

民法一〇二条論

——法定代理人としての制限行為能力者をめぐる思索として——

清水 恵 介

- 一 序 論 — 債権法改正による成年後見法への限定的影響
- 二 民法一〇二条の制定段階 — 立法趣旨再考を含めて
 - (一) 法典調査会の審議
 - (二) 大審院判例の出現
 - (三) 立法趣旨再考 — 法定代理人としての制限行為能力者の非利益性と取消否定
- 三 成年後見制度の抜本改正 — パターンの増加による実質的影響
- 四 民法一〇二条の改正 — 取消しの可否をめぐる審議経過
 - (一) 民法（債権法）改正検討委員会案

(二) 民法改正研究会案

(三) 法制審議会民法（債権関係）部会の審議

(四) 小括

五 検討

(一) 序説 — 法定代理における取消肯定案の批判的考察

(二) 本文とただし書の峻別の当否

(三) 本人の不利益性の実質的検討

(四) 法定代理人の適格性と法定代理権の代行・消滅

(五) 任意代理と法定代理の質的相違

(六) 本稿の結論

六 結語

一 序論 — 債権法改正による成年後見法への限定的影響

今般のいわゆる債権法改正（平成一九年法律第四四号によるもの）^①は、契約に関する規定を中心に、「債権関係の規定」を見直すものとされたことから、民法第一編、民法総則の規定のうち、代理を含む法律行為の規定（第五章）は検討対象とされたものの、行為能力を含む人の規定（第二章）は検討対象とされなかつた。^②

しかし、このように、民法という一つの法律の中で、検討対象の人為的な線引きをすると、時として、その境界線上に位置づけられる規定の検討を鈍らせる要因となり得るのではないか。そうした規定の一例として、民法一〇二条

が挙げられる。すなわち、代理は検討対象の範囲内であり、行為能力は検討対象の範囲外であるという中で、代理人の行為能力を扱う民法一〇二条は、その境界線上の規定として位置づけられる。ところが、同条は、法律行為の章中の代理の節（民法九九条以下）に置かれていたがゆえに検討対象に含められ、しかも、数年にわたる審議の末に全面改正が加えられるものとされた。

さらに、本改正が創設した民法一〇二条ただし書は、「制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為」の取消しを認める旨の明文規定となっており、主に（保佐・補助を含めた広義の）成年後見の場面を念頭に置いてのことから、今般の改正の検討対象から明らかに外されたはずの成年後見関係規定に対して、限定的ながらも直接の影響を及ぼすものとなっている。

そこで、本稿は、改正後の民法一〇二条の立法論的当否を中心に検討を加えるものの^③、今般の改正論議を内在的に観察するにとどまらず、その論議の中では十分に検討されなかったと思われる、成年後見法ないしは法定代理法、あるいは代理法一般の視点からの同条の再評価を試み、同条をめぐる今般の議論を外在的に観察することとしたい。そして、その結果、同条については、積極的な意味において、改正を加えず現状維持にとどめるべきであったことを明らかにしたい。

以下、民法一〇二条（改正後の同条本文）の制定段階での審議を踏まえた立法趣旨の再考を試みた後（二）、制定後の主な法改正として、現行成年後見制度の制定による影響を考察し（三）、今般の債権法改正における議論を整理した上で（四）、分析の視点を明らかにしつつ、同条のあり方に関する上記の管見を提示すべく検討を進めることとする（五）。

二 民法一〇二条の制定段階 — 立法趣旨再考を含めて

(一) 法典調査会の審議

現行民法一〇二条(改正後の同条本文)の立法趣旨を考える上で、まず、法典調査会での審議を参照したい。なぜなら、同条は、旧民法財産取得編二三四条が、「代理ハ無能力者ニモ有効ニ之ヲ委任スルコトヲ得然レトモ其代理人ハ委任者ニ対シテハ無能力者ノ制限アル責任ノミヲ負担ス」として、いわゆる任意代理に限定した規定であったのを、法定代理も含めた代理共通の規定とする趣旨で、明治二七(一八九四)年四月六日に開催された第一回法典調査会において、「代理人ハ能力者タルコトヲ要セス但代理人ハ無能力者ナルトキハ其代理人ハ本人ニ対シテ無能力者ニ特別ナル責任ノミヲ負フ」との規定として提案されたものに由来し、したがって、ここにおいて初めて、法定代理を含めた民法一〇二条の妥当性が審議されることとなったからである。⁽⁴⁾

この審議では、提案者の富井政章より、冒頭において、今日の教科書にも継承されているような一般的な立法趣旨が説かれる。すなわち、(a)代理人という者は本人に代わって行為をなす者であり、その行為によって権利を得、義務を負う者は代理人でなく本人であるから、代理人に能力があるということは必要でないということと、(b)たとえ無能力者であっても自己を代理するのに適任であると思慮した以上はこれに代理を委任するのに何の差支えもないということが説明された。

その上で、富井は、法定代理(議事上は「法律上ノ代理」)については(b)の趣旨によることができなかつつも、「廣イ規定ニシテ置イタ方ガ實際便利デアラウト考ヘタ」とした。また、「若シ委任ニ限ル規定トシテ置ケバ法律上ノ

代理ニ付テハ一々反對ノ規定ヲ掲ゲネバナラヌ」ものの、その必要はないと述べ、その理由として、無能力の原因中において、まず禁治産者（現在の成年被後見人）は代理権消滅の原因となつてゐること（民法二二一条一項二号）、残る未成年者と準禁治産者（現在の被保佐人）も、法定代理の最も主な後見については旧民法人事編（二八〇条一号・二号）に特別規定があつて後見人は未成年者であることもできず、また準禁治産者であることもできないとなつており、たぶんその規定が採用になるであろうこと（制定当初の民法九〇八条一号・二号、平成一一年改正前民法八四六条一号・二号）、失踪（不在者財産管理人）の場合は実際、裁判所が未成年者又は準禁治産者を選任することは決してないであろうし、もし万が一あつたときはその未成年者といひ又は準禁治産者というものを裁判所が適任者とみたのであるから別段弊害はないであろうことを指摘した。

しかし、こうした理由付けは、当時の規定に照らしてもみても、やや粗かつたように思われる。すなわち、法定代理人と制限行為能力者（審議当時の無能力者）が同一人の属性として競合するに至る場面は、法定代理人を制限行為能力者の保護者（親権者と後見人〔未成年後見人・成年後見人〕に限つたとしても理論上一〇パターンあるところ、そのうち、富井が指摘したパターンは、親権者・後見人が禁治産者（成年被後見人）になる二つのパターンと未成年者・準禁治産者が後見人になる二つのパターンの計四パターン（後記表1の2・6・7・9）を指摘するにとどまり、その他のパターン、とりわけ、未成年者・禁治産者（成年被後見人）・準禁治産者（被保佐人）が親権者になるパターン（表1の1・3・5）や親権者・後見人が準禁治産者（被保佐人）になるパターン（表1の8・10）のように、反對の規定が必ずしもないようなものには何ら言及がなされず、むしろ上記のただし書（債権法改正後のただし書とは異なる「但代理人カ無能力者ナルトキハ其代理人ハ本人ニ対シテ無能力者ニ特別ナル責任ノミヲ負フ」とするもの）の削除説をめぐつて議論が

表1 現行民法制定時のパターン

	パターン	制定当時の帰結
1	未成年者が親権者になる	当該親権者の親権者・未成年後見人による親権代行の規定（制定当初の民法895条・934条2項本文、現行民法833条・867条1項）が用意されたものの、当該親権者の親権者・未成年後見人が不存在であるため、当該親権者自らが法定代理人となる場合があり得る。
2	未成年者が後見人になる	欠格事由（制定当初の民法908条1号、戦後改正後の846条1号、現行民法847条1号）に当たり、法定代理人とならない。
3	禁治産者が親権者になる	民法102条の射程範囲？
4	禁治産者が後見人になる	欠格事由（制定当初の民法908条2号、戦後改正後の846条2号、平成11年改正法により削除）に当たり、法定代理人とならない。
5	準禁治産者が親権者になる	民法102条の射程範囲？
6	準禁治産者が後見人になる	欠格事由（制定当初の民法908条2号、戦後改正後の846条2号、平成11年改正法により削除）に当たり、法定代理人とならない。
7	親権者が禁治産者になる	代理権消滅事由（民法111条1項2号）に当たり、法定代理人とはならない。親権行使を否定した大審院判例（大判明治39年4月2日民録12輯553頁）がある（後述）。
8	親権者が準禁治産者になる	民法102条の射程範囲？ただし、親権行使を否定した大審院判例（大判明治39年4月2日民録12輯553頁）がある（後述）。
9	後見人が禁治産者になる	代理権消滅事由（民法111条1項2号）に当たり、法定代理人とはならない。
10	後見人が準禁治産者になる	民法102条の射程範囲？ただし、親権行使を否定した大審院判例（大判明治39年4月2日民録12輯553頁）の射程範囲？

紛糾したため（その結果、賛成多数により、ただし書が削除された）、種々のパターンをめぐる議論が深められないまま、「代理人ハ能力者タルコトヲ要セス」との広汎な射程をもつ規定として制定されるとの経緯をたどることとなった。

この審議中に富井が、禁治産者（成年被後見人）は代理権消滅の原因であるから、初めから禁治産者は代理人となることはできないと当初述べていたのを間違いと認めて訂正し、初めから代理人となることができないというのと代理権が消滅するということは別のものであると述べるに至った点に鑑み⁵⁾ても、制限行為能力者が法定代理人になる場面と、法定代理人が制限行為能

