



# 資産承継の場面における制度間の棲み分けと連携についての検討 一意思能力の喪失及び死亡後の意思実現に向けて一

石田, 健悟

---

(Degree)

博士 (法学)

(Date of Degree)

2017-03-25

(Date of Publication)

2018-03-01

(Resource Type)

doctoral thesis

(Report Number)

甲第6819号

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/D1006819>

※ 当コンテンツは神戸大学の学術成果です。無断複製・不正使用等を禁じます。著作権法で認められている範囲内で、適切にご利用ください。



博 士 学 位 論 文

論 文 題 目

資産承継の場面における制度間の棲み分けと連携についての検討

—意思能力の喪失及び死亡後の意思実現に向けて—

神戸大学大学院法学研究科

専 攻：理論法学

指 導 教 員：窪田充見

学 籍 番 号：1 2 4 J 1 0 1 J

氏 名：石田健悟

提出年月日：平成28年12月15日

# 博士論文要旨

石田健悟

## 題目

資産承継の場面における制度間の棲み分けと連携についての検討  
—意思能力の喪失及び死亡後の意思実現に向けて—

## 要旨

近年、家族スケールの信託として、民事信託の利用が提唱されているものの、実務においてはそれほど普及していないように感じる。それは、既に実務界に浸透している民法を中心とした実務と信託法を用いた実務との交錯領域における検討が、活発でないことが主な原因の一つのように思われる。「なんでもできる」はずの信託であるにも関わらず、実務家の側が、それを用いるのに消極的な姿勢をみせているようにも感じる。法体系的な信託法の異質性をいくら強調したところで、この現状は変わらないのではないか。

そこで、本論文においては、人は、自己の意思能力の低下ないし喪失してから、さらに、死後の意思実現について、どのような法的手段によって、どの範囲まで、自ら決定することができるのか、そのような状況における事務管理はどのように行われるのか、という問題を取り上げ、主に成年後見、遺言、契約及び信託の関係性について検討していく。

まず、第1部においては、本人の意思能力の喪失時の意思実現に焦点をあて、主に任意後見制度と民事信託の棲み分け・連携について検討する。そもそも、両制度がどのような制度であって、どこまでのことができるのだろうか、ということを明らかにし、本人の意思能力の低下ないし喪失の場面で、法理論上、両制度の連携はどのようになされるべきだろうか、という点を導き出していく。

また、第2部においては、本人の死亡後の意思実現に焦点をあて、第1章にて、後継ぎ遺贈を題材に死後の財産の段階的給付について、遺言と民事信託の関係性を検討の上、両制度の法理論上の棲み分けを明らかにし、第2章にて、死後に効力を生ずる契約、民事信託、遺言を題材に死亡後の財産の定期給付について、法理論上の棲み分け・連携の在り方を検討していく。

それによって、本論文では、本人が意思能力を低下ないし喪失してから、さらに死後何十年先の意思実現について、既存の民法を中心とする実務に信託を取り入れることの展望を考察する。

## 博士論文

### 資産承継の場面における制度間の棲み分けと連携についての検討 —意思能力の喪失及び死亡後の意思実現に向けて—

#### 目 次

##### はじめに

- (1) 任意後見と民事信託
- (2) 死後の財産給付について
  - (ア) 死後の財産の段階的な帰属をめぐる問題
    - (i) 残された家族の生活保障のケース
    - (ii) 家督相続を実現させるニーズの強いケース
    - (iii) 離婚歴があり財産の承継先を確実に指定するニーズの強いケース
  - (イ) 死後の財産の定期給付について
    - (i) 死後の場面における契約と信託
    - (ii) 遺言による定期給付と信託による定期給付
- (3) 本論文の構成

##### 第1部 意思能力の低下ないし喪失後の意思実現

##### 第1章 任意後見契約による意思実現

- 1 任意後見制度の意義
  - (1) 任意後見制度創設前の状況
  - (2) 任意後見監督人を必置の機関とした法制度の創設
  - (3) 任意後見制度の普及率
  - (4) 実際の利用形態が複雑であることについて
    - (ア) 「将来型」と「即効型」の運用上の問題点
    - (イ) 「移行型」の運用上の問題点
  - (5) 本人の意思能力喪失後の任意代理の委任契約の効力
    - (ア) 民法起草者の見解
    - (イ) 我妻栄（通説）
    - (ウ) 本人の意思能力の低下ないし喪失を代理・委任の終了事由とすることの弊害
  - (6) 小括
- 2 任意後見制度と法定後見制度の関係性
  - (1) 任意後見制度優先の原則
    - (ア) 任意後見契約法 10 条の任意後見制度優先の原則

- (イ) 任意後見契約法 4 条 1 項 2 号の任意後見制度優先の原則
- (2) 裁判例
  - (ア) 札幌高決平成 12 年 12 月 25 日家月 53 卷 8 号 74 頁
    - (i) 事実の概要
    - (ii) 決定要旨
  - (イ) 大阪高決平成 14 年 6 月 15 日家月 54 卷 11 号 54 頁
    - (i) 事実の概要
    - (ii) 決定要旨
  - (ウ) 両決定の検討
- 3 任意後見制度と契約自由の原則について
  - (1) 広く取り込むことができるとする見解
  - (2) 親亡き後問題における給付
  - (3) 財産処分を広く許容することの弊害
- 4 小括

## 第 2 章 民事信託による意思実現

- 1 民事信託とは
- 2 信託の意思凍結機能
- 3 委託者の主観からみた意思凍結の説明に対する指摘
  - (1) 第 1 の根拠：受託者の負う義務について
  - (2) 第 2 の根拠：裁判所による事情変更の原則による信託の変更権について
  - (3) 受益者の利益保護の観点に基づく信託の継続性の説明
- 4 受益者の主観からの信託の効力維持の説明
  - (1) 受託者への財産権の帰属と差押禁止・倒産隔離
    - (ア) 受託者への財産の帰属と受益者の救済方法
    - (イ) 信託財産の独立性（差押禁止・倒産隔離）
  - (2) 信託関係人
    - (ア) 信託管理人
    - (イ) 信託監督人
    - (ウ) 受益者代理人
  - (3) その他
  - (4) 小括
- 5 任意後見と民事信託の連携スキーム
  - (1) 事例
  - (2) スキーム
  - (3) 小括

## 6 法定後見制度と信託

- (1) 被後見人のために後見人が締結する信託
- (2) 後見制度支援信託
  - (ア) 成年後見制度の実情
  - (イ) 親族後見人等による不正事案の現状と適正な後見人確保の必要性
  - (ウ) 後見制度支援信託の概要
  - (エ) 後見制度支援信託の利用の対象とされないケース
  - (オ) 後見人の処分行為と遺言内容との抵触
- (3) 法定後見人が本人のために締結するその他の信託

## 7 小括

# 第2部 死後の意思実現

## 第1章 死後の財産の段階的な給付～後継ぎ遺贈の再検討～

### 1 民法上の後継ぎ遺贈の有効性

- (1) 明治憲法下の後継ぎ遺贈へのニーズと有効・積極説
  - (ア) 穂積重遠
  - (イ) 近藤英吉
- (2) 後継ぎ遺贈否定説
- (3) 最判昭和58年3月18日判タ496号80頁
- (4) 本判決の位置づけ
- (5) 後継ぎ遺贈の定義の問題
- (6) 否定説の検討
  - (ア) 遺留分減殺請求について
  - (イ) 長期的な財産処分の制約について
  - (ウ) 相続秩序に反するという論拠について
  - (エ) 明文の規定

### 2 信託法上の後継ぎ遺贈の明文の規定の創設とその問題点

- (1) 受益者指定権・変更権（信託法89条）との関係
- (2) 遺言代用信託（信託法90条）との関係
- (3) 残余財産受益者と帰属権利者との関係
- (4) 小括

### 3 民法上の後継ぎ遺贈に対する否定説との関係について

- (1) 遺留分減殺請求について（「相続秩序との関係について」の検討も含む）
- (2) 後継ぎ遺贈型受益者連続信託と遺留分
  - (ア) 後継ぎ遺贈型の受益者連続信託の利用が、遺留分算定の基礎財産に影響するのではないかという点について

(イ) 遺留分を侵害しているのは誰で、滅殺請求の相手方は誰か、対象物は何かという点について

(i) 受託者が滅殺請求の相手方であるとする説 (甲説)

(ii) 受益者が滅殺請求の相手方であるとする説 (乙説)

(iii) 受託者及び受益者が滅殺請求の相手方であるとする説 (丙説)

(ウ) 小括

#### 4 長期的な財産処分の制約について

(1) デッド・ハンド・コントロールとアメリカの相続による財産承継について

(2) アメリカにおけるデッド・ハンド・コントロールの許容

(3) デッド・ハンド・コントロールと日本の信託法

#### 5 事務執行者の法的地位と裁量権について

(1) 遺言執行者の法的地位

(ア) 民法 1015 条「相続人の代理人」についての検討

(i) 遺言の意義

(ii) 相続人の「利益のための」代理人と解することについて

(iii) 民法 1015 条の「代理人」について

(イ) 学説

(i) 「相続人の代理人」とする説

(ii) 「遺言者の代理人」と解することについて

(iii) 任務説

(ウ) 法制審議会民法 (相続関係) 部会における検討

(2) 遺言執行者と信託の受託者の裁量権

(ア) 信託の受託者の裁量権

(イ) 遺言執行者の裁量権

(i) 事実の概要

(ii) 上告審判決—上告棄却

(ウ) 遺言執行者の権限

(エ) 遺言事項の分類

(オ) 遺言執行者に受遺者の選定を委託することの可否

(3) 遺贈する旨の遺言を遺言による信託設定と捉えることについて

(4) 小括

#### 6 遺言における受遺者の処分権の制限

(1) フランスの継伝処分と用益権・虚有権の恵与

(2) 第 1 次の受益者 (継伝義務者と用益権者) に課せられる義務

(3) 2006 年相続・恵与法改正一段階的恵与の導入

(4) 小括

- 7 被相続人の配偶者の居住権を法律上保護するための措置
  - (1) 日本における議論
  - (2) 諸外国における生存配偶者の居住権の確保に関する制度
    - (ア) ドイツ
    - (イ) フランス
    - (ウ) イングランド
  - (3) 小括
- 8 後継ぎ遺贈型受益者連続信託商品の現状
  - (1) 生命保険信託の仕組み
  - (2) 信託会社を用いた生命保険信託
  - (3) 小括
- 9 飛越し遺贈について
- 10 小括

## 第2章 死後の財産の定期給付における契約法、遺言法、信託法との関係性 はじめに

- 1 死後に効力を生ずる契約について
  - (1) 被後見人の死亡と死後の事務の実情
    - (ア) 死後事務と応急処分義務
      - (i) 後見人としての事務の範囲
      - (ii) 委任終了後の応急処分義務
      - (iii) 相続法の法理との抵触
    - (イ) 実際上の使い分けについて
    - (ウ) 民法 873 条の 2 の創設
  - (2) 死後事務委任契約の意義
  - (3) 民法 653 条 1 号との関係
    - (ア) 事案の概要
    - (イ) 上告審判決—破棄差戻
  - (4) 民法 653 条の趣旨
    - (ア) 我が国における委任契約の相続性について
      - (i) 法典調査会の審議から
      - (ii) 現在の民法 653 条の解釈と民法 651 条の関係
      - (iii) 民法 651 条について
      - (iv) 死後に効力を生ずる契約における民法 651 条
  - (5) 東京高判平成 21 年 12 月 21 日判時 2073 号 32 頁
    - (ア) 事実の概要

- (イ) 判旨
  - (i) 第2準委任契約が社会通念上不能であるという主張について
  - (ii) Xが民法651条1項に基づいて第2準委任契約を解除したという主張について
- (ウ) 平成21年東京高裁判決の検討
- (6) フランス・ドイツにおける委任契約の相続性について
  - (ア) フランス民法における委任契約の相続性について
  - (イ) ドイツ民法における委任契約の相続性について
  - (ウ) 小括
- (7) 死後事務委任契約と遺言の関係性
- (8) 死後事務委任契約と祭祀行為の特殊性
- 2 死後事務の費用について
  - (1) 相続財産の負担
    - (ア) 葬式費用の負担者
      - (i) 裁判例・学説
      - (ii) 民法その他法律の規定
    - (イ) 相続財産の負担 (charges de la succession)
    - (ウ) 日本民法885条の相続財産に関する費用
    - (エ) 小括
  - (2) 死後事務費用の「預託」の法的性質について
    - (ア) 高松高判平成22年8月30日判時2106号52頁
      - (i) 事実の概要
      - (ii) 判旨
    - (イ) 預託を負担付贈与と法律構成することについて
    - (ウ) 死後事務費用の預託を信託と構成することについて
- 3 現状の預託金について信託設定を認定することの可否について
  - (1) 「信託＝契約」か
  - (2) 信認関係の内容
  - (3) 契約関係と信認関係
  - (4) 日本の信託法への示唆
- 4 死後の財産の定期給付を契約で行うことは可能か
  - (1) 契約により死後の定期給付まで委任することは可能か
  - (2) 死後事務の費用の負担からの指摘
  - (3) 実際に死後の事務委任契約として認められる事務の範囲
- 5 遺言による財産の定期給付と信託による死後の定期給付
  - (1) 負担付遺贈による死後の財産の定期給付

- (2) 受遺者の負担の限度について
- (3) 受遺者が負担を履行しなかった場合（民法 1027 条）
- (4) 信託による死後の定期給付との比較
  - (ア) 託された財産の範囲内での給付
  - (イ) 受益者の履行請求権
  - (ウ) 託された者が義務を履行しない場合
- 6 定期給付型の遺贈と解した場合
  - (1) 遺言執行者による死後の財産の定期給付
  - (2) 遺言執行者による定期給付型の遺贈と信託による死後の定期給付
  - (3) 期限到来前・停止条件成就前の財産の帰属
    - (ア) 遺言者に相続人が存在する場合
    - (イ) 遺言者に相続人が存在しない場合
    - (ウ) 期限到来前・条件成就前の相続財産の全部についての始期付・停止条件付包括遺贈の遺贈対象財産の帰属と限定承認の清算手続中の財産の帰属
    - (エ) 相続人不存在時の期限到来前・条件成就前の始期付・停止条件付特定遺贈や相続財産の一部についての包括遺贈の遺贈対象財産の帰属と相続財産管理人・遺言執行者の権限の調整
  - (オ) 小括
- 7 定期給付型の遺贈の許容期間
- 8 信託による死後の財産の定期給付
- 9 小括

おわりに 本人の意思実現に向けた制度間の連携と今後の展望

- 1 意思能力の低下ないし喪失後の意思実現について
  - (1) 任意後見制度による意思実現
  - (2) 民事信託による意思実現
- 2 死亡後の意思実現について
  - (1) 死後の財産の段階的給付
  - (2) 死後の財産の定期給付について
    - (ア) 死後に効力を生ずる契約
    - (イ) 遺言による定期給付と信託による定期給付
- 3 残された課題と今後の展望

# 資産承継の場面における制度間の棲み分けと連携についての検討

## —意思能力の喪失及び死亡後の意思実現に向けて—

石田健悟

### はじめに

本論文では、人は、自己の死や意思能力の低下ないし喪失後に備えて、どのような法的手段によって、どの範囲まで、自らの財産の帰属について決定することができるのか、さらに死後や意思能力の低下ないし喪失後の事務管理はどのように行われるのか、という問題を取り上げる。

本来、死後の場面においては相続法理、意思能力の低下ないし喪失後の場面では後見法理の領域であるため、これまで必ずしもセットにして論じられてきたわけではない。当然に、取り得る法的手段は異なるものの、この2つの場面は、本人が自由に意思を表明できないという意味では共通している。

また、日本が高齢社会となり、平均余命が伸びるにつれて、本人が、認知症等により、意思能力が低下ないし喪失状態となった後で亡くなるケースが増加している。資産承継や事業承継の実務上も、最早、死後の意思実現のスキームを策定するだけでは、問題の根本的な解決を図ることはできず、本人が意思能力の低下ないし喪失したときから死後を含む一貫したスキームを策定することが不可欠の時代となっている。

さらに、死後の場面と意思能力の低下ないし喪失後の場面を適用領域とする家族スケールの信託、いわゆる民事信託の活用も提唱されている。信託によれば、信託設定後に委託者の意思能力が低下ないし喪失したり、委託者が死亡したとしても、設定当初の信託の内容がそのまま維持されるが、果たして信託は、意思能力の低下ないし喪失状態における意思実現の場面と、本人の死後の意思実現の場面をつなげる架け橋となり得るのだろうか。このような信託の特性と先に述べた実社会上のニーズの一体性・連続性と問題の近接性から、意思能力の低下ないし喪失の場面と死後の場面を一連の問題として分析・整理する仕方もあるのではないか。

したがって、本論文では、意思能力の低下ないし喪失してから死後、さらには死後何年か先までの一連の意思実現について、どのような法的手段によって行われるのが法理論的に妥当であるか、という点を検討していく。検討対象とする主な法的手段としては、①意思能力の低下ないし喪失後の場面については、任意後見と民事信託、②死後の場面については、遺言、死後事務委任契約及び民事信託とする。

## (1) 任意後見と民事信託

平成 25 年度税制改正によって、相続税法及び租税特別措置法の一部が改正された。それによって、平成 27 年 1 月 1 日以後に発生した相続について、相続税の基礎控除額がそれまでに比べて 6 割に縮小されるなど、相続税の課税対象となる相続が大幅に増えることが見込まれている。ある程度の資産を有する者は、自己の死亡後に相続人に重い相続税負担をかけないためにも、贈与税の非課税の特例を利用した生前贈与や生命保険への加入等の節税対策を数年に渡り、多くは死亡するまにその時まで行っている。また、相続税の節税とは無縁な者でも、自身の推定相続人間の関係が悪く、相続が開始した際に紛争が生じる可能性が高いような場合等、遺言を残して死後の資産分配の道筋を作るだけでなく、生前に第三者に資産を徐々に移転ないし託しておき、自らの相続財産を整理しておく必要性の高いケースも相当数存在するのではないだろうか。

これらのような生前の取り組みは、現代においては、本人の意思能力のレベルと切り離して考えることはできない。たとえば、祖父が、可愛がっている孫の一人に、現時点から自分の死後も数年間、その孫が成人するまでの間は、定期的に財物を給付したいといった場合、それが相続税対策の暦年贈与であれば、毎年贈与契約を締結するか、定期給付的な贈与契約を一度締結して毎年給付を開始していくことになるだろう。しかし、祖父が死亡する前に、認知症等により意思能力が低下ないし喪失する状況に陥ったときは、贈与契約を締結することは、困難であるし、定期給付型の贈与契約を締結した場合であっても、贈与者自身がその契約の内容を判断することが難しい状態で契約の履行を継続させるのは、問題があるのではないか。

そこで、家族スケールの信託である民事信託や任意後見を用いて、意思能力の低下ないし喪失した後の財産の定期給付のあり方を検討することになる。ただし、なぜそれらによれば、意思能力の低下ないし喪失した後も定期給付の効力が認められるのか、という点は明らかにされるべきだろうし、どちらでもできるとすれば、法理論上、どのような差異が存在するか、という点も明らかにされるべきではないか。

また、任意後見契約と法定後見との関係は、どのように整理されるべきだろうか。任意後見契約も「契約」の側面を有するため、法定後見に比して、よりフレキシブルな身上監護や財産管理が可能となりそうだが、それはどの程度まで許されるのであろうか。さらに、任意後見と民事信託とのシナジー効果はどのようなものであろうか。

本論文では、第 1 部においてそれらの点を検討していく。

## (2) 死後の財産給付について

自己の死後も残された配偶者、子や孫の扶養・教育のために、それらの者に定期的に財物を給付したいという望みはもちろん、「妻が活着しているうちは、生活保障のために妻に給付することにし、妻が亡くなった後は、子に給付していきたい。」という財産の段階的な給付についての社会的なニーズも相当高いのではないだろうか。

## (ア) 死後の財産の段階的な帰属をめぐる問題

昨今、このように自己の死後の財産承継者を2次以降指定したいという社会的要請が、高まっている。たとえば、以下の(i)から(iii)のようなケースである。

### (i) 残された家族の生活保障のケース

A(70歳)には、推定相続人として、配偶者B(69歳)、長男C(45歳)及び次男D(44歳)がいる。Cは、生まれつき知的障害を有しており、生来的に意思能力が著しく低下した状態で、婚姻歴はなく、子もいない。Aは、Cが出生して以来、妻のBと共に献身的にCの身の回りの世話をしてきた。しかし、自身とBが共に高齢になったことから、そろそろ、A自身を含め、CとBの身の回りの世話も長男であるDに任せて、Aは自身に相続が開始したときだけでなく、認知症や不慮の事故等で意思能力が低下ないし喪失したときには、まず、配偶者Bの生活保障のために自身の財産を必要に応じて定期的に給付したい、そして、Bが亡くなった際は残った財産をCの施設費や療養費の捻出のために交付したい、最後に、残った分をBとCを献身的に世話したDに帰属させたい、と考えている。

### (ii) 家督相続を実現させるニーズの強いケース

家督相続の志向が強いA(70歳)には、推定相続人として長男B(45歳)及び次男C(44歳)がいる。Bは、D女と婚姻し、子F(17歳)がいる。Cも、E女(47歳)と婚姻しているが、二人の間に子はいない。Aは、B及びCには、自己の相続において、平等に恩恵を受けさせたいと考えているが、Cには子がないため、CがEよりも先に亡くなった場合に、自己が今まで多くの苦労の末、築き上げてきた財産が、E女の家系に移ってってしまうことを不安に思っている。

### (iii) 離婚歴があり財産の承継先を確実に指定するニーズの強いケース

Aには離婚歴があり、Dと再婚をしたものの、前婚時の前妻Bとの間には子Cがいるが、Dとの再婚後には子がないといった場合に、まずは、再婚後の配偶者Dに自己の遺産をすべて相続させて、Dが死亡した場合には、その残余の財産を前婚時代に授かった子Cに取得させたいと思っている。

以上のようなケースを始め、個別の事例を挙げればきりが無いほど、自己の財産の2次以降の承継先を指定しておくニーズの存在する事案は、多数存在するのではないかと。

それらのニーズに応えるためには、従来から活発に議論されてきた後継ぎ遺贈の利用が考えられる。しかし、本論文で検討するとおり、民法の立場からは、後継ぎ遺贈について、否定的な意見も根強い。一方、信託法の立場からは、平成18年の信託法改正により新設された91条において、従来から議論のあった後継ぎ遺贈は、受益者連続型の信託を用いて可

能となったとの見解が有力である。

そこで、信託を用いて、2次以降の受益者を指定することにより、後継ぎ遺贈も問題なく可能となるといえそうであるが、実務界には、そのような楽観的な認識はそれほど見受けられないように感じる。さらに理論的な問題として、そもそも、民法上の後継ぎ遺贈と信託法上の受益者連続型信託を同一視することはできるのか、両者には違いがないのか、あるとすればその相違はどのようなものなのか、ということが問題となる。

さらに、民法上の後継ぎ遺贈と受益者連続型信託が同一の機能を果たすものであるとすれば、なぜ民法上、消極的な議論が支配的であった後継ぎ遺贈について、法形式を変更するだけで実現することが可能となるのだろうか。後継ぎ遺贈を認めることに消極的であった考え方の背景にある問題は、受益者連続型信託において解決されているといえるのだろうか。

本論文は、このような問題意識をふまえて、まず、後継ぎ遺贈についての民法上の議論を再検討し、そのうえで、信託を用いるべきメリットはどこにあるのか、そもそも後継ぎ遺贈を必要とするケースにおいて他の解決手段はないのか、という点を検討するものである。

#### (イ) 死後の財産の定期給付について

また、本論文では、自己の死後の財産の定期給付は、「遺言」「契約」「信託」のいずれによれば、実現できるのだろうか、それらのいずれでも実現できるとした場合、どれによるのが法解釈上妥当であろうか、という点についても検討していく。

##### (i) 死後の場面における契約と信託

「本人の死亡」という「相続法」、「遺言法」秩序の問題と、「契約法」秩序との間で、相続と死後の事務委任契約との交錯的な領域について、(例えば、死後事務委任契約で「私の死後10年間、Fに対し、私の財産から毎月5,000円支払う」というような条項を定めた場合)、そのような取り決めはどのようなものとして解釈されるのだろうか。

既に実務上普及している死後に効力が発生する契約の委任事務としては、任意後見契約締結の場面で同一の契約書にて定められるような、「本人の死に密接に関連する事務」が代表的なものである。その「本人の死に密接に関連する事務」とは、具体的に、①祭祀関係として、遺体の引取り、親族・菩提寺への連絡、埋火葬のための手続、葬儀、火葬、供養、菩提寺・墓所の選択、墓石の建立、埋葬、墓所の管理、永代供養、墓の改葬、それらの費用等の支払い、相続人・その他親族への報告等、また、②債務等の清算関係としては、医療費の支払い、入院保証金の受領、老人ホーム等の施設利用料の支払い、入所保証金の受領、公共料金・その他日常家事債務の支払い、家賃の支払い、入居保証金(敷金)の受領、地代その他の賃料の支払い等、さらに、③住まい、その他周辺整理関係としては、入院先の私物の引取り、入所施設の退去手続・明渡し、賃貸不動産の解約・明渡し、不要な家財

道具や生活用遺品の処分、公的年金担当窓口・日本年金機構への届出手続等を指す。

任意後見契約により、意思能力の低下ないし喪失後の対策をしたとしても、任意後見人の代理権は、委任者たる本人の死亡により消滅する。その一方で、相続が開始し、それまで後見人が管理してきた財産が、相続人に帰属することになる。しかし、被後見人たる本人が、親戚とは疎遠で身寄りがなく、本人の死後もその相続人が、生前の入院・施設利用料の支払い、遺体・遺品の引取り、葬儀の催し等の死後事務への関与に消極的である場合、後見人であった者は、法律上の権限がないにも関わらず、相続人に対して財産の引渡しをするまでは、被相続人の財産を所持することになる<sup>1,2</sup>。そのため後見人であった者は、本人が入院・入所していた病院・施設、アパートの管理者等の関係者から、「代理人であったから」とそれらの事務の執行を迫られることが少なくない。

この場合の法律関係が問題となるが、本人の生前に、なんら手を打っていない場合、これらの事務執行は、原則的に、応急処分義務（民法 874 条による民法 654 条準用）の事務の範囲内でなければ、民法上の事務管理として対処せざるを得なかった。条文上、被後見人の死亡後の後見人の職務は、管理の計算（民法 870 条）、後見終了の登記（後見登記等に関する法律 8 条 1 項）のみと規定されているからである<sup>3</sup>。しかし、それによると、①後見人であった者が、司法書士、社会福祉士、弁護士等の専門職であった場合に、死後に執り行った事務について報酬が出ないこと、②葬儀の執り行いについて、その規模をどのようなものにするかといったこと、③生前の病院や施設費用の支払い、④借家の引渡し等、①③④は、生前の法律関係に基づくものであり、②は、狭義の死後の法律関係についてのものであるが、それらを踏まえて事務管理執行費用の範囲の妥当性判断の問題等が生じる。

後見人にとって本人の死後事務は、避けて通ることができない問題であり、実務の現場では、後見人であった者に対する死後の事務執行への社会的な要請と法解釈との間で、葛藤が続いているのである。

こうした状況下で、平成 28 年 10 月 13 日に施行された「成年後見の事務の円滑化を図るための民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」によって、成年被後見人の死亡後の成年後見人の権限について定めた民法 873 条の 2 が創設された。果たして、新たに民法 873 条の 2 が規定されたことによって、法定後見人の死後事務についての課題はクリアされたのだろうか。

したがって、本論文では、死後事務委任契約の有効性や性質はもちろん、そのような契約がなかった場合の民法上の措置、死後事務費用の帰属の問題等をみながら、契約によって、「死に密接に関係する事務」の範囲を超えて、死後の財産の定期給付も実現することができるか、できるとすればそれは信託を用いて行う場合とどのような点が異なるのか、という点について検討を試みる。

また、死後の財産の定期給付のように信託的な要素を含んだ条項から、死後事務委任契

<sup>1</sup> 松川・成年後見の終了 5 頁。

<sup>2</sup> 宮本・死後の事務 28 頁。

<sup>3</sup> 井木 37 頁。

約における信託の有用性を導き出すことができるのではないだろうか。そうだとすれば、現状において、死後事務に必要な資金の大部分が、「単なる預かり金」として、法的な保護に欠ける状態で存在しているという問題についても、解決の道筋を立てられるのではないだろうか。さらに、既に世の中に多数存在する預かり金についても信託設定は認められまいだろうか。本論文では、死後に効力を生ずる契約と民事信託について、上記の論点も含めて考察していく。

## (ii) 遺言による定期給付と信託による定期給付

また、死後の定期給付は、遺言によっても行うことができるのではないか。具体的には、負担付遺贈によって、受遺者に対し、特定の者への財産の定期給付を負担として履行してもらう方法や、遺言執行者を定期給付の事務執行者として、自己の死後も遺言執行者に定期給付型の遺贈を任せる方法等が考えられる。そこで、遺言による死後の財産の定期給付を実現するとすれば、実際にどのような仕組みの下、行うことになるのだろうかという点は明らかにされるべきである。さらに、それら遺言によって定期給付を実現する方法と信託により死後の定期給付を実現する方法とで、法理論上、どのような違いがあるのだろうか。本論文においては、それらの点についても明らかにしていく。

## (3) 本論文の構成

意思能力の低下ないし喪失後や死後の事務委任と財産の帰属・意思実現の場面においては、任意後見、遺言、死後事務委任契約、信託をどのように利用していくかが重要なポイントとなる。それらを性質上・実務上どのように位置づけるかによって、人が自らの意思能力が著しく低下してから死後のことまで、どのような法制度によって、どこまでのことができるか、ということが明確になってくるのではないだろうか。

そこで、第1部では、主に「意思能力の低下ないし喪失後の意思実現」をテーマに、任意後見契約と通常の委任契約との相違、任意後見と法定後見の関係性、任意後見及び信託によれば、なぜ意思能力の低下ないし喪失後も効力が認められるかという点、任意後見においてどれほどの財産給付的な内容を実現できるか、という点を検討した後で、任意後見と信託の連携について考察し、さらには、法定後見と信託との連携についても考察していく。また、第2部においては、主に「死後の意思実現」に焦点をあて、その第1章では、死後の財産の段階的給付について、第2章では、死後の財産の定期給付について、遺言、死後事務委任契約、信託の関係性にも触れつつ、それらの棲み分けを考察することとする。

## 第1部 意思能力の低下ないし喪失後の意思実現

意思能力の低下ないし喪失後の意思実現を可能とする法制度としては、まず、任意後見制度が挙げられる。また、近年は、家族スケールの信託、いわゆる民事信託の適用も推奨されている。つまり、意思能力の低下ないし喪失の場面は、両制度に共通の適用領域といえる。そこで、第1部においては、両制度の棲み分けはどのようにはかられるべきであろうか、各々によって、どこまでのことができ、どこからができないのか、ということを経理的に検討していく。

### 第1章 任意後見契約による意思実現

以下では、任意後見制度の法制化の背景を概観し、その特殊性を踏まえた上で、法定後見制度とはどのような関係の制度であるか、なぜ制度の利用が普及していないのか、任意後見においてどこまでの財産処分が可能となるか、という点について検討していく。

#### 1 任意後見制度の意義

##### (1) 任意後見制度創設前の状況

意思能力について、我妻栄は、「意思能力とは、自分の行為の結果を判断することのできる精神的能力であって、正常な認識力と予期力とを含むものである。われわれの行為が法的な効果を生ずるためには、常に、この意思能力が必要なものとされる」<sup>4</sup>と述べる。この意思能力が低下ないし喪失した状態で、行為者が契約締結行為を行ったとしてもそれは意思に基づかない行為とされ、法律上の効果を生じず、本人にその効果が帰属することはない。逆にいえば、意思能力を十分に有する時に行った契約は、法的に有効であるといえる。それでは、十分な意思能力を有する時に自己の財産管理や身上監護についての契約を締結したが、その後、意思能力が低下ないし喪失した場合、その契約の効力はどうなるのだろうか、自己の意思能力が低下ないし喪失し、不十分な状態に陥ったとしてもそのまま維持されるのであろうか。

これについて、民法の規定をみると、本人（以下、代理における「本人」と委任契約の「委任者」の地位を兼ねる者とする。）の意思能力の低下ないし喪失が、代理権の消滅事由（民法111条1項各号）にも委任契約の終了事由（民法653条各号）にもなっていない<sup>5</sup>。そのことから、任意後見制度の創設前から「本人が意思能力を十分有するうちに、将来の意思能力が低下ないし喪失した状況に備えて、財産管理や身上監護の保護を受けるために、事前に第三者に事務を委任することはできるのだろうか」、という問題や、「仮にそのような契約が有効に成立するとしても、意思能力が低下ないし喪失した後も契約の効力を認めることは実社会上妥当であろうか」、ということが問題とされていた<sup>6</sup>。

仮に、そのような契約の有効性を認めて、本人の意思能力の低下ないし喪失後もその契

<sup>4</sup> 我妻・総則60頁。

<sup>5</sup> 山本・総則73頁。

<sup>6</sup> 原30頁参照。

約の効力の存続を認めた場合も、本人によって受任者の活動をコントロールすることができず、受任者の権限濫用をチェックすることができないこと、受任者が本人の意向を確認しながら事務を遂行することが困難であり、本人やその親族・周囲の者等とのトラブルが生じかねないといった問題がある。そのためか、任意後見制度の創設前も、実際には、そのような契約は殆ど行われていなかったようである<sup>7,8,9</sup>。

## （２）任意後見監督人を必置の機関とした法制度の創設

「自分の意思能力が低下ないし喪失した時に財産管理や身上監護を任せる後見人とその後見人に任せる事務の範囲は自分で決めておきたい」という社会的なニーズはとても強く、本人と受任者の間の「チェック・アンド・バランス」を何らかの形で補強することで、そのニーズを満たす法制度を創設する必要があった<sup>10</sup>。そこで、平成 12 年 4 月 1 日に、新たな成年後見制度の創設に関する成年後見関連 4 法の一つとして、「任意後見契約に関する法律（以下、「任意後見契約法」という。）」が施行された。

任意後見契約法によって、任意後見契約の効力は、家庭裁判所により任意後見監督人が選任された時から生ずると規定され（任意後見契約法 2 条 1 項）、任意後見監督人が必置の機関とされた。

## （３）任意後見制度の普及率

平成 12 年 4 月から平成 27 年 12 月までの任意後見契約締結の登記件数累計は、96,790 件であり<sup>11</sup>、そのうち実際に、任意後見監督人が選任されて任意後見契約が発効したのは、5,345 件である<sup>12</sup>。これは、平成 27 年 12 月末日時点における、成年後見制度（成年後見・保佐・補助）の利用者数が、合計で 351,184 人（内訳は、成年後見 298,422 人、保佐 38,764 人、補助 13,998 人である。）であるのと比較すると普及率に大きな開きがあることが明確である<sup>13</sup>。

このような数字は、任意後見制度が、現行の成年後見制度の基本理念の一つである「自己決定権の尊重」を最も重視した制度であるとされている<sup>14</sup>ことからすると、確かに物足りない数字である。

## （４）実際の利用形態が複雑であることについて

社会上の適用場面とそれを利用する社会的なニーズが高いにも関わらず、普及がそれほど進んでいないのは実際の運用状況や制度設計に問題があるからではないか。そこで、こ

---

<sup>7</sup> 原 30 頁参照。

<sup>8</sup> 山本・総則 73 頁。

<sup>9</sup> 佐久間 497-498 頁。

<sup>10</sup> 原 30 頁参照。

<sup>11</sup> 法務省登記統計 統計表 ([http://www.moj.go.jp/housei/toukei/toukei\\_ichiran\\_touki.html](http://www.moj.go.jp/housei/toukei/toukei_ichiran_touki.html))。

<sup>12</sup> 成年後見関係事件の概況 (<http://www.courts.go.jp/about/siryu/kouken/>)。

<sup>13</sup> 成年後見関係事件の概況・前注。

<sup>14</sup> 田山・上 55 頁。

ここでは、任意後見制度が実務上どのような形態で運用されているか、という点をみていく。

任意後見制度の利用形態としては、①将来の意思能力の低下ないし喪失の時点で任意後見契約の効力を発生させることを予定とする「将来型」、②任意後見契約締結後速やかに任意後見契約の効力を発生させることを予定する「即効型」、③委任者の財産管理や身上監護に関する任意代理の委任契約を経て本人が意思能力の低下ないし喪失した状態に至った場合に任意後見契約に移行することを予定する「移行型」の3類型が存在する<sup>15</sup>。

しかし、この3類型は各々次のような問題を含んでおり、それが任意後見契約の普及しない要因の一つであるように思われる。

#### (ア)「将来型」と「即効型」の運用上の問題点

「将来型」は、任意後見契約の締結をしてから、それが発効するまでの時間的な間隔が空いてしまうことが予想されるため、本人の意思能力が低下し、本来ならば任意後見契約を発効させなければならない状態に至ったにも関わらず、その機会を失ってしまうおそれもあり得る。また、「即効型」については、意思能力が低下した状態での任意後見契約の締結となることから、締結した任意後見契約の効力そのものが問題となることもあり得る<sup>16</sup>。

#### (イ)「移行型」の運用上の問題点

「移行型」は、理論上、受任者は、任意代理の委任契約における事務を遂行しつつ、任意後見契約の発効のタイミングを見極めながらよりスムーズな移行を行うことが期待でき、最も有用性のある形態とされ、実務上普及している典型的な利用形態といわれている<sup>17,18</sup>。この点において、「移行型」によれば、「将来型」の欠点を解消できるといえる。

また、自己の意思能力が十分存在する状態の財産管理や身上監護についての任意代理の委任契約を締結することが想定されているため、任意後見契約の締結時には本人が十分な意思能力を有することが一応保証されているといえる。そのため、「即効型」のように任意後見契約の締結時の意思能力のレベルに疑いが生じて、その効力が問題となることは少ないといえる。

しかし、「移行型」においても問題点がないわけではなく、むしろ、「移行型」の問題点が、任意後見契約の発効件数を低下させている大きな要因の一つでもあると思われる。なぜなら、「移行型」の任意代理の委任契約及び任意後見契約を締結した後で、實際上、本人の意思能力が低下ないし喪失し、不十分な状態であるのにも関わらず、任意代理の委任契約及び任意後見契約の受任者が、任意後見監督人の選任後の任意後見監督人の監督下における任意後見人としての事務を回避するために、家庭裁判所に対する任意後見監督人の選任の申立てを怠り、任意後見契約を発効させないようにするといったケースが多く、大

<sup>15</sup> 落合 119 頁。

<sup>16</sup> 野口 19 頁。

<sup>17</sup> 二宮 238 頁参照。

<sup>18</sup> 寶金 20 頁。

きな問題として指摘されているためである<sup>19,20</sup>。そのような状態では、任意代理の委任契約の受任者の事務に対する本人の適切な監督が期待できず、それに代わるべき任意後見監督人による監督も行われたい状況の下で、受任者による事務処理が継続しているため、その権限が濫用される危険性が高い<sup>21</sup>。

(3) の統計をみるに、任意後見契約の契約数とその発効数に大きな差があることから、予め発効させないことを前提として、本人の意思能力が不十分な状況に陥った後も、同時に締結する任意代理の委任契約のまま事務を行うことを想定した状態で任意後見契約を締結しているといったケースが相当数存在するのではないだろうか。そうだとすると、(1) (2) でみた任意後見制度の創設前の状況のように、自己の意思能力が不十分な状況に陥っても、通常の委任契約によって、財産管理や身上監護に関する事務が行われているのが現状のように思われる。すなわち、本人の意思能力が不十分な状況に陥った場合の有効性にも争いがあり、かつ、第三者による監督も行われていないような、本人の保護に欠ける不安定な状況で、本人の財産管理や身上監護のための事務が行われていることになる。

なお、任意後見契約の発効要件である任意後見監督人の選任は、本人、配偶者、4親等内の親族又は任意後見受任者の請求によるとされている(任意後見契約法4条本文)。しかし、本人はその時既に「精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分な状況」(同法2条1号)にあるため、任意後見監督人の選任の請求は実際には難しいケースが多い。また、任意後見契約を締結するということは、本人に身寄りがいないケースも多いと思われ、そのような場合には、「配偶者」や「4親等内の親族」が任意後見監督人の選任を申立てることも難しいのではないか。そうだとすると、「任意後見受任者」が任意後見監督人の選任請求を行うのに、最も適した地位を有するといえる。任意後見監督人の選任申立ての場面において、実質的に唯一の砦である任意後見契約の受任者が、その申立てを行わない以上、任意後見契約の発効件数は伸びていかないのではないか。この点については、立法による解決が待たれるところである。

以上より、任意後見契約が普及しない原因の一つとして、実際の運用形態の問題があると思われる。

#### (5) 本人の意思能力喪失後の任意代理の委任契約の効力

(4) (イ) においても触れたが、本人の意思能力が低下ないし喪失状態に陥り、任意後見契約を発効させなければならない状態であるにも関わらず、存続している任意代理の委任契約の法律上の効力が問題となる。代理権の消滅事由を定める民法111条1項各号及び委任契約の終了事由を定める民法653条各号には、「本人の意思能力の低下ないし喪失」をそれに含んでいないため、本人がそのような状態に陥ったとしても、法文の形式上、代理

---

<sup>19</sup> 寶金 19 頁。

<sup>20</sup> 北野 316 頁。

<sup>21</sup> 寶金 19 頁。

権は存続すると解すこともできる<sup>22,23,24,25,26</sup>。川井健も、本人が意思能力を喪失し、法定後見開始の審判を受けたとしても、「受任者についての後見開始の審判は、委任終了事由とはならない。」<sup>27</sup>とし、また、田山輝明も、「委任者が後見開始の審判を受けても、成年後見人の財産管理権は後見人が独占するわけではないから、当然には終了しない。」<sup>28</sup>と述べている。

この点につき、新井誠は、任意代理制度は、「本人は、代理人を自らのコントロール下に置き、その知識・経験を利用しながら自己の意図を実現していく」制度であり、本人の死亡と意思能力の低下ないし喪失の場面は、本人の代理人や受任者に対するコントロールの終了という点においては類似しているため、本人の意思能力が低下ないし喪失している場合には、原則として、任意代理の委任契約の存続を認めるべきでなく、法定後見制度に移行することが「民法の建前」であるとする<sup>29</sup>。また、新井は、任意後見制度が創設された以上、本人の意思能力が低下ないし喪失した後も任意代理の委任契約の効力を維持するということは、任意後見制度の意義が失われてしまうことになるため、本人の意思能力の低下ないし喪失は、委任や代理関係の終了事由になるとも主張する<sup>30</sup>。

果たして、本人の代理人に対するコントロールが及ばないことや、任意後見制度が創設されたからといって意思能力が低下ないし喪失した後の委任関係は全て任意後見制度で対応するとし、任意代理の委任契約の適用外としてしまうことは妥当であろうか。

#### (ア) 民法起草者の見解

富井政章は、「本人ノ能力喪失ハ法定代理權發生ノ理由ト爲ルコトアルモ代理權ノ消滅ヲ來スヘキ理由アルコトヲ見ス」とし、本人の意思能力の低下ないし喪失は、法定代理権の発生事由となるが、それをもって任意代理権が消滅するわけではないと述べる<sup>31</sup>。

#### (イ) 我妻栄（通説）

我妻栄は、本人の意思能力の低下ないし喪失後の代理の効力について、「本人は、(イ) みずから法律行為をするのではないから、意思能力及び行為能力を有する必要のないことはいうまでもないが、(ロ) みずから権利を取得するのだから、権利能力を有することは、絶対に必要である」と述べている<sup>32</sup>。

また、委任の終了事由については、「委任は、…告知以外にも、委任者の死亡・破産、受

---

<sup>22</sup> 山本・総則 73 頁。

<sup>23</sup> 佐久間 497 頁。

<sup>24</sup> 加藤 546 頁。

<sup>25</sup> 川井 232 頁。

<sup>26</sup> 四宮・能見 310 頁。

<sup>27</sup> 川井・債権各論 313 頁。

<sup>28</sup> 田山・債権 91 頁。

<sup>29</sup> 新井・代理・委任 65 頁。

<sup>30</sup> 新井・展開 18 頁。

<sup>31</sup> 富井 517 頁。

<sup>32</sup> 我妻・総則 353-354 頁。

任者の死亡・破産・禁治産宣告の諸事由によつて終了する（653 條）。委任が当事者間の個人的な信頼関係を基礎とすることによるものであつて、他の立法例にも同様の趣旨の規定がある…。然し、右の規定は強行規定ではないから、反対の特約を許すことはいうまでもない…」<sup>33</sup>。「受任者が禁治産の宣告を受ければ、財産管理能力を失い、委任者の信頼もなくなるであろう。しかもなお委任を終了させない特約をすることは、実際上はあり得ないであろうが、理論的には、さしつかえない。委任者の禁治産宣告を終了事由としなかつたのは、禁治産者の財産管理は後見人に専屬するものではないからである。但し、特約で終了事由とすることは、もとより妨げない」<sup>34</sup>と述べている。

#### （ウ）本人の意思能力の低下ないし喪失を代理・委任の終了事由とすることの弊害

（ア）（イ）の見解によれば、本人が意思能力の低下ないし喪失状態に陥り、本人のために法定後見の運用が開始されたとしても、任意代理の委任契約の効力は存続し、法定後見人と任意代理の委任契約の受任者が併存して本人のために職務を行うことになる。この点において、仮に新井の述べるように、本人の意思能力の低下ないし喪失という客観的に判断することが難しい事由を任意代理の委任契約の終了事由とすると、契約の終期を巡って取引の相手方と紛争が生じるおそれがある<sup>35</sup>。

それによって、取引の相手方から受任者に対して、委任契約が終了している可能性のあることを指摘されて取引を拒否されたり、「本人が意思能力を失っていないこと」の証明を求められるおそれがあり、これでは移行型の任意後見契約を締結した目的が達せられず、任意代理の委任契約が事実上機能しないおそれもある<sup>36</sup>。すなわち、任意代理の委任契約の終了事由に「本人の意思能力の低下ないし喪失」が含まれると解したとしても、実社会の取引上の混乱を招くことになりかねないのではないか。

また、新井の指摘する、本人が意思能力の低下ないし喪失状態に陥ると代理人をコントロールすることができず、代理人が権原を濫用する危険性が高まるという点については、任意代理の委任契約の受任者を複数名選任し相互に事務の適正性を監督するような内容の委任契約として締結しておくことや、任意代理の委任契約中に監督者の定めを入れておくこと等で対応することができる<sup>37</sup>。

さらに、任意後見契約の場面とは無関係な委任契約を締結した後に本人の意思能力が低下ないし喪失状態となった場合は、法定後見の適用場面である。そのため、家庭裁判所から選任された法定後見人が本人の意思尊重義務に基づく判断によって、そのような委任契約が①不要である、②信頼関係が破綻している、③受任者による権限濫用がみられるとさ

<sup>33</sup> 我妻・債権 694-695 頁。

<sup>34</sup> 我妻・債権 697 頁。

<sup>35</sup> 小井 15 頁。

<sup>36</sup> 小井 15 頁。

<sup>37</sup> 志村 11 頁参照。

れた場合、法定後見人によって取り消されることが法制度上予定されているといえる<sup>38</sup>。

したがって、委任・代理関係の終了事由に「本人の意思能力の低下ないし喪失」を含めることについての新井の見解を採用することは難しいのではないだろうか。田山輝明は、任意後見契約法は、これらの問題点を解消すべく特別法として制定された<sup>39</sup>と述べるものの、任意後見制度の創設のみをもってこれらの議論に終止符が打たれたわけではない。「移行型」の問題点、すなわち、任意後見契約を発効させなければならないのにも関わらず、多くの場合、それを発効させずに任意代理の委任契約のまま財産の管理や身上監護が行われている現状においては、やはり民法上の代理・委任契約の終了事由に「意思能力の低下ないし喪失」が含まれるか否かの議論を行う意義は非常に大きく、今後のより一層の議論や立法による解決が待たれるところである。

## (6) 小括

任意後見制度は、自らが十分な意思能力を有するときに、それが不十分な状態に陥った際の財産管理や身上監護の事務を任せる者を事前に指定しておくことのできる「自己決定権の尊重」の理念に沿う、極めて有用な制度であると思われる。

