

契約責任と不法行為責任の競合問題(一)

～責任の観点からの再検討～

能登 真規子

目次

I 序論

1 議論の状況と問題提起

2 課題設定

II フランスにおける責任競合問題

1 概観

2 契約責任と不法行為責任に関する non-cumul 原則

3 non-cumul 原則によって解決されない問題

4 問題解決の二つの方向

5 わが国の請求権競合問題への示唆

III 競合問題を解決するための仮説

1 一つの損害賠償責任

2 規範の優先関係

3 優先関係がない場合

IV わが国における請求権競合問題

1 概観

2 学説 (以上、本号)

3 判例

4 要件の統合について

V 結論

I 序論

1 議論の状況と問題提起

契約上の債務不履行責任（契約責任）と不法行為責任は、他人に対して生じさせた損害を賠償させることを目的

としている点では共通しているが、民法の規定上、両者はそれぞれ独立の制度として分離されており、その要件および効果にも差異がある。契約責任と不法行為責任がどのような関係に立つのかは、古くよりさかんに議論されてきたところである。⁽¹⁾ あらためて指摘するまでもなく、多くの学説が提唱されてきている。請求権競合説、法条競合説という古典的な学説の対立の後、契約責任規範と不法行為責任規範との統合を行う諸説が登場した。しかし、この規範統合説によっても古典的な説が一掃されるには至っていない。今日では、「その細部は別としても骨格部分・本質的部分においては既に論じ尽くされているくらいがある」と指摘されるほどにまでなっているが、問題が解決されたかといえれば必ずしもそうではない。

たとえば、この論争に終止符を打った究極の説と言われる四宮・全規範統合説でさえ、学界にはおおむね好意的に受け入れられたと評価される一方で、「四宮説の説くところは、理論的にはそうかもしれないけれども、現実的には無理であるというのがまた、声なき声の評価のようである」とされ、絶対的な賛同を得ているわけではない。さらに『全規範統合説』(四宮和夫説)は誠に優れた見解ですが、これはまさに民法全体の立法のやり直しであり、そこまで『解釈』の名の下に行ない得るのか疑問を感じます⁽⁵⁾と批判されることさえある。

また、論争に終止符が打たれたといえるのかについても、疑問が残る。最近では、通説の地位を譲ったかのようにも思われた請求権競合説への回帰を説く見解も登場してきており、議論には揺り戻しがみられ、「現在の混沌状態が一応の到達点といえるが、それぞれ問題点をはらみ、いまだ議論の余地がある」との指摘もある⁽⁷⁾。請求権競合問題が解消されているとは、依然として、いえないのである。

近年、私法学会において、「制度間競合論の観点から」という副題の下に、「取引関係における違法行為とその法的処理」というテーマが華々しく議論された。その議論においては、法制度相互の要件・効果に関する解釈論とし

て複数の制度相互の関係を明らかにすることが指向され、請求権競合論はおおむね、すでに論じ尽くされたと考えられている⁸⁾。請求権競合の問題は制度間競合論へと「発展的に解消していくべきであろう」という指摘もある。この見解によれば、たとえば、契約責任が不法行為責任に優先するとする法条競合説は、「民法七〇九条に『契約関係における責任を除く』という要件を付け加えた解釈を施しているわけである。そして、この要件の付加によって、『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』ことはなくなり、問題は解決される。このことは、請求権二重構造説、属性規範統合説、全規範統合説においても、基本的に同様である¹⁰⁾とされている。

しかし、法条競合説とは異なり、請求権競合説、規範統合説においては、たとえば、運送人が目的物を紛失したという事件においても、荷受人が運送人の過失を証明できない場合には、債権者に有利な契約責任を適用して運送人の責任を認め、事故の発生から一年以上が経過しているため短期消滅時効によって契約責任が消滅している場合には不法行為責任を認めるという判断が下されることがある。

請求権競合説、規範統合説では、契約責任が成立する可能性と不法行為責任が成立する可能性とがともに残されており、制度間競合論において指摘されたところは異なり、『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』ことがなくなり問題が解決される』とは必ずしも言い切れないのである。

請求権競合論においては、規範相互の関係を考慮に入れないわけではないものの、個々の事件に即した具体的な解釈論が展開されてきている。これに対して、制度間競合論としての議論では、具体的な事件を捨象した要件・効果の解釈論を展開することによって、規範相互間の関係を事前に明らかにすることが主眼とされている。

制度間競合論はこのような一面的な評価に尽きるものではないかもしれないが、請求権競合論と制度間競合論とはその目的が異なる議論であるから、請求権競合論を制度間競合論の「部分問題」とすることだけで解決できるも

のではない⁽¹¹⁾。請求権競合論は、独自に論じるべき問題である。

2 課題設定

制度間競合論のように、契約責任と不法行為責任との交錯状態を整理し、理論状況を明らかにすることも重要な問題である。⁽¹²⁾しかし、本稿においては、請求権競合論において考察されてきたより古典的な問題を扱う。ただし、契約責任と不法行為責任の要件をともに充足する場合だけでなく、契約責任、不法行為責任のうち一方のみが成立する場合であっても成立しない責任の影響を受けてどちらの責任も成立しないという処理を考えることも可能であるので、このような場合も考察の対象とする。⁽¹³⁾議論が続いている契約締結上の過失や安全配慮義務に関する比較的新しい問題は、本稿では扱わない。⁽¹⁴⁾

従来⁽¹⁵⁾の請求権競合論では、請求権競合説においても法条競合説においても、契約責任と不法行為責任という二つの責任規範の相互類推や平準化が行われてきた。それは、結果の妥当性を確保するため、そのような調整が必要であると考えられ、また、解釈としてそのような調整を行うことも許されると考えられてきたためであると思われる。しかしながら、その調整の必要性は説かれるものの、調整についての理論的な説明はなされることがない。契約責任に基づく請求権と不法行為責任に基づく請求権という二種類の請求権規範の相互作用をどこまでも認めてしまえば、一つの生活事実によって発生する同一内容の損害賠償請求権を二個存在させることになって無駄を重ねることになる。⁽¹⁵⁾また、完全に同一内容の損害賠償請求権が生じるわけではない、すなわち、二種類の請求権規範の相互作用を限定的、部分的に認めるだけだとするならば、相互作用の有無を決定する基準についての根拠を示す必要

があるように思われる。

請求権競合問題について理論的考察を行うことに対しては、「具体的なもの一つの請求権が不法行為と契約不履行とのいずれにもとづくかを詮索する実益は、ほとんどない」との指摘がある(性質決定不要説)¹⁶⁾。また、実際上の適用の場面では、どのような根拠で責任を認定していこうとそれほど差が生じないために、その根拠を明らかにする必要はないとも言われる。現に、医療過誤に関する判決の中には、損害賠償責任の根拠として、契約法の条文と不法行為法の条文を列挙しているものが散見される。

しかし、被害者に損害賠償が認められさえすればその根拠は問わないという態度は、実務的解決としてはともかく、法的理論の構築を放棄するものであるから、賛成できない。

本稿は、このような問題意識から請求権競合問題を再検討するものであるが、わが国の判例、学説に加えて、フランスの損害賠償者の「責任」に関する議論を参考にする。

フランスについては、従来、わが国の判例の立場であると言われる請求権競合説ではなく、請求権非競合説が通説・判例であることが強調されて、紹介されてきた。しかし、このような理解の仕方には、若干の問題がある。フランスの通説的見解は、*non-cumul*¹⁷⁾原則を支持するものであるが、これは、「請求権」非競合説ではなく、「責任」非競合説と呼ぶほうが適切である。

「請求権」競合と「責任」競合とは、単に一つの事象の裏表であるように思われるかもしれない。実際、加害者は、被害者の損害賠償「請求権」を満足させるといふ損害賠償「責任」を負わなくてはならない。しかし、一つの実生活事実から発生した損害について複数の規範の要件が充足される場合に、「被害者救済のためには被害者には複数の請求権が認められるべきである」と考えるならば、「被害者救済のためには加害者には複数の責任を負わせるべきであ

る」ということになるが、はたしてそれでよいのだろうか。

フランスにおける「責任」の競合という問題のとらえ方は、複数の規範によって複数の請求権が発生するように見える場合でも、それらすべての請求権が行使可能となるわけではなく、請求権の行使は加害者の負うべき責任の限度においてのみ許されるという考え方に基づいている。加害者が負うべき損害賠償責任はただ一つなのである。このような考え方は、刑法においては、犯罪者が受けるべき刑罰に関する場面に現れている。一つの行為が規範上複数の犯罪を構成する場合でも、法定の要件に合致するときには、犯罪者が受けるべき刑罰は一つである。刑法では、刑罰には種類があるため、どの刑罰を科すべきかについて規定が置かれている。民法上の責任の場合、加害者が負うべき責任は損害賠償責任であり、それは金銭賠償が原則となっているため、刑法とは異なり明示的には規定されていないものの、賠償額の多寡で判断することが可能である。

本稿では、まず、「Ⅱ フランスにおける責任競合問題」を紹介した後に、「Ⅲ 競合問題を解決するための仮説」を示し、「Ⅳ わが国における請求権競合問題」を通じてその仮説を検証したうえで、本稿なりの「Ⅴ 結論」を述べることにする。

II フランスにおける責任競合問題

1 概観

(1) 契約責任と不法行為責任との競合が認められるか

契約上の債務不履行の被害者である債権者は、債務を履行しなかった債務者に対して、契約責任を追及することができる。さらに、その不履行が同時に不法行為責任の要件を充たす場合がある。このとき、債権者は、契約責任ではなく不法行為責任に基づいて訴訟を提起することはできないのか。これが、フランスにおける責任競合に関する中心的な問題である。フランスにおいて、不法行為責任は、契約責任との対比で、契約外責任であるとされており、契約責任の領域と不法行為責任の領域の重なりを回避するように定義されている。不法行為責任を契約外責任と位置づける考え方自体が、*non-cumul*の原則を採用する方向性を暗示しているように思われる。

これに対して、損害賠償訴権を発生させる原因となる生活事実が一つである場合、わが国の請求権競合説のように、契約責任に基づく損害賠償訴権と不法行為責任に基づく損害賠償訴権が同時に競合的（重疊的）に発生するという考え方や、規範統合説のように、二つの責任制度の利点を併せ持った訴権が発生する可能性は、問題にされな¹⁹⁾い。

