



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	一九世紀フランス法における連帯債務と保証（七・完）
Author(s)	福田, 誠治
Citation	北大法学論集, 50(4), 45-123
Issue Date	1999-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36635
Type	departmental bulletin paper
File Information	50-4_p45-123.pdf



一九世紀フランス法における連帯債務と保証（七・完）

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

（以上 四七巻五号）

第三節 個別の諸事由の効力

第一項 弁済

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

第一節 旧民法

第二節 現行民法の起草過程

第一項 弁済

第二項 供託

1 供託と供託物取戻の効果

2 供託物取戻権の制限

第三項 更改

1 更改の効力論

a 起草委員の説明

b 特約の効力

c 一体型絶対効を原則とした理由

2 合意の相対効原則との関係

(以上 五〇卷三号)

(以上 四八卷六号)

(以上 四八卷二号)

(以上 四八卷一号)

(以上 四七卷六号)

第四項 代物弁済

第五項 債務免除

第一款 連帯債務の場合

1 四三七条の起草經過概説

2 一体型免除の可否

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

第二款 保証の場合

1 共同保証の場合

2 主債務の免除を保証人に対して表示した場合

第六項 相殺

1 概説

2 連帯債務

a 法典調査会での議論と起草委員の説明

b 小括

3 保証

a 主債務者が反対債権をもつ場合

b 保証人が反対債権をもつ場合

4 検討

a 無資力回避や内部関係に関する理由

b その他の諸理由

c 解釈試論

第七項 混同

第八項 時効

- 1 時効中断の効力
- 2 時効完成の効力

第九項 現行法の起草過程における連帯債務の理論

第一款 債務の性質論からの分析

- 1 唯一の債務者としての擬制
- 2 代理類似の關係

3 「密接な關係」

a 全部義務が成立する場合

b 「密接な關係」が効果論に及ぼす影響

c 「密接な關係」の意義

第二款 個別事由の効力論からの分析

- 1 給付に關係する事由とその解消
- 2 負担部分型絶対効事由

a 分類論

b 無資力回避の必要性

結語

第一項 系譜研究のまとめ

1 連帯債務における団体關係の有無

a フランス法と旧民法における団体關係の作用

b 現行日本法における団体關係の有無

2 債務消滅事由における絶対効の理由

a 一体型の事由

b 負担部分型の事由

第二項 連帯債務理論の再検討

1 淡路説の位置づけ

a 淡路説の紹介

b 淡路説に対する疑問

2 椿説に対する疑問

a 連帯債務の一般理論と負担部分型絶対効の關係

b 負担部分型絶対効の妥当性

3 従来の議論の位置づけ

第三項 残された課題

1 不真正連帯概念の意義

2 個別の問題

(以上 本号)

第二節 現行民法の起草過程

現行法は幾つかの点で旧民法と異なっており、免除につき一体型の原則を排斥し、混同の効力を弁済と看做した。しかし具体的な結論が異なるとしても、そこでの思考方法には共通点がみられる。結論を先取りすれば、債務消滅事由が解消した局面については、債権者の意思が関与するかという観点から分析できる。また、負担部分型の事由については利益調整の仕方が事由によって違うという発想を窺うことができる。その一方で、フランス法や旧民法が相互代理に関

係づけていた効力、すなわち時効中断（請求を除く）や判決について、現行法は相対効とした。これに伴って、連帯債務と全部義務（不真正連帯）の差異が曖昧になり、連帯債務者相互間の団体関係が希薄になった。

旧民法については法律取調委員会での議論が少なかったために起草者ボワソナドの説明を中心に検討したが、現行法についても法典調査会の議論をみるだけでは不十分であり、起草委員の著作も検討対象とする。

第一項 弁済

弁済については、債務消滅の法律構成と追奪による法律関係が問題になる。まず連帯債務の場合の法律構成について、起草委員は履行によって債権の目的を失うという（富井『債権総論』一四三頁）。また、保証人の弁済は保証債務に充てられるものであって、ボワソナドの説明は誤りだとする（梅『原理』六六五―六六頁）。

次に追奪の問題につき直接の言及はないが、他人物を引渡しても弁済の効力がないと説明している（民法議事速記録三）商事法務版三卷二五一頁（總積陳重・箕作麟祥発言）、広中『理由書』三九六頁、梅『原理』二〇〇頁、富井『債権総論』二三五―三六頁。但し、特定物債権の場合は別だとする。梅『原理』一九二頁。これは旧民法と同じであって、そうすると真正所有者が追奪した場合についても、旧民法と同じく保証等の復活を認めるのであろう。

第二項 供託

供託における問題は、供託物の取戻によって保証などの担保が復活するかである。それにつきフランス法や旧民法は

債務消滅効が確定する前の取戻と確定した後の取戻にわけていた。現行法でも基本的には同じだが(1)、取戻権を制限している。これは、消滅効の確定時期に關して二つの異なる考え方を折衷したためである(2)。

1 供託と供託物取戻の効果

起草委員によれば、供託による債務消滅効は確定したものではなく、供託物取戻によつて元の債務關係が復活する。そして、債権者の供託受諾や確定判決・取戻権の放棄があれば債務消滅効が確定する(富井『債權總論』二六四頁。但し、受諾や確定判決があつても債権者の承諾があれば供託物を取り戻すことはできるが、それは新たな契約にあたるといふ『民法議事速記録三』商事法務版三卷三七九頁(穂積發言)。これはフランス法や旧民法と同じである。

しかし、受諾等がない限り供託の効果は確定しないという点について、梅は違ふ意見をもつていた。すなわち、受諾等がなくとも債務消滅効は確定すると考へて、取戻にさいし債権者の承諾を要求するとともに、その承諾があつたとしても取戻を第三者に主張することはできず、保証等が復活するわけではない⁽¹⁾。もつとも、梅が異論を示しているのは供託物取戻権の有無であつて、消滅効の確定時期を受諾・判決の時から供託時に動かしただけである。取戻権がない場合の法律關係はフランス法や旧民法と同じであつて、取戻を新債務の設定だと考へて債権者の承諾を要求するとともに、保証等の復活を否定している(註(3)参照)。

2 供託物取戻権の制限

現行法では、供託によつて質権・抵当権が消滅する場合には取戻権がない(四九六条二項)。この規定は原案になく(原案五一〇条は現行四九六条一項に相当する。『民法第一議案』商事法務版一三卷二級二〇六頁)、整理会で提案されたものである。その趣旨

につき起草委員は次のように説明する。理論の上からいえば、従たる義務を設定するのは債務の履行を完全ならしめるためだから、主債務とともに担保権を復活させても構わない（『民法整理会議事速記録』商事法務版一四卷一綴二六三—四頁（穂積発言）。すなわち、保証人は「債務ノ本統ニ片付クマデハ保証ヲスルトイウ意思ヲ以テ保証ヲシタ」のであって、取戻による債務復活の効力を及ぼしても保証人の義務が重くなるわけではない。かえって復活の効力が保証人へ及ばないとすれば、債権者は非常に迷惑する（同書二六四頁（富井政章・梅謙次郎発言）。また、先取特権は債務にくっついているものだから復活するかもしれないし、留置権は占有を喪失すれば復活しないが、これらについては一項を適用してもあまり困らない（同書二六三頁（梅発言）。傍点部分は原文が不明であり、推測による）。しかし、質権や抵当権については第三者の利害が関係する。すなわち、債権者が供託を承知せずとも質権や抵当権は消滅するのであって、裁判所に訴えてでも質物を取り戻すことができる（同書二六五頁（梅発言）。そのために、質物返還や抵当権の抹消登記があると、供託者の自由な取戻権を認めることで第三者が不利益を被ることになるし、詐欺の機縁ともなりうる（同書二六四頁（穂積・梅発言）。こういった理由から最も困る質権と抵当権だけを例外にしたのであり、そうでないと実質を大きく変えることになってしまう（同書二六三頁（梅発言）。そして諸外国の制度をみると、スイス債務法が第三者と債権者を保護するために担保物権につき特則を設けている（同書二六四頁（梅発言）。

このように、起草委員は四九六条二項の趣旨として、担保物について利害関係を有する第三者および債権者の双方を保護するものだという（同旨、梅『要義』二八四—七頁、同『原理』二七一—五頁。その一方で、第三者保護の観点だけをいうものもある。富井『債権総論』二二五頁、広中『理由書』四一〇頁）。この二つの観点は具体的に如何なる利益の保護を意味し、またそれは連帯債務における団体関係の有無と連関するものであろうか。

債権者保護の観点については次のように理解できる。たとえば供託後に動産質物が返還されて、さらに第三者が権利

を取得した場合には、債権者が質権を再取得する余地はないのであって、それにも拘わらず供託物が取り戻されると、債権者は無担保の債権で甘んずることになってしまう。⁽²⁾しかし、供託があつても債権者は質物返還義務を負わないと考えるならば、債権者を保護する必要はないのであって、債権者が義務なくして返還したのであれば、それによる不利益は自己の所為の結果にすぎない。ところが、起草委員は債権者が質物の返還義務を負うと考えたのであって、そのため債権者保護の必要が生じたのである。これは、供託による債務消滅効の確定を認める発想である。

そして、第三者保護の問題でも同じ発想を示しており、保護の対象となる第三者の範囲について、起草委員は抵当権登記の末消後に権利を取得した第三者だけでなく、末消登記の前から権利を有した後順位抵当権者を含めている。供託によって順位が上昇したという期待を抱いたのに、取戻を認めると期待が破られるというのである(梅『要義』二八六頁、同『原理』二七二頁、富井『債権総論』二六五頁。但し法典調査会委員のなかには、保護される第三者の範囲を供託後取戻前の利害関係者に限定すべきと考えている者がある。土方寧『民法債権法講義下巻』七一―二頁)。しかし、供託前からの後順位者を保護するのであれば、連帯債務者や保証人の保護も図つて然るべきであつて、この点で平仄が合わない。

これについて整理会での説明をみると、原則として供託物取戻は自由であつて、取戻により担保権は復活するのであるが、質権や抵当権が設定されておれば多数の第三者が利害関係をもつために例外を設けたのだとしている(同旨、富井『債権総論』二六五頁)。そうすると、連帯債務の場合には供託による債務消滅の期待が保護されていないが、それは団体関係と連関するものではない。⁽³⁾

(1) 梅はこの発想を法典調査会でも示しており、もし供託物取戻による保証の復活を否定するのであれば、取戻にさいし債権者の承諾を要求しなければ不公平だという(『民法整理会議事速記録』商事法務版一四卷一綴二六六頁(梅謙次郎発言))。

(2) 起草者はスイス法を参考にしており(一八八一年スイス債務法二〇九条一項「債務者が供託物を取り戻すことができるのは、債権者が供託受諾の意思表示をしておらず、供託の結果として土地担保が解除されたり動産質物が返還されていない場合に限られる。」「二項「取戻の時点で、債権およびそれに従たる権利の全ては再度効力を有する。」「Bundesgesetz über das Obligationenrecht. Vom 14.Brachmonat 1881. Amtliche Ausgabe (1881) Bernによる。現行債務法九四条に相当する)、少なくとも今日のスイスでは債権者保護の規定だと解している(H.Becker, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.6 I.Abt.(1941) S.445 Art.92/94 Rn.19; Theo Gohl, Das schweizerische Obligationenrecht, 8.Aufl. Nachdruck (1995) S.242)。

(3) 本文とは異なり、相債務者についての債務復活を真正連帯に限定するような発想を窺うこともできる。すなわち、連帯債務や保証債務が復活する点について次の説明がある。相債務者は供託した債務者と利害を共にすることを当初から承諾している。また、保証人も供託した主債務者のために義務を負うことを承諾している。このために、連帯債務や保証については、供託物取戻による復活を認めても問題はないというのである(梅『要義』二八六頁。同旨、岡松参太郎『民法理由』二九九頁)。この説明では「契約時における承諾」に着目しているが、類似の情況は後順位担保権者等についてもいえる。先順位担保権が一旦消滅した後に復活しても、後順位者や第三取得者が「自己の権利取得時に承認した利益情況」に変動はないからである。それにも拘わらず、連帯債務や保証の復活を認めたのは、真正連帯や保証における一連托生の関係に力点を置いたのだと理解することもできない。

しかし梅の真意は別の点にあつて、供託の効果を確定的なものとみて、本来ならば供託物の取戻を認めるべきでないと考えている。すなわち、弁済者が弁済を取り消すことができないのと同じく、供託者が供託をなかったものとするとはできない。もし債権者が承諾すれば取戻ができるとしても、それは新たな契約であつて第三者に主張できないから、保証債務や担保権は復活しない。それは債権者にとって不利益であるから、取戻には常に承諾が必要である(梅『要義』二八四—五頁、同『原理』二七一—三頁。このように債権者の受諾等を確定的な債務消滅の要件としなかった点については、立法論として批判がある。石坂音四郎『供託論』『民法研究第三卷』二二四—六頁)。ところが、何れの外国法も取戻を認めているために、取戻を否定する説は採用されなかった。このために保証人等が取戻によつて損害を被ることがあるけれども、質権や抵当権が設定されている場合の方が弊害は甚だしいのであつて、その弊害を除いているのだから旧民法よりも一歩進んでいるという(梅『原理』二七三—五頁)。このように、力点は、保証等における一連托生の関係よりも、むしろ担保物権につき弊害を除いたという点にある。

第三項 更改

1 更改の効力論

a 起草委員の説明

連帯債務の場合には一体型絶対効を生ずるが(四三五条、これを起草委員は意思推定だと説明する(梅『要義』一〇七頁。同旨、富井『債権総論』一四四頁。すなわち、相債務者が新債務を負担することを更改の条件とすることもできる。また、ある債務者が少額の債務を負担するのと引換に、負担部分の免除を受けることもでき、この場合には負担部分型絶対効を生ずる。こういった方法があるのに、単なる更改をすれば全員につき旧債務が消滅するのは当然である(梅『原理』四六七―一九頁)。

他方で保証については、主債務が更改によって消滅すれば、附従性によって保証債務も消滅する(梅『原理』六一一頁、八六七頁、富井『債権総論』二九五頁。同旨、『民法議事速記録三』商事法務版三卷六〇〇頁(梅発言)。そのさいに、債権者と主債務者が合意しても保証を新債務に移すことはできないが、これは、主債務の内容を勝手に変えるべきではないからである(梅『原理』八六九―七〇頁。また、保証人の更改については、債権者が反対の意思を表示しない限り保証債務に関する更改だとみている(『民法議事速記録三』商事法務版三卷六〇〇頁(梅発言))。

このように起草委員は更改の効果を意思推定で説明している(連帯債務者や保証人についての更改)。これは保証人の更改に関するフランス法や旧民法の説明と同じであって、それを連帯債務に拡張したのである(前節第三項1aおよび北法四七卷六号一七三六頁参照)。すなわち、フランス法や旧民法が一体型絶対効としていたのを、現行法は一体型を原則とするにとどめた。それでは、どのような特約が可能なのだろうか。

b 特約の効力

起草委員は特約によって一体型を排除できるとして、負担部分型の特約の例を示しているが、相対効の特約が可能かについては言及しない。その考えを知るには、更改の想定事例と多数当事者関係の成立要件を検討するのが有用であろう。というのは、旧民法では更改の事例として目的物や債務原因に変更がある場合を想定する一方で、多数当事者関係（広義の連合債務）の成立に目的物や原因の同一性を要求しており、そのために更改を相対効とする特約は不可能だったからである（前節第三項1b）。それでは、現行法の起草委員は更改の想定事例と多数当事者関係の成立要件をどう考えていたのだろうか。

まず、連帯債務の更改については特に想定事例を示さないが、更改の一般論としては、目的物や当事者を変更する場合のほか条件を変更する場合を挙げる一方で（五二三条二項前段、原因を変更しても更改は成立しないという（『民法議事速記録三』商事法務版三卷六〇一―二頁（梅発言）、六〇九頁（富井発言）、梅『要義』三四二―四頁、三四六―八頁、同『原理』八三五頁、八三九―四五頁、富井『債権総論』二八九―九四頁。——旧民法では、原因に変更があれば更改が成立する一方で、条件を変更しても更改は成立しない。財産編四八九条二号、四九〇条一項）。

それでは、多数当事者関係の成立局面で、目的物や条件が債務者によって異なることを認めていたのだろうか。これにつき、条件の同一性を要しないとする点では一致しているが（『民法議事速記録三』商事法務版三卷一七四頁（富井発言）、富井『債権総論』一三八頁、梅『原理』四八〇頁）、目的物の同一性については起草委員である梅と富井の理解が違う（第九項第一款参照）。梅は、目的物が異なる場合でも連帯債務の成立を否定する謂われないという（梅『要義』一〇二頁。また旧民法につき、同『債権担保論第二冊』三五八―九頁、同『対人担保』一六九―七〇頁、同『法典批評』法協一〇卷一〇号八九六―七頁。これからすれば、更改契約で相対効の特約をしても、新債務と旧債務は連帯債務の關係に立つことになる。しかし富井によると、連帯債務の

成立には目的物や原因の同一性が必要である(『民法議事速記録三』前掲同所、富井『債権総論』一三四頁)。たとえば、金銭債務と物の引渡債務があつて、一方の履行によつて他方も消滅するような法律関係は連帯債務ではなく、一方の履行を解除条件とする債務関係である(富井『債権総論』一三七頁。これはフランス法の考え方と同じである。前節第三項1b)。(2)この説明からすれば、更改によつて新債務が旧債務と目的物を異にする場合には解除条件付の債務関係になる。(2)このように、何れの説明からしても相対効の特約は可能だと思われる。

c 一体型絶対効を原則とした理由

右のように、起草委員の発想からすると更改を相対効とする特約は有効である。それでは、相対効ではなく一体型を原則としたのは何故だろうか。また、保証人が更改した場合には原則として相対効としており、その差異は如何に説明できるのだろうか。ここで、旧民法につきボワソナドが想定していたように、目的物の変更による更改を考えてみよう。この場合には更改当事者の新債務と相債務者の旧債務が(不真正)連帯の関係に立つことは理論的に可能であるとしても、それを当事者の通常の意味だとみるのは困難であるし、合理的な意思解釈の観点からいっても、債務者によつて目的物が異なるような法律関係は複雑であつて、それは例外だと考えざるをえない。(3)こういった、法律関係を簡明にするという要請については、それを保証の場合に考慮する必要はないのであつて、ここでは、成立における附従性が働く。すなわち、更改によつて目的物を変更するのであれば、附従性に反することになつて、合理的な解釈としては主債務を消滅させる意思があつたといえるし、新債務が附従性に反せず主債務の範囲内に留まるならば、保証内容を変更しただけであつて法律関係が複雑になるわけではない。このように、保証の場合には附従性を基準にした意思解釈が可能であるけれども、連帯債務の場合にはそれができないために簡明さの要請を考慮する必要がある。しかも、その要請に

