



Title	民事判例研究 (2)
Author(s)	水野, 謙; MIZUNO, Ken
Citation	北大法学論集, 41(2), 327-338
Issue Date	1990-12-14
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16770
Type	departmental bulletin paper
File Information	41(2)_p327-338.pdf



民事判例研究（二一）

水野 謙

無権代理人を本人とともに相続した者が更に本人を相続した場合における無権代理行為の効力

民法一一三条・一一七条・八九六条

昭和六三年三月一日第三小法廷判決（昭和五八年（初）第二三六二号、所有権移転登記抹消手続請求事件）判時一三二二号九二頁、判夕六九七号一九五頁ほか（民集未登載）

〔事実〕 昭和三五年七月頃、甲（昭和二八年九月から死亡時ま

で精神分裂病のため措置入院の妻乙は、甲から代理権の授与を受
けずに甲の代理人と称して本件土地（農地）をAに売却した。A
は本件土地をBに売却、Bは本件土地を五つに分筆し、それぞ
れをC、D、E、Y（被告・控訴人・上诉人）、F（被告）に譲渡
した。その後YはC、D、Eから当該各土地の買主の地位を譲
渡された（各土地は、右の経過に即して仮登記・付記登記を経てい
る）。昭和四二、三年頃Yは右の土地につき農地法三条による知
事の許可を得て、昭和四二年四月及び昭和四三年六月に所有権
移転登記を経た。Y名義で登記された当該土地は更に分筆され、

G(被告)がその一部を買収、所有権移転登記を経た。乙は昭和四四年三月二日に死亡し、甲及び甲乙間の子X₁、X₂が乙を相続したが、更に甲が昭和四八年六月一八日に死亡したため、Xらが甲を相続した。Xらは、本件土地を相続により取得したとして、共有持分権に基づき、Y・F・Gに対し所有権移転登記等の抹消登記手続を請求した。なおYは乙の遠縁にあたり、本件土地が甲の所有であること及び甲が精神分裂病のために入院中であることを知っていた。

第一審判決(名古屋地判昭和五五年二月二六日判例集未登載)は、無権代理人の相続人にして本人を相続した者たる地位を有しているからといって、本人の承継人として追認の拒絶をなしえないとは解し難い、としてXらの請求を認容した。

これに対しYらが控訴(FとGは控訴審で和解が成立)。Yは抗弁として、Xらは無権代理人乙の法的地位を承継取得し、その後本人甲を相続したのだから、結局無権代理人が本人を相続した場合と状況は同じである、と主張した。

第二審判決(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)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されるのは、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存するというべきところ

(最判昭和三七年四月二〇日参照)、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ものが本人であつても、本人以外の相続人であつても異なるところはないから、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ものみ追認拒絶権を認めないとする根拠は見出し難い」そして、無権代理人及び本人を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」として控訴を棄却した。

これに対してYが上告。上告理由でYは二審での主張を繰り返したうえで、却つて原判決によるとXらが本人を相続したという偶然的事情により、それまで相続により承継していたはずの無権代理人の履行義務を免れるという不測の利益を受ける結果となる、これは法令の解釈を誤るものだ、などと主張した。

〔判旨〕 裁判官全員一致の意見で破棄差戻。「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。ただし、

無権代理人が本人を相続した場合においては、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（大判昭和二年三月二日、最判昭和四〇年六月一八日参照）、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（最判昭和三七年四月二〇日参照）、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（大判昭和一七年二月二五日参照）、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。」

〔評釈〕 一 本件の事案は無権代理人を本人とともに相続した者が更に本人を相続したという「双方相続—無権代理人相続先行型」（山本・後掲評釈二六七頁）に関するものである。この類型に関する先例として、大判昭和一七年二月二五日民集二一巻一六四頁及び東京高判昭和六〇年六月一九日判タ五六五号一〇七頁があり、両判決の理論構成は本判决とほぼ同旨であつた。しかし前者の一七年判決はその先例的価値に疑問があり（二(1)参照）、後者の六〇年判決の判旨は仮定的な説示に止まつていた。さらに学説においては、本件のような双方相続型を論じたものこそ少なかつたが、一方で無権代理人が本人を相続した「無権代理人相続型」における判例理論本人が自ら当該法律行為をしたと同様の法律上の地位が生ずる——当然有効説は、その理論的根拠（人格融合説・追完説・信義則説）に問題があると度々批判され、他方で本人が無権代理人を相続した「本人相続型」における判例理論（相続人に本人の資格で追認を拒絶することを認める——非当然有効説）は、大方の支持を得ていたのだつた（これら学説の状況は、例えば谷口知平・民商四七巻六号（昭三八）九六〇頁、平井直雄、法協八三巻二号（昭四一）二七一頁などを参照。最近では

