

## 中間到達度検証の総評とお勧め

2017年 5月12日

松岡 久和

### 1 総評

中間到達度検証の結果は、全体として惨憺たるもので、私の感想は、「これは鍛え甲斐がある」である。いずれも直接の検証テーマ以外に目を向ける余裕がほとんど誰もなかったもので、その論述を対象外として80点満点とし、100点満点に換算して述べる。

8人の答案は次の段階に分かれた（各自にお渡しする素点と換算後修正点一覧）。

- 19-21点 3人。論外レベル。保証の問題なのに保証についてほぼ何も論じていない。詐害行為についても基本的な理解がまだできていない。
- 26点 1人。残念レベル。被保全債権の検討はよいし、財産分与と詐害行為の基本線は書けているが条文摘示がなく、どの事実をどう評価しているのかが曖昧。
- 34点 1人。まだまだレベル。請求の趣旨はよいが、財産分与が偽装に近いなら過大か否かでなく全部無効になるのではないか。論述に矛盾が感じられるともう一息レベルから1つ下がる。
- 45-51点 3人。もう一息レベル。評価できるところがかなりあるが、それを帳消しにする不完全あるいは間違っただけの記述が足を引っ張っている。この難しい問題で検証部分に絞れば50点前後となり民法は合格ギリギリラインに到達できていると思う。

### 2 今の答案から10~20点上乗せするための10+1のお勧めポイント

- ① 答案は必要事項を落とさずに書き込み、綺麗でなくても読みやすい気合いの入った字で書くこと。必要事項の脱落は直ちに失格となる危険がある。字の上手下手は仕方がないが、独自の崩し字や略字、殴り書きなど、「読んでいただく」という意識が感じられない答案は、評価が低めになる傾向にある。一方、お習字の見本のような綺麗な字で内容がひどいと期待が裏切られて、やはり評価が低めになることがある。
- ② 時間配分を考えて論じるべき争点や論及程度の取捨選択が不可欠である。途中答案は、どれほど良くても、書けていない白紙部分は原則として0点で、努力のわりに自己採点で期待したより下のむごい点数が付くことが多い。
- ③ 原告の請求の趣旨を明確に示すべきである。請求の趣旨は、どういう問題でも意識するべきである。とりわけ本問では、詐害行為と取り消すとの主張だけでは、その後どういう請求をするのか示せていない。移転登記抹消登記（手続）請求を明示する（抹消登記請求という略した書き方でもよいだろう）。不動産の直接の引渡請求はできない。
- ④ 条文をしっかりと見て実体法上の要件を確認する。適宜条文を摘示する。本問で条文がない「無資力」という要件を持ち出すのであれば、その概念の意味を明確にし、条文から読み取れない無資力要件が必要な理由（債務者の財産管理への干渉の抑制の必要性。ひどい財産減少行為がされても資力があればそれには干渉できない）を説明しなければならない。
- ⑤ 債権者を害する行為には、当該行為によって、債務超過になるか、債務超過状態が悪化し、債権者が期待できた責任財産が減少する場合（財産減少行為）のほか、責任財産が減少しない相当時価での売却、新規融資や期限延長のための担保設定、偏頗弁済などが問題になり、とりわけ財産減少行為以外は権利・義務行為に詐害性を認めるために行為態様や主観的な悪性を要する。一方、財産減少行為であっても債務者の目的・動機次第では例外的に正当化される場合がある。こういう判断の仕方を相関的・総合的考慮と呼んでおり、これによれば本問はどのような事実を捉えて詐害性が判断されるのかを示さないといけない。
- ⑥ 問題の問い方次第であるが、本問のような請求・抗弁・再抗弁の構造を意識させる問題では、主張立証責任を考えて、要件事実論に沿った整理をすることが多い。実体法上の要件との区別を意識する必要がある（本問では、受益者Yの善意・悪意）。

