

無権代理と二重相続

高 森 八 四 郎
高 森 哉 子

はじめに

一 無権代理と相続をめぐる判例と学説

(一) 大審院の判例及び学説

(二) 最高裁の判例及び学説

(三) 私見—併存貫徹説—

二 無権代理と二重相続

(一) 名古屋高裁昭和五八年八月一〇日判決(判時一一〇六号八〇頁)

(二) 東京高裁昭和六〇年六月一九日判決(判タ五六五号一〇七頁)

(三) 最高裁昭和六三年三月一日判決(民商九九卷二号二六四頁)

(四) 小 括

おわりに

はじめに

相続により無権代理人の地位と本人の地位とが同一人に帰属した場合、従来問題とされてきたのは、その無権代理行為の効果、本人としての地位に基づく追認ないし追認拒絶権（民法一一三条）の選択的行使の可否、無権代理人を相続した本人は追認を拒絶しようとしても、無権代理人が一一七条によって負担する責任を、無権代理人の相続人としての地位に基づき承継するのか、承継するとすればその責任の内容、さらには以上の各場合につき単独相続の場合と共同相続の場合とでは差異があるのか、といった点であった。

判例は無権代理と相続が問題となった事実を、無権代理人が本人を相続した場合と、本人が無権代理人を相続した場合とに分け、前者の場合には当該無権代理行為は相続とともに当然有効になるが、後者の場合には当然有効となるものではなく、相続人は本人として追認を拒絶しようが、追認を拒絶しても一一七条による無権代理人の責任を免れないと解している。学説も一般にこの問題を、無権代理人が本人を相続した場合と、本人が無権代理人を相続した場合とに分けて考察し、それぞれの判例に対する批評という形で、種々の議論を展開してきた。

しかるに近時、二重相続により無権代理人の地位と本人の地位とが同一相続人に帰属するという事案が下級審においてあいついで問題となり（名古屋高判昭和五八年八月一〇日判時一一〇六号八〇頁・東京高判昭和六〇年六月一九日判タ五六五号一〇七頁）、名古屋高判に対しては無権代理と二重相続に関するはじめての最高裁判決（最判昭和六三年三月一日）もなされ、無権代理と相続の問題は新たな局面を迎えることになった。

私見はすでに、無権代理人が本人を相続した場合、本人が無権代理人を相続した場合とを通じて、単純・単独相続

の場合、単純・共同相続の場合を問わず、可能なかぎり本人と無権代理人の責任の併存を貫徹しようとする併存貫徹説ともいべき立場に立つことを明らかにしているが、本稿では改めて従来の判例と学説を振り返り、無権代理と二重相続が問題となった事案を検討して、無権代理と相続が問題となるすべての場合に統一的考察を試みたい。

(1) 高森八四郎「無権代理における代理人ないし本人相続」林・安永編民法I総則物権六四頁。同「無権代理及び他人物売買と相続」関大法学論集三七巻五・六号二六一頁以下。

(2) これまで学説はほとんどが判例批評という形で展開されており(モノグラフィ―は後掲鈴木(直)論文と前掲高森論文くらいしかない)、しかも他の学説を引用批判するとき、必ずしもその判例の事案を詳細には検討しないので、学説の主張・内容があいまいなままであることが多かった。そのため、本稿では改めて、事案と学説とを対比して論ずる必要性を痛感した。

一 無権代理と相続をめぐる判例と学説

(一) 大審院の判例及び学説

(1) 大審院昭和二年三月二二日判決(民集六巻三号一〇六頁)。―判例①―

(1) 事案は以下の通りである。Bが祖父Aの代理人と称してY銀行と当座貸越契約を締結し、そのための根抵当としてAの土地をYに抵当に入れ登記も済ませたところ、Aは右無権代理行為を追認も追認拒絶もしないまま死亡し、Bが家督相続をした。ところでXはAに貸金があり、Aの生前Aより弁済を受けていなかったたので、その債権の強制執行にかかったが、その債務の相続人であるBには本件不動産の外財産がなかった。そこでXは、Y銀行が前記の債権及び抵当権を得ているのはBの無権代理行為によるものであり、その行為はまだ追認されていないから、Bは無権代理の本人の相続人としてそれを追認拒絶する権利があると主張し、Bの追認拒絶権を民法四二三条により代位行使し、

Yに對して債權及び抵當權の無効確認並びに登記の抹消を請求したのが本件である。一審・二審X勝訴。

大審院は「無權代理人カ本人ヲ相統シ本人ト代理人トノ資格カ同一人ニ歸スルニ至リタル以上本人カ自ラ法律行為ヲ為シタルト同様ノ法律上ノ地位ヲ生シタルモノト解スルヲ相当トス恰モ權利ヲ処分シタル者カ實際其ノ目的タル權利ヲ有セサル場合ト雖其ノ後相統其ノ他ニ因リ該処分ニ係ル權利ヲ取得シ処分者タル地位ト權利者タル地位トカ同一人ニ歸スルニ至リタル場合ニ於テ該処分行為カ完全ナル効力ヲ生スルモノト認メサルヘカラサルト同様ナリト謂フヘク之ニ反シ単ニ無權代理行為ナリトノ理由ニ基キ叙上ノ如ク無權代理人カ本人ヲ相統シタル場合ト雖同人ハ其ノ本人タル資格ニ基キ追認ヲ拒絕シ得ヘク從テ又無權代理人タル資格ニ於テ損害賠償ノ責ニ任スルコトヲ得ヘシト謂フカ如キハ徒ニ相手方ヲ不利益ナル地位ニ陥ルル結果ヲ生スルコトヲ免レ難ク其ノ許スヘカラサルコト言ヲ竣タサル所」である」と判示して、破毀差戻の判決をした。

(ii)旧法時代、無權代理人が本人を家督相統した場合、その無權代理行為は当然有効になるとするのが、大審院判例の確定した立場であるが、本判例(判例①)はその先例となった判例であつて、ここで説かれた、無權代理人が本人を相統した場合には、本人自ら法律行為をなしたのと同様の法律上の地位を生じるという論理は、その後の判例を貫く基本的立場となつた。事案としては、本人の債權者が無權代理人に代位して本人の追認拒絕權を相手方に対して代位行使したところに特殊性があつた。

本判例の判批として穂積重遠・判民昭和二年度二一事件八六頁があり、同八八頁は、相統は人格即ち法律上の地位の承継であるから、相統により無權代理行為は当然有効になると解すべきであつて(人格承継説)、本判決が「本人が自ラ法律行為ヲ為シタルト同様」と明言したのは注目すべきだが、それに續けて自己の有しない權利を処分した者

が後にその権利を取得した場合と同様である旨判示したのは、見当違いの議論であると批判している。

(2) 大審院昭和九年九月一〇日判決（民集一三卷二〇号一七七七頁）。—判例②—

(i) 事案は以下の通りである。Yは昭和四年五月一六日Aから本件不動産を買受け同日所有権移転登記をした。ところが、Aはその当時脳症の為精神錯乱の状態にあり、本件売買及び登記は、Aの養子BがAから代理人選任の委任を受けたもののように装って、A名義の委任状を偽造し、Cを代理人に選任してなさしめたものであった。その後、Aは右無権代理行為について追認も追認拒絶もしないまま同年八月三一日に死亡し、Bが家督相続をしたが、Bは昭和六年一月二六日破産宣告を受け、Xがその破産管財人となった。そこでXは、YはBの行為によって本件不動産の所有権を取得すべき筈はないし、仮にBはその無効を主張しえなとしてもXは破産管財人として右売買について第三者の地位にあるから、Bの地位に拘束されないと主張して、Yに対して無効な売買に基づく登記の抹消を求めたのが本件である。無権代理人の破産管財人が無権代理の無効を主張したケースである。一審・二審Y勝訴。

大審院は、「無権代理人カ本人ヲ相続スルトキハ本人カ自ラ法律行為ヲ為シタルト同一ノ法律上ノ地位ヲ生スルモノト為スコトハ既ニ昭和二年三月二十二日当院言渡大正十五年（オ）第一〇七三号事件判決ニ依リテモ是認セラレタル法理」であり、相続人である無権代理人の破産管財人も、「無権代理人ノ意思表示カ本人ノソレト認メラルルニ至リタル事由ソノモノハ破産財団ノ減少ト適切ナル關係ナク破産債権者保護ノ為メニ相手方タル被告人ヲシテ其ノ結果ニ付キ責ヲ負ハシム可キ喫緊恰当ナル理拠」がない旨判示して、Xの上告を棄却した。

(ii) 本判例（判例②）の判批として於保不二雄・民商一卷四号三一〇頁がある。於保判批は、本判決が無権代理行為が相続により有効になると判示した根拠については、判例①を引用するのみで、別に説明するところがないから、判

例①に遡って考察する必要があるとし、判例①が無権代理人が本人を相続した場合、非権利者が処分の後相続その他により権利を取得した場合と同様である旨判示している点に注目して、判例①は、「無権代理人が本人を相続した場合にも所謂非権利者の処分の追完 (Konvaleszenz) が為されるとして追完の理論に拠って無権代理行為も本人自ら法律行為を為したると同様有効となる。」(於保・前掲三一三頁) ことを認めたものだとする(追完説)。

於保説によれば、無権代理人が本人を相続した場合は、非権利者の行為の追完の一場合として追完の理論に従って説明すべきであり、「本人カ自らシタルト同様」という説明の如きは単なる比喩的な説明にすぎず、むしろ「本人が自ら追認したると同様」の効力を生ずるものと説明すべきであったということになる。

右のように追完説にたつ於保判批は、人格承継説に対して次のように批判する。たとえば、無権代理人が無能力者であった場合は無権代理人としての責任を負わないが(一一七条二項後段)、人格承継説にたつときは、かかる場合の無権代理行為も当然有効ということになって無能力者の取消権を奪われるという不当な結果を生じる。また、遺言執行者の任命があつた場合や無権代理人が共同相続人の一人である場合など、相続人は相続財産について管理处分権を有しないにもかかわらず、偶々前に無権代理行為をなしていたというのみで、その行為が確定的に有効となるのは不当であると主張する。追完説の立場ではこれらの場合、無権代理人が本人を相続しても、相続財産を拘束すべき債務行為をなし又は処分する権限を有していないから、相続したからといって直ちに無権代理行為は追完されない。能力者となるか、遺言の執行が終了し、あるいは特別の授權を得た場合に始めて追完される。但し無能力者の場合には特に取消権の保護がある。無権代理行為の相手方は、かかる不確定の状態に長くあることを欲しなければ、一一五条又は一一七条の方法を選べばよい、ということになる。⁽¹⁾

(3) 大審院昭和十三年一月一六日判決（民集一七卷二二二二六頁）。—判例③—

(i) 事案は以下の通りである。AはYの連帯保証の下にCに対して、大正一一年中に各々千円の金員（合計二千元）を貸付けていたが、昭和一〇年五月一八日に死亡したので、Aの嫡孫でありAの法定推定家督相続人であったB（当時未成年者）が、その家督を相続すると同時にその債権も相続した。ところでAはその生存中、将来Bを廃嫡してX（Bの父の実弟）を自己の家督相続人とする意図の下に、XとBの母を婚姻させていた（即ち、Bの叔父であったXは、Bの母との婚姻によりBの継父となった）。このような事情があったので、昭和一〇年五月二四日Aの遺志を尊重しようとする親族協議の結果により、XはBの法定代理人としての資格において、二千元の金銭債権を含む相続財産全部を自己に対して贈与した。この金銭債権の贈与については、Xが同月末主債務者Cに通知し、その承諾を得ている。昭和十一年八月二日BはXをその家督相続人に指定し隠居した結果、Xはその家督を相続した。そこでXは主債務者Cが弁済しないので、連帯保証人であるYに貸金の請求をしたのが本件である。無権代理人が相続後無権代理行為の無効を主張したケースではない。一審・二審X勝訴。

大審院は、Bの法定代理人であったXが、未成年者Bを代理して本件債権の贈与を受けた行為は、利益相反行為であり法律上無権代理行為と解される旨判示した上で、「後日右未成年者ハツノ(B)ノ隠居ニ因リ自ラ其ノ家督相続ヲ為シ右無権代理行為ノ追認権ヲモ承継シタル結果右贈与行為ヲ以テ結局有効ニ帰シタルモノト判断シタルモノナレハ被上告人(X)カ右贈与ニ因リ有効ニ本件債権ヲ取得シタル趣旨ナルコト原判文上明白ナリトス」と判示して、Yの上告を棄却した。

(ii) 本判例（判例③）の判批として杉之原舜一・民商九卷五号一〇二二頁がある。⁽²⁾ 杉之原判批は、無権代理人が本人

を相続した場合に、その無権代理行為は原則として追認をまたずに有効になるとすることは、取引の実際からみて極めて妥当な結果であり、その意味において従来の判例及び本判旨は正当であると評価できるが、本判旨が無権代理人が相続により本人の追認権を承継したという理由で、本件無権代理行為は当然有効になると判断しているようであるのは疑問であると評する。何故なら「無権代理行為を追認するや否やは本人の自由であるから(民一一三条一項参照)、かかる本人の追認権を相続により承継した無権代理人も亦その追認権を行使するや否やは自由であるともいえるのであるから、追認権の承継ということだけで直ちに無権代理行為が当然有効となるというのは少くともその説明に於て不十分といわねばならぬ。」(杉之原・前掲一〇二七頁)からである。⁽³⁾

そして杉之原判批は、追完説が人格承継説に対してなした批判(即ち、無権代理人が無能力者である場合、遺言執行者の任命がある場合、無権代理人が共同相続人の一人である場合等に人格承継説に従えば生じる不当な結果)はまことに正当であるとしながらも、追完説が、「無権代理人が本人を相続することによりその無権代理行為が追認を要せずして確定的に有効とされるのは、理論的には相続によるのではなく、相続によって例えば本件の如く無権代理行為の目的たる物又は権利に対し処分権を取得するためであることに疑いが存する。」(杉之原・前掲一〇二九頁)と、追完説を批判する。即ち、追完説の立場にたてば、「例えば甲の相続人乙が代理権なくして甲所有の或不動産を丙に譲渡した場合、後日甲が乙に対して当該不動産を贈与するならば、乙はその無権代理行為の目的たる右不動産の処分権を取得するのであるから、右無権代理行為は本人甲の追認をまたず当然有効と確定され、本人甲はその追認なきにかかわらず右乙の無権代理行為の効果を帰属せしめられるという不当な結果を生ずる。」(杉之原・前掲一〇二九頁、一〇三〇頁)からである。

杉之原判批は、追認をまたず無権代理行為は追完され当然に有効と確定される根拠を、無権代理人のその行為に対する完全なる追認権の取得によるものと解し「無権代理人が本人を相続しその追認権を承継取得しその行為を追認し確定的に有効ならしむることを得る地位にある場合、その追認権を行使するや否やは権利者たる無権代理人の任意であり、無権代理人はその行為を拒絶し得るとするならば、形式的概念的にはともかく、実質的には無権代理人をして自己が欲してなしたる法律行為の効力の発生を自ら阻止し得ることを認めることとなり、私的自治の精神に反し信義則にもとるところ大なるものがある。」(杉之原・前掲一〇三一頁)と説明する(信義則説)。もっとも信義則説の立場でも、無権代理人が無能力者である場合、遺言執行者の任命がある場合、無権代理人が共同相続人の一人である場合等、自ら単独で或は有効に追認権を行使できない場合は除かれる。

このように信義則説は、無権代理人が相続によりその行為に対する完全な追認権を取得したとき(但し、右の例外を除く)は、私的自治の精神ないし信義則により追認を拒絶できないから、その無権代理行為は相続により追認をまたず当然有効に確定されると説き、本判旨もこのような趣旨に理解してこそ、従前の判例より理論的説明において数歩前進していると評する。

(4) 大審院昭和一七年二月二五日(民集二二卷四号一六四頁)。—判例④—

(1) 事案は以下の通りである。Aは昭和三年一月二九日に死亡し、親族会は昭和三年三月二五日Aの戸籍上の妻であるY₁を家督相続人に選定した。これに対してAの次兄BはY₁に対して婚姻無効確認の訴を提起し、親族会員に対しては親族会決議無効の訴を提起、いずれもB勝訴の確定判決を得ている。またAのもうひとりの兄Xは、これとは別に親族会決議に対する不服の訴を提起し、Y₁がAの家督相続人として戸主権を行使することを停止しBをしてこれを代

