

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かったことを理由として、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