

親権者が子を代理してその所有不動産を 第三者の債務の担保に供する行為と 利益相反性及び代理権濫用の行為と 民法93条但し書の類推適用 — 判例評釈 —

後藤佳旦

〔根低当権等抹消登記手続請求事件、最高裁平
元（オ）759号、平4・12・10 — 小法廷判
決、破棄差戻 判例時報1445号139頁、民集
46巻9号2727頁。〕

〔事実〕

未成年の子Xの母Aが親権者として信用保証協会Yとの間で、Xが祖父から相続により取得した本件土地につき、Yは、会社B（Xの亡父の弟が代表取締役として経営する会社）が訴外銀行から融資を受けるため（昭和58年11月に2,500万円、59年11月に1,500万円）、保証委託契約を締結した。それによる債権担保として、Xの本件土地に根低当権が設定された（昭和58年11月は極度額3,000円、59年2月、4月に4,500万円に極度額が変更された）。

そこでXは、AがXの親権者として根低当権設定契約を締結した行為は、専ら第三者の利益を図るものであって、親権の濫用に該当するところ、上告人は右濫用の事実を知らずながら本件各契約を締結したのであるから、民法93条但し書の類推適用により、本件根低当権設定契約は無効であるとして、根低当権設定登記の抹消手続を求めた。

一審では、請求を棄却した。

原審は、Aが被上告人の親権者として本件各契約を締結した法律行為は、専ら第三者であるB会社の利益を図るものであって、親権の濫用になるとして、上告人は、本件各契約の締結に際し、右親権の濫用の事実を知っていたのであるから、民法93条但し書の規定を類推適用して、代理行為は無効であるから、被上告人には本件各契約の効力

は及ばないとした。

そこで、Yは上告し、原判決において、第三者の債務のために未成年の子の財産を担保提供する行為を当然無効であるとするのが、本件のような取引が今日の金融取引の現状において相当数存在し、特別代理人制度について法はそのような手当もしておらず、一律に親権濫用によってこれと取引関係に入った第三者の利益、すなわち取引の安全が阻害されることになるとする。

〔判旨〕 破棄差戻

「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、又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日第一小法廷判決・民集21巻3号697頁参照）。

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り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ない。

そうすると、……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、……A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ものというべきであり、右違法が判決に影響することは明らかである。

以上の次第で、論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、右の点について更に審理を尽くさせる必要があるから、本件を原審に差し戻すこととする。」

〔評釈〕 I 本判決は、第1に、親権者の法定代理権濫用の事実を相手方が知り、又は知る得べかりしときは、民法93条但し書の規定を類推適用して子に効果を及ぼさないとしており、取引関係の保護を趣旨とする心裡留保規定を親権者の法定代理行為に適用している。そして法定代理権濫用法理の適用によって子の財産の保護を図るが、代理権濫用の有無について、本判決は、「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」として、「法の趣旨に著しく反する特段の事情」という抽象的表現方法を用いて濫用となる程度を限定的に述べている。第二に、親子間の利益相反行為（民法826条）の範囲について、「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」とする。本条は親子間の利益相反行為について親権行使を制限する規定であるが、判例法理は、子の財産を第三者の債務の担保として提供する行為は、一般的に取引安全の見地から利益相反性に消極的な態度

を示す。

以上のように、いづれにしても親権者は子の財産に対して事実行為または法律行為をなしえる広範な権限を有するので、子の利益保護の観点から、親権者の利益と子の利益が対立する場合に親権者の行為が制限される。その意味で両制度は密接に関連性がある。前者は、財産取引関係において、取引の相手方保護ないし取引の安全性の観点から、意思表示の効力を制限するものであり、利益相反行為に当たらない場合の本人保護のための解釈理論である。後者は、利益相反行為概念を使用して、親権者の法定代理権を制限するもので、利益相反行為に当たる場合、特別代理人の選任を行わない親権者の代理行為は代理権の濫用により、子に直接効果が及ばない。いづれにしても両制度の適用によって子の利益の保護と取引の安全性の問題を総合的に調整する必要があり、そのための解釈法理が展開する。

以上の観点から、以下にI、IIの順序にしたがって若干検討する。

II 利益相反行為の成否

「親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為については、親権を行う者は、その子のために特別代理人を選任することを家庭裁判所に請求しなければならない」（民法826条1項）と規定している。利益相反行為制度は、親権者と子の間、親権者の親権に服する子の一方と他方の間で、利益が対立する場合に、親権行使の公正をはかるためである。

