

論 文

427条分割原則批判の展開と変容

—我妻説の整理をめぐる連帯関係成立範囲の覚書—

鈴木 尊 明

同志社女子大学
現代社会学部・社会システム学科
助教（有期）Development and Transformation of Criticism to
Article 427 “Principle of Division”

Takaaki Suzuki

Department of Social System Studies, Faculty of Contemporary Social Studies,
Doshisha Women's College of Liberal Arts,
Assistant Professor

序論

I. 分割原則の受容と批判

1. 分割原則の受容
2. 分割原則批判の展開 —我妻栄の見解
 - (1) 分割原則批判の登場
 - (2) 分割原則批判の内容
 - (3) 連帯債務の成立範囲

II. 分割原則批判の一般化と変容

1. 我妻説の一般化
2. 近時における分割原則批判の受容と変容
 - (1) 我妻説の枠組を継承している見解
 - (2) 我妻説の枠組を継承しているとしながらそれを

変容させる見解

結論

序論

民法が改正された。2017年5月26日に法案が可決成立し、同6月2日に公布、その後3年以内に施行されることとなっている。改正に至る経緯や審議過程については措くとして、本稿では本改正では現行法が維持された427条を取り上げることとする。

我が国の民法は427条において「数人の債権者又は債務

者がある場合において、別段の意思表示がないときは、各債権者又は各債務者は、それぞれ等しい割合で権利を有し、又は義務を負う。」と定めている。本条は、一般に、次の2つの原則を定めたものであると考えられている¹。第1に本条は、複数の主体が存する債権ないし債務一般に通ずる総則規定として、債権債務の「分割原則」²を宣言する。その内容は、1個の可分給付を目的として数人の債権者または債務者が関与するときには、特約ないし法律規定で別段の定めがないかぎり、各自の債権ないし債務は、人数に応じて分割された額につき独立したものとして存立するというものである。第2に本条は、各自に帰属する分割債権・分割債務において、主体の各自に帰属せしめられる対外的な割合、つまり各分割債権者が債務者に対して有する権利及び各分割債務者が債権者に対して負う義務の範囲に関して、特約のないかぎり「平等分割原則」を宣言する。

本条は民法典中の「多数当事者の債権及び債務」の冒頭に掲げられ、いわゆる多数当事者の債権債務関係の一般規定たる地位を与えられている。ただし、427条には条文中に「別段の意思表示がない」という重要な留保が設けられている。この「別段の意思表示」については、債権者債務者間における様々な特約が包含されることが予定されており、427条分割原則に対する特に重要な例外としての連帯債務も、「別段の意思表示」によって当事者間で合意をなすことで成立するものである。つまり、連帯債務を発生さ

せるためには、意思表示によって427条分割原則の適用を排除することが必要となるのである。

それでは、連帯債務を発生させる意思表示とはどのようなものであろうか。これについては、明示の意思表示に限られるものでなく、黙示の意思表示によることも認められていると解されている³。427条分割原則を排除する旨の黙示の意思表示が認められる場合については、当然、原則たる427条分割原則が適用される範囲と表裏一体で、関連付けて検討されるべきものであろう。しかしながら、「427条分割原則を排除する旨の意思表示」という連帯債務の発生段階に関する研究は必ずしも十分でなかったと考える。このような研究の不十分さは、今回の民法改正においても残されてしまったことについては、別稿で既に詳論した⁴。さらに、改正前の民法典起草過程における議論についても、別稿で述べたところである⁵。

筆者は、「427条分割原則を排除する旨の意思表示」に関する研究が進まなかったのは、そもそも427条分割原則を排除すべき場面についての検討、原則たる427条にはどのような問題があるのかについての検討がなお十分でないことに原因があると考えている。そこで本稿では、本改正でも現行法が維持された427条について、起草後の議論を取り上げて整理する。検討対象の中心は民法学の泰斗・我妻栄の見解であるが、これは我妻が427条分割原則批判を初めて本格的に展開し、その主張が現在でも受容されていることを理由とする。先行研究をつぶさに調査してみると、分割原則批判に関する我妻の主張については、一定程度の紹介はあるものの、まとまった整理・分析はされていないように思われる。そこで、本稿では、あえて詳細に我妻の提示した枠組を整理するとともに、それに先立つ議論状況についても原典を比較的長く引用して検討することとした。

ただし、427条分割原則を検討対象とするものの、本稿においては債務関係の場面に限定して、債権関係については対象外とする。債権関係の場面において427条分割原則を貫徹しないと、例えば、債権者の1人が債務者からの給付を受領後、他の債権者に分配しないなどという事態が発生する可能性がある⁶。そのため、427条分割原則は債権関係においては一定の合理性が認められる場合が少なくない⁷ので、本稿では必要な範囲に絞って言及することとし、基本的には債務関係に検討対象を限定することとする。

I. 分割原則の受容と批判

1. 分割原則の受容

427条起草過程においては、それとは正反対の連帯推定規定が設けられそうになるなど（原案448条⁸）、様々な議論がなされたことが知られている⁹。しかしながら、いざ、現行民法は施行されて債権債務の分割原則が427条によって宣言されると、これに対する批判は長らくなされなかった。

まず、現行民法の起草を担当し、現行民法427条・原案448条の起草・審議過程においても自身の見解を述べた富井政章¹⁰・梅謙次郎は、民法典起草時の説明を繰り返し、比較法上分割原則が一般的であることと、そうした方が「便宜」であることを理由にあげるのにとどめ、原案448条については言及すらしていない。例えば梅謙次郎は、427条について、「我邦ニ於テハ従来債権者又ハ債務者ノ数名アル場合ニ於テハ其総員ヨリ又ハ其総員ニ対シテ債務ノ履行ヲ請求スヘキヲ本則トセルカ如シ而シテ其結果タルヤ債権者ノ1人ニ対シ又ハ債務者ノ1人ヨリ債務ノ全部ヲ弁済スヘキモノトセルカ如シ（訴答文例23、25、8年4月20日告63号¹¹）然リト雖モ欧州ニ於テハ羅馬法以来大抵反対ノ主義ヲ取り債権者又ハ債務者ノ数名アル場合ニ於テハ原則として其権利義務当然其間ニ分ルヘキモノトセリ是レ或ハ實際ニ便ナランカ而シテ若シ当事者ニシテ之ヲ欲セサルトキハ特ニ連帯ヲ約スレハ可ナリ是レ本条ノ現定スル所ナリ」「一旦権利義務ノ数人間ニ分ルルヲ主義トスル以上ハ特別ノ事情若クハ当事者ノ別段ノ意思表示ナキ以上ハ各自平等ノ割合ヲ以テ権利ヲ有シ義務ヲ負フヘキハ殆ト言フヲ埃タサル所ナリ然リト雖モ若シ明文ナクハ時トシテ疑義ヲ生スルノ虞ナシトセス故ニ 本条ニ於テ此義ヲ明カニセリ」¹²としている。

また、427条分割原則の裏側にあたる連帯債務の成立範囲について梅は、現行民法432条の説明のところで以下のように述べている。すなわち、「本条ハ連帯ノ性質ヲ明カニスルモノニシテ是ニ由リ各連帯債務者カ債権者ヨリ唯一ノ債務者ノ如ク看做サルヘキコトヲ示セリ蓋シ第427条ノ総則ニ依リ普通ノ場合ニハ債務者数人アルトキハ債務ハ其間ニ平等ニ分ルルモノトス然ルニ連帯ノ場合ニ於テハ各債務者ハ1人ニテ債務ノ全部ニ付キ責任ヲ負ヒ債権者ヨリ請求ヲ受ケタル債務者ハ敢テ自己ノ外ニ他ノ債務者アルコトヲ言ヒ以テ其責任ノ一部ヲ免ルルコトヲ得ス但各債務者ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做スハ全ク債権者ノ権利ニ属スルモ

