

新・考える民法Ⅳ

債権各論

平野 裕之



慶應義塾大学出版会

はしがき

——本書の方針及び使用法の説明を兼ねて——

本書は、拙著『新・考える民法Ⅰ〔民法総則〕』、『新・考える民法Ⅱ〔物権・担保物権〕』及び『新・考える民法Ⅲ〔債権総論〕』に続く、『新・考える民法Ⅳ〔債権各論〕』である。辰巳法律研究所の前シリーズと同じくほぼ4年で財産法が完結できたのは、編集部の岡田氏が、適切な時期に催告をしてくれたおかげである。『新・考える民法Ⅰ〔民法総則〕』は、改正法と旧法の解説が混在しており、近い将来改訂して改正法による解説に統一したい。また、あわせて、量が多すぎたこと、また、試験には出ないような問題も含まれていることから、手を入れて改善を図ることを考えている。ボリュームが多い点は、2時間で答案を書く練習をする場合には対象を絞ることを表示したが、本書は2時間ですべて書くことができる内容に収めようとしたため、特に答案練習用に使用する場合の対象の限定はしていない。なお、『新・考える民法Ⅲ〔債権総論〕』は、この巻だけボリュームが他と比べて少ないので、改訂に際しては問題を追加することを考えている。

ところで、2020年4月をもって、2017年改正民法が施行され現行法になり、改正前法は旧法になった。本書は事例の日付をすべて2020年4月以降のものとしており、現行法（改正法）が適用される事例にして、現行法に従って説明をしている。やっかいなことに、時効を問題にする場合には、日付がかなり将来のものとならざるをえないが、その指定された時点での解決を考えていただきたい。

本書では、各問題の解説のまず冒頭には書くべき論点とその問題における重要度を示した。そこに示した論点の重要度は、その問題の文脈における重要度に過ぎず、その論点の設問を離れた学問的重要度ではない。どんなに学問的に

重要な論点であっても、設問の中の位置づけとしては触れる程度でよいとされるものは、問いにおける重要度は低くなるのである。また、設問ごとの解説の冒頭に出題の趣旨的な概説を示した。そして、各問いの最後には答案構成の一応のサンプルを示しておいた。1つの参考例として考えて頂ければ幸いである。時間のない者は、冒頭の論点と、最後の答案構成だけ読み、必要に応じて解説を確認するにとどめるのでよい。実力者にとっては、それが最善の本書の利用方法である。

よい答案は、木に例えて比喩的に言えば、幹がちゃんとできており大きな枝だけでなく、枝葉まで丁寧に落とさず見事に書いてあり、かつ、周りに余計な雑草も生えていない答案である。大きな枝が何本か足りなければ大きな点差がつくが、ほぼ同じ樹形でそれなのに差がつくのは枝葉の部分まで丁寧に書いてあるかどうかの微妙な差である。実力的には大差ないのに答案では差が出るのはこの程度の差である。そのための能力を身に付けるためには、事例問題を数多くこなして経験的に身に付けるしかない。旧司法試験の時代の話であるが、社会人を止めて司法試験の勉強を始めた受験生には、実務で個別事案の解決そしてそのために必要な知識の習得という習慣がついているためか、事例問題の勉強をいきなり始めて、必要に応じて教科書を参照し、最後に仕上げに教科書をまとめて一気に通読して短期間で合格した者がいた。まず事案の解決から考える癖をつけるというのは、重要なことかもしれない。

ところで、辰巳法律研究所の前シリーズは『考え過ぎる民法』と揶揄され、司法試験のレベルを超えているというのがもっぱらの評価であった。そのせいでとりたてて売れた本ではなかった。この『新・考える民法』シリーズは、その反省を踏まえて、マニアックな問題は控えめにした。解説も判例を基本として、必要に応じて判例とは異なる学説に言及するにとどめている。それでも、本シリーズのⅠとⅡについては、かなりマニアックな問題が多くあり、量が多すぎる問題も多かった。ところが、ⅢそしてⅣになるにつれマイルドになっていった。20年以上前の旧『考える民法』を知っている読者——本シリーズの読者にいるわけではないが——は、「あの平野も随分丸くなった」と寂しがるかもしれない。

実務家登用試験である司法試験に要求されるのは、90%は正確な条文そして判例の知識、残りの10%が事案分析・論点の発見能力そして文書作成能力である。学者のようなアカデミックな研究能力を試すものではない。要するに司法試験の答案は、学者になるための論文を書くことは要求されていない。学者の論文と同じことは期待されていないのである。旧『考える民法』では、この点、独創性や判例に対して疑問を持つこと等、学者論文のような評価に重きを置くような指導をし、そのような能力を見抜くような問題にした。しかし、司法試験の採点基準においては、そのような能力評価には自由裁量加点で少し加点ができるといった程度に過ぎないものと思われ、そのような指導は答案作成指導としては無益である。『考えすぎる民法』とは、旧版へのうってつけの表現であった。学者の受験本は使えないという見本のようなものであった。しかし、学者的能力とは別に、実務では教科書に書いていない考えたこともない問題はいくらか出てくる。そういった自分の頭で考える問題を出題することはありうるものであり、完全にマイルドになる必要はない。

