

代理権濫用理論と代理人の忠実義務違反

柳 勝 司

目 次

はじめに

第1節 代理権濫用理論

第2節 代理人の忠実義務

第3節 利益相反行為

むすび

はじめに

代理人が自己又は第三者の利益を図るため権限内で行為をした場合、相手方が代理人の意図を知り又は知ることができるときは、民法93条ただし書を類推して、代理人の行為はその効力を生じないとする理論は、判例においてしばしば繰り返されてきており、判例の代理権濫用理論として知られている（最判昭和38年9月5日判決民集17巻8号909頁、最判昭和42年4月20日判決民集21巻3号697頁など¹）。

1 その他の判例としては、最高裁昭和42年7月6日判決金融法務488号32頁、最高裁昭和43年1月18日判決判時511号44頁、最高裁昭和44年4月3日民集23巻4号737頁、最高裁昭和44年11月14日判決民集23巻11号1309頁、最高裁昭和51年10月1日判決金融法務809号78頁、昭和51年11月26日判決判時839号111頁、最高裁昭和53年2月16日判決金融法務864号29頁、最高裁昭和54年5月1日判決判時931号112頁、最高裁昭和58年1月25日判決金融法務1034号41頁、などがある。

しかし、判例の代理権濫用理論に対しては、様々な批判が出されている。本稿においても述べるように、この判例理論は否定されるべきであり、代わりの理論が必要であると考ええる。

そこで、本稿においては、判例の代理権濫用理論は成り立たないということ を明らかにし、代わりの理論として、代理人の忠実義務違反として構成し直すことを提案をする。そして、次に、代理人の忠実義務違反と利益相反行為とは異なるということ述べることによって、忠実義務の性質、及び、忠実義務違反の効果を明らかにしたい考える。

そのため、まず、代理権の濫用理論が成り立たないことを明らかにするために、代理権の濫用理論を親権者による法定代理の事案にも適用することを明らかにした²最高裁平成4年12月10日判決民集46巻9号2727頁³を検討をする。この判決の検討を通して、代理権の濫用理論の問題点を具体的に明らかにする(第1節)。次に、代理人の忠実義務について説明し、判例が代理権濫用として扱っている事例は代理人の忠実義務違反の事例であるということを述べる(第2節)。最後に、判例は代理権の濫用と利益相反行為との区別を明確にはしないているが、代理人の忠実義務違反と利益相反行為とは違うということを述べる(第3節)。それによって、代理人の忠実義務や忠実義務違反の効果を具体的に示すことにする。

第1節 代理権濫用理論

(1) 問題提起

判例によって作り出された代理権濫用理論とはどのようなものであるか

-
- 2 右近健男「判批」ジュリスト臨時増刊1024号93頁等参照。なお、石田喜久夫「判批」法律時報66巻3号116頁は、「法定代理と任意代理との間に扱いを異にすることは至難である」と評する。
 - 3 民法93条ただし書類推適用による代理権濫用理論は、法人の代表機関や商業使用人の事例において確立されたものである(松尾和子「判批」産大法学27巻4号138頁、阿部徹「判批」ジュリスト増刊担保法の判例330頁等参照)。

について、最高裁平成4年12月10日判決民集46巻9号2727頁を取り上げることによって明らかにしたい。この判決は親権者による代理権濫用の事案について出されたものであるが、この判決が示した代理権濫用理論は、委任による代理など他の代理の場合にも一般的に妥当する理論である。したがって、この判決を検討することによって、代理権濫用理論について検討することができると思う。

(2) 判決の検討

(1) 事実関係

親権者母Aの承諾により未成年者Xの土地に第三者Z社（子とその母の面倒を見てきた叔父Bが代表者として経営する会社）に対して債権を有するY（信用保証協会）のために根抵当権が設定された。その後、成人に達したXは、親権者母の承諾は親権者の権利濫用行為であり、抵当権設定契約などの締結において、Z社の4000万円の借入れは専らZ社の事業資金のためであって、借受金がXの生活資金等Xの利益のために使用されるものではない（現にBがZ社のために1000万円を受領している）ことを、Yは知っていたとして、母が親権者として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主張した。

(2) 原審判決

原審判決（大阪高決平成元・2・10）は、根抵当権設定契約は専ら第三者たるZ社の利益を図るもので未成年者Xの利益に反するものとして親権の濫用に当たるところ、Yは本件契約を締結するに際し、右濫用の事実を知っていたのであるから、民法93条ただし書の類推適用により、Xには本件契約の効果は及ばないとして、親権（代理権）の濫用であるとした。

そこで、Yは、親権者が未成年者の財産を担保として提供する行為は数多く存在し、未成年者のために行われる場合もあり、代理権の濫用を適用するには慎重でなければならないと主張し、上告した。

(3) 最高裁判決

最高裁判決は、原審判決を破棄差戻して、「…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 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）」としたが、「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を目的としてなされるなど、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解することはできない」とした。

そして、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について、それ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（傍点は筆者）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」とした。

結論として、判決は、代理権の濫用に当たるとされるためには、代理人の行為が子の利益を無視して自己又は第三者の利益のみを図ることを目的としてなされるなど、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ければならないとして、原審判決を破棄し、差し戻している。

最高裁判決は、原審判決が認定した事実関係だけでは、「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」として、差し戻しをしたと考えられるので、差戻審における本人側の立証如何によっては、親権（代理権）の濫用であると認定される可能性は一応あると思われる。

(3) 問題の所在

このような最高裁判決から浮かび上がってくる問題点としては、代理権の濫用と利益相反行為とは区別されているか、親権などの代理権の濫用となるのは代理人がどのような行為をした場合か、内容は権利というよりも義務であるとされている親権について、濫用ということはあるのか、代理権の濫用についての立証責任、代理権濫用による代理行為の効力、代理権濫用による代理行為の効力を代理行為の相手方に対して主張できる要件、代理権濫用による代理行為についての93条ただし書の類推適用の可否、などがある。指摘した問題点について、以下検討をする。

(4) 検討

(1) 代理権の濫用と利益相反行為との区別

判決は、親権者が子を代理して子が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、原則的には、親権者による代理権の濫用に当たるものではないとしており、「利益相反行為に当たらないもの」であるならば、「代理権の濫用に当たるものではない」としているのであり、判決においては、利益相反行為と親権（代理権）濫用とが同種であるかのように扱われており、二つの制度の区別は明確にはなっていないと思われる。

私見によれば、利益相反行為と親権（代理権）濫用とはまったく別の種類であり、明確に区別されるべきであると考えるが、その区別については、第3節で扱うことにしたい。本第1節においては、代理権濫用理論の問題点を指摘し、判例が指導的に主張している代理権濫用理論は成り立たないということを明確にしたいと考える。

(2) 代理権濫用となる行為

最高裁平成4年12月10日判決によると、代理人の行為が、子の利益を無視して自己又は第三者のみの利益を図ること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

る特段の事情が存する場合には代理権の濫用となるが、少しでも本人の利益があるとされると濫用とはならないことになる。

最高裁平成4年12月10日判決の事案においては、未成年者Xの土地に根抵当権を設定して、叔父BがZ会社の運転資金のために借り入れた資金の一部はXの生活のためにも用いられていたとか、あるいは、その借入金によってXの生活も護られていたというようなことが少しでもあれば、代理権の濫用とはならないことになる。そのため、このような判決の理論による限り、親権（代理権）の濫用とされる事例は少なくなるであろう⁴。学説においても、この判決は親権（代理権）の濫用をかなり限定的に捉えていると評されている⁵。

しかし、そもそも、判決の理論自体に問題があると思われる。民法647条は、「受任者は、委任者に引き渡すべき金額又はその利益のために用いるべき金額を自己のために消費したときは、その消費した日以後の利息を支払わなければならない。この場合において、なお損害があるときは、その賠償の責任を負う」と規定していることから分かるように、代理の基本理論によれば、代理人（受任者）は受領した金額については本人（委任者）に引き渡すか、本人（委任者）のために用いなければならず、代理人（受任者）が自己又は第三者のために消費した場合には、本人（委任者）に対して、損害賠償責任を負うこともあり得るのである。つまり、代理人は本人のために行為をしなければならないのであり、本人の承諾なしに、代理人が少しでも自己又は第三者の利益をはかれば、代理人は義務違反行為をしたことになるのである。このような代理の基本理論に基づくならば、判決の事案においては、借入金が（仮にその一部がXのために用いられたと

4 右近健男「判批」ジュリスト増刊担保法の判例 312頁は、「同判決によると親権者の代理行為が利益相反行為に該当しない限り、広い裁量権によって正当化され、民法93条但書の類推適用は問題とならないと解する余地が大きく、そうだとすると同条は何の解決策をも提供し得ないといわざるを得ない」と評している。

5 松尾和子「判批」産大法学 27巻4号133頁参照。

しても) Z 会社の運転資金に用いられていたもので、親権 (代理権) 者の行為は義務違反行為となるのである。

しかし、最高裁平成 4 年 12 月 10 日判決は、前述のように、「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」場合に代理権の濫用となるとしており、代理権の濫用となることについては極めて制限的である⁶が、どこからそのような理論が出てくるのか不明である。判決の代理権濫用理論は、条文も無視した、不明確な理論であるといえる。

この判決を支持する解説者は、子に明らかにマイナスでない限り、子を含む家族全体の利益になる代理権行使は許されてよいとしている⁷が、「子を含む家族全体の利益」といった不明確な概念を用いるべきではない。民法 647 条が明らかにしているように、子 (本人) の財産を代理人が自己や第三者のために用いたならば、代理人は義務違反をしたことになり、損害賠償責任が生じるのである。

