HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	他人物売買・無権代理と相続 ： ドイツ法の紹介とわが国の議論との対比
Author(s)	藤原, 正則
Citation	北大法学論集, 70(3), 87-124
Issue Date	2019-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/75588
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_70_3_03_Fujiwara.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　　説

他人物売買・無権代理と相続

―― ドイツ法の紹介とわが国の議論との対比 ――※

藤　原　正　則

1．はじめに

無権代理と相続の問題は、わが国で第二次世界大戦後に最も議論されたテーマの一つであろう。以上に関しては、既に多くの優れた研究が存在し、この問題に関して、本稿は必ずしも新たな解釈論の提示を目的とするものではない。ただし、わが国の法律学が常にドイツ法学の影響下に発展してきたことは、ここで再言するまでもない。ところが、ドイツの代理法を対象とする研究は多いが、以上の問題自体に関するドイツ法との比較は殆ど行われてはいないようである。しかも、周知のように最

※ 本稿は、「他人物売買・無権代理と相続－ドイツ法の紹介とわが国の議論との対比」新井誠・山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法（ゲルハルト・リース教授退官記念論文集）』（日本評論社・2009年）127頁～149頁に掲載したものと同趣旨の論文である。ただし、同論文は字数の制限で、本稿の半分に短縮した。今回、短縮する前の原稿をその内容をほとんど変更せずに論集に投稿したのは、より完全なものを公表しておきたいと考えたことの他にも、例えば、債権法改正のための基本方針でも、無権代理人の本人相続が、権利取得の問題ではなく相続の問題と考えられていたこと、および、本人の無権代理人相続で、相続人の固有財産と相続財産の分離という問題が議論されているようではなかったことから（例えば、民法（債権法）改正検討委員会編『詳解　債権法改正の基本方針Ⅰ（序論・総則）』（商事法務・2009年）312頁以下を参照）、本稿を公表する意味がないわけでもないと考えたからである。

今１つ、本稿での問題は、「相続財産と相続人の固有財産の分離」の可能性

判昭49・9・4民集28巻６号1169頁は、権利者は、他人物売主を単純承認で相続した場合でも、信義則に反する特別な事情がない限り、他人物の売主から包括承継した履行義務を拒絶できると判示している。多くの学説も、同判例を支持している。他方で、ドイツ民法（以下、BGB）は、以下のような規定をおいている。すなわち、

BGB185条（１）権利者の同意を得て行ったときは、無権利者の物又は権利の処分は有効である。

（２）権利者が処分を追認したとき、又は、処分者が物又は権利を取得したとき、又は、処分者が権利者によって相続され、かつ、権利者が相続債務に無限責任を負ったときは、処分は有効となる。

つまり、上記の判例の事例では、BGB185条２項１文３事例が適用されれば（無権限処分者を権利者が相続して、無限責任を負った

の不十分さというわが国の相続法の大きな問題の一環であろうが、（もちろん、個別的な問題に関しては、具体的な解釈論で対処されているのは間違いはない。しかし、相続財産と相続人の固有財産の分離は、相続人の責任制限ための制度だが、同時に、被相続人の債権者〔相続債権者〕の相続財産からの債権回収を確実にするための制度でもある。だから、遺産分割の終了までは相続財産の処分を許さず、一括して合有的な扱いをするのは、まずは相続債権者のための措置であるはずだが、例えば、預金債権の当然の分割を認めないという判例変更〔最大決平28・12・19民集70巻８号2121頁〕も、主に考えているのは、共同相続人間の遺産分割の公平と債務者〔金融機関〕の都合である。だから、一方で、相続人の無限責任を認めやすくする反面で、相続債権者の利益も十分には保護されていないというのが、日本の相続法の現状ではないかと考える。）、今回の相続法改正ではほとんど議論されているようではなかったことも、本稿の公表の動機の一環である。

ちなみに、本稿の内容を日本法ではなくドイツ法に対して紹介する意図で執筆したもの（Masanori Fujiwara, Erbenhaftung des Vertretenen, der den Vertreter ohne Vertretungsmacht beerbt, und des Vertreters ohne Vertretungsmacht, der den Vetretetenen beerbt, im japanischen Recht, in Festschrft für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag, Carl Heymann, 2009, S.109-123）に対するドイツでの反応は、「日本法の相続制度は集団主義的で驚いた」、「相続財産と相続人の固有財産の継続的な分離（dauerhafte separatio bonorum）の制度を欠いてるための法形成だと考える」というものだった。

〔nnbeschränkt haftet〕ときは)、権利者は他人物買主に対して履行義務を負うという結論になる。しかも、無権代理と相続のテーマの一環をなす本人の無権代理人相続の事例が、他人物売主を相続した権利者の責任と常に対比して論じられていたことを考えると、後者に関するドイツ法の状況の紹介がなかったことも、ある意味では奇妙であろう。そこで、以上のBGB185条の規定する無権利者の処分を有効とする追完(Konvaleszenz, Heilung)という法制度、及び、無権代理と相続に関するドイツ法での議論を紹介することを、本稿は第一義的な目的としたい。

ところで、結論を一部先取りするようだが、無権利者が自分の名前で他人物を処分した場合の追完の規定(BGB185条２項)の他人の名前での処分(無権代理行為)への類推適用の可否が、ドイツでしばしば議論されていたら、わが国でも当然にその紹介は行われていたであろう。例えば、息子(H)が父親(E)の指輪(動産)を勝手に持ち出して、第三者(K)に処分したとする。その際に、Hは自己の名前での処分する場合と、他人の名前(E)で処分する可能性がある。前者なら、Eが死亡してHが単独相続すれば、無権限処分は有効となる(BGB185条２項１文２事例)。他方で、Hが他人の名前(E)で行為し、Eが無権代理行為に追認も追認拒絶も与えていない場合は、相手方(K)の無権代理人(H)に対する履行請求権は発生していないから(BGB179条１項)、HはEから相続した追認拒絶権を行使して、指輪の返還を請求できる。そこで、BGB185条２項１文２事例の類推適用が問題となる。以上が、BGB185条２項１文２事例、３事例の無権代理行為への類推を論ずる学説(ゲールマン〔Gehrmann〕)の示す設例である[1]。他方で、わが国で無権代理と相続で問題となる典型例は、無権代理人による不動産の処分である。しかも、その際に、しばしば無権代理人は本人の登記済証・印鑑証明を受けた実印などを勝手に使用して、委任状を作成する。あるいは、自己名義に移転登記した上で、自分の名前で処分する。以上のような事情が、他人物売買と無権代理には、社会類型的には殆ど差異がなく、いずれが

[1] Ludwig Gehrmann, Das Problem der Konvaleszenz, Ein Beitrag zur Frage der ausweitenden Anwendbarkeit des §185 BGB, Diss. 1963, S.128f.

行われるかは偶然性に依存すると説かれる[2]背景であると考えられる。ところが、ドイツ法では不動産の処分には公正証書により契約を締結する必要がある。さらに、契約書への署名の本人確認に印鑑証明を利用することもない。したがって、不動産の無権限処分は頻繁には発生しないと考えられる。他方で、動産が被相続人に無権限処分された場合は、相続人（権利者）も無権限処分の存在自体を認識することは困難である。さらに、動産は所在不明だったり、劣化したり、転売されて第三者に善意取得されている可能性もある。以上がドイツ法で無権代理と相続というテーマが、わが国ほどには論じられることのない理由ではないかと推測する。さらに、他人物売主を権利者が相続した場合も、わが国の限定承認・相続放棄とは異なり、ドイツ法では原則として何時でも相続人は遺産管理（Nachlassverwaltung）の申立により、相続財産と自己の財産を分離することが可能である（BGB1975条以下）。したがって、相続による追完（BGB185条２項１文３事例）の実際上の意味は小さいなどと説かれている[3]。結論として、無権代理人の本人相続、本人の無権代理人相続は、ドイツではわが国のように無権代理の重要なテーマの一環として熱心に議論されることはない。

以上を前提としてではあるが、本稿では、ドイツ法の状況を紹介し、その上で、わが国の問題に若干のコメントを試みることとしたい（なお、先述したように、無権代理と相続に関する論考は極めて多いが、以上のような限られた角度からこの問題を検討しようという本稿では、それらの文献を十分に参照・引用できなかったことに、予めお詫びを申し上げたい）。

---

[2] 例えば、我妻栄著・水本浩補訂『民法案内６-１（全訂第１版）』（一粒社・1984年）209頁以下、215頁以下。

[3] Peter Bub, Bamberger-Komm, 1.Aufl., 2003, Beck, §185 Rn.14. 相続人の責任の制限が不可能となるのは、遺産目録（Inventar）の作成の期間を徒過するか（BGB1994条１項２文）、宣誓を拒絶するか（BGB2006条３項）、遺産目録の調製に関する不正行為を犯した場合（BGB2005条１項）に限られるから、相続による追完の実際上の意味は小さいと指摘している。

２．ドイツ法の状況

（１）BGB185条による無権利者の処分の追完の意義

BGB185条は、無権利者の処分が有効となる４つのケースを列挙している。すなわち、同条１項は、権利者の「事前の同意（vorherige Zustimmung=Einwilligung）」、同条２項１文１例は「事後の同意＝追認（nachträgliche Zustimmung=Genehmigung）」により、無権利者の処分が有効となると規定する。以上では、権利変動（処分）を基礎づける権利者の意思（自己決定）に基づいて、処分行為の有効性がもたらされる。したがって、権利者の追認があれば、無権利者の処分は、処分時に遡って有効となる（BGB184条１項）。さらに、同条２項１文２事例の無権利者の「権利取得による追完（Konvaleszenz durch Erwerb）」では、無権利者の処分時に欠缺していた処分権が、権利取得によって補完される。ただし、取得による追完は、処分行為を行った無権利者の自己決定に基づいている。他方で、同条２項１文３事例の「相続による追完（Konvaleszenz durch Beerbung）」の基礎は、包括承継原則（Gesamtrechtsnachfolge）であり、権利者又は処分者の意思に基礎をおかない。つまり、被相続人の履行義務を相続人が包括承継し、相続人の中での権利と義務が一致（Vereinigung von Recht und Pflicht in der Person des Erben）[4]するこ