高森八四郎「高森哉子」無権代理と二重相続 関法三九卷一号(平元) 一頁が網羅的な整理をしている。以下の記述では多数説と思われる学説の文献引用は、紙数の制約上省略する。

このような状況にあつて、本判決はまず無権代理人相続型において当然有効説を採用することを改めて確認したうえで、次に当然有効説の射程が双方相続—無権代理人相続先行型に及ぶことを、破棄差戻というドラ、ステイックな形で言明した。これは、最高裁が当然有効説に対して極めて積極的な姿勢をとることを意味しており、注目に値する。すなわち——

第一に、当然有効説は、——その射程をどう理解するかは別として——もはや確立した判例の準則になつたとみてよい。従つて我々が徒らに当然有効説の根拠の脆弱性を指摘したり、あるいは全ての類型にわたつて非当然有効説の貫徹を試みたりすることは、少なくとも実用法学の在り方として、どれほどの意味があるか疑問である。

第二に、従つて我々がなすべきことは、むしろ当然有効説を所与のものとして受け入れ、それが紛争解決において果たす現実の機能を重視し、その機能を活用しうる紛争類型に当然有効説を積極的に妥当せしめることだと考える。またそれと同時に当然有効説の機能を活用しえない紛争類型を知り、判例を適切

にコントロールする必要があると考える。

二 このような視点に基づき、初めに、専ら無権代理人相続型に関する判例の分析を通じて、当然有効説の持つ現実の機能を検討してみよう。

(1) ここではまず、かつての学説において、一一七条一項の「履行」の意味を字義どおり「債務の内容たる給付をなす行為」と厳格に解する見解が有力であつた(例えば石田文次郎・現行民法総論(昭五) 四三七頁、穂積重遠・改訂民法総論(七版・昭九) 三九六頁など。なお起草担当の富井博士の見解は明確ではない)ことに注意をしなければならぬ。この見解に従うとき、無権代理人相続型で当然有効説を採用しない場合と採用した場合とで、結論にどのような差異が生じるだろうか。当然有効説を初めて採用した大判昭和二年三月二二日民集六卷一〇六頁の真の争点は、ここにあつたと考えられる。事案の概要は次のとおりである。本人Aを無権代理したBがY銀行から金銭を借り受け、Aの土地に抵当権を設定した。その後Aが追認も追認拒絶もせずに死亡しBが家督相続したところ、Aの一般債権者Xが自らの債権保全のためにBに代位して当該登記の抹消等をYに請求したのである。原審は、一一七条の「履行ノ責ニ任ストハ……債務ノ内容タル給付ヲ為スヘキ趣旨」であるから、無権代理人が一

七条の「履行ノ責ニ任スルハ無権代理行為カ債権契約タル場合ニ限り、抵当権設定契約ノ如キ物権契約タル場合ニハ」(傍点——評釈者) Bが相続した無権代理人の責任は賠償責任に止まると判示して、Xの登記抹消の請求を認容した。それに対し大審院は当然有効説を宣言し、その実質的理由として、無権代理人が本人の資格で追認を拒絶して、「無権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」(傍点——評釈者) からと判示して破棄差戻をしたのである。すなわちここで当然有効説は、一一七条の「履行」の意義を字義どおり「債務の内容たる給付をなす行為」と解した結果生ずる、無権代理行為の相手方に不利な結果を回避し、同条の立法趣旨——取引の安全の確保、代理制度に対する信頼の維持——を達成する、誠に実践的な機能を果たしていたのである。

