなかった。和解後に、XはYに対して損害賠償を請求した。これが本訴である。Yは抗弁して、和解の利益が自分にもたらされると主張した。

一審（Trib.civ.Seine, 6 août 1897）は、Xの請求を（全部?）棄却した。二審（Paris, 28 mai 1900, D.P.1902, 2, 453）もXの控訴を棄却した。何れも、一二八五条一項の適用を認めたことによる（判決理由については、淡路・前掲参照）。

X破毀申立。YとAの債務は発生原因を異にする。すなわち、一方は故意不法行為によるのに対して、他方は過失不法行為によるものである。また、本訴における債務関係は全部義務である。以上のことから、別の原因で横領金の返還を強いられた第三者個人に対する免除を、横領の実効者が援用することはできないと主張する。

破毀申立棄却。「証明されまた争いのない事実によれば、YAが関与した過失不法行為によってXに生じた損害につき、YAはXに対して完全に賠償する債務を負う。そのさいに、各債務者は全額につき強制を受け、また一方による弁済は他方を解放する。一二〇〇条によれば、かような情況は債務者間に連帯関係があることを決定づけるものである。これにより、一二八五条が適用されることになる。…原判決の認定事実によれば、一定額の支払と引換にXはAに対して本件債務の放

棄に同意した。その証書にはYに対する留保が示されていない。このように認定したうえで、原判決は、相連帯債務者Aに対する債務免除をYは援用できると判断した。原判決は…一二〇〇条および一二八五条を適正に適用したものである。破毀申立理由が挙げる諸規定に違反するものではない。」

② Colmar, 12 juin 1934, Gaz.Pal. tables 1935-1940, t.2 v.Responsabilité civile n.658-9 p.458.

事案不明。次の趣旨の判決要旨が示されている。同一の故意不法行為または過失不法行為の行為者は法定連帯責任を負う。留保の明示がない限りは、一人に対する免除は相債務者に利益をもたらす。その留保がない場合には、相債務者に対する請求認容判決は被免除者の負担部分を控除した残額に限り下すことができる。この負担部分は民事上のものと解しなければならない。

③ Cass.civ. I, 26 déc. 1961, Bull.civ. I n.628 p.498= D.P.1962, somm.95= Lexis arrêt n.763.

詳細不明。XABCは軽罪裁判所での付帯私訴請求により五〇万フランの損害賠償を命ぜられた。この判決に対して、X、付帯私訴原告Y、検察官の三名が控訴した。二審は損害賠償額を一一五万フランにするとともに、債務者相互間における負担部分を定めた（X三五万フラン、A二〇万フラン、BとCは四〇万フランと二〇万フラン）。この判決はYBCにとっては対席判決であったが、Aにとっては欠席判決であった。このために、Aは二審判決に対して故障を申立てた。その間に、AはYへ二〇万フランを支払った。故障申立による訴訟において、YはAに対する付帯私訴請求を取下げる旨の意思表示をなし、二審はこの取下を確認した。その後に、YはXの不動産につき差押手続を開始した。このために、XはYを相手方として手続の中止命令を申立てた。これが本件である。

一、二審でXは敗訴した。事実審における当事者の主張や判決理由はわからない。

X破毀申立。Aに対する訴取下は留保なしになされたものであって、債務免除として作用する。この訴取下は共同の行為者全員に利益をもたらすと主張した（その他の主張については省略する）。

破毀申立棄却。「事実審における認定によれば、一九四九年の〔刑事部〕判決では、Yに対する損害賠償金一一五万フランの支払につきAに連帯責任が命ぜられた。この判決は、Aによる故障申立の結果として効力を失った。このために、同じ重罪または軽罪につき有罪判決を受ける者に対して刑法五五条は損害賠償の連帯を定めているが、この連帯がAについて作用することはありえない。したがって…相連帯債務者に対する免除をXが援用することはできない。破毀申立理由に

