

親子間の利益相反行為と法定代理権の濫用

— 最判平成4年12月10日を素材に —

生 野 正 剛

On interest conflict between parent
and child at exercise of agency power
to act for child and abuse of parent right

Masakata IKUNO

— はじめに

親権者は、原則として、その親権に服する未成年の子の財産上の地位に変動を及ぼす一切の法律行為について子を代理する包括的権限を有する（民法824条）。この権限はもっぱら子の利益のために認められたものであるが、広範な権限であるゆえに濫用される余地も大きく、子の利益が害される危険がある。そこで民法826条は、親権者と親権に服する子との間で、また同一の親権に服する複数の子相互間で、利益が相反する場合には、親権の公正な行使を期待できないとして、親権者が代理権を行使することを禁じたうえで、家庭裁判所が選任した特別代理人が親権者に代わってこの権限を行使するものとしている。そして、利益相反行為に該当する場合に特別代理人によらないでなされた親権者の代理行為は無権代理となる¹⁾。また、民法860条は、後見人と被後見人との間および同一後見に服する複数の被後見人間についても同一趣旨を規定している。

民法826条が継承²⁾した旧法888条について、立法者意図では、民法108条の自己契約・双方代理禁止の主意を貫き、これを親権のような法定代理にも適用したものとされており、その趣旨も親権濫用のおそれがある行為から子の利益を実質的に保護することにあつた³⁾。しかし、この利益相反禁止則は、「利益が相反する行為」という法文の文言に象徴されているように、あくまで親権者・後見人と未成年者・被後見人との利益が対立する場合にのみ法定代理権の行使を規制するものであり、その範囲を超えて法定代理権濫用行為一般を全面的に規制するものとはなっていない⁴⁾。判例等で

も利益相反行為とは「親権者・後見人の為に利益となり、未成年者・被後見人の為に不利益となる行為を指称する」とされている⁵⁾。したがって、親権者の法定代理権濫用から子の財産を保護されるためには親権者の代理行為がこのような意味での「利益相反行為」に該当しなければならないことになる。それゆえに利益相反行為に該当するかどうかの判断基準が問題の焦点となる。

その判断基準については、「行為自体の性質、外形から判断すべきである」とする「外形判断説」と、「形式はともあれ代理行為を行った親権者の意図や動機、行為の具体的実質的結果、行為のなされた具体的事情などを考慮して、実質的に判断すべきである」とする「実質判断説」が対立しており、前者が通説・判例である。前者は取引の安全（相手方保護）を、後者は子の財産の保護を、重視する立場であるが、後者の方が利益相反行為の成立する範囲は広くなる。とはいえ、後者に立脚して判断しても、子に不利益であるのに対して親権者に利益であるとはいえない場合には利益相反行為に該当しない。このように、子に不利益な親権者の代理権行使であるにもかかわらず、外形判断説によっては勿論、実質判断説に立脚しても利益相反行為に該当しない場合に、親権者の法定代理権の濫用から子の財産の保護を図るには利益相反行為禁止則以外の法理にその方策を求めざるを得ない。そこで、そのための法理として代理権濫用法理の活用がつとに主張されてきた⁶⁾。

このような状況のなかで、最近、親権者による法定代理権の行使について利益相反行為に該当しない場合にも代理権濫用法理の適用の余地を認めた最判平成4年12月10日（民集46巻9号2727頁）⁷⁾が出された。したがって本稿では、この判決を素材に、子の保護という観点から、利益相反行為の成否と法定代理権の濫用について検討してみたい。

二 最判平成4年12月10日とその意義

【事実】 未成年者Xは祖父、祖母、父Fの相次いで死亡により開始した相続に伴い、相続人間の遺産分割の協議により本件土地を取得し、Xの親権者である母Mも賃貸中の集合住宅及びその敷地を取得した。その遺産分割協議はA（亡Fの弟）を中心として行われ、協議に基づく登記手続等も、Mの依頼に基づいてAが行い、AはMが取得した集合住宅の管理など諸事にわたってMX親子の面倒をみていた。Aの経営するB会社（Aが代表取締役）が銀行から総額4000万借り受けるについて、Y信用保証協会に債務の保証を委託するに際し、Yより不動産担保提供を求められた。そのため、AはYの担当職員と共にM宅に赴き担保提供を依頼した結果、Mは、Yの信用保証委託取引に基づき取得する求償債権を担保するため、本件土地に根抵当権を設定するこ

とにつき、Xの親権者として承諾し、またAがMを代行して、前記合意について契約書を作成すること及び登記手続をすることを許容した。そこでAは、Yとの間で、Mを代行して債権極度額を3000万とする根抵当権設定契約書を作成のうえ、その旨の登記手続を行った。その後、Mは債権極度額を4500万に変更することを承諾し、AはMを代行してその旨の根抵当権変更契約証書を作成し、前記根抵当権変更の付記登記手続を行った。YはAがMを代行した根抵当権設定及び極度額変更の契約の締結に際して、B会社の銀行からの借り受けがB会社の事業資金であって、生活資金その他Xの利益のために使用されるものではないことを知っていた。なお、B会社の銀行からの借入の真の目的は、借入金をBの元請会社の運転資金に充て、謝礼をA・Bが得ることにあり、実際にAはその謝礼として額面1000万円の約束手形を受領して換金した。しかし、それがXの生活費その他Xの利益のために使われることはなかった。そこで成年に達したXは、本件各契約がMの親権の濫用によるものであり、Yの担当者も契約締結の際、保証委託契約の前提をなす融資はB会社の営業資金として使われること、すなわち濫用であることを知っていたので本件各契約は無効だと主張し、Yに対し本件土地の所有権に基づき、根抵当権設定登記の抹消登記手続を求めた。

第1審判決・大阪地判昭和62・5・19（金融・商事判例915号11頁）

「原告所有の本件土地につき、訴外B会社の債務を担保するため、根抵当権を設定することは、原告（未成年者X）にとって不利益となることは明らかである、がしかし、単に本人たる未成年に不利益となることのみをもって、親権者が未成年を代理してなした法律行為が法定代理権の濫用となり無効であるとは解しえない。よってこの点についての原告の主張は失当である。」

第2審判決・大阪高裁判決平成元・2・10（民集46巻9号2746頁）

「民法824条は、『親権を行う者は、子の財産を管理し、又、その財産に関する法律行為についてその子を代表する。』と定めているところ、右にいう親権者が代理（代表）しうる子の財産上の地位に関する法律行為とは、原則として、子の財産上の地位に変動を及ぼす一切の行為を指すものというべきである。しかしながら、同時に、親権者がなす財産に関する法律行為については、その制度、目的からして、当然に、その子自身の利益のために為されるべきことを要し、親権者自身又は第三者の利益のためになすが如きは、親権の濫用に該当し、許されないものというべきである。

ただ、このようにして、親権者が子のためにではなく、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、これが当然に無効であると解するとすれば（後見人が他人のために被後見人の財産を担保に供する行為は当然に無効であるとするものとして、大審院明治30年10月7日判決民録3輯9巻21頁参照）、親権者と取引をした第三者に対して不測の損害を被らせる結果となる場合も予想され、これらの

