

本人無能力時における任意代理権存続に関する一考察（上）

志 村 武

はじめに

I 日本民法一一一条と六五三条

1. 民法起草者の意思
2. 立法当初から現在までの学説
3. 現在の学説とその検討
4. 私見（以上本号）

II アメリカ法

1. コモン・ロー上の原則
 2. コモン・ローの発展
 3. 持続的委任状法による修正——統一持続的委任状法（一九七九年制定）、カリフォルニア州統一持続的委任状法（一九八一年承認）を素材として——
- III アメリカ法から得られる日本法への示唆
おわりに

はじめに

現在日本は、人類がかつて経験したことのない速さで、経験したことのない高齢社会に向かって進んでいるといわれている。すなわち、六五才以上の高齢者の人口は、一九九二年の時点で一六二四万二千人であり、総人口の一三・一パーセントを占めていたが、二〇一四年には三〇〇〇万人を突破し、その人口比率も一九九二年時の約二倍の二三・六パーセントに達するなど、今後急速な高齢化が進むことが予想されている。なかでも注目されるのは七五才以上の後期高齢者人口が著しく増加することである。後期高齢者人口は、一九八五年に四七一万二千人であったが、一九九〇年には五九七万三四八五人に増えており、二〇一四年には一四二三万四千人へと急増することが予想されている。

このような高齢者なかでも後期高齢者の急速な増加とともに、身体的・知的な障害を持ち介護を必要とする高齢者が増えていくことは避けられないと考えられている。寝たきりの状態にある高齢者数は一九九〇年度において全国で約七〇万人（高齢者人口の約四・六パーセント）であり、二〇〇〇年には約一〇〇万人に達するものと推定されている。また、痴呆性高齢者数も一九九〇年度において全国で約一〇〇万人（高齢者人口の約六・七パーセント）であり、二〇〇〇年には約一五〇万人に達するものと推定⁽¹⁾されている。

寝たきり高齢者や痴呆性高齢者などの現に介護を必要としている高齢者および将来そうなるおそれのある高齢者の身上監護・財産管理をいかに行うべきかという問題は単に法律学の上に課せられた問題ではなく広く社会福祉・

医療等の問題でもあるが、なかでも民法上非常に重要かつ深刻な問題となりつつある。

現行日本民法は、直接にはこのような高齢者を念頭に置いていないが、知的障害者や精神障害者等が「心神喪失ノ常況ニ存ル者」または「心神耗弱者」に該当する場合には、家庭裁判所がそれぞれに禁治産宣告・準禁治産宣告をなし後見人・保佐人を付することによって本人の保護を図っている（民法七条、八条、十一条、一三条）。すなわち後見人は被後見人の代理人として身上監護・財産管理を行うことにより（民法八五八条一項、八五九条）、保佐人は民法二二条に規定されている重要な法律行為につき同意を与えることにより、本人の保護を図っているのである。

しかし、既に多くの論者が指摘するように⁽²⁾、日本民法上の行為無能力制度および法定代理制度は、あまりに画一的であり本人の残存能力ひいては本人の自己決定権を尊重していないこと、身上監護への配慮が不十分であること、宣告手続に多くの時間や費用がかかり、また宣告が公示されることにより本人やその家族が不名誉な烙印を押されたと感じてしまうこと、身体的障害者に対する保護を予定していないことなど数多くの欠点を抱えており、真に本人保護のために機能していないというのが現状である。

ドイツにおいても、行為能力剥奪宣告による後見人の任命につき日本と同様の問題が存在していたが、一九九〇年に行為能力剥奪宣告が廃止され世話法の制定をみて、真に本人の保護となると考えられる柔軟な制度が創設された。オーストリア、フランス、スエーデンでもこのような趣旨の下に従来の法定代理制度が改正され、新たな成年後見法が整備されている。このような諸外国の動向を踏まえて、日本でも成年後見法整備の必要性が広く唱えられているが、現在のところまだ民法の改正ないしは特別法の制定は行われていない⁽³⁾。

以上のような法定代理制度の改正が大陸法系の諸国において行われているのに対して、英米法系のアメリカでは、

本人の無能力宣告と後見人の任命に裁判所が関与することにより多くの費用や時間がかかるという日本にも共通する問題を回避し、本人の自己決定権を尊重するために、コモン・ロー上の任意代理権存続に関する原則を修正する統一持続的委任状法（Uniform Durable Power of Attorney Act）⁽⁴⁾が一九七九年に成立し、各州においてそれを採用した制定法が制定され、新たな任意代理制度⁽⁵⁾が活用されるにいたっている。

すなわちコモン・ロー上、本人が意思能力あるときに代理人に付与した任意代理権は、本人の能力喪失により失効するとされていたが、持続的委任状法により本人の能力喪失にもかかわらず代理権は存続するとされたのである。また、本人の能力喪失を停止条件として代理権が発効することも認められた。この制度は特に高齢者にとって有益であるといえる。なぜなら、これにより高齢者は意思能力が減退し始める前に、自分の身上監護・財産管理につき持続的委任状を作成し任意代理権を任意代理人へ授与しておけば、意思能力喪失後の任意代理人による身上監護・財産管理を自分が望むように確定することができるからである。

現在、先に述べた高齢化社会の急速な進展を背景として、このアメリカの持続的代理制度を日本民法の解釈上利用できるかどうかという問題意識の下に、「本人が意思能力あるときに代理人に付与した任意代理権は、特約なき場合、本人の能力喪失後も存続するか」という命題が議論され、いくつかの学説が提唱され鋭く対立するに至っている。

本稿は、この本人無能力時において任意代理権が存続するか否かという問題につきともすれば噛み合っていないと思われる日本法上の議論を整理し、また日本法に対する示唆を得るためにアメリカ法上の持続的代理制度を検討しようとするものである。

日本法上、この問題は結局、代理権消滅事由を規定する一一一条と委任終了事由を規定する六五三条をどのように解釈するかという問題に帰着すると思われる。本稿ではこの解釈論を深く掘り下げて考察するために、第一章においては、まず、一一一条と六五三条についての日本民法起草者の意思を明かにし、次いで、立法当初から現在までの学説をたどることとする。その上で、現在の学説を位置付け対立点を明かにした上で、この問題に対する私見を述べることにする。

また、第二章においては、日本での議論のモデルとなっているアメリカ法を検討することとする。ここでの目標はアメリカにおいてコモン・ロー上の原則を修正して制定された持続的委任状法の内容を明かにすることである。そのためには、まずそもそもこの法律によって修正されることとなったコモン・ロー上の原則とは何であるのかを明かにしなければならない。そこで、いくつかの先例と代理法リステイメントによりコモン・ロー上の原則を具体的に明かにし、次いでコモン・ローの発展を跡付けたい。その上で持続的委任状法によるコモン・ローの修正を、統一持続的委任状法（一九七九年制定）、カリフォルニア州統一持続的委任状法（一九八一年承認）を素材として、持続的委任状法の制定に至る経緯、内容の特徴、問題点の順に検討することとする。最後にアメリカ法から得られる日本法への示唆を考えることとしたい。

- (1) 以上につき、『厚生白書』（平成五年版）九〇—九一頁、『厚生白書』（平成七年版）一九頁、一九三—一九五頁参照。
- (2) たとえば、新井誠『財産管理制度と民法・信託法』（一九九〇年）二七—二〇頁、同『高齢社会の成年後見法』（一九九四年）一四—一五三頁、須永醇『成年後見制度の今後』月刊福祉一九九四年一月号三一—三二頁。
- (3) たとえば、米倉明他『特集成年後見制度の検討』ジュリスト九七二号（一九九一年）、野田愛子編『新しい成年後見制度をめざして』（一九九三年）等参照。

(4) アメリカ法における“Durable Power of Attorney”あるはイギリス法における“Enduring Power of Attorney”という語に対して「持続的代理権」という訳語をあててるのが一般的であるが、アメリカ、イギリスの代表的な法律辞典（ブラック（一九九〇年版）、オズボーン（一九九三年版））によれば、“Power of Attorney”は「文書」(“instrument”、“deed”)を意味するので、あえて本稿では“agency”（代理権）と区別して「持続的委任状」という訳語を用いることとした。

(5) アメリカにおいても、法定代理制度（後見制度）自体の改革も後見人の権限の制限という点については既に行われている。すなわち、本人の自己決定権・自律性と保護の必要性とを調和させるといふ趣旨の下に、本人の残存能力を最大限尊重し本人の足りない能力を補う限度で後見人が権限を持つ部分後見制度である「制限された後見制度（Limited Guardianship）」が広く確立しているのである。この点については、拙稿「アメリカ合衆国における精神遅滞者保護のための制限された後見制度」早稲田法学会誌第四三巻（一九九三年）二九一頁以下参照。

I 日本民法一一一条と六五三条

1. 民法起草者の意思

日本の民法典の起草者は本人無能力時における任意代理権の存続についてどう考えていたのだろうか。民法起草者である富井政章博士および梅謙次郎博士の現行民法一一一条と六五三条に関する見解をみることにする。

