

Title	〔最高裁民訴事例研究二〕親権者の債務の担保のため未成年者の不動産に抵当権を設定するについて特別代理人選任の審判と被担保債権額の表示の要否等 債権不存在確認請求事件 (第三小法廷二月六日)
Sub Title	
Author	石川, 明 (Ishikawa, Akira) 伊東, 乾 (Itō, Susumu) 民事訴訟法研究会 (Minji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.5 (1963. 5) ,p.75- 78
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19630515-0075

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔最高裁判事例研究 二〕

昭三七三(最高民事二)
号二二三頁)

親権者の債務の担保のため未成年者の不動産に抵当権を設定する
について特別代理人選任の審判と被担保債権額の表示の要否等

債権不存在確認請求事件(第三小法廷二月六日)

原告・控訴人・上告人X所有不動産につきXの親権者の特定の債務担保のための抵当権を設定する目的で家事審判により特別代理人訴外Fが選任された。FはXを代理して被告・被控訴人・被上告人Yと当該不動産につき根抵当設定契約を締結。XはYを被告として根抵当権無効確認の訴を提起。Fは当該不動産につき抵当権を設定する代理権を与えられているにすぎず、根抵当権設定契約締結の権限は付与されていない。特別代理人の選任は親権に服する子の利益を親権者の恣意から保護するため設けられた特別の制度であるがゆえに、特別代理人の権限も、その制度の趣旨にてらし厳格に解すべきである。抵当権と根抵当権はその性質内容を異にし種々の点で法律関係に差異を生じる(原告側は上告理由中で、両者の性質上の相違として、普通の抵当権は債権額一定不動なるも根抵当は債権極度額の範囲内で債権額は現実の貸与金額により変動し、したがって、債権発生の時期についても貸与の時期により個々別々であるから、一つは単一他は数個発生する、といつてゐる)。したがって、Fに根抵当権設定権限は付与されていない、と主張した。Yはこれに対して、抵当権設定権限は当然に根抵当権設定権限を含む、と主張し

た。第一審請求棄却。X控訴。控訴棄却。X上告。従来の主張に於いて、以下の理由により原判決が審判不届の判決であると主張した。すなわち、特別代理人選任の審判には単に抵当権を設定するにつきとあり、被担保債権額が明示されていないから、代理権限の定めなき無効の審判で、授權の効力を生じない、という控訴人の主張する重要論点につき原判決は審理・判断をしなかつた、というのである。上告審の判断は、「本人所有名義の不動産については本人の親権者が自己の特定の債務を担保するため本人所有の不動産を容れ、家庭裁判所が親権者の右債務を担保するため本人所有の不動産に抵当権を設定するについてある者を本人の特別代理人として選任する旨の審判をしたときは、これに右被担保債権の全額を表示しない場合でも、右特別代理人は根抵当権を含む抵当権の設定について授權されたものと解するのが相当である」とした。上告棄却。

判旨に反対。

問題は、審判が特別代理人にいかなる範囲の代理権を与えているかという点に存する。民法八二六条は親権者と子の利益相反行為につき「親権を行う父又は母とその子の利益が相反する行為については」と規定するが、各利益相反行為ごとに特別代理人を選任し、各利益相反行為の終了とともに特別代理人は代理権を失うと理解すべきか、あるいは、利益相反行為については後見人のように概括的に

特別代理人が選任されることも可能であると理解してよいのか、この規定からだけでは充分明瞭とはいえない。後者のように解する余地も充分考えられるが、後説により仮りに利益相反行為につき概括的代理権をもつ特別代理人が選任されたとする、特定の行為が利益相反行為であるか否かにつき家庭裁判所の判断をうけないから、この点に基因する法的紛争が生じやすい。しかし、審判については既判力がないから(一五)審法、特別代理人選任の審判により、選任の原因たる行為が利益相反行為であり、特別代理人の選任を必要とする場合であり、選任により特別代理人が代理権を有効に与えられたことが既判力をもつて確定されるわけではない(利益相反行為ではないにもかかわらず、審判により選任された特別代理人が代理権をもつか否かは問題である。審判には既判力がないから、特別代理人に当該行為につき代理権が与えられたことが最終的に確定するわけではないが、第三者は表見代理に関する民法一〇九条の規定により保護されるものと理解すべきであろう)。したがって、後説をとる場合に限らず、前説を是認する場合でも、前記諸点につき争いの生じる余地は充分ありうる。しかし、民法八二六条は利益相反行為につき子の利益を保護するため設けられた規定であり、同一の特別代理人に包括的代理権を与えるよりは、各利益相反行為ごとに特別代理人を選任する方がはるかに子の利益の保護の要請に適合する。けだし、各相反行為ごとに諸般の事情が異り、子の利益をよりよく保護しうる特別代理人も異なることが考えられるからである、という主張もある。しかし、特別代理人が子の代理人として適任でなければ別に新たに特別代理人