力者になる場面とは区別して議論すべきであったものの、当該訂正の発言が同条の審議の最終盤になされたこともあり、この区別を踏まえた議論もついに展開されることはなかった。

(二) 大審院判例の出現

こうした法典調査会での審議の不完全さは、民法制定後一〇年も経たないうちに早くも露呈することとなる。大審院明治三九（一九〇六）年四月二日判決（民録一二輯五五三頁）は、「未成年者ノ父又ハ母カ禁治産者又ハ準禁治産者ナルトキハ又親權ヲ行フコトヲ得サルモノト解スルヲ當然トス」と判示し、つまりは、親権者が禁治産者・準禁治産者になるとのパターン（表1の七・八）について、民法一〇二条にはよらず、法定代理人としての地位を否定する立場を明らかにした。

その理由は比較的詳細であり、現代語で表記するならば以下のとおりとなる。

代理人が能力者であることを要しないのを原則とする理由は、代理行為は直接に本人に対してその効力を生じ、代理人にその効力を及ぼすことがないため、代理人となった無能力者の保護に欠けるところがないからであるが、無能力者のために設けた法定代理の規定は実に本人が無能力であるゆえにその本人を保護するために定めたものであり、もしこの場合にも代理人が能力者であることを要しないとの原則を適用し、無能力者をして他の無能力者を代理させることができるものとすれば、そのために代理人となった無能力者の保護に欠けることがないとしても、本人たる無能力者の保護はこれを全うすることができず、その本人保護の必要上設けた立法の目的を達することができないのは

明らかである。これは、前述した数個の法条（制定当時の民法八九五条・九三四条二項が定める親権代行と同九〇八条が定める後見人の欠格事由）において親権者又は後見人は能力者であることを要する趣旨を明らかにした理由であって、父又は母が禁治産者又は準禁治産者である場合については明文がないといえども特にこれを除外して親権を行うことを許したものと解することができない。もしその明文がないゆえに反対に解すべきとすれば、子を有するまでに成長した未成年者すらなお親権を行うことができないのに反し、心神喪失の常況にある禁治産者はかえって当該未成年者に代わって親権を行うことができるが如き奇観を呈し、また、法律は禁治産者又は準禁治産者の保護のみを厚くしてその子の保護は少しもこれを顧みないが如き不当な主義を採ったものとなるに至る。このようなことは到底これを是認することができない。

もつとも、禁治産者・準禁治産者となった父・母（親権者）の保護者（成年後見人・保佐人）の親権代行に関する規定が存在しないため、その未成年の子に対して親権を行う者がいないときに該当するものとして、未成年後見を開始すべきものとされた。

この判決は、準禁治産者（被保佐人）が親権者の名義でした借財を取り消すことができるかが争われた事案に関するものである。大審院は、民法一〇二条により取消しを否定した原判決を破毀して控訴院に差し戻した。

それゆえ、禁治産者に関する判示部分は傍論となる。実際上も、準禁治産者の場合とは異なり、法定代理人としての親権者が禁治産者となれば、当時の法律も現行法上も代理権は消滅するため（民法一一一条一項二号）、取消しの可否以前に無権代理となり、そもそも民法一〇二条の適用問題とはならない。また、このパターンは、前記法典調査会

の審議においても、同条が適用されない場合として指摘済みのものであった。

そうすると、この判決は、事案のとおり、親権者が準禁治産者となるパターン（表1の8）について民法一〇二条を適用せず、親権者・後見人が禁治産者となるパターン（表1の7・9）と同様の解決を準禁治産者にも拡張した点に意義がある。換言すれば、代理権共通の消滅事由を定める民法一一一条一項二号を、法定代理権については禁治産宣告（後見開始審判）だけでなく、準禁治産宣告（保佐開始審判）にも準用するに等しい解決をしたこととなる。

そして、この判決の趣旨は、後見人が準禁治産者になるパターン（表1の10）にも及ぼし得るため、行為能力制度上の法定代理における民法一〇二条の射程範囲は、禁治産者・準禁治産者が親権者となるパターン（表1の3・5）と、未成年者が親権者となり（表1の1）、かつ、当該未成年者に親権者・未成年後見人がいないために親権代行がなされないパターンに限られることとなる⁶。しかし、これらのパターンはいずれも、前記法典調査会の審議には表れてこなかったものである。

（三） 立法趣旨再考 — 法定代理人としての制限行為能力者の非利益性と取消否定

前記法典調査会の審議において富井が説いた(a)(b)二つの立法趣旨は、今日、より洗練される方向で以下のように整理される。

すなわち、(a)については、「代理人が契約を結んでも、その効果は本人に帰属するから、代理人自身に不利益は及ばず、制限能力者保護の制度趣旨を妥当させる必要がない」と説かれ、(b)については、「あえて制限能力者を代理人に選んだ本人がリスクを負えばよいといえる」⁷などと説かれる。これをさらに定式化すれば、(a)は、効果帰属を受け

ない代理人の非利益性を意味し、(b)は、自ら代理人を選任した本人の利益の甘受を意味する。

しかしながら、今日の基本書・教科書で繰り返し説かれるこれらの立法趣旨は、制限行為能力を理由とする取消しが否定されることの正当化根拠を示すものにすぎず、取消しを否定することにより達成すべき目的を語るものとはなっていない。民法一〇二条は、法律行為の一種である代理行為について、本来であれば制限行為能力を理由とする代理行為の取消しが認められるはずのところこれを否定する例外規定として位置づけられるものであるから、取消しを否定できる根拠よりも先に、まずは原則通り取消しが認められたならば生じるであろう不都合が語られるものでなければならぬはずである。すなわち、取消しが認められた場合の不都合とは、通常、制限行為能力者との間で代理行為をした取引の相手方の不都合を意味するであろう。その取消しを否定することで、いわば相手方の取引の安全が一定程度図られることとなる。これこそが民法一〇二条が達成すべき目的と捉えられよう。

この結論は、別の観点からも基礎づけることができる。

上記の立法趣旨(a)にいう代理人の非利益性は、確かに、代理の本来的效果（法律効果の本人への直接的帰属）からはその通りであるが、代理の付随的效果に鑑みれば、必ずしもそうとはいえない。

民法一一七条が定める無権代理人の責任は、本人ではなく代理人自身に損害賠償責任等の効果が帰属する例外事由である。この規定を通じて代理人になお不利益が及ぶ場合があり得ることとなる。この点、確かに、制限行為能力は同条の免責事由とされているため、これにより制限行為能力者たる代理人は不利益を免れる構造となっているもの、この規定があるからこそ、代理人の非利益性を語ることが可能となっているにすぎない。

しかも、制限行為能力者が法定代理人の同意を得て無権代理行為をした場合には、このような場合にまで第三者を

犠牲にして制限行為能力者を保護する必要性はないとの理由から、ドイツ民法一七九条三項ただし書が定めているのと同様に、能力者と同一の責任を負わせるべきと説かれている^⑧。この見解に従うならば、よりいつそう代理人の非不利益性を語ることはできなくなるであろう。

そうであるならば、むしろ原則通り、制限行為能力を理由に代理行為を取り消せるとするならば、結果的に無権代理人の責任は遡及して消滅することとなるため、これにより制限行為能力者自身の保護は達成可能であり、免責規定は不要となる。すなわち、民法一一七条二項（債権法改正後の同条二項三号）が免責を認める趣旨として一般に説かれる制限行為能力者の保護は、直接的な免責規定を置くことのほかに、原則通り取消しを認めることによっても達成できるのである。

それゆえ、やはり、代理人の非不利益性のみから取消否定を導くことはできないのであって、取消否定はあくまで相手方の取引安全の観点から基礎づけるべきものと思われる。すなわち、民法一〇二条は、代理取引における制限行為能力（による取消し）のリスクから相手方を解放する意義があるとみられる。相手方としては、本人との直接取引ではなく、代理人との取引である限り、当該代理人が制限行為能力者かどうかを逐一確かめずとも取引でき、その分だけ取引の安全が確保されることとなる。

代理取引についてのみこのように扱うことがなぜ正当化されるのかについては、代理制度の信頼維持の観点から基礎づけることとなる。表見代理（民法一〇九条・一一〇条・一一二条）のみならず、無権代理人の責任（同一一七条）、さらには催告権（同一一四条）・取消権（同一一五条）もまた、本人との直接取引にはみられない代理取引独自の相手方保護規定であり、これらはいずれも全体として代理制度の信頼維持に寄与している。代理取引は、本来、本人・代理

人間の代理関係と代理人・相手方間の代理行為が正常に連結して初めて有効性を確保できる取引であつて、本人・相手方間の直接取引と比べて元来リスクの高い取引形態であるため、これらの保護規定を用意することで制度の信頼性を高め、代理取引の活用を促し、取引全体の活発化を企図しているものとみられる。

民法一〇二条もまた、上記一連の保護規定と同様に、代理取引における制限行為能力リスクから相手方を解放することで、代理制度の信頼維持に寄与するものと捉えられる。これこそが同条の達成目的であり、前記(a)(b)の立法趣旨は、その達成手段としての取消否定を正当化するための根拠と位置づけられよう。

もちろん、前述のとおり、民法一一七条責任が免責されていることで、相手方にとっては、制限行為能力者との代理取引が無権代理となつた場合に責任追及が認められず、そのため、このリスクをも回避しようとするならば、結局のところ、代理取引であつても当該代理人が制限行為能力者か否かを確認せざるを得ないこととなるが、この場合のリスクはあくまで無権代理によるリスクの一部に過ぎず、制限行為能力を理由とする取消しのリスクとは一応区別できるものである。すなわち、相手方としては、かかる無権代理リスクを回避するために、基本的には、代理人が代理権を有するか否かに注意を向ければ足り、仮に無権代理となつても追認の余地があるほか、前述した催告権・取消権・表見代理による保護もあり得るため、民法一一七条責任のみが否定されることとなつても、制限行為能力者保護のためのやむを得ない制約と捉えられたのではないかと考えられる。⁹⁾

