

予備試験

---

平成27年予備試験論文式試験問題解析講座

民法・商法・民事訴訟法

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 158174

LU15817



平成27年予備試験論文式問題解析講座

民法・商法・民事訴訟法

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事実】

1. Aは、A所有の甲建物において手作りの伝統工芸品を製作し、これを販売業者に納入する事業を営んできたが、高齢により思うように仕事ができなくなったため、引退することにした。Aは、かねてより、長年事業を支えてきた弟子のBを後継者にしたいと考えていた。そこで、Aは、平成26年4月20日、Bとの間で、甲建物をBに贈与する旨の契約（以下「本件贈与契約」という。）を書面をもって締結し、本件贈与契約に基づき甲建物をBに引き渡した。本件贈与契約では、甲建物の所有権移転登記手続は、同年7月18日に行うこととされていたが、Aは、同年6月25日に疾病により死亡した。Aには、亡妻との間に、子C、D及びEがいるが、他に相続人はいない。なお、Aは、遺言をしておらず、また、Aには、甲建物のほかにも、自宅建物等の不動産や預金債権等の財産があったため、甲建物の贈与によっても、C、D及びEの遺留分は侵害されていない。また、Aの死亡後も、Bは、甲建物において伝統工芸品の製作を継続していた。
2. C及びDは、兄弟でレストランを経営していたが、その資金繰りに窮していたことから、平成26年10月12日、Fとの間で、甲建物をFに代金2000万円で売り渡す旨の契約（以下「本件売買契約」という。）を締結した。本件売買契約では、甲建物の所有権移転登記手続は、同月20日に代金の支払と引換えに行うこととされていた。本件売買契約を締結する際、C及びDは、Fに対し、C、D及びEの間では甲建物をC及びDが取得することで協議が成立していると説明し、その旨を確認するE名義の書面を提示するなどしたが、実際には、Eはそのような話は全く聞いておらず、この書面もC及びDが偽造したものであった。
3. C及びDは、平成26年10月20日、Fに対し、Eが遠方に居住していて登記の申請に必要な書類が揃わなかったこと等を説明した上で謝罪し、とりあえずC及びDの法定相続分に相当する3分の2の持分について所有権移転登記をすることで許してもらいたいと懇願した。これに対し、Fは、約束が違うとして一旦はこれを拒絶したが、C及びDから、取引先に対する支払期限が迫っており、その支払を遅滞すると仕入れができなくなってレストランの経営が困難になるので、せめて代金の一部のみでも支払ってもらいたいと重ねて懇願されたことから、甲建物の3分の2の持分についてFへの移転の登記をした上で、代金のうち1000万円を支払うこととし、その残額については、残りの3分の1の持分と引換えに行うことに合意した。そこで、同月末までに、C及びDは、甲建物について相続を原因として、C、D及びEが各自3分の1の持分を有する旨の登記をした上で、この合意に従い、C及びDの各持分について、それぞれFへの移転の登記をした。
4. Fは、平成26年12月12日、甲建物を占有しているBに対し、甲建物の明渡しを求めた。Fは、Bとの交渉を進めるうちに、本件贈与契約が締結されたことや、**【事実】**2の協議はされていなかったことを知るに至った。  
Fは、その後も、話し合いによりBとの紛争を解決することを望み、Bに対し、数回にわたり、明渡猶予期間や立退料の支払等の条件を提示したが、Bは、甲建物において現在も伝統工芸品の製作を行っており、甲建物からの退去を前提とする交渉には応じられないとして、Fの提案をいずれも拒絶した。
5. Eは、その後本件贈与契約の存在を知るに至り、平成27年2月12日、甲建物の3分の1の持分について、EからBへの移転の登記をした。

民 法

6. Fは、Bが【事実】4のFの提案をいずれも拒絶したことから、平成27年3月6日、Bに対し、甲建物の明渡しを求める訴えを提起した。

〔設問1〕

FのBに対する【事実】6の請求が認められるかどうかを検討しなさい。

〔設問2〕

Bは、Eに対し、甲建物の全部については所有権移転登記がされていないことによって受けた損害について賠償を求めることができるかどうかを検討しなさい。なお、本件贈与契約の解除について検討する必要はない。

## 解答のポイント

### 第1 設問1

設問1はFのBに対する甲建物の明渡し請求が認められるかどうかを検討する問題である。

検討する際には、B及びFはそれぞれどのような権利を主張できるのかを考えることが肝要である。事実1でAがBに対して甲建物を贈与しており、書面性などの要件に欠くこともないのでBは所有権を有効に取得しているといえる。また、事実2でFについては、Aを相続しているC・Dから甲建物の持分権を買受けていることからC・Dの持分の限度で権利を取得している。