行せしめAの相続財産を管理せしむべしとの仮処分決定を申請し、昭和三年五月二三日その旨の仮処分決定を得た。ところがB（Aの相続財産管理人）が昭和七年十月三日に死亡し、Bの選定相続人であるXがBの家督を相続した。その後昭和八年三月一日Xは親族会の選定によりAの家督相続人になったので、昭和八年三月九日B家を隠居、Xは昭和九年三月二八日Y₁に対する家督相続回復の訴に勝訴の判決を受けこれが確定したので、同年五月二五日その旨の届出をしてAの家督を相続した。ところで、Aには不動産があったが、Y₁はAの家督相続人に選定されたのを奇貨として、これらの不動産をY₂に移転し、あるいはY₂のためにY₃・Y₄に抵当権を設定し、Y₃・Y₄がこれを競落するに至った。そこでBはAの相続財産管理人として、昭和六年一〇月一五日Aの家督相続人たるべき者のために訴を提起し、Y₁に対しては家督相続による所有権取得登記・所有権保存登記の抹消、Y₂・Y₃・Y₄に対しては所有権取得登記の抹消をそれぞれ請求し、Xは昭和八年一月二日Bの訴訟を承継したのが本件である。

Y₃・Y₄は抗弁して、Y₃・Y₄及びBの示談交渉の結果、昭和七年五月七日Bは両名が競落によって所有権を取得したことを認め、その代償として両名より金八千円をBに交付する旨の裁判上の和解が成立し、両名において同金額をBに支払ったと主張した。

原審はY₃・Y₄主張の右の事実を認め、BにはAの相続財産を処分する権限はないから、BがY₃・Y₄となした和解はBの無権代理行為であるが、XはBの家督を相続した後隠居しAの家督を相続したのであるから、XはBの無権代理行為の本人たる地位に就いたものと判断され、XはY₃・Y₄に対してBの無権代理を主張できないとして、Y₃・Y₄に対するXの請求を棄却した。

Xは上告して、原審の右の判断は昭和二年三月二二日の大審院判決（判例①）と同様の考察によるものであるが、

無権代理人が本人を相続した場合は、あたかも追認があったと同様に考察しようとする判例①の趣旨は、純法理論の導く不当な結果を排除しようとする倫理的性質を多分に包含するものであり、本件のように無権代理人(B)の家督を相続しその地位を承継する一方、偶然的に本人(A)の家督相続人を選定され本人の地位に就くことになったXには、何ら倫理的に非難されるべき理由がないから、前記原審の判断は不当であると主張した。

大審院は、「無権代理行為ヲ為シタル者ノ家督相続人カ隠居ヲ為シタル後更ニ他家ノ家督相続ヲ為シテ本人ノ地位ニ就キタル場合ニ於テハ別段ノ事情ナキ限り本人自ラ法律行為ヲ為シタルト同様其ノ行為ノ効果ノ自己ニ帰属スルヲ回避シ得サルコト彼ノ無権代理人カ自ラ本人ノ相続ヲ為シ其ノ地位ヲ承継シタル場合ト何等択フトコロナキモノト解スルヲ相当トス蓋シ無権代理人ハ其ノ為シタル代理行為カ本人ニ依リ追認セラレサル限り原則トシテ相手方ニ対シ損害賠償其ノ他ノ債務ヲ負担スヘク此ノ債務ハ無権代理人ニ付家督相続開始セラルトキハ其ノ相続人ニ依リテ承継セラレ相続人カ其ノ後隠居ヲ為シテ他家ニ入ルコトアルモ依然之カ履行ノ責ヲ免レ得サルハ民法第九百八十九条第一項ノ規定ニ照シ疑ヲ容レサルトコロナルヲ以テ斯ル債務ヲ負担セル者カ本人ノ地位ニ就キタル場合ニ於テハ寧ロ相手方ニ対シ無権代理行為ノ追認ヲ為スヘキコソ相当ナレ今更追認ヲ拒絶シテ代理行為ノ効果ノ自己ニ帰属スルコトヲ回避セムトスルカ如キハ信義則上許サルヘキニ非サレハナリ」と判示して、Xの上告を棄却した。

(ii)本件は、Aの相続財産管理人であるBがAの所有不動産についてY・Yとなした裁判上の和解が無権代理行為と判断され、Bの死後Bの家督を相続しBの無権代理人としての責任を承継することになったXが、隠居後今度はAの家督を相続し本人としての地位に就くことになったという事案である。

Xは上告理由において、無権代理人が本人を相続した場合その無権代理行為が当然有効になるとする判例①の趣旨

は、理論の導く不当な結果を排除しようとする倫理的意味をもつもので、本件のように偶然に無権代理人と本人の両者の地位を相続した場合には、相続人には倫理的に非難されるところがないから、判例①の適用されるところでない⁴⁾と主張した。これに対して大審院は、本件のような場合も、無権代理人が本人を相続した場合と異ならないと判断し、その理由として、相続により無権代理人の責任を承継した者は、隠居して他家に入っても依然その責任を負担するのであり、その者が本人の地位に就いたからといって今更追認拒絶を認めるのは信義則に反すると述べている。

(四) 本判例(判例④)の判批として四宮和夫・判民昭和一七年度一二事件四二頁がある。本件は二重相続により無権代理人の地位と本人の地位とが同一人に帰属するに至ったという、従来の判例(判例①・②・③)とは異なる特殊性をもつ事案であるが、四宮判批は、「通常の場合と同様に論じて差支ないことは、まさに判旨のいうとおりであり、この点は本判旨にとってあまり重要ではない。注目すべきことは、判旨がかかる場合に代理行為が有効となる根拠として、従来の判例理論に従うことなく、『信義則』を採用したという事実である。」(四宮・前掲四四頁)と評する。

四宮判批は、判例①の判旨を、「本人自ら法律行為ヲ為シタルト同様ノ法律上ノ地位ヲ生ジタルモノ」という第一の根拠と、「自己の有せざる権利を処分した者が後に該権利を取得した場合に該処分方法が完全な効力を生ずるものと認めなければならぬと同様である」という第二の根拠、「無権代理人が本人を相続した場合にも追認を拒絶しうべしというが如きは徒らに相手方を不利益な地位に陥れる結果を生ずる」という第三の根拠に分析し、人格承継説は第一の根拠、追完説は第二の根拠、信義則説は第三の根拠にそれぞれ対応するもので、本判旨もこの第三の信義則説に従うものであるとする。しかし、信義則説の根拠からだけでは、追認拒絶を禁止できても、無権代理行為が相続と同時に当然有効になるという結論を導きだせないし、拒絶は相手方にとり必ずしも不利益でないから、信義則を援用す

る余地はないと批判する。

そして四宮判批は「無権代理人が本人を相続して本人たる資格と無権代理人たる資格とが同一人格に融合したとすれば（相続によって「人格の承継」を生ずると説くまでもなくただ当該代理行為において、無権代理人が本人たる資格を承継し、そこに本人たる資格と無権代理人たる資格とが同一人格に融合すると考えれば足るのである）本人と代理人とはもはや他人ではなく、従って「代理権」の媒介を必要とせずして理論上当然に法律行為の効果がその人格に帰属することに確定し、通常の——自己のためになされた——法律行為となると考えられる。」（四宮・前掲四六頁）と主張する（資格融合説）。この資格融合説は、一種の追完を説くものであるが、第二の根拠より第一の根拠に該当する。ただし、人格承継説とは異なって、無権代理人が無能力者である場合、遺言執行者のある場合、無権代理人が共同相続人の一人である場合等は、資格融合説というものは「相続の開始と同時に当然確定的に無権代理行為が通常の法律行為になる」とどまり、やはり管理権（処分権を含む）の制限せられた範囲内では当該行為の効果の帰属が排斥せられるのであるから、不当の結果を生ずる虞れは存しないのである。」（四宮・前掲四七頁）と説く。⁽⁵⁾

(1) 本件の判批として他に実方謙二・法学四巻七号二頁がある。

(2) 杉之原判批は、無権代理行為の効果論を前提として、利益相反行為が無権代理行為といえるかについて論じているが、むしろ自己契約の事案とみるべきである。相続によって代理人が本人の地位を承継したなら、この自己契約は当然有効となり、本人に対する債務者および保証人が自己契約の無効を主張するのは正当な利益がないものと解される。

(3) しかしながら、本件は無権代理人が自らなした無権代理行為に基づき、連帯保証人に弁済を請求しているのであるから、単に追認権を承継しただけではなくて、現に追認をしているものと解すべき事案であることに注意すべきである。

(4) 本件におけるXのY₁・Y₂に対する主張及びそれに対する判断は、事案の簡略化のため省略する。

(5) ただし、四宮教授は後述するように改説されたようである。

(二) 最高裁の判例及び学説

(1) 最高裁昭和三七(四)月二〇日判決(民集一六卷四号九五五頁)。—判例⑤—

(1) 事案は以下の通りである。Yの父Aは昭和一三年一月二六日自己の借財整理のため、自己所有の本件家屋の敷地をXの先代に売渡した際、Yを代理する権限がないにもかかわらずYの代理人としてY所有の本件家屋をも同時に売渡した(Yは当時応召中)。その翌日X名義で右不動産の移転登記が行なわれたが、A夫婦はXからその家屋を賃借して引き続きその家に居住していた。昭和一五年一月一日Aは死亡しYがその家督を相続したが、Aの死亡までの間にYはAの無権代理行為の追認も、追認の拒絶もしていない。終戦後、XはYより本件家屋の階下部分の返還を受け、その家屋に接続したY所有の建物一坪を無償で使用し、他方Yは引続き階上部分が無償で使用することになった。その後X・Y間でこの相互の使用関係について紛争が生じ、昭和二二年三月一〇日YはXに対して、本件家屋はYの所有でありYの父Aが何らの権限なくこれをXに売渡したものであるとして、右家屋の所有権移転登記の抹消登記手続請求の訴を提起し、昭和二七年七月二五日Y勝訴の判決が確定した。これによりYよりXへの所有権移転登記は抹消された。そこで今度はXがYに対して、本件建物の階上部分の明渡しと建物の所有権移転登記請求の訴を提起したのが本件である。第一審Y勝訴。

Xは控訴して、①第一次的請求原因として、Aは一一七条所定の無権代理人としての履行責任を負うべきで、Aを相続したYは、Aの債務を承継履行すべきだとし、②予備的な請求原因として、Aの無権代理によってなされた売買契約が本人Yの追認も追認拒絶もないうちに、Aが死亡しYがAを相続したのであるから、この相続とともに、売買契約は完全なものとなり、そのときにXは本件家屋の所有権を取得したと主張した。

控訴審は、Xの①の主張を却けたが、予備的な②の方は認め、「本人による追認の拒絶のないまま無権代理人が死亡し本人によって相続せられた場合には本人たる資格と無権代理人たる資格とが同一人に帰属するに至るわけであるから、このような場合には本人は一方では無権代理人たる資格で民法第一一七条の責に任じ、他方では本人たる資格で追認を拒絶するという風に両方の資格を分離主張することは許されず、したがって無権代理人の相続人としての民法一一七条に基く義務も、本人としての追認拒絶権も共に消滅に帰し、結局相続と同時に無権代理行為の瑕疵は追完されその時以降無権代理による契約は有効となるものと解するのが相当である。そしてこのことは無権代理人が本人を相続した場合と何等異らないものと解する。」と判示した。Y上告。

最高裁は、「原判決は、無権代理人が本人を相続した場合であると本人が無権代理人を相続した場合であるとを問わず、いやしくも無権代理人たる資格と本人たる資格とが同一人に帰属した以上、無権代理人として民法一一七条に基いて負うべき義務も本人として有する追認拒絶権も共に消滅し、無権代理行為の瑕疵は追完されるのであって、以後右無権代理行為は有効となると解するのが相当である旨判示する。

しかし、無権代理人が本人を相続した場合には、自らした無権代理行為につき本人の資格において追認を拒絶する余地を認めるのは信義則に反するから、右無権代理行為は相続と共に当然有効となると解するのが相当であるけれども、本人が無権代理人を相続した場合は、これと同様に論ずることはできない。後者の場合においては、相続人たる本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても、何ら信義に反するところはないから、被相続人の無権代理行為は一般に本人の相続により当然有効となるものではないと解するのが相当である。

然るに、原審が、本人たる上告人(Y)において無権代理人亡永蔵(A)の家督を相続した以上、原判示無権代理行為はこ

のときから当然有効となり、本件不動産所有権は被告(X)に移転したと速断し、これに基いて本訴および反訴につき上告人敗訴の判断を下したのは、法令の解釈を誤った結果審理不盡理由不備の違法におちいったものであって、論旨は結局理由があり、原判決中上告人敗訴の部分は破棄を免れない。」と判示して、本件を控訴審に差戻した。

(ii)大審院時代、無権代理と相続が問題となった判例はすべて無権代理人が本人を家督相続したという事案であったが(但し判例④は無権代理人を家督相続した後隠居して本人を家督相続したという二重相続の事案)、本判例(判例⑤)ははじめて本人が無権代理人を相続(但し家督相続)した場合の、その無権代理行為の効果が問題となった事案である。本件において控訴審は、本人が無権代理人を相続した場合も、無権代理人が本人を相続した場合と何ら異ならず、相続と同時に無権代理行為の瑕疵は追完されて、その時以降無権代理による契約は有効になると判示した。

これに対して最高裁は、無権代理人が本人を相続した場合には、自らの無権代理行為につき本人の資格において追認を拒絶するのは信義則に反するから、無権代理行為は相続と共に当然有効となるが、本人が無権代理人を相続した場合には、本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても、何ら信義に反するところはないから、被相続人の無権代理行為は、一般に本人の相続により、当然有効となるものではないと判示した。

(iii)本件の判批として、川添利起・判解民昭和三七年度47事件一四三頁、鈴木祿弥・法学二八卷一号一三〇頁、谷口知平・民商四七卷六号九六〇頁、高野竹三郎・民法の判例(第一版)三六頁がある。右各判批は、「被相続人の無権代理行為は一般に本人の相続により当然有効となるものでない」とする判旨の理解の仕方について、見解の対立がある。そのひとつは、無権代理人において一一七条の責任を負うべき要件(相手方の善意無過失等)がそなわっている場合には、相続により当然有効とする見解である(川添・前掲一四六頁、鈴木・前掲一三三頁)。その根拠は、

「原審で、Xは、①相続債務の履行を求める第一次請求と、②無権代理行為が相続の結果有効となったことを理由とする予備的請求とをした。原判決は、①を棄却し、これに対するXの上告はなかったのだから、この点に関する原判決は、すでに確定している。他方、原判決は、②を認容したが、最高裁は、Yの上告を入れて、『被相続人の無権代理行為は一般に本人の相続により当然有効となるものではない』として、原判決を破棄したのである。しかし、この最高裁判例は、本人が無権代理人を相続したことにより、無権代理行為が当然に有効になる場合もあることを、否定したわけではなく、『もし、Aが民法一一七条の責任を負うべき場合には、本人YがAを相続することにより、無権代理行為は有効になるから、Aが一一七条の責任を負うべき場合だったかを検討せよ』という趣旨に解すべきである。ただし、もしそうでなく、X勝訴の可能性を全面的に否定する立場に最高裁が立つとしたら、差戻をする余地はなく、破棄自判をすれば足りたはずだからである（同旨、川添後掲）。』という点にある。¹⁾

今ひとつは、「本人が無権代理人を相続した場合にも、相手方が善意無過失だと本人として追認を拒絶しても、無権代理人としての責任を相手方に対して負わねばならぬのであり、相手方が悪意有過失の場合にその責を免れうるわけである。本判決の判示は、信義則に反せぬことを理由に本人としての追認拒絶を認め、相続による当然有効説を否定したが、これによって、当然有効となるものとして売却不動産所有権の相手方への移転を速断した原審を破棄したのであるから、当然無効というのではなく、相手方は善意無過失を主張して無権代理人の責任を問うことを認めているものと思う。」（谷口・前掲九六九頁、九七〇頁）とする見解である。²⁾

なお谷口判批は、本判旨が、「無権代理人が本人を相続したときは信義則上追認拒絶を認めず、従って当然無権代理行為が有効となると解するように読まれるが、相手方が善意無過失で、行為の有効を主張するときは、本人として

