慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	フランス法における権限(pouvoir)と財産管理制度
Sub Title	La théorie du pouvoir en droit français et la gestion des biens d'autrui
Author	髙, 秀成(Ko, Hidenari)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2012
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.23 (2012. 5) ,p.85- 164
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20120529-0085

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

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

フランス法における権限（pouvoir）と財産管理制度

高　　秀　成

はじめに
㈠　本稿の問題意識
㈡　財産管理を論じる意義
㈢　フランス法を比較対象とする理由
一　フランス法における状況
㈠　一般的状況
1　検討の起点
2　背景
3　「財産管理」という用語法に関して
㈡　職分としての権利（droits-fonctions）と権限（pouvoir）の理論
1　ダバン
2　ルヴィエ
3　ガイヤール
㈢　個別領域における研究
1　ストルクの代理理論
2　ディディエの代理理論
3　キュイフの管理契約論
二　財産管理制度に共通する規律の模索
㈠　近年の立法と一般理論の可能性
1　財産管理の目的および共通して適用される法技術
2　財産管理人の行動可能領域
3　財産管理における諸義務
㈡　補論：ケベック民法典における「他人の財産の管理」
1　フランス法とケベック法の相互影響
2　「他人の財産の管理」制度の特徴
3　制度把握のための視角
㈢　小括
1　フランス法における展開の略述
2　財産管理制度に共通する規律のまとめ
3　共通枠組みの評価

慶應法学第23号（2012：5）

三　若干の考察
㈠　権限概念の自律性について
1　権限と人格化の理論
2　固有の権限と機関権限
3　権限と対第三者関係
㈡　行為類型
1　管理行為
2　有用な行為
3　活用行為
㈢　財産管理人の諸義務
1　注意義務
2　忠実義務
3　報告義務
おわりに
㈠　一応の帰結
㈡　日本法に関する若干の言及
㈢　展望

はじめに

㈠　本稿の問題意識

財産管理の包括的研究は於保不二雄博士の研究[1)]によって先鞭がつけられた。そこでは「財産の帰属と管理の普遍的分化」現象を解明すべく、財産管理権を基軸とした検討がなされた。於保博士による問題意識は、発展的継承を経て、ドイツ法を比較対象とした研究[2)]や、財産管理という切り口から信託の分析[3)]がなされ、近年ではより広いパースペクティブに立脚した研究[4)]がなされている。於保博士による研究は、「財産管理制度に共通する本質的モメントと

1）於保不二雄『財産管理権論序説』（有信堂、1954）。
2）広渡清吾「財産管理権論への一アプローチ―財産管理権概念の史的基礎と論理構造―」法学論叢88巻４・５・６号（1971）184頁以下、新井誠『財産管理制度と民法・信託法』（日本評論社、1990）。
3）四宮和夫「財産管理制度としての信託について」『四宮和夫民法論集』（弘文堂、1990）43頁以下〔初出、於保不二雄先生還暦記念『民法学の基礎的課題（中）』（有斐閣、1974）１-35頁〕、道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）。

して」[5]、独立の概念の「管理権」を打ち立てることにあった[6]。このような於保不二雄博士による「財産管理権」の研究は、「財産管理制度」そのものの研究とは異なったものと指摘される[7]。しかしながら、今なお、財産管理制度がいかなる事象を対象とするものであるかについて、明確な輪郭は与えられていない。「他人の財産管理の制度につき、「民法上のものとして、任意代理、法定代理（無能力者の代理）、不在者の財産管理（25条以下）、相続財産の管理（918条以下）、相続人不在の相続財産の管理（951条以下）、遺言執行者（1006条以下）があり、破産法上の破産管財人……（略）……も加えられる」[8]と述べられることがある。このような財産管理「『制度』の存在は何人も否定しえない」[9]。この財産管理制度がいかなる輪郭を有するものであるかを探究し、そこに共通して適用される規律を模索する意義は現在でもまだ失われていないものと考えられる。この意味において、財産管理制度の研究と、「共通する本質的モメント」の探究は密接に関連する。このような検討の作業は、「財産管理」という法性決定（qualification）[10]を問題とするものにほかならない。この

4）田高寛貴「財産管理論」北居功＝花本広志＝武川幸嗣＝石田剛＝田高寛貴『コンビネーションで考える民法』（商事法務、2008）299頁以下が重要である。また、中舎寛樹「取引に関する財産管理人の地位」伊藤進＝國井和郎＝堀龍兒＝新見育文『現代取引法の基礎的課題』（有斐閣、1999）201頁以下、岸本雄次郎「財産管理制度としての委任に関する一考察―間接代理論序説」新井誠＝山本敬三編『ドイツ法の継受と現代日本法―ゲルハルト・リース教授退官記念論文集』（日本評論社、2009）533頁以下も参照。

5）広渡清吾「代理権」奥田昌道編『民法学１≪総論の重要問題≫』（有斐閣、1976）217頁。

6）鈴木録弥『民法総則講義〔二訂版〕』（創文社、2003）120頁は、財産管理論概念の有用性の承認にあたり、なお検討が必要と述べる。

7）この点について、道垣内弘人「民法学のあゆみ―新井誠著『財産管理制度と民法・信託法』」法律時報65巻２号（1993）105頁。

8）広渡・前掲注5）217頁。米倉明『プレップ民法〔第４版増補版〕』（弘文堂、2009）196頁は「法人、権利能力なき社団……（略）……同財団、信託、代理、授権、非権利者の処分に対する権利者の追認、委任（643条）、組合（667条）、事務管理（697条）等は、財産管理に関する法技術として一括することができる」と述べる。新井・前掲注2）１頁は、同著の初版（弘文堂、1986）197頁を引用する。

9）道垣内・前掲注7）105頁。

試みは既に、信託が有する諸制度間の義務均質化機能および救済均質化機能に着目した道垣内弘人教授による研究[11]において既に着手されていたと言いうる。

㈡ 財産管理を論じる意義

既に述べたように、於保博士による研究を嚆矢とした日本法における財産管理に関する研究の蓄積は重厚である。これに付け加えて、いま、財産管理について論じる意義について弁解しておかなくてはならないであろう。

「新世紀の日本法」と題されたジュリスト1000号（1992年５月１日号）の特集に寄せた論稿において、新井誠教授は「財産管理法学の課題」において、次のような緒言を述べる[12]。「我が国において財産管理法学という独立した法分科

10）法性決定（法的性質決定）の意義については G. Cornu（dir.）, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° Qualificationが参考となる。ここでは、同内容を記載している山口俊夫編『フランス法辞典』（東京大学出版会、2002）を参照する。同辞書によれば、法性決定とは、「法的分析の知的操作であり、法的思考の本質的用具であって、資格付けの要素（生の事実、行為・文書、原則など）を考慮し、既存の法的範疇catégorie juridiqueに分類することを内容とする。この法的範疇への分類における、一方では、当該範疇の本質的特徴の認識と、他方では、それとの関連性の考慮によって、適用される法制度régime juridiqueが決定されることになる」。小粥太郎『民法学の行方』（商事法務、2004）90-91頁〔初出、「法的カテゴリの機能に関する覚書―現代フランス契約法学にみる民法的な思考形式の一断面」法学〔東北大学〕69巻３号（2005）27-52頁〕は、契約の法性決定を例にとり、「契約と性質決定されると、契約の一般的レジーム（la régime）が発動され、これに属する合意の瑕疵の諸規定、契約解釈の準則諸規定が適用される。レジームとは、法的カテゴリに一対一で対応する法規範のまとまりである。カテゴリが異なればレジームも異なる」、「以上に一瞥したところによれば、レジームを発動し、規範を適用するためにカテゴリの定義が重要な役割を担う」と述べる。また、大村敦志『典型契約と性質決定』（有斐閣、1997）193頁以下も参照。なお、信託の法性決定については、道垣内弘人「信託の設定または信託の存在認定」道垣内弘人＝大村敦志＝滝沢昌彦編『信託取引と民法法理』（有斐閣、2003）１頁以下、藤澤治奈『信託という性質決定に向けての覚書』立教法学77号（2009）349頁以下、道垣内弘人『信託法制の展望』新井誠＝神田秀樹＝木南敦編『信託法制の展望』（日本評論社、2011）21頁以下が存する。

11）道垣内・前掲注3）59頁以下。

（Rechtsdisziplin）の存在が一般的に承認されているわけではない。しかし、我が国の企業、個人の内外での資産形成が急速に進展し、しかも我が国が諸外国にも例をみないハイスピードで高齢化社会に移行しつつあることに伴い、新しい財産管理のニーズが出現し、また我が国が輸出大国となり、世界最大の債権国となったことに伴い財産管理の国際化が声高に叫ばれている昨今、今をさる百年の昔に制定された民法の起草時には予想だにしえなかったこのような社会的諸条件の変化に対応するためには、民法の個別的制度（代理、委任、寄託など）に基づく規律だけでは理論的にも、実践的にも十分でないことは明らかであろう。既存の民法の体系は尊重しつつ、しかし同時にその枠組を超えた新たな理論体系の樹立が必要とされる所以である。この新たな理論体系を財産管理法学と名付けることにしよう」。新井誠教授の諸言から、20年の時を経た。日本法を取り巻く状況を顧みれば、このような指摘は色褪せるどころか、いくつかの側面においてはより一層強くあてはまるものとなっている。

まず第一に、21世紀における、管理の対象をなす財産の多様化、とりわけ無体財産の優勢などが新たな理論的課題を供給し続けている点が挙げられるべきであろう。1883年に発表されたサレイユのテーズ『他人の資産の管理人による有価証券の譲渡』[13]は、まさしく当時の財産の在り方の変化への対応という問題意識に裏打ちされたものであった。現代的な財産の在り方についての問題意識は日本においても高まりを見せ[14]、日仏の研究者グループの協同による日仏物権法セミナー「21世紀における所有権と財産」[15]の開催（パリ第２大学）

12）新井誠「財産管理法学の課題」ジュリスト1000号（1992）142頁。

13）R. Saleilles, *De l'aliénation des valeus mobilière par les administrateurs du patrimoine d'autrui*, thèse Alphonse Derenne, 1883.

14）片山直也「財産」北村一郎編『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006）177頁以下、ジュリスト民法の争点、大村敦志「物の存在意義」内田貴＝大村敦志〔編〕『民法の争点』（有斐閣、2007）81頁以下。

15）ここでの議論については、金山直樹＝小柳春一郎＝平野裕之＝吉井啓子＝吉田克己＝片山直也＝森田宏樹「日仏物権法セミナー（第１回）21世紀における所有権と財産―日仏比較研究」法律時報83巻８号（2011）76頁以下における各論稿を参照されたい。

に結実した。この財産の多様化は、財産管理の在り方の多様化にもつながる。フランスにおいては用益権（usufruit）の財産管理機能が指摘されるが[16]、アンリ・カピタン協会による改正準備草案[17]では、多様な財産に対応して、社員権の用益権（改正準備草案第601条）、集合物を構成する財産の用益権（改正準備草案第602条）の規定が設けられている[18]。北海道大学において開催された第２回日仏物権法セミナーにおいては、このような問題意識から、片山直也教授およびデュピショ教授によって、「財産の管理」という題のもと報告対論が行われた[19]。

第二に、21世紀に入り民事大立法時代[20]に突入したとの感慨も束の間、今

16）吉井啓子「所有権の支分権」法律時報83巻８号（2011）87頁において、グリマルディ教授による用益権が財産管理機能を有するというコメントが紹介されている。なお、用益権を財産管理制度と捉えるか否かについては、困難な問題が存する。行使される権限に対する目的的拘束が財産管理制度の本質だと考えれば、用益権はあくまで用益権者の利益のみに仕える主観的権利であり、財産管理機能を有するものの、財産管理制度のカテゴリーには属しないという考えもありうる。

17）フランス物権法研究会訳（代表・金山直樹、吉田克己＝小柳春一郎＝金山直樹＝平野裕之＝吉井啓子＝片山直也＝森田宏樹共訳）「フランス物権法改正の動向」民商法雑誌141巻１号（2009）134頁以下参照。

18）以上の点については、吉井・前掲注16）87頁を参照。また、同87頁においては、準用益権の重要性が指摘される。従来の準用益権は、金銭や穀物や酒類などの消費物を目的としていたが、改正準備草案は準用益権の対象を消費物に限定していない。準用益権はいったん目的物の所有者となり、目的物を処分する権能を取得するとされる（改正準備草案第596条以下）。以上につき、吉井・前掲注16）87頁。

19）第２回日仏物権法セミナーのプログラムについては、新世代法政策学研究15号（2012）387頁における「活動報告（2）国際学術交流」を参照。なお、同セミナーにおける報告および質疑応答は、新世代法政策学研究17号に掲載される予定である。

20）民事大立法時代の概況は、例えば2006年時点においては、「21世紀に入って以来、我が国は、民事大立法時代を迎えたといわれている。主なところだけを挙げても、担保・執行法制の改正（2003年）、破産法改正（2004年）、保証規定の改正を含んだ現代語化新民法典（2004年公布、2005年４月施行）、新会社法典と、最大規模の変化が続いている」と述べられる（池田真朗「動産・債権担保の展開と課題―新設された動産譲渡担保を中心に―」判例タイムズ1202号（2006）27頁）。その後の信託法（2006年）の改正、電子記録債権法（2007年）の制定、保険法（2008年）の改正もこの動向に列せられよう。

や民法（とりわけ債権法）の全面改正が法制審議会において議論され、いよいよ切迫したものとなっている[21]。このような民法改正論議のなかで、国際社会のなかにおいて一つの共同体が民法典を有する意義が問い直される。ある見解は、民法典の対外的な発信力の重要性を説く[22]。奇しくも新井誠教授は先に述べた緒言のなかで財産管理の国際化という問題状況に光を当てていた。ルポールがその論文集『信託：理論的・実務的概論：国内法、租税法および国際私法における』において入念に信託の国際私法上の取扱いを検討しており[23]、フランスにおいてかつて試みられた1990年の信託立法は、ハーグ条約の締結が契機となっている。これらを勘案すると、かねてから財産管理と国際取引は密接な関連があったとも言えよう。1994年に制定されたケベックの新民法典は財産管理制度の一般法化を果たしたが、その背景にはコモン・ロー伝統とフランス法伝統のせめぎ合いがあった[24]。民法改正にあたり、法典の意義が問い直されるなか、財産管理が民法典のなかにおいていかに位置付けられるかの考察は時宜を得たものと言えよう。それにあたり、財産管理制度に共通する規律の模索は重要な前提作業となるものと考えられる。

21）民法（債権法）改正論議の現況を伝える文献には枚挙に暇がない。さしあたり、内田貴『民法改正―契約のルールが百年ぶりに変わる』（ちくま新書、2011）、大村敦志『民法改正を考える』（岩波新書、2011）、池田真朗「債権法改正の問題点―中間論点整理の評価と今後の展望」法学研究 84巻７号（2011）99頁以下を参照されたい。

22）内田・前掲注21）219頁以下。また、大村・前掲注20）109-110頁が参考となる。

23）P. Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Rousseau, 1932.；大村敦志『20世紀フランス民法学から』（東京大学出版会、2009）268頁以下。

24）大村・前掲注21）87頁がこの点を端的に指摘する。このほかM. Cantin Cumyn, « L'origine de la fiducie québécoise », in *Mélanges Paul-André Crépeau*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais., 1997, pp.199-219, マドレーヌ・カンタン・キュマン（髙秀成訳）「ケベック信託―大陸法伝統における特異な制度―」慶應法学22号（2012）163頁以下、能見善久「ケベック新民法典と信託―コモンローとの交錯」北村一郎編『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006）90頁以下。ケベック民法典制定前の信託については、滝沢聿代「ケベック民法典における信託」信託124号（1980）65頁以下、大島俊之「ケベックの信託法―歴史および信託本質論を中心として」信託法研究13号（1989）35頁以下などを参照。

㈢　フランス法を比較対象とする理由

ところで、日本法においては、財産管理を包括的に論じた研究の数に比して、フランスから示唆を得て財産管理を論じる研究は少ない[25]。既に述べた財の多様化、無体財の重要性を目の当たりにして、近年の日本法の研究はフランス法に多くの示唆を得るところがある[26]。このような財産の研究を射程に入れた財産管理論の展開に先立ち、フランスにおける財産管理を瞥見しておくことには意義があるであろう。

また、フランスにおける財産管理をめぐる近年の立法は目をみはるものがある。後見に関する改正や、将来の不適格に備えた委任、死後委任、信託などである。このような立法の動向を受けて、近年、財産管理における一般理論の必要性を主張する論文[27]も現れた。

他方、コモン・ロー圏に取り囲まれつつ、フランス法伝統を忠実に承継したケベック民法典は比較法的に類を見ない「他人の財産の管理」の法典化を果たした。このような立法は、フランス法伝統にあって、財産管理をめぐる諸制度がいかなる形態において統合されうるかについて、一つのモデルを提示するものであり、独立した検討を要するものであろう。フランス法における近年の改正のなかでも、後見法、とりわけ将来の不適格に備えた委任などは、ケベック法を大いに参考にしたことが伝えられている[28]。フランスにおいて財産管理を検討したいくつかの論文においてはケベック法が言及されている。他方、ケ

25）フランスの財産管理の基礎理論に関わるものとしては、原恵美「財産管理に対する二つのアプローチ―管理の対象たる『財産』をめぐるフランス法の検討を契機として―」法学政治学論究70号（2006）246頁以下が挙げられる。

26）片山・前掲注14）177頁以下、大村・前掲注22）81頁以下。また、横山美夏「フランスにおける所有（propriété）概念―財産と所有に関する序論的考察―」新世代法政策学研究12号257頁以下、原恵美「信用の担保たる財産に関する基礎的考察―フランスにおけるパトリモワーヌ（patrimoine）の解明」法学政治学論究63号（2004）372頁以下が挙げられる。

27）F. Julienne, « La gestion des biens pour autrui（Contribtuion à l'elaboration d'une théorie générale）», R.R.J., 2008, pp.1323-1338.

28）*Id.*, p.1326；清水恵介「フランスの任意後見法制」実践成年後見35号（2010）127頁（注30）。

ベック民法典は忠実なフランス法伝統の継承者であるだけでなく、その解釈や理論的探究においてもフランス法学説が頻繁に参酌されている[29)]。このような相互的かつ動的な影響は看過できない。ケベックにおける立法の評価の前提作業としても、フランス法における財産管理における潜在的な基礎理論を探究することは意義があると思われる。

以上が、フランス法を考察対象とする所以である。

続いて、具体的な検討に先だち、本稿の帰結を簡単に述べておこう。

フランスの財産管理制度の把握においては、権限（pouvoir）という概念が有用な概念として設定される〔一㈠〕。フランス私法における権限の概念はフランス行政法における権限の濫用法理を包摂するかたちで徐々に形成されたという特質を有し、目的的性格（finalité）を本質的な要素とする〔一㈡〕。財産管理制度に共通して適用される規律も、この目的的性格を基軸として設定されるものである〔二〕。このような権限概念を参照することにより、権限の目的に応じて類型的な権限の範囲ないし行為類型が決定され、目的を尊重すべき義務から忠実義務、善管注意義務、報告義務など財産管理人の諸義務が導かれる可能性が提示される〔三〕。

一　フランス法における状況

㈠　一般的状況

1　検討の起点

財産管理の研究は、本来的には個々の制度の探究を端緒とするため、表面的な状況から判断して、総体としての財産管理法学が不在であったと断ずることは厳に慎しまなくてはならないことは言うまでもない。しかしながら、本稿において設定できる課題の限界上、次のような指摘を差し当たりの出発点として

29）J. Beaulne, « the law of trusts », in Aline Grenon and Louise Bélanger - Hardy, *Erements of quebec civil law: A comparison with the common law of Canada*, Thomson Carswell, 2008, pp.169-237.

据えたい。

すなわち、ケベックにおいて2000年に刊行された、現マギル大学名誉教授マドレーヌ・カンタン・キュマンによる重厚な『他人の財産の管理概論』[30] に寄せられた、リブシャベールによる書評における指摘である。リブシャベール曰く、「サレイユが既に1883年に有価証券の譲渡を通じた考察により、明確に他人の財産の管理についてテーズ[31] を上梓していたことを誰が思い出すだろうか。もし、かくも容易に忘れ去られているとするならば、それは、このような学説上の営為はフランスにおいて急速に放棄され、後見といった特定の問題についての規律に際してしか蘇生することがなかったからである。〔サレイユのテーズから〕100年の後、この問題を再び取り上げたのが、ケベックの法学者であったことは驚くべきことであろうか」[32]。

2　背景

たとえフランスにおいて財産管理法学が不在であったとしても、以下のような状況からその理由を推断することができるのではないだろうか。

一般論として考えうることは、まず第一に、フランスにおいては、法定代理と任意代理を包含する統一規定が存しないため、代理に基づく財産管理の規定が散在した状態にあり、代理を基軸として個々の財産管理制度の組織化することに関心が向かなかったことが理由として考えられる[33]。事実、於保不二雄博士の「財産管理権論序説」においては、財産の帰属主体と管理主体の分裂と

30）M. Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, in le Traité de Droit civil sous la dir. de P. -A. Crépeau, Montréal, Les Éditions Blais, 2000.

31）R. Saleilles, *De l'aliénation des valeus mobilière par les administrateurs du patrimoine d'autrui, supra note* 13.

32）R. Libchaber, « Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Les Editions Yvon Blais, Québec, 2000 », *RTDciv*, 2001, p.105.

