

# 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——

福 園 晴 也

はじめに

## 第1章 後見人の財産管理

### I 序

### II 沿革

- 1 旧民法における後見人の財産管理
- 2 明治民法における後見人の財産管理

### III 現行民法における後見人の財産管理

- 1 財産管理に関する見解
- 2 近時の裁判例
- 3 小 括

### IV 後見人による投資についての検討

## 第2章 財産管理における後見人の善管注意義務

### I 序

### II 善管注意義務

- 1 受任者の善管注意義務
- 2 後見人の善管注意義務
- 3 自己執行義務
- 4 指図遵守義務
- 5 その他の義務
- 6 忠実義務
- 7 小 括

(以上71巻1号)

### III 身上配慮義務・意思尊重義務

- 1 序
- 2 身上配慮義務
- 3 意思尊重義務
- 4 小 括

IV 後見人による投資と善管注意義務

V 裁判例の動向

- 1 東京地方裁判所平成28年6月28日判決
- 2 東京高等裁判所平成28年11月30日判決
- 3 松江地方裁判所平成29年1月16日判決
- 4 小 括

第3章 後見人による投資

- I 後見人の投資義務
- II 投資における注意義務
- III 投資の委任
- IV 利益相反取引
- V 一定のセーフガード

おわりに

(以上、次号)

## はじめに

2019年、金融庁のワーキング・グループによる報告書「高齢社会における資産形成・管理」<sup>(1)</sup>は、平均的な高齢夫婦無職世帯の毎月の赤字額が5万円にもものぼることを示した。この計算によると、同世帯は20年で約1300万円、30年で約2000万円を取り崩さなければならない。つまり、老後の生活を維持していくだけのために約2000万円の貯蓄が必要となる場合もある。この事実、「2000万円問題」として多くの国民の関心を呼んだ。わが国は、「人生100年時代」を迎え長寿命化を達成した。しかし、その一方で、人の寿命に資産寿命が対応できず資産が枯渇するリスク、いわゆる「長寿リスク」の問題が顕在化<sup>(2)</sup>した。

上記の問題に対応するためには、資産寿命を考慮した財産管理が求められる。しかし、高齢者の中には、認知能力の低下のために自力で財産管理を行うことができない者が多い。わが国の認知症高齢者の数は、2012年の時点で約462万人であり、65歳以上の高齢者の約7人に1人（有病率15.0%）が認知症有病者と推計された。また、2025年には65歳以上の5人に1人が認知症有病者となると推計されている。<sup>(3)</sup>

そのような状況下で、成年後見制度における財産管理がこれまで以上に重要な役割を果たすことが期待される。現に、成年後見制度を最も利用しているのは認知症高齢者であり、今後ますますその需要は高まるであろう。<sup>(4)</sup> 前述の長寿リスクの問題から、成年後見制度における財産管理のあり方を見直すべき段階に来ており、そこでは資産の積極的な運用をも視野に入れた財産管理の検討が必要となる。<sup>(5)</sup>

しかし、成年後見制度における現在の通説のもとでは、資産保全型の財産管理が想定されるなど、財産管理については限定的に解されている。後見人の権限には被後見人の資産を利殖する権限までは含まれないとされたり、後見人による被後見人の資産を用いた元本棄損リスクのある利殖は善管注意義務違反にあたるとされたりするなど、一般に後見人による投資は否定される。だが、前述したように長寿命化が進展した現代にあっては、資産寿命の伸長という観点から、ただ資産を取り崩してだけでなく、資産を運用して増やすという視点も必要である。<sup>(6)</sup>

また、成年後見制度が果たすべきノーマライゼーションの実現という視点からも、後見人による資産運用が求められる。わが国も批准する障害者の権利に関する条約（以下、「障害者権利条約」と表記する。）は、3条c項において障害のある人の社会への完全かつ効果的な参加及び包容を、19条において地域社会への完全な包容を規定する。これらの規定は、障害のある人を社会のあらゆる場面で包摂すべきことを明らかにしている。社会が特定の対象を排除している状態では平等性や差別禁止は十分でないと指摘されることか

ら、以上のような包摂が求められる<sup>(7)</sup>。

成年後見制度は、その理念の中核にノーマライゼーションを据えていることから、被後見人が社会のあらゆる場面へと参加することを支えるシステムとして捉えることができる。成年後見制度を被後見人が「地域社会において共生していくために必要な制度」として位置づけ、それを社会が支援し運用していく「成年後見の社会化」<sup>(8)</sup>の視点からも、そのようなシステムと解すべきである。このノーマライゼーションの理念を具体化するためには、障害を有する人が社会生活及び社会の発展のすべての場面へと参加することが求められる<sup>(9)</sup>。したがって、成年後見制度も被後見人の社会のあらゆる場面への参加を支援する制度であるべきであり、この趣旨は資産を運用する場面にも妥当するはずである。

金融商品の購入のような投資は資産運用の一場面であるところ、一般に判断能力に疑義がある者に対しては金融商品の販売を中止しなければならないとされて<sup>(10)</sup>おり、基本的に判断能力が低下している被後見人は資産運用の手段としての金融商品の購入の場面から排除される<sup>(11)</sup>。社会のあらゆる場面への包容という要請からすると、このような場面こそ後見人による支援が必要となる場面といえる。しかし、前述のとおり後見人による投資のような資産運用は認められにくい。したがって、一度被後見人となった者は、リスク性資産の購入などの資産運用からは完全に排除されてしまっているのが現状である<sup>(12)</sup>。

被後見人の資産の保全という視点にたつ場合、このような結論にも一定の合理性がある。しかし、被後見人の人権の尊重という視点にたった場合、以上の結論は必ずしも適切ではない。被後見人となった者が適切なかたちで社会に包容されるべきである以上、後見人が、被後見人のために投資等の資産運用の場面へと参加できる社会を構築していくべきである。

以上のように、後見人による投資は、長寿リスクへの対応及びノーマライゼーションという二つの視点から求められる。では、通説のいうように、後

見人は本当に積極的な資産運用を行うことが認められないのか。従来の学説は、被後見人の保護を重視するあまり、この問題に正面から取り組んでこなかったように思われる。<sup>(13)</sup>そこで本論文では、わが国における後見人の財産管理の解釈を通じて、後見人による被後見人の資産の運用の可能性を検討していく。第1章では、後見人の財産管理権について考察し、後見人がいかなる権限を有するのかを確認し、投資を行うことが後見人の権限として認められるかを検討する。第2章では、後見人の負う善管注意義務等の諸義務を考察し、それらの義務のもとで後見人による投資が否定されるのか、実際の事例にもふれたうえで検討する。第3章では、後見人による投資が認められた場合に生じることが想定される課題について若干の検討をおこなう。

## 第1章 後見人の財産管理

### I 序

財産管理とは、一定の目的のために財産的事務を処理することであるとされる。<sup>(14)</sup>とはいえ、上記定義は抽象的であり、財産管理がいかなるものであるのか、その射程は明らかではない。例えば、財産管理について民法だけでも、不在者の財産管理（25条）、夫婦の財産管理（758条）、子の財産管理（824条）、被後見人の財産管理（859条）、相続財産の管理（918条）の各規定が用意されている。その内容については、それぞれ制度ごとに異なった沿革を有するものであるから、個別具体的判断が求められる。<sup>(15)</sup>

では、後見人が行う財産管理とは一体どのようなものであろうか。民法859条（財産の管理及び代表）は、「①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。②第824条ただし書の規定は、前項の場合について準用する。」<sup>(16)</sup>と規定しており、後見人が被後見人の財産の管理権及び被後見人の財産に関する法律行為を行うための法定代理権を有することを示している。<sup>(17)</sup>この管理権及び代理権は、親権者におけるそれと同様である。<sup>(18)</sup>管理権のもとで管理行為としてなされるの

は、被後見人の財産に関する事実行為及び法律行為であり、代理権のもとでなされる被後見人の財産に関する行為とは、被後見人の「所有に属する財産についてなす法律行為のみならず」、被後見人の「財産に影響を及ぼすべき財産法上の一切の法律行為」であるとされる。<sup>(20)</sup>これらの権利は、総称して後見人の財産管理権と呼ばれる。<sup>(21)</sup>

以上が、後見人による財産管理の概観であるが、その内容については学説において争いがある。そこで、本章では、後見人の財産管理とはどのようなものであるかについて沿革を辿りながら考察していく。そのうえで本論文のテーマでもある投資は、後見人の財産管理として認められるのか検討する。

## II 沿革

### 1 旧民法における後見人の財産管理

後見人の財産管理の規定は、旧民法人事編186条にさかのぼる。同条は、「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」というものであった。起草者は、管理の失当の具体例として「元本ノ利用ヲ誤リ又ハ収益ノ権利ヲ等閑ニ付シ或ハ又不利益ナル契約ヲ爲シ損害ヲ來タシタル場合」を挙げていた。<sup>(22)</sup>したがって、ここでは後見人の「管理」として後見財産の元本の利用も認められていたように思われる。

旧民法人事編は、191条にて後見人による利殖についても規律した。起草者によれば、同条は「財産管理上ニ於ケル殖利方法」に関する規定であり、一定の利殖は後見人の財産管理の内容として捉えられていたことがうかがえる。後見財産は「多少ニ拘ハラス幾分ノ利息ヲ生スヘキモノ」であるので、例えば後見人が後見財産の元本や収益を適切に運用すれば利息等が生ずるにもかかわらず、手で保管することは善良な管理者の行為とはいえないとされた。具体的な利殖の方法について、金額が多額であるときは「之ヲ公債證書等ニ変エテ保護預ケト爲スヲ以テ得策ト為スヘキ」であり、金額が少額で

あるときは「殖利ノ方法ニ依リ之ヲ預ケ置ク」のが「安全」であると考えられた。<sup>(23)</sup>以上の考え方のもとで、同条1項は、「後見人ハ未成年者ノ元本及ヒ収益ノ剩額ヲ毎度ニ官ノ貯金預所又ハ確實ナル銀行ニ預ク可シ其預ケサリシ金額ニ付テハ法律上ノ利息ヲ弁済ス可シ」と規定していた。このように、もし、後見人が被後見人の財産を手元で管理し利息を生じなかった場合、利息につき弁済しなければならなかった。

191条2項は、「後見人カ未成年者ノ財産ノ利用方法ヲ変更セントスルトキハ親族会ノ許可ヲ受クルコトヲ要ス」と、後見人が後見財産の利用方法を変更する際に、親族会の許可を得る必要があることを規定していた。しかし、元本の利用全般については、194条1号により、変更時にとどまらず常に親族会の許可を得る必要があった。したがって、後見人は利用方法を変更するときだけではなく、「最初其利用方法ヲ定メテ之ヲ行フ」場合であっても親族会の許可を得なければならなかった。<sup>(24)</sup>

起草者は、後見財産を利用する方法について、「銀行等ニ預金ト爲シ又ハ或ル會社ノ株金ト爲シ又ハ或ル商業ノ資本ト爲スガ如キ是レナリ」として<sup>(25)</sup>いた。このように、旧民法においては、後見人は財産管理として株式への出資等により後見財産の利殖を行うことが認められており、後見人による利殖は財産管理の内容として想定されていた。ただし、そのような行為は、後見財産の元本の利用にあたるため親族会の許可を得ることではじめて認められていたと考えられる。

他方、旧民法人事編193条が、「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條件ニ依ルニ非サレバ之ヲ為スコトヲ得ス」と規定していた点にも留意が必要である。同条から、後見人は、たとえ財産に関する行為であったとしても法律上の条件を満たさない限り管理権外の行為を代行・代理することはできなかった。同条は後見人の権限に対する制限を明示したものであり、後見人が管理権外に涉る行為を行う上で制限がなければ、被後見人に不利益をもたらす恐れがあるため設け

られた。したがって、「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、たとえそのような行為であっても損失に帰する危険があり、後見人の管理が財産の保存を目的とすることからも、立法上「許スヘキモノニアラス」とされた<sup>(26)</sup>。同条が、「資産ヲ増加スルノ目的ニ出ツル行為」として利殖行為を念頭に置いていたかは定かでないが、仮にそのような認識にたっていたのであれば、利殖行為は管理権外の行為として、別途法律の許可が求められていた可能性もある。

この考え方を補強するのが親権者の財産管理に関する154条である。旧民法では親権者の財産管理に関する153条が、「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」と規定していた。この文言だけに着目すれば、注意義務の程度に違いはあるものの、後見人の財産管理と親権者の財産管理の内容は同一であったように見える。実際に同条は「後見人ノ任務ト同一理ニ出ツルモノ」であった。しかし、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」（傍点は、筆者による）と規定しており、親権者と後見人の管理権限には「大差」があったことを示していた。父が子を害することを想定し194条のような制限を課すことは「人情ニ悖ル」と認識されていたことから、親権者には制限が設けられなかったのである<sup>(27)</sup>。

154条の規定ふりによれば、194条所定の行為は、後見人に関しては「管理行為」とはみなされていなかった、すなわち管理権外の行為であると捉えられていたとの解釈を採ることもできる。このような解釈に基づけば、後見人による元本を利用した利殖行為は後見人の管理権外の行為であり、親族会の許可という「法律ニ定メタル条件」のもとで認められたということになる。

では、株式への出資といった元本を利用する利殖行為は、管理行為ではあるが元本の利用にあたるため親族会の許可のもとで認められたのだろうか、それとも管理権外の行為にあたるため親族会の許可という「法律上定メタル条件」によって認められたのだろうか。起草者が191条を「財産管理上ニ於