ことを勘案すると、右のような場合には、民法93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得べかりし場合に限り、右代理行為は無効であって、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（最高裁昭和42年4月20日判決民集21巻3号697頁参照。）としたうえで、「前認定の事情に照せば、訴外Mが控訴人（X）を代理してなした被控訴人（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抵当権設定契約は、いずれも専ら第三者たる訴外B会社の利益を図るものであるから、未成年者たる控訴人（X）の利益に反するものとして、親権の濫用に該当するといわざるをえない。他方、被控訴人（Y）においては、右契約締結に至る経過からして、当然これらの事情を知っていたものというべきであるのみならず、…被控訴人（Y）においては、訴外Aは控訴人（X）の叔父にあたるどころ、同人には訴外M及び控訴人（X）において、同人らの夫であり父であったFの死亡に伴う相続に関する手続などをはじめとして、何くれとなく世話になっていたところから、訴外Aの経営する訴外B会社のために本件土地を担保に供するものであることとの事情は認識していたものの、もとより控訴人（X）と訴外B会社との間には格別の利害関係はないこと、並びにこれによって訴外B会社が訴外銀行から融資を受ける金員は、訴外B会社の運転資金として使用されるもので、控訴人（X）の生活資金や事業資金、その他控訴人（X）の利益のために使用されるものではないことまでを認識しながら、訴外Mから前示担保差入の承諾を得、本件抵当権設定契約を締結するに至ったものであることが認められ、他にこれを左右するに足りる的確な証拠はない。

そうすると、被控訴人（Y）においては、前示訴外Mの親権濫用の事実を知りながら、右担保の差入れを受け、本件抵当権設定を締結したものであるというほかに、結局、訴外Mと被控訴人（Y）との間になされた右各行為は、親権濫用として無効であるというべきである。」

そこでYは、親権者が子の不動産を第三者の債務の担保に供しても、それによってただちに代理権の濫用にあたるものではないと主張して上告した。

【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824条）ところ、親権者が右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または知り得べかりしときは、民法93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39年（オ）第1025号同42年4月20日第1小法廷判決・民集21巻3号697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してされるなど、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解することはできないものというべきである。したがって、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はない。

3 そうすると、前記一1の事実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の事実のみから、M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824条の解釈適用を誤った違法がある」として裁判官全員一致で原審に破棄差戻した。

(注) 一1の事実…Aを中心にしてXの祖父母および父Fの遺産についての遺産分割協議がなされたことや、Aが、その後Mの依頼を受けて、その協議に基づく各登記手続を代行し、Mが取得した集合住宅の管理をするなど、諸事にわたりMら母子の面倒をみてきたこと。

一5の事実…B会社による銀行からの借入金の用途はB会社の事業資金であり、Xの生活資金、事業資金その他Xの利益のために使用されるものではなく、またXとB会社との間には格別の利害関係はなかったこと。

以上が本判決の事実関係と判旨であるが、本判決の意義は以下の点にある。

まず第1に、親権者が子を代理して第三者の債務のために子所有不動産に抵当権を設定する行為は、民法826条の利益相反行為に該当しないとして、利益相反行為の成否についての判断基準に関し後述のように従来判例がとる「外形判断説」を踏襲したことである。

第2の意義は、親権者の代理行為について、たとえそれが子に不利益な行為であっても、外形判断説に立脚して判断すると利益相反行為に該当しない場合にも、代理行為の相手方が親権者の代理権濫用の事実を認識しているときには、代理権濫用法理によって子の財産の保護が図られる余地のあることを認めたことである。このように、利益相反禁止則が及ばない場合にも、親権者の法定代理権の濫用から子の財産を保護する方法として、代理権濫用法理の適用による法定代理権の制限に踏み出したことに本判決の最大の意義がある。もっとも、相手方が濫用の意図を知っていた場合に、親

権者の法定代理権の濫用について言及した以下の先例は存在する。

(1) 大判明治35年2月24日(民録8輯2号110頁)

親権者である父が自己の遊興費に充てるため、子を代理して子名義で借財をなし、その担保のために子所有不動産に抵当権を設定し、相手方もその事情を知りながらこれに加功した事例につき、相手方が親権の濫用を知り、殊にその濫用に加功した場合には子にその代理行為の効果が及ばない旨を判示した。

(2) 最判昭和42年4月18日(民集21巻3号671頁)とその原審福岡高判昭和40年9月24日(同)

親権者である父が自己の事業資金調達のため、子を代理して子名義で借財し、自らもその連帯保証人となるとともに、子所有不動産に抵当権を設定し、相手方も親権者の意図を知っていたとされる事例について、原審は、親権者や相手方に代理行為を否認されるに足る背信性、反道徳性がないので子にその代理行為の効果が及ぶとし、上告審もこれを認めた⁸⁾。

(3) 東京控判昭和10年7月13日(新聞3885号15頁)

親権者である養父が自己の事業資金調達のため、子を代理して子名義で借財し、その担保のために子所有不動産に抵当権を設定した事例について、相手方が親権者の濫用の意図を知りまたは知り得べかりしときは子に対してその効果を生じないと代理権濫用の法理について一般的に述べつつ、本件では相手方は行為時にそれを知りまたは知り得なかつたとして、代理行為の有効性を認めた。

(4) 東京高判昭和44年4月28日(東京高裁時報(民事)20巻4号97頁)

親権者である父が子を代理して子所有不動産を売却し、その売得金は親権者自身の生活費、療養費に充てられたが、相手方もその売得金の用途についての事情を知りまたは知り得る立場にあったとされる事例について、相手方が売得金の用途についての事情を知りまたは知り得る立場にあったというだけで代理行為は無効と解すべき理由はなく、相手方が子の財産を横領することを使嫉し、または親権者と共謀して子の財産を処分させた場合のごとく、公序良俗に反するが如き態様で処分行為に加功した場合は無効とされるべきであるが、本件ではこのような特段の事情を認め得ない以上無効とすべき法的根拠はないとした。

これらの判例は、いずれも、法定代理権が濫用されたとき、場合によっては、その効力が本人たる未成年者に及ばないこともあり得ることを認めているが、その法的構成については明示していない。その意味で、本判決は親権者の法定代理権の濫用の場合にも、後述のような、法人の代表機関や任意代理人による代表権あるいは代理権の濫用について確立した判例理論である民法93条但書類推適用法理をとることを明らかにしたのである。

第3の意義としては、「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して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有する」場合と判示して、親権者による法定代理権の濫用の意義を、かなり限定しているとはいえ、明確にしたことである。

本判決には以上のような意義があるが、以下、これらの意義に沿って利益相反行為の成否、代理権濫用法理について検討したい。

三 利益相反行為の成否と第三者の債務のための子の物上保証行為

1 利益相反行為該当の判断基準

本件では直接の争点となっていないとはいえ、本判決が親権者の本件代理行為が利益相反行為に該当しないことを法定代理権の濫用としない理由の1つとして挙げているので、まず利益相反行為の成否について検討する。

立法者意図によれば、利益相反行為禁止則では、親権者の代理行為が民法108条の自己契約・双方代理の形式をとる行為、すなわち親権者と未成年者とが対立当事者となってなす行為あるいは親権者がその親権に服する子の双方を代理する行為が規定対象とされ、親権者が未成年者を代理して第三者との間でなす行為（対第三者型）は想定されていなかった⁹⁾。しかるに、判例は比較的早くから前者のみではなく後者の対第三者型についてまで利益相反禁止則の適用範囲を拡大した¹⁰⁾。この適用拡大は学説上もほとんど異論なく支持されている¹¹⁾。

このように適用を拡大したのは、親権者の一定の法定代理権行使については親権者の認許を要求する趣旨の規定案が明治民法の立法過程で修正¹²⁾され、旧規定では母が親権者である場合についてのみ同趣旨の規定¹³⁾がおかれた結果、未成年者の利益を守るために親権者である父の法定代理権濫用行為を規制する機能は、「親権濫用による親権喪失」以外には、利益相反禁止規定のみに求めざるを得なかったことによる¹⁴⁾。かくして、この対第三者型への利益相反禁止則の適用拡大により、親権者による法定代理権の濫用から未成年者の財産が保護される範囲が拡大されたことにはなるが、その反面、対第三者型での代理行為の相手方の保護をも考慮する必要性が新たに生じる。なぜならば、対第三者型では親権者は未成年者の代理人としてのみ行為に関与し、行為上は親権者と未成年者の間の利益の対立は必ずしも明白ではないし、しかも、親権者の代理権は包括的権限とされているので、相手方は親権者の代理行為は権限の正当な範囲内の行為と信じるからである。このように相手方にとって利益相反行為と代理権の正当な行使との区別がいちがいに明白ではないにもかかわらず、親権者の代理権の行使が利益相反行為に該当するとされると、特別代理人によらない代理行為は無権

