

親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為と親権者の法定代理権の濫用の有無

小野 義 美

最高裁平成四年二月一〇日第一小法廷判決

(平成元年(オ)第七五九号、根抵当権等抹消登記手続請求事件)

(民集四六卷九号二七二七頁、家月四五卷四号九〇頁、判例時報一四四五号一三九頁、判例タイムズ八〇七号二六五頁)

「事 実」

本件土地およびその他の土地、建物はX(原告、控訴人、被告(人))の祖父Aが所有していたものであり、Aには妻Bならびに長男C、次男D、他の子がおり、Cには妻Eならびに長男Xおよび長女Fがいた。A、C、Bと昭和五一年から五二年に

かけて相次いで死亡したため、Dを中心としてAらの遺産について分割協議がなされ、本件土地ならびにAの住居であった建物およびその敷地などをXが承継し、賃貸中のアパートおよびその敷地などをEが承継することを内容とする協議が成立した。その後、Dは、Eの依頼を受けて、右協議に基づく各登記手続

を代行し（この際、DはEの印章を作り、印鑑登録して実印として使用した）、また、Eの取得したアパートの管理をするなど諸事にわたってEら母子の面倒をみていた（なお、Eの印鑑は登記後一旦Eに返還されたが、その後再びDに預けられた）。

ところで、Dは、G会社（建設業）を経営し、その代表取締役であったが、G会社がH銀行から事業資金の目的で借り入れるため、Y信用保証協会（被告、被控訴人、上告人）から債務保証を受ける必要があり、その際、不動産を担保として提供することを求められていた。そこでDは、昭和五八年一〇月三一日、Yの担当職員とともにE宅に赴き、Eに対しXの土地を担保に入れることを求め、Eは当時未成年者であったXの親権者として、本件土地につき、将来発生する求償権等信用保証委託取引から発生する債務の担保として、債権極度額八四〇〇万円を最高限度額とする根抵当権を設定することを承諾した。ついで、Dは、Eを代行して、昭和五八年一月九日、Yとの間で債権極度額を三〇〇〇万円とする根抵当権設定契約書を作成した上、根抵当権設定登記手続をした。その後、Eは、Yの申し出に応じて、右根抵当権の債権極度額を四五〇〇万円に増額変更することを承諾し、前回同様、DがEを代行して、昭和五九年二月二五日、根抵当権変更契約書を作成し、根抵当権変更

の付記登記手続をした。Yはこれら根抵当権設定契約および極度額変更契約の締結において、G会社の借り受けが専らG会社の事業資金の目的のためであって、Xの生活資金等Xの利益のため使用されるものではないことを知っていた。一方、G会社は、Yの保証により、H銀行から二五〇〇万円（昭和五八年一月一日）および一五〇〇万円（昭和五九年二月二五日）を借り受けたが、その金員は、実際は、Dの同級生が経営し、G会社がその下請けの関係にあるI株式会社の運転資金に充てられ、その謝礼としてDはI株式会社から額面一〇〇〇万円の約束手形を受領して換金したものの、これをXの生活費等Xの利益のために使用することはなかった。

以上のような事実関係のもとで、その後成人に達したXは、EがXの親権者としてなした根抵当権設定契約は、Xにとって不利益なものであり、親権者の法定代理権の濫用に当たり無効である、として本件土地所有権に基づき、Yに対し、右根抵当権設定登記の抹消登記手続を求め、本訴を提起した。

第一審（大阪地判昭和六二年五月一九日）は、右根抵当権の設定がXにとって不利益となることは明らかであるが、単に本人たる未成年者に不利益となることのみをもって、法定代理権の濫用となり無効であるとは解しえないとして、Xの請求を棄

親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為と親権者の法定代理権の濫用の有無

却した。

これに対し、原審（大阪高判平成元年二月一〇日）は、親権者が自己又は第三者の利益を図るために子の財産の処分行為をした場合には、民法九三条但書を類推適用して、その取引の相手方において、親権者が自己又は第三者の利益を図る目的で代理行為を行うとの親権者の意図を知り又は知りうべかりし場合に限り、右代理行為は無効であつて、その行為の効果は本人たる子には及ばないと解するのが相当であるとしたうえで、EがXを代理してなしたYに対する本件土地の担保差入の承諾及びこれに基づく本件根抵当権設定契約は、いずれも専ら第三者たるG会社の利益を図るものであるから、未成年の子たるXの利益に反するものとして、親権の濫用に該当し、Yもこの事情を知っていたから、無効であるとして、Xの請求を認容した。