よって、BとFは対抗関係にあるといえる。この際注意しておくべきことは、C・DはEの持分権については無権利でありFについてもEの持分権については無権利ということである。

次に過半数を超える持分を有するFが少数持分権者のCに対して明渡しを求めることができるかが問題となる。この問題については、判例（最判昭41.5.19/百選I〔第7版〕〔71〕）の結論及び理由付けに触れた上で結論を示すことが必要となる。

### 第2 設問2

設問2はBがEに対して債務不履行に基づく損害賠償を請求することができるかどうかを検討する問である。

問題となる点は、EはAのBに対する甲建物の引渡し債務を相続しているがこの債務が、この債務がC・Dとの間で不可分債務となっているのかということである。

判例・通説は移転登記義務を不可分債務とするとしているので、本件においても不可分債務として論じるべきであると考えられる。

次に、不可分債務となったとして、C・Dが登記をFに移転した時点で移転登記義務は履行不能となるので損害賠償請求権へと転化し分割債務となる。

そうすると、BはEに対し、Eの持分に相当する3分の1の範囲で、甲建物の全部について所有権移転登記がされていないことによって受けた損害の賠償を請求することが出来る。なお、Eとしては帰責性がないと反論することが考えられるが、不可分債務関係においては、債務者の一人に帰責性があれば損害賠償責任を免れることはできず、Eの反論は認められないと解される。

## 解答例

## 第1 設問1

1 Fは、C及びDから、本件売買契約によって、甲建物を2000万円で買い受けている（民法555条）。

まず、本件では、Aが甲建物を所有していたところ、Aが死亡したことによって、相続人であるC及びDは、甲建物の持分権を相続により取得する（882条、887条1項、896条）。もっとも、C及びDは、Eの持分権については無権利である。したがって、C及びDから甲建物を買い受けたFについても、Eの持分については権利を取得できない。そこで、Fとしては、Bに対し、甲建物の3分の2の共有持分権に基づいて明渡しを求めることになる。

2 これに対し、Bとしては、Aの生前に、Aから、本件贈与契約によって、甲建物を譲り受けた（549条）ことから、甲建物について所有権を有しており、占有権原があるとしてFの請求を拒むことが考えられる。では、Bは甲建物の所有権を有しているといえるか。

この点、本件では、Bが甲建物の所有権移転登記を備えないままでいたところ、Aが死亡し、Aを相続したC及びDがFに甲建物の持分権を譲り渡している。共有持分権を譲り受けたFは不動産に関する物権の得喪変更の登記の欠缺を主張する正当の利益を有する者といえ、177条の「第三者」に当たる。そのため、C及びDの持分に相当する3分の2の持

分については、BとFは対抗関係に立つことになり、両者の優劣は177条により登記の具備の先後で決すべきである。

本件では、Fは、Bに先立ち、C及びDの持分権につき登記を具備していることから、C及びDの持分権に相当する3分の2についてはFが優先することになる。

したがって、Bは甲建物の完全な所有権を有してはいないといえる。

3 もっとも、前述の通り、Eの持分については、Fは権利を取得しないことから、BはEの持分の範囲で甲建物の共有持分権を取得することになる。したがって、かかる共有持分権に基づいて、甲建物を占有する権原を有しているといえる。

4(1) では、共有物である甲建物について、少数持分権者であるBが占有している場合、過半数を超える持分を有するFは、Bに対し、甲建物の明渡しを求めることができるか。

(2) この点、252条が、共有物の管理に関する事項について、各共有者の持分の価格に応じた過半数で決すると規定していることからすると、過半数を超える持分を有する共有者は、少数持分権者に対し、共有物の明渡しを求めることができると思える。

しかし、少数持分権者は自己の持分によって共有物を使用収益する権限を有するのであるから、過半数を超える持分を有する共有者であっても、当然に少数持分権者に対し

て共有物の明渡しを求めることはできないと解すべきである。

- (3) したがって、本件でも、Fが甲建物について過半数である3分の1の持分権を有するとしても、Bに対して甲建物の明渡しを求めることはできない。

## 第2 設問2

- 1 BのEに対する請求の根拠は、EがBに対して負っていた甲建物の移転登記義務の履行不能による損害賠償請求権（415条）である。

本件において、Aは、Bに対し、本件贈与契約によって甲建物を贈与していることから、Aは、かかる本件贈与契約によって、Bに対し、甲建物の移転登記義務を負う。そして、Aが死亡したことによって、AがBに対して負っていた甲建物の移転登記義務は、Aの相続人であるC、D、Eに移転するところ、C及びDが各持分をFに譲り渡し、登記を移転したことによって、C、D、EがBに対して負っていた甲建物の移転登記義務は、C及びDの持分である3分の2について、もはや履行ができないことになる。

