

2013年度 民法第3部学期末試験 結果講評

米村滋人

2014年2月13日に実施した民法第3部の学期末試験につき、試験結果講評を作成しました。今後の学習の参考にして頂ければ幸いです。

なお、本講評では詳しい解答は掲載できませんが、末尾に掲載した採点基準を掲載しました。解答の大まかな要点はここから把握できると思いますので、そちらを参照して下さい。また、「法学における答案作成のポイント」と題して、答案の書き方の一般論も掲載しておきました（東北大学の学生向けに作成したものをベースにしています）ので、ご参考まで。

【全体的な印象】

出題は、第1問が複数分野にわたる事例問題、第2問が説明問題であった。

事例問題は、一見すると事案が複雑で難度が高いように見える問題であったかもしれないが、処理すべき論点は限られており、基本事項を問うことを意図して出題したものである。しかし、配点の小さい小問（1）に膨大な時間と行数を使ってしまい相対的に他の小問の記述量が少ない答案が多かったこともあり、点数としてはあまり伸びない答案が多い印象であった。

説明問題は、詐害行為取消権の効果と譲渡担保の法律構成のいずれか一方を選択して答えるものであり、いずれも授業の中でかなりの時間を割いて説明したポイントであるので、授業に出ていた学生には難しくなかったと思われる。詐害行為取消権の設問を選択した解答者はかなり少なく、また出来も非常に悪かったのに対し、譲渡担保の設問を選択した答案は総じて良くできていた。

全体に設問の数がやや多かったせいか、時間不足に陥って最後まで書ききれなかったと思われる答案が散見された。大問間の時間配分を誤ったためであるなど、解答者自身が原因を認識できているのであれば、今後は十分注意して頂きたい。

【第1問について】

・小問（1）

この設問は、保証人や物上保証人が複数存在する事例での弁済後の求償関係や弁済による代位、また、共同抵当権における異時配当の法律関係を問う問題である。「簡潔に述べなさい」という問題文になっており、基本的には、第三者弁済の成立要件や詳細な理由づけについての記述を要求する趣旨ではなかったが、この点を含めてかなりの行数を使って論じたものが多かった（そのこと自体は悪いことではないが、ここで時間と答案スペースを消費することは、他の設問の解答が手薄になることを意味する）。

また、この設問で「甲土地・乙建物につき、価格の変動はないものとして解答して良い」と記載したのは、乙建物の火災による滅失はないものとして答えてほしいと考えたものである。しかし、問題文の記載がわかりにくく戸惑った解答者が多かったようである。試験の直後に複数の解答者から指摘を受け、乙建物が滅失した前提であっても、その前提で正しい答えを書いているならば正解とする扱いにした。

なお、①～③を通じて、単純な計算ミスを行った答案がかなりの数に上った。たとえば、②でABCの負担割合を計算する際に、3:4:1になると書いたものが複数あったが、どう計算するとその比率が出てくるのか、理解に苦しむ。計算式が書いてあって、途中まであっていることがわかればそこまでは加

点したが、全く計算式がなく結論のみ書かれている場合、部分点の出しようがない。

以下、簡単に①～③の各問のポイントを記載する。

(①について)

第三者弁済があった場合の求償関係と弁済による代位の法律関係を問う問題である。本問では、前記の通り第三者弁済の要件を充足しているか否かについて記載を要求する趣旨ではなかったが、多くの答案がこの点を記載していたため、採点にあたっては加点事由として扱った。

本問では、6000万円の貸金債権につき8000万円の元利金の弁済がなされている。この点につき、差額の2000万円の支払いは非債弁済にあたるとしたものもあったが、2000万円は利息額と考えるのが常識的な読み方である。本問では弁済の時点がいつかが記載されていないため、2000万円という利息額が利息制限法の範囲内であるかどうかは断定できないが、5年程度の期間で2000万円の利息が発生するという事態は、利息制限法の制限利息内でも生じうる（各自で計算して頂きたい）。