ケル殖利方法」に関する規定であるとしていたこと、186条における管理の失当の具体例として元本の利用を挙げていることに鑑みると前者の解釈が妥当すると考えられるが、154条の文言からは後者の解釈もまた採り得る。とはいえ、いずれの立場をとったとしても後見人が利殖を行うためには親族会の許可を得る必要があったため、管理に含まれるか否かは重要ではなかったと考えられる。

以上、旧民法の規定をみてきた。旧民法下では、193条からわかるように、後見人は管理権の範囲内で財産に関する行為を行っていたのであり、そこでは、「管理」という言葉がもつ財産管理権に対する制約が存在した。ただし、この「管理」がどの程度の範囲に渉るものとして想定されていたかは定かでない。しかし、管理権の範囲内の行為であったとしても、後見財産の元本の利用行為をはじめとした重要な行為を行うには親族会の許可を要したため、管理の範囲の限定にはさほど意味がなかったように思われる。

## 2 明治民法における後見人の財産管理

### （1）親権者の財産管理

親権者の財産管理を規定する現行民法824条と、後見人の財産管理を規定する現行民法859条はそれぞれ、明治民法884条と923条に由来する。884条は、以下のような規定であった。「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關スル法律行為ニ付キ其子ヲ代表ス（一項）但其子ノ行為ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合ニ於テハ本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス（二項）」

起草者は、親権者の管理権については、「財産ノ管理トハ財産ノ利益ヲ圖ルノ謂ナリ…父ニ付テハ一切ノ制限アルコトナシ苟モ第八八九條ニ定メタル注意ヲ缺カサル以上ハ如何ナル行為ト雖モ…爲スコトヲ得ヘシ」とし、親権者の代表権については、「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關スル以上ハ常ニ子ヲ代表スルコトヲ得ルモノトス」とし

ていた。その結果、884条のもとで親権者は、「財産ニ付テハ所謂管理行爲(一〇三)ノミナラス一切ノ處分行爲ニ至ルマデ皆之ヲ爲スコト」が可能であるとされた<sup>(29)</sup>。起草者は、管理権と代表権を区別していたと考えられるものの、管理権としていかなる行為もなし得る権限を認め、また代表権にも一切の財産上の行為をなし得る権限を認めていた点で、効果の点では区別の実益はないように思われる。

このように、起草者は、親権者の管理について、明治民法103条所定の一般的な管理とは異なり、財産上の行為一切を含むものだという認識にたっていたことがわかる<sup>(30)</sup>。

明治民法下の学説の多くも、884条の財産管理を通常の管理とは異なり、多くの権限を含むものと考えていた。例えば、当時の見解の多くは、親権者の管理は保存や利用、改良等にとどまらず一切の行為を含むと捉えていた<sup>(31)</sup>。また、これらの見解は、代理権のもとでも一切の行為が認められると解していた。なお、その中には、管理権と代理権について一体的に解する見解もあれば、区別する見解もあった<sup>(32)</sup>。

他方、884条の管理は、「財産ノ保存、利用又ハ改良ノ爲ニスル一切ノ事實上及ヒ法律上ノ行爲ヲ包括スルモノ」であり、「處分行爲ト雖モ此目的ノ範圍内ニ在ル限ハ所謂財産ノ管理ニ屬スルモノトス」と、親権者の管理をあたかも103条の管理として捉え、その目的の範囲内でのみ処分行為を認める有力な見解もあった<sup>(34)</sup>。とはいえ、このような見解の下でも、代理権は「子ノ財産ニ關スル法律行爲」すなわち「財産ノ得喪又ハ變更ヲ目的トスル法律行爲ノミ」でなく、「子ニ効力ヲ及ホス一切ノ財産法上ノ法律行爲」に及ぶとされ、親権者は「財産管理ノ範圍外ニ於テ子ノ名ヲ以テ所謂財産ニ關スル法律行爲ノ内容タル意思表示ヲ爲シ又ハ之ヲ受クルコトヲ得ベシ」と、管理の範囲を越えた部分についても認められていた点には留意が必要である<sup>(35)</sup>。

この見解によれば、管理権における管理行為には一定の制限が付されたものの、代理権のもとでは財産に関する一切の法律行為が認められていた。し

たがって、代理権のもとで管理の制限を越える法律行為を行うことは可能であったと考えられる。この立場を、便宜上有力説①とする。

とはいえ、管理への制限が対内的関係における制限であると考えれば、管理の範囲を越えた法律行為の代理は対外的には有効であっても、対内的には義務違反となる余地が生じる<sup>(36)</sup>。このように考えると、管理に対する制限は事実上代理権に制限を及ぼすものであったと考えられる。実際に、有力説①のような代理権の解釈を示しつつも、代理権に対しても管理に対するのと同様の制限を想定する見解に立つ者もいた。例えば、管理の目的の範囲内における処分行為の具体例を示す際に、884条の代理権のもとで親権者たる父が子の財産の処分権を有することを認めた判例を挙げる論者がこれにあたる<sup>(37)</sup>。同判例は、「親権ヲ行フ父ニ在テハ苟クモ子ノ財産上ノ權利ニ關シテハ假令他人ノ財産ヲ讓受ケ之ヲ賣却スルカ如キ法律行為ト雖モ其代表ヲ爲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<sup>(38)</sup>」とした。管理権に限定を付す見解が、同判例を管理の目的の範囲内での処分行為の具体例としていたことから、代理権による法律行為も実質的には管理の目的の範囲に限定されると想定していた可能性が考えられよう。この様な理解を便宜上、有力説②とする。

以上、明治民法における親権者の財産管理権をみてきたが、起草者意思や通説によれば884条における管理とは、一切の処分を含む広汎なものであったと捉えることができる<sup>(39)</sup>。また、管理に制限を加える有力説であっても、①のような理解であれば親権者は代理権のもとで一切の財産に関する法律行為を行い得た。

他方、有力説②のように考えれば、代理権のもとであらゆる財産上の法律行為を行う権限が認められていたとしても、管理の範囲を越える法律行為を行えば対内的に義務違反の問題が生じ得たのであり、代理権は事実上制限されていたと解される。

この点、法典調査会の議論から、起草者も財産管理権に一定の制限を想定

していたことがうかがえる。起草者は、旧民法下の親権者の財産管理権が広大であることを認識したうえで、<sup>(40)</sup>親権者の財産管理に関して「危険ノ最モ多イ已ムヲ得ヌモノ」に制限を加えることを予定していた。明治民法886条は親権者たる母の管理権に対して以上の制限を加えたものだが、起草者は父に対しても同様の制限を付そうとした。結局、この案に対しては慣習に合わない等の反対意見<sup>(41)</sup>が出されたため、実現には至らなかったが、一連の議論からは、起草者が親権者の財産管理権は無制限に認められるものではないと認識していたことがわかる。というのも、起草者は、親権者の代理権について、<sup>(42)</sup>「管理ノ範圍内ニ於テ代表スルト」読むべきであるとしていたからである。したがって、起草者は、親権者は財産に関してはいかなる行為もなすことが可能であるとの認識にたっていたと解釈できる反面、そのような行為は管理の範囲内においてなされなければならないとの内在的な制約があると捉えていた可能性<sup>(43)</sup>がある。

## (2) 後見人の財産管理

後見人の財産管理に関する923条は、以下のような規定であった。「後見人ハ被後見人ノ財産ヲ管理シ又其財産ニ關スル法律行為ニ付キ被後見人ヲ代表ス(一項) 第八百八十四條但書ノ規定ハ前項ノ場合ニ之ヲ準用ス(二項)」

同条は、親権者の財産管理権に関する884条とほとんど同様の文言であり、親権者の財産管理権に関する解釈は後見人の財産管理権にも当てはまるとされた<sup>(44)</sup>。したがって、明治民法のもとでは、後見人は広汎な管理権及び代理権を有し、後見人の財産管理とは処分を含む財産に関する一切の行為を含むものとして捉えられていた。

ただし、929条が、「後見人ハ被後見人ニ代ハリテ營業若クハ第十二條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、後見人が一定の行為を行う際に、親族会の同意を得ることを要求していたことには留意が必要である。同条は、「第九百二十三條ニ依リ被後見人ノ財産ニ付キ概括的權限ヲ有」する後見人が重大な

行為を独断で行うことができることは危険であること、後見財産を専横するおそれがあることから設けられた。<sup>(45)</sup>

同条で挙げられる明治民法12条とは、準禁治産者が行うに際し保佐人の同意を得るべき事項についての規定であった。同条1号は「元本…ヲ利用スルコト」を規定していたため、後見人は元本を利用する際には親族会の同意を得なければならなかった。したがって、例えば後見人が国債や株券の購入のような投資を行う場合、そのような行為は財産管理権には含まれていたものの、元本の利用に該当するため親族会の同意を得なければならなかった。<sup>(46)</sup>

以上の制限に関連して注目されるのが、後見人による管理権外の行為に対し制限を設けていた旧民法人事編193条が明治民法においては削除されたことについての起草者の説明である。起草者によれば、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」こと、後見人の職務は「未成年者ノ財産ヲ管理スル」ことなので、そもそも後見人は「管理ノ目的ヲ脱スルコトハ出来」ず「其範圍ヲ超ユルコトハ出来ナイ」と解されることから、同条を設ける必要がなくなった。<sup>(47)</sup>

したがって、起草者は、後見人の財産管理権に関しても、いかなる財産に関する行為もなすことが可能であるとの認識にたっていたと解釈できる反面、管理の範囲内においてなされなければならないとの内在的な制約が存在すると捉えていた可能性があるといえよう。

そのほか、明治民法下では、後見監督人が必置機関であり、常に後見監督人による後見人の事務処理の監督がなされていた。<sup>(48)</sup> また、親族会の判断の下で、後見人に担保を供与させることも可能であった。<sup>(49)</sup> このように、一定のセーフガードが設けられていた結果として、後見人に広汎な権限を認めることができたとも考えられる。

### （3）小 括

以上を整理すると以下ようになる。まず、明治民法の起草者や通説的見解によれば、後見人の財産管理権は、親権者のものと同様に、一切の財産上

の行為を含む「概括的権限」であるとされていた。したがって、後見人は管理権及び代理権のもとで、被後見人の財産に関してはいかなる行為もなす権限を有していたと考えられる。

ただし、一般的に処分行為と目されるような行為については、親族会の同意を要した点で一定の制限が加えられていた。また、起草者は、親権者や後見人の財産管理権がいかなる権限も含むものであるとしながらも、「管理ノ目的」の範囲内に制限されると考えていたことがうかがえる。

この見解にたつとき、「管理ノ目的」における「管理」とは何であるかが問題となる。この点、有力説は、管理の目的における管理について103条の管理を想定し、財産管理権をその範囲に限られるものとした。これに対し、起草者は民法103条の管理についてはあくまでも「所謂管理行為」とし、親権者及び後見人の管理とは明確に区別していた<sup>(50)</sup>。そのことに鑑みれば、「管理ノ目的」における「管理」とは、少なくとも一般的な管理行為として想定される103条の管理を指すものではなかった。起草者が「財産ノ管理トハ財産ノ利益ヲ圖ルノ謂」とし、また「財産管理ト云フコトハ財産ヲ良クスル方ノ目的デナケレバナラヌ」と解していたこと<sup>(51)</sup>、管理に一切の行為を含むとしていた諸学説において本人の利益が当然の前提とされていたことから、「管理の目的」における「管理」とは、子や被後見人の利益のためにするという目的のもとでの財産に関する一切の行為のことだと解すべきである。

したがって、明治民法下で親権者及び後見人が財産に関する一切の行為を行うことが認められたとしても、そのような行為は、子や被後見人のためという目的のもとでなされなければならなかったと考えられる。なお、後見人が以上の管理の目的を越えてなした処分について、当時の判例は、後見人が「全然被後見人ノ爲ニスルノ意思ナクシテ之ヲ爲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…之ヲ有効ト爲スニ由ナキ」とし<sup>(52)</sup>、被後見人のためという目的の範囲外の行為は権限の濫用にあると解した。その際の処理として、被後見人のためにする意思を欠いた行為について、相

手方がその事情を知り又は知ることができた場合無効であると解し、心裡留保類推説と同様の枠組みを採用していた。<sup>(54)</sup>

以上、明治民法下での後見人の財産管理とは、被後見人のために行うという目的の範囲内で財産に関する一切の行為を行うことであったとまとめることができる。

### Ⅲ 現行民法における後見人の財産管理

#### 1 財産管理に関する見解

##### （1）通説

現在の通説は、親権者及び後見人の「財産の管理とは、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…事実上および法律上の一切の行為」としており、「管理の目的の範囲において、処分行為をすることも妨げない」とする。<sup>(55)</sup> この通説の見解は、民法103条の管理行為に由来すると考えられる。<sup>(56)</sup>

民法103条は、明治民法103条をそのまま継承したものであり、権限の定めのない任意代理人に適用される規定である。ここでは、代理人は「保存行為」及び「代理の目的たる物又は権利の性質を変えない範囲内において、その利用又は改良を目的とする行為」のみを行うことができる。

