

意思能力低下に備えた財産管理制度に関する提言

——米国における撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) からの示唆——

福田 智子*

要 旨

本人の意思能力低下に備えた財産管理方法として信託が注目されている。2017年3月24日、閣議決定された成年後見利用促進基本計画（以下、「基本計画」とする。）においても、後見人等の不正防止及び財産管理機能の一つとして信託制度の導入が提言されている。これは信託の有する意思凍結機能や信託財産の独立性などの特性を生かした信託の本来的活用方法であり、米国では撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) として従前より利用されてきた。撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) は、検認手続 (Probate) 回避のための遺言代用制度としてのみならず、法定後見制度 (Guardianship) 回避制度としても多用され、自己決定権尊重の観点から優れた制度と評されるものの、監督者不在というデメリットを有する。また当然のことながら、信託制度は財産管理しかカバーできない。意思能力が低下した本人に関する事務には、財産管理事務と身上保護事務があり、いずれが欠けてもスムーズな生活を送ることは困難と考えられる。そこで本稿では、米国における信託を活用した意思能力低下に備えた財産管理にかかる取り組みを参考に、我が国における信託制度と任意後見制度の融合スキームを本人の意思能力低下に備えた財産管理制度として提言する。本スキームは、本人の自己決定権尊重を主軸とした財産管理と身上保護をカバーする仕組みとなっている。

信託を金融商品として利用してきた我が国信託制度は、今、転換期にある。信託の本来的利用形態である財産管理制度を主軸に、高齢社会ニーズに副った信託利用が進むことが今後益々期待される。

目 次

はじめに

- I 米国における後見制度と撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) の活用
 - II 代理と意思能力喪失
 - III 本人の意思能力低下と信託制度
 - IV 撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) の代用制度
- 結びにかえて

はじめに

本人の意思能力低下に備えた財産管理方法として、信託が注目されている。2017年3月24日、閣議決定された成年後見利用促進基本計画¹⁾（以下、「基本計画」とする。）においても、後見人等の不正防止及び財産管理機能の一つとして信託制度の導入が提言されている²⁾。2012年から導入・開始された後見制度支援信託³⁾は、2015年1月から12月までの1年間で6,563人（2012年は98人）、信託財産額は約2,109億3,500万円（2012年は約42億5,100万円）が利用され⁴⁾、2012年2月から2016年3月末までの累積信託財産額は約3,760億円にまで

* ふくだ ともこ 法学研究科民事法専攻博士
課程後期課程

2017年10月6日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 小賀野晶一

第2推薦査読者 新井 誠

及んでいる⁵⁾。これに対し、後見人等による不正報告件数は、2014年（不正件数831件、被害額約5億7,000万円）まで増加傾向にあったが、2015年は不正報告件数521件、被害額約29億7,000万円といずれも減少し⁶⁾、信託制度活用による直接影響額は不明なものの、不正防止効果が推測される。不正防止手段として信託制度が利用されるのは、主に信託財産の独立性という信託の独自機能に着目してであるが、本人の意思能力低下に備えた財産管理方法として信託制度が注目されるのは、信託が財産権の法的所有者と経済的利益の享受者を異にし、信託設定時における委託者意思を凍結する機能（＝意思凍結機能）を有する制度だからである⁷⁾。このような信託制度の活用は、米国において従前より撤回可能生前信託（Revocable Living Trust）として、一般的に利用されてきた。撤回可能生前信託（Revocable Living Trust）は、検認手続（Probate）⁸⁾回避のための遺言代用制度として説明されることが多いが、米国では本人の意思能力低下に備えた財産管理方法としても多用されている⁹⁾。

そこで本稿では、米国における撤回可能生前信託（Revocable Living Trust）を参考に、当該信託と類似効果を有し、かつ財産管理のみならず身上保護¹⁰⁾もカバーできる、信託制度と任意後見制度の融合スキームを提言する¹¹⁾。信託は委託者の意思を凍結する機能を有するが、本人（委託者）が意思能力を喪失した場合にこれを機能させるためには、受託者が（委託者意思が表象された）信託目的に従った信託財産管理を適当に行っているかを監督すること、つまり受託者のコントロールが必要となる。受託者のコントロールは通常、受益者により行われるため、他益信託では受益者に意思能力があれば、意思凍結機能は正常に機能するのに対し、自益信託若しくは他益信託の受益者が意思能力を喪失している場合、受託者をコントロールする者が不在となるため、監督者、例えば信託監督人などを置く必要がある。又、財産管理制

度である信託は、当然ながら本人の身上保護をカバーすることができず、さらに本人の意思能力喪失に伴い後見制度の適用を受けた場合、日常生活に関する行為以外の法律行為について制限を受けるなど、自益信託において信託目的を遂行できなくなるケースが生じることも考えられる。そこで筆者は、本人意思を最大限尊重した財産管理及び身上保護制度として、信託制度と任意後見制度の融合スキームを提言する。

本稿の構成は次のとおりである。最初に、米国における撤回可能生前信託（Revocable Living Trust）の概要及び当該信託の成年後見制度代替方法としての利用状況につき説明し、次に本人の意思能力喪失後における受託者コントロールの必要性につき、民法上の代理制度における代理権消滅事由を参考に検討した上、最後に本人意思を最大限尊重した財産管理及び身上保護制度としての、信託制度と任意後見制度の融合スキームを提言し、本稿のまとめとする。

I 米国における後見制度と撤回可能生前信託（Revocable Living Trust）の活用

1. 撤回可能生前信託（Revocable Living Trust）

撤回可能生前信託（Revocable Living Trust）とは、財産の法的所有権は受託者に移転するものの、委託者はその信託を撤回・変更又は修正する権利を留保し、委託者の意思次第でいつでも撤回が可能な信託をいい¹²⁾、明示信託により設定される¹³⁾。撤回権を留保することにより、信託設定後における様々な変化（委託者意思、経済状況、受益者との関係、受託者との関係など）に対応することが可能となるが¹⁴⁾、撤回可能生前信託（Revocable Living Trust）が米国で利用される主な理由は、時間と費用がかかる上、遺言内容が一般に公開されてしまう、遺言検認手続（Probate system）回避のためであり¹⁵⁾、撤回可能生前信託（Revocable Living Trust）が、本人の死亡時まで撤回できる遺言と同様の利点を有し¹⁶⁾、さらに他の遺言代替手

段より優れていることから¹⁷⁾、遺言代用制度として広く利用されている¹⁸⁾。特に近年、米国では撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) が主流となり、2000年統一信託法典 (Uniform Trust Code (2000))¹⁹⁾及びリステイメント (Restatement of The Law Trusts (Third))²⁰⁾では、委託者による撤回権留保にかかるデフォルト基準が撤回可能に変更された²¹⁾。撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) は遺言の代替制度として用いられるため、設定には遺言と同等の意思能力が必要とされるものの、遺言の要式性などの要件は要求されない²²⁾。受託者は信託契約に従い信託財産の管理を行い、委託者に意思能力がある限り委託者に対してのみその義務を負う²³⁾。又、撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) の設定内容は様々であるが、信託内容の変更若しくは取消権が留保されるものは、一般的に財産権法上、債権法上及び税法上、完全なる贈与とは認められず²⁴⁾、信託財産は委託者の債権者の引当財産となり²⁵⁾、又委託者に対し課税が行われることとなる。上述したとおり、撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) は、信託設定後における委託者による自由な信託変更及び撤回を可能とする信託と定義されるが、実際は委託者・受益者・受託者を同一人として設定するケースがほとんどであり、そのことからすれば信託設定に伴う贈与はなく、遺贈者の死亡時まで自由な撤回を認める遺贈と同様の性質を有するものと解することができる²⁶⁾。又委託者兼受託者の場合、委託者所有財産の法律上における移転も行われなため、まさに委託者が自身の財産を他者へ移転する前、検認手続 (Probate) 対象外となる別の箱に置いている、そのようなイメージといえる。

2. 持続的代理制度 (Durable Power of Attorney)

遺言代用制度として説明されることの多い撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) であるが、高齢化が進む米国では、従前より後見制度 (Guardianship) の代用かつ意思無能力者のための

