

無權代理及び他人物売買と相続

高
森
八
四
郎

はじめに

一 無権代理と相統

- 一 無権代理人が本人を相統した場合
 - 二 本人が無権代理人を相統した場合
- 他人物売買と相統

二 他人物売買と相統

- 一 権利者が売主を相統した場合
 - 二 売主が権利者を相統した場合
- おわりに

は じ め に

無権代理においては、本人に追認ないし追認拒絶権があたえられ（民一一三条）、本人が追認すれば代理の効果は有効に生ずるが、本人が追認を拒絶した場合には、無権代理人は相手方の選択にしたがい履行または損害賠償の責を負わなければならない（同一七条）。では、無権代理人が本人を相続したり、本人が無権代理人を相続した場合のように、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には、無権代理行為の効果はどうなるのか。つまり相続が行われることによって、追認された場合と同様に、無権代理行為は当然有効となるのか、あるいは無権代理行為は当然には有効とならず、相続人は本人の地位を主張して、追認ないし追認拒絶権を選択的に行使できるのか、さらには、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立場で承継することになるのか（本人が無権代理人を相続した場合）、といった点が問題となる。そこで、以下、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、判例・学説の説くところを整理することにす。そしてまとめとして私見を展開したい。さらには、以上と類似の問題として、他人の物の売買における売主を権利者が相続したり、権利者を売主が相続するという場合があり、無権代理と相続での検討の結果がこの問題にも生かすことができるかを同じく判例、学説を整理して考察してみたい。

一 無権代理と相続

一 無権代理人が本人を相続した場合

無権代理及び他人物売買と相続

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る」と説き、さらに続けて「この理は、無権代理人が本人の共同相続人の一人であっ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」と判示している。以上みるように、無権代理人が本人を単独相続した場合には、本人が自ら法律行為をなしたのと同様の法律上の地位を生じ、無権代理行為は当然有効になるとするのが、判例の確定した立場であるといえる。

(2) 学説の展開 判例の立場が確定しているのに対して、学説においては種々の見解が主張されており、これを以下簡単に説明することにする。

まず、①人格承継説は、相続は人格即ち法律上の地位の承継であるから、無権代理行為は当然有効になるとする見解である（穂積重遠・判民昭和二年度二二事件八六頁）。この説に対しては、無権代理人が共同相続人の一人である場合（民八九六条・八九九条）、遺言執行者が任命された場合（同一〇一三条）、無権代理人が無能力者である場合（同一一七条二項）、などに不当な結果を生ずるとの批判があり、それ故、無権代理人が相続によって処分権を取得すれば、代理権の欠缺が追完され、無権代理行為は有効になると解すべきであるとの見解、すなわち、②追完説が主張された（於保不二雄「判批」民商一卷四号一五七頁、実方謙二「判批」法学四巻七号二頁）。しかし、②説によると、本人が無権代理人に目的物を贈与すると、無権代理行為が当然有効となり、本人が追認しないのに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じると批判する見解（ただしこの②説に対する批判は疑問である）は無権代理人が自己の欲してなした法律行為の効力の発生を自ら阻止し得ることを認めるのは、私的自治の精神に反し信義則にもとるから、追認拒絶権を否定し、追認をまたず、無権代理行為は当然有効に確定されるとの③信義則に

よる有効説を主張する(杉之原舜一「判批」民商九卷五号八七五頁)。しかし、この③説の説く根拠からだけでは、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はないから、信義則を援用する余地がないとの批判がある。そこでさらに、相続によって本人たる資格と無権代理人たる資格が同一人に融合すれば、本人と無権代理人の關係はもはや他人でなくなるから、代理権の媒介を必要とせずに、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になると考える④資格融合説が主張された(四宮和夫・判民昭和一七年度一二事件四二頁。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)。

以上の諸説に対して、⑤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、無権代理人をも含む共同相続人に承継されると解する説が近時有力に主張されている。つまり、Aが父Xの代理人と称してX所有の不動産をYに売り渡した後、Xが追認も追認の拒絶もしないで死亡し、ABCが共同相続人となった事案を考えると、ABCは相続によってXの追認権および追認拒絶権を相続する。Aが追認拒絶をすることは信義則に反するから、Aは追認を拒絶できない。しかしBCはAの無権代理行為とは無関係であるから、BC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BCがともに追認すればAの無権代理行為は有効となる。しかし、BCのいずれか一方でも追認を拒絶すれば、Aの無権代理行為は無効となり、Aは一二七条の無権代理人の責任を負わなければならない。また相手方Yは、ABC全員の同意にもとづく追認があるまでは、Aの無権代理行為を取り消す権利(民一一五条)を有するのであると説いている(谷口知平「無権代理人が本人を相続した場合と無権代理行為の効力」『家族法判例百選(新版)』二〇七頁、平井宜雄「判例研究」法協八三卷二二七

一頁、中川淳「判批」民商五四卷二号一七五頁、高野竹三郎「本人による無権代理人の相続」『民法の判例(第二版)』三二頁、同「無権代理と相続」『民法の争点I』二三四頁、泉久雄『判例演習親族・相続法(増補版)』三〇五頁。ただし、この⑤説のなかでも、単独相続の場合や、共同相続の場合でも遺産分割の結果、無権代理人が目的財産を取得した場合の取扱いについては、無権代理行為が当然有効になるとする見解(谷口・前掲論文二〇八頁、高野・前掲論文『民法の争点I』二三五頁)と、無権代理人である相続人は、信義則上、相続によって承継した追認拒絶権を行使できないとする見解(泉・前掲書三一頁)に分かれるようである。

また、⑥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)、無権代理人が相続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、単独相続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見解も主張されている(四宮『総則(新版)』二五八頁)。

