

# 好意同乗減額と連帯債務の一部免除

長嶺弘善

## 目次

- I はじめに
- II 共同不法行為への連帯債務規定の適用
  - 一 適用排斥——不真正連帯債務論
  - 二 適用肯定へ
- III 連帯債務における一部免除
  - 一 判例理論
  - 二 学説
  - 三 判例理論の評価
  - 四 好意同乗減額への類推適用
- IV おわりに

## I はじめに

いわゆる好意同乗減額とは、自動車運転者の好意に基づいて、そのほとんどは無償で同乗した者が、運転者の過失に起因する事故（自損事故）で損害を被った場合に、同乗者の損害賠償請求が、好意同乗関係の存在を理由に減額されることをいう<sup>①</sup>。たとえ同乗者には何ら過失がなくとも、運転者と同乗者との人的関係の濃淡、同乗に至った経緯、同乗後の運行へのかかわり方など、様々な要素を考慮して減額割合（減額率）が決定され、被害者たる同乗者の運行者に対する賠償請求の一部が制限されることがある。過失がないにもかかわらず減額される根拠は、運行者の責任根拠要因への同乗者の「対内的かかわりあい」に基づく公平観にあるとされる<sup>②</sup>。すなわち、好意同乗減額は、好意運行者と好意同乗者との間に客観的に存在する好意同乗関係<sup>③</sup>「人的・内部的関係」に基づいて、一般条項たる信義則・公平の見地からなされる減額である。つまり、好意同乗減額は、あくまでも好意同乗関係に基礎をおいた、信義則上の減額であり、過失相殺に基づく責任制限とは異なる次元に属する<sup>④</sup>。

ところで、好意運行者と第三運行者との共同不法行為（衝突事故）の場合における好意同乗者の損害賠償請求について、困難な問題が生じる。なぜなら、第三運行者と好意同乗者との間には、加害・被害関係が存在するのみで、減額を導きだすような信義則上の関係は何ら存在せず、したがって、共同不法行為における好意同乗減額は、好意運行者と好意同乗者との関係のみにおける相対的減額であると、一応いえそうである。だとすれば、好意同乗者の損害賠償請求において、好意同乗関係にある好意運行者の責任は一定割合に制限されるが、そのような関係にない第三運行者の責任は全額認められることになる。しかし、そうすると、一部連帯の問題が生じ、さらに第三運行者から好意運行者へ、そし

て好意同乗者へと、求償・再求償の段階で好意同乗関係をどのように扱うかの問題が避けられない難関となる。あるいは、この難関に陥らない考え方として、好意同乗者と第三運行者との関係においても、好意運行者との関係におけると同じように減額されるとする説もある。この場合、好意同乗関係のない者の間に好意同乗関係を擬制し、同乗減額に完全な絶対的効力を認め、同乗自体を過失と同一視する結果となる。<sup>6)</sup>

そこで、好意同乗減額は、損害全額についてではなく、好意運行者の本来的負担部分（過失割合部分<sup>6)</sup>）についてののみなされ、第三運行者の本来的負担部分（過失割合部分）においては何ら考慮されないと解すべきである、というのが筆者の考えである。すなわち、好意運行者と好意同乗者との二者間における信義則上の責任制限なので、損害の一部（好意運行者の負担部分）において減額がなされて第三運行者の負担部分に影響が及ばないという意味で、相対的効力にとどまる。しかし同時に、減額分（好意同乗者の自己負担分）について第三運行者の責任も制限されるという意味で、信義則上の減額といえども絶対的効力を有することになる。<sup>7)</sup>

ところで、好意同乗減額と、民法債権総則中に規定される債務の免除とは、責任（債務）の減免を帰結するという同一の効果を有する。たとえば、契約関係に基づいて債権者Aが債務者Bに対して一〇〇〇万円の債権を有する場合において、AがBに債務免除すれば、債権は消滅する（民法五一九条）。また、契約上、債務者Y・Z（負担割合平等）が債権者Xに対して一〇〇〇万円の連帯債務を負担する場合においては、XがYに債務免除すれば、Yは債務を免れ、Yの負担部分五〇〇万円についてZも債務を免れ、結局、Zの五〇〇万円の債務のみが残存する（民法四三七条）。しかし、好意同乗関係のゆえに全額減額（減額率一〇割）されて、好意運行者の好意同乗者に対する責任が否定される、ということとは考えられない。<sup>8)</sup>したがって、個別債務における全部免除（民法五一九条の典型例）、および、連帯債務にお

ける債務者の一人に対する全部免除（民法四三七条の典型例）については、好意同乗減額との直接的関連はありえないことになる。ただ、AがBに対して、たとえば二割の一部免除をすれば、その分だけ当然に債権は消滅し、八〇〇万円の残存債権が存続することになる。これは、単独不法行為における、債権者（好意同乗者）・債務者（好意運行者）間の好意同乗減額に対応する<sup>3)</sup>。

それでは、XがYに対して二割の一部免除をすれば、X・Y・Z三者間の債権債務関係はどのようになるのであろうか。この点が、好意同乗者の好意運行者・第三運行者に対する損害賠償請求における、好意同乗減額の問題に対応する。そして、共同不法行為者の損害賠償債務に債務免除（民法四三七条）の規定を類推適用する下級審判決もみられる。判決が指摘するように、好意同乗関係に基づく「減額事由は、債権を無償かつ一方的に消滅させるもので、債務免除に類する性質を有する。したがって、民法四三七条の規定の類推適用により」、共同不法行為における好意同乗減額の問題を解決することもできるように思われる。ただ、その前提として、共同不法行為者の損害賠償債務に、そもそも連帯債務規定が適用ないし類推適用されるのか否かが問題となる。そこでまず、この問題から検討する。

注

(1) 倉田卓次「無償同乗論」判タ二六八号二四頁以下（一九七一年）『交通事故賠償の諸相』二二頁以下所収（一九七六年日本評論社）は、好意同乗減額に関する初期の詳細な論文である。

(2) 円井義弘「好意・無償同乗と減額」判タ六三七号三三頁以下三九頁（一九八七年）は、「報償責任の基底をなす運行利益の内部的分有ないし分配」、および「危険責任の構成要素をなす危険の内部的分担」の各側面を指摘する。

なお、橋詰均「好意同乗と賠償額の減額」『塩崎勲編』『現代民事裁判の課題』⑧『交通損害労働災害』四六一頁以下（一九

八九年新日本法規出版)は、「現代自動車社会」においては、「自動車交通に関与する……同乗者もまた自動車運行の危険を応分に管理すべき立場にあるのにその配慮を欠いた点」を減額根拠とし(四七九頁)、運行利益の享受自体は「減額事由とはならず、慰謝料算定の際斟酌される」とする(四八〇頁)。しかし、運転に関して無知・無免許の同乗者が常に「管理すべき立場」にあるといえるか、あるいは、同乗者が運行の便益を繰り返し享受している場合にも減額割合決定のファクターとしないのか、疑問が残る。

(3) 四宮和夫『不法行為』六三三頁(一九八五年青林書院)。

(4) なお好意同乗減額を、同様の機能を営む過失相殺(民法七二二条二項、四一八条)の適用ないし類推適用の一局面ととらえることの評価については、倉田・前掲注(1)三三四頁、円井・前掲注(2)三九頁参照。ただし、判例においては、過失相殺の(類推)適用が多く用いられていることが指摘されている。

(5) これらの問題に関しては、比佐和枝『好意同乗の減額』ジュリ増刊総合特集『自動車事故』一三五頁以下(一九八六年)、本田純一『好意同乗と共同不法行為』『野村好弘編』『交通災害における損害賠償、保険および社会保障』三九頁以下(一九八八年保険毎日新聞社)がある。

なお、筆者は次の拙稿で検討を加えた。第一論「好意同乗減額と共同不法行為——人的・内部的関係に基づく減額の共同不法行為への影響——」琉大法学四六号五三頁以下(一九九一年)。第二論「好意同乗減額の共同不法行為における効力——相対的効力が絶対的効力か——」判タ七六七号六三頁以下『日本交通法学会編』『人身賠償・補償研究第二巻』二五五頁以下所収(一九九二年判例タイムズ社)。

(6) 最判昭和四二年一月二八日(民集二〇巻九号一八八六頁)は、タクシー会社Aの被用者Bが運転するタクシーと第三者Cの車とが衝突事故を起こし、乗客に生じた損害を賠償したAが、Cに求償した事案である。判決は、「Aは、Cに対し、CとBとの過失の割合にしたがって定められるべきCの負担部分について求償権を行使することができる」と明示する。負担部分の決定基準については、過失割合のほかに、故意的要素や寄与度あるいは因果関係や違法性などが学説において主張されるが、決定された負担部分についての求償は、共同不法行為者間における公平上、当然認められるべきであろう。

(7) 拙稿・前掲注(5)第一論八八頁以下、第二論六八頁以下参照。たとえば、過失割合対等な好意運行者と第三運行者との共同不法行為により、好意同乗者に一〇〇〇万円の損害が生じたが、好意運行者と好意同乗者との関係においては、好意同乗関係を

理由に信義則上一割の減額が相当であると判断されるような場合には、次のように考えられる。好意運行者の本来的負担部分五〇〇万円の内一〇〇万円が減額されて好意同乗者の自己負担となり、残額九〇〇万円について、好意運行者と第三運行者とが連帯して責任を負い、四〇〇万円・五〇〇万円をそれぞれ内部分担することになる。

