

予備試験

平成30年 予備試験論文分析会

民法

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 186115

LU18611

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、個人で建築業を営むBに雇用された従業員である。同じく個人で建築業を営むCは、3階建の家屋（以下「本件家屋」という。）の解体を請け負ったが、Bは、その作業の一部をCから請け負い、Cが雇用する従業員及びAと共に、解体作業に従事していた。Cは、A及びBに対し、建物解体用の重機、器具等を提供し、Cの従業員に対するのと同様に、作業の場所、内容及び具体的方法について指示を与えていた。
2. Cは、平成26年2月1日、Aに対し、本件家屋の3階ベランダ（地上7メートル）に設置された柵を撤去するよう指示し、Bに対し、Aの撤去作業が終了したことを確認した上で上記ベランダの直下に位置する1階壁面を重機で破壊するよう指示した。
Aは、同日、Cの指示に従って、本件家屋の3階ベランダに設置された柵の撤去作業を開始した。ところが、Bは、Aの撤去作業が終了しないうちに、本件家屋の1階壁面を重機で破壊し始めた。これにより強い振動が生じたため、Aは、バランスを崩して地上に転落し、重傷を負った（以下「本件事故」という。）。なお、Cは、このような事故を防ぐための命綱や安全ネットを用意していなかった。
3. Aは、転落の際に頭を強く打ったため、本件家屋の解体作業に従事していたことに関する記憶を全て失った。しかし、Aは、平成26年10月1日、仕事仲間のDから聞いて、本件事故は【事実】2の経緯によるものであることを知った。
4. その後、Bは、Aに対して本件事故についての損害を賠償することなく、行方不明となった。そこで、Aは、平成29年5月1日、Cに対し、損害賠償を求めたが、Cは、AもBもCの従業員ではないのだから責任はないし、そもそも今頃になって責任を追及されてもCには応じる義務がないとして拒絶した。
5. Aは、平成29年6月1日、弁護士Eに対し、弁護士費用（事案の難易等に照らし、妥当な額であった。）の支払を約して訴訟提起を委任した。Eは、Aを代理して、同月30日、Cに対し、①債務不履行又は②不法行為に基づき、損害賠償金及びこれに対する遅延損害金の支払を請求する訴訟を提起した。

【設問1】

AのCに対する請求の根拠はどのようなものか、【事実】5に記した①と②のそれぞれについて、具体的に説明せよ。また、【事実】5に記した①と②とで、Aにとっての有利・不利があるかどうかについて検討せよ。なお、労災保険給付による損害填補について考慮する必要はない。

【事実（続き）】

6. Cは、本件事故の前から、妻Fと共に、自己所有の土地（以下「本件土地」という。）の上に建てられた自己所有の家屋（以下「本件建物」という。）において、円満に暮らしていた。本件土地はCがFとの婚姻前から所有していたものであり、本件建物は、CがFと婚姻して約10年後にFの協力の下に建築したものである。
7. Cは、Aからの損害賠償請求を受け、平成29年7月10日、Fに対し、【事実】1及び2を説明するとともに、「このままでは本件土地及び本件建物を差し押さえられてしまうので、離婚しよう。本件建物は本来夫婦で平等に分けるべきものだが、Fに本件土地及び本件建物の全部を財産分与し、確定的にFのものとした上で、

民 法

民法

引き続き本件建物で家族として生活したい。」と申し出たところ、Fは、これを承諾した。

8. Cは、平成29年7月31日、Fと共に適式な離婚届を提出した上で、Fに対し、財産分与を原因として本件土地及び本件建物の所有権移転登記手続をした。Cは、上記離婚届提出時には、本件土地及び本件建物の他にめぼしい財産を持っていなかった。

CとFとは、その後も、本件建物において、以前と同様の共同生活を続けている。

〔設問2〕

Eは、平成30年5月1日、Aから、㊦CとFとは実質的な婚姻生活を続けていて離婚が認められないから、CからFへの財産分与は無効ではないか、㊧仮に財産分与が有効であるとしても、本件土地及び本件建物の財産分与のいずれについても、Aが全部取り消すことができるのではないかと質問された。

本件事故についてAがCに対して損害賠償請求権を有し、その額が本件土地及び本件建物の価格の総額を上回っているとした場合、Eは、弁護士として、㊦と㊧のそれぞれにつき、どのように回答するのが適切かを説明せよ。