沿うことで通常の意味にも合致することから、一体型の推定をしたのではないだろうか。⁽⁴⁾

もつとも、これは意思解釈の問題にすぎない。一体型絶対効を嫌うならば特段の意思表示によって相対効とすることもできるのであって、それは困難ではない（a参照）。そうすると、一体型の効力を生ずる場合については、その効力を債権者の意思によって正当化できる。

ところで、フランス法や旧民法は更改に一体型絶対効を認めていたが、これは連帯債務の成立局面で一体的な団体関係を想定したことに關係していた。しかし、現行法の起草委員は更改を契約内容の問題だと考えることで、一体型を原則とするにとどめた。それが可能であったのは、目的物が異なる場合でも連帯債務（富井であれば、条件つき債務）が成立すると考えたからである。このように成立局面での発想を変えることによって、更改の効力は一体的な団体關係との連關を断ち切ることになった。⁽⁵⁾

2 合意の相対効原則との關係

更改によって相債務者が解放されるとすれば、合意の相対効原則との關係が問題になる。⁽⁶⁾これについては旧民法と同じ発想を窺うことができる。すなわち、債務者交替による更改には旧債務者の意思表示を要しないとしており（五一四条）、更改を相対効原則に対する例外と位置づけている。起草委員によると、旧債務者の意思表示を要しないのは、第三者弁済が可能であるとともに（四七四条、免除は債権者の意思表示だけで成立することによる。また、取引の便宜からいっても「債務ハ速ニ消滅スルヲ貴フヘク」、旧債務者にとっては利益を受けるだけで不利益はないからだとい

（梅『要義』三五〇―一頁。同旨、梅『原理』八五七―八頁、富井『債権総論』二九一頁）。

(1) 不可分債務についても同様の取引形態を想定している。すなわち、不可分債務の場合には負担部分型ではなく、更改した債務者の負担部分について、債権者は弁済者に対し償還義務を負うが(四三〇条、四二九条一項但書、そこで想定しているのは更改後の新債務が負担部分に見合う場合である。たとえば甲乙が不可分債務を負っている場合に、甲が更改しても乙は不可分債務の履行義務を負うが、そのさいに乙が償還請求できる理由を、本来ならば乙が甲に対する求償権を有し、さらに甲が債権者に対して転償できることに求めている(梅「要義」九三―九五頁、九七頁、同「原理」四二〇―二頁、四三六頁、富井「債権総論」一二九頁、一三二頁)。ここでは、甲が債権者に対して償還請求できることを前提にしており、そのためには甲の負担部分に相当する利益を債権者が受けている必要がある。それは更改後の新債務がそれに見合っていることを意味する。

なお、不可分債権や連帯債権の場合には、債権者の一人が債権を処分できるのは自己の持分だけだとする発想が働くがある。このために、不可分債権と不可分債務では更改の効果と同じにする必然性はない(旧民法財産編五〇一条一項、三項参照。すでに指摘されている。山中康雄「いわゆる連帯」ということの意義」民商三三卷三三二―三八頁)。それにも拘わらず、現行法が両者を同じに扱った点については別に検討を要する。将来の課題としたい。

(2) 本文では、更改によって新旧債務の目的物が異なれば解除条件つき債務になるとしたが、この点で富井の発想には疑問がある。すなわち、新債務が旧債務の履行を解除条件とすることは更改契約で定めることができるけれども、旧債務が新債務の履行を条件とすることの法律構成は容易でない。旧債務の負担を継続する債務者は更改契約の当事者ではないからである。この問題は成立局面でも生ずるのであって、二つの債務が目的物を異にするけれども給付の一倍額性があるような場合において、二つの債務の設定時期が前後するならばどのように考えるのだろうか。この点で疑問があるけれども、ここでは立ち入らない。目的物が異なっても給付の一倍額性があるという関係が可能であることだけを確認すれば十分である。

(3) この発想は次の説明から窺える。起草委員によれば、もし相対効であれば債権者が旧債権と新債権の双方を回収することとで不当に利得することになって、それは当事者の意思に反するとしている(梅「原理」四六七―八頁)。この説明では不当利得を問題にしているが、それは旧債務と新債務が(不真正)連帯の関係に立つと解することで解決できるのであって、不当利得自体を問題視しているとは思われない。むしろ、(不真正)連帯の関係を複雑で例外的な制度だと考えたことが一体

型の推定に繋がったのであろう。

(4) 更改では一体型を推定する一方で、免除における債権者の意思については推定方法が異なっており、相債権者に対する全額の請求権を留保する意思だと推測している(第五項第一款3)。このように解釈準則が異なる理由は、免除が無対価であるために、権利の放棄は限定解釈されるという解釈準則が働いていることによる(第五項第一款1参照)。これに対して、起草委員が一体型を推測している状況をみると、更改後の新債務が元の連帯債務の全額に見合う場合であり、新債務が負担部分に見合うならば負担部分型と推測している(1aおよび註(1)参照)。そこでは新債務の設定という対価に着目しているのであって、そのために限定解釈の準則が当て嵌まらないと考えたのであろう。

(5) 富井は目的物だけでなく原因の同一性を要求することで、債務者相互間に緊密な関係があると考えている(第九項第一款3)。この点ではフランス法と同じであるにも拘わらず、フランス法と異なり更改の効果と団体関係との連関を否定する。

これは、富井が非連合債務や全部義務を連帯債務との関係で位置づけたことによる。これに対して、前述のようにフランスの発想には体系的に不完全な点があつて、目的物や原因は異なるけれども給付の一倍額性があるような場合を多数当事者関係から外している。すなわち、本来は目的物が異なる場合を非連合債務として位置づけていたけれども、時代を経るにしたがつて非連合債務の概念を忘れており、原因を異にする全部義務については一般的な体系のなかに位置づけていない(前節第三項1bおよび同項註(3))。

(6) 合意の相対効原則については規定がないものの、起草委員はその考え方を維持している。規定をおかなかった理由については、契約の効力が当事者間に限られるのは当然であるし、債権の相対効原則を定めた規定(原案四一七条)があるからだと説明している(『民法議事速記録三』商事法務版三卷七八頁(富井発言)。但し、原案四一七条は整理会で削除された。『民法整理会議事速記録』商事法務版一四卷一級二四三頁)。

第四項 代物弁済

現行法は代物弁済に弁済と同じ効力を認めるが(四八二条)、梅によると、そこで示したのは代物弁済が弁済でないことである。そして、代物弁済の性質を更改だと捉えることで、追奪の場合や代物弁済の無効・取消の場合を整合的に説明する。⁽¹⁾

梅によれば、代物弁済については弁済に関する規定が適用されるけれども、それに抵触しない範囲で更改に関する規定が適用される。具体的には、債務者が他人の物でもって代物弁済したために債権者が所有者から追奪を受ければ、追奪担保責任の規定が準用される。これは代物弁済が有償契約だからであって(五五九条)、準用の結果として契約解除と損害賠償請求が認められる(五六一条)。しかし、代物弁済により旧債務は確定的に消滅したとみられるから、追奪を理由に代物弁済契約が解除されても旧債務は復活しない。もつとも、たとえ解除によって旧債務が復活すると解しても、保証や抵当権、質権等は復活しない。これは契約解除の効力が第三者へ及ばないことによる(五四五条一項但書)。これに對して、代物弁済が公序良俗に反するなどの事情により無効・取消となる場合には、更改に関する五一七条によって旧債務と担保は消滅しない。また、五一八条により旧債務に関する担保を新債務に移転することで、追奪の場合に備えることができるという(梅『要義』二四五―七頁、同『原理』二〇九―二二頁、二二四―五頁)。

これはフランス法や旧民法の議論と同じであって、代物弁済の効果を債権者の意思によって正当化している(前節第四項および北法四七卷六号一七四六頁、一七五〇―五一頁、四八卷六号一三五八―九頁)。特に追奪に備えた対策を認めているのであって、そこでは債権者の無策を非難しているといえる。

(1) 法典調査会では更改の考え方を否定しているようにみえる。すなわち、旧民法は代物弁済を更改と看做していたが、更改は新債務をもって旧債務に代える意思が明らかな場合に限るべきであって、代物弁済については「更改ト看做サレル恐

レ」を払拭したという（『民法議事速記録三』商事法務版三卷二七五―六頁（穂積発言）。また、富井も代物弁済を更改とみるのは誤りだとしており、それは、代物弁済が新たな債権関係を創設するものではないからだという（富井『債権総論』二四二―三頁）。しかし、本文で紹介した梅の説明と整合させるならば、穂積や富井の重点は更改による新たな債務関係の発生を否定することにあつて、追奪の場合を想定したものではないように思われる（前節第四項参照）。特に富井は、追奪があれば債権者は損害賠償を請求できるとして、元の給付を請求できるという説は誤りだとする（富井『債権総論』二四四頁。そうすると、追奪の効果については梅と同じであつて、追奪があつても元の債務とともに担保は復活しないと考えるのであろう。

第五項 債務免除

フランス法と異なり、現行法には免除推定の規定がないために、ここでは明示の免除だけが問題となる。⁽¹⁾

第一款 連帯債務の場合

1 四三七条の起草経過概説

旧民法が一体型を原則としたことには批判があつた。このために、現行法の原案は旧民法の原則と例外を逆にし、負担部分型を原則としながらも、但書で一体型の免除を認めた（原案四三八条。『民法第一議案』商事法務版二卷二綴一九〇頁。これは、権利の放棄が推定されないと考えたものである（『民法議事速記録三』商事法務版三卷一八九頁、一九一頁（富井発言）。同旨、富井『債権総論』一四五頁。この点についてはすでに紹介がある。淡路剛久『連帯債務の研究』一五三―四頁）。しかし但書は整理会で削除された（修正案四三六条（現行法四三七条と同じ）。『民法修正案』商事法務版二卷一綴五一頁）。削除の理由については議論がないけれども

〔民法整理會議事速記録〕商事法務版一四卷一綴二四九頁、一体型の場合を否定する趣旨ではなくて、規定がなくても一体型の免除は有効だと考えたからであろう。起草委員は特段の意思表示があれば一体型になると説明している(梅『原理』四八八頁。同旨、広中『理由書』三六三頁)。

2 一体型免除の可否

一体型の免除を認めるならば、具体的にはどういった意思表示が必要だろうか。これについて起草委員は、債務者への表示を免除の一般的な成立要件としていることと対応させて(五一九条、意思表示の名宛人が債務者の全員であることを要求する。具体的には、全員に効力が及ぶ場合として三つの例を挙げる。第一は、債務者の一人が相債務者から委任を受けて、債権者から免除の意思表示を受領した場合である。ここでの委任は連帯債務の關係から当然に生ずるものではなく、債権者との交渉につき特に委任を受けた場合を想定している。第二は、一人が自分に対する意思表示を受領すると同時に、相債務者に対する免除の意思表示について債権者から委託を受けた場合である。その者が債権者の代理人として相債務者に意思表示をすれば、全員に免除の効力が及ぶという。第三は、債権者が一人を「全債務者ノ代理人ト看做シテ」、これに意思表示する場合であり、相債務者の追認によって免除の効力が及ぶという(梅『原理』四八八―九頁)。

この説明からすれば、相債務者へ意思表示が到達する前に債権者が免除を撤回すれば、免除の効力が及ばないことになる(次款2参照)。

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

特段の意思表示がない限り免除は負担部分型である（四三七条）。起草委員によれば、もし相対効とすれば無用の手間がかかるし、場合によっては不公平な結果を生ずる。すなわち、完済した相債務者は被免除者へ求償し、さらに被免除者が債権者に転償することになるが、それは無用の手間である。しかも、その間に無資力者を生ずると、損失を被る者がでてきて不公平である。そういった弊害を避けるために負担部分型絶対効を認めたという（梅『要義』一一一―一二頁、同『原理』四七三―四頁。同旨、富井『債権総論』一四五頁）。

これはフランスにおける制度趣旨^bの考え方であつて（北法四八卷一号五二頁参照）、被免除者を完全に解放する一方で、相債務者については全額の義務を残しておく場合を想定している（『民法議事速記録三』商事法務版三卷一九一頁（富井発言）。これについてはすでに紹介がある。淡路剛久『連帯債務の研究』一五四頁）。そして、たとえ相債務者に対しては全額を請求する意思だったとしても、被免除者を完全に解放する意思があれば、その負担部分は債権者が被るべきだと考えているのである。⁽²⁾これは債権者の意思を帰責の根拠として求償権侵害を制裁したものであつて、一九世紀フランスや旧民法と同じである（前節第五項第一款³および北法四八卷一号五八一六〇頁、六号一三五九一六〇頁）。そうすると、絶対効の具体的範囲についても内部の負担関係とは別のものだと考えて、内部の負担関係に関する債権者の認識を問題にするのであろう。⁽³⁾

但し免除契約について、起草委員は特約で免除の効力を当事者間にとどめること（いわゆる相対的免除）を認める。そこでは、被免除者の求償義務を認めることで相債務者の保護を図ることさえできれば、四三七条とは異なる内容の特約が可能だという（梅『最近判例批評』志林一〇卷三号二六八―九頁）。そうすると、同条は免除意思の推定規定であつて、被免除者を求償義務から解放する意思があつたと推定したにとどまることになる。

第二款 保証の場合

保証における免除の効果について現行法は規定をおかなかった。まず、主債務者が免除を受ければ附従性によって保証人も解放されるのであって、これは疑う余地がないとしている(『民法議事速記録三』商事法務版三卷六三頁(富井発言))。次に、保証人が免除を受けても主債務者が解放されないのは当然であって、「従ガ無クナツテモ主ガ無クナルコトハナイ」という(『民法議事速記録三』前掲同所)。これは一九世紀フランス法や旧民法の議論と同じである(前節第五項第一款、第三款および北法四八卷一号六五頁、九四頁参照)。しかし、フランスの議論をすべて受け継いでいるわけではなく、債権者が主債務者を免除する一方で保証債権を留保することの可否や、私的整理における免除の効力については考慮していない。

それでは、共同保証人の一人が免除を受けると、相保証人に効果が及ぶのだろうか。それとは別に、債権者が主債務者を免除するさいに、その意思を保証人に対して表示することは可能であろうか。この二点については次の説明がある。

1 共同保証の場合

旧民法では、共同保証の一人が免除を受けると、負担部分の限度で相保証人も義務を免れた。これにつき現行法の起草委員は規定を要しないという。すなわち、分別利益があれば保証債務が当然に分割されるし、保証連帯の関係があれば連帯債務の規定が準用されるからだとする(『民法議事速記録三』商事法務版三卷六三―六四頁(富井発言))。すなわち、旧民法の規定を不要だと批判する説があり、それを採用したのである。しかし、旧民法財産編五十一条二文は不要ではなく、複数の連帯保証人相互間に保証連帯の関係がない場合について規定が必要であった(前節第五項第三款⁽³⁾)。この点につき現行法の起草委員は、連帯保証によって保証連帯と同じ関係を生ずると説明している(梅「連帯保証論」志林一号九頁⁽⁵⁾)。

ところで、一九世紀フランスでは保証契約の時期を考慮する議論があつたけれども(北法四八卷一号一〇―一二頁、その問題を現行法の起草委員は考慮していない。これはボワソナドの影響だといえる(前節第五項第三款⁽³⁾、特に註(8)参照)。

2 主債務の免除を保証人に対して表示した場合

旧民法では、主債務の免除を保証人に対して表示することが可能であった。これについて、現行法の起草委員は「或ハ少シ実質變更ニナルカモ知レマセヌ」という。すなわち、免除の意思表示を受領した者が、主債務者を代理できる場合であれば、主債務についての免除は有効である。しかし代理権がなければ、主債務者は免除を受けていないことになる。主債務の免除は、債務者に対する表示を要するからである。「夫レデ少シモ差支ナイ」⁽⁶⁾。主債務を免除したければ、主債務者に対して意思表示すればよく、それは「何デモナイコトデアル」という⁽⁶⁾（『民法議事速記録三』商事法務版三卷六二三頁（富井発言））。

これについては異論があつて、それによれば、保証人に免除を表示することで主債務の免除だと解すべき場合があり、たとえば主債務者が行方不明であるときに債権者が免除証書を保証人に交付すれば、主債務の免除を認めるべきだとする（『民法議事速記録三』商事法務版三卷六二五―八頁、六三一―三頁（高木豊三発言、特に六二六頁））。これに対して起草委員は反論し、主債務者は追認できるし（現行二一八条後段）、もし追認ができないとしても差し支えないという（『民法議事速記録三』商事法務版三卷六二五―七頁（富井発言、特に六二六頁））。この議論で問題にしているのは債権者が免除意思を撤回した場合であつて、起草委員によれば、主債務者の追認前に債権者が撤回すれば主債務免除の効力がなくなるのである（『民法議事速記録三』商事法務版三卷六二七頁（梅発言）参照）。

このように単独行為の追認という法律構成をとつたのは、フランス法や旧民法が委任や事務管理の構成を使つていたのと同じ発想である（前節第五項第三款および北法四八卷一号九五―七頁）。特に事務管理の構成と同じであつて、現行法の起草委員は保証人たる地位（あるいは、連帯保証人たる地位）から代理権が発生するとは考えておらず、代理権の発生には特別の授権を要求している⁽⁷⁾。

(1) 債権証書が返還された場合について、フランス民法や旧民法は債務免除を推定していた。これにつき現行法は当初の原案で弁済を推定していたが(原案四九五条、四九六条、規定がなくても経験則からいって同じであるし証拠に関する規定は不要だとして削除された(『民法議事速記録三』商事法務版三卷二八五頁(土方寧発言)、二八六頁(穂積発言)、六二四頁(富井発言))。)

なお、現行法の原案は債権証書の交付を弁済の推定事由としたが、旧民法では債務免除の推定事由であった。しかし実質的な違いは大きくない。旧民法は、債務免除一般について反対給付の存在を推定していたからである(財産編五一八条一項)。このために、旧民法と現行法原案の何れにおいても、連帯債務者や保証人が債権証書の交付を受ければ、原則として求償権が発生することになる。なお、求償金請求の要証事実が、債権証書の交付または保持で足りるのか、それとも弁済の事実を証明する必要があるのかについては、一九世紀フランスでも議論がある(たとえば、Baudry-Lacantinerie et Wahl, t.24 n.1091 p.576)。この点は将来の課題としたい。

(2) 法典調査会では相殺に関する四三六条二項と同じだと説明しているが(『民法議事速記録三』商事法務版三卷一八九頁(富井発言))、それは相殺と免除の問題情況が同じだという趣旨ではなく、被免除者や債権者の無資力危険が問題になる点で同じだというのであろう(第六項2b①②参照)。そういった無資力を問題としているために起草趣旨が紛らわしくなっているが、ここで重視すべきは無資力危険以前の問題であって、免除を相対効だとすれば債権者が被免除者に対して転償義務を負うとしている点である。

