



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一九世紀フランス法における連帯債務と保証（五）
Author(s)	福田, 誠治
Citation	北大法学論集, 48(6), 1-65
Issue Date	1998-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36633
Type	departmental bulletin paper
File Information	48-6_p1-65.pdf



論
說

一九世紀フランス法における連帯債務と保証（五）

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 四七卷五号）

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

第七項 混同

第八項 消滅時効

第一款 連帯債務の場合

第一目 概説

a 一体型絶対効説

b 負担部分型絶対効説

第二目 債務者によつて時効期間を異にする場合

1 手形時効

a 一体型絶対効説

b 反対説

2 合名会社社員の義務に関する時効

a 概説

b 初期の有力説

c 反対説

d 小括

3 まとめ

第三目 時効停止事由がある場合

第四目 一人が時効利益を放棄した場合

(以上 四七卷六号)
(以上 四八卷一号)
(以上 四八卷二号)

第二款 保証の場合

第一目 一般論

第二目 時効期間を異にする場合——手形時効等

第三目 時効停止事由がある場合

第四目 時効利益の放棄がある場合

第五目 時効中断の効力

1 主債務者に対する時効中断の効力

2 保証人に対する時効中断の効力

第三款 検討——特に、時効中断や時効消滅に関する議論と債務の性質に関する議論との関係について

第九項 一九世紀フランス法における連帯債務論

第一款 まとめ

第一目 個別の局面における考え方

1 弁済

2 供託

3 更改

4 代物弁済

5 債務免除

6 相殺

7 混同

8 時効

第二目 連帯債務と保証の差異

第二款 個別事由の効力論にみられる法則性

第一目 各種債務消滅事由の性質からみた場合

- 1 満足効の有無に着目した分析
 - 2 債権者の意思に着目した分析
 - 3
 - a 一体型絶対効か相対効かが問題となる局面——主として、給付に係る事由
 - b 負担部分型絶対効か相対効かが問題となる諸局面——その他の事由
 - c 諸事由の解消に関する局面
 - 3 求償権に着目した分析
- 第二目 連帯債務の性質論からみた場合
- 1 相互代理
 - 2 債務単一性
 - 3 その他の性質
- 第三款 連帯債務論における問題の所在
- 第四款 一九世紀法の位置づけ
- 第三章 日本法
- 結語
- (以上 本号)

第八項 消滅時効

フランス民法は連帯債務や保証につき時効中断の効力だけを定め、時効完成の効果を定めていない(二五〇条「主債務者に対する訴求または主債務者による承認は、保証人に対する関係で時効を中断する。」連帯債務に関する時効中断の規定については、前節第一款b参照)。

第一款 連帯債務の場合

第一目 概説

連帯債務の時効完成を一般的に論ずるものとして二つの学説がある。全員が抗弁できるとする学説（一体型絶対効説）と時効完成者の負担部分の限度で相債務者も抗弁できるとする学説（負担部分型絶対効説）である。

a 一体型絶対効説

一体型絶対効説は、一般論として、二通りの理由を示す（学説には左記のほか、Marcadé, t.4 n.614 p.512 がある）。

時効によって債務が消滅するからである（Mourlon, t.2 n.1264 p.661）。

時効の根拠は一定の期間に訴権が行使されなかったことにあり、このために時効は物的抗弁である（Audry et Rau, t.8 p.449）。

b 負担部分型絶対効説

負担部分型絶対効説は、時効停止の場合について、次の理由を示す（時効停止の意味については、註（13）および対応本文参照）。

時効停止事由ある債務者が全額について債務を負うとみるのは不可能である。というのも、もし停止事由のある者が全額につき債務を負うとすれば、弁済後に相債務者へ求償できるか否かの二者択一になるところ、求償できるならば相債務者は時効利益を失うことになるし、求償できないならば該債務者の地位はひどく悪化するからである。また、相債

務者につき完成した時効を該債務者が債務の全部について主張するといったことも認められない。そうすると、明示の留保ある債務免除に関する規定を類推するほかない。そして、債務免除という債権の放棄と時効による黙示の放棄とは類似しており、一二八五条二項（免除による負担部分型絶対効）の理由づけを時効に持ち込んでも法律を歪めることにはならない。以上のことから、時効が完成した相債務者の負担部分を限度として、時効未完成者は時効を主張できる（Colmet de Santerre, t.5 n.142 bis V, p.226-7）。

また、別の論者は次のようにいう。

一人が条件・期限付で連帯債務を負った場合には、該債務者は条件・期限の結果として時効の完成が遅くなることを甘受しなければならない。しかし、相債務者は時効完成によって解放されており、未完成者に求償権はない。そして、求償権の喪失は債権者が相債務者に対する請求を怠ったことに由来することから、一二八五条を類推できる。すなわち、債務免除という債権者の行為によって求償権が奪われたとして、行為の結果を債権者に負担させており、時効完成の場合にも請求を怠ったという過失の責を債権者に負担させるべきである（Laurent, t.17 n.335 p.336-7, また Larombière, t.3 art.1206 n.4-5 p.411-2も、時効の根拠は弁済または債務免除の推定にあるところ、時効完成者の負担部分について弁済または免除があったのと同じ情況に立つという）。

以下では場合をわけてさらに検討する。というのも、債務者の一人だけについて時効が完成するという点では同じであっても、それに至った事情（各種の特別時効・時効停止）により、議論情況が異なっているからである。学説は時効完成の効力論を連帯債務の一般理論の問題だという（Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.108 bis p.94）。しかし、各種の特別時効に関

する制度理解が決め手になっている局面もあり、連帯債務理論が問題だということの具体的意味を知るには個別の検討を要する。

第二目 債務者によって時効期間を異にする場合

1 手形時効

商法一八九条（一九三五年一〇月三〇日デクレによる改正前の規定）一項「為替手形および約束手形であつて、卸売商人もしくは小売商人・銀行業者が振出した手形または商取引のために振出された手形については、手形に関するすべての訴権は拒絶証書作成の日または直近の訴求の日から五年の時効に罹る。但し、請求認容判決または別書による債務承認があればこの限りでない。」

二項「前項にも拘らず、その要求があれば、債務者として請求を受けている者は、もはや債務なきことについて宣誓する義務を負う。その者の寡婦もしくは相続人または承継人も、もはや債務がないと自分の信義において考えていることについて「宣誓義務を負う——福田」。

時効期間が異なる場合として例示されることが多いのは、手形に関する五年の時効である（商法一八九条一項）。これは、手形の全部に適用されるのではなく、商人が振出した手形または商取引のための手形に限り適用される（但し、註（1）参照）。このために、共同振出の場合において、振出人の一方だけが商人であれば、他方の振出人については民法の一般時効（三〇年、一二二条）が適用されることになる。

a 一体型絶対効説

判例は時効完成に一体型絶対効を認める。すなわち、共同振出人の一人につき特別時効が完成すれば、相振出人も時効をもって抗弁できるとする (Cass.civ., 8 déc. 1852, D.P.1853, 1. 80 = S.1852, 1.796 = Journal des tribunaux de commerce; Cass.civ., 28 mai 1866, D.P.1866, 1. 323 = S.1866, 1. 335, いずれも商人たる夫についての時効完成を妻が援用した事例である)。

多くの学説も同様に考える。時効は物的抗弁であることを理由とする (Demolombe, t.26 n.415 p.352-4; Laurent, t.32 n.214 p.224-5; Larombière, t.3 art.1208 n.2 p.447; Demangeat sur Bravard-Veyrières, Traité de droit commercial 3 éd. t.3 p.547; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1253 p.365; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.106 p.93. また、Bedarride, De la lettre de change t.2 1824 n.1564 p.448-9 は「手形時効が弁済推定に基づいて」を強調して)。

b 反対説

これに対して、相振出人は抗弁できないとする説があり、次の理由を示す。相振出人が抗弁できるというためには、債務が消滅するというだけでなく、その消滅事由が当該債務者に固有のものではないことを要する。ところが、手形時効は振出人が商人であることに基づくものであって、商人に固有の消滅事由である「固有」の意味については前述第六項註(2)イ参照)。したがって、非商人たる相振出人は手形時効を主張できないという (Laurent, t.17 n.334 p.335-6 (また、t.32 n.214 p.224-5 も参照); Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t.4 4 éd. 1907 n.533b p.435-6)。

この学説は、手形時効が商人に固有の債務消滅事由であることを理由としており、負担部分型絶対効すらも認めないのかについては明言せず、純粹固有の抗弁ではなく、單純固有の抗弁だと考えているかもしれない。しかし、商人に固有だということの意味を次述のような内容だと捉えれば、負担部分型絶対効をも否定していることになる。なお、もし

相対効を主張するのだとして、非商人が完済すれば商人に時効完成者に求償できるかについては言及がない。

前述した一八五二年判決の原審は、手形時効が商人に固有の債務消滅事由だということの意味を具体化している。これについては、手形時効における宣誓の制度を知る必要がある。すなわち、手形時効に関しては債権者が債務者に対して宣誓を付託できるのであつて、弁済の事実につき債務者が宣誓を拒絶すれば、債務者の時効抗弁は退けられる（商法一八九条二項。また次述参照）。そして、宣誓付託の名宛人（「宣誓する者」となりうる者の範囲は限定されており、一般の理解によると、相債務者に対しては宣誓付託できない。このために、もし相債務者が時効抗弁できるとすれば、債権者は宣誓付託の機会を奪われることになる。原審判決はこの点を考慮して、債権者が宣誓付託できないことを理由に、相債務者の時効抗弁を退けたのである。そして、結論として、非商人たる相債務者は手形金の全部について支払義務を負うとした（Bordeaux 14 fév. 1849, D.P.1849, 2, 81 = S.1849, 2, 500. この事件では、商人たる夫は死亡して妻は寡婦となっていたが、財産共有関係がないことを理由に宣誓できないとされている。掲載誌によれば、夫婦財産契約は嫁資制かつ後得財産共有制であつたが、財産分離が行われ、妻は共有権を放棄している）。

このように手形時効完成の効果を相対的にみる考え方は、手形時効の根拠論や制度論に着目している。このことから、時効の根拠論・制度論に言及しておく。

特別時効の一部については、手形時効と同じく、宣誓付託によつて時効抗弁を排斥する方法が債権者に認められている（民法二七一条～二七三条に定める時効について、二七五条がこれを定める。二七五条一項「前数条の規定にも拘らず、時効抗弁を受けた者は、目的物が現実に弁済されたことについて、抗弁者に対して宣誓を付託できる。」二項「寡婦もしくは相続人に対し、または相続人が未成年であればその後見人に対して宣誓を付託して、目的物に関する義務について寡婦らが不知であることの宣誓義務を課すことができる」）。これらの時効には共通点

があつて、時効の根拠が弁済推定にあると解されている。すなわち、通常は迅速に決済され、受領証書が交付されないような債務であることが時効の根拠だといふのである⁽²⁾ (Delvincourt, t.2 p.208; Duranton, t.21 n.402 p.657-8; Pardessus, Cours de droit commercial t.1 n.240 p.299; Aubry et Rau, t.8 p.423; Huc, t.14 n.463 p.582; Demante, t.8 n.378 p.555; Marcadé, t.12 n.295 p.347; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.32 et 741 p.28-9 et 582-3; 立法過程にも同様の議論がみられる⁹ Berlier, La discussion du Conseil d'Etat et Bigot-Préameneu, L'exposé des motifs, Fenet, t.15 p.560, 594-8 et 608; Bégouen, L'exposé des motifs, Loaré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t.18 (Code de commerce t.2), 1830 p.149-50.) の種の時効の沿革や今日の理解につき、柳瀬兼助『仏蘭西民法』(V) 二四四—六頁、高橋康之『フランスの消滅時効制度』比較法研究 二二〇頁、三四頁、野田良之『注釈民法』(5) 三六五—八頁、林錫璋『担保付債権の消滅時効』『債権と担保』三四—八頁、金山直樹『時効理論展開の軌跡』二二—四六頁、三九〇—一頁、中田裕康『民法一七三條一号の適用』千葉大学論集七卷二四号六一—九二頁参照)。

そして、宣誓付託が認められている理由については、時効の根拠が弁済推定だけにあるし、推定の程度も、すべての抗争手段を債権者から奪ってしまう程には確実ではないことによるとされている (Maleville, t.4 p.403; Delvincourt, t.2 p.208; Duranton, t.21 n.421 p.675-6; Delvincourt, Institutes de droit commercial français, t.1 1834 p.113 et 118; Troplong, De la prescription t.2 n.994 p.497; Mourlon, t.3 n.1973 p.818; Aubry et Rau, t.8 p.451 note 12; Guillaud, Traité de la prescription, t.2 n.782 p.213-4, 同註 Colmet de Santerre, t.8 n.383 bis p.562)。また、債権者が権利行使をしなかったのは債務者を尊重したにすぎず、非難すべき過責があるとはいえないから、債権者保護が認められているのだとする説明もある (Mourlon, t.3 n.1973 p.818)。

右の説明からすれば、これらの時効については、時効という形で弁済推定が認められているが、それは宣誓付託権を制度的担保として認められているにすぎないといえる (なお、フランス法における法律上の推定は日本法上のそれと異なり、明文なき限り反証が許されない。一三五—二条。文言は註(3)参照。そうだとすれば、ボルドオ控訴院判決の理由もそれなりに納得できる。というのも、債権者が宣誓を付託できないような状況で時効主張を認めると、この種の時効の趣旨を逸脱すること

になるからである。⁽³⁾そして通説によれば、一二七五条二項が宣誓義務者を挙げているのは限定列举である⁽⁴⁾（Laurent, t.32

n.516 p.531; Hue, t.14 n.481 p.611; Guilouard, Traité de la prescription, t.2 n.785 p.216-7; Lyon-Caen et Renault, t.4 n.451 p.373; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.746 p.585-7）。そうであるならば、相連帯債務者が時効抗弁を出しても債権者は宣誓を付託できないのだから、時効抗弁も認められるべきではないといった結論がでてきそうである。

それにも拘らず、破毀院判例や多数説は手形時効の主張を非商人たる共同振出人に認めている。その背後にある考え方は、時効の主張を認めても債権者は宣誓付託権を奪われるわけではなく、時効が完成した商人を召喚して宣誓付託できるという発想であろうか。⁽⁵⁾そうだとすれば、相債務者が訴求を受ければ、時効抗弁を出すことで債権者に働きかけて、時効完成者を召喚させることができる、と考えていることになる。

この考え方は、相殺抗弁に関する議論との関係で意味をもつ。相殺抗弁に関しては、相債務者の反対債権による相殺抗弁を否定する説がみられたが、その理由として、相債務者にとつて不快な訴訟だという点が挙げられている（第六項第一款第二目2a参照）。しかし不快な訴訟という考え方は、時効抗弁の場合には持ち出されていない（前述第六項第一款第二目1）。このような差異が生じた理由を推測すると、相殺抗弁の場合には、反対債権をもつ者の個人取引により生じた反対債権を想定したことによるのであろう。これに對し時効の場合には、連帯債務それ自体の存否が問題であるために、時効完成者が召喚されても不快な訴訟だということにはあたらない。