[4] しばしば文献で引用される、ライヒ裁判所（RG）の判例（RGZ110,94）の表現である。事案は、共同遺言で（処分権の制限された）先位相続人の生存配偶者（夫）が、不動産を処分した。そこで、後位相続人の共同相続人（子・孫）の１人が、相手方に不動産の返還を請求した。その結果、先位相続人の処分にBGB185条２項１文３事例が適用されるかが争われた事例である。遺産債務に対する相続人の責任は制限不可能となってはいないという理由で、RGは請求を認容した。「185条２項１文３事例BGBの立法理由は、相続人の責任が制限されないときは、権利と義務が相続人の人格で一つになるからである。したがって、相続人に移転した被相続人の第三者に対する引渡義務ゆえに、相続人は物を再度返還する義務を負うから、被相続人が相続人が所有する物を譲渡した第三者から、相続人は物の返還を請求できない。だから、相続人は「死者の行為を履行（facta defuncio prästieren）」しなければならない（参照。Motive zu Entw. Ⅰ §310 Bd.2 S.139 Abs.2）反対に、相続人がその責任を遺産に制限したときは、追完はない。なぜなら、権利と義務の一致は生じないからである（1976条、1991条２

とによるものであり、「責任による追完（Heilung kraft Haftung）」[5]とも称されている。以上の無権利者の処分が有効となるケースは、総称して「治癒（Heilung）」又は、「追完（Konvaleszenz）」と呼ばれている[6]。

つまり、追完が権利者の自己決定に基づかない点では、「取得による追完」と「相続による追完」は共通するが、前者は無権限処分者の自己責任に基づく。ところが、「相続による追完」だけは、意思に基づかない追完の例だという点に特殊性がある。権利者が無権利者を無限責任で相続すれば、無権利者の債務の履行を義務づけられる。その結果、権利者は無権利者の処分の追認を強制されることになる。しかし、無権利者の処分が相続により追完されれば、以上の過程は短縮され、相手方の履行請求は不要となる点に、相続による追完の意義があると説明されている[7]。

項）。」

[5] Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd.2（Das Rechtsgeschäft）, 4.Aufl., Springer, 1992, S.916の表現。

[6] 例えば、Staudinger / Gurnsky, 2004, §185 Rn.1を参照。

[7] 前掲注（6）Gursky, §185 Rn.77f. を参照。

ちなみに、通説は、追完の要件として、相続債務に対する権利者（相続人）の責任が最終的に無制限となったときだと解している。例えば、前掲注（6）Grusky, §185 Rn.81. つまり、相続人が裁判所の指示した財産目録の作成期間を徒過したとき（BGB1994条（1）遺産債権者の申立てがあれば、遺産裁判所は、相続人に対して、財産目録調整のための期間を定める必要がある。期間の満了前に財産目録が作成されなかったときは、相続人は遺産債務に対して無限責任を負う。）、財産目録に意図的に不実の記載を行ったとき（BGB2005条（1）遺産の目的物に関して著しく不完全な財産目録の記載を意図的に行い、又は、遺産債権者を害する目的で存在しない債務を記載したときは、相続人は遺産債務に対して無限に責任を負う。第2003条の場合に、相続人が情報の提供を拒絶又は意図的に著しく遅らせたときも同様とする。）の場合である。他方で、反対説は、追完は相続とともに発生し、処分された目的物の所有権は移転するが、相続人が責任の制限を行ったときに失効すると解している。例えば、Carsten Thomas Ebentoth, Erbrecht, Beck, 1992, Rn.772を参照。以上に関して、最近の文献で、法制史と立法資料を検討して、後者の考え方を支持するものとして、Thomas Fikentnauer, Konvaleszenz und Erbenhaftung in §185 Abs.2 S.1 BGB, in Festschrift für Eduard Picker zum 70.Geburtstag am 3. November

（2）相続による追完

（a）上述した限りで、相続による追完の意義は疑問視されていない。ただし、相続による追完の合理性、妥当性を疑問視するのが、ヴァッケ（Wacke）である。かつ、ヴァッケの見解には、わが国の判例・通説の考え方との連続性を見て取ることも可能である。そこで、以下ではヴァッケの論考の骨子を比較的詳細に紹介することとしたい。

（b）ヴァッケは、BGB185条２項の規定する二つの追完の事例の比較から議論を始めている。ヴァッケによれば、取得による追完には合理性がある。この場合は、処分者は自分が権利移転すると約した行為に拘束されるにすぎない。処分者の拘束は、矛盾行為の禁止に根拠がある。処分者が処分の対象を特定承継するか、包括承継するか、後者の場合に被相続人の遺産債務を無限責任で負担するかも無関係である。無権利者が有償・無償で処分したのかも問題にはならない。

反対に、相続による追完は取得による追完の裏返しにすぎないように見えるが、決してそうではない。確かに、この場合も権利者と処分者は後に同一人格となる。しかし、最初は帰属していなかった権利を後に処分者が取得するのではなく、反対に処分者の死後に権利者は相続人として処分者を承継している。だから、この場合に無権限処分が追完される理由は納得がいかない。受益者（相手方）にとっては、処分者の死亡と権利者の相続は偶然の事情である。法的な偶然性の利用は、一般的には許されないはずである。しかも、被相続人は処分の目的物の調達義務（一次的債務）を履行できなかったのだから、本来は履行利益の損害賠償義務（二次的債務）を負うにすぎなかった。したがって、本来は以上の損害賠償義務が、相続人に移転するはずである。ところが、なにゆえ相続人（権利者）に一次的債務の履行が可能だというだけで、二次的債務が一次的債務に変換されるのか不明である。確かに、権利者には履行は可

2010, Mohr, 2010, S.201ff. がある（もっとも、本稿でのテーマの結論とは直接には関係しない。ただし、フィケントナウアーは、相続人が無限責任を負ってから追完が効力を生じると、被相続人からの取得者は目的物の所有権を取得し、いわば一種の「取戻権〔Absonderungsrecht〕を取得したと同様の事態が発生し不当であると、通説を批判している。a.a.O., S.215f.）。

能である。しかし、可能なこと（das Können）は、すべきこと（das Müssen）と同じではない。なぜ、債務超過ではない遺産を相続したのに、相続人は所有権を失うのかは不明である。相続人に選択権が与えられるのが適切であるというのが、ヴァッケの主張である[8]。

さらに、私的自治の観点からは、被相続人といえども相続人を拘束することはできない。相続人の同意だけが、相続人の拘束を正当化する。被相続人は相続人の代理人でもないし、同一人格でもない。その責任を制限できないときは、相続人は自分の物を失わないためには、相続放棄する必要がある。他方で、遺産が債務超過でないなら、損害賠償に応じることは極めて容易である。私的自治の観点からは、効力のない被相続人の処分（wirkungslose Verfügung des Erblassers）は相続人とは無関係である。包括承継の効果も、権利義務の移転に止まる。しかし、前主の行為が法効果を具体的に発生させているときだけ、相続人に承継されるはずである。他方で、自己に属さない権利の被相続人の効力のない処分（ungültige Verfügung des Erblassers）は、相続財産全体に対しては積極財産でも消極財産でもない。権利・義務は別として、無効な処分を承継しないことでは、包括承継といえども変わりはない。したがって、相続による追完は包括承継の限界を超えている[9]。

フルーメ（Flume）が定式化した「相続人の責任による追完（Konvaleszenz durch Erbenhaftung）」は、権利取得による追完とは違う。相続人に責任がある限りで、追完が生じる。被相続人が相続人に属する物を贈与したときは、被相続人の遺産は例外的に権利の瑕疵を担保するに止まる（BGB523条）。したがって、相続人は自己の物を回復できる。なぜなら、所有者は他人物の受贈者より保護されるべきだからである。仮に、受贈者が善意取得しても、BGB816条１項２文で不当利得の返還義務を負うことになる。

加えて、処分者を権利者が相続して主体が一致する以前に、権利者が

---

[8] Andreas Wacke, Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten, Zur Dogmatik und vergleichenden Geschichte des §185 Abs.2 BGB, Sav RA 114 (1997), S.197ff., S.197ff.

[9] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.201ff.

追認を拒絶していれば、追完は成立しない。取得による追完も同様である。特に、不履行による損害賠償請求があって、無効な行為の清算が行われていたときは、追完は発生しない[10]。

ドイツ民法典は、追完を民法総則で規定している。しかし、同意や追認と取得・相続による追完を同一視するのは、極めてご都合主義的である。後者は遡及効がない点でも、前者とは異なっている。以上の過度の一般化により、債務負担行為、つまり、処分の対象の調達義務は追完と切り離され、追完は処分行為とだけ関係づけられた。しかし、処分行為の追完はハーゲン（Hagen）の説くように、原因関係（債務負担行為）の有効・無効に依存して然るべきである。かつ、それは取得による追完だけでなく、相続による追完でも同じである[11]。

加えて、権利の瑕疵を修復する善意取得は、追完に優先する。要するに、善意取得の制度があれば、追完は不要である。追完が問題になるのは、善意取得が成立しない場合であり、具体的には、債権譲渡、占有離脱物、占有改定による動産の処分（BGB930条、933条）、さらに、動産取引では取得者が悪意・有過失の場合である。したがって、追完は本来不必要である[12] [13]。

さらに、ヴァッケは、追完の理論の継受に際して決定的な影響を及ぼしたラニエリ（Ranieri）[14]に依拠して、追完の根拠は、（ア）矛盾行為の禁止（venire contra factum proprium）、及び、（イ）追奪担保責任（Eviktionshaftung）だとする。ところが、取得による追完では、（ア）（イ）ともに当てはまるが、相続による追完では、少なくとも（ア）は妥当しない。特に、他人の物の贈与ではそうである。さらに、相続人として追奪担保責任を権利者は負担するが、Diokl.C.（ディオクレティアヌス勅法）8,44,31では、損害賠償して所有物を返還請求することが認められていた。

---

[10] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.202f.

[11] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.203f.

[12] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.204f.

[13] さらに、ヴァッケは、ディゲスタとコーデックスでの追完の検討を行っている。前掲注（８）Wacke, aaO., S.206ff.

