

無権代理と相続に関する一考察

—— 資格併存貫徹説の理論的妥当性 ——

松 田 佳 久

1. はじめに

本人が死亡し、無権代理人が相続する無権代理人相続型において特に問題となるのが、本人を相続した無権代理人は追認拒絶ができるかという点である。これについては、主に次の4つの見解が主張されている。すなわち、資格融合説、資格併存説、資格併存説についてはさらに -1 信義則説、-2 貫徹説がある。

私見は、これら見解のうち、-2 資格併存貫徹説が妥当であると捉えており、本稿は、他の見解との比較を中心として、この見解の妥当性を示し、無権代理人相続型以外の類型についても妥当性を有するものであることを示すものとする。

2. 判例法理

(1) 無権代理人の本人相続（単独相続）

大判昭2・3・22民集6・106は、「無権代理人カ本人ヲ相續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爲ヲ爲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當トス」として、資格融合説を採っているものとされ、最二小判昭40・6・18民集19・4・986が当該判例を引用している¹⁾。この見解は、相続により本人の資格と無権代理人の資格が、一体となると解する²⁾もので、相手方が無権代理であ

ることを知っていたとしても、法律行為は当初から本人に効果帰属していたものと扱われることになる³とされている。

これに対し、最二小判昭 37・4・20 民集 16・4・955 は、先例として前掲大判昭 2・3・22 があるにもかかわらず、傍論において、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として資格併存信義則説を採用している。この傍論は、本人が無権代理人を相続した事案において、本人が追認拒絶をしても何ら信義に反するものではないとの結論を導くための、比較すべき対立事案（信義に反する場合の事案）として用いられている。この見解は、相続があっても無権代理人の資格と本人の資格が併存すると解する⁴ものである。

資格併存信義則説によって立つ前掲最二小判昭 37・4・20 よりも資格融合説によって立つ前掲最二小判昭 40・6・18 の方が 3 年あとなって表れているものの、一般的にはいまだ判例のよって立つ理論が確定していないと捉えられていた⁵。これに対し、前掲最二小判昭 37・4・20 の事案は本人相続の事案であって、あくまでも傍論にすぎないことから、前掲最二小判昭 37・4・20 は無権代理人相続の事案にあって、何ら資格併存信義則説を判断しているものではない⁶との主張もなされており、この主張からすれば、判例は、無権代理人の本人相続型で単独相続につき、資格融合説を採っているということになるであろうし、無権代理人の本人の共同相続事案である最一小判平 5・1・21 民集 47・1・265 によって、前掲最二小判昭

1 そのほかに無権代理行為が有効になると判断したものとして、大判昭 9・9・10 民集 13・1777、大判昭 13・11・16 民集 17・2216 がある。

2 後藤巻則「36 無権代理人の本人相続 - 共同相続の場合」潮見佳男 = 道垣内弘人『民法判例百選 総則・物権』74 頁（有斐閣、第七版、2015）

3 佐久間毅『民法の基礎 1 総則』296 頁（有斐閣、第三版、2014）

4 後藤・前掲注（2）74 頁

5 道垣内弘人「判批（最一小判平 5・1・21）」法教 152・143（1993）

6 高森哉子『代理法の研究』579 頁（法律文化社、2008）

40・6・18 は、「単独相続の場合に限り妥当する理論であることが明確になった。」⁷ との評価がなされており、そのように解するのが妥当であろう。

(2) 無権代理人の本人相続（共同相続）

この類型については、最一小判平 5・1・21 民集 47・1・265⁸が次のように判断している。すなわち、「他の共同相続人全員が無権代理行為の追認をしている場合に無権代理人が追認を拒絶することは信義則上許されないとしても、他の共同相続人全員の追認がない限り、無権代理行為は、無権代理人の相続分に相当する部分においても、当然に有効となるものではない。」と判断した。本判決は、共同相続の場合には、無権代理行為は、無権代理人の相続分においても当然に有効となるものではないとした上で、無権代理行為の追認拒絶が信義則違反かどうかを問題としているので、資

7 潮見佳男「判批（最一小判平 5・1・21 民集 47・1・265）」平成 5 年度重判解 71（1994）

8 本件では、本人が、生前、無権代理を理由に本人を連帯保証人とする本件金銭消費貸借契約の公正証書の執行力の排除を求める請求異議の訴えを提起しており（別訴）、本人が無権代理行為の追認を拒絶している（民 113）と評価できる（奥田昌道「判批（最一小判平 5・1・21 民集 47・1・265）」リマックス 1994（上）23（1994）、安本正昭「36 無権代理人の本人相続」中田裕康＝潮見佳男＝道垣内弘人『民法判例百選 総則・物権』75 頁（有斐閣、第六版、2009））。そうであるならば、最二小判平 10・7・17 民集 52・5・1296（本人が追認拒絶をして死亡した場合は、相続人が追認権を相続しこれ行使することはありえず、追認拒絶が信義則違反かどうか問題にならないとする判例）からすれば、無権代理人を含む共同相続人が、追認権を相続しこれ行使するということはありえず、追認拒絶が信義則違反かどうかという問題も生じない（奥田・前掲 23、後藤・前掲注（2）75 頁）。しかし、無権代理人が追認を拒絶することが信義則上許されないのは、自ら無権代理行為をしたにもかかわらず、本人としての地位を有するに至ったことをいいことに自己への効果帰属を否定するところに矛盾行為があるからである。また、自己への効果帰属を否定するという点では、本人から相続した追認拒絶権を行使することも、本人から追認拒絶を援用することも変わりがない（山本敬三『民法講義 総則』394 頁（有斐閣、第三版、2011）、磯村保「判批（最二小判平 10・7・17 民集 52・5・1296）」平成 10 年度重判解 57（1999）、山本敬三「判批（最二小判平 10・7・17 民集 52・5・1296）」リマックス 1999（下）12（1999））との見解も主張されている。

格併存説に立っている⁹ものといえる。また、これにより、資格融合的な一部追完論や相手方による権利行使の容認という立場を採用しないことを明確にし¹⁰、無権代理人の追認拒絶を遮断するため信義則へと依拠することが確立した¹¹ものとされており、判例の見解としては資格併存信義則説ということになろう。

さらに、本判決では、追認権の性質についても判断がなされている。すなわち、「無権代理人が本人を他の相続人と共に共同相続した場合において、無権代理行為を追認する権利は、その性質上相続人全員に不可分的に帰属するところ、無権代理行為の追認は、本人に対して効力を生じていなかった法律行為を本人に対する関係において有効なものにするという効果を生じさせるものであるから、共同相続人全員が共同してこれを行使しない限り、無権代理行為が有効となるものではないと解すべきである。」として追認不可分を判断している。

なお、本判決に対しては、三好達裁判官の反対意見が付されている。すなわち、「無権代理人は、相手方から、自己の相続分に相当する限度において、その行為の効果を主張された場合には、共同相続人全員の追認がないことを主張して、その効果を否定することは信義則上許され」ないとし、相手方は、「その相続分に相当する限度において、その行為の効果を主張することができることとなり、無権代理人たる相続人は、右の限度において本人自ら法律行為をしたと同様な法律上の地位におかれる結果となるべき」だとする。つまり、特定物の取引行為等に関し、他の共同相続人との共有となってもかまわないとする相手方の意思で、無権代理人の相続分相当部分につき無権代理行為の効果を主張するのであるから、それは認められるべきであり、相手方と共有関係になる他の共同相続人にあっても、自己以外の共同相続人がその持分を第三者に処分し、当該第三者と共

