

連帯債務に関する相互保証説の再評価

——フランスにおける議論を参考にして

深川裕佳

- 一 はじめに
- 二 債権法改正における連帯債務の絶対的効力事由削除の問題点
- 三 相互保証（相互担保）説を唱えるフランスの博士論文の検討
- 四 おわりに

一 はじめに

本稿は、フランスにおける近年の博士論文を紹介しつつ、連帯債務の法的性質を検討するものである。⁽¹⁾

中舎寛樹教授は、近年、多角的法律関係の研究において、保証について「取引の当事者である債権者、主債務者、保証人の三者間におけるそれぞれの関係を統合して説明することが必要である」との視座を示された。⁽²⁾後に述べるように、中舎教授は、多角的法律関係から連帯債務の検討を除かれるのであるが、筆者は、当事者の関係

を統合して説明するという同教授の視座を利用すれば、連帯債務を統合的に説明することを試みる相互保証（相互担保）という考え方に、新たな視点を加えることができるのではないかと考えている。

連帯債務の法的性質については、従来、学説において多く論じられてきた。⁽⁹⁾ それにもかかわらず、本稿において、この問題を取り上げるのは、後に述べるように、近時公表された債権法改正の中間試案において連帯債務の絶対的効力事由を大幅に削除することが検討されているところ、そのような削除が実現された場合には、これまでなされてきた連帯債務に関する議論に根本的な影響を与える可能性があるからである。それだけでなく、絶対的効力事由の削減は、保証制度が保証人保護の立法へと向かっているのに逆行している。特に、負担部分がゼロの（または、名目的に負担部分が存在するなど、それと同等な）連帯債務が認められるとすれば、保証人保護の潜脱手段として利用されかねない状況を生じる恐れがある。これらの問題を未然に防止するには、従来主張されてきたような債権者と債務者の利益調整という観点から個々の絶対的効力事由を考えるのでは不十分であり、連帯債務制度の合理的説明という観点からの検討が不可欠になっているものと思われる。

そこで、以下では、まず、連帯債務の絶対的効力事由に関する債権法改正の動向を紹介してその問題点を探り（二）、次いで、相互保証（相互担保）説を唱えるフランスにおける近年の学説を紹介してわが国への示唆を得るために検討することにする（三）。

二 債権法改正における連帯債務の絶対的効力事由削除の問題点

1 債権法改正における議論

連帯債務の絶対的効力事由に関する議論は、おおむね、次のようになされてきた。

先に公表された「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」（二〇一一年四月二二日決定）を経て、連帯債務の絶対的効力事由が多いことは、「人的担保の機能を弱める方向に作用し、通常の債権者の意思に反するのではないかという問題」が存在することや不真正連帯債務が存在することから、「債権者と連帯債務者との間の適切な利害調整に留意しつつ」、連帯債務の絶対的効力事由を見直すこととされた。

そして、近時公表された「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（二〇一三年二月二六日決定）では、注意書として別案が示されているものの、概要を述べれば、別段の合意がある場合を除き、請求、更改、免除、混同、時効その他の事由は相対的効力事由とすること、相殺については履行拒絶の抗弁とすることが示された（注意書として、共同債務者間に協働関係がある場合には絶対的効力とすること、および、混同は負担部分について絶対的効力とすることが記されている）。このような提案について、法務省民事局参事官室「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明（二〇一三年四月）」（一九二、一九八頁）では、このような絶対的効力事由の廃止は、「判例上の不真正連帯債務に関する規律を原則的な連帯債務の規律として位置づける」と説明されている。

この中間試案に対しては、絶対的効力事由を減らすことは必ずしも連帯債務の担保機能を強化することにつな

がらないのではないか、また、現行民法の連帯債務の規定は起草者の一人の見解によれば「契約ヨリ生スルヲ本則」⁽⁵⁾としたものであるとされるが、わが国では不法行為の分野を中心として発展してきた「不真正連帯債務」を「連帯債務」の原則とするという根本的な転換を図ることは、「契約に関する規定を中心に見直しを行う必要」（民法（債権関係）の改正に関する法務大臣諮問第八八号）に応じた改正となるのか、さらには、連帯債務の担保機能に着目した立法を行うのであれば同様に人的担保に分類される保証制度、特に連帯保証との整合性に留意がなされなければならないのではないかという疑問が生じる。⁽⁶⁾

2 相互保証理論の発展

ここまで述べた中間試案に対する疑問は、連帯債務を相互保証的に説明するという立場から解決することができるように思われる。旧民法は、担保編において保証と連帯債務とをこの順序で規定しており、ボワソナードは、連帯債務を相互保証（相互担保）説に基づいて、保証制度と連続的に理解していたことが想起される。⁽⁷⁾

わが国では、相互保証理論について、「連帯債務の性質論は、……民法学上の最難問の一つであるといわれているが、最近になって理論的に見通しがついてきたと思われる。それは、第一に山中教授の相互保証理論……の功績であり、さらにその理論を正當に評価し補充した於保教授の見解……に負うところが大きい」と評されている。⁽⁸⁾しかし、一口に相互保証理論といっても、以下に紹介するように、論者によって、その位置づけや内容は異なるように見える。

第一に、山中説において、連帯債務とは、「相互保証的な連帯保証（しかもそれはとくに債務者の委託をうけ

てなされたものというほどの強き共同性でなければならぬ）の関係」がある場合に認められるもの、すなわち、「連帯債務は〔意思表示による〕不可分債務に、四三四条ないし四三九条の限度で相互保証的効力をとり入れたもの」⁽¹⁰⁾であるとして説明される。そこから、同説は、連帯債務が「例外的に相互保証的効力をとり入れた……だけ相互担保の経済的作用をいとなむ制度としては債権者に不利・債務者に有利になっている」と指摘する。⁽¹¹⁾そこで、「立法論としては、相互保証的効力を全部払拭し、四四二条ないし四四四条は不可分債務者相互間に主観的共同の關係がある場合にのみ妥当する法理であることをあきらかにし、主債務者の委託をうけずに保証人になった者の求償権にかんする四六二条や四六三条などの準用規定もにおいて、連帯債務を不可分債務と一本に統一することが望ましい」と述べる。⁽¹²⁾このようにして山中説は、相互保証に言及するものの、この要素を制限して連帯債務の中心に不可分債務を据えることを試みる。しかし、民法の不可分債務に関する中心的規定（四三〇条）は、連帯債務を準用するものであり、この考え方では、不可分債務の構造が明らかにされない限りは、連帯債務の内容も明確にならないという問題が残される。

第二に、於保説は、絶対的効力や求償、負担部分を説明するに際して、相互保証的考えを展開し、連帯債務においては「全部義務が担保義務であり、負担部分が固有義務である」⁽¹³⁾と述べる。このように、連帯債務の債務構造は、担保義務（保証義務）と固有義務（負担部分）とにより成り立つことを明らかにしたことに於保説の第一の特徴がある。そして、「債務者にとって有利な絶対的効力は、実質的には、債務相互間に附従性または分別の利益を認めたことになる。……連帯債務の担保目的を明確にし、かつ、保証債務との比較において検討しなければ、その本質は明らかにならない」⁽¹⁴⁾と指摘する。於保説の第二の特徴は、「実質的には」との限定がつくものの、連帯債務に附従性があることを指摘した点にある。しかし、このように総論部分では相互保証理論が展開されて