[14] ラニエリの論考に関しては、前掲注（８）Wacke, aaO., S.207, Anm.40）を参照。

ところが、相続による追完の特殊性、つまり、権利主体の合致の生じた理由が、普通法では見逃されていた。その結果、相続による追完の準則が、一般的に総則に規定されたというのが、BGB の立法の経緯である。他方で、オーストリア民法、ロマン系の法典は相続による追完の規定をおいていない[15]。

BGB185条２項１文３事例では、遺産債務（Nachlassschulden）に対する相続人の責任が制限できなくなった場合が追完の要件とされている。しかし、これは文言とは反対に、被相続人による無効な譲渡に関する具体的な調達義務（konkret vererbte Verschaffungspflicht）の承継を意味している。BGB185条２項１文３事例では、処分者が調達義務を負担していたなら別だが、始めから履行は不能で、処分者は損害賠償責任を負うに止まる。それにもかかわらず、相続人の責任が被相続人より重いことには納得がいかない。さらに、権利者が共同相続人のときは、共同相続人は連帯して遺産債務を負担するはずである。そうであるにもかかわらず、権利者が他の共同相続人より不利な地位におかれるのは不可解である。しかも、権利者の相続分が僅少な場合には、その不当性は一層際だってくる[16]。

以上のように主張した上で、ヴァッケは BGB185条２項１文３事例は、立法論としては削除するのが妥当であると評価している[17]。つまり、ヴァッケの論拠は、相続以前は被相続人は損害賠償義務を負うに止まった。ところが、有効・無効が確定しない被相続人の処分に、相続人（権利者）が拘束されるのは不当である。反対に、第三者にとっては、相続による追完は偶然の僥倖の利用である。他方で、相続人は自己の意思に基づかず、自己の財産を失うことになって不当である。さらに、相続以前に追認拒絶され、損害賠償で清算されていた場合は、追完の余地はない。共同相続の場合は、権利者だけが不利な地位におかれるのは不当である、ということになる。

（ｃ）他方で、ヴァッケの主張の合理性に正面から反論しているのが、

[15] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.224ff.
[16] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.231.
[17] 前掲注（８）Wacke, aaO., S.232.

ハーダー（Harder）である。相続による追完に関するハーダーの検討は多岐にわたるが、主にヴァッケに対する反論に関係する部分を紹介する。ハーダーは、BGB185条２項１文３事例の歴史上のモデルは、プロイセン一般ラント法であり、デルンブルグ（Dernburg）によればドイツ法の作り出したものである。自然法論者も、ローマ法の継受以後は、財産目録の作成を怠った相続人の無限責任は、法規定に違背した効果、又は、サンクションだと考えていたと、その由来を説明する[18]。

さらに、通説は、ハーゲンに依拠してBGB185条２項１文３事例で、処分行為の追完を債務負担行為（原因関係）の有効・無効に依存させるが、不当であるとハーダーは指摘する。すなわち、BGB185条２項１文３事例が「相続人が遺産債務に関して制限できない（unbeschränkbar）責任を負担すること」が既に、追完の原因関係への依存を示唆するとされている。つまり、相続財産と固有財産が分離されていれば、相続人は被相続人の法的地位には就かず、その責任も負担せず、追完も生じない。したがって、相続人が自己の物を返還請求しても、相手方の（相続人が返還請求しても、被相続人から承継した履行義務により、再び履行請求を受けることを根拠とする）悪意の抗弁（exceptio doli）の対抗は受けない。さらに、相続人が無限責任を負うという要件で、他の遺産債権者、相続人の債権者に対する取得者の優先権は回避できる。すなわち、遺産管理（Nachlassverwaltung）、又は、相続財産の破産（Nachlassinsolvenz）を申し立てれば、相続財産が無資力で他の債権者が満足を受けられないにもかかわらず、取得者が物を取得して一種の取戻権（Aussonderungsrecht）を行使するのを阻止できる。さらに、処分行為の原因関係である債務負担が、解除、代物弁済で消滅すれば、追完されても物は不当利得返還請求の対象となる。つまり、相続による追完の根拠は、無限責任を負う相続人として被相続人が負担した原因関係に拘束されるからである。だから、BGB185条２項１文３事例は、取得者の履行請求を不要とし、不必

[18] Manfred Harder, Zur Konvaleszenz von Verfügungen eines Nichtberechtigten bei Beerbung durch den Berechtigten, in Hersg. Reinhard Zimmemann, Rolf Knütel, Jens Peter Meinke, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Müller, 1999, S.637ff., S.637ff.

要な法的紛争を回避する点にある、というのが通説の説明である[19]。

しかし、ハーダーの主張では、BGB185条２項１文３事例にも、無因原則は適用されるはずである。だから、原因関係を処分行為の追完に持ち込むのは、一種のローマ法への先祖返り（Atavisumus）である。さらに、BGB の立法者は、相続による追完を悪意の抗弁ではなく、「遺産と固有財産の完全な混同（volle Verschmelzung des Eigenvermögens und des Nachlasses（confusio bonorum））」と説明している。つまり、相続人が完全に被相続人の地位に就いたからである。さらに、法律行為に関しては、被相続人の側では処分は浮動的に無効であり、相続人の側では追完を招来するオブリーゲンハイト違反（目録作成の懈怠、虚偽記載）があったことである。したがって、自分が相続したのではない財産の処分の治癒は、天空からの雷ではなく自ら招いた責任である。だから、BGB185条２項１文３事例を（フルーメのように）「取得による追完ではなく、責任による追完（Konvaleszenz nicht kraft erwerb, sondern kraft Haftung）」と説明するのもミスリーディングである。なぜなら、相続放棄しなければ、相続人は相続と共に責任を負担する。しかし、相続人の責任制限が可能な間は、追完は発生しない。だから、BGB185条２項１文３事例の遺産債務（Nachlassverbindlichkeiten）とは、被相続人の処分が原因関係として存在する債務ではない[20]。

さらに、BGB185条２項１文３事例の立法者意思は、「相続人が無限責任を負う場合は、権利と義務の一致が相続人という同一人の中で発生する」からという説明は、ライヒ裁判所（RG）の判例（RGZ110,94ff.）に由来し、これを通説も承継した。しかし、以上は妥当ではなく、RG は二点を見逃していると、ハーダーはいう。BGB1976条は、遺産管理又は相続財産の破産を行えば、権利と義務の一致、又は、権利と負担の一致により消滅すべき法律関係は消滅しなかったものとされる。しかし、これは債権者の債務者の相続か、その反対（債権・債務の混同（Konfusion））、又は、所有権と制限物権の混同（物権の混同（Konsolidation））に限られる。ところが、BGB185条２項１文３事例は、第三者の権利と

[19] 前掲注（18）Harder, aaO., S.643ff.

[20] 前掲注（18）Harder, aaO., S.645f.

だけ関係している。同条の典型事例とは、夫Mが妻Fの金時計を窃取して、善意のXに1000DMで売却した。しかし、時計は盗品だから、Xは所有権を取得しない。後に、Mが死亡し、Fが単独相続人となった。（a）Fの遺産管理、相続財産の破産の申立が可能、又は、欠乏の抗弁（BGB1900条以下）が可能な限り、Mの処分は有効とはならない。しかし、FはXに対して時計の返還請求（BGB985条）はできない。MはXに対して引渡の義務を負い、Fはその債務を承継し、XがFに対して抗弁が可能だからである（BGB986条）。Fは時計を有効に処分できるから、担保責任は発生しない。Fは物を失いたくなければ、遺産管理か相続財産の破産を申し立てれば足る。（b）遺産管理又は破産が開始すれば、Mの処分は無効だから、Fは時計を回復できる。Mの債務はMの遺産から弁済すれば良く、遺産からの履行は不能であり、Xは遺産に対する損害賠償請求に満足することになる。（c）反対に、Fが無限責任を負えば、Xは時計の所有権を取得する。物権や債権の混同や、BGB1976条と、BGB185条２項１文３事例とは無関係である。同条を、被相続人の人格の相続人による存続と説明することは不可能である。このような神秘的説明は、現在では廃棄されている。グスタフ・ベーマー（Gustav Boehmer）の適切な説明によれば、「この場合は、相続人が被相続人の権利領域と自身の権利領域を分離して、被相続人の法律上の関係と拘束を自身の固有財産から分離された遺産とするという、相続人の責任制限の権限が失われることで、被相続人が処分した、他人の、偶然にも相続人に属した・・物や権利の浮動的に無効な処分の主体は、相続後は相続人とみなされる。今や相続人は被相続人による拘束状態の浮動的な処分の地位に就くに至り、自身で処分を行った、つまり、事務の本人（dominus negotii）とみなされる。かつ、相続人には相続人に欠如していた処分権の瑕疵はあてはまらない。なぜなら、相続人は物の所有者であり、処分は相続と共に有効となる。その結果、処分が被相続人による他人物の処分とみなされるときは必要な、BGB185条２項１文１事例が要求する追認は不要となる」[21]からである。要するに、RGのいう権利と義務の一致

[21] Satudinger/Boehmer, 1954, §1922 Rn.218. 前掲注（18）Harder, aaO., S.648, Anm.79.

ではなく、固有財産と相続財産の混同と責任制限が不可能となったことが問題なのである。

さらに、BGB2013条１項１文によれば、相続人が無限責任を負った場合でも、BGB1976条は適用され、相続人の固有財産と相続財産の混同は排除される点も、RG は見過ごしているというのが、ハーダーの主張である[22]。

以上のような考察の結果､ハーダーはヴァッケの見解を批判している。すなわち、被相続人は処分した物の所有権を移転することはできず、損害賠償義務を負っているにすぎなかった。だから、相続により債務が変質し、相続人が履行義務を負うのは納得がいかないとヴァッケは主張する。しかし、債務がとりあえず履行不能なことで、なぜ損害賠償義務が発生するのかは疑問である。BGB185条２項の例では、給付を義務づける処分は浮動的な状態（Schwebezustand）であるにすぎない。同条によれば、債務の履行は可能である。決して、不能となっているわけではない。

さらに、同条の適用の前提として、相続人が財産目録（Inventar）の作成を怠って、固有財産と相続財産の分離（separatio bonurum）を行わず、自ら追完を招来したことが決定的である。責任が制限不可能な場合は､相続財産の資力が十分でも､権利者が所有権を失うのは致し方ない。事実として、法律自体も被相続人が相続人の財産を第三者に無償で譲渡することを認めている（BGB2169条、2170条「相続人に属する財産の遺贈」）。確かに、相続以前と同様に、例えば、ストラディバリの所有権を保持しようという相続人の願望は正当である。しかし、それなら遺産管理又は相続財産の破産の手続を講じるべきだった。相続人は自身の責任で選択権を失っている。

さらに、効力のない被相続人の処分とは相続人は無関係であると、ヴァッケは説いている。権利と義務の移転にすぎない包括承継原則が、以上を変更することはないというのである。しかし、BGB185条２項１文３事例で治癒される処分は、効力がないわけでも無効でもなく、浮動的に有効又は無効である。BGB1922条１項（包括承継・当然承継）で移

[22] 前掲注（18）Harder, aaO., S.646ff.