おいて非難された原判決の理由に以上の理由を補えば、原判決の結論は正当化される」。

共同不法行為に関係する判決としてみいだすことができたのは以上の三件である。②③判決からは、裁判例が一二八五条一項の適用に否定的な傾向を窺うことができるかもしれない。しかし即断はできない。共同不法行為に関するフランスの議論情況は日本と異なるからである。たとえば、共同不法行為者につき連帯債務を規定する条文は刑法五五条だけである（一九九二年の新刑法典前に話を限定する。また、特別法も別とする。刑法五五条「同一の重罪または軽罪につき有罪判決を受けた者は、その全員が罰金・現状回復・損害賠償・費用について連帯して義務を負う」）。ところが、同条は重罪および軽罪だけについて行為者間の連帯を規定しているために、連帯債務が成立するのは同条の適用ある場合に限られるという議論がある（高木多喜男「フランスにおける共同不法行為論」法時三四巻一一号三〇－五頁、淡路『連帯債務の研究』一八四頁、山口俊夫『フランス債権法』二五五頁参照）。また、刑法五五条が適用されるような場合であっても、連帯債務が成立するのは判決後に限られるという議論もある（③判決の判旨参照）。これらの事情を考え、また事実関係が不詳であることをも斟酌すれば、傾向を引き出すことは危険であろう。将来の課題としたい。なお、右に挙げた三判決のほかに求償の局面に関する判決もあるが、紹介は省く（Cass.civ. I , 7 juin 1977, D.S.1978, J 289= Gaz.Pal.1978, 1, 131= JC.P.1978, II , éd.G. 19003= Lexis arrêt n.479= RTD civ.1978, 364. すでに紹介がある。若林安雄「フランス判例研究（7）」判タ四〇七号三六頁）。

b　株金払込責任の事例

④　Cass.civ., 3 juill. 1900.

前述註（10）の②判決である。一二八五条の適用を認めている。

(15) コルメ・ドゥ・サンテェルも、連帯債務の場合に絶対効ある免除を委任で説明する。しかし、不可分債務の場合については言及しない。その一方で、既判事項の権威や和解について不可分債務の場合には相対効しかないという。委任がないことを理由とする（Colmet de Santerre, t.5 n.328 bis XXVI p.618 et t.8 n.284 bisIV p.335）。この点では、本文に挙げたドゥモロンプと同旨である。もっとも、コルメ・ドゥ・サンテェルは、既判事項の権威や和解について連帯債務の場合であっても相対効しかないという（t.5 n.328 bis XXIV－XXV p.615-8 et t.8 n.284 bisIII p.334-5）。免除とは違う考え方をとるのである。このために、不可分債務者の一人に対する免除の効力について、特定の理解を引き出すことができない。

(16) 地位の平等（l'égalité de situation）や機会均等（l'égalité de chances）という考え方は、コルメ・ドゥ・サンテェルが頻繁に持ち

出すものである（Colmet de Santerre, t.5 n.142 bis Ⅱ.Ⅲ p.223-4（相殺について）. n.144 bis Ⅲ p.234（連帯免除について）et n.149 bis Ⅰ p.242（無資力者がいた場合の求償について）.また、保証人が反対債権を取得した場合における主債務者の相殺抗弁の可否についても類似の考え方を示す。op. cit. n.246 bis Ⅱ p.447）。この考え方自体はコルメ・ドゥ・サンテェルに特有のものではない。しかし、一般に他の学説がこの考え方を持ち出すのは、連帯債務者の相殺抗弁をめぐる議論に限られる（後述第六項第一款第二目2a参照。もっとも、他の局面で持ち出されることが全くないわけではなく、マルカデ＝ボンが時効についてこの考え方を出している。第八項第一款第二目2c参照）。コルメ・ドゥ・サンテェルの特徴は、地位の平等といった考え方を一般化している点にある。

(17) 後掲する諸論者のうちトゥリエについては、本文に示した見解をとるかにつき疑いがある。すなわち、真の負担部分が一〇割の場合だけについて言及し、債権者の善意・悪意に拘らず頭割が基準になるという（Toullier, vol.4 1 partie n.329 p.261 note 1）。あるいは、他の場合についても同様に考えるのかもしれない。

