

## 定期試験の解説と講評

2019 年 2 月 5 日

### 【設問 1】

#### 出題趣旨

賃貸借契約関係について、借地借家法の規律をも含めて、必要な基礎知識が備わっているかを試す。問題は、それ自体はやさしいものと思うが、特別法である借地借家法の条文をきちんと読めるかという点も含めている。

#### 解説と講評

##### ① 無断譲渡を理由とする契約解除の可否

#### 解説

A Y間の営業譲渡の契約は、賃貸借契約の譲渡を含み、その中には賃借権の譲渡が含まれる。賃借権の無断譲渡は、賃貸人の承諾がない以上、賃貸人 X に解除権は発生する(612 条)。ただし、判例・通説は、賃借人が賃貸人の承諾なく第三者をして賃借物の使用・収益をなさしめた場合でも、賃借人の当該行為を賃貸人に対する背信的行為と認めるに足らない特段の事情があるときは、賃貸人は、契約を解除することができない(最判昭 28・9・25 民集 7 巻 9 号 979 頁)としている。

本件の営業権譲渡は、入院費を A が Y から借り入れるための譲渡担保とみることもできるものであり、A の営業の実態(店名・店長・営業形態・賃料振込)が前後で変わらず、そもそも 612 条の譲渡無断譲渡ですらないとも言える。またこの無断譲渡によって X は実質的な損害を受けていない。こうした事情を特段の事情とみることができれば、X の契約解除の請求は認められない。

#### 講評

できは総じて良かったが、信頼関係を破壊して初めて解除ができるとしている答案が複数あった。これは原則例外が逆である。無断譲渡・転貸により、原則として解除権が発生するところ、特段の事情に基づいて解除権行使を制限するのが信頼関係破壊の法理(背信行為論とも)である。また、譲渡担保であると評価する可能性があることを指摘できたものは、残念だがほとんどなかった。

##### ② 更新拒絶の有効性

#### 解説

判例によれば、更新料の合意は有効であるとされており、その不払は、当事者間の信頼関係の基盤を失わせる著しい背信行為として本件賃貸借契約それ自体の解除原因となる、としている(最判昭 59・4・20 民集 38 巻 6 号 610 頁。最判平 23・3・24 民集 65 巻 2 号 903 頁

は、これを前提として消費者契約法 10 条違反にも当たらないとした)。しかし、更新料を支払うという合意がない場合には、賃借人は更新料支払債務を負わないから、その不払を理由とする X の契約解除の主張は認められない。

建物の賃貸人による更新の拒絶は、建物の賃貸人及び賃借人が建物の使用を必要とする事情のほか、建物の賃貸借に関する従前の経過、建物の利用状況及び建物の現況並びに建物の賃貸人が建物の明渡しの条件として又は建物の明渡しと引換えに建物の賃借人に対して財産上の給付をする旨の申出をした場合におけるその申出を考慮して、正当の事由があると認められる場合でなければ、認められない（借地借家 28 条）。さらに形式要件としても、建物の賃貸借について期間の定めがある場合において、当事者が期間の満了の 1 年前から 6 月前までの間に相手方に対して更新をしない旨の通知又は条件を変更しなければ更新をしない旨の通知をしなかったときは、従前の契約と同一の条件で契約を更新したものとみなす（借地借家 26 条 1 項）。

本件においては、まず 2 年間の契約が満了する 2022 年 5 月 31 日から 6 か月前の 2021 年 11 月末日までに X は更新拒絶・条件変更の通知をしていなかったから、更新拒絶はできない。X が期間内に通知が出来なかった理由が、Y が A Y 間の賃借権譲渡を知らせていなかったことにあり、この点を考慮して、仮に更新拒絶の形式的要件違背を問題にしないとしても、賃貸ビルである甲を X が自ら使う必要性を基礎づける事実はなく、逆に Y には「あけぼの」の営業を継続するため甲を引き続き賃借する必要がある。上述のように更新料支払拒絶は理由として考慮されず、無断譲渡の問題が考慮されるとしても、全体として更新の拒絶を正当化するに足る正当の事由は認められないと思われる。それゆえ、X の主張は認められない。