さらに、近時つぎのように説く学説もある(三宅正男『契約法(各論上巻)』一二四頁以下)。⑦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もな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きなくなるのであり、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（判決Ⅰ）、Bが相続の後破産した場合の破産管財人（判決Ⅱ）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。これを三宅教授は「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。

二 本人が無権代理人を相続した場合

(1) 判例の展開 本人が無権代理人を相続した場合の判例は、四最判昭和三七年四月二〇日（民集一六卷四号九五五頁）が初めてである。これは、父が子の代理人と称して子所有の家屋を第三者に売却して移転登記をした後、父が死亡し子がその家督相続人となったが、亡父のなした無権代理行為が問題となった事案である。判旨は、「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とも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」と判示し、原審が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し相手方から本人に対する建物引渡および移転登記手続の請求を認容したものを破棄して差戻した。この判決^④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信義に反しないとする点が特徴であるが、「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らない」とする判旨については見解の対立がある。そのひとつは、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顕在化し、無権代理人の責任が認められるかぎり、その相続人たる本人はその責任を承継する、という理論をとったものと解する見解である（谷口「判批」民商四七卷六号九七〇頁）。今ひとつは、無権代理行為の相手方が悪意・有過失の場合には、無権代理人は民法一一七条一項の責任を負わないから（民一一七条二項）これが本人に相続されることはないが、相手方が善意・無過失の場合には無権代理人は民法一一七条一項による責任を負うので、このとき本人が無権代理人を相続した場合には無権代理行為が当然に有効となるという見解である（川添利起・判解民昭和三七年度一四五頁、鈴木祿弥「判批」法学二八卷一号一三〇頁）。

つぎの判例は、^⑤最判昭和四八年七月三日（民集二七卷七号七五一頁）である。これは、Y₁とY₂の八人の子の父Aが、Y₁に無断でY₂の代理人と称してBのXに対する貸付債務について連帯保証契約を締結した後死亡し、Y₁ら八人の子がAの共同相続人となった事案である。これについて最高裁は、「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

い」と述べ、さらに、「判決④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」と説き、原審が無権代理人の債務を相続した相続人に各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ものを肯定している。すなわち、判決④は、相続人たる本人は、本人として追認を拒絶できるが追認を拒絶しても、無権代理人の責任を免れることはできないとして、判決④の立場を踏襲しつつ、「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らない」という判旨の意味を明確にしたのである。

(2) 学説の展開 (1) 本人が無権代理人を相続し、本人の地位と無権代理人の地位が同一人に帰属しても、無権代理行為は当然に有効とはならず、本人たる資格と無権代理人たる資格の併存を認めたいうえで、本人たる資格にもとづいて追認を拒絶してもなんら信義則に反するものではないとする立場(判決④の考え方)を学説の多くは支持する(谷口・前掲「判批」九六八頁、幾代『総則(第二版)』三六四頁、四宮『総則(新版)』二五九頁など)。

では、多数説の説くように相続人が本人たる資格で追認を拒絶すれば、無権代理人の責任はどうなるのか。これについては、本人が無権代理行為の追認を拒絶した場合、相手方は、自分が善意・無過失であれば無権代理人としての責任を無権代理人に対して追及できるのであるから、相続人は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承継負担しなければならないとする見解(谷口・前掲「判批」九六九頁)と、それでは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・泉『相続法(新版)』一七〇頁)とがある。判決④は前者の見解にたつことを明ら

かにしているが、善意・無過失の相手方保護の視点および共同相続人間の不公平を回避するためにも、後者の見解はとりえないと解すべきである（中井美雄「本人による無権代理人の相続」『新版・判例演習民法(1)』二六六頁）。なお、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るが、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の見解も主張されている（遠田新一「判批」民商七〇巻六号九一頁）。

(四) 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。判決^④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決^④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（星野英一「判例研究」法協九二巻九号一二三四頁、中井・前掲論文二七一頁）。すなわち、判決^④が、相続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

認容した原審を破棄し、判決㊦が無権代理人の債務を相続した相続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続したという事案で昭和四九年四月四日の最高裁大法廷判決(民集二八巻六号一一六九頁)が、「権利者は、相続によって売主の義務ないし地位を承継しても、相続前と同様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な事情のないかぎり、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決㊦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「売主の義務の相続」『家族法判例百選(第三版)』一九九頁)。

(イ) これに対して、前述したように分析的立場を前提とする学説は、以下のように説く『四宮『総則(新版)』二五九頁)。本人が無権代理人を相続した場合には、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続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、したがって単独相続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続した者として、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り、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。要するに判決㊦は、分析的立場を徹底してこの結論を是認するもの、判決㊦は、不徹底にも途中までを述べたものと解するのである。最後に、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学説(三宅・前掲書)によれば、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が単純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を単純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関係する」(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、判決図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。

(3) まとめにかえて―私見― 以上の判例・学説の整理によれば、種々の議論が行われていることがわかる。ここではまとめにかえて、併存貫徹説ともいうべき私見を述べることにする。

まず、無権代理人が本人を相続した場合(無権代理人相続型)でも、判例・学説と異なり、本人と無権代理人の責任が併存すると考えたい。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なければならないから、この場合相手方の選択に従い、履行または損害賠償の責任を負

うとしてもそれは相手方の善意無過失の場合に限ると解すべきである(單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、相手方の善意・無過失を問わず、無権代理行為は当然有効とする三宅説と異なる。それは、無権代理は、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。さらに、無権代理人は信義則上、本人の追認拒絶権を行使しえないとする多数の学説は、單純・単独相続の場合当然有効になるかのようになっているが、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。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ず、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、幾代説とほぼ同旨と評することができようか(幾代・総則三六三―四頁)。