しかし、(3)の統計が示すように、任意後見契約の締結数も多くはなく、また、締結したとしてもそのほとんどが発効していない状況にある。その原因としては、(4)のとおり、任意後見契約の実際の利用形態が複雑であり、かつ、「移行型」においては、任意代理の委任契約のまま任意後見契約を発効させずに事務が行われていることが挙げられる。この点については、(5)のとおり、民法上の代理や委任契約の終了事由に「意思能力の低下ないし喪失」が規定されておらず、本人がそのような状況に陥った際に、任意代理の委任契約の効力はどうなるのか、という点については議論があり、未だ確定していない状況にあることも影響しているといえる。

したがって、本人の意思能力が低下ないし喪失したときの任意代理の委任契約の効力を含め、よりスムーズに任意後見契約が発効する仕組みについて今後のより一層の議論と立法による解決が望まれるところである。

## 2 任意後見制度と法定後見制度の関係性

1では任意後見制度の意義をみたが、成年後見制度内での任意後見制度と法定後見制度の関係はどのようになっているのだろうか。

まず、任意後見制度は、現在は十分な意思能力を有する者が、将来の意思能力の低下ないし喪失した状態に備えて、療養看護及び財産管理を事前に第三者に託すことを決めておく制度である<sup>40</sup>。これに対して、法定後見制度は、現に意思能力が不十分な状態にある者について、事後的に、法律に基づいて家庭裁判所が保護者を選任し、その保護者に法定の権

<sup>38</sup> 志村 28 頁参照。

<sup>39</sup> 田山・読本 118 頁。

<sup>40</sup> 山本・総則 52 頁参照。

限を付与する制度であるとされる<sup>41</sup>。

1 (5) でみたように、本人の意思能力が低下ないし喪失した場合の任意代理の委任契約の効力には争いがあるものの、その際に任意後見契約を締結していない場合は、任意代理の委任契約が終了するか否かという問題とは別に法定後見制度の適用があるとされる<sup>42</sup>。それでは、既に任意後見契約が締結されている状態でなされた法定後見人の選任申立ての効力はどうなるのだろうか、そのような場合でも法定後見開始の審判はなされるのだろうか。

以下では、任意後見制度と法定後見制度が、重複して適用されるような場合に、現行法上、どのような調整がなされているかという点を見ていく。

### (1) 任意後見制度優先の原則

現行法上は、①任意後見契約法 10 条の場面と②任意後見契約法 4 条 1 項 2 号の場面の 2 つの場面で、任意後見制度優先の原則を採用しており、任意後見が法定後見に対して優越的な地位に立つことを示している。

#### (ア) 任意後見契約法 10 条の任意後見制度優先の原則

まず、任意後見契約法 10 条 1 項は、「任意後見契約が登記されている場合には、家庭裁判所は、本人の利益のため特に必要があると認めるときに限り、後見開始の審判等を行うことができる。」(下線は筆者による。)と定める。すなわち、任意後見契約が発効していなくても、その「締結及び登記が、法定後見開始の審判に時間的に先行する場合、家庭裁判所は、任意後見監督人の選任の有無、すなわち任意後見契約の発効の有無にかかわらず、原則として、当該後見開始の審判の申立てを却下する」<sup>43</sup>ということである。ただし、その例外として、「家庭裁判所が、本人の利益のため特に必要があると認めたときに限り」、法定後見が開始されるのである(同法同条 1 項但書)。

また、既に任意後見契約が発効しているときに法定後見開始の審判を受けた場合は、同法同条 3 項により、既に発効している任意後見契約は終了することになるものの、任意後見契約が締結されたものの未発効の場合には、同法同条同項の反対解釈として、既存の任意後見契約は存続する(東京地判平成 18 年 7 月 6 日判時 1965 号 75 頁)。立法担当者は、その理由として、任意後見契約が未だ発行していないうちは、「当該任意後見契約による保護の相当性自体を否定する確定的な司法判断がされたとまではいえないので、権限の抵触等が顕在化していない任意後見受任者との関係では、なお任意後見契約を存続させるのが相当である」とする<sup>44</sup>。

<sup>41</sup> 山本・総則 52 頁参照。

<sup>42</sup> 富井 517 頁。

<sup>43</sup> 上山・ロー・ジャーナル 103 頁。

<sup>44</sup> 小林=原・(10)90 頁。

## (イ) 任意後見契約法 4 条 1 項 2 号の任意後見制度優先の原則

任意後見契約法 4 条 1 項本文は、「任意後見契約が登記されている場合において、精神上の障害により本人の事理を弁識する能力が不十分な状況にあるときは、家庭裁判所は、本人、配偶者、4 親等内の親族又は任意後見受任者の請求により、任意後見監督人を選任する。」として、任意後見監督人の選任、すなわち任意後見契約の発効について規定している。しかし、その例外として、同法同条同項 2 号にて、家庭裁判所が、「本人が成年被後見人、被保佐人又は被補助人である場合において、当該本人に係る後見、保佐又は補助を継続することが本人の利益のため特に必要であると認めるとき」（下線は筆者による。）には、「本人、配偶者、4 親等内の親族又は任意後見受任者の請求」があっても、任意後見監督人を選任しないと規定している。この「当該本人に係る後見、保佐又は補助を継続することが本人の利益のため特に必要であると認めるとき」に該当しない限り、法定後見開始の審判が、任意後見監督人の選任申立てに先行していたとしても、同法同条 2 項によって、法定後見開始の審判は取消され、任意後見監督人が選任される扱いとなっている。

このように、現行の成年後見制度には、任意後見制度と法定後見制度のどちらによって保護を行うかという選択については、どちらが先行しているかを問わず、必ず家庭裁判所の判断を介在させた上で、原則として任意後見による保護が優先し、家庭裁判所が特別の必要性を認める場合に限り法定後見による保護が行われるという統一的な基準が定められている<sup>45</sup>のである。

## (2) 裁判例

この任意後見優先の原則が、実際に問題となるのは、たとえば、意思能力の低下した高齢者に資産があり、子の一人がその者の世話をしながら財産の管理や身の回りの世話をしているが、その状況を良しとしない他の子が不満を持ち、法定後見制度の申立てを試みたところ、現に世話をしている子がその申立てに対抗して、任意後見契約を締結し、現状を維持しようとするようなケースである<sup>46</sup>。

以下では、まず、本人のために補助開始及び代理権付与の申立て後、それに対する審判がなされる前に、他の者が本人と任意後見契約を締結し、登記がなされたというケースにおいて、補助開始及び代理権付与の申立てを却下した裁判例（札幌高決平成 12 年 12 月 25 日家月 53 卷 8 号 74 頁）と、保佐開始の申立て後、それに対する審判がなされる前に、他の者が本人と任意後見契約を締結し、登記がなされたというケースにおいて、保佐開始の申立てを却下した裁判例（大阪高決平成 14 年 6 月 15 日家月 54 卷 11 号 54 頁）をみていく。

---

<sup>45</sup> 小林＝原・(10)32 頁。

<sup>46</sup> 二宮 238 頁。

(ア) 札幌高決平成 12 年 12 月 25 日家月 53 卷 8 号 74 頁

(i) 事実の概要

本人Aは、亡夫Bとの間に、長男C、長女X（申立人・抗告人）、二女Dがいる。平成4年以來、AはD夫婦と住んでおり、平成10年2月にAが脳梗塞で倒れたのをきっかけに、D夫婦がAの財産を管理している。平成12年4月14日、C及びXが、DがAの財産管理を行うのは不適切であるとして、Dを相手方とする親族間の調整を求める調停を申し立てた（調停は、同年7月12日で不成立にて終了。）。Xは、同年5月25日、Aについて補助開始の審判及びAのためにA名義の定額預金を含む定期性預金の引き出し、解約等の預金管理について補助人に代理権を付す旨の審判を申し立てた。一方、同年7月31日、Aは、実の妹であるEとの間で、Aの財産管理や身上監護に関する契約についての代理権をEに与えることを主たる内容とする任意後見契約を締結し、その登記が完了した。Aは、調査官に対し、本件の補助開始等の審判の申立てに賛成できない旨を述べ、第1回審問期日においても同趣旨を述べた。

このような事実のもとで、原審（札幌家審平成12年10月4日家月53卷8号80頁）は、「現在、Aに、痴呆の初期症状が出現しているとの記載があり、精神上的障害により事理を弁識する能力が不十分であって、補助類型に該当することを窺うことができる。本件申立てにあたって、Aが署名押印した同意書が提出されているが、その後、AはEと任意後見契約を締結し、登記している。このように、すでに任意後見契約を締結し、登記している場合、さらに補助開始の審判をするには、本人の利益のために特に必要と認められることを要件とするところ、本件においては、そのような事情は認められない」（下線は筆者による。）と述べ、Xの本件申立てを却下したため、Xは、即時抗告した。

(ii) 決定要旨

本件抗告を棄却する。

「本人は、調査官や家事審判官の面前で、明確にその同意を撤回する意思を表明したものと認めるのが相当である」（下線は筆者による。）。任意後見契約法10条は、「『任意後見契約が登記されている場合には、家庭裁判所は、本人の利益のため特に必要があると認めるときに限り、後見開始等の審判をすることができる。』と定めているところ、本件で特に必要があると認めるべき事情が見出しがたいことは原審説示のとおりであるから…抗告人の主張は理由がない」（下線は筆者による。）。「さらに、抗告人は、原審判は本人の利益をまったく考慮していないと非難する。しかしながら、補助の制度は、あくまでも本人に一定の判断能力があることを前提として、この制度を利用するか否かにつき、本人の同意権を優先させているのであり、仮にその判断能力さえも有しないというような場合には、もはや、補助の制度を利用させる余地もないことになる筋合いである」。

## (イ) 大阪高決平成 14 年 6 月 15 日家月 54 卷 11 号 54 頁

### (i) 事実の概要

A 男 B 女夫婦には、長男 X（原審申立人）及び二男 Y（抗告人）の二人の子がいる。

A 及び B には、資産として不動産、預貯金、有価証券等があり、その管理を Y に任せていたところ、X が、A 及び B には、それらの財産管理に耐え得る十分な判断能力がないとして、平成 12 年 7 月 5 日に A B 両名について X 自身を候補者とする保佐人の選任申立てを行った。これに対し、A、B 及び Y は、A 及び B 各々を本人とし、Y を両名各々の受任者とする任意後見契約を平成 12 年 10 月 6 日に締結し、同月 13 日にその旨の登記がなされた。

原審（神戸家尼崎支審平成 13 年 7 月 2 日家月 54 卷 11 号 58 頁）は、A 及び B には各々民法 11 条所定の保佐開始の要件が認められること、X と Y 間には、争いがあることを考慮して、弁護士 C を A 及び B 各々の保佐人として選任し、保佐開始の決定をしたため、Y が抗告した。

### (ii) 決定要旨

「任意後見契約が登記されている場合には、家庭裁判所は、『本人のために特に必要がある』と認めるときに限り、保佐開始の審判をすることができる」（任意後見契約法 10 条 1 項、同法 4 条 2 項）。「ここでいう『本人の利益のために特に必要がある』というのは、諸事情に照らし、任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分である、合意された任意後見人の報酬額があまりにも高額である、法 4 条 1 項 3 号ロ、ハ所定の任意後見を妨げる事由がある等、要するに、任意後見契約によることが本人保護に欠ける結果となる場合を意味すると解される」（下線は筆者による。）。「ところが、原審は、この点の積極的な審理・調査が尽くされたとも認められない（なお、…保佐開始申立て後であっても、任意後見契約が登記されたときは、保佐開始の審判をするには本人の利益のために特に必要があることを要するのであり、また、上記の経緯のみから、本人の利益のために特に必要があると認めることはできない。）」。

## (ウ) 両決定の検討

任意後見から法定後見への移行の問題について、裁判所の判断が示されたのは（ア）の決定と（イ）の決定が代表的なものとされている<sup>47</sup>。

しかし、（ア）の決定は、そもそも本人が、民法 15 条 2 項に規定する補助開始及び代理権付与の審判に対する同意をしない場合であるので、任意後見契約法 10 条 1 項の定める「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」に該当するか否かの判断をするまでもなく補助開始及び代理権付与の審判を行うことができないのではないだろうか。とはいえ、（ア）の決定は、同法同条同項の定める「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」に該当するか否かは、本人を取り巻く具体的な状況を考慮して定めるとした初めての裁判所の

---

<sup>47</sup> 平山 177 頁参照。

判断として意義のある裁判例だと思われる。

次に（イ）の決定については、その決定中で、どのような事由が、任意後見契約法 10 条 1 項の定める「本人の利益のため特に必要があると認めるとき」に該当するかという点について、「諸事情に照らし、任意後見契約所定の代理権の範囲が不十分である、合意された任意後見人の報酬額があまりにも高額である、法 4 条 1 項 3 号ロ、ハ所定の任意後見を妨げる事由がある等、要するに、任意後見契約によることが本人保護に欠ける結果となる場合を意味すると解される」として、（ア）の決定よりも具体的に判断したことに意義があると思われる。

ただし、この（イ）の決定の判断中においても、任意後見優先の原則の例外となる場合がクリアになったとはいえ、学説上、この決定を補足するように多くの見解が出ている。二宮孝富は、この「任意後見契約によることが本人保護に欠ける結果となる場合」につき、「代理権の範囲等といった任意後見契約の内容だけを対象にして判断されるべきではなく、そもそも、法定後見と任意後見のどちらが『本人の利益』になるかという観点から判断されるべきである」<sup>48</sup>と述べる。また、山田真紀は、「本人が任意後見契約を解除することを希望している場合」や「任意後見受任者として弁護士を選任しているが、当該弁護士の心身などの故障により、職務を適切に行うことが困難であると判断される場合」も含まれると述べる<sup>49</sup>。

自己決定権の尊重の観点から言えば、成年後見制度の中で任意後見が最もそれを実現している制度であるといえる<sup>50</sup>。したがって、任意後見契約が、当事者が十分な意思能力を有する状態で締結された以上、原則的には、たとえそれが法定後見制度開始の審判を潜脱する目的でなされたとしても、任意後見契約が優先的に適用されるべきではないだろうか。それでもなお、任意後見優先の原則を覆し、法定後見制度を適用するとすればそれ相応の事情が必要になるであろう。その具体的な事情については、今後の実例の報告により一層の議論が待たれるところである。

### 3 任意後見制度と契約自由の原則について

1 においては、任意後見制度の普及が低迷している原因について、主に実際の運用状況と民法上の委任や代理関係の終了事由につき争いのある点を検討した。ただし、それらの問題点や議論が解消されたとしても、任意後見契約によって、いったいどこまでのことができるのか、通常の契約と異なり、どの範囲のことからが制限されるのか、といったことが不明確だという問題は残るのではないだろうか。

一般的に任意後見契約によって、受任者に代理権を付与できるとされている事務は、①財産管理に関する法律行為（例えば、預貯金の管理・払戻し、不動産のその他重要な財産の処分、遺産分割、賃貸借契約の締結・解除等）及び身上監護（生活又は療養看護に関す

<sup>48</sup> 二宮孝富 842-843 頁。

<sup>49</sup> 山田真紀 113 頁。

<sup>50</sup> 寶金 8 頁。

る法律行為であり、具体的には、介護契約、施設入所契約、医療契約等）その他これらの法律行為に関連する登記・供託の申請、要介護認定の申請等の公法上の行為が含まれるとされている<sup>51</sup>。また、任意後見人が弁護士ないし簡裁訴訟代理等認定司法書士である場合には、それらの事務に関して生ずる紛争についての訴訟行為（訴訟の提起・追行等）の授權（訴訟委任）も可能であるとされる<sup>52</sup>。

しかし、成年後見制度内の制度である任意後見契約であっても、それが契約である以上は、契約法理にも服するはずである。任意後見制度の契約性を強調すれば、契約自由の原則により、その事務内容も法定後見制度の事務内容に比べれば、より自由に定めることができるはずである。ただ、どの程度まで自由に定めることができるのかという点については明らかとなっていない。果たして、自己の意思能力の低下ないし喪失した後の財産の定期給付についての規定までも任意後見契約中に設けることができるのだろうか。この点については、法律専門家の中でも見解が分かれており、その中には、任意後見契約の規定中にやや動的な財産処分を盛り込むことも可能であるという見解も見受けられる。昨今、本人の意思能力が低下ないし喪失した状況において、民事信託の適用が提唱されているが、任意後見においても、その契約法理の側面からある程度の財産の給付条項を盛り込むことはできるのだろうか。民事信託との関係は、第2章にて後述するとして、ここでは、任意後見契約に、どこまでの動的な財産処分の契約条項を盛り込むことができるか、という点を検討していく。

#### （1）広く取り込むことができるとする見解

公益社団法人成年後見センター・リガールサポートによれば、法定後見における保全型の静的な財産の管理では実現が困難であり、任意後見制度を利用しないと実現できないこととして、①「可能な限り優雅に生きたい。財産を残すことは目的ではありません。」「1年に4回、ヘルパー同伴で歌舞伎を観に行きたい。」「入居金〇〇万円くらいの豪華な有料老人ホームに入居したい。」等、積極的に自分のためにお金を使いたいとき、つまり、活用型の動的な財産の管理を希望するとき、②「引きこもりの次男に毎月15万円の仕送りをしてほしい。経済情勢の変化に合わせて金額を変更して欲しい。」「孫の医学部の学費は全額私が援助したい。」「これまでどおり子どもたちに毎月110万円ずつ贈与を継続してほしい。」等、本人のためというよりも親族への扶養の範囲を超えた援助・相続税対策の財産処分をすることを希望するとき、③本人が相続人となる場合に、「私には十分な財産があるので、私が相続人となり遺産分割の必要がある場合は、一切の相続分を放棄したい。」というように、法定相続分に見合うものの取得を放棄することを希望するとき、④「事業承継の目的で委任者名義のX社の株式全部を戊に贈与すること」「〇〇万円を上限として銀行に委任者所有のY不動産を担保提供すること」等、経営者としての事業に対する関与を盛り込むこ

<sup>51</sup> 小林=原・(9) 61-62頁。

<sup>52</sup> 小林=原・(9) 62頁。

とを希望するとき、⑤「月に5万円まではパチンコをしたい」「毎日10本タバコを吸いたい」「月に1度は1万円馬券を買いたい」等、いわゆる愚行権の行使についての取り決めを希望するとき等を挙げている<sup>53</sup>。そして、それらのニーズがあれば、任意後見制度の利用を勧めるべきとされているし、実際にそのような積極的な財産的処分条項を盛り込んだ代理権目録も法務局で受理され、登記されているようである<sup>54</sup>。

## （２）親亡き後問題における給付

いわゆる親亡き後問題における任意後見契約の活用を提案している文献もみられる<sup>55</sup>。障害を有する子どもを持つ親の悩みは深刻である。自分が元気なうちは自ら面倒を見ることができるが、認知症になってしまったり、不慮の事故で意思能力が低下ないし喪失してしまったり、場合によっては死亡してしまった際に、残された子のために、どこまでのことをすることができるであろうか、ということについては大きな関心事だと思われる。死後については、第2章で詳しく触れることにするが、親が、障害を有する子の生活保障のために、自身の意思能力が喪失状態に陥ったとしても、なんらかの財産給付をしたいと希望することは、自然な流れであり、そのような財産的な給付は、任意後見契約によるかは別としても、実現されるべきではないか。

## （３）財産処分を広く許容することの弊害

（１）のように、非常に広範で、動的な財産処分権を任意後見人に付与するような任意後見契約を認めるとどのような弊害が生じるであろうか。「即効型」の任意後見契約でなければ、通常は、任意後見契約を締結してから、発効するまでにそれなりに時間がかかることが予想される。すなわち、実際に本人の意思能力が低下ないし喪失状態となり、任意後見契約が発効する際に、その契約条項が、発効後の本人の意思を反映していないということも十分起こり得るのではないか。

たとえば、「(自分の身の回りの世話をよくみてくれた) 相続人Aに私の財産を定期的に給付する」ないし「(私の事業の後継者たる) 相続人Bに私の保有する会社の株式を定期的に給付する」という事務内容を任意後見契約の代理権目録に記載し、それが登記されたとする。しかし、任意後見契約の発効後、「Aがまったく自分の身の回りの世話をしなくなり、他の相続人Cが、以前のAよりも献身的に、しかも長期間（Aは5年程だったのに対し、Cは30年程）私の世話をしてくれた。」「任意後見契約の発効後、Bの妻と自分の妻の嫁姑関係が悪化し、予定していたBよりも親族外のナンバー2であるDに株式を贈与させるべき事態が生じた。」という場合、任意後見契約公正証書中の代理権目録の記載どおりに財産給付を継続することは、本人が任意後見契約締結時に意図したことに反することになるのではないか。

<sup>53</sup> リーガルサポート 187-189 頁。

<sup>54</sup> リーガルサポート 316 頁。

<sup>55</sup> 寶金 40 頁。

また、任意後見契約が発効した後の事情の変更に対応した財産的な給付を停止することができるとしても、そのような給付の停止は、任意後見契約公正証書に定める事務の不履行となる。任意後見人に事情変更に耐え得る広い裁量権を認めるとしても、実際上の任意後見人の事務は、任意後見監督人からの直接的な監督下において、さらには、家庭裁判所の任意後見監督人を通じた間接的な監督下において行われている。そのため、適切な裁量権の行使がなされないということも当然考慮されるべきである。行き過ぎた裁量権の行使に対する厳格なチェック体制が整備されている以上、任意後見契約において定めた代理権目録の記載を変更しなければならないような事情変更があったとしても、任意後見人は、自らの責任を回避するという心理的な要因により、任意後見契約公正証書の記載通り、定期給付を継続するという判断に導かれやすくなってしまわないか。

このように、親亡き後問題への対応も含む定期的な財産給付を任意後見契約に定める点で、注意しなければならないのは、契約当初の本人の意思が固定されてしまうという点にある。それは、任意後見契約の長所でもあるが、上記のような場合には短所にもなり得る。そこで、任意後見契約にどれほどの財産給付条項を定めることができるかという点については、委任者の権利が不当に侵害されないように、慎重に考慮されるべきである。

また、「成年後見制度は被後見人の身上監護のためにあり、財産管理も基本的には身上監護のために行うべきものである。」<sup>56</sup>という見解も判断の一材料となり得るのではないか。

任意後見契約に広範な財産処分についての代理権を記載することを認めるとする（1）で参考にした公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート編集『成年後見 相談対応の実務—チェックポイントとケース・スタディー』（新日本法規、2014年）にも、積極的な財産処分についての代理事項が登記されたとしても、「発効した後の実際の運用については実例の報告が待たれる」と記載されている<sup>57</sup>。意思能力の低下ないし喪失後の定期給付については信託の制度に一任するといったことも考えられ<sup>58</sup>、任意後見制度が「契約」以外にも「後見法理」の性質を含む以上、任意後見制度を無理に給付的な性格を取り組んだ制度として理解する必要性はあるのだろうか。程度にもよると思われるが、可能だとしても（1）の①⑤のような本人の利益に係るものに限られ、（1）の②のような本人のためとはいえないような財産処分は消極に解するべきではないだろうか。

#### 4 小括

「自分が認知症や不慮の事故により、意思能力が低下した後に面倒をみてくれる人を指定しておきたい。その時に、その人に任せる事務も、今、元気なうちに指定しておきたい。」というニーズは、非常に高いように思える。親族と疎遠な高齢者等が、将来的に信頼できる者に自分の後見人を任せることができるという意味では、任意後見契約法が創設された意義は大きいと思われる。

---

<sup>56</sup> 赤沼 16 頁。

<sup>57</sup> リーガルサポート 316 頁。

<sup>58</sup> 新井・再考 15 頁。

ただ、1において検討したとおり、いくら任意後見契約そのものの意義は大きいとしても、その運用上の問題点である「適切な時期における任意後見契約の発効」の実現をいかに担保した仕組みとするかという点は大きな課題である。また、本人の意思能力が低下ないし喪失した状態での通常の民法上の委任契約の効力を任意後見契約との関係でどのように捉えていくかという点も大きな課題である。これらについて、より一層の議論が待たれるところであり、立法による解決が望まれるところであるといえる。

また、2においては、任意後見制度と法定後見制度の棲み分けを検討した。そのような場合、基本的には、任意後見契約法10条及び同法4条1項2号の定めるとおり、任意後見優先の原則が適用される。

両条文はともに、家庭裁判所が、「本人の利益のため特に必要があると認めたとときに限り」、任意後見優先の原則を覆し、法定後見制度の適用を優先させると規定している。この家庭裁判所が「本人の利益のため特に必要があると認めたととき」とは、具体的にどのようなケースを指すのか、という点については、様々な見解がある。しかし、任意後見制度が本人の自己決定権の尊重の理念を強く反映した制度であることを考えると、例外的に法定後見制度の適用を受けるべき場合というのは、相当程度限られてくるのではないだろうか。

さらに、3においては、任意後見契約に内在する契約法理に焦点を当てて、任意後見契約中にどの程度までアクティブな財産給付条項を盛り込むことができるかという点を検討した。これは、次章で検討する本人の意思能力の低下ないし喪失した状況下における民事信託による財産給付の論点との関係で、より深い意味を有する。その関係性については後述するが、ここではまず、任意後見契約が、契約法理の適用を受けるものの、後見法理も内在するという特殊な制度であることから、「本人の利益」とかけ離れた事務については、実現することが難しいのではないかという結論に至った。

ただし、この点については、今後の事例の報告次第では、より柔軟に解される可能性はあるのではないか。「後見法理」といえども（より保全的な事務の執行が想定される法定後見制度においても）法定後見人は本人の意思尊重義務を負っているため、制度上は、法定後見人は本人の意思を尊重して後見事務を行うべきこととされているはずである。すなわち、後見法理といっても、本人の意思をないがしろにして、後見人や裁判所の主導の下、事務がなされていくということではない。任意後見契約に規定された事務については、本人の真意がそのまま反映されているものと解することができ、実際に発効した際もできるだけその意思を実現できるような運用がなされるべきである。しかし、未だ委任できる範囲の限界が不明確であり、それも任意後見制度が普及していない原因の一つであるように思われる。

その点につき、最終的には、立法に任せるとしても、現に締結されている任意後見契約の発効後の事例の報告が積み重なれば、方向性が明らかになってくるのではないか。任意後見契約は、締結されても、そのほとんどが発効していない状況にある。当然、そのすべてが、発効させなければならないものとは限らないだろうが、その判断も踏まえて適切な

時期に任意後見契約を発効させることを実務家側に周知徹底させる取り組みがなされていくべきではないか。

## 第2章 民事信託による意思実現

本章では、本人の意思能力の低下ないし喪失後における民事信託による財産給付について検討していく。

第1章においては、任意後見制度は、契約法理と後見法理が内在する特殊性を有するものであるため、契約自由の原則に修正がなされ、委任できる事項は、あくまでも「本人のための」財産管理や身上監護に関する事務の委任に限られ、その範囲で財産の処分を行うことができるのではないかと、という結論に至った。そうすると、意思能力が低下ないし喪失してからも、相続税の節税目的の贈与行為等の「本人のため」という範囲を超えた財産の処分を行うことについては、実際にそれが認められるのは難しいのではないかと。

そこで、任意後見契約の他に、「私の意思能力が低下ないし喪失した際は、Aに、私の財産を定期的に給付する」という内容の事務を実現するためのツールとしてどのようなものが考えられるであろうか。昨今、そのようなケースにおける家族スケールの民事信託の適用が提案されているが、それはいったいどのようなもので、どこまでのことができる制度なのだろうか。また、それと成年後見制度との併用・連携はどのようなものが想定されているのだろうか。以下では、民事信託そのものの仕組みから、任意後見・法定後見との連携の在り方についてみていく。

### 1 民事信託とは

平成18年に信託法が改正された際、民事信託の利用促進が改正の柱の一つであった<sup>59,60</sup>。民事信託という言葉は、現行の平成18年改正信託法の前旧信託法の時代から、商事信託との比較の意味で使用されていた<sup>61</sup>。四宮和夫の説明によると、民事信託とは、①原則として信託法及び民法の適用を受けるにとどまり、信託業法及び金融機関の信託業務の兼営等に関する法律は適用されず、②民事信託の引受けは商人がその営業のために信託を引受けする場合（商法503条の付随的商行為となる。）を除いて商行為とならず、③権利義務の帰属主体となって信託を引受けてもその者は商人とならず、④原則的に受託者が報酬を受けることもできないものとされている<sup>62</sup>。

しかし、日本人にとって、「信託」というと信託銀行等の商品としてのイメージが先行してしまう傾向があり、馴染みが薄いように思われる。民事信託についての法律上の定義があるわけでもないため、イメージしにくいのも確かである。能見善久も「英米の信託と比較した場合に、日本で欠落しているのは民事信託の実務に支えられた民事信託の理論である。」と述べており、それまで信託銀行等が築いてきた受託者としての信頼を、委託者の親族や知人等が担うには、「なお環境整備が必要である」と指摘する<sup>63</sup>。そこで、どのように

<sup>59</sup> 道垣内・信託法改正12頁。

<sup>60</sup> 小野12頁。

<sup>61</sup> 四宮38頁参照。

<sup>62</sup> 四宮46頁。

<sup>63</sup> 能見8・9頁。

民事信託を捉えるかという点につき、「商事信託でないものが民事信託である」ことは間違いなさそうであるが、樋口範雄は、「信託目的の基本形が、民事信託ではギフト型（gift＝贈与）であり、商事信託はディール型（deal＝取引）」であると説明する<sup>64</sup>。すなわち、民事信託は、家族・親族間の財産承継法であったり、誰かを受益者として利益を与えるためのスキームであるのに対し、商事信託は、一般に商事的な取引の手段としてのスキームであるとされている<sup>65</sup>。

この点につき、法務省の立法担当参事官である寺本昌広は、「いわゆる民事信託とは、典型的には、私人が、自己の死亡や適正な判断力の喪失等の事態に備えて、契約または遺言による信託の設定をもって、自己の財産につき生存中または死亡後の管理・承継をはかろうとする場合などを想定している。このような信託の利用は、自分自身、配偶者その他の親族の生活保障あるいは有能な後継者の確保による家業の維持等の目的を達成する上で有益であると考えられる。」<sup>66</sup>と述べ、また、「いわゆる福祉型の信託とは、年少者、高齢者あるいは知的障害者等を受益者として財産の管理や生活の支援等を行うことを目的とするものである」と説明する<sup>67</sup>。

このように、民事信託とは、家族・親族内での資産承継スキームに利用されることが想定され、まさに任意後見契約や遺言の適用場面のように、法主体が自由に意思を表明できない場合に活用される制度であるといえる。そのため、任意後見制度や遺言・本人が意思能力を喪失した場合や死亡した場合に効力を有する契約等の制度との法理論上の棲み分けを明確にすることの意義は大きいのではないか。

## 2 信託の意思凍結機能

信託は、委託者が、意思能力の低下ないし喪失前に設定しておけば、その後、委託者の意思能力が低下ないし喪失したとしても、また、委託者が死亡したとしても、存続させることが可能な制度である<sup>68</sup>。「死後」の場面も射程に含めることができるため、信託は、任意後見よりも広い射程を有するといえる。すなわち、信託は、委託者が一度信託目的を設定して受託者に財産管理を委ねてしまえば、たとえ委託者が、意思能力を喪失して要後見状態に陥ったり、あるいは委託者が死亡したとしても、受託者は委託者の設定した信託目的に沿って受益者のために財産管理をしていくことが当然に想定された制度であるということである<sup>69</sup>。

新井は、信託のこのような機能を「意思凍結機能」と称し、その機能が信託に認められる理由として、次の2つの根拠があるとする。

第1の根拠は、信託の受託者には、善管注意義務（信託法 29 条）、分別管理義務（同法

---

<sup>64</sup> 樋口・信託 103 頁。

<sup>65</sup> 樋口・信託 103 頁。

<sup>66</sup> 寺本 15 頁。

<sup>67</sup> 寺本・逐条 316 頁。

<sup>68</sup> 新井・高齢社会 188 頁。

<sup>69</sup> 新井・高齢社会 188 頁。

34条)、損失填補義務(同法40条)、信託財産の固有財産化の禁止(同法30条ないし32条)等、「信託財産の管理にあたって、きわめて厳格な義務が信託法の明文を通じて課されているので、委託者や受益者が受託者の活動を監視ないし監督せずとも」、受益者の「利益が損なわれる危険性は非常に小さいのである」<sup>70</sup>というものである。

また、第2の根拠としては、信託設定時の委託者の意思が、意思能力の低下ないし喪失や死亡の影響を受けずに維持されるとしても、「設定当初の信託条項にいたずらに固執するわけではなく、事情変更による信託の変更権」(信託法150条)が、「裁判所に付与されており、社会状況の変動に応じた臨機応変な対応可能性が制度的に保障されている」ことが根拠とされている<sup>71</sup>。

### 3 委託者の主観からみた意思凍結の説明に対する指摘

果たして、これら2つの根拠は、信託の「意思凍結機能」の説明として、決定的な根拠となり得るのだろうか。

#### (1) 第1の根拠：受託者の負う義務について

まず、新井は、1つ目の根拠として、2において、「信託の受託者には、善管注意義務(信託法29条)、分別管理義務(同法34条)、損失填補義務(同法40条)、信託財産の固有財産化の禁止(同法30条ないし32条)等、信託財産の管理にあたって、きわめて厳格な義務が信託法の明文を通じて課されているので、委託者や受益者が受託者の活動を監視ないし監督せずとも、受益者の利益が損なわれる危険性は非常に小さいのである」とする。

しかし、そのように具体的な明文の規定があるとしても、それが即ち任意後見契約における任意後見人やよりノーマルな民法上の委任契約の受任者の負う義務よりも「厳格な義務を負っている」ことを意味しているといえるのだろうか。

民法644条は、委任契約の受任者が負う善管注意義務について、「受任者は、委任の本旨に従い、善良な管理者の注意をもって、委任事務を処理する義務を負う。」(下線は筆者による。)と規定している。この「善良な管理者の注意」とは、受任者の職業・地位において一般的に要求される水準の注意を指すといわれている<sup>72</sup>。この注意の基準は、「委任の本旨」、つまり、締結された委任契約の目的に従って確定されるため、契約締結時に、所定の事務を処理する上で受任者が有すると想定されていた知識・能力の程度が基準となる<sup>73,74,75</sup>。すなわち、決め手となるのは、個々の契約においてどのような知識・能力が想定されているかということであるから、定型的な基準がある場合においても、契約で定められた内容や契約締結の経緯等から、それと異なる基準が合意されたとみることができるときは、その

<sup>70</sup> 新井 86 頁。

<sup>71</sup> 新井 86 頁。

<sup>72</sup> 山本・契約 712 頁。

<sup>73</sup> 我妻・債権 670-671 頁。

<sup>74</sup> 山本・契約 712 頁。

<sup>75</sup> 能見・加藤 134-140 頁参照。

基準によることになる<sup>76,77</sup>。

たとえば、「移行型」の任意後見契約の場面における任意代理の委任契約の受任者が、事務を管理するにあたっては、財産管理についての非常に高度な知識と能力が要求されるはずである。また、委任契約の受任者は、善管注意義務から派生したとされる民法 645 条に規定する「委託者の請求があればいつでも委任者に対して委任事務処理の状況を報告し、また委任終了の後は遅滞なく委任者に対してその顛末を報告する義務」、民法 646 条 1 項に規定する「委任事務を処理するにあたって受け取った金銭その他の物及び収取した果実を委任者に引き渡す義務」、及び民法 646 条 2 項に規定する「委任者のために自己の名をもって取得した権利を委任者に移転する義務」を負う。

いくら信託法上、受託者が負う義務が明文の規定として定められているといっても、民法上の委任における受任者の負う義務、たとえば民法 645 条の委任者に対する報告義務を適切に履行するためには、日頃から自己の固有財産と委託者の財産の分別管理ができていなければならないのではないか。また、受任者が委任事務を怠ったため生じた損害については、委任者による損害賠償請求ができてしかるべきである。さらに、受任者は、忠実義務、公平義務、委任者の財産の固有財産化の禁止等も当然に善管注意義務の中に含まれた状態で事務を遂行しているといえる。

また、信託の受託者の善管注意義務を定める信託法 29 条は、その 2 項但書において、「信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる注意をもって、これをするものとする」と規定している。つまり、信託行為に定めを設けることによって、善管注意義務を任意に加重または軽減することができる<sup>78</sup>。もっとも、どの程度まで注意義務を軽減することができるかは、必ずしも明らかでないが、「自己の財産におけると同一の注意」にまで軽減できることに異論はないものとされている<sup>79</sup>。

問題は、注意義務を完全に免除することまで可能かということである。この点について、信託法改正要綱案（第 18）では、「ただし、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めに従うものとする」とされていた。しかし、実際の信託法 29 条 2 項但書の規定は、「ただし、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる注意をもって、これをするものとする」（下線は筆者による。）となっている。試案と実際の信託法における規定の仕方を比べると、前者においては、信託行為により善管注意義務を免除することができる<sup>80</sup>ともとれる言い回しがあるが、それを踏まえて後者の規定振りとなったことを考えると、一切の注意義務を免除することはできず、信託事務の遂行に当たっては、やはり委託者の信頼に基礎を置く信託の性質上、受託者はなんらかの注意を尽くすことが最低限要求されているのではないか<sup>80</sup>。

---

<sup>76</sup> 我妻・債権 671 頁。

<sup>77</sup> 山本・契約 712 頁。

<sup>78</sup> 川口 56 頁。

<sup>79</sup> 川口 58 頁。

<sup>80</sup> 川口 58 頁。

また、道垣内弘人も「受託者の負う義務は、日本の法律上の諸制度において、他人のために財産を管理する者に広く認められている義務と同等であり、それによって信託を特徴づけることはできないという見解もある。英米と違って、日本において『契約』というのは、弁護士に頼む契約、会計士に頼む契約などの委任契約を含めた概念である。そして、委任契約にはいろいろなものがあるが、とりわけ専門家に事務を頼むといったタイプの委任契約においては、頼まれた専門家が高い義務を負うのは当然であり、頼まれた者が高い義務を負うということは信託のみとはいえないはずである。こう主張するわけである。」<sup>81</sup>とする。

さらに、それではなぜ、信託法上、受託者に様々な義務が課されているのかということにつき、道垣内は、「信託においては、受託者と受益者が、互いに自己の利益を最大化すべく利己的に行動する主体だとはとえられておらず、受益者が受託者を信頼し、これに依存し、受託者がこれに応える義務を負うという法律関係だと考えられているからである。」と述べる<sup>82</sup>。すなわち、信託法上の受託者の義務についての詳細な規定は、信託関係における受益者の利益保護の観念の現れであるといえる。そうであるならば、信託の効力は、受託者の義務が詳細に規定されているから、委託者の意思能力の低下ないし喪失や死亡によっても、効力を維持するというのではなく、そもそも受託者の義務が詳細に規定されるに至った核心、すなわち信託関係における受益者の利益保護の概念がその根拠とされるべきではないか。

したがって、信託法上、受託者が負うと規定されている義務については、特別な意義があるということではなく、実質的な面をみると、民法上の委任における受任者に課される義務も十分に高度なものといえ、新井の主張する第1の根拠に大きな意味は無いのではないか。

## (2) 第2の根拠：裁判所による事情変更の原則による信託の変更権について

また、新井は、第2の根拠としては、「信託設定時の委託者の意思が、判断能力の低下ないし喪失や死亡の影響を受けず維持されるとしても、設定当初の信託条項にいたずらに固執するわけではなく、事情変更による信託の変更権（信託法 150 条）が、裁判所に付与されており、社会状況の変動に応じた臨機応変な対応可能性が制度的に保障されていること」を挙げている。

これは、民法上、契約を締結した後事情が変化し、債務をそのまま履行する上で障害が生じた場合について認められていた事情変更の原則が明文化されたものである。事情変更の原則は、判例でも、一般論として確立している<sup>83</sup>。また、それが認められる要件も①契約成立当時その基礎となっていた事情が変更すること、②基礎事情の変更が、当事者の予見したもの又は予見できたものでないこと、③基礎事情の変更が、当事者の責めに帰する

<sup>81</sup> 道垣内・展開講座第1回 131頁。

<sup>82</sup> 道垣内・展開講座第1回 131頁。

<sup>83</sup> 山本・契約 102頁。

このできない事由によって生じたこと、④事情変更の結果、当初の契約内容に当事者を拘束することが信義則上著しく不当と認められることの4要件として確立している<sup>84</sup>。

したがって、民法上の事情変更の原則による契約内容の改定や契約の解除についても明文の規定がないだけで、判例上確立した原則であるため、それが単に信託法上、明文化されたといっても果たして信託が意思凍結機能を有することの強い根拠となるのだろうか。

### (3) 受益者の利益保護の観点に基づく信託の継続性の説明

(1) 及び(2)より、信託設定後に委託者が死亡ないし意思能力を低下させたり、喪失したとしても、その効力を維持することの説明の仕方として、新井の主張する根拠では不十分である。そこで、見方を変えて、委託者からみて信託設定時の自己の意思が凍結されると解するのではなく、設定後の「受益者の利益保護のために」、委託者が意思能力を喪失したり、死亡したとしても、信託を終了させずに継続させる法理が働いていると解釈することはできないだろうか。

確かに、具体的事情において信託の仕組みを生み出す、設定する委託者の意思は反映されるべきだと思われるが、一度信託を設定した後は、不可欠の存在ではないとされている<sup>85,86,87</sup>。能見は、「むしろ、英米の伝統的な考えでは、信託とは委託者自身ではできない財産管理・運用を受託者に委ねるための制度であるから、委託者が設定された信託について口出しをすることは好ましくない」と指摘する<sup>88</sup>。

また、星野豊も、「現行法では、委託者の地位を信託関係の設定者に過ぎないものとして位置づけ、信託行為により委託者の権利ないし権限を限定ないし失わせることができることを明文をもって強調しており、委託者の監督権限ないし帰属権利者としての地位を極めて強く抑制している」と述べ、さらに委託者としての適格や能力については、「信託設定時において充たされていれば足り、信託関係が成立した後に、委託者がこれらの適格や能力を喪失したとしても、信託関係の有効性に影響を与えることはないと考えらるべきである」とする<sup>89</sup>。

したがって、一度信託が発効した後は、主に受託者と受益者の掛け合いにより仕組みが運営されていくことになり、受益者の適正な受益権行使の機会を確保させることに比重が置かれるべきである。そこにおいては、委託者の存在意義は最小限のものとされているため、委託者の主観に立った「委託者の意思の凍結」という表現で、信託設定後に委託者が意思能力を著しく低下ないし喪失したり、死亡したとしても、信託の効力が存続することを説明するのは果たして妥当といえるであろうか。それよりも、信託設定後にイニシアティブを有する受益者を保護するために、委託者が意思能力の低下ないし喪失状態に陥った

<sup>84</sup> 山本・契約 105-107 頁。

<sup>85</sup> 能見 210 頁。

<sup>86</sup> 道垣内 64-65 頁。

<sup>87</sup> 星野 95 頁。

<sup>88</sup> 能見 210 頁。

<sup>89</sup> 星野 95 頁。

り、死亡したとしても、設定時の委託者の意思がそのまま維持されているという説明の方がより説得的ではないだろうか。

そこで、以下では、この見解を確認するために、信託法上、受益者の利益保護の性格がどれほど強く反映されているか、という点を見ていく。

#### 4 受益者の主観からの信託の効力維持の説明

委託者が意思能力の低下ないし喪失状態に陥ったり、死亡したとしても、信託設定当初の効力を維持することができるという根拠として、受益者の利益保護機能を中心に理解するとすれば、信託法は、他の法制度と比較して、受益者の利益保護のために、どのような特徴を有しているといえるのだろうか。以下では、他の法制度と比べて信託法の受益者がどれほど手厚く保護されているか、という点についてみていく。

##### (1) 受託者への財産権の帰属と差押禁止・倒産隔離

###### (ア) 受託者への財産の帰属と受益者の救済方法

信託の特色は、委託者が法律行為である信託設定行為によって、受託者に信託財産の財産権を帰属させつつ、同時に、その財産を信託の目的に従って、受益者のために、管理・処分すべき拘束を加えるところに成立する法律関係が生ずるところにあると説明されている<sup>90</sup>。信託においては、信託財産は受託者の固有財産から分別して管理されなければならないばかりか、実体的には委託者の固有財産とは別個独立のものとして取り扱われることになる<sup>91</sup>。したがって、その点が、通常の委任関係や代理関係との大きな違いである。

委任関係や代理関係においては、委任者は、受任者・代理人に引き渡した財産に対して物権的な権利主張ができることは、委任者が当該財産の所有権を有することから説明することができる。一方、信託において同様の救済方法を認めようとするとき、信託財産の所有権は受託者に移転しているため、所有権を根拠として受益者が権利主張をしていくことは困難である<sup>92</sup>。

しかし、受託者に帰属している信託財産の所有権も、それを受託者が自由に使用・収益・処分することができるものではない。受託者は、あくまでも信託の目的の範囲内で、その財産権を有するに過ぎず、その信託の目的とは、究極的には受益者が受託者に対して有する受益権の履行を適正に受けることであり、信託財産の実質的な帰属主体は受益者であるともいえるのではないだろうか<sup>93</sup>。

これらの点について、道垣内は、信託法の意義について、当該財産の所有権が形式的に管理者に移転されたか、移転されていないかによって、権利者の救済方法が、物権的救済と債権的救済とで「大きく異なってくるのはアンバランスである」ため、「ある者が他人の

<sup>90</sup> 四宮 7 頁。

<sup>91</sup> 四宮 181 頁。

<sup>92</sup> 道垣内・私法体系 217-218 頁参照。

<sup>93</sup> 寺本・逐条 97 頁参照。

ために財産の管理・運用を請け負った場合には、当該財産の所有権がその管理者に移転している場合でも、権利者に所有者と同様の物権的救済を認めることにした」とする<sup>94</sup>。

また、四宮も受益者の有する受益権の性質について、債権的な「請求権を基本としつつ、なお信託財産（構成物）に対する物的権利を含むもの」と述べ、さらに、このような「物権的効力を認める諸規定および公示方法がある以上、物権法定主義（民法 175 条）は問題となるまい」とする<sup>95</sup>。

以上より、信託とは、その設定時に信託財産の所有権が委託者から移転して、受託者に帰属するものの、物権的性質を含む実質的な権利者は受益者ということができ、所有権者ではない受益者にあたかも物権的な救済を認める法理であり、信託法はそれを可能とするための法律である<sup>96</sup>ということができそうである。

#### （イ）信託財産の独立性（差押禁止・倒産隔離）

信託法 23 条によって、受託者の債権者による信託財産に属する財産に対する強制執行、仮差押え、仮処分若しくは担保権の実行若しくは競売（担保権の実行としてのものを除く。）又は国税滞納処分を行うことは、原則として禁止され、例外的に信託法 21 条 1 項各号に規定する信託財産責任負担債務に係る債権に限って強制執行をすることができる<sup>97,98</sup>。

また、受託者が破産手続開始の決定を受けた場合であっても、信託財産に属する財産は、破産財団に属さず（信託法 25 条 1 項）、受益者の有する受益権は、破産債権とならない（同法同条 2 項）。

さらに、委託者の債権者による信託財産に対する強制執行や仮処分については、特に明文の規定は存在しないものの、信託の設定によって、信託財産の財産権が委託者から受託者に帰属していることから、受託者は、民事執行法 38 条 1 項及び民事保全法 46 条に規定する第三者異議の訴えを提起することができる。

加えて、委託者について破産手続等が開始されても、信託が設定されたことによって、信託財産は、委託者の他の財産から分離されて受託者に帰属しているため、信託財産が委託者の破産財団等に属することはない<sup>99,100,101</sup>。

これらを「信託財産の独立性」といい、信託の中核的な法律効果であると評価されている<sup>102</sup>。この信託財産の独立性から、委託者に対する債権者及び受託者個人に対する債権者は、信託財産に属する財産に対して権利を主張することができないことになり、その結果、受

<sup>94</sup> 道垣内・私法体系 218 頁。

<sup>95</sup> 四宮 77-79 頁。

<sup>96</sup> 道垣内・私法体系 218 頁参照。

<sup>97</sup> 寺本・逐条 97 頁。

<sup>98</sup> 小梁 39 頁。

<sup>99</sup> 道垣内 80 頁。

<sup>100</sup> 小梁 40 頁。

<sup>101</sup> 深山 121 頁。

<sup>102</sup> 寺本・逐条 97 頁。

益者の物権的救済が図られることになる<sup>103</sup>。

以上より、一度信託が設定されると、委託者や受託者に対する債権者は、信託財産について強制執行等を行うことができず、信託財産は何ら影響を受けないため、受益者は通常通り受益権を行使することができることになる。したがって、「信託財産の独立性」と「倒産隔離機能」は、信託により受益者への財産給付を行うことの最大の特徴といえ、ここに受益者の利益保護の側面が最も強く現れているといえるのではないだろうか。

