

Trust Sixty Foundation

# 高齢者の財産管理 —その現状と課題—

トラス60研究叢書

平成20年3月

## はしがき

本報告書は「高齢者の財産管理と金融取引に関する研究会」の成果をまとめたものである。

上記研究会は平成17年7月にスタートして以来、約20回ほどの研究会を重ね、毎回貴重な議論を展開することができた。座長としては研究会の参加者に衷心からお礼を申し上げたい。

本報告書の取り纏めに際してはかなりの時間を要し、事務局にはご迷惑をおかけしたことをお詫びしたい。

本研究会に研究の場を提供して頂いた財団法人トラスト60に対して謝意を表すると共に、本書がいささかでも有益なものとして評価されることを期待しつつ、本報告書を公表する次第である。

2008年3月

新井 誠

## 目次

成年後見制度の現状と課題	新井 誠	1
8年目を迎えた成年後見制度	矢頭 範之	13
任意後見契約と死後事務委任契約に関する実務上の諸問題	赤沼 康弘	37
不当勧誘規制と高齢者の財産保護 ～不当な働きかけ・つけ込み行為からの 弱者保護問題を中心に～	丸山 絵美子	61
高齢者の資産管理・承継と信託の活用	小林 徹	99
米国における家族信託の実情及び担い手規制と日本における 高齢者の財産管理における信託の活用可能性について	細川 昭子	151
民事信託の担い手をめぐる法的考察 —米国の民事信託をめぐる状況とわが国への示唆—	杉浦 宣彦	177
税制適格REITによる資産形成と企業の事業用不動産証券化との融合 —米国におけるREIT Spin-offの機能・効果・分析—	岩崎 政明	189

## 高齢者の財産管理と金融取引に関する研究会 委員名簿

### 委員長

新 井 誠 筑波大学法科大学院長・教授

### 委 員

岩 崎 政 明 横浜国立大学大学院国際社会科学研究所／法曹実務専攻長・教授

岩 志 和 一 郎 早稲田大学法学部・教授

杉 浦 宣 彦 中央大学ビジネススクール経営法務分野・教授

丸 山 絵 美 子 名古屋大学法学研究科・准教授

赤 沼 康 弘 弁護士

矢 頭 範 之 司法書士／成年後見センターリーガルサポート・東京支部長

細 川 昭 子 弁護士

小 林 徹 住友信託銀行リテール企画推進部・審議役

(順不同、敬称略)

# 成年後見制度の現状と課題

新 井 誠

# 目 次

- I はじめに
- II 運用実態の分析
  - 1 任意後見
  - 2 補助
  - 3 審理期間
  - 4 申立人・申立ての動機
  - 5 本人との関係
- III 今後の課題
  - 1 民法学の課題
  - 2 「成年後見の社会化」の課題

## I はじめに

本稿は、成年後見制度施行後の6年間を振り返って、同制度の運用の実態を分析しようとするものである。具体的には、改正成年後見制度が平成12年（2000年）4月に導入されてから6年間（本稿執筆時に公表されているデータは6年間のみ）の実態を、最高裁判所の統計情報「成年後見事件の概況」に基づいて検証し、それに若干の分析を加えた上で、この6年間の経験から得たものを提示し、課題を論じ、将来の方向性について提言しようとするものである。

## II 運用実態の分析

### 1 任意後見

まず、任意後見に注目してみたい。なぜなら、筆者は任意後見制度が新しい成年後見制度の最も顕著な特質を示していると考えからである。任意後見監督人が実際に選任されたのは6年間で668件と少ないが、任意後見契約締結の登記は14,938件であった。任意後見制度の趣旨が、本人に意思能力の低下・喪失にあらかじめ備えさせて安心感を得させることにあるとすれば、任意後見監督人の選任よりも任意後見契約の締結自体のほうが重要であり、その意味では14,938件の任意後見契約の締結は相当の件数である。成年後見法の制定段階において民法学界の大勢が任意後見不要論に傾いていただけに（一部には過激な反対論も散見された）、任意後見制度の着実な普及にはとりわけ感慨深いものがある。もっとも、わが国任意後見法の母法ともいえるイギリスの持続的代理権授与方法においては、同法の施行から約11年間に4万2405件の登録が行われていることに鑑みると、任意後見制度のさらなる普及・定着が必要であることを痛感する。

もちろん、任意後見制度の運用が万全というわけではない。特に、任意後見人の適任性については問題がある。最高裁の『概況』では明らかではないが、任意後見人のほとんどには親族が選任されているようである。一方では、親族のうちから任意後見人を選任した

いというのは家族感情のきわめて自然な発露であり、任意後見人が親族であると任意後見人の報酬を無報酬とする可能性もあり本人の経済的負担を抑えることができるというメリットがある反面、他方では、任意後見人が親族であるだけに本人と任意後見人とが利益相反関係に陥る懸念が強い。実際、親族の一部が本人の財産を掌握するために本人に任意後見契約の締結を勧め、当該親族がそのまま任意後見人となったり、親族間に財産争いがあるときに法定後見開始の審判を回避するために任意後見契約を締結するといった事案も見受けられる。任意後見契約に関する法律には任意後見人（任意後見受任者）の欠格事由・不適任事由に関する規定がある（4条1項3号）が、特に「任意後見人の任務に適しない事由」という不適任性の解釈が問題となる。公証人としては、民法843条4項所定の成年後見人選任の考慮事項をも念頭に置き、本人のほか任意後見受任者とも面接するなどして事情を聴取し、もし適任性が強く疑われる場合には、公証人施行規則13条により適切な注意、教示、勧告をすることが考えられるが、それでもなお、本人が自由な判断で当該任意後見受任者の選任を望むのであれば、自己決定尊重の趣旨からして、ほかに契約の不適法、無効もしくは能力の制限により取消の事由がない限り、嘱託を拒絶することはできず、任意後見受任者の適任性の最終判断は家庭裁判所に委ねるべきであろう、との指摘<sup>2</sup>がある。きわめて妥当な指摘ではある。筆者としては、本人の利益が損なわれる懸念が強いときには、公正証書作成の段階において「適切な注意、教示、勧告」が実効ある形で実施されることを強く希望しておきたい。また私見としては、任意後見受任者に適任性がなく、明白な濫用事案であるようなときには、本人保護という後見制度の基本原理に立ち返って、公正証書作成の段階において公証人は嘱託を拒絶することができる<sup>3</sup>と解したい。

## 2 補助

次に、法定後見のうち補助は新制度におけるもう1つの柱であったにもかかわらずその利用は伸びていない。法定後見開始の審判の認容件数の総計67,215件のうち補助の認容件数は3,501件にすぎない。任意後見契約締結の登記件数の5分の1程度に低迷している。最高裁の平成12年度の『概況』によれば、「補助は、新設された制度であることから、今後制度がさらに周知されるようになると、事件数も増加するのではないかと考えられる。」と分析されていたが、その後の推移をみると、後見開始の審判の申立件数の対前年比増加率は、



平成13年度が25%、平成14年度が37%、平成15年度が13%、平成16年度がわずかに増加、平成17年度が23%であり、保佐開始の審判の申立件数の対前年比増加率は、平成13年度が18%、平成14年度が46%、平成15年度が7%、平成16年度が4%、平成17年度が17%であるのに対して、補助開始の審判の申立件数の対前年比増加率は、平成13年度が4%、平成14年度が14%、平成15年度が9%、平成16年度が3%の減少、平成17年度が20%と低調であって、『概況』の分析とは異なり、補助制度が広範に普及しつつあるようには思われない。このような事態は、「新設の補助の制度は、実務上、任意後見制度と同様に行為能力の制限を伴わない弾力的な一部代理権の選択を可能とする制度として主に機能していくものと期待される所であり、軽度の痴呆・知的障害・精神障害等を有する高齢者・障害者の多様なニーズに即時に 대응できる弾力的な制度として、任意後見制度とともに西暦2000年以降の新しい成年後見制度の中心的な役割を占めていくものと思われる<sup>3</sup>。」という成年後見制度の基本的な考え方とは乖離したものといわざるを得ない。

### 3 審理期間

審理期間、鑑定期間ともに旧制度下のそれらと比して短縮化され、鑑定費用も低額化している傾向が顕著に読み取れる。期間の短縮化、費用の低額化は新たに法定化されたわけでもないのに、このように成果を収めつつあるのは、結局、成年後見制度の成否が制度の担い手の運用努力にかかわっていることの証左であろうか。関係者の努力に対して敬意を表したい。

### 4 申立人・申立ての動議

申立人については、市町村長が申し立てたものは6年間で2,008件（全体の約2.6%）にとどまっている。市町村長に申立権を付与した法の趣旨は、この程度の利用実績ではとても具体化されているとはいえない。法の趣旨とは、身寄りのない認知症高齢者・知的障害者・精神障害者について、民生委員や福祉関係者からの情報に基づいて迅速かつ的確に法定後見開始の審判の申立てが行われ、適切な保護が確保されることにある。このために老人福祉法（32条）・知的障害者福祉法（27条の3）・精神保健及び精神障害者福祉に関する法律

(51条の11の2)の中に法定後見開始の申立権を市町村長に付与する旨の規定が新設されたのである。そもそも地方公共団体は、住民や滞在者の安全、健康、福祉の確保その他の行政事務を行う(地方自治法2条)こととされており、その意味では、市町村長が、認知症高齢者・知的障害者・精神障害者の福祉を図るために法定後見開始の審判の申立権を行使することは地方自治法上の本来的な事務ともいえるのではない。

申立ての動機については、財産管理処分を主な動機とするものが最も多く(6年間の平均で約60%)、次いで、身上監護となっている(6年間の平均で約16%)。介護保険契約の締結を主な動機とするものは、きわめて少なく、6年間の平均で約3%にとどまっている。成年後見制度は、身上監護に関する法律行為についても充実した支援を目指しており、財産管理だけではなく、身上監護を目的とする申立ての割合が著しく増加していることは注目される。しかし、身上監護と介護保険契約の締結を合わせて約19%というのはまだ極端に少ないのではないかと。成年後見制度における身上監護の重要性については更なる啓発普及が必要であろう。

## 5 本人との関係

成年後見人等と本人との関係をみると、本人の親族が成年後見人等に選任されたものが圧倒的な割合を占めているものの、その割合は、平成12年度が約90%、平成13年度が86%、平成14年度が約84%、平成15年度が約83%、平成16年度が約80%、平成17年度が約77%と、僅かではあるが減少傾向にあることは注目される。これに対して、親族以外の第三者が成年後見人等に選任されたものの割合は、平成12年度が約10%、平成13年度が約14%、平成14年度が約16%、平成15年度が約17%、平成16年度が20%、平成17年度が23%と、確実な増加傾向を示している。第三者後見を積極的に活用しようとする成年後見制度の趣旨に照らすと、この増加傾向にさらに拍車がかかることが予想される。

## Ⅲ 今後の課題

Ⅱにおいては『概況』に基づいて分析してきたが、全体としては、新しい成年後見制度

施行後6年間の成果は、特に旧制度時代と比較して、着実に上がってきており、その制度の趣旨や理念が広く社会にも受容されつつあることが示されており、評価に値するであろう。他方、補助の申立件数が伸び悩んでいること、市町村長の申立てを促す積極的な対応が必要であること、身上監護・介護保険契約の締結を動機とする申立件数をさらに増加させる必要があること、親族以外の第三者が成年後見人等に選任される件数を飛躍的に増加させる必要があること等が課題である。

ここでは、これらの課題を抱える成年後見制度の問題状況を敷衍して論じてみたい。

## 1 民法学の課題

まず、民法学が対応すべき課題がある。自己決定権の尊重、ノーマライゼーション、身上配慮の重視等の新しい理念に立脚した成年後見制度の運用に際しては、民法解釈学は既存の枠を打破して柔軟かつ弾力的な新しい解釈を積極的に提示していくべきであろう。しかし、そのような対応は果たして行われているのか。

### (1) 任意代理権の消長

たとえば、本人の意思能力喪失後の任意代理権の帰趨の問題がある。この点、代理権の消滅事由について規定する民法111条は、本人側の事由としては「本人ノ死亡」(同条1項1号)をあげるにとどまり、本人の意思能力喪失には直接の言及を行ってはいない。わが国の通説はこれをとらえて、本人の意思能力喪失は代理権の消滅原因とはならず、意思能力喪失後の効果持続に関する特約を待たずとも、当該代理権の効果は当然に存続すると解している(通説=当然存続説)<sup>4</sup>。このような通説は、任意後見制度導入後も維持しうるのか。もし通説が妥当するなら、任意後見制度導入の意義は完全に没却されてしまうが、通説側からは今のところ新しい制度とうまく調和しうる解決策は提示されていない。任意後見制度活用のインセンティブとなりうるような民法解釈学が求められているのではないか。

### (2) 補助における代理権

補助における代理権付与の必要性と範囲について「補助人への代理権付与があまりに安易に利用されることのないよう留意する必要がある。すなわち、本人に判断能力が相当程

度残存していることに配慮して、限定された事務についてのみ代理権が付与され、また、その代理権が、本人の意思を尊重しつつ（876条の10第1項が準用する876条の5第1項参照）適切に行使される」べきであるとの有力な見解がある<sup>5</sup>。わが国の有力説が補助について表明する立場には、同制度を活用しようというインセンティブはない。補助制度が普及しない一因であろうか。軽度の認知症・知的障害・精神障害の状態にある者が自分で適切な代理人を選任することが困難な状況であり、家庭裁判所による法定代理人による確実な代理取引を媒介にして被補助人を保護しようとする補助制度の趣旨に鑑みると、代理権付与を抑制したり、代理権の対象をむやみに限定することはかえって保護の理念にもとるのではないか。補助制度活用のインセンティブとなりうるような民法学界での議論と対話が求められているように思われる。

### （3）身上監護の内実

身上監護の内実は何か。任意後見について考えてみたい。医療契約、病院入院契約、住居に関する契約、施設入所契約、介護契約、教育・リハビリに関する契約等の身上監護事項に関する代理権を任意後見人に付与することは可能である。これに対して、任意後見契約の法的性質が委任契約であることを理由に、事実行為の準委任は契約内容に含まれないと解するのが民法学界の大勢である。しかし、代理権が授与された法律行為の遂行に関連する範囲では、任意後見人に事実行為遂行の義務も生じるのであり、任意後見契約の対象から事実行為が完全に排除されてはならないと解すべきではないか。また、任意後見契約に関する法律が任意後見人に対して「身上配慮義務」を課しており（6条）、この身上配慮義務は、単に身上監護関連の契約締結時において、契約締結という法律行為の遂行（＝代理権の行使）に限定して機能するものではなく、委託事項との関連の範囲内という限定はあるものの、契約締結後の相手方の契約履行の監視・監督といった事実行為的要素（たとえば、いわゆる「見守り」）まで含めた、時間的にも質的にもより広い範囲で機能すべき義務であると理解することができる。「見守り」義務は実務では既に定着しつつあるように思われるが、民法学界でもこの義務を成熟させていくような方向での議論の展開がなされることを期待したい。

#### (4) 法体系上の位置づけ

そして、成年後見法それ自体の法体系上の位置付けの問題がある。わが国の社会福祉サービスの給付システムは「措置から契約へ」という大きな転換点を迎えている。平成12年4月の介護保険法の施行によって、介護サービスの給付形態が契約方式へと切り替えられ、平成15年4月からは支援費制度導入によって身体障害者・知的障害者に対する福祉サービスも契約による給付が中心となっている。このように福祉サービスの給付関係を契約によって再構成することは、サービス提供者と利用者を、理念上、契約当事者という対等の立場に位置付けることになる。しかし、福祉サービスの利用者は、契約能力に何らかのハンディキャップを抱えているケースが多く、福祉サービスのニーズが高いものほど、福祉サービスへのアクセスが困難になるという逆説的な事態を引き起こしかねない。これを防止するためには、利用者の契約締結を支援するシステムの整備が必須である。この意味において、成年後見制度はわが国の社会福祉制度における最重要インフラの1つとして位置付けられることになったのである。そして、成年後見は単なる民法ないし家族法上の制度であることを超えて、社会福祉諸法との架橋を果たす機能を併有するに至ったのである<sup>6</sup>。民法学界の大勢ははまだ成年後見を民法の枠内に閉じ込めようとしているように思われるが、民法の性格を捨象することなく学際的なアプローチが求められているのではないか。

## 2 「成年後見の社会化」の課題

成年後見制度に社会福祉サービスへのアクセス機能があるとするれば、成年後見制度を広く市民一般に保障することは、社会福祉のインフラ整備の一環として、国や地方公共団体の責務であると考えられる。これを「成年後見の社会化」と呼称することにしたい。これが次なる課題である。

### (1) 横浜市の条例

「成年後見の社会化」を条例化したのが横浜市である。平成14年7月に施行された「横浜市後見的支援を要する障害者支援条例」は、市の責務を「市は後見的支援を要する障害者に対する支援施策を講ずる」と規定し(3条)、市民の責務を、市民は「後見的支援を要する障害者が安心して生活を営むことが出来るように協力する」と規定し(4条)、障害者の

努力（義務）を「後見的支援を要する障害者は、必要な支援を受けながら、地域において自ら生活を営むことに努める」と規定した（5条）うえで、次のような市の支援施策を定めている（6条）。

- 「 ①後見的支援を要する障害者の生活に関する相談を受け、及び助言、指導等を行うこと。  
②民法の規定による後見開始、保佐開始又は補助開始の審判の請求を行うために必要な支援を行うこと。  
③後見的支援を要する障害者が地域において生活を営むための場及び費用の確保を行うこと。  
④後見的支援を要する障害者が保有する資産の保全又は活用のための助言、あっせん等を行うこと。  
⑤現に障害者を養護している市内在住の親等を対象として、後見的支援を要する障害者に対する支援に関する相談を受け、及び助言、指導等を行うこと。  
⑥その他後見的支援を要する障害者に必要な支援を行うこと。 」

この条例は「成年後見の社会化」をまさに具体化したものである。この条例が横浜市においてどのように運用されていくのかに注目し、全国に波及することを期待したい。

## （2）マンパワーの養成

「成年後見の社会化」のためには、広く市民に成年後見人等の人材を供給しなければならない。成年後見人等のマンパワーとしてはやはり親族が選任されるケースが最も多いであろう。しかし、高齢化・核家族化の伸展といった社会情勢を踏まえ、成年後見制度の利用率は国際的には総人口の約1%に相当する（わが国で120万人超）との推計等<sup>7</sup>に鑑みると、第三者後見人の活用は不可避である。第三者後見人には知人、友人、ボランティア等も含まれるが、現在のわが国の社会意識からみると、専門職後見人が妥当であろう。弁護士、司法書士、社会福祉士、税理士等の職能団体を基盤とする専門職後見人が既に実働しており、その活動は高く評価したい。とはいえ、実績からいえば4年間で弁護士が2,504件、司法書士等が2,716件というのでは物足りない。成年後見制度に対する需要が拡大する前に、専門職後見人を過不足なく供給するための万全の対策を各職能団体が講ずることを期待したい。

### (3) 法人後見人の役割

法人後見人は第三者後見人の中核的な役割を果たす。法人後見人のメリットとしては、①長期継続可能性のある事案に対応しやすいこと、②事務の対象地が広範囲に及ぶ事案に対応しやすいこと、③後見事務担当者交代が可能であること、④法人に対する信頼性や後見事務担当者側の心理的負担感の軽減、⑤個人後見人では対応の難しいケースにも対応しやすいこと等が挙げられている<sup>8</sup>。法人後見人制度は、ドイツの世話法には存在しない、わが国独自の制度である。大陸法上の国家後見、あるいは英米法上の公後見人制度のような公的バックアップ体制が具備されていないわが国では、法人後見制度は不可欠である。利用者が触法精神障害者である事案、親族等の干渉が執拗で激しい事案、または利用者が広域暴力団の食い物にされている事案に法人後見人が対応しているのを目の当たりにして、法人後見人制度の充実を願わずにはいられない。法人後見人の受け皿がリーガルサポート、一部の社会福祉協議会、福祉公社等に限定されている現状が打破され、1つでも多くの法人が受け皿として名乗りを上げることを期待したい。

### (4) 市町村長の申立権

「成年後見の社会化」を具体化するもう1つの柱が市町村長の申立権である。しかし、実績は芳しくない。市町村長の申立権数は6年間で2,008件(全体の約2.6%)にとどまっている。とはいえ、市町村長の申立て事案においては、第1に、第三者後見人の選任率が非常に高く、第2に、身上監護目的での申立ての比率が高く、総じていえば、成年後見の社会化の度合いを示す指標が高く表れているとの注目すべき指摘もある<sup>9</sup>。市町村長の申立てを促すための厚生労働省の施策が具体的に動き始めており、注目したい。同省は「四親等内の親族があることのみをもって一律に市町村長の請求権の行使が制限されるものではない。」との見解を公表している。きわめて妥当な見解であり、市町村長の申立権を促す契機となろう。また同省は平成13年度から介護予防・生活支援事業のメニューの1つに「成年後見制度利用支援事業」を創設し、成年後見制度の利用にかかわる費用を負担できない低所得者に対して「公費」による補助を行っており、きわめて注目される。この助成制度も市町村長の申立権の行使を促すものとなることを期待したい。

[注]

- 1 新井誠『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』（有斐閣・1999年）14頁参照。
- 2 佐藤繁「成年後見と公証人の役割」新井誠編著『成年後見—法律の解説と活用の方法』（有斐閣・2000年）347頁。
- 3 岩井伸晃「補助の制度」前掲注2）『成年後見』62頁。
- 4 米倉明「日本法への示唆—結びを兼ねて」ジュリ972号（1991年）52頁以下等。
- 5 内田貴『民法I〔第2版補訂版〕』（東大出版会・2000年）116頁。
- 6 以上は、上山泰「『成年後見の社会化』について」みんけん552号（2000年）4頁に依拠した。
- 7 新井誠「成年後見制度の理念と実際」法セ575号（2002年）44頁参照。
- 8 前田稔「法人後見の活用と任意後見契約」実践成年後見3号（2002年）23-24頁参照。
- 9 上山・前掲注6）、10頁。



# 8年目を迎えた成年後見制度

矢 頭 範 之

# 目 次

はじめに

I 成年後見制度の利用状況

II 法定後見制度の課題

1 主たる問題点

2 その他の個別的課題とその現状

III 任意後見制度の課題

1 移行型の問題の所在

2 リーガルサポートの改善提言

IV 後見登記制度の課題

1 登記事項証明書の取扱窓口

2 登記事項証明書はわかりにくい

V まとめ

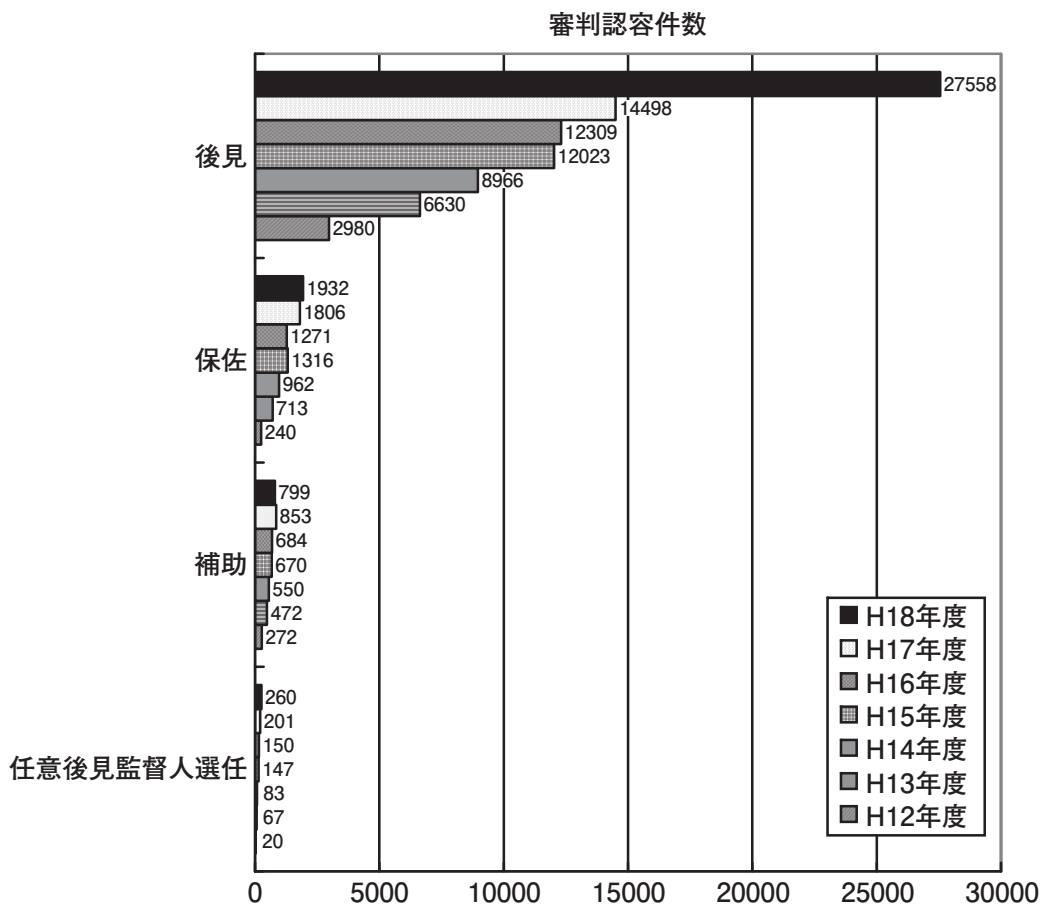
## はじめに

高齢者の財産管理制度として注目される成年後見制度が施行後8年目を迎えたので、その現状と課題を整理したい。

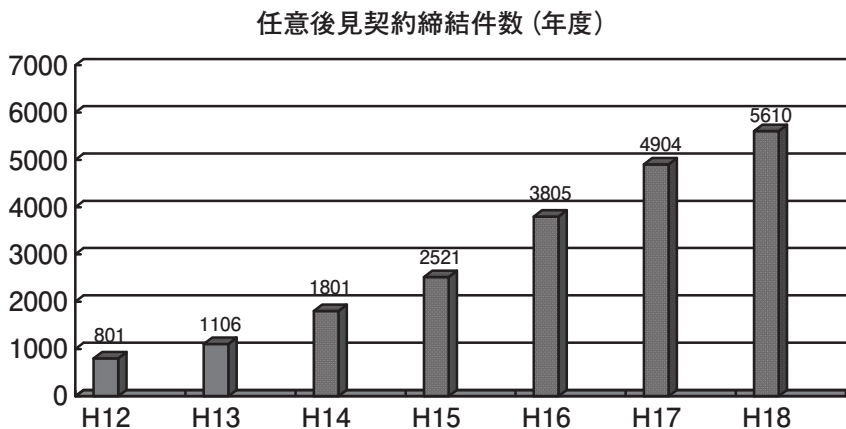
## I 成年後見制度の利用状況

「図表1」は、最高裁が公表する「成年後見関係事件の概況<sup>1</sup>」に基づく統計数字のうち、後見・保佐・補助開始審判および任意後見監督人選任審判の認容事件数、つまり実際の成

図表1



図表2



年後見制度の利用件数にあたる数字である。

平成12年度から平成18年度までの7年間における法定後見制度の利用件数は97,504件、任意後見制度の発効した利用件数は928件であり、その合計の98,432件が成年後見制度利用件数である。

これを年度別にみると年々事件数は増加していることがわかるが、類型別にみると後見類型の事件数が圧倒的に多く、また増加率も高い<sup>2</sup>が、補助類型の利用件数は例年3桁程度に留まっており、増加率も後見類型と比べて低いものとなっている。

「図表3」は家庭裁判所から選任された後見人等における本人の親族と第三者との割合の推移表である。

これによると、改正直後の平成12年度においては、全選任数のうち親族後見人の選任がおおよそ9割であったが、年を追うごとに専門家を中心とする第三者が選任される割合が増加していき、平成17年度においては第三者の割合が2割を超えており、平成18年度は特殊要因<sup>3</sup>の影響によりそのトレンドに沿った数字ではないが、今後も当面は第三者後見人が増加していく傾向は続くものと思われる。

図表3 成年後見人等と本人の関係別割合

	平成12年度	平成13年度	平成14年度	平成15年度	平成16年度	平成17年度	平成18年度
親族	90.9%	85.9%	84.1%	82.5%	79.5%	77.4%	81.8%
第三者	9.1%	14.1%	15.9%	17.5%	20.5%	22.6%	18.0%

## Ⅱ 法定後見制度の課題

### 1 主たる問題点

#### (1) 潜在的な需要からみて利用件数が少ない

平成19年版高齢社会白書によると、平成18年10月1日現在で65歳以上の高齢者人口は2,660万人と過去最高であり、総人口のうち高齢者人口の占める割合（高齢者率）は20.8%（前年20.1%）である。

これに伴い認知症高齢者発症者も増加することが想定され、その推定人数は約180万人とされている。

この他知的障害者や精神障害者<sup>4</sup>の存在を考えると、7年間の成年後見制度の累計利用件数が10万件弱であることはけっして評価できる数字とは言えず、総人口約8,000万人のドイツの世話法の2003年12月31日現在の利用件数である約111万件<sup>5</sup>と比較してもあまりにも少ない数字であるといえよう。

