

予備試験

---

平成30年 予備試験論文分析会  
民 法  
講師オリジナルレジュメ

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 186153

LU18615



平成30年度 予備試験 論文式試験（民法） 分析会  
講師レジュメ

このレジュメには、今回取り扱う論文式試験の解答に必要な重要基本知識や、レック作成の解答例について私が気になったことを記載しています。復習の際に役立ててください。なお、重要基本知識については、「矢島の速修インプット講座」のテキストから抜粋しています。

平成30年8月5日

LEC専任講師 矢島純一

- ・LEC 作成の解答例（LECレジュメの4頁，5頁）で気になった点

解答例の1頁（LECレジュメ4頁の上半分の枠）のタイトルを含めて3行目AC間に請負契約が成立しているわけではないため、「請負契約の債務不履行に基づく損害賠償請求」とあるところについては、「請負契約の」との記載を削除した方がよい。契約関係にない者同士に信義則上，安全配慮義務が発生し，その義務違反を根拠に債務不履行に基づく損害賠償請求ができるのかということを問題とすればよい。

解答例の3頁（LECレジュメ5頁の上半分の枠）の4行目以下の「(2)」  
解答例の書き方は，一般的に教科書で説明されている安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権と，709条を念頭においた不法行為に基づく損害賠償請求権とを比較してしまっている。本問において，安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求権と比較が求められているのは，715条1項の使用者責任に基づく損害賠償請求権であるところ，使用者責任については，715条1項但書において，使用者に免責事由の立証責任を負わせる点で，使用者の帰責事由の立証責任が，使用者に転換されている。反面，損害賠償請求をする側の立証責任の負担が軽くなっている。答案では，こうしたことを指摘すべきである。

解答例の3頁（LECレジュメ5頁の上半分の枠）の7行目以下の「(3)」

解答例の(3)の記載は次のように整理するともっと分かりやすくなると思われる。

履行遅滞の時期については、問題文①の債務不履行に基づく損害賠償請求権を採用した場合は、期限の定めのない債務として、催告時（請求時）に履行遅滞となるが、問題文②の不法行為に基づく損害賠償請求権を採用した場合は、被害者救済の観点から、不法行為時に履行遅滞となる。したがって、遅延損害金の額が多くなる点で、②の方がAにとって有利である。

債務不履行又は不法行為に基づく損害賠償請求をする際に支出を余儀なくされた弁護士費用を損害賠償請求できるかについては、判例は、訴訟活動の困難性に配慮して、まず、不法行為に基づく損害賠償請求については「弁護士費用は、事案の難易、請求額、認容された額その他諸般の事情を斟酌して相当と認められる額の範囲内のものに限り、右不法行為と相当因果関係に立つ損害というべき」として、損害賠償請求を肯定した（最判昭44.2.27）。その後、判例は、安全配慮義務違反に基づく損害賠償請求についても「労働者が主張立証すべき事実は、不法行為に基づく損害賠償を請求する場合とほとんど変わるところがない」として、弁護士費用相当額の損害賠償請求を肯定している（最判平24.2.24）。したがって、弁護士費用の請求ができるかについては、Aにとって、①と②のどちらの構成をとっても有利不利に違いはない。

- ・設問1の前段に対応する解答例の結論が、設問の形式に合っていないので、形式に合わせた解答をする必要がある。なお、設問1の後段については、設問に対応した解答になっていた。

解答例の4頁（LECレジュメ5頁の下半分の枠）の14行目以下の「イ」  
離婚に伴う財産分与を詐害行為取消権により取り消せるかについて、判例は、「財産分与に仮託してされた財産処分」といえる特段の事情があるときは取消可能となるが、財産分与の趣旨に反する「不相当に過大」な部分のみの取消しを認めている（後掲の重要基本知識を参照）。

本問の事実関係からすると、Cは、強制執行逃れのために、Fに財産分与をしているといえるため、「財産分与に仮託してされた財産処分」といえる特段の事情が認められ、財産分与は詐害行為取消権の対象となる。「不相当に過大」な部分がどこになるかについては次の点に留意するとよい。