(1) 富井説

富井博士は民法一一一条につき「本人ノ能力喪失ハ法定代理権発生ノ理由ト為ルコトアルモ代理権ノ消滅ヲ来スヘキ理由アルコトヲ見ス（「反対」旧民法財産取得編二五一条三号²）」と述べており、本人が能力を喪失しても、禁治産

宣告をうけて法定代理権が発生することはあるが、任意代理権⁽³⁾は消滅しないと考えていた。

法典調査会における民法起草過程の発言においては、旧民法財産取得編二五一条三号が委任者の禁治産によって委任は終了すると規定していたがこの点を改めたことにつき、一旦人を信頼して委任をした以上はその委任を取り消さないと推定すべきだ、本人死亡の場合には相続人と受任者との間に信頼が存在しないので委任を継続することは相続人にとって迷惑となることがあると述べた後で、「此治産ノ禁ヲ受ケタ場合ニハ其法定代理人タル後見人ト云フ者が居ツテ其者が之ニ代ツテ法律行為ヲ為ス夫レ故ニ實際ハ委任者が精神ヲ慥ニシテ居ルノトソナニ違ハナイ委任ヲ存セシメタ方が却ツテ当事者ノ為ニ便利ナル場合ガ遙カニ多カラウト思ツテ其點丈ケハ既成法典ヲ改メマシタ⁽⁴⁾」と述べ、法定代理人たる後見人が本人にとって代わって法律行為を行うのであるから本人は禁治産宣告を受ける前の精神的に正常であつた時と変わらず、委任を存続させたほうが当事者にとって便利であるので旧民法を改めて委任を存続させたとしている。

(2) 梅説

梅博士は『民法要義』(巻之一、総則編)では、民法一一一条の説明箇所⁽⁵⁾において本人の禁治産について触れていない。また『民法要義』(巻之三、債権編)の民法六五三条に関する説明箇所⁽⁶⁾でも委任者の禁治産については触れていない。しかし、一一一条の説明箇所⁽⁷⁾で「商法二六八条ニオイテハ商行為ニ付キ本人ノ死亡ヲ以テ委任代理消滅の原因トセス是頗ル進歩シタル主義ニシテ世ノ進運ト共ニ取引ノ益々頻繁ニ赴クニ従イ本人カ死亡スレハ代理権直チニ消滅スルモノトスルトキハ實際ノ不便頗ル多キヲ以テ漸次商法ノ主義ヲ採用スルニ至ルヘキハ余カ信シテ疑ワサル所ナリ⁽⁷⁾」と述べ、本人の死亡についてさえ取引の安全の見地から代理権を存続させるのが「進歩シタル主義」である

本人無能力時における任意代理権存続に関する一考察(上)

と考へていたのだから、本人が禁治産宣告を受けた場合には当然代理権は存続すると思はれた⁽⁸⁾。

實際、以下のように『民法原理』総則編「巻之一巻之二合本」において、梅博士はこの立場を明確にしてゐる⁽⁹⁾。

すなわち、まず一一一条の規定は法定代理と任意代理の双方に適用があるけれども、任意代理については特別の規定があるので一一一条は實際上ほとんど法定代理にだけ適用されることを述べた上で、「本人力禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ特ニ法定代理人ヲ置ク必要ヲ生スルノミニシテ為ニ法定代理ノ消滅ヲ来ス理由ナシ」として、破産者や不在者である本人が禁治産宣告を受けた場合に、破産管財人や不在者の財産管理人の権限が突然消滅することは本人にとつても利害關係人にとつても不利益であると述べている⁽¹⁰⁾。そして、法定代理に関する以上の記述を受けて、任意代理の場合について次のように問題を提起している。

「委任ノ場合ニ於テハ何故ニ第六五三条ニ於テ本人ノ破産ノミヲ委任終了ノ原因ト為シ本人ノ禁治産ヲ除キタルカ而シテ此場合ニ破産ト禁治産トヲ區別シタル理由如何⁽¹¹⁾」

これに答へて破産の場合については、委任者が破産すると受任者の委任者に対する信頼が損なわれること、委任費用の償還を受け得ず迷惑を被ることが通例であることから当事者の意思により委任は当然消滅すると述べている。また本人から見ても破産の場合には一時その業務を中止することが本則であると述べている。この破産に関する記述を踏まえて本人の禁治産につき次のように論じている。

「然ラハ即チ本人ノ禁治産ハ何故ニ之ヲ以テ委任ノ場合ニ於ケル代理権消滅ノ原因ト為ササルカ他ナシ禁治産ノ場合ニハ本人ハ無能力者ナリト雖モ之カタメニ財産上大ナル影響ヲ被ルコトナシ故ニ其業務ヲ中止スルノ必要ナキコト多シ又本人力禁治産ノ宣告ヲ受クルモ其者ノ代理人ト為ルコトヲ厭フヘキ謂レナク又縦令費用ヲ出シタリトス

ルモ其償還ハ禁治産者ノ財産中ヨリ之ヲ受クルコトヲ得ヘシ故ニ代理人ニ於テ本人ガ禁治産ト為リタルヲ理由トシテ代理権ノ消滅ヲ主張スル謂レナシ又本人ノ方ヨリ言ウモ其者ガ禁治産ノ宣告ヲ受ケサル前ニ信用シテ委任ヲ為シタル代理人ナルカ故ニ本人カ禁治産者ト為リシ為メ当然之ヲ解任スルノ要ナシ蓋シ萬一代理人ニ不都合ナル所為アリ若クハ其不適任ナルコトヲ発見シタル時ハ何時ニテモ之ヲ解任スルコトヲ得レハナリ」⁽¹²⁾

すなわち、破産の場合とは異なり、禁治産宣告は本人の財産自体には影響がないので受任者は委任費用の償還を受けられるということ、および本人の代理人に対する信頼は損なわれていないし、また万一信頼が損なわれるような場合には受任者を解任すればよいということにより、本人の禁治産にもかかわらず任意代理は継続すると梅博士は考えていたのである。

法典調査会における民法起草過程の発言において梅博士は、委任者の死亡と禁治産を峻別することを明言している。その理由として博士は以下のように考えている。⁽¹⁴⁾ 死亡の場合には、委任が継続すると相続人の財産に対する干渉となってしまうこと、受任者の側から見ても委任者に対する信頼は相続人に対する信頼とはならないことにより、委任が終了するということは当事者の意思に合致する。

これに反して、禁治産の場合には委任者は生存しており、委任者の財産は委任者の財産のままであるので法律行為の効果はその財産に及ぶ。「然ウシテ見レバ初メニ委任ヲシタ人ノ利益ノ為ニ委任ガ履行サレ其人ノ為メニ委任ヲ履行スレハ夫レハ其人ノ為ニ自分ノ思フタヤウニ履行セラレル何ヲ苦ンデ其委任ヲ解クノ必要ガアリマセウカ成程若シヤソノ人が治産ノ禁ヲ受ケテ居ナカツタナラバ或ハ其委任ヲ解イタカモ知レヌト言ウコトハアリマセウガ其為メニハ法定代理人ト言ウ者がアツテ如何ナル後見法ガ出来デモ後見人が或ル条件ヲ以テ委任ヲ取消スコトノ出来ヌ

ト言ウヤウナ窮屈ナ後見人ハ出来マイト思ヒマス必ズ其後見人ガ少ナクモ禁治産ノ為メニ不利益ト認メタナラバ取消スコトハ出来ルト思ヒマス然ウナツタナラバ本人ハ取消スコトハ出来マセウガ本人ノ代表者タル所ノ法定代理人ガ取消スコトハ出来タナラバ夫レデ充分デアラウト言ウ考ヘデアリマス夫レデアリマスカラ委任者ノ禁治産ヲ以ツテ委任終了ノ原因トスルト言ウコトニハ飽クマデモ反对デアリマス⁽¹⁵⁾

このように、委任を継続させた方が本人の利益になるし、受任者解任の必要性があれば後見人が本人に代わって解任すればよいという理由で梅博士は本人が禁治産宣告を受けても委任を継続させるべきだと考えていたのである。

(3) 小括

以上、民法起草者である富井博士および梅博士の一一一条と六五三条に関する見解を詳細に検討してきた。二人の説明の仕方は必ずしも同じではないが、以上の検討から民法起草者の意思として次の三点が指摘できよう。

まず第一に、民法起草者は、本人が禁治産宣告を受けた場合と一一一条および六五三条にそれぞれ代理権の消滅事由・委任の終了事由として明文の規定がある本人の死亡、本人の破産とを峻別し、後者と異なり前者の場合には任意代理権は消滅しないと考えていた。つまり、本人が禁治産宣告を受けても任意代理は存続すると言うのが民法起草者の意思であったのである。

なお、民法起草者は民法典の条文の規定を受けて、本人が禁治産宣告を受けた場合、つまり本人が行為無能力となつた場合に任意代理は存続するかという議論の立て方をしており、必ずしも本人が意思無能力となり行為無能力宣告を受けていない場合と行為無能力宣告を受けた場合とを意識的に区別して議論していなかつたといえよう。⁽¹⁶⁾ し