要件事実的な整理は実務家教員に任せた上で、司法試験に特化した本はもはや学者が書くようなものではない。本書の続編はありえない。あるとすれば試験には直結しない学理的な演習書であり、考えることを趣味とする「変人」のための『考えすぎる民法』というおよそ商品価値のない本である。弁護士人口が増えたためか、市民向けの法律書ではないプロの法律家向けの実務的な書物の出版がずいぶんと増えた。出版社はそこに商機を見出すであろう。頭の体操のような続編『考えすぎる民法』はお蔵入りである。

本書の出版も編集部の岡田智武氏にお世話になった。この場を借りてお礼を申し上げたい。あるいは読者の立場から、あるいは著者の立場から適切な指摘を常に出していただき、本当に感謝している。

2020年8月26日

平野裕之

目次

はしがき——本書の方針及び使用法の説明を兼ねて i

No.1 贈与	1
No.2 売買	19
No.3 交換	39
No.4 消費貸借	61
No.5 使用貸借	79
No.6 賃貸借 1	99
No.7 賃貸借 2	121
No.8 請負契約	143
No.9 委託・寄託	165

No.10 和解	187
No.11 事務管理	209
No.12 不当利得 1	231
No.13 不当利得 2	251
No.14 不法行為 1	269
No.15 不法行為 2	297
No.16 不法行為 3	321

次の文章を読んで、後記の【設問1】、【設問2】及び【設問3】に答えなさい。

I

【事実】

1. A（男・70歳）は、事業で成功し合計20億円を超える財産を有している。2020年5月23日、体調がすぐれないため病院で検査をしてもらったところ、リンパ癌であり、既に相当進行しているということを知った。
2. Aには、妻Bと子CがおりBCと同居しているが、20年以上も関係を続けている愛人Dがいる。Dは、Aの収入によって生活しており、AD間にはいまだ認知されていない成年の子Eがいて、Aの支援により高校、大学と私立学校に通い、同年3月に大学を卒業し就職したばかりである。
3. Aは自分の余命が短いと考え、同年6月、自分が亡くなった後のDの生活を心配し、Dに愛人関係が成立して以来Dに居住を認めているA所有のマンション1戸（以下、甲マンションという）、及び、その所有の賃貸し安定した賃料収入を得ているマンション1戸（以下、乙マンションという）をDに贈与することを考えた。両マンションの評価額の合計は2億円程度である。
4. そこで、Aは、Dに自分が末期の癌であること、自分が死んだ後のDEの生活のために、甲及び乙マンションをDに贈与することを、Dに話した。Dはその話を聞いて驚いたが、Aに感謝の気持ちで泣き崩れ、Aから贈与契約書を作成するということを告げられた。
5. Aは、2020年7月3日、知り合いの司法書士αに、甲及び乙マンションをDに贈与したので、これから契約書を作成しDの署名押印をもらうので、それでもって所有権移転登記をするように内容証明郵便により求め、これは翌日αの事務所に配達された。
6. Aは同日、AD間の贈与契約書の電子データをパソコンで作成し、Dにこれでよいか確認するためにメールに添付して送信した。Dは添付ファイルを開いて、贈与契約書の電子データを確認し、これでよい旨のお礼のメールを

返信した。Aは、この電子データを印刷し署名押印していない。

7. ところが、Aはその翌日、取引先に向かう途中で駅の階段を下っていて、急に気分が悪くなり転倒し、階段を転げ落ちその際に頭を強く打ちつけた。Aは、直ちに救急車により病院に運ばれたが、病院による治療の甲斐なく3日後に脳挫傷が原因で死亡した。Aの戸籍上の相続人は、BCのみである。

【設問1】 【事実】1から7までを前提として、DはAの相続人BCに対して、甲及び乙マンションの所有権移転登記手続きを求めることができるか、BCからの反論を踏まえて検討しなさい。

II

【事実】1から4までの後に、以下の事実があった。

【事実】

8. Aは、2020年7月7日、甲及び乙マンションを自分が死んだらDに与える旨の贈与契約書をパソコンにて作成し、これを3通印刷し、いずれについてもAが贈与者欄に署名押印し、Dも受贈者欄に署名押印した。Aは、この贈与契約書の一部を自ら保持し、一部をDに交付し、残りの一部を知り合いの弁護士βに交付して保管を依頼した。
9. ところが、その後、Aの抗癌治療が思ったよりも効を奏し、余命数年と思われたAが劇的に回復し、2020年12月初頭には癌が全快した。そのため、Aは従前通り事業を続けることにし、数年後に死亡することはなくなったため、Dへの死因贈与も必要なくなったので撤回しようと考えた。
10. そこで、同月8日、AはDにメールにより、癌が劇的に回復しており数年内に死亡することはなくなったので生活は心配ないこと、そのため、前に合意した贈与契約はなかったことにしたいということを通知した。しかし、DはAが不慮の事故で死亡することもありうるので、その時のために贈与契約はそのまま残しておくようメールの返信で求めた。
11. Aはこれに対して、再度Dへのメールにて贈与を撤回する旨の確認をした。その後、この件については協議が整わないまま、2020年12月10日、Aは自動車を運転中、暴走した車両による事故に巻き込まれ、病院に搬送されたが翌日死亡した。

【設問 2】 【事実】 1 から 4 及び 8 から 11 までを前提として、D は A の相続人 B C に対して、甲及び乙マンション所有権移転登記手続きを求めることができるか、これに対する B C からの反論また B C からの反訴請求と共に検討しなさい。