Fとの婚姻前から、本件土地を所有しているところ、夫婦であっても、その一方が婚姻前から有する財産や婚姻中自己の名で得た財産は、その特有財産とされるのが原則であるため（762 I）、本件土地を全部Fに財産分与することは不相当に過大と評価される。

本件建物については、CがFと婚姻後に、Fの協力のもとに建築したものである。本件建物は、Cの所有名義で所有者が明らかとなっているため、762条2項の「夫婦のいずれに属するか明らかでない財産」として共有の推定がはたらくわけではないが、Fの協力のもとに建築されたものであることから、実質的にみるとFとの持分2分の1ずつあるいは寄与分に応じた持分権に服する共有物と評価することができる。このことから、本件建物のFの実質的な持分に相当する部分の財産分与は「不相当に過大」とはいえないが、Cの実質的な持分相当する部分の財産分与は「不相当に過大」と評価される。

以上を前提に、本件土地の財産分与は全部取り消すことができる。本件建物については、詐害行為の対象が建物のような不可分なものについては全部の取消しを認めるのが判例である。

## 重要基本知識の確認

### 設問 1

- ・安全配慮義務の法的根拠

使用者は、被用者に対して、当該法律関係の付随義務として、信義則上、被用者の生命及び健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務（安全配慮義務）を負うと解されている。判例は、ある法律関係に基づいて特別な社会的接触関係に入った当事者間において、信義則上負う義務としてこのような安全配慮義務を一般的に認めている（最判昭 50. 2. 25）。

- ・安全配慮義務の違反の主張立証責任

判例は、国に対する安全配慮義務違反の債務不履行に基づく損害賠償請求等を求める訴えにおいて、「安全配慮義務に違反し、右公務員の生命、健康等を侵害し、同人に損害を与えたことを理由として損害賠償を請求する訴訟において、右義務の内容を特定し、かつ、義務違反に該当する事実を主張・立証する責任は、国の義務違反を主張する原告にある」とした（最判昭 56.2.16）。

- ・信義則と元請企業の下請企業の労働者に対する安全配慮義務

下請企業の労働者が、元請企業の指揮監督下で稼働し、作業内容も元請企業の労働者とほとんど同じであったという事実関係のもと、労働者が作業が原因で生じた難聴についての損害につき、労働者とは直接の契約関係がない元請企業の安全配慮義務の債務不履行を理由に損害賠償請求（415）できるのかが問題となった。

**最高裁**は、造船所で下請企業の労働者に難聴の被害が生じた事件において、当該労働者は、事実上、元請企業の指揮、監督を受けて稼働し、下請人の被用者の作業内容も元請企業の従業員であるいわゆる本工とほとんど同じであったとの原審の事実認定を是認した上で、このような事実関係のもとにおいては、元請企業は、下請企業の労働者との間に特別な社会的接触の関係に入ったもので、信義則上、右労働者に対し安全配慮義務を負うものであるとした原審の判断は正当であると判示した（最判平 3. 4. 11）。

## ・使用者責任の実体法上の要件

715条の使用者責任に基づく損害賠償請求権が認められるための**実体法上の要件**は、①被用者が民法709条の要件を満たす不法行為をしていること、②被用者の加害行為が使用者の事業の執行についてなされたこと、③使用者又は代理監督者が被用者の選任及び事業の監督について相当の注意をしていなかったことである。

主張立証責任の振り分けを踏まえた場合、③については、使用者が被用者の選任及びその事業の監督について相当の注意をしたこと、又は相当の注意をしても損害が生ずべきであったことを、使用者において免責事由として主張することになる（715 I 但）。

## ・使用者責任の根拠

使用者責任の**根拠**は、使用者は他人を使用して活動範囲を広げて利益を得ている以上、それによって生じた損害を負担すべきとの報償責任の原理に求められるとする見解がある。

判例は、「民法715条1項の規定は、主として、使用者が被用者の活動によって利益をあげる関係にあることに着目し、利益の存するところに損失をも帰せしめるとの見地から、被用者が使用者の事業活動を行うにつき他人に損害を加えた場合には、使用者も被用者と同じ内容の責任を負うべきものとしたもの」として使用者責任の根拠につき報償責任の原理から説明をしたものがある（**最判昭63.7.1**）。

