

請求権の競合か法条の競合か(一)

— 実体法上の債権の論理構造と給付訴訟の訴訟物 —

鷹 巢 信 孝

- 一 はじめに
 - 二 わが国における請求権競合問題を巡る学説の概観
 - 三 実体法上の債権の論理構造と給付訴訟の訴訟物
— 従来の学説が見落していたものは何か —
 - 四 むすび
- 本号

一 はじめに

一 有田焼の皿を運送業者に委託して運んでもらったところ、この皿が破損していた。この場合に、荷受人ないし荷送人は運送業者に対して、運送契約(請負契約)の不履行として損害賠償を請求するか(商五七七条以下。なお、民四一五条)、不法行為に基づく損害賠償請求をする(民七〇)ことが考えられる。

このように、一つの生活事実から発生した法的紛争が複数の法的構成要件に該当し、同一当事者間に同一内容の給付を目的とする複数の請求権が発生する可能性がある場合に、①該当する法条の数に対応する複数の請求権が現実に発生するののかという問題(請求権の重複の問題)や、②この法的紛争を、どの法条によって解決すればよいのかとい

う問題（適用規範の問題）が発生する。^(二)

これは請求権競合問題といわれている問題であり、これまでも盛んに論じられている問題である。したがって、その骨核部分・本質的部分については、既に論じ尽されているだけでなく、最近では、この問題は規範競合問題ないし制度間競合問題の一部として取扱おうとする方向に向っている。^(三)

注(一) 四宮和夫「請求権競合論」一粒社一九七八年一頁、奥田昌道「請求権競合論の現代的意義について述べよ」奥田昌道ほか編「民法学4」有斐閣一九八二年一一八頁以下、同「請求権競合問題について——債務不履行責任（契約責任）と不法行為責任との関係を中心に」法学教室一五九号（一九九三年）一二頁、大久保邦彦「請求権競合問題について」神戸学院法学二四巻三四合併号（一九九四年）一五三頁、同「請求権競合問題について」私法五七号（一九九五年）一九〇頁。

(二) 奥田昌道「本連載の趣旨・総論」ジュリスト一〇七九号（一九九五年）八七頁以下、大久保邦彦「請求権競合論の問題構造」ジュリスト一〇九二号（一九九六年）九一頁、山本克己「メタ・ルールによる規範調整と規範統合方式——請求権競合問題を手掛りに」ジュリスト一〇九六号（一九九六年）九二頁以下、道垣内弘人「請求権競合論から制度間競合論へ」ジュリ一〇九六号一〇四頁以下、山本敬三「取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論——総括」ジュリスト一〇九七号（一九九六年）一一六頁以下。

因に、川島武宜「請求権の競合」岩波法律学辞典Ⅲ（一九三六年）二四九三頁は、請求権競合の問題は「請求権」の競合のみならず、他の権利（例えば、形成権）との関係の問題でもあり、法規（制度）相互の関係の問題であるとされていた。

二 請求権競合問題は規範競合問題ないし制度間競合問題の一部にすぎないとしても、その重要部分をなしている。そして、請求権競合問題の骨核部分・本質的部分については既に論じ尽されているとはいっても、多様な見解が発表されているにすぎず、混迷状態に陥ったままである。^(三)

だとすれば、この問題に関して、これまでに発表されている諸見解を見直して、従来の学説には何が欠けている

のかを検討した上で、この欠けている部分を補うことにより、混迷状態から抜け出す途を探る必要がある。そのような試みとして、最近における契約法の基礎理論の変化に伴い、これを反映した形で、ひとまず手続法を離れた実体法の観点から請求権競合問題を再検討することが行われている^(四)。請求権競合問題一般ではなく、契約責任と不法行為責任との関係のうち、契約当事者間における問題の一部分に限定して検討し直すのであれば、右のような方法も有効であろう。

しかし、請求権競合問題は契約責任と不法行為責任の間で発生するに止まらず、物権的請求権と債権的請求権の間や、不当利得返還請求権と不法行為に基づく損害賠償請求権との間などにおいても発生する問題である。したがって、請求権競合問題一般について検討し直すためには、契約法の基礎理論の変化を反映させるだけでなく、債権法総論や給付訴訟の訴訟物理論にまで視野を拡げた見直しが必要である。

注(三) 加藤雅信「四宮和夫『請求権競合論』(一九七八年・一粒社)加藤雅信ほか編・民法学説百年史…日本民法施行100年記念」三省堂・一九九九年「三三五頁、平井宜雄・債権各論Ⅰ：契約総論」弘文堂・二〇〇八年」一五頁。

(四) 小粥太郎「債権法改正論議と請求権競合問題―川島武宜の復活?」法律時報八二卷一―号(二〇一〇年)一〇一頁・一〇二頁。

(五) 小粥・注(四)法時八二卷一―号一〇一頁。

三 というのは、債権と請求権の関係や法条と請求権の関係が明らかにされないまま、「請求権が発生する」とか、「請求権が競合する」という表現を用いているところに混迷状態を生み出す根源があるように思われるからである。したがって、債権と請求権の関係、つまり両者は同じものなのか、異なったものなのか。後者であるとすれば、両者の違いは何なのか、そして両者の関係は、どうなっているのか。法条と債権ないし請求権の関係、つまり一定

の法条に基づいて債権ないし請求権が発生するのか、それとも既に発生している債権ないし請求権を裁判所の手を借りて実現するために法条が設けられているのか。要するに、法条は行為規範なのか、裁判規範なのか。実体法上の債権ないし請求権と給付訴訟の関係、とりわけ給付訴訟の訴訟物は債権なのか、請求権なのか、といった一連の問題について考え直す必要がある。

そのためには、まず、実体法における「債権とは、どのような権利か」という基礎的な問題が解明されなければならぬ。この問題が明らかにならないことには、債権と請求権の関係や、法条と債権ないし請求権の関係は明らかにならないし、債権ないし請求権と給付訴訟の関係も理解することは出来ない。

そこで、本稿では私の独特の方法論、即ち考察対象を**本質・実体・現象形態**という三つの次元を構成する要素に分解した上で、これを繋ぎ合わせること(分析と総合)により、考察対象の全体構造を論理的に把握するという方法論^(七)を用いて明らかにした債権の論理構造^(七)を根底に据えて、「請求権」と呼ばれている権利が債権との間に、どのような関係を有しているのか。法条は債権の全体構造の中で「どの」部分と関わっているのか。請求権が競合するのか、法条が競合するのか。一つの紛争事案につき、数個の請求権が発生するのか、それとも一個の債権につき、数個の法条が競合しているにすぎないのか。給付訴訟の訴訟物は債権の「どの」部分と関わっており、給付判決の既判力は債権の「どの」部分について発生するのかという問題について考える(第三章)。

