

論文式試験問題集
[民法・親族相続]

〔民法・親族相続〕

次の文章を読んで、後記の〔設問１〕及び〔設問２〕に答えなさい。

なお、生存する登場人物は、令和３年１２月現在すべて成人である。

【事実】

- １．Ａは、Ｂと婚姻し、両者の間にＣが出生したが、妻Ｂと離婚後、Ｄと内縁関係となった。
- ２．ＡとＤとの間にＥが出生し、３人は、家族として、Ａ所有の建物およびその敷地である土地（以下「本件不動産」）という。）に居住していた。
- ３．Ａは、令和元年１２月に死亡したが、Ａは、適式に公正証書遺言を作成していた。その内容は
①Ｅを認知する。
②遺言者の全財産の２分の１をＤに遺贈する。
③遺言執行者をＤとする。
というものであった。
- ４．Ｄは、上記の公正証書遺言の内容通り、①②につき執行した。しかし、その後、相続人間の遺産分割協議は難航し、いまだ成立していない。
- ５．Ａが死亡した後も、本件不動産をＤ・Ｅが占有・使用し続けていることに不満を持ったＣは、このことによってＤ・ＥがＣの持分に応じた賃料相当額を利得しＣに損害を発生させているとして、自己の持分に応じた賃料相当額の支払いを請求した。

〔設問１〕

Ｃは、誰に対し、賃料相当額についてどれだけの割合で、いかなる請求をすべきか。
その請求は認められるか。

【事実】

1. FとGは、平成20年ころから内縁関係にあつて、楽器指導盤の製造販売業（以下「本件事業」という。）を共同で営み、FとGが各持分2分の1で共有する建物及びその敷地（以下「本件不動産」という。）に居住し、本件事業のために共同で占有使用していた。
2. Fと亡き妻との間に子はなく、Fには、母Hと、Fの弟Iがいたが、令和3年10月、FとIは、一緒に飛行機事故に遭い死亡した。Iの相続人は、その子Jのみである。
3. Gは、Fの死亡後、本件不動産を居住及び本件事業のために単独で占有使用している。
4. Fの相続人は、Gに対して、Gが本件不動産を単独で使用するによりその賃料相当額の2分の1を法律上の原因なく利得し相続人に損害を発生させているとして、その返還を請求した。

【設問2】

Fの相続人は誰か。

当該相続人は、Gに対し、いかなる請求をすべきか。

その請求は認められるか。

2021年12月19日

担当：弁護士 大久保和子

参考答案
[民法・親族相続]

【設問１】 (条文はすべて民法である) 1 まず、Aが死亡し、相続人がA所有の本件不動産を承継取得することから、Aの相続人が誰か、及びその相続分が問題となる。 (1) Cは、妻Bとの被相続人Aの「子」であるから、相続人となる(887条1項) (2) Eは、Aと婚姻関係にないDが産んだ、Aの「嫡出でない子」であったが、Aが公正証書遺言で「Eを認知する。」と遺言し、A死亡後、その内容通り遺言執行者Dが遺言の執行として認知の届出をしている(戸籍法64条)。そのため、Eは、出生の時からAの非嫡出子の身分を取得し(779条, 781条2項, 784条), Aの「子」として相続人となる(887条1項)。 (3) Dは、Aと婚姻していないため、相続人ではなかった。しかし、Aが「全財産の2分の1をDに遺贈する。」と遺言したため、Dは、割合的「包括受遺者」となり、「相続人と同一の権利義務を有する」。 (4) したがって、Aの相続人は、C、E、Dとなり、Dの指定相続分が2分の1であることから、「子」であるCとEの相続分は、それぞれ4分の1となる(900条4号本文)。 2 以上から、本件不動産は、持分をC4分の1、D2分の1、E4分の1とする遺産共有状態となっている(898条)。にもかかわらず、相続開始後、D・Eが占有していることから、「法律上の原因なく」D・EがCの持分4分の1の本件不動産の賃料相当額という「他人の財産」に「よって」「利益」を受け、そのためにCに「損失」を及ぼし	ているといえる(703条)。 したがって、Cは、D及びEに対し、相続開始後の本件不動産の賃料相当額の4分の1を不当利得に基づき返還請求すべきである。 3 Cの不当利得返還請求は認められるか。 (1) これについては、共同相続人の一人が相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である建物において同居してきたときは、特段の事情のない限り、被相続人と同居の相続人との間において、被相続人が死亡し相続が開始した後も、遺産分割により建物の所有関係が最終的に確定するまでの間は、引き続き同居の相続人にこれを無償で使用させる旨の合意があったものと推認される。 被相続人が死亡した場合は、この時から少なくとも遺産分割終了までの間は、被相続人の地位を承継した他の相続人等が貸主となり、同居の相続人を借主とする建物の使用貸借契約関係が存続することになるというべきである。それが、被相続人及び同居の相続人の通常の意味に合致するからである。 (2) 本件において、D・EはAの相続人であり、本件不動産においてAの家族としてAと同居生活をしてきたのであり、特段の事情もうかがわれないため、AとD・Eとの間に本件建物の使用貸借契約が成立していたと推認するのが相当である。 (3) したがって、遺産分割が終了していない本件で、D・Eの本件不動産の占有が「法律上の原因なく」とはいえず、使用貸主の地位を承継したCの不当利得返還請求は認められない。
---	---