## (2) 信託関係人

信託法には、確定的な受益者が存在せず、受託者に対して誰かが監督権限を行使して受益者の利益を守る必要がある場合や、受益者が現存するものの高齢者や未成年者であって、受託者を監督するのに十分な能力を有していない場合に、受益者の正常な受益権行使を実現するために信託法は信託関係人として、信託管理人・信託監督人・受益者代理人の制度を設けている<sup>104</sup>。この三者については、信託業法の規制が及ばないため、法律専門家も業としてその職に就くことができ、民事信託については、この三者に法律や税の専門家が関与することが推奨されている<sup>105</sup>。

### (ア) 信託管理人

信託管理人とは、受益者が現に存在しない場合に、将来的に現れることになる受益者のためにそれに代わって、受託者の監督や信託に係る意思決定を行う者である<sup>106</sup>。

たとえば、未だ生まれていない子を受託者として指定する場合、ある大会の優勝者を受益者として指定したところ優勝者が未だ決まっていない場合、信託行為の定めにより受益者を指定する権利を有する者が未だこの指定権を行使していない場合（信託法 89 条）等、受益者の候補者・対象者はいるが、未だ特定していない場合や未だ出生していないといったように未存在の場合に適用されることが予定されている<sup>107,108</sup>。

なお、信託管理人は、信託設定行為に定めがない場合だけでなく、信託設定行為にその定めがあってもその者が信託管理人への就任を承諾しなかった場合や就任することができないといった場合は、裁判所は、利害関係人の申立てにより、選任することができる（同法 123 条 4 項）。

### (イ) 信託監督人

これに対して、信託監督人は、「現に受益者が存する場合」に、受益者の受益権行使を確実なものにするために、信託行為によって指定される者である（信託法 131 ないし 137 条）。

---

<sup>103</sup> 寺本・逐条 97-98 頁。

<sup>104</sup> 道垣内 188 頁。

<sup>105</sup> 遠藤 245-263 頁以降参照。

<sup>106</sup> 寺本・逐条 312 頁。

<sup>107</sup> 寺本・逐条 311 頁。

<sup>108</sup> 道垣内 189 頁。

なお、信託監督人の指定がない場合や、指定された者が就任しない場合で、「受益者が受託者の監督を適切に行うことができない特別の事情がある」場合には、利害関係人の申立てにより、裁判所は、信託監督人を選任することができる（同法 131 条 1 項及び 4 項）。なお、この信託監督人の権限は、信託管理人と異なり、「受託者の監督に係る権利」のみとされていることから、受益者と共に信託事務の円滑な処理を実現すべく、受託者の監督を行っていくことが想定されている<sup>109</sup>。

信託監督人の適用場面としては、受益者が、認知症を発症している者、高齢者、知的障害者及び未成年者等であって、「受益者自身が受託者を監督することが困難な事情があるときに選任される」ことが想定されている<sup>110</sup>。寺本も、信託法 131 条から 137 条までは、「年少者、高齢者あるいは知的障害者等を受益者として財産の管理や生活の支援等を行うことを目的とするいわゆる福祉型の信託の利用促進を図る等の観点から、受益者のために受託者を監視・監督する信託監督人の制度を新設したことに伴う規定である」<sup>111</sup>と述べる。このことから、信託監督人は、まさに福祉型の民事信託における受益者保護の中核を担う関係人であるといえる<sup>112</sup>。

#### （ウ）受益者代理人

受益者代理人は、その名のとおり受益者の代理人であるが、その代理する受益者のために受益者の権利に関する一切の裁判上または裁判外の行為をする権限を有する者である（信託法 138 ないし 144 条）。なお、この「受益者の権利」には、信託管理人と同様に、「受託者の監督に係る権利」と「信託に関する意思決定に係る権利」の双方が含まれるとされている<sup>113</sup>。

「受益者が現に存する場合である限り、受益者代理人を選任することのできる信託の類型に制限はないが」、受益者代理人を活用する「主な例としては、①年金信託や社内預金引当信託のように、受益者が頻繁に変動するためにその固定性を欠くような場合、②単なる投資の対象として受益権を取得した受益者が多数存在する場合、③受益証券発行信託…において、無記名式の受益証券が発行され、当該受益証券が転々流通する場合等」が想定される<sup>114</sup>。これらの場合には、「受益者が迅速かつ適切に信託に関する意思決定や受託者の監督を行うことについて困難を伴ったり、そもそも各受益者がこれらの事項について十分な関心を有していないこともあり得る上に、受託者の側からしても、受益者に対して信託の利益（配当）を給付したり、信託の変更などの意思決定をする上で、受益者を逐一把握することは必ずしも容易なことではなく、多額の費用を要することにもなりかねない」ため、

---

<sup>109</sup> 寺本・逐条 317 頁。

<sup>110</sup> 遠藤 250-251 頁。

<sup>111</sup> 寺本・逐条 316 頁。

<sup>112</sup> 遠藤 251 頁参照。

<sup>113</sup> 寺本・逐条 322 頁。

<sup>114</sup> 寺本・逐条 321 頁。

そこにおいて受益者代理人の存在意義を見出すことができるとされている<sup>115</sup>。

### (3) その他

(1)(2)の他にも、受益者の受託者に対する信託に関する情報請求権の確保として、①信託行為等によって自身が受益権を取得した事実を知らない場合に受託者が受益者にその旨を通知しなければならない義務を負うこと(信託法88条2項)や、②受益者の受託者に対する信託事務の処理状況、信託財産に属する財産及び信託財産責任負担債務の状況についての説明請求権(同法36条)、帳簿・書類等の閲覧請求権(同法38条1項)等が認められている。

また、受託者の信託事務処理の適正を確保する権利として、①受益者は、受託者の信託事務の処理に関し、不正の行為又は法令若しくは信託行為の定め違反する重大な事実があることを疑うに足りる事由があるときは、信託事務の処理の状況並びに信託財産に属する財産及び信託財産責任負担債務の状況を調査させるため、裁判所に対し、検査役の選任の申立てをすることができること(同法46条1項)、②受託者が法令若しくは信託行為の定め違反する行為をし、又はこれらの行為をするおそれがある場合において、当該行為によって信託財産に著しい損害が生ずるおそれがあるときは、当該受託者に対し、当該行為をやめることを請求することができること(同法44条1項)等も明文で定められている。

さらに、受託者による信託財産への侵害行為に関する請求権として、①受託者が信託財産のためにした行為がその権限に属しない場合に、相手方が、その行為の当時、その行為が信託財産のためにされたものであることを知っており、かつ、その行為が受託者の権限に属しないことにつき、善意無重過失でなかったときは、受益者はその行為を取り消し得ること(同法27条1項)、②受託者の任務懈怠によって、信託財産に損失が生じた場合はその損失填補を、信託財産に変更が生じた場合は原状回復を請求することができること(同法40条1項各号)等が規定されている。

### (4) 小括

以上より、信託法には、受益者の利益保護のために、具体的には、(1)の信託設定による受託者への財産権の帰属と、信託財産の差押禁止・倒産隔離機能、(2)の信託管理人、信託監督人、受益者代理人等の信託関係人の制度及び(3)でみた諸規定が設けられている。それにより、委託者の意思能力の低下ないし喪失や死亡によっても、信託の恩恵を受けるべき受益者の利益保護のために信託の効力が存続するといえるのではないだろうか。

なお、(2)で触れた受益者の受益権行使を保全する意味での第三者である信託関係人の存在意義については、任意後見契約における任意後見監督人の存在意義に近似しているように思われる。任意後見においても委任者である本人には、契約の締結者であるという信託でいうところの委託者的な側面と、任意後見契約発効後に同契約の恩恵を受ける者とい

---

<sup>115</sup> 寺本・逐条321頁。

う信託の受益者的な側面があるといえる。そうだとすると、本人の意思能力の低下ないし喪失後に効力が認められるのは、同契約の当事者である委任者本人の受益者的な側面が、手厚く保護されており、その保護の実効性が第三者である任意後見監督人によって担保されているからとも説明できるのではないだろうか。

この点において、民事信託と任意後見の仕組みは共通しており、受益的な地位にいる者に対する利益保護のために、このような第三者関係人の制度が取り入れられている。信託がその設定後に委託者の死亡や意思能力の低下ないし喪失によっても効力を維持することができる理由として、任意後見における任意後見監督人のように第三者関係人が関与する制度が存在することもその根拠の一つといえるのではないか。

また、民事信託と任意後見の最大の違いは、(1) でみた信託設定による受託者への財産権の帰属と、信託財産の差押禁止・倒産隔離機能であり、受益的な地位にいる者に対する財産的側面からの保護は任意後見よりも信託の方がより徹底されているといえる。そのため、民事信託においては、任意後見よりも広範な財産処分が可能となるということがいえるのではないか。

## 5 任意後見と民事信託の連携スキーム

これまでの検討において、任意後見と民事信託は互いに同じ場面での適用が想定できることが明らかになった。そこで、ここでは両制度を同じ場面に用いたとして、具体的にどのような連携スキームが想定されているかという点を見ていく。

### (1) 事例

A (75 歳) には、子 C (45 歳) 及び障害を有する子 D (38 歳) がいる。A は、20 数年前に亡くなった妻 B と共に長年 C の身の回りの世話から財産の管理まで、ありとあらゆる手助けを行ってきた。しかし、A 自身が高齢になり、介助が必要になりつつあることから、今まで自分たちが行ってきた D の世話について、C に任せるのと同時に、自分たちの意思能力の低下ないし喪失に備えて、事前に何か対策をしておきたいと思っている。幸い、A の資産状況は、自己の老後の資金で手いっぱいというわけではなく、A は、自己の状態に関わらず、月々 5 万円程は、D に給付してあげたいと考えている。また、A は、D が不慮の事故に遭い多額の治療費が必要になった場合等の臨時の支出に備えて C には、月々の定期的な財産給付とは別に臨機応変に A の財産を使ってほしいと思っている。

### (2) スキーム

このような場合、まず、A は自身が意思能力の低下や喪失状態に陥ることに備えて、C との間で任意後見契約を締結することが考えられる。その任意後見契約の類型は、「移行型」として、現状において意思能力が低下ないし喪失状態に陥らなくても、身体的な障害を負うこととなった場合に備えて、任意代理の委任契約を締結し、その任意代理の委任契約の

受任者の財産管理、身上監護を通じた見守りのもと任意後見契約の発効のタイミングをはかっていくという仕組みをとるのが理想的だと思われる。

また、Dに対する定期給付について、Aが十分な意思能力を有する場合は、従前どおり、その都度AからDへの贈与を行うか、AからDへの定期贈与を行えば足りる。しかし、Aが意思能力の低下ないし喪失状態に陥った際には、任意後見契約が発効するが、任意後見契約の中に、財産管理や身上監護からかけ離れた財産処分の条項を規定することは、前章で検討したように、現状においては消極的に解するのが相当と思われるため、それらを超えた財産の定期給付による意思実現の部分については家族スケールの民事信託によって行うことになる。

より具体的には、Aを委託者、Cを受託者、Dを受益者とし、民事信託の効力発生事由を「Aについての任意後見契約が発効したとき（=Aについて任意後見監督人を選任する審判がなされたとき）」とし、信託財産は、Aの所持する現金、信託の目的の根幹を「受益者Dの安定した生活の支援と福祉を確保すること」というような内容のものを設定することになるだろう。これにより、受託者Cは、委託者Aから託された信託財産を受益者Dに給付していくことになる。

さらに、死後も含む意思実現のスキームとする際は、この民事信託契約は、Aが亡くなくても存続することとし、Aの死亡によって任意後見契約は終了するものの、Cは信託の受託者として、従前のとおり、Dに対する財産の定期給付を行っていくことができる。また、Dが亡くなくても残余の財産がある場合は、その部分は、長期間に渡ってDを世話したCに帰属させるというような、受益者の地位の連続型信託とすることも可能である（信託法91条）。

### （3）小括

このように、Aは、Cを受託者とする民事信託を用いて、AC間の任意後見契約に盛り込むことが難しいと思われるCからDに対する後見的要素を離れた裁量的な要素を含む財産給付を実現することができる。それにより、AがCとの間で締結した任意後見契約による身上監護面及びそれに付随する財産管理面のフォローと相まって、本人の意思能力が低下ないし喪失した後も、本人の意思を実現することができるのである。

## 6 法定後見制度と信託

ここまで、任意後見契約と民事信託の連携の場面についてみてきたが、既に本人の意思能力が著しく低下していたり、喪失状態にあることにより、法定後見制度が発動している事例について、信託制度はどのように連携し得るのだろうか。そこで、以下では、法定後見制度と信託との関係についてみていく。

## (1) 被後見人のために後見人が締結する信託

法定後見は、任意後見と異なり、制限行為能力者にとっての事後的な代理制度であるため、法定後見が開始してからの信託契約の締結を要保護者たる本人自身が行うことはできず、任意後見におけるように本人自身が後見制度と連携した信託のスキームを設定することは難しいと思われる。しかし、法定後見の場面においても、信託制度との連携が想定できないわけではない。

近年、普及が進んできた後見制度支援信託の場面における連携がその最も顕著なものと思われる。以下では、浅香竜太＝内田哲也「後見制度支援信託の目的と運用について」信託 250 号、14 頁以下（2012 年）をもとに、同信託の仕組みをみていく。

## (2) 後見制度支援信託

### (ア) 成年後見制度の実情

法定後見制度の開始事件の申立件数は、新後見制度の運用が開始された平成 12 年以降、増加しており、平成 27 年は 34,782 件と、平成 12 年の事件数（6,693 人）の 5 倍を超えている<sup>116</sup>。平成 27 年の申立て件数の内訳をみると、後見開始事件が 27,521 件、保佐開始事件が 5,085 件、補助開始が 1,360 件、任意後見監督人選任が 816 件であり、その多くが後見類型であることがわかる<sup>117</sup>。平成 12 年 4 月 1 日に成年後見制度の発足された当初は、本人の親族を後見人等に選任する割合が高かった。専門職が成年後見人等に選任された割合は、平成 12 年度が約 4.4%<sup>118</sup>、平成 13 年度が約 7.7%<sup>119</sup>、平成 14 年度が約 14%<sup>120</sup>、平成 15 年度が約 17%<sup>121</sup>、平成 16 年度が約 18.1%<sup>122</sup>、平成 17 年度が約 19.2%<sup>123</sup>、平成 18 年度が約 14.2%<sup>124</sup>、平成 19 年度が約 23.5%<sup>125</sup>、平成 20 年が約 27%<sup>126</sup>、平成 21 年が約 30.1%<sup>127</sup>、平成 22 年

<sup>116</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況－平成 27 年 1 月～12 月－」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryu/kouken/index.html>）4 頁。

<sup>117</sup> 裁判所統計・前注 4 頁。

<sup>118</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況～平成 12 年 4 月から平成 13 年 3 月～」(最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryu/kouken/index.html>) 6 頁。

<sup>119</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況 平成 13 年 4 月から平成 14 年 3 月まで」(最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryu/kouken/index.html>) 12 頁。

<sup>120</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況 平成 14 年 4 月から平成 15 年 3 月まで」(最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryu/kouken/index.html>) 9 頁。

<sup>121</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況～平成 15 年 4 月から平成 16 年 3 月～」(最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryu/kouken/index.html>) 9 頁。

<sup>122</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況～平成 16 年 4 月から平成 17 年 3 月～」(最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryu/kouken/index.html>) 13 頁。

<sup>123</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況～平成 17 年 4 月から平成 18 年 3 月～」(最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryu/kouken/index.html>) 12 頁。

<sup>124</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況～平成 18 年 4 月から平成 19 年 3 月

が約 34.7%<sup>128</sup>、平成 23 年が約 37.1%<sup>129</sup>、平成 24 年が約 43%<sup>130</sup>、平成 25 年が約 50.4%<sup>131</sup>、平成 26 年が約 58%<sup>132</sup>、平成 27 年が約 68%<sup>133</sup>と、ここ 15 年間で大きく増加している。その原因としては、まず、成年後見制度が世間に周知され訴訟等の法的な手続きや複雑な財産管理・身上監護等の専門知識を要することが想定されるケースに成年後見制度が利用されることが増加したことや、親族と疎遠な高齢者が急増していること等が考えられ、後見等開始申立件数の増加と専門職後見人の選任割合の伸び率を考えると、今後増々専門職後見人が選任される件数は増加していくと思われる。

### (イ) 親族後見人等による不正事案の現状と適正な後見人確保の必要性

一方、後見等開始申立ての件数の増加とともに、親族後見人等の不正事件の件数も増加している。前掲浅香＝内田論文によると、親族後見人の不正行為が判明した事案は、平成 22 年 6 月から平成 25 年 9 月までの 16 カ月の間だけでも、306 件であり、被害総額は約 35 億 4,000 万円にのぼるとされている。すなわち、毎月 19 件程度の不正が発覚し、約 2 億 2,000 万円の被害が判明していることになり、1 日当たりの被害額は約 740 万円ということになる<sup>134</sup>。また、その 306 件の不正事案のうち、「後見開始事件（禁治産宣告事件を含む。）は 251 件と約 82%を占め、未成年後見人選任事件 34 件を含めると、全体の約 93%を占める」とのことである<sup>135</sup>。

また、後見人の不正事件は、後見人が家庭裁判所に報告書を提出した後における家庭裁判所が行う報告書の審査、家庭裁判所調査官による調査、後見人に対する審問、預金口座に関する金融機関への照会などの事後的なチェックによってのみ、判明する仕組みとなっ

---

～」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>）11 頁。

<sup>125</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況～平成 19 年 4 月から平成 20 年 3 月～」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>）10 頁。

<sup>126</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況－平成 20 年 1 月～12 月－」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>）10 頁。

<sup>127</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況－平成 21 年 1 月～12 月－」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>）10 頁。

<sup>128</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況－平成 22 年 1 月～12 月－」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>）10 頁。

<sup>129</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況－平成 23 年 1 月～12 月－」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>）11 頁。

<sup>130</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況－平成 24 年 1 月～12 月－」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>）10 頁。

<sup>131</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況－平成 25 年 1 月～12 月－」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>）9 頁。

<sup>132</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況－平成 26 年 1 月～12 月－」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>）9 頁。

<sup>133</sup> 裁判所統計「最高裁判所事務総局家庭局 成年後見関係事件の概況－平成 27 年 1 月～12 月－」（最高裁判所HP「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/index.html>）9 頁。

<sup>134</sup> 浅香＝内田 15 頁。

<sup>135</sup> 浅香＝内田 15 頁。

ている。そのため、後見人が故意に行う金銭の横領行為などを未然に防ぐためには専門職後見人の選任と同等の効果を持つような事前チェックの仕組みを検討する必要がある。

#### (ウ) 後見制度支援信託の概要

そこで、平成23年から後見制度支援信託制度が導入された。この制度は、本人（成年被後見人及び未成年被後見人に限る。）の財産のうち、日常的な支払いをするのに十分な金銭を預貯金等として、概ね200万円から300万円を親族後見人の管理下に残し、入所施設の毎月の費用や日々の生活に必要な支払いを柔軟に行うことができるようにした上で、通常使用しない部分を信託銀行等に信託するものである。現在、受託者となり得る信託銀行は、三井住友信託銀行、三菱東京UFJ信託銀行、みずほ銀行、りそな銀行の4行のみである。信託財産は、金銭に限定されており、信託の対象となる財産は、実務上、本人が所持している金銭、預貯金、国債及び有価証券の解約金等が想定されている。信託契約締結前後の本人の収支状況のチェックは、司法書士等の法律専門職により行われるが、既に親族後見人が選任されているか否かという点や、既に親族後見人が選任されている場合は、その後見人との関係でケースごとに様々な選任形態が取られている。

それではどのような選任形態がとられているかという点と、まず、新規に申し立てられた後見等開始事件の場合は、①開始当初から専門職後見人と親族後見人が選任され、専門職後見人には、財産管理権が、同時に選任された親族後見人には、身上監護権が付与され、後見制度支援信託の利用の適否の検討から契約締結まで後見事務を行い、信託契約後に専門職後見人が辞任し、親族後見人に財産管理権を引き継ぐケース、②当初は、専門職後見人のみを選任し、同信託契約の締結後に辞任し、親族後見人を新たに単独の後見人として選任するリレー型のケース、及び③当初から親族後見人と専門職後見人を選任し、両者に財産管理権・身上監護権を付与し、信託契約締結後に専門職後見人が単に辞任するケースの3つのパターンが、家庭裁判所ごとにとられている。

また、現に親族後見人が選任されている係属中の事件については、現に単独で選任されている親族後見人について、①身上監護権を親族後見人に残し、財産管理権を含むその他の権限を専門職後見人に分掌するケースと②権限の分掌をせずに信託契約締結に向けて専門職後見人を並列的に追加選任するケースの2つのパターンが家庭裁判所ごとに使い分けられている。

以上のように、本信託の設定については専門職後見人が関わるのが想定されており、利用の適否についてもしっかりと検討することが想定されている。しかし、一度に多額の現金・預貯金を信託してしまうため、入所施設の変更に伴う一時金の支払いや、リフォームを行うための工事費用の支払い等のまとまった額の臨時の支出が必要な際はどうすれば良いのだろうか。この点について、信託財産の払戻し等が必要な場合には、あらかじめ家庭裁判所に理由を説明して指示書の発行を受けるものとされており、臨時に多額の支出をする必要が生じた場合には、その指示書により、信託財産からその金額の交付を受けるこ

とができる仕組みとなっている。しかし、この点については、信託銀行の本来の機能から後見制度支援信託の利用は財産保全に傾きがちであり、高齢者のために財産を適切に使用することが難しいという批判がある<sup>136</sup>。

#### (エ) 後見制度支援信託の利用の対象とされないケース

実務においては、後見制度支援信託の利用検討案件として、後見人に就任するとその信託の利用の適否を判断する際の事務連絡が送達される。その事務連絡には、「後見制度支援信託の利用に適さない事案の例」として、①本人の資産調査の結果、本人の金銭財産額が一定額に満たない事案、②本人所有の不動産等が多数存在し現金や預貯金が少ない等信託できない財産が相当程度あるため同信託では財産保護が十分に図れない事案、③本人の財産に関する遺言の存在が明らかになっている事案、④本人の身上に対する配慮（病状、生活状況等）に照らし、収支予定を立てることが困難な事案が記載されている。

そして、これらの場合には、本人の資産の多寡に関わらず、専門職を後見人ないし後見監督人に選任して保護を図ることが妥当なケースであるため、後見制度支援信託の利用は見送られることになる<sup>137</sup>。

#### (オ) 後見人の処分行為と遺言内容との抵触

(エ)の③のとおり、裁判所の取り扱いによると、「本人の財産に関する遺言の存在が明らかになっている事案」については、死後の財産処分に関する本人の意思を尊重する必要があるとの理由で、後見制度支援信託の利用に適さない事案とされている。

たとえば、ある高齢者が遺言により一定の預貯金を長男に遺贈するとしていたが、その後、重度の認知症になり、後見開始の審判を受け、後見制度支援信託の利用検討案件とされ、後見人が遺言の存在を認識しつつそれと抵触する同信託契約の締結をした場合、その信託契約の締結行為に本人による遺言の撤回行為と同様の効果を認めても良いのだろうか。

このように、本人が遺言によって処分すると定めた対象財産について、本人の成年後見人が遺言の存在を知らずに、その対象財産につき、後見制度支援信託を設定してしまった場合、後見人の処分行為と本人の残した遺言の内容との抵触が生じることになる。

本人がそのような遺言内容と抵触する行為を行った場合は、民法 1023 条 2 項の「遺言が遺言後の生前処分その他の法律行為と抵触する場合」に該当することになり、遺言内容のうち、その抵触する部分を撤回したものとみなされる。この「抵触」とは、「前の遺言を失効させなければ、後の遺言や生前行為の内容を実現することができない程度に、内容が抵触すること」を指すといわれている<sup>138</sup>。この撤回行為は、「あくまでも本人の最新の意思を尊重する趣旨の規定であるから、本人の意思に基づく行為でなければならない」<sup>139</sup>。遺言を

<sup>136</sup> 水野 7 頁。

<sup>137</sup> 浅香＝内田 19 頁参照。

<sup>138</sup> 二宮 391 頁。

<sup>139</sup> 田山・続 299 頁。

残すという行為が代理に親しまない行為であることも踏まえると、遺言者の法定代理人（成年後見人もこれに含まれる。）による抵触行為はこれに含まれないのではないか<sup>140,141</sup>。

そのように、成年後見人が本人の残した遺言の内容に抵触するような行為を行った場合、たとえそれが民法 1023 条 2 項の定める遺言の撤回行為に該当しないとしても、遺言者の意図した資産構成を変更してしまうことになることには違いない。このことは、遺言内容にどのような影響を及ぼすことになるのだろうか。

たとえば、遺言者が「現金 500 万円を A に、甲銀行の預金口座を B に、乙銀行の預金口座を C に、その他一切の財産を D に」相続させる趣旨の遺言を残した後で、遺言者につき成年後見人が選任され、その成年後見人が、その遺言の存在を把握せずに、現金を 200 万円だけ残して、それを除く現金と A に甲銀行の預金口座及び乙銀行の預金口座の残高全額を信託財産として後見制度支援信託を設定したとする。その後、遺言者が亡くなり、遺言の効力が生じた場合に、信託された現金のうち 300 万円は A に、信託設定時の甲銀行の預金口座及び乙銀行の預金口座の残高は、各々 B 及び C に相続されるのだろうか（また、定期交付金や一時交付金の交付が行われ、信託金額が減少していた場合は、現金 300 万円、甲銀行の預金口座の残高及び乙銀行の預金口座の残高に応じて、A、B 及び C において按分となるのだろうか）、それとも、遺言中の「その他一切の財産」として D に相続されるのだろうか。

また、上記の事例を少し変更して、成年後見人が後見制度支援信託を設定する際に、甲銀行の預金口座からは一部を信託財産とし、乙銀行の預金口座からはその残高の全額を信託財産として後見制度支援信託を設定した場合は、遺言者の死亡時に遺産がどのように分配されると解するのが妥当であろうか。

遺言者の相続が紛争状態となった場合に、そのような資産状況の変更を行った成年後見人の負う責任も追及され得るのか。そうであるとすれば、成年後見人は遺言の検索についてどこまでの調査義務を負うのだろうか。

以上は、後見制度支援信託の実務に携わる専門職にとっては、非常に重要な論点であるもののはっきりとした見解が存在しない状況である。この点においては、より一層の議論が待たれるところである。

### （3）法定後見人が本人のために締結するその他の信託

後見制度支援信託は、親族後見人による被後見人本人に対する不正の防止を目的とするための極めて特殊な信託であるが、この他にも既に意思能力が低下ないし喪失している知的障害者や精神障害者などのために、法定後見人が法定代理人として本人のために信託契約を締結することができる<sup>142</sup>。現に、資産家の成年被後見人本人が、後見開始の審判前、すなわち意思能力を十分有するときに「自分の死後に相続人間で遺産を争って

<sup>140</sup> 田山・続 299 頁。

<sup>141</sup> 二宮 391 頁。

<sup>142</sup> 新井 529-531 頁参照。

欲しくない。」「自分の所有している遊休地に商業施設を建設して地域社会のために活用してほしい。」と希望していたという事例において、本人の成年後見人が、事前の家庭裁判所との協議の下、本人の代理人として本人を委託者兼受益者、親族からなる一般社団法人を受託者として民事信託契約を締結したという報告がなされている<sup>143</sup>。

成年後見制度においては、法定後見人が負う本人意思尊重義務や身上配慮義務によって、本人の真意を汲み取り、それを反映させる後見実務が想定されているものの、実際の後見実務は、法定後見人は家庭裁判所の監督下で、保全的・静的な性格の事務が遂行される局面が多いように思われる。不動産処分の事例としても、具体的必要性が要求され、その必要性としては、本人の施設利用料、入院治療費、生活費等の捻出等が考えられる。すなわち、本人が十分な資産を有する限り、「単に高額で売却できそうだから売却する」というような理由では処分の必要性があるとはいえないとされることが多いのではないかと。

不動産処分についてのこれらの現状は、「本人の意思尊重」という意味でも硬直的で好ましくないとと思われる。信託の設定によっても、本人の権利関係に変動が生じるため、慎重な検討が必要となると思われるが、「本人のために必要な財産を超える部分の余剰財産については、…これを信託財産等として一時的に保存・凍結するほうがリスクマネジメントとしてはむしろふさわしい運用とも考えられる」<sup>144</sup>のではないだろうか。

法定後見制度の運用が開始された後で、法定後見人が本人の代理人として民事信託を設定することができるかという点については、本人に十分な意思能力が存在しない以上、より慎重に検討されるべきではある。しかし、「本人の意思尊重」という側面を強調すれば、本人の財産の余剰の程度、本人の意思及び信託設定の必要性・合理性を総合的に考慮することで、信託設定を認めた方が本人の意思を実現する場合もあり得る。そのため、一概に信託設定に消極的な姿勢をとるのではなく、より柔軟にその利用の適否が判断されていくべきである。この点においては、今後の事例の報告が待たれるところである。

## 7 小括

昨今、「民事信託」の活用が提唱されているものの未だ馴染みは薄いように感じる。民事信託は、商事信託と異なり、受託者が信託業を営む専門家ではない点に最大の特徴がある。主には、親族間の資産承継や事業承継について、託す側が信頼できる親族や知人等が受託者となり、活用されることが想定されている。遺言や契約でも、実現することが難しい問題について、その穴を埋める役割が期待されているが、果たして、どこまでのことができるのか、どこからができないか、ということが不明確なことも浸透していない原因の一つにあるように思われる。

また、2、3及び4において検討したが、信託の特徴として、「意思凍結機能」を有することが挙げられることも多いが、そのような理解は、委託者の主観を強調し過ぎているた

<sup>143</sup> 今川＝石田＝大貫＝河合 128 頁参照。

<sup>144</sup> 清水 13 頁。

め、好ましくないのではないか。信託を設定することで、委託者の信託に対する影響は、必要最小限に留まる。信託が設定されてからは、主に受託者と受益者との関係で運営されていくものであり、特に、受益者が正常に受益権行使の確保に意識を置いた規定の仕方、制度設計が取られている。すなわち、信託において強調されるべきは、「受益者の利益保護」の側面であり、信託の設定後に委託者の意思能力の低下ないし喪失や死亡によってもその効力が維持されるのも、受益者の正常な受益権行使の確保が理由とされるべきであると思われる。

さらに、5及び6において検討したとおり、民事信託は、親族間の資産承継の手法の一つとして考えられていることから、任意後見制度や法定後見制度、相続の場面における遺言や死後の事務委任契約と併用されるケースも非常に多くなるとと思われる。相続に関係する併用については第2部にてより詳細に取り扱うが、任意後見制度との関係では、5の事例のようなものが考えられる。前章で検討したとおり、任意後見制度は、法定後見制度と比べて、よりアクティブな財産処分に関する事務を実現することができると思われるが、それは、本人の利益のためである「財産管理」と「身上監護」に付随するものに限られるのではないだろうか。相続税対策の贈与のように、「本人の利益」とはいえないとされている事務は、任意後見制度によっては難しいのではないだろうか。

したがって、本人の意思能力が低下ないし喪失した後での「本人の利益のため」という範囲を超えた財産給付については、民事信託において行うことになる、という結論が現状においては妥当ではないか。

加えて、6では、法定後見制度と信託の連携について検討した。近年は後見制度支援信託検討案件の急増によって、成年後見人が本人の代理人として後見制度支援信託の設定を行うケースが増加している。後見制度支援信託以外の信託についても、本人の余剰資産の状況次第では、信託を用いることで本人の意思実現に資することもあり得るため、裁判所においてはより実質的に柔軟な判断をする必要があるのではないだろうか。具体的にどのような事例に信託を活用することが許されるかといった点については、今後の事例の報告が待たれるところである。

## 第2部 死後の意思実現

任意後見と民事信託との連携については、第1部第2章5で述べたようなスキームが考えられる。任意後見契約が公正証書により行うとされていることから（任意後見契約法3条）、本人は、自己が十分な意思能力を有するときに公正証書遺言による死後の対策と共に、意思能力の低下ないし喪失から死後何年間の意思実現のために民事信託の設定を公証役場において同時に行うことが望ましいケースも十分想定できる。

民事信託の適用を検討する際は、任意後見契約との関係性のみでは足りず、死後の意思実現の場面における遺言や契約との関係性も検討されなければならないのではないかと。まさに、民事信託は、本人の意思能力の低下ないし喪失状態の意思実現の問題と、その先の本人の死後の意思実現の場面をつなぐ架け橋のような制度であるといえる。

そこで、第2部においては、民事信託、遺言、契約を主な検討材料として、人は、死後の意思実現のために、どのような制度によって、どのようなことまで事前に取り決めておくことができるか、という点について、第1章では、「死後の財産の段階的な給付」を、第2章では、「死後の財産の定期的な給付」を検討していく。

### 第1章 死後の財産の段階的な給付～後継ぎ遺贈の再検討～

本章では、後継ぎ遺贈における議論から、死後の財産の段階的な給付について検討していく。

#### 1 民法上の後継ぎ遺贈の有効性

まず、民法上の後継ぎ遺贈の議論についてみていく。後継ぎ遺贈は、どのようなニーズから生み出されたのだろうか。そこで、以下では、時を遡って、後継ぎ遺贈のルーツから検討していく。

##### (1) 明治憲法下の後継ぎ遺贈へのニーズと有効・積極説

後継ぎ遺贈を有効・積極的に解する学説は、明治憲法下のものが多い。おそらく、その背景には、「家産」の承継に、後継ぎ遺贈型の財産承継を利用していたという実情があったのであろう<sup>145</sup>。

室町末期の戦国・江戸時代の武士の時代から明治初期ごろまで、慣習上「仲継相続」という相続制度が存在した<sup>146</sup>。この制度は被相続人が死亡や、隠居したときに、その相続人が幼少、病弱であった場合に、いったん第三者に後見的任務を負う仲継相続人として信託的に家督を継がせ、後日、本来の相続人やその子孫が成長、回復した際に、その者に仲継相続人を相続させる制度であった<sup>147</sup>。

しかし、明治政府は、明治6年の太政官布告第263号により「家督相続ハ必ス総領ノ男

<sup>145</sup> 稲垣 40 頁。

<sup>146</sup> 高柳 340-342 頁参照。

<sup>147</sup> 高柳 340-341 頁参照。

子タルヘシ、若シ亡歿或ハ廢篤疾等不得止ノ事故アレハ、其事實ヲ詳ニシ次男三男又ハ女子へ養子相続願出ツヘシ、次男三男女子無之者ハ、血統ノ者ヲ以テ相続願出ツヘシ、若シ故ナク順序ヲ越テ相続致ス者ハ相当ノ咎可申付事」という法則を確立し、それ以後、「幼年者であっても法定相続人であれば必ず家を継承し、後見人を置いてその者を保護すること」を徹底し、仲継相続を行うことは許されなくなった<sup>148</sup>。ただし、民衆の仲継相続に対するニーズは、潰えたわけではなく、実質的な仲継相続を実現すべく、入夫相続や養子縁組による仲継相続人の確保や、元戸主である祖父の再相続ということも行われていたようである<sup>149</sup>。

高柳真三は、このような流れについて、「慣習法的に強い根底をもつ仲継相続制が、明治期の相続立法の目指した法定相続法の厳格性を突破して、一つの相続形態をつくり上げるにいたったことには、根拠があったとみななければならないであろう」<sup>150</sup>と述べる。このような傾向は、その根拠は、家督相続を排斥した現行民法においては、遺言で仲継相続と同様の効果を可能にする後継ぎ遺贈においても共通のものではないだろうか。以下、明治憲法下の代表的な積極説をみていく。

#### (ア) 穂積重遠

「遺言の内容たる意思表示は必ずしも單純なるを要せぬ。其事項の性質が許す限り條件附又は期限附でも爲され得る」<sup>151</sup>ことは、「殊に遺贈について考へられる。即ち停止條件附遺贈・解除條件附遺贈・始期附遺贈・終期附遺贈が場合により又財産の性質に應じて行はれ得る。或時期まで又は或事實の發生までは甲が受遺者となり其後は乙が受遺者となる、といふドイツ民法（2100 條以下）の『先位相續人』『後位相續人』（Vorerbe, Nacherbe）の如き關係を生ぜしめることも不可能ではあるまい」<sup>152</sup>。「受遺者甲の受ける財産上の利益が、或條件が成就し又は或期限が到來した時から乙に移轉する」ことは、「所謂『後継遺贈』であつて」、「乙も亦受遺者である。而してこの第2の受遺者は必ずしも遺言が効力を生ずる時に存在するを要せず、右の條件が成就し又は期限が到來する時に存在すればよい」<sup>153</sup>と解する。

#### (イ) 近藤英吉

「遺贈には解除條件を附し又は終期を附することを得るのであるから、先づ甲を受遺者となし（仲継受遺者、前位受遺者）、一定の事實の發生に因つて遺贈の効力を失はしめ、その遺贈は乙（後位受遺者）に歸属すべき」である<sup>154</sup>。この場合に、後位受遺者がその遺贈を放棄したときは、「遺言者の別段の意思が推斷せられない限り、仲継受遺者に於てそ

<sup>148</sup> 高柳 342 頁。

<sup>149</sup> 高柳 348-353 頁参照。

<sup>150</sup> 高柳 364 頁。

<sup>151</sup> 穂積 395 頁。

<sup>152</sup> 穂積 401 頁。

<sup>153</sup> 穂積 404 頁。

<sup>154</sup> 近藤 161 頁。

の遺贈を最終的に保有し得るものと解すべきである」<sup>155</sup>。「尚後位受遺者は同時に補充的受遺者たる資格を兼ねることを得べく、疑はしい場合には、寧ろこの兩資格を兼ねるものと見るべきであるから、仲継受遺者が受遺者たることを得ないときは、後位受遺者に於て始めから受遺者たる地位を取得するものと解しなければならぬ」<sup>156</sup>。

しかし、後継ぎ遺贈についての積極説には、注意が必要である。なぜなら、包括遺贈について、近藤は、包括受遺者は相続人と同一視できる（民法 990 条）から、被相続人が、自己の死について相続人が相続することについて条件や期限を付すことができないのと同様に、包括遺贈にも条件や期限を付けることはできないと主張している<sup>157</sup>。よって、後継ぎ遺贈の有効性について積極説の立場に立つとしても、積極説の論者は、それは特定遺贈としてされる後継ぎ遺贈を念頭に置いていることに注意が必要である。

また、明治民法起草者である梅謙次郎も、現行民法 994 条に当たる明治民法 1094 条の審議の中で、横田國臣からの「併ナカラお前ガ受取ツタ後チニ其子ニ遣ツテ呉レト云フコトハドウデスカ」という問いに対して「ソレハイケナイ」と答え、またそれに続けて、横田からの「其内カラ幾分カ給付シテ呉レト云フコトナラバ宜イテセウ」という質問に対して、「皆遣ルト云フコトハイケナイ」と述べ、包括遺贈での後継ぎ遺贈には否定的な見解を示していた<sup>158</sup>。被相続人の財産を包括的に、2代にわたって遺贈することは、①相続順位を破ること、②遺産の分割ができないこと、③相続人の遺留分を侵害すること、④第1次受遺者の取得した遺贈利益の処分権を完全に否定するのは所有権を侵害することにつながることで等の危険性を含んでいるためである<sup>159</sup>。

以上より、明治憲法下の「家」制度に由来する財産承継のあり方として、後継ぎ遺贈のニーズは、極めて大きく、そのニーズの実現のため、民法上も特定遺贈であることを条件とすることを中心に後継ぎ遺贈を有効・積極的に解する説が有力であったことがわかる。

## （2）後継ぎ遺贈否定説

このことは、否定説が優位を占めている現在の学説の状況とは対照的である。中川善之助・泉久雄も後継ぎ遺贈については「問題があるように思われる」<sup>160</sup>として次の疑問点を挙げている。すなわち、「A死亡の際は、Aの相続人でないBに移るとしたとすれば、Aの相続人は、どうなるのか。もしAの死亡前に、Aの相続人がその財産を処分したらどうなるのか。相続人の債権者が相続開始と同時に、この財産を差し押さえたなら、Bは受遺者として、この債権者に対抗できるかどうか。ドイツ民法のような明文上の手当をしないで置いて、ドイツ民法の先位相続人（Vorerbe）と後位相続人（Nacherbe）の制度」を定めるのは

<sup>155</sup> 近藤 161 頁。

<sup>156</sup> 近藤 161 頁。

<sup>157</sup> 近藤・独逸 311 頁。

<sup>158</sup> 法典調査会 7 卷 732 頁参照。

<sup>159</sup> 稲垣 46 頁。

<sup>160</sup> 中川＝泉 501 頁。

疑問だと主張する<sup>161</sup>。

後継ぎ遺贈について、否定・消極的な説は、中川・泉の他にも多くのものが存在するが、その流れをより加速させたのは、最判昭和 58 年 3 月 18 日判タ 496 号 80 頁である。

### (3) 最判昭和 58 年 3 月 18 日判タ 496 号 80 頁

最判昭和 58 年 3 月 18 日判タ 496 号 80 頁（以下、「本判決」という。）は、次のような条項を含む遺言に対する判決である。「一、甲土地及び乙土地とその土地上の倉庫一棟はYに遺贈する」「Yの死後は、X 1 式、X 2 式、X 3 式、X 4 参、X 5 参、X 6 参、X 7 参、X 8 式の割合で権利を分割所有す、…但右の割合で取得した本人が死亡した場合はその相続人が権利を承継す」る（以下、X 1 から X 8 を「Xら」という。）。

遺言者は、昭和 51 年 12 月 24 日に死亡し、Yは昭和 52 年 6 月 22 日に上記不動産の遺贈を受けたものとしてY名義への所有権移転登記をなした。これに対し、Xらは、その不動産は、Yに遺贈されたものではなく、Xらに遺贈されたものだと主張して、Y名義への所有権移転登記の抹消を請求して訴訟を提起した。

そして、原審（福岡高判昭和 55 年 6 月 26 日家月 36 卷 3 号 154 頁、判タ 496 号 80 頁）は、次のように述べて、Xら第 2 次受遺者に対する遺贈部分は、遺言者の希望を述べたに過ぎず、本件遺言は第 1 次受遺者 Y への単純遺贈の部分として有効であると判示した。「本件遺贈は、一般に『後継ぎ遺贈』といわれているものであって、…この種の遺贈については、受遺者に一定の債務を負担させる負担付遺贈と異なり、現行法上これを律すべき明文の規定がない。そのため、右遺贈を有効とした場合には、第 1 次受遺者の受ける遺贈利益の内容が定かではなく、また第 1 次受遺者、第 2 次受遺者及び第三者の相互間における法律関係を明確にすることができず、実務上複雑な紛争を生ぜしめるおそれがある。…関係者相互間の法律関係を律する明文の規定を設けていない現行法のもとにおいては、第 2 次受遺者の遺贈利益については法的保護が与えられていないものと解すべきである。」

これに対し、Xらは、本件遺言条項は、Yの死亡を停止条件としたXらへの単純遺贈であると主張して上告した。

最高裁は、本件遺言条項につき、遺言者の真意は「第 1 次遺贈の条項は被上告人に対する単純遺贈であって、第 2 次遺贈の条項は遺言者の単なる希望を述べたにすぎないと解する余地もないではないが、本件遺言書による被上告人に対する遺贈につき遺贈の目的の一部である本件不動産の所有権を上告人らに対して移転すべき債務を被上告人に負担させた負担付遺贈であると解するか、また、上告人らに対しては、被上告人死亡時に本件不動産の所有権が被上告人に存するときには、その時点において本件不動産の所有権が上告人らに移転するとの趣旨の遺贈であると解するか、更には、被上告人は遺贈された本件不動産の処分を禁止され実質上は本件不動産に対する使用収益権を付与されたにすぎず、上告人らに対する被上告人の死亡を不確定期限とする遺贈であると解するか、などの各余地も十

---

<sup>161</sup> 中川＝泉 501 頁。

分にありうるのである。原審としては、本件遺言書の全記載、本件遺言書作成当時の事情などをも考慮して、本件遺贈の趣旨を明らかにすべきであったといわなければならない」と判示して、原審判決を破棄し、差し戻した。

#### (4) 本判決の位置づけ

本判決については非常に多くの評釈が存在するが<sup>162,163,164,165</sup>、ここでは、それらの中で最もニュートラルなものと思われる国府剛の見解を紹介する。国府は、本判決の位置づけとして、最高裁は、後継ぎ遺贈の条項について、以下(ア)から(エ)の4つの解釈の可能性を示唆し、後継ぎ遺贈は、ある種の遺贈として十分成り立ち得ると判示したものと評価する。

- (ア) 本件遺言条項は、第1次受遺者への単純遺贈であり、第2次受遺者に対する遺贈の部分は、単に遺言者の希望を述べたにすぎない。
- (イ) 本件遺言条項は、第1次受遺者に対する遺贈につき、遺贈の目的の一部である本件不動産の所有権を第2次受遺者に移転すべき債務を第1次受遺者に負担させた負担付遺贈である。
- (ウ) 第2次受遺者に対しては、第1次受遺者死亡後に本件不動産の所有権が第1次受遺者に存するときには、その時点において、本件不動産の所有権が第2次受遺者に移転するとの趣旨の遺贈である。
- (エ) 第1次受遺者は本件不動産の処分を禁止され、実質上は本件不動産に対する処分を除いた使用収益権を有するにすぎず、第1次受遺者の死亡を不確定期限とする第2次受遺者に対する遺贈である。

結局、本判決は、第1次受遺者が第2次受遺者に負う「履行義務は何か」、「第1次受遺者はどのような内容の権利を取得することになるのか」、第2次遺贈は「如何なる根拠に基づくのか不明確」、(エ)と解した場合、第1次受遺者の死亡以前に「所有権は誰に帰属しているのか」、第1次受遺者が「用益権のみ遺贈されたとした場合、遺留分との関係はどうなるのか」等、後継ぎ遺贈の効力について否定的な立場に立つものだといえる<sup>166</sup>。

#### (5) 後継ぎ遺贈の定義の問題

次に後継ぎ遺贈の効力についての否定説の検討をしていくが、その前提として、まず、後継ぎ遺贈の仕組み、定義について確認していくこととする。稲垣明博「後継ぎ遺贈（再考）」論叢：玉川大学経営学部紀要17号、19頁以下（2012年）によると、一重に「後継ぎ

---

<sup>162</sup> 国府 83 頁。

<sup>163</sup> 泉 91 頁以下。

<sup>164</sup> 高野 220 頁以下。

<sup>165</sup> 松尾・負担付遺贈 472 頁以下。

<sup>166</sup> 国府 83 頁。

遺贈」といっても、その構成をどのように解するかによって、その後継ぎ遺贈における受遺者と第2次受遺者が、果たして遺言者と第1次受遺者のどちらから対象物を取得することになるかという点が異なってくるとされている<sup>167</sup>。

前掲稲垣論文によると、後継ぎ遺贈の仕組みについて、(ア) 受益者（第1次受遺者）が、自身について相続が開始した場合に、遺言者の定めた遺贈対象財産を特定の者（第2次受遺者）に遺贈するという負担付きの遺贈と構成する仕方、(イ) 遺言者から直接遺贈を受けた受遺者（第1次受遺者）の死亡を不確定期限とする期限付遺贈であると構成する仕方、(ウ) 民法上の後継ぎ遺贈も信託法91条の規定通りのものと捉えて、中間の第1次受遺者に相続が開始した場合に、遺贈対象財産は、第1次受遺者からではなく、遺言者から第2次受遺者に帰属すると構成する仕方の3つがあるとされている。(ア) 及び (イ) の構成によれば、遺贈対象財産は、「遺言者→第1次受遺者→第2次受遺者」と順に帰属していくのに対し、(ウ) のように信託的に構成すると第2次受遺者は遺言者から遺贈対象財産を取得すると解することになる。