追認を拒絶しえても無権代理人として責を負うべく、ただ相手方の悪意の場合に、この責任がなく、追認を拒絶しうると解すべく、信義則により常に追認を拒否しえず当然有効となるとすることは疑問である。」(谷口・前掲九六九頁)とする。何故なら、無権代理人が本人を相続した場合に当然に有効になるという解釈は、共同相続が原則である今日では、無権代理人が共同相続人の一人であった時、他の共同相続人に不当に不利益を課する結果となるからである。追認するや否やは処分に関するから共同相続人全員の同意を要するべきであり、これを得られぬときは、無権代理をなした者が単独にその責任を問われればよい。「要するに、『地位の承継』が直ちに人格承継或は資格融合だとして、無権代理行為が相続によって本人が為したと同様に当然有効になるといふのは論理の粗雑ないし飛躍の批判を免れない。『地位の承継』は無権代理関係より生ずる法律関係(一定の条件の下に生ずる形成権並びに、その行使の結果を認容すべき義務ともいえる)の承継であり、それ以上のものではないといふべきである。」(谷口・前掲九六九頁)。

右の谷口説を要約すれば、谷口説は相続によって無権代理人の地位と本人の地位とが同一人に帰属した場合の、人格承継あるいは資格融合の理由に基づく当然有効説を排除する。そして本件のように本人が無権代理人を相続した場合には、本人は本人としての地位に基づき追認拒絶できるが(本人は自ら前に意思表示をしたわけではないので、追認拒絶することは信義に反しない)、無権代理人の法上の地位を承継した以上相手方が善意無過失の場合には無権代理人としての責任を負い、相手方が悪意の場合には無権代理人としての責任を免れる。これに対して、無権代理人が本人を相続した場合にも、相続人たる無権代理人は本人の追認拒絶権を承継しているから、理論上はこの権利を行使しえ、その場合(理論上有している追認拒絶権を行使した場合)善意無過失の相手方に対しては無権代理人としての責任を負い、相手方が悪意の場合にはその責任を免れる。しかし、「無権代理人が自らなした無権代理行為を、本人

を相続してその処分目的財産を取得したに拘らず、本人より承継した追認拒絶権を行使するという矛盾した態度が信義則に反する故に、その行使が阻止される（一種のエストoppelの理論）ということによって、相手方が悪意、有過失の場合でも有効とすることが考えられるわけである。」（谷口・前掲九六八頁）。

右の谷口説の最後の部分の記述は、無権代理人が本人を相続した場合の谷口・前掲九六九頁の記述に矛盾するように思われる。結局谷口説のいわんとするところは、本人を相続した無権代理人は理論上本人より承継した追認拒絶権を有しているが（そしてそれを行使した場合には谷口・前掲九六九頁のような結果となるが）、信義則上はその行使を阻止され、単独相続の場合や、共同相続の場合でも遺産分割の結果、無権代理人が処分目的財産を取得した場合には、信義則上その無権代理行為は有効となるという趣旨かと思われる³⁾。

本件最高裁判旨や谷口説のように信義則を援用して、無権代理人が本人を相続した場合と、本人が無権代理人を相続した場合とを区別しようとする見解に対しては、「常識的には、前の場合には、当の行為をした者自身が生きていて、その行為の効力を自ら否定するのであるから、信義に反する感じが後の場合より強いことは、たしかである。しかし、法的に問題にさるべき信義則は、このようなベルゼンリッヒなものでなく、相手方と被相続人との間に存した信義則は、相続により、相続財産に附着して、相手方と相続人との信義則に移行する。相続により、相続人固有の義務も、被相続人から伝来した義務も、いまや等しく相続人の義務となっているのだから、本人が無権代理人を相続した場合と、無権代理人が本人を相続した場合とを区別し、まえの場合にだけ、追認拒絶ができる、とするのは、不当ではないか、と思う。もし、本人と相続人が、無権代理の効果を受けることをあくまで欲しないなら、相続放棄をすべきであって、相続による利益のみを享受し、相続より生ずる不利益は免れようというのは、いささか身勝手と

いふべきではないだろうか。」(鈴木・前掲一三三頁、一三四頁) という指摘がある。⁽⁴⁾

(2) 最高裁昭和四〇年六月一八日判決(民集一九卷四号九八六頁)。—判例⑥—

(1) 事案は以下の通りである。Xは昭和三三年五月頃その父であるAに無断でAの印鑑を使用し、A所有の本件土地を担保に差入れてA名義で他から金融を受けた。その後同年八月頃Xは右の金融の仲介をしたBにすずめられて、右の債務の借りかえをするつもりで、書面の内容もよく確かめぬままに、再びAの印鑑を無断で使用して本件土地の売渡証書にAの記名押印をし、Aに無断でA名義の委任状を作成してAの印鑑証明書の交付を受け、これらの書類を一括してBに交付した。ところがBは右の書類を使用して、同年八月八日本件土地をY₁に対し代金二四万五千元で売渡す旨の契約を結び、同年同月一日Y₁に所有権移転登記をした。Y₁は即日Cに売買による所有権移転の仮登記をしたが、不安をおぼえたCより同日契約が解除され仮登記が抹消されると、同月一三日Y₂に本件土地を売渡し所有権移転登記をした。

ところで昭和三五年三月一九日Aが死亡し、Aの妻とXを含むAの子八人が相続人となったが、X以外の全員が相続を放棄し、XがAを単独相続する形となった。そこでXからY₁・Y₂に対して所有権移転登記の抹消を請求したのが本件である。

第一審・第二審X敗訴。

Xは上告して、①原審は無権代理人が本人を相続して、本人と代理人の資格が同一に帰したときは、自ら法律行為をなしたのと同一の法律上の地位を生じる旨判示するが、仮にそうであるとしても、それはXの本来の相続分である一二分の一についてだけで、他の相続人が放棄した一二分の一については及ばないこと、②XはY₁・Y₂に対して移

転登記をしない旨申入れていたのであるから、 $Y_1 \cdot Y_2$ においてBをAの代理人と信ずべき正当の理由はないことを主張した。

最高裁は、「無権代理人が本人を相続し本人と代理人との資格が同一人に帰するにいたった場合においては、本人が自ら法律行為をしたのと同様な法律上の地位を生じたものと解するのが相当であり（大判・大正一五年（オ）一〇七三号昭和二年三月二日判決、民集六卷一〇六頁参照）、この理は、無権代理人が本人の共同相続人の一人であつて他の相続人の相続放棄により単独で本人を相続した場合においても妥当すると解すべきである。したがつて、原審が、右と同趣旨の見解に立ち、前記認定の事実によれば、上告人(X)は遅沢(B)に対する前記の金融依頼が亡寅一(A)の授権に基づかないことを主張することは許されず、遅沢は右の範囲内において寅一を代理する権限を付与されていたものと解すべき旨判断したのは正当である。そして原審は、原判示の事実関係のもとにおいては、遅沢が右授与された代理権の範囲をこえて本件土地を被告上告人菊池(Y_1)に売り渡すに際し、同被告上告人において遅沢に右土地売渡につき代理権ありと信ずべき正当の事由が存する旨判断し、結局、上告人が同被告上告人に対し右売買の効力を争い得ない旨判断したのは正当である。」と判示して、Xの上告を棄却した。

(ii) 本件は、無権限のXが父Aの代理人として、Bに対してA所有の土地を担保に他から金融を受けることを依頼したところ、Bはその土地を Y_1 に売却し（ Y_1 はさらに Y_2 に売却、それぞれ移転登記を経由）、後にA死亡後、他の共同相続人全員の相続放棄によりAを単独相続するにいたつたXが、 $Y_1 \cdot Y_2$ に対して所有権移転登記の抹消を求めたという事案である。

本判例（判例⑥）において、無権代理人が本人を相続した場合の無権代理行為の効果が、はじめて最高裁で問題と

なった。最高裁は判例①の判旨を引用し、「無権代理人が本人を相続し本人と代理人との資格が同一人に帰するにいたった場合においては、本人が自ら法律行為をしたのと同様な法律上の地位を生じたものと解するのが相当であり、(大判・大正一五年(オ)一〇七三号昭和二年三月二日判決、民集六卷一〇六頁参照)、この理は、無権代理人が本人の共同相続人の相続放棄により単独で本人を相続した場合においても妥当すると解すべきである。」と判示した上で、右の判断の結果、BはAの土地を担保にして他から金融を受けることを依頼されていた範囲内では、Aを代理する権限を付与されていたと解し、これを基本代理権として、Y₁にはBに右土地売買について代理権ありと信ずべき正当理由があると判断した。

(四)本件に先行する判例⑤は、本人が無権代理人を相続した事案において、「無権代理人が本人を相続した場合においては、自らした無権代理行為につき本人の資格において追認を拒絶する余地を認めるのは信義則に反するから、右無権代理行為は相続と共に当然有効となると解するのが相当であるけれども、」と判示した。従って、無権代理人が本人を相続した場合でも、以後の判例が従来の判例①の理由づけを棄て、信義則により無権代理人の追認拒絶権を否定するのではないかと推測されていたところから(谷口・前掲九六七頁、平井宜雄「本件判批」法協八三巻二二七六頁)、判例①の判旨を引用した本件最高裁判旨には批判が多い(岡本担「本件判批」家族法判例百選(第三版)一八三頁、中川淳「本件判批」民商五四巻二二一八〇頁等⁶⁾。平井・前掲二七七頁は、判例①の理由づけが妥当するのは本件のように相続放棄によって単独で相続がなされた場合に限り、本判決は解しているのであり、将来の判例が判例⑤の示唆する「信義則」による理由づけを採用することもまた十分予測できるとする。

本件最高裁判旨を批判する見解に共通しているのは、無権代理人が本人を相続した場合その無権代理行為が当然有

効になると解すると、共同相続が原則である今日では他の共同相続人の追認・追認拒絶権の自由を奪うことになるし、相手方の保護のためには無権代理人の追認拒絶権を信義則上否定するだけで十分であり、無権代理行為が当然有効ということになれば相手方の取消権も否定される結果になって不当であるという認識である。

右のような認識に基づいて本件最高裁判旨を批判する学説は、無権代理人が本人を相続しても、当該無権代理行為は当然には有効とも無効ともならず、無権代理の本人の地位が、無権代理人を含む共同相続人全員に承継されると解する。つまり本件の事案で他の共同相続人（これを仮に X_1 ・ X_2 とする）が相続放棄をしなかったとすると、 X ・ X_1 ・ X_2 は相続によってAの追認権・追認拒絶権を相続する。 X が追認拒絶をすることは信義則に反するから、 X は追認を拒絶できない。しかし X_1 ・ X_2 は X の無権代理行為とは無関係であるから、 X_1 ・ X_2 は追認することも、追認を拒絶することも自由である。そこで X_1 ・ X_2 がともに追認すれば X の無権代理行為は有効となる。しかし、 X_1 ・ X_2 のいずれか一方でも追認を拒絶すれば、 X の無権代理行為は無効となり、 X は善意無過失の相手方に対して一一七条の無権代理人の責任を負う。また相手方は、 X ・ X_1 ・ X_2 全員の追認があるまでは、取消権を有するということになる（中川・前掲一八〇頁、平井・前掲二七九頁）。

(iv) 本件の特殊性は、 X がAを単独相続しAの無権代理行為が有効と判断された結果、これを基本代理権として、 X_1 に一一〇条の正当理由が肯定された点にある。原審及び最高裁が正当理由を肯定するに際して認定した事実、 B がAの記名押印のある本件土地の売渡証書、A名義の委任状、Aの印鑑証明書所持していたという事実のみである（しかもこれらは X がAの印鑑を盗用して作成し B に交付したものである）。

判例は、一般に一一〇条の正当理由の有無を判断するに際して「本人の意思の確認」を広汎に要求しており、正当

理由を肯定するには代理権のあるらしき外観の作出について本人の何等かの作為・不作為が必要であるとの実質的考慮も窺われ、それなりに一一〇条の正当理由の有無を厳格に判断している。

その判例の態度に照らせば、本件の正当理由の認定は、いかにもずさんであるとの印象を免れない。しかし、原審は認定していないが、原審におけるY₁の主張によれば、本件土地の売買がなされた当時XはAの農業経営の一切をAから委譲され、農業経営のために債務の負担、支払等の一切をしていたとのことであり、このY₁の主張に反対する事実認定を原審及び最高裁はしていない。しかも本件土地は原野九反余りで、これが昭和三年当時二四万五千円で売買され(その当時においてはそれなりに妥当な金額である)、その売買代金はXにおいて農業経営に費消したとのことである。

これらの事実からすれば、Aは当時、事実上、農業経営のための借財をする等の権限をXに与えており(明示的には代理権を授与していなかったとしても)、実質上はBへの金融あっせん依頼は有権代理であったと評価できよう。そして売買代金はA死亡以前すでにXによってA家の農業経営に費消され(Y₁の原審における主張であるが、原審はこれに反する事実認定をしていない)、そのXがAを単独相続したのであるから、「XのBへの金融依頼と借財行為に関する無権代理行為は相続により有効となる」、「これを基本代理権としてBの不動産売却行為という越権行為についての相手方の正当理由も認められる」という原審の判断を、最高裁はそのまま認めているのではないかと思われる。この意味において本件は、きわめて特殊な事案であるといつてよい(ただしBの不動産売却行為について相手方に正当理由が認められる否かは別箇に問題となる)。

- (3) 最高裁昭和四八年七月三日判決(民集二七卷七号七五一頁)。—判例⑦—

(1) 事案は以下の通りである。Xは昭和三十一年一月一日三日Bに対して手形貸付の方法で合計金九十九万円を弁済期昭和三十一年一月一日、期限後の損害金日歩五銭と定めて貸付けた。同日、Bの妻の父Aは、妻子Y₁の代理人であるとして、Xに対して右貸付に基づくBのXに対する債務について連帯保証をした。Bは右の弁済期を徒過したが、期限後一部は弁済し、一部はXのBに対する強制執行の結果、昭和三十四年五月二十九日の段階で債務額は、残元金七〇万七千円と損害金をあわせて合計約九十三万五〇〇〇円となった。ところで、Aは右貸借の連帯保証につき、Y₁の代理権を有したことを証明できず、Y₁の追認も得ることができないまま、昭和三十四年四月二三日に死亡し、Y₁ら八人の子が各八分の一の割合でAを相続した。

そこでXがY₁ら八人に対し、右九十三万五〇〇〇円の八分の一ずつの金員と、残元金七〇万七千円の八分の一ずつの金員に対する昭和三十四年五月三〇日から各支払済までの日歩五銭の割合による金員の支払を求めたのが本件である。

第一審X勝訴。

控訴審においてY₁らは①本件のように無権代理人の相続人に本人が含まれている場合は、単独相続と共同相続とを問わず無権代理人の損害賠償債務は相続の対象とならないこと、②Xは銀行であって金銭貸借業務について精通し、業務に関連ある法規についても習熟している筈であるから、金銭貸借について要求される注意業務は一般通常人に比して高度のものであるというべきところ、Xの係員は本件取引の接衝当初AをY₁本人と誤認しており中途でY₁の父であることを知ったのであるが、親が子の印鑑等をほしのままに使用する例は極めて多いのであるから、その際当然本人たるY₁に通知または問合わせをなすべきは当然であり、このことは代理行為の内容が連帯保証契約にとどまらず、物上保証行為にも及ぶ本件においては尚更のことというべきである。しかるにXはY₁に対しなんらの照合、問合わせ

をもなさずしてAがY₁の代理権を有するものと誤信したのであるから、右代理権のないことを過失によって知らなかったものといふべくそれ故Aが無権代理人としての責を負ういわれはない。そしてその結果Y₁らもまた無権代理人の責を相続することもない、と主張した。

