

司法試験

---

論文過去問の答案の書き方講座  
行政法・民法  
～合格答案の作成方法～

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 187259

LU18725



**無料公開講座**  
**論文過去問の答案の書き方**  
**司法論文H20行政法設問2，H23民法設問3**

今回は、表題にある司法試験の論文過去問を題材にして、答案を書くのに必要な基本知識を確認した上で、答案の書き方を学習していきます。

なお、試験の合格に必要な基本知識や論文答案の書き方に不安がある受験生は「**矢島の速修インプット講座**」を利用して基本知識を固めつつ、「**矢島の論文完成講座**」で合格答案の書き方をしっかりと修得することをお勧めします。

平成30年9月16日

LEC専任講師 矢島純一

このレジュメの重要基本知識の項目の記号の意味は下記のとおりです。

・ **記憶する事項 重要ランク**

論文試験で規範（要件）や法律効果などとして答案に書くことがある事項のうち、内容を**理解**して答案に書けるように**記憶**しておかなければならない知識を重要度の高いものから順番に「●」、「◆」、「▲」と記号を付しました。

・ **理解する事項 重要ランク**

論文試験でこれをそのまま答案に書くことはあまりないけれど、より深い答案を作成するために内容を**理解**しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」、「◇」、「△」と記号を付しました。

- ・ 条文の略記：I = 1項 ① = 1号 本 = 本文 但 = ただし書 前 = 前段 後 = 後段
- ・ 短答の問題番号の略記： H23-4 = 平成23年度司法試験第4問 プレ = プレ試験  
予 H25-7 = 平成25年度予備試験第7問 サ = サンプル問題

司法論文  
H 2 0 行政法設問 2

## 重要基本知識の確認

注：以下は、矢島の速修インプット講座で使用した「矢島の体系整理テキスト2018」から抜粋した。

### 3 行政裁量と司法審査の方法（行政統制の手法）～裁量審査の基準

→行政裁量が認められる処分をするにつき裁量権の逸脱濫用があるときは裁量処分は違法となる（行訴30）。●

- ・裁量行為につき裁量の逸脱濫用があったか否かを裁判所が判断するには具体的にどのような基準を用いて審査すべきなのかということが問題とされている。この問題は、裁判所による行政統制のあり方をどのように解すべきかの問題である。裁量審査の基準は判例や学説により徐々に構築されており現在も発展段階にある。これまでの裁量審査の方法を大きく3つのものに分けると次の①から③のとおりになる。○

#### (1) ①裁量審査

→行政裁量によりなされた処分の結果に着目して、目的違反や不当な動機、信義則違反、平等原則違反、比例原則違反、基本的人権の尊重などの判断基準から裁量の逸脱濫用の有無を判断して処分の実体的な違法の有無を審査する判断方法を裁量審査という。●

- ・例えば、県知事が個室付き浴場の営業を阻止する目的で急遽なした児童福祉施設の設置認可について、行政権の著しい濫用によるものとして違法であるとした<sup>あまるめまち</sup>余目町の個室浴場事件（最判昭 53. 5. 26）は、処分がその根拠法令の目的に違反するとして裁量の逸脱濫用を肯定したものと評価されている。○
- ・公務員の懲戒処分に関し、裁判所が当該処分の適否を審査するに当たっては、「懲戒権者の裁量権の行使に基づく処分が社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権を濫用したと認められる場合に限り違法であると判断すべきものである」とした最高裁判決（最判昭 52. 12. 20・神戸税関事件）は比例原則違反の判断方法を示した例といえる。

○

## (2) ②判断過程審査

→裁量処分をした行政庁の判断過程の合理性を審査し、その判断過程に不合理な点があれば裁量の逸脱濫用があるものとして処分が違法になる。○

### ・判断過程審査の着眼点の例 ●

- ① 重視すべきでない事実を考慮したか (他事考慮)
- ② 事実に対する評価が明白に合理性を欠くか (評価の不合理)
- ③ 考慮すべき事項を考慮していないか (考慮不尽)

注：判例によって考慮要素の挙げ方に違いがあるので目安としておさえておく。

- ・**小田急高架化事件の差戻後上告審**は、都市計画法の都市計画決定の適法性については、諸般の事情を総合的に考慮した上で、**政策的、技術的な見地**から判断することが不可欠であるといわざるを得ないとした上で、「このような判断は、これを決定する行政庁の広範な裁量にゆだねられているというべきであって、裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するに当たっては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを**前提**として、その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により**重要な事実の基礎を欠く**こととなる場合、又は、**事実に対する評価が明らかに合理性を欠く**こと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したもとして**違法**となる」との判断枠組みを示した（最判平 18.11.2）。○

以下略

## 【第2問】（配点：100）

医療法人社団であるAは、平成13年1月24日、B県の知事から、介護保険法（以下「法」という。）第94条第1項に基づく開設許可を得て、介護老人保健施設（以下「本件施設」という。）を運営してきた。本件施設は、要介護者を対象に、施設サービス計画に基づき、看護、医学的管理の下における介護及び機能訓練、その他必要な医療や日常生活上の世話をを行うことを目的としている。現在、本件施設には60名が入所して利用しており、大半が70歳を超えた高齢者で、長期間の入所者である。

平成19年10月1日、本件施設を退職して間もない元職員から、B県高齢福祉課に対し、本件施設では法令上必要とされている医師が存在せず、看護師、介護職員の人数が足りていない、との通報が入った。本件施設は、法第97条第2項、第3項により、厚生労働省令（介護老人保健施設の人員、施設及び設備並びに運営に関する基準。以下「省令」という。）の定める基準を満たさなければならないとされている。上記通報を契機に、同月15日、B県高齢福祉課職員（以下「B県職員」という。）が、法第100条に基づき本件施設に立ち入り、質問、報告の聴取等の調査を実施した。Aの理事長は、「ほかの施設では行政指導として実地指導が行われているにもかかわらず、いきなり法律に基づく調査を実施するのは穏当ではない。」と抗議をしたが、B県職員は、これを聞き入れることなく、調査に着手した。B県職員は、本件施設の職員から、身分や調査の趣旨を説明するよう要請されたにもかかわらず、身分証の提示を拒否し、公的な調査であり抵抗すれば罰則の対象になることを繰り返し述べた上、事務机の上にあった帳簿等書類を段ボール箱に詰めて持ち帰った。B県高齢福祉課としては、医師が存在しないという事実は確認できなかったものの、当日の調査に基づき、本件施設では、看護師数、介護職員数が不足しており、さらには、一部入所者に対する身体的拘束が常時行われているなど、法第97条第2項、第3項、省令第2条第1項、第13条第4項違反の状況が継続していると判断するに至った。

そこで、B県知事は、Aに対し、平成20年1月15日、勧告書を交付し、法第103条第1項に基づく勧告を行った。同勧告書には、同年3月24日を期限として、①省令の定める基準を遵守できるよう常勤の看護師、介護職員の人員を確保すること、②入所者に対する常時の身体的拘束をやめ、定期的に研修等を行い、身体的拘束の廃止に関する普及啓発を図ること、③上記①及び②に関する改善状況を文書で報告することの3点が記載されていた。さらに、勧告に従わない場合には、B県知事が、Aの勧告不服従を公表することがあること、措置命令や業務停止命令を発することがあることも明記されていたが（法第103条第2項、第3項）、勧告の基礎となる事実は示されていなかった。

Aの理事長は、前記調査以来、B県からは、何の連絡もなく、問い合わせに一切応じてこなかった状況の中で、いきなり勧告書が交付された上、内容的にも誤っているとして、激怒した。そこで、Aは、同年3月14日、勧告が違法であると考え、勧告に応ずる意思が無い旨を回答した。

しかし、Aの理事長は、このままでは、勧告書に書かれていたように公表がされ、市民からの信頼が失われること、Aとしては多くの利用者が本件施設を離れてしまい、経営難に陥ること、仮に施設経営が立ち行かなくなれば、施設変更に伴う環境の変化や別の施設への移動により、高齢の利用者に身体面でも、精神面でも、大きな健康リスクが及ぶこと、入所者の移ることのできる施設が近隣には無いため、自宅待

機となれば、入所者家族が大きな負担を負わざるを得ないことなどを懸念した。そこで、Aは、弁護士Cに訴訟提起を依頼することとした。

【資料1 法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Dの立場に立って、Cの指示に応じ、設問に答えなさい。