いるのに対して、各論部分では相互保証理論に関する明確な論述が見られないために、相互保証理論はなお断片的なものであったといわざるを得ないだろう。

第三に、相互保証的な考え方を連帯債務の絶対的効力事由すべてにおいて利用しようとするのが浜上説である。同説では、「判例・学説は、……連帯保証を保証債務の一種として、連帯債務と区別して取り扱っているが、そのような区別をする実質的根拠はない」として、連帯債務と連帯保証とは人的担保制度として連続的に捉えられるようになる。⁽¹⁶⁾したがって、連帯債務の内部に存在する保証債務部分には、法的にも、附従性が認められることになる。⁽¹⁶⁾相互保証理論を説明するために、同説は、ポワソナードの相互保証説が求償を認める現行民法四四二条に受け継がれたことや現行民法が負担部分の免除と連帯の免除とを区別していることを根拠として明らかにし、⁽¹⁷⁾また、比較法的にも、ローマ法註釈学派による黙示の保証 (*eine stillschweigende Bürgschaft*) 理論を紹介し、サヴィニーはこれを採用しなかったものの「理論的に正しいものであり」、共同連帯の本質を分割債務と保証の併存であると考えていた⁽¹⁸⁾ことや、ドイツ民法の部分草案の起草者である「キューベルが部分草案の理由書 (*Begründungen*) で述べている黙示の相互保証理論の影響を受けて、ドイツ民法四二六条一項の規定が制定された」⁽¹⁹⁾可能性も指摘する。加賀山説は、浜上説を発展させて、相互保証理論の下では、「連帯債務に関する規定は、すべて弁済の規定と保証の規定から導くことができる」と考える。⁽²⁰⁾

ここまでで紹介したように、わが国において唱えられた相互保証理論は、論者によってその意味・位置づけが異なるようである。山中説では、相互保証理論といっても、相互保証的性質はあくまで「経済的実質」⁽²¹⁾に過ぎず、法形式としては、不可分債務に相互保証的要素が付加されたものと捉えられるべき「連帯債務」が存在するのみであると考えられた。これに対して、於保説以降は、相互保証が連帯債務の債務構造に組み込まれるようになって

た。於保説では、相互保証理論は、連帯債務が全部義務（担保義務）と負担部分（固有義務）によって成り立ち、連帯債務にも附従性が認められるというものであった。そして、浜上説（および加賀山説）による相互保証理論は、これを推し進め、附従性から連帯債務と保証債務の効力を統一的に説明するものであった。これらの学説は、従来、相互保証理論としてまとめて紹介されたのであるが、その基本的姿勢にはこのように相違が見られるのであり、そこで、連帯債務における「相互保証」とはどのようなものであつて、また、そこからどのような効力を合理的に説明することができるのかということについて確認しておくことが必要であろう。そのために、以下では、近年公表された相互保証（相互担保）説を唱えるフランスの博士論文（MIGNOT 2002）から示唆を得つつ考察していくことにする。

三 相互保証（相互担保）説を唱えるフランスの博士論文の検討

1 フランスの学説における従来の説明

（1）連帯の共同債務者間における効力

相互保証（相互担保）（*garantie mutuelle*）説を唱える学説を検討する前提として、連帯債務の効力に関するフランス民法典の規定および伝統的な考え方を紹介しておくことにする。

連帯債務（*solidarité passive*）の効力は、伝統的に、主たるものおよび二次的なものに分けられてきた。連帯の

定義に直接にかかわるものが主たる効力であり、そうでないものが二次的効力であると考えられている。⁽²²⁾

連帯債務の主たる効力は、「目的の一体性」と「債務関係の複数性」から説明されてきた。第一に、目的の一体性について、フランス民法典一二〇〇条は、「複数の連帯債務者が同一の目的物 (une même chose) に関してそれぞれが全体について強制されるように義務を負っており、かつ、一人によってなされた弁済が債権者に対して他の者を債務から解放するという場合には、債務者の側に連帯が存在する」と規定する。ここに規定された「同一の目的物」は、「債務の唯一性 (unicité de dette)」や「同一の債務 (une même dette)」「目的の一体性 (unité d'objet)」と表現されたりするものであるが(以下、これを本稿では「目的の一体性」という)、連帯債務の中心的な性質として位置付けられる。⁽²³⁾ 第二に、「債務関係の複数性 (pluralité de liens obligatoires)」として、連帯債務は、債務者の数と同数の異なる債務関係から成り立つと考えられている。⁽²⁴⁾

連帯債務の二次的効力として挙げられる規定には、連帯債務者の一人の遅滞後の物の滅失またはその者の過失による物の滅失(フランス民法典一二〇五条)、利息請求の絶対的効力(同一二〇七条)、請求または承認による時効の中断(同一二〇六条および同二二四九条)、決訟の宣誓の絶対的効力(同二二六五條第四文)がある。その理論的説明として、一九世紀の学説により、連帯債務者間の相互代理の考えが主張され、⁽²⁵⁾ 判例は、この考え方を採用して和解の効力や判決の既判力などについて二次的効力が認められる場面を広げてきた。これらが連帯債務の「二次的効力」と名付けられたのは、その効力が連帯に本質的なものではないからである。連帯によって作られる担保は、これがなくても存在しうる。⁽²⁶⁾ そこで、当事者は、主たる効力を排除することができなくても、アドホックに約定によって二次的効力のすべてまたは一部を除外することができると考えられている。⁽²⁷⁾

全部義務 (obligation in solidum) は、このような連帯債務の二次的効力を欠くものである。しかし、実際のと

ころ、このような両者の差異は判例によって緩和されつつあり、学説では、「全部義務は、連帯の一つの種類に過ぎない」と述べるものも存在する。フランスにおける学説は、全部義務の位置づけ及び法的性質について一致した見解が見られない状況にあるのであるが、フランス債務法改正準備草案（カタラ草案）一三八七条第一文において、「全部義務と連帯債務の間の区別を維持することは無益（inutile）なもののようにであった」として、共同不法行為者の「連帯」責任を規定して、全部義務という用語を用いなかったことが興味深い。わが国の債権法改正が絶対的効力事由を捨てて「不真正連帯債務」に向かおうとしているのに対して、カタラ草案は、「全部義務」を捨てて絶対的効力事由を含んだ主たる効力の認められる「連帯」へと向かうことを提言しているのである。

以下では、連帯の本質に係わるものとして、連帯債務者間の主たる効力に含まれる抗弁の對抗について検討していくことにする。

（2）連帯債務者の抗弁の分類

連帯債務者の抗弁について、フランス民法典一二〇八条は、次のように規定している。

フランス民法典一二〇八条 債権者によって訴追された連帯的共同債務者は、債務の性質に基づくすべての抗弁、および、人的なすべての抗弁、債務者に共通なすべての抗弁を對抗することができる。

他の連帯債務者のいづれかに関する完全に（purement）人的な抗弁を對抗することはできない。

このようにして、フランス民法典では、連帯債務者の抗弁は、性質に基づく抗弁および人的な抗弁、共通の抗弁に分けられ、人的な抗弁は、さらに完全なもの（purement）とそれ以外のもの（学説では「単純なもの（simple）」と呼ばれる。）に分けられる。ただし、フランス民法典がその内容を明らかにしていないために、どのような抗