つぎに本人が無権代理人を相続した場合(本人相続型)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が單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、したがって判決④と判決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（拙稿「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」六四頁参照）。

以上、無権代理人相続型、本人相続型を通じて、単純・単独相続の場合、単純・共同相続の場合を問わず、ふたつの責任の併存を貫徹するのが具体的に妥当な結論を導き出しうると考える。

二 他人物売買と相続

無権代理と相続の問題について、併存貫徹説ともいうべき私見を展開したが、この試論を他人の物の売買と相続の問題についても貫ぬくことができるであろうか。結論的にいえば、他人の物の売買における権利者が売主を相続した場合には、いぜん併存貫徹説が妥当するであろう。しかし他人の物の売主が権利者を相続した場合は責任の併存を認めるべきではなく、ドイツ法にいう「処分行為の追完」の理論が妥当すると思われる。

以下、右の順序でさらに検討していくこととする。

一 権利者が売主を相続した場合

無権代理及び他人物売買と相続

(1) 判例の展開 (1) 大審院時代の二判決と最高裁の二判決がこの問題を取り扱っている。まず^④大判大正八年七月五日(民録二五輯一二五八頁)の事案はつぎのとおりである。戸主Aの死亡後、誰が家督相続人になるかはつきりしない時点で、Aの私生子Xの実母Bが自分が正当家督相続人であると誤信して相続財産たる本件土地をY₁に譲渡し所有権移転登記も了した(そのご転々としてY₁¹⁴まで転売)が、その後Bは死亡し、XがBの遺産相続人となった。ところがさらにその後XはAの家督相続人として選任されたので、その結果、法律的にはXの所有物をBが無権限で処分したのち、XがBの遺産相続人となるという形となった。大審院は、他人の権利の売主の義務を相続した者がつぎに権利者の地位を相続したものと解して、XがY₁とY₁¹⁴に対して本件土地の移転登記の抹消を訴求し、原審においてXが勝訴したものを破棄してつぎのように判示した。「他人ノ物ヲ自己ノ所有ニ属スルモノト誤信シ之ヲ第三者ニ売却シタル場合ハ民法第五百六十二条ニ規定セル売主カ契約ノ当時其売却シタル権利ノ自己ニ属セサルコトヲ知ラサリシ場合ニ該当スルカ故ニ同法第五百六十条ニ従ヒ売主ハ其権利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移転スル義務ヲ有スルモノニシテ而シテ其売買ノ目的タル物カ他人所有ノ特定物ナル場合ニ売主カ後日其物ノ所有権ヲ取得スルニ至リタルトキハ当事者ニ於テ更ニ何等ノ意思表示ヲ為スコトヲ要セス其物ハ当然直ニ買主ノ所有ニ帰スルモノトス」と述べ、本件では、Bは本件不動産を自己の所有に属するものと誤信してY₁に売却したのであるから、この権利を取得してY₁に移転する義務を負担し、XはBの遺産相続人としてBの義務を継承するが、後日自らAの家督相続人となってその権利を取得したので、本件不動産は何等の意思表示をなすことなく当然Y₁の所有に帰属し、所有権の侵害を理由とするXの本訴の請求は理由がないとしてXの請求を認容した原判決を破棄して差戻したのである。ただ注意すべきは、破棄の理由を原審がXはBの遺産相続人として「単純承認ヲ為シタルヤ否ヤノ事実ヲ審理シ以テ本訴ノ曲直ヲ判スベキモノナル

ニ原判決ハ此ヲ看過シテ漫然Xノ請求ヲ認容シタ」点を失当としてゐることである。すなわち、單純承認したか限定承認したかで結論が異なりうることを暗示してゐるわけである。それゆゑ判旨もこの含みで理解しなければならぬ。

つぎに⑨大判大正十一年六月二十九日がある（新聞二〇三一七頁）。売主Aが真実には息子Bの不動産を買主Y₁に売却し所有権移転登記をも了したのちに死亡し、BがAを相続した。その後さらにBは死亡しXが相続した。XからY₁に対しかつY₁からの転得者Y₂・Y₃・Y₄に対して登記抹消登記手続を請求した（事案を少し單純化してゐる）。右の事案において、大審院は、「他人ノ物ヲ以テ売買ノ目的トナシタル場合ニ売主が後日其ノ物ノ所有權ヲ取得スルニ至リタルトキハ當事者ニ於テ更ニ何等ノ意思表示ヲナス^(事)ヲ要セズ其ノ物ハ当然直ニ買主ノ所有ニ歸スベキモノナルガ故ニ……」と判示して、上告理由で引用された前記大判大正八年七月五日の一般理論を踏襲しつつ、「本訴ニ於テ……A對Y₁間ノ本件土地ノ売買が他人ノ土地ノ売買ナリトセバBハ相続ニヨリテAノ移轉ノ義務ヲ繼承シ且Bハ本来其ノ物ノ所有權ヲ有スルガ故ニ其物ハ何等ノ意思表示ヲ要セズ直ニY₁ノ所有ニ移轉スル事是亦論ヲ俟タザル所ナリ」と説示し、原審が、本件A Y間の売買は第三者の物を目的とした売買であつたとしても、Aの相続人Bがとくに所有権移轉の意思表示をしないかぎり、Yは所有權を取得できないと判示したのは違法である、として破棄差戻した。

以上⑧・⑨二つの判決によつて、他人の物の売買において權利者が売主の地位を單純承認で相続した場合には何らの意思表示の必要なく所有權はただちに買主に移轉するという一般理論が明らかにされたのである。そして、⑧は明らかに売主は自己の所有物と誤信して買主に売却した、したがつて、他人の物を自己の物と思つて売買した場合であつたが、⑨は、この点の事情があいまいで、他人の物であるのにいかにして所有權移転登記が可能であつたか不明であり、Y方がAの不法行為を云々し、BよりAになされた売買による所有權移転登記は「Aが擅ニ為シタルモノナリ

