

民法演習 I ・ 第4回講義の補足説明

2017年4月26日

松岡 久和

1 検討判例の事案における実質的判断説による利益相反の成否

(1) 形式的判断説（外形説等様々な呼び名がある）と実質的判断説の違い

形式的判断説（判例・多数説。判例が形式的判断説で一貫しているとはいえないとの評価もあるが少なくとも検討対象判例はこれを採用）は、「親権者が子を代理してした行為自体を外形的客観的に考察」する。実質的判断説のように、親権者のした代理行為の動機、目的、必要性、実質的效果等のすべての事情を考慮には入れない。利益相反に当たる場合には、特別代理人の選任を要し（826条。もっとも特別代理人は親権者の推薦に基づいて選任されるのが通常であるため子の利益の保護を委ねる仕組みとしては実効性に疑問がある）、その手続を採らねばならぬ代理行為は、相手方の主観的態様いかんにかかわらず本人には代理の効果が及ばない（効果不帰属。古い判例では無効として追認もできないとするものもあった）から、誰が見ても客観的にわかる基準としないと、（とりわけ善意）相手方を害し代理取引の安全を損なうからである。

他方、形式的判断説では、①親が子の財産に抵当権を設定して自ら借金をすることは利益相反に当たり、たとえ借入れ目的が子の生活や進学のための資金のためであっても、特別代理人を必要とし、それなくしては無権代理行為となってしまう。反対に、②親が子の財産に抵当権を設定して子の名義で借金をすることは、その目的が自らの遊興費等に用いるものであっても利益相反とはならない（だからこそ代理権濫用を問題にする必要が大きい）。また、検討判例のように③親が第三者の債務を担保するため子の財産に抵当権を設定する行為も利益相反とはならない。これでは子の利益を過不足なく守れない、との批判がある。親の得る利益を緩やかに解することで、形式的判断説によっても②③を利益相反と考える余地があるとの見解もあるが、「行為の外形」を基準とする限り、検討判例の代理人A（母節子）とB（叔父泰四郎）あるいはその経営するC社（日昇）との実質的な関係に立ち入った判断は問題にならないだろう。

(2) 検討判例の事案で実質的判断説を採るとした場合の結論

検討判例の事案では、実質的判断説を採っても、利益相反にはならないとする理解が優勢のように思われる（磯村保「判批」金法1364号49頁。前田陽一ほか『民法VI 親族・相続〔第2版〕』（有斐閣、2012年）173頁〔本山敦〕は利益相反となるとする。第3版の頁は未確認）。たしかに、A・B・Cの関係は、差戻審でAの無知がBにつけ込まれAの賃貸アパートなども物上保証に提供させられていると主張されるまでは、Xから十分には主張されていないため、最高裁の事実認定を前提とすると、Aが代理行為によって利益を得たとは言いがたい。

(3) 利益相反と代理権濫用の関係

一般的には、利益相反にならない場合でも、さらに代理権濫用による本人保護があると理解されている。もっとも、辻正美「判批」リマークス8号17頁は、従来の判例・学説の上記の対立自体に批判的で、利益相反性の有無（特別代理人の選任の要否の問題）と代理行為の有効・無効（＝無権代理）とは本来別個の問題であり、上記の図式的対立は過ちだと

論断する。辻は、端的に代理権濫用の問題として検討し、第三者の債務の物上保証が本人の不利益として許されないとし、本人「の不利益を補うに足る十分な措置が講じられていない限り、それだけで代理権の濫用に当たる」として原審判断を支持する。

