

重疊的債務引受(併存的債務引受)に関する一考察

平林 美紀

- 一 はじめに
 - 二 重疊的債務引受の効果をめぐる学説と判例の展開
 - 三 「ギャップ」の有無
 - 四 おわりに「論理的には原則不真正連帯」の意義
- 一 はじめに

重疊的債務引受ないし併存的債務引受(Kumulative Schuldübernahme)とは、「第三者すなわち引受人が、既存の債務へ加入して新たに債務者となり、従前からの債務者(原債務者)と同一内容の債務を彼とともに負担することはないし、さような負担関係を生ぜしめる契約⁽¹⁾」をいう。たとえば、会社の債務を代表取締役が共に負担したり、不法行為に基づく損害賠償債務を加害者自身とともに親族が引き受ける場合等がこれにあたる。その性質において、

原債務者が債務から解放される「免責的債務引受」や、債務者との関係でのみ弁済義務を負担する「履行引受」と比較される。

重疊的債務引受契約は、債権者、原債務者、引受人の三者でなしうることはもちろん、債権者—引受人間で、もしくは、原債務者—引受人間の二当事者間でも締結可能である。後者は「第三者のためにする契約」になるから、債権者の受益の意思表示（民法五三七条二項）が必要とされるが、その意思表示は緩やかに解される。⁽²⁾そして、いずれの場合においても、債権の人的担保としての機能を果たす。すなわち、「併存的債務引受を債権の引当て（担保）」という観点からとらえると、併存的債務引受によって債務者の一般財産に引受人の一般財産が加わることになる⁽³⁾ため、原債務の担保力が強化されることになるのである。

重疊的債務引受の定義や機能に関する理解は右に述べたところで一致していると思われるが、今なお判例・学説の一致をみない議論がある。それは、重疊的債務引受によって原債務者と引受人との間にいかなる多数債務者関係を生ずるのか、である。後に詳しく検討するように、大審院は民法四三二条以下の連帯債務関係が成立すると解し、最高裁も基本的にはこの立場を踏襲している。しかし、学説では、むしろ不真正連帯債務が成立する場合が多いことを強調する見解が有力であって、判例と学説とが対峙しているようにみえる。ただ、学説内部にも見解の相違があり、「区別基準を何に求めるか、連帯・不真正連帯の領域をどう考えるか、については多少とも異なっている⁽⁴⁾」と評される状況にある。学説にはさらに、連帯債務か否かの対立を離れ、不可分債務とする見解や、場合によっては保証となりうることに言及する見解もかつて存在した。⁽⁵⁾

このように、重疊的債務引受にもとづく多数債務者関係をどのように捉えるのかについては、判例と学説とに齟齬があるのみならず、学説も一様ではない。しかし他方で、「判例と学説とのギャップは実際上そう大きくはないと

観測される⁽⁷⁾」という見方もあり、この問題をめぐる判例・学説状況は必ずしも分明ではないように思われる。そこで、本稿では、重疊的債務引受の効果をめぐる判例・学説をいまいちど整理・検討し、判例と学説との間に真に「ギャップ」が存在するの可否かを探求することとしたい。債務引受に関する規定の不存在ゆえに、債務引受をめぐる諸問題に関しては、裁判例の分析から解釈上の示唆を得ようとするいくつかの先行業績があり、また近時、総合判例研究も公刊されている⁽⁹⁾。本稿もそれらから多大なる教示を受けているが、特に、連帯か不真正連帯かの対立に焦点をしばり検討しようとするものである。

なお、重疊的(併存的)債務引受の用語法が学説と実務とは異なる。学説では「併存的」債務引受の語が用いられることが多いのに対し、裁判実務では「重疊的」の語が優勢にみえる⁽¹⁰⁾。その他、古くには、「添加的債務引受」や「付加的債務引受」と表現する裁判例もある⁽¹¹⁾。本稿では裁判例に言及する箇所が多いので、主として「重疊的債務引受」と表現する。

二 重疊的債務引受の効果をめぐる学説と判例の展開

(一) 対立する二つの見解

重疊的債務引受によって、原債務者と引受人との間には、常に連帯債務関係を生ずるのであろうか。議論状況をごく大まかに示せば、これを肯定する「一元的連帯債務説」と、否定する「二分論」との対立がある。学説では、比較的早い段階で二分論が有力になり、それに影響を受けるかのように、判例は後に二分論に傾斜する。ただし、一口に二分論といっても、原則を連帯・不真正連帯のどちらに置くかにより、判例・学説は今なお立場を異にす

る。ここでは、基礎となった二つの学説を紹介した上で、裁判例の変遷について述べることにしたい。

(2) 一元的連帯債務説 (石坂説)

「重疊的債務引受」がドイツ語 (Kumulative Schuldübernahme) の翻訳であることは冒頭で紹介したが、他の分野におけるドイツ法の影響と同様、債務引受をめぐる「ドイツ解釈論は、……そつくりわが国へ輸入され……、わが解釈論の基礎として定着した⁽¹³⁾」といわれている。そして、この重疊的債務引受に関するドイツ流の解釈論を導入したのが、石坂博士であった⁽¹⁴⁾。

石坂博士は、重疊的債務引受によって原債務者と引受人との間に連帯債務が成立することについて、次のように述べる。「引受人ノ負担スル債務ハ従来ノ債務ト同一ノ給付ヲ物体トスルコトヲ要スルノミナラス同一ノ原因ヲ有スルコトヲ要ス……従テ重疊的債務引受ニ依リテ連帯債務成立スルモノトス⁽¹⁵⁾」。石坂博士による連帯債務論に特徴的なのは、「債務発生原因の同一性」を要件とする点である(「数個ノ債務カ単ニ同一ノ目的ヲ有スルモ未タ連帯債務ト称スルヲ得ス連帯債務タルカ為メニハ更ニ数個ノ債務カ同一ノ原因ニ基キテ発生スルコトヲ要ス⁽¹⁶⁾」。先に引用した叙述のうち「同一ノ給付ヲ物体トスル」とあるのは、カッコ内に引用した「同一ノ目的ヲ有スル」と同義であると思われるので、これら二つの叙述を組み合わせれば、石坂説を次のように捉え直すことが可能であろう。すなわち、「重疊的債務引受たるには、原債務と引受債務とが同一目的のみならず同一原因を有しなければならぬ。同一目的のみならず同一原因を有する数個の債務は連帯債務である。したがって、重疊的債務引受により連帯債務を生ずる」。