三 成年後見制度の抜本改正 ― パターンの増加による実質的影響

制定後、民法一〇二条に影響を及ぼす次の大きな契機となったのが、平成一一（一九九九）年改正民法により抜本的改正を受けた成年後見制度である。

この改正により、民法一〇二条の文言自体が変わったわけではないものの、以下の三つの改正点により実質的な影響が及ぶこととなった。

第一に、改正前には認められなかった保佐人の代理権付与が認められるようになった点である（民法八七六条の四）。この点から、常にはないものの、オプションとしての代理権付与審判によって、保佐人も一種の法定代理人となり得ることとなり、保佐人自身が保佐開始審判を受けて被保佐人となった場合のように、法定代理人と制限行為能力者の競合パターンがその分だけ増加することとなった（後記表2の3・7・11・23・24）。

第二に、補助類型を創設した点である（民法八七六条の六以下）。すなわち、事理弁識能力が「著しく」とまではいえないが「不十分」である者（被補助人）について開始される補助の類型を創設し、能力の程度に応じた後見・保佐・補助の三段階での弾力的運用を可能とする改正を施した。そして、保佐人に対するのと同様に、オプションとしての代理権付与審判を可能としたことから（民法八七六条の九）、補助人もまた一種の法定代理人となり得ることとなった。ここでは、制限行為能力者の新類型としての被補助人と、法定代理人の新類型としての補助人が同時に創設され、他の類型との組合せにより、いつそう多くの新たな競合パターンが生じることとなった（表2の4・8・12・16・19・22・25・28）。

第三に、成年被後見人（かつての禁治産者）と被保佐人（かつての準禁治産者）を後見人・保佐人の欠格事由から外した点である（民法八四七条・八七六条の二第二項参照）。これにより、かつては欠格事由規定の存在により、制限行為能力者が法定代理人となり得なかつたパターンが、少なくとも理論上は競合可能なパターンとして数えられることとなった（表2の6・7・10・11）。

こうして増加した競合パターン中、成年後見の分野で欠格事由として残された未成年者の場合（表2の2・3・4）と、引き続き法定代理権の消滅事由とされている後見開始審判の場合（表2の17・20・23・26）とを除いたとしても、なお残る二一のパターンについては競合可能と解され、これらにつき民法一〇二条を適用し、取消しが否定される余地があることとなった。これは、同条制定当初は三つのパターン（表1の1・3・5、表2の1・5・9に対応）にほぼ限られていたのと比べるならば、極めて大きな変化といえる。

しかも、制定時の法典調査会の審議において、「一々反対ノ規定ヲ掲ゲネバナラヌ」必要がない理由として挙げられたもののうち、欠格事由の点は、その範囲が未成年者のみに縮小されたことから、もはや理由として強固なものとはいえなくなっている。

加えて、現実的にも、成年後見制度を利用している知的障害者等に子が生まれ、親権者になるとの事例（表2の5・9・13）のほか、晩婚化等による親権者の高齢化、高齢化社会の進展に伴う後見人としての子の高齢化、さらには専門職後見人の高齢化により、親権者や後見人等が制限行為能力者になるとの事例（表2の18・19・21・22・24・25・27・28）を生じる可能性は、一〇〇年以上前の民法制定当初よりも明らかに増大しているであろう。

表2 現在のパターン

	パターン	帰結
1	未成年者が親権者になる	(表1の1) 親権代行者(民法833条・867条1項)の不存在により、当該親権者自らが法定代理人となる場合があり得る。
2	未成年者が後見人になる	(表1の2) 欠格事由(民法847条1号)に当たり、法定代理人とならない。
3	未成年者が保佐人になる	欠格事由(民法876条の2第2項・847条1号)に当たり、法定代理人とならない。
4	未成年者が補助人になる	欠格事由(民法876条の7第2項・847条1号)に当たり、法定代理人とならない。
5	成年被後見人が親権者になる	(表1の3)
6	成年被後見人が後見人になる	(表1の4) 平成11年改正法による欠格事由規定の削除
7	成年被後見人が保佐人になる	平成11年改正法による欠格事由規定の削除
8	成年被後見人が補助人になる	
9	被保佐人が親権者になる	(表1の5)
10	被保佐人が後見人になる	(表1の6) 平成11年改正法による欠格事由規定の削除
11	被保佐人が保佐人になる	平成11年改正法による欠格事由規定の削除
12	被保佐人が補助人になる	
13	被補助人が親権者になる	
14	被補助人が後見人になる	
15	被補助人が保佐人になる	
16	被補助人が補助人になる	
17	親権者が成年被後見人になる	(表1の7) 民法111条1項2号による代理権消滅
18	親権者が被保佐人になる	(表1の8) 親権行使否定の大審院判例(大判明治39年4月2日民録12輯553頁)
19	親権者が被補助人になる	
20	後見人が成年被後見人になる	(表1の9) 民法111条1項2号による代理権消滅
21	後見人が被保佐人になる	(表1の10) 親権行使否定の大審院判例(大判明治39年4月2日民録12輯553頁)の射程範囲?
22	後見人が被補助人になる	
23	保佐人が成年被後見人になる	民法111条1項2号による代理権消滅
24	保佐人が被保佐人になる	
25	保佐人が被補助人になる	
26	補助人が成年被後見人になる	民法111条1項2号による代理権消滅
27	補助人が被保佐人になる	
28	補助人が被補助人になる	

四 民法一〇二条の改正 ― 取消しの可否をめぐる審議経過

今般の債権法改正は、以上に述べた状況において、民法一〇二条を改正するとの立法判断を下した。具体的には、平成一六（二〇〇四）年改正により現代語化された当時の条文「代理人は、行為能力者であることを要しない」を全面的に見直し、「制限行為能力者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができない。ただし、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為については、この限りでない」との規定に改めた。

ここに至るまでの立法過程は数年間にわたり多段階で行われたため、以下、同条の実質審議が行われたいくつかの場面を取り上げて紹介し、とりわけ、その審議の中で、制限行為能力を理由とする法定代理行為の取消しをめぐり、いかなる利益衡量が行われたかを明らかにしたい。

（一）民法（債権法）改正検討委員会案

民法一〇二条の改正過程を理解する上で、法制審議会の部会が立ち上がる前身として組織された民法（債権法）改正検討委員会の策定にかかる「債権法改正の基本方針」にまで遡るのが有益である。

平成一八（二〇〇六）年一〇月に設立された同委員会は、同年一二月の第一回全体会議を皮切りに二年を超える検討を重ね、平成二二（二〇〇九）年五月、六四二項目に及ぶ「債権法改正の基本方針」をとりまとめた。

この中で、代理人の行為能力に関する方針は、【1. 5. 27】にある。以下にその内容を掲げる。

【1. 5. 27】（代理人の行為能力）

〈1〉代理人は、行為能力者であることを要しない。

〈2〉【1. 5. 24】に基づき本人に対して直接にその効力を生ずべき法律行為は、その代理人が制限行為能力者であることによってその効力を妨げられない。

*次のように定めるといふ考え方もありうる。

〈1〉本人は、制限行為能力者に代理権を与えることができる。この場合において、【1. 5. 24】に基づき本人に対して直接にその効力を生ずべき法律行為は、その代理人が制限行為能力者であることによってその効力を妨げられない。

〈2〉法令の規定によって代理権を有する者（以下「法定代理人」という。）が制限行為能力者であるときは、当該法定代理人が本人の名でした法律行為は、当該法定代理人が自己の名でしたのであれば取り消すことができる限りで、これを取り消すことができる。

民法九九条に相当する上記【1. 5. 24】（代理の基本的要件）を前提に、現行法に対応する〈1〉に加えて、その法律効果面を明らかにする〈2〉を加えたものを本案としたものの、同時に、*以下の案を併記するものとなっている。とりわけ、*〈2〉の案は、法定代理人が制限行為能力者であるときは、「当該法定代理人が自己の名でしたのであれば取り消すことができた限りで、これを取り消すことができる」とし、前記の最終的な改正内容（改正後民法一〇二条ただし書）に近い案をすでにこの段階で提示していたことがうかがえる。

ここに至る議論の詳細までは明らかでないものの、具体的な立案は五つに分かれた準備会が担当し、その中で「代理」に関する方針の策定は、条件・期限を除く法律行為を担当した第二準備会の役割となっていた。¹⁰ この第二準備会は、全体会議と並行して三〇回の議事を重ね、この間、代理に関する検討を二巡させている。¹¹ その上で、平成二二（二〇〇九）年一月一日二四日開催の第一四回全体会議に「代理及び授權」に関する基本方針が提案され、翌二五日開催の第一五回全体会議で審議がなされた。

これによれば、全体会議への提案当時は、本案と*案は逆となっていたことがわかる。すなわち、法定代理人が制限行為能力者であるときの取消肯定の方針の方が本案とされていた。そして、これは、加藤雅信教授の提案を参考にしたものであることが明らかにされている。¹³ この加藤案によれば、「平成一一年改正後の民法では、制限行為能力者その者は保護されるが、制限行為能力者を法定代理人とする本人は、その制限行為能力者の判断能力の不十分さから生ずる危険をそのまま負担することになってしまふ」ため、「平成一一年の改正により、行為無能力制度が制限行為能力制度へと変更されたことにともない、一〇二条の改正を検討する必要があった」として、かかる提案を行う。そして、「とくに、親権者が後発的に後見開始の審判を受けたときには本人保護がはかられるのに対し」、「子の出生当初から成年被後見人であったときには、その判断能力が不十分なことによる危険を子が負担するのは、明らかに保護のバランスを崩している」と批判する。

