

求償制度の解釈目標（上）

福田 誠 治

- I 序
- II 学説の変遷史
 - 1 明治期から大正期の梅説・横田説・石坂説
 - 2 大正期から昭和初期：特に鳩山説・昭和7年の大審院判決
 - 3 戦後期以降：特に我妻説・潮見説・中田説
 - 4 小括（以上、本号）
- III 平成期の下級審裁判例および通説批判説（以下、次号）
 - 1 下級審裁判例
 - 2 秦説
 - 3 小括
- IV 平成29年改正の立案過程
 - 1 主債務者による事後通知の要否
 - 2 事前通知制度の存廃
 - 3 対立点の整理
- V 委任・組合規定と求償規定の関係
 - 1 委任法理と組合法理の特徴
 - 2 求償規定の特徴とそこでの解釈目標
 - 3 本稿の結論と次の検討課題

I 序

a) 本稿が主に扱うのは保証委託関係⁽¹⁾における求償権の成否判定基準である。保証委託は委任の一種である。そのために、明治期以来の通説は求償制度を委任法理の特則と位置づけつつも、その内容はおよそ同旨であるとみる⁽²⁾。ただし、どの部分で委任法理から離れているかを明らかにしておらず、かえって我妻説は判定基準が委任法理から離れていないという理解を示唆する⁽³⁾。ところが、判定基準の内容は委任法理から大きく離れている。それを単純な二項対立の図式として表現すると、支出と主債務消滅の因果関係を重視するかそれとも保証人の無過失を重視するかで対立している。

それはこうである。通説はその枠組みにおいて求償要件と通知制度を原則と例外の関係に置いており、因果関係を求償要件とし、これに主要な判定基準という機能を担わせる。保証人の過失に担わせるのは調整弁の機能であり、その無過失に関わるものを通知制度上の要件にとどめている。それに対し委任法理をもとにすると、保証人の無過失を求償要件としてこれに決定的かつ広範な機能を与え、因果関係を度外視するはずである。このように枠組みのうえで権衡を失しているのであれば、背後にある価値判断のうえでも不権衡を生じているのではないかと疑われる。では、なぜ不権衡が生じたのであろうか。それが本稿の基本的な問題意識である。

(1) 本稿では「保証委託関係」・「求償権の成否判定基準」・「委任法理」・「主債務者先行ケース」などの表現を用いる。その意味はb)以下で説明する。

(2) 学説状況につき、福田誠治「保証委託関係における求償権の範囲」駒法18巻2号(2018年)44～46頁参照。

一八一
(3) 「保証人の求償権は、……他人の事務を、委託を受けて、またはこれを受けずに、処理した者の費用償還請求権に該当するものである。民法は、求償権の範囲について特別の規定を設けたから、委任または事務管理の右の規定は、保証には適用されない。然し、民法の規定の内容は、大体この両制度を基礎としたものなのである」。我妻栄『新訂債権総論』(1964年)488頁。そこでは求償範囲について委任法理から離れることを指摘する反面で、求償権の成否に関わる求償要件や通知制度についてはそうではないことを示唆する。

その問題意識を共有する学説はあるものの⁽⁴⁾、支持は広まっていない。本稿のみるところ、その背景には明治期以降における議論の蓄積がある。議論の過程には大小さまざまな様相が現れている。大きなものとしては、求償要件論と通知制度論が相互に影響を与える様相や、保証委託関係の解釈論と真正連帯関係の解釈論が相互に影響を与える様相などがある。特に重要なのは、諸学説が多面的な問題を論ずるさいに求償規定の文言や構造に注目を集める反面で、求償制度の解釈論を委任法理との関係で整理せず、両者の権衡を十分に検討していないという様相である。それに伴い学説は時を経るにつれて徐々に因果関係の重視を強化し、枠組みや価値判断を委任法理のものから引き離している。初期の学説は基本的には保証人の無過失を判定基準にしていたのに対し、今日の通説は枠組みのうえで因果関係を基礎に据えており、この枠組みのなかで展開されている解釈論は保証人の無過失に重要な機能を与えておらず、委任法理から離れている。

そのために前稿では、一方で思考実験を行い、委任法理を保証委託関係に当てはめるとどうなるかを示し、他方で利益分析の観点から保証委託関係の特殊性は委任法理と異なる価値判断を要請しないことを確認した⁽⁵⁾。それを踏まえ、本稿は求償制度の解釈論と委任法理を対比し、これにより解釈目標となる価値判断を見定めたい。具体的には、従来の議論が解釈の基礎とする価値判断を探るとともに、これを委任法理と対比するという作業に取り組む。そのうち価値判断を探るという作業は困難さを伴うことから⁽⁶⁾、本稿は個別問題に関わる解釈論や枠組みを整理し、そこから価値判断や正当化理由を抽出することに焦点を合わせる。

(4) 秦光昭「受託保証人の債務者に対する注意義務」ジュリ 1131号(1998年) 109頁以下。そのほか、より高い視座から問題を提起するものとして、渡邊力『求償権の基本構造』(2006年、初出2004年) 240頁以下参照。

(5) 福田誠治「委任等の法理からみた二重支出の不利益割当基準」大塚龍児先生古稀記念論文集刊行委員会編『民商法の課題と展望』(2018年) 351頁以下。

(6) 困難さの内容は後にみる。II a)。

b) 基本的な問題意識は多面性を帯びており、検討課題は多岐にわたる。それを整理するとともに本稿の用語を説明しよう。まず素材との関係で検討課題を考えると、主要な問題関心は保証委託関係であるが、真正連帯関係にも視野を広げなければならない。それは平成 29 年改正前の通知規定に由来する。同改正前 463 条は真正連帯関係に関わる通知規定（同 443 条）を保証委託関係に準用しており、これに伴って 2 つの求償関係に関わる解釈論は相互に影響を与えている。もっとも、保証委託関係の解釈論が真正連帯関係の解釈論に影響することは殆どない。むしろ、その逆方向で影響を与えており、今日の通説は真正連帯関係の枠組みを範型として 2 つの求償関係の枠組みを共通化している。その点は問題意識の一端をなしており、かりに枠組みの共通化を図るにしても範型とすべきはむしろ保証委託関係のそれであるように思われる。

議論の拡散を避けるため、本稿は保証委託関係と真正連帯関係に焦点を合わせる。その特徴を明確化するために無委託保証関係や不真正連帯関係にも言及するが、これらを基本的には脇に置く。学説上は連帯一元論をとるものがあるし、平成 29 年改正の立案過程では真正連帯関係と不真正連帯関係を併せて論じているが、本稿はそれらが真正連帯関係を射程に取り込んでいるという側面に着目し、真正連帯関係に関わる議論として紹介する。それは議論の順序を考えるからである。まず保証委託関係の枠組みを明らかにしたうえで、次に真正連帯関係のうち組合や相互委任に準じた団体性を帯びる債務類型を想定して同様の作業を行い、最後にそれらの議論がその他の債務類型や不真正連帯関係に及びうるかを検討すべきである。それなのに従来議論はともすれば議論の順序を取り違え、真正連帯関係に関わる解釈論を出発点に据えている。それが因子の 1 つとなって議論は錯綜しているのであって、これを前稿では求償権の範囲に即してみた⁽⁷⁾。本稿が問題を絞り込むのは、その反省を踏まえたものである。

(7) 福田・前掲注(2) 4～6 頁、94 頁以下、114～115 頁。

本稿でいう「保証委託関係」は主債務者と受託保証人の求償関係を指す。同様に、主債務者と無委託保証人の求償関係や真正連帯債務者相互の求償関係などをそれぞれ「無委託保証関係」・「真正連帯関係」・「不真正連帯関係」と表記し、真正連帯関係と不真正連帯関係を包括的に指す場合は、これを「連帯債務関係」と表記する。

c) 別の側面から検討課題となる素材をみると、大きく分けて従来の議論および関連規定の2つがあり、前者はさらに、学説の変遷史(Ⅱ)、平成期の下級審裁判例およびその影響を受けた通説批判説(Ⅲ)、平成29年改正を扱った法制審議会民法(債権関係)部会の審議(Ⅳ)の3つに分かれる。学説史をみるのは枠組みや価値判断が変遷する様相を示すとともに、今日の通説を支える価値判断を浮き彫りにするためであり、その時々 of 支配的な学説に重点を置く。他方で、本稿に関わる裁判例の数は少ないが、平成期の下級審裁判例は重要な問題を提起している。しかも、その影響を受け、通説を批判する学説が現れているほか、通説に属する学説の一部も問題意識を共有していることが窺える。しかし問題意識の共有は広まっておらず、これに伴って、平成29年改正の立案過程では研究者と実務家の対立が平行線を辿っている。それらの議論は何れも枠組みの再検討を迫るものであり、これを各素材に即して示したい。

それとは別に、本稿は委任・組合規定と求償規定の関係を整理する(Ⅴ)。従来の議論が委任法理から離れたことには複数の因子があつて、その1つは、求償規定と委任規定が何れも複雑な構造であるために直接の対照を許さないことにある。一方で求償規定は求償要件と通知制度を別に規定し、判定基準を分かりにくいものとしているうえに、平成29年改正までは通知制度につき準用という法技術を採用していた。他方で委任規定は同一の基準を使った複数の制度を用意しており、その組合せによって最終的な不利益割当てを実現する。求償制度の解釈論が委任法理を参照するには2段階の作業が必要であり、まず委任規定から不利益割当てに関わる基本的・抽象的な基準を抽出し、次にこの基準を求償規定に即して読み込まなければ

ばならない。一部の学説を別にすると従来の学説はその作業に取り組んでおらず、前稿で第1段階の作業を行った。それにより分かったのは、保証委託関係を支配する委任法理と真正連帯関係を支配する組合法理が基本的な価値判断を共有するものの、重要な部分で不利益割当基準を異にすることである。それを踏まえて、本稿は第2段階の作業を行い、求償規定やその解釈論を委任・組合法理との関係で位置づける。

本稿は求償の根拠規定（442条1項、459条1項）と通知規定（443条、463条）の両者を指す趣旨で「求償制度」または「求償規定」と表記する。そのうち通知に関わるものを「事前通知制度」、「事後通知制度」などと表記するが、前者は平成29年改正後443条1項、463条1項（またはその改正前の規定）の定めるものを指し、後者は同443条2項、463条2項、3項（またはその改正前の規定）の定めるものを指す。他方で、一般の委任規定に関する通説の理解を指して「委任法理」と表記し、同様に「組合法理」・「事務管理法理」・「不当利得法理」という表現を使う。ただし、組合法理については、組合規定が委任規定を準用しており（671条）、学説上も立ち入った議論はない。そのため、本稿でいう「組合法理」は委任に関する通説の理解を組合契約に合わせて応用したものを指す。

また、本稿でいう「特則」または「例外」という表現には二様の意味がある。その1つは委任法理との関係を考える場合であり、求償制度がそこから離れていけば、求償制度は委任法理の特則にあたる。もう1つは求償規定の枠内で考える場合である。通説は通知制度を特則と位置づけているが、ここでいう特則性は求償の根拠規定との関係を指す。そこでは求償の根拠規定が委任法理との関係で特則の地位に立つ一方で、通知制度との関係で原則という地位に立つ。

d) 次に検討課題を具体化する。本稿が扱うのは求償要件や通知制度の解釈に関わる幾多の個別問題である。その1つは通知制度の分類であり、これを保証委託関係に即していえば通説は通知制度の想定事例を3つに分ける。それは、①保証人の支出時において債務消滅を示す抗弁権（弁済の抗弁、免除や時効援用による債務消滅の抗弁）が成立していた場合（「主債務者先行ケース」・「免除ケース」・「時効援用ケース」）、②保証人の支出時において実体法上の抗弁権（相殺抗弁や時効完成の抗弁などを指し、弁済の抗弁などを除く）が成

立していた場合（「相殺抗弁ケース」・「狭義の時効完成ケース」）、③ 保証人の弁済後に主債務者が弁済のために支出した場合（「保証人先行ケース」）である。その分類論は大きく分けて2点で枠組みに関わる。

第1に、分類論における①と②は保証人の支出時に実体法上の抗弁権が成立していた点で共通しており、これを抗弁権の内容に応じて区別することに因果関係の重視が現れている。本稿はその枠組みの妥当性を問うており、この問題意識の一端は細かな場合分けの妥当性に向かう。それを相殺に即していうと、通説は保証人の支出と相殺当事者による相殺の意思表示との先後に着目して場合を分け、前者が先行する場合を事前通知制度の射程に含める一方で、後者が先行する場合を事後通知制度の射程に含める。しかし、何れの場合であれ保証人の支出は相殺適状の成立に後行しており、主債務者に利益をもたらさない。その共通点に着目すると、①における主債務者の事後通知を保証人の無過失に関わる評価障害事実と捉える余地があるのではないかという検討課題が現れる。というのは、一方で①を支配する事後通知制度および②を支配する事前通知制度に内容の同一性をみいだすべきでないかが問題となり、他方で①における主債務者の事後通知と③における保証人の事後通知を同列に置いてよいか問題になるからである。

第2に、通知制度の分類論は求償要件の機能に関わる。今日の通説は場合を3つに分けるが、それぞれにどのケースを含めるかという具体論については必ずしも共通理解が成立していない。事前通知制度と事後通知制度の主要な射程がそれぞれ相殺抗弁ケースと二重支出ケースであることは明らかであるが、自明なのはその点にとどまる⁽⁸⁾。しかも、昭和初期まで

(8) それは規定の文言上、それぞれの射程が不明確であることによる。平成16年改正前443条1項本文の文言でいえば、「債権者ニ対抗スルコトヲ得ヘキ事由」のなかに弁済の抗弁や免除の抗弁を含めるか否かが問題となる。他方で、同条2項は、「連帯債務者ノ一人カ弁済其他自己ノ出捐ヲ以テ共同ノ免責ヲ得タルコトヲ他ノ債務者ニ通知スルコトヲ怠リタルニ因リ」と定めており、これを免除ケースなどにも拡張できるかが問題になる。

の学説は事後通知制度の射程拡張に消極的であって、たとえば免除ケースを事前通知制度との関係でのみ論じている。そういったなかで、古い時期の一部学説は因果関係を求償要件にする一方で免除ケースを事前通知制度の射程に含めるが、この学説にとって求償要件の重要性は高くない。求償要件を充足しない免除ケースであっても事前通知制度を介した求償の余地が残るからである。このように各通知制度の射程論は求償要件の機能を左右する。そのために、各学説の枠組みを整理するにあたっては求償要件論と通知制度論の双方に眼を配る必要があるし、各ケースの判定基準・全体的な枠組み・それらの背後にある価値判断の3点を区別しなければならない。

本稿は個々の場合を示すため、上に示した括弧内の表記を用いて「主債務者先行ケース」・「相殺抗弁ケース」のように表記し、主債務者先行ケースと保証人先行ケースの両者を指す趣旨で「二重支出ケース」と表記する。相殺と同様の問題は時効についても生じることから時効援用ケースと狭義の時効完成ケースを分けているが、両者を指す趣旨で「広義の時効完成ケース」と表記する。真正連帯関係についてもそれらの例に倣う。

本稿は多様な規範についてその要件を取りあげるが、上記の個々の場合に関わる規範上の要件を「求償権の成否判定基準」、「判定基準」または「基準」と表記する。真正連帯関係の二重支出ケースにつき特定の解釈をとると、その基準は求償権の帰属を判定するという機能を担うから、そのような文脈では「求償権の帰属判定基準」と表記する。一部の学説は通知の延着などを想定し、情報共有リスクに関わる割当基準をそのまま求償権の成否・帰属判定基準とする。それに関わる文脈では「基準」がヨリ特定された意味をもち、情報共有リスクに関わるものを指す。そのほか、求償という枠から離れて基準を論ずることがあり、これを明確化すべき文脈では「不利益割当基準」と表記する。

e) いまみた課題をさらに分節化しながら、本稿の分析道具を説明しよう。本稿は個々の場合に関わる求償権の判定基準を総合することで各学説における枠組みを整理し、これを通じて価値判断を抽出する。抽出作業の手掛かりは委任法理や組合法理の不利益割当基準であるが、求償制度の解釈論

はそこにはないものを判定基準に取り込んでいる。そのために、本稿の前半では解釈論のなかにある委任法理などと親和的な部分と非親和的な部分を見極めなければならない。そこで分析道具を作業上の着眼点としていうと、主要なものは5つある。それは因果関係・無過失・支出者の属性・多層構造の枠組み・典型的な問題の重視である。ここでは前4点だけを整理することとし、最後のものについては後にみる⁽⁹⁾。

因果関係が着眼点の1つになるというのはこうである。通説は因果関係を求償要件とし、これを枠組みの基礎に据えることで、通知制度の射程を細かく分類するが、本稿はその妥当性に疑念を抱いている。主債務者の利益ではなくて因果関係に着目することは妥当なのか。また、これを求償要件とすることは妥当なのか。その2点を検討しなければならない。

