



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一九世紀フランス法における連帯債務と保証（四）
Author(s)	福田, 誠治
Citation	北大法学論集, 48(2), 1-38
Issue Date	1997-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36632
Type	departmental bulletin paper
File Information	48-2_p1-38.pdf



一九世紀フランス法における連帯債務と保証（四）

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

第六項 相殺

第一款 連帯債務の場合

第一目 立法過程

第二目 学説による一二九四条三項の位置づけ

1 反対債権をもつ者が先に訴求を受けた場合

2 相債務者が先に訴求を受けた場合

a 対等額全部についての相殺抗弁の可否

b 負担部分を限度とする相殺抗弁の可否

第二款 保証の場合

第一目 主債務者が反対債権をもつ場合

第二目 保証人が反対債権をもつ場合

第三款 連帯債務に関する諸議論の位置づけ

1 問題点の提示

2 一二九四条三項に関する諸説明の位置づけ

3 負担部分を限度とする抗弁の可否に関する議論の位置づけ

4 相殺抗弁の可否をめぐる議論にあらわれた連帯債務の性質論

第七項 混同

1 概説

2 混同の成立が表見的だった場合

(以上 四七卷六号)
(以上 四八卷一号)

(以上 本号)

第八項 消滅時効

第九項 一九世紀フランス法における連帯債務論

第三章 日本法

結語

第六項 相殺

一二九四条一項「債権者が主債務者に対して義務を負っている分について、保証人は相殺をもつて対抗できる。」

二項「しかし、債権者が保証人に対して義務を負っている分について、主債務者は相殺をもつて対抗できない。」

三項「同様に、債権者が連帯債務者に対して義務を負っている分について、相債務者は相殺をもつて対抗できない。」

第一款 連帯債務の場合

フランス法では、相殺につき法律上当然主義をとる。対立する二債権が相殺適状にあれば相殺の成立を認めて、当事者による援用を要件としないのである（一二九〇条「相殺は、法律の効力だけによって当然に生ずる。両債務者がこれを知らずともまた同じである。二つの債務は、同時に存在するに至った時点において、対等量の限度でともに消滅する。」フランス法における相殺の要件論を紹介・分析した文献として次のものがある。深谷格「相殺の構造と機能」(二)、(三)「名大法政論集」一三四号三四九頁以下、一三六号三三五頁以下、同「相殺における相互性要

件について」西南法学論集二六卷一〇二号二九五頁、青木浩子「フランス法との比較からみた倒産時における相殺の担保的機能の限界⁽²⁾」NB L五二一
号二四一三三頁。そうだとすると、連帯債務者の一人につき相殺適状があれば、当然に債務者全員が解放されるはずである。しかし、民法典はこの結論をとらない（二二九四条三項）。この規定が成立するに至った経過および学説・判例による理解を紹介する。

第一目 立法過程

民法一二九四条の政府委員会原案には、連帯債務に関する規定がなかった（Fenet, t.2 p.186）。三項は、国務院と護民院の非公式交渉の段階で、護民院立法委員会が提案したものである。提案にさいしては次の理由が示されている。

もし、相連帯債務者による相殺援用を認めると、幾多の問題を生ずることになる。すなわち、反対債権をもつ者は、自己の意に反して不快な訴訟（des procès désagréables）に巻き込まれ、債権の存否・範囲、相殺の可否等について対席場で審理せざるを得なくなってしまう（Communication officielle à la section de législation du tribunal, Fenet, t.13 p.162）。

このほかに、立法過程では二つの理由が示されている。

第一に、保証人が反対債権をもつ場合において、その訴権が帰属するのは保証人だけである。この点で、保証をめぐ
る状況が、債権者に対する権利を主債務者へ与えることはない。この理由は連帯債務にも当て嵌まる（Bigot-Prémeneu, L'exposé des motifs, Fenet, t.13 p.283）。

第二に、連帯債務者は、相債務者に固有の抗弁については、それを主張できない。その当然の帰結として、自分に関係ない債権をもって相殺抗弁を出すことはできない。ところが、ドマは反対説をとる。他方でポチエは反対説をとるも

の、その理由が決定的でないことを指摘する。このことから、草案では反対説を退けるのが正当である（Mouricout, Le discours devant le Corps législatif, Fenet, t.13 p.427）。

要するに、反対債権をもつ者が相債務者の訴訟に巻き込まれることへの懸念、保証の場合との対比、ポチエの指摘、以上三点が理由とされたのである（ポチエの指摘については、前章第六項第一款第三目参照）。これによって、条文はポチエやドマの考えから離れることになった（相殺に関する他の条文をめぐる立法経過については、深谷・前掲名大法政論集一三四号三五二―六三頁、同・前掲西南法學論集二六卷一―二号二九九―三〇一頁参照）。

第二目 学説による一二九四条三項の位置づけ

一九世紀の学説は次のように説明する。反対債権をもつ債務者が訴求を受けて相殺抗弁を出した後であれば、相債務者も抗弁できる。しかし、相債務者に対する訴求が先であれば抗弁できない（一二九四条三項）。もつとも、反対債権をもつ者の負担部分を限度として、相債務者も抗弁できるとする説がある。これらの説の理由づけを紹介する。

1 反対債権をもつ者が先に訴求を受けた場合

反対債権をもつ者が訴求を受けて相殺抗弁を出せば、その後は相債務者も債務消滅を主張できる（Delvincourt, t.2 p.142; Aubry et Rau, t.4 p.26; Laurent, t.17 n.338 p.339-40; Marcadé, t.4 n.837 p.680; Huc, t.8 n.164 p.211）。抗弁を出した者が弁済したのと同じく、債務が消滅するからだといふ（Duranton, t.12 n.431 p.541-2; Toullier, vol.3 2 partie n.732 p.450; Mourlon, t.2 n.1265 p.661; Demolombe, t.26 n.398 p.334-5; Colmet de Santerre, t.5 n.142 bis II p.223; Larombière, t.5 art.1294 n.6 p.198-9; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1248 p.359）。

この場合における相殺の性質については、必然ではなく可能なものだ (pas nécessaire, mais... possible) というものがある (Colmet de Santerre, loc. cit.)。逆に、任意相殺ではなく法律上当然に生ずる相殺だというものもある。もっとも、そのように位置づける一方で、反対債権をもつ者が相殺を主張しないことは可能であって、相債務者がその者に対して相殺を求めたり、相殺抗弁の不提出を非難したりすることはできないという (Tarombière, loc. cit.)。効果の点で法律上当然に相殺が成立するとみるかは別として、相殺の成否それ自体については抗弁對抗を要求しているといえよう。

裁判例においても、反対債権をもつ者について相殺を認める判決があれば、相債務者は債務消滅を主張できるとされている (Rouen, 30 juin 1810, Refonte du Rec. Sirey 1809-1811, 2, 300 = Jur. gén. t.33 v.Obligations n.2691 p.604 note 2)。

2 相債務者が先に訴求を受けた場合

a 対等額全部についての相殺抗弁の可否

論点は二つある。相債務者が相殺抗弁を出せないとする条文の理由づけと、抗弁を一切出せないのかという問題である。順に議論を紹介する。

条文の理由づけにさいしては、まず、相殺の法律上当然主義との牴触が指摘されている (Delvincourt, t.2 note 6 de la page 142 (notes et explications p.507); Duranton, t.12 n.429 p.536-7; Mourlon, t.2 n.1265 p.661-2; Aubry et Rau, t.4 p.25; Demolombe, t.26 n.399 p.335; Laurent, t.17 n.338 p.339-41; Colmet de Santerre, t.5 n.142 bis II p.222-3; Marcadé, t.4 n.838 p.681; Huc, t.8 n.164 p.211; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1249 p.356)。法律上当然主義は、その射程に多数当事者関係を取り込んでいると理解しているのである。これは、ポチエと異なる理解である (前章第六項第三款参照。その結果として、説明の仕方がポチエと異なっている。後述第三款2参照)。

そのうえで、一二九四条三項の理由は次の三点から説明されている (説明にさいして、論者が条文中に批判的なか否かは、必ずし

も明確でない⁽¹⁾。

①不快な訴訟の阻止

第一は、立法過程でみられた、不快な訴訟の阻止である。反対債権をもつ者と債権者間の個人的な取引に相債務者が干渉・詮索することは、反対債権をもつ者にとって不快である。また、これを認めることは不当な履行引延の口実にもなるという (Demolombe, t.26 n.399 p.336-7 et t.28 n.557 p.419-20. 同旨 Mourlon, t.2 n.1265 p.662. また, Huc, t.8 n.164 p.211-2 も参照)。

この理由に対しては批判がある。法律上当然の相殺については、二債務の確定 (liquide) が要件となっており (二二九一条)、債務の存在に疑いのないことが前提となる。したがって、立法過程で指摘されたような揉事は起こりようがない (Laurent, t.17 n.338 p.340; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1249 p.360. また、後述も参照)。また、主債務者が反対債権をもつ場合には保証人に相殺抗弁を認めるのだから (二九四一条)、不快な訴訟というのは理由になり得ないという批判もみられる (Aubry et Rau, t.4 p.25)。

批判説の論者によれば、確定性要件とは債務の存在および数量の確定を指す (Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1832-1833 I p.169-73)。このことから、確定性要件を指摘する批判は、一応の理由になっていると考えられる。そうだとすれば、検討すべきは、確定の程度に関する判例・学説の理解であろう。将来の課題としておく (簡単な紹介として、川上太郎『仏蘭西民法』二三四頁参照)。これに対して、保証の場合との対比をいう批判には疑問がある。不快な訴訟というだけでは正當化に十分ではないとしても、連帯債務と保証の差異 (次の理由②はその一つである) を理由に加えれば、条文の説明にはなっていると考えられるからである (また、後述第三款も参照)。