利益相反行為とは、親権者のために利益となり未成年の子のために不利益となる行為又は、親権に服する一方のために利益となり他方のために不利益な行為である。⁽¹⁾利益相反行為制度がもたらす子の利益の保護を目的としているからである。したがって親権者に子の不動産の譲渡ないし財産処分行為（大判昭和10年9月20日『法学』5巻、492頁）。（最判昭和35年2月25日『民集』14巻2号、279頁）、また親権者の債務の物的保証として子の不動産に抵当権を設定する行為は、子に不利益をもたらすことは明確である。このような親権者の行為は利益相反行為になる。しかし親権者から子に単純に贈与される場合は、親権者の不利益によって子が利益を得ることになるから、親権は

制限されない（大判昭和6年11月24日『民集』10巻、1103頁）。

なお、子が「単に権利を得又は義務を免るべき行為」（民法4条1項但し書）、処分許された財産（民法5条）、営業の許可（民法6条）について法定代理権の範囲外の行為であり、子の独立行為が認められる。

親権者と子との利益相反性は、親権者と子が対立当事者として位置づけられるのが一般的であるが、子が直接的に第三者との間に利益の対立関係を拡大している。両者の利益の対立関係の存否を判断するための基準の設定は、もっぱら解釈法理に依拠しなければならない。この点について、以下に学説・判例の動向を概観しながら検討する。

① 形式的判断説

「利益相反行為であるかどうかは、その行為の外形で決すべきであって、親権者の意図（子名義で借財をしてその金を遊蕩費にあてることなど）やその行為の実質的な効果（結局において子の生活を向上することなど）を問題とすべきではない、…そうでなければ、相手方に不測の損害を及ぼすおそれがあるだけでなく、826条の文理も行為の性質そのものを意味するというべきである。このように解するときは、子の保護に欠けるおそれがある。しかし、その目的は…利益相反行為の禁止という制度では達せられない。」⁽²⁾

本説は、利益相反行為の存否について、行為自体ないし行為の外形から判断すべきであって、親権者の動機ないし意図等、実質的要素を考慮に入れない。利益相反行為の相手方が第三者である場合、第三者の側から親子間の諸事情を把握することが一般的に容易でなく、それを理由として法律行為を無効にすることは取引の安全性の観点から消極的に解している。利益相反行為の相手方が第三者である場合に取引の安全性をはかる目的に奉仕するものではあるが、反面子の保護に欠ける。⁽³⁾

形式判断説においては、法律形式上法的効果の帰属主体を誰にするのかについて、形式的名義を重視して外形的に判断する。したがって親権者の個人的利益（事業資金調達等の目的等）のために、子の代理人として子名義で金銭消費貸借契約を締結して、子の所有不動産に抵当権を設定する行為（大判昭和8年1月28日『法学』2巻、1120頁）、

（東京控判昭和10年7月13日『新聞』388号、15頁）。

上記の判例の示唆するように、親権者が自己の用に供する意図で代理行為をしても親権者は単純に代理人にすぎないために利益相反行為に当たらない。

主たる債務者を親権者にするか子にするかによって子の利益に重大な影響を及ぼす。親子の間で、いずれを債務者となり保証人にするかという形式の問題は、如何ようにすることも可能であり、それによって利益相反行為の制限をまぬがれることができる。⁽⁴⁾

② 実質的判断説

利益相反行為の存否について、親権者の動機・意図・目的・実質的效果等の事情を考慮して実質的に判断する説である。本説を支持する学説は、「法定代理権は、未成年者の子の利益のために行使されるべきものであり、したがって、利益相反行為の制限においても、形式はともあれ、実質的にみて、未成年者の子の不利益において親権者が利益を得ることを防ぐものでなければならない。この意味において、実質的判断説が制度の趣旨からみて、妥当性をもつ⁽⁵⁾」とする。