そして、甲建物の移転登記義務はその性質上不可分な給付を目的とするものであるから、不可分債務である。そのため、C及びDが持分をFに譲り渡し、登記を移転した時点で、全体として履行不能に陥る。

さらに、C、D、Eの甲建物の移転登記義務は、履行不能に陥った時点で、損害賠償債務という可分債務に転化する。その結果、431条により、C、D、Eはそれぞれ3分の1の持分に相当する部分につき責任を負うことになる。

- 2 では、Bは、Eに対し、Eの持分に相当する3分の1について損害賠償請求をすることができるか。

ここで、Eとしては、移転登記義務が履行不能に陥ったのは、C及びDが自己に無断で持分をFに売却したからであり、Eは自己の持分についてBに登記を移転している以上、帰責事由がないと反論することが考えられる。

しかし、債権者保護の観点から、数人が不可分債務を負う場合、債務者の1人について帰責事由があれば、他の債務者は自己に帰責事由がなくとも、損害賠償責任を免れることはできないと解すべきである。

したがって、本件でも、C及びDの帰責事由によって移転登記義務が履行不能に陥っている以上、Eは、自己に帰責事由がないことを主張して損害賠償責任を免れることはできない。

よって、Bは、Eに対し、Eの持分に相当する3分の1の範囲で、甲建物の全部について所有権移転登記がされていないことによって受けた損害の賠償を求めることができる。

以上

## 商 法

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

1. X株式会社（以下「X社」という。）は、昭和60年に設立され、「甲荘」という名称のホテルを経営していたが、平成20年から新たに高級弁当の製造販売事業を始め、これを全国の百貨店で販売するようになった。X社の平成26年3月末現在の資本金は5000万円、純資産額は1億円であり、平成25年4月から平成26年3月末までの売上高は20億円、当期純利益は5000万円である。  
X社は、取締役会設置会社であり、その代表取締役は、創業時からAのみが務めている。また、X社の発行済株式は、A及びその親族がその70%を、Bが残り30%をいずれも創業時から保有している。なお、Bは、X社の役員ではない。
2. X社の取締役であり、弁当事業部門本部長を務めるCは、消費期限が切れて百貨店から回収せざるを得ない弁当が多いことに頭を悩ませており、回収された弁当の食材の一部を再利用するよう、弁当製造工場の責任者Dに指示していた。
3. 平成26年4月、上記2の指示についてDから相談を受けたAは、Cから事情を聞いた。Cは、食材の再利用をDに指示していることを認めた上で、「再利用する食材は新鮮なもののみ限定しており、かつ、衛生面には万全を期している。また、食材の再利用によって食材費をかなり節約できる。」などとAに説明した。これに対し、Aは、「衛生面には十分に気を付けるように。」と述べただけであった。
4. 平成26年8月、X社が製造した弁当を食べた人々におう吐、腹痛といった症状が現れたため、X社の弁当製造工場は、直ちに保健所の調査を受けた。その結果、上記症状の原因は、再利用した食材に大腸菌が付着していたことによる食中毒であったことが明らかとなり、X社の弁当製造工場は、食品衛生法違反により10日間の操業停止となった。
5. X社は、損害賠償金の支払と事業継続のための資金を確保する目的で、「甲荘」の名称で営むホテル事業の売却先を探すこととした。その結果、平成26年10月、Y株式会社（以下「Y社」という。）に対し、ホテル事業を1億円で譲渡することとなった。X社は、その取締役会決議を経て、株主総会を開催し、ホテル事業をY社に譲渡することに係る契約について特別決議による承認を得た。当該特別決議は、Bを含むX社の株主全員の賛成で成立した。なお、X社とその株主は、いずれもY社の株式を保有しておらず、X社の役員とY社の役員を兼任している者はいない。また、X社及びY社は、いずれもその商号中に「甲荘」の文字を使用していない。
6. その後、Y社は、譲渡代金1億円をX社に支払い、ホテル事業に係る資産と従業員を継承し、かつ、ホテル事業に係る取引上の債務を引き受けてホテル事業を承継し、「甲荘」の経営を続けている。1億円の譲渡代金は、債務の引受けを前提としたホテル事業の価値に見合う適正な価額であった。
7. X社は、弁当の製造販売事業を継続していたが、売上げが伸びず、かつ、食中毒の被害者としてX社に損害賠償を請求する者の数が予想を大幅に超え、ホテル事業の譲渡代金を含めたX社の資産の全額によっても、被害者であるEらに対して損害の全額を賠償することができず、取引先への弁済もできないことが明らかとなった。そこで、X社は、平成27年1月、破産手続開始の申立てを行った。
8. Eらは、食中毒により被った損害のうち、なお1億円相当の額について賠償を受けられないでいる。また、X社の株式は、X社に係る破産手続開始の決定により、無価値となった。
9. Bは、X社の破産手続開始後、上記3の事実を知るに至った。



