

## 第15回講義の補足説明

2011/11/18

### 02・04関連

講義でも述べましたが、このような場合には、実際には、253条1項や465条で求償権が規定されていてそれらの条文が適用され、事務管理の規定は適用されないともみることができますが、その求償権は、事務管理または不当利得の性質を有するものと考えられます。

### 12関連

問題の趣旨以外の点に若干不備がありました。お詫びします。以前の問題は、消滅時効にかかるのを防ぐためとしていたのですが、外国にいるYはAに対する権利行使が困難ですので、724条の3年の短期消滅時効が起算されず、20年の長期期間制限のみが問題になる可能性があります。そうだとすると事務管理を行う必要性が欠けます。それゆえ今年の問題では消滅時効を正面に出すことは止めたのです。しかし、そうなるとXがYに代わって行える「法的措置」の例がなかなか見つけにくいです。Xは、Yの代理権がなく、Yの名前でAを訴えることはできません。XはYの損害賠償債権の権利者ではありませんので、自らがAを訴える利益がなく、原告適格を欠きます。時効の成否が微妙なのですが、せいぜい、Aに損害賠償債務を承認させて時効中断措置を採ることは可能でしょう。

### 13関連

判例・通説とは異なって、不法行為において損害事実説を採ったり、権利侵害の時点で被侵害権利が損害賠償債権に転換するという考え方を採れば、この事例でも、Yの掛け軸の処分時点で200万円の損害が確定し、その後の株価変動はこの損害賠償額に影響しない、と構成することは可能です。不当利得についても、類型論を徹底する考え方では同様に構成できるでしょう。もっとも、設例で、たとえば、Yが200万円を元手に投資をして大もうけをしたときのように、他人の権利の冒用者が、獲得した利益をさらに増大させた場合には、このような考え方で利得吐き出しは不可能です。

さらに、本人が追認ないし追完すれば事務管理となるとする説もありますが（たとえば、加藤雅信『新民法体系V [第2版]』（有斐閣、2005年）26～27頁）、他の要件が充たされている場合の無権代理行為の追認なら異論はありませんが、管理者自身の名前による利己的行為を追認によって利他的行為とみなせる根拠は、準事務管理同様に薄いものです。

### 16関連

単純には民事訴訟法29条によるとして後段を正解と解して良いですが、厳密には、講義で精細にお答えいただいたような考慮が必要です。

すなわち、民訴29条では、「代表者又は管理人の定めがあるもの」とし、団体を対外的に代表して活動する機関が定められていることをのみ要件としているようにもみえます。しかし、具体的にどのような団体がこれに該当するかを判断する基準は、訴訟において当事者能力を与えるにふさわしい団体を選定するということから、①対内的独立性（団体構成員の加入・脱退があっても団体としての同一性を保って存続すること）、②財産的独立性（団体構成員から独立した財産を有していること）、③対外的独立性（代表者の定めがあること）、④内部組織性（代表方法や団体としての意思決定方法が確立されていること）の有無で判断すべきとする考

え方が多数です。①～④の要件はまさに権利能力なき社団・財団が認められる要件です。

かつては、民法上の組合は、社団とはまったく別物であるとして両者を峻別し、本条の適用を否定する見解が多数でした。しかし、組合財産は、組合員の財産とは区別できること、組合員が脱退しても団体として存続すること、組合の業務執行組合員は代表者とみなされること（670条）、組合と社団との区別は必ずしも判然としないこと（近時の見解は両者が連続するものと捉えます）などから、上記4要件を充たせば、民法上の組合も本条により当事者能力が認められると解されています。判例も同旨と思われます（最判昭37・12・18民集16巻12号2422頁）。

民法上の組合をあくまで社団でないと理解すれば本条の類推適用となるでしょうが、判例や近時の通説的見解では、端的に本条の適用と考えるものと思われます。

## 18関連

法文上は、676条1項で「組合員は、組合財産についてその持分を処分したときは、その処分をもって組合及び組合と取引をした第三者に対抗することができない。」と規定しており、素直に読めば、対抗はできないけれども、有効な処分が可能なように見えます。しかし、組合に対抗できないとは、他の組合員はその処分がないものとして当該財産を組合財産として扱うことができるという意味であり、組合と取引をした第三者に対抗できないとは、第三者が当該財産をなお組合財産であるとして取引の対象とすることができるという意味になります。このような処分は処分としての実質を持ちませんので、民676条1項は、組合員による持分処分を制限付で有効とするのではなく、持分処分の禁止を定め、これに反する処分は無効と解されています。

判例（大判大2・6・28民録19輯573頁）は、組合員全員が合意して組合財産を分割することを許しているが、これをどう考えるか、という質問がありました。まず、組合財産全部を分割することは、組合の継続と相容れませんが、組合財産の一部を分割することは、当該財産を組合財産から外すことであり、全員の同意があれば可能です。全員の同意があれば、出資額を増減したり、払戻しをすることも可能です。実際、この判決の事例は、船の衝突により漁業協同組合の鮪が流失したので、船長に対する損害賠償請求権を組合員各自に分割したというものです。なぜそうしたのかまでは不詳ですが、漁獲した鮪自体を山分けによって分割することと同様、これが許されるのは当然でしょう。

## その他の条文に関連する小問

①670条3項ただし書きによれば、常務につき、完了前に異議を述べれば単独で行えないとされるが、その場合、常務は670条1項または2項の多数決原則に戻ります。多数決が、組合員全員によるのか、業務執行者の過半数によるのかが、1項・2項の違いです。

②組合契約は、通常の変務契約とは異なる集団的な契約ですので、契約一般の債務不履行解除の規定は適用されず、組合員の除名・脱退、解散請求などの組合独自の規定が解除の特則として適用されます。約した出資金を支払わない組合員がいる場合には、正当な事由がありますので、同人を除名する形で組合契約関係から排除することになり、それが解除の組合的な形態だと考えられているようです（鈴木禄弥編『新版注釈民法(17)』(有斐閣、1993年)186頁〔菅原菊志〕を参照）。