

【答案作成についての一般的な注意】

(1) **【筋道の通った答案】** 少なくとも試験開始後15分から20分程度は、問題の分析や答案の構成をじっくりと考え、答案全体の骨子の見通しを付けてから、答案を書き出すべきである。ただ知っている知識を順不同で並べたような答案や、前後の論旨に矛盾があったり、論理運びがみえてこない答案は、どうしても評価が低くなる。体裁としても、適宜、段落分けやー1 (1)①などの数字を用いて、論述を整理して書くようにすると良い。

(2) **【条文の適宜の引用】** 実定法の問題については、試験用六法が貸与されていることもあり、どの法律のどの規定を問題にしているのかを、必要な範囲で書かなければならない。諸君が勉強している基本かつ中心は、実定法の具体的条文の解釈運用であることを忘れないようにしてほしい。

(3) **【事実の指摘】** 事例問題については、事例自体のなかに着目すべき事実がたくさんちりばめられている。それをヒントとして考え、答案においても、問題になる事実を適宜指摘して論述を進める必要がある。事例の事実を離れた抽象論だけでは足りない。解釈論は、ある条文の要件の何らかの要件に具体的事例の事実が当てはまるか否かを問題にすることが多いので、上記(2)で指摘した条文の適宜の引用は、事例の事実指摘を忘れないためにも必要である。

(4) **【読む人を意識した答案】** 私を含めほとんどの出題者は、答案の字の上手・下手は、評価に際して考慮しない。しかし、あまりに読みにくい殴り書きの字や過度に小さい字、詰めすぎた書き方、多すぎる加除訂正は、読むこと自体を苦痛にし、マイナスに作用するおそれがある。要は、内容も含めて、答案の作成に当たっては、読む人のことを配慮した読みやすさに留意して欲しい。そのような姿勢は、必ずや諸君の答案の質を大きく向上させるだろう。

I

【出題の趣旨】

本問は、賃貸借契約に関する基本的な知識を問う問題である。具体的には、賃貸借契約における債務不履行責任と瑕疵担保責任（両者の関係、この法的構成と損害賠償の範囲の関係、損害の性質と帰責事由の要否）、修補義務免除特約の効力、賃料不払いを理由とする解除の可否、敷金の性質と相殺・差引計算の可否、更新拒絶の可否などの論点が絡んでおり、事例から法的問題点をきちんと見つけ出すことと、正確な基本知識によって解決の筋道を付けることを求めている。

【解説】

1 Xの請求の趣旨

Xが訴訟で主張しようとしているのが、3か月分の**賃料不払いによる契約解除**を理由とする甲の明渡請求であることを、きちんと示して欲しい。これが出発点である。

2 Yの抗弁と中心となる争点

次に、Yの抗弁は、Xに対する**費用償還請求権または損害賠償請求権による相殺**により、賃料不払い（＝債務不履行）はない、というものである。YがXに対して、そのような反対債権を取得しているかどうかの問題となるため、争点は、XがYに対して修補義務や損害賠償責任を負うか否かである。

3 修補義務と損害賠償責任

そこで修補義務と損害賠償義務について検討を進める。

1) 修補義務免除特約の効力と射程

原則として**貸主に修補義務があるが**（606条1項）、任意規定であるから、本件のような**免除特約も一応は有効**である。もっとも、消費者契約法8条・10条との関係では、無効とされる余地がある（この点まで言及することは期待していない。同法8条は損害賠償債務の減免を制限しているが、契約上の債務自体を制限することへの同条の適用ないし類推適用には議論があり、もっぱら10条の問題とみる見解もある）。また、本件特約は「壁や建具の修理」となっており、甲の雨漏りの原因である天井裏の亀裂のような建物の基本構造に関わる部分についてまで、賃貸人の義務を免除したものとは考えにくい（そういう趣旨だとすると、有効性への疑念が強まる）。そうすると、本件特約の存在にもかかわらず、雨漏りの原因の修理にYが出捐した20万円は、本来賃貸人Xの負担すべきものであって、甲の価値の維持・保存に要する**必要費**に該当し、YはXに対して、直ちにその償還を求めることができる（608条1項）。