注(六) この方法論については、拙稿「法律学から見た『企業』の内部構造―株式会社の法的構造」佐賀大学経済論集一二巻三号(一九八〇年)一三頁以下、拙著「企業と団体の基礎法理」成文堂・一九八九年一頁以下。私が「なぜ」どのようにして、「このよう

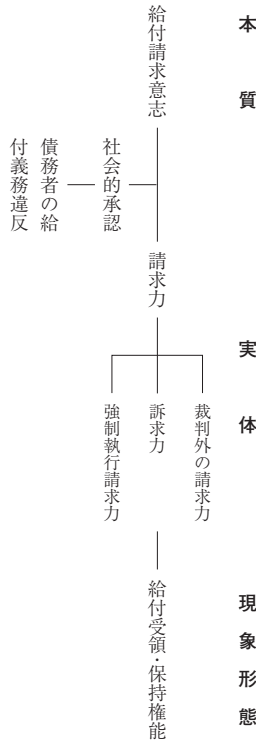
な方法論を考えつくに至ったのか」ということについては、拙稿「最終講義」民商法二元論と資本主義私法論の漂着点―実定法の哲学・私法哲学を目差して」佐賀三七巻六号(二〇〇五年)一頁以下。

(七) 拙稿「民法四六七条と一七六条一七七条―法定証拠説による統一的理解と有価証券法理の構築を目差して」佐賀三八巻五号(二〇〇六

年)八七頁以下、同「日本民・商法における権利の期間制限(六)―実体法上の権利の構造論を根底に据えて」佐賀四五卷三号(二〇一二年)五〇頁以下に述べていることを要約すると次のようになる。

債権の本質は、特定の人(債務者)に対して一定の給付を請求する意思である。この意思が社会から正当なものと承認されると、債務者に給付義務があることが社会的に承認され、債権者の給付請求意思を債務者に対して主張する力が与えられる。この請求力が債権の実体であり、裁判外の請求力、裁判による請求力、給付判決などに基づく強制執行請求力という形で具体化する。債務者が自発的に履行する場合はもとより、強制的に履行させられる場合に、その給付を受領し、保持する権能が、債権の現象形態である。

右に述べたことを図式化して整理すると、次のようになる。



四 第三章で本論に入る前に、第二章において、これまでに展開されている請求権競合問題に関する学説史を簡単に振り返っておく。

この学説史として、①旧訴訟物理論と結びついた請求権競合説(判例旧通説)、②川島博士の法条競合説(規範排斥説)^(八)、③三ヶ月博士を始めとする新訴訟物理論による給付訴訟の訴訟物の見直し、④新訴訟物理論の影響を受けた新実体法説(奥田博士の請求権二重構造説・上村博士の請求権規範[属性規範]統合説・四宮博士の全規範統合説)という流れを紹介した上で、今の^(九)

ところ四宮説が、この問題に関する学説の到達点であるが、大きな支持は得られておらず、学説は混迷状態にあるとして締め括るといふ「解説の標準型が出来上っている」といわれているように、既に数多くの論稿が発表されている。^(一〇)

したがって、ここに新めて学説史を振り返る必要はないが、従来の学説が「何を見落しているのか」を知るために必要な限りにおいて、学説の流れを振り返ることにする。第二章は過去の学説を批判的に検討することを目的とするものではないので、この点は既存の学説に委ね、私のコメントは控え目にしておく。

なお、前稿において、保証債務を除き、「多数当事者の債務」の全体構造について検討した。^(二三) その際、不真正連帯債務は請求権の競合と実質的には同じであり、連帯債務に比擬したり、連帯債務に関する規定を適用すべきではなく、請求権競合に関する原則によって効力を定めるべきであるとする見解に出会った。^(二四) しかし、このような考え方には納得が出来なかった。本稿は、この疑問を理論的に解決することを副次的な目的としている。

注(八) 川島説以前の、わが国における法条競合説については、大久保邦彦「民法における法条競合論に関する一考察(二完)」民法雑誌一〇一卷二号(一九八九年)二八頁以下。

(九) 新実体法説・請求権規範競合説は新訴訟物理論よりも前に源流があることにつき、大久保・注(八)民商一〇一卷二号二八頁・四〇頁・四五頁、同「新実体法説に関する一考察」神戸学院法学二四卷一号(一九九四年)三一頁。なお、大久保教授は三月月説を請求権二重構造説に入れ、加藤雅信博士の統一的請求権説を狭義請求権規範競合説(属性規範競合説)に入れられるが、この点は私見と異なっている。

(一〇) 小粥・注(四)法時八二卷二二号一〇二頁。

(一一) 請求権競合問題をめぐる、わが国の判例・学説を概観した論稿として、四宮・注(一)競合論二頁以下、同「不法行為」^{事務}不当利得・不法行為中巻下巻《現代法律学全集10》青林書院・一九八七年〕六五六頁以下、奥田・注(一)民法学4二二〇頁以下、同・注(一)法教一五九号一五頁以下、同「請求権の競合」森島昭夫編・判例と学説・民法Ⅱ〔日本評論社・一九七七年〕二二四頁以下、同「請求

権と訴訟物―実体法学から新訴訟物理論へのアプローチ「請求権概念の生成と展開」創文社・一九七九年「三三三頁以下(初出:判例タイムズ二二三号・二二四号「一九六六年」)、「同」債務不履行と不法行為「星野英一代表編集民法講座第4巻」有斐閣・一九八五年「五六五頁以下、同」債権総論増補版「悠々社・一九九二年」六三三頁以下、大久保・注(一)「神院二四卷三四合併号一五三頁以下、同」注(二)私法五七号一九〇頁以下、同」注(三)ジュリー〇九二号九三頁以下、同「請求権競合新現代損害賠償法講座第一巻」日本評論社・一九九七年一九九頁以下、川島武宜「契約不履行と不法行為との関係について―請求権競合に関する一考察―」民法解釈学の諸問題「弘文堂・一九九九年」一五頁以下(初出「法協五二巻一―三号」一九三四年)、藪重夫「契約責任と不法行為責任」契約法大系I「有斐閣・一九六二年」一六一頁以下、田中誠「商法における請求権競合の問題」商事法研究第二巻「千倉書房・一九七一年」二四九頁以下、上野芳昭「契約責任と不法行為責任」盛岡短大研究報告法律・経済論「二六号(一九七五年)五頁以下、同」請求権競合問題について―判例を中心として「盛岡二七号(一九七六年)一七頁以下、戸田修三「運送人の契約責任と不法行為責任」鴻常夫ほか編「演習商法総則・商行為」新演習法律学講座8「青林書院新社・一九八四年」二六二頁以下、同「運送人の契約責任と不法行為責任」ジュリスト増刊・北沢正啓ほか編「商法の争点II(一九九三年)二四四頁以下、浜田稔「請求権競合」ジュリスト増刊・加藤一郎ほか編「民法の争点II(一九八五年)三八頁以下、加藤雅信「物権的請求権と契約上の請求権、不当利得返還請求権」星野英一代表編「民法講座・別巻2」有斐閣・一九九〇年」一七〇頁以下、一八八頁以下、半田吉信「責任競合論―請求権競合説への回帰」北川善太郎先生還暦記念・契約責任の現代的諸相(上巻)「東京布井出版・一九九六年」一六九頁以下。