転するのは、既に基礎づけられた権利・義務だけではなく、不確定な権利・義務も同様である。かつ、その理は、判例・学説の承認を得ている。さらに、相続という偶然性の第三者の利用は不当だとヴァッケは主張する。しかし、相続人の債権者は相続財産に執行可能であり、その反対も同じことである。加えて、ヴァッケは他人物の贈与の場合は、相続による追完は妥当ではないというが、逆にBGB816条１項２文は、善意の受贈者は権利者に対して不当利得返還義務を負うと規定している。しかも、相続人が責任制限の措置を講じておけば、追完はなかった。したがって、このような措置を怠った相続人に回復を許すのは妥当ではない[23]。

以上のハーダーの反論は、ヴァッケの主張との関係では、不確定な権利・義務も包括承継の対象となることを出発点として、遺産管理の手続きを怠ったという点に、権利者自身の自己責任を見いだそうというものである[24]。他方で、取得による追完を疑問視する議論は見あたらない。この場合は、相続による権利・義務の承継ではなく、無権利者が処分時には欠如していた、処分権が後に追加された事例であり、行為者の自己責任に基づくものだからである。

（ｄ）そうすると、議論の分岐点は、以下の評価によると考えられる。ハーダー（通説）の考え方では、他人物の売買（債務負担行為）は、買主の善意・悪意にかかわらず有効である。したがって、売主は履行義務を負う。権利者である相続人は、被相続人（売主）の履行義務を承継する。他方で、処分行為（物権行為）は浮動的に無効である。BGB185条２項１文３事例により、処分行為は有効となる。ゆえに、債務負担行為も処分行為も有効となり、相続人は履行義務を負うということになる。他方で、ヴァッケは、本来は被相続人は処分した物の調達義務を履行することは不能で、損害賠償義務を負うにすぎなかった。以上の被相続人の義務以上の負担を相続人が負うのは、理解できない。包括承継により移転するのは、被相続人の具体的な債務である。したがって、相続人は責任制限の措置を講じることなく、履行義務は負わないというのである。つまり、固有財産と相続財産の分離を行わなかったことに、相続人の帰責性を見いだす

[23] 前掲注（18）Harder, aaO., S.650ff.
[24] 前掲注（18）Harder, aaO., S.654.

のか、及び、不確定の義務を相続人は相続するのかという点に、以上の議論の帰趨は係っていることになる。

それでは、仮に、被相続人の生前に、相続人の権利者が第三者に対して無権限処分の追認を拒絶して、物を返還請求していた場合はどうなるのか。ヴァッケは、この場合の追完を否定していた。ただし、見解は分かれている。否定説の論拠は、浮動的に無効ではなく、確定的に無効となった処分行為が追完される可能性はないということである[25]。以上に加えて、エルトマンは、（現在では削除された）BGB1396条の規定からは否定的であるとも指摘している[26]。反対に、肯定説は、BGB185条２項１文２事例、３事例の追完は、権利者の追認拒絶とは無関係に発生する。反対のケースを考えても、通常は権利者は無権限処分を知らないから、処分の対象を処分者に譲渡した場合でも、権利者の追認の意思が推定されるわけではない。かつ、権利者の追認拒絶が、無権利者の保護の要請につながるわけでもない。取得者の利害状況も変わらないことである。したがって、権利者が追認拒絶しても追完とは無関係だということになる[27]。

（３）取得による追完と相続による追完の無権代理への類推の可否

---

[25] 例えば、RGRK/Steffen, 12.Aufl., 1982, §185 Rn.12.; Andreas von Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 2.Hb., Duncker, 1918, S.246を参照。

[26] Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Heymann, 1927, §185 Rn.5, γ.

BGB 旧1396条（１）妻が持参財産を夫の同意なしで契約により処分したときは、その有効性は夫の同意の有無により決する。

（２）相手方が夫に同意を催告したときは、同意は相手方に対してだけ行える。催告以前に妻に対して行った追認又は追認拒絶は、効力がない。追認は催告から２週間以内に行うことができる。追認がなかったときは、追認拒絶とみなされる。

（３）夫が追認を拒絶したときは、管理と収益が廃止されたときも、契約は有効とはならない。

[27] 例えば、前掲注（６）Grunsky, §185 Rn.68; Erwin Stöcker, Konvaleszenz nach §185 Ⅱ BGB, 1934, S.30f. を参照。

（ａ）後述するが、わが国で相続による無権代理行為の追完を説いた於保説は、当時のドイツの代表的な学説に依拠したものである。つまり、フォン・トゥール（von Tuhr）、エルトマン（Oertmann）[28]、ニッパーダイ（Nipperdey）[29]などは、BGB185条２項１文２事例、３事例が、無権代理行為にも類推されると解していた。例えば、トゥールは、無権代理人の処分は、追認の他にも、代理人が本人から処分の目的物を取得したとき、又は、本人が無権代理人の遺産債務の責任制限をせず相続した場合にも有効となる。さらに、無権代理人の債務負担行為にも、185条２項１文２事例、３事例の類推が可能であるとしている。かつ、後者の理由付けとして、無権代理人（V）が本人（A）の物を第三者（X）に賃貸し、後にＡを相続したとき、Ｘから賃貸物を返還請求できるのは不当である。なぜなら、追完がなければ、ＶはＸに信頼利益の賠償の責に任じたはずだからだとしている[30]。反対に、本来のBGB185条２項１文３事例では、被相続人の不適切な処分によって、相続人（権利者）が愛着のある物を失う羽目になるのは、若干不当な感じがするとも指摘している[31]。エルトマンは、無権代理人が処分行為を行い、相手方がBGB179条の要件の下に履行請求したときは、自分の名前で処分したように取り扱われる。その結果、そのように行われた処分は自己の名前で行われたと同様になる。つまり、BGB185条の要件で有効になるし、かつ、そうでなければならないとしている[32]。ただし、それ以上に同条の類推に関する積極的な理由付けが行われているわけではない。

（ｂ）他方で、現在の通説、及び、判例は、BGB185条１項２文２事例、３事例の無権代理行為への類推に反対である。同条は明文で、自己の名前での処分を指示している。法律行為の効果は、本人と関係させられている。さらに、無権代理人が善意で信頼利益の賠償義務を負うにすぎな

---

[28] 前掲注（26）Oertmann, aaO., §185, 7.

[29] Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlchen Rechts, 5.Aufl., 2.Hb., 1960, §191, Ⅳ ,2a.

[30] 前掲注（25）von Tuhr, aaO., S.446.

[31] Andreas von Tuhr, Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd.2, 1.Hb., Duncker, 1914, S.385, Anm.126.

[32] 前掲注（26）Oertmann, aaO., §185, 7.

い場合に（BGB179条２項）、追完が認められれば、無権代理人の責任は履行又は履行利益の損害賠償へと不当に強化されるというのである[33] [34]。相手方は、本人に対する催告（BGB177条２項）と、無権代理人に対する選択権（履行、又は、損害賠償請求、BGB179条１項）で十分に保護されているというのであろう。さらに、無権代理に善意の相手方の撤回権（BGB178条）の保護も問題になる。ただし、その理由付けは極めて簡単で、十分に根拠づけられたものとはいえない[35]。

（ｃ）判例も同様に詳細な理由付けは行っていない。その幾つかを紹介しよう（ただし、相続による追完ではなく、取得による追完の事例）[36]。

---

[33] BGB177条（１）無権代理人が本人の名前で契約を締結したときは、本人に対する契約の有効性はその追認に係っている。

（２）相手方が本人に対して追認を催告したときは、追認は相手方に対してだけ可能である。催告以前に代理人に対して行った追認又は追認拒絶は効力を失う。追認は催告の受領から４週間以内に行われる必要がある。追認が表示されないときは、追認は拒絶されたものとみなされる。

BGB178条契約の追認までは、相手方は撤回することができる。ただし、相手方が契約締結時に代理権の欠缺を知っていたときはこの限りではない。撤回の意思表示は、代理人に対して表示できる。

BGB179条（１）代理人として契約を締結した者は、本人が契約の追認を拒絶したときは、その代理権の証明ができない限りは、相手方の選択に従って、相手方に履行又は損害賠償の責に任ずる。

（２）代理人が代理権の欠缺を知らなかったときは、相手方が代理権を信頼したことで被った損害の賠償の責を負うが、契約の有効な場合に相手方が得た利益の額を超えることはない。

（３）相手方が代理権の欠缺を知り又は知りうべき場合は、代理人は責任を負わない。代理人が制限行為能力者の場合も同様であるが、代理人が法定代理人の同意を得て行為していたときはこの限りではない。

[34] 圧倒的な通説だが、例えば、前掲注（６）Grunsky, §185 Rn.2; Münchener/Schramm, 5.Aufl., 2006, §185 Rn.21; Heinz Hübner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2.Aufl., Gruyter, 1995, S.560（Rn.1357）を参照。

[35] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., S.127; Mathias Habersack, Erbenhaftung und Konvaleszenz, JZ1991, S.70ff., S.71は、そのことを指摘している。

[36] BGB185条２項１文２事例、３事例が無権代理に類推されないことのリーディングケースとして、しばしば引用されるライヒ裁判所の判例（RG HRR

（ア）バイエルン高裁1956年５月18日決定（NJW 1956,1279）

未亡人が本件土地を処分した1955年５月14日には、２筆の本件土地は３人の共同相続人（未亡人とその２人の未成年子）に合有で帰属していた。未亡人は、BGB2040条により自己の名前とその子の名前で、土地を処分した。ただし、そのためには、未亡人が子の法定代理人として行為している限り、BGB1821条１項１号、1643条、1686条で後見裁判所の追認が必要であった。未成年の共同売主を考慮して後見裁判所の追認に売買契約の有効性が依存していることは、公正証書も明示的に明らかにしていた。ところが、後見裁判所の追認は与えられなかった。ただし、本件土地は（一部の）遺産分割の結果、未亡人の単独所有となっていた。