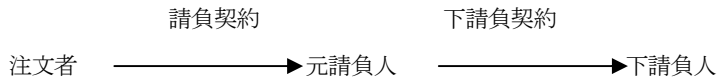
使用者の責任の**根拠**を、使用者は他人を使用して活動範囲を広げて他人に対する加害の危険を作出しているため、被用者による加害行為が客観的に使用者の支配領域内の危険に由来するものといえれば使用者はその行為の責任を負うべきであるとする危険責任の原理に求める見解も有力である。

- ・「**他人を使用**」するものとして使用関係が肯定されるためには、労働契約のように人を使用する旨の契約がある場合はもちろん、そのような契約がない場合でも、仕事の遂行について当事者間に実質的な指揮監督関係が認められれば足りると解されている。仕事に対して対価が支払われることは要求されておらず、有償・無償を問わず使用関係が肯定される。



- ・ **下請負人**は、元請人の注文者に対する債務の履行のために利用されるものとして、**元請負人の履行補助者**であるため、元請負人は下請負人の過失による債務不履行責任について責任を負うと解される。○

判例も、「建物建築工事を元請負人から一括下請負の形で請け負う**下請契約**は、その性質上元請契約の存在及び内容を前提とし、**元請負人の債務を履行することを目的とするものであるから、下請負人は、注文者との関係では、元請負人のいわば履行補助者的立場に立つ**」としている（最判平 5. 10. 19）。



## 設問 2

### ・離婚意思

離婚意思は、婚姻意思と異なり実質的な内容を含むものを要求されておらず、離婚の届出に向けられた形式的な意思で足りる（**最判昭 38.11.28**）。離婚は、婚姻と異なり、その後の当事者の生活状態が多様であるため、画一的に実質的な離婚意思を観念できないため、届出に向けられた意思という形式的な意思を基準に判断するのが妥当である。

生活保護を受給するための方便として離婚届を提出した後も実質上夫婦として生活していた場合でも、当該事案では離婚の届出が、法律上の婚姻関係を解消する意思の合致に基づいてされたものであるとして、離婚を無効とせず有効とした判例がある（**最判昭 57.3.26**）。また、強制執行を逃れるための方便として離婚をした後も同居を続けた男女の間に子が生まれて共に養育をしていた事案でも、離婚が有効であるとした判例がある（**大判昭 6.1.27**）。

### ・債権者取消権の実体法上の要件

- ① 被保全債権の存在
- ② 財産権を目的とする法律行為
- ③ 債権者を害する行為（客観的な詐害性）〔債務者の無資力〕
- ④ 債務者の詐害意思（主観的な詐害性）
- ⑤ 受益者又は転得者の悪意

### ・離婚に伴う財産分与

財産分与者が既に債務超過の状態にあつて当該財産分与によって一般債権者に対する共同担保を減少させる結果になるとしても、それが民法 768条3項の規定の趣旨に反して不相当に過大であり、財産分与に仮託してされた財産処分であると認めるに足りるような特段の事情がない限り、詐害行為として、債権者による取消しの対象となりえない（**最判昭 58.12.19**）。

前記特段の事情があり財産分与を詐害行為として取り消せるときでも、不相当に過大な部分についてののみ、被保全債権の保全に必要な限度で詐害行為として取り消せるとするのが判例である（**最判平 12.3.9**）。

- ・ 詐害行為により責任財産から逸出した財産の価値が被保全債権の額よりも大きく、しかも、他に複数の債権者がいる場合であっても、債権者は、自己の被保全債権の額を超えて詐害行為取消権の行使はできない（大判大 9.12.24）。ただし、一棟の建物の贈与が詐害行為となるなど、債務者が行った詐害行為の目的物が不可分のものであるときは、その価額が被保全債権の額を超過する場合であっても、行為の全部を取り消して現物返還を求めることができる（最判昭 30.10.11）。

\* 以上のような試験の合格に必要な基本知識に不安がある受験生は、「**矢島の速修イン  
プット講座**」がおすすりめです。









**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。

LU18615