控訴審はY₁らの②の主張に対して、本件連帯保証契約の締結にあたり、Xの係員は、印鑑証明に記載された生年月日がAの年齢とかけはなれていたことから、AがY₁の実父でありY₁を代理して契約をするものであることを知るにいたったが「市助(A)が同控訴人(Y₁)の印鑑、印鑑証明書、担保物件の権利証等の書類一切を携え且つ主債務者たる娘婿の西橋(B)を同道して手続を依頼したので市助に控訴人得易知(Y₁)の代理権があると信じ同控訴人にその旨確かめなймаま同人との間の連帯保証契約を締結したこと及び右契約に際し当初市助自身もその所有にかかる更地を目的物として物上保証をするとの意思を表明したが、被控訴人から更地は後日他人が無断で建物を建てたりして紛争の種を残すから出来れば建物を目的物として欲しいと要請されたので、結局建物(控訴人得易知の所有である)を担保とすることにしたため、市助自らは西橋の前記消費貸借についてなんらこれを保証する立場にたたなかったこと並びに被控訴銀行(X)における金銭貸付の取扱として保証人たるべき者の代理人として他人が契約の接衝にあたる場合には直接保証人にその真意を確かめるけれども接衝者が親又は子の間柄にある場合には必ずしも保証人に直接真意を確認していなかったことをそれぞれ認めることができるから、右に認定した本件契約締結に至りたる経緯、締結時の状況等を考えれば、いまだ被控訴人が、市助において控訴人得易知の代理権を有しなかったことを知らなかったことにつき過失あるものといふを得ない。」と判示した上で、Y₁らの①の主張に対して、「次に控訴人(Y₁)らは本件の如き無権代理人の責任は相続の対象となるものではないと主張するが既に被相続人について無権代理人としての損害賠償責任が発生して

いる以上財産権に属する損害賠償債務は当然相続の対象となるものであって、このことは相続人の一人または全員が無権代理人たる被相続人に対する関係で本人の立場にあることによってなら影響を受けるものではない。控訴人が引用する最高裁判決（昭和三七年四月二〇日判決）は、本人が無権代理人を相続した場合被相続人の無権代理行為が当然有効となるものではない旨判示したにとどまり無権代理人として被相続人が負うべき責任に基づく損害賠償債務の相続性を否定したものでないこと判文に徴し明らかである。それ故この点に関する控訴人らの主張もまた採用し得ない。」と判示して、Y1らの控訴を棄却した。

Y1らは上告して、①原判決は損害賠償義務について云々しているが、本件は一一七条一項の履行請求の事件であり、履行義務の相続性が争点となっていること、②昭和三七年四月二〇日判決（判例⑤）は、本人が無権代理人を相続した場合に、相続人たる本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても、何ら信義に反しない旨判示しているが、このように本人に追認拒絶権を認める以上、被相続人たる無権代理人の一一七条一項による責任を本人に相続させるのは、本人に追認拒絶権を認めることと矛盾し、従って本人が無権代理人を相続する場合には無権代理人の責任は相続されないと解するのが当然の理論的結論であり、この理は本件のように本人が追認を拒絶した後無権代理人が死亡した場合にも等しく妥当すると主張した。

最高裁は、「民法一一七条による無権代理人の債務が相続の対象となることは明らかであって、このことは本人が無権代理人を相続した場合でも異ならないから、本人は相続により無権代理人の右債務を承継するのであり、本人として無権代理行為の追認を拒絶できる地位にあったからといって右債務を免れることはできないと解すべきである。まして、無権代理人を相続した共同相続人のうちの一人が本人であるからといって、本人以外の相続人が無権代理人

の債務を相続しないとか債務を免れうると解すべき理由はない。

してみると、これと同旨の原審の判断は正当として首肯することができる(原判示のいう損害賠償債務、責任は履行債務、責任を含む趣旨であることが明らかである)。

なお、所論引用の判例(最高裁昭和三五年(判)第三号同三十七年四月二〇日第二小法廷判決・民集一六卷四号九五五頁)は、本人が無権代理人を相続した場合、無権代理行為が当然に有効となるものではない旨判示したにとどまり、無権代理人が民法一一七条により相手方に債務を負担している場合における無権代理人を相続した本人の責任に触れるものではないから、前記判示は右判例と抵触するものではない。」と判示して、Y₁らの上告を棄却した。

(ii) 本件(判例⑦)は、Y₁とY₂の八人の子の父Aが、Y₁に無断でY₁の代理人と称してB(Aの娘の夫)のXに対する貸付債務について連帯保証契約をし、Y₁の追認を得られないまま死亡した後、Xが無権代理人Aを共同相続したY₁(本人)とY₂に対して各相続分(八分の一)に応じて連帯債務の履行を請求したという事案である。

先に最高裁は、本人が無権代理人を(家督)相続したという事案において、本人が被相続人の無権代理行為の追認を拒絶しても、何ら信義に反するところはないから、被相続人の無権代理行為は一般に本人の相続により当然有効となるものではないと判示した(判例⑤)。前述したように、右の傍点部分の解釈については、無権代理人において一七条の責任を負うべき要件(相手方の善意無過失等)がそなわっている場合には、相続により当然有効となるとする見解(川添説・鈴木説)と、相続人は本人として追認を拒絶できるが、追認を拒絶すれば、無権代理人の責任が認められる限り、その相続人たる本人はその責任を承継するとする見解(谷口説)の対立があった。

また右のように解すると、本人として追認拒絶を認めた意味がなくなるから、本人は追認拒絶をしたら無権代理人

の責任をも負担せず、結局は相手方がその損失を負担することになるとする見解（中川善之助、泉久雄「相統法（新版）」一七〇頁）もあり、Y1らの上告理由もまさにこの説に依拠するものである。これに対しては、善意・無過失の相手方保護及び共同相統人間の不公平の回避の視点から批判がある（中川美雄「本件判批」新版・判例演習民法(1)二六六頁）。

最高裁は、一一七条による無権代理人の責任（履行責任及び損害賠償責任）が相統の対象となること、このことは本人が無権代理人を相統した場合でも異ならず、本人は相統により無権代理人の右責任を承継するのであり、本人として無権代理行為の追認を拒絶できる地位にあったからといって右責任を免れることはできず、まして無権代理人を相統した共同相統人のうちの一人が本人であるからといって、本人以外の相統人が無権代理人の責任を相統しないとか責任を免れうるとか解すべき理由はない旨判示した。即ち最高裁は、無権代理人を相統した本人は、本人として追認を拒絶できるが、追認を拒絶しても一一七条の無権代理人の責任（履行責任及び損害賠償責任）を免れることはできず、他の共同相統人と同様に右責任を負担すると解したのである。これは谷口説と同旨の見解であり、最高裁は判例⑦において判例⑤の立場を踏襲しつつ、「被相統人の無権代理行為は一般に本人の相統により当然有効となるものではない」という判例⑤の判旨の意味を明らかにした。

(iii)判例⑤と本件は、同じく本人が無権代理人を相統したという事案であるが（但し、前者は家督相統、後者は共同相統）、判例⑤においては、本人が追認も追認拒絶もしないうちに、無権代理人が死亡し相統が開始したのに対して、本件においては、本人Y1の追認拒絶がありAに無権代理人の責任が発生した後に、Aが死亡し相統によるAの右責任のY1による承継が問題となっているようにみえるという事案上の差異がある。

原審及び最高裁は、Aの生前中にY₁の追認拒絶があったと明確に事実認定しているわけではない。しかし判例集に記載された原審の事実認定によれば「市助(A)は右控訴人(Y₁)の追認をも得ることができなかったことを認めることができる」とのことであり、原審はこの認定事実に基づいて「既に被相続人について無権代理人としての損害賠償責任が発生している以上財産権に属する損害賠償債務は当然相続の対象となるものであって」と判示し、これに対してY₁は上告理由において「無権代理人を本人が相続する場合には無権代理人の責任は相続されないと解するのが当然の理論的結論となる。唯、本件の場合には本人が追認を拒否した後には無権代理人が死亡しているので、改めて追認が問題になるのではないか、本人が追認又は拒否の意思表示をしないで死亡した場合と理論的に取扱いを異にする理由はない。」と主張しているからである。⁽⁸⁾

判例⑤と本件の右の差異を重視する見解は本人が無権代理人を相続する前に、本人の追認拒絶によって無権代理行為が確定していた場合には、無権代理人を相続した本人は、無権代理人の責任を免れることができないのは当然であり、本判決はこの場合の判決としては正当であると評する(遠田新一「本件判批」民商七〇巻六号九九一頁)。しかし、本判決が、本人が追認あるいは追認拒絶を明示しないうちに、無権代理人が死亡し相続が生じた場合をも含む趣旨なのか否かは不明確であり、この場合には、無権代理行為に関する本人の悪意・善意・無過失の場合を区別し、悪意の本人は無権代理責任の相続を拒否できないが、善意・無過失の本人については、限定承認または放棄のための三カ月間の熟慮期間の延長を認めるべきだと主張する(遠田・前掲九九一頁、九九二頁)。

右の遠田説に対して、星野英一「本件判批」法協九二巻九号一二三五頁は、「本人が追認を拒絶したときに無権代理人の責任が生ずる、とされている(中川||泉・前掲書一七〇頁、遠田・本件の批評など)。そして、これを前提と

するのであろうか、本人⇨相続人が無権代理行為を過失なく知らない間に相続が開始した場合に相続人が確定した債務を知らない場合と異なるから本人に責任を負わせるのは不当であるとして、三ヶ月の熟慮期間（民法九一五条）の延長を認めるべきだとの説もある（遠田・本件の批評）。しかし、民法一一七条は、本人の追認がないときに無権代理人の責任があるとしていたのであって、特に追認を拒絶したときに限ってそうなるとしているのではない。従って、本人の追認がない限り、無権代理人の責任は、相手方が無権代理人の責任を追及した以上、存在し、本人はもはや追認をして、相手方を害することができないと解すべきであろう（長尾・前掲論文二三頁以下）。第二に、そうだとすれば、熟慮期間を云々する必要はない。さらに、相続人の利益状況は、仮に追認拒絶前の状態が「未確定」であると考えても、「確定」した相続債務で不知のものを承継させる場合と全く異ならないように思われる。」と批判する。正当であろう。

(iv)さらに問題となるのは、相続人たる本人が追認を拒絶して無権代理人の責任を承継した場合、その責任の内容は何かということである。判例⑦は履行責任を含むと判示しているが、この解釈については争いがある。つまり無権代理人の履行責任を本人が承継するといっても、その履行債務の内容が判例⑦のように金銭債務である場合や、あるいは不特定物の給付義務である場合には、履行が可能であるが、特定物の給付義務の場合には共同相続人全員の同意がなければ履行は不能となるから、結局、相手方は損害賠償責任の追及によって満足するしかないという指摘である（川井健「設例民法学1」一一九頁、泉久雄「無権代理と相続」判例と学説2一一九頁）。この点を指摘する見解は、特定物の給付が問題となっている場合には、履行義務は免責されて、相手方は損害賠償責任のみを請求できると解するのである（星野・前掲一二三四頁、中井・前掲二七一頁、奥田昌道「本件判批」家族法判例百選（第三版）一八一

頁)。すなわち、判例⑤が、相統と同時に無権代理行為は有効となると解し相手方から本人に対する建物引渡・所有権移転登記手続の請求を認容した原審を放棄し、判例⑦が無権代理人の債務を相統した相統人に八分の一ずつの貸金債務を認め相手方の請求を認容した原審を肯定したのは、特定物債務と金銭債務との差異の反映であって、両判決の間には矛盾はないと解するのである。さらに、他人の不動産の売主をその権利者が相統したという事案で昭和四九年九月四日の最高裁大法廷判決(民集二八卷六号一一六九頁)が、「権利者は、相統によって売主の義務ないし地位を承継しても、相統前と同様その権利の移転につき諾否の自由を保有し、信義則に反すると認められるような特別の事情のないかぎり、右売買契約上の売主としての履行義務を拒否することができるものと解するのが、相当である」と判示したところから判例⑦は金銭債務の事案として意味があり、特定物の履行の場合にはその射程範囲外であると修正されたと解する学説もある(五十嵐清「最判昭和四九年九月四日の判批」家族法判例百選(第三版)一九九頁)。

(v) 本件には、具体的に如何なる事実があれば、一一七条二項の相手方の「過失」が認定され、無権代理人はその責任を免れうるかという問題もある。

Y₁らは、原審において、Xは金銭貸借業務や業務関連法規に精通、習熟している銀行であるから、金銭貸借に要求される注意義務は一般通常人に比して高度のものであるというべきところ、Xは取引の途中でAがY₁本人ではなくY₁の父であることを知ったのであるが、親が子の印鑑等をほしのままに使用する例は極めて多いのであるから、その際当然Y₁に通知または問合せをすべきところ、それをしなかったXには、一一七条二項の過失があると主張した。

これに対して原審は、①AがY₁の印鑑、印鑑証明書、担保物件の権利証等の書類一切を携さえ、かつ主債務者たる娘婿のBを同道して手続を依頼したので、AにY₁の代理権があると信じY₁にその旨確かめないうまま連帯保証契約を締

結したこと、②X銀行における金銭貸付の取扱として、保証人たるべき者の代理人として他人が契約の接衝にあたる場合には直接保証人にその真意を確かめるけれども、接衝者が親又は子の間柄にある場合には必ずしも保証人に直接真意を確認していなかったことをそれぞれ認めることができるから、いまだXが、AにおいてY₁の代理権を有しなかったことを知らなかったことにつき、過失があるとはいえない旨判示し、最高裁もこの原審の判断を肯定していると解される。右のように原審及び最高裁がXの無過失を認定したことに対して批判するのは、遠田・前掲九三頁〜九五頁である。遠田判批は、本件において原審がXの無過失を認定するに際して考慮した事実と、従来最高裁が一一〇条の正当理由を否定する際に考慮した事実とを比較検討し、従来最高裁の立場からすれば、本件において「契約内容について本人Y₁の意思を確認しなかった相手方Xには過失があるというほかはない」と断ずる。

右の遠田判批は、一一〇条の正当理由と一一七条二項の善意・無過失を同一あるいは同程度のものと解されているようである。

(v)私見は、一一〇条の正当理由の判断基準について、一一〇条の正当理由を否定した判例（たとえば最判昭和四二年一月三〇日民集二二卷二四九七頁、最判昭和四五年一月一五日日民集二四卷二〇八一頁、最判昭和五一年六月二五日日民集三〇卷六号六六五頁等）がしばしば用いる「代理権有無の確認手段」「本人の意思確認」という表現を「正当理由」の具体的な解釈内容の中に盛り込んでいくべきだと考えている。即ち一一〇条の正当理由を否定した判例が「本人の意思の確認」を広汎に要求するならば、「正当理由」の解釈内容として、この表現を採用し「本人に代理権の有無・範囲について問合せをすることが全く不要と感じさせるほどの客観的事情があり」それゆえに代理権の存在を信じたことが、相手方が代理権ありと信ずべき正当理由のあることと規定すべきである（高森八四郎「不動産取引

業者と民法一一〇条の『正当理由』法時五六卷三号一一九頁以下)。

私見の正当理由の判断基準に照らせば、本件のXに一一〇条の正当理由が否定されることは言うまでもない。しかしXに一一〇条の正当理由が否定されることが、直ちにXの一一七条二項の過失を認定するものと言ってよいかどうかには疑問がある。

何故なら、一一〇条の正当理由は、本人に表見代理責任を成立させるのに必要とされる要件であるのに対して、一一七条二項の無過失は、不法行為的に代理権があると称した、あるいは過失により代理権があると思った、あるいは事後の本人の追認を期待して行爲した無権代理人に、自らなした無権代理行為に基づく一一七条一項の責任を、相手方が追求する際に必要とされる要件であるからである。一一〇条と一一七条は同じく相手方保護の規定ではあるが、両者は互いに独立した規定であり、各々において要求される相手方保護の要件、その程度には、自ずと差異があるのはなからうか。文言上も、一一〇条は相手方が「其権限アリト信スキ正当ノ理由ヲ有セントキ」とあるのに対し、一一七条二項は「相手方カ代理権ナキコトヲ知りタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリントキ」と規定したのは、右に述べた差異の証左であると思われる。

一一七条二項の過失が問題となった判例に、最判昭和六二年七月七日(判時一二五一号九八頁)がある。これは、Xが主債務者Bが倒産したため連帯保証人Aに訴を提起したが、Aによる連帯保証の事実認められないとの理由で敗訴判決を受けた後に、右連帯保証はAの妻Yの無権代理行為によるものであると主張して、Yに対して一一七条一項に基づく連帯保証債務の履行を求めたという事案である。原審は、一一七条二項の過失は、相手方に悪意に近いほどの重大な過失がある場合を指すものと解したうえ、Xには重大な過失があったとはいえないとして、Xを勝訴させ

