

第1 出題趣旨

本問は、「使用者責任」と「過失相殺と身体的特徴の斟酌」についての基本的な理解を問う問題である。予備試験の民法では、債権法Ⅱ（不法行為法）の分野から未だ出題がない。しかし、平成22年度新司法試験第2問、平成23年度新司法試験第3問、平成27年度新司法試験第3問においては出題実績があり、いずれは予備試験においても出題がされる可能性がある。

設問1で取り上げた使用者責任（民法715条）は、どの基本書にも記載がある基本的な問題である。そして、その事業執行性の要件に関する外形理論の論点は、本件とは異なる取引的不法行為の事案であるが、判例が百選にも掲載されており（最判昭和42年11月2日民集21巻9号2278頁、民法判例百選Ⅱ[第7版]No.90）、押さえておくべき重要論点である。本問では、取引的不法行為ではなく、事実的不法行為の事例について検討を求めている。

設問2では、過失相殺と身体的特徴の斟酌について検討を求めているので、こちらも判例が百選に掲載されているので（最判平成8年10月29日民集50巻9号2474頁、民法判例百選Ⅱ[第7版]No.101）、必ず押さえておくべきである。本問では、判例で示された解釈を前提に、自分なりにあてはめて解答することが求められる。

第2 設問1

1 CのBに対する請求

Cは、Bに対し、不法行為に基づく損害賠償請求をすることができる（民法709条）。特に問題となる点はないので、要件を挙げて、あてはめはコンパクトに論じれば足りる。

2 CのA社に対する請求

(1) Cは、A社に対し、使用者責任に基づく損害賠償請求をすることが考えられる（民法715条）。

(2) 要件

①被用者による加害行為が一般不法行為の要件を満たすこと

（権利侵害、故意又は過失、損害の発生及びその金額、因果関係）

②行為当時、使用者と被用者の間に使用関係があったこと

③被用者の加害行為が事業の執行につき行われたものであること

(3)本問で問題となるのは、③事業執行性の要件である。

初期の判例では、事業執行性を限定的に解釈する傾向があったが、その後広く解釈しその範囲は行為の外形を標準にして判断すべきであるとする外形標準説が学説で唱えられた。判例でも外形標準説が明示的に採用され、外形標準説が当初主として念頭におい

ていた取引的不法行為の場合だけではなく、事実的不法行為についてもこれを採用するにいたった。

すなわち、「事業の執行につき」とは、「被用者の職務執行行為そのものには属しないが、その行為の外形から観察して、あたかも被用者の職務の範囲内の行為に属するものとみられる場合を包含するものと解すべき」とされた（最判昭和42年11月2日民集21巻9号2278頁、民法判例百選Ⅱ[第7版]No.90）。

*事業執行性と被害者の主観的要素

取引的不法行為において、判例は、被害者（取引の相手方）が被用者の行為が私利を図るためになされたものであることについて善意であったのか悪意であったのかを問題とする（最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁）。さらに、被害者が被用者の権限濫用について重大な過失で知らなかった場合にも事業執行性を否定した判決がある（最判昭和42年11月2日民集21巻9号2278頁）。

●使用者責任について

・使用者責任の性質については以下のような見解がある。

① 危険責任の原理

…使用者が被用者を用いることで新たな危険を創造したり、拡大している以上、使用者は被用者による危険の実現につき責任を負担すべきであるとする見解。

② 報償責任の原理

…使用者が自分の業務のために被用者を用いることによって事業活動上の利益を上げている以上、使用者は被用者による事業活動の危険も負担すべきであるとする見解。通説は報償責任の原理のみを挙げている。

・使用者責任において使用者が負担する責任についても見解の対立がある。

① 自己責任説（固有責任説）

…使用者責任を、被用者の選任・監督上の過失を根拠とする使用者固有の責任であるとする。この点では、使用者責任は、709条による責任と何ら変わりがないことになる。ただ、使用者責任では、使用者自身の故意・過失について、709条だと被害者が主張・立証責任を負うところ、715条では、1項ただし書が設けられることによって、使用者の側へと主張・立証責任が転換されており、この点で709条による責任とは異なるとされる。

② 代位責任説（通説・判例）

…使用者責任を、代位責任であるとする。使用者責任を、被用者の不法行為について、使用者が被用者に代わって被害者に対し損害賠償責任を負うものとして捉える見解。この立場からは、被用者の行為は、それ自体として不法行為の成立要件を充足する

ものでなければならないとされる。

第3 設問2

1 過失相殺と身体的特徴の斟酌

設問2においては、設問1のCの請求が認められる場合に、Bが以前、整形外科で頸椎椎間板ヘルニアの診断を受けたことがあったため、Bの身体的素因による減額が認められるかを検討する必要がある。

まず、Cの身体的素因は「過失」ではないので、722条2項が直接適用されるわけではない、という原則を示す必要がある。

その上で、なぜ、素因減責による減額が認められるのか、722条2項の趣旨から論述することになる。そして、どのような場合に素因減責による減額が認められるのか、判例で示されている基準を踏まえて見解を述べる必要がある。

2 本問でベースとした裁判例(名古屋地判平成14年9月27日交民35巻5号1312頁)では、素因減責による減額を認めている。しかし、疾患と身体的特徴は連続概念であり、また、加齢と椎間板ヘルニアとの関係については、判例上も明確にはなっていないので、いずれの結論をとることもあり得る。本問では、いずれの結論でもよいが、問題文で様々な事情が挙げられているので、それらを用いて、説得的に論述することが求められる。

☆あてはめにおいて着目すべき事実

- ・ 椎間板ヘルニアは、経年性変化による形態学的異常であり、椎間板は20代から退行変性が始まるもので、無症状でもMRIで異常所見を呈する割合は、40歳以下で25%、40歳以上で60%といわれていること。
- ・ Cが、平成24年11月、整形外科で頸椎椎間板ヘルニアと診断を受けていること。
- ・ Cは、数回の保存的治療により痛みがなくなったことから、平成24年12月10日に治療が終了したこと。
- ・ Cの頸椎椎間板ヘルニアの症状は、それほど重度のものではなく、日常生活に支障を来たすようなことはなかったこと。
- ・ Cは、本件事故時までの間に、首及びその周辺に異常を訴えることはなく、医療機関を受診することもなかったこと。

【参考文献】

- ・ 潮見佳男「不法行為法Ⅱ(第2版)」信山社 2011年
- ・ 潮見佳男「基本講義債権各論Ⅱ 不法行為法(第2版)」新世社 2009年
- ・ 吉村良一「不法行為法(第5版)」有斐閣 2017年
- ・ 中田裕康 久保田充見編「民法判例百選Ⅱ[第7版]」有斐閣 2015年
- ・ 最判平成8年10月29日民集50巻9号2474頁 以上