本稿でいう「因果関係」は支出（平成16年改正前442条1項、443条、459条1項の文言を使えば出捐）を起点とし、主債務消滅（または共同免責）を終点とするものを指す。債務消滅効の有無が問題になることから、本稿は債務消滅効を伴う支出を指す場合に限り「弁済」と表記し、債務消滅効の有無を度外視する場合には単に「支出」と表記する。それは平成16年改正前の学説を紹介する場合でも同様であり、直接引用ではなく、要旨の紹介にとどめる場合は、「出捐」を「支出」に置き換える。また、「後行支出」などの表現を使って支出の先後関係を示すが、これは、先行支出に後行する支出だけでなく、相殺適状の成立や免除などに後行する支出を含む。

f) 他方で「無過失」は多義的であり、これに関わる個別問題は大小合わせると4つある。第1の問題は機能の大小であって、これは意味の広狭を伴う。無過失というのは抽象度の高い規範的要件であり、これを求償要件に挙げるか、それとも通知制度に限ったものとするかによって機能や意味を異にする。求償要件を弁済のための支出および保証人の無過失とすれば、

(9) 典型的な問題の重視は、序でみている複数の問題に関わる。それは、d) でみた細かな場合分けの妥当性、e) でみる因果関係を求償要件とすることの妥当性、f) でみる誰の無過失に着目するかという問題である。典型的な問題の重視という分析道具・着眼点については、後に2つに分けてその内容や意義を説明する。II3 a)、III a)、b)。

その無過失は広範な機能を担うとともに最広義のものであって、保証人が支出について無過失であり、かつ、支出後においても無過失であることを指す。梅説や横田説はそのような解釈を示しているが、今日の通説が無過失を考慮するのは通知制度との関係にとどまる。ここでの無過失は狭義のものであり、その中心は不通知に関わる無過失である。

第2の問題は誰の無過失に着目するかである。枠組みや価値判断において最広義の無過失を重視するのであれば、保証委託関係では主債務者の無過失を脇に置いて保証人の無過失に着目することになる。そうすると、主債務者と保証人の何れが先行支出者であるかを区別し、これを通知制度の解釈に反映させることになる。それに対し、因果関係を基礎に据えたとそれを区別する理由はなく、因果関係の重視はその反面で支出者の属性を軽視することに繋がる。学説は属性の軽視に長らく疑いを抱いておらず、それに関わる問題提起が現れたのは平成期である⁽¹⁰⁾。

冒頭でみたようにその2点が基本的な問題意識である。本稿が問うのは、保証人に関わる最広義の無過失を唯一の判定基準とするのか、それとも因果関係を主要な判定基準とし、狭義の無過失を調整弁にとどめるとともに支出者の属性を軽視するのかという点にある。その2点から派生するのが第3、第4の問題である。

本稿は保証委託関係における地位を指して「支出者の属性」と表記し、因果関係を原則的な求償要件とする枠組みを指して「多層構造の枠組み」と表記する。多層という表現を使うのは、原則と例外にとどまらず、さらに第3層の規範が問題になりうるからである⁽¹¹⁾。

g) 第3の問題は無過失と過失の何れに着目するかである。無過失と過失は表裏の関係に立つけれども、その何れに着目するかは2つの意味をもつ。一方で、一般的な債務不履行責任に関わる伝統的通説の枠組みを使えば、その着眼点は無過失責任と過失責任の何れを前提にするかという価

(10) 前掲注(4)で挙げた秦説がそれであり、これをⅢ2b)でみる。

(11) Ⅱ3(2)f)～i)。

値判断に関わる⁽¹²⁾。他方で、その着眼点はリスク内容に関わる。求償権の成否判定基準はリスクの割当基準と言い換えることができ、そこで割り当てようとするリスクは大きく分けて2つある。それは、通知の延着など情報共有に関わるリスクと、債権者などが無資力であるというリスクである⁽¹³⁾。無過失と過失の何れに着目するかという問題と何れのリスクに重点を置くかという問題は一定の連関をもつように思われる。

それはこうである。委任法理は受任者に生じた損害につき委任者に無過失責任を課しており、これをもとにして保証委託関係を考えると、保証人が無過失である限りにおいて生じたリスクを主債務者に割り当てることになる⁽¹⁴⁾。そこでは保証人に手段債務としての注意義務を課し、不要な後行支出の回避ではなく、その回避に向けた合理的な行動を保証人に求める。そのために保証人の無過失をリスク割当ての基準とするのであって、その無過失は、主債務者が負担すべきリスクの限界を画するという意味をもつ。ここでのリスクは情報共有に関わるものを指しており、手段債務性からいって無資力リスクの割当ては直接の規律対象にならない。もちろん、その基準が最終的に狙うのは無資力リスクの割当てであるけれども、直接に規律するのは情報共有リスクの割当てであり、これを介して無資力リスクの割当てを実現する⁽¹⁵⁾。それに対し、一般的な過失責任主義をもとにして保証委託関係を考えると、不要な後行支出の責任原因を問うための基準として過失に着目することになる。ここでは保証人の過失と主債務者のそ

(12) 今日では契約責任の議論がめざましく進展しているが、本稿はこれに踏み込まない。今日の動向を整理するものとして、差し当たり、磯村保編『新注釈民法(8)』(2022年)435頁以下、538頁以下〔小粥太郎〕参照。

(13) 無資力リスクの中心は、不要な後行支出を受領した債権者が無資力であるという問題であるが、このほか真正連帯関係では事後通知制度の効果(i)でみる②の問題)との関係で先行支出者の無資力が問題になる。

(14) V1a)、b)。そこでみるように、委任法理における無過失責任は費用ではなく受任者の損害だけに関わるが、その点は不利益割当基準を探る本稿にとって重要でない。

(15) 福田・前掲注(5)370頁。

れを区別する必要性は低いし、情報共有リスクと無資力リスクを区別する必要もない。そのため、解釈論の背後にある価値判断を探るさいには、無過失と過失の何れに着目しているかが試金石の1つになる。ただし、各学説は必ずしもそれを意識的に論じておらず、その着眼点に決定的な意味があるとは限らない。

そのうち「情報共有リスク」について、その内包を整理する。保証人の合理的な行動を求めるのであれば、その行動は支出の前後を問わないし、割り当てようとする情報共有リスクの内包は通知の延着のような通信上のリスクにとどまらない。それを相殺抗弁ケースに即していえば、抽象的な判定基準は保証人による後行支出の合理性（保証人が後行支出を回避すべきであったか否か）であるが、これを2つの合理性に分けて具体化することができる。それは先行抗弁権に関わる調査活動の合理性（事前通知義務の遵守）およびその調査によって入手した情報に照らして後行支出をしたという判断の合理性である。後者の合理性が問題になるのは、後行支出を回避するには先行抗弁権に関する保証人の認識だけでは足りず、証拠に関わる情報の入手を要するからである。たとえば、債権者と主債務者の間で先行抗弁権の成立を裁判外で争っているなかで保証人が債権者から請求を受けた場合において、先行抗弁権の成立と内容に関わる主債務者の認識につき連絡を受けても、これだけでは後行支出を回避することが難しい⁽¹⁶⁾。しかも、証拠の有無を最終的に確定するのは裁判所であるから、裁判外で保証人が支出しようとする時点ではその不確実性がリスクになるのであって、将来の裁判（求償金請求訴訟）においてどのような事実認定になるかは分からない。このように、情報共有リスクは通信上のリスクにとどまらず、証拠の有無や客観的信頼性、後の裁判の不確実性といったリスクを含んでいる。

そのため、判定基準のなかに事前・事後の通知義務とは別に抗弁活用義務を含めなければならない。その装置を用意することで、支出の是非に関

(16) 現実にそのような事案が下級審裁判例に現れている。III 1 a)。

わる合理的な判断を保証人に要求できるとともに、その判断の合理性を求償権の成否判定において審査することができる。特に事前通知制度との関係ではその装置の必要性が高く、この制度が法定の要件とするのは後行支出者の事前通知だけであり、先行抗弁権者の返答に関わる事情を審査するための装置を用意していない。そのために保証人の無過失を求償要件とし、これによって抗弁活用義務を基礎づける必要がある。

以上のことから本稿は無過失と過失を区別する。ただし、その何れであるかが本稿の文脈上、特段の意味をもたないことがあり、そこでは無過失または過失を指す趣旨で「主観的事情」と表記する。また、先行抗弁権(弁済の抗弁を含む)の成立や内容に関わる証拠に照らして支出の是非を合理的に判断することを保証人に求め、これを判定基準の1つとするために観念する義務を「抗弁活用義務」と表記する。この表現は本稿の造語であるが、その発想を示す学説は少なくない。

h) 第4の問題は通知制度上の通知に規範的要件という意味をもたせるかである。通知制度は支出者に事前・事後の通知を求めており、これを通知義務とみることができるが、その具体的内容について解釈が対立している。大正期の石坂説以降、昭和初期までの通説は通知の履践と不通知に関わる無過失を選択的な要件とし、規範的要件という意味をもたせている。それは、第3の問題との関係でみたりスク内容に関わっており、通知を規範的要件とすることでこれを情報共有リスクに関わる割当基準の1つとしている。しかし、高度成長期以降はその共通理解が失われており、制度上の要件を通知の履践に限定する学説が現れている。それは、一定の法的評価は入るにしても比較的単純な事実の存否に求償権の成否判定を委ねるものである。

議論の土俵を区別するため、本稿が要件としての具体的内容を脇に置いて論ずる場合には「通知義務」と表記し、具体的内容を論ずる場合には「通知の規範的要件性」、「通知を規範的要件とする」といった表現を使う。

i) 以上では保証委託関係に重点を置いて個別問題や分析道具を整理した。そこでみたのとほぼ同様のことは真正連帯関係でも問題になるが、こ

ここでは支出者の属性が問題にならず、因果関係と主観的事情の何れを重視するかという二項対立の問題になる。今日の通説が因果関係を重視することは特に事後通知制度の効果論に現れている。通説は二重支出ケースの判定基準を二重化しており、事後通知制度の効果を両支出者間に限定した相対的なものにとどめ、支出不関与者に対する求償権の帰属判定を因果関係という求償要件に委ねている。そうやって主観的事情を軽視してよいのかという点は問題意識の一端をなす。

その問題意識は議論の整理を要請する。平成16年改正前443条2項は「自己ノ弁済其他免責ノ行為ヲ有効ナリシモノト看做スコトヲ得」と規定しており、その効果が及ぶ主観的範囲を解釈に委ねている。真正連帯関係ではその範囲を、① 両支出者間の関係、② 支出不関与者に対する関係、③ 債権者に対する関係に分けることができ、事後通知制度の効果論は後行支出を「有効ナリシモノト看做ス」という効果が①のほか②や③にも及ぶかを問うものである。②は支出不関与者に対する求償権を後行支出者に認めるかの問題であり、③は二重支出を受領した債権者の不当利得返還債務について先行支出と後行支出のどちらを基準にするかの問題である。大正期までの通説は絶対的効果説をとりその効果を②や③に及ぼしているが、2点に留意する必要がある。

第1に、その効果を③について論ずることの当否を考えなければならない。それは、事後通知制度が求償関係を定めるものであることによる⁽¹⁷⁾。絶対的効果説は②と③を連動させるが、これは問題状況を十分に整理しないものであり、過渡的な理論にすぎない。絶対的効果説の意義は②について支出不関与者に対する後行支出者の求償を認める点に尽きているように思われる⁽¹⁸⁾。そのため、本稿は③を脇に置き、②に焦点を合わせる。求

(17) その問題提起が現れたのは昭和初期のことである。勝本正晃『債権法総論概説』（1932年）204～205頁、小池隆一『日本債権法総論』（1933年）241頁、林信雄『債権法総論』（1941年）186～187頁、石田文次郎『債権総論』（1947年）105～106頁、安達三季生『債権総論講義〔4版〕』（2000年）173頁。

(18) 本文のような理解を示唆するものとして、西村信雄編『注釈民法(11)』（1965

償権の帰属が先行支出者から後行支出者へ変更する可能性を認めるか、それとも支出不関与者に対する求償権を先行支出者に専属させるかという問題に注目する。

第2に、②が問題になるのは真正連帯関係だけであり、保証委託関係での問題は主債務者と保証人との関係と債権者に対する関係の2点にとどまる。それは、保証委託関係の利害関係者が主債務者と保証人の2名にとどまるし、求償は保証人から主債務者に対するものに限られるからである⁽¹⁹⁾。それと異なり、真正連帯関係では債務者が2名にとどまるとは限らないように、各債務者の地位が互換的であって、誰であっても求償権になりうるし、負担部分がある限りは誰であっても求償義務者になりうる。そのため②が問題になるのであって、真正連帯関係と保証委託関係とでは問題状況を異にする。従来の議論もその差異を念頭に置いているはずであるが、明示的にそれを語るものは殆どない⁽²⁰⁾。

本稿でいう「支出不関与者」は、自らは支出に関与しておらず、支出者に対して求償金債務を負担する連帯債務者を指す。

j) 求償要件のうち本稿にとって重要なのは因果関係と主観的事情の2点であり、本稿はこの2点に焦点を合わせることにし、その他の要件には言及しない。また、求償要件としての無過失を証明責任に即して考えると、無過失が求償の積極要件になるのではなく、むしろ過失が求償の消極要件になると思われる。しかし、その点は整理されないまま議論が進んでおり、本稿は差し当たり証明責任を脇に置く。

k) 本稿が明治29年民法を引用する場合には原則として法令名を省略し、条数だけを示すが、同法は平成16年と平成29年の2度にわたる改正を経ている。そのため、必要に応じてどの時期の規定であるかを次の方法で明示する。平成16年改正による現代語化の後に平成29年改正が文言を変更している規定につ

年) 130頁〔椿寿夫〕参照。

(19) 詳細は後にみる。V1 d)。

(20) 問題状況の差異を明示するのは石坂説だけである。II1(4)b)。そのほか、於保説もその差異を意識していることが窺われる。於保説およびこれに対する本稿の評価につき、後掲注(105)、V2 j) 参照。

いては、変更前のものを「平成 29 年改正前」、変更後のものを「平成 29 年改正後」と表記する。ただし、本稿の文脈上、その文言変更の特段の意味がない場合には、改正に関わる表記を省くことがある。また、本稿の文脈上、平成 16 年改正による文言の変更が一定の意味をもつ規定については、「平成 29 年改正前」という表記に代えて、「平成 16 年改正前」・「平成 16 年改正後」と表記する。他方で、平成 29 年改正による文言変更がない規定については、改正に関わる表記を省く。

直接引用文における下線は福田が付したものである。また文語体の直接引用文には適宜、句読点を付し、字体を読みやすいものに置き換えている。それらに関わる注記は省略する。

II 学説の変遷史

a) 本章で示すのは、学説の枠組みや価値判断が徐々に変遷し、その結果として初期の学説と今日の通説とが価値判断を異にしていることである。そのため、複数の個別問題に関わる解釈論を手掛かりとし、これを総合することで各学説の枠組みを整理し、価値判断を抽出する。しかし、その作業は困難さを伴う。それを求償要件に即していうと、今日の通知制度論は因果関係が求償要件であることを前提にしているが⁽²¹⁾、求償要件論では必ずしもそれを明確に論じておらず⁽²²⁾、なぜ因果関係を要件とするかについては殆ど論じていない⁽²³⁾。枠組みの基礎となる求償要件でさえそのような議論状況であって、これが変遷をもたらす因子の 1 つとなっている。

(21) 3(2)b)。

(22) たとえば、我妻説は保証委託関係の求償要件として「自分の出捐による主たる債務の消滅」という項目を挙げ、その下位項目として「(イ)保証人が債務の全部または一部を消滅させたこと」、「(ロ)保証人の出捐によること」の 2 点を挙げており、そのうち前者が因果関係を指すことは明らかである。我妻・前掲注(3) 488～489 頁。

しかし、そのように因果関係要件を明確化するものは必ずしも多くない。高度成長期以降の議論状況につき、後掲注(107) 参照。

(23) 求償要件の理論的な正当化を試みるのは我妻説だけである。3(1)c)。

しかも、求償要件は個別問題の1つにすぎず、価値判断の基本部分が通知制度論に現れていることもある⁽²⁴⁾。ところが、通知制度論は主に真正連帯関係に即して展開されており、保証委託関係に焦点を合わせてそれが論じられることは少ない。それら個別問題の取扱いは難しく、そこから価値判断を抽出するさいには評価の要素を取り入れざるをえない。

それが特に困難なのは明治期から大正期にかけての梅・横田・石坂の3学説である。学説史全体のなかでみると、最も詳細な議論を展開するのはその3学説であるうえに、これが後の議論を方向づけている。そのために詳細かつ慎重な検討を要するが、検討は相当に難しく、3学説は相違点と共通点を併有する。一方で3学説は真正連帯関係の求償要件や通知制度の射程などについて解釈論を異にしており、その枠組みは三者三様である。他方で梅説と横田説は特に保証委託関係に関わる求償制度の背後に委任法理をみだし、これを解釈論の基礎に据えている。また、石坂説を含めた3学説は通知の規範的要件性について類似の解釈論を示しており、おおよそ委任・組合法理に沿って情報共有リスクを割り当てている。そのため、相違点と共通点の何れに着目すべきかが問題となるが、本章は共通点に着目する。それは、共通点が価値判断の基本的な部分を含む一方で、解釈論上の制約が3学説の相違点をもたらしているように思われるからである。そのうち後者を概観しておこう。