このような考え方は、その形式上、重疊的債務引受は一律に連帯債務関係を生ずると読めるため、「一元的連帯債

務説」と呼ばれる。⁽¹⁷⁾石坂説の後、鳩山説も二元的連帯債務説を採用した。⁽¹⁸⁾通説は当初、一元的連帯債務説の立場にあったといえる。⁽¹⁹⁾

(2)二分論(末川説)

この一元的連帯債務説に対して疑問を投げかけたのが、末川博士である。⁽²⁰⁾末川博士は、次のように石坂説「一元的連帯債務説を批判する。」「独瑞の学説に於て認められて居ると同様に、直ちに我民法上の解釈としても民法所定の如き連帯債務を生ずるといひ得るかどうか疑問であり、殊に併存的債務引受は凡て連帯債務に関する規定に従ふ(石坂博士民法研究三卷二五七頁)といふに至つては過言であるまいかと思はれる」。⁽²¹⁾

つづいて、一元的連帯債務説を採用しない理由を、わが民法の特殊性にみいだす。ドイツ民法やスイス民法と比べ、「我民法は……、連帯債務者の一人に付て生じた事項が他の債務者に及ぼす効力に関して、幾多の便宜上の理由に基く規定を設けて、本来は債務者相互間の内部関係と見らるべき関係——負担部分の定のやうな——にも債権者に対する関係に於て対外的の効力を認め、また債務者相互間の求償関係に付ても広い範囲の求償権の成立を認める規定を設けて、他の立法例には見難い独特の連帯債務を認めて居る」という。⁽²²⁾

このよゝな比較法上の理解を前提とし、仮にドイツ法等の解釈に倣つて一元的連帯債務説をとると、わが国の連帯債務法には、原債務者にとつて酷になりうる規定があることを指摘する。それは、引受契約が債権者と引受人との約定により可能であるため、原債務者が引受人の存在を知らず、原債務者と引受人との間に連帯の意思がない場合があり、その場合に生じうる「原債務者の不利益」である。具体的には次の三つの場面で問題になりうるという。⁽²³⁾

第一に、請求の絶対効(四三四条)である。末川博士は、債権者から引受人に対する履行請求があるのみで、原債

務者が直接に請求を受けない場合の不利益を指摘する。第二に、他の債務者による相殺の援用権行使に関する規定である(四三六条二項)。原債務者の反対債権が、原債務者の知らないうちに引受人に援用され、処分される危険を問題視する。そして、第三に、連帯債務者間の求償権の範囲(四四二条)および求償権行使の要件(四四三条(とりわけ第二項))に関する問題である。前者は、原債務者自らが弁済をしたならば節約することができたコスト(法定利息、費用、その他の損害)についてまで、原債務者が存在を知りえない引受人から求償される点が不利益と捉えられる。後者については、存在を知りえない引受人への通知義務が原債務者に課せられる点を問題視している。他の債務者の存在を知らず、連帯の意味が存しない場合に、右の諸規定を適用することは、「自己の意思に基かないでは法律上不利益を強制せられることはないといふ私法上の根本原則を特別な法律政策上の理由もなしに破るものである」といふべからぬ」と批判する。なお、連帯債務に関する規定は任意規定であるので、当事者の意思によって適用排除が可能であるが、そのためにもやはり、原債務者の認識を最低条件と捉えている。

末川論稿においては、連帯債務を負担する認識がある場合として、「数人が一個の契約に因つて連帯債務を負担すべきことを約する場合及び一債務者の委託……を受けた者が連帯債務を負ふべきことを約する場合」が例示されている。そうでない場合の法律関係につき、末川は次のように説く。「若し数人の債務者の内或者のみが連帯債務を負ふ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、……ただ所謂不真正連帯債務を生ずるにすぎぬ」。

このように、末川論稿では、引受人の存在を知らず、連帯の意思を有しない「原債務者の不利益」を回避するために、重疊的債務引受の場合に一律に連帯債務関係が発生すると石坂説¹¹一元的連帯債務説が批判され、場合分けの必要が提唱される。末川説の立場は、原債務者の認識・意思により連帯債務が生ずる場合と不真正連帯債務が

生ずる場合の二通りが存在することを認めるため、「二分論」と呼ばれる。この二分論は、同時期の学説にも支持を受けるようになった。⁽²⁰⁾

(3) 大審院判例(一元的連帯債務説)

右にみたように、かつての学説では石坂博士による一元的連帯債務説が優勢であつたが、末川博士による批判を受け、学説では徐々に二分論が支持を集めるようになっていった。しかし、以下で紹介するように、大審院時代の判例はもっぱら一元的連帯債務説を採用しており、二分論の影響は微塵も感じられない。

重疊的債務引受により原債務者と引受人との間に連帯債務関係が生ずることを認めた初期の判例としては、大判昭和十一年四月一五日民集一五卷七八一頁(以下、「大審院昭和十一年判決」という)がつとに有名である。重疊的債務引受による連帯債務の発生に言及する大審院判決は同時期にも多数存在するが、この大審院昭和十一年判決は、重疊的債務引受が連帯債務の発生原因であることを正面から認めたために、「リーディングケース」と目されるようになった。すなわち、引受人を相続したY(被告、控訴人、上告人)がその上告理由において「重疊的債務ノ引受ト連帯債務ノ負担トハ必スシモ相伴フモノニアラス……重疊的債務引受ニヨリテ連帯債務ヲ負担シタリト云フカ如キハ不合理ナリ」と主張したため、大審院はそれを否定して、「重疊的債務引受アリタルトキハ爾後原債務者ト引受人トハ連帯債務ヲ負担スルモノト解スルヲ相当トス」と告示したのである。この大審院昭和十一年判決には、石坂説の影響が如実に表れている。判決中、「重疊的(若クハ附加的)債務引受アリタル場合ニ於テハ爾後原債務者ト引受人トハ何レモ同一原因ノ而モ同一給付目的トスル債務ヲ負担」すると述べる部分である(傍点筆者)。⁽²¹⁾

