

# 新実体法説に関する一考察

大久保 邦彦

## 目次

- I 序 説
- II 請求権二(多)重構造説
  - 一 三ヶ月章説
  - 二 奥田昌道説
  - 三 ヘンケルの見解
  - 四 ヘッセルベルガーの見解
- III 狭義の請求権規範競合説(属性規範統合説)
  - 一 ニキツシュの見解
  - 二 ゲオルギアデスの見解
  - 三 上村明広説
  - 四 加藤雅信説(統一的請求権論)
- IV 全規範統合説(四宮和夫説)
- V 検 討

- 一 「一構成要件→一請求権」の図式について
  - 二 給付訴訟の機能と請求の法的性質決定
  - 三 原告勝訴の給付判決の条件
  - 四 競合する請求権規範により既判力が異なる場合の取扱
  - 五 手形債権と原因債権の競合
  - 六 選択的併合について
- VI 結 語

## I 序 説

1 新実体法説とは、——最大公約数的な定義を与えんとすれば——既存の数個の請求権規範の構成要件の充足により、一個の實在する請求権の発生を認める説である。訴訟物との関連では、新訴訟物理論が訴訟物と措定したものを、請求権の諸機能や、法規と権利との関係に再検討を加えることによって、実体法上の請求権として再構成する説である。

新実体法説の実践的意図は、新訴訟物理論のそれと共通する部分が大きい。即ち、特に、請求権競合が問題となる場面において、①訴訟物の枠を、社会常識的に一個とみられる紛争を基準にして画することにより、裁判所の審理範囲を拡大すること——このことは、ドイツでは、訴えの変更に對する制限を回避する意味をも有した<sup>(1)</sup>——、②二重の給付判決という不自然な結論を避けること、といった実践的意図を、而説とも有しているのである。しかし、新訴訟物理論には、理論的な面で難点があるのに對して、新実体法説は、実体法と訴訟法と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、理論的にもすぐれた見解というこ

とができる。<sup>(2)</sup>

しかし、新実体法説として統一的な見解が固まっているわけではなく、その内部でも種々の点で意見の対立がみられる。その対立は、①給付訴訟に如何なる機能を付与するか、②請求の法的性質決定に拘束力を認める必要性があるか否か、③請求権の識別基準として事実関係が必要か否か——これは、新訴訟物理論における一分肢説と二分肢説<sup>(3)</sup>の対立を引きずっており、特に手形債権と原因債権の競合問題に関して差異が現れる——、④選択的併合を容認するか否か、⑤「一構成要件→一請求権」という図式を維持するか否か、といった点に関する立場の差異に起因する。本稿では、新実体法説に立つ主要な学説を、その特徴的な点を浮き彫りにしつつ紹介した後(II~IV)、若干の論点につき検討を加えることにしたい(V)。

2 新実体法説は、大きく次の三説に分類することができる。

① 請求権二(多)重構造説(II)は、請求権の機能ないし要素ごとに、別異に実体法上の請求権を把握し、請求権の二重構造ないし多重構造を認める見解である。まず、三ヶ月説(II一)は、「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」とそれを基礎づける法的観点にすぎない〔伝統的意義における〕実体法上の請求権<sup>(4)</sup>との二重構造を認め、前者を訴訟物に据え、後者については請求権の競合を認める。また、三ヶ月説の実体法的翻訳ともいべき奥田説(II二)は、観念的には複数の請求権(観念的請求権)を認め、実在としては一個の請求権(実在的請求権)を認める。前者が三ヶ月説の実体法上の請求権に、後者が三ヶ月説の「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」に相当する。それに対して、ヘンケル(Henckel)(II三)は、請求権の識別を、請求権概念の各種の機能に即して行う請求権多重構造説を主張している。ヘンケルは、経済的価値としての機能に即した・処分対象としての請求権を訴訟物に据え、包摂規範としての請求権については請求権の競合を認める。

ヘッセルベルガー (Hesselberger) (II 四) は、請求権の機能別把握についてはヘンケルに従いつつも、処分対象としての請求権とは異なる・給付要求の担い手としての請求権 (Anspruch als Träger des Leistungsbegehrens) を訴訟物に据える<sup>(5)</sup>。

② 狭義の請求権規範競合説 (属性規範統合説) (III) は、数個の請求権規範に基づいて一個の請求権が発生することを認める見解である。請求権一(多)重構造説とは異なり、請求権の二(多)重構造を認めず、同説が訴訟物に据える請求権のみを実体法上の請求権と捉える説である。本説は、ニキッシュ (Nikisch) (III 一)、ラーレンツ (Larenz)、エッサー (Esser)、アイヒラー (Eichler)<sup>(6)</sup>、ゲオルギアデス (Georgiades) (III 二)、上村明広教授 (III 三)、加藤雅信教授 (統一的請求権論) (III 四) らによって主張されており、新実体法説の通説的見解と目される見解である。

③ 全規範統合説 (IV) は、広義の請求権規範競合説に属する見解であり、四宮和夫博士によって提唱されている。狭義の請求権規範競合説が、請求権規範の法律効果の部分を統合して統一的な属性を有する単一の請求権を認めるべきである、とするのに対して、全規範統合説は、規範統合が構成要件の部分にまで及ぶべきである、とする説である。

3 諸学説の紹介に先立ち、既に別稿<sup>(7)</sup>で主張した、訴訟物論に関する私の立場を紹介しておくことが、以下の論述において、問題の所在を明確にし、無用な誤解を避けるために望ましいように思われる。そこで、別稿での検討結果を敷衍しつつ、私見の素描を行っておくことにしたい。

まず、訴訟物論につき、私は、訴訟法説 (新訴訟物理論) には批判的な立場を採っており、実体法説<sup>(8)</sup>が妥当である、と考えている<sup>(9)</sup>。その結果、私見によると、訴訟上の請求は一定の実体権の存否の主張であるから、実体法

上、二個の請求権が存在するのであれば（請求権競合の場合）——請求権の二（多）重構造を認めない限り——、訴訟上も、二個の訴訟物が認められることになる<sup>10</sup>。したがって、請求権競合が問題となる場面において一個の訴訟物しか認めたくないのであれば<sup>11</sup>、実体法上も請求権は一個しか存在しない、との立場を採るべきことになる。その手段としては、①いわゆる法条競合説（規範排除説）<sup>12</sup>による方法、②（請求権二（多）重構造説を含めて）新実体法説による方法、③実際には一請求権規範の構成要件しか充足していないとして、請求権競合の前提を否定する方法、の三方法が考えられる。④実体法上、二個の請求権が存在するのに、訴訟物を一個しか認めない（新訴訟物理論）という方法を、私は是認しないわけである。

実体法説を採った場合、訴訟物の特定は、実体権を特定することによって行われる。実体法上の請求権は、①請求権の給付目的、及び、②具体的事実たる請求権の発生原因によって特定され、①が民事訴訟法二二四条一項の「請求ノ趣旨」に、②が「請求ノ原因」に、それぞれ相当する。請求権及び訴訟物の特定のためには、原則として、請求（権）の法的性質決定は不要である<sup>13</sup>。そして、既判力で確定されるのも、①②により特定された実体法上の請求権の存否及び範囲（数額）のみであり、判決理由中の判断である請求の法的性質決定には既判力（その他常に発生するところの拘束力）は生じない、と考える<sup>14</sup>。請求の法的性質決定に既判力（その他常に発生するところの拘束力）を否定するのは、その必要がないとの政策的判断に基づいており、この点で、私見は、請求の法的性質決定を含む判決理由中の判断に広く拘束力を認める、上村説（III三）<sup>15</sup>や加藤説（III四）<sup>16</sup>等と鋭く対立することになる。

（一） ドイツにおいて、新訴訟物理論の当初の実践的意図がこの点にあったことについては、井上正三「既判力の対象と裁判所の選択権」立命館法学三三三号（昭和三五年）三九―四〇頁註八。なお、ヘルヴェヒ、レントの「法条競合論」

も同様の実践的意図を有していたこと、そして、彼らの説が、二人の実践的意図を理解しないシュミット、デイーツによって否定されてしまったことについては、拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷（平成元年）一〇九頁以下、二〇一七五頁以下参照。

(2) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三巻六号（平成三年）八四八頁以下。

(3) 一分肢説とは、訴訟物を①申立ないし権利主張のみによって特定する立場のことであり、二分肢説とは、訴訟物を①申立ないし権利主張と②事実関係によって特定する立場のことである。

(4) 「伝統的意義における実体法上の請求権」とは、実定法の定める一つの請求権規範に該当すれば必ず一つの請求権が発生すると考える伝統的な理論（請求権競合説）によれば成立するであろう請求権のことであり、四宮説の「可能的請求権」に相当する（四宮和夫『請求権競合論』（昭和五三年）一五頁）。

(5) 「リムメルシュパッハーの見解」なお、ここで、BGBの請求権概念を統一的に理解せずに、価値獲得への期待をもった法的地位（Rechtsposition）としての請求権の要素と、その実現手段としての法的救済（Rechtshelf）としての請求権の要素とを明確に分離しようとするリムメルシュパッハーの見解（Bruno Rimmelspacher, Materielle rechtlicher Anspruch und Streitgegenstandsprobleme im Zivilprozess, 1970）を「請求権二重構造説」として取り上げるべきかも知れない。しかし、リムメルシュパッハーは、統一的訴訟物概念（上田徹一郎『民事訴訟法』（昭和三年）一四六頁）を否定する点で、本稿で取り上げる他の諸学説とは基本的立場において異なる（Rimmelspacher, a.a.O., S.175-176, S.310, S.336）。そのため、本稿では、リムメルシュパッハーの見解は、検討対象からはずすことにした。リムメルシュパッハーの見解については、さしあたり、上村明広「請求権と訴訟物」民訴雑誌一七号（昭和四六年）二〇八―二一一頁、二一七―二一八頁、奥田昌道「請求権概念の生成と展開」（昭和四四年）二四三―二五三頁、二六三―二六八頁（この部分の初出は昭和四六年）、柏木邦良「西ドイツ民事訴訟法学の現況（9）」ジュリ五三二二号（昭和四八年）九六―九七頁、吉村徳重「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」法政研究三

- 九卷二―四号（昭和四八年）四八〇―四八九頁、D・ライポルト―染野義信訳「ドイツにおける訴訟物理論の状況とその発展の傾向」日本法学四二巻二号（昭和五二年）一三〇―一三一頁、佐々木典子「債権および請求権の概念についての一考察」法学論叢二一九巻二号（昭和六一年）五九―六五頁を参照されたい。
- (6) ラーレンツ、エッサー、アイヒラーの見解については、本稿では触れないので、奥田昌道「請求権と訴訟物」〔初出―昭和四三年〕『請求権概念の生成と展開』三四八―三六〇頁を参照されたい。
- (7) 拙稿「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（平成三年）八四八頁以下。
- (8) 本稿で単に「実体法説」というときは、旧実体法説（旧訴訟物理論）と新実体法説の両者を含んだものを意味する。
- (9) その理由については、拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三巻六号八四八頁以下を参照されたい。
- (10) 但し、逆は必ずしも真ではなく、実体法上は請求権が一個しか存在しないとしても、訴訟物が複数認められる余地はある（拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三巻六号八五七頁註一四）。
- (11) 例えば、（訴えの変更の制限に妨げられることなく）裁判所の審理範囲を拡大したい、二重の給付判決を回避したい、選択的併合という取扱を否定したいといった、政策的・理論的な諸要求が問題となろう。
- (12) 「規範排除説」という用語については、拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷一号九七頁註一八。
- (13) 例外については、拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三巻六号八五七頁註一四を参照されたい。そして、この例外的場合には、請求（権）の法的性質決定に既判力を認めてもよいと考えている。要するに、請求権の特定のために法的性質決定が必要な場合には、原告に法的性質決定を行わせる代わりに、それに既判力を認める、とどう考えられる（Apostolos Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 1968,

S. 266 (III) と同説。

(14) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三巻六号八五二〜八五四頁。

(15) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三巻六号八六二〜八六三頁。

(16) 夙に、上村明広「既判力の客観的範囲に関する一問題」『岡山大学創立十周年記念論文集(上)』・法学と法史の諸問題』(昭和三四年)一七九頁。

## II 請求権二(多)重構造説

### 一 三ヶ月章説<sup>(1)</sup>

三ヶ月説は、「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」とそれを基礎づける法的観点にすぎない(伝統的意義における)実体法上の請求権との二重構造を認め、前者を訴訟物に据え、後者については請求権の競合を認める。実体法上請求権の競合が認められても、実体法秩序は一回の給付しか是認しないので、この場合には、単一の「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」しか存在しない<sup>(2)</sup>。但し、手形債権と原因債権の競合問題に関しては、両債権の経済的同一性に着眼して一個の訴訟物として扱いうる——「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」を訴訟物に据える——余地と、法律的異別性の面を利用して別個の紛争——訴訟物として構成しうる——手形債権・原因債権を訴訟物に据える——余地の二つの可能性を法律が認めており、そのいずれを選ぶかは原告の選択にまかされる<sup>(3)</sup>。

このような見解に三ヶ月説を導く背景としては、三ヶ月説が、民事訴訟の目的論につき紛争解決説に立ち<sup>(4)</sup>、民事訴訟の機能的考察と現象的考察とを対置した上で、民事訴訟法学のゆくべき方向は、前者の機能的考察方法を