本章のみるところ、3学説の相違点は求償規定の文言が必ずしも委任・組合法理と整合しないことに由来する。委任法理をもとにすると保証人の無過失が唯一の判定基準であるはずなのに、通知制度は主債務者先行ケースにおける主債務者に事後通知を求めている。また、組合法理をもとにすると真正連帯関係の二重支出ケースにおいて両支出者が何れも無過失である場合には、求償権の帰属を按分的に判定し、求償権を両支出者に分属させることになるはずであるが、求償規定はそのような事態を想定していな

(24) その一例をI d) でみた。

い。そのため、委任・組合法理に沿って求償規定を解釈操作するか、それとも委任・組合法理から離れて求償規定の文言を尊重するかが問題となる。それに直面した3学説は何れも後者を選択し、求償規定を正当化している。その正当化方法の違いが解釈論上の相違点となって現れているように思われる。そのため、本章は価値判断の抽出作業にさいして共通点に着目し、基本的な価値判断において共通しているという評価を3学説に与える。

b) 枠組みや価値判断の変遷を示すため、本章は時期を大きく3つに区分する(1~3)。初期の3学説については立ち入ってその議論を紹介・検討するが、その後の議論については解釈論の変遷に重点を置く。なお、最初期のものである梅説について、本稿は概要を紹介するとともに、その本格的な検討を続稿に委ねる。梅説は学説史上の出発点であると同時に、明治29年民法の起草委員でもあってその重要性は高いけれども、その解釈論は複雑な内容を伴っており、本稿がこれに深く立ち入るのは適切でない。

1 明治期から大正期の梅説・横田説・石坂説

3学説は保証委託関係につきおおそ同じ考え方を説いている(1)。その一方で、真正連帯関係については三者三様の枠組みを示していることから、これについては梅説(2)・横田説(3)・石坂説(4)に分けてそれぞれの議論を紹介する。

(1) 保証委託関係

a) 保証委託関係の求償要件として、梅説と横田説が挙げるのは弁済のための支出および保証人の無過失の2点である⁽²⁵⁾。その手掛かりは2つあり、

一六五 (25) 梅謙次郎『民法原理債権総則』（復刻版1992年）618~619頁、梅謙次郎『民法要義卷之三（訂正増補33版）』（1912年、復刻版1984年）180頁、横田秀雄『債権総論』（1908年）684~685頁。ただし、横田説の求償要件論は分かりにくい。本文で要約したように、因果関係を充足せずとも無過失であれば求償できるとしているが、これに先立って、因果関係の要件化を説いている。横田・同書678頁。

それは、平成 16 年改正前 459 条 1 項後段における「過失ナクシテ……債務ヲ消滅セシムヘキ行為ヲ為シタルトキ」という文言と⁽²⁶⁾、無過失の受任者に生じた不利益の転嫁を認めるという委任法理である⁽²⁷⁾。それに対し、石坂説は弁済のための支出に代えて因果関係を要求し、これと保証人の無過失の 2 点を求償要件とする⁽²⁸⁾。それにつき立ち入った説明はない。

保証人の無過失という求償要件は具体的な義務を根拠づける。梅説はそれを保証人による事前・事後の通知に即して説くにすぎないが⁽²⁹⁾、横田説と石坂説は通知に加えて抗弁活用を保証人に求める⁽³⁰⁾。特に石坂説はその理論を整理しており、保証人が受任者として負担する善管注意義務をもとにして抗弁活用義務を根拠づけ、これから派生するものとして通知義務を位置づける⁽³¹⁾。しかも、後にみるように梅説と横田説は通知の延着

(26) 前掲注 (25) 所掲の文献を参照。

(27) 「主タル債務者ノ委託ヲ受ケテ保証ヲ為シタル者ハ苟モ自己ノ過失ナキ以上ハ保証ニ依リテ毫末ノ損害ヲモ受クヘキノ理ナシ」。梅・前掲注 (25) 『要義』178 頁。

「保証人カ債務弁済ノ為メニ支出シタル費用並ニ過失ナクシテ被リタル損害ハ総テ委任者タル債務者ヲシテ之ヲ償還セシメ、保証人ヲシテ毫モ損害ヲ受ケシメサルコトヲ必要トス」。横田・前掲注 (25) 677 頁。

ただし、そのうち梅説による委任法理の理解には曖昧な部分があつて、梅説は保証人の無過失とは別に主債務者の過失にも着目している。その点の検討は続稿に委ねる。梅・前掲注 (25) 『要義』180 頁。

(28) 石坂音四郎『日本民法第 3 編債権第 3 卷』(1913 年)1096～1097 頁。そこでは、①「保証人ハ免責行為ヲ為シタルコトヲ要ス。即、保証人カ保証債務ノ弁済其他ノ方法ニ依リテ主タル債務ヲ消滅セシメタルコトヲ要ス」、②「保証人ハ自己ノ出捐ヲ以テ主タル債務ヲ消滅セシメタルコトヲ要ス。即、有償ノ免責行為ヲ為シタルコトヲ要ス」、③「保証人ニ過失ナキコトヲ要ス」とする。そのうち①が因果関係を指し、③が保証人の無過失を指す。②の重点は「出捐」にある。

(29) 梅・前掲注 (25) 『原理』619 頁。

(30) 横田・前掲注 (25) 685～686 頁、石坂・前掲注 (28) 1097 頁、1105 頁注 3。

(31) 「受任者ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ其事務ヲ執行スヘキ義務ヲ負フ。従テ保証人ハ主タル債務者ノ抗弁ヲ用ユヘキ義務ヲ負フ。特ニ保証人ハ其免責行為ヲ為スヘキ旨ヲ主タル債務者ニ通知スヘキ義務ヲ負フ」。石坂・前掲注 (28) 1097 頁。

リスクを問題にしており、これを踏まえて石坂説は通知を規範的要件と捉える⁽³²⁾。

b) このように、まず梅説と横田説は出発点となる求償要件論において、保証人が無過失である限りは求償を認めるという発想を明確にしている。その求償要件は支出の前後における保証人の行動の合理性を問うものであり、これは、主債務者が負担すべき情報共有リスクの限界を画す。次に石坂説は無過失要件の内包として抗弁活用義務を観念し、これから派生するものとして通知義務を位置づけるとともに、通知を規範的要件としており、この2点において横田説を進展させている。石坂説は出発点の発想を示していないし、求償要件などにつき梅説や横田説とは異なる解釈を示すが、これらはさして重要でない。通知制度を横田説のように捉えると求償要件の重要性は低いものとなるのであって、これが求償要件の変更を可能にしたのであろうと推測できる。それらについては真正連帯関係に即して後にみる。

そのため、3学説はその議論に繁簡または進展があるものの、そこではおおよそ次のように理解しているように思われる。3学説にとって、求償の可否を左右するのは保証人の無過失という求償要件であって、これを具体化したものが事前・事後の通知義務や抗弁活用義務であり、そのために

「保証人ニ過失アリタルトキハ……求償ヲ為スコトヲ得ス。例之、保証人カ……債務者ニ通知ヲ為サスシテ弁済ヲ為シタル場合、保証人カ主タル債務者ノ通知又ハ其他ノ事由ニ因リ債権者ニ対抗スヘキ抗弁ノ事由ノ存スルコトヲ熟知スルニ拘ハラズ……弁済其他免責行為ヲ為シタル場合ノ如シ」。横田・前掲注(25) 686頁。

正確に言えば、石坂説は抗弁活用義務を本稿よりも広い意味で捉えたうえで、通知義務をその内包としており、これを言い換えることで本文で述べたような位置づけになる。それと異なり横田説は保証人の通知義務と抗弁活用義務を単純に並列しているだけであり、石坂説が理論の整理を図ったことは明らかである。

(32) (4) a)。そこでみるように通知の規範的要件性が論じられたのは真正連帯関係に即してであるが、おそらく同じことが保証委託関係にも妥当するであろう。

保証人の通知義務もまた規範的要件である。そうやって保証人の無過失という規範的要件が主債務者に割り当てるべき情報共有リスクの限界を画している。

c) ところが、3学説はその解釈を主債務者先行ケースについて貫徹しない。主債務者先行ケースと相殺抗弁ケースの共通点に着目すると、何れのケースでも保証人の事前通知義務と抗弁活用義務を介してリスクを割り当てるはずであって、主債務者の事後通知は保証人の抗弁活用義務に関わる考慮事情にすぎないと捉えることができる⁽³³⁾。それなのに3学説は主債務者先行ケースにおける主債務者の事後通知と保証人先行ケースにおける保証人の事後通知を特に区別しない。後にみるように真正連帯関係の二重支出ケースに関わる解釈論は対立しているが、3学説は何れもその真正連帯関係と同じ解釈論を保証委託関係でも説いており、これを紹介する。

一方で、梅説は二重支出ケースを事前通知制度の射程にも含めており、真正連帯関係の二重支出ケースにおいて事前・事後の通知を先行支出者に求めるとともに事前通知を後行支出者に求めている。それと同じことを保証人先行ケース⁽³⁴⁾や主債務者先行ケース⁽³⁵⁾でも説いており、主債務者の通知と保証人の通知を区別すべきであるとはみていない。それどころか梅説は保証委託関係から保証人保護の義務を導出し、これを主債務者に課すことで、主債務者の通知義務を正当化する⁽³⁶⁾。

他方で、横田説と石坂説は2つの通知制度の射程を峻別し、二重支出ケースには事後通知制度だけを適用する。しかも、真正連帯関係の二重支出ケー

(33) この点の問題意識につき、I d) 参照。

(34) 保証人先行ケースに焦点を合わせた議論ではないが、梅・前掲注(25)『要義』196～197頁。また、主債務者の事前通知につき、法典調査会『民法整理会議事速記録』(1988年、商事法務研究会)253～254頁〔梅謙次郎発言〕参照。

(35) 梅・前掲注(25)『原理』619～620頁。

(36) 「主タル債務者ハ毫末モ保証人ニ損害ヲ加ヘサル為メ、自己カ債権者ノ請求ヲ受ケタルトキ又ハ弁済等ヲ為シタルトキハ、之ヲ保証人ニ通知スル義務アルモノトセリ」。梅・前掲注(25)『要義』196～197頁。しかし、それは論理を取り違えたものであり、これを後に示す。V1 b)。

スにおいて法定の要件である先行支出者の事後通知および先行支出に関する後行支出者の善意だけを判定基準にしており、同様のことを主債務者先行ケースでも説いている⁽³⁷⁾。すなわち、両説は支出者の属性を脇に置き、同じ基準を保証人先行ケースと主債務者先行ケースの双方に当てはめている。それは、両説が事後通知制度のなかに判定基準の法定化という意味をみいだすからである。両説にとって平成29年改正前443条2項は判定基準を法定したという意味をもっており⁽³⁸⁾、さらに同463条2項がこれを主債務者先行ケースに準用することで、これにも同様の意味がある⁽³⁹⁾。その結果として支出者の属性を脇に置いている。

d) 本章にとって重要なのは横田説と石坂説である。両説は準用という同463条2項の法形式に着目し、真正連帯関係の解釈論と保証委託関係の解釈論を連動させる。そのために保証人の事後通知と主債務者の事後通知は理論上の位置づけを異にする。先にみたように保証人の事後通知は無過失要件を具体化するものであるのに対し、主債務者のそれは法定の例外的な基準である。また、相殺抗弁ケースでは保証人の無過失(事前通知義務や抗弁活用義務の遵守)が判定基準になるのに対し、主債務者先行ケースでは主債務者の事後通知が主要な判定基準であることで、主債務者の行動が合理的である限りは情報共有リスクを保証人に割り当てることになる。ただし、両説がその解釈論を利益分析のうえで妥当なものともっているかは別論であり、後にみるように、石坂説はそれに関わることを通知制度の立法論的批判として示している。

(37) 後掲注(39)。

一六 (38) 後掲注(52)、注(59)。

一 (39) 横田・前掲注(25) 726頁、石坂・前掲注(28) 1103～1104頁注2参照。ここでは主債務者の事後通知を民法規定によって根拠づけており、これにより制度の特則性を示唆する。なお、保証人先行ケースについて石坂説は主債務者による事前通知の有無を不問に付しており、そもそも事前通知制度は平成29年改正前463条2項による準用の対象外であるとしている。石坂・前掲注(28) 1099頁注3。

(2) 真正連帯関係に関わる梅説

a) 梅説は因果関係を求償要件とし⁽⁴⁰⁾、これを保証委託関係との差異であるとする⁽⁴¹⁾。しかし、その求償要件の機能は限定的である。それは通知制度を柔軟に適用し、求償権の成否・帰属判定を通知制度に委ねるからであり、これが通知制度の要件・効果の両面に現れている。

まず事後通知制度の効果論では求償権の帰属変更を認めており⁽⁴²⁾、梅説は因果関係という求償要件よりも通知制度を重視する。次に事前通知制度の射程論において、梅説は免除ケースをその射程に取り込んでいる⁽⁴³⁾。免除ケースでは負担部分型の絶対的効力が働いて、その限度で後行支出は因果関係を欠くが、それでも求償権の成否判定を事前通知制度に委ねている。梅説は事前通知制度に広狭両面の機能を担わせており、相殺抗弁ケースでは求償制限という機能を、免除ケースでは因果関係という求償要件の枠外で求償権を創設するという機能を担わせる⁽⁴⁴⁾。

b) さらに二重支出ケースについて独特な解釈論を展開する。梅説はそれを事前通知制度の射程に取り込むばかりか、先行支出者と後行支出者の双方に事前通知を求めている。梅説が事前通知を求めるのは債権者から請求を受けた場合だけであり⁽⁴⁵⁾、その不通知を不問に付す場合もあるが、最多で3本の通知(先行支出者による事前・事後の通知と後行支出者による事前通知)を求めており、これを紹介する。

梅説は議論の出発点を両支出者の事前通知に置き、この通知で足りるかを論じる。すなわち、まず先行支出者が事前通知をすれば後行支出者が先

(40) 梅・前掲注(25)『要義』127頁。同旨、岡松参太郎『註釈民法理由下巻』(1897年)153頁、平沼騏一郎『債権法総則』(1905年)156頁。

(41) 梅・前掲注(25)『原理』618～619頁。

(42) 梅・前掲注(25)『要義』132～133頁。

(43) 梅・前掲注(25)『要義』132頁。同旨、岡松・前掲注(40)155～156頁。

(44) 次にみる二重支出ケースに関わる議論からすると、相殺抗弁ケースや免除ケースでも後行支出者の事前通知や先行抗弁権者の返答についてそれぞれの延着リスクが問題になるはずであるが、梅説はこれに立ち入っていない。

(45) 梅・前掲注(25)『原理』509頁。

行支出につき善意であることは稀であるとみる⁽⁴⁶⁾。次にその通知が延着することを懸念し、事前通知とは別に事後通知を求める⁽⁴⁷⁾。それは事前通知の延着について先行支出者に「過失アル」とはいえないからである。同様に、後行支出者の事前通知が延着することを懸念し、これとは別に先行支出者の事後通知を求める⁽⁴⁸⁾。

そこで両支出者に求めるのは通知の発信だけであり、到達を求めている。それが真正連帯関係におけるリスクの割当てを図ったものであるとは言い切れないが⁽⁴⁹⁾、ともかくも通知の到達を脇に置くことで最多で3本の通知発信を求めている。それは通知を規範的要件にするのと同じであり、明らかに、その解釈意図は情報共有リスクの最小化を図ることにある。梅説は相互的な通知義務をそのまま求償権の帰属判定基準とし、リスク軽減に反する行動をした支出者に不利益を負担させる。その点でも梅説は因果関係（すなわち支出の先後）にさほど重要な意味を認めておらず、むしろ両支出者を同列に置いている。

ただし、梅説は立ち入っていないが、因果関係が規範上の意味をまったくもたないわけではない。通知制度に関する梅説の解釈論は両支出者が何れも無過失である場合について基準を提供しないから、ここではおそらく因果関係という求償要件をその基準とするのであろう。リスクの最小化を図ることでそれが現実の問題になることは僅かであると想定していたはず

(46) 梅・前掲注(25)『要義』133頁。同旨、梅・前掲注(25)『原理』508～509頁。

(47) 梅・前掲注(25)『原理』511頁。

(48) 保証委託関係の主債務者先行ケースについてであるが、法典調査会『民法議事速記録三』（1984年、商事法務研究会）501頁〔梅謙次郎発言〕。真正連帯関係について梅説が挙げる例は、後行支出者の事前通知に対して先行支出者が旅行中であるために返答できなかったというものである。梅・前掲注(25)『原理』512頁。

(49) それは、梅説が意思表示につき到達主義（平成29年改正前97条1項）ではなく発信主義を主張しているうえに、連帯債務の理論として一元論をとっているからである。梅説の発信主義および連帯一元論については、それぞれ、梅謙次郎『民法要義巻之一〔訂正増補33版〕』（1911年、復刻版1984年）243頁以下および梅・前掲注(25)『原理』617頁を参照。

