

# 不真正連帯債務論の再構成(二)

平林美紀

不真正連帯債務論の再構成(二) (平林)

## 第一章 序論——本稿の目的と構成

### 第二章 不真正連帯債務概念をめぐる学説の展開

#### 第一節 学説の潮流

##### 第二節 いわゆる「全部義務」概念——旧民法時代から法典編纂までのフランス法の影響(以上、一七八号)

##### 第三節 「不真正連帯債務」概念の継受——ドイツ法の影響

#### 第一款 概観

#### 第二款 伝統的見解の形成

#### 第三款 不真正連帯債務否定説

#### 第四款 小括

#### 第四節 伝統的見解の修正と新たなドグマの形成——わが国における独自の発展

第一款 概観

第二款 通説的見解

第三款 不真正連帶債務否定説

第四款 小括

第五節 求償権不在ドグマへの疑問

第一款 求償権の積極的承認

第二款 不真正連帶債務否定説

第六節 多様性の提唱による不真正連帶債務概念の解体（以上、本号）

第七節 「債権強化機能」絶対的効力事由の一括排除」ドグマに対する懷疑

第三章 不真正連帶債務に関する裁判例の傾向とその分析

第四章 ドイツにおける連帶債務・不真正連帶債務論

第五章 フランスにおける全部義務論とその示唆

第六章 結語

## 第二章 不真正連帶債務概念をめぐる学説の展開（承前）

### 第三節 不真正連帶債務概念の継受

#### 第一款 概観

前節で検討したように、旧民法の時代から現行民法の法典編纂直後まで、不真正連帶債務論をめぐる学説はフランス法の影響下にあった。しかし、こうした傾向はドイツの学説を継受することを通じて大きく転換する。あれほど大きかつたフランス法の影響は影を潜め、ドイツ法の影響を受けた学説が主流となるのである。本節で紹介する不真正連帶債務に関するいくつかの学説は、ドイツ法の影響を色濃く反映しながら変化を遂げ、伝統的な見解——講学上の不真正連帶債務概念——に結実することとなる。ここでは以下で詳しく検討する学説の発展を概括的に述べておきたい。

石坂説を契機として、ドイツの学説上の概念である「不真正連帶債務」概念がわが国に導入された。その当時の問題関心は、連帶債務と不真正連帶債務との区別基準を何に求めるのかというものであった。石坂説による債務発生原因説、仁井田説による負担部分説を経て、鳩山説に代表される目的共同説が論争の終着点となつた。また、当時の不真正連帶債務の内容は、①各債務者の全額義務性、②給付の一倍額性、③求償権の不在、④絶対効規定の適用排除であった。これは、いわゆる講学上の不真正連帶債務の内容と共通しており、講学上の不真正連帶債務概念がこの時期に形成されたことがわかる。以下、本稿ではこの講学上の不真正連帶債務概念を「伝統的見解」と名付

けることとする。ドイツ学説繼受以前の「全部義務」学説と対比すれば、求償権の不在と絶対効規定の適用排除といふ、真正連帶債務とは正反対の特徴を明確に打ち出している点が印象的であろう。

## 第二款 伝統的見解の形成

(a) わが国における「不真正連帶債務」概念の登場は、石坂論稿にはじまるものと思われる<sup>(1)</sup>。この時期に論点となつていたのは、連帶債務と不真正連帶債務との区別をどのような根拠によつて行うのかという問題であった。この問題設定は、ドイツにおける論争を受けたものであつて、学説の変遷もドイツの学説を繼受するかたちであらわれている。ドイツの学説とわが国の学説との関係については、後に章をあらためて検討することとし、ここでは、学説繼受の結果、わが国でいかなる不真正連帶債務概念が形成されたのかという関心のもとに、考察を進めることとする。

(b) まず、各債務の発生原因が同一であるか否かに区別のメルクマールを求める石坂説が登場した。その概説書では、「連帶債務ト異ル所ハ此等（不真正連帶債務——筆者注）ノ場合ニ数個ノ債務カ其発生原因ヲ同フセサル点ニ存ス」と述べられている。それでは、石坂説が区別基準として掲げる「債務の発生原因」とは具体的に何を意味するのであるか。石坂説は次のように説明している。「此ニ云フ原因ハ債務発生ノ実質的原因ヲ云フ債務発生ノ形式的原因タル行為ヲ云フモノ」ではない。より詳しくいえば、債務の発生原因が（実質的に）同一であるというのは、たとえば、数人の債務者が債権者に対し「同一ノ消費貸借上ノ債務トシテ連帶債務ヲ負担スルヲ以テ足」り、

債権者と締結する契約の個数が一個であることを必要としないし、また、各債務者が時期を異にして契約を締結してもよい<sup>(6)</sup>といふ。

右のように実質的同一性の有無が判断されるのであれば、逆に、石坂説において、債務発生原因の形式的同一性は、複数債務者と債権者との契約が一個でなければならないことと、したがつて、契約の締結が同時になされなければならないこと<sup>(7)</sup>といふ、二つの要件を兼ね備えたときに肯定されるように思われる<sup>(8)</sup>。そのような意味であれば、形式的同一性の認否はかなり明瞭であるので、実質的同一性との違いも明確であろう。しかしながら、形式的であれ実質的であれ、そもそも債務の発生原因が同一である場合と、そうでない場合との区別について、石坂説にははつきりとした言及がみられない。

石坂説によれば、債務の（実質的な）発生原因を異にする場合に不真正連帯債務が成立する。それでは、具体的にはどのような事例が不真正連帯となるのであろうか。その概説書には、次の七つの事例があげられている。<sup>(9)</sup>①人が「各独立シタル契約」によつて同一の事務を執行する委任を受けた場合、②受寄者の不注意によつて受寄物を盗まれた結果、受寄者は債務不履行にもとづき、盗人は不法行為にもとづき損害賠償債務を負う場合、③数人が「各独立シタル契約」によつてある工場に材料を供給する債務を負つたにもかかわらず、各債務者が履行しなかつたために各人が損害賠償責任を負担する場合、④被用者と使用者（民法七一五条）、⑤理事その他の代理人と法人（同四四条）、⑥重複保険の場合、⑦建物が消失したさいに、保険者は保険契約にもとづいて保険金の支払義務を負い、加害者は不法行為にもとづいて損害賠償責任を負う場合、である。

これらの事例を眺めると、その多くは各債務者がさまざまな法的根拠（契約不履行や不法行為）にもとづいて損害賠償責任を負う場合であることがわかる。このような理解は、現在も含め、不真正連帯債務をめぐる議論に一貫

してみられるところである。他方、石坂説に特徴的のは、①と③の事例にあらわれる「各独立シタル契約」という文言である。数人が「各独立シタル契約」によって同一内容の債務を負う事例①およびその不履行の事例③は債務の実質的な発生原因が同一でないために、石坂説においては不真正連帶債務であるとされているが、この「各独立シタル契約」という文言が、連帶債務と不真正連帶債務との区別基準たりうるのかについては大いに疑わしい。

先に紹介したように、同一の消費貸借契約を別個・異時の契約で締結した場合にも連帶債務の成立を認めていることとくらべると、「各独立シタル契約」の場合に、何故に債務の実質的な発生原因が異なるといえるのか、いいかえれば、別個・異時契約と「各独立シタル契約」との差異が明確であるとはいえないであろう。以上のことから、石坂説のいう「実質的同一性」は、連帶・不真正連帶の区別基準として、十分ではないといわざるをえない。

その当時においても、石坂説は批判を受けたこととなつた。石坂説の見解に対し、連帶債務といえども債務の発生原因が同一であることを要しないとする批判があらわれたのである。このことを指摘する仁井田論稿は、「我民法ノ規定ニ依レハ債務者ハ原因ヲ異ニシテ連帶債務ヲ負担スルコトアリ」として、後見に関する（明治）民法九二三条二項の規定をあげる。また、不法行為にもとづいて損害賠償債務を負担する者がいる場合に、「契約ニ因リ不法行為者ト連帶シテ不法行為ニ因ル損害ノ賠償ヲ為スヘキ債務ヲ負担スルコトハ」民法上禁止されておらず、このような場合には、債務者のうちの一人は不法行為を原因とする債務を負い、他の一人は契約を原因とする債務を負うのであるから、連帶債務といえども債務の発生原因が異なる場合が存在するという。<sup>(10)</sup>さらに、石坂説が形式的同一性と実質的同一性とを区別したことに対し、差異が不明瞭であるとの批判を加えている。

このように、石坂説の提唱する債務発生原因説は、他の学説の批判を浴びることとなつた。いかなる場合に債務発生原因の同一性が認められるのかという根本問題自体が明確にされていない以上、当然の帰結であつたように思

われる。ただし、石坂説に対する第三点目の批判は的を射ていないであろう。先に検討したように、契約の同時締結と一個の契約をメルクマールとして、形式的同一性をとらえることが可能であると筆者には思われるからである。

(c) 右で紹介したように債務発生原因説を批判した後、仁井田論稿は次のように述べて、連帶債務と不真正連帶債務との区別基準を負担部分の有無に求めた。「数人ノ債務者カ各自同一ノ給付ニ付キ債権者ニ對シテ債務ノ全部ヲ負担スルニ當リ相互ノ間ニ於テ負担額ノ一定スルコトハ連帶債務ノ特質ニシテ連帶債務カ所謂疑似連帶ト區別セラル々所以ハ實ニ茲ニ在リ疑似連帶ニ在リテハ……相互ノ間ニ於テ負担額ノ定マレルモノニ非<sup>(13)</sup>」。そしてその結果、連帶債務者間においては求償の問題を生ずるが、不真正連帶債務者間においては、「其性質上」、求償権の問題を生じないとした。<sup>(14)</sup>

しかしながら、この見解に対し、負担部分が存在しないことはあくまでも不真正連帶債務の効果に関する特徴であつて、区別基準たりえないという批判がなされた。<sup>(15)</sup>つまり、仁井田説は、他の連帶本質論と次元を異にした議論であると評価されたといえるであろう。