この制度利用対象数と実際の制度利用件数のギャップは、財産管理や身上監護において適切な措置が採られず放置されている状況や、更に進んで深刻な権利侵害に侵されている事例が数多く潜行していることを物語る。

実際に、2005年の埼玉県富士見市において認知症姉妹が複数の業者と不必要のリフォーム契約を結ばされ、貯蓄を失った上に自宅を競売に付された事件が発生し、そのほか数多くの類似の被害が全国で報告されている。

このような事件の防止策としては、介護保険制度利用によるヘルパー派遣や民生委員などによる見守りを強化していくことのほか、成年後見制度の利用が効果的な対策として再確認された。

この事件が契機となり利用件数が増加していくことを期待したいし、前述のとおり確実に増加しているが、図表1を見ても明らかなように、圧倒的に後見類型の利用件数が多く、保佐・補助類型の利用が少なく利用状況に偏りがあることがわかる。

これは筆者の実務経験をふまえて考えてみるに、たとえ判断能力が減退してもできることなら成年後見制度の利用を控え、金融機関等の要請によりやむなく制度利用に踏み切る

ケースが多いと思われる。補助程度の判断能力の低下の本人およびその家族は、手続きの煩雑な制度利用に移行することは避けたいと考えているのではないだろうか<sup>6</sup>。

日本弁護士連合会は法定後見制度に関する改善提言<sup>7</sup>で、今後の検討課題として、補助制度の利用・拡充に関し、手続上の要件である「本人の同意」のあり方についての検討の必要性を指摘している。

## **(2) 事件数増加に制度運営・支援が追いつかない**

さて、前項において利用件数が潜在需要に比べて非常に少ないながらも利用件数は後見類型を中心に確実に増加していると述べた。また、図表3により、親族後見人と第三者後見人の選任状況の推移を見ても第三者後見人の選任率が増加傾向にあることを確認した。

これらの数字から制度運営・支援する側の問題として二点が浮かび上がる。

### **a 後見人等受け皿の確保**

後見人等を選任するうえで家庭裁判所は、事件の内容に応じ、最初に親族の中に後見人等の適任者を探し、存在しないかもしくは存在しても親族後見人が相応しくない場合に専門家等の第三者を選んでいると言っているであろう。

そうなると少子高齢化・核家族化が進むなか、今後は同居の親族がいない高齢者や親亡き後の知的障害者の制度利用が増えることが想定され、第三者後見人の選任割合は一層高まることが予想される。現状において司法書士・弁護士・社会福祉士・社会福祉協議会などが選任されており、各職能団体および関係機関は推薦候補者および受託件数を増やそうとそれぞれ努力をしているところではあるが、利用件数の増加・親族後見人の選任率の低下に対応する人数を揃えられるかについては非常に厳しい。

そこで、この問題の対応方法のひとつとして、「市民後見人」の養成が考えられるが、これは「2(1)d」で後述する。

### **b 家庭裁判所が事件数増加に対応できるか**

家庭裁判所においては、従来の禁治産・準禁治産制度から新成年後見制度への移行に伴い、内部において専門部の組成など組織の見直しを行い、事情説明書の定型化、即日事情聴取方式の導入など手続きの合理化など多くの工夫がなされてきており、これにより当初

時間のかかっていた審理期間の短縮化を実現するなど円滑な制度運営について努力を重ねてきている。

例えば、東京家庭裁判所においては、2002年に後見監督センターを発足させ、その翌年の2003年には現在の後見センターに移行し、それまで他の家事事件と同様に4つの部で処理をしていたものを専門部である後見センターに集中させ、効率的に事件処理を行うよう運用体制の改善を行った。この方式は各家庭裁判所の本庁においておおよそ同様の取組みがなされている。

ところで東京家庭裁判所本庁の人員配置は、平成18年10月現在において裁判官2名、書記官10名、調査官10名、事務官3名、参与員10名の体制となっている。この参与員を除いた人員配置は基本的に後見センター発足当時から大きな変動は見られず、現在において大幅な人員強化するとの方針変更の報には接していない。

しかし、申立事件が増加するに伴い監督処分事件は累計的に増加している。つまり昨年よりは今年、今年よりは来年というように監督すべき事件数が雪だるま式に増えており、年々厳しさが増すという現状である。

このようななか、最近においては、参与員を増強したり、専門家後見人が担当する事件については、家庭裁判所に対する報告を簡素化する動きがある。

また、事件によっては、本人面談や鑑定手続を省略するようにもなっている<sup>8</sup>。

その他「事前規制型から事後制裁・救済型へ<sup>9</sup>」の家庭裁判所における事件処理の基本的な考え方を転換する必要性が提唱されるなど、さらなる努力の必要性が示されているが、このような限られた人員による現場の工夫と民間機関委託などの措置のみでは、長期的な増加傾向にある事件処理対策としては「乾いた雑巾を更に絞る」ようでいささか心もとない。また、この傾向が進むと、本来の家庭裁判所の機能が縮小し、ひいては民法上の後見監督制度趣旨から大きく逸脱することにもなりかねない。

将来に向けた制度利用の潜在需要の大きさを考えると裁判官以下人員の大幅な増員、更には後見裁判所の創設を検討する必要があるものと思われる。

さもなくば、早晚、事件の増加により家庭裁判所の機能がパンクし、不正行為の発覚の遅れや見落としを招くことになり、成年後見制度への信頼が大きく失墜することにもなりかねない。

### (3) 立法措置の必要な課題

裁判所の運用や関係機関の努力・協力では解決できず、どうしても立法措置が必要な課題が二点ある。

#### a 医療行為の同意

立法担当者は、成年後見の場面における医的侵襲に関する決定・同意という問題について、「今回の民法改正に際して成年後見の場面についてのみ医的侵襲に関する決定権・同意権に関する規定を導入することは、時期尚早といわざるを得ないものと考えられる。(中略)当面は、社会通念のほか、緊急性がある場合には緊急避難・緊急事務管理等の一般法理にゆだねることとせざるを得ないものというべきであろう<sup>10</sup>。」として、医療行為の決定・同意は後見人等の権限外であるとしている。

つまり、後見人等は診療開始の申込みである医療契約締結の権限はあるが、検査・手術・投薬等の医的侵襲行為については決定・同意する権限がない、ということになる。

しかし、医療行為の同意は刑法上の傷害罪・民法上の不法行為等の違法性阻却事由にあたることから、医療側は通常患者本人にその同意を求めることになり、患者本人に、同意能力がない場合は家族や後見人等へ同意を求めている。しかし第三者後見人は本人の価値観や独自の意思を把握することは非常に困難であることもあり、法的権限がない状態で例えば生死に関わる決定・同意を行うことは躊躇せざるを得ない。

そこで、具体的立法案として①本人が予め代行判断者を選任できる旨の制度、②後見人等の同意権の肯定と重大な医療行為について判断する場合の審査機関の設置、③家族の同意権の肯定とその家族の範囲の明確化、④代行判断者・後見人等・家族が競合する場合の順位についての立法を促す提言<sup>11</sup>がある。

#### b 本人死亡後の事務

明文規定はないが、被後見人の死亡は後見の終了事由と解されている。つまり被後見人の死亡と同時に後見人等の代理権等権限は喪失する。

ただ、後見人であった者は2ヶ月以内に管理計算をおこなう義務(民870条)と急迫な場合に必要な処分を行う応急処分義務(民874条、654条)に基づいて必要な処分を行いつつ相続人等へ財産を引き渡すことになる。



実務において、社会からの後見人に対する葬儀執行の需要・期待と相続法理とが衝突するなか、相続人以外の後見人等は死亡後直ちに執り行うべき葬儀埋葬をどのような権限で行うか、特に、支出すべき葬儀費用を金融機関から払戻しを受ける際に後見人等は懊悩することになる<sup>12</sup>。

そこで、日弁連と社団法人成年後見センター・リーガルサポート<sup>13</sup>はそれぞれ改善提言で法改正を求めている。

なお、リーガルサポートが、これとともに同提言のなかで求めている戸籍法87条2項における死亡届の提出権限のある者の中に後見人・保佐人・補助人・任意後見人を規定する改正がなされた<sup>14</sup>。

## 2 その他の個別的課題とその現状

### (1) 法制度に関するもの

#### a 市区町村長申立て

少子高齢化による親族のなかに申立人が見当たらないもしくは協力を得られない場合が存在することが予想されるなか、1999年民法の改正に伴い、従来の禁治産申立権者の他に市区町村長に申立権限を付与した経緯がある<sup>15</sup>。

「図表4」に示すとおり、全申立件数中における市区町村長による申立件数の割合は毎年少しずつ増加傾向にあるが、平成18年度の実数は1,033件<sup>16</sup>であり、前年の509件<sup>17</sup>と比べると倍増したことになるが、当初の期待値と比べると低調といわざるを得ない。平成18年度

図表4 申立人と本人との関係

	平成 12年度	平成 13年度	平成 14年度	平成 15年度	平成 16年度	平成 17年度	平成 18年度
本人	2.9%	3.4%	3.4%	3.5%	4.0%	4.2%	2.9%
配偶者	18.9%	15.7%	14.0%	12.4%	11.1%	10.7%	7.3%
親	9.7%	9.2%	11.2%	13.3%	12.7%	11.9%	30.5%
子	39.9%	38.7%	37.4%	35.8%	36.1%	37.0%	25.9%
兄弟姉妹 その他の親族	27.7%	31.2%	31.5%	31.7%	32.1%	31.7%	29.3%
市区町村長	0.5%	1.1%	1.9%	2.5%	3.0%	3.3%	3.1%

の前年比倍増の要因として高齢者虐待防止法施行の影響があるものと言われている。

今後増える高齢者虐待事例の対処方策のひとつとして、市区町村長申立てによる成年後見制度利用が期待されており、生命の危機に関わる深刻な事例において、行政側の不作為が明らかになった場合その責任が問われることになる。

## **b 後見人の報酬助成**

親族中に後見人等の候補者が見当たらない場合、第三者が後見人等として選任されるが、第三者後見人といってもそのほとんどにおいて専門家が担当している。特に資力の乏しい人を本人とする事件について、社会福祉士が積極的に受任しているが、司法書士においても無報酬覚悟で受任しているケースは数多い。

この場合の報酬助成制度は厚生労働省所管事業の成年後見制度利用支援事業<sup>18</sup>のうちのメニュー事業として存在するが、国・都道府県は予算を計上しているものの現場の市区町村において事業として選択せず、事業計画し予算化している自治体は非常に少なく、ほとんど機能していない状態である。

日弁連およびリーガルサポートでは成年後見制度利用支援事業の活性化と国独自の報酬助成制度の創設を求めている。またリーガルサポートでは介護保険制度からの保険給付、生活保護対象者については生活保護費からの支給を求めている。

## **c 成年被後見人の選挙権**

公職選挙法11条1項の規定により後見開始の審判を受けた者は選挙権を失うことになる。これは従来の禁治産制度においても同様で、改正作業時における欠格条項の見直しにおいても手をつけられなかった。この理由として個別的な能力審査手続が整備されている法律については禁治産宣告等を欠格事由としてあえて存置せず、その能力審査手続を有しないものについては欠格条項を存置するという一律の方針によるものと立法担当者は説明している<sup>19</sup>。

しかし、後見開始審判の審理過程においてなされる鑑定においては「自己の財産を管理・処分する能力」を対象としており、明らかに「適切に投票できる能力」とは合致していない。

しかも最近では、前述のとおり、鑑定どころか本人に面談さえもせずに行う後見開始の審

判例が多くでてきている。

憲法で保障されている選挙権を制限するには、明確な理由とその理由に適う合理的な能力審査手続が整備されていなければならない、これらが存在しない限り、何人といえども投票に必要な能力は存するものと推定されるべきであり、成年後見制度における審判手続きを選挙権における投票行為能力の審査手続に流用している現状は問題があると考ええる。

日弁連およびリーガルサポートともに当該規定の見直しを求めている。

#### **d 市民後見人の養成**

前述のとおり事件数が毎年増加し、しかも今後爆発的な数の申立てがなされる可能性があるなか、今後は、親族後見人・専門家後見人につぐ第三の後見人等の受け皿の必要性が高まっている。

そこで、日本成年後見法学会は、平成18年度老人保健事業推進等補助金（老人保健健康増進等事業分）事業として「市町村における権利擁護機能のあり方に関する研究会」が「ノーマライゼーション」「後見の社会化」を具現化するしくみとして市民後見人制度化に向けた研究成果を平成18年度報告書にまとめた。

この報告書によると先進的な取組みを行っている東京都・世田谷区・大阪市の事業内容を紹介し、それを踏まえて市民後見人養成・、監督・支援のあり方をまとめ、そして支援機関として市民後見人協会の創設を提言している。

現実において、東京都を例にあげると平成17年度より「社会貢献型後見人」と称する市民後見人養成事業をスタートし、平成17年度60名、平成18年度57名の合格者を輩出してきた。しかし社会貢献型後見人の支援・監督の問題がネックとなり、家庭裁判所による選任は進んでいない。そこで専門家後見人との複数後見もしくは専門家後見監督人を付すという専門家との組み合わせにより選任事案を増やそうとする試みが行われることとなった。

今後はこの専門家から手を離れ、市区町村が設置した成年後見制度推進機関が監督・支援機関として機能し社会貢献型後見人が独自のあゆみを進めていくことが望まれ、更にはこれ以外の自治体においての同様の取組みが全国に広がっていくことを期待する。

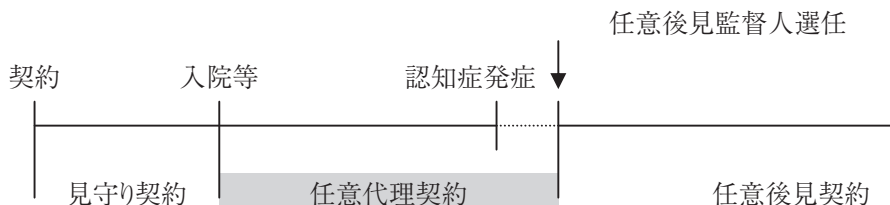
### Ⅲ 任意後見制度の課題

#### 1 移行型の問題の所在

##### (1) 移行型任意後見契約

任意後見契約は、判断能力が衰えた後に家庭裁判所が任意後見監督人を選任にしたときからその効力が生ずるしくみであるが、特に身寄りのない高齢者が病院へ入院したり施設へ入所した場合、自室に重要な証書類の持込が制限されていたり、金融機関へ赴くことができないなどの理由により、判断能力が低下していなくとも実質的に自ら財産管理ができなくなる場合があるため、任意後見契約のほかに任意代理契約を締結する需要は数多くある。通常このように認知症発症前の任意代理契約から発症後の任意後見契約へ移行することを想定した契約形態を「移行型任意後見契約」と言われている。

図表5



問題事例は任意後見監督人が選任された任意後見契約ではなく、また、財産をいまだ預っていない見守り契約でもなく、その中間に位置する任意代理契約で発生している。

##### (2) 問題事例のポイント

###### a 委任者からのチェックの甘さにつけこむ

問題事例のポイントの第一は、委任者のチェックの甘さにつけこんでいるところである。任意代理契約、すなわち代理権を付与する委任契約においては、受任者の事務が委任の趣旨に沿った適正な事務を行ったかどうかについては、委任者がチェックすることになるが、委任者は法律の知識のない高齢者であり受任者は専門家かそれに準ずる知識のある者であるため、受任者は知識や経験において委任者より優位な立場にあり、身寄りのない高

高齢者である委任者は、受任者に対する説明を要求したり、報告を求めたりすることが遠慮がちになる場合が多い。

このことから、受任者は委任者に対する契約当初の説明や後見事務の報告をおざなりにし、任意後見制度や契約の趣旨に反した代理権濫用行為を行ったり、受任者に都合のいい報酬規定の解釈をして高額の報酬を受領するといった問題事例が発生している。

#### **b 認知症が発症しても任意後見契約へ移行しない**

第二のポイントは、委任者が認知症を発症しても任意後見監督人の選任の申立てをして任意後見契約へ移行することなく、任意代理契約による財産管理を継続してそこで濫用行為を行うというケースである。

たとえ委任者によるチェック機能が期待できる場合でもその委任者において認知症を発症してしまえば、委任者によるチェックが期待できなくなる。また、移行型任意後見契約を利用しようとする高齢者はコミュニティから孤立しているようなケースが多く、そのまま任意代理契約を継続することによって濫用受任者にとってはやりたい放題の状態となってしまう、全く外部の監視が届かない状態に自動的になることが重大な問題である。

## **2 リーガルサポートの改善提言**

### **(1) 任意後見受任者の義務規定**

現行の任意後見法においては、契約発行前の任意後見受任者の法的な位置付けが必ずしも明確ではなく、任意後見監督人選任申立義務について何ら規定がない。

任意後見法4条1項においては、任意後見監督人選任請求権者として本人・配偶者・4親等内の親族ともに任意後見受任者を規定しているのみで、法文上任意後見受任者に特別の義務は存在しない。

移行型任意後見契約を締結する高齢者は身寄りのない場合が多く、親族が存在する場合でも特にその任意後見受任者を信頼して全てを託す意思によって契約を締結したわけであり、認知症が発症したら、任意後見受任者において任意後見監督人選任の申立手続きを行うことを期待しているものと推定され、まさか任意代理契約を継続して監督人なしの状態では財産管理されるとは夢にも思っていないであろう。

このことから、日本司法書士会連合会とリーガルサポートは任意後見受任者に本人の生活状況や判断能力の低下等の健康状態を見守る義務を課すとともに本人の判断能力が低下した場合は審判の要件である本人の同意を条件に任意後見監督人選任の申立義務のあることを規定することを求めている<sup>20</sup>。

このことは、任意後見受任者の義務を明確にし、任意後見監督人選任申立てを合理的な理由なく行わない場合の責任の明確化を図るものである。

## (2) 本人の意思能力喪失を任意代理権消滅事由とする規定

民法111条は、他の大陸法系諸国の規定と同様に「委任者の意思能力喪失」は代理権消滅事由としていない。

この規定の存在は、前述の問題事例の第二のポイントの場合、つまり判断能力が低下しても代理権の消長に影響がないと濫用者が任意代理契約の継続する法的根拠としている向きがある。

しかし、認知症が発症しても任意代理契約を継続することは、移行型任意後見契約を準備した委任者の予定していないところであるところから、日司連およびリーガルサポートは、移行型任意後見契約の任意代理契約について死亡後の事務委任を除き、「本人の意思能力喪失」を代理権消滅事由とすることを求めている<sup>21</sup>。

## (3) その他改善点の模索

この移行型任意後見契約の問題は、任意代理契約における受任者の行う事務をどうやってチェックするかということに行き着くことになる。

まず、委任者において制度について勉強してもらい、そのリスクを把握し受任者に対し説明・報告を求めることの重要性を認識してもらい、実際のその手法を学んでそのチェック機能を高めていく必要がある。「自己決定の尊重」の考え方には「自己責任を負う」という裏側もあるということを啓発していくことも必要であろう。

しかし、制度利用の対象者は高齢者であり、そのチェック機能に期待することには限界があり、「自己責任」を求めるのみの制度設計は問題がある。自己責任を強調しすぎると「任意後見制度は危険な制度」と捉えられてしまうことになり、やはりそこには「権利擁護」観点から濫用防止の何らかの施策が必要である。ましてや認知症発症後の対策は制度上必

要不可欠である。

前述の法改正に係る提言のほか、日司連およびリーガルサポートでは①任意後見契約発行前の報告制度（任意後見受任者が自ら公的機関に対し、本人の判断能力報告する）、②任意後見契約締結についての通知制度（本人の周囲の支援者が任意後見契約の存在を認識するため、任意後見契約締結時に本人の指定する者へ契約締結の事実を通知する）、③調査・通報制度（本人と受任者双方の状況を注視し、個人情報保護法の例外として本人の判断能力に関する情報を入手し、必要があれば関係機関へ通報する）を検討項目として掲げた。

またこのほか、濫用する任意後見受任者に対する罰則規定の創設も考えられる。

要は、本人と任意後見受任者だけのブラックボックスという密室状態を解消していかに外部からの光をあてるかに焦点がしぼられると思われるが、そのためには行政・福祉機関・金融機関・地域のコミュニティ等がどのような役割を果たすか、そのしくみをどうつくるか、を検討する必要がある。

#### （４）司法書士の執務姿勢

任意後見受任者における執務の改善点を探る上で、日司連・リーガルサポートは法改正への提言にとどまらず、司法書士としての執務姿勢について、①見守り契約プラス任意後見契約の将来型を原則とし、移行型任意後見契約は必要に応じて検討すること、②移行型任意後見契約の任意代理契約に代理権の範囲を原則として日常生活に必要な範囲に限ること、③すでに認知症が発症している本人との任意後見契約（即効型）の締結はなるべく避けること等とし、当然のことながらわかりやすい契約書を心掛けること、図や表を使うなどして説明をわかりやすくすること、契約締結の過程で本人の立場を支援する援助者を変えることを検討すること、本人の契約意思を慎重に確認することなどを提案している。

## IV 後見登記制度の課題

### 1 登記事項証明書の取扱窓口

成年後見制度の公示制度である後見登記事務は、法務大臣の指定する法務局もしくは地

方法務局またはその支局または出張所が登記所としてコンピュータ・システムにより取り扱うこととされ（後見登記2条）、現在は、東京法務局がその指定を受け、全国の成年後見登記事務は同法務局民事行政部後見登録課にて取り扱われている。

さて、登記事務のうち登記事項証明書の窓口交付は、東京法務局のほか、全国の法務局および地方法務局の戸籍課において行われている<sup>22</sup>が、郵便による交付請求は東京法務局のみであり、また、窓口交付についても全国の支局や出張所においては取り扱われていない。

すなわち、登記事項証明書や登記がされていないことの証明書の交付を受けようとする者は、各地の法務局・地方法務局へ赴くか、もしくは東京法務局へ郵送にて交付請求をしなければならない。

郵便にて東京法務局へ交付請求をした場合、発送してから証明書が手元に届くまで、おおむね一週間以上の時間がかかっている。

このことから、全国の法務局の支局もしくは出張所においても窓口交付がされるよう改善されるべきであり、更には、各市区町村の役所やその出張所等においても交付事務がなされるよう検討されるべきである。

## 2 登記事項証明書はわかりにくい

登記事項証明書は、その本人が後見等の開始審判もしくは任意後見契約が締結されていること、そしてその後見人およびその権限の範囲を公的に証明するものである。

これは、被後見人が当事者となる契約等の取引相手に対し、その内容を明確に示されることが必要である。

しかし、現在の証明書に表示された証明事項は、成年後見制度について何の知識もない者にとっては、正確に権限の内容を把握するには不親切な記載事項となっている。

### (1) 後見・保佐・補助における証明事項

補助類型のパターンとして、補助開始審判とともに代理権のみが付与されている場合、同意権・取消権のみが付与されている場合、代理権および同意権・取消権のいずれも付与されている場合の3パターンある。

例えば、代理権のみが付与されている場合の補助類型の登記事項は、審判を特定する事



項や被補助人・補助人に関する事項のほか、代理権付与の裁判の確定日や代理権の範囲が登記事項が証明されるが、付与されていない同意権・取消権については何ら触れられていない。

ところが、保佐開始の審判とともに代理権付与の審判があった場合、上記補助開始の審判と代理権付与の審判がなされた場合の証明事項と同一事項が表示される。

一見したところ、保佐・補助の場合の両方とも同一の証明事項であり、同意権・取消権について同じ扱いに見えるが、保佐の場合、登記事項証明書に明記されていないとはいえ民法13条1項規定の同意権・取消権は保佐人の権限として与えられているのであり、実質的にはその権限において大きな違いがある<sup>23</sup>。

公示制度としてのこのような取り扱いは、おそらく、法の規定する権限は制度上の原則として何ら触れず、オプションとして審判により付与された権限は登記事項証明書に明記するという趣旨であると思われるが、何ら法的知識がない者にとって、その保佐人もしくは補助人に同意権・取消権があるのか、また、保佐人の同意権・取消権はどの範囲であるのかについて読み取ることを求めることは酷といえよう。

このように、権限の有無とその内容のほか、後見監督人の選任の有無、日常生活に関する行為については取消権の対象外であることなど、について丁寧な表示が必要と思われる。

## (2) 任意後見契約における証明事項

任意後見契約の効力が生じているか否かについては、任意後見監督人に関する登記がされているかどうか、呼称が「任意後見人」か「任意後見受任者」かによって見分けることとなる。

しかし、このような証明方法では、任意後見制度の詳細を熟知していない者にとってはレクチャーを受けない限り区別できない<sup>24</sup>。

「この任意後見契約の効力は生じていません」、「まだ任意後見人の権限は生じていません」などと明示するべきであろう。

## (3) 審判前の保全処分における証明書

審判前の保全処分として、後見命令・保佐命令・補助命令の審判がなされたとき（家審規23条2項）は、後見命令等の種別等、後見命令等の本人の氏名等、財産の管理者の氏名

等が登記される（後見登記4条2項、後見登記に関する政令5条2項）。

しかし、審判前の保全処分として単に財産の管理人が選任されてとき（家審規23条1項）は、何ら登記がされない。よってこの場合の財産の管理者であることの代理権限証明書としては、即時抗告手続もないことから審判書のみとなる。

つまり、後見命令等の審判がなされない場合は審判書を相手方に代理権限証明書として提示することになり、後見命令等の審判がなされている場合は登記事項証明書を提示することができる。このような不統一な取り扱いは、現場を混乱させるものである<sup>25</sup>。

また、この財産の管理者としての代理権の範囲は、原則として民法103条における保存行為および管理行為とされている（家審16条）が、その旨は登記事項証明書に何ら表示されていない。

さらに、後見命令等の場合の登記事項は、上記のとおり後見命令を特定する情報、本人を特定する情報および財産の管理人を特定する情報のみであり、後見命令等の保全処分によって財産の管理者に取消権が付与されていることおよびその対象となる行為の範囲については全く触れられていない。

よって、財産の管理人が後見命令等に基づき取消権を行使する場合、当該管理人は法律専門書を相手方に示して説明しなければならないであろう。

#### **（4）後見等職務代行者に関する証明事項**

後見人等において解任事由に該当する行為があったとの蓋然性が高い場合、後見人の解任の申立人による申立てもしくは家庭裁判所職権によってその後見人等の職務停止と職務代行者の選任がなされるが、その場合その旨が登記される（後見登記7条1項）。

つまり、従前の被後見人に関する登記事項に変更登記として後見人の職務停止と職務代行者の登記がなされることになる。

例えば、代理権が付与された保佐類型の場合、従前の代理権目録はどのような取り扱いをするのか東京法務局へ確認したところ、職務停止・職務代行者の登記がされても代理権目録を閉鎖したり何ら注書きが付されることもなく、従来の保佐人の登記事項に職務停止・職務代行者の登記事項が付加され、従来の代理権目録をそのまま合綴した証明書が交付されるとのことである。

これは、職務代行者の権限が、民法103条規定の範囲ではなく、あたかも保佐人・補助人

に付与された代理権の範囲であることの誤解を生ずることとなり、無権代理行為を助長することにもなりかねない。

#### (5) 後見登記制度の改善の必要性

公示制度はそもそも一般市民に理解できるような表現で示す必要があり、制度の理解や民法の知識を有することを前提とした公示制度であってはならない。

しかし、前述のとおり、民法・任意後見法・家事審判法等の法令上の知識があることを前提とした証明事項となっており、一般市民である取引相手に対し後見人等が説明をしなければならぬこととなろう。しかし親族後見人の場合その説明自体が適切に行うことが期待できず、後見事務遂行上大きな支障となりかねない。また、権限の範囲を逸脱した無権代理行為が多数なされるおそれもあり、早急な改善が必要であると思われる。

## V まとめ

2000年にスタートした成年後見制度は一定の評価がなされるものの、法定後見制度、任意後見制度および後見登記制度においてそれぞれ課題を抱えている。

これまで述べてきた課題は、利用件数の増加に比例してその深刻度が増していくものと思われ、早めの対策が望まれる。

さて、補助人・保佐人・成年後見人が選任されていたとしても、それで本人の生活課題が全て解決されるわけでもない。

成年後見制度は本人の生活のための判断に関わる制度である。つまり、本人の自分らしい生活を送れることが目的ではあるが、そのためには判断のための選択肢が多様に用意されなければならない。さらには、その選択肢を実際に選択できるための本人の経済的支援も必要である。例えば、在宅サービスを受ける本人が経済的にも支援の面からも在宅を継続していくことが困難となりながらも、有料老人ホームやグループホームへ入所するための資産収入がない場合、おのずとその選択肢は限られてくる。

成年後見制度と介護保険制度は「車の両輪」として2000年に導入されたが、介護保険制度を含む社会保障制度が充実しなければ、いくら整備された成年後見制度といえどもそれ

は「空回りした片車輪」に過ぎない。

　　今後は、高齢者・障害者施策全体を見据えた制度の整備がなされることを望むものである。

[注]

