

問題 44 解答例①

10										15				
Y	市	を	被	告	と	し	て	出	席	停	止	処	分	の
差	止	訴	訟	を	提	起	し	、	併	せ	て	仮	の	差
止	め	も	申	し	立	て	る	。						

(39 字)

問題 44 解答例②

10										15				
X	は	、	Y	市	を	被	告	と	す	る	出	席	停	止
の	懲	罰	の	差	止	め	の	訴	え	を	提	起	し	、
併	せ	て	仮	の	差	止	め	も	申	し	立	て	る	。

(45 字)

配点の目安

項 目		配点	点数
1	Y市（Y）を被告とすること	6	
2	出席停止処分（出席停止の懲罰）の差止訴訟（差止めの訴え）を提起すること	8	
3	上記2の訴訟（訴え）と併せて、仮の差止めも申し立てること	6	
合 計 点		20	

コメント

1 はじめに

本問では、第2段落において、「9月招集予定の次の会期までの間において、Xは、出席停止の懲罰を回避するための手段（仮の救済手段も含め、行政事件訴訟法に定められているものに限る。）を検討している。」と示されています。

このことから、「出席停止の懲罰を回避するための手段」として挙げるべきものは、「行政事件訴訟法に定められているもの」に限定されますから、同法に定められている行政事件訴訟の中から「出席停止の懲罰を回避するための手段」としてふさわしいものを選ぶことになります。

また、「仮の救済手段も含め」とあることからわかるように、本問の解答では、行政事件訴訟の中から適切なものを選ぶだけでなく、当該訴訟に対応した「仮の救済手段」も挙げる必要があります。

2 各項目について

(1) 項目1について

1	Y市（Y）を被告とすること
---	---------------

項目1は、問題文中「誰に対して」に相当するものです。先述のとおり、本問では、行政事件訴訟の中から適切なものを選ぶことになります。

後述する差止めの訴え（差止訴訟、行政事件訴訟法3条7項）を提起する場合、被告は、原則として、当該処分をしようとしている行政庁の所属する国又は公共団体です（行政事件訴訟法38条1項、11条1項1号）。本問において問題とされている行為は「Y市議会による出席停止の懲罰」であり、Y市議会が行おうとしているのですから、被告は「Y市」になります。

以上のように、本問では「行政事件訴訟の中から適切なものを選ぶ」ことが明らかであることから、本項目に関しては、「Y市（Y）を被告とする（Y市に対して提起する旨の）」記述以外の表現を許容する余地はないものと判断します。そのため、他

の記述では点数は一切付与されない（部分点も期待できない）
ものと考えられます。

※ なお、「解答アナリティクス」にていただいている解答内容を見ると、その中には「裁判所に対して」という記述をしているものがありました。

民事訴訟において「訴え」とは、原告が裁判所に対して本案判決を求めるものとされています。また、訴えの提起は、訴状を裁判所に提出してしなければならないとされています（民事訴訟法 134 条1 項）。そのため、「裁判所に対して……提起する」という記述も正しいように思えます。

しかし、このような内容は、「行政法（行政事件訴訟法の分野）」において学習することと一般的にはされていません（一般的な行政法の教科書においても特段取り上げられていません）。また、民事訴訟法（の教科書）においても、「原告が、被告に対して、何らかの請求を行う」という表現は許容されています。

これらのことから、本問では「裁判所に対して」ではなく「Y市（Y）を被告として（Y市に対して）」という記述が解答として求められていると考えるのが妥当であると考えられます。

もっとも、過去の試験問題を見てみれば、「被告」を記載すべき問題の場合には、これまでは「被告はどこか（平成 27 年度問題 44）」「いかなる被告に対し（平成 30 年度問題 44）」「誰を被告として（令和 2 年度問題 44、令和 4 年度問題 44）」と明記されていました。