この判決に対しては二分論の立場からの批判がある。有泉評釈は、この判決が石坂説に代表される一元的連帯

債務説に与するものと評価した上で、末川説を支持し、重疊的債務引受により原則として不真正連帯債務関係を生ずると解すべきであるとする。なぜなら、「債務引受は局外者たる第三者と債権者との契約によつて為されるのに、我が民法上の連帯債務は共同の意思を要件とする色彩の濃い規定が多く債務者の一人について生じた事項に絶対的効力を認める範囲が広いから……、一律に連帯債務を生ずるとしては忽ち困難——例へば原債務者の知らぬ中に重疊的債務引受人が現れ、債権者が之に請求すると原債務者は時効中断の効果を受ける（四三三四条）——に逢着するからである」という。引受人に対する請求の効力が原債務者にも及ぶ場合の不都合を挙げている点などは、末川説を継承しており、二分論特有の「原債務者の不利益」に配慮した批判であるといえる。

しかし、大審院はその後も一元的連帯債務説の立場を確認する。大判昭和一四年八月二四日新聞四四六七号九頁（以下、「大審院昭和一四年判決」という）は、大審院昭和一一年判決と並び、またそれ以上に重要な先例である。この判決は、大審院昭和一一年判決を引用し、原債務者と引受人との関係につき次のように述べた。「重疊的引受アリタルトキハ爾後債務者ト引受人トハ連帯債務ヲ負担スルモノト解スヘキモノナルカ故ニ……民法第四百三十九条ニ依リ債務者ノ為ニ時効力完成シタルトキハ其ノ債務者ノ負担部分ニ付テハ引受人モ亦其ノ義務ヲ免ルニ至ル」。

一般に、不真正連帯債務には、民法四三三四条以下の絶対的効力を定めた規定の適用はないとされているので、逆にいえば、それらの規定の適用は、連帯債務関係の存在を前提とする。また、単に原債務者と引受人とが相並んで債務履行の責任を負うか否かが争われているだけであれば、連帯か不真正連帯かの認定によつて紛争解決の結果に実質的な差異は生じない。つまり、結論において民法四三九条の適用を肯定した大審院昭和一四年判決は、実質的な意味で、重疊的債務引受による連帯債務関係の成立を認めた判例であるといえ、その重要性は大きい。

その後、大判昭和一五年六月二六日判決全集七卷二三号一一頁が大審院昭和一一年判決と同旨の判示をし、朝高

院判昭和一五年七月一六日評論二九卷民九六五頁が請求の絶対効による時効中断を認めている。以上のように、大審院の時代、判例は一貫して二元的連帯債務説の立場にあつたといえるであらう。

(4) 一元的連帯債務説から二分論へ

戦後、二分論はますます学説の支持を集めるようになる。他方、裁判実務では、最高裁の時代となつてしばらく連帯債務を生ずるか否かに関する裁判例はみられなかつた。昭和三〇年代も終わりとなり、ようやく一件の下級審判決が登場した。

大阪高決昭和三七年六月二一日判時三二四号二六頁は、代表取締役による会社債務の重疊的引受のケースである。事案の詳細は明らかではないが、登載判例集の無署名コメントによると、訴外A会社(原債務者)の債権者会議の決定に従い、債権の八割を免除したX(会社債権者、抗告人)が、A代表取締役Y(会社代表者、引受人、相手方)には全額の支払義務があると主張し、Yに関する破産を申し立てたようである。裁判所は、まず、大審院昭和一一年判決を引用して、引受人Yの連帯債務の負担を認めた。争点は、右の免除が民法四三七条の適用を受けるか否かにあつたが、本件の引受に至つた経緯からして、Yの負担部分は零であると認定され、「二名の連帯債務者の内一名が負担部分零である場合に、他の連帯債務者について債務の全部若しくは一部の免除がなされたときは、その効力は免除者(債権者)の意思如何にかかわらず、負担部分零の債務者にも及ぶものであることは民法四三七条により明らかなどころであるから、XのAに対する前示免除の効力が——たといXにおいてYの債務まで免除する意思がなかつたとしても——Yに対して生じていることはいうまでもない」と結論づけられた(なお、本判決の免除の意思解釈に関しては疑問が残るが、これについては後述する)。

この判決には、リーディングケースである大審院昭和十一年判決が引用されていることから明らかなように、一元的連帯債務説の影響が色濃く表れている。他方、この時代の学説ではますます二分論が優勢となっていた。かつては一元的連帯債務説を支持した我妻博士も、二分論に改説することを自ら次のとおり明言している。「この（併存的債務引受の——筆者注）関係は、連帯債務に似ている。判例は、常に連帯関係が成立するという……。学説も以前はこれを支持した（本書の旧版も然り）。然し、わが民法の連帯債務は、債務者の一人について生じた事由が他に影響を及ぼす場合が多いので、併存的債務引受を一律に連帯債務とすることは、当事者の予期に反する不都合を生ずることもある。……そこで、近時の多くの学説は、不真正連帯債務に近い関係を生ずるものとする……。正当な態度と思う」³³。このような学説の影響であろうか、数年後には、下級審に二分論の影響がみられるようになる。

京都地判昭和四一年八月一日判時四六二号四四頁の事案は、先の決定と同じく、会社の代表取締役による会社債務の重畳的引受のケースであり、負担部分一〇割の原債務者に対する免除に関し、民法四三七条適用の可否が争点となった。訴外A会社代表者Xは、債権額の一割の支払いと引換えに、A会社の残債務は免除されたと主張して、A会社の債権者Yに対し、根抵当権設定登記の抹消登記手続を求めた。裁判所は、次のように述べ、民法四三七条の適用がある旨判示した。「重畳的債務引受がなされたとき、引受人と原債務者とはつねに連帯債務の関係に立つ、と解するのは相当でないが、本件のように、甲会社の債務について、甲会社の代表者乙が重畳的債務引受をしたとき、特段の事由のないかぎり、甲会社の債務と乙の債務とは連帯債務の関係に立ち、甲会社の負担部分は一〇割である、と解するのが、相当である」。