(3) もつとも、可分債務における分割について、起草者は債権者の認識を問わない。すなわち、内部の負担関係が頭割でないことを債権者に明示していなくても、それを債権者に主張できる。「分担主義」からすればこれがもつとも穏当であって、債権者は内部関係を知っているはずである。また、もし特別の事情によって知らないとしても債権者は頭割分だと主張することができるのであって、内部の負担関係を証明するのは債務者側である。この点に均分原則の意味がある。但し、組合は「類繁ナル契約」であるとともに内部関係を債権者が知るのは困難だから、これについては例外(六七五条)を設けたという(梅『原理』四〇二一六頁)。

この説明を免除に当て嵌めれば、内部の負担関係が頭割でない場合であっても、債権者はそれを知っているはずだと考えて、その負担部分について絶対効を生ずることになる。しかし、分割債務について債権者の認識を問わないからといって、免除の効力が同様だということにはならない。債務の分割と免除の効力は債権者の利益が関わるといふ点では同じで

あつても、関与の仕方が違う。すなわち、債務の分割は債務者の便宜を図ることに主眼があつて、連帯特約をしなかつた点に債権者の意思を読み込むことで正当化するものである（梅『要義』八八頁、同『原理』四〇一頁）。このために、債権者は内部関係を知っているはずだと考えることで、内部関係を基準とする点についても債権者の意思を読み込むことができる。

これに対して、免除による絶対効は債権者に対する制裁であるから、頭割分につき制裁を加えれば足り、それを超えて真の負担部分についてまで債権者の利益を奪う必然性はない。特に一九世紀フランスでは、真の負担部分を債権者が知つていても、留保に効力をもたせるために、絶対効の範囲を頭割分にとどめる考え方がある（北法四八巻一号五六一七頁）。このように、債務分割と免除の効力とは問題が異なるのだから、起草者が債務分割について債権者の認識を問わないからといって、免除についても同じだということにはならない（これに対して、債務分割につき債権者の認識を問うならば、当然に免除でも問題になる。前節第五項註（6））。

（4）既述のように連帯債務については一体型ではなく負担部分型を原則とすることに修正したが、保証連帯についても平仄を合わせる趣旨である（広中『理由書』四三六頁）。

（5）判例は保証連帯の関係がない場合に連帯債務に関する四三七条の準用を否定する（最判昭和四三年一月一日民集二三卷二二号二六四九頁）。しかし、連帯債務規定の準用を排斥しても、五〇四条によつて同じ結果が導かれるのではないだろうか（於保不二雄『債権総論（新版）』二八六頁註（三）参照）。

（6）免除の成立には債務者に対する表示が必要である（五一九条）。これは、第三者に対する意思表示を認めると、免除の成立が不確実になつて困るからである。現行法は合意を要求せず免除を単独行為だとしたけれども、相手方を問わないとするのは行き過ぎだと考えたのである（『民法議事速記録三』商事法務版三卷六二五頁、六二七―八頁（富井発言）、特に六二八頁）。

（7）これと類似の説明は確定判決の効力について示されている。すなわち、原案では、保証人の受けた確定判決を主債務者が援用できるとしていた（原案四六一一条一項）。これは採用されなかったが、原案の趣旨について起草委員は事務管理の考え方を使得つて次のように説明する。保証人についての確定判決を主債務者が援用できるとするのは、債権担保編二六条と同じである（『民法議事速記録三』商事法務版三卷四七六頁（梅発言））。すなわち、判決の効力が主債務者に及ぶことは、原則として「アラウ答ハナイ」が、主債務者は「自己ニ利益アリト見レバ其判決ヲ援用スルコトヲ許ス」のである（『民法議事速記録三』商事法務版三卷四七一頁（梅発言））。

第六項 相殺

1 概説

相殺に関する法典調査会の審議については次の事情を考慮しなければならない。連帯債務や保証における相殺の規定(四三六条、四五七条二項、四五八条)を審議した時点では、相殺の成立に意思表示を要求することが決まっていなかった。このために、相殺の成立要件を未決としたまままで審議しており、法律上当然主義の立場に立った議論もある。そして、意思表示を相殺の要件とした後になって、現行四三六条を改めて審議した形跡は——整理会を含めて——みあたらない。これに対して、保証人の相殺抗弁に関する現四五七条二項は、相殺の要件を決めた後に、修正案として追加したものである。この事情を踏まえて、各規定についての起草経過を紹介する。

2 連帯債務

連帯債務の場合には、反対債権をもつ債務者が相殺を主張できるのとは別に、その負担部分を限度として相債務者も相殺を主張できる(四三六条)。ここで問題なのは相債務者の相殺主張であって、それが認められた理由について検討する。

a 法典調査会での議論と起草委員の説明

法典調査会で起草委員は旧民法財産編五二一条二項に字句修正を加えただけとして、次のように説明する。まず、対等額の全部について相殺主張を否定したのは連帯の性質に基づくものであって、請求を受けた者が反対債権をもつ者に弁済の責を譲ることは許されないからである。この結論は比較法的にも支持されており、相殺の成立に意思表示を要

求する場合には当然の結果であるが、旧民法は相殺につき法律上当然主義をとるにも拘わらずこの結論を認める。次に、負担部分の限度で相殺主張を認めるのは、実際上の便宜を考慮したものである。すなわち、請求を受けた者は完済したうえで求償し、また反対債権をもつ者はそれを行使するから、「度々償還ガ起」になることになってしまう。しかも、そのさいに債権者が無資力となれば反対債権の実効性は失われる。このように、負担部分の限度で相殺抗弁を認めることは「連帯ノ本質ニ背ケレドモ」、実際上の便宜を考へて旧民法と同じにした（法典調査会『民法議事速記録三』商事法務版三卷一八二―三頁（富井発言）。同頁、梅『要義』一〇九―一〇頁、同『原理』四七一―三頁、富井『債権総論』一四四―四五頁）。

しかし、原案に対しては二項の削除が提案された。その理由は、相債務者が相殺を主張することで反対債権をもつ者に迷惑が掛かるし、その者を債権者の無資力危険から保護する必要もないという点にあった。これに対する起草委員の反論は相殺の法律上当然主義を前提とするものであつて、反対債権をもつ者の意思を考慮する必要がないという点にあつた。⁽²⁾ こういった審議の末に二項削除の提案は否決されたが、起草委員の説明は相殺要件に合わないものであつて現行法の説明にはなりえない。それにも拘わらず、後に修正案が出されることもなく規定が維持されたのだが、それは何故だろうか。

その点について起草委員の著作によれば、債権者の無資力から保護するために、反対債権をもつ者の通常の意味を推測したという⁽³⁾（梅『原理』四七二頁）。また、主債務者の反対債権をもつて保証人が相殺する場合についてであるが、債権者の無資力から主債務者を保護するだけでなく、主債務者の無資力から保証人を保護しているという（梅『原理』六〇四―五頁）。

以上の議論から四三六条二項の起草趣旨を考えると、次に整理するように債権者の利益は考慮の対象から外されて、主に内部関係が考慮されている。

① 債権者無資力の回避と反対債権をもつ債務者についての意思推定

二項削除説は反対債権をもつ債務者の利益情況に着目して、その迷惑や保護の不要を主張した。これは、ありうる考え方であつて、一九世紀フランスでも類似の議論がある(以下の点を含め、北法四八卷二号二七五―八〇頁参照)。(4) この削除説を排斥したのは、反対債権をもつ債務者の意思を推測することで無資力の回避を重視したからである。このように債権者の無資力を問題にする考え方はフランスにもあつたが、それを意思推定の形で説明したのは現行法が相殺の成立に意思表示を要求するためである。

② 反対債権をもつ債務者が無資力であることからの回避

保証に関する説明からすると、求償関係における無資力の問題にも配慮している。すなわち、反対債権をもつ者の無資力危険から相債務者を保護するという理由である。これもフランスにみられる。

③ 訴訟経済

起草委員は訴訟経済に資するとしている。具体的には、相殺主張を認めることで求償金請求が省略され、また反対債権額が負担部分と等しい場合には反対債権についても請求が省略されることで、便利だという(梅『原理』七四二―三頁)。

④ 請求を受けた者が弁済の責を他へ転嫁することの不当性

負担部分を超えては相殺を主張できないのは、請求を受けた者が弁済の責を他へ転嫁する点で、連帯債務の性質に反するからである。これは、一九世紀フランスや旧民法の考え方を受け継いだものであるが(前節第六項③参照)、相殺の成立要件が異なるから現行法では付加的な理由として位置づけるべきである。すなわち、相殺の意思表示がないにも拘

わらず相債務者の相殺主張を認めるのであれば何らかの積極的な理由が必要になるが、超過分につき相殺主張を否定するならば相殺の一般原則に戻るだけである。

3 保証

a 主債務者が反対債権をもつ場合

現行四五七条の原案は、主債務者が反対債権をもつ場合について規定していなかった。これは、相殺の成立要件が確定しておらず、仮に法律上当然主義をとるものとして起草したことによる。すなわち、相殺が当然に成立するのであれば、それを保証人が主張できるのは当然であって、規定を要しないと考えたのである。ところが、相殺の意思表示を要件とすることになったために、保証人の相殺主張について規定がないと「不釣合」であるから、二項を追加する修正案が提出された（『民法議事速記録三』商事法務版三卷五九六頁（梅発言）。その趣旨については次のようにまとめることができる。

① 主債務者が弁済の責を免れることの不当性

主債務者が相殺できるのに相殺の意思表示をせず、それによって保証人に弁済の責を負わせるのは不当だと説明している（梅『要義』一六六頁）。

② 保証の附従性

また、保証債務の附従性からいって主債務の消滅原因を保証人も主張できるとしている（梅『原理』六〇五頁）。一九世紀フランスの多数説も類似的の説明をしているが、そこでは相殺が法律上当然に成立することを前提にしており、日本の現行法とは意味が違う（北法四八卷三二八頁）。現行法では、主債務者の意思表示がない限り相殺が成立していないからである。しかし法律上当然主義であっても、ボワソナドは相殺が成立していないことを前提として、保証人の相殺主張

を認めており、同旨の見解はフランスにもある(前節第六項1および北法四八巻二二二頁、二八七―八頁参照。ここでは、保証人の相殺抗弁が相殺を形成するか、それとも抗弁にすぎないかは措く)。現行法起草委員の発想はこちらに近い。

③ 訴訟経済と無資力の回避

その他に催告・検索抗弁がない場合について、訴訟経済・債権者無資力からの主債務者保護・主債務者無資力からの保証人保護を理由にしている(『民法議事速記録』三 前掲同所、梅『要義』一六六―七頁、同『原理』六〇四―五頁。なお無資力回避の意味については、註(4)参照)。これらは、フランスにおける連帯債務の議論を保証に当て嵌めたものであらう(前節第六項2②および北法四八巻二二二―二七七八〇頁)。

b 保証人が反対債権をもつ場合

単純保証人が反対債権をもつ場合については規定がないが、起草委員の考えでは、主債務者が相殺を主張できないのは当然である。すなわち、主債務者が弁済の責を保証人に転嫁するのは不当だという(梅『原理』六〇五―六頁。類似の理由づけはフランスや旧民法にもある。前節第六項3および北法四八巻二二二―二五頁)。これにつき規定を設けなかった理由を推測するに、それは相殺の成立要件に関係しており、特則なき限りは主債務者が抗弁できないと考えたのであらう。

連帯保証については、四五八条が四三六条二項を準用している。しかし起草委員はその準用がないとして、主債務者の相殺主張を否定する。その説明によれば、負担部分型の規定については、保証人に負担部分がないのだから主債務者には準用されない。しかし、もし相殺を準用対象から外してしまうと、逆に主債務者に相殺適状がある場合において、連帯保証人に準用できるかにつき疑念を生ずるのであって、このために準用対象を広くとったのだという(梅『原理』六〇九―一〇頁)。そうすると、保証全般について、主債務者が保証人の反対債権による相殺を主張できないと考えていたこ

説
とになる。

論
4 検討

以上のように、起草者は基本的には一九世紀フランスの議論を受け継いでおり、相殺主張を内部関係での問題だと捉えている。しかし現行法はフランス法と相殺要件を異にするのであって、特にフランスの多数説は、法律上当然主義が多数当事者関係にも作用するとしていた（北法四八卷二号二八七—九頁）。このために、フランスの議論がそのまま妥当するかについて検討する必要がある（この点 *Baudry-Lacantinerie et Barde, t.13 n.1307 I p.425 note 3* は日本法に対し興味を示す）。結論から言えば、諸理由のうち無資力回避や内部関係に関するものは日本法に妥当せず（a）、他の理由は付加的なものにすぎない（b）。そこで起草者の説明からは離れて、民法の構造から規定の趣旨を探ってみる（c）。

a 無資力回避や内部関係に関する理由

説明を簡単にするために、主債務者の反対債権について保証人が相殺を主張する場合を考えると、起草委員は、保証人に相殺主張を認めることで、主債務者の無資力を保証人が回避できるとともに、債権者の無資力を主債務者が回避できるといふ。また、内部関係に着目して、相殺の意思表示を拒むことの不当性を指摘している。しかし、日本法では相殺の成立に意思表示を要求しているために、そういった説明の妥当性に疑問がある（起草委員の説明が理由となっていないことは、すでに指摘されている。石坂音四郎「保証人抗弁論」『民法研究第二卷』四四—七頁。個別に検討してみよう）。

① 主債務者の無資力回避と内部関係への配慮

起草委員は主債務者無資力の回避を問題にしている（2b②、3a③）。そこでいう無資力が将来の危険を指すのであれ

ば、保証人は弁済の直後に求償すればよいのだから、あえて特則を設ける必要はない。また、主債務者が現に無資力の場合、特に破産した場合を想定するのであれば、相殺主張によって保証人は求償権につき事実上の優先弁済を受けることになる。しかし、優先権を保証人に認める理由はないのであって、主債務者の反対債権は保証人の求償権とは無関係に発生したものである。

また、主債務者が反対債権をもつにも拘わらず、保証人に弁済させることが不当だという説明もある(3 a①。また、2 b④、3 bも同じ発想)。これは内部関係に着目して、相殺適状があるのに主債務者が相殺の意思表示をしなかった点を衝いたものであるが、内部関係だけを考慮して債権者の利益を度外視しているのはおかしい。というのは、相殺主張によって債権者は保証人から回収できなくなるのであるが、それを連帯保証人に認めると連帯の趣旨を没却することになるからである(連帯債務について、相殺主張権が債権者の全額請求権を害すると批判されている。石坂『日本民法債権総論中巻』八三五―六頁)。もし債権者の利益を制限するという政策判断をするとしても、その理由が必要である⁽⁵⁾。

この点につきフランス法は無資力回避を問題としていたが、それは相殺につき法律上当然主義をとるからではないだろうか。というのは、相殺適状の発生と同時に相殺が成立するのであって、保証人は相殺成立の事実を指摘するにすぎないからである⁽⁶⁾。このために、無資力回避という問題は経済的な実益にとどまり、法的な利益調整原理としての意味がないように思われる。そのことは一九世紀の議論にあらわれている。すなわち、ポチエは連帯債務者にも負担部分の範囲で相殺主張を認めており、それは、求償権に基づいて反対債権を差し押さえたうえで、連帯債務と相殺するのと同じだと説明していた(北法四七巻五号一二七六頁。これに対して一九世紀の批判説は、差押によって優先権を取得するわけではないから、情況が違ふと批判したが(北法四八巻二号二七九頁)、保証でも同じ問題が生ずるにも拘わらず、これについては批判がなかった。それは法律上当然主義をとるからだと思われるのである⁽⁷⁾)。また、フランス法は債権者の利益を度外

視しているが（北法四八巻一、二八九—九二頁）、これも法律上当然主義をとるからではないだろうか。

このように、保証人の相殺主張を認めるか否かは、相殺の要件として法律上当然主義をとるか否かに掛かっている。⁽⁸⁾

ところが、起草委員はこのことに思い至らなかった。⁽⁹⁾そのため、さらに調整困難な問題を生ずることになる。たとえば、主債務者が二口の債務を負っていて、それぞれに別の保証人がいるとする。そこで主債務者が反対債権を取得すると、どちらの債務と相殺するかが問題となる。これは充当指定権の問題であって、第一次的には相殺の意思を表示する者に指定権がある（五一二条。ドイツ民法三九六条も同じ）。その充当指定によって保証債務を免れる者とそうでない者が出てくるが、それは相殺当事者をもつ充当指定権の反映にすぎない。すなわち、保証人は当事者による選択を待つ立場における。そうすると、一方の債務を保証した者が相殺を主張することは、その立場からの抜け駆けであって許すべきではない。また、双方の保証人が相殺を主張したという場合には調整ができない⁽¹⁰⁾（たとえ調整のための規定を設けたとしても、それは意思表示を要求する原則に対する例外規定となる）。これは、法律上当然主義の下では生じない問題であって、法定充当の定めにしたがつて処理される（フランス民法一二九七条、旧民法財産編五三三条一項）。というのも、そこでの法定相殺は当事者の意思とは無関係に成立するのであって、債権が複数であっても当事者に充当指定権がないからである。このように、相殺主張権の問題は相殺の一般的な制度設計に関係している。

② 債権者無資力の回避

また、債権者無資力の回避についても同じ問題がある。これを起草委員は主債務者の利益として示しているが（2b①、3a③）、保証人の相殺主張によって債権者と主債務者間で相殺が成立するということは、相殺に関する日本の制度に反するのではないだろうか。というのは、日本法は相殺の成立に意思表示を要求することで当事者に自由を認めているからである。特に主債務者と債権者の双方が無資力である場合には、相殺の成否を当事者に委ねる必要性が高い。た

たとえば、主債務者からの回収率が5%だが、債権者からの回収率は10%であるならば、主債務者は相殺しないで10%の弁済を望むであろう。それにも拘わらず相殺の成否を保証人に任せることは、主債務者の利益に反することになる。

しかも日本法では求償要件としての事前通知の制度が用意されており(四六三条一項、四四三条一項)、債権者の無資力を回避する機会が主債務者に保障されている(フランス法と異なり、日本法では連帯債務についても通知の制度がある)。このために、債権者無資力の回避を保証人や相連帯債務者が配慮する必要はない。すなわち、起草委員は意思を推定して債権者無資力を回避したというけれども、そのような推定は真意に反するばかりでなく、推定規定をおく必要もないのである。