フランスにおいて議論されるのは、もっぱら、契約責任と不法行為責任という二つの責任から、当事者がそのうちの一つを任意に選択することができるかという問題である。²⁰⁾

(2) 競合する責任からの自由選択は認められない

破毀院は、契約責任と不法行為責任との競合(*concois*)をきつぱりと否定している。つまり、二つの責任が併存することは認められず、当事者は二つの責任から任意に選択(*option*)を行うことはできないということである。

不法行為責任は契約関係を規律することができず、「契約債務の債権者は、この債務の債務者に対して、利益があるにしても、不法行為責任の諸規範を用いることはできない」というのが、契約責任と不法行為責任の *non-cumul* の原則である。この原則はまた、契約責任への不法行為責任の不介入の原則 (*le principe de la non-immixtion de la responsabilité délictuelle dans la responsabilité contractuelle*)²³とも呼ばれる。この原則は、一八九〇年に破毀院で採用され、それ以来、おおむね維持されている。

この原則が意味するのは、契約に関する問題には、民法典一三八二条以下に規定されている不法行為規範を適用することは認められないということである。不法行為責任の訴権は補助的であり、したがって、不当利得返還請求訴権 (*action de in rem verso*) と同じく、訴訟当事者が、他の訴権に基づいて、つまり、契約責任と不法行為責任との間では契約責任の訴権に基づいて、訴えることができる場合には、補助的訴権である不法行為責任に基づく訴権によって訴訟を行うことは認められないとされている。²³

(3) *non-cumul* 原則の問題点

しかしながら、契約責任への不法行為責任の不介入を意味する *non-cumul* 原則も、例外を許さなければならぬ場合が生じてきている。

詐欺が行われた場合、刑事的に告発される契約不履行の場合、交通事故の間接被害者が関与する場合、建物から生じた損害について建設者に対して建物所有者により訴権が行使される場合に関して、判例は、この non-cumul 原則に従わず、不法行為責任を適用している。

さらに、non-cumul 原則に内在する問題点も明らかになってきた。この原則を適用しようとすれば、裁判上の争点となっているのが契約責任なのか不法行為責任なのかを明らかにしなくてはならない。しかし、契約規範が規律する領域と不法行為規範が規律する領域との境界が不明瞭になり、その領域決定が非常に困難になってきているのである。²⁸⁾

non-cumul 原則を貫徹しようとするならば、議論は、契約責任と不法行為責任の領域を厳密に区別する方向へと進むことになる。わが国でも契約責任と不法行為責任との関係が議論されることは多いが、請求権が競合することを認める限りでは、領域の区別に由来する影響は、フランスにおいてのものほど深刻ではない。したがって、フランス法上の問題は、わが国の議論には一見すると関わりがないようにも思われるかもしれない。しかし、わが国の不法行為法がどのようなものを規律しているかという点では、限定的に列挙された事由についてのみ不法行為責任を認めるドイツやコンロー諸国ではなく、フランス法の状況が最も似ているのである。²⁹⁾そのため、わが国の請求権競合論を解明し、どの規範が適用されるべきであるのかを明らかにするという本稿の目的からは、フランスの non-cumul 原則の問題性を取り上げることが、その解決の手がかりとなるのではないかと考える。

2 契約責任と不法行為責任に関する non-cumul 原則

民事責任 (responsabilité civile)²⁸⁾とは、一般に、他人に損害を生じさせた者が一定の要件の下にその損害を賠償する義務をいうが、それには、契約責任と不法行為責任との二種類がある²⁹⁾。契約上の制度が適用されるために必要な要件を充たさない責任はすべて、必然的に不法行為責任となる。これは、学説によっても判例によっても認められているところである。

契約責任の要件によって、まず、契約責任の適用範囲が決定され、その結果として不法行為責任の適用範囲も定まる³⁰⁾。このような性格から、不法行為責任は、契約責任が生じることのないすべての場面に於いて妥当する「一般法」(droit commun)³²⁾であると言われる。こうして、契約責任の成立しないときに限り不法行為責任が成立するという定式は、二つの結果をもたらす。一つは、いわゆる non-cumul 原則の定立であり、もう一つは、不法行為責任以外の契約外責任、つまり、厳格法定責任³³⁾や事務管理のような準契約に関する責任についても不法行為責任に関する規範が適用されるのを認めることである³⁴⁾。

契約責任と不法行為責任の競合問題に関して、原則的には、それら二つの責任の競合は認められない。契約責任と不法行為責任の適用領域はそれぞれ重なり合わないように分離されている。競合が生じないように定義されているといってもよい。また、契約責任も不法行為責任もともに成立することが観念されるときも、契約責任が成立する以上は、不法行為規範はその問題について介入することができない³⁵⁾。

しかし、契約責任制度が適用される範囲は、そのための要件を立てることによって限定されたものになっている

ために、契約責任の要件が充足されないすべての場合に適用される不法行為責任は、本来的には契約責任が適用されるべきである場面をも包摂してしまう傾向を潜在的に有することにもなる。こうして、契約責任と不法行為責任との領域をはっきりと区別することが困難になり、*cumul*か*non-cumul*かという問題³⁶⁾、つまり、契約責任と不法行為責任を競合的に観念することができるかという問題が発生するのである。

被害者である債権者は、場合によっては、契約責任の要件が充足されていることを主張することを避け、不法行為責任に基づいて責任を追及しようとする。また、二つの制度それぞれから取り入れた規範が同時に適用されることを望むこともあるし、あるいは、一方の訴権による訴訟で敗訴した場合に備えて、予備的にもう一方の訴権を主張することもある。

すでに述べたように、学説の圧倒的多数である *non-cumul* 原則を支持する立場、当事者による選択を否定する立場からは、被害者のこのような方策はすべて否定されることになる。³⁷⁾ 契約責任と不法行為責任とは異なる対象に適用されるのであるから、相補的ではあるが競合することはない明白に異なる制度であるというのがその根拠である。契約自由の原則は、当事者が任意に契約を締結し、当事者の間に任意に法を作り出すことを当事者に許すものであり、当事者は契約規範の規律を受けるために、一般法である不法行為規範を離れると考えられている。³⁸⁾ 「特別法は一般法を破る」(*Specialia generalibus derogant*) の原則に従って、契約法には特別法、不法行為法には一般法という位置づけが与えられているのである。³⁹⁾

(1) 契約責任と不法行為責任との領域の分離

契約責任と不法行為責任との競合問題は、フランスにおいては、多くは、それぞれの適用範囲決定の問題に関わつ

ている。それぞれの範囲が画定され、両者の重なりが全くなければ競合の余地はなくなるからである。フランスでは、①「契約の存在」、②「契約から生じた債務または契約の範囲に含まれる債務」、③「債務者の責任となる債務不履行と債権者に対する損害」という三つの契約責任の要件によって契約規範の適用領域が定まり、それを反映して不法行為規範の適用領域が定められている。⁴⁰⁾ 契約責任のための要件を充たさないものは、すべて不法行為責任の問題となるからである。⁴¹⁾ このような定義は、契約責任によって規律される範囲への不法行為責任の不介入の原則である non-cumul 原則を支えるのに適したものと考えられる。

(2) non-cumul 原則

契約責任と不法行為責任の non-cumul の原則とは、契約債務の債権者は、この債務の債務者に対して、利益があるにしても、不法行為責任に関する規範を用いることはできないというものであった。

契約責任が適用される場面について不法行為法が介入する傾向に関して、裁判所は、その介入が契約上の債務の内容や範囲を直接または間接に変更するおそれがあると考えられるとき、また、契約責任訴権制度の特殊性を害する危険があるときには、その介入を断固として認めない。これが、判例が non-cumul 原則を明示する最も典型的な場面であり、この原則の根拠ともなるべきものである。

i 契約尊重の要請

契約当事者間における契約債務の不履行による責任訴権に不法行為上の制度が適用されると、結果的に、それが契約債務の内容そのものを変える効果を持つ場合がある。このような場合には、契約の強制力そのものが、直接的に訴訟上の問題となってしまう。そこで、裁判所は、このような場合に民法典一三八二条以下の不法行為規定を適

用することに否定的である。

特に問題になったのは、契約上の規範に従えば、法律規定または約定条項によって責任が制限されていたり、明示的な当事者の同意または法令によって不履行要件が緩和されていたりする場合である。判例は、当事者の一方が期待する民法典一三八二条以下の規範を適用することはない。また、一三八二条と契約上の特別制裁とを組み合わせることを明白に否定している。⁴⁴²⁾

被害者が本来の領域以外への不法行為制度の拡張を求めるときに主張するのは、一三八二条よりもむしろ一三八四条一項である。物の所為により生じる責任に正確に対応する契約責任は存在しない。判例は、ある物によって契約上の債務不履行責任が生じたと判断しても契約上の規定を回避することになるおそれがない場合についてさえ、このような場面への不法行為責任の拡張を拒否する態度をとっている。⁴⁴³⁾

不法行為上の規範を適用することによって、契約上の制裁条項、和解条項または相手方当事者との間に通常適用される証明に関する諸規定の適用を回避しようとするときなどについては、契約尊重の要請を考慮して、判例は、契約制度が規律すべきであると考えられる訴訟に不法行為上の規範を適用することを拒絶しているのだと考えられている。⁴⁴⁴⁾

ii 訴訟制度の自律

契約内容そのものに関係のない場合には、原則的に契約規範が規律する範囲へと不法行為上の制度を拡張することが認められるのではないかということが問題とされる。たとえば、裁判管轄と民事訴権の消滅時効に関する規範は、原則として、契約当事者による契約内容の決定には関係がない。したがって、*non-cum* 原則を支持する根拠は、契約尊重の要請からは説明できないことになる。

契約内容と関係のない事由が問題である場合に、被害者は不法行為責任訴権の規定を特に選択することが認められるということがありそうであるが、判例は、ここでもまた、non-cumul説の理論に従って、これを否定する。¹¹⁶⁾

non-cumul原則の必要性は、たびたび説かれるところではあるが、その原則の妥当性は疑わしいものになってきている。

まず、判例は、実際のところ、常にnon-cumul原則を支持しているわけではない。いいかえれば、non-cumul原則による規律が妥当でないと判断される場面が出てきているということである。また、争われているのが契約責任の問題なのか、それとも、不法行為責任の問題なのかという、責任の性質決定をすることがますます難しくなっている。non-cumul原則が契約責任を優先的に適用するものであるということが明らかであるために、当事者がその結果を考慮したうえで、契約責任を根拠とせず損害賠償を求めるという場合もあるからである。