後でも述べるように、代理人 (受任者) は、自己又は第三者の利益を図り、それによって本人 (委任者) に損害を生じさせた場合には、代理人 (受任者) は忠実義務違反をしたことになり、そのことについては、民法 647 条が規定をしていると解される⁸。民法 647 条によれば、判決の事案において、親権者母が、第三者 (叔父 B あるいは B が経営している Z 会社) の利益のために借入金を用いることに承諾し、借入金が Z 社の事業のために消費されていたとすれば、親権者母は代理人として本人に対して忠実

6 合田篤子「親権者による財産管理権の濫用的行使の規制」神戸法学雑誌 51 巻 1 号 80 頁・95 頁は、最判平成 4 年 12 月 10 日について、「非常に限定的な考え方を示している」と評している。磯村保「判比」金法 1364 号 51 頁参照。

7 田尾桃二郎「判批」NBL525 号 54 頁。

8 三宅正男『契約法 (各論) 下巻』(現代法律学 9) 971 頁は、民法 647 条について、「受任者の単純な金銭流用と横領は、外形上はいずれも『自己のための消費』であり、いずれも受任者の金銭保管引渡義務が一般の金銭債務と異なる特殊性に基づいて、利息支払なり損害賠償なりの義務を生じる」と説明し、民法 647 条は民法 646 条の受取物引渡義務とは異なるということを指摘している。

義務違反をしていることになり、責任を負う。

判決の理論によれば、代理行為に少しでも本人の利益があるとすれば、代理権の濫用とはならないということになるが、私見によれば、代理人の行為によって、本人の利益が害され、少しでも代理人または第三者が利益を得るならば、代理人は忠実義務違反をしているということになる。

(3) 親権及び代理権の濫用とは

取り上げた判決においては親権の濫用が問題となっている事案であるが、未成年者を育てるために包括的な財産管理権を有する親権者は、「子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う（民法 820 条）」のであり、条文上においては、親権は権利でありながら義務であるとされている。そこで、「親権とは子の福祉を護るため、親に認められた特殊の法的地位である⁹⁾」といわれている。つまり、親権者は未成年者の福祉を護り、未成年者を育てる義務を負っているものであり、親権の内容は義務であるといわれている^{10)・11)}。

その意味において、親権の濫用というのは、親権者は、親権を行使しながら、未成年者に損害を与える行為もしているものであり、親権を行使しつつ、義務違反もしているのである。つまり、親権の濫用とは、親権者と未成年者との内部関係においては、親権者が義務違反行為をしているのであるが、親権者と代理行為の相手方との外部関係においては、親権者は代理権の範囲内で行為をしているので、親権の濫用による代理行為自体は、原則的には有効としなければならないであろう。

9 中川善之助『新訂親族法』495 頁

10 我妻栄『親族法』（法律学全集 23）・328 頁は、「近代法における親権は、…義務的色彩が強い」、としている。米倉明「親権概念の転換の必要性」星野英一・森島昭夫編『現代社会と民法学の動向（下）』1992 年・368 頁なども参照。

11 深谷松男『現代家族法（第 3 版）』87 頁は、「（親子の）法律関係は子を監護する親の一方的義務を中心とするもので、今日の親権はこのような未成熟の子に対する親の監護教育義務を果たすための権利となっている」としている。

なお、この点については、未成年者の保護という観点から、親権者の代理権濫用行為は無権代理とすべきであるとする見解もあり得る¹²。しかし、後述するように、代理人は代理権濫用行為をしていたとしても代理権限の中で行為をしているのであり、代理人の代理行為は有効としなければならないと考える。

親権の濫用の場合に限られず、代理権の濫用においては、代理人は代理権に基づいて行為しているのであるが、代理行為を利用して、自己又は第三者の利益をはかり、本人に損害を与えているのであって、代理人は、代理権限の範囲内で行為をしながら、本人との関係において義務違反をしているのであるから、代理人と相手方との関係においては、代理行為自体は有効であると解さなければならない。

(4) 代理権濫用行為であることの証明責任

債務不履行においては、債務者が、債務不履行責任を免れるためには、自己に帰責事由（故意又は過失）のないことを証明しなければならないが、代理権の濫用（私見においては、代理人の忠実義務違反）においては、本人が、代理権濫用責任（私見においては忠実義務違反責任）を追及するために、代理人に濫用行為（私見においては忠実義務違反行為）があったことを証明しなければならない。代理権濫用の事実があったということの証明（私見においては、忠実義務違反行為があったことの証明）は、債務不履行責任における帰責事由（故意・過失）の有無についての証明とは様相が異なり、本人がその証明をしなければならない¹³、立証責任について

12 小野義美「判比」熊法 82 号 78 頁。

13 代理人が自己又は第三者の利益をはかり本人に損害を与えたということの証明は本人が負う忠実義務違反は、加害者の故意過失や損害の発生などについては被害者が証明しなければならないとされている不法行為に類似してくる。そこで、三宅説は、「自己のための消費」については、民法上の規定によって説明するならば、民法 709 条の解釈に委ねるのが適切であるとしている（三宅正男・前掲書・971 頁）

は、本人側にとっては厳しいことになる¹⁴。

最判平成4年12月10日の事案においては、判決の理論によると、代理権濫用の事実があったということの証明は本人 X がしなければならないので、未成年の頃の親権者を通して借りられた金銭が B 及び B の経営する会社 Z のために使われ、X のためには全く使われていなかったということを、X が証明しなければならないことになる¹⁵。しかし、この証明は、X が未成年の頃の過去の出来事についての証明であり、X にとっては、立証は非常に困難であると思われる¹⁶。

しかし、私見においては、最判平成4年12月10日判決についていえば、X が親権者の忠義義務違反の事実を証明しなければならないが、X は、借入金が第三者のために使用され、X に損害が発生していることを証明すればよいのであり、判決の代理権濫用理論とは、証明しなければならない内容が異なっている。

学説の中には、代理権濫用の事実の証明は未成年者側に課されることな

-
- 14 熊谷士郎「最判平成4年12月10日判批」法学61巻1号166頁は、「親権者が子の財産を第三者の債務の担保に供する行為はその性質上、常に第三者の利益となる・・・」としているが、私見によれば、親権者が子の財産を第三者の債務の担保に供する行為をした場合でも、本人は借りた金銭が第三者のために使用されたことを証明しなければならず、逆に、代理人側から、第三者の債務として借りた金銭がすべて本人のために用いられ、本人には損害は生じていないということが証明されれば、忠実義務違反とはならない、という可能性はある。
- 15 田中豊「判批」法曹時報45巻186頁参照。
- 16 田中豊「判批」平成4年度最高裁判例解説民事編519頁は、最判平成4年12月10日の事案について、祖父の遺産相続において、叔父 B の主導的な働きもあり、母 A と子 Y とが大部分を相続したというような場合には、A・X が取得した財産は、実質的には B をも含む「親族共同体の家産の性質をも帯びること」になり、B が A・X 母子の面倒をみていたことも相まって、A のした物上保証提供行為には、合理性があり、濫用には当たらないことになるうとしている。しかし、このような議論は認められない。B は自身の債権者の追求を避けるために、A・X に祖父の遺産を相続させたというように、B の都合によることもある。いずれにしても、遺産分割協議により X に相続された財産は、X の固有の財産であり、「親族共同体の家産の性質をも帯びること」はありえず、そのような X の財産について、親権者 A が自己又は第三者の利益をはかり、X に損害を与えるならば、忠実義務違反となる。

く、未成年者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るとする説がある¹⁷。しかし、確かに未成年者の利益の保護は重要であるが、未成年者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すると、むしろ、弊害が生じるので、私見によれば、代理人が自己または第三者の利益をはかっているということを、本人側が証明できた場合に、忠実義務違反となると考える。

そして、証明に関連して、代理権の濫用の場合は、代理人は代理権限の範囲内で行為しているものであり、相手方は注意を払っても、代理人が代理権の濫用をしていることに気がつくことができないことも多くあると思われる¹⁸。代理権濫用の場合は、原則としては、未成年者側（本人）が、代理権濫用の事実があったこと（私見によれば、代理人の忠実義務違反により自己または第三者の利益をはかり本人に損害を与えたということ）、及び、相手方が代理権濫用（私見によれば、忠実義務違反の行為をしたこと）の事実を知っていたこと（悪意）、又は、知っていたとみなされること（重過失）を、証明しなければならないと考える。なお、この点については、次に、引き続き、民法 93 条ただし書の類推適用の問題に関連して検討する。

このように述べると、忠実義務違反の事実を本人が証明することが困難なように思えるかも知れないが、私見においては、前述のように、代理人

17 小野義美「判比」熊法 82 号 77 頁。また、小野・同頁は、最判平成 4 年 12 月 10 日の事例において、未成年者が親権者によって極度額が 4500 万円にも達する根抵当権の負担を負わせられたことから、未成年者は多大な不利益を与えられていることは明らかであり、まさに法定代理権の濫用にあたるとしている。しかし、未成年者の不動産に抵当権を設定すること自体は、代理権の濫用とか忠実義務違反とかになるものではない。未成年者の不動産に抵当権を設定することが禁止されるとすると、未成年者の不動産に抵当権を設定して資金の融資を受けることができなくなり、かえって、未成年者の不利益になる場合も出てくるであろう。代理権濫用の概念を明確にしなければならない。

18 石田喜久夫「判批」法律時報 66 巻 3 号 117 頁は、「親は子のために思うのが常態であって、子の不動産を物上保証に供するには、よほどの事情が存在するはずである。……子がその所有不動産を失っても、なおその子のためになる、なんらかの事情あり、とみるのが世間の常識なのではあるまいか」と述べている。

