

[2023年度 問題]

表見代理について、無権代理との関係にも言及して説明せよ。

[解答のポイント]

本問では、表見代理の説明に際して「無権代理との関係」にも言及する必要があるが、あくまでメインは表見代理制度の説明であるから、この応用部分に引きずられていたらに行数を割くのは得策ではない。

表見代理については、表見代理の意義を論じた上で、代理権授与の表示による表見代理（109条1項）、権限外の行為の表見代理（110条）、代理権消滅後の表見代理（112条1項）について、順次、説明していくことになる。なお各制度の重疊適用を認める規定が改正により設けられた（109条2項、112条2項）が、これは論じる余裕がある場合に書けば十分である。

無権代理との関係については、表見代理と無権代理責任との関係を論ずることになる。これに関しては、表見代理が成立する場合に①相手方が無権代理人の責任を選択することの可否と、②無権代理人が表見代理の成立を理由に無権代理人の責任を否定することの可否の2つが問題となる。いずれか1つの論点に絞って書くか、両者に共通する説明を短く書ければよい。

[解答例]

1 表見代理とは、代理権がないにもかかわらず、代理権があるかのような行為がなされ、相手方に代理権の存在を信ずるべき客観的事情がある場合に、その行為の効果を本人に帰属させる制度である。

(1) 無権代理行為は本来本人に効果が帰属しないはずである。しかし、有効な代理行為があるかのような外観が存在し、その外観作出につき本人に一定の帰責性があり、相手方が有効な代理行為があると信じるべき客観的事情がある場合は、取引の安全を図る必要性が高い。そこで、一定の要件のもとで、本人に効果を帰属させて取引の安全を図るのが表見代理の趣旨である。

(2) もっとも、表見代理は代理権の発生まで認めるわけではないから、あくまで無権代理の一種である。そのため、表見代理と無権代理は相反するものではなく、相手方はどちらを選択して主張してもよいし、他方で無権代理人は表見代理の成立を理由に無権代理人の責任（117条1項）を免れることはできない。

2 表見代理は3つの類型がある。

(1) 代理権授与の表示による表見代理（109条1項）

委任状を交付するなど、本人が相手方に対して他人に代理権を与えた旨を表示した場合である。この場合、①代理権授与の表示をしたこと、②その表示された他人が相手方との間で表示された代理権の範囲内の行為をしたこと、③相手方が善意無過失であること、を成立要件とする。

(2) 権限外の行為の表見代理（110条）

土地を賃貸する代理権（基本代理権）を与えられた者がその土地を相手方に売却したなど、代理人が権限外の行為をした場合である。この場合、①基本代理権の存在、②代理人の権限外の行為、③相手方に代理人の権限があると信すべき正当な理由（善意無過失）があること、を成立要件とする。

(3) 代理権消滅後の表見代理（112条1項）

代理権が消滅した後に代理行為がなされた場合である。この場合、①代理権の消滅、②相手方

との間で消滅前における代理権の範囲内の行為がなされたこと、③相手方が善意無過失であること、を成立要件とする。

(4) 権限外の行為の表見代理との重疊性（109条2項、112条2項）

(1)及び(3)につき、権限外の行為がなされた場合は、(2)と重疊適用され、表見代理が成立する。

以上

[2022年度 問題]

錯誤による意思表示について、平成29年の民法改正における改正内容とその背景に言及して説明せよ。

[解答のポイント]

本問は、「錯誤による意思表示」(95条)の理解を問うものである。ただ、「平成29年の民法改正」(債権法改正)の改正内容とその背景に言及しながら記述することが求められており、この点が少々難しい。

2017年の民法改正では、錯誤について大きな改正が行われた。具体的には、①錯誤の効果を無効から取消しに変更したこと(95条1項柱書)、②基礎事情の錯誤について明文化したこと(95条1項2号、2項)、③表意者が重過失であっても錯誤取消しを主張することができる場合を明文化したこと(95条3項)、④第三者保護規定を明文化したこと(95条4項)、の4つである。したがって、これら4つの改正内容は記述しておくことが必須となる。

