

論文式試験問題集  
[民法・親族法・相続法]

## 〔民法・親族法・相続法〕

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。

### 【事実Ⅰ】

1. Aは、別荘（以下「甲不動産」という。）を所有していた。Aには子Bがいたが、Aは、姪のCを幼少の頃からかわいがっていたことから、令和4年1月17日、Cとの間で「Aが死亡したときには、甲不動産をCに与える」旨の贈与契約（以下「契約①」という。）を書面で締結した。
2. 令和6年2月頃よりAとCの関係が悪化した。
3. 令和6年10月1日、Aは、甲不動産をD県に遺贈する旨を記した適式な自筆証書遺言を作成し、同日、BとD県にその内容を通知した。
4. Aは、令和7年5月1日に死亡した。Aの相続人はBのみであった。
5. 甲不動産の所有権の登記名義人はAのままであった。令和7年8月20日、Cは、Bに対し、契約①に基づき甲不動産のCへの所有権移転登記手続を求めた（以下「請求1」という。）。

### 〔設問1〕

【事実Ⅰ】（1から5まで）を前提として、次の問いに答えなさい。

請求1は認められるか。Cの請求の根拠を示した上で、考えられるBからの反論を踏まえ、論じなさい。

【事実Ⅱ】前記【事実Ⅰ】の1と2に続いて、以下の事実があった（前記【事実Ⅰ】の3から5までは存在しなかったものとする。）。

6. Aは、甲不動産で一人で暮らしていた。Aは、高齢であったことから、近所に住むAの子B（20歳）が、時折、Aの自宅を訪問してAの様子を見るようにしていた。
7. 令和7年4月10日、Aの友人であるHがAの自宅を訪れたところ、Aは自宅で倒れていた。Aは、Hが呼んだ救急車で病院に運ばれ、一命を取り留めたものの、意識不明の状態のまま入院することになった。
8. 令和7年4月20日、BはHの自宅を訪れ、Aの命を助けてくれたことの礼を述べた。Hは、Bから、Aの意識がまだ戻らないこと、Aの治療のために多額の入院費用が掛かりそうだが、突然のことで資金の調達があてがなく困っていることなどを聞いた。そこでHは、無利息で300万円ほど融通してもよいと申し出た。そこで、BとHは、同日、返還の時期を定めずに、HがAに300万円を貸すことに合意し、HはBに300万円（以下「本件貸金」とする。）を交付した（以下では、この消費貸借契約を「本件消費貸借契約」という。）。本件消費貸借契約締結の際、BはAの代理人であることを示した。Bは、受領した300万円をAの入院費用の支払に充てた。
9. 令和7年4月21日、Bは、家庭裁判所に対し、Aについて後見開始の審判の申立てをした。令和7年7月10日、家庭裁判所は、Aについて後見開始の審判をし、Bが後見人に就任した。そこで、HがBに対しての本件貸金を返還するよう求めたところ、BはAから本件消費貸借契約締結の代理権を授与されていないことを理由として、これを拒絶した。

### 〔設問2〕

Hは、本件消費貸借契約に基づき、Aに対して、貸金の返還を請求することができるか。

問題の所在を的確に指摘した上で、相続事例との異同等を踏まえながら、事案に即した論述をすること

以 上

2023年2月19日

担当：弁護士 永井 努

## 参考答案

[民法・親族法・相続法]

## 第1 設問1

1 CはBに対し、甲不動産について所有権移転登記手続請求をすることができるか。その請求の根拠は死因贈与契約に基づく甲不動産移転登記請求である。

CAは、甲不動産について死因贈与契約を締結（560条、554条）し、Aは死亡したことから上記死因贈与契約の効果により、Cは本件不動産の所有権を取得している。そしてBはAの相続人であることから、上記請求も認められるように思える（896条、887条1項、882条）。

2 もっとも、Aは、D県に甲不動産を遺贈する遺言をしており、「抵触する」遺言により、CA間の死因贈与契約は撤回されたと主張する（554条、1022条、1023条）。

(1) そもそも、1023条の趣旨は、遺言者の意思の尊重であることから、遺言が「抵触する」とは、後の行為が前の遺言と両立し得ない場合をいうと解する。

(2) たしかに、Aは本件契約をしている。もっとも、令和6年2月ごろ、AとCの関係は悪化しており、その8ヶ月後に、Aは、甲不動産をD県に遺贈する旨の遺言をしている。(3) そのため、本件契約と遺言は、後の行為が前の遺言と両立しないといえ、「抵触する」といえる。