「未亡人が移転登記の後に土地の単独所有権を取得した事実は、未亡人が無権利でも自己の名前で処分していたら、処分（移転登記）を完全に有効としたであろう。この場合には後見裁判所の追認は始めから問題にならず、185条２項１文３事例による治癒が可能だったであろう。なぜなら、同条によれば、無権利者の目的に対する処分は、無権利者が目的を取得したときは、有効となるからである。つまり、無権利者が自己の名前で行った処分であり（RGZ53,274; OLG München, JFG22, S.12/14）、かつ、無権利者の後の目的の取得と同時に有効となる（追完）（RGZ89,158; 135,383）。以上の治癒は不動産取引にもあてはまる。しかし、無権利者が他人の名前で行った処分には、BGB185条は適用されず、185条２項１文２事例による治癒は排除される（RG, HRR 1934 Nr.1276; OLG München Ⅰ, DNotZ50,33; Palandt, BGB 15.Aufl. Anm.2 zu §185; Ermann, BGB Anm.4 zu §185; RGRK Komm., 10.Aufl. Anm.4 zu §185; Staudinger-Riezler, 10.Aufl. Randn.4 zu §185）。」

したがって、未亡人の処分時の移転登記の意思表示は、その目的を失っている。ゆえに、移転登記には未亡人の新たな意思表示が必要である。

（イ）フランクフルト高裁1996年８月19日決定（MDR 1996,1293）

当事者２は、その母親、兄弟と共に、遺産分割前に土地の所有者の登記を受けた。その上で、1984年10月12日に、自己の名前と、同時に共同相続人の無権代理人として土地を売却し、当事者１のために仮登記に同

1934 Nr.1276）は参照できなかった点も、ここで明記すべきであろう。

意した。その後、1991年７月１日、遺産分割で土地は当事者２の単独所有とされた。1994年12月19日に、当事者２は土地の単独所有者として登記を受けた。1994年12月27日に、当事者２はBGB185条２項の類推で以前の仮登記申請の承認に拘束されるという理由で、当事者１は仮登記を申請した。原審は、GBO（不登記法）29条の方式での当事者２の追認の提出を求めた。当事者１の不服申立は棄却された。

「所有者が申請した場合（GBO19条）、及び、所有者又は仮登記権利者がGBO13条１項により登記を申請したときは、所有権移転の仮登記は登記簿に記載される。当事者２が仮登記に同意したときは、土地所有者は当事者２と母親・兄弟だった。仮登記申請は、この３人によって行われることが必要だった。確かに、登記申請はあったが、それは当事者２が母親と兄弟の無権代理人として申請したものである。確かに、無権代理人は登記申請が可能であり、後に本人が追認すれば有効である。しかし、当事者２が代理した本人２人の追認は提出されなかった。ところが、当事者１の見解は、当事者２は土地所有権を取得したから、BGB185条２項で、当事者１が代理した母親と兄弟の遡及的な追認があったとみなされるというのである。以上の見解を原審（LG）支持せず、妥当である。

「当事者１は、本件では185条２項ではなく、177条以下が問題だという点を看過している。通説によれば、185条２項が適用されるのは、無権利者が自分の名前で他人の権利を処分した場合（だけ）である（つまり、契約当事者の場合）。反対に、意識して他人のために、（真実の）権利者の名前で行為したときは、代理が存在し、本人が契約相手方であるから、同条は適用されない。185条の意味での『処分者』は、その場合は本人である（RG HHR 1934 Nr.1276; BayObLG NJW1956,1279,1280; Senat in OLGZ1984,11,13; Soergel/Leptien BGB 12.Aufl. Rn.13; RGRK/Steffen BGB 12.Aufl. Rn.10; Ermann/Brox BGB 9.Aufl. Rn.104, je zu §185）。従って、無権代理人の処分は代理人による権利取得によっては185条２項１文で有効とはならない。代理人の行為の効果は、明示的に本人と関係づけられている。

当事者２が単独所有者として登記されたことで、本人（母親、兄弟）は許諾権限を失ったゆえ、当事者２は、仮登記申請をGBO29条の方式で追認する必要がある。」

（ｄ）そこで、以上のような判例・通説に疑問を呈し、BGB185条２項１文２事例、３事例の無権代理への類推適用を説く、ゲールマン（Gehrmann）、及び、３事例の制限的な類推適用を提唱するハーベルザック（Habersack）の議論を紹介することとしよう。

ゲールマンは、冒頭に紹介したケースを前提として、無権代理人（H）が指輪を取り戻せるのは不当だと問題提起する[37]。その上で、ゲールマンは、追完は無効な処分行為を有効とするものだが、その基礎となるのは原因関係である債務負担行為だとする。かつ、このことは、他人物を処分した者が、後にその物の返還を請求した場合に、受益者が悪意の抗弁（exceptio doli）を対抗できることを、実体化して追完により処分行為を有効としたBGB185条２項１文２事例の沿革にも合致するという。さらに、BGB185条２項１文３事例が、権利者が処分者を相続し遺産債務（Nachlassverbindlichkeiten）に対して制限できない責任を負った場合という文言とも合致すると主張する[38]。その上で、クローメ（Crome）とエンデマン（Endemann）は、無権利者が相続で処分の目的物を取得した後に追認を拒絶するのは、信義則（Treu und Glauben）に反するからだと説明している。トゥールも、相続による追完を相続人は被相続人の法的地位を承継するから、被相続人の行為の責めに任ずる必要があるとしている。つまり、債務の承継が重要であると指摘していることになる。だから、相続人に調達義務（Verschaffungspflicht）がある場合に、追完が発生することになる。以上のトゥールの考え方も、BGB185条２項１文２事例、３事例追完の基礎は、債務の存在にあるという考え方を支持する[39]。つまり、以上の追完は、取得者と相続人の間に履行請求権が成立する場合に限って、公平ゆえに要請されている。反対に、通説が、追完の根拠が「権限と処分の合致」であり、法的安定性と簡便性で説明するなら、以上の本来の制度趣旨を見誤っているというのが、ゲールマンの主張である。その結果、「185条２項１文の最後の２つの追完の根拠は、取得した無権利者、ないしは、無権利者の行為に無制限に責任を負

[37] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., S.129.
[38] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., S.131ff.
[39] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., S.139ff.

う相続人の調達義務（Vershaffungspflicht）、つまり、履行義務（Erfüllungspflicht）である」というテーゼが引き出される[40]。

その結果、ゲールマンによれば、冒頭の事例の解決は以下のようになる。父親（E）は息子（H）の無権代理行為の効果帰属を決定する権利を有している。Eが追認も追認拒絶もせず死亡した場合、一応は包括承継で決定権はHに帰属する。以上の決定権は相続可能な権利だからである。その結果、Hは相手方（K）に対して時計の返還を請求できるようにも見える。しかし、ゲールマンによれば、185条２項１文２事例、３事例の制度趣旨が、自分で決定したことの履行義務を負う行為者の責任（Verantwortung）にある以上は、Hは履行義務を負う。つまり、Hの責任が被相続人Eの決定権を排除する。Hは無権代理人としてではあるが、他人の権利領域での自己のルールを決定したからには、浮動的に無効な債務（無権代理人の履行義務）を履行する必要がある。仮に、Hが浮動的に無効な売買契約を終局的に無効とすることが許されるなら、私的自治の原則に反することになる。したがって、Hは売買契約の追認の義務があるということになる。その結果、原因関係が有効なら、浮動的に無効な所有権の移転も同様に有効となる。

以上の結論は、無権代理人が相続以外で売買の目的物を取得した場合も同様である。

さらに、無権代理人の相続、又は、買得以前に、本人（権利者）が追認拒絶した場合も、BGB179条１項によれば、無権代理人は相手方の選択により履行又は損害賠償の責任を負っていた。したがって、相手方が履行を選択すれば、無権代理人は履行義務を負う。つまり、履行又は損害賠償は、相手方の選択に依存することになる。

ただし、相手方が代理権の欠缺を知っていたときは（BGB179条２項）、損害賠償は信頼利益に止まる。

以上の理は、本人が無権代理人を相続して、遺産債務への責任の制限が不可能となった場合にもあてはまる[41]というのが、ゲールマンの主張である。このようなゲールマンの主張は、矛盾行為を禁止する信義則に

[40] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., S.140f.

[41] 前掲注（１）Gehrmann, aaO., 141ff.

反するがゆえに、無権代理人は追認拒絶できないというわが国の判例・通説に酷似している。わが国の判例・学説と異なるのは、そのことを明言しているわけではないが、本人が無権代理人を相続して、相続財産に責任を制限できなくなったことは、本人の自己責任だと、ゲールマンが考えていることである。さらに、善意の無権代理人の本人の相続では、代理人の責任を BGB179条２項による信頼利益の賠償に制限している。ただし、この違いは、善意の無権代理人の責任に対するわが国（民117条）とドイツ法（BGB179条２項）の規定の違いに由来する。

（ｄ－１）ハーベルザックは、相続による追完（BGB185条２項１文３事例）に限って、かつ、それを無権代理人の処分行為だけでなく、債務負担行為にも類推すべきことを説いている。かつ、ハーベルザックの問題意識は、実務上は存在価値の少ない同条の適用範囲を拡大することである[42]。

ハーベルザックは、無権代理人の処分への同条の類推の必要性は、法の欠缺の存在と自己の名前で処分したときと無権代理人の処分の場合との類似性に係っているとする。かつ、欠缺の存在の有無は、無権代理人が死亡した場合の相続人の責任を検討することで明らかになるとする。

無権代理人は相手方に対して、BGB179条１項で履行又は損害賠償の責任を負う。同条の債務は、代理人の相続債務となり、1922条、1967条で本人は同様の責任を負う。但し、同条の責任の発生の要件は、本人が無権代理行為の追認を拒絶して、法律行為が確定的に無効（endgültig unwirksam）となることである。反対に、無権代理人が善意なら、代理人は消極的損害の賠償義務を負うに止まる（179条２項）。相手方が代理権の欠缺に悪意又は過失があるときは、代理人は責任を免れ、相続人も同様である。したがって、185条２項１文３事例の類推が必要なのは、179条１項で相手方が履行請求が可能で、かつ、相続人が履行義務を負う場合である。追完の類推適用は、悪意の抗弁の物権化につながり、相手方は履行請求を省略できるというのが、ハーベルザックの出発点である[43]。

---

[42] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.70.