財産管理方法として注目、利用されてきた²⁷⁾。米国の後見制度 (Guardianship) も、我が国の法定後見制度と同様、時間・費用・財産管理上の制限などの問題を抱えており²⁸⁾、これらの問題を回避するための代替制度として、又本人による意思決定サポート (Supported Decision-Making) 実現のため、持続的代理制度 (Durable Power of Attorney) や撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) が選択されるケースが多い²⁹⁾。英米法における代理³⁰⁾は、本人代理説を採用し、本人の死亡や意思能力喪失に伴い代理権が消滅するが、持続的代理制度 (Durable Power of Attorney)³¹⁾は、本人の意思能力喪失後も代理権が継続する特殊な現代型代理制度であり³²⁾、裁判所の関与なく代理人に後見人以上の権限を与えることができる³³⁾。持続的代理制度 (Durable Power of Attorney) には即効型³⁴⁾と停止条件型³⁵⁾があり、代理人は法的証書上に特定された権限の範囲内でしか代理行為を行えないが、その授權される内容は一般的に、非常に包括的であるか若しくは極めて限定的である場合が多く、財産管理事項に関する意思決定を対象とする³⁶⁾。又補充性の原則により、持続的代理 (Durable Power of Attorney) は原則、法定後見 (Guardianship) に優先するが、両者の共存の可能性も認められている³⁷⁾。米国における後見制度 (Guardianship) は近年、医療や福祉を含めた被後見人の人格保護を目的とした近代的制度に変革されつつあるものの³⁸⁾、法定後見 (Guardianship) の根源的欠陥を回避し、同じ内容を自己決定権尊重を基礎とした事前的措置 (advance directives) により実現できる持続的代理制度 (Durable Power of Attorney) のニーズは高い³⁹⁾。ただし、持続的代理制度 (Durable Power of Attorney) は、後見制度 (Guardianship) と異なり代理人の行動に関する公的監督や監督手段が存在しないため、本人の意思能力喪失後の代理人による権限濫用が大きな問題となる⁴⁰⁾。なお、持続的代理制度 (Durable Power of Attorney) における代理人は弁護士であ

る必要はなく、本人の子供、会計士、近所の者などでもよい⁴¹⁾。

3. 撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) の優位性

上述したように後見制度 (Guardianship) の代替制度として利用される、持続的代理制度 (Durable Power of Attorney) と撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) であるが、代理制度と信託制度は次の点で異なる。まず代理人は本人が有する財産を管理する権限を有するが、法的所有権を有することはなく、信託財産の法的所有権者である受託者と異なる。次に代理が本人と代理人との合意により成立し、本人若しくは代理人の遺言により終了するのに対し、信託は受益者や受託者の同意なく成立し、受益者若しくは受託者の遺言・死・意思能力喪失により終了することはない。そして代理が本人の代わりに行動し、本人によるコントロールを受けるのに対し、信託は信託契約に基づき信託財産を管理、受益者へ分配する義務を負い、信託契約で受託者に対し与えられた権限の範囲を除き、委託者若しくは受益者からコントロールを受けることはない⁴²⁾。ただし、本人の意思能力喪失後も代理権が継続する持続的代理制度 (Durable Power of Attorney) の代理人には、受託者と同様の法原則が適用される⁴³⁾。持続的代理制度 (Durable Power of Attorney) は、代理人への財産権移転を伴わないため、信託と比べ財産保全が万全とはいえず、また検認手続 (Probate) の対象となる。そのため、検認手続 (Probate) 及び後見制度 (Guardianship) 回避を目的とする財産管理制度として、撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) が利用されるのである⁴⁴⁾。なお、撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) における委託者の撤回権は、委託者の意思能力喪失に伴い消滅することなく、委託者が意思能力を喪失した場合、代理人若しくは裁判所の承認を得た後見人 (Conservator or Guardian⁴⁵⁾) が委託者に代

わり行使することができ⁴⁶⁾、さらに委託者が唯一の受益者若しくは優先的受益者である場合における、受託者をコントロールする権限は、委託者の意思能力喪失に伴い、委託者の代理人若しくは後見人 (Conservator) に移転することには留意が必要である⁴⁷⁾。

持続的代理制度 (Durable Power of Attorney) よりニーズが高い撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) であるが、信託は財産管理制度であり身上保護の部分カバーできないこと、又後見制度 (Guardianship) と異なり代理人の行動に関する公的監督や監督手段が存在しないため、本人が意思能力を喪失した後における受託者の信託違反行為が問題となる。このことから、本人の意思能力喪失後における本人意思尊重には、法定後見制度 (Guardianship) より持続的代理制度 (Durable Power of Attorney) や撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) が優れていると考えられるものの、代理人や受託者の信託義務 (Fiduciary) 違反行為からの本人保護、つまり代理人や受託者をコントロールする仕組を設けることが重要となる。このような考え方は、我が国の任意代理制度及び信託制度についても同様である。

そこで次に、我が国代理制度における本人の意思能力喪失後の代理権消滅に関する議論を確認する。通説は本人の意思能力喪失に伴い代理権は消滅しないとすが、私見は代理人コントロールの必要性から代理権は消滅すると捉える立場である。

II 代理と意思能力喪失

代理とは、代理人Bが本人Aのためにすることを明らかにし (顕名主義)、Aのために相手方Cに対し意思表示を行い、あるいは意思表示を受けることにより、その意思表示の法律効果を直接Aに生ぜしめることを認める制度をいい⁴⁸⁾、民法99条以下にその規定を置く。法律構成を極めて個人主義的に構成したローマ法下では、他者の行為により自己の法律関係が形成される代理制度は認めら

れず、使者か間接代理しか存在しなかった⁴⁹⁾。その後、商取引の発展に伴い近代化が進むにつれ、直接代理の必要性から代理制度が採用されるようになった⁵⁰⁾。他方我が国でも徳川時代において既に代理制度が採用され、日本民法制定25年前の1873年には法制化が行われるなど、従前より重要な制度として取り扱われてきた。このような代理制度は通常法律行為と異なり、意思表示を行う者と効果帰属者が異なるところに特徴がある。民法99条は、「代理人がその権限内において本人のためにすることを示してした意思表示は、本人に対して直接にその効力を生ずる。」と、代理人が行った行為から生じる法的効果は本人に帰属する旨、定めている。代理の効果は、法律関係（権利義務）の変動（発生、変更、移転、消滅）であり、通常法律行為で表意者・行為者自身がその法律行為の効果である権利義務の帰属主体となるのに対し、代理は本人以外の者（代理人）が本人に代わり意思表示や法律行為を行い、又は意思表示を受領し、その法的効果の帰属が本人となる法技術である⁵¹⁾。代理制度の目的は私的自治の拡張⁵²⁾（個人の行為範囲・内容の拡大）と補充⁵³⁾（本人意思の尊重と利益保護）であり⁵⁴⁾、各々の目的に合わせた任意代理制度と法定代理制度を有す。代理は自己の意思に基づかない他人の行為により、自らの権利義務の変動を認めるため、個人意思絶対の思想を制限する萌芽を宿すともいわれるが⁵⁵⁾、私的自治⁵⁶⁾の例外とすべきものではない。そして民法は代理権の消滅に関し、民法111条に法定代理と任意代理の共通規定を置く。

第百十一条（代理権の消滅事由）

代理権は、次に掲げる事由によって消滅する。

- 一 本人の死亡
- 二 代理人の死亡又は代理人が破産手続開始の決定若しくは後見開始の審判を受けたこと。

2 委任による代理権は、前項各号に掲げる事由のほか、委任の終了によって消滅する。

代理権の消滅終了事由には、本人及び代理人の死亡、代理人の破産手続開始の決定、代理人の後見開始の審判（1項）と委任契約の終了（2項）がある⁵⁷⁾。民法111条は本人の意思能力喪失を代理権消滅事由とせず、通説も本人の意思能力喪失は代理権消滅事由にならないとする⁵⁸⁾。民法111条1項が任意代理と法定代理の共通規定であること、代理人の後見開始審判が代理権消滅事由とされていることなどからすれば、民法は本人と代理人に意思能力を求め、本人が意思能力を喪失した時点で法定代理制度を利用することを前提としていえると考えられる⁵⁹⁾。しかし意思能力を喪失した者すべてが法定代理制度を利用していない実態⁶⁰⁾や代理権授与時だけでなく、代理契約期間中も本人に意思能力がなければ代理人をコントロールすることができず、本人利益が害されるおそれがあること⁶¹⁾などを思料すれば、本人の意思能力喪失を任意代理権消滅事由とすべきであろう。これに関し新井誠教授は、「任意代理という制度は、本人自らの利益のために設定され、本人個人の財産管理の機構を作り出そうとするものであり、代理人と専ら本人の指図に従った事務処理を行う。任意代理においては、本人は代理人を自らのコントロールの下に置き、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。任意代理が私的自治の拡張の手段といわれる所以である。」そのため、「本人または委任者の無能力によって代理権は消滅」とされる⁶²⁾。本人の意思能力に制限がある法定代理は「家庭裁判所は、必要があると認めるときは、被後見人、その親族若しくは後見人の請求により又は職権で、後見監督人を選任することができる（民法849条）」とし、法定代理人をコントロールする仕組みが整えられている。これに対し任意代理は、本人が代理人をコントロールする仕