⑦設問の事実を正確に使う（引用がお勧め）要件充足を判断する。本問で、Yへの財産分与は、それによりAの責任財産が減ってXが残った一般財産（100万円の預金）からしか弁済を期待できなくなるので、明確な財産減少行為である。現在無資力状態が悪化して、Xが当該財産分与前よりも期待できる弁済が減ることが「債権者を害する」財産減少行為となる。Bに対する抵当権付債務と100万円の預金を比べて債務超過だなどというのは大間違い。一般財産はBの優先する抵当権の負担を除いた部分で、それが減少していれば債権者は害される。事例に数字も上がっているのだから、それを使って説明するべきで「めぼしい財産がない」とか「無資力である」というだけでは客観的な詐害性は十分基礎づけられない（説明のための極端な例：債務者は詐害行為前にすでに無資力だったが、贈与を受けてもなお債務超過だった場合、責任財産は増えているのだから、債権者は害されない。当たり前だが、財産の増加は取消し対象にはならない）。

評価に必要な事実となりうる部分にのみ問題文に番号を打ったり下線を引いたりなどして、事実摘示での脱落をしないようチェックする工夫が必要。番号を打たなかった事実も、ほんとうに触れなくて良い事実なのか、再チェックする慎重さが欲しい。法的に無意味な事実は、答案の事実摘示で書いてはいけない。

⑧事実が不明確で要件充足が不確実なときは、適宜場合分けをして異なる結論を示す慎重さが必要。書かれていない事実を確定した事実のように書いて判断を示すのは、分析枠組みがきちんと身につけていないか、自分の願望に基づく独善的な論旨展開に強引に持ち込むため、評価は低い。

⑨財産分与が原則として詐害行為取消しの対象とならないのは、離婚に伴うものとして一種の身分行為（財産権を目的としない行為）だからである、判例の定式（過大で財産分与に仮託した財産行為は過大な部分のみ取り消しうる）を明確に示し、どの範囲がなぜ過大になるのかを根拠を示して判断する必要がある。そのためには、正当な財産分与でYが得られる権利・利益がどこまでかを事案に即して検討しなければならない。財産分与の3要素の検討はごく一部の答案のそのまた一部しか論及しておらず、この論点の論述として、まったく物足りない。

全体として、本件のAのYに対する財産分与が財産隠しのみを目的としているとの論述も多かったが、仮装離婚に伴う通謀虚偽の財産分与であれば、全部の無効を主張すればよく、その検討のためには、離婚意思の扱いを論じ、登記名義の回復方法として詐害行為取消しではなく、債権者代位権を用いる必要がある（実際の訴訟でも無効+債権者代位権による移転登記抹消請求を主位的請求、詐害行為取消しによる移転登記抹消請求を予備的請求とする例がある）。

⑩請求の趣旨や問題提起部分に対応した結論を、説得力ある理由の要旨を添えて最後に明示すると（それが内容的に間違っていなければ）、引き締まった良い印象の答案になる。これがないと、尻切れトンボで落ちが付いていない悪印象が残る。二度書く時間が惜しければ、最初に結論を明示し、それ以後に結論にたどりつく理由を述べる形式になるが、問題を分析し迷いながら書くときはこの方法は採れない。

+1 およそ成り立たない主張や、成り立っても相手の反論ですぐに失当として認められないことが明確な主張については、争点になりやすく、字数を費やして抗弁・再抗弁と書くのは原則として時間の無駄。結論を端的に明示すればよい。書かなくても減点にならないケースも少なくない。せいぜい請求原因・抗弁・再抗弁の構造理解を問うている問題でのみ丁寧に答えればよい。

### 3 前半の評価

中間到達度検証①の結果+平常点で25点というのが評価基準だが、第1回の検証は、せいぜい5点満点程度でしか考慮せず、平常点を多めにカウントする（吉村先生のHBクラスは、問題文は長いが争点の明確な平易な問題で20点満点で考慮）。この反省を生かして、中間到達度検証②と最終到達度検証（これだけで50点！）で評価できる答案が書けるようになればそれでよい。以上の配点については、吉村先生に説明して、ご了解を得た。