「保存行為」とは、財産の現状を維持する行為とされ、物理的状态の維持だけでなく経済的な維持も含まれるとされる。財産的価値の維持という目的のもとであれば、性質を変更するような処分であっても行いいうるとされる。したがって、腐敗しやすいものを売却して金銭に変えることや、値下りの恐れのある株式を売却することなどは、性質を変更する処分ではあるが、保存行為として許容される。<sup>(57)</sup> 利用行為とは収益をはかる行為であり、改良行為とは財産の価値を増加させる行為であるとされる。なお、利用・改良行為は代理の目的となる物や権利の性質を変更しない限りで認められるのであり、性質を変更する利用や改良は、103条における代理権の範囲外とされる。<sup>(58)</sup> した<sup>(59)</sup>

がって、株式投資は収益行為ではあるものの、金銭を株式に変更することは性質の変更にあたるため許されない。<sup>(60)</sup>

通説は、以上の103条の管理を後見人の財産管理の解釈に取り込んでおり、その管理の目的すなわち103条における管理の目的の範囲内でしか処分行為を認めていない。したがって、通説の下では、後見人は103条の目的の範囲内でしか財産に関する行為を行うことができないことになりそうである。

しかし、通説の多くは、「後見人の代理権は、被後見人の財産にかんするいっさいの財産的法律行為に及ぶ」と理解している。<sup>(61)</sup>これを文字通り捉えると、通説は後見人の管理に対しては103条の管理の目的の範囲内に限られるとの制限を付している一方で、代理権に対しては何らの制限も付していないことを意味する。<sup>(62)</sup>したがって、後見人は被後見人の財産に関する法律行為であれば、いかなる行為も代理しうると解される。<sup>(63)</sup>このような理解を、便宜上通説①とする。

他方、管理における制限が対内的関係における規律としてはたらくのであれば、103条の管理の範囲を越えて財産に関する法律行為を行った場合には、対外的には権限内の行為として有効であっても、対内的には注意義務違反等による損害賠償のおそれが生じ得る。このように考えると、管理に対する限定が事実上代理権をも制限する関係にたっていると解される。このような理解を、便宜上通説②とする。

また、後見人の代理権が管理権より派生するものである以上、代理権自体も同様の制限を受けるとの理解も可能である。<sup>(64)</sup>通説がこのような理解にたつのであれば、後見人は代理権のもとでも103条の管理の目的の範囲内での法律行為しか行い得ず、103条の管理の目的の範囲を越えた行為は権限外の行為となる。この考え方によれば、後見人は財産管理として、被後見人の財産の保存及び性質を変更しない利用・改良行為ならびにその目的の範囲内での処分行為としての事実行為・法律行為を行うことしかできない。この立場を通説③とする。



通説が、代理権に対し一切の制限を設けないのであれば、通説①の解釈が正当である。他方、代理権に対しても制限が及ぶという趣旨で、管理に対する制限を付しているのであれば、通説②や③の解釈が正当となろう。通説が財産に関する法律行為を無限定に認める趣旨にたつのであれば、管理への制限の意義を見出しにくい。したがって、②や③の解釈が有力であろう。<sup>(65)</sup>

このように、通説は基本的に明治民法下の支配的見解と異なる立場にたっている。明治民法における起草者意思や通説によれば、後見人の管理は民法103条（明治民法103条）の管理とは区別されたものであり、被後見人のために行うという目的的限制は想定されるものの管理には一切の財産に関する行為が含まれるとされた。

これに対し、通説の立場は、明治民法下の有力説と同様に管理を103条の管理に限定しているため、後見人の権限は広汎な制限を受けてしまう。したがって、明治民法の起草者の見解及び当時の通説の見解に対し、現在の通説は財産管理権を限定的に解していることになる。

このように異なる解釈がなされた理由は定かではない。この点、通説的見解にたつ二宮周平教授は、起草者の見解及び管理に処分行為を含める後述の有力説を「あらゆる処分行為を認めるような誤解を与える」と批判したうえで、「私見」として103条の管理を用いた見解を述べる。「誤解」とは、二宮教授の想定する管理権からの表現であると思われるが、ここでは起草者とは異なり管理権を狭く解していること以上のことは読み取れない。<sup>(66)</sup>

通説でも、①の考え方のように、後見人は財産に関する一切の法律行為に関して権限を行使できるのであれば、管理権の制限自体に大きな意味はないように思われる。他方、通説②や③のように管理権の制限が代理権をも制限するという理解にたつのであれば、管理を限定的に解することが一定のセーフガードとしての役割を果たすことにつながり、明治民法下の通説から現行の通説に転換した理由について一定の意義を見出すことが可能である。<sup>(67)</sup>

では、このような転換は、なぜ起きたのであろうか。その理由を、戦後民

法が家制度を廃止し個人の尊厳を基礎とした近代家族を定立した点に求めることができまいか。近代家族が観念される現行民法においては、「家のため」の家族・親族関係が「それぞれ自身の発展法則にしたがう原点にたちかえった」ため、子や被後見人の財産に関して個人的色彩が強調されるに至<sup>(68)</sup>た。その流れを承け、親権者や後見人に対して広汎な財産管理権を認めることへの抵抗が生じたのではないだろうか。また、こと後見人の管理権の制限に関しては、重大な事項に関わる処分行為に親族会の同意を要求した明治民法929条がなくなったこと、後見監督人が必置機関でなくなったことなど、一定のセーフガードがなくなったことも一因と考えられよう。現行民法では、後見人の「元本の利用」等の財産上の重要事項につき、親族会の許可のような制限が付されておらず、また後見監督人による監督が必ずしも行われるわけではない。

以上のような背景に鑑みると、通説が管理の範囲を103条の管理の目的の範囲内に限定して解釈するのは、子や被後見人の財産の個人的色彩を保護し、また親権者や後見人による専横や虐待を防ぐ趣旨に出たためだと考えられる。

## (2) 有力説

他方、「管理」には処分行為も含まれるとする見解も存在し、同見解にた<sup>(69)</sup>てば「管理」として純粋な処分行為をも行いうることになる。具体的には、被後見人の財産の売却や<sup>(70)</sup>抵当権の設定、本人の名義での借財も可能<sup>(71)</sup>となる。また、これらの見解は代理権に関しても、一切の財産に関する法律行為を含むと理解している。

なお、この立場は、<sup>(72)</sup>管理権と代理権を一体的に解するものと、<sup>(73)</sup>区別するものとに分かれるが、そのいずれによっても財産に関する法律行為として<sup>(74)</sup>処分行為を行うことができるのであり、効果の点で区別の実益はないと考えられる。

起草者及び明治民法下の通説は、管理権及び代理権の双方から本人のため

の一切の処分行為を認めていた。したがって、有力説は明治民法における支配的見解と親和性が高い。

## 2 近時の裁判例

裁判所は後見人の財産管理権についてどのように解しているのだろうか。東京地裁平成30年3月20日判決<sup>(75)</sup>は、後見人の代理権の範囲について明確に言及した。同事件は、原告側が後見人の財産管理権につき、現在の通説的見解に基づく主張をしたのに対し、一定の応答を示した点で注目値する。

同事件は、未成年後見人が、未成年被後見人を代理し、自身を受取人とする生命保険契約を締結した行為につき、未成年被後見人であった原告が当該行為は利益相反行為、無権代理行為、又は権利濫用行為にあたり無効であると主張し、不当利得、不法行為に基づく損害賠償などを請求したものである。

原告は、未成年後見人の財産管理とは「財産の保存並びに性質を変じない利用及び改良を目的とする行為をいうが…保険契約…は、突然の資金需要が生じてこれらを解約した場合に、解約返戻金が払込保険料を下回る可能性があるから、貯蓄や定期預金とは異なり、財産の保存又は性質を変じない利用若しくは改良のいずれを目的とする行為にも当たらない」であり、「保険契約…の締結は、未成年後見人の財産管理権の及ばない行為であり…無権代理により無効である」と通説における後見人の管理概念を用いて代理権を制限し、本件保険契約が後見人の権限外の行為であると主張した。ここでは、通説の管理権の制限が代理権にも及ぶとの理解（通説③の立場）に基づく主張がなされている。

これに対し、裁判所は「被後見人の財産に関する法律行為についての後見人の代表権は、後見人の財産管理権に基づくものであるから（民法859条1項参照）、後見人の財産管理権の及ばない被後見人の財産、すなわち後見人が許可をした未成年者の営業財産（民法6条1項、857条、823条1項）、処分を許可した財産（民法5条3項）及び後見人の管理に属しない無償取得財産（民法869条、830条1項）に関するものを除き、一切の財産的法律行為に

及」び、「未成年後見人が未成年被後見人を契約者として生命保険契約を締結することは、それが未成年被後見人に不利益を及ぼす可能性があるか否かにかかわらず、未成年後見人の財産に関する法律行為についての代表権の範囲内の行為といえ」、本件「保険契約…の締結が、未成年後見人の代表権の範囲外の行為とはいえない」と判示した。また、代理権の濫用の主張に対しても、未成年後見人は財産管理に際し善管注意義務を負うものの、「一定程度の裁量を有して」いること、本件契約が原告の利益になること等を考慮し、本件契約は代理権の濫用によるものとはいえないとした。

管理権自体についてはどのような理解であったかわからないものの、本判決によれば、後見人の代理権は、後見人が許可をした未成年者の営業財産・処分を許可した財産・後見人の管理に属しない無償取得財産に関するものを除き、「一切の財産的法律行為に及ぶ」とされる。つまり、後見人は財産に関する一切の法律行為をその権限に含むことになる。したがって、本件裁判所は、後見人の代理権に対して通説③の立場を採らなかったといえることができる。実際、「不利益を及ぼす可能性があるか否かにかかわらず」という文言は、103条における管理とは整合性がとれない<sup>(76)</sup>。

また、本件の判旨は、以上のような後見人の代理権を管理権に基づくものとして理解していることから、管理権自体にも制限を付さない立場をとっていると考えられる。したがって、本件裁判所の立場は、明治民法における支配的見解との親和性を見出すことができ、有力説のように、後見人の財産管理に処分行為を含む立場に立脚しているといえよう。

### 3 小 括

有力説は、後見人の財産管理を103条の管理の目的に限定することなく広く処分行為を含むものとして捉えており、代理権についても一切の財産に関する法律行為をなし得る権限と理解する。これは、明治民法における起草者の解釈を受け継いだものであるといえよう。前述の平成30年東京地裁判決も、有力説に立脚するものと捉えられる。現行民法859条は、明治民法923条

をほとんどそのまま承継しており、文言の変化も見られないことから、有力説や平成30年判決の見解の方が自然である。<sup>(77)</sup>

これに対し、通説は、明治民法における起草者の見解とは異なり、管理につき民法103条の趣旨をあてはめている。しかし、103条の管理は権限の定めのない代理人に関する規定であり、権限が個別的に定められている法定代理に103条の管理の範囲を適用することは不適當であろう。実際に、後見の場合、859条によって財産管理権が規定されているのであるから、103条のような解釈を取り入れる必要はない。<sup>(78)</sup>この点、通説①のように、代理権のもとで、後見人は一切の財産に関する法律行為をなし得るとの理解を採ることができるのであれば、後見人は広汎な権限を有することができる。しかし、代理権までもが103条の管理の目的の範囲内に制限されるとの②や③の解釈がとられるのであれば、後見人の権限は狭くなる。

もちろん、明治民法における後見人と現行民法における後見人が置かれる状況の差異には留意すべきである。前述したように、現行民法の下では明治民法における親族会の同意のような後見人の権限を制約するセーフガードが存在しないし、後見監督人も必置機関とはされていない。したがって、現在の通説のように、管理権を狭く解することが一定のセーフガードとしての機能を果たすことは理解できる。

しかし、仮に、明治民法から現行法に至る過程で規定の趣旨が変わったのであれば、規定の中でその趣旨を明確にすべきである。<sup>(80)</sup>平成11年の成年後見法の改正では、民法859条の3が新設され、居住用不動産の処分につき、家庭裁判所の許可が要求されることとなった。立法担当者によれば、同条は、包括的な代理権を有する後見人は自己の判断に基づき被後見人の財産を処分することが可能であるものの、「居住用不動産の処分に関しては、本人の身上面に与える影響が重大」であるために、代理権に「司法的規制」を加えたものとされる。<sup>(81)</sup>このように、立法担当者は後見人の権限が包括的であることを前提に一定の規制を設けた。したがって、後見人の権限を制限するのであ

れば、その趣旨を民法859条の3のように明文化することも可能であった。しかし、同条以外に後見人の権限を制限するような規定は別段挿入されなかったのであり、現行法上の後見人の財産管理権を特段に狭く解する根拠はないといえよう。

したがって、後見人の行いうる「財産の管理」自体は、一切の財産に関する行為を包含するものであるということが出来る。後見人の財産管理における管理を限定的に捉え、処分の範囲を103条の「管理の目的に反しない」処分に限定する現在の通説は、本来の後見人の財産管理の趣旨から乖離するものである。

ただし、以上のように後見人には概括的な権限が認められるものの、その権限の行使においては、一定の目的制約に服すると考えられる。この点、参考になるのが中川善之助博士の見解である。中川博士は、親権者による財産管理を、法律行為の代理や法律行為に対する同意を含むものとして一体的に把握した。<sup>(82)</sup>この立場では、管理を行うために親権者に代理権が認められ<sup>(83)</sup>る。したがって、代理権は自ずと管理の目的の範囲内に制限されることになり、代理権とは管理権をまっとうするための権限と整理できる。<sup>(84)</sup><sup>(85)</sup>