(d) 以上の二つの見解にかわって登場したのが鳩山説であった。鳩山説は、複数の債務の間に共同の目的があるか否かによって連帶債務と不真正連帶債務とを区別するものであつて、一般に、目的共同説と呼ばれている。鳩山説によれば、「不真正連帶債務ノ場合ニ於テハ數個ノ債務ハ縱令客觀的ニハ單一ノ目的ヲ有スルモ其數個ノ債務ハ共同ノ目的ヲ有スルモノ」ではないと述べられている。すなわち、連帶債務には、客觀的な債務目的の单一性と区

別される、主觀的な「共同ノ目的」が必要であるとしているのである。後に、我妻説が、債務者間の「主觀的な関連」という表現で、この説を受け継ぐこととなる。<sup>(17)</sup>

この目的共同説は多くの支持を受け、支配的な見解となつた。それにもない、明治・大正期に一世を風靡した、連帶債務と不真正連帶債務との区別基準をめぐる論争は、ひとまず影を潜めることとなつた。この論点の再登場には、昭和三〇年代の相互保証説の提唱を待たなければならない。<sup>(18)</sup>

(e) 連帶債務と不真正連帶債務が「共同ノ目的」の有無によって区別されることを前提とすると、それぞれの債務関係の効果にはどのような違いがあるのかという疑問がわいてくる。連帶債務については民法上に規定があるのでそれを参考することとなるが、不真正連帶債務は民法上の概念ではないので、その効果がどの点で連帶債務と共通し、連帶債務とくらべて特徴的であるのかが明確にされなければなるまい。

鳩山説が不真正連帶債務に認めた効力は、①各債務者の全額履行義務、②給付の一倍額性、③弁済以外の事由の相対的効力、④求償権の不在である。<sup>(19)</sup> このような効果を認める理由として、「不真正連帶債務ノ効力ニ付テハ法律ニ何等ノ規定ナク、而シテ連帶債務ノ規定ハ之ニ適用シ得ザルヲ以テ主トシテ理論ニヨリテ之ヲ決セザルベカラズ」と述べられている。

このように、連帶債務の効果とは別に不真正連帶債務の効果を決定する必要があるという認識は、かつて横田説が連帶以外の全額給付を目的とする義務については「一般ノ原則ヲ適用シテ」効力を定めると述べたことを彷彿とさせる。しかしながら、横田論稿においては、連帶債務の規定が適用されないという表現はみられなかつた。それに対して、鳩山説では、「連帶債務ノ規定ハ之ニ適用シ得ザル」というように、連帶債務に関する規定の適用を排

除することが明確に示されている点が印象的である。そのためであろうか、鳩山説には、「全部義務」概念の時代には明確ではなかつた内部関係に関する効果——弁済以外の事由の相対的効力<sup>(③)</sup>と求償権の不在<sup>(④)</sup>——への言及がみられる。この内部関係に関する効果に言及することによって、不真正連帯債務と連帯債務との差異が浮かび上がるのこととなつたのである。

(f) 鳩山説が掲げる不真正連帯債務の四つの効果は、講学上の不真正連帯債務概念に関して述べられるとところと同じであり、この時期に、不真正連帯債務概念に関する伝統的見解が形成されたものと評価できるであろう。

ただし、鳩山説は弁済の絶対的効力が認められない不真正連帯債務の例があるという。<sup>(24)</sup> それは、不法行為者と保険者が不真正連帯の関係に立つ場合である。鳩山説と同様、弁済の絶対効力にこのような留保をつける学説は多い。<sup>(24)</sup> これは、最終的な義務の負担者は不法行為者であるという発想から出たものであると思われる。おそらく、常識的な公平感が不法行為者をなんらの出捐なしに放免することを許さなかつたのではないであろうか。被害者に保険金を給付した保険者が不法行為者へ求償することを許せば、このような留保は必要ない。しかし、このような留保は、求償権の不在を不真正連帯の特徴であるとした以上、不法行為者を利さないために選択せざるをえない処置である。ただ、理論上は弁済の絶対的効力の制限というかたちをとつており、求償権の不存在という原則は維持されているようにもみえるが、絶対的効力の制限を求償の代替措置であると評価すれば、伝統的見解は求償権の不在原則の抜け道を用意しているともいえよう。また、この鳩山説は、後に訪れる、「不真正連帯債務に求償なし」というドグマの破綻をすでに暗示しているようにも、筆者には思われるるのである。

## 注

- (1) 筆者が調べたかぎりでは、石坂説以前には、「不真正連帶」という語を用いる論者を発見することができなかつた。
- (2) 第四章第三節「ドイツ不真正連帶債務論の射程とその意義」参照。特に、同節第三款「ドイツ不真正連帶債務論の潮流と日本における継受」において、わが国の学説がドイツの学説を正確に継受しているか否かについて考察する。
- (3) 石坂音四郎『日本民法 第三編 債権 第三巻』(大正二年)九一五頁以下。
- (4) 石坂・前掲注(3)引用書七九七頁以下。
- (5) 石坂・前掲注(3)引用書七九五頁。
- (6) 併存的債務引受けが異時締結の例とされている。この点につき、石坂・前掲注(3)引用書八〇一頁参照。
- (7) 石坂・前掲注(3)引用書七九五頁以下参照。
- (8) 石坂論稿は形式的同一性の意味するところを明確にしていないため、この解釈は、あくまでも筆者の推測にすぎない。
- (9) 石坂・前掲注(3)引用書九一四頁以下参照。
- (10) 仁井田益太郎「連帶債務ノ性質」法学協会雑誌三四卷一号(大正五年)五二頁参照(引用も同頁)。鳩山秀夫『日本債権法(總論)』(第二九版・大正一〇年、初版は大正五年)二二三頁以下も同旨である。
- (11) 仁井田・前掲注(10)引用論文五二頁以下参照。引用は五一頁。鳩山・前掲注(10)引用書二四三頁も同旨である。
- (12) 仁井田・前掲注(10)引用論文六二頁参照。
- (13) 仁井田・前掲注(10)引用論文五九頁。
- (14) 仁井田・前掲注(10)引用論文五九頁参照。
- (15) 鳩山・前掲注(10)引用書二四三頁参照。
- (16) 鳩山・前掲注(10)引用書二四四頁

本章第四節第二款「通說的見解」參照。

(18) 嘉山幹一「改版債権総論」(改版・大正一五年、初版は大正一四年)三二二頁、末弘巖太郎「債権総論」(現代法学全集)（昭和九年）一二九頁、石田文次郎「債権総論」(昭和二二年)一〇八頁等参照。

い。相互保証説は山中論稿によつて提唱された。詳細については、本章第四節第二款「不真正連帯債務否定説」を参照された。

(20) 嶺山・前掲注(10)引用書三四五頁参照

鳩山・前掲注(引用書)一四四頁

(2) 詳細については、本章第一節第三款「不真正連帯債務否定説」のうち、横田説に言及した部分を参照されたい。なお、引用

は橋田秀吉『信林續説』(明治四一年)五〇四頁

前掲注釈引用書にはこのような叙述がみられない。

八四頁以下、勝本正晃「不真正連帶債務に就いて」民法研究第一卷（昭和九年）一七七頁以下等を参照されたい。なお、末川引用論文は、末川博「不真正連帶債務ニ関スル疑問」法学論叢一卷四号（大正八年）と同じであるが、本稿においては、特に断わりのないかぎり、前掲論文集『民法に於ける特殊問題の研究 第二卷』を引用する。

## 第三款 不真正連帯債務否定説

(a) 前款で紹介した見解は、いずれも不真正連帯債務肯定説であった。これに対して、そもそも不真正連帯債務という概念を認める必要がないとして、異論を唱える論者が存在した。末川説と岡村説である。

(b) 末川説は、不真正連帯債務関係を単なる複数債務者に対する請求権の競合ととらえる。この請求権競合説の論旨を詳しくみてみよう。まず、「従来同一当事者間に於て同一の目的を有する数個の請求権存在する場合に限り所謂請求権の競合を認めたるは敢て数人の債務者ある場合を除外せんとする趣旨に出でたるに非ず、寧ろ成法上特別なる規定ある場合（例連帯保証債務）を除外せんとする趣旨に出でたるものなるが故に……成法上特別なる規定無き場合には縦令数人の債務者存在するも苟も同一の目的を有する数個の債務ある以上これを請求権競合の觀念より除外すべき理由」<sup>(1)</sup>はないと一般論を述べる。すなわち、末川説は、同一主体に対する請求権の競合を認めるのと同様に、異主体に対し目的を同じくする請求権が併存しうることを一般的に認めるのである。そして、不真正連帯債務とされる複数債務者の債務関係は末川説のいう「成法上特別なる規定無き場合」すなわち異主体間の請求権競合という性質決定を排除しない場合にあたるので、「されば一般に連帯債務に比擬して不真正連帯債務と呼ぶと雖も連帯債務に関する規定の適用あるに非ず結局請求権の競合と同様なる理論上の原則によりて其効力を定め」<sup>(2)</sup>なければならないという。このように、末川論稿は不真正連帯債務関係を異主体間の請求権競合ととらえ、不真正連帯債務という概念をわざわざたてる必要がないと主張する。また当然のことながら、そのような複数債務者が競合する場合の効果も請求権競合一般に妥当する理論により決されることとなり、連帯債務の規定は準用されないと

いうのである。<sup>(3)</sup>

しかしながら、末川説は、民法上に規定のない複数当事者の債務関係が存在すること自体を否定するわけではない。そのような関係を連帯債務との対比においてとらえるのではなく、請求権競合論との親近性に着目して把握しようとするものである。その意味で、末川説は、「不真正連帯債務」という文言の有用性に疑問を投げかけるものであって、「不正連帯債務」という文言が表象するところの、複数債務者関係の存在を否定するものではないといえるであろう。