民法 解答のポイント

- 1 設問1では、AのCに対する損害賠償請求について①債務不履行構成と②不法行為構成から、その要件充足性について詳細に論述することとなる。
- まず①の構成では、AC間に直接の契約関係がないにもかかわらず、なぜ債務不履行に基づく損害賠償請求（415条）をなしえるのが問題となるであろう。この点については、安全配慮義務が認められるような特殊な社会的接触関係が、AC間に認められるかを論述することとなる。その上で、Cに具体的にどのような安全配慮義務違反が認められるかを、命綱や安全ネットを用意していなかったこと等の具体的事実に沿って論述することとなる。また、設問1において実際にCの指示に従わずに事故を引き起こしたのがBであることから、BをCの安全配慮義務における履行補助者であると認定して、Bの具体的な行動がCの安全配慮義務違反を構成すると考えることも出来る。かかる構成を採用する場合には、BがCの履行補助者といえるかを明らかにする必要がある。また、具体的な義務違反事実となるのはBの行為となることから注意が必要である。
- 2 ②の構成では、709条に基づく損害賠償請求の要件適合性を論述することとなる。この際Cの過失については、①の構成における安全配慮義務違反の具体的事実と重なると考えられる。
- また前述のようにBの具体的な行為を過失と捉える場合には、使用者責任（715条1項）を検討することとなるが、この場合には下請契約が「使用する」（715条1項本文）に該当するのかが問題となる。この点については、使用者責任の報償責任としての性格から、雇用契約でない場合でも一定の場合には「使用する」に該当することを論述し、本件における具体的なあてはめをする必要がある。その上で、Bの過失やCが「相当の注意」（715条1項但し書き）を払ったといえるかについて具体的な事実に基づいて認定することとなる。
- 3 最後に①と②の比較であるが、比較対象としては時効、立証責任、遅延損害金の額が考えられる。時効については、①では167条1項、②では724条を摘示し、有利不利を判断することとなる。立証責任については、立証責任の分配やBの過失とCの過失の立証のしやすさ等の観点から、①と②どちらの構成がAにとって有利であるかを判断することになる。最後に遅延損害金であるが、①ではCによる催告の時点から損害賠償債務が遅滞に陥ること、②では事故発生時点から損害賠償債務が遅滞に陥ることの指摘が必要である。これらの事実を総合的に考慮した上で①、②いずれがAにとって有利であるかを判断することとなる。
- 4 設問2、アでは、離婚の成立要件を正確に論述する必要がある。具体的には、離婚が有効に成立するには①離婚意思、②離婚の届出が必要であるところ、本問では①離婚意思の内容が問題となる。この点については、事実上夫婦関係を継続する意思で離婚の届出をすることも考えられることから、届出の意思だけで足りると解すべきであろう。
- 5 設問2、イについては、財産分与の詐害行為取消（424条1項）の要件を丁寧に論述することとなるであろう。その中で特に問題となるのは、離婚に伴う財産分与が「財産権を目的としない法律行為」（424条2項）に該当し、詐害行為取消の対象とならないのではないかという点である。この点については、財産分与が不相当に過大である場合には財産分与であっても詐害行為取消の対象となることを指摘し、具体的事実から、どの部分が不相当に過大な財産分与にあたるかを論述する必要がある。ここでは本件土地と本件建物についての分析が必要となる。
- その上で、財産分与が具体的にどの範囲で取り消されることとなるかを論ずることとなる。ここでは、目的物が不可分な不動産であることから、財産分与全体について取消が認められるようにも思えるが、財産分与を受けたFの保護の観点から、結局不相当に過大な部分の取消となるであろう。よって、Eは弁護士としてAに、全部の取消は認められないと回答することとなる。

民法 解答例

第1 設問1

1 ①について

(1) AのCに対する①の請求は、請負契約の債務不履行に基づく損害賠償請求（民法415条）である。まず不履行となる債務の内容だが、直接の契約関係がないAC間において、CのAに対する安全配慮義務違反を認めることができるか。

ア 安全配慮義務とは、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触に入った当事者間において、当該法律関係の外随義務として当事者の一方又は双方が相手方に対して信義則上負う義務である。

イ 本件では、たしかにAC間に直接の契約関係はないものの、AはBに雇用され、その雇用主たるBはCの解体業務を請け負っており、解体現場でCはAに器具等を提供して直接指示をしていたことから、AC間には実質的に指揮監督関係が認められる。このような特別な社会的接触がある以上、AはCに対する安全配慮義務を負う。そして、その内容は、バランスを崩しても怪我をしないように命綱や安全ネットを用意する義務である。Cはこのような設備を用意せず漫然と作業の指示を与えるのみであり、上記義務の懈怠が認められる。

ウ したがって、Cに安全配慮義務違反が認められる。

(2) 次に帰責事由であるが、手段債務たる安全配慮義務の違反と帰責事由の判断は実質的に重なるため、これも認められる。

(3) そして、CのAに対する安全配慮義務違反によってAは本件事故で頭を強く打ち、治療費等の損害が生じている。そのため、損害も因果関係も認められる。

(4) よって、AのCへの債務不履行に基づく損害賠償請求は認められる。

2 ②について

(1) AはCに使用されるBの不注意によって損害を被ったとして、Cに対し使用者責任に基づく損害賠償請求（民法715条1項）をする。

(2) まずBはCの指示に従わず、3階にAがいたのに1階を重機で破壊し始めている以上、過失が認められる。かかる過失でAが負傷し、治療費等の損害が生じているからBに一般不法行為（709条）が成立する。