**商 法****〔設問1〕**

- (1) A及びCは、食中毒の被害者であるEらに対し、会社法上の損害賠償責任を負うかについて、論じなさい。
- (2) A及びCは、X社の株主であるBに対し、会社法上の損害賠償責任を負うかについて、論じなさい。

**〔設問2〕**

ホテル事業をX社から承継したY社は、X社のEらに対する損害賠償債務を弁済する責任を負うかについて、論じなさい。

## 解答のポイント

### 1 設問1小問(1)について

#### (1) 共通する点について

本問は、食中毒の被害者であるEらが、X社の(代表)取締役であるA及びCに対して、会社法429条1項の第三者に対する責任を追及できるか否かを問う問題です。同条項を根拠とする責任追及を行う点については、受験生の大多数が指摘していると考えられますので、どれほど丁寧に検討できたかによって、点数に差はつきはずです。

解答に当たっては、まず、429条の趣旨を明らかにする必要がある、それが要件解釈の出発点となります。そして、「役員等」「職務を行うについて悪意又は重大な過失があったとき」「これによって生じた(因果関係)」「第三者」「損害」という各要件について、その意義を明らかにしつつ、本問の具体的事情の下で要件を満たすか否かを検討することになります。

#### (2) Aの責任について

Aに対する責任追及の検討に際して、特に問題となるのは、「職務を行うについて悪意又は重大な過失があったとき」という要件の充足性です。判例によれば、上記要件は、任務懈怠及びそれに対する悪意又は重過失を指すと解されていますが、具体的な事情との関係で、任務懈怠や悪意・重過失の具体的内容は変化しますので、注意が必要です。

#### (3) Cの責任について

Cの責任を検討する際も、Aの責任と同様、「職務を行うについて悪意又は重大な過失があったとき」という要件の充足性が特に問題となります。Aとは異なり、Cは、Dに直接指示を行い、消費期限切れの食材を再利用していますから、その点を踏まえた論述が必要でしょう。

### 2 設問1小問(2)について

本問についても、小問(1)と同様、X社の(代表)取締役であるA及びCに対して、会社法429条1項の第三者に対する責任を追及できるか否かが問われています。

小問(1)と異なるのは、責任追及を行う主体が、X社株主のBである点です。この点は、429条1項の「第三者に生じた」「損害」という要件に影響を与えます。通説は、「損害」要件について、第三者に直接生じた損害(直接損害)、直接には会社が損害を被り、その結果として第三者に生じた損害(間接損害)の両方が含まれる(両損害包含説)とした上で、株主に間接損害が生じた場合、株主は代表訴訟を提起すべきであり、「第三者」には当たらないと解しています。そこで、本問でも通説の理解が妥当するのかを検討する必要があります。

### 3 設問2について

本問では、X社からホテル事業の譲渡を受けたY社が、X社のEらに対する損害賠償債務を弁済する責任を負うのか否かが問われています。

まず、Y社はX社とは別の法人ですから、原則として上記責任を負わないことを確認する必要があります。また、Y社はX社のホテル「事業を譲り受け」て同事業を承継しているものの、X社・Y社ともに商号中に「甲荘」の文字を使用しておらず、商号の続用はありませんから、22条1項を直接適用して責任を負うこともありません。

もっとも、Y社はX社がホテル事業に用いていた「甲荘」という名称を引き続き使用しているため、このような名称の続用を根拠に、同条項を類推適用できないかが問題となります。なお、検討に際しては、X社のEらに対する損害賠償債務が、弁当の製造販売事業から生じたのであって、Y社が譲り受けたホテル事業から生じたわけではない点を考慮する必要があります。