【設問２】

1 Fの相続人は誰か。

(1) まず、Fには亡き妻との間に子はなく、母HがFの相続人となる(889条1項1号)。そのため、Fと同時に死亡したと推定される弟Iの子Jは、Fの相続人とならない(889条1項1号・2号、887条2項本文、32条の2)。

(2) したがって、Fの相続人は、Hのみである。

2 HはGに対し、いかなる請求をすべきか。

(1) Fが死亡し、本件不動産の持分2分の1は、相続人Hが承継取得する(882条、896条)。

そのため、本件不動産は、GとHの物権共有となる。

(2) 各共有者は共有物の全部について、その持分に応じた使用をすることができる(249条)にもかかわらず、GとHの共有となった後も、本件不動産をGが単独で占有使用している。そのため、「法律上の原因なく」GがHの本件不動産の持分2分の1の賃料相当額という「他人の財産」に「よって」「利益」を受け、そのためにHに「損失」を及ぼしていると言える(703条)。

(3) したがって、HはGに対し、相続開始後の本件不動産の賃料相当額の2分の1を不当利得に基づき返還請求すべきである。

3 Hの不当利得返還請求は認められるか。

(1) これについては、共有者間の合意により共有者の一人が共有物を単独で使用する旨を定めた場合には、合意により単独使用を認められ

た共有者は、合意が変更され、又は共有関係が解消されるまでの間は、共有物を単独で 사용할ことができ、その使用による利益について他の共有者に対して不当利得返還義務を負わないものと解される。

内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用してきたときは、特段の事情のない限り、両者の間において、その一方が死亡した後は他方が不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である。それが、両者の関係及び不動産の使用状況から、両者の通常の意味に合致するからである。

(2) 本件において、平成20年頃から、内縁関係にあったGとFとは、両者が共有する本件不動産に居住して本件事業を営み、共同で使用してきたのであり、特段の事情もうかがえないため、両者の間で一方が死亡した後は他方が本件不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である。