以上のように、無資力回避を理由にすることは日本の相殺制度に合致しない。フランス法が債権者の利益を度外視したのはそれを考慮しえなかったからであり、日本法では相殺主張権を対外関係から捉え直すべきである。但し後述のように考えれば(c)、フランス法と同じく主債務者の無資力を回避する結果になる。

b その他の諸理由

無資力回避のほかに起草委員は附従性や訴訟経済に着目しているが、何れも付加的な理由にとどまる。

① 附従性

起草委員は保証の附従性(主債務の消滅原因を保証人も主張できる)を理由としている(3a②)。しかし、主債務者の意思表示があるまで相殺は成立していないのだから主債務が消滅したわけではないし、時効の援用と違い主債務者の財産を処分するのであるから、附従性からさらに踏み込んだ説明が必要である。しかも起草経過をみると、相殺の成立に意思表示を要求したことに伴って相殺主張権の規定を設けたのであるから、附従性が当然に働くという趣旨ではあるまい。さらに、附従性では連帯債務の場合を説明できないことから、起草委員も付加的な理由にとどめている。

②訴訟経済

訴訟経済という理由には(2b③, 3a③)裁判所の負担を軽減するという意味があるけれども、当事者の利益としては、保証人が求償を省略できる点、または主債務者が反対債権の行使を省略できる点に実益がある。すなわち、反対債権額が主債務の額を超えておれば、保証人は求償を省略できる。逆に、主債務の額の方が大きければ、主債務者は反対債権の行使を省略できる。これは連帯債務の場合も同じだが、訴訟経済の観点からすれば相殺主張権の範囲を内部関係における負担部分とすべきであって、もしそれを対外的な負担部分だとすると、省略できるはずの求償を省略できないことがある。たとえば、連帯債務者A Bが二億円の債務を負っていて、Aが二億円の反対債権をもつ場合に、内部関係におけるAの負担部分が六割(一億二〇〇万円)だとして、その範囲でBの相殺主張を認めればA B間の求償を省略できるが、もしBの相殺主張権を頭割の一億円にとどめるならば、Bは一億円を弁済したうえで二〇〇万円をAに求償することになる。このように内部関係での負担部分だとすれば反対債権の行使か求償の何れか一方を省略できるが、対外的な負担部分だとすることで訴訟経済にならない場合を生ずる。

以上からすると、連帯債務に相当する理由は訴訟経済だけであるが、それは付加的な理由にとどまる。というのは、相殺主張によって省略できる訴訟は僅かであるために、裁判所の負担軽減という公益の観点を強調できないからである。

c 解釈試論

起草委員の説明に納得できないとすれば、相殺主張権を別の観点から説明する必要がある。しかも、連帯保証や連帯債務の場合には相殺主張権によって債権者の利益を害するのであるから(a①)、対外関係に着目して正当化する必要がある。そういった観点に立つと普通保証人がもつ検索抗弁に気づくのであって、その拡張として次のように説明できる

のではないだろうか。

かりに相殺主張権がなかったとしても、普通保証人であれば、債権者からの請求に対して検索抗弁を主張し、主債務者の反対債権を指示することができる(四五三条)。そして、本来であれば連帯保証人は検索抗弁をもたないが(四五四条)、次のように考えることができる。検索抗弁の要件として、保証人は主債務者の財産を指示し、かつその財産への執行が容易であることを証明しなければならないのであって、たとえば主債務者の住所にある動産が想定されている(我妻榮『新訂債権総論』四八〇頁)。そうすると、相殺について債権者は意思表示をするだけで足りるのだから、執行の容易さは動産などの比でない。このために反対債権を指示するような場合に限定すれば、検索抗弁を連帯保証人に認めても債権者に大きな不都合はないのであって、それが相殺主張権なのではないだろうか。これと同じことは連帯債務にもいえる。⁽¹¹⁾

そうすると主債務者破産の場合にはどうなるであろうか。⁽¹²⁾この場合でも破産債権者には一定の制限つきで相殺権があることから(破九八条、会更二六二条)、債権者が相殺に応ずれば保証人は主債務者の無資力を回避することになる。しかしそれは、拡張された検索抗弁によって債権者が相殺に応じた結果にすぎないのであって、債権者が複数の債権をもつ場合に主債務以外の債権を選んで相殺すれば、検索抗弁は空振りに終わることになる。⁽¹³⁾

右は試論にとどまるが、相殺主張権を補充性の拡張として捉えれば、債権者の全額請求権に対する制限を説明できると同時に、検索抗弁と同じく相殺主張権の放棄特約を認めることになる。また、従来の学説では相殺主張権を履行拒絶権と理解するものがあり(兼子一『判例民事法昭和二年度』四九七頁、我妻『新訂債権総論』四一三頁、それは右の説明に合致する。

このように考えると、連帯債務の場合に相殺主張権の範囲はどうなるのだろうか。相債務者の主張に債権者が応ずる場合には対等額全部について相殺するであろうから、現実問題として負担部分の範囲が問題になることは少ないことになる。しかし場合によっては、債権者が相殺を留保して、負担部分を控除した残額につき即時の履行を求めることも考

えられる。この場合について、立法論としていえば補充性を拡張することに必ずしも十分な説得力はないが（一般論だが、補充性を排斥すべきことは淡路説が指摘している。結語第二項1a）、そうだからといって限定解釈をして対外的な負担部分に止めるべきではない。というのは、相殺主張権の範囲を対外的な負担部分だと考えても、債権者にとっては全額請求権が害されることに変わりないからである。すなわち、相殺主張権は債権者の利益を害するけれども、主張の範囲は債権者にとって重要ではないように思われる。そして、ここでは訴訟経済の観点を重視すべきであつて、それからすれば内部の負担部分だと考えるべきである。但し、債権者が反対債権による相殺を指示されたにも拘わらず、その執行義務を怠った場合については（四五五条）、担保保存義務違反抗弁と同様の問題として（明石三郎『注釈民法』二五七頁参照）内部的な負担部分とは別のものと解釈する余地がある。

（1）連帯債務と保証における相殺の規定が審議された日付をみると、現四三六条が明治二八年二月四日、現四五七条・四五八条が三月一五日となつてゐる。その一方で、相殺に関する一般規定（第五節第二款）の原案が配付されたのは三月二三日となつてゐる（『民法第一議案』商事法務版一三卷一級二〇八頁）。

（2）二項削除の提案は次の理由による。相債権者に相殺主張を認めると反対債権をもつ者への干渉が過ぎることになつて、反対債権をもつ者はそれを行使しないつもりでもある。また、債権者が無資力の場合に反対債権をもつ者が困るといふけれども、それは自業自得であつて保護の必要はない（『民法議事速記録』三、商事法務版三卷一八三―四頁（横田國臣発言）、一八五頁（高木発言））。

この削除説に対して、起草者は次のように反論する。連帯債務者相互間には一定の關係があつて、「一人ガ弁済ヲ為セバ他ノ者ハ皆義務ヲ免レル。夫レデ、連帯債務者ノ一人ガ債権者ニ対シテ債権ヲ得タト云フノハ、恰モ弁済ノヤウナモノト見ラレル。又既成法典、仏蘭西民法ナゾハ皆然ウ云フ風ニ見テ居ル」。相殺につき旧民法は法律上当然主義をとつており、当事者の承諾は問題とならない。相殺要件はまだ決まつていないけれども、「兎ニ角、既成法典ノ主義ニ於テハ：既ニ債権者

ニ対シテ權利ヲ得タ一人ト債権者トノ間ニ於テハ、權利ガ消エテ仕舞テ居ル」(同書一八四頁、一八八頁(富井発言)。句読点、傍点は福田)。

この反論では法律上当然主義を前提としていたために、さらに削除説の委員は批判して、法律上当然主義をとるならば相殺主張を負担部分に限定するのはおかしいと指摘する(同書一八八頁(横田発言))。これに対し、起草者は連帯債務の性質に着目した説明(2b④)を繰り返す(同書一八八頁(富井発言))。

(3) 梅は債権者無資力の回避を問題にするが、本文で示したように、反対債権を持つ債務者の意思によって正当化する。それに對して旧民法については、その意思を考慮していない(梅「対人担保」一九六七頁)。このように説明を違えている点では、現行法と旧民法における相殺要件の差異を考慮している。しかし、現行法でそういった推定をするのはおかしい(本文4a②)。

(4) 債権者の無資力を回避するとは具体的にどういう意味であろうか。起草委員の説明をみると、弁済後に債権者が無資力になる危険を問題にしている(梅「要義」一一〇頁、同「原理」四七二頁)。また、反対債権をもつ者の無資力を相債務者が回避するという点でも、弁済後の無資力危険を問題にしている(梅「要義」一六七頁、同「原理」六〇四―五頁。但し保証についての説明)。しかし、債権者無資力の問題はそういった場合に留まらないのであって、債権者が請求する時点で無資力である場合にも同じ問題が生ずる。そして、規定の文言からすれば弁済後の無資力危険に限定していいのであるから、さしあたり、現に無資力である場合を含めて議論を進める。無資力の問題については後に検討する(本文4a)。

(5) そもそも内部関係からの説明は、理由として弱い。これを示すために、かりに相殺主張権がなければどうなるかを考えると、保証人は弁済によって求償権を取得するから、反対債権を差し押さえることで取立権(民執一五五条)を行使できる(今日の有力説は事前求償権の本質を解放請求権に求めており、それをとれば相殺主張権にごく近くなる。國井和郎「フランス法における支払前の求償権に関する一考察」阪大法學一四五―一四六号二六八―七頁、同「委託ある物上保証人の事前求償権」法時六三卷六号三二頁、および高橋眞「求償権と代位の研究」八六―七頁、浜上則雄「現代共同不法行為の研究」一四一頁以下、特に一五一―六三頁参照。なお、主債務者が危機状態にあれば、債権者代位(四二三条)も可能。そうすると、保証人の相殺主張権とは反対債権による強制執行を容易にしたものであって、具体的には弁済前における求償権の行使を認めるとともに、求償権に関する債務名義の取得を不要としたことになる。これを正当化できるとすれば、それは保証人が主債務者から保証委託を受けている場合であって、事前求償権

の拡張として相殺主張権を首肯できる。というのは、保証債務の履行を命ずる確定判決があれば事前求償権を取得するのであって(四五九条一項、保証人が訴訟上の抗弁として相殺を主張する状況を想定すれば、厳密には事前求償権が発生していないけれども、発生が確実な状況だといえるからである。この点では、起草者がいうように、保証人が債権者から請求を受けるという状況に追い込まれたのは主債務者が相殺の意思表示を拒んだからだと考えて、それを批判することができない。しかし、保証委託がなければ事前求償権はないのだから、この点でも相殺主張権は拡張になる。それを主債務者に対する非難で説明することには疑問がある。言い換えれば、主債務者が相殺の意思表示を拒むのは不当としても、保証委託のない場合についてまで事前求償を認めること(正確には、それと同じ状況にすること)は説明としての間隙がありすぎて、別の理由が必要となる。

(6) フランスでは破産宣告前に相殺適状があれば、法定相殺が生ずるのは当然であり(Derrupé, Répertoire de droit commercial t.3 2^{ed} v. Faillite-Redressement judiciaire (Phase de traitement-Les créanciers) n.119 p.12; Malaure et Aynès, Cours de droit civil t.6: Les Obligations 8^{ed} (1997) n.1069 p.635)、保証人は相殺を主張できる(Simler, Cautionnement et garanties autonomes 2^{ed} (1991) n.665 p.534)。しかしxviiiに進んで、一九世紀には相殺適状がない場合についても任意相殺の主張を保証人に認める見解がある(北法四八巻二二八二頁)。但し、それは任意相殺の主張権が主債務者にあることを前提としており、破産宣告によって主債務者の財産処分が制限される場合には、別だということになる。

(7) したがって、連帯債務につき相殺主張を否定するのは相殺の要件論に反する。このように解釈論が歪んだのは、フランス民法が連帯債務者の相殺主張を否定していたからである(北法四八巻二二八九一頁)。今日の判例は全部義務者に相殺主張を認めて、連帯債務者の相殺主張を否定する一二九四条三項は例外規定だと位置づける(北法四八巻二二九四頁註(一))。(8) フランス法が法律上当然主義を採用したのは歴史的な経緯によるものであるが(北法四七巻五号二二七八頁註(一))、制度論としての合理性がどこにあるかについては将来の課題としたい。印象論としては、相殺の効果が相殺適状時に遡及すること(日本法五〇六条一項)を当然主義として表現したにすぎないように思われる。

(9) 現行法が旧民法とは相殺要件を変更したにも拘わらず、それに伴って生ずる問題について起草者が考えなかったのは、何故か。その事情を推測するに、旧民法でボワソナドは、保証人の相殺主張を任意相殺だとしていた(前節第六項)。これに影響されて、現行法の起草者は保証人の相殺主張権と法定相殺の要件論との関連に気づかなかったのではあるまいか。

なお、現行法の相殺制度がドイツ法とフランス法という異なる制度を継受した二重構造をとっていることはすでに指摘されている(深谷格「相殺の構造と機能」(四)完)名古屋大学法政論集一三七号四〇頁)。

(10) 後述のように相殺主張権を検索抗弁の拡張として捉えれば(4c)、充當指定権は保証人ではなく債権者にあるから本文で示した問題は解消する。また、類似の問題として反対債権が複数の場合があり、起草委員の発想からすれば、保証人が任意の反対債権を主張することで、その反対債権につき相殺が成立する。しかも、各反対債権に別々の担保がついていたとすれば、利害関係者(例、後順位抵当権者)相互間の調整を保証人の意思に委ねることになってしまう。この問題も、相殺主張権を私見のように考えれば解消する。なお、こういった問題は法律上当然主義の下では生じない(前節第六項註(2)参照)。

(11) 連帯債務の場合には別の問題があつて、ここでは相殺主張権が負担部分に限定されるために、それが検索抗弁の要件論と合致するかが問題となる。すなわち検索抗弁においては、保証人の指示する財産が主債務の完済に足りなくてもよいが(大判昭和八年六月一三日民集二卷一四七二頁、相当割合を弁済できることが必要だとされている(我妻『新訂債権総論』四七九頁。そこでいう相当割合の具体的内容については定かでないが、反対債権をもつ債務者の負担割合が八割・九割であるとは限らないから、検索抗弁は否定されることになる。しかし、その相当割合の意味を連帯債務全体に対する割合ではなく、負担部分に対する割合だと考えれば問題は解消する(負担部分と比べても反対債権が不十分であれば問題だが、それは連帯保証でも同じ)。

(12) 主債務者破産の場合には補充性が働かないとする学説もあるが(石坂『日本民法債権総論中巻』一〇六五頁、近藤榮吉・柚木馨『註釈日本民法(債権編総則)中巻』二四二頁、明石『注釈民法(II)』二五二頁、四五二条但書参照)、起草委員の説明をみると、破産宣告があつても債権者に別除権があれば執行は容易だとしている(『民法議事速記録三』四三九頁(梅発言))。

(13) 本文では債権者が主債務とは別の債権と相殺できるとしたが、これには二点の反論が予想される。第一に、検索抗弁で指示された財産について、債権者は間接義務としての執行義務を負うために(四五五条、債権者は別の債権と相殺することでは保証人に対する権利を失うといいうる。これにつき確定的な結論を示すことはできないが、四四五条にいう「執行ヲ為スコトヲ怠リ」とは債権者の怠慢を想定しているのであつて(梅『要義』一五八頁、同「原理」五七五頁、五八四頁、別口債権への充當は怠慢でないように思われる。第二に、債権者が相殺の意思表示とともに充當指定しても、その充當指定に対して主債務者が異議を出せないのかという問題がある(ドイツ民法三九六条一項「文参照」。しかし、これは債権者と主債務者間における利益調整の問題であるから、主債務者の異議権によって保証人が利益を受けるとは限らない。なお、相殺主張権を履

行拒絶権と解すればドイツ法（七七〇条二項）と同じになるが、どの債権を自働債権とするかについてドイツ法は債権者の自由を認めている。すなわち、保証人から反対債権の指示を受けても、債権者が主債務以外の債権を選んで相殺すれば、保証人は履行を拒絶できないとする（Staudinger-Horn 13 Beab. (1997) §770 Rz.6）。

第七項 混同

保証における混同の効果については規定をおかなかったが、これは規定がなくても理論によって処理できるという趣旨である（『民法議事速記録三』商事法務版三卷六三三頁（富井発言）。すなわち、主債務者につき混同があれば、保証債務は附従性により消滅するが、保証人につき混同があっても主債務者は解放されないとしている（梅『原理』六二二頁、六六七頁、六七〇頁、富井『債権総論』二〇二頁）。また、連帯債務については混同の効力を弁済と看做しているが（四三八条、これは原案で負担部分型としていたところ（原案四三九条、整理会で弁済擬制に修正したものである。これにつき起草委員は意味が変わっていないと説明する（『民法整理会議事速記録』商事法務版一四卷一綴二四九頁（富井発言）。同旨、広中『理由書』三六三頁）。しかし弁済擬制は一体型絶対効に繋がるのであって、起草委員の言をそのまま受け取ることとはできない。

弁済擬制の理由については次の説明がある。⁽²⁾ 混同は債務関係を消滅させるものではなく、自分が自分に対して権利を主張できないために債権を「麻痺」させるだけである。しかし、この理論を貫徹すると不都合を生ずるのであって、一旦は債権債務が同一人に帰属しても債権譲渡等によって混同の状態がなくなれば、債権とともに保証や抵当も復活することになってしまう。かような形で第三者が不慮の損失を被らないようにするために、弁済を擬制したのだという（梅『要義』三六四―三五頁、同『原理』八七七―八頁、八八〇―二頁）。この説明で問題にしたのは混同の解消による第三者効であって、

具体的には担保権復活の有無を論じている。そして、弁済の場合には、合意によって給付物を返還しても新たな債務が発生するだけであるから(この発想については第二項註(3)参照)、弁済擬制によって混同の場合も同じだとしたのである。そうすると、混同の効果が一体型か負担部分型かという点については別の問題であって、この点には弁済擬制が及ばないといえないだろうか。このように起草趣旨を捉えれば、整理会で文言を変更しても意味は変わっていないことになり、その説明にも納得がいく。さらに、このことは別の点からいえるのであって、保証人に混同を生じた場合については弁済擬制の考えを持ち出していない。もし混同一般に弁済の効力を与える趣旨であれば、保証についても弁済擬制の規定をおいたはずである。

(1) 当時の外国ではスペイン民法二一四三条一項とアルゼンチン民法七〇七条が混同に一体型絶対効を認めている(Baudry-Lacantiniere et Barde, t.13 n.1307 I p.426; Fuzier-Herman, *Carpentier et du Saint, Répertoire général alphabétique du droit français* t.34 v. *Solidarité* n.362 p.966. またスペイン民法の邦訳については、辻正美・渡辺和行・高橋真「史料」債権総則(二二)民商八五巻五号八八六頁参照)。