－ M E M O －

## 解答例

## 第1 設問1小問(1)について

## 1 Aの責任

Aは、Eらに対して、会社法（以下、法令名略）429条1項の損害賠償責任を負わないか。以下、要件を検討する。

- (1) まず、AはX社の代表取締役であり、「役員等」に当たる。
- (2) Aは「職務を行うについて…重大な過失」があるか。

429条責任の趣旨は、第三者を保護するために特別の法定責任を認める点にある。かかる趣旨より、重大な過失の対象は、株式会社に対する任務懈怠を指すと解すべきである。

Aは、取締役会を構成する一員（362条1項）として、他の取締役の職務の執行を監督する義務（同条2項2号）、具体的には、弁当事業部門本部長である取締役Cの職務について、食中毒の発生を防止するために、Cに適切な指示等を行う義務を負っていた。

Aは、Cが、消費期限切れの弁当の食材の一部を再利用するよう、弁当製造工場の責任者Dに指示していた事実を、Dから聞いていた。消費期限切れの食材を口にすれば、食中毒を起し、消費者の生命・健康を害するおそれもあるため、食中毒の原因である大腸菌等の検査を行わせるべくCに指示などをすべきであったといえる。それにもかかわらず、Cから上記事実について説明を受けた上で、「衛生面には十分に気を付けるように」と述べるにとどめているから、Aには、Cに指示等を行う義務に反した任務懈怠がある。

そして、「再利用する食材は新鮮なもののみに限定しており、か

つ、衛生面には万全を期している」というCの説明を漫然と信じたAには、上記任務懈怠につき重過失がある。

- (3) また、本問では、「第三者」であるEらが食中毒となり、治療費等の直接の「損害」が生じている。そして、Eらの損害は、X社の弁当製造工場が、検査もせずに大腸菌の付着した食材を再利用し、Eらに提供したために生じているから、上記Aの任務懈怠とEらの損害との間に因果関係が認められる。
- (4) 以上より、AはEらに対して429条1項の責任を負う。

## 2 Cの責任

CもEらに対して429条1項の損害賠償責任を負わないか。

- (1) まず、CはX社の取締役であり「役員等」に当たる。
- (2) Cは、X社の弁当事業部門本部長の地位にあり、同社の弁当製造工場において、食中毒を発生させないように指示等を行う善管注意義務（330条、民法644条）を負っていたにもかかわらず、消費期限切れの食材の一部を再利用するようDに指示するに際して、大腸菌の検査の指示等、食中毒の発生を防止する措置を執っていない。そのため、Cには上記善管注意義務に反した任務懈怠がある。

また、Cは検査等を行うことなく、新鮮な食材のみを再利用していることを根拠に、漫然と「衛生面には万全を期している」と考えており、上記任務懈怠につき重過失がある。

- (3) 本問では、検査もせずに大腸菌の付着した食材を再利用し、Eらに提供したために、「第三者」であるEらが食中毒となって治療費等

の「損害」が生じているから、上記Cの任務懈怠とEらの損害との間に因果関係が認められる。

(4) 以上より、CはEらに対して429条1項の責任を負う。

### 第2 設問1(小問2)について

A及びCは、Bに対して429条1項の責任を負わないか。

- 1 第1で述べたとおり、「役員等」に当たるA及びCに、「職務を行うについて…重大な過失があった」と認められる。
- 2 では、株主であるBは同条項の「第三者」に当たるか。

429条の趣旨より、「損害」には直接損害・間接損害の両方を含むと解する。もっとも、株主に生じる間接損害については、株主代表訴訟により、会社の損害を回復する形で救済すべきであるから、直接損害を被った株主のみ「第三者」に当たると解すべきである。

本問では、A及びCの任務懈怠によりX社がEらに対する損害賠償責任を負うという損害を被り、その全額を賠償できなくなった同社が破産手続を開始している。その結果、同社の株式が無価値となり、株主Bが損害を被っているから、Bに生じる損害は間接損害に当たる。そのため、Bは「第三者」に当たらない。

- 3 よって、A及びCは、Bに対して429条1項の責任を負わない。

### 第3 設問2について

- 1 Y社は、X社とは別人格であり、原則として、X社のEらに対する損害賠償債務を弁済する責任を負わない。また、X社のホテル「事業を譲り受け」で同事業を承継しているものの、X社・Y社ともに商号