ノシテ若シ債権者ニシテ之ヲ不利益ト思ハハ敢テ此假定ニ據ルコトヲ要セサルナリ故ニ債権者ハ同時ニ債務者全員ニ対シテ請求ヲ為スコトヲ得ヘシ況ヤ先ス甲ニ請求シ次ニ乙ニ請求シ又次ニ丙ニ請求スルカ如キハ固ヨリ債権者ノ自由ニ在ルモノトス是今日ノ法理ヨリ之ヲ観レハ殆ト言フヲ埃タサルカ如シト雖モ羅馬法ヲ主トシ未タ充分ニ發達セサル法律ニ在リテハ往往ニシテ1人ニ対シテ訴ヲ起ストキハ復他ノ債務者ニ対シテ請求ヲ為スコトヲ得サルモノトセリ故ニ本条ニ於テハ右様ノ主義ヲ取ラサルコトヲ明カニセリ」¹³。

起草者の、427条をいわば当然の原則と捉えるような態度は、当時の学説にも一般的に受け入れられていたようである。

例えば石坂音四郎は、債権債務の分割原則について、「数人カ可分給付ヲ物体トスル債権関係ノ主体タル場合ニ法律ニ別段ノ定メナク又ハ当事者カ別段ノ意思表示ヲ為サル場合ニハ債権関係ハ当然当事者間ニ分割セラルルモノトス（第427条）此原則ハ従来各国ノ立法ニ於テ一般ニ認めラルル所ナリ是レ事理ノ当然ニシテ当事者ノ通常ノ意思ニ合スト為スカ為メナリ債務者数人アル場合ニハ債権者ヨリ云ヘハ連帯債務成立ストナスヲ以テ利益トスヘシ蓋之ニ依テ債権ノ効力ヲ確保スコトヲ得ルカ故ナリ然レトモ別段ノ定メナキ場合ニハ寧債務者ノ負担ヲ軽減シ分割債務ヲ生スルモノトナスヲ以テ当ヲ得タルモノトナサルヘカラス」¹⁴と述べ、その原則性を承認している。岡松参太郎は、起草時において分割原則か連帯の推定かが争われたことに関する議論を引用しているが、そのどちらがよいのかといった積極的な態度は表明していない¹⁵。他にも、分割原則について紹介しつつも評価態度を示さない見解¹⁶や、もはや427条分割原則を特に取り上げていない見解¹⁷まで存在する。

2、分割原則批判の展開 — 我妻栄の見解

(1) 分割原則批判の登場

前述のように、427条分割原則に対しては、条文内容の解説をするのみでその当否について言及しない見解もあり、さらには、分割原則を妥当と考える見解すら存在していた。これに対して我妻栄は、427条分割原則を批判し修正する見解を展開した¹⁸。ここでは、この我妻の見解を詳しく紹介しよう。

我妻は、427条分割原則について、「多数当事者の債権関係を生ずる場合における原則的な態様とされる点において主要な意義を有するだけであって、特殊の制度としての独

立の意義は少ない。この態様においては、債権債務の関係は極めて明瞭である」と述べて、一定の評価をしている。法律関係の簡素化に427条分割原則が便宜であることを確認しており、これは従来の見解と同様であると言える。

しかし、これに続けて我妻は以下のように述べる。「然し、分割債権においては、1人の債権者が権利を行使しないときは他の債権者は債権全部の履行を求めることができず、また、債務者は各債権者に分割して給付する煩を免れえないから、債権者にとっても債務者にとっても不利益が少なくない。また、分割債務においては、1人の債務者が無資力なときにも、その者の負担する部分はこれを他の債務者から請求することができないので、債権者にとって甚だしく不利である。要するに、分割債権関係は多数当事者の債権関係における個人主義的思想の現われである。その長所も否定しえないであろうが、その適用範囲に慎重な制限を加えないで漫然と多数当事者の債権関係の原則とすることは不都合な結果を生ずることを免れえない」¹⁹。このように我妻は、427条分割原則について、その原則性に対する疑問を投げかけている。そして、427条分割原則が適用されることによって生じる分割債権債務関係について、「一個の可分給付について数人の債権者または債務者が関与するときは、分割債権関係を生ずるのが原則である（427条）。かような原則は、ローマ法以来の伝統として、フランス民法²⁰、ドイツ民法²¹にも明言されている。然し、この原則を無制限に認めるときは、・ ・ ・ 当該債権関係を生ずる制度の趣旨に反し、また当事者の意思にも適さないことが少なくない。解釈論としても、適当な制限を加えることが必要である」²²として、427条分割原則の適用範囲に制限を加える必要性を指摘する。

(2) 分割原則批判の内容

このように427条分割原則批判の口火を切った我妻は、さらに、分割原則を貫徹すると妥当な結論が得られない場面を、当時現れていた種々の裁判例を分類し、さらに私見をも交えて枠組みを作っている。本稿においては債務関係を中心に検討を進めているが、我妻は、債権関係・債務関係共に具体的に言及しており、427条分割原則に対する初めてなされ、かつ、現在でも通用する本格的な批判であるため、我妻の見解を債権関係も含めて一般的に紹介する。

i) 427条分割原則と分割債権

まず、427条分割原則の債権関係における批判と修正について、我妻の見解を見ていく。

我妻は、「1個の可分給付について数人の債権者が関与する事例はそれほど多くはない」²³と指摘した上で、問題となる場合をa.民法上の組合が金銭債権を取得する場合及び遺産に含まれる金銭債権が共同相続される場合、b.数人の者の共同の行為ないし出捐が不可分に結合して相手方に利益を与え、その費用ないし利得の償還を請求する権利を取得する場合、c.数人の者が共同してする契約によって債権を取得する場合の3つに分けて分析している。

a. 民法上の組合が金銭債権を取得する場合及び遺産に含まれる金銭債権が共同相続される場合

「これらは債権の合有的帰属を生ずるものとみるべきだから、分割債権とはならない²⁴。もっとも、判例は、組合債権については、近時になって、大体においてこの理論を認めているが、相続財産については、まだこれを認めていない。すなわち、遺産の中の預金債権や貸金債権は、相続分に依じて分割された額で、各共同相続人に帰属する一従って、その額に限り、自由に譲渡または弁済を受けることができる」という²⁵」²⁶と言及している。

b. 数人の者の共同の行為ないし出捐が不可分に結合して相手方に利益を与え、その費用ないし利得の償還を請求する権利を取得する場合

まず、「共有物を収用された場合の対価²⁷、共有物を第三者に毀損された場合の損害賠償請求権などのように、特別の結合関係のない多数の者につき、しかも直接それらの者の意思に基づかないで法律の規定によって生ずる債権は、分割債権となる、と解しても、一般に不都合はないであろう」とした上で、「然し、これら多数の者の共同の行為ないし出捐が不可分に結合して相手方に利益を与え、その費用ないし利得の償還を請求する権利を取得する場合²⁸の債権は、やはり不可分債権として成立する、というべきものと思う」²⁹と言及している。

c. 数人の者が共同してする契約によって債権を取得する場合

我妻は、この数人の者が共同してする契約によって債権を取得する場合が、債権関係における427条分割原則がもっとも問題となるものと考えている。

そして、①「共有物を売却する場合などは、売却するには、全共有者の同意を要するのだから(251条)、代金債権が共有部分に応じて分割債権となるのではなく、売買当事者に代金を一括して請求し、一括して弁済する特約が存在