徹底することである、と論じている点<sup>(7)</sup>が挙げられる。訴訟物理論の構成においても、三ヶ月説はこの機能的考察を徹底し、給付訴訟・確認訴訟・形成訴訟という個々の類型の訴訟はそれぞれ異なる紛争解決方式を表現しており、その紛争解決機能も異なるとみるのが正しい認識であるとした上で、それぞれの類型に応じて、訴訟物の構成を異ならせる（確認訴訟原型的否定）<sup>(8)</sup>。そして、給付訴訟は、請求権の確定ということにその本来的な目的があるのではなく、むしろ背後に強制執行の制度を予想しつつ、強制執行を開始しうる要件を作出する点にその機能があるとみて、そこで確定された権利なるものは、いずれにせよ、満足によつて消滅し法の世界から姿を消すことが予定されているので、その権利の公権的確定<sup>(9)</sup>のことが、私人間の紛争解決のために當む役割は比較的小なく、権利を確定すべきだとしても、せいぜい「給付を求めうる地位」にあるか否かを決めれば充分であり、それを超えて権利の法律的性質決定を確定する必要はないとする<sup>(10)</sup>。その他方で、直接実体法には手を加えないこのような考え方が、請求権という権利が他の支配権と全く同格の権利として実体法体系中に市民権をもつという前提を否定し、請求権の観念性・論理性・手段性・技術性を強調することにつながるのである。かくして、三ヶ月説は、請求権二重構造説となるわけである。

そのほか、三ヶ月説は、旧訴訟物理論の枠内で二重の給付判決という不自然な結論を避けるテクニクである選択的併合及びいわゆる法条競合論（規範排除説）<sup>(12)</sup>に批判を加えることにより、旧訴訟物理論に批判的な立場を採っている点を指摘することができる。

また、手形債権と原因債権の競合問題に関しても、手形の本質・機能に着眼して理論をたてるべきことが必要であるとし、経済的には同一のものを法律的には異なるものとして取り扱う基礎を与える法律的なテクニクである無因債権の本質・機能を素直に訴訟物理論に投影して、上述のような見解を主張する<sup>(13)</sup>。新訴訟物理論におい

ては、事実関係の単複に着目して一分肢説と二分肢説とが対立していたのとは異なり、三ヶ月説は、無因債権の機能の特殊性に着眼しているのである。<sup>(14)</sup> 更に、この場合にも、選択的併合に批判的であること、また、手形要件欠缺を理由とする敗訴判決の既判力が原因債権にも及ぶことを認めるべきでないという政策的判断、<sup>(15)</sup> 及び、手形訴訟の存在が、<sup>(16)</sup> 三ヶ月説に影響を与えている。

- (1) 三ヶ月説を新実体法説と捉えることについては、拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三巻六号八七〇〜八七四頁。
- (2) 三ヶ月章「法条競合論の訴訟法的評価」〔初出―昭和三三年〕『民事訴訟法研究第一巻』〔昭和三七年〕一四八頁註五、同『民事訴訟法（法律学全集）』〔昭和三四年〕一〇一頁、同『民事訴訟法（法律学講座双書）』〔初版―昭和五四年・三版―平成四年〕一〇八〜一〇九頁。三ヶ月説については、拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三巻六号八七〇〜八七六頁でも検討を加えているので、こちらも参照されたい。
- (3) 三ヶ月『民事訴訟法（法律学全集）』一〇九〜一一〇頁、同『民事訴訟法（法律学講座双書）』一一八〜一二〇頁。
- (4) 三ヶ月『民事訴訟法（法律学全集）』六〜七頁、同『民事訴訟法（法律学講座双書）』九〜一〇頁。
- (5) 機能的考察とは、「法体系を観念的な所与として受けとって、そこから出発することを斥け、その前にある制度の機能を捉えそこに焦点を合せつつ理論を構成しようとする態度」のことである（三ヶ月章「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」〔初出―昭和三三年〕『民事訴訟法研究第一巻』二五七頁）。
- (6) 現象的考察とは、民事訴訟を「所与の現象として単なる経験的事実として現象的に把握する」立場のことである（三ヶ月・前掲「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」二六二頁）。
- (7) 三ヶ月・前掲「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」二八〇〜二八一頁。
- (8) 三ヶ月章「請求権の競合」〔初出―昭和三三年〕『民事訴訟法研究第一巻』九六頁、同・前掲「法条競合論の訴訟

- 法的評価」一四一～一四二頁註六、同『民事訴訟法(法律学全集)』七～三八頁、八二頁、一〇〇頁、同『民事訴訟法(法律学講座双書)』一〇三頁。
- (9) 三ヶ月・前掲「請求権の競合」九四～九五頁、同・前掲「法条競合論の訴訟法的評価」一五八頁、一六二頁註六、同『民事訴訟法(法律学全集)』四〇～四一頁、八九～九〇頁、同『民事訴訟法(法律学講座双書)』四五～四六頁。
- (10) しかし、三ヶ月説は、請求の法的性質決定に常に拘束力を認めている(拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三卷六号八七〇～八七一頁、本稿V二)。
- (11) 三ヶ月・前掲「法条競合論の訴訟法的評価」一三一～一三二頁、一三五頁註三、一三五～一三六頁註五、一六〇頁、一六二頁註五、同「訴訟物理論における連続と不連続」〔初出―昭和三七年〕『民事訴訟法研究第三卷』〔昭和四一年〕八九～九〇頁、同『民事訴訟法(法律学全集)』三九頁、八八頁、同『民事訴訟法(法律学講座双書)』九二～九三頁、九七頁、一〇八頁。
- (12) 選択的併合については、三ヶ月・前掲「請求権の競合」八三～八五頁、同・前掲「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」二七六～二七七頁註九、同『民事訴訟法(法律学全集)』九一～九四頁註一、同『民事訴訟法(法律学講座双書)』九八～一〇二頁、法条競合論については、三ヶ月・前掲「法条競合論の訴訟法的評価」一一九頁以下を参照された。
- (13) 三ヶ月『民事訴訟法(法律学全集)』一〇九～一一〇頁、同『民事訴訟法(法律学講座双書)』一一九～一二〇頁。
- (14) 三ヶ月『民事訴訟法(法律学全集)』九八頁。
- (15) 三ヶ月『民事訴訟法(法律学全集)』一〇九頁、同『民事訴訟法(法律学講座双書)』一一九頁。
- (16) 三ヶ月・前掲「訴訟物理論における連続と不連続」一五八～一五九頁註一〇。

## 二 奥田昌道説<sup>1)</sup>

奥田説は、三ヶ月説の「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」を実体法上の権利として構成する途を模索し、法律要件と法律効果の論理構造の中でこれをどのように位置づけるべきかを探求して、次のような仮説（観念的請求権と実在的請求権の二重構造説）を提唱する。即ち、――

a 実体法上請求権の競合の生ずる場合においては、観念的には複数の請求権（観念的請求権）が競合するが、実在としては一個の請求権（実在的請求権）だけが存在する。譲渡等の処分対象、訴えの提起による時効中断の対象、訴訟物を成すのは、後者の実在的請求権である。

b 実在的請求権の存在（及び、金銭債権の場合にはその数額）の問題と、実在的請求権の属性（法的性質）の問題とは、別個に考えることができる。

c 競合する観念的請求権（法的観点）のうち一個が認定されれば、実在的請求権の存在が肯定され、給付判決をなすに熟する。

d 実在的請求権の属性は、競合する観念的請求権の法的性質から合理的に（法則的に）取捨選択することによって確定される。

なお、奥田説は、一定の要件の下で、観念的請求権（法的観点）の限定という意味での質的一部請求を認める。例えば、本権（所有権）に基づく請求権と占有に基づく請求権との競合問題について、前者（大なるもの）を主張する場合には後者（小なるもの）も併合もしくは吸収されている――したがって、後者についての独立の訴えの利益はない――が、後者のみを主張しているにすぎない場合には、それについての審理・判断は前者には無関係である――前者についての遮断効はない――とみてよいのではないか、つまり、小なるものを主張したにすぎ

ないときに、巻き添え的に大なるものが失権するというのは不都合である、とする。<sup>(2)</sup>

さて、奥田説を請求権二重構造説に導いている最大の根拠として挙げることができるのは、「法律要件―法律効果」の論理構造に忠実たらんとし、「一構成要件↓一法律効果」、「一請求権規範↓一請求権」を近代法の基本的思考と捉えている点である。奥田説が、ゲオルギアデス(III二)や上村説(III三)のように、狭義の請求権規範競合説に踏み切らなかつたのは、何故に複数の請求権規範(構成要件)から法的にただ一つの請求権のみが成立しうるかの、その理論的根拠を見出しえないでいたからである。<sup>(3)</sup>このことが、狭義の請求権規範競合説とは異なり、奥田説をして、観念的請求権を法律効果として認めさせ、ひいては請求権二重構造説に至らせた、と考えられるのである。後に述べるように、四宮説(IV)も、「ひとつの統一的な構成要件に依じてひとつの請求権が発生する」と考えることは、近代法的思考の基本的パターンとして維持すべきことを主張しているので、この問題については、後でまとめて検討することにした(Ⅴ一)。

(1) 奥田昌道「請求権と訴訟物」(初出―昭和四三年)『請求権概念の生成と展開』(昭和五四年)三七三―三八三頁、同「債務不履行と不法行為」『民法講座4債権総論』(昭和六〇年)五九八―六〇一頁、同「請求権競合問題について」法教一五九号〔平成五年〕一八―一九頁。

(2) 高橋宏志「訴訟物論について」法教二一七号〔平成二年〕八九―九〇頁註六は、このような「片面的再訴許容の訴訟物論」を採るのは困難であるとする。

(3) 奥田昌道「民法学のあゆみ」法時四七卷二一―二二頁(昭和五〇年)一二五―一二六頁。

三 ヘンケルの見解<sup>(1)</sup>

ヘンケル (Henckel) は、請求権の識別を、請求権概念の各種の機能 (教義学的機能・整序機能・分類機能・包摂機能・経済的価値及び処分対象としての機能・附従的担保権の帰属決定因子としての機能) に即して行う請求権多重構造説を主張している (S. 258-270)<sup>(2)</sup>。このうち、包摂規範としての請求権は、奥田説の観念的請求権に相当し、処分対象としての請求権は、奥田説の実在的請求権に相当する。ヘンケルは、処分対象としての請求権を訴訟物に据え (S. 272, S. 277)、「包摂規範としての請求権については、請求権の競合を認める (S. 260)。

ヘンケルによると、処分対象としての請求権は、請求権の①主体、②内容 (給付目的・給付額) 及び③原因——これは事実である——によつて識別される (S. 264-265, S. 277)。請求権の法的性質決定は、請求権の識別には必要なく (S. 263-264)<sup>(4)</sup>。しかし、請求権の法的性質決定には、いわゆる相対的既判力が発生する (S. 293-302)。事実たる請求権の原因が、請求権の識別要素とされているので、ヘンケルにおいては、事実関係の単一性の問題が生じる。ヘンケルは、構成要件が最終的に充足された時点で請求権が発生することに着目し、「ある規範の構成要件を完結的に充たす事実関係断片 (Sachverhaltsausschnitt) が、他の規範の適用のための最終の要件を充たす事実関係断片と同一である場合」に、一個の事実関係を認める。つまり、ヘンケルにおいては、時間的単一性⇨事実関係の単一性⇨請求権の原因の単一性⇨処分対象としての請求権の単一性という図式が成立している (S. 266) ——本稿では、このような事実関係の単一性判断基準を、四宮和夫『請求権競合論』二四頁に倣い、「ヘンケル基準」と呼ぶことにする——。例えば、乗客が列車事故で負傷した場合における債務不履行に基づく請求権と不法行為に基づく請求権については、一個の同一の行為が双方の規範の要件を完結的に充足するので (事故の時点で契約は存在している)、一個の事実関係しか認められないが (S. 266)、売買代金債権とその担

保のために振り出された手形債権については、売買契約締結の構成要件を充足する行為と手形債務の設定に必要な行為とは一致しないので、二個の事実関係が認められる (S. 266-267)。したがって、原因債権と手形債権とは別個の処分対象であり、訴訟上も別個の訴訟物を構成する。同一手続で両債権が訴求された場合には、原因債権の請求は手形授受の抗弁により棄却されるため (S. 289, S. 291)、たいていの場合、予備的併合が最も原告の利益に合致するが、単純併合・選択的併合も認められる (S. 290-291)。

ヘンケルが請求権多重構造説を採用するのは、BGBの請求権概念には過度の負担がかけられており、請求権を統一的に把握すると、請求権概念がその全機能を充分に果たすことができないとの認識に基づく (S. 256)。例えば、ヘンケルは、法条競合説 (規範排除説) は請求権の包摂機能を軽視しており、<sup>(6)</sup> 逆に、請求権の包摂機能を重視する請求権競合説と結びついた新訴訟物理論<sup>(7)</sup> による請求権の把握は、処分対象としての請求権にはふさわしくなく、と考えている (S. 280-281)。

- (1) Wolfram Henckel, *Parteilahre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1961. 以下、頁数のみで引用する。  
 ヘンケルの見解については、鈴木重勝「書評」Wolfram Henckel: *Parteilahre und Streitgegenstand im Zivilprozess*, 1961」民訴雑誌九号 (昭和三七年) 二一六頁、中野貞一郎「西ドイツにおける訴訟物論の近状」ジュリニ三三三号 (昭和四〇年) 五三〜五四頁、奥田昌道「請求権と訴訟物」『請求権概念の生成と展開』三六〇〜三七三頁、上村明広「請求権と訴訟物」民訴雑誌一七号二〇四〜二〇七頁、二二七頁。
- (2) 請求権概念の各種の機能については、奥田・前掲「請求権と訴訟物」三六一〜三六三頁を参照されたい。
- (3) 奥田・前掲「請求権と訴訟物」三七〇頁。
- (4) 四宮説は、「法的取引の対象としての請求権 (処分対象としての請求権) については属性が問題とならないとするヘンケルが、相殺に関して属性の統一を問題としたこと (S. 268, S. 298) は、かれの理論の破綻を示す」というが