②主債務者たる地位

第二の理由は、連帯債務の性質に着目するものである。すなわち、債権者に対する関係で、連帯債務者各自は債務の

全部について主債務者の地位にある。互いに保証人であるのは、債務者相互の關係に限られる。そして、一二九四条二項は保証人が反対債権をもつ場合について規定しているが、これを一般化すれば、他の者がもつ反対債権について主債務者の地位にある者は相殺を主張できないことになる。三項は、この考え方を連帯債務者に当て嵌めたものである。三項が二項を承けて「同様に (pareillement)」としているのは、このためである (Demolombe, t.26 n.398 p.334-5; Larombière, t.5 art.1294 n.5 p.197. [註] Maleville, t.3 p.131-2)。

この理由づけの基本的な発想は、ポチエと同じである (前章第六項第一款第三目参照)。また、一二九四条二項と三項の關係に関する理解は、立法過程における議論を反映させたものだといえる (前述第一目参照)。

この理由づけに対する批判にあたるものとして、次の指摘がみられる。保証人の義務は自分のためのものではない。だから、主債務者が相殺抗弁を出せないとしても不思議はない。これに対して、連帯債務者は主債務者として自分のために義務を負っている。だから、相殺適状のある債務者は、弁済した者と法律のうえで同視されることを否定できない (Duranton, t.12 n.429 p.536-7)。要するに、二項と異なり、相殺を主張する者と同じく反対債権をもつ者も主債務者の地位にあるから、情況が違ふというのである。

③地位の平等

第三の理由も連帯債務の性質に着目するものである。すなわち、各債務者は、出捐の危険 (la chance d'être contrainte de faire l'avance du total de la dette) を等しい形で背負う。別段の定めがない限りは、黙示の合意によって債務者相互間に完全な地位の平等 (une parfaite égalité de situation) が形成されるのである。そして、出捐を強制される者は誰か、それを決めるのは偶然や債務者の意思ではなく、債権者の自由な意思でなければならない。ところが、もし相債務者に相殺抗弁を認めると、反対債権をもつ者が必然的に出捐することになってしまう。これでは平等が破られる。抗弁を否定するのは、か

ような事態を避けるためである (Mourlon, t.2 n.1265 p.662; Demolombe, t.26 n.399 p.338 et t.28 n.557 p.420; Colmet de Santerre, t.5 n.142 bis II p.223; Marcadé et Pont, t.9 n.416 p.225; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1249 p.360-1)。

これとは別に、利益分析の観点から同旨をいうものがみられる。

もし相債務者に相殺抗弁を認めれば、反対債権をもつ者にとって、債務者が変更することになる。すなわち、反対債権上の債務者(＝連帯債務上の債権者)から、求償義務者(＝相連帯債務者)へと債務者が変更する。そして、この変更にさいしては、反対債権をもつ者や連帯債務上の債権者は関与せず、相債務者が相殺抗弁を出すことによって変更が生ずる。かような帰結は不当である。反対債権をもつ者してみれば、相債務者へ求償するよりも、反対債権を行使する方が有利なこともあるからである (Delvincourt, t.2 note 6 de la page 142 (notes et explications p.508); Aubry et Rau, t.4 p.26 note 18)。

また、これらの考え方を理論化するものがある。

連帯債務においては、各債務者が債務の全部について主債務者の地位に立つ。その意味は、任意の債務者に対して債権者が債務の全部を請求できることであって、最終的に弁済義務を負うのは債務者の一人である。このために、債権者による選択があるまでは、債務者が確定しない。したがって、一人が反対債権を取得したというだけでは相殺適状がなく、法律上当然の相殺は成立しない (Marcadé, t.4 n.838 p.681. もともと、法律が定めたことだから仕方ないけれども、かような理論は瑣末なもの (subtil) であって、避けた方がよいだろうという。このために、連帯債務の基本構造に関するマルカデの理解が、この説明に現れているといえるかは疑問である)。

b 負担部分を限度とする相殺抗弁の可否

それでは、相債務者は一切の相殺抗弁を提出できないのか。学説はわかる。反対債権をもつ者の負担部分を限度と

説
して、抗弁を認める学説がある。

一切の抗弁を否定する学説は、次の理由を挙げる。

第一は、条文の文言に着目するものである。一二九四条三項は相殺抗弁自体を禁止しているのであって、債務の全部についての相殺だけを禁止しているわけではないからだという (Mourlon, t.2 n.1266 p.662; Demolombe, t.26 n.401 p.340; Laurent, t.17 n.339 p.341; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1250 p.362, 同旨, Duvergier, sur Toullier vol.4 1 partie n.377 p.295 note a; Colmet de Santerre, t.5 n.142 bis III p.225)。

第二は、不快な訴訟を回避するという立法趣旨が、負担部分を限度とする相殺抗弁にも当て嵌まるというものである (Mourlon, Laurent, Colmet de Santerre, locc. cit.; Demolombe, t.26 n.401 p.340-1; Huc, t.8 n.164 p.212)。

この理由づけに対しては、先に紹介した批判が当て嵌まるであろう (a ①参照)。現実にも同旨の批判がみられる。反対債権の証明にさいしては、はっきりした証拠 (des preuves positives) または債権者による自白 (一三五五条、一三五六条参照) もしくは宣誓拒絶 (一三六一条) を使えばよいという (Duranton, t.12 n.430 p.541)。これによって、反対債権をもつ者は訴訟へ巻き込まれずに済むという趣旨であろう。

第三の理由は、立法過程に着目するものである。すなわち、立法過程では、ドマやポチエの見解が検討されたうえで退けられている (前述第一目参照)。立法者の考えはそこに示されているという (Duvergier, Baudry-Lacantinerie et Barde, locc. cit.)。

これに対して、負担部分の限度で相殺抗弁を認める学説は次の理由を挙げる。⁽²⁾ 諸説を整理して紹介する。

反対債権をもつ者に見れば、完済者に対して償還義務を負うよりも、自己の負担部分については反対債権でもって解放される方が有利である (Duranton, t.12 n.429 p.537; Aubry et Rau, t.4 p.26 note 19; 債権者が無資力である危険を回避できるという趣旨で

あろうか。その一方で、訴求を受けた相債務者にしても、反対債権をもつ者の無資力危険を回避できる（Duranton, t.12 n.429 p.537-8; Toullier, vol.4 I partie n.377 p.293-4）。また、訴訟循環を回避して、費用を軽減することにもなる（Aubry et Rau, loc. cit. 訴訟循環の内容については、主張内容が異なる。債権者・弁済者・反対債権をもつ債務者の三者間で循環を生ずるというものがあつた。Delvincourt, t.2 note 6 de la page 142 (notes et explications p.507). けれど異なり、完済者が求償権に基づいて反対債権を差押えることができ、これにより債権者と弁済者の間で循環を生ずるというものもある。Larombière, t.5 art.1294 n.5 p.198; Marcadé, t.4 n.838 p.682)。

これに対しては次の批判がある。相殺抗弁を認めれば訴訟経済に適うといつても、その実益は大きくない。省略されるのは、反対債権をもつ者に対する求償だけである。反対債権のうち、負担部分を控除した残部については、訴権が残ることになる（Colmet de Santerre, t.5 n.142 bis III p.224-5）。また相債務者にとって、負担部分の限度で相殺を主張することは、求償権に基づいて反対債権を差押えることと同じではない。反対債権を差押えても優先弁済権がないからである。このために、差押が可能であることは相殺抗弁を認める理由にならない（Demolombe, t.26 n.401 p.341-2; Colmet de Santerre, t.5 n.142 bis III p.224-5; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1250 p.362-3)。

右のほかに、理論構成について次のようにいう学説がみられる。

反対債権をもつ者の負担部分については、法律上当然に相殺が成立する。一二九四条二項が禁止しているのは、相債務者が残余の分について相殺を主張することである（Toullier, vol.3 2 partie n.733 et 737 p.450-2 et vol.4 I partie n.377 p.294-5; Marcadé, t.4 n.839 p.682-3)。

この説明は、連帯債務の理論構造について、相互保証の考え方をとつたものだといえるかもしれない。特にマルカデは、各債務者が請求を受けて債務の全部について債務者の地位に立つ前であつても、負担部分については義務を負っているから、当然に相殺が成立するという（これは、a③で紹介した考え方を前提とした説明である）。また、一般論としてではあるが、

トゥリエも相互保証の考え方を示す（前述第二節第四款¹）。もし、この二人が相互保証の考え方をとっているとすれば、相殺以外の事由についても、相互保証の考え方で説明できることを示す必要があろう。また、連帯債務の理論構造について、別の理解をとるとすれば、トゥリエらの説明は成り立たないことになる（後述第三款4参照）。

実質的な観点から両説をみると、見解の相違は次の三点をどう考えるかに帰着するといえよう。第一に、反対債権をもつ債務者の無資力危険に対する回避手段を相債務者に認めるのが妥当か、第二に、債権者の無資力危険に対する回避手段を反対債権をもつ者から奪うのは妥当か、第三に、訴訟経済として求償金請求を省略できることは重視すべきか、この三点である。