(2) 本文とは別の説明もあって、一体型にすることで不公平な結果を避けたとしている。すなわち、もし負担部分を控除した残部について連帯が続くとすれば、無資力者の負担部分について債権者兼債務者は分担を免れることになってしまふし、もし分担するにしても、それが弁済者からの求償という形をとるのであれば、債権者兼債務者の無資力という危険を生ずるから、何れにしても不公平だというのである(梅『要義』一一三―一四頁。また、広中『理由書』三六三頁、梅『原理』四七四―七頁参照。この点についてはすでに紹介がある。星野英一『民法概論Ⅲ』一六二頁、林良平ほか(高木多喜男執筆)『債権総論(第三版)』四一〇頁註(29)、平井宜雄『債権総論第二版』三三八頁)。

この説明は負担部分型を不公平だとしており、具体的に問題としているのは、無資力者の存在が債権者の請求時には考慮されず、弁済者から債権者兼債務者への求償時に考慮されるにすぎないことである(たとえばABCが九〇万円の連帯債務を負い、負担部分が均等だったとする。Aにつき混同を生ずるとともに、Cが無資力であったとすると、起草委員の考えによれば、まずAは債権者と

してBに六〇万円を請求することになり、ここではCの無資力は考慮されない。そして、弁済者BはCに三〇万円を求償したうえで、それが奏功しなかったことを証明してAに一五万円を求償する。しかし、それは時効完成に関する説明と一貫性を欠いており（次項註（4）、第九項第二款2b③）、また混同を負担部分型とするフランス法では、債権者の請求時に無資力者の存在を考慮している（北法四八卷二号三〇〇頁。この点で星野・前掲には誤解がある）。このために、起草者が負担部分型を排斥したのは理由がない。

（3）ここで弁済擬制を設けたのは、起草者が混同を債務の消滅原因ではないと考えたからである。しかし、今日の理解では混同を債務消滅原因だと考えており、この立場をとれば債権譲渡によつて債務が復活することはありえない（大判昭和六年一月二三日民集一〇卷一二七五頁）。このために混同を弁済として擬制する必要はない。すなわち、今日の理解からすれば弁済擬制には特段の意味がないことになる。

第八項 時効

保証における時効完成については規定がなく、また連帯債務に関する現行四三九条は整理会で追加したものである。

時効中断については、連帯債務では請求だけに一体型絶対効があり（四三四条）、これは連帯保証に準用されている（四五八条）。このために、連帯保証であれば保証人に対する請求によつて主債務者に中断効が及ぶけれども（請求以外の中断事由は相対効）、普通保証であれば主債務者や相保証人には中断効が及ばない（『民法議事速記録三』商事法務版三卷四七六頁（梅発言））。これに対して、主債務者に対する時効中断は一般に保証人へ効力が及ぶ（四五七条一項）。前節と同じく中断効の問題からみていこう。

1 時効中断の効力

起草委員は中断効の問題を實際上の理由から説明しており、連帯債務については担保としての実効性確保に理由を求めている。すなわち、連帯債務では請求に一体型絶対効があるけれども、それは、全員に対して請求するという手間を省略することで、連帯に実効性を確保するものである(『民法議事速記録三』商事法務版三卷一八〇頁(土方、富井発言)、広中『理由書』三六一頁、梅『要義』一〇六頁、富井『債権総論』一四三頁)。なお、それとは別に、債務者相互間における代理類似の關係に基づくものだとする説明もあるが(梅『原理』四六四―六頁)、これは連帯債務の一般的な性質ではなく、絶対効があることを比喩として表現したにすぎない。団体關係を想定していないことは、絶対効を請求に限定していることからいえる(第九項第一款²参照)。

次に、主債務者につき時効中断があれば、保証人にも効力が及ぶ。⁽²⁾起草委員は、それによって債権者と保証人の双方に利益があるという。すなわち、債権者は保証人に対して請求する前に主債務者に請求すべきであり、それは奨励されることである。ところが、もし中断効が保証人に及ばないのであれば、主債務者に請求したうえで保証人にかかつて行くまでの間に時効が完成してしまうこともある。それは不当であって、債権者は法律に従って行動し怠慢がないのに、不当な損失を被ることになる。また、中断効を否定すると、債権者は主債務者と保証人の双方に対して同時に請求せざるを得なくなる。それは保証人にとつても好ましくないことであって、不必要な費用・時間を徒費することになる。というのも、主債務者は多少の猶予を受ければ自ら弁済できることもあるのに、中断効が及ばないとすれば債権者は意に反して保証人に請求せざるを得なくなるからである。このように實際上の理由から中断効が保証人へ及ぶことを認めたという(梅『要義』一六三―五頁、同『原理』五九六―八頁、六〇一―二頁。同旨、富井『債権総論』二〇三頁)。

しかし、保証人に対する中断があつても、主債務者には中断効が及ばないと考えており(連帯保証は例外、次のように説明する。連帯保証であれば連帯の規定に従うのが当事者の意思に沿うが、そうでなければ主債務者に中断効が及ぶの

はおかしい。また、旧民法は保証委託ある場合に中断効を及ぼしているけれども、保証委託の内容は保証契約の締結と弁済にとどまり、「日本ノ当事者」は中断が委任の内容になるとは考えないから、中断効を否定するべきだという（『民法議事速記録三』商事法務版三卷四七六頁（梅発言）、広中『理由書』三八〇頁。旧民法に関する梅の説明については前節第八項1参照）。

2 時効完成の効力

それでは、時効完成の効力についてはどう考えるのだろうか。これにつき起草者は債務免除と同じ発想を示している。すなわち、連帯債務の場合には負担部分型絶対効があり、これは債務免除と同じにするのが公平だと説明している（『民法整理会議事速記録』商事法務版一四卷一級二四九頁（富井発言）。具体的には、時効完成者が債権者や相債務者に対する関係で一切の債務を免れる。⁽⁴⁾そして、理論的にいえば相債務者はなお全額につき債務を負うが、それにより相債務者は「不慮ノ損失」を被ることになり、それは債権者に負担させるのが妥当である。というのは、時効完成の原因は「債権者ノ怠慢」にあるからだという（広中『理由書』三六三―四頁、梅『要義』一一五―六頁、同『原理』四七七―八頁。また、富井『債権総論』一四七―八頁参照。この点についてはすでに紹介がある。林ほか（高木執筆）『債権総論（第三版）』四一〇頁註（32））。

保証の場合には、主債務者につき時効が完成すれば、附従性によって保証人も時効を主張できる（梅『原理』六七〇頁。同旨、富井『民法原論第二巻総則』（復刻版）六三九頁）。逆に、保証人につき時効が完成しても主債務者は時効を主張できないが、これについては特に説明がない（梅『原理』六六九頁参照）。

以上の説明からすれば、起草委員は時効が完成者の債務だけを消滅させるものだと考えたうえで、連帯債務の場合には完成者と相連帯債務者・債権者という三者の利益を調整しており、保証の場合には保証債務の従たる性質を考慮している。この考え方は一九世紀フランスにみられたものであって、特に連帯債務についてはフランスの負担部分型絶対効

説と同じである(北法四八卷六号一三一一二頁。なお、旧民法は若干の違いがあるものの、基本的な考え方は現行法と同じである。前節第八項2、第九項第二款2)。このために、債務者相互間における団体関係は時効の効力と繋がらない。すなわち、フランスでは一体型絶対効説もあつて、それは団体関係を時効の効力に繋げる考え方であつた。具体的には、本来ならば時効と弁済の効力は異なるにも拘わらず(このことは保証の場合に顕著であつて、保証人につき時効が完成しても、弁済とは違い主債務者は解放されない)、連帯債務の場合には時効を弁済に擬えることで団体関係を考慮していた(北法四八卷六号一三六四一五頁)。しかし、日本法の起草者は時効を負担部分型とすることで、債務免除と同じく債権者の落ち度を理由に求償権侵害を制裁するという問題として扱っている。このために時効をめぐる利益調整にさいしては、連帯債務の性質(団体関係)が考慮要素から外れることになった。

(1) 請求以外の時効中断事由(差押・承認)について、起草委員は絶対効を否定しているが、『民法整理会議事速記録』商事法務版一四卷一級二四九一五〇頁(梅、箕作、富井発言、梅『要義』一一六―七頁、一六九頁、同『原理』四六六頁、四八〇頁、富井『債権総論』一四七頁)、請求だけを別に扱うことについては説明がない。

(2) 立法過程では反対提案も出ており、保証人が中断を知らないこともあろうから中断効を及ぼすべきではないと主張されたが、この提案は否決された(広中俊雄編著『第九回帝国議会の民法審議』二五二―三頁)。

(3) 梅は實際上の理由とは別に理論的な説明を示している。すなわち、保証債務は主債務と運命を共にするのだから、中断によつて主債務が存続する間は保証債務も消滅しないと説明できるといふ(梅『要義』一六三頁、同『原理』五九六頁、六〇二―三頁)。これに対して、富井は中断効が保証人へ及ぶのは債権者保護のためであつて、保証人の従たる性質から必然的に中断効の拡張が出てくるわけではないとしている(富井『債権総論』二〇三頁)。それは、従たる性質からの説明についてフランスで批判があるからであろう(北法四八卷六号一三三〇―一頁。梅自身も理論的な説明は付加的なものだとしており、この理由を強調すべきではない)。

(4) 時効完成者が求償義務を免れないことを前提とした説明もある。すなわち、求償に応じた時効完成者は債権者に転償できるが、その間に債権者が無資力となる危険があるから負担部分型とすべきであり(梅『原理』四七八―九頁)、さらに相債務者のなかに無資力者がおれば、時効完成者が拡張して負担すべき分についても控除されるという(同書、四七九頁)。

(5) フランスとは議論の仕方に差異もあり、日本の起草委員は時効を一般的なものとして扱い、時効の種類によって性質が異なるというような発想をしていない。これに対し、フランスでは特別時効の性質を考慮していた(北法四八巻六号一三三三頁)。しかし、日本法で特別時効に言及しなかったことには理由がある。というのは、フランスで議論のあったのは手形時効や商事会社社員の責任であるが、これにつき日本では特定の債務者だけに特別時効を認めるような制度をとらなかったからである(明治三三年商法一三五条、七一二条)。

第九項 現行法の起草過程における連帯債務の理論

第一款 債務の性質論からの分析

ここで検討するのは、連帯債務の効力が連帯債務の性質論と関係しているかの問題である。諸効力のうち債務消滅事由に関して、一九世紀フランスでは更改と時効が、また旧民法では更改が債務の性質(特に一体的な団体関係)と連関していた(前節第九項第二款3および北法四八巻六号一三六四―五頁)。現行法の起草委員も連帯債務には代理に類する関係があるとして、更改・相殺・免除・混同・時効の効力がこの関係に基づいて生ずるという(梅『原理』四六四―八一頁)。しかし、これまでみてきたように、各事由の具体的な説明では代理に類する関係を持ち出しておらず、現行法では債務消滅事由の効力が連帯債務の性質に関係していない(3b参照)。特に問題になるのは更改であって、フランス法や旧民法では更改の

効力が一体的な団体関係と関連していた。現行法も更改に一体型の効力を認めているが、現行法における一体型は意思推定にすぎず相対効とする特約を認めるために、団体関係との連関はない⁽¹⁾(第三項1°)。また、時効につき現行法は旧民法に倣って負担部分型とすることでフランス法から離れ、団体関係とは連関を断ち切った(第八項2°)。

それでは、債務消滅事由以外の効力、つまり請求の絶対効については団体関係と連関しているのだろうか。結論からいえばここでも連関はない。以下では、連帯債務の性質を具体化しながら、請求の効力との関係を検討しよう。連帯債務の性質として起草委員は三点を示し、第一に全員が唯一の債務者として看做され、第二に債務者相互間に代理類似の関係があり、第三に債務者相互間に密接な関係があるとしている。

1 唯一の債務者としての擬制

梅によれば、連帯によって各債務者は唯一の債務者だと看做される(梅『要義』一〇一頁)。そのために各債務者は全額について義務を負い、他に債務者がいることを理由にして請求を拒めない(梅『要義』一〇三頁、同『原理』四五〇頁。連帯保証人につき同旨、梅『要義』一五七頁)。また、本来ならば連帯債務は相互保証であるから、たとえば一人について債務が無効・取消となれば、その負担部分について相債務者も主張できるはずだが、この擬制によって相債務者は無効・取消を主張できないという(梅『原理』四六三―四頁。また、同『法典批評』法協一〇卷一〇号八九七―八頁参照)。この擬制を言い換えて、梅は各人の債務が別々だと説明しており(梅『要義』一〇一二頁、一〇五頁)、擬制の具体的な意味は債務の個数論を示すとともに、相互保証の実体を排斥することにある。

そういった性質は相対効事由に關係している。具体的には、無効・取消原因(四三三條)のほかは相対効原則(四四〇條と債務者破産の問題(四四一條)について、この擬制を使って相対効を説明している(梅『原理』四五〇頁、四五四―七頁、四六三

一四頁）。一九世紀フランスでは、唯一の債務者だという性質に団体関係を読み込むことで一体型絶対効を説明する学説があるけれども（北法四七卷六号一七一九—二〇頁、そういった考え方を梅はとっていない。むしろ、絶対効の規定については債務が別個であることに對する例外だとしただけで（梅『要義』一一七頁、例外となる理由については、次に検討する代理類似的の關係に關係づけている。このために、唯一の債務者として扱われるという性質は絶対効の問題に關係しない（註（七）で紹介する梅の説明は、この發想をとる）。

2 代理類似的の關係

旧民法は時効中断に一体型絶対効を認め、それを相互代理で構成していた（前節第八項）。それに対して、現行法も請求に絶対効を認めるが、一般方針としては代理の考え方を排斥している（『民法議事速記録三』商事法務版三卷一五六頁（富井發言）、四七三頁（高木發言）。これにつき従来の理解は法律構成を捨てただけで實質に変わりと評価しているけれども（淡路剛久『連帯債務の研究』一五七頁。また、同書・一四六—七頁、一五五—八頁も参照）、その評価は不正確である。起草委員は代理關係の排斥という一般方針を立てることで、請求以外の時効中断事由や目的物滅失における過責などについて絶対効を否定したのである（『民法議事速記録三』商事法務版三卷二〇五—六頁（富井・土方發言）、広中編著『第九回帝國議會の民法審議』二二八頁（梅發言）。すなわち請求に絶対効を認めたのは、代理關係の背後にある団体關係に着目したわけではなくて、實際上の便宜を考慮した政策判断だと捉えるべきである⁽³⁾。

ところが、起草委員の著作では請求や債務消滅事由の効力を代理に類似する關係から説明しているし（梅『原理』四六四頁以下、富井『債權總論』一二二頁、法典調査会では条文の解釈として代理構成をとることは妨げないとしていた（『民法議事速記録三』商事法務版三卷一七四頁（富井發言）、一八〇頁（土方發言）。しかし、それは代理關係を認めたものではない。すなわち、

旧民法が定めた絶対効全般を代理関係の反映だと考えた上で(この捉え方につき、前節第九項第一款第一目①②③参照)、現行法でも一部の事由については絶対効を認めることで、代理関係があるのと同じ結論だというにすぎない(『民法議事速記録三』商事法務版三卷一七三頁(富井発言)、梅『要義』九九頁、一〇一頁、同『原理』四三七―八頁参照)。

3 「密接な関係」

現行法は全部義務の効果を定めなかった。これは、全部義務が成立するのは稀であるのに、連帯債務とは別に定めると混乱の元になるのであって、不要なものは削ったほうがよいからだと説明している(法典調査会『民法主査会議事速記録』商事法務版一三卷一級八七頁(梅発言)。すでに紹介がある。前田達明『民法隨筆』一一三四頁、同『口述債権総論第三版』三四六―七頁)。しかし、起草委員は全部義務が成立することを認める(a)。ここでは、連帯債務の特徴として債務者相互間に密接な関係があるとしたうえで、それを連帯債務の效果に反映させているが、具体的に想定しているのは請求だけである(b)。そのため「密接な関係」は連帯債務の性質ではないといえる(c)。

a 全部義務が成立する場合

梅や富井によれば、共同不法行為の場合は連帯債務だが、監督者と代理監督者の責任や使用者や代理監督者と被用者の責任・動物占有者と保管者の責任については、旧民法でいう全部義務だという(梅『要義』一〇〇頁、一〇二頁、同『原理』四四一―八頁、富井『債権総論』一一〇―一頁、一三五頁)。

さらに富井によれば、連帯の成立には目的物と原因の同一性が必要であって、そのために「密接な連絡」がある(富井『債権総論』一三四頁、『民法議事速記録三』一七四頁(富井発言)。以下ではこれを「密接な関係」とする)。たとえば、甲から乙が借金を

した後に、甲丙間の契約で丙が乙と同じ債務を負担するとした場合に、乙と丙が何の合意もしなければ連帯債務にならない。また、同一の損害について、乙が契約違反としての賠償義務を負うのに対し、丙の債務が不法行為を理由とするのであれば（例、賃借物を丙が破壊したが、乙にも保管義務違反があった場合）、規定なき限り連帯ではない（富井『債権総論』一三六―三七頁）。但し、梅は原因や目的物の同一性を連帯債務の要件とはしておらず、この点で富井と異なる（第三項1b）。
 このように、起草委員は連帯債務とは別の内容をもつものとして全部義務の成立を認めている。そして富井の考えでは、連帯債務における「密接な関係」が特有の効果をもたらしていることになる。

b 「密接な関係」が効果論に及ぼす影響

それでは、どの事由について「密接な関係」が考慮されているのだろうか。結論からいうと、それは請求であって、債務消滅事由とは無関係である。⁽⁵⁾というのは、全部義務と比べて連帯債務は債権者に有利だと説明しているからである。すなわち、共同不法行為者の債務は本来ならば全部義務であるが、被害者保護のために連帯債務を課すことで絶対効を認めたと⁽⁶⁾⁽⁷⁾いう（梅『自第三章至第五章』一〇〇―一頁）。そうすると、連帯債務と全部義務の差異は債権者に有利な事由であって、それは請求だけである。もし債務消滅事由に着目したのであれば、消滅局面での絶対効は債権者に不利益であるから、被害者保護の趣旨に反することになるからである。したがって、債務消滅事由の効力については全部義務と連帯債務で差異を認めなかったといえる⁽⁸⁾（基本的にはフランス法や旧民法でも同じである。前節第九項第一款第一目）。

c 「密接な関係」の意義

このように連帯債務と全部義務の差異が請求の効力だけだとすれば、「密接な関係」を強調するのは躊躇せざるを得

ない。これは、すでにみたように請求の効力は当事者の便宜を考慮した政策判断であって、債務の実体とは無関係だからである(2)。したがって、富井は連帯債務の実体として団体関係がある場合を想定しているけれども、それは個別の規定に対応したものではない。