なお、前款で紹介した石坂説にも、連帯債務に関して請求権競合論への言及——「連帯債務モ亦請求権競合ノ一場合トナスヲ得ヘシ」——がみられる。不真正連帯債務概念を肯定する石坂説も、否定する末川説も、ともに請求権競合を論じていることから、次のような評価が導き出されるようと思われる。第一に、同一内容の給付を負担する場合にも異主体間の請求権競合を認めるのならば、不真正連帯債務だけでなく、連帯債務をも「異主体間の請求権競合」という上位概念で把握すべきであつて、また、不可分債務等も同列に論ぜざるをえないであろう。つまり、不真正連帯債務のみが請求権競合の一場合でない以上、連帯債務等との区別を請求権競合か否かによつて明確にはできないということになる。第二に、不真正連帯債務概念を請求権競合概念におきかえることは、論理必然的に、不真正連帯債務否定説と結び付くわけではない。このことからも、異主体間の請求権競合論による把握が——悪くいえば——言葉の問題にすぎないということができるようにも思われる。

さて、末川説は、請求権競合理論の原則にもとづいて不真正連帯債務関係の効果を考えるべきであると主張する文<sup>(5)</sup>が、具体的にはどのような効果を認めていたのであろうか。この問題については、不真正連帯債務一般に関する論文ではなく、併存的（重畠的）債務引受に関する論稿<sup>(6)</sup>において、詳細な検討がなされている。

まず、併存的債務引受の場合、ドイツ、スイスにおいて、複数債務者の関係を連帯債務関係ととらえる解釈が採用されているが、わが国においてそのような解釈を採用できるか否かについては疑問であると述べる。末川説は、ドイツ法との比較によつて、その理由を次のように説明している。ドイツ法は、目的到達による債権消滅以外の事由につき、絶対効の発生を抑制しようとする法体系である。このようなドイツ法とは異なつて、わが国の連帯債務法は便宜上、絶対効を広く認め、また、求償権の範囲も広くなつてゐる。その意味で、わが民法は「他の立法例には見難い独特的連帯債務」<sup>(9)</sup>を認めてゐるので、連帯債務の成立に關し、ドイツ法とくい違う場合があるというのである。したがつて、併存的債務引受をドイツ法にならつて連帯債務であると評価することはできず、わが国においては連帯債務の場合と不真正連帯債務の場合の両方が存在すると結論づけている。その區別基準は、引受事實に関する債務者の知・不知および認否である。「民法上の厳格なる意味に於ける連帯債務は、債務者相互の間に連帯債務を負担することに付ての意識がある場合に限つて、之を認めることができるのである。従つて若し数人の債務者の内或者のみが連帯債務を負う旨の意思を表示するも他の者が全く之を知らないか、又は之に付て意識を有するも反対の意思を表示するならば、総債務者のために民法所定の連帯債務が成立することはない。ただ所謂不真正連帯債務を生ずるにすぎぬ」<sup>(10)</sup>というのである。ここで述べられていることは、引受債務者以外の債務者が不測の事態による債務状態の変更を被らないための配慮であるといえるのではないかと考へる。<sup>(11)</sup>

このように末川説は、比較法的視点——目的到達による債権の消滅事由以外にも絶対効事由を広く認めるわが連帯債務法の特殊性——から、不真正連帯の性質をもつ併存的債務引受の存在を認めている。そして、不真正連帯債務についても、同じ視点から、その効果が決せられているのである。

まず、弁済、代物弁済、供託、相殺という四つの事由については、債権に実際上の満足を与える事由であるとの

理由で、絶対的効力を付与する。なお、他の債務者による相殺権の援用を原則として否定し、法律の規定がある場合にかぎつてこれを認める。絶対的効力を付与されたこれらの事由に対して、請求、更改、免除、混同、時効については、いずれも相対的効力を有するにとどまるという。債権者に現実の利益を与えないというのがその理由である。<sup>(12)</sup>

以上に紹介した末川説の解釈は、結果として、鳩山説と同じ効果を不真正連帯債務に付与することとなつた。ただし、鳩山説があくまでも理論にこだわったのに対し、末川説は、比較法にもとづき、個々の条文を検討したうえで結論を導いている点が特徴的である。

不真正連帯債務者間の求償について、末川説はどのような立場をとつていたのであろうか。末川説は、不真正連帯債務者間の求償を否定し、民法四四二条以下の規定を適用すべきでないとした。その理由は、不真正連帯債務者間に内部関係が存在しないことであるとされている。この点でも末川説は鳩山説と共通している。しかしながら、末川説は、「他の法律関係即ち事務管理又は不当利得に基く求償の問題が生ずることはあり得る」と述べており、求償関係を全面的に否定した伝統的見解とは差異をみせている。<sup>(13)</sup>

末川論稿がドイツ法と日本法との比較を行つたことは、不真正連帯債務論に新たな視点を提供したという意味で、高く評価すべきものであろう。比較法的視点に立つた解釈には、後に登場する於保説<sup>(14)</sup>につながるものを感じられる。また、求償を連帯外在的な基礎づけによつて認めている点も興味深い。同じく後に登場する我妻説<sup>(15)</sup>を彷彿とさせるものがある。

このように多くの示唆を含んだ末川説であつたが、これらの示唆は、從来、あまり評価されてこなかつたようと思われる。それは、結果的に鳩山説に代表される伝統的見解と同じ結論に至つたためではないかと、筆者は考える。

また、末川説は不真正連帯債務否定説として学説史上にその名を留めているが、このような評価のみが一人歩きしているようにも思われる。なぜなら、末川否定説の内容は先に検討したとおり、不真正連帯債務概念の有用性——用語法——に対して疑問を投げかけたにすぎず、真の意味での否定説ではありえなかつたからである。

(c) より積極的に、真の意味で不真正連帯債務概念を否定するのが岡村説である。岡村説は、第一に、連帯債務と不真正連帯債務との区別が理論上説得的でないという。学説の多数は両者の区別をしているが、「未々両者ヲ区別スルニ足ル定義ヲ挙ケタルモノアルヲ見」<sup>(14)</sup>ないのは、「其区別ナキカ為メニハ非サル乎」と疑問を投げかけるのである。<sup>(15)</sup>また、岡村説の第二の論拠は、単に理論上のものにとどまらない。不真正連帯債務関係のように、負担部分が存在せず、それゆえに求償ができない複数債務者の関係を認めると、「弁済シタル債務者唯リ不利益ヲ受ク」<sup>(16)</sup>結果となり、ひいては、「債権者ト結託シテ他ノ債務者ノ財産ニ因リテノミニ弁済ヲ受ケシメントスルカ如キ弊害ヲ生」<sup>(17)</sup>ずる。したがって、不真正連帯債務（全部義務）関係について法律に明文がないのは、公序良俗に反するためであり、このような債務関係を認めるべきではないと主張するのである。つまり、岡村説によれば、連帯債務のほかに不真正連帯債務（全部義務）を認めることは、「理論上且實際上不当」<sup>(20)</sup>となる。さらに、第三の論拠として、岡村説は現行民法が旧民法とは異なり全部義務を規定していない点を取り上げて、現行民法は連帯債務以外に不真正連帯債務が存在することを認めていないとしている。

このように岡村説では、不真正連帯債務関係が認められない根拠として、三つの理由が掲げられている。区別標識が曖昧であるという「理論上」の理由は、現在においても決定的なメルクマールが確立されていないことを考えあわせれば、至極当然の発想であろう。しかし、本稿で注目したいのは、この「理論上」の理由ではなく、むしろ

第二の「実際上」の理由である。不真正連帯債務に求償を認めないことによる弊害を指摘し、求償関係の不在を不真正連帯債務の特徴とする当時の通説（本稿にいう「伝統的見解」）に対しても正面から批判を行う姿勢がみられる。現在では、複数者関与の不法行為が多発し、求償権不在ドグマの硬直性を実感することができるが、不真正連帯債務関係を生ずる紛争がほとんど発生していないこの時代にあって、はやくも伝統的見解に潜むドグマ性を批判する点において、岡村説は積極的に評価されるべきであると考える。

しかしながら、岡村説は、同時代の学説のみならず、後の学説にもほとんど無視された状態にある。<sup>(21)</sup> あくまでも推測の域を出ないが、この扱いには二つの理由が考えられるであろう。第一に、自説の根拠づけとして岡村論稿にあげられた沿革上の根拠（第三の論拠）が、かならずしも説得的ではないことである。前節で紹介したように、法典調査会の議事録を見るかぎり、全部義務を規定しなかつたのは全部義務的な関係が生ずる場合が自明であると考えたからであって、岡村説が主張するように、この概念を否定したからではないのである。第二に、具体的な紛争が皆無に等しい状況にあつたという、時代的背景である。ドイツ法の継受を中心とする概念法學的な机上の理論が先行した時代において、求償を認めないことの弊害をリアルに描き出した岡村説は異色の存在であり、顧みられることがないとしても仕方がない側面もあるであろう。いずれにせよ、岡村説が不真正連帯債務否定説として学説史にその足跡を残さなかつたことが、不真正連帯債務論の混迷を長く放置することとなつた原因の一つであると筆者は考えている。

注

(1) 末川博「不真正連帯債務に関する疑問」民法に於ける特殊問題の研究 第二巻（第二版・昭和二年、初版は大正一四年）一

八二頁以下。

(2) 末川・前掲注(1)引用論文一八二頁以下。

(3) 末川・前掲注(1)引用論文一八三頁参照。鳩山説に代表される肯定説と同様、連帯債務の規定を適用しないことを明言している点に注目されたい。

(4) 石坂音四郎『日本民法 第三編 債権 第三巻』(大正二年)七九六頁注一。

(5) 末川・前掲注(1)引用論文一七二頁以下。

(6) 末川博「併存的債務引受」民法に於ける特殊問題の研究 第二巻(第二版・昭和二年、初版は大正一四年)一頁以下。なお、初出は法学論叢三巻四号、同五号、同六号、四巻三号、同五号(以上、大正九年)に掲載されたものである。

(7) 以下の叙述については、末川・前掲注(6)引用論文一三七頁以下を参照されたい。

(8) 末川論稿においては、わが国の求償規定とドイツの規定を比較すると、わが国のはうが求償関係の成立範囲が広範である旨が述べられているが、その具体的な内容に関しては明らかにされていない。