であるが、ともかくも梅説にとっては因果関係を判定基準にすべき場合が存在し、ここでは先行支出者の求償権帰属を認めることになる。

c) 以上のように、梅説は因果関係を求償要件とするが、これが求償権の帰属判定基準となるのは稀な場合に限られる。むしろ、因果関係よりも不通知に関わる無過失を重視しており、相殺抗弁ケースや免除ケースとの関係では広狭両面の機能を事前通知制度に担わせている。また、二重支出ケースでは両支出者を差し当りは同列に置き、過失の有無を両支出者について問うたうえで、これを求償権の帰属判定に反映させる。それらからすると、梅説にとって、因果関係という求償要件と無過失に関わる通知制度は一体的な規範をなしている。かりにそれを別個の規範と整理し、原則と例外の関係に置くとしても、因果関係要件を重視する多層構造の枠組みとは異なり、その要件には僅かな機能しかない。

(3) 真正連帯関係に関わる横田説

a) 横田説はここでの求償要件を保証委託関係のそれと共通化しており、弁済のための支出および支出者の無過失を求償要件とする⁽⁵⁰⁾。それは、真正連帯関係を組合類似のものと捉えることで⁽⁵¹⁾、求償制度の背後に組合法理をみいだすからである。横田説は立ち入っていないが、事前・事後の通知義務や抗弁活用義務の位置づけについては、保証委託関係に即して

(50) 横田秀雄「連帯債務者ノ求償権ヲ論ス」『法学論集第二編』（1920年）508～509頁。横田説はその要件論を必ずしも明快に説いておらず、本文で紹介した要件を論ずるに先立って、支出時に連帯債務が消滅していれば求償権が発生しないと説いている。横田・同書 484頁、495頁。

論文全体をみると、それは、因果関係がある場合とない場合を分けて論じたにすぎないことは明らかである。ところが、論文の12年前に公表していた概説書においては、因果関係があれば求償できることを説くにとどまっております。これが求償要件であるかのような論述になっている。横田・前掲注(25) 542頁。それは後の版でも同様である。横田秀雄『債権総論』（1926年）228頁。

おそらく横田説の趣旨は当初から一貫していたのであろうと推測できるが（前掲注(25)参照）、概説書はその趣旨を明確にしていない。

(51) 横田・前掲注(50)論文 483頁。

説いていたことがそのまま真正連帯関係にも妥当するはずである。特に重要なのは抗弁活用義務であり、事前通知制度との関係では先行抗弁権者の返答に関わる事情を審査するためにその義務を観念する必要があり、無過失という求償要件はその義務を根拠づけるものになっている。

支出者の無過失を求償要件とするのであれば、二重支出ケースでは両支出者の通知を求めることになるし、それぞれの無過失に関わる状況に応じて求償権の帰属を判定することになるはずである。ところが、両支出者の通知を問う必要がないという理由で、横田説は求償権の判定を法定の2要件（先行支出者の事後通知および先行支出に関する後行支出者の善意）に委ねており、後行支出者による事前通知の有無を問わない⁽⁵²⁾。明確に説いているわけではないが、横田説にとって事後通知制度は法定の特則であり、この制度に2つの機能を担わせていることが窺える。それは、二重支出ケースにおける求償権の成立を一方の支出者に限定するという機能⁽⁵³⁾と、求償権の帰属判定基準を法定するという機能である。そのうえで、横田説は先行支出者の事後通知に関わる延着リスクを後行支出者に負担させている⁽⁵⁴⁾。

事後通知制度が二重支出ケースを対象とする特則であれば、2つの通知制度の射程は重ならない。横田説は事前通知制度の射程を弁済の抗弁以外の抗弁権が先行成立していた場合（相殺抗弁ケース、免除ケース、時効完成ケース）に限定している⁽⁵⁵⁾。また、ここでは先行抗弁権者の返答に関わる延着リスクを先行抗弁権者に負担させている⁽⁵⁶⁾。

(52) 横田・前掲注(50)論文500頁。同旨、横田・前掲注(25)556頁。

(53) 事後通知制度の効果について横田説は絶対的効果説を支持するものの、これを債権者に対する関係で説くにとどまっている。横田・後掲注(25)559頁。

しかし、支出不関与者に対する関係でも同様に考え、求償権の成立を一方の支出者に限定するという機能を制度に付与しているはずである。さもなくば、その求償要件論からいって、両支出者のために求償権が二重に成立するという余地があることになってしまう。

(54) 横田・前掲注(50)論文517頁。

(55) 横田・前掲注(25)550頁、557頁、横田・前掲注(50)論文501～503頁、507～508頁。

(56) 横田・前掲注(25)553～554頁、横田・前掲注(50)論文507頁。そこでは

b) 求償要件が示すように横田説は因果関係を脇に置き、支出者の無過失を重視するが、他方で事後通知制度に特則性を付与する。そのさい、両支出者の通知を問う必要はないというが、これは理由になっていない。横田説は通知などの延着リスクを問題にしているからである。むしろそこ言わんとするのは、特則である通知規定が両支出者の通知を基準にしていないう点にあると推測できる。かりにその特則がなかったとすると、二重支出ケースでは両支出者の通知が基準になるとみるのであろう。また、判定基準という規範の問題とその背後にある取引実態を区別しているように思われる。すなわち、規範としては後行支出者の事前通知を脇に置き、先行支出者による事後通知の発信に着目するけれども、取引実態としては両支出者の間で相互的に通知が行われることを想定しているはずである。

同様に事前通知制度でも、横田説が判定基準に据えるのは後行支出者による事前通知の発信である。しかし、そもそも事前通知は先行抗弁権者の返答を予定しており、横田説は後行支出者が返答を受けた場合についてその求償を制限する⁽⁵⁷⁾。そこでは、後行支出者の事前通知に関わる延着リスクとともに、先行抗弁権者の返答に関わる延着リスクを先行抗弁権者に負担させているのであって、横田説は判定基準の法定化という意味を事前通知制度にも与えている。

結局、何れの制度についても、横田説は利害関係者間における通知や返答の相互的なやり取りを想定しつつ、情報共有リスクの割当基準として一方の通知に着目している。また、事前通知制度における後行支出者と事後通知制度における先行支出者は何れも支出を先に行った債務者にあたる。2つの通知制度の基準論において、横田説はその債務者にリスク回避手段を認め、通知発信後のリスクを相手方（事前通知制度における先行抗弁権者、

事前通知規定を反対解釈しており、後行支出者が事前通知に対する返答を相当の期間内に受けないのであれば求償関係において抗弁が遮断されるとみる。

(57) 前掲注(56)参照。

事後通知制度における後行支出者)に負担させている。

では、そのような解釈論を利益分析のうで妥当なものとしていたの
 であろうか。通知制度につき類似の解釈論を説く石坂説をもとに振り返ると、
 横田説は特則性という論理のなかに石坂説と同様の問題意識を含めている
 ように思われる。その内容は後に石坂説に即してみる。

(4) 真正連帯関係に関わる石坂説

a) 石坂説は因果関係を求償要件とし⁽⁵⁸⁾、事前・事後の通知制度を特則と
 位置づける⁽⁵⁹⁾。そのうえで、因果関係に照らして各通知制度の射程を限定
 する。そこでは、事前通知制度の対象を支出時に抗弁権が成立しつつも
 債務が存続していた場合であるとし⁽⁶⁰⁾、二重支出ケースをその射程外に
 置いており⁽⁶¹⁾、相殺抗弁ケースのほかは殆ど考えられないとする⁽⁶²⁾。また、
 事後通知制度の対象を二重支出ケースに限定し、免除ケースを2つの通知
 制度の射程外に置く⁽⁶³⁾。それらの解釈論において、因果関係要件と通知
 制度を原則と例外の関係に置く多層構造の枠組みが姿を現している。

(58) 石坂・前掲注(28) 875頁。石坂説が挙げる要件は、①「事実免責行為ヲ為シタコト」、②「共同ノ免責ヲ得タルコト」、③「自己ノ出捐ヲ以テ免責ヲ得タルコト」の3点である。具体的な説明をみると、②は共同免責を指し、③は支出および因果関係を指すと思われる。

前掲注(50)でみたように、横田説は先に公表した概説書において因果関係を求償要件とするかのように説いていたが、後に公表した論文では因果関係を度外視し、支出者の無過失を求償要件としている。その間に登場したのが石坂説であり、石坂説が概説書における横田説から影響を受けたとみられることは可能であるが、これは定かでない。本稿にとって重要なのは両説の通知制度論であり、後述するように、それにつき石坂説は横田説の影響を受けたことが窺える。

一五五 (59) 石坂・前掲注(28) 897頁、907～908頁参照。そこでは事前・事後の通知を民法規定によって根拠づけており、これにより通知制度の特則性を示唆する。

(60) 「共同ノ免責ヲ得タル連帯債務者カ求償権ノ要件ヲ具フル場合ニアリテモ、左ノ場合ニハ求償権ヲ失フ」。石坂・前掲注(28) 896～897頁。

(61) 石坂・前掲注(28) 903～904頁注3。

(62) 石坂・前掲注(28) 905頁注3。

(63) 石坂・前掲注(28) 904～905頁注3。

しかし、通知制度における要件・効果の両面で因果関係をさほど重視せず、原則論に強い意味を与えない。まず事後通知制度の効果論において、石坂説は帰属変更の可能性を認めている⁽⁶⁴⁾。次に事前・事後の通知制度における通知を規範的要件と捉えたうえで⁽⁶⁵⁾、事後通知制度上の判定基準を法定の2要件に限定し、後行支出者の事前通知を不問に付している⁽⁶⁶⁾。通知を規範的要件とするにさいし石坂説は通知規定の文言を手掛かりとするが⁽⁶⁷⁾、そこには先行学説の影響を窺うことができる。梅説と横田説は通知の延着リスクを論じ、通知発信後のリスクを通知の名宛人に負担させており⁽⁶⁸⁾、石坂説はこれを判定基準に反映し、通知が規範的要件であることを明確化したにすぎない。また事後通知制度の主要な要件として先行支出者の事後通知に着目するのは、リスク回避手段を先行支出者に認めるものである。それも横田説と同じ発想であって、石坂説は支出を先に行つた債務者に情報共有リスクの回避手段を認め、リスクをその相手方に負担させている。

b) さらに、石坂説は通知制度を立法論として批判しており、これがその利益分析を探る手掛かりとなる。そこで直接に論ずるのは事後通知制度の効果である。石坂説は解釈論として後行支出者から支出不関与者に対する求償を認めるが、利益分析上、それを必ずしも妥当であるとみているわけではなくて、両者の利益対立を指摘する。

石坂説がいうのはこうである。後行支出者の利益を十全に保護するには

(64) 石坂・前掲注(28) 911頁、石坂音四郎「法典質疑録 民法第四百四十三條二項の意義」志林14巻10号(1912年)78頁。

(65) 石坂・前掲注(28) 898頁、909頁。そこでは不通知に関わる過失の有無を問うことで通知の規範的要件性を明確化する。そのさい、平成16年改正前443条1項ただし書における「過失アル債務者」という文言や同条2項における「通知スルコトヲ忘リ」という文言を手掛かりにしている。

(66) 前掲注(61)。

(67) 後掲注(65)。ただし、平成29年改正後443条1項前段は該当の文言を「その連帯債務者」に変更している。

(68) (2) b)、(3) a)。

先行支出者に対する求償とともに支出不関与者に対する求償を認める必要がある⁽⁶⁹⁾。しかしそうすると、支出不関与者が先行支出者に求償金を支払っていた場合において先行支出者の無資力リスクを支出不関与者に負担させることになってしまう⁽⁷⁰⁾。そういったなかで解釈論として後行支出者の利益を優先するのは、事後通知制度の趣旨を考慮するからである。その制度趣旨は債権者の無資力リスクを善意の後行支出者に負担させないことにあり⁽⁷¹⁾、絶対的効果説は「当ヲ得タルモノ」ではないけれども、その趣旨からすると絶対的効果説に「依ルノ外」はない⁽⁷²⁾。

そのさい石坂説は法継受史に言及する。母法における通知制度は保証を想定しており、「保証ニアリテハ償還義務者ハ主タル債務者一人ノミナルカ故ニ本問ノ如キ場合ヲ生スルコト」はないが、「我法典ハ同一ノ規定ヲ連帯債務ニ設ケタルカ為メ、本問ノ如キ不都合ヲ生スル」に至ったのであって、「根本的ニ論スレハ、第四百四十三条ヲ連帯債務ノ規定中ニ設ケタルハ当ヲ得タルモノニアラス」とする⁽⁷³⁾。そこではさらに、詳論を避けているものの、「尚、第四百四十三条ニ関シテハ本問ノ場合ノミナラス其他種種ノ疑点多シ」としている。

このように石坂説は通知制度を保証委託関係に用意すべきであったとみており、これが真正連帯関係に用意されていることを立法論として批判している。下線部が示すように、それは真正連帯関係における各債務者の地位が互換的なものであることに由来する。すなわち、保証委託関係で求償の可否を検討すべきは保証人だけであるのに対して、真正連帯関係では各支出者についてそれを検討しなければならない。その差異を等閑視したこ

(69) 「甲〔先行支出者〕ノミニ対スル求償権ヲ認ムルトキハ、或ハ甲ノ無資力ノ為メ其求償ノ実ヲ得サルコトアルヘク、丁〔後行支出者〕ノ為メニハ不利益ナル場合アルヘシ。故ニ甲ノミニ対スル全部ノ求償ハ之ヲ認ムルヲ得ス」。石坂・前掲注(64) 83頁。

(70) 石坂・前掲注(64) 80～81頁。

(71) 石坂・前掲注(64) 79頁。

(72) 石坂・前掲注(64) 81～82頁。

(73) 石坂・前掲注(64) 81頁。

とで生ずる弊害として、石坂説は事後通知制度の効果における後行支出者と支出不関与者の利益対立を指摘しており、これが後の大審院判決や学説に影響を与えている⁽⁷⁴⁾。しかし本稿が着目するのは別の点である。石坂説は通知制度を連帯債務に設けたことで、「本問ノ場合ノミナラス其他種種ノ疑点多シ」という。そこでいう「疑点」は地位の互換性に関係するはずであるが、具体的には何を考えているのであろうか。それを探るには、保証委託関係に関わる出発点の利益分析をもとにして真正連帯関係を検討する必要があり、これにより石坂説が通知制度に立法上の政策判断をみいだし、解釈論としてはこれを尊重するが、利益分析上は否定的に評価していることが分かる。しかもそれは真正連帯関係にとどまらず保証委託関係にも及ぶものである。

まず、保証委託関係について石坂説は保証人の無過失を求償要件の1つとし、これを基礎として事前・事後の通知義務や抗弁活用義務を保証人に課している。それを真正連帯関係の二重支出ケースに応用すると、ここでは各債務者の地位が互換的であるから、両支出者による通知の相互的なやり取りを求めることになる。しかも、石坂説は通知を規範的要件とし、これを情報共有リスクの割当基準とする。かりに相互的なやり取りにおける無過失をそのままリスク割当基準にすると、たとえば両支出者が無過失である場合において求償権の帰属を按分的に判定することになるが、この判定権限を事後通知制度が認めているかは疑わしい⁽⁷⁵⁾。おそらく石坂説はその点に解釈論としての限界を感じ、制度のなかに悉無律をみいだすことで、判定基準を一方の通知に限定するのであろう。すなわち、石坂説にとって事後通知制度には立法上の政策判断が現れており、その内容は、何れか一方の支出者に求償権を専属させることおよびその帰属判定基準を先行支出者の無過失に求めることの2点である。ただし、それはあくまでも判定

(74) 2c)。ただし、その利益対立を問題視することの妥当性には疑問がある。V2i)。

(75) 後にみる勝本説に対する批判であるが、本文の理を指摘するものとして、『最高裁判所判例解説民事篇昭和57年度』914頁〔淺生重機〕。

基準にすぎず、判定基準の背後にある取引実態としては相互的な通知が行われることを想定していると思われる。

同様のことを事前通知制度についても考えていたはずである。ここで問題になるのは後行支出者の事前通知や抗弁活用と先行抗弁権者の返答であるが、それぞれの無過失を判定基準にすると求償の可否を按分的に判定することになる。そこで解釈論上の困難を避けるため、事前通知制度にも政策判断をみいだすのであろう。その内容は、先行抗弁権者の負担部分に関する求償権について、これを按分的に判定する余地を否定すること、およびその判定基準を後行支出者の無過失に求めることの2点である。後行支出者がその返答を受けた場合について石坂説は言及しないが、解釈論としては返答に関わる事情を後行支出者の抗弁活用義務との関係で捉えるのであろう。