〔四宮和夫『請求権競合論』三〇頁、更に、三四―三五頁註三三。また、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』五七四頁註三四も参照されたい〕、ヘンケルは、処分対象としての請求権の識別のために法的性質決定は必要ないと述べているにとどまり、処分対象としての請求権は属性を有しないと述べていない——処分対象としての請求権が属性を有するとヘンケルが考えていることは、S. 298-299をみれば、明白である（上村・前掲「請求権と訴訟物」二二七頁註四）——。

（5） 相対的既判力については、V二3で説明する。

（6） この点は、ヘンケルの見解が登場する前に、三ヶ月説を請求権の二重構造的把握に導いた一原因でもある（拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷一号一七―一八頁）。しかし、私は、この包摂機能軽視という批判は当たっていないと考えている（拙稿・前掲民商一〇一卷二号二〇―二〇三頁、同「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三巻六号八五―八五五頁）。

（7） 例えば、ヘンケル論文登場後の学説であるが、Peter Arens, Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsründen, ACP 170 (1970), S. 423 (同論文については、ペーター・アーレンス著・松本博之―吉野正三郎編訳『ドイツ民事訴訟の理論と実務』〔平成二年〕二九三―三三三頁に翻訳がある）。

#### 四 ヘッセルベルガーの見解<sup>①</sup>

ヘッセルベルガー (Hesselberger) は、ヘンケル (三) と同じく、BGBの請求権概念には過度の負担がかけられているとの認識に基づき、請求権を機能別に識別し（請求権多重構造説）、包摂規範としての請求権については請求権の競合を認めるが、ヘッセルベルガーが訴訟物に据えるのは、ヘンケルとは異なり、処分対象としての請求権ではなく、給付要求の担い手としての請求権 (Anspruch als Träger des Leistungsbegehrens) だ



ある (S. 283-287)<sup>(2)</sup>。具体的事例の取扱において、ヘンケルとヘッセルベルガーとが異なるのは、手形債権と原因債権の競合問題においてである。この場合、ヘンケルは、二個の処分対象を認め、したがって、二個の訴訟物を認めるが、ヘッセルベルガーは、二個の処分対象を認めるものの、給付は一度しか要求しえない点に着目し、給付要求の担い手としての請求権は一個しか存在せず、したがって、訴訟物も一個であるとす (S. 285-286) —— 但し、手形訴訟が棄却された後の、原因債権に基づく再訴は認める (S. 291, S. 293-294) ——。ヘンケルとヘッセルベルガーとを分かつ根拠として、ヘッセルベルガーは事実関係概念が多義的でその単複の画定が困難であるとしている点 (S. 270)、及び、ヘンケルは選択的併合を容認するのに対して、ヘッセルベルガーは請求権競合の場合に関し選択的併合を認めることに批判的である点 (S. 178-179, S. 215-217, S. 235, S. 253-254, S. 256-257) が挙げられる。なお、ヘッセルベルガーは、手形の処分対象としての独立性を、ヘンケルのように、手形債権が原因債権とは異なる事実関係に基づいて発生することではなく、手形行為の無因性に起因するものとみている (S. 264, S. 285-286)。

また、ヘッセルベルガーは、シュヴァープ (Schwab) の相対的既判力の考え方に賛意を表している (S. 194-195)。

- (一) Dieter Hesselberger, Die Lehre vom Streitgegenstand, 1970. 以下、頁数のみで引用する。ヘッセルベルガーの見解については、上村明広「訴訟物論争の回顧と展望」岡山大学法学会雑誌二巻二号〔昭和四六年〕一七〇～一七二頁。

(二) なお、上村説は、「給付要求の担い手としての請求権」は属性を有しないと理解している (上村・前掲「訴訟物論争の回顧と展望」一七一～一七二頁、同「新実体法説の理論とその位置づけ」ロー・スクール二二号〔昭和五五年〕

一七頁。

### III 狭義の請求権規範競合説（属性規範統合説）

#### 一 ニキッシュの見解<sup>①</sup>

次に、新実体法説の創始者とされているニキッシュ (Nikisch) の見解をみることにしよう。<sup>②</sup> ニキッシュは、請求権を、①請求権の内容、②当事者、③請求権の発生原因——これは事実である——の三要素によって識別し (S. 281-282)、「一個の事実関係 (Sachverhalt) からは、実体法上も一個の請求権しか発生しない」という結論を提示する (S. 283)。「一法規の構成要件充足→一請求権の発生」という図式から離れ、一個の事実関係に數個の法規 (請求権規範) が適用される場合でも、請求権は一個しか発生しないと解するのである。

ニキッシュが事実関係を請求権の識別要素とするのは、彼がもともと新訴訟物理論のうち二分肢説に立っていたことの名残といえる。<sup>③</sup> 二で検討するゲオルギアデスの請求権規範競合説が、一分肢説的な新実体法説であるのに対して、ニキッシュの請求権規範競合説は、二分肢説的な新実体法説といえる。したがって、ニキッシュにおいては、手形債権と原因債権の競合の場合のように、請求権の内容が同一であっても、二個の事実関係 (発生原因) を基礎とするときには、実体法上も二個の請求権が発生するが、両請求権は同一の経済的目的に向けられているので、真の請求権競合が認められる (S. 283-284)。そして、両債権が同一手続で訴求されたときは、選択的併合となる (S. 285-288)。

なお、ニキッシュは、上村説 (三) や加藤説 (四) 等とは異なり、請求の法的性質決定に拘束力を認めない。<sup>④</sup>

(一) Arthur Nikisch, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess, AcP 154 (1955), S. 271 ff. 以下、頁

数のみで引用する。ニキッシュの見解については、上村明広「最近のドイツにおける訴訟物理論の展開」神戸法学雑誌七卷三号（昭和三二年）五二七～五三三頁、奥田昌道「請求権と訴訟物」『請求権概念の生成と展開』三四二～三四八頁、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（昭和四三年）三四三～三四四頁、同「請求権と訴訟物」民訴雑誌一七号二〇三～二〇四頁、同「訴訟物論争の回顧と展望」岡山大学法学会雑誌二二卷二号一六四～一六五頁、拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三卷六号八六七～八七〇頁。

(2) もっとも、数個の構成要件に基づいて一個の請求権が発生することを認める請求権規範競合説は、旧実体法説の代表者とされているヘルヴィヒ、レントによっても提唱されていた（拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一巻一号九一頁以下、二号一七五頁以下）。

(3) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三卷六号八六七～八七〇頁。

(4) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三卷六号八六七～八七〇頁。

## 二 ゲオルギアデスの見解<sup>(1)</sup>

評価法学の方法を基礎とする（S.5, S.171）ゲオルギアデス（Georgides）によると、いわゆる法条競合〔規範排除〕の關係にない数個の競合する請求権規範が適用される場合に、①数個の請求権規範に基礎づけられた一個の請求権が発生するか（請求権規範競合）、②数個の請求権が発生するか（請求権競合）は、形式論理（formale Logik）によって答えられるべきではなく、目的論的解釈（teleologische Auslegung）または補充的法的発見（ergänzende Rechtsfindung）の問題であって、その解答に際しては、請求権の機能及び識別が特に顧慮されなければならない（S.104, S.279）。請求権は、特定の相手方から一定の給付を要求することができる権利者の実体法上の地位を表してゐる（S.134, S.140-141, S.280）。請求権の識別は、原則として、①当

事者（権利者及び義務者）並びに②給付によって行われる。請求権の発生原因たる事実関係には、請求権の識別要素としての地位は認められない。したがって、当事者と給付が同一であれば、それを基礎づける請求権規範が数個であっても、原則として、請求権は一個しか存在しない（請求権規範競合）（S.145-146, S.158-159, S.163-164, S.280）。つまり、ゲオルギアデスは、一分肢説（具体的にはシュヴァープ）による訴訟物の識別方法を、請求権の識別に導入してゐるのである（S.159）。請求権規範競合の場合、請求権の属性は、請求権を基礎づける規範間に順位関係があればそれにより、順位関係がなければ具体的場合において権利者により有利な規範によって決定される（S.167-170, S.281）。給付訴訟の訴訟物は、こうして得られた請求権の主張であるが（S.281-282）、給付訴訟の目的は、請求権の性質を確定することではなく、原告によって主張された請求権の存否を確定することにあるから（S.243）、請求権の法的性質決定には既判力は発生しない（S.261-265）<sup>(2)</sup>。

しかし、例外的に、当事者と給付が同一であっても、制定法上の規律の意味・目的ないし制定法に内在する目的論に基づき、数個の請求権の発生が認められることがある（請求権競合）（S.146-147, S.165-166, S.219-220, S.280）。例えば、手形債権と原因債権の競合問題については、請求権競合が認められる（S.166, S.236-239）。この場合、請求権は、①当事者、②給付及び③請求権の性質によって識別され、このときには、請求権の性質にも既判力が発生する（S.147, S.266）。両債権を同一手続で訴求するときには、単純併合は問題となりえず、選択的併合（あるいは予備的併合）となる（S.250-251）。そして、手形訴訟で勝訴した原告による原因債権の訴えは、原則として、権利保護の利益を欠く（S.259）。

(1) Apostolos Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, 1968. 以下、頁数  
のみで引用する。ゲオルギアデスの見解については、上村明広「給付訴訟の訴訟物」岡山大学法経学会雑誌一八巻二

号三四五〜三四七頁、柏木邦良「ゲオルギアデスの『請求権競合論』について」北海学園法学研究五卷二号（昭和四年）五一七頁以下、上村明広「請求権と訴訟物」民訴雑誌一七号二一四〜二一七頁、二三五〜二三六頁、同「訴訟物論争の回顧と展望」岡山大学法学会雑誌二二卷二号一六八〜一七〇頁。

(2) ゲオルギアデスは、既判力の識別的効力 (Identitätswirkung)、即ち、裁判所による請求権の法的性質決定が、既判力対象を識別するか否かという問題にしか触れていないので (S. 261, N. 100)、明確ではないが、法的性質決定にいわゆる相対的既判力は認めるようである (vgl. S. 256)。法的評価の再施を認めること (S. 264-265) からも、このことは窺える。

### 三 上村明広説<sup>(1)</sup>

上村説は、実体法上の請求権を、①当事者及び②給付により識別する<sup>(2)</sup>。実体法秩序が一回の給付のみを是認する場合には、基礎をなす法規が複数存在しても、単一の実体法上の請求権（統一的請求権）しか成立しない<sup>(3)</sup>。統一的請求権の属性は、競合する法規間に順位関係があればそれに従い、順位関係がなければそれら競合する法規の総体によって決定されるが、後者の場合には、それぞれの法規の意味や目的にてらして合目的に、しかも、原則として、債権者に最も有利に決定されるべきである<sup>(4)</sup>。そして、訴訟物を構成するのも統一的請求権の主張である<sup>(5)</sup>が、その際、上村説は、一方では事実関係の識別が困難であるとしつつも<sup>(6)</sup>、他方で、統一的請求権を理由づけるすべての事実が一つの事実関係を形作るとみることに、実体法上一回の給付のみが是認される場合には、事実関係の異なるし個数によって訴訟物が分断されることはありえないという理由に基づき、事実関係を訴訟物の構成要素にくりこむ必要性を否定する<sup>(7)</sup>。なお、上村説は、請求の法的性質決定の識別的機能を否定するものの、請求の法的性質決定には相対的既判力を認め<sup>(8)</sup>、更に、法的評価の再施を認める<sup>(9)</sup>。このように、上村説は、

一分肢説的な新実体法説といえる。

上村説は、ゲオルギアデス(二)とは異なり、手形債権と原因債権の競合問題に關してもこの認識を貫徹する<sup>(10)</sup>。即ち、上村説は、両債権の給付の同一性を肯定した上で、「そこにおいては、複数法規のそれぞれによつて基礎づけられる二つの部分が一個の請求権に合体せしめられているという状態がみられるわけである。この限りにおいて、一定金額を手形と原因行為に基づいて請求する場合には、訴訟物は右の単一の請求権の主張としてとらえることができる」という<sup>(12)</sup>。もっとも、上村説は、この場合には、統一的請求権の質的一部譲渡、質的一部保証、質的一部請求(手形訴訟の場合)を認め、手形訴訟で勝訴後の原因債権の訴求は、訴えの利益を欠くとみている<sup>(13)</sup>。ゲオルギアデスとの対比では、上村説が選択的併合に批判的であるのに対し、<sup>(14)</sup>ゲオルギアデスは選択的併合を容認する点が、重要である。

このような見解に上村説を導く背景としては、まず、上村説が、民事訴訟の目的を紛争の法的解決とみ、<sup>(15)</sup>確認訴訟原形觀に立つ点を指摘できる。しかし、最も特徴的なのは、上村説が、目的論的解釈を重視する立場から、構成要件と法律効果の結びつきを、因果關係的な結びつきや、論理的必然性をもつた依存關係による結びつきとしてではなく、立法者により目的的に作り出された目的論的関係としてとらえた上で、法的に多義的な一つの生活事象が複数の法規のもとに包摂される場合に、複数の具体的法律効果を認めるか、それとも複数の法規を基礎にした単一の具体的法律効果を認めるかは、形式論理の問題ではなく、あくまで合目的の見地に基づく考量ないし評価問題である、とする点である。<sup>(17)</sup>

(1) 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(昭和四三年)三二五頁、同「請求権と訴訟物」民訴雑誌一七号(昭和四六年)一八九頁、同「訴訟物論争の回顧と展望」岡山大学法学会雑誌二二卷一号(昭和四六

