

民法824条・859条1項における 「管理」及び「代表」の意義

福 菌 晴 也

はじめに

第一章 旧民法

1、旧民法人事編草案

- (1) 後見人の権限
- (2) 親権者の権限

2、旧民法人事編

- (1) 親権者の権限
- (2) 後見人の権限

第二章 明治民法

1、権限を広く解する見解

- (1) 親権者の権限
- (2) 後見人の権限

2、権限を狭く解する見解

第三章 現行民法

1、権限を狭く解する見解

2、権限を広く解する見解

第四章 考察

1、「管理」の意義について

2、「代表」の意義について

3、「管理」と「代表」との関係について

おわりに

はじめに

親権者の財産管理権を定める民法824条本文は、⁽¹⁾「親権を行う者は、子の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為についてその子を代表する」と規定し、後見人の財産管理権を定める859条1項本文は、「後見人は、被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する」と規定する。これらは、主体及び被管理者・被代表者を異にするものの「全く同一の構造」⁽²⁾であり、原則として親権者と後見人は同様の財産管理権を有する。これらの条文から、親権者及び後見人に子及び被後見人の財産を管理する権利（管理権）と子及び被後見人の財産に関する法律行為を代表する権利（代表権）⁽⁴⁾とがあることがわかる。

管理権と代表権とがいかなる関係にあるか、この点は実は明確ではない。⁽⁵⁾例えば、代表的な体系書は、824条の「管理」について「『管理』のな

(1) 以下、民法を原則として条・項・号数のみで引用する。

(2) 大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015年）424頁。

(3) 規定内容を、「親権者のそれとだいたい同じに考えてよい」とする中川善之助＝島津一郎編『基本法コンメンタール 新版 親族・相続（改訂増補）』（石川利夫）（日本評論社、1981年）189頁、「同一」とする高木多喜男＝松倉耕作編『条解民法 III 親族相続法 改訂版』（三省堂、1988年）296頁参照。

なお、「財産管理権」という語には注意を要する。窪田充見『家族法—民法を学ぶ 第4版』（有斐閣、2019年）295頁は、「管理」と「法定代理権」を包括したものとして「財産管理権」を用いる。これに対し、久貴忠彦『民法学全集9 親族法』（日本評論社、1984年）265頁、潮見佳男『民法（全）〔第3版〕』（有斐閣、2022年）611-612頁などは、「管理」権を「財産管理権」という。本論文では、「管理権」及び「代表権」の両方を含む表現として「財産管理権」を用い、「管理」する権限を「管理権」、「代表」する権限を「代表権」と表現する。

(4) 「代表」が代理を表すことに争いはない（岡岡史子『家族法』（新世社、2020年）209頁参照）。本論文では、条文に忠実に「代表」という語を多用するが、「代理」の意義で用いている。

(5) 859条に関する熊谷士郎「成年後見法を捉える二つの分析視角」沖野眞已ほか編『これからの民法・消費者法（1）河上正二先生古希記念』（信山社、2023年）

かには『処分』を含む（判例・通説）。すなわち、子の財産を処分し（売却・抵当権の設定など）、または子の名義で借財をすることもできる」と解説する。そして、「代表」について、「代理と異なるところがな」く「代理権は、子に代って債権契約をして子に債務を負担させる権能を含む（前記の借財の契約など）」⁽⁶⁾という。この解説によると、親権者は子の名義での借財を「管理」のもとでも「代表」のもとでもなしうる。しかし、条文上「財産に関する『代理』（条文上は『代表』…）」と区別した形で『財産管理』が掲げられていることからすると、ここでいう財産管理とは、代理以外の⁽⁷⁾ことを指しているといわなければならない」との指摘があるように、「管理」と「代表」とはそれぞれ異なる意義を有するものとして捉えるべきだろう。

近時の体系書は、「管理」及び「代表」に対応するかたちで「財産管理行為」と「代理行為」とを区別する。これによると、「財産管理行為には、①建物の雨漏りの修繕など財産の維持、保全を目的とする保存行為、②収益を目的とした建物の賃貸など財産の性質を変えない範囲における利用行為、③建物のリフォームなど財産価値の増加を目的とする改良行為がある。このような管理行為のために行われる処分行為（不用物の売却等の法律行為や破棄等の事実行為）も、親権者の財産管理権内の行為として可能である。「代理行為」については、「親権者は、原則として子の財産に関する一切の法律行為について代理権を有し、子の不動産の売却や贈与、抵当権の設定等を行うことができる」⁽⁸⁾。以上の記述からは財産管理行為に事実

158頁注(22)の指摘を参照。この指摘は、同条と同様の構造をとる824条にも当てはまるといえよう。上山泰「成年後見人の財産管理権と身上監護権」野田愛子＝榎村太市編『新家族法実務大系 第2巻 親族 [II] 一親子・後見一』（新日本法規、2008年）535頁も、「管理権の内容（定義）…管理権と法定代理権との関係等について、必ずしも一致した理解があるわけではない」と指摘する。また、柚木馨ほか「表見代理」[谷口知平]私法第26号（1964年）13頁による、824条の「代理権の範囲につきまして従来あまり明らかにされておりません」との指摘も参照。

(6) 我妻栄『親族法』（有斐閣、1961年）335-336頁。

(7) 大村敦志『家族法〔第3版〕』（有斐閣、2010年）109頁。

行為が含まれることがわかるが、「賃貸…不用物の売却等の法律行為」は財産管理行為にも代理行為にも含まれ、ここでも「管理」と「代表」との区別は明確でない。また、「財産管理行為」における「処分行為」は「管理行為のために行われる」という条件のもとで可能とされるが、代理行為については「子の財産に関する一切の法律行為について代理権を有」するとされ、制限が窺えない。ここでは、「管理行為のために行われる」のではない代理行為についてどのように考えられるのか明らかではない。

このように、824条本文及び859条1項本文の内容については不明確な点がある。この問題意識から、本論文では、これらの条文でいわれる「管理」とは何か、また「管理」と「代表」とはいかなる関係にたつのかについて考察する⁽⁹⁾。まず、第一章において旧民法での議論について検討する。第二章では明治民法における議論を、第三章では現行民法における議論を検討する。第四章では、第一章ないし第三章を適宜参照しながら、824条本文及び859条1項本文における「管理」及び「代表」について考察する。

第一章 旧民法

1、旧民法人事編草案

(1) 後見人の権限

説明の便宜上、後見の規定から確認する。旧民法人事編草案（以下、「草案」という）第九章「後見」第六節「後見人ノ管理」は、後見人による財産管理の規定を用意する。

草案318条は、「後見人ハ一切ノ権利行為ニ於テ未成年者ヲ代表シ善良ノ

(8) 常岡・前掲注(4)210頁。

(9) これらについて、福藪晴也「成年後見人の財産管理権と善管注意義務（一）—後見財産による投資の可否—」早稲田法学会誌71巻1号（2020年）289頁以下で若干の検討を試みたが、後見財産による投資という主題に必要な限度での検討にとどまった。

管理者ノ如ク其財産ヲ管理シ管理ノ不良ヨリ生スル損害賠償ノ責ニ任ス」と規定し、親権者に関する同247条と同じ構造をとる。起草者によると、同条は後見人に被後見人の財産の管理を委任したことを明らかにする。⁽¹⁰⁾内容をみると、委任事項である財産の管理を実現するための権限が規定されていることがわかり、「代表シ…管理シ」とあることから後見人には代表権及び管理権があることが窺える。

条文に明記されるように、「代表」とは「権利行為」つまり法律行為を代理する権限である。同条は、財産の管理を後見人に委任するものであるところ、「代表」は委任された財産の管理を行うための権限として位置づけられよう。

では、「管理」はどうか。「管理」には後見人・被後見人間の「財産ノ管理」という委任事項を示す側面があったと考えられる。草案318条は「善良ノ管理者ノ如ク其財産ヲ管理」するとしているところ、「代表」する場合においても後見人は善管注意義務を負う。したがって、「管理」とは後述する事実行為を行う権限を意味するのみならず、「代表」を含む財産の管理という委任事項を処理することを意味すると解され、この意味での「管理」には「代表」も含まれる。

また、後見人はその職務として法律行為のみならず事実行為をも行う局面があると想定されるところ、「管理」は委任された財産の管理を行うために事実行為を行う権限を表すと解される。事実行為は法律行為ではなく「代表」によって行うことはできないからである。この意味での「管理」は、法律行為を対象とする権限たる「代表」とは区別され、委任された財産の管理を実現するための権限である。

後見人の「管理」及び「代表」はいかなる範囲で認められたのだろうか。草案327条1項は、「後見人ハ財産管理ノ権ヲ有スルニ止リ此権限外ノ行為ハ法律ニ定ムル条件ニ依ルニ非サレハ之ヲ為スコトヲ得ス」と規定す

(10) 熊野敏三ほか『民法草案人事編理由書下巻』〔熊野敏三〕（出版年不明、出版者不明）第八章43頁。

る。同条の解説において起草者は、「後見人ハ管理者ナリ故ニ自己ノミニテ為スヲ得ル行為ハ管理行為ノミニ止ル」という。そして、未成年者の資産を増加する行為を法律に定める条件によらずになし得るかについて、「後見人カ未成年者ノ財産ヲ増加セント欲スルノ所為ハ為メニ損失受クルノ結果ヲ生セサルヲ保シ難シ且ツ果シテ未成年者ノ財産ヲ増加シタルト否ヲ決定スルニ付テハ後見人ト未成年者トノ間ニ訴訟ヲ構起スルノ恐れ無キヲ保シ難シ」ことから、「立法上ヨリ之ヲ觀察スレハ後見人ノ管理ハ未成年者ノ財産ヲ保存スルヲ以テ主眼ト為シ之ヲ危険ニ置カシメサルヲ要ス」⁽¹¹⁾とされる。

以上から、草案では後見人が「財産管理ノ権」のもとでなしうる行為は原則として「管理行為」に限定されていたことがわかる。そして、その背景には後見人の管理は未成年者の財産の保存に向けられるべきで、後見財産を危険にさらすべきではないとの考えがあった。したがって、後見人への委任事項たる財産の管理の範囲は管理行為にとどまり、管理権及び代表権の範囲は管理行為を超えることができなかつたと解される。

では、管理行為を超える処分行為はどのような「法律ニ定ムル条件」のもと認められたのか。これを規定するのが、草案329条及び330条である。同329条は「左ニ掲クル行為ニ関シテハ後見人ハ親族会ノ允許ヲ得サル可カラス」としており、後見人が一定の行為をするのに親族会の許可が必要となる。同条各号所定の行為は「未成年者ノ利益ニ重大ナル関係ヲ有スル」ため、「後見人ノ単独ニテ之ヲ為スヲ許サス親族会ノ允許ヲ必要」とした。これらの行為には、管理行為にとどまらないものが多く、起草者は短期貸借を超える貸借に関する5号について「第六百二十六條ノ時期ヲ超過スル貸借ハ管理行為ニアラス是レ親族会ノ允許ヲ要スル所以ナリ」とする。また、動産及び不動産の取得に関する2号について、「動産不動産ノ獲得ハ未成年者ノ利益ノ為メニ危険ナキヲ保シ難シ故ニ親族会ノ

(11) 熊野ほか・前掲注 (10) [光妙寺三郎] 第九章30頁。

允許ヲ要ス」が、「財産管理ノ為メニスル獲得及ヒ未成年者ノ日々ノ需要ノ為メニスル獲得ノ如キハ固ヨリ管理行為ニ属スルヲ以テ親族会ノ允許ヲ要セス」という⁽¹²⁾。

草案330条は、一定の行為について、「左ニ掲クル行為ニ関シテハ後見人ハ親族会ノ允許及ヒ地方裁判所ノ認可ヲ得サル可カラス」とする。同条各号の行為は「最モ重大ノ事ニ属スル」ため、親族会の允許のみならず地方裁判所の認可も必要とされた。同条1号は後見財産たる動産及び不動産を移付したり、これらに物上権を設定したりすることを内容とするが、同号但し書きのもとで「管理上ノ便益ヲ図リ之ヲ設ケタリ時価ニテ収実ヲ売却スルハ未成年者ノ利益ヲ害スルモノニアラス又毀損スヘキ動産ノ売却ハ之ヲ保存行為ト看做スヘキヲ以テ管理者ノ単独ニテ為スヘキ限リトス」る運用がとられる。草案329及び330条のいずれも、管理行為であるか否かを考慮要素の一つとして要件を付加していることが窺える。

以上からわかるのは、草案における後見人の権限が原則として管理行為を行うことに限定され、管理行為の枠外の行為は特別の許可のもとで行いうるということである。そしてこれらの内容は、「未成年者ノ後見ニ係ル規定ハ禁治産者ノ後見ニ適用ス」という草案372条により、未成年後見のみならず禁治産後見（成年後見）にも当てはまった。