このように、前掲稲垣論文によれば、民法上の後継ぎ遺贈については、(ア) から (ウ) までの3つの構成の仕方があるとされるが、稲垣は、後継ぎ遺贈の特殊性ゆえに、「そのどちらかに限定することは現行法上、規定がない以上あまり意味が薄いと思われる。今ある条文の中で現在のニーズに合った『後継ぎ遺贈』に最も近い遺贈類型を考えてもいいのではあるまいか。」と述べる。

そこで、本論文においては、後述の2において信託法を用いた後継ぎ遺贈を検討する関係で、民法上の後継ぎ遺贈を述べる上では、(ア) ないし (イ)、すなわち、遺言者に対する相続開始によって、まず第1次受遺者が遺贈対象財産を取得し、その後第1次受遺者に相続が開始した際に、第2次受遺者が第1次受遺者から遺贈対象財産の移転を受ける形態を前提として、以下、否定説の検討を行っていくこととする。

## (6) 否定説の検討

(5) を踏まえて、以下では、後継ぎ遺贈に対する否定的・消極的要素について個別に検討していく。

### (ア) 遺留分減殺請求について

後継ぎ遺贈についての否定・消極説からは、遺留分減殺請求が行われた場合の法律関係が不明確であるとの指摘がある。これについては、①第2次受遺者は、第1次受遺者の負う負担ないし期限の到来により対象財産を取得する将来的な期待権しか有していないため、遺留分を侵害しているとはいえず、遺留分減殺請求は、第1次受遺者に対して行われるべきであるという見解<sup>168</sup>と②第2次受遺者の第1次受遺者に対して有する期待権も民法 1029

<sup>167</sup> 稲垣・再考 19 頁以下。

<sup>168</sup> 米倉 353 頁。

条2項に従い、十分に評価できるため、第2次遺贈についてもその期待権の評価額に応じて遺留分減殺の対象とすることができるという見解<sup>169</sup>がある。

この点については、後継ぎ遺贈を不確定期限または条件を付した遺贈の組合せと構成すれば、民法1032条により解決がはかれる。もっとも、後継ぎ遺贈は、期限付・条件付の所有権を遺贈するものでなく、遺贈という行為自体を期限付・条件付で行うものであるから、「条件付きの権利又は存続期間の不確定な権利を贈与又は遺贈の目的とした場合」と定める同条を直接適用することはできないようにみえる。

しかし、従来から同法の解釈として「条件付権利の贈与または遺贈とは、将来実現するかどうか不確実な事実にかからしめた贈与または遺贈をいう」<sup>170</sup>と解釈されていることから、「法律関係が不確定になるのを避けるという同規定の趣旨からすると、条件付・期限付権利そのものを遺贈した場合は同条の適用があるが、遺贈を条件付・期限付でした場合には、適用がないと解するのは合理的でなく、後者についても同条の適用を認めるべきである」といわれている<sup>171</sup>。

したがって、第2次受遺者が有する期待権も、民法1029条2項によりその価値を評価した上で遺留分減殺請求の対象になると解すれば、それほど遺留分減殺請求についての法律関係が不明確であるとはいえないのではないか。

#### (イ) 長期的な財産処分への制約について

無効説は、後継ぎ遺贈は、第1次受遺者が長く生きるほど、①長期にわたって財産の処分の自由を侵し、財産の流通を損なうこと、②世襲財産作りにつながることを論拠として挙げている。②においては、そもそも明治憲法下で実践された後継ぎ遺贈のニーズが、まさにその点にあったため、その指摘は免れないと思われる。

そこで、①の理由の一つとして、米倉明は、「不動産を拘束してはいけない、不動産の流通を妨げてはいけないといわれる場合のその趣旨は、…有効に活用したい（またそれができる）人が他にいない場合は、その人に所有権を移転して活用させるべきで、それを長期にわたって妨げるのはよろしくない、ひいては国民経済に悪影響を及ぼすことになる」<sup>172</sup>とする。

しかし、後継ぎ遺贈は、財産処分の自由をそれほど厳格に制限してしまうものなのだろうか。そこで考えてみるに、第1次受遺者も第三者との関係では、民法上の完全な所有権を有しているといえる。そのため、遺贈対象財産を自由に処分することは可能である。第1次受遺者から財産を取得した第三者と第2次受遺者は、将来的に民法177条の対抗関係に立つことになり、両者の関係性は対抗要件の具備の先後を明確にすることによって決定される。

<sup>169</sup> 田中亘 237 頁。

<sup>170</sup> 中川＝加藤 486 頁。

<sup>171</sup> 田中亘 237 頁。

<sup>172</sup> 米倉 355-356 頁。

したがって、第1次受遺者の遺贈対象財産の処分自由そのものが、後継ぎ遺贈によって制約されているとはいえないのではないだろうか。

#### (ウ) 相続秩序に反するという論拠について

否定説には、「第1次受遺者の死後は目的物が本来なら第1次受遺者の相続人に承継させるべきところを、それをいわば曲げて、遺言者が予め指定する第2次受遺者に帰属させるというようなこと、つまり相続秩序を個人の意思で変更するようなことは認め得ない。」<sup>173</sup>という指摘がある。

しかし、第1次の遺贈に対して、条件・期限を付すか否かということは、それが法的に有効に効力を生ずるかということとは別としても、遺言者の全くの自由のはずである。そうであるにも関わらず、遺言者のそのような意思について、第1次受遺者の相続人から指摘される筋合いはないのではないだろうか。

#### (エ) 明文の規定

ドイツ民法は、その2100条において、「被相続人は、ある者（先位相続人）が相続人となった後に他の者（後位相続人）が相続人となる旨を終意処分で定めることができる」と明文の規定を置いている<sup>174</sup>。一方、日本民法には、ドイツ民法と異なり、後継ぎ遺贈についての明文の規定がなく、これまでみてきたように学説上も否定説が優位である。

しかし、明文の規定がないからといって、後継ぎ遺贈の効力が認められないとするのも不自然ではないだろうか。

## 2 信託法上の後継ぎ遺贈の明文の規定の創設とその問題点

1(2)から(5)のように、民法上の後継ぎ遺贈については、否定的な見解が根強いが、その否定的要素についてはある程度の反論を試みる事が可能である。しかし、その否定要素をすべて指摘し尽くすことはできず、実際の効果については、未だ不安が残る。

また、平成18年に信託法の改正が行われる前の信託法を用いた後継ぎ遺贈の法律上の有効性についても、実際の有効性については議論があり、実際にそれを適用した場合に、そのスキームが公序良俗に該当するか否かのラインがどこで引かれるのかが不透明なままであった<sup>175</sup>。

そこで、平成18年の信託法改正によって受益者連続型の信託についての明文の規定である信託法91条が創設された。信託法91条は、「受益者の死亡により他の者が新たに受益権を取得する旨の定めのある信託の特例」として、「受益者の死亡により、当該受益者の有する受益権が消滅し、他の者が新たな受益権を取得する旨の定め（受益者の死亡により順次他の者が受益権を取得する旨の定めを含む。）のある信託は、当該信託がされた時から30

<sup>173</sup> 米倉・可能性95頁。

<sup>174</sup> 浦野・ドイツ法2-3頁。

<sup>175</sup> 沖野・受益者連続型信託34-35頁。

年を経過した時以後に現に存する受益者が当該定めにより受益権を取得した場合であって当該受益者が死亡するまで又は当該受益権が消滅するまでの間、その効力を有する。」と規定している。

しかし、信託法 91 条によって規定された信託法上の後継ぎ遺贈型の受益者連続信託が、民法上の後継ぎ遺贈に対する否定・消極説の挙げる否定要素のすべてをクリアしているといえるのだろうか。

そこで、以下では信託法上の後継ぎ遺贈型の受益者連続信託において、まず、同法同条そのものの適用に関する解釈上の諸問題を検討していく。

### (1) 受益者指定権・変更権（信託法 89 条）との関係

まず、信託法 91 条の定める「当該信託がされた時から 30 年を経過した時以後に現に存する受益者が当該定めにより受益権を取得した場合であって当該受益者が死亡するまで又は当該受益権が消滅するまでの間」という期間についての定め方と信託法 89 条の定める受益者指定権・変更権との関係である。

委託者が、同法 91 条に定める後継ぎ遺贈型の受益者連続信託を設定したものの、その信託設定行為において、2 次以降の受益者の具体的な指定を行わず、その指定を第三者に委ねたというケースにおいて、信託設定から 29 年と数カ月後に第 1 次受益者に相続が開始したものの、設定から 31 年目に受益者指定権を有する第三者が第 2 次受益者を指定したという場合に、同法 91 条の後継ぎ遺贈の期間制限の規定の適用を受け、その後継ぎ遺贈は存続できなくなるのだろうか<sup>176</sup>。このように、同法 89 条の受益者指定権・変更権の行使の場面と、同法 91 条の受益者連続の場面が交錯している場合は、どのように調整されるべきなのかという点が問題となる。

### (2) 遺言代用信託（信託法 90 条）との関係

また、信託法 90 条は、遺言代用信託について定める。遺言代用信託とは、委託者の死亡を始期として、受益者について、「委託者の死亡の時に受益者となるべき者として指定された者が受益権を取得する旨の定めのある信託」（信託法 90 条 1 項 1 号）、または、「委託者の死亡の時以後に受益者が信託財産に係る給付を受ける旨の定めのある信託」（同法同条同項 2 号）のことをいう。このうち、同法 90 条 1 項 1 号の遺言代用信託については、信託設定時に委託者自身が第 1 次受益者として受益権を取得することも可能であり、その際は信託設定行為において自身に相続が開始した際の第 2 次受益者を指定しておくことになる。ここにおいて、遺言代用信託における第 1 次受益者から第 2 次受益者への受益者たる地位の移行は、同法 91 条における受益者連続の場面ともとれるのではないだろうか。

このように、遺言代用信託（信託法 90 条 1 項 1 号）と後継ぎ遺贈型の受益者連続型信託（同法 91 条）が、共に適用されるような場合、同法 91 条の期間制限の規定は適用される

<sup>176</sup> 沖野・受益者連続型信託 37 頁。

のだろうか。

民法の規定する遺言を残した者が、遺言作成後 30 年を経過して亡くなったとしても、その遺言は民法所定の様式を満たす限り、有効なものとして効力を生ずる。それと比較して、遺言代用信託を設定した後、委託者兼第 1 次受益者が 30 年を経過して亡くなったときは、信託法 91 条の定める期間制限に服し、第 1 次受益者から第 2 次受益者への受益者たる地位の移行がなされず、委託者の生前の意思が実現できないという結果になるのは不平等ではないか。

### (3) 残余財産受益者と帰属権利者との関係

さらに、沖野眞巳は、信託終了時の信託財産の帰属者の捉え方も問題になると指摘している<sup>177</sup>。信託の終了時に最終的に財産を取得することになる者が、信託法 182 条 1 項に定める「信託行為において残余財産の給付を内容とする受益債権に係る受益者…となるべき者として指定された者」、すなわち、残余財産受益者であるか、それとも、同じく同項で規定する「信託行為において残余財産の帰属すべき者…となるべき者として指定された者」、すなわち、帰属権利者であるか否かにより、同法 91 条の適用の可否が分かれるのではないかと主張している<sup>178,179</sup>。

この両者の違いについては、「帰属権利者は、信託の清算期間中だけ受益者とみなされる存在であり（信託法 183 条 6 項）、信託が終了して清算が始まるまでは、なんらの権利も有しないのに対して、残余財産受益者は、信託終了事由が発生する前から受益者としての地位を有していることに違いがあるとされている<sup>180</sup>。すなわち、信託終了後の財産の帰属者が、帰属権利者として規定されているのではなく、残余財産受益者として定められているのだとすると、信託終了後の財産の帰属者は、信託の終了事由（たとえば、委託者 A の死亡）が発生する以前の信託の効力発生時から受益者としての地位を確定的に取得していることになる。

すなわち、信託終了後に最終的に財産を取得する者が、信託法 182 条 1 項に定める帰属権利者であれば、その者は信託の終了によって初めて受益者となるため、同法 91 条の期間制限の規定の適用を受けることになる。一方、その者が残余財産受益者であれば、その者は信託の効力発生時から受益者としての地位を有するため、同法 91 条の期間制限を受けないこととなるのではないか<sup>181</sup>。

このように、帰属権利者も残余財産受益者も「信託財産の最終帰属者」という実質的な位置づけは同じであるにもかかわらず、このような差異が生じ得るのは法理論的に妥当であらうか。

<sup>177</sup> 沖野・受益者連続型信託 38 頁。

<sup>178</sup> 沖野・受益者連続型信託 38 頁。

<sup>179</sup> 道垣内 226 頁。

<sup>180</sup> 道垣内 226 頁。

<sup>181</sup> 沖野・受益者連続型信託 38 頁。

#### (4) 小括

このように、信託法 91 条については、その規定振りの不明確さから、信託法の他の条文との整合性について、検討されるべき課題が多いことがわかる。同条の規定振りや解釈そのものに不明確な点が多数存在することから、「同条によって後継ぎ遺贈が実現することができることとなった」と言い切ることはそう容易ではなく、条文そのものの解釈としても今後より一層の議論が必要だと思われる。

また、それに加えて、民法上の後継ぎ遺贈との関係で、それに対する否定的な立場からの指摘を信託法 91 条によって実現する後継ぎ遺贈は、すべてクリアしているといえるかという点も検討されるべきある。

そこで、以下では、民法上の否定説からの指摘のうち、特に、「遺留分減殺請求について」、「相続秩序との関係について」、「長期的な財産処分の制約について」の 3 点について、果たして、信託法に基づく後継ぎ遺贈型の受益者連続信託は、それらをクリアしているといえるのか、という点についてみていく。

### 3 民法上の後継ぎ遺贈に対する否定説との関係について

ここからは、1 (6) で検討した論点のうち「遺留分減殺請求について」、「相続秩序との関係について」、「長期的な財産処分の制約について」、がどのような問題となって信託法上の後継ぎ遺贈型の受益者連続信託の場面で現れてくるか、という点を検討していく。

#### (1) 遺留分減殺請求について（「相続秩序との関係について」の検討も含む）

遺留分減殺請求について、「後継ぎ遺贈型受益者連続信託が遺留分制度を潜脱することができないことは、立法段階から異論のないところである」<sup>182</sup>といわれている。新井も「いくら信託に独自の機能があるからといっても、当然ながら信託が民法上の規定すべてに優越するというにはならない。たとえば、民法上の遺留分の規定に抵触することは許されないし、遺言信託であれば民法上の遺贈との類似性を顧慮して、遺贈に関する民法上の規定が類推適用されるべきこととなるだろう」<sup>183</sup>、また、「遺言代用信託は、遺言信託と異なり契約方式による信託行為である。しかし、その目的が死後の財産承継である点で、遺贈や死因贈与と異なるところはない。したがって、社会政策的観点から、特別受益者払戻し制度（民 903 条）や遺留分制度（民 1028 条以下）の適用対象となることが考えられる」<sup>184</sup>と述べている。そして、沖野眞已も、「遺留分制度についてはそれ自体が相続法の公序である限り、信託の設定によって回避できないことは当然である」<sup>185</sup>としている。

さらに、寺本が、「委託者である夫が、その所有する賃貸建物を受託者に譲渡し、賃料を受益者に給付することを目的とする信託を設定した上で、自己の生存中は自らが受益者（第

---

<sup>182</sup> 加藤祐司 19 頁。

<sup>183</sup> 新井 91 頁。

<sup>184</sup> 新井 171 頁。

<sup>185</sup> 沖野・新しい信託法 21 頁。

1次受益者)となり、自己の死亡により妻が受益者(第2次受益者)となり、さらに、妻の死亡により子が受益者(第3次受益者)となると定め」た場合、「遺留分算定に当たっては、第2次受益者(妻)はもとより、第3次受益者(第1子)についても、いずれも委託者兼第1次受益者(夫)の死亡の時点(すなわち、第3次受益者(第1子)についても第2次受益者(妻)の死亡の時点ではない。)を基準として、第2次受益者(妻)は存続期間の不確定な(すなわち、妻自身の死亡時を終期とする)受益権を、第3次受益者(第1子)も存続期間の不確定な(すなわち、妻の死亡時を始期とし第1子自身の死亡時を終期とする)受益権を取得したのものとして、各受益権の価額等について必要な算定がされるべきものと考えられる」<sup>186</sup>との見解を述べていることから、信託が遺留分制度の適用を受けることがわかる。

そこで、ここでは、後継ぎ遺贈型受益者連続信託が、遺留分の制度を潜脱しないことを前提に、信託との関係で、①後継ぎ遺贈型の受益者連続信託の利用が、遺留分算定の基礎財産に影響をするのではないかという点、②遺留分を侵害しているのは誰で、減殺請求の相手方は誰か、対象物は何か、という点について検討していく。

## (2) 後継ぎ遺贈型受益者連続信託と遺留分

ここでは、信託法91条の後継ぎ遺贈型の受益者連続信託との関係で遺留分について検討していくことにする。

### (ア) 後継ぎ遺贈型の受益者連続信託の利用が、遺留分算定の基礎財産に影響するのではないかという点について

信託法による後継ぎ遺贈においては、信託法91条の規定の仕方から、2次以降の受益者は、第1次受益者からではなく、委託者から受益権を取得することになる。そのことから、白須真理子は、「民法上のルールに従えば、委託者の死亡段階だけでなく、第1次の受益者の死亡段階、第2次の受益者の死亡段階で、それぞれの相続財産として遺留分基礎財産の算定にあたって考慮されるはずであるところ、後継ぎ遺贈型の受益者連続信託においては、第2次の受益者に対しても委託者からの受益権という形になることによって、第2次の受益者は改めて遺留分減殺請求を受けることもなく、受益することが可能となる」<sup>187</sup>と述べる。

問題なのは、第1次受遺者(B)と第2次以降の受遺者(C)の受益権を評価してその価額を合算しても、その価額は信託された財産の信託設定前の価額にならないということである<sup>188</sup>。Bはいつまで生存するかわからないため、Bの受益権はその存続期間が不確定であり、それに相まってCがいつ所有権を取得するかも不明であり、市場性がないためである<sup>189</sup>。

<sup>186</sup> 寺本・逐条 260-261 頁。

<sup>187</sup> 白須 89 頁。

<sup>188</sup> 加藤祐司 21 頁。

<sup>189</sup> 加藤祐司 21 頁。

このように、「信託を利用することによって、民法上の遺留分算定の基礎財産が下回り、その結果、民法上得られるはずの遺留分が得られない者がいるとすれば、少なくともその限りで、信託法と相続法は両立していない」<sup>190</sup>といえる。

#### (イ) 遺留分を侵害しているのは誰で、減殺請求の相手方は誰か、対象物は何かという点について

これに関する近時の学説状況は、「受託者が減殺請求の相手方であるとする説（甲説）」<sup>191</sup>、「受益者が減殺請求の相手方であるとする説（乙説）」<sup>192,193</sup>、及び「受託者及び受益者が減殺請求の相手方であるとする説（丙説）」<sup>194</sup>に大きく分けられる。

##### (i) 受託者が減殺請求の相手方であるとする説（甲説）

信託財産の帰属主体・名義人である受託者を相手方とする甲説は、信託行為により信託財産の移転行為が、遺留分侵害行為であり、その移転行為自体に減殺請求することで、当該信託財産の返還を求めようとするものである<sup>195</sup>。

しかし、甲説については、「直ちに信託財産が減殺されるならば、信託財産の独立性はなく、また、過去・現在・未来の受益権に影響を与え、ときに当該受益者の遺留分の侵害が更に問題となりうる」<sup>196</sup>という批判もある。

##### (ii) 受益者が減殺請求の相手方であるとする説（乙説）

相手方を受益者とする乙説は、信託により受益者が信託財産の実質的利益である受益権を取得することが遺留分侵害行為であり、その侵害行為の当事者たる受益者の有する受益権の返還を求めようとするものである。例えば、最判平成10年3月24日民集52巻2号433頁は、相続人に対する贈与は、民法1030条が定める1年間の期間制限に服さず、遺留分減殺請求の対象となるとしている。この判決の趣旨を踏まえると、実質的に特別受益となる利益を得ている受益者は、「受贈者に準じて考える解釈がふさわしいと思われる」<sup>197</sup>とされている。

乙説の論者である道垣内は、受託者は固有の利益を有さないもので、遺言によって、財産が被相続人から受託者に移転すること自体は、誰かに利益を与えるものではない。そのため、遺留分の侵害は、ある者が受益者として利益を受ける地位を取得することによって生

---

<sup>190</sup> 白須 89 頁。

<sup>191</sup> 川 28 頁。

<sup>192</sup> 道垣内・展開講座第8回 85 頁。

<sup>193</sup> 道垣内・信託設定と遺留分減殺請求 64 頁。

<sup>194</sup> 四宮 160 頁。

<sup>195</sup> 川 28 頁。

<sup>196</sup> 星田 51 頁。

<sup>197</sup> 水野 109 頁。

じると主張される<sup>198</sup>。したがって、信託において遺留分の問題となるのは、受益者が受益権を取得した時であるということになる。

また、道垣内は、複数の受益者が存在し、その一部の受益者のみが、他の相続人の遺留分を侵害していると考えられる場合に、受託者への信託的移転行為を減殺すると、信託財産の移転行為自体を減殺し、信託財産そのものから遺留分を取り戻すことになるため、遺留分を侵害していない受益者に不当な損害を与えることになるのではないかと<sup>199</sup>、と指摘する。

しかし、乙説によると、遺留分減殺請求の対象となるのは、信託財産ではなく、各受益者が有する受益権ということになる<sup>200</sup>。そのため、遺留分減殺対象財産の評価額が、信託財産そのものの価額よりも低くなることが考えられるため、場合によっては遺留分権利者に酷な結果をもたらすことになるとの批判がある<sup>201</sup>。

### (iii) 受託者及び受益者が減殺請求の相手方であるとする説（丙説）

甲説と乙説の対立の中、現在の通説的見解と目されるのが、折衷説的な丙説とされている<sup>202</sup>。四宮和夫は、「他益信託の設定が遺留分の規定に反するときは、相続開始後減殺を受ける」<sup>203</sup>。「この場合、遺言信託および死因贈与の形をとる信託（民 554 条参照）は『遺贈』、生前信託は『贈与』として、遺留分の規定（民 1028 条以下）を適用すべきであり、遺留分は、受託者への信託財産の形式的な所有権移転と受益権取得による受益者への実質的な利益移転の双方により侵害されるため、「減殺権の行使を受けるのは、信託財産自体（受託者）と受益者（私益信託）であると解すべきである」<sup>204</sup>と述べる。

三枝健治によると、受託者が相手方とされることについては、「第 1 に、遺留分減殺請求は、現物返還を原則的な効果としており、返還対象となる財産の所有者である『受贈者又は受遺者』（民法 1041 条）が、遺留分減殺請求の相手方として民法上典型的に予定されていることを考えると、信託ではその返還対象となる財産の所有者である受託者を相手方とすべきであること、第 2 に、他人のために財産を管理する者という点で類似の立場にある遺言執行者が遺留分減殺請求の相手方になりうるとするのが判例（大判昭和 13 年 2 月 26 日民集 17 卷 275 頁）であるから、それとの均衡上、受託者もその相手方になると考えられること、他方、受益者もその相手方となることに関しては、第 1 に、仮に受託者のみが相手方とされると、受益者が遺留分侵害の有無やその額を争うことができなくなるおそれがあること、第 2 に、現物返還に代えて認められる価額弁償（1041 条）は、信託では、所有権の返還による信託の失効を防ぐ手段として受益者に認められるべきであること」<sup>205</sup>が、丙

<sup>198</sup> 道垣内・展開講座第 8 回 85 頁。

<sup>199</sup> 道垣内・展開講座第 8 回 84 頁。

<sup>200</sup> 星田 51 頁。

<sup>201</sup> 三枝 50 頁。

<sup>202</sup> 三枝 41 頁。

<sup>203</sup> 四宮 160 頁。

<sup>204</sup> 四宮 160 頁。

<sup>205</sup> 三枝 41 頁。

説の根拠とされている。

#### (ウ) 小括

(ア) (イ) を踏まえて、現在は、甲説及び乙説も丙説へシフトしようとする動きを見せている<sup>206</sup>。また、現在の通説的見解である丙説をもとに、受託者と受益者双方に返還を求め、受益者に返還を求めることも、減殺請求する側に選択できるとする見解も出てきている<sup>207</sup>。

以上のとおり、信託による後継ぎ遺贈を行ったとしても、それに対する遺留分減殺請求の扱いは、確定的なものではないため、今後の議論が注目されるところである。

### 4 長期的な財産処分の制約について

後継ぎ遺贈によって、2次以降の受益者の指定をすることができるとうると、場合によっては相当の長期に渡り、委託者の設定時の意思が反映されていくことになる。確かに、2次、3次以降にも及ぶ広大なスケールの後継ぎ遺贈を実現しようとするならば、それ相応の長期間に渡ってその効力を維持させるべきということになるが、あまりに長期の信託期間を設定すると、信託財産が委託者の設定した信託目的に長期間拘束されることになり、その信託財産の取引・流通を阻害し、民法90条の公序良俗に抵触することになるのではない<sup>208</sup>。特に委託者が既に死亡している場合は、死者が財産を支配し続けるという「デッド・ハンド・コントロール (dead hand control)」という問題が生じ得る<sup>209</sup>。

また、純粋な法理論の観点からみても、信託が有する信託財産の所有権を実質的にコントロールする機能を永久に認めることは、近代市民法の基本原則たる「所有権絶対の原則」に抵触する可能性がある<sup>210</sup>。英米法においては、この永久信託による特定財産の長期間の拘束を否認する「永久拘束禁止則 (rule against perpetuities)」が認められているが、日本の信託法は、この点に関する一般的な明文規定を有していない<sup>211</sup>。果たして、日本の信託法において、財産を永久的に拘束することは認められるだろうか。

そこで、「デッド・ハンド・コントロール (dead hand control)」の問題については、大塚正民「死者たちの手：遺言、信託および相続法の社会史」アメリカ法 2010年・2(2011年)及び同「永遠の生命と法：アメリカにおける死者たちの支配力の勃興」アメリカ法 2011年・2(2012年)が詳しく、以下では主に(1)(2)において、本論文に依拠しながら、信託の有効期間について検討していく。

---

<sup>206</sup> 三枝 43 頁。

<sup>207</sup> 三枝 51 頁。

<sup>208</sup> 四宮 152-154 頁参照。

<sup>209</sup> エドワード 75-82 頁参照。

<sup>210</sup> 新井 92 頁。

<sup>211</sup> 新井 92 頁。

## (1) デッド・ハンド・コントロールとアメリカの相続による財産承継について

人は死亡しても、「人間が作った法律によって、死亡後においても一定の限度で支配権を維持できる」<sup>212</sup>。その支配権の維持は、まるで墓場から伸びた死者の手によってなされているかのようなものである<sup>213</sup>。このデッド・ハンド・コントロールの方法として最も単純なのが、遺言書による方法であり、信託は遺言書代替物の内で最も重要なものとして位置づけられている<sup>214</sup>。アメリカにおいては、死者の財産承継を単純に遺言書によることは中核的ではなく、富裕層・貧困層を問わず、遺言書代替物である信託を用いる方法が主力となっている（形式主義の一般的衰退、非形式主義の勃興）<sup>215</sup>。

また、法律は、社会の流れを反映するものであるため、この流れはより一層強まることが予測される<sup>216</sup>。家族は小規模化し、人は長寿になり、福祉国家は、高齢者をはじめ自立できない家族の面倒をみることを肩代わりするようになった。これらの事実は、相続から血統主義を希薄化させ、人々の相続観をより柔軟な非形式的なものに、そして、死者に対して増々大きな権利を与える傾向が顕著になりつつあることを示す<sup>217</sup>のではないだろうか。

## (2) アメリカにおけるデッド・ハンド・コントロールの許容

大塚正民によれば、「アメリカでは、自分の財産を死後に支配する権利を広く認めている」<sup>218</sup>。多くの国が、法定相続を規定し、自己の財産であっても、その大部分を法定の割合で家族に与えなければならないとし、法定相続分の規定の無い国でも、「裁判所に遺言者の指示とは異なる分配を行う権限を与え、遺言者の遺産のより公平な分配を実現している」<sup>219</sup>。これに比して、アメリカ法においては、「遺言の自由は崇高であり、裁判所といえども、遺言者の指示から逸脱する権限を有しない」<sup>220</sup>とされる。

また、アメリカでは、信託を利用することで、長期にわたる財産の支配が可能である。多くの国では、信託を認めていないし、たとえ信託を認めている国であっても、委託者の死後は、生存している受益者に対して、委託者よりもより強力な財産支配権を与えている<sup>221</sup>。たとえば、イギリスでは、信託の受益者たちは、委託者の死後は、委託者の意思とは無関係に信託を終了させることができる<sup>222</sup>。このような事態は、アメリカとは対照的である<sup>223</sup>。

このようにアメリカ法は、時とともに死者に対し、より多くの権利を与える方向に変化してきている。しかし、死者たちの権利が拡大する中で、それがどれほど生存者の権利侵

---

<sup>212</sup> エドワード 76 頁。

<sup>213</sup> 大塚・死者たちの手 346 頁。

<sup>214</sup> 大塚・死者たちの手 349 頁。

<sup>215</sup> 大塚・死者たちの手 351 頁。

<sup>216</sup> 大塚・死者たちの手 351 頁。

<sup>217</sup> 大塚・永遠の生命と法 466 頁。

<sup>218</sup> 大塚・死者たちの手 467 頁。

<sup>219</sup> 大塚・死者たちの手 467 頁。

<sup>220</sup> 大塚・死者たちの手 467 頁。

<sup>221</sup> 大塚・死者たちの手 467 頁。

<sup>222</sup> 大塚・死者たちの手 467 頁。

<sup>223</sup> 大塚・死者たちの手 467 頁。

害をもたらしているかということについては、ほとんど注意されてこなかった<sup>224</sup>。これは、死者が生前に信託を用いて自らの死後に相続人などが有する予定であった財産権や個人に認められるべき特権についてある種の権利侵害をすることは、やむを得ないことであるとして正当化する傾向があったともいえるのではないか<sup>225</sup>。

### (3) デッド・ハンド・コントロールと日本の信託法

(2) で紹介した社会の流れは、日本においてもあてはまるものである。ただし、死者が死後も支配力を行使しうるのは、生存者たちがそのような行使を許容している限りの事であり、生存者の許容を超えるような信託類型は望ましくない。デッド・ハンド・コントロールについては、日本にも永久拘束禁止則のように、信託期間が超長期にわたるものについては、否定的な見解が根強い<sup>226</sup>。その一方で、遺言が、死者の生前の最後の意思表示であるという点を強調し、遺言者の「次の世代1代限りに対する支配であれば正当化されて、2代目以降の利用に支配や拘束を及ぼすことは許されないとする合理性も見当たらない」<sup>227</sup>という見解もある。

20年、30年以上のような長期の存続期間でなくとも、たとえば、存続期間を5年と定めたとしても、信託目的によっては、不相当に長く、受益者にとって、非現実的な想定の下に遙か遠い不確実な将来について拘束されるといったこともあり得る。このような場合は、信託目的から導かれる委託者の意思と受益者の権利侵害の程度を加味して、公序良俗・信義則等の民法の一般原則に基づき事案ごとに判断することになると思われる。デッド・ハンド・コントロールの問題は、期間の長短に関わらず、より一層議論されるべきである。

よって、民法上の後継ぎ遺贈についても指摘される長期の拘束性という観点も、信託を用いれば、解消されるとは必ずしもいえないということである。

## 5 事務執行者の法的地位と裁量権について

2から4では、信託法上の後継ぎ遺贈の問題点を指摘した。しかし、信託法上の後継ぎ遺贈と民法上のそれとの比較検討をするにあたっては、両者の事務委任を受ける者が、どのような地位に基づいて、どの程度の裁量を有し、どのような権限で事務を遂行していくかという点の考察も必要ではないだろうか。

信託法を用いた後継ぎ遺贈であっても、民法による後継ぎ遺贈にあっても、事務の執行を任される信託の受託者や遺言執行者は、長期に渡り、信託の設定行為や遺言の記載のとおり中間の取得者や最終の財産帰属者に財産を帰属させるべき義務を負う。したがって、そのような事務を執行する者には、法的地位が明確であることと、スキームの設定時に被相続人が細部について決定できなかったことについて、被相続人の真意の実現のために、

<sup>224</sup> 大塚・死者たちの手 467 頁。

<sup>225</sup> エドワード 61 頁。

<sup>226</sup> 新井 92 頁。

<sup>227</sup> 福井 94 頁。

的確な裁量を行使できるような権限を有するということが望ましい。

### (1) 遺言執行者の法的地位

信託の受託者については、信託法2条5項により、「信託行為の定めに従い、信託財産に属する財産の管理又は処分及びその他の信託の目的の達成のために必要な行為をすべき義務を負う者」として定義されている。これは、少なくとも遺言執行者の地位について定める民法1015条の「遺言執行者は、これを相続人の代理人とみなす」という規定振りよりは、明確といえるのではないだろうか。

しかし、遺言執行者の法的地位については、様々な議論があり、その中で、ある一定の方向性を導き出すことができるように思われる。以下では、それらの議論をみながら遺言執行者の法的地位について検討していく。

#### (ア) 民法1015条「相続人の代理人」についての検討

##### (i) 遺言の意義

まず、遺言の意義について確認する。「遺言は、遺言者の意思を法律関係に反映させる仕組みであり、その意味では、自己決定という基本思想に立つものだと言える」<sup>228</sup>。すなわち、遺言執行者が執行すべき遺言の内容は、実質的には、遺言者のために遺言者自身が定めたものであるといえる<sup>229</sup>。遺言執行者は、そのように、遺言が効力を生じた際には、既に死亡している遺言者の意思を法律関係に反映させるために遺言の内容を実現するのであり、全相続人の利益のために相続財産を管理処分する者ではない<sup>230</sup>。

##### (ii) 相続人の「利益のための」代理人と解することについて

民法1015条は、「遺言執行者は、これを相続人の代理人とみなす」と規定しているが、遺言が(i)のとおり、遺言者本人の意思を反映させるものである以上、遺言に相続人の利益に反する遺言の執行を必要とする遺言事項が含まれている場合もあり得る。

たとえば、遺言者が、一部の相続人に対してのみ死後の相続財産の帰属を指定し、相続人の中には、その遺言によって相続財産を一切取得しないこととなっている場合や、遺言者が相続人以外の者に一切の財産を取得させる遺贈の旨を遺言で定めている場合は、遺言執行者は、遺言により定められた一部の相続人や相続人以外の受遺者のために遺産を引き渡すべき義務を負う。さらには、遺言者が、遺言で推定相続人を廃除する意思表示をした場合、遺言執行者は、遺言の効力発生後遅滞なく、被廃除者たる推定相続人の廃除を家庭裁判所に請求しなければならない(民法893条)。これらのように、遺言執行者の事務とは、相続人全員の利益になるために行われるというわけではなく、場合によっては相続人以外の財産帰属者のために事務を執行するという側面も有することになる。

<sup>228</sup> 窪田 444 頁。

<sup>229</sup> 渡部 178 頁参照。

<sup>230</sup> 渡部 178 頁参照。

この点について、「遺言執行者の任務は、遺言者の真実の意思を実現するにあるから、民法 1015 条が、遺言執行者は相続人の代理人とみなす旨規定しているからといつて、必ずしも相続人の利益のためにのみ行為すべき責務を負うものとは解されない」とした判例（最判昭和 30 年 5 月 10 日民集 9 卷 6 号 657 頁）もある。

以上より、遺言執行者は、「相続人の代理人」であると規定されているが、必ずしも相続人の「利益のための」代理人というわけではないということがいえる。

### (iii) 民法 1015 条の「代理人」について

遺言執行者を相続人の一種の法定代理人と解した場合、遺言者の相続人が存在せず、相続財産が法人となった場合に、遺言執行者を民法 1015 条の「代理人」と解すべきであろうか。

相続人のあることが明らかでないときは、相続財産は、法人（相続財産法人）とされるため（民法 951 条）、遺言執行者は、相続人ではなく、この「相続財産法人の」代理人として考えなければならないのではないか。この場合は、少なくとも、存在しない相続人の代理人と考えることは不可能である<sup>231</sup>。

## (イ) 学説

### (i) 「相続人の代理人」とする説

富井政章は、遺言執行者は、「相続人ニ属シテ居ル権利ヲ行ヒ義務ヲ履行スルノデアリマスカラソレデ相続人ノ代理人ト看ルベキモノデアラウト思フ」<sup>232</sup>と述べ、梅謙次郎も、遺言執行者は、「遺言者ノ権利義務ヲ承ケ継グ者ハ相続人デアルカラ理論上ハ相続人ノ代理人トナラナケレバナラヌト思ヒマス」<sup>233</sup>と述べている。また、富井は、遺言執行者は、「ドウモ相続人ノ法定代理人ト云ウ者ニ看ルベキモノデアラウト思ヒマス」<sup>234</sup>とも述べている。また、その際の相続人の利益保護については、梅謙次郎が、「遺言執行者ト云フモノハ正当ニ遺言ヲ解釈シテ公平ニ執行スルモノデアルソレヲ無暗ニ相続人ノ害ニナルヤウナコトヲ執行シテハ任務ヲ尽シタノデハナイ」<sup>235</sup>と述べている程度である。

柳勝司は、このような起草者の見解を受けて、「相続人は遺言者の権利義務を承継しており、その意味で遺言を執行するのは相続人であるが、その相続人に代わって遺言執行者が遺言を執行するのであるから、相続人を本人、遺言執行者を代理人とする代理関係のようなものを見出すことができる」と述べる<sup>236</sup>。

しかし、遺言執行者を「相続人の代理人」と捉えた場合、(ア)の(i)から(iii)の指摘をどのように受け止めるかという点が問題となる。

<sup>231</sup> 高梨 31 頁。

<sup>232</sup> 法典調査会 7 卷 800 頁。

<sup>233</sup> 法典調査会 7 卷 801 頁。

<sup>234</sup> 法典調査会 7 卷 800 頁。

<sup>235</sup> 法典調査会 7 卷 800 頁。

<sup>236</sup> 柳 49 頁。

## (ii) 「遺言者の代理人」と解することについて

この点において、実質的には遺言者の法的人格が遺言執行の範囲で、「その死後にも存続するのだが、法律構成のうえではそのことをそのまま認めることはできない」<sup>237</sup>という見解をもとに「遺言者の権利能力の一部が相続人の権利能力の一隅を借りて存続している」<sup>238</sup>とし、遺言執行者を「遺言者の代理人」とみる説もある。

この説については、「遺言執行者について遺言者の指定が可能であること（民 1006 条）、遺言執行者の任務や権限が遺言者の意思に拘束されること、委任の規定の準用があること（民 1012 条 2 項・1020 条）」及び「遺言執行者の地位がかならずしも相続人に依存していない」ことの 3 点から、合理性を見出すことができる<sup>239</sup>。

しかし、現行法上、「死者の法人格が認められていない」<sup>240</sup>という点が問題となる。

## (iii) 任務説

通説は、遺言執行者を遺言者の意思の実現を職務とする固有の資格を有する者と解する<sup>241</sup>。遺言執行者を相続人、遺言者のどちらの代理人と解するにしても、問題はある。そこで、遺言執行者の地位は民法 1015 条によって規定されず、「『遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有する』とする 1012 条から引き出さねばならぬ」<sup>242</sup>というのである。

また、任務説の論者である高梨公之は、「かりに任務説が無内容であっても、他の実質的説明が解釈論として無理であるなら、法が被相続人の意思を実現するためにこうした任務を付与したのだと説くこともやむをえない。あるいは 1015 条は無理ないかぎりそのままに認め、これから逸出するものにだけ右の説明を与えることもできよう。」<sup>243</sup>と述べる。

さらに、村尾知子も、死亡退職金の受取人指定、生命保険金の受取人の指定・変更等の従来の遺言事項の枠組みを超えて遺言に盛り込まれる事項について法的効力を認める裁判例も見られることから、「これらが遺言事項として有効であれば、使用者・保険者への通知等がその執行行為として必要となる。法が定める事項以外のものを内容とする遺言は、原則として無効と解されるが、遺言事項を法定した趣旨に反しないならば、その効力を認めてもよいのではないか」<sup>244</sup>。「実際、法が定める以外のものを遺言事項として記載したいという要望はかなり強く、祭祀主宰者の指定（897 条 1 項ただし書き）、特別受益者の持戻免除（903 条 3 項）などは、異論なく遺言事項として認められてきた」<sup>245</sup>。また、「遺言の中

---

<sup>237</sup> 我妻＝立石 617 頁。

<sup>238</sup> 我妻＝立石 617 頁。

<sup>239</sup> 田中実 231 頁。

<sup>240</sup> 柳 53 頁。

<sup>241</sup> 内田 482 頁。

<sup>242</sup> 高梨 32 頁。

<sup>243</sup> 高梨 32 頁。

<sup>244</sup> 松尾 397 頁。

<sup>245</sup> 松尾 397 頁。

で清算事務を委託するケースも多く見られる」<sup>246</sup>と述べている。

以上のことが、遺言執行者に信託の受託者と類似した独自の地位を認め得る一つの根拠となるとされている。

#### (ウ) 法制審議会民法（相続関係）部会における検討

法制審議会民法（相続関係）部会においても、民法 1012 条 1 項の遺言執行者の権限についての規定振りが不明確であることに加えて、「遺言において遺言執行者の指定がされた場合に、その権限の有無及び内容を公示する手段がなく」、「遺言執行の終了時期も必ずしも明確でないことから、現行の遺言執行者の制度は、取引の安全に対する配慮が十分にされていない」との問題点を踏まえて、議論がなされた。その結果、平成 28 年 6 月 21 日に「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案」が決定され、その中で、遺言執行者の一般的な権限等については、次のように見直すこととされた。

##### (i) 遺言執行者の一般的な権限など

- ① 遺言執行者は、遺言の内容を実現することを職務とし、遺言の執行の妨害の排除その他遺言の執行に必要な一切の行為をする権限を有するものとする（注 1）。
- ② 遺言執行者の行為の効果は相続人に帰属するものとする（注 2）。
- ③ 遺言執行者が就職を承諾し、又は家庭裁判所に選任されたときは、その遺言執行者は、遅滞なくその旨及び遺言の内容を相続人に通知しなければならないものとする。

（注 1）遺言執行者が負う一般的な義務の内容をどのように定めるかについては、なお検討する。

（注 2）現行の民法第 1015 条は削除するものとする。

（(ii) 民法 1013 条の見直し、(iii) 個別の類型における権限の内容については、省略。）

まず、①について、現行民法 1012 条 1 項は、遺言執行者の一般的な権限について、「遺言執行者は、相続財産の管理その他遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有する。」と定めているが、中間試案においては、「相続財産の管理」が、「遺言の執行の妨害の排除」に代わっている。これは、「遺言執行者は、遺言において特段の定めがされている場合を除き、遺言の目的となっている相続財産について包括的な管理処分権を有するものではないと考えられるところ、民法第 1012 条 1 項の規定を形式的に文言解釈すると、常に相続財産について包括的な管理権限があるようにも読めることから」見直されたと説明されている<sup>247</sup>。

また、遺言執行者の地位については（注 1）のように、今後の検討課題であるとされている。これは、部会において、信託法上の受託者と同様に忠実義務に関する規定を設ける

---

<sup>246</sup> 松尾 397 頁。

<sup>247</sup> 補足説明 47 頁。

べきとの指摘や、民法 108 条との関係を整理すべきであるとの指摘等を受けたためであるとされる<sup>248</sup>。②については、現行民法 1015 条の「相続人の代理人とみなす」という実質的な意味を明確化するための見直しであり、それに伴って、(注 2) のとおり、現行民法 1015 条の規定は削除するとされている<sup>249</sup>。

ただし、実際にこれらの見直しがなされ、遺言執行者の権限・地位がより明確に規定されたとしても、未だ遺言執行者の地位をどのように解釈するかという点について、はっきりとした結論は出ておらず、今後の議論が待たれるべきところである。

## (2) 遺言執行者と信託の受託者の裁量権

(1) では、遺言執行者の法的地位を中心にみてきたが、ここでは、遺言執行者が、どのような裁量権をもって事務を遂行していくかということを検討していく。後継ぎ遺贈においては、中間の受益者や最終の帰属者について、被相続人が、スキームの設定時に確定的に定めることができないといった場合もあり得る。そのような場合には、信託の受託者や遺言執行者に、「孫の中から、その時、最も経済的に困窮している者に帰属させる。」や「原則として、障害を有している子 A に帰属させるが、その当時、妻の健康状態が思わしくない場合には、妻にも療養のために必要な範囲で多少の財産を帰属させるものとする。」というように、一定の裁量権を持たせておくことで、事情の変化に即した柔軟な対応をすることができ、既に亡くなっている被相続人の意思の実現に資することができるのではないか。

### (ア) 信託の受託者の裁量権

まず、信託の受託者についてみていく。「そもそも英米では、受託者に完全な裁量権を与える、裁量信託 (discretionary trust) と呼ばれる信託の形態が一般的であり、実務的にも非常によく利用されている」ようである<sup>250</sup>。例えば、「英米では遺言信託の設定の際に、委託者があらかじめ受益者を指定せずに、受益者選定の裁量権までを受託者に付与することが多い」とされる<sup>251</sup>。

日本の信託法上も、受益者の確定性は、有効要件であるが、信託設定時に受益者が特定されている必要はない<sup>252</sup>。また、平成 18 年改正により、信託法には、信託の設定行為において、受益者を指定し、またはこれを変更する権利を信託の受託者に付与することができることが明文の規定によって定められた (信託法 89 条 6 項)。したがって、これをもって

---

<sup>248</sup> 補足説明 48 頁。

<sup>249</sup> 補足説明 48 頁。

<sup>250</sup> 新井 95 頁。

<sup>251</sup> 新井 95 頁。

<sup>252</sup> 四宮 127 頁。

受託者に、受益者の選定・変更についての裁量権を付与することが認められたといえる<sup>253</sup>。

### (イ) 遺言執行者の裁量権

次に、遺言執行者の裁量権についてみていく。従来の判例・学説によれば、受遺者を誰とするかは遺贈者が決めるべきことであり、遺贈義務者や遺言執行者に受遺者の決定を任せる旨の遺言は、遺言の代理と異ならないから無効であると解されてきた。そのような状況の中、最判平成5年1月19日民集47巻1号1頁は、遺言執行者に受遺者選定の裁量権を委任する遺言の有効性を認めたとされる最高裁判例である。

#### (i) 事実の概要

遺言者Aは、昭和58年2月28日、以前に残した財産処分に関する遺言について、Xを遺言執行者とする内容の自筆証書遺言（以下、「遺言①」という。）を作成し、Xに託し、再度その来宅を求めた。そこで、昭和58年3月28日、Aは、A宅を訪れたXの面前で、「1、発喪不要。2、遺産は一切の相続を排除し、3、全部を公共に寄与する。」との文言のある自筆証書遺言（以下、「遺言②」という。）を作成し、Xに託し、その際、Aは、Xに自分は天涯孤独である旨を述べた。事実、Aがこれら遺言をなした時点では、Aの法定代理人は、実妹であるYらだけであったが、AとYらは長らく絶縁状態にあった。

Aは昭和60年10月17日に死亡したため、Xは、昭和61年2月24日頃、本件遺言①及び遺言②の検認を家庭裁判所に請求し、同年4月22日にその検認を受け、同年同月23日に、Yらに対してAの遺言執行者に就任する旨を通知した。

一方、Yらは、昭和60年3月20日を受付年月日とするXの死亡について相続を原因とする所有権移転登記を経由した。

そこで、Xは、Yらに対して、当該相続登記の抹消を求めた。

第1審（東京地判昭和61年12月17日民集47巻1号27頁参照）は、本件遺言②は、公共への寄付または公共への包括遺贈として有効であるが、公共への寄附行為とすれば、寄附者の死亡と財団法人の設立許可までの浮動的状态の間においては、相続人が将来の法人のための受寄者たる資格において目的財産の形式的主体となり、これを保管し、遺言執行者があればこれを管理するものと解せるから、Yらの相続登記を否定することはできない。また、公共への包括遺贈と解すれば『公共』とは何か問題となるが、この場合には遺言者の死亡により『公共』へ所有権が移転するのであり、遺言執行者の介入を要せず『公共』がYらに対し抹消に代る所有権移転登記を求めれば足り」「いずれにしてもXがYらに対し本件不動産につきなされたYらの相続登記の抹消を求めることはできない」と判示し、Xの請求を棄却した。そこで、Xが控訴した。