この機能は、本判決が双方相続型の先例として引用する前掲昭和一七年判決においても活用されている。すなわちそこでは、Aの死亡後Aの相続財産管理人Bが、相続財産の一部(不動産)につき不法に所有権取得登記を経たYとの間で、Yの所有権を認める旨の和解を自己の権限を超えて行つた。その後XがBを家督相続し、更にAの家督相続人に選ばれた後、Yに対して当

該登記の抹消を請求したのである。原審は、Bは当該「和解ニヨツテ相手方ニ対シ給付ノ義務ヲ負担シタノテハナイカラ」Xが相続したBの責任は賠償責任に止まる、という結論は、当然有効説を採つた場合の結論(Yの所有権の主張を許す)と比べてYに不利である、損害というものは「ハシメカラ発生シナケレハコレニ越シタコトハナイ」として、当然有効説を採り、Xの訴えを退けた。そして大審院も原審の判断を支持したのである(なおこの事実で、無権代理人Bにとつての本人は、無権代理行為時に死亡していたAではありえずXであり、しかもXの本人たる地位はA死亡時に遡及する(旧九六四条一号)から、この判決が双方相続型の先例といえるかは疑問である。高梨公之・日本法学八巻八号(昭一七)九二—九一三頁参照)。

しかし現在の学説はひとしく、一一七条の「履行」の意義を「無権代理行為が、あたかも無権代理人自身と相手方との間に成立したと同様の責任を負うこと」(我妻栄・新訂民法総則(昭四〇)(三八一頁など)と緩やかに解し(大判昭和八年一月二八日民集一一巻一〇頁が同様の抽象的判示をしたことが影響を与えている)だろうか。もつとも当該事案は売買契約の履行が問題となつてゐる、抵当権設定契約のごときも「履行」の対象になると考えているようである(我妻栄・新版民法案内X(昭四九一七四頁参照)。従つ

てこれまで述べてきた意味での当然有効説の機能を必要とする局面は、今日では存しないといつてよい。もつとも、「一、七条の文言の制約を免れつつ、無権代理契約に関与した者の取引の安全を確保する」という機能は、別の形で生かされている(三)参照。

(2) しかし、当然有効説がその他の多くの判例によつて支持されたのは、それが「平明な問題解決機能」という(1)とは異なる機能を有していたからだと考える。すなわち、無権代理人相続型の事案で非当然有効説の立場に立つて、無権代理人に本人の資格で追認を拒絶することを認めても、一一七条の責任は存続する、このとき相手方が履行を望んでいるのならば、あえて当然有効説を採つてきた判例理論を変更する必要はない、むしろ当然有効説をそのまま採用するほうが(思考経済上)「平明な解決」(我妻・前掲民法総則三七六頁)をもたらずと考えられるのである。専ら売買契約の履行(従つて「履行」の意義をめぐる問題は生じない)が争われた多くの判例(大判昭和七年一月二三日法学一卷五号六四七頁、大判昭和九年九月一〇日民集一三卷一七七七頁、大判昭和一〇年八月八日新聞三八八二号二頁、大判昭和一〇年一〇月三十一日法学四卷四号四八六頁など)は、おそらくこの点を考慮しているものと思われる。

もつとも当然有効説のこの機能が妥当しうるのは、(イ)無権代理人が一一七条二項の要件事実を主張立証していない場合で、かつ(ロ)本人所有の特定物を給付する義務が問題となる場合は単独相続に限られるが(当該特定物に対する、他の相続人の相続権を侵害することは許されないから)、(イ)金銭債務または不特定物給付義務が争われる場合には相続の形態は問われないと解すべきである。ここで上記の判例が、いずれも単独(家督)相続の事案であつた(従つて(ロ)または(イ)の要件を満たしていた)ことは、すでに多くの論者によつて指摘されているが、(イ)の要件をも満たしていたことは、あまり注目されていない。しかし重要なことだと考える(後述三参照)。