2 合名会社社員義務に関する時効

商法六四条（一九六六年七月二四日法による廃止前の規定）「清算人でない社員およびその寡婦・相続人・承継人に対する訴権はすべて会社の終期または解散から五年の時効に罹る。但し、解散証書または会社の存続期間を示す定款が四二条―四四条・四六条にし

説
たがつて公示・登録され、またその方式履踐後に裁判上の請求によつてその者につき時効が中断されていない場合に限る。」

論
a 概説

合名会社社員の義務は手形の場合と事情を異にする。会社債務につき社員は連帯して義務を負うところ（商法二二条、その時効に関しては清算人でない社員だけについて明文があり、時効期間は会社解散から五年とされている（商法六四条）。このために解釈によつては、清算人たる社員と清算人でない社員は連帯するが時効期間は異なる（清算人については特則がないから一般時効になる）という事態が生ずるのである（この問題については既に紹介がある。大森忠夫「商一般」『仏蘭西商法』[I]、一二八頁）。

b 初期の有力説

初期に有力だった説は、商法六四条の時効が非清算人たる社員だけについて定めたものだとする。清算人となった社員の義務については、原則通りに三〇年の時効が適用されると解するのである（E. Vincens, Exposition raisonnée de la législation commerciale t.1 1834 p.371-2）。このために、一部の連帯債務者だけに短期消滅時効が適用されることになる⁽⁸⁾。次の理由を示す。

清算人は諸証書・帳簿・資料を現に保持しまた保持すべきことから、どの債務が未払かについて善意ではありえない。非清算人は帳簿等をもたず会社の状態を知らないから、非清算人に対する訴権については終期をつけることが適當であるにしても、清算人について同じ理由は当て嵌まらない。このために、清算人やその承継人は五年の時効を援用できなく（G.F. Dageville, Code de commerce, t.1 1828 p.199 et 201; Delvincourt, Institutes de droit commercial français, t.2 1834 p.67-8 (note 3 de la page 37); Troplong, Du contrat de société civile et commerciale, t.2 1843 n.1049 p.493）。それでは、清算人の義務は会社債務の全部に及ぶのか、

それとも限定承認相続人のように、清算後の残余財産を限度とするのか。会社債務の全部だと考える。というのも、もし残余財産を限度とするのであれば、社員責任はすべて五年の時効に罹ることになって、ただ清算人となった者が清算に伴う義務を負うにとどまることになってしまう。しかし、立法者の意図はそんなところがない。清算人たる社員に対しては五年経過後も会社債務の請求を認めるのが立法者の考えである (Pardessus, Cours de droit commercial t.3 6 éd. 1857 n.1090 p.268-9)。

もつとも、清算人たる社員が弁済すれば、非清算人たる社員に求償できる⁽⁹⁾ (Delvincourt, op. cit. p.67 (note 2 de la page 37); Trop-
long, op. cit. n.1051 p.494-6)。五年の時効が会社債務を消滅させるわけではないからである。すなわち、この時効が設けられた理由は、会社の引当財産から非清算人が離れていることに鑑みて、何事もなく五年も経過すれば会社債権者は弁済を受けたと非清算人は推測するはずだという点にある。⁽¹⁰⁾ところが、清算人が個人財産でもって弁済し、非清算人が供与した財産では会社債務の弁済に足りなかったことを証明すれば、五年の時効を設けた理由は働かないことになる。また、そもそも五年の時効は社員相互間のものではないし、例外なのだから想定事例を超えて拡張することはできない (Delangle, Des sociétés commerciales, t.1 1843 n.723-4 p.403-5; Pardessus, op. cit. n.1090 p.269. 同註 Dageville, op. cit. p.201-2)。

そして、このように清算人は非清算人に対して損失分担請求権をもっていることから、会社債権者は債権者代位によって非清算人に対して請求することができる。この場合に五年の時効は主張できないが、非清算人は清算人に主張できる事由をもって会社債権者に対して抗弁できる。たとえば、弁済のために十分な財産を清算人に供与したとか相殺事由があることをもって抗弁できるし、そもそも債権者代位による請求は損失分担請求権を限度とすることになる (Delangle, op. cit. n.724 p.405-6; Dageville, op. cit. p.202; Merlin, Recueil alphabétique des questions de droit, 4 éd. t.7 1830, v.Société §11 n.5 p.581; Delvincourt, op. cit. p.68 (note 3 de la page 37); Pardessus, op. cit. n.1090 p.269-70. 同註 Trop-
long, op. cit. n.1051 p.495-7)。

c 反対説

しかし、反対説もある。清算人も五年の時効を主張できるというのである。この説によれば、商法六四条が清算人を除いたのは、清算人としての義務を一般時効に服せしめたにすぎず、社員としての義務に関しては清算人たる社員についても特別時効の利益を認める趣旨だと説明する (Demolombe, t.26 n.416 p.354-8; Valabrègue, Nouveau cours de droit commercial, 1898 n.172 p.206)。その理由として次の諸点を示す。

第一は清算人の職務論にある。すなわち、その職務は会社の積極財産を用いて会社債務を弁済することに尽きるのであって、個人財産で弁済する義務はない。少なくとも、清算人が非社員であれば、清算人の職務は会社財産による弁済にとどまる。そうであれば、社員が清算人になった場合であっても、清算人としての職務はそれと同じはずであって、社員だからといって義務が重くなるわけではない。そもそも清算人は総社員が選任するのであって第三者は関与しないのに、選任された者が社員であるか否かによって効果が異なるのはおかしい (Demolombe, t.26 n.416 p.357; Alauzet, Commentaire du Code de commerce, t.2 3^e éd. 1879 n.624 p.429; Marcadé et Pont, t.7 bis n.2010 p.825; Bravard-Veyrières, Traité de droit commercial t.1 p.462-4 et 468; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t.2 1^{re} partie n.436 p.358; Thaller, Traité élémentaire de droit commercial, 5^e éd. 1916, n.464 p.276)。第二に、六四条は非清算人たる社員を連帯だけから解放しているのではなく、訴権・債務のすべてから解放している。そうであれば、一二〇八条により、共通抗弁としての時効を清算人たる社員も主張できる (Demolombe, t.26 n.416 p.356-7; Bravard-Veyrières, op. cit. p.466-7)。第三に、反対説だと非清算人は求償を受けることになって、時効に意味がなくなってしまう (Demolombe, t.26 n.416 p.356; Alauzet, op. cit. n.624 p.428-9; Marcadé et Pont, t.7 bis n.2010 p.824-5; Valabrègue, op. cit. n.172 p.206; Thaller, loc. cit.)。また、反対説によれば、求償関係において非清算人の債務額は按分分割されるし、抗弁もありうるから非清算人は常に求償を受けるわけではないという。しかし、無資力者がおれば個々の負担額はそう小さくはならないし、抗弁

のあること自体が稀であるうえに、もし抗弁があつても解散後五年も経つて抗弁を持ち出すのは困難である (Bravard-Verières, op. cit. p.465-8; Lyon-Caen et Renault, op. cit. n.436 p.358-9)。第四に、清算人の交代があつた場合の問題がある。判例によれば、社員が清算人を辞せば、辞任から五年で六四条による時効が完成する (Cass. civ. 8 août 1849, D.P.1849, 1, 309= S.1849, 1, 679)⁽¹⁾。そうであれば、任務終了の場合でも、終了時から五年で時効に罹ることになるのではないか。また、社員が途中から清算人となつた場合はどうするのか (Alauzet, op. cit. n.626 p.431-2; Marcadé et Pont, t.7 bis n.2011 p.825; Demangeat sur Bravard-Verrières, op. cit. p.469-71. 同旨 Lyon-Caen et Renault, op. cit. n.436 bis p.359)。第五に、商法は非清算人に対する訴権のすべてが五年の時効に罹るというのだから、条文の反対解釈をするのであれば、清算人に対する訴権のなかには一般時効に服す訴権もあるという結論になるはずである。反対解釈をしても、訴権の全部が一般時効に服すことにはならない (Alauzet, op. cit. n.425 p.429-31; Marcadé et Pont, t.7 bis n.2010 p.823; Lyon-Caen et Renault, op. cit. n.436 p.358)。第六に、もし社員としての義務が継続するのであれば、清算人たる社員の地位が激変する。社員は会社債権者に対して連帯債務を負つていたのに、清算人となつた者だけが単独債務者となつて、常に出捐を強いられることになる。相社員が債権者から請求を受ける可能性はなくなるのであつて、これはひどく不当である (Marcadé et Pont, t.7 bis n.2010 p.823-4. この考え方については、前述第六項第一款第二目2 a ③参照)。第七に、反対説は時効の理由を非清算人が帳簿等をもたないことに求めるが、中断によつて時効期間は更新されるのであり、その理由は重要でない。時効の根拠は商取引の早期決済を促進するという点にあつて、それは清算人たる社員にも当て嵌まるものである (Alauzet, op. cit. n.627 p.432-3)。

判例においてこの問題を直接に扱つたものは今世紀になつてあらわれ、清算人たる社員についても社員としての義務は五年の時効に罹るとする (Cass. civ. 27 mai 1914, D.P.1921, 1, 121= S.1914, 1, 425. 関係する破毀院裁判例については Lacour, note S.1921, 1, 122 note (5, 6 et 7) 参照)。

d 小括

以上のような見解の対立から、本稿での問題について次のようにいえる。

初期の有力説によれば、短期時効を援用できるのは連帯債務者の一部に限定される。このために、一部の債務者だけについて時効が完成するという事態を生ずる。しかし、相債務者の負担は増大しない。債権者から解放された者であっても求償義務を負うとしているからである。

論者がこの二点を不可分のものだと考えていたのかはわからない。二つの点に問題連関を認めていたというためには、求償関係にも短期時効が影響を及ぼすとする学説との対決をながめる必要があるところ、商法六四条の文言や趣旨からいって、求償関係にまで短期時効が適用されるという解釈は困難だからである（註（9）参照）。しかし断言できないにしても、求償が可能だからこそ清算人の時効抗弁を否定できたのだと評価することは可能であろう。もしこの評価が正しいとすれば、「時効未完成者は債務の全部につき義務を負うことになるが、求償できるから負担が増大することにはならず、時効完成者は負担部分の限度で求償義務を負うが、その限度で時効の利益を失うことは不当でない」という価値判断をとっていることになる。この価値判断は、負担部分の限度で時効利益を失うことが不当でないという点で、債務免除の議論と異なる。

他方で、判例が採用した説によれば、商法六四条は債務者間に時効期間の差異を設けるものではなく、このために一人だけについて時効が完成するという事態をもたらさない。社員としての義務については、連帯債務者の全員につき短期時効が適用されるからである。この説に関して注目すべきは、その理由づけである。すなわち、この説は求償問題に注目し、初期の有力説だと債権者に対する関係で解放された債務者が相債務者に対し求償義務を負うことを問題にしている。債権者に対する関係での時効を考えるさいに、求償問題を考慮要素としているのである。

3 まとめ

二種類の特別時効をめぐる議論から、時効抗弁の可否を考えるさいに直接的な考慮要素となったのは、当該時効の性質だといえる。

手形時効に関してこのことは明らかであろう。そこでは見解が分かれたけれども、手形時効が債務自体に関係するものなのか、それとも固有のものなのか、あるいは時効主張を認めることで債権者から宣誓付託権を奪うことにならないのかといった点が問題にされており、理解の対立は手形時効に関する理解の対立だといえるからである。

他方で、社員の義務については種々の理由が示されている。考慮要素としては時効の性質論のほかに、社員や清算人の職務・義務の内容、求償問題を通じた多数当事者の利害調整といった点がある。しかし、職務・義務の内容や利害調整という要素も、それは時効の趣旨を確定するためのものにすぎないといえる（このことが本稿の主題との関係でもつ意味につき、後述第三款参照）。

第三目 時効停止事由がある場合

債務者の一人につき時効が停止しておれば、時効の完成時期は債務者により異なることになる。⁽¹²⁾ フランス民法は、停止条件・期限付債務の履行期未到来を時効の停止事由としていることから（二五七条、ここでは条件・期限付の場合を含めて扱う⁽¹³⁾）。ほかに議論されているのは、債務者の一人が未成年・禁治産者の場合（二五二条、債務者の一人が債権者の妻である場合（二五三条。債権者が妻である場合には債務者全員に対する関係で時効が停止する。二五六条二項）がある。

若干の民法学説はこの場合に触れており、結論として一体型絶対効説と負担部分型絶対効説に分かれる（問題点の指摘

にとどまるものもある。Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.108 bis p.94. また、裁判例はみあたらない。負担部分型絶対効説の理由づけについては既に紹介した(第1目b参照)。これに対して、一体型絶対効説は二点の理由を示す。

第一に、反対説においては、時効停止事由ある債務者に対して時効中断をかけずとも債権を保存できるのでから、該債務者は時効を抗弁できないといわれている。しかし、時効停止事由ある債務者が主張するのは、相債務者について完成した時効であって、自分についての時効ではない。そして、時効は共通抗弁だから、相債務者についての時効完成を主張できる(Demolombe, t.26 n.414 p.351, Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1252 p.365. 以下、Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1223 p.335 参照)。

第二に、もし時効停止事由ある者だけが時効を抗弁できないとすれば、不当な結果を生ずる。すなわち、その債務者は完済を強いられたうえで、相債務者に対して求償できるか否かの二者択一になる。もし求償できるとすれば相債務者は時効の利益を奪われることになるし、求償できないとすれば弁済者の地位は不当に悪化するから、何れにしても不当な結果となる。このために、負担部分型絶対効説は債務免除との類似性を強調する。しかし、時効の根拠は免除推定ではなく弁済推定にあるし、二二五条で立法者は時効を絶対的な解放事由としている。そうすると、一人について時効が完成すれば、全員が抗弁できることになる(Demolombe, t.26 n.414 p.350-2; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1252 p.364-5)。

学説の議論情況は右のとおりであり、時効完成の効果を相対効とする学説はみあたらない。すなわち、時効停止事由がない債務者について時効が完成すれば、停止事由ある者も何らかの抗弁を出せると考える点で学説は一致している。そして、議論の所在は抗弁の範圍論(債務の全部か、負担部分の限度か)にあって、その対立は次の点にあるように思われる。一体型絶対効説は、時効を弁済と同列において、全員が時効自体を主張できると考えている。これに対して、負担部分

型絶対効説は、自分について時効が完成していない者は時効を援用できないが、時効完成者に対する求償権の喪失を理由としてその責を債権者に対して問えると考えている。

基本的な対立は右の点にあるが、それぞれをさらに検討してみよう。

一体型絶対効説は時効を弁済と同列にしているが、これはどういう意味であろうか。これを明らかにするには、時効の根拠論を検討せざるを得ないことから、ここでは次のことを指摘するにとどめる（印象としては、根拠論との問題連関はなく、単に時効の効果をそういうものと捉えているにすぎないように思われる。一体型絶対効説の論旨が一般的である一方で時効の根拠論は種類毎に展開されているし、一般の長期時効の根拠については弁済推定の要素は副次的であって、むしろ債権者の権利不行使を非難するという要素が強調されているからである。註（3）参照）。各種時効のなかには、手形時効のように弁済推定だけを根拠にするものがあるけれども（前述第二目1b）、一体型絶対効説の論旨からいって、かような時効に限定する趣旨だとは思われない。論旨は一般的であり、時効全般（あるいは、一般の長期時効）を念頭においたものだといえる。そうすると、効果の点で時効を弁済と同列においているのは、効果をそのように捉えるべきだと考えているのではあるまいか。ところが、保証の場合には、保証人だけが解放される場合を認めるようであり（後述第二款第三目参照）、単に時効の効力が弁済と同じだというのはなく、連帯債務の場合にそういった効果を生ずると考えていることになる。そうすると保証との差異が問題になるが、詳しい議論がないためによく分からない（後述第九項第二款第二目で検討する）。