そして、管理の目的における管理であるが、中川博士によれば、親権者による管理の場合、「子にとって必要な場合には、子の財産を他人に無償で与えること」も管理に含まれるという。<sup>(86)</sup>このことは、本人のために必要であれば処分行為であっても管理として行うことができるということを意味する。つまり、管理とは本人のために財産に関する行為を行うことを指すと理解できる。このような理解には、前述した明治民法における管理の目的との連続性が認められよう。

後見においても同様に考えるべきである。すなわち、被後見人のために行う財産に関する一切の行為が管理である。管理権に一切の処分行為を認める有力説の中にも本人のための処分であることを当然に念頭に入れている見解<sup>(87)</sup>があることから、本人のためという目的で行動することが管理の趣旨である

といえよう。したがって、後見人が行う財産管理とは、被後見人のために一切の財産に関する行為を行うことと捉えるべきである。<sup>(88)</sup>

なお、以上の管理の目的を越えた行為、すなわち本人のためでない行為をした場合、当該行為はどのように判断されるか。前述のとおり、判例によれば、後見人が被後見人のためという目的によらずに行った行為は権限の濫用となる。そして、判例はそのような行為を心裡留保類推説と同様の枠組みで処理する。現行民法の下では、107条に基づいて判断されよう。ただし、判例は、同じ法定代理人である親権者の場合、権限の濫用にあたるか否かの判断をかなり厳格に行っている。<sup>(89)</sup>したがって、後見においても権限の濫用に当たるか否かは厳格に判断される可能性もあろう。<sup>(90)</sup>なお、権限の濫用について、制限行為能力者の法定代理人の場合には特別の考慮が必要であるとの見解もある。<sup>(91)</sup>後見人が被後見人のためにするという目的制約を越えた行為を行った場合にどのような処理がなされるべきかは、後見の性質をどのように捉えていくか、相手方の保護の必要性をどのように考慮していくかなど様々な要素を考慮し検討を行うべきであろう。

#### IV 後見人による投資についての検討

では、本論文の主題である投資に関してはどのように解されているのだろうか。一般に、後見人による投資等の資産運用は否定的に解されている。<sup>(92)</sup>しかし、以下にみるように、その根拠は必ずしも明確ではない。後見人による投資を否定する見解として、以下のようなものがある。

第1に、後見人の財産管理権に被後見人の財産を利殖する権限は含まれないとして、後見人による投資を認めない見解である。<sup>(93)</sup>この見解にたてば、投資は財産管理権に含まれないことになる。また、元本棄損リスクのある金融商品の購入についてのみ、職務の範囲を越えたり、財産管理権の範囲から困難であるとしたりする見解もある。<sup>(94)</sup>これによれば、元本棄損リスクのある投資は、後見人の財産管理権に含まれないことになるが、リスクのない投資は

認められる余地がある。

第2に、後見人の職務に被後見人の財産を利殖することは含まれないとする見解である<sup>(95)</sup>。職務に含まれないとは、利殖は後見人の権限の範囲外であるとの趣旨なのか、権限の範囲内ではあるが後見人が行う必要はないとの趣旨なのかはわからない。前者であれば、後見人は利殖の権限を有せず、第1の見解と同様に投資を行うことができないことになる。後者であるならば、後述する第3の見解と同様に、利殖を行うことが可能となる余地がある。

第3に、後見人は、被後見人の財産を利殖する義務がないことから、投資を行う必要がないとする見解である<sup>(96)</sup>。この見解によれば、利殖の義務はないものの、権限については否定されていないことから、後見人は利殖を行える余地がある。ただし、同見解のもとで、元本棄損リスクのある商品の早急な解約が要請されている点を考えると、元本棄損リスクのある投資は認められないおそれがある。仮に、元本棄損リスクのある投資が認められないとすれば、それはそのような投資が後見人の財産管理権外であるまたは後見人の善管注意義務に違反すると解されているためだと考えられる。

第4に、後見の目的に、利殖は含まれないとする見解である<sup>(97)</sup>。目的に含まれないということは、後見の本旨に利殖は含まれないということを意味すると思われ、同見解の下では、後見人による利殖が権限外の行為として捉えられている可能性がある。したがって、後見人による資産運用を否定する構造としては、第1の説に近いものとなりうる。

第5に、利殖の中でも元本棄損リスクのある利殖を行うことは、善管注意義務違反にあたる<sup>(98)</sup>として、後見人による利殖を否定的に解する見解である。この立場は、後述する後見人の善管注意義務の点から、後見人が元本棄損リスクを冒してまで利殖を行うことは認められないと解するものである。

最後に、元本棄損リスクのある投資を行うことは認められていないとする見解である<sup>(99)</sup>。この見解は、そのような投資が認められないとする根拠を挙げていないため、後見人の財産管理権に含まれないから認められないのか、そ



れとも善管注意義務に違反するから認められないのかが不明確であるが、いずれにせよ、財産管理権の問題か善管注意義務違反の問題に帰結することになる。

以上、後見人による投資や、元本棄損リスクのある投資が否定される根拠を挙げてきた。それらを大別すると、後見人による利殖全般が後見人の財産管理権の範囲に含まれないこと（以下、「A説」と表記する。）、利殖の中でも元本棄損リスクのある利殖が後見人の財産管理権の範囲に含まれないこと（以下、「B説」と表記する）、または元本棄損リスクのある利殖が善管注意義務違反にあたること（以下、「C説」と表記する。）のいずれかに分類することが可能であろう。

ただし、C説の法的構成は少なくとも以下に分けられる。①利殖が後見人の財産管理権に含まれることを前提として、元本棄損リスクのある利殖が善管注意義務に照らして認められない、②利殖全般が後見人の財産管理権に含まれないという理解にたち、利殖行為全般が権限外の行為であるとして善管注意義務違反にあたる、③利殖の中でも元本棄損リスクのある利殖が後見人の財産管理権に含まれないという理解にたち、そのような行為が権限外の行為であるとして善管注意義務違反にあたるというものである。まとめると、①は権限内の行為ではあるが善管注意義務に違反するとの構成、②及び③は権限外の行為であり行えば当然に善管注意義務に違反するとの構成である。<sup>(100)</sup>

C説が、いずれの立場にたつかは不明確である。仮に②の理解にたつのであれば、利殖を否定する構造はA説のものと同様となる。また、③の理解にたつのであれば、その構造はB説のものと同様となる。なお、①や③の理解にたつのであれば、後見人は元本棄損リスクのない利殖であれば行うことが可能であると解される。だが、C説の立場は、基本的に、元本棄損リスクのある利殖についてのみ言及し、それ以外の金融商品に関して言及していないことから、元本棄損リスクのない利殖であれば認められると断じることでもでき<sup>(101)</sup>ない。

このように、後見人による利殖は認められにくいという点で、大方の見解は一致しているものの、その理論的根拠は必ずしも明確ではなく、仮に許容される利殖があるのだとしても、どこまで認められるのかわからない。

後見人の利殖に関するこのような不明確さは、財産管理の範囲の問題と善管注意義務の問題とを明確に区別せずに論じていることから生じているように思われる。したがって、後見人による利殖を考えていく上では、これらを区別して検討するべきである。

まず、A説とB説は、後見人による利殖を財産管理権の範囲の問題として捉える構成にたっている。ここでは、財産管理権の範囲を限定的に解したうえで、その範囲の外郭を用い、後見人による利殖を否定的に解している<sup>(102)</sup>。しかしながら、前述したように、後見人による「財産の管理」は、被後見人のために行う一切の財産に関する行為を指す広義の観念であると捉えられるのであり、財産の利殖は当然に後見人の権限に含まれると考えられる。仮に元本棄損リスクのある投資であったとしても、そのような投資が被後見人のために必要な場合には後見人の権限内の行為といえる。旧民法や明治民法が、財産の利殖を図ることを後見人の財産管理事務として捉えていたことから、当然に正当化されよう。

したがって、利殖をはかる行為は後見人の権限内の行為であり、後見人は、被後見人を代理して当然に金融商品の購入などの投資を行いうると解すべきである<sup>(103)</sup>。また、仮に、管理の範囲を通説的に解したとしても、保存行為のもとでは財産の性質を变じる処分は可能であるとされるのであり、例えば、インフレのもとで被後見人の有する経済的価値を維持するという名目での利殖は認められるだろう。したがって、通説に沿ったとしても、後見人に利殖の権限がないとすることは不適切である。

以上から、A説やB説によって後見人による投資を否定するという構造は崩れる。後見人による投資を否定する根拠は、後見人による利殖が財産管理の範囲に含まれないため認められないというものであるべきではない。な

お、C説②、③の構造は、財産管理の範囲に利殖を含まないというもので構造としてはそれぞれA説B説と同一であり、以上の理由から採用することはできない。

この点、C説①は、後見人の財産管理権に利殖を含んだうえで、元本棄損リスクのある利殖が善管注意義務違反にあたることを理由に後見人の利殖を否定的に解する。前述したように、財産管理権には広汎な内容が含まれるため、基本的に財産に関するほとんどの行為が後見人の権限内の行為ということになる。しかし、権限内の行為であっても、善管注意義務に照らして義務違反が認定されることはある。ここで重要なのは、権限外の行為だから義務違反となるのではなく、権限内の行為ではあるが義務違反となることである<sup>(104)</sup>。このような構造であれば、起草者や有力説、裁判例が想定する広汎な財産管理権との矛盾はなくなる。したがって、後見人による投資が否定される理由は、C説①によるべきであると考えられる。

このように、財産管理権のもとで投資が認められたとしても、後見人が元本棄損リスクのある投資を行えば内部的な義務違反に当たるおそれがあり、権限として認められたからといって直ちに後見人がそのような投資を行おうとの結論には至らない点に留意が必要である。後見人は、善管注意義務のもとで被後見人の状況に応じた財産管理を心がけるべきであり、そのような投資が適切でない場合もありうることから、一定の場合には妥当な結論であろう。とはいえ、C説①は、個別具体的な事情を考慮することなく、後見人による元本棄損リスクのある利殖行為＝善管注意義務違反という構造をとっている。善管注意義務とは、はたしてそのような事前規制的な性格をもつ義務なのだろうか。後見類型においても、後見人が被後見人のために投資をすることが適切な場面がありうるのではないか。それにもかかわらず、個別具体的な状況を考察することなく、後見人が元本棄損リスクのある資産運用を行うことが直ちに善管注意義務に違反すると断定することは不適當ではないか。この点を明らかにするために次章では、後見人の善管注意義務を検討し

ていく。

## 第2章 財産管理における後見人の善管注意義務

### I 序

民法869条は委任の規定である同法644条を準用し、後見人に対し受任者の「善管注意義務」を課す。また、民法858条は「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない」と、後見人が「財産管理」を行う際に遵守すべき義務として、意思尊重義務と身上配慮義務を課す。これらの義務は後見人の善管注意義務の内容を敷衍したものとされている。

後見人が財産管理を行う場合、上記の義務に従って事務を処理する必要がある。仮に、後見人の行った行為が財産管理権に含まれるものであったとしても、上記義務に違反するのであれば、その行為は財産管理として適正でないことになり許容されない。このように、以上の義務は、後見人の行為が適正な財産管理として許容されるか否かの判断基準となる。

しかし、これらの義務を規定する条文の内容は抽象的であり、一見すると「財産管理」の明確な指針とはなり得ない。この不明確さのために、後見人は不用意に財産管理を行うことができず、過度に委縮した財産管理しか行い得ないという問題が生じる<sup>(105)</sup>。そこで、まず、善管注意義務の内容を明らかにする必要がある。これを明らかにして、はじめて「財産管理」として適正か否かが明らかになる。

II以降では、財産管理として許容されるか否かの分水嶺となる、後見人が負う「善管注意義務」について検討していく。そのうえで、後見人による元本棄損リスクのある投資が、絶対的に善管注意義務違反にあたるといえるのかを検討する。

## II 善管注意義務

### 1 受任者の善管注意義務

民法869条は、「第六四十四条及び第八百三十条の規定は、後見について準用する。」と規定し、同条にて準用される644条は、「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。」と規定する。これは、委任契約における受任者の善管注意義務を定めたものである。つまり、後見人は、後見事務を処理する上で、受任者と同様の善管注意義務を遵守すべきことになる。<sup>(106)</sup>したがって、後見人の善管注意義務を考察するうえで、受任者の負う善管注意義務の解釈が不可欠である。

受任者は、「委任の本旨」に従い、「善良な管理者の注意」をもって、「委任事務」を処理する義務を負う。「委任の本旨」とは、一般的には「債務の本旨」と同義とされ、<sup>(107)</sup>「締結された委任契約の目的」<sup>(108)</sup>である。そして、「委任の本旨に従う」とは、「委任契約の目的とその事務の性質に応じて最も合理的に事務を処理すること」<sup>(109)</sup>である。

委任の本旨に従うためには、「委任者の不適当な指図に反してよい場合」があり、委任の本旨の範囲内であれば委任を受けていない事項でも行いうるとされる。<sup>(110)</sup>むしろ、委任の本旨の達成のためには、仮に委任事務の範囲が限定されていたとしてもその範囲を越えることが義務とされる。<sup>(111)</sup>このように、委任の本旨は、「委任事務の範囲を柔軟」にし、「受任者のなしうる行為の外延を画する」という機能をもつ。<sup>(112)</sup>

受任者は、「委任の本旨に従い」、「事務を処理する」義務を負うが、その際に「善良な管理者の注意」を払わねばならない。「善良な管理者の注意」とは、「債務者の職業、その属する社会的・経済的な地位などにおいて一般に要求されるだけの注意」<sup>(113)</sup>、「受任者と同様な職業・地位にある者に対して一般に期待される水準の注意義務」<sup>(114)</sup>、「受任者と同一のグループに属する平均的な人ならば、当該委任契約の趣旨に照らして委任事務を処理するために合理的に尽くす注意」<sup>(115)</sup>などであるとされる。したがって、弁護士や医者といった