(3) 最高裁判決で当然有効説を採用したものは、本判決のほかに最判昭和四〇年六月一八日民集一九卷四号九八六頁がある。この事案は、XがA所有の土地を担保に金融を得る目的で、Aに無断で当該土地の売渡証書を作成し仲介者Bに渡したところ、Bが右の書類を悪用して自分がAの代理人と偽り、当該土地をYに売却したというものである。Aを単独相続したXがYの所有権移転登記の抹消を請求したのに対し、最高裁は当然有効説の立場からA—B間の基本代理権の成立を肯定して、Bの売却を権限踰越の表見代理と構成し、Xの請求を否定したの

である。この事案では、Xと直接取引関係に立っているのはBであつてYではない。従つて、もし当然有効説を採らず、一七条を字義どおりに解すると、YはXに対して履行を請求できない。またA—B間の基本代理権を肯定することも難しく、Yの救済は困難なものとなる。これに対して、最高裁が採つた当然有効説は、無権代理人Bの代理人たる外觀を信頼したYを無権代理人Xとの関係でも保護する結果をもたらしたのである。すなわち、ここでの当然有効説の機能は、「一七条の文言の制約を免れつつ、無権代理契約に關与した者の取引の安全を確保する」という(1)で分析した機能と(抽象的には)同一のものであると評価できよう。

三 ところで、以上のような無権代理人相続型における当然有効説を、最判昭和三十七年四月二〇日民集一六卷四号九五頁は信義則をもって理由づけている(ただし傍論)。学説もこれを支持するものが少なくない。しかしこの考え方は、益少なく、むしろ問題を混乱させるだけではなからうか。なぜなら——

第一に、右の考え方は無権代理人の追認拒絶という行爲ないし態度の反信義性を強調するのであるが、これは当然有効説の持つ機能を看過した議論である。むしろ二の(1)ないし(3)で述べた問題解決機能が必要とする局面では、反信義性の有無を問

わず、積極的に当然有効説を採るべきである。

第二に、この三十七年判決によれば相手方に悪意・過失がある場合でも当然有効説を採るようであり、現にそう解する学説も存する(山本・後掲評釈二七〇頁。なお安永・後掲評釈三九頁は悪意の場合は除外する)。しかしそれでは一一七条全体の趣旨(無権代理人は二項の要件が立証されなるときにのみ履行責任という重い責任を負う)は潜脱されてしまう。またこの結果は、従来の判例が予想していたことも異なるのである(二(2)の(4)の要件参照)。このように当然有効説を信義則をもって理由づけることは不要であり、現に判例もこの三十七年判決の後に出示された前掲四〇年判決(二(3)参照)では、一切理由づけを示していない。

四 さて、これまで述べてきた当然有効説の機能は、本人相続型においてはどのように位置づけることができるだろうか。

(1) 一般に判例理論は、本人相続型では本人の追認拒絶が信義則に反しないが故に、非当然有効説を採るものと理解されている(前掲三十七年判決参照)。しかし三で述べたとおり反信義性と当然有効説とを関連づけることには問題があり、直ちにそのような理解に与することはできない。ここで最判昭和四八年七月三日民集二七卷七号七五一頁の射程をどう考えるかが問題となる。すなわち四八年判決は、追認をしなかつた本人が一七条

の履行義務を承継することを明らかにしたが、その履行義務の内容は金銭債務（四八年判決の事案）及び不特定物給付義務に限られるのか、それとも特定物給付義務までも含むのだろうか。もし後者の見解を採るならば、平明な問題解決機能を始めとする当然有効説の諸機能は活用されてよい。

この問題につき詳論する余裕はないが、前者の見解を採る多数説の論拠は、いずれも説得力に欠けるように思われる。ここで、本人が金銭債務を承継しない（中川善之助Ⅱ泉久雄・相統法（新版・昭四九）一七〇頁参照。もっとも同書の三版（昭六三）一七八—一七九頁で改説）とまでいうのならば、ある意味で（例えば、本人の追認拒絶の実効性の確保を強調する（中川Ⅱ泉）、あるいは相統放棄が非常に稀である我が国の実態を重視するなど）理論は一貫しよう。しかし多数説のように金銭債務と特定物給付義務とを理論的に區別して論じることには、いかにも無理がある（山本・後掲評釈二七一頁に簡潔な整理と批判がある。もっとも山本説は金銭債務と特定物給付義務とを區別する見解に傾く）。基本的な価値判断の次元でも、履行義務が特定物給付義務の場合は本人がそれを承継するのは酷であり、金銭債務の場合は酷ではない、とは言えないだろう（特定物の中にも動産と不動産があり、不動産の中にも居住用と非居住用、値上りが期待できるものとできないものがある）。な