Yは上告し、親権者の行為を法定代理権の濫用として無効とするのは、親権者が自己のために未成年の子の名をもって莫大な債務を負担した場合のように、極めて未成年者にとって苛酷となるような行為に限定されるべきで、本件のように単に第三者のために未成年者の土地を担保に供する行為までも一律に親権の濫用であるとするれば、取引関係に入った第三者の利益すなわち取引の安全は完全に阻害されるなどと主張して、原判決の

破棄を求めた。

〔判旨〕破棄差戻

「1 親権者は、原則として、子の財産上の地位に変動を及ぼす一切の法律行為につき子を代理する権限を有する（民法八二四条）ところ、親権者が権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が右濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、民法九三条ただし書の規定を類推適用して、その行為の効果は子には及ばないと解するのが相当である（最高裁昭和三九年（オ）第一〇二五号同四二年四月二〇日第一小法廷判決・民集二一巻三号六九七頁参照）。

2 しかし、親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為に当たらない限り、それをするか否かは子のために親権を行使する親権者が子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量にゆだねられているものとみるべきである。そして、親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為は、利益相反行為に当たらないものであるから、それが子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的となされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、親権者による代理権の濫用に当たると

と解することはできないといふべきである。したがつて、親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為について、それが子自身に経済的利益をもたらすものでないことから直ちに第三者の利益のみを図るものとして親権者による代理権の濫用に当たると解するのは相当でない。

3 そうすると、前記「1」の事実（「事実」第一段落の事情―筆者注）の存する本件において、右特段の事情の存在について検討することなく、同一「5」の事実（G会社がH銀行から合計四〇〇〇万円を借り入れたが、その使途はG会社の事業資金の目的のためであつてXの生活資金等Xの利益のための使用ではないこと、また、XとG会社との間には格別の利害関係はなかつたという事実―筆者注）のみから、EがXの親権者として本件各契約を締結した行為を代理権の濫用に当たるとした原審の判断には、民法八二四条の解釈適用を誤つた違法があるものといふべきであり、右違法が判決に影響することは明らかである。」として、裁判官全員一致で原審に差し戻した。

【評釈】

一 本判決の特徴

本判決は、直接的には、第三者の債務のために親権者がなした子の所有不動産への担保権設定行為に関する親権者の法定代

理権濫用の判断基準について判示したものであるが、その前提的な事項についても重要な判断を示している。これら全体における本判決の特徴はつぎのとおりである。

第一に、親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為は利益相反行為に当たらないと判示し、利益相反性の判断について従来の形式的判断説の立場を踏襲した。

第二に、利益相反性が否定され、特別代理人の選任がなされない場合において、子の利益保護の観点から、親権者の法定代理権行使の制限の必要性が認識された。

第三に、親権者の法定代理権行使の制限法理として任意代理における代理権濫用法理が直接的に採用され、行為の相手方が権限濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、民法九三条ただし書の規定の類推適用により、その行為の効果は子に及ばないものとされた。

第四に、親権者において子所有の不動産を第三者の債務の担保に供する行為は親権者に代理権を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情がない限り代理権の濫用に当たらないと判示し、代理権濫用の判断基準としてかなり厳格な基準が示された。

親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為と親権者の法定代理権の濫用の有無

以上のような諸特徴を挙げることができるが、これらの内、第三（第二を含む）、第四は最高裁判所の初めての判断として注目され、「裁判事項」、「裁判要旨」として掲げられている。

このように、本判決は、判例法上重要な意義を有するものであるが、それだけに種々の論点を含んでいる。以下においては、利益相反性の判断のあり方および親権者の法定代理権の濫用について、「子のための親権法」の観点から若干の検討を加えたい。⁽¹⁾

二 利益相反性の判断

(1) 親権者は未成年の子に対し身上監護とともに財産管理の責務を負うものとされており（民法八二〇、八二四条）、いずれの側面においても、親権者は未成年の子の利益、福祉の保護を図るべく親権行使することが求められる（親権の義務性）。

財産管理親権に関しては、親権者は未成年の子の財産管理方法として事実行為によるほか、法律行為として、原則として、子の財産上の地位に變動を及ぼす一切の法律行為について代理権を行使することとされている（同八二四条）。そして、親権者の法定代理権の適正行使の担保措置としては、一般的には親権の濫用等の不適正な親権行使に対応すべく親権喪失制度が設けられているが（同八三四、八三五条）、さらに具体的に未成年