9 後藤・前掲注 (2) 74 頁

10 潮見・前掲注 (7) 71

11 潮見・前掲注 (7) 72

有関係になることもあるのであるから、相手方との共有を甘受せざるをえないとするものである。

この反対意見と本判決の違いについては次のとおり指摘されている。すなわち、法廷意見に対する反対意見は、自己の無権代理行為の帰属の否定ということに信義則違反の根拠を見出しているのに対し、多数意見は追認権を不可分とすることで、信義則の内容を、実質的に、追認拒絶をなしえないという行為の側面に限定し、無権代理行為の効果が無権代理人自身に帰属すべきであるとするところまで含めていない。この点にこれら両意見の出発点における差異がある¹²としている¹³。

(3) 本人の無権代理人相続（単独相続・共同相続）

本人が無権代理人を相続した場合には、「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」¹⁴とされ、資格併存信義則説を採用しているものと解されている¹⁵。

12 須藤悦安「判批（最一小判平5・1・21民集47・1・265）」創法24・2・72（1995）

13 なお、反対意見は次のとおり支持されている。すなわち、信義則の内容を相続財産の帰属の問題から切り離し、もっぱら追認拒絶の許否の問題として、無権代理行為の効果の帰属の問題を追認の有無にかからしめるほうが、遺産分割等、実際の相続財産の帰属先を考慮しなくてすむので、理論的には簡潔であるように思われる。しかしながら、相続の結果としての相続財産の帰属の問題をまったく抜きにして信義則の問題を論じることには、疑問を感じざるを得ない。この点はまさに反対意見の言うように、自分で行った行為の効果の自己への帰属を拒否できるとすることが衡平感覚に反すると言えるのではないだろうか。その意味で、本件に関する限り、結論において反対意見は妥当であり、また無権代理人単独相続型の事案における判例の結論との均衡からも、反対意見が支持されてよいように思われる（須藤・前掲注（12）72）とされている。

14 前掲最一小判昭37・4・20

15 しかし、そうはいつでも、本人たる相続人が追認を拒絶しうる場合であっても、「民法117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、……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」（最三小判昭48・7・3民集27・7・751）とされ、本人が追

この判例法理は共同相続においても妥当しうる。

(4) 第三者が無権代理人相続後に本人を相続

第三者が無権代理人の地位を相続により承継した後に、他家の家督相続により本人の地位についた場合、当該第三者が追認拒絶をなしえない理由として、大判昭 17・2・25 民集 21・164¹⁶⁾は、「別段ノ事情ナキ限り本人自ラ法律行為ヲ爲シタルト同様其ノ行為ノ効果ノ自己ニ歸屬スルヲ回避シ得サル」として資格融合説を採っているかのように判断する一方で、「今更追認ヲ拒絶シテ代理行為ノ効果ノ自己ニ歸屬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」として資格併存信義則説をも採っている¹⁷⁾かのような記述がなされている。この点については、大審院の追認拒絶否定の判断は、事案において追認拒絶を可とすべく、前掲大判昭 2・3・22 の理論の適用否定を主張する上告理由に反対するものとしてなされたのであるから、追認拒絶にあっては前掲大判昭 2・3・22 の理論を採ったものと捉えることになるかと思われる。そうであるならば、資格融合説に則ったものということになろう。なお、信義則を持ち出した理由は、仮に追認拒絶をできるとすればそれは信義に反する行為であることを仮定的に例示したものだと思われる。

さらに、最三小判昭 63・3・1 家月 41・10・104 は、第三者が無権代理人を本人とともに共同相続した後に、本人を相続した事案であり、「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

認拒絶をしたとしても、本人は善意無過失の相手方から無権代理人としての責任を追及される立場を免れることはない。

16 事案は特殊であり、旧法下において、無権代理人の家督を相続した者が隠居の上さらに本人の家督を相続したものである。

17 安永正昭『無権代理と相続』における理論上の諸問題」曹時 42・4・781 (1990)、須藤・前掲注 (12) 69

ものと解するのが相当である」としてここでも資格融合説を採っている。なお、「信義則の見地からみても是認すべきである」として、前掲大判昭17・2・25と同様に仮定的例示をしている¹⁸。

(5) 判例理論総括

以上、判例理論をまとめると以下のようになる。

- A. 無権代理人の本人相続（単独相続）：資格融合説
- B. 無権代理人の本人相続（共同相続）：資格併存信義則説
- C. 本人の無権代理人相続（単独相続・共同相続）：資格併存信義則説
- D. 第三者が無権代理人相続後に本人を相続：資格融合説

事案の類型によって判例理論は異なっているということになる。AとDの事案に資格融合説が、BとCの事案に資格併存信義則説が適用されている。AとDの事案は異なる事案のように思われるが、実はそうではなく、Dは第三者が本人とともに無権代理人を相続したことによって無権代理人と化し、その後、無権代理人と化した第三者が本人を相続する、つまりこの時点で無権代理人が本人を相続するA事案と類似の事案だということになり、資格融合説が適用されるのである。

一方、B事案は、追認権は不可分であることが前提にある。そうであるからこ他の共同相続人が追認したにもかかわらず、無権代理人が追認を拒絶することは信義則に反することから、無権代理人も追認したものとされ、その結果、無権代理行為は不可分的に追認となる。これに対し、追認権は不可分であるから、他の共同相続人が追認を拒絶するとその時点で追認は不可能となり、無権代理行為は追認拒絶となる。これに対し、C事案

18 前田陽一「35 本人の無権代理人相続」潮見佳男＝道垣内弘人『民法判例百選 総則・物権』73頁（有斐閣、第七版、2015）。なお、このように前掲最三小判昭63・3・1が「信義則」を仮定的例示として用いていることが、判例が資格併存を前提としているか否かは、かならずしも明らかではない（井上繁規「判批（最一小判平5・1・21民集47・1・265）」財団法人法曹会編『最高裁判所判例解説民事編 平成5年度（上）（1月～3月分）』83-84頁（法曹会、1996））との疑念を抱かせるに至っている。

は、本人が無権代理人を相続するにあたり、単独相続であろうが共同相続であろうが、本人には何ら信義に反するところがないことから、追認も追認拒絶も自由になしうるのである。

さらにD事案に類似するものとして、まだ判例はないが、第三者が無権代理人とともに本人相続後に無権代理人を相続した場合（以下、E事案という）は、第三者がまず本人を相続することにより本人と化し、その後、本人と化した第三者が無権代理人を相続する、つまりこの時点で本人が無権代理人を相続するC事案と類似の事案だということになるから、資格併存信義則説が適用されることになるであろう。

このように、事案によって適用される理論が異なることについては、前掲最一小判平5・1・21の調査官解説によれば、資格融合説は、無権代理人共同相続型とは事案を異にする無権代理人の本人単独相続型の事案にのみ妥当する理論構成として、その限度での存在意義を認められるにとどまるとして一応の合理性を肯定できるとする見解¹⁹が主張されている。

3. 学説

判例法理への批判を中心に学説は発展しているようである。すなわち、判例法理はAおよびD事案に資格融合説を、B事案およびC事案には資格併存信義則説と、それぞれ異なる理論構成を採っているのは前述のとおり

19 井上・前掲注(18)93-94頁。この見解は次のとおりである。すなわち、無権代理人共同相続型の場合には、無権代理人を含む共同相続人が本人の有していた無権代理行為の追認権を不可分的に承継取得する結果として、追認権の準共有状態という無権代理人単独相続型の場合には見られない複雑な法律関係が生ずるため、無権代理人を含む共同相続人と相手方との利害を適正に調和させる処理を図るためには、地位の併存を前提とした理論構成を採ることが、必要かつ不可欠である。しかしながら、無権代理人単独相続型、本人相続型とは、事案の相違に対応して、解決されるべき法律関係もおのずから異なっていることから、無権代理人単独相続型に資格融合説を採用することも、その限度での一応の合理性を肯定することができないわけではない。その意味で、資格融合説は、無権代理人共同相続型とは事案を異にする無権代理人単独相続型の事案にのみ妥当する理論構成として、その限度での存在意義を認められるにとどまる（井上・前掲注(18)93-94頁）のである。