[43] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.70ff.

他方で、通説は、無権代理行為への同条の類推適用を否定するが、十分な理由付けはされていない。反対に、最近の文献では、ティーレ（Thiele）が、本人が無限責任を負い、処分行為が浮動的に無効で、相手方が履行請求権を有している場合に類推を肯定している。

さらに、同条が責任による追完を規定する以上、相手方の債権的請求権が存在することが同条の前提であるという、相続債務を無制限に負担するという文言も、同様の理を示しているとハーベルザックは考える。さらに、相続債務に無限責任を負うという要件で、他の相続債権者に対して相手方（取得者）が一種の優先弁済権を得ることが防止されている。つまり、相続人の財産が不足している場合に、履行請求を不能とすることで、相手方のいわば取戻権のような優先権は防止されている。以上を総括して、ハーベルザックは、責任による追完の必要性は、取得者の保護と共に訴訟経済を、悪意の抗弁の物権化で実現ことにあるとしている[44]。

そう考えると、追完の要件は、取得者が保護に値し、相続人とそれ以外の相続債権者が不利益を受けず、かつ、訴訟経済に合致する場合であるというのが、ハーベルザックの見解である。したがって、追完の要件は、取得者の権利取得に法律上の原因の存在する場合だけであり、つまりは、179条１項の履行請求が可能な場合に限られる。さらに、相続財産が不足し、相続人が無限責任を負わないときは、取得者以外の相続債権者は按分比例の配当に甘んじることになるから、取得者は優先弁済を受けることになり不当である。したがって、追完の要件は、相続人の無限責任の最終的な確定である。

さらに、ハーベルザックは、ティーレが相手方が履行請求が可能で、かつ、（185条の追完の要件に忠実に）処分行為が浮動的に無効の場合に類推を制限することを批判する。つまり、通常は本人の追認拒絶は債務負担行為、処分行為の双方に対して行われるから、類推適用の実際的な可能性が著しく減じられるからである。そこで、ハーベルザックは類推適用を凡そ意味あらしめるには、２つの可能性があるという。第１は、債務負担行為が浮動的に無効で条件付きで存在する179条１項の履行請

[44] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.71f.

求が、追完を正当化する法律上の原因とみなすことである。第２が、債務負担行為も処分行為も最終的に拒絶された場合に、追完が発生すると考えることである。しかし、185条２項１文３事例の趣旨は、悪意の抗弁の物権化である。だから、これが当てはまるのは、相続人が相手方から179条１項の履行請求を受けている場合である。しかし、債務負担行為が浮動的に無効の場合に、追完が発生すると、悪意の抗弁の物権化という制度趣旨を大きく逸脱する。したがって、処分行為が浮動的に無効なことは追完の要件ではなく、債務負担行為の浮動的無効は追完を阻止することになるというのが、ハーベルザックの結論である。つまり、債務負担行為が浮動的に無効な場合は、追完は発生しないとハーベルザックは解している[45]。

さらに、代理人が善意の場合、相手方が悪意又は有過失のときも、追完は発生しない[46]。

以上が、BGB185条２項１文３事例の類推適用により、無権代理行為が追完される場合である。つまり、ハーベルザックは、通説でも相手方が本人に対して履行請求が可能な場合に、相手方の履行請求を不要とできる点に、同条の類推の意味を認めていることになる[47] [48]。したがって、ハーベルザックの議論は、ドイツの通説の立場と大きく隔たったものではない。その理由は、本人の履行拒絶がなければ、相手方の（履行又は損害賠償の）選択権（BGB179条１項）は発生しないと解している（文言通りの通説の立場[49]）からである。さらに、相手方の選択権が発生し、相手方が履行を選択すれば、履行義務を負った無権代理人の相続債務に対して無限責任を負った場合は、本人も履行拒絶できないと解している

---

[45] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.72f.

[46] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.72.

[47] 前掲注（34）Habersack, aaO., S.75.

[48] さらに、ハーベルザックの無権代理人の債務負担行為への185条２項１文３事例の類推を支持する議論を展開しているが（Habersack, aaO., S.73ff.）、その紹介は省略する。

[49] 例えば、前掲注（６）Grunsky, §179 Rn.6,8b）; Münchener/Shramm, 5.Aufl., 2006, §185 Rn.21; Soergel/Leptien, 13.Aufl., 1999, §179 Rn.5b）; RGRK/Steffen, 12.Aufl., 1982, §185 Rn.3などを参照。

点で、わが国の判例・通説と大きく異なっている。

（4）ドイツ法の議論の整理

以上のドイツ法の通説の考え方は、わが国から見ると、極めて形式論理的であるようにも見える。自己の名前で他人物を売買し、権利者が相続し、相続債務への無限責任が確定すれば、追完により相手方は履行請求が可能である。ところが、権利者が無権限処分者の生前に追認拒絶していた場合は、無効が確定するから追完の余地はないとするのが多数説であった。他方で、他人の名前で処分すれば、本人が追認拒絶した場合（又は、相手方が催告して追認拒絶が擬制された場合）は、相手方は本人に対しても履行請求が可能である。なぜなら、本人からの追認拒絶によって、始めて相手方の選択権（BGB179条１項）が発生しているからである。しかし、追認も追認拒絶もない場合は、本人が追認拒絶できるのは当然としても、本人を相続した無権代理人も履行拒絶が可能である。以上の結論が違ってくる理由は、確定的に発生した相手方の履行請求権が、無限責任を伴って相続されるか否かで、結論が分かれるからである[50]。

しかし、以上の場合に、BGB185条２項１文３事例の実務上の意味は小さいと指摘されるように、相続人には常に相続債務の相続財産への責任制限の可能性が与えられている。だから、相続による追完の制度自体を批判するヴァッケに対して、ハーダーは責任制限の措置を怠った相続人（権利者）の自己責任を強調していた。その上で、具体的に発生した義務の相続の有無で問題を解決するのが、ドイツの通説の立場であった。したがって、無権代理行為が浮動的に無効な場合に185条２項１文２事例、３事例を類推するゲールマンの議論は、ドイツ法では一般的には受け入れられがたいものであろう。要するに、ドイツの議論では、わが国で強調される矛盾行為の禁止の要請（信義則違背）よりも、相続の原則

[50] Pfeifer, Rechtsvergleichende Kommentierung zu Nr.23 Haftung des Vertretenen, der Vertreter ohne Vertretungsmacht beerbt, und das Verhältnis zu §177 Minpo, in Japanische Entscheidungen zum Bürgerlichen Recht, Ⅰ. Allgemeiner Teil und Sachenrecht, Heymann, 2004, S.193f. も参照。

が優先していると評価することも可能であると考える。ただし、それは相続債務を相続財産に制限することが、原則として何時でも可能という前提の下でであった。

3．わが国の判例・学説ードイツ法との対比ー

（1）追完に関するわが国の学説の出発点

無権限処分の追完、及び、無権代理行為の追完を、わが国で最初に纏まった形で提示したのは、於保説であろう。於保説より以前のわが国の代表的な体系書は、他人物売買、追認、無権代理の項目で、以上の問題を連続性を前提に取り扱ってはいなかった[51]。ところが、1935年に「追完（Konvaleszenz）について」という論考で、於保説は、無効な行為の追完の可能性を説くとともに、自分の名前での無効な処分行為の追完、債務負担行為の追完の可能性と並んで、無権代理行為の追完の余地を説いている。具体的には、（ア）本人からの追認拒絶がなく、無権代理人が本人を相続したときは、単純承認なら無権代理行為（処分行為、債務負担行為）は有効となる。限定承認したときは、無権代理人は相続財産につき処分権を取得しないから、追完はなく、後に処分権を取得した始めて追完される。（イ）本人の無権代理人相続では、単純承認では被相続人（無権代理人）の権利・義務を承継するから、追完が生じる。限定承認では、本人は追認の拒絶が可能であり、遺産債務が無権代理人の責任を定める民117条で処理される。他方で、（ウ）追認拒絶があった場合は、無権代理人は既に民117条の責任を負担している。そこで、単純承認なら、相手方が損害賠償を選択しない限り、無権代理人は取得による追完、本人では相続による追完（責任による追完）ということになる。限定承認では、本人は追認拒絶が可能だが、無権代理人では遺産分割の結果で遺

[51] 例えば、鳩山秀雄『日本民法総論（下）』（岩波・1923年）、石田文治郎『現行民法総論』（弘文堂・1930年）の無権代理と法律行為の無効とその追認に関する記述。鳩山秀雄『増訂・日本債権法総論（上）』（岩波・1923年）、末弘厳太郎『債権各論』（1917年）の他人物売買に関する記述を参照。

産の限度で履行可能か否かで結論が決まるとしている[52] [53]。

以上は、２．で紹介した、ドイツの古い学説を参照した結果である。具体的に於保説が引用する文献も、無権代理行為へのBGB185条２項１文２事例、３事例の類推適用を支持する、Stöcker, v. Tuhr, Oertmann, Enneccerus[54]であり、特に依拠しているのが、当時の最新の研究であるシュテッカー（Stöcker）[55]の論考であった。つまり、上述した於保説の紹介からも分かるとおり、そこでは追完とともに相続での遺産債務に対する相続人の責任の限定の可能性が併せて考慮されていた。ところが、周知の通り、その後のわが国の議論の展開は権限のない行為者の責任を強調して、相続のルールを視野の外におくという展開を示している。以下では、他人物の売買と無権代理で、その経緯を概観しておく。

（２）他人物の売主の権利取得と、権利者の他人物売主の相続

（ａ）他人物の売主の権利取得

大判大8・5・7（民録25・1258）では、Ｂが自身をＡの家督相続人と

---

[52] 於保不二雄「追完（Konvaleszenz）について」『財産管理論序説』（有斐閣・1954年）243頁以下、270頁以下、273頁以下（初出、論叢33巻１号（1935年））。

[53] 於保の先行研究である、田島順「非権利者の処分と其追完」論叢33巻２号431頁以下も参照。さらに、取得による追完、相続による追完の双方に対して懐疑的な、浅井清信の書評も参照。法時７巻４号46頁以下。