2) 損害賠償責任の根拠と要件充足の有無

甲の修補義務がXにあれば、その**債務不履行責任**が問題となるほか、**瑕疵担保責任**も問題となる（559条による570条の準用）。債務不履行責任であれば、異論なく本件のような**拡大損害**も賠償範囲に入る一方で、Xに**帰責事由が必要**である。甲の雨漏りが建物建築工事の手抜きに起因し、地震があるまでは賃貸人Xが甲の天井裏や壁の亀裂が生じていなかったか、生じていても発見できなかったとすれば、Xの帰責事由が否定されて、Yには損害賠償責任が生じない可能性が高い。

一方、本件の亀裂等は、**本賃貸借契約締結時以前にすでに存在した甲の「隠れた瑕疵」**には該当するが、瑕疵担保責任が対価的均衡を回復する趣旨の**無過失責任**である反面、拡大損害については、貸主に帰責事由がなければならぬというのが近時の通説的理解であ

る。したがって、帰責事由がないと評価される可能性の高い本件では、瑕疵担保責任構成によっても、Yはこの修理代金について損害賠償債権を取得できないと考えられる。

4 賃料不払いを理由とする解除の可否

以上のように、YがXに対して取得する反対債権の額が甲の修理代の20万円であるとする、Yには、1か月分の賃料の不払いが生じていることになる。Xは、9月2日に、541条に規定されたとおり、**相当期間を定めた催告**を行い、相当期間が経過したと思われる10月3日に**解除の意思表示**を行っており、解除の手的要件は充たされている。

それでは、実体的要件はどうか。

1) 敷金充当の抗弁

Yは、敷金充当により賃料不払い状態はなくなると主張しているが、**敷金は、賃貸人のための担保**であり、少なくとも賃貸借契約継続中には（ちなみに、契約が終了して明け渡せば、敷金充当が当然に行われる）、賃借人から敷金充当を主張することはできない。このようにYには1か月分の賃料不払いが続いていることになる。

2) 信頼関係破壊の法理

しかしながら、判例・通説は、賃貸借契約が生活や営業活動の基盤となるきわめて重要な契約であることから、解除権の発生要件を加重し、**信頼関係の破壊**を必要としている。本件は、1か月程度の賃料不払いと軽微であり、しかも、「不払い」といえるかどうかは賃貸人の責任の有無という微妙な判断に左右される問題であるから、とうてい信頼関係の破壊にまでは至っておらず、Xには解除権が発生していないと解される。

5 更新拒絶の可否

最後に、更新拒絶の可否について。**借地借家法26条**では、更新拒絶をするためには、期間満了の1年前から6か月前までの間に通知を要するが、2月2日現在から更新時期まで6か月以上あるため、この点は支障がない（この指摘は不可欠ではない。この点をきちんと指摘している答案は優秀）。

しかし、民法とは異なり、借地借家法28条は、借家人の居住の継続の安定を図るため、**更新拒絶の自由を制約**し、同条所定の**正当の事由**がなければ、更新拒絶ができないとしている。本件では、たしかにX Y間に紛争が生じているが、信頼関係の破壊にまで至っていないことは上述のとおりである。また、これ以外にXが甲を必要とする事情など賃貸人の側に更新拒絶により甲の明渡しを必要とする事情は見当たらないから、Xは更新拒絶をすることができない。

6 結論

賃料不払いを理由として本件賃貸借契約を解除し、甲の明渡しを求めるXの請求は、賃貸借契約の場合の加重された解除要件である信頼関係の破壊が存在しないため、認められない。また、更新拒絶をすることも、Xに正当な事由が存在しないため、認められない。

II

【出題の趣旨】

本問は、まず、医療過誤訴訟に関する比較的新しい最高裁判例を素材に、不法行為についての基本的な理解を問う問題である。具体的には、医療過誤訴訟の特色が、因果関係、保護法益（違法性）、損害に関する議論に影響を与えていることを理解できているかどうか鍵である。さらに、不法行為構成と債務不履行構成の違いにまで論及できれば、より優れた答案になる。

【解説】

医療過誤問題の特色としてあげられるのは、患者の死亡や重篤な症状悪化があってもそれが何に起因するかが解明できない場合も少なくないこと（因果関係判断の困難）、医療行為には高度の技術性があること（専門技術性）、治療方針の決定について専門家としての医師の裁量の幅が大きいこと（裁量性）、医療の現場で何が起きたかは部外者にはわかりにくい（密室性）、医療行為に問題があったとしても医師に不利な証言や鑑定を行ってくれる者が少ないこと（医療の閉鎖性）などである（必ずしも詳細に指摘する必要はなく、本問の中心である因果関係に絞って指摘してあっても良い）。