33）しかし、近年においては委任によらない代理が存することを直視し、それぞれを明確に概念区分し、代理を債務法において、委任を各種契約において論じることが一般的になっていると指摘される。以上の点につき、柳勝司「フランス法に於ける委任と代理」法学43巻3号（1993）10頁。

いう法現象を統一的、体系的に解明することがそのライト・モチーフとなっており、その出発点には代理制度が据えられていた[34]。

第二に、フランス法の委任の対象が法律行為の遂行に限定され[35]、永らく代理と関連付けられてきたため[36]、代理に依拠しない多様な法的構成に基づく財産管理を把握することができなかったことが理由として考えられる[37]。

第三に、フランスにおいて近年まで信託の法制化がなされなかったことも要因として挙げられよう。対照的に、大陸法伝統に列せられるケベックは、絶えずコモン・ローによる侵食に曝されつつ、現に法典に存するトラストないし信託を、委任や贈与、遺言執行などの個々の制度との関係においていかに位置付けるかが課題とされ[38]、財産管理を組織化させる外在的要因と内在的要因が働いていたと言えよう。日本が明治38年には既に担保附社債信託法を有しており[39]、これまで信託を通じた財産管理制度の把握[40]が促進されてきたことも、フランスの状況とは対照的と言えよう。フランスにおいても、ハーグ条約の締結が契機となって信託の法制化の動きがあったが、脱税への懸念や、フランスの維持する所有権の絶対性・排他性との妥協が困難だったため、信託立法は頓挫した[41]。

34）於保・前掲注1）13頁。

35）法律行為の遂行に伴う周縁的な事実行為のみ可能である。この点につき、Ph. Malaurie, L. Aynés, et P. -Y. Gautier, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 5e éd., 2011, nº541を参照。

36）中舎寛樹「委任とその他の事務処理契約と代理権授与との関係は、今後どう考えるべきか」椿寿夫〔編〕『講座・現代契約と現代債権の展望　第四巻　代理・約款・契約の基礎的課題』（日本評論社、1994）25頁。

37）フランスの代理に関する歴史的展開については、Ph. Malaurie, L. Aynés et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, 5e éd., 2011, nos802 et s. ; J. -L. Gazzaniga ; « Mandat et representation dans l'ancien droit », *Droits 6*, pp.21 et s. などを参照。

38）この点については前掲注24）に掲げる文献などを参照。

39）形式的に信託法が施行されたのは大正12年からである。信託法の成立史については、四宮和夫『信託法〔新版〕』（有斐閣、1989）２頁以下、新井誠『信託法』（有斐閣、2008）17頁以下を参照。

40）とりわけ、四宮・前掲注3）43頁以下。また、四宮和夫『信託の研究』（有斐閣、1965）〔初出、「信託と信託行為」法学協会雑誌59巻１号、２号、３号、４号、７号（1941）〕など。

3 「財産管理」という用語法に関して

そもそも財産管理という用語法は厳密に実定法において定義が与えられているものではないが、歴史的に見れば財産管理という用語法は根拠のないことではない。例えば、ローマ法上の一定の時期には、自由人たる家父がprocurator（執事[42]、マネージャー[43]）に長期間の不在などのために、全資産を管理し、遂行させるprocuratio omnium bonorumuという特殊な委任としての財産管理の合意が存した[44]。このような財産管理合意は奴隷と家父との間で締結されるものであったが、ユスティニアヌス法典においては委任に統一化されるに至った[45]（ただし、委任は非継続的で、procuratorによる事務が永続的であったことが指摘する見解も存する）[46]。この*procuratio omnium bonorumu*は、全資産に及ぶ広範な事務が対象となったが、それでもなおローマ法上の制約から、代理を含むものではなかった。

ポティエ[47]の見解にはフランスにおける代理理論を大いに進展させた側面が存する。例えば、ポティエは『債務法概論』[48]において、他の者の仲介人、そして後見人、保佐人などの法定管理人によって締結される契約について多く

41）この経緯について、角紀代恵「フランスにおける信託の動向―信託法制定を中心として」信託法研究18号（1994）53頁以下、金子敬明「大陸法における信託の可能性？―フランスにおける信託（fiducie）の動向」新井誠編『高齢社会における信託と遺産承継』（日本評論社、2006）136頁以下など。

42）原田慶吉『ローマ法〔改訂〕』（有斐閣、1955）198頁、船井亨二「ローマ法入門」（有斐閣、1967）137頁。

43）木庭顕『ローマ法案内―現代の法律家のために』（羽鳥書店、2010）200頁。

44）R. Zimmerman, *The Law of Obligation, Roman Fondations of the Civilian Tradition*, Juta & Co., 1990, p.53.

45）船井・前掲注42）127頁。

46）原田・前掲注42）198頁。

47）フランス法におけるポティエの位置づけについては、金山直樹「ポティエの法律学」姫路法学３号（1989）117-143頁。また、大川四郎「ロベール・ジョセフ・ポティエ」勝田有恒＝山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』（ミネルヴァ書房、2008）235頁以下参照。

48）Pothier, t. 1, *Traité des obligations*, n^{os}74 à 84, pp.44 et s.

の言及をしており、「代理」という用語こそ用いないものの、「後見人の行為は未成年の行為」[49] であるとまで述べる、また、ポティエは委任契約について、「委任契約とは、契約当事者の一方が一つまたは複数の事務の管理を、その者の地位および危険において行わしめるために、他方当事者に託し、その契約当事者は無償で当該管理を行う義務を負い、契約当事者の一方に対し報告する義務を負うこととなる契約である」と定義する[50]。ここにおいて、受任者の地位および危険において管理が行われると述べていることから、実質的に代理の技術を認めているとも評価できる。ここにおいて、ポティエは、委任の遂行として受任者が締結した契約の相手方である第三者に対する委任者の債務について、委任者のみが拘束されることを明示的に認めるに至っている。

それでもなお、ポティエは委任における無償性を労務賃貸との区別において決定的な基準として用いており、委任事務は法律行為に限られず、事実行為も含むものと構想していた[51]。この点は、ポティエが委任の範囲について、ローマ法における伝統を汲み入れつつ、単純財産管理人（*procureur omnium bonorum simpliciter*）および自由財産管理人（*procureur omnium bonorum cum libera*）の区別を想定していたことにも関連する。単純財産管理人は、収穫した腐敗しやすい果実や、消失しやすい物を売却する権限しか有しておらず、他方、自由財産管理人は、より広範な権限を有しており、必要と判断されるあらゆる事務を遂行しうる権限が与えられている[52]。

しかし、フランス民法典において委任は「何らかの事務を行う」という文言にも拘わらず、目的は法律行為を遂行することに限定され、代理と密接に関わるものとなった。

49）Pothier, t. 8, *Traité des personne et des chose*, pp.69 à 72.

50）Pothier, t. 4, *Traité du contrat de mandat*, p.207. 柳・前掲注33）55頁。

51）Pothier, *supra note* 50, n^{os}22 à 27, pp.219 et s.

52）Pothier, *supra note* 50, n^{os}144 à 147.

㈡ 職分としての権利（droits-fonctions）と権限（pouvoir）の理論

より広い文脈の議論においては、財産管理制度を包括的に論じる素地を見出せる。すなわち、主観的権利（droit subjectif）と、職分としての権利（droits - fonctions）ないし権限（pouvoir）に関する議論において、財産管理というものが包摂的に取り扱われているのである。なお、主観的権利と権限というカテゴリー上の区別[53]は、法学入門[54]などにおいて一般的に講じられているものであり、その際に、以下に検討するダバン、ルヴィエ、ガイヤールの見解は頻繁に言及されるものである[55]。

フランス私法における職分としての権利ないし権限の概念は、コンセイユ・デタまたは行政裁判所による公権力に対する規制手法としての権限の濫用[56]が私法に取り入れられるかたちで、徐々に形成されてきた。ジョスラン[57]の理解においては、あらゆる権利は目的論のもとにあり[58]、債権や所有権などの権利も、職分としての権利なども一元的に構成される。権利が一元的に把握される点は、デュギーの社会的職分の理論においても同様である[59]。しかしながら、ジョスランの一元的な権利論においても、自己中心的権利および利他的権利の類型が認められており、ジョスラン以降の職分としての権利や権限という概念は、この利他的権利にほぼ相当するものと考えられる。ルアスト[60]

53）フランス法における法的カテゴリーの重要性については、小粥・前掲注10）85 頁以下参照。

54）フランス法における法学入門の位置づけについては、大村敦志『法源・解釈・民法学 フランス民法総論研究』（有斐閣、1995） 3 頁以下を参照。

55）S. Moracchini-Zeidenberg, *L'abus dans les relations de droit privé*, PUAM, 2004, n°308, p.189は、J. Carbonnier, *Droit civil, introduction, Introduction générale*, 26e éd., PUF, coll. Thémis droit privé, 2000, n°257をはじめ、主観的権利と権限の区別は広く学説において認められているものと述べる。また、ダバン、ルヴィエ、ガイヤールのいずれか、または複数に言及するものは枚挙に暇がないが、代表的なものとして、B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, 5e éd., Litec, 2000, n°956, pp.359 et s. ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, 8e éd., Dalloz, 2010, n°158 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 5e éd., LGDJ, 2000, n°187 et pp.139 et s. ; G. Cornu, *Droit civil : introduction*, 13e éd., 2007, n°36, pp.32 et s.など。また、近年刊行された、J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, pp.149 et s.が「主観的権利」という章を設ける。

以降の研究においては、権利は概ね二元的に理解される傾向にある。

以下に紹介する見解はいずれも、職分としての権利ないし権限というカテゴリーを認めるにあたって、当該カテゴリーに対する固有の規制手法である「権限の濫用」の認識が出発点となっている。そのため、いずれの見解も共通して職分としての権利ないし権限について目的的性格を承認している点が重要である。

56）J. リヴェロ（兼子仁＝磯部力＝小早川光郎編訳）『フランス行政法』（東京大学出版会、1982）276頁以下によれば、「その行為目的を自由に選択することができる私人とは異なり、行政の行為には追求すべき目的（but, fin）が定められている。一般に行政は、「法の一般原理」に基づき、公益（intérêt public）の充足以外の目的でその権限を行使することはできない。さらに、より個別的に、法文が一定の権限に一定の目的を指定することがある。たとえば、警察権は、秩序維持（maintien de l'ordre）の保障を目的とし、区画決定手続（procédure d'alignement）は公道の境界画定を目的としている」と述べる。この記述は、J. Rivero et J. Waline, *Droit administratif*, 21e éd., Dalloz, 2006, n°652, p.533においても維持されている。判例法の定式においては、より端的に、「法が行政庁に割り当てた目的（but）とは異なる目的でその権限を行使する」場合に権限の濫用が成立するとされる（R. Chapus, *Droit administratif general t.1*, 15e éd., Montchrestien, 2001, n°1242, p.1048）。なお、行政庁の決定の理由（motif）は客観的なものであり、目的（but）は主観的なものとして区別されるべきとされる（*Id.*, n°1242, p.1048）。フランス行政法における権限濫用法理については、橋本博之『行政法学と行政判例―モーリス・オーリウ行政法学の研究―』（有斐閣、1998）214-220頁、近藤昭三「フランス国務院と権力濫用の法理」『フランス行政法研究』（信山社、1993）161頁以下〔初出、1961〕、阿部泰隆『フランス行政訴訟論』（有斐閣、1971）116頁以下、P. ウェール＝D. プイヨー（兼子仁＝滝沢正訳）『フランス行政法―判例行政法のモデル』（三省堂、2007）114頁以下、交告尚史「権限濫用の法理について」東京大学法科大学院ローレビュー Vol.4（2009）162頁以下を参照。

57）L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2e éd., Siley, 1939, p.418 et s. また、ジョスランによる同論文を簡潔かつ的確に紹介するものとして、山口俊夫「ジョスラン／権利の精神と相対性について」伊藤正己編『法学者　人と作品』（日本評論社、1985）151頁以下を参照。

58）大澤彩『不当条項規制の構造と展開』（有斐閣、2010）384頁は、ジョスランの権利濫用論において、行政法における権限濫用法理が参考とされた点を指摘する。また、ジョスランに対するオーリウの影響について、小島慎司「公法における『目的』」上智法学論集54巻2号（2010）69頁以下参照。

59）この点については、高作正博「客観主義の権利論：L・デュギーの権利否定論と社会的職分」琉大法学59巻（1998）65頁以下参照。

60）A. Rouast, « Les discrétionnaires et les droits controles », *RTDciv*, 1944.

1　ダバン

まず、ベルギーの法哲学者、ダバンの『権利論』[61]における職分としての権利に割かれた内容が興味深い。ダバンによる権利論において展開された議論は、発表直後から現代に至るまでフランス法において頻繁な言及と検討がなされており[62]、フランス法学に寄与したものと考えて差し支えないであろう。まず、ダバンによる権利の意義を確認しておく必要があろう。ダバンは権利が「帰属（appartenance）」[63]と「支配（maîtrise）」から成るものと理解する[64]。「帰属」は「主体」と客体との間における、何かを「持つこと（avoir）」を内容とする関係性を指す。「支配」とは、自己の決定や選択の主人として、「権利の

61）J. Dabin, *Le Droit subjectif*, Dalloz, 1952. 同書の翻訳として、ジャン・ダバン（水波朗訳）『権利論』（創文社、1977）が存する。ダバンの権利論については、高作正博「フランスにおける〈association〉と〈pouvoir〉㈣」琉大法学75号（2006）1頁以下における説明が明瞭であり参考となる。

62）ダバンの権利論はその発表後間もなく、ヴィダルのテーズ（J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe « fraus omnia corrumpit »*, thèse Toulouse, Dalloz, 1957）詳細な検討が加えられている。ヴィダルのテーズについては、片山直也『詐害行為の基礎理論』（慶應義塾大学出版会、2011）16頁以下参照。Ph. Pétel, *Les obligations du mandataire*, Litec, 1988, n°197, p.128（préf. M. Cablrillac）では受任者による権限濫用の考察において、ダバンの理論が援用されている。ダバンの見解について言及する概説書として、B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *supra note* 55, n°956, pp.359 et s. ; F. Terré, *supra note* 55, n°157 ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *supra note* 55, n°187 et pp.139 et s. ; G. Cornu, *supra note* 55, n°36, pp.32 et s. ; J. Rochfeld, *supra note* 55, pp.178 et s.

63）「帰属」という訳語については、吉田克己「第1回日仏物権法セミナーを終えて―ひとつの総括」法律時報83巻8号（2011）98頁以下を参考とした。なお、ダバン（水波訳）・前掲注61）111頁以下において「依属」と訳されているが、水波朗「権利の存在論的考察―J・ダバンの権理論に因んで―」法哲学年報1984『権利論』（1985）9－11頁は、appartenance〔帰属＝依属〕が、区画と割り当てを意味するappartementにも幾分連関すると述べつつ、「依属という些か特異な用語を用いて述べたことは、権利ということで『持つこと』つまり広義の『所有』を、誰かのものが誰かに帰属していることを、この帰属について各人主張しうる何かがあることを、暗々のうちに解している堅固で動かしがたい、誰しもの健全な常識の直知に多少の反省を加えたものにすぎない」と述べている。

64）以下の説明について高作・前掲注59）4頁以下参照。Dabin, *supra note* 61, p.80, ダバン（水波朗訳）・前掲注61）111頁。

客体たる事物の自由な処分の能力」を有することに基づく。ダバンは、この権利の下位区分として「自己中心的目的の権利（droit *à la fin égoistes*）」[65]・「職分的権利（droit fonctionnels）」[66]・「職分としての権利（droits-foncfions）」を挙げる。ここでの「職分としての権利」[67]とは、他人に仕えるための利他的目的に向けられた権利（droit *à la fin altruiste*）[68]であり、「法規により職分の遂行へと向けられている以上職分の善益のための権利の利用こそが、制度の本旨に叶う」。したがって、「職分としての権利の利用のコントロールは、その特有の本性によって要求されていること」が重要となり、目的の観点からの統制がなされる。職分としての権利に対してこのような統制が求められるのは、職分としての権利が「職分に仕えること、職分により現実化すべき善益に仕えることに他ならない一定の義務拘束的利用との関連でのみ、設けられるものだし又妥当するものでもあるから」であるとする[69]。

ここで、ダバンは職分としての権利の例を一つ一つ並べ立てることはしない。それでもなお、大枠として「財産の管理（*gestions des biens*）を目的とする

65）「自己中心的目的の権利」とは、権利保持者が自らの物質的・精神的要求を満たすために与えられている権利を指し、その権利の保持者の善益に奉仕するものとされる。大抵の権利がこの自己中心的目的の権利に該当するとされる。以上につき、高作・前掲注59）6頁、ダバン（水波訳）・前掲注61）294頁、Dabin, *supra note* 61, p.217.

66）「職分的権利」は、自己中心的目的の権利と同じ性質ではあるが、享有主体が法人であるため、当該主体自身が職分的性格を有することを理由として職分的権利と呼ばれる。以上につき、高作・前掲注61）6頁、ダバン（水波訳）・前掲注61）296頁以下、Dabin, *supra note* 61, pp.220 et s.

67）ダバン（水波訳）・前掲注61）299頁においては、「職分権」と訳出されている。ダバンに言及したものではないが、本稿においては、より職分的権利との区別を明瞭にし、職分としての側面をより明確化するものとして、山口編・前掲注10）154頁において「droits-fonctions」に充てられた訳である「職分としての権利」を用いた。

68）Dabin, *supra note* 61, p.221.

69）*Id.*, 高作・前掲注61）11頁以下、ダバン（水波訳）・前掲注61）324頁。なお、ダバン（水波訳）・前掲注61）332頁、Dabin, *supra note* 61, p.247においては、私法上の職分の担い手という分類も用い、例として「家父、父母、夫、後見人、財産管理人、企業主、団体的集団の機関、財団の管理者など」を挙げる。

職分」[70]、「私益又は公益を負う経済的性格の事業に献げられた職分」（企業主、会社の指導機関、国家管理下の工業的・商業的な役務の責任ある職員など）[71]、「経済外的目的に献身する職分」（家族や子供の善益、国家や結社の善益、専門職団体や労働組合の成員の善益といった道徳的、社会的、政治的目的に関わる）[72] という分類が用いられている。「財産の管理を目的とする職分」としては、「自己の未成年の子の財の管理人たる父親によって、あるいは後見人によって、あるいはその妻の財の又は共同財産の管理人たる夫」[73] を挙げる。

ただし、ダバンは「他人の諸財を管理することを職とする専門家は、職分の資格ある担い手ではない」[74] と述べている点に留意が必要であろう。その理由として、「専門職の場合には、職分としての権利は問題にならない。なぜなら顧客に奉仕するのは純粋な義務であって、改めてまた、このことに関してその―この場合職業的な―義務を果たすことについての特殊な権利―債務者の範疇に入る者以外のだれの利益のために存するのでもない権利―を言い立てるのは、無益だからである」と述べられる。ダバンの述べるこのような留保の評価は困難である。差し当たり、専門職か否かにより切り分ける見解は、その後の展開において重視されていないと指摘しておく[75]。

そして、ダバンはこれら職分としての権利に対する規制には権限の濫用（détournement de pouvoir）が対応するものと説く[76]。この権限の濫用は、当該権利に設定された目的と異なった目的に利用される度ごとに成立するもので

70）ダバン（水波訳）・前掲注61）348頁、Dabin, *supra note* 61, p.259.
71）ダバン（水波訳）・前掲注61）349頁、Dabin, *supra note* 61, p.260.
72）ダバン（水波訳）・前掲注61）350頁、Dabin, *supra note* 61, p.261.
73）ダバン（水波訳）・前掲注61）349頁、Dabin, *supra note* 61, p.260.
74）Dabin, *supra note* 61, p.224.
75）たとえば、Pétel, *supra note* 62, n°197, p.128では受任者による権限濫用の考察において、ダバンの理論が援用されているが、本来は射程外の問題ということになろう。
76）ルヴィエおよびガイヤールが端的に「権限」という用語を用いるのに対し、ダバンは「職分としての権利」という用語を用いるものの、規制原理としては行政法上の「権限の濫用」が妥当すると考える点は重要である。この点について、後掲注92）も参照。

ある[77]。この権限の濫用はダバン自身、行政法にその起源があることを認めつつ、この権限の濫用により表明される観念は「まったく一般的な意義をもち、行政法の域を超え出て一切の法分野に拡大できるもの」[78]とまで述べる。

2　ルヴィエ

次にルヴィエの著作、『法的地位と主観的権利』[79]における権利（droit subjectif）と権限（pouvoir）の区分が参考となる。ルヴィエは、法が個人に対して設定する法的地位には、主観的法的地位（situation juridique subjective）と、客観的法的地位（situation juridique objective）が存し、前者のみが主観的権利（droit subjectif）の名に値するものとする[80]。これに対し、客観的法的地位は一般利益のために設けられた地位であり、特権よりも負担を多く含み、それを放棄したり譲渡することは許されないとされる[81]。主観的法的地位は、「意思行為あるいは法律行為によって適法に創設され、そこからその受益者にとって利益となる特権が主として生じ、さらに原則として放棄することができる地位」であるとされる[82]。ルヴィエによれば、この主観的法的地位には、所有権などの物権、そして債権、さらには工業所有権が含まれ、人格権などは

77）Dabin, *supra note* 61, p.248.

78）ダバン（水波朗訳）・前掲注61）334頁、Dabin, *supra note* 61, p.248.

79）P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963. ルヴィエの権利論については、村上裕章『行政訴訟の基礎理論』（有斐閣、2007）205頁以下を参照。なお、ルヴィエはリヨン大学法学部長を歴任しており、上記著作の元になるP. Roubier, « Le rôle de la Volonté dans la creation des droit et des devoirs », *APD 3*, 1958, Id., « les prerogatives juridique », *APD 5*, 1960に対しては、ダバンが批判的考察を行っている（J. Dabin, « Droit subjectif et prerogatives juridique - Examens des thése de M. Paul Roubier » , l'Académie Royale de Belgique, 1960）。この点については、水波朗「書評『ジャン・ダバン記念論文集』」法政研究31巻1号（1963）97頁を参照。ルヴィエの見解について言及するものとして、B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *supra note* 55, n°956, pp.359 et s. ; J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *supra note* 55, n°187 et pp.139 et s. ; J. Rochfeld, *supra note* 55, pp.179.

80）村上・前掲注79）205頁。

81）村上・前掲注79）205頁。

82）村上・前掲注79）205頁。

処分可能性を欠くという理由から主観的法的地位に含まれない[83]。

ルヴィエはそのうえで、伝統的な主観的権利の枠において捉えきれない、特殊な性質を有する特権として、権限が存することを説く[84]。ルヴィエは、権限は集団内における職分と密接に関連するが、完全に対応するものではないとする。

ルヴィエによれば、権限の「他人の法的領域に侵害する特権を行使する要素」と、権限の保持者が「個人的利益のために行使されることはできない」という要素によって、権限と主観的権利が区別される。つまり、「権限は、他人の法的領域に侵害することをその保持者に可能ならしめる特権であり」[85]、「他人の利益に専念するためにしか設定されない」のである。以上により、ルヴィエは、いずれもある種の特権であるものの、厳密に言えば権利と権限は一致するものではなく、他の者の利益の充足を目的（but）とした利他的な目的性（finalité）が権限と、権利とを区分すると述べる[86]。ここにおいて、ルヴィエは、あらゆる権利に目的的拘束を認めるジョスランの理論との違いを強調する。

そのなかで「人に対する権限（pouvoirs sur les personnes）」[87]と「財産に対する権限（pouvoir sur les biens）」[88]という二つのカテゴリーを設ける。ルヴィエは、人に対する権限は、人間の集団内で形成されるものとし、家族内、都市などにおいて、非財産的な他人の法的地位に影響を与えるものであるとする[89]。他方、本稿において注目するのは、「財産に対する権限」である。ルヴィエは、この他人の財産の対する権限において、①資産（patrimoine）の全部または一部を管理するため、他人の財産上に行使される類型と、②他人の事務を管理し、代理する形式で行使される類型を認める。前者の類型においては、営利社

83）村上・前掲注79）205頁。
84）Roubier, *supra note* 79, p.144.
85）*Id*., p.144.
86）*Id*., p.192.
87）*Id*., p.192.
88）*Id*., p.198.
89）*Id*., p.192.