第2審（東京高判昭和62年10月29日判時1258号70頁）は、本件遺言②の「全部を公共に寄与する」との文言は、「亡Aの遺産全部を、国、地方公共団体に包括遺贈する意思」

<sup>253</sup> 新井 526-527 頁。

を「表示したものであり、本件遺言執行者指定の遺言は、本件公益遺贈につき、右のとおり定めた受遺者たり得べき者の範囲内において、受遺者の選定をXに委託する趣旨を含むものと解するのが相当である。」「本件遺言は、本件公益遺贈につき、受遺者たり得べき者の範囲を明確に定めているし、遺言執行者が受遺者を選定するのに困難もなく、その選定が遺言者の意思と乖離する虞れもなく」本件遺言は有効であると判示し、第1審判決を取消し、Xの請求を認容した。そこでYらが上告した。

## (ii) 上告審判決—上告棄却

最高裁は、「遺言の解釈に当たっては遺言書に表明されている遺言者の意思を尊重して合理的にその趣旨を解釈すべきであるが、可能な限りこれを有効となるように解釈することが右意思に沿うゆえんであり、そのためには、遺言書の文言を前提にしながらも、遺言者が遺言書作成に至った経緯及びその置かれた状況等を考慮することも許されるものというべきである」（下線は筆者による。）。「本件遺言は、右目的を達成することのできる団体等（原判決の掲げる国・地方公共団体をその典型とし、民法34条に基づく公益法人あるいは特別法に基づく学校法人、社会福祉法人等を含む。）にその遺産の全部を包括遺贈する趣旨であると解するのが相当である」（下線は筆者による。）。「本件遺言は、本件遺言執行者指定の遺言と併せれば、遺言者自らが具体的な受遺者を指定せず、その選定を遺言執行者に委託する内容を含むことになるが、遺言者にとって、このような遺言をする必要性のあることは否定できないところ、本件においては、遺産の利用目的が公益目的に限定されている上、被選定者の範囲も前記の団体等に限定され、そのいずれが受遺者として選定されていても遺言者の意思と離れることはなく、したがって、選定者における選定権濫用の危険も認められないのであるから、本件遺言は、その効力を否定するいわれはないものというべきである」（下線は筆者による。）と判示し、上告を棄却した。

## (ウ) 遺言執行者の権限

(イ)の平成5年最高裁判決は、事例判決であるとしても、遺言執行者が受遺者選定についての裁量権の行使を、遺言執行者の権限の延長として一般的に認めることはできないだろう。

近時の学説は、(1)で述べたように、遺言執行者の職務権限を広く解する傾向にあり、遺言内容を実現するために必要な事務である広範な法律行為及び事実行為を含むとする見解も有力になっている<sup>254</sup>。たとえば、「遺言が遺産処分を内容とする場合は、遺産の調査・特定、遺産の管理、遺産目録の作成、遺産の登記・登録名義等の変更・引渡し、遺産の売却処分、目的物の調達、受遺者・相続人間の連絡調整など」<sup>255</sup>を含むということである。

遺言執行者の職務権限を広く解するにしても、限定的に解するとしても、遺言執行者の

---

<sup>254</sup> 犬伏 395 頁。

<sup>255</sup> 犬伏 395 頁。

職務権限は、遺言内容である遺言事項とその実現に必要な行為とは何かという観点から、検討されていくべきであろう<sup>256</sup>。

### (エ) 遺言事項の分類

松尾知子は、「遺言執行の必要性」という観点において遺言事項を次の3類型に分類する<sup>257</sup>。

- ① 執行が必要であり、かつ、遺言執行者のみが執行できる事項
  - ・ 認知（民法 781 条 2 項、戸籍法 64 条）
  - ・ 相続人の廃除・その取消し（民法 893 条・894 条 2 項）
- ② 執行は必要であるが、遺言執行者でも相続人でも執行できる事項（相続人による場合、「執行」とは表現しないとの指摘もある。）
  - ・ 遺贈（民法 964 条）
  - ・ 信託の設定（信託法 3 条 2 号）
  - ・ 祭祀主宰者の指定（民法 897 条 1 項但書）
  - ・ 生命保険金の受取人の指定・変更
- ③ 遺言の効力発生と同時に内容が実現されるため執行の余地がないとされる事項
  - ・ 未成年後見人の指定（民法 839 条）
  - ・ 未成年後見監督人の指定（民法 848 条）
  - ・ 相続分の指定・指定の委託（民法 902 条）
  - ・ 遺産分割方法の指定・指定の委託（民法 908 条）
  - ・ 遺産分割の禁止（民法 908 条）
  - ・ 共同相続人の担保責任の減免・加重（民法 914 条）
  - ・ 遺贈の減殺方法の指定（民法 1034 条但書）
  - ・ 遺言執行者の指定・指定の委託（民法 1006 条 1 項）
  - ・ 特別受益の持戻しの免除（民法 903 条 3 項）

この分類をするにつき、どの事項が、②と③のどちらに入るかという点で、議論が展開されてきた<sup>258</sup>。ここでは、上記の分類②の「遺贈」の中で、さらに、受遺者を定めることまでが遺言執行者の職務とされるか、という点が問題となっている。

### (オ) 遺言執行者に受遺者の選定を委託することの可否

遺言者が、遺言作成の時点では、受遺者を特定し得ないような場合、遺言者の死亡した時点における諸般の事情を勘案しつつ、しかも遺言者の意思に沿いながら、受遺者を選定

<sup>256</sup> 松原 118 頁。

<sup>257</sup> 松尾・遺言の解釈 82 頁参照。

<sup>258</sup> 松尾・遺言の解釈 82 頁。

することは遺言執行の一部でもあるとされている<sup>259</sup>。また、特に後継ぎ遺贈等、長期間にわたるスキームを遺言で定める場合は、最終の帰属者を特定できないということも少なくないのではないか。そうすると、例えば、『孫のうち』、最も経済的に困窮している者へ」という場合の「孫」というような受遺者の対象となる「枠」を定めてさえあれば、その中から実際の受遺者を選ぶことができるというのは自然な流れで認められるべきことではないだろうか。

したがって、遺言執行者の職務範囲を遺言の執行に必要な行為や遺産管理行為に限定する必要はなく、より広く、遺言者の意思に従って遺言内容を補完することもできると解してもよいのではないかと<sup>260</sup>。

ただし、そうはいつても、受遺者の「枠」の定め方には、注意が必要である。本判決は、受遺者の選定を遺言執行者に委託する旨の有効性を認める前提として、遺言執行者の受遺者選定権が濫用されない程度に、遺言上で受遺者選定の範囲が限定されるべきであると判断している<sup>261</sup>。半田吉信は、本判決の「全部を公共に寄与する。」の記載について、選定権の濫用は、「非公益目的の遺贈についてはあてはまるとしても、本件のような公益目的の場合、遺言執行者が受遺者と癒着する虞れも小さく、またなによりも遺言者としては、誰でもよい公共のために遺産を使って貰いたいというものであろうから、遺贈の相手方をある程度具体的に記述せよと要求することは困難を強いるものであり、せつかくの遺言者の志をふいにしかねない。」<sup>262</sup>と述べる。しかし、おそらく「公共」に属するであろう「宗教法人・医療法人・社会福祉法人を支配する人々が皆厚生厳直であるともいえない現状のなかで」<sup>263</sup>、遺贈対象が公益であるか否かで、受遺者の選定範囲の特定方法が大きく異なることになるのは疑問である。

やはり、公共に対する遺贈であっても、地域性や活動分野等、ある程度の特定は要求されるべきだと思われる。

### (3) 遺贈する旨の遺言を遺言による信託設定と捉えることについて

最判平成5年1月19日民集47巻1号1頁で問題となった遺言について、民法上の遺贈を定めた遺言ではなく、遺言による信託設定が行われたと解釈することはできないだろうか。

大村敦志は、「遺言の解釈と信託—信託法2条の適用をめぐる—」公益財団法人トラスト60『基礎法理からの信託分析』(2013)120頁の中で、遺言解釈の一般論として、来栖三郎「遺言の解釈」(民商78巻5号、590頁)1978年において、「判例は証書の解釈は使用された文字に拘泥しないで当事者の真意を採求すべきであるが、遺言書の解釈にあっては常

<sup>259</sup> 新井・百選 175頁。

<sup>260</sup> 中川淳 52頁。

<sup>261</sup> 新井 175頁。

<sup>262</sup> 半田 120頁。

<sup>263</sup> 伊藤 100頁。

に此の点に留意して解釈しなければならないと説示している。それを敷衍すれば、遺言の解釈は遺言者の意思の確定を目的とし、遺言者の意思は遺言書の個々の文言に拘泥しないで、遺言の全趣旨より確定すべく、その際遺言作成当時の一切の関係事実および遺言者の置かれていた状況を考慮しうるし、遺言者の意思の直接的な証言も証拠とすることが許されるということになろう（下線は筆者による。）と述べていることから、本章1（3）でみた昭和58年3月18日判タ496号80頁と最判平成5年1月19日民集47巻1号1頁で問題となった遺言について、遺言書中に「信託」の文字が用いられていなくとも信託法3条2号による信託関係の成立を認める余地があると述べる。

後述の第2章3で述べるように、信託の設定においては、その設定行為において必ずしも「信託」の文言を用いる必要はない。しかし、どの程度まで、信託的なニュアンスが盛り込まれていれば、このように信託の成立が認められるかは、事例ごとに判断しなければならず、法的な安定性を欠くことになってしまうのではないか。この点については、今後の事例の報告が待たれるところである。

#### （4）小括

遺言執行者の法的地位について定める民法1015条の規定振りは、それを明確に定めているとは言いにくい、その点については、任務説等の解釈によってしっかりと補填されているように思える。

また、事務執行者の裁量権についてであるが、遺言執行者についての最判平成5年1月19日民集47巻1号1頁は、一般的に遺言執行者に受遺者選定の裁量権を認めたと断定することは難しいものの、その傾向を反映したものとは十分言い得るのではないだろうか。信託の受託者について、信託法89条のようにいくら明文の規定があっても、選定権濫用法理の適用を受けるとされており、受益者選定の範囲を定めない包括的な指定権・変更権の付与は認められていない。そうであるならば、遺言執行者についても、今後の判例・議論の集積次第では、受遺者選定の授権が一般的に認められる可能性が十分あるといえる。

さらに、ここでは遺言執行者に裁量権を持たせた遺言につき、それを信託の成立とみなすことはできないか、という点についても触れた。信託を設定する際は、その設定行為に「信託」の文言を用いることをしなくとも、信託は成立し得る。しかし、どの程度まで、信託的なニュアンスが盛り込まれていれば、このように信託の成立が認められるかは、事例ごとに判断しなければならず、今後の事例の報告が待たれるところである。

したがって、遺言執行者と信託の受託者の法的な地位については、どちらも明文の規定や解釈によって明確にされているといえる。また、裁量権については、現状においては、信託の受託者の方にのみしか、一般的には認められていると言えないかもしれないが、今後の議論の動向次第では、遺言執行者にも受遺者選定についての裁量権が認められる可能性も十分あり得るのではないか。

## 6 遺言における受遺者の処分権の制限

遺言における後継ぎ遺贈の有効性を検討する上で、遺言によって、中間の第1次受遺者の処分権を制限することは認められるか、仮に認められるとするならば、どの程度の制限まで認められるのか。フランスには、中間の第1次受遺者に、財産の譲渡禁止義務と第2次受遺者に対する財産の移転義務を課し、その第1次受遺者の死亡によって、第2次受遺者に財産が移転する「継伝処分 (substitution)」という制度が存在する。しかし、その継伝処分は何の制限もなく認められているのだろうか。認められているとした場合、それはどのような場合に認められるのだろうか。

そこで、ここでは、フランスの継伝処分について詳細な検討がなされている石綿あゆ美「遺言における受遺者の処分権の制限—相続の秩序と物権の理念（1）ないし（7）」（法学協会雑誌 131 巻2号から9号に連掲）を抜粋する形式で、継伝処分をみた上で、それが日本の後継ぎ遺贈の議論につき、どのような形で影響を及ぼし得るかという点を検討していく。

### （1）フランスの継伝処分と用益権・虚有権の恵与

フランス法においても、「第1の受遺者に、財産の保持・保存 (conserver) 義務（譲渡禁止義務）と第2の受遺者への移転 (rendre) 義務を課し、その死亡によって第2の受遺者に財産が移転する」継伝処分という制度が存在する<sup>264</sup>。フランスにおいて、この制度は、原則として禁止されており（フランス民法典旧 896 条）<sup>265</sup>、その禁止は「フランス相続法における公序の一つ」として、それを象徴するものとされている<sup>266</sup>。

継伝処分の禁止の理由として、①政治的な問題としては、「継伝義務者に長子が指定されることが多く、財産が長子に集中することで、家長の権力が増加する。特に、貴族階級において利用されるので、事実上、世襲財産を保障された貴族階級が強大化する」こと、②家族内の問題として、財産が長子（長男）に集中するので、経済的な基盤を有さない女子や長子以外の男子は、長子に従わざるを得なくなる」こと、③経済的な問題として、受益者には保持・保存の義務が課され、財産を譲渡することができなくなり財産の流通に反することなどが挙げられている<sup>267</sup>。

その一方で、継伝処分と同様の経済的効果を有する用益権・虚有権の恵与は、有効な処分方法として認められている（民法典 899 条）<sup>268</sup>。「用益権・虚有権の恵与とは、処分者Aが用益権をBに、虚有権をCに贈与・遺贈する処分である。用益権は財産の使用・収益のみが認められた終身の物権である（民法典 578 条）。他方、虚有権は用益権の設定の結果として使用・収益が制限された所有権であり、用益権が消滅することで完全な所有権となる」

<sup>264</sup> 石綿（1）300 頁。

<sup>265</sup> 石綿（1）300 頁。

<sup>266</sup> 石綿（1）308 頁。

<sup>267</sup> 石綿（2）568 頁。

<sup>268</sup> 石綿（1）302 頁。

とされている<sup>269</sup>。

ここで、両制度の違いを整理するに、継伝処分においては、第1次受遺者に所有権が移転するものの、第1次受遺者はそれを自由に譲渡することに制約を受けることになる。一方、用益権・虚有権の恵与においては、そもそも中間の取得者には所有権が帰属せず、使用・収益権のみが帰属するという違いがある。しかし、実質的な段階的な財産帰属の態様が極めて近似しているように思われる。

## (2) 第1次の受益者（継伝義務者と用益権者）に課せられる義務

それでは、第1次の受益者たる継伝義務者と用益権者に課せられる義務の側面を比較した際に、両者の間にどのような差があるのだろうか。

石綿は、「継伝義務者と用益権者に課せられる義務の違いは、保持の義務、つまり譲渡禁止の義務にある」<sup>270</sup>とする。「継伝義務者は、所有権者であるにもかかわらず、その中心的な権能である処分権の行使を制限するために譲渡禁止の義務を課せられているのに対して、用益権者は、用益権が設定されている財産については権能がないことから処分できないが、自らの用益権については処分をすることができる」<sup>271</sup>。石綿は、この点が、「継伝処分が原則的に禁止されるのに対して、用益権・虚有権の恵与が当然に認められることの根拠となっているのではないだろうか」<sup>272</sup>とする。

ただ、注意しなければならないのは、継伝処分禁止の原則にも例外があるということである。民法典では、「浪費癖のある子、あるいは兄弟姉妹、及びその卑属の生活保障という利用を想定して」、「継伝処分を一定の範囲で認めており、相続法の場面で、処分権行使の制限に対する制約を緩和し」ているのである<sup>273</sup>。

## (3) 2006年相続・恵与法改正—段階的恵与の導入

2006年相続・恵与法改正により、段階的恵与（受贈者又は受遺者に、恵与の目的物である財産を保存し、第三者（継伝権利者）に移転する負担を課す処分）が規定された<sup>274</sup>。この段階的恵与は、旧法下で例外的に継伝処分が認められた要件をさらに緩和した制度である。具体的には、継伝義務者及び第2次受益者に指定される者の制限がなくなり、原則としてすべての者が、受益者となることとされた<sup>275</sup>。「このため、段階的恵与は、1代限りで認められること、及び遺留分権利者を継伝義務者に指定する場合は自由分のみが対象となること、といった制約がある以外は、自由に行うことができるようになった」<sup>276</sup>。

---

<sup>269</sup> 石綿（1）302頁。

<sup>270</sup> 石綿（6）1497頁。

<sup>271</sup> 石綿（6）1497頁。

<sup>272</sup> 石綿（6）1498頁。

<sup>273</sup> 石綿（6）1512頁。

<sup>274</sup> 石綿（7）1688頁。

<sup>275</sup> 石綿（7）1693頁。

<sup>276</sup> 石綿（7）1693頁。

この段階的恵与が認められる範囲を旧法下の継伝処分より拡大して認めることになったきっかけは、成年の障害者の保護団体からの要請であった<sup>277</sup>。障害者や成年被後見人、生存配偶者の生活の保護のために、一定の財産を恵与するが、それらの者の財産の処分権の行使を制限し、また、それらの者の死後の財産の帰属先を、第2次の受益者として予め定めおくような、仕組みに対する社会的なニーズが非常に高かったためである<sup>278</sup>。

現在では、「財産の自由な流通の維持を主張して、継伝処分禁止の原則を維持しながら、制度導入の必要性を理由に、その必要な範囲を超えて要件を緩和し、段階的恵与という名の継伝処分を導入したことで、継伝処分禁止の原則は形骸化し」ているとされる<sup>279</sup>。

したがって、相続法上の公序とされてきた継伝処分禁止の原則が、形骸化したことにより、フランスにおいては、親亡き後、配偶者亡き後問題というような社会問題に対応するため、公序の捉え方に変化がみられているのである。

#### (4) 小括

フランスにおいては、財産の段階的な帰属の場面において、中間の取得者の所有権を制限することは、原則的に禁止されてきたが、時代と共に注目されるようになった親亡き後、配偶者亡き後問題に対応するために、相続法の公序の捉え方に変化がみられ、「原則禁止」が改められるに至った。

日本民法についてみるに、民法上の後継ぎ遺贈については、否定的な見解が根強い。その一方で、信託法において、平成18年改正によって、後継ぎ遺贈型の受益者連続信託についての91条が規定されたのも、現代社会の抱える親亡き後、配偶者亡き後問題等によって、相続法の公序の捉え方が変化してきたことの現れともいえるのではないか。

いったい、「どのような目的であれば、中間の取得者の所有権を制限できるか」という点を明らかにするためには、法理論だけでなく、現代社会の直面している問題を考慮して、改めて相続法の公序の捉え方を検討することが必要であるように思われる。

## 7 被相続人の配偶者の居住権を法律上保護するための措置

それでは、相続法の公序について、現在はどうのように考えられていくべきであろうか。

少子高齢化や超高齢社会化に歯止めがかからない現在の日本においては、親亡き後の障害を有する子や老老介護状態における自分亡き後の配偶者等の生活保障の問題が深刻化している。そこにおいては、後継ぎ遺贈の発想を含む立法や解釈論、給付制度が不可欠ではないだろうか。

そこで、以下では、配偶者の死亡後の生存配偶者の居住権を法律上保護するための措置について検討していく。

---

<sup>277</sup> 石綿（7）1692頁。

<sup>278</sup> 石綿（7）1693頁。

<sup>279</sup> 石綿（7）1712頁。

## (1) 日本における議論

長年連れ添った配偶者の一方が死亡した場合には、残された配偶者は、それまで居住してきた建物に引き続き居住することを希望するのが普通ではないだろうか。特に夫婦ともに高齢となってからであれば、住み慣れた居住建物を離れて新たな生活を立ち上げることは精神的にも肉体的にも大きな負担となると考えられる。相続法制検討ワーキングチームにおいて、このような配偶者の居住権（配偶者に居住建物の使用を認めることを内容とする権利）を保護する必要性は高く、「相続人である他方の配偶者がかねてより居住していた建物から退去せざるを得なくなる事態を防止する措置を講ずる必要がある」<sup>280</sup>として、生存配偶者の居住権を法律上保護するための措置について検討がなされた。

配偶者の居住権確保については、共同相続人の一人が被相続人の許諾を得て遺産である建物に同居していたときは、特段の事情のない限り、被相続人と当該相続人との間で、相続開始時を始期とし、遺産分割時を終期とする使用貸借契約が成立していたものと推認されるとする判例（最判平成8年12月17日民集50巻10号2778頁）が存在し、この判例によれば、この要件に該当する限り、相続人である他方の配偶者は、遺産分割が終了するまでの間の短期的な居住権が確保されることになる<sup>281</sup>。

しかし、この判例法理は、「あくまでも当事者間の合理的意思解釈に基づくものであるため、被相続人が明確にこれとは異なる意思を表示していた場合等には、配偶者の居住権が保護されない事態が生じ得ることになる」<sup>282</sup>。また、「国民の平均寿命の伸長により、被相続人の死亡後、その配偶者が数十年といった長期間にわたって生活を継続することも珍しくなくなっている」ことを踏まえると、残された「配偶者の生活保障を強化する観点から、配偶者が住み慣れた居住環境での生活を継続したいと希望する場合にそのような意向に沿った遺産の分配を可能とするための方策を検討することが必要となっている」<sup>283</sup>。

現行法の下では、配偶者が、住み慣れた居住環境での生活を継続したいと希望する場合には、「配偶者がその建物の所有権を取得する方法や、その建物の所有権を取得した他の相続人との間で賃貸借契約等を締結するといった方法が考えられる」が、前者による場合は、「配偶者が遺産分割によりその建物所有権を取得することが保証されているわけではない」、後者の場合であったとしても、「その建物の所有権を取得する者との間で賃貸借契約等が成立することが前提となるため、契約が成立しなければ、居住権は確保されないことになる」<sup>284</sup>。

そこで、相続法制検討ワーキングチーム及びその後の法制審議会民法（相続関係）部会において、このような問題の所在を踏まえ、配偶者の居住権を法律上保護するための措置として、(ア) 遺産分割が終了するまでの間の短期的な居住権を保護するための方策と(イ)

<sup>280</sup> ワーキングチーム報告書1頁。

<sup>281</sup> ワーキングチーム報告書2頁。

<sup>282</sup> ワーキングチーム報告書2頁。

<sup>283</sup> ワーキングチーム報告書2頁。

<sup>284</sup> ワーキングチーム報告書2頁。

遺産分割終了後にも被相続人が所有していた建物への居住を継続できるような長期的な居住権を保護するための方策について検討がなされ<sup>285,286</sup>、平成 28 年 6 月 21 日に決定された「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案」の中にも盛り込まれている。

（ア）については、先程の最判平成 8 年 12 月 17 日民集 50 卷 10 号 2778 頁を受け、短期的な居住権の認められる要件をより明確にするという位置づけのものである。また、（イ）については、配偶者が死亡した後も、残された配偶者がその後長期間にわたって住み慣れた居住環境での生活を継続することも少なくないことから、残された配偶者に終身または一定期間、被相続人の建物の使用のみを認め、収益権限や処分権限のない法定の権利を新設し、遺産分割時の選択肢の一つとしてはもちろん、被相続人が遺言等によって長期居住権を配偶者に取得させることができるものとされた。

## （２）諸外国における生存配偶者の居住権の確保に関する制度

諸外国においては、（１）（ア）（イ）のような配偶者の一方の死後に生存配偶者の居住権を保護するための制度は、既に存在している。ここでは、相続法制検討ワーキングチーム及び法制審議会民法（相続関係）部会の作業でも参考資料とされている公益社団法人商事法務研究会『各国の相続法制に関する調査研究業務報告書』（2014 年）に示されたドイツ、フランス、イングランドにおける状況を確認していく。

### （ア）ドイツ

ドイツにおける配偶者の居住権の確保の制度については、同報告書中の浦野由紀子「第 1 部ドイツ法」が詳しいので、ここではその論文に依拠して紹介することとする。

ドイツにおいては、既に先位相続・後位相続の制度により、「生存配偶者を先位相続人に指定し、子を後位相続人に指定しておく」ことにより、「先位相続人たる生存配偶者は相続財産の使用・収益権のみを有し、処分権は持たないため、相続財産は他に処分されることなく後位相続人に相続されることになる」<sup>287</sup>。これにより、「被相続人の子孫（血統）から相続財産が離脱するのを防ぎつつ、生存配偶者の生活保障を図ることができるのである」<sup>288</sup>。

また、特に相続開始後の居住権確保を目的とした制度として、「30 日権」というものがある<sup>289</sup>。これは、「被相続人の世帯に属し、被相続人から扶養を受けていた家族は、相続人に対して、相続開始から 30 日間、被相続人がしていたのと同じ扶養をすること、および、住居・家財道具の利用を許容することを求めることができ」<sup>290</sup>、その「30 日権を行使し得る『家族』には、配偶者や子のほか、同性パートナーシップ法上の同性パートナーや事実婚

<sup>285</sup> ワーキングチーム報告書 2 頁。

<sup>286</sup> 法制審議会民法（相続関係）部会第 2 回議事録参照。

<sup>287</sup> 浦野・ドイツ法 17 頁。

<sup>288</sup> 浦野・ドイツ法 17 頁。

<sup>289</sup> 浦野・ドイツ法 18 頁。

<sup>290</sup> 浦野・ドイツ法 18 頁。

配偶者も含まれる」という制度である<sup>291</sup>。

さらに、ドイツ民法においては、「住居の賃借権の相続に関する特則」が定められている（ドイツ民法 563 条）<sup>292</sup>。「この特則は、賃借人と密接な関係にあった者（配偶者など）の住居の保護を図ることを目的とするものであり、住居の使用を目的とする賃貸借関係において賃借人が死亡した場合に、賃借人と密接な人的関係にあった者（相続人である必要はない）が、（他の）相続人に優先して、特別承継人として賃借権を承継する」というものである<sup>293</sup>。

### （イ）フランス

また、フランスにおける配偶者の居住権確保の制度については、同報告書中の幡野弘樹＝宮本誠子「第 2 部フランス法」が詳しく、以下ではその論文に依拠して、紹介することとする。

フランスにおいては、6 でみた継伝処分や用益権・虚有権の恵与の制度があることはもちろん、その他にも生存配偶者の居住権を確保するための制度が存在する。

まず、民法典 763 条 1 項は、「生存配偶者に、1 年間法律上当然に、住宅および住宅に備え付けられた動産に対する無償享有権を認めている」<sup>294</sup>。「生存配偶者が賃貸された不動産に居住している場合、家賃は 1 年間相続財産から生存配偶者に償還される（同条 2 項）」<sup>295</sup>。この権利は、「相続上の権利ではなく、婚姻の直接の効果とみなされている（同条 3 項）」<sup>296</sup>。そのため、この無償享有権の「行使は、相続の承認をもたらさない」<sup>297</sup>といわれている。

また、2001 年 12 月 3 日法律 764 条 1 項は、「生存配偶者に対する終身の居住権、および住居に備え付けられた動産の使用権を認めている」<sup>298</sup>。その代わりに、先に述べた民法典 763 条の無償享有権とは異なり、「居住権および使用権の価額は、配偶者が受取る相続権の価額から控除される（765 条 1 項）」<sup>299</sup>。「もともと、居住権および使用権の価額が相続権の価額より大きい場合、配偶者は剰余の部分に対する償還義務を負わない（同条 3 項）」<sup>300</sup>。「生存配偶者は被相続人の死亡から 1 年間、この居住権・使用権を享受する意思を表明するための期間を有」し（民法典 765 条の 1）、「配偶者および相続人は、全員一致の合意により、居住権および使用権を終身定期金または元本に転換することができる」<sup>301</sup>というものである。

さらに、一方配偶者が死亡した場合の賃借権の帰趨について、民法典 1751 条 3 項が、死

---

<sup>291</sup> 浦野・ドイツ法 18 頁。

<sup>292</sup> 浦野・ドイツ法 18 頁。

<sup>293</sup> 浦野・ドイツ法 18 頁。

<sup>294</sup> 幡野＝宮本 24 頁。

<sup>295</sup> 幡野＝宮本 24 頁。

<sup>296</sup> 幡野＝宮本 24 頁。

<sup>297</sup> 幡野＝宮本 24 頁。

<sup>298</sup> 幡野＝宮本 24 頁。

<sup>299</sup> 幡野＝宮本 24-25 頁。

<sup>300</sup> 幡野＝宮本 25 頁。

<sup>301</sup> 幡野＝宮本 25 頁。

亡したその配偶者の相続人は、「生存配偶者が明示的に放棄した場合を除いて、賃借権に対していかなる権利も持たない」と規定している<sup>302</sup>。それに加えて、フランス民法典には、生存配偶者に対して、死亡した配偶者の「遺産分割の際に、その者が実際に居住のために用いている建物および建物に備え付けた動産の所有権または賃借権に対して、優先分与権」を認めている（民法典 831 条の 2）<sup>303</sup>。

### （ウ） イングランド

さらに、イングランドの配偶者の居住権確保の制度については、同報告書中の金子敬明「第 3 部 イングランド法」が詳しく、以下ではその論文に依拠する形で紹介していく。

イングランド相続法においては、原則として、被相続人の死亡により、被相続人の遺産を構成する個々の財産の管理処分権が、裁判所で選任を受けた人格代表者（personal representative）に排他的に帰属し、その者のもとで、被相続人の遺産が清算されるという仕組みが取られている<sup>304</sup>。

人格代表者は、生存配偶者に対して、「無遺言相続権の満足として、被相続人が保有し（賃借権で保有している場合も含む）、生存配偶者が現に居住している住居（被相続人の居住は要件とされていない）を、生存配偶者に帰属させる権限を有する」<sup>305</sup>。「この際、当該住居の価値の方が大きければ、生存配偶者は差額を調整金（equality money）として支払う」<sup>306</sup>。

「生存配偶者は、上記の権限を行使するよう人格代表者に請求する権利を有する（一般的には相続受益者は特定の個々の遺産を自分に割り付けるよう人格代表者に請求する権利はなく、人格代表者の裁量にすぎないとされているが、その原則に対する例外である）」<sup>307</sup>。

「なお、婚姻住居は、joint tenancy という共同所有形態で夫婦によって共同保有されることが多い」<sup>308</sup>。「保有している権利は、所有権 freehold であることも、賃借権 leasehold であることもあるが、いずれにしても、これらの場合に、一方が死亡すると、他方が相続法のメカニズムの外で自動的に当該婚姻住居の単独保有者となる」<sup>309</sup>。

### （3） 小括

（2）のように、諸外国においては、既に生存配偶者の居住権を確保するための法制度が開始されている。それらは、居住権の生存配偶者への承継を相続法とは別の仕組みで帰趨させることに特色がある。

日本においても、相続法制検討ワーキングチーム及び法制審議会民法（相続関係）部会

---

<sup>302</sup> 幡野＝宮本 25 頁。

<sup>303</sup> 幡野＝宮本 25 頁。

<sup>304</sup> 金子 43 頁。

<sup>305</sup> 金子 46-47 頁。

<sup>306</sup> 金子 47 頁。

<sup>307</sup> 金子 47 頁。

<sup>308</sup> 金子 47 頁。

<sup>309</sup> 金子 47 頁。

の検討の結果、平成 28 年 6 月 21 日決定の「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案」に、生存配偶者への居住権の確保につき、短期のものと長期のものが盛り込まれた。配偶者亡き後の生活保障について居住していた不動産の使用収益権を確保することは、不動産を後継ぎ遺贈した際における中間の第 1 次受遺者に、一時的に使用収益させることとニーズにおいては同視できるのではないだろうか。被相続人自身が行う処分による配偶者の居住権の確保ではなくても、配偶者という地位そのものに対して、後継ぎ遺贈における第 1 次の受遺者・受益者の有するような使用権が内在するものとして認めているようにも思われる。

この検討においても、日本の相続における公序が社会的な要請により、変化しつつあることの 1 つの象徴といえるのではないだろうか。

## 8 後継ぎ遺贈型受益者連続信託商品の現状

また、実際の信託銀行の信託商品においても、親亡き後や配偶者亡き後問題を意識しているとみられるものが現れている。特に最近では、生命保険会社と信託銀行による生命保険信託という類型の商品が普及しつつある。そこにおいては、信託法 91 条の後継ぎ遺贈型の受益者連続信託が、そのまま実現されている。そこで、ここでは、実際に後継ぎ遺贈型の受益者連続信託が、信託商品・保険商品として、どのような仕組みのもとに行われているのかという点を明らかにしていく。

### （1）生命保険信託の仕組み

プルデンシャル生命保険株式会社は、三井住友信託銀行との業務提携を通じて、「生命保険契約に基づく死亡保険金請求権」を信託財産とするオーダーメイドの信託商品「安心サポート信託（生命保険信託型）」を平成 22 年 7 月、日本で初めて共同開発した<sup>310</sup>。

信託の特徴を生命保険の場面に調和させて、これまでの生命保険における課題であった、「生命保険金給付後の財産管理」や「2 次以降の保険金受取人の指定」を実現することができるようになったのである。

それでは、生命保険信託がどのような仕組みの商品かという点、まず、生命保険信託において委託者となる保険契約者 A は、プルデンシャル生命保険株式会社と生命保険契約を締結すると同時に、三井住友信託銀行と信託契約を締結する。この際、A が、信託契約によって三井住友信託銀行に信託譲渡する信託財産は、A がプルデンシャル生命保険株式会社との生命保険契約によって取得した死亡保険金請求権である。したがって、この信託における受託者たる三井住友信託銀行が、プルデンシャル生命保険株式会社に対する死亡保険金請求権を有することになるため、A が死亡した際の死亡保険金の受取人ということになる。

万一、A について保険事故が発生した場合は、この信託の受託者であり、それにより A

<sup>310</sup> 三井住友信託銀行 HP (<http://www.smtb.jp/personal/entrustment/management/support/insurance/>)。

の契約した生命保険の生命保険金の受取人である三井住友信託銀行が、信託事務の遂行としてプルデンシャル生命保険株式会社に保険金を請求することになる。そして、その際は、プルデンシャル生命保険株式会社は、Aの契約した生命保険金請求権を有する生命保険金受取人である三井住友信託銀行にAとの保険契約に基づく生命保険金を支払うことになる。この時に、受託者である三井住友信託銀行が管理する信託財産が、生命保険金請求権から、生命保険金へと変わる事となる。

そして、三井住友信託銀行は、受託者として、信託の設定契約でAとの間で定めたとおり、まずは、第1次受益者に生活資金や学資等を給付していくことになる。その後、第1次受益者が死亡した場合等は、同じく、この信託の設定契約で定めた第2次受益者に保険金の給付をしていく。そして、最終的に、第2次受益者が死亡した場合は、設定契約で定めておいた残余財産の帰属者に残りの信託財産たる生命保険金を帰属させて信託が終了するというものである。なお、また、保険契約の契約者兼信託の委託者の地位を有する者が死亡し、金銭信託が開始してからの保管期間が、原則として最長25年とされている。

また、第一生命保険株式会社とみずほ信託銀行も、平成25年12月17日、オーダーメイド型の「生命保険信託（想いの定期便）」を共同開発し運用を開始した<sup>311</sup>。

## （2）信託会社を用いた生命保険信託<sup>312</sup>

（1）の生命保険信託においては、その要件として、委託者兼保険契約者が、プルデンシャル生命保険株式会社と三井住友信託銀行との共同開発のものについては、「3000万円以上の死亡保険金」、第一生命保険株式会社とみずほ信託銀行との共同開発のものについては、「2000万円以上の死亡保険金」が給付される生命保険契約に契約者は加入する必要があった。それにより、それなりの資産を有する者だけが、生命保険信託の対象とされていた。そこで、契約者の資力に関わらず、一般的に生命保険信託を利用できるように、プルデンシャル生命保険株式会社の子会社であるプルデンシャル信託株式会社は、平成27年9月7日に管理信託会社として関東財務局の登録を受けた<sup>313</sup>。これにより、プルデンシャル生命保険株式会社は、受託者をプルデンシャル信託株式会社として、生命保険契約の生命保険金の額に関わらず、信託事務手数料の費用負担が非常に軽減された状態で、（1）のように生命保険信託を顧客に提供できるようになった。

## （3）小括

生命保険や信託銀行の業界においても、2次以降の受益者を指定すべき必要性を強く感じているように思える。このように、社会的な必要性に応じる形で、生命保険業界や信託銀行の業界においてもそれに応える商品を開発し、社会に普及させようとしている。

ここにおいても、7でみたような「少子高齢化」や「親亡き後・配偶者亡き後」などの

<sup>311</sup> みずほ信託銀行 HP ([http://www.mizuho-tb.co.jp/souzoku/seiho\\_omoi\\_todokeru.html](http://www.mizuho-tb.co.jp/souzoku/seiho_omoi_todokeru.html))。

<sup>312</sup> プルデンシャル信託株式会社 HP (<http://www.pru-trust.co.jp/trust/index.html>)。

<sup>313</sup> プルデンシャル信託株式会社 HP (<http://www.prudential.co.jp/news/pdf/405/20150911.pdf>)。

社会問題への対応の必要性から、相続に対する社会的な意識に変化がみられるのではないだろうか。そのような意識の変化が、民法のみによる相続法秩序に信託を取り入れた私法全体の公序として考えるべき岐路に立っているということを喚起しているようにも思える。

## 9 飛越し遺贈について

平成 18 年の信託法改正の目的の一つが、信託の利用の促進であることも踏まえると、信託財産を現金や死亡保険金請求権に限定せず、また、受託者を信託銀行に限定するようなものではなく、たとえば、信託財産に不動産や株式、現金など信託法が許容するものすべてを対象とし、親族や親族からなる一般社団法人等を受託者とするオーダーメイド型の民事信託の普及こそが、望まれていると思われる。

そこで、民法からの視点に戻って、実質的に後継ぎ遺贈のニーズを満たすことのできるスキームについて再度考えてみる。果たして、明治憲法下で必要とされ、編み出された後継ぎ遺贈という手法は、そもそも中間の取得者に処分権を含む完全な所有権を帰属させることに主眼があったのだろうか。そこで、遺言者の真意は、ある財産を最終的に最終帰属者（B）に帰属させることだったのであり、中間の帰属者（A）にいったん帰属させることは、その途中のプロセスにすぎなかったとすれば<sup>314</sup>、Aへの第1次的な帰属よりも、Bへの最終的な権利の帰属を考えるべきであるとして、「不動産をBに与える。Bは、Aの生前はAにその不動産を使用収益させなければならない。」という「飛越し遺贈」といった手法で、後継ぎ遺贈のニーズを満たすことも可能である。民法上の後継ぎ遺贈の有効性において専門家の中でも議論のある状況に照らせば、この飛越し遺贈が現時点において最も実効性の高いスキームだと思われる。

しかし、この飛越し遺贈にも欠点が無いわけではない。それは、最終の帰属者Bが、遺言者の死後にAに対して負担を履行しなかった場合である。Aが、遺言者の相続人でない限り、Aは遺言者の死亡を契機に生じたBへの負担付遺贈を取り消すことができず、Bの負担の履行に対する監督を行うことができない（民法 1027 条）。したがって、この場面において、初めて信託の利用を考えることになるのではないか。

## 10 小括

「自分の死後も財産の2次以降の帰属先を指定しておきたい。」というニーズは、1（1）のとおり、明治憲法下における家産の承継を後継ぎ遺贈型の承継方法によって満たされていたようである。明示的な規定があったわけでもないのに、そのような承継法が実際に採用されていたということは、相続法の公序が、1つの相続形態の土台をつくり上げたといっても過言ではないように思われる。

しかし、1（2）でみたように、現行民法上は、「遺言者から中間の第1次取得者」、「中間の第1次取得者から最終の第2次取得者」という順を追った後継ぎ遺贈の有効性につい

---

<sup>314</sup> 窪田 473-476 頁。

では、検討すべき課題が多く、否定的な見解が根強い。だからといって信託を利用すれば、その問題点のすべてをカバーできるわけではない。2のとおり、後継ぎ遺贈型の受益者連続信託を規定した信託法 91 条と他の規定との関係が不明確な点が多いことも問題であるが、3 及び 4 で検討した通り、信託法を用いた後継ぎ遺贈によっても、遺留分減殺請求との関係、長期的な財産処分の制約の問題については議論のあるところであり、問題が解消されているとはいえない状況にある。

そこで 9 において、飛越型の後継ぎ遺贈を検討した。もちろん、その飛越し遺贈も万能ではなく、遺贈によって財産権の帰属を受ける最終の帰属者が、遺言者の死後に負担を履行すべき者に対して負担を履行しなかった場合は問題となる。その場合、負担の履行を受ける者が、遺言者の相続人でないときは、その負担の履行を受ける者は、民法 1027 条の取消権を行使することができず、保護されないこととなる。そこで、負担の履行を受ける者が、遺言者の相続人でない場合には、信託法による後継ぎ遺贈型の承継法を採用する必要があるのではないだろうか。

このように、後継ぎ遺贈の場面においては、民法による仕組みと信託法による仕組みの使い分け、棲み分けが検討されるべきであるといえる。四宮は、「信託は、水に浮いた油である」と述べた。しかし、6 でみたフランスにおける相続法の公序の変化のように、日本の相続法の公序も立法当初からみれば相当大きな変化がみられるのではないだろうか。7 でみた被相続人の配偶者の居住権を法律上保護するための措置の創設や、8 でみた民間の生命保険会社の生命保険信託商品の普及もその象徴といえる。民法も信託法も共に私法を構成する法律であるから、「水と油だから、異質で相容れないのは当然である。」とするのではなく、たとえ水と油であっても、なんとか融和させなければならないのではないか。その融和させるツールを生むのが、「信託から戻って再度民法的視点から考える」姿勢であり、そのツールの一つが、後継ぎ遺贈の場面においては、飛越し遺贈なのではないだろうか。

## 第2章 死後の財産の定期給付における契約法、遺言法、信託法との関係性

### はじめに

本章においては、死後の財産の給付のうち、定期的な給付の方法について取り扱う。

本人の意思能力が低下ないし喪失した際の定期的な財産給付については、第1部で検討したとおり、任意後見契約における財産管理と民事信託の組み合わせによりある程度の範囲であれば対応できるとされるが、死後の財産の定期給付についてはどうであろうか。

本人が意思能力を十分有しているうちに、自己の意思能力の低下ないし喪失した場合や自己が死亡した場合に備えて、民事信託を用いた財産の定期給付を実現するスキームを設定することは十分考えられる。しかし、本人の死亡後の財産の定期給付を実現し得るツールとしては、信託の他にも死後に効力を生じる契約や負担付遺贈も想定できるのではないか。そうであるならば、信託、契約、遺言を用いた定期給付は、各々どのようなことまで実現することができて、どこからができないのだろうか。また、そもそも、契約や遺言により、死後の定期給付を行うことはできるのだろうか。以下では、それらの論点についても検討していく。

### 1 死後に効力を生ずる契約について

生前に委任者が受任者と締結した契約の効力が、委任者の死亡をもって生ずる契約もその効力が認められている。たとえば、身寄りのない高齢者、身寄りはあるものの自分の死後の葬儀・供養の方法や規模等、遺言で定めたとしても法的効果を生じない事柄について詳細に決めておきたい者、さらには、死後の最後の治療費や施設利用料などの清算を特定の者に任せたい者は、死後事務委任契約を締結することとなる。この契約は、特に公正証書で作成する必要はないものの、上記のニーズから、任意後見契約を締結する際に同時に公正証書において締結されることも多い<sup>315</sup>。身寄りのない高齢者や障害者が増加している現状においては、必要不可欠な契約類型となっていくことが予想される。

本論文の目的は、死後の財産の定期給付であるが、まず、現状において普及している死後の事務委任契約が、どのようなニーズの下に認められているかという点を明確にするために、以下では、法定後見の場面で、特に死後事務委任契約の締結などの措置がなされていないケースにおいて、死後の事務はどのように行われるかという点について検討していく。

#### (1) 被後見人の死亡と死後の事務の実情

##### (ア) 死後事務と応急処分義務

##### (i) 後見人としての事務の範囲

法定後見の場面においては、被後見人が死亡すると、後見は当然に終了し、後見人は原

<sup>315</sup> 遠藤・活用 30 頁以下。

則として法定代理権等の権限を喪失する（民法 111 条 1 項、民法 653 条 1 号参照）。しかし、実際には、後見人は、「後見人として代理権を有していた者であったから」という理由から周囲の関係者から様々な事務を行うように要請を受けることが多い。被後見人が死亡し、後見が終了した際の事務については、条文上、管理の計算（民法 870 条）、後見終了の登記（後見登記等に関する法律 8 条 1 項）、及び応急処分義務（民法 874 条による 654 条準用）である。後見人の本来の職務に含まれる応急処分義務を負う事務の範囲を超えた事務については、後見人としてではなく、一個人としての事務管理（民法 697 条）の法理が適用されることになる<sup>316</sup>。

そこで、被後見人の死後に周囲から要請される広範な事務のどこまでが委任の延長による応急処分義務を負う事務で、どこからが事務管理による事務かという線引きが重要となってくる。

#### （ii）委任終了後の応急処分義務

委任終了後の応急処分義務についての民法 654 条は、「委任が終了した場合において、急迫の事情があるときは、受任者又はその相続人若しくは法定代理人は、委任者又はその相続人若しくは法定代理人が委任事務を処理することができるに至るまで、必要な処分をしなければならない。」（下線は筆者による。）と定めている。委任契約の受任者が、「委任契約はもう終了したから」と受任した事務を中止してしまうと委任者側に不測の損害が生じてしまうこともあり得るため、そのような損害の発生を防止するために、民法は受任者側に必要な処分をする義務を負わせているのである。

そして、受任者であった者に応急処分義務が生じると、委任の終了する前と同様の限度で、その者は代理人として事務を処理していくことになる<sup>317</sup>。

#### （iii）相続法の法理との抵触

被後見人の死亡後に、後見人の地位で応急処分義務に基づく死後事務を行う場面では、委任の契約法理と相続法理との抵触が問題となる。被後見人であった者が死亡することで、後見人であった者が行う応急処分義務に該当する事務は、本来は相続人が自ら行うべき事務である。したがって、受任者側が、応急処分義務を負う事務範囲を拡張していくと相続人等の利益を害するおそれや相続法の予定していることと相違するという問題が生じるおそれがあるため、応急処分義務の範囲は、できるだけ必要最小限とするべきである。

しかし、後見人であった者が、要請される死後の事務の種類は非常に多岐に渡ることから具体的な場面における「相当と見込まれる部分」の判断については、困難を強いられることも少なくないのではないかという指摘もある<sup>318</sup>。

---

<sup>316</sup> 井木 37 頁。

<sup>317</sup> 井木 39 頁。

<sup>318</sup> 高橋 17 頁。

### (イ) 実際上の使い分けについて

ある事務を応急処分義務に基づく事務として行うか、事務管理として行うかによって、応急処分義務に基づく事務であれば、その事務処理に基づく費用及び報酬を請求することができるのに対し、事務管理としての事務であるとされると、事務の遂行に際して生じた費用は、民法の規定のとおり、償還請求することができるとしても、その事務の遂行についての報酬を請求することはできないということになる<sup>319</sup>。

また、応急処分義務に基づく事務と解すると、委任の規定を準用することにより、被後見人が生存していた時と同一の地位と権限を後見人であった者に認めるため、後見人であった者は、現に保管している被後見人の相続人が相続した財産から各事務費用を支払うことができる<sup>320</sup>。それに対して、事務管理と解すると、各事務費用は、後見人であった者が一度立替え払いをし、その後に、本来事務を遂行し、費用を負担すべきだった者に対して、償還請求をすることになる（民法 702 条 1 項）<sup>321</sup>。

法律専門職等が、後見人に就任しているケースにおいては、この違いは非常に大きなものとなる。そうであるにも関わらず、応急処分義務という「急迫の事情」の認定については、事実判断の問題とされており<sup>322</sup>、応急処分義務に基づく事務なのか事務管理に基づく事務なのかの峻別の難しいケースも多々あるように思われる<sup>323,324</sup>。

後見人であった者が、被後見人の死亡後に行う事務が、応急処分義務に基づくものか、事務管理によるものかの区別は、法学者と実務家の見解も統一しておらず、また具体的な場面において、その事務がどちらを根拠とする事務かを判断するのは非常に難しい問題であるといえる。

### (ウ) 民法 873 条の 2 の創設

平成 28 年 10 月 13 日に施行された「成年後見の事務の円滑化を図るための民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」によって、死後事務の一部について成年後見人の権限を認めた民法 873 条の 2 の規定が創設された。