（2）親権者の権限

草案第八章「親権」第二節「子ノ財産ノ管理」は、親権のうち財産管理の規定を用意する。草案247条は、「父ハ一般ノ権利行為ニ於テ其未成年ナル子ヲ代表シ自己ノ財産ニ於ケル如ク其子ノ財産ヲ管理ス」と規定する。起草者は同条について、「子ノ財産ノ管理ヲ其父ニ委任スルモノニシテ此規則ハ後見人ト異ナルナシ」という⁽¹⁴⁾。したがって、同条は子の「財産ノ管

(12) 熊野ほか・前掲注 (10) [光妙寺] 第九章31頁。

(13) 熊野ほか・前掲注 (10) [光妙寺] 第九章32-33頁。

(14) 熊野ほか・前掲注 (10) [熊野] 第八章43頁。

理」を親権者に委任するものであり、後見の場合と同様、財産の管理を行うための権限として管理権及び代表権を規定したものと見える。

「代表」とは、父が子の権利行為すなわち法律行為を代理することを意味すると解される。また、後見の場合と同様に、「代表」は委任された財産の管理を行うための権限として位置づけられよう。

では、「管理」はどうか。草案247条は「自己ノ財産ニ於ケル如ク其子ノ財産ヲ管理ス」と、親権者の注意義務を規定するが、この義務は「管理」のみならず「代表」する際にも課される。したがって、「管理」とは、「代表」を含む財産の管理という委任事項を処理することを表すと解される。また、後見と同様に、「管理」は事実行為を行う権限をも意味すると解され、この意味では、「管理」も委任された財産の管理を行うための権限である。

親権者たる父の権限はいかなる範囲に及ぶか。草案248条 1 項及び 2 項は、「此管理ニ於テハ第三百二十九条ニ列記シタル行為ハ尚ホ之ヲ管理行為ト看做ス（1 項）父ハ地方裁判所ノ允許ヲ得ルニ非サレハ第三百三十条ニ列記シタル行為ヲ為スコトヲ得ス此允許ハ必要若クハ利益ノ判然タルトキニ非サレハ之ヲ与フ可ラス（2 項）」と規定する。同条は、「父其子ノ財産ヲ管理スル場合ニ於テ其権限ヲ規定スルモノ」であり、「後見ノ規則ト対照スレハ其別判然タルヘシ」とされる。起草者は、第 1 項の説明において、「父ハ管理者ニシテ所有者ニ非サレハ管理行為ヲナスヲ得ヘシト雖モ処分行為ヲナスヲ得サルモノトス」という。対照的に、「後見人ハ管理行為ト雖モ之ヲ為スヲ得サルモノアリ後見ノ章第三百二十九条ニ列記スル行為ハ性質上処分行為ニ非サレトモ後見人ハ親族会ノ允許ヲ得ルニ非サレハ之ヲ為スヲ得ス」ことが指摘される。しかし、「父母ノ愛情ニ十分ノ信用ヲ置クモノニシテ此担保ハ親族会ノ意見ニ劣ラサルヘシ」ことから、⁽¹⁵⁾「父ノ管理ニ於テハ之ヲ管理行為ト看做スモノ」とされた。

以上によれば、親権者への委任事項たる財産の管理は管理行為にとどま

(15) 熊野ほか・前掲注 (10) [熊野] 第八章44頁

り、その根拠は父が所有者ではなく「管理者」であることに求められた。ただし、父による子の財産の管理に関して草案329条に列挙される行為をも管理行為と看做すことから、委任事項は管理行為のみならず処分行為を行うことを含む。

2、旧民法人事編

(1) 親権者の権限

旧民法人事編（以下、「旧民法」という）第二節「子ノ財産ノ管理」は、「親権ノ一部ナル子ノ財産管理権ヲ規定シタルモノ」である。同節153条は、「父ハ未成年ナル子ノ総テノ行為ニ付テ之ヲ代表シ自己ノ財産ニ於ケル如ク其財産ヲ管理ス」と規定し、起草者は「本条は、未成年ナル子ノ財産ノ管理ハ法律上其父ニ委任スルコトヲ明示シタルニ外ナラス⁽¹⁶⁾」という。また、起草者によると、本条は「未成年ノ子カ為サントスル総テノ行為ヲ父カ代リテ之ヲ為⁽¹⁷⁾すこと及び「子ノ財産ヲ管理スル」ならびに「其管理ノ責任ノ広狭」を規定するものであり、親権者には委任された財産の管理を行うための管理権と代表権とがあることがわかる。

「代表」とはどのような意味か。起草者による「未成年者ハ自カラ権利行為ヲ為スノ能力ヲ有セサルヲ以テ総テノ行為ニ付テハ父之ヲ代表スルモノトス⁽¹⁸⁾」、「未成年ナル子ノ法律上ノ行為ニ付テハ父ヲシテ自由ニ之ヲ代表セシメリ⁽¹⁹⁾」との解説に鑑みると、草案と同様に「代表」とは子を代理して権利行為つまり法律行為を行う権限のことである⁽²⁰⁾。

(16) 磯部四郎『民法〔明治23年〕積義 人事編之部（下）法令積義 日本立法資料全集 別巻90』（信山社、1997年）554頁。当時の学説も、同条を「父ニ子ノ財産ヲ管理スルコトヲ委任シタル」ものとみる（井上操『民法〔明治23年〕詳解 人事之部 上巻・下巻 日本立法資料全集 別巻234』（信山社、2002年）20頁）。

(17) 岸本辰雄『民法人事編講義卷之二』（講法會出版、出版年不明）195頁。

(18) 磯部・前掲注（16）554頁。

(19) 熊野敏三＝岸本辰雄『民法〔明治23年〕正義 人事編 卷之壹（上下）日本立法資料全集 別巻63』（岸本辰雄）（信山社、1996年）304頁。

(20) 後見の場合と同様、親権者が自己の名で法律行為を行うことは想定されなかつ

では、「管理」はどうか。草案と同様、「管理」に注意義務がかかる点に鑑みると、財産の管理という委任事項を処理することを意味する。また、委任された財産の管理を行うために「代表」によっては行うことができない事実行為を行う必要があるところ、「管理」には事実行為を行う権限としての意義があると解される。

それでは、以上の権限の範囲はどうか。旧民法154条は、「父ノ管理ニ於テハ第九十四條ニ記載シタル行為ハ尚ホ之ヲ管理行為ト看做ス」と規定する。同194条は、後見人が処分行為を中心とする一定の行為を行う際に親族会の許可を要することを規定する。起草者は、同154条を「父ノ管理行為ノ範囲ヲ推拡シタルモノ」という。「父カ子ノ財産ヲ管理スルノ権アル」ことは同法153条で示される。しかし、それによれば「父ノ権ハ唯タ管理行為ヲ為スニ止マリテ処分権内ニハ一步ヲ入ルハコトヲ得ス」結果となってしまうところ、「此ノ如キハ頗ル事宜ニ適セサルモノアル」。そこで、旧民法154条が管理行為の範囲を拡張し、これにより「処分権ニ属スル行為モ尚ホ之ヲ為スコトヲ得」。この点が「父ノ管理権ノ大ニ他ト異ナル所」とされる⁽²¹⁾。ただし、後述のように、旧民法194条に無償行為が規定されていないことから、親権者であっても無償行為を行うことはできなかつたと考えられる⁽²²⁾。

以上からわかるのは、起草者が旧民法153条の「財産管理ノ権」のもとで行える行為を管理行為に限定したことである。したがって、同条のもとでの委任の範囲は管理行為に限られていたといえよう⁽²³⁾。ここでは、草案に

たとえられる（後掲注〔26〕を参照）。

(21) 熊野＝岸本・前掲注〔19〕〔岸本〕309-310頁。

(22) 明治民法の起草者は、旧民法「一五四条ニ拠リマスレバ父ト云フモノハ無償行為ヲ除ク外、夫レモ明カニハ書テアリマセヌガ解釈上サウ為ラウト思ヒマス無償行為ヲ除ク外ハ一切ニ行為ヲ独断デ出来ルト云フコトニ為ツテ居リマス」という（法務大臣官房司法法制調査部監『日本近代立法資料叢書6 法典調査会 民法議事速記録六』〔梅謙次郎〕〔商事法務、1984年〕451頁）。ただし、この見解は、旧民法154条の解釈からというより、委任された財産の管理の限界から以上の帰結を導くように思われる（後掲注〔51〕も参照）。

において親権者が管理者に過ぎないことから管理行為しか行い得ないとされた点が維持される。そして、同条における「財産管理ノ権」のもとで「管理行為」しか行い得ないことから、権限としての「管理」及び「代表」の範囲も管理行為に限定されることになったと考えるべきであろう。しかし、同時に親権者については処分行為についても管理行為とみなすというやり方がとられる。これは草案から一貫した流れである。

なお、草案248条2項では親権者であっても一定の行為を行うのに裁判所の許可が必要とされたが、そのような運用は「干渉ニ過キ」「自然ノ人情ニ悖ル」⁽²⁴⁾ことから、旧民法では「裁判所ヲシテ一家ノ私事ニ干渉セシメサルノ主義ヲ取り」⁽²⁵⁾当該規定は削除された。

(2) 後見人の権限

旧民法186条は、「後見人ハ未成年者ノ総テノ行為ニ付テ之ヲ代表シ善良ナル管理者ノ如ク其財産ヲ管理シ管理ノ失当又ハ過失ヨリ生スル損害賠償ノ責ニ任ス」と規定する。親権者の場合と同様、同条も後見人へ被後見人の財産の管理を委任することを表すものであり、そのための「管理」及び「代表」の権限を規定したと解される。

「代表」については、同153条と同様、法律行為を代理する権限を指すと解される。したがって、後見人は「財産上総テノ行為ニ付キ…自己ノ名ヲ以テ之ヲ為サス被後見人ノ名ヲ以テ之ヲ為ス」⁽²⁶⁾。「管理」についても、同

(23) この点については、井上・前掲注(16)20頁が、旧民法154条の解説において、同153条が「父ニ子ノ財産ヲ管理スルコトヲ委任シタルカ本条ハ其管理行為ノ何タルコトヲ示スモノナリ」とするのが参考になる。この捉え方によれば、親権者が同153条のもとで委任されるのは管理行為であり、ただし、同154条において処分行為を管理行為とみなすことによって、委任事項の範囲が広がり、処分行為をもその内容とすると考えられるのである。

(24) 磯部・前掲注(16)557頁。

(25) 熊野＝岸本・前掲注(19)〔岸本〕312頁。

(26) 井上正一ほか『民法〔明治23年〕正義 人事編 卷之貳（上下）法例〔明治23年〕正義 日本立法資料全集別巻64』〔井上正一〕（信山社、1996年）84頁。これに

153条と同様に、委任事項を処理すること及び委任事務を処理するために事実行為を行う権限を示すと解される。後述のように、これらの権限は、管理行為の範囲内において認められたと考えられる。

親権者と比べ、後見人の権限は制限された。旧民法193条は、「後見人ハ未成年者ノ財産ニ付テハ管理ノ権ヲ有スルニ止マリ此権限外ノ行為ハ法律ニ定メタル条件ニ依ルニ非サレバ之ヲ為スコトヲ得ス」と規定する。起草者は、「後見人ノ任務ハ重大ナリト雖モ…管理者タルニ過キ」ないことから、後見財産を「管理スル権ヲ有スルニ止⁽²⁷⁾まり、「此権ヨリモ重要ナル権利ハ之ヲ有セサルヲ原則⁽²⁸⁾」とするという。「管理権外ノ行為ト雖モ…資産ヲ増加スルノ目的ニ出ツル行為」もあるが、そのような「未成年者ノ利益ヲ謀ルノ精神ニ基ク」行為であっても損失に帰する危険があり、「後見人ノ管理ハ未成年者ノ財産ヲ保存スルヲ以テ主眼ト為⁽²⁹⁾」すことから、立法上「許スヘキモノニアラス⁽²⁹⁾」とされた。したがって、後見人は管理行為を行う権限のみを有した。当時の学説も、旧民法193条が「後見人ハ管理行為ノ外独立シテ為スノ権ナキコトヲ明示」する⁽³⁰⁾という。その根拠として後見人が「未成年者ノ財産ノ管理者」であることがあげられ、管理行為を独断でなしうるものの「管理以外ノコト即チ処分ノ行為ハ法律所定ノ条件ニ依ルニ非サレハ之ヲ為ス可ラサルハ固ヨリ当然ナリトス⁽³⁰⁾」という。このことから、後見人の権限は原則として管理行為を行うことに限られたのであり、「管理」「代表」しうるのも管理行為の範囲内であったと考えられる。