この批判は、前記（表2）で示すならば、パターン5（代理権付与）とパターン17（代理権消滅）のアンバランスを指摘するものとなっている。加藤教授が的確に指摘するように、「判断能力の不十分さが子の財産の管理の失当、危険を招いたときには、家庭裁判所は親権者の財産管理権の喪失を宣告でき」（民法八三五条）、しかも、その後の平成

二三(二〇一二)年改正により新設された親権停止審判(同八三四条の二)等による柔軟な対応が可能となっているとしても、審判前に「親権者としてなした行為は有効であり、本人である未成年者の利益が害されるおそれは、なお存在している」。

このような考え方を第二準備会は支持し、これを本案としたものと思われる。

ところが、この提案を審議した第一五回全体会議では、むしろ*案が二二名中一六名の支持により採択され、元の本案が*案となった。¹⁴⁾

そこでの議事内容は定かでないものの、最終的な提案文書によれば、以下の解説が付されている。¹⁵⁾

「法定代理に関する限り、現民法一〇二条および一一一条一項二号に相当する規定を見直すためには、親族法の改正を含めて検討せざるを得ない。しかし、本委員会の作業対象は債権法を中心としたものであり、親族法は当面の対象としていない。そのため、現民法一〇二条および一一一条一項二号についても、ここで親族法を含めた抜本的な改正を提案することはできず、全面的な見直しは将来の課題とするほかない。」

すなわち、積極的な意図において現行法を維持するとの意見ではなく、あくまで親族法を含めた検討を求める慎重な意見が多数を占めたことを意味する。

(二) 民法改正研究会案

当時、前記民法(債権法)改正検討委員会の活動と並行して、別の研究者グループによる民法全体の改正が検討さ

れていた。これが、前述した加藤雅信教授を代表とする民法改正研究会である。同研究会の発足自体は民法（債権法）改正検討委員会よりも一年早い平成一七（二〇〇五）年一〇月とされる。その後も、同委員会よりも先んじて、平成二〇（二〇〇八）年一〇月に『日本民法改正試案』（日本私法学会のシンポジウムに向けた第一次案¹⁶）を提示し、その後も、平成二一（二〇〇九）年一月の『日本民法典財産法改正試案』（第二次案¹⁷）、同年一〇月の『民法改正国民・法曹・学界有志案』（第三次案¹⁸）、さらには民法総則部分につき、平成二八（二〇一六）年六月の『日本民法典改正案Ⅰ』（第四次案¹⁹）と、数次にわたる改正案を公表してきた。

その後、明らかに明らかとされた第一次案前の条文案を含めると、民法一〇二条をめぐる同研究会の提案は以下のとおり推移した。

(a) 平成一九（二〇〇七）年二月一八日事務局案

N条…代理人は、行為能力者であることを要しない。ただし、法定代理人が制限行為能力者である場合には、その自らの行為を取り消すことができる範囲において、法定代理人または本人はその代理行為を取り消すことができる。

(b) 日本民法改正試案（二〇〇八年一〇月、第一次案）

六三条 代理人の行為能力等

六三条①…代理人は、行為能力者であることを要しない。ただし、次項及び第三項に規定する場合は、この限りでない。

六三条②…親権者、後見人、保佐人及び補助人は、その代理権の範囲内において、未成年者、成年被後見人、被保佐人及び被補助人に代わって、それらの者の親権に服する子の（新）第九条（未成年者の法律行為）、（新）第十三条（成年被後見人の法律行為）、（新）第十六条（被保佐人の法律行為）及び（新）第十九条（被補助人の法律行為）につき、その権限を行使する。

(c) 日本民法典財産法改正試案（二〇〇九年一月、第二次案）

六四条 代理人の行為能力等

六四条①…代理人は、行為能力者であることを要しない。ただし、次項に規定する場合は、この限りでない。

六四条②…親権者、後見人、保佐人及び補助人は、その代理権の範囲内において、未成年者、成年被後見人、被保佐人及び被補助人に代わって、それらの者の親権に服する子の（新）第九条（未成年者の法律行為）、（新）第十三条（成年被後見人の法律行為）、（新）第十六条（被保佐人の法律行為）及び（新）第十九条（被補助人の法律行為）に基づく同意権、代理権又は取消権を行使することができる。

(d) 民法改正国民・法曹・学界有志案（二〇〇九年一〇月、第三次案）

六五条 代理人の行為能力等

六五条①…任意代理人は、行為能力であることを要しない。

六五条②…制限行為能力者が、法定代理人となった場合においては、その代理権の範囲は、自らが単独でしうる行為に限られる。

六五条③…前項の場合において、その制限行為能力者の後見人、保佐人及び補助人は、それらの者が制限行為能力者に対して有する同意権、代理権又は取消権を本人のために行使することができる。

六五条④…未成年者の子が出生した場合において、その未成年者の子の親権の行使については、第八百三十三条（子に代わる親権の行使）又は第八百六十七条（未成年被後見人に代わる親権の行使）の定めるところによる。

(e) 日本民法典改正案Ⅰ（二〇一六年六月、第四次案）

（代理人の行為能力等）

第五十六条 任意代理人は、行為能力者であることを要しない。

2 家庭裁判所は、制限行為能力者を法定代理人に選任することができない。

3 制限行為能力者は、親権者となったときは、自らが単独ですることができる行為の範囲内においてのみ親権を

行使することができる。制限行為能力者が単独ですることができない行為については、その制限行為能力者の法定代理人又は同意権者が、その制限行為能力者の未成年の子のために、制限行為能力者に対して有する同意権、代理権又は取消権を行使することができる。

4 前項の規定にかかわらず、未成年の子が親権者となったときは、第八百三十三条（子に代わる親権の行使）又は第八百六十七条（未成年被後見人に代わる親権の行使）第一項の定めるところによる。

5 第八百三十九条（未成年後見人の指定）第一項又は第二項の規定により制限行為能力者が未成年後見人に指定されたときは、第三項の規定を準用する。

これら提案の推移からわかるのは、当初の(a)事務局案は、債権法改正の基本方針【1. 5. 27】*〈2〉の案と同じものであり、これは前述のとおり加藤雅信教授の見解に由来する案であったところ、同教授は民法改正研究会の代表者でもあるため、これを事務局案として提示したものと思われる。

ところが、この事務局案に対しては、同研究会で反対論が強かったとされる。とりわけ、磯村保教授は、次のように主張した。⁽²⁰⁾

行為能力の制限を受ける者が法定代理人となる可能性を認めることが必要ないし適当か。この可能性を認めたいえで不利益を受ける本人の保護を考えるよりも、その可能性を排除する方がより直截ではないか。このような観点からは、事務局案のただし書を削除するべきである。

こうした議論の結果、(b)第一次案以降、法定代理における取消肯定案は姿を消すこととなったが、その後、(d)第三次案では、代理権行使の範囲を、法定代理人としての制限行為能力者が自ら単独でできる行為に限る旨の提案（六五条二項）が入れられ、さらに、(e)第四次案では、親権者や遺言で指定された未成年後見人を除き、そもそも家庭裁判所が制限行為能力者を法定代理人に選任できないとの提案に達した（五六条三項前段）。

このように、法定代理人としての制限行為能力者の規律のあり方をめぐっては、代理人となり得ることを前提とする取消否定案や取消肯定案のほか、代理権の範囲を限定したり、そもそも代理人として選任できないものとしたりする別案が考えられるところであり、同研究会の各種提案は、こうした案の多様性を示すとともに、そのいずれとも決し難い微妙な要素を含んでいることをうかがわせるものとなっている。

（三） 法制審議会民法（債権関係）部会の審議

つぎに、具体的な立法提案に結びついた法制審議会の民法（債権関係）部会における審議経過をみることにしたい。平成二一（二〇〇九）年一月から開始された同部会での審議は、前述した債権法改正の基本方針や民法改正研究会案のうち「民法改正国民・法曹・学界有志案」（第三次案）等を踏まえつつ、「中間的な論点整理」（平成二三（二〇一一）年五月）、「中間試案」（平成二五（二〇一三）年二月）、「要綱案」（平成二七（二〇一五）年二月）を段階的にとりまとめる形で三つのステージを経て行われた。ここでは、民法一〇二条に関する実質審議が行われた部分を適宜採り上げて紹介するにとどめる。

（a） 中間的な論点整理（第一ステージ）

まず、「中間的な論点整理」に向けた第一ステージでは、民法一〇二条につき、次のような検討事項が示された。⁽²¹⁾

民法第一〇二条は、代理人は行為能力者であることを要しないと定めている。

この規律に対しては、制限行為能力者を保護するための法定代理人として他の制限行為能力者が就任した場合には、本人の保護という法定代理制度の目的が達成されない可能性があるという問題が指摘されている。そこで、法定代理については、制限行為能力者であっても法定代理人に就任することは可能としつつ、本人保護のために、その代理権の範囲を自らが単独でできる行為に限定すべきであるなどの考え方が提示されている。もともと、このような考え方に対しては、法定代理人については、法定の欠格事由や公的機関による選任や解任の手續により、当該資格等にふさわしい判断能力が制度的に担保されていることなどから、現行法の規律を改正する必要はないという考え方も提示されている。