専門家は、高度な注意義務を負うことになる。<sup>(116)</sup>

「委任の本旨」が善管注意の内容・程度を決めるとする見解も存在する。<sup>(117)</sup>ここでは、委任の本旨が、変数的に「善管注意義務」の程度を確定する。<sup>(118)</sup>例えば、「契約締結時に、所定の事務を処理する上で受任者が有するとされていた知識・能力の程度」がその基準となるとされる。<sup>(119)</sup>したがって、裁量性の高い事務を委託された受任者は、委任の本旨から導かれる高度な義務を負うことになるが、その反面裁量性の低い事務しか委託されていない受任者は高い水準の義務を求められないことになる。<sup>(120)</sup>

なお、善管注意義務は、事務処理の完成ではなく、適正に向けられるとされており、手段債務である。<sup>(121)</sup>

以上から、受任者の善管注意義務の内容は、契約毎の委任の本旨や当事者の属性によって明らかになるといえる。それゆえ、その内容を、あらかじめ確定することは困難であり、抽象的な基準を構築するのは難しい。<sup>(122)</sup>

なお、善管注意義務は、名称自体は「注意義務」となっているものの、<sup>(123)</sup>実際には行為義務であると考えられる。「善良な管理者の注意」はあくまでも、受任者が、委任の本旨に従い事務を処理する際に「尽くすべき注意の標準」であり、義務の内容自体は「委任の本旨に従い」<sup>(124)</sup>「事務を処理すること」である。つまり、「善管注意義務」といわれている義務とは、正確には、善良な管理者の注意によって定まった「委任事務処理義務」という行為義務である。したがって、善管注意義務違反という言葉が指すのは、「委任事務処理義務違反」<sup>(125)</sup>ということになる。

## 2 後見人の善管注意義務

以上の善管注意義務の内容は、民法869条のもとで、全て後見人にも当てはまることになる。それを踏まえ、ここで一度後見人の善管注意義務を整理する。

まず、「委任の本旨」については、後見という類型のもとでは「後見の本旨」と読み替えるべきであろう。<sup>(126)</sup>となると、「委任の本旨に従って」は「後

見の本旨に従って」となり、後見の本旨（目的）に従って最も合理的に事務を処理するということになる。ここで、後見の本旨とは何であるかが問題となるが、民法858条からすると、財産管理及び身上監護（療養看護）ということになる。

それでは、注意の程度はどのように定まるか。後見の本旨も、注意義務を確定する要素となり得ることを考えると、後見人が、被後見人の財産管理及び身上監護に関する広汎な裁量権を有することから、注意の程度は高いものとなる<sup>(127)</sup>と考えられる。

また、後見人の属性も注意の程度を決めると考えられる。この注意の程度について、後見人の具体的な能力の程度とは無関係に後見人一般に要求される注意を払う必要があるとする見解と、後見人の属性が多様でありうることから、立場の相違を考慮に入れたうえで、その属性ごとに注意の具体的内容を検討すべきとする見解<sup>(128)</sup>が存在する。後見人の職務指針の明確化を図ることを一義的に考えると、前者の見解にも有用性があると思われる。しかし、前述したように、受任者における注意義務の程度は当事者の属性によっても定まるのであり、後見に関しても、後見人一般の善管注意義務を想定するのではなく、後見人の具体的な属性に応じて注意義務の程度を判断すべきである。したがって、後見人の具体的属性により定まった注意の程度によって、後見人が負う後見事務処理義務が定まる。例えば、親族後見人と弁護士のような専門職後見人とでは、注意の程度が異なる<sup>(129)</sup>と考えられる<sup>(130)</sup>。

以上から、差し当たり後見人の善管注意義務とは、後見人が、後見の本旨（財産管理及び身上監護を行うこと）に従って、当該後見人の職業等の特性を考慮したうえで定まる注意のもとで、後見事務（財産管理及び身上監護）の目的と後見事務の性質に応じて最も合理的に後見事務を処理する義務ということになろう。そして、その際の注意の程度は、後見人の広汎な裁量権から高度なものとなる<sup>(130)</sup>と考えられる。

なお、受任者と同様、以上の義務は、後見事務の完成にではなく、後見事

務の遂行に向けられる。<sup>(131)</sup>

以上、民法644条の内容を確認してきた。とはいえ、同条における善管注意義務は、その文言だけでは認識できない義務も伴う。具体的には、受任者は、上記の善管注意義務から導かれる義務として、自己執行義務（民法644条の2）、指図遵守義務、報告義務（民法645条）、分別管理義務などの諸義務を負う。また、受任者は忠実義務を負うと解する見解もあり、後見人の善管注意義務を検討するうえでは、忠実義務の考慮も必要である。3以降では、これらの義務を検討していく。

### 3 自己執行義務

#### (1) 受任者の自己執行義務

民法644条の2は、1項で、受任者が、「委任者の許諾を得たとき」と「やむを得ない事由があるとき」にのみ、復受任者を選任できると規定する。この自己執行義務は善管注意義務の一環であり、委任が当事者間の信頼関係に基づくことから、受任者が事務を自ら処理し、他人に任せてはならないという原則である。<sup>(132)</sup>

同項の「やむを得ない事由」とは、委任者の許可を得るか委任者に他の者に委任させるなどの措置をとってはいは委任の本旨に反する場合であるとされる。<sup>(133)</sup>このように民法における復委任が認められる要件は厳格である。やむを得ない事由に該当するか否かは、受任者に対する自己執行義務の要求の程度で決まるとされており、委任の本旨に応じて判断することになるだろう。<sup>(134)</sup>

社会のメカニズムが複雑化した現代にあっては、本人が事務処理をなすことは必ずしも適切ではなく、第三者に委託することが適切である場合が増えてきている。これに鑑みると、従来よりも緩やかに受任者による自己の責任のもとでの第三者の使用を認めるべきであるとされる。<sup>(135)</sup>なお、履行補助者については自己の責任で、自由に使用可能だとされる。<sup>(136)</sup>

同条2項は、代理権を付与する委任について、代理権を有する復受任者を選任した際には、復受任者が本人に対して受任者と同様の義務を負うとの規



定である。

## （２）後見人の自己執行義務

後見人は法定代理人であることから、受任者の善管注意義務としての自己執行義務ではなく、条文的には民法105条の規律に服すると考えられる。法定代理人も自己執行義務を負うものの<sup>(138)</sup>、民法105条は、「法定代理人は、自己の責任で復代理人を選任することができる。この場合において、やむを得ない事由があるときは、本人に対してその選任及び監督についての責任のみを負う。」としており、原則的に第三者への復代理を行いうる。

法定代理人が自由に復任を行いうるのは一般的には以下の理由によるとされる<sup>(139)</sup>。①法定代理人は、その職務が広汎であり単独での処理が困難な場合が多いこと、②誰が就任するかが法定されており本人との人的信頼関係が希薄であること、③任意の辞任が認められないこと、④復代理について本人の許諾能力が欠けていることが多いことである。したがって、上記のような特徴をもつ法定代理人に厳格な自己執行義務を課してしまうと、過剰な負担となるおそれがあるため、復任が自由であるとされるのである。

しかし、以上の理由は必ずしも全ての法定代理人に当てはまるわけではないことから、法定代理人の復任が自由であるのは、「本人に選任されたのではない」という点に求められるとの見解がある<sup>(140)</sup>。これによれば、法定代理における本人は、そもそも代理人を選任することができないのであり、行為者を定める法的利益が存しない。したがって、本人の利益が図られてさえいればよく、その点からも復任の制限が求められないということになる<sup>(141)</sup>。

他方、後見人は事務処理の際の義務として、105条におけるものより厳格な自己執行義務を課されているとする見解がある。後見人が家庭裁判所による「信任」を受けていることから、善管注意義務の一環としての自己執行義務が生じるという<sup>(142)</sup>。これによると、後見人が負う自己執行義務は105条におけるものより厳格なものとなる。

しかし、前述した法定代理人に復任が広く認められる理由は、後見人につ

いても当てはまると考えられる。特に、後見人は財産管理として被後見人の利益となるあらゆる財産的行為をなし得るのであり、その職務の幅広さから単独での処理を要請することは、かえって本人の不利益に帰し得る。したがって、後見人に対して105条以上の自己執行義務を課すことは適切でなく、<sup>(143)</sup>後見人は自由に復任できると解すべきである。

他方、後見人を含む法定代理人は自由な復任が可能であることから、無責任な選任によって本人を害する危険がある。そこで、105条は法定代理人に「自己の責任」で選任すべきことを規定し、復代理人の選任に厳格な責任を負わせることで、本人の利益の保護を図る。<sup>(144)</sup>

「自己の責任」とは、どのようなものか。これにつき、法定代理人は、復代理人に過失がない場合も含めて、復代理人の行為いっさいにつき責任を負うとする見解がある。<sup>(145)</sup>だが、それでは、復任のリスクが過剰になり、かえって本人の利益になる復任を躊躇するおそれが生じてしまう。この点を指摘し、「自己の責任」の範囲につき、法定代理人が自己執行する際の義務に照らして、復代理人の帰責事由を判断し、その際の本人の損害の範囲で責任を負えばよいとする見解もある。<sup>(146)</sup>前述の105条の趣旨からも、後者が妥当であろう。

ただし、法定代理人は復代理人を選任した場合、「やむを得ない事由」に基づき選任したのであれば、被後見人に対し「選任及び監督についての責任」を負う(民法105条)にとどまる。ここでの「やむを得ない事由」とは、任意代理人による復代理(民法104条)におけるものと同様であるとされる。<sup>(147)</sup>

104条における「やむを得ない事由」とは、自己執行にやむを得ない故障がある場合では足りず、本人の所在が不明など、本人の許諾や本人への辞任をなす暇がないような故障がある場合を指すとする見解がある。<sup>(148)</sup>他方、本人の利益を前提にこの規定を読み込み、復任が本人の利益になり、代理人や後見人などの受任者が該行為を自己執行することに支障がある場合までも認め

られうるとする見解もある。<sup>(149)</sup>

法定代理においては、その特有の事情から原則的に復任が認められるのは前述のとおりであり、法定代理人に厳格な責任を觀念してしまえば、かえって本人の利益になる復任を躊躇するおそれが生じる。この問題は、「自己の責任」の解釈のうえで指摘されていたが、復任の際に負う責任を考えるうえでも同様の指摘が可能である。「自己の責任」を前述のように解したとしても、復任の際に、復代理人の過失の責任まで負うとなると、結局、復任を躊躇してしまうことになり、自己執行義務を緩和した目的が果たせないことになるのではないか。ここは、「やむを得ない事由」を柔軟に解釈し、後見人の責任を限定する場面を拡大することが適切であろう。したがって、「やむを得ない事由」には、本人の利益となり自己執行に支障がある場合も含めるべきであるとする。

- (1) 金融庁「金融審議会 市場ワーキング・グループ報告書『高齢社会における資産形成・管理』」2019年6月 ([https://www.fsa.go.jp/singi/singi\\_kinyu/tosin/20190603/01.pdf](https://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/tosin/20190603/01.pdf)、2020年4月6日最終閲覧)。
- (2) 野村亜紀子「高齢者の資産管理のあり方を考える」清家篤編『金融ジェロントロジー『健康寿命』と『資産寿命』をいかに伸ばすか』（東洋経済新報社、2017）167頁、小森卓郎「高齢社会における金融サービスのあり方について」信託277号（2019）7頁参照。なお、資産寿命とは「資金面の制約なく生活できる期間」をいう（野村172頁）。
- (3) 内閣府「平成29年版高齢社会白書」([https://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/w-2017/zenbun/pdf/1s2s\\_03.pdf](https://www8.cao.go.jp/kourei/whitepaper/w-2017/zenbun/pdf/1s2s_03.pdf)、2020年4月6日最終閲覧) 19頁。
- (4) 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況—平成31年1月～令和元年12月—」2020年3月 (<https://www.courts.go.jp/vc-files/courts/2020/20200312koukengaikyou-h31.pdf>、2020年4月6日最終閲覧) 6-7頁によれば、被後見人の男女別・年齢別割合は65歳以上の者が、男性では男性全体の約71.8%を、女性では女性全体の約86.0%を占めており、開始原因別割合では認知症が最も多く全体の約63.3%を占めている。