また、錯誤に関する2017年の民法改正の背景には、従前から主張権者を制限するなどして錯誤無効を「取消し」に近いものと扱っていたことや、詐欺取消しとのバランスを考慮すること、などがあったと言われている。その点に言及ができれば、解答として十分と思われる。その他には、従前の民法95条の文言と判例法理とが必ずしも一致しない部分があったので、判例法理を明文化し、錯誤による意思表示を取り消すための要件を明確化する、という背景もあったと言われている(特に「個別要件」について)。

なお、試験会場には条文集を持ち込むことができないので、条文番号の不記載は減点対象にならないと考えてよい。

[解答例]

1 錯誤とは、表意者が自己の誤りに気づかず、勘違いでなされた意思表示をいう。改正前は錯誤の効果を「無効」としていた。しかし、錯誤無効の主張権者を原則として表意者のみとする判例法理が確立しており、主張権者が制限される取消しに近い扱いをしていたことや、表意者の帰責性がより少ない詐欺は「取消し」であり、取消権の行使に期間制限があることとのバランスから、平成29年の民法改正(以下「改正法」という)では錯誤の効果を「取消し」に変更した(95条1項柱書)。

2 錯誤には、意思表示に対応する意思を欠く錯誤(以下「表示錯誤」という)と、表意者が法律行為の基礎とした事情についてのその認識が真実に反する錯誤(以下「基礎事情の錯誤」という)がある(95条1項各号)。後述する個別要件を明文化するため、改正法では錯誤の種類を明記した。

3 錯誤による意思表示を取り消すための要件は、表示錯誤と基礎事情の錯誤に共通する要件(共通要件)と、基礎事情の錯誤のみに必要な要件(個別要件)がある。

(1) 共通要件は、⑦法律行為の目的や取引上の社会通念に照らし重要なものに錯誤があった(95条1項柱書)、①錯誤が表意者の重過失によらない(95条3項柱書)、である。⑦の要件は改正前の「要素の錯誤」を明確化したものである。

(2) 基礎事情の錯誤に関しては、上記⑦①の要件に加え、⑦その事情が法律行為の基礎とされていることが表示されていた、という個別要件も必要になる(95条2項)。改正前における動機の錯誤が無効となるための要件として確立していた判例法理が明文化された。

(3) ただし、相手方が表意者の錯誤につき悪意又は重過失の場合、又は、相手方が表意者と同一の

錯誤に陥っていた場合は、共通要件①が不要になる（95条3項各号）。これらの場合に表意者の無重過失を錯誤無効の要件とする必要がないとする改正前の通説が明文化された。

- 4 以上の要件を満たすと、錯誤取消しができるものの、善意無過失の第三者には対抗できない（95条4項）。詐欺取消しに第三者保護規定がある（96条3項）こととのバランスから、改正法では同様の第三者保護規定が設けられた。

以上

[2021年度 問題]

連帯債権について説明せよ。

[解答のポイント]

連帯債権は、2020年施行の債権法改正で新しく導入された制度であり、関連する判例もないことから、民法の条文の内容について記述することができれば十分である。連帯債権は連帯債務と対になる制度であるため、連帯債務の知識があると、部分的にでも記述することができたと思われる。答案構成としては、①意義、②対外的効力、③影響関係、④内部関係の順にまとめていけばよい。

まず、連帯債権の定義は、連帯債務と同じように、「債権の目的がその性質上可分」「法令の規定又は当事者の意思表示によって数人が連帯して」が要素となる。

次に、相対的効力（相対効）の原則は、連帯債務と共に通する制度であるから、絶対効が生じる事由を除き、連帯債権者の一人に生じた事由が他の連帯債権者には効力を生じないことを記述しておきたい。別段の意思表示に関する事項まで記述するのは難しかったと思われる。