なお、介護保険法、介護老人保健施設の人員、施設及び設備並びに運営に関する基準、B県行政手続条例の抜粋は、【資料2 介護保険法等】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

### 【設問】

1. 略
2. 前記1の最も適切と考える法的手段において勧告や調査の適法性を争おうとする場合に、Aはいかなる主張をすべきかについて、考えられる実体上及び手続上の違法事由を挙げて詳細に論じなさい。

### 【資料1 法律事務所の会議録】

弁護士C: 本日は、Aの案件の基本処理方針を議論したいと思います。本件では調査のやり方が目を引きますね。

弁護士D: B県の説明では、通報の内容が重大なものであり、証拠隠滅も懸念された結果だということです。

弁護士C: 納得できる理屈ではありませんね。Aはいきなり調査が行われたと主張していますが、これはどういった趣旨なのですか。

弁護士D: B県の作成した調査の実施要綱によりますと、実務上は2種類の調査形態が存在するようです。一つは実地指導と呼ばれるもので、行政指導として行われる調査です。もう一つが本件で問題となっている、法律に基づく調査でして、調査に基づき勧告がされると、公表、措置命令、業務停止命令、開設許可取消しがされる可能性があります。

弁護士C: Aは調査について何を主張しているのですか。

弁護士D: 調査の手順がひどい上、その中身も誤りだということです。具体的には、①調査が、一部の出勤簿を対象としていない上、実施された特定曜日以外に週5日働いている看護師2名、介護職員5名を計算に含めていないなど、人員の把握を誤ったものであり、本件施設は看護師数及び介護職員数についての省令の基準を満たしていたこと、②ベッドからの転倒防止を第一に考え、5時間に限って、入所者家族の同意の下に1名のベッドに柵を設置しただけであり、常時の身体的拘束には該当しないことが主張されています。

弁護士C: 調査が違法に行われたとして、そのことは勧告にどのような影響を及ぼすのか、両者の関係を整理してください。

弁護士D: 分かりました。

弁護士C: それと、勧告についてですが、Aは唐突に出された点が不満のようですね。



弁護士D: そうです。これに対し、B県の側は、手順は行政の自由であるという理解のようです。

弁護士C: それは、勧告をソフトなものにとらえているからでしょうか。本件の法的仕組みの中で勧告が占める位置や、その性格からさかのぼって、どのような手続が要求されるのか、もう一度検討してください。Aの言い分からしますと、最も恐れているのは、勧告に続く公表のようですね。

弁護士D: 勧告不服従事業者として市民に公表されるのだけは避けたいようです。

弁護士C: D君には、勧告と公表の法的性格を分析した上で、採るべき法的手段について、公表を阻止する観点から検討をお願いします。

## 【資料2 介護保険法等】

### ○ 介護保険法（平成9年12月17日法律第123号）（抜粋）

（帳簿書類の提示等）

第24条 1, 2（略）

3 前2項の規定による質問を行う場合においては、当該職員は、その身分を示す証明書を携帯し、かつ、関係人の請求があるときは、これを提示しなければならない。

4 第1項及び第2項の規定による権限は、犯罪捜査のために認められたものと解釈してはならない。

（開設許可）

第94条 介護老人保健施設を開設しようとする者は、厚生労働省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない。

2～6（略）

（介護老人保健施設の基準）

第97条 介護老人保健施設は、厚生労働省令で定めるところにより、療養室、診察室、機能訓練室、談話室その他厚生労働省令で定める施設を有しなければならない。

2 介護老人保健施設は、厚生労働省令で定める員数の医師、看護師、介護支援専門員及び介護その他の業務に従事する従業者を有しなければならない。

3 前2項に規定するもののほか、介護老人保健施設の設備及び運営に関する基準は、厚生労働大臣が定める。

4 厚生労働大臣は、前項に規定する介護老人保健施設の設備及び運営に関する基準（介護保健施設サービスの取扱いに関する部分に限る。）を定めようとするときは、あらかじめ社会保障審議会の意見を聴かななければならない。

5 介護老人保健施設の開設者は、要介護者の人格を尊重するとともに、この法律又はこの法律に基づく命令を遵守し、要介護者のため忠実にその職務を遂行しなければならない。

（報告等）

第100条 都道府県知事又は市町村長は、必要があると認めるときは、介護老人保健施設の開設者、介護老人保健施設の管理者若しくは医師その他の従業者（以下「介護老人保健施設の開設者等」という。）に対し報告若しくは診療録その他の帳簿書類の提出若しくは提示を命じ、介護老人保健施設の開設者等に対し出頭を求め、又は当該職員に、介護老人保健施設の開設者等に対して質問させ、若しくは介護老人保健施設に立ち入り、その設備若しくは診療録、帳簿書類その他の物件を検査させることができる。

2 第24条第3項の規定は、前項の規定による質問又は立入検査について、同条第4項の規定は、前項の規定による権限について準用する。

### 3 (略)

(設備の使用制限等)

第101条 都道府県知事は、介護老人保健施設が、第97条第1項に規定する施設を有しなくなったとき、又は同条第3項に規定する介護老人保健施設の設備及び運営に関する基準（設備に関する部分に限る。）に適合しなくなったときは、当該介護老人保健施設の開設者に対し、期間を定めて、その全部若しくは一部の使用を制限し、若しくは禁止し、又は期限を定めて、修繕若しくは改築を命ずることができる。

(業務運営の勧告、命令等)

第103条 都道府県知事は、介護老人保健施設が、その業務に従事する従業者の人員について第97条第2項の厚生労働省令で定める員数を満たしておらず、又は同条第3項に規定する介護老人保健施設の設備及び運営に関する基準（運営に関する部分に限る。以下この条において同じ。）に適合していないと認めるときは、当該介護老人保健施設の開設者に対し、期限を定めて、第97条第2項の厚生労働省令で定める員数の従業者を有し、又は同条第3項に規定する介護老人保健施設の設備及び運営に関する基準を遵守すべきことを勧告することができる。

2 都道府県知事は、前項の規定による勧告をした場合において、その勧告を受けた介護老人保健施設の開設者が、同項の期限内にこれに従わなかったときは、その旨を公表することができる。

3 都道府県知事は、第1項の規定による勧告を受けた介護老人保健施設の開設者が、正当な理由がなくてその勧告に係る措置をとらなかったときは、当該介護老人保健施設の開設者に対し、期限を定めて、その勧告に係る措置をとるべきことを命じ、又は期間を定めて、その業務の停止を命ずることができる。

4 都道府県知事は、前項の規定による命令をした場合においては、その旨を公示しなければならない。

### 5 (略)

(許可の取消し等)

第104条 都道府県知事は、次の各号のいずれかに該当する場合においては、当該介護老人保健施設に係る第94条第1項の許可を取り消し、又は期間を定めてその許可の全部若しくは一部の効力を停止することができる。

一～八 (略)

九 前各号に掲げる場合のほか、介護老人保健施設の開設者が、この法律その他国民の保健医療若しく

は福祉に関する法律で政令で定めるもの又はこれらの法律に基づく命令若しくは処分に違反したとき。

十～十二（略）

2, 3（略）

#### 第14章 罰則

第209条 次の各号のいずれかに該当する場合には、その違反行為をした者は、30万円以下の罰金に処する。

一（略）

二 第42条第3項、第42条の3第3項、第45条第8項、第47条第3項、第49条第3項、第54条第3項、第54条の3第3項、第57条第8項、第59条第3項、第76条第1項、第78条の6第1項、第83条第1項、第90条第1項、第100条第1項、第112条第1項、第115条の6第1項、第115条の15第1項又は第115条の24第1項の規定による報告若しくは帳簿書類の提出若しくは提示をせず、若しくは虚偽の報告若しくは虚偽の帳簿書類の提出若しくは提示をし、又はこれらの規定による質問に対して答弁をせず、若しくは虚偽の答弁をし、若しくはこれらの規定による検査を拒み、妨げ、若しくは忌避したとき。