トスルモ」と主張しているところから辛うじて売主が自己の物として売買したらしいとかがうことができる程度であるという相違がある。

その後この種の事案を取扱ったのは、時代が下って回最判昭和三八年二月二十七日（民集一七卷一二号一八五四頁）であった。しかしこの間に無権代理と相続の問題につき、最判昭和三七年四月二〇日（民集一六卷四号九五五頁前記回事件）があり、無権代理人を本人が相続した事案において、無権代理行為は当然有効とならない旨を判示していたところから、「最高裁は、他人の権利の売買において権利者が売主を相続した場合にも、前記大判大正十一年を變更して、相続人に対し売主の義務の履行の拒否の自由を認めるものと期待されたが、この期待は、翌年同じ第二小法廷によりみごとに裏切られることとなった。」（五十嵐清・最高裁昭和四九年九月四日大法院判決判批・判例評論一九一号（判時七五九号）二二頁（二四頁））と評されたのが、回判決なのである。

(ロ) さて回最判昭和三八年二月二十七日の事案はつぎのとおりである。Yの母AはYとの共有建物（Aの持分 $\frac{1}{2}$ 、Yの持分 $\frac{1}{2}$ ）をXに売却した。その際AはXに対してYの持分を取得してこれを移転し建物全部について所有権移転登記及び明渡しをすることを約束していた。しかしAはその義務を履行する前に死亡し、YがAを相続したので、XはYに対してYはAの義務を承継したから所有権移転登記手続をなすべき義務があるとして、これを求めて訴を提起し、一審、原審ともにXの請求が認容され、Yが上告したが、最高裁は「売主およびその相続人の共有不動産が売買の目的とされた場合において、売主が死亡し、相続人が限定承認しなかったときは……相続人は、無限に売主である被相続人の権利義務を承継するから、右売買契約成立当時、共有者の一員として、当該不動産に持分を有していたことを理由とし、その持分について右売買契約における売主の義務の履行を拒みえないものと解するのが相当である。」

と判示して、Yの上告を棄却した。この結論は多数意見であつて、さらに補足意見（山田作之助裁判官）および反対意見（奥野健一裁判官）があつた。このうち、奥野反対意見はのちに最（大）判昭和四九年九月四日の判旨となるので紹介すれば、①Y所有の%の持分権は固より相続の対象ではなくYは依然第三者として自己の持分権の移転を承諾するかあるいはこれを拒否するかの諾否の権利を有しており、この自己固有の権利まで奪われるものではない。かかる諾否の権利は相続人たる地位とは無関係に自己本来の権利として主張しうるものであり、債権者も被相続人に対して有する以上の権利を相続人に対して主張することは許されない。②もしXがYの持分を知っていたとすれば、Xは、Yが持分権の移転に応じない限り、契約の解除ができるだけであつて、損害賠償の請求権すらない（民法五六一条）。しかるに相続という偶然の事実のため、Yの持分が当然Xに移転してしまふならば、被相続人に対して主張できなかった権利まで相続人に対して新たに取得することになる。③最判昭和三七年四月二〇日（〔六〕事件）によれば、本人が無権代理人を相続しても、無権代理行為は一般に有効とならず、本人は自己の資格において追認をなすか否かの諾否の自由を有するとされたが、本件においてAがYの代理人としてYの持分権を売却したと仮定すれば、Yを拘束しなかつたはずである。しからば、始めから第三者の持分としてこれを売却した本件においては、一層強い理由で、本件売買契約は第三者たるYを拘束しないものといわねばならない。以上である。

〔四〕判例の事案上の特色は、売主・買主双方ともに共有物の売買であることを認識しており、その上で売主がYの持分%を取得して買主に移転すると約束していた点である。これは他人の物の他人の物としての売買であるので、他人の物の自己の物としての売買の事案たる〔八〕、〔九〕判例と事案上の相違がある。ただこの事案上の相違が権利者が売主を単純相続した場合に結論上のちがひとして現われるかは別問題であつて〔八〕・〔九〕・〔一〇〕の三判例はいずれも権利者は相続

人として何等の意思表示なくして当然買主に権利を移転する義務を有するとしたのである。㊦・㊧はすでに所有権移転登記が完了していたケースで、権利者から登記抹消請求として訴が提起され、所有権は当然直ちに買主に帰属するとされ、㊨は、いまだ所有権移転登記がなされていないから、買主から相続人たる権利者に対して移転登記請求と明渡請求として訴が提起され、相続人は売主の義務の履行を拒みえないと判断されたわけである。

㊩ 以上の判例、とくに㊨判決に対する学説の対応は厳しく、むしろ奥野反対意見に賛同するものが多い(詳細は五十嵐・判例評論一九一号二二頁参照。㊨判決に対する学説の反響を適切にまとめておられる)。かような学説の影響を受けたのであろうか、奥野反対意見を正面から採用し、㊨を変更したのが㊰最(大)判昭和四九年九月四日(民集二八卷六号一一六九頁)であった。XはY₁の妻Aに対して金八〇万円を貸付け、その債権の担保として登記簿上A名義になっていた本件土地建物に抵当権を設定し、同時に代物弁済の予約をして仮登記を済ませた。その後Aは弁済期を徒過したので、Xは予約完結の意思表示をした上で本登記になおした。そこでXはAに対し本件宅地建物の明渡を求めて訴を提起したが、Aは死亡してしまいY₁のほかY₂・Y₄(いずれも未成年の娘)が共同相続人として本件訴を承継した。第一審・第二審ともにY側が敗訴したので、Y₁らが上告した。上告理由によれば、本件紛争について、別にY₁側からXらを相手として土地・建物所有権移転登記の抹消を請求する別訴が提起されており、第二審福岡高裁第二民事部は、本件事案を本人(Y₁)が無権代理人(A)を相続したものとらえ、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等信義に反するところはないから、無権代理行為は当然有効となるものではないとして、Y₁側勝訴の判決を下している。最高裁は大法廷で「ところで、他人の権利の売主が死亡し、その権利者において売主を相続した場合には、権利者は相続により売主の売買契約上の義務ないし地位を承継するが、そのために権利者自身