そして、連帯債権の絶対的効力（絶対効）は、連帯債務と異なり、履行の請求と免除についても絶対効が認められることに留意したい。連帯債権の絶対効のうち、更改又は免除の絶対効が、更改又は免除のあった連帯債権者が権利を失わなければ分与されるべき利益（持分割合）についてのみ生じるという制限絶対効である点は、記述することが難しかったと思われる。

[解答例]

1 連帯債権の意義

連帯債権とは、債権の目的がその性質上可分である場合で、法令の規定又は当事者の意思表示によって数人が連帯して債権を有するときに成立する多数当事者の債権債務関係である（432条）。

2 対外的効力

連帯債権が成立すると、各債権者は、全ての債権者のために全部又は一部の履行を請求することができます。一方、債務者は、全ての債権者のために各債権者に対して履行をすることができる（432条）。

3 影響関係

(1) 相対的効力

連帯債権者の一人について生じた事由は、(2)以下の絶対的効力とされている事由の場合や、他の連帯債権者の一人及び債務者が別段の意思を表示した場合を除いて、他の連帯債権者にその効力を生じない（435条の2、相対的効力の原則）。

(2) 絶対的効力

①履行の請求、②弁済、③更改・免除、④相殺、⑤混同について絶対的効力が認められている。

① 履行の請求

連帯債権者の一人が債務者に対して裁判上の請求をした場合、他の連帯債権者の債権にも時効完成猶予の効果（147条1項1号）が生じる（432条）。

② 弁済

債務者が連帯債権者の一人に対して弁済（代物弁済、供託を含む）をした場合、性質上当然に絶対的効力を生じるから、その弁済した部分について他の連帯債権者の債権も消滅する。

③ 更改・免除

連帯債権者の一人と債務者との間に更改又は免除があった場合、その連帯債権者がその権利を失わなければ分与されるべき利益に係る部分について、他の連帯債権者は履行を請求することができなくなる（433条）。

④ 相殺

債務者が連帯債権者の一人に対して債権を有する場合で、その債務者が相殺を援用した場合、その相殺が他の連帯債権者に対しても効力を生じる（434条）。

⑤ 混同

連帯債権者の一人と債務者との間に混同があった場合、債務者が弁済したものとみなされる（435条）。

4 内部関係

連帯債権者の一人が支払を受けた場合、その者は、他の連帯債権者の受け取る分も受領することになるから、受けた給付を内部関係に応じて分配する必要がある（分配義務）。条文は存在しないが、当然のことと考えられている。

以上

[2020年度 問題]

民法の規定する担保物権が、一般的に持つ法的性質及び効力を説明し、留置権、先取特権、質権、抵当権について、その有無を比較せよ。

[解答のポイント]

東京都I類Bの記述式民法は、「〇〇を説明せよ」という出題なので、あくまでも記述の中心は「〇〇」である。したがって、本問では、「民法の規定する担保物権の一般的な法的性質と効力」を中心で説明すべきであって、留置権などの各担保物権の定義や要件などの説明は不要である点に注意したい。そうすると、答案構成は、大きく分けて、「法的性質」、「効力」の2点になる。

次に、法的性質及び効力を説明し、その中で各担保物権について法的性質及び効力の有無を比較していくわけだが、なぜ法的性質及び効力の有無の違いが生じているのかを説明することも必要になる。例えば、物上代位性は、なぜ留置権のみ認められないのか、共通点の多い質権にはあるので、留置権と質権の違いにも意識して説明することが求められる。物上代位性の有無は、優先弁済的効力の有無に関連する。一方で、留置的効力は留置権だけでなく質権にも認められるから、これが認められない先取特権や抵当権との違いを説明する必要がある。留置的効力の有無は、占有担保と非占有担保から理由づけられれば十分であろう。