すると認めるべき場合が多いのではないかと考えられる」と述べたり、②「数人が共同して貸し付けた金銭の返還請求権なども、その数人の中で平等に分割された債権となるとするのが判例³⁰だが、甚だしく疑問である。もっとも、数人の銀行が共同して企業者に一定額の設備資金を融通するいわゆる協調融資などにあつては、多くの場合、一ほぼ同一の条件で一定の総額を分割して(同順位の抵当権を設定する例も少なくない)融資するという点に協定があるだけで—それぞれの銀行の分担額について別個の貸借契約が締結されるのだから、法律的には、全く別個の債権が成立するのであって、多数当事者の債権ではない。然し、数人の者が、所有する金銭を出し合つて一定額として、それについて共同して1個の貸借契約を締結する場合には、むしろ不可分債権が成立するとみるのが契約当事者の意思に適するであろうと思われる」などと言及して、不可分債権の活用による427条分割原則の制限を主張している³¹。

ii) 427条分割原則と分割債務

我妻は債権関係の場合とは逆に、「1個の可分給付について数人の債務者が関与する事例はすこぶる多い」³²ことを指摘した上で、問題となる場合を、a.民法上の組合が金銭債務を負担する場合及び遺産の中の借財その他の金銭債務が共同相続される場合、b.当事者の直接の意思に基づかず数人の者が共同債務を負担する場合、c.数人の者が共同してする契約によって債務を負担する場合に大きく3つに分けて分析する。

a. 民法上の組合が金銭債務を負担する場合及び遺産の中の借財その他の金銭債務が共同相続される場合

このような場合は「債務の合有的帰属³³とみるべきだから、分割債務とはならない。もっとも、判例は、ここでも、組合の債務については大体においてこの理論を認めているが、相続債務については、まだこれを認めていない。すなわち、被相続人の金銭債務は、共同相続人によって、相続分に依じた分割原則として承認されるという前提で、被相続人の負担していた連帯債務についても、分割額について他の債務者とともに連帯債務者となるという³⁴。然し、これを合有的債務とみるときは、債権者は、全共同相続人を相手にして、分割前の遺産から全額の請求をすることができるのと同時に、各共同相続人に対しては、その相続分に応じた分割額について固有財産から請求することができる、というべきことになる」³⁵と言及している。

b. 当事者の直接の意思に基づかずに数人の者が共同債務を負担する場合

「著しい例は、共同不法行為であるが、それについては連帯債務となる旨の規定がある（719条）。他人の事務管理によって数人の者が利益をえて費用償還債務を負担する場合（702条）にも、その事務管理が、例えば共有物の修理や、共同経営事務の管理のように、数人の者に共同不可分の利益を与えるものである場合には、その利益の償還を目的とする債務も不可分債務となる、というべきであろう。同様に、数人の者が共同して他人の財産または労務によって不当利得をした場合にも、その利得が数人の者に共同不可分に帰属するときには、利得の返還義務は不可分債務となるというべきものとする。ただし、数人が不可分的にえた利益の償還は同じく不可分とすることが制度の趣旨に適するからである」³⁶と言及している。

これについては、契約によって複数人が共同債務を負担する場合も含めて、「不可分の対価は不可分」という形で命題化され、現在でも維持されている³⁷。

c. 数人の者が共同してする契約によって債務を負担する場合

我妻は、債権関係における場合と同様に、この数人の者が共同してする契約によって債務を負担する場合が、債務関係における427条分割原則がもっとも問題となるものと考えている。それは比較法からも根拠づけられており、ドイツ民法427条³⁸をはじめとして、数人が共同して1つの物を借用したときについて連帯して責任を負うことを推定する旨を定めたスイス債務法308条、フランス民法1887条³⁹をあげる一方で、我が国には商法511条1項⁴⁰に「一般的な規定がある他には、分割債務となることを制限する規定がない（数人が保証人となる場合についての456条は分割債務の原則を更に徹底させている）。債権者にとって極めて不利であるばかりでなく、当事者の普通の意味にも適さない場合が多い。各場合について合理的な判断を必要とする」⁴¹として、さらに個別的な検討を加える。

第1に、「外観上数人の契約当事者があるように見える場合でも、実際には、1人が契約の当事者となり、他の者は事実上その契約上の利益を受ける地位を有するに過ぎない場合」については、「多数当事者の債権関係とはならない。契約の当事者だけが全部の債務を負担する」として、そもそも分割原則の適用範囲なのかどうかという問題ではないとしている⁴²。

第2に、前述のb. 当事者の直接の意思に基づかずに数

人の者が共同債務を負担する場合との関係で、「数人の者の負担する債務が、各債務者が共同不可分に受ける利益の対価たる意義を有する場合には、原則として不可分債務になると解すべきである。ただし、前段に述べたように、数人が不可分的にえた利益の償還は不可分的な債務となすべきだとすると、かような利益の対価が契約によって定められる場合にも、当事者の意思はこれを不可分債務とするものと解するのが適当だからである」⁴³と述べている。ここでも「不可分の対価は不可分」という命題を主張している。我妻は、「判例もこの理を認め、通説も大体において支持する。すなわち、共有山林の監守料支払債務⁴⁴、共同して家屋を賃借した者の賃料支払債務及び明渡遅延による賃料相当額の賠償義務⁴⁵などについて、不可分債務の成立を認める」として、不可分債務理論による427条分割原則の修正を提案している⁴⁶。

そして第3に、「共同して借財をする場合、物を購入する場合」については、第2章第1節第1款にて紹介した明治8年4月太政官布告第63号をあげて、原則として連帯債務となるものとされたことを指摘するが⁴⁷、「民法によるときは、原則として分割債務となるものとされる」⁴⁸、「売買代金についても同様である」⁴⁹のが現行法の下での取り扱いであるが、「然し、債務者となる全員の資力が総合的に考慮されたとみるべき特殊の事情があるときは—不可分債務という特殊の関係よりも、むしろ契約全体について共同責任を負うべき—連帯債務とする特約があると認めるべきである」⁵⁰と言及している。我妻が、共同での借財や売買というごく一般的な場面について、「債務者となる全員の資力が総合的に考慮されたとみるべき特殊の事情があるとき」は「連帯債務とする特約があると認めるべきである」としているのは、427条分割原則の適用範囲とその裏側にあたる連帯債務の成立範囲について検討する上で、大変重要な指摘であろう。

（3）連帯債務の成立範囲について

我妻は、債権関係・債務関係の両面に渡って以上のような427条分割原則の批判を展開した上で、その427条分割原則の裏側たる連帯債務の成立については、その成立原因は意思表示と法律によるという前提のもと、特に意思表示による連帯債務の成立⁵¹について以下のように述べる。

「多数当事者の債務関係について個人主義的思想を貫こうとする立法例においては、連帯の意思表示は明示になされるべきであって、推定すべきものではないと定める（フランス民法1202条、旧民財担52条3項（同旨））。然し、民

法はかような規定を設けていないから、黙示になしうるのはもちろんであるだけでなく、当事者がすべての債務者の資力を総合的に考慮したとみるべき特別の事情があるときは、むしろ連帯の推定をなすべきこと、前述の通りである⁵²。ここでいう「前述の通り」とは、先述した「然し、債務者となる全員の資力が総合的に考慮されたとみるべき特殊の事情があるときは—不可分債務という特殊の関係よりも、むしろ契約全体について共同責任を負うべき—連帯債務とする特約があると認めるべきである」とした部分のことを指している。