この判決において興味深いのは、傍論としてではあるが、重畳的債務引受が常に連帯債務関係を発生させるわけではないことを指摘した点である。このような考え方は、一元的連帯債務説からは生じえず、二分論を前提とした

叙述である。紛争の具体的解決としては連帯債務の成立が認められているのであるから、不真正連帯債務の成立可能性に言及する必要はなかった。それにもかかわらず、あえてその可能性に触れたのである。この判決に関する登載判例集の無署名コメントにも「重疊的債務引受による債務は一般に連帯債務と説かれていたが、近時は不真正連帯債務を原則とするとされるようになった」との説明がある。

この下級審判決の後、ほどなくして最高裁も同様の判断を示すに至った(最判昭和四一年二月二〇日民集二〇卷一〇号二一三九頁。以下、「最高裁昭和四一年判決」という)。債務引受に至る経緯は複雑であるが、会社債務を代表者が引き受けたケースである。争点は、民法四三九条(時効完成の絶対効)適用の可否にあつた。最高裁はまず「重疊的債務引受がなされた場合には、反対に解すべき特段の事情のないかぎり、原債務者と引受人との関係について連帯債務関係が生ずるものと解するのを相当とする」と一般論を述べる。そして、本件においては「連帯債務関係が生じない特段の事情があるとは解されず、したがつて、右原債務者の債務の時効消滅の効果は、民法四三九条の適用上、右原債務者の負担部分について債務引受人にも及ぶ」とした。ただし、引受人が消滅時効を援用しているにもかかわらず、その点の審理が不十分であるとされ、原審へ差戻しとなつた。

この最高裁判決につき、調査官による解説では次のように説明されている。「この判決も、反対に解すべき特段の事情のないかぎり連帯債務関係が生ずるとして、特段事情の有無を詮議しているから、つねに必ず連帯債務関係が生ずるとしているのではないことは判るが、近時の学説のように、原則として不真正連帯債務関係を生じ、原債務者と引受人との間に主観的共同……があつた場合にのみ連帯債務関係を生ずるとする立場(末川……)……などをとらなかつたことは明瞭である。原則として、連帯債務関係が生ずるとしたことは、基本的態度として大審院判例の立場を離れなかつたと見るべきであろう」。

しかし、椿評釈は、この調査官解説の説明を尊重しつつも、二分論への接近を指摘する。「周知のとおり、大審院は、連帯債務以外の『例外』を一貫して認めなかつたようにみえるから……、本判決が、たとえ傍論としてであれ、そしてまた特段の事情ある場合における債務形態に言及しなかつたにせよ……、とにかく『例外』の可能性を公言するにいたつたことは、評釈者のいわゆる『二分論』に立つ現通説へ一歩接近したものとみてよい」。

先に引用を交えて整理したように、一元的連帯債務説を提唱した石坂博士によれば、重疊的債務引受は必ず連帯債務関係を生じさせるはずである。大審院の立場である石坂説に忠実であれば、原則も例外もなく、連帯債務の発生のみを認めるべきであろう。したがって、椿評釈の指摘はもつともであり、さらに積極的に、最高裁は二分論への転換を図つたと評価することも許されるのではないかと考える。

このように、重疊的債務引受によって連帯債務または不真正連帯債務関係が発生することについては、判例・学説ともに認めるところになった。しかしなお、判例と学説との対立は一見明白である。最高裁は原則連帯の立場をとり、学説はむしろ不真正連帯が原則であることを強調する。連帯か不真正連帯かの違いが絶対効規定適用の可否に直結すると考えられている以上、紛争解決の場において、両者の差異は大きい。

ところが、他方で、冒頭に引用したように「判例と学説とのギャップは実際上そう大きくはない」という評価がある。そして、「論理的には、『原則として不真正連帯』というべきだろうが、蓋然性の点からは、『原則として連帯』というべきである」という、両者の立場をともに受け入れるかのような指摘もある。次項では、これらの評価や指摘がなされる事情について探り、その適否について検討することとしたい。

三 「ギャップ」の有無

(1) 論理的には原則不真正連帯、蓋然性の点からは原則連帯

前項で紹介した論理的には原則不真正連帯、蓋然性の点からは原則連帯という興味深い指摘の基礎にあるのは、次のような認識である。「通常は、原債務者と引受人間に主観的共同が存するのであるから、原則として連帯債務ということになる。もつとも、連帯とされる場合は、『不真正連帯』プラス『主観的共同』の場合である」。

まず、後段の叙述については、債務の一倍額性から導かれる効果——弁済、代物弁済、援用された相殺の絶対効——を真正連帯・不真正連帯に共通する基本的な効果と捉え、真正連帯の場合には、加えてその他の一定事由についても絶対効が認められる、との考え方が基礎となる。不真正連帯債務の説明では、とかく連帯債務の効果を欠くことが強調されがちであり、比喩的にいえば、連帯債務からの引き算が用いられる。しかし、発想を逆転させれば、不真正連帯債務への足し算として連帯債務を説明する余地のあることを、この後段の叙述が示しているといえるであろう。これについては、本稿の終わりに、あらためてその意味を論ずることとしたい。

ここでの問題は、むしろ前段の叙述である。重疊的債務引受がされる場合には、何故に、「通常」主観的共同があり連帯債務を生ずることができるのであろうか。

不真正連帯原則を唱える学説の源となったのは、引受の事実を知らず、また、連帯の意思をもちえない「原債務者の不利益」への配慮である。すなわち連帯の実質がないにもかかわらず、原債務者が連帯債務特有の効果によって不利な立場に置かれてはならないとの考えであった。したがって、前段の叙述の可否を判断するためには、末川説が指摘した三つの場面——原債務者に重疊的債務引受による連帯債務発生認識がないにもかかわらず、民法四

三四条、四三六条二項、四四二条および四四三条が適用される場合——が現実に生じうる虞があるか否かを検証する必要がある。以下では、判例自体が二分論を肯定した最高裁昭和四一年判決以降の裁判例を対象として、検討を進めたい。