形式的判断説が、取引の安全性を重視して、行為自体ないし外形から判断する結果として、子の利益が軽視される。すなわち形式論のもとでは、親権者が子を代理して第三者とのあいだでおこなう子の財産処分や債務負担は、たとえ親権者の利益のためになされるのであっても、それが親権者の利益と外形的に結合しないかぎり、利益相反行為によってカバーされないことになる。⁽⁶⁾ 利益相反行為になるのは、親権者と子が対立的に当事者になるのであるから、親権者が子を代理して子の不動産を第三者の債務のために提供するのは利益相反行為にならない。すなわち名義で債務負担し、そのために物的責任を負担することになる。しかし当該行為を実質論の立場から、個別的な事情による事実関係、すなわち第三者の債務によって連帯保証している親権者が、子を代理して、子の所有する不動産に抵当権を設定している場合、債権者が子の保証責任を追求してきたときは、その程度に応じて、親権者の責任は軽減されることになる。したがって、消極的な意味では、親権者が子の負担において利益を受けることになる。⁽⁷⁾

学説上、利益相反行為制度の趣旨が子の利益の保護にあるために、利益相反行為の存否の判断について、実質的基準によって判断する本説が有力になっている。もっとも実質的判断説を支持する学説も未成年の子の利益と取引の安全の要請をめぐり見解に相違がある。⁽⁸⁾ 特に親権者の意思・緑由を考慮する点に疑義を示す。すなわち行為の緑由・動機については、行為の内容又は緑由かを明確に区別することの困難性を指摘し、具体的に諸事情を参酌して妥当な結果を考慮すべきであるとする。⁽⁹⁾ また、利益相反制度のメカニズムと取引の保護について、本制度が代理人の意図・動機について相手方の認識にかからしめずに、特別代理人の要否ないし代理行為の効果を決するシステムになっているから、代理人の意思・目的等主観的要素を判断基準とせず、外形的に判断する。⁽¹⁰⁾

ところで本件の事例は、親権者が第三者の負担する債務のために子の財産を担保提供している。

本判例は、利益相反性について、「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」として消極的に解しており、判例法理の支持する外形判断説に依拠している。形式論の立場から考えると、担保権設定行為によって親権者自身の個人的利益を生ずる可能性はなく、単に代理人にすぎない。利益相反行為の直接の相手方は、子の財産によって債務保証を受ける第三者である。子の立場から、子が第三者の債務保証をしなければならぬ直接の関係はなく、むしろ、一審判決（大阪地判昭和62年5月1日）が示唆するように、第三者の債務保証のために子の不動産に根抵当権を設定することは、子にとって不利益であれことは明白である。したがって子と第三者との間の法律行為について利益相反性が問題になるが、親権者と第三者の関係について、実質論の立場から考えると、親権者の緑由・背景等から判断して、単なる代理人ではなく、親権者と第三者が密接な関係を有する場合がある。この点について、学説は、第三者と親権者とのパーソナルな関係や親権者と子との利害関係はむしろ実質的な問題といふべきであるから、形式論のもとでは利益相反行為のなかにはふくまれないことになるのである。ただし、債務者と親権者との関係が密接でほとんど同一視してよいような場合には、利益相反

性を肯定する余地がある⁽¹¹⁾とする。

本件について考えてみると、債務者たる第三者は、親権者の弟が代表取締役の地位にある会社であって、その弟が遺産分割協議の中心人物として登記手続を代行し、そのために親権者の実印をあずかり、親権者の取得した集合住宅の管理を委されている等、親権者と密接な関係を保持している。このような事情から判断して、子の不動産に対する根抵当権設定行為の代理が、子自身の利益のためではなくて、親権者と債務者たる第三者との個人的関係によって第三者の利益を目的としてなされている。このような事情から判断して、親権者と第三者の法的地位（法的人格）の同一性を認めることができる。したがって子と対立当事者は実質的に親権者であって、親権者の行為によって子に不利益を惹起することが明白であるから利益相反行為に当たると解する。

Ⅲ 利益相反行為と子の保護の法律構成

親権者の行為が利益相反行為になる場合、事前的救済処置として、家庭裁判所による特別代理人を選任することによって親権者の親権を制限することができる。事後的には、親権者の行為を法定代理権の濫用として捉え、相手方が悪意又は有過失の場合は、93条但し書の規定を類推適用して、その行為の効果を本人におよぼないようにする。