そのため、本問の作問を担当された試験委員の方は、過去の出題内容・出題形式等との整合性を考慮しておらず、受験生への配慮を行っていないと指摘せざるを得ません。この限りにおいて、本問に関しては、一定の不備があったと指摘することも可能であると言えるでしょう。

(2) 項目 2 について

2	出席停止処分（出席停止の懲罰）の差止訴訟（差止めの訴え）を提起すること
---	-------------------------------------

項目 2 は、問題文中「出席停止の懲罰を回避するための手段（仮の救済手段も含め……）」のうち、「出席停止の懲罰を回避するための手段」に相当するものです。本問の場合、先述のとおり、「行政事件訴訟の中から適切なものを選ぶ」こととなります。

行政事件訴訟のうち、未だ行われていない「出席停止の懲罰」を回避するための手段としてふさわしいものは「差止めの訴え（差止訴訟）」です（行政事件訴訟法 3 条 7 項）。

本項目に関しては、出席停止の懲罰（出席停止処分）の「差止めの訴え（差止訴訟）」以外の表現を許容する余地はないため、他の記述では点数は一切付与されない（部分点も期待できない）ものと考えられます。

(3) 項目 3 について

3	上記 2 の訴訟（訴え）と併せて、仮の差止めも申し立てること
---	--------------------------------

項目 3 は、問題文中「出席停止の懲罰を回避するための手段（仮の救済手段も含め……）」のうち、「仮の救済手段」に相当するものです。

項目 2 で挙げた「差止めの訴え（差止訴訟）」の仮の救済手段として行政事件訴訟法上用意されている制度は「仮の差止め」です（行政事件訴訟法 37 条の 5 第 2 項）。

このように、本項目に関しては、「差止めの訴え（差止訴訟）」と「仮の差止め」は完全な対応関係にある（例：差止めの訴えを提起する場合に「執行停止」を申し立てることは認められていません）ことから、他の記述では点数は一切付与されない（部分点も期待できない）ものと考えられます。

3 「解答アナリティクス」に寄せられた解答について

- (1) 「項目1」から「項目3」までのいずれについても、概ね書けているという印象です

寄せられた解答の内容を確認すると、「項目1（被告適格の話）」「項目2（訴訟の話）」は概ね書けているという印象です。また、「項目3（仮の救済手段の話）」については、「仮の差止めの申立て」という主旨の記述ができているものが多いという印象です。

寄せられた解答を見る限り、問題44については、多くの受験生の方が書けていると推測され、そのため本間の採点作業は厳しめに行われることが予想されます。

そのため、例えば、「項目3」に関し、「仮の差止めを提起すべきである」という解答を書いているものがありましたが、この解答は認められない（点数が付与されない）と予想します。他にも、「差止めの訴え（差止訴訟）」を提起すべきと記述しているのに、仮の救済手段として「執行停止」を挙げている解答がありましたが、これも大きく減点されると予想します。

- (2) 細かな表現に不備が見られるものがある

「項目2」と「項目3」について、表現の不備が多く見受けられました。

例えば、「差止めの訴え（差止訴訟）」は「提起する」です（行政事件訴訟法37条の4第3項、37条の5第2項参照）。「仮の差止め」は「申し立てる」です（行政事件訴訟法37条の5第2項参照）。

以上のような表現を正確に覚えることは、今回のように採点作業が厳しめに行われることが予想される場合に、余計な減点を避けるうえで重要なことであると言えるでしょう。

問題 45 解答例①

10										15				
物	上	代	位	と	い	う	法	的	手	段	に	よ	っ	て
、	払	渡	し	の	前	に	差	押	え	を	し	な	け	れ
ば	な	ら	な	い	。									

(36 字)

問題 45 解答例②

10										15				
物	上	代	位	と	い	う	手	段	に	よ	っ	て	、	A
は	、	B	へ	の	保	険	金	の	払	渡	し	の	前	に
差	押	え	を	し	な	け	れ	ば	な	ら	な	い	。	