(8) 橋詰・前掲注(2) 四六二頁。

(9) 対応するとはいっても、単独不法行為における好意同乗減額に、債務免除(民法五一九条)の規定を適用ないし類推適用すべきたとする学説はなく、また、判例もみあたらない。減額が信義則(一般条項)に基づくものである以上、あらためて別の根拠条文を持ち出すまでもない。

(10) 新潟地裁六日町支部昭和四八年二月三日判決(判例時報七〇六号五九頁)参照。本判決は、拙稿・前掲注(5)においても残された検討課題の一つであった(第一論一〇二頁参照)。さいごに考察する。

## II 共同不法行為への連帯債務規定の適用

### 一 適用排斥——不真正連帯債務論

初期の判例においては、共同不法行為による損害賠償債務は連帯債務であり、民法四三二条以下の規定が適用されると解されてきた。<sup>1)</sup>

①大審院大正三年一〇月二九日判決(民録二〇輯八三四頁)は、示談により債務免除を受けた事案である。Y会社の船長およびZ会社の船長の共同過失(負担部分平等)により、Z会社の船舶が沈没してXの被相続人が死亡したので、

Y会社がXに対して見舞金慰藉料等を交付して示談した(引用については、旧漢字を改め、適宜句読点を打つ。以下の大審院判例についても同様にする)。

判決は、「各船長ノ責ニ任スヘキ債務ハ民法第七一九条第一項ニ依リ連帯ナルヲ以テ、各船舶所有者モ亦各船長ノ責任ト同シク連帯債務ヲ負担スヘキモノ」であり、また「民法第三編第一章債権ノ総則ハ、各種ノ債権ニ通スル一般ノ法則ヲ規定シタルモノナレハ、不法行為ニ因リテ生シタル債権ト雖モ、特ニ反対ノ規定ナキニ於テハ其性質ノ許ス限リ之ヲ適用ス可キモノトス」と述べる。そして、「共同不法行為ニ因リ連帯債務ヲ負担スル数人中、其一人ニ対スル債務免除ノ効力ニ関シテハ、不法行為ニ特別ナル規定存スルコトナク、且性質上民法第四三七条ノ適用ヲ許ササルモノニ非サルヲ以テ、原院カ本件ノ場合ニ之ヲ適用シタルハ違法ニ非ス」とした。そして、Y・X間の示談に関して、「一切ノ損害ヲ何人ニ対シテモ請求セサル旨趣」であること、すなわち、いずれに過失(責任)があるか不明のときに、Y・Z協議のうえYがXとの交渉をした結果の示談であり、Zに対してもXは請求権がない、というZの主張に対して、「示談ニ因リZノ債務ヲ免除シタル事実ヲ認ムルニ足ルヘキ証拠ナク、却テ……示談ハ単ニYノ為メニノミ為シタルモノ」と認定した。

Zの、「債権総則ノ規定ハ当然不法行為ニ原因スル債権ニ適用セラルヘキモノニアラサルヲ以テ原判決ハ法則ヲ不当ニ適用シタル違法アルモノ」との上告理由に対して、判旨は、共同不法行為に連帯債務の規定を適用することを、明言する。ただ、事案では、示談における意思解釈が争点の一つであり、Zに対する債務の免除は認められず、Yに対する免除のみを認定した。原院の「民法第四三七条ニ依リYノ負担部分ニ付キ被告Zノ利益ノ為メニ免除ノ効力ヲ生ス」とする判断は適法であり、民法四三七条の法意と合致するとされたのである。結局、Zは自己の負担部分として、Xの損

害額——その額およびYの支払い額も不明——の半分を支払わなければならないことになる。

ところで、学説においては、共同不法行為による損害賠償債務は、「各自連帯ニテ其賠償ノ責ニ任ス」（民法七一九条）という文言にもかかわらず、債権総則中に規定される連帯債務（民法四三二条以下）ではなく、通常は不真正連帯債務だと解されている。そして、不真正連帯債務には連帯債務の規定は適用されないというのが多数説である。<sup>13)</sup> このような不真正連帯債務論の根拠として、共同不法行為の性質と、被害者保護の要請とがあげられる。

まず、契約上の連帯債務においては、複数債務者間に給付実現（債務履行）に向けられた主観的共同目的に基づく緊密な関係があるが、共同不法行為者間には、必ずしも、給付実現へ向けられた主観的共同目的とはいえない。そして連帯債務においては、債権の効力を維持する請求の場合（民法四三四条）を除いて、更改・相殺・免除・混同・時効の場合（民法四三五条ないし四三九条）は、債務者の一人について生じた事由が他の債務者にも絶対的効力を及ぼすことで債権の効力を弱める結果をもたらすので、連帯債務規定の共同不法行為への適用は、総体的に被害者（債権者）保護に反することになる。また、監督義務者と代理監督者（民法七二四条）、使用者と被用者（民法七二五条）などの責任が不真正連帯債務と解されているが、それらの場合よりも、共同不法行為の被害者は保護されるべきであろう。そこで、多数説（不真正連帯債務論）においては、共同不法行為における被害者（債権者）保護の実現の貫徹のために、損害賠償債務⇌不真正連帯債務と解することで連帯債務と峻別し、請求の場合をも含めて、連帯債務の様々な絶対的効力（民法四三四条ないし四三九条）を否定することになるのである。

そして、以上の学説にしたがったものとして、次の判決があるとされる。<sup>14)</sup>

②大審院昭和一二二年六月三〇日判決（民集一六卷一九号一二八五頁）は、被用者の手形支払保証にからむ不法行為責

任と、その使用者との責任に関する事案である。

判決は、民法七一五条による使用者の賠償債務と、民法七〇九条による直接の加害者（被用者）の賠償債務とは、「別個ノ債務ニシテ連帯債務ニ非ス。唯、被害者ハ被用者使用者ノ何レニ対シテモ損害ノ賠償ヲ求メ得ル關係上、其ノ内一人ノ賠償債務履行ニ依リ両者ノ債務ノ消滅ヲ来スニ過キスシテ、被用者ノ債務ニ付消滅時効完成スルモ、之カ為ニ使用者ノ債務ニ影響セス、又使用者ノ債務ノ消滅時効期間ハ、之ト相關スルコトナク別個ニ進行スルモノト做ササルヲ得ス」という。そうでないと、「被害者ハ被用者ニ付加害者及損害ノ事実ヲ知ルモ、被用關係及使用者ヲ知ラスシテ使用者ニ対シ請求ヲ為シ得サルニ拘ラス、之ニ対シ短期消滅時効ノ進行ヲ開始スヘク、法律カ特ニ使用者ニ対スル賠償請求權ヲ認メタル趣旨ヲ没却スルニ至ル」からである。そこで、使用者に対する請求權の消滅時効期間の起算点を確定すべく、原判決——被用者に対する請求權が時効消滅したので、使用者に対する請求權もまた消滅時効が完成したと断定したもの——を破棄差戻した。

この判決は、使用者と被用者との責任關係において、時効は相対的効力を有するとするが、具体的事案においては、時効の絶対的効力（民法四三九条）の適否が直接問題になったのではない。加害者（被用者）及び損害の事実を知つても、「被用關係及使用者」を覚知してはじめて使用者に対して損害賠償請求權を行使できるという、短期消滅時効制度（民法七二四条）における被害者保護の趣旨が問題になつてゐる。<sup>16</sup>したがつて、被用者の債務は時効消滅したが、使用者の債務がまだ時効期間満了していない場合に、被用者の債務の時効消滅が使用者の債務に及ぼす影響を論ずること、はじめて、民法四三九条の適用の可否が問題になるのではないだろうか。

③最高裁昭和四五年四月二二日判決（判例時報五九五号五四頁）は、交通事故の加害者（被用者）と、その使用者と

の責任に關しての事案である。<sup>16)</sup>

判決は、「被用者の責任と使用者の責任とは、いわゆる不真正連帯と解すべきであり、不真正連帯債務の場合には債務は別々に存在するから、その一人の債務について和解等がされても、現実の弁済がないかぎり、他の債務については影響がないと解するのが相当である(②判決)」と判示した。

具体的事案および適用条文が、②判決(手形支払保証にからむ責任についての民法四三九条)とは異なるにもかかわらず、先例として引用しつつ、交通事故の被害者と加害者(被用者)との和解(債務の一部免除)について、民法四三七条適用を否定したのである。このような、不真正連帯債務であるがゆえに連帯債務の規定は適用されないとする判例の態度には、批判が強い。<sup>17)</sup>

④最高裁判昭和四八年一月三〇日判決(判例時報六九五号六四頁)は、運行供用者責任(自動車損害賠償保障法三条)を負う複数の者の一方について、債権者が相続した場合の、民法四三八条(混同の絶対的効力)適用に關する事案である。被害者Xの両親Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>(運行供用者)が、友人Y(運行供用者)から借りた自動車を被用者Mに運転させての家族ドライブ中に、Mの自損行為により、Xは負傷し、Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>は死亡(Xが相続)した。

判決は述べる。「Yとともに、Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>夫婦もまた運行供用者の地位にあるとしても、両者の運行供用者としての責任は、各自の立場において別個に生じ、ただ同一損害の填補を目的とする限度に關連するにすぎないのであって、いわゆる不真正連帯の關係に立つものと解される。そして、不真正連帯債務の債務者相互間には右の限度以上の關連性はないのであるから、債権を満足させる事由以外には、債務者の一人について生じた事項は他の債務者に効力を及ぼさないものといふべきであつて、不真正連帯債務には連帯債務に關する民法四三八条の規定の適用はないものと解するのが相