弁が具体的にこれらの三分類に割り当てられるのかということは、解釈にゆだねられている。⁽³³⁾

(3) 共通の抗弁

共通の抗弁とは、連帯債務全体の期限や条件のようにすべての義務 (engagement) に共通の態様や、弁済をはじめとして、停止条件の到来、債権者と連帯的共同債務者の間の更改 (フランス民法典二二八一条第一文)、他の者に対してその権利を留保せずに債権者が黙示にまたは明示になした連帯債務者の一人に対する債務全額の免除 (同一二八四条、一二八五条)、目的物の不可抗力消滅、決訟的宣誓の絶対的効力 (同一三六五条第四文) のように債務からの解放をもたらす事柄から生じる抗弁である。⁽³⁴⁾ 目的の唯一性を理由として、これらの抗弁は、すべての連帯債務者が援用できる。ただし、フランス民法典は、以下に述べるように、債務の消滅原因のうちの混同および相殺の二つについては、すべての債務者に効力を生じるわけではないことを明らかにしている。

(4) 性質に基づく抗弁

また、債務の性質に基づく抗弁とは、債務の目的の違法、コース (cause) の欠如、不可分性、過剰損害 (lesion) を原因とする取消 (rescission) のように、債務に本質的な瑕疵 (vice intinseque) を生じさせるものである。これらの抗弁は、「すべての債務者が援用することのできる制度〔すなわち、共通の抗弁〕と同様のものに従う」。⁽³⁵⁾ ここで、教科書や体系書においては、性質に基づく抗弁は共通の抗弁としてまとめて説明されているようである。⁽³⁶⁾

(5) 人的な抗弁

人的な抗弁は、債務関係の複数性に基づいて説明され、完全に (purement) 人的なもの、および、それよりも強い効力を有する単に (simplement) 人的なものと呼ばれるものに分けられる。⁽³⁸⁾

完全に人的な抗弁は、他のものから独立した一人の債務者の義務 (engagement) に関するものであり、その連帯債務者のみがこれを援用することができ、他の連帯債務者は援用できない。たとえば、連帯債務者の一人について合意の瑕疵や不能がある場合には、その者のみが自己の義務 (engagement) の無効を主張することができるし、連帯債務者の一人の義務の態様 (期限や条件) についても、その者のみが主張することができる。また、フランス民法典によれば、債権者と連帯債務者の相殺も完全に人的な抗弁を生じさせる。⁽³⁹⁾ 債権者の一人が債務者に対して債権を有していた場合にはその範囲で連帯債務全体を相殺できるのに対して、他の連帯債務者は、連帯債務者の一人の相殺権を援用することができないからである (フランス民法典二二九四条)。しかし、学説では、この相殺の効力に関する解決策は、混同や連帯債務者の一人に対して特になされた免除と同様に、負担部分について絶対的効力を有するものと考えらるべきであると批判される。⁽⁴⁰⁾

そして、単に人的な抗弁は、連帯債務者の一人の負担部分の範囲において、他の連帯債務者にも効力が生じる。立法者は、混同 (フランス民法典一三〇一条) および一人の債務者に特になされた免除 (フランス民法典一二八四条、一二八五条) についてこれを認めた。⁽⁴¹⁾

2 ミニヨの相互保証（相互担保）説

(1) 連帯債務にみられるローマ的連帯の要素とオリエント的相互保証の要素

ここまで述べてきた伝統的な見解に対して、ミニヨは、その博士論文 (MIGNON 2002) において、歴史的検討および理論的考察を経て批判を加えた上で、相互保証的理解によって、obligation au total（一般的な用語ではないが、以下では、「全部義務 (obligation in solidum)」と区別するために「多数債務関係」と訳すことにする。）の名の下に、連帯債務を合理的な制度として検討した。

ミニヨの研究の第一の特徴は、フランス民法典に規定された連帯債務の歴史的沿革をたどれば、連帯債務が二つの異なる制度、すなわち、ローマ的連帯とオリエント的相互保証とを継ぎ合わせた、理論的には統一性を欠く条文から構成されているということを明らかにした上で、この歴史的発展からは、連帯債務制度を相互保証モデルに基づいて整理しなければならないことを指摘したことである。⁽⁴²⁾

一方で、ローマ的連帯は、ミニヨの歴史的考察によれば、古典期には家族的結合に基づく集団的性質を有するものであり、同時に、一つの約束 (stipulation unigue) から生じる唯一の債務として成立した。⁽⁴³⁾ そのために、債務者間では、債務者の一人が弁済したとしてもその者は自己の債務を支払ったのであるから、他の者への求償権を取得することが考えられなかったのであるし、また、債権者と債務者の間では、争点決定 (his contestatio) の消滅的効力に服した（共同債務者の一人を訴えたことによって、弁済の有無に関係なくもはや他の者を訴えることができなくなる）のである。しかし、古典期後には、この集団的枠組みは消滅し、ユ帝の時代において、争点決定の消滅的効力を実践的理由から排除して完全な弁済を得られるまで共同債務者を訴追することが認められ

たことによって、唯一の債務でありつつも、「手続的バイアスによって、多数債務を自由に利用できるのとほとんど同様に、債権者には「完全な給付が得られるまで」多数訴訟が与えられた」⁽⁴⁴⁾。先に紹介したフランスにおける伝統的な連帯債務の説明（目的の一体性と債務関係の複数性）は、このような古典期の法と古典期後の法の「積み重ねの結果」⁽⁴⁵⁾にすぎない。他方で、オリエンタの相互保証は、バビロニアからエジプトへ輸入されたものであるが、その制度においては、「当事者は相互的に担保し合い、それぞれの共同債務者は、ある部分について主たる債務者であり、同時に他の部分では他の債務の担保設定者でもあった」⁽⁴⁶⁾。

この二つの制度の融和は、まず古典期ローマ法において、「ローマ的連帯にいかなる変更を加えることもなく」なされたのであるが、やがて古典期後及びユ帝時代の間両者の混種（hybridation）⁽⁴⁷⁾が進んだ。それにもかかわらず、「ローマ法学者は、〔時代を区別せずに、等しくローマ法大全の条文を配置するという手法をとる〕ドグマ的支配圏の一環をなすものであるが、同一の平面にローマ法大全の条文すべてをおいた。そうすることで彼らは、ローマ的連帯に起源を有する条文がある一方で、一定の条文が相互保証に適用されることを理解しなかった」⁽⁴⁸⁾。そのため、一九世紀のローマ法学者および二〇世紀の一定のローマ法学者は、本来的には相互保証に結びつけられるべき条文を連帯に関するものとして理解し、相互保証に結びつけられるべきであったはずのユ帝の「新勅法（*Novella*）九九を連帯的共同債務者の分割の利益を認めたもの、または、前述の〔*ディゲスタ*四・五卷二章）一一節を債権者に連帯的共同債務者に対する訴追の分割の便利性を与えたものと〔誤って〕理解した」⁽⁵¹⁾のであった。⁽⁵²⁾ フランスにおける連帯債務にオリエンタの相互保証の要素が多く残されていることが認識されたのは、二十世紀になって、ドグマ的アプローチに替わり、法制度の実際の発展を考慮して年代的に検討するという歴史的アプローチが学説において採用されるようになったことによるものである。⁽⁵³⁾

古典期後のローマ法において開始されたローマ的連帯とオリエンツ的相互保証の融和は、フランスの古法において具体化された。このようにローマ的連帯にオリエンツ的相互保証を融合させていった「古法の論者たちの中で、フランス民法典の編纂者に影響を与えたポチエについては、連帯の特別の概念を有していたことから、その傾向は逆であつて例外におかなければならない。ポチエによれば、…ローマ的連帯に場所を譲つて、相互保証は明確に消滅したとされる」⁽⁵⁴⁾。