以上のような考え方について、どのように考えるか。

この基本的内容は、最終的にとりまとめられた「中間的な論点整理」第33の1(3)においても、次のような形で概ね維持された。

民法第一〇二条は、代理人は行為能力者であることを要しないと規定するが、制限行為能力者の法定代理人に他の制限行為能力者が就任した場合には、本人の保護という法定代理制度の目的が達成されない可能性がある。これを踏まえ、法定代理については、制限行為能力者が法定代理人に就任すること自体は可能としつつ、本人保護のために、その代理権の範囲を自らが単独でできる行為に限定するなどの制限を新たに設けるかどうかについて、更

に検討してはどうか。

ここでは、前述の民法改正研究会の第三次案が採用した代理権の範囲を限定する考えが紹介され、検討の対象として明示された。⁽²²⁾

(b) 中間試案（第二ステージ）

しかし、「中間的な論点整理」後の第二ステージでは、以下のような形で、三つの考え方が併記されるに至る。⁽²³⁾

代理人は行為能力者であることを要しないと規定している民法第一〇二条については、法定代理（特に制限行為能力者の法定代理）に適用される場面に関して、次のような考え方があり得るが、どのように考えるか。

【甲案】 制限行為能力者が法定代理人に就任すること自体は可能としつつ、その代理行為の効力について、法定代理人である制限行為能力者が自己を当事者としてしたのであれば取り消すことができる限度で、本人又は民法第一二〇条第一項の取消権者がこれを取り消すことができる旨の規定を設けるものとする。

【乙案】 制限行為能力者が法定代理人に就任すること自体は可能としつつ、その代理権の範囲について、法定代理人である制限行為能力者が自己を当事者としてするのであれば単独であることができる行為の範囲に制限する旨の規定を設けるものとする。

【丙案】 代理人は行為能力者であることを要しない旨の規定（民法第一〇二条）を維持し、甲案、乙案のような立法的措置を講じないものとする。

すなわち、甲案は「債権法改正の基本方針」の*案（加藤雅信提案）、乙案は民法改正研究会の第三次案、丙案は同「基本方針」の本案に近い現状維持案となっている。

そして、部会第三三回会議においては、さらに、岡正晶弁護士（第一東京弁護士会所属）より、「法定代理について行為能力者に限る」との案も検討すべきであるとの意見が弁護士会の議論で出てきたので紹介するとの話があり、²⁴つまりは、民法改正研究会の第四次案に近い案（いわば丁案）も提示されている。

このように、大きく異なる四つの考え方が並べられ、これらをもとに議論がなされた点において、この第三三回会議（議事録二一〜一五頁）と、その約一月後に開催された第一分科会第一回会議²⁵（議事録二八〜四三頁）での審議が、最終的な法律案の方向性を決したように思われる。

この議事の中では、山本敬三幹事が、丙案を支持される方が学者サイドでは多かったと述べつつも、同人が主査を務めた民法（債権法）改正検討委員会第二準備会での提案と同様、甲案を支持する立場を明らかにしたほか、弁護士（大阪弁護士会所属）の中井康之委員が、弁護士会では甲案の支持がなく、乙案と丙案が多いと述べつつも、自身の意見としては甲案を支持する。鹿野菜穂子幹事もまた、迷いもあるとしつつも、甲案の支持にまわり、²⁷中井委員は、さらに、本条に関する議事の最後、念押しするかのよう²⁶に、以下のとおりの丙案批判を展開する。

丙案の前提というのは、何も規定しない、すなわち行為能力者であることを要しないという規定を維持するから、法定代理人に制限行為能力者が選任されても、その行われた行為については取消しも代理権の範囲の制限もない、甲案でも乙案でもないという解釈を採るということだと理解をしているんですね。ですから結局、これは取引安全の保

護を結果的には図ることになり、その限りにおいて、本人の保護に欠けるのではないか。ということ、私自身は丙案は疑問だと思っています。

裁判所が取引の安全の保護について配慮すべきだという意見があるとするれば、他方で、本人の保護も一定のレベルで図るのが適切ではないか。そうすると、親族法の改正を待つというよりは、丁案がないのであれば、甲案か乙案で考えなければいけないのではないかという気がします。

その結果、同部会第六四回会議に出された「中間試案のたたき台(1)」(部会資料五三)以降は、甲案を主軸として「中間試案」をとりまとめるとの方向性が確定的となった。⁽²⁸⁾

第4の2 代理人の行為能力（民法第一〇二条関係）

民法第一〇二条の規律を次のように改めるものとする。

(1) 制限行為能力者が代理人である場合において、その者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができないものとする。

(2) 上記(1)にかかわらず、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人である場合において、当該法定代理人が代理人としてした行為が当該法定代理人を当事者としてした行為であるとすれば取り消すことができるものであるときは、本人又は民法第一二〇条第一項に規定する者は、当該行為を取り消すことができるものとする。

(c) 要綱案(第三ステージ)

こうした流れは、第三ステージにも引き継がれ、部会第九〇回会議に出された「要綱仮案の原案(その1)」(部会資料七九一、七九二、七九三)の段階ですでに、改正後の民法一〇二条と同じものが提示されていた。

第3の3 代理人の行為能力(民法第一〇二条関係)

民法第一〇二条の規律を次のように改めるものとする。

制限行為能力者が代理人としてした行為は、行為能力の制限によっては取り消すことができない。ただし、制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為については、この限りでない。

(注1) 民法第一三条第一項に掲げる行為(被保佐人がその保佐人の同意を得なければならない行為)に次の行為を加えるものとする。

民法第一三条第一項に掲げる行為を制限行為能力者の法定代理人としてすること。

(注2) 民法第一二〇条第一項に次の規律を加えるものとする。

制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為は、当該他の制限行為能力者又はその承継人も、取り消すことができる。

その後、部会第九七回会議に出された「要綱案の原案(その1)」(部会資料八四一)において、改正後民法一〇二条ただし書に基づく取消しの取消権者につき、これを規律する同一二〇条一項の内容を、「行為能力の制限によって

取り消すことができる行為は、制限行為能力者（他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為にあっては、当該他の制限行為能力者を含む。）又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができる」とする要綱案に改め、²⁹これが最終的な改正法となった。

（四）小括

以上にみたように、民法一〇二条、とりわけ同条ただし書の改正をめぐる議論は、取消肯定を主張する加藤雅信案が、民法（債権法）改正検討委員会においても、民法改正研究会においても、いずれも出発点においては叩き台として採用されていたにもかかわらず、最終案には盛り込まれなかったところ、法制審議会民法（債権関係）部会では一転して有力メンバーの支持の下、中間試案に採用され、その方向での立法に結び付くとの特異な経緯をたどったものとして整理できよう。

五 検 討

（一）序 説 — 法定代理における取消肯定案の批判的考察

これまでの考察からもわかるように、とりわけ法定代理人としての制限行為能力者が行った代理行為の効力については、本人保護を重視して取消しを肯定するか、取引安全を重視して取消しを否定するかが一つの分析軸となるため、これは民法の意思表示規定に底流する意思主義と表示主義との調整をめぐる問題の一環ともみられる。そのような観点からは、取引の動的安全を重視し本人を犠牲にしてでも相手方を保護してきたかつての解釈論からの揺り戻しとし

て、本人に帰責性がない以上、相手方を犠牲にしても本人を保護すべきとの解釈論が展開されるのが近時の傾向ともいえ、⁽³⁰⁾ 今般の改正による取消肯定案（民法一〇二条ただし書）の採用も、その延長において理解し得る。

しかし、前述した代理制度の信頼維持という本来的な立法趣旨（前記二（三）参照）からは、上記近時の傾向を踏まえつつも、なお相手方の取引安全を重視して取消しを否定する立場を採ることも不可能ではないであろう。

（二） 本文とただし書の峻別の当否

また、前述した民法一〇二条の一般的な立法趣旨である、自ら代理人を選任した本人の不利益の甘受（立法趣旨(b)）との点が法定代理には当てはまらず、取消しを否定すれば本人の保護にならないとの点も、そのことと、「制限行為能力者が他の制限行為能力者の法定代理人としてした行為」の取消肯定とが完全に対応し、その他の「制限行為能力者が代理人としてした行為」は取消否定となるというように、カテゴリカルに峻別できるか、あるいは峻別してよいかはやや疑わしいように思われる。以下のいくつかの問題を指摘できよう。

第一に、任意後見契約が発効した後の本人や、代理権付与審判のみで同意権付与審判を経ない補助類型における被補助人は、分類上、制限行為能力者にあたらないため（被補助人につき、民法二〇条一項括弧書（債権法改正後は同一三条一項一〇号括弧書）参照）、そのような者が法定代理人になった場合や、法定代理人がそのような者になった場合は、取消権は付与されないために当然に取消否定とならざるを得ないものの、そのような者も事理弁識能力が不十分であることには違いなく、その者を無条件に法定代理人として処遇することはやはり本人の保護にならないのではないかなお問題となり得る。とりわけ、任意後見の場合は、法定後見に対する優先性（任意後見法四条一項二号、一〇条一項）があるために、本来は成年後見類型相当の能力（事理弁識能力を欠く常況）であったとしても、「本人の利益のため

特に必要があると認めるとき」でなければ任意後見契約が発効し、本人は完全行為能力者として処遇されることとなる。しかし、(任意後見契約上の) 当該本人によって法定代理権を行使されることで効果が帰属する方の本人は、今般の改正民法一〇二条ただし書の立法者が懸念する「本人の保護にならない」事態に実質的に直面するにもかかわらず、代理行為が無条件に認められ、取消しも否定される結果、不利益を甘受せざるを得なくなるが、果たしてそれでよいのであろうか。