た。

これに対して最高裁は、「一一七条による無権代理人の責任は、無権代理人が相手方に対し代理権がある旨を表示し又は自己を代理人であると信じさせるような行為をした事実を責任の根拠として、相手方の保護と取引の安全並びに代理制度の信用保持のために、法律が特別に認めた無過失責任であり、同条二項が『前項ノ規定ハ相手方カ代理権ナキコトヲ知リタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラサリシトキハ之ヲ適用セス』と規定しているのは、同条一項が無権代理人に無過失責任という重い責任を負わせたところから、相手方において代理権のないことを知っていたとき若しくはこれを知らなかったことにつき過失があるときは、同条の保護に値しないものとして、無権代理人の免責を認めたものと解されるのであって、その趣旨に徴すると、右の『過失』は重大な過失に限定されるべきものではないと解するのが相当である。」と判示して原判決を破棄差戻した。

右の最高裁判旨からは、具体的に如何なる事実があれば一一七条二項の相手方の「過失」が認定され、無権代理人は免責されるのかは明らかでないが、代理権を徴表する客観的事実があり（例えば、印鑑、印鑑証明書、委任状、権利証券等の所持）、一般人が代理権があると信ずるのもっともだと思われるような事情があったが故に代理権の存在を信じたといえる場合には、他に特段の事情がない限り、相手方には一一七条二項の過失はなかったと言えるのではなからうか。

本件の場合、Xは金銭貸付業務に精通習熟している銀行であり、Xに一一〇条の正当理由が否定されるの言うまでもないが、AはYの印鑑、印鑑証明書、担保物件の権利証券を所持していたところから、一応Xには一一七条二項の過失はなかったと判断してよいのではないかと思われる（Xが銀行であることからお疑問の余地がないわけでは

(10)ない。

(4) 他の学説

以上(二)を通じて、大審院(判例①)(④)及び最高裁(判例⑤)(⑦)の判例とその判批という形で展開されてきた学説を、時の推移に即して述べてきたが、そのような形で紹介できなかった学説を、ここで述べる。

(i) まず四宮説は、従前判例④の判批の中で資格融合説を主張していたが(四宮・前掲四二頁)、次のように改説されたようである。

相統によって無権代理人の地位と本人的地位が同一人に帰属した場合、事態を本人的地位(追認権、追認拒絶権)、無権代理人の地位(一定の要件のもとでの責任)、相手方の地位(取消権)に分析し、それらが一応併存することを前提としたうえで、当該事態の利益状況を考察し(分析的立場)、無権代理人が相統によって本人の地位を承継しながら追認を拒絶するのは、信義則に反するから追認せざるをえないが、単独相統またはこれに準ずる場合には、本人の資格と無権代理人の資格とが同一人に帰属するので、追認をまつまでもなく、追完の効果が生じることを認める(四宮「民法総則(第四版)」二四三頁)。

逆に、本人が無権代理人を相統した場合には、生存者はいわば被害者の立場にあるので、無権代理人が本人を相統した場合のように生存者が信義則上追認拒絶を禁止されることにはならず、したがって単独相統の場合でも追完の効果は生じない。そして本人が追認を拒絶すれば、無権代理人の地位を相統した者として、無権代理人の責任を負うべきかが問題となるが、相手方の保護のためにはこの責任を認める必要がある、それを認めたとしても、この責任が生じるには相手方の善意・無過失が必要なので、追認拒絶を認めた実効を失わせることにはならない。要するに判例⑦

は、分析的立場を徹底してこの結論を是認するもの、判例⑤は、不徹底にも途中までを述べたものと解するのである（四宮・前掲二五四頁）。

(ii) 幾代説は、相続による本人と無権代理人の地位の同一人帰属が共同相続の一人としてのそれであることを考えると、当然有効説の結果の簡明さというものは、かなり減殺され、また両資格の使い分けを認める場合にも、本人としては効果帰属を拒否しえても、無権代理人としての責任を追求されれば結局は本人として効果を受けるのと実質的には同じような結果になる、という点が当然有効説を支える心理的支柱の一つかと思われるが、まれにもせよ無権代理人として責任を負わない場合がありうるし、この場合に、たまたま後に本人を相続したという一事をもって当然に責任を負わせることには問題があるとす。更に、無権代理行為は一種の不確定・浮動的な効力を有し、それを確定させる権能は、本人にも認められるが（追認権）、同時に相手方にも認められ（一一五条の取消権）、このような相手方の権利ないし利益は、無権代理人による本人の相続という偶然事によって当然に失われると解してよいものではない。

以上の諸点を考慮すると、無権代理人が本人を相続した場合も、本人が無権代理人を相続した場合も、いずれも地位の混同ないしは両資格の融合は生ずることなく、両資格それぞれに基づく権利義務が発生しあるいは承継され、両資格の使い分けは可能であると主張する（幾代通「民法総則」三六三頁～三六五頁）。

(iii) 最後に三宅説（三宅正男「契約法（各論上巻）一二四頁以下）は次のように説く。本人Aが追認または追認の拒絶をせずに死亡し、無権代理人BがAの相続を単純承認し、相続財産を固有財産と混同させた場合には、Bは相続財産のためにAの相続人の資格において追認を拒絶する権利を失い、Bの代理行為が代理権をとまったと同じ責任

を負わねばならない。Bが単純承認をするならばBの行為につき相続財産のため追認を拒絶することは、Bの単純相続により当然でなくなるのであり、このことは、相手方CがBに代理権のないことを知り、または知らないことに過失があった時でも変わりはない。Bの債権者(判例①)、Bが相続の後破産した場合の破産管財人(判例②)も同じである。つまり、Bが単純・単独の相続をしたならば、Bは「本人が自ら法律行為をなしたると同一の地位を有する」ことになる」と説く。これを三宅説は「代理権の追完」と呼ぶ。つぎに単純承認だが共同相続の場合にBは売買目的物の持分に関し、無権代理の主張をなし得ないが、他の共同相続人はその相続分に応じる持分に関し当然追認の自由を有する。さらに、限定承認の場合には、Bが単独相続した時にも、その固有財産と相続財産とを混同させなかったのだから、相続人の資格においてBの行為が無権代理であることを主張し追認を拒絶することができる」と説いている。

右のように、本人の固有財産と相続財産との混同・分離の観点から問題を処理しようとする三宅説は、本人Aが無権代理人Bを相続した場合には、AはBの無権代理行為の追認を拒絶することができる。Aが追認しない場合AはBの相続人の資格において無権代理の責任を免れない。この場合相手方Cは、履行を選択することができる。Aが単独にかつ単独で相続した場合、Cが履行を選択すれば、Aは固有財産と相続財産を混同させたため、履行の責任をAが単独で全部負担するから、Aに固有の追認の自由は間接的に実際上まったく無意味になる。その結果単純かつ単独の相続により、いわば代理権の追完を生ずるようにみえる。しかしこの場合には、あくまでも無権代理責任に媒介されるから、CがBに代理権がないことを知りまたは過失により知らなかったときは、Aは責任を負わない。だからBがAを単独にかつ単独に相続した場合と同じではない。つまり「追認の自由と無権代理の責任が併存し相関係する」

(三宅・前掲一二六頁)。なお単純承認で共同相続の場合には、Aが追認しなければ無権代理の責任を他の共同相続人と分割して相続する。すなわち判例⑦のように貸金の連帯保証の無権代理のときは、履行の責任を分割負担し、特定物売買の無権代理ではAはCの選択により、相続分の割合に応じ、持分の履行又は損害賠償の分割負担の責を負うから、Aの追認の自由が無意味となることはない。限定承認の場合には、たとえAが単独で相続したときでも、追認しなければ相続財産でのみ無権代理の責任(損害賠償責任)を果たせばよいから、追認の自由は意味を失わない。かように説明している。⁽¹¹⁾

(1) 鈴木判批は、本人Yが本人としての資格において追認拒絶すれば、Aの相続人としての資格で履行責任(一一七条一項)を負担するのであり、Xとしては②を認容した原審判決が上告審で破棄されるかもしれぬ危険をおもんばかって、①を棄却する原審判決につき、念のため附帯上告をしておかなかったため、思わざる敗訴の結果に陥ったとする(鈴木・前掲一三四頁)。

(2) 谷口判批は、訴訟理論の上からは川添判批の指摘するような意味に解する外ないのかもしれないとする。また高野判批は、川添判批、鈴木判批の見解の方が本件に関しては訴訟理論に適うが、本人が無権代理人を相続した場合として一般的に考えれば、むしろ谷口判批の見解によるべきだとする。即ち、信義則に反しないことを理由に本人に追認拒絶権を認め、あとは相続法の一般理論に従って無権代理人の責任が単独または複数の相続人に承継されて、相手方に対して一一七条の責任を負うものとし、相手方が悪意有過失の場合には、右責任が解除されると解する(高野・前掲四〇頁)。

(3) 高野「無権代理と相続」民法の争点I二三五頁は、無権代理人が本人を相続した場合は、人格承継説を基礎とし、これに信義則の考え方も加味して、単独相続の場合には、無権代理行為は当然有効と解されるとする。

(4) 本件には既判力の抵触の問題があるが、本稿のテーマと直接関係しないため、ここではふれない。

(5) 但し、谷口「本件判批」家族法判例百選(第二版)二〇八頁は、本件のように家督相続と同じような関係が生じている場合には、従来の家督相続・単独相続の場合における昭和二年の判決(判例①)の法理が妥当することになるといふ本判決は

正当であると考えられると評する。

(6) 高森八四郎「不動産取引業者と民法一一〇条の『正当理由』」法時五六卷三号一一九頁以下。

(7) 岡本・前掲一八二頁も「本事案には民法一一〇条の正当事由の認定について問題がないわけではない」とする。

(8) 田尾桃二調査官の解説（「本件判批」法曹時報二六卷六号九六頁）には、「右貸金の弁済期は昭和三年一月一日に到来したが、A（本文中のB）がその弁済をしなかつたので、XがYに連帯保証債務の履行として右貸金の支払を求めたところ、Yは右連帯保証契約はB（本文中のA）の無権代理行為であるといつて、これについての追認を拒絶した。そこで、Xは、Bに無権代理人の責任としてその履行を求めていたが、昭和三四年四月二三日Bが死亡し、その子であるY₁・Y₂において相続したので、昭和三八年XはY₁・Y₂を相手方として本訴を提起し、同人らに右連帯保証債務の履行を求めた。」とある。

(9) 一一〇条の「正当理由」の説明について、従来「普通の人が代理権があると信ずるのこともだと思われれること」（我々「新訂民法総則」三七一頁）という事情があり、代理権の有無・範囲について問合せをすることが全く不要と感ぜさせるほどの客観的事情があり」それゆえに代理権の存在を信じたことが、相手方が代理権ありと信ずべき正当理由のあることと規定し、むしろ従来一一〇条の正当理由について説明されてきたことが、一一七条二項の善意・無過失の説明にあてはまるのではないかと思う。

(10) 一一七条二項の過失については、稿を改めて論じたい。

(11) 以上の判例・学説を要約したものととして、高森八四郎「無権代理における代理人ないし本人相続」林・安永編民法I総則物権六四頁以下。同「無権代理及び他人物売買と相続」関大法学論集三七卷五・六号二六一頁〜二七一頁。但し、右においては最判昭和四〇年六月一八日が判決⑤、最判昭和三七年四月二〇日が判決⑥となっているが、本稿においては判決⑤が判例⑥、判決⑥が判例⑤となっている点に注意していただきたい。

(三) 私見―併存貫徹説―

私見は、無権代理人が本人を相続した場合、本人が無権代理人を相続した場合とを通じて、単純・単独相続の場合、

単純・共同相続の場合を問わず、可能なかぎり本人と無権代理人の責任の併存を貫徹しようとする併存貫徹説ともいふべき立場に立つ。

(1) まず、無権代理人が本人を相続した場合、当該無権代理行為は相続によって当然有効となることはなく、相続人に本人と無権代理人の責任が併存する。つまり、本人を相続した無権代理人は本人の追認拒絶の自由をなお保有するが、自己の無権代理行為の責任を当然負わねばならないから、追認を拒絶しても相手方の選択に従い、履行または損害賠償の責任を負い、そしてそれは相手方の善意・無過失の場合に限られる。単純かつ単独相続で履行責任を負う場合には、追認拒絶は実質上意味を失うが、相手方の善意・無過失を必要とするから当然有効説と異なり無意味となるわけではない。またこの点が、相手方の悪意・有過失でも、「代理権の追完」によって無権代理行為は当然有効となるとする三宅説と異なる。それは、無権代理人は、あくまでも代理人として行為をしており、自己に効果を帰属せしめる意思をもたず、相手方もそれを承認して行為をしているから処分行為の追完の理論は認めがたいということである。この点他人の物の売主が本人を相続した場合と決定的に異なる。

両責任の併存を理論上肯定する学説の多くは、自ら無権代理行為をした相続人は信義則上、本人の追認拒絶権を行使できず、その結果、単純・単独相続の場合当然有効になるかのように考えている（例えば谷口説）。しかし私見は、無権代理人はあくまでも代理人として行為をしているのであるから、本人を相続したとしても追認を拒絶することができ、これは必ずしも信義則に反するとはいえないと考える。無権代理人と取引した相手方は、本人の追認を得られなければ、結局無権代理人に一一七条の責任を追求するより他手段はないのであって、このような相手方保護のため法は一一七条で無権代理人の責任を規定したのであるから、相続という偶然の事情により無権代理人の責任が、一一

七条の責任より増減させられるという必要はない。無権代理行為をした相続人としては、本人の立場で追認を拒絶すれば、後は法が定めた一一七条の無権代理人の責任を負担すれば足りるのである。しかし、相手方の選択に従い、履行を請求されたならば、本人を相続することによって目的物の所有権を取得した無権代理人は履行の責を負わなければならない、實際上追認を拒絶できないのと同様の結果を生ずるが、しかしこれは法的に無意味になるのではなくて、相手方の善意・無過失の場合にのみ責任を負うのであるから、当然有効になるとか、信義則上追認を拒絶しえないという見解とはあくまでも異なるのである。私見によれば、信義則をもち出して追認を拒絶し得ないとする必要はないといわねばならない。この考え方は、谷口説をより徹底し、幾代説、辻説⁽¹⁾（辻朗「無権代理と相続」Law School No. 35七七頁）とはほぼ同旨と評することができようか。

(2) 次に本人が無権代理人を相続した場合にも、両者の責任の併存を貫徹させるべきである。この場合本人Aは、無権代理人Bの無権代理行為の追認を拒絶することができるのは、いうまでもない。Aが単純かつ単独で相続した場合、Aが追認を拒絶しても、Bの無権代理人の責任を相続するから相手方Cの選択に従い、履行または損害賠償の責任を負うが、あくまでもそれは相手方の善意・無過失の場合に限る。単純承認かつ共同相続の場合には、Aは無権代理人の責任を負うが、この場合は他の共同相続人と分割して負担する。この場合特定物の売買で相手方が履行を選択しても相続分の割合に応じて他の共同相続人と分割負担の責を負い、したがって判例⑤と判例⑦とを事案の相違にもとづいて矛盾しないと解するのではなく、あくまでもふたつの責任の併存の貫徹を認めるのである。この点は三宅説とまったく同様に解する。

但し、無権代理人の生存中（相続前）に、本人が明示的に追認拒絶をしていた場合には、後に無権代理人を相続し

た本人は、一一七条の損害賠償責任しか負担しないと解すべきではなからうか。何故なら、相続前本人が明示的に追認拒絶をした時点で、相手方としては無権代理人に対して履行責任を追求することはもはや期待できなかったであり、相続という偶然の事情で相手方に過分に利益を与える必要はないと考えるからである。もちろん明示的に追認拒絶をした本人としては限定承認をすればよかったのであるが、限定承認は共同相続人全員が共同でしなければできないし（九二三条）、我が国の相続の一般的法意識として必ずしも浸透している手続ではないことを考慮すると、右のように解するのが、相続前に明示的に追認拒絶をした本人と、その時点で履行責任の追求を期待できなかった相手方との利益の調整において、妥当ではなからうか。⁽²⁾

以上、(1)(2)の場合を通じて、本人と無権代理人のふたつの責任の併存を貫徹するのが、個々の場合に具体的に妥当な、そしてすべての場合に統一的な結論を導き出しうると考える。⁽³⁾