しかも、富井が「密接な関係」という実体を想定したのは起草委員の共通理解ではない。というのは、連帯債務の成立要件につき富井と梅の理解は異なり、梅は目的物や原因の同一性を要求していないからである(aおよび第三項1b)。また、梅は共同不法行為について、効力論における差異が請求だけにあるとして、債務の実体に関する連帯債務と全部義務の差異を意識的に軽視している(註(6))。以上のことからすれば、「密接な関係」という富井の説明に特段の意味を与えるべきではない。

第二款 個別事由の効力論からの分析

一九世紀フランス法や旧民法については、個別の事由に視点をおくことで、債務消滅事由の効力は大きくわけて二つの問題に集約することができた。それは、消滅事由の解消という問題と負担部分型の事由における利益調整の方法という問題であった(前節第九項第二款および北法四八巻六号一三五八一頁)。こういった問題の立て方は現行法でも有用であって、現行法は幾つかの点でフランス法などと異なるけれども、連帯債務論の全体としてはこの二つに集約できる。そして、結論からいうと、現行法における債務消滅事由の効力は債務の性質論と無関係である。

1 給付に関係する事由とその解消

弁済や供託・更改・代物弁済については、債権者が給付を受けて、それを保持できるならば、債務の消滅を認めることに問題はない。検討する必要があるのは、追奪などによって最終的に債権者が給付を保持できなかった場合であり、具体的には債務消滅事由の解消による担保権の帰趨という問題である。この点で、混同についても類似の状況がある。これらについて、フランス法や旧民法は債権者の関与があるかという観点から区別しており、現行法についても同じ観点から分析できる。すなわち、債権者の意思に着目することで、各種の事由につき共通点をみいだすことができる。

弁済については、一般論として他人物による弁済を無効だとしており、元の担保は消滅しないとするのが起草委員の考えだと思われる（第一項）。また、代物弁済については、追奪があっても元の担保は復活しないと説明しており、それを債権者の意思によって正当化している。具体的には、代物弁済契約において追奪に備えた対策をとることができたのに、その対策をとらなかった点で債権者を非難している（第四項）。これは一体型の更改についても同じである。新債権者が不履行であっても元の連帯債務が復活しないことは、相対効の特約をすることができたのに特約をしなかった点で債権者を非難している（第三項1c）。供託に関しては供託物取戻の効果の問題となり、それは供託者に取戻の自由があるか否かで異なる。すなわち、取戻権があれば取戻によって保証や連帯債務は消滅しなかったことになる。また、取戻権がなくとも債権者の承諾を得れば取戻は可能だが、取戻を保証人等に主張できない。このように、取戻にさいして債権者の承諾を要するか否かという問題が保証等の帰趨に繋がっている⁽⁹⁾。そして、取戻にも拘わらず保証等が復活しない場合については、債権者が取戻を承諾したからだとして、債権者に不利益が及ぶ理由をその意思に求めることができる（第二項1）。

このように、債権者が給付を保持できないにも拘わらず担保権が復活しない場合があり、それは代物弁済契約や更改契約をしたという債権者の意思や供託物の取戻を承諾したという債権者の意思に根拠を求めることができる。この発想

は、混同のように給付とは関係しない事由にも拡張できる。すなわち、混同の効果について現行法は混同を弁済と擬制しているが、これは、一旦成立した混同が債権譲渡によって解消した場合において、担保が復活しないことを示すためである(第七項)。ここでも、債権譲渡契約における債権者の意思に根拠を求めることができる。

2 負担部分型絶対効事由

負担部分型の事由について、フランス法や旧民法は求償権に着目して利益調整を図っていたが、調整方法は二つにわかれ、求償権だけでなく債権者の利益を考慮要素とする事由と純粹に内部関係の問題として調整する事由があった。この分類を現行法にそのまま当て嵌めることはできないが、事由によって利益調整の方法が異なる点では現行法も同じである。そして、絶対効を生ずる範囲に着目すると諸事由を二つに大別できる(a)。また、利益調整の方法が異なるために無資力回避の要否に違いがあつて、相殺や混同に関する起草委員の説明には疑問がある(b)。

a 分類論

免除における負担部分型の効力は、相債務者に全額を請求するという債権者の意図に反するものである。これは、債権者が被免除者を完全に解放したことに着目したものであつて、その意思を帰責の根拠として求償権侵害を制裁したものである。また時効についても、債権者の怠慢を非難するという理由から免除と同じ効力を認めており、担保保存義務違反抗弁の発想が出ている。起草委員はそういった基本的な発想を示すにとどまるが、それを敷衍するためにフランス法を参考にすれば、絶対効を生ずる負担部分の範囲に関する考え方がわかる。すなわち、ここでは債権者に対する制裁として負担部分型になるのだから、その具体的な範囲は制裁として十分なものであれば足りる。たとえば内部の負担関

係を債権者が知らないならば、頭割の範囲で制裁を加えれば十分である。

それに対して、相殺主張権について起草委員は内部関係の問題として捉えており、この発想からすれば、主張権の具体的な範囲は内部的な負担部分ということになる。この発想はフランス法から受け継いだものであるけれども、日本法は相殺の成立に意思表示を要求するのであるから、債権者の利益を考慮しなかったことには問題がある。但し、相殺主張権を対外関係から捉え直して補充性の拡張だと考えるにしても、訴訟経済の要請からいって内部的な負担部分につき相殺を主張できることに変わりない（四五五条による失権については別）。また、混同については弁済擬制の規定があるために従来は一体型だと理解されているが、擬制の射程を混同の解消によって生ずる問題に限定するならば、混同の効力については負担部分型と解釈することができる。その解釈をとれば混同は内部関係の問題となる。

b 無資力回避の必要性

負担部分型の効力は求償を考慮したものであって、具体的には求償や転償における無資力を回避するためである。しかし、右に概略したように利益調整の方法が事由によって違うのであれば、無資力回避の必要性も区々だということになる。しかし、起草委員は各事由について同じ説明を繰り返しており、事由による問題情況の差異に注意を払っていない。無資力の具体的な意味を詰めながら、これを示そう。

① 債権者の無資力

免除や相殺・時効について起草委員は債権者の無資力を問題にしており、特に弁済後に無資力となる危険を指摘する（第五項第一款3、註（2）、第六項註（4）、第八項註（4））。しかし、免除や時効と相殺では問題情況が違うはずである。すなわち、相殺主張権については、反対債権をもつ者は自らそれを行行使することで債権者の無資力危険を回避できるのだから、

相債務者がそれに配慮する必要はない(第六項4 a ②)。これに対して免除や時効については、被免除者や時効完成者に代わって相債務者が債権者の無資力危険に配慮する必要がある。その理由はこうである。起草委員は債権者の無資力を問題にすることで、かりに免除や時効を相対効だとすれば、最終的に債権者が被免除者等に対し転償義務を負うと考えている。その転償の根拠は、債権者が完済を受けたという不当利得であるために、債権者が完済を求めた時点で無資力危険を考慮すべきである。しかも、その転償金債権は弁済者からの求償によって生ずるのであって、被免除者自身が危険の回避を図ることはできない。このために、相債務者が配慮する必要がある。そして、起草委員が考慮している将来の危険だけではなくて、免除や時効では現在の無資力も考慮すべきである。

②当該債務者の無資力

右の三事由については、当該債務者(被免除者や時効完成者・反対債権をもつ債務者)の無資力危険についても問題にしている。しかし、その危険が抽象的なものであるならば、弁済の直後に求償することで危険を回避できるから、むしろ問題なのは現在における無資力である。そういった無資力を回避するために相殺主張権を認める必要はなく、弁済後に強制執行や債権者代位によって反対債権の取立・行使が可能だし、破産の局面では無資力回避を否定すべきである(第六項4 a ①)。これに対して免除や時効においては、起草委員がいうように無資力回避を図る必要がある。すなわち、被免除者や時効完成者が無資力である場合には求償権に実効性がないために、債権者は転償義務を免れることになるが、これは不当であって、被免除者等の負担部分は最終的に債権者が被るべきである①。但し、この場合には負担部分型の効力を否定する余地があつて、もし免除や時効完成がなかったとしても相債務者の求償権には実効性がないために、求償権侵害を否定することも可能である。しかし、資力を回復する可能性があると考えれば、求償権侵害の成立を当然に否定してよいことにはならない(私的整理における免除契約の効力については将来の課題としたい)。

③相債務者の無資力

混同と時効については、相債務者が複数いて、その一人が無資力である場合を問題としている。これにつき、起草委員は無資力者の出現による負担の拡張分を債権者に課しているが（第七項註（2）、第八項註（4））、その説明には一貫性がない。すなわち、時効では負担部分型とすることで、債権者の請求時に無資力者の存在を考慮しているのに対し、混同では、そういった無資力者を生ずる危険があるから一体型にしたのだと説明している。しかし、時効と混同で違いをつける理由はなく、むしろ免除を加えた三事由のすべてについて債権者の請求時に考慮すべきである。これは、負担部分の弾力性（四四四条）の問題だといえる（フランス法や旧民法につき、前節第五項註（3）および北法四八卷一号六二頁、四八卷二号三〇〇頁参照。但し、日本法では反対説がある。法典質疑録（仁保亀松・加藤正治執筆）『法典質疑録卷之二』（明法堂版）三四五―八頁、五九一―九五頁）。

以上のように各事由の説明を横並びにすると、起草委員が無資力の問題を十分に意識していなかったことがわかる。そのために本稿では、相殺主張権の理由として無資力危険を挙げることに疑問を示し、また混同を一体型とする説明についてはあえて軽視した。

- （1）フランス法や旧民法では、一体型の免除と合意の相对効原則の関係が問題となり、それを代理の考え方から説明していた（前節第九項第一款第一目②および北法四八卷六号一三六二頁）。しかし、現行法の起草委員によれば、たとえ全員を解放する免除意思があつたとしても、意思表示の受領者が相債務者から特別の授權を受けているといった事情がない限り、一体型絶対効を生じない。このように、現行法では理論構成のために代理の考え方を持ち出す必要はない（第五項第一款2、第二款2）。
- （2）代理関係を否定した理由については、代理によって効力が及ぶのは債務者の意思に反するのであって、過責や自白の効力が及ぶような形で授權する意思のあることは稀であるからだという（『民法議事速記録三』商事法務版三卷一七三頁（富井発言）、

(3) 原案は確定判決にも絶対効を認めており、もしこれが採用されておれば違う捉え方も可能だったかもしれない。すなわち、連帯債務者が受けた確定判決の効力は相債務者に及び、また主債務者が受けた確定判決の効力は保証人に及ぶとしていた(原案四四〇条一項、四六〇条)。これらの原案は最終的には削除されたが、起草委員は原案の趣旨を債務者相互間の緊密な関係や代理の考え方から説明している(『民法議事速記録三』商事法務版三卷二〇三頁(富井発言)、四六七頁、四七一頁(梅発言)、四七二頁(富井発言)。それとは別に、請求と同様の説明もあつて、一般的な代理関係を認めないために判決につき特則を設けたのだとしている。同書・一九九頁、二〇一頁、二〇三頁(富井発言)、四六九頁(梅発言)。このために、確定判決に関する原案が採用されておれば、団体関係を考慮して代理の考え方を採用したと捉えることも可能だったのである。そして、淡路説は検討の重点を原案に置いており(淡路『連帯債務の研究』一五五―一八頁、そういつた重点の置きどころが捉え方の違いに繋がっている。

(4) 富井は効力の点でも同一性を要求するが、この点には実質的な意味がないように思われる。すなわち、利息の有無や履行地が債務者によって異なる場合には、「利息又ハ弁済ノ場所ニ付テハ連帯ナシ。学者一般ニ之等ノ場合ニモ連帯成立スト云フモ、夫レハ其ノ以外ニ於テ成立ス」という(富井『債権総論』一三八頁。句読点福田)。利息の有無が異なれば、共通する元本債務だけにつき連帯関係が成立するのは当然である。また、履行地の点で連帯にならないというのは理解できない。

(5) 起草過程では、「密接な関係」があれば免除の効力が一体型になると説明しているが(『民法議事速記録三』商事法務版三卷一八九頁(富井発言)、それが現行法についてのものであるかは不明である。また、効果に関する全部義務の特徴を起草委員は明示せず、損害賠償によって損害がなくなるから全員が解放されるというにすぎない(『民法議事速記録五』商事法務版五卷三三八頁(梅発言)、梅『要義』一〇〇頁、八八〇頁、八八三頁、八九二頁、同『原理』四四五―七頁、同『自第三章至第五章』七六―七頁、九八頁、富井『債権総論』一二二頁)。しかし、法律構成を別とすれば、給付の一倍額性は連帯債務にも共通するから全部義務の特徴ではない。

(6) 法典調査会でも同旨の議論がある(議論の全体像については、前田達明『不法行為帰責論』二五六一六〇頁、能見善久『共同不法行為責任の基礎的考察』(二)法協九四卷八号一二二―一三三頁、神田孝夫『共同不法行為』星野英一編集代表『民法講座6』五七一―七頁参照)。すなわち、旧民法は、連帯債務に代理関係を認めるといったために、共同不法行為の効果を共謀の有無で区別したが、現行法は代理の考え方をとらないのであって、「請求法」と求償の点で連帯債務は「通常ノ義務」と違うにすぎないという(『民法議事速記録五』商事法務版五卷三九三頁(穂積発言)。求償については、註(8)参照)。

また、七一九条一項後段に關して、共謀がない場合には全部義務にすべきだという趣旨の意見に対して、梅は次のように答える。旧民法は共同不法行為の効果を共謀の有無で區別して連帶債務と全部義務に分けたが、現行法は代理の考え方をとらず「殆ど既成法典（の全部義務）ト違ハヌ位効力ガ狭クナツテ居ル」。すなわち、連帶債務と全部義務の違いは些細なものであつて、そうであれば、ここで區別をするのは細かすぎる。理屈からいうと、ここで「連帶」責任ヲ負ハセルノハ間違つてゐるかもしれないが、それでは被害者が迷惑するから、被害者のために連帶にした（『民法議事速記録五』商事法務版五卷四〇五頁（梅発言）。亀甲内は福田の推測）。ここでも、梅が着目しているのは請求の効力だけである。

なお、右は一項後段に關する説明だが、共謀の場合についても被害者保護のため特別に連帶にしたと考えているようである（梅『要義』八九四頁）。しかし、旧民法では共謀があれば連帶債務になるのであつて、それは特則ではない（前節第九項第一款第二目ハ參照）。この点で梅の発想については検討を要するが、ここで扱うべき問題ではない。

（7）ここで梅は、債権者の便宜を図るために各不法行為者を唯一の債務者と看做したという（この擬制の射程については、本文一參照）。しかしこの説明を強調すべきではなく、梅の真意は別のところにある。すなわち、請求の絶対効は各債務者を唯一の債務者とする擬制から説明できるけれども、正しくは代理類似的關係によるものだとしている（梅『原理』四五二頁。前述のように、請求に絶対効があるのは当事者の便宜を考慮した政策判断であつて、あえて連帶債務の性質に結びつけるとすれば、それは代理類似的關係である（本文2））。

（8）梅は、請求の効力とともに、内部關係における求償も連帶債務の特徴だと考えており、共同不法行為者に連帶債務を課すことで、求償は四四二条に従ふことになるという（梅『目第三章至第五章』一〇一頁。また註（6）參照）。これは、全部義務者が必ずしも求償権をもたないというドイツ法流の連帶二分論を前提として、契約や条文がない限り求償ができないことを指している（法典質疑會（梅執筆）『法典質疑錄中卷』（信山社復刻版）二〇〇頁）。

（9）供託取戻の効果について現行法はフランス法や旧民法と同じである。但し細かくいえば、供託物取戻権につき現行法はフランス法などと異なる。すなわち、フランス法や旧民法では、債権者の供託受諾（または、それに代わる確定判決）がない限り供託物取戻権があつたけれども、現行法は質権や抵当権の設定があれば、供託受諾がなくとも取戻権を否定する（第二項2）。しかし、これは自由な供託物取戻権を制限しただけであつて、取戻による保証や連帶債務の帰趨が取戻権の有無（すなわち、債権者による承諾の要否）によって異なるのは同じである（第一項1）。

文献表

第二節で主に参照した文献は次のものであり、下線部分で引用する。議事録については商事法務研究会による復刻版を用いた(その紹介として、前田達明ほか「史料」債権総則」民商八一巻二号以下、特に、八四巻二号以下を参考にしたが、いちいち引用はしなかった)。

- 『民法第一議案』(商事法務版一三巻二綴)
- 法典調査会『民法議事速記録三』(商事法務版三巻)
- 法典調査会『民法議事速記録五』(商事法務版五巻)
- 法典調査会『民法整理会議事速記録』(商事法務版一四巻一綴)
- 広中俊雄編著『民法修正案(前三編)の理由書』(元版で引用する)
- 梅謙次郎『民法要義卷之三債権篇』(初版)
- 梅謙次郎『民法原理(債権総則)』(復刻版)
- 梅謙次郎『民法債権(自第三章至第五章)』(梅〓吾孫子勝〓田代律雄『民法〔明治29年〕債権』所収・復刻版)
- 富井政章述『債権総論完』(復刻版)

結語

第一項 系譜研究のまとめ

本稿では、連帯債務の実体を追求するという手法をとらずに、各事由の効力に着目して、演繹的に連帯債務の理論を検討してきた。その結果をまとめておこう。

1 連帯債務における団体関係の有無

a フランス法と旧民法における団体関係の作用

すでに淡路説が紹介しているように、フランス法は連帯債務の実体として団体関係を想定していた（次項1^a）。しかし、団体関係はすべての事由に関係しているわけではなく、また事由によって具体的な作用は異なる。すなわち、連帯債務の効力を基本的効力（*les effets principaux: obligation au total*）と第二次的効力（*les effets secondaires de la solidarité*）に分けている（椿寿夫「連帯債務論序説」『民法研究Ⅰ』五〇頁）。基本的効力は債権者の全額請求権や給付の一倍額性に関係し、債務消滅事由の効力はこれにあたる。また、第二次的効力は相互代理の考え方に関係するものであって、具体的には時効中断や判決の効力がこれにあたる（*Prinot et Ripert, Traité pratique de droit civil français* 172 éd. (1954) n.1080-6 p.450-61）。それぞれにおいて団体関係の作用は異なる⁽¹⁾。

まず、基本的効力である債務消滅事由においては、団体関係があることで連帯債務全部の消滅という結果に繋がっている。すなわち、更改や時効につき一九世紀フランス法は弁済と同じ効力だという説明を示していたが、保証債務に関する更改や時効と比べれば、その説明には理論的な一貫性がなく、むしろ連帯債務の実体である団体関係を想定したことに由来するものである⁽²⁾（北法四八巻六号一三六四―五頁）。しかし、その他の債務消滅事由においては団体関係が問題とはなっていない（後述2）。