(44 字)

配点の目安

項 目		配点	点数
1	(法的手段については) 物上代位である こと	8	
2	火災保険金の差押えをしなければならない こと	4	
3	(上記 2 の差押えは) B への保険金の払 渡し前に行う必要があること	8	
合 計 点		20	

コメント

1 はじめに

本問では、「Aがこの保険金に対して優先弁済権を行使するためには、……どのような法的手段によって何をしなければならないか」が問われています。このことから、解答では、①抵当権者Aが優先弁済権を行使するための法的手段と、②その法的手段を行使するにあたり、Aは何をしなければならないか、を記述することとなります。

なお、本問で問われている「物上代位」は、平成18年度問題46においても問われていました。

2 各項目について

(1) 項目1について

1	(法的手段については) 物上代位であること
---	-----------------------

項目1は、「①抵当権者Aが優先弁済権を行使するための法的手段」に相当するものです。本問の事案において、Aが優先弁済権を行使しようとしているものは「火災保険金」であり、この保険金は、Aの抵当権の目的物であった甲建物の「滅失……によって債務者が受けるべき金銭」です（民法372条、304条1項）。したがって、法的手段としては「物上代位」を挙げることとなります。

本項目に関しては、「物上代位」という表現が最も望ましいです（民法304条の条文見出しも「物上代位」と定められています）。しかし、民法の教科書の中には「物上代位権」とか「物上代位性」と表現しているものもあり、「物上代位」と一言一句正確に書いてなければならないというわけではないと予想します。「法的手段は『物上代位』である」ことが伝われば、きちんと点数が付与されるでしょう。

なお、項目1については、配点を「8点」と予想します。これは、「平成18年度問題46においても問われていた」という点を踏まえてのものです。平成18年度問題46では「物上代位」を書かせようと誘導する文言がなかったことから、この点は今

回初めて出題されたと言えます。そのため、項目 1 を「8 点」と予想することとしました。

(2) 項目 2 について

2	火災保険金の差押えをしなければならないこと
---	-----------------------

項目 2 は、「②その法的手段を行使するにあたり、A は何をしなければならないか」に相当するものです。民法 304 条 1 項によれば、物上代位を行使するには、対象となる金銭等を差し押さえなければなりません（民法 372 条、304 条 1 項ただし書）。したがって、A がしなければならないこととしては「火災保険金の差押え」を挙げることとなります。

本項目に関しては、「火災保険金の差押え」以外の表現を許容する余地はないため、他の記述では点数は一切付与されない（部分点も期待できない）ものと考えられます。

(3) 項目 3 について

3	（項目 2 の差押えは）B への保険金の払渡し前に行う必要があること
---	------------------------------------

項目 3 は、「②その法的手段を行使するにあたり、A は何をしなければならないか」に相当するものです。民法 304 条 1 項によれば、物上代位を行使するのに行う必要のある「差押え」は、当該金銭等が、払い渡される又は引き渡される前までに行わなければなりません（民法 372 条、304 条 1 項ただし書）。したがって、A は、火災保険金の差押えを、B への当該保険金の払渡し前までに行わなければならず、このことを解答では記述する必要があります。

本項目に関しては、「保険金の払渡し前に行う必要がある」旨明記する必要があるため、他の記述では点数は一切付与されない（部分点も期待できない）ものと考えられます。

3 「解答アナリティクス」に寄せられた解答について

- (1) 「項目1」については、あまり挙げることができていません

「項目1」から「項目3」までの中で、「項目1（物上代位の話）」が最も挙げることができていませんでした。先述の平成18年度問題46の内容を踏まえても、本項目が、本間の解答にあたり最も重要な要素だったと言えるでしょう。