の子の財産的保護を図るために親権者との利益相反行為を禁止し、その場合には特別代理人の選任を要するものとされている（同八二六条）。

この民法八二六条は、本来は民法一〇八条と同じ理念に立ち、親子間の自己契約および双方代理行為だけを禁止するものであったが、同条の旧条項（旧八八八条）と併せて提案された代理権行使の一般的制限条項草案（草案八九九条⁽²⁾）の削除という立法的経緯を踏まえ、広く親子間の利益相反行為一般をも禁止するものとして理解されている⁽³⁾。また、当該規定の運用においては、親権者が子を代理して第三者となす行為により親子間に利益相反の結果が生じる場合も含まれるとされ、逆に、親権者の不利益によつて子が利益をうるような行為は除外されるものと解されている（判例、通説）。

(2) 利益相反性の判断基準に関しては、形式的判断説（判例、従来の通説）と実質的判断説（近時の支配的見解）の対立がある。

形式的判断説は親権者による代理行為自体を外形的・客観的に考察して判断する立場で、親権者の利益と未成年の子の不利益とが法形式の外形上結合しない限り利益相反性はないとする⁽⁴⁾。これに対し、実質的判断説は子の保護の実効性確保の観点から

利益相反性の有無を実質的に判断すべきであるとする立場で、親権者による代理行為の動機、意図、目的、必要性、実質的効果、背景などのすべての事情を考慮して判断すべきものとする。⁽⁵⁾

形式的判断説は第三者は親権者の意図、動機等を知りえずこれらの事情を問題にしていたのでは取引の安全を害する、行為の外形からのみ判断すれば第三者も利益相反性の有無の判断が可能であるとして、基準の明確性、取引の安全の保護を根拠とする。しかし、この説によれば、親権者が自己の債務のために子の不動産に担保権を設定する行為は利益相反行為とされるのに対し、親権者が子の法定代理人として子の名義で借財し、子の不動産を担保にするというテクニクを用いればもはや利益相反性は否定されることになり、これでは容易に民法八二六条の潜脱を許し、未成年の子の保護に欠ける結果となる。⁽⁶⁾ 親権者の法定代理権は、代理権の必然性、包括性、親権の義務性からして、本来、未成年の子の利益保護のために行使されるべきであり、その制限についても行為の形式・外形よりも実質的事情を考慮して判断し、未成年の子の不利益において親権者が利益を得ることを防ぐべきである。その意味で実質的判断説を妥当とする。

利益相反性の有無の判断は、実際、特別代理人選任の要否の

判断（事前判断）および親権者によってなされた代理行為の効力如何の判断（事後判断）の二つのレベルで問題となる。事前判断においては親権の適正行使をいかに確保するかが重要であり、それが、実質的に期待しえない場合はすべて利益相反性ありとして特別代理人を選任すべきであろう。⁽⁷⁾ また、事後判断においては本人と第三者の利益調整が問題となるが、代理行為は無権代理として無効とし、第三者保護の問題は民法一一〇条の表見代理の問題として解決すべきであろう。⁽⁸⁾

(3) 本判決は「親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為は利益相反行為に当たらない」と判示するが、これは第三者YおよびG会社の利益と子Xの不利益は外形上結合しているが、親権者Eの利益と子Xの不利益は外形上結合していないとの判断に基づくものというべく、従来の形式的判断説の立場を踏襲したものである。しかし、本件においてはDは遺産分割協議の調整、相続登記手続の代行、Eが承継したアパートの管理など、諸事にわたってEら母子の面倒をみてきており、D・E間には密接な人的関係が認められるのである。それがゆえにEはD経営のG会社の債務についての物上保証の依頼にもすぐ応じているのであるが、EとしてはDの依頼を断り切れず、また、Dの計算を優先せざるをえな

親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為と親権者の法定代理権の濫用の有無

かったということであろう。しかし、他方で、そうすることが、D・E関係を一層親密なものときせ(Dの面倒見の充実など)、Eとしても、有形、無形の利益を享受することにもなるのである。こうしてみると、D・E間にはいわば相互依存的な利益共通関係があるといえるであろう。そこで、このような事情を考えれば、形式的には子Xの不利利益においてYおよびG会社が利益を得ており、親権者Eが直ちに利益をうるといえないとしても、実質的にはそれがG会社の経営者DとEとの関係の親密化を通じて親権者Eの利益をもたらすといえるのであり、結局は親権者Eの物上保証の代理行為は利益相反性が認められるというべきであろう。⁽⁹⁾ たしかに、利益「相反性」という点では、Eは直接的利益をえていないのであるが、Dの意向・計算を優先させた不適正な親権行使によりXに多大な不利を生じさせている点に鑑みれば、間接的な利益であるとしても利益「相反性」は認められるべきであろう。なお、XもEと同様の利益を受けうるが、被る不利益の方がはるかにそれを上回るであろう。