お多数説の一つの心理的支柱は最大判昭和四九年九月四日民集二八巻六号一六九頁（他人の物の売主を権利者が相続した場合に権利者は売主としての履行義務を拒否できる、と判示）の存在であるが、四八年判決との理論的な整合性にはなお問題が残っている（両判決の調査官は、いずれも田尾桃二氏だが、田尾・曹時二六巻六号（昭四九）一〇一七頁に対する藤井正雄・民商七三巻一号（昭五〇）八七頁の批判、同じく田尾・曹時二九巻二号（昭五二）三四三—三四五頁に対する山本・後掲評釈二七一頁の批判を参照）。

従つてここでは、理論の一貫性及び取引の安全を重視する立場から、本人が承継する履行義務の内容は特定物給付義務までも含むと解し、本人の保護（追認拒絶の実効性の確保は一七七条二項を消極的要件とする限りにおいて図る見解（例えば四宮和夫・民法総則（四版・昭六一）二五四頁など）に賛成したい。判例も——四八年判決の一般的な文言に照らせば——同様に考えているとみるのが自然である。そうであるならば、本人相統型においても当然有効説の持つ、例えば「平明な問題解決機能」(二)参照)は、積極的に活用されるべきであろう（この点は我妻・前掲民法総則三七六頁が、つとに強調する）。

(2) では、なぜ三七年判決と四八年判決は、当然有効説を採用しなかつたのだろうか。ここで当然有効説の機能しうる範囲

を検討する必要がある。私は本人相統型で当然有効説が妥当するのは、(イ)本人が一一七条二項の要件事実を主張立証していない場合で、かつ(ロ)履行義務が不可分債務の場合には(共同相統の場合でも各相続人は不可分債務を負う(通説・判例)から)相統の形態は問わないが、(ハ)可分債務の場合には(共同相統すると当然に分割債務となる(判例)から)単独相統に限られると考える(もし可分債務でかつ共同相統の場合に当然有効説を採ると、本人は他の共同相続人の分割債務までも無条件に負担することになり不合理である)。こう解すると、一方で三七年判決の事案は(イ)の要件を満たしておらず(相手方の悪意・過失が主張されていた)、他方で四八年判決の事案は(ハ)の要件を満たしていない(連帯債務——判例はこれを可分債務としている——を共同相統した)ことに気づくのである。

以上のように考えると、本人相統型では当然有効説が機能する局面は、かなり限定されてしまうように見えるかもしれない。しかし現実には決してそうではない。なぜなら(イ)の要件は通常満たされることが多いであろうし、また特定物の給付は一般に性質上の不可分給付と解されている(我妻栄・新訂債権総論(昭三九)三九六頁など)から、特定物の給付の場合には(ロ)の要件が常に満たされるからである(従来の学説で履行義務が不可分債務の場合を区

別して論じたものはあまり見当たらないが、重要な視点と考える。なお後述五特に(5)参照)。

五 以上の考察をもとに、本判決の事案が当然有効説の機能を活用しうる紛争類型であったか否かを検討したい。

(1) これを知るためには、本件で当然有効説を採らないとどのように問題が解決されるかを考察してみるのが有益である。

まず無権代理人乙の死後、本人甲が生存中の法律関係について。乙は生前すでに無権代理人の責任(一一七条)を負っていた(甲の追認の事実はない)。ここで乙の死後、無権代理契約の相手方Aが履行選択の意思表示を行なえばどうなるだろうか(Yの悪意は認定されているが、Aの悪意・過失は主張・立証されていない)。当該履行義務の内容は本件土地所有権の移転義務であり、それは性質上の不可分債務と解されるから(共有者の所有権移転登記義務につき最判昭和三六年一月五日民集一五卷一〇号二八六五頁参照)、まずX₁、X₂の各人が本件土地全部の所有権移転義務を相統することは当然である。もつともこの義務は、本件土地が甲の所有であるために主観的に履行不能の状態にある。また甲がこの義務を相統するかは議論が分かれようが、四(1)で述べたように肯定に解すべきである。甲は履行を免れぬ立場にあった。