組みのため、本人が意思能力を喪失した場合、代理人をコントロールすることができなくなるのである⁶³⁾。本人がコントロールできない代理人により行われた行為の効果が本人に帰属することは、本人保護に欠け、自己の意思に基づいてのみ権利を取得し義務を負うとする私的自治の原則にも沿わないといえる。

なお、本人に対し認められている権利は代理人のコントロールだけではない。民法は明文をもって、無権代理における追認権⁶⁴⁾と相手方からの催告権⁶⁵⁾を定めている。無権代理における本人の追認権は、代理権が欠けるため効果が帰属しない状態である法律行為の効果を本人に確定的に帰属させる意味を持つ本人の意思表示である。追認権は、代理権の欠缺を補充するという機能を営むものであり、一方的意思表示により法律関係を形成することができる形成権とされ、本人による追認があれば、法律行為があった時点から代理権が存在したものと同様に取り扱われる結果、当該法律行為による法律効果が本人に遡及帰属することになる⁶⁶⁾。このように代理権授与以外でも本人の意思能力が必要となる場面があり、法定代理制度を利用していない意思無能力者が意図せず、他人行為による効果帰属を受ける可能性がある、無防備な状況となっている。移行型任意後見制度⁶⁷⁾を採用した場合でも、本人の意思能力喪失が任意代理の消滅事由であれば、本人が意思能力を喪失した後に行われた代理行為は無効となり、表見代理適用可否の問題はあるものの、本人保護を図ることができるのである（まさに任意後見制度導入の意義といえる⁶⁸⁾。以上のことを踏まえれば、本人の意思能力喪失を任意代理権消滅事由とすべきことは明らかであろう。

実際、多くの欧州諸国では伝統的に本人の意思能力喪失により代理権は消滅するとし、その理由は本人が無能力となった場合、持続的代理制度(Durable Power of Attorney)下にある代理人を監督することや契約の下、適当な保護手段をとるこ

とが誰にもできないからとする。長年の間、主にコモン・ローを伝統とする多くの国々は、持続的代理制度(Durable Power of Attorney)を特別規定として導入してきた⁶⁹⁾。ただしドイツは異なる道をとった。1990年以降のドイツ民法では、代理契約で本人の意思能力の場合にも及ぶと定めた場合、代理権は本人の意思能力喪失後も有効とされ、持続的代理制度(Durable Power of Attorney)⁷⁰⁾は他の代理制度と同様、その実施にあたり公的機関による登録や承認を必要としないとした⁷¹⁾。つまり、ドイツ民法では代理権授与者の意思能力喪失は任意代理権及び委任関係の終了事由とされず、かつ代理権授与に関して方式自由の原則(BGB167条2項)が採用されることから、特別な法規によらず当事者が任意に持続的代理権を設定することができるのである⁷²⁾。これはドイツでは、監督が必要とされた場合に初めて裁判所が介入すればよいと基本的に考えられているからであり⁷³⁾、本人の意思能力喪失に伴い代理権が消滅しないのは、世界的に異例とされる。仮に我が国民法が、本人の意思能力喪失に伴い、任意代理から法定後見への変更を予定していたとしても、任意代理制度の特別な制度としての任意後見制度が創設された以上、任意代理は本人の意思能力喪失に伴い消滅するとすべきであろう。

Ⅲ 本人の意思能力低下と信託制度

1. 意思凍結機能と信託設定後の意思能力低下
本人の意思能力低下に備えた財産管理制度として、信託制度が注目されている。信託の独自の機能には、財産の長期的管理機能、財産の集团的管理機能、私有財産から公益財産への転換機能、倒産隔離機能の4つがあり、財産の長期的管理機能はさらに、意思凍結機能、受益者連続機能、受託者裁量機能、利益分配機能に細分化され⁷⁴⁾、この中の意思凍結機能が、本人の意思能力低下に備えた財産管理機能として着目されている。意思凍結機能とは「信託設定当時における委託者の意思を、

委託者の意思能力喪失や死亡という主観的事情（個人的事情）の変化に抗して、長期間にわたって維持するという機能」をいい⁷⁵⁾、信託設定時の委託者意思が信託財産に付帯し受託者へ移転するため、受託者は財産権の法的移転後も継続して、委託者に意思拘束されることとなる。その結果、自益信託の場合、委託者は意思能力喪失後も引続き信託財産から利益を享受することができ、又他益信託の場合、受益者は委託者の意思能力喪失による影響を受けることなく、信託財産から生じる利益を享受することができるのである。しかし委託者の意思能力喪失後における受託者の権限濫用を防ぐための仕組みが必要である⁷⁶⁾。信託では、意思凍結機能により委託者意思は受託者を拘束し、かつ受託者には善管注意義務（信託法29条2項）、忠実義務（信託法30～32条）など多数の義務が課されるもの⁷⁷⁾、任意代理と同様、委託者の意思能力喪失に伴い受託者をコントロールする者が不在となるからである⁷⁸⁾。例えば自益信託の場合、信託設定者である委託者と受益者は同一人のため、委託者兼受益者の意思能力喪失により、受託者をコントロールする者が不在となる。又、他益信託の場合、信託設定後は受益者が受託者をコントロールすることになるため、委託者の意思能力喪失に伴う影響はないが、受益者が意思能力を喪失した若しくは既に喪失している場合は自益信託と同様、受託者をコントロールする仕組みが必要となる。委託者若しくは受益者の意思能力喪失に備え、信託管理人又は信託監督人を選任するの一つの方法である⁷⁹⁾。

ここで留意が必要なのは、信託制度が財産管理制度であるということである。意思能力に関する定義は民法上設けられていないが、その内容は「自己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」と理解され⁸⁰⁾、そこには財産管理のみならず、成年後見事務の二大柱である身上保護⁸¹⁾に関する法律行為能力も含まれている⁸²⁾。つまり、意思能力

低下後も自身の意思が最大限尊重された生活を送るためには財産管理だけでは不十分なのである⁸³⁾。さらに本人が意思能力を喪失し、成年被後見人となった場合、日用品の購入その他日常生活に関する行為以外の法律行為については制限を受け（民法9条、859条の3）⁸⁴⁾、信託財産から享受する受益の使途も制限されることが考えられる。つまり信託制度のみでは、本人の意思能力低下に備えた実質的財産管理の実現は困難といえる。そこで筆者は、本人の自己決定権尊重を主軸とした財産管理と身上保護をカバーできる、信託制度と任意後見制度の融合スキームを提言する。

2. 任意後見契約

任意後見契約とは、委任者が受任者に対し、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における自己の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務の全部又は一部を委託し、その委託に係る事務について代理権を付与する委任契約をいい、家庭裁判所により任意後見監督人が選任された時からその効力を生ずるもので（任意後見契約に関する法律2条1項1号）、私的自治の尊重と法的保護である任意代理と法定代理を融合した代理制度である⁸⁵⁾。そして我が国でも「任意後見制度優位の原則」が採用されている⁸⁶⁾。任意後見契約は、公正証書によらなければならない（任意後見契約に関する法律3条）、公証人からの嘱託により登記される（公証人法57条の3第1項）。任意後見人は、委託事務を行うに当たり、本人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない（任意後見契約に関する法律6条）。任意後見制度は「自己の判断能力が十分な時点で『任意後見契約』を締結しておくことによって、判断能力喪失後の生活においても、本人の意思や希望に基づいた生活を送れることを保証しようとする制度」であり⁸⁷⁾、信託と同様、意思凍結機能を有する一方⁸⁸⁾、その効力は本人死亡により消滅し、死亡後には及ばない点、さらに任