団、集合的管理が問題とされ、後者の類型においては、子の財産の法定財産管理権、夫婦財産制における財産管理権、委任などが検討される[90]。

3　ガイヤール

権限（pouvoir）を自律的なカテゴリーとして認め、最も精緻な定義を与えたガイヤールの見解[91]が注目される[92]。ルヴィエの見解において、「職分としての権利」は「権限」と呼ばれるに至ったが、ガイヤールは明確に「職分としての権利」という名で指称されていたカテゴリーは「権限」との呼称が適切であると主張する。ルヴィエもガイヤールも、「権限」が主観的権利とは性質の異なる特権であるという点において一致する。ガイヤールは、そのテーズ『私法における権限』[93]において広範な制度を射程に入れた議論を展開する。そこには、受任者、後見人、親権、親の子に対する財産管理権、法人の機関、夫婦財産管理権などのほか、企業など様々な団体の懲戒権や、株主総会における多

90）*Id.*, p.198.

91）E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985（préf. G. Cornu）. ガイヤールの見解は「権限pouvoir」に関連し、しばしば言及される。例えば、B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *supra note* 55, n°956, pp.359 et s. ; F. Terré, *supra note* 55, n°157 ; G. Cornu, *supra note* 55, n°36, p.32 et s. ; J. Rochfeld, *supra note* 55, p.212. ガイヤールは同テーズ発表後、主に国際私法の領域で活動するようになる。近年の代表的な著作として『国際仲裁における法哲学的側面』（E. Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, La Haye, 2008）が存する。

92）ガイヤールによれば、権限の存在は「権限の濫用」という独自の規制によって認められるため、このような規制の対象となる特権は端的に「権限」と呼ぶことが適切であると主張される。この点において、ダバンの見解は、「職分としての権利」の規制に「権限の濫用」を対応させるため、用語法上の錯綜が見られる。権限という呼称の障害となる事情として、しばしば権利の実質について、権能（pouvoir）であると説明されたり、権能としての権利（droits-pouvoirs）などと説明される点があげられる。しかし、ガイヤールは、これらは同語反復的な定義によるものであるとして重視しない。以上につき、Gaillard, *supra note* 91, n°10, p.8を参照。権利論の詳細についてはダバン（水波朗訳）・前掲注61）78頁以下および104頁以下を参照。

93）Gaillard, *supra note* 91. 同テーズについては、髙作・前掲注61）12頁以下、小林和子「契約法における理由提示義務（3・完）」一橋法学5巻1号（2006）237頁以下に詳細な紹介がある。

数決の濫用の問題までが含まれる[94]。さらには、区分所有権[95]、信託[96]なども考察の対象とされる。

ガイヤールの権限論の概略を確認しておこう。

まず、権限と対比されるところの「権利」は、「自らの固有の利益のためにその保持者に認められる特権」と定義される[97]。他方、「権限」とは、「他人を一方的に拘束する法律行為の発出によって、少なくとも部分的には自らの利益とは区別された利益を表明することをその保持者に可能にする特権」と定義される[98]。ガイヤールの権限の定義において、「少なくとも部分的には」という留保は重要な意味を有する。このような留保により、専ら他人の利益のために権限が行使される場合だけでなく、共有物に法的効力を及ぼす共有者の行為や、団体を代表しつつも自らも利益に与る者の行為についても、権限に基づく行為であると法性決定を行うことが妨げられないこととなる。このような理解のもと、ガイヤールは「多数決の濫用」を「権限の濫用」の一類型として位置付ける[99]。

この権限は、主観的権利と同様に特権性を有するが、その特権性は「権限の主体は、実際には、自らの決定を押し通し、その意思の行使により法的状況を解決し、他者に対しその決定を強制するという権利を付与されている」という意味において現れる[100]。

権限の特権性は「利益表明権」（droit d'exprimer un intérêt）としての側面と、「規範宣明権」（droit d'edicter une norme）としての側面に分けられる。

まず「利益表明権」としての側面は、「権限」とは「自らのものとは別の利益を表明する権利」であり、「権限の主体は、自らのものとは全く混同される

94）Gaillard, *supra note* 91, n°3, p.9.
95）*Id.*, n°243, p.156.
96）*Id.*, n°337, p.225.
97）*Id.*, n°20, p.21.
98）*Id.*, p.232.
99）*Id.*, n°84, pp.60 et s.
100）高作・前掲注61）14頁、Gaillard, *supra note* 91, n°216, p.138.

ことのない利益を表明し、実現する」という点に現れる[101]。

次に「規範宣明権」としての側面は、「権限」の主体による決定は、その「名宛人」に対して強制的価値を持つという点において現れる。「権限」は、その主体が「法秩序を変更し、他者の法領域を侵す」ことを可能にするものである[102]。「権限」が規範を述べる権利であるとすれば、それは、法的効果をもたらそうとする意思表示によって説明されることとなる[103]。ガイヤールは、結局、「権限」とは、「法律行為」、なかでも「一方的法律行為」[104] を行う能力と定義されるものと述べている[105]。

そして、このような特権は、本質的に、自己の利益とは異なる利益を充足するべく方向付けられた目的（finalité）を有する。

ガイヤールによれば、「権限とは、目的的特権（prérogative finalisée）である。権限は権利とは異なり、ある目的に方向付けられているということ、また、それは、その主体の利益とは決して混同されることのない利益をみたすために整理されるということを、この新語は含意しているものと理解される。こ

101）髙作・前掲注61）14頁、Gaillard, *supra note* 91, n°217, p.139. なお、このような見解とは異なり、自己の財産上の権限なども観念すべきとするものとして、Ph. Malaurie, L. Aynés et Ph. Stoffel-Munck, *supra note* 37, n°s803 et s. また、Carbonnier, *supra note* 55, n°257も参照。

102）髙作・前掲注61）15頁、Gaillard, *supra note* 91, n°218, p.140.

103）髙作・前掲注61）15頁。

104）髙作・前掲注61）15頁、Gaillard, *supra note* 91, n°142, p.223. なお、小林・前掲注93）249頁は理由提示義務に関連して契約法における一方的行為について言及する。

105）Gaillard, *supra note* 91, n°224, p.143. このような権限の性質は、フランスにおける行政行為の定義に近似するものである。たとえば、定評のある行政法の概説書は、「行政行為は行政の単独の意思に従って採択され、その同意なく他の者に課せられるものである。このような理由で、行政行為は一方的なものである」と述べる（G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administrative*, t.1, 12e éd, PUF, 1992, p.236）。しかし、古典的な公法上の見解のおいて、一方的行為と権限とが完全に同一化するところ（G. Dupis, « Définition de l'acte unilateral », in Etudes Ch. Eisenmann, Cujas, 1975, pp.205 et s. は、一方的行為を「その法的価値が、名宛人の合意とは無関係であるところの決定」と定義する ）、ガイヤールは、私法上の法律行為論と止揚するかたちで、権限を性格づけている（Gaillard, *supra note* 91, n°221, pp.141 et s.）。

のことは、法律あるいは判例が、この権利の行使を特定の目的の遂行へと従わせてきたということになる」とされる[106]。

この目的とは、「権限分与規範によって、一般的・抽象的に規定された目的」であり、また、「裁判官が、権限の主体による行為の適法性を判断する際に、参照する目的」である。したがって、目的を定義するのは立法者あるいは判例の役割であって、それは法規範の制定権あるいは解釈権を通してなされる[107]。以上の権限の目的性から、権限の利用についての法的コントロールを根拠付けるためには、権限であることの性質決定だけで十分であるとされる。ガイヤールによれば、「自由裁量」権限、あるいはコントロールの対象とならない権限というものは存在しない[108]。

そして、このような目的違背に対する規制は、権限の濫用として現れる[109]。ここでは、権限保持者の行動についての決定的な動機の評価が問題となり、これは合目的性（opportunité）の評価とは区別されるものである[110]。

㈢　個別領域における研究

1　ストルクの代理理論

第一章で見たとおり、代理は財産管理において重要な役割を果たす一方、財産管理の全てが代理によって包摂されない関係にある。また、職分としての権利ないし権限の理論は、広く代理に限定されない財産管理制度を念頭に置いていた。いずれの見解においても、これら職分としての権利ないし権限は共通して目的的性格を有するものとして構想されていた。

ここにおいて、職分としての権利ないし権限の理論と代理の関係に言及する特徴的な代理の研究を見ておこう[111]。

まず、ストルクのテーズ『法律行為における代理のメカニズム』[112]は、ダ

106）高作・前掲注61）16頁、Gaillard, *supra note* 91, n°235, p.150.
107）高作・前掲注61）16頁、Gaillard, *supra note* 91, n°235, p.150.
108）Gaillard, *supra note* 91, p.232.
109）*Id.*, n°142, p.91.

バンの「職分としての権利」の理論を参照しつつ、独自に権限の理論を展開している。ストルクは、代理は「代理人が本人の名で介入し、本人が保持者であるところの権利を行使する」、「代理人は本人の計算で介入し、その行為によって直接本人を拘束する」という二つの要素から構成され、いずれを欠いても代理とはならないと述べる[113)]。さらに、この「代理」は、「行使される権利」「当該権利の行使」「そこから生じる法的効果」の三つの要素の分離によって生

110）髙作・前掲注61）19頁、Gaillard, *supra note* 91, n°136, p.213. opportunitéは、山口編・前掲注10）401頁においては、「時宜性、好機、好都合」などと訳され、「問題につき解決を求められた当局が、判断するに当たって斟酌する、利害関係、効用、妥当性などの各種の考慮。合法性légalitéと対比される」と説明される。また、ウェール＝プイヨー（兼子仁＝滝沢訳）・前掲注56）96頁はopportunitéを「便宜性」と訳しつつ、「裁量権がある場合であると、行政活動がかかわるのは、合法か否かの適法性ではなく、相当かどうかの便宜性（opportunité）であって、裁判官の統制を免れている」が、「法律違反」（violation de la loi）の統制に事よせて、行政裁判所は裁量権の範囲を限定するとともにその内実に統制を及ぼしている、と述べる（95-96頁）。また、リヴェロ（兼子＝磯部＝小早川編訳）・前掲注56）89頁は、「適法性の統制としての裁判官の統制は、適法性が終止する地点で止まり、裁量権には及ばない。裁量権は裁判官の任務を超える『合目的性（opportunité）』の評価にかかわる」と述べつつ、行政裁判官は法規範を創造できることから「判例法を定めることにより、裁判官は行為の一定の要素を裁量権から引き離すことができ」、「ある種の領域では適法性の統制という外見の下、裁判官が実際には合目的性の統制を行うにいたっており、適法性と裁量権の２概念を分つ境界線は実際上判然としないものになっている」と述べる。また、この点につき、後掲注273）も参照。

111）以下に検討するストルクのテーズ以前においては、代表的なものだけを挙げても、E. Pilon, *Eassai d'une théorie de la representation dans les obligations*, thèse Caen, 1897 ; R. Popesco-Ramniceano, *De la représentation des les actes juridiques en droit comparé*, L. Chauny et L. Quinsac, 1927 ; A. Rouast, *La representation dans les actes juridiques-Cours de droit civil approfondi,* 1947-1948, Les cours du droitなどが存する。これらについては、西山井依子「フランス法に於ける代理―代理の理論的根拠を中心として―」大阪経済法科大学法学論集１号（1977） ３頁以下において言及されている。

112）M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, LGDJ, 1982（préf. D. Huet - Weiller）. 中舎・前掲注36）25頁は、フランス法上において、代理概念の独自性の承認の必要性を説くものとして、ストルクの見解を挙げる。

113）Storck, *supra note* 112, n°322, p.238.

じるものである[114]。以上の理論構成を前提として、ストルクは権限を〔主観的〕権利から独立したカテゴリーであることを認めないものの、その性質や規制原理の検討にあたっては、ダバンの「職分としての権利」の理論を参照し、目的的拘束を認めている[115]。なお、ストルクは代理権限に限定されない、「固有の権限（pouvoirs porpres）」というカテゴリーを認めている[116]。固有の権限を有する者の例としては、遺言執行者、配偶者、公証人が挙げられる。このような権限の区分は目的の設定にあたり有用なものである。例えば固有の権限の目的は、合意または法律により定められるが、代理が本人の排他的利益のために行使されるのと異なり、権限保持者の資産とも無関係とは限らず、本人と異なる者の利益の追求や、管理により設定された目的など、より多様な目的の追求に用いられうると述べられることがある[117]。このような固有の権限は、より多彩な財産管理の形態を把握できる素地を提供するものである。

2　ディディエの代理理論

ストルクが代理を厳密に概念区分したことと対象的に、2000年のディディエのテーズ『私法における代理について』[118]においては、代理は広範な意義を有する。ディディエは、代理を委任モデルによる理解から解放し、「利益（intérêt）」と「帰責（imputation）」を基軸に代理を再定位する。ディディエによれば、代理とは、他の者（代理人）によって、ある者（本人）の利益が規定されることに基づく、例外的な帰責のメカニズムであると説明される[119]。つまり、代理人によってなされた決定は、客観的状況に応じて本人に課されたり、代理人に認められた信頼から代理が生じたりする。このようなディディエ

114）*Id.*, n°128, p.93.
115）*Id.*, n°197, p.146.
116）*Id.*, n°278, p.208.
117）Cumyn, *supra note* 30, n°110, p.88.
118）Ph. Didier, *De la représentation en droit privé*, LGDJ, 2000（préf. Yves Lequette）. また、大村敦志『民法読解 総則編』（有斐閣、2009）459頁も参照。
119）*Id.*, n°179, p.128.

の理解において、もはや「権限」は代理における必然的要請たり得ない[120]。せいぜい、「権限」の役割は代理人の介入が正当化されることを事前に確認する機能が認められる程度にとどめられる。権限が代理の前提とならないことの例証として、ディディエはフランスにおける代理を伴う事務管理を引き合いに出す。ディディエの理解において、「代理」はもはや本人の名で行使されるか否かを問わないため、連帯債務者間において相互に有する権限や、間接代理、債権者代位、団体訴権、信託など多岐に亘る制度を包摂しうる[121]。このようなディディエの定義する「代理」は、英米法における信認義務論や経済学上のエージェンシー理論を参考として得られたものであり[122]、英米法上の代理（agency）に限りなく近接する。反面、ディディエが対象とする法的制度の広範さから、代理に限定されない財産管理制度一般に対する示唆を求めることも有りうる。とりわけ、ディディエが信認義務などを参照として、これらの、いわゆる「代理」に共通する義務を導き出す[123] 点が興味深い。

しかし、このようなディディエによる「代理」の定義は大陸法における代理と困難な緊張関係をもたらしうるものである。代理に限定されない理論的枠組みとしても、英米法上の信認義務をいかに大陸法伝統において位置づけるかの問題が残るため、フランス法伝統における財産管理制度の理論的基礎に据えうるかは未知数である。

3　キュイフの管理契約論

次に、キュイフによるテーズ『管理契約』[124] が注目される。

同テーズは信託法が制定される以前に発表されたものであり、あくまでも合意により設定される財産管理を論じたものであるが、フランス民法典において規定のない無名契約としての管理契約の類型性を説くものであり、財産管理一

120）*Id.*, n°81, pp.53 et s. また、大村・前掲注118）459頁。

121）Didier, *supra note* 118, n°567, p.409.

122）*Id.*, n°207, p.157.

123）*Id.*, n°220, pp.171 et s.

124）P. -F. Cuif , *Le contrat de gestion*, Economica, 2004（préf. L. Aynès）. 同テーズには、原・前掲注25）247頁以下による詳細な紹介が存する。

般に共通する枠組みを模索するにあたっても有用なものと考えられる。

キュイフによれば、管理契約が特別法の領域や、専門家による船舶管理契約や不動産管理契約などに限定して問題とされてきた経緯から、管理契約が総体として学説や判例上、論じられることが少なかったと指摘する[125]。また、管理契約はあまりにも多様であり、実務が先行していたため総合が図られなかったと述べる。キュイフは法的検討に先だち、様々な基軸から管理契約を分類することを試みる。このようなキュイフの分類は、現代的な財産の多様化への財産管理論における対応の必要性を説くものとしても注目される。キュイフによる分類を列挙すれば次のとおりとなる。

(a) 個別的管理契約（contrat de gestion individuel）と集合的管理契約（contrat de gestion collectif）[126]

(b) 経営管理契約（contrat de gestion exploitation）と価値増殖管理契約（contrat de gestion valorisation）[127]

(c) 保存管理契約（contrat de gestion conservation）と投機的管理契約（contrat de gestion spéculation）[128]

(d) 代理型管理契約（contrat de gestion représentatif）と遮蔽型管理契約（contrat de gestion écran）

125）*Id.*, p.6.

126）*Id.*, p.8. 個別的管理契約は特定人との合意によるもののほか、多数派の利益を超えた統一的な利益のために行動する会社代表者も該当するという。集合的管理は、共有物管理、匿名組合、共同投資基金、営利組合において用いられる。

127）*Id.*, p.9. 経営管理契約は企業活動と密接なものであり、企業管理契約、ホテル管理契約、船舶管理契約、さらには、水道供給、廃棄物再利用、輸送などの公的役務の委託契約も該当する。なお、exploitationについては、後掲注263）を参照。他方、動産、不動産、金銭、知的財産の利用により、収益を上げ、財産の価値を増加させる類型の管理が存する。

128）*Id,* p.11. 保存的管理契約の例としては著作権管理会社による管理が挙げられる。著作権管理会社は、会員の財産的、人格的な利益の保護を目的とし、著作権およびその隣接権を受け入れるのみである。

投機的管理契約は、極めて多様な財産が対象となり、多くは投資によって組成される。

（e） 信託型管理契約（contratde gestion fiduciaire）と非信託型管理契約（contrat de gestion non - fiduciaire）[129)]

キュイフは、以上の分類を必ずしも法的な分析に反映しているわけではなく、それぞれの区別は厳密さを欠くところもある。キュイフは管理契約の法的構成にあたり、とりわけ代理型および遮蔽型の区別へ対応しようとしているものと見られる。

キュイフによれば、代理型と遮蔽型の区別は、管理人が第三者と契約するにあたり、当該契約の実質的利益の帰属主体と第三者との間に遮蔽を設けるか否かによるものとされる[130)]。管理人が、第三者との契約により直接、利益の帰属主体である管理財産の所有者に義務を負わせる場合には、代理型管理契約が用いられる。例えば、管理財産の所有者の名義および計算で賃貸借契約を締結する場合などである。

他方、他人の計算で行動する管理人が、個人的に当該契約により義務を負い、利益の実質的帰属主体との間に遮蔽を設ける遮蔽型管理契約が存する。匿名組合、株式や社債の投資、著作権管理会社による管理、営業財産賃貸借などが該当する。

キュイフは、（代理をもたらす）委任契約と、請負契約のいずれにも属する給付を利用する複雑な管理契約が存するため、代理型管理契約と遮蔽型管理契約の境界は曖昧なものとなっていると指摘する。不動産管理において管理人はしばしば自己の名で契約するが、ホテルなどの営業財産の管理においては代理を用いることがあるとされる。同様に、不動産開発契約や、経営管理契約、船舶管理契約も複合的な類型の管理契約に属するとされる。

以上を前提として、キュイフは、遮蔽型管理契約を含む類型的な管理契約の

129）*Id.*, p.14. 信託法制定以前においては、取次契約、社債投資信託による集合的管理、保険会社による生命保険契約の管理などを信託と考える見解も存したとしつつ、信託型管理契約は例外的な管理であるとする。

130）*Id.*, p.12.

提唱が現代的な多様な管理形態の要請に応じるものであり、代理でもなく信託でもない第三の道を提示するものであると主張する[131]。

結論から言えば、キュイフは管理契約を「被管理者と呼ばれる者が、管理者と呼ばれる別の者の意思に一つまたは複数の財産を服せしめ、そして、被管理者の利益のためにあらゆる法律上のまたは事実上の行為をなす権限を管理者に委ねることによって、財産の価値維持・増加の目的において管理行為を行うことを管理者に義務付ける契約」[132] であるとする。

この管理契約は、類型的に認められる無名契約として存し、必ずしも代理に依拠するとは限らず、財産の価値維持・増加を図ることが目的とされる。そのため、管理契約の給付内容は、価値維持・増加を目的とした、事実行為および法律行為を含む包括的な役務によって実現される。そのため、キュイフの管理契約は請負契約および委任契約の混合的な性格を帯びる。このようなキュイフの立論の背景として、フランス法の特質として、委任が法律行為のみを対象とし、基本的に代理の手法として捉えられていることが重要であろう。そして、フランスの請負契約においては明確な「仕事の完成」が要求されていないのである[133]。

キュイフの管理契約論の眼目は、類型的な無名契約として管理契約を承認し、そこに特徴的給付を見出し、「権利・義務の均質化を図り、公示や公序に関する規律についても視野に入れての整序も図ろうとしている」と言えよう[134]。

まず、キュイフは、管理契約において、管理を遂行するための、権限（pouvoir）が前提となると述べる。ここにおいて、キュイフは権限の定義とし

131）*Id.*, n°747, p.515.

132）原・前掲注25）247頁、Cuif, *supra note* 124, n°750, p.516.

133）フランスにおける請負契約については、後藤元伸「役務提供契約における典型契約としての請負契約・委任契約―フランス法における事務処理契約（contra d'entreprise）を参照して―」潮見佳男編集代表『民法学の軌跡と展望―國井和郎先生還暦記念論文集』（日本評論社、2002）229頁以下、小島彩「役務提供者の責任に関する一考察」本郷法政紀要12号（2003）43頁以下などを参照。

134）原・前掲注25）247-248頁。

て、ガイヤールの定義[135]を持ち出し、その目的的性格を強調する。ただし、キュイフの管理契約においては、代理に限定されない多様な給付内容が前提とされるため、この権限は、事実行為および法律行為のいずれの遂行権限（pouvoir d'agir）も含むものでなくてはならない。

ここで注目されるのは、キュイフがこのような類型的な無名契約において[136]、本質的債務[137]と偶発的債務を区別している点である。キュイフは管理契約における本質的債務として、管理遂行義務、報告義務、忠実義務を挙げ、これら管理人の義務が管理契約の内容の大部分を構成すると述べる[138]。このような義務群は委任契約の参照により得られたものである。そして、財産の性質に応じて、付随的な義務が認められうる。例えば有体財産については保存義務など付随的な義務が認められるとされる。このほか、偶発的債務は、個々に合意された規定により設定され、調整されることとなる。

このほか、キュイフは管理における対外的関係も視野に入れた議論展開をしており、物上代位が認められるケースなどについて言及している[139]。

二　財産管理制度に共通する規律の模索

㈠　近年の立法と一般理論の可能性

近年のフランス法における財産管理に関する相次ぐ立法の動向には目を見張るものがある。

すなわち死後委任を創設した相続及び贈与・遺贈の改正に関する2006年６月

135）Gaillard, *supra note* 91, p.232.