三 親権者の法定代理権の濫用

(1) 本件における親権者EによるG会社のための物上保証の代理行為について利益相反性を肯定する立場に立てば、特別代理人を選任せずしてE自身によってなされた本件代理行為は無

権代理として無効と解され⁽¹⁰⁾、Xの追認もなく、また、Yも悪意であることから、本件代理行為の効果はXに及ばないことになる。しかし、本判決のように、たとえ親権者Eの本件代理行為について利益相反性を否定する立場を採っても、それが未成年の子Xの不利利益をもたらす場合に当該代理行為の効力について未成年の子の保護の観点から更に検討を要するというべきであろう。この点については、既に学説においてその必要性が指摘され、利益相反行為に当たらない行為について代理の一般理論(代理権濫用問題)による未成年の子の保護の可能性が示されていたのであるが、本判決もこのことをようやく認識し、一般論として、利益相反行為に当たらない行為についても代理権濫用法理の適用がありうることを初めて認めたのである。この点において本判決は積極的に評価されるべきであるが、しかし代理権濫用法理の法的構成や要件、効果のあり方については種々の問題点が含まれている。

(2) まず、判例は、従来、代理権濫用問題を民法九三条但書類推適用により解決する立場を採っており、この判例法理は法人の代表機関、商業 사용자、任意代理人の事例において確立されたものであるが、本判決はこの法理を法定代理人である親権者の権限濫用にもストレートに適用すべきことを明確にした。

本判決では任意代理人の権限濫用事案に関する先例である最判昭和四二年四月二〇日を引用していることから、法定代理権の濫用を任意代理権の濫用と別異に解すべき合理的根拠はないものと考えているといえる。⁽¹³⁾しかし、法定代理人は代理人の選任が本人の保護の必要性上必然的であること、代理権の存在理由の明確性から相手方にとって代理行為の濫用の有無の判断が容易であること、代理人の選任、監督に対する本人の関与の余地がないこと等、任意代理の場合とは重要な相違が存するのであり、したがって法定代理人たる親権者の代理権濫用によるリスク配分（本人と相手方の利益調整）に関しては両者の異同を十分に踏まえ、未成年者の保護に重点を置いた代理権濫用法理を構築する必要がある。⁽¹⁴⁾

(3) つぎに、代理権濫用の判断基準が問題になる。

本判決は、(イ)親権者は包括的な代理権をもち、代理行為は利益相反行為に当たらない限り親権者の広範な裁量に委ねられている、との認識を前提に、(ロ)親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り代理権の濫用に当たらない、との判断基準を示し、(ハ)親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為について、原審のごとく、それが子

自身に経済的利益をもたらすものでないことから直ちに第三者の利益のみを図るものとして親権者による代理権の濫用に当たると解するのは相当でない、と判示した。

本判決は親権者の法定代理権の濫用について、いかなる場合に濫用に当たるか判断基準を初めて示したものであり、この点に関する学説上の議論もなく、その意義は大きい。⁽¹⁵⁾しかし、基準内容や本件における具体的判断については疑問である。まず第一に、親権者の代理権行使の「広範な裁量」性についてであるが、判例の立場では利益相反性の有無は形式的・外形的に判断されるので、たとえ未成年の子に不利益を与える場合でも親権者との利益相反性がない限り「広範な裁量」に属する行為として有効とされてしまう。親権者の代理権行使が「広範な裁量」に属するといっても、法定代理権の存在理由、親権の義務性から無制約ではなく、未成年の子の利益保護に合致する範囲内においてであるという内在的制約を伴うというべきであろう。第二に、本判決は法定代理権の濫用といいうるためには「代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情」を要するとして、法定代理権の濫用の成立にかなり厳しい要件を課し、結果として、法定代理権の濫用の成立範囲を不当に狭める恐れが強い。加えて、この「特段の事情」の立証