負担部分型絶対効説は抗弁できる負担部分の具体的範囲に言及していないが、二つの考え方がありえよう。すなわち、求償権喪失の責を債権者に負わせるという点を強調すれば（ロランについていえる）、それは求償関係における負担部分であることになろうし、また留保の明示ある債務免除との類似性を強調すれば（コルメ・ドゥ・サンテエルやラロンビエールについていえる）、債務免除と同じに考えることになろう（債務免除における負担部分型絶対効の具体的意味については、第五項第一款第三目参照）。

第四目 一人が時効利益を放棄した場合

債務者の一人が時効利益を放棄しても、相債務者はなお時効を主張できる。この点に異論はない (Laurent, t.17 n.308 p.307 et t.32 n.208 p.217; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.91 p.75)°。下級審判例も同旨である (Paris, 8 pluv. an 10, Refonte du Rec. Sirey 1791-an 12, 2, 51 = Jur.gén. t.36 v.Prescriptions n.624 p.192 note 1; Paris, 9 fév. 1833, Jur.gén. t.6 v.Avoué n.116 p.22 note 3 5 esp., Limoges, 19 déc. 1842, S.1843, 2, 495 = Jur.gén. t.33 v.Obligations n.1404 p.310 note 1)°。学説は次の理由を示す。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

時効は一定期間における権利の不行使を理由とするものであるために、物的な抗弁となる (Aubry et Rau, t.8 p.449; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.106 p.93)°。

各債務者は、自己の権利として時効抗弁を取得する。このために、一人の放棄は相債務者を害しない (Troplong, De la prescription t.2 n.629 p.149; Demolombe, t.26 n.357 p.299; Colmet de Santerre, t.8 n.332 bis II p.426; Guillaud, Traité de la prescription, t.1 n.309 et 346 p.289-90 et 326-7)°。

時効完成によつて債務は消滅し、黙示の委任関係が終了しているから、一人の行為は他に影響を及ぼさなう (Toullier, vol.3 2 partie n.729 p.449 note 1; Demolombe, t.26 n.357 p.299; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1216 p.332.同旨, Laurent, t.17 n.308 p.307)°。

第二款 保証の場合

第一目 一般論

保証人は主債務についての時効を主張できるとされている (Delvincourt, t.3 note 8 de la page 146 (notes et explications p.266); Duranton, t.18 n.379 p.416; Mourlon, t.3 n.1124 p.452)。保証債務につき時効が完成した場合に関しては特に議論がない。主債務者に対する中断の効力が保証人に及ぶために、保証人について独自の時効が完成することはないというもののさへある (Marcadé et Pont, t.9 n.342 p.184)。

主債務の時効を主張できる理由については、時効によって主債務が消滅するから附従性が働く (Tropiong, Du cautionnement et des transactions n.519 p.450; Laurent, t.32 n.214 p.224; Colmet de Santerre, t.8 n.269 bis II p.298; Marcadé et Pont, t.9 n.343 p.184; Huc, t.12 n.244 p.277; 国書 Aubry et Rau, t.8 p.449)。あるいは主債務者の抗弁を保証人は主張できるからだ (Huc, t.14 n.414 p.520; Guillaouard, Traité du cautionnement & des transactions n.161 p.181) としている。

一般的にはこのように説明されているが、個別の問題との関係ではどうか。この点を検討する。

第二目 時効期間を異にする場合——手形時効等

主債務につき特別時効が完成すれば、保証人も時効を主張できる。この点につき学説に異論はなく、宣誓に着目して異論を唱えるものはみあたらない (Pardessus, Cours de droit commercial t.1 n.240 p.301; Baudry-Lacantinière et Wahl, t.24 n.1165 p.608)。時効を主張できる理由としては、附従性 (主債務なくして保証債務は存続しえない。根拠として二〇三六条を挙げる。条文の文言は第一項参照) が働くからだとしている (Bedarride, De la lettre de change t.2 n.1563 p.447; Huc, t.12 n.244 p.277-8)。

判例も同旨である⁽¹⁶⁾ (Nancy, 8 mars 1845, Jur.gén. t.7 v.Cautionnement n.170 p.567 (国書 G. & C.); Aix, 25 mars 1858, S.1859, 2, 302; Cass.req., 5 avr. 1892, D.P.1892, 1, 246= S.1892, 1, 365= Journal des tribunaux de commerce 1892, 703; Cass.civ., 18 mars 1895, D.P.1895, 1, 367= S.1896, 1, 28;

Cass. req., 2 août 1904, S.1905, I, 185 = Gaz. Pal. 1904, 2, 387. 手形以外の特別時効について同旨⁽¹⁷⁾ Bruxelles, 3 août 1886, Gaz. Pal. 1888, I, Suppl. 77 (商事会社関係の法律による五年の時効。宣誓が許されるかは不明)。Trib. civ. Lyon, 30 nov. 1899, Gaz. Pal. Table 1897-1902, I, 207 v. Cautionnement n. 52 (一一七二条による一年の時効。要旨のみ)。

第三目 時効停止事由がある場合

保証人について時効が停止していても、主債務につき完成した時効を主張できる。保証の附従性(主債務なくして保証債務は存続し得ない)を理由としている(Trophong, De la prescription t. I n. 103 p. 124; Huc, t. 12 n. 244 p. 277; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t. 24 n. 1165 p. 608; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t. 28 n. 108 bis p. 94-5)。

判例も保証人の時効抗弁を認める(Cass. civ., 2 fév. 1886, D.P. 1886, I, 233 = S. 1887, I, 5)⁽¹⁷⁾。

主債務者につき時効が停止しておればどうか。主債務者に関する時効停止の効力は保証人に及ばないとしており(Aubry et Rau, t. 2 p. 345-6; Colmet de Santerre, t. 8 n. 267 bis VI-VII et 270 bis V p. 294-5 et 303; Guilouard, Traité de la prescription, t. I n. 173 p. 164)⁽¹⁸⁾、保証人は自分について完成した時効を主張できると解しているようである。そうすると、保証人だけが解放されるのであろうか。

第四目 時効利益の放棄がある場合

右にみたように、主債務につき時効が完成すれば、保証人は時効を主張できる。これは、主債務者が時効利益を放棄した場合でも同じだと解されている (Huc, t.12 n.244 p.277; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.91 p.75, 反対 Marcadé et Pont, t.9 n.429 p.229-30)。判例も同様である (Bruxelles, 26 juin 1818, Jur.gén. t.7 v.Cautionnement n.231 p.577 note 1; Nancy, 8 mars 1845, Jur.gén. v.Cautionnement n.231 p.577 (要旨66)); Cass.req., 5 avr. 1892, D.P.1892, 1, 246=S.1892, 1, 365= Journal des tribunaux de commerce 1892, 703)。学説は次の理由を示す (根拠条文をめぐる議論につき註 (15) も参照)。

時効は一定期間における権利の不行使を理由とするものであるために、物的抗弁となる (Aubry et Rau, t.8 p.449)。そのために、附従性によって (二〇三六条) 保証人は自己の権利として時効抗弁を取得するのであって、主債務者がそれを奪うことはできない (Duranton, t.21 n.156 et 282 p.243 et 471; Troplong, Du cautionnement et des transactions n.519 p.450 et De la prescription l.1 n.103 p.124 et l.2 n.636 p.156; Aubry et Rau, t.4 p.684; Laurent, t.28 n.300 p.296 et t.32 n.214 p.224; Colmet de Santerre, t.8 n.332 bis II p.426; Larombière, t.3 art.1206 n.3 p.440; Guillaud, Traites du cautionnement & des transactions n.161 et 232 p.180-1 et 259-60 et Traité de la prescription, l.1 n.309 et 346 p.289-90 et 326-7; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1165 p.608; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.106 p.92-3)。

保証人が時効利益を放棄した場合については、次のようにいうものがみられる。主債務者は時効を主張できる (Troplong, De la prescription t.2 n.636 p.156)。この場合に、事情によつては、債務承認によつて保証債務から新たな主債務への更改が生ずるとみることもできる (Duranton, t.21 n.283 p.472)。その結果として、保証人は弁済しても主債務者に対して求償できない (Troplong, Du cautionnement et des transactions n.339 p.300-1)。

第五目 時効中断の効力

これまでみてきたように、主債務についての時効完成を保証人は主張できる。学説はそこでどういった事情を考慮しているのだろうか。この点を窺うには、時効中断の効力に関する議論を検討するのが有用である。

1 主債務者に対する時効中断の効力

主債務者に対する時効中断は保証人に効力が及ぶ⁽¹⁹⁾（二三〇条。これは連帯保証人でも同じだとされている（Aubry et Rau, t.4 p.683-4; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1166 p.608）。

前述したように、原則として中断の効力は相対効だと考えられている（前節第一款b。特に保証に関して、この点に言及するものとして、Marcadé et Pont, t.9 n.342 p.184）。二三〇条はこれに対する例外だと位置づけられているのである。その理由については、保証の性質に着目した説明が三通りみられる。

第一は、保証における代理に根拠を求めるものである。中断効が及ぶのは、債務の保存につき主債務者が保証人を代理するからだとする（Aubry et Rau, t.3 p.494-5 note 16, 同旨、Demante, t.8 n.267 p.292）。

第二は、債務の単一性を根拠とする。主債務と保証債務とは同じものであって、保証人は主債務へ加わったにすぎないために、債権者は時効回避に必要な行動をとったといえるからだとする⁽²⁰⁾（Troplong, Du cautionnement et des transactions n.463 p.409-10 et De la prescription t.2 n.633 p.153-4; Larombière, t.3 art.1206 n.3 p.440-1, 同旨、Duranton, t.21 n.282 p.471 等）。

第三は、民法の立法過程でみられた説明である。主債務が継続する限り保証債務も継続すべきだから、中断効が及ぶとする（Bigot-Préameneu, L'exposé des motifs, Fenet t.15 p.584; Maleville, t.4 p.384; Marcadé, t.12 n.184 p.214）。この説明を具体化して、保証人に対する時効中断についても主債務者に効力が及ぶことになり、その点で批判がある（後述）。

第三は、民法の立法過程でみられた説明である。主債務が継続する限り保証債務も継続すべきだから、中断効が及ぶとする（Bigot-Préameneu, L'exposé des motifs, Fenet t.15 p.584; Maleville, t.4 p.384; Marcadé, t.12 n.184 p.214）。この説明を具体化して、保

証人の約務は主債務者の義務内容だから、保証債務が継続するには主債務が継続しておれば足りるというものもある (Delvincourt, t.3 p.139-40 et note 6 de la page 140 (notes et explications p.256); Mourlon, t.3 n.1887 p.783)。

第三の説明は正しくないと批判されている。すなわち、保証債務は従たる債務だが主債務とは別個の債務だから、時効中断効が保証人に及ぶとする理由はないという (Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.565 p.419)。

また、二二五〇条は二〇三四条と調和しないという理論的批判もあり、これは第三の説明に対する批判ともなる (二〇三四条「保証契約により生ずる債務は、他の債務と同じ事由によって消滅する」)。すなわち、保証人につき一般の債務消滅事由があれば、二〇三四条により主債務は存続したままで保証債務が消滅する。この規定からすれば、時効中断効が保証人に及ぶ理由はないという (Aubry et Rau, t.2 p.361 note 65; Laurent, t.32 n.151 p.160-1; Guillohard, Traité du cautionnement & des transactions n.221 p.249-50)。

この考え方をとれば、時効中断効が保証人に及ぶ理由を主債務の存続に求めるのはおかしいということになる。

この批判を容れて、第三の説明を次のように修正するものがある。保証の目的は主債務を担保することにあるのに、保証債務の消滅を認めると目的に反することになる。たしかに、二〇三四条は保証だけが消滅する場合を認めているが、その適用は、保証人だけが免除を受けた場合および保証債務につき混同を生じた場合に限定すべきである。時効中断は約務の実行にすぎないのだから、中断効が及ぶことを保証人は当然に予期すべきである (Huc, t.14 n.414 p.519)。

2 保証人に対する時効中断の効力

保証人に対する中断の効力については、三通りの考え方が示されている。

多数説によれば、保証人に対する時効中断は主債務者に効力を及ぼさない (Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1166 p.608)。

このために、主債務につき時効が完成すれば、保証人は時効を援用できる。そして、これは連帯保証人であっても同じ

である (Troulier, vol.3 2 partie n.723 p.446; Aubry et Rau, t.2 p.361; Colmet de Santerre, t.8 n.272 bis VI p.307; Marcadé et Pont, t.9 n.343 et 353 p.184 et 188; Huc, t.12 n.262 p.298-9 et t.14 n.414 p.520; Guillaouard, Traité du cautionnement & des transactions n.224 p.253.但し、連帯保証人を連帯債務者と同視する見解をとって、代理関係を認めれば別だといふものがある。Fournier, Le cautionnement solidaire, Revue critique 1887, 45-6 n.33; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1166 p.608)。

時効中断効が主債務者に及ばない点については、一二五〇条の理由づけを前提として、次のように説明されている。すなわち、一二五〇条では、主たるものが存続する限り従たるものも存続するという点が理由となつたけれども、この理由が逆に働いて、主たるものの運命を従たるものが左右するといふことにはならぬ (Marcadé, t.12 n.184 p.214-5.同旨、Delvincourt, t.3 note 6 de la page 140 (notes et explications p.256).前述一第三の説明参照)。また、原則として中断効は他に及ばないし、一二五〇条は例外であつて拡張できないからだといふ (Laurent, t.32 n.152 p.161-2; Marcadé et Pont, t.9 n.342 p.184; Guillaouard, Traité du cautionnement & des transactions n.221 p.250-1 et Traité de la prescription, t.1 n.273 p.260; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.565-6 p.419)。

このほかに、保証人が訴求を受けるのは従たる債務者としてのことであるにすぎないからだといふものがある (Mourlon, t.3 n.1888 p.783)。

そして、主債務についての時効を保証人が主張できる理由としては、附従性 (主債務なくして保証債務は存続できない。一〇三三六条) が挙げられてゐる (Duranton, t.21 n.283 p.471-2; Delvincourt, t.3 note 8 de la page 136 (notes et explications p.266); Mourlon, t.3 n.1888-91 p.783-4; Colmet de Santerre, t.8 n.267 bis V p.294; Marcadé et Pont, t.9 n.343 p.184; Huc, t.14 n.414 p.520; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.566 p.419-20)。