第三者弁済がなされれば、HがSに対して全額求償でき、また弁済による代位の効果としてGのSに対する原債権がHに移転することから、これを行行使することもできる。原債権の移転に伴い、付従性ないし随伴性によって保証債権と抵当権もHに移転することから、これらを行行使することもできる。この際、501条の規定によってABCで負担額が分割されるという解答が非常に多かった（全体の半数近くに達した）が、誤りである。同条5号において「保証人と物上保証人との間においては」とあるのは、弁済による代位を行う者も、それにより権利行使を受ける者も保証人・物上保証人のいずれかに該当する場合のことを意味し、第三者弁済の場合は含まれない。弁済した第三者は、本来、Sの債務を肩代わりする必要のない者であり、このような者が弁済した場合に、分割債権として保証人等の無資力リスクを負担することになるのは、結論としても不当である。Hは、Gが請求できたはずの権利をそのままの形で行使できると考えるのが適切であり、保証人Aには8000万円の全額弁済を請求でき、BCのいずれに対しても抵当権を実行して換価金から8000万円に至るまでの額を得ることができる。

ただし、抵当権の実行に際しての被担保債権額は、利息額については最後の2年分に限定される（375条1項）。このため、差額の2000万円が利息分だとすると、その全額は取れない可能性が高いことに注意が必要である。

(②について)

本問は、保証人Aが一部弁済を行った場合の求償関係と弁済による代位（一部代位）の法律関係を問う問題である。まず、第三者弁済の場合とは異なり、保証人が弁済した場合には501条5号によって弁済による代位の額が制限される。ここで、保証人・物上保証人の「負担部分」は、連帯債務者の「負担部分」と同様に額ではなく割合を意味すると考えれば（そう考えるのが一般的である）、3000万円の一部弁済でも、Aの負担すべきは1/3の1000万円のみであり、2000万円分はBCに対して抵当権実行により満足を得ることができる（Bに対しては1600万円、Cに対しては400万円）。

ただし、Aの「負担部分」を額であると捉えて、債権額6000万円の1/3の2000万円が「負担部分」と捉えれば、1000万円分をBCに対する抵当権実行から得ることができる（Bから800万、Cから200万。債権額を8000万円と考えても良いが、その場合は割り切れない）。この解答に関しては、満点はつけていないが、記述内容に応じて概ね半分程度の加点を行っている。

(③について)

本問は、共同抵当の異時配当(抵当不動産がいずれも物上保証人所有の場合)に関する問題である(392条の適用問題)。基本的には、乙建物の換価金は全額Gに配当され、ただし、同時配当の場合にDが受けるはずであった配当額については、甲土地の競売がなされた際に、Gの抵当権をCが弁済による代位に基づいて代位行使できる範囲で、その権利に対して物上代位する形でDが権利行使できることになる。具体的には、債権総額6000万円(8000万円と考えても良い。その場合の額は以下同様にかっこ書きで記載する)に対して、同時配当の際にはGは甲土地から4800万円(6400万円)、乙建物から1200万円(1600万円)を受けるはずであるから、Dの受けるべき配当額は800万円(400万円)であり、その額の限度でGの有する抵当権が実行された際に、Gの次に配当を受けることができる(一部弁済の形になっているので、現在の通説・実務によれば、Dは単独では抵当権を実行できない)。

なお、共同抵当権の論点に気づかなかった者を中心に、ここでCが2000万円の一部弁済を行ったと考えて、求償の問題として扱った解答もあった。その点は、共同抵当権の扱いとは別の問題であり、両者独立に加点している(ごく少数だが双方の論点にともに言及した答案もあり、いずれも加点されている)。ただし、注意して頂きたいのは、求償関係を考える際には、Aを含めての負担額を計算しなければならない点である。上記②での計算方法に従って、2000万円をAが1/3、Bが8/15、Cが2/15の割合で負担すべきことになるため、各人の負担額についてCが請求できることになる。これに対して、上記の392条における共同抵当権の効果を考える際には、抵当権が担保している被担保債権額(6000万円または8000万円)が基準になり、保証人Aの存在は度外視すべきことになる。両者の違いを明確に整理して頂きたい。