であるが、この点につき学説はいずれも相続が絡む無権代理事案でありながら、異なる理論構成を採ることに強い違和感を有しているのである。そのため、学説は、すべての事案につき、同一理論で判断すべきであるとの批判をし、それぞれの学説が依るべき理論を主張する。

さらに、学説は、D事案において、第三者は無権代理行為をしていないから追認拒絶をすることは何ら信義に反するものではないにもかかわらず、無権代理人と本人との資格融合により追認拒絶ができないとの結論になる判例理論の不当性を批判する。つまり、E事案との相違は相続の順番がたまたま異なったというだけの偶然的事象であるにもかかわらず、第三者は、判例理論によればE事案では追認拒絶をでき、D事案ではそれができないとの結論は不合理だということである。

以下、学説がこれら批判を回避すべくどのように合理的な論理立てをしているのかにつきみていくものとする。

(1) 当然有効説

無権代理人が本人を相続する場合に無権代理行為が当然に有効となるとする見解としては主に資格融合説と代理権欠缺追完説がある。

資格融合説

資格融合説は、A事案およびD事案で判例が採る見解であり、学説も判例理論がそうであることを認めている²⁰。そして、資格融合説は、前掲大判昭2・3・22が、「無権代理人カ本人ヲ相續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爲ヲ爲シタルト同様ノ法律

20 資格融合説の適用は、無権代理人が本人を単独相続した場合に限られる。その理由として前掲最二小判昭40・6・18が、「この理は、無権代理人が本人の共同相続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」と述べて、特に本件の事実関係を摘示していることからそれがいえる（平井宜雄「判批（最二小判昭40・6・18民集19・4・98）」法協83・2・277（1966））とされている。

上ノ地位ヲ生シタルモノト解スルヲ相當トス」と判断する見解である。

これに対しては、判例の態度は相続の根本義にかなうとして賛成²¹する見解もあるが、通説であるとされている資格併存信義則説の主張者からは支持を得られていないようである。すなわち、資格融合説は、無権代理人は追認を拒絶しても、固有の義務として履行の責を負うことになるから、結局相手方は満足するという結果になるのなら、当初から追認拒絶権の行使を否定するのが解釈として妥当だとするにすぎない。相続によって論理必然的に無権代理行為が有効になるものではない²²。したがって、資格併存信義則説が妥当である。そうであれば相手方は取消権行使を選択することも可能となる²³。

しかし、これに対しては次のような反論がある。すなわち、資格併存信義則説だと、追認の拒絶を禁止はできても、無権代理行為が相続と同時に当然有効となるという結論を導くことはできないのみならず、追認の拒絶は相手方にとって、無権代理人の責任を追及できることから、かならずしも不利益ではなく、信義則を援用する余地はない²⁴との反論がなされている。この見解を主張する四宮和夫教授は、「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に融合したとすれば、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は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」とする。これに対しては、再反論として、相続当時より遺言執行者が存しまたは存すべきことが明らかである場合、無権代理人が共同相続人の一人である場合、無権代理人が無能力の場合にも相続の開始と同時に当然確定的に有効となって不当であ

21 穂積重遠「21 代理 - 無権代理人が本人を相続したる場合」民事法判例研究会編『判例民事法 (7) 昭和 2 年度』88 頁 (有斐閣、復刊、1954)

22 泉久雄『総合判例研究叢書 民法 (26)』196 頁 (有斐閣、1969)

23 泉・前掲注 (22) 200 - 201

24 四宮和夫「12 無権代理と家督相続」民事法判例研究会編『判例民事法 (22) 昭和 17 年度』46 - 47 頁 (有斐閣、復刊、1967)

るとの批判がある²⁵。再々反論としては、資格融合説にあっても、管理権（処分権を含む）の制限された範囲内では当該法律行為の効果の帰属が排斥されることから、不当の結果を生ずるおそれはない²⁶とする。

なお、判例理論が資格融合説を特定の事案についてのみ適用していることについては、無権代理人が民法 117 条の責任を負わない場合にもその責任を負わされると同一の結果になり不都合である²⁷との批判が有力になされている。ところが、実際には、最上級審において資格融合説に基づいて処理された事案のすべてが下級審で相手方の悪意または過失が否定されていたか、そのように認められたであろう事案であり、相手方が民法 117 条によっても履行を得られたと思われる事案である²⁸との分析も主張されているところである。そして、前掲最二小判昭 37・4・20 が傍論でも、無権代理人の本人単独相続型についても資格併存信義則説が適用しうるかのようになされていることからすれば、無権代理人の責任追及のできる事案についてのみ便宜上資格融合説を採用しているにすぎず、判例はかならずしも無権代理人の本人単独相続型事案のみにおいて資格融合説の適用に固執しているものではないことを示している。そうであるならば、判例理論としては、相続が絡む無権代理事案にあつてはすべて一律に資格併存信義則説が適用されるべきものとして捉え直しても判例の判断に背くものでないといえるのではなからうか。

代理権欠缺追完説

この見解は、大判昭 2・3・22 をはじめとする資格融合説を採っているものと解されている判例を非権利者の処分の追完の理論、すなわち、無権代理人が相続により相続財産を処分しうる権限を取得することで代理権の

25 四宮・前掲注 (24) 46 - 47 頁

26 四宮・前掲注 (24) 47 頁

27 品川孝次「無権代理と相手方保護」LAW SCHOOL30・48 - 49 (1981)

28 佐久間・前掲注 (3) 297 頁「補論」

欠缺が治癒されるという理論によったものと位置づけた²⁹うえ、これに賛成するものであり、当然有効とみる点では資格融合説と共通の側面を有すると評価できる³⁰とされている。

資格融合説は、比喩的説明にすぎるとのみか、遺言執行者が任命された場合、無権代理人が共同相続人の一人である場合、無権代理人が無能力の場合にも相続の開始と同時に当然確定的に有効となるという不当な結果を生ずることから、無権代理人が相続によって処分権を取得したときには代理権の欠缺が追完される理論（代理権欠缺追完説）³¹が編み出された³²ものとされている。そして、代理権欠缺追完説によれば、相続は開始しても共同相続・遺言執行者の任命ある場合等には相続人に処分権はなく、無権代理行為は不確定の状態に置かれることになり、相続人が無能力者である場合には、取消権による保護の問題が依然残る³³ことになり、不当性は生じない³⁴と主張されている。

これに対しては、資格融合説にも妥当するのであるが、当然に有効とする見解は相手方の取消権の行使（民 115）および無権代理人の責任（とりわけ損害賠償の選択）の追求（民 117）の方途を閉ざしてしまうことになって不当であり³⁵、代理権欠缺追完説にあつては、たまたま本人が無権代理人に目的物を贈与すると本人が追認していないにもかかわらず、当然有効となって本人は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てしまうことになる³⁶。そこで、そのような欠点を克服する見解として、資格併存信義則説が主張されるに至った³⁷ものと解されている。