次に、第二次的効力においては、団体関係が債務者側の有利に働くこともあるが、債権者のためにも作用して、連帯債務の存続という結果に繋がっている。たとえば時効中断は債権者に有利であるが、判決については議論が分かれており、債務者にとって有利な場合に限り絶対効を認める説もある（北法四七巻六号一七二―五頁）。こういった相互代理の由来については淡路説が紹介しているように、フランス法が債務者相互間の団体関係を想定したものである⁽³⁾（淡路剛久「連帯債

務の研究」九八頁、一〇〇―一二頁。以下では、著者名のみで引用する。それによつて広汎な事由に一体型の効力があり、具体的には時効中断一般や判決・後発的履行不能における過責などがある(北法四七卷六号一七〇五―八頁参照)。

右のことは日本の旧民法についてもいえる。すなわち、旧民法は更改に一体型の効力を与えたが、それは団体関係を考慮したものである(淡路・一四二頁、前章第一節第九項第二款3)。また、相互代理の考え方によつて広汎な事由に一体型の効力を認めている(淡路・一四二―二頁、前章第一節第九項第一款第一目2)。

b 現行日本法における団体関係の有無

しかし現行法はフランス法と異なる。すなわち、時効についてはフランスで一体型の見解があるが、それとは別に負担部分型の学説があり、日本法は負担部分型を選択した(四三九条、前章第二節第八項2)。また更改については一体型とする点で同じだが(四三五条)、フランスとは異なり意思推定として一体型としたにすぎず、特約によつて相対効とすることも可能である。このように、一体型が意思解釈の問題であれば、それは団体関係を前提とするものではない(前章第二節第三項1c)。ところが淡路説はフランス法の継受を重視して、現行法も団体関係を予想した規定だという(淡路・二五〇頁、一五七―六〇頁)。これは解釈規定であることを無視した理解である。

また、日本法は請求に一体型の効力を認めているが(四三四条、それは担保としての実効性を確保するという特別の政策判断であつて、団体関係を想定していない。これは、日本法が一体型の効力を請求に限定しているからである。もし日本法が団体関係を想定したのであれば、フランスと同じく広汎な事由に一体型の効力を認めたはずであるが、そうしていない。したがつて、請求の効力は団体関係という一般的な発想によるものではなく、むしろ特別の政策判断だと位置づけるべきである。この点でも本稿は淡路説と異なる理解をとつた。すなわち、淡路説は請求の絶対効が団体関係

を前提とするものと捉えた上で、起草委員が連帯債務の実体を考慮しないまま絶対効を認めた点を批判する（淡路・一五七―八頁）。しかし、この批判は的外れであつて、むしろ現行法の起草委員は意識的に団体関係を想定しなかったのである（前章第九項第一款、特に3c）。

2 債務消滅事由における絶対効の理由

それでは、債務消滅事由における絶対効の理由はどこにあるのだろうか。これについては、一体型と負担部分型とで違いがある。

a 一体型の事由

一体型の事由は給付に関係するものである。これにつき従来は満足効の有無という観点から分析し、このために更改は債権者に満足を与えないから不真正連帯では絶対効になると考えてきた（我妻『新訂債権総論』四一〇頁、四四五頁。この考え方は戦前から確立している。北法四七巻五号二二三―四頁）。しかし、満足効という分析道具は曖昧であつて、判断枠組みを提供できない場面がある。たとえば給付された物が他人物であつて、債権者が給付を保持できなかった場合にはどうなるのだろうか。フランス法をみると、そういった場合が一つの問題群として議論されており、具体的には給付物が真正所有者によつて追奪された場合や、供託物が取り戻された場合、更改後の新債務が不履行だった場合がある（北法四八巻六号一三五八―九頁）。そこでは、弁済者や供託者が債務を負うのは当然であつて、問題になるのは、それ以外の相連帯債務者や保証人の債務が復活するかという点である。これをフランス法は債権者の意思という観点から考えている。たとえば、弁済と代物弁済では違う結論を示しており、代物弁済では、その契約によつて相債務者が債務から解放されると考えて、

それは給付物の追奪によって左右されないとしている。これは債権者が給付物の受領義務を負うか否かという点を考えて、債権者が任意に代物弁済を受け入れたという点に着目するものである。言い換えれば、給付に係する事由については、その給付を受領しあるいは約束した時点で債権者の自由意思が関与しておれば、最終的に債権者が給付を保持できなかったとしても、それは相債務者ではなく債権者が負担するべきだと考えているのである。

それと同様の発想は混同にもあり、しかも基準がより明確になっている。すなわち、相続や債権譲渡によって混同が成立しても、混同の状態が解消することがある。たとえば、相続欠格や譲渡契約の無効・取消、負担付贈与の取消原因が負担の不履行にある場合であつて、そういった場合には混同の成立時に無効・取消原因が内包されていると考えて、連帯債務の復活を認める。それに対して、混同解消の原因が忘恩行為を理由とする贈与の撤回や契約の合意解除にある場合には、「混同成立後の原因」による解消として、解消の効果を当事者間にとどめ、相債務者については債務の復活を否定する。⁽⁴⁾

以上はフランス法の発想であるが、日本法の起草委員も同じ発想を持つている(前章第二節第九項第二款¹)。したがって、日本法の規定を考えるには、最終的に債権者が満足を保持できなかった場合を想定するべきである。特に解釈論として問題になるのは二点ある。第一に更改につき日本法は一体型を推定しており、それは債権者の意思によって正当化できる。すなわち、相対効の特約が可能であるにも拘わらず、特約をしなかったならば、それを帰責の原因として更改後の新債務が不履行であるという不利益を債権者に負担させることができる(前章第二節第三項¹)。第二に、混同について民法は弁済を擬制しているが、これは現行法の起草者が混同の解消に関する議論を考えたからである。すなわち、起草者は混同を消滅原因ではなく、債権を「麻痺」させるものだと捉えたために、混同成立後に債権を譲渡することも理論的には可能だと考えたのである。しかし、債権譲渡による債務の復活を認めると、担保の設定がある場合には、第三者が

不測の不利を被ることになる。そこで、混同の状態が解消したという結果が第三者に及ばず、担保は復活しないことを示すために、混同の効力を弁済に擬えたのである。そうすると、弁済擬制の意味は限定して解釈すべきであり、少なくとも混同が一体型の効力をもつという理解は疑わしいのであって、むしろ負担部分型として解釈することができる

(前章第二節第七項)。

b 負担部分型の事由

フランス民法典は免除と混同を負担部分型とし、また解釈として相殺主張権や時効を負担部分型とする見解がある。そこでの利益調整の方法は二つに分かれており、免除や時効においては債権者の利害を考慮する一方で、相殺や混同においては専ら内部の調整問題だとしている(北法四八巻六号一三五九―六一頁)。その具体的な違いは絶対効を生ずる範囲、つまり「負担部分」の具体的内容にある。すなわち、免除においては内部の負担関係に関する債権者の認識などを考慮しており、債権者が善意であれば、内部関係における負担部分ではなく、頭割で計算した範囲に絶対効を限定している。この解釈は負担部分型を正当化する理論と関係している。すなわち、それは、免除した債権者が求償権を侵害したことに着目したものであって、負担部分型の効力を求償権侵害に対する制裁だと捉えるのである。制裁の問題であれば、その具体的な内容は制裁として十分なものであれば足りるのであって、内部的な負担部分と一致する必要はないと考えているのである。

それに対して、相殺については債権者の利害を考慮していない。これは相殺の要件として法律上当然主義をとるからである。そこで具体的に考慮している要素は、相債務者(反対債権をもつ者)に出捐を強制することの可否や相殺を主張する者が求償権につき優先弁済を受けることの可否である。このように相殺主張の可否は内部の調整問題であるために、

負担部分概念の操作は議論されていない。

このように事由によって利益調整の方法が違うという発想は日本法の起草委員も共有している。但し日本法の構造からいえば、起草委員がフランス法をそのまま参照して利益調整の具体的な方法を二分したことには問題があつて、起草委員の説明から一部離れる必要がある。すなわち、免除や時効・相殺については債権者の利益が関与するけれども、具体的な関与の仕方には違いがあつて、免除や時効では制裁という意味がある。このために、免除や時効ではフランスと同じく、相債務者の主張を対外的な負担部分に限定する必要がある。⁽⁶⁾ それに対し、相殺主張権における債権者の利益とは全額請求権や請求相手の選択権(四三三條)を確保できるかという点にあつて、四三六条二項はこれを制限している。しかし、それは立法論としての当否であり、しかも債権者の利益を保障するか否かという二者択一の問題である。すなわち、相殺主張の範囲について債権者は大きな利害関係をもたないために、範囲論については別の観点、すなわち訴訟経済上の理由から内部的な負担部分について主張を認めることになる。以上と異なり、混同を負担部分型だと解するならば、ここではフランス法と同じく債権者の利益は無関係である。

右のように負担部分型の事由は利益情況が区々となつてゐる。従来の議論をみると、負担部分型の事由すべてについて、具体的な範囲を対外的なものだとする説明があるけれども(鈴木祿弥『債権法講義三訂版』四六六頁、前田『口述債権総論第三版』三四〇―一頁、潮見佳男『債権総論』五三三頁)、利益調整の方法は事由によって違ふと考えるべきであつて、負担部分の具体的な範囲に着目していえば、諸事由を二分することになる。⁽⁷⁾

(1) 本文のように議論を整理することで従来の疑問を解決することができる。それは、絶対効のなかには請求のように債権者の利益になる事由があつて、単純に絶対効を悪だと決めつけられないという疑問である(椿「連帯債務論序説」『民法研究Ⅰ』

五五頁、「連帯債務論の問題点」(同書・六四―五頁)。本稿の立場からすれば、この疑問は債務消滅事由とその他の事由(フランスの用語を使えば基本的効力と第二次的効力)を同じ平面で考えたことに由来するものである。すなわち、基本的効力では絶対効が債権者に不利益をもたらすけれども、第二次的効力では利益となる。したがって、請求と債務消滅事由は区別して論ずるべきである。

但し、この点でフランス法の場合は異なる。すなわち、フランスにおける第二次的効力は広汎であって、判決のように債権者に不利な事由がある。しかも、一九世紀フランス法では相互代理の本身について種々の議論があつて、それを債権者に有利か否かという単純な観点から分析することはできない(北法四七卷六号一七二―一五頁参照)。

(2) この点につき、本稿は淡路説の推測を裏付けることができた。但し、淡路説は更改だけでなく免除についても一体的な実体関係を考慮したものだ¹と推測する(淡路『連帯債務の研究』九六―七頁、九九頁、一一〇頁)。しかし、免除に関する本稿の理解は異なる。すなわち、一体型の免除は全員を解放するという債権者の意思が理由となっているのであつて、団体関係を考慮したものではない(北法四八卷一号四五頁、六号一三四七頁)。

(3) 相互代理の位置づけにつき、本稿は淡路説に負うところが大きい。淡路説によれば、連帯債務は必ずしも団体関係を伴うものではないために、相互代理の構成は連帯債務の実体関係から切断されたものとなつてしまった。すなわち相互代理は実体を伴わないものであつて、説明のための法律構成にすぎなかつた(淡路・一〇二―四頁)。ところが判例は相互代理を判決などに拡張することで、相互代理の構成を実質的な判断枠組みに変容させてしまったのである(淡路・一〇四頁、一〇六―八頁、一一〇―四〇頁)。

この点の指摘は本稿でも裏付けることができる。すなわち、フランス法は免除につき相互代理による説明を示している。これは合意の相対効原則を回避するためである。この点で、淡路説が相互代理構成を説明のための道具として位置づけたのは正しい(北法四八卷六号一三六二頁および前章第一節第九項第一款第一目②③)。

(4) 正確に言えば、本文で紹介した混同の議論は旧民法に関するボワソナドの説明である(前節第七項②)。それと同じ議論は一九世紀フランスにもあるが、その詳細、特に忘恩行為を理由に贈与が撤回された場合や負担付贈与の取消原因が負担の不履行にある場合に関しては明示的な言及が少ない(北法四八卷二号三〇三―五頁参照)。また、それを正面から議論するものであつても見解はわかれており、忘恩行為の場合には担保の復活を認めるものと(Laromière i.5 art.1300 n.18 p.242-6)、復活を否定

するものがある (Duranton t.20 n.337 p.576-7)。但しこの両説は、負担の不履行を理由に贈与が取消された場合について担保の復活を認める点で一致しており、また債権売買の債務不履行解除の場合でも同じだとしている (Duranton, Lacombière loc. cit.)。そうすると、次に問題になるのは混同と更改の整合性である。すなわち、混同解消の原因が債務不履行解除にある場合には担保の復活を認める一方で、更改後の新債務が不履行であっても旧債務に関する担保の復活を否定しており、矛盾するのではないかとの疑いを生ずる。この点を本稿で結めることはできないが、右の論者はその差異を説明して、更改では旧債務を確定的に消滅させるが、混同では債権者による権利放棄がないという (Lacombière t.5 art.1300 n.18 p.241)。

(5) 請求相手に関する債権者の選択権は重要な要素とはされておらず、むしろ債務者側の地位の平等 (= 請求を受ける危険の平等) という問題に置き換えて、債務者側の利益調整問題にしている (北法四八巻二号二七六―七頁、二九〇頁)。

(6) さらに踏み込んでいえば、免除と時効でも違いがある。フランスの議論をみると、免除の効力が意思解釈の問題にも関係するために、内部の負担関係に関する債権者の認識だけでなく、意思解釈の合理性も考慮している。たとえば、負担割合が一〇割の債務者Aを免除する一方で、相債務者Bに対する債権を留保したとする。この場合に内部の負担関係につき債権者が悪意だったとしても、相債務者Bを完全に解放するのは意思解釈の問題としておかしい。というのは、負担関係を知っていたにも拘わらず、債権者はBに対する権利を留保したことからすると、その留保に何らかの意味を付与するべきだからである (フランス民法一一六一条)。このために、免除の効力を頭割で計算した範囲に限定する見解がある (北法四八巻一号五六―六〇頁)。そういった解釈は日本法でも可能であろう。これに対して、時効の問題は意思解釈とは無関係である。

(7) 従来の議論でも、免除と時効について負担部分概念を操作する必要性が高いことは指摘されている (我妻『新訂債権総論』四三三頁、樺『注釈民法』一一七頁、一一九頁、星野『民法概論』一六五頁、林ほか (高木執筆)『債権総論 (第三版)』四一四頁。それに對して、連帯債務を相互保証と捉える立場においては、負担部分型の事由を細分するという発想がないために (北法四七巻五号二二三頁註(2) 参照)、疑問を感じざるを得ない。すなわち、相殺主張権については規定の構造からいって補充性の拡張であるけれども (前章第二節第六項4c)、免除や時効における負担部分型の効力は補充性とは無関係である)。

第二項 連帯債務理論の再検討

以上を簡単にいうと要点は三つある。第一に、請求は特別の政策判断として一体型の効力が与えられたのであって、伝統的な分析視角である団体関係は日本法の解釈論には使えない。第二に、一体型の債務消滅事由について、従来は満足の有無という観点だけから考えてきたけれども、それに加えて債権者の意思の関与という観点を取り入れるべきである。これによって債権者が満足を保持できなかった場合を視野に入れながら問題解決を図ることができる。第三に、負担部分型の事由について、従来はひとまとめに議論してきたけれども、事由によって利益情況が違ふと考えるべきである。そうすると、連帯債務の全体的な理論はどうなるのだろうか。特に、椿説や淡路説との違いをまとめてみよう。特に淡路説はフランス法を扱う点で検討対象を同じくすることから、先に淡路説との違いを明確にしておく。

1 淡路説の位置づけ

a 淡路説の紹介

淡路説の要点は三つあり、それは団体関係の問題、相互保証の実体という問題、不真正連帯の性質という問題である。第一に団体関係について淡路説によれば、フランスでは債務者内部に団体関係があることを予想しており、そのために多くの事由について絶対効を認めた。このことは時効中断や後発的履行不能における過責といった第二次的効力や債務消滅事由のうち更改や免除に現れている。特に、第二次的効力については団体関係から引き出した相互代理の考え方で説明している（淡路『連帯債務の研究』一〇九―一〇頁。また、日本の現行法は代理構成を排斥しながらも、請求について代理を認めるのと同じ結論を規定した。この点を淡路説は批判して、規定は団体関係を想定しているにも拘らず、その団体関係が連帯債務の実体であるかについて起草過程では考慮していないと指摘する（淡路・一四九―五〇頁、一五七頁）。

第二に、淡路説は負担部分型の事由に相互保証の考え方が現れているとみたうえで、ドマが相互保証の考え方を示し

ていたけれども、ポチエ以後「フランス法では顕在化せず、わが民法に至ってかなり広く認められるに至った」(淡路・五八一頁、七二頁、一六二頁)。そして、相互保証の考え方が内包する問題は、相互保証が実体に適合しているかであって、契約連帯については相互保証の実体がある(淡路・一六〇頁)。しかし、保証との対比で連帯債務の存在理由を考えるならば、むしろ連帯債務の特徴は保証の補充性を払拭する点にある。特に、法定連帯には相互保証の実体がないのだから、補充性を考慮することは不当な結果をもたらすことになる。相殺や免除等の利益調整にさいしては、このことを考慮しなければならない(淡路・二〇頁、一六〇―一頁)。

第三に、フランスではたとえば共同不法行為につき法定連帯の規定がなく、そういった法定連帯でないような債務の性質につき議論があつて、それぞれの債務類型により種々の動揺がある。しかし、基本的な傾向は一致しており、当初は連帯債務とすることで全額責任を認めたらうで、次第にそれを全部義務と位置づけるようになった。この傾向を窺うことができるのは、共同不法行為・不法行為責任における使用者と被用者・不法行為者とその責任保険者・契約責任と不法行為責任の競合・契約責任の競合・生活保持義務や扶養義務の競合についてである(淡路・一八三―九〇頁、一九七―九頁、二〇九―一三頁、二一六―八頁、二二〇―二二頁)。

全部義務の効力としては、債務者相互間に利益の共同関係がないために、連帯の第二次的効力を生じないのであつて、この点に連帯債務との違いがある(淡路・二二四頁)。そして、弁済による債務消滅効やそれに伴う求償については連帯債務と全部義務で違いはないが、債務免除や更改に関する考え方は明確でない。すなわち、債務者の一人に免除した場合には負担部分型絶対効を生ずるといふ議論もあるが、詳細は不明確であつて、問題解決は将来に委ねられている(淡路・二二三―二四頁)。しかし、共同不法行為においては、求償権確保という考慮が働いていることを窺うことができる。それはいわゆる部分的因果関係理論であつて、たとえば交通事故の場合に好意同乗が理由となつて運転者の一方が賠償義務を

免れるときは、他方の運転者の賠償義務を損害の一部に限定している。この理論の背後では、不法行為者相互間の求償を確保するという要請を考慮している（淡路・一九〇―三頁、一二五頁）。