三（略）

### ○ 介護老人保健施設の人員、施設及び設備並びに運営に関する基準（平成11年3月31日厚生省令第40号）（抜粋）

#### 第2章 人員に関する基準

（従業者の員数）

第2条 介護保険法（略）第97条第2項の規定による介護老人保健施設に置くべき医師、看護師、介護支援専門員及び介護その他の業務に従事する従業者の員数は、次のとおりとする。

- 一 医師常勤換算方法で、入所者の数を100で除して得た数以上
- 二 薬剤師介護老人保健施設の実情に応じた適當数
- 三 看護師若しくは准看護師（以下「看護職員」という。）又は介護職員（以下「看護・介護職員」という。）常勤換算方法で、入所者の数が3又はその端数を増すごとに1以上（看護職員の員数は看護・介護職員の総数の7分の2程度を、介護職員の員数は看護・介護職員の総数の7分の5程度をそれぞれ標準とする。）
- 四 支援相談員入所者の数が100又はその端数を増すごとに1以上
- 五 理学療法士又は作業療法士常勤換算方法で、入所者の数を100で除して得た数以上
- 六 栄養士入所定員100以上の介護老人保健施設にあっては、1以上
- 七 介護支援専門員 1以上（入所者の数が100又はその端数を増すごとに1を標準とする。）

- 八 調理員、事務員その他の従業者介護老人保健施設の実情に応じた適当数
- 2 前項の入所者の数は、前年度の平均値とする。ただし、新規に許可を受ける場合は、推定数による。
- 3 第1項の常勤換算方法は、当該従業者のそれぞれの勤務延時間数の総数を当該介護老人保健施設において常勤の従業者が勤務すべき時間数で除することにより常勤の従業者の員数に換算する方法をいう。
- 4 介護老人保健施設の従業者は、専ら当該介護老人保健施設の職務に従事する者でなければならない。ただし、入所者の処遇に支障がない場合には、この限りでない。
- 5～7 (略)

#### 第4章 運営に関する基準

(介護保健施設サービスの取扱方針)

##### 第13条 1～3 (略)

- 4 介護老人保健施設は、介護保健施設サービスの提供に当たっては、当該入所者又は他の入所者等の生命又は身体を保護するため緊急やむを得ない場合を除き、身体的拘束その他入所者の行動を制限する行為(以下「身体的拘束等」という。)を行ってはならない。
- 5, 6 (略)

## ○ B県行政手続条例 (抜粋)

(定義)

第2条 この条例において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

一～六 (略)

七 行政指導県の機関がその任務又は所掌事務の範囲内において一定の行政目的を実現するため特定の者に一定の作為又は不作為を求める指導、勧告、助言その他の行為であつて処分に該当しないものをいう。

八 (略)

#### 第4章 行政指導

(行政指導の一般原則)

- 第30条 行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、当該県の機関の任務又は所掌事務の範囲を逸脱してはならないこと及び行政指導の内容が相手方の任意の協力によって実現されるものであることに留意しなければならない。
- 2 行政指導に携わる者は、その相手方が行政指導に従わなかったことを理由として、不利益な取扱いをしてはならない。
- 3 前項の規定は、公益の確保その他正当な理由がある場合において、県の機関が行政指導の事実その他必要な事項を公表することを妨げない。

(申請に関連する行政指導)

第31条 申請の取下げ又は内容の変更を求める行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、申請者が当該行政指導に従う意思がない旨を明確に表明したにもかかわらず当該行政指導を継続すること等により当該申請者の権利の行使を妨げるようなことをしてはならない。

2 前項の規定は、申請者が行政指導に従わないことにより公益が著しく害されるおそれがある場合に、当該行政指導を継続することを妨げない。

(許認可等の権限に関連する行政指導)

第32条 許認可等をする権限又は許認可等に基づく処分をする権限を有する県の機関が、当該権限を行使することができない場合又は行使する意思がない場合においてする行政指導にあつては、行政指導に携わる者は、当該権限を行使し得る旨を殊更に示すことにより相手方に当該行政指導に従うことを余儀なくさせるようなことをしてはならない。

(行政指導の方式)

第33条 行政指導に携わる者は、その相手方に対して、当該行政指導の趣旨及び内容並びに責任者を明確に示さなければならない。

2 行政指導が口頭でされた場合において、その相手方から前項に規定する事項を記載した書面の交付を求められたときは、当該行政指導に携わる者は、行政上特別の支障がない限り、これを交付しなければならない。

3 (略)

(複数の者を対象とする行政指導)

第34条 同一の行政目的を実現するため一定の条件に該当する複数の者に対し行政指導をしようとするときは、県の機関は、あらかじめ、事案に応じ、これらの行政指導に共通してその内容となるべき事項を定め、かつ、行政上特別の支障がない限り、これを公表しなければならない。

(この章の解釈)

第35条 この章の規定は、県の機関が公益上必要な行政指導を行うことを妨げるものと解釈してはならない。

## 出題の趣旨（抜粋）

設問2は、調査、勧告の適法性を論ずる問題である。

調査については、帳簿書類等を段ボール箱に詰めて持ち帰った行為が強制力の行使に当たるとすれば、介護保険法第100条の解釈として許容されるのかを検討する必要がある。また、調査に当たりB県職員が身分証を提示しなかった点について、同法第100条第2項、第24条第3項に違反するのかが論じられなければならない。このほか、行政指導として行われる調査を同法第100条の調査に先行させる義務を知事は負っているのかという問題も、検討すべき対象である。上記の検討を通じて、調査の違法が認められる場合に、それが勧告にどのような影響を及ぼすのかを検討することも、本問では要求されている。

勧告の違法性に関しては、基準違反を内容とする県の指摘について、事実誤認を主張することが考えられる。このほか、勧告に関しては、勧告の手続法的違法が問題となろう。その前提として、勧告にはどのような行政手続が要請されるのかが論じられなければならない。**例えば、**勧告を不利益処分ととらえる場合には、行政手続法の不利益処分手続が適用される。この場合には具体的にどのような手続規制が要求されるのかを明らかにした上で、本件事案でそうした手続が踏まれていたのかを検討することとなろう。これに対し、勧告を行政指導と解する場合には、知事の行う行政指導については、行政手続法は適用除外となり、B県行政手続条例の定める行政指導手続が要求される。この点を指摘した上で、本件で手続に関する違法が認められるのかを同条例に即して検討することが求められる。

## 採点実感（抜粋）

### 2 採点方針

- ・ 答案の構成が優れていたり、文章表現が優れ論理性の高い答案など、特に優れている答案には、とりわけ高い評価を与えることとした。
- ・ 条文の引用が正確にされているか否かも採点に当たって考慮することとした。

### 3 採点実感

以下は、**採点委員**から寄せられた**感想**のうち主要なものをまとめたものである。

- ・ 調査における強制・押収の違法について指摘する答案が極めて少なかった。
- ・ 調査の違法が勧告に及ぼす影響について、専ら「違法性の承継」の問題として解答をしている答案が少なかった。〔注：違法性の承継の問題は、先行処分<sup>1</sup>の取消訴訟の出訴期間の経過後に後行処分の取消訴訟を提起して、その訴訟の中で先行処分の違法を主張できるかという問題である。本問の事案ではこうしたことは直接問題とならない。〕
- ・ 行政手続法と行政手続条例との適用区分について、正確な理解ができていない答案が章ならずあった。
- ・ 勧告の違法について、安易に行政裁量の問題として論じているものが目立った。

**解答例**  
**(司法論文H20行政法設問2)**

設問2

**1 調査の違法**

**(1) 手続面の違法**

ア 身分証の提示拒否の違法

法100条2項、法24条3項は、法100条1項に基づく立入検査を行うにあたり、職員は、関係人の請求があるときは身分証明書を提示しなければならないと規定する。しかし、B県職員は、立入検査の際に、本件施設の職員から身分や調査の趣旨を説明するよう要請されたにもかかわらず身分証を提示しなかったため、本問調査は、法100条2項、法24条1項に違反するという手続上の違法がある。

イ 法の根拠なく帳簿書類を持ち帰ったことの違法

本問調査の根拠法令である法100条1項は、帳簿書類の提出を命じる等の調査権限を認めており、提出を拒んだものに対しては法209条2号により30万円以下の罰金という刑罰により間接的に提出を義務付ける間接的な強制調査を認めている。法100条1項は、県の職員が相手方の承諾なく帳簿書類を持ち帰るような直接的な強制調査までは認めていない。こうした強制調査については、法律による行政の原理から、法律の根拠が必要となる。