以上の議論に関する体系的位置づけについては、第三款で検討する。

裁判例は次の情況にある。

負担部分を限度とする相殺抗弁について、これを直接に扱ったフランスの判決はみあたらない。傍論において、抗弁を認める判決があるにすぎない（Toulouse, 14 août 1818、⁽⁴⁾後述第二款第一目参照）。これを直接に扱った判決はベルギイにみられる。負担部分を限度とする相殺抗弁は否定されている（Cass. de Belgique, 13 juin 1872, D.P.1874, 2, 128=S.1874, 2, 297）。

第二款 保証の場合

第一目 主債務者が反対債権をもつ場合

主債務者につき相殺適状があれば保証人は相殺を主張できる（二二九四条一項）。学説は次の理由を挙げる。

相殺適状の存在によって、主債務につき法律上当然に相殺が成立する。このために、保証の附従性が作用する（Duranton, t.12 n.422 p.531-2; Mourlon, t.2 n.1454 p.767; Aubry et Rau, t.4 p.683-4; Demolombe, t.28 n.549 p.409-10; Laurent, t.18 n.423 p.436; Demante et Colmet de Santerre, t.5 n.245-6 et 246 bis I p.446-7; Larombière, t.5 art.1284 n.1 p.194-5; Marcadé, t.4 n.834 p.678-9; Marcadé et Pont, t.9 n.414 p.225; Hue, t.8 n.163 p.209-10; Guillaud, Traité du cautionnement & des transactions n.219 p.247-8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1864 p.205. 同註 Troplong, Du cautionnement et des transactions n.470 p.417）。また、このことは二〇三六条一項からも説明できる（Duranton, Aubry et Rau, Demolombe, Hue, Baudry-Lacantinerie et Barde, locccc. cititt. 条文の文言は前述第一項第一款参照）。

このほかに次の説明もみられる。

保証人は、自分が解放されるために主債務者の反対債権を利用することにつき、利害関係をもっている（Maleville, t.3 p.131）。

保証人の相殺抗弁をめぐることは、三つの問題が示されている。

①保証人の相殺抗弁と相殺の相互性要件との関係

第一に、右にみた如く、多くの学説によれば、相殺適状の存在によって法律上当然に相殺が成立する。この理解は立法過程でも示されている（Bigot-Prémeneu, L'exposé des motifs, Fenet, t.3 p.283）。また、この理解を前提として、主債務者が相殺の利益を放棄している場合であっても、保証人は相殺を主張できるといふものがある（Marcadé et Pont, t.9 n.415 p.225. 結果同旨, Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1157 p.605. 又、Laurent, t.28 n.300 p.296; Guillaud, op. cit. n.232 p.259-60 も同旨）。そして、理論的にみても、保証人が抗弁できることは、相殺の相互性要件に抵触しないとしている（Duranton, Demolombe, Demante, loccc. cititt.）。

これに対して理論的な理解を異にするものがある。相殺を主張する者について相殺適状があることを要求する原則は、保証人について例外を生じているというのである。そして、例外が生ずる理由を保証の性質に求めている。具体的には、主債務者の抗弁一般について保証人もそれを行使できる(二〇三六条一項)からだとしている(Toullier, vol.4 1 partie n.376 p.292-3)。この点における理解の対立は、連帯債務の場合において相殺の法律上当然主義が及ぼす作用を解明するための手掛りになると考える(後述第三款2参照)。

②保証人による任意相殺の可否

第二に、主債務者について相殺適状はないけれども任意相殺が可能である場合に言及するものがみられる。次のようにいう。例えば主債務が未確定であるために相殺適状がない場合であっても、主債務者をもつ反対債権について相殺適状の要件が備わっておれば、保証人は任意相殺を主張できる。この場合には、抗弁提出の時点で損害金の発生が止む(Duranton, t.12 n.422 p.532)。

③連帯保証人による相殺抗弁の可否

第三に、連帯保証人について議論がみられる。多数説は一二九四条一項の適用を認める(二項の適用については、後述第二目参照)。次の理由が示されている。

連帯保証人は檢索利益や分別利益をもたないだけで、保証人であることにかわりない(Duranton, t.12 n.423 p.533; Troplong, Du cautionnement et des transactions n.522 p.453-5; Aubry et Rau, t.4 p.674-5 texte et note 7; Demolombe, t.28 n.557 p.417-8; Laurent, t.28 n.290 p.290; Colmet de Santerre, t.8 n.272 bis III et V p.306-7; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1865 p.207-8)。また、一二九四条一項は保証人全般について規定している(Demolombe, t.28 n.557 p.416-7; Guillaud, Traites du cautionnement & des transactions n.24 p.29)。さらに、同項の理論的根拠の一つである二〇三六条は、連帯保証人にも適用がある(Troplong, Guillaud, loc. cit.; Toullier, vol.4 1 partie n.376 p.293

note 1: Aubry et Rau, t.4 p.675 note 8 et p.684 note 16; Demolombe, t.28 n.557 p.418. 理論的根拠云々については、前述①参照）。その一方で、一二九四条三項は説明が困難な例外規定だから拡張解釈すべきではない（Laurent, loc. cit.）。また、同項の理由である不快な訴訟の回避や地位平等の保障といった要請は、ここでは働かない。主債務者は、債務の全部について最終的には一人で、しかも可能な限り債権者に対して直接に負担すべきだからである（Marcadé et Pont, t.9 n.415 p.225. これと似而非なる理由を挙げるものもある。それについては後述する。第三款参照）。

これに對して、連帯保証人に一二九四条三項を適用して、相殺抗弁を否定するものもある。次の理由を示す。

連帯債務に関する一二一六条は、債務者相互の関係において負担部分なき債務者を保証人とみている（一二一六条「連帯債務の約定のなされた取引が連帯債務者の一人だけに關係する場合には、該債務者は相債務者に対する關係で債務の全部について義務を負い、相債務者は該債務者に対する關係でその保証人にすぎないとみられる」）。その一方で、二〇二一条により、連帯保証人の義務については連帯債務に関する規定にしたがう（条文については、前述第五項註（25）参照）。両条からすると連帯保証人の地位は、主債務者に対する關係では保証人であることにかわりないが、債権者に対する關係では連帯債務者となる。そして、相殺は債権者に対する關係での問題であるから、一二九四条三項が適用される（Marcadé, t.4 n.840 p.683）。

この説明においては、連帯保証人を負担部分なき連帯債務者と同視している。これは抗弁否定説の論者に固有のものではなく、肯定説のなかにも、この考え方を窺わせるものがある（Laurent, t.18 n.427 p.438-9; Colmet de Sauterre, t.5 n.246 bis IV p.447-8; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.158 p.606）。

これに對しては次の批判がある。負担部分なき連帯債務者は、相債務者に対する關係でのみ保証人の地位にあるにすぎない（一二一六条）。債権者に対する關係では連帯債務者の地位にある。これに對して、連帯保証人は債権者に対する關係でも保証人の地位にある。検索利益や分別利益をもたないだけである。このために、連帯保証人については附従性が

作用し、相殺による主債務消滅の影響が及ぶ (Demolombe, t.28 n.557 p.417-9; Colmet de Santerre, t.8 n.272 bis III p.306; Guillohard, op. cit. n.24 p.27-9)。

以上は、連帯保証をめぐる学説の議論状況である。裁判例は次の状況にある。連帯保証人による相殺抗弁を認める判決が一件ある。しかも、それは連帯保証人による任意相殺の抗弁を認めたものであって、主債務者をもつ反対債権について金額の確定を欠くために、法律上当然の相殺が成立しない場合に関するものである。判決では、反対債権の存在が確定しており、しかも訴訟を遅延させることなく金額を確定できるのであれば、裁判官は相殺を認めることができると思われる (Toulouse, 14 août 1818, *Refonte du Rec.Sirey* 1815-1818, 2, 413 = *Jur. gén.* t.33 v. *Obligations* n.2686 p.603 note 2)。(5) これと異なり抗弁を否定する判決もあるが、傍論である (Colmar, 16 juin 1821, *Refonte du Rec. Sirey* 1819-1821, 2, 433 = *Jur. gén.* t.7 v. *Cautionnement* n.338 p.601 note 2 2 esp.)。

第二目 保証人が反対債権をもつ場合

保証人が反対債権をもっている、先に訴求を受けた主債務者は相殺抗弁を出せない (二九四条二項)。連帯保証のときであっても同じだとされている (Larombière, t.5 art.1294 n.1 p.195)。(6) これに対して、保証人が先に訴求を受けて自己の反対債権による相殺を主張すれば、その後は主債務者もこれを主張できるとされている (Mourlon, t.2 n.1455 p.767)。(6) そして、これは法律上当然に生ずる相殺ではなく、任意相殺だといわれている (Duranton, t.12 n.425 et 427 p.533-5; Aubry et Rau, t.4 p.230 note 23; Demolombe, t.28 n.547 et 551 p.408-9 et 411-2; Laurent, t.18 n.425 p.437-8 et t.28 n.269 p.274; Colmet de Santerre, t.5 n.246 bis II p.447 et t.8 n.267 bis III p.293-4; Larombière, t.5 art.1294 n.2-3 p.195-6; Marcadé, t.4 n.836 p.680; Marcadé et Pont, t.9 n.331 p.180; Huc, t.8 n.163 p.211;。

Guilhouard, Traité du cautionnement & des transactions n.219 p.247-8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1814 p.152; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1159 p.606。また、逆に保証人が反対債権を行使した場合において、債権者は保証債権との相殺を主張できるといふものがある (Larombière, t.5 art.1294 n.4 p.196)。そのさいには、檢索利益や分別利益の留保付で主張できるといふが、留保の具体的意味（保証人が再抗弁すれば相殺抗弁が退けられるのか、それとも財産檢索のために債権者に猶予が認められるのか）はわからない。