136）契約の現実類型については、北川善太郎『債権各論〔第３版〕』（有斐閣、2003）109頁、石川博康「典型契約内容の確定」『民法の争点』（有斐閣、2007）237頁を参照。

137）本質的債務に関しては、石川博康『「契約の本性」の理論』（有斐閣、2010）33頁以下および410頁以下、小粥太郎「フランス法における契約の本質的債務について：内容規制の根拠および契約自由の構造に関する一考察」私法63号（2001）151頁以下などを参照。

138）Cuif, *supra note* 124, n°574, p.392.

139）この点については、原・前掲注25）251頁以下参照。

23日法律第728号[140]、信託を制度化する2007年２月19日の法律第211号[141]、後見に関する2007年３月５日の法律第308号[142]などの立法動向である。

フランスにおいて制定された信託の特徴としては、あくまで契約という技術に基づいている点が挙げられる[143]。フランス信託法においては、管理信託と担保信託の二類型のみが認められ、租税回避への危惧が根強く、恵与のための信託は依然として認められないこととなった。担保信託においては、受託者が唯一の受益者となることが許容されており、この点は英米法伝統のトラストと大きな対照をなす点である。この担保信託において、受託者が信託契約において負う忠実義務の内容が不明瞭になる危険が存する。また、委託者は信託の設定後においても、責任を負担し続ける点などにおいて（フランス民法典第2025条）、信託の有する機能が不十分であることが指摘される。

他方、死後［事務］委任[144]は、一定の相続人に付与される遺産占有（saisine）の適用を排除するものとして設けられた。この遺産占有は強行法規的であり、相続人に帰属すべき財産の管理権限を第三者に付与する趣旨の死後のための委

140）概要については、幡野弘樹「相続及び贈与・遺贈法改正、パクスの改正―相続及び贈与・遺贈の改正に関する2006年６月23日法律第728号（立法紹介）（民事法）―」日仏法学25号（2009）218-223頁、ミシェル・グリマルディ（北村一郎訳）「フランスにおける相続法改革（2006年６月23日の法律）」ジュリスト1358号（2008）68-77頁。

141）概要については、小林和子「後見―後見に関する2007年３月５日の法律第308号（立法紹介）（民事法）―」日仏法学25号（2009）229-232頁、清水・前掲注28）119-133頁。また条文訳について、清水恵介「フランス新成年後見法」日本法学75号２巻（2009）241-296頁。

142）概要については、藤澤治奈「信託―信託を制度化する2007年２月19日の法律第211号（立法紹介）（民事法）―」日仏法学 25号（2009）223-226頁。広くフランス信託法については、山田希「フランス信託法の基本構造」名古屋大学法政論集227号（2008）597頁以下、森脇祥弘「フランス信託法の形成過程」高岡法学19巻１・２号（2008）95頁以下、金子敬明「フランス信託法の制定について」千葉大学法学論集22巻１号（2007）174頁以下、ピエール・クロック（平野裕之訳）「フランス民法典への信託の導入」法学研究81巻９号（2008）93頁以下、クリスティアン・ラルメ（野澤正充訳）「信託に関する2007年２月19日の法律」立教法務研究２号（2009）63頁以下、小梁吉章『フランス信託法』（信山社、2011）。

143）以下の信託の特徴につき、山田・前掲注142）597頁以下参照。

144）死後［事務］委任については、グリマルディ（北村訳）・前掲注140）75頁以下参照。

任（mandat *post mortem*）によっても排除することはできない。死後委任において、被相続人は、一人または数名の相続人の計算と利益のために、相続財産の全部または一部を管理する任務を第三者に付与することができる（フランス民法典第812条の11）。このような死後［事務］委任は、本来の委任の性質からかけ離れ、信託の機能に酷似する一方、恵与のための信託を迂回的に承認する技術を提供するものでしかないと評される[145]。

そして、フランスの後見法改正においては、将来保護委任などの新制度が設けられ、全面的な改正が実現した。とりわけ本稿の関心から着目される点は、旧法においては後見の機関および財産管理に関する未成年後見の規定が狭義の成年後見の場合に広く準用されていた（旧フランス民法法典第495条、第479条）のに対し、今回の改正においては、新たに「未成年者及び成年後見人の財産管理」の章（第一編第一二章）を設け、そこ未成年後見および成年後見に共通する財産管理に関する規定（22カ条）を統合した点である[146]。このような財産管理を基軸とした規律の統一化には、一般規定の総体の組織化への意図が見てとれるものと指摘される[147]。

このような改正動向に対峙し、ジュリエンヌは、「他人の財産の管理（一般理論の創設に向けて）」[148] において、財産管理に関する一般理論（théorie générale）[149] の必要性を説く。財産管理の領域の多様性および規定の散在状況は、統一的枠組みの存在に疑念を抱かせるものであろう[150]。それでもなお、ジュリエンヌは、財産管理という概念に引きつけて、各制度に共通する法技術を吟味することにより、「財産管理に共通する特徴を抽出し、それにより、その輪郭をより明確に浮かび上がらせる」ことが可能であると述べる[151]。

以上の問題意識のもと、ジュリエンヌは、財産管理を発生させる原因および

145）Julienne, *supra note* 27, p.1332.

146）以上につき、清水・前掲注141）241頁。

147）Julienne, *supra note* 27, p.1326.

148）Julienne, « *La gestion des biens pour autrui* (Contribtuion à l'elaboration d'une théorie générale) », *supra note* 27.

財産管理において追求されうる目的を整序したうえで、これら財産管理に共通して存する要素を抽出し、主に近年の財産管理に関する立法を実例として挙げつつ、それぞれを組織化していく。以下においては、ジュリエンヌによる考察をやや詳細に追っていくこととしたい。

149）「一般理論（théorie générale）」をもって何を指すか。ここにおいて、ジュリエンヌはD. Martin, « Préface », in J. Duclos, *L'opposabilité* (essai d'une théorie générale), LGDJ, 1984による「一定の分野に関する、総体として、一貫した思考を打ち立てることを目的とした、知的体系に則り、組織化された構築的観念」という定義を引用している（Julienne, *supra note* 27, p.1323）。なお、一般理論の題を冠した論文としては、P. Roubier, *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 1re éd. 1945, 2e éd. 1951. ; J. Dabin, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2e éd. 1969.（邦訳としてジャン＝ダバン（水波朗訳）『法の一般理論〔新版〕』（1976、創文社）が存する）; J. -L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1985 ; nouvelle éd. 2004.が想起される。近年のものとしては、ロイク・カディエ（垣内秀介訳）「『訴訟の一般理論』のために」日仏法学26号（2011）101頁以下が参考となる。同105頁においては、「Roubierによる法の一般理論は、法規範とその外的側面、根拠、目的、分類について構築されたものである。それは、法律学の諸学説が社会的な諸価値についての哲学を示したものであるという限りにおいて、それらの学説史の様相を示すことになる。Jean-Louis Bergelのみた法の一般理論は、これとは異なって、それほでには価値論的ではなく、むしろより現象学的な方法により、法がその有する諸集団とその適用を通じて―これには裁判による適用を含むが―実現される過程により力点を置いたもの」とし、著者に応じて理解が異なることを示しつつ、G. Cornu（sous la direction de）, *Vocabulaire juridique*, 8e éd., PUF, 2000 のなかでThéorie juridique「法理論」に充てられた「ある事柄を制御する諸問題や、その事柄を整序する諸範疇、それらの適用を支配する諸原則、諸々の法及び制度の法的性質、諸々の法規範の合理的説明を明らかにすることにより、法というものの科学的な構築に寄与することを目的とする基礎的な理論的営為。法の歴史性の中にその合理性を見い出そうとする思弁的考察」という定義が着目されている。

150）広渡・前掲注2）185頁が、「財産管理権の概念は、現在のところ必ずしも確定的評価がなされているわけではない。遺言執行者等の法定財産管理制度、行為能力制度・代理制度・事務管理制度、第三者のためにする契約の制度、同意制度等の、多岐にわたる諸制度を統一的視点―財産管理権概念―によって体系整序的に把握しようとするこの理論は、その包括性の故に、却って評価の確定を困難ならしめているようにみえる」と述べる。

151）Julienne, *supra note* 27, p.1325.

1　財産管理の目的および共通して適用される法技術

(1)　二種類の目的

ジュリエンヌは財産管理を発生させる原因が法的裁量（フランス民法典第382条)、裁判所の決定（フランス民法典第450条)、適法行為（フランス民法典第1372条)、合意によるもの、と四種に整序したうえで[152]、財産管理に二種類の目的が追求されるものと説く。

ジュリエンヌは、他人の財産の管理は、排他的に被管理者または受益者の利益を充足することを目的とすると指摘する[153]。この目的は、二種類に分類されうる。まず第一に、資産の価値を維持し、個人を保護する目的により財産管理が設定される。第二に、資産を増殖し、収益を上げる目的から財産管理が設定されうる。第一の目的を追求すべき財産管理としては、後見、不在者管理、さらには事務管理が挙げられる。第二の目的を追求すべき財産管理は、有価証券管理会社や、2007年法によって認められた管理信託などである[154]。

以上のように、財産管理を発生させる原因および追求される目的を整序したうえで、ジュリエンヌは、次に財産管理において共通して適用される法技術を提示する。

(2)　権限と代理

ジュリエンヌによれば、財産管理の実行を可能ならしめる前提として権限（pouvoir）が要請される[155]。

ここにおいてジュリエンヌは、ガイヤールによる、「その保持者に少なくと

152）*Id.*, p.1326は、財産管理が競合した場合に発生原因に応じて、優先順位が決定されると述べる。基本的には、管理される者の意思が優先するが、相続の場面においては、被相続人、遺言執行者の権限、次に死後受任者、そして相続人によって指定された受任者、最後に、裁判所によって選任された相続受任者、という順に優先される（フランス民法典第813-2条)。

153）*Id.*, p.1327.

154）*Id.*, p.1327. また、この目的の相違は有償・無償を決定するものとしても機能しうると述べる。

155）Julienne, *supra note* 27, p.1328.

も部分的には自己のものとは異なる利益を表明することを可能ならしめる特権」[156] という権限の定義に依拠する。ジュリエンヌによって注目されている点は、この権限という概念が主観的権利の概念および法的能力と区別される点である[157]。能力は自身で権利を行使する資格を指称する点において権限と区別される。そして、権限はその目的性によって明確に主観的権利と区別される。主観的権利が自己の意思で自由に行使でき、権利の濫用のみによって制約されるのに対し、権限は本質的に少なくとも部分的には自己の利益と区別された利益のために授与されるのであり、目的的な性格を有するのである。ジュリエンヌはこの目的的性格から、第一に、権限の不可譲渡性（フランス民法典第407条）、第二に、権限の不行使に対する制約、第三に、主観的権利に対する制裁と区別される独自の制裁を導く[158]。

なお、ジュリエンヌは権限に関する制裁について、権利の濫用、フロードとの関連を問題としており、また、その制裁による効力について、相対無効か対抗不能[159] のいずれかであることを言及する[160]。これら点についてジュリエンヌは明確な区別にまで至っていない。

そして、ジュリエンヌは、信託を例外として、他人の財産の管理の仕組みは、「ある者、代理人に、他の者、本人の代わりに、本人の地位で行動することを可能にする法的技法」[161] として定義されるところの、代理の技術を利用することが前提となると述べる。この代理には、完全代理と不完全代理の下位区分が存するところ、ジュリエンヌは、その実務的有用性から完全代理に優位

156）Gaillard, *supra note* 91, p.232.

157）Julienne, *supra note* 27, p.1328.

158）*Id.*, p.1328.

159）対抗不能については、片山・前掲注62）491頁以下〔初出、「フランスにおける詐害行為取消権の法的性質論の展開―20世紀前半における『対抗不能』概念の生成を中心に」慶應義塾大学大学院論文集26号（1987）〕。また、相対無効および対抗不能を検討したものとして、野澤正充「フランスにおける『対抗不能』と『相対無効』」立教法学40号（1994）226頁以下参照。

160）Julienne, *supra note* 27, p.1329.

161）F. Terré et G. Champenois, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9^{e} éd., 2005, n°173.

性を認める[162]。完全代理においては、代理人と本人との間の合意による再譲渡（本人への引渡し）に結び付けられた不明確性を回避しつつ、他人の財産の活発で効率的な管理が可能となるからである。

ここでジュリエンヌは代理という技術を機能させることに伴い、善意の第三者の法的安定性を確保することが問題となるため、表見委任の理論[163]が必要とされていると説く。また、近年の財産管理に関する立法においても、このような管理人の権限の公示が必要とされている点も、法的安定性の確保の観点から説明される。被保護成年に関して、第三者に対する後見人の対抗は、その登記を前提とし、被保護者の出生証書の余白に記載し、記載から二カ月を経過していることを前提とする（フランス民法典第444条）[164]。同じく、管理信託または担保信託に関して、信託の全国レベルの登記が、コンセイユ・デタのデクレによって定められる方法でなされなければならない（フランス民法典第2020条）[165]。

2　財産管理人の行動可能領域

⑴　行為類型

日本法と同様、フランス法においても、処分行為、管理行為、保存行為という三分類が存し、これにより他人の財産の管理人に許容される行為が把握されうる。

しかし、ジュリエンヌは、これらの行為類型は明確な法的定義を欠き、少なからぬ混乱が見られると指摘する[166]。一般的な見解は、これら行為類型をそれぞれ関連したものと捉える（一元論）[167]。この見解によれば、保存行為は緊急時に必要な、保護的な行為として認められている。他方、処分行為は将来的

162）Julienne, *supra note* 27, p.1330.

163）表見委任の法理については、武川幸嗣「フランスにおける表現代理法理の意義と機能」横浜市立大学論叢47巻１号（1996）129頁以下、山城一真「契約締結過程における『正当な信頼』と契約内容の形成⑶」早稲田法学86巻１号（2010）170頁以下を参照。

164）清水・前掲注141）262頁。

165）クロック（平野訳）・前掲注142）113頁。

166）Julienne, *supra note* 27, p.1332.

167）F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t.V, 4e éd., Bruxelles - Paris, 1887, n°42.

に決定的な影響を与えるものであり、許可が存しない限り遂行することができない。他方、少数の見解は、各行為類型を関連付けることなく個別に定義する（多元論）[168)]。

ジュリエンヌは、これら三分類は脆弱な区分に過ぎず、その適用において数多くの不明確性を産み出すことに加え、財産管理を過度の硬直さに曝すものであり、現代的な財産管理の要請にもはや応えきれていないものと主張する[169)]。ジュリエンヌは、追求される目的に応じて、柔軟にその権限の範囲が決せられるべきであると主張する。つまり、無能力者や不在者などその資産の保護が目的となる場合においては、管理行為は厳格に捉えられるべきであり、資産の増殖が目的とされる場合においては、より広範な行為が許容されることとなる[170)]。

⑵　利益相反

ジュリエンヌは次に、他人の財産の管理においては、管理人の介入が本人の利益の充足に向けられるべきであることから、共通して利益相反において予防的措置や事後的救済措置が設定されることを指摘する[171)]。第一に、予防的な解決は、フロードを試みないように管理人の一定の行動を禁止することからなる。フランス民法典第1596条は、受任者が譲渡する責務を負う財産の買受人になることを禁じている。ただし、同条は、私的利益の保護を目的とするため、委任者が受任者に相手方となることを許可することができる。これに対し、民法典第509条は、例外なしに、保護される者の財産を買い受け、または賃借することを後見人に禁止している。

第二に、利益相反に対する救済的な措置の例としては、当初の管理人に代わる第三者の介入の制度が挙げられる。後見人制度は、代位後見人の役割を強化している（フランス民法典第409条、第454条）。後見の実施を監督し、後見人と

168）C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariæ*, t.1, par E. Bartin, 6e éd., Librarie Machal et Billard, 1936, p.661, § 113.

169）Julienne, *supra note* 27, p.1333.

170）*Id.*, p.1334.

171）*Id.*, p.1335.

利益が対立した場合に被保護成年または未成年を代理することがその任務である。代位後見人が存しない場合には、後見人が裁判所または家族会によって、暫定的な後見人として、指名されなければならない。同様に、管理信託および担保信託に関連する規定は、その利益が危機に瀕している場合、設定者または受益者のために、裁判所に暫定的な受託者の指名または受託者の交代を請求することを予定している（フランス民法典第2027条）[172]。

3　財産管理における諸義務

ジュリエンヌは、財産管理が非専門家によるものであれ、無償によるものであれ、他人の資産への介入を枠づけるために共通して設定されうる義務群が存するものと指摘する[173]。

(1)　任務の目的の尊重

第一のものは、財産管理にあたる任務の目的を尊重する義務である[174]。第一に、財産管理人は管理を実行する義務を負い、自由に管理の遂行を終了させることができない[175]。近年の財産管理に関する立法においても、死後受任者は、任務の継続の放棄は、効力発生の3カ月前に相続人に通知されなければならず（フランス民法典第812-6条）、信託に関し、フランス民法典第2028条第2項は、「受益者の承諾の後においては、〔信託〕契約は受益者の同意または裁判所の判決によってしか、修正され、または撤回されることができない」[176]と規定されている。

第二に、管理人の行動は善良な家父の注意（bon père de famille）に合致したものでなくてはならないと述べられる。この点は、フランス民法典第496条第2項においてより明確化されている。

172）クロック（平野訳）・前掲注142）114頁。

173）Julienne, *supra note* 27, p.1336.

174）*Id.*, p.1336.

175）*Id.*, p.1336は、フランス民法典第1372条によって規定されるように、事務管理人は開始された管理を継続しなくてはならず、合意による財産管理においては、フランス民法典第1134条の適用のもと、債務の一般的原則からこのような義務が認められると述べる。

176）クロック（平野訳）前掲注142）114頁。

⑵　透明性の確保

また、あらゆる他人の財産の管理形態において、原則として管理の遂行について報告義務が認められていることが指摘される[177]。例えば、近年の立法における管理に関する監督機関への報告義務を課した例としては、フランス民法典第510条が挙げられる。後見人には、証拠文書を伴って、小審裁判所主任書記官に知らされるべき管理の計算を確立する義務が課されている。死後委任に関する立法において、フランス民法典第812-7 条は、各年度ごとに、およびその任務の終了時において、死後受任者は利害関係を有する相続人にその管理について説明しなくてはならないことを規定する。同様に、信託において、受託者は、民法典第2022条に従い、契約によって定められた定期性に従って、受益者および設定者にその任務について説明する義務を負っている。

ジュリエンヌの一般理論構築の試みの紹介は以上のとおりである。

㈡　補論：ケベック民法典における「他人の財産の管理」

1　フランス法とケベック法の相互影響

なお、財産管理に関する立法および一般理論の確立という点に関しては、1994年に実現したケベックにおける「他人の財産の管理」の法典化[178] を参照

177）Julienne, *supra note* 27, p.1339. この場合、報告の名宛人は、管理の設定者、管理の受益者、さらには、管理に関する監督機関など個別に設定される。

178）ケベック民法典の成立経緯等については、大島俊之「ケベック民法典略史」神戸学院法学34巻２号（2004）469頁以下、金山直樹「民法改正の動向⑵フランス・ケベック」内田貴＝大村敦志『民法の争点（ジュリスト増刊）』（有斐閣、2007）33頁以下、加藤雅之「ケベック法―現代的改正の先駆けが維持する伝統」金山直樹編『消滅時効法の現状と改正提言〔別冊NBL122〕』（商事法務、2008）150頁以下、ジャン・ルイ・ボードワン（平野裕之訳）「経済の発展と法典（民法典）の編纂―ケベック民法典における契約の新たな道徳からの教訓」慶應法学13号（2009）143頁以下、ジャンドロー・イヴルド（土井輝生訳）「ケベック民法典研究の手引き」比較法学29巻２号（1996）111頁以下を参照。「他人の財産の管理」制度については、マドレーヌ・カンタン・キュマン（高秀成訳）「他人の財産の管理―他人の財産上の権限の行使を規制する法的制度の法典化について―」慶應法学22号（2012）185頁以下参照。

しておく必要があろう。ケベックにおける立法は、フランスにおける後見法のなかでの財産管理の統合や、将来保護委任立法[179]について影響を与えていることが確認される。例えば、近年の立法によるフランス民法典第496条第２項は、「後見人は、その管理において、被保護者の利益のみを考慮して、思慮分別、注意、および慎重さ（prudents, diligents et avisés）をもって任にあたる義務を負う」[180]と規定するが、ここには「管理人は思慮分別（prudence）および注意（diligence）をもって行為しなくてはならない」[181]と規定するケベック民法典第1309条第１項との類似性が見られる。学説レベルにおいても、頻繁にケベック法について言及がなされている。とりわけ、先に述べたジュリエンヌは明白にケベック立法を意識した問題設定を行っており、キュイフやディディエ、バリエールの論文において比較対象として参照されている[182]。フランス法における財産管理の研究に対しケベック法は重要な検討素材を提供し続けている。

ケベックは従来、様々な分野に散在していた規定を、第４編「財産」において第７章「他人の財産の管理」という章に統合し、財産管理人と法性決定される者に共通して適用される規定群を提示した。このような法典化は、ロシア民法が財産管理契約の規定を設けているわずかな例外を除いて、類を見ないものである。

２　「他人の財産の管理」制度の特徴

このようなケベックの「他人の財産の管理」制度の特徴を数点述べておこう。まず、「単純管理（simple administration）」（ケベック民法典第1302条以下）[183]お

179）清水・前掲注28）127頁（注30）を参照。

180）なお、清水・前掲注141）278頁による訳も参照。なお、コモン・ロー圏における思慮分別義務の議論については、木南敦「信託受託者の思慮分別（prudence）と忠実（loyalty）について―アメリカ法を手がかりとして」信託法研究17号（1993）41頁以下参照。

181）キュマン（高訳）・前掲注24）198頁。

182）Julienne, *supra note* 27, pp.1324 et 1334, Cuif, *supra not*e 124 ; Didier, *supra note* 118, Fr. Barrière, *La reception du trust au travers de la fiducie*, thèse Economica, 2004（préf. Grimaldi）.