[54] ただし、於保が無権代理行為の追完を提案する部分で引用している文献は、無権代理人の本人相続では、無権限処分の追完のBGB185条２項１文２事例に関する記述であり、相続債務の制限の有無に関する議論である。前掲・於保276頁注⑥⑦を参照。他方で、本人が無権代理人を相続した場合に関しては、Enneccerus, Oertmann 及び、Stöcker を参照している。かつ、Enneccerus, §191 Ⅳ2a と Oertmann §185, 7は、各々前掲注（29）（28）の部分であり、BGB185条２項１文３事例の無権代理への類推を説く部分である。Stöcker（前掲注（27））S.16は、エネクツェルス／ニッパーダイとエルトマンを引用して類推肯定説を紹介した上で、本人の追認があれば、類推は不要。かつBGB185条２項の取得による追完、相続による追完の類推に関して、相手方の選択権を奪うことにあるから、無条件での類推には反対である。相手方が履行を選択した場合にだけ、類推が肯定されるとしている。

[55] 前掲注（27）Stöcker を参照。

誤信して、A 所有の不動産を C に売却した後に、D が B を遺産相続し、さらに、A も家督相続した。D の C からの転得者 E に対する登記の抹消請求を認容した原判決を破棄した事例である。原審が、B → C → E の移転登記は権利移転を伴わない無効な登記であるとしたのに対して、大審院は、他人物の売主は権利を取得して移転する義務を負い、かつ、売主が後に権利取得した場合は、なんらの意思表示を必要とすることなく、当然に売買の目的物の所有権は買主に移転すると判示している。かつ、物権移転の意思表示は不要で、売買契約によって所有権も移転すると説示している。だから、B を相続した D が B の他人物の売主の義務を承継したという点を除くと、他人物売主の権利取得による追完を認めた例だと評価しうる。

他方で、最判昭40・11・19（民集19・8・2003）は、A が B に汽船を注文し、B は完成・引渡したが、A が代金を払わないので、B は船舶の所有権を回復した。他方で、A は船舶の備品を C に自己の物として譲渡し、占有改定を約した。その後（昭和35年７月８日）、A は B に代金を支払って、船舶の引渡を受けた。ところが、同日 A は D に対して同船舶に根抵当権を設定し、同月13日に登記を了した。その後、E に対しても船舶に根抵当権を設定している。DE の抵当権の実行に対して、C が第三者異議の訴を提起したというケースである。ここでも、最高裁は、なんらの意思表示を要せず、他人物売主が権利取得した場合は、即座に買主に権利帰属すると判示している。このケースでは、DE の抵当権の設定登記より、C の先行する占有改定の具備が先である。したがって、A の権利取得と同時に、C は確定的に対抗要件を具備している。結論として、取得による追完を認めた例といえよう。

さらに、大阪高判昭50・6・17（判時792・45）は、国に農地を買収された A が、再度国から買収農地の売払を受ける可能性があること前提に、小作人 B に譲渡し代金を受領したので、A を相続して売払を受けた C に対して、B が移転登記を請求した事案である。大阪高裁は、無権限処分者を相続した者が、後に権利取得した場合は、信義則に反しないと認められるような特別の事情のないなかぎり、売主としての履行義務を拒否することができないと判示している。C の A の相続を捨象すると、他人物売主が権利取得した場合の追完を認めた事案といえる。

つまり、以上の限りで、わが国の判例・学説[56]も、取得による追完は認めているといえる。ここでは、相続による被相続人の権利・義務の包括承継の要素は無関係である。さらに、取得による追完は、無権限処分者の自己責任に基づくから、いわば当然の理を承認したものと評することも可能であろう。

（ｂ）権利者の他人物売主の相続

他方で、他人物売主の相続のケースでは、周知の通り、当初は判例は、「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、相続人が限定承認をしなかったときは、買主が当該不動産の共有者を知っていたかどうかを問わず、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履行義務を拒みえない」（最判昭38・12・27民集17・12・1854）としていた。さらに、同判例の調査官解説も、権利者が無権限処分者を単純承認したか限定承認かを重視していた[57]。ところが、この判例に対して、周知のように学説は極めて批判的であった。

その結果、後に判例は見解を改め、「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は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としての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許諾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の事情によって左右されるべき

[56] 例えば、『新版・注釈民法（６）』（有斐閣・1997年）［山本進一］235頁、『新版・注釈民法（14）』（有斐閣・1993年）［高橋眞］193頁を参照。

[57] 『最高裁判所判例解説・民事編・昭和38年度』（法曹会・1964年）（桝田文郎）444頁。さらに、無権代理人の本人相続の場合とも比較して、無権代理により本人はもとより無権代理人も当該行為の結果としては義務を負わないから、同列には論じられないとしている。444頁以下。

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益を受ける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権利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許諾の自由を保有し、信義則に反すると認められるような特段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」（最判昭49・9・4民集28・6・1169）と判示した。

学説は、現在でも、限定承認しない限り、権利者は履行義務を負うとするもの[58]と、判例を支持するものがあり[59]、後者が多数なのは周知の通りである。ただし、泉説は、限定承認しても、権利者は履行義務を免れないとしている[60]。

結論として、判例・多数説の立場では、相続による追完は認められないこととなる。つまり、民561条で履行義務を負った無権限処分者の責任を、単純承認した権利者も承継しないということになる。

（3）無権代理人の権利取得・本人相続

（a）無権代理人の権利取得

最判昭34・6・18（民集13・6・737）は、無権代理人B（妻）が本人A（夫）の土地をCに賃貸した後、Aから土地を取得すれば、BC間の賃貸借は所有者との関係でも有効となるとしている。さらに、最判昭41・4・26（民集20・4・862）は、無権代理人BがAの土地をCに処分し、後にAから土地を取得し、Cが履行を選択すれば、117条の履行請求の効果として、売買契約はBC間で成立したと解すべきであると判示している。つまり、無権代理の場合も、取得による追完が認められていることになる。

（b）無権代理人の本人相続

古くから判例は、無権代理人の本人相続によって、無権代理行為が有効となることを認めてきた。例えば、大判昭和2・3・22（民集6・3・

---

[58] 三宅正夫『契約法（各論）上』（青林書院・1983年）230頁以下。

[59] 例えば、内田貴『民法Ⅱ（第３版）』（東大出版・2011年）151頁以下、山本敬三『民法講義Ⅳ－１』（有斐閣・2005年）249頁以下など参照。

[60] 泉久夫「民事判例批評」専修大学論集No.35、92頁以下、94頁以下。

106）は、本人が追認も追認拒絶もせず死亡したケースで、「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至りたる以上、本人が自ら法律行為を為したると同一の法律上の地位を生じたると解するを相当とす」と判示していた。最高裁の判例（最判昭40・6・18民集19・4・986）も、無権代理人ＢがＡの不動産を処分し、追認も追認拒絶もしなかったＡを単独相続した場合に、「本人自らが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」と判示している。したがって、無権代理人が単独相続した場合は、当然に追完されるということになる。ちなみに、上記の判例は、学説ではいわゆる「資格融合説」と分類されており、悪意の相手方まで保護されること、相手方の取消権を奪うことの不当性が批判されている[61]。仮に、善意の無権代理人の責任を信頼利益の賠償に制限するBGB179条２項のような規定が民法に存在すれば、一般論としても資格融合説はとりにくかったであろうと考えられる。

さらに、無権代理人ＢがＡを共同相続した場合は、「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帰属する・・から、共同相続人全員が共同して行使しない限り、無権代理行為が有効となるものではない。・・・他の共同相続人全員が無権代理の追認をしている場合に無権代理人が追認拒絶するのは信義則上許されない・・・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」（最判平5・1・21民集47・1・265）とする。つまり、共同相続の場合は、無権代理行為は一部だけ有効とはならない。追認権は不可分である。しかし、他の共同相続人が追認した場合は、無権代理人は信義則上追認を拒めない。以上は、確かに無権代理人が相続により本人の地位を承継した例である。しかし、相続は取得原因にすぎない。無権代理人が責任を承継したわけではない。したがって、この場合は、取得による追完が無権代理行為でも認められたケースである。つまり、相続による責任の承継が固有に問題となるのは、本人が無権代理人を相続したケースである。

---

[61] 例えば、佐久間毅『民法の基礎１（第４版）』（有斐閣・2018年）302頁以下を参照。

（4）本人の無権代理人相続

ここでも、周知の通り、一見矛盾する判例がある。まず、最判昭37・4・20（民集16・4・955）は、本人が追認も追認拒絶もせず無権代理人を相続して、無権代理行為の追認を拒絶しても、信義則には反しないから、相続により当然に有効にはならないとした[62]。かつ、この判決が、他人物売主を相続した権利者の追認拒絶を認めた判例（最判昭49・9・4民集28・6・1169）に影響を与えたことも周知の通りである。しかし、他方で、最判昭48・7・3（民集27・7・751）は、無権代理人が117条の債務を相手方に負担している場合、本人は相続により無権代理人の債務を承継し、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判示した。ただし、学説の理解では、判決の事案は保証債務の無権代理のケースであり、履行と損害賠償は殆ど変わりはない。反対に、特定物の履行義務の場合は、本人は拒絶できると解するものが圧倒的である[63]。本人は無権代理人の履行責任は負わない。したがって、判例・通説の立場では、相続による責任の承継はないものと考えるべきであろう。そうすると、他人物の自分の名前での処分と同様に、無権代理でも相続による追完は認められていない。つまり、相続による包括承継の原則は、意図的に無視されていることになる。しかし、第三者が無権代理人と本人を二重相続したケースでは、包括承継原則が重視されるのか、無権代理人の権利取得が優先するのかが問われることになる。

（5）二重相続のケース

ここでは、一方で、無権代理人を相続した者が本人を相続した場合に、「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、本人自らが

---

[62] ただし、同判決の調査官解説は、相手方が民117条の無権代理人に対する責任追及の要件を具備していれば、当然に有効になるものと解すべきだとしていた。つまり、相続の原則を重視していた。『最高裁判所判例解説・民事編・昭和37年度』（法曹会・1966年）（川添利起）143頁以下、146頁。

[63] 内田貴『民法Ⅰ（第４版）』（東大出版・2008年）177頁、山本敬三『民法講義Ⅰ（第２版）』（有斐閣・2005年）344頁、前掲注（61）佐久間310頁以下など参照。

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」（最判昭63・3・1判時1312・92）という判例がある。しかし、学説の多くは、本人を相続するか無権代理人かは偶然に係っているとして、この判決を支持してはいない[64]。