次に本人甲死後の法律関係について。X₁、X₂は一方で自ら所有権移転義務を負い、他方で甲を相続したことにより本件土地全部を共有し、また甲の有していた追認権・追認拒絶権をも承継している。ここでX₁らが追認拒絶権を行使しても、自らの負っている所有権移転義務が確定するだけである（原審は所有権移転義務をも拒絶できると解したが、四(1)で述べたように根拠に乏しい）。従ってAが履行を選択すると本件土地の所有権はAに移転することになる。A—B間（それ以後も同じ）の法律関係は他人物売買であったが、売主Aが所有権を取得したので、特段の意思表示を要せず所有権は直ちにBに移転する（最判昭和四〇年一月一九日民集一九卷八号二〇〇三頁）。それが繰り返され、結局当該所有権はYに確定的に帰属するので、現在のY名義の移転登記は実体的有効要件が追完される（なお手続的有効要件も同時に充足されたと考える）。よってX₁らの請求は失当となる。

(2) 以上の結論は、Aが履行選択の意思表示をしたことを前提としている。しかし本件でAはそのような意思表示をしていない。これをどのように考えるかが問題となる。いくつもの解釈がありえよう。

第一に、Aは本件土地を転売している以上、当該所有権が確定的にYに帰属するのに何の不都合もないから、Aには黙示的

な履行選択の意思表示があつたとみる解釈が考えられる。

第二に、一一七条一項の解釈として、履行が可能場合には賠償請求の選択は許されず常に履行を請求しなければならぬと解し、その場合履行選択の意思表示の要件は不要とみる解釈がある（司法研修所・増補民事訴訟における要件事実第一巻（昭六一）一〇六頁が一つの解釈として紹介する）。

第三に、本件土地に関する債権（登記請求権または所有権移転請求権）を被保全権利として、YがAの当該意思表示を代位行使できるとする解釈がある（研究会での福永教授）。

第四に、Aの意思表示を介さずとも、YはAの買主たる地位を承継するのだから、Aが善意・無過失であればX₁らはYに対して履行責任を（直接）負担するとみる解釈がある（高森・前掲論文五一頁。研究会での瀬川教授がこれに近い）。

第五に、より端的に一一七条一項の請求権者は無権代理行為の直接の相手方に限られないとみる余地もある。

以上の説を採用した場合の具体的な結論の違いを考えると、第一から第四説ではYが勝訴するが、第五説では本件のYは悪意なので履行を請求できず敗訴する（伊藤進¹¹橋本真¹²後掲評釈一二八頁はこの第五説の結論を当然視する）。また裁判所が判例理論として積極的にあるいは安んじて採用できるか、という観点か

ら見ると、第二説・第五説は条文の文理解釈と抵触し、第一説・第四説はやや擬制的ないし技巧的に過ぎるのではないか。最も現実的な解釈と思われる第三説も、実体法上Yに所有権が移転していない段階でYに登記請求権が発生するとみることは——たとえ債権の登記請求権説を採ったとしても——問題があらうし、また所有権移転請求権を被保全権利とすることは——判例も抽象論として「特定物に関する債権」と述べてはいるが——現実これに肯定した判例は存せず、裁判所としてはやや躊躇を覚えると思われる。

(3) これに対して本判決は、当然有効説を採ることによってXの請求を否定した。このことは次の三点で評価できる。

第一に、本判決は右の第五説の考え方を採らなかつた。これは、無権代理行為の直接の相手方の悪意・過失が立証されていないときは、その後取引関係に入った者は悪意であつても保護する、ということであり(いわば絶対的構成)、この結論には取引の安全及び簡明な問題解決という見地から賛成したい。

第二に、本判決はこれまでの判例理論である当然有効説を踏襲することによって、第一から第四説がやや複雑な解釈論をもつて目指したのと同じ結論を、より平明な形で得ることに成功した。これは(2)で述べた平明な問題解決機能を活用したも