183）ケベック民法典第1302条「通常管理の任にあたる者は、財産の保存にとって必要な、または当該財産に通常指定される使用を維持するために必要な全ての行為を行わなければならない」（キュマン（高訳）・前掲注24）197頁）。

よび「完全管理（pleine administration）」（ケベック民法典第1306条以下）[184] の種別が着目される。単純管理においては、財産の価値維持が目的とされ、財産管理人の権限の範囲は制限的に定められる。それゆえ、投資対象についても「確実と推定される投資（placements présumés sûrs）」のリスト（ケベック民法典第1339条）に限定され、様々な制約に服する。他方、完全管理においては、より積極的な価値増殖が目的とされ、目的遂行のために必要な多彩な行為が要請される。そして、「他人の財産の管理」を最も特徴付ける規定は、財産管理人の義務に関する規定である。つまり、財産管理人は思慮分別・注意義務（l'obligation de prudence et de diligence；ケベック民法典第1309条第１項）、忠実義務（ケベック民法典第1309条第２項）[185] を負い、その他、多数受益者に対する公平義務（ケベック民法典第1317条）[186] や、計算報告義務（ケベック民法典第1351条、第1363条）を負うこととなる。

３　制度把握のための視角

「他人の財産の管理」の章においては、以上の内容に加えて、財産管理の実行に伴う第三者保護規定や、本人ないし受益者への効果帰属の規定も設けられているほか、細目にわたる技術的な規定が設けられており、その全体に一貫す

184）ケベック民法典第1306条「受益者の利益または信託の目的の遂行のために必要な場合には、完全管理の任にあたる者は、財産を維持し、その利益を生ぜしめ（fructifier）、資産を増加させ（accroître）、充当目的を実行しなくてはならない」（キュマン（高訳）・前掲注24）197頁）。

185）ケベック民法典第1309条「また、〔管理人は〕受益者または追求される目的にとって最も利益となるべく、誠実かつ忠実に行動しなくてはならない」。

ケベック民法典第1310条「①管理人は自己または第三者の利益のために権限（pouvoirs）を行使することはできない。管理人は自己の利益と管理人としての義務とが相反する地位に就いてはならない。

②管理人自身が受益者である場合においては、他の受益者と同様に自己の利益を考慮しつつ、管理人は共通の利益のために権限を行使しなくてはならない」（以上につき、キュマン（高訳）・前掲注24）198頁。

186）ケベック民法典第1317条「同時または順次に、管理につき複数の受益者が存する場合、管理人は、これらの者のために、それぞれの個々の権利を考慮して、公平に行動しなくてはならない」（キュマン（高訳）・前掲注24）199頁）。

る共通原理を見出すことは困難と見える。

これに対し、伝統的な大陸法概念に依拠しつつ財産管理に関し広範な提言を続けている、ケベックを代表する民法学者であるマドレーヌ・カンタン・キュマンは、そこに潜在的な基礎理論が見出されるべきであると主張する。キュマンは、次のような論拠から、その基礎理論として据えられるべきはほかでもなく権限（pouvoir）の理論であると主張する。

第一に、「他人の財産の管理」において許容される他人による財産への介入は、能力人が自由に行動でき他人の介入を受けない原則に対する例外であり、そのような例外的介入を基礎付けうるのは、権限である点が述べられる[187)]。

第二に、財産管理の章で用いられている規制手法は、本質的に主観的権利に用いられる権利の濫用によっては説明ができず、権限に対する規制手法として理解するほかない、という。他人の財産の管理において管理人に課せられる義務や禁止される事項から、権限の存在が演繹されるのである[188)]。

キュマンは主にルヴィエの見解を参照しつつ、権限を「他人の利益のために、またはある目的の達成のために、ある者に授けられた特権」と定義する[189)]。また、ストルクの見解[190)] を参照し、「代理権限」と「固有の権限」とを明確に区別[191)] することを重視する。キュマンによれば、代理権限は本人の利益の追求を唯一の目的とするものであり、そこには受任者や後見人、保佐人の権限が含まれる。他方、固有の権限は、より多様な目的を追求するものであり、財産の保持者の利益も含みうるものであり、そこには遺言執行者、信託における受託者、不分割財産の管理者、法人の機関の権限が含まれる[192)]。

そして、財産管理人は権限の行使にあたり、それぞれの権限が授けられた目的を尊重する義務を負うこととなる。

187）M. Cantin Cumyn, « Le pouvoir juridique », 52 R.D. McGill, 2007 p.222.

188）*Id.*, p.223.

189）*Id.*, p.224.

190）Storck, *supra note* 112, n°276. pp.207 et s.

191）Cumyn, *supra note* 30, n°121, pp.101 et s.

192）キュマン（高訳）・前掲注24）189頁。

このようなキュマンの理解において、財産管理人に課せられる本質的義務は、思慮分別・注意義務（ケベック民法典第1309条第１項）および忠実義務（ケベック民法典第1309条第２項）であり、いずれも権限の目的から導かれるものである[193)]。他人の財産の管理における細目にわたる個々の義務は、この本質的な義務を基盤とするものである。

忠実義務により、管理人は自己の利益のためにその権限を行使することが禁じられ（ケベック民法典第1310条）、あらゆる利益相反をもたらしうる状況を明らかにすることを管理人に義務付け（ケベック民法典第1311条）、管理人が個人的に管理財産に影響を及ぼす契約の当事者となることを禁じ（ケベック民法典第1312条）、報酬を別として、管理に関し個人的利益を得ることを不可能にしている（ケベック民法典第1314条）。また、複数の受益者が存する場合の公平義務（ケベック民法典第1317条）や、収益の受益者と資本の受益者との間の利益の分配に関する準則（ケベック民法典第1345条）も忠実義務により理解されることとなる[194)]。そして、個人的資産と管理財産について分別管理を義務付け（ケベック民法典第1313条）、定期的な報告（ケベック民法典第1351条、ケベック民法典第1352条）および管理の終了時の報告（ケベック民法典第1363条）も権限の目的によって基礎付けられる[195)]。

また、単純管理および完全管理の区別も、権限の目的によって特徴付けられ、管理人の権限の範囲を画するものと理解される[196)]。

単純管理は、資産の価値を維持することを目的とするものであり、管理における受益者を保護する配慮に基づいて設定される。この目的に応じて、管理人は財産の維持、用途の維持、収益の収受、財産の利用の継続（ケベック民法典第1304条）、そして確実と推定される投資を行うことができる（ケベック民法典

193）M. Cantin Cumyn, « L’administration des biens d’autrui dans le Code civil du Québec », *Revista Catalana de Dret Privat* 17, 26, 2003, p.21.

194）G. Lauzon, « L’administration du bien d’autrui dans le contexte du nouveau Code civil du Québec », 24 R.G.D., 1993 p.119.

195）Cumyn, *supra note* 193, p.22.

196）*Id.*, p.22.

第1339条以下）。これら目的に反するような財産の処分は認められない（ケベック民法典第1305条）。

完全管理において、その目的は、資産の価値増加の実現に向けられる。管理人は、この目的の実現するために適していると判断されるあらゆる有償行為を行うことができる。

いずれの管理形態においても、慣例上の贈り物などの例外を除き、贈与や放棄などの無償行為は禁じられている（ケベック民法典第1315条）。これらの行為は第三者を利するものであり、権限の目的に反することとなるからである。翻って、慣例上の贈り物もまた権限の目的に照らして正当化されるものである[197]。

以上を要約すれば、キュマンによれば、忠実義務、慎重・思慮分別義務は権限の目的性の尊重からもたらされる義務の設定であり、公平義務もその現れに過ぎない。キュマンは、権限を基軸として認められるこれらの救済方法は、エクイティ上の権原（*equitable title*）を通じて生成された救済方法と比肩するものであると述べる[198]。そして、単純管理と完全管理の二分類は権限の目的の違いから設定されたものである。

以上を踏まえ、キュマンが諸外国に向けてケベック法をモデルとした立法提案を行っている点が重要であろう。キュマンは、「1）権利（droit）の行使と権限（pouvoir）の行使との間の明確な区別を確立する、2）代理権限と同時に、代理なき権限を明確に認めること、3）補充規定の形で、しかしながら無償行為を行う権限は常に排除されるものとして、権限の範囲を確定するための方法を用意する、そして4）あらゆる私法上の権限の行使において必要とされる基本的な諸義務をはっきりと表明すること。つまり、疑いなく忠実義務、とりわけ、利益相反および計算報告に関しては明確に述べられるべき」[199] と述べる。このような提言は、法典化以前に潜在する財産管理制度の共通枠組みとしても理解されよう。

197）*Id.*, p.22.

198）キュマン（髙訳）・前掲注24）188頁。

199）Cumyn, *supra note* 193, p.22.

㈢　小括

１　フランス法における展開の略述

これまでの議論を簡単にまとめておこう。

フランスにおける財産管理の包括的把握は職分としての権利ないし権限の理論にその契機を見出すことができる。このような職分としての権利ないし権限はほぼ同義のものとして展開され、共通して目的的性格を有することが確認できる。とりわけ、ガイヤールの権限論は、権限に精緻な定義を与え、権限が独立のカテゴリーとして承認されることに大いに貢献した。

この職分としての権利ないし権限の理論は、その後の財産管理の個別領域においても参照されることとなった。ストルクの代理理論、ペテルの受任者の義務論などである。他方、ディディエは代理を脱構築する試みにおいて、権限が不可欠の要素ではないことを論証しようとしたが、この点は逆説的に代理理論における権限の位置付けの重要性を物語るものであろう。

近年になり、財産管理の包括的把握の萌芽が現れた。キュイフの管理契約論である。キュイフの業績は合意による財産管理に限定されるものの、財産管理の包括的把握にとり示唆的である。ここにおいて、キュイフは権限を管理契約の前提となし、管理人の遂行内容（財産の価値維持・増殖）、諸義務（報告義務・忠実義務）を共通要素として抽出する。

２　財産管理制度に共通する規律のまとめ

フランスにおける活発な立法を受けて、ジュリエンヌは正面から財産管理の一般理論の必要性を説く。ここでジュリエンヌの議論を簡単にまとめておこう。

ジュリエンヌによれば他人の財産の管理は四つの原因に分けられ、二種類の目的が追求されうる。つまり、受益者の資産の保護と積極的な資産の増加である。このような財産管理を組織しうる共通の技術的前提として権限と代理が挙げられ、権限ないし代理に関連して権限の濫用、踰越に対する制裁や第三者の保護が問題とされる。このような権限の範囲は、しばしば保存行為、管理行為、処分行為の三分類のもと整序されるが、この三分類は現代的な財産管理の要請に応じきれないものとなっている。翻って、利益相反行為は遂行が認めら

れない行為類型であり、権限の範囲を超えるものとして位置付けられる。そして、財産管理人は共通して忠実義務、注意義務、報告義務などを負うこととなる。

3　共通枠組みの評価

以上のようなジュリエンヌの議論に関し、個々の財産管理に関する問題領域が有機的に関連付けられている点が評価される。つまり、権限はその本質上、目的性を有するものである。それが財産管理の目的の種別をもたらし、その目的に応じて権限の範囲に影響がもたらされる。権限の目的性を原因に、財産管理人は権限の濫用や利益相反が禁じられ、目的の尊重義務として、忠実義務、注意義務、報告義務が課せられる。この点は、キュイフが管理契約において、管理人の権限を前提とし、諸々の義務を認めていることと符合する。また、ケベック民法典の「他人の財産の管理」制度は、ジュリエンヌが提示する共通の規律を包含する。なかでも、キュマンは本質的要素として、権限、権限の範囲(行為類型)、財産管理人の諸義務(忠実義務、慎重・思慮分別義務、報告義務)を挙げる。

ジュリエンヌが提示する共通枠組みには問題がないわけではない。つまり、ジュリエンヌは代理と権限を二つながらに財産管理の基礎としており、その結果、信託の位置付けが不明瞭となっており、権限に内在する規律としての権限の濫用と権利の濫用、そしてフロードや、表見委任などとの区別も曖昧なまま残されている。しかしながら、この概念は、ガイヤール、ストルク、キュイフ、キュマンいずれにおいても慎重に区別されてきたものである。代理と権限の区別については、次章において言及したい。

三　若干の考察

以上の考察を経て、財産管理をめぐる議論において概ね一致する点が浮かび上がった。

すなわち、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範囲の権限が与えられ、その権限は目的的拘束を帯び、そこから管理人に対する諸義務が導かれるという点である。

そこで、本章においては、このような財産管理制度を構成しうる個々の要素について若干の個別的検討を加えることとしたい。すなわち、⑴権限概念の自律性について、⑵行為類型、⑶財産管理人の諸義務についてである。

なお、一定の財産管理人の諸義務が財産管理制度に共通する規律に含まれるか否かがここでは問題とされよう。それら義務が合意によって免除できるか否かの検討は一つの試金石となろう。この検討は、デイビッド・ヘイトンによる「受託者の任務の削減不能な中核的な内容」[200]や、アメリカ法において代理の本質を変容させる忠実義務の免除ができないことを想起させる[201]。大陸法の文脈においては、財産管理という法性決定の問題として位置付けることができよう。

㈠ 権限概念の自律性について

フランス民法典1984条において、「委任又は委任状〔の交付〕は、ある者が他の者に、委任者のために、かつ、委任者の名においてなんらかのことがらを行う（pouvoirs）を付与する行為である」[202]と規定されていることから、委任は権限授与を目的とした契約として理解することができよう[203]。しかし、一般的にフランスにおいて委任は代理をもたらす契約として位置付けられる[204]。

200）David Hayton, ‘The irreducible core of trusteeship’, in : A. J. Oakley（general editor）, *Trends in Contemporary Trust Law,* Oxford, 1996, pp.47-62. 金子敬明「“irreducible core of trusteeship”の概念について―受益者への情報提供の問題を中心に―」新井誠＝神田秀樹＝木南敦『信託法制の展望』（日本評論社、2011）206頁以下を参照。

201）樋口範雄「アメリカ代理法のイメージ」法学協会雑誌117巻２号（2000）194頁。また、同190頁によれば、代理と認定するに足る実態が存する関係は、当事者間の合意によって代理の認定を回避することができないとされる。

202）法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典―物権・債権関係―』（法曹会、1982）276頁。

203）柳・前掲注33）25頁以下参照。

204）柳・前掲注33）51頁参照。

ジュリエンヌは権限と代理、いずれも財産管理において必要な法技術であるとしている。しかし、代理が財産管理において真に不可欠な法技術であるかは、論者によって理解が異なる。事実、キュイフは代理に拠らない遮蔽型管理契約の現代的重要性に着目して、類型的な無名契約としての管理契約の存在を主張した。また、ガイヤールは、権限という概念が代理権限に完全に収斂されてしまうことのない自律性を有していることをとりわけ重視した[205]。ストルクは代理権限と区別して、自己の名で行使される固有の権限を認めた。固有の権限により多様な財産管理の形態が把握できる。しかしながら、このような区別が権限行使の名義だけに依拠するのか否か、代理権限との本質的な区分は不明瞭なものである。

1　権限と人格化の理論

ここでは代理に収斂されることのない権限の自律性について検討を試みたい。

ある権限が自己の者以外の利益、とりわけ集団的利益の充足に向けられている場合、その権限保持者はしばしば代理とみなされる傾向にある。リペール[206]は営利社団における管理者が受任者の性質を有することと述べるが、このような傾向を端的に示すものである。

ガイヤールの権限の定義においては識別可能な利益、およびその利益の充足に向けられた目的的拘束が権限の本質として描かれる。その利益が独立の法主体によって保有される場合、当該利益を「権限によって主観的権利に転換する」技術こそが代理であり、代理権限は専らこの法主体の利益の充足に向けられる。権限が集団的利益[207]の充足に向けられている場合においては、当該権限が代理権であるか否かは、この集団的利益が人格化（擬人化）されているか否かが決定的な分水嶺となるのである。そして、人格化されていない集団的利益の充足に向けられた権限は、代理権たり得ない。「固有の権限論」と組み合わさった場合、権限による財産管理は一層の拡がりを見せることとなろう。ガイヤールによれば、あらゆる権限を代理権限に収斂させ、混同してしまう背景には、権限によってその充足が目的とされる集団的利益を人格化してしまう思

205）Gaillard, *supra note* 91, n°253, pp.165 et s. ガイヤールの権限論によれば代理権限は権限における一つの下位カテゴリーに位置付けられる。権限における利益表明権、規範宣明権としての性質や、一方的法律行為が、代理においていかに機能するのか、ガイヤールのテーズにおいて詳細な議論はなされていない。権限（pouvoir）としての代理権がいかに機能するのか。ここでは、奥田昌道名誉教授によって言及された代理の構造に照応させながら検討してみたい（以下につき、奥田昌道（金山直樹＝松岡久和＝佐々木典子）「奥田昌道先生に聞く・２―恩師、民法学、スポーツ」法律時報82巻11号（2010）70頁、71頁、72頁、75頁参照）。奥田昌道名誉教授は、「条約を国と国との間の『契約』だと考えますと、条約を作成し、締結行為を行う主体はそれぞれの国の代表者ですが、その条約自体は、国と国との『契約』すなわち『条約』として成立します。そしてその条約に基づいて両国間に様々な権利義務関係が発生します。ここでは、①条約の作成・締結行為、②成立した条約、③それに基づく権利義務関係という三重構造ないし三本立ての関係がみられます。これを先程の「代理」に応用いたしますと、①代理人の代理行為、すなわち契約締結行為、②それにより成立した本人・相手方間の『契約』、③そこから生じる権利義務その他の法律関係、の三本立ての構造」と述べる（同70頁）。また、フルーメによる説明を加え、「法律行為概念を二つに分け、代理人の締結行為をアクト（Akt）としての法律行為、そこで形成された契約内容をレーゲルング（Regelung規律）としての法律行為と呼び、この後者から権利義務などが法律効果として生じる、というように考えています。その説明のために、フルーメは、条約や法律の制定をもちだしています。フルーメによれば、法律も国民の代表者である国会議員の議会における議決行為によって成立し、成立した法律は国を拘束する規範としての意義を有し、この法律に基づいて国と国民との間の権利義務関係が生じる、と。そういう意味では、条約は法律に等しいわけです」（同70-71頁）と説明する。

フランスにおける権限概念は公法上の発想に依拠する。ガイヤールが権限の定義において依拠する一方的法律行為は、行政行為の定義を参照したものであり、私法上の権限と公法上の権限もその意味では同様の構造にある 。この点においても、奥田教授の説明は興味深い。

ガイヤールによる権限論を代理のメカニズムのもと考察すれば、権限の保持者たる代理人が、①相手方との間で法律行為（契約）を締結し、当該法律行為は、同時に、本人に対する一方的行為として機能し、②本人（被代理者）の利益を規定する（本人および第三者）規範を宣明し、③この規範に基づいて本人の権利義務が生じるというメカニズムが浮かび上がる。ガイヤールに依拠した代理のメカニズムにおける①と②は、そのまま、奥田教授の説明における、「①意思表示の合致、すなわち契約の『締結行為』、アクトとしての法律行為と、②そこで成立した「契約自体」（同72頁）、すなわち当事者間を規律する規範としての契約、レーゲルングとしての契約」または「契約規範」に置き換えて考えることができる。ここで注目されるのは、ガイヤールの権限論においては、代理人による、相手方との間での契約締結行為が、本人に対する一方的法律行為としても機能している点である。このメカニズムにおいて、代理人・相手方間の契約が成立し、本人・相手方間に契約または契約規範がスライドするものではない（同75頁）。

考様式があったと鋭く指摘する[208]。この意味で、ガイヤールは、人格化の理論は、機能的に権限理論に代替するものとした利用されてきたと述べる[209]。しかし、人格化の理論は、自然人以外の存在への法人格の付与が多分に立法判断に依拠するところものであるため、常に不安定さが伴わざるを得ない[210]。

206）Ripert, note sous Cass. Soc 13 avr. 1945 D.1949. I., p.65.

207）今日、集団的利益は様々な文脈において論じられ、その定義は困難なものとなっている。さしあたり、本稿では大村・前掲注23）90-95頁の用法を主に念頭に置いている。ところで、利益は個別に法人格への帰属が確認されるか、それが集団的利益である場合には、人格化されない限り、極めて脆弱で捉え難いものとされる。そのため、人格化理論の助けもあり、代理に限定されない権限の真の射程が認識されることが困難であったと考えられる。なお、近年、利益が四つに分類されることがある。つまり、①市場競争の機能不全により社会的にマイナスが生じているものの、損害を観念できない「社会的損失」、②損害を観念することは可能であるものの、その個別的な帰属を確定するのが困難な「拡散的利益」、③損害の観念とその個別的な帰属の確定は可能であるものの、個別の損害が軽微である「集合的利益」、④損害の観念とその個別的な帰属の確定が可能で、個別の損害が軽微ではない「個別的利益」、である（三木浩一「集団的消費者被害救済制度の展望」新世代法政策学研究11号（2011）239頁、原田大樹「集団的消費者利益の実現と行政法の役割―不法行為法との役割分担を中心として―」現代消費者法12号（2011）18頁。原田23頁以下では、利益が実現される過程を「帰属」「代表」「実現」の三つの概念で説明する。同23頁によれば、民事法において三つの主体は通常同一であるが、委任などにより利益帰属主体が別人に代表させることがあり得、行政法においては、利益帰属主体は不特定多数の国民であり、利益の代表と実現は第一次的には行政が担う、とする。そして、民事の団体訴訟制度と行政法制度との互換性を強調しつつ、「正当性の要素」を重視する）。

近年の利益論に関する展開については、大塚直「環境訴訟における保護法益の主観性と公共性・序説」法律時報82巻11号（2010）120頁以下、吉田克己「ムスタファ・メキ『一般利益と契約』」新世代法政策学研究１号（2009）91頁、ムスタファ・メキ（吉田克己＝齋藤由起訳）「契約の諸機能と一般利益―契約化現象に関する若干の考察」新世代法政策学研究１号（2009）157頁以下、大村敦志＝金山直樹＝木村琢麿＝辻村みよ子＝中田裕康＝樋口陽一＝星野英一＝山元一＝亘理格＝吉田克己「〈特別座談会〉憲法・行政法・民法における一般利益=公益」ジュリスト1353号64頁以下、また近親者の損害を基軸に集合的利益に新たな視点を提供する大澤逸平「民法711条における法益保護の構造(1)　不法行為責任の政策的加重に関する一考察」法学協会雑誌128巻１号（2011）156頁以下が参考となる。

208）Gaillard, *supra note* 91, n°286, pp.186 et s.