- 1 最高裁のHP (<http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken.html>) で公表している。
- 2 平成18年度の後見類型は特に利用件数が増えているが、これは、障害者自立支援法が平成18年4月に施行されたことにより、大阪府・静岡県・高知県・熊本県等の知的障害者施設の施設入所者に関し後見開始の申立を集中的に行ったことが影響しているものと思われる。(注3参照)
- 3 後見人等に親が選任された割合は、9.6%/平成12年度、8.5%/平成13年度、10.7%/平成14年度、12.5%/平成15年度、11.3%/平成16年度、10.7%/平成17年度、と推移しているなか平成18年度は27.8%と大幅に割合が増えているが、これは(注2)のとおり知的障害者施設において集中的に後見開始申立てが行われ、その親が後見人等に選任された件数が多かったことを指し示すものである。
- 4 障害者白書平成19年度版によると知的障害者数は約55万人、精神障害者数は303万人であるという。ただし、精神障害者については、統合失調症のほかにアルツハイマー型を含む認知症や成年後見制度の対象とならない一時的な神経症をも含んだ数字である。
- 5 新井誠/新井誠ほか編『成年後見制度－法の理論と実務』4頁(有斐閣、2006年)
- 6 「財産管理能力」が鑑定手続の対象とされていることからか、ハードルが高めに設定されている感があり、軽度と思われる認知症高齢者において「後見」と診断・鑑定されるケースが多いとの指摘がある。
- 7 日本弁護士連合会「成年後見制度に関する改善提言」(2005年5月6日)
- 8 従来であれば鑑定手続がなされていたと思われる事案(人の見当識が失われていないケース)で、本人に面会せず鑑定しないで申立てから2日後に審判が下りたケースがあり、更には申立て当日に審判がなされるケースもでてきており、このような運用は、行為能力を制限し、資格制限もある後見開始審判のあり方として、疑問なしとはいえないのではないだろうか。
- 9 平成19年5月26日、日本成年後見法学会第4回学術大会の特別講演において、東京高裁の稲田龍樹統括判事が提唱されたもので、後見開始審判事件および後見監督処分事件それぞれの手続きにおいて更なる簡素化と事件を類型化してその類型に応じたメリハリをつけた省力化をしていくとの考え方を示した。
- 10 成年後見制度の改正に関する要綱試案補足説明
- 11 赤沼康弘「同意能力のない者に対する医療行為の法的問題点と立法提言」新井誠編『成年後見と医療行為』271頁(日本評論社、2007年)
- 12 後見人等が葬儀を行う権限の根拠として、学説では、「葬儀費用が利用者の生前の社会的地位からみて相当な範囲にあると解される限り応急処分義務の対象とみてよいと考える。」(上山泰「成年被後見人等死亡の場合の成年後見人等の地位と業務」実践成年後見No.10. 15頁(2004年))と応急処分義務に求める説があるなか、家庭裁判所は事務管理であるとしている(東京家裁後見問題研究会「東京家裁後見センターにおける成年後見制度運用の状況と課題」判例タイムズ1165. 118頁(2005年))が、いずれにしても金融機関は預金者死亡後の預金払戻しはたとえ葬儀費用であっても原則応じないケースが多い。

- 13 社団法人成年後見センター・リーガルサポート「成年後見制度改善に向けての提言～法定後見業務に携わる執務現場から～」具体的に日弁連においては相続財産管理人の権限（民953条）を準用して元後見人に原則として保存行為の権限を付与し、葬儀費用等を含め処分行為については家庭裁判所の許可事項とすることを求めている。リーガルサポートにおいても同様の内容を求めている。
- 14 戸籍法の一部を改正する法律（平成19年5月11日法律第35号）
- 15 老人福祉法32条、知的障害者福祉法28条、精神保健および精神障害者福祉法51条の11の2
- 16 日本成年後見法学会「市町村における権利擁護機能のあり方に関する研究会平成17年度報告書」による。数字は都道府県ごとの数字。
- 17 前掲（注1）数字は家庭裁判所管内別ごとの数字。
- 18 成年後見制度利用支援事業は、介護保険サービスおよび障害者福祉サービスを利用する上で、認知症高齢者・知的障害者・精神障害者が成年後見制度の利用が必要であるにもかかわらず、制度に対する理解不足や費用負担が困難であることなどを理由に制度利用に支障をきたすことのないよう市区町村が行う成年後見制度の利用を支援する事業に対して補助を行うものであり、事業内容は「成年後見制度利用促進のための広報・普及活動の実施」と「成年後見制度の利用に係る経費に対する助成」の二つ。後者の経費助成の対象は、成年後見制度の申立てに要する経費（登記手数料、鑑定費用等）と法定後見人の報酬の全部または一部となっている。利用対象者は、a.介護保険サービスまたは障害者福祉サービスを利用し、または利用しようとする身寄りのない重度の認知高齢者・知的障害者・精神障害者、b.成年後見制度の開始申立てを市区町村長が行うことが必要と認められる者、c.法定後見人の報酬等必要な経費の一部について、助成を受けなければ成年後見制度の利用が困難と認められる者である。なお、施行当初の対象は認知症高齢者のみであったが、現在は知的障害者および精神障害者にも及んでいる。
- 19 1999年7月2日145回国会衆議院法務委員会（21号）における木島日出夫議員の質問に対する細川政府委員の答弁
- 20 2007年2月16日「任意後見制度の改善提言と司法書士の任意後見執務に対する提案」日本司法書士会連合会・社団法人成年後見センター・リーガルサポート
- 21 本人の推定意思は「任意代理契約の代理権の効力を失わせ、新たに任意後見契約のものとて代理権を発生させる」と考えることによるものであるが、任意後見契約の代理権が発生していない状況において実際に任意代理契約の代理権が消滅することになることから本人にとって不測の不利益を被ることがないよう本人保護の観点からの検討も必要であろう。
- 22 証明書の窓口交付はそれまで、東京法務局のみの取り扱いであったが、東京法務局平成17年1月31日より全国の法務局および地方法務局においても取り扱われるようになった。
- 23 成年後見制度改正時、「一元的制度」か「多元的制度」かについて議論されたが、最終的には、対象者の個別的な状況に即した一元的制度趣旨を最大限尊重して柔軟かつ弾力的な保護措置を設定するとのことで後見・保佐・補助の三元的制度を採用されたが、このような公示制度の不親切さは三元的制度の弊害といえるのではないだろうか。少なくとも公示制度としては、一元的発想による制度の見直しが必要なのではないだろうか。

- 24 現に、ある区民事務所に発効していない任意後見契約に関する登記事項証明書を持参した任意後見受任者が本人についての印鑑登録および印鑑証明書の交付請求をした事例があり現場では混乱している。このようにあたかも発効前の任意後見契約に関する登記事項証明書が移行型任意後見契約における任意代理契約の代理権限証明書として誤解されて使用されていることがあるのではないかと危惧される。
- 25 現に、財産の管理人が審判書を添えて行政窓口にて証明書の交付請求をしたところ、登記事項証明書の提示を求められ、制度上登記事項証明書が交付されないことを説明することに苦勞した事例がある。





任意後見契約と死後事務委任契約に  
関する実務上の諸問題

赤 沼 康 弘

# 目次

はじめに

I はじめに

II 任意後見制度の利用状況

III 任意後見制度運用上の諸問題

1 任意後見契約締結と意思能力

2 代理権目録作成上の問題

3 即効型任意後見契約における問題点

4 将来型任意後見契約の問題

5 移行型任意後見契約の問題点

6 任意後見契約の内容における問題点

7 法定後見申立に対抗する任意後見契約

IV 死後事務委任契約の問題点

V 成年後見制度の基盤整備の必要性

## I はじめに

判断能力が減退した者を保護、支援する制度として、2000年から現在の成年後見制度が施行され、7年が経過した。現行制度は、民法上の法定後見制度と新たに創設された任意後見契約に関する法律（任意後見法）に基づく任意後見制度からなる。

任意後見制度は、判断能力が減退したときに備えて、予め任意後見人候補者と任意後見人に委託すべき事務を定めておくという制度であり、法的しくみとしては、任意代理につき、公的な監督を法制化したものである。任意後見制度は、高齢者が、将来判断能力が減退した後の財産管理や身上監護に備えるものとして、その不安を解消させる利点が高い制度といえることができる。同時に、自己の老後の財産管理や身上監護について、自ら契約で定めるものであるから、わが国の契約に関する一般意識から考えるならば、相当に進んだ制度でもある。

これに対し、既に判断能力が減退している知的障害者や精神障害者の利用は、かなり限定されたものとなる<sup>1</sup>。それでも、障害の程度が軽い場合や親無き後の子の身上監護等に備えて、法定後見人となっている親が子供のために第三者と任意後見契約を締結しておき、その親の判断能力が無くなったり、死亡したときに子供のための任意後見を開始させるという利用方法なども考えられる。

しかし、任意後見制度の創設は必ずしも諸手をあげて歓迎されたわけではなかった<sup>2</sup>。わが国の風土になじむかどうかとの疑問も提起されていた<sup>3</sup>。

そこで、本稿では、施行後7年になる任意後見制度がどのような展開を示しているのか、またその運用上の問題点は何かなどについて検討を加えるとともに、任意後見契約と同時に締結されることが多い死後の事務委任契約についてもあわせて検討したい。

## II 任意後見制度の利用状況

2000（平成12）年4月施行以来、任意後見契約締結登記件数は、年々増加し、以下のとおり累計20,548件となった<sup>4</sup>。

平成12年度	801件
同 13年度	1,106件
同 14年度	1,801件
同 15年度	2,521件
同 16年度	3,805件
同 17年度	4,904件
同 18年度	5,610件
累 計	20,548件

また、任意後見監督人選任申立件数は、以下のとおりとなっている。

平成12年度	51件（認容 20、却下 0）
同 13年度	103件（認容 67、却下 1）
同 14年度	147件（認容 83、却下 4）
同 15年度	192件（認容147、却下 3）
同 16年度	243件（認容150、却下 6）
同 17年度	291件（認容201、却下 6）
同 18年度	360件（認容260、却下 2）
累 計	1,387件

この利用件数をどうみるべきであろうか。

わが国における認知症高齢者の数が約160万人とも推定されていることと比較すると、この数字は微々たるものである。鳴り物入りで発足したにしては予想より低調であるとの評価もあり得るところであろう<sup>5</sup>。

しかし、既に判断能力が減退している高齢者がこの制度を利用することは、本来予想されていないのであるから、認知症高齢者の現在数と比較することはあまり意味がないであろう。そして、禁治産時代の平成11年4月から同12年3月までの禁治産宣告申立件数が2,963件、準禁治産宣告申立件数671件、平成18年度の保佐開始申立が2,030件、補助開始申立件数が859件であることと対比するならば、任意後見制度の利用は決して低調というべきものではないであろう。特に平成16年から18年度の契約締結件数を見る限り、定着しつつあると評価することができる。

判断能力が減退するかもしれない将来の生活について、契約によってその対策を立てよ

うということは、自己の老後について熟考する力と契約に関する進んだ意識がない限りできないことである。任意後見制度の立法化当時、任意後見制度の必要性についてすら疑問を提起する反対論があったことを考えると、契約社会として未熟であると言われて来たわが国において、施行後7年でこれだけの利用件数が出ていることは評価できると考えられる<sup>6</sup>。

### Ⅲ 任意後見制度運用上の諸問題

この数年の間に、任意後見制度の利用を希望する市民のため、その受任者となることを目的とする法人も設立されるようになり、今後利用者が一層増大していくことを予測させる<sup>7</sup>。いまだ利用件数が少ないと評する論者も、任意後見制度を広く知らせて活用すべきだとしており、この制度に対する消極的見解はほとんど聞かれなくなった。任意後見契約の利用をさらに広めるため、制度の存在とその利点を周知させることが求められている。

しかし、制度が開始されて7年が経過し、制度運用上の問題点が明らかになってくるとともに、最近、任意後見制度の濫用とも思われる現象も生じている。任意後見制度が法定後見制度に優先することから、法定後見に対する対抗手段として利用された例まで見受けられる。

以下には、任意後見契約の利用上の問題点と濫用事例を示し、あわせて濫用に対する対応策を考えてみたい。

#### 1 任意後見契約締結と意思能力

##### (1) 意思能力検討の実情

任意後見契約を締結するには、当然のこととして意思能力が必要である。

しかし、任意後見契約を締結するのは高齢者であるだけに、意思能力に疑問があるにもかかわらず、簡単な受け答えができるというだけで、意思能力ありとして任意後見契約公正証書が作成されている例がある。遺産分割の前哨戦のような紛争が生じている事案では、任意後見契約を締結し、解除し、別の受任者との間でまた締結するというように任意後見

契約のとりあいのような事態が生じ、後に行くに従い、委任者の意思は不明確になるという例が見受けられる<sup>8</sup>。任意後見制度の濫用とも思われる事例は、公正証書作成時における委任者の意思能力の検討も不十分だったのではないかという疑問が大きい。これらの例は、意思能力の内容について十分な吟味ができず、委任者が日常の受け答えをすることができたということをもって意思能力ありと認めてしまったものと推測される。多くの公証人は、遺言の作成等で意思能力の検討については経験を持ち、慎重に検討しているものと思われるが、しかし、このように十分な検討がなされずに作成されている例もある。もっとも、事前に公証人との受け答えの練習をさせ、そのとおりに言わせるという例もあるため、意思能力の程度を判断することは、そう容易ではない。

そこで、この任意後見契約締結の意思能力について、その内容と程度について少し整理をしてみたい。

## (2) 意思能力と事理弁識能力

従来の通説では、意思能力とは、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、旧民法7条における心神喪失とは意思無能力と同義であるとされるだけで<sup>9</sup>、意思能力と民法7条に規定する能力との関係は明確ではなかった。

しかし、「意思能力の有無は、個々の具体的な法律行為ごとに、行為者の能力・知能などの個人差その他をそのままふまえての、実質的個別的判断にかかるものであり、何ら画一的・形式的基準によるものではない。したがって、問題になる法律行為がいかなる種類の行為であるかによって判定が異なることがありうる」(幾代通「民法総則第2版」51頁)、「有効に意思表示をする能力を意思能力という。意思能力があるかどうかの判断はどのような取引を行うかによって違う。プラモデルを買う意思表示と土地に抵当権を設定する意思表示とではレベルが異なる」(内田貴「民法I」101頁)とされるようになり、現在では、意思能力の相対性を認めるのが通説となっている<sup>10</sup>。

これに対し、民法7条の事理を弁識する能力は、法律行為ごとにその能力の有無を検討することをしない。したがって、意思能力が法律行為ごとに相対的なものであるとするならば、事理弁識能力は意思能力とは異なる概念と理解すべきことになる<sup>11</sup>。この点は従来あまり意識されてこなかったが、成年後見制度に関する民法改正に関与した法務省担当者は、

民法7条について、「事理を弁識する能力」とはいわゆる判断能力を指し、意思能力と同義ではないと解する立場で、本条は立案されている、意思能力はその有無のみが問題とされ、その程度を問題にする余地は概念上ないと考えられるとする<sup>12</sup>。

### (3) 任意後見契約締結の意思能力の程度

任意後見契約締結の意思能力も通常の財産に関する行為に要求される意思能力と特別に異なるところはない。

任意後見契約の内容が複雑な財産に関する委任を含むものであれば、高度な判断能力が必要になり、日常の財産管理の程度にとどまるものであれば、軽度の判断能力でも足りる<sup>13</sup>。

東京地判平17年9月29日（判タ1203.173）は、自己の利益を守るための弁護士への訴訟委任契約の意味を理解することは、自己がそれ相当の経済的な負担を伴う連帯保証契約等の意味を理解することより容易であると述べているが、意思能力の相対性を正確に判断したものと評価できる。

公証人は任意後見契約公正証書を作成する際、委任者の意思能力の有無を判断しなければならない。簡単な受け答えはできていても、自己の財産の内容や、委任する個別の法律行為の意味が理解できないこともある。公証人の意思能力に関するチェックが機能すれば、濫用は相当程度防止できるはずである。この点については、後に再度言及したい。

## 2 代理権目録作成上の問題

任意後見契約における代理権の範囲は代理権目録に示される。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が、代理権目録の様式を定めおり、ここでは、個別の委任事項を記載してチェックする方式の1号様式と包括的に委任事項を記載できる2号様式とが規定されている。1号様式では、細かな委任事項について、チェックして確認するようになっているので、これによってこと細かに委任の意思確認をするならば、委任者本人の個別の意思が明確になり、その過程で委任者の判断能力の推定も可能となる。

しかし、それには相当な時間がかかり、また委任者自身もあまりに面倒であるとして嫌う傾向がある。既に判断能力の減退が始まっている委任者については、なおさらその傾向が強い。

このため2号様式の使用が多くなり、しかも相当に包括的な委任契約、代理権目録も使用されている。2号様式の使用自体に問題があるわけではないが、あまりに包括的な定め方では、委任者が真実委任事項を理解して委任しているのか疑問がある。財産が大きくかつ種類も多いときは、判断能力の減退がない場合であっても、包括的な定め方では本人の意思が正確に反映されているとは言いきれないのであるから、判断能力が減退している場合には、一層不相当とみるべきである。したがって、あまりに包括的なものは委任の範囲が不明確であり、法務省令の定める様式にしたがっていないものとして、無効と解される(任意後見法3条)。例えば、「療養看護に関する事務の全部」「生活・療養監護に関する事務の全部」、「不動産取引、銀行取引ほか一切の契約」「生活療養監護及び財産管理一切」などという委任事項は包括的に過ぎ、無効と解すべきである。

### 3 即効型任意後見契約における問題点

#### (1) 意思能力の有無に関する判断

即効型は、判断能力減退後に締結するだけに、意思能力の有無について慎重な判断が求められる。

1号様式にしたがって、事細かな判断をするには相当程度の能力が必要であり、また2号様式であれば、包括的であるが、財産の多寡、内容によってはやはり相当程度の判断能力が必要となる。

委任事項にもよるが、将来の自己の生活像を描き、それにふさわしい生活レベル、収支予測などを立てて任意後見人に対する報酬額を定め、また不動産処分の可能性などを検討して代理権を付与するか否かを決定するものであるから、相当程度高度の判断能力が要求される。また判断能力が減退すると、委任事項について事細かな検討をしないままに安易に承認をするということもある。したがって、判断能力減退が軽微な場合はともかく、相当程度減退が進んでしまった者の場合は、たとえ意思能力があると認められるときでも、利用を認めるには慎重となるべきである<sup>14</sup>。

#### (2) 即効型が認められる場合

しかし、「即効型」すべてを不相当とすることは相当ではないであろう。



意思能力は、その精神上の障害の内容により千差万別である。初期アルツハイマー患者においては、自己の病状の進行に備えて任意後見契約を締結したいというニーズが高い。アルツハイマーに罹患して初めて、将来の生活設計をたてることの必要性に気づくということも多いと思われる。初期アルツハイマーの場合は、局面によっては高度の判断能力が維持されていることがあり、このような者にとっては任意後見契約の「即効型」は自己決定権行使の最善の手段である。

したがって、既に判断能力が減退している場合には、その能力と委任事項との関係で契約の適否を判断する必要がある。

すなわち、判断能力の低下が軽度の場合は、その委任意思と委任事項を慎重に検討して任意後見契約の利用を認める。

保佐レベルにまで至った者については、その判断能力からみて、日常生活に必要な財産管理の委任程度が限界と考えられる。したがって、原則として、重要な財産の管理まで委任するような任意後見契約を締結すべきではない。

## 4 将来型任意後見契約の問題

任意後見受任者には任意後見監督人選任申立権が付与されているが、これは任意後見法上の義務とはなっていない（同法第4条）。将来型の任意後見契約の場合、任意後見監督人が選任されるまでは、任意後見契約は効力が発効しないのであるから、何らの権利義務関係も生じないわけである。

しかしそれでは、判断能力が減退したにもかかわらず、それを見過ごし、任意後見を発効させないまま推移して、委任者に損害を被らせるという事態も生じかねない。

もっとも、任意後見受任者は委任者に対する関係で信義則上の義務があると解することはできる。任意後見契約を締結した後、任意後見受任者が長期間にわたって委任者との関係を絶つと、その間に委任者に認知症の症状が出現、進行して、委任者が重大な損害を被るということは十分予測される。判断能力減退時の不測の損害から委任者を守ることが任意後見契約締結の重要な目的となっているわけであるから、受任者には任意後見を開始することが適当となったときは速やかに任意後見監督人選任申立を行う信義則上の義務があると言うことができる。

またこの点を考慮して、任意後見契約公正証書のなかに、適切に任意後見監督人の選任を申し立てるべきことを義務とする条項を設ける例も多くなっている。

このように、「将来型」の任意後見契約を締結した後は、任意後見契約発効の時期を失しないようにするため、受任者は、委任者の判断能力の程度を適宜確認しなければならない。したがって、受任者は、委任者との間で任意後見発効前の権利義務関係を明確にしておく必要がある。

東京弁護士会の高齢者・障害者総合支援センター「オアシス」ではこのような義務を定める契約に「ホームロイヤー契約」との名称を付し、将来型の任意後見契約を締結するときには、少なくとも月一回程度の身上の確認と必要に応じて法的助言を行うことを内容とする契約を結ぶことを原則としている。この契約は公正証書ではなく、通常の委任契約として締結することが多い。またこの種の契約を見守り契約と称している例もある。

問題となるのは、任意後見監督人選任申立が義務となっても、これをチェックするシステムがないことである。この点は次項でも検討したい。

## 5 移行型任意後見契約の問題点

判断能力が減退する以前であっても、高齢等のため財産管理が困難になり、管理を第三者に依頼したいという希望を持つ者も多い。そのような要求に応えるものとして、判断能力減退以前は任意の財産管理契約で管理を委任し、減退した段階で、任意後見契約に移行するという移行型任意後見契約の利用も相当に広がっている。前述のように単純将来型の場合は、委任者の判断能力減退を見過ごすおそれがあり、任意後見契約発効までの間の委任者と受任者との関係を定めておく必要があることから、移行型を勧める公証人が多くなっている<sup>15</sup>。適切に利用されるならば、高齢者の財産管理としては、移行型が最もふさわしいと考えられるであろう。

ところが、移行型の任意後見契約を締結しながら、委任者の判断能力が減退しても、任意後見に移行しない、すなわち任意後見監督人選任を申し立てないという事例が見受けられるようになった<sup>16</sup>。判断能力が減退した後も、任意後見監督人のいない任意の財産管理契約で管理を継続し、任意後見受任者が財産の流用をしたという例も耳にする。高齢者と契約を結ぶときは、「判断能力があるうちは任意の財産管理契約で管理し、判断能力が減退し

たら、公的な監督のある制度で管理するから安心だ」と勧めて契約をし、実際は、監督のない任意の財産管理契約で管理を続けるというもので、このような使われ方をすると権限濫用の温床にもなってしまいます。したがって、任意の財産管理契約や生前の事務委任契約からの移行型の場合は、判断能力が減退したときは、受任者が適切に任意後見監督人選任申立をすべきことを法律上の義務とする必要がある。

しかし、前述のとおり、任意後見監督人選任申立が義務となっても、これをチェックするシステムはない。

立法論としては、移行型任意後見契約が登記されたときは、委任者の判断能力と任意後見契約発効の必要性について、受任者をして定期的に家庭裁判所あるいは何らかの監督機関を創設してここに報告させるということが考えられる。移行型の場合には、既に財産管理を行っているのであるから、受任者にこの程度の義務を課しても不合理ではないであろう<sup>17</sup>。

また、任意後見監督人選任、任意後見契約発効により、任意の財産管理契約は失効することも明確にする必要がある。任意後見契約発効後に、財産管理契約の効力を残す必要性はないと考えられるうえ、その効力が残されるときは、任意後見人が任意後見監督人の監督のない事務を行い得るという誤解を生じさせる。

近時、高齢者の財産管理を業とする事業者が、何百人もの委任者と任意の財産管理契約、任意後見契約、死後事務の委任契約等を締結し、財産管理を行うようになっている。高齢者の財産管理と死後の事務処理は、多くの高齢者がかかえる悩みでもあり、これを安心して任せられる事業者が現れることは望ましいことである。しかし、どの業者が信頼できるのかについての判断材料は全く与えられていない。この分野における公的監督も存在しない。

このような業者が委任者から金銭を預かって管理するということは、一種の信託となる<sup>17</sup>。したがって、信託法にしたがった管理がなされることが必要である。また、信託を利用した福祉的な財産管理の必要性を訴える声も大きく、一定の事務委任にともないなされる金銭の信託は、信託業法上の規制から除外されているので（信託業法施行規則29条）、このような管理方法も増えていく可能性が高い。

確かに、高齢者の財産管理に対する不安は大きく、福祉的信託がこの分野で機能することは望ましいことである。

しかしながら、財産を預かり、管理する業務について、何らの監督も行われまいという  
ことは、権限濫用や不正を放任することになる。早急にしかるべき監督法制を整備すべき  
である。

また、第三者機関がこのような業者の評価を行い、その結果を広く利用者に情報提供す  
るということも必要であろう。

## 6 任意後見契約の内容における問題点

高額な報酬を定めたり、きわめて包括的な委任事項を定める任意後見契約がある。高額  
の療養看護報酬を定めながら、施設入所と在宅とで報酬額の区別をしていないという例も  
ある。

このような任意後見契約が不当であるのは明らかであるが、しかし一度締結してしま  
うと、解約することは非常に困難である。

また任意後見監督人が選任されても、任意後見監督人にはその契約内容を修正する権限  
はない。任意後見監督人が、判断能力の減退が始まった本人に対し、契約の不当性を説明  
して自ら解約させるということも不可能に近い。もとよりこのような場合でも、任意後見  
監督人の監督により、開始後の財産管理の透明化を実現することは可能である。しかし、  
その受任者が任意後見開始以前に財産流用等を行っていたとしても、任意後見監督人が過  
去に遡って調査することはそう容易ではない。任意後見監督人は財産関係書類の一切を保  
管できるとは限らず、また以前の本人の生活状況等について知識があるわけでもないから  
である。

したがって、契約の内容があまりに不当な場合には、これを修正できる法理ないし法制  
を整備することが必要になる。事務内容からみて不当に高額な報酬が定められている場合  
は、公序良俗に反して無効と解すべきであろう。ただし、契約すべてが無効となると、任  
意後見による後見は受けられなくなる。一部無効で相当額を超える部分のみ無効とするこ  
とも考えられるが、この点は検討が必要であろう。そのような高額な報酬を受け取ろうと  
する任意後見人が適切な後見を行い得るか否か疑問もあるからである。また、法定後見を  
開始することも、これを是正する方法として有効と考えられる<sup>18</sup>。立法論としては、任意後  
見監督人に報酬の改定を請求できる権限を与えるべきである。この場合、借地借家法の賃

料増減額請求権が参考となる。

## 7 法定後見申立に対抗する任意後見契約

高齢の親の財産を巡って子供の間に対立がある事案で、一方の子が法定後見の申立をしたところ、他の子がそれを察知し、自己を受任者とする任意後見契約を締結してこれに対抗するという例が見受けられる。任意後見制度の濫用事例ともいえるものである。筆者自身もこれまでそのような例に2件ほど接したことがあり、また他に数件、所属弁護士会で報告を受けたことがある。

大阪高裁平成14年6月5日決定<sup>19</sup>の事案もこれに該当するものと思われる。この事案は、長男が両親につき平成12年7月5日、保佐開始の申立をしたところ、次男が同年10月6日に両親と任意後見契約を締結し(同月13日登記)、その後の平成13年7月2日に保佐開始の審判がなされたところ、次男が任意後見契約登記の存在を理由に即時抗告を申し立てたというものであった。大阪高裁は、保佐開始申立の時期と任意後見契約登記の時期との関係だけでは、「特に必要がある場合」とは認められないとして、保佐を開始するについての審理が尽くされていないとの理由で原審判を取消して差し戻した。この事案については、保佐開始申立がなされ、しかもその後に保佐開始審判がなされるほどの判断能力の程度であったにもかかわらず、任意後見契約が締結されたというところに、委任者の意思が真実反映していたか否かの問題性を見るべきではなかったかとの疑問がある。また、保佐開始の申し立てがなされた後に、それを知って任意後見契約を締結したのは明らかに対抗手段としてこれを利用したものと推測され、濫用の可能性が高かった事案であると考えられる。

任意後見契約の濫用ともみられる事例では、過去に財産の流用が行われていたり、不当に高額な報酬が定められていることなどが多く、本来は第三者後見人により公正な法定後見を行うことが望ましい。したがって、このような事案の場合には、「本人の利益のために特に必要がある場合」として、任意後見法第10条第1項により法定後見を開始すべきである。

そして、ここで考慮すべきは、このような濫用事例においては、本人の判断能力に問題のある場合が多く、もともと当該任意後見契約を締結するに足る能力があったかどうかの疑問があるということである。契約締結時に公証人による慎重なチェックがなされるな

らば、一定程度はこのような濫用の防止が可能となるのではないかと考えられるわけである。

公証人としては、契約の不適法、無効もしくは能力の制限による取消の事由がないかぎり囑託を拒絶することはできないとの限界もある。しかし、委任における事務内容と報酬額とがあまりに不均衡であるなど契約内容が明らかに不適正な場合には、民法90条に該当する場合もあり得るし、また委任者が真実その意思を有する否か疑問のある場合もあり得る。したがって、公証人において積極的にその内容に立ち入った点検をするとともに、問題があるときは是正の勧告をするべきであろう。公証人法施行規則13条により適切な注意、教示、勧告をすることも考えられる。また、あまりに包括的な委任契約の場合は、当該契約内容が真実委任者の意思に基づいたものか否か仔細に確認することが求められる。遺言と違い、証人も必要としない任意後見契約においては、真実任意後見契約の意味を理解しているものか否か疑問のある場合もある。特に「即効型」については、注意が必要である。