(9) 末川・前掲注(6)引用論文一四〇頁。

(10) 末川・前掲注(6)引用論文一四六頁。

(11) 末川説のこのようないくつかの配慮は、私見の不真正連帯債務論に大きな示唆を与えるものである。詳細については、第三章第四節第二款「請求」、第三章第五節「小括」を参照されたい。

(12) 各事由についての詳細な考察は、末川・前掲注(6)引用論文一五五頁以下において行われている。ごく簡単に述べれば、以下のとおりである。

更改は從來の履行の可能性にかえて新たな履行の可能性を付与することを意味するにとどまり、債権者が現実に利益を得たことにはならない。免除は債権者が利益を受けるべき可能性を放棄することを意味するので、やはり、債権者が現実に利益を得た

得たことにならない。混同はそもそも「本来債権の目的を達する所以ではない」(末川・同一五八頁)。時効に関しては、債権者の利益を実現しないという理由とともに、「原債務と引受人の債務とは引受成立のときに互いに関連するのみであつて、爾後は独立対等の存立を有する」(末川・同一五九頁)という理由も掲げている。

(13) 末川・前掲注(6)引用論文一六八頁以下参照。(引用は一七七頁)。

ただし、末川説は併存的債務引受に関して議論しているので、不真正連帶債務一般について論じた伝統的見解と比較するさいには、この点に注意を要するであろう。

(14) 本章第四節第二款「通説的見解」参照。

(15) 本章第四節第二款「通説的見解」参照。

(16) 以下の叙述については、岡村玄治『改訂 債権法総論』(第四版・昭和一八年、初版は昭和一五年)一五六頁以下を参照されたい。

(17) 引用はともに、岡村・前掲注(6)引用書一五六頁。

(18) 岡村・前掲注(6)引用書一五七頁。

(19) 岡村・前掲注(6)引用書一五七頁。

(20) 岡村・前掲注(6)引用書一五九頁。

(21) 筆者が調べたかぎりでは、椿寿夫執筆部分・西村信雄編『注釈民法(1)債権(2)』(昭和四〇年)五九頁において、不真正連帶

債務という観念の必要性を認めない学説として、紹介されるにとどまっている。

## 第四款 小括

以上のように、学説史初期の伝統的見解は、不真正連帯債務をもっぱら連帯債務との対比において理論的にとらえる傾向にあったといえるであろう。また、学説のほとんどが、ドイツ法における論争をそのまま日本法に持ち込むという、明治・大正期におけるわが国に一般的にみられる方法を踏襲している。ドイツの議論を反映したためであろうか、この時期に形成された不真正連帯債務論は、民法上の連帯債務との違いを強調しすぎるくらいがあり、柔軟性に欠けているように思われる。このことは、前節で検討した旧民法期から法典編纂直後までの学説が全部義務（不真正連帯債務）をも含みうる幅のある概念として民法上の連帯債務をとらえていたこととくらべ、対照的である。もちろん、紛争がほとんど具体化しない段階での議論があるので、不真正連帯債務に関する今日的な視点——複数加害者による不法行為の効果論としての不真正連帯債務論——が欠けており、こうした状況下にあっては、岡村説の示唆を見落としたとしても、これを非難すべくもない。

なお、この時期の学説が不真正連帯債務について確定したのは、法律上に規定されない複数当事者の債務関係である「不真正連帯債務」という概念が存在すること、そして、その効果は、①各債務者の全額義務性、②給付の一倍額性、③求償権の不在、④広範な相対的効力であった。このような不真正連帯債務関係の把握は、以後、あらゆる学説の出発点となっている。

## 注

(1) このドイツ法の繼受に関する問題については、第四章第三節「ドイツ不真正連帯債務論の射程とその意義」で扱うこととする。

## 第四節 伝統的見解の修正と新たなドグマの形成

### 第一款 概観

連帶債務と不真正連帶債務とを区別する基準をめぐる論争が目的共同説の登場をもつて一応の決着をみた後、新たな論争が生ずることもなく、不真正連帶債務概念をめぐる学説状況は沈静化したようみえた。しかしながら、伝統的見解によつて確定された不真正連帶債務概念は、論争というかたちをとることはなかつたものの、確實に修正を受けることとなるのである。それは、「不真正連帶債務に求償なし」というドグマに関する一部修正であつた。しかし、不真正連帶債務概念の変容はそれだけにとどまるものではなかつた。不真正連帶債務の特徴とされた絶対効規定の適用排除が、不真正連帶債務の意義——債権強化機能<sup>(1)</sup>——と密接に結び付いたことによつて、新たなドグマが形成されていく姿がうかがわれるのである。本稿では、以下、二つの点で変容を遂げた不真正連帶債務概念を、「伝統的見解」とは区別して、「通説的見解」と名付けることとする。この通説的見解の形成に貢献したのが、我妻説、於保説の二つであった。

### 注

(1) 債権強化機能とは、債権者にとつてより有利な効力を付与することを通じて、債権の担保力を強化することを意味する。

## 第二款 通説的見解

(a) 通説的見解の内容は、我妻説において端的に示されている。そこで、以下では、長期にわたって通説的地位を占めることとなる我妻博士の見解を紹介することとしよう。この我妻説には、先に述べた伝統的見解の修正が明確に示されているとともに、新たなドグマの形成の端緒をみてとることができるであろう。

我妻博士は不真正連帯債務概念を次のように説明している。<sup>(1)</sup>「多数の債務者が同一の内容の給付について全部を履行すべき義務を負い、しかも債務者のうちの一人が弁済をすれば全部の債務者が債務を免かれるという点で連帯債務と同様である多数主体の債務関係のうちにも、民法の連帯債務に包含されないものがあり、これを不真正連帯債務と呼ぶ。不真正連帯債務が「普通の連帯債務と異なる主要な点は二つある。一つは、債務者の一人について生じた事由が他に影響を及ぼさないことであり、二つは、債務者の内部関係において求償関係を生じないことである。……不真正連帯債務と普通の連帯債務とを区別する標準は、後者には連帯債務者の間に共同目的による主觀的な関連があるのに反し、前者にはかような関連を欠く点に求めるのが適当である。すなわち、兩者は客観的に单一の目的を達する手段であることは同一だが、（だから、一人が弁済すれば、他の債務者に対する債権も目的を達して消滅することは同一だが）主觀的な関連の有無により、後者は一定の事由が絶対的効力を有し、また求償関係を生ずるに反し、前者では、これらの効果を生じない」。以上の叙述をみるかぎりでは、我妻説の所論は伝統的見解をそのまま受け継いでいるといつても過言ではない。

しかし筆者は、伝統的見解と一線を画するものとして我妻説を位置づけるべきであると考えている。なぜなら、次の二点において、我妻説の独自性をみいだすことが可能であるように思われるからである。第一に、不真正連帯

債務を普通の連帯債務から区別するもつとも重要な意義は、連帯債務に関する規定(民法四三四条ないし四四〇条)を適用しないことにあるとする点である。第二に、特別な法律関係にもとづく場合や、賠償者代位による求償類似の関係を認める点である。

順序が前後するが、第二の点から検討してみよう。不真正連帯債務者間に民法七一五条三項のような求償を認め特別な法律関係が存在する場合、我妻説は求償類似の関係を認める<sup>(2)</sup>。また、民法四一二二条にもとづき、全部の賠償をした保険会社または受寄者が、不法行為者に対する債権者の権利に代位する場合のように、不真正連帯債務者の「各自の負担する全部義務の性質に差異があるために、ある債務者だけが終局の責任者と認められる」場合、我妻説は求償類似の関係が生ずることを認めていた。しかしながら、我妻博士は、不真正連帯債務概念があくまでも求償関係を包含しないことを強調して、次のように述べている。「その求償関係に類似した関係は、連帯債務におけるように、共同免責のための出捐の分担という主観的関連によるのではなく、たまたまそれらの債務者間に存在した別個の法律関係に基づくものであるから、連帯債務における求償関係とは性質を異にするものとみるのが至当である」というのである。<sup>(4)</sup>

全部の賠償をした保険会社または受寄者に、不法行為者に対する債権者の請求権を代位する権利を付与するという我妻説の構成は、最終的に不法行為者が損害を負担するべきであるという発想に由来している。この発想は、伝統的見解を確立した鳩山説にもすでにあらわれていたが、両者の法的構成は大きく異なる。鳩山説は、保険者と不法行為者が不真正連帯債務関係にある場合、保険者の弁済が絶対的効力を有しないと解することで、債権者が不法行為者に賠償請求することを許していた。これによつて、不法行為者に現実に債務を負担させる途を拓いたのである。しかしながら、この鳩山説の構成は、連帯債務と不真正連帯債務に共通の性質である「給付の一倍額性」<sup>(5)</sup>

原則と齟齬をきたすという、理論上の難点をはらんでいた。これに対し、我妻説のような構成によれば、給付の一倍額性を含む不真正連帶債務概念を維持したまま、賠償者代位という外在的な構成を通じて、最終的責任者に負担を課すことが可能である。この意味で、我妻説は伝統的見解を理論的に修正したものであるということができる。

しかし、同時に、求償類似の関係を一部の不真正連帶債務事例に関して認めたことが、「不真正連帶債務に求償なし」という命題の問題性を露呈させることとなつたのである。特別な法律関係と賠償者代位関係という二つの関係のどちらももたない不真正連帶債務者間では——たとえば、二台の車両による交通事故被害などの場合——、求償類似の処理をなしえないので、弁済した者が一人で全額についての負担を課せられたまま放置され、債務者間の不公平が依然として残つてしまふ。不真正連帶債務関係のうち一定の事例だけが、何故に不公平を是正され、その他の事例は是正されなかつたのかという疑問が新たにわきでることとなつてしまつたのである。債務者間の不公平を根本的には解決しえなかつたことが、さらに次の時代では、求償権不在ドグマの全面的な解体を促すこととなるのである。<sup>(6)</sup>