(2) 重畳的債務引受契約の認定

重畳的債務引受をめぐる紛争では、まず、引受人に対する履行請求の可否、すなわち、重畳的債務引受の存否そのものが争点となる。分かりやすい例を挙げれば、資力のない子の起こした交通事故につき、その近親者による、被害者や遺族に対する謝罪の言葉や見舞い金の支払い等が重畳的債務引受の意思表示となるか否かが問題となる。

このような事例は、筆者の探したかぎりでは、最高裁昭和四一年判決以降に一〇件を数えるが、いずれも約東当時の状況を詳細に認定し、当事者の意思解釈を重視する結果、積極判決・消極判決が拮抗する状況にある。

近親者以外の引受が問題とされたケースであるが、横浜地判昭和四九年三月一八日交通民集七卷二号三五六頁では、行員による交通事故に基づく損害賠償責任につき、銀行の債務引受の存否が争われた。焼香に訪れた支店長ができる限りのことをして償いたい旨述べたが、引受の意思につき書面にしたためることを最後まで拒絶したという事案について、裁判所は、原告遺族の「悲しみを慰め、その感情を刺激しないように、被告銀行に法律的責任がないことを明示しないで婉曲に述べ、道義的・習俗的立場においては、誠意をもつて、できる限りの努力を惜しまない旨表明したものと解される」とし、重畳的債務引受の成立を認めなかった。この裁判例に象徴的であるが、道義的・習俗的な謝罪意思の表明と、法的な債務負担の意思表示とは、厳格に区別される傾向にある。このことは、親子間のケースでも同様であり、「未成年の加害者の親が被害者との示談に参加して、『どんな償いでもさせていただ

きます」という趣旨の発言をする例は珍しくない。それゆえ、かかる発言をもって直ちに併存的債務引受の意思を表示したものと解するのは妥当でない⁽⁴⁰⁾とされている。つまり、債務引受の認定は相当程度慎重に行われているといえる。

こうして重疊的債務引受の成立が認められてはじめて、「連帯か不真正連帯か」という問題が生じる。当然その数は成否の事案よりも少なく、判例が一元的連帯債務説から脱した最高裁昭和四一年判決以降では、下級審の六件が存在するに過ぎない。詳細は以下で紹介するが、そのほとんどには会社債務の引受を端緒とするという傾向がみられる。もちろん、理論的には、損害賠償債務の引受事例等についても同様の紛争がありうることは当然である。また、四件が民法四三七条について、残る二件が四三九条に関する判決である。最高裁昭和四一年判決自体、会社債務の時効消滅の効果(四三九条)が代表取締役の引受債務にも及ぶか否かについて判断を下したものであった。

(3) 重疊的債務引受と絶対効規定適用の可否

最高裁昭和四一年判決の後、最初に絶対効規定適用の可否が争点となったのは、大阪高判昭和四二年六月二七日判時五〇二号四一頁であった。これは、会社債務を代表取締役が重疊的に引き受けた事案であり、会社に対する債権放棄の効力が争われた。この判決には大審院昭和二一年判決が引用され、連帯債務の成立が認められた。しかし、「債権放棄」は、民法四三四条から四三九条に規定する絶対的効力事由には含まれず、むしろ民法四四〇条の適用を受けるとされ、引受人たる代表取締役の債務には消滅の効果が及ばないとされた。

結論の妥当性はともかく、「債権放棄」は「免除」でないとして、民法四三七条の適用を拒み、四四〇条にまで言及する解釈論は、若干技巧的に感じられる。同様に免除の効力が問題となった事案として、数年後に、大阪高判昭

和四五年一〇月三〇日判時六一六号七五頁があるが、そこでは、最高裁昭和四一年判決が引用され、連帯債務の成立が認められながら、原債務者たる会社が倒産した後の私的整理における一部免除は、引受人たる代表取締役の債務にとって相対効をもつに過ぎないとされた。判決中、民法四三七条と異なる合意が可能であることを認めた部分を引用しておきたい。「民法四三七条は、債権者が連帯債務者のひとりに対して債務の免除をしたときは、その債務者の負担部分に限り他の債務者も債務を免れる旨定めているが、債権者は連帯債務者の負担部分を必ずしも知りえないのであるから、右法条を適用することは、ときに債権者の意思に反し、債権者の地位を不当に弱める結果を招くことがあるのであって、右不合理を避けるためにも、少々とも関係当事者間に右法条と異なる合意があればその適用を排除できると解するのが相当である」。さらに近時の東京高判平成一一年二月九日金判一一五九号一一頁では、「相対的効力」を有するに過ぎない免除の合意が可能であることを認めている。「債権放棄」なる概念を立て、民法四四〇条に依拠することを強調しなくとも、意思解釈を重視した解決で十分に思われる。なお、前出の大阪高裁昭和三七年六月二一日決定は、免除の意思解釈をまったく排除するような見解を述べていたが、そのような硬直的な態度は批判されるべきであろう。

同じ批判は、民法四三七条の適用を避けて、敢えて不真正連帯を認定しようとする判決についてもあてはまる。東京高判昭和五三年二月二八日東高民報二九卷二号民事四四頁は、会社債務を代表者が重疊的に引き受けた事実であり、原債務者たる会社に対する債務免除の効力が問題となった。裁判所は、重疊的債務引受の成立を認めしたが、原債務者と引受人とは「不真正連帯債務」の関係に立つとして、債務免除の効果を引受人には及ぼさなかった。しかし、この判決の傍論では、原債務者たる会社とその代表者たる引受人との間に、債権者に対する「弁済」という共同目的による主観的な関連が認められ」と述べられており、連帯債務関係の成立が認められるべき事案であったと

いえる。また、債権者が引受人からの債権回収に強い意向を示していたことも認定しているのであるから、本件免除の効力は相対的に解されるのが自然であつた。

以上、いずれも民法四三七条の適用が争点となつた四つの裁判例を紹介した。残るは二件であるが、それらの判決では、連帯債務關係の成立を前提として、民法四三九条の適用が認められている。

まず、東京高判昭和四三年九月三〇日東高時報一九卷九号民一九四頁は、会社の債務を代表取締役が重疊的に引き受けた事案である。東京高裁は、大審院昭和十一年判決と最高裁昭和四一年判決を引用し、民法四三九条の適用を肯定した。「当裁判所も、債務引受けが全然利害關係のない第三者によりまたは原債務者不知の間になされたやうなときは格別、少なくとも、本件におけるごとく会社の債務をその代表取締役が個人として引き受け、両債務者の間に一般的に主觀的共同關係があるものとみるべきときには、右判例のように解するのが相当であると認める」。