209）*Id.*, n°284, p.185.

210）*Id.*, n°275, pp.180 et s.

また、何よりも人格化により企業や家団などの集団内の非均質な諸利益間に現実に存する対立を隠蔽してしまう危険があるとするガイヤールの指摘[211]は重要である。この問題は、企業法人説[212]、カルボニエの家団論[213]、さらにはルポールの信託理論[214]と照応しつつより一層の検討が必要であろう。

以上のガイヤールの定義する権限は代理権限に完全に吸収されてしまうものではなく、上位のカテゴリーを形成していることがわかる。このようなガイヤールの理解による大きなメリットは、捉え難く多様な利益や集団的利益を、法人格化という技術ないし擬制（それには法的承認による困難性が伴う）を用いることなく、利益そのものとして、権限を拘束する目的のなかで把握できるという点にある。このような柔軟性が、より多様な財産管理の把握につながるものと考えられる[215]。

2　固有の権限と機関権限

以上に述べたように、ガイヤールの理解によれば、権限保持者が行使する権限の目的が独立の法人格の利益に向けられており、権限の行使の結果、当該法人格の行使する主観的権利に転換される技術が用いられている場合は、当該権限は代理権限と分類される。そのほかの（たとえ部分的にであれ）自己以外の利益に向けられる特権は広く権限に包含される。このような分類は、ストルクの提唱した代理権限と固有の権限の分類にも重なる[216]。

211）*Id.*, n°290, p.191.

212）Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957. また、企業概念については、古田龍夫『企業の法律概念の研究』（法律文化社、1986）60頁以下、福井守『営業財産の法的研究』（成文堂、1973）16頁以下、山口俊夫「フランスにおける『企業entreprise』概念の歴史的沿革」竹内昭夫編『鈴木古稀・現代商法学の課題・下』（有斐閣、1975）1673頁以下。なお、この点に関し、後掲注218）も参照。

213）高橋朋子『近代家族団体論の形成と展開：家族の団体性と個人性』（有斐閣、1999）91頁以下。

214）大村・前掲注22）268頁以下参照。また、ライオネル・スミス（渡辺宏之訳）「信託と財産（Patrimony）」早稲田法学86巻3号（2011）257頁以下も参照。

215）後掲注231）を参照。

216）Storck, *supra note* 112, n°278, p.208.

日本においても古くから、複数の利益または対立的な諸利益に仕える財産管理人の性質に関する論争が存する。この問題は、ある権限が代理権限であるか固有の権限[217]であるかの問題と近似するところがある。ごく単純化して指摘すれば、破産管財人、相続財産管理人、遺言執行者、受託者などが保持する権限の性質をめぐる論争などが存し、そこでは常に背景に存する集団的利益を包

217）固有の権限という構成は、破産管財人に関する職務説（公法上の職務説として、加藤正治『破産法講義』（巌松堂書店、1915）343頁以下、私法上の職務説として菊井雄大『破産法概要』（弘文堂、1952）133頁、中村宗雄『破産法言論』（風間書房、1954）155頁など）、遺言執行者に関する任務説（和田干一『遺言法』（精興社書店、1938）326頁）と親和的であると言えよう。しかし、日本法において、破産管財人に関する私法上の職務説や、遺言執行者に関する任務説は、一定の評価を受けつつも、なお強い批判が存する（全体的な議論状況については、破産管財人につき、伊藤眞＝岡正晶＝田原睦夫＝林道晴＝松下淳一＝森宏司『条解 破産法』（弘文堂、2010）538頁以下、小原将照「破産管財人の法的地位に関する一考察―法定訴訟担当論の前提として―」岡山商科大学法学論叢15号（2007）５頁以下、遺言執行者につき、柳勝司「遺言執行者の法的性質」名城法学59巻１号（2009）45頁以下を参照）。なお、集団的消費者利益の実現主体を民事実体法において基礎づけるにあたり、「代理」と、「固有の権利」の観点が存するところ、被害者の権利と内容的に異なる固有の権利を訴訟追行主体に認める可能性を示唆するものとして、岡本裕樹「集団的消費者利益の実現をめぐる民事実体法上の観点からの試論」現代消費者法12号（2011）12頁。また、企業を中心とした集団的利益の人格化と権限の問題が存することは前述したとおりである。ところで、企業の懲戒権の性質をめぐり、使用者が規律と秩序を必要とする企業の運営者として当然に固有の懲戒権を有するとする固有権説と、労働者が労働契約において具体的に同意を与えている限度においてのみ懲戒権の行使が可能であるとする契約説が存する（菅野和夫『労働法〔第９版〕』（弘文堂、2010）419頁）が、この対立は、懲戒権がいかなる利益を実現すべく行使されるかの問題とは一定の距離が存する。この点につき、「使用者の懲戒権の行使は、企業秩序維持の観点から労働契約関係に基づく使用者の権能として行われる」とした、最判小二平成18年10月６日（労判925号11頁。同判決の評釈として、土田道夫「判批」労判930号（2007）５頁以下など）が注目される。なお、企業をめぐる利益の対立に関連して、北川徹「解雇権濫用法理と取締役の忠実義務」宍戸善一『「企業法」改革の論理』（日本経済新聞出版社、2011）87頁以下が興味深い視点を提示する。同98頁は、「わが国における解雇法理の存在が、経営者が整理解雇を行う際の裁量権を制約してきたことは確かである」としつつ、「『取締役の忠実義務』という観点からは、解雇法理が存在することにより、取締役等が利害関係者（従業員）の利害を調整する権限を法的に有していたとする解釈が可能であり、その範囲において取締役等の裁量権限は逆に拡大していた可能性がある」と述べる。

括して人格化を認める試みが確認できる、と言えよう。とりわけ、破産管財人の性質[218]をめぐっては、破産財団に関係する諸利益の人格化を志向する見解として、破産財団代表説[219]、（ここでの位置付けは困難であるが）管理機構人格説[220]、破産団体代表説[221]などが存し、このほか、債権者および破産者の利益の対立を止揚する見解として受託者説[222]が主張される。また、近年、相続財産管理人について、破産管財人に関する論争との対比において、「相続財産につき法人格・法主体性を認めた上で、被相続人を包括承継する立場に置き、相続財産管理人はその管理者・代表者」とする見解[223]が存する。

次に、遺言執行者の性質に関して述べることとする。於保博士は、機関説や任務説など遺言執行者が固有権を有するとする構成は遺言執行者の法的性質を十分に説明するものではないと論じ、執行の効果が誰に帰属するかを重視し代理と理解するほかないと述べていた[224]。ただし、その一方で、於保博士は、

218）破産管財人の性質をめぐる見解を鳥瞰できるものとして、伊藤＝岡＝田原＝林＝松下＝森・前掲注217）538頁以下のほか、差し当たり、小原・前掲注217）５頁以下、宗田親彦『破産法概説〔新訂第３版〕』（慶應義塾大出版会、2006）217頁以下など。なお、伊藤＝岡＝田原＝林＝松下＝森・前掲注217）541頁が、破産管財人に就任している私人がその固有財産で責任を負うべき場合や、破産管財人の実体法上の地位の問題について、破産管財人の地位の理論的性格から演繹的に解決すべき問題ではないと指摘する点が注目される。

219）兼子一「破産財団の主体性―目的財産論を背景として―」同『民事法研究（第一巻）』（酒井書店、1950）468頁。

220）山木戸克己『破産法』（青林書院、1974）80頁以下。この見解は、破産財団所属財産につき管理処分権を行使する管理機構たる破産管財人自身に、私人とは別の法人格を認める見解であり、私法上の職務説に近似するが、選任された私人とは独立に破産財団の管理機構たる破産管財人そのものに独立の法主体性を認めるものとされる（以上につき、伊藤＝岡＝田原＝林＝松下＝森・前掲注217）540頁）。この点において、破産財団代表説や破産団体代表説や見解とは人格化の眼目が異なる点に留意する必要があろう。

221）宗田親彦「破産団体理論」『慶應義塾創立一二五年記念論文集―慶應法学会法律学関係』（慶應義塾大学法学部、1983）347頁以下。

222）霜島甲一『倒産法体系』（勁草書房、1990）44頁以下。

223）田髙寛貴「相続人の『当事者』性と『第三者性』の併有に関する一考察―限定承認と相続人不存在をめぐって(1)（2)」みんけん648号２頁以下、649号（2011）18頁以下。とりわけ、同649号27頁を参照。

「遺言執行者は、相続人の代理人とみなす」という民法第1015条は、「相続人不存在の相続財産を法人としたのと同じく、遺言執行の効果を相続人に帰属せしめる法技術に過ぎない」と述べる[225]。遺言執行者が相続人の利益にも反して行動し得るため相続人の受任者とも法性決定できず、被相続人は相続人に包括承継されているため、被相続人の受任者とも法性決定できない困難性がケベック[226]の立法に影響している点は重要であろう。同様の問題は、フランスにおける死後［事務］委任の法性決定についても指摘しうる[227]。

信託における受託者の性質にも言及しておこう。四宮教授は、信託財産に実質的法主体性を仮定するところ、この見解は、信託における利益と帰属をめぐる困難性に対峙したうえでの打開策であったと言えよう。四宮教授は、「信託の目的的拘束の発効とともに委託者の意思は信託目的としていわば『信託財産』の内部に入り込み、他方、受益者の利益（受益権）はこの『信託財産』に内在する目的的制度の反映にほかならない……（略）……したがって、信託においては『信託財産』を実質的な法主体と仮定しつつ、一応それを『本人』と考えればよい」と述べる[228]。これに対し、フランス法における信託法成立前において、国際私法上の信託の法性決定の問題に関し、信託財産の法主体を仮

224）於保・前掲注1）99頁〔初出、「遺言執行者の法律上の性質」法律論叢31巻5号（1934）〕。近年において、相続人の利益を保護させる観点から、代理説を支持するものとして、柳・前掲注217）45頁以下。

225）於保不二雄『相続法』（インターナショナル・ブック、1949）162頁。ただし、当該記述のみでは、1934年に発表された、前掲注224）の論文以降に実質的な見解の変遷があるか否かは判断できない。

226）Civil Code Revvision Office, *Report on the Québec Civil Code : Commentaires,* vol.Ⅱ, t.1, Éditeur official, 1978, at 376 ; J. Beaulne, *supra note* 29, p.206. なお、フランス法の状況については、グリマルディ（北村訳）・前掲注140）68頁以下を参照。

227）グリマルディ（北村訳）・前掲注140）71頁以下は、死後［事務］委任が真に委任であるか疑わしく、「相続人が相続した財産の管理から相続人を遠ざけ」る目的を有し、「財産との関係では権限自体と富自体とを分離する点で、また、ある者が、第三者の利益と計算とのために排他的な財産管理権を有する点において、信託（fiducie, trust）に酷似」すると述べる。

228）四宮・前掲注3）47頁。

構しない構成として、既にガイヤールは権限という法性決定による解決を示唆していた[229)]。なお、ガイヤールはテーズの提出（1981年９月25日）の後に[230)]、ハーグ国際私法会議の第15会期（1984年10月）および、同会期のための信託に関する特別委員会の三つの会合（1982年６月、1983年２月及び1983年10月）において、sécrétaire rédacteurを務めている[231)]。

問題は以上に尽きない。近年ではあまり論じられなくなった代表と代理の異同に関連する[232)]。

法人格の理論において、法人の機関はその組織の不可欠な構成部分をなし、法人格が承認される前提をなす[233)]。代理は、ア・プリオリに代理される本人の存在を前提とする[234)]。このような機関と代理のそれぞれの機能の本来的な両立不可能性をいかに解するか。

この問題はドマの著述においてその萌芽が見られる。ドマは、共同体や集団によって事務を遂行するために設定された委任を、この共同体や集団の管理者

229）Gaillard, *supra note* 91, n°337, p.225.

230）ガイヤールによるダクティロ版のテーズとして、E. Gaillard, *La notion de pouvoir en droit privé*, thèse dact., 1981.

231）Gaillard and Trautman, Trusts in Non-Trust Countries : Conflict of laws and the Hague Convention on Trusts, 35 Am. J. Comp. L.307, 1987, p.1. 信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約の起草過程については、道垣内正人「国際信託法の諸問題　Ⅱ　信託の準拠法及び承認に関するハーグ条約について」信託法研究12号（1988）89頁（注10）を参照（同論文においては、65頁以下にGaillard and Trautmanの論文について言及がある。このほか、Gaillard et Trautman, « La Convention de La Haye de 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », *Rev. crit. de droit internat. prive*, 1986, pp.1 et s.も参照）。

232）近年のものとして、織田博子「代表」椿寿夫＝伊藤進編『代理の研究』（日本評論社、2011）169頁以下がある。

233）Cumyn, *supra note* 187, p.234 note 70.

234）津田利治＝内池慶四郎編著『神戸寅次郎　民法講義』（慶應義塾大学法学研究会、1996）115頁は、「代理ト代表トハ互ニ類似スレドモ、尚其本質ヲ異ニシ、代理ノ場合ニハ本人ト代理トガ別個独立ノ人格者トシテ相対立スレドモ、代表ノ場合ニハ理事ハ法人ニ対立スル別個独立ノ人格者ニ非ズシテ、法人組織ノ活動ヲ担当スル内部ノ者トシテ、直接ニ法人ノ意思及ビ行動ヲ作出スルナリ」と述べる。

や執行者の職務と混同してはならないと既に指摘している[235]。

この点に関し、ストルクは代理と区別される固有の権限のほか、機関代理（représentation organique）という概念を示したが[236]、キュマンはこの両立不可能性を直視し、機関権限（pouvoir organique）という独自のカテゴリーを提唱している[237]。

3　権限と対第三者関係

なお、権限が代理に収斂されない自律的な概念を構成することについては以上述べたとおりであるが、権限が自己の名において行使され、権限行使の対象となる財産が独立性を有していない場合や、権限保持者の財産と混和した場合においては、権限の受益者の保護が問題となりうる。対第三者関係をも取り込んだうえで財産管理に関する基礎理論を構築することの意義はここに存する。キュイフも、ジュリエンヌも財産管理における対外的関係を視野に入れた検討を行う。日本法においても、この点は、特に近年の中舎寛樹教授[238]や、田高寛貴教授[239]による財産管理の包括的検討において詳細に論じられている。とりわけ、非代理型の財産管理における本人や受益者の保護は一つの大きな問題である。この場合、所有権に基づく請求や信託法などにおけるような法定の救

235）Jean Domat, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, livre 1er, titre XV et livre 2e, titre III, éd. rév., Nicolas Gosselin, 1713, pp.124, 162-164. フランス法学史におけるドマの位置付け等については、小川浩三「ジャン・ドマのlois de la religionとlois de la police（1）（2）」北大法学論集38巻3号、4号（1988）、金山直樹『時効理論展開の軌跡』（信山社、1994）64頁以下を参照。

236）Storck, *supra note* 112, n°282, p.211.

237）Cumyn, *supra note* 30, n°137, p.116. なお、機関権限という用語は日本法においても既に用いられている。倉沢康一郎『会社判例の基礎―リーディング・ケースによる会社法入門』（日本評論社、1988）138頁は、機関権限につき、「固有に・オリジナルにその者から発する権限」とし、「委任のもとになるオリジナルな権限」（同140頁）と述べる。この点は、キュマンの用法における「機関権限」に限らず、「固有の権限」一般に認められる。

238）中舎・前掲注4）209頁。

239）とりわけ、田高・前掲注4）331頁以下を参照。また、相続財産管理人について、対第三者関係も考慮に入れた理論構築に関しては、田高・前掲223）648号2頁以下、649号18頁以下を参照。

済方法が認められない場合、物上代位[240]、直接訴権[241]、不当利得など様々な救済方法が検討対象となろう。とりわけ、金銭が対象となる財産管理の場合には、困難な問題を生じるが、さしあたり最一小判昭和49年９月26日（民集28巻６号1243頁）の騙取金による弁済に関する不当利得法理や、より重要なものとして預金債権の帰属問題において用いられてきた救済方法[242]の評価いかん、それがいかなる範囲で機能しうるかが問題となることを付言しておきたい[243]。

㈡　行為類型

日本法と同様、フランス法においても、処分行為、管理行為、保存行為という三分類が存し[244]、これにより他人の財産の管理人に許容される行為が把握されうる。この三分類のいずれの行為を実行する権限が与えられているかにより、他人の資産への介入の程度が決定されるため、行為類型は財産管理制度の基盤たりうるものである。例えば、フランス民法典第1988条第１項においては、「包括的な文言で言い表される委任は、管理行為のみを包含する」[245]と規定する。

ジュリエンヌは、旧来の行為類型が明確な定義を欠くとともに、その硬直性

240）松岡久和「動産譲渡担保権に基づく売買代金債権への物上代位」法学教室232号（1999）113頁、同「アメリカ法における追求の法理と特定性―違法な金銭混和事例を中心に」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）357頁以下、原・前掲注25）249頁以下。

241）平野裕之「間接代理（間屋）をめぐる責任財産及び直接訴権⑴(2・完)」慶應法学１号（2004）103頁以下、慶應法学（2005）67頁以下、岸本・前掲注4）533頁以下。

242）いわゆる客観説について。最一小判昭和32年12月19日（民集11巻13号2278頁）、最二小判昭和52年８月９日（民集31巻４号742頁）など。

243）道垣内・前掲注3）205頁以下が注目される。また、最二小判平成15年２月21日（民集57巻２号95頁）および最一小判平成15年６月12日（民集57巻６号563頁）の評価が問題となろう。この点について、髙秀成「預金債権の帰属問題における救済法理としての客観説の一素描」慶應法学６号（2006）245頁以下を参照。

244）大村敦志『フランス民法―日本における研究状況』（信山社、2011）106頁は、後見制度に関連して、権限の意義と、保存行為・管理行為・処分行為の三分類の意義についての研究の必要性を説く。

245）法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注202）277頁。

から現在の財産管理の要請にもはや応えきれなくなっているものと述べる[246]。

委任などにより合意により財産管理が設定される場合において、合意により自由に権限の範囲を定めることができるため、特段の困難を生ぜしめないとの推測も成り立ち得よう。しかし、合意による財産管理において付与される権限の範囲を新たな視点のもと類型化することは、複合的な財産[247]を対象とした継続的な管理の遂行にあたり有用であり、現代的な要請に応えるものと考えられる。

ここでは、旧来の三分類とは別の観点から、目的の分類に応じて定められる合理的な権限の範囲いかんが問題とされよう。ジュリエンヌ、キュイフ、ケベック民法典は、いずれも管理において追求される目的を、価値維持と価値増殖に分類する方向性にあるが、それぞれの目的に応じた権限の範囲が模索される必要があろう。

なお、目的の観念は権限の範囲の設定において重視されるものであるが、他人の財産を管理する者に許容される行為類型に目的を認めることにより、当該行為について目的違背を基軸とした（権限の濫用などの）権限固有の規制を問題としうる点にも意義がある[248]。

以下においては、再びジュリエンヌの議論を参考にして行為類型について検討することとしたい[249]。

1　管理行為

既に述べたように、保存行為、管理行為、処分行為の三分類を互いに関連付け、統一的に理解しようとする一元論は、管理行為の一般的かつ抽象的な定義を与えようとする[250]。

これに対し、管理行為をより多元的に把握する見解が存する。そのなかで、第一のものは管理人の種別に応じた多様な管理行為を模索しようとする[251]。第二のものは、行為の適用領域に着目したものであり、介入の方法に応じてその概念の多様性を結論づけるものである。とりわけ、ドゥモロンブは、絶対的

246）Julienne, *supra note* 27, p.1333.

247）片山・前掲注14）200頁以下参照。

で、完全で、自由な管理の行為と、暫定的な管理の間における区別を重要なものであるとして主張する。まず、単純かつ純粋な管理行為（*simple* et *pure* administration）は、所有権という考えを一切含まないものであり、財産を変更し、改良する目的を有するものでなく、単に保存し、維持することだけを目的とするものである。例えば、ドゥモロンブはこのような暫定的な管理行為の内容において、受任者の権限に関するフランス民法典第1988条に規定される受任者の権限や、相続において承認と見なされる行為に関する、旧フランス民法典第779条[252]に規定される管理行為をもってその例とする。これに対し、自分

248）共有者による保存行為や管理行為について、権利の濫用が問題とされることがある。保存行為について権利の濫用の可能性を示唆したものとして、最一小判平成21年１月22日判決（民集63巻１号228頁）、管理行為につき権利の濫用を認めたものとして、大阪高判平成20年11月28日（判例時報2037号137頁）が存する。これら行為を権限に基づく行為と考えた場合、行為者の目的の審査を中心とした権限の濫用が問題となりうる。この点に関し、大阪高裁平成20年判決につき、共同相続人間の内的組合関係に由来する忠実義務違反を問題とすべきとする、大野正道「判批」私法判例リマークス40号（2010）101頁が興味深い。石田穣『物権法』（信山社、2008）382頁は、保存行為につき「共有者が自己の持分を行使する行為と共有者が自己の名で他の共有者の持分を行使する行為が結合した行為」と捉え、「共有者が自己の名でほかの共有者の持分を行使する行為は授権（法定授権）であることが考えられる」と述べる。また、フランスにおける遺産共有を「管理」という視点から捉え直す、宮本誠子「フランス法における遺産の管理㈠㈡」阪大法学56巻４号（2006）125頁以下、同56巻５号（2007）151頁以下が重要である。同56巻５号161-162頁は、「フランス法は、各相続人が債権回収や果実の収受をなし得るのは、財産が各相続人に帰属しているからではなく、遺産共有中には相続人に財産の管理権限があるからだと考えている。遺産共有中の財産の帰属に着目するのではなく、財産の管理権限に着目することで、遺産共有中の債権回収や果実の収受と、財産の帰属が遺産分割時に定まることを無理なく結びつけることができる」と述べる。

249）Julienne, *supra note* 27, p.1333 et s.

250）Laurent, *supra note* 167, n°42.

251）P. Goldsmidt, *Etude sur l'acte d'administration en droit civil français*, thèse Paris, 1898, pp.43 et s ; A. Trasbot, *L'acte d'administration*, thèse, Bordeaux, 1921, p.212.