3 non-cumul原則によって解決されない問題

契約責任と不法行為責任の領域を決定するそれぞれの定義からは、契約責任が適用できない場面で不法行為責任が適用されるということになる。しかしながら、契約責任と不法行為責任との領域の分離は、すでに見てきたように、それほど明確なものではなくなってきた。

契約違反そのものが常に不法行為に該当するというわけではないが、契約責任と不法行為責任の境界が不明瞭になつてくると、契約上の債務不履行の被害者である債権者が債務者に対して契約責任の規範を行使することができ

る場合には、不法行為に基づいて責任を追及することもできるのではないかといった疑問が生じてくるのである。¹⁴⁷⁾

フランスにおいては、すでに述べたように、*non-cumul*原則が確立している。しかしながら、判例は、その原則に反する判断をすることがある。¹⁴⁸⁾ フランスの判例においては、契約責任に対する不法行為責任の不介入の原則は、学説理論に反して、必ずしも一貫してはいないのである。

(1) 故意

数多くの判決は、詐欺的なフォートの重大性が、契約関係がある者の間についてであっても、契約責任制度よりもより厳しい責任を負わせることになる不法行為制度の規範を適用することを正当化している。¹⁴⁹⁾

(2) 刑事的に告発される契約上の不履行

刑事裁判において民事上の損害賠償請求権を訴求する付帯私訴はフランス特有の制度であるが、その民事上の訴権が公訴に付帯して刑事裁判所において訴えられるとき、刑事裁判所は、刑事裁判所に対して主張されるフォートの契約的性質を考慮することを拒否するので、それは、実際には不法行為責任の諸原則に従って判断される。判例¹⁵⁰⁾は、刑事裁判所において民事上の損害賠償請求権に根拠を与えるのは不法行為上のフォートだけであるという理由から、契約不履行に関するものについても不法行為制度の規範を適用するのだと言われる。そうでなければ、刑事裁判所では、契約責任に基づく民事上の訴権を行使することは無条件に拒否され、また、不法行為上の訴権にも服さないということになってしまうからである。

もつとも、このような判例の立場は、とかく破毀院刑事部に固有のものであり、これに反して、民事部では、契約上のフォートに基づく責任訴権は、刑法上責任を負わされる場合であっても、契約上の制度にだけ従うものであつて、これに民法典一三八二条以下が適用されることはないと言われる。

(3) 交通事故の間接波及損害の一定の被害者に認められる責任の選択

例外の三つ目は、運送中に生じた人身事故に関するものである。判例は、被害者の近親者に対し、直接、被害者が死亡した場合に、「間接波及損害」(Préjudices par ricochet)の賠償を得るために契約責任の諸原則を用いること、とりわけ運送者が契約を締結した顧客との間でその契約のために負っているとみなされる「結果安全義務」(obligation de sécurité de résultat)の違反を問題にすることを可能にする「黙示の第三者のための約定」(stipulation pour autrui)を用いることができるものと認めている。その結果、契約に直接関係のない第三者も契約責任を追及することが可能である。

裁判所は、さらに加えて、第三者のための約定の受益者はその権利を放棄した場合でも運送者に対して第三者の資格で不法行為上の責任訴権を行使する可能性をも保持しているということ⁵⁴⁾を明示した。つまり、「黙示の第三者のための約定」を利用できる契約当事者ではない被害者は、契約上の訴権によつても不法行為上の訴権によつても訴えることができることになる。

しかしながら、これらの例外は、たとえば、航空運送・海上運送・鉄道運送に関する立法において被害者はすべて、強制的に、統一された責任制度に服することになつていようように、新たに設けられた立法規定によつて適用領域がかなり制限されてきている⁵⁵⁾。

(4) 建設者に対して所有者によって行使される訴権（弁済者代位）

建設の瑕疵により生じた損害を第三者に対して賠償するために責任を負わなくてはならない所有者が行使する訴権は、契約關係について不法行為規範が干渉することを認められたことを示すものである。民事判例は、所有者が一〇年の担保期間の満了後でさえ、契約上の個人的な訴権ではなく、債権者に代位（弁済者代位）することによる不法行為上の訴権に基づく請求を認容する。⁵³⁾

4 問題解決の二つの方向

(1) non-cumuli 原則の維持… 契約責任の加重・特別法による解決

フランスの学説においては、今日では、non-cumuli 原則は、実定法上十分定着した規範であって、もはやその原則自体が問題となる余地はないと言われるほどである。⁵⁴⁾ non-cumuli の原則に従っていない判例は、現時点においては、既に限定されたものであり、将来的には、問題ごとに個別に法律を制定することによって、さらに減少すると指摘されている。⁵⁵⁾

実際、フランスでは、航空運送、海上運送、国際鉄道運送に関して、損害賠償の問題を訴権の種類にこだわらず単一的に取扱う制度が制定されている。交通事故に関する一九八五年七月五日の法律一条の「被害者が契約に基づいて輸送されていたときであっても」という部分は、契約責任と不法行為責任とを区別しないものであるとされる。⁵⁶⁾ 瑕疵ある製造物を製造した者の責任についても、契約責任と不法行為責任は区別されていない。⁵⁷⁾

もつとも、学説上も、契約責任と不法行為責任の間の差異を完全に失わせることは考えられてはいないようであ

るが、将来的にその差異は重要性を失い、強調されるようになるのは、「一般法」(droit général, droit commun)と民事責任に関する特別の諸制度との間の差異であると言われている。⁵⁸⁾そして、契約責任については、通常の責任とは別に、加重された契約責任を活用していくことが提唱されている。⁵⁹⁾

この方向で考えていくと、フランスの non-cumul 原則は、一般の契約責任が否定される場合であっても時には加重された契約上の責任を認めていくという方法により、契約責任と不法行為責任とが競合する可能性のある場面を減少させつつも、維持されていくことになるであろう。

しかし、特別法の制定による解決は、一般的な解決方法を与えるものではないため、新しく生じる問題への対処には適さないという限界があることは否定できない。また、わが国のように、実務上、契約責任と不法行為責任との競合可能性が広く認められている場合には、適用領域を区分し、契約法、不法行為法、特別法のうちのどれに属する問題かをあらかじめ決定するという方法は、事案ごとの性質決定が困難になるだけであり、手段として適当であるとはいえない。

(2) non-cumul 原則の否定：不法行為による最低限の保護

そこで、反対の立場である契約責任と不法行為責任の cumul 説を検討する。契約責任と不法行為責任の non-cumul の原則とは、契約債務の債権者は、この債務の債務者に対して、利益があるにしても、不法行為責任に関する規範を用いることはできないというものであったが、ここでは、⁶⁰⁾両責任を併せて主張することが cumul だとされているのではない。したがって、cumul は、たとえばプラニオル(Planiol)の述べるように、契約責任と不法行為責任との競合 (concoirs) を観念したうえで、そのうちの一方の責任を認めるということを意味することになる。

プラニオルは、さらに、一三八二条以下は公序に関する条文（強行規定）であり、契約責任に基づいては満足を得られない債権者はすべて、一般法 (*loi commune*) によって保護される一般市民の立場で請求を行うことができることを指摘した。つまり、不法行為責任は個人が私的な命令である約定によって削除も変更もできない公序の命令であること、そして、契約関係にある者の間においてでさえ、常にその根底には不法行為上の救済手段が存在することを主張するのである。したがって、この説によれば、不法行為責任は、最低限の保護 (*minimum de protection*) を構成することになる。

この見解においては、当事者が締結する契約によって被害者の保護を厚くすることは可能であるが、損害賠償を完全に失わせたり、不法行為責任の保障する限度以下に削減することはできないということになる。その結果、責任訴権を持つ原告は、その訴権の根拠となる事由が契約上の債務の不履行と不法行為という一般規範の違反を同時に生じさせる場合には常に、不法行為責任の制度を根拠とすることもできる。たとえば契約責任に基づく損害賠償の請求が認められなかった場合に備えて、不法行為責任に基づく損害賠償請求を予備的請求として主張することができるというわけである。

5 わが国の請求権競合問題への示唆

(1) 不法行為責任の位置づけ

ところで、プラニオルの見解のうち、その訴権の根拠となる事由が契約上の債務の不履行と不法行為という一般規範の違反を同時に生じさせる場合という考え方は、わが国の請求権競合問題の前提に合致する。

契約責任制度と不法行為責任制度は、確かに明確に区別される制度ではあるが、契約責任法理論と不法行為責任法理論が個々に進展を続けている現代においては、契約責任と不法行為責任とを峻別し領域の重なりを認めないようとする理論は実際的ではないように思われる。

不法行為責任は最低限の保護を構成するものであるという考え方は、不法行為責任についての個人による免責が制限されているという点からも、妥当なのではないだろうか。

(2) 契約責任の効果

フランスにおいては、契約責任が不法行為責任に優先すると考えられてきている。しかしながら、フランスでの契約責任が他国と比べて特殊であることに注意しなくてはならない。製造物責任の分野では、売主悪意の推定という判例法理が用いられ、また、物の所為による不法行為を規定する一三八四条よりも瑕疵担保責任(契約責任)を根拠に責任追及がなされてきた⁶¹⁾。また、*non-cumul* 説を支持する学説が、契約法の問題であるとしても、その結果は損害賠償責任の否定ではない。*non-cumul* 説を採ることで、むしろ加重された契約責任を認めていくべきであると主張されているのである。

フランスでは、契約責任は当事者が契約自由の原則に基づいて自由に軽減できるものとしては扱われていない。むしろ、契約責任は不法行為責任よりも重い責任であるとみることのできるものである。

これに対して、わが国においては、契約責任が優先する場合、効果として責任が軽減されると考えられることが多い。契約の場合、その内容やそこから生じる責任については当事者が自由に決定することができると考えられているからである。しかしながら、契約そのものに対して当事者の意思によらない規律が要請されてきている昨今、

「契約の尊重」というキーワードだけで、その要請に応じないわけにはいかないように思われる。

(3) 一つの責任

フランス法において、一つの訴権しか認めないというのは自明の理であると考えられており、契約責任と不法行為責任のうち、どちらの責任に基づく訴権なのかということのみが問題とされていた。non-cumulは、契約責任と不法行為責任とを併せて、つまり、重疊的に追及することはできないという意味でもある。