それにもかかわらず、B県職員が、本問調査が公的な調査であり抵抗すれば処罰の対象になることを繰り返し述べて、承諾なく帳簿書類を段ボール箱に詰めて持ち返ったことは、法の根拠のない強制調査をしたという手続上の違法がある。

ウ **調査の違法が勧告に及ぼす影響**

行政による人権侵害を防止するために適正手続の保障の趣旨は行政手続に及ぶと考えられるところ、調査(法100条1項)と勧告(法103条1項)はそれぞれ別の根拠規定に基づく別個の行為なので、原則として、調査の違法は、それに続く勧告の違法には影響しない。 **もっとも**、先行行為と後行行為が同一目的のものであり、先行手続に重大な違法があるときは、適正手続の保障の趣旨を没却しないために、調査の違法が勧告に影響を及ぼし勧告の違法を基礎付けると考える。

本問をみると、先行行為である本問調査と後行行為である本問勧告は、介護老人保健施設の開設者に、介護保険法の諸規定を遵守させるという同一の目的のものでいえる。そして、前述のとおり、本問調査は、その根拠規定に違反する複数の違法があるところ、これら規定は、調査の適正を担保するものとして重要性があるといえるため、前記違法の程度は重大といえる。したがって、本問調査の違法は、本問



勧告の違法にもなる。

## (2) 実体上の違法

本問調査の根拠法令である法100条1項は、知事等が必要と認めるときは、調査を実施することができる旨規定しているところ、「できる」との文言や、どのタイミングで調査権限を発動するかは専門的判断が要求されることから、調査を実施するか否かにつき、知事等に裁量が認められる。裁量行為は、その裁量の逸脱濫用があるときは違法になるところ(行訴法30条)、行政裁量による不必要な人権制限や不平等な取扱いが許されないため、平等原則に違反するものは、裁量の逸脱濫用によるものとして違法になる。

本問をみると、行政機関が合理的な理由がないのに異なる取扱いをしたときには、平等原則違反が認められると考えられるところ、他の施設では行政指導としての実地指導が行われているのに、本件施設につきいきなり法100条1項に基づく本問調査をしている。その理由として、B県は、本件施設において法令上必要とされる人員が不足している旨の元職員からの通報があったため、いきなり法を根拠とする調査をしたものと考えられる。しかし、入所者の生命、身体に緊急の危険が及ぶのであれば別であるが、前記通報の内容から、他の施設と異なりいきなり法に基づく調査をすることに合理的な理由があるとはいえない。したがって、本問では他の施設と異なる取扱いをすることに合理的な理由があるとはいえず、本問調査は、平等原則に違反し裁量の逸脱濫用の違法がある。

## 2 勧告の違法

### (1) 手続面の違法

本問勧告が行政処分にあたらず知事による行政指導にすぎないものであれば、行政手続法による手続規制はされないが(行手法3条3項)、B県行政手続条例が適用されその手続規制を受けることになる。一方、本問勧告が行政処分のうち国の法令を根拠とする不利益処分に当たれば、行政手続法13条、14条の手続規制がされることになる。

不利益処分とは、行政庁が、法令に基づき、特定の者を名宛人として直接義務を課したり権利を制限したりするものをいう(行手法2条4号)。法103条1項に基づく本問勧告は、これに従わないと、知事は、勧告に従わなかった旨を公表し(法103条2項)、勧告にかかる措置命令や業務停止命令(法103条3項)をすることができ、こうした権限行使を背景に勧告に従う義務が課されるものといえる。こうした勧告の性質に着目すると、本問勧告は、前記不利益処分に当たる。

そして、行手法13条違反の問題として、本問勧告は、同法13条1項が聴聞を要求する不利益処分ではないが、弁明の機会の付与が要求される(行手法13条1項2

号)。それにもかかわらず、B県知事は、本問調査後に何の連絡もせず、Aの理事長からの問い合わせに一切応じない状況の中で、勧告書を交付したのであり、本問勧告をするために必要な弁明の機会を付与するための具体的な手続（行手法29条以下）をとっていない。したがって、これら規定に違反する手続上の違法がある。

また、**行手法14条違反**の問題として、原則として、不利益処分には理由の提示が義務付けられているところ（行手法14条1項本文）、本問では、理由を示さず処分をすべき差し迫った必要がある場合は理由提示義務が免除される旨の行手法14条1項但書の例外要件に当たる事情がないのに、B県が本問勧告の理由を示していない。したがって、本問調査は、行手法14条1項に違反するという手続上の違法に当たる。

## (2) 実体面の違法

### ア 事実誤認1

前述のとおり本件勧告は裁量行為であるところ、裁量行為であっても**事実誤認**に基づくものは裁量の逸脱濫用によるものとして違法となる（行訴法30条）。

本問をみると、B県知事は、一部の出勤簿を対象としていない上、調査が実施された特定曜日以外に週5日働いている看護師2名と介護職員5名を計算に含めていない調査結果に基づき、本件施設が、法103条1項、法97条2項、省令2条1項3号、省令2条3項が要求する看護・介護職員の員数を満たしていないと認定して、勧告の発令要件を満たすものとして本件勧告をしている。本件施設の人員は上記法及び省令の基準を満たしているにもかかわらず、B県知事がした**本問勧告は、人員把握を誤る事実誤認**に基づくもので、裁量の逸脱濫用によるものとして違法である。

### イ 事実誤認2

B県知事は、本件施設において、法103条1項、法97条3項、省令13条4項が禁止する身体的拘束がされたことを理由に、法100条1項の勧告の要件を満たすものとして本問勧告を発令したと考えられる。そこで、本件施設において、法令が禁止する身体的拘束がされたといえるかを検討する。

入所者の身体的拘束を禁止する上記法令の**趣旨**は、人身の自由という重要な人権に対する不必要かつ不相当な制約を防止するところにあると考えられる。そして、上記法令は、省令13条4項が規定するように、当該入所者又は他の入所者等の生命又は身体を保護するため緊急やむを得ない場合においては、必要かつ相当といえる限度での身体拘束を許容する趣旨と考えられる。

本問をみると、本件施設における入所者に対する拘束は、ベッドからの転落防止を第一に考え5時間に限って入所家族の同意に下に1名のベッドに柵を設置しただけのことにすぎず、当該入所者の生命又は身体を保護するため緊急やむを得ない場

合において、必要かつ相当な限度でされた身体的拘束といえるため、上記法令により禁止された身体拘束に当たらない。したがって、上記法令が禁止する身体拘束等をしたことを前提にされた本件勧告は、**事実誤認**に基づくもので裁量の逸脱濫用によるものとして違法である。

以上

## 司法論文

### H 2 3 民法設問 3

## 重要基本知識の確認

注：以下は、矢島の速修インプット講座で使用した「矢島の体系整理テキスト2018」から抜粋した。

### 5 被害者の素因と722条2項類推適用による賠償額の減額

#### (1) 意義

→**被害者の素因**（要因）については明確な定義はないが、一般的には、病気、怪我、既往症や持病、身体の機能障害など**損害の発生拡大を招く可能性がある要因**をいい、**身体的な素因**だけでなく**心因的な素因**も観念できる。◇

加害行為に**被害者の素因**が相まって**損害を発生拡大**させた場合、被害者に過失があるわけではないから**過失相殺の規定を直接適用できない**が、**損害の公平な分担**という**過失相殺の制度趣旨が妥当**する。そこで、この場合、過失相殺を規定する**722条2項を類推適用**して**賠償額を減額**できると解されている。◇

関連問題：司法論文 H23 第1問設問3(2)

#### (2) 判例法理

・この問題について、まず、**被害者の心因的な要因**（**心因的素因**）が損害の拡大に寄与した事例において、身体に対する加害行為と発生した損害との間に相当因果関係がある場合、その**損害が加害行為と発生した損害との間に通常発生する程度、範囲を超える**ものであって、**かつ**、その**損害の拡大**について被害者の**心因的素因が寄与**しているときは、**損害を公平に分担させる**という損害賠償法の理念に照らし、裁判所は、**損害賠償の額を定めるに当たり**、**722条2項の過失相殺の規定を類推適用**して、その**損害の拡大に寄与した被害者の右事情を斟酌**することができるとの**判断枠組み**を示した判例があわれた（**最判昭63.4.21**）。