当である。」

しかし本事案は、複数の原因者による共同不法行為とは目されない。単一の自損事故に起因して、自賠法上の運行供用者責任を負う債務者が複数存在するにすぎない<sup>18)</sup>。したがって、不真正連帯債務だからというのではなく、運行供用者責任を認める自賠法の保障法としての理念、および迅速な被害者（債権者）保護の観点から、民法四三八条の適用を否定し、相対的効力と解すべきであろう<sup>19)</sup>。

ところで、③判決はいまだ現実の弁済がなされていない和解についての事案であったが、現実の弁済がなされた事案について、次の判決で最高裁の態度が明らかとなる。

⑤最高裁昭和四八年二月一六日判決（民集二七卷一号九九頁）は、道路横断中の被害者Xの過失と、接触した路面電車の運転者M（使用者Z）の過失、および信号機設置（道路管理者Y）の瑕疵との競合により発生した事故に関する、YおよびZの責任についての事案である。なお一審では、「事故の原因は主として本件信号機設置の瑕疵にあり、共同不法行為としてもむしろYの負担部分が大きい」こと、過失相殺後のXの損害額が九五万円（一万円未満省略——筆者）であること、および訴訟上の和解に基づき、XがZより一五万円の弁済を現実を受けて損害額の一部に充当したことが認定され、Yに対して八〇万円の支払いが命じられた（一審の判断は二審でも維持されたようである）。

この判決において最高裁は、Y・Zを共同被告として本訴提起したXと、Zとの間で、「(一) Zは、Xに対し本件交通事故による損害賠償として金一五万円の支払義務あることを認め、右金員を……支払う。(二) Xは、その余の請求を放棄する。(三) X、Z間には本件交通事故につき本和解条項の他何らの債権債務が存在しないことを当事者相互に確認する」といった内容の、「訴訟上の和解が成立したこと、しかしYとの関係では、その後も本訴がそのまま維持

されて現在に至っていること」という事実関係を認めた。そして判旨は、「Xは右訴訟上の和解によってZとの関係についてのみ相対的にその余の損害賠償債務の支払を求めない趣旨の約定を結んだものにすぎず、Yに対する関係では、本訴請求をそのまま維持する意思であった」と、当事者意思を解釈した。しかも続けて、民法七一五条による「ZのXらに対する損害賠償債務と、国家賠償法三条一項、二条一項により責に任ずべきYの損害賠償債務とは、連帯債務の関係にあるとは解されないから、右訴訟上の和解による債務の免除は、Yの右賠償義務を消滅させるものではない」と判示する。<sup>(20)</sup>

ところで判決は、①判決との判例抵触、すなわち民法四三七条適用を主張するYの上告理由に正面から答えていない。<sup>(21)</sup>このことからすれば、判例変更をするまでもなく、当事者意思に基づいて判断をなすことが充分可能であるという<sup>(22)</sup>ことであり、連帯債務ではないから和解は絶対的効力を有しないというのは、補充的意味しかないのである。本判決が「個別的な意思解釈という形を採ることによって、被害者の保護に重点を置きつつ将来における柔軟な解決の余地を残している点は極めて妥当だ」との評価がある。<sup>(23)</sup>

このような事案におけるX・Z間の和解（免除）に関しては、負担部分の大小によって區別して構成する考え方が<sup>(24)</sup>ある。すなわち、負担部分が小さいZについての免除の場合、免除を受けないYが自己の負担部分を立証できないときはXの請求は全額認容されるが、Yが自己の負担部分を立証できたときは負担部分のみXの請求が認容される。そして本件では、負担部分が小さいZについての免除なので、自己の負担部分を立証できないYに対しては全損害額九五万円の賠償を命ずべきだが、ただ、一部免除であるので、「Zの支払った一五万円を損益相殺した残りの部分の賠償義務を課した」というものである。<sup>(25)</sup>

あるいは、示談書の権利放棄条項は債務免除ではなく、原則として、単なる不訴求特約と解すべきで、他の債務者には依然として全額請求できると構成することが可能である。<sup>28)</sup> Xの意思を推測すれば、一五万円の弁済を受けることで残額八〇万円についてZに不訴求の約束をしたのみで、Yに対しては八〇万円の請求ができると考えるのである。判旨も、不訴求特約の構成を採っているかのようである。

ただ、X・Z間の和解が訴訟上の和解であることから、事故の主原因がYにあることもほほ明らかになっていたはずである。<sup>29)</sup> そして仮に、Y・Z間の過失割合がおよそ八五％（八一万円）対一五％（一四万円）だと、Xが認識していたとすれば、X・Z間の和解は連帯の免除（民法四四五条）であって、Xは、Zから一五万円の弁済を受けて、残額八〇万円をYに対して請求しつづけているとも、考えられる。現実の弁済を伴う和解の趣旨を、そのようなものとして理解することも不可能ではないであろう。

⑥最高裁昭和五七年三月四日判決（判例時報一〇四二号八七頁）は、Yから株買い付けを委任されたXがZに指示して取引したところ、Y・Zの共謀により損害を被ったとXが主張した事案である。

判決は、「民法七一九条所定の共同不法行為者が負担する損害賠償債務は、いわゆる不真正連帯債務であって連帯債務ではないから、右損害賠償債務については連帯債務に関する同法四三四条の規定は適用されないものと解するのが相当であり（⑤判決、④判決参照）、右の共同不法行為者が行為者の共謀にかかる場合であっても、これと結論を異にするべき理由はない」と述べる。そして続けて、Zに対する「損害賠償請求訴訟の提起によってはYのXに対する損害賠償債務の消滅時効は中断しないものとした原審の判断は結局正当」だと判示した。<sup>30)</sup>

被害者にとって有利とされる債権の効力を維持する請求（民法四三四条）について、たとえ共謀共同不法行為であっ

でも、連帯債務ではないから適用を排斥すると、明示しつつ判断した。不真正連帯債務であると断定することで、かえって、被害者の保護からは離れることになる。契約上の連帯債務であれば、複数債務者間に給付実現に向けられた主観的共同関係があるが、共同不法行為には、たとえ共謀関係があっても、それは加害行為に関してのものであり、給付実現へ向けられた共同関係ではない、という判断なのであろう。<sup>28)</sup>そして、被害者保護の観点から民法四三二条を適用しようとするれば、共同不法行為は連帯債務であることを認めることになり、そうすると、民法四三二条以下も全て認めざるをえなくなり総体的に被害者保護に反する、との利益衡量が働いている。連帯債務規定の共同不法行為への適用については、オール・オア・ナッシングなのである。

以上のような判例の流れからすれば、共同不法行為すなわち不真正連帯債務であり、連帯債務規定は全面的に排除される、という判例理論はすでに確立されたかにみえる。そして、学説の多数説も判例理論を承認する。というよりも、判例理論は多数説に押されるようにして定立されたものようである。<sup>29)</sup>

## 二 適用肯定へ

近時の学説においては、不真正連帯債務の一義性すなわち連帯債務規定の全面的排除に批判が寄せられており、不真正連帯債務であっても連帯債務規定の適用（準用ないし類推適用）が認められる場合がありうる<sup>30)</sup>ことが、有力に唱えられている。

そもそも、共同不法行為の成立は、故意の共同、過失の共同、さらに原因の客観的共同というように、きわめて広範

囲かつ段階的に認められるものであり、それを不真正連帯債務に一括できるのかという問題が指摘される。<sup>30)</sup> また、連帯債務自体が多様性に富むものであり、「共同不法行為による債務も広義の連帯債務に含まれており、原則的には民法四三二条以下の条文の適用があるが、共同不法行為の性質に基づき、適用条文に修正がなされると理解すれば足りる」とされる。<sup>31)</sup> さらには、「不真正連帯債務という一種の中間命題ないし中間理論を実用的な概念としては捨て、連帯債務でないものについては、それぞれの法領域で債務者間の法律関係を決する」との説が提起されている。<sup>32)</sup>

筆者も、不真正連帯債務だから連帯債務の規定は適用されないというような、不真正連帯債務の一義性にこだわる多数説ないし判例理論には賛同できない。問題となる事案に即して、柔軟な解決をなすべきであろう。したがって、前記⑥判決の判旨は妥当でないと考える。給付実現へ向けられた共同関係ではないということ、通常の過失共同不法行為についてはあてはまるが、共謀共同不法行為にはあてはまらない。なぜなら、加害行為に関する共謀関係があれば、加害共謀自体に、損害賠償債務を負うべき認識が含まれているのであり、給付実現へ向けられた共同関係を肯定すべきと考えられるからである。共同不法行為においては、「不真正連帯債務というゆるやかな枠づけ」のもとで、具体的事案に即した法的効果を定めるのが妥当であろう。<sup>33)</sup>

それでは、共同不法行為における好意同乗減額に際して、免除の絶対的効力に関する民法四三七条は適用できるであろうか。

単独不法行為において好意同乗減額を認めることは、すなわち、被害者たる同乗者にも自己の損害について自己負担が存することを認めることである。そうすると、共同不法行為において被害者の完全保護に固執することは矛盾であろう。したがって、共同不法行為における同乗減額の影響について、民法四三七条の類推適用（適用ではない）が可能で