最後に、総括だが、本問で説明すべき項目は基本的ではあるものの、各法的性質及び効力を正確に示し、各担保物権を比較しつつ、理由を説明することは容易ではなく、やや難しい問題といえる。そうだとすると、法的性質及び効力が過不足なく概ね説明できて、各担保物権について法的性質及び効力の有無が示されていれば合格答案であろう。

なお、確定前の根抵当権と収益的効力については、一般的ではないともいえるので、省略可能である。

[解答例]

1 民法の規定する担保物権（以下、典型担保物権という。）の法的性質

典型担保物権の法的性質には、①付従性、②随伴性、③不可分性、及び④物上代位性がある。

①付従性とは、被担保債権が存在しなければ、担保物権も存在しないという性質をいう。確定前の根抵当権を除いて、全ての典型担保物権が有している。

②随伴性とは、被担保債権が移転すれば、担保物権もそれに伴い移転するという性質をいう。これも、確定前の根抵当権を除いて、全ての典型担保物権が有している。

③不可分性とは、被担保債権が存在する限り、担保目的物の全部について、担保物権を行使できるという性質をいう。全ての典型担保物権が有している。

④物上代位性とは、担保目的物が売却、賃貸、滅失又は損傷等により代償物に変形した場合、その代償物から他の債権者に先立って弁済を受けるという性質をいう。下記の優先弁済的効力と関連することから、優先弁済的効力がある先取特権、質権、抵当権は有しているが、優先弁済的効力がない留置権は有していない。

2 典型担保物権の効力

典型担保物権の効力には、①優先弁済的効力、②留置的効力、及び③収益的効力がある。

①優先弁済的効力とは、被担保債権が弁済されない場合、担保目的物から他の債権者に先立って弁済を受ける効力をいう。先取特権、質権、抵当権にはあるが、留置権にはない。前者3つは、担

担保目的物の交換価値を把握する価値支配権であるのに対し、留置権は、物の留置により被担保債権の弁済を促すものにすぎず、価値支配権ではないからである。

②留置的効力とは、物を留置することによって間接的に弁済を促す効力をいう。留置権と質権にはあるが、先取特権と抵当権にはない。留置権と質権は、担保目的物を担保権者が占有する占有担保であるのに対し、先取特権と抵当権は、担保目的物の占有を設定者の元にとどめる非占有担保だからである。

③収益的効力とは、担保権者が、担保目的物を使用、収益できる効力をいう。これは、不動産質権にのみ認められる。

以上

[2019年度 問題]

消費貸借の意義について述べた上で、その成立要件及び効力について、それぞれ説明せよ。

[解答のポイント]

2019年は出題サイクル的に債権各論から基本的テーマ（不当利得等）が予想されていたが、本問は過去の本試験に出題例がなく全くの予想外のテーマといえる。本問は問題文の指示にしたがって意義、成立要件及び効力を簡潔に説明することがポイントである。

まず、意義については、典型的な具体例（金銭消費貸借）を指摘すると良い。次に、成立要件では、当事者の合意だけでなく、物の引渡しが必要な要物契約であることを必ず説明すること。一方で、金融取引実務では諾成的消費貸借が肯定されていることを指摘すると加点事由となるだろう。最後に、効力では、借主の返還義務、貸主の担保責任、借主の返還時期等について簡潔に説明するとよいだろう。

なお、解答例は2019年5月5日（試験実施日時点）の民法をベースにして作成されている。

[解答例]

1 意義

消費貸借とは、当事者の一方（借主）が相手方（貸主）から金銭その他の物を借りて、借りた物を消費し、種類、品質及び数量の同じ物（代替物）を返還する契約をいう（587条）。AがBから100万円を借りて、1年後に返還する契約（金銭消費貸借）等である。消費貸借は、原則として、要物契約、片務契約、無償契約である。無償契約である以上、利息については特約が必要となる。利息付消費貸借は、借主が利息につき経済的出費をするので、有償契約となる。