## IV 死後事務委任契約の問題点

### (1) 死後事務委任契約の有効性

任意後見契約を締結する高齢者の多くは、死後の医療費の支払いや葬儀、永代供養料の支払等の事務についてもあわせて依頼したいという要求を持つ。核家族化が進むにつれ、このような要求を持つ高齢者は増えている。これを受けて、財産管理契約と任意後見契約、死後事務委任契約を同時に公正証書で契約する例も増えている。民法653条1号は委任者の死亡を終了事由とするが、これに反する合意は有効と解されているので、委任契約としてこの契約が有効であることには問題がない<sup>20</sup>。

しかし、このような死後事務の委任については、相続法理との関係で問題が生ずる。

委任する事務が短期的なもので、相続人の権利を長期間にわたって拘束するものではなく、また、遺言に等しいような財産の処分を含むものでない場合には、相続法理に抵触しないものとして、有効と解することができる。相続債務の支払、葬儀の執行、葬儀費用の支出、永代供養料の継続的支払いや受任者に対する報酬の支払い、生前世話になった人への謝礼等が例としてあげられる。

## (2) 死後事務委任契約の解除・解約禁止特約

死後事務の委任をしても、委任者たる地位は相続人が承継するので、相続人により解除されることがあり得る（民法651条1項）。委任者が任意後見契約を締結するというこの背景には、推定相続人とは関係を持ちたくないという意思がある場合もあり、そのようなときは、相続人が死後事務の委任に対して反感を示すことも起こり得る。もっとも、解除権の行使は不可分であるので（民法544条1項）、相続人全員が解除をしなければならない。

しかし、委任者が死後の葬儀等を自ら決定して委任したにもかかわらず、相続人により容易に解除されるのでは、委任者の遺志を全うすることができない。

そこで、委任契約を解除できないものとするところが行われるようになった。解除できないとする合意もその効力を否定すべき理由はない。ただし、どんな場合でも解除できないという趣旨のものは、拘束が大きすぎ不合理である。民法90条により、一部無効等で修正されると解すことになろう<sup>21</sup>。

## (3) 死後事務委任契約の執行上の問題点

死後事務委任契約においては、契約段階ばかりでなく、その事務執行の段階でも、さまざまな問題がある。以下に場合をわけて検討してみよう。

### ① 委任者に相続人がない場合

死後事務の委任契約が、相続人のない委任者によりなされる場合であれば、死後の事務処理にあたり問題が生ずることは少ない。相続人との間で意見衝突の生ずることがないからである。

ただし、この場合でも、委任者の死亡とともに委任者名義の預金は凍結されてしまうことから、受任者の手元に相当程度の資金が保管されていないときは事務処理に必要な費用の面で困難が生ずる。そのような恐れを防止するために、同時に遺言を作成し、遺言執行者と受任者を兼任させる方法がある。

もっとも、このように対処しても、遺言執行者が銀行預金等を払い戻しできるようになるのは、戸籍上に遺言者の死亡の記載がなされた後となる。したがって、それ以前では銀行預金を払い戻すことは事実上不可能である。葬儀等は死後直ちに行わねばならないため、やはり一定程度の資金を保管していないときは、死亡直後の事務処理が困難になることに注意しておかねばならない。

このようなことから、生前に葬儀等の依頼を受け、死後事務委任の契約を締結する業者は、一定の金額を生前に預託させている。その金額は50万円から100万円が多いようである。契約顧客が1,000人を超えるような業者もあるようで、したがってその預かり金も莫大な金額となっているようである。今後、その管理の透明化、第三者評価なども求められるようになるであろう。

## ② 委任者に相続人がある場合

相続人があり、その相続人と意見衝突が生ずる恐れのある場合は問題がある。委任者が死亡した場合には、委任者の地位を相続人が承継するので、受任者は相続人を委任者として事務処理を行うことになる。

しかし、死後の事務処理の内容がその委任者たる相続人の意思と異なるため、相続人と対立する事態となることがあり得る。葬儀の執行、葬儀費用の支出、永代供養料の支払いや受任者に対する報酬の支払い等については対立は少ないであろうが、生前世話になった人への謝礼などということになると相続人の意思と対立する場合も出てくるようである。

最高裁平成4年9月22日第3小法廷判決（金融法務事情1358号55頁）の事案はまさにそのような点での対立が生じた事案であった。事実関係は、委任者が入院中の諸費用の支払い、死後の葬儀・法要の施行とその諸費用の支払い、付き添い看護した者に対する応分の謝礼の支払いを依頼して現金、通帳、印章を交付したが、相続人から受任者に対し、預貯金通帳、印章及び金員の返還が求められて提訴されたものである。

受任者は委任者の予めの指図はもとより、事後の指図にもしたがわなければならないとされている<sup>22</sup>。このため、委任者の地位を承継した相続人の指示にも従わねばならないのかということが問題となるわけであるが、この指示はあくまでも委任の範囲でのものであり、委任事務自体に反する指示にはしたがう必要はないということになる。入院中の諸費用のような確定的相続債務の支払いについては、たとえ委任者たる相続人が支払いを禁ずるとの指示をしたとしても、（通常はこのような支払いが相続人の意思に反することはないであろうが、相続人が当該受任者を認めないという対応をしている場合や、病院等の措置に不満がある場合などは入院費用の支払いについてすら反対する場合があります。）それは委任の範囲を超えた指示であるとして、これに反して支払いを行うことは認められる。

しかし、葬儀の執行や法要ということになると、祭祀承継者の権利との関係があり、受任者が祭祀承継者の意思を無視してこれらを執り行うことができるのかということも問題



となりそうである。

前掲判例の事案では、葬儀自体は親族を形式的な喪主とし、受任者が実質的に事務処理を行うという方法で執り行い、問題は生じなかったようだが、相続人の一部が、49日忌以後の法要は親族が行うと主張して対立が生じていた。もっともこの事案では、祭祀の承継者が明確になっていたわけではないので、この点が論じられてはいない。

祭祀承継については、被相続人は祭祀承継者の指定ができ、その方法も問わないとされていることからみるならば<sup>23</sup>、被相続人の祭祀に関する意思の表明は、相続人、祭祀承継者の意思に優先すると解すべきである。

### ③ 弁護士の職務との関係

以上に対し、弁護士については、その職務基本規程との関係で、相続人たる委任者すなわち依頼者の意思に反する事務を執行できるのかという問題がある。

弁護士には、職務上の倫理の要求として、委任者の意思に反して事務処理を行ってはならず、また利害の対立する双方からの委任を受けてはならないこととされている。そして、委任者の意思が当初の委任の趣旨から変更され、受任者たる弁護士と意見の対立が生じて信頼関係が失われ、その回復が困難なときは、辞任その他の適切な措置をとらなければならないとされているのである<sup>24</sup>。

死後事務の委任では、実際に事務を処理するときの委任者は相続人となる。

事務処理報酬も、結果的には相続人から支払いを受けるわけである。したがって、委任者である相続人の意思に反する事務処理を行うことは職務基本規定上問題が生じそうである。

しかし、相続人が反対したとしても、委任を受けたときの委任者の意思自体が変わったわけではなく、委任も継続している。相続人の反対にしたがうことは、もともとの委任者の意思に背くことになる。そうであれば、形式的には委任者となった相続人と意見が対立したとしても、委任者の意思とは対立していないとみることができるであろう。そう考えられれば、職務基本規程に反することもないと解することができる。

もっとも、現実の問題として、相続人が反対するときは、その事務執行は非常に困難となる。

このような問題への対策としては、契約時に委任者の意思を可能な限り具体的に確定しておくことが必要である。葬儀や謝礼などについては、具体的な方法や金額、予算等を確

定しておくことにより、相続人を説得することが可能になると考えられる。

もとより、身寄りがないが故に締結する死後事務委任契約では、このような問題が生ずることはない。しかし、遺産分割の前哨戦のごとき紛争のなかで締結されたものについては、このような様々な問題の生ずる恐れがあることに注意しなければならない。

## V 成年後見制度の基盤整備の必要性

法定後見と任意後見からなる新しい成年後見制度は、わが国においても定着しつつあり、家庭裁判所も増大する成年後見関係事件の対応に追われている。平成18年度の成年後見関係申立件数は32,629件にもものぼった。平成18年度には障害者自立支援法の施行にともなう特殊性があったとはいえ、平成12年の新制度施行以来増加傾向は続いており、今後とも続くと推測される。

また、成年後見制度を補完するものとして、地域福祉権利擁護事業が運用されているが、この事業も年々利用者が増加している（名称と事業の内容とがそぐわないとして、平成19年度からは、名称を日常生活自立支援事業とあらためた。）。

他方で、成年後見人等の候補者不足も目立つようになってきた。特に任意後見においては、任意後見受任候補者の不足が甚だしい。任意後見制度を利用しようという高齢者は、親族には頼りたくないという者が多く、親族以外の第三者の任意後見人を求めている。

しかし、第三者で任意後見を受任しようという者はまだまだ少ない。法定後見制度の運用については、全国の家裁判所が各地の弁護士会、司法書士会、社会福祉士会などと協議し、候補者推薦の仕組みをつくっているため、一応の対応はできている。しかしながら、任意後見人候補者に関しては、このような公的対応はないため、適切な任意後見人を捜すのは容易ではない。その結果、不適切な者に任意後見を委任してしまい、財産侵害を受けるといった事件も発生している<sup>25</sup>。したがって、任意後見を受任する適切な法人や組織等を育成し、同時にその団体の組織、運営状況を評価する資料を利用者に提供し、また公的な監督を行うことが求められる。

翻って、法定後見における親族後見人の権限濫用も相当数発生しており、家庭裁判所の監督も利用件数増加に追いついていないのが実情である<sup>26</sup>。家庭裁判所の内部からは、家庭

裁判所も司法機関であり、このためきめ細かい監督の経験がなく、不向きであるとの声も聞こえる。

そこで、成年後見関係の事務を行う団体や成年後見人等を支援、養成し、また監督する組織を家庭裁判所外につくることが考えられる<sup>27</sup>。ドイツの世話協会の活動は参考になろう<sup>28</sup>。わが国では、自治体の援助の下に各地の社会福祉協議会等の後見センターや権利擁護センターを発展的に利用することが考えられる<sup>29</sup>。このような仕組みの必要性については、まだ検討が始まったばかりで、これが創設されるにはまだまだ時間がかかると推測されるが、その必要性は時が経つにつれて明確になっていくであろう。時期を失すれば、高齢者の新たな財産被害を放置することともなる。高齢者が真に安心できる成年後見制度をつくりあげるため、このような組織が早期に創設されることを期待したい。

[注]

- 1 坂野征四郎「任意後見の運用の現状と課題」実践成年後見№14（民事法研究会）9頁。
- 2 道垣内弘人「成年後見制度私案（二）」ジュリスト1075・94頁、法務省民事局参事官室「成年後見制度の改正に関する要綱試案補足説明」（平成10年4月14日）は、消極説、積極説を整理して紹介している。
- 3 野田愛子「成年後見制度の展望」ジュリスト1059・170頁。
- 4 最高裁事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況」平成12年度から18年度の発表による。
- 5 河野信夫「任意後見契約の現状と将来」公証140号3頁。  
なお、坂野前掲7頁は、利用件数が少ないとしつつも、増加傾向が英国のように続くとする将来は相当な件数になると推測する。林豊「任意後見の契約文例と公証実務」実践成年後見№14（11頁）も増加傾向にあることを評価している。
- 6 小林昭彦「成年後見法の制定を振り返って」成年後見法研究第1号（日本成年後見法学会編集）14頁は、制定当時の消極意見をふりかえる。また、新井誠「任意後見制度の現状と課題」成年後見法研究第4号15頁も、消極論の状況を紹介するとともに、わが国の利用件数を評価している。
- 7 中山二基子「法人後見の活用と展望——有限責任中間法人市民のための成年後見センターを設立して」実践成年後見№14・33頁、川口純一「リーガルサポートにおける実践」同書39頁、横浜生活あんしんセンターにおける法人後見の実際」同書47頁。
- 8 東京地判平成18年7月6日（判時1965.75）。
- 9 我妻栄「新訂民法総則（民法講義Ⅰ）」岩波書店60頁、76頁。  
また、我妻栄「民法案内Ⅱ」は、意思能力の不十分な者の保護を目的とするのが無能力者制度であると解説し（65頁）、鈴木禄也（注釈民法（1）274頁）も、「意思能力の十分でない者」という表現を用いる。ここでは、対象との関係で判断する意思能力と成年後見制度（旧禁治産・準禁治産制度）という判断能力との間に厳密な区別をしていないように思われる。
- 10 その他、自己の行為の結果を認識・判断することができる能力。行為の種類・内容によっても異なるがおよそ7才から10才の子供の判断能力（四宮・能見「民法総則第6版」33頁）、自己の行為の結果を判断できる精神能力。その人とその法律行為との関連をみて判断される（菓子を買うのと不動産を買うのとでは能力は異なる）（遠藤浩外・民法（1）有斐閣双書42頁）、意思能力の存否の判断はその具体的、個別的内容に即してしかも被保護者の残存能力に応じてなされるべきである（新井誠「高齢社会の成年後見法〔改訂版〕」161頁）などと解説され、現在では、通説は意思能力の相対性を承認しているとされている（村田彰「遺言に必要な精神能力」新井誠・西山詮編「成年後見と意思能力」（日本評論社）97頁）。  
判例上では、意思能力について、行為の結果を弁識し判断する能力（統合失調症につき札幌地判昭53.10.31判タ377.12）、自己の行為の結果を弁識するに足りるだけの精神能力（脳血管性認知症の高齢者につき東地判平4.2.27判時1442.115）、自己の行為の効果ないし結果を正しく認識し、これに基づいて正しく意思決定する精神能力（統合失調症につき東京地判平4.3.9判タ806.172）などと定義されている。また、東京地判平17年9月29日（判タ1203.173）は、意思能力とは、自分の行為の結果

を正しく認識し、これに基づいて正しく意思決定をする精神能力をいうと解すべきであり、意思無能力であるかどうかは、問題となる個々の法律行為ごとにその難易、重大性なども考慮して、行為の結果を正しく認識できていたかどうかということを中心に判断されるべきものであるという。

- 11 福岡高判平16年7月21日(判時1787.100)は、意思無能力かどうかは、問題となる個々の法律行為ごとにその難易、重大性なども考慮して、行為の結果を正しく認識できていたかどうかということを中心に判断されるべきものであるから、一般的に事理弁識能力が著しく不十分であるとしてなされる成年後見制度とは異なるとする。もっとも、改正前の民訴171条1項送達を受け得る者に関する「事理を弁識するに足るべき知能」は、意思能力と基本的には同義であると解されていたのであるから(升田純・「成年後見制度をめぐる裁判例(2)」判時1574.3)、事理弁識能力という定義だけで、直ちにこのように区分けされていたと言うことはできない。

なお、須永「新訂民法総則要論追録」は、事理弁識能力は、意思能力あるいは判断能力を示すものと考えて差し支えなく、後見開始の実態要件としての精神能力の減退はすべての財産行為につき後見人の代理を要するほどに重要であることを要するとする(4頁)。

しかし、こう考えると、事理弁識能力が欠如するということと、これが不十分ということの違いを明確にはとらえにくい。日常生活に必要な法律行為はできても、保証契約を行う能力はないという者もあるが、その場合はやはり保証契約を行う意思能力はないのであり、不十分なわけではない。そう考えると、やはり、類型で区分けされる現行の成年後見制度の下では、行為との関係で理解される意思能力と、行為との関係を考慮しない事理弁識能力とは概念としては異なると理解した方がわかりやすい。もっとも、すべての法律行為を行い得ないほどに判断能力が欠如した状態を事理弁識能力が欠如したものということになるのであるから、事理弁識能力とは、最も簡易な法律行為を行う意思能力という程度において重なり合うと言うことはできる。

- 12 小林昭彦・原司平成11年民法一部改正法等の解説(法曹会)64頁。

- 13 須永醇「いわゆる形成的身分行為の問題性」前掲新井誠・西山詮編「成年後見と意思能力」88頁は、養子縁組の意思能力に関連して、形成的身分行為においては、財産の包括的な移転・承継が複合して起こる可能性があるし(相続において)、高齢者扶養の申告な問題も生じうるから、財産関係において必要とされる意思能力よりもむしろ高度の能力が形成的身分行為には要求されることがありうる」とする。任意後見契約において、自己の財産のいっさいの管理を委任するようなものは、自己の複合的な財産の管理を委任し、さらに自己の将来の状況に応じた身上監護を委任するものであるから、高度な能力が必要ということになるであろう。

なお、遺言における意思能力については、村田彰・前掲「遺言に必要な精神能力」が、以下のような特殊性を指摘する。遺言においては、任意に撤回することができ、遺言により不利益を受ける者に関しても、遺留分制度があることを考えると、その不利益を十分に検討することも要求されない。さらに最終意思であることを考慮すると、遺言の内容と効果を一応なりとも理解してその実現を欲するのに最小限必要な精神能力を有していれば十分であると思われるとする。

以上は、意思能力がそれぞれの法律行為の性質に応じて異なるものであること示す例でもある。

- 14 林豊「任意後見の契約文例と公証実務」実践成年後見№14(15頁)は、即効型の任意後見契約公正

証書作成は回避しているという。

- 15 河野信夫「任意後見契約と生前及び死後事務委任契約について」公証法学33号35頁、林豊・前掲16頁。
- 16 前掲・座談会の坂野征四郎裁判官の発言（110頁）、新井誠教授の発言（111頁）。イギリス持続的代理権授与法の下でも、登録件数（効力発効要件）は持続的代理権授与件数の20分の1程度と推測されているという（新井誠「高齢社会の成年後見法[改訂版]15頁」）。
- 17 2006年11月27日付アメリカ合衆国統一任意後見法では、本人が法的無能力になったか否かを決定する権限を有する者を委任契約で定めることができるとし、その者は、本人の健康管理に関する情報を入手する権限を有するとしている（志村武訳「アメリカ合衆国統一任意後見法・2006年11月27日付最終法」国民生活研究第47巻1号、同著「アメリカ合衆国における統一任意後見法の制定」成年後見法研究第4号45頁参照）。このような者が定められていれば、任意後見発効の時期を失する恐れはなくなる。  
ただし、任意後見受任者以外にさらにそのような決定権を持つ者を選定するというのは容易な作業ではない。その候補者となる者の受け皿がなければ実効性はないであろう。
- 18 東京地判平11. 11. 29（控訴審東高判平12. 10. 25・判時1753・47で引用）は、理由中において、別口普通預金の場合は、弁護士の預かり金専用口座、損害保険代理店が収受した保険料の保管口座、マンション管理組合の修繕費等を積み立てた管理会社の預金口座などは信託類似の関係とみられるとの趣旨の判断を示し最判平15. 6. 12（民集57・6・563、判時1828・9）の深澤・島田裁判官補足意見も同旨を述べる。東高判12. 10. 25の評釈については、新井誠・判例評論519・28。また同種判例に最高裁平14. 1. 17判決がある（判時1774・42、雨宮孝子・判例評論525・40）。
- 19 任意後見法第10条1項の解釈について、大阪高裁平成14年6月5日決定（家裁月報54. 11. 54）は、「『本人の利益のため特に必要がある』ときというのは、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項口、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の保護にかける結果となる場合を意味すると解される」とした。この決定は同10条1項の解釈について、契約内容が不相当な場合や任意後見人の資質に問題がある場合にも任意後見監督人を選任せず、法定後見を優先させることがあり得るとした点で注目される。評釈として、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」（民商法雑誌128巻6号839頁）。
- 20 我妻栄「民法講義・債権各論中2・695頁」、最高裁平成4年9月22日第3小法廷判決（金融法務事情1358号55頁）。同最判の原審高松高裁は、委任者の死亡により委任契約は終了すると解したが、破棄差戻しとなった。判例の解説としては、後藤巻則「死後の事務処理の委託と委任契約の終了」民法判例百選Ⅱ〔第五版〕有斐閣146頁、中田裕康「委任者の死亡による委任契約の終了」金融法務事情1384号6頁）。
- 21 死後事務委任契約の法的問題点等については、上山泰「成年後見人等死亡の場合の成年後見人等の地位と業務」実践成年後見№10・8頁以下、藤原正則「死後委任事務の判例と成年後見への応用の可能性」同書18頁以下、川内宏「死後のことについての委任の効力」（河野正輝・菊池高志編高齢者の

- 法)有斐閣202頁、岡孝・判例タイムズ831号38頁、浅生重機・金融法務事情1394号60頁、河野信夫・「任意後見契約と生前及び死後事務委任契約について」公証法学33号48頁以下。
- 22 注釈民法(16)債権(7)有斐閣174頁、我妻栄「債権各論中巻二(民法講義)」岩波書店671頁。
- 23 注釈民法(25)相続(2)108頁。
- 24 弁護士職務基本規程第43条(日本弁護士連合会平成16年11月10日制定)。
- 25 毎日新聞2006年8月31日、9月4日報道。
- 26 佐藤勝「親族後見人の横領事犯について親族相盗例の適用を否定した判決」実践成年後見№20・131頁。
- 27 市町村における権利擁護機能のあり方に関する研究会平成18年度報告書(平成19年3月日本成年後見法学会)。
- 28 神野礼斉「ドイツにおける成年後見人の養成」実践成年後見№18・8頁。
- 29 大阪市や世田谷区では、市民のなかから後見人となるべき者を養成し、適格者を成年後見人等の候補者として推薦する制度を立ち上げている(「特集第三者後見人の養成」実践成年後見№18、注3の報告書等参照)。





不当勧誘規制と高齢者の財産保護  
～不当な働きかけ・つけ込み行為からの  
弱者保護問題を中心に～

丸 山 絵美子

# 目 次

はじめに

## I 日本における法規制と議論の現状

- 1 現行法規制概観
- 2 「不当な働きかけ・つけ込み行為からの弱者保護」に関わる議論の展開
- 3 近時の法改正の動向
- 4 小括

## II ドイツにおける関連法規制と議論の現状

- 1 序
- 2 不正競争防止法
- 3 現行関連民事ルールと関連議論
- 4 小括

## III 検討～不当な働きかけ・つけ込み行為からの弱者保護

- 1 「年齢区分（高齢）」アプローチの検討課題
- 2 制限行為能力の類推適用論の検討
- 3 暴利行為緩和論・状況濫用論の検討
- 4 適合性原則の検討

## IV 不当勧誘からの高齢者保護と高齢者の財産管理制度

## はじめに

日本においては、老後の生活を支える高齢者の財産を侵奪するような契約トラブルが後を絶たない。悪質リフォーム事件<sup>1</sup>に代表されるように、高齢者をターゲットとする悪質訪問販売・展示会商法等が行われ、また、先物取引、変額保険といった投資商品にかかわる勧誘トラブルにおいても、高齢者への勧誘が問題となってきた。もっとも、高齢者被害という問題は新しい問題ではなく、1980年代に生じた豊田商事事件（「現物まがい商法」）の被害者にも高齢者層が数多く含まれていた。1980年代から今日に至るまで、「消費者」と「高齢者」という二つのキーワードに着眼する考察<sup>2</sup>が積み重ねられており、すでに1990年代初頭の研究において、「「高齢者である」という理由だけで特別な議論を立てることには、かなりの困難が伴う」ことが指摘されつつ、「特に傷つきやすく狙われやすい層の一つとして、高齢者には特別な配慮が必要となっている」<sup>3</sup>という形で課題の提示が行われていた。しかし、かかる課題の提示やその後の成年後見制度の導入、消費者契約法の成立にもかかわらず、高齢者の判断力低下につけ込んで本来的には不要な商品やサービスを大量に、あるいは高額に至るまで購入させるような深刻な被害が社会問題化しており、その対応が近時の消費者取引関連法規の改正や消費者取引関連法理を考察する際の現実的な出発点となっている。すなわち、近時の高齢者被害が問題となる事例においては、詐欺、不実告知、情報の不提供、対価と給付の著しい不均衡等が問題となることはもちろんあるものの、むしろ、自宅への訪問や展示会といった閉ざされた空間において、とくに自身の経済力や支出計画に関する判断力の衰えている、あるいは勧誘に対して拒絶を明確に示す抵抗力が薄弱となっている高齢者等を狙って、老後の生活基盤を支えるはずの財産を取り崩すような形で、次々販売、高額販売、過剰融資、投資取引への積極的勧誘が行われていることが問題となっているのである。ここにおいては、「情報収集力・分析力の格差」というよりも、判断力低下・意思薄弱といった「主体の脆弱性」、脅しなどには至らないが一定の状況を利用して不要あるいは不相当な内容の契約を押しつけるような「交渉力優位者による不当な働きかけや状況へのつけ込み行為」への対応がメインテーマとして浮上してくる。果たして、「不当な働きかけやつけ込み行為」からの「高齢者」あるいは「脆弱性を備えた主体<sup>4</sup>」の保護はどのように図られるべきなのか。これは、主体の脆弱性に着目した保護の強化という方向、

不当な働きかけ・つけ込み行為一般への規制強化という方向、両局面の組み合わせという方向、各方向における対応が考えられる。

本稿では、まず、近時の高齢者契約トラブルの中でも苦情相談が多い「訪問販売」等を規制している「特定商取引に関する法律」（以下、特商法という）及び投資者保護のための横断的法制というコンセプトのもとで成立した「金融商品取引法」に焦点をあて、行政規制（取締法規）における「不当な働きかけや状況へのつけ込みからの高齢者あるいは脆弱性を備えた主体の保護」の現状をみる。そして、現行民事ルール（特商法、消費者契約法、民法）における「不当な働きかけやつけ込み行為からの高齢者あるいは脆弱性を備えた主体の保護」の現状を確認する。行政規制に関し、特商法及び金融商品取引法の二つに焦点をあてる理由は、同じく高齢者取引でトラブルが生じても、訪問販売等特定商取引と投資取引、さらには消費者契約一般や取引一般では、規制のアプローチが異なってくる可能性があるからである。その上で、現在に至るまで学説や実務から提唱されている、「不当な働きかけやつけ込み行為からの高齢者あるいは脆弱性を備えた主体の保護」にかかわる法理や立法論的提案などを整理する。

次に、我が国において提唱されている法理や立法論の特徴を浮かびあがらせるために、ドイツ法における勧誘規制や民事ルールにおける「不当な働きかけやつけ込み行為からの高齢者あるいは脆弱性を備えた主体の保護」の現状を確認する。

かかる作業を経た上で、「不当な働きかけやつけ込み行為からの高齢者あるいは脆弱性を備えた主体の保護」に関する一定の考察を示し、不当勧誘事例等における高齢者被害への対応と高齢者の財産管理との関係について言及する。

## I 日本における法規制と議論の現状

### 1 現行法規制概観

#### (1) 行政規制と「不当な働きかけ・つけ込み行為からの弱者保護」

##### a 特商法における契約締結過程に関する行政規制

特商法は、多数のトラブル実態を背景に、当初は、訪問販売、通信販売、連鎖販売取引

を規制対象として「訪問販売等に関する法律」として制定されたものであり、その後、トラブルの多い業種・取引について規制の網を広げるという形で、電話勧誘販売、特定継続的役務提供、業務提供誘引販売取引と規制対象を拡大していった。その内容は、行政処分や罰則を背後に控える形での広告規制・開示規制・行為規制から、クーリング・オフ、取消権といった民事ルールをも含むものとなっている。

同法の規制枠組のイメージをつかむために、訪問販売<sup>5</sup>に対する規制を例に、行政処分や罰則を背後に控える形での勧誘規制を確認しておこう。まず、禁止行為として、訪問販売業者には、次のような勧誘にかかわる規制が課せられている。勧誘に際し、商品の種類、性能、品質等（特商法6条1項1号、省令6条の2）、商品や役務の対価（同法6条1項2号）、対価の支払い時期及び方法（3号）、商品の引渡時期等（4号）、クーリング・オフその他契約解除に関する事項（5号）、消費者が契約締結を必要とする事情に関する事項（6号）、その他、当該契約に関する事項であって、消費者の判断に影響を及ぼす重要なもの（7号）について、事業者が事実と異なることを告げること（不実告知の禁止：同法6条1項）、同法6条1項1号から5号の事項については、故意に事実を告げない行為（事実不告知の禁止：同法6条2項）が禁止され、また、威迫して困惑させ契約を締結させる行為が禁止されている（威迫の禁止：同法6条3項）。さらに、勧誘目的を告げずに、キャッチセールスやアポイントメントセールスに該当する方法により、公衆の出入りしない場所において勧誘する行為（同法6条4項）も禁止されている（例えば、アンケートに答えて下さいと路上で誘い事務所において商品の勧誘をする行為など）。訪問販売業者が、禁止行為に違反した場合には、行政処分の対象となるとともに（同法7条、8条）、罰則規定も用意されている（同法70条1号、法71条1号）。また、勧誘にかかわる規制として、勧誘に先立ち、事業者名、勧誘目的、商品などの種類を明示するという氏名等明示義務が訪問販売業者に課せられ（同法3条）、違反した場合には行政処分（指示）の対象となる。その他、同法7条3項では、同法3条～6条に該当する行為の他、行政処分の対象となる指示対象行為を省令で定めるものとされており、勧誘に関わる行為としては、次のものが規制されている。不適当な時間帯や長時間に及ぶ勧誘など、迷惑を覚えさせる勧誘（省令7条1号）、判断能力不足に乗じた取引（省令7条2号）、顧客の知識、経験および財産状況に照らして不適当と認められる勧誘、すなわち適合性に反する勧誘（省令7条3号）、道路その他の公共の場所において、顧客の進路に立ちふさがり、顧客につきまとうなどのつきまとい行為（省令