あろうと思われる。なぜなら、好意運行者に対する被害同乗者の免除意思に基づいて減額するのではなく、好意同乗関係という客観的要素を基礎として信義則に基づいて減額（一部減額）するのであり、減額の結果は、好意運行者に対する債権一部の無償かつ一方的な消滅という効果をもたらすからである。

ところで、連帯債務における債務免除の効果は免除をうけない債務者にも及ぶとされるが、はたして、どのような内容において絶対的効力を及ぼすのであろうか。そこでは、債権者の免除意思をどのようにとらえるのかという問題が論点となる。そして、共同不法行為への民法四三七条の類推適用の前提として、債権者（被害同乗者）の意思とは関係がなく、また、債権者の完全保護すなわち債権の効力維持にこだわることなく、かつ同時に、債務者（加害運行者）の利益に傾斜することなく、公平な解釈が可能かという点が問われる。

なお、民法四三七条の類推適用を否定するとしても、すでに述べたように、不法行為責任の減額（減額率何割という場合）と、契約等に基づく責任についての一部免除（何万円免除という場合）とが、責任の制限（減縮）という法的効果において同一であるという意味において、共同不法行為における同乗減額の取り扱いを考察する上で、連帯債務における一部免除の考察は避けて通れないものと思われる。

注

(11) 淡路剛久『連帯債務の研究』二六〇頁（一九七五年弘文堂）によれば、起草者も、共同不法行為者が「各自連帯ニテ」（民法七一九条）負担する損害賠償債務は、連帯債務であると理解していたことは明らかである。初期の判例は、立法者意思に忠実であるともいえる。

(12) 四宮・前掲注（3）七六六頁は、共同不法行為者たる両船長の使用者としてのY・Zの責任（商法六九〇条参照）は、両船長

の「責任の反映」として連帯責任ではあるが、「共同不法行為そのものとはみるべきでないであろう」という。

(13) 徳本鎮『注釈民法(19) 債権(10)』三三八頁「加藤一郎編」(一九六五年有斐閣)。我妻榮『新訂債権総論』四四三頁(一九六四年岩波書店)。加藤一郎『不法行為(増補版)』二〇六頁(一九七四年有斐閣)。幾代通『不法行為』二二五頁(一九七七年筑摩書房)など。

(14) 川島武宜「不真正連帯債務——民法第七一五条の使用者責任と被用者自身の責任との関係」判例民事法(17) 昭和十二年度八九事件三二二頁以下(一九三八年初版、一九五四年復刊有斐閣)は、不真正連帯債務論にしたがったものとして、②判決を評釈する。すなわち、「同一の外界的事実に基づき不法行為を理由として数人が責任を負う場合には各自損害全額を賠償すべく、その相互間には不真正連帯関係が存し、連帯債務に関する規定の適用なしとすることが我国の通説」であり、判決は「正にこの通説に従えるもの」というのである。

(15) 四宮・前掲注(3) 七〇九頁、川島・前掲注(14) 三二六頁。

(16) 山口和男「不真正連帯債務」『民法判例百選Ⅱ債権(第三版)』五八頁(一九八九年有斐閣)が、判例時報に掲載されていない事実関係や上告理由などを補っている。

(17) 山口・前掲注(16) 五九頁は、民法四三七条について、「不真正連帯債務者間にあっても負担部分の認められる限り右適用の余地は十分にあり、不真正連帯債務の性質上民法四三七条の適用が否定されるべきものではない」と述べる。また、四宮・前掲注(3) 七〇九頁は、「連帯債務ではない(したがって、連帯債務に関する規定は当然には適用されない)」という意味で、不真正連帯をいうことは、誤りでないが、そこから個々の問題についての解決を演繹的に導くのは、本末顛倒である」として、本判決の態度を批判する。

(18) 原田和徳「自動車事故と共同不法行為」『吉岡進編』『現代損害賠償法講座3』一七七頁以下一八九頁(一九七二年日本評論社)参照。舟本信光「自動車事故における責任の共同」『自動車事故民事責任の構造』九〇頁以下一〇五頁(一九七〇年日本評論社)によれば、同一圏内における複数の運行供用者責任の競合においては負担部分が予定されていない。そうすると、民法四四二条以下の規定による負担部分の求償を予定する民法四三八条は、複数の運行供用者責任についてはそもそも適用されず、債権者が運行供用者の一人を相続しても、相対的効力を有するのみといえそうである。ただ、そのように言い切れるものか、保留したい。ところで、最判昭和五〇年一月四日(民集一九卷一〇号一五〇一頁)は、共同運行供用者につき、直接的・具

体的な運行支配と、間接的・潜在的・抽象的な運行支配とを区別する。したがって、本件事案のような場合に、Yにつき五割未満の、Z<sub>1</sub>Z<sub>2</sub>につき五割以上の負担部分を認定することも不可能ではなく、混同については相対的効力としつつ、求償段階で処理することもできるであろう。

なお、山田卓生「共同不法行為——一人についての混同——」『交通事故判例百選(第二版)』一四六頁(一九七五年有斐閣)は、「保険会社が被告になっているので、求償の問題はおきかない」とする。

(19) 淡路剛久「不真正連帯債務」〔谷口知平・加藤一郎編〕『新版・判例演習民法3債権総論』一七頁以下二二七頁(一九八二年有斐閣)は、被相続人の死亡という外部的原因(事件)によって混同が生ずることで民法四三八条を適用するのは被害者に酷である、として相対的効力とする。そして、同じく被害者保護優先の考慮から、加害者間の衡平に基づく求償も否定する(同・一一九頁)。なお、淡路剛久「損害賠償債務と混同」『新交通事故判例百選』一五八頁(一九八七年有斐閣)をも参照。

(20) 幾代・前掲注(13)二二六頁二二七頁注(4)は、共同不法行為≠不真正連帯債務に判例が傾いた事例として、本判決をとりあげている。

(21) Yが主張する瑕疵不存在(無過失)が認められると、XはYに請求できないことになる。

(22) 広瀬久和「判批」法協九二巻七号一二三頁以下一三四頁(一九七五年)。同時に、YとZとの債務は「連帯債務の關係にあるとは解されないから」と判決が述べていることに關して、「やや一般的な理由づけともとれるもの」として疑問を呈示する。なお、尾崎三芳「連帯債務・不真正連帯債務」『星野英一編』『民法講座第4巻債権総論』二〇七頁以下二三五頁(一九八五年有斐閣)をも参照。

(23) 野村好弘「共同不法行為と示談の拘束力」ジュリ四二八号二一九頁以下二二二頁(一九六九年)参照。なお、共同不法行為における負担部分とは、実体的なものではなく、「免除や求償の問題を処理するためのひとつの法技術である」(同・一二二頁)とのことであるが、「求償」が法技術であるとしても、本来的ないしは最終的に負担すべき責任部分を負担部分としてとらえるべきであり、負担部分が法技術のひとつとしての意義しかないとは思えない。

(24) 野村・前掲注(23)一二三頁は、本件一審判決についてのものであるが、自説と処理結果を同じくする判決例として指摘する。しかし、債務者たる被免除者Zの現実の一部弁済をもって、損益相殺の対象となる利益ととらえるのは疑問である。単に、一部弁済により債権が一部消滅したとすればよいのではないだろうか。なお、筆者の理解に誤りがなければ、野村説の結論はつぎの

ようになる。負担部分が明らかであれば、免除を受けない他の共同不法行為者が負うのは、全部免除であればその者の負担部分についての(同・一二二頁)、一部免除であれば示談額(一部免除額)の残額についての(同・一二三頁)、債務である。したがって、負担部分の大小によって場合分けする意味が、一部免除においては薄れると思われる。

ところで、被害者の共同不法行為者への請求訴訟においては、裁判所は負担部分を明らかにしようとし、ない傾向がある。そこには、負担部分の問題は共同不法行為者間の求償の訴訟で処理せよとの、判断がある。本件でも、Yは瑕疵の不存在(負担部分零)を主張・立証しようとしているが、一審は、「むしろYの負担部分が大きい」とするのみでYの負担部分を認定せず、最高裁も瑕疵の存在を是認するのみである。負担部分を明言する新瀉地裁判決・前掲注(10)の態度が妥当であろう。

(25) 淡路・前掲注(11)二六三頁以下は、免除を、民法四三七条が適用される狭義の免除(絶対的免除)と、適用されない不訴求約束(相対的免除)とに区別する。そして、故意の競合、故意と過失との競合などと類型化し、過失の競合による共同不法行為の場合は、原則として不訴求約束と認定すべきだが、「被免除者の負担部分が他の共同不法行為者に比して著しく大きく、かつそのことを被害者が知っていたか、または知ることを得べかりしであった場合」は例外的に絶対的免除を認定すべきであり、本件一審判決は、間接的に同趣旨を述べていると指摘する。淡路剛久「共同不法行為に関する諸問題」ジュリ四三二号一四三頁以下一四六頁一四八頁注(22)(一九六九年)をも参照。

なお、前田達明『民法VI(不法行為法)』一八九頁(一九八〇年青林書院新社)、森島昭夫『不法行為法講義』一二五頁(一九八七年有斐閣)も、民法四三七条について同旨。

(26) 新堂幸司『民事訴訟法第二版』二五四頁(一九八五年筑摩書房)参照。

(27) もっとも、本件原審においては、「共同不法行為に基づく請求がいずれも理由がない」としながら、「また、仮に、Yに不法行為による損害賠償責任があると仮定しても」と、民法四三四条については仮定的に判断しているようである。