が売買契約を締結したことになるものでないことはもちろん、これによって売買の目的とされた権利が当然に買主に移転するものと解すべき根拠もない。また、権利者は、その権利により、相続人として承継した売主の履行義務を直ちに履行することができるが、他面において、権利者としてその権利の移転につき諾否の自由を保有しているのであって、それが相続による売主の義務の承継という偶然的事由によって左右されるべき理由はなく、また権利者がその権利の移転を拒否したからといって買主が不測の不利を受けないというわけでもない。それゆえ、権利者は、相続によって売主の義務ないし地位を承継しても、相続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な事情のないかぎり、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。

このことは、もっぱら他人に属する権利を売買の目的とした売主を権利者が相続した場合のみでなく、売主がその相続人たるべき者と共有している権利を売買の目的とし、その後相続が生じた場合においても同様であると解される。それゆえ、売主及びその相続人たるべき者の共有不動産が売買の目的とされた後相続が生じたときは、相続人はその持分についても右売買契約における売主の義務の履行を拒みえないとする当裁判所の判例（昭和三七年（判）第八一〇号同三八年一月二七日第二小法廷判決・民集一七卷一七号一八五四頁）は、右判示と抵触する限度において変更されるべきである。

そして、他人の権利の売主をその権利者が相続した場合における右の法理は、他人の権利を代物弁済に供した債務者とその権利者が相続した場合においても、ひとしく妥当するものといわなければならない。」と判示して破棄差戻した。本件は他人の物の売買ではなく、他人の権利を代物弁済予約に供した事件である。この点に従来の先例と本質

的に異なるところがある。しかし最高裁は判旨にあるように、これを全く他人の物の売買と同視している。それはともあれ、この大法廷判決によって^⑩最判昭和三八年は明確に変更された訳であり、他人の物の売主の地位を権利者たる当の他人が相続した場合には、たとえ単純承認であっても、売主の地位と権利者の地位とは混同帰一せず、売主の義務を承継しつつ、他面において権利者たる地位においてその権利の移転につき諾否の自由を保有することが認められたのである。すなわち両責任の併存が認められたのである。ここにおいて、判例は確定したといつてよいであろう。かような判例の立場に対して学説はいかに対応しているであろうか。

(2) 学説の展開 (1) ^⑩最判昭和三八年において、奥野裁判官の反対意見があり、これが^⑪最(大)判昭和四九年において判例変更という形で採用されたことはすでに述べた。右^⑩判決に対する学説の対応については、前記五十嵐教授の適切なコメントがある(判例評論一九一号二二頁)。それによると多数意見に賛成の学説として榊田調査官(法曹時報一六卷三号四三三五頁)、柚木馨博士(注釈民法^⑭卷一三三六頁)、我妻栄博士(新版民法案内X債権各論上「一二二」)などがあげられている。またその後、三宅正男教授(契約法(各論)上巻)が現われている。三宅教授によれば(一三〇～一三六頁)、一般に「売買」と呼ばれているものはずの四類型に区別すべきである。

① 他人の物を売主の物として売買する場合、売主乙のものとして買主丙に売買したが権利者甲の物であった場合——乙の丙に対する履行義務としての引渡義務と登記の義務があり、その他にそれと異なる五六一条が適用される担保責任がある。

② 他人の物の、他人の物としての売買

乙・丙間の契約は甲の同意を取りつけるという為す債務。甲・乙間には、乙が甲の同意を取り付けた場合、売

買・交換・贈与などの関係が生ずる。乙・丙間は厳密には売買ではない。

③ 他人の売買の「請合」の場合

乙・丙間の契約は、甲・丙間の売買についての甲の追認をとりつけるという債務が発生。追認によって甲乙間に事務管理類似の関係が生ずる。甲丙間には売買が成立。

④ 他人の物の、条件付または前提付売買

乙は甲から権利を取得するという為す債務を負う意思がなく、乙が将来その物を取得できるという期待に基づいて丙に対して引渡・登記の義務を負う売買。

そうして、⑩最判昭和三八年は②の類型に属し、奥野反対意見では「始めから第三者の持分としてこれを売却」した場合（母親が息子の持分を取得してこれを買主に移転すると約束していた）であるのに、判旨も奥野裁判官も「売主およびその相続人の共有不動産が売買の目的物とされた場合」といい、これは右類型①に属するもので両者は区別すべきなのに区別せず、前者も①と同様五六一条に含まれるとする立場で正当でないと批判する。しかしこの二つの契約は契約以後、他人（権利者）が売主を単純相続する場合（他人から売主が物を取得した場合も同じ）には、外見上類似の結果に帰着するという。すなわち、「甲が乙を相続した場合には、限定承認をすれば、甲は一面その固有の資格において目的物が現在も（甲の）固有財産であることを主張できるが、半面甲は乙の相続人の資格において、相続財産をもって『売主』としての債務を負う。しかし単純承認をして、甲が固有財産と相続財産を混同させたならば、乙の相続人が目的物を取得したのと異ならない。加えて甲が単独で相続する場合には、甲は『売主』乙の債務を全部承継するから……乙自身が甲から目的物を取得した場合と同じく、甲丙間に通常の売買と同様の効力を生ずる。」す