一つの生活事実から生じる損害について被害者の二つの請求権の発生を認めないという意味では、わが国の請求権競合説以外の学説（法条競合説・規範統合説）もまた non-cumulであるともいえるであろう。

民事責任は、加害者の責任という意味では、刑事責任とも関連する面があるように思われる。ことにフランスにおいては、犯罪被害者の損害賠償の訴えである私訴権 (action civile) は、損害を自ら被った者すべてが有するものであり、フランス刑事訴訟法典二条以下に規定されているように、被害者の選択によって、民事裁判所で公訴権とは別個に行使されることもあれば、刑事裁判所で公訴権と同時に行使されることもあり、刑事法との関連が強い。刑事法上、non-cumulは、一つの行為から複数の責任が生じた場合に、最も重い責任のみを科し、合わせて軽い責任を科さないという意味を持っている。ちなみに、わが国でも、刑法における観念的競合に関して、刑法五四条は、「一個の行為が二個以上の罪名に触れ、又は犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるときは、その最も重い刑により処断する」と規定する。

これを民事責任に照らし合わせると、一個の行為から複数の責任が生じる場合にはどちらか重い責任のみが課されるということになる。⁶³

III 競合問題を解決するための仮説

不法行為責任とは被害者に対して最低限の保護を提供するものであると考える。プラニオルの見解と、契約責任と不法行為責任のうちの重い責任を課すという意味での *non-cumul* 原則の意義を考慮に入れたうえで、わが国の請求権競合論の利点でもあった、契約法理、不法行為法理のそれぞれの活用を目指して、本稿における仮説を提示することにする。

① まず、請求権競合を論じるうえで大前提となるのは、規範上複数の責任が問題となることである。これは、請求権競合が問題となる実際上の場面では、当然のことである。

② 次に、それら複数の責任を発生させる規範の間に優先関係がある場合にはそれに従う。

③ 優先関係がない場合には、すべての要件や要素を考慮したうえで、責任の重い方に決定する。その結果、実体法上、実際に発生する請求権はただ一つに定まる。

以下、この仮説について詳説する。

1 一つの損害賠償責任

請求権競合が問題となってきた場面は、わが国の民法上、契約と不法行為との関係では、規範上、契約上の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二つが発生する場面である。どちらか一つの

請求権しか発生する可能性がない場合には、それは、請求権競合の問題にはならない。ただし、一つの請求権しか発生しない場合であっても、否定される他の請求権によつて成立すべき一つの請求権の存在が影響を受けるかどうかの問題となる場合には、請求権競合の問題に準じて扱ふことが必要となる。

2 規範の優先関係

第一の段階では、責任を生じさせる規範に優先関係があるかどうかの問題になる。ある責任規範が他の責任規範を考慮しつつ定められている場合、請求権競合説のようにどちらの規範に基づいて請求してもよいということになれば、特別規定を置いた趣旨が没却されることになる。したがつて、複数の規範の間に優先関係がある場合には、その優先関係を尊重して、特別規定に基づく責任しか生じないと考えるべきということになる。

(1) 契約法と不法行為法との関係

しかしながら、一般法と特別法の関係を、法条競合説のように、契約法が特別法であり不法行為法は一般法であるとの基準に基づいて決定することは、硬直的な結果を生じるため、適当であるとはいえない。わが国の民法の編別上、契約と不法行為とは同列に扱われるのみならず、契約責任の根拠となる民法四一五条は債権総則、すなわち一般法として規定されており、反対に、契約法一般が不法行為法一般に優先することは明示されていない。したがつて、契約法は不法行為法に対する特別法であると一概にはいえないように思われる。

この点、契約規範を特別法、不法行為規範を一般法とする理論が確立し、その結果から生じる不都合にも対処す

る手だても持っているフランスとは事情が異なっている。

(2) 商法と民法との関係

商法一条は、規範の優先関係について、「商事ニ関シ本法ニ規定ナキモノニ付テハ商慣習法ヲ適用シ商慣習法ナキトキハ民法ヲ適用ス」と定める。実際、商法においては、損害賠償請求権発生要件やその効果に関して民法上の規定とは異なる規定が多く定められている。

しかし、商法が民法の特別法であるとしても、契約法についてはともかく、不法行為法の特別法であるとはまではいえないように思われる。商行為に関する問題であるというだけで、民法の不法行為に関する規範に従わないとするのは、商行為に対する過剰な特別扱いである。また、不法行為責任について免責特約が認められないのは、不法行為法が被害者の最低限の権利保障という役割を担っていることの現われであるともいえるだろう。それぞれの規範が特別法、一般法の関係にあるのかについては、事例ごとに個別に検討することが必要となる。

3 優先関係がない場合

一つの生活事実が契約責任を発生させる要件と不法行為責任を発生させる要件の双方を充足する場合で、その契約規範と不法行為規範に優先関係が認められないときには、そこで成立すべき損害賠償請求権の性質が問題にされてきた。そのような場合には、どちらの規範を適用すべきであるのかを一律に定めることはできないからである。

請求権は一つしか発生せず、その請求権はより重い責任の規範に基づいて発生するというのが、本稿の仮説である。

請求権が競合するという観点から考えると、一つの事件から生じた一つの損害について、債権者が債務者に対して二つ以上の請求権を持つのは、当然のことになってしまふ。むしろ、法文上認められる複数の請求権のうち、どれか一つだけを選択しなければならぬということの説明の方が困難である。複数の請求権のうちから、債権者に有利なものだけが選択されると考える場合、その理由を明確にすることも同様の問題を生じさせる。

これに対して、責任が競合すると考えれば、一つの事件から発生した一つの損害について、加害者が複数の責任に基づいて損害賠償をしなくてもよいというのは、自ずから明らかであるように思われる。本稿の仮説と同じ観念に立つものとも考えられる刑法では、観念的に競合する責任のうち加害者はより重い一つの責任を負うということについて、判例・学説に争いはない。

責任の観点を採用することによって、民事責任の場合にも、一つの事件から生じる一つの損害について、加害者が負うのは一つの責任であるということが明確に意識される。そして、その加害者の責任の裏返しとして、被害者は一つの損害賠償請求権だけを有するのである。

これが、本稿において請求権の側からではなく責任の側から問題を論じる理由であり、本稿の仮説を立てる基礎となっている考え方である。

複数の責任規範を充足する事実は複数の責任を発生させるように見える。契約責任と不法行為責任は観念的に競合する。それらの責任をそのまま実在するものと扱えば、後述する請求権競合説になる。

しかし、責任はあくまでも規範上観念的に競合するだけであって、規範上併存した二つの責任のうち重い責任に

基づいて請求権が発生すると考えるべきである。被害者である債権者にとっては、結果的に、それがより有利なものであることになるが、本来は複数の責任を負わなくてはならないはずであつたともいえる債務者にとつても、重い責任、すなわち、損害賠償額の多い方の責任を課すことは不当ではない。⁶³⁾

この仮説のメリットは、不法行為規範による最低限度の権利保障機能を確保することが可能となる点である。たとえば、当事者の合意や商法の規定によれば債務者は完全に免責されることになるものの、法理論の発展からそのような免責が不相当であると感じられるようになる場合もある。この場合に、免責が許されていない不法行為責任が効いてくるのである。もつとも、当事者の合意や商法の規定を不法行為規範によつて完全に否定し、無意味なものとしてしまうこともまた不都合だと考えられる場合もある。そのような場合には、後に詳しく論じるように、複数の規範それぞれについて損害賠償責任が認められるかどうかを検討し、それぞれについて時効や過失相殺を考慮したうえで損害賠償額を算定して、どれがより重い責任になるかを決定し、その重い方の責任規範から損害賠償請求権が発生すると考えることになる。

この仮説は、要するに、複数の観念的な責任が発生する場合、その責任を発生させる規範に個別的考慮に基づき優先関係があればその優先する責任に基づいて請求権が成立し、優先関係がない場合にはより重い責任に基づいて請求権が成立するというものである。

この仮説を念頭に置きながら、わが国の請求権競合問題を再検討してみることにする。

IV わが国における請求権競合問題

1 概 観

請求権競合問題は、一般に、一つの生活事実が形式的には請求権の発生原因となる法的性質の異なる複数の要件を充足することになり、その結果、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と考えられる場合に、請求権規範の数に対応する請求権の成立を認めるべきであるか（請求権の単数・複数）、権利者・義務者間の法律関係はどのような規範によって処理されることになるのか（適用規範に関する性質決定）という二つの問題をめぐって展開されてきた。

まず、請求権の単数・複数の問題について、複数の請求権が併存することを認めるのが請求権競合説のとり方であり、一つの請求権のみを認めるのが法条競合方式と請求権規範統合方式である。

法条競合方式と規範統合方式は、どの請求権を認めるのかについての決定方法が異なっている。また、規範統合方式を採用する学説には、請求権二重構造説、属性規範統合説、全規範統合説の三つがあるが、規範を統合する方法に違いがある。これらの規範統合説は、規範統合方式を採用するといえ、すべての場合に規範統合が行われるとするのではなく、請求権競合方式や法条競合方式をも採り入れている。

判例は、請求権競合説を採用していると言われる⁶⁶。しかし、請求権競合説では複数の現実的請求権が生じる可能性があるが、実際の裁判において複数の請求権が同時に認められることはないのであるから、この意味では、判例

が請求権競合説であるという必要はない。⁶⁷⁾むしろ、請求権競合説を主張する意味が見出されるのは、一方の請求権が行使できない場合である。一方の請求権しか行使できない場合に判例が導いてきた結論は、本稿の仮説を含む請求権競合説以外の理論によっても説明可能である。

2 学説

学説は、請求権競合説、請求権非競合説、規範統合説の三つに大別される。それぞれの考え方の概要を示し、検討を加える。

(1) 請求権競合説

請求権競合説においては、契約責任に基づく損害賠償請求権と不法行為責任に基づく損害賠償請求権の二つの請求権が現実が発生することが認められている(原告に二つの請求権の主張を許し裁判所が最終的に一つを選択する場合と、原告に有利なもの一つだけを選択させる場合が考えられる。ただし、予備的請求を妨げられない)。規範の相互作用の有無により、自由な請求権競合説と作用的請求権競合説とに分けられる。また、自由な請求権競合説の適用範囲を限定する修正請求権競合説が区別される。⁶⁸⁾

i 自由な請求権競合説(純粹請求権競合説)