この判例により、**被害者の心因的素因**については**722条2項が類推適用**されることが明らかになった。◇

昭和63年判例は、「**上告人〔被害者〕の特異な性格**、**初診医の安静加療約50日という常識はずれの診断に対する過剰な反応**、**本件事故前の受傷及び損害賠償請求の経験**、**加害者の態度に対する不満等の心理的な要因**によって**外傷性神経症**〔注：身体に怪我を負った者が、傷の回復後も不安感や焦燥感が残って怪我をする前の精神状態に戻れないという神経症〕を引き起こし、**更に長期の療養生活によりその症状が固定化**した」との事実関係のもと、前記判断枠組みに則して判

断し、「右損害は本件事故のみによって通常発生する程度、範囲を超えているものということができ、かつ、その損害の拡大について上告人の心因的要因が寄与していることが明らかであるから、本件の損害賠償の額を定めるに当たっては、民法722条2項の過失相殺の規定を類推適用して、その損害の拡大に寄与した上告人の右事情を斟酌することができる」としたものである。

- ・次に、被害者の身体的素因について722条2項の類推適用を肯定した判例があらわれた。この判例は、タクシー運転手である被害者(D)は、本件交通事故の前に、タクシーの車内で仮眠中に一酸化炭素中毒にかかり、意識もうろうの状態となり1日入院し、翌日退院し、その約1か月後、被害者は、自動車を運転中に、加害者(被上告人B)が運転する自動車の右側面を被害車両の左後部に衝突された(「本件交通事故」)ところ、被害者は、本件事故直後、意識が比較的はつきりしており、臨場した警察官の質問に対して不十分ながらも対応しており、動作には精神症状に問題のあることをうかがわせるような不自然な点がみられたが、これといった外傷もなく、頭部の痛み等の訴えもなかった。しかし、被害者は、その日のうちに記憶喪失となり1人で自宅に帰れない状態となり、その約1週間後、被害者は、痴呆様行動、理解力欠如等の多様な精神障害があると診断され、その約1年半後に、本件交通事故だけでは説明が困難な脳萎縮の症状などが現れ、そのまま症状が改善しないまま、本件交通事故から約3年後に死亡するに至ったという事例で、被害者の一酸化炭素中毒の罹患により生じた素因を理由に民法722条2項を類推適用して賠償額の減額ができるのかが問題となった。

最高裁は、被害者に対する加害行為と被害者のり患していた疾患とがともに原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが公平を失すときは、裁判所は、損害賠償の額を定めるに当たり、民法722条2項の過失相殺の規定を類推適用して、被害者の当該疾患をしんしゃくすることができるとの判断枠組みを示した上で、原審が前記事実関係の下に、Dに生じた損害につき、一酸化炭素中毒の態様、程度その他の諸般の事情をしんしゃくし、損害の50パーセントを減額するのが相当であると判断したことを正当なものとして是認した(最判平4.6.25)。

- ・上記の昭和63年判決及び平成4年判決により、被害者の素因については、心的な素因であっても身体的な素因(ただし、身体的素因が「疾患」に当たる事例)であっても、722条2項の類推適用による賠償額の減額ができることが明らかになった。◇
- ・その後、自動車運転中の追突事故の被害者が平均的な体格に比べると首が長く多少の頸椎不安定症状があるという身体的特徴をもっていた事例で、最高裁は、被害者が平均的な体格や通常の体質と異なる身体的特徴を有しており、それが加害行為と競合して障害を発生させ、又は損害の拡大に寄与したとしても、当該身体的特徴が疾患に当たらないときは、特段の事情がない限り、これを損害

賠償の額を定めるに当たり斟酌することはできないとした判示して、原則として身体的特徴を理由に722条2項を類推適用して賠償額を減額することはできないとした（最判平 8. 10. 29）。

なお、この判例は、身体的特徴が疾患に当たらないときは賠償額の減額を否定すると述べているが、見方を変えれば身体的特徴が「疾患」に当たるといえるときは、判例法理で賠償額の減額が認められると考えられる「疾患」という身体的な素因に該当するので、その部分の判示は特に新しいことを述べているわけではないと分析する学者がいる。

- ・以上の昭和63年判決、平成4年判決、平成8年判決により、判例は、心因的な素因は722条2項を類推適用して賠償額を減額しうること、身体的な素因は、「疾患」に当たるものであれば722条2項を類推適用して賠償額を減額しうるが、被害者の「身体的特徴」については722条2項の類推適用による賠償額の減額を認めないとする立場をとっているとみることができる。◇

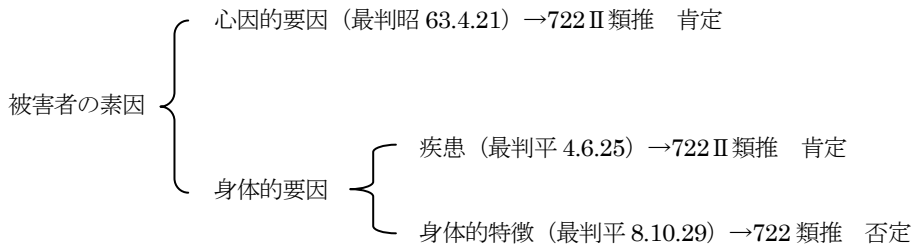
もともと、学説からは、賠償額の減額の可否については、被害者の素因と身体的特徴とを形式的に区別して決めるのではなく、損害の公平な分担の実現という過失相殺制度の趣旨から実質的に考えるべきであるとの指摘がされている。判例の準則を正当化するには、疾患などの被害者の素因と身体的特徴との区別を正当化する実質的な根拠を明らかにする必要があるが、判例はその根拠を明らかにしていないとの指摘がされている。

- ・おまけ

なお、昭和63年判例の関連判例として、過労により自殺をした被害者の遺族が使用者に対して損害賠償を求めた事案で、被害者である労働者の性格が心因的要因として損害賠償の額を減額できるのはどのようなときなのかについて判示したものがある。最高裁は、労働者の性格が前記の範囲種の業務に従事する労働者の個性の多様さとして通常想定される範囲を外れるものでない場合には、裁判所は、業務の負担が過重であることを原因とする損害賠償請求において使用者の賠償すべき額を決定するに当たり、その性格及びこれに基づく業務遂行の態様等を、心因的要因として斟酌することはできないとした（最判平 12. 3. 24）。

### (3) 精神的要因や身体的要因と損害賠償の額の減額の可否のまとめ

→判例は、心因的な要因と身体的な要因とで分けて、さらに、身体的要因について「疾患」と「身体的特徴」とを区別している。したがって、この分野での「疾患」には精神的疾患は含まれず、精神的疾患は心因的要因として取り扱われることになる。



#### ・司法論文 H23 第 1 問設問 3(2) (出題の趣旨・抜粋)

小問 (2) では、被害者の身体的な素因で、被害者の損害の発生又は拡大の原因となったものがある場合、賠償額の減額をすべきかどうか、そのとき、身体的な素因が疾患といえるものであるか、そうではなく疾患にまで至らない身体的特徴であるかによって異なることとすべきかどうかについての理解を基礎に、Hの身体機能の低下及び疲労の蓄積をどのように捉えるべきかが問われている。一方では過失相殺(民法第722条第2項)の趣旨を考え、他方では【事実】から法律上意味のある事実をくみ取って法的に評価した上で、賠償額を減額することの可否について、一貫した法的思考を示すことが求められる。

#### [論証例] 心因的要因 ～昭和63年判決を参考にした規範 ◆

身体に対する加害行為と発生した損害との間に相当因果関係がある場合において、その損害がその加害行為のみによって通常発生する程度、範囲を超えるものであって、かつ、その損害の拡大について被害者の心因的要因が寄与しているときは、損害を公平に分担させるという過失相殺の趣旨から、722条2項を類推適用して、損害賠償の額を定めるにあたり、その損害の拡大に寄与した被害者の前記要因を斟酌できると考える。