- (5) 小賀野晶一「成年後見制度と意思決定サポートシステム(1) 問題の所在—高齢社会と地域生活支援」判例時報2375・2376合併号(2018)270頁は、「財産管理はまた、本人の資産を散逸させないことに重点がおかれ、『守りの視点』が要請されているが、同時に、長寿化が進み『人生100年時代』の在り方がとわれる今日、資産の適切な活用や運用という視点も必要となる」と指摘する。宮野慶太「高齢社会における資産管理・活用の方向性」実践成年後見84号(2020)98頁も参照。
- (6) 野村・前掲注(2)167頁。
- (7) 池原毅和「差別禁止」長瀬修=川島聡編『障害者権利条約の実施—批准後の日本の課題—』(信山社、2018)141頁。
- (8) 岩志和一郎「成年後見の理念は実現しているか—成年後見の社会化の観点から—」実践成年後見50号(2014)9頁。
- (9) 青柳幸一『憲法』(尚学社、2015)61頁。
- (10) 川村英二「顧客本位の業務運営原則と金融商品販売上の注意点」銀行法務21、844号(2019)26頁、駒村康平「金融資産の高齢化とファイナンシャル・ジェロントロジー」租税研究820号(2018)8頁。
- (11) 小林章子=森駿介「高齢者起点の資産管理・運用を探る」大和総研調査季報33巻(2019)61頁。
- (12) 駒村・前掲注(10)8頁。堂園昇平「成年後見人の任務と金融機関の対応」金融法務事情1956号(2012)39頁によれば、金融機関は、被後見人が従前に投資信託等での運用を続けてきたような場合に、後見人からその意向を尊重して引き続き投資信託等での運用を行いたいとの申込みを受けたとしても、そのような申込みを断るべきだという。
- (13) なお、後見人による投資の可能性を検討するものとしては、黄詩淳「成年後見人による財産管理の基準—アメリカ法と台湾法との比較を中心として—」実践成年後見53号(2014)17頁、日比野俊介「金融取引における高齢者対応の現状と課題」金融法務事情2119号(2019)36-37頁、吉田智「後見実務における金融機関の対応—保険商品・リスク性商品等の取扱いを含めて—」実践成年後見34号(2010)46頁が挙げられる。
- (14) 於保不二雄『財産管理権序説』(有信堂、1955)9頁。
- (15) 田高寛貴「財産管理論」北居功ほか『コンビネーションで考える民法』(商事法務、2008)314頁。
- (16) 824条ただし書とは、「その子の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本

- 人の同意を得なければならない」というものである。したがって、後見人も被後見人の行為を目的とする債務を生ずべき場合には、本人の同意を得なければならない。
- (17) なお、管理権と代理権の関係については争いがある。大別すると、これらを一体的に理解するものと区別して理解するものがある。後掲・注73、74など参照。
- (18) 久貴忠彦ほか『民法講義7 親族』〔阿部徹〕（有斐閣、1977）283頁、我妻栄『親族法』（有斐閣、1961）364頁など。他方、親権者と後見人の権限の裁量には差異があるとの認識もなされている（田中豊「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成4年度518頁）。
- (19) 中川善之助『親族法』（青林書院、新訂版、1965）510頁。中川博士は、法律行為による管理を行うためには代理権が必要であることから、親権者の管理権と代理権を、「親権者という地位に附随する一つの属性の両面」とする。太田武男『親族法概説』（有斐閣、1990）346-347、371頁も同様の理解にたつたうえで、管理権と代理権は親権者及び後見人という「地位に附属する二つの属性の局面」と捉える。
- (20) 太田・前掲注(19) 349、371頁、大判大正4年3月13日民録21輯371頁〔375頁〕。
- (21) 窪田充見『家族法—民法を学ぶ』（有斐閣、第4版、2019）295頁。
- (22) 磯部四郎『民法〔明治23年〕釈義 人事編之部（下） 法令釈義 日本立法資料全集別巻90』（信山社、復刻版、1997）641-642頁。
- (23) 磯部・前掲注(22) 660頁。
- (24) 磯部・前掲注(22) 667頁。
- (25) 磯部・前掲注(22) 660-662頁。
- (26) 磯部・前掲注(22) 664-666頁。
- (27) 磯部・前掲注(22) 555-557頁。
- (28) 889条の注意とは、「自己ノ爲メニスルト同一ノ注意」のことである。
- (29) 梅謙次郎『民法要義 卷之四 親族篇』（明法堂、1899）359、361頁。ただし、以上は父による財産管理に適用されるものであったことには留意が必要である。親権者たる母は、886条のもとで一定の行為を為すに際し親族会の同意を得なければならないとされ、管理権に制限が付されていた。その理由としては、「女子は一般に財産管理についての能力乃至経験が男子に劣ると考えられる」ことや、「母は多くの場合他家から嫁入って来たのだから、婚家の爲めを思はぬ傾向があると考えられること」が挙げられていた（末川博『民法大意 下巻』（弘文堂書房、1927）611-612頁）。なお、起草者は、旧民法が「母ハ…父ト同一ノ信用ヲ爲シ難キ者ト看做シタ」点を斟酌した（梅364-365頁）。

- (30) なお、ここで挙げられる明治民法103条とは、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、現行民法の103条に承継されている。そこでの管理行為とは、「保存行為」、「代理ノ目的タル物又ハ権利ノ性質ヲ変セサル範囲内ニ於テ其利用又ハ改良ヲ目的トスル行為」とされていた。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」したものだという(梅謙次郎『民法要義 卷之一 総則篇』(明法堂、第十二版、1900) 239頁)。
- (31) 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) 212頁、遠藤登喜夫『親族相続法綱領』(巖松堂書店、1924) 155頁、古山茂夫『親族法註解』(酒井書店、1923) 324頁、牧野菊之助『日本親族法論』(巖松堂書店、二十三版、1927) 378頁、柳川勝二『日本親族法要論』(清水書店、1924) 354-358頁、和田于一『親子法論』(大同書院、普及版、1935) 625頁。また、外岡茂十郎『親族法概論』(敬文堂書店、増訂三版、1931) 486-487頁は、親権者の管理権について「何等ノ制限アルコトナシ」とし、岡村司『親族法講義要領』(金刺芳流堂、1922) 205頁も、ただし書所定の場合が「唯一ノ制限」であるとしていた。
- (32) 例えば、柳川・前掲注(31) 354頁は、代理権を管理権の行使態様の1つとして捉え、遠藤・前掲注(31) 157頁も、「管理行為の内容」として「法律行為の代表権」を挙げる。
- (33) 例えば、牧野・前掲注(31)。
- (34) 仁井田益太郎『増補改訂 親族法相続法論』(有斐閣、第七版、1921) 298-299頁。堀内節『親族法要義』(精興社、1940) 376頁も同旨。そのほか、増殖・保存という目的の範囲内での処分を認める中島玉吉『民法釋義 卷之四親族篇』(金刺芳流堂、1937) 667頁、藥師寺志光『日本親族法論』(南郊社、1942) 1005頁、「子の養育及び財産管理のため必要なる場合に限り、子所有の個々の物又は財産権を処分することを得る」とする近藤英吉『親族法講義要綱』(弘文堂書房、1938) 189頁、管理として103条所定のもののみを認める奥田義人『親族法論』(有斐閣書房、三版、1899) 356-357頁参照。
- (35) 仁井田・前掲注(34) 299-300頁。藥師寺・前掲注(34) 1012頁は、代理の対象となる「子ノ財産ニ關スル法律行為」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(34) 670頁は、代理権の範囲について「財産ニ關スル行為ニ付テハ物權的處分行為、及ヒ債權的處分行為其ノ他一切ノ行為ニ亘ルヲ原則トス」としていた。また、財産に関する代理権は「無制限」であると認める奥田・前掲注(34) 357頁。なお、谷口知平『日本親族法』(信山社、復刻

- 版、1988）431-433頁は、管理権を103条由来のものとして捉えたうえで、通説が代表権を広く解している点を「解釋上一應正當」とする一方、代表権は管理権の一内容であるべきであると指摘し、親権者が極端な権限をもつことに異議を唱えていた。しかし、同時に、谷口博士は、親権者の権限が、「管理権の範囲において」または「子及び一般社會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」とし、親権者の権限について「解釋上立法上大いに考究を要するところ」としていた。
- (36) 大村敦志『家族法』（有斐閣、第3版、2010）109頁は、管理と代理の区別を「対内的関係」と「対外的関係」の区別と整理する。
- (37) 中島・前掲注（34）668頁、薬師寺・前掲注（34）1005頁。
- (38) 大判明治34年2月4日民録7輯18頁〔21頁〕。
- (39) ただし、利益相反行為については制限が付されていた（明治民法888条参照）。
- (40) 起草者は、旧民法人編154条に関して「父ト云フモノハ無償行為ヲ除ク外ハ一切ニ行為ヲ獨斷デ出来ルト云フコトニ爲ッテ居リマス」と説明していた（法務大臣官房司法法制調査部『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）453頁）。富井政章委員も同様の認識であったと思われる（同454頁）。
- (41) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注（40）〔田部芳〕457頁参照。ほかにも、人情の点から異を唱え、少なくとも父に関してはそのような制限をおくべきでないとする尾崎三良委員の反対意見（459頁）や、親が子に不利益な行為を為すことは決してないので制限は不要であるとする村田保委員の反対意見（461頁）などがある。
- (42) このような理解について、長谷川喬委員の発言も参考になる。長谷川委員は、富井委員が、親権者により子の名義での借財がなされた場合、その子が成人後に負担を負う恐れがあると指摘した点に対し、親権者は「子ノ財産ヲ管理スル丈ケ」であり「財産ノ管理ノ爲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ヲ要リ用ノ爲メニ子ノ名前ヲ以テ澤山ノ借財ヲスル」などは「親ノ權利ニハナイ」と、代理権には自ずと制約がある旨の認識を表明し、それ故に制限規定を設ける必要がないとしていた（法務大臣官房司法法制調査部・前掲注（40）457、460頁）。
- (43) 大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015）260頁は、この点を指摘し、「『管理』という言葉が持つ制約が存在するのではないか」という。

- (44) 起草者は、「総テ親権者ノ権限ニ同シ」とする(梅・前掲注(29)468頁)。また、牧野・前掲注(31)428頁は、親権者と後見人の管理権・代表権について「彼此逕庭アルナシ」としている。中島・前掲注(34)773頁は、923条における後見人の財産管理権と代理権について、884条と同じ文言であるため「説明ヲ省略スル」とする。また、岡村・前掲注(31)227頁、奥田・前掲注(34)436頁なども参照。他方、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は無効であるとした。田中・前掲注(18)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の立場を採用していた可能性がある。
- (45) 梅・前掲注(29)479-480頁。親権者と異なり後見人にこのような制限が設けられたのは、「親権は親子の自然の愛情に出づるところを基として居る」が、「後見は必ずしもさうではない」との理由に基づく(末川・前掲注(29)619頁)。
- (46) 奥田・前掲注(34)445頁。ただし、薬師寺・前掲注(34)1226頁は、親族会の許可を得ずに929条所定の行為を行った場合、それは無権代理行為にあたりと解していた。この理解によれば929条の行為それ自体は後見人の権限に含まれていなかったとも解しうる。なお、後見人の財産管理上の利殖方法を定めていた旧民法人事編191条は、明治民法927条へと承継され以下のような規定となった。「親族会ハ後見人就職ノ初ニ於テ後見人カ被後見人ノ爲メニ受取リタル金銭カ何程ノ額ニ達セハ之ヲ寄託スヘキカラ定ムルコトヲ要ス(一項)後見人カ被後見人ノ爲メニ受取リタル金銭カ親族会ノ定メタル額ニ達スルモ相当ノ期間内ニ之ヲ寄託セサルトキハ其法定利息ヲ拂フコトヲ要ス(二項)金銭ヲ寄託スヘキ場所ハ親族会ノ同意ヲ得テ後見人之ヲ定ム(三項)」

同条における主たる改正点は三点であった。まず、旧民法では後見財産を「毎次」に寄託するとされていたが、それでは煩わしい場合が多いため、後見人が得た額が幾らに達すれば寄託すべきかを親族会が定める形式になった。第二に、「官ノ貯金預所」と「確實ナル銀行」に預けるという規定が削除された。これは、「官ノ貯金預所」が「日本デハ少ナイ」こと、「確實ナル銀行」の決定を後見人の判断に任せることが危険であることに基づいた。第三に、旧民法では後見財産の利用方法の変更時に親族会の許可を得ることを明文化していたが、同条三項のもとでこの許可を全ての場合に拡大した。また、利用方法について、従前は親族会の許可を得るだけでよかったが、それでは無責任の認許となる虞があることから、親族会の許可



を得たうえで後見人が決めるとされた。なお、起草者は、旧民法191条の「利用」には「公債証書ヲ買ウトカ或ハ会社ノ株式ヲ買ウトカ」も含まれていると認識していた。起草者は、これらの購入が元本の利用に該当する点で、旧民法194条における親族会の許可が必要であり、利用自体に親族会の許可が必要である以上は「其序ニ方法ハドウシマスカト云フコトハ当然極メテ貰ウベキ」であると考えた（法務大臣官房司法法制調査部『日本近代立法資料叢書7 法典調査会 民法議事速記録七』〔梅謙次郎〕（商事法務、1984）65-66頁）。