(28) 淡路・前掲注(11)二六二頁は、民法四三四条は「債務者間の実体関係として緊密な共同事業関係を前提にしている」が、「共同不法行為者間には通常このような関係はみられない」ので、民法四三四条は共同不法行為には適用すべきでないという。森島・前掲注(25)一二五頁も同旨だが、「きわめて強い主観的関連共同性があるような場合」には適用可能性を認める。

なお、鈴木祿弥『債権法講義改訂版』三三八頁(一九八七年創文社)は、共謀関係がある場合は、「通常の連帯債務者相互間以上に密接なコミュニケーション」があるので、請求を受けない債務者に請求の中断効を及ぼしても酷でないとし、民法四三四

条の適用を肯定する。四宮・前掲注(3)七九〇頁は、「契約連帯ほどではない場合もあろうか」としつつ、「債務者間に緊密な人的関係」がある主観的共同不法行為に限り、債権強化機能を考慮して肯定し、前田・前掲注(25)一八八頁は、「被害者に有利であり、また被害者の意思に合う」ことを根拠に類推適用を認める。

川井健『現代不法行為法研究』二五九頁二六〇頁(一九七八年日本評論社)は、「民法四三四条が共同不法行為に適用されることにも問題がない」とし、当然適用説のようであるが、根拠ははっきりしない。

(29) 川島・前掲注(14)三二四頁。

(30) 川井・前掲注(28)二五七頁による。なお、鈴木・前掲注(28)三四〇頁も同旨であり、不真正連帯債務は、その純粹型(連帯債務規定が全面的に排除されるもの)から狭義の連帯債務(全面的に適用されるもの)に近いもので、「段階的に存する」という。

(31) 川井・前掲注(28)二五八頁。

(32) 淡路・前掲注(11)二三〇頁以下は、不真正連帯債務論の問題点(峻別論)を、鋭く批判する。

(33) 四宮・前掲注(3)七八九頁。

### III 連帯債務における一部免除

#### 一 判例理論

大審院昭和一五年九月二一日判決(民集一九卷二〇号一七〇一頁)は、連帯債務における一部免除について民法四三七条の適用を詳細に論じた唯一の最上級審判決と思われる。事案は、Xに対して五万円の連帯債務を負担するY・Z<sub>1</sub>・

Z<sup>2</sup>・Z<sup>3</sup>（負担割合平等、各人二万二五〇〇円）のうち、Yが、三万円の免除を受けて二万円を弁済し、Zらに対して各人の負担部分五〇〇〇円を求償したものである（実際は、Xが第三者に対して有する債権についての連帯保証であるが、四五八条により四三七条が適用されるので連帯債務として考察する。なお、Yについては、求償権を行使したのは家督相続人であるが、同一人として考えて判決を適宜読み替える）。

少し長い、判決を引用する（漢数字表記を改めた）。

「YハXヨリ本件金五万円ノ保証債務中元金三万円及利息全部ノ免除ヲ受ケタル上、残金二万円ヲ弁済シタリト謂フニ在リテ、且本件保証ハ保証人間ニ於テ一種ノ連帯債務関係存スル場合ナルカ故ニ、右免除ノ他ノ保証人ニ及ホス効力ニ付テハ当然民法第四三七条ニ従フヘク、只本件免除ハ元金ニ付テハ一部ノ免除ナレハ、ソノ全部ノ免除アリタル場合ニ比例シタル割合ニ於テ、即チ金七五〇〇円ノ限度ニ於テYノ負担部分ニ付、他ノ保証人ノ利益ノ為ニモソノ効力ヲ生シ（利息ニ付テハ全部ノ免除ナレハYノ負担部分全額ニ付右効力ヲ生ス）、而シテ右ノ如ク他ノ保証人ノ為ニ効力ヲ生スル範圍ニ於テハ、之ニ応シテYノ負担部分減少スルモノト解スルヲ相当トス。従テ、免除ヲ受ケタル以後ノYノ負担部分ハ、結局、元金五〇〇〇円（利息ニ付テハ負担部分零ニ帰シ、元金ニ付テハ当初ノ負担部分一万二五〇〇円ヨリ右七五〇〇円ヲ控除シタル残額）ナルコト算数上明ナルト共ニ、Yハ、民法第四六五條第四四二條ニ従ヒ、ソノ弁済ニ係ル金二万円中自己ノ負担部分タル右金五〇〇〇円ヲ超ユル残額金一万五〇〇〇円ニ付、Z外二名ノ保証人ニ対シ平等ノ割合ニ於テ之カ求償権ヲ行使シ得ヘキモノトス。」

仮にYに対する全部免除であれば、Yは債務を免れ、また、Yの負担部分二万二五〇〇円についてZら三名にもその効力が及び、結局、Zらの連帯債務額は当初の五万円から三万七五〇〇円に減縮することになる。

しかし事案は、五万円の債務を負うYに対する三万円の一部免除である。したがって、「全部ノ免除アリタル場合ニ比例シタル割合ニ於テ……Yノ負担部分ニ付」き、絶対的効力を有する。すなわち、五分の三（六割）の割合でYの本来の負担部分二万二五〇〇円について、つまり七五〇〇円の限度で、Zらにも絶対的効力が及ぶことでZら三名は債務を免れる。それに応じて、Yの本来の負担部分も、七五〇〇円の限度で減縮して、五〇〇〇円の負担部分となるが、Zらの本来の負担部分に変更はない。結局、Zらの連帯債務額は、当初の五万円から四万二五〇〇円に減縮し、七五〇〇円はXが自己負担することになる。そこでYが二万円をXに弁済すれば、負担部分五〇〇〇円を超える一万五〇〇〇円についてZらに五〇〇〇円づつ求償できるのは当然、ということになる。またXは、Yの弁済による残額三万円（免除額に同じ）をZらに対して請求できるのではなく、自己負担額七五〇〇円を控除した二万二五〇〇円を請求できるにすぎない。そして、Zら三名が七五〇〇円（二万二五〇〇円の三分の一）づつ分担することになる。

なお、三万円という一定額の免除を受けたYは、弁済するまでの間は、二万円だけの債務を負う。したがって、四万二五〇〇円の債務を負うZらとYとは、一部連帯の関係にある（ただし、この点を判決が述べているのではないが、そのように解さざるをえない）。

以上が、連帯債務における一部免除に関する判例理論の帰結だといつてよいだろう（1図参照）。なお、判決が「全部ノ免除アリタル場合ニ比例シタル割合」と述べている箇所を、民集判決要旨は「債務全額ト免除額ト

1図 連帯債務一部免除（判例理論）

	Y	Z <sub>1</sub>	Z <sub>2</sub>	Z <sub>3</sub>
5万円債務	50000			
3万円免除 (免除率6割)	0	12500	12500	12500
X	75000	0	0	0

ノ比率」として掲記している。この部分は、一部免除の絶対効についての判例理論の要諦と思われるが、免除率と言ひ換へることもできるであろう。すると、判例理論は次のようにまとめることができると思われる。

連帯債務における一部免除については、被免除債務者の本来的負担部分に免除率を乗じた額だけ、非免除債務者（被免除債務者以外の債務者）にも絶対的効力を及ぼす。すなわち、被免除債務者の債務は免除額だけ消滅するが、非免除債務者の債務は、被免除債務者の本来的負担部分に免除率を乗じた額だけ減縮し、減縮分は免除債権者の自己負担となる。被免除債務者と非免除債務者とは一部連帯債務を負い、被免除債務者の負担部分は、本来的負担部分に免除率を乗じた額（免除債権者の自己負担額）だけ減縮するが、非免除債務者の負担部分に影響はない。

## 二 学説

学説は、判例理論を支持する第①説と、それに反対する第②説・第③説との、三説に分かれる。

第①説（有力説）の中では、高木説が、「債権者・債務者（免除を受けた）の利益のいずれにも偏せず、債権者の通常意思に最も適合するのではなからうか」として、判例理論に賛成する。<sup>34)</sup> また、理由付けは異なるものの西村説が判例の結論を支持する。<sup>35)</sup>

西村説は、民法四三七条を免除債権者の「通例の意思を推測して設けられた規定」であり、免除者は、被免除者に対しては「内外共に義務を免れしめんとする意思を有するのが通例である」ととらえ、その意思に沿うために、「被免除者の負担部分だけは債権者の負担に帰せしめる外はない」という。そして、一部免除においては、「特別の事情がない

限り、免除額に比例してのみその債務者の内部的義務をも消滅せしめんとする意思を有するのが通例」であるとして、判旨の結論に賛成するのである。<sup>36)</sup>

ただし、西村説では、民法四三七条の負担部分とは、「分担出捐額の意義」ではなく、「分担出捐の割合の意義に解す」べきだという。そして、「分担出捐割合」と解するがゆえに、一部免除の場合は、「他の債務者のために免除の効力を生ずる数额は当該の免除額に比例する」という。<sup>37)</sup> すなわち、「Yが三万円の免除を得たとすれば、その免除は、Yの分担出捐の割合たる四分の一の比率に応じてZらのためにも免除の効力を生じ、従って、三万円の四分の一たる七五〇〇円だけZらの債務が減少する」ことになる。<sup>38)</sup> 要するに、判例理論は、本来的負担部分額（二万二五〇〇円）に免除率（五分の三）を乗じた額について絶対的効力を認めるが、西村説は、判例理論と結論は同じでも、免除額（三万円）に本来的負担割合（四分の一）を乗じた額について絶対的効力を認める。