2 成立要件

借主と貸主との間で、種類、品質及び数量の同じ物（代替物）をもって返還をすることを約する合意があること、及び、借主が貸主から金銭その他の物を受け取ることが必要である（587条）。すなわち、当事者の合意に加えて、物の引渡しが必要な要物契約である。要物性が要求されるのは貸主の意思がそれによって明確になるためである。

もっとも、金融取引実務では要物性を緩和して、当事者の合意だけで成立し、物の引渡しを要しない諾成的消費貸借も肯定されると解される（判例同旨）。

3 効力

借主は貸主から引渡された物と種類、品質及び数量の同じ物を返還する義務を負う。貸主は目的物交付義務を負わず、借主だけが目的物の返還義務を負う片務契約である。

貸主の担保責任につき、利息付消費貸借の場合、目的物に隠れた瑕疵があったときには、貸主は瑕疵がない物を交付する義務と損害賠償義務を負担する（590条1項）。無利息消費貸借の場合、貸主が瑕疵を知って借主に告げなかったときは上記の責任を負う（同条2項後段）。

借主の返還時期は、契約時に返還時期を定めた期日であるのが原則であるが、返還時期を定めなかった場合、貸主は相当の期間を定めて返還の催告をすることができる（591条1項）。目的物を消費しているのが一般であるので、同じ物を調達するのに相当期間が必要だからである。一方、借主は、いつでも返還をすることができる（同条2項）。

以上

[2018年度 問題]

債務不履行による損害賠償について、意義、損害賠償の範囲、損害賠償の範囲の特則を、それぞれ説明せよ。

[解答のポイント]

民法については2017年が物権から基本的問題の出題であったので、2018年は出題サイクル的に債権総論から基本的テーマの出題が予想されていた。債権総論からの出題テーマではあるものの近時の出題例からすると予想外の債務不履行による損害賠償の問題であった。

本問は問題文の指示にしたがって、債務不履行による損害賠償の各項目に分けて簡潔に説明することがポイントである。

まず、債務不履行による損害賠償の意義については、定義・趣旨・賠償方法を端的に説明すること。

次に、損害賠償の範囲については、民法416条1項の原則（通常損害）と、同条2項の例外（特別損害）を挙げて説明すること。その中で、相当因果関係説に言及するとよいだろう。最後に、特則については、過失相殺（418条）、損益相殺（明文なし）、金銭債務の特則（419条）、賠償額の予定（420条）を端的に指摘するとよいだろう。

[解答例]

1 意義

債務不履行による損害賠償とは、債務者の責任により債務が履行されない場合、これにより発生した損害を填補することをいう（415条）。その趣旨は、債務者に損害賠償責任を負わせて、債権者を保護するところにある。賠償方法は、原則として金銭による（417条）。

2 損害賠償の範囲

損害賠償の範囲は、原則として通常生ずべき損害である（通常損害、416条1項）。通常事情による損害については債務者の予見可能性は問われない。もっとも、特別事情により生じた損害は、当事者が特別事情を予見し、又は予見することができたときは、例外的にかかる損害も含まれる（特別損害、同条2項）。特別事情の予見主体は債務者であり、その判断時期は債務不履行時とするのが判例である。

同条は債務不履行から損害が発生したことが社会通念上相当といえる場合の損害をいうとする相当因果関係説を採用したと解されている。債務不履行による事実的因果関係にある損害をすべて債務者に負わせるのは酷だからである。

3 特則

(1) 過失相殺

過失相殺とは、債権者に過失がある場合はその過失を考慮して損害賠償額を減額することをいう（418条）。その趣旨は、損害の公平な分担である。債務不履行の場合は、不法行為の場合と異なり（722条2項）、必要的減額である。

(2) 損益相殺

損益相殺とは、債務不履行により債権者が損害を被った反面、同時に利益を得られた場合、利益を控除する算定方法をいう。明文はないものの、利益も含めて債務者に賠償させるのは当事者の公平に反するし、債権者の二重取りを防ぐために認められる。