が自己又は第三者の利益を少しでもはかっており、それによって本人が損害を受けているということ、本人が証明できれば良いのであり、実際には困難な証明責任を本人に課しているというわけではない。最判平成4年12月10日判決の事案においては、本人の叔父Bが自社経営の会社Zの事業資金として1000万円を受け取っているという事実は証明されているのであり、その証明だけで、親権者の忠実義務違反があったとされるのである。

(5) 代理権濫用による代理行為の効力

代理人が代理権を濫用して行った代理行為がどのような効力を有するかについては、判例は民法93条ただし書が類推適用されるとしているが、特には述べてはいない。しかし、代理人の代理権濫用行為の効力については、民法の基本理論に立って検討する必要がある。

民法の基本理論に立つとすれば、代理人が自己または第三者の利益のために行為しているのであるが、代理人は代理権限内で代理行為をしているのであり、前述のように、代理行為は有効としなければならない。そして、相手方は、有効な代理行為が行われているので、代理人の内面（代理行為を利用して自己又は第三者の利益をはかること）については、注意深く調べても、代理人の本心までは知ることはできないのが普通である。

ただ、代理人が、本人の利益を害し、自己又は第三者の利益を図ることを目的として行為をしていることを、相手方が知った場合（悪意）、あるいは、特別な事情があったために知っていたとみなされ得る場合（重過失）には、本人は、代理行為の無効を主張することができるとしなければならない¹⁹。

そして、そのような無効について説明をするためには、理論的には、有効に成立していた代理権濫用の行為を取り消すことにより、有効な行為が

19 最高裁判決昭和42年4月20日民集21巻3号697頁は、代理人の権限濫用行為を相手方が知っていた場合に、代理行為の効力を否定した。

無効になると考えるべきであろう²⁰。このような取消についての規定はないが、代理人は本人を欺いて自己又は第三者の利益を図っているので、ある種の詐欺が行われているので、民法 96 条 1 項の類推適用により、本人は代理人の行為を取消することができる²¹と考える。

なお、代理人が自己又は第三者の利益のために行為していることを、代理の相手方が知っている場合、又は、知っているとみなされる場合においては、代理人と相手方が友人関係・親族関係・内縁関係などのような親密な関係になっていることが多い²²。

最判平成 4 年 12 月 10 日においては、相手方の態様は明らかではない²³が、親権者が第三者の利益をはかり未成年者に損害を与えていたという事実について相手方 Y（信用保証協会）が悪意又は重過失であることを、本人 X が証明しなければならない。

最判平成 4 年 12 月 10 日について、私見によると、X は、忠実義務違反を理由に、親権者及び第三者（叔父 B あるいは B が経営している Z 社）に対しては損害賠償請求はできるが、Y に対しては、Y の悪意または悪意に準じる重過失であることを証明できれば、根抵当権設定行為を取り消すことができるが、代理人と相手方 Y との間には前述のような親密な関係はないので、相手方 Y の悪意又は重過失についての本人 X の証明は難しいことになると思われる。

20 大隅健一郎裁判官は、最高裁判決昭和 42 年 4 月 20 日民集 21 巻 3 号 697 頁及び最高裁判決昭和 44 年 4 月 3 日民集 23 巻 4 号 709 頁において、少数意見として、代理権濫用行為は有効に成立するが、代理人の権限濫用の事実を知っていた相手方が本人に対してその権利を行使することは、権利濫用ないし信義則違反の行為として許されない（民法 1 条 2 項 3 項）ものと解すべきであるという主張をしている。なお、このような主張に対しては、代理行為に基づいて履行がされてしまうと、契約は有効であるので、本人の側から、履行の原状回復や取り戻しなどが可能であるかという問題指摘がされている（中島秀二「濫用代理論批判」『財産法学の新展開』82 頁参照）。

21 柳勝司「委任による代理」242 頁参照。

22 フランスにおける例としては、柳勝司・前掲書 235 頁・236 頁を参照。

23 松尾和子「判批」産大法学 27 巻 4 号 140 頁参照。

Y (信用保証協会) は、X の所有する不動産に根抵当権を設定することについて、親権者の真意を確認した形跡はないなど、金融機関としては慎重さに欠けるようにも思われる²⁴ が、現在の金融機関の取扱はともかく、当時の金融機関に重過失を認めるということは難しいように思われる²⁵。

(6) 民法 93 条ただし書の類推適用の可否

前述のように、判例は代理権の濫用の場合には民法 93 条ただし書が類推適用されるとしている。だが、民法 93 条は心裡留保についての規定であり、「表意者がその真意ではないことを知って」、意思表示をした場合についてであり、真意と意思表示とが一致していない場合であり、しかも、その不一致について表意者も承知しているのである。

これに対して、代理権の濫用においては、前述のように、代理人は代理権の範囲内において本人の名において行為をするという真意に基づき意思表示 (代理行為) をしているのであって、真意と意思表示との間には不一致はなく、民法 93 条が類推適用される要素はなくなっている²⁶。代理権の濫用においては、代理人は代理行為をする意思で代理行為をするのであるが、ただ、代理行為によって得られた結果 (例えば代理人が受領した金銭など) を本人に引き渡すのではなく、代理人または第三者が取得し、消費するのである。

また、民法 93 条ただし書においては、表意者が真意と異なる表示をしていることを、相手方が知っていた (悪意) を知ることができる時 (過

24 右近健男「判批」ジュリスト臨時増刊 1024 号 94 頁。

25 平成 4 年当時であっても、相手方 Y (信用保証協会) は、本人 (未成年者) の所有する不動産に、本人の叔父が経営する会社 Z が負う債務のために根抵当権を設定する行為については、子の財産を食い物にするおそれが十分あるので、慎重に調査をすべきであって、それを怠れば、過失はあるであろう。

26 石田喜久夫「判批」法律時報 66 巻 3 号 115 頁は、「代理権濫用の場合においても、代理人のためにするという点では、代理人の表示と効果意思との間に何らかの齟齬もなく、心裡留保を語る余地は存しない。ならばこそ、判例は 93 条全体ではなく、その但書を類推しているのであって、……」と述べている。

失)には、無効を主張できる。しかし、代理権の濫用においては、真意も表示も代理であり一致しているので、行為者が代理権の濫用をしているということを代理行為の相手方が知ることは、心裡留保の場合と比べて、より困難である。そこで、相手方を保護するために(換言すると、取引の安全のために)、代理権の濫用の場合は、心裡留保の場合よりも、相手方に対して行為の無効を主張できるのは制限されなければならないということになり、例えば、前述のように、代理権の濫用の場合は、相手方が代理権の濫用を知っている(悪意)かまたは知っていると思なされる場合(重過失)にのみ、本人は代理行為の無効を主張できる、というような結論になるはずである²⁷。

そして、また、民法 93 条ただし書の類推適用の理論を批判する説は、93 条ただし書の類推適用の理論においては、「相手方が代理人の権限濫用の意図を知らなかったが、これを知ることがうべかりし場合には、本人についてその効力を生じないことは明らかである」として、取引の安全に資することはなく、「むしろこの場合にも本人についてその効力を生ずるものと解」することが、取引の安全に資することになると主張する²⁸。

以上のことから、民法 93 条ただし書の心裡留保と代理権の濫用とは、要件において異なるので、効果においても異なると考えられる。しかし、判例は代理権の濫用においては民法 93 条ただし書の類推適用があるとしているのであり、民法の基本理論からは外れているといえる。そして、実際、判例の代理権濫用理論は、多くの学者によって批判を受けている²⁹。

27 このことに関しての大隅健一郎裁判官の主張については、注 20 を参照。

28 最判昭和 42 年 4 月 20 日民集 21 巻 3 号 697 頁の少数意見(大隅裁判官の意見)。

29 参考として、例えば、石田喜久夫「判批」法律時報 66 巻 3 号 115 頁は、代理人の表示と効果意思との間に何らの齟齬もないにもかかわらず、民法 93 条ただし書を類推適用することについては論議があり得るが、「裁判では必ず依拠する法条を示す必要上、民法 93 条但書類推論を説くことにも、それなりの理由があることに徴して、小事に強くはこだわらない—悪意または重過失者のみを排除するほうがよいのではないか、そのためには悪意の抗弁説の方が適するのではないか、などと思うけれども—」というような微妙な表現をしている。

(7) 委任代理と法定代理（親権者による代理）との区別について

最高裁判決は、代理人が代理権の範囲内で行為しつつ、代理人の主観においては本人の利益ではなく自己又は第三者の利益をはかる意思で代理行為をする場合を代理権の濫用と呼び、任意代理においては、民法 93 条ただし書を類推適用する³⁰が、最判平成 4 年 12 月 10 日は、親権者の代理権濫用³¹の場合にも民法 93 条ただし書を類推適用するということを示したものであると理解されている³²。しかし、任意代理（私見においては委任代理）と法定代理（親権者の代理）との扱いに区別をしないことについては、最判平成 4 年 12 月 10 日は、何の説明もしていない。しかし、学説においては、親権者（法定代理人）による代理行為に代理権の濫用理論を、委任代理と同じように、適用すべきかについては、議論のあるところである³³。

委任代理においては、特定事項についての代理であることが多く、また、本人は代理人を選任・監督することができる。これに対して、親権者（法定代理人）による代理においては、包括的な代理であり³⁴、本人は代理人を選任・監督をすることはできず、代理人をコントロールする余地はない³⁵。委任代理と法定代理とはこのような差異があるが、法定代理人をコントロールできない本人は、委任代理人をコントロールできる本人よりも保護が与えられるべきであるという判断から、委任代理と法定代理とにおいては代理権濫用理論の適用に差異を見い出そうとする説³⁶もある。