・小問(2)

小問(2)は、安全配慮義務違反の損害賠償請求に関する問題である。こちらは、「論じなさい」という問題文にしており、ある程度きちんとした形で要件認定から論じてもらうことを想定していたが、残念ながら、5行程度で簡単に述べるものもあった。事例問題の場合、誰がどう見ても結論が明らかであるような場合には、そのような簡単な記述でよい場合もあるが、一般的にはきちんと検討しなければ要件が充足されているか否かもはっきりしない場合の方が多く、本問もそのような問題である。債務不履行責任の要件を本問の事実関係に即して1つずつ確認する形で、丁寧な論述をして頂きたい。

また、私にとってややショックだったのは、雇用関係の特性や信義則などから一般的な安全配慮義務の存在を述べただけで、本問で当然に安全配慮義務違反があると結論づけるものがかなりの数に上ったことである。一般的にある義務が課せられるということと、当該事案において義務違反があることは全く別問題であることは言うまでもない。もしも、あなた自身が誰かから訴えられたときに、世の中一般に「〇〇義務」が存在するということだけで、あなた自身が義務を遵守した行動をとったかどうかを一切考慮されずに「〇〇義務違反があった」と判断されたら、どう思うだろうか。法的な判断は、その人の人生を変えてしまうこともあるのであり、それだけ慎重に、利害関係者を説得できるだけの根拠を示して行う必要がある。もちろん、試験の答案では時間的な制約もあって意を尽くすことは難しいだろうが、当該事案で義務違反(などの法律要件を充足する事実)が存在したかを事実関係に照らして判断するという作業は、事例問題を解く際に当然に求められるのであり、その理由は、まさに、法的判断とは最終的にはそれぞれの事例に関する個別的な判断であるからにはかならない。

本問での具体的な論述の内容は、以下のようになる。債務不履行の要件としては、近時の条文解釈に

よる場合は、①債務不履行事実、②帰責事由、③損害、④因果関係、の4要件が挙げられる。安全配慮義務は手段債務であるため、①が肯定できればほぼ必然的に②も肯定できる関係にあることになる。なお、伝統的通説による場合には、(i)債務不履行事実（この場合は不完全履行）、(ii)故意・過失、(iii)損害、(iv)因果関係、(v)違法性阻却事由のないことの5要件であり、実際上は近時の学説との違いはあまりない。（ただし、要件の立て方は1つではなく、いくつかのものをあわせて1要件として記述しても良いし、逆に分割しても良いので、これ以外の要件の立て方をしても構わない。）

これらの要件を本問事案に即して1つずつあてはめていくことが重要であるが、やはり最も難しいのは、安全配慮義務違反それ自体が認められるか否か（前記①または(i)の点）である。本問では事実関係の詳細が明らかでなく、場合分けが必要である。最判昭和58年5月27日民集37巻4号477頁では、道路交通上の通常の注意義務違反があった場合には安全配慮義務違反が成立しないと判断されており、この判例を理由に本問でも安全配慮義務違反が成立しないとした答案があったが、最近では、バス・トラックなどの運転者の事故を中心に、過労や過積載を使用者が強制する形で勤務させた結果、事故が発生したような場合には、安全配慮義務違反を肯定する裁判例が多い。要するに、使用者がコントロールできる安全確保措置は十分に行うことが求められており、それを尽くしているにもかかわらず、運転者の不注意によって事故が発生した場合には安全配慮義務違反は発生しないという趣旨に理解される。そうすると、本問でも、使用者Sが、過労・過積載での搬送を強いたような場合や、Eの運転技術が未熟であることを知りながら、特段の指導等を行わずにバイクでの配達を命じたような場合には、安全配慮義務違反が成立する可能性があると言えよう。