親権者が財産管理権を有する範囲内では、子の法律行為について代理権（民法824条）がある。法定代理権は親権者の財産管理権から派生する一権限である。したがって法定代理権の濫用について、親権者が子の財産に不利益を意図して代理行為をすることは、子の財産関係に関して行うところの事実行為や法律行為が、財産保護の目的を逸脱し、または管理を懈怠することは結局親権の濫用になる。⁽¹²⁾ 子の利益の保護を重視する利益相反行為制度の趣旨に違反して、親権者自身の利益のために子の財産処分や子の財産の担保提供等の行為は明らかに親権濫用になる。また第三者との関係において、既述のように、親権者の行為が直接的に第三者の利益を図り、子に不利益を惹起する場合も同様に解する。

93条但し書の規定を類推適用して、親権者の代理行為の効果を子に帰属することを阻止するために、相手方が悪意または有過失でなければならぬ

い。相手方に親権者の行為が利益相反性を帯有していることについて認識ないし認識可能性を必要とする。

判例法理が支持している形式論の立場は、法形式を重視するために子名義の債務負担や子の不動産の担保提供について、親権者の意図等事実関係について、利益相反性の判断基準にしない。したがって相手方はこれらの事実関係について認識可能性の問題は考慮する余地がない。

濫用法理の適用について、子の財産処分等の親権者の行為に正当事由があったり、処分された物の状況・性格から処分が相当であった場合（東京控判大正14年7月17日『法律新聞』2465号、9頁。長崎地判昭和29年12月17日『下民集』5巻2号、181頁）など、諸般の事情を考慮して決定する。⁽¹³⁾

親権制度が子の保護育成を目的として、しかもそれは、権利者の利益よりも、子の利益を目的としている点について、他の権利とはきわだった特徴がある。濫用法理の適用の場合、外観上子の利益保護と矛盾するような親権者の行為に対して、上記の判例の示唆するように、対立当事者の利害関係の調整作用のための法的テクニックとして、正当事由または相当事由を用いたり、比較考量論の適用によって権利行使の正当化を認める。

本判決後も、「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」として、代理権濫用法理の適用に消極的態度を示している。

親権者は子の財産上の地位に変動を及ぼす事実行為又は法律行為について全般的に子を代理する権限を有する。したがって親権者の財産管理権について、子の同意の必要性はなく、たとえ子の意思に反しても親権者は権利行使ができる。このように広範にわたる親権行使を制限するために、実定法上利益相反行為制度によって、子の利益保護を図っている。本制度によって親子間の利益調整機能を発揮している（特別代理人の資格等、その実質面について学説は懐疑的であるが）が、本件のように、第三者の債務担保として、子の財産を提供しているケースにおいて、子の利益よりも第三者の利益を優先して法的処理をした。すなわち、第三者との財産取引関係は、当事者の個人的属性が捨象され、財産法的次元で処理される。結局、無能力者保護と財産取引の安全性を如何に調整すべきかと言う民法の直面する課題につきあたる。今後の判例法理の動向に注目したい。

注

- (1) 於保不二雄編、中川淳『注釈民法（23）親族（4）』有斐閣、1969年、115頁参照。
- (2) 我妻栄『親族法（法律学全集23）』有斐閣、1969年、342頁参照。
- (3) 角紀代恵「連帯保証等と利益相反行為」『別冊ジュリスト家族法判例百選（第四判）』有斐閣、1988年、115頁参照。
- (4) 中川淳「民法826条の利益相反行為にあたることとされた事例」『判例家族法』弘文堂、1976年、155-156頁参照。
- (5) 阿部徹「親子間の利益相反行為（二）」『民商法雑誌』有斐閣、57巻3号、413頁参照。沼正也「利益相反行為について」『現代家族法3』有斐閣、1979年、287頁参照。

- (6) 阿部徹「親子間の利益相反行為（一）」『民商法雑誌』有斐閣、57巻1号、45頁参照。
- (7) 中川淳・前掲書、154-155頁参照。
- (8) 田中恭子「遺産分割と利益相反行為」『別冊ジュリスト家族法判例百選（第四版）』有斐閣、1988年、117頁参照。
- (9) 於保不二雄編、中川淳・前掲書、117頁参照。
- (10) 吉田邦彦『判例時報』判例時報社、1464号、202頁参照。
- (11) 阿部徹・前掲書、66頁参照。
- (12) 谷田具三郎「親権の濫用」『権利の濫用下末川先生古稀記念』有斐閣、1974年、107頁参照。
- (13) 谷口知平編、植林弘『注釈民法（1）総則（1）』有斐閣、1964年、133頁参照。