もっともな批判だと思われるかもしれないが、負担部分の意義に関して判例理論を批判する学説をいまだみない。<sup>39)</sup> しかし、負担部分を「分担出捐額」と解するか「分担出捐の割合」と解するかが、西村説のいうように論理必然的ないしは有意的に、民法四三七条の解釈もしくは結論の差異をもたらすものであろうか。<sup>40)</sup> たとえ負担部分を「分担出捐額」と解したとしても、「免除額に比例」させられるのは、「分担出捐額」ではなく、「債務全額」なのであり、判例理論の構成は十分に可能である。そして、条文の文理上も、「分担出捐割合ニ付テ」免除額に比例して絶対的効力を生ずるといふよりも、「分担出捐額ニ付テ」免除率に比例して絶対的効力を生ずると解するのが、素直なように思われる。<sup>41)</sup> 判例理論の構成が妥当である。

第②説（多数説）は、一部免除の場合、免除者は、被免除者に対して免除額については請求しないというだけで、被

免除者に対して免除残額を、また非免除者に対しては全額を請求する趣旨である、すなわち免除意思を不訴求約束ととらえるところから所説を展開する。<sup>43</sup>そして、被免除者は免除残額だけの債務を負担しているので、全額弁済した非免除者から自己の本来的負担部分額を求償された被免除者が、免除者に不当利得を主張して再求償（転償）できる部分について、絶対的効力が認められるのである。

したがって、（一）免除残額が被免除者の本来的負担部分額以上の場合には、免除残額の範囲内で求償額（本来的負担部分額）をそのまま負担すべきことになる。すると、被免除者から免除者への転償はそもそも起こりえず、被免除者および非免除者の本来的負担部分は何ら影響を受けないことになる。<sup>44</sup>だが、（二）免除残額が被免除者の本来的負担部分額より少ない場合には、免除残額を超過する求償額（本来的負担部分額）について、被免除者から免除者への転償ができる。したがって、そのような転償が生ずることを回避する、すなわち決済の簡易化として民法四三七条の意義があり、このような場合に、はじめて、その差額（超過額）だけ、被免除者の本来的負担部分額を減少させ、他の債務者にも影響するという。<sup>45</sup>

判決の事案は、免除残額二万円がYの本来的負担部分額一万二五〇〇円を超えているので、多数説によれば（一）の場合に該当し、Yは債務二万円（負担部分一万二五〇〇円）を負い、Zらは、依然として各自が債務五万円（負担部分一万二五〇〇円）を負っていることになる。そして、二万円を弁済したYは、自己の負担部分を超える七五〇〇円について、二五〇〇円づつしかZらに求償できないことになる。<sup>46</sup>判例理論を妥当ではないと批判する多数説においては、民法四三七条の一部免除は、被免除者に対する不訴求約束としての意味しかなく、そのように解することが、債権者の通常の意味に沿うものであり、債権の効力を弱めるべきでないという価値判断に一致するものとされるのである。<sup>46</sup>

第③説（少数説）は、法律関係の簡易決済の趣旨から、一部免除も、全部免除と同様に、被免除者の負担部分の限度まで、免除額について絶対的効力が生ずるべきだとして、判例理論を批判する。<sup>47</sup>すなわち柚木説では、被免除者の負担部分の限度まで非免除者の債務も減縮するとともに、その限度において被免除者の負担部分も零となる。したがって、被免除者の本来的負担部分以上の免除があれば、一部免除も全部免除も同じ結果になる。

判決の事案を柚木説で解決すると、三万円円の免除なので、Yの負担部分は消滅し、Zらについても、Yの本来的負担部分一万二五〇〇円だけ債務額が減縮して、三万七五〇〇円の連帯債務となる。したがって、二万円を弁済したYは、負担部分が零であるので、Zら三名に対して六六六六円づつ求償できることを認めるべきだとするのである。そして、Yに五〇〇〇円の負担部分が残ることになる判例理論は、「特に努力して免除を受けた債務者は他の債務者に比して何等特別の利益をうけないこととなり、債権者の意思にも反する」<sup>48</sup>ので、妥当ではないことになる。

なお、柚木説だと、被免除者の本来的負担部分未満の免除であれば、被免除者の負担部分は本来的負担部分額から免除額だけ減縮するが、非免除者の負担部分には影響しない。<sup>49</sup>そうすると、免除額が被免除者の負担部分の限度内であれば、常に、被免除者は免除額だけ債務と同時に負担部分をも免れ、免除者は免除額だけ自己負担することになる。<sup>50</sup>

### 三 判例理論の評価

一部免除（民法四三七条）に関して展開される学説の第①説ないし第③説は、いずれも、債権者の一部免除の意思を、それぞれ自説の主張する内容においてとらえるべきであり、そのように解することによって、妥当な結論を導きうる

する。<sup>⑥</sup>そして、結論において、債権の効力を維持するものとして、免除債権者の利益（被免除債務者の不利益）に帰するのが第②説であり、その対局に位置して免除債権者の不利益に帰するのが第③説で、第①説は中間的なものである。筆者も、それぞれの説が主張する内容に即して免除意思が明らかになるのであれば、それぞれの説の構成および結論が妥当であろうと思う。

では、債権者の通常の免除意思の内容はどのようなものであろうか。まず、被免除者の負担部分の限度においては、あるが、常に免除額だけ自己負担するものとして債権者が一部免除の行為をなすというのは、通常の意味解釈としては無理があると思われる、第③説は妥当ではないであろう。また、債権者が、被免除者の負担部分と免除額との割合を考慮しながら一部免除するとは考えられないので、第①説の解釈が債権者の通常意思に「最も適合する」とまではいえないと思われる。かえって、連帯債務における免除においては、債権者の意思表示に基づく単独行為であるがゆえに、相手方たる被免除者に対しては免除残額しか請求しないが、非免除者に対しては全額を請求すると解するのが、免除債権者の通常意思についての素直な解釈であり、不訴求約束ととらえる第②説（多数説）が免除者の意思解釈として妥当であろうと思われる。その意味において、つまり、通常の免除者意思について第①説のように割合的にとらえているのであれば、大審院判決は、批判に甘んずるべきであるといえる。

しかし逆に、通常の免除者意思は不訴求約束であるということは、そのようなものとして認定することも、また困難ではないであろう。したがって、不訴求約束であるとの認定ができない、すなわち、一部免除は不訴求約束であることを免除債権者が立証できないときは、免除意思を価値中立的に判断することで、免除債権者にいくぶんかの不利益が及んでも、やむをえないのではないだろうか。

ところで、大審院判決は、免除債権者の意思については触れていない。免除にあたっての債権者の意思が明らかでない場合において、債権の効力の維持あるいは弱体化といった価値判断に拘束されることなく、あるいは、免除債権者の意思に強いてくだわることなく、中立的・客観的に一部免除の問題を解決するものと考えられる。高木説（第①説）がいみじくも指摘するように、免除債権者・被免除債務者の「利益のいずれにも偏せず」に、公平・妥当な結論を導くものとして、判例理論は構成されているのである。このことは、さきに述べたことにしたがえば、判例理論は免除者意思を軽視しているので低く評価されるべきである、ということでは決してありえない。判決は、具体的事実のもとで、債権者の免除意思およびその内容よりも、三者間の公平を優先考慮すべきであると判断したものであろう。すなわち、免除債権者・被免除債務者に限らず、非免除債務者をも含めて、三者間の「利益のいずれにも偏せず」に、理論的・客観的に、公平・妥当な結論を導くものとして、民法四三七条に関する判例理論は是認されるべきものと考えられる。

なお、多数説の立場から、判例理論は技巧的だとの批判がある。<sup>62</sup> 被免除者の本来的負担部分額に免除率を乗じた額だけ絶対的効力を生ずるとする点を指摘してのことであろうが、筆者には、いたって単純のように思える。かえって、非免除者の弁済・求償を経た被免除者の再求償において、被免除者の本来的負担部分額と免除残額（免除額ではない）との比較をおこない、本来的負担部分額が免除残額を超過する額について絶対的効力を生ずるとする、多数説の理論構成の方が、その思考の過程において技巧的な感じがするのである。また、判例理論が「免除と負担部分の減少とを常にパラレルに解することは行過ぎ」との批判がある。<sup>63</sup> 確かに判例理論では、なにがしかの免除があれば、債務全額との比率に応じて、被免除者の「負担部分の減少」を招来する。この点は、すでに述べたように、免除意思に重きを置かず、三者間のバランスを考慮する結果と考えていいのではないだろうか。

連帯債務における一部免除（民法四三七条）に関しては、債権者の免除意思にしたがってその効力を定めるべきであろう。そして、債権者の免除意思の内容を明らかにできないときは、免除者・被免除者・非免除者の三者間において、中立的・客観的に免除意思を解釈する判例理論を妥当とすべきである。

#### 四 好意同乗減額への類推適用

共同不法行為における好意同乗減額に、民法四三七条の類推適用が可能であるとして、様々に唱えられる学説の中で、どの説を採用すべきであろうか。

好意同乗減額の共同不法行為へ及ぼす影響については、被害者たる好意同乗者 $\parallel$ 債権者の減額の意味なるものは、そもそも問題となりえず、好意同乗者・好意運行者・第三運行者の三者間において、信義則に基づいて、最も公平となるような解決法が論じられなければならない。したがって、債権者の減額意思から出発しつつも、免除債権者・被免除債務者・非免除債務者間において、客観的・中立的に理論構成されているという意味において、判例理論（学説中の第①説 $\parallel$ 有力説）をもって類推適用すべきだということになる。