しかし、歴史的アプローチによって明らかにされるように、フランス民法典における連帯債務は、実際には、ローマ的連帯とオリエンツ的相互保証の混種であつて、そこでは、以下のような関係が見られたという。

相互保証は、…移植されたシステムに属する制度であるローマ的連帯の根柢を破壊した。この意味において、歴史は、相互保証の受容が、共同債務者の分別の利益もしくは能力、または、弁済者のための求償を認めることに導いたということを示す。…同様に、ローマ的連帯は、相互保証の根柢を破壊した。多くの法律の解決が、実際に、ローマ的連帯の範囲においてのみ説明することができ、相互保証としては一貫しないまたは不当なものである。⁽⁵⁵⁾

実際に、ミニョの分析によれば、フランス民法典の連帯債務に関する規定は、「あるものは、目的の一体性および債務の複数性によって本質的に特徴付けられるローマ的連帯に…ほかのものは、「それぞれの債務者が主たる債務と保証債務という異なる二つの債務を負担するものと想定する」オリエンツ法に基づく弁済の相互保証に」⁽⁵⁶⁾、以下のように分けることができるという。

このようにして、フランス民法典二二〇〇条〔連帯債務の意義および性質〕、二二〇一条〔各債務者の債務の態様〕、二二〇四条から二二〇七条〔二二〇四条の債権者の履行請求権、二二〇五条の連帯債務者の一人

の遅滞後の滅失またはその者の過失による物の滅失、一二〇六条の請求による時効中断の絶対的効力（日本民法四三四条に相当）、一二〇七条の利息請求の絶対的効力）、一二八一条第一文（連帯債務全体に関する更改の絶対的効力に関する原則（日本民法四三五条に相当））、一二八五条第一文（連帯債務の全体に関する明示の免除の絶対的効力）、一二九四条第三文（相殺（日本民法四三六条二項に相当））、一三六五条（連帯債務者の一人に対して要求された決訟的宣誓の絶対的効力）は、その起源をローマ的連帯に見いだすことができる。反対に、フランス民法典一二〇三条（任意の債務者に対する債権者の履行請求権（日本民法四三二条に相当））、一二〇九条から一二一五条（一二〇九・三〇一条の負担部分の限度における混同の絶対的効力（日本民法四三八条に相当）、一二一〇条・一二一一一条の連帯の免除（日本民法四四〇条、四四五条に相当））、一二一二条の連帯免除の推定、一二一三条の連帯債務者間の負担部分、一二一四条の求償の範囲（日本民法四四二条第一項、四四四条に相当）、一二一五条の連帯の免除と無資力者がある場合の求償（日本民法四四五条に相当））、一二八五条第一文ただし書および第二文（負担部分に関する明示の免除の絶対的効力（日本民法四三七条に相当））は、オリエント的相互保証に基づく。⁵⁷⁾

連帯債務について、フランス民法典の編集者に影響を与えたポチエは、「ドグマティックな純粹精神において、連帯債務に関する古典期のテキストと古典期後のテキストを対等に扱った」⁵⁸⁾のであるが、ここまでに述べたように、ミニヨは、このポチエの見解に着想を得て作られた現在の法として（*de lege lata*）、フランス民法典における連帯債務の規定は、ローマ的連帯の要素が含まれるものと、オリエント的相互保証の要素が含まれるものとに分けられることを示し、制度的な一貫性のなさを明らかにしたのである。

そして、ミニヨは、あるべき法として（*de lege ferenda*）、次のような方向性を示す。フランス民法典の連帯債

務の制度は、「ポチエが古典期のローマ法における連帯債務の制度の全体に再び活力を与えることによってその発展の自然的過程を止めなかつたとすれば、おそらく到達されるべきであったもの」⁽⁵⁹⁾に、すなわち、「ローマ的連帯債務のすべての断片的規定を実定法から取り除いて、あるべき法 (*de lege ferenda*) として相互保証を全体的に確立する」⁽⁶⁰⁾方向に発展させられるべきであるというのである。「ハイブリッドな制度は、複数の構成要素が相互に補完し合い、相互に傷つけ合うことなく、反駁し合うことなくぴったりとはまることができる場合にのみ機能する(のであるが)」：「フランス民法典の連帯債務制度にみられる」ローマ的連帯および相互保証のそれぞれの精神、態様、目的は相互に破壊し合うものである」⁽⁶¹⁾ため、歴史的発展を踏まえれば、連帯債務を相互保証モデルに基づいて再構成しなければならないのである。

また、ミニョのいう多数債務関係は、先に述べたように、フランス民法典上の連帯債務のみならず、全部義務も含むより広い射程を有するものであり、⁽⁶²⁾このような相互保証モデルは、全部義務についても当てはまるものと考えられている。このことを明らかにするために、ミニョは、全部義務についても、歴史的側面および債務構造の側面から次のように検討した。ローマ法においては、争点決定の消滅的効力に服すもの(先に述べたように、ユ帝の時代になって争点決定の消滅的効力が削除されたものである。)と服さないもの(代表的なものとして、複数の共同不法行為者によって犯された同一の犯罪 (*delictum*) を原因とする債務がある。)の二種類の多数債務関係を明確に区別していたのであるが、連帯債務と全部義務との間の伝統的な議論における違いは、このような区別に由来する。⁽⁶³⁾しかし、歴史的に観察すれば、全部義務は、ローマにおける刑法上の制度がフランスの古法を経て現代の民法上の制度に移されたことによって生じたのであって、⁽⁶⁴⁾この移転の際に「刑事責任が複数犯の場合に本質的に全体であるとしても、民事責任は、同様の場合に、本質的に部分的であって分割されるべきものであ

る」⁽⁶⁵⁾ことが考慮されるべきであったにもかかわらず、これがなされないままに、古法を経て、一九世紀初頭の判例において全部義務の制度が確立されてしまった。⁽⁶⁶⁾そこで、ミニヨは、「全部義務は、…あるべき法として（*de lege ferenda*）、相互保証と完全に同一視されなければならない」ものであるから、連帯債務と全部義務とは「完全に同一視されるべきである」⁽⁶⁷⁾と指摘する。また、ミニヨは、全部義務において、連帯債務者間の求償が認められていることも、全部義務が相互保証の実質を有することを示していると指摘する。⁽⁶⁸⁾本稿は、全部義務または不真正連帯に関して検討するものではないために、この問題については深く検討を行わないが、少なくとも、ミニヨの示すように、相互保証モデルが連帯債務と全部義務（または、不真正連帯債務）とを統合的に説明する可能性を有することは注目に値するものと考えられる。⁽⁶⁹⁾

ここまで述べてきたミニヨの分析に沿って日本民法の絶対的効力に関する規定を検討してみれば、フランス民法典と同様に、わが国でも、ローマ的連帯として捉えるのに親和的にみえる規定（フランス民法典と扱いが異なつて連帯債務全額について絶対的効力を有するのは混同である。）とオリエンツ的相互保証として捉えるのに親和的にみえる規定（フランス民法典と扱いが異なつて負担部分について絶対的効力を有するのは相殺である。）が混在しているものと表面的には言えそうである。ただし、フランス民法典二二〇〇条が「同一の目的物」（目的の一体性）という文言を用いてローマ「古典期の集団的債務のなごり（*remittance*）」⁽⁷⁰⁾を連帯債務の定義中に留めているのに対して、日本民法は、これと同様の内容を規定した旧民法債権担保編五一条を「実質上何等ノ規定ヲモ設ケタルモノニ非サル」⁽⁷¹⁾ものとして規定しなかったために、結果的には、ミニヨの示唆するローマ的連帯モデルからオリエンツ的相互保証モデルへの発展という流れには沿うものとなっていることや、旧民法の採用する相互代理構成を取らなかったことは、いくつかの規定がローマ的連帯として捉えるのに親和的な効力を定めてい