30 最判昭和 38 年 9 月 5 日民集 17 卷 8 号 909 頁、最判昭和 42 年 4 月 20 日民集 21 卷 3 号 697 頁、最判昭和 42 年 7 月 6 日裁判集民事 88 号 1 頁、最判昭和 44 年 4 月 3 日民集 23 卷 4 号 737 頁、最判昭和 44 年 11 月 1 日民集 23 卷 11 号 2023 頁、最判昭和 51 年 10 月 1 日裁判集民事 119 号 1 頁、最判昭和 53 年 2 月 16 日裁判集民事 123 号 65 頁など。

31 親権者の代理権濫用について、学説においては、判例とは異なって理解されているようにも思われる（道垣内弘人「判批」民商法雑誌 108 卷 6 号 924 頁参照）。

32 田中豊「判批」平成 4 年度最高裁判例解説民事編 515 頁。

33 松尾和子「判批」産大法学 27 卷 4 号 143 頁参照。

34 親権者の代理権は、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及ぶ（田中豊・前掲「判批」512 頁）。

35 松尾和子「判批」産大法学 27 卷 4 号同頁参照。

36 四宮和夫『民法総則（第 4 版）』241 頁

しかし、私見においては、代理権の濫用（代理人の忠実義務違反）においては、代理人は代理権限の範囲で行為しているのであり、代理行為は、委任代理と法定代理との区別をすることなく、有効としなければならないと考える。ただ、代理人が代理行為をする際に、自己または第三者の利益をはかり、本人に損害を与えていることを、代理行為の相手方が知っているか、又は、知っているとみなされる場合に、本人は、代理行為を取り消すことができるだけである。代理人が親権者のような法定代理人である場合には、相手方は、代理権の濫用（代理人の忠実義務違反）の事実を知っていたとみなされることのないようにするために、委任代理の場合と比較して、より慎重に注意を払う必要がある。

最判平成4年12月10日の事案についていえば、相手方Y（信用保証協会）は、親権者（本人の母）がZ社（本人の叔父Bが経営する会社）が負う債務（債権者はY）のために本人の不動産に抵当権を設定する行為に接した場合、親権者とZ社の経営者Bとが親族関係にあることから、本人（子）の利益が害されている可能性が十分あるので、事実関係を調査するとか、一番好ましいのは、本人（子）の不動産に抵当権を設定することを拒否することである。現在においては、金融機関は、親権者が本人（子）の不動産に親族が負う債務のために抵当権を設定する行為には簡単に承諾はしないと思われる。現在において、最判平成4年12月10日と同様の事例が生じたとすれば、金融機関には重過失があるとされるであろう。

(5) 民法改正試案

現在、民法の改正が試みられている。「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」によると、「代理権の濫用」として、「(1) 代理人が自己又は他人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、相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができるものとする」、「(2) 上記(1)の意思表示がされた場合には、上記(1)の行為は、初めから本人に対してその効力を生じ

なかったものとみなすものとする」、「(3) 上記 (1) の意思表示は、第三者が上記 (1) の目的を知り、又は重大な過失によって知らなかった場合に限り、第三者に対抗することができるものとする」、という規定が置かれている。

判例の代理権濫用理論についての批判的考察から得た私見（代理人が、本人に損害を与え、自己又は他人の利益を図る目的で代理権の範囲内で行った行為は、相手方との関係においては、有効であるが、その目的を知り又は重大な過失によって知らなかった相手方に対しては、本人は、取消しの意思表示をすることにより、有効に成立していた代理権濫用行為を無効にすることができる）と、中間試案における「代理権の濫用」についての規定とは、同趣旨であると考えることができる。

(6) 判例の代理権濫用理論についての私見

「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」には、民法 93 条ただし書を類推適用する判例の代理権濫用理論を見出すことはできない。そこで、民法の基本理論からも外れている判例の代理権濫用理論は、中間試案においては廃止されていると理解すべきである。そして、さらにいうと、前掲の中間試案において採用された規定は、代理権の濫用についての規定ではなく、代理人の忠実義務違反についての規定であると考えることができる。

それでは、代理人の忠実義務とはどのようなものであるかについて、次に述べることにする。

第 2 節 代理人の忠実義務

(1) 序

前節において、判例の代理権濫用理論は廃止されるべきであり、代わりに、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」に示されている、「相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、本人

は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができるものとする」という理論が採用されるべきであることを述べた。そこで、次に問題となるのは、その理論がどこから出てくるのかということである。私見によれば、その理論は、代理人（委任の場合は受任者）の忠実義務から出てくると考えている。以下においては、代理人の忠実義務について説明をしたい。

委任代理に関連して受任者の忠実義務について、既に、私見を述べている³⁷が、そこで述べたことが代理人の忠実義務についても同様に妥当する。そこで、既に述べていることを繰り返すところが多くなる。

代理人は本人に対して忠実に行為しなければならないということが忠実義務ではあるが、しかし、忠実義務とは、代理人や受任者が、委託を受けた義務を忠実に履行しなければならないということの内容としているのではない。民法1条2項は、「権利の行使及び義務の履行は、信義に従い誠実に行為しなければならない」と規定しているが、忠実義務は、民法1条2項とは異なる義務である。

つまり、受任者のような代理人は委託を受けている義務（意思表示をする義務）を履行しなければならないという履行義務を負うのであるが、他方で、代理人や受任者は、本人（委任者）に不利益を生じさせ、自己または第三者の利益をはかる行為はしてはいけないという不作為義務を負うのであり、この不作為義務が忠実義務である。忠実義務違反においては、代理人や受任者は、自己または第三者の利益をはかるというように、本人（委任者）の信頼を破る行為をしているのであり、背信行為をしているのである。

代理人の忠実義務の内容は、(a) 代理人は本人から委ねられた利益を害することになるような関係を創り出してはいけない、(b) 代理人は、自己又は第三者の利益を図り、それによって本人に損害を生じさせること

37 柳勝司『委任による代理』第2部第3章「受任者の忠実義務」230頁から251頁。

をしてはならない、ということである³⁸。

そして、(a) の義務に違反する行為とは、利益相反行為や自己契約や双方代理のような行為であり、抽象的に本人に損害を生じさせる危険性のある行為をしているので、抽象的忠実義務違反と呼ぶことができる。また、(b) の義務に違反する行為とは、代理人が自己又は第三者の利益をはかり、それによって本人に損害を具体的に生じさせる行為をすることであり、具体的忠実義務違反と呼ぶことができる。抽象的忠実義務違反の事例は「第3節 利益相反行為」で扱う利益相反行為・自己契約・双方代理に該当する事例であり、具体的忠実義務違反の事例は「第1節 代理権濫用理論」で扱った代理権濫用に該当する事例である³⁹。

第2節においては、「第1節 代理権濫用理論」で述べたことと対比をしたいので、具体的忠実義務違反を中心として論述をする。また、第1節において判例の代理権濫用理論について批判的に論述をした際に私見を述べているが、本節第2節において、改めて、私見を述べるので、同じような論述がされているところがある。

(2) 前掲最高裁平成4年12月10日判決の事案(忠実義務違反の具体例)

前掲最高裁平成4年12月10日判決については、判例の代理権濫用理論を批判的に検討をするために、「第1節 代理権濫用理論」で既に取り上げたが、ここでは、私見である代理人の忠実義務違反という観点から、再び取り上げる。

前掲最高裁平成4年12月10日判決の事案において、親権者母の承諾に

38 四宮和夫『民法総則(第4版補正版)』106頁は、忠実義務には、(1)本人と利益相反する地位に身を置いてはならない、(2)本人の不利益において第三者の利益をはかってはならない、(3)事務処理によって自ら利益を受けてはならない、という三原則が含まれるとしている。

39 忠実義務違反の内容を分かり易くするために、具体的忠実義務違反と抽象的忠実義務違反とに区別したのは、フランスの学者(Philippe Pétel, *Les obligations du mandataire*, 1988)の見解によったものである(柳勝司・前掲書234頁以下参照)。

より未成年者 X の土地に第三者 Z 社（子とその母（親権者）の面倒を見てきた叔父 B が代表者として経営する会社）に対して債権を有する Y（信用保証協会）のために根抵当権が設定された行為は、有効とせざるを得ない。ただ、これらの行為が行われる中で、借入金は未成年者 X のためには用いられず、第三者のために使われていることが問題となる。

親権者が自己の債務について未成年者（本人）の土地に抵当権を設定するような場合は、次節で述べるように、利益相反行為となるが、親権者が第三者の債務のために未成年者（本人）の土地に抵当権を設定するような行為は利益相反行為とはならず、有効な行為としなければならない。

また、親権者は未成年者の財産について包括的に管理する権限があるので、未成年者の土地に抵当権を設定する行為については、親権者（代理人）の代理権限内の行為となり、親権者（代理人）の行為は有効としなければならない。しかし、第三者が事業資金を借りるために未成年者（本人）の土地に抵当権を設定することを親権者（代理人）が承諾する行為は、特段の事情があるということを親権者（代理人）が証明できる場合以外は、未成年者（本人）の財産を利用して第三者に利益を生じさせているということになり、親権者（代理人）は、未成年者（本人）に対して、忠実でない行為をしていることになる。つまり、親権者（代理人）が第三者の債務のために未成年者子（本人）の不動産に抵当権を設定することは、特段の事情がない限り、忠実義務違反行為となる。