① 概要

自由な請求権競合説⁶⁹⁾は、契約上の債務不履行による損害賠償請求権と不法行為による損害賠償請求権とは要件と

効果が別個に定められている別個の請求権であり、それぞれの要件が充たされれば、それぞれの請求権が成立し、その効果を主張できるとする。

一般に、實際上、二つの請求権の間で自由な選択を認める方が債権者の保護に適するとされ、二つの請求権は、満足による消滅の点を除いて、相互に無関係な独立の存在であると考えられている。請求権競合説による請求権発生方式は、簡明で、法的安定性の要求にかなうことが利点であるとされる。⁽⁷¹⁾判例の主流は、この見解に立つと言われている。⁽⁷²⁾

② 検討

しかしながら、この説は、一つの行為の結果によって複数の請求権が成立することを認めることになるという弱点を持つ。

同一事象につき同一当事者間に同一の目的を有する複数の請求権が一般的に併存することを認めるのは妥当ではない。⁽⁷³⁾一方の請求権の譲渡または双方の請求権の異なった者への譲渡により二重弁済等の複雑な問題を生じさせるからである。⁽⁷⁴⁾請求権競合説を支持する論者からは、債権譲渡や二重弁済などの問題を当事者の意思を解釈することによって解決すればよいと反論されるが、⁽⁷⁵⁾当事者の意思を基準にすることで問題が解決されたとするのでは、説明としては不十分であると思われる。また、二個の独自の請求権が併存していると考えらるならば、一方で敗訴しても他方で再訴できる結果となってしまう点にも不都合がある。⁽⁷⁶⁾

このような請求権競合説についての批判に対しては、実務上、弊害が特に問題となっていないわけではなく、単に理論上の問題に過ぎないとして、請求権競合説を擁護するものもあるが、⁽⁷⁷⁾請求権競合論で問題とされているのは、まさに法理論なのであるから、この見解は反論に応えてはいえない。

複数の請求権が成立するとはいえ、それぞれの請求権に基づいて満足を得るわけではないのであるし、むしろ、加害者に複数の損害賠償責任を負わせる可能性を残すこの説は不当である。

ii 作用的請求権競合説

① 概要

作用的請求権競合説⁷⁸⁾は、本来的な請求権競合説である自由な請求権競合説(純粹請求権競合説)を貫くと、契約責任に関する法律上の責任軽減規定などが無意味となってしまうと考えられたため、「複数の請求権が無制限に併存することを肯定することは実際的でない場合もある」という理由から、請求権競合説に立ちつつも、併存する両規範の相互作用、特に契約責任規範の不法行為規範への影響を認めるものである⁸¹⁾。主として、責任軽減規定に関わる。

たとえば、高価品運送に関する商法五六七条を不法行為にも類推適用し⁸²⁾、特約による免責を不法行為責任にも及ぼすなどである。判例にも、後で検討するように、故意過失の証明責任が運送取扱人にあるとする商法五六〇条を運送取扱人の不法行為責任にも及ぼすものや⁸³⁾、反対に、債務不履行を理由として損害賠償を請求した場合にも債務不履行を構成する事実が同時に不法行為としても評価することができる⁸⁴⁾ときには、不法行為に準じて相殺は許されないとするものがある。

② 検討

この作用的請求権競合説は、二つの請求権が実在するものと考える点で、自由な請求権競合説と同様に批判できるばかりか、場合によっては一方規範が他方へと作用すると考えるために、どのような場合に作用するのかを明瞭にしていけない点にも問題がある。

契約責任、不法行為責任のそれぞれが解釈論の発展によって接近してくることに、請求権の競合が問題になる場合にそれぞれの規範が相互に影響を及ぼしあうことは、区別されるべきである。⁸⁵⁾

iii 修正請求権競合説（折衷説）

① 概要

修正請求権競合説⁸⁶⁾は、債務不履行責任と不法行為責任の競合が常に生じるのではなく、債務者の故意行為または契約上予想された程度を逸脱する行為があった場合にのみ、請求権競合が問題になるとして、請求権競合説の方式が用いられる場面を限定する。

この修正請求権競合説において、請求権が競合する場面を限定するのは、通常の過失行為または債務者の業務遂行の範囲内で起こった加害については、運送契約等に関する民商法上の規定に従って当事者間のリスク配分が予め定められており、もっぱらそれらによることが合理的であると考えられているためである。

この説では、通常の加害は契約規範によって規律されることになるから、結局、請求権競合説と法条競合説との折衷説⁸⁷⁾ということになる。

② 検討

修正請求権競合説では、競合の有無を判断する基準が重大な問題である。

逸脱行為か否かの判断のリスクを被害者に負わせるため、裁判所が逸脱行為であると判断する場合に被害者が逸脱行為でないと考えて契約責任を追及するとき、また、その逆の場合には、被害者は単なる判断ミスによって敗訴する可能性があるから、被害者の保護に適さないとして批判されることもある⁸⁸⁾。

しかし、この批判は必ずしも的確なものであるとはいえないように思われる。訴訟をする際には、被害者は、契

約違反による損害賠償請求と不法行為による損害賠償請求とを、選択的併合という手段によって同時に行うことが可能であるから、そのような基準を持ち出すこと自体は、必ずしも、被害者の保護に適さないものとはいえないからである。

しかし、債務者の故意行為または契約上予想された程度を逸脱する行為があった場合にのみ、請求権が競合するものと扱うという発想は、むしろ、契約規範による規律を否定し、不法行為規範によって規律されるものとするというのと同じである。ここには、契約に関する問題については、契約規範によって処理すべきであるという信念がうかがえる。最近、この修正請求権競合説(折衷説)に立って、「人身侵害については不法行為の要件しか充足されないため責任競合問題の前提に欠けるが、財産権侵害については両責任の要件が同時に充足されるため責任競合問題が発生しえ、その解決は法条競合説による」という見解も主張されてきている。これも、財産権侵害は、契約規範によって処理すべき問題であり、契約規範は人身侵害について規律することを予定していないのと同じである。

契約に関する問題について、不法行為規範による規律は排除されるべきなのか否かというのが、以下で述べる法条競合説と共通して、この修正請求権競合説の有する問題点である。

(2) 請求権非競合説

i 法条競合説

① 概要

法条競合とは、複数の規範(群)の衝突に際して、両規範(群)の間に順位関係が存するために、一方の規範(群)

が優先し、他方の規範（群）の適用がそのかぎりでは排除されることを意味する。⁹⁰ 契約責任と不法行為責任の競合問題に関して、法条競合説では、契約上の債務不履行責任は、特定当事者間の具体的な特殊関係である契約関係から生じる責任であるから、一般的関係において生じる不法行為責任を排除すると考えられることになる。⁹² したがって、契約上の債務不履行に基づく損害賠償請求権のみが発生する。

② 検討

法条競合説の最大の弱点は、その硬直的な不法行為規範の切り捨てである。確かに、契約規範は、「取引関係の迅速かつ早期の安定」という要請や、事業者にとっての損害の予測可能性、したがって、リスク転嫁の可能性を反映したものであり、損害が発生した場合、契約関係があるときには、契約規範を優先させるべきであるという考え方も成り立ちうる。

しかしながら、契約関係がある場合に、常に、契約規範が優先されると考えるべきではないように思われる。契約責任に関する法理論も不法行為責任に関する法理論も、社会の発展に伴って次第にその姿を変えていくものであるから、個々の問題は、制度の優劣の問題として規律するのではなく、契約外の義務が併存することを前提として、契約上の義務がそれを変更することになるか否かを個別に吟味することが必要になってくるのである。

法条競合説の「かような図式的割切りは、法解釈学が具体的紛争解決の妥当性の確保を目的とすること、すなわち社会の発展ないし変動に伴い、法典化の際に前提とされていた種々の具体的紛争とは別の新たな種類の紛争が現れる場合は、法学は体系化ではなく、紛争解決の学としての性格を帯びねばならないことを顧慮していない」とも指摘されている。⁹³

法条競合説は、論理的には明快でわかりやすい構成ではあるが、形式論理的、一義的であり過ぎるところに問題

が生じるのである。法条競合説の結論は、後に検討するように、判例が導いてきた結論と大きく離れてしまい、落ち着きのいいものとは言いがたい。

ii 修正法条競合説

① 概要

法条競合説の一種である修正法条競合説は、侵害された法益が当事者の合意による契約規範の外にあると考えられるような場合には、契約責任ではなく、不法行為責任の問題として扱い、悪意または重大な過失によって債務を履行しなかった場合には、契約関係において責任が軽減されているようなときでも不履行者は責任軽減の利益を受けないとして、結果的には、契約関係の中に不法行為責任法を取り込むような扱いをするものである。⁹⁴⁾

② 検討

通常の場合には契約規範が優先的に適用されるべきであるとする法条競合説を修正する見解でありながら、侵害された法益が当事者の合意による契約規範の外にあると考えられる場合には、その適用を否定すると考えると、ここでは、契約規範を適用すべきであるか否かという判断が先に立ってしまうのではないだろうか。契約違反について、その効果を当事者の合意によって契約規範が適用されるか、不法行為規範が適用されるかが左右される点も問題である。

iii 規範領域分離説

① 概要

最近登場した規範領域分離説⁹⁵⁾では、「契約責任は、給付利益・給付義務という構造により不法行為責任と限界つけられ、両責任の競合はありえない。そして、給付外利益の侵害について契約責任が拡大されている領域については、

一方で、法律解釈上の理論の借用にすぎないものがあり、他方で、真に契約上の問題とされるべきものがある。しかし、後者も給付外利益の侵害がなされているため、契約責任たりえず、契約関連利益の保証ないし担保ということにより説明されねばならない。それがいかなる場合に認められるかは個別的に決せられねばならない」と主張されている。

「損害賠償責任を一元化した上でその中のどの類型化として損害賠償責任を再構成」することが目指されているが、「不法行為規範を積極的に取り入れて平準化を図った不競合説、全規範統合説及び性質決定不要説の狙っているところと実質的には同じであり、損害賠償責任は一つであり、複数の損害賠償責任が成立するということはありえず、損害賠償責任の中のどの類型としてその問題となる事例をどのように処理すればよいのかということだけを考えればよい」とされている。

② 検討

規範領域分離説では、おおよそ、契約締結前、契約終了後の問題は不法行為規範に属し、契約期間内に生じた責任の問題については、契約利益（給付利益）の侵害と完全性利益（給付外利益）の侵害を区別して前者は契約規範、後者は不法行為規範の規律を受けると考えられている。