この規定は、成年後見人は、成年被後見人が死亡した場合に、必要があるときは、成年被後見人の相続人の意思に反することが明らかな場合を除いて、相続人が相続財産を管理することができるようになるまでの間、①相続財産に属する特定の財産の保存に必要な行為、②相続財産に属する債務（弁済期が到来しているものに限る。）の弁済、③その死体の火葬または埋葬に関する契約の締結その他相続財産の保存に必要な行為（①及び②の行為を除く。）を行うことができると規定している。なお、③の行為を行う場合のみ家庭裁判所の許可が必要とされている（民法 873 条の 2 但書）。

<sup>319</sup> 田中利勝 50 頁。

<sup>320</sup> 田尻 157 頁。

<sup>321</sup> 田尻 157 頁。

<sup>322</sup> 藤原 24 頁。

<sup>323</sup> 上山・専門職後見人 207 頁以下。

<sup>324</sup> 改善提言 21 頁以下。

なお、この規定の問題点としては、(i) 保佐人及び補助人にはこの規定が適用されないことや、(ii) 火葬・埋葬の契約について家庭裁判所の許可を要求しているものの、本人が死亡してから家庭裁判所に許可の申立てをしていては、実際の火葬・埋葬契約の締結に間に合わない可能性が高いこと、(iii) 「相続人の意思に反することが明らかな場合」及び「相続人が相続財産を管理することができるようになるまで」の客観的基準が不明確なこと等が挙げられる。

すなわち、問題点(i)により、保佐人及び補助人の死後事務は、従来通り応急処分義務ないし事務管理の議論がそのまま適用されること、また、問題点(ii)においては、家庭裁判所の許可を取らずに、火葬または埋葬に関する契約の締結その他相続財産の保存に必要な行為を行うことについては、応急処分義務や事務管理においての対応ということになる。

したがって、民法873条の2の規定が新設された現在も、(ア)及び(イ)においてみたように、どこまでが応急処分義務の範囲内の事務で、どこからが事務管理として行う事務かという点について議論することの意義はあるといえる。

## (2) 死後事務委任契約の意義

(1)では、死後事務委任契約を締結していない法定後見の場面における被後見人の死後の事務の場面について検討した。しかし、現在においては、任意後見契約の普及と共に、自己に意思能力が十分ある状態で、将来の意思能力や身体能力が減退ないし喪失した後の生活、療養看護および財産管理、さらには死後の諸費用(死亡前後に要した医療費、施設費、公共料金、住居費等の未払い分)の清算や葬儀・埋葬の方法、財産の帰属先等について、予め自分の意思で決めておきたいと希望し、死後事務委任契約を締結する者が増えている<sup>325</sup>。その原因としては、少子化、核家族化の進展等の影響によって、死後の事務を家族・親族に任せられない人(身寄りがいない場合や任せるのにふさわしい身内がない場合等)や任せることを希望しない人(信頼する他人に任せたいと考える場合や家族の手を煩わせなくても済むように自分で算段をしておきたいと考える場合等)が増加していることが考えられる<sup>326</sup>。

実務上、どのような事務がこの死後事務委任契約によって委任されているかという点、①祭祀関係として、遺体の引取り、親族・菩提寺への連絡、埋火葬のための手続、葬儀、火葬、供養、菩提寺・墓所の選択、墓石の建立、埋葬、墓所の管理、永代供養、墓の改葬、それらの費用等の支払い、相続人・その他親族への報告等、また、②債務等の清算関係としては、医療費の支払い、入院保証金の受領、老人ホーム等の施設利用料の支払い、入所保証金の受領、公共料金・その他日常家事債務の支払い、家賃の支払い、入居保証金(敷金)の受領、地代その他の賃料の支払い等、さらに、③住まい、その他身辺整理関係とし

<sup>325</sup> 黒田・死後の事務 49 頁。

<sup>326</sup> 黒田・死後の事務 49 頁。

ては、入院先の私物の引取り、入所施設の退去手続・明渡し、賃貸不動産の解約・明渡し、不要な家財道具や生活用遺品の処分、公的年金担当窓口・日本年金機構への届出手続等のように、比較的、本人の死亡後に迅速な事務処理が求められる事務が多い<sup>327</sup>。

死後事務委任契約は、本人と受任者において締結する事務委任契約である。そのため、契約法の適用を受けるのはもちろん、本人の死亡により効力が発生することから相続法、さらには、死後の意思を実現するものであるから遺言法の3つの法理が働く特殊な契約である<sup>328</sup>。そのため、黒田美亜紀は、「こうした委任契約類型は、民法典および従来の学説が想定していなかったものであり、それが現行法上の解釈として認められるか否かも定かでない」<sup>329</sup>と述べる。

そこで、以下では、死後に効力を生ずる契約について、日本民法上の議論を中心に、契約によって、死者の意思をどれほどまで実現することができるかという点を検討し、最終的には、死後に効力を生ずる契約により、本人が死亡した後の財産の定期給付を実現することができるか、という点を明らかにしていく。

### (3) 民法 653 条 1 号との関係

死後事務委任契約も委任契約であるから、その直接の根拠法は民法の委任に関する規定である。しかし、民法 653 条 1 号は、「委任契約が当事者間の信頼関係を基礎とするものであることに鑑みて、委任者または受任者が死亡した場合、委任契約が終了する旨を定めている」<sup>330</sup>。これによると、委任契約のうち、「死後に効力を生ずる」類型を認める以前に、そもそも、そのような契約が有効であるかという点が問題となる。

その点について、黒田美亜紀「死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序」明治学院大学法学研究 93 号、52 頁（2012 年）によると、ドイツ民法においては、その 672 条によって、「委任者の死亡によっても終了しない委任を明文で許容しており」、「死後事務の委任可能性を否定していない」<sup>331</sup>とされている。また、この黒田論文によれば、ドイツ民法 168 条は、代理権の存続は、それを基礎づける法律関係次第としていることから、委任者の死亡後も委任が存続する場合には、代理権も同様に存続すると規定しており、判例・通説も、委任者死亡後の委任契約の効力を認めていると紹介されている<sup>332</sup>。

それでは、日本民法においては、どのように解すべきであろうか。最判平成 4 年 9 月 22 日金法 1358 号 55 頁は、死後事務委任契約が問題となった初めての判例であり、以下のように判断し、その有効性を認めた。

---

<sup>327</sup> 遠藤・活用 33-34 頁。

<sup>328</sup> 松川・死後事務 4 頁。

<sup>329</sup> 黒田・死後の事務 51 頁。

<sup>330</sup> 吉政 23 頁。

<sup>331</sup> 黒田・死後の事務 52 頁。

<sup>332</sup> 黒田・死後の事務 52 頁。

#### (ア) 事案の概要

老齢に達した委任者Aは、入院加療中の昭和 63 年初め頃、世話を受けていたYに対し、預金通帳、印章及び現金を預けて、Aの死後の入院費用の支払い、死後の葬式と法要の費用、入院中世話になった家政婦Bと友人Cに対する謝礼金の支払いを依頼する旨の契約を締結した（書面による依頼ではなかったようである）。その後、Aは同月中に死亡した。そこで、YはAの依頼に従い、入院諸費用、葬儀費用、法要費用及びBとCに対する謝礼金（各 20 万円）を支払った。

それについて、Aの相続人であるXは、Yに対して、当該委任契約は、民法 653 条によってAの死亡により終了したとして、相続財産である預金通帳及び印章のほか、相続財産にあたる現金の内、Yが支払った費用を控除した残金の返還を求めるとともに、Cへの支払いは承諾した覚えがなく、不法行為にあたるとして、損害賠償請求を行った。

原審は、「AがYに対して右金員などの交付をしたのは、前記各費用などの支払を委任したものであり、そうすると委任者であるAの死亡によって右委任契約は終了した（民法 653 条）」と判断した上で、Yが、Aから受け取っていた預金通帳及び印章の返還、Yが支払った費用を控除した残金の返還を認め、さらに、Cへの支払いは「Xの承諾を得ることなくYが独自の判断でしたものであるから不法行為とな」として、Cへ支払った金額の相当分につきYの損害賠償責任を認めた。そこで、Yが上告した。

#### (イ) 上告審判決—破棄差戻

最高裁は、「自己の死後の事務を含めた法律行為等の委任契約がAとYとの間に成立したとの原審の認定は、当然に、委任者Aの死亡によっても右契約を終了させない旨の合意を包含する趣旨のものというべく、民法 653 条の法意がかかる合意の効力を否定するものでないことは疑いを容れないところである」。「しかるに、原判決がAの死後の事務処理の委任契約の成立を認定しながら、この契約が民法 653 条の規定によりAの死亡と同時に当然に終了すべきものとしたのは、同条の解釈適用を誤り、…原判決中、Y敗訴の部分は破棄を免れない。そして、右部分について、当事者間に成立した契約が、…委任者の死亡によつては当然には終了することのない委任契約であるか、あるいは所論の負担付贈与契約であるかなどを含め、改めて、その法的性質につき更に審理を尽くさせる」（下線は筆者による。）として、原判決を破棄し、原審に差し戻した。

#### (4) 民法 653 条の趣旨

平成 4 年最高裁判決は、死後事務委任契約の有効性を認めた最初の最高裁判決として位置づけられている<sup>333,334</sup>が、その判決理由は、どのような根拠に基づくものだろうか。そこで、以下では、法典調査会の議論にまで遡って、民法 653 条はどのような議論の下に規定

<sup>333</sup> 黒田・死後の事務 69 頁。

<sup>334</sup> 岡 38 頁。

されたのかという点についてみていく。

## (ア) 我が国における委任契約の相続性について

### (i) 法典調査会の審議から

明治28年7月16日の第103回法典調査会で、起草委員の富井政章は、「委任者ノ死亡ヲ以テ委任終了ノ原因ヲ爲スト云フ」点について、「商事ノ委任ニ付テハ今日ハ最モ多クノ法典ニ於テハ反対ノ規定ヲ置テ居リマス」<sup>335</sup>。「商事ニ付テハ成程其方ガ宜イカトモ思ハレル」、しかし、「民事ノ委任ニ付テハ矢張り今日ト雖モ通常ハ其人ノ信用ト云フモノヲ土臺ニシテ居ル受任者モアノ人ダカラ引受ケタ又委任者ノ方カラ言フテモ生キテ居レバ解除スルカモ知レヌト云フ場合デアリマス」「其信用ノ關係ト云フモノハ一方ガ死ネバ何ウシテモ消エルト云フノガ理窟デアラウト思ヒマス」<sup>336</sup>、つまり、商事に関しては、委任者の死亡後も委任契約は当然に継続する方が良いが、民事に関しては、死亡により委任契約が終了することで不便な場合も想定されると指摘した上で、委任が当事者の信用関係を土台に成立することを重視するとし、委任者の死亡により委任契約は終了する旨の規定の必要性を説いたと説明される<sup>337</sup>。

ただし、委任の規定の審議の際、梅謙次郎が、次のようにやや立ち入った説明をしている。

「或ル死ンダ人ガ來タ死ナナイ内ニ或ル人ヲ信用シテ其人ニ或ル事ヲ委任ヲシタ此場合ニ其ノ委任ヲシタ人ガ死ンダナラバ其財産ハ相續人ノ財産ニ爲ル然ウスルト詰リ他人ガ自分ノ財産ノコトヲ頼ンダ事ガ自分ノ頭マノ上ニ落チテ來ルト云フコトハ相續人ニ取ツテ随分迷惑ナ話シデアリマス成程解除權ハ興ヘテアリマスケレドモ態々解除スルマデハ矢張り委任ガ解ケナイト云フコトハ餘程不都合ナ結果ヲ起ス恐レガアリマス」、また、受任者の側にしてみても「自分ノ主人ガ誰レカノ爲メニ厚意デ委任ヲ受ケタノデアツテモ其人ノ相續人ニ」「何處ノ馬ノ骨カ牛ノ骨カ分ラヌ夫レヲ前ノ人ト同ジヤウニ其人ヲ信用スルトカ愛スルトカ云フ義務ハ持ツテ居リマセヌ」<sup>338</sup>。よって、「其相續人ノ爲メニ委任ヲ受ケルト云フ意思ハ毛頭無イ夫レデアリマスカラ」、「死亡ニ因ツテ委任ガ終了スルトシテモ双方ノ意思ニ反スルト云フコトハアリマセヌ」<sup>339</sup>。

つまり、委任者の相續人は、委任契約締結当時の契約当事者ではなく、しかも特に受任者に対して信頼があるとは限らない。一方、受任者側でも、委任者本人（被相續人）のために厚意で受任したのに、その相續人を委任者本人（被相續人）と同じように信用する義務は負わない。そこで、仮に委任者の死後も委任関係が終了しないとすると、委任者の相續人と受任者の両者にとって非常に迷惑なことであり、委任者の相續人は解除権を有して

<sup>335</sup> 法典調査会4巻671頁。

<sup>336</sup> 法典調査会4巻671頁。

<sup>337</sup> 岡39頁。

<sup>338</sup> 法典調査会4巻673頁。

<sup>339</sup> 法典調査会4巻673頁。

いるものの実際に解除できるまで委任が有効だとすると、余程不都合な結果を生じる恐れがあるので、死亡により委任が終了するとしても、契約当事者双方の意思に反することはないというのである<sup>340</sup>。

この説明から、この規定（明治民法 653 条）は任意規定であり、委任者の死亡後も委任関係を存続させる合意は可能でも、その合意の効力を判断するには相続人の利益の配慮が必要であることを示唆していたといえる<sup>341</sup>。

## （ii）現在の民法 653 条の解釈と民法 651 条の関係

相続においては、包括承継が行われるが、（i）における梅の見解のとおり、委任者と受任者との契約は、承継されないことを原則としているため、原則的には、委任者に相続が開始した場合は、その相続人と受任者との間には委任契約は存在しないこととなる<sup>342</sup>。

しかし、現在の判例・通説は、民法 653 条は、任意規定だと考えており、特約がある場合には、委任者が死亡したとしても委任契約は存続することとなる<sup>343,344</sup>。つまり、その委任契約が、委任者の死亡によっても終了しないという合意が可能で、そのような合意がある場合には委任契約は委任者の死亡によっても終了しないことになる。

委任者本人の死に密接に関連した、本人の死亡後でしかできないような事務処理の委任では、委任者・受任者双方が委任者の死亡後に事務処理を開始することを認識した上で、委任契約を締結しているため、委任者が死亡しても委任は終了しないとの当事者の合意（特約）の存在が当然の前提となっているといえる<sup>345</sup>。また、民法の基本原則である「私的自治の原則・契約自由の原則のもと、委任契約の内容をどのように定めるかは、当事者の自由に委ねられており、委任者死亡後の事務を内容とする委任契約を締結することは自由である」<sup>346</sup>。

しかし、委任者の死亡後に効力を生じる契約として、どのような内容の事務でも委任できるとすると、相続法秩序と抵触を生じる危険性もある<sup>347</sup>。なぜなら、委任者が死亡することによって、委任者（被相続人）に属していた一切の権利義務は相続人に承継されるため（民法 882 条、民法 896 条）、委任者（被相続人）の財産について、委任者の相続人の意思ではなく、委任者（被相続人）の生前の意思を反映・優先させ、委任者の相続人を拘束することが許されるかが問題となるからである<sup>348</sup>。

---

<sup>340</sup> 岡 39 頁。

<sup>341</sup> 岡 40 頁。

<sup>342</sup> 松川・死後事務 6 頁。

<sup>343</sup> 吉政 23 頁。

<sup>344</sup> 黒田・死後事務委任 33 頁。

<sup>345</sup> 黒田・死後事務委任 33 頁。

<sup>346</sup> 黒田・死後事務委任 33 頁。

<sup>347</sup> 吉政 23 頁。

<sup>348</sup> 黒田・死後事務委任 33 頁。

### (iii) 民法 651 条について

民法 651 条は、その 1 項において、「委任は、各当事者がいつでもその解除をすることができる」と規定し、2 項では、「相手方に不利な時期に委任の解除をしたときは」、やむを得ない事情のある場合を除き、損害賠償をしなければならないと規定している。委任契約は、契約当事者の信頼関係を基礎としているので、それが破綻した場合等に自由に任意解除ができてしかるべきである。これが、民法 651 条の通説的な存在理由であるとされる<sup>349</sup>。

規定上は、任意解除は可能であり、このことに関して制限はない。しかし、委任契約について任意解除をしない特約が存在しない場合の委任契約への任意解除権行使の制限に関しては、委任事務が、委任者のためだけでなく、受任者の利益をも目的とする場合、委任者がいつでも任意解除権を行使できるとすると受任者の利益が著しく害されてしまう<sup>350</sup>。

そのような場面で、委任者に任意解除権を認めるのは、その行使によって受任者が不利益を受ける場合は、受任者が委任者に対して損害賠償請求することで、その不利益が填補されれば足りるからであり<sup>351</sup>、判例の傾向としては、任意解除の制限の可能性を示しつつも、契約で受任者に確保しようとした利益を考慮して、原則的に、任意解除を可能とする傾向にあるといえる（最判昭和 43 年 9 月 20 日判時 536 号 51 頁、最判昭和 56 年 1 月 19 日民集 35 卷 1 号 1 頁、最判昭和 58 年 9 月 20 日判時 1100 号 55 頁）。

### (iv) 死後に効力を生ずる契約における民法 651 条

死後に効力を生ずる契約においても、この民法 651 条の適用はある。つまり、委任者の死亡にもかかわらず委任契約が存続しても、委任者の相続人は、民法 651 条 1 項に基づいて、原則として当該委任契約をいつでも解除できる<sup>352</sup>。しかし、委任者の地位を承継した相続人が、いつでも委任契約を解除できるとすると、委任者は生前に自身の死後に効力が生ずることを期待して、受任者に委任したにも関わらず、その意思が達成されずに終わることもあり得るため、死後事務委任契約の有効性を認める意味が減殺されてしまうことになりかねない<sup>353,354</sup>。

すなわち、死後の事務委任契約として認められる範囲の事務は、自らの死後も委任契約が存続することを望む委任者（被相続人）の利益と、自ら締結したわけではない委任契約に拘束されることになる委任者の相続人の利益を比較考量して決められることとなる<sup>355</sup>。そうすると、死後事務委任契約において委任できる事項は、委任者の相続人の利益を侵害してもなお、委任者（被相続人）の意思を尊重すべき事務、すなわち、委任者の地位を承継した相続人の解除によって終了しない旨の合意がなされているとみられるような委任事務

---

<sup>349</sup> 山本 731-732 頁。

<sup>350</sup> 松川・死後事務 5 頁。

<sup>351</sup> 冷水 20 頁。

<sup>352</sup> 吉政 24 頁。

<sup>353</sup> 力丸 192 頁。

<sup>354</sup> 黒田・死後事務委任 34 頁。

<sup>355</sup> 吉政 24 頁。

に限られるということになるのではないだろうか<sup>356</sup>。

東京高判平成 21 年 12 月 21 日判時 2073 号 32 頁においても、委任者が自己の死亡後の葬儀、永代供養等を含む一切の供養を委託して死亡し、委任者の地位を承継した相続人がその契約の終了ないし解除を争った事件であるが、東京高裁は、以下のように、原則として解除権の行使を認めないと判断した。

## (5) 東京高判平成 21 年 12 月 21 日判時 2073 号 32 頁

### (ア) 事実の概要

XとYは共に僧侶であるが、Xと親戚関係にあるAは、まず、Yに対して、自己の葬儀及び供養を依頼し、供養として300万円を渡した（以下、「第1準委任契約」という。）。さらに、Aは、自己の写真をYに渡してこれを墓に納め、永代供養をしてほしいと依頼した（以下、「第2準委任契約」という。）。一方、Aは、遺言により、葬儀及び祭祀の主催者としてXを指定した。A死亡後、Yは上記依頼に応じて、Aの写真を墓に納め永代供養の手続きを進めた。

これに対し、Xが、Yに対し、主位的に第1準委任契約につき履行不能と後発的不能を理由に300万円の不当利得返還請求をした。また、予備的に第2準委任契約につき解除（民法651条1項）を理由に交付金の返還を求めた。

第1審判決（東京地判平成21年4月22日）は、有償の第1準委任契約及び第2準委任契約の成立を認め、YがAの永代供養を行っている事実がある以上、第2準委任契約を解除したとしても、その解除により、交付金の返還を認めることはできないとして、Xの請求を棄却した。そこで、Xが控訴した。

### (イ) 判旨

#### (i) 第2準委任契約が社会通念上不能であるという主張について

「遺言は遺言者が死亡するまで、何時にても新たな遺言を作成して、従前の遺言内容を変更することが可能であり、また遺言は、遺言者の死亡の時からその効力を生ずる（民法985条1項）のであるから、Xを葬儀及び祭祀の主宰者として指定する遺言が作成されたことのみをもって、本件第2準委任契約の事務が社会通念上履行不能又は後発的不能となったとはいえない」（最判平成4年9月22日金法1358号55頁を引用。）。

また、第2準委任契約の履行は、本件墓にAの写真を納めて永代供養するものであるから宗教法人甲寺の僧侶であるYにとっては、容易に行うことができる。

したがって、「Xが葬儀及び祭祀の主宰者として指定されたとしても、このことにより、Yが本件第2準委任契約の上記専務を遂行することが、社会通念上履行不能又は後発的不能となったと解することはできない」。

---

<sup>356</sup> 黒田・死後事務委任 34 頁参照。

## (ii) Xが民法 651 条 1 項に基づいて第 2 準委任契約を解除したという主張について

「本来、委任契約は特段の事情がない限り、委任者の死亡により終了する（民法 653 条 1 号）のであるが、委任者が、受任者に対し、入院中の諸費用の病院への支払、自己の死後の葬儀を含む法要の施行とその費用の支払、入院中に世話になった家政婦や友人に対する応分の謝礼金の支払を依頼するなど、委任者の死亡後における事務処理を依頼する旨の委任契約においては、委任者の死亡によっても当然に同契約を終了させない旨の合意を包含する趣旨と解される」。

「さらに、委任者の死亡後における事務処理を依頼する旨の委任契約においては、委任者は、自己の死亡後に契約に従って事務が履行されることを想定して契約を締結しているのであるから、その契約内容が不明確又は実現困難であったり、委任者の地位を承継した者にとって履行負担が過重であるなど契約を履行させることが不合理と認められる特段の事情がない限り、委任者の地位の承継者が委任契約を解除して終了させることを許さない合意をも包含する趣旨と解することが相当である」。

本件では、「Aとしては、Xに対する祭祀の承継者の指定とは別に、あえてYに対し、本件墓をいわばお墓の別荘としてA自身のために永代供養してもらうことを企図していたものと解される。そして、本件第 2 準委任契約の事務の内容は、Aの写真を本件墓に納め、永代供養をするというもので、内容は明確であり、かつ実現可能なものであり、また極めて宗教的で委任者の内心の自由にかかわる事務であり、その対価も供養としてお経を上げるなどの宗教的行為をしてもらうことの謝礼としての意味を有し、依頼する旨の宗教心に基づくものと解されるところ、本件において供養料は、Aにおいて既に支払済みであって、Aの地位を承継したXには特に履行すべき義務はないのである」。

こうした諸事情を総合すると、「本件第 2 準委任契約においては、委任者であるAが死亡し、祭祀承継者としてXが委任者の地位を承継することとなったとしても、Xに同契約を解除することを許さない合意を包含する趣旨と解するのが相当である。したがって、Xが委任者の地位の承継人として、民法 656 条、同法 651 条 1 項に基づき、本件第 2 準委任契約を解除したとして本件交付金の返還を請求するのは、その前提を欠くものであって、理由がない」と判示した。

## (ウ) 平成 21 年東京高裁判決の検討

平成 21 年東京高裁判決は、「契約の履行が不合理と認められる特段の事情がない限り委任者の地位の承継者による解除を認めないとして、契約内容の合理性の有無を解除権行使の可否を決する基準」を示した判決として位置づけられている<sup>357</sup>。前掲平成 4 年最高裁判決及び後掲の平成 22 年高松高裁判決においては、死後事務委任契約の成立を認めたものの解除権の行使については、何らの判断を示していない。この平成 4 年最高裁判決と平成 22 年高松高裁判決が解除権の行使の可否について判断していない理由としては、「死後事務委任

<sup>357</sup> 黒田・死後事務委任 35 頁。

の当事者が委任を解除した場合、その解除は将来に向かってのみその効力を生ずる（652条による 620条の準用）ので解除前に受任者が行った事務処理が遡及的に無権限者の行為となることはないということが挙げられる<sup>358</sup>と予想されているが、それと比べると積極的に解除権の行使の可否について判断している点において、本件平成21年東京高裁判決は意義があると思われる。

平成21年東京高裁判決が、平成4年最高裁判決を引用するように、専ら委任者の死亡後の事務処理を委託する委任契約は、委任者は、自己の死後に契約で定めた事務処理が行われることを想定して契約を締結している。したがって、委任者の死亡によって契約を終了させない合意の存在は、明白であり、その合意を尊重することに相続人の利益との関係で合理性があるかが問われており、その判断の際は、委任者の地位を相続したがために、契約締結に自らが関与していない委任契約に拘束される相続人の利益も考慮されるべきである<sup>359</sup>。

#### （6）フランス・ドイツにおける委任契約の相続性について

ここでは、日本民法の母法であるフランス民法とドイツ民法における委任契約の相続性がどのようになっているかという点を見ていく。なお、（ア）フランス民法における委任契約の相続性についての部分においては、宮本誠子「フランスにおける成年後見制度と死後事務」松川正毅編『成年後見における死後の事務』（日本加除出版、2011年）238頁以下及び（イ）ドイツ民法における委任契約の相続性については、黒田美亜紀「死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序」明治学院大学法学研究 93号、52頁以下（2012年）が詳しいため、本論文に係る範囲で両文献に依拠して見ていく。

#### （ア）フランス民法における委任契約の相続性について

日本民法の母法であるフランス民法では、2006年の相続法改正において、「死後に効力を生ずる委任」という被相続人が自己の死後の財産管理を特定の者に委任しておく制度を認めるに至った<sup>360</sup>。この制度は、フランス民法下における「委任契約が委任者の死亡により終了する」という一般原則にも反している<sup>361</sup>。また、相続人に相続財産を保持する権限を認める「セジーヌ (saisine)」という強行法規的な相続の基本原則にも反しており、「相続人から財産管理権限を奪い、その権限を受任者に与えている」ため、「受任者は相続人の代理人としてではなく、自己の権限で管理を行」う点に特徴がある<sup>362</sup>。

この「死後に効力を生ずる委任」の制度は、「委任の一般原則に反し、相続の基本原則に

<sup>358</sup> 黒田・死後事務委任 44頁。

<sup>359</sup> 黒田・成年後見制度 25頁。

<sup>360</sup> ミシェル 73-74頁。

<sup>361</sup> 宮本・フランス法 238頁。

<sup>362</sup> 宮本・フランス法 238頁。

も違反している」<sup>363</sup>。したがって、この委任の成立には、①「正当かつ重大な、人的又は物的利益」によって正当化される場合に、②公正証書によらなければならないというように、厳格な要件が課されていることに加え、受任者による財産管理は原則として2年に限定され、受任者は、原則として無償で委任事務の執行にあたるという一定の制限も規定されている<sup>364</sup>。

#### (イ) ドイツ民法における委任契約の相続性について

ドイツ民法においても、その 672 条により「委任者の死亡によっても終了しない委任を明文で許容しており」、「死後事務の委任可能性を否定していない」<sup>365</sup>。また、同法 168 条は、「代理権の存続はそれを基礎づける法律関係次第としている」から、「委任者の死亡後も委任が存続する場合には、代理権も同様に存続する」ことになり、「判例・通説も委任者（本人）の死亡後も存続する委任を認めている」<sup>366</sup>。

また、通説的見解によると、委任が「委任者の死亡後も存続する委任の委任者が死亡した場合、相続人が委任者の地位を承継すると考えられている」<sup>367</sup>。委任者の死亡以後は、「代理人は相続人の名で、相続財産の範囲内で、相続人のために、かつ相続人に対して効力を生じる代理行為を行うことになる」<sup>368</sup>。

なお、この際、死後も委任が継続することで死亡した委託者が得ることのできる利益と相続人の固有の利益が対立し、各々の利益をどこまで尊重すべきかが問題となる。この点につき、ドイツの判例は、「相続人も（代理人もまた）被相続人によって形成された法律関係に拘束される」、すなわち代理人が代理権の期間・範囲内で行動する限り、それが具体的な事情のもとで権利濫用や良俗違反により当該代理権の効力が否定されるようなものでないならば、代理人は相続人の同意を得る必要はないと解しているようである<sup>369</sup>。なお、このときでも、「本人の地位を承継した相続人には、撤回権が帰属している」とされる<sup>370</sup>。

さらに、判例・通説は、「死因代理（Vollmacht aut den Todesfall または postmortale Vollmacht）」として、委任者の生前に付与され、死亡時に初めて発効する代理権も可能だとし、慣習法上承認されている<sup>371</sup>。代理権発効後の相続人の利益については、委任者本人の死亡後も存続する代理の場合と同じように、判例上、本人（被相続人）の利益が優先されている<sup>372</sup>。

本人の死亡後も存続する代理及び死因代理のどちらについても、判例上、被相続人たる

---

<sup>363</sup> 宮本・フランス法 238 頁。

<sup>364</sup> 宮本・フランス法 238 頁。

<sup>365</sup> 黒田・死後の事務 52 頁。

<sup>366</sup> 黒田・死後の事務 52 頁。

<sup>367</sup> 黒田・死後の事務 53 頁。

<sup>368</sup> 黒田・死後の事務 53 頁。

<sup>369</sup> 黒田・死後の事務 54 頁。

<sup>370</sup> 黒田・死後の事務 54 頁。

<sup>371</sup> 黒田・死後の事務 54 頁。

<sup>372</sup> 黒田・死後の事務 54 頁。

本人の意思が優先的に尊重される扱いとなっているが、学説には、代理人が相続人の意思に関係なく当然に事務執行を行うことのできることに對して疑問視する見解がある<sup>373</sup>。委任者の死亡により相続人が委任者の地位を承継することになる以上、受任者は相続人の意思を確認した上で、事務処理を行うべきであり、そうすることにより相続人には委任契約を解除する機会が与えられるとする<sup>374</sup>。

#### (ウ) 小括

フランス及びドイツにおいては、委任者の死亡によっても委任の効力を維持する制度が認められている。委任者の死亡後の受任者の代理権について、ドイツ民法においては相続人の代理人として受任者は事務を行うのに対して、フランス民法においては、相続人の代理人として事務を行うのではなく、自己の権限において事務を遂行するという点で異なっており、その意味でドイツ民法における受任者・相続人の関係は、日本における死後事務委任契約の受任者・相続人の関係と同一であるといえる。

法律構成は違おうとしても、両国とも委任者本人の死に密接した事務については、その事務委任契約の効力を認めており、その範囲で、相続法秩序を制限し、委任者の支配が優先されるとしているのである。

#### (7) 死後事務委任契約と遺言の関係性

前記(4)(ア)(i)の梅の示唆のとおり、その現代における典型例として死後事務委任契約と遺言の内容が矛盾し、対立するケースも考えられる。しかし、それについて考察するに、死後に被相続人の意思を実現するための方法は、原則として遺言である。遺言は、主体無き時に、その意思を実現するという意味で特殊なものといえる。そこで、遺言事項に相当する事務は、遺言によらなければ意思実現することができないとするのが、相続法の基本的な考え方である<sup>375</sup>。すなわち、任意解除の認められない死後事務委任契約として、委任者の地位が相続人に承継され得るものとして考えられるのは、少なくとも遺言事項になっていないものでなければ、相続法の体系と齟齬をきたすことになる<sup>376</sup>。

遺言が効力を生じるのは、法定された事項に限られる<sup>377</sup>から、實際上、この法定事項の他に、これに関連する事項や、遺言者の理念・意図・思い入れ等を記載し、事実上相続人を拘束しようとしても遺言の法的効力としては認められない。この点で、遺言を残しても、遺言に記載したとして、法的効力を生じない事項については、死後事務委任契約で定めるべきであり、實際上、委任可能な死後事務の範囲もそれらを考慮して決定されるともいえるのではないだろうか。

---

<sup>373</sup> 黒田・死後の事務 55 頁。

<sup>374</sup> 黒田・死後の事務 55 頁。

<sup>375</sup> 松川・死後事務 10 頁。

<sup>376</sup> 松川・死後事務 10 頁。

<sup>377</sup> 窪田 334 頁。

## （８）死後事務委任契約と祭祀行為の特殊性

平成 21 年東京高裁判決からは、死後事務委任契約において、祭祀主宰者の祭祀行為と抵触しない事務内容を考えることがいかに大事であるかがわかる。祭祀承継者指定の遺言があっても、それとは別になされた、墓に関する委任者の望みは、遺言と抵触しないと判断されている<sup>378</sup>。この祭祀主宰者は、遺言による指定の他、相続人の協議や、慣習により定まり、この優先順位は、遺言による指定、相続人の協議（合意による調停の成立でも良い）、慣習の順となるが、それでも決まらない場合は、家庭裁判所の審判による<sup>379</sup>。死後事務には、この祭祀主宰者の行う祭祀行為も含まれており、通常は、複数の者がこれを別個に行うことはないので、遺言との矛盾や、複数契約時は契約相互間の矛盾抵触に十分注意すべきである。

なお、遺言によって祭祀承継者の指定があっても、その履行内容までは、遺言事項とされていないことから、法要の費用、墓の費用、葬儀の費用に関しては、死後事務委任契約がなされていれば、それを優先させることも可能とされている<sup>380</sup>。

## ２ 死後事務の費用について

死後事務委任契約を締結しているか否かに限らず、後見人であった者が、死後事務を適時的確に処理するためには、本人の遺言により事務処理にあてる金融資産が確保されるか、事前に事務遂行に必要な金銭が受任者等に預託されていることが必要である<sup>381</sup>。

被後見人の死後に必要となる事務は、①祭祀関係として、遺体の引取り、親族・菩提寺への連絡、埋火葬のための手続、葬儀、火葬、供養、菩提寺・墓所の選択、墓石の建立、埋葬、墓所の管理、永代供養、墓の改葬、それらの費用等の支払い、相続人・その他親族への報告等、また、②債務等の清算関係としては、医療費の支払い、入院保証金の受領、老人ホーム等の施設利用料の支払い、入所保証金の受領、公共料金・その他日常家事債務の支払い、家賃の支払い、入居保証金（敷金）の受領、地代その他の賃料の支払い等、さらに、③住まい、その他身辺整理関係としては、入院先の私物の引取り、入所施設の退去手続・明渡し、賃貸不動産の解約・明渡し、不要な家財道具や生活用遺品の処分、公的年金担当窓口・日本年金機構への届出手続等のように、多岐に渡り、比較的、本人の死亡後に迅速な事務処理が求められる事務が多く、その中には、相当の費用がかかる事務も含まれている<sup>382</sup>。

死後の事務処理については、何らの対策をとっていなかった場合は、1（1）におけるように、原則的に、それが事務管理なのか、委任契約の延長としての応急処分義務による

---

<sup>378</sup> 松川・死後事務 9 頁。

<sup>379</sup> 遠藤・活用 36 頁。

<sup>380</sup> 松川・死後事務 11 頁。

<sup>381</sup> 遠藤・活用 36 頁。

<sup>382</sup> 遠藤・活用 33-34 頁。

ものなのか、という区別が問題となってくる。また、死後事務費用を捻出するために、その死後事務が民法上の事務管理として行うものとされれば、事務処理を行う者の側で、事務費用を立て替えるということになり、事務を遂行する者の負担が大きくなってしまうことになる。

したがって、死後事務の場面においては、「費用の確保」が大きなテーマであるといえる。そこで、以下では、そもそも死後事務の費用は、誰が、どこから負担するものなのか、また、その費用を死後事務との関係で、本人はどのような仕組みによって執行者に託すのが効果的か、という点につき検討していく。

### (1) 相続財産の負担

本人の死に密接に関連する事務について、まず、主に葬儀費用を取り扱いながら、法的にどのように負担すべきとされているかという点を検討していく。

#### (ア) 葬式費用の負担者

##### (i) 裁判例・学説

葬式費用を誰が負担すべきであるかという点については、判例上も判断が分かれている。そこでここでは、田尻世津子「葬儀費用」松川正毅編『成年後見における死後の事務』（日本加除出版、2011年）153-154頁及び西原諄「葬儀費用負担者」判タ643号、140-141頁（1987年）を参考に、主にどのような見解があるかということを見ていく。

まず、①共同相続人が法定相続分に応じて負担すべきという考え方（東京高決昭和30年9月30日家月7巻11号57頁、長崎家審昭和51年12月23日家月29巻9号110頁）、②共同相続人の合意等によって負担先を決定すべきという考え方（仙台高決昭和38年10月30日家月16巻2号65頁、大阪地判昭和41年3月20日判時464号41頁）、③葬式費用は民法885条にいう相続財産に関する費用にあたるとして相続財産の負担となる考え方（盛岡家審昭和42年4月12日家月19巻11号101頁）、④葬式費用は民法885条にいう相続財産に関する費用にあたらないが、葬式の死者の生活の清算的な性格や、葬式費用に先取特権を認める民法306条、民法309条や相続税法13条等を根拠に葬式費用は相続財産から支出すべきであるという考え方（東京地判昭和59年7月12日判時1150号205頁）、⑤喪主が負担すべきという考え方（東京地判昭和61年1月28日判タ623号148頁、判時1222号79頁）、⑥条理や慣習によって費用負担者を決定するという考え方（仙台家古川支審昭和38年5月1日家月15巻8号106頁）に分けられるとされている。その中でも、③が多数説又は有力説であり、実務上は、④が主流であるとされている<sup>383</sup>。

##### (ii) 民法その他法律の規定

前掲田尻論文154頁から155頁によれば、他の法律上の規定を探してみると、葬式費用

---

<sup>383</sup> 田尻154頁。

を相続財産の負担とする考えが根底にあるように思える規定が多くみられることがわかって述べられている。

すなわち、墓地、埋葬等に関する法律9条1項は、「死体の埋葬又は火葬を行う者がいないとき又は判明しないときは、死亡地の市町村長が、これを行わなければならない。」と定め、さらに、同条2項は、「前項の規定により埋葬又は火葬を行つたときは、その費用に関しては、行旅病人及び行旅死亡人取扱法（明治32年法律第93号）の規定を準用する。」と規定している。

そして、墓地、埋葬等に関する法律9条2項が準用している行旅病人及び行旅死亡人取扱法の11条では、「行旅死亡人取扱ノ費用ハ先ツ其ノ遺留ノ金銭若ハ有価証券ヲ以テ之ニ充テ仍足ラサルトキハ相続人ノ負担トシ相続人ヨリ弁償ヲ得サルトキハ死亡人ノ扶養義務者ノ負担トス」と規定されていることに加えて同法13条が、「市町村ハ第9条ノ公告後60日ヲ経過スルモ仍行旅死亡人取扱費用ノ弁償ヲ得サルトキハ行旅死亡人ノ遺留物品ヲ売却シテ其ノ費用ニ充ツルコトヲ得其ノ仍足ラサル場合ニ於テ費用ノ弁償ヲ為スヘキ公共団体ニ関シテハ勅令ノ定ムル所ニ依ル」とし、また、その2項において「市町村ハ行旅死亡人取扱費用ニ付遺留物件ノ上ニ他ノ債権者ノ先取特権ニ対シ優先権ヲ有ス」と規定していることから、埋葬・火葬の費用については、1次的に死者の財産から支出すべきこととされていることがわかる。

また、生活保護法76条1項は、「第18条第2項の規定により葬祭扶助を行う場合においては、保護の実施機関は、その死者の遺留の金銭及び有価証券を保護費に充て、なお足りないときは、遺留の物品を売却してその代金をこれに充てることができる。」とし、その2項は、「都道府県又は市町村は、前項の費用について、その遺留の物品の上に他の債権者の先取特権に対して優先権を有する。」というように、前記の行旅病人及び行旅死亡人取扱法11条及び同法13条と同内容の規定がある。

さらに、老人福祉法もその27条1項においても、「市町村は、第11条第2項の規定により葬祭の措置を採る場合においては、その死者の遺留の金銭及び有価証券を当該措置に要する費用に充て、なお足りないときは、遺留の物品を売却してその代金をこれに充てることができる。」とし、その2項は、「市町村は、前項の費用について、その遺留の物品の上に他の債権者の先取特権に対して優先権を有する。」と規定していることから、前記の生活保護法におけるのと同様に、葬祭に要する費用は、1次的に死者の所持する財産から支出することとしている。

それに加えて、相続税基本通達13—4によれば、相続税法上、葬儀費用は、相続財産から控除できることも葬式費用を相続財産の負担と解する根拠となり得るとされている。

以上より、死後事務費用の代表的なものである葬式費用についても、(i)③のように、民法885条の「相続財産の負担」として捉える規定が、諸法律の中には散見できる。

### (イ) 相続財産の負担 (charges de la succession)

また、フランスにおける死後事務の費用負担の実態についてみていく。なお、このテーマについては、宮本誠子「フランス法における成年後見制度と死後事務」松川正毅編『成年後見における死後の事務』(日本加除出版、2011年)235頁以下に詳しく、ここでは主にそれに依拠しながら、本論文と関係する部分を紹介していく。

フランス法では伝統的に、最後の病院費用や葬儀費用などに関して、「相続財産の負担 (charges de la succession)」に該当するとされている<sup>384</sup>。そして、「相続財産の負担 (charges de la succession)」は、「被相続人が責任を負っていた債務ではないが、被相続人の死亡によって生じた債務」、すなわち、「被相続人の死に直結した、もし生きていたなら本人が負担したであろう債務」として定義され具体的には、葬式費用や最後の入院費用(入院費や治療費)、遺産分割にかかる費用が含まれると解されている<sup>385</sup>。ただし、それらの費用が、「もし、贅沢なものであれば、契約を締結した者も責任を負う」<sup>386</sup>。

「人は自ら発生させた債務に責任を負い、その債務は本人が死亡すると相続債務になる<sup>387</sup>。一方、「死後に生じた債務は、被相続人が生前に責任を負っていた債務ではないため、相続債務とはならないが、「死亡という事実そのものから生じる債務については、本人が責任を負い、ただ本人は死亡しているので、相続財産が負担するのだと考えられ」る<sup>388</sup>。

例えば、葬式費用について考えてみると、「葬儀契約の債務者は当該契約を締結した者」であり、「相続人が契約を締結したならば、債権者である葬儀会社にとっては当該相続人が債務者となる<sup>389</sup>。しかし、このような債務は、本人の「死亡そのものから生じたもので、また、葬式は本人のために執り行うという側面も含まれることから、本来は被相続人が負担すべきと考えることができ」る<sup>390</sup>。債権者との関係で相続人等の契約当事者たる相続人が責任を負うこともあるものの、「最終的には被相続人が負担すると考え、そこから、被相続人は既に死亡しており自ら債務を履行することはできないので、相続財産が負担すると理解されてい」るためである<sup>391</sup>。そのため、「支払を受けていない葬式会社やそれを立て替えて支払った第三者または、相続人は、相続財産に対して請求できる。もし、相続財産が支払不能であれば、葬式会社や立て替え払い者は、扶養義務を負っている相続人に対して請求することになる。その者はたとえ相続を放棄していてもこのような理由で責任を負う」<sup>392</sup>。

<sup>384</sup> 松川・葬式費用9頁。

<sup>385</sup> 宮本・フランス法234-235頁。

<sup>386</sup> 松川・葬式費用9頁。

<sup>387</sup> 宮本・フランス法235頁。

<sup>388</sup> 宮本・フランス法235頁。

<sup>389</sup> 宮本・フランス法235頁。

<sup>390</sup> 宮本・フランス法235頁。

<sup>391</sup> 宮本・フランス法235頁。

<sup>392</sup> 松川・葬式費用9頁。

#### (ウ) 日本民法 885 条の相続財産に関する費用

民法 885 条本文は、「相続財産に関する費用は、その財産の中から支弁する。」と定める。松川正毅は、人の死に密接に関係する事務は、「もともと被相続人自身がなすべきものであるが、相続人等がかわりに行っているとも考えられる」<sup>393</sup>と述べる。そのように考えれば、人の死に密接に関係する事務についての費用は、本人の死後に生じることからも、被相続人の相続債務と考えるのは難しいのではないか。葬儀費用のように葬儀の日から 1 週間以内という支払期限が非常に短いものもあり、このように、「人の死に密接に関係する事務の費用」を民法 885 条の「相続財産に関する費用」とみなすことができれば、そのような費用が、相続の承認や放棄などの影響を受けずに、費用の捻出も簡単になるという点で、実務上のメリットは大きい。

また、相続放棄前に相続財産から葬式費用を支払っても、相続を単純承認したことにはならないとする東京控判昭和 11 年 9 月 11 日新聞 4059 号 13 頁もある。松川によれば、これも、「葬式費用は相続債務ではなくて、885 条により特別に相続財産の費用とされていると考えれば、正当な判断である」<sup>394</sup>とされている。

#### (エ) 小括

費用の負担については、(イ) のとおり、フランスでは、最後の病院費用や葬儀費用等の死後事務の費用については、相続財産の負担とされている。死後事務に用いる費用は、相続により、相続人に相続される債務とも、相続人自身に生ずる債務とも性質的に異なるという点で、日本民法 885 条の「相続財産に関する費用」もそれと同様に解することができれば、相続財産そのものから捻出することができ、相続人が相続によって取得した相続財産からの支出という意味合いは薄れるのではないだろうか。

そのように解することができれば、例えば、本人の死亡により、銀行口座が凍結された場合であっても、最後の病院費用や葬儀費用もその口座から直接振込等によって支払いをすることができるといった実務上の運用が普及していくことが考えられる。このような取り扱いが普及すれば、被相続人の死亡が近くなった際に、預金口座から死後事務に必要な費用を引き出して預託することや、被相続人の死亡後にその旨を秘したまま、銀行口座から死後事務に要した費用を引き落とすというようなことを行う必要がなくなり、死後事務の円滑化に資すると思われる。

また、被相続人が生前に膨大な負債を抱えているような場合に、死後事務の費用は、相続財産から捻出することができるとすれば、高額な葬儀費用等を被相続人名義の預金通帳から引き落とすことによって、相続の単純承認とみなされ、相続放棄ができなくなるのではないか、という心配が解消されるのではないだろうか。

ただし、現状においては、上記のような取り扱いが一般的に普及しているとはいえない。

---

<sup>393</sup> 松川・葬式費用 7 頁。

<sup>394</sup> 松川・葬式費用 11 頁。

そのような中では、死後事務に必要な費用の預託を事前に受けておくということが必要であり、その「預かり金」を信託財産として構成すると財産管理機能の充実をはかることができれば、「預かり金」の保護に資する。その意味で、アメリカ信託法における擬制信託や復帰信託の法理を日本の信託法理においても適用することが、今後より一層議論されても良いのではないか。

## (2) 死後事務費用の「預託」の法的性質について

死後事務に必要な費用を民法 885 条の「相続財産に関する費用」に含めるとすれば、被相続人の死後も保管している財産から葬儀費用や最後の病院費用等を捻出することができる。しかし、金融実務においては、預金口座の名義人が死亡した際は、預金口座を凍結させて出金等ができなくなる取り扱いとなっている。すなわち、死後事務関係の費用を民法 885 条の「相続財産に関する費用」に含めるとしても、肝心の出金をスムーズに行うことができず、費用の支払いが滞ってしまうか、被相続人の最後の世話人が一時的に費用を立て替えて対応するということにもなりかねないのではないか。

死後事務を執り行う者が、死後事務を適時的確に処理するためには、本人の遺言により事務処理に充てる金融資産が確保されるか、何らかの方法で、予め事務の執行に必要な金銭が預託されていることが不可欠である<sup>395</sup>。死後事務委任契約における委任事務には、通常、非常に高額な費用がかかると見込まれるため、これらの費用を必要な都度支払える仕組みにしておくことが重要となる。そこで、かかる金融資産の預託はいかなる法律関係にあるとされているのかを明確にしておく必要がある。以下では、預託の法律関係を負担付贈与とすることが争われた高裁判決をみていく。