第二に、(未成年者以外の) 制限行為能力者が任意後見人になった場合や、任意後見人が(未成年者・成年被後見人以外の) 制限行為能力者になった場合に、任意後見人はあくまで委任契約に基づく任意代理人であると考え、これらの場合の本人は、任意後見人としての制限行為能力者がした行為を取り消すことができない(民法一〇二条本文)との問題がある。確かに、この場合の本人は自ら代理人を指名しているため、制限行為能力者の代理行為による不利益を甘受すべきであるとの理屈になると思われるものの、たとえば、任意後見契約締結当時は制限行為能力者ではなかった者を任意後見受任者とする契約を締結したところ、その後、当該受任者が保佐・補助開始審判を受けて制限行為能力者となったり、任意後見契約の発効後に任意後見人となった者が保佐・補助開始審判を受けて制限行為能力者となったりした場合にも、将来、制限行為能力者になるような者を指名したとして、なお不利益を甘受すべきといえるのであろうか。

第三に、第二の点の延長上の問題として、純粋な委任契約等による任意代理人が、途中で保佐・補助開始審判を受けて制限行為能力者となった場合にも、保佐・補助の開始は代理権消滅事由でない以上、これによる不利益も甘受すべきといえるのかも問題となろう。すでに被保佐人や被補助人となっている者にあえて任意代理権を本人自ら付与し

た場合は、これによる不利益は本人自ら甘受すべきとする取消否定の趣旨が妥当するものの、逆の時系列で、任意代理権を付与した後に被保佐人・被補助人となったような場合は、果たして同様の趣旨が妥当するといえるのであろうか。もし、任意代理人が事後的に制限行為能力者となるリスクは、相手方に転嫁すべきものではなく、あくまで本人が負うべきと解するのであるとすれば、法定代理人が事後的に制限行為能力者となる場合（表2の18・19・21・22・24・25・27・28）のリスクもまた本人が負うべきであつて、同様に取消否定を導くことになると思ふ。

第四に、些末な点かもしれないものの、代理権付与審判のみで同意権付与審判を経ない補助類型における補助人が保佐・補助審判を受けて制限行為能力者になった場合や、逆に制限行為能力者がかかる補助人になった場合は、第一に挙げたケースとは異なり、法定代理人は制限行為能力者であり、取消可能と思われるものの、その場合における被補助人は制限行為能力者に当たらないために、改正後の民法一〇二条ただし書にいう「他の制限行為能力者の法定代理人」とはいえず、同条本文の原則に従つて取消否定となるのではないかが問題となる。この場合、代理権付与審判は被補助人本人の同意を前提とするため（民法八七六条の九第二項・八七六条の四第二項）、実質的に任意代理に近いとの理屈も考えられなくもないが、そのような議論の形跡はみられず、立法の手落ちではないかと思われる。

第五に、第四の点の延長上の問題として、改正後の民法一〇二条ただし書が「他の制限行為能力者の法定代理人」と定めたことから、その他の法定代理においては取消否定となるがそれでよいか問題となる。たとえば、裁判所が選任した不在者財産管理人（民法二五五二項）が制限行為能力者であつた場合に、その代理行為の取消しを否定することと生ずる不利益を不在者本人は甘受すべきといえるのであろうか。法定代理制度間で効果を区別することの合理性が問われるものの、この点も法制審の部会において特段の議論はみられない。

(三) 本人の不利益性の実質的検討

さらには、民法一〇二条が想定する法定代理人としての制限行為能力者は事理弁識能力が不十分であるから、この者による代理行為は本人にとって典型的に不利益となり得ると短絡的に捉えてよいかとの問題提起も可能である。

すなわち、事理弁識能力が不十分との定義を超えて、制限行為能力者は、あくまで民法上の制度に組み込まれ、制度の発動を前提とする存在にすぎないことを想起すべきである。とりわけ成年後見制度に属する後見・保佐・補助の三類型は、家庭裁判所の審判によって開始され、かつ、保護者としての後見人・保佐人・補助人が選任される。また、開始後の後見人等の事務は裁判所によって監督される。このような裁判所の関与を前提に置くならば、適任者であるとの裁判所の判断を経由して選任された後見人等が仮に制限行為能力者であったか、あるいは選任後に制限行為能力者になったとしても、取引の相手方において、かかる司法判断を尊重し、当該後見人等には覆ることのない有効な代理取引を行う権限があると信頼することは、一般には正当な理由があるものといえる。そのリスクを本人保護の理由のみから、安易に取引の相手方へと転嫁すべきでないのではないか。

また、上記の三類型にあっては、制限行為能力者が単体として存在することはなく、常に後見人等の存在とともにあるのであって、その後見人等による、取り消し得る行為の追認(民法二二二条)や事前の同意権行使等を通じて、制限行為能力者本人にとって不利益とならない取引が志向されるであろうことに鑑みれば、当該制限行為能力者が法定代理人としてした取引がその者にとっての本人に不利益となることはさほど多くはならないとの点も指摘できよう。結局のところ、裁判所の審判により発生した法定代理権が適正に行使されることの確保は、当該裁判所の監督か、あるいは当該裁判所によって任意に選任される後見等監督人の監督に委ねるといえるのがこれまでの後見法の問題意識である。

あったといえる。制限行為能力者による法定代理行為の取消しを肯定し、そのコントロールを当該制限行為能力者の後見人等に委ねると、かえって混乱を招くように思われる。たとえば、後見人が被保佐人になった場合（表2の21）に、当該後見人のために後見監督人が選任されていたとしたならば、重要な財産行為については、当該後見人（被保佐人）の保佐人が有する同意権（民法一三条一項本文）と、当該後見人のための後見監督人が有する同意権（同八六四条本文）とが競合し、その行使関係をめぐってかえって複雑な法律問題を生ずることとなる。

（四） 法定代理人の適格性と法定代理権の代行・消滅

加えて、本問題は、本人（民法一〇二条ただし書にいう「他の制限行為能力者」）の帰責性を問題とする以前に、法定代理人としての制限行為能力者の代理人適格性が問題となり得る点にも特殊性がある。そのため、本人・相手方間の利益衡量を通じた取消しの肯定・否定では割り切れない第三の立場として、代理人の権限縮小や適格性の否定といった考え方（前記法制審部会第二ステージにいう乙案や丁案）も成立する余地がある。つまり、この立法論における利益衡量は必ずしも単純なものではない。

（a） 欠格事由の廃止と適格性の個別審査

この点に関し、まず、平成一一年改正法が、成年被後見人（かつての禁治産者）と被保佐人（かつての準禁治産者）を後見人等の欠格事由から外した点について言及すると、これは、成年後見制度利用の阻害要因を除去し、ノーマライゼーションの理念に沿わせることと、いずれ家庭裁判所の選任・監督という個別的な能力審査の手続により、その職務に相応しい判断能力が制度的に担保できることを期待できることを趣旨とする³²。こうした動向は、近時の成年後見制度利用促進基本計画を受けた欠格条項適正化の新たな法律（成年被後見人等の権利の制限に係る措置の適正化等を図る

ための関係法律の整備に関する法律）にも受け継がれ、同法律では、制限行為能力者であることのみで一律に欠格事由とするのではなく、心身の故障等の状況を個別的、実質的に審査して、制度ごとに必要な能力の有無を判断すべきものとして、各種の法律を全面的に見直している。

いち早く見直された後見人等の欠格事由廃止も同様の趣旨であり、それゆえ、欠格事由となっていないことが、逆に法定代理人としての適格性を常に示すというものでもないであろう。「制度ごとに必要な能力」という意味では、自己財産の管理能力を示すはずの行為能力と他者財産の管理能力を示すはずの法定代理人の能力とは制度上異なり得ることに何ら問題はなく、むしろ自然ですらある。それゆえ、法定代理人としての制限行為能力者を広く認めることは、ノーマライゼーションの理念に合致するとはいえ、そのみで適格性を無条件に認めるわけにもいかないであろう。

(b) 法定代理権の代行

この点に関して、親権者・未成年後見人の親権代行に関する規律（民法八三三条、八六七条）が参考となろう。これらの規定によれば、本来であれば、子をもった未成年者がその子の親権者として法定代理権を行使し得るところ、当該未成年者に親権者や未成年後見人がいる場合はそれらの者が当該未成年者に代わって親権を代行することとなる。自分自身が親権に服しておりながら、その上にまたその子をしてその親権に服せしめることは不都合であることを趣旨とする規定である。³³戦後の家族法改正により、未成年者の婚姻による成年擬制の規定（民法七五三条）が新設されて、子をもつ未成年者であっても、ひとたび婚姻をすれば成年に達したものとみなされることとなり、その場合は親権代行の規律は及ばなくなったため、³⁴その適用範囲は戦前より狭くなったとはいえるものの、いわば制限行為能力者

(未成年者)の法定代理人(親権者)適格を否定するものと解されている。

本稿の観点からは、これらの規定が、「代わつて親権を行う」とのみ定め、代行される子をもつ未成年者が法定代理権を失うとまでは規定していないことから、居所指定や職業許可のような親子間の内部関係における親権行使とは異なり、対外的な代理権に関しては、取引安全の観点からも、当該未成年者の親権者・未成年後見人の法定代理権と併存する形でなお当該未成年者において行使できるとの解釈も成り立ち得るところであるが、一般には当該未成年者の代理行為は無権代理となるものと解されている³⁵⁾。