- 年) 一三三頁、同「アクチオ法的思考と訴訟物」岡山大学法学会雑誌二五卷三―四号(昭和五一年)二一七頁、同「訴訟上の請求」『民事訴訟法講義(有斐閣大学双書)』(初版)昭和五一年・補訂版(昭和五五年)一三二頁、同「書評」四宮和夫著『請求権競合論』法時五〇巻八号(昭和五三年)一一二頁、同「《らいぶらりい》四宮和夫著『請求権競合論』」法ゼ二八三号(昭和五三年)一五〇頁、同「訴訟物論争の現状と展望」『民事訴訟法の争点(旧版)』(昭和五四年)一六八頁、同「請求権の競合」『民法の判例(第三版)』(昭和五四年)二二三頁、同「新実体法説の理論とその位置づけ」ロー・スクール二二号(昭和五五年)四頁、同「請求権競合論の再検討」『法学セミナー増刊・不法行為法』(昭和六〇年)一八六頁、同「訴訟物理論からみた民法理論」『特別法からみた民法』民商九三巻臨時増刊号(昭和六一年)二三四頁。
- (2) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三五二頁、同・前掲「請求権と訴訟物」一八九頁、同・前掲「アクチオ法的思考と訴訟物」三三〇―三三二頁。給付の識別については、上村・前掲「請求権と訴訟物」二一三―二一四頁、同・前掲「訴訟物論争の回顧と展望」一六三頁、一七九―一八〇頁、二〇一頁、同・前掲「新実体法説の理論とその位置づけ」一九頁。
- (3) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三三四頁、同・前掲「請求権と訴訟物」二一一頁。
- (4) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三三四―三三五頁、同・前掲「請求権と訴訟物」二一二―二三三頁、同・前掲「新実体法説の理論とその位置づけ」一九頁。
- (5) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三四四頁、同・前掲「請求権と訴訟物」二一四頁。
- (6) 上村・前掲「訴訟物論争の回顧と展望」一六七頁、同・前掲「アクチオ法的思考と訴訟物」三二一頁、三二三―三三四頁、同・前掲「新実体法説の理論とその位置づけ」一七頁。
- (7) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三四四頁。
- (8) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三五―三五四頁、同・前掲「請求権と訴訟物」二三四―二三六頁。

- (9) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三三七～三三八頁、同・前掲「請求権と訴訟物」二二二頁。
- (10) 但し、手形債権と原因債権の競合問題に関しては、上村説は、ヘッセルベルガー(II四)の影響を強く受けているように見受けられ、あるいは、この場合には、請求権の二重構造を認める趣旨かも知れない。「両請求権は、少なくとも、給付要求機能の面では一致したものであるし、……少なくとも、訴訟物として主張される請求権としては、統一的に捉えることが可能なのである」というような叙述(上村・前掲「書評」四宮和夫著「請求権競合論」一四四頁)がみられるからである。
- (11) 上村・前掲「請求権と訴訟物」二二八頁、同・前掲「訴訟物論争の回顧と展望」一七三頁。
- (12) 上村・前掲「請求権と訴訟物」二一九頁。上村・前掲「アクチオ法的思考と訴訟物」三二二～三二三頁、同・前掲「書評」四宮和夫著「請求権競合論」一四四頁、同・前掲「新実体法説の理論とその位置づけ」二二頁も同旨。
- (13) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三三六頁、三四七頁、三四九頁註二二、同・前掲「請求権と訴訟物」二一八～二一九頁、同・前掲「訴訟物論争の回顧と展望」一七三頁。
- (14) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三三三～三三四頁、同・前掲「請求権と訴訟物」一九四～一九五頁、同・前掲「訴訟物論争の回顧と展望」一四〇～一四二頁、同・前掲「アクチオ法的思考と訴訟物」三二四頁註一、同・前掲「新実体法説の理論とその位置づけ」八～九頁。
- (15) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三二八頁、同・前掲「請求権と訴訟物」一八九頁、同・前掲「訴訟物論争の回顧と展望」一五〇頁。後には、社会的法治国家原理への適合を強調するに至っている(上村・前掲「訴訟物理論からみた民法理論」)。
- (16) 上村・前掲「訴訟物論争の回顧と展望」一九九～二〇〇頁。
- (17) 上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三三一～三三二頁(その際、ゲオルギアデス、ラーレンツ、アイヒラーを援用している(三三九頁註一〇))、同・前掲「請求権と訴訟物」一九八頁、同・前掲「アクチオ法的思考と訴訟物」三一



八頁、三二〇頁、同・前掲「新実体法説の理論とその位置づけ」一八頁。

#### 四 加藤雅信説（統一的請求権論）<sup>(1)</sup>

1 加藤教授の統一的請求権論によると、一つの給付を基礎づける規範が複数競合する場合には、原則として、<sup>(2)</sup>それらの複数規範を基礎に一つの「統一的請求権」が発生する（五六八頁）。複数の規範は、統一的請求権を基礎づける「法的観点」として位置づけられる（五六九頁）。そして、この統一的請求権が訴訟物に据えられる——但し、縦型の統一的請求権（後述）については、原告の当初請求に対して、被告の反訴的抗弁や、原告の訴の変更的再抗弁が組み合わさって、複合的な訴訟物が形成されうる。その場合には、抗弁・再抗弁も準訴訟物的な取扱を受け、その判断には「既判力」<sup>(3)</sup>が発生する（五九四―六一四頁）——。

統一的請求権は、競合する規範の調整に関する法則性の有無によって、「縦型の統一的請求権」と「横型の統一的請求権」に分かれる。

縦型の統一的請求権の典型例は、賃貸借終了による目的物の返還請求権である。この場合、訴訟は、原告（貸人）による所有権に基づく返還請求に対し、被告（賃借人）が賃貸借契約存在の抗弁を提出し、それに対して原告が賃貸借契約終了の再抗弁を提出するという形で展開していく。加藤説は、このような訴訟の展開をそのまま括弧でくくった形の（当初請求・抗弁・再抗弁）請求権、この具体例では、（物権的・賃貸借・終了による）返還請求権を、縦型の統一的請求権と名づける（五七九頁）。縦型の統一的請求権にあつては、規範調整の方式としては、要件規範の調整は、訴訟の当初請求、抗弁、再抗弁などの一般的展開にまかせれば充分であるため、とりたてて考える必要はない。<sup>(4)</sup> また、効果に関しては、当事者間の関係の規律は後順位規範優位を原則とし、先

順位規範が意味をもつのは、その権利関係の主張が当事者の関係を越えた対世的なものになる場合だけである——  
 —具体的には、口頭弁論終結後の承継人、破産財団に対する権利主張などを意味する——（五八一―五八二頁）。

〔物権的・賃貸借・終了による〕返還請求権に即して具体的に述べると、賃貸人―賃借人間の直接的関係はもつばら賃貸借規範によって規律されるべきであるが、賃貸人が自らの権利を賃借人以外の第三者に主張する場合——  
 —口頭弁論終結後の目的物の承継人、賃借人が破産した場合の破産財団などに権利主張する場合など——には、  
 物権的規範としての性格が勘案される必要がある（五七六頁）。

それに対して、いわゆる請求権競合事案のうちで、請求、抗弁、再抗弁などの形で訴訟が展開しえない場合には、  
 横型の統一的請求権が観念される。具体例としては、〔不法行為〕  
 〔債務不履行〕による損害賠償請求権が挙げられる。

この場合にも規範調整——要件、効果の平準化——の必要があることは、縦型の統一的請求権の場合と異なるところはないが、縦型の統一的請求権にみられたような、規範調整の方式に規則性が見出せるような実体的関係はここには存在しない。ここでは、請求権競合は、具体的事案に即して、各問題点にいずれの規範の属性を適用するかというカズイスティッシュな検討を必要とするというきわめて平板な問題にとどまる。つまり、横型の統一的請求権の法律構成は、規範競合の状況及び規範調整の必要性は明示しているが、規範調整の方式は示していない（六一四―六一六頁）。

2 さて、加藤説の特徴は、「縦型の統一的請求権」という法律構成を認める点にあるが、その必要性につき私は疑問をもっているので、まずここで、その点につき検討を加えることにしたい。

加藤説は、物権規範を一つの構成要素としない縦型の統一的請求権の場合、例えば、売買契約の無効の場合の目的物の取戻に際してその物が既に費消されていたときに関する（帰属法的不当利得・売買・無効による不当利

得)返還請求権については、後順位規範優位の原則は全面的となり、帰属法的不当利得規範の効果は全く適用されないことになるという(五八二―五八三頁)。しかし、そうであれば、そもそも「縦型の統一の請求権」というような難しいことをいわずに、この場合には、矯正法的不当利得返還請求権しか成立しない(いわゆる法条競合説(規範排除説))、といえ、充分なのではなからうか。

また、物権規範を一つの構成要素とする縦型の統一の請求権の場合、例えば、賃貸借終了による目的物の取戻に関する(物権的・賃貸借・終了による)返還請求権の場合、加藤説は、効果に関し先順位規範が意味をもつのは、その権利関係の主張が当事者の関係を越えた対世的なものになる場合だけである——具体的には、口頭弁論終結後の承継人、破産財団に対する権利主張を意味する——という(五八二頁)。しかし、口頭弁論終結後の承継人に対する既判力の拡張を形式説で捉えていこうとする近時の民事訴訟法理論<sup>(5)</sup>からは、加藤説の説明は魅力的なものとはいえない<sup>(6)</sup>。更に、そもそも、賃借人に対する請求権と、第三者(口頭弁論終結後の承継人)に対する請求権とは、実体法上、別個の請求権である。つまり、第三者が占有を取得した時に、所有者の第三者に対する物権的請求権が成立するのであり、それとは別に、賃借人(所有者)の賃借人に対する請求権は存続している<sup>(7)</sup>のである。このようにみれば、「物権的・賃貸借・終了による」返還請求権というような難しいことをいわずに、賃借人―賃借人間では、債権的請求権しか成立しない(法条競合説(規範排除説))、といえ、充分であるように思われる<sup>(8)</sup>。

要するに、加藤説が縦型の統一の請求権を認める場合には、先順位規範は後順位規範によって排除され、後順位規範にのみ基づいて請求権が成立する(法条競合説(規範排除説))、と解するのが簡明であり、かつ、それが充分であるように思われる。

3 それでは、加藤説の紹介に戻ることしよう。加藤説は、請求の法的性質決定に「既判力」を肯定するた  
 め(六二五頁)、原告の勝訴判決には、原則として、競合する全請求権規範の構成要件の充足を要求するとい  
 うことに一貫した見解を主張している。請求の法的性質決定に拘束力を認めるという前提に立つ限り、当事者の  
 手続保障の観点からは、加藤説の帰結は、論理必然的なものといえよう。<sup>(9)</sup> 但し、法的観点についての「既判力」  
 は、加藤説によると、既判力潜脱の抗弁もありうる——グレーの——既判力である点に注意が必要である(六〇  
 一〜六〇二頁、六〇九〜六一〇頁註二二、六二五頁、六三四〜六三五頁)<sup>(10)</sup>。既判力潜脱の抗弁が可能な場合には、  
 「法的評価の再施」が認められる(六二四〜六二五頁)。「原則として」と述べたのは、加藤説が、一定の要件の  
 下で、統一的請求権の質の一部主張、質の一部判決を認めるからである(六一九〜六二四頁)。このように、加  
 藤説は、かなり複雑な構成を採っている。

- (1) 加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』(昭和六一年)五二一〜六五〇頁。以下、頁数のみで引用する。  
 加藤説については、他に、加藤雅信「不当利得」『民法講義6不法行為等(有斐閣大学双書)』(昭和五二年)七八〜  
 八五頁、同「請求権競合論と『統一的請求権』論」判タ五一四号(昭和五九年)二〇八頁、同「実体法学からみた訴  
 訟物論争」法教四九号(昭和五九年)一一七頁、五〇号五三頁、五一号三七頁(『特別講義民事訴訟法』(昭和六三年)  
 一一一頁以下所収)、同「請求権競合と統一的請求権」私法四六号(昭和五九年)一九八頁、同「物権的請求権と契  
 約上の請求権、不当利得返還請求権」『民法講座別巻2』(平成二年)一六九〜二二二頁(同『現代民法学の展開』  
 (平成五年)五四二〜五八一頁所収)がある。
- (2) 「原則として」とされているのは、加藤説が、占有訴権と本権上の請求権の競合問題、手形債権と原因債権の競  
 合問題については、結論を留保しているからである(五七四頁註三三、六二五〜六二六頁)。
- (3) 「既判力」と鈎括弧を付けたのは、3で述べるように、既判力潜脱の抗弁もありうる既判力だからである。

- (4) ここで、加藤説は、四宮説が構成要件を統合することに対し、「構成要素となる個々の規範の要件について、それぞれ立証責任を負う者がその規範の要件事実を立証するにとどまり、四宮説が説くような形で複数規範の調整として要件自体の統合を考える必要はない」と述べている(五八二頁)。
- (5) 新堂幸司『民事訴訟法(第二版補正版)』(平成二年)四二〇頁、高橋宏志「既判力について」法教一五一号(平成五年)九三頁。
- (6) 高橋宏志「訴訟物論について」法教一一六号(平成二年)九六頁。
- (7) 三ヶ月章「特定物引渡訴訟における占有承継人の地位」(初出—昭和三十六年)『民事訴訟法研究第一巻』三〇八—三〇九頁註一、三二六頁註八、奥田昌道「請求権と訴訟物」『請求権概念の生成と展開』三三七頁。
- (8) 但し、貸貸人—賃借人間でも、消滅時効の問題は生じうるように思うが(奥田・前掲三三四頁)、加藤説はそのことには言及していないので、本稿ではこれ以上触れない。消滅時効の問題については、さしあたり、広中俊雄『物権法(第二版増補)』(昭和六二年)二四六—二四七頁を参照されたい。
- (9) 直接的には新訴訟物理論について論じたものであるが、拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三巻六号八四八頁以下、特に、八六二頁を参照されたい。
- (10) なお、「既判力」のような訴訟法上の基本的な概念に、通常と異なる意味を盛り込むのは、誤解を招く虞れが大きい、不適当である。