主債務者が先に訴求を受ければ相殺抗弁を出せないことについては、次の理由が示されている。大きくわけて二つある。⁽⁷⁾

第一に衡平の観点からいって、訴求を受けたのは主債務者であるのに、保証人が出捐を強いられるのはおかしい。そもそも、最終的に負担すべきは主債務者である (Mourlon, t.2 n.1455 p.767; Demolombe, t.28 n.550 p.411; Colmet de Santerre, t.5 n.246 bis II p.447 et t.8 n.267 bis III p.293-4; Huc, t.8 n.163 p.210; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1813 p.151)。

これを理論構成して、次のようにいうものがある。保証人が反対債権をもつ場合には、相殺適状が存しない。保証債務が履行期にないからである（「二九一条一項「相殺が成立するのは、二つの債務が…等しく…履行期にある (exigibles) 場合に限られる」）。すなわち、保証債務について弁済期が到来するのは、債権者が主債務者に訴求して、それでも主債務者が弁済しない時である（「二〇二条本文「保証人が債権者に対して弁済義務を負うのは、主債務者が弁済しない場合に限られる」」。Demolombe, Colmet de Santerre, Huc, locc. cit.; Laurent, t.18 n.424 p.437; Marcadé, t.4 n.835 p.679-80, 同旨; Maleville, t.3 p.131; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1159 p.606)。

しかし、実質的な理由を別とすれば、この理論構成が当て嵌まるのは単純保証人だけである。

第二の理由は、保証人が主たる債務者 (débiteur principal) ではないからだといふものである。この説明だけでは理由になっていないが、学説は、相殺適状の要件として「二人が互いに主たる債務者であること」を挙げて、これを一般化しているのである (Aubry et Rau, t.4 p.229 texte et note 20; Demolombe, t.28 n.546-7 et 550 p.407-9 et 411; Laurent, t.18 n.419 et 424 p.431-2 et

424: Colmet de Santerre, t.5 n.246 bis I et II p.446-7; Larombière, t.5 art.1291 n.2 et 9 p.118-9 et 124 et art.1294 n.1 p.194-5; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1809 et 1813 p.148 et 151)。この点における一般要件の付加は、相互性要件を整理するなかで行われている(すでに紹介がある。深谷・前掲西南法学論集二六卷一―二号三〇―三三頁参照)。「主たる債務者であること」の要件が問題になる場合として、学説は専ら保証の場合を挙げるけれども、裁判例では合名会社の無限責任社員事例がみられる(次述)。

右の情況は、保証人が複数いる場合においても同じである。すなわち、反対債権をもつ保証人が先に訴求を受けて相殺を主張すれば、相保証人も債務消滅を主張できる。しかし、相保証人が先に訴求を受ければ相殺を主張できない(Duranton, t.12 n.426-7 p.534-5; Demolombe, t.28 n.552 p.412; Larombière, t.5 art.1294 n.3 p.196; Marcadé, t.4 n.836 p.680; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1815 p.152)。

保証人が反対債権をもつ場合をめぐる一九世紀の裁判例はみあたらない(近時においては、銀行の融資をめぐる損害賠償責任について判例が発展した結果として、保証人が反対債権をもつ場合につき裁判例がみられる。Simier, *Cautionnement et garanties autonomes*, 2^e éd. 1991 n.743-4 p.590-1参照)。しかし、純然たる保証人ではないが、合名会社の無限責任社員に関する判決がある。会社債権者が社員に請求したところ、社員個人の反対債権による相殺抗弁を出した事例である。社員の債務は従たるものであって、対立二債務が主たる債務であることという相殺適状の要件を欠くから、それは任意相殺(*la compensation facultative*)だと判断された(Rouen, 26 janv. 1877, D.P.1877, 2, 90= *Journal des tribunaux de commerce* 1877, 230. 債権者が死亡して相続人が限定承認した等の事情により、任意相殺は許されなかった。これに対して、かような事情がなければ相殺抗弁は認められている。Paris, 8 mai 1850, D.P.1850, 2, 188)。

第三款 連帯債務に関する諸議論の位置づけ

1 問題点の提示

ここでは三つのことを検討する。

第一に、一九世紀フランスにおいては、連帯債務や保証の場合であっても相殺の法律上当然主義が作用すると考えられている（前述第一款第二目2^a、第二款第一目①）。そして、この考え方を前提として、連帯債務者や主債務者が相殺を主張できない場合について、それが理由づけられている。しかし、連帯債務の場合については、条文が相殺法理に適合しない（前述第一款第二目2^a）。このことを、保証等の場合に関する説明から検証してみる。そのうえで、一二九四条三項に関する諸理由（前述第一款第二目2^a）を、比較法研究の観点から如何に位置づけうるかについて検討する。

第二に検討するのは、負担部分の限度で相殺抗弁を認めるか否かの点について、右と同じ観点から各説を如何に位置づけうるかである。

第三に、相殺抗弁の議論には連帯債務の性質に注目するものがみられることから、その性質論が相殺の問題を超えて妥当するかについて検討する。

2 一二九四条三項に関する諸説明の位置づけ

一二九四条三項が相殺の法律上当然主義に調和しないと理解されていることを検証する。ここでは、主債務者が反対債権をもつ場合における保証人の抗弁に関する説明と対比する。

多数説によれば、保証人が相殺を主張できるのは、主債務について法律上当然に相殺が成立するためである。したが

つて、相殺抗弁を認めることは、相殺の相互性要件に牴触しないという。これに対して、少数説によれば保証人が抗弁できるのは、相殺を主張する者について相殺適状があることを要求する原則に対する例外である（前述第二款第一目①参照）。これらの説明にさいしては、両説とも二〇三六条一項を挙げる。しかし、その意味あい異なるように思われる。すなわち、多数説の考え方からすれば、同項によって保証人が援用できる主債務者の抗弁とは、法律上当然の相殺による主債務の消滅をその内容とするものである。保証人は相殺の形成を求めるわけではないのである（このことを強調するものもある。Marcadé, t.4 n.834 p.679）。これに対して、少数説であるトゥリエの説明からは、異なる構成を導くこともできる。相殺は法律上当然に成立しているわけではない、主債務者がもつ相殺抗弁を二〇三六条一項により援用するにすぎないという構成である（相殺の効果はともかく、成立についてはポチエがこの構成をとっていたと解されることにつき、前章第六項第三款参照）。両説はこのように違う。

両説の考え方を基にして、保証人以外の場合について検討する。

反対債権をもたない連帯債務者や主債務者は相殺を主張できない。このことを理由づけるさいに、少数説の構成を使えば説明は容易である。保証人が抗弁できるのは例外であつて、連帯債務者や主債務者については原則に戻つて、相殺を主張する者について相殺適状が必要だといえよ。また、保証人について例外を生ずる理由は、連帯債務者や主債務者に存しない（二〇三六条二項と二〇八条二項の関係について、註（二）イ参照）。

これに対して、多数説の構成をとつて、主債務者につき相殺適状があれば法律上当然に相殺が成立すると考えるのであれば、他の場合を説明することが困難になる。論理的には、連帯債務者や保証人について相殺適状がある場合についても、法律上当然に相殺が成立するはずだからである。このうち、保証人が反対債権をもつ場合については、「互いに

主たる債務者であること」という要件から相殺適状の存在を否定することによって説明がつけられている（前述第二款第二目参照）。しかし、連帯債務の場合は説明できない（この観点からの批判ともなりうる議論について、前述第一款第二目2a②参照）。また、他に、相殺の一般要件の観点から、連帯債務者による抗弁の不許を説明するものはみあたらない。これは次のことを示すと考える。連帯債務の場合において相債務者が相殺を主張できないことは、相殺の一般的要件論からは説明できない、学説はこのように理解しているといえる。⁽⁸⁾

それでは、連帯債務者による相殺抗弁の可否を比較法研究の観点から考えるさいに、一二九四条三項に関する諸理由を如何に位置づけようであろうか。フランス法を日本法の参考にすることは困難である。日本法は相殺の成立に援用を要求しており、この点でフランス法とは情況が異なるからである。すなわち、フランスで一二九四条三項の理由づけは相殺が成立しないことを説明するものであるのに対して、日本では負担部分の限度で相殺抗弁が認められることを説明しなければならない。相殺の成否に関する原則と例外が逆なのである。しかし、このような差異にも拘らず、負担部分の限度で抗弁を許すか否かをめぐるフランスの議論は、その利益分析の点で参考になりうると考える（次述）。

3 負担部分を限度とする抗弁の可否に関する議論の位置づけ

負担部分の限度で抗弁を認めるか否かをめぐる議論の位置づけについて検討する。

まず、抗弁否定説の論者が、その結論は解釈論として止むを得ないと考えていたことを示す。

それは、連帯保証人に関する説明からいえる。連帯保証人については一二九四条一項を適用して、主債務者がもつ反対債権による相殺抗弁を認める説がみられた（前述第二款第一目③）。この説を紹介するさいに取り上げなかった理由づけ