親権者が子が代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為と親権者の法定代理権の濫用の有無

責任が未成年者側に課せられるとすれば、なおさらのことである。本判決としては、親権者の代理権行使の「広範な裁量」性を前提にすることから、その制限である濫用認定を厳しくするのであろう。しかし、このような「特段の事情」要件を課す本判決の態度は、同じ包括代理権である法人の代表機関の権限濫用事例における対処とバランスを失するのみならず、さらには民法九三条但書類推適用の立場ともあいまって、余りにも取引の安全の保護に偏しているといえよう。⁽¹⁸⁾むしろ、法定代理権の存在理由、親権の義務性からすれば、未成年の子の利益保護が優先されるべきであつて、親権者の代理行為が、たとえ利益相反性が否定されるとしても、未成年の子に不利益をもたらす場合には原則として法定代理権の濫用に当たると解すべきであり、逆に、それを否定するためにこそ「特段の事情」を要するものというべきであらう。⁽¹⁹⁾したがつて、第三に、本判決は本件における法定代理権濫用の具体的判断について、「特段の事情」の存否を検討することなく親権者による本件代理行為が「子自身に経済的利益をもたらすものでないことから直ちに第三者の利益のみを図るもの」として代理権の濫用を認定した原審判断を「民法八二四条の解釈適用を誤つた違法がある」として否定したのであるが、その判断は問題である。親権者Eによる未成年

の子Xの不動産への根抵当権設定行為は、専ら第三者たるG会社の事業資金の調達を目的としてなされたものであり、他方、Xはそれにより極度額が四五〇〇万円にも達する根抵当権の負担を負わせられたのである。この親権者Eによる本件代理行為が未成年の子Xに多大な不利益を与えるものであることは明らかであつて、まさに法定代理権の濫用に当たるといふべきであり、もはや本判決がいう意味での「特段の事情」の存否の判断は不要であらう。

(4) 親権者による物上保証の代理行為が法定代理権の濫用とされた場合、その代理行為の効力、本人と相手方の利益調整(リスク配分)はいかにあるべきであらうか。この点に関し、本判決は、任意代理権の濫用に関する従来の判例法理を踏襲し、民法九三条但書類推適用の立場を採っている。学説上は、代表的なものとしては、民法九三条但書類推適用説の他、権利濫用・信義則違反説、民法一一〇条適用説、等の諸説がある。⁽²¹⁾

まず、法定代理権濫用行為の効力については、判例・通説である民法九三条但書類推適用説によれば、相手方の悪意または善意・有過失の場合にのみ無効とされるから、原則としては有権代理(有効)となる。権利濫用・信義則違反説では本来的に有権代理であり、相手方が悪意または善意・重過失の場合はその

の有効を本人に対抗できないにすぎない。以上に対し、民法一〇条適用説は、代理権濫用と権限踰越とを統一的に捉えることから、法定代理権濫用行為は無権代理であり、相手方が善意・無過失の場合にのみ有効とされるにすぎない。このように、法定代理権濫用行為の効力について、前二者は有権代理、後者は無権代理と対照的であるが、この問題においても本件が法定代理の問題であることを重視する必要がある。前提として法定代理権の濫用とされている以上、親権者の本件代理行為は法定代理権の存在理由や親権の義務性の要請に反して未成年の子に対し不利益を与えるものであり、したがって、かかる本件代理行為は親権者としての正当な代理権限を逸脱¹¹超越するものというべく、無権代理行為として処理するのが妥当であろう。この意味で民法一一〇条適用説が妥当である。

つぎに、法定代理権濫用に伴う本人と相手方の利益調整（リスク配分）については、民法九三条但書類推適用説では相手方の悪意または善意・有過失の場合に、また権利濫用・信義則違反説では相手方の悪意または善意・重過失の場合に本人が例外として保護されることになる。これに対して民法一一〇条適用説では相手方が善意・無過失の場合に相手方が例外的に保護されるにすぎない。ここでも法定代理権濫用のリスク配分につい

て前二者と後者で対照的であるが、上述のように、法定代理権濫用行為は無権代理とする立場から、後者のごとく、本人の保護を優先すべきであろう。なお、前二者においても、法定代理の特殊性に注目し、任意代理におけるよりも相手方に高度の注意義務を課すべきだとする考え方が示されている¹²が、法定代理の重視という点では全く同感できるものの、その説の前提である有権代理的構成自体に賛同できない。しかし、この法定代理における相手方の注意義務の高度化は民法一一〇条適用説にも生かされるべきであり、したがって、相手方は法定代理権の濫用の有無の判断について高度の注意義務が要求されるとともに善意・無過失の立証責任を負うことにもなる。