次に、それをもとにして保証委託関係の主債務者先行ケースを振り返ると、石坂説の解釈論をよく理解できる。石坂説は出発点において保証人の無過失という求償要件を介して情報共有リスクを割り当てており、これを主債務者先行ケースに当てはめると、ここでの基準を保証人による事前通知義務や抗弁活用義務の遵守状況に求めることになるはずである。しかし、民法は事後通知制度を真正連帯関係について用意しており、石坂説はそこに判定基準の法定化という政策判断をみいだしている。それが主債務者先行ケースの解釈論に現れているのであって、この点も石坂説にとっては解釈論としてやむを得ないものであったといえる。

c) 本節における真正連帯関係のまとめを兼ねて、石坂説を2つの方向から整理する。まず通知制度論に焦点を合わせると、石坂説は多くの点で横

田説と共通している。二重支出ケースに即して両説を梅説と対比しよう。3学説は何れも両支出者による相互的な通知を想定するとともに、そこでの情報共有リスクを問題にしているが、問題の捉え方を異にする。梅説はリスクの最小化を図っており、両支出者それぞれの不通知に関わる無過失を判定基準とする。ただし、両支出者が無過失である場合においては通知

制度ではなく因果関係を判定基準にされると思われる。

それと異なり、横田説と石坂説はリスク割当てを通知制度において完結させており、その割当基準を通知制度にみいだしている。しかも、規範的要件である通知義務を基準にすることで一方の支出者にリスク回避手段を認めている。その回避手段を誰に付与するかという点で因果関係（すなわち支出の先後）が意味をもつけれども、因果関係の担う機能はその点にとどまり、両説にとって因果関係はリスク割当基準ではない。しかも、その基準には先行支出者を優遇する側面とこれを冷遇する側面があって、両支出者が無過失である場合には先行支出者の求償権帰属を認める一方で、両支出者に過失がある場合にはその帰属を否定することになる。そのうち後者は利益分析上の妥当性を欠くが、両説にとってその難点は立法上の政策判断の結果にすぎず、解釈論としてやむを得ないものである。

d) 次に求償要件を含めた枠組みに焦点を合わせ、3学説のなかで石坂説が占める位置を整理する。3学説は何れも支出者の無過失を重視するが、その具体策は三者三様である。横田説はその重視を求償要件論で示すのに対し、梅説と石坂説はその重視を通知制度論で示すにとどめる。また、通知制度の射程論に着目すると、梅説は事前・事後の通知制度を柔軟に適用するのに対し、横田説と石坂説は判定基準に関わる政策判断をそれぞれの通知制度にみだし、その射程を区切っている。このように、石坂説は求償要件論において梅説の影響を受ける一方で、通知制度論において横田説の影響を受けている。

そうやって考え方を組み合わせた結果として、石坂説に二面性をみいだすことができる。それは枠組みにおいて因果関係を基礎に据える一方で、通知制度論では支出者の無過失を基準にするという二面性である。石坂説は因果関係を求償要件としたうえで、通知制度を例外と位置づけており、その枠組みは因果関係を基礎に据える多層構造のものであるが、他方で通知制度論では因果関係よりも支出者の無過失を重視する。ここでの無過失は支出を先に行った債務者が情報共有に関して合理的な注意を払っていた

かを問うものであり、これを問うことで注意義務を遵守していた場合における情報共有リスクを相手方（相殺抗弁ケースにおける先行抗弁権者、二重支出ケースにおける後行支出者）に割り当てている。立法論としての批判が示唆するように、無過失を一方の債務者について問うことが利益分析のうえで妥当であるとみているわけではないが、ともかくも情報共有リスクの割当基準として無過失に着目している。

このように、石坂説は枠組みにさほど大きな意味を与えていない。与えた意味は、因果関係の有無を基準として各通知制度の射程を区切っていること、および支出を先に行った債務者にリスク回避手段を認めることにとどまる。しかもそのうち後者には、支出を先に行った債務者を優遇するという側面とこれを冷遇するという側面がある。むしろその枠組みよりも、無過失をリスク割当基準とすることに石坂説の特徴がある。その特徴は横田説と共通しており、両説の差異は通知制度の射程に関わる具体論（免除ケースを事前通知制度の射程に取り込むかという問題）にとどまる。

2 大正期から昭和初期：特に鳩山説・昭和7年の大審院判決

a) 総じていえば、大正期から昭和初期にかけて、保証委託関係の議論は低調である。求償要件については前の世代の議論を引き写したものととどまるし、通知制度論に立ち入るものも僅かである。それを求償要件に即してみると、梅説や横田説を支持する学説は大正期以降も残っているが、これは多くない⁽⁷⁶⁾。当時の通説が支持するのは石坂説であり、因果関係と保証人の無過失を求償要件とする⁽⁷⁷⁾。保証人の無過失を求償要件の1つ

(76) 仁井田益太郎「保証債務」新報24巻11号(1914年)43～44頁。必ずしも要件論としての叙述ではないが、同旨のものとして、吾孫子勝『債権法要論』(1928年)176頁。

(77) 鳩山秀夫『増訂改版日本債権法(総論)』(1925年)323頁、磯谷幸次郎『債権法論(総論)[改訂4版]』(1925年)540頁、三瀨信三『債権法提要総論下冊』(1925年)428～429頁、嘉山幹一『改版債権総論』(1926年)358～359頁、東季彦『債権法総論』(1931年)134～135頁、小池・前掲注(17)271頁、末弘巖太郎『債権総論』(1938年)118～119頁、石田・前掲注(17)132頁。因果

に挙げるのは委任法理を考慮するからであり、この要件を具体化したものが保証人の負担する事前・事後の通知義務であると捉える⁽⁷⁸⁾。そのため、通説は保証人による事前・事後の通知を規範的要件と捉えるし⁽⁷⁹⁾、さらに無過失要件の内包として通知義務とは別に抗弁活用義務を観念する⁽⁸⁰⁾。

そうすると、主債務者先行ケースにおける主債務者の事後通知の位置づけが問題になるはずであるが、その解釈操作を論ずる学説は存在しない。かえって一部の学説は保証人保護の義務を観念し、これを主債務者に課すことで、その事後通知義務を正当化する⁽⁸¹⁾。また、後にみるように、真正連帯関係の事後通知制度では先行支出者の事後通知とともに後行支出者の事前通知を求めるという解釈が広まっている。近藤＝柚木説はそれを主債務者先行ケースに当てはめており、主債務者の事後通知とともに保証人の事前通知を求めている⁽⁸²⁾。他方で、保証人先行ケースについて通説は主債務者による事前通知の有無を不問に付している⁽⁸³⁾。

関係につき必ずしも明確ではないが、おそらく同旨のものとして、勝本正晃『債権総論中巻之一』（1934年）471～474頁、沼義雄『債権総論（綜合日本民法論別巻第4）』（1936年）372～373頁、近藤英吉＝柚木馨『註釈日本民法（債権編総則）中巻』（1935年）259～261頁、田島順『債権法』（1940年）173～174頁、176頁注1。

それと異なり、無過失の要件化に反対するものとして、岡村玄治『全訂債権法総論』（1940年）216頁。おそらく同旨、岩田新『債権法新論〔増訂版〕』（1938年）149～150頁。

(78) 前掲注(77)所掲の各文献を参照。ただし、論者によって記述に繁簡がある。

(79) 保証委託関係に即してそれを明言するものとして、近藤＝柚木・前掲注(77) 261頁。多くは真正連帯関係に即してそれを説くにとどまる。後掲注(86)参照。

(80) 三瀧・前掲注(77) 429頁、嘉山・前掲注(77) 359頁、勝本・前掲注(77) 398～399頁、472頁、近藤＝柚木・前掲注(77) 260頁、田島・前掲注(77) 174頁。同旨、末弘・前掲注(77) 119頁。

(81) 嘉山・前掲注(77) 359頁、勝本・前掲注(77) 475頁、沼・前掲注(77) 373頁、近藤＝柚木・前掲注(77) 283頁。

(82) 近藤＝柚木・前掲注(77) 281頁。

(83) そもそも事前通知制度は平成29年改正前463条2項による準用の対象外であるとしている。鳩山・前掲注(77) 324頁注1、嘉山・前掲注(77) 360頁、勝本・前掲注(77) 475～476頁、近藤＝柚木・前掲注(77) 284頁、沼・前掲注(77) 373頁注2。

- b) 真正連帯関係に移る。大正期以降の通説は求償要件を因果関係に求め⁽⁸⁴⁾、これに照らして2つの通知制度の射程を区切る⁽⁸⁵⁾。また事前・事後の通知を規範的要件とみる⁽⁸⁶⁾。事前通知制度との関係では後行支出者の抗弁活用義務が問題になるはずであるのに、これを論じておらず、先行抗弁権者の返答に関わる事情を考慮するための装置を明らかにしない。それらの諸点で当時の通説は石坂説と共通する。そのうえで、事後通知制度につき要件・効果の両面で議論を進展させており、これにより石坂説の二面性を払拭し、因果関係を重視している。他方で事前通知制度の解釈論をみると因果関係をさほど重視していない様子も窺えるが⁽⁸⁷⁾、ここではそれに立ち入らない。
- c) 事後通知制度の要件に関わる議論状況はこうである。石坂説と同様に、

反対、磯谷・前掲注(77) 542頁。そこでは保証人の弁済抗弁を想定し、これについても機会保障を図る必要があるとする。

(84) たとえば、鳩山・前掲注(77) 272頁、勝本・前掲注(77) 186頁、近藤＝柚木・前掲注(77) 102頁、末弘・前掲注(77) 137頁、石田・前掲注(17) 102頁。

(85) この時期の学説は免除ケースを主に事前通知制度との関係で論じており、多数説は石坂説と同様に、これを事前通知制度の射程外に置く。川名兼四郎『債権法要論』(1915年) 336頁、三瀧・前掲注(77) 379頁、嘉山・前掲注(77) 311頁、小池・前掲注(17) 240頁注4、勝本・前掲注(77) 208頁、近藤＝柚木・前掲注(77) 114頁、沼・前掲注(77) 314頁注1、岡村・前掲注(77) 175頁、石田・前掲注(17) 104～105頁。

反対、磯谷・前掲注(77) 417頁、中島玉吉『債権総論』(1928年) 239頁、東・前掲注(77) 117頁、田島・前掲注(77) 148頁。保証委託関係につき同旨、吾孫子・前掲注(76) 176～177頁。それら反対説の多くは因果関係を求償要件としている。

免除ケースを事後通知制度との関係で論じ、その適用を否定するものとして、嘉山・前掲注(77) 311頁。判例も同旨である。大判昭和13年11月25日民集17巻2603頁。保証委託関係についてであるが、事後通知制度の適用肯定説として、仁井田・前掲(76) 新報24巻11号48～49頁。

(86) 鳩山・前掲注(77) 277～278頁、磯谷・前掲注(77) 420頁、423頁、小池・前掲注(17) 239～240頁、勝本・前掲注(77) 203頁、211頁、沼・前掲注(77) 314～315頁、近藤＝柚木・前掲注(77) 113頁、117頁、岡村・前掲注(77) 175～176頁、林・前掲注(17) 183～184頁。

(87) 免除ケースを事前通知制度の射程に含めるかという問題につき学説は対立しており、否定説が多数であるとはいえ、肯定説も少なくない。前掲注(85)。

法定の2要件（先行支出者の事後通知および先行支出に関する後行支出者の善意）だけを判定基準とする学説も残っている⁽⁸⁸⁾。しかし、その解釈には不都合があり、両支出者が後行支出の回避に何らの注意を払わなかった場合において後行支出者を優遇することになる。おそらくはそれを回避するため、鳩山説は法定の2要件に加えて後行支出者の事前通知を求める。その論拠として、鳩山説は443条1項と同条2項を全体として把握することで制度趣旨を抽出し、その趣旨を過失のある債務者よりも過失のない他の債務者を保護することに求める。そのうえで、同条の両項は一方の債務者だけに過失がある場合を定めたものであって、双方に過失がある場合を想定していないとし、この場合における求償権の帰属判定を因果関係という求償要件に委ねる⁽⁸⁹⁾。このように、鳩山説は過失の有無を両支出者について問うとともに、因果関係要件の機能を再定位し、両支出者に過失がある場合において先行支出者を優遇する。それは提唱と同時に多数の支持を集め、通説となっている⁽⁹⁰⁾。

(88) 岡村・前掲注(77) 178～179頁、嘉山・前掲注(77) 311～312頁、遊佐慶夫『民法原理〔総則・物権・債権〕』（1924年）622～623頁。

(89) 「民法第四百四十三条ガ求償権ニ二種ノ制限ヲ設ケタルハ、過失アル求償者ヨリハ寧ロ過失ナキ被求償者ヲ保護セントスル趣旨ニ出ヅ」。「〔同条〕第一項、第二項共ニ一方ノ債務者ノミニ過失アル場合ヲ規定スルモノニシテ、……当事者ノ双方ニ過失アル場合ハ其予想セザル所ナルガ故ニ第一項、第二項共ニ適用ナク、即チ普通ノ理論ニ從ヒテ第一ノ弁済ヲ有効ナリト解スルナリ」。鳩山・前掲注(77) 279頁。同じ叙述はその初版(1916年) 236頁にみられる。

(90) 通知制度の射程や因果関係要件の機能につき鳩山説を支持するものとして、磯谷・前掲注(77) 424～425頁、三瀧・前掲注(77) 381頁、東・前掲注(77) 118頁、近藤＝柚木・前掲注(77) 111頁、122頁、沼・前掲注(77) 315頁、末弘・前掲注(77) 141頁注28、石田・前掲注(17) 106頁。また下級審裁判例も鳩山説を支持する。神戸地判大正13年2月20日新聞2244号21頁。ただし、後行支出が相殺によって行われた事案であり、そこでは通知制度によって後行支出者を保護する必要はないと思われる。

それと結果同旨ではあるが、事後通知制度における後行支出者の善意という要件との関係で問題を捉え、後行支出者が事前通知義務を遵守しない場合は善意とはいえないとするものとして、勝本・前掲注(77) 212～213頁、218頁。また、事後通知制度における要件として後行支出者の善意無過失を要求し、

ただし、鳩山説は制度の効果論では絶対的效果説を支持しており、大正期まではこれが通説であった⁽⁹¹⁾。すなわち、因果関係要件による先行支出者の求償権帰属を暫定的なものにとどめ、支出不関与者に対する求償権について事後通知制度を介した帰属変更の可能性を留保する。その状況を一変させたのは昭和7年の大審院判決である⁽⁹²⁾。その判決が相対的效果説を採用したことで、昭和初期の多数説は一転してこれを支持する⁽⁹³⁾。それらは債権者に対する関係での効果と支出不関与者に対する関係での効果を併せて扱うものであるが、序でみたように本稿は後者に焦点を合わせる。

大審院判決の背景には石坂説と鳩山説による問題提起がある⁽⁹⁴⁾。石坂説は後行支出者と支出不関与者の利益対立を指摘していたし、鳩山説は443条から過失のある債務者よりも無過失の債務者を保護するという制度趣旨を抽出していた。それらを受けて大審院判決は事後通知制度の効果を両支出者間に限定し、支出不関与者に「二重弁済ノ危険ヲ負担」させることが「過失アル求償権者ノ求償権ノ制限ニ関スル規定ヲ必要以上ニ拡張シテ解釈スルモノニシテ当ヲ得タルモノニ非サルナリ」とする。また昭和初期の多数説も、過失のある先行支出者に対する関係で無過失の後行支出者を保護すれば足りるとみている⁽⁹⁵⁾。

d) それらが石坂説の二面性を払拭するというのはこうである。石坂説に二面性があったのは、因果関係を求償要件とする一方で、二重支出ケース

その無過失の具体的中身として事前通知義務の遵守を問題にするものとして、田島・前掲注(77) 149頁。

(91) 川名・前掲注(85) 340頁、鳩山・前掲注(77) 278頁。

(92) 大判昭和7年9月30日民集11巻2008頁。

(93) 近藤＝柚木・前掲注(77) 119頁、我妻榮『債権法講義案』(1937年) 252～253頁、末弘・前掲注(77) 140～141頁、林・前掲注(17) 394頁。

(94) そのほか、大審院判決の半年前に勝本説がその概要を公表しており、その影響を窺うこともできるが、これについてはすでにみた。前掲注(17)。

(95) 小池・前掲注(17) 241頁、近藤＝柚木・前掲注(78) 122頁、末弘・前掲注(77) 140頁、林・前掲注(17) 186～187頁。

における求償権の帰属判定を事後通知制度に委ね、その判定基準を先行支出者の無過失としていたことによる。それに対し、まず鳩山説は二重支出ケースの判定基準のなかに因果関係を取り込んでいる。鳩山説は両支出者に過失がある場合だけを論じているが、その論理からすると、両支出者が無過失の場合にも因果関係を判定基準にするのであろう。それは、因果関係を枠組みの基礎に据え、無過失に調整弁の機能だけを与えるものである。次に昭和7年大審院判決後の多数説は事後通知制度の効果を両支出者間での求償に限定し、支出不関与者に対する求償権の帰属判定を因果関係という求償要件に委ねる。そうやって事後通知制度の要件・効果の両面で因果関係要件に役割を担わせることで、この要件を基礎とする多層構造の枠組みが完成している。その枠組みのなかで無過失を考慮するのは通知の規範的要件性にとどまる。