(3) したがって、Gの本件不動産の単独使用が「法律上の原因なく」とはいえず、Hの不当利得返還請求は認められない。

以 上

2021 年 12 月 19 日

担当：弁護士 大久保和子

予備試験答案練習会(民法・親族相続)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(22)		
Aの相続人			
Gについて 婚姻関係にある妻Bとの「子」 772条1項参照, 887条1項		1	
Eについて Aと婚姻関係にないDが産んだ, Aの「嫡出でない子」 遺言により認知(779条, 781条2項, 784条) 遺言の執行(1012条・1015条)(戸籍法64・64条) Aの「子」 887条1項		3	
Dについて Aと婚姻関係にないため, 相続人ではなかった 割合的包括遺贈→「包括受遺者」990条 相続人		3	
相続分			
C 4分の1 900条4号 D 2分の1 遺言により指定 E 4分の1 900条4号		2	
本件不動産 上記持分で遺産共有状態(898条)		2	
Cの請求 D・Eに対し 相続開始後の賃料相当額の4分の1 不当利得返還請求(703条)「法律上の原因なく」「他人の財産」に「よって」 「利益を受け」 そのために「他人に損害を及ぼした」		3	
Cの請求の当否			
規範: 共同相続人の一人が相続開始前から遺産建物に同居 →特段の事情のない限り, 相続開始後～遺産分割終了までは使用貸借契約を推認 〃 被相続人の地位を承継した他の相続人が貸主, 同居の相続人を借主とする使用貸借契約が存続 ○被相続人と同居の相続人の通常的意思		5	
あてはめ:		2	
結論:		1	
〔設問2〕	(18)		
Fの相続人			
子(第1順位相続人)はいない		1	
母H 889条1項1号 第2順位相続人		1	
弟I 元々相続人とはならない 母Hもいなければ, 同時死亡の推定(32条の2) その子J 889条1項2号, 887条2項本文		3	
Hの請求			
Fが死亡し, 本件不動産の持分2分の1を相続により 取得 本件不動産は, 持分2分ずつ GHの物権共有 249条 持分に応じた使用ができるにもかかわらずGが単独使用 Gに対し, 本件不動産の持分2分の1の賃料相当額につき不当利得返還請求 (703条)		5	
Hの請求の当否			
規範: 共有者間の合意により共有者の一人に単独使用を認めた場合, 他の共有者に不当利得返還義務を負わない 内縁の夫婦の共有不動産を居住・共同事業のため共同使用 →特段の事情のない限り, 一方死亡後, 他方が単独使用合意推認 ○両者の通常的意思		5	
あてはめ:		2	
結論:		1	
裁量点	(10)	10	
合 計	(50)	50	

民法・親族相続 解説レジュメ

第1. 総論

本問は、

①**共同相続に基づく共有不動産**を単独で占有している一方の相続人に対して、他方の相続人が、賃料相当額を不当利得として返還請求できるか【設問1】

②**被相続人との共有不動産**を相続開始後に単独で占有している共有者の一人に対して、相続人が、賃料相当額を不当利得返還請求できるか【設問2】

似て非なる2つの判例（①最判平成8年12月17日、②最判平成10年2月26日）の事案と判例の考え方について、正確に理解してもらうために出題しました。

論文問題において、親族相続法分野も一定程度的出題があるため、短答問題で出題済みの条文や押さえておくべき百選判例については、論文で出題される可能性が十分あります。

実際に、①については、[平成26-24-ア]で、②については、[平成20-31-4]で、いずれも短答問題において出題済みです。

また、①に関連する「共有者相互間の明渡請求」（最判昭和41年5月19日）について、[予備試験：平成23-4-オ]で、②に関連する「共有者間の合意のない使用にかかる不当利得返還請求」（最判平成12年4月7日）について、[平成19-27-オ][平成24-35-2（予備試験：平成24-15-2）]、[平成27-9-ウ]で、それぞれ出題されています。

第2. 遺産たる建物の相続開始後の使用関係

最高裁平成8年12月17日第三小法廷判決

（平成5年（オ）1946号 土地建物共有物分割等請求事件）

（民集50巻10号2778頁，百選Ⅲ2版71）

（1）当事者

A（被相続人）

Xら5名（原告・控訴人＝附帯控訴人・被上告人）

Yら2名（被告・被控訴人＝附帯控訴人・上告人）

（2）事案

Aが昭和63年9月24日に死亡し、X1は、Aの公正証書遺言により、16分の2の割合による包括遺贈を受けた。X2ないしX5及びYらはAの相続人である。

本件不動産はAの遺産であり、一筆の土地と同土地上一棟の建物から成る。

本件不動産は、Aの公正証書遺言によって、Xら5名とYら2名の共有となった。

Yらは、Aの生前から、本件不動産においてAとともにその家族として同居生活をしてきたもので、相続開始後も本件不動産の全部を占有、使用している。

本件不動産の分割について協議がなされたが、協議が調わず、Xら（持分は16分の12）は、Yらに対し、共有物分割ならびに賃料相当額の損害金の支払を請求して本訴を提起した。

1 審裁判所は、本件遺言は遺産の分割方法を定めたものではなく、相続分を指定したものと解釈した上で、相続人の共有となった財産の分割は、家事審判法に基づき家庭裁判所の審判によって定めるべきであるから、通常裁判所に対して共有物分割を求める訴えは不適法であると述べて、共有物分割の訴えを却下した。