しかし、その領域分離の方法が仮に妥当であるとしても、契約締結前、契約終了後の完全性利益の侵害以外の責任が争われる場面をどのように処理していくかが問題である。たとえば、賃貸借契約が終了した場合、契約が終了時の返還を想定している点からの目的物返還義務およびその義務の違反は、債務の本旨に関する問題であるともいえるが、他方、契約が終了している点では不法行為責任を考へることも可能であって、あらかじめ領域決定をすることは容易でない。

契約責任が優先するものとすればその根拠が必要となり、法条競合説のもつ弱点がそのままではまるることになる。展開中の理論であるが、問題となった事実をどのように振り分けていくのが最大の問題であるように思われる。

(3) 新訴訟物理論

① 概要

以上のように、請求権競合説と法条競合説とが、理論上、厳しく対立する状況の中で、請求権競合問題の解明に新しい光をもたらしたのが、いわゆる訴訟物論争における三ヶ月・新訴訟物理論であった。¹⁰⁰ここで、訴訟法の議論を検討することは不可能であるが、実体法の議論での問題解決に将来の方向を指し示したとされる、その多大な影響を鑑み、簡単に紹介する。

この理論によれば、実体法上は数個の請求権が競合するが、紛争が一つで、実体法秩序が一回の給付しか是認しない場合には、訴訟物は一回の給付を求めうる法的地位の存否の主張であり、実体法上の請求権は訴訟物ではなく、それを基礎づける法的観点に過ぎないとする。この理論においては、紛争の一回的解決が非常に重視されている。請求権競合説と法条競合説との対立は、法的観点の次元での対立にとどまり、訴訟物の構成には関係しないことになるため、¹⁰¹新訴訟物理論の論者によれば、裁判所は、契約上の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うち、どちらの請求権、すなわち法的観点を選んでよいとする。¹⁰²

② 検討

注意しなければならないのは、この見解は、債務不履行責任と不法行為責任が相互修正によって実体法的に差が

ないことが前提とされているという点である。両者に差がある場合には、どのように処理するのかについては、明らかにされていない。この理論の実体法上の立場は請求権競合説であると考えられるが、訴訟物に関するこのような法的観点の扱いは、結局、請求権が競合すると考えられる場合には、実質的に一個の請求権を認めつつ、原告に有利に両者共通の属性を認めるという可能性に道を開くことになる。この点にこの説の意義があり、過渡的な理論であったといえよう。

(4) 規範統合説

契約関係に関する特別が不法行為責任にどのように影響を及ぼすのかは、新訴訟物理論においては明らかにされていない⁽¹⁰³⁾。あるいは反対に、契約責任が加重されている場合や、不法行為責任が軽減されている場合についても、触れられていない。

このように契約責任と不法行為責任との間に差異がある場合について、規範統合説は、実体法のレベルにおいて、請求権を統合し、単一化しようと試みるものである。規範統合説に分類されるのは、請求権二重構造説、属性規範統合説、全規範統合説の三つの見解である。

i 請求権二重構造説

① 概要

請求権二重構造説⁽¹⁰⁴⁾は、実体法上請求権の競合が生じる場合においては、観念的には複数の請求権（観念的請求権）が競合するが、実際の具体的事例においては、一個の請求権（実在的請求権）だけが存在するとする。

この説は、請求権を観念的請求権と実在的請求権とに区別する。観念的請求権は個々の法規から生じる個別的権

利であるのに対して、実在的請求権は、具体的な性格の次元において、実際に、行使・讓渡・満足される請求権であるとし、実在的請求権の法的性質は、競合する観念的請求権の法的性質から合理的に、原告に有利に、取捨選択して決定されるとする。実在としての一個の請求権の法的性質の決定に際しては、競合する観念的請求権のどれかが認識根拠として機能するのであり、観念的請求権が性質決定に決定的な役割を果たしているという意味で、契約規範と不法行為規範の重畳的適用⁽¹⁰⁵⁾ともいえるべき説である。

② 検討

請求権二重構造説では、実在する単一の請求権の法的性質に関する決定方法が問題となる。競合する請求権の法的性質から、「一定の法則」に従って、「合理的」に取捨選択され、裁判官の恣意は許されないとされるが、具体的にはどのようなものになるのかを理解することは困難である。

この説に対しては、契約責任と不法行為責任の競合の場合、三年以内に損害賠償が請求された場合には、両方の観点を適用しうるが、三年の時効完成後は、債務不履行に関する法のみが適用され、不法行為という観点は一切援用しえなくなる、したがって相殺も可能ということになるが、単一の請求権がその存続期間の途中で相殺不可能なものから(五〇九条)相殺可能なものへと属性を変化させるという結論は是認し難いとの批判がなされる⁽¹⁰⁶⁾。

しかしながら、実体法の規範に照らせば、時効によってある規範を適用することができないことになった場合、その規範を適用できないのは当然であるから、単一の請求権の属性に関して生じる問題に対してのみ、批判されるべきものと考ええる。

ii 属性規範統合説（請求権規範競合説・新実体法説）

① 概要

属性規範統合説⁽¹⁰⁾は、同じ内容の給付を要求する複数の請求権が競合するようにみえる場合も、実体法秩序は一個の給付を是認するにすぎないのであるから、請求権の個数も一個とみるべきであるとする。この説は、新訴訟物理論を実体法の領域において実現したともいえるものである。

この説によると、複数の請求権規範は、一個の請求権を基礎づける法的基礎にすぎない、つまり、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）しか成立しないとされる。その統一的請求権の属性（法的性質）は、①競合する法規間に順位関係があればそれに従い、②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、②の場合には、それぞれの法規の意味や目的に照らして合目的に、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とする。

なお、複数の法規を基礎にした単一の請求権が成立する場合、この請求権は複数の法規の構成要件のいわば共同の法律効果であり、この場合、構成要件は、複数の法規の抽象的構成要件を総括したものになるから、単一の請求権の成立には、複数の法規の構成要件の要素が同時に存在することが前提にされている。

② 検討

属性規範統合説では、請求権二重構造説よりも詳しく検討されているが、合理的、合目的、合法則的に決定されるべきであるというものの、「債権者に有利に」という基準しか示されず、説明としてはなお不十分であるように思われる。

iii 全規範統合説

① 概要

全規範統合説⁽¹⁰⁹⁾は、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する場合には、請求権の単一的取扱いが要求されるため、請求権規範を統合すべきであり、統一的な法的効果に対する統一的な構成要件が考えられてもよいはずであるとして、構成要件の部分においても規範の統合に進むべきものとする。

請求権を統合する方式については、法条競合方式と全請求権規範統合方式の二つが考えられている。

法条競合方式が採られる場合には、両規範について、その要件が包摂関係に立つか交錯関係に立つかを考察し、それらの目的・機能の対比を行い、一方規範に一方的優位が与えられる。契約責任と不法行為責任との関係に関しては、契約責任規範のリスク配分の方がはるかにきめ細かである以上、原則として契約責任によるリスク配分を優先させるべきであるということになる。

一方、全規範統合方式による場合には、法的効果と構成要件がともに統合されるが、法的効果については、両規範の目的・機能に照らしつつ、どのような基準に従って個々の効果規範を統合することが当該場面における利益状況に最も適合するかを考察して行われる。

構成要件の統合については、実際問題として、あらかじめ、両規範の要件を相対応するように分析整理し、共通のメルクマールとそうではないものとを区別して、同一性が確定される場合には、一応、水平化、同化(相互作用)、同一実体の抽出という同一化を試み、同一でない両要件の場合には、まず包摂関係による統合、次に機械的統合によってなされる。

契約責任と不法行為責任との関係では、不法行為となる加害行為が同時に契約上の安全義務(他人の人格権・財

産権の安全について配慮すべき義務）を侵害した場合には、契約規範と不法行為規範の調整・統合が必要になるとされる。調整・統合が必要な場合には、問題となる契約の履行を内的関連を有する行為によって安全義務が侵された場合（内的関連行為による場合）には契約責任規範によるリスク配分が及ぶが、契約の履行を内的関連を有しない行為による安全義務の違反の場合（逸脱行為による場合）には、契約責任規範によるリスク配分が及ばないことになる。

契約責任規範によるリスク配分が及ばないとは、契約責任規範の適用が全面的に排除されるという意味ではなく、債務者の責任軽減に作用するものは適用されないが、債務者の不利に作用するものは適用されるということである。したがって、結局、契約責任規範と不法行為責任規範のうち、債権者にとって有利なものを適用すべきであるということになる。

もつとも、可能的請求権を発生させる事実関係が異なるとき、両規範が異なる法系に属するとき、両規範が本質的目的の類似性を欠くときには、請求権競合方式によるべきであるとされている。

② 検討

全規範統合説に対しては、まず、統一的請求権の法的性質について、他の規範統合説に対するのと同じように、統一的請求権の性質のあいまいさを批判することができるであろう。

そして、この説の最大の特徴は、既存の法規範にとらわれることなく、「全法秩序」から統一的請求権が成立することを認め、同時に統一的請求権を成立させるべきであることであるが、これはまさに、立法をやり直すことに等しく、またすべての法規範を考慮して要件を統合することは不可能である。

さらにこの説に対しては、（四宮説では）「債務不履行と不法行為に関しては、契約責任規範によるリスク配分

の及ぶ範囲(つまり、契約責任規範を適用するかどうか)は、当該契約履行と『内的関連ある行為』についてであり、契約履行からの『逸脱行為』については及ばないとされる。そして、いかなる場合がそれぞれの場合にあたるのかという点について、例えば、消滅時効に関して四一六条を前提とする利益考量の中味を分析され、不法な行為に対しては、権利者にとって有利な不法行為規範を適用すべきだとされる。個々の問題点ごとに利益衡量をしつつ両規範のどれを選択して両規範をどのように調整すべきかを論じられるが、その内容および論理はきわめて難解である。またそれぞれの責任規範が前提する利益考量判断がはたして四宮博士の分析される通りであるのか、さらに規範の予定するリスク配分を前提として行う、個々の規範の選択が四宮博士以外の者によっても同様に妥当性あるものとして客観的に評価できるものかどうか、疑問がないわけではない。四宮博士の精妙な理論展開には敬意を表すが、具体的な選択判断に関しては、立法あるいは判例の積重ねによって規範統合が行われるのでなければ、個々の解釈者の判断によって規範調整の結論が異なる危険性があるように思われる⁽¹⁰⁾という批判がなされているが、この批判は、この全規範統合説の弱点を的確に表しているように思う。