そのほかに、一二〇三七条 (担保保存義務違反抗弁) を挙げるものもある (Delvincourt, t.3 note 6 de la page 140 (notes et explications p.256))。

これに対して反対説は、次の理由から、主債務者に対する関係でも時効中断の効力が及ぶとする。

主債務者に対する権利と保証人に対する権利とは同じものである（Trop long, Du cautionnement et des transactions n.464 p.411 et De la prescription t.2 n.635 p.156; Larombière, t.3 art.1206 n.3 p.440-1）。また、保証人は弁済について主債務者から委任を受けているのであって、弁済に関して必要な請求を受けることについても権限をもつ。この委任による義務として、請求があったことを保証人は主債務者へ通知せねばならないと同時に、通知には利益があつて、これにより主債務者から保護を受けることができる。さらに、もし主債務者に中断効が及ぶとしなければ、保証人は三〇年間も利息を払ってきたのに主債務に関する時効を援用できることになってしまう（Trop long, Du cautionnement et des transactions n.464-5 p.411-4）。反論として、保証人による債務承認は自分が支払っていないことを示すだけで、主債務者が払っていないことまでは意味しないといわれるが、この反論はあたらない。受任者たる保証人と委任者たる主債務者との間に隠し事などはあろうはずがない。思慮深く行動するのであれば、弁済した主債務者には保証人への通知が求められるからである（Trop long, Du cautionnement et des transactions n.467 p.415-6, また、Larombière, t.3 art.1206 n.3 p.440-1も主債務者と保証人の相互代理に根拠を求めており、説明の仕方が少し異なるものの、主債務者と保証人の間に緊密な関係があることに着目する点では、トロロンと同じである。そのほかにラロンビエールが示す理由として、保証人に対する中断事由があれば、債権者は権利行使を怠ったとはいえないという点がある）。

この反対説に対しては一点の批判がある。

第一に、主債務と保証債務は単一でなく（Mourlon, t.3 n.1889 et 1891 p.783-4; Aubry et Rau, t.2 p.361 note 66; Laurent, t.32 n.151-2 p.160-2; Marcadé, t.12 n.184 p.214-5; Guillaud, Traité du cautionnement & des transactions n.221 p.249-51 et Traité de la prescription t.1 n.273 p.260, 同旨 Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.565 p.419, また、この点でトロロンは保証の従たる性質を誤解して保証を一種の連帯債務に変化させているところがある。Aubry et Rau, t.2 p.361 note 66）。

第二に、請求を受領したり債務を承認することについて。主債務者が保証人に委任したとはみられない (Marcadé et Pont, t.9 n.342 p.184; Guillaud, Traites du cautionnement & des transactions n.221 p.251)。

さらに第三のものとして、保証委託の有無に着目する考え方が示されている。保証委託があれば、保証人は主債務者を代理するから中断効が主債務者に及ぶが、委託なくば事務管理者にすぎないから中断効は及ばず、そのために保証人も附従性により主債務についての時効を主張できると考えるのである。しかし、この考え方を実際に主張するものはみあたらず、事務管理者も本人を代理するから、保証委託による区別は恣意的だと批判されている (Mourlon, t.3 n.1890-1 p.783-4)。

裁判例は、保証人に対する時効中断に相対効しか認めず、主債務につき時効が完成すれば保証人も時効を主張できるとする (Toulouse, 13 juill. 1896, Gaz. Pal. Table 1897-1902, I, 208 v. Cautionnement n.58 (要旨のみ))。但し、l'autorité de la chose jugée がある判決が保証人について既に出ておれば別だとする (Cass. req., 25 nov. 1903, S.1906, I, 345 = Gaz. Pal. 1904, I, 119)。⁽²⁷⁾

共同保証については、分別利益のある共同保証人が連帯債務者と同視できるか否かという観点から考察されている。多くの学説によれば、分別利益ある保証人は連帯債務者とみられないために、相保証人へ中断効が及ばない (Delvincourt, t.3 note 2 de la page 142 (notes et explications p.258); Mourlon, t.3 n.1142 p.460; Aubry et Rau, t.4 p.685 note 20; Laurent, t.28 n.220 p.233-5; Marcadé et Pont, t.9 n.192 p.113-4; Guillaud, Traites du cautionnement & des transactions n.147 p.168-9; Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1051 p.557-8)。

しかし、分別利益はあっても分割前は連帯債務と同じだから中断効が及ぶとするものもある (Tropiong, Du cautionnement et

des transactions n.291 p.265. 結果同旨¹ Huc, t.12 n.205 p.239-40. 共同保証をある種の不可分債務と同じだと考えて、不可分債務の時効中断に関する一二四九条二項を根拠とする）。

第三款 検討——特に、時効中断や時効消滅に関する議論と債務の性質に関する議論との関係について

まず、以上の議論状況をまとめておく。

保証に関して多数説は、主債務と保証債務が別個だとしたうえで、主債務についての時効を保証人も主張できるとする（理由は附従性）。これに対して、連帯債務においては見解が分かれているが、それは時効の性質に関する理解の相異によるものだと解される。すなわち、時効の効力を弁済と同視すれば、一体型絶対効説になるし、留保の明示ある債務免除と同視すれば一体型絶対効説になる（保証については、時効の効力が弁済と免除の何れに類似しようとも、結果は同じになる。前述第五項第三款第一目で紹介した保証人に対する留保ある免除の議論参照）。また、宣誓付託権付きの特別時効については、宣誓付託権の手續的保障さえあれば、この問題に影響を及ぼさない。

ところで、保証に関する中断効の議論をみると、保証の性質に関する理解を窺うことができる。すなわち、主債務者・保証人に対する中断効が他方に及ぶとする説をみると（トロロン、ラロンビエール）、債務の単一性や代理という法律構成を通じて、主債務者と保証人が連絡を取り合うほどに緊密な関係であることを想定している。また、主債務者に対する中断の説明にさいしても、主債務者が保証人を代理するからだというものがある（オブリーロ、ドゥマント）。これらは、中断効の議論を保証の性質に結びつけるものである。同様に、中断効を債務単一性や相互代理といった点に結びつける議論

は連帯債務についてもみられる（前節第二款b、第三款、第四款）。

他方で、時効完成の効力については、債務単一性や代理の性質が時効抗弁の可否に直接関係する要素としては捉えられていない。むしろ、時効完成の効力をめぐっては、連帯債務であれば各時効制度の性質が問題にされているし、保証であれば、附従性という性質——これは、主債務者と保証人間に緊密な関係があることを前提にしない——に理由が求められている。もつとも、手形債務や清算人たる社員の義務といった債務の類型が問題にされているが、それとても時効の性質を考えるための一要素にすぎない（前述第一款第二目3参照）。

ところが、時効停止の場合につき連帯債務に関する議論と保証に関する議論を比べると、連帯債務においては時効の効力が弁済と同じだと説明する一方で、保証においては保証人だけが解放されるとしている。この違いには、連帯債務の性質に関する考慮が反映しているように思われる。多数の学説はそれを具体的には示さないが、連帯債務者相互間における緊密な関係を想定しているのだといえる（詳しくは、第九項第二款第二目で検討する）。

このことは本稿の主題との関係で重要である。従来の紹介によれば、一九世紀フランス法では連帯債務者間に緊密な関係があるとの発想がとられており、その発想が時効中断効だけでなく時効完成の如き債務消滅事由についても議論に影響を与えたといわれてきた（淡路剛久『連帯債務の研究』一〇九—一〇頁。これまで本稿はこの紹介に疑問をもち、異なる分析視角からフランス法を検討してきたが、少なくとも時効完成の効力については淡路説の紹介を検証する結果となった。もつともこれは、連帯債務に関する時効が弁済と同じ効力をもつために一体型絶対効を生ずるという点についてのことである。今世紀の議論であるが、全部義務者の一人につき時効が完成した場合において、担保保存義務違反を理由に負担部分型絶対効を認めるものがある（J.Mestre et M.-É.Tian-Panrazi, *Juris Classeur civil* art.1197 à 1216 fasc.3 n.16 et 68 p.5 et 13参照）。緊密な関係の欠如は一体型絶対効を排除するだけであって、相対効の結論を当然に導くわけではない。利益分析の観点

から担保保存義務違反抗弁を全部義務者にも認めるならば、時効完成は負担部分型絶対効を生ずることになる。

(1) 手形時効の要件については争いがある。文言通りであれば、振出人が商人であるか商取引のための振出であれば足りるはずである (lettres de change : souscrits par des négociants : ou pour faits de commerce)。しかし、手形時効の適用があるのは商取引のための手形に限るのであって、商人が商行為以外の目的で振出した場合には手形時効の適用がないとする学説・裁判例がある (Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t.4 4^{ed} 1907 n.531 p.434-5 参照)。本稿に直接関係する問題ではないことからここでは、文言にしたがっておく。

(2) 時効の根拠が弁済推定にあることは、債権者の宣誓付託権だけでなく、次の帰結をも導くといわれている。すなわち、債務者が弁済以外の事由 (例、債務の不発生・債務免除・更改・相殺) を債務者が主張する場合には、これらの特別時効を主張できないうのである (Pardessus, Cours de droit commercial t.1 n.240 p.299; Aubry et Rau, t.8 p.447; Laurent, t.32 n.517 p.532-3; Hue, t.14 n.480 p.610; Guillemaud, Traité de la prescription, t.2 n.776 p.210-1; Lyon-Caen et Renault, op. cit. n.455-6 p.375; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.743 p.583)。

判例も同旨である (たとえば Cass. req., 25 fév. 1863, D.P.1863, 1, 299 = S.1863, 1, 242 (債務免除を主張); Cass. req., 20 janv. 1869, D.P.1870, 1, 69 = S.1869, 1, 104 (取引が売買でなく贈与などとして債務の不存在を主張); Cass. civ., 20 nov. 1889, D.P.1890, 1, 60 = S.1890, 1, 8 (雇契約を結んだのは下請人だとして債務の不存在を主張))。

(3) かような問題は他種の時効では生じない。宣誓付託権は他の時効に拡張すべきでないと考えられているからである (Huc, t.14 n.481 p.612; Guillemaud, Traité de la prescription, t.1 n.315 p.296 et t.2 n.786 p.217; 判例も同旨 Cass. civ., 13 fév. 1856, D.P.1856, 1, 77 = S.1856, 1, 643 (商法四三三条による船員の報酬債権に関する一年の時効について、債権者の宣誓付託を裁判所が却下したのは正当)、また類似の裁判例として Cass. civ., 13 juin 1881, D.P.1882, 1, 474 = S.1884, 1, 22 (二二七条による定期金に関する五年の時効 (今日では二年、一九七一年七月一六日法) について、債務者の付託に応じて、弁済を受領していないことにつき債権者が宣誓しても、時効完成の効果は破られない)。これは、この種の特別時効の根拠が弁済推定にあつて、それゆえに宣誓義務が課されていると考えられていることによる (Aubry et Rau, t.8 p.451 texte et note 12)。具体的には次のようにいわれている。

一般の長期時効の根拠としては(三〇年・二六二条)、弁済や免除を推定するというところがあるが、主たる根拠は、債権者の権利不行使を非難することにある。このために、債権者は宣誓付託できない(Delvincourt, t.2 p.204, 長期時効の根拠論として、弁済や免除の推定が副次的だと考える点で同旨、Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.29 p.23-4)。あるいは、弁済推定の程度が確實であって反証を容れる余地がないし、もし現実には弁済がなくとも権利放棄を推定できる。さらに、過責の程度は大であって、債権者を救済することは許されないという説明もみられる(Mourion, t.3 n.1973 p.818)。

二二七七条の時効は(定期金や利息などの定期払の債務につき五年)、公益の観点から債権者の過責を問うものであるから、弁済推定を根拠とする時効と異なる。すなわち、たとえ未払が自由によつて示されても、権利の不行使によつて利息が増大して債務者の地位が極度に悪化するのを公益上の観点から防止するという法律の目的は維持されるべきである(Mourion, t.3 n.1983 p.822; Laurent, t.32 n.432 p.457-8; Guillaud, Traité de la prescription, t.2 n.656 p.106; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.770 p.607-8)。このように、二二七七条の時効の根拠は公益上の理由にあるとされ、具体的には、利息や定期金のような債務は累積していくものであって、しかも債権者がわざと請求を控えることもあるから、債務が余りに増大することを防いで債務者を保護するとともに債権者の権利不行使を非難することが時効の根拠になっているといわれてゐる(Maleville, t.4 p.405; Delvincourt, t.2 p.208 et note 6 de la page 208 (notes et explications p.644); Aubry et Rau, t.8 p.424; Laurent, t.32 n.431-2 p.456-8; Guillaud, Traité de la prescription, t.2 n.597 et 654 p.60 et 102-4; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.32 et 768 p.28-9 et 605-6)。

一二七六条の時効についても(裁判官や代訴士・執行官が負う裁判記録等の引渡債務につき五年)、弁済推定または免除推定のほかに、債権者の権利不行使を非難するという観点が時効の根拠になっていることから、宣誓付託できない(Delvincourt, t.2 p.208)。

以上のように実質的な理由とは別に、法形式上の理由も挙げられている。すなわち、原則として権利を否定する法律上の推定に対しては反証が許されず、反証は明文ある場合に限り許される(一二五二条二項「推定に基づいて法律が特定の行為を取消しまたは訴訟上の行為を否定する場合には、法律による推定に対する反証が許されない。但し、法律が反証を留保している場合および宣誓や裁判上の証言につき定めがある場合は別である」)。このために、例外規定たる二二七七条による宣誓義務は他の時効に拡張できない(Laurent, t.32 n.432 et 513-4 p.458-8 et 527-9; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.751 p.591, 同旨 Maleville, t.4 p.403)。

(4) たとえば破産管財人や清算人が宣誓できない理由について次のように説明されている。

寡婦や相続人は請求について知っていることがあるだろうが、破産管財人や清算人は事情を知らないことが多い。また、

宣誓が実際に問題になるのは管財人等が自己の弁済を主張した場合であるが、かような場合における宣誓は二二七五条一項の宣誓ではなく同条一項の宣誓である。ところが、一項の宣誓は債務者本人だけが宣誓義務を負う。これは代理人に固有の事実に関する宣誓によって本人（債務者）が利益・不利益を受ける場合には、その宣誓が許されないからである（Baudry-Lacantinerie et Tissier. t.28 n.746 p.585-7）。

(5) 連帯債務以外の場合について、訴外の時効完成者を召喚して宣誓付託できるとする議論がある。それは、強制執行における配当異議の局面において、債権者Xが債権者Yの時効消滅を主張する場合である。具体的には、一般債権者に時効主張権を認める二二五条の適用範囲の問題として議論されている（二二五条「一般債権者または時効完成につき利害関係を有するその他すべての者は、時効を主張できる。債務者または所有者が時効利益を放棄していても同じである」）。

多くの学説によれば、この種の時効は宣誓付託権との引換だけれども、時効抗弁を受けた債権者Yは債務者に対して宣誓付託できるから、Xは二二五条に基づき時効を主張できる（Huc. t.14 n.336 et 481 p.418 et 612; Guillaud, Traité de la prescription. t.1 n.345 p.325-6 et t.2 n.788 p.219-20; Baudry-Lacantinerie et Tissier. t.28 n.121 p.102. また Duranton. t.21 n.151 p.238; Laurent. t.32 n.218 p.227も同旨か）。債権者相互間の訴訟に債務者を召喚すればよいというのであろう。