Ⅲ

【事実】 1 から 2 までの後に、以下の事実があった。

【事実】

12. A は、C の子（A の孫）F が会社を興したいと考えているという話を聞き、これを支援するために、F にその所有する丙地を贈与した事業資金とするために 1 億円を贈与した。F は、これを資金として丙地上に建物を建設し、会社を設立して事業を開始した。
13. C は A の行っている事業に取締役として参画しているが、その報酬以上に A の事業全般について A を補助しており、A の有する資産形成に大きく寄与している。2021 年 2 月に、C は新型コロナウイルスにかかり、肺炎が原因で死亡した。
14. 同年 3 月、C と接触を持っていた A もコロナウィルスに罹患し、肺炎が原因で死亡した。A の親族としては、妻 B、孫 F がいるだけである。A 死亡の話を聞き、このままでは D が生活できなくなってしまうことから、E は A 死亡から 2 か月後の同年 5 月に、家庭裁判所に A の認知を求める訴えを提起した。
15. 同年 10 月に、E の認知請求が認められたため、E が B と F に対して遺産分割協議を求め調停手続きが取られた。しかし、調停は不調に終わったため、E が家庭裁判所に B F に対して遺産分割についての審判を求めた。A は高額な生命保険をかけており、受取人が妻 B と指定されていたため、B が A の死亡により 1 億円の死亡保険金を受け取っている。

【設問 3】 【事実】 1 から 2 及び 12 から 15 までを前提として、遺産分割審判手続き、また、その後の訴訟手続きにおいて、E から B また F に対してなされる主張とその当否、また、F から B E に対してなされる主張とその当否について検討しなさい。

○ 言及すべき点及び論点 ○

- | | |
|--|--|
| <p>1 [設問 1] について</p> <p>(1) 贈与における書面</p> <p style="padding-left: 20px;">① パソコン電子データ (重要度 B)</p> <p style="padding-left: 20px;">② 内容証明郵便 (重要度 A)</p> <p>(2) 愛人への贈与 (重要度 B)</p> <p>(3) 書面によらない贈与の解除権</p> <p style="padding-left: 20px;">① 解除権の相続 (重要度 C)</p> <p style="padding-left: 20px;">② 解除権の不可分 (重要度 C)</p> <p>(4) 売主死亡と所有権移転登記 (重要度 C)</p> <p>2 [設問 2] について</p> <p>(1) 死因贈与の取消し・解除</p> <p style="padding-left: 20px;">① 錯誤取消し (重要度 D)</p> <p style="padding-left: 20px;">② 事情変更による解除 (重要度 D)</p> <p>(2) 死因贈与の撤回 (重要度 A)</p> <p>(3) 愛人への贈与 (重要度 B)</p> <p>(4) 売主死亡と所有権移転登記 (重要度 C)</p> | <p style="text-align: right;">C)</p> <p>(5) BCによる明渡請求</p> <p style="padding-left: 20px;">① AD間の使用貸借 (重要度 A)</p> <p style="padding-left: 20px;">② 使用貸借は貸主の死亡により終了しない (重要度 A)</p> <p style="padding-left: 20px;">③ 使用貸借の解除 (重要度 A)</p> <p style="padding-left: 20px;">④ 708条との関係 (重要度 C)</p> <p style="padding-left: 20px;">⑤ 権利濫用 (重要度 D)</p> <p style="padding-left: 20px;">⑥ 配偶者居住権・短期居住権 (重要度 D)</p> <p>3 [設問 3] について</p> <p>(1) 推定相続人になる前の特別受益の考慮 (重要度 A)</p> <p>(2) 生命保険金と特別受益 (重要度 A)</p> <p>(3) 代襲相続における被代襲者の特別の寄与 (重要度 A)</p> <p>(4) 私立大学の学費援助と特別受益 (重要度 B)</p> |
|--|--|

解説及び答案作成の指針

1 [設問 1] について

【出題趣旨】 [設問 1] は、550条の「書面によらない贈与」における贈与の「書面」の意義を検討してもらい、また、本問での贈与が、愛人への贈与であるが、公序良俗に反しないことを論証してもらおう問題である。

(1) Dの請求とDの反論についての確認

Dからは、Aを相続したBCに対して、AD間の贈与契約の成立と、贈与者たる地位のBCによる相続を理由に、BCに対して甲及び乙マンションの所有権移転登記が求められることになる。

これに対して、BCからは、贈与には書面がないこと、そのため贈与者Aには解除権が成立していること(550条本文)、それが相続によりBCに帰属したこと、BCに不可分的に解除権が帰属するが(544条)、BCが共同で解除の意思表示をすることを主張し、Dの請求を争うことになる。また、愛人への贈与であり、公

序良俗に反して無効（90条）であるという主張もされることが考えられる。

(2) 贈与の履行請求への抗弁1——書面によらざる贈与

(a) 書面の有無 贈与は諾成契約であり（549条）、要式契約ではないので、Dは贈与の合意の成立を証明すればよく、「書面」具備まで自ら証明する必要はない。これに対して、BCは、AD間の贈与には「書面」がないことを理由として、550条の解除権を行使することになる。