### (ア) 高松高判平成 22 年 8 月 30 日判時 2106 号 52 頁

#### (i) 事実の概要

被相続人 A（平成 9 年死亡）及びその娘 B（平成 15 年死亡）の唯一の相続人（A 及び B の各々の相続について代襲相続人である）X は、A の孫であり、B の弟（昭和 57 年死亡）の子である。X と A はそれほど親しく交流しておらず、X 側の関係者で葬儀に出席した者はいなかった。これに対して、A の姪である Y 2 は、幼いころから A に可愛がられ、A と親しい関係を継続させていた。Y 2 は、A から生前に通帳と印章を託されており、A の「葬式から何からして欲しい。Y 2 しか頼む人がいない。」「残った分は Y 2 にあげるから。」と言われていたこともあり、Y 1 銀行における A 及び B 名義の預金の払戻しを受けた。しかし、X は、Y 2 及びその夫 C が無権限で預金の払戻しを受けたとして、主的に Y 1 銀行に対し、預金の返還請求をし、予備的に、本件払戻しが有効であった場合には Y 2 及び C に対して、共同不法行為に基づく損害賠償または不当利得に基づく金銭の返還を請求した。なお、本件訴訟継続中に C が死亡し、C の妻 Y 2 及び、子・孫 Y 3、Y 4、Y 5 及び Y 6

<sup>395</sup> 遠藤・活用 36 頁。

らがCを相続した。

原審（松山地判平成21年2月20日判時2106号61頁）は、①AはY2に対して、Aの葬儀費用等死後の一切の事務を行うこと及びBの世話をすること等を内容とする負担付きで預金を贈与した、②Bは、精神病のため、財産管理をAに頼らざるを得ない状態であり、AがBの将来を考えてY2にBの財産の管理を依頼したことについては、Bの黙示の同意があったと認め、Xの請求をすべて棄却した。そこで、Xが控訴した。

## （ii）判旨

### ① 負担付贈与について

Aが、Y2に対して、Bが死亡した時点での残金をY2に贈与する旨を述べるのは、受遺者となるY2がBよりも12歳年上であったことなどを考慮すると、不自然で信用することができず、これを裏付ける的確な証拠もないので、本件負担付遺贈の有効性については認めることはできない。

### ② 死後事務委任契約について

「Aは、Y2にA名義の通帳類と印鑑を渡して、Aの葬儀等と将来にわたってBの世話をすることを委託し、これを了解したY2に対して、上記義務を履行するためにA名義の預金全部について払戻等を行うことができる管理処分権を与えたものと認められる。そして、上記事務の内容に照らすと、当該委任契約においてはAの死亡によっては契約が終了しないことが合意されていたものと認めるのが相当である」。

また、Y2には、「上記預金の全部について払戻しを受ける権限があるから、Y2の要求に応じてY1銀行が上記預金の払戻しをしたことによって、上記債権はすべて消滅」しているから、XのY1銀行に対する預金返還請求は理由がない。

次に、B名義の預金に関しては、「Bは、精神病のため自己の財産の管理について有効な意思表示をする能力が存在したと認めるのは疑問であり」、「AがY2に対してBの財産の管理を委託することについて、Bが事前に黙示的に同意していたと認めることは困難である」から、Y2は、B名義の預金について、「事務管理者として、その事務の性質に従い、本人であるBの利益に最も適合する方法によって、その事務の管理をしなければならないことになり、これを自らのために消費することは許されないことになる（民697条1項）」として、Y2は、Xに対して損害賠償義務を負うと判断した。

## （イ）預託を負担付贈与と法律構成することについて

死後事務の執行のための金融資産の預託について、上記平成22年高松高裁判決において、Y2は、Aの葬儀等をはじめとする死後の一切の事務を行うこと及びAの娘Bの世話をすること等を内容とする負担を付して、A名義の預金の贈与を受けたと主張している。このように、死後事務費用を預ける行為を負担付遺贈と解した場合、次の①から④のリスクが

あるといわれている<sup>396</sup>。具体的には、①受任者が、自然人であった場合、仮にその受任者が委任者よりも先に死亡してしまうと、委託者の預託金が受任者の相続財産に混在してしまうリスク、②預託金の預かりについて監督機関がないため、長期にわたる預託金の管理が適正に行われるかが保障されないリスク、③預託を受けた受任者または預託した委任者が経済的に破綻した場合に、委任者の預託金が差し押さえられるというリスク、及び④委任者の死後、その預託金が契約どおりに使用されたかをチェックする機関を持たないため、委任者の意思に反して異なる目的のために流用されてしまうリスクの4つが指摘されている<sup>397</sup>。

#### (ウ) 死後事務費用の預託を信託と構成することについて

そこで、現に死後の事務費用が預託されている状態を英米法下における擬制信託のように信託関係と解釈することで、(イ)の①から④のリスクを回避することはできないだろうか。単なる預かり状態を信託と構成できれば、第1部第2章でみた信託の「受益者の利益保護」の性質から派生する仕組みによって、より一層安定した財産管理を行うことができるのではないかと。

具体的には、リスク①及び③については、信託財産の独立性によって、また、リスク②及び④については、信託関係人の関与によって、回避することができる。

したがって、信託が「受益者の利益保護」の性質を強調した制度である以上、単なる預かり状態を信託と構成することができれば、より一層本人の保護に資する「預かり状態」を創設することができるといえる。

### 3 現状の預託金について信託設定を認定することの可否について

2(2)(ウ)より、現に預託されている状態を信託として構成することで得られるメリットが大きいことがわかる。しかし、預託をする時点で信託法3条各号に定める信託の設定行為がなされることは稀であるのではないかと。そのように、信託の設定方法を定める信託法3条各号の設定行為がないような場合においても、その「預かり状態」を信託として構成することはできないだろうか。

そこで、既に生じている客観的な事実関係から後発的に信託の成立を認定することのできる制度について考察する余地はあるのではないかと。そのためには、信託の契約性について検討する必要がある。なぜなら、信託も契約によって設定することができるため(信託法3条1号)、「信託も契約である」とすると、原則的に意思の合致が必要となる。そうであるならば、明示の意思の合致が無いような預託状態を信託として構成することができるとした場合、それは信託の性質として可能となるのか、それとも契約の性質として可能となるのだろうか。そこで、ここでは信託の契約性について考察していく。

---

<sup>396</sup> 松井 42 頁参照。

<sup>397</sup> 松井 42 頁参照。

なお、この分野の研究においては、樋口範雄が多くの文献において取り扱っているため、ここではそれらの文献に依拠して、上記の点を検討していく。

### (1) 「信託=契約」か

まず、日本の信託設定の中心は、契約によるのが中心であり、学説としても歴史的に「信託は契約の一種」であるという考え方がなされてきた経緯がある<sup>398</sup>。しかし、「信託が契約で設定できること」と、「信託が契約であること」は異なる。信託法3条1号ないし3号は、信託の設定方法について、①契約による方法、②遺言による方法、③信託宣言による方法の3つの方法を明記している。現状において、実務的に①による設定が中心であると思われるが、②の遺言や③の信託宣言による設定も行い得る。後者の2つの方法が設定方法に含まれている以上、単に「信託は契約である」という形でくくることはできないのではないか。

また、英米の契約法下においては、契約法は、将来の交換取引を保護する機能を果たすものとして存在し、その交換取引の存在を裏付けるために約因が必要とされるが、信託は約因がなくとも発生するものとされているため、契約類型ではなく、契約とは別個の財産法に属するものと位置づけられている<sup>399</sup>。

それではどのようなものを信託関係というかという点、医師・患者関係、弁護士・依頼人関係、後見人・被後見人関係、元請業者・下請業者関係等、当事者の一方が専門家、他方は非専門家であり、相手方に頼らなければならない、しかも、相手方に重要なもの（ex.患者の場合は、自らの生命身体を託さなければならないような関係、また、依頼人の場合は、刑事事件で死刑になる可能性や民事事件で主観的に相当の価値のある対象等）を託さなければならないような関係、すなわち、当事者が対等でないという関係から出発する様々な場面がそれにあたりとされている<sup>400</sup>。

このように、英米法諸国では、日本において委任契約や準委任契約の下に包括的に処理されている事務においても、人に「任す事務」・「任された事務」を各当事者の自己責任とするのではなく、相手に安心して依存できることを認めてくれる法的措置として、信託的な関係を捉えている<sup>401</sup>。そのような信託的な関係を「信認関係」といい、信じて託された相手方、すなわち信託法にいう受託者には、広範な「信認義務」が発生し、自己の利益追求が原則として禁止されるのである<sup>402</sup>。

### (2) 信認関係の内容

そうはいつても、契約関係と信認関係の区別は、具体的にどのようになされるべきだろ

<sup>398</sup> 四宮 107 頁。

<sup>399</sup> 樋口・アメリカ契約法 82 頁。

<sup>400</sup> 樋口・信託 22-23 頁参照。

<sup>401</sup> 樋口・信託 23 頁。

<sup>402</sup> 樋口・信託 23 頁。

うか。その点につき、樋口は、信認関係の特色は、①「受認者及び受益者が信認関係を結ぶか否かについては、選択の自由がある」、②「信認関係の内容についても、一定の選択の自由がある」、③「信認関係においては、受認者が裁量権を有し、自らが信認違反をしない限り、原則として受益者には何ら発言権がない」、④「契約関係にあつては、自分の利益は自分で守らなければならないのに対し、信認関係においては、受認者は受益者の利益を図らなければならない義務を負う。それどころか、自らの利益を図ってはならない。受益者は、受認者が、自分のためだけを考慮して働いてくれることを当てにして良い」という4点であるとする<sup>403</sup>。

そこで、その立場を前提にして、契約関係と信認関係の相違を検討するに、まず、①及び②については、契約関係の創出と共通する<sup>404</sup>。ただ、③については、信認関係における受認者のように、権力あるいは権限を当事者の一方だけが有している状態が生じるのは、契約関係における当事者の対等な関係とは異なるといえる<sup>405</sup>。また、④については、契約関係にあつては、自分の利益は自分で守らなければならないのに対し、信認関係においては、受認者は受益者の利益を図らなければならない義務を負うだけでなく、自らの利益を図ってはならない<sup>406</sup>。受益者は、受認者が、自分のためだけを考慮して働いてくれることをあてにして良く、受益者が安じて依存できる状態に置かれる点が、契約関係とまったく異なる点であるといえる<sup>407</sup>。

### (3) 契約関係と信認関係

(2)において樋口の指摘するところの③及び④が、契約関係と信託関係を分ける基準であるといえそうである。第1部第2章においてみたように、一度設定した信託が、委託者の意思能力の喪失や死亡によってもその効力を維持することができる理由として、「受益者の利益保護」を基準に考えるべきであると述べたが、この信認義務を前提とした信託関係の成立の部分についてはそれと親和的であるように思える。

日本では、弁護士が依頼人の金銭を預かることは、準委任契約によると考えられているし、注文者・元請業者・下請業者間にも契約の連鎖を見出すことができる。また、成年後見においては、一見、契約関係とは言いにくいようであるが、任意後見を想定すれば一種の契約関係といえる<sup>408</sup>。ただし、これらの関係における「財産の預かり」について、契約法からのアプローチのみで十分な法的救済が可能であるかという点について考えるに、弁護士についての預かり金の分別管理義務や、被後見人の財産を預かった後見人の忠実義務等、それらの義務に違反する不正な行為により得た弁護士・後見人の利得を吐き出させるよう

---

<sup>403</sup> 樋口・信認 38-39 頁参照。

<sup>404</sup> 樋口・信認 38-39 頁参照。

<sup>405</sup> 樋口・信認 38-39 頁参照。

<sup>406</sup> 樋口・信認 38-39 頁参照。

<sup>407</sup> 樋口・信認 38-39 頁参照。

<sup>408</sup> 樋口・信認 23 頁。

な救済まで、契約法で認めることが可能であろうか<sup>409</sup>。また、これらのケースでは、特定の財産を第三者の手の及ばないものにする効果もみられるが、それを関係当事者間だけの契約で導き出すことは可能であろうか<sup>410</sup>。

#### (4) 日本の信託法への示唆

日本において、信託の成立には、信託設定に向けた当事者の具体的意思が存在することが必要であるとされている<sup>411</sup>から、現時点の裁判例においても英米法上の擬制信託の論理をそのまま適用して、信託の設定を認定したものは見当たらない<sup>412</sup>。

四宮は、信託の成立には、「原因行為（基本的信託行為）と処分行為（または処分の効果発生）を必要とするが、原因行為だけでも…当事者の信託成立に協力すべき義務を発生させる。」として、その基本的信託行為のためには、「当事者が信託関係を設定するに相当な意思を表示しなければならない。むろん、『信託』の語を使わなくても、信託設定の趣旨がうかがえるものであればよい。」と述べる<sup>413</sup>。その「信託設定の趣旨」とは何か、という点については、その「特に重要な要素」として、「対象の特定性」、「信託目的の確定性」、「受益者の確定性（ただし、私益信託の場合）」を挙げており<sup>414</sup>、その中でも「信託目的の確定性」については、「委託者は、受託者がその趣旨に従って信託義務を遂行しうる程度に行動の指針を示す必要がある」<sup>415</sup>、また、「受託者の権限は自己の利益のために与えられたものではなく、それは他人のために一定の目的に従って行使されなければならない」<sup>416</sup>としているものの、まとまった定義がなされているわけではない。

また、大村敦志は、平成 18 年改正前の信託法 1 条の信託の定義をもとに、「財産が移転されること」と「受託者が信託目的にそった管理・処分の権限を有し義務を負う」ことの 2 つの要件が満たされることで、その法律関係は信託であるはずだと述べる<sup>417</sup>。

このように、信託の成立が認められる場合の基準については、はっきりとしないのが現状のように思える。しかし、実社会においては、当事者自身はその法律関係を信託関係として明確に理解していなくても、客観的には、その関係が信託関係とみえる場面が散見することも事実である。

預かり金の法律関係を信託と擬制し、「委託者」ないし「受託者」が破綻した場合にも信託財産の独立性を確保することを初めて認めた最判平成 14 年 1 月 17 日判時 1794 号 525 号では、委託者・受託者間の明示的な信託設定行為が存在しなくても、委託者が、受託者に金銭を預けた際、その預託行為が法律的に信託関係を創出する財産移転行為にあたるとい

---

<sup>409</sup> 樋口・信認 24 頁。

<sup>410</sup> 樋口・信認 24 頁。

<sup>411</sup> 新井 157 頁。

<sup>412</sup> 澁谷 14 頁。

<sup>413</sup> 四宮 106 頁。

<sup>414</sup> 四宮 106-107 頁。

<sup>415</sup> 四宮 141 頁。

<sup>416</sup> 四宮 10 頁。

<sup>417</sup> 大村 37 頁。

うまでの認識がなくても、委託者が信託関係の設定についてまったくの無意識でない限り、預かり状態を信託関係と擬制できるという法理がみられる<sup>418,419</sup>。

また、弁護士の預かり金についての最判平成15年6月12日民集57巻6号563頁は、信託の成立を否定したものの、その補足意見の中で、当事者間で成立した委任契約の合意の中に「信託法の規定する信託契約の締結と解する余地もあるものと思われるし、場合によっては、委任と信託の混合契約の締結と解することもできる」とし、弁護士と依頼人の預かり金の関係に信託法理の適用可能性を示唆した。この平成15年判決の補足意見からは、信託的な関係を契約関係から切り離し、信託関係という別の基盤を持つ独自のシステムとして位置づけるという、大陸法・英米法の法体系の違いを超えた利益衡量としての法理を見出すことができるように思われる。

さらに、最近の下級審判決においてもA、B、C及びDの4名がA名義の口座に旅行費用を積み立てていたというケースで、Aを受託者とし、B、C及びDを委託者兼受益者とする信託の成立を認めた東京地判平成24年6月15日金判1406号47頁がある。

したがって、今後、死後の事務委任契約の場面において、受任者が預託を受けた事務執行についての費用につき、より一般的に信託の成立を認めることができる可能性も十分存在するといえるのではないだろうか。

#### 4 死後の財産の定期給付を契約で行うことは可能か

1から3を踏まえて、契約によって、死後の定期給付を実現することは可能であるか、という点について検討する。

##### (1) 契約により死後の定期給付まで委任することは可能か

結論からいうと、委任できる死後事務の範囲に、死後の財産の定期給付も含めることができるかという点については、消極的に解するべきである。なぜなら、委任者が死亡すると、その委任者に帰属していた一切の権利義務が相続人に承継されるため、被相続人の死後も相続人の意思よりも、被相続人の生前の意思を優先的に反映することが許されるか、という点が常に問題となるからである。当初の委任者としては、生前にできるだけ自分の意思のとおり物事がいくように定めておきたいと考えるであろうし、委任者の死亡後の相続人の立場からすれば、「(相続が開始して)もう、自分たちの財産となったのだから縛られたくない。」と主張する方向にいくことが予想される。相続人が承継した財産からの費用の捻出という意味だけでなく、被相続人が締結した契約の内容が、相続人の意思に反し、過度な拘束をしてしまうということも十分あり得るからである<sup>420</sup>。

また、被相続人が、死後に意思を実現するための方法は、原則的には遺言であり、定期給付についても、負担付遺贈の中で行うことが可能である。契約による死後の定期給付を

<sup>418</sup> 道垣内・信託の設定18頁。

<sup>419</sup> 樋口・信託8頁参照。

<sup>420</sup> 冷水・死後事務委任契約18頁。

認めざるを得ないような必要性は、果たしてそれほど大きなものだろうか。また、近年は、信託による死後の財産の定期給付を行うスキームも普及しつつあり、それとの関係でも契約による死後の財産の定期給付をあえて認めるべきだろうか。

## （２）死後事務の費用の負担からの指摘

契約によって委任できる死後の事務とは、遺言で実現できる対象、すなわち、民法所定の遺言事項から漏れた事務であり、かつ、被相続人の死に密接に関連した事務に限られるのではないかと。仮に、財産処分を委託することができるとしても、その内容は、それが被相続人の死と直接関連するような一定のものに限られるであろう<sup>421</sup>。

すなわち、２で検討した「相続財産の費用」として、費用の捻出の認められる事務の範囲についてのみ委任者死亡後の契約による事務の委任が許容されるということになるのではないだろうか。

ただ、実際に事務の執行者が、費用を現金・預貯金等で預かっている場合は、その預かり金について３で検討したとおり、委任者と費用の預託を受けた受任者間に信認関係を認めて、信託構成することでより一層スムーズな費用の捻出が可能になる。日本の信託法においても、財産の預かり状態が生じた際に信託法３条各号に定める設定行為がなくとも、３（２）における信認関係が認められれば、信託設定が認定されるような立法が望まれる。

## （３）実際に死後の事務委任契約として認められる事務の範囲

（２）のとおり、死後事務委任契約で委任できる内容は、具体的には、①祭祀関係として、遺体の引取り、親族・菩提寺への連絡、埋火葬のための手続、葬儀、火葬、供養、菩提寺・墓所の選択、墓石の建立、埋葬、墓所の管理、永代供養、墓の改葬、それらの費用等の支払い、相続人・その他親族への報告等、また、②債務等の清算関係としては、医療費の支払い、入院保証金の受領、老人ホーム等の施設利用料の支払い、入所保証金の受領、公共料金・その他日常家事債務の支払い、家賃の支払い、入居保証金（敷金）の受領、地代その他の賃料の支払い等、さらに、③住まい、その他身辺整理関係としては、入院先の私物の引取り、入所施設の退去手続・明渡し、賃貸不動産の解約・明渡し、不要な家財道具や生活用遺品の処分、公的年金担当窓口・日本年金機構への届出手続等のように、委託者たる被相続人の死に密接し、かつ、遺言事項になっていない法律行為や事実行為に限られるであろう。

１（３）の平成４年最高裁判決及び１（５）の平成２１年東京高裁判決において、死後事務委任契約の相続による承継性が問題となった事務の内容も被相続人の葬儀費用や供養についてのものであり、それらは遺言事項ではないものの委任者の死亡と密接に関係した事務であったことから、そのような帰結となったものと思われる。

---

<sup>421</sup> 黒田・死後の事務 75 頁。

## 5 遺言による財産の定期給付と信託による死後の定期給付

4より、委任契約による死後の財産の定期給付を有効に行うことが難しいことがわかった。死後の定期給付を実現するツールとしては、委任契約の他に遺言と信託が考えられる。そこで、ここでは、遺言による死後の財産の定期給付について検討していく。

### (1) 負担付遺贈による死後の財産の定期給付

遺言者は、遺贈をするに際して、受遺者に一定の義務を課することができる<sup>422,423</sup>。その「一定の義務＝負担」の内容としては、受遺者に「扶養等の義務を課したり、財産の一部を特定の誰かに与えるといったものなど、さまざまなタイプのものが考えられる」<sup>424</sup>とされている。したがって、死後の財産の定期給付についてもこの負担の内容とすることができると思われる。二宮も「受遺者は遺贈の目的の価額を超えない限度で、負担した義務を履行する責任を負う（民1002 I）。たとえば、3,000万円遺贈し、高齢のBに毎月20万円を支給せよという負担付の場合、Bが長生きしても3,000万円を超えてまで支給する義務はない。」としていることから、死後の財産の定期給付も負担の内容とすることができる<sup>425</sup>とする。

### (2) 受遺者の負担の限度について

負担付遺贈における受遺者の負担の限度について、民法1002条1項は、遺贈の目的物の価額を超えない限度においてのみ、負担した義務を履行する責任を負うと規定している。遺贈を受けた者の受益者に対する負担が予想外に大きくなっても、遺贈を受けた受益者は、遺贈を受けた目的物の価額を超えてまで負担を負う必要はなく、受遺者が負担過重だと判断すれば、遺贈を放棄することができる<sup>426,427</sup>。その際は、民法1002条2項により、負担の利益を受けるべき者は、自ら受遺者となることができる。この点については、「通常の遺贈の放棄のように相続人に負担付の遺贈が帰属するとした場合、相続人も相続放棄をしてしまうと、受益者の地位が安定しない。遺言者は受益者のためを思って遺贈をしているのだから、その意思を生かすためにも受益者が受遺者になることができるとした。」と説明されている<sup>428</sup>。

また、負担付遺贈の目的の価額が相続の限定承認又は遺留分回復の訴えによって減少したときは、受遺者は、その減少の割合に応じて、その負担した義務を免れる（民法1003条）。

ただし、民法1002条2項及び民法1003条には、いずれにも但書があり、遺言者が別段の意思表示をしたときは、その意思に従うものとされている。

---

<sup>422</sup> 二宮 405 頁。

<sup>423</sup> 窪田 471 頁。

<sup>424</sup> 窪田 471 頁。

<sup>425</sup> 二宮 405 頁。

<sup>426</sup> 内田 491 頁。

<sup>427</sup> 二宮 405 頁。

<sup>428</sup> 二宮 405 頁。

### (3) 受遺者が負担を履行しなかった場合（民法 1027 条）

負担付遺贈において、受遺者は、受益者に財産を給付する義務を負うことになるが、「ここで『義務を負担する』ということの意味は、必ずしも明確ではない」とされている<sup>429</sup>。受遺者が負担を履行しない場合について民法 1027 条は、「負担付遺贈を受けた者がその負担した義務を履行しないときは、相続人は、相当の期間を定めてその履行の催告をすることができる。この場合において、その期間内に履行がないときは、その負担付遺贈に係る遺言の取消しを家庭裁判所に請求することができる。」と定める。すなわち、受遺者の負担すべき義務は、「相続人との関係での義務と理解することができ」<sup>430</sup>、受益者が、遺言者の相続人以外の第三者の場合には、受益者は、民法 1027 条に定める遺贈の取消請求権を有さない<sup>431</sup>。このことから、受遺者に対する負担の履行請求権の行使も、受益者が遺言者の相続人の場合は認められるが、受益者が遺言者の相続人以外の者の場合には認められないと解するのが多数説と解されている<sup>432</sup>。

しかし、第三者のためにする契約の「受益者には履行請求権はあるが解除権はないとされており、負担付遺贈の場合も、取消請求ができない（1027 条）からといって、履行請求権まで否定するのが論理必然的な帰結というわけではない」という指摘もある<sup>433</sup>。受益者が遺言者の相続人の場合と相続人以外の場合とに関わらず、「履行請求権を与える解釈の方が、遺贈の趣旨をよりよく実現するうえで望ましいというべきだろう。」として、受託者に対する履行請求権をより広く認める説も有力であるとされている<sup>434</sup>。「債権的なレベルでのこうした効力は認めることが可能であるように思われるし、そうしないと、このような負担付遺贈は実質的に意味を持たないことになりそうである」<sup>435</sup>ともいわれている。

なお、民法 1027 条により負担付遺贈が取り消された場合には、「取消によって遺贈は遡及的に効力を失うのだから、受遺者が受けるべきだったものは被相続人の相続人に帰属する（民 955 条）」<sup>436</sup>。この場合、相続人全員は、負担付遺贈の受遺者に代わって遺贈を受けたのと同じなので、遺言者の相続人全員が、取り消された負担付遺贈の負担を履行すべき義務を負うと解されている<sup>437,438</sup>。

### (4) 信託による死後の定期給付との比較

二宮は、「負担付遺贈よりも、確実に受益者の利益を確保できる制度として信託がある」

---

<sup>429</sup> 窪田 472 頁。

<sup>430</sup> 窪田 472 頁。

<sup>431</sup> 窪田 472 頁。

<sup>432</sup> 内田 492 頁。

<sup>433</sup> 内田 492 頁。

<sup>434</sup> 内田 492 頁。

<sup>435</sup> 窪田 472 頁。

<sup>436</sup> 二宮 406 頁。

<sup>437</sup> 二宮 406 頁。

<sup>438</sup> 内田 492 頁。

とする<sup>439</sup>。そこで、ここでは、(1) から (3) を踏まえて信託による死後の定期給付と負担付遺贈による定期給付との関係をみていく。

#### (ア) 託された財産の範囲内での給付

負担付遺贈については、民法 1002 条 1 項より、受遺者は、遺贈の目的物の価額を超えない限度においてのみ、負担した義務を履行する責任を負うとされている。また、信託法においては、特に義務の負担、すなわち、受益者が受託者に対して有する受益権にかかる債務について、信託法 100 条により、受託者は、受益権に係る債務については、信託財産に属する財産のみをもってこれを履行する責任を負うと規定されている。両制度においても、受遺者・受託者の負担した義務は、死亡した被相続人から取得した財産の範囲内で行えば足りるということになる。

しかし、負担付遺贈の場合、(2) より、負担を履行すべき受遺者が、負担過重だと判断すれば、遺贈を放棄することができてしまう関係で、たとえば、「私の死後、孫の A が成人するまで、その必要性に応じて毎月 3 万円を限度に現金を支払う」という義務を負担する場合、民法 1002 条 1 項の「義務の負担の価額」とは、受遺者が金銭的な価値として毎月給付する金額だけでなく、「給付額を見極める労力など」も含めて、受遺者に主観にとらえられてしまうこともあり得るのではないか。そうすると、その受遺者の主観による負担すべき義務を価額として算定することは難しく、遺言者が意図したよりも、受遺者の主観によって、受遺者に課す「義務の負担の価額」の金額が高くなり、理論的には、途中で受遺者がそのように判断した場合は、受益者に対する義務の履行を中止するという可能性もあり得るのではないか。

もちろん、遺言執行者により、受遺者の負担の履行を監督させることもできるだろうが、その場合においても、受遺者が履行を負担するにつき、遺贈により取得した財産の価額を超えるか否かという判断は、必ずしも容易とはいえないのではないか。

#### (イ) 受益者の履行請求権

負担付遺贈において、受益者に、負担を履行すべき義務を負う受遺者に対する負担の履行請求権が存在するか否かという点については、見解が対立している<sup>440</sup>。しかし、信託によって、死後の定期給付を実現する場合は、受益者は、信託法上の受益者として、受託者に対して、受益権を有することになる（信託法 88 条）。この受益権は、信託法 2 条 7 号により、「信託行為に基づいて受託者が受益者に対し負う債務であつて信託財産に属する財産の引渡しその他の信託財産に係る給付をすべきものに係る債権」と規定されている。受益権に係る債務については、受託者は、信託財産に属する財産のみをもってこれを履行する責任を負うと規定されている。これにより、受益者は、受託者が相当と判断した金額を受

---

<sup>439</sup> 二宮 406 頁。

<sup>440</sup> 窪田 472 頁。

権を行使することにより請求できるのである。

この点につき、負担付遺贈によって、死後の定期給付を実現した場合は、必ずしも受益者の履行請求権が認められているわけではないのと比較して、信託により死後の定期給付を行った方が、受益者が受託者に対して履行請求権を有することが明文で認められているため、受益者の保護に厚いといえる。

#### (ウ) 託された者が義務を履行しない場合

負担付遺贈については、受遺者がその負担を履行せず、受益者が遺言者の相続人の場合は、受益者による負担付遺贈の取消請求権を行使することができるのに対して、受益者が遺言者の相続人以外の者の場合は、その受益者にはその取消請求権が認められず、多数説によると受遺者に対する負担の履行請求権も有していないため、なす術がないということになり得る。

これに対して、信託によって死後の財産の定期給付をすることを定めた場合は、受遺者が、委託者（遺言者）の相続人であるか否かに関わらず、受託者が受益者に財産の給付を行わないようなときには、「民法上の債務不履行に関する一般原則に基づいて、受託者の責任が問われることになる」<sup>441</sup>。また、信託監督人や受益者代理人を置くことで、債務不履行による責任追及をより行いやすくする方策も取り得る（信託法 132 条 1 項、139 条 1 項）。

以上より、信託による死後の定期給付の方が、負担付遺贈による場合と比べて受益者の保護に厚いといえる。

## 6 定期給付型の遺贈と解した場合

1 から 4 においては、遺言による死後の定期的な給付を負担付遺贈の負担として行うことを前提に検討した。そこで、ここでは、遺言による死後の定期給付を、負担付遺贈ではなく、遺言執行者による第三者への定期的な金銭の遺贈として行った場合について検討していく。

### (1) 遺言執行者による死後の財産の定期給付

「私は、孫 A が成人するまでの間、毎月 3 万円を孫 A に遺贈する。遺言執行者として、甲を選任する。」という、死後の定期給付を遺言執行者に任せるタイプの遺贈もあり得るのではないか。遺言執行者の権限については前章 5 において、詳しくみてきたが、遺言執行者は、民法 1012 条 1 項に規定されているとおり、遺言の執行について非常に広範な権限を有することがわかる。したがって、上記のような内容の遺言を定めた場合においても、遺言執行者は、その定期給付型の遺贈の執行について必要な一切の権利義務を有するといえる。

---

<sup>441</sup> 新井 310 頁。

## (2) 遺言執行者による定期給付型の遺贈と信託による死後の定期給付

死後の定期給付は、遺言執行者によっても、信託の受託者によっても行い得る。英米法上、遺言執行者も信託の受託者も、受益者に対して信託義務を負うとされている。また、事務執行が長期にわたる点においても、前章5で検討した通り、遺言執行者も信託の受託者も、適格性を有する。

しかし、両者の明確な違いは、事務の遂行の過程において、被相続人の相続財産の所有権の帰属を受けながら事務を行うか否かという点である。信託によれば、委託者の死亡により、信託財産は受託者に信託的に移転し、受託者は、信託財産の所有権の帰属を受けながら事務を遂行していくことになる<sup>442</sup>。そして、信託法上の受託者が、受益者に対して、死後の定期給付を継続している間、受託者は、信託法34条より、分別管理義務を負い、その任務を怠ったことで、信託財産に損失が生じた際は、同法40条1項に定める損失填補責任を負うことになる。そのため、死後の定期給付型の遺贈が信託によって行われた場合は、受託者の所有する信託財産と受託者の固有財産の「色分け」が鮮明なされた状態で、定期給付の事務が行われることになる。

一方、死後の定期給付を遺贈として、遺言執行者が行う場合、遺言執行者は、民法1012条の準用する民法644条より善管注意義務を負いながら事務を遂行することになる。その際は、信託の受託者の負う分別管理義務と同様に、遺言執行者も善管注意義務の一内容として分別管理をしながら事務を遂行していくことになる。この点については、両者の間にそれほど差異はみられないが、遺言執行者は、信託の受託者と異なり、遺贈対象財産の財産権の帰属を受けながら事務を遂行していくわけではない点が両者の大きな違いである。

## (3) 期限到来前・停止条件成就前の財産の帰属

ここでは、後に定期給付型の遺贈の場面における給付期間中の遺贈対象財産の権利の帰属を検討する際の参考とするために、始期付・停止条件付遺贈の期限到来前・停止条件成就前の財産の帰属を検討していく。

「私の死後、3年後にBに全財産を遺贈する。遺言執行者として、乙を指定する。」という始期を付した遺贈や、「私の死後、孫Cが大学に合格したら400万円遺贈する。遺言執行者として、丙を指定する。」という停止条件を付した遺贈について、前者について「遺言者の死後3年以内の全財産の財産権の帰属」や後者についての「孫Cの大学受験の合否が出る」までの相続財産の帰属はどのように捉えるべきであろうか。

遺贈は、遺言者の死亡によって効力を生じ、遺贈目的物に対する権利義務が遺言者から受遺者に承継される<sup>443</sup>。「判例・通説は、遺贈について物権的効力説をとるので、遺贈の対象となる権利は遺贈の効力発生と同時に当然に受遺者に移転する」<sup>444</sup>。特定遺贈では所有権

---

<sup>442</sup> 道垣内 37 頁。

<sup>443</sup> 二宮 403 頁。

<sup>444</sup> 二宮 403 頁。

が、包括遺贈では共有持分権が移転するとされている<sup>445</sup>。遺贈には、それが包括遺贈であると特定遺贈であるとを問わず、停止条件や期限を付すことができ、その場合には、受遺者は条件成就または期限の到来によって初めて履行請求できる（民法 991 条）。また、遺言が効力を生じても、①遺言者の死亡以前に受遺者が死亡したとき（民法 994 条 1 項）、②停止条件付遺贈において、受遺者がその条件成就前に死亡したとき（同法同条 2 項）には、遺贈は効力を生じないとされている<sup>446</sup>。

なお、同法 994 条は、始期付きの遺贈についての規定を欠くが、始期付きの遺贈について期限未到来までの間に受遺者が死亡した場合は、遺贈の効力に影響がなく、受遺者の相続人が受遺者としての地位を承継することになるとされており<sup>447</sup>、その扱いについて遺言で別段の意思表示をすることも同法 994 条 2 項但書を類推解釈することで可能であるとされている<sup>448</sup>。

#### （ア）遺言者に相続人が存在する場合

それでは、遺言に始期や停止条件の付された定期給付型の遺贈の定めがある場合、この期限の到来や停止条件の条件成就までの間の財産権の帰属はどう解すべきであろうか。遺言執行者が、自ら遺贈対象財産の所有権を取得して、遺言を執行する旨の文献は見当たらない。そうすると、原則通り、遺言執行者は、遺言者の相続人に遺贈対象財産の所有権が帰属している状態で事務を遂行するといえる。

しかし、遺言執行者がある場合になした相続人の処分行為は、絶対的に無効であるとされているため（大判昭和 5 年 6 月 16 日民集 9 卷 550 頁）、相続人に帰属している遺贈対象財産の所有権は、自由に使用・収益・処分することができる完全な所有権ではない。遺贈に付された始期や条件が成就するまで、また、条件の場合は条件が成就しないことが確定するまで、遺贈を実行するために遺贈対象財産を保存・管理するという意味合いの財産権ということではないだろうか。

したがって、遺言者の死亡から長期にわたる始期や条件成就を付款として定めた遺贈については、相続人に物権法定主義に反する条件付所有権や始期付所有権のような権利性が不安定な財産権を割り当てることになり、また、その状態を長期間認めることは、前章 4 でみたような死者による相続財産の拘束（デッド・ハンドコントロール）として、相続人の権利を侵害するおそれがあるのではないか。この点において、死後の定期給付を遺贈によって行うことは、共通の問題点を有し、實際上、大きな問題となり得るといえる。

#### （イ）遺言者に相続人が存在しない場合

遺贈は、遺言者に相続人が存在しない場合においても行うことができる。この遺言者に

---

<sup>445</sup> 二宮 403 頁。

<sup>446</sup> 二宮 401-402 頁。

<sup>447</sup> 中川＝加藤 236 頁。

<sup>448</sup> リーガルネットワーク 140 頁。

相続人が存在しないときは、相続開始時に相続人は存在するものの、その全員が相続放棄をしたような場合を含む。そこで、ここでは、相続人不存在の状態における期限や停止条件を付した遺贈について、その期限が到来しない間や条件が成就していない間における遺贈対象財産の権利は誰に帰属しているのかという点を検討する。

遺言者に相続人がいないときに、遺言執行者に遺贈対象財産の所有権が帰属しないことを前提にすると、相続財産の帰属主体が存在しないことになってしまうので、相続財産それ自体を法人とみなして、それを権利主体として清算が行われていくことになる（民法 951 条）。そして、その清算を行う者として、家庭裁判所は相続財産管理人を選任し、相続財産管理人は、相続財産法人の代理人としてその清算を行っていくことになる（同法 952 条、同法 957 条）。

そこで、遺贈対象財産についても、期限が到来していない間や条件が成就していない始期や停止条件を付した遺贈のように、遺言者が死亡した後も期限の到来や条件が成就するまでの間、受遺者に財産権が移転しない期間がある場合に、その期間中は相続財産法人という法技術を用いてその法人に所有権を帰属させることになるのだろうか。その点について、相続財産全部の包括遺贈による受遺者が存在する場合は、その受遺者が相続人と同一の権利義務を負うことから（民法 990 条）、民法 951 条にいう「相続人のあることが明らかでないとき」に該当しないとされている（最判平成 9 年 9 月 12 日民集 51 卷 8 号 3887 頁）ため、相続財産法人が成立せず（同法 955 条）、民法 952 条の相続財産管理人を選任することができない。なお、相続財産の一部についての包括遺贈については、その残部については相続人が不存在であるがゆえに、相続財産法人が成立するとされている<sup>449</sup>。

そうすると、特定遺贈や相続財産の一部についての包括遺贈に始期や停止条件を付した場合で、相続人が不存在である場合は、民法上、952 条以下の相続人不存在として、相続財産法人が成立し、相続財産管理人を選任することになる。一方、相続財産全部についての包括遺贈に始期や停止条件を付した場合で、相続人が不存在という場合は、期限の到来や条件成就までの間、その財産権が誰に帰属しているかが不明確であるということになる。相続財産全部の包括遺贈であっても、それに始期や停止条件が付された場合で、期限が到来していない間や条件が成就していない間は、相続人不存在の場合として、相続財産法人の成立と相続財産管理人による事務の遂行が認められるという理解で良いのだろうか。

果たして、財産権の帰属権利者は、常に絶え間なく存在しなければならないようなものなのだろうか。仮に、常に存在しなければならないとすると、遺言者に相続人が存在しない場合は、定期給付型の遺贈とまで行かなくとも、一般的に認められている短期間で効力が発生するような始期や停止条件の付された遺贈の効力自体が認められないという帰結になり得てしまうのではないか。遺言執行者が、相続財産の所有権の帰属者とならないことを前提とすると、この所有権の帰属先の一定期間の「浮動状態」は、甘受しつつ、遺言の内容を遺言執行者によって実現していくという解釈を取らざるを得なくなるのではないか。

---

<sup>449</sup> 中川＝泉 393 頁。

この点については、今後の立法や議論が待たれるところである。

#### (ウ) 期限到来前・条件成就前の相続財産の全部についての始期付・停止条件付包括遺贈の遺贈対象財産の帰属と限定承認の清算手続中の財産の帰属

相続財産の全部についての始期や停止条件を付した包括遺贈につき、遺言執行者に財産権が帰属しないとすれば、その期限の未到来の間や条件成就前の財産の帰属関係はどのように考えるべきだろうか。

限定承認の清算の場面においては、相続人不存在時における相続財産法人を創出する法技術とは別に、相続財産が直ちに相続人の財産とならず、いったん別建ての財産となって清算がなされるような手続が認められている<sup>450</sup>。そこで、ここでは、「一定期間の浮動状態」がどのようなケースにおいて民法上認められるかという点の考察を含め、限定承認の清算についてみていく。

限定承認は、相続によって得た財産の限度においてのみ被相続人の債務および遺贈を弁済するという留保をつけて、相続の効果が生ずることを認めるものである（民法 922 条）。

「つまり、限定承認をした相続人は、債務について責任を負担するとしても、その範囲は相続によって得た財産の範囲に限定され」、その意味で、「相続財産の状況が明確ではなく、債務超過かどうか明らかではないという場合、相続人にとっては最も安全な制度」だといえる<sup>451</sup>。

限定承認をすることを選択したとしても、相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する（民法 896 条）ことには変わらない。すなわち、被相続人の有した債務も相続の開始と同時に承継していることになるが、責任が相続によって承継した財産の範囲に限られるという仕組みなのである<sup>452</sup>。この「債務は承継するが、責任は制限される」という、必ずしも明解とはいえない構成の仕方は日本においては、英米法系諸国におけるような人格代表者による被相続人の遺産の積極財産から消極財産を清算した後に積極財産が残った場合にしかるべき承継者に分配するという法形式を採用していないことが原因である<sup>453,454</sup>。限定承認のような清算後の承継は、世界的にみると珍しい制度ではないが、大陸法系諸国の一員である日本の民法において、そのような仕組みを導入したために、「債務は承継するが、責任は制限される」というような複雑な構成とせざるを得なかったように思われる。

限定承認の基本的な流れとしては、相続人全員が、家庭裁判所に限定承認の申述を行い（民法 930 条）、相続人が一人の場合は、限定承認者による相続財産の管理が開始する（民法 926 条）。また、相続人が複数存在する場合は、家庭裁判所は、相続人の中から相続財産

---

<sup>450</sup> 内田 451 頁。

<sup>451</sup> 窪田 369 頁。

<sup>452</sup> 二宮 302 頁。

<sup>453</sup> 金子 43 頁。

<sup>454</sup> 常盤 87 頁。

管理人を選任し（同法 936 条 1 項）、以後、その相続財産管理人が相続財産に対する管理権と処分権を有し、他の相続人を代表して民法 927 条から 937 条に定める清算手続を進めていくことになる。

このような一連の限定承認の清算手続がなされている間は、英米法諸国における人格代表者による遺産の清算と同じように、実質的には、相続財産は相続人に確定的に帰属せず、いわゆる「浮動状態」に置かれているともいえるのではないか。このように、民法上も相続開始後に相続財産の帰属先が「浮動状態」になることが、想定されているとみられるケースも存在する。

したがって、相続財産の全部についての包括遺贈に始期や停止条件を付した場合の期限の到来前や条件成就前の財産の帰属を考慮する際も、そのようなニュアンスが参考にされるべきではないだろうか。

#### （エ）相続人不存在時の期限到来前・条件成就前の始期付・停止条件付特定遺贈や相続財産の一部についての包括遺贈の遺贈対象財産の帰属と相続財産管理人・遺言執行者の権限の調整

期限到来前・条件成就前の始期付・停止条件付特定遺贈や相続財産の一部についての包括遺贈の場面において、相続人不存在の状態では、民法 952 条の相続財産管理人による清算手続と、遺言執行者による遺言内容の実現が同時に行われ得る。

民法 952 条の相続財産管理人の法律上の地位については、一般的に、相続財産法人の法定代理人であると解されるので<sup>455</sup>、相続財産法人の事務を執行するに必要な範囲で、相続財産法人を代理する権限を有しているとされている<sup>456</sup>。この点について、遺言において遺言執行者の指定がある場合で、かつ、相続人不存在となるケースでは、相続財産管理人と遺言執行者の権限の棲み分けはどのように整理されるべきだろうか。

相続財産管理人が選任された場合において、受遺者に対する遺贈（規定振りは「弁済」となっている。）は、相続財産の清算として行われるが、民法 957 条 1 項による公告の期間経過後に、民法 957 条 2 項の準用する同法 931 条のとおり、相続財産管理人が相続債権者に弁済した後、なお相続財産に残余が生じている場合になされる。このように、相続人不存在時における相続財産管理人の清算手続において、「受遺者が、一般の相続債権者よりも劣後することとされているのは、相続債権者は通常は対価関係に立っていた者であるのに対し、受遺者は必ずしもそうでないから、相続債権者と同順位にするのは不当であると考えられたことと、相続債権者を害する意図で遺贈が行われることがよくあることとが考慮された結果であろう」とされている<sup>457</sup>。

このように、相続人不存在時における遺贈は、相続財産の清算手続としてなされることになる。そこにおいては、遺言によって、遺言執行者を選任していたとしても即座に遺贈

<sup>455</sup> 潮見 68 頁。

<sup>456</sup> 財産管理実務研究会 153 頁。

<sup>457</sup> 財産管理実務研究会 250 頁。

をすれば良いということにはならないのである。この点において、相続人が不存在で相続財産管理人を選任しなければならない場合に、遺贈を行うときは、遺言執行者を選任していても遺言執行者の権限が顕在化することはないとも解釈できるのではないか。遺贈対象財産も含めて、相続財産全体の管理は、遺言執行者の存在する場合においても、相続財産管理人においてなすべきものであるという東京家審昭和 47 年 4 月 19 日家月 25 巻 5 号 53 頁も存在する。そこで、両者の権限の調整はどうなっているのかという点が注目される。

その点について、財産管理実務研究会編『不在者・相続人不存在 財産管理の実務』（補訂版、新日本法規、2001 年）252 頁は、「段階的に分けて検討すべきである。」として、次の 3 つの段階分けに基づき見解を述べる。

まず、「遺贈に優先する相続債権者への弁済の段階では、相続財産管理人の権限が優越する」とされ、その理由については、「受遺者への弁済は相続債権者への弁済をした後になされるのであるから、遺言執行者が遺言の内容に応じて相続財産の全部について管理権を有している場合でも、相続債権者への弁済のために相続財産の全部について管理権を有している相続財産管理人の方が優越すると解すべきである」と説明されている<sup>458</sup>。

次に、受遺者に対する遺贈の実行については、「これを本来の職務とする遺言執行者の権限が優越する」とされる<sup>459</sup>。

さらに、特別縁故者への分与や国庫への引継行為の段階に至れば、遺言執行者の管理権は消滅しているから、相続財産管理人のみが権限を有することになっているとしている<sup>460</sup>。

#### （オ）小括

期限到来前・停止条件成就前の遺贈の財産の帰属については、その始期付・停止条件付遺贈が相続財産の全部についての包括遺贈か、一部についての包括遺贈及び特定遺贈かに分けて検討する必要がある。

相続財産の全部についての包括遺贈の場合は、民法 951 条の「相続人のあることが明らかでないとき」には当たらないので（最判平成 9 年 9 月 12 日民集 51 巻 8 号 3887 頁）、遺贈の期限到来前・条件成就前の財産について相続財産法人が成立せず（民法 955 条）、その遺贈対象財産の権利帰属について明確な規定は存在しない。遺言執行者が、遺贈対象財産の財産権の帰属を受けないことを前提にすると、いわゆる財産帰属主体の「浮動状態」が生じることになる。しかし、遺言執行者の期限到来前・条件成就前の状態を限定承認の清算のように、相続財産とはいったん別建てで捉えるような解釈をとることはできないだろうか。

また、現行法上、①推定相続人の廃除または取消しの審判確定前の相続財産管理人（民法 895 条）、②相続の承認または放棄の熟慮期間中の相続財産管理人（同法 918 条 2 項）、③限定承認において清算手続を行う相続財産管理人（同法 936 条 1 項）、④先順位者の相続

<sup>458</sup> 財産管理実務研究会 252 頁。

<sup>459</sup> 財産管理実務研究会 252 頁。

<sup>460</sup> 財産管理実務研究会 252 頁。

放棄によって相続人となった後順位の方が相続財産を管理することができるようになるまでの相続財産管理人（同法 940 条 1 項の準用する同法 918 条 2 項）、⑤財産分離請求後の相続財産管理人（同法 943 条 1 項）、⑥共同相続人の単純承認後から遺産分割終了前までの遺産管理人（家事事件手続法 200 条 1 項）、⑦遺産の換価を命ずる裁判をする場合における相続財産管理人（同法 194 条 8 項）等、法定の相続財産の管理者の定めがあるが、そのいずれもが、財産権の帰属者は存在するものの、それらの者への帰属は形式的なものであり、実質的な帰属者は、実際に管理している者や利害関係人といえる場面が多いようにも思える。その意味でも、一応の財産権の帰属先を確保することにそれほど意義があるのだろうか。この点においては、今後の議論や立法による解決が待たれるところである。