をここで扱う。それは次のものである。連帯保証に關して連帯債務の規定を準用する二〇二一条は、債権者に対する連帯保証人の約務について準用を定めたものである。主債務者に対する關係では、保証人であることにかわりない。そして、一二九四条三項が連帯債務者について相殺抗弁を否定した理由は、反対債権をもつ債務者の利益保護にある。すなわち、不快な訴訟・他人の取引への無遠慮な口出し・反対債権を取得したという偶然による出捐強制、これらを回避するためである。三項は、債権者の利益保護を目的とするものではない。以上のことから（ここからが、第二款で紹介した理由づけと異なる）、主債務者に対する關係において連帯保証人が保証人の地位に立つことに着目すれば、一二九四条三項ではなく一項を適用するべきである（*Demolombe*, t.28 n.557 p.419-20; *Laurent*, t.18 n.427 p.438-9; *Colmet de Santerre*, t.5 n.246 bis IV p.447-8; *Huet*, t.8 n.164 p.212; *Baudry-Lacantinerie et Wahl*, t.24 n.1158 p.606. 同旨 *Duranton*, t.12 n.423 p.533）。

この議論は、一二九四条三項の趣旨を斟酌して、内部關係における連帯保証人の地位に着目するものである。この議論から推論して連帯債務の場合を考えれば、負担部分の限度で抗弁を認めることになるはずである。特に、反対債権をもつ者の負担部分が一〇割である場合には、相債務者による抗弁を否定する理由がないことになる（右の説明をする論者のうち、負担部分なき連帯債務者と連帯保証人を同視するものは、現実にそう考えているのかもしれない。*Laurent*, *Colmet de Santerre*, *Baudry-Lacantinerie et Wahl* がこれにあたる。前述第二款第一目③参照）。また、負担部分が一〇割でない場合についても、負担部分についての相殺抗弁を否定するのであれば、何らかの説明が必要となろう。もちろん、連帯債務と連帯保証に關して説明の一貫性を欠くことについて、考えうる説明がないわけではない。例えば、負担部分が対等額の一部にあたる場合においては、もし抗弁を認めると一部相殺の形になるが、かような事態は相殺が法律上当然に成立する構造とは調和しないと説明することもできよう。あるいは、相殺適状の要件である確定性を反対債権自体は充たしていても、負担部分の限度で相殺抗弁を認めるためには、さらに負担部分を確定しなければならず訴訟遅延をもたらすともいえよう。しかし、かような

説明を現実に示すものはみあたらない。

このように、連帯債務の場合に負担部分の限度で相殺抗弁を否定する議論と、連帯保証に関する議論とは、平仄が合わない。このことから、連帯債務の場合について次のようにいえると考ええる。負担部分を限度とする相殺抗弁を認めない見解は、立法過程で抗弁否定説がとられたことを重視して、それに拘束されたものである（前述第一款第二目2bおよび註（1）参照）。

負担部分を限度とする連帯債務者の相殺抗弁について、右のことから次のようにいえよう。

比較法研究の観点から抗弁否定説を考える場合において、その結論は参考になるまい。参考になることがあるとすれば、それは抗弁肯定説との対立の中で示された理由づけ、特に利益分析であろう。もつとも、反対債権をもつ債務者が不快な訴訟に巻き込まれるのは不当だという理由づけについては注意を要する。というのも、時効援用権をめぐって、同旨の議論が展開されてもおかしくないように思われる局面があるけれども、現実にはその議論がみあたらないために（後述第八項第一款第二目1末尾参照）、理由づけの射程を広く捉えるべきではないようにも思われるのである。また、そもそもこの理由づけは、一二九四条三項が法直感に合致していないにも拘わらず、それを正当化するために持ち出された説明である。一九世紀フランスにおける考え方として一般化して、その説明は他の債務消滅事由にまで及ぶものだ、そう理解すべきではないのかもしれない。もつとも、これは比較法研究の観点からみて、一九世紀フランス法の議論をそのように位置づけたほうがよいという意味であって、フランスから離れて現代の日本につき考える場合には別問題となる。すなわち、不快な訴訟は不当だという考え方自体はそれなりに納得できるのであって、日本法としてこの考え方を時効や相殺につき一貫させるのであれば、それはあり得る議論であろう。

その一方で抗弁肯定説については、立法過程の議論にも拘らずそれが主張されたという点で、その具体的な結論は妥当だと考えられていたといえる。また、その理由づけも参考になりうる。しかし、連帯債務の一般理論を探るといった観点からすれば、抗弁肯定説の議論には疑わしい点もある（4で述べる）。

このほか、連帯保証人をめぐる議論のなかに、参考になりうる議論がある。そこでは一二九四条三項準用の可否を論ずるにあたって連帯保証人の地位が議論され、債権者に対する関係に着目する見解と主債務者に対する関係に着目する見解とがみられた。相殺抗弁の問題を考えるさいに重視すべきは対外関係なのか内部関係なのか、そういった分析視角をこの議論は与えてくれる。

4 相殺抗弁の可否をめぐる議論にあらわれた連帯債務の性質論

諸議論のなかには、連帯債務の性質に理由を求めるものがみられた。すなわち、一二九四条三項の説明において、連帯債務者各自が主債務者の地位に立つとか、地位の平等が保障される、訴求までは債務者が確定しない、かような性質が連帯債務にあるとされた。また、負担部分の限度で相殺抗弁を認める議論において、相互保証構成がみられた。これらの性質は、相殺抗弁の問題を超えて連帯債務の一般理論として位置づけてもよいものであるうか。

まず、一九世紀フランスにおける連帯債務の一般理論が、一二九四条三項の理由づけに現れているかについて考えてみる。三項の理由づけは、所与の結論（条文）を正当化するためのものであるにすぎない。このために、三項を他の多数当事者関係へ類推できるかについて考えるのであれば、そのさいに同じ理由が当て嵌まるか否かは決め手にはなるまい。しかし、三項の理論的問題は相殺の法律上当然主義との関係にある。連帯債務の一般理論は、それを相殺の理論と組み合わせても三項がでてこないという限度で問題となるにすぎない。このため、三項を正当化するために連帯債務理

論が歪曲されている可能性はあるけれども、それを除けば三項をめぐる議論の中にも連帯債務理論は正しく現れているといえる。

このような観点から、三項の正当化をめぐる諸議論をみてみる。議論のうち、債権者に対して各自が主債務者の地位に立つとの理由づけや、地位の平等を保障するとの理由づけは、他の事由をめぐる議論でもみられる（前述第五項註（16）、前節第四款）。もっとも、主債務者の地位に立つという理由づけは、債務消滅事由とは直接の関係がない事由（前節第二款で扱ったもの）をめぐる、そこに出てきた相互保証構成に対する反対理論として示されたものである。しかし、主債務者の地位に立つという理由づけは、相殺抗弁を否定する説明としてそれなりに納得がいくものであり、この理論は債務消滅事由についても妥当しうるものだといつてよからう。

これに対して、債権者が訴求によって選択する迄は債務者が確定しないという法律構成や相互保証構成については事情が異なる。マルカデは二つの構成をとることによって、相殺の法律上当然主義が連帯債務に適用されないという条文の結論を正当化する一方で、負担部分を限度とする相殺抗弁肯定説を導いている。しかしこれは、連帯債務者の相殺抗弁に限定された理論であつて、それを連帯債務の性質として一般化することまでは考えていないように思われる。というのも、マルカデ自身が認めているところによれば、訴求までは債務者が確定しないという説明は条文を正当化するためのものであるうえに、それ自体が疑わしいからである。しかも、他の事由について同旨の説明がみられるわけでもない。また、この説明は相互保証構成と併せた形で示されていることからすれば、相互保証構成についても一般化を考えてはいないように思われる。

マルカデが相互保証構成を用いて示した説明は、次のようなものと位置づけるのが妥当ではあるまいか。すでに得られた分析視角によれば、相殺抗弁の問題は対外関係でのものだと考える立場と、内部関係での問題だとする立場とが

あった。マルカデは、その論旨を対外関係での問題だとして構成したために、理論的な技巧を凝らさざるを得なかったのであるが、むしろ内部関係での問題だとして構成すべきだったように思われる。もしそう位置づけることができるならば、債権者に対しては各自が主債務者の地位に立つと考える立場からはずれずに、負担部分を限度とする相殺抗弁を肯定できたのである。さらにいえば、マルカデは相殺抗弁を対外関係での問題だとして、連帯保証人を負担部分なき連帯債務者と同列においていたが、これは相殺抗弁における問題の所在を見失っていたからではあるまいか。

(1) 説明にさいして、論者が理論的な観点からその説明を正当なものと考え、また結論を妥当と考えているかには疑いがある。むしろ、条文がある以上は止むを得ない説明・結論だと考えているのではあるまいか。現実にも、理論的な観点からかような態度を明示する学説がある (Laurent, t.17 n.338 p.339-41; Marcadé, t.4 n.837-8 p.680-1)。また、負担部分の限度でも相殺抗弁を認めないのかについて、最終的には抗弁否定説をとりながらも、抗弁肯定説の妥当性に同意するものがある (Duverrier, sur Toullier vol.3 2^e partie n.725 p.446 note b et vol.4 1^e partie n.377 p.295 note a)。さらに、負担部分の限度で相殺抗弁を認めるのは、解釈論の限界を超えたものであることを、明示するものもある (Lyon-Caen, note S.1874, 2. 297)。

今日の判例は、一二九四条三項を特則だとして、全部義務者への適用を否定する (Cass. civ.1. 29 nov. 1966, Bull. civ.1 n.531= D.S.1967, J2= J.C.P.1968, II, éd.G. 15355= Gaz. Pal.1967, I, 76; Cass. com., 19 juill. 1982, Bull. civ.IV n.278= D.S.1982, IR 417= J.C.P.1982, IV, éd.G. 345= Gaz. Pal.1983, I, pan.35= Lexis arrêt n.732)。

(2) 本文に挙げる理由のほかに、次の点をいう学説がみられる。

イ 保証人は、主債務者に純粋固有の抗弁を行使できない。しかし、主債務者のもつ反対債権による相殺抗弁を、保証人は主張できる。したがって、相殺抗弁は純粋固有の抗弁ではない (Duranton, t.12 n.429 p.538)。