ともあれ、このような規律は、未成年者が親権者になるような場合のみならず、成年後見における三類型の制限行為能力者が親権者になるような場合(表2の5・9・13)や、さらには、およそ法定代理人が事後的に制限行為能力者になるような場合(表2の17・28)一般にも妥当するものといえないであろうか。すなわち、民法八三三条等の前記趣旨を一般化し、自分自身が後見人等の保護に服しておりながら、その上にまたその本人をして当該制限行為能力者の保護に服せしめることは不都合であるといえるような場合には、当該後見人等に、当該制限行為能力者の法定代理権を代行させるべきこととならないかとの問題である。

そもそも、改正後の民法一〇二条ただし書が適用され、法定代理人としての制限行為能力者がした代理行為を取り消すことができる場合、その取消権は、当該制限行為能力者のほか、本人に当たる「他の制限行為能力者」に与えられるばかりか(改正後の民法一二〇条一項括弧書)、当該制限行為能力者の代理人である後見人等にも与えられるのであるが、その場合の後見人等の取消権は、もはや直接的な保護対象である当該制限行為能力者のためではなく、本人たる「他の制限行為能力者」のために行使されることとなるのであって、そのこと自体、当該後見人等が当該制限行

為能力者に付与される取消権を代行し、当該本人たる「他の制限行為能力者」を間接的に保護する仕組みを創出するに等しいものとなっている。併せて、保佐人・補助人の同意権についても、民法一三条一項一号から九号までに列挙された重要な財産行為を制限行為能力者の法定代理人としてすることを同意の対象として追加していることから（改正後の同条一項一〇号、一七条一項ただし書）、これもまた、法定代理人たる制限行為能力者の保佐人・補助人が本人たる「他の制限行為能力者」のために同意権を行使し、その者を間接的に保護する仕組みといえる。³⁶こうした仕組みの延長で、法定代理権の代行というものは認められないのであろうか。民法一〇二条を改正するのであれば、本来、かかる立法の可能性も検討すべきであったといえよう。

(c) 法定代理権の消滅事由

また、法定代理人の適格性の問題に関連して、現在、制限行為能力者の類型中、後見開始審判だけが代理権の消滅事由とされていること（民法二二一条一項二号）の見直しも検討に値しよう。前述したノーマライゼーションの理念との抵触も問題となり得るが、他方で、前述した大審院判例（前掲大判明治三九年四月二日）は、これを現行法に置き換えるならば、親権者・後見人が被保佐人になるパターン（表2の18・21）についても法定代理人としての地位を否定し、つまりは、上記の代理権消滅事由に保佐開始審判を追加するに等しいものとなっているため、この点を現行法下でどう評価すべきかも問題となる。

この点、被保佐人が親権者になったり、被保佐人が（適格審査の上で）後見人になったりする場面（表2の9・10）で代理権が当然に消滅しないものと解される以上、親権者・後見人が事後的に保佐開始審判を受けて被保佐人となる場面は、取引の相手方を制限行為能力リスクから解放し、相手方は逐一能力制限の有無を確認しなくてもよいとの本

稿の立場を前提とすればなおのこと代理権を消滅させるべきではないこととなろう。相手方として、親権者・後見人の代理権証明を求めることは期待できるとしても、後見登記を通じた親権者・後見人自身の能力証明を求めることまでは期待できず、また、保佐類型の場合は外見上も被保佐人であるとの判別がつくとは限らず、制限行為能力者であると見抜けなかつたとしてもやむを得ないと考えられるからである。この場合、本人保護は、「後見の任務に適しない事由」があるものとして、裁判所の職権による後見人の解任をしたり（民法八四六条）、権限の「行使が困難又は不適當であることにより子の利益を害する」ことを理由に、管理権喪失や親権喪失・停止の審判をしたりすること（同八三四条〜八三五条）、図るべきこととなろう。

こうした観点からは、民法が三類型中、後見開始審判のみを代理権消滅事由としているのは、これこそが本人保護の観点からの例外事由として説明されよう。すなわち、成年後見類型の場合は、判断能力を欠く常況にあるために本人に不利な取引がなされやすく、そのため、成年被後見人を一律に法定代理人として扱わないこととしたものと考えられる。その分、相手方にとっては、無権代理や意思無能力のリスクが高くなり、取引の安全を害することとなるものの、同類型の場合は、保佐・補助類型と比べても、外見上、成年被後見人ではないかとの判断はつきやすく、ある程度のリスク回避は可能と思われることから、相手方の取引安全にとってのやむを得ない例外的制約であるとの説明である。³⁷⁾

(五) 任意代理と法定代理の質的相違

最後に、法定代理にあつても、制限行為能力者がした代理行為の取消しを否定することに合理性があることの論拠として、任意代理と法定代理との質的相違を指摘したい。

任意代理と法定代理の基本的相違は代理権付与が本人の意思に基づくか否かであり、今般の改正でも、この相違から、制限行為能力者の代理行為の取消しを否定するか肯定するかを分けているところである。

しかし、本問題の利益衡量を行う上で重要な両代理の本質的相違は、本人自ら法律行為を行うことが何ら妨げられていないか否かにあるものと思われる。任意代理においては、本人自ら法律行為を行うことが何ら妨げられていないにもかかわらず、私的自治の拡充の観点から他者に代理権を付与するものであるのに対し、法定代理においては、本人自ら法律行為を行うことに何らかの妨げがあるものの、私的自治の補充の観点から他者に代理権を（法律上）付与するものである。その結果、法定代理においては、本人との直接取引が敬遠され、法定代理人との取引によらざるを得ないことから、その取引の安全が確保されないと、本人が取引社会から忌避され、処分不能の財産を生ずるとの副作用をもたらしかねない点に、任意代理と比較した特徴がみられる。これを成年後見制度についていえば、本人との直接取引には意思無能力無効のリスクが伴うため、これを回避して法定代理人との取引が志向されるところ、これを安易に無権代理にしたり取消しを認めたりすると、取引の安全が妨げられ、本人が取引社会から疎外されかねないリスクを秘めている。代理行為の取消しによる一時の本人保護は、かえって総体的な本人保護には役立たないともいえるよう。

また、法定代理の一般的特徴として、いわゆる財産管理権との結び付きを指摘できる。委任状による一回きりの法律行為の代理を典型的なイメージとする任意代理とは異なり、法定代理の場合は、親権・後見を典型として、有体財産の物理的管理を含めた財産管理行為を伴うのが一般的であり、そうであるならば、法定代理人の適格性と述べる場合には、単なる一回的な意思表示を行う能力だけでは測ることのできない要素が入らざるを得ないであろう。つまり、

任意代理と対置されるべきは法定財産管理であつて、これらの対比の中で取消しの肯否や適格性が検討されなければならぬように思われる。

(六) 本稿の結論

以上を踏まえるならば、法定代理（法定財産管理）の場合は、代理行為の取消しによる相手方へのリスク転嫁は、代理を認めた法制度の枠内で事前に回避すべきが穏当である。民法一〇二条の本来的な立法趣旨からはもちろんのこと、本文・ただし書の適切な切り分けに成功しているとは思われないこと、取消否定による本人の不利益性の過小評価、法定代理人の適格性や法定代理権の代行・消滅をめぐる立法態度との対比等に鑑みても、結局のところ、民法一〇二条は、改正前の条文の方がむしろ合理的であり、法制審における丙案（現状維持案）のニュアンスとは異なり、これを積極的な意味において維持すべきというのが本稿の差し当たりの結論となる。

ただ、これまで、同条の立法趣旨が厳密な意味で捉え切れておらず、代理制度全体の中での位置づけも曖昧なまま、本人保護を重視して取消しを肯定するか、それとも取引安全を重視して取消しを否定するかといった二項対立に近い図式の中での議論に終始したため、今般の改正が加えられてしまったのはやむを得なかったものと考ええる。本稿も、めぐりめぐって元のところへたまたま舞い戻ってきたにすぎない。

六 結 語

数百条にわたる今般の債権法改正の中で、たった一ヶ条を取り出しただけでもこのような複雑な利益衡量が潜んで

いる点に鑑みるならば、検討対象の範囲外にはみ出す可能性のある境界線上の規定の検討はやはり、将来の検討に委ねるとするのが賢い選択であったように思われる。本稿で指摘した他にも、改正後の民法一〇二条本文が、その効果を代理行為の取消否定に限定し、代理権授与行為の取消しの遡及効否定³⁸⁾に言及しなかった理由は何かなど、何かと不可解な点が多い立法でもあった。

改正される以上、その文言をベースとした運用を始めるほかないが、本稿で指摘した種々のパターンや考慮要素に鑑み、柔軟な対応を心がけるべきであろう。³⁹⁾

- (1) 法制審議会第一六〇回会議 (二〇〇九年一月二八日開催) で提案された諮問第八八号参照。
- (2) 「民法 (債権関係) 部会における今後の審議の進め方について」 (民法 (債権関係) 部会資料四) 参照。
- (3) これに関連して改正された民法一三条一項一〇号、一二〇条一項括弧書も必要に応じて採り上げる。
- (4) 参照し易い原典として、法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書一 法典調査会民法議事速記録一』三五〜四二頁 (商事法務研究会、一九八三年)。また、民法一〇二条の審議を紹介する先行業績として、柳勝司「委任契約における代理 (三)」名城法学四一巻二九六頁以下 (一九九一年)、大村敦志『民法読解総則編』三七五頁 (有斐閣、二〇〇九年)、中山知己「代理人の能力について」椿寿夫Ⅱ伊藤進編『代理の研究』三九七頁以下 (日本評論社、二〇一一年) がある。
- (5) 確かに、当時の民法に照らしても、禁治産者は後見人の欠格事由であったため、未成年者や準禁治産者と同様、法定代理人にはなれなかったものの、任意代理人になることは可能であった。他方、法定代理人であれ、任意代理人であれ、就任後の禁治産宣告 (後見開始審判) は代理権の消滅事由とされる (民法一一一条一項二号)。
- (6) もちろん、不在者財産管理人が禁治産者・準禁治産者になるパターンなど、行為能力制度外の法定代理にも射程が及び得るが、この点は今回の債権法改正でも議論が及んでいないため、本稿では、後に若干の検討を加えるにとどめる。