では、後見人が管理行為を超える処分行為を行うにはどうすればよいか。旧民法194条本文は「左ニ掲クル行為ニ関シテハ親族会ノ許可ヲ得ル

よれば、起草者は授権及び間接代理の形式で法律行為を行うことを想定していなかった。

(27) 磯部・前掲注(16) 664-665頁。

(28) 岸本・前掲注(17) 328頁。

(29) 井上ほか・前掲注(26) [井上] 110頁。

(30) 井上・前掲注(16) 110-111頁。

コトヲ要ス」と一定の行為を行う際に親族会の許可を要件とした。同条各号の行為は本人の「利益ニ重大ノ関係」があるものとされ、「管理行為」にあたるかどうかの一つの考慮要素となっている。例えば、起草者は、小修繕は「管理権内ニ於テ」なすことができ、また、動産・不動産に関する訴訟についての 3 号に関して、占有訴権の提起は保存行為であり、至急を要することからできるという⁽³¹⁾。これに対し、短期賃貸借を超える賃貸借に関する 6 号について「此行為ハ管理行為ニ非サル」ことから単独でなし得ないとする⁽³²⁾。ただし、管理行為であっても同条各号に該当する場合には親族会の許可を要する。また、起草者は、無償で被後見人の財産を処分することは、たとえ親族会の許可を得たとしても無効であると解する。その理由として旧民法194条及び他の法条にて「無償ノ譲渡即チ贈与又ハ是ニ類スル行為ヲ規定セサル」⁽³³⁾ことを挙げる。

なお、管理行為の範囲を超えて「管理」「代表」をした場合、対内的な処理として、親権者の場合には自己の財産におけるのと同一の義務違反を構成する可能性があり、後見人の場合には善管注意義務違反を構成する可能性がある。「代表」の場合には相手方が存在するところ、管理行為を越えて「代表」した場合、どのように処理されたのか。起草者は「後見人カ未成年者ヲ代表シテ為セル法律上ノ諸行為ハ其権限ヲ超越セサル限りハ有効ニシテ未成年者ヲ拘束ス」⁽³⁴⁾る一方、「権限ヲ踰エテ為シタル行為」は本人に対して「効ヲ生セサル」⁽³⁵⁾という。これによれば、「管理」の範囲を超

(31) 井上ほか・前掲注 (26) [井上] 125頁。

(32) 磯部・前掲注 (16) 667-673頁

(33) 井上ほか・前掲注 (26) [井上] 120頁。

(34) 岸本・前掲注 (17) 310頁。

(35) 井上ほか・前掲注 (26) [井上] 84頁。なお、岸本・前掲注 (17) 310頁は「其管理ノ失当即チ後見人カ権限外ナル行為等ヲ為シタルヨリ生セル損害…ハ未成年者ニ対シテ之ヲ賠償セサル可カラス」と指摘する。井上・前掲注 (16) 96頁は、過失を「応ニ為ス可ラサルコトヲ為スヲ謂ヒ」とし、「後見人カ故意若クハ無意ニ其権限外ノ行為ヲ行ヒ又ハ未成年子ノ財産ヲ毀損スルノ類是レナリ」という。したがって、権限外の行為を行って本人に損失を与えた場合に対内的に損害賠償を請求する

えた代表権の行使は被後見人を拘束しないこととなり、無権代理として処理された可能性がある。

この点について参考となるのが「後見人ノ其権内ニ於テ為シタル行為ハ未成年者ヲ羈束ス」とする旧民法197条である。同条に関して、当時の学説は、「後見人ノ権限外ノ行為ニ至リテハ未成年者ハ之レカ羈束ヲ受クルニ及ハス単ニ適法ノ手続ナキ旨ノミヲ証明シテ其行為ヲ無効ト為スコト」ができるとしており、旧民法194条所定の行為を親族会の許可なく行った場合には「未成年者ハ其行為ノ無効ヲ第三者ニ対抗スルコトヲ得ヘシ」と⁽³⁶⁾される。

第二章 明治民法

1、権限を広く解する見解

(1) 親権者の権限

親権者及び後見人による財産管理を規定する民法824条及び859条は、明治民法884条及び同923条に由来する。

明治民法884条本文は、「親権ヲ行フ父又ハ母ハ未成年ノ子ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ関スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表ス」と規定する。起草者は、これを「親権者ノ子ノ財産ニ関シ有スル権限ノ原則ヲ定メタルモノ」といい、「親権者ノ子ノ財産ニ関スル権限」を「(一) 子ノ財産ヲ管理スルコト (二) 子ノ財産ニ関スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表スルコト (三) 子ノ法律行為ニ同意ヲ与フルコト」の3つに大別する。このうち同意権は「本条特ニ定ムル所ナク」同4条の規律によるとされ、同条が定めるのは

ことは否定されないと解される。

(36) 井上・前掲注(16) 119-120頁。親権者の場合、処分行為の殆どをなすことができたので、権限外かどうかという点はあまり問題とならなかったのではないかと。ただし、無償行為の「代表」については無権代理となる余地があったと解される(前掲注[22]参照)。

「管理」と「代表」についてである。このように、起草者は財産に関する権限としての「管理」と「代表」とを区別する⁽³⁷⁾。

それでは、「管理」と「代表」はどのような意味を有したのだろうか。起草者は、「管理」について「財産ノ管理トハ財産ノ利益ヲ図ルノ謂ナリ…父ニ付テハ一切ノ制限アルコトナシ故ニ苟モ第⁽³⁸⁾八八九条ニ定メタル注意ヲ欠カサル以上ハ如何ナル行為ト雖モ皆独断ニテ之ヲ為スコトヲ得ヘシ」と、「代表」について上記の「管理」の解説に続け「況ヤ代表権ニ至リテハ最モ概括ナルモノナルカ故ニ苟モ事ノ財産ニ関スル以上ハ常ニ子ヲ代表スルコトヲ得ルモノトス」という。したがって、同条のもとで親権者は、「財産ニ付テハ所謂管理行為（一〇三）ノミナラス一切ノ処分行為ニ至ルマデ皆之ヲ為スコトヲ得ヘシ…父ハ如何ナル行為モ皆独断ニテ之ヲ為スコトヲ得ベシ⁽³⁹⁾」。

このように、起草者は「管理」として一切の財産上の行為を行う権限を認め、また、「代表」として一切の財産上の行為を代理し得る権限を認めていた。当時の学説においても同様の見解を採るものがある。それによると、管理とは「財産ノ保存利用改良其他一切ノ処分行為ヲモ包含⁽⁴⁰⁾」し、「親権者タル父ハ如何ナル行為ト雖独断ニテ」なすことができる。また、

(37) 梅謙次郎『民法要義 卷之四 親族編（復刻版）』（有斐閣、1984年）358-359頁。

島田鐵吉『親族法』（明治大学出版部、1919年）350頁は、財産に関する権限の総称として「管理権」を用い、明治民法884条の「管理」を「財産ヲ管理スル権利」とする。そのうえで「財産ヲ管理スル権利」と「財産ニ関スル法律行為ニ付キテノ代表権」とを区別する。

(38) 「八八九條ニ定メタル注意」とは、「自己ノ爲メニスルト同一ノ注意」のことである。

(39) 梅・前掲注（37）359-361頁。明治民法103条は権限の定めのない代理人が行いうる行為を列挙した規定であり、現行の民法103条に継承されている。ここでいっているのは「保存行為」、「代理ノ目的タル物又ハ權利ノ性質ヲ変セサル範圍内ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的スル行為」である。起草者は、同条を「所謂管理行為中ニ包含スヘキ行為ノ種類ヲ列挙」したものという（梅謙次郎『訂正増補 民法要義 卷之一 総則編（復刻版）』〔有斐閣、1984年〕266頁）。なお、同886条により、母が一定の行為につき代表・同意する場合、親族会の同意を得ることが要件とされた。

これらの見解は「代表」の対象となる行為を「子ノ財産上ノ権利ノ得喪ニ関スル一切ノ行為」としており、「代表」により一切の財産上の行為を行うことができるという。判例も「代表」を⁽⁴¹⁾広範なものと捉える。⁽⁴²⁾

しかし、前述のように起草者は「管理」と「代表」とを区別していた。そうすると、「管理」と「代表」とは異なる場面を規律するはずだが、その点は具体的に明らかにされていない。そこで、これらの意義を考える。

起草者が「管理」を「財産ノ利益ヲ図ルノ謂」と表現することに鑑みると、第一に「管理」とは法定の委任事項を指すと解される。そして、この法定の委任事項（委任の目的である財産の利益を図ること）を処理するためには、親権者に財産に関する権限が与えられる必要がある。その権限が管理権と代表権であるといえよう。このように考えると、旧民法154条が親

(40) 牧野菊之助『日本親族法論』（巖松堂書店、二十三版、1927年）378頁。同旨として、和田于一『親子法論』（大同書院、1935年）625頁。姉齒松平『本島人ノミニ關スル親族法並相續法ノ大要』（臺法月報發行所、1938年）212-216頁、遠藤登喜夫『親族相続法綱領』（巖松堂書店、1924年）155頁、柳川勝二『日本親族法要論』（清水書店、1924年）354-358頁も参照。外岡茂十郎『親族法概論』（敬文堂書店、増訂三版、1931年）486-487頁は、管理権は「何等ノ制限アルコトナシ」と、岡村司『親族法講義要領』（金刺芳流堂、1922年）205頁は、但し書きが「唯一ノ制限」という。

(41) 牧野・前掲注(40) 383頁など。

(42) 「親権ヲ行フ父ニ在テハ苟クモ子ノ財産上ノ権利ニ関シテハ假令他人ノ財産ヲ讓受ケ之ヲ売却スルカ如キ法律行為ト雖モ其代表ヲ為シ得ヘキコトハ民法第八百八十六條ニ於テ親権ヲ行フ母ニ付テノミ制限ヲ加ヘタル規定ニ依ルモ自ラ明カナリ」（大判明治34年2月4日民録7輯18頁〔21頁〕）。同判例は、子による土地の売買契約がなされた事案に関するものである。同契約における売買の対象に親子両名の所有名義に係る数筆の土地が含まれ、親が子を代理し、それを相手方に譲渡する約諾をした。子側が、親権者が子を「代表」するのは子の「財産権上ノ利益ヲ図ルニ過キス他人ノ財産ヲ売却スルカ如キ子ノ財産権上何等ノ利益何等ノ必要ナキ法律行為ニ至リテハ父ノ代表権ヲ認ムル理由アラサルヘシ」と主張したにもかかわらず裁判所は上記の判示をしており、「代表」権の広範さが窺える。

なお、同判例は、親権者の行いうる処分行為を管理行為の範囲内に限定する見解により引用されることが多い。しかし、上記の判示からも明らかのように広範な「代表」を認めるものである。

権者に子の財産の管理を委任することを明らかにした規定とされたこととの連続性を見出し得る。したがって、「管理」とは、法定の委任事項である財産の管理（起草者によると財産の利益を図ること）を意味すると解される。

第二に「管理」とは、委任事項としての「管理」を実現するための権限を示すと解される。起草者も管理を「如何ナル行為」をもなすことのできる権限とする。「財産ニ関スル法律行為」を行う権限である「代表」と異なって規定されることから、それ以外の権限を示すと考えられる。当時の学説は、「管理権」と「代理権」とは「其性質ニ於テ全く別ナリ」と指摘し、前者は「子ノ財産ノ上ニ直接ニ諸種ノ行為ヲ施スノ方面ヲ観察」するものであり、後者は「此等ノ行為ヲ施スニ付所有者タル子自身ノ資格ヲ代表スル方面ヲ云フ」と分析する⁽⁴³⁾。したがって、「管理」とは子の財産に物理的処分を行う権限であり、委任された財産の管理を行うために事実行為を行う権限であると解される⁽⁴⁴⁾。そして、この「管理」の権限は、委任事項である「財産ノ利益ヲ図ル」範囲でのみ認められると考えられる。したがって、財産の利益を図ることとならない事実行為を行うことは管理権の範囲を超え義務違反となると解される。

これに対し、「代表」とは、代理の形式により法律行為を行う権限であり、権限としての「管理」と同様に、委任された財産の管理を行うためのものである。「代表」によって法律行為を行う場合、親権者は子の名義で法律行為を行う。ただし、親権者は、授権・間接代理のような代理によらない形式で、つまり自己の名において法律行為を行うことも認められる余地があった。当時の学説において、親権者による「管理」について「一切の方法に由て之れを為すことを得る」との見解がある。これによると、法

(43) 柿原武熊『民法親族編釋義』（講法會、1898年）677頁。

(44) なお、財産に直接に行為を施す場合でも第三者が登場する局面の整理が複雑となる。例えば、親権者が子の動産を修繕するため請負契約を代理する場合、請負契約の締結を代表権の行使と捉え、請負契約の履行により子の動産に施される修繕を管理権の行使と捉えることとなる。

律行為を行うのに代理の形式によらない場合、すなわち「子の財産管理に関する意思表示なることを特に表示するを必要とせざる場合」があり、親権者は「自己の名に於て意思表示を為し、又は他人の意思表示を受領することを得る」という⁽⁴⁵⁾。したがって、親権者には授権がされているとみることが可能であり、また、間接代理により委任事務を処理することもできた⁽⁴⁶⁾といえよう。旧民法において「権利行為」が「代表」によるものとされ、