ドイツの判例・学説につき、大久保・注(一)「神院二四卷三四合併号一五四頁以下、同」注(八)「民商一〇一卷二号一七頁以下、同」注(九)「神院二四卷二号一四頁以下、同」民法における法条競合論に関する一考察(一)―請求権規範競合論、特にその系譜を中心として―「民商一〇一卷二号(一九八九年)一〇〇頁以下、同」請求の識別と法的性質決定の区別―新訴訟物理論の批判的検討「民商一〇三巻六号(一九九一年)四一頁以下、川島・注(一)「諸問題二二頁以下、同」ドイツ著「契約侵害及び不法行為における請求権の競合」諸問題二六三頁以下、奥田・注(一)「請求権概念三四二頁以下、同」所有者と占有者との法律関係の一考察(一)―請求権競合の観点から―「法学論叢七九巻三号(一九六五年)一頁以下、同」物品運送契約における債務不履行責任と不法行為責任―ドイツの判例・学説を中心として―「法叢九〇巻四・五六合併号(一九七二年)一七八頁以下、同」契約法と不法行為法の接点―契約責任と不法行為責任の関係および両規範の性質論を中心に―「於保不二雄先生還暦記念・民法学の基礎的課題(中)有斐閣・一九七四年」二〇九頁以下、同「契約責任と不法行為責任の交錯」をめぐる西ドイツ民法学の近時の動向―債権法改正作業に関連して―比較法研究四五号(一九八三年)一四一頁以下、小山昇「訴訟物論集(増補版)」有斐閣・一九七二年「二五五頁以下。

(一一) 拙稿「分割債務・連帯債務・不可分債務の区別・連関性」(二・二完)―連帯債務論は「なぜ」民法学の難問題になったのか」佐賀五二巻四号・五三巻一号(二〇二〇年)。

(一二) 末川 博「不真正連帯債務に関する疑問」債権『岩波書店・一九七〇年』二六一頁註二(初出：法学論叢一卷四号「一九九一年」)。

二 わが国における請求権競合問題を巡る学説の概観

一 本稿の冒頭に例示した有田焼の皿の破損事故につき、荷受人ないし荷送人には、①運送契約による債務の不履行に基づく損害賠償請求権か、②不法行為に基づく損害賠償請求権の、いずれか一方を行使して訴訟をすること。そして、③この、いずれか一方の請求権を行使して敗訴した場合には、他方の請求権を行使して新たな訴訟を起すこと。あるいは、①と②の両請求権を行使して、二つの訴えを同時に起すことが考えられる。

これらの全ての方法を許容するのが**請求権競合説**であり、請求権競合問題に関する伝統的な考え方である。この見解は、個々の実体法上の請求権が給付訴訟の訴訟物、即ち審判の対象であるとする旧訴訟物理論に基づいており、原告に都合の良い考え方である。しかし、被告は複数回の訴訟に應對しなければならず、紛争解決の一回性という訴訟政策上の要請に反している。そして、民事訴訟法の理論面での問題として、前訴判決の既判力による後訴の遮断効の問題や一事不再理の原則・二重起訴の禁止に抵触しないのか、訴えの変更や訴えの併合をどうするのか(選択的併合か予備的併合か)、二個の勝訴判決が確定した場合の執行はどうなるのか、という問題が指摘されている。^(一四)

実体法上の問題として、複数の請求権の属性が異なる部分につき、^(一五)どのように取扱うのか。つまり、属性の違いは、そのまましておくのか、一方の請求権の属性に合わせて、他方の請求権の属性を修正するのかということが問題となる。さらには、債務不履行に基づく損害賠償請求権と不法行為に基づく損害賠償請求権は、二個の別個の

債権なのか。二個の勝訴判決が確定した後で、一方の債権が譲渡されたり、二個の債権が別々に譲渡された場合、どうなるのかという問題が指摘されている。^(一六)

二個の請求権の属性が異なる部分について、相互に影響することはないとする立場は自由な請求権競合説^(一七)と呼ばれるが、判例は、この立場を採るとされている。^(一八)これに対して、属性の違いについて影響を認め、修正を認める作用的(修正的)請求権競合説^(一九)がある。例えば、不法行為に基づく損害賠償請求権について相殺は禁止されているが^{(民五〇九条(二)号(二)号)}、この規定や軽過失を免責する失火責任法の規定の適用を、債務不履行の場合にも拡大したり、高価品に関する商法五七八条・五九五条を不法行為にも類推適用したり、契約に減免責条項が付されている場合に、これを不法行為にも拡大適用することなどを認めようとしている。

注(一四) この民事訴訟法学上の問題は訴訟物論争において提起された問題である。訴訟物論争については、三ヶ月 章「民事訴訟法(法律学全集35)」「有斐閣・一九五九年」八六頁以下、上村明広「訴訟物論争の現状と展望」ジュリスト増刊・三ヶ月 章ほか編・

民事訴訟法の争点(一九七九年・一六八頁以下、加藤雅信・財産法の体系と不当利得法の構造「有斐閣・一九八六年」五三〇頁以下、同「実体法学からみた訴訟物論争」新堂幸司編著・特別講義「民事訴訟法」有斐閣・一九八八年」二二頁以下、新堂幸司・民事訴訟法「第二版」現代法学全集30「筑摩書房・一九八八年」二〇六頁以下、鈴木正裕「訴訟物論争の回顧と現状」三ヶ月 章ほか編「民事訴訟法の争点」新版(一九八八年)一七四頁以下、山本克己「訴訟物論争の回顧と現状」青山善充ほか編「民事訴訟法の争点」第三版(一九九八年)一三〇頁以下、同「訴訟物論争」伊藤 眞ほか編「民事訴訟法の争点」二〇〇九年・一〇八頁以下。

なお、訴訟物論争の副産物として訴訟物概念の機能・役割の見直しが行われていることにつき、文字 浩「訴訟物概念の役割」前掲・争点初版一七二頁以下、柏木邦良「訴訟物概念の機能」争点新版一七八頁以下、三木浩「訴訟物概念の機能」争点三版一三四頁以下、出口雅久「訴訟物概念の機能」伊藤ほか編・争点一・二頁以下、新堂幸司「訴訟物概念の役割」最近の最高裁判決を手がかりとして「判例評論二二三号(一九七七年)二頁以下」「判例時報八五六号・一六頁以下」。