ここで立ち止まって考えたい。

我が国の民法は連帯不推定原則を採用せず、427条で分割原則を定め、この適用を排除したいのならば、別段の意思表示をすることを要求している。我妻はこの規定ぶりから、連帯の推定が禁止されてはいない以上、共同で契約をした場面について、黙示の意思表示あるいは黙示の連帯特約が債権者と債務者の間に存在したことを認定するだけでなく、当事者がすべての債務者の資力を総合的に考慮したとみるべき特別の事情があるときは、むしろ連帯の推定をなすべきであることを主張している。ここで重要なのは、我妻が明確に「黙示の連帯特約を認定すること」と、特別の事情があるときに「連帯の推定をすること」を分けて考えていることである。このように我妻の見解を捉えると、「前述の通り」として指摘した「然し、債務者となる全員の資力が総合的に考慮されたとみるべき特殊の事情があるときは—不可分債務という特殊の関係よりも、むしろ契約全体について共同責任を負うべき—連帯債務とする特約があると認めるべきである」は、ミスリーディングではないだろうか。なぜならば、「債務者となる全員の資力が総合的に考慮されたとみるべき特殊の事情」というのは、「連帯を推定すること」の前提に要求しているものであり、「連帯債務とする特約」があること的前提に要求しているものではないからである。「特約」はあくまでも債権者・債務者間の意思の合致によって締結されるものであり、その意思の表示が明示によるだけでなく黙示による場合をも許容されるとしても、その「特約」の認定にあたっては、あくまでも当事者の「意思」を介在させて判断されなければならない。しかし我妻は、連帯の推定をなすべき場合として「当事者がすべての債務者の資力を総合的に考慮したとみるべき特別の事情があるとき」をあげている。この「当事者がすべての債務者の資力を総合的に考慮したとみるべき特別の事情があるとき」には当事者の「意思」を介在させて連帯特約を認定しようという要素は無く、むしろ、

複数人が債務を負う際の取引関係や生活関係など、その実体関係から連帯を推定しようという姿勢が見てとれる。

つまり我妻は、複数人が共同で契約により債務を負う場合に、その複数債務者間で連帯債務を発生させる方法として、当事者意思を介在させて「黙示の連帯特約を認定する」可能性と、当事者の実体関係から「より積極的に連帯債務を認定する」可能性の2つを想定していたと言えるだろう。427条分割原則の適用範囲と、その裏側にあたる連帯債務の成立範囲について検討する本稿の問題意識からは、意思を介在させずに実体関係から連帯債務が認定される可能性があるという我妻の見解は、連帯債務の成立範囲の拡大（逆にいえば427条分割原則の適用範囲の縮小）を志向するものであり、大変注目されるべきものである。

Ⅱ. 分割原則批判の一般化と変容

1. 我妻説の一般化

それでは、我妻以降、427条分割原則は学説上どのように捉えられるようになったのであろうか。

当初、我妻による427条分割原則批判に対しては、このような視角・評価態度に依然として言及しない学説があったようであるが、その後は、①債権者に不利であって、債権の効力ないし実効性が弱められること、②当事者の意思ないし取引の実状に合わないこと、③個人主義的にすぎることを掲げ、学説において一般的に427条分割原則批判が受け入れられた⁵⁴。ただし、我妻による427条分割原則批判が受け入れられたのは、その原則性に対して疑問を投げかける姿勢と、その批判枠組みが判例を中心として具体的に問題となる場面ごとに展開していたからである（個別具体的な場面については、論者ごとに様々な修正を受けていることは言うまでもない）。

我妻の427条分割原則批判に対する態度については、その根拠に対する評価が椿寿夫によって示されている。すなわち、「①債権者に不利であって、債権の効力ないし実効性が弱められること」については、「分割主義は、たしかに個人主義的な思考方法とよりよくマッチしよう。しかし、意味内容が多義的でしかも思想史的概念を、具体的な取引法に関する解釈論の根拠として、そう簡単に使えるものか少なからず疑問である。むしろ、この批判は、いわゆる合手（Gesamthand）という団体法的概念を導入してくるための伏線であり、合手が問題とならない諸場合においては、さほど強力な理由になりえないのではあるまいか⁵⁵と述べ、必ずしも427条分割原則に対する批判としては妥

当でない」と評価されている。次に、「②当事者の意思ないし取引の実状に合わないこと」については、「実際取引・当事者意思という理由は、ほかで用いられるときと同様、何とも評しようがない。ただ、ここでは、債権の効力強化と比較法とが背景に存することは確実だと思われる。債権強効目的という点は次述するが、比較法について1つ注意しておこう。分割主義を批判する学者のほとんどは、非分割的責任を認めるべき有力な比較法上の根拠として」、フランス民法1887条とスイス債務法308条を掲げるが、「これは理解しがたい。なぜならば、これらの2つの条文は、『使用貸借』における共同借主の連帯責任を定めたものであって、学者のいうような共同賃借人の責任を定めたものではないからである。また、その点を措くとしても、いわゆる双務=有償契約にもとづく債権関係を基本かつ代表とする近代取引法では、この種の条文が分割主義に対する『重要な』例外になるとは決して考えられないからである』⁵⁶として、比較法については前述したものであるが、実際取引・当事者意思という理由は評価のしようがないと言及されている。そして、「③個人主義的にすぎること」については、「いわゆる債権の強効は、たしかに分割主義では果たせない。しかし、このモメントは、分割債務に主として妥当するのであって、分割債権までも含めた一般的な形で立言することには問題がある。第1に、債権強効という目的・評価態度が説得力をもちうるのは、多数当事者の債権関係を人的担保制度として考える場合においてであり、しかも通例、人的担保なる概念は債務者複数の場合に問題となるものである。第2に、債権者複数の場面において分割主義が不都合とされるのは、債権の効力を弱めることだけが理由でなく、債務者の不利益もある。第3に、分割債権が債権者に不利益だからとして全額債権（不可分債権ないし連帯債権）に移っても、別の欠陥が現れてきて、その点で債権者はやはり不利を免れない」⁵⁷と述べて、少なくとも債権関係については427条分割原則の批判はあたらないと評価している。

そして椿は以上を総合して、「現時の有力説が分割主義の欠陥として掲げる諸理由は、個別的に検討すると曖昧な点も少なくない。とりわけ、根拠を包括的抽象化しようとする傾向があるために、かえって説得力を弱める結果となっている。とはいえ、こと債務者複数の場合に関するかぎりでは、債権担保目的という根拠が分割主義批判の強力な支えとなっており、取引債務の分割原則を修正することに対する決定的反論は、容易には成り立ちえまいと私（椿）は考える。なお、分割債権の是非について、実際の

に考えてみると、合有債権を認める見解のもとでは、共有物に関して生じた債権が分割債権の典型的事例となり、しかもこの場合は分割とみることが是認されるので、この点からも、分割主義の当否は、主として債務者複数の場合を念頭に置いて考えたらよいこととなる」⁵⁸と述べており、債務関係における427条分割原則批判に対しては「決定的反論は、容易には成り立ちえまい」として評価をしている。

2、近時における分割原則批判の受容と変容

それでは、近時における427条分割原則批判に対する学説の態度はどのようなものであろうか。これについては、特に、前述した「複数人が共同で契約により債務を負う場合に、その複数債務者間で連帯債務を発生させる方法」に対する態度が論者によって大きく異なる。本稿は427条分割原則の適用範囲と、その裏側にあたる連帯債務の成立範囲に問題意識をもって検討を進めているので、我妻が連帯債務の成立範囲の拡大を志向した「複数人が共同で契約により債務を負う場合」の取扱いを基準に以下整理して述べることにする。