また、東京高判昭和四三年十一月二十九日金法五三九号二二頁も、連帯債務の成立を否定する「特段の事由」のないことを述べ、連帯債務の成立を認めた上で、時効完成の絶対効を認めた。

なお、この最後の判決だけは、会社債務を代表取締役が引き受けたケースではない。Y(被告、控訴人、後に引受人)は、原債務者Aの債権担保のため、B、Cから代理権を与えられていないのに、両者を連帯保証人とする旨の公正証書を作成した。こうしてYにより偽造された公正証書は、Aから債権者X(原告、被控訴人)に交付され、XはBらに履行請求した。Bらが公正証書の偽造につきXとYに抗議をしたため、X-Y間で証書の返還をめぐる交渉がなされ、その過程で、XとYとが重疊的債務引受契約をしたものである。登載判例集からは原債務者Aと引受人Yとの人的關係が明らかではないが、まったく無關係の人間が原債務者の債権担保のために奔走するとは考え

にくい。また、偽造された公正証書は原債務者を経て債権者に交付されていることからしても、原債務者との関係が皆無の引受人ではないと推測される。つまり、原債務者不知とはいえず、連帯の意思がないとみられる事情もなため、連帯債務の成立を認めて差し支えないであろう。

(4) 蓋然的には原則連帯の合理性

以上で紹介した裁判例はわずかであるが、その示唆を次の二点にまとめることが許されるのではないかと考える。第一に、重畳的債務引受によって連帯債務関係が生ずるか否かについて争われるケースは、いずれも会社債務を代表者（もしくは何らかの関係にある者）が引き受けた事案である。つまり、原債務者が不知または連帯の意思がないとは考えがたい事案である。第二に、争いになった法条は、民法四三七条と四三九条の二つであった。重畳的債務引受と民法四三四条、四三六条二項、四四二条および四四三条との関係については、裁判例をみいだすことができなかった。

右の第一点は、「通常は、原債務者と主観的共同が存する」という認識を裏付け、「蓋然的には原則連帯」と捉えることの妥当性を感じさせる。そして、第二の点は、末川説が憂慮した「原債務者の不利益」が現実を生ずる虞は小さいことを示している。判例と学説は、判例が一元的連帯債務説から脱却した後も、原則を連帯とするか不真正連帯とするかで鋭く対立しているかのようにみえたが、判例は紛争の実態に即した解釈枠組みを立て、学説は想定しうる危険に着目した主張を行っているに過ぎないのではないであろうか。その意味で、「判例と学説とのギャップは實際上そう大きくはない」という評価は正しいと考える。

それでは、どちらの連帯が原則とされるべきであろうか。右に検討してきたとおり、重畳的債務引受がなされる

状況に鑑みると、原債務者と引受人との間にまったく関係がない場合は考えにくく、原則として連帯債務関係が発生すると捉える判例の立場の方が、実態を反映した有用な解釈枠組みであるように思われる。そもそも末川説の警鐘は、「常に」連帯債務を発生するとした石坂説に対して鳴らされたものであったことを想起すると、ことさらに不真正連帯原則を主張することは、末川説の肥大化を意味することにならないであろうか。

たしかに、「原債務者の不利益」回避は重要な要請であるが、判例の立場でも、例外的な取扱いで担保できると考える。下級審ではあるが、前出の東京高裁昭和四三年九月三〇日判決が参考になるであろう。この判決は、連帯原則の立場に与しながら、「当裁判所も、債務引受けが全然利害関係のない第三者によりまたは原債務者不知の間になされたようなときは」、例外的に不真正連帯債務関係が成立する余地を認めている。

(5) 学説における二分論の変容とその問題点

判例は、一元的連帯債務説から連帯を原則とする二分論へと変化を遂げた。これにはおそらく、末川論稿以来の学説の批判の影響が少なくないであろう。他方、重疊的債務引受をめぐる紛争の実態を前にして、学説にも一部変容がみられる。それは、誰のための二分論なのか、という点での変化である。

たとえば柚木説では、絶対効規定の適用が原債務者以外の当事者にも予想外の損害を生じさせる虞について考慮しているかのような叙述がみられる。「かかる場合に絶対的効力の強大な連帯債務の規定の全部を適用することは、当事者特に原債務者に測らざる損害を与える虞れがある」¹²⁾。

たしかに、柚木説では、いまだ「原債務者の不利益」が議論の中心に据えられている。ところが、二分論に改説した我妻説では、絶対効規定適用を排除すべき場合の例として、時効消滅による債権回収の不能が挙げられてい

る。これは、「債権者の不利益」にほかならない。長くはなるが、問題の部分を引用しておこう。「わが民法の連帯債務は、債務者の一人について生じた事由が他に影響を及ぼす場合が多いので、併存的債務引受を一律に連帯債務とすることは、当事者の予期に反する不都合を生ずることもある。例えば、債権者が引受人に期限の猶予を与えても、従来の債務者の債務が時効で消滅すれば、引受人はなお従来の債務者の負担部分について時効消滅を主張する……。従来の債務者と引受人との間で併存的債務引受が行われた場合などは、たとい債権者が受益の意思表示をしたとしても、そこまでの結果を予期しないのが普通であろう」。

すでに紹介したとおり、最高裁昭和四一年判決以降の六件の裁判例において争点となったのは、民法四三七条と四三九条の適用問題であったことからすると、我妻説が民法四三九条に着目して立論するのは、解釈論が紛争実態と乖離しないという意味で正しい。しかし、民法四三九条の適用を排除する目的で不真正連帯債務の成立を安易に認めるわけにはいくまい。すでに紹介したとおり、民法四三九条の適用が争点となった二つの事案では、原債務者と引受人との間に連帯関係を認めるべき事情があった。単に債権者の予期が及ばないことを理由として、実態と異なった法律関係を認定してはならないであろう。