中に「甲荘」の文字を使用しておらず、商号の続用はないため、22条1項を直接適用することによって責任を負うこともない。

- 2 もっとも、Y社はX社がホテル事業に用いていた「甲荘」という名称を引き続き使用しているため、同条項を類推適用できないか。

(1) 同条項の趣旨は、商号を続用している場合には、債権者において、同一の事業主体による経営が継続していると信じたり、営業主体の変更があったにせよ譲受会社によって譲渡会社の債務が引き受けられたと信じたりすることがあるため、これらの信頼を保護する点にある。そうすると、①当該名称が事業主体を表示するものとして用いられており、②譲渡会社が用いていた当該名称を譲受会社が継続して使用している場合には、③特段の事情がない限り、同条項の類推適用によって債権者を保護すべきである。

(2) 本問では、①X社が約30年にわたり「甲荘」の名称を用いてホテル事業を営んでいたため、当該名称は事業主体であるX社を表示するものとして世間一般に定着していた。そして、②Y社はX社が用いていた「甲荘」の名称を継続して使用し、③特段の事情もない。

もっとも、22条は類推適用によって負う債務は「事業によって生じた債務」、すなわち、ホテル事業と関連する活動によって生じた債務を意味するところ、Eらに対する責任は、ホテル事業自体ではなく高級弁当の製造販売事業から生じている。また、ホテル事業に関連して高級弁当の製造販売が行われていた事情もない。

- 3 よって、Y社はEらに対し責任を負わない。 以上

## 民事 訴訟法

〔設問1〕と〔設問2〕の配点の割合は、1：1)

次の文章を読んで、後記の〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい（なお、解答に当たっては、遅延損害金について考慮する必要はない。）。

### 【事例】

弁護士Aは、交通事故の被害者Xから法律相談を受け、次のような事実関係を聴き取り、加害者Yに対する損害賠償請求訴訟事件を受任することになった。

#### 1. 事故の概要

Xが運転する普通自動二輪車が直進中、信号機のない前方交差点左側から右折のために同交差点に進入してきたY運転の普通乗用自動車避けられず、同車と接触し、転倒した。Yには、交差点に進入する際の安全確認を怠った過失があったが、他方、Xにも前方注視を怠った過失があった。

#### 2. Xが主張する損害の内容

人的損害による損害額合計 1000万円

(内訳)

- |           |                |       |
|-----------|----------------|-------|
| (1) 財産的損害 | 治療費・休業損害等の額の合計 | 700万円 |
| (2) 精神的損害 | 傷害慰謝料          | 300万円 |

### 〔設問1〕

本件交通事故によるXの人的損害には、財産的損害と精神的損害があるが、これらの損害をまとめて不法行為に基づく損害賠償を求める訴えを提起した場合について、訴訟物は一つであるとするのが、判例（最高裁判所昭和48年4月5日第一小法廷判決・民集27巻3号419頁）の立場である。判例の考え方の理論的な理由を説明した上、そのように考えることによる利点について、上記の事例に即して説明しなさい。

### 〔設問2〕

弁護士Aは、本件の事故態様等から、過失相殺によって損害額から少なくとも3割は減額されると考え、損害総額1000万円のうち、一部請求であることを明示して3割減額した700万円の損害賠償を求める訴えを提起することにした。本件において、弁護士Aがこのような選択をした理由について説明しなさい。

## 解答のポイント

### 第1 設問1について

最判昭48.4.5については、短答式でもよく問われるため、知識として持っていた方は多いと思われるが、(1)判例の考え方の理論的な理由や(2)判例のように考えることによる利点を検討したことがある方はさほど多くなかったのではないだろうか。

なお、前提として、本問の判例が「同一事故により生じた同一の身体傷害を理由とする財産上の損害と精神上的損害」の場合に射程を限っていることは押さえておいて欲しい(物的損害と人的損害との請求権の異同については、何ら判断していない)。

#### 1 (1)について

理論的な理由としては、判例の述べている「原因事実及び被侵害利益を共通にする」ことを挙げればよいだろう。ただし、これだけでは、説明として弱いので、訴訟物の意義を述べたうえで、原因事実と被侵害利益が共通であれば、訴訟物も同じといえることを、自分の言葉でよいのでしっかり説明する必要がある。反対説の根拠として、財産上の損害賠償請求権と精神上的損害賠償請求権とは、成立の根拠を異にしている(民法709条、民法710条)ことに言及できるとよいだろう。