(一五) 債務不履行に基づく損害賠償請求権と不法行為に基づく損害賠償請求権の要件・効果の違いについては、奥田・注(一) 民法学4・一二〇頁以下、同注(一)法教一五九号一三頁以下、同注(一)総論六・二二頁以下、藪・注(一)大系一・一五五頁

以下、上野・注(一一)盛岡二六号二頁以下、大久保・注(一一)新損賠(1)一九三頁以下、半田・注(一一)北川還暦(上)一九五頁以下。なお、平成二九年の民法改正により、債務不履行責任の消滅時効期間は五年に短縮され(民一六六条、生命・身体を害する不法行為責任の消滅時効期間は五年に延ばされている(民七二四))。

(二六) 請求権競合説の問題点については、四宮・注(一)競合論五四頁以下、同・注(一一)不法行為六五八頁以下、奥田・注(一一)民法学4一二二頁以下、大久保・注(二)ジュリ一〇九二号九三頁、同・注(一一)新損賠(1)二〇〇頁、平井・注(三)各論I一九頁、川島・注(一一)諸問題二二六頁、半田・注(一一)北川還暦(上)一七一頁以下、小林・注(一一)内田ほか編・争点一九五頁、三ヶ月 章「請求権の競合」民事訴訟法研究第一巻(有斐閣・一九六二年)七九頁以下(初出・私法一九九〇年)一九五八年)、同法条競合論の訴訟法的評価―新訴訟物理論の立場よりの一考察―「前掲・研究(1)一三六頁以下(初出・我妻先生還暦記念・損害賠償責任の研究(中)「有斐閣」一九五八年)」。

(二七) 自由な請求権競合説については、大久保・注(一一)新損賠(1)一九九頁以下。

(二八) 判例については、やや古くなっているが、四宮・注(一一)不法行為六五八頁注(一)、六五九頁注(二)、奥田・注(一一)民法II二三四頁以下、同・注(一一)講座4五六八頁・五七三頁以下、六二八頁以下、浜田・注(一一)争点II三八頁以下、大久保・注(一一)新損賠(1)二〇六頁以下、川島武宣「請求権の競合について(一)」判例を中心として「法協七四卷五六号(一九五七年)一頁以下、上野芳昭「契約債務不履行と不法行為との関係について―判例の最近の傾向についての一考察」山形大学紀要社会科学(二)三巻一号(一九八二年)九頁以下、同「請求権競合判例の最近の傾向について」私法四五号(一九八三年)二二四頁以下。

(二九) 作用的(修正的)請求権競合説については、奥田・注(一)法教一九五九号一六頁以下、大久保・注(一一)新損賠(1)二〇〇頁、四宮・注(一一)不法行為六六〇頁注(一)、注(二)、半田・注(一一)北川還暦(上)一七二頁以下、二二七頁以下、同「契約責任と不法行為責任の交錯」奥田昌道先生還暦記念 民事法理論の諸問題(上)「成文堂」一九九三年「三九七頁以下。なお、法条競合説にも折衷的な考え方があることにつき、後掲注(二二)の川島論文参照。

二 債務不履行に基づく損害賠償請求権と不法行為に基づく損害賠償請求権の併行的競合を認める請求権競合説に対して、両請求権は併行的に競合するのではなく、排他的に競合するとする法条競合説(規範排除説)が登場する。

川島博士は、契約責任に関する規定は契約関係における責任を規律するものであるのに対して、不法行為法は契約外の関係における責任を規律するものであり、両者は損害賠償という同一の目的に向って、相互に適用範囲を分かち合い、機能を分担する二個の制度であり、常に支配する法域を異にし、同一の事実につき同一当事者間において、両法が競合する場合は存在しないとした上で、この考え方を法条競合説とされる^(三〇)。

何故に不法行為法は契約関係外の関係にのみ適用され、契約関係には適用されないのかというと、契約関係は一般の社会生活関係に対して一つの特別な危険関係を構成し、その社会関係の特殊性は契約外の一般関係とは異なる特殊の規律を要求するが、これに応えているのが契約法であり、特殊の規律としての機能を担当する。しかし、不法行為法の規定は、この特殊な関係に適用されるに適用しない所の一般的標準的な内容を有しているにすぎない。したがって、不法行為に関する規定を契約責任に適用したり、契約法を契約外の関係に適用するという例外はありえないとされる^(三一)。

川島説は、契約法が不法行為法の特別法であるが故に、契約法が不法行為法に優先して適用されるという意味で法条競合を説く見解とする受け止め方があった^(三二)。しかし、川島説は、そのような意味で法条競合を説いているのではなく、契約法と不法行為法は共通の適用領域を有するものではないとして、峻別されており^(三四)、法条競合説の中にも特殊な見解である^(三五)。

法条の競合には、併行的競合や重畳的競合・択一的排他的競合・優先的競合などの形態があり^(三六)、排他的競合は、その中の一つにすぎない^(三七)。そして、契約法と不法行為法が排他的に競合し合う関係にあるという論証が成功しているわけではない。

というのは、債権の侵害という点では、債務不履行と不法行為の論理構造には共通性があり^(三八)、債務不履行は債権者による債権侵害ということが出来る。このように解するならば、第三者による債権侵害が一般の不法行為である

のに対して、債務不履行は債務者による債権侵害という特別な形態の侵害²不法行為といふことになる。

したがって、有田焼の皿が運送中に破損して損害が発生したという一個の生活事実につき、債務不履行責任と不法行為責任が重なり合い、併行的に競合する場面においては、契約責任の方が優先し、当事者間の契約や契約法に定められていない問題については不法行為法が補充することになる。^(二九)

他方、債務不履行の枠を超える所有権侵害の問題については、契約責任の優先性は働かず、不法行為法に委ねることになる。例えば、運送契約に減免責条項が記されていて、これが所有権侵害についても違法性ないし有責性を阻却することがある場合でも、その効力が及ばない部分については不法行為法が適用されることになる。したがって、川島説のように法条競合を規範排斥的競合に限定して考えることは出来ない。^(三〇)

注(二〇) 川島・注(一一)諸問題一二六頁以下、同・債権法総則講義第一「岩波書店・一九四九年」三四頁以下。

(二一) 川島・注(一一)諸問題六九頁以下は、法条競合説の中には不法行為法の規定を契約責任に適用したり、契約法の規定を契約外の関係に適用する見解があるとした上で、諸問題一四一頁以下で、このような考え方を否定される。