(18) 留保に効力をもたせるべしとの考え方は、合意の解釈準則に関する一一五七条に基づく（トゥリエはこれを明言する）。また、留保に効力をもたせるような形で債務免除の範囲を解釈すべしとの考え方は、一一六一条に基づく。

一一五七条「ある条項が二つの意味にとれる場合には、その条項が効力を生じえないような意味よりも、むしろ効力を生じうるような意味に解釈しなければならない。」

一一六一条「合意の中のすべての条項は相互に解釈されて、合意全体から生ずる意味が各条項に付与される。」

これらの解釈準則の性格や構造については既に紹介がある（沖野眞已「契約の解釈に関する一考察（三）」法協一〇九巻八号一三四四―六頁、一三六一―三頁）。

(19) 次の裁判例がある。

① Paris, 30 mars 1808, Refonte du Rec.Sirey an 13-1808, 2, 369= Jur. gén. t.33 v.Obligations n.1451 p.322 note 2.

終身定期金債務をめぐる事件である。連帯債務者XYは合意して、債務の負担をすべてYが負うことにしていた。さらに、Yと債権者Z・第三者Aは合意して、ZはAを債務者として受け入れることになった（共和歴一一年＝民法一二八五条の施行前）。そのさいに、Yに対する訴権を留保するとともに、Xに対する権利・訴権をすべて留保することとされた（この合意は更改ではないと認定されている）。その後に、ZはXに請求し、債権の半分につき弁済を受けたようである。Xは、Yとの合意に基づいて、弁済額につきYへ求償した。この訴訟において、Yは共和歴一一年の合意に基づいてZに対し担保請求をした。

一審（Trib.Seine, 29 juill.1807）は、Xの本訴請求を認容するとともに、Yの担保請求も認容した。これに対してZが控訴した。XY間の合意にZは関与しておらず、また善意である。したがって、その合意はZに不利益な事情にならないと主張する。

控訴認容。Zに対する担保請求を棄却した。

「連帯債務者の一人を債権者が解放しても、同時に相債務者に対する権利の留保があれば、相債務者は解放されない。留保には債権保存効がある。もっとも、被解放者の負担部分は控除される。債務者相互間に合意があっても債権者の関与がなくば、留保を実効性なきものとはできない。…XY間の合意により、Yは本件定期金を負担することになった。この合意にZは関与しておらず、また呼び出されてもいない。…合意の結果として、…XのためにYに不利な担保が生ずるが、それによってZの権利が害されることはありえない。」

② 裁判所名・年月日不明（後述第三款第三目1cに挙げる⑩Paris, 8 juin 1831 の原審）

為替手形金請求事件。共同引受人YAは夫婦であって、夫Aの負担部分が一〇割と認定されている。Aは破産してコンコルダが成立し、八五%の免除を受けた。所持人Xはコンコルダに加わって、相債務者に対する権利をすべて留保した。XがYに手形金の支払を求めたのに対し、Yは抗弁し、Aの負担部分は一〇割だから留保があってもYは完全に解放されたと主張した。

一審判決は、本件に一二八五条二項を適用してYの抗弁を容れ、請求を全部棄却した。

「本件においては、Xが所持する手形の引受人欄にAとYの名が示されている。YはAに対する関係で保証人にすぎないとみられる。Aの負担部分は債務の全部である。したがって、XはYに請求できない。さもなくば、YはAに求償できることになってしまう。…その結果として、第一に、Aは一五%の支払と引換に解放を受けなかったことになって、コンコルダの条項に反する。第二に、Xは少なくとも債権の六五%を取得する一方で、他の債権者は一五%しか取得していない。Aに対するXの地位が、同じコンコルダに加わった債権者よりも良いことはありえない。」