7条5号)である。その他の規制対象業種においても、その内容は規制対象に応じて違いがあるものの、通信販売<sup>6</sup>を除いて、禁止行為、指示対象行為としての勧誘規制という枠組みが敷かれている(通信販売、連鎖販売取引、特定継続的役務、業務提供誘引販売では広告規制も行われている)。

特商法は、取引一般と比べ、契約締結の状況や取引の内容故に、顧客の要保護性が高い取引だからこそ、上記の取引に対する特別の規制を敷くものである。高齢者取引に限定される形での規制は存在しないものの、脆弱性を備えた主体への着目という観点では、判断能力不足に乗じた取引(省令7条2号)、顧客の知識、経験および財産状況に照らして不相当と認められる勧誘(省令7条3号)が指示対象行為とされている点、また、不当な働きかけからの保護という観点では、威迫困惑行為(同法6条3項)や公衆の出入りしない場所での勧誘行為(同法6条4項)が禁止行為とされ、迷惑を覚えさせる勧誘(省令7条1号)やつきまとい行為等(省令7条5号)が指示対象行為とされている。行政規制としてはあるが、特商法においては、消費者の中でもとくに判断力や知識・経験において脆弱性の認められる主体に着目した規制という観点が入れられ、また、場の特殊性を設定し、あるいはそれを利用するような不当な働きかけ・つけ込み行為を規制するという観点も入れられていることが確認できる。

## **b 金融商品取引法における規制の現状**

金融商品取引法では、勧誘にかかわる規制として、罰則と結びつく形で虚偽説明の禁止が定められ(金融商品取引法38条1項1号、198条の62号)、直接罰則とは結びつかないものの、断定的判断提供禁止(同法38条1項2号)や適合性原則遵守義務が定められている(同法40条1項)。また、店頭金融先物取引については、訪問勧誘又は電話勧誘における不招請勧誘規制(同法38条1項3号)が、金融先物取引全般については、勧誘受託意思の確認義務(同法38条1項4号)や再勧誘の禁止(同法38条1項5号)が定められている。ただし、注意を要するのは、金融商品取引法ではプロ・アマの区別に応じて行為規制を行うスキームを導入したことから、先に言及した適合性の原則、不招請勧誘の禁止、受諾意思確認義務、再勧誘の禁止といった行為規制は、特定投資家(プロ投資家)との関係では適用されないこととなっている(同法45条)。また、特商法などに比べると行為規制の違反がただちに、罰則や行政処分に結びつき得る形とはなっていないものの、そもそも金融商品

取引業については参入規制（同法29条、30条、33条の2、59条、63条）や財産基盤を確保する規制（同法29条の4第1項4号5号6号、30条の4の2号、32条の2第1項）が課せられており、規制の枠組みが異なっている。

このように、金融商品取引法では、リスクの高い一部金融商品について不招請勧誘の禁止といった形で業者からの働きかけを出発点において排除する規制や、主体の属性に着目する適合性原則が置かれている。ただし、第3章において検討するように、金融商品取引における適合性原則は、一般的な判断力不足や意思薄弱といった脆弱性を備える主体の保護に主たる目的があるというよりは、金融商品取引市場への参加者としての適格性を問い、市場参加者には相応の自己責任を求めるといった側面が見受けられること、いわゆる狭義の適合性原則は、業者の不当な働きかけの有無や顧客側の希望を問わず、一定の主体を一定の取引から排除する法理とも位置づけられる可能性がある点に注意を要する。

## （2）現行民事ルールと「不当な働きかけ・つけ込み行為からの弱者保護」

### a クーリング・オフ

クーリング・オフ制度は、契約締結における顧客の熟慮確保を目的とする制度である。訪問販売や電話勧誘販売など不意打ち的攻撃的勧誘が行われやすい取引などを類型化し<sup>7</sup>、事業者の不当勧誘の存在や消費者の意思表示の瑕疵を問題とせず、一定期間であれば、無条件の解放を認めるものである（特商法9条、24条、40条、48条、58条、宅地建物取引業法37条の2、割賦販売法4条の4、29条の3の3、30条の2の3、保険業法309条など）。非常に簡明に制度が組み立てられており、クーリング・オフ期間の起算点が法定書面交付義務と結びつくことにより、情報提供の確保も果たすという、極めて有用な消費者保護手段である。かかるクーリング・オフ制度の導入範囲は、不意打ち性が凝縮されているような取引が典型であるが、現在では、不意打ちというよりも、対象取引や商品の複雑性・リスク性の高さに鑑みて導入されている領域もあることを確認できる<sup>8</sup>。

前述の通り、クーリング・オフ権は事業者の行為態様や契約内容の不当性、顧客の意思表示の瑕疵を問題とせず、一定の取引に限定して、消費者の熟慮を確保するために付与されているものである。したがって、「一定取引において典型的に確認できる消費者一般の即時の判断力の限界」に着目するものではあるが<sup>9</sup>、高齢者や消費者の中の弱者に着目した、あるいはそれを考慮要素とし得るような関連規定は置かれていない。ただし、特商法の平

成16年改正により、同法には、虚偽説明や威迫による業者のクーリング・オフ妨害があった場合に、8日経過後であってもなおクーリング・オフが可能であるとする規定が導入された（特商法9条1項1号但書）。クーリング・オフ自体に対する業者の不当な働きかけへの対応策がとられていることになる。

## **b 消費者契約法**

消費者契約法では、とくに高齢者や消費者の中の弱者に言及するような規定は置かれていないものの、同法4条3項は、事業者による退去妨害や不退去という行為に起因して消費者が困惑した場合に消費者による取消を認めており、事業者の不当な働きかけに対し消費者を保護する規定を置いている。しかし、立法過程では、より広く事業者の不当な働きかけをカバーするものとして議論されていた威迫・困惑類型は<sup>10</sup>、現行消費者契約法では、事業者の不退去・退去妨害による困惑という狭い限定をかけるものとなっており、退去希望にもかかわらず退去妨害を続けたようなケースでは、むしろそのことによって困惑状態が推定されるのであろうから、主体の脆弱性や、不退去・退去妨害以外の状況の特殊性といった要素は、現行法の枠組みによる限り、取消の可否にそれほど影響を与えないことになる。

## **c 民法**

契約締結時の不当な働きかけ・つけ込み行為からの弱者保護にかかわるような、民法における規定や法理を確認すると、まず、主体の脆弱性に着目する法理・制度として、「能力」にかかわる法理・制度を挙げることができる。すなわち、取引の主体である自然人に、意思能力（自己の行為の結果を理解判断する能力・事理弁識能力）が無い場合には、解釈上、当該法律行為は無効とされ（行為の複雑性・重大性に意思能力の有無は左右されるというのが現在では多数見解であろう）、また、民法は、一定の年齢又は能力の低下を前提とした上で一定の手続きという要件をクリアーすることによって、行為能力（単独で有効な法律行為をなす資格）が欠ける者として、法律行為を取り消すことができるとしている（民法4条～21条参照）。意思無能力による法律行為の無効は、私的自治の原則が意思に基づく法律関係の形成を前提としていることによる当然の帰結として説明される他、近時は、弱者保護思考から意思無能力を理解し、無効の主張も表意者側のみに認める見解も有力化して



いる<sup>11</sup>。また、行為能力制度（未成年者、成年後見制度）は、意思無能力の立証困難という問題を回避しつつ、相手方の取引安全確保の観点も入れて、構築されている制度である。未成年者については、社会的未経験や財産管理能力不足からの保護の要請をも考慮して、20歳未満の者が一律に行為能力を制限されており、被後見人、被保佐人、被補助人については、精神上的障害による事理弁識能力の不十分さの程度によって類型化しつつ、審判を経ることによってはじめて取消制度などの保護を受けられる仕組みとなっている。ただし、行為能力制度は、その画一化の面から、年齢や手続要件をクリアーしていない「事実上の無能力者」の保護を予定していない制度であるし、意思無能力についても、その認定のハードルは高い。意思能力のおおよその基準は従来から7歳程度の能力と言われており、認知症のケースでは契約締結時に中程度の症状であったことが意思無能力の認定には要求される傾向にある。また、かなり高額な連帯保証や金銭消費貸借取引においては、意思無能力が肯定されやすいが、逆に、低額取引や給付の均衡のとれた売買などでは意志能力ありとされる傾向にある。高齢者への次々販売とクレジット契約が問題となった近時の大阪地判平成18年9月29日（LEX-DBデータベース）においても、展示会による呉服販売や立替払契約の締結について（約2年間で40件近い契約を行い総額2000万円を超える購入・与信を展示会で行った）、中程度の痴呆症（ママ）が診断される以前の呉服購入契約及びその立替払契約について、認知機能や財産管理能力の低下があっても、各契約の内容は商品を一定の代金で買い、その代金を一括又は分割で支払うという単純なものであって、その内容を理解し判断し得る能力が欠如していたというのは困難であり、総体としてみれば購買力を超える契約は正常な判断能力を有していなかったといえなくはないが、意思能力の有無は、個別の契約ごとに検討すべきものであり、意思能力欠如を理由とする無効は認められないとしている。意思無能力法理が、それほど柔軟には、適用されないことを示す例である。

次に、不当な働きかけからの保護のために機能する民法の制度としては、強迫がある（民法96条）。ただし、民法の強迫とされるには、強迫者自身が、故意に害悪を示して被害者を畏怖状態に陥らせることが必要があり、単に断れない性格や判断力不足につけこんで契約へと誘導したといったケースでは、民法の強迫は語りにくい。

さらに、民法において主体の脆弱性や不当な働きかけ・状況へのつけ込み行為を判断要素とし得る制度としては、公序良俗違反（民法90条）がある。従来から、相手方の窮迫・無経験・軽率に乗じて著しく不当な財産的給付を約束させる行為は暴利行為として民法90

条により無効となると考えられてきた<sup>12</sup>。もっとも、客観的要件である給付の不均衡も原則として暴利行為の判断に要求されるので、単に判断不足や無経験、意志薄弱につけこんで不要な商品売りつけたというケースにまで、民法90条を持ち出すことができるかは、まさに検討が要される点である<sup>13</sup>。意思無能力による無効を否定した前掲大阪地判平成18年9月29日は、判断能力の低下に乗じたこと、相手方に顧客の財産を毀損する認識があったこと、商品の過剰販売といえることから、判断力が低下して以降の次々販売契約を、公序良俗に反し無効としている（もっとも、与信契約については、複数の信販会社を利用していたこともあり、与信の過剰性を理由とする無効は否定されている）。

その他、弱者性や当該消費者に特有の状況、不当な働きかけという行動が違法性を支えるファクターとして機能し、不当勧誘を理由とする不法行為責任が認められる場合がある。例えば、長期間にわたる執拗な勧誘という事実に加えて、高齢者であり取引経験や知識に乏しいといった要素<sup>14</sup>、あるいは夫を亡くしたばかりの状況につけ込んで不安を煽ったといった事実<sup>15</sup>が、勧誘の違法性を支えるファクターとして言及されている。

### （3）小括

このように、現行法においても、行政規制において、あるいは民事ルールにおいて、一定程度、脆弱性を備えた主体の保護や、不当な働きかけ・つけ込み行為からの保護が図られているものの、特商法や金融商品取引法にみられる適合性の原則の法理論的意味合いはいまだ明確ではなく、また、民事ルールに関していえば、強迫に至らないような方法で、脆弱性を備えた主体に対し不当な働きかけや状況へのつけ込み行為が行われた場合については、主体の能力にのみ着目する意思無能力法理適用のハードルは高く、積極的な作為による不当な働きかけに着目する消費者契約法の困惑類型は現行法ではかなりその射程が限定されており、民法90条や民法709条による対応の余地が残るにすぎない状況にある。

このような現状に対し、次節では、不当な働きかけやつけ込み行為からの脆弱性を備えた主体の保護に関連する解釈論的・立法論的提案をみることにする。

## 2 「不当な働きかけ・つけ込み行為からの弱者保護」に関わる議論の展開

### (1) 序

本節では、まず、もっぱら主体の脆弱性という要素に着目し、かつ年齢による区別に基づいて高齢者の保護を図るという立法論としての提案を確認し、次に、消費者取引あるいは特定の取引において、一定の要件下で、脆弱性がとくに認められる主体の保護や不当な働きかけ・つけ込み行為からの保護を可能とするような法理に関する議論の展開を整理する。

### (2) 高齢（年齢区分）アプローチを採用する立法論

年齢区分を用いて、高齢者に対し、特別な契約法上の権利を与えるべきという立法論としての提案からみてみよう。

#### a 高齢者取消権

まず、一般的な高齢者取消権導入という提案がある<sup>16</sup>。例えば、河上正二教授は、成年後見制度導入以前に、70歳あたりから、一般的な、高齢者取消権の導入も考えてよいかもしれないと述べるとともに<sup>17</sup>、その導入は簡単ではないとして、日常生活に支障が生じないための配慮、重要財産処分可能性を認める要件、相手方保護（詐術に準じた制度の必要性）、能力補佐機関の問題<sup>18</sup>を指摘していた。もっとも、成年後見制度導入後は、高齢者の取引社会への自由な参画の障碍といった問題も考慮し、「個体差やおかれた状況の多様性を考えると、単に「高齢だから」という理由だけで、すべからず特別な保護の対象とすることは、必ずしも適当ではないであろう」<sup>19</sup>あるいは「一般的高齢者取消権の導入には、高齢者の人権問題も絡んで、多くの弊害が予想される」<sup>20</sup>と述べるに至っている。このような取引一般へ的高齢者取消権の導入について、松本恒雄教授は、判断力に個体差がある故の線引きの困難さ、法定代理人構成とすると財産の勝手な処分が行われる可能性や高齢者が自身の財産処分自由を奪われる可能性があること、他方で代理人をふさないと取引がきわめて不安定となることを指摘する<sup>21</sup>。さらに、憲法学の観点から、竹中勲教授は、一定年齢を基準として処理する手法は、自由制約における過剰包摂という問題を惹起せざるをえず、立法を

正当化する合理的根拠、立法事実について厳格な司法審査がなされるべきであり、本人利益を確保するものとして機能するか、実際に機能しているかが吟味されなければならない、高齢取消権については、より制限的でない代替手段を選択すべきとの法理から、欺罔者を規制処罰する手法や法律行為能力制限を伴わない高齢者取消権の手法の可能性が吟味されるべきとする<sup>22</sup>。取引あるいは消費者取引一般における高齢者取消権という発想は、近時においても、この方向での検討の必要性を述べる見解がみられるところである<sup>23</sup>。

#### **b 領域限定の高齢アプローチ（特殊販売型取引における高齢者取消権とクーリング・オフの延長）**

訪問販売等に限定しての高齢者取消権という発想は、1987年の訪問販売等問題研究会報告書「訪問販売等の現状と今後のあり方」<sup>24</sup>において言及され、現在でも、消費者相談実務からは、こうした領域に限定してでも高齢者取消権の導入に対する要望が聞かれるところである。1987年当時の報告書では、高齢者取消権を認めるべきという意見に対し、①訪販のみで行為能力を制限することは妥当ではないこと、②一律年齢での取消権付与は合理的ではないことなどを理由に否定的見解が示されていた。これに対し、松本恒雄教授は、②については、未成年者取消制度がある以上、理由薄弱であり、①については、クーリング・オフやネガティブオプションに異論がない以上、説得的ではないとされ、さらに、高齢者の自由処分権を制約するという危惧については、自己の判断で取消できる効果のみを与えれば防ぐことができるとするが、その他のあり得る批判として高齢者を判断能力欠如者と決めてしまうことが過度のパターナリズムとなるという観点を挙げられていた<sup>25</sup>。

このような領域限定の高齢者取消権という提案の他に、訪問販売や電話勧誘など不意打ち性の強い取引形態では、高齢者の一般的特性が多く被害に結びついていることから、高齢者用のクーリング・オフ期間を策定するといった提案がなされている<sup>26</sup>。問題点として、高齢者差別の色彩は否定できないことや事業者による取引拒絶、年齢情報を事業者が引き出すことを肯定するといった問題はあるとするものの、必要であれば、自ら契約を申し込めばよく、得られる成果の方が大きいと説かれている。

#### **c 高齢者被害を理由とする業者への制裁加重アプローチ**

高齢者に特化した民事ルールの導入という提案と異なり、電話勧誘詐欺などに対し高齢

者をターゲットとしたことによる刑罰の加重を行うアメリカの法制を参考に、高齢者詐欺への業者制裁の加重というアプローチを我が国においても提案する見解がある<sup>27</sup>。年齢を基準とする取消権の付与には、高齢者との取引拒絶を招き、過度にパターンリスティックなものとなり得る点から慎重を要するが、業者への制裁加重は、高齢者側に効果が及ぶわけでもなく、取引拒絶の弊害も少なく、一考に値するとされる。

### (3) 脆弱性の認められる主体の保護を可能とする法理に関する議論

次に、年齢による区分は採用せずに、近時の高齢者被害の事例をも念頭に置いて提案されている解釈論あるいは立法論として、制限行為能力制度の類推適用、暴利行為論の再構成（状況濫用論）、民事ルールとしての「適合性原則」について確認しよう。

#### a 事実上の無能力者の保護～制限行為能力制度の類推適用～

「事実上の無能力者」について、意思無能力の立証の困難、判断力が不十分なだけでは意思無能力による救済が難しいことから、「制度によって警告しようとした相手方が表意者の事実上の無能力状態を知っている（ひどい場合にはこれにつけこむ）とか、知らないとしても少し注意をすれば容易に知りうる（善意重過失）ような場合」に、制限行為能力者の取消に関する規定を類推するという提案をする河上正二教授の見解がある<sup>28</sup>。意思無能力とまでは言えないような判断力不足者についても、相手方の認識あるいは認識可能性（相手方の主観的態様）を要件に、締結された取引内容の不当性等は問わず、制限行為能力制度の類推という道具立てによって、保護を図ろうする点に特徴がある。

#### b 暴利行為論の再構成・状況濫用論・威迫困惑類型拡張論

暴利行為論の再構成、状況濫用論の展開は、消費者契約法立法以前から、言及されていた議論であるが、暴利行為論の再構成、状況の濫用論といっても、論者によって、その内容の詳細は異なっており、強迫の拡張（威迫困惑類型の拡大）問題が、状況の濫用概念の下で語られることもある。大村敦志教授は、暴利行為論の①窮迫・軽率・無経験に乗ずることと②過大な利益を得ることという要件を、①について優越的地位の利用に置き換えて、状況・関係・地位の濫用に対処する方向性を示すが、状況濫用のケースとしては、訪問販売等における一時的意図的自由意思への圧迫等が主として念頭に置かれ、現行の威迫・困

惑類型の拡大+αが状況濫用の言葉の下で検討されている。そして、立法論として、交渉力不均衡にのみ着目して契約の効力を否定するような規定の可能性を示唆しつつ、消費者の交渉力を損なうような事業者の積極的作為を不問として、客観的交渉力不均衡を視野に入れたルールとする場合には、事業者の主観的悪性のみならず、契約内容の不当性を判断要素として付加する必要があるとも述べる<sup>29</sup>。河上正二教授は、威迫・困惑類型の射程という文脈で、消費者側に生じている事情（高齢による判断力の低下、身体的障害や衰弱など）を事業者が認識している場合などに、かかる状況につけこんだ「状況の濫用行為」を射程に納め得るかは検討の余地があるとし<sup>30</sup>、また、強迫の拡張という文脈において、英米法における「経済的威迫」、「非良心的行為」、「不当威圧」などを参考として、支配依存関係や信頼関係など一定の状況下では自由意思に対する不当な抑圧が推定されることや、さらに心理的に閉ざされた空間における長時間にわたる執拗な勧誘等についても、自由意思への不当な圧迫行為と評価され得ることを指摘する<sup>31</sup>。そして、詐欺とまではいえないがまぎらわしい態度、強迫とまではいえない強引さ、暴利とまではいえない高めの値段などが問題となるような事例について、「あわせて一本」の可能性も示唆し、立法論としては第三の categorie を立てる可能性もあると指摘していた<sup>32</sup>。沖野眞己教授は、強迫に至らないが、合理的決定の機会を奪うような不当な働きかけからの保護については、そのような意図的な自由意思の抑圧ケースについて契約解消（威迫困惑による取消）を認める方向での検討を示しつつ<sup>33</sup>、そのような不当干渉の排除類型とは別のカテゴリーとして、やむなく契約に同意するという場合ではないが、理性的判断ができない状況のため望ましくない契約を締結してしまうケース等の受け皿として、状況の濫用問題を検討する。すなわち、年齢、社会的未経験、疾病、相手方への依存等で十分な判断ができず、自分にとって望ましくない契約であることに気がつかずに契約をしてしまうケースや経済的困窮・切迫等の原因から選択肢がなく契約をしてしまうケースについて、威迫・困惑類型とは別に、状況の濫用を語る意義があるとする。そして、前者（判断力不足等へのつけ込み）の場合について、そういった属性のみで契約締結の機会を奪われることがないように、事業者からの積極的勧誘や内容の不相当性、その意図が契約解消の要件とされるべきとし、後者（困窮等へのつけ込み）の場合については切迫された状況で消費者自身が契約を望む局面であることから事業者の積極的勧誘は必然ではなく、客観的な内容の不当性を問題とすべきとされる<sup>34</sup>。

我が国における暴利行為論の再構成、状況濫用への言及がなされる場合、一方では、現

行消費者契約法でいう威迫困惑類型をより広く認める形で、自由な意思が圧迫され契約へと持ち込まれるケースに対処するという発想が示され、他方で、意思の抑圧がないような事例についても、暴利行為論の主観的要件・客観的要件構成を緩和し、脆弱性から十分な判断ができないような者が不相当な内容の契約を締結する場合についての受け皿を用意するという発想が示されてきたと言えよう。そして、このような発想自体は、消費者契約法の立法以前からすでに展開されているものなのである。

### c 適合性の原則

顧客の知識・経験・財産状況・目的に照らし不相当と認められる勧誘を行ってはならないという「適合性原則」は、もともと、アメリカの証券取引においてブローカー等の不当勧誘を規制する法理として発展してきたものであり、我が国においても、証券取引に係る大蔵省通達や自主ルール（日本証券業協会構成慣習規則9号）においてまず導入され、平成10年に、旧証券取引法43条に業法ルールとして採用されたものである。今日では、先にみたように、金融商品取引法にとどまらず、業法ルールとしてであるが、特商法や貸金業法に類似のルールの導入を確認することができる<sup>35</sup>。この適合性原則に関しては、金融審議会第一部会中間整理（第一次）において、①狭義の適合性原則：ある特定の利用者に対しては、どんなに説明を尽くしても一定の商品の販売勧誘を行ってはならないというルールと②広義の適合性原則：業者が利用者の知識・経験、財産力、投資目的に適合した形で勧誘を行わなければならないというルールという区別が示されたものの、その法理論的意味合いや民事ルールとの関係ははまだ明確ではない。判例法理としては、最判平17・7・14判時1909号30頁が、「適合性の原則から著しく逸脱した証券取引の勧誘をしてこれを行わせるときは、当該行為は不法行為法上も違法となる」との判断を示している。このような「適合性原則」について、とりわけ狭義の適合性原則につき、消費者契約法への民事ルールとしての導入を提唱するのが潮見佳男教授の見解である。「事業者は、消費者の知識・経験・資産状況に照らし、取引の目的・必要性を考慮してなお、当該消費者にとって過剰なリスク・負担を生じさせる商品・役務等の購入を勧誘してはならない」というルールを民事ルールとして考慮すべきとする。フランスの策謀的詐欺、ドイツの良俗違反の範疇の拡大、オランダの状況濫用を理由とする取消権、英米法での経済的強迫・不当威圧・不実表示・被良心的契約の理論を援用しつつ、我が国においても、健全な市場を実現すべく、問題とな

る商品・権利・役務に関して市場での取引に適するだけの能力を持たない者（意思決定面での脆弱性を有する者や、資産面・生活状況に照らし取引耐性を欠く者）を排除する理論が検討されてよいとする<sup>36</sup>。ただし、このような消費者契約法への一般的な導入という提案に対しては、適合性の原則は、特定の取引に妥当するものとして、消費者契約法のような包括的法律への導入には慎重な姿勢を示す見解や商品の特性抜きには語れない法理であるとの指摘がなされている<sup>37</sup>。

取引からの排除の法理として「適合性原則」を民事ルールとしての導入すべきという提案があるものの、この理論の射程、そして引き合いに出されているような諸外国の法理（不当威圧や状況の濫用論等）と「適合性原則」の相違については、なお検討の必要があると言えよう。

### 3 近時の法改正の動向

#### (1) 消費者契約法の改正

近時の法改正をにらんだ議論の状況に言及しておこう。まず、国民生活審議会消費者政策部会に設置された消費者契約法評価検討委員会の報告書「消費者契約法の評価及び論点の検討等について」（平成19年8月）においては、場所的不退去や監禁を伴わないが、断れない状況下での契約や認知症傾向がみられるなどの弱みにつけ込み不要な量や性質の商品を購入させるような勧誘事例も見受けられ、これらの被害事例を念頭において、「困惑」類型の規定のあり方に関し、対象とすべき勧誘行為の拡大や消費者の属性の考慮について検討を行うべきものとされている。また、「適合性の原則」については、暴利行為論を現代の消費者取引に適合する形でルール化することは考えられるが、知識、経験、財産状況など、個別事情による面が多い民事ルールを、消費者契約法に設けるべきかは、困惑類型の拡張による対処も見極めつつ、引き続き検討が必要とされている。

#### (2) 特商法の改正

産業構造審議会消費経済部会特定商取引小委員会では、特商法改正の論点提起の一つとして、省令7条2号3号に定められた行為規制を手がかりに、行政規制にとどまらず、過量販売などの高齢者被害に対処する民事ルールを特商法に設定することが検討された。こ



のようなルールを特商法の特定期引について設けるという場合には、かかる民事ルールを特定の取引においてのみ設定することをどのように理由づけるのか、という問題も生じることになる。(※2007年9月の本稿脱稿後、「産業構造審議会消費経済部会特定商取引小委員会報告書(平成19年12月10日)」がとりまとめられ、「通常必要とされるもの」を超える量の訪問販売が行われた場合には契約を取り消すことができることとし、ただし弱者性の利用がないような場合には取消権は発生しないとする方向での提案がなされた後、「通常必要とされる分量を著しく超える」商品の売買契約等の申込みの撤回等という形で法案が提出された。過量販売がなぜ「撤回」できるのか、理論的説明は不明である。)

## 4 小括

以上概観してきた通り、我が国においては、近時の高齢者被害等を念頭に、現行法の限界あるいは道具立てとしての不便さに鑑み、上記のような年齢区分を採用する立法論や脆弱性の認められる主体の保護、一定状況へのつけ込み行為からの保護を可能とする法理に関する議論が展開され、具体的な法改正も検討されているところである。我が国における議論の特徴や採るべき方向性を見極めるためにも、次章において、簡単にではあるが、ドイツにおける「不当な働きかけ・つけ込みからの脆弱性を備えた主体の法的保護」の現状を概観した上で、我が国における上述の提案に内在する問題点や各々の提案の相互関係を踏まえた私見の提示を試みたい。

## II ドイツにおける関連法規制と議論の現状

### 1 序

本章では、ドイツにおいて、交渉力優位者から不当な働きかけや状況へのつけ込み等あり、一定の脆弱性を備えた主体が望まざる契約をしたような場合について、いかなる関連法規や関連議論が存在するのかをみる。ドイツでは、我が国の特商法における行政規制に匹敵するような監督規制は敷かれておらず、契約締結過程の適正化・勧誘規制という問題

については、むしろ、不正競争防止法が重要な役割を果たしており、また、消費者保護のための民事ルールについても、我が国の消費者契約法における取消ルールに匹敵するような消費者契約に特有の契約締結過程に関する取消制度は存在せず、他方でクーリング・オフを含めた消費者保護関連法規が民法典に取り込まれるなど我が国とは異なる法展開をみせている。

## 2 不正競争防止法

### (1) 不正競争防止法における消費者保護関連規制の概観

すでに我が国においても詳細な紹介がなされている<sup>38</sup>ドイツの改正不正競争防止法（改正法は2004年7月8日に施行：以下、UWGという）は、我が国の不正競争防止法とは異なり、同法の目的が消費者保護にもあることを正面から認めている（UWG 1条）。UWG 3条は「競争事業者、消費者またはその他の市場参加者に不利となる、競争を軽微とはいえないほどに侵害する不公正な競争行為は許されない」として不正競争の禁止を定め、UWG 4条～7条は、3条の不公正競争行為に該当する行為を列挙する（UWG 4条から7条に該当しない行為も3条で捕捉され得る）。消費者保護という観点では、消費者に適正かつ十分な情報を与えるための意思決定の基礎の保護に関わる規制と、消費者が不当な圧力や影響から免れて意思決定をなし得るための意思決定プロセスの保護に関わる規制とがみられる<sup>39</sup>。前者の消費者を誤認から保護するための規制としては、競争行為が勧誘広告の性格をもつことの隠蔽（UWG 4条3号）、誤認広告（UWG 5条）、比較広告（UWG 6条）が不正競争行為に該当し得るものとされている。後者の消費者の意思決定プロセスの保護に関しては、圧力の行使・人間の尊厳を損なう方法、その他不相当に事実即さない影響を行使することにより消費者の決定自由を侵害する競争行為（UWG 4条1号）、とりわけ児童または未成年者の取引上の無経験、消費者の軽率、不安、窮状につけ込むような競争行為（UWG 4条2号）、受忍し得ない迷惑（UWG 7条）が3条にいう不公正な行為とされている。UWG 7条の「受忍し得ない迷惑行為」とは、具体的には、消費者に対する不招請電話勧誘や不招請の自動電話機、ファックス、電子メールによる勧誘（UWG 7条2項2号3号）等であり（但し、電子メール広告については、UWG 7条3項に例外要件がある）、訪問勧誘も、UWG 7条2項1号の「受け手がその広告勧誘を望んでいないことを認識し得るにもかか