筆者は、共同不法行為における好意同乗減額については、すでに次のような私見（一部制限説）を展開した。<sup>(8)</sup>

好意同乗者と好意運行者との好意同乗関係に基づいて、一定割合の減額をすべき場合、好意運行者および第三運行者の債務は、好意運行者の本来的負担部分に減額率を乗じた額だけ減縮し、減縮分は好意同乗者の自己負担となる。そして、好意運行者と第三運行者とは全部連帯責任を負い、好意運行者の負担部分は、本来的負担部分に対して減額率を乗

じた額（好意同乗者の自己負担額）だけ減縮するが、第三運行者の負担部分には影響を及ぼさない。

ところで、一部免除に関する判例理論の構成と、好意同乗減額に関する一部制限説の理論構成との相違は、被免除者（および対応する好意運行者）の債務額に関してのみである。この点については、次のようにいえるであろう。

連帯債務における一部免除においては、債権者の免除意思をどうしても考慮せざるをえない。そして、債権者・被免除者・非免除者の三者間で、いくら価値中立的に解釈するとしても、一定額の免除である以上、免除額を債権者が自己負担し、免除残額が被免除者の債務額であるといわざるをえない。

しかし、〈免除する（免除した）〉という事実（fact）の問題から出発すると、免除したわけではない（免除したくもない）が〈免除すべきだ〉という、当為（*Sollen*）の問題から出発するのでは、同じく免除であっても、〈免除の効果〉に相違があると考えられるのである。

すなわち、債権者と債務者（被免除者）との間に存在する特殊な関係から、債権者が一定の割合（一定率）で免除すべきであるという事情がある場合には、債務額についても、被免除者の本来的負担部分に対してのみ免除の効果を考慮して定められるべきであろう。なぜならば、たとえ一定額の免除であるとしても、免除額は債務額と無関係に存するのではなく、それは債権者と被免除者との二者の相関的關係に基づくものであり、債務全額に対する免除額の比率（一定率）でもって、被免除者の負担部分を媒介にして債務額に影響すべきものと考えられるからである。<sup>65</sup>すると、被免除者の本来的負担部分に対して一定率（免除率）を乗じた額だけを債権者は自己負担すべきであり、その残額が被免除者の債務額であるということになる。債権者と被免除者との人的・内部的關係においてのみ免除を取り扱う——債権者と特殊な關係の存在しない非免除者の負担部分に影響を及ぼさない——ことで、一定率の免除を債務に反映させ、三者間で

公平・妥当に一部免除の効力を考慮することができると思われるのである。

そこで、債権者の意思に基づく免除（一定額の免除）ではなく、債権者と被免除者との人的・内部的関係に基づく免除（一定率の免除）の場合は、被免除者の債務額に関して判例理論を修正すべきであろう。つまり、被免除者は、免除額だけの債務を負うのではなく、自己の本来的負担部分に免除率を乗じた額（免除者の自己負担額）を債務全額から控除した残額について、債務を負うことになる。結局、被免除者と非免除者とは全部連帯責任を負う。

したがって、修正判例理論を要約すれば、連帯債務における一部免除については、被免除者の本来的負担部分額に免除率（債務全額に対する免除額の比率）を乗じた額が免除者の自己負担となり、債務全額から免除者負担額を控除した残額について、被免除者・非免除者が連帯責任を負う。そして、被免除者の負担部分額は、本来的負担部分額から免除者負担額を控除した残額であり、非免除者の負担部分額は、本来的負担部分額そのものである。

以上の考察から、共同不法行為における好意同乗減額——好意同乗者と好意運行者との人的・内部的関係に基づく一定率の減額——の取り扱いにおいては、修正判例理論のもとで、民法四三七条の類推適用（修正した意味においては適用）が可能であると考ええる。

#### 注

(34) 高木多喜男『債権総論（改訂版）』三七二頁三七三頁〔林良平・石田喜久夫・高木多喜男共著〕（一九八二年青林書院）。

(35) 西村信雄「連帯保証人の一人に対する債務の一部免除と他の保証人に及ぼす効力」民商一三巻四号八一頁以下九二頁（一九四一年）。

(36) 西村・前掲注（35）九二頁九二頁。

(37) 西村・前掲注(35) 八八頁。しかし、「免除額に比例する」との表現には戸惑いを覚える。

(38) 西村・前掲注(35) 八八頁の論旨を判決の事案にあてはめた。負担部分を判例理論のように「分担出捐額」の意義に解すると、たとえば、「Yが一万二五〇〇円以上の免除を受けたときは、Yの分担出捐額たる一万二五〇〇円についてZらのために免除の効力を生ずる。即ち、Yが全額五万円の免除を得た場合と同じ結果になる」という。つまり、免除額が被免除者の「分担出捐額」と同額若くはこれより多額なる限り、他の債務者のために全部の免除の場合と同一の効力を生ずる」ことになり、妥当でないというものである。これは後述の第③説の結論と同じであるが、「分担出捐額」の意義に解したからというのではなく、免除を受けるために努力した債務者の保護の観点から導かれる結論であるとされる。

(39) 椿寿夫『注釈民法(11) 債権(2)』一五頁以下「西村信雄編」(一九六五年有斐閣)によれば、負担部分なるものが、債務者相互間における「分数的割合」をいい、求償(民法四四二条)に関する判例(大判大六年五月三日民録二三輯八六三頁)もそのように解しているという。しかし、本件判決については、判例理論が負担部分を分担出捐額の意義に解していることをそのまま紹介しつつ(同・九六頁)、西村説については、「説明の仕方はともかくとして」とか「判例と同じ計算で」と注釈する(同・九七頁)。「分数的割合」か否かに重要性を見いだしていないのであり、また、判例が負担部分を「分数的割合」と解しているというのも、正確ではないことになる。

ところで、我妻・前掲注(13) 四三二頁四三三頁は、民法四四二条に関して、一部弁済により共同免責をえた連帯債務者が求償権を行使するには自己の負担部分額を超えて出捐したことを要するという有力説は、負担部分なるものを、対内関係における自己の債務すなわち「一定の債務額」ととらえているためだと批判する。そして、「いやしくも共同の免責をえたとき」は、出捐額が少額であっても、出捐額の「一定の割合」について求償を認めるべきだとする。しかし、本件判例理論を、負担部分を「一定の債務額」と解していると批判しているわけではない。かえって、判例理論は負担部分を負担割合の意義に解して構成されている(「全額五万円の免除であればその四分の一だが、三万円の免除だから、その四分の一に当る」七五〇〇円)との前提でとらえている(同・四一九頁)ので、西村説のように、負担部分を「一定の債務額」と解しているとして判例理論を批判することはしない(同・四二二頁以下)。すると、我妻説からは、西村説はまとはずれであり、前記の判決要旨掲記は誤っていることになる。しかし、負担部分の意義に関する判旨への理解は、西村説の方が正しいと思われる。

ちなみに、淡路・前掲注(11) 一七頁以下は、連帯債務における絶対的効力について、負担部分型絶対的効力事由(民法四三

六条二項、四三七条、四三九条等」と、一体型絶対的効力事由（民法四三四条、四三五条、四三八条等）との二種に区別し、前者における負担部分を負担部分額の意義に解して論述しているようにとれる。そして、本件判例理論についても、そのようなものとして紹介する（同・二四五頁）。

なお、星野英一『民法概論Ⅲ（債権総論）』一六六頁（一九七八年良書普及会）は、負担部分には、「内部的に債務を負担し合う割合」（民法四四二条一項）と、「債務に右の割合をかけた額の意味」（民法四三六条二項、四三七条、四三九条）との両義があるとし、民法四三七条の負担部分の意義に関しては、判例理論と同じ立場である（同・一六三頁）。

(40) 西村・前掲注(35) 八八頁の論旨からすると、判旨が負担部分を「分担出捐額」と解しているならば、判例も後述の第③説を採るべきだが、そうはなっていない。なお、前掲注(38)をも参照。

(41) 連帯債務における負担部分は、負担部分額（債務者がそれぞれ最終的に分担出捐すべき一定の責任額）にとらえるべきものと思われる。そして、前掲注(39)で述べた民法四四二条に関しては、筆者は有力説を支持したいと思う。本来の負担部分額以下の少額であっても、出捐のために求償を認めるのは煩雑であり、いったん求償した後でさらに他の出捐者からの求償に応じなければならぬというのは、複雑に過ぎ、なんのための求償だったのか疑問があるところであり、合理性に欠けると考える。本来の負担部分額が自己にとっての最終的負担額であるのだから、それに満たない額の出捐では求償を認めるべきではないだろう。

なお、拙稿・前掲注(5) 第一論八八頁以下九三頁、第二論六八頁以下では、共同不法行為における負担部分についても、債務者（共同加害者）がそれぞれ最終的に分担すべき責任額とらえていた。基本的にはそれだと思いが、連帯債務者の負担部分と、共同不法行為者の負担部分との異同について、もう少し熟考を要する。

(42) 野田良之「連帯保証人の一人に対する債務の一部免除と他の保証人に及ぼす其の影響」判例民事法(20) 昭和一五年度九七事件三八八頁以下（一九四三年初版、一九五四年復刊有斐閣）、松坂佐一『民法提要（第三版・増補）』一五〇頁（一九八一年有斐閣）など。我妻・前掲注(13) 四二二頁は、一部免除の多くは非免除者に対して「依然として全額を請求する趣旨である」といい、淡路・前掲注(11) 二四三頁以下は、「契約の解釈の問題に帰着するが、できるかぎり不訴求約束を認定すべき」だとい