## 講評

借地借家法の条文が正しく指摘できている答えは、残念ながら少なかった。土地建物の賃貸借では借地借家法による民法の特則が、理論的にも実践的にも非常に重要であるので、民法と併せて勉強し、条文をよく読んで欲しい。

民法の規定だけなら、更新拒絶は自由だし、法定更新がされても、解約に制限がない。信頼関係破壊の法理は解除権の行使を制約するもので、更新拒絶や解約とは関係がない。借地借家法では解約にも更新拒絶にも正当事由が必要であることが最も重要である。

更新料支払義務違反の問題は生じうるので、適切に指摘できていれば加点した。

## 【設問 2】

### 出題趣旨

医療事故を事例に、不法行為と契約責任の要件についての基礎的な理解を問う問題である。各要件の理解に立って、事案にあてはめる力が問われる。

### 解説と講評

#### 解説

Y病院の責任としては、医療契約の不履行責任（この場合、BやCが履行補助者に位置付けられる）と使用者責任（この場合は、BやCが被用者）が考えられる。何れの場合も、BやCに医療水準から見て問題のある行為があったかどうかの問題となる。具体的には、Cの手技においてミスはなかったのか、経験の少ないCに委ねたことに問題がなかったのか等が争点となる。また、Bの手術前の説明に説明義務違反がなかったのかも問題になる。ただし、この場合、かりに説明義務違反があっても、もしそれがなかったらならばAとしては手術を選択しなかったであろうということであれば、説明義務違反と死亡との因果関係は認められず、患者の自己決定権の侵害を理由とする慰謝料が認められるだけであろう。

医療の側の行為の問題点は、債務不履行であれば債務が（完全に）履行されたかどうかにおいて問題となり、不法行為であれば、過失の有無において問題となるが、注意義務違反の主張立証については実質上差がない。なお、使用者責任について、本件で、他の要件を充足することは問題がないであろう（BもCも業務に従事しているので、「事業の執行について」にあたるかどうかについて、行為の外形は問題とならない）。効果の面では、契約責任の場合、遺族固有の慰謝料請求（711条）が認められないことに注意してほしい。

BやCの責任については、BもCもAとの間で契約関係はないので、不法行為（709条）だけが問題となる。Bについては、Cに委ねたことや、経験の少ないCに執刀させる場合のバックアップ等が問われ、また、説明義務違反も問題となる。Cについては、手技上の注意義務違反が問われるが、基準は医療水準なので、経験が浅かったことは免責事由とはならない。

各論点とも、責任の法的根拠とその要件の基本的な理解ができているかどうかを標準（7割前後）として、後は、書きぶり等で適宜、加点・減点した。また、Y病院の責任について、不法行為構成と契約責任構成の両方が書いていなくても、片方がキチンと書いておれば減点はしていない。まあ、設問は、「どのような法的根拠に基づいてどのような請求をすることが考えられるか、また、その請求が認められるためには、何を主張立証しなければならないか」なので、例えば、Cに過失があるとかないとか、責任が認められるとか認められないといった結論を書く必要はない。むしろ、この設例から、例えば、「Cに過失がある」といった決めつけをすることは事案の読み方として無理がある（「Cに手技上の過失があれば責任が認められる」といった記述は問題ないが）。

### 講評

全体として良く書けていたが、BCについても契約責任を検討した答案が複数あった。もちろん、契約類似の関係がBCとAの間にあるという議論ができないわけではないが、改正前の時効規定から、BCに対する責任が消滅時効にかかっているといった場合は、そのような議論をすることに実践的な意味はあるが、本問では、あえて、そのような議論をする必要はない。また、死亡したAではなく、その妻が請求していることから、その請求は民法711条の請求に限られると考えてしまった答案があったが、判例・通説によれば、相続人である妻は、不法行為構成であれ契約責任構成であれ、死亡したAの賠償請求権を相続したとして請求できる。

医師側の説明義務を論じた答案は多く、その点は評価できるが、説明義務違反（契約責任の場合は債務の不履行、不法行為の場合は過失）が死亡という結果にまで因果関係が及ぶかどうかは問題である。その点を意識した答案は少数にとどまった。