もともと反対説があり、Xが時効を主張できないとし、その理由を、宣誓付託が認められているような時効についてYがその権利を奪われるべきでない点に求める（Aubry et Rau. t.3 p.136-7 texte et note 36）。

なお、下級審裁判例はオブリロと同じ見解をとって時効の主張を認めなく（Montpellier. 3 mai 1841. S.1841. 2. 532= Jur.gén. t.20 v.Etats de commerce n.856 p.379 note 1（配当異議訴訟）; Rouen. 1 dec. 1854. D.P.1855. 2. 121= S.1856. 2. 692（配当異議訴訟）; Fleche. 13 août 1861. D.P.1861. 3. 71（破産債権の届出に対して、破産者と破産管財人が時効を主張していない場合には、他の債権者が時効を主張してその届出に対して異議を申立てることはできない））。破毀院は時効主張を認めるかのようであるが（Cass.civ. 12 juill. 1880. D.P.1881. 1. 437= S.1881. 1. 421. 原告債権者が時効抗弁に対して債務者への宣誓付託を申立てたところ、原審は時効の効果を債務者の意思にからしめるのは二二二五条に反し、宣誓付託は時効を主張する被告債権者に対してなすべきだとして、宣誓付託の申立を却下したが、これは二二二条・二二七五条に違反するとした）、その後も時効完成者の召喚による訴訟遅延を理由に時効の主張を退ける下級審判決がある（Trib.civ.Orange. 12 juill. 1890. D.P.1893. 2. 276. 債務者の相続人に対して宣誓を付託することは、相続人が召喚されていないために、時間稼ぎとなる。したがって、時効抗弁についてさらに判断する必要がない）。

(6) 日本商法は合名会社の社員が負う責任について五年の終期を定めるが、社員が清算人であると否とで区別しないからフランス法のような問題を生じない(現行一四五条)。清算人か否かを問わない点では、明治三年商法一三五条も同じである。ロエスレル草案ではフランス商法も参照しているようだが、この点でのフランス法との相違については言及がない(参照: Roesler, Entwurf eines Handels-gesetzbuches für Japan, 1.Bd. S.270)。なお、一八〇七年フランス商法の立法過程をみる限りでは、この特別時効はフランス商法史においても新たな制度である(Procès-verbaux du Conseil d'État (Bigot-Prémamieu), Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, t.17 (Code de commerce, t.1), 1829, p.270. 学説による説明として例えば、Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial t.4 n.531 p.434 参照)。また、国務院 (le Conseil d'État) の審議では、特別時効導入の是非や時効の起算点をめぐって見解の対立がみられる。本来ならばこれらの問題や社員の義務論一般を検討すべきだが、将来の課題としたい。ここでは、フランス商法六四条に関する学説を概観するにとどめる。

(7) ここでは紹介の対象を合名会社に限定するが、商法六四条の時効が、合名・合資会社の無限責任社員の債務だけでなく、有限責任社員や株主の出資金・株金払込債務等にも適用されるかについては争いがある(この点につき参考になるものとして例えば、Bravard-Veyrières et Demangeat, Traité de droit commercial t.1 2 ed. 1890 p.455 texte et note 1; inomé, note S.1895, 1. 497; Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, t.2 1 partie 4 ed. 1908 n.545 p.441-4 et 2 partie 4 ed. 1909 n.806 p.178 note 1 参照)。

(8) 論者によれば、清算人に対する時効中断の効力も非清算人に及ばない(G.F.Dageville, Code de commerce, t.1 1828 p.200; Troplong, Du contrat de société civile et commerciale, t.2 1843 n.1050 p.493-4)。特別時効の趣旨が清算人と非清算人とを分けて、連帶関係を切ることにあるからだとする(Pardessus, Cours de droit commercial t.3 n.1090 p.266-7, 反対 Valabrégué, Nouveau cours de droit commercial, n.1172 p.207; Lyon-Caen et Renault, op. cit. n.443 bis p.365-6)。

(9) 判例も、会社契約に基づく社員相互間の訴権には六四条による五年の時効は適用されないとする(Rennes, 20 juill. 1812, Re-fonte du RecSirey 1812-1814, 2. 160 (要旨66); Rouen, 8 mars 1871, D.P.1872, 5. 418=S.1871, 2. 299; Paris, 26 avr. 1877, D.P.1879, 2. 81=S.1880, 2. 331; Dijon, 29 mars 1897, D.P.1898, 2. 353=S.1900, 2. 305; Cass.req., 22 mars 1905, D.P.1906, 1. 206=S.1905, 1. 308)。そして、本文掲記の学説がいうような場合、すなわち、清算人が会社債権者に弁済した上で非清算人たる社員へ求償した事例はみあたらない。

また、立法過程でも社員相互間には短期時効の適用なしとする議論がある(Procès-verbaux du Conseil d'État (Regnaud), Locré,

op. cit. p.273-4)。

ところが、清算人に時効抗弁を認める説のなかには、そもそも求償権がないというものもある。清算人が社員としての義務を履行しても、それは自己のためであって相社員のためではない。相社員は時効によって解放されているのだから、求償権を生じないというのである (Marcadé et Pont, t.7 bis n.2010 p.824)。

しかし、この議論は疑問である。たしかに、初期の有力説は、社員として履行した分について非清算人に対する求償を認めている。しかし、求償権の根拠は会社契約に求めているのであって、相社員が債権者に対する義務を免れた点を根拠としているわけではないからである。

(10) 本文掲記のような立法趣旨は、立法過程の議論にもみられ、五年もあれば債権者には十分であるとともに、会社財産はすべて清算人の許にあることから、非清算人の新たな商取引のためにこれを解放してやる必要があるとされている (Procès-verbaux du Conseil d'Etat (Regnaud, Jaubert, Creter et l'Archichancelier), Locté, op. cit. p.271 et 273-6)。

(11) 次のような特色ある事件である。定款で清算人として指名されていた者が首相であつたために、別の社員が清算人となつた。そのさいに清算人となつた者は留保を明示して、定款で指名されていた者が清算人となれば自分は辞任することとし、その旨を登記・公示した。その後、定款で指名されていた者が清算人となつたけれども、会社債権者は辞任した元清算人に対して訴求したのである。元清算人は辞任から五年の経過を理由に商法六四条による特別時効を援用し、破毀院はこれを認めた (会社債権者の破毀申立棄却)。そのさい破毀院は、元清算人がその職を引き受けたのは暫定的なものであるとして、事例判決のようにも解される。しかし学説は、本件に特有の事情が結論に影響を与えた、とは必ずしも理解していない (Inomé, note D.P.1849, 1, 310)。

(12) 多数説は時効停止を相対効事由とみる (Duvergier, sur Toullier vol.3 2 partie n.728 p.448 note b; Aubry et Rau, t.2 p.345-6; Laurent, t.32 n.74 bis p.91-2; Larombière, t.3 art.1206 n.4 p.441-2; Huc, t.14 n.420 p.528; Guillaud, Traité de la prescription, t.1 n.173 et 177 p.164 et 166-7; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1222 p.334-5; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.463 p.351-2, 但しこれらの多くは債務が不可分なら別だといふ)。しかし、一体型絶対効を生ずるといふ説もある (Demolombe, t.26 n.414 et 171 p.350 et 132-5)。

本文で紹介する議論は、多数説にしたがつて時効停止を相対効事由とみる見解を前提としている。なお、論者のうちドゥモロンブは、時効の効力につき一体型絶対効説を主張してはいるものの、本意としては、時効停止に一体型絶対効を認

めんとする。時効停止の効力が全員に及ぶためにそもそも全員について時効が完成しないと解すべきだけれども、もし時効が完成するというのならば、完成した時効に一体型絶対効があるとすべきだといふのである (Demolombe, t.26 n.413-4 p.349-350)。

なお、裁判例の態度は明確でない。時効停止に一体型絶対効を認めるかの如き下級審裁判例がある一方で (Orléans, 11 mai 1861, D.P.1861, 2, 96=S.1863, 2, 65, 連帯債務者の一人について破産手続が継続している間、相債務者は三〇年の時効を主張できないとする。しかし、この判決は破産手続の継続が時効の中断事由であるのか停止事由であるのかを法性決定しておらず、このために時効停止に一体型絶対効を認めたものとは確言できない。また、判例・学説は、破産手続の継続が時効停止事由だとしたうえで、この判決に反対している)、傍論ではあるが破毀院判決は相対効としている (Civ. req. 23 fév. 1832, S.1832, 1, 537= Jur. gén. t.36 v. Prescriptions n.743 p.219 note 3, 破産宣告は時効停止事由でないから時効が完成したといった上で、たとえ時効停止を認めるにしてもその効果を相債務者に対する関係で主張できないから、何れにしても時効抗弁が成立するとした (関連判決: Cass. req. 14 fév. 1833, S.1833, 1, 844= Jur. gén. t.20 v. Effets de commerce n.829 p.365 note 4 (債務者の破産は時効中断事由でない); Lyon, 2 fév. 1849, D.P.1851, 5, 198 (破産手続の開始は時効を停止しない))。なお、学説も破産宣告は時効停止事由ではないとする (Trop long, De la prescription t.2 n.712 et 719 p.242 et 249-50, Aubry et Rau, t.2 p.341-2 texte et note 28 et p.363 note 74; Guillaud, Traité de la prescription, t.1 n.161 p.151; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.461 p.350; Lyon-Caen et Renauld, Traité de droit commercial t.4 n.449 p.372)。そして、破産債権を届出て破産債権として認められれば時効が停止するというもの (Aubry et Rau, t.2 p.342 texte et note 30; Guillaud, Traité de la prescription, t.1 n.166 p.156)。破産債権の認可を時効中断事由だといふものがある (Trop long, op. cit. n.719 p.251-52; Pardessus, Cours de droit commercial t.1 n.240 p.301-2; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.377-8 p.295-6)。

(13) もともと、一九世紀フランスでも、条件・期限は本来的な意味での時効停止事由ではないとする学説がある (Laurent, t.32 n.74 bis p.91; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1223 p.335 note 4; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.385 p.302)。しかし、連帯債務や保証の議論では、条件・期限を他の時効停止事由と区別すべしと主張するものがない。このことから、ここでは条件・期限付債務を時効停止事由ある場合に含めて扱うことにする。

(14) 最後の判決はやや特殊な事案である。別訴で債務者の一方が訴求を受けて時効抗弁を出したところ、時効未完成だととして抗弁が退けられ、その判決が既判事項の権威 (l'autorité de la chose jugée) を取得した。本判決は他方債務者の時効抗弁を容れるさいに、相債務者による時効利益放棄の効果は及ばないし、当事者を異にするから別訴判決の効果も及ばないといふ。

しかし、この判決に対しては、判決効の観点から批判がある (Larombière, t.3 art.1208 n.21 p.469-70)。

- (15) 本文で紹介する諸理由のほかに、根拠条文として二二二五条を挙げるものがある (Duranton, t.21 n.155 p.242; Marcadé, t.12 n.185 p.215-6; 条文の文言については註 (5) 参照)。これに対して、二二二五条は無関係だというものもある (Mourlon, t.3 n.1798 p.741; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.106-7 p.92-3)。

同様の議論は保証についてもみられ、主債務者による時効利益の放棄にも拘わらず保証人が時効を主張できる根拠として二二二五条を挙げる学説 (Tropiong, De la prescription t.1 n.103 p.124; Marcadé, t.12 n.185 p.215-6; Hue, t.12 n.244 p.277) と二二二五条を根拠条文にしない学説とがある (Mourlon, t.3 n.1798 p.741; Marcadé, t.12 n.52 p.63-4; Baudry-Lacantinerie et Tissier, t.28 n.106-7 p.92-3)。

この点における見解の対立は、二二二五条に関する理解の相異 (二二二五条の対象を限定して、時効完成者の一般債権者のように、他人についての時効を債権者代位権によって主張する者に限るか否か) によるものであり、ここでは紹介を省く。根拠条文の問題は各論者がとる法律構成を探るのに有用だとも思われるものの、その考えは明確でない (マルカデについては、二二二五条を根拠とする説明とそれを否定する説明の双方がある)。

- (16) 裁判例で特に問題になったのは、保証が手形保証 (aval) ではなく民事保証だとしても、手形時効を主張できるかである。判例は時効の主張を認める。二〇三六条により、主債務者の抗弁を保証人は援用できるからだという (本文掲記の判決のうち、次のものがこの問題に関する。Aix, 25 mars 1858; Cass.civ., 18 mars 1896; Cass.req., 2 août 1904)。

- (17) 事案に特色がある。

貸金債権が保証された。債権者は主債務者の財産に対し抵当権を有しており、主債務者との合意で、弁済にさいしては抵当物件の代金から充てることとしていた。また、不足額があっても主債務者の死亡までは訴求しないこととしていた。その一方で、債権者は保証人とも合意して、保証人の生存中は訴求しないこととしていた。その後、主債務者が死亡してから一三年以上経った後に保証人が死亡した。そのために時効の成否が問題となった (具体的には、利息に関する五年の時効。二二七七条)。原判決は、利息の請求を訴求前五五分に限り認め、破産院もその判断を容れた。

この判決は次のようにまとめられる。主債務について履行期が到来すれば時効が進行し、その時効が完成すれば保証人も主張できる。これは、保証債務が履行期になくとも同じである。

(18) 主債務者に時効停止事由がある場合に關しては、本文とは別の問題が指摘されている。それは、時効停止中に主債務者が無資力になった場合の問題である（保証債務につき時効が未完成であることを前提とする）。この場合に保証人は債権者に対して担保保存義務違反抗弁（二〇三七条）を主張できるといふものがある（Colmet de Santerre, t. 8 n. 270 bis V p. 302-3）。もっとも、その理由は主債務者が無資力となったことにあるのではない。この議論で想定しているのは、連帯債務者の全員を保証したところ、連帯債務につき時効が完成したが、債務者の一人につき時効が停止していたという場合である。コルメ・ドゥ・サンテールによれば、この場合に連帯債務は時効停止事由ある者につきその負担部分の限度で存続するにとどまる（前述第一款第一目b参照）。そして保証債務も、時効停止事由ある債務者の負担部分を限度とすることになる。ところが、時効停止事由ある債務者が無資力であれば、その者に対する求償権に実効性がなくなる。これは、債権者が時効中断を怠ったために停止事由なき債務者に対する求償権を保証人から奪ったことに起因するものであつて、この点に担保保存義務違反があるといふのである。

(19) 裁判例では、定期金の主債務者が定期金を払つていたために時効中断を認めたものがある（Grenoble, 11 mars 1818, *Revue du Rec. Sirey* 1815-1818, 2, 364）。

(20) 債務の単一性ではないが、本文と類似する説明がある。

主債務者は債務承認によつて当座の請求を免れており、これによつて保証人も利益を受けている。このために、債権者は時効中断効を保証人に対して主張できる（Duranton, t. 21 n. 283 p. 471）。