550条の解除権は一身専属権ではなく、BCに共同相続される（896条但書）。そして、解除権不可分の原則が適用されるが（544条）、BCが共同行使をすることによりこの点もクリアされる。そのため、問題は「書面」の認否に集約される。BCが「書面によらない」、すなわち書面が「ない」ことの証明責任を負うが、実際にはD側が書面の存在を主張して、それが書面といえるのかという法的評価の争いになる。

(b) パソコンによる電子データの作成・送信

(ア) 改正に際して意図的にかき分けた 紙媒体ではないが、電子データにてAはAD間の贈与契約書を作成し、メールに添付してDに送り確認をしてもらっている。紙しかなかった時代に作られた民法を、科学技術の進展にあわせて適切に運用することが必要であるが、550条の「書面」は電子データも含めて考えるべきであろうか。

この点、2017年改正法は明確な方針を設定している。要式行為などにおける書面について、これを電子データによることを許容する場合にはその旨を明記し、明記しない限りは電子データによることを認めない——みなし規定なので、みなし規定が必須——という方針で、意図的に書き分けたのである。

(イ) 贈与契約はどうか すなわち、民法は151条4項に「電磁的記録」を括弧書で定義し、同規定のほか、446条3項（保証契約）、587条の2第4項（諾成的消費貸借契約）では、電磁的記録（電子データ）の作成でもよいことを明記した。

他方で、550条（贈与）、593条の2但書（使用貸借）、657条の2第2項但書（寄託）といった、無償契約に拘束力を認める規定については、書面を電磁記録に緩和することを認めていない。従って、本件の電子データの作成また送信は贈与について「書面」が作成されたものとは評価できない。

(c) 内容証明郵便の送付　このように贈与意思が明確になっている電子データについて「書面」性が否定される反面、判例は、紙による書面であればこれを緩和して認める傾向にある。それを象徴するのが、本件同様の第三者に宛てた内容証明郵便の送付の事例の判決である（当時は申請書副本による中間省略登記が可能であった）。

最判昭60・11・29民集39巻7号1719頁は、550条の趣旨を、「贈与者が軽率に贈与することを予防し、かつ、贈与の意思を明確にすることを期するため」と考え、「書面が贈与の当事者間で作成されたこと、又は書面に無償の趣旨の文言が記載されていることも必要とせず、書面に贈与がされたことを確実に看取しうる程度の記載があれば足りる」と述べ、司法書士に対して、譲渡をしたので譲受人に直接所有権移転登記をするよう求めた内容証明郵便を、「その作成の動機・経緯、方式及び記載文言に照らして考えるならば、贈与者である亡Aの慎重な意思決定に基づいて作成され、かつ、贈与の意思を確実に看取しうる書面というのに欠けるところはな」として、550条の書面と認めた。

(d) あてはめ　判例に従い第三者への内容証明郵便を「書面」による贈与の「書面」と認めれば、BCはAの所有権移転登記義務を承継するので、AはBCに対してAからDへの所有権移転登記手続きを求めることになるが、BCが既に相続登記をしていれば、BCからの持分の移転登記を求めることになる。しかし、上記判例に対しては、ここまで書面を拡大することに批判が強い。判例に反対する学説によるならば、550条の書面性を否定して、BCによる解除権の相続また共同行使を認めることができる。なお、Dが甲マンションを占有しているが、死因贈与なので、履行を理由に解除を否定することはできない。

【答案作成についてのコメント】まず、書面による贈与について議論して、電子データはみなし規定がないため書面性を否定すべきであるが、内容証明については、判例を採用しても、判例を紹介した上で反対してもどちらでもよい。後者の場合には、更に解除権不可分まで言及する必要がある。

(3) 贈与の履行請求への抗弁2——愛人への贈与は公序良俗違反により無効

愛人になる対価、愛人関係を維持する対価として不動産を贈与するのは公序良俗に反して無効である（最大判昭45・10・21民集24巻11号1560頁）。ところが、本問では、愛人関係を維持するための贈与ではなく、20年以上続いた愛人に対して、自分が死亡した後の生活保持のための贈与である。遺贈の事例であるが、妻子ある者による愛人への全遺産の3分の1の遺贈につき、①不倫な関係の維持継

続を目的とするものではなく、もっぱら生計をAに頼っていたDの生活を保全するためにされたものであり、かつ、②遺言の内容が相続人らの生活の基盤を脅かすものとはいえないとして、90条に違反しないとされている（最判昭61・11・20民集40巻7号1167頁）。

本問でも、Aの遺産は全部で20億円を超えるのであり、甲乙マンションはその10分の1を占めるに過ぎないので、公序良俗に違反しているとは言えないと思われる。その結果、結局、DのBCへの所有権移転登記請求は認められることになる。

【答案作成についてのコメント】また、愛人への財産の贈与であることから、公序良俗違反を検討する必要があり、遺贈についての判例から推論すると公序良俗違反は認められないことになる。

2 [設問2] について

【出題趣旨】 [設問2] は、死因贈与はその性質に反しない限り遺贈の規定により規律されることから、遺言の撤回についての規定も準用されるのかどうかを検討してもらう問題である。判例に従い、撤回を認めると、BCからの共有持分に基づく甲マンションの明渡請求が問題になってくる。