(1) 辻説は、信義則援用説の立場では、共同相続人の有無あるいは共同相続人間の内部的な事情で取引行為に関する無権代理行為の効力が左右されることになるのは疑問であるとし、単独相続や本人の目的財産を遺割分割により無権代理人が単独で取得した場合にも、無権代理人は追認権・追認拒絶権のいずれをも行使できると説く。

(2) 判例⑦の判旨は一般論としては妥当であるが、本人が相続前に明示的に追認拒絶をしている場合には、このような考慮が必要ではなからうか（判例⑦は本人Yが無権代理人Aの生存中に追認拒絶をしていたと思われる事案であった）。いずれにせよ一一七条の無権代理人の責任の内容は不明確な点が多く、いずれ稿を改めて論じたい。

(3) 辻・前掲七八頁も私見と同旨かと思われる。

二 無権代理と二重相続

前稿(関大法学論集三七卷五・六号二八八頁〜二九〇頁)では、無権代理と二重相続が問題となった二つの判例、名古屋高判昭和五八年八月一日(判時一一〇六号八〇頁)と東京高判昭和六〇年六月一九日(判タ五六五号一〇七頁)をとりあげ、併存貫徹説の立場からその結論のみを述べた。前者についてはその上告審判決たる最判昭和六三年三月一日が近時なされており、改めて併存貫徹説の立場から、以上三判例の事案と判旨を詳細に検討したい。

(一) 名古屋高裁昭和五八年八月一日判決(判時一一〇六号八〇頁)。

(1) 事案および判旨

昭和三五年七月頃、Aの妻BはA所有の本件分筆前の土地(農地)を、Aの代理人として、所有権移転仮登記手続に要する所有者A名義の委任状とAの印鑑証明書を添付してCに売却した(この土地は、大正六年一月三〇日婿養子であったAがBの父から家督相続したものである)。当時Aは精神分裂病のため措置入院中(昭和二七年一月二六日から昭和二八年四月一三日まで及び同年九月二日から昭和四八年六月一八日まで)であり、Aへ面会は看護婦である二女Xが時々行く程度で、Bは健康な時でさえほとんど面会に行かず、殊に昭和三五年頃以降高血圧症に悩まされるようになってからは、全く病院を訪れなくなった。Bは本件土地のCへの売却以前、昭和三五年初頃、遠縁にあたり住所も五〇〇メートル位しか離れておらず、たびたび家庭内の問題等について相談していたYの父に、本件土地の売却の話を持ちかけたが、Yにより断わられ、Yは当時右土地はAの所有だが、Aは精神分裂症のため長期にわたり入院中であることを知っていたという事情があった。

本件土地はCへの売却後CからDへ買主たる地位の譲渡がなされ、分筆されてE・F・G云々に更に買主たる地位の譲渡がありそれぞれに仮登記がなされたが、最終的にYがそれぞれの仮登記権利者から本件土地について買主たる地位の譲渡を受け、昭和四二、三年頃農地法三条による知事の許可があったので、Yは本件土地について所有権移転登記を得た。その際、昭和四三年三月三十一日不動産売渡証書が作成されているが、そこに記載されている売渡人Aの記名はBの委任を受けた司法書士が記載したものであり、その名下の印はBが押捺したものである。

その後、Bは昭和四四年三月二二日に死亡し、夫Aと二女X₁・三女X₂・二男X₃が相続したが、Aも措置入院中の病院で昭和四八年六月一八日に死亡した。そこでX₁・X₂・X₃が本件土地を相続したとして、共有持分権に基づき、Yに對して抹消登記手続を請求したのが本件である。

第一審X₁・X₂・X₃勝訴。

Yは控訴して、AはBに對して本件土地を売却する代理権を授与していたこと、仮にBがいかなる代理権も有していなかったとしても、X₁・X₂・X₃はBの死亡により本人AとともにBの無権代理人たる地位を承継し、その後Aの死亡により本人たる地位をも承継したのであるから、結局無権代理人が本人を相続した場合と同一であり、その無権代理行為は本人自らなしたのと同様の効果を生じ、X₁らは無権代理行為の追認を拒絶し得ないと主張した。

控訴審は、本件分筆前の土地の売買についてBは無権代理人であったことを認定した上で、無権代理人を相続した後本人を相続したX₁らは無権代理行為の追認を拒絶できないというYの主張に對して、「そもそも無権代理人が本人を相続した場合に追認を拒絶することが信義則上許されないとされるのは、当該無権代理行為を無権代理人自らがなしたという点に存するところ（最高裁判所昭和三五年(オ)第三号、同三七年四月二〇日第二小法廷判決・民

集一六卷四号九五頁参照)、無権代理行為を自らなしていないという点においては、無権代理人を相続した者が本人であっても、本人以外の相続人であっても異なるところはなから、無権代理人を相続した本人に追認拒絶権を認める以上、無権代理人を相続した後本人を相続した相続人についての追認拒絶権を認めないとする根拠は見出し難いといわなければならない。それ故、相続人が無権代理人を相続した後本人を相続しようとも、また本人を相続した後無権代理人を相続しようとも、いずれの相続人の場合も同列に論ずべきものである。そして、無権代理人及び本人とともに相続した相続人に追認拒絶権を認めるのであれば、少なくとも特定物の給付義務に関しては、無権代理人の履行義務についての拒絶権もこれを認めるべきである。けだし、これを反対に解するとすれば、一方で与えたものを他方で奪う結果となるからである。一方、相手方としても、本人の追認がない以上、無権代理人の相続人が本人を相続したという偶然の事情がなければ、本来特定物の給付を受け得なかつたのであるから、相続人に履行義務の拒絶権を与えたからといって、不測の不利益を蒙るというわけではない。もっとも、無権代理人の負担した義務が金銭債務の場合には、相続人に履行義務の拒絶権を認めるとしても損害賠償義務が残存することは前示のとおりであり、しかもその義務の内容は履行利益の賠償であると解すべきであるから、履行義務の拒絶権を認める実益に乏しいといわざるを得ない。それ故、金銭債務の場合には、相続人に追認拒絶権も履行義務の拒絶権も認められないと解してよいであろう(最高裁判所昭和四六年(特)第一三八号、同四八年七月三日第三小法廷判決・民集二七卷七号七五一頁参照)。

これを要するに、無権代理人及び本人とともに相続した相続人は、相続の時期の先後を問わず、特定物の給付義務に關しては、無権代理人を相続した本人の場合と同様に、信義に反すると認められる特別の事情のない限り、無権代理行為を追認するか否かの選択権及び無権代理人の履行義務についての拒絶権を有しているものと解するのが相当であ

る。」と判示した。

そして、 $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3$ には本件分筆前の土地の売買について、 B とともにそれに関与したとか、右売買を承諾していたとかいう事情はなく、むしろ Y は右売買に関し B に代理権が存しないことを知っていたというべきであるから、 $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3$ が追認拒絶権ないし履行拒絶権を行使することが信義に反すると認められる特別の事情はないとして、 Y の控訴を棄却した。

(2) 考 察

(1) 本件は無権代理人 B を本人 A とともに相続し無権代理人の地位を承継した $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3$ が、後に本人 A を相続して本人の地位をも承継したという二重相続の事案である。

$X_1 \cdot X_2 \cdot X_3$ が共有持分権に基づいて、本件土地について所有権移転登記を得ていた Y に対し、抹消登記手続を請求したところ、 Y は二重相続の場合には相続人がいずれを先に相続したかによって区別する必要があるとし、本人を相続した後に無権代理人を相続した場合には、結局本人が無権代理人を相続した場合と同一であり、相続人は追認拒絶できるが、本件のように無権代理人を相続した後本人を相続した場合には、結局無権代理人が本人を相続した場合と同一で、その無権代理行為は本人自らなしたのと同様の効果を生じるから、 $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3$ は追認拒絶できないと主張した。

これに対して名古屋高判は、無権代理人が本人を相続した場合に追認を拒絶することが信義則上許されないといわれる根拠を、当該無権代理行為が無権代理人自らがなしたという点に求め、無権代理行為を自らなしていないという点においては、二重相続の場合にいずれを先に相続した相続人についても等しく妥当するから、無権代理人を相続した

後本人を相続した相続人についてのみ追認拒絶権を認めないとする根拠は見出し難いとした上で、このように二重相続した相続人に追認拒絶権を認める以上、これを実効あらしめるためには少なくとも特定物給付義務に關しては、相続人に無権代理人の履行義務についての拒絶権も、信義に反すると認められる特別の事情がない限り認めるべきである旨判示した。

(ii)このように名古屋高判は、追認拒絶権行使の可否の判断基準を信義則に求め、その内容を無権代理行為を自らなしたか否かであると規定し、無権代理行為を自らしていない二重相続の相続人は、信義に反すると認められる特別の事情がない限り、本人としての地位に基づく追認拒絶権を行使できることはもちろんのこと、少なくとも特定物給付義務については、無権代理人としての地位に基づく履行義務の拒絶権も認められると判断した点に特色がある。

信義則に反しないことを根拠として、無権代理人の履行義務をも拒絶し得ると判示した点を批判するのは、伊藤進・橋本真「本件判批」法時五六卷一〇号一二六頁である。橋本判批は、「民法一一七条が無権代理人の責任を規定しているのは、代理制度の信用維持・取引の安全のためであり、それゆえもっぱら善意・無過失という相手方の態様が問題となるのであり、ここでは無権代理人が『無権代理行為を自らなしたかどうか』は当然には問題とはなりえないはずで(あって、そうだとすれば)追認を拒絶しうるかということと無権代理人として履行をなすべきかということとは、レベルの違う問題であるということになり、後者について信義則を用いて判断する立場に立つ場合には、単に『無権代理行為を自らなしたか否か』ということだけでは足りず、民法一一七条の趣旨に基づいて善意・無過失の相手方との利益衡量が必要とならざるをえないのではあるまいか」(前掲・一二八頁)と主張する。

橋本判批が指摘するように、相続人が本人としての地位に基づいて追認拒絶権を行使するという問題と、善意・無

過失の相手方の選択に従い無権代理人としての地位に基づく履行又は損害賠償責任を負担するという問題とは、次元が異なる。本判旨が追認拒絶を認めた以上、特定物給付義務については履行拒絶も認めなければ、追認拒絶を認めた実効性がなくなるとの実質的配慮（一方で与えたものを他方で奪うという結果）から、右の点を看過したのは不当である。

(iii) 私見の併存貫徹説の立場では、二重相続の場合にも相続人がいずれを先に相続したかを問わず、相続人に本人と無権代理人の責任が併存する。本件では、Bを相続した時点でX₁らは無権代理人の履行又は損害賠償責任を承継し、ついでAを相続した時点でAの追認権・追認拒絶権を承継する。私見は、前述（一・三）したように追認拒絶権行使の可否の判断基準を信義則に求めず、たとえ無権代理人が本人を相続した場合でも、無権代理人はあくまでも代理人として行為をしているのであるから、相続により承継した本人の追認拒絶権を行使でき、後は法の定めた一一七条の責任を善意・無過失の相手方に対して負担すれば足りると考えるから、X₁・X₂・X₃は信義則云々をいうまでもなく、Aより承継した追認権、追認拒絶権を行使できる。

(iv) 次に、X₁・X₂・X₃はBの無権代理人の責任を承継しているから、善意・無過失の相手方の選択に従い、履行又は損害賠償責任を負担する。私見は、特定物給付義務であっても事態は異ならないと考えるので、X₁・X₂・X₃は善意・無過失の相手方が履行を選択すれば、それぞれの相続分の割合に応じて他の共同相続人と分割負担の責を負う。本件のX₁・X₂・X₃は共有持分権に基づいて、本件土地について所有権移転登記を得ていたYに対し、抹消登記手続を請求しているのだから、相手方が一一七条二項の悪意・有過失であれば、結局無権代理人の履行責任を負担しないことになる、X₁らの請求は認められる。

ところで本判旨は、Xらが追認拒絶権ないし履行拒絶権を行使することが信義に反すると認められる特別の事情があるか否かを判断するに際して、「Yは本件売買に関し、Bに代理権が存しないことを知っていた」と認定している。このことから橋本判批は、「本件では、Yは悪意であったと認定されているので、Xらが無権代理人の責任を負うことはなく、結論としては本判決は妥当であるといわざるをえないが（そうすると何故履行拒絶の問題を論じたか疑問である）、その理論構成には疑問がある、といえよう。」（前掲・一二八頁）と評する。また中舎寛樹「東京高判昭和六〇年六月一九日の判批」法時五八巻九号一〇九頁も、「五八年判決（本判決）の事案においては、相手方が悪意であるため一一七条二項により免責されるにすぎないというべきであったように思われる。」とする。

たしかにYは昭和三五年初頃、Bから本件土地の売却の話を持ちかけられた際、Aが精神分裂病のため長期にわたり入院中であることを知っており、Bに代理権が存しないことについて悪意であったといえる。しかしBはYに断わられ、昭和三五年七月頃、Cに本件土地を売却したのであるから、本件のBの無権代理行為の相手方はCであって、Yではない。昭和四二・三年頃農地法三条による知事の許可があり、Yが本件土地について所有権移転登記を受けるに際して、昭和四三年三月三十一日A名義の売渡証書がBの偽造により作成されているが、これは昭和三五年七月の本件分筆前の土地のCへの売買に関する義務の履行であり、Yが本件分筆前の土地の売買（Bの無権代理行為）の相手方となったわけではない。

従ってXらが無権代理人の履行責任を免れるか否かについて検討されるべき一一七条二項の悪意・有過失は、Cについて問題となる。本判旨は、不動産会社の仲介により本件分筆前の土地がCに売却されたこと、その際所有権移転仮登記手続に要するA名義の委任状及びAの印鑑証明書が添付されていたことは認定しているが、それ以上にCがA

の措置入院の事実等を知っていたか否かについては認定していない。仮に、CがBに代理権がなかったことにつき善意・無過失であるならば、転々譲渡の後最終的に本件土地について買主たる地位の譲渡を受けたYも、前者の地位を承継し、たとえ悪意であったにせよ背信的悪意と認められない限り、X₁・X₂・X₃はYに対して無権代理人の責任を負担せざるをえないと考える。

(v) 本判旨は、①追認拒絶権行使の可否の判断基準を信義則に求めた点 ②信義に反すると認められる特別の事情がない限り、追認拒絶権はもちろんのこと、少なくとも特定物給付義務については履行拒絶権も認められると判断した点 ③Bの無権代理行為の直接の相手方でないYの悪意の認定により、X₁らは追認拒絶も履行拒絶もできると判断した点が不当である。

私見の併存貫徹説の立場では、X₁らは本人としての地位に基づき追認拒絶権を行使できるが、同時に無権代理人としての地位に基づき善意・無過失の相手方に対して履行又は損害賠償責任を負担する。このことは特定物給付義務であるからといって別異に考える必要はない。そしてBの無権代理行為の直接の相手方であるCが善意・無過失であれば、YはCの地位を承継し、Yに背信的悪意がない限り、X₁らはYに対して無権代理人の責任を負担せざるをえず、この場合X₁らのYに対する請求は認められないということになる。

(二) 東京高裁昭和六〇年六月一九日判決(判タ五六五号一〇七頁)。

(1) 事案および判旨

Xの父Aは、昭和五〇年三月五日訴外B会社がY銀行から四五〇〇万円を借り受けた際、同居の父C(Aの実父で

ありXの祖父・当時七九歳）に無断でCの代理人と称して、C所有の本件土地につき、極度額五〇〇〇万円の根抵当権設定契約を締結し、同年同月七日その旨の登記を経由した。当時、AとCは長年にわたり同居しており、別段仲の悪いことはなく、CとAの妻が本件土地で農業を経営し、Aは他の仕事に従事して、AはB会社の代表者とは仕事上密接な関係にあった。Aは本件契約に先立ち、現地調査に来たY銀行支店長代理を案内し、自分が一家の家政を処理し、土地を管理している趣旨の言動をとり、本件契約に際しては、Aは本件土地の登記済証やCの実印、印鑑証明書を所持しており、本件契約書のCの記名、捺印を代行し、登記済証や印鑑証明書をBを介してYに提出している。