次に、我妻説の独自性を示すもう一つの点を検討してみよう。それは、債権者を満足させる事由以外の事由は相対的効力を生ずるにとどまり、民法四三四条ないし四四〇条の規定の適用がないということだが、不真正連帶債務の最大の意義であるとする叙述である。この不真正連帶債務の意義を説明するにあたつて、我妻説では、不真正連帶債務者の一人について完成した時効の効力をめぐる大審院判決<sup>(7)</sup>が引用されている。この判決は、不真正連帶債務関係には民法四三九条が適用されないので、被用者に対する損害賠償請求権が消滅時効にかかるても、使用者の責任を時効消滅させることはないと判示したものである。仮に、民法四三九条が不真正連帶債務にも適用されて、時効完成者である被用者の負担部分——債務全額——についての時効消滅に絶対的効力が生ずるとすると、損害賠償債

務全部が消滅するので、使用者は責任を免れ、被害者は損害の填補を一切受けることができなくなってしまう。しかし、被害者が被用者に対する請求権行使しなかったのは、資力ある使用者から損害の填補を受けようとしていたためであったのであれば、被害者の意図にまったく反した結果をもたらすことになつてしまふのである。

我妻説は、不真正連帯という枠組みを用いて連帯債務規定の適用排除を正当化することによつて、このような不都合な事態を避けることができる点に着目したのであろう。伝統的見解がもっぱら連帯債務でないことを示すために絶対効規定の適用排除を主張したのとは異なり、我妻説が具体的紛争をふまえたうえで不真正連帯債務概念の積極的意義をみいだしたことは、評価されるべきであろう。ただ、通説の地位を占める我妻説がこのような見解を打ち出したことが、後に登場する於保説とあいまつて、「不真正連帯債務＝絶対効規定の一括排除＝債権強化」というドグマを構築するうえでの基礎を作つたともいえるのではないであろうか。

(b) 次に、於保説を紹介することとしよう。後述するように、於保説は、不真正連帯債務と連帯債務との区別基準をめぐつて通説である主觀的共同説を批判し、また、求償に関して独自の見解を提示しているので、かならずしも不真正連帯債務論の主流を形成していたとはいがたい。<sup>(8)</sup>つまり、於保説は通説的側面と独自的な側面をあわせもつものであるといえる。しかしながら、本稿であえて通説的見解の一方の雄として紹介するのは、筆者が次のよううに考えるからにほかならない。学説史における於保説の意義は、区別基準や求償に関する独自性にあるのではないか、むしろ、不真正連帯債務の債権強化機能を説いた点にあるのではないであろうか。

於保説は、わが国の連帯債務法に関し、比較法の視点から次のように述べて、不真正連帯債務が債権強化機能を担わざるをえない背景を説明する。「問題はつまるところ、共同連帯を連帯債務とした国にあっては共同連帯に対

して単純連帯が、単純連帯に連帯債務を統一したドイツにおいてはそれに包括されないものが問題とされ、しかも、単純連帯の中核をなしていた共同不法行為が近代法においてはすべて連帯とされているので、結局、形式的に法定連帯に含まれないものを、連帯に属せしめるか、またはそれとは区別するかという問題に帰着することになる。ただ、単純連帯に統一したドイツ民法においては、絶対的効力の範囲が狭いので、実質的には区別の必要性が少ないが、共同連帶的であるわが法律上の連帯は絶対的効力の範囲が広く債権の担保力が削減されている<sup>(9)(10)</sup>。つまり、債権の担保力を保持するという観点から、わが国の連帯債務法をそのまま適用することが不適当な場合をカバーするために、わが国では、絶対効規定の適用を排除して担保力を強めた不真正連帯債務概念を認める実益が大きいといふのである。

先に紹介した我妻説は、判例をふまえたうえで、絶対効規定の排除こそが不真正連帯債務概念定立の目的であることを指摘していたが、於保説にみられるような、比較法的見地からの理論的裏付けがなされていなかつた。於保説の登場によつて、通説たる我妻説が補強され、「不真正連帯債務＝絶対効規定の一括排除＝債権強化」という図式が成立し、承認されることとなつたのである。

(c) 以上、我妻説と於保説を取り上げて、通説的見解の構造を紹介した。通説的見解は、前節で考察した伝統的見解を受け継ぐようになつながら、確実に変化を遂げていることが明らかになつたように思われる。

変化の一つは、不真正連帯債務には求償関係が認められないことを絶対視する一方で、法律の規定や他の制度（賠償者代位）によつて、一定の場合に求償類似の関係を肯定する見解をとつたことである。この点を、本稿では、伝統的見解の特徴の一つである「不真正連帯債務に求償なし」というドグマを一部修正したものと評価したい。ただ

し、あくまでも例外的な修正にとどまるという意味で、概念法学の残滓をひきずつたものであるともいえるである。

もう一つは、絶対効規定の適用排除を積極的に主張したことである。伝統的見解においては、連帯債務との区別がもたらす論理的帰結として、求償権の不存在と同じトーンで説明されていたにすぎなかつたが、通説的見解においては、より積極的に不真正連帯債務概念の意義として把握されている点が特徴的である。ただし、絶対効規定を一括して排除することではじめて債権を強化することができる<sup>(1)</sup>ことが、不真正連帯債務概念の新たな硬直化に拍車をかける結果をもたらしたのではないかと筆者は考へている。<sup>(2)</sup>

通説的見解がみせた二つの変化は、わずかではあるが、具体的紛争を目あたりにしたことで生じた変化であるといえるであろう。もちろん、通説的見解の概念法学性は拭い去られていない。しかし、同時に、不真正連帯債務に関する論争の動機が、学問的興味を主体としたものから、実務的な紛争解決の要請へと転換していく兆しを読み取ることが可能であるようにも思われる。

### 注

- (1) 以下の叙述は、我妻栄『新訂 債権総論（民法講義IV）』（昭和三九年）四四三頁以下による。引用は四四三頁、四四四頁。  
なお、同じ内容が『債権総論（民法講義IV）』（昭和一五年）に論述されている。以下、特に断わりのないかぎり、『新訂 債権総論（民法講義IV）』を参照または引用する。
- (2) 我妻・前掲注(1)引用書四四五頁以下参照。
- (3) 我妻・前掲注(1)引用書四五六頁。

論 説  
我妻・前掲注(1)引用書四四六頁。  
本章第三節第二款「伝統的見解の形成」参照。  
詳細については、次節「求償權不在ドグマへの疑問」を参照されたい。

(7) 大判昭和二年六月三〇日大民集一六巻一九号一二八五頁。

(8) 詳細については、本節第三款「不真正連帶債務否定説」のうち、於保説に関する叙述を参照されたい。  
(9) 於保不二雄『債権総論』〔新版〕（法律学全集20）（昭和四七年）二四六頁。なお、同『債権総論』（法律学全集20）（昭和三四年）二二一頁にも同様の叙述がある。

(10) 椿寿夫「共同不法行為」谷口知平・植木弘・椿寿夫・藪重夫・総合判例研究叢書民法(2)（昭和三四年）一六七頁は、わが国の連帶債務法がフランス型（共同連帶型）でありながら、単純連帶型のドイツ連帶債務法において連帶二分論が否定されたことに影響を受けた結果、民法七一九条が「連帶」として規定されてしまったのではないかと推測している。於保説のように普及することはなかったが、比較法的視座に立つ指摘として興味深い。

(11) この問題を打開する方策に関して、近時、椿説と浜上説が重要な示唆を与えていた。詳しくは、本章第七節「債権強化機能」絶対的効力事由の一括排除』ドグマに対する懷疑』を参照されたい。

### 第三款 不真正連帶債務否定説

(a) 次に、通説的見解と同時期の不真正連帶債務否定説を紹介することとしよう。具体的には、柚木説、山中説、

於保説にみられる独自的な側面を取り上げる。三者は、それぞれ特徴のある議論を展開しているが、あえて共通する部分を探るならば、次の三点を掲げることができるであろう。柚木説と山中説は、通説的見解が不真正連帶債務事例とみなす複数債務者競合事例から、一定の事例を排除する。また、山中説と於保説は、不可分債務との対比から、連帶債務と不真正連帶債務との区別基準をめぐる議論に一石を投じている。<sup>(1)</sup> 柚木説と於保説は、不真正連帶債務者に固有の負担部分を認める。このように、動機も理論構成も異なりながら、各論者の不真正連帶債務論の方向性には一定の共通性が存在するように思われるのである。

また、これら三者と比較すると、前節で紹介した否定説の岡村説が見過ごされてきた理由の一端をうかがいしることができるものと思われる。あまりにも通説から逸脱した見解は、それが後になれば非常に有益な示唆を含むものであると評価できる先駆的な学説であるとしても、反対説あるいは異説としてさえも認知されないのであるが<sup>(2)</sup>。このように考えると、本款で考察する三人の論者によつて示される見解が一定の積極的評価を得ているということは、通説にはなりえなかつたものの、その時代の一つの学説傾向を表わしているにほかならないからであろう。

(b) まず最初に、柚木説の所論を概観してみよう。<sup>(3)</sup> 柚木説においては、通説的見解によつて不真正連帶債務と解されている事例が二つに分けて考察されている。

第一のカテゴリーは、法律が賠償権利者の権利の確保および満足のために数個の債務を併存せしめている場合(民法七五条等)である。柚木説は、次のように述べる。「それらの債務者間には法律(民法七一五三)または約定(その他の場合)によつて負担部分が定まつてゐるのであるから、觀念的には連帶債務に属するとみて妨げない。

ただ法律は、これらの債務間に別箇独立なる性格強く、したがつて絶対的効力を拡張している民法の連帯債務の規定をそのままに適用することを妥当ならずとして、これらの債務に『連帯』なる文字を加えることを避けたものと見るべきである<sup>(4)</sup>。したがつて、この第一のカテゴリーには、民法四三四条ないし四三九条を除いて連帯債務の規定を類推すべきであつて、「これこそ真に不真正連帯と称すべきものであろう」<sup>(5)</sup>という。ただし、明文に「連帯」の文言がある民法七一九条に関して、この第一のカテゴリーに含めている。