(3) 金銭債務の特則

金銭債務の不履行については、債権者は損害の証明は不要だし、かつ債務者は不可抗力の抗弁の主張はできない（419条2項、3項）。賠償額についても法定利率による賠償がなされるのが原則である（同条1項）。

(4) 賠償額の予定

賠償額の予定とは、債務不履行の場合に賠償すべき額を当事者間の契約で事前に定めておくことをいう（420条1項）。賠償範囲等の後日の紛争を防止するためである。当事者のみならず裁判所も予定した額の増減はできない。

以上

[2017年度 問題]

物権的請求権の意義、根拠、種類及び消滅時効について、それぞれ説明せよ。

[解答のポイント]

昨年の2016年は総則から虚偽表示に関する基本的問題であったので、2017年は出題サイクル的に物権から基本的なテーマが予想されていたところ、予想通りの出題となっている。

本問は問題文に指示があるので、指示に従って説明していけばよいだろう。

まず、物権的請求権の意義については、物権の性質と関連づけながら端的に説明すること。根拠については、明文の規定がない旨を必ず指摘したうえで、物権の直接支配性・絶対性と占有訴権の規定の2つを説明すること。

次に、種類については、①返還請求権、②妨害排除請求権、③妨害予防請求権の3つがあることを簡潔に示すとよいだろう。

最後に、物権的請求権自体は消滅時効にからないことを端的に説明できれば十分であろう。

[解答例]

1 意義

物権的請求権とは、物権の円満な支配状態が妨害され又は妨害されるおそれがある場合に、物権者が妨害の排除または予防のために、一定の作為又は不作為を請求しうる権利をいう。自力救済が禁止されているので、物権の円満な支配状態を回復するための救済手段として物権者に認められている。

2 根拠

物権的請求権については、民法上明文の根拠規定がない。しかし、物権の直接支配性・絶対性を実現するために解釈上認められている。また、占有権の妨害についてさえ占有訴権の規定（197条等）があること、民法202条が占有訴権の他に「本権の訴」を認めていることは、物権的請求権の存在を前提にしていると解される。

3 種類

物権的請求権には、次の3つの種類がある。①返還請求権、②妨害排除請求権、③妨害予防請求権である。いずれの請求権も不法行為に基づく損害賠償請求権（709条）の行使と異なり、請求権の相手方に故意・過失があることは要求されない。物権的請求権は物権の円満な支配状態の回復を目的としている以上、客観的に妨害またはそのおそれがあれば行使を認めるべきだからである。

まず、①の権利は、物権者が目的物の占有を喪失した場合に、法律上の正当な根拠なくして目的物を占有する者に対してその返還を請求する権利をいう。

次に、②の権利は、物権者が物権内容の実現に妨害がある場合に、その妨害者に対して妨害の排除を請求しうる権利をいう。

最後に、③の権利は、物権者が物権に対する妨害が将来発生する危険がある場合に、それを防止しうる地位にある者に対して、その防止を請求する権利をいう。

4 消滅時効

物権的請求権は、請求権を基礎づける所有権等の物権がなくなれば行使できない。しかし、物権から派生する物権的請求権自体は、消滅時効にからない。物権的請求権は物権を保護するための手段的権利であり、独立して消滅時効にはからないからである。

以上

[2016年度 問題]

通謀虚偽表示の意義について述べた上で、効果について説明せよ。

[解答のポイント]

本問は、通謀虚偽表示（94条）の「意義」と「効果」という、意思表示の分野における重要かつ基本的なテーマを正面から問う問題である。

まず「意義」として、通謀虚偽表示の定義とその具体例に言及し、できれば、要件も簡単に触れておきたい。

次に、「効果」として、通謀虚偽表示の当事者間では、かかる意思表示が「無効」であること（94条1項）、さらに、意思表示の無効を「善意の第三者」に対しては、「対抗することができない」こと（同条2項）に言及する必要がある。その際、制度趣旨である権利外観法理についても簡単に触れておくとよい。ここまで書ければ、合格答案になるであろう。