そのため、真正連帯関係に限っていえば昭和初期の学説は枠組みのみならず価値判断においても因果関係を重視し、これよりも程度の弱い要請として支出者の無過失を位置づけるものとなっている。求償要件と通知制度の関係に関わる石坂説、事後通知制度の要件に関わる鳩山説、事後通知制度の効果に関わる相対的效果説が積み重なることで、そのような価値判断が姿を現している。

e) それに対して昭和初期の勝本説は重要な問題を提起しており、当時はこれが一定の支持を受けている。勝本説は事後通知制度に求償権の帰属判定機能を付与しており、支出不関与者に対する求償権を後行支出者に認める⁽⁹⁶⁾。また制度の要件論では、先行支出に関する後行支出者の善意という主観的要件との関係で後行支出者に事前通知を求めたうえで⁽⁹⁷⁾、不通知に

(96) 勝本・前掲注(77) 215頁、222頁。同旨、石田・前掲注(17) 105頁。結果同旨、岡村・前掲注(77) 178頁。岡村説は、支出不関与者に対する先行支出者の求償権が後行支出者に移転するとしたうえで、すでに先行支出者が支出不関与者から求償金を受領していた場合についてその分の不当利得返還債務を先行支出者に課している。

(97) 前掲注(90)。

関わる両支出者の主観的事情を比較する⁽⁹⁸⁾。そこでは、①故意を過失よりも重いとみてこれを求償権帰属に反映し、②先行支出者による事後の不通知と後行支出者による事前の不通知が同程度の過失によるものである場合には先行支出者による事前の不通知に関わる過失の有無を考慮する⁽⁹⁹⁾。さらに、③両支出が同時に行われた場合について求償権を両支出者に分割帰属させようとして⁽¹⁰⁰⁾、④二重支出が時期を接して行われるなどの事情によって両支出者の通知が後行支出の回避に繋がらない場合について、これを同時支出と同列に置いている⁽¹⁰¹⁾。

そこでは主観的事情に2つの機能をみいだしていることが窺える。その第1は不要な後行支出の責任原因を問うという機能であり、これが①と②で帰責性の軽重を問うことに現れている。第2は情報共有リスクを割り当てるという機能であり、これは③と④に現れているが、特に重要なのは④である。勝本説は通知を規範的要件としているから⁽¹⁰²⁾、先行支出者に事前・事後の通知義務を課し、後行支出者に事前通知義務を課しても、常に後行支出を回避できるわけではない。その問題意識が④に現れているのであって、これは情報共有リスクに関わる。

(98) 勝本・前掲注(77) 220頁。同旨、小池・前掲注(17) 242頁。また、事後通知制度の効果を両支出者間に限定したうえで、両支出者間における求償に関して両支出者の過失を比較すべきことを説くものとして、林・前掲注(17) 188頁。

(99) 勝本・前掲注(77) 220頁。同旨、小池・前掲注(17) 242頁、林・前掲注(17) 189頁。それと文脈は異なるが、事前・事後の通知を先行支出者に求める点で同旨のものとして、中島・前掲注(85) 240頁。

(100) 勝本正晃「連帯債務に於ける免責行為の重複」『民法研究第二巻』（1934年、初出1933年）126～128頁。そこで勝本説は具体的な法律関係の清算方法を示しており、その内容には疑いがあるが、これには立ち入らない。

一四三
(101) 「右に云ふ異時的とか同時的とか云ふのは、物理的な時間的正確さを標準として云つてゐるのではない。総て法律上の観念である。法律の適用上同時のものとして、異時に関する法規の適用を除外すべきや否やの標準による」。勝本・前掲注(100) 131頁。そこでは不適切な例を挙げているが、これには立ち入らない。勝本説の趣旨は通知制度が後行支出の回避に繋がらない場合があることを指摘する点にあり、この問題提起は重要である。

(102) 前掲(86)。

ただし、そこでは第1の機能を第2の機能よりも重視している。かりに情報共有リスクの割当てを重視していれば、①と②は別の内容になったはずであり、故意と過失を区別する必要はないし、先行支出者の事前通知は後行支出の回避にとって必ずしも重要ではなく、その回避に資するのは二重支出が時期を接して行われる場合に限られる⁽¹⁰³⁾。また、情報共有リスクの割当てを図るのであれば故意や過失といった帰責性ではなく、無過失に着目するはずである。そのため、勝本説は過失責任主義を前提とし、しかも二重給付を受けた債権者の無資力に関わるリスクを主に考えたうえで、帰責性の重い債務者にその無資力リスクを割り当てているように思われる⁽¹⁰⁴⁾。もちろん③と④では情報共有リスクの割当てを考えている。しかし、前節でみた3学説は何れも情報共有リスクに主眼を置いていたのであって、勝本説はそこから離れている。それは主観的事情の機能が変化していることを示す。

f) では、その発想は勝本説に独自のものであろうか。差し当たり重要なのは主観的事情の機能が変化しているかという問題であり、ここでは過失責任主義を脇に置く。当時の議論が石坂説から離れていることは2つあるので、それらのなかに機能の変化を窺えるかをみる。

まず、鳩山説は過失の有無を両支出者について問うたうえで、両支出者に過失がある場合を問題にする。双方無過失の場合を脇に置き、双方有過失の場合に眼を向ける点で、鳩山説も勝本説と同様に理解しているのではないかと疑われるが、これは疑念にとどまる。

次に、相対的効果説が勝本説と同様の理解をとることは明らかである。かりに情報共有リスクの割当てを考えていたとすれば、支出不関与者であつてもリスク負担者になりうるはずであり、これをリスク負担者から外

(103) その2点において勝本説は批判を受けている。最判解・前掲(75)914頁〔淺生〕、下村正明「通知懈怠による求償権制限の要件事実」河上正二ほか編『要件事実・事実認定論と基礎法学の新たな展開(伊藤滋夫先生喜寿記念)』(2009年)214頁。

(104) この点の問題意識につき、I g) 参照。

することはできない。また、相対的効果説は支出不関与者の利益に着目し、二重に求償金請求を受けることやこれに伴って先行支出者の無資力リスクを負担することを懸念するが、規範のなかで無資力リスクの割当てを直接に考慮することは情報共有リスクの割当てという機能とは相容れない。むしろ、相対的効果説と両立するのは、過失に着目して後行支出の責任原因を問うという機能である。そのため、遅くとも昭和初期には勝本説と同様の理解が広まっており、主観的事情の機能に変化が生じていたといえる。

3 戦後期以降：特に我妻説・潮見説・中田説

a) 戦後期以降の学説には大きな特徴が2つある。その1つは枠組みの変化である。いまみたように、昭和初期には真正連帯関係の事後通知制度に関わる議論が進展し、これにより多層構造の枠組みが完成しているが、他方で保証委託関係については求償要件のなかに保証人の無過失を残していた。戦後期以降の通説は真正連帯関係につき昭和初期の議論を受け継ぐ一方で、保証委託関係についてはそこから離れ、ここでも多層構造の枠組みを採用している。そのため、本節は保証委託関係の枠組みに焦点を合わせ、真正連帯関係を差し当たりは脇に置く。ただし、通知制度論は主に真正連帯関係に即して展開されているから、これに眼を配ることで保証委託関係に関わる通知制度の解釈を探る。

もう1つの特徴は、典型的な問題（または比較的単純な問題）を重視するという発想を解釈論に取り込んでいることである。明示するものはないが、その発想が戦後期以降の学説に現れている。典型的な問題を重視するというのは一般的な取引経過から外れた異例なケースを脇に置くことを指しており、これによって解釈論はいくつかの問題を捨象している。そのため、戦後期以降の学説をみても、価値の序列のうえで何を最重要の要請とみるかは判然としない。ただし、典型的な問題を重視する反面で切り捨てた問題は、価値の序列のうえで重要でないともみているはずであり、本節はこれ

に目を向ける。

典型的な問題を重視するという発想は求償要件論と通知制度論の双方に窺うことができるが、後者の重要性は高い。通知制度論がその発想を取り込むと、支出者の主観的事情や属性を軽視し、情報共有リスクを脇に置くことになる。それは価値判断の変化を示しており、昭和初期までの学説は大なり小なりそのリスク割当てを考えて、異例なケースを視野に取り込んでいたところである。

b) その変化を描写するには、求償要件論(1)と通知制度論(2)に分けるのが便宜である。我妻説は保証人の無過失を求償要件から排除し、そこでの枠組みを多層構造化している。石坂説以降の学説が求償要件を詳論しないなかで、我妻説は求償要件の理論的な説明を示しており、これが価値判断を探る手掛かりとなる。ただし、そこから窺えるのは、我妻説が解釈論に疑念を抱いていることであり、この疑念を後の世代がどのように受けとめたかが問題になる。

昭和初期までのものと比べると、戦後期以降の体系書や概説書は通知制度論にあまり立ち入っていない。それでも、一部の個別問題については高度成長期以降、特に平成期以降に議論が進展している。進展がみられる論点は、① 通知の規範的要件性に関わる問題、② 事前通知制度における返答に関わる問題、③ 2つの通知制度の射程に関わる問題、④ 事後通知制度の要件・効果に跨がる問題⁽¹⁰⁵⁾である。何れも重要であるが、本節は①

(105) 今日の通説は両支出者に過失がある場合において事後通知制度の適用を否定するが、これを正当化するために於保説は法律関係の複雑化回避という観点を挙げている。於保不雄『債権総論〔新版〕』（1972年）243頁。

それを前提としたうえで、平成期の一部学説は二重支出の不利益を負担割合に応じて両支出者に分担させるための解釈論を検討する。それは、両支出者に過失があることで、そこに優劣をつけられないとみるからであり、これも広義では両支出者の過失を考慮するものである。安達・前掲注(17) 173頁、205～206頁、長谷川隆「連帯債務者が相互に弁済の通知を怠った場合における求償関係(下)」判時 1340号(判評 375号、1990年) 166～168頁、松岡久和「求償関係における無資力危険の配分(中)」龍法 27巻 4号(1995年) 612～616頁。それらの具体的な解釈論は異なるが、本稿はその内容に立ち入らない。

～③に焦点を合わせる。特に①と②に関わる議論は、情報共有リスクに関わるかつての共通理解が失われていることを示す一方で、解釈論の課題を整理するための手掛かりをわれわれに与える。

（1）多層構造の枠組みの完成

a) 因果関係を脇に置くと、明治期以来の通説は一貫して保証人の無過失を求償要件の1つに挙げていた。それと同旨の学説は高度成長期以降も残っているが⁽¹⁰⁶⁾、これは少数にとどまる。今日の通説は保証人の無過失を排除し、因果関係だけを求償要件とする⁽¹⁰⁷⁾。それを提唱したのは我妻

於保説を含め、それらの議論は通説の価値判断が必ずしも当然のものではないことを前提としており、価値の序列において因果関係よりも程度の弱い要請として主観的事情を位置づけることに違和感を抱いているといえる。ただし、そこでは両支出者が無過失の場合に眼を向けていない。それが示唆するように、各論者は無過失よりも過失に着目しつつ、解釈論において典型的な問題を重視しているようである。

(106) 石本雅男『債権法総論』（1961年）301頁、秦・前掲注（4）113頁、平井宜雄『債権総論〔2版〕』（1994年）315頁、長谷川隆「判批」富大経済論集47巻1号（2001年）129頁、遠藤研一郎「判批」Artes Liberales（岩手大学人文社会科学部紀要）68号（2001年）200頁、川井健『民法概論3〔2版補訂版〕』（2009年）218頁。同旨、西村編・前掲注（18）273～274頁〔中川淳〕。さらに、通知義務を善管注意義務との関係で捉えるものとして、星野英一「中小漁業信用保証の法律的性格」『民法論集第2巻』（1970年、初出1956年）259頁。それらについてはⅢ2で整理する。

(107) 西村信雄『債権法総論』（1950年）134頁、我妻・前掲注（3）488頁、水本浩『債権総論』（1989年）213頁、安達・前掲注（17）167頁、前田達明『口述債権総論〔3版〕』（1993年）368頁、淡路剛久『債権総論』（2002年）403～404頁、加藤雅信『新民法体系Ⅲ』（2005年）476頁。平成29年改正後につき同旨、平野裕之『債権総論』（2017年）278頁。

ただし、一部の学説は因果関係の要否を明らかにせず、規定の文言をそのまま用いている。平成16年改正前459条1項後段の「債務ヲ消滅セシムヘキ行為」という文言を用いるものとして、柚木馨＝高木多喜男『判例債権法総論〔補訂版〕』（1971年）304頁、於保・前掲注（105）278頁、林良平ほか『債権総論〔3版〕』（1996年）451頁〔高木多喜男〕。また、平成29年改正後同条の「債務を消滅させる行為」という文言を用いるものとして、潮見佳男『新債権総論Ⅱ』（2017年）698頁、中田裕康『債権総論〔4版〕』（2020年）589頁、奥田昌道＝佐々木茂美『新版債権総論中巻』（2021年）697頁、700頁。

説である。我妻説はすでに昭和初期にそれを説いていたが⁽¹⁰⁸⁾、これが戦後期以降に支持を集めたことで、今日の通説となっている。

通知制度の解釈につき、戦後期以降の学説は昭和初期までの議論を多くの部分で受け継いでおり、主に真正連帯関係に即してそれを説いている。事後通知制度の効果を両支出者間に限った相対的なものとする理解は通説となっており、そこでは、過失のある先行支出者に対する関係で無過失の後行支出者を保護すれば足りるとする⁽¹⁰⁹⁾。また、制度の要件につき、今日の通説は法定の2要件に加えて後行支出者の事前通知を求めており⁽¹¹⁰⁾、判例もこれを支持する⁽¹¹¹⁾。

求償要件を変更したことの意味は大きくて、それは保証委託関係の枠組みを多層構造のものにするとともに、支出者に関する属性の軽視を決定づけている。属性軽視の発想はすでに明治期から大正期にかけての3学説に現れていたが、これは事後通知制度の要件論にとどまるものであった⁽¹¹²⁾。それを我妻説は求償要件にも及ぼしている。

b) さらに求償要件の変更は通知制度の趣旨に影響を及ぼす。これまでそれに触れなかったので、制度趣旨に関わる議論をここでまとめて紹介する。今日の通説はその制度趣旨を主に真正連帯関係に即して説いている。それによれば、事前通知制度は先行抗弁権者に抗弁主張の機会を保障するため

(108) 後掲注(119)。

(109) 石本・前掲注(106) 286頁、我妻・前掲注(3) 438頁、柚木＝高木・前掲注(107) 266頁、於保・前掲注(105) 242～243頁、前田・前掲注(107) 343～344頁、平井・前掲注(106) 342頁、川井・前掲注(106) 195頁、中田・前掲注(107) 546頁、奥田＝佐々木・前掲注(107) 581頁。

(110) 石本・前掲注(106) 286～287頁、我妻・前掲注(3) 438頁、西村編・前掲注(18) 131～132頁〔椿〕、前田・前掲注(107) 344頁、林ほか・前掲注(107) 419～420頁〔高木〕、平井・前掲注(106) 342頁、淡路・前掲注(107) 375～376頁、奥田＝佐々木・前掲注(107) 582頁。保証委託関係の主債務者先行ケースについて本文の理を説くものとして、柚木馨「保証人の求償権をめぐる諸問題(中)」金法262号(1961年)21頁、我妻・前掲注(3) 491頁、安達・前掲注(17) 172頁。

(111) 最判昭和57年12月17日民集36巻12号2399頁。

(112) 1(1)c)。

のものであり⁽¹¹³⁾、事後通知制度は後行支出者の誤信を保護するためのものである⁽¹¹⁴⁾。通説はその制度趣旨がそのまま保証委託関係に当てはまるとみているようである⁽¹¹⁵⁾。

たとえば潮見説は保証委託関係の事前通知制度をこう説明する。「民法は、債権者に対して権利主張の機会を有していた主たる債務者を保護するために、……委託を受けた保証人（……）は、弁済その他自己の財産をもって主たる債務を消滅させる行為をするにあたり、……事前にその旨の通知をしなければならないものとしている⁽¹¹⁶⁾」。そこでは民法を主語にすることで、ここでの通知制度が主債務者を例外的に保護する制度であることを示している。同様に潮見説は主債務者または保証人の事後通知を求めることについても民法を主語にして説明しており⁽¹¹⁷⁾、おそらく主債務者先行ケースでは保証人保護を、保証人先行ケースでは主債務者保護をそれぞれの制度趣旨に据えるのであろう。

それらは明治期以降、一貫した共通理解である⁽¹¹⁸⁾。ただし、細かくい

(113) 石本・前掲注(106) 285頁、西村編・前掲注(18) 127頁〔椿〕、於保・前掲注(105) 242頁、潮見・前掲注(107) 605～606頁、奥田＝佐々木・前掲注(107) 579頁。

(114) 石本・前掲注(106) 286頁、我妻・前掲注(3) 436頁、438頁、柚木＝高木・前掲注(107) 266頁、於保・前掲注(105) 242頁、林ほか・前掲注(107) 418頁〔高木〕、前田・前掲注(107) 343頁、淡路・前掲注(107) 373頁、川井・前掲注(106) 195頁、奥田＝佐々木・前掲注(107) 580～581頁。