二つの裁判例から何らかの傾向を引き出すことはできない。結論が相反するうえに、事実関係が不詳だからである。すなわち、①事件では、XY間の合意の時期（当初の負担部分を変更する合意であったかもしれない）・免除にさいしてYが差し出したAの情況（特に資力）がわからない。その一方で②事件では、Aの負担部分が一〇割と認定されるに至った事情・その事

情に関するXの認識の有無（あるいは、裁判所がXの認識を問わないと考えたのか否か）がわからない。

(20) 無資力判断の基準時について、債務免除との関係で言及するものはみあたらない。求償関係においては、弁済時が基準だとされている（Demolombe, t.26 n.435 p.373-4; Larombière, t.3 art.1214 n.9 p.504-5; Zachariä / Dreyer, Handbuch des Französischen Civilrechts, 2.Bd. 7.Aufl., S.295 Anm.35; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1260 p.371. 裁判例も同旨だといわれている。Bordeaux. 24(31) mars 1897, Revue des sociétés 1898, 17= Recueil de Bordeaux 1897,1 225. 未見。次の文献による。Baudry-Lacantinerie et Barde, op. cit. note 3; Gaz. Pal. table 1897-1902 t.2 v.Obligations n.248 p.204)。

(21) この見解は初期の学説に多い（Delvincourt, t.2 note 6 de la page 144 (notes et explications p.510-1); Duranton, t.11 n.231 p.286-7; Toullier, vol.3 2 partie n.739 p.453; Aubry et Rau, t.4 p.33 texte et note 43; Larombière, t.3 art.1215 n.2 p.506-8. 以上は、算出された分につき債権者は相債務者に対して請求できないとする。これとは異なり、連帯の被免除者が弁済者に対して求償義務を負うとしたうえで、さらに被免除者が債権者へ求償できるとするものもある。Mourlon, t.2 n.1278 p.667)。

しかし、一九世紀後半からは反対説が有力になっており、算出された分は連帯の被免除者が負担するとしている（Demolombe, t.28 n.437-40 p.375-82; Laurent, t.17 n.363 p.364; Colmet de Santerre, t.5 n.150 bis I-Ⅲ p.243-5; Marcadé, t.4 n.625 p.519-20; Huc, t.7 n.334 p.449; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1262-3 p.372-5)。裁判例も、共同の手形保証につき一〇一一条により一一一五条を準用したうえで、後説をとる（Cass.req., 7 juin 1882, D.P.1882, 1, 441= S.1882, 1, 321)。

(22) 会社取締役の責任をめぐる事件である（責任根拠としては、一八六七年七月二四日会社法四四条も考えられるが、本件では刑法五五条その他の刑事法令が根拠とされているようである)。債権者は高騰した株式を購入したが、その高騰は蛸配当に起因するものであった。取締役一三名は五四〇一フラン余りを連帯して支払えとの判決を受けたが（一八九六年)、その後に八名は債権者と和解した。和解において債権者は、三〇〇〇フランの支払と引換に八名を解放するが、残額につき相取締役に対する権利を留保するとした。相取締役のうち一名は、一八九六年判決が自分につき欠席判決であったことを理由に故障を申立てた。これが本件である。申立によれば、和解に加わっていない取締役のうち、自分を除く四名は無資力だという。

裁判所は無資力者が一人だと認定したうえで、次の計算を示す。第一に、債権者が和解により内払を受けた三〇〇〇フランは、被免除者八名の負担部分（計算上は三三三四フラン余りとなる――福田）に満たない。その差額は債権者の負担になるから、8／13が控除される。第二に、無資力者一名の負担部分は被免除者を含む取締役全員で分担する。よって、無資力者

の負担部分のうち8／9が控除される。裁判所はこのように計算する。

この計算には疑問がある。無資力だと認定されたのは一人であるから、その負担部分を分担するのは残る一二名ではないのか。ところが、判決は、九名で分担するとしているのである。九名の内訳は、被免除者八名と故障申立人であろう。これは何故か。計算がもし書損でないとすれば、次のように説明できるかもしれない。故障申立人は残る四名全員が無資力だと主張している。だから、認定されたのが一人だとしても、他の三名も分担者に含める必要はない。判決はこのように考えたのだろうか。