(3) 次に「ある事業のために他人を使用する者」についてみる。

ア 使用者責任の根拠は報償責任にあり、使用者と被用者に実質的な指揮監督関係があれば認められる。

イ AはBと請負契約を締結して、Bを解体作業に用いており、AB間に指揮監督関係が認められる。

ウ したがってAは「ある事業のために他人を使用する者」といえる。

(4) そして被用者たるBが上記不法行為を働いたのは解体作業中であり、「事業の執行について」といえる。また、命綱や安全ネットをCが容易すればAの怪我は避けられた以上、「相当の注意」（715条1項但書）を尽くしていない。

(5) よって使用者責任に基づく損害賠償請求が認められる。

3 両請求の比較

(1) 時効については、債務不履行に基づく損害賠償請求権の消滅時効は10年（167条1項）であり、本件においては平成26年2月1日から10年後の平成36年2月1日である。一方、不法行為に基づく損害賠償請求権の消滅時効は「損害...を知った時から三年」（724条前段）であるから、平成26

年10月1日から3年後の平成29年10月1日である。よって、平成29年6月1日時点でどちらも消滅時効にかかっていないが、債務不履行責任の方が時効完成まで余裕がある点は有利である。

- (2) 立証責任については、債務不履行では安全配慮義務違反の発生を基礎付ける事実をAが主張立証する必要があり、使用者責任によるBの過失の評価根拠事実もAが主張する必要がある以上、立証責任における差はない。
- (3) 履行遅滞の時期については、弁護士費用は、不法行為に基づく請求の場合は不法行為時に遅滞に陥り、債務不履行に基づく場合は請求時である。また、損害賠償債務は、不法行為に基づく請求の場合は不法行為時に遅滞となり、債務不履行による場合は催告時からとなる。よって、不法行為による方が有利である。
- (4) 結論として、時効までの猶予は短いものの、遅延損害金を多く得られる不法行為による請求の方が、被害者救済の範囲が広く、Aに有利といえる。

第2 〔設問2〕

1 アについて

- (1) 財産分与（768条1項）は身分行為であり、前提としてCF間の離婚の有効性が問題となる。そこでCF間の離婚で要求される離婚意思の内容が問題となる。
- (2) 法律上の婚姻を解消しても事実上の婚姻の存続が観念できる以上、真に夫婦関係を解消する意思までは要求されず、離婚の届出をする形式的意思があれば足りると考える。
- (3) CFは適式の離婚届を提出しているので離婚意思があり、離婚は有効であ

る。

- (4) したがってアの主張は認められない。

2 イについて

- (1) CによるFへの財産分与の詐害行為取消（424条1項）はできるか。
- (2) まず、AはCに財産分与前に損害賠償請求権を取得しており、被保全債権は存在する。また、Cに本件土地及び本件建物以外めばしい財産はなく、無資力といえる。そして、CはFへの申出から詐害意思は肯定される。そして受益者たるFは悪意といえる。では財産分与が詐害行為といえるか。

ア 財産分与は離婚する当事者の双方が一切の事情を考慮してする（768条3項）ものだから、それにより無資力となることも考慮事情のひとつであり、原則詐害行為に当たらない。もっとも、責任財産保全の必要性から、不相当に過大で、財産分与に仮託した財産処分といえる特段の事情があれば詐害行為に当たる。

イ 本件土地はFとの結婚前からC所有であり、夫婦別産制（762条1項）の下、Fにすべて与える理由はないから、Aの差押を逃れるためにした、財産分与に仮託した財産処分といえる。一方、本件建物も結婚後にCFの協力の下建築されたものであるから、夫婦の共有（249条）にかかる。そのため、Fの持分についての財産分与は詐害行為に当たらないが、それを超える部分はAの差押を逃れるための財産処分であるから詐害行為に当たる。