#### IV 全規範統合説(四宮和夫説)<sup>(1)</sup>

同一事実関係に基づき、同一法体系に属し本質的目的の類似する請求権規範から、同一当事者間に、同一給付に向けられた複数の可能的請求権が併存的に発生すべき場面において、狭義の請求権規範競合説(III)は、請求

権規範の法律効果の部分と統合して統一的な属性を有する単一の請求権を認めるべきである、とするのに対して、全規範統合説は、規範統合が構成要件の部分にまで及ぶべきである、とする。<sup>(2)</sup> その際、四宮説は、構成要件の統合を支持する理論的根拠として、「ひとつの統一的な構成要件に依拠してひとつの請求権が発生する」と考えることは、近代法的思考の基本的パターンとして維持すべきことを主張する。<sup>(3)</sup> 四宮説が、要件統合のためには、事実関係が統合前の両請求権規範の要件を充足するとともに、統一的な構成要件に包摂されるにふさわしい統一性を備えた生活事実に属するものでなければならず、<sup>(4)</sup> 「事実関係の同一性」を要求している点、統合前の請求権規範の本質的目的が統合を許すほど類似したものでなければ、規範を統合することはできないとしている点<sup>(5)</sup> は、重要である。例えば、四宮説は、手形債権と原因債権の競合問題については、両請求権規範の本質的目的が異質的であるという理由に基づき、請求権競合を認める。<sup>(6)</sup> 請求権競合が認められる場合の訴訟上の取扱には興味を魅かれるが、残念ながら、四宮説は、訴訟物論には深く立ち入っていない。<sup>(7)</sup>

(1) 四宮和夫『請求権競合論』(昭和五三年・初出は昭和四八〜五二年)。簡単には、同『事務管理・不当利得・不法行為下巻』(昭和六〇年) 六五六〜六六七頁。

(2) 四宮『請求権競合論』四二頁、六八頁、七二頁、七六頁、二二六頁、同『事務管理・不当利得・不法行為下巻』六五八頁、六六三頁。

(3) 四宮『請求権競合論』四二頁、四三頁註二、二二六頁、同『事務管理・不当利得・不法行為下巻』六六三〜六六四頁。奥田昌道「民法学のあゆみ」法時四七巻一一号一二五〜一二六頁は、全規範統合説を、「一構成要件(請求権規範)↓一請求権」という近代法の基本的思考が貫徹された、理論的に最も進んだ、徹底した説だと評価している。

(4) 四宮『請求権競合論』七八〜七九頁。なお、同書・四二頁、六二頁、二二五頁も参照されたい。

(5) 四宮『請求権競合論』四一頁。

- (6) 四宮『請求権競合論』二六頁、四一〜四二頁、六二頁、二一七頁、二二五頁。  
(7) 四宮『請求権競合論』五頁註一三、三五〜三六頁。

V 検 討

一 「一構成要件」→「請求権」の図式について

1 奥田説(Ⅱ二)は、「法律要件―法律効果」の論理構造に忠実たらしめ、「一構成要件」→「法律効果」、  
「二請求権規範」→「請求権」を近代法の基本的思考と捉えることにより、狭義の請求権規範競合説(Ⅲ)とは異なり、観念的請求権を法律効果として認め、結果的に請求権「一重構造説を主張するに至った。他方、四宮説(Ⅳ)は、構成要件の統合を支持する理論的根拠として、「ひとつの統一的な構成要件に依りてひとつの請求権が発生する」と考えることは、近代法的思考の基本的パターンとして維持すべきことを主張していた。この両説の主張は、数個の構成要件に基づいて一個の請求権が発生することを認める狭義の請求権規範競合説に対する批判を意味する。

2 ところで、我が国における請求権規範競合説のルーツは、ヘルヴィヒ(Hellwig)、レント(Lent)を経由して、刑法における観念的競合にまで遡ることができるのであつた。<sup>(1)</sup>そして、刑法では、数個の構成要件に基づき一個の法律効果が発生することは、観念的競合(日刑五四条一項)の場合、当然のこととして認められているのである。この場合に構成要件を統合することは、刑法では罪刑法定主義の要請があるために、およそ考えられない。したがって、「一構成要件」→「法律効果」を近代法的思考の基本的パターンとして強調するのは、刑法は近代法でないという主張を伴わない限り、不当であるように思われる。

3 この問題については、結論的には、次のように考えるべきであろう。請求権競合問題は、制定法の欠缺 (Gesetzeslücke) に属し、欠缺補充 (Lückenergänzung) のために、裁判官による法の継続形成 (richterliche Rechtsfortbildung) が要請される問題である。<sup>(2)</sup> 補充されるべき法は、請求権規範の適用関係を規律する抵触規範 (Kollisionsnorm) であり、<sup>(3)</sup> 裁判所の審理範囲の拡大、二重の給付判決の回避、請求権の一体的取扱といった実践的目的は、欠缺補充のための規準の一つとして位置づけられるべきものである。狭義の請求権規範競合説は、このような方法 (Methode) に基づき、例えば、「一個の事実関係が、同一給付を目的とする数個の請求権規範の構成要件を充足する場合には、その数個の請求権規範に基礎づけられた単一の請求権が発生する」という<sup>(4)</sup><sup>(5)</sup> 抵触規範が裁判官によって補充されるべきことを主張しているのである。また、このような抵触規範を措定すれば、構成要件と法律効果の間の関係の捉え方如何——因果関係か、論理関係か、目的論的關係か——は、請求権競合問題の解決には無関係であることも理解できよう。<sup>(6)</sup> 例えば、奥田説は、「法律要件—法律効果」の論理構造に忠実に、「一請求権規範→一請求権」という立場を採るが、<sup>(7)</sup> 上述のような抵触規範を措定すれば、数個の請求権規範から一個の請求権が論理必然的に発生する、ということができるのである。<sup>(8)</sup>

(1) 拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷二号一〇三頁。

(2) 四宮和夫『請求権競合論』二二九頁、上村明広「訴訟物理論からみた民法理論」『特別法からみた民法』民商九三巻臨時増刊号(2)二六七頁。

(3) 請求権競合論に関しては、Tahr Çağa, Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche, 1939, S.127が、この言葉を用いている。

(4) 請求権規範競合方式を認めるヘルヴィヒは、BGBには「一個の同一の構成事実 (Tatbestand) はただ一個の請



求権を発生させる」という原則が立てられるべきである、と主張しており（拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷一号一〇二頁）、他方、自由な請求権競合説を採るディーツは、刑法のように明示的規定のない限り、二個の構成要件が充足されると二個の法律効果の発生を認めなければならない、と主張していたが（拙稿・前掲民商一〇一卷二号一八五頁）、これらも補充されるべき抵触規範の一例である。

(5) この点で、四宮説が、創造されるべき規範を統合された請求権規範と考えているのは（四宮『請求権競合論』二二九頁、二三二頁註二）、やや問題である。むしろ、問題の核心は、規範調整を行うルール（例えば、構成要件統合のルールについては、同書・八〇―八二頁）を創造することにある。加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』五六八頁のいう「規範調整のための一般的枠組」の提示が求められているのである。

(6) Georgiades, Die Anspruchs Konkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, S.101.

(7) 奥田昌道「民法学のあゆみ」法時四七卷一一号一二五―一二六頁。

(8) 逆に、ディーツのような抵触規範を措定しない限り、数個の請求権規範から数個の請求権が論理必然的に発生する（請求権競合）、とはいえないのである。

## 二 給付訴訟の機能と請求の法的性質決定

1 新訴訟物理論は、給付訴訟では請求権の目的たる特定の給付を得られるか否かが紛争の中心であるとしても、請求の法的性質決定に何らかの拘束力を認める見解がその主流をなしている。それは、給付判決によって実体法上の請求権が確定されるべき理論上の要請に基づく<sup>(1)</sup>。

ところで、新訴訟物理論が請求の法的性質決定に拘束力を認めることの中には、①実体法上の請求権の確定と、②その請求権の法的性質決定の確定という二重の意味が潜んでいる<sup>(2)</sup>。このうち理論上絶対的に必要なのは、①実体法上の請求権が確定されることである。この点、新実体法説によると、実体法上の請求権が常に確定されるた

め、請求の法的性質決定に拘束力を認める必要は必ずしも存在しない<sup>(3)</sup>。それにも拘わらず、本稿でみたように、新実体法説においても、——新訴訟物理論の影響によるものであろうか——請求の法的性質決定に何らかの拘束力を認める説が主流をなしている。しかし、判決理由中の判断である請求の法的性質決定に拘束力を認めると、当事者の手続保障の点で問題が生ずる可能性があり、もしくは、給付訴訟にその本来の機能以上のものを持ち込む結果となってしまう。

2 三ヶ月章説<sup>(4)</sup> 三ヶ月説については、別稿で既に検討したので、そこでの結論を紹介するにとどめる。三ヶ月説は、例えば、契約責任と不法行為責任の競合問題につき、請求が不法行為に基づいて認容された場合に、既判力で確定されるのは「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」の存在であるとしつつも、更に、法的観点たる不法行為に基づく請求権の存在にも常に拘束力を認める。当事者に法的観点の指定権を認めず、法的観点についての裁判所の判断に不服の利益も認めないのに、判決理由中の判断である不法行為に基づく請求権の存在に常に拘束力を認めるのは、一見したところ、当事者の手続保障の点で問題をはらむようにみえる。しかし、三ヶ月説は、「法的評価の再施」の理論と属性規範の選択基準として「良いところ取り」基準を採用することにより、結論的には、当事者の手続保障の点での問題を回避している<sup>(6)</sup>。逆にいうと、「法的評価の再施」の理論を認めないか、あるいは、属性規範の選択基準として「良いところ取り」基準を採用しなければ、当事者の手続保障の点で問題が生ずることになる。

3 相対的既判力説 ヘンケル<sup>(II三)</sup>及び上村説<sup>(III三)</sup>は——おそらくは、ゲオルギアデス<sup>(III二)</sup>、ヘッセルベルガー<sup>(II四)</sup>も——、請求の法的性質決定に、いわゆる相対的既判力を認める。相対的既判力説とは、おおまかに述べれば、次のような考え方である<sup>(7)</sup>。相対的既判力説においては、①既判力の範囲の問題と、②

既判力の作用の問題とが分離される。即ち、相対的既判力説においては、①既判力は、事実の確定とそれに対する法の適用からなる包摂的結論 (Subsumtionsschluss) としての判決に生じ (既判力の範囲の問題)、他方、②既判力は、前訴と後訴の訴訟物の間に、a 同一関係、b 先決関係、学説によっては、c 矛盾関係、あるいは広く d 法的意味連関がある場合に及ぶ (既判力の作用の問題)。そして、前訴判決の包摂的結論の一部である請求の法的性質決定は、「絶対的」既判力で確定された法律効果との関係においてのみ相対的に、即ち、②で述べた関係にある後訴に対してのみ既判力を及ぼす。逆にいうと、そのような関係にない後訴には既判力は及ばない。したがって、請求の法的性質決定は、絶対的既判力を有しない。

しかし、判決理由中の判断である包摂的結論に相対的なものであるとはいえ既判力を認めるのであれば、当事者の手続保障のために、当事者に法的観点の指定権を認め、その指定した法的観点についての裁判所の判断に不服があれば適法に上訴しようとしなければならない。<sup>(8)</sup>あるいは、三ヶ月説のように、「法的評価の再施」を認めかつ、属性規範の選択基準として「良いところ取り」基準を採用することが必要である。<sup>(9)</sup>しかし、上述の相対的既判力説は、法的観点の指定権や上訴を認めない。また、上村説及びゲオルギアデスは、属性規範の選択基準として、①第一次的に優位規範による、②規範間に順位関係がないときは権利者に有利な規範による、という基準を採用している (ヘンケル及びベッセルベルガーは、属性規範の選択基準には言及していない)。したがって、これらの論者が「良いところ取り」基準を採用しない限りで、当事者の手続保障の点で問題が生ずることになる。<sup>(10)</sup>

4 加藤雅信説 加藤説 (Ⅲ四) は、請求の法的性質決定に「既判力」を認めるが、その際、原告の勝訴判決には、原則として、競合する全請求権規範の構成要件の充足を要求しており、当事者の手続保障にも周到な配慮をしている。しかし、その反面、加藤説は、給付訴訟にその本来の機能以上のものを持ち込む結果となってい