四 小 括

以上において、法定代理制度の趣旨の尊重、「子のための親権法（親権の義務性）」を立脚点として本判决の検討を行ってきた。以下、簡単に私見を整理しておきたい。

第一に、親権者Eによってなされた本件代理行為の利益相反性の有無の判断については、いわゆる事後判断の問題としてとらえ、前記立脚点に照らし、実質的判断説の立場を妥当とする。そして、その立場から、親権者EとDとが密接な関係にある実態を踏まえ、未成年の子Xの不利益（極度額四五〇〇万円の根

親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為と親権者の法定代理権の濫用の有無

抵当権の負担)において形式的にはG会社が利益を得ているが、実質的にはG会社の経営者であるDとの関係深化を通じて親権者Eの利益をもたらすことになるものと考え、親権者Eの本件代理行為は利益相反行為に当たると判断する。したがって、本件では、特別代理人を選任せずして親権者E自身によつてなされた本件代理行為は無権代理となり、Xの追認もなく、また、Yも悪意であることから、無効であり、本件代理行為の効果はXに及ばないものとして処理すべきであつたと解する。

第二に、法定代理権濫用問題については、私見では本件における議論の必要を認めないが、一般論としても本判決の論理展開には問題が多い。本判決は本件法定代理権濫用問題について従来の任意代理権濫用法理をそのまま適用するが、前記立脚点に照らし、未成年の子の保護に重点を置いた「法定代理権」濫用問題として捉える必要がある。したがって、親権者の包括的な代理権は未成年の子の利益保護のために行使されるべきであるという内在的制約を伴うというべく、たとえ利益相反性が否定されるとしても、親権者の代理行為が未成年の子に不利益を与える場合には原則として法定代理権の濫用に当たると解すべきである。本判決のように「特段の事情」要件による厳しい濫用認定の立場を採るべきではなく、むしろ原審判断を妥当とす

る。また、法定代理権の濫用行為の効力についても無権代理行為として処理し、善意・無過失の相手方は民法一一〇条により保護すれば足りる。

最後に、立法論に触れておきたい。

民法八二六条が未成年の子の財産的保護において果たす役割は大きい。本件事例はまさに同条による対処の限界を示したものと見えよう。本判決は親権者のなした本件代理行為は利益相反行為に当たらず、民法八二六条の適用がないとしつつも、現実には不利益を受ける未成年の子の財産的保護の論理として法定代理権濫用法理を展開せざるをえなかったのである。このような対応の必要性は実質的判断説では若干緩和されるものの、そもそもそのような対応を余儀なくされるのは、冒頭で触れたように、民法八二六条の旧条項の立法過程において同条と併せて提案された子に不利益を与える代理行為の一般的制限条項草案が削除されたことに起因するのである。したがって立法論としては、民法八二六条の本来の適用とともに、併せて、借財・保証、不動産の売却といった重要な財産的行為に関する代理行為については、利益相反性の有無を問わず、家庭裁判所の許可を要するものとすべきであろう。⁽²³⁾ なお、民法八二六条に関して、その運用上特別代理人の選任手続の形骸化が指摘されてい

る現状に鑑みて、特別代理人制度の再検討が必要である。⁽²⁵⁾

注

(1) 本判決については既に次のような多数の評釈、解説があり、本稿はこれらを参考にさせていただき、若干の論点整理をしたものである。

- 田中豊・ジェリスト一〇二〇号一〇二頁、福永礼治・法学教室一五三号一二二頁、右近健男・ジェリスト一〇二四号(平成4年度重要判例解説)九二頁、犬伏由子・法学セミナー四六三号四二頁、田尾桃二・NBL五二五号五一頁、磯村保・金融法務事情一三六四号四八頁、吉田邦彦・判例評論四一六号三九頁、道垣内弘人・民商法雑誌一〇八巻六号一一三頁、田中豊・法曹時報四五巻一七七頁、渡邊知行・法政論集一五二号五三一頁、松尾知子・産大法学二七巻四号二二六頁、石田喜久夫・法律時報六六巻三二号一一三頁、辻正美・私法判例リマックス1994(六七)一四頁、米倉明・法学協会雑誌一一二巻三号一〇六頁、福永礼治・ジェリスト一〇四八号九八頁。
- (2) 草案八九九条は次の如し。