(1) 我妻説の枠組を継承している見解

まず、我妻が判例と私見を交えて具体的に問題となる場面ごとに展開した427条分割原則批判の枠組をそのまま継承していると思われる見解をとるものとして、奥田昌道⁵⁹、淡路剛久⁶⁰、平野裕之⁶¹らがあげられる。また、分割・連帯を含めた多数当事者の債権債務関係が全体として人的担保としての機能を有している点を強調しているものも、基本的には我妻の枠組を継承しているといえ、これには星野英一の見解⁶²があげられる。もちろん、これらの論者は我妻による427条分割原則批判の個別具体的な修正提案について、すべて賛成しているわけではない。例えば平野は複数人が共同で契約により債務を負う場合について以下のように述べている。すなわち、「分割主義の不合理さを回避するために、『全員の資力が総合的に考慮されたとみるべき場合、連帯債務を負担するとの特約を認むべし』という提案がされている。ドイツ民法では、連帯の法律上の推定がされているが、事実上の推定によりそれと同様の結論を認めようとするものといってよい」。「しかし、事実上の推定としては、『全員の資力の総合考慮』という基準では、いかなる場合に認められるのか、債権者は何を証明すればよいのかまったく明瞭ではないという批判がされている。黙示の意思表示という擬制によらずに、信義則上の連帯債務を認めるといった直截の解決が目指されるべ

きであろう」と述べている⁶³。

また、我妻による427条分割原則批判の枠組において問題とされている各場合を、より関連性の高い部分へ再配置しているものとして、近江幸治や内田貴が代表的論者としてあげられる⁶⁴。427条分割原則批判は、債権関係・債務関係の両方について総合的に展開されているため、それらを分解してより関連性の高い部分へ再配置するという態度は当然のものであり、これも、我妻による枠組をそのまま継承しているものと評価することができるだろう。

(2) 我妻説の枠組を継承しているとしながらそれを変容させる見解

しかし、問題なのは、427条分割原則批判の枠組そのものは我妻によるものを継承しているにもかかわらず、我妻が連帯債務の成立範囲の拡大を志向した「複数人が共同で契約により債務を負う場合」について、我妻とは異なる見解を示しながら、それについて何らの断りもしていない見解である。これには、平井宜雄、中田裕康、潮見佳男らがあげられる。以下、具体的に見ていこう。

平井宜雄は、複数人が債務を負う場合に、特約がない限りは分割原則を貫徹するという見解に対して、「有力学説（著者注：我妻の見解のこと）は、そのような解釈が連帯債務の担保としての効力を弱めることを理由に、複数の債務者の資力が総合的に考慮されて債務が発生したと解すべき場合には、黙示の連帯の特約ありと認めるべきことを主張している」⁶⁵と説いている。我妻は、複数人が共同で契約により債務を負う場合に、その複数債務者間で連帯債務を発生させる方法として、当事者意思を介在させて「黙示の連帯特約を認定する」可能性と、当事者の実体関係から「より積極的に連帯債務を認定する」可能性の2つを想定していたことは前述したとおりである。そして、その当事者の実体関係から「より積極的に連帯債務を認定する」場合の基準としてあげられていたのが「当事者がすべての債務者の資力を総合的に考慮したとみるべき特別の事情があるとき」であった。それに対して平井による我妻の見解の紹介では、「複数の債務者の資力が総合的に考慮されて債務が発生したと解すべき場合には、黙示の連帯の特約ありと認めるべきことを主張」とされ、複数債務者の資力の考慮が「黙示の連帯特約を認定する」可能性と結び付けられている。「黙示の連帯特約を認定する」可能性は、当事者の意思を介在させる点に特徴があったこともまた、前述の通りである。したがって、複数債務者の資力の考慮と「黙示の連帯特約を認定する」可能性を結び付けて我妻の見解

を理解する平井の立場は誤りであると言わざるをえない。

中田裕康は、「判例は、分割債務が原則であることを重視し、特約の存在が疑わしいときは、連帯の推定をすべきではないという。これを支持する学説もあるが、債務者全員の資力が総合的に考慮されたとみるべき特殊の事情があるときは、連帯債務とする特約が黙示的になされたと認めるべきであるという見解（著者注：我妻の見解のこと）を支持するものが多い」⁶⁶と説いている。これについても平井と同様、複数債務者の資力の考慮と「黙示の連帯特約を認定する」可能性を結び付けて我妻の見解を理解しており、誤りである。

潮見佳男は、「数人が共同で物を購入したり金銭を借用したりする場合において、債務者となる者全員の資力が考慮されたと見るべき特段の事情があるときは、連帯債務とする黙示の特約の存在を認めるべきである」⁶⁷としている。これについても平井・中田と同様に誤りと言わざるをえないが、さらに潮見は判例上「債務者となる者全員の資力が考慮されたと見るべき特段の事情がある」として「連帯債務とする黙示の特約の存在」を認めた事例として、最判昭和39年9月22日判時385号50頁をあげている。

【最判昭和39年9月22日判時385号50頁】

A食品工業株式会社の販売係員Y₁と、A会社の専務取締役Y₂が、ともにA会社の運転資金を調達するために奔走していたが、A会社名義をもって融資を受けることができなかった。そこで両名はXに対して、Y₁Y₂の2人で責任をもって支払うことを確約した上で、A会社の運転資金とするためXから100万円を借り受け、Y₁Y₂両名が連署した借用書を差し入れた事例である。

第1審、原審とも、Y₁とY₂は連帯債務者の関係に立つと認定し、両名が上告した。

最高裁は、「原判決の引用する第1審判決は、挙示の証拠に基づいて認定した諸事情から、Y₁とY₂が共同で債務を負担した際、Xとの間に連帯とする暗黙の特約があつたことを認めている趣旨と解せられ、該事実上の判断は当裁判所も正当として是認しうる」と判示した。

本判決は、その事実関係から、Xに対して、Y₁Y₂の2人で責任をもって支払うことを確約した上で差し入れられた「Y₁Y₂両名が連署した借用書」をどのように解釈するのが問題となったものである。そして本判決は、当該諸事情から、その借用書が「連帯とする暗黙の特約」と解釈できることを判示したものである。したがって、諸事情か

ら当事者たるY1Y2がこの借用書を差し入れた際の「意思」をどのように捉えるのが問題となったものといえ、これを「債務者となる者全員の資力が考慮されたと見るべき特段の事情がある」として「連帯債務とする黙示の特約の存在」を認めた事例としてあげるのは誤りである（少なくとも判決上からは資力が考慮されたとみるべき特段の事情について認定されたことは読みとれない）⁶⁸。

結論

ここまで検討してきたところを踏まえると、我妻による427条分割原則批判は学説上広く受け入れられたものの、我妻が連帯債務の成立範囲の拡大を志向した「複数人が共同で契約により債務を負う場合」について、我妻とは異なる見解を示しながら、それについて何らの断りもしていない見解が散見される状況にあると言い得る。

筆者としては、確かに、分割原則批判は我妻によって展開され一般化したものであるが、必ずしもそれに拘束されるものではないことは承知している。もちろん、複数人が共同で契約により債務を負う場合について、我妻とは異なり、債務者全員の資力が総合的に考慮されたとみるべき特殊の事情があるときは連帯債務とする特約が黙示的になされたと認めるべきと考えることそのものが誤りであるのかどうかについては、俄かには判断できない難しい問題であろう⁶⁹。