29 於保不二雄「判批（大判昭9・9・10民集13・1777）」民商1・4・158（1933）

30 安永・前掲注（17）781

31 於保・前掲注（29）157 - 159

32 四宮・前掲注（24）45頁

33 實方正雄「昭和9年度民事判例の回顧（一）」法学4・7・22（1935）

34 於保・前掲注（29）157 - 159

35 安永・前掲注（17）783

36 杉之原舜一「135無権代理行為と代理人の相続」民商9・5・1029 - 1030（1939）

37 四宮・前掲注（24）45頁

いずれにしても資格融合説も含め、当然有効とする考えは単独相続の結果となるケースにおいてのみ妥当し、共同相続の場合については別の理論による処理を考えなければならず、十分ではない³⁸。共同相続の場合も視野に入れて問題を処理する一律の法律構成を考えると、少なくとも資格併存的構成によることが妥当³⁹ということになりそうである。

(2) 資格併存説

A事案からE事案までを統一的理論によって判断するために資格併存説が主張されている。

判例もB事案およびC事案では資格併存説を採っている。特にB事案にあつて資格併存説を採用する理由として、無権代理人が他の相続人とともに本人を共同相続した場合に資格融合説を採用し、無権代理行為全体が有効になると解するならば、本人から追認を拒絶できる資格を承継した他の共同相続人の利益が損なわれるからであり、そのため、共同相続の場合には、相続財産全体につき資格融合説を採ることはできない⁴⁰とされている。

資格併存説には信義則説以外に貫徹説がある。判例は、信義則説を採っており、最大判昭49・9・4民集28・6・1169も、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権利者の地位といった本人の無権代理人相続型と類似の事案に対し資格併存信義則説を採っている⁴¹。すなわち、他人の権利の売主を相続した権利者は、相続前と同様その権利の移転につき許否の自由を保有し、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、売主としての履行義務を拒否することができるとしている。それゆえ、信義則説は通説と評されている⁴²。

38 安永・前掲注(17)782

39 安永・前掲注(17)783

40 後藤・前掲注(2)74頁

41 安永・前掲注(17)785

42 後藤・前掲注(2)75頁

資格併存信義則説

A. 学説概要

資格併存信義則説は、次のとおりである。すなわち、無権代理人の本人相続型（単独相続）において、無権代理人には本人の地位と無権代理人の地位が併存する。本人の地位の承継により無権代理人には追認拒絶権も承継されるが、無権代理を行った当の本人が追認拒絶権を行使するのは信義に反することから、無権代理人は追認拒絶ができず、その結果として相手方からの履行請求をも拒むことはできないのである⁴³。

一方、本人の無権代理人相続型（単独相続）において、本人には無権代理人の地位も併存するが、そうであっても、もともと有している追認拒絶権を行使したとしても、本人が無権代理を行ったわけではないから、信義に反することは何らなく、有効に追認拒絶をし、相手方からの履行請求を拒むことができるのである。

なお、共同相続の場合には、追認権が可分か不可分かの解釈によってさらに追認権可分説と追認権不可分説とに分かれることになる。前掲最一小判平5・1・21（以下、平成5年判決という）は2（2）において述べたように追認権不可分説を採っている⁴⁴。

B. 追認権の性質 - 追認権不可分説と可分説

ここでは追認権の性質を判例理論である追認権不可分説と有力説が主張

43 無権代理人が本人を相続する場合のみならず、無権代理人が事後本人の後見人となった場合でも無権代理行為は信義則に基づき追認拒絶ができない旨主張する見解（杉之原・前掲注（36）1031 - 1032）が存するが、これについては、無権代理行為の協力者が本人の後見人になった事案（最一小判平6・9・13民集458・6・1263）であり、後見人は、本人との関係においては、専らその利益のために善良な管理者の注意をもって代理権を行使する義務を負うのであるから、追認あるいは追認拒絶をするにあっても本人に代わって本人の利益のためにすることになる。したがって、後見人自身が無権代理行為に協力したというだけでは追認拒絶が信義則に反することにはならないとしている。この理は無権代理人自身が後見人になった場合にも妥当しうるものといえよう。

44 内田貴『民法 総則・物権総論』174頁（東京大学出版会、第四版、2008）は平成5年判決を支持している。

する追認権可分説のそれぞれの立場からみていくものとする。

まず、平成5年判決は、追認権不可分を判断しているが、同一日付・同一法廷の最一小判平5・1・21判タ815・121は、不動産譲渡担保の設定が無権代理でなされた事案で本判決と同一判旨の判決をしており⁴⁵、これはこの判断が判例法理として強固であることを意味している。

さらに、平成5年判決は、無権代理行為の「追認権」の共同相続を問題としているのであって、無権代理行為の対象となった「保証債務」の共同相続を問題としているわけではない。したがって、可分債務の場合には被相続人死亡により法律上当然に分割され各相続人がその相続分に依じてこれを承継すると判断した最二小判昭34・6・19民集13・6・757の適用されるものとは事案が異なる⁴⁶のである。

そして、追認権不可分を判断した理由は次のとおりである。すなわち、平成5年判決の原審（仙台高判昭63・8・31民集47・1・298）のように、無権代理行為全体ではなく、無権代理人の相続分に依じた割合につき資格融合説を採用し、無権代理人の相続分の限度で無権代理行為が当然有効になると判断するとしても、他の共同相続人の利益が損なわれることになる。たとえば、不動産を売却する契約が無権代理行為としてなされた場合には、他の共同相続人が追認を拒絶する限り、他の共同相続人と相手方が不動産を共有する状態となり、これを望まない他の共同相続人に不当な不利益を与え、また、相手方にとっても共有状態を嫌い民法115条の取消権を行使したくてもそれが許されないといった不都合な結果となってしまう⁴⁷。これを回避するためには資格併存とすることにより、追認がなされるまでは相手方は取消権を行使でき、さらに、追認権を不可分とすることにより、他の共同相続人が追認拒絶をしさえすれば追認は不可となり、他の共同相続人は相手方との共有状態を回避できる。

45 後藤・前掲注(2)75頁

46 後藤・前掲注(2)75頁

47 後藤・前掲注(2)74頁

学説においても、追認権を古くから不可分的に捉える見解が主張されている。すなわち、追認は、意思表示の全部についてなされることを要し、その一部について追認をなし、または変更を加えて追認をなすについては、相手方の同意が必要となる。ただし、意思表示が可分の内容を有し、相手方がその一部についてのみ法律行為をなすことを欲するものと認定せられるべき特別の事情があるときは、相手方の同意を要しない⁴⁸とする。

このように追認権を不可分的に捉えたと、無権代理人を含む共同相続人が、本人の有していた無権代理行為の追認権を共同で承継取得する場合には、追認権の準共有関係が生じる（民 264）ことになる。そして、追認は未確定的無効を有効化するという処分的効果を生じさせるものであるから、無権代理行為を有効とするには無権代理人を含む共同相続人全員の同意が必要になる（民 251）⁴⁹のである。したがって、共同相続人の一人でも追認拒絶をすれば追認は成立しえず、無権代理行為は追認拒絶となる。

なお、不可分的に帰属するのは追認権だけであり、追認拒絶権は、未確定的無効を確定的無効とする（無効を確定的なものとする）現状維持的行為であるから、保存行為として各自が単独でなしうる⁵⁰と解されている。

これに対し、追認権可分説も有力に主張されている。これは、無権代理人の相続分の限度で追認拒絶制限により契約が追認されたのと同様に扱うべきだとする見解である⁵¹。

追認権不可分説と可分説との実質的利益衡量の面を見てみると、不可分説は、一部追認は共同相続人の意に沿わない相手方との共有関係を甘受させることになるし、法律関係を複雑にするから認めるべきではないとの立場であり、可分説は、一部追認という結果は、共同相続人の1人が自己の相続分を他に譲渡した場合と異ならないから、これを非とするにはあたら