3 次に、「その性質に反する」と言えないか。

(1) たしかに、死因贈与契約は契約であり、単独行為である遺言と性質は異なるように思えるし、撤回が許されるとすると一方的

に相手方の利益を害するよう思える。しかし、死因贈与も遺贈も一方的に相手に利益を与えるものであり、撤回されたとしても相手方を害する程度は低い。また、死因贈与契約と遺贈は、遺贈者の意思を尊重するという点で共通する。したがって、その性質上贈与者の意思を尊重すべきであり、「その性質に反しない」といえる。

(2) 本件では、遺言の規定が死因贈与に準用されることから、「抵触する」として、死因贈与契約は撤回される。

(3) したがって、CA間の死因贈与契約は、右遺言により撤回されている（1022条、1023条1項）。

3 よって、Cの請求は認められない。

## 第2 設問2

1 Hは本件消費貸借契約\*1（587条）に基づいてAに貸金返還請求を主張する。かかる主張は認められるか。

まず、BはAの「代理人」（99条）として契約しているため頭名は認められるものの、Aから代理権を得ているわけではないため無権代理としてAに効果帰属しないのが原則である（113条1項）。

2 しかし、Bは本件契約を締結した後に後見人（838条）になっている。そのためBは事後的に本件契約を追認できる立場になっており（859条1項2項824条但書）追認強制が生じないか

(1) そもそも、無権代理と相続の事案の場合には、地位の融合を認めてしまえば、相続という偶然の事情により、相手方を利する

結果となってしまうことから法的地位は併存することになる。もっとも、無権代理人が本人の地位を相続した場合には、禁反言に基づいて追認強制される。一方、後見人は被後見人のために柔軟な判断が求められる。また、追認強制が生じるとすると被後見人にとって不利益となる。そのため、原則としては追認強制は生じない。しかし、例外的に相手方の不利益と被後見人の不利益等を比較考量して正義の観念に反する特段の事情が存在する場合には追認強制（2条3項）させられると解するべきである。

(2) 本件では、たしかに、Aに300万円という多額の債務を負担させることは、重大な不利益となる。しかし、Hは、Bから資金のあてがなく困っていることから無利息で300万円という額を貸し付けたという事情がある。にもかかわらず、それをBが追認しないことは、矛盾挙動であり、正義の観念に反する。また、Hは300万円という多額の金を貸し付け追認強制が生じないということは300万円を回収できない可能性があり重大な不利益が生じる。一方、Hの貸し付けたお金は全額Aの入院費用としていることから、借り入れた資金を使用している以上、追認強制させてもAに重大な不利益は生じない