る、と私は考える。

加藤説と私見との相異は、I 3でも述べたように、請求権の法的性質決定に既判力（その他常に発生するところの拘束力）を認めるべきか否かという点に関する政策的判断の差異に起因する。私は、法的性質決定に既判力（その他常に発生するところの拘束力）を認める必要はないという考えである。ここでは、加藤説の説明に即して、そのことを敷衍しておくことにしよう。加藤説は次のようにいう。<sup>(11)</sup>「統一的請求権を觀念することの基本的意味のもっとも重要なものの一つは、複数規範の適用が可能な場合に、どの規範が適用されるかによる規範内容の差異が、偶然的に当事者の上によりかかってこないようにすることにあつた。したがって、当該訴訟において適用規範による差異が存在する場合には、裁判所は……統一的請求権の質的一部判決をする自由をもつものではない。」この説明は全く正しい。問題は、「適用規範による差異」が一体何を意味するかである。私は、請求権の存否及び範囲（数額）についてしか既判力を認めないので、それが異ならない限り適用規範による差異はないと考えるのに対して、加藤説は、請求権の法的性質決定にも「既判力」を認めるので、適用規範による差異は常に存在することになろう。しかし、加藤説は、「法的観点による差異が当該紛争において顕在化していないような場合には、裁判所は統一的請求権として構成される可能性がある事案に関して、その質的一部判決をすることも可能であると考えるべきであろう」とされる。<sup>(12)</sup>この点では、結論的には、加藤説と私見は異ならない。が、加藤説は、「当事者が将来の予測の問題として別の法的観点による審理の必要を感じている」場合には、当事者の予期を害した形で裁判所が審理を展開することは望ましくないもので、裁判所は統一的請求権の質的一部判決となる蓋然性が高い場合には、他の適用可能性がある規範との規範調整の必要の有無を、釈明その他によって当事者が述べる機会を与えるべきであろう。この点においても、裁判による紛争解決は当事者のためになされるのである

から、裁判所の法的観点選択の自由は制限されるべきものと思われる<sup>(13)</sup>。しかし、私は、このような潜在的な問題の解決を図ることは、広い意味の権利保護の利益の点から問題があるので、当事者がその旨の確認訴訟を提起しない限り、裁判所の法的観点選択の自由は制限されない、と考える<sup>(14)</sup>。要するに、加藤説と私見との差異は、給付訴訟の機能の捉え方の差異に由来する。私は、裁判所は原告が訴訟物として明示的に立てた問題にのみ答えればよく、その代わりに、裁判所の審理の自由を広く認めるべきである、との立場に立つのである。

5 結論として、私見は、給付訴訟においては、請求権の存否及び範囲(数額)のみを決定すれば足り、請求の法的性質決定に既判力(その他常に発生するところの拘束力)は認めるべきでないと考える(ニキツシュ(III一)と同説<sup>(15)</sup>)。

(1) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三卷六号八四八頁以下。

(2) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三卷六号八六三頁。

(3) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三卷六号八六八頁。

(4) 但し、上村明広「請求権と訴訟物」民訴雑誌一七号二三〇頁は、三ヶ月説も相対的既判力説(3)であると推測している。

(5) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三卷六号八七〇〜八七六頁。

(6) 加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』五五二頁、五五五〜五五六頁註一六。

(7) 相対的既判力については、上村「請求権と訴訟物」民訴雑誌一七号二二七〜二三四頁、柏木邦良「不特定概念と判決三段論法」北大法学論集二二卷二号(昭和四六年)二二七頁、同「西ドイツ民事訴訟法学の現況」ジュリ五〇二号(昭和四七年)八四〜八六頁、五三二号(昭和四八年)七四〜七九頁、五三二号九八〜一〇一頁、吉村徳重「判決理由の既判力をめぐる西ドイツ理論の新展開」法政研究三九卷二〇四号(昭和四八年)四六六〜四六八頁、及び、そ

ここに所掲の諸文献を参照されたい。なお、柏木邦良「訴訟物概念の機能」『講座民事訴訟②訴訟の提起』（昭和五九年）二〇三～二一六頁の「相対的既判力」は、ドイツのそれとは少し異なる。

(8) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の區別」民商一〇三巻六号八六二頁。

(9) 2 及び拙稿「請求の識別と法的性質決定の區別」民商一〇三巻六号八七〇～八七六頁。

(10) その根拠については、三ヶ月説に対する検討で明らかにしたので、2 及び拙稿「請求の識別と法的性質決定の區別」民商一〇三巻六号八七〇～八七六頁を参照されたい。

(11) 加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』六二二頁。

(12) 加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』六二三頁。

(13) 加藤『財産法の体系と不当利得法の構造』六二三～六二四頁。

(14) 拙稿「請求の識別と法的性質決定の區別」民商一〇三巻六号八六三頁、八六六頁註二八。

(15) 但し、請求（権）を特定するために法的性質決定が必要な場合には、例外的に、請求の法的性質決定にも既判力が発生する（I註（13））。この場合には、請求の法的性質決定は判決理由中の判断ではないので、当事者の手続保障の点で問題は生じない。

### 三 原告勝訴の給付判決の条件

1 請求権競合が問題となる場合に、請求権二（多）重構造説（II）によると、一個の観念的請求権ないし包摂規範としての請求権の存在が判明すれば、原告勝訴の給付判決を下すことができ、狭義の請求権規範競合説（属性規範統合説）（III）によると、一個の請求権規範の構成要件の充足が判明すれば、原告勝訴の給付判決を下すことができる、という見解が一般的である。この点は、いわゆる法条競合説（規範排除説）との対比において、請求権ないし請求権規範の包摂機能を重視しているという理由で、請求権二（多）重構造説ないし狭義の請

求権規範競合説の長所とされる点でもある<sup>(1)</sup>。しかし、新実体法説の中には、原告勝訴の給付判決を下すために、競合するすべての請求権規範の構成要件の充足を、原則として、ないし、実質的に、要求する見解が存在する。加藤説(2)と四宮説(3)がそれである。

2 加藤雅信説 加藤説(Ⅲ四)は、請求の法的性質決定に「既判力」を認めるが、その際、当事者の手続保障のために、原告の勝訴判決には、原則として、競合する全請求権規範の構成要件の充足を要求している。そのため、加藤説は、給付訴訟にその本来の機能以上のものを持ち込む結果となっており、問題である(二4)。

3 四宮和夫説 全規範統合説に立つ四宮説(Ⅳ)は、訴訟上、統合された請求権規範が適用されるべきことを前提にしている<sup>(2)</sup>ので、四宮説においては、原告勝訴の給付判決を下すために、実質的には、競合するすべての請求権規範の構成要件の充足が要求されることになる<sup>(3)</sup>。したがって、——通説的な狭義の請求権規範競合説の立場からは——全規範統合説は、構成要件を統合することによって、1で述べた狭義の請求権規範競合説の長所を無に帰せしめている、との批判が加えられてしかるべきである<sup>(4)</sup>。

もっとも、私は、たとえ全規範統合説の立場に立ったとしても、訴訟上、統合された請求権規範の適用が要求されることには必ずしもならない、と考える<sup>(5)</sup>。統合された構成要件によっても統合前の構成要件によっても同一の既判力を有する判決が下される限り、裁判所はいずれの請求権規範を適用して判決を下しても構わない、と考えるからである——私は、請求権の存否及び範囲(数額)にのみ既判力が生じ、請求権の法的性質決定には既判力は生じない、という立場に立っていることに留意されたい<sup>(6)</sup>。そして、通常は、統合前のいずれかの請求権規範の適用によって、統合された請求権規範を適用した場合と同一の判決を導くことができるので、統合された請求権規範が訴訟上実際に適用されることは、想定しにくい。そのため、全規範統合説がいくら理論上すぐれた

ものであったとしても、その実務的意義は乏しいものとなる。請求権規範競合方式（広義）による処理は、困難な理論的問題の解決を当事者の負担とするという非難に対して、四宮説は、かりに多少の負担の増大があったとしても、それは過渡的な現象にすぎず、判例の堆積とともに漸次解消してゆくはずである、と答えるが、統合された構成要件につき判例が堆積することは、考えにくい。

- (1) 拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷二号二〇二頁。
- (2) 四宮和夫『請求権競合論』二二三頁。統合された構成要件につき証明責任を問題にしているところからも(同書・一一〇―一一三頁等)、このことは窺える。
- (3) 上野芳昭「請求権規範競合説について」盛岡短期大学研究報告一九号(昭和五三年)二二三頁。
- (4) 統合された構成要件と統合前の構成要件とは、特別関係に立ち、前者が特別法、後者が一般法の関係にある(四宮『請求権競合論』七九頁、一二七頁、同『事務管理・不当利得・不法行為下巻』六六四頁。特別関係、特別法、一般法については、四宮『請求権競合論』六三頁、拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷二二二―二〇〇頁を参照されたい)。したがって、三ヶ月説による法条競合説(規範排除説)に対する批判は、そのまま全規範統合説に向けられうる。即ち、「全規範統合説の立場を訴訟法的に表現すれば、かかる場合には法的観点選択の自由は裁判所には与えられず、裁判所は必ずや *lex specialis* に当る法的観点、即ち統合された請求権規範を適用すべき拘束を実体法上受けており、その選択を誤れば違法の裁判であり、実体法適用の過誤であるから上告審では職権を以て是を正すべき問題として捉えられることになる(傍点部は大久保が書き換えた)。(三ヶ月章「法条競合論の訴訟法的評価」『民事訴訟法研究第一巻』一五四頁)
- (5) 奥田教授は、四宮説に対し、規範統合は常に必要か、という問いを設定し、次のように述べている(奥田昌道「債務不履行と不法行為」『民法講座4債権総論』六二七頁)。「たとえば、医療過誤による訴訟において、原告(患



者（被害者）が不法行為責任構成による請求をなし、その要件事実をすべて主張・立証したとき、裁判所はこれを不法行為責任規範のみによって判決してはならないのか。つまり、この場合でも、規範統合の事例であるとして、統合構成要件の充足がなされているかを吟味して、統合された効果としての損害賠償請求権を認定しなければ法適用の誤りということになるのだろうか。このことは、逆に契約責任構成のみによって請求してきた場合についても同じことである。それとも統合要件が不可欠なのは、両規範の協同によってのみ認められる効果を原告が主張するような場合のみなのであろうか。」

(6) 詳細な基礎づけとしては、法条競合説（規範排除説）への三ヶ月批判に対する私の再批判をそのまま援用できるので、そちらを参照されたい（拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷二号二〇一～二〇三頁、同「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三卷六号八五二～八五五頁）。

(7) 四宮『請求権競合論』二二〇～二二二頁。

#### 四 競合する請求権規範により既判力が異なる場合の取扱

四宮説は、弱い主張であるとはいえ、狭義の請求権規範競合説（Ⅲ）と全規範統合説（Ⅳ）との差異として、可能的請求権の範囲が異なる場合の取扱を挙げている。<sup>(2)</sup> 三とも関連するこの問題を、次に検討することにしよう。この問題は、従来の請求権競合論及び訴訟物論争においては、あまり検討の対象とはされてこなかった問題である。むしろ、通常は、可能的請求権の範囲が同一であることが、立論の前提にされてきたように見受けられる。<sup>(3)</sup> 可能的請求権の範囲が異なれば、裁判所は法的観点につき自由な選択を行うことができず、特に新訴訟物理論にとっては、立論の基礎が突き崩されかねないことを考慮すると、それももつともであったように思われる。しかし、例えば、不法行為であれば認容額は一〇〇万円、不当利得であれば認容額は九〇万円というようなことは充

分に考えられるのであり、若干の学説は、この問題にも言及している。

まず、新訴訟物理論に立つシユヴァープは、給付判決を基礎づける数個の実体法上の請求権の中から原告に最も有利な請求権を選択するのは裁判所の義務である、としつつも、そのような場合は実際には殆ど生じないであろう、という<sup>(4)</sup>。また、狭義の請求権規範競合説に立つゲオルギアデスも、裁判官は原告に有利な請求権規範を適用しなければならぬ、と述べている<sup>(6)</sup>。これらの見解が存在することから、まず、可能的請求権の範囲が異なる場合の取扱を狭義の請求権規範競合説と全規範統合説との差異として挙げるのは、適当でないことが窺えよう<sup>(7)</sup>。

請求権の法的性質決定に既判力を認めない私の立場においても、この場合には、いずれの法的観点を適用するかによって既判力の範囲が異なることになるので、裁判所の選択権は制限されざるをえない。結論としては、この場合には、裁判所は、原告に有利な請求権規範を適用すべきことになろう。それは、範囲の広い方を請求の趣旨に掲げている原告の（黙示の）意思に基づくものと解される。全規範統合説に立ったとしても、このことに変わりはない。全規範統合説によっても、訴訟上は、統合された請求権規範が適用される必要は必ずしもなく、裁判所は、統合前の請求権規範のうち原告に有利な規範を適用すれば足りるからである——既判力は異ならない——（三）。したがって、この場合にも、統合された請求権規範が訴訟上実際に適用されることは想定しにくい。結局、全規範統合説は、実務的意義に殆ど欠ける理論の戯れということになりはしまいか。

さて、前段で述べたような取扱が訴訟上なされるのであれば、むしろ、このような場合には、①請求権競合説の立場から、原告は自己に有利な請求権を第一次的に主張している（予備的併合）——場合によっては、②法条競合説（規範排除説）の立場から、原告に有利な請求権規範にのみ基づいて請求権が発生する——、と解するの  
が、素直な構成であるように思われる。同じ請求権を一個認めるのは不自然だというのが新実体法説の出発点だっ

たはずだから、異なる請求権ならば二個の請求権の存在を認めても差し支えないはずである。三ヶ月説も、当初から、法的観点により給付額が異なる場合に関し、「もし競合・非競合の立場の対立が、実体法上はつきりとして結果の差異を招来することが是認されるというならば、法を司る裁判所としては何れかに、——ということ結局は請求権は別個であるとする立場に——態度を決せねばならぬことなるう」と述べていたのである。<sup>(8)</sup>