この理由づけについては説明が必要であろう。デュラントンが問題にしているのは、フランス法に固有の用語である。すなわち、連帯債務者や保証人の抗弁について、民法は諸抗弁を種類分けする。連帯債務者の一人や主債務者にとって純

粹固有の抗弁 (*les exceptions purement personnelles*) について、相連帯債務者や保証人は抗弁できないとするのである（二〇八条二項、二〇三六条二項。文言については、前述第一項冒頭参照。また、保証については二〇二条に類似的定めがある）。デュラントン、純粹固有の抗弁という用語に着目し、保証において相殺が純粹固有の抗弁にあたらないことから、連帯債務においても同じだといっているのである（一般に連帯債務において、負担部分の限度で相債務者が主張できるものは、固有抗弁または單純固有抗弁 (*les exceptions simplement personnelles*) と呼ばれている）。

しかし、この立論は他に支持をみない。これは、次の事情によると考えられる。

抗弁事由のうち錯誤・詐欺・強迫について、連帯債務の場合には純粹固有の抗弁だと解されている。その一方で、主債務者に錯誤等の事由がある場合には、債務に内在する抗弁 (*les exceptions inhérentes à la dette* 二〇三六条一項の用語——前述第一項では「債務に附著する」と訳したが改める）だとして、保証人に抗弁を認めるのが通説である（デュラントンもこの点で同旨。Duranton, t.11 n.220 p.273-4 et t.18 n.379 p.415-6; これに対して、後掲のマルカデーポンは、保証人による抗弁を否定する）。このことから、通説は「連帯債務と保証とでは「純粹固有抗弁」の内容を異にするとしている（Troplong, Du cautionnement et des transactions n.497 p.437-8; Aubry et Rau, t.4 p.683-4 note 15; Demolombe, t.26 n.386 p.321-3; Larombière, t.3 art.1208 n.10 p.459-60; Huc, t.12 n.246 p.279-80; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1243 p.386-7; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.948 n.507-8; それと異なり用語内容は同一だというのが、具体的に着目しているのは行為無能力等であって、それらは連帯債務と保証の双方において純粹固有抗弁と一般に解されている事由である。Demante et Colmet de Sauterrie, t.5 n.142 et 142 bis I p.220-2; Demante, t.8 n.269 p.297-8; Marcadé, t.4 n.616 p.513-4 錯誤・詐欺・強迫について、連帯債務と保証の双方において純粹固有の抗弁だといって、用語内容の同一性を貫徹するのは、Marcadé et Pont, t.9 n.389 p.211 だけである）。デュラントンは自説の理由づけを法典の用語に求めているが、「純粹固有抗弁」概念に関する通説を前提とする限り、その説明は説得力がないことになる。デュラントンの説明に支持者がないのは、このためだと推測される（純粹固有抗弁概念の中心が連帯債務と保証とで異なる例として、相殺抗弁を挙げるものもある。Demolombe, loc. cit.）。

なお、前述の如くフランス法では抗弁が分類されて純粹固有抗弁や單純固有抗弁といった用語が用いられるが、本稿ではこの用語を極力用いないで諸議論を紹介する。これは、通説が連帯債務と保証で内容を違えているためばかりではない。論者によって分類の仕方も異なるために、フランス法における用語をそのまま紹介することは、本稿読者の混乱を増すばかりだと考えるのである。また、デュラントンやマルカデーポンのように、抗弁の分類用語に着目して自説を展開する議

論は多くないことから、かような議論は適宜紹介すれば足るであろう。

ロ もし、相債務者が一切の相殺抗弁を出せないとすれば、債務者相互間における地位の平等が破られることになる。完済を受けるために、債権者が相債務者へかかって行くようになることは明白だからである (Colmet de Sauterre, t.5 n.142 bis II p.224)。

この理由づけは、地位の平等に着目したものである (前述本文 a ③参照)。もっとも、コルメ・ドウ・サンテエルは、結論として相殺抗弁を否定する。地位の平等よりも、不快な訴訟の回避を重視すべしと考えるのである (Colmet de Sauterre, op. cit. p.225)。

ハ ロオマ法文 (Papin D.45.2.10) の解釈を理由に挙げるものがみられる (Duranton, t.12 n.429-30 p.538-41)。この法文については前章第六項第一款第一目参照³⁾。

(3) この点を日本法についてみれば、反対債権をもつ債務者には、債権者の無資力危険を回避する機会が保障されている。求償要件としての事前通知制度がそれである (日本民法四四三条一項)。このために、相債務者による相殺抗弁について考えるさいに、反対債権をもつ者の保護を考慮する必要はないといえる。

一九世紀フランス法においては、これと事情が異なる。明文により事前通知義務が課されているのは保証人だけである (二〇三一条。学説には、この義務を連帯債務者に課するものがある (Larombière, t.3 art.1214 n.3-4 p.459; Huc, t.7 n.333 p.448; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.3 n.1270 p.380. 注、Demolombe, t.26 n.128 p.365-7 も同旨か)。この説をとれば、情況は日本法と同じになって、相債務者による相殺抗弁の可否を考えるさいに、機会保障を考慮する必然性はないことになる。これに対して、もし連帯債務者に事前通知義務を認めない説をとるのであれば、相債務者による相殺抗弁の可否を考えるさいに機会保障を考慮すべしとする議論は、ありうる立論であろう。

もっとも、右は日本法からみた評価である。相債務者による相殺抗弁の問題と事前通知義務の問題について、現実の問題連関が認識されていたかはわからない。特にラロンピエルは、事前通知義務を認めると同時に、相債務者による相殺抗弁も認める。たしかに、反対債権をもつ者の相殺期待を保障するという点で、二つの問題は完全に重なるわけではない。というのも、相債務者による相殺抗弁の可否という問題においては、相殺期待の保障が負担部分の限度にとどまるからである。このために、通知義務と相殺抗弁の双方を認めているからといって、問題連関の認識がなかったことにはならない。

しかし、双方とも認めることは、別の考慮事由を惹起することになる。反対債権をもつ者が事前通知を受けて相殺抗弁を主張しないと決断したにも拘らず、相債権者が相殺抗弁することは妥当かという問題がそれである。もちろん、これを妥当とする立場はありえよう。しかし、ラロンビエールがこの問題を認識していたのかは疑問である。

（４）学説には、この判決を引くものがある（Devincourt, t.2 note 6 de la page 142 (notes et explications p.508) ; Duvergier, sur Toullier vol.4 1^{re} partie n.377 p.295 note a; Aubry et Rau, t.4 p.26 note 19; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1250 p.363 note 1)。しかし連帯保証人による相殺抗弁が問題となった事案だから、連帯債務に関する判示は傍論である。学説も参考判決として引用しているにすぎないと考えられる。

これとは別に、相殺抗弁を負担部分の限度で認めるかの如き判決がある（Paris, 8 juill. 1812, Jur. gén. t.33 v.Obligations n.1391 p.308 note 1）。しかし、事案が不詳であるために、抗弁を認めた判決だとは断言できない。すなわち、この事件では、被告となった連帯債務者が、反対債権をもつ債務者に対して債権をもち、それに基づいて反対債権を差押えており、このことが相殺抗弁を認める理由となっている（結果として相殺抗弁は負担部分に限られる形になっているが、これは一番が連帯債務の關係から相殺を認め、それに対して債権者、反対債権上の債務者が控訴したという事情による）。この判決は差押債権者による相殺主張の問題として位置づけるべきであろう。

検討対象を今世紀まで広げると、相殺抗弁を否定するものがあるが（Trib.civ.du Nord, 12 déc. 1928, D.H. 1929, 1108）、これも傍論だといえる。主論において、反対債権の存在・金額が確定していないとして、相殺適状を否定しているからである。そのうえで、もし反対債権が確定しているとしても、一二九四条三項により相債権者は抗弁できないとするにすぎない。

さらに、負担部分の限度で相債権者による相殺抗弁を認めた判決として Cass.civ., 24 déc. 1834 (S.1835, 1, 141 = Jur. gén. t.33 v.Obligations n.2705 p.608 note 1) を引くものがある（Marcadé, t.4 n.839 p.683 note 1; Fuzier-Herman, Carpentier et du Saint, Répertoire général alphabétique du droit français t.12 v.Compensation n.133 p.535）。しかし、反対債権をもつ者自身による相殺抗弁に関するものであり、争点は債権譲渡があった場合における相殺の可否にある。

（５）主論においては、反対債権が弁済により消滅しており、相殺の対象にはなりえないと判断された。そのうえで、もしそうでないとしても、連帯保証人は主債務者についての相殺を主張できないとされたにすぎない。事案は、債権者が主債務者所有の不動産を競落していたために、連帯保証人が抗弁して、主債務と競落代金債務との相殺を主張したというもので

ある。しかし判決では、競落代金から抵当権者（この抵当権者が抵当権をもつかについても争いがあつた）が配当を受けたのであつて、競落代金債務は消滅しているとされた。

なお、連帯保証人に相殺抗弁を認めるかについては、今世紀においても争われている。下級審裁判例は分かれていたなかで、破毀院判例は抗弁を認めた（Cass. civ. I, 1 juin 1983, Bull. civ. I n. 165 = D.S. 1984, J. 152 = Lexis arrêt n. 428, 学説・裁判例につき詳しくは, *Simier, Cautionnement et garanties autonomes*, n. 666 p. 534-6 参照）。