を選任すればよい。したがってこの主張も後説を否定する充分な根拠とはいえない。かくして両説のいずれを是認すべきかにわかに決し難い。

後説によると、X主張のごとく特定債務担保のための抵当権の設定権限が根抵当権の設定権限を含まず、両者が全く別個のものであるとしても、前者を内容とする審判により後者の代理権を特別代理人に認めることも可能であるかもしれない。前説によればかような可能性はないといわねばならない。しかし、後説によつても、代理権の範囲を明確にし、特定の行為につき特別代理人を選任することまで否定するものではないであろうから、問題は本件審判がいかなる範囲の代理権を特別代理人に与えているかということである。

審判が債権額を示さないまでも、債務を特定して右債務のための抵当権設定のために特別代理人を選任するというならば、特別代理人は当該不動産につき根抵当を設定する代理権はもたないはずである。根抵当設定権限が当然に根抵当権設定権限を含むというのはXの主張のごとく論理的に正確とはいえない。債務を特定せず親の債務のために子の不動産につき根抵当を設定するために選任された特別代理人、あるいは親の債務担保のため根抵当を設定する目的で特別代理人を選任しているならば、当該不動産につき特別代理人が根抵当を設定する代理権をもちうることも当然である。

本件審判はXの親権者の特定債務担保のための根抵当を設定する目的で特別代理人Fを選任しているようであるから、X主張の通り、Fは根抵当設定につき代理権はもたないと解すべきで、この点本判

決には賛成しえない。ただ被担保債権特定のために債権額は必ずしも示す必要がないとする点は賛成である。Xの請求を棄却した控訴審判決は正しくないものであるから上告には理由があり、最高裁判所は原判決を破棄し事件を原審に差戻すか自判すべきであろう。

なお、XはFのなした根抵当権設定契約を無効と解している。Fの行為は「代理人カ其権限外ノ行為ヲ為シタル場合」にあたるが、審判によれば「其権限アリト信スヘキ」場合にあたらないから、これに民法一〇〇条を適用することはできない。民法一一三条により追認されるまで無効と解すべきであるから、この点でXの主張は正当である。

(石川 明)

昭三七4(最高民集一六卷) (三号五一四頁)

過大催告無効の判断と理由不備

家屋明渡等請求事件(昭三七・三・九第二小法廷判決)

被告は四者あり、Y₁は家屋の賃借人、Y₂とY₃はY₁の債務についての連帯保証人、Y₄は原告(X)が転借人と目する者である。XはY₁ないしY₄を共同被告として、それぞれに家屋の明渡または(および)賃料の支払を訴求、第一審では大体においてこのXの請求が認められたので、Yから控訴したところ、控訴裁判所はYの有利に第一審判決を変更、なかんずくY₁、Y₄の家屋明渡義務を否定した。理由は数点にわたるが、その一点として、Xの賃料不払による契約解除の主張につき、次のような判示がある。曰く、「されは結局七、三三三円の延滞分について二九、九三〇円の催告をしたことに帰するので過