(3) したがって、Hには重大な不利益が生じるにもかかわらず、Aには重大な不利益は生じないため、Bが追認強制をしないことは正義の観念に反するといえる。

(4) そのため、BH間の本件消費貸借契約は、Aに効果帰属し、Hは300万円を交付していることから、契約に基づいて交付して

いる。

3 以上よりHはAに対して貸金の返還請求することができる。

以上

第2 設問2 \*1

- 1) 契約締結
- 2) 基づく交付
- 3) 代理の要件事実

2023年2月19日

担当：弁護士 永井 努

予備試験答案練習会(民法・親族法・相続法)採点基準表

受講者番号

| 採点項目                            | 小計   | 配点 | 得点 |
|---------------------------------|------|----|----|
| 〔設問1〕                           | (17) |    | 0  |
| 1 Cの請求の根拠                       |      | 4  |    |
| ・死因贈与契約に基づく請求とその要件              |      |    |    |
| 訴訟物の明示                          |      |    |    |
| 契約の指摘、相続発生の事情                   |      |    |    |
| 2 Bの反論                          |      | 2  |    |
| ・遺言の撤回の規定の適用                    |      |    |    |
| 3 死因贈与に遺言の撤回の規定が準用されるか。         |      | 8  |    |
| ・自己の見解と対立する見解の指摘                |      |    |    |
| ・「抵触する」のあてはめ                    |      |    |    |
| 4 あてはめ、結論                       |      | 3  |    |
| 〔設問2〕                           | (23) |    | 0  |
| 1 Hの請求の根拠                       |      | 5  |    |
| ・消費貸借契約に基づく請求とその要件              |      |    |    |
| ・代理の要件、消費貸借の要件                  |      |    |    |
| 2 Aの反論                          |      | 2  |    |
| ・無権代理であることと効力が生じないことの指摘         |      |    |    |
| 3 Hの反論                          |      | 8  |    |
| ・無権代理と相続の説明                     |      |    |    |
| ・無権代理と後見人の論点の解釈                 |      |    |    |
| 4 あてはめと結論                       |      | 8  |    |
| ・①無権代理人と相手方の交渉経緯 ②法律行為の内容性質     |      |    |    |
| ・③無権代理人と本人の不利益の程度 ④無権代理人と本人との関係 |      |    |    |
| ・⑤本人側、無権代理人側、相手方の事情など           |      |    |    |
| 裁量点                             | (10) | 10 |    |
| 合計                              | (50) | 50 | 0  |

# 民法・親族法・相続法 解説レジュメ

## 【出題の趣旨】

本問は、設問1については、司法試験令和4年設問3、設問2については、司法試験予備試験令和2年設問1を改題し作成した。このように過去問から出題したのは、過去問の重要性を伝えること、親族相続についても出題されることから、対策を怠ってはいけないということを伝えたかったからである。

「第1問では、第1に、死因贈与契約について遺言の撤回の規定の準用の可否が問題になるという基本的な理解を有することを前提に、第2に、条文の文言を踏まえつつ、契約の相手方の保護と死亡後の財産の処分に係る被相続人の最終意思の尊重との調整をどのように行うかについて検討し、結論を示すことが求められる。」<sup>i</sup>

「設問2は、高齢者が事理弁識能力を失った後に、その親族が本人の代理人として契約を締結し、その後本人の後見人に就職したという事例を題材に、無権代理人の後見人就職という論点について問う問題である。無権代理人が後見人に就任した場合には、無権代理人の本人の地位を相続した場合と同様に、追認拒絶の可否が問題となり得るが、解答に当たっては、問題の所在を的確に指摘した上で、相続事例との異同等を踏まえながら、事案に即した論述をすることが求められる。」<sup>ii</sup>

## 1 民法の解き方

民法は、①請求②法的根拠③要件④効果という流れをひたすら繰り返すだけである。そのため、まず、当事者が何を求めているのか（お金なのか、物なのか、登記なのか等）を判断し、そのためにどのような法的請求ができるのか（契約に基づくものなのか、契約関係がないとしたら物権や法定債権）を考えることが大切である。

そして、請求が立つ場合に反論として考えられるのは、抗弁か否認であることからその反論も認められないのかを検討する。

## 2 設問1について

- (1) CはBに対し移転登記請求をしていることから、登記が欲しいと考えている。その法的根拠は、所有権に基づくものである。そして、所有権に基づく移転登記請求の要件は①Cが甲不動産を所有していること②B名義の登記が存在することである。②は問題ないので①の根拠として死因贈与を主張することになる。
- (2) それに対して、Bとしては、AC間の死因贈与契約は、後の遺言により、撤回されたと反論することになる。そこで、死因贈与契約に遺言の撤回の規定が準用されるのか問題となる。
- (3) 「贈与者の死亡によって効力を生じる贈与を死因贈与という。一方当事者の死後の財産処分という点で遺贈と共通するため、死因贈与には、「その性質に反しない限り」、遺贈に関する規定が準用される(554条)。まず、1022条以下(方式に関する部分は除く)が準用され、贈与者は、いつでも死因贈与の全部または一部を撤回できる(最判昭和47・5・25民集26巻4号805頁)。」<sup>iii</sup>

そのため、まず、死因贈与契約に遺言の撤回の規定が「その性質に反しない」か。

「この点について、判例は、死因贈与への遺言の撤回の規定(法第1022条、法第1023条)の準用を原則として肯定しつつ(最判昭和47年5月25日民集26巻4号805頁)、負担付死因贈与において負担が履行されている場合における類型的な例外(最判昭和57年4月30日民集36巻4号763頁)及び死因贈与の動機や内容等に照らして撤回を否定することが相当と認められる場合における個別事例に即した例外(最判昭和58年1月24日民集37巻1号21頁)を認める立場であるものと一応まとめることができるが、判例の立場をどのように捉えるかは見解が一致しているわけではない。」<sup>iv</sup>