[論証例] 身体的要因（疾患・身体的特徴）～平成8年判決を参考にした規範 ◆

被害者に対する加害行為と加害行為前から存在した被害者の疾患とが共に原因となって損害が発生した場合において、当該疾患の態様、程度などに照らし、加害者に損害の全部を賠償させるのが過失相殺の制度趣旨である公平を失するときは、民法722条2項の規定を類推適用して、損害賠償の額を定めるにあたり、被害者の疾患を斟酌することができる。と考える。

しかし、被害者が平均的な体格ないし通常の体質と異なる身体的特徴を有していたとしても、それが疾患に当たらない場合には、被害者の身体的特徴を損害賠償の額を定めるにあたり斟酌することはできないと考える。なぜなら、人の体格ないし体質は、すべての人が均一同質なものであることはできないものであり、極端な肥満など通常人の平均値から著しくかけ離れた身体的特徴を有する者が、転倒などにより重大な傷害を被りかねないことから日常生活において通常人に比べてより慎重な行動をとることが求められるような場合は格別、その程度に至らない身体的特徴は、個々人の個体差の範囲として当然にその存在が予定されているものというべきだからである。

注：賠償額の減額となりうる要因が「疾患」（＝身体的な疾患）に当たる事例では、1段落目の論証だけで足りる。その要因が身体的特徴である事例では1段落目の論証に続けて2段落目の論証が必要となる。◇

注：最高裁判例は被害者の素因を損害賠償の額を定めるにあたり斟酌できるとする見解を採っているが、**学説**では、被害者の素因により損害が発生した蓋然性が高く、加害行為は損害の発生を誘引したに過ぎない場合を除き、原則として被害者の素因を斟酌できないとする見解が有力である。なお、このような斟酌を一定の例外的事案を除いて原則否定した下級審の裁判例がある（東京地判平元.9.7・「**あるがまま**」判決）。

\*東京地判平元.9.7 心因的要因の事例に関する「あるがまま」判決

〔判旨〕

原告は**精神的打撃を受け易い類型の人間**であることは前記のとおりであるが、不法行為の被害者がいわゆる賠償神経症〔注：外傷を受けた被害者がより多額の損害賠償を受けたいとの願望から引き起こされる神経症〕であるためその賠償請求を認めないことがかえって当該被害者の救済となる場合又は損害の拡大が被害者の精神的・心理的状态に基因するためそのすべてを加害者に負担させるのが公平の観念に照らして著しく不当と認められるような場合（最高裁判所昭和六三年四月二日第一小法廷判決はこのような場合の事案についての判例と解すべきである。）には、当該賠償請求を棄却し又はその一部を減額すべきと解するのは格別、「加害者は被害者のあるがままを受入れなければならない。」の**不法行為法の基本原則**であり、肉体的にも精神的にも個性の強い存在である人間を基準化して、当該不法行為と損害との間の相当因果関係の存否等を判断することは、この原則に反するから許されないと解すべきところ、原告が右のいずれかの場合に当たるとすべき事実関係はこれを認めるに足る証拠はなく、また、原告の前示程度の精神的・心理的状态を損害賠償額を定めるに当たって斟酌するのは公平の観念に照らして相当でないから、この点に関する被告らの前記主張も採用の余地がないものというべきである。

〔論証例〕 722条2項の類推適用の否定説

加害行為と被害者の心因的要因又は身体的要因とが競合して損害の発生が拡大した場合に過失相殺を規定する722条2項を類推適用して損害の額を減額できるとする見解もある。**しかし**、これら要因は、もともと過失相殺の対象として予定されている被害者の過失そのものではない上に、これら要因は被害者が自らの意思で負担したものではない。不法行為の場面では加害者が何よりも責められるべきなのであり、これら要因を斟酌して損害賠償の額を減額するのは被害者救済という不法行為の理念に反し許されないものというべきである。したがって、損害賠償の額を定めるにあたって、被害者の心因的要因又は身体的要因を斟酌することはできないと考える。

## 【民事系科目】

【第1問】（配点：100〔設問1〕から【設問3】までの配点の割合は、4：3：3）

次の文章を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までに答えなさい。なお、解答に当たっては、利息及び遅延損害金を考慮に入れないものとする。

### 【事実】

1. AとBは、共に不動産賃貸業を営んでいる。Bは、地下1階、地上4階、各階の床面積が80平方メートルの事務所・店舗用の中古建物一棟（以下「甲建物」という。）及びその敷地200平方メートル（以下「乙土地」という。）を所有していた。甲建物の内装は剥がれ、エレベーターは老朽化して使用することができず、賃借人もいない状況であったが、Bは、資金面で余裕があったにもかかわらず、貸ビルの需要が低迷し、今後当分は賃借人が現れる見込みがないと考え、甲建物を改修せず、放置していた。Bは、平成21年7月上旬、現状のまま売却する場合の甲建物及び乙土地の市場価値を査定してもらったところ、甲建物は1億円、乙土地は4億円であるとの査定額が出た。
2. 平成21年8月上旬、Bは、Aから、「甲建物の地下1階及び地上1階を店舗用に、地上2階から4階までを事務所に、それぞれ内装を更新し、エレベーターも最新のものに入れ替えた建物に改修する工事を自らの費用で行うので、甲建物を賃貸してほしい。」との申出を受けた。この申出があった当時、甲建物を改修して賃貸に出せる状態にした前提で、これを一棟全体として賃貸する場合における賃料の相場は、少なくとも月額400万円であり、A及びBは、そのことを知っていた。
3. そこで、AとBは、平成21年10月30日、甲建物の使用収益のために必要なエレベーター設置及び内装工事費用等は全てAが負担すること、設置されたエレベーター及び更新された内装の所有権はBに帰属すること、甲建物の賃料は平成22年2月1日から月額200万円が発生し、その支払は毎月分を当月末日払いとすること、賃貸期間は同日から3年とすることを内容として、甲建物の賃貸借契約を締結した。その際、賃貸借契約終了による甲建物の返還時にAはBに対して上記工事に関連して名目のいかんを問わず金銭的請求をしないこと、Aが賃料の支払を3か月間怠った場合、Bは催告なしに賃貸借契約を解除することができること、Aは甲建物の全部又は一部を転貸することができること、契約終了の6か月前までに一方当事者から異議の申出がされない限り、同一条件で契約期間を自動更新することという特約が、AB間で交わされた。また、AB間での賃貸借契約の締結に際し、敷金として2500万円がAからBに支払われた。
4. 平成21年11月10日、Aは、Bから甲建物の引渡しを受け、Bの承諾の下、Cとの間で、甲建物の地下1階から地上4階までの内装工事をCに5000万円で購入する契約を締結し、また、Dとの間で、エレベーター設備の更新工事をDに2000万円で購入する契約を締結した。

いずれの契約においても、工事完成引渡日は平成22年1月31日限り、工事代金は着工時に上記金額の半額、完成引渡後の1週間以内に残金全部を支払うこととされた。そして、Aは、同日、Cに2500万円、Dに1000万円を支払った。