(1) Dによる所有権移転登記請求

(a) 死因贈与のAによる撤回の援用

(ア) **遺贈規定の準用** Dからは、AD間の死因贈与の成立、そしてAの死亡による効力発生を理由に、Aを相続したBCに対して、甲及び乙マンションの所有権移転登記が求められることになる。死因贈与契約書が正式に作成されているので、550条の解除権は問題にならない。そこで、BCは、Aが生前死因贈与を撤回していたことを援用することになる。死因贈与は遺贈の規定を準用しており（554条）、遺贈は自由に撤回できるのであり、Aのした撤回は有効だと主張することになる。

(イ) **性質に反しない限りという制限** 自己の財産の生前処分であるため最終意思が尊重されるべきであり、民法は、遺贈と死因贈与をこの点での類似性から可能な限り同一の規律をしようとしたのである。しかし、一方は単独行為、他方は契約であり完全に同一の扱いはできない。そのため、民法は、死因贈与への遺贈の規定の準用に「その性質に反しない限り」という制限をした。

では、遺贈は遺言規定によりいつでも遺言の方式により自由に撤回できるが

(1022条)、この規定は死因贈与に準用されるのであろうか。遺贈は単独行為であり、合意の拘束力は問題にならず、また、遺言者の死亡により初めて権利が取得されるのであり、その前に撤回しても何ら問題はない。ところが、死因贈与は、契約であり合意の拘束力が認められ、また死亡前に既に受贈者に権利が帰属している。そのため、契約という「性質」に抵触し、一方的に撤回はできないのではないかという疑問を生じる。

(b) 遺贈の撤回規定の準用の可否

(ア) 判例は最終意思の尊重を重視 この点、判例は、「死因贈与については、遺言の取消に関する民法 1022 条がその方式に関する部分を除いて準用されると解すべきである。けだし、死因贈与は贈与者の死亡によって贈与の効力が生ずるものであるが、かかる贈与者の死後の財産に関する処分については、遺贈と同様、贈与者の最終意思を尊重し、これによって決するのを相当とするからである」と判示する（最判昭 47・5・25 民集 26 卷 4 号 805 頁）。判例に賛成する学説もある。

(イ) 性質の差を重視する学説もある しかし、むしろ学説の多数説は、撤回が自由にできるのは、遺言の単独行為性から来るものであると考えて判例に反対している。単独行為であり、遺言者の死亡により初めて効力が発生する遺贈とは異って、死因贈与は、既に贈与の合意が成立し、効力発生が死亡まで延期されているに過ぎず受贈者には既得権として権利を取得できるという期待が成立している。書面により死因贈与がなされたのであれば、この権利を奪うことはできないのである。そのため、死因贈与への 1022 条の準用を「性質」に反するものとして否定する学説がある。

【答案作成についてのコメント】 554 条の解釈として、単独行為ではなく契約であるという「性質」から撤回についての 1022 条は準用されないと考えるか、それとも、いずれにせよ最終意思を尊重すべきである点を強調して準用を認めるべきか、典型論点を議論することになる。

(2) B C の D に対する明渡請求——B C の反訴請求

(a) B C による甲の明渡請求

(ア) 遺産共有も物権法の共有 判例のように死因贈与の撤回が有効であると考え、D の B C への所有権移転登記請求は認められないことになる。B C は、A から甲マンションの所有権を共同相続しこれを共有していることになり(898 条)、かえって、B C から甲マンションの明渡請求が求められることになる。遺産「共有」は、物権編の共有と同じであり、遺産についての特則がない限り共

有規定が適用されるものと考えられている（最判昭30・5・31民集9巻6号793頁）。そうすると、共有法理により、BCは、共有持分に基づいて保存行為として（252条但書）、不法占有者Dに対して自己への明渡しを請求することができることになる。

(イ) 使用貸借の援用　これに対して、Dからは使用貸借が援用されることが考えられる。Aから生前甲マンションへの無償での居住が認められていたものであり、その占有・使用は他人の所有物であるが適法であったといえる。そして、その性質は使用貸借と考えることができる——内縁ではないので、妻が夫の建物に居住するように扶助義務の履行とはいえない——。

なお、配偶者居住権（1028条以下）また同短期居住権（1037条以下）の類推適用が主張されても、愛人に過ぎないので認められる可能性はない。

(b) BCによる使用貸借の否定　使用貸借は貸主の死亡によっては終了しないので（597条3項の反対解釈）、BCから死亡による契約の終了の主張は認められず、AD間の使用貸借は、BC・D間に承継されることになる。

(ア) 使用貸借契約の解除　BCからは、Dに対する明渡請求のために、598条1項の使用貸借の解除を援用することになる。その際、AD間の特別の人間関係が基礎になっていたが、DとBC間にはその基礎がなくなったことなどが主張されることになる。無償契約は当事者間に特別の人間関係があることが契約の基礎になっており、それがなくなることは598条1項の解除において考慮される事由になる。Dは甲マンションに20年以上も居住しているのであり、BCからの解除は認められる可能性は高い。

(イ) その他の主張　また、AD間の使用貸借は、愛人関係を維持する目的でなされており、公序良俗違反により無効（90条）と考える余地はある。

しかし、これに対してDからは、708条の不法原因給付であり甲マンションの明渡請求ができず、返還請求ができない反射として所有権はDに帰属していると主張することが考えられる。この点、使用収益をさせているに過ぎない場合には、708条の適用があるのは使用収益の返還に限られ、財産自体を供与したわけではないので、甲マンションの明渡請求まで708条によりできなくなることはなく、また、そのため反射的な所有権の帰属も認められないというべきである。