上記のように判例は確立しているとは言えないことから、結論はどちらでもいいと思われる。そのため、現場でなぜ適用すべきなのか（もしくはすべきではないのか）について、趣旨から論じていけばよい。なお、現場思考の場合には、自己の主張（本件で準用を肯定する場合には、死因贈与と遺贈の共通性）を主張するだけでなく、対立する見解の利益（死因贈与という契約を単独行為である遺言によって一方的に撤回できることとなり、相手方の利益を害する）も考慮するとなおいだろう。適用した場合には、前の死因贈与が後の遺言と抵触することになるので、「撤回したものとみなす」（1023 I）ことになるだろう。

### 第3 設問2について

- (1) Hは、Aに対して、貸金の返還を求めていることから金が欲しいと考えている。その法的根拠として、Hは、消費貸借契約（587条）に基づく貸金返還請求が考えられる。さらに、本件契約はHB間で行われていることから、Aに効果帰属するため、代理（99 I）であることを主張する必要がある。
- (2) それに対してAとしては、無権代理（113 I）であることから「本人に対して効力を生じない」と反論することが考えられる。
- (3) そこで、Hとしては、無権代理人であるBが後見人となったことから本人の有する追認権や追認拒絶権を代理行使できるようになる（859 I）。そのため、無権代理と相続の論点同様に追認強制が生じないかが問題となる。
- (4) 無権代理と相続の場合には、「第一の考え方は、相続により本人としての地位と無権代理人の地位とは融合し、Bは、本人として有する追認拒絶権を失い、売買契約はB・C間において当然に有効なものとして成立すると考えるものである。第二の見解は、二つの地位は融合しないで併存するとし、Bは追認拒絶権を一応は有するものの、その行使は信義則に反するから許されないとし、結局、追認拒絶ができないことからもたらされる帰結とし

て B・C 間の売買契約が当然に有効になると考える。第三の見解は、二つの地位が併存し、B は追認拒絶をすることができ、他方において、C のためには、B が追認を拒絶した場合、通常、B に対し 117 条の責任を追及することにより、その不利益が除かれると考えるものである」<sup>v</sup>

判例は第 2 の見解に立つものと言われている。

- (5) もっとも、無権代理人と後見人の論点では、被後見人の利益保護という観点が存在することから、上記 (4) と全く同じに考えることはできない。そのため、「判例は、無権代理行為をつねに当然有効とするのではなく、諸事情を総合的に判断することにより個別に当然有効とすることが相当であるかを見定めることとしている(最判平成 6 年 9 月 13 日民集 48 卷 6 号 1263 頁)。」<sup>vi</sup>

諸事情とは要約すると①無権代理人と相手方の交渉経緯②法律行為の内容性質③無権代理人と本人の不利益の程度④無権代理人と本人との関係⑤本人側、無権代理人側、相手方の事情などであろうと考えられる。

---

i 司法試験令和 4 年民法出題趣旨

ii 司法試験予備試験令和 2 年民法出題趣旨

iii LEGAL QUEST 民法Ⅵ親族・相続 第 5 版 有斐閣 392 頁

iv 司法試験令和 4 年民法出題趣旨

v 民法概論 民法総則 第 2 版 有斐閣 274 頁

vi 民法概論 民法総則 第 2 版 有斐閣 275 頁

2023 年 2 月 19 日

担当：弁護士 永井 努

# 最優秀答案

回答者：K. Y. 40点

第1.

1. Cは、Bの死亡で甲不動産の所有権に基づき、妨害排除を以て所有権移転登記請求<sup>①</sup>し得る。この主張は、① Cが甲不動産の所有権の<sup>A</sup>Bに対する所有<sup>②</sup>を主張する。④は、甲不動産の所有権、各及人口A(不)産<sup>③</sup>を以て移転登記を請求する。Bが相続人(09条)と主張する。

2. ①に於て、Cは、契約の根拠に、甲の所有権人A<sup>④</sup>とCとの移転<sup>⑤</sup>し得る。

(1) 贈与契約(850条)は、一方贈与の意思表示と、相手方の受諾の意思表示(2)の両方が対する諾成契約(不)無償自治の原則<sup>⑥</sup>に基き、効力を発生し得る。受諾人、死亡原因<sup>⑦</sup>の消滅停止条件を以て消滅事由を有する。