(二二) 小粥・注(四)法時八二巻一〇二頁・一〇四頁注(16)。

(二三) 小粥・注(四)法時八二巻一〇四頁、加藤雅信「川島法学における請求権競合論」ジュリスト一〇一三三(一九九二年)七二頁以下。

(二四) 川島・注(一一)一四六頁以下(なお、はしがき八頁以下)、同・注(二〇)債権総則一三五頁以下。因に、鈴木祿彌「川島先生の物権法論」ジュリスト一〇一三三(一九九二年)五八頁は、『所有権法の理論』における峻別の論理の力説が目につくとされる。

(二五) 大久保・注(八)民商一〇一巻二四〇頁以下は、法条競合概念が川島説の登場前後で変容したとされる。

(二六) 同旨、四宮・注(一)競合論三頁注(二)。因に、奥田・注(一一)請求権概念三七八頁(なお、注(一)法教一五九号一九頁)は第三の競合形態(新実体法説)として法規の重疊的適用を提案される。法規の重疊的適用は法条競合の一形態であって、請求権競合・法条競合に次ぐ第三の競合形態ではない。請求権の競合という側面があるにしても、それは請求権を基礎づける法条の重疊的競合の反面にすぎない。

にも拘わらず、この形態が法条競合とは別の類型に属するように考えるのは、法条競合といえは川島説のように排斥的競合を指すと考えているからであろう。なお、奥田・注(一一)法叢九〇巻四・五・六合併号一七八頁注①は、法条競合という用語は、きわめて人を惑わし易い(ambiguousな)用語法であるとされる。

(二七) 同旨、四宮・注(一)競合論七七頁(四宮博士は請求権競合の極限形態とされる)。

(二八) 拙著・社団法人(株式会社)の法的構造—企業と団体の基礎法理Ⅱ(成文堂、二〇〇四年)三二五頁。

(二九) 四宮・注(一)競合論六三頁以下は、法条競合において規範排除関係と規範補充関係を区別する必要性を説かれる。

(三〇) 法条競合説の問題点については、四宮・注(一)競合論六五頁、同・注(一)不法行為六六一頁、奥田・注(一)民法学4—

二二頁以下、同・注(一)講座4六三二頁、大久保・注(二)ジュリ一〇九二号九四頁、平井・注(三)各論Ⅰ一九頁、半田・注(一)一(北川還暦)一七八頁以下、小林・注(一)争点一九五頁、三ヶ月・注(一六)研究(1)八六頁以下、二五七頁以下、新堂幸司「訴訟物の再構成—給付の訴と確認の訴を手がかりとして」法学協会雑誌七五巻二号(一九五八年)三九頁以下。

三 運送品の破損に対する損害賠償請求をする場合に、債務不履行責任として構成する途と不法行為責任として構成する途が考えられるが、この二つの途の、いずれをも認める請求権競合説と、債務不履行責任しか認めない川島博士の法条競合説(規範排除説は鋭く対立しているように見える。しかし、両説ともに民事訴訟の目的を権利保護請求に求め、実体法上の請求権を給付訴訟の訴訟物、即ち審判の対象とする点では共通している)。

そして、前二節で見たように、請求権競合説も法条競合説も問題を抱えているが、それは、いずれの説も旧訴訟物理論に基づいて給付訴訟は実体法上の請求権の行使の可否を判断する裁判であり、実体法上の請求権を給付訴訟の対象と解しているところに原因があるとする見解が民事訴訟法学の側から主張された。

新訴訟物理論に立たれる三ヶ月博士は、「両陣営とも請求権なるものを実体法的にそれぞれの個性をもつ一つの定在的な権利として何等怪しむことなく捉えていて、その本体の機能的な考察が捨象されている傾きがある」点と、「実体化された請求権なるものを(中略)、給付訴訟の訴訟の目的「訴訟物と考えその確定が給付訴訟の目的をなすと

みる所の一つの訴訟目的観を前提としている「点で共通しているとされる」^(三二)。

その上で、三ヶ月博士は実体法レベルでの議論の中で、法条競合説が実体法秩序により是認される満足の一回性・紛争の一回性を訴訟法上も一個の給付として貫こうとする点を評価しながらも、法的観点の適用の順序・法条の適用順序について一義的に明確にされていないにも拘わらず、契約法の問題か不法行為法の問題かの決定を裁判官に行わせるのは、訴訟制度の要請に反する実体法学のドグマテアにすぎない。これに比べ、原告の要求に応える途を拡げている請求権競合説を給付訴訟の紛争解決機能の特質を直視する新訴訟物理論と結びつけることによって、却つて無理のない訴訟上の取扱いの基準を与えるものとして評価し直し、請求権競合問題に民訴法学の立場から一石を投じられた。^(三三)

三ヶ月博士の新訴訟物理論によれば、給付訴訟の対象^(三)訴訟物は相手方から一定の給付を求めうる地位、即ち必要に応じて強制執行の方法を以つてしても、それを実現しうる地位があると主張(権利主張)の当否であり、実体法上の請求権は右の主張を基礎づける法的観点・裁判理由であつて、訴訟物ではない。したがつて、請求権の競合といわれている事態は、右の法的観点・裁判理由の競合ということになる。そして、給付判決の既判力は右の法的観点の存否に関して生じるのであつて、実体法上の個々の請求権の存否について生じるのではない。^(三四)

債権や請求権という実体法上の権利を問題とする実体法学からすれば、債務者から一定の給付を求める地位、必要に応じて強制執行の方法を以つてしても給付を実現しうる地位とは、債権者たる地位のことであり、この地位があることを主張して裁判でその当否を判断してもらうのは確認訴訟の任務である。給付訴訟は債務者に対して一定の給付をさせる原告の意思に法的根拠があるか否かを判断する裁判であり、給付判決は原告の右の意思を正当として、被告に給付を命じる判決である。必要に応じて強制執行を以つて給付を実現するのは、確定した給付判決に基づく強制執行請求力の行使である。「受給権」は債務者が自主的に給付をしたり、給付判決に従つて給付をした財貨

を受領・保持し、あるいは強制執行によって取り立てた財貨の引渡を受けて、これを保持しておく権能である。したがって、「受給権」は給付訴訟と関連してはいるが、給付訴訟の訴訟物ではなく、債権の本質をなす給付請求意思が実現された姿、つまり債権の**現象形態**である〔前掲注七〕参照。

契約規範や実体法の法条は原告の被告に対する「給付を求める意思」を正当化し、基礎づける法的根拠であり、給付判決を理由づける機能を果すが、請求権がこのような役割を担うわけではない。むしろ、請求権は契約規範や実体法の法条に基づいて発生する請求力であり、債権の実体である。したがって、請求権が給付訴訟の訴訟物になるのではないし、法的観点・裁判理由になるわけでもない。契約規範や実体法の法条によって基礎づけられる請求権(請求力)の背後にある「被告から一定の給付を求める意思」が正当か否かが給付訴訟の審判の対象である。