(23) この点について、かつてデュラントンは別の見解をとっており、場合をわける立場をとっていたようである。すなわち、相債務者等がコンコルダを援用できないのは、当該債権者がコンコルダに反対投票したか、権利を留保した場合に限るとしていた（未見だが、Duranton, Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil, 1819.4 tomes か？）。しかし、この見解は修正されている（Duranton, t.11 n.225 p.277 note 1）。

(24) もし、この点の理解を異にして次のように考えるのであれば、第一の理由も筋が通っていることになる。すなわち、コンコルダの場合について本来的なことをいえば、反対投票者や不参加者だけについて民法の適用を排除するべきである。そういった債権者だけが、任意の債務免除の意思をもたないからである。しかし、商法五四五条は投票態度や参加の有無によって区別しない。その理由は、任意の債務免除の意思をもつかといった実質論とは別の点にある（例、投票行動について確認する手続に時間と費用がかかる）。このように考えて、実質論とは別に、債務者全員を定型的に扱うことにつき理由があるとみるならば、手続外の債務免除に民法が適用される理由として、第一の理由づけは妥当なものであることになる。

商法五四五条の説明にさいして、右のような理解を明示するものはみあたらない。しかし、右の理解を示唆する裁判例がある（Caen, 10 juin 1868 後述する裁判例②の移送後二審判決）。

(25) 連帯保証人に一二八五条二項の適用があるというのは、二〇二一条が連帯保証人について連帯債務の規定を準用しているからである（二〇二一条「保証人は、主債務者が履行しない場合に限り弁済する債務を債権者に対して負う。主債務者の財産は、先に検索されることを要する。但し、保証人が検索利益を放棄している場合、または主債務者と連帯している場合は別である。これらの場合には、連帯債務に関する諸原理によって保証約務の効果が規律される」）。しかし、本判決の理論からすれば、連帯保証人に一二八五条二項を準用するのは誤りだといわれている（innommé, note D.P.1869, 1, 512）。

(26) この主張内容は掲載誌シレイに挙げられているものである。破毀申立の相手方（被上告人）の主張が当時の民事訴訟のうえでもっていた意味についてはわからない（今日の情況については山本和彦『フランスの司法』一三八－九頁参照）。

(27) これと類似の考え方を①判決から看取することができるかもしれない。すなわち、合意内容は期限の猶予にあって債務免除ではないと認定されているが、これは二二八七条一項の適用を排除するためだった、こう評価することも可能であろう。

(28) ロランは、別の箇所では主張の仕方を少し変えている。Orléans, 6 juin 1868（前述第二目）の事案のような方法をとれば、留保の効力が認められるという（Laurent, t.28 n.287-8 p.289-90）。そこでは、一般の留保についてはその効力を認めないかのようでもある。

(29) 留保に関する保証人の同意をめぐっては、適当な裁判例がみあたらない。この点に関連する判決はあるけれども、同意がないと認定された事案に関するものである（Cass.req., 7 janv. 1889, D.P.1890, 1, 422= S.1892, 1, 372; Caen, 10 juin 1868（前述2に挙げた裁判例②の移送後二審。前掲判文の末尾を参照））。

ところが、カン控訴院判決を拠り所として、判例は保証人の同意があれば留保の効力を認めている、こう理解する学説がある（Fabreguettes, Rev. crit. 1879, 357 n.49; Jur. gén. supplément, t.2 v.Obligations n.81 p.302）。

(30) もっとも、ドゥモロンプは連帯債務について説明を異にして、債権者の意思を基準とする（Demolombe, t.26 n.396 p.331. 前述第一款第一目3参照）。その一方で、本文に挙げた箇所は、債務免除一般に関する説明である。このために、ドゥモロンプが保証人への免除に関して、合意を基準にしていたとは断言できない。