さらに、民法94条2項の「第三者」の意義や無過失の要否、登記の要否についても触れると加点事由になるであろう。

[解答例]

1 意義

通謀虚偽表示とは、相手方と通じて行う真意でない意思表示をいう。たとえば、債務者Aが債権者Xによる差押えを免れるため、Bと通謀し、自己の不動産につき仮装の売買契約を結ぶ場合である。

その要件は、真意でない意思表示と当事者間の通謀である。

2 効果

(1) 通謀虚偽表示の効果は瑕疵ある意思表示（96条1項）の場合と異なり無効である（94条1項）。

当事者が表示通りの法律効果を発生させないことを合意している以上、効果意思に欠け法的拘束力を与える必要はないからである。

(2) しかし、かかる意思表示の無効は、善意の第三者に対抗することができない（同条2項）。上記例で、Bが当該不動産を善意の第三者Cに転売した場合には、AはAB間の売買契約が無効であることをCに対抗できず、不動産の所有権を失う。なぜなら、意思表示が無効であることを知らずに取引に応じた第三者を保護する必要があるからである。これを権利外観法理という。権利外観法理とは、虚偽の外観につき帰責性ある表意者の犠牲の下、その外観を信頼した第三者を保護する制度であり、その趣旨は、第三者の取引の安全を図る点にある。

また、その第三者とは、虚偽表示の当事者及びその包括承継人以外の者で、意思表示の目的につき新たに独立した法律上の利害関係を有するに至った者をいう。表意者を犠牲にして第三者を保護する以上、保護に値する者に限定すべきだからである。

さらに、第三者として保護されるには、判例は、善意であれば足り、無過失は不要と解している。条文上無過失が要求されていないし、表意者の帰責性が大きいため、利益衡量上、過失ある第三者も保護すべきだからである。

最後に、第三者の登記（177条）の要否が問題となるが、判例は、不要と解している。虚偽表示の無効が善意の第三者に対抗できない以上、表意者と第三者の関係は、前主・後主の関係にあり、対抗関係に立たないからである。

以上

[2015年度 問題]

不法行為の意義を述べ、一般不法行為の成立要件について説明せよ。

[解答のポイント]

2014年は物権に関する基本的問題が出題されていたので、2015年はサイクル的に総則（意思表示）か債権各論（担保責任か不法行為）からの出題が予想されていたところである。本問は特別区I類の2000年の問題とほぼ同様の問題である。

本問では、前半で「不法行為の意義」、後半で「一般不法行為の成立要件」が問われている。

「意義」としては、不法行為の定義、趣旨、効果は必須である。加点事由として、問題文の後半で「一般不法行為」に限定していることから、前半は不法行為全般を聞いているものと想定し、不法行為の類型として「一般不法行為」以外の「特殊の不法行為」に一言触れてもよいだろう。

また、「成立要件」としては、5つの要件は必須である。加点事由として、それらが要件とされる理由や判例等について、簡単に触れるとよいだろう。

[解答例]

1 意義

不法行為とは、他人の権利を違法に侵害して損害を与える行為をいう（709条）。例えば、交通事故により、通行人の身体を害する行為である。この場合、被害者が、加害者に対して損害賠償請求できる。その趣旨は、第1に、加害者に損害賠償義務を負わせることにより被害者の救済を図る点、第2に、私的損害の公平な分担を図る点にある。

不法行為の効果として、被害者に損害賠償請求権が発生する。

不法行為の類型には、一般不法行為と特殊な不法行為がある。一般不法行為とは、上記例のように、加害者自身に不法行為の要件が充たされている場合で、不法行為の原則的形態である。これに対し、特殊な不法行為とは、加害者に責任能力がない場合の監督者の責任（714条）等、特殊な形態の不法行為である。