わらず広告勧誘を行う場合」に該当する場合には、「受忍し得ない迷惑」として認められることになる（例えば、訪問勧誘お断りのステッカーを玄関に張っているにもかかわらず訪問勧誘をなす場合、退去要請にもかかわらず居座る場合などであり<sup>40</sup>、公共の場所での話しかけによる勧誘も、勧誘者とはわからないような態様で話しかけたり、通行を妨げ、つきまとい、逃げられない場所で話しかける場合には、UWG 7条2項1号にいう望まない場合の勧誘に該当し得る<sup>41</sup>）。UWG 3条違反者に対し、競争事業者、営利目的をもつ権利能力のある団体、消費者団体などの特定団体、商工会議所または手工業会議所は、侵害除去請求権や差止請求権を行使できる。また、故意または過失によりUWG 3条に違反した者に対し、競争事業者は損害賠償請求が可能であり、さらに、UWG 3条に故意に違反し、かつ多数の購入者の不利益の下に利益を得た者に対し、UWG 8条3項2号から4号の差止権限を有する者は、利得の国庫返還を請求できる。もっとも、UWGは、個々の消費者に差止請求権や損害賠償請求権を付与しておらず、また、BGB134条は、禁止法規に違反する法律行為の無効を定めるものの、UWG上禁止されている競争行為をBGB134条の禁止行為としてその違反からただちに、契約の無効を導くような解釈は採用されていない。場合によっては、例えば、不当な電話勧誘が消費者の「一般的な人格権」侵害となり、それによって被害者からの差止請求権や損害賠償請求権（BGB823条1項、1004条1項）が認められる余地があることが裁判例によって示されている<sup>42</sup>。

## （2）不当な働きかけ・つけ込み行為からの弱者保護

不正競争防止法における消費者保護と脆弱性を備えた主体の保護に関しては、まず、同法の消費者像が、EU裁判所判決を受けたBGHの判例変更の下、2004年改正法下で明確に、広告勧誘に無批判に皮相的にのみ対峙するような消費者像ではなく、当該取引圏における、平均的な情報を持ち、思慮分別があり、状況に応じた適切な注意を払える消費者像となった<sup>43</sup>。したがって、不当な働きかけからの保護という点では、「受忍し得ない迷惑」行為は、平均的消費者像を念頭に受忍し得ない迷惑行為を類型化しているものと捉えることができ、UWG 4条1項1号の「圧力の行使、人間の尊厳を損なうような方法、その他の不相当に事柄に即さない方法での影響力行使により、消費者の判断自由を侵害する競争行為」も、当該取引圏における平均的合理的消費者を基準として不当と判断されるような働きかけから、消費者を保護しているものと捉えることができる。これに対し、UWG 4条1項2号は「と

くに児童または未成年者の取引上の無経験、消費者の信じやすい状況、不安または窮状につけ込む形での競争行為」を不正競争行為とし、一定の人的グループに属する消費者（児童、未成年者、外国人等）や特殊な状況にある消費者（病気、依存信頼関係、事故遭遇の状況）については、そのような例外状況につけこむ競争行為（勧誘等）を不相当な影響力行使として、4条1号を補充しているという構造をみてとれる<sup>44</sup>。ここにおいて、一定の脆弱性を備える人的グループに対し不当な働きかけからの保護を強める思考をみてとれるが、UWGの消費者像は、合理的消費者像があくまで出発点であることから、UWG 4条2号は、単に怠惰で不注意で無関心な消費者を保護するものではなく<sup>45</sup>、したがって無経験は通常の成人については殆ど問題とならず（精神障害で後見の下のある者、入院者や移民等が例外となる）<sup>46</sup>、軽率も年齢や精神状況、依存関係等を理由にとくに暗示をうけやすいような人的グループについて問題となるとされる<sup>47</sup>（ただし、平均的消費者でも専門知識なしには評価できないような取引では、通常の消費者にも軽率へのつけ込みは問題となるという説明もある<sup>48</sup>）。そして、児童や若者については、取引上の無経験や軽率が認められやすいが、高齢者については、高齢というだけで勧誘への耐性がないとはされず、一定年齢以上から勧誘への耐性を欠くような病気（アルツハイマー）の罹患率が高まる等の事情を考慮し、場合によっては当該勧誘の名宛人たる人的グループが、信じやすく、取引経験を欠き、不安となりやすいと認定される場合があると説明されている<sup>49</sup>。

### 3 現行関連民事ルールと関連議論

消費者契約に特有の契約からの解放を導く民事ルールとしては、特定の消費者取引に用意されているクーリング・オフ制度が中心となる。我が国においては、高齢者に限ったのクーリング・オフの延長といった議論もあったことから、ドイツにおけるクーリング・オフ制度の概要と弱者保護との関係について確認しておく。また、ドイツにおいては、我が国の消費者契約法のような、消費者契約に特有の取消権等を定める規定は存在しない。そこで、判断力不足の者へ不当な働きかけやつけ込みなどがある場合には、民法における能力、強迫、良俗違反による対応、その他、契約締結上の過失法理による対応などが問題となる。以下、各々の制度の概要と「不当な働きかけ・つけ込み行為からの脆弱性を備えた主体の保護」にかかわる議論を確認することとする。

## (1) 消費者契約におけるクーリング・オフ制度（撤回権・返品権）

### a ドイツにおける撤回・返品制度概観

ドイツにおける撤回・返品制度は、導入取引の範囲、要件・効果の立て方等において、我が国とは異なる展開をみせる。ドイツでは、BGBに撤回権や返品権に関する一般規定が設けられ、幾つかの消費者取引において、消費者に撤回権や返品権が与えられている。まず、BGBにおいては、訪問販売（BGB312条）、通信販売（312b条）、一時的居住権契約（BGB481条）、消費者消費貸借など消費者信用取引（BGB491条、499条、500条、501条、505条）において撤回権が消費者に与えられ、一定の取引において事業者は撤回権を返品権に代替し得るものとされている。BGBの外では、通信教育受講者保護法や保険契約法でも、撤回権が設けられている。我が国のように指定商品制度は採用されておらず、各取引を締結する消費者に、適用除外に該当しない限りでクーリング・オフが認められている。訪問販売形態で消費者消費貸借契約が締結されるなど、規定の競合関係が生じる場合に対しては、調整規定が用意される（BGB312a条参照）。撤回権の導入目的として、訪問販売では不意打ち的攻撃的勧誘による契約締結からの保護に言及されるが<sup>50</sup>、通信販売では、契約締結前に商品を直に確認できないという問題への対処が目的として言及される<sup>51</sup>。そして、消費者信用取引では、割賦販売法時代には、その背景に不意打ちからの保護があったことを確認できるが、現在では、取引対象の経済的重要性や契約の複雑さに由来する理解不足の回避が撤回権導入の目的として掲げられている<sup>52</sup>。撤回権行使の要件としては、BGB355条がクーリング・オフの基本型を定めており、原則として、法定の教示がテキスト方式により行われたときが撤回期間の起算点となり、クーリング・オフ期間も2週間に統一されている（BGB355条1項）。期間の遵守については発信主義が採用され、契約締結後にはじめて教示がなされた場合には、クーリング・オフ期間は1ヶ月に延長されている（BGB355条1項2文、2項）。撤回権は契約締結から6ヶ月で消滅するが、商品引渡が予定される場合、商品が受領されるまで期間は進行せず、また適切な教示がなされなかったり、金融サービスについて情報提供義務が履行されなかった場合には撤回権は消滅しない（BGB355条2項2文）。そして、BGB355条の基本型が取引の特性に応じて修正される。例えば、通信販売においては、テキスト方式での教示に加え、BGB312c条2項の情報提供義務の履行と商品の引渡が期間起算の要件とされ（BGB312d条2項）、また、通信販売によるサービス提供契約に対しては、金融サービスにおいては消費者の要請に基づき両者が契約の履行をした

場合、その他のサービスにおいては消費者の同意を得た上で、期間満了前にサービスの提供が行われた場合には、撤回権は消滅するという形でBGB355条が修正される（BGB312d条3項）。撤回権行使の効果については、BGB357条が規定する。同条によると、撤回の効果は大幅に解除の効果規定に依拠する。原則として、返送費用は事業者負担であるが（BGB357条2項2文）、受領した商品を消費・使用した場合、賃貸借契約において利用を行った場合、サービスの受領を行った場合については、商品の検査・点検といえるもの以外は、消費者は原状回復義務を負うことになる（BGB357条3項2文、346条）。例えば、訪問販売でハウスクリーニングの契約を締結し、即座に履行がなされた場合などには、消費者は原則として契約で定められた対価を基準に価値償還義務を負う。商品の通常の方法にしたがった使用によって生じる毀損についても、予めテキスト方式によって毀損への負担について説明されている場合には、通常使用による毀損部分の賠償も消費者負担となる（BGB357条3項）。

#### **b 不当な働きかけ・つけ込み行為からの弱者保護との関係**

以上みてきた撤回権の基本構造からわかるように、ドイツの撤回権も、日本のクーリング・オフ権と同様、一定の取引における消費者一般に対し熟慮期間を確保する目的で与えられており、消費者中の弱者（未成年者や高齢者）に対し、とくに撤回・返品制度においてその保護を厚くするような規制（期間を延長するなど）は置かれておらず、またそのような方向に進むべきとの議論も現在のところみられない状況にある。

### **(2) 民事取引一般に対する民法ルール**

#### **a 能力に関する制度**

「不当な働きかけ・つけ込み行為からの脆弱性を備えた主体の保護」に関連する法制度や議論としては、まず主体の脆弱性に着目する制度として、やはり日本と同様に、能力に関する制度を挙げることができる。日本の意思無能力法理に対応するような制度として、ドイツでは、自然的行為無能力に関するBGB104条という明文規定が存在する。BGB104条1号は、満7歳に満たない者を、BGB104条2号は、一時的にではなく自由な意思決定をなし得ない精神活動の病的障害状況にある者を、行為無能力者として、その意思表示は無効とする（BGB105条1項）。また一時的意思喪失・精神障害状況でなされた意思表示も無効と

なる（BGB105条2項）。ドイツの自然的行為無能力は、取引の複雑性との相関関係において意思能力の有無を取引毎に判断する日本の意思無能力法理と異なり、年齢に条件づけられる自然的行為無能力を認めており（7歳未満は行為無能力者であり、7歳以上の未成年者は制限行為能力者である）、また、病的障害による自然的行為無能力の認定に関し、一定の事項に関してのみ強迫観念にとらわれているような場合の部分的行為無能力は認めるものの、取引の複雑性難易度との相関関係において判断するという相対的行為無能力は認めず、自由な意思決定をなし得ないような状態は人格全体に及ぶものとして判断されている<sup>53</sup>。そして、我が国の成年後見制度立法時にも参照されたドイツの世話法は、被世話人の行為能力の否定と直結する制度ではなく、世話人が選任される場合にも被世話人は行為能力を有するのが原則であり、個別の必要性に応じて、後見裁判所が、世話人の職務に関連する範囲で同意留保を命じる枠組みが採用されている（同意留保が命じられた場合にのみ、未成年者と同様、世話人の同意がない被世話人の法律行為は、不確定無効の状態となる）<sup>54</sup>。したがって、現在意思無能力の相対的判断を認める見解が多数を占める日本における能力制度よりも、行為無能力制度自体の柔軟な活用度は低く、また個別に後見裁判所によって同意留保が行われる制度の下では、事実上の無能力への制度の類推という議論も見受けられない状況にある。

## b 強迫

BGB123条1項は、違法な強迫によって意思表示をした者は、これを取り消せる旨を規定している。強迫とは、相手方に意思表示をなさしめることを意図して、強迫者が左右し得る将来の害悪を表意者に与えることを告げる行為であり、強迫の違法性、因果関係要件も備える場合に、表意者は、強迫の下での意思表示を取り消すことができる<sup>55</sup>。もっとも、判例・通説により、単なる窮状のつけこみ、例えば、助けがなければ窮地に陥る人に対して、手助けの拒絶可能性を告げることによって、手助けに対する報酬の支払いを約束させたり、あるいは感謝、尊敬、職業上の依存関係があって申し出を拒絶することが難しい状況を利用して契約の申し出をしたとしても、これは強迫にはあたらないとされる<sup>56</sup>。

したがって、単に断れない性格や判断力不足につけこんで契約へと誘導したといったケースでは、強迫による取消を拡張するのは難しい状況にある。

### c 良俗違反、暴利行為

BGB138条は、1項において、善良の風俗に反する法律行為は無効であると規定し、2項において、とくに相手方の窮地、無経験、判断力の欠如、または著しい意思薄弱に乗じて、自己または第三者に、ある給付に対しそれと著しく不均衡な財産上の利益を約束させまたは供与させる法律行為は無効とすると規定する。2項における判断力の欠如や著しい意思薄弱の認定において、BGB104条2号の要件を満たす必要はない<sup>57</sup>。判断力の欠如は、問題となる具体的取引毎にその取引について利害得失の計算等十分な判断をなし得たかが問われることになる<sup>58</sup>。著しい意思の薄弱は、未成年者、高齢者、薬物やアルコール依存者について認められやすいが、いわゆるコーヒーハイキング（販売目的が背後に控える招待旅行）において、感謝の気持ちをアピールして法外に高い商品売りつけるといった心理的購買強制が行われる場合にも、意思薄弱につけ込んだる暴利行為は問題となり得るとされる。もっとも、BGB138条2項は、①契約相手方の弱みへの意識的つけ込みという主観要件と②給付と反対給付の著しい不均衡という客観要件双方を同時に充足することが要求されるので、両要件が同時に満たされない場合については、BGB138条1項による対応が問題となる。①の要件が満たされない場合については、暴利行為類似の取引として、著しい給付の不均衡の他に、良俗違反の非難に値するような主観的事情の存在がある場合に、BGB138条1項の適用を認める判例・学説の展開がみられる<sup>59</sup>。著しい給付の不均衡が欠ける場合については、訪問販売法制定以前においてはではあるが、高齢者への不意打ち的訪問販売であることや不意打ち的訪問販売で前払い形式で取引が行われたことを考慮して、著しい給付の不均衡があるとまでは言えない事例においても、BGB138条1項による無効を認めるものが確認できる<sup>60</sup>。また、すでに我が国でも紹介があるように<sup>61</sup>、親や配偶者のために取引経験や資産のない近親者が、金融機関と連帯保証契約や債務引き受け契約を締結するといった事例において、最終的な負担可能性やその額、資力と保証あるいは引受額との不均衡、取引上の無経験や心理的窮状などの構造的劣位状況や不意打ち性の有無、リスクの隠蔽などを考慮して、給付の著しい不均衡がないような連帯保証・債務引受も、BGB138条1項により無効となり得るといふ判例法理・学説が展開されている<sup>62</sup>。

したがって、BGB138条1項の解釈・適用により、従来の暴利行為要件の主観要件・客観要件双方を緩和するという方向で、取引無経験や精神的窮状につけ込む形で交渉力優位者か、不相当な内容の契約が締結された場合に、その契約を無効とする道が開かれていると



言える。ただし、ドイツでは信用取引領域で、資力をかなり上回り、生涯にわたって重い負担を背負わされるようなケースにおいて、連帯債務者・債務引受人にとっての契約内容の不当性が語られたことから、このような領域を超えて、どのような取引領域でどのような事情によって内容の不当性を語る事が可能であるのかは問題となるところである。

#### d 契約締結上の過失論～判断自由への直接的影響力行使からの保護～

先にみた、BGB138条1項において判断自由の保護と内容の不当性を考慮した判例法理が展開していることに対して、内容の不当性がないような事例でも、判断自由に対する不当な影響力行使を理由とする契約解消の可能性が考えられてよいという議論、すなわち契約締結上の過失法理の妥当する場面として、判断自由への直接的影響力行使からの保護が検討されている。ローレンツ教授は、不意打ちの結果、経済的に過度となる保証契約を締結してしまった事案において、BGB138条1項による無効を認めたBGH判決（BGH U.v. 16.1.1997 NJW1997,1980）等を題材に、次のような議論を展開する<sup>63</sup>。保証契約を良俗違反とする近時の判決は、判断自由の侵害の他、契約内容の不当性の要素を不可欠なものとして無効を導くが、これは、このような事例をBGB138条によって解決しようとする帰結である。他律的決定からの保護が問題となる場合には、直接、契約締結過程の規制、すなわち不意打ちなどにより自己責任的考量ができないような状況に相手方を置いて契約に持ち込んだり、判断自由を欠いている状況を積極的に利用して契約締結に持ち込んだ者の契約締結上の過失責任として、原状回復としての契約の終了に至るものと構成する可能性を提示する。英米法の不当威圧制度も参照しながら、このような解決には、私的自治の外部からの侵害を純粹に完全に把握し、不当な影響力行使がない場合には契約が維持される点で、自己責任思考の強化の側面もあるという利点があるとする。このような判断自由への直接的影響力行使へ着目して契約からの解放を考えるという視点は、メディクス教授によって、不意打ちを理由とする撤回権（クーリング・オフ権）という形であるが、提案されていたところでもある<sup>64</sup>。また、先にみたように、訪問販売法施行以前に、訪問取引の良俗違反による無効を導く諸判決は、不意打ち的要素を無効を導く際の重要な考慮要素としており、さらに、契約締結上の過失法理によって、不意打ち的取引についての業者の責任を認める判決も散見される状況であった<sup>65</sup>。

判断自由への不当な影響力行使に着目するアプローチは、契約内容にかかわらず、判断

自由に対する不当な影響力行使に対する保護を図ることにより、実際には、脆弱性を備えた主体が望んでいなかった契約に無理矢理誘われるような事例もカバーすることになる。もっとも、このようなアプローチは、窮地にある者や無経験者、能力不足者が自ら契約を望んでいる場合、他方当事者が、弱者にとって不利益な契約となってしまうことに配慮して断るような義務まで導出するものではない<sup>66</sup>。

## 4 小括

ドイツ法に関しては、まず、法規制そのものの展開の仕方として、我が国のような手厚い行政規制は敷かれておらず、競争法や民事ルールを中心とした消費者保護が展開されているという特徴を指摘できる。そして、不正競争防止法における消費者保護規制においても、民事ルールにおいても、未成年者保護と異なり、高齢者について、年齢で区分した保護を与えるといったアプローチは採用されておらず、高齢者というだけで一律の保護を与えるような議論については慎重な姿勢をとるものと評価できる。ドイツにおいては、現在も、販売目的を背後に控えての招待旅行における高齢者被害の問題は続発しているものの、高齢者の個体差や差別禁止の観点から、年齢区分アプローチよりも、より一般的な法規制において、問題への対処を図ることが目指されていると言えよう。「不当な働きかけ・つけ込み行為からの脆弱性を備えた主体の保護」というテーマに関しては、まずは、暴利行為の緩和としてのBGB138条1項適用アプローチがあり、これは我が国における暴利行為緩和論（状況濫用論）とも重なるが、ドイツにおいては判例・学説の展開をみた保証取引の事例を超えて、どの程度の射程を有する議論であるかは注意を要する。また、判断自由への直接的影響力行使からの保護を目指す契約締結上の過失法理アプローチも確認できた。これは、英米法の不当威圧の議論などを参照しつつ展開されているものであるが、不意打ち的な積極的勧誘や状況への積極的つけ込みによって、判断自由を抑圧し、望まれていなかった契約へと持ち込むようなケースについて、内容の不当性を不問として、契約解放を導く点で、我が国における威迫困惑類型の拡大に関する議論や暴利行為の主観的要件のみに着目する可能性を示唆するアプローチと重なるものであると言えよう。

なお、ヨーロッパ契約法原則4:109条では、1) 依存関係、信頼関係、経済的困窮、もしくは緊急の必要、または軽率、無知、経験の浅さ、交渉技術の欠如が一方当事者にある場

合に、2) 相手方が、これを知りまたは知るべきであり、かつ当該契約の事情や目的からすると著しい不公正な方法でその状況につけ込むか、あるいは過大な利益を取得した場合、取消または契約の改訂という形での救済を与えるものとしている<sup>67</sup>。ここにおいては、①一定の状況や脆弱さ+不公正な方法でのつけ込み、又は②一定の状況や脆弱さ+過大利益取得双方の場合に、望まざる契約からの解放が導かれることとなる。

### Ⅲ 検討～不当な働きかけ・つけ込み行為からの弱者保護

#### 1 「年齢区分（高齢）」アプローチの検討課題

まず、一般的な高齢者取消権の導入という議論は、成年後見制度導入前に主として行われた議論である。一定年齢以上の者に一律に法律行為の取消権を付与することは、同意を付与する保護機関の手当の問題、取引からの排除（高齢者の自由への制約が大きいこと）の問題、過剰包摂・過少包摂問題等を考慮すると、未成年者とは同列に論じることはできず、一定年齢以上的高齢者に一律に法律行為の取消権を付与するという方向性には問題がある<sup>68</sup>と考える。

では、特殊販売など一定の領域に限定しての高齢者取消権の導入はどうか。例えば、訪問販売等の不招請勧誘取引に限定して、取消権を導入するというのであれば、訪問販売等から高齢者が排除されても、当該商品について欲しい場合には来訪要請や店舗取引をすればよいという点で、たしかに、高齢者の取引自由の制限という問題は相対的に少なくなる。しかしながら、年齢による区分を採用する以上は、過剰包摂・過少包摂の問題は回避できず<sup>69</sup>、保護の必要な者に個別に救済を与え得る法制度ではなく、年齢により一律に一定の者を排除するアプローチを採らないと、目的を達成できないという点の論証が必要であり、領域限定の高齢者取消権の導入についても、なお慎重な立場をとらざるを得ない。

さらに、クーリング・オフ制度に関して、高齢者に限定しての期間延長という議論があった。これについても、過剰包摂・過少包摂の問題があることは取消権と同様であるが、さらに、単に期間を延長することが、クーリング・オフ制度について理解が及ばなかったり、自身で手続的対応ができない者に対する有用な保護手段となり得るかも問題である。

いずれにせよ、年齢区分（高齢）アプローチは、保護の必要な者に救済を与えるアプローチでは実効性があがらず、平等権・自由権との関係で一定の問題を伴うとしてもなお、年齢一律的アプローチを採用せざるを得ないことの論証が必要であり、またそのような制度が目的達成のために現実に有用な手段となり得ることの論証が必要であると言えよう。

## 2 制限行為能力制度の類推適用論の検討

「事実上の無能力者」について、相手方の認識可能性等を要件に、制限行為能力者の取消制度を類推するという議論については、次の問題点を指摘できる。第一に、保佐制度における取消規定の類推適用については、このような考え方が一般的に採用されると、民法13条1項所定の取引について、判断力低下が見受けられれば、本人がいくら切望しても取引拒絶が行われる可能性が潜在することとなり、また、相手方としても、事実上の無能力者による元本の領収といった場面で、果たしてこれを拒絶できるのか問題となる。第二に、成年後見制度の取消規定は、能力の低下のみならず、家庭裁判所の審判を経るということを重要な要件の一つとし、また催告権等を手当てすることにより、相手方の取引安全にも配慮している。成年後見制度上の取消規定が、果たして、このような要件や手当てが欠けている場合に類推適用を許すような性質のものなのかも検討を要しよう。

高額な連帯保証契約等については、意思無能力法理が一定の役割を果たしていること、近時の高齢者に対する訪問販売被害等については、むしろその契約締結時の不意打ち的状況や内容の不当性が問題となっていることからすれば、取引全般について、相手方の認識のみを要件に、事実上の無能力者を排除する方向のアプローチよりは、以下の、契約の内容や業者の行為態様を問題とするアプローチをまずは検討すべきではなからうか。

## 3 暴利行為緩和論・状況濫用論の検討

「状況の濫用」の言葉の下で、一つには、現行消費者契約法4条3項の威迫困惑類型をより拡大するような方向、訪問販売や閉鎖的空間での勧誘など、事業者が意図的に作出した特殊状況下で、自由意思への圧迫によって消費者がいやいや契約を締結するような場合を、広く射程に納め契約からの解放を導くような制度が提案され、もう一つは、そこまでの自

由意思への抑圧がないような場合でも、判断力の低下や未経験、窮迫等に乗じて、契約が締結されるような場合の受け皿になるような制度が模索されていた。

前者の、現行消費者契約法の威迫困惑類型の緩和・拡大という方向は、消費者契約法の立法過程ですでに提案されていたものであり、むしろ実際に立法された威迫・困惑類型が狭すぎると評価でき、現在、この類型の拡大が消費者契約法改正の検討課題とされていることも納得のいくところである。明確な不除去や除去妨害がなくても、例えば、エステの施術中に次の契約を迫るような態様や展示会商法において販売員がつきまとして商品を勧めるというように、閉ざされた空間（自宅・開放性のない営業所の一室）という状況につけ込んで事業者側が執拗・強引な勧誘をしかけ、それによって合理的意思決定ができなかった（困惑した）場合には、実質的には被勧誘者の自由な意思決定が欠けているのであるから、契約からの解放を認めるべきであろう<sup>70</sup>。この場合、事業者の状況へのつけ込みに対する意図（認識）や消費者側の合理的意思決定の欠如は、閉ざされた空間での勧誘の執拗さや不意打ち性から原則として推定することが可能であろう。

後者の、暴利行為論の客観要件・主観要件双方を緩和する方向も、現在の高齢者被害が、契約締結時には自由意思の抑圧とまではいかない（強引さや執拗性による意思への圧迫はそれほどない）状況で、判断力低下につけこまれ不相当な契約を締結してしまい、後から高齢者が知人等から適切な助言等を受けて後悔するといったケースにもあることからすれば、このような判断力低下、未経験へのつけ込みケースについては、消費者契約法<sup>71</sup>での立法的手当も視野に入れるべきであろう（なお、窮状へのつけ込みや信頼関係・権力関係の利用については要件が別となる可能性があるのでここでは検討の射程外に置く）。この場合、被勧誘主体の脆弱性要件の他に、沖野教授が指摘しているように、取引からの排除問題や個人の自由の尊重を欠くことが無いように、主体の脆弱性に対する事業者の認識、積極的勧誘、緩和された意味での内容の不相当性（客観的に判断して当該顧客圏には不相当な量<sup>72</sup>の商品の販売、あるいは不必要な高額商品の販売、一般市場に照らしての高額さ）が要件とされてよいのではなかろうか。消費者取引一般においてこのような制度を導入する場合、内容面での不当性要件を全く要求しないとすると、例えば、デパートの売場で判断力低下者等が当初購入の予定ではなかった商品を、良い商品だからと勧められて購入に至ったようなケースも制度の射程内に入ってくる可能性があり（もちろん、事業者が判断力低下を認識している以上は、このような良い商品のおすすめケースも取り消されて良いという意

見はあり得るかもしれないが)、また、判断力低下者等から積極的にある商品の購入を望んで店舗を訪れた場合に、それを不相応な商品であるとして販売を拒絶する義務まで事業者課すことは疑問だからである。そして、このような判断力低下者への一定の対応を、消費者契約法ではなく、特商法で手当をすることが議論される場合、なぜ、特商法対象取引でのみかかる手当をすることが正当化されるのかが問われることになる。この場合には、特商法対象取引すべてというよりも、不招請勧誘（訪問販売・電話勧誘販売）については、業者からの積極的勧誘という要件が当然にクリアされていることから、それ以外の要件のみの充足によって、契約が解消できることを確認する規定としてその位置づけを与えることが考えられる。

#### 4 適合性原則の検討

状況の濫用論と適合性原則とを比較してみると、状況の濫用論は、暴利行為の再構成として論じられてきたものであり、出発点の暴利行為論は、客観要件として給付の著しい不均衡を問題とするものであるのに対し、適合性原則は投資取引・投機取引において展開されてきたルールであり、そもそも射倖契約であるので給付の不均衡を問題とし得ない取引領域で論じられてきた法理であるという違いがある。つまり、投資取引は、著しい給付の不均衡が帰結されても、射倖契約である故に、それは問題とされず、自己責任が強く要求されるような世界である。したがって、適合性原則は、リスク性や複雑性が高い投資取引については、その仕組みやリスクを理解でき、さらに当該投資取引市場全体の秩序を維持するため起こり得るリスクを負担しきれような者を市場への参加者とすることを要求してきたのではあるまいか。たしかに、状況の濫用論は、内容の不当性要件を緩和することによって、適合性原則の発想に近似することとなるが、両理論がカバーする領域は完全に重なる訳ではなく、状況濫用論は一般平均人と比較して主体の脆弱性等を問題とし、緩和された給付の不均衡も問題とし得る法理であるのに対し、適合性原則は、給付の不均衡問題を取り上げるものではなく、当該顧客にとっての当該取引や商品の適格性を問い、取引参加者に取引から生じるリスクを担う知識・能力があるか否かを直截に問題とするものである。だからこそ、適合性原則においては、知識面の不足を補い参加資格者への格上げを図り、参加者を増加させて市場の活性化を図るための情報提供・説明義務との接合が、行