(31) 分別利益の要件・効果論のうち、ここで関係しうる点を概観しておく。

二〇二五条「複数人が同じ債務のために同じ債務者の保証人となった場合には、各人が債務全体について義務を負う。」

二〇二六条一項「もっとも、各保証人は、分別利益を放棄していない限り、債権者が予め訴権を分割して、各保証人の負担部分に縮減することを要求できる。」

二項「保証人の一人が分割の宣告を受けた時点で無資力者がおれば、判決を受けた保証人はその無資力につき按分の形で分担義務を負う。しかし、当該保証人が、分割後に生じた無資力を理由として追求を受けることはない。」

イ　分別利益を主張できるのは、この利益を放棄していない保証人に限られる。そして、保証連帯関係ある保証人だけでなく、主債務者と連帯する保証人も分別利益を放棄したとみられる（Duranton, t.18 n.342 p.362; Troplong, Du cautionnement et

des transactions n.300-1 p.272-4; Mourlon, t.2 n.1148 p.462; Aubry et Rau, t.4 p.685; Marcadé et Pont, t.9 n.205 p.119; Huc, t.12 n.212 p.244; Guillouard, Traité du cautionnement & des transactions n.148 p.169-70. 裁判例も同旨。Cass.req., 16 mars 1898, D.P.1898, 1, 301= S.1902, 1, 331= Gaz.Pal.1898, 1, 469. 但し、学説のうちデュラントンは、別の箇所で異なる見解を示す。Duranton, t.11 n.186 p.218)。もっとも、検索利益を放棄しただけでは、分別利益を放棄したことにはならないというものがある（Duranton, t.18 n.334 p.362-3; Marcadé et Pont, t.9 n.206 p.119. また、Huc, loc. cit. も同旨か?.)。

このことから、本文に挙げた理由づけ第一は、保証連帯関係ある場合だけでなく、主債務者と連帯する保証人にも当て嵌まらないことがわかる。

ロ　分別利益による訴権の分割にさいしては、資力ある保証人だけが考慮される。資力を判断するのは判決時である（二〇一二六条二項）。この基準時については、分別利益の主張時だとする学説があるが（Mourlon, t.2 n.1144 p.461）、多くの学説は条文の文言通りに判決時と解する（Troplong, op. cit. n.309 p.279-80; Laurent, t.28 n.227 p.240; Demante et Colmet de Santerre, t.5 n.257 et 257 bis Ⅶ-Ⅷ p.263-4 et 269-71; Marcadé et Pont, t.9 n.211 p.123-4; Huc, t.12 n.210 p.243-4; Guillouard, op. cit. n.156 p.176-7; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1056 p.560)。

ハ　保証人の一人に債務消滅事由があった場合において、相保証人が分別利益を主張すれば、解放された者も分割の頭数に含まれるか。これに関する議論はみあたらないが、債務の成立段階で無効・取消事由がある場合につき次のようにいわれている。

絶対無効の場合には、無効事由ある者の保証は不存在である。この者は頭数に入らない（Laurent, t.28 n.230 p.242; Marcadé et Pont, t.9 n.208 p.120; Huc, t.12 n.209 p.243; Guillouard, op. cit. n.154 p.175; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1058 p.561)。

取消事由があるにすぎない場合は頭数に入る（例、未成年）。但し、分割後に取消権が行使されれば、差額について改めて他の保証人へ請求できる（Delvincourt, t.3 note 1 de la page 144 (notes et explications p.260); Laurent, Huc, Guillouard, Baudry-Lacantinerie et Wahl, loccc. cittt.; Marcadé et Pont, t.9 n.208 p.120-1. これに対し、当初から頭数に入れないとする説がある。Troplong, op. cit. n.313-4 p.282; Colmet de Santerre, t.8 n.257 bis Ⅵ p.267)。