だがしかし、そもそも427条分割原則批判を初めて展開したのは我妻であり、債務者全員の資力の総合的考慮という視点を持ち出したのも我妻である。そうである以上、我妻が、①複数人が共同で契約により債務を負う場合に、その複数債務者間で連帯債務を発生させる方法として、当事者意思を介在させて「黙示の連帯特約を認定する」可能性と、当事者の実体関係から「より積極的に連帯債務を認定する」可能性の2つを想定していたこと、②当事者の実体関係から「より積極的に連帯債務を認定する」可能性の判断基準としてあげた「当事者がすべての債務者の資力を総合的に考慮したとみるべき特別の事情があるとき」については、より慎重に取り扱われるべきではないだろうか。

この点を指摘して、今回の民法改正後の議論傾向については別稿に譲って、締めくくりとする。

注

- 1 椿寿夫「分割債権関係・不可分債権関係の解釈論」同『椿寿夫著作集1 多数当事者の債権関係』（信山社、2006年）343頁〔初出は西村信雄編『注釈民法（11）債権（2）』（有斐閣、1965年）1頁〕。
- 2 427条が規定する内容については、「分割主義」や「分担主義」（後述する現行民法起草過程やその施行直後などでは一般的に用いられた用語）といった用語が与えられることもある。ただ、本稿は、427条の「原則性」に疑問を投げかけるという問題意識のもとで以下検討を進めるため、その意図がはっきりするように「分割原則」という用語を用いることとする。
- 3 我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964年）404頁。
- 4 拙稿「複数当事者への債権債務帰属関係の基本構造－民法（債権関係）改正作業の問題視角とその評価のための準備作業－」早稲田大学大学院法学研究科法研論集149号（2014年）153頁以下。
- 5 拙稿「427条分割原則の展開と連帯関係の認定（1）」早稲田大学大学院法学研究科法研論集155号（2015年）179頁以下。
- 6 平野裕之『プラクティスシリーズ債権総論』（信山社、2005年）375-376頁。
- 7 我妻・前掲注（3）・376-377頁では、「分割債権においては、1人の債権者が権利を行使しないときは他の債権者は債権全部の履行を要求することができないことを債権関係における427条分割原則の問題点としてあげている。しかし、1人の債権者による給付全額の独占という事態を避けるためには、この程度の手間は甘受すべきではないだろうか。
- 8 原案448条
数人カ契約ニ依リ共同シテ債務ヲ負担シタル場合ニ於テハ各債務者ハ連帯シテ其履行ノ責ニ任ズ但反対ノ定アルトキハ此限りニ在ラス
- 9 起草過程については、427条については前田達明監修『史料債権総則』（成文堂、2010年）162頁以下、原案448条については同263頁以下を参照して紹介する。本来ならば法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録三』（商事法務研究会、1984年）から引用すべきところではあるが、起草時になされた審議の経過を追う際に現代語訳する必要があり、そのため

に結局前田・前掲書を参照しなければならないこと、さらに、参照条文・参照判例等、現在では原文にあたることのできない資料をも前田・前掲書は網羅しているため、速記録よりも便宜であることなどがその理由である（民法修正案理由についてもこれによることとする）。前掲注（8）も同様である。

詳細な紹介は、拙稿・前掲注（5）を参照されたい。

10 起草過程以降の富井による427条分割原則に対する評価について直接記された文献は見あたらないが、当時の富井自身による講義などから、起草理由と同様の意見であったことが指摘されている。

11 連印借に関する明治8年4月太政官布告第63号のことである。藤原明久「明治前半期における連帯債務法—フランス民法継受の諸相—」神戸46巻3号469頁以下、大河純夫「明治前期連帯債務法の構造分析によせて」立命271・272上巻115頁以下の他、前田・前掲注（9）265頁に紹介がある。

明治8年4月太政官布告第63号

金銀其他借用証書中借主数名連印ニテ各自分借ノ員数ヲ記載セサル分ハ右連印中失踪又ハ死亡シテ相続人ナキ者等有之トモ其借用シタル金銀其他ノ総額ヲ其連印中現在ノ者ハ償却可申付候条此旨布告候事

但右証書中分借ノ員数無之トモ別ニ分借ノ明証アルハ此限ニアラス

12 梅謙次郎『民法要義卷之三（債権編）〔復刻版〕』（有斐閣、1984年）91-92頁。

13 梅・前掲注（12）107-108頁。

14 石坂音四郎『日本民法債権総論中巻』（有斐閣、1924年）764-765頁。ただ、この石坂の見解に対して、椿・前掲注（1）350頁が批判されてしかるべきな分割原則に賛同する石坂の態度を批判的に取り上げている。筆者としては、椿による石坂批判は誤りであると考え。なぜならば、石坂自身はこの直後に、民法起草時にも議論されたドイツ法上の連帯推定規定について言及し、自らの見解を相対化しているからである。すなわち、「独逸民法ハ連帯債務ヲ認ムル範圍ヲ広クシテニ第427条ニ於テ数人カ契約ニ依リ共同シテ可分給付ヲ負担セル場合ニ疑アルトキハ連帯債務ヲ負担スヘキモノトナス是レ数人カ契約ニ依リ共同シテ債務ヲ負担スル場合ニハ連帯ト為スヲ以テ当事者ノ意思ニ合シ又實際ノ取引殊ニ商事上ノ取引ニ適スト為セルカ為ナリ」（石坂・前掲765頁）。

15 岡松は、分割原則のことを「分担主義」、連帯の推定

のことを「全担主義」と呼称して紹介している（岡松参太郎『註釈民法理由下巻 債権編〔復刻版〕』（信山社、1991年）122-123頁を参照）。

16 鳩山秀夫『増訂改版 日本債権法（総論）』（岩波書店、1925年）229頁。

17 川名兼四郎『債権総論』（金刺芳流堂、1904年）206頁以下。

18 427条分割原則批判が我妻から始まったとするのは、椿・前掲注（1）350頁以下である。我妻に先行して勝本正晃が複数人で債務を負う場合は連帯する意思であるのが当然とする当事者意思を根拠に、分割原則の立法としての妥当性を疑問視してはいるが、勝本の主張はこれにとどまり（勝本正晃『債権総論中巻之一』〔巖松堂書店、1934年〕4頁以下）、やはり全般的・総合的な427条分割原則批判を展開したのは我妻が最初であるという理解で間違いのないだろう。

19 我妻・前掲注（3）376頁以下。

20 本稿は、我妻説の整理を目的とするため、2016年に改正されたフランス法ではなく、我妻が参照した旧法を引用する。

フランス民法は分割原則ではなく連帯不推定原則を規定している（1202条）。ここで注意したいのは、我妻はフランス民法1202条が分割原則を規定していると主張しているのではなく、「相続（1220条）と組合（1862条・1863条）について分割債権関係となることを定めているが、一般的原則と解されている」（我妻・前掲注〔3〕387頁）として、他の条文から債権債務の分割原則が明らかであるとしていることである。

フランス民法1220条（可分債務の効果）

分割に親しむ債務も、債権者と債務者との間では、それが不可分であるかのように履行されなければならない。可分性は、それらの者の相続人に対してでなければ適用されない。相続人は、債権者又は債務者を代表する者として取得する部分、又は義務を負う部分についてでなければ、負債を請求することができず、又はそれを弁済する義務を負わない。

旧フランス民法1862条

商事会社以外ノ会社ニ於テハ、社員ハ会社ノ債務ニ付連帯シテ責ニ任ズルコトナシ。社員ノ1人ハ他ノ社員ヨリ権限ヲ与ヘラレザル限り他ノ社員ニ義務ヲ負担セシムルコトヲ得ズ。

Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes

sociales, et l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir.