のであり、裁判所の判決行動としては穏当なものと考えられる。また「一七条の文言の制約(直接の相手方が責任を追求することを予定している)を免れつつ、無権代理契約に(広い意味で)関与した者の取引の安全を確保する」という意味で、二(1)及び(3)で述べた問題解決機能の延長線上に位置づけることもできよう。このように当然有効説の機能に着目すれば、本判決が当然有効説を採用したことには十分な合理性と従来判例理論との整合性があると考えられる。

第三に、本判決は、Xらが本人甲から承継した追認拒絶権を行使しても、無権代理人乙から承継した所有権移転義務を免れない(五(1)参照)ことを当然の前提としていられる(本田・後掲評釈五一頁同旨)。これは、本人相続型で本人は特定物給付義務をも承継すると解する立場(私見)を判例も採用している、という私の推測(四(1))を間接的に裏書きするものであり、この点でも積極的に評価したいと考える。

(4) もっとも本件で当然有効説が機能しえたのは、無権代理人の履行責任が不可分債務であり(本人を単独相続する場合はこれに限定されない)、かつ相手方Aの悪意・過失が主張立証されていなかったからだと考える。その他の場合にまで、本判決の射程を及ぼすべきではない。

なお本判決が当然有効説を信義則によって理由づけている点には賛成できない(三参照)。これにより、かえって本判決が理解しづらいものとなっている。当然有効説は、信義則と関係なく——これと関連づけて当然有効説の機能を看過したのが原判決である——採用されるべきであった。

(5) 本判決の結論及び理論構成には、大部分の評釈が批判的である。その一つの理由に、「本件最高裁の立場では、本人、無権代理人のいずれが先に死亡するかで結論が逆になる」(山本・後掲評釈二七〇頁、石田・後掲解説六三頁、野田・後掲研究一七頁、本田・後掲評釈五一頁)というものがある。そこで最後にこの問題について簡単に検討を加えたい。

本件で本人甲が無権代理人乙よりも先に死亡した場合(本人相続先行型)、Xは甲死亡の時点では、甲の追認権、追認拒絶権を相続しているだけだが、乙が死亡したため無権代理人の責任をも相続することになる。ここでXらが追認拒絶権を行使しても、当該責任を免れることはできない(四(1)参照)。従ってAの履行選択の意思表示さえあればXらの請求が失当となるといふ状況は、無権代理人相続先行型の場合と全く同一だから、最高裁はこの場合も当然有効説を採るのではないだろうか(石井・後掲解説(金法)五頁、(判タ)五一頁も、相手方の保護、代理制度の

信頼の見地から私見と結果同旨)。よって、右の批判には賛成できない。なるほど、Xらが乙を相続する状況は本人相続型の場合と近似していよう。しかし本人相続型でかつ共同相続の場合でも、無権代理人の履行責任が不可分債務のときにまで、判例が非当然有効説を真く保障はない(四(2)参照)のであるから、右の結論は本人相続型の判例理論とも十分調和しうると考える。

本判決には、山本敬三助教授の評釈(民商九九卷二二六四頁)、石田喜久夫教授の解説(六三年重判解六二頁)、山口純夫教授の解説(法七四一八号一一五頁)、石井眞司氏の解説(金法一二三四号四頁・判タ七〇七号四八頁)、野田宏判事の研究(金法一二三七号一五頁)、本田純一教授の評釈(判タ七二二三四八頁)、安永正昭教授の評釈(判評三七二二二三四頁)がある。また原判決には、伊藤進教授、橋本真氏の研究(法時五六卷一〇号一二六頁)、右近健男教授の研究(判タ五三三六号一七〇頁)、野村泰弘氏の研究(西南二〇卷二二二九頁)がある。

〔附記〕 脱稿後、松本タミ教授の評釈(香川九卷四号五七頁)、右近健男教授の報告(金法一二五二二五号一一二頁)、辻正美教授の評論(私法判例リマックス一八頁)、三浦潤判事の研究(判タ七三五号三二頁)に接した。