われているとも言える（金融商品販売法3条参照）<sup>73</sup>。

そして、仮に、適合性原則が、業者の積極的勧誘がなく、顧客が知識や能力・経験の点で申し分なくとも、リスクや負担が不相当となる人を市場から排除する方向の民事ルールとして展開するとするならば、このような法理をあらゆる商品や取引一般に妥当するものとして位置づけるのは問題があろう。例えば、唯一の趣味が骨董品収集である年金生活者が当該取引にはふさわしくないとして排除されるような可能性も出てくるのであり、個人の自由への制限の問題が発生せざるを得ない。もちろん、個人の生存基盤を危うくしないためには、そこまでパターンリスティックな介入も許容されてよいという意見もあり得ようが、あらゆる市場において自身が幸福と考える決定を自身がなし得なくなるような社会への移行となり得る点で疑問がある。仮にこのような意味での適合性原則を、民事ルールとして展開するとすれば、それは、リスクが高く、そのリスクが取引参加時には完全には見通せず、さらに当該取引市場全体の秩序を維持するためそのリスクや負担を背負いきれない者の参加を防ぐ必要があるという思考が妥当するような取引で展開されるべきではなかろうか。

## VI 不当勧誘からの高齢者保護と高齢者の財産管理制度

最後に、不当勧誘事例等における高齢者被害への対応と高齢者の財産管理制度との関係について一言しておく。高齢者が、不当な勧誘による契約あるいは不相当な内容の契約を締結してしまったという場合、事後的に契約を取り消すためには成年後見制度における取消規定や消費者契約法、特商法、民法等における契約解消制度を利用する他ない。高齢者の財産管理について、信託制度を活用することは、判断能力の低下した高齢者を銀行に連れて行き預金を下ろさせる、老後の備えである筆筒預金を持ち去られるという事態を回避するには役立つものの、負担してしまった債務を消すことには直結しない。その意味では、高齢者の日常的な経済生活をサポートするような手当やシステムが必要であり、見守りサポートシステムはそのような試みの一つであろう。その一方で、成年後見制度の後見や保佐の申立を受けるような状況に至っていない高齢者については、客観的には不当な取引であっても、高齢者本人に被害者意識が無く、自ら取消権を行使したり、取消権行使に関し

代理権付与をする意思が無いという場合には、家族や親族が勝手に契約解消手続をとってもよいという論理は法的には成り立ちにくい（本人自身に当該取引を行う意思能力があり、取引維持の意思を有している場合には適切な事務管理として構成することも難しい）。集团的被害者を生んだり、高齢者を狙い打ちにしているような悪質業者については、より厳しい制裁を課し、利益を吐き出させ、被害者集団を広く救済できるような仕組みが検討されてよいが、他方で、個別の取引に関しては、何が幸福かを決めるのはあくまで本人自身であることを出発点とするのであれば、高齢者自身が取引維持を望んでいるような事態について、極度にパターナリスティックな介入を認めるような手当を検討するのではなく、被害者本人の納得と学習の中で<sup>74</sup>、救済を図るような道を考える必要があるのではなかろうか。

（2007年9月 脱稿）



[注]

- 1 富士見市認知症姉妹の事件については、「高齢者と消費者被害」ゆたかなくらし2005年10月号7頁以下に経緯の紹介がある。その他、悪質リフォームの実態を伝えるものとして、「消費者相談からみたリフォームトラブル」国民生活32巻9号19頁以下（2002年）、「特集 悪質な住宅リフォーム問題」国民生活35巻11号（2005年）、「高齢者を取り巻くスモッグを排除しよう」消費と生活52頁以下（2005年）、「Report 住宅リフォーム詐欺など」Governance2006年3月36頁以下等。
- 2 本稿各所の注で引用の文献の他、経済企画庁国民生活局消費者行政第一課『高齢化と消費者問題』（1993年）、木間昭子「高齢消費者被害の現状と問題点」国民生活研究30巻2号30頁以下（1990年）、同「高齢者の消費行為と消費者被害」国民生活研究34巻2号15頁以下（1994年）、特集「高齢者の消費者問題」季刊家計経済研究2000年春号、織田晃子「契約法における消費者保護と高齢者」私法学研究24号81頁以下（2000年）、松井未知子「高齢者取引制度の考察」千葉大学社会文化科学研究5号219頁以下（2001年）、「特集高齢社会の消費者問題」国民生活34巻9号6頁以下（2004年）、高橋加代子「高齢者・障害者の消費者トラブル防止への対応」国民生活35巻5号17頁（2005年）等がある。
- 3 河上正二「高齢化に伴う消費者問題」ジュリスト1034号42頁（1993年）。
- 4 脆弱性を備えた主体の保護という場合、消費者一般を、事業者との関係で脆弱性を備えた主体とみるというレベルの問題と、平均的消費者に対しとくに知識不足、判断力低下、意思薄弱といった特性を備える者を保護するというレベルの問題とが存在する。基本的には、後者の意味で、脆弱性を備えた主体の保護という言葉を用い、消費者一般の脆弱性を語る場合には、それとわかるような形で言及する。
- 5 営業所、代理店、露天、屋台店それに類する店以外の場所において、あるいは、特定誘因方法（キャッチセールス及びアポイントメントセールス）によって、顧客を勧誘し締結される、指定商品・役務・権利に関する契約をさす（特商法2条1項、省令1条、政令1条）。
- 6 通信販売については規制枠組みが大きく違い、広告規制やいわゆる迷惑メール規制が行われているが、禁止行為という形での勧誘規制はなく、クーリング・オフなどの民事ルールもない。
- 7 現行特商法などでは指定商品制も採用されているが、その廃止が議論されているところである。
- 8 特定商品等の預託等取引契約に関する法律8条、金融商品取引法37条の6（令16条の3）、ゴルフ場等に係る会員契約の適正化に関する法12条、商品投資に係る事業の規制に関する法律19条、不動産特定共同事業法26条、海外商品市場における先物取引の受託等に関する法律8条。なお、特商法の継続的役務等に関しては、役務の視認困難性も、クーリング・オフ導入の一つの理由とされているが、現行クーリング・オフは役務内容確認の機会を保障するような枠組みとはなっておらず（法定書面受領日がクーリング・オフの起算点）、通信販売取引については、クーリング・オフ制度は導入されていない（特商法11条に、返品特約の有無について広告中に表示する義務があり、表示がない場合のデフォルト・ルールの立法化が議論されているところである）。
- 9 星野英一教授は、クーリング・オフを愚かな人間像を前提とした規定と捉えつつ、消費者が自ら短期間内に権利行使を行うことが要求される点で、国家の直接的後見という形ではなく、消費者の理性的判断を重視したものと評価できるとされる（星野英一「私法における人間」『基本法学1－人』

- 154～158頁（1983年、岩波書店）。
- 10 沖野眞己「契約締結過程の規律と意思表示論」『消費者契約法－立法への課題－（別冊NBL54号）』48頁以下（1999年）、国民生活審議会『消費者契約法（仮称）の具体的内容について（1998年1月）』参照。
  - 11 須永醇「権利能力、意思能力、行為能力」星野英一編『民法講座1 民法総則』114頁（有斐閣、1984年）、中舎寛樹「意思能力・行為能力・責任能力・事理弁識能力」磯村＝鎌田＝河上＝中舎『民法トリアル教室』4頁（有斐閣、1999年）、熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』（有信堂、2003年）、山本敬三『民法講義1 総則〔第2版〕』40頁（有斐閣、2005年）等参照。
  - 12 暴利行為論の展開と現代的意義については、川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法（3）総則（3）』105頁以下、174頁以下〔森田修〕参照。
  - 13 大村敦志『消費者法〔第3版〕』105頁以下（有斐閣、2007年）。
  - 14 秋田地裁本荘支部判昭和60年6月27日判時1166号148頁〔豊田商事事件〕。大村・前掲注（13）107頁。
  - 15 福岡地判平成6年5月27日判時1526号121頁〔宗教団体の献金勧誘行為〕。大村・前掲注（13）108頁。
  - 16 三木俊博「利殖商法の問題点と被害根絶の課題」『甲斐道太郎教授還暦記念論集 現代社会と法の役割』186頁（日本評論社、1985年）（ただし、一定年齢以上であることを理由とする「高齢者解約権」として提案されている）、坂東俊矢「民法による高齢者の保護」長尾治助＝中坊公平『セミナー生活者と民法』9頁（悠々社、1995年）。
  - 17 河上・前掲注（3）45頁。
  - 18 河上・前掲注（3）49頁注（14）。
  - 19 経済企画庁国民生活局編『高齢者の消費者契約』71、75頁〔河上正二〕（1998年）。また、河上正二「高齢者の消費者トラブルへの対応を考える」国民生活29巻6号13頁（1999年）も参照。
  - 20 河上正二「「クーリング・オフ」についての一考察－「時間」という名の後見人－」法学60巻6号1238頁（1996年）。
  - 21 松本恒雄「未成年者と高齢者の保護」法学セミナー474号102頁（1994年）。
  - 22 竹中勲「高齢者の人権と憲法学（一）」産大法学29巻1号164頁～165頁（1995年）。同「年齢による区別の合憲性」法教180号53頁以下（1995年）、同「高齢者と人権保障・憲法学」法時77巻5号21頁以下（2005年）も参照。
  - 23 池田文子「高齢者の契約をめぐる現行法制度の諸問題」中央大学大学院研究返報34号153頁以下（2005年）。もっとも、制度設計の詳細には踏み込まれておらず、取引一般への導入を志向しているのか、あるいは特殊販売形態での導入を志向しているのかは、不明である。
  - 24 森島昭夫「訪問販売等問題研究会報告書について」ジュリスト601号6頁以下、とくに13頁（1988年）、「資料」ジュリスト601号36頁以下、とくに39頁。
  - 25 松本恒雄「訪問販売法と消費者保護－訪問業者の行為規制を中心に」法時60巻8号14頁（1988年）。
  - 26 河上・前掲注（20）1238頁、三木・前掲注（16）186頁。石川稔「高齢者の財産管理と取引法上の

- 保護」ジュリスト1059号174頁（1995年）、江口公典「消費者法の展開と高齢者保護」河野正輝＝菊池高志『高齢者の法』207頁以下（1997年、有斐閣）も参照。
- 27 濱田智子「高齢消費者詐欺に対する制裁の強化（1）～（5・完）」NBL701号55頁以下、703号53頁以下、705号58頁以下、709号57頁以下、711号61頁以下（2000年～2001年）、とりわけ我が国への示唆については、711号参照。
- 28 河上正二「無能力制度の現状と問題点」金法1352号9頁（1993年）。
- 29 大村・前掲注（13）113～114頁。
- 30 河上正二「「消費者契約法（仮称）」について」法教221号65頁（1999年）
- 31 河上正二「契約の成否と同意の範囲についての序論的考察（4・完）」NBL472号40頁（1991年）。
- 32 河上・前掲注（31）41頁以下。
- 33 沖野・前掲注（10）48頁以下。
- 34 沖野・前掲注（10）54頁以下。
- 35 我が国における適合性原則の展開については、潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）、同「適合性原則違反の投資勧誘と損害賠償」内田＝新堂編『継続的契約と商事法務』165頁以下（商事法務、2006年）、森田章「投資勧誘と適合性の原則」民商122巻3号293頁（2000年）、川地宏行「投資勧誘における適合性原則（1）（2）」三重大学法経論叢17巻2号18巻2号（2000～2001年）、角田美穂子「金融商品取引における適合性原則（1）」亜細亜法学35巻1号117頁以下（2000年）、同「ドイツ取引所方の「投機取引」への未経験者の誘惑」に対する刑罰法規について』『商品取引所論体系13』（2007年、全国商品取引所連合会）等参照。
- 36 潮見・前掲注（35）419～421頁。
- 37 山本敬三「消費者契約法の意義と民法の課題」民商123巻4＝5号530頁（2001年）、池田清治「競争秩序と消費者」NBL863号75～76頁（2007年）。
- 38 ドイツの不正競争防止法と勧誘規制に関する検討として、嶋拓哉「ドイツにおける金融商品の不招請勧誘規制と我が国投資サービス法制への示唆～情報通信技術の革新への対応の必要性について～」国際商事法務34巻2号177頁以下、34巻3号327頁以下、34巻4号463頁以下、34巻5号627頁以下（2006年）、中田邦博「ドイツ不正競争防止法の新たな展開－新USWについて－」立命館法学298号1558頁以下（2004年）。条文訳としては、宗田貴行「ドイツ新不正競争防止法（翻訳）」奈良法学会雑誌17巻1・2号193頁以下（2004年）、角田美穂子「欧州における競争法の動向－2004年ドイツ不正競争防止法と2005年EU不正商慣行指令－」クレジット研究35号126頁以下（2005年）。また、角田美穂子「競争秩序と不法行為法」法時78巻8号43頁以下も参照。
- 39 Horst-Peter Götting, Wettbewerbsrecht, 2005, S. 125ff.
- 40 Köhler, Köhler=Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25Aufl., 2007, §7 Rn. 109.
- 41 Köhler, a. a. O., §7 Rn. 96.
- 42 Köhler, a. a. O., §7 Rn. 33.; 選挙戦中に政党によって行われた不招請電話勧誘について、不当な電話勧誘が一般的人格権侵害となり得るとしたOLG Stuttgart B. v. 11. 03. 1988, NJW1988, 2615や明確にダイレクトメールに異議を唱え中止を求めたにもかかわらず送付を続けることは、一般的人格

- 権、所有権、占有権の侵害となり得るとし、当該事案の下で、広告掲載会社に対するBGB1004条に基づく差し止めを認めたOLG Frankfurt B. v. 18. 05. 1988, NJW1988, 1854等参照。
- 43 「平均的消費者像」については、平田健治「EU契約法と消費者保護」阪大法学55巻2号579頁以下（2006年）、河野良継「平均的消費者（average consumer）とは何か？」大東法学49号33頁以下（2007年）も参照。
- 44 Stuckel, Hrsg. Harte-Bavendamm=Henning-Bodewig, Kommentrar Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 2Aufl., 2004, S. 700.
- 45 Piper, Piper=Ohly, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 4Aufl., §4. 2 Rn. 2/1.
- 46 Piper, a. a. O., §4. 2 Rn. 2/6.; Plaß, Ekey=Klippel=Kotthoff=Meckel=Plaß, Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2004, §4 Rn. 211.; Köhler, a. a. O., §4 Rn. 2. 10. Rn. 2. 20.
- 47 Piper, a. a. O., §4. 2 Rn. 2/16. ; Plaß, a. a. O., §4 Rn. 216.
- 48 Köhler, a. a. O., §4 Rn. 2. 11.
- 49 Plaß, a. a. O., §4 Rn. 226.
- 50 Palandt (Palandt BGB)-Grüneberg, 2007, §312 Rn. 1/2.; Martis, Martis=Meinhof, Verbraucherschutzrecht, 2Aufl., 2005, S.518.
- 51 Meinhof, Martis=Meinhof, Verbraucherschutzrecht, 2Aufl., 2005. S. 587.
- 52 Palandt-Weiderkaff, 2007, §495 Rn. 2.; 拙稿「ドイツ消費者信用契約における撤回・返品制度」クレジット研究30号76頁以下（2003年）参照。
- 53 Palandt-Heinrichs, 2007, §104 Rn. 6; MK (Münchener Kommentar zum BGB) -J. Schmitt, 2006, §104 Rn. 10-19; Ermann (Ermann BGB Handkommentar) -H. Palm, 2004 §104 Rn5; Larenz=Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechtz, 9Aufl., 2004 §6 Rn. 22-25.; Staudinger (Staudingers Konnmentar zum BGB) -Knothe §104 Rn. 10-15; Vgl. BGH NJW1970, 1680; BGH NJW1996, 918.; ドイツにおける行為無能力についての詳細は、鹿野菜穂子「高齢者の取引被害と意思能力論－ドイツの自然的行為無能力を手がかりに－」大河純夫＝二宮周平＝鹿野菜穂子編『高齢者の生活と法』45頁以下（1999年、有斐閣）熊谷・前掲注（11）第2章参照。
- 54 Andreas Jürgens, Beteuungrecht, 3aufl., 2005, §1903; ドイツ世話法の概要については、『ドイツ成年後見ハンドブック』（新井誠監訳）（勁草書房、2000年）参照。
- 55 Palandt-Heinrichs, 2007, §123 Rn. 15-24; MK-Kramer, 2006, §123 Rn. 39-47; Ermann-H. Palm, 2004 §123 Rn54-65; Larenz=Wolf, 2004§37 Rn. 25-44.
- 56 MK-Kramer, 2006, §123 Rn. 40; Stephan Lorenz, Der Schutz vor der unerwünschten Vertrag, 1997, S. 349f..
- 57 Larenz=Wolf, 2004 §41 Rn. 62.
- 58 MK-Armbrüster, 2006, §138 Rn. 151; Larenz=Wolf, 2004 §41 Rn. 62.; Staudinger-Sack §138 Rn. 209.
- 59 MK-Armbrüster, 2006, §138 Rn. 112-117; Staudinger-Sack §138 Rn. 228-242.
- 60 OLG Frankfurtu U. v. 01. 07. 1987 NJW-RR1988, 501は、81歳であり、多発性神経障害や歩行障

害などを患っていた被告が、訪問販売で家の塗装契約にサインをし、のちに契約取消しの主張をしたのに対し、原告は、損害賠償を請求した事案である。OLGは、契約はBGB138条に基づき良俗違反を理由に無効であるとした。理由は、原告が被告にサインさせた状況は良俗に合致しないというものであり、原告のセールスマンは、来訪要請や申し込みなしに被告の自宅を訪問し、自宅を塗装することを提案したこと、被告は当時81歳であり精神的にも肉体的にも衰えており、病気による衰えは認識できる状況であったこと、それにもかかわらず、原告のセールスマンはただちに高額な委託契約にサインをさせたことを挙げ、この事例が訪問販売法の適用がまだない時点のものでも、顧客が不意打ち的に決断させられ、本来的な必要性が生じておらず、かつその対価がしばしば顧客の財産状況と対応していない典型的な訪問販売が問題となっているとして、不意打ち的な販売戦略によって惹起された契約であることと、顧客が老人であり、精神的肉体的に衰えているという事情を考慮して、当該法律行為は良俗違反となるとしている。また、BGH U. v. 27. 01. 1988 WM1988, 623は、訪問販売で家具の販売を行っている原告のセールスマンがすでに住宅建築などの関係で多額のクレジットを組んでいた被告を訪問し、総額20,000DMの家具販売契約を締結したというものであるが、納期と代金支払いに関し、契約締結から2年後までには被告は原告に前払い金として6000DMを支払うこと、残金は家具の引き渡し時に現金で支払うこと、家具の納期は前払い金の支払いあるいは引渡請求から約8週間で行われること、前払い金の支払いその他の契約上の義務を被告が怠った場合には、総額の30%を反対給付の引き渡しがない場合にも、損害賠償金として支払うことが契約条件となっていた。原告会社は遅くとも契約から2年後に弁済期となる前払い金の支払いについて提訴し、契約の有効性の確認を求めたが、BGHは、反対給付なしに前払い金を受け取れる点において給付と反対給付のバランスが欠けており、お得な家具の情報提供だけをするといった予告電話であったにもかかわらず、不意打ち的に契約締結へと促し、契約締結前に現物を確認して質や価格の評価を行う余地もなかったことなどあらゆる事情の全面的な考慮から良俗違反としたOGHの判断を支持した。

- 61 鹿野菜穂子「ドイツの判例における良俗違反」伊藤＝椿編『公序良俗違反の研究』142～144頁（日本評論社、1995年）、潮見・前掲注（35）420頁。
- 62 MK-Armbrüster, 2006, §138 Rn. 91-93; Staudinger-Sack §138 Rn. 314-329; Lorenz, a. a. O., S. 245ff..
- 63 Stephan Lorenz, Vertagsaufhebung wegen unzulässiger Einflußnahme auf die Entscheidungsfreiheit: Der BGH auf dem Weg zur reinen Abschlußkontrolle?, NJW1997, 1578.; Lorenz, a. a. O., S. 445ff..
- 64 Dieter Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (1981).
- 65 LG Landau U. v. 09. 10. 1973 MDR1974, 41; Lorenz, a. a. O., S. 123 Fn. 191, S. 450.
- 66 Lorenz, a. a. O., S. 487ff.. 508f.
- 67 オーレ・ランドー／ヒュー・ピール編（潮見佳男＝中田邦博＝松岡久和監訳）『ヨーロッパ契約法原則 I・II』251頁以下（法律文化社、2006年）参照。

- 68 鹿野・前掲注（53）64頁参照。
- 69 竹中・前掲注（22）法教54頁～55頁。
- 70 今後の課題ではあるが、制度間の役割分担と相互関連の問題、例えば、クーリング・オフが認められている取引については、クーリング・オフの通知が出せる状況であるにもかかわらず、8日間クーリング・オフ権が行使されなかったことと困惑による取消可能性との関係など整理する必要があるであろう。
- 71 かかる制度は消費者契約法ではなく民法に位置づける可能性もあるが、ここでの判断力低下・未経験者は、当該取引の事業者として登場することは想定されず、むしろ消費者の立場にある弱者として典型的に登場するものであるとすれば、消費者契約法に位置づけることも説明できようか。
- 72 状況濫用論の下でも適合性原則の下でも問題とされている「回数の過剰性」「商品の過量性」の問題は、むしろ「過剰性」「過量性」自体を正面に据える検討が必要であるかもしれない。今後の課題であるが、継続的役務提供契約において、中途解約権を支えるリスク分配の思考を、一回の取引の対象が大量であったり、一回の取引を連続的に行う場合にも、不確実性が一定のレベルで伴う取引では、持ち出す可能性等も検討されてよいかもしれない。
- 73 池田・前掲注（37）75～76頁。
- 74 堀江まゆみ「訪販住宅リフォーム問題と「判断不十分者」」国民生活35巻11号10頁以下（2005年）。

# 高齢者の資産管理・承継と信託の活用

小 林 徹

# 目次

はじめに

## I 少子高齢化の現状

- 1 少子化の現状
- 2 高齢化の現状
- 3 資産の現状

## II 高齢者資産管理・承継の必要性和遺言代用信託の活用

- 1 認知症問題と資産管理
- 2 確実な資産承継と遺言代用信託

## III 高齢者資産承継と受益者連続型信託の活用

- 1 受益者連続型信託の概要
- 2 受益者連続型信託の分類と問題点
- 3 受託者
- 4 受託上の問題点



## はじめに

八十数年振りに信託法が改正され、施行された。改正内容の多くは受託者の義務の合理化や受益者の権利行使の規定整備であるが、商事・民事の各ニーズに対応した新たな類型の信託制度の創設も大きな改正のポイントである。このうち民事福祉信託系の改正点としては§90遺言代用信託と§91後継ぎ遺贈型の受益者連続型（本稿では「受益者連続型信託」という）の創設が挙げられよう。

高齢化の進展に伴い相続についても現在の相続法規のみではカバーしきれない「親亡き後問題」や「事業承継」等種々の問題が目立ってきており、これらに対し「信託というスキームを活用することによってかなりの効果が得られそうだ。」という視点から新たに制定されることになったものである。

一方で今までは限られた信託銀行等のみが信託受託の担い手となっていたものが、信託業法の改正により新たな担い手の参入が予定されている。これら新規参入者たちがこれまでの信託銀行等と同様に堅確な管理と高品質なサービスを提供し、併せて小回りの効く運営がなされることを期待し、一方で詐欺者や悪徳業者が混入しないことを祈りたい。

さて、私見では、遺言代用信託は急速な高齢化の中で高齢者財産管理・承継のニーズにうまくマッチして活用されていくであろうと考える反面、受益者連続型信託はまだ使い勝手に若干の問題があり、多くのニーズの中の限られた金銭や自社株式の分野で少しずつ活用が始まるのではなかろうかと考えている。そこで、この遺言代用信託と受益者連続型信託に対するニーズ、他のスキームとの比較、実効ある活用方法等について検討してみたい。

なお、本稿の意見にわたる部分については、あくまでも筆者の個人的見解であり、何ら筆者の所属する組織の見解ではないことをお断りしておく。

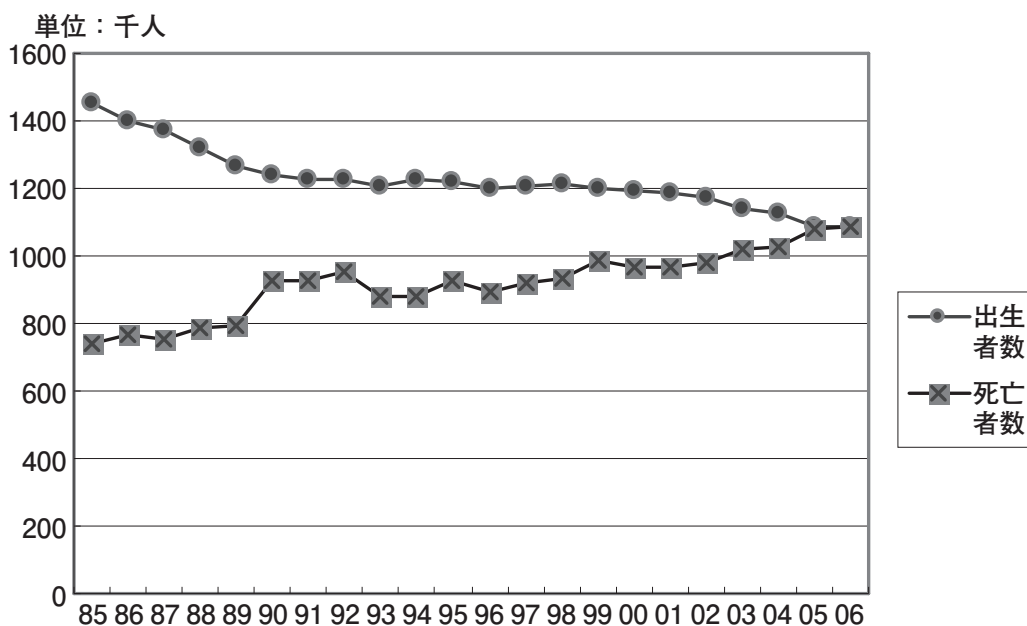
# I 少子高齢化の現状

## 1 少子化の現状

我が国の人口は平成17年10月現在で12,776万人となり、戦後初めて人口が減少した。この人口の傾向を少子化と高齢化の視点で俯瞰してみよう。(グラフ1. 参照)

今から50年前は日本の人口構成はきれいなピラミッド型であった。特に昭和22年～24年生まれの団塊の世代は3年間で806万人近くの人口ボリュームがあり(現在の年間出生者数は概ね100万人～110万人程度)、この世代が若年の間は日本の人口構成はピラミッド型を維持することができてきたといえよう。このため、「数多い勤労世代が数少ない高齢者の生活を支える。」ことはさして難しいことではなく、国家の高齢者世代に対する福祉予算も小さなウェイトで十分であった。その後、団塊の世代族が子供を生んだ第2次ベビーブーム(昭和46年～49年)世代は4年間で816万人の人口ボリュームを持っているが、以後は次第に出生者数が減少し、一方、この当時は年間70万人程度であった死亡者数が100万人を超

グラフ1. 出生者・死亡者数の推移



総務省統計局H18.10.1現在推計人口概要「表2 総人口の推移」から作成

え、遂に出生者数を逆転したわけである。

このように一方で少子化が進み、他方で高齢化が進展することにより、人口分布は次第に菱形から逆三角形になりつつあり、「少数の勤労世代が多数の高齢者を支えなければならぬ。」時代が近づいてきている。

合計特殊出生率も昭和22年には4.54であったものが次第に低下し、昭和50年からは恒常的に2.0を下回るようになり、平成17年には1.26と最低の水準になった<sup>1</sup>。

少子化については様々な原因があげられるが、晩婚化・晩産化・未婚化（30歳代前半の未婚率は男性47.1%、女性32.0%）、夫婦が生む子供の数の減少や子供のいない夫婦の増加が大きな原因といわれている。これは生活スタイルの多様化といった若者の生活観・価値観の変化や女性の社会進出の定着・・・女性の生活力の向上といった点もあるが、バブル崩壊以後の長期不況による生活力の悪化・・・「産んだ子を育てる自信があるか。」という出産意欲の低下問題もあり、更には実質予算規模縮小の中で「子育て支援」施策が十分に行えなかった点等も考えられよう。

婚姻数は昭和45年～49年にかけては年間100万件を数えていたが、その後減少傾向が続き、平成17年は714,265件に落ち込んでいる<sup>2</sup>。

また、母親の年齢別に出生数を見ると、29歳以下の女性による出生数が減少傾向である上に、これまで増加傾向であった30～34歳の女性の場合も平成17年には減少に転じた。一方、35歳以上の女性の場合は増加傾向である<sup>3</sup>。