- 親権ヲ行フ父又ハ母カ子ニ代ハリテ左ニ掲ケタル行為ヲ為シ又ハ子ノ之ヲ為スコトニ同意スルニハ親族會ノ認許ヲ得ルコトヲ要ス
- 一 借財又ハ保證ヲ為スコト
- 一 不動産又ハ重要ナル動産ニ関スル權利ノ得喪ヲ目的トスル行為ヲ為スコト

一 不動産又ハ重要ナル動産ニ関スル和解又ハ仲裁契約ヲ為スコト

一 相續ヲ抛棄スルコト

一 遺贈又ハ贈與ヲ拒絶スルコト

(3) 有地 亨「親子の利益相反行為の成否の判断基準」(講座・現代家族法・第4巻)四六〇四七頁、松尾・前掲一三七頁、立法的経緯の詳細については、沼 正也「利益相反行為について」『現代家族法体系3』二五九頁以下参照。

(4) 判例は大審院以来一貫している(大判六七・九・一三民録二四・一六八四、大判昭二・六・一三民集六・三四七、最判昭三七・一〇・二民集一六・一〇・二〇五九、最判昭五七・一一・二六民集三六・一一・二二九六、など)。

学説として、我妻 栄「親族法」三四三頁、島津一郎「家族法入門」二八九頁、鈴木祿弥「親族法講義」一五四頁、など。

(5) 中川 淳「親族法逐条解説」三七〇頁、後藤 清「民法八二六条の利益相反行為」(「家族法体系V」)七一頁、中川善之助「新訂親族法」五二六頁、阿部 徹「親子間の利益相反行為(二)」(「民商法雑誌五七巻三号」)四一四頁、谷口知平「利益相反行為」(「判例演習(親族・相続)(増補版)」)二八九頁、など。

(6) 阿部・前掲(二)四一四頁、有地・前掲五一頁、など。

(7) 実質的判断説に対し、事前判断においては代理行為の結果等については推測の域を出ず利益相反性の実質的判断は無理であるとの批

親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為と親権者の法定代理権の濫用の有無

判がなされているが(吉田・前掲二〇三頁、他)、結果の見極めができなくとも利益相反性の疑いがある場合には特別代理人を選任すべきであろう。なお、家庭裁判所の審判実務としても、利益相反性が疑わしい場合に予防的に特別代理人の選任をなすものものと解されている(谷口他「新版注釈民法」(25)一五三〜四頁(中川 淳、阿部・前掲(二)四〇九頁)。

- (8) 中川良延「利益相反行為」(演習民法(親族相続))三〇〇頁、磯村 保「連帯保証と利益相反行為」(家族法判例百選・第三版)一三五頁、角紀代恵「連帯保証と利益相反行為」(家族法判例百選・第四版)一一五頁。

- (9) 同頁、松尾・前掲一三六〜七頁。右近教授はEはDの「ワラ人形」にすぎないとの実態認識から「利益相反行為または権利濫用が成り立つ余地は大きい」とされる(右近・前掲九三頁)。また、道垣内助教は形式的判断説に立ちつつも、「形式的にみて、子に不利益を課し、親権者が背後で得得する恐れのある行為については、すべて利益相反行為である、というべきである」とされ、本件はまさにそれに該当し、利益相反行為であるとされる(道垣内・前掲一二二頁)。さらに、吉田助教は、EとDの間には利益共通関係という程のものは認めにくいとされつつも、「本件の事件の特殊性」に即して、DをXの復代理人と考え、DはXと利益相反関係にあるとして、民法八二六条の適用ないし類推適用により本件行為を

無効とできたようにも思われる、とされる(吉田・前掲二〇四頁、同頁、福永・前掲(ジュリスト一〇四八号)一〇二頁)。以上に對し、本件は形式的判断説、実質的判断説の何れにおいても利益相反性を認めえないとするものとして、磯村・前掲(金融法務事情一三六四号)四九頁、米倉・前掲一六六頁、がある。

- (10) 従来、絶対的無効説、取消権説、無権代理行為説の対立があったが、最高裁昭和四六年四月二〇日判決が無権代理行為説を採って以來、判例として定着した。これが通説でもある(門坂正人「利益相反行為の効力」(家族法判例百選・第四版)一四〇頁)。