#### 2 (2)について

実際的な利点として、最も重要であると思われる点は、訴訟物は1つであると考えた場合、各損害項目間での流用が認められる結果、総額で請求額を超過していなければ処分権主義に反しないことになることである。例えば、Xが700万円の財産的損害と300万円の精神的損害とを請求した場合、裁判所が財産的損害は800万円、精神的損害は200万円と算定して、損害額合計1000万円と認定することも、財産的損害は600万円、精神的損害は400万円と算定して損害額合計1000万円と認定することも、各損害項目についてはXの主張額を超えているものの、総額で請求額を超過していない以上、処分権主義に反せず、許されることになる。これに対して、各損害項目ごとに訴訟物が別だとすると、裁判所は、Xの主張する財産的損害700万円、精神的損害300万円の範囲内でしか損害を認定することができないことになる。先の例でいえば、財産的損害700万円、精神的損害200万円、損害額合計900万円、後の例でいえば、財産的損害600万円、精神的損害300万円、損害額合計900万円と認定するほかないことになる。これは、裁判所の心証に反する認定を強いられることを意味する。

①当事者の関心は、もっぱら賠償額の総額がいくらかという点にあること、②精神的損害には、財産的損害が少ない場合の補完的要素も認められることを考慮すると、裁判所に広く裁量を認め、各損害項目間の流用による損害額合計の認定を可能とする訴訟物一個説の優位性は明白であろう。以上のような内容を論じれば合格点が付くと思われる。問題文に「上記の事例に即して説明しなさい」とあるので、自分で数字を出すなどして、当てはめを具体的にを行うことが必要であろう。

このほかにもいくつか利点があると考えられる。訴訟物の意義・機能の所で、訴訟物概念を基準として処理される「訴訟物の試金石」として、①客体的併合該当性(136条)、②訴えの変更該当性(143条)、③二重起訴該当性(142条)、④既判力の客観的範囲(114条1項)がよく知られていることから、これを手がかりとして、具体的にその帰結を考えてみると答案に書くべきことが思い浮かぶのではないだろうか。

### 第2 設問2について

1 大きく、(1)明示の一部請求における訴訟物の把握と(2)明示の一部請求における過失相殺の方法について、判例の立場を採用する理由付けを丁寧に行えばよいだろう。なぜなら、弁護士Aの選択は、判例の立場を前提とした処理だからである。

2 (1)については、前提として、一部請求自体が許されるかという論点もあるが、現在では、一部請求自体が許されることについては全く争いがないため、この点をあえて論じる必要はないだろう。

明示の一部請求の場合における訴訟物が何かについては、明示された一部か債権全体かで争いがある。

判例の採用する明示された一部が訴訟物であるとする立場を採用すべきだろう。理由付けについては、原告側の理由と被告側の理由2点をしっかり述べられるようにしておきたい。①原告側の理由としては、実体法上債権の分割行使が認められており、訴訟法上も私的自治の訴訟法的反映である処分権主義が採用されていることから、あえて明示した原告の意思を尊重すべきこと、②被告側の理由として、明示されていれば、後に残部請求の可能性があることを認識できるし、必要があれば残部の債務不存在確認の反訴を提起する等、再度の応訴の負担を免れることができることを述べればよい。

- 3 (2)については、外側説、内側説、按分説の対立があるが、判例の採用する外側説の理由付けを論じることができていれば、合格水準といえよう。答案例では、①の訴訟物の理解とリンクさせて、訴訟物が明示された一部であるとするならば、論理的には内側説が妥当とも思える→しかし、原告の合理的意思解釈や実際上の便宜から外側説を採用すべきであるという流れで論述している。1つの型として参考になると思われるのでマスターしてほしい。

外側説の理由については、あらかじめ過失相殺分を控除したという原告の合理的な意思をしっかり述べられていれば十分であろう。他には、過失相殺は、実体法上、意思表示を要するわけではなく、観念的には損害発生時にもととの損害額から過失相殺分差し引かれた額の損害賠償請求権が発生しているはずであること（和田79頁）等を挙げるができる。

- 4 (1), (2)についての判例の立場を前提に、印紙代が訴額を基準に算定されることから、Xにかかる印紙代の負担が少なくすむという実務的な考慮も踏まえた上で、説得的な論述を行えばよいだろう。



－ M E M O －

## 解答例

## 第1 設問1について

## 1 判例の考え方の理論的な理由について

(1) 設問の判例は、同一事故により生じた同一の身体傷害を理由とする財産上の損害と精神上的損害は同一の訴訟物であるとしている。この理由として、原因事実及び被侵害利益の共通性を挙げることができる。本問に即していえば、財産的損害（治療費、休業損害）及び精神的損害、いずれも、原因事実は、普通乗用自動車を運転するYが交差点に進入する際に安全確認を怠ったことと共通しているし、Xという1人の人間の身体が被侵害利益であるという点でも共通するということである。