このように①請求権競合——場合によっては②法条競合（規範排除）——を認めた上で、もし必要ならば、一方の請求権の属性決定にあたって、他方の請求権の属性規範を類推適用すれば足りるのではなからうか。この類推という操作は、請求権競合説や法条競合説（規範排除説）とは相容れないという評価が有力であるが、<sup>(9)</sup>類推は制定法の欠缺を補充する操作であり、直接的に適用されるのは欠缺補充のために創造された法であるから、この評価は当たっていない、と私は考えている。例えば、債務不履行によって人身侵害が生じたときに、債権者自身については、民法七一〇条の類推適用により慰謝料の請求が認められているが、<sup>(11)</sup>この場合に直接的に適用されるのは、欠缺補充のために創造された「他人ノ身体ヲ害シタル場合第四百十五条ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責ニ任スル者ハ財産以外ノ損害ニ対シテモ其賠償ヲ為スコトヲ要ス」というような法であり、民法七一〇条の適用は間接的なものととどまるのである。つまり、直接的に適用されるのは、不法行為規範群に属する規範ではなく、債務不履行規範群に属する規範である。だからこそ、請求権競合が問題にならない——民法四一五条の要件しか充足されない——場合にも、この創造された法に基づき、慰謝料の請求が認められるのである。

また、請求権競合説を採った場合には、実体法上の請求権が数個存在することになるので、実体法上の請求権の一体化要請を重視する立場からの批判が予想される。私も、譲渡等の法的取引の場面では、競合する請求権が一体的な取扱を受けることは望ましいと考えるが、単一の請求権しか存在しない、とまでいう必要は必ずしもな

いように思う。「一方の請求権の譲渡により双方とも譲渡される」というのを原則的取扱とし、<sup>(13)</sup> そのような任意法規（解釈規定）を補充すれば足りるのではなからうか。請求権競合が問題となる場面で請求権は一個しか存在しないという解釈を貫徹しても、パラレルでない請求権競合の場合に請求権が一個しか存在しないと解するのは無理である。例えば、Aに対しBとCが連帯債務を負担している場合、AのBに対する債権とCに対する債権とは別個の債権であるが、<sup>(14)</sup> AがBに対する債権をDに譲渡した場合には、AのCに対する債権も原則として一緒に譲渡されると解すべきであらう。<sup>(15)</sup><sup>(16)</sup> 連帯債務の場合にそのような解釈が可能なら、請求権競合の場合にも同様の解釈を行えばよい。

結局、可能的請求権の範囲が異なる場合には、①請求権競合——場合によっては②法条競合（規範排除）——を認めるべきである、というのが、私の結論である。

- (1) 四宮和夫『請求権競合論』一五〇一六頁、本稿I註(4)。
- (2) 四宮『請求権競合論』二六〇二七頁、四二〇四三頁、六八〇六九頁、七二〇七三頁。
- (3) 三ヶ月章「法条競合論の訴訟法的評価」『民事訴訟法研究第一巻』一五二〇一五四頁、加藤雅信『財産法の体系と不当利得法の構造』五五〇一五五二頁、六三〇頁註一一。
- (4) Karl Heinz Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, 1954, S.19, S.101.
- (5) もっとも、四宮博士は、ケオルギアデスは全規範統合説を指向している、という評価を加えている（四宮『請求権競合論』七二〇七三頁、七五頁註一〇）。
- (6) Georgiades, Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht, S.244, N.26.
- (7) 結論同頁、上野芳昭「請求権規範競合説について」盛岡短期大学研究報告一九号二八頁註二六。
- (8) 三ヶ月・前掲「法条競合論の訴訟法的評価」一五三頁。

- (9) 例えば、Georgiades, a. a. O., S. 85, S. 90, S. 281, 上村明広「給付訴訟の訴訟物」岡山大学法経学会雑誌一八巻二号三三一頁、四宮『請求権競合論』六一～六二頁、六五～六六頁。
- (10) 田中成明『現代法理論』(昭和五九年)二四七～二四八頁。
- (11) 奥田昌道『債権総論(増補版)』(平成四年)二〇七頁。
- (12) Georgiades, a. a. O., S. 179-190, 四宮『請求権競合論』一九～四四頁。
- (13) 鳩山秀夫『日本債権法各論下巻』(増訂二三刷—昭和七年)九五二頁、Arens, Zur Anspruchskonkurrenz bei mehreren Haftungsgründen, AcP 170, S. 411-412, Peter H. Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, 1972, S. 52-53.
- (14) この点につき今日では殆ど異論はない(椿寿夫『注釈民法(II)』(昭和四〇年)五〇頁)。
- (15) 我妻栄『債権総論(民法講義IV)(旧版)』(昭和十五年)一〇五頁。
- (16) 請求権競合が問題となる場面において、請求権の一体化要請を強調する岡村説(岡村玄治「請求権ノ競合否認論」志林二〇巻九号(大正七年)一一六五～一一七七頁)が、連帯債務につき債務単一説を採っているのは(同論文・一一八七～一一八九頁)、一貫している。

## 五 手形債権と原因債権の競合

- 1 新訴訟物理論は、一分肢説と二分肢説とに分かれるが、新実体法説においても、類似の対立がみられる。この対立が最も顕著となるのは、我が国では、手形債権と原因債権の競合が問題となる場合であるから、本稿でも、この問題に即して論述をすすめることにしよう。

新訴訟物理論は、手形債権と原因債権の競合問題につき、実体法上は、両債権が競合することを前提にしつつ、

この場合、一分肢説は一個の訴訟物しか認めないのに対して、二分肢説は二個の訴訟物を認める。

それに対して、新実体法説内部における対立は、かなり複雑な様相を呈している。新実体法説の多くは、この場合、実体法上両債権の競合を認める（三ヶ月・ヘンケル・ヘッセルベルガー・ニキツシュ・ゲオルギアデス・四宮）。しかし、そのうち、三ヶ月説及びヘッセルベルガーは、請求権の二（多）重構造を認める。そして、ヘッセルベルガー（II四）は、単一の・給付要求の担い手としての請求権を訴訟物に据える。それに対して、三ヶ月説（II一）は、「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」を訴訟物に据えるか、当該地位を基礎づける法的観点たる実体法上の請求権（手形債権・原因債権）を訴訟物に据えるかを、原告に委ねる。両説とも選択的併合という取扱に批判的であり、そのことが請求権の二（多）重構造的把握の原因と考えられる。反対に、選択的併合を容認する見解（ヘンケル・ニキツシュ・ゲオルギアデス）は、この場合、二個の訴訟物を認める（なお、四宮説（IV）は、訴訟物論には言及していない）。他方、実体法上、手形債権と原因債権の競合を認めない見解も存在する（上村）。この説も、選択的併合には批判的である。

これらの説の評価は、選択的併合を容認するか否かという理論的な問題のほかに、手形債権で——例えば、手形要件の欠缺により——敗訴した原告に原因債権による再訴を認めるべきか否かという政策的な判断とも関わっており、困難を極めるが、一応の検討を加えることにしたい。

2 上村明広説 まず、この場合に、手形債権と原因債権の実体法上の存在を否定する上村説（III三）を検討することにしよう。<sup>3</sup> 上村説が訴訟物に据える請求権についての問題点は、請求権二（多）重構造説（3）が訴訟物に据える請求権についての問題点と異ならないので、3で合わせて検討することにする。2では、上村説が、手形債権と原因債権の実体法上の存在を否定することの当否についてのみ論ずることにしたい。

上村説は、この場合、統一的請求権の質的一部譲渡、質的一部保証、質的一部請求（手形訴訟の場合）を認めるが、このことがまず、実体法上一個の統一的請求権しか存在しないと解することの不自然さを示している。

例えば、四月一日に原因債権が発生し、五月一日にこの原因債権の支払のために手形が振り出されたとしても、上村説によると、五月一日に、手形の振出まで存在していた原因債権が消滅することになるが、如何なる根拠によつて原因債権が消滅するのかが、まず明らかでない。また、手形債権は発生と同時に消滅することになるのだろうか。さて、六月一日に手形が第三者に譲渡されたとしても、その時点で、上村説では、原因債権及び手形債権が発生（復活）することになる。しかし、この場合も、両債権が発生する根拠は明らかでない。やはり、原因債権は四月一日から、手形債権は五月一日から、実体法上は存続していたとみるのが自然であろう。選択的併合という取扱を否定したのであれば、手形債権や原因債権の実体法上の存在を肯定した上で、三ヶ月説（II一）やヘッセルベルガー（II四）のように、請求権の二（多）重構造を認めるほうが素直である。

ところで、このように請求権規範の構成要件の充足が異時的である事例を想定すると、狭義の請求権規範競合説が成立するためには、競合する請求権規範の構成要件が同時に充足されることが前提となるように思われる。この点に関し、ヘッセルベルガーは、新実体法説（具体的には、ニキツシュ、エツサー、ヘンケル）は請求権競合のすべての事例をカバーしておらず、単一の実体的請求権が認められるのは、唯一の具体的構成事実（Tabellestand）、唯一の事実関係が数個の請求権基礎を充足する場合のみであり、請求権が数個の事実関係を基礎にしてゐる場合には請求権競合となる、と述べている<sup>(4)</sup>。また、四宮説が、可能的請求権を発生させる事実関係が異なる場合には、請求権競合説に立つほかに<sup>(5)</sup>とされ、「事実関係の同一性」を規範統合の許容条件とみるのも、この<sup>(6)</sup>ような文脈で捉えることができる<sup>(7)</sup>。

このようにみれば、事実関係の同一性に関する「ヘンケル基準」(II三)は、注目に値するものといえる。<sup>(8)</sup>ヘンケルは、「ある規範の構成要件を完結的に充たす事実関係断片が、他の規範の適用に対する最終の要件を充たす事実関係断片と同一である場合」に一個の事実関係を認め、処分対象としての請求権は一個しか存在しないと、それを訴訟物に据える。構成要件が充足される時点＝請求権が発生する時点に着目して、事実関係の同一性を判断するのである。このように時間的単一性により事実関係の単一性を判断することに対しては、事実関係概念の不当な拡張であるという批判がありえよう。しかし、私がここで主張したいのは、「ヘンケル基準」により事実関係が異なる場合には、請求権競合を認めるほかないということである。請求権の発生時点に着目したこの区別には、十分な根拠がある。しかもこの基準は明確である。そこで、私は、「ヘンケル基準」を、事実関係の単複を決する基準として採用したいと考える。<sup>(9)</sup>ただ、私見とヘンケルが完全に同説というわけではない。「ヘンケル基準」により事実関係が異なる場合に別個の請求権を認めるべき点では、私見はヘンケルと一致するが、私見は、事実関係が同一であっても、数個の請求権の発生を認めるべき場合があると考えているからである。<sup>(10)</sup>この場合には、請求権は、請求権の発生原因たる事実関係と請求権の法的性質決定によって識別されることになる。(I註(13))。

3 請求権二(多)重構造説 次に、請求権二(多)重構造説(II)及び上村説(III三)が訴訟物に据える請求権についての問題点をみることにしよう。

本説の論者は、特に、選択的併合という取扱を避けるという実践的目的に導かれて、実体法上の請求権として、給付要求の担い手としての請求権(ヘッセルベルガー)であるとか、「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」(三ヶ月)といったものを構成しているように見受けられる。しかし、この場合に、給付要求の担い



手としての請求権であるとか、「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」とかいったものが、実体法にその地位を有するものであるかは、極めて疑問である。ただ、手形債権と原因債権を有する原告の地位を経済的に表現したものにすぎないのではなからうか。この点に関し、給付訴訟と確認訴訟との機能的差異を強調する三ヶ月説(Ⅱ一)が、手形債権と原因債権の経済的同一性に着眼しつつ、給付訴訟では「相手方から一定の給付を求めうる実体法上の地位」の存在の確認で足りるとするのは、ある意味で一貫している。しかし、確認訴訟原観に立つ上村説が、この場合に、統一的請求権の存在を確認することにより、給付判決を下すことができるのは、所有権や地上権の確認ではない「利用権の確認」が不適法であることに鑑みると、一貫性を欠くように思われる。新実体法説は、確認訴訟・給付訴訟・形成訴訟のいずれにおいても実体権を訴訟物に据えるので、理論的には確認訴訟原観と結びつくことになるであろうから、確認訴訟において確認の対象となりうる適格を有する「権利」と同等の「権利」が、給付訴訟においても訴訟物に据えられる必要があるものと考えられる。

なお、三ヶ月説は、手形債権と原因債権のうち一方だけしか請求されていないときに、他方を追加主張しても訴えの変更にはならず、その時期に原告が経済的一体性の方を選択したことが確定的に推知される<sup>(11)</sup>というが、そうであれば、訴え提起の時点で訴訟物が確定していないことになり、問題である。

また、手形債権と原因債権とで既判力が異なる場合には、四で述べたように、請求権競合説に立ちつつ予備的併合を認めるのが、素直な構成であるように思われる。例えば、①原因債権にのみ利息が附されている場合や、②原因債権の利息のほうが手形債権の利息より高い場合には、主位的に原因債権、予備的に手形債権が請求されているとみるのが、自然であろう<sup>(12)</sup>。

4 結局、ヘンケル(Ⅱ三)やニキッシュ(Ⅲ一)やゲオルギアデス(Ⅲ二)のように、この場合には、実体

法上二個の債権を認め、訴訟上も二個の訴訟物を認めるほかにように思われる。最も問題なのは、同一手続で両債権が主張された場合の取扱、即ち、選択的併合を認めるか否かという問題であるが、これについては、節を改めて論ずることにしよう。