かし、前者の場合においても、民法起草者は任意代理は当然存続すると考えていたと思われる。なぜならば、本人が禁治産宣告を受けた場合でさえ本人の任意代理人に対する信頼は持続し任意代理は存続すると考えていたのだから、後見人は存在しないものの、宣告を受ける前の段階ではより一層信頼に変化なく代理権は当然存続すると考えていたと思われるし、何よりもこの場合に一旦代理権が消滅し宣告を受けた段階で復活するというような不自然な構成を起草者が考えていたとは思われなからである。もっとも、本人が意思無能力となり行為無能力宣告を受けていない場合には、後見人が存在していないので、任意代理人が本人の信頼を裏切り権限濫用を行ったならば、意思無能力者たる本人は任意代理人を解任できず無保護の状態に放置されてしまうことになる。このような事態を防ぐためには、後に私見で述べるように任意代理人を複数選任し一種の共同代理とするか、本人自ら任意代理人の監督者を委任状に定めておくことが有効だと思われる。ただ民法起草者は、現在指摘されているような法定代理制度の欠点を認識していなかったと思われるので、このような場合には本人に速やかに禁治産宣告を受けさせ、後見人を付することを当然予定していたであろうと思われる。

第二に、本人が無能力となり禁治産宣告を受けると法定代理人たる後見人が任命されるが、後見人は本人にとって代わって法律行為を行うことになる。法定代理人の任命された時点で、従来から存在する任意代理権と新たに生じた法定代理権が併存することとなる。⁽¹⁸⁾

第三に、本人が信頼して任命した任意代理人ではあるが、解任の必要がある場合には後見人がこれを解任することができる。

(1) ここでいう「能力」とは、その喪失が「法定代理権発生ノ理由ト為ルコトアル」能力、すなわち、その喪失が法定代理権を発生
本人無能力時における任意代理権存続に関する一考察(上)

させることもあるし、させないこともある能力なので、厳密には「行為能力」ではなくて「意思能力」のことを意味していると思われる。しかし、続いて「反対」旧民法財産取得編二五一条三号と述べており、旧民法財産取得編二五一条三号は委任者の禁治産によって委任は終了することを規定しているので、ここでは「能力喪失」と禁治産を實質的に同義に用いており、ここである「能力」とは行為能力のことを意味している（法定代理権を発生させない場合は、たとえば、準禁治産の場合）と考える。

(2) 富井政章『民法原論』（第一巻、総論）（有斐閣復刻版）（一九八五年）五一七頁。

(3) 新井教授は「本人の能力喪失後も存続する代理権が任意代理権なのか、それとも法定代理権に移行する趣旨なのかはこの記述だけでは必ずしも明かではない」（『財産管理制度と民法・信託法』一九九〇年）一五一頁）とされるが、本人無能力により、新たに（後見人による）「法定代理権」が発生する可能性はあるが「代理権」は消滅しないと富井博士は述べているのであり、ここで消滅しない「代理権」は「任意代理権」である場合と、（たとえば、破産管財人や不在者の財産管理人による）「法定代理権」である場合があるにすぎない。したがって、素直に解釈すれば、消滅しない「代理権」と新たに発生しうる「法定代理権」は併存することになり、任意代理権が消滅して「法定代理権に移行する」ことはないと考える。本稿は本人無能力時における任意代理権存続を扱っているので、本文では「代理権」が「任意代理権」である場合のみを念頭に置いて論じている。

(4) 富井政章発言・法務省大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録四』（商事法研究会、一九八四年）六七二頁上段。

(5) 梅謙次郎『民法要義』（巻之一、総則編）（有斐閣復刻版）（一九八四年）二八五—二八八頁なお、梅博士は「特約ヲ以テ以上ノ場合ニ代理権消滅セサルモノト定ムルハ固ヨリ妨ナキ所ナリ」とし、一一一条を任意規定と考えていた。

(6) 梅謙次郎『民法要義』（巻之三、債権編）（有斐閣復刻版）（一九八四年）七五四—七五七頁。

(7) 梅・註（5）所掲書二八七頁。

(8) 富井説も「近世取引ノ頻繁ナルニ随ヒ此原則（本人の死亡により代理権が消滅するという原則―筆者）ニ依ルコトヲ不便トスル傾向ナキニ非ス殊ニ商事ニ関シテ最モ其理由アルモノト謂ウヘシ」と述べている。富井・註（2）所掲書五一七頁。この点につき、米倉明「日本法への示唆―結びを兼ねて―」ジュリスト九七二号（なお後に『高齢者財産管理に関する法制の研究（一）―成年後見制度の検討―』トラススト六〇研究叢書に再録）（一九九一年）五七頁、註（27）参照。

(9) 梅謙次郎『民法原理』総則編「巻之一巻之二合本」（信山社復刻版）（一九九一年）五三一—五三六頁。

- (10) 梅・右註所掲書五三—五三四頁。
- (11) 梅・右註所掲書五三五頁。
- (12) 梅・右註所掲書五三五—五三六頁。
- (13) 梅博士は、本人にとって不適任な代理人は禁治産者本人は解任できなくとも本人の法定代理人たる後見人が解任すればよいと考えていた。この点につき、註(15)の本文参照。
- (14) 梅謙次郎発言・註(4) 所掲速記録。
- (15) 梅発言・右註所掲速記録。
- (16) この点につき、註(1) およびその本文参照。
- (17) この点につき、註(12)の本文の終わりの部分参照。
- (18) 富井博士も梅博士も「併存」という言葉自体は使っていないが、任意代理が存続することと、次に本文で第三として指摘するように、必要に応じて後見人が任意代理人を解任できることを述べているので、後見人が任意代理人を解任するまでは任意代理と法定代理が併存することを当然に予定していたと言いうことができると考える。なお註(3)も参照。

2. 立法当初から現在までの学説

第一節においては富井博士と梅博士の著書及び法典調査会における発言の速記録により、現行民法典の解釈の出発点となるべき民法起草者の意思を明かにしようと試みた。本節においては、立法当初から現在までの学説がこの本人無能力時の任意代理権の存続という問題についてどのように考えているのかを、立法当初の代表的学説の一つである岡松説および近時の通説といわれる我妻説について検討することとする。

(1) 岡松説

岡松説は一一一条一項一号につき、以下のように述べている。

本人無能力時における任意代理権存続に関する一考察(上)

「代理權ハ法律上ノモノト意思ニ因ルモノトヲ問ワス本人ノ禁治産ニ依リテ消滅セス蓋(イ)法律上ノ代理ニ存リテハ或ハ本人禁治産ナルトキニ特ニ必要ナルカ(例之禁治産者ノ法定代理人)或ハ本人禁治産トナルコト無キヲ以テナリ(例之法人ノ理事)(ロ)委任ニヨル本人ニ於イテハ本人禁治産ト為ルトキハ法定代理人ヲ生スルヲ以テ不都合ナキカ故ナリ(六五三註参照)」⁽¹⁹⁾

すなわち、岡松説では、法定代理も任意代理も本人の禁治産によつては消滅せず、任意代理については法定代理人が本人にとって代わると考えていたと思われる。

また六五三条についても、「委任者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ(1)或ハ当然委任ヲ終了スヘキモノト為シ(2)或ハ之ト反対ノ主義ヲ採ルモノアリテ旧法典ハ前者ヲ採ルト雖モ此場合ニハ委任者ヲ後見ニ付シ「ハ」後見人ハ法律上委任者ヲ代表スルカ故ニ實際ニ於テハ委任者カ能力ヲ有スル場合ト大差ナカルヘク加之ナラス此場合ニ於テ当然委任ヲ終了セシムルトキハ往々不便ナルヘキヲ以テ本法ハ反対ノ主義ヲ採リタリ」⁽²⁰⁾と述べ、一一一条の説明と同様に、後見人が委任者にとって代わるので本人の能力に変化はなく、委任を終了させると不便なので、禁治産宣告以前と同様に委任は継続する、としているのである。

(2) 我妻説

我妻説については、その内容と我妻説に対する評価に分けて検討することとする。

(a) 内容 代理における本人と相手方の関係(法律効果の帰属者)について我妻説は、「法律効果は、悉く直接本人に帰属する」⁽²¹⁾としたうえで、法律効果帰属時点における本人の能力について、「本人は、(イ)みずから法律行為をするのではないから、意思能力及び行為能力を有する必要のないことはいうまでもないが、(ロ)みずから権利を取得す

るのだから、権利能力を有することは、絶対に必要である。」⁽²²⁾としている。

したがって、我妻説では、本人が行為無能力、意思無能力であっても権利能力を有するかぎり代理人の行為の効果は本人に帰属する、すなわち本人の行為無能力ないしは意思無能力によっても代理は存続することになる。

また委任の終了原因については、「委任は、(略)、告知以外にも、委任者の死亡・破産、受任者の死亡・破産・禁治産宣告によって終了する(六五三条)。委任が当事者間の個人的な信頼関係を基礎とすることによるものであって、他の立法例にも同様の趣旨の規定がある(略)。然し、右の規定は強行規定ではないから、反対の特約を許すことはいうまでもない」⁽²³⁾として、当事者の個人的な信頼関係が存在しなくなった段階で委任は終了すること(以下、第一原則という)、及びこの規定は反対の特約を許す任意規定であること(以下、第二原則という)という二つの原則を述べている。