(2) おて、Aの死亡の時(10月1日)にAは死亡し、その時点で所有権は、Cに移転した<sup>⑧</sup>と主張する(10)。

3. Bは、反論を以て、<sup>⑨</sup>④日、Aに於て撤回した<sup>⑩</sup>と反論する。

(1) 死亡におて、<sup>⑪</sup>贈与契約は、不特質に反し得る(附限)遺贈に因る規定を準用(859条)、<sup>⑫</sup>遺言の撤回は、<sup>⑬</sup>1025条の準用による(1023条)は、前の遺言<sup>⑭</sup>を以て撤回した<sup>⑮</sup>と規定する。

(2) 1024条、前の契約<sup>⑯</sup>が<sup>⑰</sup>甲不動産Aに帰属せしめられた<sup>⑱</sup>。従つて<sup>⑲</sup>遺言<sup>(907条)</sup>は、<sup>⑳</sup>結果に甲に遺贈し、所有権を帰属せしめられた<sup>㉑</sup>。甲は、(10)不動産(不)利、分割<sup>㉒</sup>の<sup>㉓</sup>内容は、契約の遺言<sup>㉔</sup>の<sup>㉕</sup>も<sup>㉖</sup>は、<sup>㉗</sup>契約の<sup>㉘</sup>遺言は、<sup>㉙</sup>内容に抵触している<sup>㉚</sup>。おて、<sup>㉛</sup>抵触した<sup>㉜</sup>部分<sup>㉝</sup>は甲不動産の所有権移転<sup>㉞</sup>は、契約の<sup>㉟</sup>に基き<sup>㊱</sup>部分<sup>㊲</sup>は撤回<sup>㊳</sup>した<sup>㊴</sup>。おて、<sup>㊵</sup>撤回<sup>㊶</sup>した<sup>㊷</sup>契約は、<sup>㊸</sup>効力を回復した<sup>㊹</sup> (1025条準用)。

---

## ページ:1

---

番号:1 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:32:20  
本件は契約関係があるので契約に基づくものでよいでしょう。もっとも所有権に基づく請求も間違っていないです。

---

番号:2 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:32:51  
所有権に基づく請求の要件を適切に適示できています。

---

番号:3 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:33:28  
死因贈与であることを端的に示すだけでよいでしょう

---

番号:4 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:36:02  
そもそも、準用できるのかについてが論点でした。  
抵触するのかについては、よく検討できています。

---

|      |            |   |
|------|------------|---|
| 受験番号 | フリガナ<br>氏名 | ※ |
|------|------------|---|

契約の締結時存在しなかったことによる；  
 (3) 以上を以て、<sup>①</sup>の請求は認められない。

4. 以上を以て、<sup>②</sup>の請求は認められない。

第2、設問2

1. H日、AはBと、<sup>300万円</sup>甲種消費貸借契約（500円）に基き、貸金返却請求権を主張し、<sup>①</sup>の主張は、<sup>②</sup>の貸借の合意の資金の引渡し  
<sup>③</sup>の返還の催告の<sup>④</sup>の<sup>⑤</sup>の相当期間の経過、を要する。

現、令和7年9月20日、<sup>①</sup>の主張は、<sup>②</sup>の貸借の合意の資金の引渡しに合意し、<sup>③</sup>の同日に交付した<sup>④</sup>。

と、<sup>⑤</sup>の日、<sup>⑥</sup>の貸借の合意の資金の引渡しに合意し、<sup>⑦</sup>の同日に交付した<sup>⑧</sup>。  
 以上を以て、H日の主張は認められない。

2. Bは、Aと、甲種消費貸借契約締結の代理権を授けられたことにより、  
 理由は、甲種消費貸借契約締結の代理権（甲）の行使は、Aに帰属する  
 こと（113条12項）を主張する。

(1) 甲種消費貸借代理人である者が甲種消費貸借代理行為を行った、その  
 行為は、<sup>①</sup>の代理権行使の<sup>②</sup>の行使に相当する場合は、<sup>③</sup>の行使は、<sup>④</sup>の行使に  
 相当する。追認は<sup>⑤</sup>の問題となる。