意後見監督人の選任が効力発生要件とされていることから、公的監督メカニズムを有する制度である点で信託と異なる⁸⁹⁾。「自己決定権の尊重」を基礎理念とする任意後見制度の設計にあたっては、「当事者による任意の契約（任意後見契約）に対する本人保護を目的とする『必要最小限の公的関与』を法制化することにより、自己決定権の尊重の理念に即した本人保護のスキームについてオプションを増やすこと」を基本目的とすべきであり、裁判所の監督も間接的な形態にとどめられるべきである⁹⁰⁾。筆者は自己決定権の尊重を根源とする任意後見契約を、本人の意思能力状況に応じたサポートが可能な点においても評価するが、課題も多い。任意後見制度の問題点として、①利用低迷（2016年12月末日時点の成年後見制度利用者合計20万3,551人に対し、任意後見利用者は2,461人⁹¹⁾）、②任意後見の未履行（本人の意思能力低下にもかかわらず、監督人による監督回避のため申立てを行わない）、③親族間における新たな紛争（親族間での任意後見契約の奪い合い⁹²⁾）、④意思能力レベルの認識不足（任意後見契約に求められる意思能力は、法定後見と異なる）、⑤医療行為同意権の非付与⁹³⁾などが挙げられる⁹⁴⁾。任意後見制度の主な利用契約として、任意後見契約単独利用将来型⁹⁵⁾、委任契約・任意後見契約併用移行型⁹⁶⁾、任意後見契約単独利用即効型⁹⁷⁾があるが⁹⁸⁾、委任契約・任意後見契約併用移行型は問題点②と、任意後見契約単独利用即効型は問題点④と密接に関係しており、基本形である任意後見契約単独利用将来型での利用が望まれるところである。このような問題を抱えるものの、任意後見制度は自己決定権尊重の観点からも優れた制度であり、さらに信託制度でカバーできない身上保護を実現するための制度として重要な役割を果たすものと筆者は考える。

IV 撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) の代用制度

米国において検認手続 (Probate) 若しくは成年

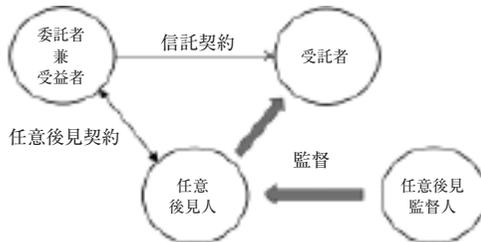
後見制度 (Guardianship) 回避目的で利用される撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) は、通常、委託者・受託者・受益者を同一人として信託設定し、委託者の死亡若しくは意思能力喪失に伴い受託者を変更し、委託者の死亡により受益者に実質的財産権の移転を行う方法で設定されることが多い。その結果、委託者の死亡若しくは意思能力喪失まで委託者は自由に信託の撤回をすることができ、又、委託者の意思能力喪失に伴い信託が終了することもないため、委託者はその後も引続き信託財産から利益を享受することができ、自身の死亡後には自身の希望通りの財産分配を行うことができる。ただし、監督者不在の問題があることは上述したとおりである。

我が国信託法は、同一人が単独で受託者と受益者になることを認めていないため（信託法163条1項3号）、米国で通常利用されている委託者、受託者、受益者を同一人とする撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) を設定することはできない。そこで例えば次のような信託を設定する。①委託者が受託者に自身が有する財産を移転し、生存中は委託者を受益者、委託者の死亡後は親族等が受益者となる信託を設定する。②その際、委託者に信託変更権限等を留保しておく。ただし、これらの権限を委託者の意思能力喪失後に任意後見人が行使することのないよう、委託者の意思能力喪失に伴い消滅するよう定めておく。そして当該信託契約と同時に、委託者は受託者とは異なる者（身上保護を行うため親族等になることが想定される）を任意後見受任者（任意後見人）として、自身の意思能力が不十分となった後の財産管理及び身上保護に関する自らの意思を定めた任意後見契約を締結する⁹⁹⁾。なお、任意後見契約は公正証書による作成が求められる要式契約であり、公正証書の作成を行った公証役場の囑託に基づき、指定法務局において登記される。

委託者において、精神上的障害により本人の事理を弁識する能力が不十分となった場合、本人や

任意後見人等からの申立てにより裁判所は任意後見監督人を選任し（申立てには本人の同意が必要である）、それに伴い任意後見契約の効力が生じる。効力発生後、任意後見監督人¹⁰⁰は任意後見人が契約に従った業務を行っているかを監督し、任意後見人が受託者を監督する強固なダブルコントロール体制が敷かれることとなる。このスキームにより、たとえ委託者が意思能力を喪失したとしても、自身の意思決定に基づく権利制限のない財産管理と身上保護の実現を図ることができるのである。

図1 スキーム図



当該スキーム構築に際しては、財産管理及び身上保護に関する代理権付与の内容を吟味した上で、信託契約及び任意後見契約を締結することが必要となるが、このスキームにおいて最も重要なのは、任意後見契約の効力発生タイミングである¹⁰¹。既に問題とされているように本人の意思能力が低下したにもかかわらず、申立てがなされない場合、本人保護のための制度も画餅に帰してしまうであろう¹⁰²。医療・介護機関や市町村なども連携し、本人の意思能力判定が適宜適当に実施される仕組み作りが求められる¹⁰³。

結びにかえて

年齢別認知症患者の割合は、80歳から84歳で約20%、85歳から89歳で約40%、そして95歳以上では約80%とされる¹⁰⁴。2015年時点での平均余命が男性80.79年、女性87.05年¹⁰⁵であることを踏まえると、今や認知症は誰もが発症しうる病状である

といえる。自身が認知症を発症した状態をイメージすることは容易ではないが、意思能力低下により財産の使用や処分を制限され、趣味など楽しみを奪われる、自己決定権を行使できない状況をイメージすることは容易であろう。もちろん Last Resortとして法定後見制度がある。しかし、本人の自己決定権を尊重した事前制度（advance directives）である、信託制度や任意後見制度が最初の選択として私達に与えられていることの意義は大きい。

本稿は、2017年度公益信託甘粕記念信託研究助成基金から助成を受けて行った研究成果の一部である。

- 1) 成年後見制度利用促進基本計画は、成年後見制度の利用の促進に関する法律（平成28年法律第29号）第12条第1項に基づき、成年後見制度の利用の促進に関する施策の総合的かつ計画的な推進を図るために策定されるものであり、政府が講ずる成年後見制度利用促進策の最も基本的な計画として位置付けられる（基本計画1頁）。
- 2) 前掲注1、5頁参照。
- 3) 後見制度支援信託とは、成年被後見人又は未成年被後見人の財産のうち、日常的な支払をするのに必要十分な金銭を預貯金等として後見人が管理し、通常使用しない金銭を信託銀行等に信託する仕組みをいい、2012年2月1日に導入された。後見制度支援信託を利用すると、信託財産を払い戻したり、信託契約を解約したりするには予め家庭裁判所が発行する指示書が必要となるため、後見人による不正な資金利用を防ぐことができる（最高裁判所事務総局家庭局「後見制度支援信託の利用状況等について—平成27年1月～12月—」）。
- 4) 前掲注3、1-2頁参照。
- 5) 一般社団法人信託協会「後見制度支援信託の概要・取扱状況について（平成28年10月24日）」7頁参照。
- 6) 内閣府成年後見制度利用促進委員会事務局「成年後見制度の現状（平成28年9月23日）」42頁参照。
- 7) 新井誠教授は、信託が高齢社会における財産管理制度として有用である理由として、信託の財産の集積的管理機能、長期的管理機能、私益財産から公益

財産への転換機能を挙げられる（新井誠「高齢社会における信託活用の意義」同編著『高齢社会と信託』267-271頁（有斐閣1995）参照）。本稿では、長期的管理機能のうち意思凍結機能に関し論ずる。

8) 検認手続 (Probate) とは、法定の方式に従って遺言能力のある遺言者によって作成された遺言として証明され裁判所によって作成された遺言として証明され裁判所によって確定されること、またはそのような遺言であるかどうか、その有効・無効を確定する手続をいう（田中英夫『英米法辞典』668頁（東京大学出版会1991））。

9) See. David J. feder & Robert H. Sitkoff, *REVOCABLE TRUSTS AND INCAPACITY PLANNING: MORE THAN JUST A WILL SUBSTITUTE*, 24 *Elder L. J.*, 1, 2 (2016-2017).

米国における成年後見制度 (Guardianship) の代替制度として、統一財産管理信託法 (Uniform Custodial Trust) に基づく信託がある。当該信託は、所定の書式に受託者や受益者の名前等を記載するだけで簡単に信託設定できるものであり、受益者が意思能力を喪失した場合には、そのまま裁量信託へ移行し、受益者が死亡した場合には予め指定した者に財産が帰属するなど非常に利便性の高い信託である。ただし「出来合い」信託のため、カスタマイズした信託を希望するケースには適さない。制度の内容については、新井誠「信託制度と成年後見制度の融合—イギリス法とアメリカ法の考察を中心として—」同編著『民事信託の理論と実務』119-145頁（日本加除出版2016）に詳しい。

10) 基本計画では「身上監護」から「身上保護」に用語が変更されている。本稿でもパターンリズム排除の観点から「身上保護」を採用する（前掲注1, 3頁参照）。

11) 備えあれば憂いなし。事前的措置 (advance directives) 制度である信託制度と任意後見制度を利用する意義は大きいといえよう。

12) 新井誠『信託法〔第4版〕』79頁（有斐閣2014）参照。

通常、資産プランナーは、撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) を、委託者が相対的自由に撤回若しくは変更できる生前信託を意味し、彼らの死亡に伴い効力が生じる資産計画により組成されることになるものを指す。撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) では、委託者の生存中、委託者がしばしば撤回可能信託の受託者及び受益者と

なる。See. Bradley E.S. Fogel, *Trust Me? Estate Planning With Revocable Trusts*, Vol. 58 SAINT LOUIS UNIVERSITY. LAW. JOURNAL, at 805, 807 (2014).