逆に、本項目を挙げるができていた解答は、「項目2」「項目3」も挙げるができており、そのため本間については20点満点を期待できる解答となっていました。

- (2) 「項目2」については、概ね書けていました

「項目2（差押えの話）」については、多くの方が書けていました。そのため、本項目については、配点は低いものと考えられたので「4点」と設定させていただきました。民法において「差押え」が求められる場面というのはとても少ないですから、その意味で本項目は多くの受験生の方たちにとって印象深い話で、書きやすかったのかかもしれません。

- (3) 「項目3」については、「全く触れられていない」ものがありました

「項目3（払渡し前に差し押さえるという話）」については、全く触れられていない（例：「火災保険金を差し押さえる」ことだけ書かれており、「いつまでに差し押さえなければならないか」に関し何も触れていない）解答がありました。

民法304条の「物上代位」を学ぶにあたり、「払渡し又は引渡し前に差押えをすること」は物上代位を行うのにあたり重要な要件として学ぶ内容です。そのため、個人的には、とても意外な印象でした。

問題 46 解答例①

10										15				
契	約	不	適	合	責	任	に	基	づ	き	、	報	酬	減
額	請	求	、	損	害	賠	償	請	求	及	び	契	約	解
除	が	で	き	る	。									

(36 字)

問題 46 解答例②

10										15				
担	保	責	任	を	根	拠	に	、	A	は	、	請	負	代
金	減	額	請	求	と	損	害	賠	償	請	求	、	本	件
契	約	の	解	除	が	で	き	る	。					

(40 字)

配点の目安

項 目		配点	点数
1	(権利行使ができる根拠は) 担保責任 (契約不適合責任) であること	6	
2	報酬 (請負代金) 減額請求を挙げていること	6	
3	損害賠償請求を挙げていること	4	
4	契約 (本件契約) の解除ができること	4	
合 計 点		20	

コメント

1 はじめに

本問では、「Aが、Bに対し、権利行使ができる根拠を示」すことと、「AのBに対する修補請求以外の3つの権利行使の方法」が問われています。このことから、解答では、①Aの権利行使ができる根拠と、②修補請求以外の3つの権利行使の方法を記述することになります。

2 各項目について

(1) 項目1について

1	(権利行使ができる根拠は) 担保責任 (契約不適合責任) であること
---	------------------------------------

項目1は、「①Aの権利行使ができる根拠」に相当するものです。本問の事案においては、当該住宅につき「雨漏りが3か所生じていることが判明し」たことから、本件契約の内容に適合しないものとなっています。したがって、Aが権利行使する際の根拠として「担保責任 (契約不適合責任)」を挙げることとなります。

民法上は「担保責任」と規定されていますが(民法 636 条、637 条の条文見出しを確認してください)、一般的には「契約不適合責任」と呼ばれています。そのため、項目1については、「担保責任」「契約不適合責任」のいずれであっても、点数は付与されるものと思われます。

ただし、「瑕疵担保責任」という記述では点数は付与されないと考えます。「瑕疵担保責任」は旧民法下における担保責任の一種で、現行民法下においては一般的には用いられていないからです。

※ 「解答アナリティクス」に寄せられた解答を見ると、項目1 に関し「債務不履行」を挙げているものがありました。

「債務不履行」だと、担保責任（契約不適合責任）以外の要素が含まれることとなります。また、本問の事案で挙げられている事情を見る限り、不都合な事情としては「雨漏りが3か所生じていることが判明し」たことしか挙げられていません（履行遅滞等の事情が挙げられていない）。

そのため、本問の解答では「担保責任（契約不適合責任）」を書かせようとしていると考えるのが妥当でしょう。

(2) 項目2について

2	報酬（請負代金）減額請求を挙げていること
---	----------------------

項目2は、「②修補請求以外の3つの権利行使の方法」に相当するものです。「報酬（請負代金）減額請求」は、3つの権利行使の方法のうちの1つです（民法559条、563条）。