(115) 事前通知制度や保証人先行ケースを支配する事後通知制度について、真正連帯関係におけるそれと同様の制度趣旨を説くものとして、柚木・前掲注(110) 20頁。また、我妻説は、保証人が事前・事後の通知を怠るときは求償の「制限を受ける」としており、先行抗弁権者保護・後行支出者保護という制度趣旨を示唆する。我妻・前掲注(3) 490頁。

(116) 潮見・前掲注(107) 702頁。ただし、それとニュアンスを異にする説明もある。後掲注(142)。

三
七 (117) 潮見・前掲注(107) 705～706頁。

(118) 事前通知制度に関する昭和初期までの学説として、岡松・前掲注(40) 156頁、平沼・前掲注(40) 159頁、横田・前掲注(25) 551頁、石坂・前掲注(28) 897頁、鳩山・前掲注(77) 277～278頁、磯谷・前掲注(77) 417～418頁、嘉山・前掲注(77) 306～307頁、中島・前掲注(85) 239頁、勝本・前掲注(77) 203～204頁、近藤＝柚木・前掲注(77) 111～112頁。

事後通知制度に関する昭和初期までの学説として、梅・前掲注(25)『要義』

えば、それらが特則たる制度の趣旨であるかそれとも単なる機能であるかに疑いがある、これは求償要件に関わる。明治期から昭和初期までの通説は真正連帯関係についてはともかく、保証委託関係については保証人の無過失を求償要件に挙げていた。そこでの保証人による事前・事後の通知は無過失という求償要件を具体化したものであって、機会保障や誤信保護というのは通知制度の機能を説いたものにすぎないはずである。その位置づけを我妻説が変更したことになる。

c) なぜ我妻説は因果関係を求償要件とし、保証人の無過失を要件としないのであろうか。それに関わる説明はこうである。「保証人は、主たる債務が不成立であることまたは消滅したことをもって抗弁しうる」が、それのみならず、「この抗弁をしないで支払っても、求償権を取得しない。けれど、主たる債務者に利益を与えないからである。もっとも、……保証人は弁済の前に予め通知する義務を負わされていることは、……消滅した債務を保証人が重ねて弁済する不都合などを防ぐことになる⁽¹¹⁹⁾」。

そこには特徴が2つある。まず、因果関係要件を主債務者の利益に照らして正当化し、これを主債務者先行ケースに即して説いている。しかし、因果関係と主債務者の利益とは包含関係に立つ。主債務者が利益を享受するには因果関係要件の充足を要するが、この要件を充足するからといって主債務者が利益を享受するとは限らない。そのため、主債務者の利益に着目しても因果関係要件の必要性を十分に説明したことにはならないので

134 頁、岡松・前掲注(40) 157～158 頁、平沼・前掲注(40) 162～163 頁、横田・前掲注(25) 556 頁、石坂・前掲注(28) 907～908 頁、磯谷・前掲注(77) 421～422 頁、嘉山・前掲注(77) 309 頁、中島・前掲注(85) 240 頁、勝本・前掲注(100) 131 頁、近藤＝柚木・前掲注(77) 116 頁。

(119) 我妻・前掲注(3) 489 頁。なお、我妻・前掲注(93) 264 頁では無過失を求償要件に残していたが、鳩山・前掲注(77) 323 頁と同様に、そこで論じるのは保証人が負担する事前・事後の通知義務にとどまり、当時、指摘されることの多かった抗弁活用義務(前掲注(80))には言及していない。その後、すでに我妻栄『債権総論』(1940年) 348 頁では保証人の無過失を求償要件から外しており、その説明を新訂版で加筆している。本文に引用した叙述はその加筆部分である。

あって、我妻説は要件の正当化を避けている。

次に保証人の無過失についてみると、昭和初期までの通説は抗弁活用義務を問題にしていたが、我妻説はこれを抗弁活用の権利という問題に置き換えている。というのは、保証人が主債務者の抗弁を活用できると説いているからである。また、「防ぐことになろう」という表現が示すのは、保証人の事前通知が後行支出の回避に資することにすぎない。それに伴い、保証人が通知をした場合になぜ求償できるかを説明せず、通知制度の正当化理由（通知義務の根拠）を示していない。

d) 我妻説は因果関係要件や通知制度の正当化を避けるとともに、抗弁活用に関わる問題を置き換えており、これらは明らかに意図的である。しかも、その枠組みは因果関係を支出者の主観的事情や属性よりも重視するものとなっている。もっとも、それが価値判断を示しているかは2つの点で疑わしい。

まず、主債務者の利益に着目するのは求償要件を正当化するためではなく、むしろ問題を提起するためであったとみる余地がある。すなわち、差し当たり昭和初期までの通説に倣って因果関係を求償要件とするけれども、その背後では因果関係要件の妥当性を疑い、主債務者の利益に着目した枠組みの再構築を要請しているといえそうである。次に、その求償要件論は委任法理から離れているが、他方で我妻説は求償要件や通知制度につき委任法理から離れていないという理解を示唆している⁽¹²⁰⁾。そうであれば保証人の無過失を重視するはずであるのに、これを求償要件から排除するのであるから、我妻説には二面性がある。それは、枠組みにおいては委任法理から離れるが、価値判断においては委任法理との親和性を維持するという二面性である。

その二面性を繋ぐものとして我妻説から窺えるのは、現実社会で比較的多く生起しうる典型的な問題（または比較的単純な問題）を重視する発想であ

(120) 前掲注(3)。

る。二重支出ケースや相殺抗弁ケースについては通知制度が用意されているし、二重支出などの事情がなければ弁済した保証人の求償を認めてよい。そのために、因果関係要件と通知制度だけで求償権の成否を適切に判定できることが多いのであって、無過失要件に頼るまでもない。おそらく我妻説はこのように考え、典型的な問題を重視して抗弁活用を義務から権利に置き換えたのであろう⁽¹²¹⁾。

ところが、通知制度論において我妻説は昭和初期の議論の多くを受け継いでいる⁽¹²²⁾。すなわち、主債務者先行ケースにおいて主債務者の事後通知を求めることについて何か解釈操作の必要性を説いているわけではないし、このケースと相殺抗弁ケースの関係を整理しているわけでもない⁽¹²³⁾。そのため、我妻説が委任法理との親和性を維持するという価値判断を強く意識していたとは思えない。かりにその意識が強ければ、その親和性を維持するために、通知制度論において主債務者の利益や保証人の無過失に着目した解釈操作を説くはずであるが、そのような形跡は窺われないからである。

以上のことから、本稿は我妻説をこう位置づける。一方で我妻説は枠組みの再構築を要請しているが、これは問題提起または解釈上の違和感を示

(121) 中田説は典型的な問題を重視することを我妻説よりも一層明確に示しており、「二重弁済の防止は、求償にあたっての通知義務(……)で対処できる」から、保証委託関係において保証人の無過失を求償要件にする「必要はない」という。細かくみれば通知制度が後行支出の回避を可能にするとは限らないけれども、これを脇に置くことが無過失要件を不要とする評価に繋がっており、そこでは典型的な問題の重視を暗黙の前提としている。中田裕康『債権総論 [3版]』(2013年)500頁。

中田説が求償要件論を説いたのは、平成29年改正前442条1項が保証人の無過失に関わる文言を含んでいたからであり、同改正は該当の文言を削除している。それに伴って、最新版ではその問題への言及を省いている。中田・前掲注(107)589頁。

(122) ただし、我妻説は通知の規範的要件性に言及していない。後掲注(129)。

(123) そもそも保証委託関係の通知制度に殆ど立ち入っておらず、真正連帯関係のそれに関わる説明を引用するにとどめている。我妻・前掲注(3)490~491頁参照。

唆したにとどまる。他方で因果関係を枠組みの基礎に据えるばかりか、この枠組みに沿って通知制度を解釈している。それが価値判断における因果関係の重視を意味するかはともかく、我妻説は少なくとも支出者の主観的事情や属性を軽視している。

（2）通知制度に関わる議論の進展

- a) いまみたように、我妻説は重要な示唆を伴いつつも、因果関係を基礎とする枠組みを採用しており、これを求償要件論と通知制度論の双方で示している。それらは今日の学説状況にも現れている。一部の学説は我妻説の示唆を受けとめ、これを解釈論的操作に活かす一方で、多くの学説はむしろ枠組みに沿って通知制度を解釈している。それを3点についてみる。
- b) まず通知制度の射程論を広義の時効完成ケースに即して取りあげる。事前通知制度と事後通知制度、それぞれの射程については、若干の変遷を伴いつつ、今日でもなお議論が続いている。たとえば、主債務の時効が完成すれば保証人も時効援用権を取得する。そのために求償関係では保証人の時効援用義務が問題となるが、これに加えて時効の効果に関する不確定効果説（停止条件説）と通知制度の射程論が関わる。そのような問題状況のもとで平成期の学説は通知制度の射程を論じており、多数説は支出と時効援用の先後に着目する。すなわち、保証人の支出が先行する場合（狭義の時効完成ケース）を事前通知制度の射程に含める一方で⁽¹²⁴⁾、主債務者の時効援用が先行する場合（時効援用ケース）を事後通知制度の射程に含める⁽¹²⁵⁾。

その場合分けは因果関係を基準とするものであるが、これにより狭義の

(124) 山田誠一「判批」金法1428号(1995年)23頁、潮見・前掲注(107)686頁、中田・前掲注(107)584頁、内田貴『民法Ⅲ〔4版〕』(2020年)431頁、奥田=佐々木・前掲注(107)676~678頁。通知制度への明示的な言及はないがおそらく同旨のものとして、川井健「判批」判時575号(判評131号、1970年)115頁。

(125) 山田・前掲注(124)23頁、潮見・前掲注(107)682頁、内田・前掲注(124)433頁、奥田=佐々木・前掲注(107)675頁。同旨、黒田直行「消滅時効完成後の債権について代位弁済(法定代位)した者の地位」手研475号(1993年)211頁、川井・前掲注(124)116頁。

時効完成ケースでは主債務者保護の問題となり、時効援用ケースは保証人保護の問題となる。主債務者による援用の時期によって保護目的を異にすることについて、多数説は違和感を抱いていないようである。それと異なる学説を後にみる⁽¹²⁶⁾。

c) 次に通知の規範的要件性をみるが、これは真正連帯関係に即して論じられている。石坂説以降、昭和初期までの通説は事前・事後の通知を規範的要件と捉えており、高度成長期以降もこれと同旨の学説⁽¹²⁷⁾や下級審裁判例⁽¹²⁸⁾は残っている。注目すべきこととして、平成29年改正後における複数の体系書は二重支出ケースにおける後行支出者の事前通知を規範的要件とするが、これは規範的要件性をすべての通知について論ずるものではない。多くの体系書や概説書はこの問題に触れておらず⁽¹²⁹⁾、かつての

(126) f)、III2 b)。

(127) 高度成長期以降の学説のうち、事前通知や事後通知を規範的要件とみるものとして、津曲蔵之丞『債権総論上巻』（1959年）205頁、我妻栄＝有泉亨＝水本浩『判例コンメンタールIV債権総論』（1965年）181頁、柚木＝高木・前掲注(107) 265～266頁。そのほか、保証人の無過失を求償要件に挙げたうえで、その通知を規範的要件とみるものにつき、後掲注(161)参照。

さらに、通知制度における一部の通知を規範的要件とする学説もある。事前通知制度における後行支出者の事前通知につきそれを説くものとして、前田・前掲注(107) 342頁。事後通知制度における後行支出者の事前通知についてそれを説くものとして、後掲注(141)所掲の潮見説のほか、内田・前掲注(124) 468頁、奥田＝佐々木・前掲注(107) 590～591頁注9。

(128) 大阪高判昭和56年2月27日民集36巻12号2404頁。これは最判昭和57年12月17日(前掲注(111))の原審判決である。それが扱ったのは二重支出ケースであり、先行支出者の連絡先が不明であったことで後行支出者が事前通知をしなかったことは無過失であるとしている。

(129) 平成16年改正前443条の文言でいうと、同条1項は事前通知につき「通知セスシテ」と表現するのに対し、同条2項は事後通知について「通知スルコトヲ怠リタル」と表現しており、それは平成16年改正後や平成29年改正後でも同様である。学説も「通知を怠る」という表現と「通知をしない」という表現を互換的に使っている。於保・前掲注(105) 241～242頁、淡路・前掲注(107) 370頁、川井・前掲注(106) 194頁、潮見・前掲注(107) 609頁、中田・前掲注(107) 544頁、奥田＝佐々木・前掲注(107) 580頁。

また、詳細を説かないまま、「通知を怠る」という表現を一貫して使うものとして、我妻・前掲注(3) 435～438頁。

共通理解が今日でも残っているとはいえない⁽¹³⁰⁾。かえって、通知の有無だけを問題にする学説が現れている。

その契機になったのは椿説である。かつての通説は平成29年改正前の通知規定における「過失」などの文言に着目することで通知の規範的要件性を説いていた⁽¹³¹⁾。それに対し、椿説は事前通知制度上の事前通知について、「はたして責任設定要件を意味する過失なのか、通知しないことを過失といつただけでないのか、再考の余地もあろう」とする⁽¹³²⁾。また、事後通知制度上の事後通知について、不通知に関する過失を要求すると、その分だけ、先行支出者の求償制限が生ずる範囲を狭めることになるが、実際問題として先行支出者が無過失であるのは、他の連帯債務者の存在を知らなかった場合くらいにしか考えられないという⁽¹³³⁾。

椿説は問題を提起するにとどまるが、そこでは通知制度による例外的な保護の範囲を広げ、因果関係要件の機能を減殺しようとしている。ただし、そこで拡張するのは通知制度の機能ではあっても、通知制度における主観的^{主観的}事情^{事情}の機能ではない。むしろ、情報共有リスクを脇に置き、通知を発信すれば必要な情報を共有できる場合だけを想定している。枠組みのうえで主観的^{主観的}事情^{事情}を重視していないことが典型的な問題（または比較的単純な問題）を重視する発想を招いており、その結果として主観的^{主観的}事情^{事情}は情報共有リスクの割当てという機能を失っている。

椿説の問題提起は一定の共感を得ているようであって、平成期の一部学説はその正当化を試みる。一方で下村説は法的評価の定型化を示唆⁽¹³⁴⁾、

(130) 下村説は通知の規範的要件性を肯定するのが通説であるとみているが、前掲注(127)や注(129)の学説状況からいって、その理解には賛同できない。

下村・前掲注(103) 222頁注19。

(131) 前掲注(65)。これと併せ、前掲注(47)を参照。

(132) 西村編・前掲注(18) 127～128頁〔椿〕。

(133) 西村編・前掲注(18) 129頁〔椿〕。

(134) 下村・前掲注(103) 220～221頁参照。ただし、そこで論じるのは事後通知制度の要件として先行支出に関する後行支出者の無過失を求めるべきかという点であり、定型的評価という観点からこれを不要としている。他方で通知

他方で松岡説は意思表示に関する到達主義（平成 29 年改正前 97 条 1 項）をここに持ち込んでいる⁽¹³⁵⁾。規範的要件性を否定する考え方がどの程度広まっているかは分からない。それは通知の規範的要件性に立ち入る学説が殆どないためであるが、この議論状況からすると、一般に学説は主観的事情への問題関心を失っているように思われる。

d) 同じことは事前通知制度についてもいえる。この制度は先行抗弁権者の返答を予定しているはずであるのに、規定上は返答に関わる文言を欠いており、返答の有無や内容を求償権の成否判定に反映させるための装置を用意していない。昭和初期までの通説はその装置をもっぱら保証人の無過失という求償要件との関係で論じており、これを手掛かりとして抗弁活用義務を観念していた⁽¹³⁶⁾。それに伴い、求償要件を異にする真正連帯関係では当時からその装置を用意していなかった。その発端となったのは石坂説である。石坂説は真正連帯関係についても抗弁活用義務を想定していたはずであるが、この点を曖昧にしていた⁽¹³⁷⁾。

高度成長期以降でも、一部の学説は保証人の無過失を求償要件としたうえで抗弁活用義務を説いている⁽¹³⁸⁾。他方で、我妻説の枠組みを支持する学説はその問題に言及しておらず、返答に関わる装置を用意していない。おそらくそれも典型的な問題を重視し、後行支出者が事前通知を発信すれば必要な情報を共有できると想定するからであろう。

e) 以上では 3 点に関わる議論状況をみた。そのうち保証委託関係に即し

の規範的要件性については、これを肯定するという理解を差し当たりの前提にしている。

(135) 松岡・前掲注(105) 618 頁、および同論文「(上)」龍法 27 卷 3 号(1994 年) 358 頁。そこでは、通知が不着に終わった場合の問題を到達主義との関係で捉えるべきであるとするが、その前提として松岡説は無資力リスクの割当てに重点を置いている。同論文「(上)」龍法 27 卷 3 号 334 頁。それに関わる本稿の問題意識についてはすでに述べた。I g)。