旧フランス民法1863条

社員ハ契約ノ相手方タル債権者ニ対シ平等ナル金額及部分ニ付義務ヲ負フ。社員ノ会社ニ対スル持分ノ小ナルトキト雖モ亦同ジ。但シ証書ニ於テ小ナル持分ヲ有スル社員ノ義務ヲ特ニ制限シタル場合は此ノ限りニ在ラズ。

Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égales, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part.

我妻があげたフランス民法1862条・1863条は改正されているので、古い条文については神戸大学外国法研究会編『現代外国法典叢書 仏蘭西民法(IV) [復刊版]』(有斐閣、1956年) 226頁からあえてカタカナ混じりのものを原文とともにあげた。sociétéにどのような訳語を与えるのかは難しいが、現在よく用いられる「会社」よりも、ここでは「組合」とした方が意味内容が正確になると思われる(これについては、山口俊夫『フランス法辞典』[東京大学出版会、2002年] 558頁以下、中村紘一=新倉修=今関源成監訳『フランス法律用語辞典 [第2版]』[三省堂、2004年] 290頁以下の他、フランス判例研究会「フランス私法人基本法の成立-民法典第三編第九章の大改正について」判タ427号46頁以下 [奥島孝康] を参照されたい)。

- 21 ドイツ民法の日本語訳は椿寿夫=右近健男『ドイツ債権法総論』(日本評論社、1988年)があり、これによる。

ドイツ民法420条(可分給付)

数人が可分給付を負担し、又は数人が可分給付を請求できる場合において、疑わしいときは、各債務者は、平等の割合でのみ義務を負い、各債権者は、平等の割合でのみ権利を有する。

- 22 我妻・前掲注(3) 387頁。
 23 我妻・前掲注(3) 387頁。
 24 我妻・前掲注(3) 382頁の他、上谷均「債権債務の合有的帰属という構成の有用性はどのように考えるべきか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第2巻 債権総論(2)』(日本評論社、1991年) 217頁以下も参照。

- 25 相続財産中の保険金請求権は、数人の遺産相続人に当然平等の割合で分割されるとするもの(大判大正9年12月22日民録26輯2062頁)、連帯債務者は各共同相続人に対し分割額の連帯債務を負うとした判例(大判昭和14年3月24日新聞4409号16頁)。

- 26 我妻・前掲注(3) 387頁。

- 27 共有者の一部の者が対価全部を受領したときは、他の者の債権を自分で行使したことになり、返還義務を負うとした判例がある(大連判大正3年3月10日民録20輯147頁)。

- 28 これについて我妻は、例えば共同してする他人の事務の管理による費用償還請求権を想定している(我妻・前掲注(3) 388頁)。

- 29 我妻・前掲注(3) 388頁。

- 30 大判大正7年6月21日新聞1444号24頁。

- 31 我妻・前掲注(3) 388頁。

- 32 我妻・前掲注(3) 389頁。

- 33 我妻・前掲注(3) 382頁。

- 34 大決昭和5年12月4日民集9巻1118頁、大判昭和16年5月6日新聞4706号25頁、最判昭和34年6月19日民集13巻6号757頁(後二者の判例は、連帯債務者の1人につき共同相続が開始した場合は、共同相続人各自が連帯債務者の1人となり、相続人間に固有の連帯関係を生じるわけではなく、とりわけ、連帯債務の目的が可分給付であるときは、相続人各自が相続分に応じた分割給付を目的とした連帯債務者の1人となると判断されたものである)。昭和34年判決については、平林美紀「判批」松本恒雄=潮見佳男編『判例プラクティス民法Ⅱ 債権』(信山社、2010年) 130頁も参照。

- 35 我妻・前掲注(3) 389頁。

- 36 我妻・前掲注(3) 389-390頁。

- 37 これについては、最判平成17年9月8日金法1760号80頁についての評釈において、「本判決は、不可分的利益の対価を性質上の不可分債務とする理論の再検討を迫っているように思われる」と評価されている(福田誠治「判批」セレクト2005年26頁)。本判決については、平林美紀「賃料債権の可分性と賃料債務の不可分性(1・未完)」南山31巻1・2号373頁以下の他、関連するテーマ全体を扱ったものとして、岡部喜代子「可分債権は遺産手続上いかに取り扱われるべきか」浅野裕司古稀祝賀『市民法と企業法の現在と展望』(八千代出版、2005年) 29頁以下もあわせて参照されたい。

- 38 日本民法の条文番号と混同しないように注意されたい
(日本民法427条が分割原則、ドイツ民法427条が契約による連帯の推定を定めており、内容的にも正反対であることにも注意)。本条が存在するため、前掲注(21)で紹介したドイツ民法420条が空文化している。ドイツ民法427条(契約による共同的義務)
数人が可分給付を共同して行うべき義務を契約によって負担する場合において、疑わしいときは、その数人は、連帯債務者として責めを負う。
- 39 フランス民法1887条(共同借主の連帯責任)
数人が共同で同一の物を借り受けた場合には、それらの者は、貸主に対して連帯して責任を負う。
- 40 商法511条
1項 数人の者がその1人又は全員のために商行為となる行為によって債務を負担したときは、その債務は、各自が連帯して負担する。
2項 保証人がある場合において、債務が主たる債務者の商行為によって生じたものであるとき、又は保証が商行為であるときは、主たる債務者及び保証人が各別の行為によって債務を負担したときであっても、その債務は、各自が連帯して負担する。
- 41 我妻・前掲注(3) 390頁。
- 42 この外観上数人の契約当事者があるようにみえる場合でも、実際には、1人が契約の当事者となり、他の者は事実上その契約上の利益を受ける地位を有するに過ぎない場合の代表例として、「学生を伴ってレストランに入った紳士の注文はその例であるが、親子夫婦以外の親族(兄弟など)や友人同士が共同生活を営む場合にも、その中の1人を対外代表者-単なる代理人ではなく、自分の名で契約する権限を授与された者-とする例が稀ではない」(我妻・前掲注(3) 390頁)があげられている。
- 43 我妻・前掲注(3) 390-391頁。
- 44 各共有者は目的物のどの部分についても監守の利益を受けることから、共有者の共有山林の監守料支払債務は、特段の事由のない限り、不可分債務であるとした大判昭和7年6月8日裁判例6巻民179頁がある。これについては、先に、大判昭和2年10月14日新聞131号11頁が共同経営の漁場の労働者に対する、共同経営者の給料支払債務を分割債務と判示しているが、これを変更したものと考えてよいだろう。
- 45 共同賃借人は、各自賃料の全部及び賃借物返還義務不履行による損害賠償の全部の支払義務を負うとした大