さらに、特定遺贈及び相続財産の一部についての包括遺贈の場合は、相続人が存在するケースにおいては、(ア)のように遺贈対象財産は相続人に権利帰属すると考えられる。ただし、その権利は、遺贈の実現に向けられた制限のかかったものと解することができる。一方、相続人不存在の場合、民法 951 条によりその遺贈対象財産も相続財産法人を構成する。その相続財産法人の法定代理人たる相続財産管理人が選任されるが、遺言執行者との職務権限の調整が問題となる。その点において、遺贈につき、遺言執行者の権限が優越するとしても、相続財産管理人は、相続財産法人の法定代理人として、遺贈の当事者としての地位を有する。そうであれば、特に遺言執行者の関与がなくとも、それが民法 1013 条の定める「相続財産の処分その他遺言執行を妨げるべき行為」に当たらない限りは、相続財産管理人が直接遺贈により財物の交付を行うことは可能と考える方が、むしろ自然ではないだろうか。

ただし、そこにおける遺言執行者の存在意義は決してないわけではない。なぜなら、遺言者の意思を尊重すべく、遺言執行者によって遺言の公正な実現を図らせるという民法 1013 条の趣旨から、相続財産管理人が、同条に違反して、第三者の利益をはかって遺言内容と反する処分行為をしたとしても、それは絶対的に無効である（最判昭和 62 年 4 月 23 日民集 41 卷 3 号 474 頁）。そのように相続財産管理人が受遺者への遺贈の実行に際して、遺言執行者の執行を妨害するような行為を行った場合は、「遺言の執行に必要な一切の権利義務を有する」遺言執行者は、その独自の地位に基づいて、第三者に対する遺贈対象財産の返還請求や相続財産管理人に対する損害賠償請求等の遺贈の実現に必要な行為を行うことになる。すなわち、遺贈の実効性確保という意味でも、遺言執行者を選任することは望ましいことだと思われる。

以上のような期限到来前・条件成就前の始期付・停止条件付遺贈の検討内容は、定期給付型の遺贈における給付期間中の未支給の遺贈対象財産の権利帰属についても当てはまるのではないだろうか。

## 7 定期給付型の遺贈の許容期間

「私の死後、孫の C が成人するまで、C に毎月 3 万円を遺贈する。」というような、定期

給付型の遺贈が許容されるとして、それは10年、15年と長期間効力を維持し得るものなのだろうか。たとえば、遺言者が、上記のような内容の遺言を残し、Cが8歳の誕生日に遺言者に相続が開始したとすると、残り12年間の長期に渡って定期的に遺贈を行っていくことになる。相続開始時点においては、Cに交付すべき金銭は、12年間毎月3万円ということで、総額を計算することは容易であり、それ以外の財産について、遺言において決めなかった場合は、相続人が相続するか、相続人不存在の場合は相続財産管理人による清算の手続きを経ることになる。しかし、Cが成人する前、たとえば、15歳で亡くなった場合、遺贈対象財産はどうなるのだろうか。Cが8歳の時から交付を始めた財産の定期交付につき、本来、12年間交付する予定で、遺贈対象財産として確保した財産が、15歳からの5年間分につき、遺贈対象財産から外れ、遺言者に相続が開始した際の相続財産として巻き戻すようなことがあり得るのだろうか。長期に渡る定期給付型の事務を実現するということについてみるに、遺贈によってそれを実現しようとする、遺贈の対象財産と他の相続人が得る相続財産との境界が、曖昧になる場合があるという問題点を見出すことができる。

このように、遺言者に相続が開始してから数年後に追加的に遺言者の相続財産が確定するという事態が生じ得ることは、他の相続人が相続により取得することができる利益の予測可能性を侵害する潜在的な可能性を含んでいる。そのため、この点については、相続法秩序に反するという指摘もなされ得る。

そこで、どれほどの期間なら遺言による相続人の拘束が認められるかということが問題となる。もちろんそれは具体的な個別事情に応じて判断されるのであろうが、被相続人の遺言による遺産分割の禁止が5年を超えることができない（民法908条）と規定されていることから、「5年」というのが一つの目安になるのではないか。いずれにしても、あまりに長期の間、相続財産が確定しないということは、相続人を不安定な状況に置くことになるので好ましくない。

さらに、冒頭の例のように、一度遺贈が始まってからそれが当初の期間を全うできなくなるまでの間に、遺言者の相続人にさらに相続が生じ得る可能性もあり、相続人資格が分散化するおそれや相続人が高齢などにより意思能力が減退していると遺産分割協議を行うには成年後見人の選任申立てを行わなければならないこと等、手続上の負担が非常に重くなるため、相続手続の実務上の遂行における弊害が大きい。

## 8 信託による死後の財産の定期給付

この点において、信託によると、その設定と同時に信託財産は、遺言者の固有財産からは分離し、その所有権は受託者に帰属するため、信託財産は遺言者の相続財産には組入れられない。したがって、一度信託の仕組みの中で、受託者に財産権が帰属した以上、たとえば、受益者が成人する前に亡くなったとしても7におけるような相続財産への巻き戻しということは起こらず、あとは信託の仕組みの中で処理されることになる。より具体的には、

「第1次受益者である孫Cが成人になる前に死亡した際は、第2次受益者として、孫Dに対し、Cが成人するとした期間、財産を毎月3万円交付する。」というように、信託法91条の受益者連続信託として定めることもできるだろうし、仮に、信託の設定行為において、受益者Cの死亡により信託による定期給付が終了する旨の定めがあったとしても、残余の財産の帰属者として第三者を定めておくことにより、その者に残余の財産が帰属することで預かった財産が「浮動状態になる」ということは起こりえない。

また、信託設定行為において、残余財産帰属者の定めすら設けなかったり、残余財産帰属者を指定したとしても指定を受けた者のすべてがその権利を放棄した場合には、信託法182条2項により、信託行為に委託者又はその相続人その他の一般承継人を帰属権利者として指定する旨の定めがあったものとみなされる。

さらに、それによっても、残余財産の帰属が定まらないときは、残余財産は、清算受託者に帰属すると規定されている（同法同条3項）。

したがって、遺言によって、定期給付型の遺贈を行う場合に比べて、信託によれば相続人の予測可能性を侵害する危険性は減るといえる。また、仮に受益者が遺言者の意図した期間、生存することができないといったことがあったとしても、2次的な受益者を定めることで、信託法上の後継ぎ遺贈として、給付を継続することができるし、2次的な受益者を定めずに受益者の死亡と同時に信託を終了させることもできる。後者の場合であっても、残余の信託財産が残余財産帰属者に帰属するのは、遺言者の相続を原因としてではなく、信託の終了による財産の移転として説明されるため、遺言者に相続が開始してから数年先に再度遺言者の相続財産が追加的に確定するという危険性もない。

## 9 小括

死後に効力を生ずる契約の有効性については、委任者（＝被相続人）と委任者の地位を相続によって承継した相続人との利益衡量の結果、相続人が委任者の地位を承継することによって得た任意解除権の行使を制限することができるか、という点が特に問題となる。すなわち、相続法の基本的な考え方によれば、被相続人の法的地位を包括的に承継した相続人に任意解除権の行使を認めるべきだということになるが、それを敢えて制限しても、被相続人の意思による拘束を認めるに値する死に密接に関連する事務の範囲に限っては、事務委任契約の内容とすることができるべきであろう。また、その委任事務として認められる範囲は、民法885条の「相続財産の費用」として認められる範囲とイコールになると思われる。その意味で、死後の財産の定期給付を契約によって実現することは難しいのではないだろうか。

また、5でみたように、死後の財産の定期給付を負担付遺贈や定期給付型の遺贈として、遺言によって行うことも考えられる。負担付遺贈により死後の定期給付は、それ自体を遺言で設定することも可能である。

しかし、負担を履行する義務を負う受遺者の主観により、遺言者が予期していたよりも

負担の価額が過大ということになれば、受遺者が負担の履行を放棄してしまうこともあり得る。また、負担付遺贈の負担の利益を受ける受益者にとっては、自己が相続人であるか否かにより、負担を負う受遺者が負担を履行しなかった場合に、民法 1027 条の負担付遺贈の取消権を行使することが認められるか否かという違いが出てくる。さらに、受益者が、被相続人の相続人であるか否かに関わらず、その者から負担を負う受遺者に対する負担の履行請求権が認められるか否かという点は学説上も明らかになっていない。

したがって、負担付遺贈においては、死後の財産の定期給付を行うことは可能であっても、受益者の保護に手厚いとはいえないのではないか。

さらに、死後の財産の定期給付を定期給付型の遺贈として行う場合、それを相続財産の全部についての包括遺贈として行う場合は、それが民法 951 条の「相続人のあることが明らかでないとき」に該当せず、相続財産法人が成立しないため（民法 955 条）、給付期間中の遺贈対象財産の帰属主体が不明確である。しかし、その点においては、限定承認の清算時におけるようないったん別建ての財産と解することで、特に問題なく実行できるのではないか。

ただし、遺贈により定期給付を行う場合、遺贈対象財産として遺言者がストックした財産が、遺言者の想定した期間や給付金額に達することなく遺贈が中断した場合等に、そのストックした財産が遺言者の相続財産に巻き戻り、再度相続人による協議が必要になるおそれもある。そうすると、定期給付型の遺贈が無期限に認められるわけではないということになりそうである。それでは、どれほどの期間までなら有効に成し得るかということが問題となるが、その限界の目安としては、民法 908 条の「5年」という解釈の仕方もあり得るのではないか。

以上より、長期に渡って死後の財産の定期的な給付を安定的に実行するには、信託によるスキームが最も適しているのではないか。

## おわりに 本人の意思実現に向けた制度間の連携と今後の展望

本論文においては、第1部で、意思能力の低下ないし喪失後の財産給付についての意思実現を検討し、第2部においては、死亡後の財産給付についての意思実現を検討した。

### 1 意思能力の低下ないし喪失後の意思実現について

本論文においては、第1部にて、本人の生前における意思能力の低下ないし喪失後の財産給付についての意思実現について、成年後見制度と民事信託の関係性を法理論的に検討した。

本人の生前の意思能力の低下ないし喪失した状態に対する備えとしては、任意後見制度と信託制度の適用が想定される。任意後見制度は、本人の意思能力が低下ないし喪失状態に陥った際に発効することが想定されており、また、民事信託についても、その受益者の利益保護機能によって、委託者本人が意思能力の低下ないし喪失した状態に陥ったとしても、さらには死亡したとしても、その効力を存続し得るものであるとされている。この2つの制度は適用場面が同じであるといえ、本人の意思能力が低下ないし喪失した後の財産の定期給付は、両者によってどのように行うことになるのだろうか、という問題について両者の関係性を明確にすることは必要であり、本論文においては、その検討を試みた。

#### (1) 任意後見制度による意思実現

まず、第1部第1章においては、本人の意思能力の低下ないし喪失後の任意後見制度による意思実現を検討した。

任意後見制度は、現行の成年後見制度の基本理念の一つである「自己決定権の尊重」が最も重視された制度であるにも関わらず、第1部第1章1(3)の統計のとおり、契約締結数だけでなく、その発効数も低迷している。その原因としては、①任意後見契約が発効するケースが実際には非常に少ないことから任意後見契約が発効後にどのような作用を及ぼすのか、という事例報告が少ないこと、及び、②任意後見契約がスムーズに発効する法的仕組みが整備されていないことが考えられる。この点については、立法による解決が望まれるところである。

「移行型」において、本人の意思能力が低下ないし喪失状態にあるにも関わらず、任意代理の委任契約のまま受任者が事務を行うことについては、そのような状況に至った場合の委任契約の効力はどうなるか、という問題にもつながっていく。この点については、第1部第1章1(5)のとおり、議論があるところである。委任者本人が、意思能力が低下ないし喪失した状態で、受任者がきちんと契約の履行をしているかもチェックすることができない状態を許すことになり、妥当ではない。かといって、委任契約の終了事由に、「委任者の意思能力の喪失」を含めた場合は、第1部第1章1(5)(ウ)のように、実社会上の弊害があまりにも大きく、現実的だとはいえないのではないか。委任契約の効力と委任者の意思能力の喪失、そして任意後見契約の発効は、一続きの問題であり、今後は立法に

よる解決が望まれるところである。

それでは、本人の意思能力が低下ないし喪失した後の財産の給付について、任意後見契約において対応することができるのだろうか。この点については、第1部第1章3において検討したとおり、任意後見契約によれば、法定後見に比べて本人の意思を反映させることができると考えられる。しかし、それは委任者「本人の利益のため」の身上監護や財産管理に関する範囲内のものに限られるのではないだろうか。また、「本人の利益のため」という範囲を超えるような財産の処分行為についての事項（たとえば、相続税対策の推定相続人に対する暦年贈与等）は、任意後見契約に定めたとしても、契約発効後に任意後見監督人の監督下で実際にそれが認められるか、という保障はないのではないのか。

## （２）民事信託による意思実現

（１）を受けて、本人の意思能力の低下ないし喪失状態において、より積極的な財産処分を行うには、民事信託により行うことになるとするのが法理論的に妥当であるという結論に至るのではないかと、なりそうである。

しかし、任意後見契約や民法上の任意代理の委任契約では有効性に問題のあることが、なぜ民事信託によれば可能となるのだろうか。

信託は、委託者が死亡したり、意思能力の低下ないし喪失状態に陥ったとしても、その効力を維持することができるかとされている。その原因として、本論文では、第1部第2章3（3）及び同4において、信託の「受益者の利益保護」の性質を掲げて論証を試みた。信託においては、民法上の委任とは異なり、その設定によって受託者に財産権が帰属し、信託財産は信託法上に規定のある倒産隔離・差押禁止機能によって保全される。また、明文で、受益者が適切に受益権の履行を受けることを確保するための信託関係人の規定が定められている。信託が委託者の死亡や意思能力の低下ないし喪失の影響を受けずに効力を維持することができるのも、それらの受益者の利益保護のための特徴を有するからといえるのではないだろうか。その説明の仕方については、今後の議論が待たれるところである。

そして、本人の意思能力の低下ないし喪失後の財産給付については、第1部第2章6で検討したように、法定後見制度と後見制度支援信託の関係性がそのヒントを与えてくれるように思える。信託発効後も後見制度支援信託のように、本人のための身上監護や財産管理を中心に担う成年後見制度と、信託財産に対する差押禁止・倒産隔離機能を有する信託の相乗効果及び後見人による本人の財産着服への事前予防効果を目的に、成年後見人による信託設定を認めるケースもある。主には、後見制度支援信託の設定についての場面だと思われるが、第1部第2章6（3）におけるように、本人の余剰財産が多い場合や、十分に意思能力を有していた際の意思を汲みとって、成年後見人が、オーダーメイド型の民事信託を設定するという事例も報告されているようである。ただし、法定後見制度発動後のオーダーメイド型の民事信託の設定は、一般的に認められているわけではないため、今後の事例の報告が待たれるところである。

このように、法定後見制度の場面においては、信託による財産管理や財産の定期給付との棲み分けが想定されて、現に運用が開始されている。したがって、本人の意思能力が低下ないし喪失した際の任意後見制度の場面においても、委任者「本人の利益のため」の身上監護や財産管理に関する範囲を超えた財産給付については、民事信託によって行うという棲み分けがなされることが、法理論上妥当な帰結ということになるのではないだろうか。この点については、立法やより多くの実例の報告が待たれるところである。

## 2 死亡後の意思実現について

本論文においては、第2部にて、死亡後の意思実現について、その第1章においては、死後の財産の段階的給付を、第2章においては、死後の財産の定期的給付を検討した。

### (1) 死後の財産の段階的給付

死後の財産の段階的給付については、第2部第1章において、民法上の後継ぎ遺贈と信託法上の後継ぎ遺贈を検討した。現在、純粋な民法上の後継ぎ遺贈、すなわち、遺言者Aが自己の遺言において、「私に相続が開始した場合は、甲不動産をBに遺贈する。そして、Bに相続が開始した場合は、甲不動産をCに遺贈する。」という、順を追った後継ぎ遺贈については、否定的・消極的な見解が大多数を占める。しかし、第2部第1章1(1)にて検討したように、明治憲法下においては、穂積重遠及び近藤英吉のように、明治時代初期まで存在した仲継相続の影響から肯定的・積極的な学説が多く、仲継相続の制度が廃止された後も、相続形態の一つとして存続していたようである。

しかし、第2部第1章1(2)から(6)において検討したとおり、最判昭和58年3月18日判タ496号80頁によって、後継ぎ遺贈に否定的・消極的な見解が加速した。その主な根拠は、①後継ぎ遺贈の効力が発生した際の遺留分減殺請求が行われた場合の法律関係が不明確であること、②第1次受遺者の財産処分を長期に渡って制約することとなってしまうこと、③第1次受遺者死亡後にその相続人の利益を害するため相続法秩序に反するのではないかということ、④ドイツ民法にみるような後継ぎ遺贈についての明文の規定が日本民法には存在していないことが挙げられている。否定説からのこのような主張については、指摘し尽くすことができず、後継ぎ遺贈の実際上の効力については疑問が残る。

信託法学者は、民法上の後継ぎ遺贈に対する否定的見解を受けて、平成18年改正によって新設された信託法91条により、後継ぎ遺贈は信託法によれば実現可能であると主張する。しかし、第2部第1章2で検討したように、信託法91条の規定振り自体、不明確であり、信託法の他の条文との整合性について検討されるべき課題は多い。また、第2部第1章3及び4で検討したとおり、信託法上の後継ぎ遺贈においても、①遺留分減殺請求権との関係性や②長期的な財産処分の制約のように、民法上の後継ぎ遺贈において指摘されていた解釈上の問題点が解消されているとはいえない。

そこで、第2部第1章5において、民法上の後継ぎ遺贈と信託法上の後継ぎ遺贈の事務

執行者の権限について検討した。遺言執行者の権限について定める民法 1015 条については様々な見解があり、法制審議会においてもそれを明確にするために議論がなされている。それを踏まえて、遺言執行者と信託の受託者の受遺者や受益者の選定についての裁量権についてみるに、信託の受託者には、明文の規定によって裁量権が認められているが、遺言執行者については、事例判断のレベルで最判平成 5 年 1 月 19 日民集 47 卷 1 号 1 頁が存在するのみである。しかし、遺言執行者についても、今後の判例・議論の集積次第では、受遺者選定の裁量権が一般的に認められる可能性も十分あり得るのではないかと。

また、第 2 部第 1 章 6 において、民法上の後継ぎ遺贈の有効性を考える中で、遺言によって、中間の第 1 次取得者の処分権を制限することはどの程度までなら認められるかという点をフランスの継伝処分に触れながら検討した。日本の後継ぎ遺贈に相当するフランスの継伝処分は、原則禁止されていた。それは、フランスの相続法の公序の一つとされていたようであるが、その公序の変化によって、その禁止が形骸化し、後継ぎ遺贈が認められるに至っている。日本においても、少子高齢化や超高齢社会化の影響を受けて、相続法の公序に変化がみられている。第 2 部第 1 章 7 でみた被相続人の配偶者の居住権確保のための措置や第 2 部第 1 章 8 でみた親亡き後問題や配偶者亡き後問題を意識した生命保険信託が普及しつつあるのも、相続法の公序の変化の一つだと思われる。

このような相続法の公序の変化に伴って、後継ぎ遺贈についても法理論的に妥当な範囲でその適用が促進されるべきである。そこで、民法を適用した後継ぎ遺贈を考えるに、第 2 部第 1 章 9 で検討した飛越し遺贈の構成が有用なのではないだろうか。

しかし、この飛越し遺贈についても、負担の恩恵を受ける第 1 次使用者が、遺言者の相続人でなければ、遺言者からの直接の受贈者が、第 1 次使用者の生存中はその者に不動産を使用収益させるという負担を履行しなかった場合に、その負担付遺贈を取り消すことができない（民法 1027 条）という欠点がある。したがって、中間の第 1 次使用者が、遺言者の相続人でない場合は、信託法上の後継ぎ遺贈の利用を考えることになる。

以上より、本論文第 2 部第 1 章では、後継ぎ遺贈をテーマに民法と信託の各々を用いたスキームの棲み分けを明らかにするとともに、「信託によればできる」という楽観主義に対して疑問を呈した。これにより、民法と信託の交錯する各領域について検討する際の方向性が明らかになり、実務上、後継ぎ遺贈型の財産承継がより積極的に活用されることになるとはならないか。

## （2）死後の財産の定期給付について

第 2 部第 1 章においては、死後の財産の定期給付についての契約法、遺言法、信託法の関係性を検討した。たとえば、「私の死後 10 年間、F に対し、私の財産から毎月 5,000 円支払う」という事務を遺言、契約、信託で行う場合、どのような違いが出てくるのだろうか。

## (ア) 死後に効力を生ずる契約

まず、第2部第2章1では、実務上、一般的に認められている死後に効力を生ずる契約において、それが現状の法定後見における死後の事務との関係でどれほどの存在意義を有するものであるか、ということを検討した。法定後見の場面において多い、死後事務についての委任契約が存在しない場合では、本人の死後の事務を後見人であった者が行う法的根拠について、どこまでが応急処分義務に基づく事務なのか、どこからが民法上の事務管理として行う事務なのか、という境界線が不明確なものが少なくない。特に専門職が後見人となっている場合に、その差による影響は大きい。この議論は、平成28年10月13日に成年後見人の死後事務についての権限を定めた民法873条の2が創設された今も変わらず意義を有する。

したがって、本人が十分な意思能力を有している段階で、自身の死後の事務について事前に第三者に依頼しておくことの意義は大きい。

ただし、委任者の死後に効力を生ずる契約の効力を認めることは、委任者の相続人との利益衡量が必要になる。民法653条は、判例・通説によれば、任意規定とされているため、委任者の死亡によっても終了しないと合意していれば、委任契約を委任者の死亡によっても終了させないとするのは可能である。しかし、そのように、死者の意思を尊重することは、相続人を不当に拘束することにもなりかねない。かといって、相続人の権利を尊重して、相続人が相続によって承継した委任者の地位に基づいて、民法651条の任意解除権をいつでも行使できるとすれば、委任者の死後に問答無用で委任者の相続人から死後に効力の生じる契約は解除させることもできてしまい、その意義が無くなってしまう。そこで、死後に効力を生ずる契約において、受任できる事務内容は、委任者と委任者の相続人の利益衡量によって、自ずと制限されてくるのである。

したがって、死後に効力を生ずる契約の内容として、財産の定期給付まで盛り込むことができるか、ということは、それが委任者の相続人の委任契約に対する任意解除権の行使を制限する程の事務であるか、法定の遺言事項以外のものであるか、という観点からその有効性が判断されるのではないか。

そこで、実際に有効性の認められる死後の事務委任は、第2部第2章4での検討のとおり、本人の死に密接に関連した①祭祀関係として、遺体の引取り、親族・菩提寺への連絡、埋火葬のための手続、葬儀、火葬、供養、菩提寺・墓所の選択、墓石の建立、埋葬、墓所の管理、永代供養、墓の改葬、それらの費用等の支払い、相続人・その他親族への報告等、また、②債務等の清算関係としては、医療費の支払い、入院保証金の受領、老人ホーム等の施設利用料の支払い、入所保証金の受領、公共料金・その他日常家事債務の支払い、家賃の支払い、入居保証金(敷金)の受領、地代その他の賃料の支払い等、さらに、③住まい、その他身辺整理関係としては、入院先の私物の引取り、入所施設の退去手続・明渡し、賃貸不動産の解約・明渡し、不要な家財道具や生活用遺品の処分、公的年金担当窓口・日本年金機構への届出手続等に限られるのではないだろうか。

以上より、第2部第2章において、死後に効力を生ずる契約として、財産の定期給付を行うことが難しいことが明らかになった。しかし、このことは、契約全般において死後の事務を行うことができないということではない。死後の財産の定期給付は、第2部第2章5において検討した定期給付型の遺贈におけるのと同じ仕組みで、死因贈与契約においても実現できてしかるべきである。ただ、その際は、定期給付型の遺贈について第2部第2章7で検討したのと同じように、定期給付型の死因贈与が、期間の途中で終了したような場合に、死因贈与対象財産が、場合によっては贈与者の死後、何年か先に相続財産に巻き戻るといったようなことも起こり得る。したがって、一定の期間制限（たとえば、遺贈について検討した第2章7のように「5年」とする等）をかける必要はあると思われるが、契約類型である死因贈与においても死後の財産の定期給付は実現することができるのではないだろうか。この制限の程度には、立法と今後の議論による解決が望まれるところである。

なお、本論文においては、信託法も扱う関係から、第2章2において、死後の事務における費用の帰属はどのようになるかという点と、同じく3において、現に生じている死後事務についての費用の預かり状態について、信託的に構成することはできないかという点についても検討した。

死後事務費用については、フランスにおいて相続財産の負担とされているように、日本民法885条の「相続財産に関する費用」と解することで、事務執行者の事務負担を限りなく軽減することができ、死後事務のスムーズな執行に資することができるように思える。

また、現に生じている死後事務についての費用の預かり状態を信託と構成することができるか、という点については、日本では英米法下における擬制信託の理論をそのまま適用することは難しいかもしれないが、最判平成14年1月17日判時1794号525号、最判平成15年6月12日民集57巻6月563号のように、預かり関係を信託関係とみなすような判断もなされている。信託的な関係を契約関係から切り離し、英米法における信認関係をもとに大陸法と英米法の法体系の違いを超えた利益衡量としての法理を見出すことはできないだろうか。この点については今後の議論が待たれるところである。

#### (イ) 遺言による定期給付と信託による定期給付

本論文においては、第2部第2章5でみた負担付遺贈の負担として、受贈者に第三者への定期給付を行わせるものと、第2部第2章6でみた遺贈自体を定期給付型の内容とし、給付行為は遺言執行者に委ねるものの2種類を検討した。前者の負担付遺贈として、財産の定期給付を行う時は、(1)の死後の財産の段階的給付におけるのと同じように民法1027条により、負担の履行を受ける第三者が、遺言者の相続人でない場合は、遺贈の取消しを主張することができず、法的に保護されないという点が問題となる。

また、後者の遺贈自体を定期給付で行う内容とする場合は、(ア)にて死因贈与で述べた問題と同じように、定期給付期間が途中で中断してしまった場合に、遺贈対象財産として確保されていた財産が、相続財産に巻き戻るといった問題も起こり得る。これらの問題点に

については、今後の立法による解決が待たれるところである。したがって、現状においては、死後の財産の定期給付については信託によって行うのが最も確実であるといえるのではないか。

### 3 残された課題と今後の展望

認知症や不慮の事故等により自己の意思能力が低下ないし喪失状態に陥ったときも、また、本人が死亡したときも、「本人が意思能力を有さず、自由に意思表示することが困難・不可能である状態」という意味では共通している。

そのような状態における本人の意思実現のためのツールは、生前の意思能力の低下ないし喪失した場面については、任意後見契約を含む成年後見制度が、死後の場面においては、遺言や契約があるが、その両方の場면을適用対象とするものに民事信託がある。まさに、民事信託は、本人の意思能力が低下ないし喪失してから、さらに死亡後何年、何十年先までの意思実現について、成年後見制度と遺言・死後に効力を生ずる契約の架け橋となる法制度であるといえる。

現状においては、その両場面に対応する備えとして、任意後見契約、遺言、死後に効力を生ずる契約によって、スキームを策定することが多いと思われるが、民事信託はその両場面において活用することができるものであり、それらの制度と組み合わせて活用することで得られる相乗効果も大きい。そのことが、本論文においてある程度明確になったのではないだろうか。

ただし、信託がいったいどのような制度で、既存の民法中心に積み重ねられてきた私法体系にどのように取り入れられていくべきか、ということをはっきりとすることは今後残された課題だといえる。本論文においては、そのような民法と信託が交錯する領域について検討を試み、民法と信託の各々において、どのようなことまでできて、どこからができないのか、どちらでもできるとしたら法理論上どのような性質の違いがみられるか、ということをはっきりとしていくことによって、両者の棲み分けや連携を明確にした。しかし、民法と信託の交錯領域は無数にあり得、他の分野についても検討していくことが必要不可欠であり、そのことがより一層の信託の普及にもつながっていくと思われる。

意思能力の低下ないし喪失した状態から死後の何年、何十年先までの意思実現を今のうちに準備しておきたいという本人からしてみれば、その意思実現について、任意後見、契約、遺言、民事信託のいずれによって、自分の意思を実現して欲しいかという認識は、おそらくないであろう。もしかしたら、法律によらなければ実現することができないことなのだろうかというレベルの認識なのかもしれない。確かに、2世帯ないし3世帯が同居しており、親族間の地理的・人的結びつきが強いというような事情があれば、自分がそのような状態に陥ったとしても、法律的な理屈を抜きに家族間の強い「信頼」、温かみのある「思いやり」において履行され得るだろうし、本人としても自分の意図した事務が多少貫徹されないことは許容しつつも、1つのけじめとして法制度を用いない形で意思を遺すという

ことも十分に意義があるものと思われる。

しかし、超高齢社会を迎え、さらに少子化、核家族化の進展が著しくなるにつれて、高齢者自身とその家族の在り方が、「個」を中心とする方向に変容する中で、自己の意思能力の減退後、または死亡後においても、減退前または生前と同様に、「自分の事を自分で決めておく」という必要性が増してきているのではないだろうか。

したがって、そのような状況においては、本論文において検討した任意後見、契約、遺言、民事信託を組み合わせる本人に最もふさわしい意思実現のスキームを組むことになる。各制度を使うことによってどういったことができるのか、何ができないのか、敢えて民事信託を用いるのはなぜか、といったことをその都度探求することで、実務家としてより柔軟に依頼人のニーズに応えることが、今後は特に要求されるのではないか。

昨今、家族スケールの信託として、民事信託の利用が提唱されているものの、実務においてはそれほど浸透していないように感じる。それは、既に実務界に浸透している民法を中心とした実務との兼ね合いで、信託法を用いた実務との交錯領域における検討が、活発でないことが主な原因の一つに思われる。「なんでもできる」はずの信託であるにも関わらず、それを用いるべき実務家の側が、それを用いるのに消極的な姿勢をみせているようにも感じる。法体系的な信託法の異質性をいくら強調したところで、この現状は変わらないのではないか。

既に、「後発的にせよ、信託法がわが国の私法体系に組み入れられた以上は、それを『水の上に浮かぶ油のように異質な存在である』ととらえるのは妥当でない」<sup>461</sup>「民法を私人間の諸利益調整の基本法として位置づけるのであれば、これまでの諸利益・諸価値の調和を達成している民法体系に整合的に、信託法の位置づけを考えなくてはならない」<sup>462</sup>と主張される時代を迎えている。ここにおいては、両立し得ない概念を矛盾なく解釈する際に、どのように融和させるかという点が、問題となるであろう。この「融和」を考えるにあたっては、本論文で試みたような「民法に立ち返って再度信託を考える姿勢」がとても重要な意味を持つのではないか。

---

<sup>461</sup> 道垣内・私法体系 216 頁。

<sup>462</sup> 水野・信託と相続法 107 頁。

<文献リスト>

赤沼康弘「法定後見制度」新井誠・赤沼康弘・大貫正男『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011年）4頁以下。

浅香竜太＝内田哲也「後見制度支援信託の目的と運用について」信託 250号、14頁以下（2012年）。

新井誠「高齢者の意思能力喪失と代理・委任」ジュリ 943号、60頁以下（1989年）。

新井誠『高齢社会の成年後見法』（改訂版、有斐閣、1999年）。

新井誠「受遺者の選定を遺言執行者に委託した遺言の効力」水野紀子・大村敦志・窪田充見編『家族法判例百選』（第7版、有斐閣、2008年）175頁以下。

新井誠「任意後見制度の存在意義・再考～世界の潮流を踏まえて～」実践成年後見 45号、4頁以下（2013年）。

新井誠『信託法』（第4版、有斐閣、2014年）。

新井誠「任意後見制度の新たな展開」法学新報 120巻9号、1頁以下（2014年）。

井木大一郎「死後事務と応急処分義務」松川正毅編『成年後見における死後の事務』（日本加除出版、2011年）37頁以下。

石綿あゆ美「遺言における受遺者の処分権の制限—相続の秩序と物権の理念（1）」（法学協会雑誌 131巻2号、2014年）277頁以下。

石綿あゆ美「遺言における受遺者の処分権の制限—相続の秩序と物権の理念（2）」（法学協会雑誌 131巻3号、2014年）552頁以下。

石綿あゆ美「遺言における受遺者の処分権の制限—相続の秩序と物権の理念（6）」（法学協会雑誌 131巻8号、2014年）1475頁以下。

石綿あゆ美「遺言における受遺者の処分権の制限—相続の秩序と物権の理念（7）」（法学協会雑誌 131巻9号、2014年）1685頁以下。

泉久雄「遺言書中の特定の条項の解釈（昭和 58. 3. 18 最高二小判）」『昭和 58 年度重要判例解説』（ジュリ臨時増刊 815号、有斐閣、1984年）91頁以下。

伊藤昌司「受遺者選定の委託と遺言執行者を指定した有効な遺言があるとされた事例」『平成 5 年度重要判例解説』（ジュリ臨時増刊 1042号、有斐閣、1994年）100頁以下。

稲垣明博「いわゆる『後継ぎ遺贈』の効力」判タ 662号、40頁以下（1988年）。

稲垣明博「後継ぎ遺贈（再考）」論叢：玉川大学経営学部紀要 17号、19頁以下（2012年）。

犬伏由子「1012条」能見善久＝加藤新太郎『論点体系 判例民法 10相続』（第2版、第一法規、2013年）395頁以下。

今川嘉文＝石田光曠＝大貫正男＝河合保弘『誰でも使える民事信託』（第2版、日本加除出版、2012年）。

内田貴『民法Ⅳ親族・家族』（東京大学出版会、2007年）。

浦野由紀子「第1部ドイツ法」公益社団法人商事法務研究会『各国の相続法制に関する調査研究業務報告書』（2014年）1頁以下。

エドワード C. ホールバック・ジュニア（新井誠訳）「信託法第三次リステイトメントの展望」信託 180 号、58 頁以下（1994 年）。

遠藤英嗣「任意後見契約における死後事務委任契約の活用—契約の流れと契約にあたっての留意点を中心に—」実践成年後見 38 号、30 頁以下（2011 年）。

遠藤英嗣『家族信託』（日本加除出版、2015 年）。

大塚正民「死者たちの手：遺言、信託および相続法の社会史」アメリカ法 2010. 2、346 頁以下（2011 年）。

大塚正民「永遠の生命と法：アメリカにおける死者たちの支配力の勃興」アメリカ法 2011-2、465 頁以下（2012 年）。

大村敦志「遺言の解釈と信託—信託法 2 条の適用をめぐる—」トラスト 60 『実定信託法研究ノート』（1996 年）109 頁以下。

岡孝「委任者死亡後の委任契約の効力」金法 1358 号、38 頁以下（1994 年）。

沖野眞已「新しい信託法に期待するもの」NBL832 号、16 頁以下（2006 年）。

沖野眞已「受益者連続型信託について—信託法 91 条をめぐる—」信託法研究 33 号、33 頁以下（2008 年）。

落合威「公証実務と任意後見」判タ 1030 号、119 頁以下（2007 年）。

小野傑「新しい信託法実務の展望と課題」金商 1261 号、12 頁以下（2007 年）。

加藤雅信『新民法体系Ⅳ契約法』（有斐閣、2007 年）。

加藤祐司「後継ぎ遺贈型の受益者連続信託と遺産分割及び遺留分減殺請求」判タ 1327 号、18 頁以下（2010 年）。

金子敬明「第 3 部 イングランド法」公益社団法人商事法務研究会『各国の相続法制に関する調査研究業務報告書』（2014 年）43 頁以下。

上山泰「任意後見契約の優越的地位の限界について」筑波ロー・ジャーナル 11 号、97 頁以下（2012 年）。

上山泰『専門職後見人と身上監護』（第 3 版、民事法研究会、2015 年）。

川淳一「受益者死亡を理由とする受益者連続型遺贈」野村豊弘＝床谷文雄編『遺言自由の原則と遺言の解釈』（商事法務、2008 年）19 頁以下。

川井健『民法概論 1（民法総則）』（第 4 版、有斐閣、2008 年）。

川井健『民法概論 4（債権各論）』（有斐閣、2006 年）。

川口恭弘「受託者の善管注意義務」金判 1261 号、56 頁以下（2007 年）。

北野俊光「成年後見と公正実務」新井誠・赤沼康弘・大貫正男『成年後見法制の展望』（日本評論社、2011 年）307 頁以下。

窪田充見『家族法 民法を学ぶ』（第 2 版、有斐閣、2013 年）444 頁。

黒田美亜紀「死後の事務における故人の意思の尊重と相続法秩序」明治学院大学法学研究 93 号、49 頁以下（2012 年）。

黒田美亜紀「成年後見制度の現状と課題の検討—死後の事務委任契約の発展可能性を中心

に」登記情報 602 号、9 頁以下 (2012 年)。

黒田亜美紀「**死後事務委任**の可能性—その有効性と委任の承継, 解除権行使の基準について—」明治学院大学法科大学院ローレビュー18号、31 頁以下 (2013 年)。

公益社団法人成年後見センター・**リガールサポート**編集『成年後見 相談対応の実務—チェックポイントとケース・スタディー』(新日本法規、2014 年)。

國府剛「自筆証書遺言の解釈に違法があるとされた事例」民商 89 卷 4 号、553 頁以下 (1990 年)。

小峠眞史「移行型任意後見契約の問題点と改善策」公証法学 38 号、1 頁以下 (2008 年)。

小林昭彦=原司「平成十一年民法一部改正法等の解説 (9)」法曹時報 53 卷 12 号、3385 頁以下 (2001 年)。

小林昭彦=原司「平成十一年民法一部改正法等の解説 (10)」法曹時報 54 卷 2 号、339 頁以下 (2002 年)。

小梁吉章「差押禁止と倒産隔離」金商 1261 号、38 頁以下 (2007 年)。

近藤英吉『判例遺言法』(有斐閣、1938 年)。

近藤英吉『**独逸**民法 5 相続』(有斐閣、1939 年)。

財産管理実務研究会編『不在者・相続人不存在 財産管理の実務』(補訂版、新日本法規、2001 年)。

佐久間毅「代理法からみた法定後見・任意後見」民商 122 卷 4・5 号、494 頁以下 (2000 年)。

三枝健治「遺言信託における遺留分減殺請求」早法 87 卷 1 号、37 頁以下 (2011 年)。

潮見佳男『相続法』(第 5 版、弘文堂、2014 年)。

四宮和夫『信託法』(新版、有斐閣、1989 年)。

四宮和夫・能見善久編『民法総論』(第 8 版、弘文堂、2010 年)。

澁谷彰久『預金口座と信託法理』(日本評論社、2009 年)。

清水恵介「成年後見人等の義務と責任の位置づけ」実践成年後見 51 号、7 頁以下 (2014 年)。

志村武「本人無能力時における任意代理に関する一考察 (上)」早法 71 卷 3 号、1 頁以下 (1996 年)。

白須真理子「信託と相続」松川正毅編『成年後見における死後の事務—事例にみる問題点と対応策—』(日本加除出版、2011 年) 85 頁以下。

相続法制検討ワーキングチーム「**相続法制検討ワーキングチーム報告書**」(2015 年)。

高梨公之「遺言執行者」法学セミナー36号、30 頁以下 (1959 年)。

高野竹三郎「遺言の解釈 (昭和 58. 3. 18 最高二小判)」久貫忠彦・米倉明編『家族法判例百選』(第 4 版、有斐閣、1988 年)220 頁以下。

高橋弘「死後の事務再論」成年後見法研究 8 号、15 頁以下 (2011 年)。

高柳真三『明治前期家族法の新装』(有斐閣、1987 年)。

田尻世津子「葬儀費用」松川正毅編『成年後見における死後の事務』(日本加除出版、2011

年) 149 頁以下。

田中勝利「死後事務と事務管理」松川正毅編『成年後見における死後の事務』(日本加除出版、2011 年) 49 頁以下。

田中実「遺言執行者」中川善之助教授還暦記念家族法体系刊行委員会『家族法体系Ⅶ(相続(2))』(有斐閣、1978 年)228 頁以下。

田中亘「後継ぎ遺贈—その有効性と信託による代替可能性について」米倉明他『信託法の新展開 その第一歩をめざして』(商事法務、2008 年) 211 頁以下。

田山輝明『債権各論中巻 民法要義 6』(成文堂、2001 年)。

田山輝明『成年後見読本』(三省堂、2007 年)。

田山輝明『続・成年後見法制の研究』(成文堂、2002 年)。

田山輝明『成年後見法制の研究 上巻』(正文堂、2001 年)。

寺本昌広『信託法改正要綱試案』の概要』信託 223 号、4 頁以下(2005 年)。

寺本昌広『逐条解説 新しい信託法』(補訂版、商事法務、2008 年)。

道垣内弘人『私法体系と信託法理』(有斐閣、1996 年)。

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・大村敦士・滝沢昌彦編『信託取引と民法法理』(有斐閣、2003 年) 1 頁以下。

道垣内弘人『信託法入門』(日経文庫、2007 年)。

道垣内弘人「信託法改正と実務」ジュリ 1322 号、2 頁以下(2006 年)。

道垣内弘人「展開講座 さびしがりやの信託法 第 1 回 いろんな問題、あるんだな」法学教室 331 号、129 頁以下(2008 年)。

道垣内弘人「展開講座 さびしがりやの信託法 第 8 回 誰が殺したクックロビン」法教 339 号、82 頁以下(2008 年)。

道垣内弘人「信託設定と遺留分減殺請求—星田報告のコメントをかねて」能見善久編『信託の実務と理論』(有斐閣、2009 年) 58 頁以下。

常盤史子「第 4 部アメリカ法」公益社団法人商事法務研究会『各国の相続法制に関する調査研究業務報告書』(2014 年) 83 頁以下。

富井政章『民法原論第一巻総論』(有斐閣、1922 年)。

中川淳「受遺者選定を遺言執行者に委託した遺言—最判平成 5 年 1 月 19 日を中心として」戸時 635 号、52 頁以下(2008 年)。

中川善之助=泉久雄『相続法(法律学全集)』(第 4 版、有斐閣、2000 年)。

中川善之助=加藤永一『新版 注釈民法〈28〉相続(3)』(有斐閣、2002 年)。

二宮周平『家族法(新法学ライブラリ)』(第 4 版、新世社、2014 年)。

二宮孝富「任意後見契約登記後に保佐開始審判をするための要件」民商 128 巻 6 号、839 頁以下(2003 年)。

日本弁護士連合会「成年後見制度に関する改善提言」(2005 年)。

能見善久『現代信託法』(有斐閣、2004 年)。

能見善久・加藤新太郎『論点体系判例民法6契約Ⅱ』（第2版、第一法規、2013年）。

野口尚彦「任意後見受任者の状況」実践成年後見45号、16頁以下（2013年）。

幡野弘樹＝宮本誠子「第2部フランス法」公益社団法人商事法務研究会『各国の相続法制に関する調査研究業務報告書』（2014年）23頁以下。

原司「任意後見制度について」ジュリ1172号、30頁以下（2000年）。

半田吉信「受遺者の選定を遺言執行者に委託する旨の遺言の効力」ジュリ1042号、120頁以下（1994年）。

樋口範雄『フィデューシャリー「信託」の時代 信託と契約』（有斐閣、1999年）。

樋口範雄『アメリカ法ベーシックス アメリカ契約法』（第2版、弘文堂、2008年）。

樋口範雄『入門 信託と信託法』（第2版、弘文堂、2014年）。

深山雅也「信託と倒産」金商1261号、118頁以下（2007年）。

福井秀夫「後継ぎ遺贈型受益者連続信託の法と経済分析」判タ1247号、92頁以下（2007年）。

藤原正則「死後事務における応急処分義務と事務管理の交錯」実践成年後見38号、22頁以下（2011年）。

平山也寸志「補助開始等審判についての本による同意撤回および補助開始等審判申立て後の任意後見契約締結」成年後見法研究5号、173頁以下（2008年）。

實金敏明監修・太田健治＝岡村幸治＝兼行邦夫編『活用しよう！ 任意後見 安心の老後と相続のために』（日本加除出版、2012年）。

法務省民事局参事官室「民法（相続関係）等の改正に関する中間試案の補足説明」（2016年）。

星田寛「財産承継のための信託（受益者連続信託）の検討」能見善久編『信託の実務と理論』（有斐閣、2009年）47頁以下。

星野豊『信託法』（信山社、2011年）。

穂積重遠『相続法第二分冊』（岩波書店、1946年）。

松井秀樹「信託の活用による死後事務への対応」実践成年後見38号、38頁以下（2011年）。

松尾知子「負担付遺贈（昭和6.2.20大審五民判、昭和58.3.18最高二小判、昭和43.8.1宇都宮家柘木支審判）」『家事関係裁判例と実務245題』（判タ臨時増刊1100号、有斐閣、2002年）472頁以下。

松尾知子「遺言執行からみた遺言の解釈」野村豊弘＝床谷文雄編『遺言事由の原則と遺言の解釈』（商事法務、2008年）80頁以下。

松尾知子「遺言執行者による遺言執行」久貴忠彦『遺言と遺留分 第1巻 遺言』（第2版、日本評論社、2011年）395頁以下。

松川正毅「葬式費用の負担に関する事件（東京地判昭和61.1.28）」愛知学院大学宗教法制研究所紀要47号、1頁以下（1999年）。

松川正毅「成年後見の終了—委任契約と法定代理」実践成年後見38号、4頁以下（2011年）。

松川正毅「成年後見における死後事務の問題点」松川正毅編『成年後見における死後の事

務』(日本加除出版、2011年) 1頁以下。

松原正明『全訂判例先例相続法V』(日本加除出版、2012年)。

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 1358号、68頁以下(2008年)。

水野紀子「信託と相続法の相克—とくに遺留分を中心として」『トラスト 60 研究叢書 変革期における信託法』(トラスト 60、2006年) 103頁以下。

水野紀子「財産管理と社会的・制度的条件」水野紀子・窪田充見編集代表『財産管理の理論と実務』(日本加除出版、2015年) 1頁以下。

宮本誠子「被後見人の死亡と死後の事務」松川正毅編『成年後見における死後の事務』(日本加除出版、2011年) 27頁以下。

宮本誠子「フランス法における成年後見制度と死後事務」松川正毅編『成年後見における死後の事務』(日本加除出版、2011年) 233頁以下。

柳勝司「遺言執行者の法的性質」名城 59 卷 1 号、45頁以下(2009年)。

山田真紀「保佐開始の審判の申立て後、本人が任意後見契約を締結し、かつ、その登記もされた事案において、任意後見契約の無効原因をうかがうことはできない場合には、保佐を開始するためには『本人の利益のため特に必要がある』ことを要するにもかかわらず、原審において、この点の判断を示さず、積極的な審理・調査が尽くされたとも認められないとして、保佐開始の原審判を取り消した上、差し戻した事例」判タ 1125 号、112頁以下(2003年)。

山本敬三『民法講義 I 総則』(第3版、有斐閣、2011年)。

山本敬三『民法講義IV-1 契約』(有斐閣、2011年)。

吉政知宏「死後の事務の委任契約と解除の可否」リマークス 42 号、22頁以下(2011年)。

米倉明「後継ぎ遺贈の効力について」(同『家族法研究』、有斐閣、1999年) 1頁以下。

米倉明「信託による後継ぎ遺贈の可能性—受益者連続の解釈論的根拠づけ」ジュリ 1162 号、87頁以下(1999年)。

力丸祥子「批判：最判平成4・9・22」法学新報 101 卷 11=12 号、181頁以下(1995年)。

冷水登紀代「委任者の死亡と委任契約」松川正毅編『成年後見における死後の事務』(日本加除出版、2011年) 17頁以下。

冷水登紀代「死後事務委任契約の限界」月報司法書士 526 号、17頁以下(2015年)。

我妻栄『債権各論中巻二(民法講義V3)』(岩波書店、1962年)。

我妻栄=立石芳枝『親族法相続法コンメンタール』(日本評論新社、1970年)。

我妻栄『新訂民法総則(民法講義I)』(岩波書店、2012年)。

渡部朗子「遺言執行者の地位・権限に関する一考察」千葉大学社会文化科学研究創刊号、177頁以下(1997年)。

NPO 法人遺言・相続リーガルネットワーク編著『遺言条項例 278&ケース別文例集』(日本加除出版、2012年)。

『日本近代立法資料叢書 4 **法典調査会**民法議事速記録 **4 卷**』(商事法務研究会、1984 年)。

『日本近代立法資料叢書 7 **法典調査会**民法議事速記録 **7 卷**』(商事法務研究会、1984 年)。