それでは、「被告から一定の給付を求める意思」と契約規範や実体法の法条、さらには請求権との関係、強制執行を要求しうる地位との関係、「受給権」との関係はどのようになっていくのであろうか。これを解明するためには、「債権とは、どのような権利か」という問題を解く必要がある。この問題は民事訴訟と関連性を有しており、民事訴訟法学の成果を応用する必要はあるが、実体法学の問題であって、訴訟法学の問題ではない。^(三四)新訴訟物理論には教えられることが多いが、実体法学との区別・関連性の認識が十分ではないところに大きな難点がある。^(三五)

注(三一) 三ヶ月・注(一六)研究(1)一三一頁以下。

(三二) 三ヶ月・注(一六)研究(1)一三七頁以下・一五八頁以下。

(三三) 三ヶ月・注(一四)民訴法八七頁以下・二〇一頁以下、同・注(一六)研究(1)八九頁以下・一三八頁・二四二頁以下。新堂・注(一

四)民訴法二〇七頁、同・注(三〇)法協七五卷二号五一頁(新堂幸司・訴訟物と争点効(出)有斐閣一九八八年)に収録は、給付を求める一個の法的地位を「受給権」と称し、各個の実体法上の請求権は、この受給権を基礎づける攻撃方法または受給権を是認するための法的観点ないし法的根拠にすぎないとされる。

(三四) 同旨、平井、注(三)各論Ⅰ一七頁以下・二一頁・二三頁。実体法学と民訴法学の峻別を力説されるが、両者を区別するだけでなく、関連性にも目を向ける必要がある。

(三五) 三ヶ月説を実体法学の立場から検討した論稿として、奥田・注(一)民法学4一八九頁以下、同・注(二)法教一五九号一七頁以下、同・注(二)民法Ⅱ二三〇頁、同・注(一)請求権概念三三三頁以下、同・注(一)講座4五九四頁以下、大久保・注(一)神院二四卷三・四合併号一五八頁以下、同・注(八)民商一〇一巻二号四五頁以下、同・注(九)神院二四巻一号八頁以下、同・注(一)民商一〇一巻一号一七頁以下、同・注(一)民商一〇三巻六号五二頁以下、道垣内・注(二)ジュリ一〇九六号一〇四頁、藪・注(一)大系Ⅰ二六九頁以下、半田・注(一)北川還暦(上)一八六頁以下、広中俊雄・債権各論講義「第六版」〔有斐閣・一九九四年〕四三六頁。

四 新訴訟物理論が請求権競合問題に投じた一石は実体法学に大きな影響を与え、新実体法説と呼ばれる学説を生み出すことになった。ここに「新実体法説」と呼ばれる所以は、新訴訟物理論が実体法上の請求権は法的観点ないし裁判理由であつて、訴訟物ではないとしたのに対して、実体法上の請求権概念を構成し直して訴訟物の位置に復活させ、請求権競合問題を解決しようと試みたからである。

新訴訟物理論は実体法学ないし実体法理論と調和しうるのか、実体法学との接点を「どこ」に見出し、実体法学から基礎づけることが出来るのかという問題意識の下に、三ヶ月説にいう「相手方から給付を求めることのできる法的地位」とは何かという問題を実体法学の立場から追求したのが、奥田博士の**請求権二重構造説**である。^(三六)

奥田説が、このように呼ばれるのは、次のような発想をされているからである。つまり、一つの法律要件(構成要件)が充たされれば、論理的な効果として一つの請求権(観念的請求権)が認められる。したがって、複数の構成要件に該当すれば複数の観念的請求権が認められるが、この場合でも実在としては一個の請求権(実質的請求権)が存在するだけで、これが債権譲渡などの処分の対象となり、時効中断の対象となり、訴訟物となる。観念的請求権が競合し

ている場合、一個の実質的請求権の属性(法的性質)は、複数の規範が特別法・一般法の関係か、原則・例外の関係か、並存的関係かなど、それぞれの規定の趣旨を勘案して合理的・法則的に取捨選択して決めるが、複数の法規は選択的に一個だけが適用されるのではなく、複数の法条が重疊的に適用されると説明される。

奥田博士のいわゆる「観念的請求権」が認められるのは、構成要件を定めている法条の存在が前提になる。したがって、複数の観念的請求権が競合するのは、構成要件を定めている法条が複数存在しており、それが競合しているからである。だとすれば、請求権競合の問題は法条競合の問題であり、川島説のような規範排除説の当否を検討することから始め、その不当な部分を矯正する作業が必要になる。

奥田博士も言及されているように、複数の規範が特別法と一般法の関係にあれば特別法が適用され、これで処理できない部分について一般法を適用することになる(一般法の補充的・重疊的適用)。しかし、複数の規範が併行的に競合している場合には、原告が、いずれか自己に有利と考える方に即して訴訟を展開するはずである。したがって、複数の構成要件に該当する事実が当事者の主張・立証の中に現われておれば、裁判官は原告に有利な効果をもたらす法条に基づいて判断を下し、その法条に欠けている部分については他の法条を類推適用すれば足り、奥田博士が説かれるように複数の法条を重疊的に適用すると構成する必要はないのではあるまいか。^(三七)

奥田博士は、実在としての一個の請求権が債権譲渡の対象となり、消滅時効中断(平成二九年改正法一四七条以下は時効の完成の猶予・更新に変更)の対象になるとされている。しかし、実質的請求権そのものが譲渡されるのではなく、債権者からの給付を受領し保持する権能(新堂説にいう受給権)が譲渡の対象であり、この譲渡を実効性あるものにするために譲渡人は譲受人のために「債務者から一定の給付を求めめる意思」を放棄するとともに、右の給付を求めめる意思に社会から付与されていた給付請求力を譲受人に譲渡するということになるのではあるまいか。^(三七a) また、消滅時効中断の対象も、実質的請求権そのものではない。時間の徒過に伴って、債権者の「債務者に対して一定の給付を求め

意思」があるのかという疑いをもたれるようになり、時効期間が満了して時効の援用をされると、債権は消滅する。したがって、そのようなことにならないようにするために、債権者は「給付を求める意思」を失ってはいないことを示すのが時効の中断という制度である。^{三二八}

奥田博士が「観念的請求権」とされる呼び方は、第六節で紹介する四宮説のように「可能的請求権」^{三二九}とする方が良い。というのは、全ての権利は人と人との間に認められる観念的な存在であり、奥田博士のいわれる「実質的請求権」といへども観念的存在だからである。なお、兼子博士は、既判力の客観的範囲内で権利関係の実在性が形成されると説かれる。^{四〇}これは、観念的な権利関係が現実存在になるということではなく、権利の実現が可能になることであろう。