民法上は「報酬」と規定されていますが（民法636条、637条を確認してください）、本問では「請負代金」と挙げられています。そのため、項目2については、「報酬減額請求」「請負代金減額請求」のいずれであっても、点数は付与されるものと思われれます。

気になるのは、本問の事案では「修補請求」がされたか否か（及び修補があるのかないのか）が明らかとなっていません。そのため、「報酬（請負代金）減額請求」を「3つの権利」のうちの1つとして挙げるべきか悩むところです。ただ、この後の「項目3」「項目4」と検討していくと「3つ」に達しません。他には候補がないことから、やはり「報酬（請負代金）減額請求」を書かせようとしていると考えるのが妥当でしょう。

(3) 項目3について

3	損害賠償請求を挙げていること
---	----------------

項目3は、「②修補請求以外の3つの権利行使の方法」に相当するものです。「損害賠償請求」は、3つの権利行使の方法のうちの1つです（民法559条、564条、415条）。

本項目に関しては、「損害賠償請求」以外の表現を許容する余地はないため、他の記述では点数は一切付与されない（部分点も期待できない）ものと考えられます。

(4) 項目4について

4	契約（本件契約）の解除ができること
---	-------------------

項目4は、「②修補請求以外の3つの権利行使の方法」に相当するものです。「契約（本件契約）の解除」は、3つの権利行使の方法のうちの1つです（民法559条、564条、541条）。

本項目に関しては、「契約（本件契約）の解除」以外の表現を許容する余地はないため、他の記述では点数は一切付与されない（部分点も期待できない）ものと考えられます。

3 「解答アナリティクス」に寄せられた解答について

(1) 「項目1」については、あまり書いていません

「①Aの権利行使ができる根拠」に相当する記述がない解答が意外と多かったです。本問の事案のような場合に「何ができるか（どんな請求ができるか）」については割と思い出しやすいが、それが「何の制度に基づくものか」については理解していない・覚えていないと思われます。択一式では前者だけ覚えていても正誤の判断は可能ですが、記述式となるとそうはいかないということが、この点からも伺えます。

- (2) 「項目 2」については、「代金減額請求」と書いているものが多いです

「報酬減額請求」「請負代金減額請求」ではなく、「代金減額請求」と書いているものが多かったです。「代金減額請求」だと、準用元の売買の担保責任に関する規定と混同していると受け取られかねません。そのため、「代金減額請求」という記述では、減点の可能性があると考えます。

もちろん、「代金減額請求」と書いているものが受験生のなかで相当多く、採点基準を緩くし点数を付与すると考えることもできます。しかし、先述の条文の規定（民法 636 条、637 条）や「請負代金全額の支払いと引き換えに、……」というように「請負代金」とわざわざ問題文で示されていることを考慮すると、点数が付与されることを期待するのはやや難しいと言えるでしょう。

- (3) 「項目 3」「項目 4」は、多くの方が書けていました

「項目 3」「項目 4」については、比較的思いつきやすかったのか多くの方が書けていました。そのため、これらの項目については、配点が低くなることや、採点が厳しくなることが考えられます（例：誤字があれば、一切配点しない）。

また、多くの方が書けていることからすると、「項目 3」「項目 4」と分けるのではなく、「損害賠償請求、契約（本件契約）の解除」と 1 つの採点項目とし、採点作業を行うことも考えられるでしょう。

- (4) 権利保全のための通知（民法 637 条）のことを書いているものがありました

民法 637 条に基づく通知は既に行われていることは、問題文の事情から明らかです。それにもかかわらず、解答において再びこのことを書いている（1 年以内に通知する旨）ものがありました。そして、「A は、そのことを直ちに B に通知した」という記述から、当該通知に問題がないことも明らかです。

苦し紛れの記述であると考えたいところですが、「問題文を正確に読めているのだろうか?」「事前に覚えていた解答例を、単に思い出しながら書いたのではないか?」という不安を感じざるを得ませんでした。