(45) 和田・前掲注(40) 629頁。後見人についても同様である(和田于一『後見法』[大同書院、1932年] 75頁)。仁井田益太郎『増補改訂 親族法相続法論』(有斐閣、第七版、1921年) 300頁は、親権者が財産を管理する権利を有することから「管理ノ範囲内ニ於テハ…自己ノ名ヲ以テ意思表示ヲ為シ得ヘク…其意思表示カ直接ニ子ニ対シテ其効力ヲ生スル」と論じるが、「然レトモ其意思表示カ直接ニ子ニ対シテ効力ヲ生スルニハ表意者カ子ノ財産ニ関スル意思表示ナルコトヲ示スコトヲ要スルモノト謂ハサルヘカラス」という(後見人についても同様に解する[同344頁])。他方、谷口知平『日本親族法』(信山社、復刻版、1988年) 427頁は、「法律行為は…代表権によって為し得るのであるから、すべて未成年者の名に於て、その法定代理人たる資格に於てのみ為し得るものと解せらる」と指摘する。法典実習會編『實用親族法正解』(奎章堂、1898年) 162頁は、親権者は「財産に関する法律行為に付ては、其子を代表すべく…子の代表者として自ら之をなすものとす」る。

なお、和田・前掲注(40) 626頁は、「処分権を有する結果…訴訟行為を為し得ることも疑かない」とすることから、訴訟の局面においても訴訟代理によらず自己の名で訴訟を提起する途(法定訴訟担当としての訴訟追行)もあり得ることとなる。仁井田300頁は、訴訟行為においても、「子ノ財産ニ関スル意思表示ナルコトヲ示スコトヲ要スル」と指摘するが、訴訟が子の財産に関するものであることは手続中に明らかになるように思われる。なお、この論点については後掲注(88) 参照。

(46) 親権者による間接代理について、中島玉吉『民法釋義 卷之四 親族篇』(金刺芳流堂、1937年) 671-672頁は、子に資産がない場合に子の名義で法律行為を行おうとしても相手方が取引に応じるのに躊躇することが想定されることから、「親権者ノ名義ニ於テ法律行為ヲナシ、他日子ヲシテ其ノ結果ヲ引キ受ケシムル債務ヲ負ハシムルコトヲ得ハ子ノ利益ヲ計ル為メニ多大ノ便宜アル」という。ただし、親権者に生じた間接代理の効果を子に移転するにあたり親子間で法律行為をなす必要があるところ、本人たる子が無能力者であることから親権者が子を代理する必要が生じ、この場合に双方代理の問題が生ずるという難点を指摘する。そのうえで、「當事者其ノ煩ヲ忍フニ於テハ間接代理ヲ禁スル理由ナキカ如シ」と結論付ける。しかし、少なくとも委任された財産の管理を処理する範囲では法律効果を移転することも予定されている(授権があるとすれば特にこのようにいえよう)と考えれば、親

同法の起草者が本人の名をもって行為することを要求したのに対し、⁽⁴⁷⁾ 明治民法ではそのような限定は示されていない。したがって、明治民法では授權、間接代理の形式で財産の管理を行い得た可能性がある。とはいえ、このような権限をどこに求めるかという問題がある。対外的に法律行為をし、そのうえで本人に効果を帰属させるという点に代理との類似点を見出せば、授權の根拠は「代表」に求められるだろうか。⁽⁴⁸⁾ なお、財産の利益を図るための権限であることから、これらは財産の利益を図る範囲で行われるべきであったと解される。

「財産ノ利益ヲ図ル」のではない「管理」「代表」は対内的に義務違反となると解される。「代表」に関して、起草者は「代表」権が広範なものであることに言及したのちに「唯自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ子ノ利益ヲ謀ル義務アルカ故ニ（八八九）若シ不必要ナル贈与其他不当ノ行為アルトキハ損害賠償ノ責ニ任セサルコトヲ得ス」⁽⁴⁹⁾ ことを指摘する。以上は直接には、明治民法889条に基づく帰結である。しかし、「管理」が子の「財産ノ利益ヲ図ルノ謂」である以上、「管理」の範囲を逸脱した「代表」は、同条の注意義務に違反することとなるだろう。この場合、代理権の濫用として処理されると考えられる。⁽⁵⁰⁾ これは、委任された財産の管理

子間（後見人・被後見人間）においてはこのような問題は生じないのではないか。

(47) 前掲注 (26) 参照。

(48) 兼子一「破産財團の主體性」同『民事法研究 第一卷』（酒井書店、1940年）436頁注（十三）は、「処分権の授權」は「属物的である点で、属人的である法律行為の為の代理権授与と異なると認むべき」と指摘する。授權が属物的である点をもって「管理」にその権限を求めるという考え方もあり得るかもしれない。しかし、対外的に法律行為をなして本人に何らかの効果を帰属させる点で、財産に対する権限である「管理」により授權を認めるのは難しいのではないか。

(49) 梅・前掲注 (37) 361頁。

(50) 我妻榮「親子の財産関係」穂積重遠＝中川善之助編『家族制度全集 法律篇Ⅲ 親子』（河出書房、1937年）172頁は、代表権は無制限であるが「その内面的目的に於ては子の為めの管理を出づるを得ない管」であり、行為の目的が管理目的を逸脱する場合「既に代表権はない管で…この事実を知る相手方は子に対して父の代表権の存在を主張し得ない」とする。近藤英吉『親族法講義要綱』（弘文堂書房、

(財産の利益を図ること)としての「管理」の範囲で代表権が認められるべきことによる帰結といえよう。委任事項を超える「代表」が無権代理となるという考え方もあり得るが、「代表」が広く定義されていることから、このように解するのは難しいのではないか。⁽⁵¹⁾

1938年) 189頁は、「子の養育及び財産管理のため必要な場合に限り、子所有の個々の物又は財産権を処分することを得る」としながらも、親権者が広範な代理権を有していることから「必要なくして処分した場合でも、処分行為の相手方に於て親権濫用の事実を認識しないときは、その処分行為は有効」という。

大判明治35年2月24日民録8輯2巻110頁は、親権者と取引する者が「親権者ノ行為カ親権ノ濫用ナルコトヲ知リタル場合殊ニ…濫用スルコトニ加功シタル場合…其行為ハ親権ヲ行フ者其人自身ト第三者トノ直接関係ニシテ親権ニ服スルト第三者トノ間ニ為サレタルモノ云フコトヲ得サル可シ」と判示する。この判例では、親権者の相手方が親権を濫用してなされた金円貸借抵当権設定契約に加功したとして、同契約は子に対しては無効であると判示された。どのような行為が親権濫用となるかは「事実問題ニシテ一ニ事実裁判官ノ査定ニ依ル可キモノトス」とされるが、この判例において当該行為が親権濫用と判断された理由は定かでない。

(51) この点について、法典調査会における起草者の見解が注目される。同会での原案899条は、親権者が一定の行為を行うのに親族会の認許を要すると規定した。そこでの議論において起草者は、『保証』…『贈与』ト云フモノハ之ハ既成法典デハ許サヌノデアラウト思ヒマス何ぜ、サウ言フカト云フト何ントモ書テアリマセヌガ父ハ子ノ財産ヲ管理シ其子ヲ代表スルト書テアリマス其処デ其一五三条ニ『父ハ未成年ナル子ノ総テノ行為ニ付テ之ヲ代表シ自己ノ財産ニ於ケル如ク其財産ヲ管理ス』トアル此『代表』ト云フコトガ私共ノ解スル所デハ管理ノ範囲内ニ於テ代表スルト読ミマスカラ又理論カラ言フテモ…父ガ子ニ財産ヲ只デヤツテモ宜シイ…只デ以テ他人ノ為ニ義務ヲ負フテ其義務ノ結果ヲ子ニ負ハシテモ宜シイト云フコトデハ無論ナイノデアラウト思ヒマスカラ…既成法典ノ解釈トシテモ保証、贈与ノ如キハ丸デ出来ヌト解セネバナラヌ」という。この考え方によれば、「管理」を越えた「代表」は無権代理となる可能性もあるように思われるが、明治民法における「管理」を広範なものとして捉える見解からは、あくまで義務違反にとどまると考えられる。同会において、富井政章委員が親権者によって子の名義で借財がなされた場合に子が成人後に負担を抱える恐れがあると指摘した点に対し、長谷川喬委員は、親権者は「子ノ財産ヲ管理スル丈ケ」であり「財産ノ管理ノ為ニ必要ナル金ハ借リラレルガ…子ノ財産ヲ勝手ニシタリ自分ノ金ノ要リ用ノ為メニ子ノ名前ヲ以テ沢山ノ借財ヲスル」ことは「親ノ権利ニハナイ」と、代表権に内在的な制約があることから権限を制限する規定を別に設ける必要がないと指摘した。これに対し、起草者は明治民法原案「八九七条ニ『子ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ関スル法律行為ニ付其

旧民法では親権者の権限が「管理行為」の範囲に限定された（ただし、処分行為も管理行為とみなされた）のに対し、明治民法において、起草者は親権者の権限を管理行為にとどまらず処分行為をも行いうるものと考えた。したがって、起草者は旧民法の考え方を乗り越えたことが理解できる。ただし、委任事項が財産の利益を図ることであったことから、財産の利益をはかるために権限を行使する必要があったと考えられる。⁽⁵²⁾

（2）後見人の権限

後見人の財産管理に関する明治民法923条1項は、「後見人ハ被後見人ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ関スル法律行為ニ付キ被後見人ヲ代表ス」と規定する。

起草者は、本条が「財産ニ関スル後見人ノ職務ヲ定メタルモノ」であるとし、「其職務タル極メテ概括的ノモノニシテ後見人ハ総テ被後見人ノ財

子ヲ代表シ』云々トアリマスカラ管理ノ外ニ代表ガ認メテアリマス、デアリマスカラ若シあなたノ御趣意ナラバ此八九七条ノ方ヲ書き替ヘテ往カネハナラヌ」と反論する。以上のやり取りからわかるように起草者が想定する「代表」の範囲は広く、「管理」による制限を超えた「代表」を無権代理として扱うという解釈は採りがたいのではないか。富井委員も、親権者が子の名義での借財を「勝手気儘ニ出来ルト云フヤウナコトニ為ツテハ非常ニ不都合ト思ヒマス」と指摘しながらも、『其財産ニ関スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表シ』ト書テアリマスカラ出来ルト云フ方ニ為ラウト思ヒマス」という。以上につき、法務大臣官房司法法制調査部監・前掲注(22) 453-457頁。前掲注(42)の判例、大西耕三『代理の研究』（弘文堂書房、新装版、1967年）386頁による親権者及び後見人の「代理権等に付ては内部関係に対し、完全に所謂〔無因〕である」との指摘も参照。

(52) 大判大正10年3月24日民録27輯595頁は、明治民法889条1項及び子が成年に達したときに遅滞なく管理の計算をすべきことを定める同890条を根拠に「恣ニ子ノ財産ヲ処分スルコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス」と判示する。和田・前掲注(40) 627頁も「処分行為は親権者の私利私欲を満足せしめんか為に与へられたるものに非ずして、子の財産管理の目的のために付与せられた」点に留意すべきことを指摘し、同判例を評価する。「処分権は飽くまで子の為の処分であって、謂はゞ管理の為めの処分で処分の為めの処分でないことを忘れてはならぬ」との穂積重遠「判批」民事法判例研究会編『判例民法（1）大正十年度』（有斐閣、復刊第一刷、1954年）132頁の指摘も参照。

産ヲ管理シ又其財産ニ関スル一切ノ法律行為ニ付キ被後見人ヲ代表スルモノ⁽⁵³⁾」であり、その権限は「総テ親権者ノ権限ニ同シ」という。学説においても、後見人の「管理」「代表」につき、同929条による制限のような「多少ノ差異アリト雖…彼此径庭アルナシ」とされる⁽⁵⁴⁾。

ただし、後見人については同929条が「後見人カ被後見人ニ代ハリテ營業若クハ第十二条第一項ニ掲ケタル行為ヲ為シ又ハ未成年者ノ之ヲ為スコトニ同意スルニハ親族会ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」と定め、後見人は同12条各号の行為を独断で行うことはできず、親族会の同意を得る必要があった。後見人は、「被後見人ノ財産ニ付キ概括的権限」を有するが、重大な行為を単独で行わせることは危険であるため、かような規定が盛り込まれ、その限りで管理行為の一部、処分行為の多くを単独で行い得なかった⁽⁵⁵⁾。この制限に関して注目されるのが、後見人が管理行為以外の行為を行うことを制限する旧民法193条が明治民法において削除されたことについての起草者の見解である。これによれば、明治民法12条所定の行為以外に後見人が行いうる行為は「所謂管理行為丈シカ残ツテ居ラナイ」。また、後見人の職務は「未成年者ノ財産ヲ管理スル」ことであることから「管理ノ目的ヲ脱スルコトハ出来」ず「其範囲ヲ超ユルコトハ出来ナイ」。以上の理由から旧民法193条が不要とされた⁽⁵⁷⁾。