(2) 確かに、財産的損害と精神的損害とは、それぞれ、民法709条と710条と成立の根拠を異にしているため、訴訟物は別と考えられなくもない。しかし、訴訟物とは、裁判所の審判の対象となる実体法上の権利関係をいうところ、原因事実及び被侵害利益が共通していれば、加害者、因果関係の有無、責任能力や過失相殺を考慮すべき主体がすべて共通するため、人損という1つの枠内で実体法上の権利関係は同一であると理論的に構成することができる。

## 2 判例のように考えることによる利点

(1) 判例のように考えると、各損害項目それぞれは訴訟物とはならないから、総額で請求額を超過していない以上、処分権

主義（民事訴訟法（以下、法令名略）246条）に違反しないことになる。例えば、裁判所が財産的損害が800万、精神的損害が200万であるとの心証を抱いた場合、財産的損害についてはXの主張する700万円を超えているものの、総額が1000万円を超えていない以上、損害額合計を1000万円と認定しても、処分権主義に反しないことになる。

(2) これに対して、財産的損害と精神的損害とで訴訟物が別だとすると、裁判所が上記のような心証を抱いた場合、財産的損害については、Xの主張する700万円を超えているので、700万円の範囲内でしか認定することができず、損害額合計については、900万円と認定することになる。すなわち、裁判所は、心証に反する認定を強いられることになる。

(3) しかし、不法行為請求の場合、損害の各項目の区別は、当事者にとって、総損害額算定の過程における法技術的手段として以外に格別の意味を持たず、結論として示される総額のみが関心の対象であるはずである。また、治療費のような積極損害、逸失利益のような消極損害において十分な額を証拠上認定することができない場合で、しかも全体の賠償額が低すぎると感ぜられるとき、精神的損害について補完的機能を持たせることが期待されている。そうであるならば、各損害項目間での流用を認めて、裁判所の裁量を広く認める方が柔軟な解決を指向することができ、結論の妥当性を図ることが

できる。

- (4) 以上より、判例には、裁判所の裁量を広く認め、柔軟な解決が可能となり、結論の妥当性を図れるという利点がある。

## 第2 設問2について

Aがこのような選択をした理由を検討するうえで、(1)一部請求であることを明示して3割減額した700万円の損害賠償を求める訴えにおける訴訟物が何であるか、(2)明示的一部請求における過失相殺の方法を明らかにする。

- 1 (1) 明示的一部請求における訴訟物をいかに解すべきか。  
 (2) この点、①実体法上の私的自治の原則から権利者には分割行使の自由が認められる以上、同原則の訴訟法的反映である処分権主義(246条)を重視して、明示があれば、訴訟物をその一部に限定する原告の意思が表示されていると見るべきこと、②被告にとっても、審判対象が分断され、残部請求があり得ることが認識できるため、残債務不存在確認の反訴を提起する機会が保障されているとみることができることから、訴訟物は明示された一部であると解する(判例同旨)。
- 2 (1) 明示的一部請求では過失相殺をどのように行うべきか。  
 (2) この点、論理的には、訴訟物が明示された一部であるならば、請求されている一部から過失相殺すべきとも思える(内側説)。しかし、内側説は、実体法上は、請求部分と残部と

で2個の債権があるわけではなく、あくまで全体として1個の債権しか存在しないことと整合しない。

- (3) 思うに、①不法行為に基づく損害賠償請求の場合、原告は、過失相殺されてもこれくらいは認めてもらえるだろうと考えて請求を定立しており、請求債権総額から過失相殺による減額を行う(=外側説)方が原告の合理的意思に合致する。また、②外側説の方が、一部請求が一部又は全部棄却に終わった場合における残部請求について、実質的に残部の存否についての紛争を蒸し返すものとして信義則により遮断する可能性が開かれることになり、紛争の一回的解決の要請にも適う。以上より、外側説が妥当である(判例同旨)。
- 3 これらを前提とすると、1000万円請求して、相手方の過失相殺の主張を待つよりは、最初から請求全額を基準に3割の過失相殺をして、残額部分である700万円を訴求するほうが、①貼用印紙額が訴額を基準に決定される以上(民訴費別表第1)、訴え提起の段階で余分な印紙負担をXに課さないという利点があること(試験訴訟)、②外側説に従った処理を行っているため、外側説の利点である紛争の一回的解決を実現することができ、Xの早期救済にも資することが可能となる。このような考慮を理由に、Aは、設問に記載されているような選択をしたと考えられる。

以上









**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2015 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU15817