なわち、乙は丙に対して引渡（及び登記手続）の債務を負い、その債務の効力を介して所有権は乙が目的物の所有権を取得すると同時に丙に移転するのと同様に、甲が乙を単純単独の相続をすれば、甲は乙の義務の履行を拒みえず、所有権はただちに丙に移転せざるを得ない、ということになる。⑩は前記①類型と②類型とを区別しないきらいはあるが右と同旨を述べる点で賛成されてよいものである。それゆえ奥野裁判官の反対意見、甲が自己の持分権の移転を承諾するか拒否するかはの諾否の権利は、甲の固有の権利であり、相続のためこの自己固有の権利まで奪われるものではない、との見解も、甲が売主を相続する際に単純承認を選ぶことによって、単独相続の場合全面的、共同相続の場合部分的に「自己固有の権利」を失うのが当然である（一三四頁）と批判されている。

(四) 他方、前記五十嵐教授によれば、⑩判決の多数意見に反対する学説としては、泉久雄教授（専修大学論集三五号九二頁）、谷口知平教授（民商五一卷四号六四二頁）を挙げておられる。泉教授の見解は、奥野裁判官と同じく、権利者は自己の権利を売主に移転すると否との自由を保有すると考え、この関係は、権利者が処分者を相続することによって変化するものではない、というのが相続法理の示すところであり、限定承認をしても、被相続人の売主としての財産権移転義務は相続人にそのまま承継される（この点限定承認の理解の仕方につき三宅教授と鋭く対立する）、というものであった。谷口教授は、限定承認につき権利者Yの固有の持分権を実母の売主Aへ、したがってまた買主Xへ移転するや否やを自らの意思に基づき決する権利までをも放棄する意思を限定承認をしなかったということの中に含ましめることは、どうかと思われる、と多数意見に反対する見解を示している（この見解も後述するように三宅教授の見解と全く対立する。さらに中川淳編・判例相続法九七頁（山下末人）、ジュリスト家族法判例百選（新版）二二四頁（森泉章）、我妻・唄・判例コンメンタル相続法六六頁、中川・泉・相続法（新版）一七二頁注（五）など

が注目される)。

さらに来栖三郎博士は、10最判昭和三八年に關して「売主の善意・悪意で區別し、売主が善意であったときは相続人は契約を解除しうるが、悪意であったときは売主の義務の履行を拒み得ないと解釈することも十分可能であろう。そして他人に属する権利を他人に属する権利として売買した場合も、もし契約の趣旨が売主が権利を取得して移転することを請け合つたのであれば、やはり、相続人は売主の義務の履行を拒み得ないことにならう。」との折衷説ともいふべき見解を明らかにしている(契約法六四頁)。来栖博士は、売主の善意・悪意で區別する点は別として、10判決を他人の物を売主の物として売買したケースではなく、他人の物を他人の物として売買し、売主が権利取得を請合つたケースと解し、結論的には三宅教授と同じく、10判決に賛成しているものである。

(イ) 10判決に対する学説の反応からみて、この判決をまっこうから変更した10最(大)判昭和四九年に対する学説の傾向をうかがい知ることが出来る。10判決の奥野少数意見を是とし、多数意見に反対する学説の代表として五十嵐教授の11判決に対する批評をみてみよう。教授は、①他人の権利の売買にさいし、無権限の売主を権利者が相続した場合、売主の履行義務を相続人が承継するか否かにつき、10判決の多数意見を承継説(ないし融合説)、少数意見を非承継説(併存説)と呼び、両説の実際上の相違点を問題とし、第一に、買主が直接権利者に対し権利を主張できる場合、例えば、目的物が動産の場合の即時取得(一九二条)が成立するとき、不動産の場合でも表見代理(一一〇条)、虚偽表示規定(九四条)の類推適用などが成立するときなどは、両説の差は現実化しないこと、第二に、他人の権利の売買の規定自体からみても、売主善意のときは売主に解除権があり(五六二条)、承継説が、売主を相続した権利者に解除権を否定するのはあまりに不当な解釈といふべきであり(この点来栖説を評価する)、したがって、問題は、

悪意の売主から善意で買受けた、しかも買主に他の保護手段が与えられない場合に生ずる。②右の場合にはじめて両説に差が生じ、権利者にとっては非承継説が有利になる、その具体的利益は、第一に、不動産の値上りによる利益、第二に、不動産利用の維持による利益であるが、権利者たる相続人が損害賠償をなしえないときは、買主によって強制執行されることになる。③そこで問題は損害賠償請求権だが、売主の損害賠償義務は、買主善意のときにのみ生ずる(五六一条、五六二条一項、五六三条三項)、この賠償義務は相続の放棄または限定承認のないかぎり、両説いずれも権利者に無制限に承継され、善意買主は経済的に損失はない、両説の差は少ない。④それなら、承継説をとり、相続人は放棄か限定承認をなすべしとの見解如何をみるに、限定承認については、三ヶ月すぎれば限定承認のチャンスがなくなるといふ点で現実的ではない。⑤以上を考慮するなら、若干とはいえ知らぬ間に権利を処分された権利者がより保護される非承継説がベターであり、無権代理人を本人が相続した場合の判例(最判昭和三七年四月二〇日⑥、最判昭和四八年七月三日⑦)との整合性からいっても、大法院判決は歓迎されるべきものだ、と述べている。