さらに受任者及び委任者の禁治産宣告については、「受任者が禁治産の宣告を受ければ、財産管理能力を失い、委任者の信頼もなくなるであらう。しかもなお委任を終了させない特約をすることは、実際上はありえないであらうが、理論的にはさしつかえない。委任者の禁治産宣告を終了事由としなかったのは、禁治産者の財産管理は後見人に専属するものではないからである。但し、特約で終了事由とすることは、もとより妨げない」⁽²⁴⁾と述べている。

ここでは、受任者の禁治産宣告については、個人的信頼関係の喪失(第一原則)と任意規定性(第二原則)という委任終了に関する二つの原則が当てはまることを確認しているにすぎない。しかし、委任者の禁治産宣告については、委任の終了事由とはしなかったこと、すなわち、受任者の禁治産宣告にもかかわらず委任は存続すること、その理由は、委任者が禁治産宣告を受けてもその財産管理は、委任者が破産した場合の破産管財人とは異なり、⁽²⁵⁾後見

人に専属するものではないからであるということ、及び特約で終了させることは認められること（第二原則）が述べられているのである。

(b) 我妻説に対する評価 新井教授は、上記の我妻説につき「禁治産の財産管理は後見人に専属するものではない、と述べているのはやや実質的根拠に言及しているようにも思われるが、それらも決して十分ではなく、むしろ疑義を生じさせる余地がある」と評価され、その理由として「我妻説において、代理権が消滅しない、委任が終了しないということの意味は、①法定代理権が発生するまでの経過的事態なのか、それとも②法定代理権が発生した後にも任意代理権が競合して存続するのか、あるいは③任意代理権のみが存続する趣旨なのか明確ではないからである。おそらくは、法定代理権発生までの経過的な期間を任意代理権によって対処しよう、との趣旨であろうと思われるが、もしそうであるとすれば、本人の無能力によっても代理権は存続する、委任者の無能力によっても委任は終了しない、というような解釈を敢えて行う必要はないのではなからうか。なぜなら、民法六五四条の委任者の『法定代理人力委任事務ヲ処理スルコトヲ得ルニ至ルマテ必要ナル処分ヲナスコトヲ要ス』という実定法規定は当然法定代理権発生までの任意代理権または委任の存続という理解を含んでいるからである。（①、②、③は筆者⁽²⁷⁾）と述べられている。

しかし、新井教授はおそらく①であろうといわれるがその実質的理由を何ら述べられていない。

そもそも「委任者の禁治産宣告を終了事由としなかった」「禁治産者の財産管理は後見人に専属するものではない」という文言を素直に読めば、「委任者の禁治産宣告にもかかわらず委任は存続する(a)」「禁治産者の財産管理は後見人のみならず受任者にも属するものである。(b)」となり、②の意味になると思われる。このとき、(b)より③は採れず、(a)および(b)より①は採れ

ない。また、まさに民法六五三条は委任終了時における経過的な緊急処分義務を定めているのだから、委任が存続する(a)と考える我妻説にとつては無関係な規定⁽²⁸⁾であると思われ、あえて我妻説を①のように経過的にのみ委任を存続させる説であると解釈する必要はないと考えられる。

結局我妻説では、委任者が禁治産宣告を受けても委任は持続し、任意代理人たる受任者と法定代理人たる後見人とが併存して本人のために職務を行うことになると考えられる。したがって、後に述べる現在の学説の当然存続Ⅱ特約不要説(米倉説・石川説)(内容無限定・両代理並存型)は我妻説と実質的に同じ説であると評価できる。

(3) 小括

結局、岡松説においても我妻説においても、本人が禁治産宣告を受けても任意代理は存続し、任意代理人たる受任者と法定代理人たる後見人とが併存して本人のために職務を行うことになる。したがって、立法当初から現在までの学説は民法起草者の意思を忠実に承継していると評価できる。なお、我妻説は本人は代理行為の効果帰属時点において権利能力を有すればよく意思能力や行為能力は必要ないと述べているが、一一一条と六五三条の解釈における本人の無能力としては、我妻説も岡松説も本人が禁治産宣告を受けて行為無能力となった場合を念頭に置いており、本人が意思無能力となったが宣告を受けていない場合について、民法起草者と同様、特に論じてはいない。しかし、民法起草者について述べたのと同じ理由で、岡松説も我妻説も、本人の意思無能力時にも任意代理権は当然存続すると考えていたと考えられる。

(19) 岡松参太郎『民法理由 上巻』(一八八七年)二四六―二四七頁。

(20) 岡松参太郎『民法理由 下巻』(一八八七年)次二九八―次二九九頁。

(21) 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（一九六五年）三五三頁。

(22) 我妻・右註所掲書三五三―三五四頁。

(23) 我妻栄『債権各論中巻二（民法講義Ⅴ3）』（一九六二年）六九四―六九五頁。

(24) 我妻・右註所掲書六九七頁。

(25) 我妻博士は委任者が破産したときに委任が終了する理由について直前で次のように述べている。「委任者が破産するとき、その者の財産の管理・処分は破産管財人に専属するから、―委任事務の内容が全然財産に関係のないものである場合を除き―委任者が破産しても委任を終了せしめず、に委任者に事務の処理を継続させる旨の特約は許されない。」我妻・右註所掲書六九七頁参照。

(26) 新井誠『財産管理制度と民法・信託法』（一九九〇年）一五四頁。

(27) 新井・右註所掲書一五四―一五五頁。

(28) 我妻説は本人が禁治産宣告を受け行為無能力となり法定代理人たる後見人を付されても任意代理は終了しないという説であり、本人の意思無能力時に任意代理権が存続するか否かという問題の立て方をしていないし、そもそも意思無能力者は遅滞なく法定代理制度を利用することを予定していたと思われる（この点につき註(29)、註(30)及びその本文参照）。これに対して後に述べるように新井説は、「本人の無能力によつて任意代理権は消滅し、任意代理から法定代理へと移行するのであり、その間に時間的ギャップがあつた場合についての規定が民法六五四条である」（新井・右註所掲書一五五頁）と述べ「時間的ギャップ」の存在を認めるのだから、本人の「無能力」というときには「意思無能力」を念頭に置き、本人意思無能力時における任意代理権の存続を問題にされておき、本人が行為無能力となり法定代理人を付された場合を両代理の競合問題と位置づけられている。それゆえ本文におけるような我妻説に対する評価の齟齬が生じたのであると思われる。新井説は英米法の傳統的委任状などの影響の下で本人が代理人をコントロールできない場合を考え意思無能力を念頭に置かれたと思われるが、既に検討したように我妻説以前の学説は全て行為無能力を念頭に置いていたという点は特に注意しなければならないと思われる（なお、この点につき新井誠『高齢社会の成年後見法』（一九九四年）註二九の最後の記述も参照）。

(29) この点につき、註(16) およびその前後の本文参照。

(30) この点につき註(17) およびその後の本文参照。

3. 現在の学説とその検討

「本人が、無能力となった場合に任意代理は存続するか」という問題については、「はじめに」でも触れたように急速に高齢化社会を迎つつある現在、アメリカにおいて見られるような本人の意思無能力にもかかわらず持続する任意代理権、あるいは本人の意思無能力を停止条件とする任意代理権⁽³¹⁾は有効かという問題意識の下にいくつかの学説が主張され、その間で議論がなされるに至っている。以下、この現在の学説につき(1)竹下説、(2)新井説、(3)米倉説、(4)石川説、(5)水澤説、(6)天野説の順に検討し、(7)でこれらの学説に分析を加え、その上で節を改めて私見を述べることにする。

(1) 竹下説⁽³³⁾ (当然存続説) (内容限定型)⁽³⁴⁾

(a) 内容 竹下教授は、まず、「わが国の民法は意思無能力を委任契約の終了事由とはしていないし(民六五三参照)、また代理権の消滅事由ともしていない(民一一一参照)。そこで意思能力の正常のときに意思無能力になったときの財産管理をある者に委任し、その者に代理権を与えておくことについては問題はないものと思われる。ちなみに、コモン・ローでは本人が無能力になると代理行為は全く無効になるという原則があるが、この原則はそれを修正する Uniform Durable Power of Attorney Act が一九七九年に統一州法委員全米会議によって作成され、それがその後五〇州でそれぞれの州法にとり入れられて修正される運命にある。——わが国では、もともと意思無能力になったあとの事務処理を予め代理人を定めて委任しておくことは可能であるから、この方法を活用すれば老人の財産管理はその限りで円滑に処理できるものと考えられる⁽³⁵⁾」と述べた後で、意思能力を失った本人と銀行との

間の取引における不便を解消する方法として次のように論じられる。

「老人本人が意思能力が正常なときに、自分が将来正常でなくなったときの財産管理を誰か特定の人に委任しておき、その取引の相手方が銀行であるものについては、その者を代理人として銀行に届けておくというものである。銀行取引については、そのような代理人届の方法を活用することによって、預金の払出や貸金庫の開扉にとどまらず種々の取引についても、老人が正常な意思能力を喪失したときの取引を円滑に行うことが可能になるものと思われる。もしそのような代理人届の方法が簡便で老人の安全な財産の活用役に役立つものであるならば、銀行取引以外にも利用の範囲を拡大していくことが検討されてよいのではないかと思われる。」⁽³⁶⁾