代理となり、本人の追認がない限り無効となり、相手方の利害に大きな影響を及ぼす。したがって、利益相反禁止則が未成年者の保護にあるとしても、他方では正当な代理権の行使と信じた相手方の不測の損害を防止する必要もある。このような理由によって、利益相反禁止則における未成年者の利益の保護と代理行為の相手方の利益の保護との調整が、利益相反行為該当の有無についての判断基準によって図られることになる。

判例は、この2つの要請を調整するために、利益相反行為該当の有無の判断基準として、利益相反行為に該当するか否かは代理行為を行った親権者の意図や動機、行為の具体的実質的結果、行為のなされた具体的事情などを考慮することなく、行為自体の性質、外形から判断すべきであるとする外形判断（形式判断）説をとっている¹⁵⁾。したがって、この外形判断説によれば、行為上に外形的客観的に親権者の利益と子の不利益とが結合している場合のみ利益相反行為にあたることになる。その結果、子を代理しての、子名義での債務負担、その子の債務のための子所有不動産への担保権設定行為、子所有不動産の売却行為は、たとえその借入金や売却代金を親権者自身の用途にあてる目的・意図でなされても、さらに相手方がその意図を知りまたは知り得る立場にあったとしても、行為の外形を客観的にみれば親子の利害が対立しているといえない以上、利益相反行為に該当しないことになる¹⁶⁾。結局、外形判断説によって判断する限り、利益相反行為に該当するのは、親権者の利益において子が不利益をうけることが行為の性質あるいは外形から予想される代理行為ということになり、親権者の債務のために、子が連帯債務や連帯保証あるいは物上保証を負担したり、子所有不動産によって代物弁済する行為、または親権者の債務の子の債務への更改契約などがあてはまる¹⁷⁾。

判例がこのように外形判断説に立脚するのは次の理由からである¹⁸⁾。すなわち、親権者が子を代理して第三者と行為をする場合、その相手方にとって、親権者の行為をなした意図や動機とか、親権者と子との間の個別的具体的内部的事情、行為の具体的実質的結果は容易には窺い知れない。にもかかわらず、このような相手方が認識し得ない事情を考慮して利益相反行為の成否を判断すれば、相手方に不測の損害を与えることになる。したがって、正当な代理権の行使と信じた相手方を保護するため、相手方が容易には窺い知れない親権者の意図や動機、具体的実質的内部的事情を考慮対象からはずし、相手方が行為から外形的客観的に親権者の利益において子の不利益になることが認識できる場合にのみ利益相反行為とすることによって、相手方保護と未成年者保護の調整を図っているのである。そこには一定の合理的理由が存在する。

しかし、他方ではこの外形判断説には欠陥もある。すなわち、外形判断説では、当該行為自体から通常予想される法的効果や結果が利益相反性を有するかということが

決め手となるので、行為の種類、行為の法的性質、行為の形式的主体など行為の形式的側面から利益相反行為の成否が判断される傾向がある。そのために、同じく親権者の利益を図る目的でなされても、親権者が代理人としてのみ関与し、子名義で借財し、その担保のために子所有不動産に担保権を設定し、または子名義で子所有不動産を売却・譲渡する場合には、利益相反行為に該当しないことになるが、他方、親権者自身が債務者となって子を保証人あるいは物上保証人にした場合には、利益相反行為に該当することになる。親権者は、広汎な代理権を有しているので、自己と子のいずれを主債務者とし、あるいは保証人または物上保証人にするかは自由に選択できる立場にある。したがって、親権者は形式さえととのえれば利益相反行為の制限を簡単に潜脱し得ることになる¹⁹⁾。これでは相手方保護は図られたとしても、親権者が自己の利益を図るために子所有財産を処分したり、子に債務を負担させるという法定代理権が濫用される大部分において、未成年者の財産上の利益は保護されないことになる。

そこで、この不都合を解消するために、外形判断説の立場から、外形判断説に依拠すれば利益相反行為の成立が否定される場合にも判例上確立している代理権濫用法理を応用して子の保護を図るべきことが有力に提唱されていた²⁰⁾。本判決はこの立場を採用して、外形判断説の限界を克服し、利益相反行為に該当しない場合でも法定代理権の濫用から子を保護するための一步を踏み出したものである。

2 外形判断説の緩和と利益相反行為の成否の判断基準

判例が外形判断説に立脚しているといっても、それは必ずしも貫徹されておらず、一方ではその緩和を図っている判決も存在する²¹⁾。すなわち、行為自体の性質、外形からのみ判断するのではなく、相手方の知りあるいは知り得る行為の実質まで考慮対象を拡大して客観的に判断する以下の諸判例である。

(1) 形式的には親権者が子を代理しての子所有不動産の譲渡行為だが、親権者自身も譲渡相手に債務を負担しており、相手方も譲渡の実質関係を知っている場合には、譲渡行為は実質的には親権者の債務の履行に代えての子所有不動産による代物弁済と認定し、利益相反行為の成立を肯定した判例（大判昭和13年3月5日判決全集5輯272頁、最判昭和35年2月25日民集14巻2号279頁、大阪地判昭和昭和46年10月18日判時677号86頁）。

(2) 形式的には親権者が子を代理しての子の債権の放棄行為だが、その放棄行為自体のみではなく、その行為と親権者の同一相手方に負担している債務の免除がなされていることとを結合して判断し、代理行為は利益相反行為に該当するとした判例（前掲大判大正10年8月10日）。

(3) 第三者の債務のために、親権者自らも連帯保証するとともに、子を代理して子

所有不動産に抵当権を設定する行為について、将来、抵当権の方が実行されると子の不利益のもとに親権者の保証債務が軽減され、あるいは親権者の連帯保証債務が追及されると親権者と子との間に求償関係や代位の問題が生ずるなど、親権者と子の間の利害の対立が行為の外形からも予測されるとして、利益相反行為該当を肯定した判例（最判昭和43年10月8日民集22巻10号2172頁、最判昭和45年12月18日最高裁裁判集101号783頁、最判昭和50年4月18日金融法務755号30頁、最判昭和52年3月31日金商535号44頁など）。形式的には第三者の債務のための子所有不動産による物上保証行為だが、その行為を同一債務のための親権者の保証債務の併存と結びつけて判断し、その併存から将来予測される実質的結果にまで考慮対象を拡大しているのである。

(4) 後見人が被後見人を代理して、被後見人所有不動産を後見人の内縁の夫へ無償譲渡した事例につき、内縁関係にある者同士では利害が共通するので、内縁の夫の不動産の無償取得は内縁の妻たる後見人の利益にもつながるとして、後見人と被後見人間の利益相反行為の成立を肯定した判例（最判昭和45年5月22日民集24巻5号402頁）。相手方も当然に知っている、代理人とその行為によって直接利益を受ける者（相手方）との実質的關係をも考慮して判断したのである。