13) 委託者が死亡若しくは意思能力喪失するまで信託資産や目的物を全体的にコントロールする信託は、英国・ニュージーランド・オーストラリア・カナダなどコモン・ローの国の法律において無効とされるが、米国では撤回権を用いることにより、生前中の利益及びコントロールを自身に残存できる、有効かつ非遺言的信託を創設することができるかとされている。See. RESTATEMENT OF THE LAW TRUSTS (THIRD), Vol. 1, at 391 (2012).

14) 樋口範雄『現代アメリカ信託法〔沖野眞已執筆部分〕』82頁（有信堂高文社2002）参照。

15) See. *supra* note 13. at 378. 大塚正民「デーヴィッド・M・イングリッシュ著 アメリカ信託法への誘い—伝統的信託法論入門』『信託と信託法の広がり』6頁（財団トラスト602005）参照。

検認手続 (Probate) とは、遺言の効力確定と遺産の管理及び分配という死者の財産の清算を裁判所の監督の下で行う手続をいい（樋口・前掲注14, 92頁参照）。遺産が少額な場合は除かれる。See. JESSE DUKEMINIER & ROBERT H. SITKOFF, *WILL TRUSTS AND ESTATES*, at 49 (9th ed. 2013).

撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) の利用目的には、検認手続 (Probate) 回避の他、委託者が意思無能力者となった場合の財産管理、委託者の秘密保持などもある（新井・前掲注9, 116-117頁参照）。

16) David M. English 教授は、撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) のメリットとして、①費用の節約、②時間の短縮、③公開閲覧の回避、④州外相続財産にかかる付随的検認手続の回避、⑤遺留分排斥、⑥裁判所による介入回避、⑦信託設定地の選択可能、⑧無効となりにくい、⑨委託者の意思能力喪失による後見制度適用の回避、又デメリットとして、①検認より時効が長い、②遺言法理より安定性に欠ける、③税制上のメリットはない、④受託者への財産移転コスト、⑤委託者名義財産は対象外となることを挙げられる（大塚・前掲注15, 14頁以下参照）。

17) 他の資産対策の場合、調和を欠くことがあるが、生前信託はその問題も回避できるため、多くの法律家が推奨するとされる。See. DUKEMINIER & SITKOFF,

supra note 15, at 435.

- 18) See. THE UNIFORM TRUST CODE, at 100 (2000).

ここでは撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) を遺言と同様の機能を有するもの (as the functional equivalent of a will.) と捉えているとも述べられている。ちなみに遺言信託では検認手続 (Probate) を回避することはできない。See. GERRY W. BEYER, TEACHING MATERIALS ON ESTATE PLANNING, at 56 (1995).

Langbein 教授は遺言の代替手段として、撤回可能生前信託 (the revocable inter vivos trust), 生命保険 (life insurance), 様々な種類の死亡時払い銀行預金 (POD bank accounts), 死亡時移転証券勘定 (TOD securities accounts), 年金 (pension accounts) の5つのタイプがあるとされる。See. DUKEMINIER & SITKOFF, *supra* note 15, at 436.

- 19) 2000年統一信託法典 (The Uniform Trust Code (2000)) は、米国初の信託法典 (first national codification of the law of trust) であり、州に対し、正確かつ包括的、そして簡単にアクセスできる信託法への疑問に関するガイダンスを提供するものであり、明示信託に関する法則を定めた法律である。See. *supra* note 18, at 1.

- 20) リステイトメント (Restatement of The Law) とは、各州で異なる信託制度を有する米国における信託統一法的位置づけのものとして、アメリカ法律協会が編纂したものをいう。第1次信託法リステイトメントは1935年、第2次信託法リステイトメントは1959年に刊行された。その後1992年にプルデント・インベスター・ルール (Prudent Investor Rule) が、2003年には第3次信託法リステイトメント第1巻・2巻、2007年に第3巻、2012年に最終巻である第4巻が上梓されている (新井・前掲注12, 16頁参照.)

- 21) 2000年統一信託法典 (Uniform Trust Code (2000)) では、第6章第601条から604条までの4カ条にて撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) に関する規定を設け、コモン・ロー上、信託を撤回不能とする従来の考え方を覆し、信託設定証書中に特にこれと異なる定めがない限り、信託を取消可能なものとみなすという立場を採用した。See. *supra* note 18, at 102.

これに対し、リステイトメント (Restatement of The Law Trusts (Third)) 第63条では、委託者による信託の撤回若しくは変更の可否判断は、第一に信

託契約の定めにより、そして信託契約にて撤回・変更権限を明らかにしていない場合には、解釈によるが、委託者の意図を明確かつ説得力ある証拠があればそれに基づいて判断すると規定する。See. *supra* note 13, at 448.

- 22) 2000年統一信託法典 (Uniform Trust Code (2000)) 第601条は、撤回可能信託 (Revocable Trust) の設定・変更・撤回、財産の追加、撤回可能信託 (Revocable Trust) における受託者に対する行動の指図において要求される能力水準は、遺言作成能力と同様であるとする。

なお撤回不能信託設定の場合、委託者には信託財産の移転に必要な意思能力が必要とされる。See. *supra* note 18, at 101; *supra* note 13, at 161.

- 23) 受託者は委託者に対してのみ信任義務を負い、受益者に対しては信任義務を負わないとされる。See. feder & Sitkoff, *supra* note 9, at 2.

- 24) ジェームズ R. ウェイド「米国における信託の日常的利用状況」新井誠編訳『信託制度のグローバルな展開 (公益信託甘粕記念信託研究助成基金講演録)』255頁 (日本評論社2014) 参照。

例えば、委託者であるジェーン・スミスが、彼女自身の撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) の受託者となし、彼女のミューチュアル・ファンドを信託に移転するということは、単にジェーン・スミスという所有者名から、2014ジェーン・スミス撤回可能信託の受託者としてのジェーン・スミスに名が変わるだけである。See. Fogel, *supra* note 12, at 808.

- 25) See. *supra* note 13, at 386-387.

- 26) See. Fogel, *supra* note 12, at 810.

撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) は長年の間に発展を遂げ、今では典型的方法として信託宣言による設定が利用され、撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) の取決めは遺言としての効力しかないと理解されているようである。又、米国以外のコモン・ロー法系の国では、撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) のような取決めに対し、信託としての効力を認めず、信託財産は引き続き委託者の財産として扱われ、それは死亡時も同様であり、本人が死亡した場合には有効な遺言の定め若しくは無遺言の場合の法律上の規定により処分されることとなる (デイヴィッド・ブラウンビル「信託を用いた無能力への備え」新井誠編訳『信託制度の

グローバルな展開（公益信託甘粕記念信託研究助成基金講演録）』471頁以下（日本評論社2014）参照）。

- 27) 米国では50州及びコロンビア特別区でそれぞれ独自の後見制度を有しており、名称や規定も様々である（George H. Zimny, George T. Grossberg, 上山泰訳「高齢者のための後見制度」新井誠監訳『アメリカ成年後見ハンドブック』9頁（頸草書房2002）参照）。Guardianshipの権限は、多くの州においてConservatorshipよりも制限されており、かつ司法関与が多いが（*See. feder & Sitkoff, supra note 9, at 27.*）、本稿では、GuardianshipとConservatorshipを共に後見制度（Guardianship）とする。

米国では、資産管理を希望する顧客は弁護士に対し、自身の財産管理のみならず、自身の医療ケア（medical care）や死に関する希望、健康管理（health care）やその決定に関し、顧客が選定した者に権限を与えることに関するアドバイスも求められる。*See. STEWART E. STERK & MELANIE B. LESLIE, ESTATES AND TRUSTS, at 963 (5th ed. 2015).*