- (3) よって本件土地全体及び本件建物の2分の1部分の財産分与が詐害行為といえ、取り消すことができる。

以上

論点リサーチ 最終結果

※ 小数点第2位の四捨五入や、リサーチ参加者の選択回避を理由として、合算値が100%にならない場合があります。

【民法】	論述した	ある程度論述した	全く触れなかった
設問1前段 ①について、Cの安全配慮義務違反による債務不履行責任(415条本文)を追及することについて論じた。	81.6%	14.3%	2.0%
設問1前段 ①について、CとAの間に直接の契約関係はないことについて触れている。	67.3%	10.2%	20.4%
設問1前段 ①について、CとBの間、BとAの間について触れている。	51.0%	26.5%	20.4%
設問1前段 ①について、Cが、自己の従業員に対するのと同様に、Aに対して具体的指示をしていたことについて触れている。	67.3%	22.4%	8.2%
設問1前段 ①について、Bの従業員が用いる重機・器具等をCが提供していたことについて触れている。	49.0%	22.4%	26.5%
設問1前段 C・A間に特別な社会的接触関係があることを認定し、CがAに対する安全配慮義務を負っていたことを論じた。	57.1%	30.6%	10.2%
設問1前段 Cが事故防止のために命綱や安全ネットを用意していないことが、安全配慮義務違反に当たることを論じた。	65.3%	16.3%	16.3%
設問1前段 Bが1階壁面を重機で破壊しないよう、CがBに対して監督すべきであったことが安全配慮義務違反に当たることを論じた。	18.4%	30.6%	49.0%
設問1前段 BがCの負う安全配慮義務の履行補助者であり、Bの不注意による事故がCの安全配慮義務違反と同視できると論じた。	14.3%	10.2%	73.5%
設問1前段 10年の消滅時効期間(167条1項)が経過していないことについて触れた。	36.7%	20.4%	38.8%
設問1前段 ②について、Cを使用者、Bを被用者としてCのAに対する使用者責任(715条1項本文)を追及することについて論じた。	36.7%	18.4%	42.9%
設問1前段 ②について、「ある事業のために他人を使用する」の要件を満たすことを、CB間の請負契約関係に触れつつ、論じた。	20.4%	28.6%	49.0%
設問1前段 ②について、Aに損害が生じたこと、それがBの故意又は過失によることを論じた。	40.8%	22.4%	34.7%
設問1前段 ②について、Cが事故防止のために命綱や安全ネットを用意していないことに触れ、Cが「相当の注意」を怠ったこと等を論じた。	32.7%	32.7%	32.7%

設問1前段	②について、本件事故から3年経過したことについて触れた。	36.7%	22.4%	38.8%
設問1前段	②について、Aの記憶喪失という事実から損害賠償請求権が時効消滅していないことを論じた。	34.7%	12.2%	51.0%
設問1後段	①と②について、安全配慮義務、故意又は過失、因果関係、損害等の立証の容易性を比較して論じた。	36.7%	36.7%	24.5%
設問1後段	①と②の優劣について、時効完成までの期間の長短という観点に触れた。	61.2%	22.4%	14.3%
設問1後段	①と②の優劣について、弁護士費用も含め遅延損害金を多く請求できるという観点に触れた。	14.3%	10.2%	71.4%
設問1後段	上記を踏まえ、①と②のいずれがAにとって有利又は不利であるか結論を説得的に示した。	28.6%	46.9%	22.4%
設問2ア	財産分与の前提となるCF間の離婚の有効性が問題になることを論じた。	61.2%	20.4%	16.3%
設問2ア	離婚届が出されていることに触れている。	55.1%	28.6%	14.3%
設問2ア	離婚の意思の内容について、判例の形式的意思説を挙げ、理由付けも述べた。	40.8%	42.9%	14.3%
設問2イ	Cによる財産分与を詐害行為取消し(424条1項本文)できるかという問題提起を行った。	81.6%	14.3%	2.0%
設問2イ	Cが、離婚届出時には本件土地及び本件建物の他にめぼしい財産を持っていないことに触れ、無資力であることを論じた。	67.3%	10.2%	20.4%
設問2イ	CによるFへの申出に触れ、Cの詐害意思について論じた。	55.1%	24.5%	16.3%
設問2イ	FがCの申出に応じたことに触れ、受益者であるFの悪意について論じた。	51.0%	24.5%	20.4%
設問2イ	財産分与が詐害行為に原則として当たらないことを述べ、例外的に当たる場合の判例の規範を理由と共に論じた。	51.0%	34.7%	12.2%
設問2イ	本件土地をCが結婚前から所有していた事実から、財産分与の詐害行為該当性について論じた。	38.8%	22.4%	34.7%
設問2イ	本件建物がCFの共有にある点を前提として、Fの持分の財産分与の詐害行為該当性を論じている。	28.6%	28.6%	40.8%
設問2イ	財産分与が、AのCに対する損害賠償請求権発生後であることを論じている。	18.4%	16.3%	63.3%
設問2イ	本件土地及び本件建物の各々につき取り消すことができる範囲について論じている。	40.8%	36.7%	20.4%

※「論点リサーチ」とは、論文式試験終了後にLECがWeb上にて受験生を対象に、各項目についての論述の有無をリサーチしたものです。

「ある程度論述した」とは、問題意識だけは示した場合、結論のみ記載した場合、本来はもう少し論述したかったが時間やスペースの都合上やむなく短くまとめた場合、などをいいます。

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) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18611