48 近藤英吉『民法大綱（総則）』390頁（巖松堂書店、1939）

49 井上・前掲注（18）90 - 91頁

50 品川・前掲注（27）51 - 52

51 佐久間・前掲注（3）300頁

ないものと捉えているのである。そして、形式的法律論の面では、不可分説は、共同相続人は契約の本人への効果帰属を決めうる地位を承継するものとし、それは追認権と追認拒絶権であると捉えている。したがって、契約の効果として生じる権利義務の性質（可分債権・債務か、特定物の所有権移転義務か）は意味を持たない。これに対し、可分説は、共同相続人が実質的に承継するのは、無権代理行為の効果を引き受けるかどうかを決める地位であるとし、それを決めるのが追認権と追認拒絶権であると理解する。そこで、各相続人が相続分に応じて効果を引き受けるかどうかを判断すればよいと捉えているのである⁵²。

資格併存貫徹説

この説は、無権代理人は本人としての資格を自由に行使でき、無権代理行為の追認拒絶もできるとする見解である。無権代理人が本人を共同相続した場合で、他の共同相続人が追認したとしても無権代理人は本人の資格で追認拒絶ができるのである⁵³。本人と無権代理人の資格併存を理論として貫くものであって、単純明快である。しかし、この見解は事案の解決として妥当性を欠くものとされている。すなわち、無権代理人が本人を共同相続した場合で、他の共同相続人全員が追認に同意をしており、無権代理人の意思次第で相手方に履行を得させることができるのに、無権代理人が追認を拒むことは、民法 117 条によって許されていない態度だといえるからである⁵⁴。

(3) すべての事案の解決に妥当性を有する理論の検討

以上、これまで見てきた学説は大きく当然有効説と資格併存説とに分類される。しかし、当然有効説は (1) において述べたように単独相続の

52 佐久間・前掲注 (3) 301 頁

53 佐久間・前掲注 (3) 298、302 頁

54 佐久間・前掲注 (3) 302 頁「補論」

結果となるケースにおいてのみ妥当し、共同相続の場合については別の理論による処理を考えなければならず、十分ではない点、共同相続の場合も視野に入れて問題を処理する一律の法律構成を考えると、少なくとも資格併存的構成によることが妥当という点、(1) で述べたように、本来の判例理論でいうならば当然有効説であるはずの無権代理人の本人単独相続型について前掲最二小判昭 37・4・20 が傍論で資格併存信義則説の適用を述べていることから、判例はかならずしも無権代理人の本人単独相続型事案においてのみ当然有効説を適用することに固執するものではなく、相続が絡む無権代理事案のすべてにつき一律に資格併存説が適用されるべきものとして捉えているとしても判例の法意識に背くものではない点、以上からして検討にあたっては資格併存説に絞って検討するものとする。

なお、ここでは 2 (5) に挙げた A 事案から E 事案ごとに資格併存信義則説における追認権不可分説、同可分説、および資格併存貫徹説の 3 つの見解につき比較分析を行う。

また、相続という偶然的事象があったとしても、そのために相続人たる無権代理人・本人・他の共同相続人そして相手方の誰かが、相続がなかった場合と比較して特別に利益を得たり、あるいは特別に不利益を被ったりしてはならない。すべての事案の解決に妥当性を有する理論は、すべての事案につき妥当な結果をもたらすだけでなく、相続がなかった場合とほぼ同じ結果となることが必要だということになる。

A 事案 (無権代理人の本人相続 (単独相続))

- イ. 資格併存信義則説 (追認権不可分説・可分説) 相続人は無権代理人だけであるから、追認権につき不可分・可分は問題にならない。無権代理人は信義則上、無権代理行為につき追認を拒絶できない結果として、相手方は契約の履行を求めることができる。
- ロ. 資格併存貫徹説 相続人たる無権代理人は追認することも追認を拒絶することも自由である。しかし、追認を拒絶した場合は、善意かつ無過失の相手方からの履行請求がなされる場合がありえる。

以上の結果になるが、イについては、相続人たる無権代理人は無権代理行為を自らした者であるから本人を相続したことによって追認を拒絶することは矛盾行為であるとして信義則上許されないとされている。これに対しては、相手方が悪意または有過失である場合には、無権代理人に対して履行請求できないにもかかわらず、相続という偶然の事情により、履行請求ができることになるのはあまりにも相手方を無理由に利することになるとの批判や、また、「自ら無権代理行為をした者が本人を相続した場合に、本人の地位で追認を拒絶することは信義則に反する」といういわば定式化することは、信義則という一般条項は、本来は個別具体的な関係当事者間の人的関係を考慮して個別具体的に適用すべきなのに、それを抽象的定式的な基準として用いることになり、不当である⁵⁵との批判がなされている⁵⁶。

これら批判から信義に反することの内容を分析し、無権代理人が追認拒絶のできない場合をより制限する下記の見解が主張されている。すなわち、無権代理であることを知りつつ無権代理行為をした悪意の無権代理人が自ら追認拒絶の効果を援用することこそが信義に反する行為だとするのである。これは単なる矛盾行為の禁止ではなく、悪意者に対する制裁という要素を重視するものである⁵⁷。この見解からすれば、自己に代理権のないことにつき善意の無権代理人が本人を相続し追認拒絶をしたとしてもそれは信義に反するものではないから許されるということになり、無権代理人に

55 平井・前掲注(20) 279、高森・前掲注(6) 562頁

56 ただし、この批判に対しては、信義則が定式化適用されている場合も実際にあることからすれば、信義則の適用がかならずしも個別具体的な適用に限定されているわけではないといえ、かならずしもこの批判は当てはまらないということになろう。信義則が定式適用されているものとしては次のものがある。すなわち、最大判昭41・4・20民集20・4・702は、債務者が消滅時効完成後に債権者に対し当該債務の承認をした場合には、時効完成の事実を知らなかったときでも、その後その時効の援用をすることは「信義則上」許されないと定式適用されており、また、信義則に基づく使用者の安全配慮義務(最三小判昭50・2・25民集29・2・143)についても従業員に対しほぼ一律に定式適用されている。

57 山本・前掲注(8) リマークス13

よる追認拒絶が信義に反し許されない場合というのは、無権代理であることにつき悪意の場合だけということになる。この点については、悪意の相手方からの請求の場合には追認拒絶できるとの見解⁵⁸も主張されていて、相手方の善悪も追認拒絶の可否に影響を及ぼすとなると、無権代理人の善悪との組み合わせによって判断が左右されるという複雑な判断構成となるだけでなく、無権代理人が善意で相手方が善意の場合、無権代理人も相手方も悪意の場合など、追認拒絶の可否の判断につき⁵⁹、無権代理人への制裁を重視するのか、相手方の利益を重視するのかといった論点をクリアする必要が出てくる。

このように信義に反することの意味については問題が多い。

一方、口に対しては、無権代理行為を行った者が本人を相続して追認拒絶できるとするのは、信義に反すると資格併存信義則説からの批判がなされているところである。しかし、資格併存信義則説の信義に反することの意味については上述のように一つの大きな問題点となっていることから、この点を考慮する必要のない資格併存貫徹説がA事案にあっては妥当なのではないだろうか。この見解を採れば、悪意または有過失の相手方を無理由にて利することにはならず、信義に反することの意味から来る複雑な判断構成を採らなければならないとする見解の適用も考える必要はない。また、無権代理人が追認拒絶をしたとしても、善意かつ無過失の相手方からの民法 117 条の責任追及を受けるのであるから、無権代理人は何ら信義に反するところはない⁶⁰といえるのではないだろうか。