その後同年六、七月ころAはCを同道してY銀行をおとずれ、B会社との間でBに提供した担保が短期間の約であったことを理由に、貸付係長に対し、本件土地についての根抵当権がどうなっているかを尋ねるとともに、「登記の抹消してもらえないか」と要請したところ、同係長は、YとB会社との取引は継続的なものであり、B社に対する運転資金としての貸付残があることを理由に、「登記を抹消するわけにはいかない。B社と交渉したらいいのではないか」と説明して、Aらに帰ってもらったが、右話し合いの間、CはAと同席し、そのやりとりを傍で一部始終聞いていながら、本件契約が無断でなされたことの異議、弁疎の申立はもちろんのこと、何らの発言もせず、その後もCは死亡に至るまで、本件登記についてYに何らの異議も述べずに放置した。

Aは昭和五三年二月一日に死亡し、相続人XはAの無権代理人の地位を承継したが、次いで同年四月二二日Cが死亡し、Xは本件土地を代襲相続するとともに本人Cの地位を承継した。そこでXは、本件根抵当権設定契約はAの無権代理によるもので無効であると主張し、Yに対して根抵当権設定登記の抹消登記手続を請求したのが本件である。

第一審X勝訴。

Yは控訴して①CはAに本件契約を締結する代理権を与えていたこと ②仮にそうでないとしてもAはCから本件土地に關し、少なくとも管理権限を与えられており、これを基本代理権として一一〇条の表見代理が成立すること ③以上がいずれも認められないとしても、CはAの無権代理行為を追認していること ④XはAの無権代理人の地位を相続して後、代襲相続により本人Cの地位を相続しているから、結局無権代理人が本人を相続した場合と同じく、本件無権代理行為は法律上当然に有効と確定すると主張した。

控訴審はYの①・②の主張を排斥した上で、③の主張に対して、「昭和五〇年六、七月頃市太郎(C)が、本件根抵当権設定登記について、控訴人(X)の担当者からその抹消を断わられたのを聞きながら、それでも本件契約が無権限でなされたなどと異議を述べることもなく帰ったという事実によれば、その際市太郎は、控訴人に対し、千代次(A)の本件無権代理行為をやむを得ないものとして容認し、本件無権代理行為に有効な代理行為と同様な法律効果を生ぜしめる旨の黙示の意思表示をして、追認したものと認めるのが相当である。」と判示した。その上で、Yの④の主張に対して、「千代次(A)が昭和五三年二月一日死亡し、被控訴人(X)が同人の権利義務一切を相続により承継したことは当事者間に争いがなく、これと前記一の被控訴人による市太郎(C)の代襲相続の事実によれば、被控訴人は、無権代理行為をなした千代次の地位を相続により承継し、しかる後に、本人である市太郎の地位を代襲相続により承継し、両者の地位ないし資格を同一人格において有するに至ったことになるところ、このような場合には、本人が自ら法律行為をしたのと同様の法律上の地位ないし効果が生じ、無権代理行為は当然有効となるものと解すべきであって、この理は、無権代理人が自ら本人の相続をなしその地位を承継した場合と何ら拮ぶところがないというべきである。蓋し、無権代理人は本人を相続することにより本人が自ら法律行為をしたと同様の法律上の地位ないし効果を生ずる筈のもので

あるから、そのような無権代理人を相続した者が更に本人を相続した場合にも右同様の地位ないし効果を生ずるものと解すべきであり、信義則上からいっても、斯かる相続人にその相続した本人の地位を用いて追認を拒絶する余地を認めるのは相当ではない(大審院昭和一七年二月二五日判決・民集二一卷四号一六四頁参照)。この点に関する被控訴人の主張は採用しない。」と判示し、原判決を取消して、Xの請求を棄却した。

(2) 考 察

(1) 本件は無権代理人Aを相続した後、本人Cを代襲相続したXが、Aのした根抵当権設定契約は、Aの無権代理で無効であると主張して、Yに対して根抵当権設定登記の抹消登記手続を請求したという事実である。

相続人が無権代理人を相続した後本人を相続したという二重相続の事実であること、及び特定物の給付義務が問題となっている点において、本件は(一)で考察した昭和五八年の名古屋高判の事実と共通性をもつ。

しかし名古屋高判が、追認拒絶権行使の可否の判断基準を信義則に求め、その信義則の内容を当該無権代理行為が無権代理人自らがなしたか否かに求め、無権代理行為を自らなしていないという点においては、二重相続の場合にいずれを先に相続した相続人についても等しく妥当するから、信義に反すると認められる特別の事情がない限り、相続人は追認拒絶も少なくとも特定物給付義務に関しては履行拒絶もできると判示したのに対し、東京高判は、相続人が無権代理人を相続した後本人を相続した場合は、無権代理人が自ら本人を相続した場合と何ら異ならず、本人自ら法律行為をしたのと同様の法律上の地位ないし効果が生じ、無権代理行為は当然有効となるものと解すべきであり、信義則上からいっても、かかる相続人にその相続した本人の地位を用いて追認を拒絶する余地を認めるのは相当ではないと判示した。

即ち、名古屋高判は、二重相続した相続人に本人の地位と無権代理人の地位との併存を認め、信義則を判断基準として事案を処理しようとしたのに対し、東京高判は、無権代理人を家督相続した後隠居して本人を家督相続したという二重相続の事案における昭和一七年の大審院判決（判例④）と同様の見解に立ち、相続人が無権代理人を相続した後本人を相続した場合には、地位の併存を認めず当該無権代理行為は当然有効になると解するのが、信義則上も妥当であるとした点に特色がある。

(ii) 本件判批として、中舎・前掲一〇六頁と内田勝一・ジュリスト八六四号九七頁がある。

中舎判批は、本判決は信義則の内容を相続人が無権代理人と本人のいずれを先に相続したかということと理解しており、従来の信義則説では必ずしも明らかではなかった信義則の内容が、二重相続の事案において問題にされざるを得なくなったが、しかし、これら兩判決のいう信義則の内容は、はたして追認拒絶権の有無を判断する基準となり得るのかについて疑問が生じるとした上で、「本判決のように相続の先後で区別をすることは、無権代理人と本人のいずれが先に死亡するかという相続人にとっては偶然の事情によって差を設けるものであって妥当なように思われない。相続人のしたことは、無権代理人と本人を相続したということのみであり、両者の立場をそっくり承継するという点では、先に本人を相続した場合となら異なるのに、相続の前後によって一方が追認拒絶できず、他方ができるとする根拠は乏しいように思われる。」（中舎・前掲一〇八頁）と、本判決を批判する。

また内田判批は、無権代理と二重相続が問題となる場合を詳細に分類した上で、本判決の「論理は一回めの相続が生じたときの法的な地位と接続する素直な考え方ではあるが、相続の順序、あるいは誰が本人（または無権代理人）であるかによってC（相続人）の法的地位が異なり、偶然の要素に左右され、Cにとって予測可能性がないとい

う問題が残る。」(内田・前掲一〇〇頁)と評する。

東京高判の判旨のように、二重相続の事案においては、相続人がいずれを先に相続したかによって形式的に無権代理行為の効果を区別し、偶然の事情によって無権代理人を先に相続してしまった相続人は、地位の併存を認められず追認拒絶できないという論理は、いかにも不当である。

両判批が、相続の順序という偶然の事情により相続人の法的地位を区別しようとする本判決を批判した点は私見も同旨であり、このように形式的に第一回めの相続の時点における相続人の法的地位(いずれを先に相続したか)を基準にして、無権代理行為の効果を左右するのであれば、たとえば無権代理人と本人が事故に遭遇し同時死亡の推定(三二条ノ二)が働らき相続人が同時に両者を相続したような場合には、如何に処理するのであろうか。

もっとも本件では、本人Cが無権代理人Aより二ヶ月余の後に死亡しているが、仮に本人Cが無権代理人Aより先に死亡していたならば無権代理人が本人を相続した事案となり、判例の確定した立場(判例⑥)では、第一回めの相続の時点でAの無権代理行為は当然有効となるから(但しAの単純相続になったか否かは認定された事実から明らかではないが)、後にAを相続したXはAの無権代理行為の無効は主張できないという結論になる。にもかかわらず、本件のように無権代理人Aが先に死亡し、Aの無権代理人の地位を承継したXが、後に本人Cの死亡によりCの本人の地位を承継したからといって、そういう相続の偶然の事情により本人の地位に基づく追認拒絶をXに認めるのは、信義則に反する、という実質的考慮が本件判旨にはあったのかもしれない。

私見は、無権代理人はあくまでも代理人として行為しているのであり、本人の追認が得られないときは、法の定め無権代理人の責任を負担すればそれで足りるのであって、両判決に対する検討で露呈されたところの曖昧模糊な内

容の信義則をここで用いる必要は何らないと考える。

(iii)次に本件判旨が、Cの黙示の追認を認定した点は疑問である。内田判批も「追認を肯定した点は本件の具体的な事実からすれば、かなり微妙である」(内田・前掲九九頁)と指摘しているが、本件のCは八〇歳の老齢であり、しかもCがAに同行してY銀行を訪れた際、Aは根抵当権設定登記の抹消をY銀行の貸付係長に要請したのであるから、そのやりとりを傍で聞いていたCが何らの異議を述べなかったにしても、はたしてCが法律的な意味を理解して、Aの無権代理行為を追認する意思であったか否かは、甚だ不明であるといわざるを得ないからである。

また仮に本件判旨が認定したようにCの黙示の追認があったのであれば、それに続けて(ii)で批判した判旨を展開する必要は何らなかったのであり、東京高判とすればCの黙示の追認の認定に自信がなく上告されることを慮って、更に相続人が無権代理人を相続した後に本人を相続した場合の無権代理行為の効果についてためおし的に論じたのであろうが、このような判旨の展開は極めて不当である。

(iv)私見の併存貫徹説に従って本件事案を検討すると、本人Cが追認をしていなかったならば(Cが追認をしていれば、その時点でAの無権代理行為は有効となっており、XのYに対する請求が認められないことは言うまでもない)、XはAの死亡によりAの無権代理人の地位を承継し、次にCの死亡によりCの本人の地位を承継したのであるから、Xにおいて両者の地位が併存する。

Xは本人の地位に基づいて追認拒絶できるが、Yが善意・無過失であるならば無権代理人の責任を負担する。そこで本件のYであるが、Aは契約締結の際本件土地の登記済証やCの実印、印鑑証明書を所持し、かつ契約に先だって現地調査にきたY銀行支店長代理に、自分が一家の家政を処理し土地を管理している旨の言動をとったのであるから、

一応Yには一一七条二項の過失はなかつたと言えるのではなからうか。従つてXは追認拒絶してもYに対して無権代理人の責任を負担しているので、結局XのYに対する本件請求は認められないということになる。

内田判批は、最終的には、いずれの場合においても両者の地位の併存を認めるのが基本的には妥当ではないかとし（この点は私見と同旨であると思われる）、但し特定物給付義務の場合には履行拒絶を認める見解である（内田・前掲一〇〇頁）が、私見は特定物給付義務であるか否かによって無権代理人の責任の内容に差異を設ける必要はないと考えるので、この点が内田説と異なる。

また中舎判批は、「單純承認をすれば、それは相続財産と相続人の固有財産との融合を生ずるのであるから（川井・注釈民法四三六三頁）、その後無権代理人が生前行つた無権代理行為を本人として追認拒絶しても、他方で無権代理人の地位の承継人として、融合した財産のなから民法一一七条の履行義務をはたさなければならなくなるのは当然で」あり、「しかし、限定承認をしていれば、無権代理人の財産を相続しても相続人の固有財産との融合を生ぜず、本人として無権代理行為を追認拒絶した後も、民法一一七条の履行義務をはたさなければならないことにならう。相続人は、相続によって得た財産の限度でのみ被相続人の債務の責任を負えば足りるからである。」（中舎・前掲一〇八頁）とした上で、本件のXは限定承認をしていないから、地位の併存説に従つて追認拒絶できるが、一一七条の履行義務は免れないとする（中舎・前掲一〇九頁）。

中舎説は、基本的に私見と同旨であると思われるが、本人の固有財産と相続財産との混同・分離の観点から無権代理と相続の問題を処理しようとする見解に、一(二)(4)で述べた三宅説があり、中舎説がこの点について三宅説に応接していないところに、疑問が残る。

(三) 最高裁昭和六三年三月一日判決（民商九九卷二号二六四頁）。

(1) 判 旨

「無権代理人を本人とともに相続した者がその後更に本人を相続した場合においては、当該相続人は本人の資格で無権代理行為の追認を拒絶する余地はなく、本人自ら法律行為をしたと同様の法律上の地位ないし効果を生ずるものと解するのが相当である。けだし、無権代理人が本人を相続した場合には、本人の資格で無権代理行為の追認を拒絶する余地はなく、右のような法律上の地位ないし効果を生ずるものと解すべきものであり（大審院昭和二年三月二二日判決、最高裁昭和四〇年六月一八日判決参照）、このことは、信義則の見地からみても是認すべきものであるところ（最高裁昭和三七年四月二〇日判決参照）、無権代理人を相続した者は、無権代理人の法律上の地位を包括的に承継するのであるから、一旦無権代理人を相続した者が、その後本人を相続した場合においても、この理は同様と解すべきであつて、自らが無権代理行為をしていないからといって、これを別異に解すべき根拠はなく（大審院昭和一七年二月二五日判決参照）、更に、無権代理人を相続した者が本人と本人以外の者であつた場合においても、本人以外の相続人は、共同相続であるとはいへ、無権代理人の地位を包括的に承継していることに変わりはないから、その後の本人の死亡によつて、結局無権代理人の地位を全面的に承継する結果になつた以上は、たとえ、同時に本人の地位を承継したものであるとしても、もはや、本人の資格において追認を拒絶する余地はなく、前記の場合と同じく、本人が自ら法律行為をしたと同様の法律上の地位ないし効果を生ずるものと解するのが相当であるからである」（Yの上告を破棄差戻した）。

(2) 考 察

(i) 本判例は(一)で検討した名古屋高判の上告審判決であり、無権代理と二重相続が問題となった事案におけるはじめの最高裁判決である。しかしこの最高裁判決は判例集に登載されていないので、上告理由等は不明であり、右判旨は本判例の判例紹介である山本敬三・民商九九卷二号二六六頁より引用した。

(ii) 本件の原審である名古屋高判に対する批判と、私見の併存貫徹説の立場からする本件の検討は、すでに(一)で述べたが、あらためて要約すると、X₁らにはBから承継した無権代理人の地位とAから承継した本人の地位とが併存し、X₁らは追認拒絶権を行使できるが、同時に善意・無過失の相手方に対して履行又は損害賠償責任を負担する。特定物給付義務であるからといって履行拒絶ができると解すべき必要はない。そして原審は、Bの無権代理行為の直接の相手方であるCの一一七条二項の過失の有無を認定していないが、Cが善意・無過失であれば、YはCの地位を承継し、Yに背信的悪意のない限り、X₁らはYに対して無権代理人の責任を負担し、この場合X₁らのYに対する本件請求は認められないと解すべきであった。

(iii) しかるに最高裁は、(二)で検討した東京高判と同じく第一回めの相続があった時点の相続人の法的地位を基準として、無権代理行為の効果を定める見解を採った。

即ち本件では、X₁らは第一回めの相続において無権代理人Bの法律上の地位を承継しており、その後本人Aを相続したのであるから、これは無権代理人が本人を相続した場合と同様であって、相続人は自ら法律行為をしたのと同様の法律上の地位ないし効果を生ずるものと解するのが相当であり、二重相続の事案で相続人は自らは無権代理行為をしていないからといって、これを別異に解すべき根拠はなく、相続人は本人の地位で追認拒絶できる余地はないと

判断した。

また本件は共同相続の事案であり、無権代理人Bの法的地位を、 $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3$ の他に本人Aが承継している。本人が無権代理人を相続した場合、判例の立場では、本人が追認を拒絶するのは信義則に反しないから無権代理行為は本人の相続により当然有効とはならず、本人は追認を拒絶できるが、追認を拒絶しても無権代理人の責任は免れない(判例⑤・判例⑦)ということになる。従って本件でもBの死亡の時点で、本人Aは無権代理人の責任を承継するとともに、本人として追認を拒絶できる地位を有しており、後にAが死亡した場合のAの相続人は、そのようなAの地位を承継したはずであるが、本件のAの相続人である $X_1 \cdot X_2 \cdot X_3$ はすでにBの無権代理人の地位を承継していたため、結局本人自ら法律行為をしたのと同様の法律上の地位ないし効果が生じ、 X_1 らは本人としての地位に基づいて追認拒絶できないと判断されたわけである。