責任が肯定できたとすると、いかなる費目について損害賠償請求をなすうかが問題となる。ここでは、事故それ自体に伴う入院・治療の費用（積極損害）、入院期間中の就労不能による逸失利益（消極損害）、けがに伴う慰謝料（精神的損害）の賠償請求を行うことができるのは明らかである。他方で、休学を余儀なくされ卒業できなくなったこと、就職の内定を辞退せざるを得なくなったこと、に伴う逸失利益や慰謝料の請求まで可能であるかが問題であり、この点は、賠償範囲に関する丁寧なあてはめが必要である。賠償範囲の基準については、416条をそのままあてはめる形でも、相当因果関係説によるのでも、平井説（保護範囲説）によるのでもいずれでも差し支えないが、それぞれの基準に照らして本問事案の事実関係をきちんと評価することが必要である。一例として、416条をそのままあてはめる場合には、まず通常損害の範囲はどこまでかを検討し、たとえば休学・留年に伴う学費（積極損害）や慰謝料（精神的損害）は通常損害に含まれるとした場合には、次に、その他の損害が予見可能な特別事情による損害に含まれるかを検討する必要があるが、これについてはSに予見可能な事実は何かがポイントになる。このような手順に従って、個別の事実関係に即して検討することが必要である。

・小問（3）

小問（3）は、抵当目的物滅失に伴う保険金請求権に対する物上代位と、保険金請求権の一般債権者への譲渡の優劣を中心とする問題である。ただし、問題となるのが共同抵当権であるため、これに関する物上代位をどのように扱うかも一応問題となりうる。

まず、本問ではFへの債権譲渡につき第三者対抗要件がそなえられた後に物上代位に基づく差押えがされており、このような場合にも物上代位をなすうかが問題となる。これは、物上代位における「差押え」の意義をどのように解するかが直接的に影響する問題であり、その意味では典型論点である。学説上は、特定性維持説・第三債務者保護説・優先権保全説があり、判例（最判平成10年1月30日民集

52 卷 1 号 1 頁) が第三債務者保護説をとっていることは有名である。ただ、判例が結論として第三債務者保護説に立ったという知識よりも、最高裁がなぜそのように考えたのか、判決の理由づけの方が圧倒的に重要であり、その点をきちんと述べているものには高い評価を与えた。もちろん、判例と無関係に、自分自身の見解としてこの点の解釈論を述べても良い(というか、本来は、法律学的答案では解答者自身の見解を述べるのが求められている)。いずれにせよ、結論がどうであるかよりも理由づけの方が重要なのであり、その点をきちんと「論じる」ことが大切である(結論を述べるだけならば「論じる」とは言わないであろう)。

この点について、全体的な出来は比較的良く、少なくとも論点の存在については認識している答案が大半を占めた。内容的には、第三債務者保護説をとるものが多かったが、同説をとることと本事案の解決につき正確に論述できている答案はかなり少なかった印象がある。第三債務者保護説をとった場合に物上代位が債権譲渡に勝てるのは、差押えを第三債務者保護目的の要件(第三債務者対抗要件)と捉えること自体によるのではなく、差押えが第三者対抗要件「ではない」こと、すなわち、物上代位の第三者対抗要件は抵当権設定登記であることに由来するものである。したがって、抵当権設定登記のなされた日と債権譲渡の(確定日付ある証書による)通知がなされた日を比較して、前者の方が早いことを言わなければ本問事案で抵当権者 G が債権譲受人 F に勝てることを結論づけることはできない。