58 佐久間・前掲注 (3) 297 - 298 頁

59 無権代理人と相手方の組み合わせが、善意・悪意の場合は無権代理人に制裁を科す必要はなく、相手方の利益も考慮する必要はないから追認拒絶ができ、悪意・善意の場合は無権代理人への制裁と相手方の利益を考慮する必要から追認拒絶はできないということになる。ただし、無権代理人も相手方も善悪だけではなく、過失の有無も要件とする場合には、さらに複雑な組合せと判断を必要とすることになる。

60 地切修『金融法務の重要論点』316 頁（経済法令研究会、2015）

B事案（無権代理人の本人相続（共同相続））

- 各学説による結果とその検討 -

- イ．資格併存信義則説（追認権不可分説） 他の共同相続人全員が追認した場合は、無権代理人は信義則上、追認拒絶を禁じられるので、共同相続人全員が追認したことになり、本人に効果帰属する。一方、他の共同相続人が追認拒絶した場合、本人への効果不帰属が確定する。この場合、善意かつ無過失の相手方からの履行請求がなされることになる。特定物の給付の場合には損害賠償請求に限定される場合が出てくる。
- ロ．資格併存信義則説（追認権可分説） 他の共同相続人全員が追認した場合は、無権代理人は信義則上、追認拒絶を禁じられるので、共同相続人全員が追認したことになり、本人に効果帰属する（イと同結果）。一方、他の共同相続人全員が追認拒絶をしても、無権代理人は信義則上、追認拒絶が禁じられるから、無権代理人の有する相続分の限度で追認がなされたのと同様になる。
- ハ．資格併存貫徹説 無権代理人は、他の共同相続人の追認・追認拒絶のいかんにかかわらず追認も追認拒絶も自由である。追認を拒絶した場合には、善意かつ無過失の相手方からの履行請求がなされることになる。

以上の結果になる。イとロの違いは、他の共同相続人の全員が追認拒絶をした場合に出てくる。すなわち、イでは全体が追認拒絶という結果になるが、ロでは、無権代理人の相続分につき追認されたものとなる。この点については、追認権可分説から信義則判断においては種々の事情が考慮されてよいはずである⁶¹との批判がなされている。種々の事情とは、無権代理行為が特定物の給付である場合における他の共同相続人の利益擁護⁶²である。すなわち、無権代理人による追認拒絶は矛盾行為となって信義に反

61 佐久間・前掲注(3) 301頁「補論」

62 佐久間・前掲注(3) 301 - 302頁「補論」

し許されないが、他の共同相続人が追認拒絶をした場合は、その者の利益擁護を重視しなければならないことから追認拒絶が許されるというものである。その理由は、追認拒絶を信義則上認められないものとする他の共同相続人の利益に重大な影響を及ぼすからであるが、このように解すれば不可分説との間に実際上の差異はなくなる⁶³。

ところで、資格併存貫徹説に対しては、資格併存信義則説から無権代理人としての責任を負わない場合が出てくることにつき批判がなされている。すなわち、民法 117 条は、善意無過失の相手方が無権代理人に履行責任を追及した場合、その履行が可能ならば、無権代理人はこれに応じなければならない旨を定めている。そうであれば、他の共同相続人全員が追認に同意しており、無権代理人の意思次第で相手方に履行を得させることができるのに、無権代理人が追認を拒むことは、民法 117 条によって許されない態度をいわざるをえない。したがって、この場合には、無権代理人は信義則上、追認拒絶をできないと考えるべきである⁶⁴。

しかし、無権代理人は、その行為の当時、自己と自己の家族の居住する本人所有の居宅を相手方の強引な申入れに屈して無権代理により譲渡してしまったが、その後相続開始時に家族の介護が必要となり、どうしても介護のために現在の居所を変えることはできないといった、事情に変化が生じた場合は、無権代理人としても居宅を使用するために最低でも共有持分権を有している必要があることから追認を拒絶せざるをえないこともありえよう。このような場合も考慮するならば、信義則を杓子定規的にあてはめて判断すべきではない。このような特殊事情の場合には追認拒絶を認めるべきである。

この点、資格併存貫徹説によれば、無権代理人のみが追認拒絶した場合には、無権代理行為が特定物の給付であれば、相手方は無権代理人との共

63 ここでの種々の事情というのは、他の共同相続人の利益擁護に限定されてしまっているから、「種々の事情」という文言を使うべきではないと思われる。

64 佐久間・前掲注(3) 302頁「補論」

有になることから、無権代理人は共有者として当該居宅を従来どおり使用でき、当面、家族の介護を当該居宅にて行うことができることになる。

- 無権代理行為が特定物の給付である場合における共有状態の作出の良否 -

以上のとおり、資格併存貫徹説によると、無権代理行為が特定物の給付で、無権代理人以外の共同相続人の全員が追認した場合、相手方は無権代理人との共有になってしまうことにつき、不当な結果であるとして、この点を批判する見解が多いとされている⁶⁵。

しかし、本当にこのような共有になることが不当なのだろうか。ここでは、資格併存貫徹説を適用し、無権代理人が追認拒絶をした場合と追認した場合とに分け、それぞれにおいて作出される共有状態につき、その不当性について検討する。便宜上、相続人は無権代理人と他の共同相続人の二人であるものとする。

イ．無権代理人が追認拒絶をした場合

この場合は、他の共同相続人が追認拒絶をする場合は無権代理人と他の共同相続人との共有になる。

これに対し、他の共同相続人が追認すれば当該無権代理人が相手方と共有関係になる。無権代理行為を行った者が相手方と共有になってもそれは自業自得であり、これを回避すべき理由は何ら存しない。このとき、相手方が善意かつ無過失であるとき、相手方から無権代理責任として履行請求がなされると、無権代理人はそれに応じることになり、無権代理人の持分が相手方に移転し、結局、相手方は目的物を単独所有することになる。ここにおいて、無権代理人による追認拒絶は信義に反するとの主張がなされることになるが、その信義則違反は、相手方が善意かつ無過失であるとき

65 佐久間毅 = 石田剛 = 山下純司 = 原田昌和 『民法 総則』 238 頁 [山下純司] (有斐閣、2015)

に妥当する⁶⁶ものであるとの主張がなされているところである。この主張は妥当性を有するものと思われる。しかし、相手方の「悪意または有過失」の立証は、無権代理行為の履行請求がなされたときにはじめて無権代理人がなすものである⁶⁷。訴訟を介さずに相続人に対して履行請求がなされた場合は、相手方の「悪意または有過失」の立証前に無権代理人が追認拒絶をなすことになるわけで、これでは、当該追認拒絶の時点でそれが信義則違反であるかどうかの判断がつかないということになる。このように該当事案のすべてにつき「信義則違反」の判断を即時になすことはできないのであるから、この主張は現実性に欠ける主張だといえよう。

ロ．無権代理人が追認した場合

この場合、他の共同相続人は相手方との共有をきらい、追認を選択することが考えられる。そういった状況で、あえて追認拒絶をしたのであれば、それは相手方との共有を自身の判断で選択したということになり、その意思は尊重されるべきだといえよう。

以上、イ・ロにおける他の共同相続人の判断状況は、無権代理人の判断を基準に判断するという状況になっており、これは結局、無権代理人が主導で判断をしてしまう状況が作出されるということになる。そのような状況は、無権代理人が他の相続人の利益を考えず、自己の利益だけを念頭において判断している状況だともいえる。

なお、ロにおいて他の共同相続人が相手方と共有関係になる場合、相手方も他の共同相続人との共有を望まない場合が多いであろう。その場合、善意の相手方は取消権を行使することになるろう（民115）。取消権は相続人の全員が追認・追認拒絶をするまでに行う必要がある。このとき、単独

66 佐久間・前掲注(3) 302頁「補論」

67 岡口基一『要件事実マニュアル第1巻 総論・民法1』212-213頁(ぎょうせい、第四版、2015)

