

【民法】

第1問

（1） 遺産分割協議はまだなされていないという想定なので、甲不動産は現在、法定相続分に仕がって、B 1／2、C 1／2 ずつの共有関係にある（896条、898条、900条）。Aが死亡した後もCが甲不動産に居住しているということは、共有者の一人が目的物を単独で占有、使用しているという状態であり、他の共有者はその者に対して持分権にもとづく明渡請求ができるのかが問われている。

共有物を不法に占有する第三者に対して各共有者が持分にもとづいて引渡を請求できることについては特に問題ないが、占有しているのが他の共有者である場合にはどのように解すべきか。民法249条によれば、BもCも、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とされている。Cの使用で問題となるのは、それが「持分に応じ」た使用ではないのではないかということである。

「持分に応じ」た使用というのは、使用頻度や使用期間で計ることになる。そうすると、現在使用しているということがそれに反するというためには、現時点での使用自体がそのような基準に反していることを明らかにしなければならない。それが示されないかぎり、Cの使用が違法なものであるとして明渡請求をすることはできないことになる。

この点について、判例・通説は、共有者は自己の持分によって、共有物全部を使用収益する権限を有し、これに基づいて共有物を占有するものと認められるのであるから、他の共有者はそのままでは共有物の明渡を求めることができず、明渡を求めるためには、その明渡を求める理由を主張しなければならないと解しているが（たとえば、最判昭41. 5. 19民集20—5—947）、それは上記のような内容を示していると解される。

したがって、たとえば、BC間の協議によって使用方法について具体的な取りきめがなされ（252条）、現在の使用がそれに反していることが示されて初めて、BはCに対する明渡請求ができることになる。BとCの持分の大きさ——たとえば両者が等しいということ——は明渡請求の可否とは無関係であり、たとえばBの持分のほうが大きければ明渡請求が認められるというわけではない（上記の41年判決の事例では、11：1）。

このような取り扱いに従うと、現在のCの使用が違法であることを示す具体的な根拠が示されないかぎり、Cが占有をしている間はBが使用できないという不利益を被ることになるが、その点については、不当利得返還（703条以下）あるいは不法行為（709条以下）や債務不履行（415条）を理由とする損害賠償によって調節がなされることになる（たとえば、最判平12. 4. 7判時1713-50）。

（2） 177条の適用範囲をめぐる論点のひとつである共同相続と登記の問題である。Bは相続によって甲不動産について法定相続分に応じた共有持分を取得しているが、そのことをCからの譲受人であるDに主張するためには、登記が必要かが問われている。

「対抗」問題という局面から見ると、登記をしていない以上BはDには対抗できないということになるであろう（177条）。もっとも、判例・通説によれば、Dが「背信的悪意者」である場合にかぎり、例外的に対抗できることになる。

しかし、実質的に見ると、登記の有無で判断するとされるのは、登記をしなかったことについて帰責性が認められる、すなわち、登記すべきであったのにしなかったという事情が想定されているからである。そうすると、制度趣旨に遡って考えるならば、意思表示ではなく相続によって物権を取得した場合に、それをBが登記しなかったことがそのような帰責の要素を満たしているのかを問題とする余地があるであろう。相続による物権取得は主体的なものではないので、意図的に登記をせずに放置していたという場合は別として、通常はそのような帰責性は認められず、177条は適用されないということである。（ドイツやフランスの民法典が相続による物権変動については登記不要としているのはそのような理由による。）このような観点から登記不要の結論を導くのがひとつの方法であろう。具体的には、177条の適用を否定し、BD間の利益調節の手段としては94条2項の類推適用を用い、B側の帰責事由とD側の保護事由（善意あるいは善意無過失）を要件としてDの保護を図るということである。