(b) 竹下説に対する評価 竹下説は、アメリカにおける持続的委任状況による本人無能力にもかかわらず有効な代理権授与の方法を日本でも活用するべきだと主張するもので、そのかぎりでは代理権存続につき特約があるならば、代理権は存続するという説だとも理解される。しかし、「意思無能力になったときの財産管理をある者に委任し、その者に代理権を与えておくということについては問題はない」、「意思無能力になったあとの事務処理を予め代理人を定めて委任しておくことは可能である」という文言からは、本人の意思無能力にもかかわらず代理権が存続するという特約が存在する場合なのか否かがはっきりしない。また、次に述べる新井説のように特約がなければ代理権は消滅するとは言っていない。そもそも六五三条も一一一条も本人の意思無能力を委任契約の終了事由及び代理権の消滅事由としていないと述べているのは、委任者・本人の意思無能力は委任契約の当然終了原因、代理権の当然消滅原因とはしないという趣旨である、⁽³⁷⁾と思われる。したがって、竹下説は、本人の意思無能力にもかかわらず任意代理は存続するという特約がなくても代理権は当然存続するという説であると考えられる。⁽³⁸⁾ なお、民法起

草者および現在までの学説が本人の禁治産すなわち行為無能力を念頭においていたのに対して、竹下説はアメリカ法の影響下にはつきりと本人の意思無能力を念頭においている。このことは以後の学説が従来の学説とは異なり行為無能力時ではなく意思無能力時を念頭に置いて任意代理権存続に関する議論をするようになったこと(39)の状況設定をしたと評価でき、その意味で特筆に値すると思われる。

(2) 新井説(原則消滅Ⅱ特約存続説)(内容限定・法定代理優先型)

新井教授は、本人無能力時における任意代理人による権限濫用の可能性を非常に重視され、自説について「民法一一一条一項一号の『本人ノ死亡』によって任意代理権が消滅する場合と『本人の禁治産』とは本人が代理人をコントロールできない点において利益状況が類似しており、したがって、両者を峻別する根拠はなく、原則として本人の能力喪失に伴い任意代理権は消滅するが、特約によって存続させることはできる。特約によって例外的に存続する任意代理権の内容は民法一〇三条所定の範囲のものが基本である。また任意代理と法定代理とが競合する場合(40)には、任意代理は消滅し、法定代理が優先する(41)」と要約されている。

さらに、民事訴訟法八五条において本人の訴訟能力の喪失によって訴訟代理権は消滅しないと規定されているのは、「訴訟委任では委任事務の目的・範囲が明確であって、通常弁護士が受任者になっており、かつ本人の信頼関係が裏切られることも少ないから」であり、「訴訟能力の喪失は民法上の意思能力の喪失と対置することができ(42)るから、任意代理において本人が意思能力を喪失した後にも代理権を消滅させないためには、民事訴訟法八五条の趣旨に鑑みて、代理権の内容を限定し、かつ本人の信頼関係が裏切られることが少ない代理人を選任しておく必要がある(43)る」と指摘される。

その上で、代理権の内容の限定について、民法一〇三条所定の代理権の範囲が基本ではあるが、「明確に限定され、厳格に特定された内容であれば、この範囲を超えてもかまわないが『一切の包括的な代理権』というような授權は認められない⁽⁴⁴⁾」とされる。また代理人の適確性に関して、弁護士、福祉関係機関（とりわけ行政関与型公益法人である福祉公社）等が代理事務を行うときには権限濫用の恐れは一般的に少ないが、これら以外の者が代理人となる場合には、監視機能に優れた弁護士等を含む代理人を複数選任する必要がある⁽⁴⁵⁾、とされる。

そして、このように「代理権の内容が限定され、代理権濫用防止のために代理人の選任について手当がほどこされていれば、特約により本人の意思能力喪失を停止条件とした任意代理権の授与は有効であると解する。」⁽⁴⁷⁾と結論を述べられている。

(3) 米倉説（当然存続Ⅱ特約不要説）（内容無限定・両代理並存型）

米倉教授は、以下のように実質論と形式論⁽⁴⁸⁾に分けて民法六五三条、一一一条についての解釈論を展開されている。

(a) 実質論 まず第一に「A（本人）はB（任意代理人）を信頼して財産管理を委任したわけであるが、Aにしてみると、精神能力⁽⁴⁹⁾を喪失した段階においてこそまさに信頼に依えて財産管理をしてほしいところで、肝心の時になって委任が当然に終了するというのでは、何のための委任か代理かということになろう。」「（内は筆者）」⁽⁵⁰⁾と述べ、当事者の意思を実質的な根拠に挙げられている。

第二に、当然終了・消滅説に立つと六五四条の「急迫ノ事情」の有無により代理人の対応が異なってくるので、「急迫ノ事情」及び「（委任者、其相続人又ハ法定代理人カ）委任事務ヲ処理スルコトヲ得ル」の意義が問題となるの

みならず、受任者に委任終了事由が通知されたのか、通知されなかったけれども受任者は知っていたのかという委任終了の對抗要件（六五五条）も問題となり事態が非常に複雑になってしまうこと、また本人の意思としては「急迫ノ事情」の有無で区別することなく受任者に当然ひき続いて財産管理にあたつてほしいということであり、当然持統説に立てば本人の意思に合致しているし、当然終了・消滅説に付随する複雑な問題を回避することができることを指摘されている。⁽⁵¹⁾

第三に、後見人はいつでも無理由で委任契約を解除でき（六五一条、八五九条一項）、ひいては代理権を消滅させるので（二二一条二項）、任意代理人が不適切な事務処理を行うのならば後見人が委任契約を解除すればよいし、後見人の後見事務に対しては家庭裁判所による監督も用意されており（八四五条、八六三条）、任意代理人の権限濫用を防止する手段は存在するという点を挙げられる。

第四に、そもそも後見人は本人の法定代理人であり本人にとって代わつて法律行為を行うのであり、その結果本人が依然として精神能力を有しているのと大差なく、また任意代理人からみれば直接相手にする者が交代したものの本人との間の契約関係には消長をきたさない（本人死亡の場合とは異なる）、という点を指摘される。

第五に、後見人は被後見人の身上監護（八五八条）および財産管理をし、本人を代理できる（八五九条）が、破産管財人とは異なり本人の総財産の清算をする権限を有さないのだから任意代理権を消滅させるべきではない、という点を挙げられる。⁽⁵²⁾

(b) 形式論（法律論） 民法六五三条、一一一条において、委任契約の当然終了事由、代理権の当然消滅事由である禁治産が受任者・代理人についてのみ言及されていて、委任者・本人については言及されていないということ

は、禁治産は委任者・本人および受任者・代理人に共通な事由とはしない、委任者・本人の禁治産は委任契約の当然終了事由、代理権の当然消滅事由とはしないという趣旨であると解する（一種の反対解釈）のが素直である、と論じられている⁽⁵³⁾。

このほか形式論として、旧民法財産取得編二五一条三号の立場の不採用、死亡と禁治産および破産と禁治産を峻別すること、本人が無能力になった時に当然代理権が消滅することになる本人行為説ではなく代理権が存続する代理人行為説を採用すること、が民法起草者の意思であったことが論証されている⁽⁵⁴⁾。

以上の実質論および形式論から、委任契約および代理権は禁治産宣告を受けても持続に関する特約なしで当然持続するという当然持統説がとられるべきだと結論づけられている⁽⁵⁵⁾。また、禁治産宣告を受けた場合でさえ当然持統するのだから、禁治産宣告を受けるべきなのに受けていない場合、準禁治産宣告を受けた場合、準禁治産宣告を受けるべきなのに受けていない場合、単に精神能力が減退した場合、のいずれの場合においても当然持統説がとられるべきであり、こうすることによって、当然終了・消滅説に付随するいつ委任契約が終了し、代理権が消滅するかという問題を回避できるとされる⁽⁵⁷⁾。

(4) 石川説（当然存続Ⅱ特約不要説）（内容無限定・両代理並存型）

石川教授は、「法定代理人は復代理人を選任できるのだから後見人のほかに代理人が存在することは民法の認めているところである。したがって、法定代理人は復代理人に対することく、任意代理人を監督することになり、いつでも任意代理人を解任することができる。実質的な理由からしても、法定代理人が選任されたからといって、身上監護を委ねられた代理人の代理権が消滅する必要はない。法定代理人よりも代理人を信頼して身上監護に関する事

項を委ねたのであるから、その代理人に本人の自己決定権を代行させることのほうが家裁が選任した後見人よりもふさわしいであろう。自己決定権の理論からしても、司法の関与を最小限にすることが望ましい。したがって、当然持統説Ⅱ併存説がよいと考える。⁽⁵⁸⁾「法定代理人と任意代理人との関係は復代理人の関係を類推することは可能かもしれない。」⁽⁵⁹⁾と述べられ、米倉説を支持されるが、法定代理人と任意代理人との関係に法定代理人とその復代理人との関係を類推する点に特徴がある。