右からすれば、全部義務の要件・効果論に統一性を探るのは問題であって、積極的な内容をもつものとしてではなく、むしろ連帯債務ではないという消極的な点に共通点があるにすぎない。特に、義務の全部性や、債権者との対外関係の問題や内部関係における求償制限については、債務類型に応じた違いがある（淡路・二二六―七頁）。

b 淡路説に対する疑問

このように、淡路説は通説の分析視角である団体関係を維持する。そこで淡路説は、真正連帯の規定が一体的な団体関係を想定しているけれども、現実問題として組合のような団体関係があるかについて疑っている。また、相互保証という意味での団体関係を考慮することの妥当性についても疑問視する。また、不真正連帯については、団体関係が強くないという共通点を持つものの、その中には弱い団体関係のある債務類型と、団体関係のない債務類型があつて、債務の実体としては連帯債務との差異が連続的なものにすぎないとする（淡路・九一―一頁、一六五―六頁、二三四―五頁）。

しかし、こういった理解には疑問がある。すなわち、フランス法については淡路説がいうように、団体関係に着目することで債務消滅事由の一部や第二次的効力を説明できるけれども、日本法についてはそうではない。むしろ、現行法の起草委員は意識的に団体関係を考慮要素から排斥している（第一項上）。そして起草委員が考慮したのは、一体型の事由であれば、債権者が最終的に給付を保持できなかった場合の問題であつて、それを債権者の意思に着目して説明している。また、負担部分型の事由が求償問題を考慮した利益調整だという点では同じであつても、具体的な利益情況は区々である（第一項下）。それをひとまとめにして相互保証の実体を窺うことは困難であるし、考慮要素の差異を見失うこと

になりかねない。但し、最終的には淡路説も諸事由を個別の利益調整問題だとしているのであって、その結論は私見と同じである。⁽¹⁾

さらに、淡路説は不真正連帯に積極的な概念としての性格を否定する。その点で淡路説は正しいが、それを強調しすぎていると考える。すなわち、主観的共同関係説は連帯二分論を一義的に定義して、それぞれの概念から要件・効果を演繹したのであって、それには問題がある。たとえば、共謀による共同不法行為では債務者相互間に主観的關係があるにも拘わらず、主観的共同関係説はそれを不真正連帯に分類しており矛盾がある(淡路・二三頁)。この点を批判した淡路説は正しい。しかし、連帯の分類論が一義的なものではないからといって、不真正連帯の効力が個別の債務類型によって異なることにはならない。たとえば、フランス法は連帯の第二次的効力を一律に否定しているし(椿「連帯債務論序説」『民法研究I』五〇頁、淡路・二二頁、二三四頁。但し、全部義務にも第二次的効力を与えるのが判例だという評価もある。浜上則雄「現代共同不法行為の研究」四五頁)、債務消滅事由の多くは連帯と同じ効力を認めているようである。⁽²⁾この点で本稿は淡路説とは異なる理解をとった。前章第一節第九項第一款第一目⁽²⁾。そうすると、不真正連帯が成立要件の点で統一的な性質をもたないとしても、その効果は別であって、第二次的効力や債務消滅事由については共通点があるのではないだろうか。

淡路説は債務類型による差異があるとしたうえで、債務消滅局面の例として共同不法行為者の一人に対する免除をあげて、そこでは求償権への配慮が働きうるという⁽³⁾(淡路・二三頁)。しかし、それは債務類型に応じて差異を生ずる問題ではなくて、むしろ全部義務のすべてに共通する点だと思われる。というのは、求償を対外関係でも考慮するという発想があるならば、その発想は求償関係がありさえすれば常に妥当するはずだからである。そして、ドイツの連帯二分論と異なり、淡路説が紹介するようにフランスでは早くから全部義務にも求償を認めたために、対外関係で求償を考慮すべきかという問題に直面したのである。そうすると、淡路説は求償権確保の要請を共同不法行為に限定しているが、そ

れは共同不法行為にとどまらないはずである。

ところが、全部義務における債務消滅事由の効力については、淡路説がいうように網羅的な議論がない（淡路・二三四頁参照）。このために、本稿は逆の方向から検討して、連帯債務に関する債務消滅事由の規定が理論的には、全部義務にも妥当しうることを示したかったのである。そして、検討結果からすれば、負担部分型絶対効は求償権さえあれば働くのであって、債務の性質は無関係である。したがって、淡路説の理解、すなわち、負担部分型絶対効に相互保証の実体が現れており、また全部義務において対外関係の問題全体が——つまり負担部分型絶対効までもが——債務類型によって違うという理解は誤っていると考える。

2 椿説に対する疑問

a 連帯債務の一般理論と負担部分型絶対効の関係

右のように考えると別の方向、つまり椿説から批判を受けることになる。すなわち、椿説によれば、負担部分型絶対効を認めるか否かに関する法則は、債権者の便宜を図るか、それとも債務者相互間における決済の簡便を主眼とするかの違いに帰着する。もともと、内部関係が対外関係へ広汎な影響を及ぼす制度は担保の観点からすると邪道だとする（椿「連帯債務論の問題点」『民法研究Ⅰ』六七―八頁。椿説の全体像については、北法四七卷五号一二三頁註（4））。この指摘は非常に鋭いものであって、本稿は分析視角の一つとして借用した。しかし検討結果からすると、負担部分型の問題は連帯債務の一般理論とはレベルの違う問題であって、それをここで論ずることは混乱を招きやすい。すなわち、連帯債務の理論として議論しているのは債務の性質、特に債務者相互間の団体関係が対外関係に及ぼす影響の問題であって、具体的には一体型絶対効を付与するか否かの問題となつて現れる。その一方で、負担部分型絶対効を認めるか否かは、連帯債務にと

どまらない担保全体にわたりうる論点だと考える。これは、椿説が正しく示したように、不真正連帯でも求償を認めるべきだからである。その適例は時効の問題である。フランスにおける一体型絶対効説は団体関係を重視することで時効を一体型としているが、団体関係を重視しない立場が相對効の結論に直結するわけではない。団体関係の欠如は一体型を否定するにとどまるのであって、その次に別の政策問題、すなわち求償問題を對外関係で考慮するか否かという問題が生ずるのである。そして、この政策問題を肯定するのが負担部分型絶対効説であり、また近時は全部義務について時効を全部義務について時効を負担部分型とする見解がある(北法四八卷六号一三一一頁、一三三六頁)。したがって椿説の問題意識は連帯債務に限定すべきものではなく、担保全体にわたる問題として捉えるべきである。

b 負担部分型絶対効の妥当性

椿説は求償問題を對外關係に広汎な形で反映させることは邪道であって、立法論として疑問だという。本稿は系譜研究を中心とするものであるから、立法論としての当否は対象外であるが、それが最上であるかともかくとして、制度論としてはありうる選択肢の一つであって、頭から批判して然るべきような制度ではないように思われる。それは次の理由による。

免除や時効については、たとえ負担部分型の規定がなかったとしても、一般規定たる五〇四条によつて担保保存義務違反抗弁が認められる。この抗弁についても近時は批判されているが、他方で判例は適用領域を拡張して共同抵当の問題(三九二条)へも広げているのであって(最判平成三年九月三日民集四五卷七号一一五一頁など。これを拡張とみるかはともかく、限定解釈とはいえない)、立法論としての批判には慎重にならざるをえない。このことは、比較法的にも裏付けうるのであって、フランスやドイツでは担保保存義務違反抗弁を保証人に限定しているけれども(フランス民法二〇三七条、ドイツ民法七七六条、

フランスの立法は保存義務免除特約の効力を否定することで機能の強化を図っている（一九八四年法による二〇三七条二項の追加。これについては山野目章夫「フランス民法典二〇三七条の一九八四年における変容」比較法雑誌一九卷二号一一七頁以下参照）。また、ドイツでも連帯債務者には規定がないために一般的な形で担保保存義務違反抗弁を否定しているものの、情況によっては抗弁を認めるのと同じ結論を導く議論がある（RGRK-Weber Ba.2, 2.Teil 12.Aufl. (1978) §423 Rz.12/13; Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung 3.Aufl. (1994) §20(21)。）⁽⁴⁾ いった担保保存義務違反抗弁の議論を考えれば、求償関係を対外関係に反映させることも一つの選択肢だといえよう（結果同旨、浜上『現代共同不法行為の研究』三九五頁）。

右のように考えるならば、樁説が示す立法論的疑問は負担部分型絶対効のすべてに向けられているわけではないと捉えることになる。すなわち、その重点は「広汎な」というところにあつて、具体的には民法が負担部分の限度で相殺主張を認めている点に批判が向けられているといえそうである。この点では本稿の検討からも、その批判を是認できる。

現行法の起草過程では法定相殺の一般要件をめぐって混乱があり、連帯債務規定ではその要件論を十分に咀嚼しないまま現行規定に至っているからである（前章第二節第六項⁴）。

3 従来の議論の位置づけ

以上からすると、批判すべき対象は実は樁説や淡路説ではなく、それ以前の伝統的な通説にある。すなわち、主観的共同関係説は連帯債務の分類を一義的に定義して、主観的共同関係の有無という観点から連帯債務を二分した（北法四七巻五号一二二頁、一二二五頁）。これに対して、樁説や淡路説は演繹の手法を批判したものである。まず、樁説は不真正連帯に求償関係を認めるべきだとして、不真正連帯の概念を揺さぶった。但し、樁説は絶対効を批判的に捉える立場から、規定を回避するために不真正連帯を想定する必要があるとした（樁・六八―九頁、九七頁）。次に、淡路説は不真正連帯が統

一的な債務類型ではないことを指摘して、不真正連帯という概念の意義を消極的なものに移し換えた。但し、淡路説は——実体としてはともかく、少なくとも規定の構造上は——真正連帯に団体関係を認めることで、主観的共同関係説の枠組みの中にとどまった。これらの学説は真正連帯に何らかの実体があると考えている。⁽⁵⁾

しかし、本稿の検討からすれば、現行法の起草者は団体関係を想定してはいない。むしろ、旧民法が団体関係の有無に着目して連帯債務とは別に全部義務を規定したのに対して、現行法は団体関係を意識的に無視して、各事由における利益調整を図って絶対効を認めたにすぎない。さらに踏み込んでいえば、フランス法は団体関係を考慮しているけれども、それはすべての局面ではない。すなわち、団体関係の有無は一体型か否かという点で問題となるにすぎないのである^(2a)。

(1) かりに連帯債務の背景に相互保証の実体があると考えにしても、淡路説が認めるように、相互保証の発想を個別の議論に結びつけることは否定すべきである。この点で淡路説が正しいことは、本稿で検討した相殺主張の議論からも裏付けられることができる。すなわち、一九世紀フランスでは相殺主張を認める説のなかに相互保証の構成を示すものがあつたけれども、この構成は批判を受けて、債権者に対する関係では全員が主債務者の地位に立つことが強調されたのである(北法四八巻六号一三五二頁。なお、浜上『現代共同不法行為の研究』三四五頁、四〇九—一頁はドゥモロンが相互保証説をとっていたとしているが、所引の箇所は求償関係に関する説明である。ドゥモロンは、債権者に対する関係と債務者の相互関係を区別している。北法四七巻六号一七二二頁。また、日本法の起草委員も相互保証の実体を排斥している(前章第二節第九項第一款)。

(2) 債務消滅事由のすべてについて連帯債務と全部義務が同じというわけではなく、たとえば免除について連帯債務であれば一体型だが、全部義務であれば負担部分型となる(前章第一節第九項註(7))。また、最近のものだが時効について同様の議論がある(北法四八巻六号二三六—七頁)。しかし、ここで重視すべきは、全部義務につき一体型の効力が否定されていることではなく、全部義務でも負担部分型の効力が認められていることである(本文2a)。

(3) その他に、債務類型による特徴として淡路説が指摘しているのは、共同不法行為における部分的因果関係の理論(淡路・一九〇三頁、二二四頁)や契約責任を分割する考え方(淡路・二二六―八頁)、求償制限の考え方(淡路・二〇〇―七頁)である。

しかし、これらは義務の全部性や求償権の存否に関する問題であつて(求償制限については日本にも同様の議論がある。瀬川信久「被用者の不法行為と求償」池田真朗ほか「基礎演習民法(財産法)」二九五―六頁)、債務消滅の局面における債務類型による相異に繋がるわけではない。特に、部分的因果関係の理論によれば、好意同乗などが理由となつて不法行為者の一方が賠償義務を負わない場合において、他方の不法行為者の賠償義務を軽減することになる。これは、免除や時効における求償権の考慮を前提として、その発想を債務消滅以外の局面に拡張したものである。そういった局面では、損害賠償の一般法理との関係で賠償義務軽減の是非が問題となるけれども、それは効力面における不真正連帯の共通点を否定することには繋がらない。

(4) これに対しては、免除契約の解釈問題だとして、被免除者を求償関係でも解放する意思の有無で分ける見解があり、それがおそらくはドイツの通説であろう(Staudinger-Kaduk 12.Aufl. (1994) §423 Rz.8; Soergel-Wolf Bd.2 12.Aufl. (1990) §423 Rz.2; MünchKomm-SchBd.2 3.Aufl. (1994) §423 Rz.1; Selb, *Mehrheiten von Glaubigern und Schuldnern* S.70/71)。

なお、印象論としていえば、ドイツで絶対効事由をごく狭く限定しているのはドイツにおける求償法理の状況と関係しているように思われる。すなわち、ドイツでは求償規定が散在するためにひとまとめの法理として考えるようになったのはごく最近であり(森永淑子「保証人の『弁済による代位』に関する一考察(三・完)」法学六一巻四号七八四―八〇七頁)、また、椿説が指摘するように不真正連帯においては求償が属性でないという議論が長らく支配的だった。そういった情況では、求償問題を対外関係で考慮するという発想は出て来にくい。これに対して、フランス民法典は弁済の項目に弁済者代位の規定をおくことで、全部義務の議論が出た段階ですでに求償を認めていた(淡路説が指摘する。第二項1項)。対外関係における求償問題の考慮についてドイツとフランスが異なる態度を示したのは——ガイウス法学提要の発見に伴うパンデクテン法学発展の影響もさりながら——、こういった求償法理が民法典において占める構造上の地位にも影響されているのではあるまいか。

(5) 椿説は基本的に機能的な検討をしており、それは求償問題や債権強効の発想に現れている。しかし、ロオマ法に関しては連帯債務の実体にも配慮し、それが現行法の絶対効に繋がっているのではないかと推測している(椿「連帯債務論の問題点」『民法研究I』六六―七頁)。この点で、主観的共同関係説の枠組みを維持している。

第三項 残された課題

1 不真正連帯概念の意義

本稿のように捉えると、不真正連帯とは請求以外につき真正連帯と同じ効力となってしまう。そして、従来の連帯二分論、すなわち担保力強化のために不真正連帯を創設するという議論は全く意味がないことになる。実はそれが起草委員の発想であって、起草委員は旧民法の発想を意図的に排斥しており、特定の債務類型を想定するという立場をとらなかった(前章第二節第九項第一款3)。私見も基本的には、不真正連帯を民法の規定に取り込むべきだと考える。そうしたときには担保力の弱化为問題になる。しかし、特に問題となる免除と時効についていえば、一般規定たる五〇四条があるから連帯債務規定の適用を排除することに実益はない(前章第二節第五項註(5))。しかも、負担部分型の効力を限定する解釈はすでに展開されているのであって、絶対効を対外的な負担部分とするにとどまらず、免除については相対的免除の事実認定さえ可能である(椿『注釈民法』九四―五頁)。また時効については、起草委員にしたがつて共同不法行為を真正連帯とすることで、担保力はむしろ強化されるのであり(椿「連帯債務論序説」『民法研究』五五頁参照)、実際上の問題となるのは起草委員が全部義務とした使用者責任である。これについては、被害者が資力のある使用者と交渉している間に被害者についての時効が完成することで、被害者は使用者からも賠償を受けることができないという事態になりうる。この点は次の課題となるが、不真正連帯を民法の規定に取り込んでも、個別の事由に関する解釈論で対応できるように思われる。

しかし、個別の債務における特徴を基本的には捨象して考えるとしても、それを完全に無視してよいとは思わないのであって、不真正連帯に関する従来の議論には何らかの意味があるはずである。本稿は系譜研究であるから、そこまで

は踏み込めないが、一九世紀フランスの議論には一つの要素が脱落しているように思われる。それは、不法行為債務が損害賠償債務であるために、その額や負担関係は裁判になってみるまで確定しないという点である。近時の判例はこの特徴を認めており（最判平成六年七月一八日民集四八巻五号一一六五頁。そのほかに単発性なども特徴となる。田中豊「判解」曹時四八巻四号一〇三三―三頁）、単に被害者保護というのではない何かがあるように思われる。すなわち、本稿のように免除の効力を求償権侵害に対する制裁だと捉えるならば、債権額や負担関係を債権者が知りうるような状況でなければならぬ。というのは、制裁の根拠は債務者の一人に対して債権者が利益を与えるという意思にあるために、債権額や負担関係を債権者が知りえないならば、一人に利益を与えるという意思が欠如する場合も出てくるからである。たとえば債権者が債務者の一人に若干の過失しかないと考えて、相応の一部弁済と引換に免除したところ、他方の債務者に対する訴訟では債権額や過失割合の認定が予想と全く違うことがある。そういった状況では、債権者の免除意思に着目して求償権侵害として制裁できるかは疑わしい。そして、五〇四条については「債権者の故意または懈怠」の要件を再検討する動きがあり（山野目章夫「担保保存義務における類型別義務範囲の考察」金法一四一六号七一八頁、そういった方向から右の問題を考えることができるのではないだろうか（北法四七巻五号一二三―四頁註（6））。

2 個別の問題

その他に残る課題として一体型の効力に関する問題がある。これを本稿は満足を保持できない場合に重点をおいて、弁済や代物弁済などに一定の法則性があることを主張した。結論としては、債務の帰趨を債権者の意思の関与という観点から考えた。しかし、個々の事由における利益情況が全く同じなのかという点にまでは踏み込めなかった。特に、フランス法では混同に関して、債権譲渡契約が債務不履行解除された場合には担保の復活を認める一方で、更改に関して

は新債務の不履行を理由として解除された場合でも、担保の復活を否定している。これは一見すると矛盾するようにみえるのであって、その整合性を考えるには利益情況をさらに明確化する必要がある(第一項註(4)参照)。

その他にも個別の問題は山積しており、たとえば免除が私的整理の過程で行われた場合の問題がある(北法四八卷一号六八頁以下)。それらの個別問題については将来の課題として、その意味で本稿は中間的なものとどまるが、ここで擲筆して全体的な枠組みの当否につき批判を仰ぐ。

附記

校正段階で、平林美紀「不真正連帯債務論の再構成(一)」「名古屋大学法政論集一七八号、一七九号に接した。