なお、304 条の文言解釈として、「払渡し又は引渡し」に債権譲渡は含まれないから、というだけの理由から物上代位が債権譲渡に勝てることを述べるものがあつたが、物上代位も物権的権利である以上は第三者対抗要件を充足していなければ第三者に対し優先権を主張できない。その対抗要件を何と理解するかが上記 3 説の大きな分かれ道なのであり(登記が第三者対抗要件と考えるもの=特定性維持説・第三債務者保護説、差押えが第三者対抗要件と考えるもの=優先権保全説)、文言解釈だけで結論が出せるわけではない点にも注意してほしい。このあたりが正確に理解できていないと思われる答案は、この部分の点数が半分程度になってしまっている。

さらに本問では、目的物の消滅した抵当権が共同抵当権であることに由来する特殊性がないかも問題となる。言い換えれば、乙建物の滅失に伴う保険金請求権への物上代位を異時配当と同視して、乙建物の後順位抵当権者 D を保護することはできないか、ということである。この点、仮に物上代位を異時配当と同視して 392 条の規律を類推適用するものと考えれば、次のような解決が考えられる。すなわち、同時配当の場合には G は甲土地から 4800 万円、乙建物から 1200 万円(債権総額を 6000 万円と考える場合)を得るはずであった。しかし、物上代位の対象となる保険金請求権は 1000 万円の債権であり、これは全額 G が受け取るものの、それは同時配当時に G が乙建物から受領するはずであった 1200 万円よりも少ないので、D はこの場合に配当を受けうる地位にはない。したがって、D には何らの保護も与えられない。——このように書いた答案も相当数あり、これも 1 つの考え方である。

ただ、D を保護しようと思えば、以下の構成もありうる。すなわち、乙建物の滅失により 1000 万円の保険金請求権が発生したとすると、それは、共同抵当の目的物たる乙建物の評価額が 1000 万円に下落した場合と同視することができる。そうすると、甲土地と乙建物の割り付け比率を 8000 万 : 1000 万とする必要があり、同時配当時に G が乙建物から受けるべき金額は、 $6000 \text{ 万} \times 1/9 = 666 \text{ 万 } 6667 \text{ 円}$ であることになる(なお、このような不動産価格の変化に伴う割り付け比率の変動は、共同抵当の場合には当然に発生することが予想されるため、それ自体が利害関係人に不測の損害をもたらすとは言えない)。しかし、物上代位の際には G が 1000 万円全額を受け取るので、甲土地の競売時に、392 条類推適用により、後順位抵当権者 D は G が有する抵当権を 333 万 3333 円の限度で代位行使できる(正確

には、弁済による代位により C が行使できる抵当権を物上代位によって行使できる)、ということになる。残念ながら、こういった構成で D を保護できることに気づいた答案は皆無であったが、一例として参考にして頂きたい。

【第2問について】

・小問(a)

詐害行為取消権の効果に関する問題であったが、全体に出来はあまり良くなかった。何を書いて良いかわからなかった解答者もいたようであり、相関関係説や無資力要件をはじめとする詐害行為取消権の要件判断について書いたものも多かった。しかし、問題文で「効果に関する判例および学説」について尋ねているのだから、要件について書いても得点にならないことは言うまでもない。

内容については、改めて解説するまでもないと思われるので、各自教科書・参考書等を確認して頂きたいが、逸出財産が債権だった場合について、「動産と同じく取消債権者が自らへの引渡しを請求できる」としたものが極めて多かったので、念のために記しておく。債権に関しては、そもそも「引渡し」というものが観念できない。債権譲渡は、譲渡契約の締結によって当然に債権の帰属変動の効果が生ずると考えられていて、譲渡契約と別個に「引渡し」をするというものはあり得ないことである。取消しの場合も債権譲渡の裏返しの法律関係であり、判決で債権譲渡が取り消されれば、それのみによって当然に債権の帰属が債務者に復帰し（この点が、「相対的取消し」の論理によって説明できるかは問題である）、当該債権に対し他の一般債権者を含めて債権執行を開始することができると考えられている。つまり、逸出財産が債権の場合は、不動産に近い処理がなされていると言うことができる。

・小問(b)