252）旧フランス民法典第779条「単なる保存、監督及び仮の管理の行為は、そこにおいて相続人の名義又は資格を用いなかった場合には、相続承認行為ではない」。同条の訳については、法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典―家族・相続関係―』（法曹会、1982）229頁を参照。

自身のもののために（*pro suo*）、専権的に支配者として行使されうる、終局的で絶対的な、完全かつ自由な管理行為（*pleine* et *libre* administration）が存する[253]。ここにおいて、ドゥモロンブが完全かつ自由な管理行為においていかなる具体例を想定したかは明らかにはされていない。それでもなお、多元的な管理行為の把握については、より柔軟であり、さらに、追求される目的に応じて、他人のための資産の管理（gestion）の実務を説明することを可能にする利点がジュリエンヌによって強調される。例えば、ドゥモロンブの定式を応用したうえで、無能力者または不在者の範囲内での資産の保護が問題となる場合においては、管理行為の厳格な概念が維持されるべきであり、その一方、資産の価値増殖が問題となる場合においては、より広範アプローチが用いられるべきと主張される[254]。

また、経済的な文脈が、管理行為の法性決定に影響されることが主張される。このような主張においては、各管理人に活発な管理（gestion）が目的として課されているか否かや、経済的状況の推移などによりある管理行為について法性喪失（disqualification）が生じうることが指摘される。そのうえで、ある行為類型が決定的なものとして定められているものではないことが強調される[255]。つまり、三分類における行為の性質は、事実の状況、つまり想定される資産の内容または所与の経済情勢などに応じた発展可能性を秘めているものなのである[256]。

以上の三分類体系に対し、全く新たな体系のもと財産管理を構成する行為を位置付けることが考えられよう。

253）以上につき、C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon t.14, Traité des successions t.2,* A. Lahure, 1879, p.467. なお、ドゥモロンブは、これら単純かつ純粋な管理行為と完全かつ自由な管理行為の区別はしばしば微妙でその限界を画し難いと認めつつ、とりわけ779条の承認行為の認定において重要であるとする。

254）Julienne, *supra note* 27, p.1333.

255）R. Verdot, « De l'influence du facteur économique sur la qualification des actes d'administration et des actes de disposition », *RTDciv*, 1968, p.449.

256）Julienne, *supra note* 27, p.1334.

2　有用な行為

また、他人の財産の管理人による介入を正当化する枠組みとして、「行為の有用性」（utilité de l'acte）から行為を評価することが提唱される[257]。行為の有用性は、行為の形式的な三分類から独立して存しうるものであり、全ての他人の財産の管理人はこの有用な行為を遂行しうる。この有用な行為を参照することにより、一定の状況において必要とされる場合においては処分行為を遂行することも認められ、場合によっては、伝統的に管理行為と法性決定されていた行為が禁じられることもありうる。有用な行為であるか否かの評価にあたっては、資産の内容だけでなく、他人のための財産の管理によって追求される目的もまた考慮に入れられることとなる。つまり、目的が資産を保護することだけにあるか、もしくはそれを増殖させるかどうかに応じて、管理人の活動範囲は多かれ少なかれ広げられる。このような有用な行為の根拠および基準は実定法上、事務管理に関するフランス民法典第1375条に求められうる。同条は、「その事務を良好に管理された本人は、管理者が自己の名で締結した約務を履行し、管理者が引き受けたすべての個人的約務を補償し、管理者が支出したすべての有益費又は必要費をその者に償還しなければならない」[258]と規定する。つまり、本人にとって「その事務を良好に管理された」か否かをもって、当該行為が許容されるか否かを判断するのである。この条文の解釈をめぐり、事実、判例において当該行為は、保存行為および管理行為だけでなく、単発的な処分行為も認めてきたものと指摘される。事務管理人は、それが事実行為であろうが法律行為であろうが、事務管理における本人にとって有用であることが明らかである以上、全ての類型の行為を実行することができ、判例はこの性質を、保存行為、管理行為だけでなく、単発的に処分行為にも認めてきたと指摘される[259]。また、古典的には、この有用な行為という視点は、未成年後見人の権限の範囲

257）Julienne, *supra note* 27, p.1334.

258）法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注252）133頁。

259）Julienne, *supra note* 27, p.1334 ; Cass. 1ème civ 15 mai 1974, Bull. Civ. I, n°147, D. 1974, somm. 109.

を画するための基準に見出されうる。たとえば、オーブリー＝ロー[260]によれば、「子の資産を管理する後見人は当該管理に必要または有用な全ての行為だけをなす権限を有し」、「資産を維持し、収益を上げ、もし可能であれば増大される」任務を有するものとされる。

3　活用行為

この有用な行為についても、価値増殖という目的に照らした場合、財産の活用を基礎付けるには限界が存する。そのうえで、継続的で積極的な財産の利用による価値増殖を捕捉できる行為類型が模索される必要があろう。

このような要請に対応するものとして、ケベック民法典において実現された単純管理および完全管理の分類が挙げられる。単純管理は、財産の保存および、その価値の維持を目的とするものであり[261]、他方、完全管理は、財産の価値増殖を目指し、より大きな裁量と広範な権限を管理人に認める[262]。

また、財産の性質に応じた行為類型として、活用行為（acte d'exploitation）[263]に着目する方途がありうる。船舶、農業用財産、知的財産、鉱山、営業用不動産などは、活用されることによりその財産としての価値を発揮する。このような財産の利用形態の把握において、もはや三分体系は不十分であることが指摘される[264]。それゆえ、積極的収益をもたらす活用行為の把握が主張される。近年の議論においては、活用行為を明確に定義づけようという動きがある。ある論者によれば、活用行為は、他人の財産についての貸借権または用益物権に

260）Aubry et Rau, *supura note* 168, p.661, §113.

261）ケベック民法典第1303条においては、単純管理においても財産のexploitationが義務付けられている。

262）Cumyn, *supra note* 30, n°162, p.134によればPothier, *supra note* 50, n^os^144 à 147に示唆を得た立法とされる。

263）片山・前掲注14）184頁は、exploitationにつき、活用・開発・経営・実施などを意味する多義的な語であることを指摘する。同200頁以下においては、複合的な財産においてexploitationが果たした役割について言及される。財の多様化の観点からは、exploitationは、他人による財産管理の権限の範囲の問題にとどまるものでなく、複合的性質を有する現代的な財産から価値を引き出す積極的な行為として重視される。

264）A. -V. Le Fur, « L'exploitation de la chose d'autrui », *RTDciv*, 2004, p.429.

基づき、積極的収益を目的として、当該物を自己の利益のために用いるという要素から構成される[265]。しかしながら、このような定義によれば、他人の利益のための財産の利用が排除されるため、財産管理を把握することができない点に留意する必要があろう。活用行為の議論、およびその法性決定の実益は、財産法分野にとどまらず、税法、さらには国際税法との関連においても見出されるため、活用行為の境界は慎重に見出される必要があることは肯首できよう[266]。

㈢ 財産管理人の諸義務

この問題は対象とする領域があまりに広範なため、権限および目的性の観点から数点だけを述べるにとどめたい。

1 注意義務

まず注意義務について。フランスにおいて、格別に受任者の注意義務を述べた規定は存せず、一般法たるフランス民法典第1137条のもと、受任者も同様に善良な家父の注意（bon père de famille）を負うと述べられるのみである[267]。しかしながら、この善管注意義務そのものが高度な水準の義務を指すものではないことは、日本法の学説においても指摘される。すなわち、「『善良な管理者の注意』は、委任事務処理義務の具体的内容を定める基準としてのみ機能すると考えるべきである。信頼関係に基づいて、裁量性の高い事務を委ねられた場合については、当該『委任の本旨』に鑑みると、『善良な管理者』ならば、高い水準の義務に従った行為をするのが当然であり、したがって、受任者は高い水準の行為義務を負う」[268]ということである。

そのため、管理者の義務水準を定めるにあたっては、合意による財産管理に

265）*Id.,* p.433.

266）*Id.,* p.440.

267）同概念については、山口俊夫『フランス法　下』（東京大学出版会、2004）137頁以下参照。また、手段債務については、森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002）34頁以下〔初出、「結果債務・手段債務の区別の意義について―債務不履行における『帰責事由』」太田知行＝荒川重勝編『鈴木禄弥先生古稀記念・民事法学の新展開』（有斐閣、1993）〕を参照。

おいてはその合意内容、または裁量の範囲の広狭や事務の種類等から導かれる合理的意思、法定の財産管理においては、法律の趣旨が検討されよう。このことを問題とすることは、権限分与規範の設定する権限の目的を問うことにほかならない。いかなる目的のもと、どのような利益を実現するために、いかなる範囲の権限が与えられたかにより義務水準が定められることとなろう。

ここでは、ダバンが述べる職分としての権利の目的性から導かれる準則が参考となるであろう。

ダバンによれば、職分としての権利が遂行するべく付与されている場合においては、職分としての権利の不行使の自由はなく、不行使は「職分の怠慢」として規制の対象となるとされる[269]。また職分としての権利には、「不備な利用」ないし「合目的性の統制」が及ぶ。つまり、「権利の利用は、それへと向けられている職分が相応なしかたで遂行されるような態様で、生じなければならない」。そのため、職分としての権利の使用は有効でなければならず、したがって、よりよくその目的を達成できるものでなければならない。職分としての権利の利用として為された手段によって、その目的を十分に実現できない場合、それは「不備な利用」としてフォートと評価される[270]。つまり、「財産の管理を目的とする職分は、管理の種々の行為の利得のある又はない性格について十分確実な判断を許すものだと認めよう。自己の未成年の子の財の管理人たる父親によって、あるいは後見人によって、あるいはその妻の財の又は共同財産の管理人たる夫によってなされる事実的又は法律的な、司法的又は司法外的な諸行為にとって、一般的には法規又は契約によって他人の所有財産や金銭的利益を管理する責を負うすべての者（自然人、私的又は公的法人）にとって、事はそうしたものである。こうした場合には、悪い管理の諸行為は、まったく当然のことながらその制裁を、原状回復の、賠償あるいは懲罰するもの形でみい

268）道垣内弘人「善管注意義務をめぐって　論点講座　民法☆かゆいところ」法学教室305号（2006）44頁。

269）髙作・前掲注61）10頁。

270）以上につき、髙作・前掲注61）10頁。

だす」[271] のである。

なお、ガイヤールは権限に対する本質的規制を、権限保持者の主観の評価に関わる権限の濫用とし、合目的性の評価とは明確に区別する[272]。しかしながら、同時に、権限において設定されている目的追求に用いられる手段の不適切性については、「重過失は故意と同視される（*culpa lata dolo aequiparatur*）」という法諺、さらには行政判断において用いられる評価の明白な過誤（erreur manifest d'appréciation）[273] の規制によって制裁が加えられることを述べる[274]。

271）ダバン（水波訳）前掲・注61）347頁以下、Dabin, *supra note* 61, p.258.

272）Gaillard, *supra note* 91, n°210, p.134.

273） 亘理格『公益と行政裁量―行政訴訟の日仏比較―』（弘文堂、2002）72頁は、「要件事実に関する『評価の明白な過誤』の統制とは、公務員に対する懲戒処分の選択、公務員の勤務評価、外国図書出版に対する警察処分、在留外国人に対する強制退去処分、旅券発給処分、建築許可等、従来専ら『最小限の統制』ないし『限定された統制』しか及ばないとされてきた行政活動領域において1960年以降の行政判決例により形成されてきた裁判審査理論が、1970年代に入ってから明確に確立されてきたものであると言われている。この審査理論に従うことにより、個々の行政決定とその前提条件を構成している要件事実との間に『過度な、度を越した不均衡が存在してはならない』という見地から、行政庁の自由な事実評価の余地を温存させつつ、『要件事実の法的性格認定』に関する限定された裁判審査を行うことが可能となる。かくして、『最小限の統制』ないし『限定された統制』は、今日では、『法の過誤』、『権力濫用』及び『要件事実の実質的正確性』の統制という伝統的な審査対象に加え、限定された範囲でではあれ、要件事実の『法的性格認定』に関する審査の可能性を含んだ裁判審査類型として、理解されている」と述べる。また、リヴェロ（兼子＝磯部＝小早川編訳）・前掲注56）282頁以下も参照。ここでは、ダバン、ガイヤールいずれにおいても、公法・私法に共通する規律が志向される点が重要である。裁量の広範な権限の規律にあって、その注意義務違反の審査は、日本法においても私法・公法に接点が見られる。この点について、松本伸也「経営判断の司法審査方式に関する一考察―行政裁量の司法審査方式との関連において―（上）（中）（下）」金融・商事判例1369号、1370号、1371号（2011）を参照。ただし、森田果「わが国に経営判断原則は存在していたのか」商事法務1858号（2009） 4 頁以下にも留意する必要があろう。

274）以上のガイヤールの議論においては、合目的性による規制は権限概念の当然の帰結とはされていないことが分かる。高作・前掲注61）19頁は、この点において、合目的性による規制を権限（＝職分としての権利）からの帰結とみるダバンの見解が、「司法判例の先行」という現象を適切に捉えることができるものとして評価する。

2　忠実義務

次に、忠実義務について述べることとしたい。

日本法において、信託法（第30条）や会社法（第355条）は忠実義務の規定を有しており、近年の債権法改正論議においては、受任者に対し忠実義務の規定を置く提案[275]もなされており、一定の財産管理人の義務と関連付けられて論じられることが多い。これら忠実義務の意味内容は活発に議論され、しばしば英米法上の信認義務などを参照してその独自の意義が主張されることがある[276]。

ケベック民法典においては、他人の財産の管理の章と同様（ケベック民法典第1309条）、委任においても「委任者の最大の利益のために誠実かつ忠実に行動しなくてはいけない」（ケベック民法典第2138条）と規定されている。

実際のところ、伝統的にフランス法において受任者に高度な義務を認めるという議論は活発でなく、いわゆる忠実義務というものに言及する文献は極めて稀であったと評される[277]。

フランス法においても、忠実義務〔あるいは誠実義務〕（devoir de loyauté）が論じられるようになってきたが、これは債務法の一般法への示唆を目したものであり、受任者あるいは財産管理人に特有の義務を論じたものではない[278]。

これらに対して、ディディエは、英米法を参照しつつ、代理関係の根底にある信認義務を根拠に忠実義務を認めようとする[279]。果たして、大陸法伝統を

275）民法（債権法）改正検討委員会編『債権法改正の基本方針』別冊NBL126号（2009）370頁は、【3.2.10.04】（委任者の忠実義務）「受任者は、委任のため忠実に委任事務を処理しなければならない」という提案を規定する。

276）近年の研究として、長谷川貞之『担保権信託の法理』169頁以下（勁草書房、2011）〔初出、「信認義務と忠実義務―信認型契約の創設を構想する立場からの提言―」円谷峻編『社会の変容と民法典』〔成文堂、2010〕〕、田岡絵里子「忠実義務から見た信認関係の内容とその性質―代理人の忠実義務の法的根拠を探るために―」早稲田法学会雑誌58巻２号（2008）359頁以下を参照。

277）B. Mallet-Bricout, *La substitution du mandataire,* thèse. Paris II, Panthéon Assas, 2000（préf. C. Larroumet）, n°192, p.141.

278）Y. Picod., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1989.

279）Didier, *supra note* 118, n°224.

素地として、独自に財産管理人の忠実義務を語ることはできないのであろうか。

ペテルは、そのテーズ『受任者の義務』において、明確に受任者が忠実義務を負うことを認めるに至っている[280)]。ペテルのテーズを紹介する柳勝司教授は、ペテルの議論を、受任者の義務を具体的忠実義務および抽象的忠実義務に整序し、具体的忠実義務の違反は権限の濫用をもたらし、抽象的忠実義務は自己契約（contrepartie）および二重委任・双方代理（mandat double）の禁止によって示されるものとする[281)]。ペテルは、自己契約を潜在的代理権濫用（détournement de pouvoir potentiel）と呼び、委任者が本来的に排除を予定しているものとし[282)]、二重委任についても当事者の意思解釈から権限踰越行為となるものと理解する[283)]。なお、この問題については、様々な体系的位置付けが可能であろう。とりわけ、ジュリエンヌは自己契約や双方代理を、忠実義務という観点よりむしろ、権限の範囲、または許容されない行為の類型という観点から、管理行為をはじめとする三分類の行為類型に続けて論じている[284)]。

なお、ペテルが受任者の忠実義務を導くにあたって、受任者の権限が、その任務の目的（la finalité de sa mission）に適合するように行使すべく授与されていることを根拠としている点が注目される[285)]。

このような観点から、職分としての権利および権限の理論と、忠実義務の接合を試みることができる。ペテルはダバンによる次のような言を引用する。す

280）Pétel, *supra note* 62, n°172, pp.114 et s.

281）柳勝司「受任者の忠実義務」法政論集201号（2004）436頁以下および445頁以下。

282）柳・前掲注281）446頁、Pétel, *supra note* 62, n°219, p.142.

283）柳・前掲注281）446頁、Pétel, *supra note* 62, n°222, p.143.

284）ジュリエンヌは「他人の財産の管理人による介入の範囲（Le domaine d'intervention de l'administrateur des biens pour autrui）」（Julienne, *supra note* 27, p.1332）のなかで、「管理人により締結される行為の性質（La nature des actes passés par l'admnistrateur）」に続けて、「利益相反の規制（La règlement des conflit d'intérêt）」（Julienne, *supra note* 27, p.1335）を論じる。

285）Pétel, *supra note* 62, n°196, p.128. ただし、ペテルはダバンを引用するものの、結論的には権限の濫用をフロードによる効果と考えているようである。フロードにより権限の濫用を規制したフランスの判例については、柳・前掲注281）439頁を参照されたい。

なわち、「職分としての権利の保持者が自己に委ねられた行為の自由または裁量的権限の余地を、その職分の目的とは異なる目的に役立たせる度毎に、権限の濫用がある」というものである[286]。

同様に、ガイヤールは権限が本質的に目的的な性質を有するものと考え、権限に固有の規制手法として権限の濫用を認めている。コルニュはガイヤールのテーズの序文において、権限の濫用の規制は、権限に内在する目的性への忠実義務の現れにほかならないと述べる[287]。

3　報告義務

財産管理にとって、報告義務がいかなる意味を有するものであろうか。合意により設定される財産管理において、報告義務が任意に排除しうるとすれば、財産管理にとって報告義務は必要不可欠な要素と言えないこととなるのではないか。

フランス民法において受任者の報告義務は第1993条に規定されている。同条によれば、「受任者は、すべて、その事務処理について報告を行い、その委任〔procuration〕に基づいて受領したすべてのものを委任者に引き渡す義務を負う。受任者が受領したものが〔本来は〕委任者〔mandat〕になんら帰すべきものでなかったときであっても、〔同様である〕」[288]とされる。同様の報告義務は、民事組合に関するフランス民法典第1856条にも規定されている。

フランス民法典第1993条の報告義務は、長らく単なる任務終了時における財産の返却に伴う計算義務と捉えられてきたが、専門家による受任者の責任に関する判例法理に伴って、任務の遂行過程および結果についての情報提供義務としての報告義務も含まれるものと理解されるようになってきた[289]。

このような報告義務は明示または黙示に免除されうるものと一般的に考えられている。かかる受任者の報告義務について論じるものは少ない。代表的な概

286）Dabin, *supra note* 61, p.249. なお、ダバン（水波訳）・前掲注61）335頁の訳も参照のこと。
287）G. Cornu, « Préface. », in Gaillard, *supra note* 91.
288）法務大臣官房司法法制調査部編・前掲注202）277頁。
289）Pétel, *supra note* 62, n°370, p.238.

説書は、「もし免除されていなければ、受任者は委任者にその管理について報告する、いわば、その任務の遂行について情報提供し、その委任に関して受け取った金額について、たとえそれが委任者に支払われるべきものでないとしても、引き渡す義務を負う」と簡潔に述べつつ、報告義務の免除が可能であることを示唆する[290]。これは、報告義務が公序に関しないものであるから、当事者の意思によって排除することができるという理解に基づく[291]。ある見解によれば、「報告義務は委任の本性（*nature*）でも本質（*essence*）でもない」[292]。以上の理解に基づくならば、合意により、委任の経過中においても終了時においてもいかなる報告義務も負わないことも可能となる。

しかしながら、以上の理解に対しては根強い異論が存する。フランス立法に多大な影響を与えたポティエによる委任の定義においては、報告義務が織り込まれており、委任にとって報告義務が本質的、あるいは少なくとも重要な要素であったとの見方が可能である。ポティエによれば、「委任契約とは、……（略）……契約他方当事者は無償で当該管理を行う義務を負い、契約当事者の一方に対し報告する義務を負うこととなる契約である」[293]。

またフランス民法典の立法時の議論においては、報告義務は、「他人の事務を管理する者全てに共通する」ものと述べられた[294]。

立法以降の古典的学説において、「報告義務は委任に内在する」[295] ものであ

290）Malaurie, Aynés, et Gautier, *supra note* 35, n°568, p.311.

291）Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, 2e éd, t.XI, *Contrats civils* 2e partie, *Le mandat* par Savatier, 1954, n°1476 ; F. Collart et Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 3d, 1996, n°647 ; J. Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 1996, n°31238.

292）Collart - Dutilleul et Delebecque, *supra note* 291, n°647.

293）Pothier, *supra note* 50, n°6. ここで留意すべきは、フランス民法典が委任の対象を「何かを行う」と概括的に規定する一方、ポティエにおいては「管理を行う義務」とより限定的な定義を行っていたことである。また、ポティエは報告義務の具体的内容については、次のように説明しており、実質的には計算義務を念頭に置いているように考えられる。

294）A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t.14, Videcoq, 1836, p.598.

ると主張される[296]。とりわけ、報告義務の欠如は、委任を変性させ（dénature）、恵与に変化させるとの指摘が存する[297]。近年においては、以上を踏まえ、一般的に許容されている報告義務の免除は原則を歪めるものではなく、その方式の免除の限りにおいて認められているに過ぎないとものと主張される[298]。

以上を踏まえれば、財産管理において行使される権限の目的性に鑑みれば、全面的な報告義務の免除は、もはや財産管理の本質に反するとの理解が成り立ち得よう。

以上の報告義務が任意規定であるか否かの問題は、近年の判例において提起された一連の報告義務をめぐる問題にも関連する。

最二小判平成20年７月４日（判時2028号32頁）は、「加盟店経営者が本件発注システムによって商品を仕入れる場合、仕入商品の売買契約は加盟店経営者と推薦仕入先との間に成立し、その代金の支払に関する事務を加盟店経営者がYに委託する」ものであり、本件委託は、「準委任（民法656条）の性質を有する」が、「本件特性」を勘案しても、本件において報告義務が認められない理由はなく、当事者間の契約の合理的解釈により報告義務は免れるものとは解されない、との判断を示した。

上記平成20年判決に関し、当事者間において報告義務が明示的に免除する条項が設けられた場合の当該条項の効力についての問題が提起されている[299]。一般に、概説書において報告義務に割かれる内容は僅かであり、せいぜい報告義務は委任における付随義務であると述べられるくらいである。そのため、上記

295）Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code., t.16, Du mandat*, 1846, n°414.