(53) 梅・前掲注 (37) 468頁。

(54) 牧野・前掲注 (40) 428頁。ただし、大判明治30年10月7日民録三輯九卷二十一頁は、後見人が被後見人の財産を担保に供する行為を無効であるとし、田中豊「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成4年度523頁は、同判例が後見財産を担保に供する行為は「そもそも後見人の有する代理権の範囲に属さないものと考えている」と分析する。したがって、判例は、親権者と後見人の代理権には差異があると考えていた可能性がある。しかし、この判例の帰結はあくまで明治民法929条によるものとも解し得る。

(55) 梅・前掲注 (37) 479頁。

(56) 起草者は、元本の領収及び修繕を管理行為とするが、「危険多キ」ことから処分行為と同視する(梅・前掲注 [39] 36頁)。

(57) 法務大臣官房司法法制調査部監『日本近代立法資料叢書7 法典調査会 民法議事速記録7』[梅謙次郎] (商事法務、1984年) 69頁。起草者が「財産管理ト云フコ

親族会の同意を得ずになした明治民法12条各号所定の行為は有効と解されたが、同936条及び887条によって被後見人又はその法定代理人によって取り消し得るものとされた。⁽⁵⁸⁾ また、親族会の同意を得たとしても、「管理」は被後見人の利益のために行われるべきことから、被後見人の利益にならない権限の行使は対内的な義務違反を構成し、権利の濫用にあたりと解される。⁽⁵⁹⁾ 当時の判例は、後見人が被後見人のためにする意思を欠いた行為は、相手方がその事情を知り又は知ることができた場合に無効であると⁽⁶⁰⁾し、心裡留保類推説と同様の枠組みを採用していた。

旧民法では、委任事項が管理行為に限定され、そのうえで親権者の権限を拡張する規定が設けられた。これに対し、明治民法では、委任事項に処分行為も含まれ、そのうえで後見人の権限を制限する規定が設けられた。

トハ財産ヲ良クスル方ノ目的デナケレバナラヌ」と指摘したことも注目される（同68頁）。

(58) 大判明治35年4月30日民録8輯4巻149頁は、「後見人カ被後見人ノ親族ノ同意ヲ得シテ私擅ニ其財産ヲ他人ニ贈与シタルトキハ其全部タルト否トヲ問ハス被後見人カ成年ニ達シタル後又ハ其法定代理人ニ於テ之ヲ取消スコトヲ得ル」と判示し、判旨として「後見人カ親族ノ同意ヲ得シテ被後見人所有財産ノ全部又ハ一部ヲ他人ニ贈与シタルトテ直チニ之ヲ無効ト云フヲ得ス」ことが挙げられる。

(59) 大判昭和15年12月24日法律新聞4664号7頁。後見人（母）が家産の維持のため親族会の同意を得て、早発性痴呆患者である被後見人（成年に達している子）の財産を被後見人の弟に贈与した事案である。同判例は、親族会の同意を得ても、後見人が「全然被後見人ノ為ニスルノ意思ナクシテ之ヲ為シタルコト明白ナル如キ場合ハ後見人タル資格ノ濫用ニ外ナラス適法ナル後見行為ト目シ難キカ故ニ之ヲ有効ト為スニ由ナキ」とした。濫用か否かは「後見人ノ意向被後見人ノ心身ノ状況…被後見人ヲ繞ル周囲ノ事情…ヲ調査稽量ノ上之ヲ判定」する。前掲注（58）の判例は、「後見人ハ被後見人保護ノ為メ設クルモノナレハ被後見人ニ不利益ナル法律行為ヲ為スヘカラサルコト論ヲ俟タス然レトモ後見人カ被後見人所有財産ノ全部又ハ一部ヲ他人ニ贈与シタルトテ直チニ之ヲ無効ト云フヲ得ス」と判示し、その理由として法律行為は法定違反、公序良俗違反、その他法律行為の要素に錯誤を生じた等の場合でなければ当然無効とはならないことを挙げる。

和田・前掲注（45）75頁は、親権者に関する前掲注（52）の判例を挙げ、「恣に被後見人の財産を処分することを得ざる」と指摘する。

(60) 大判昭和14年5月13日判決全集6輯16号16頁。

また、親権者の場合と同様に、後見人も被後見人の財産の利益を図る必要があったと解され、その権限には内在的な制約があったと解される。

2、権限を狭く解する見解

明治民法884条の「管理」とは、「財産ノ保存、利用又ハ改良ノ為ニスル一切ノ事実上及ヒ法律上ノ行為ヲ包括スルモノ」であり、「処分行為ト雖モ此目的ノ範囲内ニ在ル限ハ所謂財産ノ管理ニ属スルモノトス」として、親権者に管理行為及びその目的の範囲内での処分行為のみを行うことを認める見解もあつた。⁽⁶¹⁾ 起草者が委任事項である財産の管理を財産の利益を図ることと解したのに対し、この見解は、委任事項である財産の管理としての「管理」を管理行為と解する。したがって、この見解のもとで親権者は管理行為の範囲でのみ財産の管理を委任されたとみることができる。

しかし、このような見解の下でも、「代表」は、「子ノ財産ニ関スル法律行為」すなわち「財産ノ得喪又ハ変更ヲ目的トスル法律行為ノミ」ならず、「子ニ効力ヲ及ホス一切ノ財産法上ノ法律行為」に及ぶとされ、親権者は「財産管理ノ範囲外ニ於テ子ノ名ヲ以テ所謂財産ニ関スル法律行為ノ内容タル意思表示ヲ為シ又ハ之ヲ受クルコトヲ得ベシ」と、委任事項の範囲を超えた部分についても代表権が認められた点には留意が必要である。⁽⁶²⁾

(61) 仁井田・前掲注(45) 298-299頁、堀内節『親族法要義』（精興社、1940年）376頁。「増殖・保存」という目的の範囲内での処分を認める見解（中島・前掲注〔46〕 667頁）、「財産の価値を保存または増加」する目的の範囲内での処分を認める見解（薬師寺志光『日本親族法論』〔南郊社、1942年〕 1005頁）、「必要なる場合に処分を認める見解（宮田四八『親族法』〔東京専門学校、出版年不明〕 196頁）、「管理トハ財産ノ保存改良利用ヲ目的トスル行為ナリ」と管理行為のみを認める見解（奥田義人『親族法論』〔有斐閣書房、三版、1899年〕 356-357頁、浅見倫太郎『親族法』〔日本法律学校、出版年不明〕 441頁、同旨として掛下重次郎『民法親族編講義』〔講法會出版、出版年不明〕 292頁、鶴丈一郎『民法親族』〔和佛法律学校、出版年不明〕 177頁）がある。

なお、薬師寺1005頁は、上記の見解を掲げながら前掲注(42)の判例を挙げるが、同判例は行いうる処分行為を「財産の価値又は保存」という目的の範囲内に限定していない。

これらの見解は、委任事項の範囲としては管理行為及びその範囲での処分行為の権限のみを認めるが、代表権を無制限とみる。そこで、これらの関係がどのようになるかが問題となる。一つには、「代表」が広範な権限であることから委任事項としての「管理」の制限を超えた代理行為も有効であり、代理権の濫用となるという考え方があり得る。この場合、管理行為の範囲を超えた行為であっても相手方がそのことを認識していない限り有効となる。他方、管理行為の範囲を超えた代理権の行使は無権代理となるという考え方もありうる⁽⁶⁵⁾。また、この見解によると授權が認められると

(62) 仁井田・前掲注(45) 299-300頁。薬師寺・前掲注(61) 1012頁は、「代表」における「子ノ財産ニ関スル法律行為」とは「一切の財産的法律行為即ち身分行為に非ざる行為を謂ふ」とし、中島・前掲注(46) 670頁は、「代表」権の範囲について「財産ニ関スル行為ニ付テハ物権的処分行為、及ヒ債権的処分行為其ノ他一切ノ行為ニ亘ルヲ原則トス」とした。また、財産に関する代表権は「無制限」であるとする奥田・前掲注(61) 357頁も参照。谷口・前掲注(45) 431-433頁は、財産管理権を明治民法103条に由来するものと捉え、代表権を広く解することを「解釈上一応正当」とするが、代表権は財産管理権の一内容であるべきことを指摘し、親権者が極端な権限をもつことに異議を唱える。しかし、同時に親権者の権限が「財産管理権の範囲において」または「子及び一般社会の利益保護に必要な範囲内に於てのみ存在する」と解すれば、子の保護は達成できるとしても「反面取引の安全を害する」という。そのうえで、親権者の権限について「解釈上立法上大いに考究を要する」と指摘する。

(63) 大西・前掲注(51) 386頁の指摘を参照。

(64) 「代表」の結果、本人の財産に管理行為を超える結果が生じた場合、財産に対し事実行為を行う権限たる管理権の行使は不適法であり、義務違反となろう。とはいえ、不適法な管理権の行使となるような代表権の行使も結果として不適法であり義務に違反することになろう。後掲注(105) 参照。

(65) 中島・前掲注(46) 673頁は、親権が「子ノ利益ヲ計ルヲ以テ不変ノ目的トナス、明カ」であることから子に不利益な行為を行った場合「八八九条ノ制裁アルノミナラス権限外ノ行為又ハ代理権ノ濫用ヲ以テ之ヲ論シ、本人タル子ニ対シテハ法律上ノ効果ヲ生セサルモノトスルヲ可ト」し、「相手方カ善意ナル場合ニ限り表見代理ノ効力ヲ生スヘキ」という。柿原・前掲注(43) 674-675頁は、明治民法が「代表」権を無制限の権利とすることに言及するが、本人に不利益をもたらす行為は「適法ノ代理権内ト云フヲ得」ず、「代理ノ権限内ニアラサル」のであり、親権者の代表権は子の財産を管理行為の目的に適する範囲内でのみ「正当ニ」存するとする。これに続く記述で、どのような場合に親権者が権限を超越するかは「以上ノ

しても管理行為の範囲内に限られ、例えば、親権者が自己の名で管理行為を超える売買をした場合、授權のない他人物売買のかたちをとることになると考えられる。⁽⁶⁶⁾

第三章 現行民法

本章では現行民法の考え方については概観にとどめ、具体的な考察については第四章にて行う。

1、権限を狭く解する見解

代表的な注釈書は824条を「財産管理権と代表権」と題し、「財産管理権」について「財産の管理とは、財産の保全・財産の性質を変じない範囲の利用・改良を目的とするいっさいの事実上および法律上の行為をいう。その目的の範囲内において、処分行為をすることも、財産管理のなかに包含する」という。⁽⁶⁷⁾これによると、旧民法と同様に親権者の権限は原則として管理行為に限定されるようにみえる。

しかし、同時に、代表権は広範に解される。上記の見解によると、財産「管理権の効果」として「事実行為をする権限」と「法律行為をする権限」が認められる。事実行為をする権限が管理権であろう。そして、後者として代表権たる「法定代理権」を挙げ、「代理権は、財産管理権…と対立す

説明ニ依り明了」という。これらの見解は、管理行為を超える代表権の行使は無権代理となると考えていた可能性がある。ただし、これらの見解は委任事項たる「管理」の範囲を管理行為の範囲のものとしながら、「代表」権の範囲の問題については子の利益という基準を持ち出すのであり、管理行為の範囲を超えた場合の「代表」の扱いについて直接に言及されているわけではない点に留意が必要である。

(66) 管理行為の範囲を超える事実行為については対内的な義務違反として責任を問うこととなろう。

(67) 於保不二雄＝中川淳『新版 注釈民法 (25) 親族 (5) [改訂版]』[中川淳] (有斐閣、2004年) 126頁。なお、同書はここで前掲注 (42) の判例を挙げるが、前述のように同判例は処分行為を管理行為の範囲に限定しない。

るものではなく…財産管理権より派生した権利」であり、「原則としていっさいの財産に関する行為に及ぶ」とする。したがって、代表権の範囲は必ずしも制限されない。ここで、「財産の管理」とは委任事項を指すと解され、その範囲は管理行為に限定される。そして、その権限としての「事実行為をする権限」が「管理」に、「法律行為をする権限」が「代表」に対応すると考えられる。

学説においても、上記の見解と同様に、「管理」を管理行為の範囲で解し、「代表」については広範に解する見解が多い⁽⁶⁸⁾。

これらの見解は、「管理」のもとで権限が管理行為の範囲内に制限されると捉えながらも、「代表」を広範な権限と考える。この場合、管理行為を超えた管理権及び代表権の行使がどのように評価されるべきであるか問題となるが、その点に関する言及はない。