るとしても、ローマ的連帯とオリエンタ的相互保証という二極のなかで、相互保証モデルに近い姿になっていると指摘することができるものと思われる。

(2) 連帯債務の構造とその合理的制度

ミニヨの研究の第二の特徴は、フランス民法典における連帯債務の構造を分析して、連帯債務制度を合理的かつ統合的に説明することを試みた点である。

連帯債務を相互保証モデルに沿って理解すれば、その法的関係は、二重の構造に分解されることになる。⁽⁷³⁾ すなわち、一方で、主たる債務および固有の負担部分を生じさせる基本的な関係 (*relation fondamentale*) と、他方で、保証債務を生じさせる担保的な関係 (*relation de garantie*) である。この二重の構造は、常に、債権者に対して、債務の全体を担保する機能を提供する。

この相互保証モデルに基づく連帯債務の特徴を明らかにするには、さらに、これと混同されることがある不可分債務との違いについて、ミニヨの見解を確認することが役立つだろう。先にわが国の学説を紹介して述べたように、相互保証説に立ちつつも、不可分債務を基本として連帯債務を考える立場が存在するからである。ミニヨによれば、「連帯債務とは違って、不可分債務は、共同債務者の一人の弁済不能に対して債権者に担保の機能を提供するものではなく、単なる債務の態様 (*modalité*) の一つに過ぎない」。⁽⁷⁴⁾ 不可分債務は、フランス民法典一二七条から一二五条において規定されるものであるが、これは、デムランから受け継がれたポチエの考えを民法典の編集者が取り入れたものであった。⁽⁷⁵⁾ 一六世紀に、デムランは、不可分債務と連帯債務を区別し、「第一〔不可分債務〕の場合に、不可分は、性質上のものである。…他方で、第二〔連帯債務〕の場合には、不可分

は、当事者の意思のみに基づくものであるために人工的である」と述べた。⁽⁷⁶⁾ポチエは、この見解を支持して、「連帯債務は、性質上分割できるものであっても共同債務者間で不可分である」と考えた。⁽⁷⁷⁾ところが、「合意上の不可分性の認定は、デムラン自身の思い違い（*confusion*）ではなく、民法典の編集者及び後の学説によるデムランの学説の誤った理解に基づく思い違いから確かに生じ」たものであり、実際には、「デムランは、合意上の不可分性を認めていなかった」⁽⁷⁸⁾のである。そして、デムランは、連帯債務の性質を不可分債務の効力との関係において特徴付け、「連帯債務の債務者：は、負担される債務の全額弁済をすることによってのみ解放される。この…効力は、*incongruas solutionis*と名付けられ、弁済の不足を意味する。…*incongruas solutionis*は、デムランが *individuum solutione*と名付けるもの、すなわち、弁済の不可分性を生じさせる。合意上の不可分性と不当な名前を付けられたものは、デムランによって引き出された弁済の不可分性の肯定的延長ではない」⁽⁷⁹⁾。このようにして、ミニヨは、不可分債務は性質に基づいて生じるのみであると考えた上で、連帯債務者とは異なつて、「不可分債務は、二つの異なる関係、すなわち、基本的な関係及び担保関係の重なりによって構成されるのではな⁽⁸⁰⁾く、「不可分的共同債務者は、経済的観点から同一の目的に基づく主たる債務の束を一緒に負う」⁽⁸¹⁾ものと考ええる。すなわち、「性質上の不可分債務の債務構造を検討して、不可分的共同債務者は、相互に担保し合うわけではない」⁽⁸²⁾ということが出来る。ミニヨは、連帯債務や全部義務を「広義の *lato sensu* 多数債務関係」と呼ぶのに対して、不可分債務を「狭義の *stricto sensu* 多数債務関係」と呼ぶ。⁽⁸³⁾このような見解を参考にして不可分債務は性質上において不可分のものであるとの立場に立てば、連帯債務と不可分債務の分化が貫徹されるものと思われる。わが国においても債権法改正の中間試案において、不可分債務と連帯債務との違いを性質上の可分性に求めることが提言されていることは（中間試案、第一六の六「債権者が複数の場合」）、正当なものであらう。

このようにして、連帯債務が相互保証モデルに基づいて特徴付けられると考えると、先に紹介した伝統的分類である「人的な抗弁、共通の抗弁、債務の性質上の抗弁の間の区別は、もはや存在しない」⁽⁸⁴⁾ことになる。この「伝統的分類は、本質的に、連帯債務に適用可能なローマ法から着想を得たもの」⁽⁸⁵⁾であった。ローマ法学者は、連帯債務の消滅方法を「目的の一体性と関係の複数性に基づいて、ふたつのカテゴリに分類した。第一は、債務に付着された消滅方法であり〔物的消滅方法〕、他方は債権者と債務者の間に存在する法律関係にのみ付着された消滅方法〔人的消滅方法〕である」⁽⁸⁶⁾。フランス民法典の編纂者は、このローマ法上の区別を参考に発展させたドマの考えに着想を得て、人的消滅方法をさらに絶対的効力を有するものと相対的効力を有するものとに分けた上で、この三分類を規定したのである。⁽⁸⁷⁾

そこで、ローマ的連帯モデルを捨てて、相互保証モデルに従って合理的な説明を行うために、ミニョは、以下のように検討する。

相互保証においては、無能力または特別な合意の瑕疵による共同債務者の一人の約束の無効は、「基本的な関係が一つの契約である場合には」原則として他のすべての共同債務者を解放する。債権者の満足を伴わない共同債務者の一人の防御方法は、その負担部分の範囲において、他の共同債務者を解放する。たとえば、債務の免除、時効、裁判上の更生および清算の手續きにおける非宣告、混同などである。直接的または間接的な債権者の満足を伴うものは、他の共同債務者をその範囲で解放する。弁済、代位弁済、相殺である。…つまりは、広義の多数債務関係を構成する二つの関係の区別は、基本的な関係 (*relation fondamentale*) の制度を担保的な関係 (*relation de garantie*) の制度から分離して、多数債務関係の制度を精密にすることを可能にする。その生じた解決策は、単により理論的で明確であるだけでなく、共同債務者にとって公平である。

それぞれが基本的な関係では主たる債務者であり、また、担保的な関係では担保設定者である。共同債務者によって行われた役割の分離は、特に求償権の観点から、それぞれが負担するものを取り戻すことを可能にする。そして、それぞれに固有の責任 (*les responsabilités*)、すなわち、義務及び債務関係 (*les devoirs et les obligations*) を分離することを可能にする。⁽⁸⁸⁾

なお、更改については、ミニヨの考え方はやや複雑である。第三者が連帯債務者の負担部分すべてについて更改を行った場合には連帯債務者はすべて債務から解放されるのに対して、連帯債務者間で一人の債務者に全額を負担させるための更改がなされた場合には他の連帯債務者はその負担部分を免れ、保証部分だけを負担するものと考えられている。⁽⁸⁹⁾