- 28) 米国の法定後見制度が抱える問題として、①本人の自己決定権に反する事後的な保護制度であること、②裁判手続きに多くの時間と費用がかかること、③裁判所による無能力宣言が不名誉な烙印となっていること、⑤裁判手続きが柔軟性に欠けることなどが指摘されている（志村武「アメリカにおける任意後見制度—日本法への示唆を求めて」ジュリスト1141号59頁参照）。その結果、後見制度は最終手段（last resort）と捉えられている。*See. STERK & LESLIE, supra note 27, at 963, also See. feder & Sitkoff, supra note 9, at 28.*

裁判所は、本人に情報を受領、評価、意思決定する能力に欠陥があり、財産管理能力がないと認められる明確かつ説得力のある証拠があるなどの場合、制限ある若しくは無制限の後見人（Conservator）を選任する。*See. supra note 18, §5-401(2).*そして、後見人（Conservator）は、5章427（b）に規定する以外の贈与、不動産譲渡、不動産の権利放棄、指名権の行使若しくは放棄、不動産信託の設定、遺言の作成若しくは撤回などをする場合、利害関係者への通知及び裁判所による明示的承認を必要とする。*See. supra note 18, § 5-411 (a).*

- 29) 後見制度においても、法的助言者（legal mentor）は代理権と同様の特別な権限に基づき、本人の同意を受け、個人の代理人として行動することが求めら

れる。反対に意思決定サポート代理契約の場合、法的能力を有していることを論証できない人は、意思決定サポートを受け個人若しくはサポートネットワークと契約をすることができる。*See. STERK & LESLIE, supra note 27, at 970.* このことからすれば、私的代理制度の方が意思決定サポートに適しているといえよう。これは我が国においても同様である。

Anderson v. Lasen 628 N.W.2d 233 (Neb. 2001) 事件では、持続的代理制度（Durable Power of Attorney）の下、資産管理が行われている場合、後見制度（Conservatorship）は法的に要求されず、かつ本人の利益にならないことが争われた。ネバダ最高裁（Supreme Court）は、代理人が本人の不動産を費消し、本人の不動産から自身に10,000ドルの贈与を行ったことが明らかなため、代理人指名があったとしても後見人（Conservator）指名は正当であるとして、本人の娘と法律上の息子の請求を棄却した。このように後見制度（Conservatorship）回避目的で利用されることが多い。

- 30) 代理とは、他者が本人の代わりに行動し、本人のコントロールを受けることの合意により成立する信託関係（Fiduciary Relationship）である。*See. RESTATEMENT SECOND AGENCY §1(1), Michelson v. Hamada, App. 4th 1566 (Cal. 1994).*

- 31) 1964年模範少額財産的利益特別代理法（Model Special Power of Attorney for Small property Interests Act）が、1961年統一遺産管理法典（Uniform probate Code）の継続的代理権に関する規定と1979年統一継続的代理権法（Uniform Durable Power of Attorney Act）の先駆けであり、持続的代理制度（Durable Power of Attorney）は法定後見制度の代替策として利用されることを念頭に創設された（志村・前掲注28, 60頁参照）。

- 32) *See. supra note 13, at 52.*

- 33) 瀬々敦子「高齢者の財産管理についての比較法的考察」信託177号30頁参照。

代理権は明示的に与えなければならないとされ、本人の過去の気前の良さなどは関係ないとされる。*Townsend v. U.S., 889 F. Supp 369 (Neb.1995), Fender v. Fender, 329 S.E.2d (S.C 1985).*

- 34) 即効型とは、後に生じる本人の意思能力喪失によっても代理権は影響を受けないという文言を含む代理権であり、即効型持続的代理権（immediate Durable Power of Attorney）と呼ばれるものである

- (志村・前掲注28, 61頁参照)。
- 35) 停止条件型とは、本人の意思能力喪失時に代理権が発行するという文言を含む代理権であり、停止条件型持続的代理権 (spring Durable Power of Attorney) と呼ばれるものである (志村・前掲注28, 61頁参照)。
- 36) 通常、経済的問題に対処するための持続的代理 (Durable Power of Attorney) と医療問題に対処するための持続的代理 (Durable Power of Attorney) は、分かれて規定されているため、実務上、それぞれにつき委任状が作成される (樋口範雄『アメリカ代理法』92頁 (弘文堂2002) 参照)。
- 37) 志村・前掲注28, 62頁参照。
- 38) 新井・前掲注27, 19頁参照。
- 39) 志村・前掲注28, 62頁参照。
- 40) 新井・前掲注27, 7-8頁参照。
- 41) See. STERK & LESLIE, *supra* note 27, at 976.
 その他、今代理契約や信託設定を希望しない者には、複数名の医師により本人が財産管理を行えないと判断された時点で代理の効力が生じる発生代理権 (Spring Powers of Attorney) が認められている。See. STERK & LESLIE, *supra* note 27, at 985.
- 42) See. *supra* 13, at 52-53.
 代理関係の核心には、本人による代理人のコントロールがあり、これがなければ代理ではないとされる。See. *supra* note 30, §1.01 comment f (1).
- 43) See. *supra* note 13, at 53.
- 44) 死後の財産処分方法として遺言と信託が考えられるが、遺言は検認手続 (probate) があるだけでなく要式性が求められるなど、信託と比べ制限が多い。
- 45) 2000年統一信託法典 (Uniform Trust Code (2000)) 第103条では、Conservatorを未成年若しくは成年者の財産管理を行うため (administer the estate) 裁判所により指名された者、Guardianを未成年者若しくは成年者の保護、ケア、教育、健康、福祉に関する意思決定を行うため (make decisions regarding the support, care, education, health, and welfare) 裁判所により指名された者と定義する。
- 46) See. *supra* note 18, at 105. 撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) は、委託者の死亡により撤回不能信託となるが、委託者の意思能力喪失により、撤回不能信託となることはない。See. *supra* note 18, at 110.
 撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) は、後見制度 (Conservatorship) 回避のため利用されることが多く、委託者は後見人 (Conservator) による行使を拒絶したいと考えるが、裁判所は、正義の利益の必要性等を考慮した上、しぶしぶこの承認を与えることされる。See. *supra* note 18, at 106.
- 47) See. *supra* note 18, at 107.
 撤回可能生前信託 (Revocable Living Trust) の有する後見制度 (Conservatorship) 回避機能を認めない傾向は誤っているとする意見もある。See. Feder & Sitkoff, *supra* note 9, at 47.
- 48) 金子宏ほか『法律学小辞典 [第4版補訂版]』819頁 (有斐閣2011) 参照。その他、内田貴『民法I [第4版]』133頁以下 (東京大学出版会2008)、我妻栄ほか『我妻・有泉コンメンタール民法 [第4版]』238頁 (日本評論社2016) 参照、野村豊弘『民法I 序論・民法総則 [第2版補訂]』176頁以下 (有斐閣2008)、於保不二雄=奥田昌道編『新版 注釈民法 (4) 総則 (4) [奥田執筆部分]』1頁 (有斐閣2015) なども参考。
- 49) このことから、本人に直接義務が生じる直接代理の法的構成は、ラーベルにて「法学上の奇跡 Wunder」と評させた。直接代理が認められたことにより法律家は初めて、ローマ法の思考方法から完全に解放されたともいわれている (中田邦博「ヨーロッパ代理法」椿寿夫編『講座・現代契約と現代債権の展望 第四巻 代理・約款・契約の基礎的課題』626頁 (日本評論社1996) 参照)。
- 50) 河上正二『民法総則講義』436頁 (日本評論社2007) 参照。古代ローマ法では、「何人も他者のために約束せしむることをえない (alteri stipulari nemo potest)」として、使者や間接代理しか認められなかったが、カノン法をして「自身によりてなし得ることは、他人によりてなすことを得、他人によりてなす者は自身によりてなすに同じ」との考え方を示すに至った (オッコー・バーレンツ著、河上正二訳『歴史の中の民法—ローマ法との対話』157頁以下 (日本評論社2001) 参照)。
 代理制度は、17世紀頃から独立の制度として承認されるようになったもので、これは全く近代社会の所産であるといえる (於保不二雄『民法総則講義』213頁 (有斐閣1960) 参照)。
- 51) 於保=奥田・前掲注48, 1頁参照。
 潮見佳男教授は、権利主体としての本人は、自分の私的生活関係をどのように形成するかについて決

定権（自己決定権）を有しており、この自己決定権に由来する権限の一部を他人（代理人）に与えることによって、代理人が本人のための法律行為（本人に効果帰属する法律行為）を本人に代わって行うことができるようになるため、代理権こそが私的自治・自己決定権との関係では代理制度の根幹に位置するものとされる（潮見佳男『民法総則講義』346頁（有斐閣2005））。代理権授与を自己決定権の一部付与と捉える考え方は興味深い。