以上の見解は、後見人の権限についても同様に解しており、859条にお

(68) 岩志和一郎＝吉田恒雄『親族法・相続法〔第6版〕』（尚学社、2022年）161-162頁、近江幸治『民法講義Ⅰ 民法総則〔第7版〕』（成文堂、2018年）50頁、同『民法講義Ⅶ 親族法・相続法〔第2版〕』（成文堂、2015年）155頁、常岡・前掲注（4）210頁、中川高男『新版 親族・相続法講義』（ミネルヴァ書房、1995年）266-267頁、二宮周平『家族法 第5版』（新世社、2019年）236頁、野田愛子『現代家族法—夫婦・親子』（日本評論社、1996年）201-202頁、松坂佐一『民法提要 親族法・相続法（第四版）』（有斐閣、1992年）167-169頁など。岩志＝吉田、常岡、松坂はここで前掲注（42）の判例を挙げるが、同判例は、処分行為が管理行為の目的の範囲内に制限されるとは述べておらず、むしろ、代表権が本人に財産権上の利益をもたらさない場合に認められるべきではないとの主張に対し、広範な代表権が認められることを示唆する。したがって、「管理」を広範囲に解する久貴・前掲注（3）266頁などが同判例を引用するのはともかく、管理行為の範囲内でのみ処分行為を行うことを認める見解が同判例を引用する点にはやや疑問がある。

なお、合田篤子「親権者の財産管理のあり方」二宮周平編代『現代家族法講座 第3巻 親子』（日本評論社、2021年）241頁は、「親権者による財産管理は財産の保存、利用・改良を目的とする一切の事実上および法律上の行為にとどまらず、その目的の範囲内において処分行為にも及ぶと起草者〔梅謙次郎一筆者注〕をはじめ判例、通説は解してきた」と分析する。しかし、少なくとも起草者及び判例は、処分行為を管理行為の範囲に限定していないように思われる。ただし、起草者も財産の利益を図るという目的拘束を想定していた。

ける「管理とは、財産の保存、財産の性質を変じない利用、改良を目的とする行為…管理の目的の範囲において」の「処分行為」であり、「代理権は、被後見人の財産にかんする一切の財産的法律行為に及ぶ」と整理する⁽⁶⁹⁾。ここでも、管理行為の範囲を超えた管理権及び代表権の行使がどう評価されるのかに関する言及はない。

2、権限を広く解する見解

上記に対して、「財産管理」には「事実行為も法律行為も含まれ、法律行為には広く処分も含まれる」と「管理」を広範に理解する見解も多くある⁽⁷⁰⁾。また、これらの見解は「代表」についても、広範なものと解する。判例も、「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（民法八二四条）」と「代表」を広く解する⁽⁷¹⁾。ただし、広範な権限が認められるとしても、本人のために行使されるべきであると解される⁽⁷²⁾。したがって、本人のためにならない「管理」及び「代表」をした場合、対内的な義務違反が生じると解され、また、代理権の濫用ともなり得る。

上記の見解は、後見についても同様に解する。裁判例も、後見人の権限⁽⁷³⁾

(69) 於保＝中川編・前掲注(67)〔中川〕408-409頁、常岡・前掲注(4)231頁。また、新井誠ほか編『成年後見制度—その理論と実務〔第2版〕』〔赤沼康弘〕(有斐閣、2014年)97頁。

(70) 内田貴『民法Ⅳ〔補訂版〕』(東京大学出版会、2004年)227頁。同旨として、泉久雄『親族法』(有斐閣、1997年)277頁、於保不二雄『財産管理権論序説(復刻版)』(有信堂、1995年)7頁、久貴・前掲注(3)265-266頁、田高寛貴『財産管理論』北居功ほか『コンピネーションで考える民法』(商事法務、2008年)304頁、中川善之助『新訂 親族法』(青林書院新社、1965年)509頁、星野英一『家族法』(放送大学教育振興会、1994年)135頁、深谷松男『現代家族法〔第四版〕』(青林書院、2001年)154-155頁、我妻・前掲注(6)335-336頁など。

(71) 最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁。なお、同判例が「管理」をどのように解するかは定かでない。

(72) 棚村政行『子どもと法』(日本加除出版、2012年)165頁による「親権法を…子の利益や幸せを実現」する方向への「転換」を図らねばならないとの指摘も参照。

を広く解する⁽⁷⁴⁾。なお、864 条により、後見監督人があるとき後見人は 13 条 1 項各号所定の行為を行うのにその同意を得なければならず、同意を得ていない行為については 865 条 1 項により取り消し得る。また、859 条の 3 は、成年後見人が成年被後見人の居住用不動産の処分をするにあたり、家庭裁判所の許可を求める。この許可は「処分行為の効力要件」であるため、許可を欠く処分は無効となる⁽⁷⁵⁾。

第四章 考察

1、「管理」の意義について

判例を含め、これまで「管理」と「代表」とは厳密に区別されてこなかった⁽⁷⁶⁾。しかし、これらを截然と区別する見解もあり、実際の条文上もその⁽⁷⁷⁾

(73) 於保・前掲注 (70) 7 頁、田高・前掲注 (70) 304 頁など。成年後見制度の立案担当者もこのように解する（小林昭彦ほか編『新成年後見制度の解説【改訂版】』[きんざい、2017 年] 146 頁）。潮見・前掲注 (3) 618 頁は、後見人の「財産の管理に関する事務には、一切の法律行為と事実行為が含まれる」と、有泉亨『新版 親族法・相続法』（弘文堂、1971 年）113 頁は、859 条 1 項を以て「親権者と同様の広い権限を有する」と論じる。

(74) 東京地判平成 30 年 3 月 20 日金融法務事情 2212 号 67 頁以下。なお、同裁判例では、原告側が、後見人の権限が管理行為の目的の範囲内に限定されることを主張したが、広範な権限が認められることが判示された。なお、ここでも「管理」と「代表」との区別は曖昧である。

(75) 小林ほか編・前掲注 (73) 159 頁。

(76) 我妻栄編『判例コンメンタールⅦ』[阿部徹]（日本評論社、1970 年）401 頁は、「本条本文は、要するに、親権者が子の財産上の地位に関するいっさいの行為につき代理・代行権限を有する旨を定めた規定であるから、両者をあえて峻別する必要もないであろう」という。齋藤由起「共同親権における財産管理」水野紀子＝床谷文雄編代『財産管理の理論と実務』（日本加除出版、2014 年）170 頁による指摘も参照。

(77) 近江『総則』・前掲注 (68) 50 頁、大村・前掲注 (7) 109 頁。柿原・前掲注 (43) 677 頁も参照。

ように考えるのが妥当であろう。そこで、まず「管理」の意義を整理する。

旧民法の議論に鑑みると、824条及び859条1項は、子及び被後見人の財産の管理を親権者及び後見人に委任することを明らかにしたものであり、また、そのための権限を示す規定であるといえる。つまり、これらの規定は法定の委任事項である財産の管理を行うための権限を示す。⁽⁷⁸⁾ここでの権限は、①「財産を管理」すること（管理権）②「財産に関する法律行為について…代表」すること（代表権）に分かれる。したがって、条文における「管理」とは管理権を、「代表」とは代理権を指すと解される。

しかし、「管理」という語は、明治民法においてそうであったように、財産の管理という法定の委任事項を表すものとしても用いられてきた面がある。後述のように権限としての「管理」は、本人の財産に対し物理的処分を加える権利であると解されるが、多くの見解が「管理」に法律行為を含める。しかし、本人の財産に対して物理的処分を加えるために法律行為を行う必要があるとしても、それはあくまでも「代表」により行われるのであり、「管理」によるのではない⁽⁷⁹⁾だろう。とりわけ、「管理」の具体例と

(78) 高秀成「フランス法における権限 (pouvoir) と財産管理制度」慶應法学23号(2012年)131-132頁は、「財産管理制度は一定の目的を追求するものであり、その目的に応じて財産管理人に一定の権限が与えられ」と整理する。

(79) 我妻編・前掲注(76)[阿部]401頁は、824条の「規定の体裁としては、財産管理と法律行為の代表(代理)を区別しており、かつ、両者で内容を異にする点もある一すなわち、財産管理は事実行為をも含み、他方、法律行為の代表(代理)は必ずしも財産管理行為のみとは限らないが、内容的に重複する点もあり一すなわち、財産管理として行なわれる法律行為の代表(代理)一、両者を二者択一のものと解することはできない。」と分析する。これによると、法律行為としての「管理」があり、それは「代表」によって行なわれ、「管理」と「代表」との重複の場面が生ずる。中川・前掲注(70)510頁は、「法律行為による管理…を行うためには代理権が必要で…従って親権者の管理権と代理権は親権者という地位に付随する一つの属性の両面」と論じており、「法律行為による管理」を想定する。私見としては、「管理」はあくまでも財産に対し事実行為を行う権限であり、ただし、そのために準委任契約や請負契約などを締結する必要がある場合に、代表権が必要となるのだと考える。「財産管理」とは、「包括的代理権を行使することによって…財産

して挙げられる借財は、子及び被後見人に現に帰属する財産に影響を及ぼすものではなく、「管理」で捉えるのは正確さを欠くように思われる⁽⁸⁰⁾。それにもかかわらず、「管理」は法律行為をも含むものとして理解されてきた。その理由だが、「管理」が親権者・子間、後見人・被後見人間における財産の管理という法定委任事項としての意義をも有する点に求められるのではない⁽⁸¹⁾。「管理」が委任事項を意味するとすれば、当然に財産に関する法律行為を代理することもそこに含まれるからである。このような意味での「管理」と権限としての「管理」とが同じ語で用いられてきたことから、管理権の内容にも法律行為が含まれるかのような印象が生じたのではないだろうか。しかし、委任事項である財産の管理と、財産の管理を実現するために「財産を管理する」権限とは異なるのであり、明確に区別していくべきであろう。

では、権限としての「管理」（管理権）とはどのようなものか。「代表」が法律行為を含むことから、それ以外の権限となろう⁽⁸²⁾。学説では、「代表」

を保存したり、一定の範囲で被後見人のために利用したりすることをいう」とする片岡武ほか『第2版 家庭裁判所における成年後見・財産管理の実務』（日本加除出版、2014年）17頁が実際を正確に表していると考える。

(80) 原則として借財は「財産」への物理的処分を伴わないので、「管理」が規律する場面ではなく、「代表」により規律されると解される。なお、以上は岩志＝吉田・前掲注(68) 161頁が「財産管理の対象となるのは、現に未成年の子に帰属する財産である」と論じることを前提とした（「代表」の規律する場面として「現に子に帰属しない財産の売却、子のために家を賃借する契約」を例示する齋藤・前掲注〔76〕170頁も参照）。しかし、824条及び859条1項の「財産」が本人の財産上の地位をも含むものであるとすると、借財のような場面にも「管理」権の行使の面を見出す余地があり得るかもしれない（「管理」に子の名義での借財を含む我妻・前掲注〔6〕335頁参照）。とはいえ、物理的処分が観念できないので、「代表」により規律されるべきであると考える。

(81) 「管理」は「広義には、財産・物に関して適切な事務処理を行うこと」とされ、（高橋和之ほか編代『法律学小辞典』〔有斐閣、2016年〕173頁）、委任事項を意味する場合があることは考え得る。なお、幾代通『民法総則〔第二版〕』（青林書院、1984年）321頁、322頁注（一）も参照。

(82) 山野目章夫『民法概論1 民法総則〔第2版〕』（有斐閣、2022年）70頁は、「成

が対外的な関係であるのに対応し、「管理」は対内的な関係であると指摘される。⁽⁸³⁾「管理」の客体は「財産」であること、既に明治民法下の学説において、「管理」が対外的な「代表」と異なり「子ノ財産ノ上ニ直接ニ諸種ノ行為ヲ施スノ方面ヲ観察」したものと指摘されたことに鑑みると、「管理」とは本人の財産に対する行為を指すのであり、財産に対して物理的な行為をなす権限と解される。したがって、権限としての「管理」は事実行為を行う権限である⁽⁸⁵⁾と考える。

以上のように「管理」という語は、財産の管理という委任事項を示す面があると同時に、委任事項である財産の管理を行うための権限をも示すものとして用いられてきた。このような二義性から「管理」の意義がわかりにくくなってきた面があるように思われる。しかし、824条及び859条1項のいう「管理」とは、あくまでも法定の委任事項である財産の管理を行うための権限たる管理権のことであり、法律行為の「代表」をも含む委任事項としての財産の管理を示すものではないと解すべきであろう。

2、「代表」の意義について

「代表」とは法律行為を代理する権限（法定代理権）であり、財産の管理

年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護および財産の管理に関する事務で代理権の行使でないものを行なう」ことに言及する。

(83) 大村・前掲注(7) 109頁参照。「他人の財産を管理する関係と代理関係とは同じではない…財産管理というのは本人と管理人との間の法律関係であるのに対し、代理は第三者と代理人及び本人との関係である」とする川島武宜『法律学全集 17 民法総則』(有斐閣、1965年) 317頁も参照。

(84) 近江『親族』・前掲注(68) 154-155頁は、管理権を「他人の財産を管理する権限」、代表権を「本人に代わって法律行為を行うこと」と整理し、管理権の対象が「財産」であることを強調する。

(85) 後見人の権限について内田・前掲注(70) 286頁は、「財産管理には、事実行為としての財産管理と対外的な代理行為がある」と整理する。ここでいう一つ目の財産管理が法定の委任事項としての財産の管理を、二つ目の財産管理が委任事項を処理するための権限である「財産を管理すること」(管理権)を表すと解される。ここでも「財産管理」という語の二義性が明らかである。