また、Dからは権利濫用の主張が出されることが考えられるが、BCにつき権利濫用と考えなければならぬ理由は見当たらない。

【答案作成についてのコメント】死因贈与の撤回を認めると、A死亡後に甲マンションの所有者になったBCによるDへの明渡請求を反訴としては検討すべきことになる。この点、使用貸借について、愛人関係維持のためであり無効ではないか、無効であるとして708条は過去の利用利益の返還請求にのみ適用になること、明渡請求が権利濫用とまで言えないことなどを議論すべきである。

3 [設問3] について

【出題趣旨】 [設問3] は、FがCを代襲してAの財産を相続しているが、①代襲相続人Fが推定相続人になる前にAから特別受益を得ており、他方で、②被代襲者Cが特別の寄与をしている。そのため、Fには特別受益を控除すべきか、また、被代襲者Cについて、寄与分をFのために加算措置がとれないのか、更には、Bについて、死亡保険基金の取得を特別受益として控除すべきなのかを論じてもらう問題である。

(1) 遺産分割協議において問題となる主張の確認——特別受益の持戻し、特別の寄与の控除

Aの遺産は、妻Bが $1/2$ を相続し、 $1/2$ が子の相続分になる(900条1号)。そして、子の $1/2$ の相続分は、子Cを代襲相続したFが $1/4$ 、認知が認められたEが $1/4$ の相続分になる(900条4号)。これにつき、相続人間で、自分の相続分を特別寄与を理由に増やす、他の相続人の相続分を特別受益を理由に減らすことが主張されることになる。

具体的には、Fからは被代襲者Cにつき特別の寄与分を認めこれをFが取得することが、Eからは代襲相続人FがAから事業の援助のたる丙地と1億円の贈与を受けたことを特別受益として考慮すべきことが、また、同じくEからは、妻Bが死亡保険金を受けたことを特別受益として控除すべきことがそれぞれ主張されることになる。更には、BFから、Eが私立高校・私立大学の進学費用の援助をAから受けたことを特別受益として控除すべきことが主張される。以下にこれらの問題について説明をしていくことにする。

(2) Eからの特別受益控除の主張

(a) 特別受益の相続財産への持ち戻し計算 「共同相続人中に、被相続人から、遺贈を受け、又は婚姻若しくは養子縁組のため若しくは生計の資本として贈与を受けた者」(特別受益者)については、被相続人が相続開始の時において有した財産の価額にその贈与の価額を加えたものを相続財産とみなすという持ち戻し計算を行う(903条1項)。例えば、相続人が甲乙2人で相続分平等であるとして、

相続財産が5000万円、甲が受けた生前贈与が5000万円だとすると、合計1億円を相続財産とみなして相続分を5000万円ずつとされることになる。甲は既に5000万円を受けているので、相続財産5000万円は乙が全部これを取得できることになる。こうして、相続人間の公平を図っているが、被相続人の意思が最優先であり、これと異なる意思を表示することができる（同3項）。

(b) Fの特別受益——代襲相続人の特別受益　特別受益者は「共同相続人」であることが必要であるが、代襲相続人を含むのかは議論がある。受益の時点で推定相続人になっていたことが必要なのか、結果として受益した者が相続人になればよいのか、903条3項で被相続人が自由に決められるので、被相続人の意思に一番合致するのはどのような解決なのかが考えられなければならない。

この点、判例はないが法務省民事局回答がある。学説を3つに分け、①代襲相続人を含める肯定説、②代襲相続人を含めない否定説、そして、③被代襲者が死亡や廃除により相続権を失い代襲相続人が推定相続人となった後の受益は持ち戻しの対象となるが、それ以前の受益は含めない折衷説があるとして、③説を相当という回答をしている（昭和32年8月28日民事甲第609号回答）。

そうすると、この回答に従う限り、代襲相続人Fの受益は、被代襲者Cの死亡前のものであり、特別受益として相続財産への持ち戻しの対象にはならないことになる。

(c) Bの特別受益について——死亡保険金

(ア) 相続財産ではない　また、Aの妻Bについては、多額の生命保険金を受け取っている。しかし、保険金は、保険契約の効果として発生する権利であり、また、被相続人は保険料を支払っているが受取人固有の権利である。このことは被相続人が自分を受取人と指定していても変わらない（最判昭40・2・2民集19巻1号1頁）。そうすると、相続財産ではないので、相続財産として持ち戻しの対象とすることはできない。しかし、被相続人が保険料を支払ったがために受けられるものであるということは無視できない。

(イ) 判例は類推適用を認める　こうして、死亡保険金は、特別受益であることを無条件に肯定するのも、全く否定するのも適切ではない。そのため、判例は、死亡保険金は、「903条1項に規定する遺贈又は贈与に係る財産には当たらない」が、「死亡保険金請求権の取得のための費用である保険料は、被相続人が生前保険者に支払ったもの」であり、保険契約者である被相続人の死亡により保険金

受取人である相続人に死亡保険金請求権が発生することなどにかんがみると、保険金受取人である相続人とその他の共同相続人との間に生ずる不公平が民法 903 条の趣旨に照らし到底は認ることができないほどに著しいものであると評価すべき特段の事情が存する場合には、同条の類推適用により、当該死亡保険金請求権は特別受益に準じて持戻しの対象となる」ことを認めている（最判平 16・10・29 民集 58 卷 7 号 1979 頁）。