第一のカテゴリーは、具体的には、放火者と保険者、窃盗者と受寄者の関係などを念頭において説明されているものである。これらの事例は、「同一の損害について全く偶発的に数債務が併発したものたるにすぎず、その間に何ら共同目的による結合なく、したがつてまたその間に負担部分の定めなるものも存しえないのであるから、連帯債務とは全然異質のものであり、これに関する規定は一つとしてこれに類推すべき」<sup>(6)</sup>ではないと主張する。したがつて、債権を満足させる事由が絶対的効力を生ずることも、賠償を行つた保険者等が債権者に代位することも連帯とは本質を異にするので、「かかる債務関係を不真正連帯と称することはなんら実益なく、むしろこれを避くべきものであろう」<sup>(8)</sup>と述べている。このように、柚木説は、放火者と保険者、窃盗者と受寄者の二事例に代表される債務関係を、通説的見解とは異なり、不真正連帯債務概念から排除するのである。

以上の所論から、柚木説が通説と異なる二つの点が明らかになつたと考える。その一つは連帯債務と不真正連帯債務との区別基準に関連する点であり、もう一つは、不真正連帯債務者間に求償が認められる点である。以下、若干の評価とともに説明したい。

柚木説によれば、不真正連帯債務といえども連帯の属性——「共同目的」による結合と負担部分の存在——を備えていなければならない。その意味で、不真正連帯債務関係は観念的には連帯債務関係と同じであると解されてい

る。しかし、不真正連帯債務関係にある各債務は「別箇独立なる性格」が強いために、袖木説では連帯と「区別される」のである。つまり、袖木説の区別基準は、各債務の「個別性・独立性」であるということになる。ただし、その詳しい内容を袖木論稿から読み取ることはできない。

袖木説は、不真正連帯債務について民法四三四条ないし四三九条の絶対効規定を類推適用することを禁じているが、他方、求償に関する規定の類推適用については否定していない。<sup>(9)</sup> 不真正連帯債務も連帯の属性を備える以上、負担部分の存在を前提とするので、不真正連帯債務者間の求償を認めるることは当然の論理的帰結である。求償関係を正面から認める姿勢は、通説的見解と大きく相違する。法律や約定による負担部分の決定という発想はやや硬直的に感じられもするが、約定を主観的原因にとらわれず、負担部分の割合を柔軟に決定することができれば、種々の事情を考慮した公平な損害の分配が可能となるであろう。

袖木説は、個々のキーワードが示すところが曖昧であり、概念的な色彩の強い議論であるように筆者には感じられるが、不真正連帯債務者にも固有の負担部分があり、それゆえに、求償をなしうるという結論自体は、次の段階の学説——求償権不在ドグマの打破——につながるものとして、評価すべきであろう。

(c) 次に、山中説を概観することとしよう。山中論稿は不真正連帯債務概念について次のように述べている。「不真正連帯債務は連帯債務に似ていて紛らわしいが、じつはそれは連帯債務ではなく、したがってまた連帯債務の規定の適用も準用もないということをしめす意味で、その表現は意義があるにすぎぬであろう」。<sup>(10)</sup> つまり、連帯債務概念では包摂できない多数当事者の債務関係が存在することは認めるが、その関係に不真正連帯の名を冠することに疑問を呈するのが、山中説の第一の特徴である。この意味で、前節で紹介した、異主体間の請求権競合論を提唱

した末川説と同様の立場にあるといえよう。

しかし、山中論稿の主眼は、單なる呼称に對する批判にあるのではない。むしろ、連帶債務の本質論に關して、通説とは異なつた見解を提示する点が注目に値する。山中論稿は、「不可分債務という法の形式を保証という經濟的實質によつて一部だけ修正したものが連帶債務」<sup>(1)</sup>であるという。その内容をわかりやすくいえば、「複数の債務者が相互に他と、各自の負担部分については主債務者の、また他者の負担部分については保証人の地位にあること」<sup>(2)</sup>となる。そして、「相互保証的な意味での主觀的共同の関係」<sup>(3)</sup>が存在しなければ連帶債務關係ではないと主張するのである。山中説では、このような独自の連帶債務論を前提とするために、連帶から排除された債務關係としての不真正連帶債務關係のとらえ方が、論理必然的に異なることとなつた。

それでは、具体的に、山中説によつてどのように連帶債務・不真正連帶債務事例が再編されるのかをみてみよう。

第一に、法文上「連帶」とされている一定の複数債務關係を不可分債務に分類する。民法四四条二項、七一九条、七六一条をはじめ、商法の数箇条が対象となる。なぜなら、「これらは一個の損害賠償義務を数人の者をして不可分におわしめた規定であると解すべきであり、不可分債務が発生すると解すべきである」<sup>(4)</sup>からであるという。第二に、通説的見解が不真正連帶債務とみなす事例のうち、三つの事例を不可分債務に分類する。それは、責任無能力者の加害行為に関する法定監督義務者（民法七一四条）、被用者の加害行為に関する使用者の賠償義務と代監督者の賠償義務（同七一五条）、動物の加害行為に関する占有者の賠償義務と保管者の賠償義務（同七一八条）である。したがつて、不真正連帶債務の事例として残されたのは、①他人の家屋を焼いた者の不法行為にもとづく賠償義務と保険会社の契約にもとづく填補義務、②窃盜者の不法行為にもとづく賠償義務と不注意でその受寄物を盗まれた受寄者の債務不履行にもとづく賠償義務、③不法行為にもとづく被用者自身の

賠償義務と使用者または監督者の賠償義務という、三つの事例となる。

不可分債務との対比から、連帯債務に相互保証という機能をみいだした山中説は、従来の連帯債務論——共同目的や主観的関連による複数債務の結合——に新たな視角を与えるものであった。

(d) 否定説の最後として、於保説を紹介しよう。前款で我妻説とともに、通説的見解の形成を説明するにあたつて取り上げた於保説は、通説的見解の理論づけに寄与したという意味では、学説の主流として位置づけることも可能であるが、一方で、いくつかの独自の見解を提唱している。

その第一は、通説が連帯債務と不真正連帯債務との区別基準とする「主観的目的共同関係」というメルクマールを批判することである。通説においては、絶対効が認められる根拠としての「債務間の緊密な関係」や「債務者間の主観的共同目的」の内容が明らかにされておらず、旧民法が「代理関係」を連帯債務のメルクマールとしていた状況から、「一步も進んでいるものとはいえない」と厳しく批判するのである。ひるがえって、於保説は連帯債務と不真正連帯債務の差異を次のように説明している。「単純連帯または不真正連帯は、損害賠償に関する異主体間の請求権競合または法条競合の関係であり法定担保関係であるのに対し、共同連帯または普通連帯は共同担保関係または相互保証関係であるのではないか」。そして、連帯債務を、保証債務よりも担保力が強く、不可分債務よりは担保力の弱いものととらえたうえで、「厳格な性質上の不可分債務は給付が不可分であるために全部給付義務をおうにすぎないが、拡大された性質上の不可分債務および意思表示による不可分債務は共同担保または相互保証関係であって、より担保力の強いものである。法定担保関係である不真正連帯債務は、このような不可分債務と対比して理解されなければならない」と述べる。実際に、不可分債務と対比してみると、「不真正連帯債務は、

連帶債務以上に各債務の独立性が強く、債権者に満足を与える事項以外のものはすべて相対的効力を生ずるにとどまる。この点は不可分債務に近いが、完全な満足を与えるまで各個の独立性を維持する点で、不可分債務よりは「層担保力が強い」<sup>(18)</sup>ということになる。したがって、担保力の強度は「保証債務へ連帶債務へ不可分債務へ不真正連帶債務」の順に強くなるという。

このように、分割債務以外の不真正連帶債務をも含めた多数当事者の債務関係を債権担保の手段として統一的にとらえる視角が、於保説では前面に打ち出されている。担保力の強度というスケールにあてはめると連帶債務と不真正連帶債務とは連続しないことになるため、両者を表裏一体のものと考え、またそれを区別しようとする通説的見解とは、区別基準に関する理解が異なるのは当然であろう。ただし、於保説では、通説の主観的関連共同説を批判しながら、不真正連帶債務の具体的事例に関しては何ら異議をはさまないため、区別基準の独自性が十分に理解されなかつた。むしろ、不真正連帶債務が債権強化機能を担うとした結論部分だけが取り上げられて、通説的見解を補強するかたちとなつてゐることは、前述のとおりである。

第二に、於保説の独自性は、求償関係に関する見解についてもあらわされている。「連帶債務においても一人または数人の負担部分が零であることもありうると同じく、不真正連帶債務者の一人のみが全部負担すべき場合もある。内部関係において特にその負担部分の割合が明らかとならないときは、その負担は平等と解するのが妥当である。不真正連帶債務の多くの場合は各債務者の過失の割合にしたがつて負担の割合が定まる」という。<sup>(19)</sup> また、注においてではあるが、「賠償者代位の制度には、現在は、求償的機能もふくましめられているので……、不真正連帶には求償関係はありえない」という先入観念にとらわれなければ、賠償者代位と求償権を通説的見解のように、しいて区別する必要はない」と述べている。これは、求償権不在ドグマの放棄ともいえる叙述と評価できる。

このように、於保説が従来の学説とよりも異なる点は、前述した柚木説と同じく、不真正連帯債務者各自に負担部分を認め、求償の途を拓くことにあるといえるであろう。

## 注

- (1) 柚木説も独自の区別基準を主張するが、二人の論者とやや次元を異にしている。なお、柚木説の区別の結果が、ドイツ不真正連帯債務論とパラレルであることについては、第四章第三節の小括において詳しく述べることとなる。
- (2) 岡村説には、他の分野でもこの種の先駆性がみられることがすでに指摘されているが、そこでも、後の時代になれば当然に評価されるべき学説がその先駆性ゆえに学説史に記憶されないことがありうるとの叙述がある（加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』〔昭和六一年〕五七一頁参照）。
- (3) 以下の叙述は、柚木馨〔高木多喜男補訂〕『判例債権法総論〔補訂版〕』（昭和四六年）二七〇頁以下による。なお、『判例債権法総論』（昭和二六年）も同じ内容であるが、特に断わりのないかぎり、補訂版から引用を行うこととする。
- (4) 柚木・前掲注(3)引用書二七〇頁。
- (5) 柚木・前掲注(3)引用書二七一頁。
- (6) 柚木・前掲注(3)引用書二七一頁参照。柚木説では、重畠的債務引受もこの第一のカテゴリーに含まれている。
- (7) 柚木・前掲注(3)引用書二七二頁。
- (8) 柚木・前掲注(3)引用書二七二頁。
- (9) 柚木・前掲注(3)引用書二七一頁参照。
- (10) 前掲注(3)引用書二七一頁参照。
- 山中康雄「いわゆる連帯」ということの意義」民商法雑誌三三巻三号（昭和三一年）三〇頁。