という委任事項としての「管理」を行うための権限である。したがって、後述のように委任事項としての「管理」の範囲内で行使されるべきとの要請が生ずる。

「管理」が対内的な関係を意味するのに対し、「代表」は対外的な関係を規律することに鑑みると、「代表」により法律行為を代理しうることに疑いはないだろう。また、債権譲渡の通知のような観念の通知、元本の領収のような準法律行為を行うことも代表権によると解される。準法律行為は法律行為ではないが、相手方に対する意思表示を伴い本人に効果を帰属させる点で対外的な関係により規律されるべきである。したがって、「代表」によって受け止めることができよう。

さらに、以上にとどまらず、「代表」を、代理によらず親権者及び後見人が自己の名において法律行為を行う権限をも含むものとして捉えることも可能ではないか。明治民法下で説かれたように、授権や間接代理により親権者及び後見人が自己の名において法律行為を行う余地もあり得る。もちろん、委任事項である「管理」を実現するための権限として代表権が与えられる点に鑑みれば、あくまで代理の形式で法律行為を行うという考え方もありうる。しかし、親権者及び後見人が自己の名において法律行為を行うことが認められる方がよい局面もある。例えば、子の養育のために手元資金が必要となった親権者が子の財産を処分する場合、必ず代理の形式によらなければならないというのは窮屈である。⁽⁸⁶⁾ 親権者及び後見人が自己の名で子及び被後見人の財産を売却したという場合に、⁽⁸⁷⁾ 他人物売買が成立するとしても、子及び被後見人から相手方に直接に所有権が移転すると解すべきではないか。そのように考えなければ、相手方の地位が不安定とな

(86) 谷口・前掲注(45) 427頁、安永正昭「代理・委任における代理人・受任者の行動準則」トラス60『財産管理における受託者及びそれに類する者の行動基準』（トラス60、1995年）18頁。

(87) とりわけ、子の動産を処分する際に代理の形式によらない例というのは非常に多いと考えられる。ただし、親権の場合、828条が存在するため、授権のような法律関係を見出す必要がない可能性はある。

る虞がある。そうすると、親権者及び後見人には授権の法律関係が認められるべきである。⁽⁸⁸⁾ 間接代理も認められてよいだろう。⁽⁸⁹⁾ 以上の権限をどこに

(88) ただし、法律行為を授権及び間接代理のもとで行う場合、826条による制約を免れる可能性がある。例えば、親権者及び後見人が自身の債務につき自己の名で子及び被後見人の財産に担保物権を設定しようとする場合、代理の形式により行くと利益相反行為となり、特別代理人が選任されるのと異なる。この点をどのように考えるかは一つの問題である。なお、処分授権にもとづき子及び被後見人の財産を処分した場合、対価請求権は親権者及び後見人に帰属するが、子及び被後見人の財産の管理を行うための授権である以上、受領した代金等を自己のために費消することは義務違反となるだろう。あるいは、処分授権と同時に権利取得授権もされているとみることができるかもしれない。ただし、権利取得授権が認められるかには議論がある。義務設定授権についても認められるかについて議論があるが、仮に認められるとすれば相手方の保護という点から、親権者及び後見人も共同して債務を負担すると解すべき可能性がある（潮見佳男『民法総則講義』〔有斐閣、2005年〕406頁参照）。とはいえ、法定の権利取得授権、義務設定授権というものが認められると考える余地があるかもしれない。

関連して、授権が認められるとすると、親権者及び後見人が当事者適格を有する可能性が生ずる。福永有利『民事訴訟当事者論』（有斐閣、2005年）143頁が指摘するように、財産管理人による訴訟追行において「自ら当事者となるべきか、法定代理人として追行すべきか」が「当該管理人のもつ管理権が自己の名で管理・処分行為をなすべきもの（授権）であるか、それとも本人の名において行為すべきもの（代理権）か」によって判断されるのであれば、親権者及び後見人に授権の法律関係が認められる場合、法定代理人としても当事者（法定訴訟担当）としても訴訟追行しうる。民事訴訟法31条は、未成年者及び成年被後見人が法定代理人によらなければ訴訟行為をできない旨を規定するが、訴訟担当構成を排除するものでない。同条の趣旨が制限行為能力者の保護にあることに鑑みると、訴訟担当を認めることもその趣旨の実現に裨益する。また、親権者及び後見人にも既判力を及ぼすことができる（同法115条1項1号）。しかし、誰が当事者となるかによって訴訟法上様々な効果が生ずる（例えば、裁判権、除斥の判断の場面）ので、慎重な検討が必要である。

なお、小野木常「第三者の訴訟追行権—特に財産管理人の訴訟法上の地位を中心として—」訴訟法学会編『訴訟法学の諸問題 第一輯』（岩波書店、1938年）85頁以下は、「訴訟法上の地位に関して明文を欠く財産管理人は管理に服する権利又は法律関係に関する訴訟追行を他人の名でも自己の名でもするとの選択の自由を有」と論じる。これによると、同法31条が親権者及び後見人の訴訟上の地位を明文化したものとされるかどうかにより、これらの訴訟上の地位が決まる。また、於保・前掲注（70）105頁は、「他人の権利または法律関係に関して訴訟をなす権能を

求めるかは一つの問題であるが、対外的に第三者と法律行為をし、その効果を一部でも本人である子及び被後見人に帰属させる点に「代表」との類似点を見出し得るところ、⁽⁹⁰⁾「代表」に求められるのではないか。

有する者が訴訟をなす場合には本人を当事者とする、自ら当事者となって訴訟を進行すると、その選択の自由を有するものと解する」（鈴木重勝「代理と職務上の当事者」小山昇ほか編『演習 民事訴訟法〔新演習法律学講座12〕』〔青林書院、1987年〕207-221頁も参照）と論じる。これによれば、他人の財産を管理する権限を有する親権者及び後見人が訴訟担当を選択する途が残りうる。さらに、実体法上の地位とは独立に訴訟上の地位を決める見解もあり（岡成玄太『いわゆる財産管理人の訴訟上の地位』〔有斐閣、2021年〕13頁の整理を参照）、親権者及び後見人の実体法上の性質が法定代理人であったとしてもこれらの訴訟法上の地位を訴訟担当と解することもあり得る（ただし、同法28条が「訴訟無能力者の法定代理」と明記する点に留意が必要である）。

(89) 幾代・前掲注(81) 321-322頁は、「財産管理の事務のなかには、対外的な法律行為を全然予想しない事実行をもふくまれうるし…財産管理として対外的に法律行為をなすことが期待される場合でも、かならずしも代理という形式によって行なわれるとはかぎらず、管理者が自己の名で（さしあたり彼自身だけが法律上の効果帰属主体となって）第三者と法律行為をなすべく期待されている場合もある（いわゆる間接代理…）」と論ずる。川島・前掲注(83) 317-318頁も参照。

中島・前掲注(46) 671-672頁は、間接代理を認めるとしても、親権者・子間、後見人・被後見人間に法律効果を移転させようとする場合に利益相反行為となり特別代理人の選任が求められることを指摘する。しかし、法律効果の移転は権限に織り込まれているとみることができるのではないか。なお、相手方の保護を講じる必要があるかどうかは一つの問題であり、例えば、債務負担の移転については相手方の了承が必要となりうる（なお、債務負担の移転が認められない場合であっても委任事項を処理するための事務である以上、負担する債務のための費用を子及び被後見人の財産から支出することができるため親権者及び後見人に不都合はないと解される〔後見について861条2項参照〕）との指摘も考え得るが、法定の授権があると考える場合、この点は問題とならないだろう。しかし、委任に関する646条が親権及び後見に準用されていないことは、これらにおいて間接代理の形式で自己の名で法律行為を行う場面が想定されていないことを根拠づける可能性がある（また、権利取得授権も同様に考える）。ただし、後見の場合は873条によることが可能かもしれない。

(90) 鈴木祿弥『民法総則講義 二訂版』（創文社、2003年）270頁は、「直接代理が人的他人効を生ぜしめるのに対し、授権は物的他人効を生ぜしめる」と説く。「管理」が客体とするのは子及び被後見人の財産であることに鑑みて、物的他人効を生じさせる権限を「管理」に見出すという考え方もあり得るかもしれない（兼子・前掲注

3、「管理」と「代表」との関係について

「管理」が財産の管理という委任事項をも表すものであることに鑑みると、委任事項である「管理」によって権限の範囲が限界づけられる。「代表」は「管理」を行うための権限であると解されるところ、当然に委任事項としての「管理」による制約を受ける⁽⁹¹⁾。

制約の仕方には2通りあると解される。第一に「管理」の範囲に代表権(法定代理権)が限定される⁽⁹²⁾という考え方がある。これによれば代表権自体が制限を受けるため、「管理」の範囲を超える「代表」は無権代理となる。したがって、委任事項をどう考えるかで「代表」の範囲も大きく影響を受ける。

委任事項については、管理行為を基準とするものと、本人の利益を基準とするものがある。委任事項を、管理行為を行うことと解した場合、例えば、子や被後見人の預貯金を株式に投資することは代理権外の行為となり無権代理となる⁽⁹³⁾。しかし、通説はこのように考えていない⁽⁹⁴⁾。この見解を

[48] 436頁注〔十三〕も参照)。しかし、物権的な効果であっても、対外的に法律行為が行われて本人にその効果が帰属する以上、「代表」で受け止めるとした方が「管理」との棲み分けという点でもおさまりがよいのではないか。

(91) 大村・前掲注(2) 260頁。「権限は目的拘束を帯び」という高・前掲注(78) 132頁も参照。また、明治民法の起草者による、権限は「管理ノ目的ヲ脱スルコトハ出来」ないと指摘も参照(前掲注〔57〕)。

(92) 齋藤・前掲注(76) 171頁による分析を参照。

(93) 大塚正之『臨床実務家のための家族法コンメンタール(民法親族編)』(勁草書房、2016年) 332-333頁は、859条について「明治民法の連続性から考えるとこれ〔法定代理権—筆者注〕を管理行為に限定する解釈は採りがたいのですが、現行法の解釈としては…積極的な財産運用までは管理権限の範囲外だというのが多数説ではないか」と指摘する。柚木ほか・前掲注(5)〔谷口〕13-14頁は、法定代理権が「一〇三条の管理の範囲にとどまると解する場合…親権者の子のためにする処分をも含む一切の行為について、表見代理が認められる」という。大島和夫「財産管理権の現代的課題」林良平先生献呈論文集刊行委員会編『現代における物権法と債権法の交錯』(有斐閣、1998年) 46-47頁も参照。

(94) 例えば、平成16年度司法試験の第二次短答式試験問題〔No.21〕(<https://www.>

採る場合、親権者及び後見人が行いするのは管理行為（及びその目的の範囲内での処分行為）となるが、それではあまりにも行いする行為の範囲が狭い。制限行為能力制度が制限行為能力者である未成年者及び被後見人等に行為能力者と「実質的に同一の財産管理の可能性を保証する制度」である⁽⁹⁵⁾ことに鑑みると、このように解することは制度の意義を没却する。また、後見に関して、864条は後見監督人があるときに後見人が処分行為などの重要な行為を行う場合、後見監督人の同意を求めるが、これは同時に後見監督人不在の場合には当該行為を後見人が単独で行えることを意味する。さらに、859条の3は成年被後見人の居住用不動産を売却する場合、家庭裁判所の許可を求めるが、これによれば、成年被後見人の居住用でない不動産を単独で処分し得る。このように、民法の条文に鑑みて⁽⁹⁶⁾も、権限を管理行為に限ることは難しいといえる。

moj.go.jp/content/000006550.pdf, 2023年10月21日最終閲覧) は、後見人に被後見人の「普通預金を使って株式を購入する」権限があることを前提として出題される。

(95) 行為無能力制度に関する叙述であるが、辻正美『民法総則』（成文堂、1999年）89頁参照。

(96) ただし、親権者の権限については、民法の条文から権限を管理行為に限定する可能性が指摘される。安永・前掲注（86）19頁は、828条但し書きが、子の財産の「元本を取り崩してはならないことを原則」とし、それにより親権者の権限が管理行為に限定される可能性に言及する。

また、親権者の財産管理権行使には、「内容的限界」が指摘される。山城一真「親権に基づく任意後見契約の締結」本誌本号は、親権者の法定代理権が「成年に達しない子」の財産上の地位に変動を及ぼす一切の法律行為を対象とする（818条1項参照）ことを前提に「親権の内容的限界」を想定する。山城教授は、未成年者の「財産上の地位」と当該未成年者が成年に達した時点の「財産上の地位」とが異なるかについて、「財産上の地位」そのものは、その者の法人格が存続する限りは同一だとみることもできそうであると論じ、財産上の地位が同一性を保つならば「成年に達しない子」に対して有する財産管理権の行使が、成年後の財産上の地位にまで影響を及ぼすこともあり得るところ、そのような事態を認めることは親権の本質に反するのではないかと指摘し、子の財産の処分は、換価を目的とする場合には許容されるという。というも、換価の場合には、価値代替物が子の財産に残るという意味で、財産上の地位は同一性を保つと評価することができるからである。したがって、子の財産の無償処分は親権の範囲に属せず、無権代理となる（親権の