そうすると、死亡保険金の本問では 1 億円と巨額であり相当の保険料を支払っていることを考えると、これを考慮しないのは共同相続人間に著しい不公平をもたらすことになる。そのため、E による C の特別受益の主張は認められるものと考えられる。遺留分を侵害するほどの額ではないので、改正された遺留分侵害額請求権（1046 条）への言及は不要である。

【答案作成についてのコメント】 E から、F 及び妻 B の特別受益の主張がされることを問題提起して、それぞれについて問題を検討すべきである。

(3) E の特別受益

E は、A の経済的支援により高校、大学と私立学校に通っているため、これを BF が特別受益と主張することが考えられる。この点につき最高裁判決はなく、不相当な学費の援助といえない限り、特別受益ではないと考えられている。下級審判決には、子の間に著しい不均衡が生じる場合に特別受益と認めるものがある（札幌高判平 14・4・26 家月 54 卷 10 号 54 頁）。1 人は私立、他は公立といった程度の差は著しいとはいえず、1 人は高卒、他は大卒、両者大卒だが 1 人は私立医学部といったような特段の事情があって初めて著して不均衡が認められることになる。

本問では、C 側の事情が不明であり、上記のような特段の事情が認められる場合ではない限り、E の学費援助を特別受益と考えることはできない。

【答案作成についてのコメント】 特別受益の問題について、高等教育の費用負担は一応議論されているので、簡単に言及だけはしておきたい。

(4) F による C の寄与の主張

(a) 特別の寄与者 特別受益同様に、寄与について代襲相続の場合にどう考えるべきなのかを検討する必要がある。「共同相続人中に、被相続人の事業に関

する労務の提供又は財産上の給付，被相続人の療養看護その他の方法により被相続人の財産の維持又は増加について特別の寄与をした者」(特別寄与者)については，被相続人が相続開始の時において有した財産の価額から——特別受益のように持ち戻すのではなく——共同相続人の協議で定めたその者の寄与分を控除したものを相続財産とみなすことになっている(904条の2第1項)。

例えば，被相続人の財産が1億円で，甲乙が相続分平等で相続をして，甲は財産の維持増加に40%程度寄与している場合，40%(4000万円)を控除して，6000万円を相続財産とし，甲乙それぞれ3000万円ずつ相続し，甲についてはこの3000万円に寄与分4000万円を加えて7000万円が相続分になる。

(b) 代襲相続と寄与分 特別受益同様に，特別の寄与が代襲相続人によって行われていれば，これにつき寄与分を認めてよい。ところが，本問では被代襲者Cが寄与をしているのであり，寄与財産の控除はどう考えるべきであろうか。

被代襲者が寄与をしている場合については，最高裁判決はないが，東京高決平元・12・28家月42巻8号45頁など寄与分加算を肯定する下級審判決がある。学説も肯定説が通説であり，代襲相続人は被代襲者の地位を引き継ぐこと，共同相続人間の公平が寄与分考慮の趣旨であり，たまたま被代襲者が先に死亡したらその寄与がうやむやにされるのは適切ではないからである。

この結果，Fによる，被代襲者Cの寄与分を相続財産から差し引いて相続分計算をすべきであるとする主張は認められることになる。

【答案作成についてのコメント】 特別の寄与者についての寄与分を相続財産から差し引いて相続分計算をする制度があること，そして，代襲相続があった場合に，被代襲者の寄与を代襲相続人は援用できることを論じればよい。

■ No.1 参考答案構成 ■

1 [設問1] について

(1) DによるBCに対する所有権移転登記請求

- ① AD間で，甲及び乙マンションの贈与契約が成立している。
- ② 贈与契約の成立のためには書面は必要ではない(549条)。
- ③ BCはAの相続人であり，Aの贈与者たる地位を承継している。

④そのため、DはBCに対して甲マンションの所有権移転登記を請求することになる。

(2) BCの抗弁1——書面によらない贈与の解除

(a) 書面によらない贈与の解除

- ①これに対して、BCは書面によらない贈与による解除を主張する。
- ②Dは書面の存在を主張して争う。

(b) 電子データについて

- ①Aが贈与契約書の電子データを作成しDに送信している。
- ②電子データによる贈与契約書は550条の「書面」といえるか。
- ③2017年改正民法は、電子データを書面とみなす場合にはみなし規定を置いている（例えば、446条3項）。
- ④550条には電子データを書面とみなす規定はない。
- ⑤うかつに作成して送信する可能性があり紙よりも慎重性が認められず、妥当である。
- ⑥本件添付ファイルの送信は550条の書面にはならない。

(c) 内容証明郵便の送付

- ①Aは知り合いの司法書士にDへの贈与を知らせて、Dへの所有権移転登記を求めた。
- ②AD間で契約書を作成したわけではない。
- ③550条の趣旨は、
 - ②贈与者が軽率に贈与することの予防
 - ①贈与の意思を明確にすることにある。
- ④この趣旨から合目的に550条の書面は解釈すべきである。
- ⑤本件内容証明郵便は、その作成の動機・経緯、方式及び記載文言に照らして考えるならば、
 - ③贈与者Aの慎重な意思決定に基づいて作成されたものであり
 - ①かつ、贈与の意思を確実に看取しうる書面というのに欠けるところはない。
- ⑥そのため、本件内容証明は550条の「書面」と認めてよい。
- ⑦従って、Aには解除権は認められず、BCがこれを共同相続することもない。