以上の判例では、相手方も知っているあるいは客観的に予測しうるゆえに相手方も知り得る、行為の実質的關係・実質的結果・行為のなされた具体的事情・法定代理人と行為によって直接利益を受ける者との実質關係にまで考慮対象を拡大して客観的に利益相反行為該当の有無を判断している。そもそも外形判断説がとられるのは、親権者の法定代理権が包括的権限であるために、その代理行為を正当な代理権の行使と信じがちな相手方を保護するためである。したがって、行為の性質・外形からのみ判断することで相手方が保護されるのは、親権者と未成年者との間で利害が対立する可能性について相手方が善意無過失の場合である。法定代理権の行使が実質的には親権者の利益のもとに未成年者の不利益となるということが相手方に容易にわかる状態にある場合には、相手方を保護する必要はない。かくて、相手方が認識しあるいは認識可能な場合には行為の実質的具体的事情をも考慮対象にして利益相反の有無を客観的に判断するべきである。このような観点からみれば、前記の外形判断説の緩和判例は肯定される。結論的にいえば、利益相反行為の成否については、第1次的には行為の外形から類型的客観的に判断し、当該外形の行為が定型的類型的に利益相反する行為といえるかどうかを判断し、次いで第2次的に特に相手方が知りまたは知り得る具体的個別の実質的事情（立証責任は本人側が負う）をも考慮して判断するのである²²⁾。以上のように考えることで法定代理権の濫用の可能性から未成年者の利益を実質的に保護しようとする利益相反禁止則の趣旨と、相手方保護との調整が図られると思われる。

なお、利益相反行為の成否の判断基準については、他に実質的判断説がある²³⁾。す

なわち、行為の形式ではなく、その実質でみて、子の不利益において親権者が利益を得る行為か否かで判断しなければならないとする見解である。もっとも、実質的に判断するといっても、何を行為の実質として考慮の対象とするのか不明確な面もあるが、典型的には、各場合の具体的内面的実質的事情すべてを考慮して判断すべきであるとされる（具体的判断説）²⁴⁾。しかし、この立場に対しては、考慮の対象が不明確である点以外にも、相手方が認識し得ない、しかも事後的に判明した、法定代理人の意図・動機や行為の実質的個別的具体的事情によって代理行為の効力が左右されることは相手方に不測の損害を与えることになるなどの批判があげはまる²⁵⁾。

3 第三者の債務のための子の物上保証行為と利益相反

利益相反行為の成否の判断基準について以上の見解がとられるとして、本件で問題となっている親権者が子を代理して第三者の債務のために子所有不動産に担保権を設定する行為は利益相反行為に該当するであろうか。

判例のとり外形判断説に依拠してこの行為自体を外形的にみれば、その行為はあくまで子の叔父が代表取締役である会社の債務のための子の物上保証行為であって、行為上は子の不利益は、第三者である会社の利益と外形上結合しているが、親権者の利益とは結合していない。したがって、この型の行為については、以下のように、これまでの判例では、行為自体の外形からみて、たとえ子の不利益な行為であってもそれが直接親権者の利益に結びつかない限り利益相反行為に該当しないとされてきた^{26, 27)}。

(1) 東京高判昭和31年6月23日（法律新聞12・13合併号12頁）

形式的には、親権者（母）が子を代理して、子名義で借財し、その担保のために子所有不動産に抵当権を設定した行為であるが、その借財は実質的には親権者である母の夫（子の継父）の借財であり、相手方もそのことを知っていたと認定された事例である。これについて、本件借財が親権者のためになされたものではなく、子と実質的債務者である親権者の夫との間には継親子関係も生じないので、本件行為は子の不利益とはなっても親権者の利益になるとはいえないので、利益相反行為に該当しないとした。

(2) 最判昭和35年7月15日（最高裁裁判集43号7頁、家裁月報12巻10号88頁）

上記昭和31年東京高判の上告審。本件行為は親権者とその夫の利益のためになしたものであって、親権者自身の利益のためになしたものではないので、親権者と子の間の利益相反行為には該当しないとした。

しかし、本件では債務者と親権者とが夫婦でその間に利益の共通性があることを相手方も認識し得る。したがって、前述の外形判断説を緩和する諸判決のうち、相手方も知り得る代理人と相手方の実質関係まで考慮に入れて判断した前掲最判45年5月22

日（内縁関係の事例）がだされた以上、この(2)判例は実質的に変更されたといえる。

(3) 大阪高判昭和37年12月27日（判タ141号142頁）

親権者（母）の弟が代表取締役である会社の債務を担保するために、親権者父母が子を代理して子所有不動産に根抵当権を設定した事例について、親権者の債務についてではなく、第三者の債務についての、子の財産への抵当権設定行為は親権者と子との利益相反行為には該当しないとした。

以上のように、外形判断説に依拠する判例は、第三者の債務のための子の物上保証行為についてはその利益相反性を否定している。かくして、外形判断説に立脚する判例に従えば、この行為が利益相反行為に該当するとされるのは、①前述のように、親権者自身も、同一債務につき連帯債務、連帯保証を負担しているか²⁸⁾、②前掲最判昭和45年5月22日のように、親権者と債務者である第三者の利害が共通している、あるいは親権者が代表取締役である会社が債務者であるときのように、親権者と債務者である第三者とを同一視できる場合に限られる^{29,30)}。しかし、本判決の事例では子の物上保証は子の叔父が代表取締役である会社の債務のためであって、外形的にはその叔父と親権者たる母とに利益が共通するとはいえないし、両者を同一視することもできない。また、親権者の連帯保証と子の物上保証との併存もない。外形判断説にたつ限り本件行為については利益相反行為の成立を否定せざるを得ない。これが本判決の立場である。

一方、実質判断説では債務者である第三者と親権者との実質的關係をも考慮対象とするので、第三者の利益が親権者の利益に結びつくという実質的關係の存在が認められるならば利益相反行為の成立を肯定できることになる。その意味で、本件行為について、外形判断説よりも実質判断説の方が利益相反行為該当性を認める余地は広い。しかし、その実質的關係を考慮してもなお債務者である第三者の利益が親権者の利益に結びつかない限り利益相反行為の成立を肯定できない。本件の事例では、親権者と子の叔父との關係を実質的に考慮しても、本件行為によって叔父には利益がもたらされるが親権者にはなんらの経済的利益も生じないので³¹⁾、実質判断説に立脚しても本件行為は利益相反行為に該当するとはいえないであろう³²⁾。

このように、利益相反禁止則があくまで親権者と子の利益の対立する場合に限っての法定代理権の制約である限り、本件行為は外形判断説に依拠すればもちろん、実質判断説によっても利益相反行為に該当しないことになる。しかし、本件行為は極度額4500万円の根抵当権設定という子に重い負担を課す行為であり、第三者の利益のために子の財産を危うくする行為である。にもかかわらず利益相反行為に該当しないゆえに子に効果が帰属するというのは、未成年者の財産保護という親子法の理念からは好ましくない。とすれば子の財産の保護のためには利益相反禁止則以外の法理によって

子の財産の保護が図られねばならない。ここに、利益相反行為に該当しない場合でも子の財産保護のために代理権濫用法理を活用する余地を示唆した本判決の意義がある。

四 法定代理権の濫用

1 法定代理権濫用の法的構成

代理権濫用とは、形式的には代理権の範囲内でした行為といえるが、主観的には自己または第三者の個人的利益を図る目的で代理行為をする場合とされる³³⁾。したがって、代理権の濫用となるためには、i) 当該行為が客観的外形的には代理権の範囲であること（この意味で、代理権限の範囲外の行為をした代理権踰越の場合と区別される）、および ii) 代理人の内心に本人以外の者の利益を図る背信的意思が有ること、が要件となる。しかし、このような代理権濫用がなされたとしても、それが形式的には代理権の範囲内の行為であるとされ、しかも代理人が代理行為の効果を本人に帰属させる意思を有する以上、代理権濫用行為は有権代理として本人に効果が帰属する。しかし、代理行為の相手方が代理人の背信的意思を知っているもしくはそれと同視しうる場合には別であり、そのような相手方まで保護する必要はない。したがって、判例・学説も、相手方の主観的態様については程度の差異はあっても、相手方が濫用であることを知っている場合には本人に代理行為の効果を及ぼすべきでないという価値判断では一致している。しかし、その場合に本人に効果が及ばないとするための法的構成については、本人が保護されるための相手方の主観的態様とからんで、以下の a)～d) のように見解が分れる³⁴⁾。