(136) 1 (1) a)、2 a)。

(137) 1 (4) b)。

(138) 後掲注(162)。

た議論は広義の時効完成ケースに関わるものであり、多数説は因果関係に照らして事前通知制度と事後通知制度を使い分けている。そこには保証人の無過失に注目しようとする形跡は窺われない。また、通知の規範的要件性や事前通知制度に関わる議論状況から窺えるのは、典型的な問題を重視し、通知制度によって必要な情報を共有できると想定していることである。特に規範的要件性に関わる椿説は因果関係の重視という価値判断を反省しているが、そうかといって主観的事情に着目するわけではない。むしろ主観的事情の機能を等閑視しており、主観的事情の重視を明示しない枠組みがそれを招いている。それに対し、中田説と潮見説は我妻説の枠組みを前提としつつも異なる発想を示しており、これを次にみる。

f) 中田説は多くを語らないけれども、事前通知制度を保証委託関係に即して検討し、2点で特徴的な考え方を示している。第1に、時効援用ケースと狭義の時効完成ケースを区別せず、双方を事前通知制度の射程に取り込んでいる⁽¹³⁹⁾。それはおそらく、保証人の支出時に時効が完成していればその支出は主債務者に利益をもたらさないからであって、中田説は因果関係を脇に置いて通知制度の射程を考えている。その点で、後にみる秦説と同じ問題意識をみいだすことができる。

第2に、中田説は先行抗弁権者たる主債務者の返答が不適切である場合を時効援用ケースに即して検討し、そこでの問題を損害賠償制度に委ね、保証委託契約上の債務不履行責任が成立しうるとする⁽¹⁴⁰⁾。そうやって返

(139) 中田・前掲注(107) 584頁。同旨、金山直樹「主たる債務の時効と保証人による弁済」金法1398号(1994年) 53～54頁。

そのほか、通知制度の射程論には踏み込んでいないものの、主債務者の利益に着目して求償の可否を論ずるものとして、黒田・前掲注(125) 211頁。そのほか、同旨の下級審裁判例につき、III 1 d) ①参照。それらに対する批判として、潮見・前掲注(107) 688頁。

(140) 中田・前掲注(107) 583～584頁。そこでは債務不履行責任のほかには不法行為責任を挙げ、2つの法律構成を併記するが、中田説の趣旨はおそらく前者にある。前者であれば委任者たる主債務者は無過失責任を負担するが、後者はそうでなく、保証委託関係の不利益調整を過失責任の下に置く理由はない。

答に関わる問題を求償枠組みの外に追い出しているが、これを不利益割当ての枠組みとして捉えると、債務不履行責任に関わる規範の位置づけは、第1層の求償要件および第2層の通知制度に加えた第3層のものにあたる。そのような意味で中田説は情報共有リスクに関わる問題を第3層の規範に委ねている。

g) 潮見説は通知の規範的要件性と事前通知制度に関してそれぞれ特徴的な考え方を示しており、これを順にみる。通知の規範的要件性を論ずる学説は僅かであり、これを否定する学説が目立っていることをすでにみた。そういったなかで潮見説は規範的要件性を真正連帯関係や保証委託関係の事後通知制度に即して説いており、これには2つの特徴がある。第1に、潮見説は二重支出ケースにおける後行支出者の事前通知を規範的要件と捉える⁽¹⁴¹⁾。それは、後行支出者の善意という事後通知制度上の要件に着目し、これが先行支出に関する善意無過失を指すと解釈するからである。潮見説が規範的要件性を論ずるのはそこでの後行支出者の事前通知にとどまっており、おそらくその他の通知（二重支出ケースにおける先行支出者の事後通知や相殺抗弁ケースにおける後行支出者の事前通知）については規範的要件性を否定する趣旨であろうと推測できる。特に相殺抗弁ケースについては、後にみるように操作概念として通知の規範的要件性ではなく信義則の活用を説いている。

もともと、保証委託関係における狭義の時効完成ケースに関わる議論をみると、潮見説は事前通知制度上の通知につきそれと異なる理解を示唆する。そこで想定するのは、支出時点で主債務の時効が完成していたが、特約に基づいて保証人が事前通知を省略したために、時効完成を看過したという場合である。潮見説は善管注意義務に適った行動を保証人に求め、こ

(141) 潮見・前掲注(107) 613頁。事後通知制度における後行支出者の主観的要件を善意無過失と捉える点で同旨のものとして、副田隆重「判批」ジュリ799号(1983年)102頁、長谷川・前掲注(105)167頁、淡路・前掲注(107)376頁。それと異なり、後行支出者の主観的要件は善意で足りるとするものとして、平野裕之『コアテキスト民法IV債権総論』(2011年)245頁。

れを保証委託契約の趣旨によって根拠づけている⁽¹⁴²⁾。そうであれば、事前通知制度上の事前通知も規範的要件としたうえで、その事前通知義務に契約上のものという性格を付与することになりそうである。しかし、そこまで踏み込んでいないことから、差し当たり本稿は、事前通知制度上の通知については規範的要件性を否定しているものとして潮見説を捉える。

第2に、後行支出者の善意無過失を制度上の要件とすることで審査するのは、その事前通知に関わるものだけではなくて、これを保証人先行ケースに即して示している。というのは、後行支出者たる主債務者の事前通知を不問に付しつつも、その主債務者に関わる善意無過失の要件化を説いているからである⁽¹⁴³⁾。潮見説にとって真正連帯関係であるか保証委託関係であるかは重要でなく、事後通知制度の要件は何れの二重支出ケースにおいても同一である⁽¹⁴⁴⁾。それは潮見説が後行支出者の権利保護資格を問題にするからである⁽¹⁴⁵⁾。そこでは誤信の正当性に関する審査を予定し、これにより保護の対象を合理的な注意を払った後行支出者に限定する。

椿説は因果関係の重視を反省しつつも、通知の規範的要件性に重要な意味をみだしておらず、これは一定の支持を受けていることが窺える。そういうなかで潮見説は、二重支出ケースで保護すべき後行支出者の範囲を丁寧に検討し、その事前通知を規範的要件とみる。それは主観的事情の軽視を反省するものであって、後行支出者の行動に関する合理性を問うことで情報共有リスクに再び注目している。ただし、潮見説は保証委託関係における支出者の属性には注目しておらず、この点で我妻説の枠組みのなかにとどまっている。

二七 (142) 潮見・前掲注(107) 687～688頁。そこでは下級審裁判例を取りあげており、これについては後にみる。III 1 c)。

(143) 潮見・前掲注(107) 705～706頁。これをさらに進める議論があり、下村説は保証人先行ケースにおける主債務者に事前通知を求める。下村・前掲注(103) 220～221頁。

(144) 潮見・前掲注(107) 613頁、705頁、707頁。

(145) 潮見佳男『債権総論Ⅱ [3版]』(2005年) 489頁、578頁。

h) 次に事前通知制度について、潮見説は信義則を介した求償制限の可能性を指摘し、これを真正連帯関係に即して説いている⁽¹⁴⁶⁾。そこで取りあげるのは後行支出者の事前通知がその時期や内容の点で不適切であるという事情であるが、おそらくこれは例示にすぎず、先行抗弁権者の返答に関わる事情についても同様に信義則を介して求償権の成否判定に反映させるのであろう。もっとも、信義則による調整があまり広すぎると通知の規範的要件性を否定することに実質的な意味がなくなるが、ここではそれを脇に置く。

中田説が債務不履行責任を持ち出すのと異なり、潮見説が持ち出すのは信義則であって、これを第3層の規範とみることはできない。しかし、その差異に重要な意味があるとは思えない。法律構成の差異は検討素材に由来しており、中田説は保証委託関係に即して検討したことで保証委託契約上の債務不履行責任を持ち出したのに対して、潮見説は真正連帯関係に即して検討したことで信義則を持ち出したにすぎないように思われる。そのため、法律構成の差異よりもその類似性に着目したい。おそらく潮見説は、事前通知制度による求償権の成否判定を差し当たりのものとしたうえで、調整弁の機能を信義則に期待するのであろう。第3層の規範類似のものとして信義則を用意するのは、中田説と同様に特殊な問題に備えるためであると思われる。

i) 以上のような中田説と潮見説の特徴は、議論の現状を整理するための手掛かりを与える。それを事前通知制度の返答に関わる議論に即していえば、両説は返答に関わる事情を第2層の規範である通知制度で考慮するのではなく、それを第3層の規範（債務不履行責任または信義則）に委ねている。今日、一般に学説は情報共有に支障がない場合を主に想定することで返答に関わる事情を審査するための装置を用意していないが、これでは想定外の場合における求償権の成否判定を適切なものに保つことができない。両

(146) 潮見・前掲注(107) 607頁。

説はその点を突き詰めたことで、我妻説の枠組みが第3層の規範を要請することを示しているのであって、これを指摘したことの意義は大きい。枠組みのうえで因果関係を基礎に据え、これを前提にして通知制度を捉えると、少なくとも事前通知制度との関係では解釈論に行き詰まり、情報共有リスクを割り当てるために第3層の規範を指定することになる。それにより、事前通知制度においては典型的な問題だけを考え、その規範内容を簡明化することが可能になる。

先にみたように、我妻説は典型的な問題を重視することで求償要件から保証人の無過失を排除し、因果関係を基礎とする枠組みを構築している。しかし、求償制度から離れた一般論としていえば典型的な問題を重視するのは妥当であるにしても、これが規範構造を複雑化するのであればその妥当性は揺らぐであろう。むしろ、保証委託関係を考える限りは委任法理をそのまま求償要件に反映し、弁済のための支出および保証人の無過失を要件とする方がよほど枠組みは簡明である。我妻説自身がそれに関わることを示唆しているほか、平成期には次章でみる下級審裁判例の問題提起が現れており、中田説と潮見説は必ずしも明示していないが、それらを意識していることが窺える。

そのため、先にみた特徴とは別の含意を中田説と潮見説にみいだすことができる。両説は我妻説の枠組みを前提にしているが、これを是としているかは疑わしい。むしろ両説は第3層の規範を示すことで、枠組みの再検討を要請しているように思われる。両説が解釈論として説く規範構造は過渡的なものにすぎず、その背後で価値判断に関わる問題を提起しているように思われてならない。かりにその整理が正しいとすれば、そこで提起している問題は、求償要件において価値判断の基礎を示し、因果関係ではなく保証人の無過失を挙げるべきことであるに違いない。

同様のことは事後通知制度の解釈論にも現れている。潮見説は後行支出者の善意無過失を制度上の要件としており、主観的事情の軽視を反省する一方で、我妻説の枠組みにとどまっている。そのため、潮見説は保証委託

関係における支出者の属性を軽視するものとなっているが、その背後で枠組みの再検討を要請しているように思われる。

j) それらをまとめると、我妻説の枠組みは差し当たり2つの方向で課題を残している。一方で、保証委託関係に限っていえば多層構造の枠組みが委任法理と同一の結論を導きうるかもしれないが、そのためには規範構造の複雑化を避けることができない。他方で、多層構造の枠組みが委任法理と同一の結論を導くかという点にも疑いがある。しかし、より根本的な課題は典型的な問題を重視するという発想の当否であって、この発想が枠組みを支えている。

4 小括

a) 本章をまとめる⁽¹⁴⁷⁾。明治期から大正期にかけての3学説は保証人の無過失を保証委託関係における基本的な判定基準とする。それが現れているのは、保証人の無過失を求償要件に挙げていることや、これを具体化するものとして通知制度を位置づけていることなどである。また、保証人の無過失を基準にするのは情報共有リスクの割当て（またはリスクの最小化）を考えるからであって、保証人が無過失であってもなお生じたリスクを主債務者に割り当てている。それが現れているのは、抗弁活用義務を観念していることや通知の規範的要件性を認めていることである。ただし、3学説ともそれを一貫しておらず、これにつき本章は横田説と石坂説に着目した。両説は主債務者先行ケースに事後通知制度をそのまま当てはめており、法定の2要件（主債務者の事後通知およびその先行支出に関する保証人の善意）を判定基準とする。それは、要件を法定する特則という意味を通知制度にみいだすからである。そのうえで立法論として批判しているが、両説は法定の要件を解釈操作しておらず、その解釈論は支出者の属性を軽視するものと

(147) 本章の目的は解釈論の経時的な変化を探ることにあり、この目的に沿って各時期の学説を位置づける。それとは別の観点から捉えると学説（特に鳩山説）の位置づけが若干異なるが、これは後にみる。V2 h)。

なっている。

他方で真正連帯関係をみると、梅説は求償要件と通知制度を一体的な規範と捉えており、因果関係を求償要件としつつ通知制度を柔軟に適用する。そこでは相殺抗弁ケースや二重支出ケースなどの判定を基本的には通知制度に委ねており、事後通知制度のみならず事前通知制度にも広狭両面の機能を付与している。それと異なり、横田説は保証委託関係と同様の枠組みをここでも採用しており、弁済のための支出および支出者の無過失を求償要件とし、これを具体化するものとして通知制度を捉える。ただし、判定基準を法定する特則という意味を通知制度に与えることで、相殺抗弁ケースでは後行支出者の無過失を判定基準とし、二重支出ケースでは法定の2要件（先行支出者の事後通知およびその先行支出に関する後行支出者の善意）を判定基準としている。

石坂説はその両説それぞれから影響を受けており、因果関係を求償要件とする一方で、判定基準を法定する特則という意味を通知制度にみいだしている。その枠組みは因果関係を基礎とする多重構造のものであるが、他方で相殺抗弁ケースや二重支出ケースにおける求償権の成否・帰属判定を通知制度に委ねており、ここでは因果関係を考慮していない。それは石坂説に二面性をもたらしており、枠組みの基礎に据えているのは因果関係であるが、相殺抗弁ケースなどにおける判定の基準や効果を通知制度に委ねる。そのさいに法定の要件を判定基準とし、一方支出者の過失を重視しているが、この解釈論は石坂説にとってやむを得ないものである。

それら3学説のうち、梅説と横田説は保証委託関係の求償要件論において委任法理の不利益割当基準を明示的に挙げていた。また、石坂説がその基準を踏まえていることは明らかであって、これが通知制度に対する立
二
三
法論的批判に現れている。というのは、批判の矛先を向けているのは、通知制度を保証委託関係ではなく真正連帯関係に用意した点にあるからである。しかし、その後の解釈論は委任法理や組合法理を脇に置いて議論を進めている。

b) 大正期から昭和初期にかけての通説は上記3学説のうち石坂説を基礎としつつ、事後通知制度の要件・効果を変更している。それにより真正連帯関係の二重支出ケースでは求償要件と通知制度の2つを使って求償権帰属を判定しており、判定の基準や効果に関わる機能を求償要件に担わせている。そのために、因果関係を基礎とする多重構造の枠組みは同時に、因果関係重視の価値判断を伴っている。そのような枠組みをもたらした因子は2つあり、1つは鳩山説が石坂説を基礎としつつ両支出者の通知を求めたことであり、もう1つは昭和7年の大審院判決が制度の効果を両支出者間に限定したことにある。その背後では主観的事情の機能が変化しており、情報共有リスクの割当てよりも無資力リスクの割当てに注目し、後行支出の責任原因を問うようになっている。真正連帯関係について、この時期の解釈論が情報共有リスクの割当てを考慮していることを窺わせるのは、通知の規範的要件性を認める点にとどまる。他方で、保証委託関係についてはなお保証人の無過失を求償要件の1つとしており、石坂説の影響を残している。

c) 戦後期以降に支持を集めた我妻説は保証委託関係の求償要件から保証人の無過失を排除しており、ここでも多層構造の枠組みを採用する。そのさい、典型的な問題（または比較的単純な問題）を重視するという発想を示唆している。そのために我妻説を二項対立の図式で整理することはできないが、その解釈論は保証人の無過失を軽視するものとなっている。

高度成長期以降、特に平成期の学説は典型的な問題の重視を一層強化し、これによって求償要件や通知制度を正当化している。因果関係が求償要件になるのは、これだけで求償の可否を判定できることが多いことによる。また、情報共有リスクを脇に置き、通知によって必要な情報を共有できる場合を主に想定すると、通知の規範的要件性や事前通知制度における返答に関わる問題を論ずる必要がなくなり、かつての共通理解を失うことになる。昭和初期までの通説は主観的事情の機能を変化させつつも通知の規範的要件性を疑っていなかったが、典型的な問題を重視することでこの点に

変化が生じており、主観的事情は情報共有リスクの割当てという機能を完全に失っている。

中田説と潮見説にはそれへの反省が現れている。両説は通説を前提にすると事前通知制度との関係で不利益割当ての規範構造が三層になることを示している。また、中田説は因果関係を脇に置いて通知制度の射程を考える一方で、潮見説は事後通知制度の解釈論において後行支出者の権利保護資格を問い、主観的事情に着目する。両説が示唆するのは枠組みに関わる問題提起であって、典型的な問題を重視するという発想の妥当性を検討する必要がある。

d) 結局、変遷したのは枠組みのなかで支出者の主観的事情や属性が担う機能である。その機能が次第に縮小しており、これを見直す必要が生じている。その見直しにさいして鍵になるのは、典型的な問題を重視するという発想である。保証委託関係につき昭和初期までの通説は保証人の無過失を求償要件に挙げていたし、必ずしも一貫してはいないものの、この要件を鍵としていた。それなのに典型的な問題を重視すると、保証人の無過失が担う機能を限定することになる。それは保証委託関係と無委託保証関係の差異を曖昧にするものであり、この問題意識を次章の冒頭でみる。