そして、資金を貸し付け、債権者となった相手方が、債務者ではない未成年者の不動産に抵当権を取得する場合には、親権者（代理人）の忠実義務違反行為に加担することになるので、通常は、相手方は、他の不動産を担保に提供することを要求するか、少なくとも、忠実義務違反ではないという特段の事情の存在について親権者（代理人）から説明を受け、それに納得をしていることが必要である。事案における Y（信用保証協会）などの金融機関は、未成年者の所有する不動産に担保を取る場合には、十分注意をすることが必要である。

代理人（親権者）が第三者の債務のために未成年者（本人）の土地に抵

当権を設定するような行為は、通常は、忠実義務違反行為であるので、未成年者（本人）は、代理人（親権者）に対して責任追及をするとともに、相手方に対しては、代理人（親権者）の忠実義務違反を知っている（悪意）又は知っているとみなされる（重過失）として、忠実義務違反行為に加担していたことを証明できれば、第三者の債務のために未成年者（本人）の土地に抵当権を設定する代理人（親権者）の行為を取り消した上で、無効を主張できるということになる。

(3) 大審院大正4年3月10日判決（付帯私訴事件）刑録21輯279頁の事例（忠実義務違反の具体例）

私見によると、大審院大正4年3月10日判決は忠実義務違反の事例である。大審院大正4年3月10日判決理由によると、第三者が債務者を教唆し若しくはこれと共同してその債務の全部又は一部の履行を不能にさせて、債権者の権利行使を妨げ、それによって、債権者に損害を生じさせた場合においては、債権者は第三者に対して不法行為によって損害賠償を請求できるとしており、いわゆる第三者による債権侵害の事例として扱われている⁴⁰。

この事案においては、山林の立木の売主A（本人・委任者）の代理人B（受任者）が買主Cの代理人Dと共謀して、実際には2万7千円で売買契約が成立したにもかかわらず、BはAに2万1千円で売却されたと報告し、Bは、Cから6千円を受け取り、それを着服した。

この場合、BはAの信頼を破り、代金の一部を着服して、Aに損害を与えているので、Aに対して忠実義務違反をしていることになる。忠実義務違反を問うためには、代理人が本人の信頼を破り、本人に損害を与えたということを、本人側が証明しなければならず、この証明することに困難が生ずるのであるが、この事案においては、刑事事件となっており、

40 遠藤・川井・原島等編集『民法（4）債権総論』有斐閣双書34頁参照。

買主の代理人が、「悪意で売主の代理人の背任行為に共謀加功した」ということが証明されており、売主の代理人 B が売主 A の信頼を破り A に損害を与えたということも証明されている。ただ、この事案においては、売主 A は、代理人 B だけではなく、買主 C の代理人 D に対しても損害賠償請求をしており、D に対しては契約関係はなく、忠実義務違反を問うことはできず、第三者による債権侵害による不法行為という構成を取りざるを得なかった。

代理人は本人に対して履行義務とは別に、忠実義務を負うのであるが、代理人の忠実義務違反の効果としては、代理人は本人に対して損害賠償義務を負うことである。しかし、大審院大正 4 年 3 月 10 日判決の事案においても示されていたように、本人が代理人に損害賠償請求をただけでは、十分な損害の回復を得ることができない場合がある。そのような場合には、本人は、代理人の行為の相手方に対しても、損害賠償請求をしたり、あるいは、代理人の行為が忠実義務違反行為であるとして、相手方との契約を取り消し、無効を主張するということがある。

そのような本人の主張が認められるのは、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」によると、「代理人が自己又は他人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、相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができるものとする」とされており、大審院大正 4 年 3 月 10 日判決の事案においては、代理人の相手方（買主の代理人）は、代理人と通謀しており、代理人の忠実義務違反を知っていたとして、山林の立木の売買契約自体が取り消され、無効となる。

(4) 最判昭和 45 年 5 月 22 日民集 24 巻 5 号 402 頁の事案（忠実義務違反の具体例）

最高裁昭和 45 年 5 月 22 日判決の事案は、後見人 A（Y の内縁の妻。後に結婚）が、未成年 X の土地を、Y（X の伯父）に無償で譲渡をしたと

いうものである。この事案においては、後見人 A は代理行為として未成年 X の土地を第三者 Y に譲渡しただけであり、後見人 A と未成年 X との間には、客観的外形的には、利益相反の関係はないので、利益相反行為の事案ではないはずである（客観性・外観性については、利益相反行為に関連して後で扱う）。しかし、判決は、Y と内縁の妻 A（後見人）とが共通の利害関係にあることから、後見人 A が行った「X（被後見人）に不利益な本件土地の無償譲渡行為」は、後見人と被後見人との利益相反行為にあたるとしている。判決によれば、A が X から Y への無償譲渡行為をしているが、A と Y は共通の利害関係にあるので、Y が X から Y への無償譲渡行為をしたと同視できるので、後見人 A の行為は利益相反行為とみなしてよいという論理である。

学説も、最高裁昭和 45 年 5 月 22 日判決を利益相反行為の事案であるとしており⁴¹、「一般社会観念からして内縁夫婦の相互の利害関係は、通常一致するのであり、本件のごとき場合、行為の外形からも容易に利益相反性を認識し得るので、本判決が敢えて実質判断論に立ったとみる必要はあるまい⁴²」と評している。しかし、一方では、本判決は後見人が内縁の夫の利益のために行為をしていることを考慮しているので、「従来の判例法の立場であるいわゆる形式判断論を脱皮したように思われる⁴³」というような評価もしている。

しかし、後見人の行為を後見人の内縁の夫の行為と同一に扱うという判決の理論には無理がある。後見人が意思能力を失い内縁の夫のいうがままに行為をしていたというのであれば後見人の行為を内縁の夫の行為と同視することはできるとは思われるが、ただ内縁関係にあるということだけで後見人の行為を内縁の夫の行為として扱うことには無理がある。後見人

41 中川淳「判批」民商法雑誌 64 巻 1 号 101 頁、岩本軍平「判批」家族法判例百選新版（別冊ジュリスト 40）170 頁、関川桂作「判批」法学協会雑誌 89 巻 10 号 178 頁、豊水道祐「判批」最高裁判例解説民事編（昭和 45 年度）737 頁。

42 岩本軍平・前掲「判批」171 頁。

43 中川淳・前掲「判批」104 頁。

は、内縁の夫の指図に従って行動をしているにしても、後見人自身の判断で行為をしているのである。判決の解説者は、「右無償譲渡によって Y の受ける利益は、特段の事情（……）がないかぎり、同時に、外形的にも Y の内縁の妻である後見人 A のためにも利益であって…⁴⁴」とするが、本件の無償譲渡が内縁の妻 A の利益になるとはいえず、むしろ、本件の無償譲渡は A の利益とは関係はないというべきである。A は、自身の判断で、内縁の夫 Y のいう通りに、A 自身が行為をしているのであり、Y の行為と同一視することはできない。従って、この事案を利益相反行為として扱うことはできないと思われる。

私見によれば、利益相反行為の事例ではなく、忠実義務違反の事例である。この事案においては、未成年者 X の土地を後見人 A が第三者 Y（A の内縁の夫）に無償譲渡をしているので、後見人 A（代理人）が未成年者 X のために代理行為をしながら第三者 Y（相手方・内縁の夫）の利益のために行為しており、未成年者 X（本人）の利益を害しているので、後見人 A は忠実義務違反行為をしているのである。

そして、A（後見人・代理人）が X（未成年者・本人）の利益を害し Y（相手方）の利益のために行為をしていることを Y も知っているということを、X が証明できた場合には、A の代理行為は無効となるはずである。この判決においては、Y の悪意については触れられていないが、A と Y が内縁から婚姻した関係にあることから、Y が悪意であることは当然のこととして扱われていた（重過失）と考えられる⁴⁵。

44 豊水道祐・前掲「判批」741頁。

45 フランスの判決には、夫（後見人）が未成年者（本人）の株式を第三者（妻）に不当に安く譲渡した事案において、第三者（妻）は悪意又は悪意と見なされるところとしている例がある（柳勝司・前掲書 236 頁参照）。

第3節 利益相反行為

(1) 序

次に、判例の代理権濫用理論あるいは私見の代理人の忠実義務違反と利益相反行為との違いについて検討をする。判例は、代理権濫用理論と利益相反行為との違いについて明確には認識をしていない。しかし、利益相反行為は、判例の代理権濫用理論あるいは私見の代理人の忠実義務違反とは異なっている。そのことを示すために、利益相反行為について検討する。

親権者などの代理人が付されている場合には、利益相反行為の問題が生ずることがある。利益相反行為とは、本人の利益と代理人の利益とが対立することになる行為を、代理人がすることである。本人の許諾なしに代理人が利益相反行為をすると、代理人は本人の信頼を破り、本人の利益が害されるおそれがあるので、利益相反行為はできないとされている。

なお、利益相反行為に類似するものとして、自己契約や双方代理がある。これらの三者はどのような関係にあるのかについて、まず、明らかにしておきたい。

(2) 自己契約・双方代理

自己契約とは、「一個の法律行為において一方当事者が相手方の代理人となること、つまり、同一人が一方の代理人たる資格と、他方の当事者その人であるという資格とを使い分けて代理行為をすること」であり、双方代理とは、「同一人が一個の法律行為における当事者双方それぞれの代理人となって代理行為をすること」であり⁴⁶、この種の代理は、「できない(民法108条)」とされ、禁止されている。そして、「この禁止の根拠としては、……この種の代理行為は本人(ないしは、本人のうちのどちらか一方)の利益を害する結果となる危険(傍点は筆者)が大きいことに基づく、