このようにして、ミニヨの見解を参考にして相互保証モデルを貫徹すれば、日本民法では、連帯債務者の法律行為の無効（四三三条）については、それぞれの連帯債務者の負担部分が一つの法的関係から生じているという場合に限定され、混同（四三八条）および時効（四三九条）は、負担部分についてのみ絶対的効力が生じると考えられることになるだろう。ただし、混同については、求償による代位を考慮すれば、現行民法の規定を維持しても、負担部分について絶対的効力事由が生じるとしても大きな違いはない。これに対して、更改（四三五条）については、わが国では、更改に伴って原則的に保証債務も消滅するのであり（民法五一八条）、現行民法の下においては、ミニヨの提示する解決策とは異なって、負担部分に附従する保証債務はすべて消滅することになり、第三者が更改を行った場合と同じ処理がなされることになるものと思われる。

3 わが国への示唆

(1) わが国において主張される相互保証理論の再評価

ここまでにおいて紹介したミノヨの主張は、要点を述べれば、フランスにおける連帯債務、全部義務といった伝統的な垣根を一旦打ち壊し、それらを、「多数債務関係」という概念によって括り直した上で、歴史的發展は、この制度が相互保証モデルに向かうべきことを示しているだけでなく、実際に、フランスにおける連帯債務および全部義務を人的担保制度の下に統合して再構築し直してみれば、相互保証モデルに基づく一貫した立法が可能になることを示したものである。

連帯債務に関するこのような破壊と再構築の視点は、たとえば以下に引用するように、わが国の学説においても見受けられる。

従来の民法学は、民法典の「多数当事者の債権」という構成：およびパンデクテン・システムに目を奪われて、債権総論中に「多数当事者の債権関係」という領域をもうけ：一括して説明するのが普通であった。これはたしかに債権者ないし債務者が複数いる場合の形態に着目するならば、それなりにいちおうすじは通っている。しかし、重要なのは形態ではなく、機能である。違った機能をもつ制度を、形態のみに着目して一括して体系的に説明してもあまり意味はない。：今後の問題として、：多数当事者の債権は、「人的担保」制度として、再構築すべきではなからうか。そうなれば、不真正連帯債務という統一的な制度ないし概念が姿を消すことはいうまでもない。⁽⁹⁰⁾

わが国において、連帯債務と不真正連帯債務とはある程度接近しつつあることは今日では疑いが無い。それを

さらに推し進め、両概念の区別を一度取り除いて、多数債務関係の概念の下に寄せ集めたときに、どのような方向性でその基本原理を探って統一的に制度化することができるのだろうか。このことが債権法を改正するにあたって、問われているものと思われる。

連帯債務の重要な役割は、今日では、その担保機能に存しており、これを制度的に反映させることは、法制審議会の議論を経て、改正の方向性としてこれまでに固まったものということができよう。そして、人的担保に区分される連帯債務規定の担保的側面からの見直しは、人的担保の基本原則を明らかにする作業に通じることになる。

ミニヨの相互保証説を検討した結果、筆者は、わが国でこれまで展開されてきた相互保証理論が人的担保の基本原則を明らかにする理論になるものと考ええる。ただし、先に検討したように、「相互保証理論」に立つものとされるわが国の学説においては、「相互保証」の意味・位置づけは一致したものではなかった。そこで、相互保証の意味を明らかにしておく必要があるものと思われるが、連帯債務が法的に相互保証を含んでいるものと筆者が考えるのは、次の内容においてである。すなわち、連帯債務は、それぞれの連帯債務者が負担する主たる債務に相当する固有の負担部分と、これを相互に担保し合う相互保証部分とに分かれており、この相互保証における「保証」(guarantee)とは、人的「担保」を指している。そして、その基本原則の多くは、旧民法が正鵠にも連帯債務の前に保証を規定していたように、民法に規定された「保証」(cautionnement)に表れている。このため、連帯債務の絶対的効力は、保証に示されている人的担保の原則の一つである附従性から派生する(相互保証を補充性と結びつける見解も存在するが、ここまでする⁹²に行つた検討を踏まえれば、相互保証理論は絶対的効力事由を「附従性」から説明するところに特徴があるものといえる)。わが国の学説においては、一般的には、連帯債務は、

絶対的効力があるのに対して附従性がないとされるのであるが、相互保証説に立てば、絶対的効力と附従性は、単なる用語法上の問題に過ぎない。相互保証説は、このようにして、連帯債務の構造を明らかにすると同時に、人的担保の基本型に保証が据えられるべきことも明らかにするものである。⁽⁹³⁾

結果として、連帯債務も（そして、本稿の検討では明言するのには不十分であるが、おそらく不真正連帯債務も）、人的担保の基本型である保証との関連において（「連帯」債務は、補充性を欠くために、ここでは特に「連帯」保証が問題となる。）、その構造及び効力が検討されなければならない。すなわち、主たる債務の存在と、それに従たる保証債務の存在が人的担保の基本構造である。連帯債務者間の求償関係は、この構造から当然に導かれる。したがって、連帯債務のあるべき姿は、保証制度がどのような方向性をもつて改正されるべきと考えられているかということに依存しており、保証制度において保証人保護が強調されるのであれば、連帯債務においてこれと矛盾する方向性を取ることはできないものと考えられる。

(2) わが国における相互保証理論に対する批判と再反論（絶対的効力の意義）

しかし、ここまで述べた相互保証理論の考え方に対しては、「一体型の絶対的効力事由（民法四三三―四四三―四五条、四三八条）…を正当化する根拠が一体何なのか、そうしてそれはいかんにして法的に構成されるのか…この点について相互保証説は無力である。なぜなら、相互に保証し合っているという実体関係があるからといって、…また、法的な相互保証関係を想定しても、…一体型絶対的効力事由を説明することはできない」とか、「負担部分を基礎とした効果を生じる場合以外の場合（三四五条、三四八条）を説明し得ない、という問題点が生じる」との批判がなされていることも検討しなければならない。これらの相互保証理論への批判に対して

は、すでに、学説において再反論がなされている。⁽⁹⁶⁾ 本稿の立場は更改と混同については既に述べたとおりであり、簡潔に繰り返せば、更改については、第三者が連帯債務の全体について更改を行った場合と同様に考えることができ、債権者と連帯債務者の一人の間の更改は、現行民法の規定を参考にすれば、債権者と他の連帯債務者の間の債務関係を消滅させるということを相互保証理論から困難なく導くことができる。また、混同についても、償および代位を考慮すれば、負担部分についてのみ絶対的効力が及ぶことと連帯債務の全体に絶対的効力が及ぶこととの間には大きな違いはない。したがって、相互保証理論からは負担部分について混同の絶対的効力が生じると考える方が厳密であるにしても、連帯債務全体について絶対的効力が生じるということとその帰結は同等であるために、現行民法の解決策が相互保証理論と矛盾するわけではない。

請求については、ミニョの博士論文において、フランス民法典がローマ的連帯のなごりの一つとして請求の絶対的効力を定めたことが指摘されているように、相互保証モデルから必然的に導かれるものではない。むしろ、わが国の民法が相互代理構成を明確に排除したことからすれば、請求は、相対的効力を有するものと考え方が整合的である。学説では、すでに不真正連帯債務と連帯債務との区別が請求の絶対効を排除する点にあることが指摘されているところ、⁽⁹⁷⁾ 本稿のように、連帯債務においても請求の絶対的効力は本質的なものではなく、債権者の便宜を考慮した政策的なものに過ぎないと考える立場からは、連帯債務と不真正連帯債務との間の違いはさらに小さくなるだろう。フランスにおいても、先に紹介したように、連帯債務と全部義務との間の違いは狭まりつつあることが指摘されている。