(2) 甲種消費貸借代理人である者が甲種消費貸借代理行為を行った場合、  
 合意の日、<sup>①</sup>の代理権行使の<sup>②</sup>の行使に相当する場合は、<sup>③</sup>の行使は、<sup>④</sup>の行使に  
 相当する。と、<sup>⑤</sup>の代理権行使の<sup>⑥</sup>の行使に相当する場合は、<sup>⑦</sup>の行使は、<sup>⑧</sup>の行使に  
 相当する。追認は<sup>⑨</sup>の問題となる。信託則土、訂正あり。

(3) 以上を以て、<sup>⑩</sup>の主張は認められない。後見人制度の趣旨は、後見人本人に代わって、法律行為

## ページ:2

---

番号:1 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:36:25  
よく検討できています。

---

番号:2 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:37:28  
要件の検討できています。  
もう少しコンパクトでもいいでしょう

---

番号:3 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:38:03  
問題の所在について理解をしめせています。  
よく理解してます。

---

番号:4 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:38:40  
無権代理と相続の論点の理解についても適切に示せています。問題ないです。



---

番号:1 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:39:22  
論点の理解も問題ないです。

---

番号:2 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:40:05  
あてはめも適切に評価し、必要な事実を引用していることから問題ないです。  
この調子で頑張ってください。

---

番号:3 作成者:nagai タイトル:ノート注釈 日付:2023/03/06 16:40:40  
論点についての理解できているということが伝わりました。十分に合格答案です。



## 最優秀答案

回答者 K.Y. 40点

### 第1 設問1 小問1

1. Cは、Bに対して、甲不動産の所有権に基づく、妨害排除としての所有権移転登記請求を行なうと考えられる。この主張には、①Cの甲不動産上の所有権②Aによる所有権登記を要する。②は、甲不動産の所有権の名義人はAであり移転登記手続債務は、Bが相続する（899条）ので、充足する。
2. ①について、Cは、契約①を根拠に、甲の所有権がAから、Cへ移転したと主張する。
  - (1) 贈与契約（550条）は、一方の贈与の意思表示と相手方の受諾の意思表示によって効力が生ずる諾成契約であり、私的自治の原則から、効力の発生を譲渡人の死亡を原因とする停止条件を付することも有効である。
  - (2) よって、Aの死亡時である令和7年5月1日にAが死亡し、この時点で所有権は、Cへ移転したと考えられる（①）。
3. Bは、反論として、契約①は、Aによって撤回されたと反論する。
  - (1) 死亡によって、効力を生ずる贈与契約は、その性質に反しない限り、遺贈に関する規定を準用し（554条）、遺言の撤回についての1023条も準用される。1023条では、「前の遺言と…したものとみなす」と規定される。
  - (2) 本件では、前の契約①では甲不動産をAに帰属させるものであり、後の適式の自筆証言遺言は（967条）、D県に甲を遺贈し、所有権を帰属させるものである。甲は、1つの不動産であり、分割する等の内容は、契約①、遺言どちらにもないため、契約①と、遺言は、内容が抵触しているといえる。よって、抵触した部分である甲不動産の所有権移転について、契約①に基づく部分は撤回したとみなされる。そして、撤回された契約は、効力を回復しないため（1025条準用）、契約①の効力は存在しなかったことになる。
  - (3) したがって、①を充足しない。
4. したがって、Cの請求は認められない。

### 第2 設問2

1. Hは、Aに対して、本件消費貸借契約（587条）に基づく、300万円の貸金返還請求権を主張していく。この主張には、①貸金の合意②貸金の引渡し③返還の催告④催告からの相当期間の経過。を要する。

まず、令和7年4月20日、無利息で300万円をHからAへ貸すことに合意し（①）、その日に交付した（②）。

そして、Hは、Aの後見人であるBに対して返還を求め拒絶されている（③、④）。よって、Hの主張は認められそうである。

2. Bは、Aから、本件消費貸借契約締結の代理権を授与されていないことを理由に、本件消費貸借契約は無権代理であり、その効果は、Aには帰属しない（113条1項）と反論する。

（1）では、無権代理人であった者が行なった無権代理行為について、その行為後に無権代理人が、本人の後見人となった場合、後見人の地位から、本人に代わって、追認を拒絶できるかが問題となる。