大催告といいうるのみならず、かりにそうでないとしても後記認定のように控訴人船田(Y₁)は昭和二八年春から夏にかけて三〇万円にもぼる改造、修理費の支出をし、本件建物の裏にある被控訴人(X)所有家屋の電燈料を毎月負担しているのて今すぐ簡単に値上の要求には応じ難いとの態度をとっていたことは、控訴人本人船田(Y₁)の原審ならびに当審における供述によつてうかがえるところであつて、一方被控訴人(X)の催告した家賃金は統制価額によるものではあるけれども、これすらも船田(Y₁)が承諾しなかつたことには右の如き事情があつたので同人は主観的に正当と考ふる千円の約定賃料は支払つてきたこと等の諸事情に照らせば、控訴人船田(Y₁)の賃料不払をもつて本件契約を解除しなればならない程重大な不履行とまで認めることはできない」と。Xからの上告に基づき、この第一審判決を破棄し、事件を第二審裁判所に差戻したのが、本本案であつて、曰く、「原審は、被告上告人船田(Y₁)の延滞家賃額七、三三三元に対し、これを二九、九三〇円として催告した上告人(X)の所論過大催告を無効とし、該催告に基く上告人(X)の所論契約解除の主張を排斥しているが、右の無効をいうためには、上告人が右催告に当り前示催告額全額の提供を得なければその受領を拒絶する意思を有した点の認定が必要であるところ、原判示過大の程度を以てしては直ちに右受領拒否の意思を推認することはできないし、原判文上右の点の審理判断を尽した跡は見あたらない。原判決には、この点につき理由不備の違法あるものというべく、他の一点とともに、原判決は破棄を免れない」と。

判旨は、原審がいわゆる過大催告の法理に基づいて契約解除の主張を却けたものと解しているが、果して原審の趣旨はそうであろうか。むしろ、原審の趣旨は、契約解除権発生の要件たる重要な債務

の不履行がないことを、言おうとするものと解せられ、重要な債務の不履行がないということ、催告が過大で無効であるということとは、二つの別の事柄である。なるほど、原審の判文中には「……過大催告といふのみならず、かりにそうでないとしても……」という表現はあるけれども、「過大催告といふ」といふのは原被告の主張金額が違いすぎるの意にもとれ必ずしも言わゆる過大催告の法理を援用したものと読む必要はないばかりでなく、そう読んでは却つて「かりにそうでないとしても」以下の説明がピッタリしないことになる。上告審は、下級審の判決を前提とし、軌道の逸脱をチェックするもので、これに成り代わるべきものではないから、原審判決の趣旨はこれを善解し、自己の見解のみを押しつけることに急であるべきではない。そうであるとすれば、上告審は、原審判決の趣旨を成るべく活かすように解すべきで、本件でも、先ず、原審判決の趣旨は、契約解除権発生の要件たる重要な債務の不履行がないことを理由としてXの契約解除の主張を却けたものとして、受取らるべきであつたであろう。そして、そう受取つたとすれば、原審理由の首尾は一おう整つていることが認められ、これを理由不備と難じる余地はなかつたものと思われる。言うまでもないことだが、実体法の解釈として契約解除権発生の要件を原審のように理解することが正しいか否か、および、本件具体的事案が果して原審のみるように重要な債務の不履行がない場合にあつたかどうかは、これとは全く別の問題で、「理由不備の違法」(民訴三九五)の問題ではない。本件の場合、おそらく、重要な債務の不履行がないと断じるこ

とは法令の適用として誤で、この点から原判決の破棄は免れなかつた所であるが、それは判断の誤で、手続の誤ではない。たとえ破棄の結果は同一であるとしても、判断の誤を「理由の不備」と混同したのでは、理由の不備が絶対的上告理由であるため、いたずらに破棄の機会を多くし、上告審がその使命を逸脱する危険を育てることになる。

あるいは、原審判決の趣旨が解釈を要する程に不明確なものだといふことが、理由の不備にあたるという見方があるかも知れないが、絶対的上告理由は、ほんらい、判決の結論への影響を問うことが不要な程度の重要な手続(形式)の瑕疵を拾つたもので、一般に上告理由は判決の結論への影響を必要とするのが原則なのであるから、本件の程度の不明瞭を絶対的上告理由へ追いやるのは強弁である。また、判旨のように、原審判決の趣旨を、言わゆる過大催告の法理を援用したものと仮に受取るとしても、催告額全額の提供をえなければ債権者がその受領を拒絶する意思を有していたことが必要かどうかは、やはり解釈の問題で、理由の具備の問題ではない(必要と、勿論正当だが、そうした解釈を確立した法規として前提固執し、原審も同じ前提をとると予定したために、これに添うた説明が欠けているのを捉えて理由の不備とする余地を生じたわけであるが、その場合にも正しい法理)。

結局、破棄という結果には賛成だが(本件では別にもう一つの破、原判決の瑕疵を「理由の不備」とすることに賛成できない)。

なお、本件については、山下末人助教の、実体法の角度からの判例批評がある(号六四八頁)。