重疊的債務引受がされる際には、その人的担保としての性質に鑑み、原債務者の負担部分が一〇割とされるのが自然である。そして、同時に、原債務者の資力不十分を補う目的で引受が行われることも少なくないため、債権者が引受人からの債権回収を期待して、原債務者に対して時効中断の措置を取り忘れる場合も生じうる。その結果が、引受債務の時効消滅である。しかし、本稿では、それによる債権者の不利益は、債権者自身に帰せしめられてよいと考える。その理由は次の二つである。

第一に、重疊的債務引受契約は、三当事者間ではもちろん、債権者—引受人間で行われるか、第三者のためにす

る契約として原債務者→引受人間で行われ、後者の場合には、緩やかに解釈されるとはいえ、債権者の受益の意思表示が必要であるとされる。つまり、いずれの契約形態でも債権者が引受の事実を知らないことはありえない。この点、原債務者がまったく認識のないままに引受契約が行われうるのは異なる。予想外の不利益から守られるべきは、不利益を予想する機会さえ与えられない者であろう。引受契約に関与する以上、債権者は不利益を予期すべきである。

第二に、債権者がそのような時効完成の不利益を回避しようと思えば、別にとりうる手段がある。すなわち、債権者→引受人間の契約では免責的債務引受の利用であり、原債務者→引受人間の契約では、後に原債務者を相対的に免除する方法である。原債務者について時効が完成するのは、債権者がもはや原債務者からの債権回収を期待しないからこのことであり、そうであれば、原債務者を債務から解放する手段を講じればよい。仮に原債務者に対する免除が原債務者もしくは引受人の行為によって妨害されたような場合には、その結果完成した原債務の時効消滅につき、時効の援用または時効完成の絶対効の主張を権利濫用として退ければ十分であるように思われる。

四 おわりに「論理的には原則不真正連帯」の意義

重疊的債務引受をめぐる判例と学説は、当初、一元的連帯債務説と二分論というかたちで鋭く対立していた。最高裁昭和四一年判決によって判例も二分論を採用するに至ったが、その後もなお、原則は連帯か不真正連帯かというかたちで、判例と学説との対立が解消されない状況にみえた。しかしながら、裁判例を具体的に検討すると、両者には実際上の「ギャップ」はないことが判明した。本稿では、現に生じており、また将来生じうる紛争の解決に

資するのは、判例の立場である「連帯を原則とした二分論」であると考えた。

それでは、学説の立場である「不真正連帯を原則とした二分論」は紛争解決に資するところのない議論なのであろうか。否。本稿で検討したのはいずれも連帯のケースであったが、連帯を認定できない場合にはたしかに「原債務者の不利益」に留意する必要がある。不法行為責任の競合がまさにそのようなケースとなるであろう。

不真正連帯債務関係を認める必要は、不法行為責任の競合の場面で、債権者⇨被害者を保護するために主張されている。そこでは、わが連帯債務法が債権消滅事由の多くに絶対効を認めていることによる債権者の不利益が指摘され、債権回収を实效ならしめるため、絶対効規定の適用排除が要請される。そのための概念が不真正連帯債務である。⁶⁴⁾

ただし、債権消滅原因が並ぶ絶対効事由の中に、一つだけ異質の規定（請求の絶対効に関する四三四条）が含まれている。仮に連帯関係にない加害者⇨債務者間で民法四三三四条が適用されるとすれば、重疊的債務引受に関していわれたのと同様の「債務者の不利益」が生じないであろうか。問題となる場面が不法行為か主として契約関係に基づくのかという大きな違いがあるため、二分論の議論をそのまま当てはめるわけにはいかないが、不法行為責任の競合の場面で、重疊的債務引受に関する末川論稿の意味が問い直されてよいように思われる。そのときは、論理的には「不真正連帯」という、不真正連帯債務への足し算として連帯債務を捉える発想が意味をもちうることを指摘して、本稿を閉じることとしたい。

注

- (1) 西村信雄編『注釈民法(1)債権(2)』（有斐閣、昭和四〇年）四二八頁（椿寿夫執筆部分）。本項の叙述につき、同四二七頁以下参照。

- (2) 野澤正充『叢書民法総合判例研究 債務引受・契約上の地位の移転』(一粒社、平成一三年) 五九頁参照。
- (3) 潮見佳男『債権総論(第2版)Ⅱ——債権保全・回収・保証・帰属変更——』(信山社、平成一三年) 五九六頁。
- (4) 椿執筆部分・前掲注(1)引用書四七三頁。
- (5) 山中康雄「いわゆる連帯ということの意義」民商三三三卷三号(昭和三二年) 三四六頁以下参照。
- (6) 石田文次郎『債権総論講義』(弘文堂書房、昭和一一年)二七〇頁は、契約解釈の重要性を指摘した上で、「然し私は、其不明なときには、寧ろ引受人の利益のために、付随性(ママ)のある保証債務の負担と解したい」という。ただし、同書は基本的に二分論の立場にある(二七二頁参照)。
- (7) 西村信雄「重疊的債務引受によって連帯債務を生ずるか(最判昭和四一年一月二〇日判批)」法時三九卷八号(昭和四二年) 九六頁。
- (8) 椿寿夫「判例債務引受法」〔『民法研究Ⅱ』(第一法規出版株式会社、昭和五八年) 四五頁以下所収〕(初出は昭和三二年三月三年)、四宮和夫『総合判例研究叢書 民法(14) 債務の引受』(有斐閣、昭和三五年) 三頁以下参照。
- (9) 野澤・前掲注(2)引用書、とりわけ四九頁以下参照。
- (10) 椿・前掲注(8)引用文献五〇頁参照。山田晟「ドイツ法律用語辞典 改訂増補版」(大学書林、平成五年) 九四頁(“Bestehende Schuldübernahme”(S項) 参照)。
- (11) 「LEX/DB インターネット TKC 法律情報データベース」を利用し、民事事件に限定し、フリーキーワード検索をすると、「重疊的債務引受」では一三九件、「併存的債務引受」では一八件の関連裁判例があると表示される(平成一五年七月末現在)。ただし、単に当事者の主張に過ぎないものも含む。
- (12) 「添加的債務引受」とした裁判例として大判昭和九年六月三〇日民集一三卷一一九七頁、「付加的債務引受」とした裁判例として大判大正八年六月二五日民録二五輯一一三九頁(附加的)がある。現在の学説では別称として紹介されるにとどまるよ