しかし、損害金の請求については、「共有者はその持分に応じて共有物を使用することができるのであり、共有者の一部の者が独占的にこれを使用している場合、無償の使用が合意されているときは別として、占有使用していない他の共有者は、法律上の原因なく、占有使用者の利得の限度で損害を受けていることになるから、他の共有者らは、その共有持分権に応じた不当利得の請求ができる。」と述べて、これを認容した。

控訴審裁判所もこれを支持したため、Yらが上告。

(3) 判旨

破棄差戻。

「共同相続人の一人が 相続開始前から被相続人の許諾を得て遺産である建物において被相続人と同居してきたときは、特段の事情のない限り、被相続人と同居の相続人において、被相続人が死亡し相続が開始した後も、遺産分割により右建物の所有関係が最終的に確定するまでの間は、引き続き右同居の相続人にこれを無償で使用させる旨の合意があったものと推認されるのであって、被相続人が死亡した場合には、この時から少なくとも遺産分割終了までの間は、被相続人の地位を承継した他の相続人が貸主となり、右同居の相続人を借主とする右建物の使用貸借契約関係が存続することになるというべきである。

けだし、建物が右同居の相続人の居住の場であり、同人の居住が被相続人の許諾に基づくものであったことからすると、遺産分割までは同居の相続人に建物全部の使用権原を与えて相続開始前と同一の態様における無償による使用を認めることが被相続人及び同居の相続人の通常の意思に合致すると言えるからである。」

第3. 内縁夫婦の共有不動産について一方死亡後の使用関係

最高裁平成10年2月26日第一小法廷判決

(平成6年(才)第1900号 不当利得返還等請求事件)

(民集52巻1号255頁)

(1) 当事者

A：被相続人

X (原告・被上告人)

Y (被告・上告人)

(2) 事案

YとAとは、昭和34年頃から内縁関係にあつて、楽器指導盤の製造販売業を共同で営み、本件不動産を居住及び右事業のため共同で占有使用していた。

Aは、昭和57年に死亡し、本件不動産に関する権利は、同人の子であるXが相続により取得した。

Yは、Aの死亡後、本件不動産を居住及び右事業のために単独で占有使用している。

YとXとの間では、本件不動産の帰属をめぐる訴訟が係属し、Xは、本件不動産がAの単独所有であったと主張し、YはAとの共有であったと主張して争っていたところ、右訴訟において、本件不動産はYとAの共有財産であったことが認定され、Yがその2分の1の持分を有することを確認する旨の判決が確定した。

XがYに対し、Yが本件不動産を単独で使用するによりその賃料相当額の2分の1を法律上の原因なく利得しているとして、不当利得返還を求めて本訴を提起した。

原審は、Yの持分を超える使用による利益につき不当利得の成立を認めて、Xの請求を一部認容した。これに対し、Yが上告。

(3) 判旨

破棄差戻。

「共有者は、共有物につき持分に応じた使用をすることができるにとどまり、他の共有者との協議を経ずに当然に共有物を単独で使用する権限を有するものではない。

しかし、共有者間の合意により共有者の一人が単独で使用する旨を定めた場合には、右合意が変更され、又は共有関係が解消されるまでの間は、共有物を単独で使用するができ、右使用による利益について他の共有者に対して不当利得返還義務を負わないものと解される。

そして、内縁の夫婦がその共有する不動産を居住又は共同事業のために共同で使用してきたときは、特段の事情がない限り、両者の間において、その一方が死亡した後は 他方が右不動産を単独で使用する旨の合意が成立していたものと推認するのが相当である。

けだし、右のような両者の関係及び共有不動産の使用状況からすると、一方が死亡した場合に残された内縁の配偶者に共有不動産の全面的な使用权を与えて従前と同一の目的、態様の不動産の無償使用を継続させることが両者の通常の意味に合致するといえるからである。」