2 差戻審と再上告審

差戻審判決（大阪高判平6・9・29）は公式判例集未登載だが、下記の文献で紹介がある。判決は、母親Aがこれまで世話になってきた叔父Bに恩義を感じ、また、子Xが将来世話になる可能性について配慮することは一概に不当とはいえず、親権の行使には広い裁量権が与えられているので、代理権濫用とまでは断定できない、とした。田中豊・最判解説民事篇平成4年度518頁が、物上保証に供することによって子が当該不動産の所有権を喪失する具体的危険があってもなお濫用にはならず、物上保証に供する行為が過去又は将来の子の利益と何ら合理的な関連を有していない場合に限って特段の事情が認められるとしていたことに強い影響を受けていると思われる。

さらに、仮に代理権濫用と見る余地があっても、そのことにつき取引の相手方の悪意・有過失は認められず、この点でも原告の主張は採用できない、と念押ししている。

再上告審判決（最判平7・7・4。これも未公開）は、原判決の判断は正当として是認できるとして再上告を棄却した（三行半判決）。

福永礼治「代理の種類と代理権濫用についての覚書 — 最高裁平成4年12月10日判決を契機として — 」須田晟雄・辻伸行編『民法解釈学の展望』（信山社、2002年）82頁以下。

3 民法改正案

民法改正案では、下記の条文の新設が提案されている。中間試案までは近時有力な信義則説に沿った条文案であったが、判例法理を重視するべきだとするパブリック・コメントの多数意見に沿って、有権代理構成+93条ただし書類推適用説という確定判例を条文化したものである。検討判例は法定代理の場合の代理権濫用の要件を厳格化しているが（それが問題であることは関連課題でも触れる）、この条文の文言にはそれは反映されていない。

効果として、無効とする考え方と無権代理とする考え方があるが、改正案は明確に無権代理説を採る。それにより、本人の追認が可能であり、また、相手方による無権代理人の責任追及も可能となると考えられる。

（代理権の濫用）

第一百七条 代理人が自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合において、相手方がその目的を知り、又は知ることができたときは、その行為は、代理権を有しない者がした行為とみなす。

※下線部は、代理権濫用が本来有権代理であるところ、相手方が濫用目的につき悪意又は過失があった場合には、無権代理と擬制して処理する、という趣旨を示す。

4 関連課題についてのヒント

代理権限の包括性・広範性・裁量性という点では、代理権濫用が問題になる法定代理・

任意代理・法人の代表において大きな差はなく、有権代理の原則に対する例外という共通性を前提として、93条ただし書類推適用による統一的な問題処理の枠組が立てられている（個別的な代理権授与では、代理権濫用ではなく、表見代理の問題となるのが普通）。他方、代理権限の範囲については、法定代理・任意代理・法人の代表には異なるところがあり、この点は、相手方の調査義務に影響する可能性がある。また、任意代理と法定代理では、本人が代理人を選任・監督（コントロール）できるか否かに相違があり、本人のコントロールの及ばない法定代理人の権限濫用の場合には、本人保護の必要性が高い。子の監護・教育に必要な限度でのみ代理権限があるとして、それを超える場合には無権代理と評価し、本人の帰責性の欠如ゆえ表見代理の成立を認めない考え方すら考える。この点で、検討判例が「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」と代理権濫用をきわめて限定的に解することには批判がある（福永・前掲論文など）。さらに、同じく包括的な法定代理においても、代理人に対する規制・監督の制度がある未成年後見人と親権者の場合を同視できるかどうかを疑問視し、立法論的に、親権制度改革（善管注意義務、監督機関、利益相反規制の強化、重要な財産の処分の場合の家庭裁判所の許可制度など）を必要とする考え方もある（石田剛「親権者による子の代理と利益相反・代理権濫用」法教404号（2014年）106-114頁）。

検討判例に批判的な考え方は、そもそも民法の親や親権の像が現代において変容している（DV・育児放棄等々）ことに対応し切れていない、と考えるのではないかと思われる。逆に、検討判例を支持する評釈の中には、（成年）後見人との対比において「親権者が一般的につねに子の幸いを願う」という伝統的・楽天的な親・親権像を前提としているものがある（石田喜久夫「判批」法時66巻3号115頁）。