(43) 野田・前掲注(42) 三九一頁は、「一部免除の場合には兎に角債権者に対して或る額（免除残額——筆者）の債務を負担して居るわけであるから、その範囲では他（債権者に弁済した他の債務者——筆者）から求償されても債権者に対する関係で不当利得

を主張し得ない」と述べる。

なお、高木・前掲注(34)三七二頁は、「免除した残りの残額が負担部分を超えているかぎり、連帯の免除の効果しか生ぜず、免除の相手方に負担部分の減少という実質的利益を与えず、…：債権者の利益に偏するようと思われる」として、第②説を批判する。

(44) 野田・前掲注(42)三九二頁、我妻・前掲注(13)四二〇頁参照。なお、前掲注(39)で述べた負担部分の意義に関していえば、我妻説も、民法四三七条の負担部分の意義を「一定の債務額」(分担出捐額)ととらえているのであり、矛盾するのではないかという疑問はぬぐえない。負担部分を「一定の割合」と解するならば、「残額」との比較はそもそも不可能であり、また、免除額や「残額」そのものの中にも負担部分があるはずである。

(45) 我妻・前掲注(13)四二〇頁は、民法四六五条で根拠づけるようであるが、疑問である。

なお、第②説では、判決の事実でたとえば四万円が免除があったとすれば、残額一万円が被免除者Yの債務であり、同時に、負担部分一万二五〇〇円より少ないので、その差額二五〇〇円だけ、Yの負担部分は減少して一万円となり、他の債務者Zらも二五〇〇円だけ債務が減縮し、Zらの債務額は四万七五〇〇円となる(Yの一万円の債務額と一部連帯となる)。したがって、Yが一万円を弁済しても、Zらには求償できないことになる。

(46) 我妻・前掲注(13)四二二頁参照。

(47) 柚木馨『判例債権法総論下巻』二九頁以下三〇頁(一九五一年初版、一九五五年再版有斐閣)。なお、判例理論に対しては、免除の絶対的効力を、非免除債務者の「債務の減縮をこえてその負担部分の減縮にまで及ぼさんとするもの」として批判する(同・三二頁)が、誤解であろうと思われる。

(48) 柚木・前掲注(47)三二頁。

(49) たとえば一万円の免除だと、Yの負担部分は二五〇〇円となるが、Zらの負担部分二万二五〇〇円は変わらず、Y・Zらの連帯債務額は四万円ということになる。この場合にYが四万円を弁済すれば、一万二五〇〇円づつZらに求償できるということである。我妻・前掲注(13)四二〇頁参照。

(50) この結論は、新潟地裁判決・前掲注(10)に同じである。

(51) 椿・前掲注(39)九八頁は、免除債権者の意思についての評価態度と結びついていることを指摘する。

(52) 我妻・前掲注(13) 四二二頁、淡路・前掲注(11) 二四六頁。

(53) 野田・前掲注(42) 三九二頁。

(54) 拙稿・前掲注(5) 第一論八八頁以下、第二論六八頁以下参照。

(55) 好意同乗減額に関して、新潟地裁判決・前掲注(10)は、「約二〇パーセントに相当する二二〇万円を減額する」と判断した。一定額「二二〇万円」を基準に同乗減額の影響を判断するにしても、その額は、損害全額(一一一八万円余)との関係(すなわち「約二〇パーセント」)においてのみ考えられるはずのものである。

### III おわりに

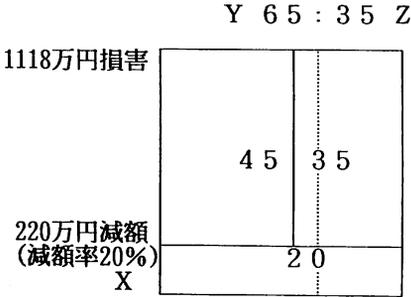
新潟地裁六日町支部昭和四八年二月二三日判決(判例時報七〇六号五九頁)は、共同不法行為における好意同乗減額に民法四三七条を類推適用した唯一の判決と思われる<sup>(56)</sup>。判決は、好意運行者Yと第三運行者Zとの共同不法行為により、好意同乗者Xに生じた損害について、「全損害をYに負担させることは、信義に反し妥当でない」ので、X・Y間においては、Xの「損害合計額一一一八万円からその約二〇パーセントに相当する二二〇万円を減額する」と述べ、また、過失割合Y六五対Z三五程度であると認定している。

このような三者間の関係のもとで、判旨は、X・Y間における減額は「民法四三七条の規定の類推適用により、共同不法行為者であるZの利益のためにもその効力を生じ……、Yの負担部分が二二〇万円を超えることが明らかな本件においては、Zの債務額もその分だけ減少する」と述べる。逆に、相対的効力しか認めないとすると、Y・Z間の求償においてYの減額の利益が無に帰すことになり、「減額の趣旨に反し合理的ではない」からである。もっとも、減額は、

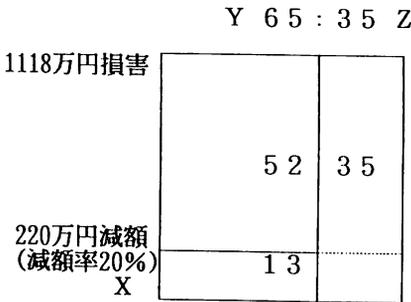
「YとXとの間の内部的な特殊事情」によるのであり、「Zが最終的にその利益に与かるべき合理的根拠はない」ので、Zは全損害額に三五%を乗じた額を負担部分とすべきであるという。

判旨は、民法四三七条を類推適用するとはいっても、大審院がうちたてた判例理論に基づくのではなく、また、学説の多数説の立場によるのではない。柚木説（少数説）の理論構成に一致する。すなわち、被免除者Yの本来的負担部分の多数説七二七万円（六五%）が免除額二二〇万円（二〇%）を超えるので、免除者Xは免除額二二〇万円だけ自己負担し、被免除者Yの負担部分は本来的負担部分から免除額のみだけ減少し（五〇七万円・四五%となり）、非免除者Zの負担部分は影響を受けない（三九一万円・三五%のまま）、とするものである（2図参照。負担部分を百分比で示す）。

2図 好意同乗減額（新潟地裁判決）



3図 好意同乗減額（修正判例理論）



つまり、「内部的な特殊事情」によるX・Y間における減額を、そのような事情のないX・Z間に、そのまま効力を及ぼすことで、損害の過大な自己負担をXに強いることになる。したがって、新潟地裁判決の結論は被害者保護の観点から容認できるものではない。<sup>67)</sup>

前項で述べたように、本事案には、修正判例理論のもとで民法四三七条を類推適用すべきである。その結果は、Yの本来的負担部分額七二七万円(六五%)に免除率(約二〇%)を乗じた額一四三万円(約一三%)を、Xが自己負担する。残額九七五万円(約八七%)について、YおよびZが連帯責任を負うが、Yの負担部分額は、本来的負担部分額からX負担額を控除した額(五八四万円・約五二%)であり、Zの負担部分額(三九一万円・三五%)は変わらない(3図参照。百分比で示す)。なお、民法四三七条に関する判例理論を本事案にあてはめると、Y・Zは、それぞれ八九八万円(八〇%)・九七五万円(八七%)の責任(一部連帯責任)を負う。そして、YおよびZのXに対する責任以外に関しては、修正判例理論と同じである。<sup>68)</sup>

ところで、事案を、一部免除に関する多数説の理論構成で解決すればどうなるであろうか。<sup>69)</sup>この場合、免除残額八九八万円(八〇%)が、被免除者Yの本来的負担部分額七二七万円(六五%)以上であるので、被免除者Yの本来的負担部分(六五%)、および非免除者Zの本来的負担部分(三五%)は何ら影響を受けない。仮に、Zが全額弁済した後にYに求償すれば、Yは負担部分額七二七万円(六五%)についてZの求償に応じざるをえないが、Xに対しては免除残額八九八万円(八〇%)の債務を負っていたのであるから、Xへの再求償(転償)はできないことになる。債権者(被害者)の免除意思に基づくのであれば、一部免除を不訴求約束と考えることも妥当であろう。しかし、好意同乗関係のゆえに信義則に基づいて減額をなすべき共同不法行為に、多数説の理論構成を持ち込むべきではない。<sup>60)</sup>

以上、新潟地裁判決が、共同不法行為における好意同乗減額に関して、民法四三七条を類推適用した点は評価できるが、その際に採用した解釈理論には賛成できないと考える。共同不法行為における好意同乗減額については、民法四三七条に関する修正判例理論をもって、紛争解決にあたるべきであらう。

注

(56) 詳細については、拙稿・前掲注(5)第一論一〇二頁以下参照。なお、損害額等については二万円未満を省略する。

(57) 新潟地裁判決に対する批判については、拙稿・前掲注(5)第一論八七頁一〇三頁、第二論六七頁参照。

(58) 判例理論ないし修正判例理論と同様の理論構成で好意同乗減額の問題を解決しようとする学説については、本田・前掲注(5)四九頁以下参照。

(59) 一部免除に関する多数説と同じ理論構成で好意同乗減額の問題を処理しようとする学説については、比佐・前掲注(5)一三九頁以下参照。

(60) 詳しくは、拙稿・前掲注(5)第一論七三頁以下、第二論六五頁以下参照。