注

- (1) 川島武宜「契約不履行と不法行為の関係について(一)(二)(三・完)——請求権競合論に関する一考察——」法協五二卷一
号二二三号(一九三四年)、『民法解釈学の諸問題』弘文堂(一九四九年)所収(後者により引用)、三ヶ月章「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——」我妻還暦『損害賠償責任の研究(中)』有斐閣(一九五八年)、四宮和夫『請求権競合論』一粒社(一九七八年・初出一九七三年)、奥田昌道「請求権と訴訟物」『請求権概念の生成と展開』創文社(一九七九年・初出一九六八年)、奥田昌道・編「取引関係における違法行為とその法的処理——制度間競合の視点から」有斐閣(一

九六六年)、など多数。

- (2) 奥田昌道「本連載の趣旨・総論」ジュリ一〇七九号(一九九五年)八七頁。
- (3) 奥田昌道「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——」法教一五九号(一九九三年)一一一頁。
- (4) 奥田昌道・注(3)二二頁。
- (5) 前田達明『口述債権総論(第三版)』成文堂(一九九三年)二二七頁。
- (6) 半田吉信「責任競合論——請求権競合説への回帰——」北川還暦『契約責任の現代的諸相(上)』東京布井出版(一九九六年)一八七頁。
- (7) 尾島茂樹「不法行為請求権と他の請求権との競合」別冊法七『法学ガイド&民法Ⅳ』日本評論社(一九九二年)二五頁。
- (8) 奥田昌道「シンポジウム報告・取引関係における違法行為とその法的処理——制度間競合の視点から」私法五九号・有斐閣(一九九七年)四頁。
- (9) 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(一九九六年)一六二頁。なお、道垣内弘人「シンポジウム報告・請求権競合問題から制度間競合論へ」私法五九号(一九九七年)八頁。
- (10) 道垣内弘人・注(9)一六一頁。
- (11) この点は、制度間競合論の中でも、すでに指摘されている。たとえば、山本敬三「シンポジウム報告・取引関係における違法行為をめぐる制度間競合論——総括」私法五九号(一九九七年)四二頁。
- (12) 半田吉信・注(6)三六六頁。
- (13) 奥田昌道「債務不履行と不法行為」『民法講座4』有斐閣(一九八五年)五六七頁。
- (14) 契約締結上の過失については、契約外の領域に属する問題として不法行為法による規律も考えられてきたが、国際的なレベル

では、将来的には、契約法の規律対象とされることが予想される。たとえば、国際商事契約に関するユニドロワ原則(一九九四年)は次のように規定する。

二・二五条(不誠実な交渉)①当事者は自由に交渉することができ、かつ、合意に達しないからといって責任を負うことはない。②ただし、交渉を不誠実に行ない、または、交渉を不誠実に破棄した当事者は、他方当事者が被った損害を賠償する責任を負う。③不誠実とは、特に、当事者の一方が、他方当事者と合意する意思がないにもかかわらず、交渉に入り、または、交渉を継続することを含む。

安全配慮義務については、契約ごとに義務の性質が異なるために、この問題が契約法の領域に属するの不法行為法に属するか、一律に論じることにはそもそも無理があると思われる。

(15) 四宮和夫・注(1)六一―六二頁。

(16) 鈴木祿弥『債権法講義(三訂版)』創文社(一九九五年)三〇九頁。

(17) 「cumul」という言葉は、一般に「競合」と訳される。しかしながら、正確に言えば、「conours」である。フランスの教科書ではこの用法の誤解が指摘されている。たとえば、以下のようなものがある。G. Viney, *Traité de droit civil*, t.3, La responsabilité Fconditions, L.G.D.J. 1982, n° 216.; F.Terré, P.Simier et Y.Laquetue, *Droit civil. Les obligations*, 5^eéd., Dalloz, 1993, n° 834.; B.Starck, *Obligations*, 2. Contrat, 5^eéd., Litec, 1995, n° 1828.

(18) 松浦聖子「フランス民法における non-cumul 法理について」法学政治学論究二四卷(一九九五年)九五頁以下では、non-cumul 原則の確立の過程、展開、実務上の適用が紹介されている。

(19) *Civ.*, 8 juin 1979, D.1980, 563, note-Espagnon.

(20) P. le Tourneau et L.Cadiet, *Droit de la responsabilité civile*, Dalloz 1996, n° 342.

(21) *Civ.1^{re}*, 11 janv. 1989, J.C.P.1989, 21326, note-Larroumet.; *Civ.1^{re}*, 4 nov. 1992, *Bull.civ.*, 1992, 1, n° 276.; *Civ.2^e*, 26 mai 1992, *Bull.civ.*,

1992, 2, n° 154; Civ. 3^e, 9 juin 1993, Bull. civ., 1993, 3, n° 204.

(22) Tourneau, *op. cit.*, (note 20), n° 343.

(23) Civ., 21 juill. 1890, D.P. 1891, I, 380. 松浦聖十・注⁽¹⁸⁾一〇一頁も参照。

(24) H. Mazeaud, L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, D.H. 1935, chr. 5.

(25) Tourneau, *op. cit.*, (note 20), n° 345.

(26) Tourneau, *op. cit.*, (note 20), n° 344.

(27) クリステイアン・フォン・バルル著(窪田充見・編訳)『ヨーロッパ不法行為法(2)』弘文堂(一九九八年)一六七〜一九九頁。

(28) G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 1987, *puf*, p. 273-274.

(29) H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, par F. Chabas, *Leçons de droit civil: obligations théorie générale*, Montchrestien, 1991, n° 390 によれば、第三者に対して生じた損害賠償の問題はすべて民事責任の問題となるため、民事責任の範囲は民法上の問題にとどまらず、公法の問題にも関わることになる。

(30) Mazeaud, *op. cit.*, (note 29), n° 390.

(31) 平野裕之「一九世紀後半におけるフランス契約責任論の胎動——完全性利益の侵害と契約責任論——」法論六〇巻四・五合併号(一九八八年)六一五頁以下、同「二〇世紀におけるフランス契約責任論の展開——完全性利益の損害と契約責任論——」法論六〇巻六号(一九八八年)四五頁以下。

(32) Mazeaud, *op. cit.*, (note 29), n° 391.

(33) 厳格法定責任を生じさせる義務違反の原因となるものには、相隣所有者間の義務、後見人・財産管理人の義務(以上フ民一三七〇条)、父母の子を扶養教育する義務(フ民二〇三条以下)、親権者・後見人の子・被後見人に対する財産管理義務(フ民三

- 七一条、三八九条以下)がある。
- (34) Mazeaud, op.cit., (note 29), n° 392.
- (35) Tournau, op.cit., (note 20), n° 343.
- (36) なお、この問題に、関して「cumul」「non-cumul」という用語を用いることに対しては批判がある。これは、フランス語で、「cumul」が「累積」や「併合」という意味を持つためであり、その代わりに「option」(選択)、「concours」(競合)という語を用いる方がふさわしいと言われている (Viney, op.cit., (note 17), n° 216)。
- (37) たとえば、「欲する者に損害は与えられず (*Volenti non fit injuria*)」という意味から、当事者が任意に締結した契約であるのに、いったんその契約が重大な問題を生じさせるとなると不法行為規範を介入されるのは不当であると言われ、民法典一八九一条(使用貸借の貸主の瑕疵担保責任)や一九二七条(受寄者の注意義務)のような債務者の要件を緩和する規定の意味を没却すると批判される (Tournau, op.cit., (note 20), n° 364)。
- (38) R.Rodière, Etudes sur la dualité des regimes de responsabilité, J.C.P.1950.1. chr. 861 et 868.
- (39) Mazeaud, op.cit., (note 29), n° 391.; Tournau, op.cit., (note 20), n° 364.
- (40) ①加害者と被害者との間に有効な契約が締結されていることと、②損害がその契約の不履行に由来するものであること、という二つの要件が立てられる場合もある。Mazeaud, op.cit., (note 29), n° 396.
- (41) Viney, op.cit., (note 17), n° 181.; Mazeaud, op.cit., (note 29), n° 391.
- (42) Com., 11 juin 1965, Bull.civ., 1965, 3, n° 360.; Civ.1^{re}, 28 décembre 1963, Bull.civ., 1963, 1, n° 577.
- (43) 民法典一三八五条・一三八六条または近隣妨害の理論 (théorie des troubles du voisinage) についても同様の処理がなされている。
- (44) Viney, op.cit., (note 17), n° 220.

- (45) Viney, *op.cit.*, (note 17), n° 178. 契約上の損害について不法行為制度を拡張しようとする試みを促す理由の一つは、ほとんどの場合、建築の瑕疵に関する一〇年または二年の担保期間を回避しようとするところにある(フ民二二七〇条、一七九二条の三)。
- (46) この原則は、一九七九年一〇月九日破毀院第一民事部によっても適用されている(Bull.civ., 1979, I, n° 241)。この判決は、実際に、動産の第三取得者に仲買人または製造者に対して「必然的に契約上のもの」である売買目的物の隠れた瑕疵の損害賠償を請求するために規定された直接訴権は、常に、民法典一六四八条の「短期」(bref délai)に服するものであることを認めた(G.Dury, *Revrim.dr.civ.*, 1980, p.354)。
- (47) たとえば、契約上の訴権が消滅時効によって行使できなくなっている場合(Civ., 9 oct. 1962, D.1963, I, note Liet-Veaux)、「被害者が相手方に対して催促せず、付遅滞の要件を充たしていない場合(Civ., 22 mai 1968, *Gaz.Pal.*, 1968, 2, 290)」「雇用契約におおて契約不履行が重大なフォートに該当する場合にはしか責任が生じない場合(Soc., 3 nov. 1967, J.C.P., 1968, éd.C.I., 83249, note Bizière)。また、「加害者である債務者が不法行為上のフォートにいつてしか保険を掛けついでない場合(Civ., 17 mars 1969, D.1969, 532, Bull.civ., 1969, I, n° 367)。」
- (48) 以上の学説は、批判がある。Josserand, note D.P.1927, I, 105; Demogue, note S.1924, I, 105; P.Esmein, *Trois Problemes de responsabilité, Revrim.dr.civ.* 1934, 317, n° 19; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t.4, parEsmein; Rodière, note J.C.P.1946, 2, 3236.
- (49) Viney, *op.cit.*, (note 17), n° 222.
- (50) Crim., 1^{er} juin 1923, D.P. 24, I, 131.; Crim., 6 juin 1946, J.C.P.1946, 3236, note. Rodière.; Crim., 12 déc. 1946, J.C.P.1947, 3621, note Rodière D.1947, 92.; Crim., 26 nov. 1964, *Gaz.Pal.* 1965, I, 312.; *Revrim.dr.civ.* 1965, 819, obs. Rodière.; Crim., 15 janv. 1985, J.C.P.1985, 4, 121.
- (51) Com., 19 juin 1951, D.1951, p.717, note Ripert; S.1952, I, 89, note Nerson.; Civ., 23 janvier 1959, D.1959, p.281, note Rodière.
- (52) Viney, *op.cit.*, (note 17), n° 224.