(二) しかし他方、奥野反対意見を批判する三宅教授は、⑧判決について、「大法院判決を、判旨の通り売買に関する判決とみた場合、その理解は困難である」としつつ、推測を交え判決の考え方を再説すれば、「他人の物の売買において、後に売主が所有権を取得すれば、買主への所有権移転の効力が生ずるが、所有者が売主を相続しても、所有者がもとと売買に関係せず、従って権利の移転につき諾否は自由である立場に、変りは生じない」ということになろう。しかし「本人が無権代理人を相続する場合には、本人は一方で追認の自由を有するが、他方で無権代理人の責任……を承継し、両者が併存し関係する」。これに反し「他人の物の売主を所有者が相続する場合には、もともと売買には無関係ではあったが、当然に、他人の物の売主としての義務を承継する。……大法院判決は……〔相続し

た) 権利者がその権利の移転を拒否したからといって買主が不測の不利益を受けるといふわけでもない』と判示するところからみれば、所有者が権利の移転を拒否し売主としての履行義務を拒否することを認め、別に所有者は他人の物の売主としての義務を負担するが、それは代金返還及び善意の買主に対する損害賠償に限られるといふ趣旨であろう……。確かに、所有者が売主を相続しただけでは、もともと売買に関係せず、従って所有権の移転を拒否できる立場に変わりはなく、別に他人の物の売主としての代金返還の義務を果せば足りる。しかし所有者がこのような処置を望むならば、売買目的物を含む固有財産と相続財産とを分離し、相続財産をもって売主の義務を果たし、買主が不測の不利益を受けないようにしなくてはならない。つまり限定承認の手続をとらねばならない」(三宅・契約法(各論)上二二二頁)、と論じている。このように三宅教授は、他人の物の売主の法的地位と相続人たる権利者の地位との併存を認めるが、それは相続人が限定承認の手続をとって固有財産と相続財産とを分離し両者の混同を避けるのでなければならぬと説いているわけである。それゆえ、泉教授が、両責任の併存を認め、限定承認をしても被相続人の売主としての財産権移転義務は相続人にそのまま承継されるとして、単純承認における両責任の融合を「理論的不備」だと指摘した(五十嵐・判例評論一九一号二五頁)点を果して正しいといつてよいか疑問であり、同様に谷口教授の、限定承認をしなかったということの中に、権利の移転についての権利者の諾否の自由を放棄する意思まで含めることは不都合ではないかとの見解に対しても、「権利移転の諾否の自由は、二つの財産の混同・分離の自由という形態の下でのみあり、」所有者がもともと売買に無関係という立場を貫くには、相続した売主の財産を分離し保存しなくてはならない。」(三宅・契約法(各論)上二二二頁)との三宅教授の見解に照らすならば、やはり疑問視されるように思われる。

(㊦) 確かに無権代理人の地位を本人が相続した場合と他人の物の「売主」の地位を他人が相続した場合とは異質なものがあつり、単純承認によつて、ことに単独で相続した場合には、相続人は売主の履行義務すなわち目的物引渡義務(登記の義務を含む)を全部承継するのであるから、その相続人が目的物を取得したことになつて、権利移転拒否の自由を失なつてしまふのと同じことにならう。相続法理を問題にするかぎり、三宅教授の見解が理論的にすぐれていふと思はれる。しかしそれにもかかわらず、私は、他人の物の売主の責任と相続人たる権利者の責任の併存を認めるべきだと考へたい。その理由は、結局、売買について全くあらず知らなかつた権利者が、売主を相続したら、全く権利移転諾否の自由を奪われてしまふのは、利益衡量上酷だと考へるからである。わが国の相続の一般的法意識として、遺言相続はほとんど行なわれず、また限定承認という手續で自己の固有財産と相続財産の分離ということにほとんど関心がないということを全く無視してよいかと疑うからである。そしてさらに現行の限定承認の手續は、共同相続の場合、相続人の一人がそれを望んでも共同相続人全員が共同しなければできないし(民法九二三条)、三ヶ月という短かい期間制限によつて、限定承認のチャンスがなくなるといふ点でも、やはり「現実的でない」(五十嵐・前掲二六頁)と考へるからである。かような場合に三ヶ月の熟慮期間の延長を認めるべきであるとする解釈論(遠田新一・民商七〇巻六号九九二頁)や合理的な相当の理由のあると認められるときは、熟慮期間は相続人が相続財産の全部又は一部の存在を認識したとき又は通常これを認識し得べき時から起算すべきである、という最判昭和五九年四月二七日(民集三八巻六号六九八頁)の理論などの現実的対応があるにもかかわらず、なお、前記五十嵐教授の「現実的でない」との指摘が妥当であるように思はれる。売主を相続した権利者の担保責任(代金返還と善意買主への損害賠償責任)と権利者固有の権利移転諾否の地位との並存を認めてよいのではあるまいか。

二 売主が権利者を相続した場合

他人の物の売主が権利者から権利を取得して買主に移転する前に、権利者が権利移転を承認するか拒否するかの意思を表明せぬままに死亡し、その地位を売主が相続した場合をいかに考えるべきであろうか。この場合はもはや他人の物の売主自身が後に他の理由、たとえば贈与、売買、交換等によって所有権を取得した場合と同じく、処分行為の追完の法理によって所有権は何等の意思表示も要せず、直ちに買主に移転すると考えるべきであろう。たとえ売主が限定承認をしても単独相続であるかぎり目的物の所有権を取得する以上、事態は変わらないというべきである。共同相続の場合は相続分に応じた分割責任を負うことになる。この種の事案につき適切な判例を見出すことができないが、売主の相続人がのちに権利を取得した場合ならば、前記○大判大正八年七月五日の事案は大審院の立場からはこれに属するとみてよいものであった。再説すれば、私生子Xの実母Bが、戸主Aの死亡後に相続財産を自己が相続したものと考えYに譲渡したのち、Bは死亡しXが遺産相続人となり、そのごにXはAの家督相続人となって目的物の権利を取得したというものであった。大審院は、本件を、他人の権利の売主の義務を相続した者がつぎに権利者を相続して権利を取得したと解して、「他人ノ物ヲ自己ノ所有ニ属スルモノト誤信シ之ヲ第三者ニ売却シタル場合ハ……売主ガ後日其物ノ所有権ヲ取得スルニ至リタルトキハ当事者ニ於テ更ニ何等ノ意思表示ヲ為スコトヲ要セズ其物ハ当然直ニ買主ノ所有ニ帰スルモノトス」という一般理論を述べ、Yの権利取得を肯定している。ただこの事件は、家督相続の効果が先代Aの死亡時の当初に遡及するので、Xの所有物件をBが処分し、その後XがBを相続したと解されうる事案で、権利者が売主を相続した場合の先例と目されるべきものでもあった、という特殊性を有している。しかし、この大審院が判示した一般理論は今日でも通用するであろう。○大阪高判昭和五〇年六月一七日（判時七九二号四五頁、