(6) これと異なる説明もみられる。保証人が反対債権を取得して相殺を生じた場合であっても、それにより主債務者は解放されないというのである（*Trophong, Du cautionnement et des transactions* n. 470 p. 417）。また、主債務者が相殺抗弁を出せないことを説明するにさいして、保証人が解放されても主債務は存続しうるからだというのがある（*Duranton*, t. 12 n. 424 p. 533）。これらは、保証人につき相殺が生じて、主債務者には影響が及ばないとする説明である。

しかし、相殺にも拘らず主債務者は債権者に対して義務を負う、そう論者が考えているわけではない。右の説明は、任意相殺の成立により主債務者が求償義務を負う点を捉えたものである。というのも右の論者は、求償権の成立要件として債権者に対する関係における主債務者の解放を挙げ、この要件を充たす場合の一つとして保証人についての相殺の成立を挙げているからである（*Duranton*, t. 18 n. 349 p. 370; *Trophong, loc. cit.* n. 325 et 332-3 p. 292 et 296-7）。そして、このように理解すると、右の説明はここでの問題に関係がないことになる。

(7) 本文で挙げる理由のほかに、相殺を主張している二当事者間で債権が対立する関係にないこと（相互性要件の欠如）を挙げることがある（*Delvincourt*, t. 2 p. 176, 相互性要件が対象とする想定事例については、深谷・前掲西南法学論集二六卷一—二号三〇—一三頁参照）。しかし、もしこの説明で足りるのであれば、連帯債務の場合に相債権者が相殺を主張できないことも相互性要件の欠如から説明できることになる。ところが、連帯債務につきデルヴァンクウルは条文が相殺の法律上当然主義と整合的でないという（第一款第二目 2 a）。そうであれば、相互性要件の欠如をいっただけでは説明にならないであらう。

(8) これと同じことは、別の点からもいえる。他の多数当事者関係をめぐる議論においても、一二九四条三項は例外規定として位置づけられているのである。

すなわち、連帯債権者の一人が反対債務を負う場合に関する規定はなく、学説のうえで争いがある。多数説は、対等額の全部について債務者が相殺を主張できるとする（後掲のほか、*Duranton*, t. 11 n. 178 p. 195-7; *Aubry et Rau*, t. 4 p. 17 texte et note 7;

Huc, t.8 n.305 p.407-8. 少数説は、抗弁の範囲を該債権者の持分に限定する。⁹ Delvincourt, t.2 note 7 de la page 140 (notes et explications p.502); Marcadé, t.4 n.598 p.500。その理由づけにおいて、連帯債務に関する一二九四条三項は説明が困難な例外規定だから、これを連帯債権に拡張すべきではないとされているのである (Duvigier, sur Toullier, vol.3 2 partie n.725 p.446 note b; Demolombe, t.26 n.193 p.157-8; Colmet de Santerre, t.5 n.130 bis IV p.203; Larombière, t.3 art.1198 n.8 p.375; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1145 p.268. 少数説の中に同じことをいうものがある。Laurent, t.17 n.268 p.274. また、連帯保証の場合に関する同旨の指摘につき、第二款第一目③参照)。

その一方で、不可分債務については連帯債務と同じに扱うべしというものがある (Larombière, t.5 art.1295 n.8 p.200. 連帯債務の場合には、負担部分の限度で相債務者に抗弁を認める説をとっている。連帯債権の場合と平仄を合わせていない理由はわからない。これに対して、一二九四条三項が例外であることを理由として、不可分債務への類推を否定するものもあるようである (Desjardin, De la compensation et des demandes reconventionnelles, 1864, n.126-3 (未見) Fuzier-Herman, Carpentier et du Saint, Répertoire général alphabétique du droit français t.12 v.Compensation n.139 p.536 に449)。¹⁰ もっとも、多くの学説は不可分債権債務の相殺に言及していない。特に、性質による不可分の場合については、相殺適状の要件である目的物の代替可能性を欠くと理解されているのではあるまいか (Boissonade, Projet, t.2 nouv.éd. n.611 p.755 texte et note 2 参照)。

(9) 先に紹介した理由づけにおいては、債権者に対する関係における主債務者と連帯保証人の地位に着目している。もっとも、正確に言えば、そう読めるにすぎない。これに対して、本文で扱っている議論は、連帯保証人の地位を債権者に対する関係と主債務者に対する関係とで対比しており、このうち主債務者に対する関係での地位に着目していることが確実である。

第七項 混同

一二〇〇条「債権者たる地位と債務者たる地位とが同一人に帰属した場合には、当然に混同を生じ二債権は消滅する。」

一二〇九条「債務者の一人が債権者の単独相続人となった場合または債権者がある債務者の単独相続人となった場合には、混

同による連帯債務の消滅は当該債務者または債権者の負担部分を限度とする。」

一三〇一条一項「主債務者について生じた混同は保証人の利益となる。」

二項「保証人について生じた混同は主債務の消滅をもたさない。」

三項「債権者について生じた混同によって相連帯債務者が利益を得るのは、その債権者が債務者として負う負担部分に限られる。」

1 概説

混同に関する議論は少なく、裁判例も殆どみあたらない。

連帯債務者の一人につき混同が成立すると、負担部分型絶対効を生ずる。当該債務者の負担部分を控除した残部について、相債務者の債務が存続するのである（二二〇九条、二三〇一条三項）。ここにいう負担部分とは、無資力者がいる場合の分担部分を含むと解されている（Toullier, vol.4 1 partie n.430 p.326; Demolombe, t.26 n.407 p.346; Colmet de Santerre, t.5 n.253 bis III p.466; Larombière, t.3 art.1209 n.2 p.475）。

負担部分型絶対効の理由については二通りの説明がある。

第一は、ポチエがロオマ法文を受け継いで挙げた理由である。混同によって、債務が消滅するというよりもむしろ債務者の人格が解放されるからだという（Duranton, t.12 n.429 p.537; Delvincourt, t.2 p.178-9; Toullier, vol.4 1 partie n.430 p.326; Aubry et Rau, t.4 p.27 et 241-2; Demolombe, t.26 n.404 p.344 et t.28 n.729 p.560-1）。

しかし、この説明だけでは当該債務者が債務を免れる理由にはなっても、その負担部分について相債務者が債務を免

れる理由とはならない。このためであろうか、それを補うような形で第二の説明が挙げられている。

第二の説明によると、混同は債務を履行するものではなく、履行を不可能にするものである。そのために、履行が不可能となった限度で混同の効果を生ずるにとどまる（Demolombe, t.26 n.404 p.344-5 et t.28 n.729 p.560-1; Laurent, t.17 n.336 p.338 et t.18 n.490 p.503; Demante et Colmet de Santerre, t.5 n.143 bis I et 253 p.228 et 464-5; Marcadé, t.4 n.617 p.514; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1908 p.242）。また、もし相債務者に対する全額の請求を認めれば、逆に債権者兼債務者は求償を受けることになる。そうであれば、はじめから負担部分を減額する方が自然だという（Mourlon, t.2 n.1267 et 1465 p.662-3 et 771; Larombière, t.3 art.1209 n.1 p.475）。これらの説明にさいしては、「原告自身が追奪について義務を負っている場合には、抗弁によって請求は退けられる（quem de evictione tenet actio eundem agendum repellit exceptio）」との法諺が挙げられている（元々は追奪担保責任に関するものであつた。Polhier, Vente n.165 参照）。

負担部分型絶対効の理由となり得るのは、第二の説明である。そして、その説明だけからすれば、そこにいう負担部分とは求償関係におけるそれを指すように思われる。

債権者と主債務者との間で混同を生じた場合には、保証人は解放される（二三〇一条一項）。その理由は二通りある。

第一は、連帯債務についての理由と同じものである。すなわち、債権者は保証人に対して訴求できなくなるわけではないが、保証人は弁済すれば債権者兼主債務者へ求償できる。このために「担保義務を負う者は追奪できない」との抗弁によって保証人は訴権を退けることができるという（Mourlon, t.2 n.1465 p.771; Aubry et Rau, t.4 p.242 note 10; Demolombe, t.28 n.724 p.556; Laurent, t.18 n.501 p.512; Demante et Colmet de Santerre, t.4 n.253 et 253 bis I p.464-5; Larombière, t.5 art.1301 n.1 p.249-50; Marcadé et

説 Pont, t.9 n.417 p.226; Huc, t.8 n.177 p.226 et t.12 n.241 p.273; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1907 p.241-2)°

第二は、保証の附従性をいうものである。主債務が消滅すれば従たるものは存続できないとする (Maleville, t.3 p.134;

Troplong, Du cautionnement et des transactions n.476-7 et 479 p.421-3; Toullier, vol.4 1 partie n.424 p.324; Colmet de Santerre, t.8 n.269 bis II p.298; Larombière, t.5 art.1301 n.1 p.250; Marcadé, t.4 n.856 p.692-3; Marcadé et Pont, t.9 n.417 p.226; Guillaud, Traité du cautionnement & des transactions n.220 et 228 p.249 et 256; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1907 p.241-2)°。この理由は立法過程でも挙げられている (Bigot-Préameneu, L'exposé des motifs et Jaubert, Le rapport au tribunal, Fenet, t.13 p.285 et 366-7)°。

右のうち、担保抗弁に根拠を求める学説のなかには次のようにいうものがある。保証人が求償権をもたない場合に(贈与の趣旨での保証)債権者と主債務者が混同しても、保証人は解放されない。混同は満足効がないから債務自体は消滅しないのであって、しかもこの場合の保証人は担保抗弁をもたないからだという (Demolombe, t.28 n.725 p.556; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1907 p.242)°。このような結論は、附従性に根拠を求める考え方からは出てこない。