他方で、BがAを無権代理してA所有不動産にCのために抵当権を設定した後に、Bが死亡した。そこで、Bの相続人B1、B2、B3は限定承認し、Aに禁治産宣告し、B1が後見人となり、Aを代理してBの無権代理行為を追認拒絶し、Cに抵当権の抹消を請求したが、訴訟係続中にAが死亡し、B2、B3が相続したというケースで、最判平10・7・17（民集52・5・1296）は、本人が無権代理行為の追認を拒絶した場合は、その後に無権代理人が相続したとしても、無権代理行為が有効となるものではない。無権代理人が、本人の追認拒絶の効果を主張することがそれ自体信義則に反するものであるということはできないと判示している。この判例の学説上の評価は、区々に分かれている。ただし、結論には賛成している[65]。ただし、学説は限定承認の効果を特に重視していない[66]。しかし、民117条1項による無権代理人の責任は、本人が追認拒絶しても間違いなく発生するはずである。確かに、本人が追認拒絶すれば、本人に無権代理行為が効果帰属しないことは確定する。しかし、民117条の無権代理人の責任が発生した後に、第三者が無権代理人を相続した場合は、第三者が無権代理人の責任を負担することは間違いない。その結果は、確かに履行は不能であり、損害賠償義務を負うに止まる。しかし、現実に相手方が履行又は損害賠償請求の選択権を行使していない間に、無権代理人を相続した者が本人を相続すれば、無権代理人の権利取得と同一のケースだと考えることも可能である。以上は包括承継の原則を優先させた考え方である。もっとも、本判決の事例では、第三者は無権代

[64] 前掲注（63）内田178頁以下、前掲注（61）佐久間312頁以下などを参照。

[65] 例えば、前掲注（63）山本345頁、前掲注（61）佐久間312頁以下。理論構成として、奥田昌道「『無権代理と相続』に関する理論の再検討」論叢134巻5・6号1頁以下、20頁以下、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巻4号773頁以下、792頁も参照。

[66] 例えば、前掲注（63）内田179頁、山本敬三「判批」リマークス19号10頁以下、13頁を参照。

理人の相続を限定承認している。したがって、この点で、無権代理人の責任を承継しなかったと考えることもできる。ところが、包括承継原則には反するが、第三者が無権代理人を相続した場合は、本人の無権代理人相続のケースと同様だと考えると、限定承認を介さないでも、第三者は責任を承継しないということになる。つまり、無権代理人が被相続人となった場合は、無権代理人の行為は一旦は履行不能となり、単純承認された場合でも、無権代理人の遺産は一回は清算される。その結果、相続の対象となるのは､損害賠償義務にすぎない。以上のように解すれば、判例・学説の多数説に一貫性を持たせることが可能ではないかと考える。

４．おわりに

以上をまとめると、次のようになる。ドイツ法では、無権利者の自分の名前での処分は、無権利者による権利取得（BGB185条２項１文２事例）により、及び、権利者が相続して無権利者の遺産債務に無限責任を負った場合（BGB185条２項１文３事例）は、有効となると規定されていた（追完）。無権限の処分行為は浮動的に無効であるが、無権利者は権利取得して移転する義務を当初から負っているからである。したがって、多くの学説は、権利者が生前に追認拒絶していれば、相続による追完は発生しないものと解していた。他方で、現在の通説・判例は、無権代理行為に BGB185条２項１文２事例、３事例を類推することに反対である。無権代理行為は浮動的に無効であり、本人の追認拒絶があって始めて相手方の選択権が発生する。したがって、相手方が履行請求を選択すれば、本人も履行義務を負う。反対に、相手方の選択権が発生していなければ、無権代理人も履行拒絶（追認拒絶）が可能である。つまり、具体的に発生した被相続人の債務を承継するか否かが、履行義務を相続するか否かの分かれ目であった。要するに、自己の名前での処分でも、他人の名前の処分でも、相続の包括承継原則が重視されていた。もっとも、その前提は、原則として相続人は何時でも遺産に責任を限定する措置（遺産管理、相続財産の破産）が可能だということである。

他方で、わが国では、判例・学説は、自己の名前で無権限処分した者も、無権代理人も、権利取得によって処分行為、無権代理行為も有効と

なることを認めている。さらに、無権代理人の本人相続も、権利取得による治癒（追完）の一環だと考えることもできる。反対に、権利者が他人物売主を相続した場合、本人が無権代理人を相続した場合は、損害賠償義務は別として、履行義務を承継することはない。このことは、相続財産と固有財産の分離の手続きを介さず、一回は無権限処分者、無権代理人の相続財産で清算した結果を、権利者、本人は承継すると考えることも可能である。以上のように解すると、その限度で、わが国の判例・通説には一貫性があると理解できる。つまり、相続による包括承継原則を、意図的に無視して、ドイツ法の表現を借りれば、自己の名前でも他人の名前での処分でも、取得による追完は認めるが、相続による追完は排除するのである。ところが、無権代理人と本人の二重相続のケースでは、以上の無権限処分者、無権代理人の相続財産の清算というルールと、無権代理人の相続人である第三者の権利取得というルールとが抵触する可能性が発生する。そこで、学説はさらに区々に別れ、評価の基準も判然としない事態に直面するということになる。

以上に関しては、取得による追完と、無権限処分者、無権代理人という被相続人の相続財産は一回は清算され、履行は不能になり、損害賠償義務だけが相続されるというルールを優先させたいと考える。なぜなら、そうでなければ、先に論じたように（３．（５）の末尾）、本人が追認拒絶しても、相手方の履行又は損害賠償請求の選択権が消滅するものではなく、無権代理人を（単純承認で）相続した第三者は権利取得により履行義務を負うと解するのが、相続法のルールに忠実な考え方だからである。

ただし、以上は相続法のルールを無視している。しかし、学説でも、例えば、無権代理人を相続した本人が限定承認した場合も、履行義務を免れないと解するものがあり[67]、判例でも限定承認の効果が判然としない[68]。そうなると、相続財産と相続人の固有財産の分離は、相続放棄しなければ不可能だということになりかねない。そのことを前提とすれば、

[67] 前掲注（60）泉、前掲注（66）山本を参照。

[68] 現に、最判平10・7・11民集52・5・1296の原審は、限定承認も包括承継であるとして、単純承認と同一視していた。

具体的な手続を講じなくても、一回は無権限処分者、無権代理人の相続財産は清算されると考えるのは、決して無理なことではないと考える。さらに、仮に限定承認により遺産に責任が限定されることで、無権限処分者、無権代理人の債務は損害賠償義務に転化すると解しても、限定承認は相続後３ヶ月以内であり（民915条１項）、かつ、共同相続人が存在する場合は共同で申立てる必要がある（民923条）という制限の下では、相続財産と固有財産の分離に限定承認を常に要求するのは無理であろう。要するに、相続による追完の不合理性を説くヴァッケに対する反論で、ハーダーが強調していた財産の分離を怠ったという非難は、そのままには当てはまらない[69]。

さらに、わが国の学説・判例は、他の局面でも、相続に関して用意されている手続によらず、他の方法での財産の分離を実現させているといえる。例えば、ＡがＢに金銭債務を負担していたが、CDEが相続分が平等で共同相続し、遺産分割でＡの財産をほとんどＣが承継したというケースで、裁判例は遺産分割を詐害行為として取り消すことを認めている（奈良地判昭27・11・18下民集3・11・1582）。しかし、このケースでも、本来は債権者は財産分離（民941条）の請求を行う余地があった。かつ、最近の最高裁判例（最判平11・6・11民集53・5・898）も、相続人の債権者が遺産分割を詐害行為として取り消すことを認めており（「遺産分割協議は、相続の開始によって共同相続人の共有となった相続財産について、その全部又は一部を、各共同相続人の単独所有とし、又は新たな共有関係に移行させることによって、相続財産の帰属を確定させるものであり、その性質上、財産権を目的とする法律行為であるということができる」と判示している）、違ったコンテクストでではあるが、以上の裁判例を追認していると考えることもできる[70]。さらに、被相続人

[69] この点を従来から特に強調していたのが、高森八四郎「無権代理及び他人物売買と相続」、高森『法律行為論の研究』（関西大学出版部・1991年）380頁以下、406頁。さらに、財産管理権という側面から、相続による責任の承継を切断する試みとして、松久三四彦「他人物売買および無権代理と相続」『著作権法と民法の現代的課題（半田正夫先生古稀記念論集』（法学書院・2003年）628頁以下がある。

[70] これに関しては、潮見佳男「遺産分割と詐害行為取消権」銀行法務572号57頁

が相続人の財産を遺贈した場合は、相続人は遺贈義務を負うと考えるのが、条文の文言（民996条、997条）に忠実な解釈であろう。しかし、学説では被相続人も相続人の財産を処分する権利はないとして、遺贈義務者の相続人は価額を弁償すれば足ると解されている[71]。つまり、他人物の売主を相続した権利者のケースと、同様の考慮が優先している例である。

以上をまとめると、わが国では、信義則違反という理由付けで、自己の名前での処分、債務負担、他人の名前での契約でも、いわば「権利取得による追完」が認められている。他方で、権利者が無権利者を、本人が無権代理人を相続した場合は、相続による追完は認められない。権利者、本人は、相続財産と固有財産を相続法上の手続（限定承認）を介さず分離・清算でき、その結果は無権利者、無権代理人の責任は損害賠償義務に転化する。かつ、相続法上の財産分離の措置の不十分さを考えると、そのことには十分な説得力がある。ところが、第三者の無権代理人、本人の二重相続のケースでは、以上の２つのルールが抵触する余地が発生する。無権代理人を承継した第三者が本人を相続した場合は、無権代理人による権利取得の例だと考える余地があるからである。しかし、多くの学説は、ここでも結論として、無権代理人からの相続財産を清算させる余地を優先させている。つまり、相続法上の責任制限の措置は不要なものとされている。したがって、以上のように考えると、「無権代理と相続」というネーミングは、結論から見ればミスリーディングで、取得による追完というのが、事態適合的なネーミングではないかというのが、いささかドイツ法の分類に偏した本稿での結論である。

以下、61頁を参照。

[71] 『新版・注釈民法（補訂版）(28)』（有斐閣・2004年）［阿部徹］249頁。