- (11) 我妻 栄「親族法」三三五、三四二頁、磯村・前掲(家族法判例百選・第三版)一三五頁。

- (12) 代理権濫用に関する諸判例については、福永礼治「代理権の濫用に関する一試論(一)」(上智法学論集二二卷二号)一三三頁以下、参照。

- (13) 田中・前掲(法曹時報)一八四頁。

- (14) 代理権濫用法理の適用において法定代理と任意代理の異同を踏まえて要件、効果を考えるべきとする有力説が近年唱えられており(四宮和夫「民法総則(第四版)」二四二頁、福永・前掲(二)(上智法学論文集二二卷三号)二二二頁以下、参照)、本件評釈においても多数がこの必要性を指摘している(磯村・前掲(金融法務事情)五〇頁、福永・前掲(ジュリスト)一〇二頁、吉田・前掲四二頁、他)。

(15) 米倉教授は、従来の学説は代理権の濫用に当たること自体は前提にして、その後始末についての法的構成に集中してきたのであり、本判決は「学説の盲点を衝いている」と指摘される(米倉・前掲四一三頁)。

(16) 田中最高裁判調査官解説によれば、本判決は主張立証責任に関し、「親権者の代理権は、利益相反行為などの一定の例外を除き原則として一切の行為に及ぶのであるから、物上保証に供する行為が原則として代理権の濫用に当たるといふことはできず、当該物上保証の効果が子に及ばないとされることによつて利益を受ける側において「子のための親権」の趣旨に著しく反する特段の事情を主張立証しなければならぬ」とする立場(B説)を採用したことが明らかである、とされる(田中・前掲「法曹時報」一八六頁)。

(17) 磯村・前掲(金融法務事情)五〇〜五一頁。

(18) 同頁、福永・前掲(ジュリスト)一〇二頁。

(19) この点に関し、磯村教授は「未成年に不利益を生じる代理行為であるにかかわらず、それが民法八二七条に違反しない代理行為であるというためには、本判決とは正反対に、そのための特段の事情を必要とするべきであらう」と明言される(磯村・前掲「金融法務事情」五一頁)。同頁、福永・前掲(ジュリスト)一〇二頁、吉田・前掲二〇五頁。

(20) 磯村教授は「本件のような事案こそ親権濫用の典型例といふべき

であらう」とされ、「とりわけ、利益相反行為について形式的判断説に立つときは、実質的判断説に比して利益相反行為の成立する範囲自体が限定されることになるが、そうであればこそ、代理権濫用理論を広く活用することによつて、未成年者の利益保護を図っていくべきではなからうか」と主張される(磯村・前掲「金融法務事情」五一頁)。

(21) 諸説については、稲本洋之助「代理権濫用」(奥田他編「民法学」一三〇頁以下、福永礼治・前掲「上智法学論集」二卷二号)一三〇頁以下、同「代理権の濫用と相手方保護」(Law School 三〇号)二四頁以下、松本恒雄「代理権濫用と表見代理」(判例タイムズ四三五号)一八頁以下、高森八四郎「法律行為論の研究」三〇三頁以下、等参照。

(22) 四宮博士は権利濫用・信義則違反説の立場から、本人保護の要件として、任意代理事案については相手方の悪意または重過失を要するが、法定代理事案については悪意または軽過失で足りるとされる(四宮・前掲二四二頁)。また、渡邊氏は民法九三条類推適用説の立場から相手方の積極的調査義務の必要性を主張する(渡邊・前掲五三九頁)。

(23) 我妻・前掲三四一頁、米倉・前掲四一五〜四一六頁。利益相反行為についてのみ家庭裁判所の許可を要するとする意見もある(後藤・前掲八三頁、等)。なお、外国の立法例としても、フランス法で

親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為と親権者の法定代理権の濫用の有無

は利益相反制度と併せて重要な財産行為について後見裁判官ないし家族会の許可を要するとされ（民法第三八九条の五、四五七条）、ドイツ法でも後見裁判所の許可を要するものとされている（民法第一六四三条）。

- (24) 特別代理人の選任については、家庭裁判所が職権で適任者を探すことができず、結局申立人（親権者等）の推薦者から選任しており、特別代理人は、多くの場合、親権者の「影武者」、「ロボット」、「身がわり」にすぎないという実態が見られることが種々指摘されている（平正夫「利益相反行為についての特別代理人選任に関する審判の実情と若干の問題点」〔判例時報一一七二号〕五頁、平本美枝子「特別代理人選任手続」〔判例タイムズ七四七号〕二九二頁、等）。
- (25) 特別代理人制度の再検討は従来からの課題である。一九五九年の法制審議会民法部会身分法小委員会「仮決定及び留保事項 第四五乙案、丙案」参照。

〔付記〕 本稿は、一九九四年七月二日、熊本大学法学部において開催された熊本法律研究会での報告原稿を加筆・修正したものである。