46 幾代通『民法総則』 343頁。

というのが早くからの学説・判例の理解である⁴⁷。

つまり、自己契約が禁止される理由については、代理人が相手方となり契約を締結するような場合には、代理人は自己の利益を図り、本人の利益を害する危険があるので、現実には本人の利益が害されるかを問題とせず、代理人が本人の許諾を得ることなく自己契約をしたとしても、自己契約をする権限は代理人には与えられていないのであるから、代理人によって締結された契約は無権代理行為であり、効力は生じないということであり、また、双方代理の禁止についても同様であり、本人の許諾なしに、代理人が双方代理をすれば、代理人は相手方の利益を図って行為する危険があるので、双方代理により本人の利益が害される危険性を代理人が生じさせたことだけで、双方代理によって結ばれた契約は無権代理行為となり、効力は生じないということである。

(3) 利益相反行為

「親権を行う父又は母とその子との利益が相反する行為（民法 826 条）」あるいは「後見人と被後見人との利益が相反する行為（民法 860 条参照）」は利益相反行為と呼ばれ、利益相反行為をすることはできず、そのような行為をするためには、特別代理人が選任されなければならない（民法 826 条・860 条）。そして、特別代理人が選任されないで行われた利益相反行為は、無権代理行為とされている⁴⁸。

つまり、利益相反行為とは、自己契約や双方代理には該当しないが、代理人の行為によって、代理人の利益と本人の利益とが相反することになる場合のことであり、本人の許諾なしに、代理人が代理人の利益と本人の利益とが相反する関係を生じさせる行為をする場合には、本人の利益が害される危険があるので、代理人がそのような行為をする権限を子（本人）は

47 幾代通・前掲書・343 頁。

48 幾代通・前掲書・349 頁。

認めることはなく、従って、代理人の行為は無権代理行為となり⁴⁹、効力は生じないことになる。

そして、利益相反行為とは、後でも検討するが、客観的に代理人の利益と本人の利益とが相反している場合のことであり、本人は、代理人が利益相反行為をしているということを指摘するだけで、代理行為の無効を主張できる。現実には本人の利益が害されているということは必要でない。

(4) 利益相反行為と自己契約・双方代理との関係

このように、自己契約・双方代理、そして、利益相反行為は、いずれも、代理人の行為によって本人の利益が害される危険がある場合に、代理行為を無権代理行為として扱い、本人の利益侵害が現実にかかる前に本人の利益を保護しようとする制度であり、類似している制度であるといえる。そこで、利益相反行為と自己契約・双方代理との関係が問題となる。

ある学説は、「826条（利益相反行為）などは108条（自己契約・双方代理）に対する特別規定であり後者は前者によって排除されると考えなくとも、結論に変わりはない⁵⁰」と述べ、民法108条が原則規定で、民法826条が特別規定であるとしている。

これに対して、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」においては、自己契約及び双方代理そして利益相反行為について、「(1) 代理人が自己を相手方とする行為をした場合又は当事者双方の代理人として行為をした場合には、当該行為は、代理権を有しない者がした行為とみなすものとする」、「(2) 上記(1)は、次のいずれかに該当する場合には、適用しないものとする。ア 代理人がした行為が、本人があらかじめ許諾したものである場合 イ 代理人がした行為が、本人の利益を害さないものである場合」、「(3) 代理人がした行為が上記(1)の要件を満たさない場合であっても、その行為が代理人と本人との利益が相反するものであるときは、

49 最判昭和46年4月20日裁判集民事1025号519頁。

50 幾代通・前掲書・349～350頁。

上記 (1) 及び (2) 準用する」として、自己契約・双方代理・利益相反行為の禁止について規定をしている。つまり、自己契約と双方代理を特別な類型として規定した上で、利益相反行為はそのような特別の類型には該当しないが同じ規定が準用されるとしているのであるから、自己契約・双方代理・利益相反行為は同種類であるが、自己契約及び双方代理は、利益相反行為の特別の形態であるということが示されている。

利益相反行為と自己契約・双方代理とのいずれが原則規定であるかについての議論は重要ではないかと思われるが、私見としては、中間試案の考え方で良いのではないかと考えている。

しかし、重要なことは、利益相反行為と自己契約・双方代理とは類似した制度であり、いずれも無権代理行為として扱われており、判例による「代理権の濫用」、あるいは、私見による代理人の忠実義務違反とは異なっているということである。既に述べているように、(a) 利益相反行為や自己契約や双方代理は抽象的に本人に損害を生じさせる危険性のある行為をしているので、抽象的忠実義務違反と呼ぶことができ、また、(b) 忠実義務違反とは、代理人が自己又は第三者の利益をはかり、本人に損害を具体的に生じさせる行為のことであり、具体的忠実義務違反と呼ぶことができるのである。

(5) 親権者による利益相反行為

次に、改めて、親権者による利益相反行為について検討をする。親権者が代理行為を行う場合については、民法 826 条 1 項が、「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」と規定し、同条 2 項は、「親権を行う者が数人の子に対して親権を行う場合において、その一人と他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、その一方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」と規定している。

この規定により、親権者は、家庭裁判所によって選任される特別代理人

を利用することにより、子との間の利益相反行為となることを避けることができる。本来ならば利益相反行為として無効となる行為が、代理人が親権者の場合は、特別代理人が選任されることにより有効な行為となるのであり、特別代理人には子の利益を護る重要な役割が課されていることになる。しかし、現在の特別代理人制度においては、特別代理人は子の利益を保護する役割を十分には果たしていないという指摘が多くなされている⁵¹。

同様な規定は後見の場合にもあり、後見人と被後見人との利益相反行為の場合には、家庭裁判所により選任された後見監督人（民法 849 条参照）が、被後見人を代表する（民法 851 条 4 号参照）ので、本来ならば利益相反行為として無効となる行為が、後見監督人が選任されることにより有効な行為となるのであり、後見監督人には被後見人の利益を護る重要な役割が課されていることになる⁵²。

特別代理人が立てられることにより、利益相反行為は有効に行われることになるが、その場合でも未成年者の保護は計られるべきである⁵³。私見によれば、特別代理人が自己又は親権者などの第三者の利益をはかり、子に損害を与える行為を現実にするれば、特別代理人は忠実義務違反をしたことになり、そのことによる責任追求を受けることになる。

(6) 利益相反行為の外形的客観的性質

判例においては、利益相反行為は、外形的に、客観的に、判断されるということが、繰り返しいわれている。

(1) 手形の振出・譲渡

親権者と子とが共同で手形を振り出す行為、及び、親権者と子とが共同

51 泉久雄『親族法』279 頁、合田篤子・前掲論文「親権者による財産管理権の濫用的行使の規制」91 頁など参照。

52 後見人制度についても、問題がある。我妻栄・前掲書・368 頁は、「後見監督人に代わらせることが果たして適当かどうか、立法論として疑問である」としている。

53 吉田邦彦「判批」判例評論 416 号 44 頁参照。

所持している手形を譲渡する行為においては、親権者と子との間には利益相反の関係はない。

最高裁昭和 42 年 4 月 18 日判決（民集 21 巻 3 号 671 頁）は、親権者が子の法定代理人として約束手形を振出し、自らもその共同振出人となった場合において、右手形が子を主債務者とし親権者をその連帯保証人とする借受金の支払いのために振出されたものであるときには、子と親権者との間に利益相反関係は生じないとし、「民法 826 条にいう利益相反行為に該当するかどうかは、親権者が子を代理してなした行為自体を外形的客観的に考察して判定すべきであって、当該代理行為をなすについての親権者の動機、意図をもって判定すべきでない」としている。また、最高裁昭和 33 年 12 月 11 日判決（民集 12 巻 16 号 3313 頁）は、親権者が自己と共同所持人の関係にある未成年者の子を代理して手形を他に譲渡する行為は、親権者と子の利益相反する行為に当たらない、としている。

このように、判例においては、手形を振り出すことによって、親権者と子とが共同借り入れをしたり、親権者と子とが共同所持している手形を譲渡したとしても、親権者と子との間には外形的には利益相反関係は生じないので、利益相反行為として扱われることはない。

ただし、親権者が、子と共同で借り入れた金銭や子との共同所持の手形の譲渡代金を、子のために使わず、親権者のために、あるいは、第三者のために用いたとすれば、それは、利益相反行為の問題ではなく、代理権の濫用の事案となり、判例によれば、民法 93 条ただし書が類推適用されることになる。そこで、例えば、最高裁昭和 42 年 4 月 18 日判決に関連して、親権者が借受金を自己の事業資金にあてる意図であったことが推認されており、かつ相手方（専門的知識を有する銀行）がより注意深く振る舞って、親権者の意図に気づくべきであったとして、相手方に過失があったと構成する余地はなかったかという疑問⁵⁴が示されている。そのような疑問は、

54 平井宜雄「判批」法学協会雑誌 85 巻 4 号 640 頁参照。

判例の立場に立つと、当然のこととして生じることになる。

しかし、民法 93 条ただし書が類推適用されると、代理行為の相手方が、代理人の真意を知り、又は知ることができたときは、代理行為は無効となるが、手形の振出や譲渡の場合においては、代理行為の相手方は手形の所持者であるから、代理人が自己又は第三者の利益をはかっていることを、相手方が知ることができた場合にも、手形の振出や譲渡の行為が無効となるとすると、手形の取引上は問題となる。そこで、代理人が自己又は第三者の利益をはかった場合は、忠実義務違反として、相手方が、代理人の忠実義務違反の事実を、知っているか、又は、知っているとみなされる場合に、代理行為は取り消され得るとすべきである。