しかし、そのような帰責の要素からストレートに177条の適用範囲を制限することは、登記の有無による画一的な取り扱いを徹底しようとした立法者意思や177条の文言に照らすと解釈論として困難であるとも考えられる。したがってもう一つの方向としては、最初から、「対抗」問題を論じることなく、端的に「信頼保護」（不動産登記の公信力）の問題としてアプローチすることが考えられる。すなわち、Cの登記はBの持分に関するかぎり無権利の登記であり、登記に公信力のないわが国の民法の下では、DはBの持分については取得できないのであるから無権利者であり、Bは無権利者Dに対しては登記がなくても自己の持分については対抗できるのだという構成である。共同相続と登記の問題について、わが国の判例は、こちらの構成を採用してきた（最判昭38.2.22民集17—1—235）。ただ、今日の判例・通説の動向に照らすならば、「登記に公信力がない」という点が94条2項の類推適用法理で部分的に補われていることを想起する必要がある。すなわち、今日では、意思表示規定である94条2項が外観法理に転化して部分的に公信力を認めるのと同様の機能を担っているというこの法理を説明し、設例に即して要件論を展開するということである。たとえば、保護事由に関してはDの善意あるいは善意無過失、帰責事由に関しては、不実登記という外観を積極的に作出したわけではないが、不実登記を消極的に容認していた場合はどうかなどである。

結果的には、「対抗」からのアプローチでも「公信」あるいは「信頼保護」からのアプローチでも、今日では、94条2項の類推適用という法律構成に帰着することになる。答案の内容としては、自ずから、この法理に対する自らの評価や適切な処遇の仕方に言及することになるであろう。さらには、177条の対抗のメカニズムと信頼保護法理との関係をいかに考えるかという点も問題となる。いずれも難問であるが、今日の民法解釈論における主要な基本的論点のひとつであり、自分なりの論評を展開してくれることを期待している。

第2問

1 (1) について

① 債務不履行責任としての構成

雇用者は、被用者に対し、雇用者が業務遂行のために設置すべき場所、施設もしくは器具等の設置管理または被用者が雇用者もしくは上司の指示のもとに遂行する業務の管理に当たって、被用者の生命および健康等を危険から保護するよう配慮すべき義務を負っている(最判昭58.5.27民集37-4-477参照)。

N新聞社は、A、Bの雇い主であり、Bの上司であるAを履行補助者としてBに対する上記安全配慮義務を負っているところ、その義務に違反してBを死に至らせたのであるから、安全配慮義務違反を理由にXらに対してB死亡に伴う損害の賠償義務を負う。

② 不法行為としての構成

Aは、同乗者に対してその生命、健康を害しないように注意してジープを運転すべきであったのに、その注意義務に違反して、Bを死に至らしめたのであるから、民法709条の不法行為に基づく損害賠償責任がある。また、Aによるジープの運転は、N新聞社の業務の遂行であり、その業務の遂行中に起きた事故であるから、N新聞社はAの雇用者として民法715条による使用者責任を負う。

1 (2) について

Aは、ジープの運転につき、自己には過失がないという反論をするであろう。しかし、この反論は、実際にジープが横転したのだから、認められない。つまり、自動車損害賠償保障法3条ただし書きの免責事由はなく、また、民法709条の過失を根拠づける事実がある。

N新聞社は、安全配慮義務の内容について、履行補助者が一般的に負う義務(道路交通法上負う注意義務)については安全配慮義務の内容ではないと反論するであろう。これは、判例の認めるところであり(上記昭58.5.27最判)、この反論は認められる。

使用者責任については、N新聞社は民法715条1項ただし書きに該当する事実のあることを主張する可能性がある。しかし、Aが事業の執行中であつたこと、Aにつき民法709条の責任が成立することから、同項ただし書きの免責立証はおそらく成功せず、N新聞社は民法715条の責任を負うことになる。

2 について

最判平26.10.28民集68-8-1325を参考に出題した。

無限連鎖講は、破綻必至の金銭配当組織であり、その開設・運用は公序良俗に反するものである。本問のYは、そういう組織であることを知ってこの組織に加入した者である。

無限連鎖講が破綻し、その破産管財人に選任されたXが、多数の被害者の救済のために、Yの得た配当金の返還をYに対して請求することは、衡平の要請にかなうものであつて、これに対してYが民法708条本文の規定を援用して返還を拒むことは、信義則上許されないことで