さらに、以上のように、相互保証理論を採用するとすれば、連帯債務の独自の意義はなくなってしまうのではないかとの批判について検討しなければならないだろう。

学説には、相互保証理論に立つものと理解されていても、山中説のように「保証債務の附従的性質を制限し、原則的にこれを否定することによって、連帯債務が成立する」⁽⁹⁸⁾と両者の違いを説明する見解も存在する。相互保証理論に立つ場合には、附従性から絶対的効力が説明されるのに対して、この見解には、連帯債務に附従性がないことを説くものであるから、実際には、先に紹介した於保証や浜上説などという「相互保証」とはその指向が決定的に異なるものである。相互保証理論に立てば、連帯債務と保証との違いは、この点に見いだされるものではない。むしろ、両者の違いは、次に述べるようにその構造上の区別に見いだされる。ここまでに述べたように、連帯債務が負担部分と保証部分から成り立ち、それぞれが基本的な関係 (*relation fondamentale*) と、保証債務を生じさせる担保的な関係 (*relation de garantie*) から成り立つとすれば、実際には、連帯債務は、複合契約的な多角関係から成り立っているといえる。中舎寛樹教授は、複合契約について論じ、「複合取引においては、二当事者からなる各個別契約と同時に、その取引を形成することについて全取引当事者による同一の意思表示がなされており（個別契約の意思表示にそのような意思表示が含まれている）、それによって複合取引自体を目的とする契約（基本契約）が成立していると構成する」⁽⁹⁹⁾との考えを示されている。中舎教授は、連帯債務をこの中に含めないのであるが、⁽¹⁰⁰⁾筆者は、この考えに着想を得れば、以下のようにして連帯債務と保証との構造上の違いが明白となるものと考ええる。すなわち、連帯債務は、それぞれの連帯債務者の負担部分を生じさせる個別契約（ミニヨは、負担部分の発生原因が契約に限定されないことから、これを「基本的な関係」と呼んでいた。）と、一つの経済目的を達成するための多角的法律関係（連帯）への参加を行う基本契約（相互連帯保証契約。ミニヨは、これを「担保的な関係」と呼んでいた。）との組合せから成り立つ。これに対して、保証の場合、債権者と主債務者の間には主債務を生じさせる個別契約が存在するのに対して、保証人には負担部分がないのだから、多角的法

律関係（保証）への参加を行う基本契約（保証契約または連帯保証契約）のみを締結しているのである。そのために、負担部分がゼロという連帯債務は認められず、負担部分を生じさせる個別契約が存在しない場合には、保証または連帯保証が存在するものと考えられることになる（基本契約が根保証的な契約である場合には、保証部分の附従性も緩和されて負担部分がゼロとなることのある連帯債務も存在する可能性は理論的に否定することができないのであるが、このような総額の増減が生じる「連帯債務」はこれまでに議論されていないようである）。一般に、同時でなくとも、各々が順次に、合意によって連帯債務を成立させることができると考えられていることは、中舎教授の「多数当事者の『合同行為的』な意思表示⁽¹⁰⁾」による多角的法律関係の成立という発想になじむもののように思われる。言い換えれば、特に、順次の合意による連帯債務の成立は（同時の合意でも同様であるが）、「連帯債務の同一の目的」の名の下に、「合同行為的」に多角的法律関係が成立することをよく示すものといえそうである。

四 おわりに

本稿は、フランスにおいて相互保証（相互担保）説を唱える近年の博士論文を検討することを通じて、相互保証理論（相互担保説）は、連帯債務を人的担保手段として整合的な制度へと発展させうるものであることを明らかにし、わが国においても、連帯債務の法的構成として、相互保証に基づく考えを採用することがふさわしいことを主張するものである。

債権法の改正に際して、連帯債務の担保的機能に焦点を当ててその規定を見直すのであれば、これと理論的に緊密な関係にある保証債務との整合性を保ちつつ、人的担保のあるべき姿を探る必要がある。相互保証理論に立ってば、保証と連帯の組合せによって、単純保証、連帯保証、保証連帯、連帯債務のような人的担保の様々な類型を考えることができる。このような意味において、従来唱えられてきた相互保証理論は、本稿で紹介した新しい視点の下で、人的担保の構造を合理的に制度設計するための見方を提示するものと考えられる。

そして、連帯債務の絶対的効力は、わが国の従来の学説とは異なって保証部分の附従性に基づいて生じるものであり、連帯債務の性質から導かれる基本的な効力であるということが出来る。そのような絶対的効力を喪失させることは、本稿で述べたミニニョの歴史的検討によるローマの連帯とオリエントの相互保証という構図からは、ローマの連帯に向かうものといわざるを得ない。しかし、不真正連帯債務について求償関係が生じることが認められている現在において、このようなローマの連帯モデルを維持することは、ミニニョの研究がよく示しているとおり、もはや理論的に困難であると思われる。

注

- (1) Mazon, Marc. *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, Thèse Bourgogne, 2000, Dalloz, 2002.
- (2) 中舎寛樹「保証取引と多角関係（多角的法律関係の研究（一一））」法時八一巻五号（二〇〇九年）一四四頁。
- (3) 椿寿夫「連帯債務論序説」論叢六二巻五号（一九五六年）四二―九六頁、山中康雄「いわゆる連帯ということの意義」民商三三三巻三号（一九五六年）一―三七頁、椿寿夫「連帯債務」西村信雄編『注釈民法（11）債権（2）』（有斐閣、一九六五年）四五―一三七頁、浜上則雄「連帯債務の本質と免除」法セ二〇〇号（一九七二年）一〇二―一〇六頁、淡路剛久「連帯債務の研究」（弘

- 文堂、一九七五年）、福田誠治「一九世紀フランス法における連帯債務と保証（一）（七・完）」北法四八巻一号三三一―三三〇頁、四八巻二号二六九―三〇六頁（以上、一九九七年）、四八巻六号（一九九八年）一三〇七―一三七一頁、五〇巻三号（一九九九年）四六九―五一九頁、五〇巻四号（一九九九年）七二一―七九九頁、平林美紀「不真正連帯債務論の再構成（一）（二）（三）」名法一七八号四五―八六頁、一七九号（以上、一九九九年）二三三―二六九頁、一八一号（二〇〇〇年）二三七―二九二頁、平林美紀「不真正連帯債務論の再構成」私法六六号（二〇〇四年）一〇九―一六六頁など。
- (4) 椿・前掲注(3)「連帯債務」七九、八〇頁の指摘も参照。
- (5) 梅謙次郎『民法要義卷之三』（明法堂、一八九七年）一〇二頁。
- (6) 保証人保護との関係を述べるものとして、古積健三郎「連帯債務・保証における債務者らの相互関係」法時九四巻八号（二〇一三年）五一―六頁がある。
- (7) V. BOSSONADE, *Emile Gustave, Projet de code civil pour l'empire de Japon*, Tome 2, Tokyo, 宗文館書店, 1883, n° 609, p. 687. 深川裕佳「多数当事者間相殺の研究」（信山社、二〇一二年）二八一―三〇頁。
- (8) 浜上・前掲注(3)一〇三頁。その後、成田博「中島玉吉・連帯債務論の再評価」東北学院（法律学）三六号（一九九〇年）八一―一三三頁によって、わが国で最初に相互保証理論を提唱したのは、中島玉吉であることが明らかにされている。
- (9) 山中康雄「連帯債務の本質」勝本正晃ほか編『私法学の諸問題（石田文次郎先生還暦記念）（二）』（有斐閣、一九五五年）三九四頁。
- (10) 山中・前掲注(3)二五―二六頁。
- (11) 山中・前掲注(3)二八頁。
- (12) 山中・前掲注(3)二九頁。