譲渡担保の法律構成に関する問題であり、こちらは一転して非常に良くできていた。1月下旬の授業で扱った内容なので、記憶が新鮮だったからだろうか。

内容については、所有権的構成による場合と担保的構成による場合の結論の違いを書いてもらうことを意図した出題であり、多くの答案はそのように書いていた。設定者留保権説に言及したものも多かったが、採点上は担保的構成の解答と見なして加点した（すなわち、担保的構成と設定者留保権説のいずれか一方が記載されていればよいとした）。

なお、少数ではあったが、所有権的構成をとった場合に、譲渡担保権者が目的物を第三者に譲渡しても譲渡担保設定者は債務を弁済して受戻しができる（受戻しを第三者に主張できる）と述べるものがあった。しかし、これは、譲渡担保設定者の目的物を受け戻しうる地位が第三者効を有することを意味し、通常は、設定者が何らかの物権的権利を有するとする構成（＝担保的構成）でなければ導くことができないとされている。所有権的構成と担保的構成の最大の違いは、設定者に物権的権利が残るか否かであり、所有権的構成をとる場合には設定者は目的物の受戻しにつき債権的な地位しか有しないことから、第三者が所有権を取得すると目的物の受戻しを対抗しえなくなるのである。

【付録 1】

法学における答案作成のポイント

0. 使用上の注意

法学の答案作成に、絶対的な評価基準やマニュアルは存在しません。「最初に〇〇を書かなければならない」などという記述は、マニュアル本などによくある表現ですが、一般にはあまり信用しない方がよいでしょう。以下のポイントもあくまで“多くの事例問題に対処しやすくなる書き方”をアドバイスする趣旨に過ぎませんので、例外はいくらでもありうることに注意して使用して下さい。

1. 事例問題における基本姿勢

(1) 法律学において、事例問題（ある設例の解決を問う問題）では一般に解答者の「法律判断」が問われており、通説や判例の内容は必ずしも問われていません。したがって、解答者はその事例において条文をどのように解釈適用し、どのような結論を導くべきであるかを論理的に説明することこそが求められています。

「A 説・B 説・C 説があるが、判例は A 説である。したがって〇〇という解決となる。」などという答案では、知識が羅列されるだけで解答者の判断の根拠が示されておらず、評価が低くなってしまいます（もっとも、「一行問題」とも呼ばれる、「～～について論ぜよ」という形式の問題では、概念や判例・学説の正確な理解ができていないかも問われるため、自説の論理的主張に加えて判例・学説の記述の正確さが求められることも多いです。この点で事例問題の場合とは事情がやや異なります）。

(2) 解答者は自らの法律判断を示して、1 つの解決を論理的に導く必要があります。したがって、「A 説によれば〇〇となるが、B 説によれば△△となる」という書き方では 1 つの法律判断を示したことにならず、これも不適當です。基本的には、解答者がその事件を解決すべき裁判官になったつもりになるとよいでしょう。

もっとも、問題の設定が不明確で、1 つの解決を示せない場合もあります。そのような場合に、場合分けをすることは構いませんが、場合分けが許されるのは「事実判断」についてのみです。たとえば、債務不履行責任の成否が問題となっている場合には、「□□という事実がある場合には債務不履行が認められる」という書き方はよいですが、「A 説によれば債務不履行が認められるが、B 説によれば認められない」とするだけで A 説と B 説のいずれを採用するかを書かない書き方はすべきではありません。事実関係の不明確な問題で求められているのは、どのような場合に債務不履行にあたる事実があったといえ、従って責任が肯定されるかを、的確に指摘することだからです。

(3) 解答者は、「法律判断」を論理的に示さなければなりません。たとえば、問題文の事実関係を多数列挙した上で、「このような事例で Y に責任を負わせるのは酷である」とか、「このような X には〇〇義務を負わせるべきである」などとしていきなり結論を言うような答案がしばしば見られますが、これでは裸の価値判断しか伝わらず、「論理的な」法律判断が示されたとは言えません。法律判断である以上は、適用すべき条文は何であり、その要件として何が挙げられ、どの要件が問題になるかを明らかにすべきですし、その上で、個々の事実の解釈や種々の利益衡量をその条文解釈の枠組みの中で行うことが必要となります。