5. Cは、大部分の工事を、下請業者Eに請け負わせた。CE間の下請負契約における工事代金は4000万円であり、Cは、Eに前金として2000万円を支払った。
6. C及びDは、平成22年1月31日、全内装工事及びエレベーター設備の更新工事を完成し、同日、Aは、エレベーターを含む甲建物全体の引渡しを受けた。
7. Aは、Dに対しては、平成22年2月7日に請負工事残代金1000万円を支払ったが、Cに対しては、内装工事が自分の描いていたイメージと違うことを理由として、残代金の支払を拒否している。また、Cは、Eから下請負工事残代金の請求を受けているが、これを支払っていない。
8. Aは、Bとの賃貸借契約締結直後から、平成22年2月1日より甲建物を一棟全体として、月額賃料400万円で転貸しようと考え、借り手を探していたが、なかなか見付からなかった。そのため、Aは、Bに対し賃料の支払を同月分からしていない。
9. Bは、Aに対し再三にわたり賃料支払の督促をしたが、Aがこれを支払わないまま、3か月以上経過した。しかし、Bは、Aに対し賃貸借契約の解除通知をしなかった。その後、Bは、Aの未払賃料総額が6か月分の1200万円となった平成22年8月1日に、甲建物及び乙土地を、5億6000万円ですべてFに売却した。代金の内訳は、甲建物が1億6000万円で、乙土地が4億円であった。甲建物の代金は、内装やエレベーターの状態など建物全体の価値を査定して得られた甲建物の市場価値が2億円であったことを踏まえ、FがBから承継する敷金返還債務の額が1300万円であることその他の事情を考慮に入れ、査定額から若干値引きすることにより決定したものである。Fは、同日、Bに代金全額を支払い、甲建物及び乙土地の引渡しを受けた。そして、同年8月2日付けで、上記売買を原因とするBからFへの甲建物及び乙土地の所有権移転登記がされた。なお、上記売買契約に際して、B及びFは、FがBの敷金返還債務を承継する旨の合意をした。
10. Fは、Bから甲建物及び乙土地を譲り受けるに際し、Aを呼び出してAから事情を聞いたところ、遅くとも平成22年中には転貸借契約を締結することができそうだと説明を受けた。そのため、Fは、早晩、Aが転借人を見付けることができ、Aの賃料の支払も可能になるだろうと考えた。また、Fは、甲建物及び乙土地の購入のために金融機関から資金を借り入れており、その利息負担の軽減のため、その借入元本債務を期限前に弁済しようと考えた。そこで、Fは、同年9月1日、FがAに対して有する平成23年1月分から同年12月分までの合計2400万円の賃料債権を、その額面から若干割引いて、代金2000万円ですべてGに譲渡する旨の契約をGとの間で締結し（以下「本件債権売買契約」という。）、同日、代金全額がGからFに対して支払われた。そして、同日、FとGは、連名で、Aに対して、上記債権譲渡につき、配達証明付内容証明郵便によって通知を行い、翌日、同通知は、Aに到達した。
11. ところが、平成22年9月末頃、Aが売掛金債権を有している取引先が突然倒産し、売掛金の回

取が見込めなくなり、Aは、この売掛金債権を自らの運転資金の当てにしていたため、資金繰りに窮する状態に陥るとともに無資力となった。そのため、Aは、Fとの間で協議の場を設け、今となっては事実上の倒産状態にあること及び甲建物の内装工事をしたCに対する請負残代金2500万円が未払であることを含め、自らの置かれた現在の状況を説明するとともに、甲建物の転借を希望する者が現れないこと、今後も賃料を支払うことのできる見込みが全くないことを告げ、Fに対し、この際、Fとの間の甲建物の賃貸借契約を終了させたいと申し入れた。Fは、Aに対する賃料債権をGに譲渡していることが気になったが、いずれにせよ、Aから賃料が支払われる可能性は乏しく、Gによる賃料債権回収の可能性はないと考え、Aの申入れを受けて、同年10月3日、A及びFは、甲建物の賃貸借契約を同月31日付けで解除する旨の合意をした。この合意に当たり、A・F間では何らの金銭支払がなく、また、A及びFは、Fに対する敷金返還請求権をAが放棄することを相互に確認した。そして、同月31日、Aは、Fに甲建物を引き渡した。

12. Fは、Aとの間で甲建物の賃貸借契約を解除する旨の合意をした平成22年10月3日以降、直ちに、Aに代わる借り手の募集を開始した。Hは、満70歳であり、衣料品販売業を営んでいる。Hは、事業拡張に伴う営業所新設のための建物を探していたが、甲建物をその有力な候補とし、Fに対し、甲建物の内覧を申し出た。Hは、同月12日、Fを通じてAの同意をも得た上で、甲建物の内部を見て歩き、エレベーターに乗ったところ、このエレベーターが下降中に突然大きく揺れたため、Hは、転倒して右足を骨折し、3か月の入院加療が必要となった。このエレベーターの不具合は、設置工事を行ったDが、設置工程において必要とされていた数か所のボルトを十分に締めていなかったことに起因するものであった。
13. Hは、この事故に遭う1年ほど前から、時々、歩いていてバランスを崩したり、つまずいたりするなどの身体機能の低下があり、平成22年4月に総合病院で検査を受けていた。その検査の結果は、Hの身体機能の低下は加齢によるものであって、無理をしなければ日常生活を送る上での支障はないが、定期的に病院で検査を受けるよう勧める、というものであった。
14. Hは、この勧めに従って、上記総合病院で、平成22年5月から毎月1回の検査を受けていたが、特段の疾患はないと診断されていた。一方、この間、Hの妻が病気で入院したため、Hは、毎日のように病院と自宅とを往復し、時として徹夜で妻に付き添っていた。そのため、Hは、同年7月下旬頃から、かなりの疲労の蓄積を感じていた。Hが同年10月12日に甲建物のエレベーターの揺れによって転倒し、右足を骨折するほどの重傷を負ったのは、Hのここ1年ほどの身体機能の低下と妻の看病による疲労の蓄積も原因となっていた。
15. なお、甲建物の市場価値は、平成22年1月31日の工事完成による引渡し以降、現在に至るまで、大きな変化なく2億円ほどで推移している。乙土地の市場価値も、この間、大きな変化なく4億円ほどで推移している。

【設問1】 略

【設問2】 略

【設問3】 【事実】 1から14までを前提として、以下の(1)及び(2)に答えなさい。

- (1) Hは、【事実】 12に示したエレベーター内での転倒により被った損害の賠償を請求しようと考えた。Hが損害賠償を請求する相手方として検討すべき者を挙げ、そのそれぞれに対して損害賠償を請求するための論拠について、予想される反論も踏まえて論じなさい。
- (2) Hの損害賠償請求が認められる場合に、Hの身体機能の低下及び疲労の蓄積が損害の発生又は拡大を招いたことを理由として、賠償額が減額されるべきか、理由を明らかにしつつ結論を示しなさい。

## 出題の趣旨（抜粋）

設問3は、エレベーター設備の更新工事の請負人の行為及びそれを原因とするエレベーターの揺れに基づく身体侵害の**不法行為**において、被害者が**損害賠償を請求する相手方**として検討すべき者が複数ある事例について、そのそれぞれに対する**請求の論拠**をそれに対する**反論**も踏まえて論じること（小問（1））、及び、**被害者の身体的素因**により被害者の損害が発生又は拡大した場合における**賠償額の調整**の在り方を**事例に則して検討**すること（小問（2））を求める問題である。

小問（1）では、Hが損害賠償を請求することのできる**相手方**として、**まず**、エレベーターが設置されている建物甲の**事故発生時の直接占有者**であるAとともに、その**間接占有者**であり**所有者**であるFを考えることができる（民法第717条第1項）。ここでは、**工作物責任**が成立するための**要件**である**土地の工作物及び設置又は保存の瑕疵**について、**それぞれの意味を明らかにすることとともに**、建物甲のエレベーターが土地の**工作物**に当たるかどうか及び必要とされている**ボルトが十分に締められていなかったことが設置又は保存の瑕疵に当たるかどうかの検討**が求められる。あわせて、**工作物責任を負うこととなり得るAとFとの関係を**、**工作物責任の法的な性質と**、**占有者が損害を防止するのに必要な注意**をしたときは、**占有者の損害賠償責任の成立は阻却**され、**所有者がその損害賠償責任を負うこと**（同項ただし書）を踏まえながら検討することが求められる。このほかに、Hが損害賠償を請求することができる**相手方**として、エレベーター設備の更新工事をしたDを考えることができる（民法第709条）。注文者との間で締結された請負契約に基づいてエレベーター設備の更新工事をした**請負人**であるDは、**注文者以外の第三者の安全**に対して、**どのような注意義務を負うか**、また、その**注意義務違反**があるかどうかについての検討が求められている。

小問（2）では、**被害者の身体的な素因**で、被害者の**損害の発生又は拡大の原因**となったものがある場合、**賠償額の減額**をすべきかどうか、そのとき、**身体的な素因が疾患**といえるものであるか、そうではなく**疾患にまで至らない身体的特徴**であるかによって**異なることとすべきか**どうかについての理解を基礎に、Hの**身体機能の低下及び疲労の蓄積**をどのように捉えるべきかが問われている。一方では**過失相殺**（民法第722条第2項）の趣旨を考え、他方では【事実】から**法律上意味のある事実**をくみ取って法的に評価した上で、**賠償額を減額**することの可否について、**一貫した法的思考**を示すことが求められる。

## 採点実感（抜粋）

### 3 採点実感

採点実感として、新司法試験考査委員会議申合せ事項にいう「**優秀**」、「**良好**」、「**一応の水準**」及び「**不良**」の**4つの区分**に照らすと、例えばどのような答案がそれぞれの区分に該当するかについて、設問ごとに示すと以下のとおりとなる。