【参考文献】

1. 二宮周平著「家族法（第2版）」新世社 2007/9/10
2. 内田貴著「民法Ⅳ親族相続」東京大学出版会 2006/5/2
3. 平田厚「新版ロースクール家族法」日本加除出版株式会社 2006/5/5
4. 水野紀子・大村敦志編「民法判例百選Ⅲ親族・相続（第2版）」有斐閣 2018/3/30
5. 水野紀子・大村敦志編「民法判例百選Ⅲ親族・相続」有斐閣 2015/2/1

以 上

2021 年 12 月 19 日

担当：弁護士 大久保和子

最優秀答案

1 民法 親族相続

回答者 M.Y. 38点

2 設問1

3 1 Cが賃料相当額を請求するために、相続人の範囲を確定させる必要がある。

4 (1) 法定相続人ではない内縁の妻Dに対してAが公正証書遺言(以下、遺言
5 という。)で②の遺贈をしているところ、どのように遺言を解釈すべきか。

6 ア 遺言制度の趣旨は遺言者の最終の意思を尊重し実現させようとする点にあ
7 る。そうすると、法定相続人ではないDに対する②の遺贈は相続分の指定(9
8 02条1項)ではなく、割合的包括遺贈であると解する。そして、割合的包括遺
9 贈の受遺者DはA死亡によって相続人として扱われる(882条、896条、
10 990条)。

11 (2) 次に、Aは①でEを認知(781条1項)している。認知(779条)
12 には「届け出」(781条1項)が必要であるところ、Dは③で「遺言執行者」
13 に「指定」(1006条1項)され、①②につき執行したから、「届け出」とい
14 える(民法1015条、戸籍法64条)。「認知」はEの「出生の時にさかのぼっ
15 てその効力を生ずる」(784条)から、EはA死亡によってAの子として相続
16 人としての権利義務を承継する(882条、896条)。
遠言2 II
非嫡出子 となりますね。
887I

17 (3) 上記より、Aの相続人はC、D、Eの3人であり、本件不動産は「その
18 共有に属する」(898条)。
772I参照 887I

19 2 Cは本件不動産を占有・使用し続けているD・Eに対して不当利得返還請求
20 (703条)権に基づき本件不動産のC持分賃料相当額の返還請求をすること
21 が考えられる。

22 (1) まず、②及び上記によりDは全財産の2分の1を相続し、本件不動産の

相続分 も 認定 してから
本件不動産も CDE が 持分各 $\frac{1}{4}$ 、 $\frac{1}{2}$ 、 $\frac{1}{4}$ 2 遺産共有 について ことの 持分も!

23 持分 2 分の 1 を有する。次に、C・D は A の「子」として相続分は「相等しい」
24 から本件不動産の持分各々 4 分の 1 を有する（900 条 4 号）。
で 遺言により 指定

25 そうすると、C は、本件不動産持分 4 分の 1 の賃料相当額について D・E に
26 不当利得返還請求権（703 条）に基づく賃料相当額返還請求をすべきである。

27 D・E は A 死亡後も本件不動産の占有・使用を継続してきたから本件不動産の
28 C 持分相当額について「利益を受けた」といえる。

29 （2） D らは、D らの「利益」に「法律上の原因」があると反論する。

30 ア 遺言制度の趣旨は遺言者の最終の意思を尊重することにあるから、共同
31 相続人が相続開始前から被相続人の許可を得て遺産である不動産において被相
32 続人と同居していた場合、遺産分割までは同居の相続人に不動産全部の使用権
33 原を与えて相続開始前と同一態様の無償使用を認めることが被相続人・同居相
34 続人の通常の合理的意思に合致する。ゆえに、この場合、特段の事情のない限り
35 相続開始後も遺産分割確定までは同居の相続人に無償でこれを使用させる合意
36 があったと推認され、被相続人の地位を承継した他の相続人が貸主となり、同居
37 相続人を借主とする不動産の使用貸借関係（593 条）が存続する。

38 イ 本件では、A と D 間に E が生まれ、A・D・E は家族として本件不動産に居
39 住していたから A 共同相続人 が 相続開始前から被相続人の許可を得て遺産である
40 不動産において被相続人と同居していたと認められる。