医療過誤を理由とする損害賠償を求める場合、不法行為構成によれば、原告＝患者側に、医師の**過失**や過失と損害発生との**因果関係の主張・立証責任**が課されることから、上述のような医療過誤問題の特色が、原告には非常に大きな制約となる。この問題は、医療契約の債務不履行という構成を採っても、解消されない。債務不履行構成では、原告は、被告の帰責事由を主張・立証する必要こそないが、債務不履行の前提として、当該場面で被告にどのような具体的義務が生じていたのかを特定して主張・立証する必要があるほか、因果関係については、不法行為構成と基本的に同じと考えられるからである（債務不履行構成についての論述は不可欠ではない）。

そこで、判例・学説は、過失や**因果関係の事実上の推定**などにより、立証負担の緩和を図ってきた。本判決は、このような流れに沿い、さらに保護法益を患者の生命そのものから「生存していた相当程度の可能性」にずらすことによって、生命侵害（＝患者の死亡）そのものについては過誤ある医療行為との間の因果関係が立証できない場合においても、医師の責任を認めうる場合を広げたところに特徴がある（下線部の指摘が最も重要）。

問題は、第1に、「生存していた相当程度の可能性」の意味である。判決は、「生命を維持すること」から直ちにこのような可能性を「法によって保護されるべき利益」だとしているが、生命侵害とこのような可能性侵害とは、どこが同じでどこが違うのかが明らかでない。また、学説が論じている「機会の喪失」「患者の自己決定権」などとどう関係に立つのかについても、議論を要するだろう。さらに、判決の使用している言葉を使えば、保護法益は「医療水準にかなった医療」を受ける利益とも解されるが、そうだとすると、それはむしろ医療契約上の利益であって、不法行為構成ではなく債務不履行構成にしかなじまないのではないとも考えられる（問題点の指摘は、いろいろ考えられるので、上記は、重要ではあるがその例にすぎない）。

第2に、判決は、慰謝料請求を認容した原審の判断を維持しているが、**損害賠償の内容**として、およそ慰謝料請求以外が認められないのかは、なお残された問題である。というのは、可能性侵害を「機会の喪失」の議論と結びつけると、死亡による損害についても確率を乗じて財産損害を算定することや、民事訴訟法248条の裁判官の裁量的認定を認めることが不可能ではないからである。

【私の採点方式と採点基準】

①〔目安〕 前提として、教授会での申し合わせにより、合格者の10～15%程度に80点以上を付けることが必要です。また、私の長年の経験により（しかも、ほぼどの先生とも一致して）、常時出席数（レジュメの配布数から約250～300名と推定される）を合格数の目安とする。あわせて「目安」と表現します。

②〔第一段階の絶対的評価〕 I IIをともに50点満点とし、それぞれについて、まず、おおまかに次の5段階の絶対評価をします。それぞれ下記の間値を基準として、答案の内容により上下に加減します。

A 40～	これは良い！
B 35～39	まあまあかな？
C 30～35	合格点はなんとか
D 25～30	合格には少し足りない
F 0～25（0点は、白紙かそれに類する答案）	これはあかん！

③〔採点基準〕 解説の太字のキーワードを的確に使って表現できているかが、中心となります。この記述は不可欠でないという部分は、加点事由とします。減点法ではなく、加点法をとりますので、Aのうち、加点事由が多い特に優秀な答案は、この段階では、満点50点を超えることもありえます。

④〔目安によるチェックと修正〕 I IIの素点を合算して、目安に合致するかチェックします。その際、とりわけ合否の60点前後と80点前後（ボーダーライン）は、とくに個別的に入念に再検討します。目安に合致すれば、次の作業に入ります。合致しなければ、採点基準を見直してボーダーラインを上下に動かし、目安に合致するよう変更します（試行錯誤です）。

⑤〔絶対評価の相対化〕 最高点が場合によっては100点を超えてしまうので、原則として85点程度（例外は上記のとおり90点もありうる）になるよう（60点、70点、80点のボーダーラインは動かさない）、得点順を基準としてずらすことにより、絶対評価を相対化します。各ボーダーラインより上にある点数が、圧縮されることとなります。