注(三六) 奥田・注(一)法教一五九号一八頁以下、同・注(二)請求権概念三七三頁以下、同・注(三)民法講座(4)五九八頁以下。

(三七) 奥田説に対する疑問・批判として、四宮・注(一)競合論六八頁以下、大久保・注(九)神院二四卷一号一三三頁、半田・注(一)

一)北川還暦(上)一八七頁、加藤・注(一一)別巻(2)一七四頁、上村明広「給付訴訟の訴訟物」岡山大学法経学会雑誌一八卷二号(一九六八年)三三九頁注12、同「請求権と訴訟物」民事訴訟法雑誌一七号(一九七一年二〇八頁)、上野芳昭「請求権規範競合説について」盛岡短大研究報告(法律経済編)二九号(一九七八年)一九頁以下。

奥田説のほかに、四宮説・加藤説を含めて新実体法説を批判する論稿として、小林・注(二)争点一九六頁。奥田説・上村説・四宮説を単一実体権説として批判する論稿として、平井・注(三)一八頁以下。奥田説・上村説・四宮説に対する批判として、上野・前掲盛岡二九号二八頁以下、同・注(一八)山形一三卷一号六頁以下。

(三七a) 債権譲渡とは「何が」どのように「譲渡・移転されるのか」という問題については、拙稿・注(七)佐賀三八卷五号九二頁以下。

(三八) 前掲注(七)の拙稿・佐賀四五卷三三六九頁、同「期間制限(七)」佐賀四五卷四号(二〇一二年)七六頁以下。なお、次章四節参照。

(三九) 四宮・注(一)競合論一五頁以下。

五 前節で紹介した奥田説は、一個の実質的請求権を認める前提として複数の規範に対応する複数の観念的請求権の発生を想定している。これに対して、上村博士は、このような発想は迂遠だとして複数の規範からストレートに一個の請求権が発生するとして、**請求権規範競合説(屬性規範統合説)**と呼ばれる、次のような見解を主張された。^(四二)

一つの生活事象(紛争事象)が一つの構成要件に該当する場合、その法律効果として一個の請求権が発生するという考え方からすれば、複数の構成要件に該当する場合には、複数の請求権が発生することになるはずである。にも拘わらず、この場合も一個の請求権しか発生しないとするのは矛盾している。しかし、一つの生活事象が複数の法規の下に包摂される場合に、形式合理的に考えるのではなく、合目的に考えて、実体法秩序が一回の給付のみを認める場合には、この給付を基礎づける法規が複数存在していても、単一の請求権(統一的請求権)しか成立しない。この統一的請求権の属性は、①複数の法規の間に適用順位関係があれば、それに従って決まる。②適用順位関係がない場合には、法規の総体によって決まるが、各法規の趣旨や目的に即して合目的に、そして原告に最も有利に決めるのを原則とするとされる。

一つの生活事象(紛争事象)が複数の法規の下に包摂される場合に、実体法秩序が一回の給付のみを認めているとは限らない。例えば、一個の有体物の盗取が占有権の侵害になるとともに、所有権の侵害になる場合、一個の有体物が返還されれば、二個の権利侵害は回復される。しかし、これは実体法秩序が一回の給付のみを認めているからではなく、被侵害対象が同一物であったために、一方の権利に基づいて取戻せば、他方の権利に基づいて取戻す必要がないだけでなく、取戻す対象もなくなっているからである。

右の占有権と所有権の事例は一つの生活事象が二個の権利侵害を惹起しているので、一つの紛争とはいえないが、

一回の給付で一つの紛争事実が解決される場合には、一個の法規で解決しうるのであれば、複数の法規を適用する必要はない。しかし、その一つの紛争事実につき妥当な解決をもたらすために、併存的に競合している複数の法規を動員する必要がある場合も存在する。このような場合、他の法規を類推適用するとする説が、実用法学の分野では既に主張されている。この説で妥当な結果を導き出せるのであれば、一個の統一的請求権を無理して構想する必要はないのではなからうか。^(四二)

というのは、一個の法規に基づいて一個の請求権が発生するのかどうか、法規と請求権ないし債権の関係、さらには請求権と債権との関係について、理論的には明らかにされていない状態である。このような理論状況の下で、複数の法規から一個の統一的請求権が発生することを、単に思いつきだけでいうのではなく、理論的に説明しなければならぬが、上村説はそれをなし得ていないからである。

注(四一) 上村・注(三七)岡山一八巻二号三二五頁以下、同・注(三七)民訴雑誌一七号一八九頁以下。

(四二) 上村説に対する疑問・批判については、四宮・注(一)競合論七二頁以下、奥田・注(一)法教一五九号一九頁、同「民法学のあゆみ・四宮和夫『請求権競合問題について』(二)『法協九〇巻五号・六号・九号』法律時報四七巻一―二号(一九七五年)一―二頁以下、大久保・注(九)神院二四巻一―二頁以下、上野・注(一)盛岡二六号九頁、同・注(三七)盛岡二九号二〇頁、半田・注(二)北川還暦(一)一八八頁。

六 前二節において紹介した奥田説・上村説は、請求権の具体的な効果・属性の面について、複数の規範の統合を行うことによって、請求権競合問題を解決しようとするに止り、請求権を発生させる法律要件・構成要件の面について統合することまでは考えられていなかった。

一つの構成要件から一つの法律効果が発生するとする近代法の考え方からすれば、競合する複数の規範から一個

の請求権が発生することを認めるには、法律効果だけではなく法律要件も一つに統一されている必要があるという考えの下に、法律要件と法律効果の全体について統合する試みが、四宮博士によって行われた。^(四三)四宮説が**全規範統合**と称されている所以である。

法律要件・構成要件に至るまで統合するといっても、「事実関係の同一性」と統合する請求権規範の目的が本質的に同一であり、統合を許すものでなければならず、無条件に規範の統合が出来るわけではない。そして、競合する請求権規範の統合・調整方式として、複数の規範の間に優劣がある場合には法条競合方式が採られ、優劣がない場合には全規範統合方式が採られるとされる。したがって、複数の規範が異なる法系に属するとか、本質的目的の類似性を欠くとか、規範の統合を妨げる事由がある場合には、請求権競合問題は残ることになる。

右のような条件の下に、どのような規範の競合が見られる場合には、法律要件・構成要件の統合と法律効果の統合が可能になるのか、そして統合された後の姿はどうなるのか、その全容は明らかではない。しかも、このような統合作業は立法作業であり、^(四四)このような作業を研究者が行ったとしても、それは新しい立法の提案にすぎない。まして、個々の具体的事件を処理すべき裁判官が行う作業ではない。したがって、四宮博士の一方ならぬ努力にも拘わらず、支持が少ないのは当然の成り行きであろう。^(四五)