（2）まず、無権代理人が、本人を相続した場合については、無権代理人には本人と、無権代理人の2つの資格を併存することになる。そして、無権代理人は、先行する法律行為と矛盾する行為となる追認の拒絶を、本人の資格として行なうことは、信義則上、許されない。

（3）これを比較して、後見人制度の趣旨は、後見人が本人になり代わって、法律行為を行ない、本人の利益となるために行動するという職責を負うことで、本人の利益を保護する点にある。そこであるとするれば、相続事例とは異なっており、本人のための行為は、原則として、許されるべきである。

（4）そこで、原則として、無権代理人であった者の後見人の地位から本人のために行なう、追認拒絶は、原則として、有効であると解する。もっとも、信義則上、正義に反するような事情があり、本人が負担を負ってもやむを得ない場合には、追認拒絶は許されないと解する。

（5）本件では、Aの友人Hが、突然の入院費用を支払えないBの状況を把握して、厚意で300万円を工面している。またその貸金についても、無利息、期限を設けない、というAに対して、良心的な契約内容である。加えて、Aの後見人がBに決まるまで待ってから、返還の催告を行っているし、返還の催告までには、貸付から約3ヶ月経過しており、300万円を用意する期間としては十分であった。

にも関わらず、Hと実際にやり取りを行ったBが、後見人の地位を使って追認拒絶することは、Hからの債務を踏み倒そうとしているものである。加えて、

そもそも、Aの治療は、本来であれば、A自身が費用を負担すべきものであり、Hから貸付を行っていなかったとしても、Aの財産から何らかの出費はあった。そうであるとすれば、Bの追認拒絶は、信義則上、正義に反するような行為であるし、Aが300万円の負担をすることはやむを得ないものであるといえる。

(6)したがって、Bの追認拒絶はできず、Aに消費貸借契約の効果が帰属する。

3. 以上より、上記、Hの請求は認められる。

以 上

# 採点講評

(2023年2月19日 親族法・相続法)

## 第1 設問1

まず、請求権を立てることができていない人がいたので反省してください。また、全要件を検討できていない人もいたので気を付けてください。もっとも、比較的1022, 1023条に気づけていた人が多くいたので一定程度の勉強が進んでいるという印象でした。また、「抵触するか」という点については多くの人が気づけている印象でした。もっとも、単独行為である遺贈と当事者の意思の合致である贈与契約の違いに気づき、問題提起し、あてはめていた答えはあまり多くない印象でした。ここまで気づくことができれば合格答案といえるでしょう。また、中には反対の見解を示しつつ、その見解にも配慮できている答案もあったので印象が良いと思いました。そのような人には、高い得点を与えるようにしました。

## 第2 設問2

本件は、無権代理と相続の論点の説明、無権代理と後見人の論点の解釈あてはめを問う問題でした。まず、前提として、請求権が消費貸借契約に基づく貸金返還請求権であることを指摘し、その要件を検討してほしいです。もっとも、本件は、Aが交渉していないので、代理として効果帰属しないかという点が出発点になります。そして、本件は、先立つ代理権の授与がないことから、その代わりとして、追認強制が生じ、Aに効果帰属しないかが問題点になります。民法は、必ず論点を論じるだけでなく、どのような要件との関係でその論点が生じるのかについて論じてください。そして、無権代理と後見人の論点を論じる際には（民事系の解釈ではあてはまることですが）、趣旨から論じるようにしてください。そして本件では、比較考慮によって決するという規範を挙げ、不利な事情も検討して結論を出してください。このような流れができている答案はあまり多くありませんでした。もっとも、民法の型ができている答案は多かったです。

本件は過去問から出題したことから、30点以上取っている方は充分合格答案といえましょう。もっとも、点数は気にせずに、民法の型ができているかというのが一番大事なので、つねに方が崩れていないかということを考えるようにしてください。

頑張ってください。

以上

司法試験予備試験答案練習会 2023年2月19日分 得点分布表

親族法・相続法

出席者 25名 平均点 27点

| 得点分布  | 人数 |
|-------|----|
| 0     | 0  |
| 1~5   | 1  |
| 6~10  | 1  |
| 11~15 | 2  |
| 16~20 | 3  |
| 21~25 | 3  |
| 26~30 | 5  |
| 31~35 | 2  |
| 36~40 | 8  |
| 41~45 | 0  |
| 46~50 | 0  |