(3) BCの抗弁2——公序良俗違反

- ①Aの甲乙マンションの贈与は愛人への贈与である。
- ②そのため、BCからは公序良俗違反で無効（90条）との主張が出される。
- ③しかし、本件贈与は、愛人関係を維持する目的のものではない。
- ④Aが自分の死が近いことを悟り、自分の死後のDの生活を慮ってのもの

である。

- ⑤また、A の財産の中において占める比率は大きくない。
- ⑥本件贈与を公序良俗違反として無効にすべき特段の事情はない。
- ⑦以上よりして、結局、D のBC への所有権移転登記請求は認められる。

2 [設問2] について

(1) 死因贈与の履行請求

- ①AD はいわゆる死因贈与契約を締結している。
- ②書面も作成されている。
- ③A が死亡したことにより死因贈与の効力が発生している。
- ④そのため、D はBC に対して甲乙マンションの所有権移転登記を求める。

(2) BC からの抗弁

- ①BC は死因贈与であることから、撤回を主張する（554 条による1022 条の準用）。
- ②D は、死因贈与は「契約」であり、1022 条は、性質上準用に適しないと反論することになる。
- ③この点、判例は準用を肯定する。
- ④確かに性質は異なるが、被相続人の最終意思が尊重されるべきである。
- ⑤よって、A が生前なした撤回は有効であり、D の請求は認められない。

(3) BC からの反訴——明渡請求

(a) 共有持ち分に基づく明渡請求

- ①BC は甲マンションを相続により取得し共有している。
- ②遺産共有（898 条）も物権編の共有である。
- ③BC は持分に基づいて単独で保存行為（252 条但書）として明渡請求ができる。

(b) 使用貸借の主張

- ①D はA から無償で甲マンションの使用を認められてきた。
- ②そのため、D は使用貸借（593 条）を援用することになる。
- ③貸主の死亡は使用貸借の終了原因ではない（597 条3 項参照）。

(c) BC からの反論

- ①BC は、使用貸借契約の解除を主張し（598 条1 項）、共同行使によってなされる必要がある（544 条）。
- ②その際、AD 間の特別の人間関係が基礎であったという事情が考慮されるべきである。
- ③愛人に対する使用貸借でありそもそも無効である。
- ④708 条は使用利益にしか適用ならず明渡請求は否定されない。

⑤ BCには特に権利濫用となるような事情はない。

(d) あてはめ

①使用貸借契約は無効かまたは有効に解除されている。

② BCはそれぞれ単独で明渡請求が可能である。

③権利濫用となる事情もなく、BCのDに対する明渡請求は認められる。

3 [設問3] について

(1) 遺産分割請求

① Aの相続人また相続分は次のようである。

①妻B相続分 1/2

②子Cの代襲相続人F相続分 1/4

③認知が認められた子E相続分 1/4

②遺産分割協議が整わないため、家庭裁判所に分割の審判を請求できる(907条2項)。

③本問では、審判中に寄与分控除と特別受益の持戻しが主張されるものと思われる。

(2) EによるBFの特別受益の主張

(a) Bの生命保険金受領

①生命保険金(死亡保険金)は、相続財産ではない。

②保険料の対価として受取権者固有の権利として成立する。

③しかし、被相続人の支払った保険料を原資とするので、このことを全く考慮しないのは公平ではない。

④そのため、著しく共同相続人間の公平を害する事情がある場合に限り特別受益として考慮すべきである。

⑤本問では、保険金が1億円であり、遺産総額20億円であるが特別受益として考慮されるべきである。

(b) Fの代襲相続人たる地位取得前の受益

①FがAからの受益を得た時点では、Fはいまだ代襲相続人ではなく、Cが推定相続人であった。

②特別受益の考慮は、寄与分とは異なって被相続人が自由に決められる自己の財産の処分である。

③被相続人の意思を最大限に考慮すべきである(903条3項)。

④この点からして、代襲相続人の地位を取得する前の特別受益は考慮すべきではない。

⑤被相続人としても、相続人の一部に相続財産を与えているという意識はないからである。

⑥よって、Fについては特別受益の持戻しを否定すべきである。

(3) BFによるEの特別受益の主張

- ① EはAの経済的支援により私立高校、私立大学に通っている。
- ② BFはこれを特別受益として主張することが考えられる。
- ③ この点、最高裁判決はない。しかし、高等教育を受けさせることは特別のことではない。
- ④ そのため、子間に不合理な差が生じない限り特別受益と考えるべきではない。
- ⑤ Cは大学に行っていないとか、Eが私立医学部といった特別事情がない限り、Eの特別受益は否定される。

(4) FによるCの寄与分の援用

- ① 代襲相続人F自体は相続財産につき特別の寄与をしていない。
- ② しかし、被代襲者Cはこの点特別の寄与をしている。
- ③ 代襲相続は被代襲者の地位を包括的に承継するものである。
- ④ 被代襲者の寄与を考慮しないのは、先に被代襲者が死亡するという偶然により不公平な結果をもたらす。
- ⑤ Cの寄与をFが援用することを認めるべきである（904条の2）。

以上