(5) 水澤説（当然存続Ⅱ特約消滅説）（内容限定型）⁽⁶⁰⁾

水澤説は「本人の正常な意思能力のもとで付与された代理権は、その後本人が意思能力を喪失しても、代理権が消滅したりその他影響を受けることはないと考えられる。民法の代理権消滅事由（同法一一一条、六五三条）に該当せず、したがって、本人の意思能力喪失による代理権消滅の合意がある場合を除き本人の意思能力喪失についての善意・悪意によって取引の相手方が影響を受けることはないと解される。銀行取引の場合も代理人の事前選定によって解決できる場合もある。」⁽⁶¹⁾という説であり、本人の意思無能力にもかかわらず任意代理は存続すると考える。なお、合意によって代理権を消滅させることを認めるので、一一一条、六五三条を任意規定と考えていることになる。

(6) 天野説（当然存続Ⅱ特約消滅説）（内容限定・法定代理優先型）⁽⁶²⁾

天野説は「任意代理権の存続を認めても問題はないと思われ、また実務上の要請に沿うものと考える」⁽⁶³⁾という理由で、水澤説に賛成している。さらに法定代理人たる後見人が選任された場合の任意代理人との競合問題については、被後見人の財産管理権を有する後見人が選任されると「本人が単独で法律行為を行うことに制限が生じた以上、

その任意代理人も単独では法律行為を行うことができないとも考えられることにより、法定代理人たる後見人の選任により、事前選定されていた任意代理の法律関係は終了すると考えてもよいのではなからうか。⁽⁶⁾と考えている。

(7) 検討

以上、現在の学説について、(1)竹下説（当然存続説）（内容限定型）、(2)新井説（原則消滅Ⅱ特約存続説）（内容限定・法定代理優先型）、(3)米倉説（当然存続Ⅱ特約不要説）（内容無限定・両代理併存型）、(4)石川説（当然存続Ⅱ特約不要説）（内容無限定・両代理併存型）、(5)水澤説（当然存続Ⅱ特約消滅説）（内容限定型）、(6)天野説（当然存続Ⅱ特約消滅説）（内容限定・法定代理優先型）のそれぞれについて詳細にその内容をみてきた。

これらの学説は大きな三つの論点について立場を異にすると考えられる。すなわち(a)「本人が無能力となったときに任意代理権は存続についての特約なくして存続するか」、(b)「本人が禁治産宣告を受け後見人が任命された場合に、任意代理と法定代理は競合するか」、(c)「任意代理権の内容の限定はいかになされるべきか、および代理人の適格性をどう考えるか」という問題である。

以下においてこの一つ一つの論点につき個々の学説を検討し、その検討を通して私見を形成し、次の第四節において私見をまとめることにする。

(a) 「本人が無能力となったときに任意代理権は存続についての特約なくして存続するか」

ここで「無能力」とは、米倉説以外の論者は意思無能力を念頭に置いており、又米倉説は行為無能力を念頭に置いているものの、すでに述べたように結果的に意思無能力についても同じ結論を導いている。

この論点については、新井説以外のすべての学説が当然存続するという立場をとっていることが明かになった。

このうち竹下説、水澤説、天野説は民法一一一条と六五三条の文言の形式的な解釈を主たる理由づけとしているが、米倉説は形式論(法律論)のみならず実質論にも踏み込み、また立法者意思にまで遡り詳細な理由付けを行っている⁶⁵と評価できよう。またこの立場は、既に第一節および第二節で検討したように民法起草者の意思および立法当初から現在までの学説の立場と一致している。

これに対して、新井説は、本人保護の価値判断の下に本人無能力時に本人のコントロールが及ばなくなった任意代理人による権限濫用の恐れを非常に重視され、立法者意思や伝統的学説とは異なってもあえて原則として死亡と同様に任意代理権は消滅するが、例外的に特約により存続すると構成している。

しかし、次の理由⁶⁵で私は当然存続説に賛成したい。

第一に、当事者の信頼に基づいて一旦任意代理が成立した以上、本人の意思能力ないしは行為能力の喪失によって、代理を消滅させる特約がないにもかかわらず、当然に代理権を消滅させてしまうことは当事者の意思に反するのみならず、委任契約の拘束力及び取引安全の観点からも許されないと考えられる。

第二に、たしかに本人死亡の場合と本人無能力の場合は本人が代理人をコントロールできないという点だけを見れば利益状況は同じだが、死亡の場合は本人の権利能力が消滅し財産も相続財産となり、契約当事者が代理人にとって全く信頼関係のない相続人に代わってしまうのに対して、本人無能力の場合は本人は権利能力を有しており無能力になる以前と同様に契約の当事者に留まっているし、財産も本人名義のままであるので代理人との信頼関係が維持される点が決定的に異なる。

第三に、本人無能力の場合に本人が代理人をコントロールできず代理人による権限濫用の危険性が高いのは事実

だが、これについては禁治産宣告を受け法定代理人たる後見人が任命された後は、後見人はいつでも無理由で委任契約を解除し任意代理権を消滅させるので（六五一条、八五九条一項、一一一条二項）、不適切な代理人を解任できることになっており、いわば本人にとって代わった後見人が無能力になる前の本人と同様に代理人をコントロールすることができることになる。また後見人のコントロールが適正に行われることを担保するために後見人に対する家庭裁判所の監督（八四五条、八六三条）や、必要に応じて家庭裁判所が後見監督人を選任すること（八四九条）も認められている。これらの手段を活用すれば代理人の権限濫用を防止できるのであり、あえて任意代理権は消滅するという不自然な構成をとらなくてもよいと考える。また禁治産宣告を受けず後見人が任命されない段階でも任意代理人をあらかじめ二人選任しゆるやかな共同代理とするとか代理人監督人を定めておくことによって権限濫用を防止できると考える。

第四に、民法一一一条と六五三条が本人の禁治産を規定していないのは、積極的に本人の禁治産を代理の当然消滅事由、委任の当然終了事由としない趣旨であると考ええる。既にみたようにこの解釈は民法起草者の意思および伝統的な学説と一致する。

第五に、原則消滅説は英米法の考え方と同様、本人の代理人に対するコントロールを重視しており代理理論においては本人行為説をとることが自然だと思われる。代理法ひいては民法全体の体系的整序の観点から（例えば一〇一条の説明）、私は通説の代理人行為説をとるので、この点からも当然存続説を支持したい。

(b) 「本人が禁治産宣告を受け後見人が任命された場合に、任意代理と法定代理は競合するか」

この論点は、理論的には、本人が無能力となった時点で任意代理権は存続するか否かという第一の論点を、本人

の意思無能力の時点で考えた場合にのみ生じうる論点であると思われる。なぜならば、我妻説以前の学説のように、本人の行為無能力時において任意代理権の存続を考えた場合には、禁治産宣告と同時に法定代理権が発生するので、任意代理権が存続すると考えれば必ず併存説となり、任意代理権が存続しないと考えれば競合は生じないことになり、任意代理権が存続するが否かという第一の論点に収斂してしまうことになるからである。本来、本人が意思無能力となった時点で当然にないしは特約により任意代理権が存続すると考えた場合で、なおかつ、その後禁治産宣告を受け法定代理権が生じた場合にのみ、任意代理権と法定代理権が競合するが否かという問題が生じることとなるのである。

この論点については、新井説、米倉説、石川説、天野説が立場を明かにしているが、このうち新井説と天野説は法定代理が優先し、任意代理は消滅すると考えており、米倉説と石川説は併存し競合すると解している。

天野説はその理由として、被後見人の財産管理権を有する後見人が選任されると「本人が単独で法律行為を行うことに制限が生じた以上、その任意代理人も単独では法律行為を行うことができないとも考えられることにより」任意代理は消滅する、と考えているが、後見人を付されたことによって本人に課される制限とは、理論上は、自分の行為を取り消される可能性がある（九条）というに過ぎず、本人の行為は取り消されるまでは有効な行為である。また後見人が付されたことによって、いわば後見人が本人にとって代わるので、本人は禁治産宣告前と同じ能力を有すると考えることができ、このように考えれば任意代理人は従来どおり単独で法律行為を行うことができることになる。

新井説は、法定代理人に排他的権限が帰属していることをその理論的理由としている⁽⁶⁸⁾。しかし、後見人には本人

の総財産の清算を任務としている破産管財人のような排他的な権限（破産法七条）は帰属しないと考える。⁽⁶⁹⁾ かりに専属しているということになったら民法九条は無意味な空文規定となってしまうからである。⁽⁷⁰⁾

新井教授は米倉説に対して、「任意代理人が不適当と判明するのは任意代理人が不適当な代理事務、とりわけ不適当な不動産の処分行為を行った後であることが多いように思われるが、任意代理権も法定代理権と併存している以上、当該処分行為も当然有効であり、処分行為後に任意代理人を解任しても、処分行為の効力に変動があるわけではなく、結局、本人の財産は逸失してしまふので、やはり後見人に権限を一本化するほうが本人の保護に役立つのではないかと考える。」⁽⁷¹⁾と批判されている。たしかに、事後的に不適切な任意代理人を解任しても当該処分行為についての損害は本人に及んでしまふが、だからといって後見人に権限を一本化することが本人の保護に必ずしもなるとはいえないであろう。⁽⁷²⁾ なぜなら、そもそも新井教授も指摘されているように本人の自己決定権を可及的に認めることが真の意味での本人の保護になるのであり、したがって、自己決定権によって作り出された任意代理権をなるべく存続させるような解釈を採るべきであるからである。