債権者と保証人の間で混同を生じた場合には、主債務者に影響を及ぼさない(一三〇一条二項)。一通りの説明がある。

第一は保証の附従性の裏返しをいうものである。従たる担保がなくなっても主債務は存続できるからだという (Maleville, t.3 p.134; Toullier, vol.4 1 partie n.425 p.325; Demolombe, t.28 n.727 p.558; Larombière, t.5 art.1301 n.2 p.250; Marcadé, t.4 n.856 p.693; Huc, t.8 n.177 p.226)°。また、これとはほぼ同義の説明もある。混同によって保証人が解放されるのは、自分に対して義務を負うことが不可能だからである。しかし、主債務者に対する権利については何の障害もない (Delvincourt, t.2 p.178-9; Mourlon, t.2 n.1465 p.771; Demolombe, t.28 n.726-7 p.557-8; Laurent, t.18 n.503 p.514; Colmet de Santerre, t.8 n.268 bis I p.296; Huc, t.12 n.241 p.273; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1907 p.241)°。この理由は立法過程でも挙げられている (Bigot-Préameneu loc. cit.)°

第二は、主債務が消滅した場合との対比をいうものである。もし混同を擬制弁済だとすれば、債権者兼保証人は求償権を取得し、原債権を代位行使することになる（二二五一条三号、二〇二八条）。それでも、原債権が消滅していないものとしてそれを行使した方が債権者にとって有利だとする（Demolombe, t.28 n.728 p.558-60）。

しかし、有利だということの具体的意味は示されておらず、むしろこの点では代位するのと同じだとする批判がある（Colmet de Santerre, t.5 n.253 bis II p.465）。

共同保証の場合はどうか。これに言及するものは、負担部分型絶対効を生ずるという（Huc, t.8 n.177 p.226 et t.12 n.241 p.273）相保証人の債務は消滅しないというものもあるが、それが負担部分型絶対効を否定する趣旨だとは断言できなう（Delvincourt, t.2 p.179）。分別利益や担保抗弁が理由とされている（Mourlon, t.2 n.1465 p.771; Laurent, t.18 n.503 p.514; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1907 p.241）。

2 混同の成立が表見的だった場合

混同が表見的に成立した後に不成立となれば（annuler, rescinder, résoudre, révoquer）、連帯債務や保証はどうなるか。場合は二つに分けられている。

第一は、相続や包括遺贈自体が解消された場合である。具体的には、相続人が相続承認を取消した場合（七八三条。詐欺があれば承認を取消せる。また、承認後に発見された遺言によって積極財産の過半が他へ行くことになった場合には暴利行為を主張できる）、包括遺贈の無効・取消・解除条件成就の場合、相続欠格の宣告を受けた場合（七二七条）が挙げられている（Duranton, t.6 2 éd. 1828 n.124-5 p.141-3 et t.12 n.483-4 p.586-7; Toullier, vol.4 1 partie n.437 p.329-30; Mourlon, t.2 n.1466 p.772; Aubry et Rau, t.4 p.242 et t.6 4 éd. 1873 p.291; Demolombe, t.13 (Traité des successions, 4 éd.1870) n.302 bis p.367 et t.28 n.741-3 p.574-5; Laurent, t.9 3 éd. 1878 n.26 p.36 et t.18 n.506

p.516; Colmet de Santerre, t.5 n.255 bis III p.468; Larombière, t.5 art.1300 n.13 p.235-6; Marcadé, t.4 n.860 p.694-5; Huc, t.8 n.179 p.227-8; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1914 p.246-7)。

このほかに、信託的継伝処分 (substitution fideicommissaire) については、木村健助『仏蘭西民法Ⅱ』一八〇二頁、一三六八頁、山口俊夫『概説フランス法上』五三九—四一頁参照) において、継伝義務者が継伝指定者へ遺産を継伝した場合が議論されている。この場合には混同の効果が失われまいとする説もあるが(『継伝債務があるからといって受遺者たる地位を失うわけではないことを理由にする。』Duranton, t.12 n.485 p.588)、多数説によれば混同の効果が失われ従前の債務関係が復活する (Toullier, vol.4 1 partie n.439 p.331; Aubry et Rau, t.4 p.243 et 448 note 7; Demolombe, t.28 n.744 p.575; Larombière, t.5 art.1300 n.13 p.236; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1914 p.247)。これは、継伝によって遺言者の受遺者たる地位が継伝指定者へ移るからだという (Demolombe, t.22 (Traité des donations entre-vifs et des testaments, t.5 3 éd. 1868) n.612 p.538)。

学説は以上のことを定式化して、混同前の必然的な原因による解消の場合には遡及的に混同の効果がなくなるといふ (Delvincourt, t.2 note 4 de la page 179 (notes et explications p.585); Troplong, Du cautionnement et des transactions n.482 p.424-5; Mourlon, t.2 n.1466 p.772; Demolombe, t.28 n.738 p.572; Larombière, t.5 art.1300 n.17 p.238-41. 同前、Colmet de Santerre, t.5 n.255 bis III p.468)。このために保証債権や抵当権も復活する。これは混同の不存在によって、債権債務が消滅していないことになり、保証人等は解放の利益を取得していかないことになるからだとしている (Duranton, t.12 n.483 p.586 et t.16, 1833 n.526 p.548-9; Delvincourt, t.2 note 4 de la page 179 (notes et explications p.585); Troplong, loc. cit.; Toullier, vol.4 1 partie n.437 p.329; Mourlon, t.2 n.1466 p.772; Aubry et Rau, t.4 p.242; Demolombe, t.28 n.740-4 p.573-5; Laurent, t.18 n.506 p.516 et t.31 n.367 p.357-8; Larombière, t.5 art.1300 n.13 et 15 p.236-8; Marcadé, t.4 n.860 p.694-5; Marcadé et Pont, t.9 n.421 p.227; Huc, t.8 n.179 p.228; Guillonard, Traité du cautionnement & des transactions n.220 p.249; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1914 p.246; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1160 p.606。これは、ロー法の信託遺贈についてボナエが紹介しているローマ法文の結論と同じである。

前章第七項参照)。もともと、抵当権については抹消登記があれば、抹消後の登記に劣後する (Duranton, t.20 n.294 p.494-5; Aubry et Rau, t.3 p.488; Guillouard, *Traité des privilèges & hypothèques* t.4 n.1898 p.211同頁; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t.27 n.2253 p.488. 反対, Laurent, t.31 n.367 p.357-8)。

第二は、混同を生じた後に該債権者が債権を譲渡した場合である。譲渡契約は当事者間では有効だが、⁽¹⁾ 第三者に対しては主張できない。このために、保証債権や抵当権・質権は復活しないと⁽²⁾ している (Duranton, t.12 n.487 p.588-9 et t.16 n.526 p.548-9; Troplong, loc. cit.; Toullier, vol.4 1 partie n.438 p.330-1; Mourlon, t.2 n.1466 p.772; Aubry et Rau, t.4 p.243 et 448 note 7; Demolombe, t.28 n.739 p.572-3; Larombière, t.5 art.1300 n.14 p.236-7; Marcadé, t.4 n.861 p.695; Marcadé et Pont, t.9 n.421 p.227; Huc, t.8 n.179 p.228; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.14 n.1915 p.247; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, t.27 n.2253 p.488. 反対, Laurent, t.18 n.507 p.517-8 et t.31 n.368 p.358. 第三者に対しても復活を主張できるとする)。その法律構成につき、債務関係自体が復活するのではないことを明言するものがある。債務の復活ではなく、もし元の債権が消滅しなければ得られたはずの利益につき賠償義務が発生するにすぎないという (Delvincourt, t.3 note 3 de la page 86 (notes et explications p.175); Colmet de Santerre, t.5 n.255 bis III p.468-9)。

- (1) 裁判例も、混同した債権につき譲渡契約をした場合において、契約の当事者間では譲渡の効力があるとしている (Chambéry, 18 mars 1884, Jur. gén. suppl. t.11 v.Obligations n.1237 p.333 note 1 = Gaz. Pal.1884, 2, suppl.22 (母が父に対して特有財産の取戻権をもつてゐたところ、子が父母を相続した後に取戻権を兄弟へ譲渡した場合) : Cass. 24 mars 1817, *Relomte du Rec. Sirey* 1815-1818, I, 299 = Jur. gén. t.20 v.Émigré n.127 p.516 note 1 (定期金債権につき、国庫が村落共同体の財産を国有化して定期金債権者になる一方で、定期金債務者の財産を没収したことにより混同を生じたが、その後に、定期金債権を共同体へ返還するとともに、没収した債務者の総財産を債務者の相続人に売却した場合)。
- (2) 民法学説は裁判例を挙げるが、それらは何れも手形の戻裏書の例である。判例は、戻裏書によってそれより前の手形債

説

論

務者の債務は消滅し、それは戻裏書後に第三者へ輾転譲渡しても同じだとする (Cass.civ., 14 flor. an 9, Refonte du Rec. Sirey 1791-an VII, 1, 460 = Jur. gén. t.20 v.Effets de commerce n.422 p.210 note 2; Riom, 12 mars 1844, D.P.1848, 2, 68 = S.1844, 2, 609; Cass.civ., 19 avr. 1848, D.P.1848, 1, 87 = S.1848, 1, 385)。これに対しては商法学説に反対があるが、これでは割愛する(むしろ「Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t.4 4 éd. 1907 n.137 p.124-6参照」)。