- (53) Civ. 3, 10 janv. 1984, Bull. civ. 3, n° 5; Rev. trim. dr. civ. 1984, 740, obs. Remy.
- (54) Viney, op. cit., (note 17), n° 225.
- (55) Viney, op. cit., (note 17), n° 245.
- (56) A. Tunc, Responsabilité (en général), rep. civ., 1991, n° 147.
- (57) Tunc, op. cit., (note 56), n° 148.
- (58) Viney, op. cit., (note 17), n° 245.
- (59) Viney, op. cit., (note 17), n° 222.
- (60) Plantol, note D.P. 1907.2. 97.
- (61) 浜上則雄「フランスにおける製造物責任の理論(一)」民商六三卷六号(一九七一年)八二九頁。
- (62) Viney, op. cit., (note 17), n° 222.
- (63) しかしながら反対に、岡村玄治「請求権ノ競合否認論」志林二〇卷九号(一九一八年)一四〇〜一四一頁、同「賃借人失火ノ責任」志林一八卷二二号(一九一六年)二〇頁は、民法にも觀念的競合の考え方を採り入れることに肯定的であり、三ヶ月章・注(1)七四九頁は否定的である。
- (64) 服部榮三・星川長七編・別冊法七『基本法コンメンタール』第四版「商法総則・商行為法」日本評論社(一九九七年)一七七頁〔村田治美〕。
- (65) 上村明広「請求権と訴訟物」民訴一七号(一九七一年)二二二頁。
- (66) たとえば船越隆司「請求権競合」別冊ジュリ『民法判例百選Ⅱ(第4版)』(一九九六年)二〇八頁。川島武宜・注(1)一二二頁ならびに一二四頁の注(一)では、請求権非競合説に従うものとして判例が挙げられているが、これらは「それぞれの要件を充足する場合」という請求権競合論の大前提を欠いているものと思われる。

- (67) 山田攝子「倉庫業者の損害賠償責任と約款の適用範囲・射程距離」損保五四卷三号（一九九二年）二五七頁。
- (68) 作用的請求権競合説も修正請求権競合説も、ともに、本来的な姿と考えられる自由な請求権競合説を修正するものであり、その説の名称は論者によって、区別されていなかったり、異なる意味で用いられたりしているが、本稿は四宮・注(1)の用法に従っている。
- (69) 末弘敏太郎『債権各論』有斐閣（一九一八年）一一一六頁、鳩山秀夫『増訂日本債権法各論（下）』岩波書店（一九二四年）九五〇～九五二頁。
- (70) 加藤正治「契約上ノ請求権ト不法行為ノ請求権トノ競合」志林二三卷八・九号（一九一一年）、織田博子「金融取引における契約責任と不法行為責任」手形四〇四号（一九八七年）二〇頁。
- (71) 四宮和夫・注(1)五四頁。
- (72) 四宮和夫・注(1)五四頁。
- (73) 半田吉信・注(6)一七二頁。
- (74) 岡村玄治・注(6)一四一頁、一四三頁。
- (75) 半田吉信・注(6)一七二頁。
- (76) 船越隆司・注(6)二一一頁。
- (77) 半田吉信・注(6)一七五頁。
- (78) 我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』日本評論社（一九四一年・一九八九年復刻版）一三三頁。最近の見解では、半田吉信・注(6)二四三頁。
- (79) 半田吉信・注(6)一七三頁。
- (80) 鳩山秀夫「債務不履行ト不法行為トノ競合」志林八卷一二号（一九一六年）二九頁、三三頁、三五頁、三八頁。

- (81) なお、国際海上物品運送法二〇条の二。
- (82) 戒能通孝『債権各論(改訂版)』(一九四六年)四七二、四七三頁、我妻栄・注(78)一三三頁。
- (83) 函館控判大二・四・二三法律新聞八六九号二三頁。
- (84) 東京地判昭三九・九・一七下民集一五卷九号三二〇八頁(後述)。
- (85) 契約法と不法行為法の接近の例としては、契約責任法を不法行為責任法へと近づけるものには、責任能力の規定(民七二二条・民七二三条)の契約責任法への類推、精神的損害に対する賠償(民七〇条・民七一条)を債務不履行の場合にも認める解釈、共同不法行為者の連帯責任の規定(民七一九条)の契約責任法への類推、過失相殺に関する四一八条を七二二条と同じ意味にする解釈があり、不法行為責任法を契約責任法へと近づけるものには、損害賠償の範囲に関する民法四一六条の不法行為法への類推、民法七二二条を民法四一八条に近づけて解釈すべきとする提案、積極的債権侵害に関する債務不履行構成などがある。
- (86) 我妻栄・注(78)一三三頁は、「通常の運送に伴って生じた損害」「この以外の損害」という基準を用いるため修正請求権競合説であるといえるが、「競合を認め、ただ、法律がその一方につき責任を軽減又は加重する規定を設けて居るときにはその趣旨を案じて他方の責任をもこれに準じて加重・軽減すべきか否かを考察すればよい」とする点では作用的請求権競合説に分類してもよいと思われる。なお、山田攝子・注(67)二六一頁。
- (87) 大久保邦彦「請求権競合」『新・現代損害賠償法講座1総論』日本評論社(一九九七年)二〇一頁。
- (88) 田中誠二「商法における請求権競合の問題」法セ一一七号(一九七〇年)九九頁。
- (89) 大久保邦彦・注(87)二一九頁。
- (90) 四宮和夫・注(1)六三頁。
- (91) 川島武宜・注(1)、石田文次郎『債権各論講義』弘文堂書房(一九三七年)三二二、三二四頁、加藤一郎『不法行為法(増補版)』有斐閣(一九七四年)五二頁、同「医師の責任」我妻還暦『損害賠償責任の研究上』有斐閣(一九五七年)五〇九頁、数重夫「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）一七〇頁、浜田稔「契約責任と不法行為責任」山中還暦『近代法と現代法』法律文化社（一九七三年）二二八頁、上野芳昭「請求権競合」森泉還暦『現代判例民法学の課題』法学書院（一九八八年）五二二頁、広中俊雄「債権各論講義第六版」有斐閣（一九九四年）四三二～四三六頁。

(92) 岡村玄治・注(63)一五四頁。

(93) 加藤雅信「川島法学における請求権競合論」ジュリ一〇一三号（一九九二年）七四～七六頁。

(94) 川島武宜・注(1)一三九頁。

(95) もっとも川島説によれば、(一)精神損害の賠償を契約責任については認められないのではないか、(ii)身体生命侵害の場合にその親族等の請求権を認めることができないのではないか、(iii)契約当事者が故意に加害した場合にも不法行為責任よりも軽い契約責任の恩恵に浴することを認めるのは衡平に反しないか、という問題は、個別的な解釈問題として扱われているため、法条競合説に修正が加えられているとは考えられていないようである。川島武宜・注(1)一三八～一三九頁。

(96) 平野裕之「利益保障の二つの体系と契約責任論——契約責任の純正化及び責任競合否定論」法論六〇巻二・三号（一九八七年）五一～九頁以下。なお、岡村玄治・注(63)一六六頁は、請求権競合説を批判して、自説は「所謂『請求権競合』ノ場合ヲ以テ請求権ノ競合ニ非スシテ法規ノ競合ナリトシ、請求権ハ一個ニシテ原因ノ競合ナリト説明」する見解とは異なるとして、法条競合説をも批判する。そして、同一六七頁では「ノ事実カ二個ノ法規ニ該当スルモノナルカ故ニ、原因ハ一個ナリト云フヘク、原因ノ競合アリト云フハ正当ナラス。」と説く。

(97) 平野裕之「契約責任の本質と限界」法論五八巻四・五号合併号（一九八六年）六一～五頁。

(98) 平野裕之「契約責任と不法行為責任の競合論について——保管型契約に関する商事特別規定をめぐって——」法論六八巻三・四・五号合併号（一九九六年）三三二頁。

(99) 四宮和夫・注(1)二頁。

- (100) 三ヶ月章・注(1)。
- (101) 大久保邦彦・注(87)二〇五頁は、三ヶ月説を請求権二重構造説に属するものとして分類する。
- (102) 三ヶ月章・注(1)七四五頁。
- (103) 船越隆司・注(66)二〇九頁。
- (104) 奥田昌道・注(1)三二三頁以下。
- (105) 浜田稔「請求権競合」ジュリ増刊『民法の争点Ⅱ(債権総論・債権各論)』(一九八五年)四〇頁。
- (106) 四宮和夫・注(1)六九頁。
- (107) 上村明広「請求権と訴訟物」民訴一七号(一九七一年)二二一頁、同「給付訴訟の訴訟物」岡法一八卷二号(一九六八年)六一頁以下、同「訴訟物論争の回顧と展望」岡法二二卷二号(一九七一年)一頁。
- (108) 半田吉信・注(6)一八八頁は、船越隆司・注(66)二〇九頁が、請求権規範競合を生じる場合には、複数規範のうち「原告はいずれの請求権規範を主張してもよく、また裁判所は原告の利益を害しない限り原告の主張に拘束されず、いずれの請求権規範に基づいて請求を認容してもよい」とされるのを、奥田説や上村説と同列に扱っているが、船越見解は事実関係を具体的に考察している点で異なる。
- (109) 四宮和夫・注(1)。なお、吉村良一「契約責任と不法行為責任」法教一八六号(一九九六年)四八頁。
- (110) 森島昭夫『不法行為法講義』有斐閣(一九八七年)六〇七頁。
- (111) その他に、半田吉信・注(6)一九〇頁。