この説明からすれば、保証人に対する中断も主債務者に効力が及びそうだが、論者はそれを否定する（n. 283 p. 471-2）。

(21) 連帯保証人に対する請求認容判決があれば（*l'autorité de la chose jugée* あり）、その後主債務者が時効を主張して請求棄却判決を得ていても、保証人は執行を免れないとする。日本の判例理論からすれば保証債務履行請求訴訟の口頭弁論終結時における時効完成の有無が問題になるところ（最判昭和五一年一〇月二二日民集三〇巻九号九〇三頁）、控訴院の事実認定をみると、保証人は時効を主張できたのに主張しなかつた事案である。

第九項 一九世紀フランス法における連帯債務論

第一款 まとめ

第一目 個別の局面における考え方

ここでは、債務消滅事由の効果とその理由を、連帯債務を中心にまとめる。

1 弁済

弁済には一体型絶対効があり、それは債務単一性（給付の一倍額性）から説明されている。但し、弁済物が追奪されれば、元の債務は担保権とともに復活するとされている（弁済に関するこの点の議論は、第四項第二款3bでみた）。

2 供託

供託も、受諾か判決があれば弁済と同じだとして一体型絶対効が認められている。また、受諾・判決後の取戻は当事者間でその効力を生ずるにとどまり、担保権については新たな設定を要する。これに対し、受諾・判決前の法律関係については殆ど言及がないが、連帯債務者や保証人の供託について、相債務者や主債務者の抗弁を否定するものがある。また、受諾・判決前の取戻は供託の効力を生ぜず、抵当権につき抹消登記があればそれを信じた第三者が保護されるにすぎない。

3 更改

更改については一体型絶対効とする規定があり、それは効力が弁済と同じだとされている。その一方で、保証債務だけを更改することを認める学説が多い(判例も同旨)。また、更改後の新債務が不履行であつても、更改契約解除の効果はその当事者間にとどまるとしている。

このうち、連帯債務と保証に関する説明を対比すると、連帯債務につき更改の性質に理由を求めることはできないように思われる。効力が弁済と同じだとする説明はポチエを受け継いだものであるが、保証との対比でいうと、この理由づけが持つ価値は変容を受けているのである(保証債務の更改につき、ポチエは言及しない)。もつとも、条文があるためか、この点を明確に認識して、別の説明を示す学説はみあたらないし、条文の立法論的当否に触れたものもない。ただ次のように推測することができる。弁済物が追奪された場合には給付者以外の債務者に対する請求が認められているのに対し、更改後の新債務につき不履行があつたり、代物弁済物が追奪されても、更改契約や代物弁済契約における第三者(相債務者)に対する請求は否定するものが多い。そこでは、債権者の失権(相債務者の保護)の理由を満足効の有無ではなく、債権者の意思が関与する任意の行為であることに求めているといえる。そうすると、更改の効力が弁済と同じだという説明も、「弁済と同じ効果を発生させることが債権者の意思だ」という意味に理解できる。このように理解すれば、保証債務だけの更改を認めるさいに更改の目的に着目する見解とも平仄が合うことになる。また、相互代理の説明がみられることも肯けることになる。

このように考えると、残る問題は、保証では保証人だけを解放する意思であることが通常だとする見解がある一方で、連帯債務の場合には「弁済と同じ効果を発生させることが債権者の意思だ」という形で、更改の趣旨を違えている理由を検討することである(第二款第一目2で考える)。

4 代物弁済

代物弁済に一体型絶対効がある理由については、代物弁済を弁済と同じにみるものがある一方で、更改とする説明もあった。この説明は債権者が追奪された場合に関するもので、そこでは三説が対立していた。第一説は代物弁済を更改とみて、担保権が復活せず、代物弁済の当事者間で追奪の効果が生ずるにすぎないと説明する。第二説は、保証に関する二〇三八条が保証人保護の規定だとみる（解放請求権^{II}事前求償権に着目する）。第三説は、保証人の約務に着目し、本旨弁済については保証の対象になっているが、代物弁済については対象外だとする。第二説と第三説は、債権者・主債務者・保証人という三者の利益調整を図るものであって、そこには債権者の落ち度につき責を課すとの考えがある。そして、第二説は保証人の解放請求権に着目するために他の担保への類推を否定するが、第三説は類推を肯定する。これらのうち、学説の大勢は、更改との類似性に理由を求める説である。

5 債務免除

債務免除の効果は免除の内容によって異なるが、原則は一体型絶対効だとする規定がある。一体型絶対効を生ずる場合は、免除内容が全員を解放させることにあり、これが理由となっている。

他方で、負担部分型絶対効の場合については、二通りの考え方があった。第一の考え方は、負担部分型絶対効を求償権侵害に対する制裁と捉えるもので、具体的には真の負担部分につき相債務者も解放されると説明する（但し、債権者保護の観点から例外を認める）。第二の考え方は、免除内容が負担部分型絶対効を生ぜしめることにあると説明する。これは、妥当な結論を導くために免除合意（特に、債権者の放棄意思）を解釈するものであって、絶対効を生ずるのが頭割分である場合を広く認め、債権者に対する関係での負担部分と債務者相互間での負担部分とを区別する（第一の考え方で、負担部分概念

の区別は可能。かような解釈が示されたのは、被免除者が無資力の場合を考えたからだといえるかもしれない。

また、相債務者に対する完済請求権の留保に関しても議論があった。しかし、そこでは負担部分の範囲を限定するにとで足りるとされており、むしろ主債務者に対する免除の場合にかような免除の必要性が大きいとされた。これは保証の附従性が働くことによる。

6 相殺

相殺については、相債務者の相殺抗弁を認めない規定がある。その理由として学説は、不快な訴訟の阻止・主債務者の地位（他の者の反対債権について相殺を主張できない）・出捐危険の均等化を示す。

多くの学説はこれを重視して負担部分の限度でも抗弁を認めない。しかし、連帯保証人の議論と比べると、これは条文に拘束されたものであって、利益分析の観点からその結論が妥当だと解されているかは疑わしい。もつとも、その利益分析の当否は別問題であって、抗弁肯定説に対する批判（抗弁を認めても訴訟経済上の実益は大きくない・差押ができることと相殺を主張することとは意味が違う）はもつともだと思われるのであって、条文なくば負担部分型絶対効説ではなく一体型絶対効説を主張しただろうと推測される（第六項註（一）参照）。これに対し、負担部分の限度で抗弁を認める説は利益分析の観点に立ち、具体的には、債権者や反対債権をもつ債務者の無資力危険回避と訴訟経済に理由を求める。

7 混同

混同については負担部分型絶対効の規定がある。学説はその理由を、履行が不可能になった限度で混同の効果を生ずるにとどまること、および、もし相対効としても担保の抗弁により負担部分の限度で請求が退けられること、この二点

に求めている。また、表見的に混同が成立した後に不成立がわかった場合と、混同成立後に混同の状態が解消された場合に関して議論がある。混同の成立原因自体が解消した場合には、混同の効果は解消し担保も復活するが、混同成立後の原因による場合は、担保権は復活しないとする。

8 時効

時効の議論は場面により情況が異なるが、特別時効（手形時効・社員義務に関する時効）について効力論の決め手になったのは、時効の制度趣旨をどう解するかであった。

しかし時効停止があった場合については事情が異なる。一体型絶対効説は時効の効果を弁済に擬えたが（これに対し、負担部分型絶対効説は権利の放棄あるいは求償権侵害という観点に着目して免除に擬える）、他方で保証においては、主債務者につき時効が停止しておれば、保証人だけが解放されるのを認めるようであつて、時効完成が当然に弁済と同じ効力をもつわけではない。

第二目 連帯債務と保証の差異

本稿では、連帯債務に関する考え方を明らかにするために、保証と対比してきた。ここでは、保証の性質をまとめたうえで、それとの対比から連帯債務の性質を考えてみよう。連帯債務との違いとしては、附従性・債務単一性・代理・主債務性の有無がある。

① 附従性

差異の中心は消滅の局面における附従性である。これには二つの意味があり、主債務の消滅に伴い保証債務が消滅することを示すとともに、保証債務の消滅は主債務に影響を及ぼさないという意味もある（附従性の欠如）。このほかに、時効中断に関して存続の局面における附従性を問題にする議論もある（第八項第一款第五目）。

消滅の局面における附従性の意義は、保証人が求償をもたない場合に顕著である。すなわち、連帯債務においては、被免除者に対する求償権喪失が理由となつて相債務者に負担部分型絶対効を生ずるのに対して、保証においては、主債務者に対する求償権の有無に拘わらず（贈与の趣旨での保証であっても）、附従性により免除の効力が保証人に及ぶ（第五項第三款第一目）。また相対的免除を認める意義は、特に主債務者に対する免除にあるとする主張があつた。これは、附従性を回避するには相対的免除の構成を用いる必要があるためであつて、連帯債務においては免除の効力が及ぶ負担部分の範囲を限定することで足るというのである（第五項第一款第三目4a）。

その一方で、混同においては、附従性よりも求償権の有無を問題にする学説がある。すなわち、主債務者に関する混同によつて、保証人が解放されるのは担保抗弁によるのであつて、保証人が求償権をもたない場合には解放されないとして、連帯債務におけるのと同じ考え方を示している。これに対して主債務者に関する混同の効力が及ぶ理由を附従性に求めるならば、求償権の有無を問わず保証人は解放されることになり、連帯債務とは考え方を異にすることになる（第七項1）。

さらに、附従性の反面として、保証人につき生じた事由は主債務者に効力を及ぼさない。これは、従たる債務がなくとも主債務は存続できることによる（更改につき第三項3a①、免除につき第五項第四款第一目1、混同につき第七項1。また、時効中断につき第八項第一款第五目2参照）。

これに対し、弁済においても附従性が理由とされているが、理由としての意義は疑問であり、債権者が現実に満足を受けている限りは附従性の特質は顕在化しない。

保証の附従性とは、満足効なき債務消滅事由に関して、それが主債務者に生ずれば求償権の有無に拘わらず保証人の解放をもたらし、保証人にそれが生じても主債務者には影響を及ぼさないような性質だといえる。

② 債務単一性の欠如

一九世紀においては、連帯債務に債務単一性があり、保証にはないとされている（時効中断をめぐる保証につき異説がある）。債務消滅事由の効力が他に及ぶ理由は、保証においては附従性だが、連帯債務においては債務単一性が理由となるのである。

③ 代理

連帯債務については相互代理の性質が認められたが、保証についても同様の考え方があった。もともと、保証人につき生じた事由に関しては、代理ではなく事務管理の構成を使って、主債務者の追認を要件とするものがあった（前述第二節第四款²c）。

しかし、保証に関して代理や事務管理の考え方が示された場面は、判決や和解・宣誓といった事由のほかは債務免除・時効中断であって（前述第五項第四款第一目²、第八項第二款第五目）、これは連帯債務の場合と同じである。保証においても、代理や事務管理の考え方は、相対効原則との関係を説明するための法律構成にすぎず、債務消滅事由の効力に関する本質的なものではない。

④ 主債務性の欠如

一九世紀フランスにも相互保証の説明をするものがあつたが、それに対しては批判もあり、債権者に対する関係では全員が主債務者との関係に立つとされた（第二節第四款）。また、相殺の法律上当然主義に関する議論において、連帯債務の主債務性が保証との差異としてあらわれている（第六項第二款第二目）。

その一方で、相殺については、負担部分の限度で抗弁を認める説のなかに、相互保証の構成をとるものがあつた。しかし、これは連帯債務の一般的な性質というよりも、相殺の法律上当然主義との関係を説明するためだけに示されたといえる（第六項第三款4）。

第二款 個別事由の効力論にみられる法則性

右のまとめから分かるように、大筋において一九世紀の議論は、各種債務消滅事由の効力を各事由の性質論から考えていたといえる。では、各事由の性質を如何なる観点からみていたのだろうか。各事由の性質と債務の性質の両面から検討してみよう。

第一目 各種債務消滅事由の性質からみた場合

1 満足効の有無に着目した分析

日本でも各事由の性質論からその効力を考察しているが、そのさいに立脚しているのは、該事由に満足効があるか否

かといった観点である。たしかに、債権者が最終的な満足を受けるのであれば一体型絶対効が生ずるのであって、分析道具の一つに挙げるのは当然だといえるかもしれない。しかし、一九世紀フランス法を分析するにあたって、満足効という概念では分析の道具として大きすぎて、適切ではないように思われる。この点を説明する。

満足効を分析概念として一九世紀の議論をみると、弁済・供託・代物弁済に一体型絶対効があるのは、満足効に着目したものだといえる。供託や代物弁済については、弁済との類似性に理由を求めているからである。

また、更改や時効・一体型絶対効ある免除についても、効果の点で弁済と同じだすることによって一体型絶対効が認められているが、次のように考えれば満足効を分析概念として維持することもできないではない。すなわち、更改については、新債務が履行されれば満足効があるから、一九世紀の議論はこの点に着目したものだといえる。時効については、時効の根拠論として、弁済証書の紛失による二重払危険の防止という意味での法的安定性を重視すれば、債権者は満足を受けているのだともいえる。免除については、満足効がないものの、債権者にその意思があるからだと言明すれば、一応納得できる。

しかし、かように考えれば満足効を分析概念として維持できるとしても、それは満足効という概念を拡張するものであるが故に、概念としての意味を希薄化させることにならざるを得ない。すなわち、概念の拡張によってその意味は、更改後の新債務が履行されれば満足を受けることになるとか、時効が完成しておれば既に弁済があったらうといった不確実なものになる。債権担保で重要なのは債権者が現実、満足を受けることであるのに、概念の拡張によってこの点が捨象されてしまうのである。

満足効を分析概念とすることについては、別の点でも問題がある。というのも、一九世紀の議論は債務消滅事由が

解消した場合につき言及しており、例えば代物弁済として給付された物が後に追奪されれば、元の連帯債務には復しないという見解がある。そして、代物弁済のように給付に関わる事由について、債権者が給付を保持するのであれば一体型絶対効を生ずるのは当然であつて、むしろ、分析の中心におくべきは給付を保持できなかった場合ではあるまいか。

かような考えに立てば、分析道具として満足効に着目することは、あまり意味がないように思われる。むしろ、一九世紀の議論をながめて気付くのは、債権者の意思と求償権への考慮という二つの要素である。次に、二つの観点ごとに検討する。

なお、債権者の意思という観点から分析するさいには、相殺抗弁と混同の成立を対象から除外する。この二つについてはそれぞれに固有の理由が支配するために、他の事由との共通点がないことによる。すなわち、相殺については負担部分を限度とする抗弁の可否が議論されたけれども、そこでの議論を分けた実質的な観点は、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、債権者の無資力危険に対する回避手段を反対債権ある者から奪うのは妥当か、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という三点にあった。かような観点は相殺抗弁に固有のものである。また、混同の成立についても特有の理由（原告自身が追奪について義務を負っている場合には、抗弁によって訴求は退けられる）が支配していた。ところで、ここで検討しようとしているのは各種の事由に共通する発想であつて、もし共通の発想をみいだせるとしても、事由ごとに固有の事情もあることから、類似する局面ばかりとは限らない。このために、ここで二つの事由を除外することもやむを得ず、かつそれは検討結果の意義に致命的な打撃を与えることはないと考ええる。もっとも混同の解消については他の諸事由との共通点が認められるから、検討対象に入れる。な