新井教授は任意代理人による権限濫用の危険性を重視され、法定代理と任意代理は競合せず、任意代理は消滅し法定代理へ一本化されるという構成を採られる。しかし、そもそも新井説の出発点は現行法定代理制度が数多くの問題を抱えており真の意味で本人の利益になっていないということであったのであるから、自己決定権に基づく任意代理を消滅させ、法定代理人に権限を一本化させるというのは、本来の新井説からは本末が転倒した不自然な構成であると思われる。むしろ任意代理を存続させた上で、本人のコントロールが及ばないことによる任意代理人の代理権濫用の可能性をいかに防止するかということを考えるのがより自然な構成ではないであろうか。

この点については、既に任意代理権の存続の問題でも述べたように、代理人による不適切な処分行為が行われる以前に、本人の位置にとって代わった後見人が、あたかも無能力になる以前に本人自ら解除権行使が認められることにより（六五一条）任意代理人をコントロールしてきたのと同様に、任意代理人をコントロールすることができるし、また裁判所は必要に応じて後見人を監督するために後見監督人を任命する（八四九条）ことができるのだから、裁判所が後見監督人・後見人に対する解任権・監督権を行使することにより（八四五条、八五二条、八六三条）、彼等を通じて任意代理人をコントロールすることが最も自然な構成であると思われるのである。

任意代理人の権限濫用を防止するためには、本人が主従の定めある二人の任意代理人を置き、原則として当該代理行為をなすことの意味決定につき二人の一致があることを要するが、一致が得られない場合には主たる代理人の決定が行われる、但し従たる代理人は主たる代理人に権限濫用があると思われる場合には速やかに後見人に知らせる、といういわば一種の緩やかな共同代理のシステム⁽⁷⁴⁾を利用することや、本人が最初に代理人監督人を定めておく⁽⁷⁵⁾ことが、自己決定の観点からは有益である⁽⁷⁶⁾と考える。

(c) 「任意代理権の内容の限定はいかになされるべきか、および代理人の適格性をどう考えるか」

任意代理権の内容について、新井説は、民法一〇三条所定の代理権の範囲を基本とするが、「明確に限定され、厳格に特定された内容であれば、この範囲を超えてもかまわないが『一切の包括的な代理権』というような授権は認められない」とされる。通常、任意代理権の範囲は代理権授与行為によってきまり、どのような具体的に狭い範囲に限定して授権することも、逆にきわめて包括的で広い範囲にわたって授権することも、当事者が任意になしうる⁽⁷⁶⁾のであるから、内容に限定を設けなくても本人の私的自治に任せてよいのが原則である。しかし通常の委任と異なる

り本人の無能力時において代理行為が予定されているので、代理人の権限濫用防止がより一層図られなければならない。そこで授権の内容をできる限り個別明確化し、その手続も、公正証書を利用し、医師の立会いにより意思能力の証明がなされ、弁護士による法律上の問題点の説明と本人の同意の獲得がなされるなど厳格にし、そのような厳格な要件のもとにおいて広範囲に代理権を認めるといった柔軟な運用がなされるべきであろう。⁽⁷⁷⁾

また代理人の適確性に関して、新井教授は、弁護士、福祉関係機関（とりわけ行政関与型公益法人である福祉公社）等が代理事務を行うときには権限濫用の恐れは一般的に少ないが、これら以外の者が代理人となる場合には、監視機能に優れた弁護士等を含む代理人を複数選任する必要がある、と主張される。現在、各自治体、福祉公社が実施主体となつて高齢者に対する財産保全サービス事業、財産活用サービス事業、財産管理サービス事業、在宅福祉サービス事業などが実施されており身上監護・財産管理の両面につき法定代理と任意代理の折衷型とも言ふべき新しい代理の形態として、実務上それぞれの代理の欠点を補い非常に大きな役割を果たしていると評価できる。⁽⁷⁸⁾ 実施主体が公的機関であるから、たしかに権限濫用の恐れは一般私人に比べて少ないとは言えようが権限濫用の恐れがないとはいえないと考える。したがって、先に一般私人について述べたように本人に代わる家庭裁判所や後見人によるコントロール機能を確保しておくことが重要であると考ええる。⁽⁷⁹⁾

(31) この点の詳細については、以下の第二章を参照。

(32) 以下の学説の分類および評価は原則として新井誠『高齢社会の成年後見法』（一九九四年）に負っている。しかし、個々の箇所と触れるように新井説の分類・評価と私見の分類・評価は必ずしも完全に一致していない。

(33) 竹下史郎「老人の財産管理とその取引相手方である銀行の注意義務について―預金・信託の払出および貸金庫の開扉の問題を中心として―」家族（社会と法）四号（一九八八年）四三―四六頁。

(34) 新井教授は竹下説を内容無限定型に分類されているが、竹下教授は必ずしも内容無限定の趣旨で提唱したわけではなかったつもりであるといわれている。この点につき、竹下史郎「老人の生活と財産管理」唄孝一・石川稔編『家族と医療―その法学的考察』（一九九五年）所収三四八頁参照。

(35) 竹下・註(33) 所掲四四頁。

(36) 竹下・右註所掲四六―四七頁。なお、同様に本人意思無能力時の銀行取引における任意代理人の活用を説くものに、鈴木正和「高齢者・身体障害者等との窓口での取引」手形研究（一九九〇年）四四〇号二頁がある。

(37) 米倉・註(8) 所掲六四頁註(26) およびその本文参照。

(38) 新井教授は特約存続説と分類されている。この点につき新井・註(32) 前掲書七四頁、一六三頁参照。

(39) この点につき註(29) 及びその本文参照。

(40) ここでの能力は文脈から行為能力を意味していると思われる。しかし、既に註(28)で詳述したように新井教授は一般に、任意代理権が存続するか否かあるいは何を停止条件として任意代理権が発生するかという問題については意思能力喪失の時点を念頭におかれ（たとえば、註(42)、註(46) 参照）、任意代理権と法定代理権の競合問題が発生する時点として本人が禁治産説を受けて行為無能力となった時点を考えられているように思われる。

(41) 新井・註(38) 所掲書七四頁、一六三―一六四頁。

(42) ここでは意思能力喪失時点において任意代理が存続するか否かを考えられていることがはっきりと述べられている。註(40) 参照。

(43) 新井・註(41) 所掲書一六七頁。

(44) 新井・右註所掲書一六七頁。

(45) 新井・右註所掲書一六七―一六八頁。

(46) ここでも註(42)と同様に行為能力喪失ではなく、意思能力喪失を念頭に置き、それを停止条件とする任意代理権の発生が考えられている。

(47) 新井・註(45) 所掲書一六八頁。

(48) 米倉・註(37) 所掲五五―五九頁。

本人無能力時における任意代理権存続に関する一考察（上）

(49) 米倉教授は、意思能力という言葉を用いず、精神能力という言葉を使われている。また、任意代理権が存続するか否かにつき我妻説以前の伝統的学説と同様に本人が禁治産宣告を受けた時点を念頭において議論されているが、勿論解釈により精神能力が不完全なあらゆる場合に同一の結論が妥当するとされる。この点につき、註(56)の本文参照。

(50) 米倉・註(48)所掲五五頁。

(51) 米倉・右註所掲五五―五六頁。

(52) なお、米倉教授は、本人が禁治産宣告ではなく準禁治産宣告を受けた場合には、保佐人は法定代理人ですらなく本人の財産管理権を有さないもので、より一層任意代理が存続することが要請されることも指摘されている。

(53) 米倉・註(51)所掲五七頁。

(54) 米倉・右註所掲五七―五九頁。

(55) 米倉・右註所掲五九頁。

(56) なお、米倉教授はこの場合に、当然存続の特約、および当然終了、当然消滅の特約も有効であるとされるので(米倉・右註所掲五九頁)、六五三条と一一一条を任意規定であると考えていることになる。特約を許すかどうか、つまり、六五三条および一一一条は任意規定が強行規定がということが特に実務上問題となると思われる。判例は、本人死亡を代理権消滅原因と規定する民法一一一条の規定はこれと異なる合意の効力を否定するものではない、すなわち民法一一一条は任意規定であると判示している(最高裁昭和二八・四・二三判決民集七・四・三九六―浜上則雄「本人の死亡後における代理権の存続」阪大法学二七巻(一九五八年)は判旨に賛成)、最高裁昭和三一・六・一判決民集一〇・六・六一も同旨。

なお、最高裁平成四・九・二三第三小法廷判決・破棄差戻 金融法務事情「三五八・五五は、自己の入院中の諸費用・葬式等費用・世話になった人への謝礼金の自己の死後の支払を依頼する委任契約の効力が争われた事案だが、次のように述べて、当該委任契約は死亡によっても終了しない合意を含むとしてその合意を有効と判示し、六五三条を強行規定とした原判決を破棄した。

「自己の死後の事務を含めた法律行為等の委任契約が丙山と上告人との間に成立したとの原審の認定は、当然に、委任者丙山の死亡によっても右契約を終了させない旨の合意を包含する趣旨のものといえ、民法六五三条の法意がかかる合意の効力を否定するものでないことは疑いを容れないところである。」