うである。

(13) 椿執筆部分・前掲注(1)引用書四三二頁。

(14) 鳩山秀夫「我民法に於ける債務履行の引受を論ず」(『民法研究第三卷』(岩波書店、大正一五年)三三七頁以下所収)は、初出が明治四二年であり、石坂論稿に先立つて、添加的債務引受が連帯債務関係を成立することを主張するドイツの学説の存在についても言及している(同書三四四頁参照)。しかし、問題関心は履行引受の法的性質にあり、一元的連帯債務説をはじめ提唱した論稿であるとはいえない。

(15) 石坂音四郎「日本民法 債権総論 中巻」(有斐閣書房、大正五年)一三五二頁。

(16) 石坂・前掲注(15)引用書七九七頁。

(17) 椿寿夫「重疊的債務引受によつて連帯債務関係を生ずるか(重疊的債務引受と連帯債務関係の発生) (最判昭和四一年一二月二〇日判決判批)」(民商五七卷一号(昭和四二年)九一頁参照。ただし、この椿評釈では、大審院判例の立場を指してこのように呼ばれていることに注意を要する。

(18) 鳩山秀夫「増訂改版 日本債権法 総論」(岩波書店、大正一四年)三八二頁参照。

(19) 磯谷幸次郎「債権法論(総論)」(巖松堂書店、改訂四版、大正一四年)六七七頁、岡村玄治「改訂 債権法総論」(巖松堂書店、昭和一九年)二七二頁等参照。なお、中島玉吉「債権総論」(金刺芳流堂、昭和三年)二三五頁は、既存債務への「加入」が連帯債務の発生原因であるとす。

(20) 初出は、末川博「併存的債務引受」論叢三卷四号三九頁以下、五号二五頁以下、六号六〇頁以下、四卷三号二九頁以下、五号五八頁以下(いずれも大正九年)。なお、引用は、同「民法における特殊問題の研究 第二卷」(弘文堂、第二版、昭和二年)による。

(21) 末川・前掲注(20)引用書一三九頁。

- (22) 末川・前掲注(20)引用書一三九頁以下。
- (23) 末川・前掲注(20)引用書一四一頁以下参照。
- (24) 末川・前掲注(20)引用書一四三頁。
- (25) 末川・前掲注(20)引用書一四五頁参照。
- (26) 末川・前掲注(20)引用書一四七頁。
- (27) 末川・前掲注(20)引用書一四六頁。
- (28) 椿・前掲注(17)引用文献九〇頁、同執筆部分・前掲注(1)引用書四七三頁参照。
- (29) 勝本正晃「不真正連帯債務に就いて」『民法研究第二卷』(巖松堂書店、昭和九年)一六六頁、石田・前掲注(6)引用書二七二頁等参照。
- (30) 大判昭和一〇年八月一〇日新聞三八八二号一七頁、大判昭和一〇年一月二七日判決全集一輯二四号一〇頁、大判昭和一二一年三月一八日判決全集四卷六号六頁、大判昭和一二一年四月二二日法学六卷一二〇六頁。なお、先行する大判大正八年六月二五日本録二五輯一三三九頁は、「同一ノ債務」を負担するというのみで「連帯債務」の語を用いていないが、弁済の絶対効を認めた事案である。
- (31) 有泉亨「重疊的債務引受の結果は連帯債務を生ずるか」『民事法判例研究会編纂「判例民事法」(昭和十一年度)』(有斐閣、復刊、昭和二九年)一八九頁以下(五〇事件)。引用は一九二頁。
- (32) たとえば、柚木博士は、原債務者の委託によらない債務引受は不真正連帯債務関係を生ぜしめるという(柚木馨「判例債権法総論」下巻)〔有斐閣、再版、昭和三三年〕一九三頁以下参照)。裁判例を総合的に研究した四宮博士も、「原債務と引受人の債務は連帯または不真正連帯の関係に立」つとした(四宮・前掲注(8)引用書五九頁)。また、近時の概説書では、奥田昌道「債権総論(増補版)」(悠々社、平成四年)四七八頁、淡路剛久「債権総論」(有斐閣、平成一四年)五〇八頁等参照。

- (33) 我妻榮『新訂 債權総論(民法講義Ⅳ)』(岩波書店、昭和三九年) 五七七頁。
- (34) 判時四六二号四五頁(無署名)。
- (35) 安部正三「重疊の債務引受によって連帯債務關係を生ずるか」財団法人法曹会編『最高裁判所判例解説民事篇(昭和四一年度)』(法曹会、昭和四二年)(二〇一事件) 五四三頁。
- (36) 椿・前掲注(17)引用文献八九頁以下。
- (37) 四宮・前掲注(8)引用書五九頁。
- (38) 四宮・前掲注(8)引用書五九頁。
- (39) 釧路地裁帯広支判昭和四五年二月一〇日交通民集三卷一八六頁(父親・積極)、長野地裁飯田支判昭和四六年二月一〇日交通民集四卷一四〇頁(父親・積極、母親・消極)、福岡高判昭和四七年七月一四日判時六九一三〇頁(両親と兄・消極)、東京地判昭和四九年一月二三日交通民集七卷一〇〇頁(父親・消極)、大阪地判昭和五九年一月三一日判時一一〇九号一一五頁(両親・消極)、神戸地判平成四年二月二七日交通民集二五卷一三三六頁(父親・積極)、東京地判平成四年二月二八日交通民集二五卷一五二六九頁(父親・消極)、大阪地判平成四年七月二一日交通民集二五卷四号八八三頁(父親・積極)、神戸地判平成五年五月二六日交通民集二六卷三三六八六頁(両親・消極)、横浜地判平成六年五月二四日交通民集二七卷三三六四三頁(父親・積極)。
- (40) 野澤・前掲注(2)引用書七九頁以下。
- (41) 末川・前掲注(20)引用書一四〇頁。
- (42) 柚木・前掲注(32)引用書一九四頁。
- (43) 我妻・前掲注(33)引用書五七七頁。
- (44) 我妻・前掲注(33)引用書四四三頁以下参照。