(2) 代理人（親権者）の負う債務のために本人（子）の所有する不動産に抵当権を設定する行為

親権者が負う債務について未成年者の不動産に抵当権を設定する場合（親権者と未成年者との間において客観的に利益相反行為となる場合）

親権者自身が負う債務のために親権者が未成年者を代理して未成年者の所有する不動産の上に抵当権を設定する行為は利益相反行為（この場合、抵当権の実行により未成年者は不動産を失うという不利益を被るが、それによって代理人は自己の債務が消滅するという利益を受ける）であり、無効である⁵⁵。

X1（親権者）が知人 A の借金債務につき連帯保証債務を負い、併せて、A の債務について未成年者 X2～X4 を代理して連帯保証債務者とし、更に、A の債務のために未成年者の土地に抵当権設定登記をしたという事案において、判決は、親権者 X1 が弁済すれば未成年者 X2～X4 は弁済を免れ、未成年者 X2～X4 が弁済すれば親権者 X1 は弁済を免れるなどから、

55 同じような事例として、親権者の債務につき、親権者が、子の不動産について代物弁済予約をする行為も、親権者と子との間に、客観的に利益相反の関係があり、代理行為は無効である（最判昭和 45 年 11 月 24 日家月 23 巻 5 号 71 頁）。

X1の行為は利益相反行為となる（最判昭和43年10月8日民集22巻10号2172頁）としており、利益相反行為となるかについては、外形的客観的に判断をしている^{56・57}。

同じように、未成年者の父（親権者）が負っていた金銭債務について、父母（共同親権者）が、未成年者を代理して未成年者の土地を代物弁済した事案において、未成年者の不利益において父（親権者）が利益を得ることになるので、利益相反行為となり、父（親権者）については特別代理人を選任しなければならないとした（最判昭和35年2月25日民集14巻2号279頁）。

また、家庭裁判所が選任した特別代理人と未成年者との間においても、外形的に利益相反行為であるかの判断をし、特別代理人と未成年者との間に利益相反関係があるにもかかわらず特別代理人がした代理行為は、新たに選任された特別代理人又は成年に達した本人の追認がない限り無効であるとする（最判昭和57年11月26日民集36巻11号2296頁）。

未成年者が負う債務について未成年者の不動産に抵当権を設定する場合（親権者と未成年者との間において客観的には利益相反行為とはならない場合）

未成年者の子が負う債務のために親権者が未成年者を代理して未成年の所有する不動産の上に抵当権を設定する行為は、子と親権者との間には外

56 同じような事例として、最判昭和45年12月18日金法603号16頁、最判昭和50年4月18日金法755号30頁等がある。

57 なお、最判昭和43年10月8日の事案は、X1（親権者）とX2（子）～X4（子）らは、本件土地建物を共同相続をしており、その土地建物に、X1が、知人Aの借入債務のために、抵当権を設定したというものであり、X1は自己X1の持分について抵当権を設定するとともに、X1は親権者として、X2（子）～X4（子）らの持分についても抵当権を設定した場合、X1のX2（子）～X4（子）らについての抵当権設定行為は利益相反行為となり無効となるのであるが、事案においては、Yは抵当権実行による競落人であり、競落許可決定がされ、所有権移転登記も経由されているので、現在においては、民事執行法184条により、X2（子）～X4（子）らは、Yの土地建物の取得を否定することはできない。

形的には利益相反関係はないので、有効である（最判昭和 37 年 10 月 2 日民集 16 卷 10 号 2059 頁参照⁵⁸）。

このような判例に対して、学説は、「典型的には親権者、特に父親の事業資金を調達するために融資をする場合において、子を直接債務者としてその所有不動産を担保に供させるときには、形式的には利益相反とはならないが、問題を抱えていることはいなめない⁵⁹」として問題提起をしている。しかし、既に述べているように、このような場合には、親権者の行為は、親権者と子との間においては、利益相反行為ではないが、親権者が子を代理して、子を債務者として子の不動産に担保を設定して、融資を受け、その融資を親権者（父）の事業資金として用いるとすれば、代理人は忠実義務違反をしているのであり、そのことを代理行為の相手方が知っていたり、知っていたとみなされる場合には、本人は、代理行為を取り消して、無効とすることができる。

なお、前の事例において、学説は、弁護士を特別代理人に選任してもらうことを提案している⁶⁰。しかし、どのような者が特別代理人に選任されたとしても、特別代理人が、本人の利益を害し、自己または親権者などの第三者の利益をはかれば、忠実義務違反として扱われることになる。

第三者が負う債務について未成年者の不動産に抵当権を設定する場合（親権者と未成年者との間において客観的には利益相反行為とはならない場合）

第三者の債務のために、子の所有する不動産に、親権者が子を代理して、抵当権を設定したとしても、親権者と子との間には利益相反関係はないので、親権者の抵当権設定の代理行為は有効である。

前掲最高裁平成 4 年 12 月 10 日判決は、第三者である Y（信用保証協

58 したがって、親権者と子とが平等に分割して負担する共同債務のうち、親権者の負担部分について子の不動産持分上に抵当権を設定する場合は、利益相反行為となる（最判昭和 37 年 10 月 2 日民集 16 卷 10 号 2059 頁参照）。

59 右近健男「判批」ジュリスト増刊担保法の判例 312 頁。

60 右近健男「判批」ジュリスト増刊担保法の判例 312 頁。

会・根抵当権取得者)及びZ会社(自己の債務のための物上保証を得る者)の利益と子であるXの不利益(Z会社の債務につき責任を負担すること)とは外形上利益相反関係があるが、親権者母の利益と子Xの不利益とは外形上利益相反関係はないから、利益相反行為に当たらないことになる⁶¹。

このように、 の場合の検討からも分かるように、本人の利益と代理人の利益とが相反する行為であるかの判断は、外形的客観的に、行われる。そのため、利益相反行為を客観的外形的に判断するとすれば、親権者(代理人)が自己のために使用する意図で未成年者(本人)に債務を負わせ、未成年者(債務者)の不動産に抵当権を設定する行為をしたとしても、利益相反行為には該当しないことになる(の場合)。また、親権者(代理人)と利害関係のある第三者が負う金銭債務のために、親権者(代理人)が未成年者(本人)の所有する不動産に抵当権を設定したり⁶²、未成年者(本人)の不動産を第三者に売却したりすることは、単に代理権を行使しているだけであり、本人と代理人との間で利益相反行為が行われているわけではない、ということになる(の場合)。

なお、繰り返しになるが、 及び の場合において、代理人が本人の利益を害し、自己または第三者の利益をはかっているとすれば、代理人は忠実義務違反をしていることになる。

(3) 代理人と本人とが共同相続人の場合の本人の相続放棄

また、後見人と被後見人(未成年者)とが共同相続人である場合に、後見人が未成年者を代理して相続放棄させることは、後者の相続権の放棄により前者の相続分が増加するというように利益相反行為となるが、「後見人がまずみずから相続の放棄をした後に被後見人全員を代理してその相続

61 田中豊・前掲「判批」513頁。

62 大判大正13年6月7日新聞2288号18頁、大判昭和9年12月21日新聞3800号8頁、最判昭和37年2月27日裁判集民事58号1023頁等参照。

の放棄をしたときはもとより、後見人みずからの相続の放棄と被相続人全員を代理してするその相続の放棄が同時にされたと認められるときもまた、その行為の客観的性質からみて、後見人と被後見人との間においても、被後見人相互間においても、利益相反行為になるとはいえないものと解するのが相当である」とした（最判昭和 53 年 2 月 24 日民集 32 卷 1 号 98 頁）。

このように、代理人と本人とが共同相続人である場合における相続放棄についても、利益相反行為に該当するかどうかについては、外形的に、客観的に判断されている。

(4) 実質的判断説

しかし、このように、利益相反行為について客観的外形的に判断する説に対しては、親権者の行為の動機、目的、結果、必要性、背景などあらゆる事情を考慮して、親権者の当該行為が未成年者の利益と相反する行為であるかを実質的に判断すべきであるとする実質的判断説⁶³がある。実質的判断説は、客観的外形的に判断する説を、「第一に、子にとっての実質的な意味での利益の考慮が軽視されること、第二に、親権者の利益が外形上認められなければ利益相反行為には当たらず、また、このような判例理論さえ知っていれば親権者は容易に利益相反行為の制限を免れうると」して批判をしている⁶⁴。

しかし、実質的判断説が客観的外形的に判断する説を批判するために掲げられている事例としては、親権者（代理人）が自己又は第三者で使用する意図で、未成年者（本人）を債務者として相手方から金銭を親権者（代理人）又は第三者受け取るというような事例である。それは、代理行為の

63 阿部徹「親子間の利益相反行為（二）」民商 57 卷 3 号 414 頁、中川淳『改訂親族法逐条解説』444 頁、小野義美「判批」熊法 82 号 78 頁、谷口友平「利益相反行為」判例演習（親族・相続）269 頁、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 卷（親権・後見・扶養）45 頁など。

64 合田篤子・前掲論文「親権者による財産管理権の濫用的行使の規制」89 頁参照。

形式を取りつつ、本人の利益を害し、親権者（代理人）又は第三者の利益をはかる行為であり、判例の代理権濫用の事例（私見の忠実義務違反の事例）に該当することになる。そのため、このような事例は代理権の濫用の問題として捉えるべきであるとする学説⁶⁵もある。