- (13) 於保不二雄『債権総論(新版)』(有斐閣、一九七二年)二三七頁。
- (14) 於保・前掲注(13)二二九頁。
- (15) 浜上・前掲注(3)一〇三頁。
- (16) 浜上・前掲注(3)一〇五頁。
- (17) 浜上則雄『現代共同不法行為の研究』(信山社、一九九三年)二〇二―二〇三頁。
- (18) 浜上・前掲注(17)三四三頁。
- (19) 浜上・前掲注(17)三四四頁。
- (20) 加賀山茂『契約法講義』(日本評論社、二〇〇七年)三六一頁。
- (21) 山中・前掲注(3)二七頁。
- (22) TOURNEAU, Philippe et JULIEN, Jérôme. *Solidarité*, Rép. civ., Dalloz, 2010, n° 83.
- (23) V. *id.* n° 87 et s.
- (24) *Id.* n° 99 et s.
- (25) 一九世紀の学説については、福田・前掲注(3)において詳しく検討されている。相互代理理論については、同論考(二)、一七〇四―一七二〇頁を参照。
- (26) TOURNEAU et JULIEN, *Supra* note 22, n° 119.
- (27) V. *id.* n° 164.
- (28) V. *id.* n° 165.
- (29) MAURAIE, Philippe et al., *Les obligations*, 4^e éd., Repertoire Defrenois, 2009, n° 1375.

- (30) V. TOURNEAU et JULIEN, *Supra* note 22, n^{os} 168 et s.
- (31) *Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, (http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCAPITALASEPTEMBRE2005.pdf) [2013/09/21].
- (32) *Id.*, p. 162, fn. 49.
- (33) 深川裕佳「連帯債務の絶対的効力事由」笠原俊宏編『日本法の論点(三)』(文真堂、二〇一三年)七九―八八頁において、代表的教科書の二〇(TERRÉ, François *et al.*, *Les obligations (Droit civil)*, 9^e éd., Dalloz-Sirey, 2005, n^{os} 1251 et s.)に示された分類を紹介しているが、本稿で紹介した学説の説明とは若干異なっているところもみられ、このような分類は、今日の学説においても、疑義のなほほどに確立されたものとはいえないようである。
- (34) TOURNEAU et JULIEN, *Supra* note 22, n^{os} 94 et 104.
- (35) *Id.* n^o 96.
- (36) V. MALAURIE *et al.*, *Supra* note 29, n^o 1361; TOURNEAU et JULIEN, *Supra* note 22, n^o 104; FLOUR, Jacques *et al.*, *Les obligations*, t. 3, 7^e éd., Dalloz-Sirey, 2011, n^o 318.
- (37) V. TOURNEAU et JULIEN, *Supra* note 22, n^o 103.
- (38) *Id.* n^o 106.
- (39) *Id.* n^o 109.
- (40) *Id.* n^o 110.
- (41) *Id.* n^o 111.

- (42) MIGNOT, *Supra* note 1, n^{os} 7-8, et 246.
- (43) V. *id.* n^{os} 70-76.
- (44) *Id.* n^o 77.
- (45) *Id.* n^o 7.
- (46) *Id.* n^o 80.
- (47) *Id.* n^o 83.
- (48) *Id.* n^o 64.
- (49) *Id.* n^o 86.
- (50) V. *id.* n^o 84.
- (51) *Id.* n^o 86.
- (52) なお、淡路・前掲注(3)五八―五九頁には、これと異なる見解も紹介されている。
- (53) V. MIGNOT, *Supra* note 1, n^{os} 6 et 64.
- (54) *Id.* n^o 87.
- (55) *Id.* n^o 246.
- (56) *Id.* n^o 88.
- (57) *Id.* n^o 14; v. aussi *id.* n^o 246.
- (58) *Id.* n^o 88.
- (59) *Id.* n^o 6.

連帯債務に関する相互保証説の再評価（深川）

- (60) *Id.* n° 7; v. aussi *id.* n°s 87 et 246.
- (61) *Id.* n° 9.
- (62) V. *id.* n°s 2 et 370.
- (63) V. *id.* n° 275.
- (64) V. *id.* n°s 300 et 313.
- (65) *Id.* n° 300; v. aussi *id.*, n° 313.
- (66) *Id.* n° 263.
- (67) *Id.* n° 9.
- (68) V. *id.* n° 8.
- (69) わが国では、浜上・前掲注(17)三三二頁以下が共同不法行為において部分的因果関係と相互保証とを組み合わせることによって、連帯債務と不真正連帯債務とを統合する理論を提唱している。
- (70) MIGNOT, *supra* note 1, n° 89.
- (71) 広中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、一九八七年）四一九頁。
- (72) 淡路・前掲注(3)一四六頁を参照。
- (73) V. MIGNOT, *supra* note 1, n° 629.
- (74) *Id.* n° 640.
- (75) V. *id.* n° 630.
- (76) *Id.* n° 114.

- (77) *Ibid.*
- (78) *Id.* n° 647.
- (79) *Ibid.*
- (80) *Id.* n° 638.
- (81) *Id.* n° 639.
- (82) *Id.* n° 638.
- (83) *V. id.* n° 9.
- (84) *Id.* n° 910.
- (85) *Id.* n° 737.
- (86) *Id.* n° 716.
- (87) *Id.* n° 723-726.
- (88) *Id.* n° 15.
- (89) *Id.* n° 961-965.
- (90) 淡路・前掲注(3)一三五頁。
- (91) 加賀山茂『債権担保法講義』(日本評論社、二〇一二年)一一八―一九頁の指摘も参照。
- (92) 淡路・前掲注(3)一六一頁。
- (93) 保証から人的担保の一般的理論を展開するものとして加賀山・前掲注(9)一一一―一二九頁も参照。
- (94) 淡路・前掲注(3)一二二頁。

- (95) 平井宜雄『債権総論』（弘文堂、一九八五年）二五五頁。
- (96) 浜上・前掲注(17)三五二―三七五頁。
- (97) 平林・前掲注(3)「不真正連帯債務論の再構成（私法）」一六頁。
- (98) 山中・前掲注(9)三八九頁。
- (99) 中舎寛樹「多角的法律関係の法的構造に関する覚書」名法三二七号（二〇〇八年）二二頁および同「多角的法律関係の研究の成果と課題」椿寿夫Ⅱ中舎寛樹編『多角的法律関係の研究』（日本評論社、二〇二二年）四八四―四八五頁、五〇三頁も参照。
- (100) 中舎・前掲注(99)「多角的法律関係の法的構造に関する覚書」一八六―一八七頁参照。
- (101) 中舎・前掲注(99)「多角的法律関係の法的構造に関する覚書」二二頁。

〔付記〕 本稿の脱稿後に、法制審議会民法（債権関係）部会において債権法改正の第三ステージが進められているが、その最新の公表資料を踏まえた検討は、韓国の漢陽大学校法学研究所紀要「法学論叢」に公表する予定である。