296）商事法分野においては、「いかなる他人の事務を管理する者も報告義務を負う。これは自然法上の原則であり、善良な商取引秩序の要請による」とまで主張されることがある。この点について、Delamarre et Lepoitvin, *Traité du contrat de comission*, t.II, Paris, 1841, n°801を参照。

297）L. Guillouard, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, 2e éd., Durand et Pedone – Lauriel, 1894, nos133, 446 ; Pétel, *supra note* 62, n°597, p.351. なお、類別コーズの欠如により、契約の変性がもたらされる点につき、大村・前掲注10）176頁参照。

298）Didier, *supra note* 118, n°287 ; Pétel, *supra note* 62, n°597, p.350.

問題について言及する記載は従来少なく、端的に報告義務は任意規定である[300]と述べられることがあったにとどまる。この点に関して、ボアソナードは、「委任における計算報告義務は、一般的なものであり、例外として、委任者により受任者が計算報告を免除されるような場合が認められることはほとんどない。この〔計算報告が免除される〕場合は、完全に契約の性質に反するものであり、偽装贈与（donation déguisée）[301]と考えられるであろう」[302]と述べていた点が注目される。この言及は、フランス法において形成された古典的見解と軌を一にするものであると言える[303]。ここで留意すべきは、フランス法における委任においても、ボアソナードが起草した委任も、法律行為のみを対象とした、代理と緊密な関係を有する委任像が前提となっていた点である[304]。日本法においては、我妻栄博士による、スイス債務法に範を得た広範な準委任像のなかで本来的な委任の輪郭が曖昧になものとなり、報告義務は単なる受任者

299）沖野眞已「判批」判例タイムズ1298号（2009）52頁。沖野教授は、「およそ、委任事務処理に関する情報の提供の請求を否定する合意・条項は不当条項として無効というべき」と述べる。

300）幾代通＝広中俊雄『新版注釈民法(16)』（有斐閣、1989）238頁〔明石三郎〕。

301）山口編・前掲注10）183頁において、偽装贈与は「売買や仮想的債務のような、擬制的な有償行為の形式をとってなされる贈与。判例は、無能力に関する規定の脱法を目的とする場合を除き、表面的な有償行為自体を充足し、かつ贈与の実体的要件を遵守されることを条件として、その有効性を認めるが、学説上では批判がある」と述べられる。

302）G. Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon, accompagné d'un commentaire, t. III : Des moyens d'acquérie les biens*, Nouvelle éd., Imprimrie Kokubunsha, 1891, p.936. ボワソナード氏起稿『民法草案　権利獲得方法之部　第四十九冊』91丁における草案第936条の註解の該当箇所は、「代理の計算を為すの義務は一般に渉るものにして其例外を認許すべきものとせは是れ委任者より代理人か代理の計算を為すことを免れたる場合なりと云ふ可し而して此場合は全く契約の性質に背反するものにして秘密贈與として看做すへき場合なり」と訳出している。同草案936条は、旧財産取得編第11章第２節第240条に相当する。

303）Guillouard, *supra note* 297, n°133, p.446.

304）ボワソナード草案から、現行民法典の委任に至る過程については、柳勝司「委任契約における代理㈠　㈡　㈢」名城法学39巻１号（1989）１頁以下、同39巻２号１頁（1990）以下、同41巻２号（1991）73頁以下を参照。

の付随義務と把握されるように至ったものと考えられる[305]。今後は、他人の資産または法領域に法律行為をもって介入する場合の最低限の義務が考慮される必要があろう。この点について、最一小判平成21年１月22日（民集63巻１号228頁）は、「預金契約に基づいて金融機関の処理すべき事務には……（略）……委任事務ないし準委任事務の性質を有するものも多く含まれ」、「委任契約や準委任契約においては、受任者は委任者の求めに応じて委任事務等の処理の状況を報告すべき義務を負うが（民法645条、656条）、これは……（略）……受任者の事務処理の適切さについて判断するためには、受任者の事務処理の適切さについて判断するためには必要不可欠」であり、「このことは預金契約において金融機関が処理すべき事務についても同様」であると述べる。ここで、報告義務を事務の正確性を確保するために重要な義務であると捉えている点が重要である。

この問題は、委任の法性決定の問題とも関連する[306]。いずれの判例も報告義務を導くにあたり委任ないし準委任の法性決定に決定的な役割を担わしめたが、準委任があらゆる事実行為を対象としうるとの見解においては、その法性決定は無限定なものとなる。ある契約において他人の法領域への介入が予定されている場合には、委任ないし準委任の法性決定を媒介とせずとも、このような介入的性質を理由として報告義務を導くこともありうる。翻って、そのような介入的性質こそ準委任を輪郭付ける要素になるとも考えられよう[307]。その前提として、介入的性質をいかに輪郭付けるか。ここにおいても、権限の概念が有用となるものではないか。この点に関連して、預金契約の財産管理的性質

305）我妻栄『債権各論　中巻二』（岩波書店、1964）666-667頁。このような準委任の理解に対する批判については、柳勝司「準委任契約の法的性質」名城法学60号別冊（法学部創立60周年記念論文集）231頁以下、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Ⅴ　各種の契約⑵』（商事法務、2010）５-６頁を参照。

306）後藤巻則「非典型契約における内容規制」NBL947号（2010）82頁以下、山本豊「フランチャイズ・チェーン運営者の加盟店に対する報告義務」私法判例リマークス40号（2010）45頁。

から報告義務を正当化する見解が着目される[308]。

おわりに

㈠ 一応の帰結

本稿を終えるにあたって、財産管理制度の共通枠組みへの示唆として、帰結めいたことをまとめておかなければならない。

要約すれば、財産管理の基軸に据えられるべきは、目的的な性格を有する権限（pouvoir）であり、この権限の目的性に応じて財産管理を実効あらしめる、権限の範囲が定まり、種々の義務が導かれる、というものである。

権限（pouvoir）の目的的性格が財産管理の基軸に据えられたことにより、目的を中心として財産管理による利益の帰属の問題と、財産管理を実効あらしめる財産管理人の義務の問題が有機的に組織される。このような、特徴はガイヤールのテーズに寄せられたコルニュの序文で述べられる「およそ義務を欠く権限というものは存しない」、または「あらゆる権限、権限―義務（pouvoirs-devoirs）という二重の側面を有している」[309]という定式によって端的に述べられている。

307）民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注275）370頁は、準委任のカバーする範囲を「当事者の一方（委任者）がその相手方（受任者）に対し，第三者との関係で法律行為でない事務を行うことを委託する場合」（【3.2.10.02】）に限定することを提案する。民法（債権法）改正検討委員会編・前掲注305）91頁によれば、このような提案は現民法の起草者が本来予定していた準委任の範囲を明確にするものであり、現民法第656条の趣旨を変更するものではないとされる。

308）伊藤進「預金者の共同相続人の一人からの銀行に対する預金取引履歴の開示請求」判例評論547号（2004）183頁。また、淺生重機ほか「＜座談会＞預金者の取引履歴開示請求権に係る最高裁判決が金融実務に及ぼす影響」金融法務事情1871号（2010）6頁における潮見教授による発言も参照されたい。このほか、高秀成「金融機関の預金者に対する預金取引経過開示義務について」慶應法学19号（2011）563-564頁など。

309）G. Cornu, « Préface », in Gaillard, *supra note* 91.

㈡　日本法に関する若干の言及

於保不二雄博士は、財産管理権概念の提唱にあたり、次のように述べていた。「財産管理は、人によって行われ、ことに、人の行為をとおしてなされる。だから、財産管理も、それ自体として抽象的には、目的観念を伴う必要はなさそうであるが、現実的には、必ず限定的または無限定的な一定の目的に拘束されざるをえない。だから、一定の目的のために財産を処理することが財産の管理といわれ、この目的的に財産を処理することが、処理する人のなすべき仕事という視角から、『事務』とも考えられる」[310]。ここに、財産管理制度の総合的把握についての示唆を看取することができる。つまり、財産管理の現実態における目的性をいかに法的な枠組みにおいて位置付けていくべきかを、財産管理法学における課題として設定することが可能であろう。

以上述べた財産管理に共通する規律が存することを前提として、その本質的要素たる権限を論じることは、取りも直さず、権限という法性決定を通じて共通の規律を導き出すことにほかならない。この点は、ガイヤールおよびキュマンがとりわけ強調している点である[311]。このような法性決定が成り立ちうるには、権限が一つの自律的なカテゴリー[312]を形成していることが前提となる。

この点について、日本法においては、広渡清吾教授の代理権に関する見解、四宮和夫教授の中立的行為論[313]および新井誠教授の目的的拘束行為論[314]においてその展望が示されていたと言えよう。とくに、広渡清吾教授が次のように述べる点が注目される。曰く、「本人の利益をはかる義務が基礎関係上のも

310）於保・前掲注1）9頁。

311）Gaillard, *supra note* 91, n°144, p.95 ; M. Cantin Cumyn, « La qualification du pouvoir ou le pouvoir de la qualification », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, pp.79-86.

312）フランス法におけるカテゴリカルな思考方法の特徴については、小粥・前掲注10）85頁以下参照。

313）四宮・前掲注3）61頁以下。

314）新井誠「ドイツ信託法における「財産管理行為」の意味と機能」信託法研究7号（1987）41頁以下。

のとして代理人に存することはいうまでもない。ここでの問題は、その義務が代理権に内在化されるかということである……（略）……私見は、代理権は代理制度の目的に適合的に行使すべき義務をその本質的内容とすると解する。だが、この義務は、基礎関係によって生じている受任者としての代理人の具体的義務とただちに一致するものではなく、社会的に・取引通念において客観的に定型化されたもの、として理解されるべきである。この定型的義務について、相手方の認識可能性を求めることは不当ではないであろう」[315]。

㈢ 展望

以上に徴すれば、本稿の提示するフランスにおける権限の目的的性格を基軸とした財産管理制度の把握について、なんら目新しいところは存しないと映る

315）広渡・前掲注5）222-223頁。なお、代理権の濫用の法的構成については、代理権濫用説（無権代理直接形成説）、表見代理説、民法93条但書類推説、信義則説、権利濫用説などが拮抗しており（以上各説を鳥瞰できるものとして、福永礼治「代理権濫用と表見代理」法学教室213号（1998）31頁以下）、代理人および本人の間の内部的な義務違反がいかに代理権に影響し、本人への効果不帰属がもたらされうるかの構造解明が焦眉の課題とされる（高橋三知雄『代理理論の研究』（有斐閣、1976）234頁以下および佐久間毅『代理取引の保護法理』（有斐閣、2001）37頁以下を参照）。しかし、いずれの見解も概ね、代理権の濫用が、代理人が自己に利益を帰属させるなど、代理権授与の目的に反する主観的意図によりなされた代理行為に関する問題であると認める点については一致している。かかる主観的意図は、代理行為に際して、代理人によって具体的に形成される意思表示との関係において、動機に位置付けられる（倉沢・前掲注237）141頁は、「利益の帰属は動機にとどまる」ものと鋭く指摘する）。この点に着目すれば、内部的な義務違反がいかに代理権に影響するかという問題設定とは別に、代理行為が、代理権授与の目的に反する動機のもとなされた場合、当該動機を理由としていかに本人への効果不帰属を招来しうるかという問題設定も可能であろう。この点に関連して、高鳥トシ子「表見代理―代理人の権限濫用と表見代理―」森泉章＝中川高男＝下森定＝半田正夫＝伊藤進＝田山輝明編『民法基本論集　第Ⅰ巻　総則』（法学書院、1994）203頁が示唆に富む。Gaillard, *supra note* 91, n°147, p.97は、権限の濫用が動機に対する特徴的な司法上の規制である点を指摘する。また、権限の踰越が客観的に（objectivement）評価されるのに対し、権限の濫用の評価は代理をもたらした動機（mobiles）のみに関連して主観的に（*subjectivement*）行われるとも述べられる（J. Ghestin, Ch. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3e éd., 2001, n°958, p.1030 ; Gaillard, *supra note* 91, n°147, p.97）。

かもしれない。権限に関連して次の点を付け加えたい。

ガイヤールは、権限と権利、能力、代理権限とを、そして、権限の濫用と、権利の濫用、フロード、違法な原因（cause illicite）[316] に対する規制とを逐一、明確に区別しようと試みた。これにより、ガイヤールは権限に最も精緻な定義を与えた。ガイヤールの見解に沿い、権限を、一方的な行為により、他者の利益を規定する規範を設定する特権と見た場合、他者に対する権力としての側面を呈する[317]。この側面は、既に岡松参太郎博士による代理の定義において既に現れている。つまり、「代理権、トハ他人ノ名ニ於テ法律行為ヲ為シ直接ニ其他人ノ利害ニ於テ効果ヲ生セシムルコトヲ得ル権力ナリ」[318] ということである。このような、権限＝権力という側面は、私法上の権限と公法上の権限の

316）違法な原因については、山口俊夫『フランス法　下』（東京大学出版会、2004）74頁以下を参照。

317）pouvoir（＝権力）をより広い文脈へと解放するものとして、C. Lokiec, *Contrat et pouvoir - essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, LGDJ, 2004 (préf. A. Lyon - Caen) が注目される。ロキエは、権力を「自己の意思を他人に強制する能力（faculté）」とする（Id., n^{os}16 et s）。これにより、権力が契約関係などにおいても広く認められる反面、その外延は捉え難いものとなりうる。同テーズについては、小林・前掲注84）247頁以下、大村・前掲注22）176頁、大村・前掲注209）39頁および106頁は、問題局面に応じてpouvoirを、権限と権力とに訳し分ける。また、行政法分野においては、détournement de pouvoirは権力の濫用（近藤・前掲注52）161頁以下、阿部・前掲注52）116頁以下、亘理格『公益と行政裁量―行政訴訟の日仏比較―』（弘文堂、2002）102頁以下）と、権限の濫用（橋本・前掲注52）214頁以下、ウェール＝プイヨー（兼子＝滝沢訳）・前掲注52）114頁以下、交告・前掲注52）163頁以下）のいずれの訳も存する。交告・前掲注52）163頁は、「権限濫用とは、行政庁が自己の権限をそれが与えられた目的以外の目的で行使することをいう。まさに権力を曲げる（détourner）、曲げて使うということである」と述べる。なお、近年、détournement は根本的にabusとは異なる概念であり、目的性が問題とされる制度（institution）や権限（pouvoir）についてのみ用いられるべきと主張するものとして、N. Cordier - Dumonnet, *Le détournement d'institution*, thèse Univérsité de Bourgogne, 2010.　また、同様に、détournementを濫用ではなく、「歪曲」と訳すものとして、ダバン（水波訳）・前掲注61）334頁以下が存する。このほか、「簒奪」と訳すものとして、田上穣治「佛國判例より見たる自由裁量の限界」『法律による行政』（有斐閣、1942）〔初出、1938〕185頁以下、山田幸男「佛蘭西に於ける自由裁量問題」神戸法學雑誌１巻１号（1951）73頁以下。

架橋となるものと理解される[319]。

本稿では、財産管理制度の共通のモメントを権限（pouvoir）と見て、権限の目的的性格から設定される財産管理制度に共通する枠組みの可能性を提示した。合意内容いかんに拘わらず、財産管理制度に共通する規律（注意義務、忠実義務、報告義務）がいかに設定されうるかについては、英米法から示唆を得た信認関係[320]による説明がなされうる。他方、あくまで契約の外延の拡大や合理的解釈[321]に依拠した説明も有力に主張される。近年においては、財産管

318）岡松参太郎＝富井政章『注釈民法理由〔第２版〕』（有斐閣書房、1897）218頁。また、遠藤新一「代理権の機能の法的評価―新総合共同行為説の特徴」奈良法学会雑誌１巻３号（1988）25頁　は、Müller - Freienfelsが「Berechtigung」　を「Das rechtliche Können (power)」と読み替えていることを伝える。なお、Müller - Freienfelsの代理論については、ヴォルフラム・ミュラーフライエンフェルス（奥田昌道訳）「英米の代理法とヨーロッパ代理法の乖離と接近の諸相㈠（二・完）」法学論叢121巻１号、121巻３号（1987）、伊藤進『代理法理の探究』（日本評論社、2011）157頁以下などを参照。以上に言及しつつ、伊藤・同404-405頁は、ドイツにおいて、代理権を本人の事務に干渉することのできる法律上の力＝「権力（die rechtliche Macht）とみる見解もある」と述べるが、代理権を「許容・能力・地位・資格のような代理人の属性とみたり、代理人の権能・権限・権利とみても、効果転帰のための法的な根拠づけとしては、構成上、実際上、何ら異なるところはない」とする。他方、Gaillard, s*upra note* 91, n°144, p.95は、権限に特有の権限の濫用の規制が存するか否かにおいて権利（droit subjectif）、能力（capacité）との区別は実益が存するとして、厳密に分類する。ガイヤールによれば、能力とは、主観的権利の行使を基礎づけるものであり、他方、権限の行使は、権限の保持の有無によって基礎づけられると述べる（Gaillard, *supra note* 91, n°225, p.143）。

319）このような観点において、規範的帰報を基軸に、国民の意思と代表の問題を分析する木村草太「国民の意思と人格―帰報：統治機構の、いや法学の基礎知識」法学教室379号（2012）36頁以下が関心を引く。また、同42頁の「フィクション」という語に付された詳細な注も重要である（同42頁注8））。E. Gaillard, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits* 6, pp.91 et s.は、代理という制度が人格をめぐる思想的対立とは無関係ではなく、一般に考えられているほど中立的な制度ではないことを述べる。

320）樋口範雄『フィデュシャリー（信認）の時代―信託と契約』（有斐閣、1999）、また木南・前掲注180）41頁以下も参照。

321）道垣内弘人「さみしがりやの信託法　第２回　遺言でもしてみんとてするなり」法学教室332号（2008）117頁。

理を可能にする委任や信託などのツールを、「制度」という視点から整序するものが存する[322]。財産管理には、権限を基軸としつつ、契約・関係・制度の多面的分析を可能ならしめる素地がある。

財産管理「制度」と「制度理論」（théorie de l'institution）を関連付けることは理由のないことではない。フランスにおいて、企業主やスポーツ連盟[323]、私的な団体が有する権限の存立根拠やその規制原理を制度理論により説明する見解が主張されていた[324]。ここには、契約と制度をめぐる視線往復的な関係がある[325]。本稿において着目した職分としての権利ないし権限の探究は、そもそも公法分野において生成した権限の濫用が妥当する独自のカテゴリーの認識に端を発する。公法上の権限の濫用理論について最初に確固たる基盤を与えたのはほかならぬ制度理論の提唱者、モーリス・オーリウ[326]であった。他方、ガイヤールは制度理論に立脚することなく[327]、権限分与規範としての法律または契約により設定された目的が、権限の行使により設定される規範の効果に消長をきたす構造の解明に腐心した[328]。

公法・私法を問わず、権限について、そこで追求される目的と権限の行使者

322）大村敦志「現代における委任契約」『新しい日本の民法学へ』（東京大学出版会、2009）71頁以下参照。

323）髙作正博「フランス行政判例における結社の懲戒権(1)　スポーツ連盟の事例を中心として」関西大学法学論集 59巻 5 号（2010）1324頁以下。

324）A. Légal et J. Brethe de la Gressaye, *Le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées*, Sirey, 1938が代表的である。また、山口・前掲注212）1698頁以下、大村敦志「フランス法における契約と制度」『生活民法研究Ⅰ　契約法から消費者法へ』（東京大学出版会、1999）238頁以下も参照。

325）大村・前掲注322）238頁以下。契約の分野に制度の観点をもたらした米谷隆三『約款法の理論』（有斐閣、1954）がある。近年では、内田貴『制度的契約論―民営化と契約』（羽鳥書店、2010）が注目される。また、懲戒権をめぐる制度と契約の関係につき、髙作正博「フランスにおける〈association〉と〈pouvoir〉㈤」琉大法学78号（2008）27頁以下を参照。

326）橋本・前掲注56）214頁以下参照。なお、モーリス・オーリウの制度理論については、同書 7 頁以下参照。

327）Gaillard, *supra note* 91, n°90, p.64.

が具体的に有した目的の評価に根ざす規律を及ぶことはいかなる意味を有するか。以上に見てきたところによれば、私法上の権限の背景には、フランス法特有の公法・私法の関係の在り方が強く影響しているものと推測できよう。

日本法における財産管理に関する研究の蓄積にも拘わらず、フランス法における権限に着目して財産管理を検討する意義は、フランスにおける私法上の権限概念の生成過程およびロジックの特異性にあると言いうる。

フランスにおける私法上の権限については、独立した考察が必要である。この点は別稿に期したい。

〔付記〕本稿は、平成23年度科学研究費補助金（基礎研究（B）・課題番号23330028）の助成を受けた研究による成果の一部である。

328）Gaillard, *supra note* 91, n°235, p.150. 権限分与規範との関係において権限の目的的拘束性を位置づけるガイヤールの理解は、ケルゼンの法の階層構造（H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2ème éd., trad., par Ch. Eisenmann, LGDJ, 1999, pp.224 et s.）との関係を想起させる。権限分与規範に関し、ガイヤールはケルゼンを引用していないものの、ガイヤールのテーズにおいてケルゼンに関する重要な言及が幾つか見られる。なかでも、次の点を指摘しておこう。Kelsen « La théorie juridique de la convention », *APD*., 1940, p.33 et s. は、規範設定の態様として、規範に拘束される当事者が規範策定に関与できる自治的〔自律的〕なものと、規範の拘束される当事者が規範策定に参加できない他律的なものとが存することを説く（初版の訳となるが、ケルゼン（横田喜三郎訳）『純粋法学』（岩波書店、1935）171頁も参照）。Gaillard, *supra note* 91, n°216, p.139は、このようなケルゼンによる定式に手を加えつつ、「主観的権利は自治的〔自律的〕であり、権限は他律的である」との定式を打ち出している。なお、近年、ケルゼンを高く評価しつつ、根本規範の有用性に疑問を呈し、根本規範を想定しない純粋法学が可能であるとする森村進「根本規範という概念は有用か？」一橋法学10巻３号（2011）49頁以下が興味深い（ただし、同68頁は、一般的原理から具体的ケースへというトップダウン思考だけでなく、ボトムアップ思考も存するとして、規範体系の統一性という要請は無理があるとする）。