所有を望む相手方は、他の共同相続人が追認する（これにより相手方は単独所有になる）か、追認拒絶をする（これにより相手方は他の共同相続人との共有関係になる）か、判断のつかない場合もあろう。この場合は、他の共同相続人が追認を拒絶することを条件として、条件成就時における取消の効力発生時点を相続人の全員が追認・追認拒絶をする前時点に遡及させる（民 127 ）内容を有する取消権の行使を認めるべきである。単独行為は原則として条件になじまないが、他の共同相続人は、条件が付されることにより追認拒絶をしても無権代理行為が取消されるのであるから、追認拒絶をしやすくなるという事実上の利益を有することになる。このように条件を付しても他者を害することにならないことから、このような条件を付すことは許されるものと思われる。むしろ反対に条件を付す相手方が目的物につき何らの権利も取得できなくなるといった事実上の不利益を被ることになるであろう。

ところで、判例理論である資格併存信義則説（追認権不可分説）では、無権代理人が追認をしたいにもかかわらず、他の共同相続人が追認を拒絶したがために、無権代理人が他の共同相続人との共有関係になったとしても、その後、無権代理人はどうしても持分であっても欲しい相手方に自己の持ち分を売却してしまうであろうから、他の共同相続人の追認拒絶の時点で相手方と共有になろうが後に共有になろうが、結果としては同じことであり、この点からすれば資格併存貫徹説との差異はほとんどないものといえる。

また、他の共同相続人が目的物の占有を確保するために追認拒絶をしたにもかかわらず、無権代理人が追認をしてしまった場合、たとえば、被相続人の配偶者が従来から当該被相続人とともに居住する家屋をその子供が無権代理人として売却してしまった事案にあって、他の共同相続人である配偶者は、当該居住する家屋につき居住を継続したいとの強い要望からすれば、どうしても相手方との共有を避けたいところである。この点については、たとえ無権代理人が追認し、配偶者が拒絶をしたがために、配偶者が当該家屋につき相手方との共有になったとしても、相手方は当該家屋を

使用するために無理やりに入居をしてきたり、配偶者を無理やりに追い出すような、いわば自力救済的行為を取ったとしてもその行為は権利濫用であって、許されないものといえることから、当面の居住は確保されることになる。相手方との共有になったとしてもこのような共有関係では、相手方との漸次協議が行われ、価格賠償等の方法で共有物分割が行われるか、配偶者が相手方の持分価格相当分の家賃を支払う形にするなど、最終的には妥当な決着がつくこととなる。

以上からすれば、資格併存貫徹説を採ったとしても相手方との共有関係がかならずしも作出されるとは限らず、むしろ作出の可能性は相手方の条件付き取消権を容認することによってではあるが、少ないものと思われる。

そして、かりに他の共同相続人と相手方との共有関係が作出されたとしても、かならずしも他の共同相続人の不利になるものとはいえないのである。

C 事案（本人の無権代理人相続（単独相続・共同相続））

- イ. 資格併存信義則説（追認権不可分説） 本人が単独相続する場合、本人に信義に反するところは何もないから、追認も追認拒絶もできる。また、他の相続人とともに共同相続する場合、追認権が不可分であることから、無権代理行為が追認となる場合は全員が追認することになり、一人でも追認拒絶する者があると、無権代理行為は追認拒絶されることになる。
- ロ. 資格併存信義則説（追認権可分説） 本人が単独相続する場合はイと同様になる。他の相続人とともに共同相続する場合は、本人、他の共同相続人とともに追認も追認拒絶もそれぞれいずれもなすことができる。
- ハ. 資格併存貫徹説 本人が単独相続する場合はイと同様になる。無権代理人は、他の共同相続人の追認・追認拒絶のいかにかわらず追認も追認拒絶も自由である。他の相続人とともに共同相続する場合は結果としてロと同様になる。

なお、上記のいずれも無権代理人の地位を承継していることから、追認

を拒絶したとしても善意かつ無過失の相手方からの民法 117 条による無権代理人の責任追及を受けることになる。ただし、無権代理行為の内容が特定物の給付である場合に、追認拒絶したにもかかわらず民法 117 条の履行責任を負うかについては議論がある⁶⁸。

また、口および八については、共同相続人それぞれの追認・追認拒絶の状況によっては相手方との共有状態が生ずるが、これについては で検討したとおり、かならずしも共有者たる本人あるいは他の共同相続人の不利にならないものといえることから、その点で資格併存信義則説（追認権可分説）、資格併存貫徹説ともに資格併存信義則説（追認権不可分説）に比し劣るものではない。

D 事案（第三者が本人とともに無権代理人相続後に本人を相続した場合）
および E 事案（第三者が無権代理人とともに本人相続後に無権代理人を相続した場合）

- イ. 判例（前掲最三小判昭 63・3・1）の見解 判例は、D 事案において、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。すなわち、資格融合説を採っている。これに対し、E 事案にあっては判例はまだないが、判例の論理を適用すると、本人が先に死亡し、次に無権代理人が死亡するのであるから、本人相続型と同視されることになり、第三者は本人の資格で追認を拒絶できることになると捉えられている⁶⁹。
- ロ. 資格併存信義則説 第三者は無権代理を自らしたわけではないから、追認・追認拒絶のいずれもなすことができる⁷⁰。

68 佐久間・前掲注 (3) 305 頁

69 佐久間・前掲注 (3) 307 頁

70 佐久間・前掲注 (3) 307 頁

八. 資格併存貫徹説 第三者は追認・追認拒絶のいずれもなすことができる。

以上、判例理論に対しては、本人と無権代理人のいずれの相続が先に発生したかという偶然の事情によって第三者の利益が害される結果となるのは妥当ではないとの批判がなされているところである⁷¹。この批判は至極当然であり、口および八は当該批判を回避しうるものであり、その点で妥当性を有するといえる。

よって、DおよびE事案にあっては口および八のいずれの見解を採っても妥当ということになる。

すべての事案の解決に妥当性を有する理論

以上、A事案（無権代理人の本人相続（単独相続））にあっては、資格併存貫徹説を採れば、資格併存信義則説の欠点である悪意または有過失の相手方を無理由にて利することになる点を回避でき、また、信義に反することの意味をより深く探求する見解から来る複雑な判断構成、すなわち、無権代理人の善悪、相手方の善悪の組み合わせに基づき信義に反するか否かを判断するといった構成を採る必要がない。そして、無権代理人は追認拒絶をしたとしても、善意かつ無過失の相手方からの民法 117 条の責任追及を受けるのであるから、無権代理人は身勝手と非難されるところはない⁷²といえ、この点からしても相続人に常に追認・追認拒絶の自由を保障する資格併存貫徹説が妥当だといえるものと思われる。

また、C事案（本人の無権代理人相続（単独相続・共同相続））、D事案（第三者が本人とともに無権代理人相続後に本人を相続した場合）およびE事案（第三者が無権代理人とともに本人相続後に無権代理人を相続した場合）においては、資格併存信義則説および資格併存貫徹説のいずれの説

71 佐久間・前掲注 (3) 307 頁

72 地切・前掲注 (60) 316 頁

も妥当との結論を得た。

一方、B事案（無権代理人の本人相続（共同相続））にあつては、判例理論である資格併存信義則説（追認権不可分説）が、無権代理行為が特定物の給付の場合に、他の共同相続人が予期せぬ相手方との共有関係を当初から防ぐことができる点で優れているものといえる。これに対し、資格併存信義則説（追認権可分説）は、悪意または有過失の相手方であっても保護されてしまうという欠点がある。