a) まず、代理権濫用行為もあくまで有権代理であることを前提に、相手方が代理人の背信的意思を知りまたは知りうべかりし場合には、民法93条但書の趣旨を類推適用して代理行為の効果を否定すべきであると解する説がある（民法93条但類推適用説³⁵⁾）。この説は本人と代理人を一体とみた場合、代理権濫用行為については本人＝代理人がその真意（本人の意思）に反する意思表示を行ったという意味で心裡留保類似の関係がなりたつとみて、民法93条但書を類推適用するものである。しかし、この説に対しては、自己または第三者の利益を図るという背信的意思は代理行為の単なる動機にすぎず、代理権濫用の場合でも代理行為の効果を本人に帰属させようとする代理意思（真意）は存在し、真意と表示には不一致はないので、心裡留保の規定を類推適用するのは理論的におかしいとの批判がある³⁶⁾。そこでこの説について、代理権濫用が心裡留保にあたとみているのではなく、相手方が代理人の背信的意思について悪意あるいは有過失の場合には本人に効果を及ばさないという一般法理を単に民法93条但書に仮託したものにすぎないと限定したうえで評価する見解が有力である³⁷⁾。

b) 次に、同じく代理権濫用行為も客観的には代理権の範囲内の行為であることを前提に、そうである以上は相手方の善意・悪意を問わず代理行為として常に有効であるが、ただ相手方が権限濫用の意図を知っていた場合あるいは重過失によって知らなかった場合には、本人に代理行為の効果を主張することは信義則または権利濫用により許されないとする説がある（権利濫用説）³⁸⁾。この説に対しては、抽象的条項だけに恣意的に適用される危険性がある一般条項によって解決することへの批判³⁹⁾や、本人が心裡留保すなわち意図的に真意と異なる意思表示をした場合でさえ相手方が保護されるためには無過失（軽過失もないこと）が要求されていることと均衡を失する⁴⁰⁾との批判などがある。

c) さらに、代理権濫用行為はそもそも代理権の範囲外の行為であるとする点で a)b) 説と異なるもので、代理権は正当な代理権のために与えられたものであり、その濫用となる範囲において代理権は存在せず権限踰越になるから、相手方はその事実を知らず、かつ知らないことに正当理由がある場合にのみ、民法110条の表見代理規定で保護されるという説がある（表見代理説1）⁴¹⁾。しかし、この説に対しては、代理権濫用の問題は権限範囲内の問題であって権限範囲外の問題とは次元を異にするとか、代理権の範囲が代理人の主観しだいで左右されるのはおかしく、濫用行為も客観的な代理権の範囲に属する行為である限り、この説は客観的な代理権の範囲と主観的な代理人の背信的意図とを混同しているなどの批判がある⁴²⁾。

d) 表見代理説1と同様に濫用行為は代理権の範囲を超える行為であると捉えるが、代理権濫用を本人と代理人間の内部義務に違反してなされる代理行為とし、代理人の主観的な背信的意図による代理権行使だけではなく、客観的濫用をも代理権濫用に含める見解がある。この見解は内部関係上の義務も代理権の潜在的質的範囲の決定要因なるとしたうえで、代理における内部関係と外部関係との有因を肯定し、内部義務違反である代理権濫用行為は代理権限外の行為として無権代理となり、相手方は善意・無過失の場合にのみ表見代理規定で保護されるとする（表見代理説2）⁴³⁾。

しかし、以上の表見代理説1および2については次のような点で疑問がある。すなわち、代理権の濫用にあたるか否かは代理人の意図や諸事情を対象に事後的に判断されるので、これらの説が代理権濫用行為を代理権の範囲外の行為と捉えることは、代理権の範囲が事後的に判明しかつ相手方にとって認識困難な主観や内部的事情によって左右されることになる。しかし、代理権の行使については相手方の代理行為への信頼も保護されねばならないので、代理権の範囲は客観的に定められる必要がある。したがって、代理権濫用行為も外形的に客観的にみて代理権の範囲内に属する行為である以上は、一応有権代理の問題として処理せざるを得ないであろう。また、これらの説では相手方は表見代理規定で保護されるとしても、争いはあるが⁴⁴⁾、一般的に、表

見代理における相手方が保護されるための要件である「正当理由」の存在についての立証責任は相手方にあるとされている。そうであれば、これらの説によって、相手方にとってはとって認識困難である主観や内部事情によって無権代理とされたうえに、保護されるためにはさらに正当理由の存在を立証しなければならないとするのは相手方にあまりにも酷であろう。したがって、この表見代理説への疑問や権利濫用説への批判を考慮すれば、代理人の背信的意思について相手方が悪意・有過失である場合には本人に効果を帰属させるべきではないとの一般法理を単に民法93条但書に仮託したものにすぎないという意味で、代理権濫用の法的構成としては民法93条但書類推適用説を一応支持したい。

一方、戦後の最高裁判例は、法人の代表機関による代表権濫用については、最判昭和38年9月5日（民集17巻8号909頁、代表取締役による会社所有の不動産売却）、最判昭和42年7月6日（金融法務488号32頁、表見代表取締役の手形振出）、最判昭和44年4月3日（民集23巻4号737頁、農協参事の手形振出）、最判昭和44年11月14日（民集23巻11号2023頁、信金の代表理事の手形保証）、最判昭和51年10月1日（金融法務809号78頁、信金の表見支配人の小切手振出）、最判昭和51年11月26日（判時839号111頁、代表取締役による金銭借入れ）、最判昭和53年2月16日（金融法務864号29頁、農協理事の手形振出）などで、任意代理権の濫用については、最判昭和42年4月20日（民集21巻3号697頁、商法43条の番頭・手代にあたる従業員の商品購入行為）、最判昭和43年1月18日（判時511号44頁、同様の従業員による商品売却行為）などで、民法93条但書類推適用説をとってきた。

以上が代理権濫用の法的構成についての学説・判例の状況であったが、そのなかで、本判決は、親権者による法定代理権の濫用にも代理権濫用法理を適用することを肯定するとともに、その法的構成として上記のように代表権や任意代理権の濫用について確立した判例法理である民法93条但書類推適用説を採用することを明確にしたものである。

なお、学説上では、民法93条但書の類推適用という法的構成によらない点で判例法理と異なるばかりか、任意代理と法定代理とでは、本人による代理行為への関与可能性の有無および本人保護の必要性の程度の点で利益状況が異なるので、代理権濫用の場合の要件、効果について両者を区別すべきであるとの有力説がある。すなわち、この両者を区別する考え方は、法定代理権の場合には、本人による代理人のコントロールが期待できないうえに、本人保護の必要性を大きいということから、①任意代理権の濫用においては、その行為の相手方に権限濫用につき悪意または重過失あるときのみ、本人はその効果が自己に帰属しないことを主張し得るが、法定代理権の濫用においては、相手方に軽過失しかないときでも本人は効果の帰属を否定できるとするも

の⁴⁵⁾や、②代理権の有因性を前提に濫用行為は代理権の範囲外の行為としつつ、任意代理権の濫用においては相手方が善意無過失である場合には表見代理が成立するが、法定代理権の濫用の場合には相手方が善意無過失でも無権代理にとどまり、効果は本人に帰属しないとすもの⁴⁶⁾である。しかるに、本判決では、法定代理権の濫用の場合にも民法93条但書を類推適用し、任意代理権の濫用の場合と法的構成、本人保護のための相手方の主観的態様について区別しなかった。