注(四三) 四宮・注(一)競合論七七頁以下、同・注(一)不法行為六六一頁以下。

(四四) 同旨、前田達明・口述債権総論・第三版「成文堂」一九九三年「二七頁」。

(四五) 四宮説に対する疑問・批判として、前掲注(三七)の論稿のほかに、奥田・注(一)法教一五九号二二頁以下、同・注(一一)民法講座(4)六二四頁以下、同・注(四二)法時四七卷一十一号一六頁、大久保・注(一)神院二四卷三・四合併号一六七頁、同・

注(九)神院二四卷一三九頁以下・四二二頁、加藤・注(三)百年史三五二頁以下、半田・注(一)北川還暦(上)一九〇頁以下、上野・注(一八)山形一三卷一三六頁以下・四〇頁、同・注(三七)盛岡二九号二四頁以下、同「運送人の責任について」請求権競合問

題の観点から―山形二二巻二号(一九八一年)四五頁、上村明広「四宮和夫著『請求権競合論』法律時報五〇巻八号(一九七八年)一一四頁。

七 請求権競合問題に関して新訴訟物理論に触発された実体法学者の一人として、加藤博士は上村博士の統一的請求権説とは異なった形の統一的請求権説を主張されている。^(四六)

この説は、実体法学における請求権競合論と民事訴訟法学における訴訟物論・争点効論・立証責任論を採り込んで、これを総合的に解決しようとする壮大な試みであり、従来^(四七)の請求権競合論とは次元を異にしている。加藤説を狭義の請求権規範統合説(属性規範統合説)として、上村説と同じ範疇に分類する見解がある。^(四八)しかし、加藤説は単に属性規範の統合を主張しているのではなく、実体法と訴訟法とを新たな次元で結びつけ、これによって新訴訟物理論の欠陥をも止揚せんとする試みをなされている。^(四九)

加藤博士の統一的請求権説は、債務不履行責任と不法行為責任が競合する場合などにおける**横型の統一的請求権**と、所有権に基づく返還請求権と賃貸借契約の失効(無効、取消、解除期間満了)に基づく賃貸物件の返還請求権の競合における**縦型の統一的請求権**に分けた上で、これらの統一的請求権が訴訟物になるとされる。

しかし、**横型の統一的請求権**については、^(債務不履行不法行為)による損害賠償請求権として、規範競合の状況が明示され、個別の具体的事実^(五〇)に即して、各問題点に対し、どの規範の属性を適用するかをカズイスティッシュに検討する^(五一)ように止り、特別の理論を展開されているわけではない。

縦型の統一的請求権については、原告が先ず所有権に基づく返還請求権を主張すると、被告が賃借権の存在を抗弁として主張し、原告が賃貸借契約の無効を再抗弁として主張するという形で訴訟は進行するが、これらの「当初請求・抗弁・再抗弁」として訴訟の場に「物権的賃貸借・無効による不当利得」返還請求権が統一的請求権として審判

の対象、即ち訴訟物となり、当事者間の関係は当初請求を基礎づけていた規範によってではなく、抗弁・再抗弁として後から提出された規範により、つまり後順位規範優位の原則の下に複数規範の調整が行われるが、抗弁部分を含めて、統一的請求権の構成要素のそれぞれが統一的請求権の属性決定に一定の役割を果たすとされる。

加藤説は、請求権競合問題の中心に位置する**横型の統一的請求権**について詳しい説明をされていないので、未完成的の学説である。したがって、**縦型の統一的請求権**に限定して論評すると、この請求権は新堂博士が説かれているように訴訟における攻撃・防禦方法である^(五〇)ということを示しているにすぎず「前掲注(二四)参照」、この攻撃・防禦を通して何が審判されるのかという肝心の点が重視されていない。しかし、この審判の対象こそが給付訴訟の訴訟物であり、加藤博士の**縦型の統一的請求権**は訴訟の展開過程の説明をしていない^(五一)。

注(四六) 加藤注(一四)財産法五六〇頁以下、同「請求権競合論と」統一的請求権論「判例タイムズ五一四号(一九八四年)二〇八頁以下、同「請求権競合と統一的請求権―訴訟法的観点をもつて―」私法四六号(一九八四年)二〇〇頁以下、同「物権的請求権と契約上の請求権、不当利得返還請求権」星野英一代表編集・民法講座別巻2「有斐閣・一九九〇年」一六九頁以下、同「請求権競合論、法条競合論、統一的請求権論―物権的請求権と債権的請求権を素材として―」現代民法学の展開「有斐閣・一九九三年」五六三頁以下、同「新民法大系V・事務管理 不当利得 不法行為 第二版」有斐閣・二〇〇五年「四一六頁以下。

(四七) 争点効については、新堂注(一四)民訴訟四二五頁以下、同注(三三)訴訟物と争点効(B)に所収の諸論稿、前掲注(一四)の民訴訟法の論点初版・新版・第三版・新争点に所収された、「判決理由中の判断の拘束力」というタイトルの吉村・富樫・原論文、中野貞一郎「いわゆる争点効を認めることの可否」法学教室二期四号(一九七四年)六一頁以下。

(四八) 大久保注(九)神院二四卷一五頁以下、同注(一一)新損賠(1)二〇六頁注(46)。

(四九) 大久保注(九)神院二四卷一五頁は、三ヶ月説・奥田説を請求権二(多)重構造説に、上村説・加藤説を狭義の請求権規範統合説に分類した上で、これに四宮説を加えて新実体法説とし、新実体法説は実体法と訴訟法を新たな次元で結びつけることによって、新訴訟物理論の有する欠陥からも免れており、理論的にも優れた見解とされる。この中で、加藤説こそは実体法と訴訟法を結びつけようとしているが、新訴訟物理論の欠陥を免れているといえるのか疑問である。

(五〇) 因に、川島武宜・民法総則〔法律学全集17〕〔有斐閣・一九六五年〕五九頁・四三四頁以下・五七八頁以下は、請求権は紛争場面に於いて現状の変更を目的として発動される権利の形態であるのに対して、抗弁権は請求権に対抗して現状を維持するために発動される権利の形態であるとし、「抗弁権の永久性」を主張される。

しかし、訴訟における請求と抗弁と、実体法上の請求権と抗弁権の区別がなされていない。川島説に対する私の批判として、拙稿「抗弁権とは、どのような権利か(六・完)——『抗弁権の永久性』論を検討するために」〔佐賀四七巻六号(二〇一五年)一六五頁以下。

(五一) 加藤説に対する疑問・批判として、小林・注(一一)争点一九六頁、大久保・注(九)神院二四巻一号二六頁以下・三五頁以下・三九頁。

〔未完〕