お、相殺についても相殺抗弁の可否とは別に、法律上当然に成立した相殺を知らずに弁済した場合が問題になり得るけれども（先取特権や抵当権の効力につき規定がある。一二九九条、連帯債務の場合には一二九四条三項が法律上当然主義に対する例外を設けており、本稿には関係しない）。

2 債権者の意思に着目した分析

a 一体型絶対効が相対効かが問題となる局面——主として、給付に関係する事由

弁済・供託・代物弁済においては、それにより債権者が給付を保持すれば満足を受けることになる。また、更改においても、新債務の履行があれば同じである。かような意味で給付に関係する事由だという共通点をもっている。この点に着目すれば、負担部分型絶対効を生ずる余地はないといえる（これは、山中康雄『連帯債務の本質』『私法学の諸問題(1)』三八三頁、三八七頁の分析視角に類似する。また、更改については、もし一体型絶対効が生じない場合を認めるのであれば、給付に関係しないと理解することも可能だが、一九世紀フランス法を分析するさいには、むしろ弁済との共通点に着目すべきであろう）。これらの事由において問題になるのは、追奪や不履行があつた場合に、元の連帯債務に復するのか、それとも債務関係の復活は弁済等の当事者間に限られるのかである（cで検討する）。

時効については、局面毎に種々の見解が主張されているが、手形時効や時効停止をめぐる議論のなかに、一体型絶対効説があつた。このうち、手形時効における一体型絶対効説は、手形時効の根拠が弁済推定にあつて、その点に着目したものだといえる。弁済等の給付に関係する事由と同じに扱っているのである。これに対し、時効停止をめぐるみられた一体型絶対効説については、別の観点から考察すべきである。すなわち、その議論では時効が弁済推定だとする理由もみられたが、一般の長期時効の根拠論として弁済推定の考え方は副次的なものだとして、債権者の権利不行使を非

難するという要素を重視するものがあつた（第八項註（3））。これに着目すれば、一体型絶対効説は非難の程度を強くみて、弁済と同じ効果を付与したものだといえる。

手形時効や社員の義務をめぐる議論においては、相対効説もあつた。そこでは、それぞれに固有の事情が理由となっている。

手形時効の場合には、宣誓付託の制度を債権者に保障することが理由となつてゐる。これは、手形時効という形での弁済推定が働くための要件として宣誓付託の機会保障を考え、相債権者につき完成した時効をもつて抗弁する場合にはこの要件を充たさないというにすぎない。時効を主張するための要件が整わないのであるから、債権者を非難する余地もなく、したがつて相対効説を主張したのだと説明できよう。なお、論者が手形時効を弁済等の給付に係する事由と同じに扱つてゐる点では、一体型絶対効説と同じであり、そうであるが故に負担部分型絶対効説を主張する余地はなかつたといえる。

社員の義務の時効に関する相対効説は、この時効の性質として非清算人の利益保護という観点を重視し、このために法律による特別の効果として相対効になるとしてゐる。また、この時効が特別なものであるがゆえに、非清算人が求償義務を免れないとして、その限度で時効の実効性を奪つてゐる。

一体型絶対効ある免除についてはどうだろうか。債務免除は給付に係するわけではなく、このために問題の立て方が一体型絶対効か相対効かという形になるわけでもない。しかし、効果に対応する意思が債権者にあることが理由となつてゐる。意思を債権者の帰責とみるかの点で違いはあるけれども、債権者の意思が効果と結びついている点で、cで検討する事由との共通点をみいだすことができる。

以上を要するに、一体型絶対効が認められてゐる諸局面においては理由が三通りあり、それは該事由が給付に係す

る・債権者の権利不行使に対する非難・債権者の意思だといえる。もつとも、一応はこのように捉えることができるけれども、更改と時効停止ある場合の時効についてはこの観点からは分析しきれない。というのも、これらの効果を弁済に擬える一方で、保証人に関する更改や時効完成は主債務者に影響を及ぼさないとされている。そして、給付に係する事由であるとか権利不行使に対する非難といった観点では、連帯債務と保証の違いを説明できないからである。

b 負担部分型絶対効か相対効かが問題となる諸局面——その他の事由

ある種の免除には負担部分型絶対効が認められており、また相殺抗弁の可否をめぐる議論や時効の効果論においては負担部分型絶対効説があった。これらの理由はどうか。

負担部分型絶対効ある免除については、二つの考え方があった。第一は、負担部分型絶対効を求償権侵害に対する制裁として捉えるもので、これは債権者に自己の行為の結果を負わせるものである。また、第二の考え方も、相債務者に不利益を被らせないと同時に、頭割の限度では債権者に負担させている。意思解釈という説明をとっているために債権者の帰責を問うているだけではないものの、その結論を合意的な意思解釈だとみていることの裏には、一つの要素として帰責を問うとする考えがあるといえる。

その一方で、保証の場合に主債務者が免除を受けた局面をみると、主債務者が無資力であれば保証人に対する留保の効力を認める学説がある。この情況では一部弁済と引換に免除しても債権者に帰責はなく、保証人に対する留保の効力が認められているのはそのためだといえる。ここでは、保証人の求償権を認めるとともに、主債務者にも免除の実効性（資力が回復するまで事実上の猶予を受ける）があるという形で、利益調整が図られているのである。

時効の効果論としては、時効停止をめぐる議論のなかに負担部分型絶対効説があった。そこでは、免除との類似性に

着目して、黙示の権利放棄ないしは求償権侵害があるとしており、これは債権者の帰責を問題にしているといえる。

c 諸事由の解消に関する局面

以上にみたのは各種事由自体の効力論である。それとは別に、ある事由が解消した場合や、そもそも該事由の成立が表見的なものにすぎなかった場合につき議論がある。結論として、ここでも債権者の意思に帰責を求めることによって一体型絶対効を導いているように思われる。すなわち、結論を左右するのは、各事由につき債権者の意思が関与するか否かであって、意思が関与する場合には、それを債権者の帰責として追奪・不履行による不利益を債権者に課しているのである。順にみてみよう。

まず、弁済であれば、後に追奪されるような物を債権者が受領しても、その点で債権者に帰責ありとはいえない。それが、形式的には弁済である限り、債権者は受領を拒絶できないからである。これは、供託につき受諾や判決がある前に、供託者が取下げた場合も同じである。受諾・判決前の法律関係に関する理解はよくわからなかったが、供託は受諾や判決があつて初めて効力を生ずると考えていたのであつて、かような考えを前提とすれば、供託取下には債権者の責を問えるような事情がないということになろう。さらに、混同の成立が表見的である場合も同様である。そこでは、詐欺を理由とする相続承認の取消や相続・遺贈の無効、信託的継伝処分などが想定されており、混同の表見的成立につき債権者の責を問える事情はない。

これに対し、債権者の意思が関与するために帰責ありといえるような場合として、供託につき受諾や判決があつた後の取下・更改後の新債務の不履行・代物弁済として給付された物の追奪・混同成立後の原因による混同の解消がある。これらは何れも債権者の意思が関与している（供託取下には債権者の同意が必要だし、混同については債権譲渡を考えている）。相債務

者にとつてみると債権者が余計なことをしたのだといえるのであつて、それによる不利益を債権者に課していることも理解できる。このうち、代物弁済については三つの説があつて、右では二〇三八条を保証人保護とみる説と保証人の約務に着目する説だけが債権者の落ち度を問うものだと位置づけた。しかし実は、代物弁済を更改とみる第一説も、余計なことをした債権者に不利益を課するという意味では同じであつて、三つの説の差異は、どの程度の落ち度があれば債権者に不利益を課してもよいのか、という点における理解の違いにすぎないといえる。

3 求償権に着目した分析

一九世紀の議論では、求償権への考慮が負担部分型絶対効をもたらしたと思える局面がある。もっとも、求償権への考慮という点では同じであつても具体的な考慮の仕方は様々であり、絶対効を生ずる「負担部分」の具体的範囲に着目すれば二つの思考形式に分けることができる。これを共同保証と対比しながら検討してみよう。相互に同じ地位に立つという点で連帯債務と共通するからである（もっとも、時効については、保証人につき時効が完成した場合に関する議論が少なく、相保証人への効力はわからない）。

負担部分型絶対効ある免除についてみると、そこでは二説あつた。第一は、原則として内部関係における負担部分について絶対効が生ずるという。これは、被告となつた相債務者に不利益を与えないと同時に、被免除者に免除の実効性を保たせるという二つの観点を重視するもので、特に相債務者の立場からすれば、求償できなくなったという不利益を債権者に負担させるものだといえる。第二説は、免除の効果を債権者の意思解釈問題だと考えているために細かな点で論者に違いはあるが、典型的には原則として頭割分につき絶対効が生ずると考える。そこでは、絶対効を生ずる範囲と

しての負担部分が内部的なものとは区別されている。これを、負担の転嫁を認めたものだと呼び評価することは困難で、むしろ、免除を理由として債権者に制裁を加えるという観点を重視したものだといえる。制裁の観点を重視するからこそ、制裁内容が内部的な負担部分に合致する必要はないとしているように思われるのである。そして、共同保証人の一人に対する免除の議論においても同様の考え方がみられ、それは連帯債務に関する第二説だけでなく、第一説とも考え方として繋がりのあるものであった（もっとも、後述第二目2参照）。

時効停止をめぐってみられた負担部分型絶対効説は、絶対効が生ずる負担部分の範囲に言及しないが、免除と同じ二つの考え方が可能である。時効の効力を免除に擬えているからである。

社員の義務の時効に関する相対効説は求償を認めているが、これも免除に関する第一説と似た観点から説明できる（手形時効に関する相対効説は時効完成者に対する求償の可否を論じていないので、検討対象から省く）。すなわち、相債務者たる清算人に不利益を与えないという点では同じである。免除の場合との差異は、求償を認めるという形で時効の実効性を奪っていることにあるが、これは、この時効が非清算人のための特別の制度だと考えたための違いにすぎない。発想の仕方としては同じだといえよう。

以上に対して、相殺抗弁や混同については、内部的な負担部分がそのまま絶対効を生ずる範囲になると解さざるを得ない。

相殺抗弁に関する負担部分型絶対効説をみると、そこでは反対債権をもつ債務者の無資力危険が考慮されている。また、相殺抗弁の可否は債権者の利益が関係するものではなく、債務者相互間における利益調整の問題だとする議論もあった。これらは、もし負担部分の限度で相殺抗弁を認めるとすれば、その範囲は必然的に内部関係における負担部分に

なることを意味するものである。

混同に負担部分型絶対効が認められた理由としては、混同により履行が不可能になる範囲は負担部分だとか、担保責任を負う者は抗弁対抗を受けるといった説明が示された。これらも、内部的な負担部分につき絶対効が生ずるという帰結を導くものである。これは、共同保証についても同じである。

このように、負担部分型絶対効（説）という点では同じであっても、考え方には二通りある。絶対効を生ずる負担部分の中身が事由によつて異なることも可能なのである。

ところで、相殺抗弁については、相対効説もみられたが、それは解釈論として止むを得ないと考えたものであった。ところが、条文のない共同保証の場合にも相対効説がとられている。これは、共同保証人の一人が反対債権をもつとしても、法定相殺の要件である主債務性を欠くことによる。すなわち、連帯債務の場合には、反対債権をもつ者が最終的に負担すべき分として負担部分をもつ。これに対し、共同保証人の負担部分は主債務者が無資力の場合に被るものである。そして、相殺抗弁を認めると相保証人に出捐させる形になるが、これは主債務者にも一部解放の利益をもたらすことになり好ましくない。かような考えが、法定相殺の要件である主債務性にあらわれているといえるのである。そして、かような問題は免除や混同については生じない。満足効がないために、共同保証につき負担部分型絶対効を認めても、主債務者には影響を及ぼさないからである。

第二目 連帯債務の性質論からみた場合

観点をかえて、債務消滅事由の効力を連帯債務の性質論からみてみよう。一九世紀においては、連帯債務の性質を債務消滅事由の効力に意識的に結びつけるような議論はあまりなかった。しかし、結論からいえば、債務者相互間に団体関係があるような場合を想定する議論もあり、また更改や時効については連帯債務の性質からしか一九世紀の議論を説明できない。

1 相互代理

連帯債務の性質論として典型的には相互代理の議論があり、債務消滅事由との関係では更改・債務免除・時効につき相互代理による説明があった。このうち更改と債務免除については、更改契約や免除契約の効力が相債務者に及ぶことと合意の相対効原則との関係を説明するための法律構成として、相互代理が持ち出されたにすぎない。更改や免除の効力如何については、むしろ更改契約や免除契約の趣旨（特に、債権者の意思）が決め手になっていたのである。また時効については、時効中断の効力を説明するために相互代理の構成があったが、それは時効完成の効力論とは別の問題だとはいえる。

結論として、債務消滅事由の効果を相互代理の関係から分析することはできないといえよう。

2 債務単一性

連帯債務の性質論として、目的物に関して債務は一個だが、債務者については複数だといわれた。この定式はボチエ

から受け継いだものである。ポチエは「目的物に関して債務が一個だ」という点に着目し、債務の個数論を債務の原因から考察する一方で、各種債務消滅事由の効力論については、各事由の効力が弁済と同じか否かといった観点から考えた。「債務者について債務は複数だ」という点については、専ら連帯債務成立の局面で問題にするにとどまった。すなわち、履行地・期限・条件の点で債務者ごとに異なる場合であっても連帯債務の成立を認めるロオマ法文があり、これを定式化して「債務者について債務が複数だ」といったのである（前章第一項②）。

ところが、一九世紀においては、この定式を受け継ぎながらもその理解を異にした。

まずポチエと同じく「目的物に関して債務が一個」という点に着目して、債務単一性原理から各事由の効力を考える学説があった（デルヴァンクウル）。しかし、論者のいう債務単一性とは、各債務者の債務が相債務者の義務内容を指示しあっているという点であつた（なお、これは債務の全部につき相互の指示があるという意味であつて、一人の負担部分を相債務者が指示するということではない）。かような理解の違いは、保証の場合に顕著であつて、ポチエは主債務と保証債務にも債務の同一性（単一性）を認めたのに対し、デルヴァンクウルによれば保証債務は主債務者の義務内容を指示しているが、主債務は保証人の義務内容を指示していない。かような理解の差異は、「目的物につき債務が一個だ」という定式の射程の差異に由来するものであつて、ポチエは債務消滅事由一般につきこの説明を用いるのに対し——そこでは連帯債務が保証か、また満足効の有無を問題にしない——、デルヴァンクウルは満足効ある事由についてはポチエとほぼ同じであるものの、債務免除については、この定式を逆に用いて、保証債務の免除が主債務者へ影響を及ぼさない理由に挙げている（第五項第四款第一目①）。そのほかに、時効中断や過責・遅滞ある場合の目的物滅失について、デルヴァンクウルは、この定式を一貫させて、連帯債務の場合には相債務者に及ぶけれども、保証人についての中断や過責・遅滞は主債務者に影響を及ぼさないというさいに、この定式を理由として挙げている（第八項第二款第五目②、前節第三款）。これに対しポチエは、連