- 52) 資本主義社会の取引が高度に複雑化し発展してくるとともに、企業の所有と経営の分離が生じ、財産の帰属と財貨の獲得・蓄積のためにする管理処分権行使とが分化する現象が生じる。このように私的自治・契約自由・物権法定主義の大原則による財貨獲得の自由は、財産家・組織的社会集団ほど有能な任意代理人を使用することによって一層その目的を達成する。すなわち、任意代理の制度こそ私的自治の拡張という機能をもつことになる（遠田新一『代理法理論の研究』44頁（有斐閣1984）参照）。
- 53) 自然人に権利主体としての地位・資格が認められる権利能力があっても、それだけでは財貨は蓄積されず、自ら積極的に行動し、相手方との取引契約を通じて財貨を獲得することが必要となる。そのため意思無能力者は、意思能力と行為能力（処分能力）の補充が必要となり、法定代理人によって無能力の補充が図られ、標準的自然人の能力まで高められることとなる。法定代理の制度は、無能力者の意思能力または行為能力を補充するための私的自治の補充という機能をもつことになる（遠田・前掲注52, 44頁）。
- 伊藤進教授は、資本主義経済社会の発展に伴い、多くの社団や財団が発生したが、これらの団体はそれ自体法人格が認められるものの、意思的活動をなしうるものは意思を持つ自然人に限られるため、団体の活動能力の補充も代理制度により行われたとされる（伊藤進『任意代理基礎理論』14頁（成文堂1990）参照）。
- 54) 私的自治の拡張を任意代理の機能、補充を法定代理（任意後見制度における任意代理も含む）の機能とする（四宮和夫＝能見善久『民法総則〔第8版〕』293頁（弘文堂2010）参照）。その他、代理制度の機能として「私的財産の管理（近代法はすべての法律関係を自然人たる人格者に結びつけ把握しているため、特定財産につき独立管理が必要となった場合、財産帰属者の代理制度を認めるしかない）」も挙げら

れる（伊藤・前掲注53, 15頁参照）。

- 55) 我妻栄『新訂民法総則』324頁（岩波書店1965）参照。
- 56) 意思自治の原則と私的自治の原則との関係及びその沿革は、星野英一「意思自治の原則、私的自治の原則」星野英一編『民法講座 第1巻 民法総則』335頁以下（有斐閣1984）参照。
- 57) 民法111条2項は任意代理のみの規定であり、委任契約の終了事由は、①委任者又は受任者の死亡、②委任者又は受任者が破産手続開始決定を受けたこと、③受任者が後見開始審判を受けたこと（民法653条）である。
- 58) 富井政章博士は、「本人ノ能力喪失ハ法定代理權發生ノ原因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」とされる（富井政章『訂正増補 民法原論 第1巻 総論〔復刻版〕』517頁（有斐閣1985）参照）。なお、米国第3次リステイトメントでは本人の行為をする能力の喪失が現実の代理権の消滅事由とされている（佐久間毅「日本の任意代理とアメリカのAgency」樋口範雄＝佐久間毅『現代の代理法』50頁（弘文堂2014）参照）。
- 自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とする意見もある（我妻・前掲注55, 354頁参照）。ただし、授權契約をするためにいかなる能力を必要とするかは別問題であり、未成年者が単独で所有不動産の贈与をする契約の代理権を授与することは認められないともされる（我妻・前掲注55, 354頁参照）。
- 59) ボアソナード草案では、代理の終了事由（1447条）に「委任者又ハ代理人ノ死去、商事破産、身代限若ハ禁治産」を含めており、その理由を「禁治産ヲ受ケタルハ委任者ナルトキハ其財産ノ管理ハ其後見人ニ轉移ス可シ」とし、本人が意思能力を喪失した場合は、自動的に法定後見に移行することが想定されていたものと考えられる（ボワソナード氏起稿、星野英一編『再閣修正民法草案註釈 第I巻—第VI巻（第二編 物権ノ部、第二編 人権ノ部、第三編、第二編・第三編 摘要、第四編、第五編）ボワソナード民法典資料集成 後期I—II』1008頁以下（雄松堂出版2000）参照）。又、民法起草者も本人の能力喪失後は、法定代理権が関与することを意図していた（新井誠「被保護成年者によって設定された任意代理権の消長」須永醇編『被保護成年者制度の研究』

399-406頁（勁草書房1996）参照）。

- 60) 2012年度の調査では、全国の高齢者（65歳以上）のうち、認知症患者数約462万人（認知症有病率15%）、MCI患者数約400万人（MCI有病率13%）との推計に対し（老健局高齢者支援課認知症・虐待防止対策推進室「認知症施策の現状（平成26年12月19日）」20頁参照）、成年後見制度の利用者合計数は16万6,289人であった（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」11頁参照）。

成年後見制度適用に年齢制限がなく、利用者数に認知症以外の精神上的の障害も含まれていることを勘案すれば、この制度がいかにも利用されていないかが分かる。意思能力の有無は法律行為ごとに判断されるため、認知症患者のすべてが意思無能力者となるわけではないが、仮にそうであったとしても法律上の保護制度の適用を受けていない意思無能力者が多数存在し、その者を対象とする法整備がほとんどなされていないのが現状といえよう。

- 61) 成年後見制度導入の理由として、この問題が取り上げられている（四宮＝能見・前掲注54, 311頁参照）。

本人の後見が代理権消滅事由となっていないことに関し、河上正二教授は「本人の利益を守るためには代理の継続が必要と考えられた結果であるが、代理人に対する本人からのコントロールが期待できなくなる局面では、何らかの手当が必要である。」とされる（河上・前掲注50, 451頁）。

- 62) 新井・前掲注59, 402-403頁。

石尾一郎助氏は「委任者又ハ代理人カ治産ノ禁ヲ受ケタルトキハ其身分上ニ変動ヲ生スルノ故ヲ以テ代理契約ハ終了スルモノトシテ其禁治産タル民事上ノモノタルト刑事上ノモノタルトヲ問フヲ要セサルナリ……禁治産者ハ一般ノ無能力者ト為リ代理ヲ委任スルノ能力ヲ失フモノナレハ最早委任者其人ノ為メニ存スルモノニシテ委任者ノ後見人ノ為メニ存スルモノニ非サレハ其後見人ト代理者トノ間ニ代理契約ヲ継続スルルヲ得サルニ由ルモノトス」とされる（石尾『民法代理論完』323頁以下（有斐閣1892））。

- 63) 新井・前掲注59, 406頁。内田貴教授は、「本人の意思能力喪失が任意代理人の代理権に影響を与えないといい切ることは若干の躊躇が感じられた」とされるにとどまる（内田・前掲注48, 150頁）。

- 64) 代理権を有しない者が他人の代理人としてした契約は、本人がその追認をしなければ、本人に対してその効力を生じない（民法113条1項）。

- 65) 前条の場合において、相手方は、本人に対し、相当の期間を定めて、その期間内に追認をするかどうかを確答すべき旨の催告をすることができる（民法114条）。

- 66) 潮見・前掲注51, 370頁参照。

- 67) 移行型任意後見制度とは、任意後見契約と合わせて包括的な任意代理契約も締結するもの。本人の意思能力の低下により、本来任意後見契約を発効させるべきところ、広範な任意代理権を奇貨として任意後見監督人選任申立がなされないなど、任意代理契約の濫用が深刻な問題となっている（新井誠「任意後見制度に関する一管見—その誕生から今後まで—」筑波ロー・ジャーナル5号70頁参照）。

- 68) 移行型任意後見制度における問題に関しては、新井誠「成年後見法の展望—あるべき姿を求めて」新井誠ほか編『成年後見法制の展望』535頁（日本評論社2011）、田山輝明『成年後見読本〔第2版〕』125頁（三省堂2016）など参照。

- 69) See. Vollker Lipp, *Going Private: "Vorsorgevollmacht" as an Alternative to Legal Guardianship for Adults*, at 8.

- 70) なお、ドイツにおける任意後見制度は「予防的代理権（Vorsorgevollmacht）」という。

- 71) See. Lipp, *supra* note 69, at 9.

- 72) 新井誠「任意後見制度の現状と課題」同編著『福祉契約と利用者の権利擁護』124頁（日本加除出版2006）参照。

- 73) See. Lipp, *supra* note 69, at 9.

ドイツで本人が意思能力を喪失しても代理権が消滅しない理由につき、Vollker Lipp教授は次の2点を挙げられる。ひとつは、本人の意思能力は時とともに変化し、たとえ本人の事務管理をするのに誰かの手を借りなくてはいけない状況であったとしても、本人はまだ代理人を監督することができるかもしれないこと。もうひとつは、ドイツでは親族間で任意代理制度を利用することが多いため、内部的形式の監督が存在すること。仮に外部の監督が必要ならば、裁判所が介入すればよく、その際は裁判所の指名による法定代理人を選任すればよいだけとされる。See. Lipp, *supra* note 69, at 9.