しかし、①説に立っても、法定代理権の濫用の事案については相手方が軽過失あるにすぎない場合でも本人は保護され得るので、本判決の採用する民法93条但書類推適用説とではその点で差異がない。また、②説では、法定代理権が濫用された場合には、相手方が善意無過失であるときでも常に無権代理となり本人に効果が帰属せず、相手方は信頼利益しか受けることができないとされるが、このような処理は代理制度への信頼といった観点からみて相手方にあまりにも不公平で、妥当ではない。したがって、民法93条但書を類推適用した場合には法定代理権の濫用と任意代理権の濫用の場合と特に要件を区別する必要はないであろう。しかし、区別説での、法定代理権の事案では、本人による法定代理人への関与可能性がなく、本人保護の必要性も大きいという指摘は傾聴に値する。したがって、その趣旨を生かすために、法定代理権の事案での本人保護の必要性の大きさは、相手方の過失認定の前提となる注意義務の程度を高度に評価することで実現されるべきである。

2 法定代理権濫用の有無の認定

これまで代理権濫用の法的構成について述べたが、しかるに本判決はそのような法定代理権の濫用の法的構成や本人が保護されるための相手方の主観的態様よりも、むしろそもそも本件の代理行為が代理権の「濫用」にあたるかどうかの問題とされた。すなわち、法人の代表機関や任意代理人の濫用に関する従来の事例では、代理人（代表者）が自己の利益を図るために代理権を行使した場合だったので、比較的容易に「濫用」と認定されたが、本件では親権者が自己の利益を図ったものではなく、しかも親権者の法定代理権が包括的権限とされているために、本件代理行為が「濫用」にあたるかどうかが問われたのである。前述のように代理権濫用の定義に明白なように、従来の判例では「自己または第三者の利益を図る目的」という代理人の主観的な背信的意図の存在によって、「濫用」と認定されていた。しかし、本判決では、「濫用」とされるためには、親権者に子を代理させ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」が必要とされ、「自己または第三者の利益を図ることのみを目的とする」という背信的意図の存在はその特段の事情の一例としてのみ挙げられている。そして、本件の第三者の債務のための子の物上保証行為が子自身に経済的利

益をもたらすものではないことから直ちに第三者の利益のみ図るものとして代理権濫用にあたるわけではないとされた。しかも、その特段の事情の立証責任は代理行為が無効とされることによって利益を受ける側、すなわち未成年者側にあるとされている⁴⁷⁾。

このように本判決では、任意代理権や代表権の濫用の場合と比較すると、親権者による法定代理権の場合の「濫用」の成立につき厳しい要件を課し^{48,49)}、子の保護よりも相手方保護が重視されている。これは、親権者の法定代理権が包括的権限であり、その行使は例外的に利益相反行為に該当しない限り親権者の広範な裁量に委ねられていることを理由としている。

しかし、このように任意代理権や代表権の場合に比して、親権者の法定代理権の場合には濫用の成立を絞り込むという価値判断は、親権の性質からみて妥当ではない。親権は子の福祉を図ることを目的とした権利にして義務であると解するのが確固たる通説である⁵⁰⁾。この親権の性質からみて、親権者に与えられた子の財産管理権としての法定代理権はあくまで子の利益のために行使されねばならないという制約を受ける。親権者の法定代理権の行使は親権者の全くの裁量に委ねられているわけではなく、そこには子の福祉の達成のためという限界があるのである。また、親権者の法定代理権は包括的権限とされるために、その濫用の危険も大きいばかりか、法定代理の場合には本人である子が親権者の代理権行使をコントロールする余地もない。このような点を考慮すれば、任意代理権や代表権の場合よりもむしろ親権者の法定代理権の場合のほうが本人保護の必要性が高い。

かくして、本判決における判旨とは逆に、子に不利益な親権者の代理権行使は原則として代理権濫用と認定し、濫用とならない特別事情を立証した場合にのみ相手方は保護されるべきである⁵¹⁾。本件の第三者の債務のための子の物上保証行為は、子と利害共通関係もない、その意味で物上保証をする義務もない第三者の債務のためであり、しかも、極度額4500万円の根抵当権設定であって、子にとって担保目的不動産の所有権喪失という大きな危険を伴う行為である。したがって、本件代理行為は、子になんらの利益をもたらさないばかりかむしろ子に大きな不利益をもたらす行為であるので、子にも利益となるという特別の事情がない限り法定代理権の濫用に該当する⁵²⁾。親子が生活共同体を形成している場合ですら、親権者の代理権行使が利益相反行為に該当すれば無効となることと比較しても、本件のように子の利益を害してまで子が全く生活共同体を形成していない第三者の利益のために代理権が行使される場合には代理権濫用とされてもよい⁵³⁾。

五 むすび

親権者の法定代理権の濫用について、利益相反行為が成立しない場合でもなお代理権濫用法理によって子の保護が図られる余地を認めた点で、本判決には大きな意義がある。しかし、本判決は、親権者の法定代理権が包括的権限であり、親権者の広範な裁量に委ねられていることを根拠に、任意代理権の場合よりも親権者の法定代理権の行使の場合には濫用となる範囲を狭めた。その結果、例外的にしか親権者の法定代理権の濫用は成立しないことになる。これでは子の財産の保護という点で本判決の意義は大きく減殺されてしまっている。

しかし、親権者の法定代理権は本来的に子の利益の保護のために存在することや、法定代理権が包括的権限であるゆえにその濫用の危険も大きいという点に、本人である子は親権者の法定代理権の行使をコントロールし得ないことなどからみて、任意代理権の場合よりもむしろ親権者の法定代理権の場合でのほうが本人保護の必要性は大きい。また、現行法下では利益相反禁止則が法定代理権制限のほとんど唯一の規定であるのに、それはあくまで親権者と子の間で利益の対立する行為のみを規制するにすぎない。このように考えると、親権者の法定代理権の濫用から子の財産の保護を図るためには代理権濫用法理を柔軟かつ積極的に活用するしかない。したがって、子に不利益となる代理行為であるならば積極的に濫用と認定すべきであり、本判決のように特段の事情によって濫用の成立を限定することは今日の親子法の理念からみて妥当ではない。

以上ここまでは、代理権濫用法理の積極的活用を説いたが、その場合には親権者の法定代理権が包括的権限であることを前提としている。しかし、そもそもその法定代理権の包括性という前提そのものを今後見直す必要があるのではないだろうか⁵⁴⁾。親権は子の福祉を図ることを目的としている以上、親権もその目的の範囲内で存立しており、その意味で親権者の法定代理権もその目的によって限定されている。したがって、親権者が子の不利益となる代理行為をなすことは、権限踰越行為として取り扱うべきである。しかし、法定代理権の範囲は代理人の主観や内部的事情によって定まるのではなく客観的に外形的に定められねばならない。したがって、第三者の債務のための子の物上保証行為のように、客観的外形的に子に不利益な行為であることが明白な場合、すなわち親権者の目的違反が明白な場合には代理行為は権限踰越となり、相手方は表見代理法理で保護されるべきである。しかし、子所有不動産の売却、子名義での借財などの親権者の意図や内部事情しだいで親権者の目的違反か否かが定まる場合には、その代理行為は客観的外形的には代理権の範囲内の行為となり、この場合にこそ代理権濫用法理が適用されるべきである。