- (7) 内田貴『民法Ⅰ〔第四版〕』一六二頁(東京大学出版会、二〇〇八年)。
- (8) 於保不二雄ほか編『新版注釈民法(4)』三七七頁〔中川淳Ⅱ小川富之〕(有斐閣、二〇一五年)。
- (9) 他にも、代理人となった制限行為能力者が頭名を怠ったことで当該制限行為能力者との直接取引とみなされ(民法一〇〇条本文)、その結果、後に制限行為能力を理由に取り消されるリスク(前記法典調査会の審議においても、この点が質問され、直接取引とみなされた以上、取消可能であることが確認された。)が考えられるものの、相手方が悪意又は有過失の場合に代理取引として扱われ(同条ただし書)、その場合は取消しが否定されることとなるほか、善意無過失ゆえに直接取引としてし、かみなされない場合は、そもそも相手方は当該代理人を当事者本人とみていた以上、一般の直接取引の場合と同様に、制限行為能力によるリスクは甘受せざるを得ず、問題は生じないものとみられる。
- (10) 第二準備会は、山本敬三を主査として、磯村保・横山美夏・内田貴・筒井健夫を合わせた五名により構成された。代理の研究者として知られる佐久間毅は第五準備会の構成員となったため、第二準備会での審議には関与していない。
- (11) 二〇〇七年六月二三日(第六回)、七月二七日(第七回)、二〇〇八年八月一日(第二二回)、九月六日(第二三回)、九月七日(第二四回)、一二月二六日(第二八回)において代理が検討された。
- (12) 加藤雅信『新民法大系Ⅰ〔第二版〕』三〇一頁(有斐閣、二〇〇五年、初版二〇〇二年)。
- (13) 民法(債権法)改正検討委員会編『詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ』二二〇頁(商事法務、二〇〇九年)。
- (14) 二〇〇九年一月三十一日事務局長作成にかかる「提案審議(第一読会)の覚書(第一五回全体会議)」四頁参照(民法(債権法)改正検討委員会ホームページからダウンロード可、二〇一九年九月五日最終確認)。
- (15) 民法(債権法)改正検討委員会編・前掲注(13)詳解・債権法改正の基本方針Ⅰ二〇九頁。
- (16) 民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』四九三頁以下(信山社、二〇〇九年)。
- (17) 加藤雅信「日本民法典財産法改正試案」判タ一二八一号五頁以下(二〇〇九年)、民法改正研究会・前掲注(16)民法改正と世界の民法典五四五頁以下。
- (18) 民法改正研究会編『民法改正国民・法曹・学界有志案(法律時報増刊)』一一〇頁以下(日本評論社、二〇〇九年)。

- (19) 民法改正研究会『日本民法典改正案Ⅰ』一頁以下（信山社、二〇一六年）。
- (20) 民法改正研究会・前掲注(19)日本民法典改正案Ⅰ四七二頁以下。
- (21) 平成二二（二〇一〇）年七月二〇日に開催された法制審議会民法（債権関係）部会第一二回会議の議事録及び「民法（債権関係）の改正に関する検討事項(8)」(部会資料一三二—二七七頁以下参照)。
- (22) この「中間的な論点整理」の公表に際して行われたパブリックコメントに対しては、二二の団体・個人から意見が寄せられた（『民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理』に対して寄せられた意見の概要（各論4）」(部会資料三三—五)。これによれば、六の団体・個人（日司連、東弁、二弁、兵庫県弁、親和会、弁護士個人）から代理権の範囲限定に賛成する意見が出されたものの、八の団体（札幌弁、仙台弁、横浜弁、愛知県弁、大阪弁、福岡弁、堂島有志、日大民研・商研）から現状維持の意見が出されたほか、最高裁や弁護士個人からも取引安全の観点から慎重に検討すべきとする意見が出された。検討対象として明示されなかった取消肯定案（最終的な改正案）を積極的に提示するものはみられず、代理権範囲限定案に対して誘導的に賛成を示す意見とこれに反対して現状維持を示す意見とに大きく二分化し、どちらかといえば現状維持の意見が多い状況であった。
- (23) 平成二三（二〇一一）年一〇月二一日に開催された法制審議会民法（債権関係）部会第三三回会議の議事録及び「民法（債権関係）の改正に関する論点の検討(2)」(部会資料二九) 五八頁以下参照。
- (24) 前掲注(二三)部会第三三回会議議事録一頁。
- (25) 第一分科会は、分科会長に中田裕康、委員に内田貴・中井康之・永野厚郎、幹事に岡崎克彦・鹿野菜穂子・高須順一・筒井健夫・山本敬三というメンバーであった。
- (26) 平成二三（二〇一一）年一二月八日開催の第一分科会第一回会議の議事録参照。
- (27) この議事の四年以上前の平成一九（二〇〇七）年三月四〜五日、鹿野幹事は、前述の民法改正研究会のメンバーとして、磯村保とともに、民法一〇二条維持を主張していたとされる（民法改正研究会・前掲注(19)日本民法典改正案Ⅰ四七二頁参照）。

(28) この「中間試案」の公表に際して行われたパブリックコメントに対しては、(1)につき二五、(2)につき二二の団体・個人から意見が寄せられた(『民法(債権関係)の改正に関する中間試案』に対して寄せられた意見の概要(各論1)。(部会資料七一―二二)。これによれば、とりわけ、取消肯定案を提示する(2)につき、一二の団体・個人(最高裁(多数)、日弁連、日弁連消費者委、東弁、二弁、広島弁、平田総合、慶大、個人四名)から賛成の意見が出され、一〇の団体・個人(札幌弁、横浜弁、長野弁、大阪弁、愛知弁司法制度調査委、堂島、日大、個人三名)から反対の意見が出された。現状維持の意見が多く取消肯定案が提示されることになかった「中間的な論点整理」への意見から一転して、微妙ながらも取消肯定案に賛成する意見が多数となった。

(29) 原案の表現では、「当該他の制限行為能力者」の代理人には取消しが認められないかのような誤解を与えがちであり、現に、部会第九〇回会議や第九五回会議では、そのような理解を前提とする質問が複数なされていたことから修正を加えたものと思われる。

(30) 代理に関する一例として、法定代理権について表見代理が成立するかをめぐる議論を挙げることができる。かつて肯定説が通説とされていたものの、近時は否定説が有力とみられる(拙著「後見上の無権代理と本人への帰責」小野幸二先生古稀記念『二一世紀の家族と法』二六三頁以下(法学書院、二〇〇七年)参照)。

(31) 後見人等よりみれば、本人の自由な行動に委ねた上で、本人に不利益な取引を事後的に取り消して清算を図るよりも、本人に不利益な取引が行われないように、適宜助言をしつつコントロールを図る方がコストがかからず、ひいては本人の利益ともなる。

(32) 小林昭彦Ⅱ原司『平成一一年民法一部改正法等の解説』二二三頁以下(法曹会、二〇〇二年)参照。

(33) 於保不二雄ほか編『新版注釈民法25〔改訂版〕』一七三頁(明山和夫Ⅱ國府剛)(有斐閣、二〇〇四年)。

(34) もっとも、成年年齢の引下げに関する平成三〇年改正法により婚姻適齢と成年年齢とが一八歳に統一されたことから、民法七五三条は削除されることとなった(二〇二二年四月一日施行)。

(35) 於保不二雄ほか編・前掲注(33)新版注釈民法25一七九頁。

(36) これに関連して、補助類型での同意権付与審判において、同意の対象となる行為の範囲を民法一三条一項列挙行為の一部とするにあたり（同一七条一項ただし書）、同一三条一項一〇号のみを除外することが可能かが問われよう。すなわち、自己の財産管理にあたっては補助人の同意を要するとしつつも（したがって、この点に関しては保佐における原則的な同意の対象範囲とまったく同じになる。）、他者（他の制限行為能力者）の財産管理にあたっては補助人の同意を要しないとされる扱いの当否である。文理解釈からは可能となるが、そのような運用を認めることには少なからず違和感がある。

(37) フランス法は、民法一〇二条の制定時に参照された条文の一つであるフランス民法典一九九〇条本文が、「未開放の未成年者は、受任者として選任することができる」とする規定を維持しつつも、二〇一六年制定の債務法改正によって創設された代理の規定中、「代理人の権限は、その者が無能力となり、又は禁止を課される場合には、終了する」（訳文につき、荻野奈緒ほか訳「フランス債務法改正オールドナンスによる民法典の改正」同志社法学六九巻一号二九四頁（二〇一七年）参照）と定め（民法典二一六〇条）、つまりは、未成年者が代理人になることは認めつつ、代理人が無能力者になった場合は代理権が消滅するものとして両場面を区別する。

(38) 我妻栄『新訂民法総則』三五二頁（岩波書店、一九六五年）、四宮和夫『民法総則〔第四版〕』二四七頁（弘文堂、一九八六年）など。

(39) 本来は、創立一三〇周年に合わせて「民法一三〇条論」を展開したかったものの（同条も今回改正を受けた条文の一つである。）、現在の関心がより強い「民法一〇二条論」とした。ただ、思い返せば、著者の本学への入学が今から二八年前の創立一〇二周年の年（平成三年）であった。本学とのご縁に感謝しつつ、こじつけながらこれで責めを塞げればと願う。