ただし、これらは各区分に該当する答案の例であって、これらのほかに各区分に該当する答案はあり、それらは多様である。なお、以下で用いる「適切に答える」、「適切な解答」、「適切に検討する」及び「適切な検討」については、既に公表した出題の趣旨（上記「1 出題の趣旨等」参照）を参照されたい。

#### (3) 設問3について

採点実感からは、次のようになる。

**優秀**に該当する答案の例は、小問（1）と小問（2）について、いずれも適切に答えているものである。**良好**に該当する答案の例は、小問（1）について、Hが損害賠償を請求する相手方として、間接占有者であり所有者であるF及びエレベーター設備の更新工事をした請負人であるDを取り上げて適切な検討を行うが、**直接占有者であるAを取り上げず**、小問（2）について、適切な解答をするものである。**一応の水準**に該当する答案の例は、小問（1）について、Hが損害賠償を請求する相手方として、エレベーター設備の更新工事をした請負人であるDを取り上げて適切な検討を行うが、**直接占有者であるA及び間接占有者であり所有者であるFを取り上げず**、小問（2）について、適切な解答をするものである。**不良**に該当する答案の例は、小問（1）について適切な検討をしないが、小問（2）については適切に解答するものである。

小問ごとについての成績は、小問（1）については、良好、一応の水準及び不良の答案がそれぞれ一定程度あったのに対して、小問（2）については、良好から一応の水準の程度の答案が多くあった。なお、一部の答案には、民法第717条が定める土地の工作物に関する占有者の責任と所有者の責任の関係を明らかにした上で、直接占有者であるAについての検討と、間接占有者であり所有者であるFについての検討を適切に関係付けて行うものがあった。そうでない答案と比較して**高い評価**を与えた。

### 4 採点をした後の考査委員の感想

本年の民法の考査委員は、採点をした後、次のような感想を抱いた。

まず、**基本的な知識**についての**正確な理解**に基づけば、**高い評価**を得る答案は可能であり、低い評価しか得られない答案には、知識不足がうかがわれた。問われている問題を解くために適切な法律構成を探し出すことができない答案は、知識不足が原因だろうと思われる。

また、**法律の規定**に沿って**要件**を明らかにし、問題文の【**事実**】の中から**要件に当てはまる具体的事実**を拾い上げることができると**高い評価**が得られ、これに対して、**要件について論述するものの、それ**



に具体的事実を関係付けることをしない答案に対する評価は、低くならざるを得なかった。また、具体的な事実が要件を充足するかどうかの論述があるものの、丁寧に欠ける答案は、低い評価となり、反対に、この点を丁寧にかつ的確に論ずるものには、高い評価が与えられた。問われている問題を解くために適切な法律構成を把握しながら、要件について、又は、具体的な事実が要件を充足するかどうかについて、必要な論述をしていないものは、低い評価となった。これらからは、法律の規定に則し、【事実】に基づき、要件に充足するかどうかを検討し判断するという基本的な作業を習得できているかどうか、又どの程度習得できているかによって評価が分かれることになったと考えられる。

さらに、【事実】を正確に読み、【設問】で何が問われているかを正確に理解している答案には高い評価が得られ、そうではない答案は低い評価となることも全体的な傾向として指摘することができる。

本年の民事系科目〔第1問〕のように、複数の設問によって構成されていて、各設問の配点の割合が示されている場合（本年は、〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、4：3：3であった。）、受験者は、各設問に対応する解答の分量を考えると、この配点の割合を参考にすると良い。

## 解答例

### (司法論文H23民法設問3)

被害者H  
占有者（直接占有者）A  
所有者（間接占有者）F  
設置工事者D

### 第3 設問3

#### 1 小問(1)

##### (1) Aに対する請求

ア Hは、エレベーターの**占有者A**に対して、**717条1項本文**を根拠に土地の工作物の占有者に対する損害賠償請求をすることが考えられる。同条の責任が認められるには、**Aが土地の工作物を占有**していること、及び、**土地の工作物の設置又は保存に瑕疵**があることが必要となる。

エレベーターは土地の工作物である建物に付属するものとして「土地の工作物」に当たり、**設置工程に必要とされるボルトが数カ所締められていない状態の本問エレベーターは、土地の工作物としての通常的安全性を欠くものといえるので土地の工作物の「設置又は保存に瑕疵」が認められる。**

イ Hの主張に対して、**Aは占有者として損害発生防止に必要な注意をしていたので、717条1項但書により責任を負わないと反論**することが考えられる。すなわち、エレベーターの設置工事から約8か月しか経っていない時期に、設置工事者ではない単なるエレベーター付の建物賃借人にすぎないAが、目に見えないボルトの不具合を発見できなかったとしても占有者としての注意義務違反があったとはいえない。したがって、**Aは損害の発生防止に必要な注意を尽くしていたものとしてAの免責を認めるべきである。**よって、HのAに対する請求は認められない。

##### (2) Fに対する請求

占有者Aの責任が免責されても、**工作物の所有者**であるFは、**717条1項但書**により**無過失責任**を負う。そこで、Hは、建物の所有者Fに対して、工作物の所有者の責任に基づく損害賠償請求をすることができる。

##### (3) Dに対する請求

ア Hは、Dに対して**不法行為に基づく損害賠償請求権**を根拠に治療費相当額の金銭や慰謝料の請求をすることが考えられる（**709条、710条**）。

イ **不法行為に基づく損害賠償請求が認められるためには、故意又は過失による権利侵害行為によって損害が発生**したことが必要となる。Hがエレベーターの揺れで転倒して右

足骨折の重傷を負ったことで治療費相当額の金銭や慰謝料相当額の損害を受けたのは、Dがエレベーターのボルトを十分に締めていなかったことが原因であるため、**Dの権利侵害行為によってHに損害が発生**したといえる。

ここで、Dとしては、**過失**が認められるためには少なくとも権利侵害の予見可能性がなければならないところ、**Dは、設置工事をした当時、Hが転倒して骨折をするとの権利侵害を予見できなかった**ので自己に**過失がないと反論**をすることが考えられる。**しかし**、エレベーターの設置工事をする者としては、ボルトを十分に締めなければ、エレベーターの不具合により利用者が怪我をするという結果発生を予見する義務があるといえるし、この予見義務が認められれば、ボルトを十分に締めず結果発生防止義務を怠ったものとして、Dの過失責任を問えると考えられる。よって、Hは、Dに対して、**不法行為に基づき損害賠償請求**をすることができる。

## 2 小問(2)

(1) 判例は、疾患や身体的特徴などの被害者の身体的要因が損害の拡大につながった場合に、**疾患**については、その態様や程度などから、加害者に損害全額の賠償をさせることが公平を失するときは、**722条2項**の過失相殺の規定を**類推適用**して、損害賠償額の算定の際にその疾患を考慮して減額することを認めるが、**疾患に当たらない身体的特徴**については**同項の類推適用による賠償額の減額を認めていない**。これは、疾患が損害の拡大に寄与したときは賠償額を減額するのが公平というべきであるが、身体的特徴は被害者の個性として加害者が当然に受け入れなければいけないものとして賠償額の減額の根拠にはできないとの趣旨と考えられる。

**しかし**、そもそも加害行為がなければ被害者は損害を被ることはなかったことや、被害者は自ら望んで疾患になったわけでないことを考慮すると、疾患を被害者の「過失」と同視することは、むしろ、損害の公平の分担を図るという不法行為制度や過失相殺の制度の趣旨に反する。**故意又は過失により加害行為をした者は、疾患や身体的特徴も含めて被害者のあるがままを受け入れて損害賠償をすることこそが損害の公平な分担**という前記各制度の趣旨に沿うものであり、被害者の身体的特徴はもちろん疾患を理由として賠償額の減額をすることはできないと考える。

(2) 本問では、**Hの加齢による身体機能の低下**は避けることのできない自然事象であり疾患に当たらず、**疲労の蓄積**もそれ自体疾患に当たるとはいえないが、**これらが疾患に当たらない**ということ指摘するまでもなく、加害者は、**これら要因があるがまま受け入れなければならない**、賠償額は減額されるべきではない。

以上

**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。

LU18725