判タ三二八号二六五頁)は、Yの先代Aが国に所有農地を買収されたが、将来被買収者は国から買収農地の売払を受けうる可能性が大きいことを知り、小作人Xらに対して国有の買収地を目的とする売買契約を結び代金を受領したところ、国より売払を受ける前に死亡し、Yが相続してから予想どおり右農地の売払を受けたので、XらはYに対して右売買契約の履行として農地法三条の許可申請手続および許可を条件とする所有権移転登記を求めたという事案において、「他人の権利の売主を相続した者がその相続後に他人からその権利を取得した場合、右相続人は、信義則に反しないと認められるような特別の事情がないかぎり、売主としての履行義務を拒否することができない、と解するのが相当である。」と判示し、YはXらに対して売主としての履行義務を拒否することができない、とした。拒否を認めない理由を明示してはいないが、国判決の一般理論に連なるものと評することができるであろう。なお、三宅教授によれば(契約法(各論)上巻一三二頁)、本件は、他人の物を自分のものとして売買したのではなく、特定物を特定の第三者(国)の物と前提して売買したケースで、しかもAが将来国から農地を取得したときという条件付の売買と認めるのが相当である(最判昭和五五年二月二十九日民集一九七頁も同じ)、とのことである。条件附の売買でちに条件が具備すれば、売買は初めから有効であり、判旨の結論が妥当とされるのは動かないであろう。

お わ り に

残された問題として無権代理人および本人をもとに相続した場合の無権代理行為の効力如何がある。たとえば、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)の事案はつぎのとおりである。無権代理人たる妻Bが夫A所有の不動産を売却し偽造文書によって買主Yに所有権移転登記を経由したのち死亡し、本人たるAと子等X₁X₂X₃と

が相続した。しかるに数年後さらにAが死亡し、X₁ X₂ X₃三人がAをも相続した。X₁らはYに対して所有権移転登記抹消登記手続を求めた。かかる事案において名古屋高判は、⑦最判昭和四八年七月三日に従い「無権代理人及び本人とともに相続した相続人は、相続の時期の前後をとわず、特定物の給付義務に関しては、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。つまりまず無権代理人を相続したのち、本人をも相続した相続人は、本人が無権代理人を相続した場合と同様に、①追認を拒絶することもでき、かつ、②無権代理人の履行義務をも拒絶しようというものである。①は当然としても②の方はどうであろうか。無権代理人の地位を承継した以上、相手方の選択に従い、履行義務又は損害賠償義務を負うのは避けられないと思われる。特定物引渡義務でも事態は変わらないといつてよいであろう。名古屋高判が「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」として特定物給付義務と区別しているが、その必要はないと思われる。

ついで東京高判昭和六〇年六月一九日（判タ五六五号一〇七頁）は、Xの父Aが訴外BのYからの四五〇〇万円の借受けの際に、無断でAの父C所有の土地について極度額五〇〇〇万円の根抵当権設定契約を締結し、その旨の登記を経由したが、Aが死亡し、ついでCも死亡しXが代襲相続によってCの権利義務を承継したので、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、という事案において、一審前橋地判が、無権代理人および本人双方の権利義務を併せ相続承継した者は、その相続の順序に関わりなく、本人としての地位に基づき無権代理人の行為を追認しない以上、特定物の給付（物上保証もこれにあたる）に関しては格別の事情なきかぎり履行責任を負うものではない、と名古屋高判と同じ理由によって、Xの請

求を認容していたのを取消して、つぎのように判示した。「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判決・民集二一卷四号一六四頁参照)。」(本件には内田勝一教授のすぐれた判批がある。ジュリスト八六四号九七頁)。本判決は右の論旨の前に本人CがAの無権代理行為を黙示の意思表示によって追認したとの事実を認定しているから、右の論旨は全く傍論にすぎないことを注意しなければならないが、この論旨を私見の併存貫徹説の立場からみたならば、当然、一審ともども批判されるべきものである。もはや多言を要しないと思われる。

以上、無権代理及び他人の物の売買と相続との問題につき、被相続人の地位ないし責任と相続人の地位ないし責任の併存を可能な限り認める立場を展開してきた。ただし他人の物の売買において売主が権利者を相続し権利を取得した場合、売主が権利者から生前、贈与・売買・交換等によって権利を取得した場合と同じく処分行為の追完の理論(ドイツ民法一八五条二項第二例)によって所有権はただちに買主に移転すると考えるべきであろう。そしてこの法理は、売主の相続人がのちに権利者を相続した場合にもいささかも異ならないと考える。

ドイツ法の処分行為の追完の理論の具体相をドイツ法の物権行為論の文脈に即して検討する作業が残されているが、他日を期したいと思う(本稿全体について、田村耀郎「他人の物の処分行為と担保の義務」名大法政論集八八号一四八頁より有益な示唆を受けた)。