たとえば、第 1 問の小問(2)で、債務不履行責任の成否について最も丁寧に書く場合には、以下のように書くのが 1 つの方法です。

「SがEに対し債務不履行責任（415条）を負うかが問題となる。債務不履行責任の要件は、①帰責事由、②債務不履行事実、③因果関係、④損害であり、各要件の存否につき検討する。

まず、SはEに対し契約上いかなる債務を負っていたか。雇用契約など社会的に特別な接触関係に入った当事者間において、一方当事者に行動の自由の制限がかかるのに対し、他方当事者には相手方の安全性を確保する知識や権限が備わっている場合には、信義則上、当該他方当事者には、相手方の生命・身体に危害が加わらないよう十全な措置を講ずる義務が発生する（安全配慮義務）。本問では、SE間の契約は雇用契約であり、当該義務が当然に認められる。

では、本問で当該義務の違反は認められるか。本問ではEの就労状況の詳細が不明だが、Eに運転時の集中力を低下させるほどの長時間勤務を行わせていた場合や、Eの運転技術の未熟さを知りながら特段の指示・指導等を行わずバイクでの業務遂行を命じた場合などには、安全措置が不十分であったものとして当該義務の違反が認められる（②）。この義務違反につきSには当然に帰責事由が認められる（①）。

さらに、本問ではEに負傷およびそれに伴う治療費・逸失利益（入院期間中のアルバイト代相当額）等の損害（④）が発生しており、上記債務不履行がなければこの損害は生じなかったと考えられることから、因果関係（③）も認められる。

以上より、EのSに対する債務不履行が成立する。」

以上のような論証をする際には、一般に、「法的三段論法」（一般的な法規範の提示・論証→当該事案へのあてはめ→結論）と呼ばれる手順に従うことが推奨されています。法律の条文は、一般的にいくつかの「要件」が存在すれば特定の法律効果が発生する（415条で言えば、帰責事由・債務不履行事実・因果関係・損害があれば賠償責任が発生する）ということを抽象的に定めるだけです。その条文を適用するためには、個々の具体的事実が条文の「要件」に該当することを言わなければなりません。そこで、まず適用すべき条文ないし法規範の内容を（解釈上の争いがあれば、理由とともに特定の解釈論を述べた上で）示し、その上で当該事案の具体的事実から「要件」の存在を示すことが必要になります。実際の問題では、すべての論点について逐一このような厳密な書き方はできない場合が多いのですが、その問題を解く鍵となる「重要論点」については「法的三段論法」の手順を踏むことが望ましいと思われま

むしろ、事例問題においては、問題解決のための論点の序列付けも必要で、それに見合った適切な分量比での記述ができていないかが、大きな評価のポイントになります。重要性の低い論点も、解答者が忘れてはいないことを示すために一言は触れた方がよいことが多いのですが、三段論法の形式で詳細に書く必要はありません。解答者がその事例問題で何を重要論点と捉えているかを示すためにも、答案を書き始める前に、論点の「抽出」とその「ランク付け」をした上で、何をどのような順序で書いていくか考えることが望ましいと言えます。その場合、その問題がどこの部分を主眼としている問題であるか、また学説の対立の最も激しい部分はどこであるか、などの点を考慮する必要があります。

2. 技術的なアドバイス

- ・いきなり書き始めることはせず、初めの5～10分（またはそれ以上）は、問題文をしっかりと読んで全体のアウトラインを考える。
- ・論点を思いついた順に書いてはならない。論理的に先に書くべきものは何かを考える。
- ・論点間の論理関係を整理して書く。論点Aでa1・a2の結論がありうるとして、a1の結論をとる場合にのみ論点Bが問題になるのに、論点Aの結論を出さずに、またはa2を前提に、論点Bを論じてはならない。
- ・また、上記の通り、問題となる論点の「ランク付け」を行った上で書き始める。