しかし、判例の代理権濫用理論には、適用される範囲が制限されている一方、取引の安全からも問題があることは既に述べているところである。私見においては、このような代理行為の事例は、忠実義務違反の事例として扱うべきであり、実質的判断説を取らなければならない理由はないと考える。実質的判断説については、云われているように⁶⁶、事後的に取引の相手方にはわからなかった代理人の真の意図・動機・借財の用途などを持ち出して、利益相反性を判定するとすれば、取引が不安となることは明らかであり、この説を支持することはできない。

なお、利益相反行為を形式的に判断しつつも、「形式的にみて、子に不当な不利益を課し、親権者が背後で利得するおそれのある行為については、すべて利益相反行為である⁶⁷」として、実質的判断説に近い考え方をする説⁶⁸もある。しかし、「親権者が背後で利得するおそれのある行為（傍点は筆者）」は「すべて利益相反行為である」とすれば、代理行為を行う親権者とは安心して取引を行うことはできないことになり、未成年者の財産を取引に用いることができにくいことにもなる。

制度のあり方としては、未成年者の財産を取引に用いることを認めるが、しかし、未成年者の利益を守るために、外形的に親権者と子とが利益相反関係にある場合は親権者の代理行為は無効とし、外形的には親権者と子とが利益相反関係にはない場合は親権者の代理行為は有効とし、ただ、親権者（代理人）が子の利益を害し、自己または第三者の利益をはかっている

65 阿部徹「親子間の利益相反行為（一）」民商 57 卷 1 号 49 頁、我妻栄『親族法』335 頁。

66 吉田邦彦「判批」判例評論 416 号 202 頁参照。

67 道垣内弘人「判批」民商雑誌 108 卷 6 号 919 頁。

68 石田喜久夫「判批」法律時報 66 卷 3 号 115 頁参照。

ことが証明された場合には、代理人の行為は忠実義務違反であるとして、そして、代理行為の相手方が、代理人の忠実義務違反の事実を知っていた（悪意）か又は知っているとみなされる場合（重過失）には、代理行為は取り消され得るという理論が、絶対に、必要であると考える。

(7) 利益相反行為と忠実義務違反との区別

ここまで、利益相反行為について述べてきたが、次に、利益相反行為と忠実義務違反（判例は代理権濫用と呼ぶ）との違いを明らかにし、両者の区別を明確にしたい。

前述のように、自己契約や双方代理は利益相反行為の一つの事例であり、自己契約や双方代理及び利益相反行為においては、代理人は代理権限が認められていない行為をしているのであるから、代理人の行為は無権代理行為となる。

これに対して、忠実義務違反（判例における代理権濫用）においては、代理人は代理権限の範囲内で行為しているので、代理人の行為は有効であるが、ただ、代理人には代理行為を利用して本人を害し、自己又は第三者の利益を得ようとする意図があり、その代理人の意図を知っていた（悪意）又は知っていたとみなされる（重過失）相手方に対しては、本人は無効を主張できる。

このように、忠実義務違反（判例の代理権濫用）と利益相反行為とは区別できるが、しかし、判例は、このような区別をしていない。

例えば、前掲の最判昭和45年5月22日民集24巻5号402頁は、後見人A（Yの内縁の妻。後にYと結婚）が、未成年Xの土地を、Y（Xの伯父）に無償で譲渡をしたという事案において、未成年Xと後見人Aとの間には何らの利益相反の関係はないにもかかわらず、利益相反行為が問題となっているとしている。しかし、事案においては、後見人Aが、未成年者Xの土地を伯父Yに無償で譲渡するというように、未成年者Xの利益を害して、第三者Yの利益のために行為をしていたのではないかということが問題の核心であったはずである。

また、前掲の最高裁判平成4年12月10日判決は、「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解することはできない」と述べ、親権者の行為は利益相反行為に当たらないものであるから、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いるので、利益相反行為に当たらないことと代理権濫用との間に何らかの関係があるかのような記載になっており、利益相反行為と忠実義務違反（判例の代理権濫用）との関係を不明確にしている。

しかし、利益相反行為は無権代理行為であり、忠実義務違反行為（判例の代理権濫用行為）は有権代理行為であるので、それらの二つの制度は区別されるべきである。

学説においては、判例の代理権濫用理論について、代理権濫用行為は無権代理行為となるのか、表見代理行為となるか、有権代理行為となるか、さらには、判例と同じように、民法93条（心裡留保）が類推適用されるか、について議論があった⁶⁹。しかし、忠実義務違反行為（判例の代理権濫用行為）をしている代理人は、代理権限の範囲で、代理人として、代理行為をしているのであって、表見代理行為をしているのではなく、また、無権代理行為をしているのでもなく、心裡留保が類推適用される行為をし

69 その議論の内容については、中島秀二「濫用代理論批判」『財産法学の新展開』81頁以下参照。なお、中島秀二説は、「付随義務（相手方保護義務）」によって、問題の解決を計る（同論文94頁以下）。給付契約の当事者は信義誠実原則から相互的信頼に基づく付随義務（相手方保護義務）を負い、そのような付随義務違反があると、給付契約が解除されうるとする。しかし、付随義務違反だけで契約を解除できるとすることには原則的には無理があるように思われる。また、仮に解除ができたとしても、対抗要件を備えた者に対しては、解除の効果を主張できない（最判昭和33年6月14日民集12巻9号1449頁参照）ので、本人の保護としては不十分である。

ているのでもない。前述のように、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」は、表見代理説⁷⁰や無権代理説⁷¹や心裡留保の規定の類推適用説などの諸説があるにもかかわらず、どの説も採用していない。

やはり、代理人が代理権限の範囲で行為をしている限り、有権代理行為をしていると解しざるを得ない。最高裁昭和44年4月3日判決理由（民集23巻4号709頁）において、大隅健一郎裁判官は、少数意見として、「このように代理人がその権限を濫用して代理行為をなし、相手方がその事実を知っていた場合に民法93条但書の規定を類推適用することは、その理由に乏しいのみならずかえって不適當であって、むしろ、かかる場合にも代理行為は有効に成立する」とする見解を明確に示している⁷²。

(8) まとめ

代理行為が行われる場合、代理人は代理権限の範囲内で行為しなければならない。代理人は、自己契約や双方代理となることを避け、さらには、本人と利益相反関係に立たないように注意しなければならない。親権者や後見人は、未成年者と利益相反関係になる場合には、特別代理人が選任されなければならない。選任された特別代理人であっても、忠実義務違反をすることもあり得る。また、自己契約、双方代理、利益相反行為は、いずれも客観的外形的に判断され、本人に実際に損害が発生していなくとも、代理行為は無効となる。

そして、自己契約、双方代理、利益相反行為にあたらぬ場合であって

70 舟橋諄一『民法総則』131頁、川島武宜『民法総則』380頁、鈴木禄彌『民法総則講義（改訂版）』196頁など。

71 幾代通『民法総則（2版）』312頁。

72 大隅裁判官は、さらに続けて、代理権濫用行為は「有効に成立するが、代理人の権限濫用の事実を知っていた相手方が本人に対してその権利を行使することは、権利濫用ないし信義則違反の行為として許されない（民法1条2項3項）ものと解すべきである」という見解を示している。なお、大隅裁判官は、最高裁昭和42年4月20日判決民集21巻3号697頁においても同様の見解を述べている。

も、本人側が、代理人が忠実義務違反をしていることを証明し、そのような事実のあることを相手方も知っている（悪意）か、知っているともなされる場合（重過失）には、本人の取消の意思表示により、代理行為は無効となる。

むすび

以上述べてきたことをまとめて、むすびとしたい。

代理人が自己又は第三者の利益を図るため権限内の行為をしたときは、相手方が代理人の意図を知り又は知ることができるときは、民法 93 条ただし書の規定を類推して、代理人の行為はその効力を生じないとする判例は、理論的にも成りたらず、現実の適用においても妥当ではないので、廃止されるべきであり、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」が、「代理権の濫用」として、提案している、「代理人が自己又は他人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、相手方が当該目的を知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の意思表示をすることができるものとする」という規定が妥当である。そして、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」が提案する規定は、代理人の本人に対する忠実義務違反の効果について述べていると考えることができる。

代理人が自己又は他人の利益を図る目的で代理権の範囲内とする行為は、忠実義務違反の行為であるが、相手方との関係においては、有効としなければならない。しかし、代理人が、自己又は他人の利益を図り、本人の利益を害する目的で行為をしているということを、相手方が、知り又は重大な過失によって知らなかったときは、本人は、相手方に対し、当該行為の効力を本人に対して生じさせない旨の取消というような意思表示をすることができ、それによって、代理人の当該行為は無効となると考える。

次に、判例の上では、代理権の濫用とか、第三者による債権侵害とか、

利益相反とかの事例として扱われていた事例が、代理人の忠実義務違反の事例としては扱われるべきであるという観点から、過去の3つの判決（最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁、大判大正4年3月10日（付帯私訴事件）刑録21輯279頁、最判昭和45年5月22日民集24巻5号402頁）を取り上げ、再検討をした。

また、代理人の忠実義務違反行為は相手方との関係においては有効であるが、自己契約や双方代理のような利益相反行為においては、代理人の行為は代理権限外での行為であり、無効である。こうしたことから、忠実義務違反行為と利益相反行為とは区別されるべきであるということを述べた。

そして、代理人には履行義務とは異なる忠実義務（代理人は本人に対して忠実に行為しなければならず、本人の利益を害して、自己又は第三者の利益をはかる行為はしてはいけないという義務）も課されている⁷³こと、及び、忠実義務違反の行為がされた場合の効果について述べた。

73 忠実義務は、履行義務に付随した義務であり、いわゆる付随義務の一種である。