また、資格併存信義則説（追認権可分説）および資格併存貫徹説は当初から上記の共有関係を作成してしまう場合がありうるが、最終的にはにて検討したとおり、かならずしも共有者たる本人あるいは他の共同相続人の不利にならないものといえることから、その点で資格併存信義則説（追認権不可分説）に比し劣る見解とはいえない。もちろん、資格併存信義則説（追認権可分説）において、他の共同相続人が追認拒絶をした場合は、その者の利益擁護を重視しなければならないことから追認拒絶が許されるとの見解を採れば、この点での資格併存信義則説（追認権不可分説）との差異はなくなる。

以上、妥当な見解は、A事案では資格併存貫徹説であり、B事案では、資格併存信義則説（追認権不可分説）ということになり、C・D・E事案では資格併存貫徹説および資格併存信義則説のいずれの見解も妥当性を有する。ただし、資格併存貫徹説がB事案では妥当性を有しないというものではない。

思うに、資格併存信義則説（追認権不可分説）は、特定物の給付の場合で、他の共同相続人が追認拒絶した場合には、無権代理人が追認することを意識していたとしてもそれは認められず、追認権は不可分であるし、他の共同相続人の利を勘案すれば全体として追認拒絶となる結論であるが、これは一時的な結果に過ぎず、相手方がたとえ持分であってもどうしても欲しいとの意向を有し、後に無権代理人が当該持分をその相手方に譲渡してしまうのであれば、資格併存貫徹説を適用したと同様の結果になってしまうし、追認権不可分は、相続人個々の事情をまったく勘案しない結果と

もなる。これに対し、資格併存貫徹説は相続人個々の事情に基づく意思が追認・追認拒絶に反映されることになる。この点を利点として捉えれば、資格併存貫徹説が適切な見解ということになるろう。

4. おわりに

判例理論は、事案ごとにその適用する理論が異なり、一貫性に欠ける。そのため実務的な事案解決および学問的な論理一貫性を果たすべき、すべての事案の解決に妥当性を有する理論を検討してきた。その結論として資格併存貫徹説が妥当性を有するものと判断した。資格併存貫徹説は、無権代理人による追認拒絶を信義則から切り離し、追認・追認拒絶につき相続人それぞれの判断を尊重するものである。そして、その結果、予期せぬ共有関係が生じたとしても法律的技巧を用いず、権利関係の不都合性の調整を当事者間の自発性に任せるものである。無権代理に相続の絡む事案にあっては相続人それぞれに独自の事情が存することが多いことから、通説とされる資格併存信義則説（追認権不可分説）のように一律に信義則を用いて判断することや追認権を不可分とすることは、柔軟性に欠け、相続人のそれぞれの独自の事情に対応できない場合が出てくる。

そこで、限定承認や放棄を相続人に強いることによって柔軟な解決を図る見解も主張されている。たとえば、本人が無権代理人を単独相続した類型で、追認を拒絶したために、相手方より履行請求を受けた場合には、限定承認をしさえすれば回避できるはずであり、それをしないで単純承認をしたのだから、履行請求を受けてもやむを得ない⁷³との見解がある。しかし、限定承認は、相続財産が相続時にプラスかマイナスかが判明しないことから、マイナスにしかならない資産を相続したくないとする相続人が行うものであり、結局、相続財産を清算手続きにより競売しなければプラスかマイナスかが確定しないことから、当該不動産を所持し続けたいとする

相続人の意思に反することになってしまう。このことからすれば、限定承認をしないで単純承認をしたのであるから、履行請求を受けてもやむを得ない、との論理はなり立たないように思われる。

また、第三者相続型の事案（DおよびE事案）で、無権代理人を先に相続する場合（D事案）、相続によって承継される地位には、将来本人を相続したならば、事情によっては本人の資格で追認を拒絶することが許されない地位も含まれていると解し、これを回避したければ、無権代理人の相続を放棄すればよい⁷⁴、との見解も主張されている。しかし、放棄をすると被相続人の有するすべての相続財産を承継できなくなることから、無権代理人が有し、当該第三者も居住している家屋を当該第三者が欲する場合には、当該第三者に放棄を強いることはできない⁷⁵。

このように、一律的に法技術や既存制度を用いても相続人それぞれの独自事情に対応することはできないのではないだろうか。そうであるならば、相手方との共有関係になることは他の共同相続人の不利益である等と一方的に決めつけ、それを回避するために一律に法技術を駆使することは妥当

74 佐久間・前掲注(3) 307 - 308 頁「補論」。なお、この見解は、先に本人を相続した場合については、無権代理人を後に相続しても追認拒絶を制限されることのない法的地位を承継したことになる、としている（佐久間・前掲注(3) 308 頁「補論」）。

75 このほかの資格併存貫徹説の問題点としては次の点が考えられる。すなわち、資格併存信義則説（追認権不可分説）を採った場合には、他の共同相続人が追認を拒絶することにより無権代理行為は全体として追認拒絶となって当初は無権代理人との共有関係となり、その後に行われる遺産分割によって他の共同相続人の単独所有とすることができのに対し、資格併存貫徹説は他の共同相続人が遺産分割によって単独所有になるというこのような機会を奪うことになるとの懸念である。この点については、資格併存貫徹説だからといって遺産分割によって単独所有となる機会を奪っているということは全くなく、遺産分割によって単独所有とするには他の共同相続人だけではなく、無権代理人も追認拒絶をすればよいのである。

また、遺言相続や遺言執行者が存在する場合を基づく分割では説明がつかない（平井・前掲注(20) 278）との批判がなされている。これについては資格併存信義則説（追認権不可分説）にあっても他の共同相続人の意思によって追認がなされ、給付目的物が相手方の単独所有になる場合もあり得るのだから、遺言相続や遺言執行者が存在する場合での説明がつかなくなることもありうる、と反論することになる。

ではなく、相続人の意思を尊重し、その後の調整は当事者間の自発性に任せる資格併存貫徹説が妥当ではないだろうか。なぜならば、通常の相続にあっては相続人それぞれの独自事情に基づく意思が衝突するものであり、決して相続人全員の事情に適合する相続結果が作出されるものではないからであり、同じ相続の場面で、無権代理に相続が絡む場合にだけ、一方的な結果を相続人に押し付けるのは妥当ではなく、その点は相続に対する国家の介入との誹りを免れないものと思われる。

片桐善衛先生と私

20年以上も前の日本私法学会で、私の亜細亜大学大学院修士課程での指導教授でありました竹内俊雄先生から立ち話的な形でありましたが、片桐先生をご紹介していただきました。片桐先生とはそのときからお付き合いをさせてもらっております。私は名城大学で博士号をいただいたのですが、そのときも、昨年度ご退職されました柳澤秀吉先生を主任審査委員とし、片桐先生が審査委員の一人として私の拙い論文を審査してくださいました。片桐先生には大変感謝しております。

また、先生のご退職記念論文集の論考として、これまで先生がお書きになりましたご論考を使い、片桐法学なるものを書くことを試みようと思いましたが、先生のご専門が区分所有法であり、私の不得意とする分野でもあって、残念ながら、断念せざるをえませんでした。この点は申し訳なく思っております。

最後に、片桐先生は私法と公法の間に関（とも）法という法分野がある旨提唱しているのですが、区分所有法はその分野に属し、建築基準法における建築協定もその分野に属するものとしています。しかし、2016年3月19日に開催された法政大学の宮本健蔵先生を長とする最新判例研究会での片桐先生の研究発表で、関（とも）法の研究が道半ばである旨をお聞きしました。私も関（とも）法には学問的興味をもっております。ご退職されても、ぜひとも、先生には、この関（とも）法の研究を完成していただきたいと思っております。