そして、無権代理人が本人を相続した場合の唯一の最高裁判例であった判例⑥は、単独相続の事案であったが、本件のように共同相続人が無権代理人の地位を承継している場合にも、後に本人を相続することによって、本人が自ら法律行為をしたのと同様の法律上の地位ないし効果が生じることが、本判決によって確認された。

(iv)本件判旨のように、形式的に第一回めの相続の時点における相続人の法的地位(いずれを先に相続したか)を基準にして、無権代理行為の効果を定めるという見解に対しては、東京高判に対するのと同じく、相続の順序という偶然の事情により相続人の法的地位が左右されるという批判が妥当する。

もっとも東京高判の事案(相続人Xは無権代理人Aを相続した後本人Cを代襲相続した)では、逆にCがAより先に死亡していれば、第一回めの相続の時点でAの無権代理行為は当然有効となるのが判例の確定した見解(判

例⑥）であるから、後にAを相続したXは当然追認拒絶できないところ、A・Cの順序で死亡したからといってXが追認拒絶できるというのは、信義に反するという従来の判例理論を前提にした実質的配慮があったのかもしれない。

しかし本件の場合、本人Aが先に死亡していれば、X₁らは第一回めの相続でまず本人の地位を承継し、後にBの死亡により無権代理人の地位を承継しても、第一回めの相続の時点での相続人の法的地位を基準にする限り、本人が無権代理人を相続したのと同様のケースとなり、判例の立場でもX₁らは追認拒絶でき、追認拒絶したならば善意・無過失の相手方に対して無権代理人の責任を負担するという結論になるはずである。

本件判旨の見解を前提にしても、A・Bの順序で死亡していればX₁らは追認拒絶でき、善意・無過失の相手方に対して無権代理人の責任を負担すべしむところ、B・Aの順序で死亡したばかりに、X₁らは追認拒絶もできず、悪意・有過失の相手方に対しても本人の責任を負わねばならないという結果になり、相続の順序という偶然の事情により相続人の法的地位が左右されるという批判が、まさに妥当する。

右に述べたように本件最高裁判旨は極めて不当であるが、最高裁とすれば、Bの無権代理行為の直接の相手方であるCの善意・無過失を事実上認定し、その地位を承継したYに対するX₁らの抹消登記請求は認めるべきではないという実質的配慮があったのかもしれない。しかしそうであるにしても、私見の併存貫徹説の立場にたてば相続の順序を問わず、統一的かつ妥当な事案の解決を導きだせるのであり、本件最高裁判旨のような不当な一般的理論を展開する必要はないといわねばならない。

（四） 小 括

(1) 私見の併存貫徹説の立場では、すでに(一)と(三)の判例に対する考察において述べたように、無権代理と二重相続が問題となる事案においても、相続人は本人と無権代理人のいずれを先に相続したかを問わず、相続人において両者の地位が併存し、相続人は本人としての地位に基づき追認拒絶できるが、同時に善意・無過失の相手方に対して無権代理人としての地位に基づき履行又は損害賠償責任を負担することとなる。

(2) 無権代理と相続の問題を簡潔に手際良くまとめた論文として、鈴木直哉「無権代理と相続」早法三七卷一号一―二三頁以下がある。鈴木(直)説は、無権代理人が本人を相続した場合(無権代理人相続型)には、無権代理人は本人の地位と無権代理人の地位を持つが、無権代理人が追認拒絶権を行使することは信義則上許されず、本人が無権代理人を相続した場合(本人相続型)には、本人は何ら信義則に反しないから追認拒絶できるが、無権代理人の責任を承継し、但し特定物給付義務に限っては履行責任を拒絶できるとする。そして、右の結論を前提として、相続という偶発的事件によって、当事者間の関係は有利にも不利にも取扱われるべきでないという基本視点を、二重相続の場合でも維持し、第二の相続が生じたことよって、特に相手方の地位が変動しないように、かつ本人・無権代理人の死亡の先後によって結論に差が出ないように留意すべきだ、という。即ち鈴木(直)説によれば、無権代理と二重相続が問題となる場合を、内田判批の分類に従って分析し、それが「無権代理人相続型」に該当と判断されれば、相続人は追認拒絶できず「本人相続型」に該当と判断されれば、相続人は追認拒絶できる(一一七条の責任を承継する(但し、特定物債務の場合の履行責任は拒絶できる)という結論になる)。

具体的には、たとえば親Aを本人、子Bを無権代理人、孫Xを相続人、相手方をYとすると、A・Bの順序で死亡しXが相続した場合も、逆にB・Aの順序で死亡した場合(東京高判の事案)も、鈴木(直)説の分析では「無権代理人

相続型」に該り、Xは追認拒絶できない。即ち、前者の場合には、「第一の相続は『無権代理人相続型』そのものであり、Bならば追認拒絶が禁止されたはずなのに、第二の相続によりXが相続するとXが追認拒絶を許されることになる」としたら、相手方Yにとっては不測の不利益であり、この理論で後者の場合（東京高判の事案）を処理すると、「第一の相続だけならXはBの無権代理人としての地位を承継し、YはXに『純粹の』無権代理人としての責任を追求できただけであるのに、第二の相続（本人Aの死亡）によってXが本人を相続（代襲相続）し、Xは追認拒絶ができなくなる。この点では、Yの地位は、Aの死亡により有利なものになる。しかし、単純な『無権代理人相続型』において、無権代理人（≡本人の地位を承継している）の追認拒絶が禁止されることは判例・学説に異論はなく、こうした意味では、本人の死亡により相手の地位が有利になることが既に承認されている（傍点筆者）。従って、後者の場合においても、Yのこうした有利化は承認されるべきである。また、Xは祖父Aの財産を承継する潜在的可能性を有していたのだが、もともとこの可能性は父Bの無権代理行為により非常に縮減されてしまったものであったと考えれば、こうした解釈もXの地位をそう悪化させるものではなからう。逆に、ここでXに追認拒絶を許すとすると、死亡の先後という極めて偶然的要素により前者の場合と取扱を異にすることになり、均衡を失することになる。

これらの場合を名古屋高判の理論により処理すると、Xは当該無権代理行為は行ってはいないのであるから、追認拒絶を認められることにならう。このような解釈では、前者の場合においては、Yは不測の不利益を被る。また後者の場合では、Yから『承認されるべき有利化』を奪うことになるので正当ではなく、東京高判の立場を基本的に支持すべきであるとする（鈴木直・前掲一四七〜一四九頁）。

- (3) 鈴木直説がいうところの「相続という偶発的事件によって、当事者間の関係は有利にも不利にも取扱われるべ

きでない」という基本視点を私見も支持する。しかし、鈴木(直)説の分析による「Yの不測の不利益」や「Yの承認されるべき有利化」は、すべて無権代理人が本人を相続した場合には信義則上追認拒絶が禁止されることが判例・学説上異論のない大前提であると解することから導かれるが、そのように理解する点に根本的誤謬があると思われる。

私見は、無権代理人はあくまでも代理人として行為をしているのであるから、本人を相続したとしても追認を拒絶することができ、これは必ずしも信義則に反するとはいえないと考える。本人を相続した無権代理人は、本人としての地位に基づき追認拒絶をすれば、後は法が定めた一一七条の無権代理人の責任を善意・無過失の相手方に対して負担すれば足りる。仮に、相続という偶然の事情がなければ、相手方は本人の追認を得られない場合、結局無権代理人に一一七条の責任を追求するより他手段がないのであって、法はこのような相手方保護のため一一七条で無権代理人の責任を規定したのであるから、相続という偶然の事情により、無権代理人の責任が一一七条の責任より増減させられるという必要は全くないといわねばならない。

また鈴木(直)説は、相手方が善意・無過失であるか否かを全く考慮していないが、「無権代理人相続型」の場合、及び二重相続の事案で鈴木(直)説のいうところの「無権代理人相続型」に準じて処理されるべき場合、相続人は追認拒絶できないとすると、相続という偶然の事情がなければ、無権代理人にさえ責任を追求できなかった悪意・有過失の相手方を不当に利する結果となる。結局鈴木(直)説は、「無権代理人相続型」において無権代理人たる相続人の追認拒絶が禁止されるということを大前提にしている点、及び相手方が善意・無過失であるか否かを全く考慮していない点から、「相続という偶発的事件によって、当事者間の関係は有利にも不利にも取扱われるべきでない」という基本視点が貫かれていないという欠点を有している。

私見の併存貫徹説の立場にたち、すべての場合に本人と無権代理人との両地位の併存を認めてこそ、相続という偶然の事情により当事者間の関係は有利にも不利にも取扱われるべきでないという基本視点は貫かれるのである。

おわりに

一において大審院及び最高裁の判例（判例①～⑦）と学説、私見の併存貫徹説を述べ、二において無権代理と二重相続が問題となった判例を、併存貫徹説の立場から考察した。

併存貫徹説は、無権代理人が本人を相続した場合、本人が無権代理人を相続した場合とを通じて、単純・単独相続の場合、単純・共同相続の場合を問わず、可能なかぎり本人と無権代理人との地位の併存を貫徹しようとする見解である。そしてこの理は、二重相続の事案においても、相続人が本人と無権代理人のいずれを先に相続したかを問わず、等しく妥当する。

併存貫徹説の立場からする結論を各場合に分けて要約すると、まず無権代理人が本人を相続した場合、無権代理人は本人としての地位に基づき追認拒絶できるが、自己の無権代理人としての地位に基づく責任を当然負担し、善意・無過失の相手方に対して履行又は損害賠償責任を負担する。

次に本人が無権代理人を相続した場合、本人が自己の本人としての地位に基づき追認拒絶できるのはいうまでもなく、しかし追認拒絶をしても無権代理人としての地位に基づき善意・無過失の相手方に対して履行又は損害賠償責任を負担する。この理は特定物給付義務であっても等しく妥当し、善意・無過失の相手方が履行を選択すれば、無権代理人の相続人たる本人はそれに応じざるを得ず、等しく無権代理人の責任を負担している他の共同相続人に対して、

その相続分に応じて求償していくことになる。但し、無権代理人の生存中（相続前）に、本人が明示的に追認拒絶していた場合には、その時点で相手方としては無権代理人に対して履行責任を追求することはもはや期待できず、相続という偶然の事情により相手方に過分の利益を与える必要はないから、後に無権代理人を相続した本人は、一一七条の損害賠償責任しか負担しないと解すべきではなからうか。

そして二重相続の場合に、相続人はいずれを先に相続しようとも、右の理が等しく妥当し、相続人は本人としての地位に基づき追認拒絶できるが、善意・無過失の相手方に対して無権代理人としての地位に基づき履行又は損害賠償責任を負担する。右のように解してこそ、個々の場合に具体的に妥当な、かつすべての単純相続の場合に合理的・統一的な結論を導き出し得ると考える。

最後に、限定承認がなされた場合には、本人を相続した無権代理人は追認拒絶できるが、善意・無過失の相手方に対して、自己の固有財産により一一七条の損害賠償責任のみを負担し、無権代理人を相続した本人は追認拒絶できるが、善意・無過失の相手方に対して、相続財産により一一七条の損害賠償責任のみを負担する。即ち、相続人は限定承認をすれば、履行責任を免れることになる。二重相続の場合には、両方の相続において限定承認がなされた場合、一方の相続のみ限定承認がなされた場合等、いろいろな組合せが考えられる。ここではその個々の場合の結論についてはふれないが、限定承認に関する相続の法理に従い、右に述べた基準を適用して、分析すべきである。

参考文献一覽

論說

・高野竹三郎「無権代理と相続」民法の争点Ⅰ二三四頁。

無権代理と二重相続

- ・泉 久雄 「無権代理と相続」判例と学説 2 一一一頁。
- ・辻 朗 「無権代理と相続」Law School No. 35 七一頁。
- ・鈴木 直哉 「無権代理と相続」早法三七卷一号一二三頁。
- ・高森八四郎 「無権代理における代理人なしし本人相続」林・安永編ハンドブック民法 I 総則物権六四頁。
- ・同 「無権代理及び他人物売買と相続」関法三七卷五・六号二六一頁。

判例批評

判例批評を引用あるいは参考文献として挙げる時、その表題を示すことが多いが、判例批評の場合は、どの判例の判例批評であるかが重要であると考え、本稿では表題を省略し、たとえば「判批(大判昭和二年三月二日)」というように引用した。

- ・穂積 重遠 「判批(大判昭和二年三月二日)」判民昭和二年度二二事件八六頁。
- ・於保不二雄 「判批(大判昭和九年九月一〇日)」民商一卷四号三一〇頁。
- ・実方 謙二 「判批(同右)」法学四卷七号二頁。
- ・杉之原舜一 「判批(大判昭和三年一月一六日)」民商九卷五号一〇二二頁。
- ・四宮 和夫 「判批(大判昭和一七年二月二五日)」判民昭和一七年度一二事件四二頁。
- ・谷口 知平 「判批(最判昭和三七年四月二〇日)」民商四七卷六号九六〇頁。
- ・川添 利起 「判批(同右)」判解民昭和三七年度47事件一四三頁。
- ・鈴木 禄弥 「判批(同右)」法学二八卷一号一三〇頁。
- ・高野竹三郎 「判批(同右)」民法の判例(第一版) 三六頁。
- ・谷口 知平 「判批(最判昭和四〇年六月一八日)」家族法判例百選(新版) 二〇七頁。
- ・平井 宜雄 「判研(同右)」法協八三卷二号二七一頁。
- ・中川 淳 「判批(同右)」民商五四卷二号一七五頁。
- ・岡本 担 「判批(同右)」家族法判例百選(第三版) 一八二頁。
- ・栗山 忍 「判批(同右)」曹時一七卷八号一〇一頁。

- ・奥田 昌道「判批（最判昭和四八年七月三日）」家族法判例百選（第三版）一八〇頁。
- ・遠田 新一「判批（同右）」民商七〇巻六号九八五頁。
- ・中井 美雄「判批（同右）」新版・判例演習民法(1)二六一頁。
- ・星野 英一「判研（同右）」法協九二巻九号一二二七頁。
- ・田尾 桃二「判批（同右）」曹時二六巻六号九五頁。
- ・長尾 治助「判批（同右）」民法の基本判例三二頁。
- ・高野竹三郎「判批（同右）」民法判例百選Ⅰ（第二版）九〇頁。
- ・五十嵐 清「判批（最判昭和四九年九月四日）」家族法判例百選（第三版）一九八頁。
- ・高森八四郎「判批（東京高判昭和五五年二月二五日）」法時五六巻三号一一九頁。
- ・伊藤 進・橋本 真「判批（名古屋高判昭和五八年八月一〇日）」法時五六巻一〇号一二六頁。
- ・中舎 寛樹「判批（東京高判昭和六〇年六月一九日）」法時五八巻九号一〇六頁。
- ・内田 勝一「判批（同右）」ジュリスト八六号九七頁。
- ・山本 敬三「判批（最判昭和六三年三月一日）」民商九九巻二号二六四頁。

あとがき

(一) 本稿の成り立ちについて触れておきたい。本稿には二つの先行論文がある。一つは「無権代理における代理人ないし本人相続」林・安永編 民法Ⅰ総則物権（有信堂）六四頁以下であり、二つは「無権代理及び他人物売買と相続」関大法学論集三七巻五・六合併号二六一頁以下である。これらはいずれも高森八四郎（甲）の単独執筆になっている。しかし第一論文については内実においては、高森哉子（乙）の共同執筆者ともいうべき協力を得ていた。第二論文は、第一論文に若干の修正・加筆を加えて前半とし、後半に他人物売買における売主の責任を甲が追加して構成したものであった。それゆえ第二論文も実質上乙は共同執筆者といつてよい。しかし編集・出版の都合上甲の単独執筆として発表した。本稿は形式・内容ともに甲乙両者の共同執筆である。

(二) 共同執筆には種々の形態がありうる。われわれは、テーマ・内容・構成について徹底して共同討議を行い、一定の熟度

達した段階で乙が執筆を担当し、執筆過程でさらに討議を重ねるといやり方をしている。文章自体はもっぱら乙のものである。

※ 本稿は本来、われわれが敬愛する本学の教授・森省三先生の還暦記念のために執筆されたものであった。しかし都合により前号の記念号には掲載しえなかった。ここに慎しんで森省三先生の還暦を記念して先生に献呈させていただきます。