帯債務者や主債務者に対する中断の効力につき単一性からの説明を示す一方で、保証人に対する時効中断の効力に言及せず、また、過責・遅滞の責任については、保証人は主債務者のために債務を負っているが、主債務者は保証人のために債務を負っているわけではないという説明を挙げて（すなわち、中身としてはデルヴァンクウルの定式と同じ）、連帯債務の場合に債務単一性からの説明を挙げていることとの一貫性を欠いている。⁽¹⁾

ところで、デルヴァンクウルの説明をとると、更改や時効に関する本稿の疑問を解消できる。すなわち、更改や時効が連帯債務者に生ずれば、それは弁済と同じ効力をもつのに対して、保証人についての更改や時効は保証債務だけを消滅させる（ことがある）とされており、この点で一貫性を欠いていた。これにつきデルヴァンクウル説であれば、連帯債務者相互間に相互指示の関係があるのに対して、保証の場合には指示が片面的であるからだと説明できるのである。また、負担部分型絶対効ある免除に関して、デルヴァンクウルは右にみた第一の考え方をとっており、これも相互指示の関係に着目したものであろう。このように、デルヴァンクウルは「義務内容を指示しているか」という観点を重視して、これを一貫させるのであり、しかもそれは連帯債務の性質を債務消滅事由の効力に関係づけるものである。

その一方で、多数の学説は債務単一性を給付の一倍額性と理解して、デルヴァンクウルの説明を批判している。これは、如上の定式のうち、「債務者については複数だ」という部分を強調して、債務関係を相対的に捉えたことによる。ポチエと異なり満足効の有無を考慮し、債務免除や更改について相互代理の説明があつたのは、かような思考図式によるものである。

しかし、デルヴァンクウルに対する多数説の批判は理論構成の問題にとどまり、想定している連帯債務の類型としては債務者相互間に一体的な関係がある場合であるように思われる。というのも、連帯債務がもつ他の性質や諸事由の性

質論から、更改や時効に関する連帯債務と保証の違いを説明することは困難だからである。そして、連帯債務の成立には相互の指示を要求する学説が多いことからすると(第五項第四款第二目3b)、更改や時効を弁済と同じだと説明したのは、一体的な関係のある場合を想定したことによる法直感だと考えられるのである。このように捉えることは全部義務に関する説明からも裏付けうるのであって、全部義務の更改を相対効だというものがある(A. Rodière, De la solidarité et de l'indivisibilité 1852 n.172 p.126)。

免除に負担部分型絶対効がある場合についてはどうだろうか。共同保証との対比からすれば、ここでも契約時における相互指示との問題連関を窺うことができたのであって、債務者相互間に一体的な関係がある場合を想定したともいえる(第五項末尾)。たしかに、これを裏付けるものとして、全部義務者に対する免除を相対効だとする議論がある(Rodière, op. cit. n.172-3 p.126)。しかし、有力な学説は負担部分型絶対効を認めており(Demolombe, t.26 n.299 p.236; Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1302 p.414)。これに着目すれば、免除の効果は求償期待や債権者の帰責といった観点、あるいは合理的な意思解釈の観点だけから考察したのであって、その背後で一体的な関係を考慮しているわけではないということになる(時効完成についても、弁済類似の効果がないとすれば求償期待の問題を生じうる。前述第八項第二款参照)。

3 その他の性質

相殺抗弁の可否をめぐって、連帯債務者各自は、債権者へ出捐することにつき、その可能性(危険)が等しくなければならぬとする議論があった。特に、コルメ・ドウ・サンテエルは、この考え方を連帯免除等についても用いている(第五項註(16))。しかし、かような性質は債務者相互間における団体関係の有無とは関係がなく、本稿が追求してきた連帯債務の性質とは別のものである。むしろ、利益調整に関する考え方の一つだと位置づけるべきであろう。

第三款 連帯債務論における問題の所在

本稿の主題は、一九世紀フランスにおいて、債務消滅事由の効力につき連帯債務の性質論が考慮要素となっていないを示すことにあった。しかし、個別の議論をみると、債務者相互間における緊密な関係の有無が債務消滅事由の効力に影響を及ぼしている部分もあった。この点で、「系譜的にいつて、債務消滅事由に関する諸規定は連帯債務の性質論と無関係だ」という本稿の主張は、一九世紀フランス法を検討の素材とする限り撤回せざるをえない。

それにも拘わらず、諸事由の効力に着目することで、個別の局面における利益分析の一態様を示すことはできたのであって、この点で本稿の手法はなお維持できると考える。すなわち、緊密な関係といえども考慮事由の一つにすぎないのであって、基本的には各事由の性質論や利益調整といった観点から分析できる。そして、日本法における現在の課題は、真正連帯に関する民法の諸規定を不真正連帯に類推できるかについて、それを債務の類型ごとに考えることにある。この問題状況からすれば、利益分析における考慮要素を一九世紀フランス法から学ぶことが重要なのであって、それは本章の検討で果たすことができたであろう。

第四款 一九世紀法の位置づけ

冒頭で示したように、本章の目的は三つの観点から一九世紀フランス法を検討することにあった。個別の局面に関する議論についてはそれぞれの箇所で指摘したので、ここでは全体を概観するにとどめる。

第一は、系譜研究の観点から、当時のフランス法が日本民法典に与えた影響を探るための準備作業を行うことである。

結論を簡単に先取りしておく、特に旧民法典はフランス法の影響を強く受けているけれども、継受としては表面的だといわざるをえない点がある。これは債務免除の議論についていえる。また、全体としては一九世紀の学説を受け継いでいるけれども、必ずしもそれは通説ではない。特に気付くのは、相互代理の範囲論や相殺抗弁の可否に関して、オペリ口の影響を受けていることであるが、相互代理の範囲について伝統的な学説は別の見解をとっている（第二節第四款²参照）。

第二の目的は、ポチエとの対比である。ポチエの議論はフランス民法典に受け継がれている点が多い。しかし、考え方をみると、学説は表面的にしかポチエを受け継いでいない点が多い。

たとえば、弁済の一体型絶対効を債務単一性に説明する点では共通しているけれども、債務単一性に関する理解は異なる（第二款第二目²参照）。これと同じことは、更改や債務免除・相殺についてもいえる。すなわち、更改に一体型絶対効ある理由を、弁済類似の効力に求めている点では共通するが、保証の場合に一九世紀法は更改に弁済類似の効力を認めていない（第三項⁴）。免除について負担部分型絶対効ある場合を考えると、その理由として被免除者と相債務者の保護をあげる点では共通する。しかし、一九世紀法を詳しくみると、むしろ債権者を含む三当事者の利益調整の問題として処理している（第五項第一款第三目。もっとも、共同保証に関しては、ポチエも利益調整の観点を示しており、一九世紀法に受け継がれている）。

第五項第四款第二目⁴。相殺については、条文自体がポチエから離れているけれども、さらに連帯債務や保証における相殺の法律上当然主義の意味づけに関して、一九世紀法は法律上当然主義が作用すると捉えている（第六項第三款²）。混同だけが以上に対する例外であって、そこではポチエの説明をそのまま挙げつつ、説明の不足を別の理由で補っている（第七項¹）。

さらに、一九世紀法は、連帯債務における相互代理の考え方を展開しているが、これはポチエにみられないものであ

る。

もつとも、これらの差異は、各事由の性質や利益調整に関する理解の違いを意味しているにすぎない。

第三の目的は、比較法的観点から、連帯債務と保証に関する基本的な考え方や個別問題への対応について、日本法への示唆を得ることである。ここでは、基本的な考え方に絞って三点を指摘しておく。

第一に、連帯債務の性質論として、一九世紀法は相互代理の関係を認めている。しかし、この性質は債務消滅事由の効力論とは直接の関係をもたない。ところで、日本における連帯債務論の問題は絶対効事由が多いという点にあり、連帯二分論が展開されたのは、絶対効を嫌ったものであった。そうであれば、比較法的にいつて、フランスにおける相互代理の考え方を参考にするのは適当であるまい。

第二に、弁済や供託・代物弁済といった満足効ある事由について一九世紀法は、議論の中心を事後的に弁済や供託等が効力を失った場合においている。かような問題意識は従来の日本法になかったものであり、今後検討を要するであろう。もつとも、フランスと同じ結論を導くかは別の問題である。一九世紀法から得られた視点は、各事由の効力論から考えるという点にある。したがって、各事由について、日本独自の問題を含めながら検討すべきである。

第三に、債務免除や相殺について、一九世紀法は多数当事者関係の利益調整を図っていた。しかし、調整方法は事由ごとに異なっており、負担部分型絶対効という点では同じであっても、そこでいう負担部分の意味が免除と相殺とで同じだというわけではない。かような考え方を日本でとることの可否についても、次章における検討課題となる。

(1) 前章では、過責・遅滞ある場合の後発的履行不能について、保証の場合に関するポチエの考え方を紹介しなかったので、

(ここで補っておく(連帯債務の場合に関しては、前章第一項?参照)。

主債務者の行為もしくは過責により、またはその遅滞中に目的物が滅失した場合には、保証人の債務も消滅しない。但し、保証人の義務は目的物の価額に限定され、その他の損害については主債務者だけが義務を負う。これは、主たる給付義務だけでなく、付随的注意義務(目的物の引渡まで適當なる注意を払って保管し、給付義務の履行につき適當なる信義誠実を尽くす義務)についても保証したからである(Obligations n.665)。これに対して、行為等が保証人にある場合には、保証人だけが義務を負い、主債務は消滅する(Obligations n.382)。主債務者は保証人のために義務を負っているわけではなく、保証人の行為等につき主債務者が義務を負うことはあり得ないからである(Obligations n.666)。

ここでは、主債務者に過責等があれば、保証人の債務が存続するが、それは目的物の価額に限定されるという。この点は連帯債務についても同じであって、一人に過責等があれば、相債務者についても価額の限度で債務が存続するという(Pandectae t.3 lib.46 tit.3 n.114 p.287 et lib.50 tit.17 n.1408 p.762; Obligations n.273)。しかし、ここでは連帯債務における債務の単一性が理由だとされており、理由づけの点で、保証の場合との一貫性を欠いているのである。

文献表

本章で主に参照した文献は、次のものである。

- Jacques de MALEVILLE, Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État, 2 éd., t.3 et 4, 1807, Paris.
- Claude Étienne DELVINCOURT, Cours de Code civil, t.2 et 3 (5 éd. de Institutes de Droit civil et 3 éd. des Notes Explications), 1824, Paris.
- Alexandre DURANTON, Cours de droit français suivant le Code civil, Paris, t.11 1830, t.12 3 éd. 1834, t.13 3 éd. 1834, t.15 1834, t.18 1834, t.20 1836, t.21 1837.
- Raymond Théodore TROPLONG, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, Paris, Du cautionnement et des transactions (t.17) 1846, Des privilèges et hypothèques 3 éd. t.1, 2 et 3 1838 et

De la prescription 3 éd. t.1 et t.2 1838.

• Charles Bonaventure Marie TOULLIER, Le Droit civil français suivant l'ordre du Code ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique, continué et complété par DUVERGIER, 6 éd. 1846-1848, vol.3 2 partie (ancien t.6), vol.4 1 partie (ancien t.7) et vol.5 2 partie (ancien t.10).

• Frédéric MOURLON, Répétitions écrites, 8 éd. par Ch. DEMANGEAT, t.2 1869 et t.3 1870.

• AUBRY ET RAU, 2 éd. Bruxelles t.1 et 3 1850 et 4 éd. Paris t.2 1869, t.3 1869, t.4 1871 et t.8 1878.

• Charles DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon, Paris,

t.25 (=Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général t.2), t.26 (=t.3) 3 éd. 1872, t.27 (=t.4), t.28 (=t.5), t.30 (=t.7) 1878 et t.31 (=t.8) 1882,

t.20 (=Traité des donation entre-vifs et des testaments t.3) 3 éd. 1868.

• François LAURENT, Principes de droit civil français, 3 éd. Bruxelles et Paris 1878, t.17, 18, 20, 28 et 32.

• E.R.N.ARNTZ, Cours de droit civil français, t.4 2 éd. Bruxelles 1880.

• Antoine Marie DEMANTE ET Édouard-Louis-Armand COLMET DE SALTERE, Cours analytique de droit civil, 2 éd. Paris, t.5 1883, t.9 1889.

• L. LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations, nouv.éd. Paris 1885, t.2, 3, 4, 5 et 7.

• Victor Napoléon MARCADÉ, Explication théorique et pratique du Code civil, Paris,

t.4 8 éd. 1892, t.5 8 éd. 1889,

t.7 bis (=Commentaire-traité des sociétés civiles et commerciales t.2, par Paul PONT) 1880,

t.8 et 9 (=Commentaire-traité des petits contrats t.1 et 2, par Paul PONT) 2 éd. 1877 et 1878,

t.10 et 11 (=Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée t.1 et 2, par Paul PONT) 3 éd. 1878 et 1880.

t.12 (=Commentaire-traité théorique et pratique de la prescription) 7 éd. 1874.

• Théophile HUC, Commentaire théorique & pratique du Code civil, Paris, t.7 1894, t.8 1895, t.12 1899, t.14 1902.

- L.GUILLOUARD, Traité du cautionnement & des transactions, 2 éd. 1895, Paris.
 Traité des privilèges & hypothèques t.1, 2, 3 et 4 1897-1900,
 Traité de la prescription t.1 et 2 2 éd. 1901-1902 et
 Traité de la vente & de l'échange t.1 1890 2 éd.
- G.BAUDRY-LACANTINERIE ET L.BARDE, Traité théorique et pratique de droit civil, Paris, 3 éd. t.13, 14 et 15 (=Des obligations t.2, 3 et 4) 1907.
- G.BAUDRY-LACANTINERIE ET Léo SAIGNAT, Traité théorique et pratique de droit civil, Paris, 3 éd. t.19 (=De la vente et l'échange) 1908.
- G.BAUDRY-LACANTINERIE ET Albert WAHL, Traité théorique et pratique de droit civil, Paris, 3 éd. t.24 (=Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement et de la transactions) 1907.
- G.BAUDRY-LACANTINERIE ET P. DE LOYNES, Traité théorique et pratique de droit civil, Paris, 3 éd. t.25, 26 et 27 (=Du nantissement des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée t.1, 2 et 3) 1906.
- G.BAUDRY-LACANTINERIE ET Albert TISSIER, Traité théorique et pratique de droit civil, Paris, 3 éd. t.28 (=De la prescriptions) 1905.
- D.DALLOZ, Jurisprudence générale, Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence, nouv. éd. t.1-44 1845-1873, Paris.
- Ed. FUZIER-HERMAN, A. CARPENTIER, G. Frerejouan DU SAINT, Répertoire général alphabétique du droit français, t.1-37 1886-1906, Paris.

*引用にちいづば、ロ、またはロs、とすべきところをロと表記し、vo、またはvis、とすべきところをv、とし、る。