- (47) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注（46）〔梅〕69頁。
- (48) 明治民法910～912条参照。
- (49) 明治民法933条参照
- (50) 梅・前掲注（29）361頁、同・前掲注（30）239頁参照。また、法務大臣官房司法法制調査部・前掲注（46）〔梅〕69頁も、「所謂管理行爲」と「管理」とを使い分けている。
- (51) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注（46）〔梅〕68頁。
- (52) 姉齒・前掲注（31）211頁、奥田・前掲注（34）357頁、和田・前掲注（31）627頁。
- (53) 大判昭和15年12月24日法律新聞4664号7頁〔10頁〕。
- (54) 大判昭和14年5月13日判決全集6輯16号16頁。
- (55) 青山道夫『家族法論』（法律文化社、第3刷、1963）200頁、新井誠ほか編「成年後見制度 法の理論と実務」〔赤沼康弘〕（有斐閣、第2版、2014）97頁、板橋郁夫＝松永静雄『親族法・相続法講義』〔松永静雄〕（成文堂、1994）118頁、岩志和一郎＝吉田恒雄『親族法・相続法』（尚学社、第5版、2019）155、177頁、近江幸治『民法講義Ⅰ 民法総則』（成文堂、第7版、2018）50頁、於保不二雄＝中川淳編『新注釈民法（25）親族（5）〔改訂版〕』〔中川淳〕（有斐閣、2005）126、408頁、川井健＝鎌田薫編『現代青林講義 親族法・相続法』〔許未恵〕（青林書院、1994）93頁、久々湊晴夫ほか『やさしい家族法』〔落合福司〕（成文堂、2003）199、229頁、久保木康晴『最新家族法』（芦書房、1986）125頁、後藤平吉『家族と法』（ミネルヴァ書房、1970）226頁、裁判所職員総合研修所監修『親族法相続法講義案』（司法協会、七訂補訂版、2015）167、187頁、中川高男『親族・相続法講義』（ミネルヴァ書房、1989）254-255頁、棚村政行ほか『家族法』〔早野俊明〕（青林書院、2000）142頁、中野峯夫＝高橋忠次郎『日本親族法』（邦光書房、1956）183、211頁、二宮周平『家族法』（新世社、第5版、2019）237頁、古田重明『民法

- Ⅱ(家族法)』(高文堂出版社、1989)88頁、松川正毅=窪田充見『新基本法コンメンタール 親族』(神谷遊)(日本評論社、第2版、2019)313頁、松原正明=浦木厚利編『実務 成年後見法』〔松井芳明〕(勁草書房、2020)118頁、本山敦ほか『家族法』〔羽生香織〕(日本評論社、2015)112頁、山川一陽『親族法・相続法講義』(日本加除出版、2014)162、181頁など。また、同様の管理の定義を採りながら、処分行為について、「価値を高める場合」に認められるとする見解(我妻榮=立石芳恵『親族法・相続法』(日本評論新社、1952)276、328頁)、「財産の維持・増加という目的の範囲に限られる」とする見解(石川利夫『家族法講義(上)』(評論社、1967)219、245頁、石田喜久夫ほか編『親族法・相続法』〔田中通裕〕(青林書院、1993)116頁、太田・前掲注(19)346、371頁、床谷文雄ほか『新プリメール民法5 家族法』〔且井佑佳〕(法律文化社、2018)104、109頁、仁平先磨『親族法』(泉文堂、1977)243、308頁、山口純夫編『親族・相続法〔改訂版)』〔松本タミ〕(青林書院、改訂版、2000)110頁)、「維持」という目的に限られるとする見解(松坂佐一『民法提要 親族法・相続法』(有斐閣、第四版、1992)167頁)、「必要な範囲」で認められるとする見解(高橋朋子ほか『民法7 親族・相続』〔床谷文雄〕(有斐閣、第5版、2017)196、211頁)、「時には」認められるとする見解(小野幸二『親族法・相続法』(八千代出版、1979)235頁)、「適当な範囲」で認められるとする見解(佐藤隆夫編『現代家族法』〔井戸田博史〕(八千代出版、3版、1994)151、160頁)、「場合によっては」認められるとする見解(半田吉信ほか『ハイブリッド民法5』〔半田吉信〕(法律文化社、第2版補訂版、2017)173頁。なお同154頁〔佐藤啓子〕は親権者には制限なく処分を認めており、ここでは親権者と後見人の財産管理における説明に差異がある点に留意)などがある。
- (56) 上山泰「成年後見人の財産管理権と身上監護権」野田愛子=梶村太市編『新家族法実務体系 第2巻 親族〔Ⅱ〕—親子・後見—』(新日本法規出版、2008)535頁、川井健ほか編『民法コンメンタール(22)親族3』〔西原醇〕(ぎょうせい、1988)2297頁など参照。
- (57) 於保不二雄編『注釈民法(4)総則(4)』〔浜上則雄〕(有斐閣、1967)49頁。
- (58) 中川・前掲注(19)509頁。
- (59) 於保不二雄=奥田昌道編『新版 注釈民法(4)総則(4)』〔佐久間毅〕(有斐閣、2015)89頁。
- (60) 佐久間毅『民法の基礎1 総則』(有斐閣、第5版、2020)241頁。
- (61) 於保=中川・前掲注(55)〔中川〕409頁など。

- (62) なお、ただし書き所定の行為と利益相反行為は含まれない点に留意が必要である。
- (63) この点、岩志＝吉田・前掲注（55）160頁は、管理を103条の目的の範囲内の行為に限定しながらも、「代理権は、子の所有する財産に関する法律行為だけでなく、財産の処分や債務負担、子の財産の占有のような事実行為といった広く子の財産に影響を与える一切の行為を含む」とする。同見解によれば、財産に関する一切の事実行為までが代理権によって正当化される。しかし、事実行為に関しては代理権ではなく代行権が正確であろうか。
- (64) 齋藤由起「共同親権における財産管理」水野紀子＝窪田充見編『財産管理の理論と実務』（日本加除出版、2015）171頁は、このように解している。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）332頁も、通説の見解に異を唱えるものの、同様の理解にたつ。大村・前掲注（43）260頁は、代表権の範囲は「『管理』のための行為に限られる」としている。有地亨編『〔口語六法全書〕口語親族相続法』（西井龍生）（自由国民社、補訂版、2005）150頁は、親権者は「管理するため必要ないっさいの行為をすることができる」としたうえで代理権を解説する。したがって、管理権を103条由来の管理に制限することは、代理権自体にも同様の制限を付すことを含意するとも考えられる。例えば、成本迅「ファイナンシャル・ジェロントロジー 健康寿命には資産寿命が必要だ」アンチ・エイジング医学—日本抗加齢医学会雑誌15巻1号（2019）15頁は、後見人は自己の判断で株式の解約を行うことができないとしている。これによれば、後見人には被後見人の株式の解約という財産に関する法律行為の代理権はない。なお、以上の見解にたつ場合、103条の管理の目的を越えた代理行為を行った場合、対内的な義務違反でなく、権限踰越の表見代理が成立すると考えられる（柚木馨ほか「表見代理」私法26号（1964）13頁以下）。
- (65) とはいえ、二宮・前掲注（55）238頁の「財産に関する法律行為に制限はない」との記述のように、多くの通説の見解は、代理権には一切の制限がないと説明する。これら通説が103条の管理の目的の範囲を越える法律行為の代理をどのように捉えているかは定かでないが、文言上は法律行為には制限がないと捉えているとみる方が自然であろう。しかし、ある行為が103条の管理の目的の範囲を越えるような場合、代理行為としてならば行えるというのでは管理に対する制限の意義が低下してしまう。例えば、後見人自身が行えば事実行為として管理の制限を受けるのに対し、被後見人を代理し第三者に同行為を行ってもらう準委任契約や請負契約を締

結することは可能であるとする、愈々管理の制限の意味がなくなるだろう。

(66) 二宮・前掲注(55) 236-237頁。

(67) 齋藤・前掲注(64) 171頁は、通説③のような考え方を「子の財産的損害を『予防』する観点」にたったものと捉える。

(68) 中川淳『家族法の現代的課題』(世界思想社、1992) 22頁参照。なお、中川教授は通説的見解に立脚している(於保=中川・前掲注(55)〔中川〕126、408頁)。

(69) 泉久雄『親族法』(有斐閣、1997) 277頁、伊藤進ほか『ホーンブック 民法V 親族・相続法』〔星野茂〕(北樹出版、改訂版、2005) 134頁、内田貴『民法IV 親族・相続』(東京大学出版会、補訂版、2004) 227頁、遠藤浩ほか編『民法(8) 親族』〔松嶋由紀子〕(有斐閣、第4版増補補訂版、2004) 276頁、小賀野晶一『成年身上監護制度論』(信山社、2000) 106頁、奥山恭子『家族の法 親族・相続』(不磨書房、第2版、2014) 116頁、鍛冶良堅『家族法』(放送大学教育振興会、1990) 73頁、川島武宜ほか『家族法相続法講話』(日本評論社、1964) 185頁、北川善太郎『民法講要 親族・相続』(有斐閣、第2版、2001) 127頁、久貴忠彦『親族法』(日本評論社、1984) 265-266頁、久貴ほか・前掲注(18)〔阿部〕265頁、後藤巻則ほか編『プロセス講義民法VI 家族』〔合田篤子〕(信山社、2016) 119、139頁、木幡文徳ほか『講説 親族法・相続法』〔椎名規子〕(不磨書房、第2版、2007) 147、158頁、佐藤義彦ほか『民法V 親族・相続』〔佐藤義彦〕(有斐閣、第4版、2012) 102-103、114頁、重倉珉祐『親族法・相続法』(法律文化社、改正版補正、1999) 150、168頁、島津一郎=椿寿夫編『民法(親族・相続)講義』〔中川良延〕(青林書院、1969) 95、104頁、田井義信監修『ユーリカ民法5 親族・相続』〔栗林佳代、神野礼斉〕(法律文化社、2019) 109、129頁、田中千草=鈴木潤子監修『令和元年版 凶解 民法(親族・相続)』〔本林健一郎〕(大蔵財務協会、2019) 201頁、永田菊四郎『新民法要義(第四巻・親族法)』(帝国判例法規出版社、五版、1967) 268、287頁、橋本昇二=三谷忠之『実務 家族法講義〔第2版)』(民事法研究会、2012) 211、223頁、塙陽子『家族法』(嵯峨野書院、1989) 154頁、星野英一『家族法』(財団法人放送大学教育振興会、1994) 135頁、前田陽一ほか『民法VI 親族・相続』〔本山敦〕(有斐閣、第5版、2019) 201頁(なお、この見解は管理の中に処分とは別に「運用」を認める。鈴木祿弥『親族法講義』(創文社、1988) 149-150頁も管理権に運用を含む。一般に運用とは「利殖の目的のために、取引を媒介として財を利用することをいう(四宮和夫『信託法』(有斐閣、新版、1989) 219頁)。)、松浦千誉=片山克行監修『ゼロからの民法 家族法

編』〔松山忠造〕（不磨書房、2000）99頁、松川正毅『民法 親族・相続』（有斐閣、第5版、2018）181、188頁、柳勝司編『家族法〔スタンダード民法シリーズV〕』（櫻井弘晃）（嵯峨野書院、第3版、2016）110頁、柳澤秀吉＝緒方直人編『親族法・相続法』（松嶋道夫）（嵯峨野書院、2006）181頁、山本正憲『家族法要説』（法律文化社、1990）153、164頁、我妻・前掲注（18）335頁など。潮見佳男『民法（全）』（有斐閣、第2版、2019）600頁は、「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」とする。四宮和夫『民法総則』（弘文堂、第四版補正版、1996）27頁は、「管理」を「処分その他をも含む広い観念」とする。田高・前掲注（15）304頁も、管理には「管理行為を超えた広範な内容」が含まれるという。なお、立法担当者は、『財産の管理』とは、保存・維持および財産の性質を変更しない利用・改良を目的とする行為ならびに処分行為をいうものと解されており…と、有力説の立場に言及している（小林昭彦＝大門匡『新成年後見制度の解説』（金融財政事情研究会、2000）139頁）。

- (70) なお、後見人は民法859条の3のもとで、被後見人の居住用不動産への抵当権の設定については家庭裁判所の許可を得なければならない。
- (71) 久貴・前掲注（69）266頁、我妻・前掲注（18）335頁。なお、通説的見解から反対するものとして二宮・前掲注（55）237頁。
- (72) 例えば、遠藤ほか・前掲注（69）〔松嶋〕276頁、奥山・前掲注（69）116頁、橋本＝三谷・前掲注（69）211頁、我妻・前掲注（18）335頁など。
- (73) 例えば、永田・前掲注（69）268頁など。
- (74) 我妻栄編『判例コンメンタールⅦ 親族法』（嶺孝一）（日本評論社、1970）401頁は、管理権と代理権を区別するものの、824条について、本人の「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」という。
- (75) 東京地判平成30年3月20日金融法務事情2212号67頁以下。
- (76) 「物または権利の性質の変更は…本人に不利益を生ずる危険が定型的に高い場合を含む」とされる（於保＝奥田・前掲注（59）〔佐久間〕89頁）。
- (77) 大塚・前掲注（64）332頁参照。
- (78) 於保・前掲注（57）〔浜上〕48頁、佐久間・前掲注（60）240-241頁、平田厚「財産管理に於ける義務と責任」実践成年後見51号（2014）17頁参照。田高・前掲注（15）304頁も、103条は「任意代理人の代理権の範囲が不明確な場合に最低限なしうる事項を規定したもの」とする。

(79) 例えば、清水恵介「成年後見人等の義務と責任を考える」実践成年後見51号(2014)7-8頁は、財産管理を「保存型」、「運用型」、「清算型」の3つの型に分類し、103条の管理を保存型、後見人の財産管理を運用型と位置づけ区別する。

(80) 大塚・前掲注(64)332頁参照。この点、我妻博士は、明治民法下の後見人の代理権については、親族会の同意を得なければならない行為を規定した929条を根拠に親権者のものより狭いと解していた(我妻榮『親族法・相続法講義案』(岩波書店、1938)143頁)が、現行民法下の後見人の管理権には、被後見人の「名義での借財をする」権限を認める(借財は明治民法929条に含まれていた)(我妻・前掲注(18)335、364頁)。これは、親族会の同意を得る必要があった行為も、親族会の廃止により、現行民法では制限なく後見人の権限に含まれるとの趣旨に出たものであると解される。また、このことは同時に、親族会の喪失によっても後見人の管理の範囲は影響を受けないということも意味しよう。なお、現行民法下でも後見監督人が付されている場合には、13条1項所定の行為を行うに際しその同意を得る必要がある点には留意すべきである(民法864条参照)。