41 また、上記特段の事情もない。とすれば、D らと C との間には本件不動産の使用
42 貸借関係が存続する。

43 したがって、D らの「利益」に「法律上の原因」はあるといえる。

44 3 以上より、C の請求は認められない。

45 設問 2

46 第 1 1 F の相続人について検討する。D は内縁の妻であるから相続人では
47 ない。F と I は令和 3 年 10 月飛行機事故で一緒に死亡したから「同時」「死
48 亡」の「推定」が働く（32 条の 2）。

49 2 次に、887 条 2 項は代襲相続について、「被相続人の子が、相続の開始以
50 前に死亡したとき」と規定する。法が代襲相続を規定した趣旨から、この「以
51 前に」は相続開始時における同時死亡を含むと解する。

52 3 もっとも、889 条 1 項柱書は「…相続人となるべきものがない場合」と
53 規定するところ、本件では、F の母 H が「相続人となるべき」であり、同条
54 1 項 2 号の適用はない。

55 4 よって、相続人は H のみである。

56 第 2 F の G に対する請求

57 1 母 H は F 死亡によって本件不動産を相続し（882 条、896 条、889
58 条 1 項 1 号）、もともと不動産の持分 2 分の 1 のを有していた G と共有（250
59 条）になる。

60 2 H は本件不動産の持分を 2 分の 1 有しているところ、他人の G と一緒に住
61 むことはできないと考え、現に本件不動産を占有する G に対して明渡請求をす
62 ることが考えられる。

63 （1） 持分が 2 分の 1 であることを理由として当然に明け渡しを請求するこ
64 とはできない。なぜなら、「各共有者は共有物の全部についてその持分に応じた
65 使用をすることができる」（249 条）からである。

66 3 次に、H は G に対して G が本件不動産を単独で使用しているとして、不当

67 利得返還請求権に基づく賃料相当額の2分の1返還請求をすることが考えられ
68 る(703条)。

69 (1) GはF死亡後も本件不動産に居住し、本件事業のために単独で占有使
70 用しているから不動産賃料相当額の「利益を受けた」といえる。

71 (2)では、「^{残立の}法律上の原因はあるか。」

72 設問1、2、(2)、アで述べた規範について、この理は相続開始前から被相続
73 人と遺産である不動産において同居していた内縁の妻にも及ぶと解する。

74 ましてや、FとGは本件事業を共同で営み、本件不動産を共有していたから、
75 法律上は内縁関係でも、日常生活及び仕事上もお互い支えあっていたといえ通
76 常の夫婦よりも絆は深かったといえる。ただ、本件では内縁の妻は非相続人であ

77 り遺産分割はないこと、もともとGはFと本件不動産を共有していた点が設問
78 1と異なる。そうすると、不動産の共有持ち分権者かつ同居する配偶者は、自己

79 死亡後同居する内縁の妻に対して妻が死亡するまでこれを無償で使用させる旨
80 の黙示の合意があったとするのが当事者の合理的意思に叶う。

81 ゆえに、被相続人の地位を承継した他の相続人が貸主となり同居する内縁の
82 妻を借主とする使用貸借契約関係(593条)が存続する。

83 本件では、FはGと本件不動産に居住して本件事業を共同で営んできたので
84 あるから、Fは死亡後同居する内縁の妻に対して妻が死亡するまでこれを無償で

85 使用させる旨の黙示の合意があった。上記特段の事情もない。ゆえに、HとG
86 との間に本件不動産の使用貸借契約関係が存続する。

87 よって、Gに「利益」に「法律上の原因」はある。

88 (3) よって、Hの請求は認められない。

以上

採点講評

(2021 年 12 月 19 日 親族法・相続法)

第 1 全体的な採点実感等

親族相続法については、他の分野に比べて馴染みが薄いため、初学者にとっても、訴訟物（法律構成：703条）からして間違えず、かつ、どの要件（「法律上の原因なく」）の問題かで迷わないようにして、遺言の内容や相続人の確定に集中できるように作問を心掛けました。

そのため、多くの答案は、出題者の意図どおり、**遺産共有**状態の建物に**共同相続人**の一部が持分を超えて占有使用している場合（設問1）と、**物権共有**する建物に共有者の死亡後も**他の共有者**が単独使用している場合（設問2）とについて、①**相続人と相続分**を確定し、②請求者の侵害されている**持分**を確定して、③**不当利得返還請求**をすべきこと、④**判例**の規範を使って当てはめる三段論法で「**法律上の原因なく**」の要件を満たさない、⑤請求は認められない、と結論付けていました。