保証が停止条件付または始期付の場合も同じである。条件不成就が確定したとき、または条件成就もしくは期限到来時に該保証人が無資力であるときは、改めて他の保証人へ請求できる（Delvincourt, Huc, loco. cit.; Colmet de Santerre, t.8 n.257 bis Ⅶ

p.267-8; Marcadé et Pont, t.9 n.210 p.123; Guillouard, op. cit. n.155 p.175-6; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1059 p.561-2. もっとも、期限付の場合についてコルメ・ドゥ・サンテェルは、分割時に資力あらば、期限到来時に無資力となっても他の保証人へ請求できないとする)。また、解除条件付の場合にも同様だとして、条件成就のときに他へ請求できるにすぎないというものがある (Colmet de Santerre, t.8 n.257 bis Ⅷ p.268)。

ニ　分割にさいして、保証契約の先後は問題となるか。多くの学説は次の理由から先後を問わないという。条文は先後関係を問うていない。また、分別利益の目的は保証人保護だけでなく、求償訴訟やその費用の回避も目的としており、この目的は契約時期を異にする場合にも当て嵌まる。さらに、保証人の頭数で計算するのが簡明であって、民法典はこの簡明さを好んでいる (Delvincourt, t.3 note 8 de la page 143 (notes et explications p.260); Colmet de Santerre, t.8 n.257 bis Ⅳ p.266; Marcadé et Pont, t.9 n.210 p.122-3; Huc, t.12 n.208 p.242; Guillouard, op. cit. n.155 p.176; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1058 p.561)。

これに対しては反対説がある。すなわち、各人の保証契約が契約書を異にする場合には、先行する保証人は分別利益をもたない。これは、分別利益の根拠が契約にさいし他の保証人を考慮したという点にあるところ、先行者が後行保証人の存在を考慮して保証契約をしたとはいえないからである。その一方で、後行保証人が契約にさいして先行する保証を指示しておれば、後行保証人は分別利益をもつ。しかし、後行する契約で指示がなければ、後行保証人も分別利益をもたないという (Duranton, t.11 n.186 p.219 et t.18 n.346 p.363-5. 同旨、Arntz, Cours de droit civil français, t.4 n.1516 p.178)。

ホ　共同保証人が三名以上いる場合における分別利益の効果について、次のようにいわれている。分割の効果が及ぶのは、請求を受けて分別利益を行使した保証人に限られる。相保証人は債務の全部について義務を負う。もっとも、相保証人が請求を受ければ、その時点で分別利益を行使できる (Mourlon, t.3 n.1147 p.461; Colmet de Santerre, t.8 n.257 bis XV－XⅦ p.271-2. もっとも、相保証人が元の債務の全部について義務を負うかについて、両者は見解を異にする。コルメ・ドゥ・サンテェルはこれを肯定するのに対して、ムゥルロンは分別利益を行使した保証人の分を控除した残額だけについて相保証人は義務を負うという)。

以上の議論から、被免除者が分割の頭数に入るかについて確定的な結論を導くことはできない。しかし、ホのムゥルロン説やロ、ハの議論から、被免除者は頭数に入らないとする考え方も可能であるように思われる。もしそうだとすれば、本文に示したように学説を位置づけることができよう。ここではそれを指摘するにとどめる。

(32) 同旨だと解されるのは、分別利益や担保保存義務違反抗弁について、時期による区別を明確に否定していることによる (前

註二および第四款第二目3b参照）。

相保証人の解放に関する記述において、時期による区別に触れない学説はほかにもある（Aubry et Rau, t.4 p.205 texte et note 24）。しかし、オブリ＝ロが時期による区別を否定する立場に属するとは推測できない。というのも、所引の箇所では解放の根拠として一二八五条二項や分別の利益を挙げているところ、一二八五条や分別利益に関して時期による区別を明確に否定しているわけではないからである（op. cit. p.205 et 685-6 参照）。かえって、同所では解放の根拠に挙げられていないけれども、担保保存義務違反抗弁について時期により区別している（op. cit. p.695 texte et note 14. もっとも、同書の第二版では、以上の点につき事情が異なる。2 éd. t.1 p.407 note 33 et t.2 p.80 参照）。

(33) 次の判決がある。

① Cass.civ., 17 janv. 1831, S.1831, 1, 97= Jur. gén. t.20 v.Effets de commerce n.680 p.310 note 2.