これに対し、委任事項を本人の利益となる財産の管理と捉える場合、子及び被後見人以外の者の利益を主たる目的とする行為は代理権外の行為と⁽⁹⁷⁾考えることとなる。ただし、このような基準をたてたとして、この基準が

内容的限界)。山城教授は、無償処分には濫用性があるところ、これが子の利益に反することは相手方に常に明瞭で定型的に評価することが可能であることから、107条の帰結をまつまでもなく端的に無権代理であると考えるべきであり、濫用法理の定型的な適用を通じて新たな無権代理類型が創出されると説く。中川善之助「親権」谷口知平+加藤一郎編『民法演習V(親族・相続)』(有斐閣、1959年)126-127頁も「管理権の範囲からいっても…子が財産を失うだけで、有形的にも無形的にも何等得るところのないような処分をすることは、親権的管理権の濫用」と指摘する。ただし、こちらは「子もまた社会の一員であり、どんな幼児であっても財産的余裕のある限りは社会公共の事業に協力すべきもので…その限りにおいては公共的寄附も正当な処分行為と見られ…濫用ということはできない」と無償処分が濫用にあたらない具体的場面を想定する。

以上の山城教授の見解に従えば、価値代替物による補填がある場合については親権の内容的限界は及ばないこととなる。財産上の地位の同一性を考慮すると、無償処分以外の行為(結果的に価値代替物が残る行為)にも親権の内容的限界が及ぶ可能性がないか。例えば、投機的な金融取引のような成年に達した後の財産上の地位に多大な影響を与える行為についてはどうであろうか。この場合、価値代替物による補填はあるものの当初の元本の棄損リスクが非常に高い。親権者の権限行使が管理行為の範囲内に制限されるとの見解は、このような場合をも財産上の地位の同一性を害するものと判断したと捉えることもできよう。たしかに、権限を管理行為の範囲内に限定した場合、成年に達した後の財産への影響を少なくすることができる。しかし、無償処分以外の態様の行為が濫用にあたるかを定型的に評価することは難しく、そもそも管理行為と処分行為との区別も困難である(片山直也「財産管理と物権法」水野=窪田編代・前掲注〔76〕67頁、田高・前掲注〔70〕302頁を参照)ことに鑑みても、代理権を画する基準として管理行為であるかどうかを考慮するのは適当ではないだろう(さらに、株式の購入の場合、値上がりする可能性があり、結果をみてから濫用と主張するか否かを定めるモラルハザードが生じかねない)。

上記の議論は未成年後見にも妥当すると考えうるが(「未成年者の財産管理にあたっては、その資産の保全が暗黙の目標とされている」と指摘する大村敦志『新基本民法7 家族編』[有斐閣、2014年]145頁を参照)、成年後見において「財産上の地位」の同一性を要請する内容的限界は考えにくく、後見の趣旨から権限の範囲を考えていく必要がある。

なお、本論文を執筆する過程において、山城教授より上掲論文の草稿を拝読する機会と多数の有益なご助言を頂戴した。ここに記して感謝申し上げる。

遵守されているかを取引の相手方が外形から判断することは困難である。したがって、この基準のもと代理権の有無を決するのが妥当であるかどうか慎重な検討が求められ、さらに、無権代理とすると追認拒絶は可能かどうかという点をも考える必要がある⁽⁹⁸⁾。親権者及び後見人の代理権が広範であることに争いが⁽⁹⁹⁾ないこと、取引の安全に鑑みると、代理権自体が限定されるという考え方はとりにくい⁽¹⁰⁰⁾のではないか。

そこで、「管理」の範囲を超えた「代表」であっても原則として本人に効果は帰属するが、対内的な義務違反を構成するものであり⁽¹⁰¹⁾、代理権の濫用として効力を否定される場合がある、このように解するのが妥当ではないか。⁽¹⁰²⁾

(97) 前田泰「親権者の法定代理権の範囲」椿寿夫＝伊藤進編『代理の研究』（日本評論社、2011年）272頁は、親権者の法定代理権を「未成年者の利益に合致する範囲」に限定すべきであり、その範囲は「当該親子の状況により客観的に決定される」という。したがって、未成年者に不利益な行為は、「親権者の意図や相手方の態様に関係なく、法定代理権の範囲外」の行為であるという。そして、取引安全の懸念については、表見代理規定で調整すべきという。松尾知子「判批」産大法学27巻4号（1994年）140頁も参照。

(98) 前田・前掲注（97）273頁は、未成年者に不利益な行為の追認による有効化に疑問を呈する。

(99) 谷口・前掲注（45）431-433頁参照。

(100) 824条本文に基づき両親 A・B が未成年者 X を代理し、X の土地を相手方 Y に売却した場合、X が Y に売買契約に基づく代金支払請求をするときの請求原因事実は、① X が未成年者であること、② A と B は、X の父母であること、③ A と B は、Y との間で、本件土地を代金1,000万円で売買する契約を締結したこと、④ A と B は、請求原因③の契約を締結する際、X のためにすることを示したこと、とされる（大江忠『第4版 要件事実民法（7）親族（補訂版）』〔第一法規、2020年〕373-374頁）。このように、実務では親権者であれば広範な代表権を有すると考えられていることが窺える。親権者の代表権自体が制限されるとするとその影響は大きく、委任事項である「管理」の定義次第で代表権の範囲が変わるとするならば、委任事項たる「管理」を明確にする必要があるのではないか。

(101) 幾代・前掲注（81）322頁注（二）、道垣内弘人『信託法の問題状況〔現代民法研究Ⅲ〕』（有斐閣、2022年）149頁、柳勝司『受任者の忠実義務』（嵯峨野書院、2021年）61頁参照。

(102) 石田穰『民法総則』（信山社、2014年）762頁は、「内部的に委任義務違反にな

この場合にも「管理」の意義をどのように解するかで義務違反となるかどうかが大きく変わる。まず、委任事項を管理行為に限定するものと捉えた場合、管理行為を超える行為を行うことは義務違反となり、場合によっては代理権の濫用となり得る。107条の規律に委ねられるところ、判例は親権者による代理権の濫用についての判断をかなり厳格に行っており、⁽¹⁰³⁾管理行為であるかどうかを基準となるという考えは採りがたいのではないか。

委任事項を本人の利益となる財産の管理と解した場合、子・被後見人の利益にならない行為を行うことは義務違反となる。また、代理権の濫用となり得るところ、107条の規律に委ねられる。

次に、権限としての「管理」と「代表」との関係を考察する。「管理」が事実行為を行う権限であるとしても、場合によっては「代表」をする必要が生じる。⁽¹⁰⁴⁾代表権は無制限であると解するのが有力である一方、管理権は対内的な関係に基づくものであることから、委任事項の範囲に限定されると解される。この場合、委任事項を超える代表権の行使が正当化されたとしても、管理権の行使としては正当化されず、⁽¹⁰⁵⁾義務違反を構成し、場合

る場合には、代理権の範囲外というべきであり、その場合の代理人の相手方の保護は、民法一一〇条によって行われるべきである」と、前田泰「法定代理と表見代理」法律時報66巻4号(1994年)80頁も、親権者及び後見人の義務違反行為は代理の効果を生じないとすべきといい、表見代理の適用可能性を検討すべきという。これらによれば、無権代理として考えていくことになる。小野義美「判批」熊本法学82号(1995年)78頁は、法定代理権濫用行為を無権代理行為として処理するのが適切という。

(103) なお、濫用の判断に関し、親権者及び後見人の裁量に差があることが指摘される(例えば、磯村保『事例でおさえる民法 改正債権法』[有斐閣、2021年]36頁)。

(104) 例えば、本人の居住建物の修繕が必要な場合で、親権者及び後見人自身が修繕を行うことができないようなときには、業者と役務提供契約を締結する必要があるであろう。

(105) 共有に関する議論であるが、山城一真「共有者不明土地をめぐる立法論上の課題」土地総合研究2020年秋号122頁は、「法律行為が共有物の管理にあたるか否かは、共有者間の法律関係の問題であって、第三者との間で締結される法律行為の有効性には原則として影響を及ぼさず、「逆にまた、法律行為が有効であるからと

によっては濫用として処理されると解される。

おわりに

824条及び859条1項は親権者および後見人の財産管理権を規定するものであり、財産に関する権利の源泉である。したがって、その重要性はいうまでもない。しかし、これまでその内容が必ずしも明らかにされてこなかった。とりわけ「管理」の意義、「管理」と「代表」との関係の整理は不十分であり、議論も蓄積していなかったように思われる。⁽¹⁰⁶⁾

本論文では、「管理」は、①委任事項としての財産の管理、②①を行うために事実行為をする権限という二つの意味で用いられてきたところ、条文上の「管理」は②を意味すると考えた。そして、「代表」とは、委任事項としての財産の管理を行うために法律行為、準法律行為を行う権限を意味すると整理した。また、「代表」に関して、親権者及び後見人が自己の名において法律行為をすることも認められうるのではないかと考えた。し

いて、その結果が当然に適法な管理行為と評価されるわけでもない」と指摘する。同122頁は、「建物共有者の一人が、他の共有者に無断で共有建物の大規模修繕を目的とする請負契約を締結したからといって、請負契約自体が無効となるわけではない」が、「これに基づいて行われた工事が共有物の管理となるわけではな」と指摘し、これを「共有物の管理が物権法上の問題であるのに対して、法律行為の効果帰属が債権法上の問題に属することによって説明することができる」という（「代表」の態様として「債権契約」を挙げる我妻・前掲注〔6〕も参照）。そして、同頁注（71）は、「ここでは、財産管理とその手段として行われる法律行為との区別が問われて」おり、「他人の財産管理が必要となるあらゆる場面において問題となる」として824条を例示する。ここで指摘されるように、「管理」として認められるかどうかという問題と、「代表」に伴い本人に効果が帰属するかという問題とは別の問題である。例えば、親権者及び後見人が、本人の動産を必要なく廉価で売却した場合、代理行為としては有効であるものの、財産の喪失が対内的には正当化されず権限外の管理権の行使として義務違反を構成すると考える。ただし、管理権の行使として正当化されない結果を招く代表権の行使も、結局、内部的な義務に違反するであろう。

(106) 前掲注（5）の指摘も参照。

かし、以上の考察が正確といえるかどうかには疑問の余地もあり、他の解釈の可能性もあり得る。⁽¹⁰⁷⁾ 筆者の力不足により、本論文では、あり得る解釈の一部しか考察できなかった。824条及び859条1項は、親権者及び後見人の財産管理権の根幹となる条文であることから、更なる検討に励みたい。

なお、後見においては、親権者と同様の広い権限を認めることに疑問が呈される。⁽¹⁰⁸⁾ しかし、824条及び859条1項の構造は同一であり、これらの条文のもとで差異を見出すのは混乱を招くおそれがある。⁽¹⁰⁹⁾ 現在、後見について、民法の改正が議論されており、その装いが新たなものとなることが期待され、今後の動向が注目される。⁽¹¹⁰⁾

[付記] 本稿は、公益財団法人升本学術育英会2023年度研究助成、及び早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号：2022C-590）による研究成果の一部である。

(107) 例えば、成年後見制度の在り方に関する研究会「研究会資料16」(<https://www.shojihomu.or.jp/public/library/1935/16-shiryō.pdf>, 2023年11月20日最終閲覧) 15-16頁は、「財産に関する法律行為」とは、「狭義の財産管理を目的とする法律行為に限られず、身上保護を目的とする法律行為も、財産管理との関連性があるためこれに含まれ、これらの法律行為に関連する登記申請し、又は供託をしようとする行為、要介護認定の申請等の公法上の行為も、代理権の対象となり得るものと解されている」と整理する。この見解は、859条1項の「管理」の対象を「狭義の財産管理を目的とする法律行為」と解しているように見え、そうだとすると権限としての「管理」にも法律行為を行うことが含まれる可能性がある。私見としては、管理権は、本人の財産に対し事実行為を行う権限として整理すべきと考えるが、この見解をみても明らかなように「管理」がどのような意義を有するかには様々な考え方があ

(108) 清水恵介「本人意思尊重の民事法的規律—民法103条からの将来展望」実践成年後見100号（2022年）82頁参照。

(109) 森田果『法学を学ぶのはなぜ？—気づいたら法学部、にならないための法学入門』(有斐閣、2020年) 56頁による「同じことばならば、違う場所で使われていても同じ意味で使うのが良さそうだ」との指摘を参照。とはいえ、「子の財産」「被後見人の財産」という点に差が表れるとみることは可能かもしれない。

(110) 前掲注(107)の成年後見制度の在り方に関する研究会の一連の議論を参照。