- (11) 山中・前掲注<sup>(10)</sup>引用論文二七頁。
- (12) 山中・前掲注<sup>(10)</sup>引用論文二六頁。
- (13) 山中・前掲注<sup>(10)</sup>引用論文二七頁。
- (14) 山中・前掲注<sup>(10)</sup>引用論文二三頁。
- (15) 以上の叙述につき、於保不二雄『債権総論〔新版〕』(法律学全集20)(昭和四七年)二三三頁以下参照。なお、同『債権総論』(法律学全集20)(昭和三四年)二〇〇頁にも同様の叙述があるが、特に断りのないかぎり、以下では新版で引用および参考箇所を示すこととする。
- (16) 於保・前掲注<sup>(15)</sup>引用書二三四頁。
- (17) 於保・前掲注<sup>(15)</sup>引用書二三四頁。
- (18) 於保・前掲注<sup>(15)</sup>引用書二四七頁。
- (19) 於保・前掲注<sup>(15)</sup>引用書二四九頁。
- (20) 於保・前掲注<sup>(15)</sup>引用書二五〇頁注七。

#### 第四款 小括

本節では、まず、我妻説と於保説を紹介しながら、不真正連帯債務概念に関する通説的見解を紹介した。鳩山説に代表される伝統的見解を忠実に受け継ぐようにみえながら、確実に変化を遂げていることが明らかになつたと思

われる。変化の一つは、「不真正連帯債務に求償なし」というドグマに関する部分的修正であつた。ここではドグマを放棄するという根本的な変革はまだ行われていないが、次節で紹介する求償権不在ドグマが瓦解する前兆であると評価したい。もう一つは、新たなドグマの形成である。不真正連帯債務の特徴とされる広範な相対効原則と「真正連帯債務による債権強化機能」とが、この時期、不可分に結び付き、「絶対効規定の一括排除＝債権強化＝不真正連帯債務の意義」という定式化が進んでいったのである。このドグマは、現在もなお不真正連帯債務概念を支え続けており、最近、ようやくその見直しがはじまつたにすぎない。

また、不真正連帯債務否定説が展開されるにあたって、再び、連帯債務の本質をめぐる議論が登場したことも忘れてはならない。連帯債務の性質を「相互保証」ととらえる見解である。この見解は、以後、通説たる主觀的関連共同説とななり、連帯債務の基礎理論として有力な見解であり続けている。

## 第五節 求償権不在ドグマへの疑問

### 第一款 求償権の積極的承認

(a) 我妻説と於保説による理論的・実際的裏付けを得て、通説的見解はその地位を揺るぎないものとしたが、その普及・浸透とは裏腹に、「不真正連帯債務に求償なし」というドグマの実際的・理論的弱点がかえつて鮮明に浮かび上がることとなつた。この通説的見解がはらむ矛盾に正面から取り組んだのが椿論稿である。椿説によつて、

不真正連帯債務者間の求償権が積極的に承認できることが提唱された。それは、すなわち、求償権不在ドグマの瓦解を意味している。

(b) 昭和三〇年代に、連帯債務論・不真正連帯債務論を対象とした、一連の椿論稿が発表された。<sup>(1)</sup> 従来の学説は概説書レベルでの言及にとどまっていたため、不真正連帯債務論にも意図的に目を向けた労作として、椿論稿は学説史において大きな足跡を残すこととなつた。

連帯債務論そのものに関する椿論稿の関心は、債権の人的担保制度の構築にあるという。<sup>(2)</sup> しかし、それとは別に、特に不真正連帯債務論を取り上げた「狙いは『不真正連帯債務には求償なし』とする通説的命題が修正できるものか、いかなる内容・理由で修正すべきか、にある」<sup>(3)</sup> と、後に明示的に述べられている。

それでは、椿説の論旨を概観してみよう。椿論稿は、まず、通説的見解の矛盾点を批判する。通説的見解では、一般に内部関係における清算の必要性を認めない結果、債権者の恣意と債務者間の不公平が残らざるをえない。しかし同時に、明文に規定のある場合は、不真正連帯債務の属性とは無関係に実質的な求償を肯定している。したがって、同じ不真正連帯債務関係において、内部的清算が認められるものと認められないものとが存在するという統一性を欠く状況が生じていると、椿説は指摘するのである。<sup>(4)</sup> さらに、詳細な比較法的研究を行つた結果、そもそも連帯自体についても求償関係をその属性として認めない沿革上の問題点を明らかにしている。「求償権の承認は、『全額責任・自己の事務』という觀念と、連帯の純対外的構成とに災いされて」、連帯を本質的に外部関係の問題であると考えたドイツ普通法時代には、不真正連帯債務の前身であるとされる単純連帯のみならず、共同連帯についても、求償は連帯の基礎をなす実質的法律関係に依存するという説明がされていたというのである。いわんや、実質

的法律関係を欠き、「制裁的思想を残す不法行為については、ことに困難を提供した」<sup>(7)</sup>のである。しかしながら、ドイツにおいては、不当利得、事務管理等の理由により、実際には求償を認めてきたという学説史をふまえ、「不真正連帯の概念は明文がないために賠償負担の関係で不公平を生ずる全額単独責任の競合が発生するのを防止する、より積極的な、しかも過渡期の理論」<sup>(8)</sup>であるとして、不真正連帯債務概念を積極的に評価したのである。

(c) 不真正連帯債務者間においても当然に求償関係を生ずると考える現在では、椿説の主張も至極当然のことと述べたにすぎないようみえるかもしれない。しかしながら、前節までの叙述で明らかのように、かくも長きにわたつて「不真正連帯債務に求償なし」というドグマが、わが国の学説を支配し続けてきたのである。したがって、詳細な研究を通じて、このドグマと決別する理論的基礎を提供した椿論稿の意義は、非常に大きいものと評価すべきであろう。<sup>(9)</sup>

## 注

- (1) 椿寿夫『民法研究Ⅰ』(昭和五八年)には、以下の論文が他の論文とあわせて所収されている。「連帯債務論序説」法学論叢六二巻五号(昭和三二年)、「連帯債務論の若干の問題点」(「連帯債務論の問題点」と改題して所収)民商法雑誌三四巻三号(昭和三一年)、「不真正連帯債務の觀念について」(「不真正連帯債務の觀念」と改題して所収)私法三四号(昭和三七年)、「共同不法行為理論の再検討」法律時報三四巻一一号(昭和三七年)。

- (2) 椿・前掲注(1)引用論文集「はしがき」二頁参照。
- (3) 椿寿夫「共同不法行為理論の再検討」同・前掲注(1)引用論文集一五八頁以下。

(4) 特別な規定（たとえば民法七一五条）、または賠償者代位制度による「求償類似の関係」を通説的見解は認めている。詳細については、本章第四節第二款「通説的見解」を参照されたい。

(5) 椿寿夫「不真正連帶債務の觀念」同・前掲注(1)引用論文集九八頁以下参照。

(6) 椿寿夫「連帶債務論序説」同・前掲注(1)引用論文集三五頁。

(7) 椿・前掲注(6)引用論文三五頁。

(8) 椿寿夫「連帶債務論の問題点」同・前掲注(1)引用論文集七四頁。

(9) なお、前節で紹介した於保説は、一連の椿論稿と相前後して提示されたものであり、とりわけ求償権を正面から認める姿勢は、椿説と共に通するものといえる。しかしながら、債権強化機能を強調したことで、通説的見解を補強した点に筆者は注目しているので、時系列的には厳密でないが、あえて前節で紹介したものである。

## 第二款 不真正連帶債務否定説

(a) 次に、昭和三〇年代後半に登場した、不真正連帶債務概念を否定的にとらえる見解を紹介しよう。それは、複数責任者の競合事例を一義的に把握することを放棄する見解であり、いわば、不真正連帶債務概念不要説ともいすべきものである。不真正連帶債務概念の解体は、昭和四〇年代に本格的に提唱されることになるが、この時代にはやくもその萌芽がみえる点が興味深い。

(b) 否定説に立つ高梨説の所論は次のとおりである。「いわゆる不真正連帶債務が連帶債務でないことは当然だ

が、その一義的把握はかなり曖昧で、ことに負担部分や求償権を認めまいとする近時の傾向を考慮すると、さほど重大な法効果と結びつけられているわけでもない。それが一債権者・数債務者間の請求権競合の場合であるということから先は、これをそれぞれの債務の特性で考えればよさそうである。不真正連帯という概念は、要するに連帯債務でないことを示すだけのことでは、問題の場合をすべて包摂する強固な概念構成に努める必要とその実現可能性があるかどうかは、むしろ今後の検討にまたねばならない点が多い<sup>(2)</sup>。

高梨論稿は、自説の根拠を近時の学説傾向——負担部分や求償権を認めまいとする傾向——に求めているが、前款で検討したとおり、椿説によつて求償権不在ドグマを打破する試みがなされているのであるから、むしろ逆の傾向に進みつつあると思われる。ただし、たとえ直観的な主張にせよ、不真正連帯債務概念を解体し、多様化を指向する高梨説は、次節で紹介する、連帯債務の本格的な研究をふまえた淡路説と同じ系譜にあるといえる。