- ・問題文に挙げられている事実は、何かしらの意味があると思った方がよい。通常、無駄な事実はない。
- ・答案の記述はなるべく簡潔に、しかしどの条文、どの文言の適用を問題としているかを明確にして書く。
- ・最後の結論をしっかりと書く。特に民法法では請求額がいくらかが問題となることも多いので、数字で示すことはできなくとも、「〇〇の費用と□□についての損害賠償が請求できる」というように具体的に書くことが望ましい。

【付録 2】

採点基準

【第 1 問】

小問 (1) (30)

- ① 8 点 (結論/金額を記入しない/誤ったものは最大 3 点)
- ② 8 点 (結論/金額を記入しない/誤ったものは最大 3 点)
- ③ 14 点

G への全額配当・D は甲の競売手続で 800 万円または 400 万円を限度に抵当権代位行使⑧
C の求償権⑥

※①～③を通じて、要件の記載は最大 2 点、G の残債権の記載は最大 2 点、代位弁済者の S に対する求償権の記載は 2 点とする (積算なし・上限は上記範囲)。

【加点】前提論点につき詳細な検討を加えたもの (各問につき最大+7)

【減点】①につき、抵当権の行使範囲が利息は最後の 2 年分であることに言及しないものは-1 点

【加点】②につき、一部弁済者による抵当権の実行可能性に言及したものは最大+3 点

【減点】③につき、共同抵当権の異時配当後の法律関係に言及しないものは最大 7 点

小問 (2) (30)

安全配慮義務違反に言及④

安全配慮義務違反の要件

義務違反性⑥

因果関係・損害⑥

【減点】単純に安全配慮義務違反を否定・肯定したものは最大 5 点

【加点】自動車事故に関する昭和 58 年最判に言及したもの (最大+5)

【加点】安全配慮義務違反の法的性質につき詳細に論じたもの (最大+4)

【加点】従前の事故や過労などの要素に関し詳細な検討を行ったもの (最大+5)

損害額

積極損害・消極損害・精神的損害③

賠償範囲⑧

過失相殺等③

※要件否定の場合、論述に応じて 0～12 点を加点

【加点】 内定取り消しの損害算定につき詳細に論じたもの（最大+5）

【加点】 不法行為による請求の可能性に言及したもの（最大+5）

小問（3）（40）

(1)物上代位の可否(24)

差押えの意義につき立場を明示⑩

根拠の説明（判例を含む）⑧

本件でのあてはめ⑥

【減点】 2月12日時点で弁済前であるか否かを問題としていないものはあてはめ部分最大3点

【加点】 私見を詳細に展開したもの（最大+8）

(2)共同抵当における物上代位権行使の範囲(16)

(a)割り付けの要否・割り付け比率の検討⑧

(b)後順位抵当権者の権利と行使手続⑧

【減点】 先順位者に割り付けなしの物上代位権行使を認め、後順位者に後の競売での優先権を認めるなど後順位者の権利確保を意識していないものは(b)の部分最大3点

【第2問】

(a)

一般的説明(15)

判例＝「相対的取消し」の意義⑦

学説 通説、責任説／訴権説、優先弁済肯定説に言及⑧

*通説以外の学説1つのみに言及の場合は最大5点

具体的処理(15)

(i)不動産⑥

(ii)動産⑥

(iii)債権③

【加点】 形成権説・請求権説との対比などの沿革（最大+5）

その他付随的論点に言及（論述に応じ最大+10）

(b)

総論的説明(10)

所有権的構成⑤

担保的構成・設定者留保権説（いずれか一方）⑤

各論的説明(20)

所有権的構成⑩ ((i)⑤(ii)⑤)

担保的構成・設定者留保権説⑩ ((i)⑤(ii)⑤)