親権者の法定代理権の包括性を見直し、親権者による子に不利益な代理権行使であ

ることが外形的・客観的に明白である場合には、その代理行為は権限踰越行為として取り扱うという試論を述べて本稿を終わりたい。

注

- 1) 大判大正3年9月28日民録20輯690頁、大判大正7年5月23日民録24輯1027頁、大判大正12年5月24日民集2巻323頁、大判昭和11年8月7日民集15巻1630頁、大判昭和13年6月25日判決全集5輯700頁、最判昭和46年4月20日家裁月報24巻2号106頁、最判昭和48年4月24日判時704号50頁など。
- 2) 現行民法826条は、特別代理人を選任する権限が親族会から家庭裁判所に変更されたことを除いては旧法888条の規定をそのまま継承している。
- 3) 『民法修正案理由書』（東京博文館蔵版）明治31年刊、150頁。
- 4) 星野英一「判例研究」法協78巻2号240頁、同「判例研究」法協106巻8号206頁、拙稿「親子間の利益相反行為の成否」長崎大学教養部紀要（人文科学篇）30巻2号3-4頁。
- 5) 大判大正10年8月10日民録27輯1476頁、大判昭和9年12月21日新聞3800号8頁、大判昭和15年7月29日判決全集7輯1048頁など。杉之原舜一『判例親族法の研究』180、183頁、中川善之助『新訂親族法』523頁、我妻栄『親族法』342頁、阿部徹「利益相反行為の成否」（川井健編『判例と学説4民法Ⅲ』所収）207頁、右近健男「利益相反行為と代理権の制限」（奥田昌道他編『民法学Ⅰ』所収）245頁。なお、親権者の利益に直接的に結びつかなくとも未成年者に不利益な行為は広く利益相反行為にあたるとして、親子間の利害の対立という限定を超えて利益相反行為の成立範囲を拡大する考え方もある。中川良延「利益相反行為」（山崎正男他編『演習民法（親族相続）』所収）275頁、中川淳「判評」民商法64巻1号169頁、阿部（旧説）「親子間の利益相反行為（二）」民商法57巻3号80頁。
- 6) 我妻前掲書335頁、342頁、阿部前掲「利益相反の成否」214頁、泉久雄「民法826条の利益相反行為と行為の動機」専修大学論集34号91頁など。なお、磯村保「連帯保証等と利益相反行為」（『家族法判例百選（第3版）』所収）135頁参照。
- 7) 本判決については次のような解説・評釈・研究があり、本稿作成についてはそれらが多大の参考となった。吉田邦彦・判例評論416号39頁、田中豊・ジュリ1020号102頁、同・法曹時報45巻12号177頁、右近健男・ジュリ1024号92頁、福永礼治・法教153号112頁、同・家族法判例百選（第5版）120頁、道垣内弘人・民商法108巻6号113頁、渡邊知行・名大法政論集152号531頁、辻正美・私法判例リマークス1994〈上〉14頁、石田喜久男・法時66巻3号113頁、磯村保・金融法務1364号48頁、米倉明・法協111巻3号106頁、田尾桃二・NBL525号51頁、犬伏由子・法セ463号42頁。
- 8) 緩和判例についての後述のように、同一債務について親権者の連帯保証と子の抵当権設定が併存する場合には、現在の判例理論では利益相反行為そのものに該当するとされる。
- 9) 梅謙次郎『民法要義巻之四親族編』373頁。なお、大判明治44年7月10日民録17輯468頁、「明治42年12月11日法曹会決議」法律記事20巻2号39頁も同趣のことを述べている。
- 10) この適用拡大は、大判大正2年10月15日民録19輯899頁、前掲大判大正3年9月28日を嚆矢とし、戦後でも、最判昭和42年10月5日金商87号13頁、最判昭和45年11月24日家裁月報23巻5号71頁など多数の判例で踏襲され、現在確立された判例法理となっている。
- 11) 我妻前掲書342頁、中川善之助前掲書523頁など多数の学説で支持されている。但し、辻正美「相続放棄と後見人の利益相反行為」（『家族法判例百選（第3版）』所収）145頁は、対第三者型および単独行為型での利益相反行為に対する保護は民法826条、860条によるのではなく、代理権濫用法理一般でなされるべきことを説く。
- 12) 第152回法典調査会民法議事速記録（草案第899条）・『近代立法資料叢書』第6巻451-61頁。第19回民法整理会議事速記録・『近代立法資料叢書』第14巻462-67頁。
- 13) 現行法では、この規定も削除されたので、親権濫用による親権喪失を除けば、親権者による法定代理権濫用行為を規制する規定は利益相反禁止則のみである。

- 14) 星野前掲法協78巻2号106-7頁、同法協106巻8号206頁。吉田前掲42頁。拙稿前掲2頁。
- 15) 大判昭和8年1月28日法学2巻9号1120頁、前掲大判昭和9年12月21日、前掲大判昭和15年7月29日、最判昭和37年2月27日最高裁判集58号1023頁、最判昭和37年10月2日民集16巻10号2059頁、前掲最判昭和42年4月18日、最判昭和42年4月25日最高裁判集87号253頁、前掲最判昭和48年4月24日、最判昭和49年9月27日最高裁判集112号741頁、最判昭和56年10月30日判時1022号55頁など。外形判断説は学説でも通説となっている。我妻前掲書342頁、阿部(新説)前掲「利益相反行為の成否」213-4頁、泉前掲91頁、鈴木録弥【親族法講義】154頁、島津一郎【家族法入門】289-90頁など。
- 16) 子を代理しての、子名義での借財とその債務のための子所有不動産への担保権設定行為は借入金を親権者自身の用途に使う意図でなされたとしても利益相反行為には該当しないとしているものとして、前掲大判昭和8年1月28日、前掲大判昭和9年12月21日、前掲大判昭和15年7月29日、前掲最判昭和37年2月27日、前掲最判昭和37年10月2日などがあり、さらに相手方が親権者のその意図を知りうる立場にあることまで認定されているが、やはり成立が否定されているものとして、東京高決昭和33年1月23日下民集9巻1号65頁がある。また、を親権者の用途にあてるために子を代理して子所有不動産を売却した行為につき利益相反行為の成立が否定されたものとして、前掲大判昭和9年12月21日、前掲最判昭和49年9月27日など。また、その売得金の使途を相手方が知りまたは知り得る立場にあっただけでは無効とならないとしたものとして、前掲東京高判昭和44年4月28日。
- 17) 連帯債務につき、大判昭和昭和8年10月24日大審院裁判例(七)民事247頁。連帯保証につき、前掲大判昭和11年8月7日。物上保証につき、前掲大判昭和13年6月25日、大判昭和18年8月3日民集22巻749頁、大判昭和18年10月5日法学13巻5号333頁。親権者の債務のための子所有不動産による代物弁済につき、前掲最判昭和45年11月24日。親権者の債務の子の債務への更改契約につき、大判大正4年7月28日刑録21輯1171頁。
- 18) 中川美雄「民法826条の利益相反行為と動機」(『家族法判例百選(新版・増補)』)155頁は、外形判断説がとられる根拠を挙げている。
- 19) 外形判断説の欠陥についての指摘として、阿部前掲「親子間の利益相反行為(二)」80頁、同「利益相反行為の成否」212頁、中川良延前掲273-4頁、中川淳「親族法逐条解説」370、489-90頁、磯村前掲「連帯保証等と利益相反行為」135頁、松倉耕作「親子間の法律行為と利益相反」(中川淳編著【財産法と家族法の交錯】所収)261-2頁、青山邦夫「利益相反行為の成否」判タ544号64頁。
- 20) 前掲注(6)
- 21) 有地亨「親子間の利益相反行為の成否の判断基準」(『講座現代家族法第4巻親権・後見・扶養』所収)51-6頁、拙稿前掲10-12頁。
- 22) 前掲拙稿18-19頁。
- 23) 谷口知平「利益相反行為」(『判例演習(増補)(親族・相続)』所収)289頁、阿部徹(旧説)前掲「親子間の利益相反行為(二)」81-2頁、中川良延前掲275頁、中川淳前掲書370、490頁など。
- 24) 谷口前掲289頁、末川博「親権の制限及び剥奪」(『家族制度全集法律篇第三巻』所収)204、206頁など。
- 25) 実質的判断説への批判として、星野前掲法協106巻8号207-8頁、吉田前掲202-3頁参照。
- 26) 有地前掲45頁以下参照。なお、中川良延前掲275頁は、親権者の利益に直接結びつかなくとも未成年者にとって不利益な行為は広く利益相反行為にあたるとして、第三者の債務のための子の物上保証行為も利益相反行為に該当するとする。子の財産的利益の保護という点ではその意図は了解できるとしても、利益相反禁止則による法定代理権の制限はあくまで親と子との利益が対立する限りでの制限であるので、利益相反行為をこのように広く解することには無理であろう。また、中川淳前掲「判批」168-9頁は、実質的判断説の立場から、債務者と法定代理人との個人的関係という実質的問題も考慮して判断すべきとして、第三者の債務のための子の物上保証行為は、むしろ法定代理人と債務者との人的関係で行われるものであるので、利益相反行為に該当するという。
- 27) もっとも、神戸地判姫路支判昭和28年4月28日下民集28年4月28日は、親権者(母)が同