ある（上記平26・10・28最判）。

以上により、Yの主張は認められず、Xの請求が認められる。

第3問

（1）は、子どもへの虐待、なかでもいわゆる「医療ネグレクト」についての問題である。ここでは、親権者の変更などを伴わない解決方法を考えてもらいたい。

保護者が子どもに必要な医療を受けさせないことを「医療ネグレクト」と呼ぶが、児童虐待の中で「ネグレクト（放置）」の一つの類型として位置づけられている。まず、本問の場合を「医療ネグレクト」に当たるかどうかという判断が求められることになる。現時点で直ちに生命の危険があるとはいえないため、将来の危険の可能性をどう判断するかということが問題となる。本問の場合、母親であり、親権者であるBが宗教上の理由で手術を拒否しているところから考えれば、将来にわたって手術を拒否する姿勢を崩す可能性は乏しいと考えられ、医療ネグレクトに当たると考えてよいように思われる。その場合に、どのような対応を取るべきかが問題となる。大阪家裁岸和田支部平成17年2月15日審判（家月59巻4号135頁）、名古屋家裁平成18年7月25日審判（家月59巻4号127頁）、津家裁平成20年1月25日審判（家月62巻8号83頁）などでは、児童相談所長からの親権喪失審判申立事件を本案として、親権者の職務執行停止および職務代行者選任の審判前の保全処分が求められ、本案前の保全処分を認容して、職務代行者を選任した。このような手段で、職務代行者が子どもの医療行為に同意するという形で子どもへの医療行為を可能とする手法が実務的に定着しつつあったといえる。平成23年の民法改正によって親権停止制度が導入され（民法834条の2）、現在では、親権停止の方法を用いて医療ネグレクトのような問題に対処することが求められている。すなわち、本問では、親権者であるBの親権停止を申立て、家庭裁判所で親権者の職務代行者を選任してもらい、代行者にCに対する手術等の医療行為に同意してもらおうという方法をとる方法が望ましいといえる。

（2）は、祖母であるDがCを引き取ることを考えた場合、どのような方法が考えられるかという問題について、さまざまな手法を検討してもらいたいという趣旨である。

最も簡単な方法としては、親権者であるBが自身の意思でCの監護養育をDに委ねるという方法である。民法に照らして言えば、BがCの居所を指定し、Dに監護養育を委託することになる。そのためには、母親であるBを説得し、同意してもらう必要がある。あるいは、父親であるAに親権者変更の申立を家庭裁判所にしてもらい（民法819条5項）、親権者変更が認容された後で、同様な方法を講じることが考えられる。しかし、本問の前提としている状況ではそのような方法は困難と考えられる。上記以外の方法としては、Bの虐待または親権行使が不適当で子どもであるCの利益を著しく害していることを理由にして親権喪失の申立をおこない（民法834条）、Bの親権喪失が認められた場合に「親権を行う者がいないとき」に当たるとしてD自身をCの未成年後見人として指定することを求める申立をする（民法838条）ことが考えられ、本問の場合にはこの方法によることが適切といえる。また、父母の離婚紛争

において子の監護に関する父母の合意が得られない場合に、祖母からの監護者指定の申立を認容した審判例もあり、祖母であるDからCの監護者指定を申立てるという方法も考えられる。父母の離婚に伴う親権および監護権に関する紛争と関連しているケースにおいて認められている事案のため、そうでない場面においてこの方法が可能かどうかについて否定的な見解もあるが、考慮すべき方法としてあげることはできそうである。

なお、参考までに指摘しておく、児童福祉法では、虐待等によって保護が必要な児童がいる場合に、BのCに対する虐待を理由として児童相談所がCを一時保護した上で、なお母子分離が必要としてBの同意または家庭裁判所の許可を得てDを児童福祉施設に入所させる措置や第三者に監護養育を委託する措置をとることができることとなっている（児童福祉法27条、28条）。本問の場合には、この点に触れる必要はないが、子どもの保護および福祉を考える上では必要となることを付言しておく。

以上