(81) 小林=大門・前掲注(69)149頁。

(82) 中川善之助「親権」谷口知平=加藤一郎『民法演習V(親族・相続)』(有斐閣、1959)124頁。他方、立法担当者は、後見人が被後見人の財産に関する行為全般に代理権を有することを前提に、その代理権の行使にあたり「財産の管理」を職務として行う必要があることから、注意的に管理権を明文化したと考えている。この見解によれば、管理権というのはあくまでも代理権の一部であるということになる(小林=大門・前掲注(69)97頁)。このような構成でも、後見人の財産管理権を一体的に解することができよう。

通説は、管理権と代理権を峻別するが、管理権のもとでの法律行為は当然代理権のもとでの法律行為と重複するのであり、これらの関係は「二者択一」では捉えきれないと考えられる(我妻・前掲注(74)〔唄〕401頁)。この点、管理に制限を付す一方、代理権に制限を付さない通説の説明では、後見人は自身の権限がいかなる範囲に及ぶのかを理解することが困難であり、適正な財産管理の妨げになり得るのではないか。なお、講学上の区別として管理と代理の峻別を強調する見解もある(近江幸治『民法講義Ⅶ 親族法・相続法』(成文堂、第2版、2015)154-155頁)。

(83) 中川・前掲注(19)518頁。

(84) 中川・前掲注(19)520頁、同・前掲注(82)126頁参照

(85) 鍛冶・前掲注(69)73頁。

- (86) 中川・前掲注(19) 509頁。
- (87) 永田・前掲注(69) 268頁、我妻・前掲注(74)〔唄〕403頁。
- (88) これは、後述する後見人の善管注意義務や忠実義務から当然に導かれることであろう。生野正剛「親子間の利益相反行為と法定代理権の濫用—最判平成4年12月10日を素材に—」長崎大学教養部紀要 人文科学篇37巻1号(1996) 235頁も参照。
- (89) 最判平成4年12月10日民集46巻9号2727頁。
- (90) この点、同判例の調査官解説は、「親権者と子の場合には、相互に相続権を有し、扶養義務を負担する関係にある（後見人と被後見人の場合とは異なる。）ことなどを考慮すると、親権者の有する裁量の幅が極めて広いものとなる（後見人の有する裁量の幅とは同一には論じられない。）」としており、同判例の射程が後見人に及ぶとは捉えていない点に留意すべきである（田中・前掲注(18) 518頁）。
- (91) 福永礼治「無権代理・表見代理—印鑑と表見代理の成立および代理権の濫用の問題を中心に」長尾治助・中坊公平編『セミナー 生活者と民法』（悠々社、1995）25-26頁。
- (92) 大塚・前掲注(64) 333頁。
- (93) 中山直子『判例先例親族法後見』（日本加除出版、2018）109頁。
- (94) 岡ゆかり「成年後見と金融取引」赤沼康弘ほか編『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011）337-338頁、公益社団法人成年後見リーガル・サポートセンター編『成年後見教室 課題検討編』〔石井寿〕（日本加除出版、2訂版、2010）203頁。
- (95) 公益社団法人成年後見リーガル・サポートセンター編『成年後見教室 実務実践編』〔大滝和子〕（日本加除出版、3訂版、2013）36頁、小林徹「留意すべき財産管理の実務」実践成年後見82巻（2014）19頁。
- (96) 東京家裁後見問題研究会「東京家裁後見センターにおける成年後見制度運用の状況と課題」判例タイムズ1165号（2005）145頁、同「後見の実務」別冊判例タイムズ36号（2013）83頁。
- (97) 新井ほか・前掲注(55)〔赤沼〕115頁は、「後見の趣旨に財産を増加させることは含まれない」とする。社団法人日本社会福祉士会『改訂 成年後見実務マニュアル—基礎からわかる Q&A』（中央法規出版、2011）12頁は、利殖は管理の目的に含まれないとし、「元本保証のない投機話などには決して乗ってはならないことを銘記」することを要請する。
- (98) 赤沼康弘＝土肥尚子編『事例解説 成年後見の実務』〔小此木清』（青林書院、2016）104-105頁、片岡武ほか『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、2011) 43頁、吉野智「金融取引に関する実務上の留意点」実践成年後見52巻(2014) 36頁など。熊田均「財産管理上問題となる成年後見人の職務行為」赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』(新日本法規出版、2012) 213頁は、善管注意義務に言及したうえで、「元本保証のない証券取引…等は」、「原則として禁止されている」と、例外の余地を残す。
- (99) 黒田美亜紀「財産管理に関する基本的な考え方—身上監護との関係に触れつつ」実践成年後見52巻(2014) 12頁。なお、東京家庭裁判所後見センター東京家庭裁判所立川支部後見係「成年後見人・保佐人・補助人ハンドブック(Q&A付き) 2019年4月([http://www.courts.go.jp/tokyo-f/vcms\\_lf/020131.pdf](http://www.courts.go.jp/tokyo-f/vcms_lf/020131.pdf)、2020年1月6日最終閲覧) 58頁は、元本保証のない運用を「避けてください」としている。
- (100) 道垣内弘人「行為—帰属メカニズムについて」NBL791号(2004) 60頁参照。
- (101) 後見財産の管理方法につき、片岡ほか・前掲注(98) 43頁は「定期預金」に言及しており、「被後見人の流動資産はできるだけ定期預金で管理する」としている。定期預金も、一応利殖の手段であることから、少なくとも定期預金は認められると思われる。
- (102) 大塚・前掲注(64) 332-333頁は、通説的な見解のもとでは、投資が代理権を含む財産管理権限の範囲外となるとする。大島和夫「財産管理権の現代的課題」林良平先生献呈『現代における物権法と債権法の交錯』(有斐閣、1998) 47頁も参照。
- (103) 大塚・前掲注(64) 332頁も同旨。
- (104) この点につき、道垣内・前掲注(100) 60頁も参照。
- (105) 赤沼康弘「成年後見人の権限と限界」判例タイムズ1406号(2015) 5頁参照。
- (106) 小林昭彦=原司『平成11年民法一部改正法等の解説』(法曹会、2002) 271頁参照。
- (107) 幾代通=広中俊雄『新版 注釈民法(16)』〔中川高男〕(有斐閣、1989) 226頁、田山輝明『契約法 民法講義5』(成文堂、2006) 292頁、鳩山秀夫『日本債権法各論 下巻』(岩波書店、第17刷、1934) 615頁、我妻栄=有泉亨『コンメンタール民法V』(日本評論社、第2版、1998) 331頁など。岡松参太郎『註釋民法理由 下巻』(有斐閣、1897) 277頁は、「委託の内容」とする。
- (108) 山本敬三『民法講義IV-1 契約』(有斐閣、2005) 712頁。
- (109) 内山尚三『債権各論講義』(信山社、1998) 117頁、加藤雅信『新民法大系IV 契約法』(有斐閣、2007) 415頁、我妻栄『債権各論 中巻2』(岩波書店、第12刷、1974) 670-671頁など。星野英一『民法概論IV(契約)』(良書普及会、合本新



- 訂第1刷、1986）275頁は、「委任契約によって定められたところに従い事務の性質に応じ、信義則によって判断されるところによるということである」とする。
- (110) 広中俊雄『債権各論講義』（有斐閣、第6版、1999）279頁。
- (111) 我妻・前掲注（109）671頁。
- (112) 中田裕康『契約法』（有斐閣、初版第5刷、2018）524頁。
- (113) 我妻栄『新訂 債権総論』（岩波書店、第18刷、1982）27頁。
- (114) 内田貴『民法Ⅱ 債権各論』（東京大学出版会、第3版、2011）291頁
- (115) 潮見佳男『基本講義 債権各論Ⅰ』（新世社、第3版、2017）258頁。
- (116) 鎌田薫「専門家責任の基本構造」加藤雅信編『新・現代損害賠償法講座 第3巻 製造物責任・専門家責任』（日本評論社、1997）296頁、北川善太郎『債権各論（民法講要Ⅳ）』（有斐閣、第3版、2003）90頁、能見善久「専門家の責任—その理論的枠組みの提案」別冊NBL28号（1994）4頁以下。
- (117) 大村敦志「現代における委任契約—『契約と制度』をめぐる断章—」中田裕康＝道垣内弘人『金融取引と民法法理』（有斐閣、2000）101頁、山本・前掲注（108）712頁。
- (118) この点について、中田・前掲注（112）527頁、山本豊編『新注釈民法（14）』（一木孝之）（有斐閣、2018）251頁参照。
- (119) 山本・前掲注（108）712頁。
- (120) 大村・前掲注（117）103頁、道垣内弘人「論点講座 民法☆かゆいところ（20）善管注意義務をめぐる」法学教室305号（2006）44頁。
- (121) 山本・前掲注（118）〔一木〕250-251頁。
- (122) 委任の本旨が注意の程度を決めるとする大村・前掲注（117）101頁は、善管注意義務について「白地性」との表現を用いる。潮見佳男「民法からみた取締役の義務と責任—取締役の退会者責任の構造—」商事法務1740号（2005）36頁は、善管注意義務について、「契約（類型）ごとに多様」とする。受任者の属性という点では、中川高男「受任者の善管注意義務」契約法大系刊行委員会編『契約法大系Ⅳ（雇傭・請負・委任）』（有斐閣、1963）270頁は、「注意義務の専門的高度化は不断に進行すること」から、善管注意義務を「白地規範」と形容し、一概に断定することはできないとする。
- (123) 道垣内・前掲注（120）39頁は、善管注意義務が条文（民法644条、会社法531条1項など）には「『注意を払え』というかたちで規定されているわけではない」ことから、「『善良な管理者の注意』は、その義務の程度・質を決める基準になって

- いるに過ぎない」と指摘する。また、前田達明『口述 債権総論』（成文堂、第三版第二刷、1997）33-34頁も、「注意義務」では「心理的内心的な感じを与えるので」、「行為義務」とすべきであると指摘する。
- (124) 潮見・前掲注(115) 258頁。
- (125) 道垣内・前掲注(120) 40頁。
- (126) 薬師寺・前掲注(34) 1245頁も、「後見の本旨」という文言を用いる。
- (127) 赤沼・前掲注(105) 5頁、大村・前掲注(117) 118頁、道垣内・前掲注(120) 44頁。
- (128) 上山泰『専門職後見人と身上監護』（民事法研究会、第3版、2015）73頁。
- (129) 田山輝明「成年後見人の善管注意義務」成年後見法研究7号(2010) 1頁。
- (130) 平野裕之『債権各論 I—契約法』（日本評論社、2018）372頁参照。
- (131) 赤沼・前掲注(105) 10頁。
- (132) 山本・前掲注(118)〔一木〕266頁。
- (133) 末弘巖太郎『債権各論 全』（有斐閣、第三版、1919）759頁、我妻・前掲注(109) 673頁。
- (134) 我妻・前掲注(109) 674頁。なお、この場合に復受任者を選任しないことは善管注意義務違反となりうる（中川・前掲注(122) 272頁）。
- (135) 山本・前掲注(118)〔一木〕267頁。なお、判断の際には、信頼の内容・程度や受任者の状況、復受任者の資質能力、それに関連する委任事務処理の成否可能性などを考慮すべきであるという。
- (136) 潮見・前掲注(115) 261頁参照。
- (137) 中川・前掲注(122) 271-272頁、我妻・前掲注(109) 676頁。
- (138) その根拠として、①選任者から特に選ばれて代理権を与えられていること、②本人との特別な身分関係から代理権が生じることが挙げられる（佐久間・前掲注(60) 242頁）。
- (139) 於保・前掲注(57)〔太田武男〕65頁。
- (140) 佐久間毅「任意代理・法定代理・法人代表」法学教室235号(2000) 30-31頁
- (141) 佐久間・前掲注(140) 31頁。
- (142) 赤沼=土肥・前掲注(98)〔伊藤よう子〕88頁。また上山・前掲注(128) 84頁参照。なお、上山教授は、裁判所が資質や職務適性を考慮したうえで選任することを理由に、専門職後見人に関して民法105条を直接適用することに疑問の余地が残されているとする。他方、公益社団法人成年後見リーガル・サポートセンター・前

掲注（95）〔高橋弘〕12頁は、後見人の職務が信託の受託者の職務に類似することから自己執行義務を導く。

- (143) 佐久間毅「代理法からみた法定後見・任意後見」民商法雑誌122巻第4・5号（2000）510頁。
- (144) 佐久間・前掲注（60）244頁。
- (145) 鳩山秀夫『法律行為乃至時効』（巖松堂書店、1915）308頁。
- (146) 於保＝奥田・前掲注（59）〔佐久間〕103-104頁。
- (147) 於保・前掲注（57）〔太田〕67頁。
- (148) 我妻栄『新訂 民法総則』（岩波書店、第11刷、1973）355頁。
- (149) 於保＝奥田・前掲注（59）〔佐久間〕97頁。梅謙次郎『民法原理 総則篇 卷之二』（明法堂、1904）483頁は、代理人が該行為につき「通曉」しない場合もこれに当たるといふ。また、山本敬三『民法講義Ⅰ 総則』（有斐閣、第3版、2011）370頁も、代理人自らが代理行為をすることが期待できない場合を含めるべきといふ。