2 一般不法行為の成立要件

要件として、第1に、加害者に故意または過失が必要である。その趣旨は、注意を払ってさえいれば、たとえ他人に損害を与えても不法行為責任を問われることはないことから、個人の自由な活動を保障する点にある。そして、この要件の証明責任は、被害者である債権者にあるとするのが判例である。

第2に、他人の権利または法律上保護される利益を侵害したことが必要である。

第3に、損害の発生が必要である。この損害には、財産的損害のみならず精神的損害も含まれる（710条）。

第4に、加害者の行為と損害の発生との間に因果関係が必要である。明文に欠けるが、判例は要件としている。なぜなら、加害行為と無関係に発生した損害についてまで加害者に賠償義務を負わせるのは酷だからである。さらに、判例は、債務不履行の民法416条を類推し、加害者の予見可能性を要件としている。予見し得ない損害の賠償を認めるのは加害者に酷だからである。

第5に、加害者に責任能力が必要である（712・713条）。責任能力とは、自己の行為が違法なものとして法律上非難されることを弁識する能力をいう。なぜなら、責任無能力者に賠償義務を負わせるのは、酷だからである。

以上

[2014年度 問題]

債権者代位権の意義、要件、客体、行使及び効果について説明せよ。

[解答のポイント]

2013年が物権からの出題であったため、2014年は債権法から基本的テーマの出題が予想されていたところ、予想テーマがズバリ出題された。以下の流れで解答例を作成するとよいだろう。

まず、債権者代位権の意義では、定義と趣旨を正確に触れること。

次に、要件では、各要件を端的に説明すること。この際、要件ごとに簡単な理由付けに言及すると説得力ある答案となる。一方で、文字数、解答時間との兼ね合いで全般的に簡潔に書くことが望ましい。

客体については、代位される債権・一身専属権について条文を説明できればよいだろう。

そして、代位権行使では、裁判外での行使可・自己の名で行使・請求方法（自己への直接引渡請求の可否）は、説明したいところである。その過程で債権者取消権と比較の視点を示すと高得点になるだろう。

最後に、効果では、事実上の優先弁済についてをできれば言及するとよいだろう。

[解答例]

1 意義

債権者代位権とは、債権者が自己の債権を保全するために、債務者が第三債務者に対して有する債権を債務者に代わって行使する権利をいう（423条）。債権者代位権の趣旨は、債務者の一般財産を保全し、もって総債権者の共同担保を確保するところにある。

2 要件

- (1) まず、①債務者が原則として無資力でなければならない。なぜなら、債務者に十分な資力があるならば、代位行使する必要がないからである。ただし、いわゆる転用事例では無資力要件は例外的に不要である。
- (2) 次に、②被保全債権は金銭債権でなければならない。なぜなら、債務者の一般財産を保全することが債権者代位権の趣旨だからである。
- (3) また、③債務者が自ら権利を行使していないことが必要である。債務者が自ら権利を行使する以上、債権者が代位する必要性がないからである。
- (4) 最後に、④被保全債権の履行期が到来していることが必要である。もっとも、裁判上の代位や保存行為の場合には、濫用のおそれがないので、履行期が到来している必要はない（423条2項）。

3 客体

代位される債権は、代位に適するものでなければならない。よって、行使上的一身専属権である慰謝料請求権等は代位行使できない（423条1項ただし書）。

4 行使

まず、債権者取消権と異なり、裁判上だけでなく裁判外でも行使できる。

次に、債権者は債務者の代理人としてではなく、自己の名で債務者の権利を行使する。

最後に、債権者は、第三債務者に対して債務者に履行せよと請求するのが原則であるが、金銭や動産の引渡しについては、債務者の受領拒絶のおそれがあるため、直接自己への引渡請求が可能であ

る。

5 効果

代位権行使の効果は、債務者に帰属し、総債権者の共同担保となる。債権者は、債務者に代わって権利行使したにすぎないので、優先弁済権を取得するものではない。もっとも、自己の債権と債務者への返還債務を相殺することで、事実上、優先弁済を受ける結果となる。

以上