為替手形の所持人と裏書人間の事件である。前の訴訟において、引受人・振出人・裏書人を被告として、所持人は手形金請求につき認容判決を得た。この判決に基づいて、所持人は裁判上の抵当権を取得し（二一二三条）、引受人の不動産につき登記を得た。しかしその後に、手形金一一三六三フランのうち四〇〇〇フランについて引受人から弁済を受けて、所持人は抵当権を放棄した。本訴において、裏書人は、抵当権が放棄されたことを理由として二〇三七条による解放を主張した。原審は裏書人の抗弁を容れた（Caen. 18 mars 1828, Refonte du Rec. Sirey 1828-1830, 2, 56）。しかし、破毀院は所持人の破毀申立を容れて、原判決を破毀した。本件抵当権は為替手形契約において約定されていなかったことを理由とする。

② Cass.req., 12 mai 1835, S.1835, 1, 338= Jur. gén. t.20 v.Effets de commerce n.680 p.310 note 3.

約束手形金請求事件。所持人は振出人との間での判決に基づいて、本件手形金につき裁判上の抵当権を取得した。ところが、抵当権登記の更新を怠って、抵当権を失った（一九五五年一月四日デクレによる改正前の二一五四条「登記は抵当権および先取特権を一〇年間保存する。この期間の経過前に登記が更新されなければ、登記の効力は止む」）。被告裏書人は、これを理由として二〇三七条の抗弁を主張した。

原審は裏書人の抗弁を退け、破毀院も裏書人の破毀申立を棄却した。破毀院はその理由として、裏書の時点では抵当権が成立していなかったことを挙げる。

③ Cass.civ., 10 déc. 1866, D.P.1866, 1, 425= S.1867, 1, 15.

為替手形の第二裏書人（訴求権者）と第一裏書人間の事件である。第二裏書人は、将来の求償権について、振出人の不動産に対して本件抵当権を取得していた。その不動産に関する競売手続において第二裏書人は配当加入したが、別に有した裁判上の抵当権を配当加入の権原とした。ところが、裁判上の抵当権は本件抵当権よりも後順位であったために、第二裏書人は配当を受けることができなかった。被告となった第一裏書人は、これを理由に二〇三七条の抗弁を主張した。

一審は、第一裏書人の抗弁を容れた（終審判決）。破毀院は、第二裏書人の破毀申立を容れて、原判決を破毀した。本件抵当権の設定は（契約一月二六日、登記同二八日）第一裏書（一月二〇日）の後であることを理由とする。

以上三つの事件には特殊性がある。①②事件は裁判上の抵当権をめぐるものである。また、三件とも手形をめぐる事件である。さらに①事件は、抵当権放棄が一部弁済と引換になされたものである。これらの事情は特別の考慮を容れる余地があろう（手形につきこのことをいうものとして、Gauthier, Traité de subrogation de personnes n.538 p.572-3）。しかし、ここでは立ち入らない。

(34) もっとも、正確にいえばマルカデやボドリーラカンチヌリが矛盾しているとはいえない。というのも、相保証人解放の根拠を分別利益に求めたうえで、解放の要件論として契約時期を考慮しているのはマルカデやボドリーラカンチヌリ＝バルドゥであるのに対して、分別利益の要件論として契約時期の考慮を否定しているのはポンやボドリーラカンチヌリ＝ヴァアルだからである。ポン（一八〇八―八八年）は、マルカデ（一八一〇―五四年）が書かなかった項目を単独で執筆したにすぎない。また、ボドリーラカンチヌリについては、補訂者が異なる。その初版（Précis de droit civil. 3 vol. 1882-1884）の記述については未確認である。

平成九年五月二七日校了（於奈良）