④の判例を知らないためか、③までで請求は認められる、とする答案もありましたが、思考過程は誤っていないので、原則論OK!としました。

④につき、判例理論でなく、配偶者居住権（1028条）ないし配偶者短期居住権（1037条）を用いる答案も一定数ありました。確かに「第8章配偶者の居住の権利」については、令和2年4月1日施行なので、これを検討してほしい場合は、問題文に、「なお、配偶者居住権については考慮しなくて良い。」と注意書きをすべきですね。そのため、1028条や1037条を使った方にも、一定の配慮はしました。

また、配偶者居住権にも関連しますが、何とか内縁者を保護しようと、本問の事情から、感情論で（法律論でなく）救済を試みる答案も散見されました。しかし、**離別**でなく**死別（相続）**という異質の契機に準婚理論を用いることは、一般的にかなり難しいと思われます。

第 2 設問 1 について

1 誰に対し、どれだけの割合で、いかなる請求

Aの**相続人の確定**において、Cについて、Aと「婚姻関係にある」妻Bとの子（嫡出の推定：772条）＝**嫡出子**であることを書けていない答案が意外に多かったです。それとの比で、Eは、Aと「婚姻関係にない」Dが産んだ、Aの「嫡出でない子」（779条）であるため、遺言による認知によって**非嫡出子**の身分を得る（781条2項・784条）ことの意味を示せていない答案も多かったです。C・Eともいづれにしても「子」として相続人となる（887条1項）との指摘は必須です。

Dについては、Aと婚姻関係にない（739条）ため、本来ならば相続人となら

ない（８９０条）はずですが、９９０条によって、相続人とみなされます。これについては、司法試験平成２２年論文設問５で出題済みにもかかわらず、単なる受遺者とする答案が多かったのは心配です。そのため、Dを、遺産共有している共同相続人と位置付けられない結果、本問の論点に辿り着けないこととなってしまいました。

次に、各人の**相続分**を確定し、さらに、**本件不動産の持分と共有状態**を認定する、という手順を踏んでほしかったのですが、これらをごちゃっと記述する答案が目につきました。

その上で、７０３条の要件に当てはめて、Cの請求を立てることは、皆さんよくできていました。なお、共有者の使用対価の償還請求（２４９条２項）を挙げる方もいらっしゃいましたが、当該条文は、令和３年４月２８日公布され、施行日前なので、本問では使えないものの、一定の配慮をしました。

２ Cの請求の当否

第１で記述した通り、④⑤と論述してほしいというのが答案の筋でしたが、配偶者居住権等で書いた方にも、一定の配慮をしたのは、既述のとおりです。

第３ 設問２について

１ Fの相続人

相続人の確定は、第１順位から順を追ってすべきです。配偶者は、常に相続人となり、他に相続人があるときはその者と同順位になる（８９０条）ので、先に第１順位からあたっていくべきでしょう。

本問では、第２順位のHがいるので、その意味では、第３順位Iの検討は必要ないのですが、事実２（その意味では、引っ掛けです。）に目配せして、I・Jについても検討した方が点数が付くようにしました。

なお、HはFを単独相続するので、本問で相続分は問題になりませんね。

２ Gに對しいかなる請求

本件不動産は、元々GFの物権共有だったものが、FをHが単独相続したことによって、GHの**物権共有**となりますので、まずその記述がほしいです。

そして、７０３条に当てはめて、Hの請求を立てることは、設問１と同様です。出題者の事実２の引っ掛けにうまく引っ掛かってくれて、相続人を間違えた方も思いの外いらっしゃいましたが、そこを除けば、皆さんよくできていました。２４９条２項についても、設問１と同様です。

３ 請求の当否

第１で記述した通り、④⑤と論述してほしいという点、配偶者居住権等の記述についても、設問１と同様に取り扱いました。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2021年12月19日分 得点分布表

親族法・相続法

出席者 32名 平均点 23.3点

分布	人数
0	0
1～5	0
6～10	0
11～15	6
16～20	7
21～25	6
26～30	7
31～35	5
36～40	1
41～45	0
46～50	0