棲中の男性の債務を担保するために、自らも連帯保証をするとともに、子を代理して子所有不動産に抵当権を設定した行為につき、利益相反行為の成立を認めた。しかしその理由は、同一債務につき親権者の連帯保証と子の物上保証が併存していることに求められている。

- 28) 前掲の外形判断緩和判例(3)参照。なお、同一債務につき親権者(後見人)の保証債務と子(被後見人)の物上保証が併存している場合でも利益相反の成立を否定した判例として、東京高判昭和45年3月30日東京高裁時報(民事)21巻3号47頁、東京地判昭和38年8月15日下民集14巻8号1537頁がある。したがって、この2つの判例は第三者の債務のための子の物上保証行為の利益相反性を否定した判例に分類される。
- 29) 親権者と債務者たる第三者との間に密接な関係があれば利益相反行為が成立するとするものとして、阿部前掲「親子間の利益相反行為(一)」民商法57巻1号66頁、同「826条」(我妻栄編著『判例コンメンタールⅦ親族法』所収)412-3頁、青山前掲67頁、糟谷忠男「民法826条について」(『司法研修所創立十周年記念論文集上』所収)369-70頁。
- 30) なお、第三者の債務のための子の物上保証の事実と異なるが、東京高判昭和54年3月28日判タ388号75頁は、親権者である父母が子を代理して子所有不動産を父が代表取締役である会社の債権者に売却し、売却代金をその会社の当該債務の一部に充当した事例につき、当該債務は実質的には親権者である父の債務であると認定し、本件売却行為は実質的には親の債務のための子所有不動産による代物弁済だとして、利益相反行為の成立を認めた。本判決では、親権者が代表取締役である会社と親権者自身とを同一視したという点で注目すべき判例である。
- 31) 本事例では、親権者である母親は、子の叔父にこれまで世話になってきたり今後も世話になるという無形の利益や、これまで世話になった者からの要請に応えることで心理的な重圧から解放されるという精神的利益を受けるかもしれないが、このような利益まで親権者の利益と捉えたと、親権者の代理による子の財産の処分行為はそのほとんどが利益相反行為に該当して無効となってしまう、あまりにもその成立範囲が広がりすぎるて妥当ではない。
- 32) 実質判断説によっても本件行為は利益相反行為に該当しないとするものとして、米倉前掲116頁、磯村前掲「本件判批」48頁。
- 33) 最判昭和42年4月20日民集21巻3号697頁、最判昭和44年4月3日民集23巻4号737頁など。
- 34) 代理権濫用の法的構成に関する各説を比較検討したのものとして、松本恒雄「代理権濫用と表見代理」判タ435号18頁、三和一博「代理人の権限濫用」(遠藤浩他編『演習民法(総則物権)』所収)177頁、森泉章「『代理権濫用』理論の検討」民事研修250号3頁、稲本洋之助「代理権の濫用」(奥田昌道他編『民法学Ⅰ』所収)227頁、福永礼治「代理人の権限濫用行為」(『民法判例百選Ⅰ(第3版)』所収)82頁などがある。なお、判例の法理については、吉井直昭「代理権・代表権の濫用等をめぐる判例法理についての一考察(一)(二)」手形研究16巻1号6頁、2号6頁参照。
- 35) 我妻栄『新訂民法総則』161頁、345頁、幾代通『民法総則』312頁、於保不二雄『民法総則講義』219頁、森泉前掲8-10頁(ただし、相手方が悪意あるいは重過失の場合に限る)、星野英一「判例研究」法協82巻4号100頁、淡路剛久「判例研究」法協85巻4号155頁。
- 36) この説については、他に、代理人に背信的意思はなくとも客観的に本人の利益を害すべき行為がなされ、その事実を相手方が知り得べき状態にある「客観的濫用」の場合を処理し得ないという批判(高橋三知雄『代理理論の研究』233頁、伊藤進「ドイツにおける『代理権の濫用』理論」法律論叢49巻5号53頁、同「代理権の濫用」金商559号54頁)や、この説では任意代理や法定代理などの代理権の類型に応じた多元的処理ができないなどの批判(四宮和夫『民法総則(第4版)』241頁、福永礼治「代理権の濫用に関する一試論(一)」上智法学論集22巻2号131頁、高橋前掲書233頁)がある。
- 37) 於保不二雄「判批」民商法50巻4号61頁、星野前掲法協82巻4号98頁以下など参照。
- 38) 四宮前掲書241頁、高橋前掲書236頁、竹田章「判批」民商法7巻2号164頁、田中誠二「会社法研究」203頁など。

- 39) 森泉前掲13頁。
- 40) 幾代前掲書312頁など。
- 41) 川島武宜『民法総則』380頁、舟橋諄一『民法総則』132頁、『注釈民法(4)』(浜上則雄執筆)20頁。
- 42) 森泉前掲15頁、『注釈会社法(4)』(山口幸五郎執筆)377頁、幾代前掲書312頁など。
- 43) 伊藤前掲「ドイツにおける『代理権の濫用』理論」97頁、同前掲「代理権の濫用」54-54頁。
- 44) 『注釈民法(4)』(樗寿夫執筆)154-5頁、四宮前掲書262頁、265-7頁、川島前掲書368頁など参照。
- 45) 四宮前掲書241頁。
- 46) 福永前掲「(二)」上智法学論集22巻3号216-7頁、219-22頁。
- 47) 田中前掲185-6頁。
- 48) しかし、前述の最判昭和42年4月18日が法定代理権の濫用の成立要件として「代理行為の効力を否認するに足りる行為の背信性、反道徳性」の存在を要求したとことと比較すれば、本判決は濫用の成立要件を若干緩和したともいえる。
- 49) 田中前掲188頁は、本判決は、濫用となる「特段の事情」の範囲をかなり限定的に考えているとして、その「特段の事情」としては、親権者と債務者(第三者)共謀して遊興費に使用するなどの目的で子の不動産を物上保証に供するなど子の過去又は将来の子の利益と何ら合理的関連を有しない場合などが想定されているとしている。
- 50) 『新版注釈民法(25)』(於保不二雄執筆)2頁、5頁、9-10頁、於保不二雄『親子』(法律学体系法律理論篇6)6頁、国府剛「親権」(『民法講座7親族相続』所収)235頁、田中通裕『親権法の歴史と課題』278-80頁など参照。
- 51) 同旨、吉田前掲205頁、渡邊前掲535頁、539頁。
- 52) 同旨、右近前掲「本件判批」94頁、辻前掲「本件判批」17頁。
- 53) 本件判旨は、末尾に「前記一1の事実の存する本件においては」とわざわざ付記しているところからみて、母子が遺産分割の協議やその後の遺産管理などで子の叔父に世話になってきたし、今後も世話になるだろうことが、本件の叔父の会社の債務のための子の物上保証行為が直ちに親権者や叔父の利益を図ることのみを目的としていないことの事情として重視されている。しかし、このような無形の利益まで子の利益とみなすことはできないし、また、その無形の利益もいちおう子の受ける利益と捉えたとしても、その利益が本件における子の負担を補って余りあるとは考えられない。本件の土地はあくまで子個人の財産であって子の福祉のために用いられねばならないのである。
- 54) 前田泰「法定代理と表見代理」法時66巻80頁。

(1996年4月30日受理)