### 注

- (1) 詳細については、本章第六節「多様性の提唱による不真正連帯債務概念の解体」を参照されたい。

(2) 高梨公之「不真正連帯債務」(袖木馨)・谷口知平・加藤一郎編・判例演習「債権法」(昭和三八年) 一〇五頁。

## 第六節 多様性の提唱による不真正連帯債務概念の解体

(a) 昭和四〇年代に入り、交通事故や公害等の不法行為被害が増大したことで、不法行為法学が活況を呈するここととなつた。それにもなつて、不真正連帯債務論にも多くの論者が言及するという現象が生じた。なぜなら、不真正連帯債務論は、複数責任主体が存在する場合の不法行為の効果論にほかならないからである。この時期に、実務上の興味を得た不真正連帯債務論が深化の度合いを増したことには疑いがない。それは、あらゆる論者が、不真正連帯債務として把握される事例の多様性に実感をもつて気付いたうえで、自己の学説を開拓しているからであろう。学理上の関心にもとづく理論から実務上の要請に対する回答へという、不真正連帯債務論のいわば大転換は、論理的思弁のみによる法律学の限界をわれわれに知らせているように思われる。

ここでは、この時期の代表的な論者である川井説と淡路説を紹介しよう。両者の学説提示に触発されて、多くの論者が従来の不真正連帯債務論とはまったく別の思考形態を採用することとなつたといつても過言ではないであろう。

(b) 川井説は、「不真正連帯債務とは、各場合に応じ四三二条以下の規定が修正される結果の一場合の呼称にすぎない」と結論づける。その第一の根拠は、共同不法行為事例の多様性である。川井説は、「わが民法上、共同不法行為の成立はきわめて広範囲に認められ、故意の共同の場合はもとより過失の共同の場合にも、さらには原因の客観的共同の場合にも認められている。このように共同不法行為の成立にも段階がある以上、これを一括して一律に不真正連帯債務といつてよいのかどうかは問題であ」<sup>(3)</sup>って、主觀的共同関係の有無で連帯と不真正連帯とを分け

る以上、共同不法行為といえども、主觀的共同関係の存する連帶として扱う余地を残しているという。また、第二の理由は、民法上の連帶 자체の多様性である。川井論稿は、連帶・不真正連帯二分論が硬直的であると指摘したうえで、次のように述べる。標準的な連帶債務を定めたにすぎない「民法上の連帶債務それ自体が各場合の実情に応じて多様性に富んだものとみる余地がある」<sup>(4)</sup>ので、民法上の連帶規定について修正が許される。なぜなら、契約連帶の場合には契約に応じて修正可能な任意規定であるし、法定連帶の場合は一應、民法四三三条以下が適用されるが、連帶を認める各規定の趣旨により個別的な修正は許されると解しているからである。

川井論稿においては、裁判例を素材とした共同不法行為の効果論として、以上の所論が展開されている。この姿勢は、時代背景にしたがつて学説の視点が変化してきたことのあらわれであるといえるであろう。他方、連帶債務自体が多様性に富んだものであるとの指摘は、起草者が民法上の連帶を契約の雑型と認識していたことを彷彿とさせるものであり、一見、沿革的基礎づけという学理上の議論であるかのようにみえる。<sup>(5)</sup>しかしながら、川井説にはその旨の言及はなく、あくまでも実務的な興味にもとづいて議論を展開しているものと思われる。従来の学説が学理的発想にこだわるあまり民法上の連帯債務を固定的なものとみてきたこととくらべると、非常に対照的である。逆説的ではあるが、多様な共同不法行為類型を目のあたりにして、学説は結果としてはじめて起草者の見解に立ち返ることができたのである。

(c) 次に、淡路説を概観しよう。淡路説では、川井説と同じく、不真正連帯債務概念が消極的に評価され、類型化の必要が説かれている。淡路論稿は連帯債務に関する本格的な研究であるため、前節で紹介した椿論稿とならび、学説の発展に多大な影響を与えていている。

淡路論稿の提言は、次のように非常に明解に述べられている。「『不真正連帶債務』という概念は、積極的内容を含まない消極的概念であつて、このことを明確に認識するか、さもなければこの概念を捨て去り、從来不真正連帶債務とされてきたものを独自にそれぞれの領域でそれぞれの効果を定めるべきである」<sup>(6)</sup>。このような類型化の主張

は、連帶債務自体が、本来、債務者間の実体関係によつてさまざまに構成されうるという考え方を背景としている。つまり、「共同債務者の各々が各自独立して同一給付の全部を履行すべき場合の、共同債務者間の実体関係は種々ありうるわけである。それゆえ、法技術としての連帶債務も抽象のレベル<sup>(7)</sup>典型的な実体関係をどこに置くかによって種々の仕方で構成されうる」<sup>(8)</sup>のであるから、從来不真正連帶債務とされてきたもののなかに「連帶債務でもなく、單なる異主体間の請求権競合の場合でもない、中間的な場合があつてよいはずである」<sup>(7)</sup>といふ。さらに淡路論稿は、单なる印象論ではなく、比較法的視点から自説を根拠づけている。詳細な比較法的検討の結果、ドイツ、フランスにおいては、不真正連帶債務概念が連帶債務単一論を打破することは確かにあつたに過ぎなかつたと述べている。ましてや、淡路説の見解によれば、わが国の連帶債務は連帶債務単一論を維持していないのであるから、積極的意味内容をもつ統一的な概念として不真正連帶債務概念を構成しようとしたことは批判されるべきである<sup>(9)</sup>。不真正連帶債務概念が從来のかたちでは維持しえなくなつた以上、淡路説が提唱する途は、「不真正連帶債務」という一種の中間命題ないし中間理論を実用的な概念としては捨て、連帶債務でないものについては、それぞれの法領域で債務者間の法律関係を決することを認める」という方法である。

淡路論稿は、一般論として以上のような見解を述べた後、個別的な解釈論を展開している。それは、共同不法行為者の責任競合および使用者と被用者の責任が競合する事例において、請求、免除、時効の完成が債務者の一人に

ついて生じた場合の効果と、債務者間の求償関係に関するものである。一般論は比較法的手法を用いたものであつたが、個別的な解釈論は、判例を取り上げながら論じられており、類型化の試みを示したものとなつてゐる。<sup>(44)</sup>

(d) 学理上の議論と実務上の取扱いとが著しく乖離しているという問題状況は、この淡路論稿をもつて、複数債務者間の実体関係に応じた類型的解決を指向するというかたちで、解消しうることとなつた。淡路論稿以降、学説はこぞつて不真正連帯債務概念の消極性と類型化の必要性を承認している。かつて、不真正連帯債務概念を求償を認めるための「積極的概念」として評価した椿説も、ごく簡単な言及ではあるが、次のように述べてこの傾向に賛同の意を表わしている。「まず、具体的・個別的に要件・効果をみていく、という現在一般化した手法に、私も賛成する。つぎに、説明用具にすぎないかどうかは別だが、少なくとも、不法行為領域で右のような検討を経た結果、全額単独責任が維持される諸場合のまとめ言葉として、不真正連帯債務ないしこれにあたる観念を認めたい」。

(e) 淡路論稿の登場によつて、学説の大勢は類型論への傾倒が決定的となつた。実際に、この時期、複数責任主体の競合態様に応じた類型化の試みが発表されている。<sup>(45)</sup>しかし、不真正連帯債務類型論はかならずしも成功していふとはいえないよう筆者には感じられる。類型論を唱える論稿は、若干のものを除いて、いずれも不真正連帯債務関係が生ずることを述べるにとどまり、かつての通説的見解とさほど変化のない議論を繰り返すにすぎないからである。たしかに、不法行為の類型化は、要件論に関しては盛況を極めたことができるが、本稿が対象とする不法行為効果論としての不真正連帯債務論にはほとんど手がつけられていない状況にある。

「不法行為責任の交錯」と題する一連の特集の一〇年後に、ふたたび「複数関与者と不法行為理論」と題する特

集を組むにあたって、椿論稿は次のように述べている。共同不法行為に関する研究は盛況であるが、「もつとも、研究の仕方は、共同不法行為の要件・態容へ主として向かっており、効果に関しては、『多数当事者の債権関係』一般からほどんど出るところがない。さらに、共同不法行為のほかに問題となる『複数者の関与』にいたっては、個々の場合はどうもかく、まとまつた論点として明確に認識し展開することが欠けていた」。淡路論稿以来、約一〇年の間、不真正連帯債務論は類型化の名のもとに放置されたかのように筆者には思われるるのである。

## 注

- (1) 交通事故被害については、昭和三〇年代後半から、また、公害については、昭和四〇年代に勃発している（加藤雅信『現代不法行為法学の展開』〔平成三年〕六頁以下参照）。
- (2) 川井健「共同不法行為の諸問題」鈴木忠一＝三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座3 交通事故訴訟』（昭和四四年）三三二一頁。
- (3) 川井・前掲注(2)引用論文三三二一頁。
- (4) 川井・前掲注(2)引用論文三三二一頁。
- (5) 本章第二節第三款「法典編纂」参照。
- (6) 淡路剛久『連帯債務の研究』（昭和五〇年）一六五頁。
- (7) 引用は順に、淡路・前掲引用書一六五頁以下、一六五頁。
- (8) 淡路・前掲注(6)引用書一三〇頁以下参照。
- (9) 淡路・前掲注(6)引用書二三四頁。

(10) その詳細については、第三章において、各絶対効事由にそくしたかたちで紹介する。

(11) 椿寿夫「複数者の損害関与と賠償責任序説」判例タイムズ三九三号（昭和五四年）一〇頁。

なお、椿説が「全額単独責任」とわざわざ言及するのは、本章の冒頭で列举した、不真正連帯債務をめぐる第七の論点——債務者全員が全額について責任を負うべきか否かという問題——が意識されているためである。

(12) 特集「不法行為責任の交錯（1、2）」法律時報四八巻一二号（昭和五一年）八頁以下、四九巻一号（昭和五二年）八頁以下においては、序論も含め、一〇の論文が、また、特集「不法行為責任の交錯——複数責任主体をめぐって」法律時報五〇巻六号（昭和五三年）八頁以下においては、序説や諸法の紹介とあわせて、一二の論文が収められている。さらに、特集「複数者の損害関与と賠償責任」判例タイムズ三九三号（昭和五四年）一頁以下においては、導入も含め、二五のテーマが取り上げられている。

(13) 椿寿夫「企画の趣旨」法律時報六〇巻五号（昭和六三年）六頁。