(なお、本判決については、岡孝「委任者死亡後の委任契約の効力」判例タイムズ八三一号(一九九四年)三六頁、河内宏「死後

の事務処理を含む委任契約と委任者の死亡」私法判例リマックス一九九四年下五八頁がある。)

以上の判例の射程距離について次のような評価がなされている。

「これらの判例の射程を考えるならば、委任事項が本人の意思能力喪失時の事務の依頼であるならば、本人が意思能力を失ったことによっては代理権は消滅しないものと理解してよいであろう。」(大塚明「持続的代理権による後見制度」阪大法學四四卷一三三号上巻(一九九四年)四七九―四八〇頁)。もともと、理論上、原則消滅・特約存続説に立った場合は、必然的に一一一条と六五三条を任意規定と考えることになろう。仮に強行規定と考えるのならば特約を認めないので立法的に存続を認めることになると思われる(この点につき、米倉明(講演)「高齢化社会における財産管理制度―成年後見制度の制定をめざして」トラス60研究叢書四六―四七頁参照)。この点当然存続、特約不要説は当該条文が任意規定でも強行規定でも妥当することになる。

(57) 米倉・右註所掲五九頁。しかし、禁治産宣告を受けない場合には後見人が付されないもので、実質的理由の三、四、五が欠けることになる。この場合には代理人の権限濫用防止のための特別な手立てが必要となろう。

(58) 石川稔「医療のための持続的代理権―アメリカ法からの示唆を求めて」石川稔・中川淳・米倉明編『家族法改正への課題』(一九九四年)所収、四九〇頁。

(59) 石川・右註所掲四九一頁。石川教授は、民法が複数代理人を予定しているということから復代理の規定の類推適用を説かれるが、任意代理人と本人との間に存在する信頼関係が復代理人と原代理人の間には存在するが、復代理人と本人との間には存在しないと、任意代理人の権限濫用の責任を本人との関係で原則として無条件に法定代理人に負わせる(一〇六条よりは、任意代理人の責任は第一次的に任意代理人に問い、法定代理人には善管注意義務違反の責任を問うほうが具体的に妥当であり複雑にならないことから、あえて復代理を類推しなくとも法定代理人が本人にとって代わるから併存すると端的に説明すれば足りる)と考える。

(60) 水澤慎「高齢化社会と銀行取引」金融法務事情一一九八号(一九八八年)五頁。水澤慎「高齢化社会と銀行取引」金融法務事情一二二九号(一九八九年)二八頁。なお、水澤説は代理権一般について論じられているが、実質的には銀行取引を念頭に置かれていると考えられるので、内容限定型に分類した。

(61) 水澤・右註所掲第一・五頁。

(62) 天野佳洋「高齢者との銀行取引―意思能力・行為能力を中心として」ジュリスト九七二号(一九九一年)四〇―四二頁。なお、新井教授は、この説を特約存続説と分類されるが法定代理が優先するという点にふれている以外は水澤説に賛成しているので、当然

本人無能力時における任意代理権存続に関する一考察(上)

存続Ⅱ特約消滅説であると考える。また「授權の範囲を明確にして付与された代理権」（天野前掲四〇頁）を前提にしているので内容限定型に分類した。

(63) 天野・右註所掲四一頁。

(64) 天野・右註所掲四二頁。

(65) ここでの理由づけは、民法起草者及び当然存続説に立つ論者の理由づけのうち説得力があると思われるものを自分なりにまとめたものであり、他の理由づけを排除する趣旨ではない。また特に米倉教授の理由づけに負うところが多い。

(66) 民法起草者および伝統的な学説はこのような立場を採っていた。この点につき第一節(3)小括、および第二節(3)小括を参照。

(67) 天野・註(64) 所掲四二頁。

(68) 新井・註(47) 所掲書一六九頁。

(69) この点につき、我妻説の註(24)の本文、註(25)およびその本文、米倉説の註(52)の本文および米倉・註(57) 所掲五九頁参照。

(70) 米倉・右註所掲五九頁。

(71) 新井・註(68) 所掲書一六八—一六九頁。

(72) 仮に任意代理人の権限が消滅し後見人に権限が一本化されたとしても、前代理人が本人の不動産を処分し相手方が表現代理（一二条で保護され本人に損害が及ぶという可能性もある）もつとも近時の有力説のように法定代理に表現代理が及ばないことを前提にして、任意代理人が実質的に法定代理人となっていると構成したり、あるいは任意代理のままだとしても表現代理の帰責事由や正当事由を厳格に考えれば表現代理は成立しにくくなり本人の保護が図られる。以上につき、米倉・註(70) 所掲六一—六二頁、同・註(56) 所掲書四八頁参照。このように考えると一番大切なことは本人が権限濫用をしないような信頼に足る任意代理人を選任することであり、次に必要なのが代理消滅というような不自然な構成を取らなくとも、代理権濫用を可及的に防止できるような措置をとること―例えば第三者による監督機能が働くようにすること―であると考ええる。

(73) 任意代理人の数を多くすればそれだけ権限濫用の可能性は低くなると考えられるが、迅速な意思決定が行えなくなってしまう。そこで主従の定めある二人の代理人が最適だと考えるが、特に本人が希望すれば三人以上の代理人を定めても差し支えないと考ええる。なお複数代理人を認めることにつき、米倉・右註所掲六〇頁、新井・註(71) 所掲書一六七—一六八頁参照。

(74) 共同代理については、たとえば、幾代 通『民法総則』〔第二版〕（一九八四年）三四一—三四三頁参照。

(75) この点についてはドイツの監督世話人の制度が参考になる。これについては、田山輝明「高齢化社会と成年後見制度」法の支配九三号（一九九三年）一四頁、および岩志和一郎「ドイツにおける意思決定の代行」法律時報六七卷一〇号二二頁参照。

(76) 幾代・右註所掲書三四五頁。

(77) より詳細には、大塚・註(56) 所掲四八〇、四八一頁、外村隆「高齢者の財産保護と管理——いわゆる『生前発効遺言』について——」公証九八号（一九九一年）三八—四二頁参照。

(78) この点につき、野田愛子代表編『新しい成年後見制度をめざして』（一九九三年）三三七—三五七頁、および新井誠「在宅福祉支援資産活用サービス」ジュリスト増刊・高齢化社会と在宅ケア（一九九三年）一一九頁参照。

(79) 米倉・註(73) 所掲六〇頁。

4. 私 見

既に述べたように私は、本人が意思無能力となっても存続に関する特約なくして任意代理権は存続すると考える。また行為無能力となり後見人が任命されても、自己決定権尊重の見地から原則的に当事者間の信頼関係に基づく任意代理権と法定代理権の競合を認めるべきである⁽⁸⁰⁾と考える。その上で、任意代理人の権限が法定代理人の権限に優先する、いわば補充性の原則を認めることが真に本人の自己決定権を保障することになると考える。結局、私は、実質論のみならず形式論としても説得的であり、立法者意思及び近時の通説にも適合するのみならず民法の体系的整序にも配慮している当然存続Ⅱ特約不要説（米倉説・石川説）（内容無限定・両代理並存型）に基本的に賛成するが、あえて区別すれば、それを一部修正した当然存続Ⅱ特約不要説（内容及限定・任意代理優先型）が最も妥当である⁽⁸⁰⁾と考える。既に何度も述べたように当然存続説に立つ場合には、本人から受任者に対するコントロールが及ばなく

なっているため受任者の代理権濫用の防止をできる限り図らなければならない。この点については、できる限り本人が明文で代理人の代理権の内容を予め細かく制限したり授権に際して手続を厳格にしたりすることが望ましいが、それ以外にも代理人の権限濫用を防止するために第三者による監督手段を確保することが必須だと思われる。その意味において裁判所および後見人およびその他の任意代理人監督者の役割が重要である。また競合説に立った場合にも任意代理人たる受任者と法定代理人たる後見人との権限の衝突あるいは優先が具体的にどのようなものか、どのような効果が生じるのか、任意代理人は誰に対して責任を負うのかなど多くの問題が残されている。

このような日本法上の課題に鑑みれば、コモン・ロー上は本人の意思無能力により任意代理権が消滅するのにもかかわらず、代理権を存続させる必要性を満たすために特約による代理権の存続を規定したアメリカの持続的委任状法 (Durable Power of Attorney Act) において、代理人の権限濫用防止がどのように図られ、受任者と後見人の関係がどのように規制されているかその実際を知ることが大変有益であると思われる。第二章では、このような問題意識の下に日本法への示唆を求めて、英米法における持続的委任状を具体的に明かにしていきたい。

(80) 米倉・註(72) 所掲書四七頁。

(81) 田山教授は、自然人のみならず第三セクター(福祉法人等)も任意代理人の監督者となることの必要性を説かれている(田山・註(75) 所掲一六頁参照)。

〔後記〕

本稿脱稿後、道垣内弘人「成年後見制度私案(一)」、(二)ジュリスト一〇七四号(一九九五年)、一〇七五号(一九九五年)に接した。この論文の検討及び評価は今後の研究課題としたい。