判昭和8年7月29日裁判例7巻民196頁、大判昭和8年7月29日新聞3593号7頁がある。

- 46 ただし、我妻は不可分債務理論による427条分割原則の修正提案について、以下のように相続の場合における判断の難しさについて述べている。「問題となるのは、賃借人が死亡して、同居人もしくは共同相続人が承継する場合である。元来、右に述べた不可分債務理論は、判例が賃借人の共同相続について認めたものである。賃借人たる母が死亡し4人の子が共同相続をして引き続き居住していたが、家賃を滞納したので、賃貸人は、長男1人に全額の支払いを催告して解除し、家屋の明渡と延滞賃料及び解除後の賃料相当額の支払を請求した事案である。原審は、賃料債務は分割債務となることを理由として、訴を棄却したが、判旨は、賃料債務が不可分債務であることを説き-解除は効力を生じないが(解除は全員に対してのみなすことができ[544条]、不可分債務者の1人に対する履行の請求は他の債務者に対して効力を生じない[430条・434条]から)-賃料の請求は、全額について1人に対してすることができる(430条・434条)と判示したのであった。共同賃借人の賃料債務の不可分性を説いた点は極めて正当であるが、相続と関連させるときは、注意すべき点を含む。ただし、賃料債務の不可分性は共同利用の対価である点に求むべきであって、共同相続の点に求むべきものではない。いいかえれば、相続開始までの延滞賃料は、金銭債務の共同相続理論に従う(合有的帰属)。相続開始後の賃料債務が不可分債務となるのは、共同相続人が共同に利用しているからである。本来1人の賃借人であった関係が、相続によって数人に承継され、数人の相続人の共同利用となるときは、その時から賃料債務は不可分債務となると考えることには、理論上の難点はないであろう。問題なのは、共同相続人の一部の者だけが承継して共同利用をするとき(兄弟姉妹の中の一部の者が同居していたときなど)、または、法定相続権のない者が承継して共同利用をするとき(内縁の妻とその間の子だけが同居していたときなど)などの関係である。共同利用者の賃借権の承継が確定した後は、これらの者だけが不可分債務を負い、他の相続人は賃貸借関係から離脱すると解すべきものと思うが、賃貸借の承継と相続とに關係する困難な問題である。

なお、本段に述べる不可分債務理論は、債権者が各債務者に対して全額の請求ができるというだけである。

その限りでも－数人の債務者の中に1人でも資力のある者があれば、全額の満足を受けることができるから－債権者にとって有利であることはいうまでもない。然し、1人に対する請求は、連帯債務と異なり、他の者に対して効力を生じないから（430条は434条を準用しない）、解除をするには、全員に対して個別的に催告しなければならない」（我妻・前掲注（3）391-392頁）。

47 明治8年4月太政官布告第63号は連印借＝金銭消費貸借に限って連帯債務を推定するものであるから、共同して物を購入する場合にもこの布告によって原則として連帯債務となるものとされたという我妻の主張は誤りである（我妻・前掲注〔3〕392頁）。

48 可分給付の共同帰属について、427条分割原則によるべきことについては、大判明治29年3月7日民録2輯3巻29頁（貸金債務）、大判明治37年1月16日民録10輯12頁（数人の主債務者に対する保証人の求償権）、大判明治38年10月5日民録11輯1305頁（共同買主の土地売買代金債務）といった判例があり、民法の分割原則を採用していることについてわざわざ言及しているものは無いものの、我妻・前掲注（3）392頁のように、「このことを直接に明言した大審院判決は見当たらないが、当然のこととされているとあってよい」としているのは正確ではない。

49 これについては、鉦山の共同買主の代金債務につき、原審の安易な連帯特約認定を違法として原判決を破棄した大判大正4年9月21日民録21輯1486頁が以下のように判示している。

「契約ニ依リ連帯債務ヲ負担シタリト為スニハ当事者カ連帯債務ヲ負担スルノ意思ヲ明示若クハ黙示ノ方法ニテ表示スルヲ要シ其表示ナキニ之ヲ推定スルヲ得サルハ数人ノ債務者アル場合ニ別段ノ意思表示ナキトキハ各債務者平等ノ割合ヲ以テ義務ヲ負フヘキ民法第427条ノ規定ノ反面解釈上明ナル所ナリ」。

50 我妻・前掲注（3）392-393頁。

51 我妻は、この「意思表示は、契約であることが普通だが、遺言によって成立させることも可能であろう（特定の者に一定の金額を遺贈し、共同相続人の連帯債務とするなど）」とも述べている（我妻・前掲注〔3〕404頁）。これについては、現在でも於保不二雄『債権総論〔新版〕』（有斐閣、1972年）225頁、奥田昌道『債権総論〔増補版〕』（悠々社、1992年）349頁、近江幸治『民法講義Ⅳ（債権総論）〔第3版補訂〕』（成

文堂、2009年）181頁、平野・前掲注（6）390頁、中田裕康『債権総論〔第3版〕』（岩波書店、2016年）419頁など多くの論者が賛成している。

52 我妻・前掲注（3）404-405頁。

53 「連帯債務の実体関係」については、淡路剛久『連帯債務の研究』（弘文堂、1975年）がその全体に渡って詳述しているところである。そして淡路は、起草者が「連帯債務者間の実体関係に考慮を払っていない」（同書158頁）と指摘して、連帯債務関係を統一的に把握できるような実体関係を想定して、そこから広範に認められた絶対的効力事由を基礎づけるという態度は誤りであることを主張している。

このような淡路の見解から、本稿で取り上げた我妻の「当事者の実体関係からより積極的に連帯債務を認定する可能性」というものは誤りであるかとも思われる。しかし、淡路は一切の場合について「連帯債務の実体関係」を想定することを否定したのではなく、むしろ、債務者間の社会的実体関係を分析することである程度典型的に捉える可能性を模索するという姿勢をとっている。特に契約による連帯についてはその典型的な実体関係について検討している（同書160頁）ことから、淡路が否定したのは、契約による真正連帯債務だけでなく、いわゆる不真正連帯債務（淡路自身は全部義務obligation in solidumという用語を用いる）を含めた連帯債務一般の実体関係を統一的抽象的に把握することであったと考えるべきである。

そのため、我妻による「当事者の実体関係からより積極的に連帯債務を認定する可能性」の指摘は複数人が共同で契約により債務を負う場合についての見解、すなわち、淡路自身が典型的な実体関係を分析していた契約による連帯の場合についての見解であるため、実体関係を想定することは淡路の見解と矛盾するものではない。

54 この点については、椿・前掲注（1）351頁を参照。

55 椿・前掲注（1）351頁。

56 椿・前掲注（1）351-352頁。

57 椿・前掲注（1）352頁。

58 椿・前掲注（1）352-353頁の他、宇佐見大司「多数当事者の債権関係における分割原則は、どのように評価し解釈すべきか」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第2巻 債権総論（2）』（日本評論社、1991年）187-188頁も、このような椿の態度と同旨の主張をしている。

- 59 奥田・前掲注(51) 329-336頁、特に334頁-336頁を参照されたい。
- 60 淡路剛久『債権総論』(日本評論社、2002年) 324-350頁。
- 61 平野・前掲注(6) 375-377頁。
- 62 星野英一『民法概論Ⅲ(債権総論)[補訂版]』(良書普及会、1983年) 139-174頁。
- 63 平野・前掲注(6) 376頁。
- 64 近江・前掲注(51) 168頁以下、内田貴『民法Ⅲ(債権総論・担保物権)[第3版]』(東京大学出版会、2005年) 367頁以下。
- 65 平井宜雄『債権総論[第2版]』(弘文堂、1994年) 299-302頁、331-333頁。
- 66 中田・前掲注(13)・419頁。
- 67 潮見・前掲注(12)・540頁、553頁。
- 68 北川善太郎『債権総論(民法講要Ⅲ)[第3版]』(有斐閣、2004年) 218頁も、本判決は「黙示の連帯意思を認めた事例」であるとしており、当事者の「意思」をどのように捉えるのかが問題となったことを指摘している。
- 69 これについては、債権者が債務者となるべき全員の資力を考慮したとしても、「債務者相互間の関係の密接性を全く度外視しても、黙示による連帯債務の成立を認めるべきか、疑問がないわけではない」との指摘もある(右近健男「連帯債務(不真正連帯債務を含む)の成立とその効力」加藤一郎=林良平編『担保法大系第5巻』〔金融財政事情研究会、1984年〕307頁)。

本研究はJSPS科研費16K17035の助成を受けたものである。