- (1) 三ヶ月章「法条競合論の訴訟法的評価」『民事訴訟法研究第一巻』一四〇頁註五。
- (2) ゲオルギアデスによると、ドイツでは、再訴を認めるという結論に異論はないとされており (Georgiades, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozessrecht*, S.260) ˆ。その際、帝国裁判所の諸判決、ニキッシュ、ヤウエルニヒ、シュヴァープ、A・ブロマイヤー、ローゼンベルクの見解が援用されている (S.260, N.94)。
- 三ヶ月章「訴訟物理論における連続と不連続」『民事訴訟法研究第三巻』一五一頁註五も同旨。
- (3) 但し、手形債権と原因債権の競合に関して、上村説は、請求権の二重構造を認める趣旨かも知れない (III三註10) ˆ。そうだとすると、上村説は、請求権 (一) 多) 重構造説 (3) に含まれることになる。2では、上村説が請求権の二重構造を認めないという前提に立って、検討を加えることにする。
- (4) Hesselberger, *Die Lehre vom Streitgegenstand*, S.267.
- (5) 四宮和夫『請求権競合論』四二頁、六二頁、一二五頁。
- (6) 四宮『請求権競合論』七八―七九頁。
- (7) もっとも、四宮説が、手形債権と原因債権の競合問題につき請求権競合説を採るのは、両請求権規範の本質的的が類似していないことに基づいているが (四宮『請求権競合論』二六頁、四一―四二頁、六二頁)、私は、両請求権規範の目的を持ち出す前に、両債権が異なる事実関係に基づいて発生することから、請求権規範競合説を採るのは無理であるとの認識をもっている。
- (8) 我が国で「ヘンケル基準」を採用するものとして、船越隆司「不当利得返還請求訴訟の訴訟物」『谷口知平教授還暦記念 不当利得・事務管理の研究 (2)』〔昭和四六年〕二〇九頁がある。

(9) 私の「法条競合論」では、法条競合は一個の事実関係の存在を前提とすることから、事実関係の単複を決する基準の提示が要求されていたが(拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷二号一九九頁)、「ヘンケル基準」の採用は、それに対する答えでもある。

(10) 拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷二号二〇一頁では、規範競合方式を認める実際の理由の②として、本方式を認めなければ請求権の識別が不可能になることを挙げ、それを妥当な指摘であるとしていたが、この点は撤回する(既に、拙稿「請求の識別と法的性質決定の区別」民商一〇三卷六号八五七頁註一四で、これと矛盾することを主張していた)。

(11) 三ヶ月章『民事訴訟法(法律学全集)』一三五頁、同『民事訴訟法(法律学講座双書)(第三版)』二六一頁。

(12) もっとも、原因債権が存在しなければ、手形債権でも敗訴するので、本文のような事例では、普通は、原因債権しか訴求されないであろう。

## 六 選択的併合について

1 本稿で紹介した学説のうち、選択的併合を容認するのは、ヘンケル(II三)、ニキツシュ(III一)、ゲオルギアデス(III二)であり、選択的併合を認めないのは、三ヶ月説(II一)、ヘッセルベルガー(II四)、上村説(III三)であった。我が国では選択的併合に対しては敵意に満ちた攻撃がなされるのが常であるが、ドイツでは必ずしもそうでないこと、しかも、三ヶ月説が、ドイツで選択的併合を容認するのは新訴訟物理論(具体的にはローゼンベルク旧説、ハープシャイト)のみである、<sup>(1)</sup>というのは事実<sup>(2)</sup>に反していること、したがって、三ヶ月説が、訴訟物の選択的併合という観念に対する批判を、訴訟物論争における本質的な一つの要素であったとみるのは、<sup>(2)</sup>オーバーであることが、まず指摘されるべきである。

2 さて、両説の争いは、膠着状態に陥っている。両説の論拠を簡単にみておくことにしよう。

選択的併合とは、原告としては、数個の請求中どれか一つが認容されれば目的を達するために、それ以外の請求については審判してもらわなくともよいところから、数個の請求の一つが認容されることを解除条件として、審判を申し立てる場合の請求の併合態様である。裁判所はその中の一つの請求を認容すれば、残余の請求については審判しなくともよいが、原告を敗訴させるには、全部の請求を棄却しなければならぬ<sup>3)</sup>。

選択的併合否定説は、①まず、——解除請求と減額請求の併合のように、請求の趣旨の異なる場合の選択的併合を念頭においた批判のようであるが——選択的併合の場合には、申立が特定していないとの批判を加えるが<sup>4)</sup>、肯定説の側からは、申立は特定している、と反論される<sup>5)</sup>。

②次に、否定説に立つシュヴァープによって、実体法上の条件論からの批判がなされているが、肯定説の側からは、この場合には訴訟上の依存関係が問題となっていない、との反論が加えられている<sup>6)</sup>。③また、否定説から、双方の請求が認容される場合の取扱について、疑念が出されている<sup>8)</sup>。そのほか、否定説からは、④相互に条件づけ合っている二つの訴訟物という構成が技巧的であるという批判<sup>9)</sup>、⑤一部判決をめぐる批判<sup>10)</sup>、⑥選択的併合は、権利の個性を重視しつつそれを確定することが給付訴訟の眼目であるとする旧訴訟物理論の出発点とは完全に矛盾するとの批判<sup>11)</sup>、⑦請求権競合・形成権競合の場面でのみ選択的併合を認めるのは恣意的であるとの批判がある<sup>12)</sup>。

3 選択的併合に対する根本的な検討は別の機会に譲ることにするが、選択的併合否定説においては、いずれの法的観点によっても既判力の異なることがその立論の前提とされている点は、やや問題である。現実には、法的観点により既判力の異なることがしばしばある<sup>13)</sup>。そのような場合には、四で述べたように、請求権競合説に立ちつつ予備的併合を認めるのが、素直な構成であるように思われる。この場合に一個の訴訟物しか認めない選

択的併合否定説に立ちながら、このような構成を採ることは、困難であろう。

実体法上二個の請求権（請求権競合）を認めるのであれば、たとえ下される判決の主文（認容額）が同一であったとしても、——実体法説の立場では——いずれの請求権が認容されるかによって既判力が異なることになる（訴訟物が異なるのだから！）。したがって、同一手続で両請求権が主張された場合には、原則として、原告に順位を付けさせるべきである（予備的併合）。しかし、原告が「どちらでもよい、一方だけ認容して欲しい」といった場合に、それをあえて不適法とするまでのことではないのではあるまいか。原告が望むなら、例外的に、選択的併合を認めても差し支えないと、現在のところは考えている。

- (1) 三ヶ月章『民事訴訟法(法律学全集)』九二頁註一。
- (2) 三ヶ月章「民事訴訟の機能的考察と現象的考察」『民事訴訟法研究第一卷』二七七頁註九、同『民事訴訟法(法律学全集)』九二頁註一。
- (3) 兼子一ほか著・竹下守夫執筆『条解民事訴訟法』(昭和六一年)八二八～八二九頁。
- (4) Hesselberger, Die Lehre vom Streitgegenstand, S. 178-179, S. 215, S. 235; Rosenberg-Schwab, Zivilprozessrecht, 14. Aufl., 1986, S. 600.
- (5) Nikisch, Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess, AcP 154, S. 287; Walther J. Habscheid, Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1956, S. 257; Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess, S. 291.
- (6) Schwab, Der Streitgegenstand im Zivilprozess, S. 85. なぎのシメヴァープの批判は、私には、不可解である(Nikisch, a. a. O., S. 288, N. 15-<sup>a</sup>回同)。
- (7) Habscheid, a. a. O., S. 253-255; Henckel, a. a. O., S. 291.

- (8) Schwab, a. a. O., S. 85-86, 三ヶ月『民事訴訟法(法律学全集)』九三頁註一、上村明広「給付訴訟の訴訟物」岡山大学法経学会雑誌一八巻二号三三三～三三四頁、同「請求権と訴訟物」民訴雑誌一七号一九四～一九五頁、同「アクチオ法的思考と訴訟物」岡山大学法学会雑誌二五巻三〓四号三三四頁註一。
- (9) 三ヶ月『民事訴訟法(法律学全集)』九三頁註一。
- (10) 三ヶ月『民事訴訟法(法律学全集)』九三頁註一。
- (11) 三ヶ月『民事訴訟法(法律学全集)』九一頁、九三～九四頁註一、同『民事訴訟法(法律学講座双書)(第三版)』一〇〇～一〇一頁、上村・前掲「給付訴訟の訴訟物」三三四頁、同・前掲「請求権と訴訟物」一九五頁、同「訴訟物論争の回顧と展望」岡山大学法学会雑誌二二巻二号一四〇～一四一頁、同・前掲「アクチオ法的思考と訴訟物」三三四頁註一。
- (12) 三ヶ月章「訴訟物理論における連続と不連続」『民事訴訟法研究第三巻』一〇八頁註四、同『民事訴訟法(法律学講座双書)(第三版)』一〇一頁。
- (13) 四で述べた不法行為であれば認容額は一〇〇万円、不当利得であれば認容額は九〇万円という事例や、五3で述べた①原因債権にのみ利息が附されている場合、②原因債権の利息のほうが手形債権の利息より高い場合を想起されたい。

## VI 結 語

1 以上、本稿では、新実体法説をめぐる種々の論点に検討を加えてきた。かなりまとまりのない叙述になった嫌いがあるが、最後に、本稿のまとめをし(2～4)、しかる後、請求権競合問題の解決の手順について述べることにしたい(5)。

2 まず、私見は、「一構成要件→一請求権」という図式を維持しないので（V一）、奥田説（II二）のように、観念的請求権を措定する必要性を認めない。また、他の請求権二（多）重構造説（II）に対しては、同説により訴訟物に据えられる請求権が、実体法にその地位を有することに疑問を提示した（V五三）。したがって、その限りで——というのは、請求権のすべての機能について検討したわけではないので——、私見は、請求権一（多）重構造説に対して批判的な立場に立つ。また、全規範統合説（IV）に対しても、同説が「一構成要件→一請求権」という図式を重視する点を批判し（V一）、更に、同説が実務的意義に欠けることを示した（V三三、V四）。結論的に、私見は、請求権二（多）重構造説（II）、狭義の請求権規範競合説（III）、全規範統合説（IV）の中では、狭義の請求権規範競合説が最もすぐれていると考える。

3 狭義の請求権規範競合説（III）の中では、私見は、請求権の発生原因たる事実関係に、請求権の識別要素としての地位を認めるので（I三）、ニキツシュの見解（III一）に最も近く、二分肢説的な新実体法説である。しかし、私見は、同一の事実関係に基づき同一給付を目的とする数個の請求権が発生しうることを認める点では（I註（13）、V五二）、ニキツシュと異なる。つまり、私見は、①当事者、②給付、③事実関係、④請求権の法的性質決定の四要素を、請求権の識別要素として認めるのである——但し、①②③の三要素のみで、請求権が識別されることはありうる（後出5④参照）——。事実関係の同一性は、「ヘンケル基準」（II三）によって判断する（V五二）。

4 訴訟物論につき、私見は、実体法説に立つ。したがって、訴訟物に据えられるのは、実体法上の請求権である。給付訴訟においては、請求権の存否及び範囲（数額）のみが既判力で確定されればよく、請求権の法的性質決定には、原則として、既判力（その他常に発生するところの拘束力）は生じない（I三、V二）。但し、請

求権の識別に、①当事者、②給付、③事実関係、④請求権の法的性質決定の四要素が必要な場合には、例外的に、請求権の法的性質決定にも既判力が生ずる（Ⅰ註(13)、Ⅴ二註(15)）。請求権競合の場合には、二個の訴訟物が認められ、同一手続で両請求権が主張される場合には、原則的に予備的併合、例外的に選択的併合となる（Ⅴ六）。

5 請求権競合問題は、以下の手順によって解決されるべきである。

① まず、請求権競合の前提の吟味が必要である。即ち、同一給付を目的とする数個の請求権規範の構成要件が充足されているか否かが、まず、吟味されなければならない。一個の請求権規範の構成要件しか充足されていない場合には、請求権競合の前提に欠ける。

② 請求権競合の前提を充たしている場合には、次に、数個の請求権規範の構成要件を充足する事実関係が同一か否か（一個か数個か）が、吟味されるべきである。事実関係の同一性は、「ヘンケル基準」によって判断される。数個の事実関係が認められる場合には、請求権競合となる（例、手形債権と原因債権の競合（Ⅴ五）<sup>(1)</sup>）。

③ それに対して、一個の事実関係しか認められない場合には、a 請求権競合（効果並存）、b 法条競合（規範排除）、c 請求権規範競合の三つの可能性がある。<sup>(2)</sup> 具体的事例の解決にあたり、そのいずれが認められるべきかの判断にあたっては、両請求権規範の目的や請求権の一体化要請等に対する考慮が必要であるが、可能的請求権の範囲が異なる場合には、a 請求権競合——場合によってはb 法条競合（規範排除）——となる（Ⅴ四）。

④ 請求権の識別は、②で請求権競合が認められる場合、及び、③でb 法条競合（規範排除）またはc 請求権規範競合が認められる場合には、当事者・給付・事実関係の三要素によってなされ、③でa 請求権競合が認められる場合には、当事者・給付・事実関係・請求権の法的性質決定の四要素によってなされる。

6 以上の検討により、おおまかなものではあるが、請求権競合問題の解決の指針が得られた。今後は、この



指針に基づき、契約責任と不法行為責任の競合、不当利得返還請求権と不法行為に基づく請求権の競合、債権的請求権と物権的請求権の競合、所有権に基づく請求権と占有に基づく請求権の競合といった請求権競合論の各論の検討を進めていきたいと考えている。

(1) 拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷二号二〇二頁の〔図6〕の1（事実関係が数個存在する場合）にあたる。

(2) 拙稿「民法における法条競合論に関する一考察」民商一〇一卷二号二〇二頁の〔図6〕の2（事実関係が一個しか存在しない場合）にあたる。