- 74) 新井・前掲注12, 85頁参照。

- 75) 新井・前掲注12, 86頁参照。

- 76) 新井・前掲注12, 87頁参照。
- 77) その他受託者の義務には、信託事務遂行義務（信託法29条1項）、信託事務の処理の委託における第三者の選任及び監督に関する義務（信託法35条）、公平義務（信託法33条）、分別管理義務（信託法34条）、帳簿作成・報告等義務（信託法36条～38条）がある。
- 78) 信託の場合、信託財産の法的所有権は受託者に帰属することとなるため、任意代理以上に受託者に対する監督が必要となろう。
- 79) 新井・前掲注12, 88頁参照。
- 80) 我妻栄『新訂民法総則』60頁（岩波書店1965）。なお意思能力に関しては、拙稿「意思無能力者における納税義務」中央大学大学院研究年報法学研究科篇第46号131-147頁参考。
- 81) 身上保護に関する事務としては、介護契約に関する事項、各種福祉サービス利用契約に関する事項、福祉施設入所契約に関する事項、医療契約に関する事項など、本人にとり重要な契約に関するものが多い（新井誠「任意後見制度」同編著『成年後見 法律の解説と活用方法』126-127頁（有斐閣2000）参照）。
- 82) 民法858条は、「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない」とする。
- 83) 成年後見制度の趣旨はまさに、ノーマライゼーション（成年被後見人等が、成年被後見人等でない人と等しく、基本的人権を享有する個人としてその尊厳が重んじられ、その尊厳にふさわしい生活を保障されるべきこと。）と自己決定権の尊重（障害者の権利に関する条約第12条の趣旨に鑑み、成年被後見人等の意思決定の支援が適切に行われるとともに、成年被後見人等の自発的意思が尊重されるべきこと。）の理念である（前掲注1, 2頁参照）。
- 84) 後見類型は行為能力を画一的に、かつほぼすべての分野において剥奪するものであり、又欠格事由も200を超えるなど課題が多い（新井・前掲注9, 79-80頁参照）。
- 基本計画では成年被後見人等の権利制限に係る措置の見直しが示されている（前掲注1, 6頁参照）。
- 85) 1999年1月26日開催の法制審議会民法部会第33回会議では「任意後見契約に関する法律案というのは、これはいわゆる任意後見と言われるものでして、公的機関の監督を伴う任意代理制度としての任意後見制度の創設を内容とする、特別法の案でございます。……任意後見制度というのは、正に自己決定、自分で決めるわけですから自己決定を最大限に尊重した制度と言っているかと思えます。したがって……任意後見制度が法定後見制度に優先するという関係にありまして、本人が契約によって選任し、権限を与えた後見人というのを優先するということは、先ほど申しました自己決定権の尊重、私的自治の原則等からして当然のことであろうと思われまふ。」と説明されている（法務省『法制審議会民法部会第33回会議議事録』）。
- 86) 上山泰「任意後見契約の優越的地位の限界において」筑波ロー・ジャーナル11号101頁参照。本稿において上山教授は、任意後見において尊重される意思は、契約設定時における意思であり「任意後見＝自己決定型：法定後見＝パターナリズム型」という短絡的な二項対立図式的思考は、法定後見運用における自己決定尊重の等閑視へつながる虞がある、本来進むべき道は、法定後見における自己決定（本人意思）尊重の最大化であり、それが実現した暁には法定後見と同質の任意後見制度は、実質的意義を失うとされる。
- 87) 任意後見制度の基本的意義として、①自己決定権の尊重の理念に最も適すること、②現代型の社会福祉理念に親和性を有すること、③コスト削減が期待できることなどが挙げられる（新井・前掲注81, 105-106頁参照）。
- 88) 新井・前掲注12, 87頁参照。
- 89) 新井・前掲注12, 87頁参照。
- 90) 新井誠「任意後見制度が抱える課題」司法書士526号4頁参照。
- 91) 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28年1月～12月—」11頁参照。
- 92) 中山二基子「任意後見制度の課題」新井誠監『成年後見法における自律と保護—成年後見法世界会議講演録』146-148頁（平文社2012）参照。
- 93) 新井・前掲注90, 8頁参照。
- 94) 筆者は、自身に関する（すべての）事項を自己決定し、それを事前契約する文化が我が国において根付くかが最大の懸念事項ではないかと感じている。
- 95) 任意後見契約単独利用将来型とは、現状では任意後見を必要としないが将来の備えとして任意後見契約を締結しておくものであり、任意後見契約の基本形である（新井・前掲注81, 124頁参照）。

- 96) 委任契約・任意後見契約併用移行型とは、任意後見契約の締結に際して、同時に通常の委任契約を締結しておき、当初は通常の委任契約に基づく事務委任を任意後見受任者に委ねておき、本人の判断能力低下に伴い任意後見契約へ移行させる形態をいうが（新井・前掲注81, 124-125頁参照）、本人の判断能力低下にもかかわらず、任意後見契約へ移行しないケースが問題となっている。
- 97) 任意後見契約単独利用即効型とは、意思能力が相当低下した者が任意後見契約締結と同時に任意後見監督人を選任して契約を直ちに発効させるものをいう。意思能力の低下が相当進んでいるものの、任意後見契約を締結する意思能力は認められる者が選択すべき形態であるが（新井・前掲注81, 125頁参照）、任意後見契約を締結するのに十分な判断能力がないにもかかわらず、利用されるケースが問題視されている。
- 98) 新井・前掲注81, 124-125頁参照。
- 99) 任意後見契約に関する法律第三条の規定による証書の様式に関する省令（平成12年2月24日法務省令第9号）第2において、「公証人は、任意後見契約に関する法律第三条の規定による証書を作成する場合には、附録第一号様式又は附録第二号様式による用紙に、任意後見人が代理権を行うべき事務の範囲を特定して記載しなければならない。」と定められている。任意後見契約に関する法律第3条の規定による証書の様式（附録第1号様式）はチェック方式となっており、代理権付与事項がかなり細分化され記載されている。
- 100) 任意後見監督人の職務は、①任意後見監督人の事務の監督、②任意後見人の事務に関する家庭裁判所への定期的報告、③緊急時における代理権の範囲内での必要な処分の遂行、④任意後見人と本人との利益相反行為における本人の代表である（任意後見契約法7条1項）。
- 101) 受託者及び任意後見人の選任も重要である。信託銀行が受託者となるのが一般的と考えられるが（澤重信「信託と成年後見—任意後見を中心として」新井・前掲注81, 367-379頁参照）、信託財産が限定されることや信託報酬額などを考慮すれば、信託会社や弁護士など新たな担い手が増えることが期待される。他方、任意後見人の選任については、公・民への期待が高まる一方、依然、家族への依頼を希望する者も多いことを考慮すれば、介護・医療への「私」の関与は欠かせないといえよう（小賀野晶一「成年身上監護制度論（1）」ジュリスト1090号114-116頁参照）。任意後見監督人の責務は重い、受託者及び任意後見人に親族若しくは親族外いずれの者が就任したとしても、本人意思尊重の重要性を関係者全員が理解することが最も重要である。「いま・ここでの新たな自己決定（上山・前掲注86, 126頁）」も尊重されるべきであるからである。
- 102) 「（認知症の人と医療との）出会いのポイントを前に倒す」ことは医療面からも重要とされる（成本迅「認知症ケアのための医学的基礎知識」花園大学心理カウンセリングセンター研究紀要8号5-14頁参照）。認知症患者は徐々に症状が悪化するため、早期発見・治療等により自分らしい生活を続けることができる。
- 103) 基本計画では権利擁護支援の地域連携ネットワークづくりとして、保健・医療・福祉のみならず、司法をも含めた地域連携ネットワークづくりが示されている（前掲注1, 10-12頁参照）。
本人に精神的負担をかけない認知症診断方法として、日常会話式認知機能評価（Conversational Assessment of Neurocognitive Dysfunction：CANDy）なども開発されている（大庭輝ほか「日常会話式認知機能評価（Conversational Assessment of Neurocognitive Dysfunction：CANDy）」の開発と信頼性・妥当性の検討」老年精神医学雑誌28巻4号379-388頁参照）。
- 104) 国立研究開発法人国立長寿医療研究センターもの忘れセンター「認知症ははじめの一步」7頁参照。
- 105) 厚生労働省「主な年齢の平均余命（平成27年）」参照。