現実には、子どもの誕生から大学卒業までにかかる費用（学校教育費＋基本養育費）は、すべて国・公立校に進んだ場合でも2,985万円かかるとされており、私立幼稚園、公立小、私立中、私立高、私立大医学・歯学系と進んだ場合が最もお金がかかり6,064万円になるという状況では、「安心して子供を出産し、子育てする・・・そこに預貯金をつぎ込んでも、自分の老後は年金等でカバーされるから安心だ。」という訳には行かないであろう<sup>4</sup>。

平均初婚年齢は1974年に夫27歳、妻24.7歳が平成17年には夫29.8歳、妻28.0歳と高まっており<sup>5</sup>、また夫婦の平均理想子供数は2005年に2.48人であるのに対し、平均予定子供数は2.11人といった状況で、産みたい数だけ産めない現実がある。また、「女性は子供が出来てもずっと職業を続ける方がよい。」という人は、女性は昭和47年が11.5%であったものが平成14年には38.0%に増加しており、男性も9.7%が37.2%に増加しており、「子供が出来たら職業をやめ、大きくなったら再び職業を続ける方がよい。」とする人と合わせると、女性は

平成14年に78.6%、男性は69.0%となり、まさに女性が男性と同様に就労することが当然という状況になっている<sup>6</sup>。

次に合計特殊出生率を海外主要地域と比較してみると、アフリカでは4.68人、西部アジアでは3.11人となっている反面、先進地域では1.59人となっている。先進諸国の中でアメリカ合衆国は2.05人、イギリスは1.74人であるが、ドイツは1.37人、イタリアは1.32人、スペインは1.32人と少子化に苦しめられている。もっともドイツ、イタリア、スペインは90年代に1.2人を切るほどの少子化であったものが少しずつ増加傾向を示しており、少子化対策が功を奏しつつあるところが日本と異なるところである<sup>7</sup>。

西欧諸国では児童手当制度等の「子育て家庭に対する経済的支援策」や、育児休業制度等の「仕事と育児の両立支援策」が「児童・家族政策」として位置づけられており、ドイツやフランスでの最長3年の育児休業制度やフランスにおける「認定保育ママ」制度等の保育サービス等様々な施策が講じられている。

一方、アジア諸国を見ると、韓国が1.08、香港が0.97、台湾が1.12、シンガポールが1.24と日本以上の少子化に苦しめられており、韓国では「少子高齢社会基本政策」を策定している<sup>8</sup>。

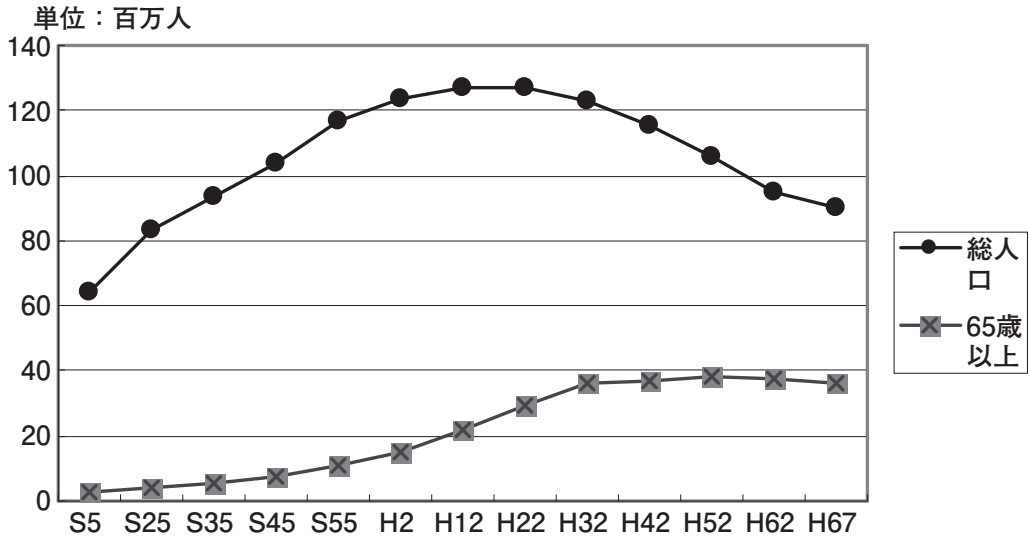
## 2 高齢化の現状

平成17年10月現在の我が国の65歳以上の高齢者人口は2,567万人となって、その総人口に対する割合が20.1%に達した。更には75歳以上人口も1,160万人となり、総人口に対する割合は9.08%と10%を超えるのも目前である<sup>9</sup>。

この割合は今後更に増加する予定であり、平成67年には65歳以上高齢者人口が40.5%に達すると推計されている。従って、この割合の高齢者を数少なくなった勤労世帯（15～64歳が51.1%と推計）が支えていくことになる<sup>10</sup>のであるが、日本の年金制度が「その時の勤労世帯から徴収した保険料をその時の高齢者に給付する。」制度になっているため、少子高齢化の影響は甚大である（グラフ2. 参照）。

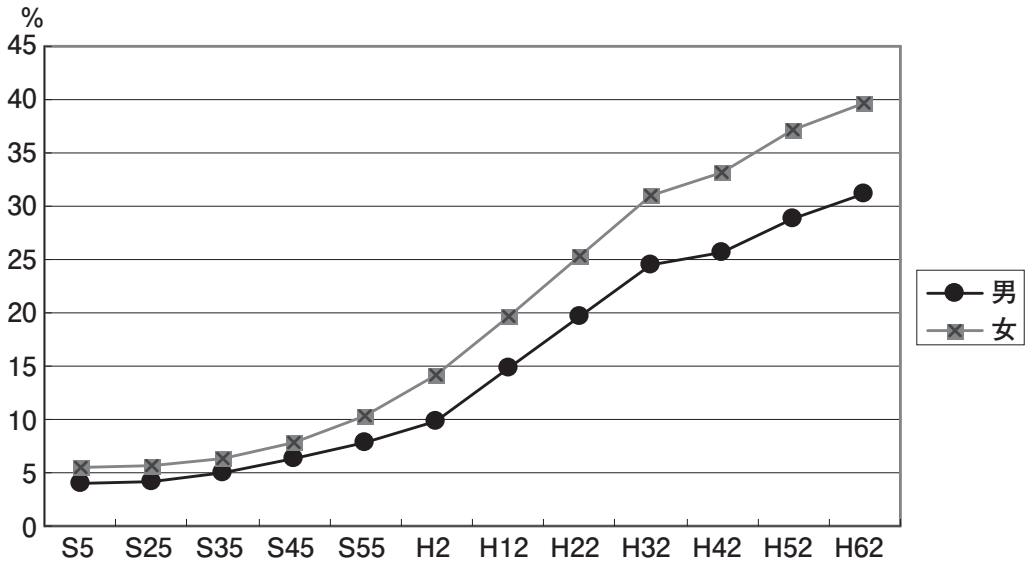
これを男女別で見ると、女性の平均寿命（85.52歳：平成17年）が男性（78.56歳：平成17年）に較べて高いことから推察できるように平成17年10月現在の男性は6,235万人（65歳以上1,087万人：17.4%）であるのに対し、女性は6,542万人（65歳以上1,480万人：

グラフ2. 総人口と65歳以上人口の推移



総務省統計局「国勢調査報告」、国立社会保障・人口問題研究所「日本の将来推計人口」(H14.1, H18.12) より作成

グラフ3. 総人口に占める65歳以上人口比率の推移



総務省統計局「国勢調査報告」、国立社会保障・人口問題研究所「日本の将来推計人口」(H14.1, H18.12) より作成

22.6%)となっており<sup>11</sup>、女性の高齢化割合が特に顕著であることがわかる(グラフ3. 参照)。

これを75歳以上人口で見れば男性は429万人(6.9%)であるのに対し、女性は731万人(11.2%)と既に女性総人口の1割を上回っている。

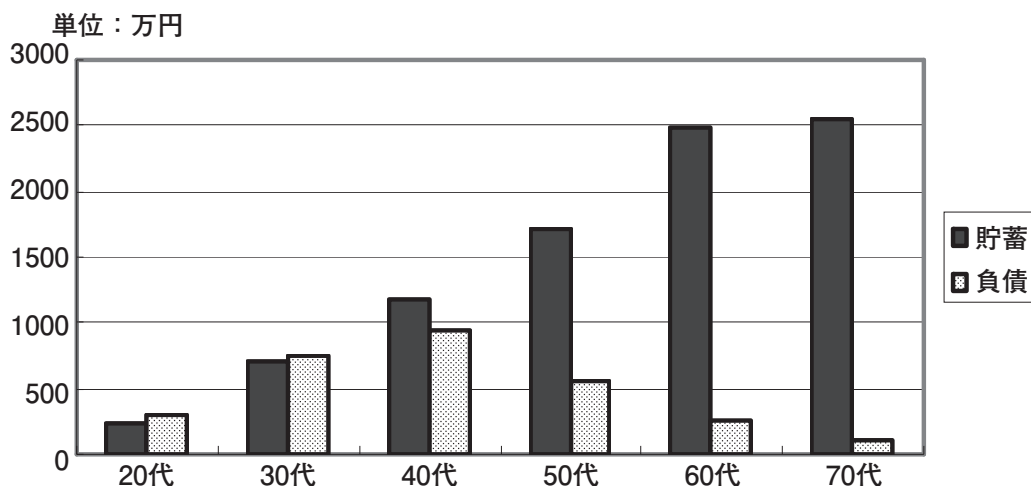
### 3 資産の現状

日本人の保有する金融資産は約1540.8兆円<sup>12</sup>に達したが、このかなりの部分を高齢者が保有していると考えられる。

世帯の平均貯蓄額を見てみると一世帯平均は1,736万円であるが、世帯主60歳～69歳世帯の平均貯蓄現在高は2,486万円、同じく70歳以上世帯は2,547万円と高くなっている。これに比べ世帯主30歳～39歳世帯では714万円、同じく40歳～49歳世帯では1,178万円となっている。一方、負債は世帯主60歳～69歳世帯の平均負債額が251万円、同じく70歳以上世帯が97万円と僅かであるのに比べ、世帯主30歳～39歳世帯では748万円、同じく40歳～49歳世帯では951万円となっている<sup>13</sup>（グラフ4．参照）。

また、国民の金融資産の内訳を見てみると現預金が50.5%、債券が2.8%、投資信託が4.3%、株式等が11.9%、保険等が25.9%となっており、預貯金等が金融資産の5割、保険が2割5分、株式等が1割強という特徴がある。一方、アメリカの国民の金融資産の内訳は現預金が13.2%、債券が6.8%、投資信託が14.4%、株式等が30.6%、保険等が31.6%という割合になっており、元本保証商品を中心に据えた資産運用を行う日本人の特徴が覗える。なお、アメリカの家計の金融資産は42.1兆\$なので@120円で換算すれば5,052兆円になる<sup>14</sup>。

グラフ4．世帯主の年齢別貯蓄・負債状況



総務省統計局「家計調査」第8-5表「世帯主の年齢階級別貯蓄及び負債の1世帯あたり現在高」（全国・全世帯、農林漁家世帯含むH18 7～9月期）より作成

## Ⅱ 高齢者資産管理・承継の必要性と遺言代用信託の活用

### 1 認知症問題と資産管理

#### (1) 補助類型～保佐類型時の高齢者財産管理問題

わが国では高齢者や精神に障害のある人を援助するために、そして自己決定、ノーマライゼーションの理念に則り、平成12年4月に成年後見諸法が施行されたが、未だに高齢で判断能力が減退した人々の詐欺被害は、振り込め詐欺（オレオレ詐欺等）やリフォーム詐欺等後を絶たず、今後の高齢人口の増加の中で、「高齢者の財産管理をいかに安全に行っていくか。」が喫緊の課題となっている。

振り込め詐欺既遂件数は平成18年には18,182件、被害額は249億7841万円にも達しているが、実際に検挙された件数は2,974件に留まっている<sup>15</sup>。詐欺に遭った高齢者等が銀行で預金を解約し、指定された口座に振り込んでしまった結果である。

また、埼玉県富士見市のリフォーム詐欺事件は、補助類型～保佐類型と思われる老姉妹に対し悪徳リフォーム業者が何社も押しかけて、不要な自宅のリフォーム工事契約を結び、工事後に老姉妹に銀行で預金を解約させていた事件であるが、この事件が判明するや全国各地に同様の事件が発生していたことが判明し、高齢者財産管理問題がクローズアップされることになった。国民生活センター集計によると当事者が70歳以上の相談件数は平成18年度は約13万件に達し、相談全体の12%を占めている。また、全国の消費生活センターに寄せられた「訪問販売によるリフォーム工事」の相談件数は、平成14年度から18年度の5年間で43,428件に達しており、その内、判断不十分者の契約によるものが1,996件を占める<sup>16</sup>。

このような判断能力の減退した高齢者を食い物にする悪徳商法事件は何も振り込め詐欺やリフォーム詐欺だけではなく、布団等の品物の押し付け販売から似非金融商品販売まで枚挙に暇がないが、いずれもこれら判断能力の減退した高齢者に取り入り、最後は預貯金等を解約換金させて大事な財産・・・老後資金を食い物にすることになる。これら判断能力の減退した高齢者は、詐欺者・悪徳業者に銀行での受け答えを教えられて銀行窓口でそのとおり演ずるため、銀行窓口での歯止めが困難な場合が多いといわれている。

しかも、わが国の平均寿命は女性が世界第1位、男性が第2位という世界に冠たる長寿国になって、65歳以上人口が2,567万人<sup>17)</sup>に増加し、更に核家族化の進展により高齢者夫婦だけの生活や独居高齢者が常態化していることは、この悪徳商法被害を受ける可能性を大きなものにしてている。

## (2) 保佐～後見類型時の高齢者財産管理問題

後見類型の場合は外見上本人に財産管理能力がないことが明らかであり、本人による金融資産の解約換金の問題は生じづらいが、その代わり本人の面倒を見ている親族による財産管理の問題がある。

当然、本人の生活のために親族が本人の預金を出金したり、老人ホーム入居資金作りのために親族が本人の不動産を売却することも首肯できるところではあるが、成年後見制度を利用せずに同居親族等の手続きによってこれがなされる余地が大きく、しかも何処からもその適格性に対するチェックがなされないことが大きな問題である。

前出のリフォーム詐欺の事例でも分かるように、日本では家庭内のことについて社会が介入しない風習が根強く残っており、後見申立権者に市町村長が加えられ、民生委員等が地域の実情の把握に努めているとは言うものの、実態は扶養親族の判断に任されていることが多く、そこに適切な財産管理が実施されないリスクが潜んでいる。

また、介護の辛さと裏腹に「子供たちによる富裕な親の奪い合い」と揶揄される状況もあって、同居による親の財産管理～自分に有利な遺言を作成させるといった問題が散見される。

このような中で高齢者の財産を適切に管理運用する手法として成年後見法が用意されているが、日本の場合はまだ利用件数が低いというのが実情である。

平成18年度の後見・保佐・補助開始および任意後見監督人選任事件は32,629件と前年比約55%の増加であり、任意後見契約は5,610件（任意後見契約締結の登記件数、7年間累計で20,548件）と増加中であるものの、いずれも高齢者人口に比べると未だ低い水準に留まっている。また、実際に後見を要する状態となって任意後見監督人選任を家庭裁判所で審判する件数は平成17年度に360件と増加中であるものの（平成17年度は291件）件数は僅かである。また、申立人は本人の親が30.5%、子が25.9%等で親族からの申立が9割を超え、市町村長の申し立ては僅かに3.1%にすぎない。一方、親族が成年後見人に選任された割合



は81.8%を占め、弁護士、司法書士、社会福祉士が選任された割合は16.9%とまだまだごく僅かである<sup>18</sup>。

ドイツでは人口8000万人に対し120万件程度の成年後見利用（人口比1.5%）があるとのことであり、日本の人口に対する法定後見割合が0.05%程度であることと大きな違いがある。

わが国であまり利用されない理由としては、家庭裁判所や後見監督人による監督・・・金銭出納等の帳簿作成が面倒であるということや、「親の金＝自分の金」を他人・・・家庭裁判所に管理監督されたくないという日本人独特の感情や、「兄弟の中で自分だけが同居して親の面倒を見ているのだから、少々は親の金を自分の贅沢のために使っても罰は当たらない。」という心情が挙げられる。

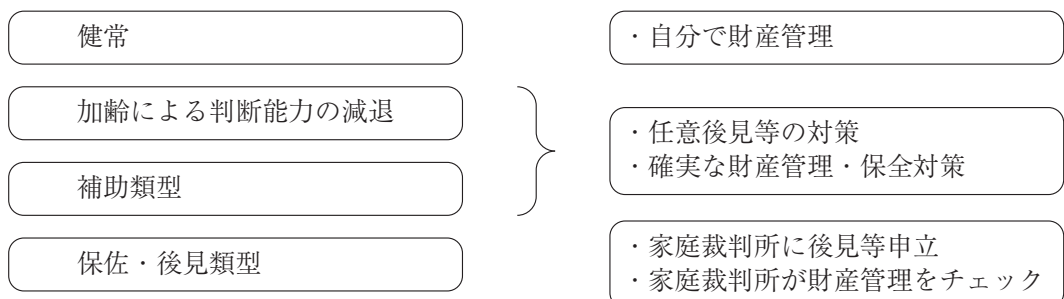
高齢者にとって大切な老後資金の保全と生活設計は極めて大事なことであり、成年後見制度の周知浸透、更に使い勝手がよく効果が高い手法の開発提供が必要であると共に、本人が健常な内に対策を立てておく必要がある。

### (3) 高齢者財産管理における信託の活用

#### a 財産管理としての自益信託の有効性

高齢者の財産管理ニーズの解決手段のひとつとして民事信託の活用が考えられる。

先に見たように高齢者が加齢に伴う判断能力の減退等により財産管理能力が低下し、振り込め詐欺やリフォーム詐欺等様々な犯罪に巻き込まれることが増加しているほか、足腰が弱って自分で預金手続き等を行いつらいために、生活費等の口座引出しや老人ホームの管理費や家賃等の銀行引落に十分対応できなかつたり、自分の資産を的確に管理・運用することが困難になる等の問題が多く見受けられるようになってきている。これは精神的な障害に関する補助類型の前段階であっても、肉体的な障害からも生ずる問題であり、この



ような財産管理能力が低下または一部欠落した本人に代わって生活費、医療費の支出等の日常生活における資産管理を行い、また社会・金融情勢に応じた的確な資産運用を行うことで、本人の財産をインフレや様々な社会悪から守る「資産管理」と「資産運用」手段の構築が喫緊の課題となっている。

そこで、金融商品・スキームについて、どれが高齢者財産管理の視点から見て安全性が高いかを検討してみよう。安全性・・・解約換金に対する障壁の程度を順で示すと以下のとおりであろう。

#### ①銀行預金、郵便貯金

本人確認ができれば、その場で解約や払戻が出来るため、最も解約換金障壁が低く、詐欺者・悪徳業者に狙われ易いといえよう。平成16年の本人確認法施行により第三者が本人の通帳と印鑑で預金を解約する難易度は高まったが、判断能力の低下した高齢者の場合でも、本人が手続きするために解約が可能になってしまうことが多い。

#### ②投資信託、株式

本人が買取・解約や売却するという点では銀行預金、郵便貯金と同様であるが、換金された資金はあらかじめ届け出た口座に4～5日後に振り込まれることになり、その口座から再度出金する手続きが必要となるので、詐欺者・悪徳業者にとっては銀行預金、郵便貯金より解約換金障壁がある。

#### ③貯蓄性の保険（個人年金保険や一時払い終身保険）

中途解約を前提とする商品でないため、中途解約には郵送等による所定の手続きが発生する。まず保険会社に電話または手紙で事情を説明して解約手続き書類の取り寄せを依頼し、次に当該書類が送られてきたら、それら書類に所定事項を書き込んで保険会社に送付する。その結果、ようやくあらかじめ届け出た銀行口座に解約金が振り込まれることになるので、更にその口座から出金する手続きが必要となる。このため投資信託や株式以上に詐欺者・悪徳業者にとって解約換金障壁があろう。

#### ④信託

信託契約締結手続き時に委託者兼受益者はそれなりの時間を要して受託者と検討を重ねるために設定までに手間がかかり、更に信託目的に則り運用・交付していることもあって、解除・終了の申し出時にも委託者兼受益者と受託者が様々な打合せを行うことになる。このため、委託者兼受益者と受託者の間に詐欺者・悪徳業者が入り込むリスクは極

めて低い（信託銀行のパーソナルトラスト商品では、通常「委託者と協議の上、個別に決定します。」等の条項がある）。

このように金融資産の財産管理については「信託の活用」はかなりの財産防御効果があると考えられる。信託銀行等ではパーソナルトラスト商品が発売されており、まだ十分ではないものの高齢者の金融資産を安全かつ有効に管理・運用し、高齢者が安全に生活できる環境を作るひとつの手段となっている。

信託は委託者（高齢者）が意思能力のあるときに設定しておけば、委託者がその後意思能力を喪失しても存続させることが可能な制度（意思凍結機能）であり、任意後見の代替制度として機能しうるものである<sup>19</sup>。それ故、今後の高齢化の進展の中で、民事信託・福祉型信託として信託機能は十分に活用すべきであり、更に進歩した商品の開発が待たれる。

さて、現行信託商品を詳しく見てみると、自益信託・他益信託に内容が分かれている。これらは通常20年～25年程度の信託期間で合同運用指定金銭信託として運用され、2,000万円～3,000万円程度の最低受託単位が定められている。

自益信託とは委託者が受益する信託であり、例えば委託者が受託者に「信託財産たる金銭を定時定額払いで委託者兼受益者に交付する。」ことを委託する。従って、老人ホームの管理料やマンションの家賃を毎月口座に振り込んだり、生活費を近くの銀行口座に3ヵ月毎に振り込む等の活用法等が考えられる。精神や肉体が健常でなくなってきた高齢者の場合は、自分で全ての金融資産の管理運用方法や毎月の振込み等の手続きの目配りをするのが困難であるが、信託はこの面をカバーできると共に、預金と違って簡単にその場で解約できないので、高齢者を守る機能が高いといえよう。

なお、日本人の保有する財産の中で、不動産（特に自宅）が大きなウェイトを占める。信託銀行等の場合は集团的定型的処理が可能な金融資産について商品化を図ってきているが、自宅を詐欺者・悪徳業者等による勝手な処分や抵当権設定・競売申立等されてしまうことから防御する手法の開発も必要になっており、このスキームの開発、安心できる受託者の登場が待たれる。ただ、残念ながら現状の信託銀行等はその組織規模から「金銭の信託」のような定型的大量処理型信託を得意としており、土地信託のような個別性の高い信託の場合は、その店舗網の少なさやコストに見合った採算性といった制約から必ずしも個人の住宅の信託まではカバーすることが難しい事情があり、パック化・普遍化の努力や新

たな担い手やスキームの登場が必要であろう。

## **b 後見結合型の信託実現に向けて**

高齢社会の進展・・・高齢者世帯や独居老人の増加の中で高齢者の財産管理・身上監護～資産承継対策は喫緊の課題となっている。

社会福祉協議会が行っている地域福祉権利擁護事業により、精神が健常な場合は委任契約により通帳等の管理や銀行からの引き出しを代替できる制度が用意されているが、成年後見と結合することによって、認知症の場合も大きな財産管理と日常の金銭管理の両面から効率的で安全な財産管理が期待でき、今後の一つの選択肢と考えられる。

一方、自らの老いに備える対策として信託は有効であり、更に任意後見契約と組み合わせ、後見人による人的サービス機能と信託による財産管理機能を結合させた「任意後見結合型信託」といった福祉型信託商品開発が高齢社会にとって将来的に望ましいといえよう。

これについて新井誠教授は「個人信託においては、受託者の財産管理能力と身上監護者の保護能力との連携が必須であり、受託者と身上監護者とが綿密な連携を取ることで、財産の保全並びに受益者の実需に即した適切な財産給付が可能になる。」とされている。また、後見と信託の連携には3つの形態があると指摘されている。

- ①財産管理を信託で担い、身上監護を成年後見人等が担当する形態
- ②財産管理の分担・連携で、大きな財産を信託財産として管理運用し、信託財産から給付された生活費の日常的支払いを後見人等が担当する連携
- ③信託財産の給付面における連携で、受託者が管理している信託財産からの給付内容について、受益者の後見人が信託行為で指定された指図権者あるいは同意権者として受託者と協議しつつ、給付の指図や同意を行う形の連携

信託銀行等の今後の個人福祉型信託の取組みに当たって非常に示唆に富む内容である<sup>20</sup>。

また、アメリカでは加齢、病気その他の障害のために自分の財産の管理保全の手助けの必要性を感じた個人によって、財産管理保全の道具としてプライベート・トラストが利用されているようである<sup>21</sup>。

わが国で福祉型信託スキームを今後発展させていくために、(改正信託法でも相当程度対応できると考えられるものの)、以下のような制度の改善や取組みが必要であろうと思われる。

### ①安全で責任を持った「親族以外の後見の担い手」の充実

親族が後見人になる場合は当該親族の負担がかなり重く、親子はともかく、兄弟姉妹や甥姪に後見人になることを依頼しても謝絶されることが多いのが実情である。一方、親族が後見人になった場合は、時として自己の財産と被後見人の財産を混同する場面もあり、ガラス張りの財産管理が困難な場合も多い。

また、弁護士、司法書士、社会福祉士といったプロの後見人の場合は周知がまだ不十分であるということもある反面、需要を満たす担い手の絶対数が不足しているというネックもある。特にプロの後見人の場合には報酬が必要となるので、公的な扶助制度以外に安価な報酬体系が維持できる公的制度の充実が望まれる。

### ②後見を必要とする人の早期発見・早期後見申立

振り込め詐欺やリフォーム詐欺のような悪徳商法の被害で分かるように、初期の認知症、補助類型～保佐類型の場合はその発見が遅れがちである。

また、核家族化で一人暮らしの高齢者が増加して、家族による発見が遅れるほか、民生委員等による公的なアプローチによる早期発見態勢も未だ十分とはいえないのが現状である。早期発見、早期後見申立の体制整備が望まれる。

### ③高齢者が利用しやすい安価なサービスの提供と扶助制度の充実

成年後見を申立てる場合には印紙代のほかに鑑定料として10万円程度は必要になる。更に弁護士、司法書士、社会福祉士といったプロの場合は毎月3万円～数万円程度のコストがかかることが成年後見申立のネックとなっている。これに対しては総合法律扶助法に基づく日本司法支援センター（法テラス）による補助制度や地方自治体による成年後見制度利用支援事業といった扶助制度があるが、まだまだ不十分である。

### ④受託者・成年後見人の業務遂行に対する透明性の確保

信託受託者については改正信託法、信託業法によって監督制度の整備が図られた。これまで数十年にわたって信託銀行等が唯一の信託プレイヤーでかつ銀行であったことから、管理監督が容易で品質の安全性が当然のように確保された時代が続いてきたが、今後、多数の信託受託者が出現して公的管理・委託者や受益者による管理の難易度が増し、悪意の受託者に対して委託者・受益者が立ち向かわねばならない時代に移ることになる。改正信託法により委託者・受益者による管理監督機能が強化されたが、委託者・受益者の多くが素人であることを考えれば、実効ある公的管理監督の整備状況を注視す

る必要がある。

#### ⑤安全で責任を持った「非定型・個別対応が可能な信託受託者」の充実

日本の信託制度は、戦前の「多数の信託受託者が存在しており、中には品質の悪い又は詐欺者である信託受託者もいて、委託者・受益者が損害をこうむることもあった時代」と戦後に「ごく少数の信託銀行等に受託者が限られ、その代わり品質と安全性に優れている時代」を経験してきた。

信託銀行等は会社の規模が大きく、銀行業務を兼営しており、かつ店舗網が限られていることから集団的定型的処理型の信託受託や大都市部での信託受託にその強みを発揮してきたが、個人を対象とした非定型・個別対応型の手作りの信託は不得意であるといえる。今後は受託者の担い手の増加が予想されるが、詐欺者・悪徳業者や品質の劣る受託者の参入を阻止し「安全で責任を持った」受託者の養成が必要である。

#### ⑥高齢者に対する情報宣伝・周知活動の徹底

成年後見制度が発足して7年が経過し、利用件数も着々と増加しているが、それでも後見を必要とされている人たちに対する割合がまだまだ低いということは、振り込め詐欺やリフォーム詐欺等の悪徳商法被害の現状を見れば明白である。この理由の一つは使い勝手の問題と言えようが、成年後見制度の情報宣伝・周知がまだ十分でないことにも起因している。更なる情報宣伝・周知が望まれる。

#### ⑦コンサルティングの担い手の充実

認知症の高齢者を抱えた家族に対する種々の援助制度、後見申立や各種申請の必要度判断や手続き手法等々のコンサルティングが家族にとって非常に重要である。これらのコンサルティングの担い手の育成も大事である。

#### ⑧成年後見制度の改善による医療行為（医的侵襲）への同意権や任意後見人への取消権の付与

成年後見人には本人の治療を受けたいとの意向に対する同意権はあるとされるが、手術を受ける等の医的侵襲に関する決定権・同意権については成年後見法制定時に時期尚早とされ、後見人は病院で治療を受けることに同意できても診察の結果手術が必要と判断された場合は、本人の家族を捜し求めて手術の同意を得なければならないのが現状である。

また、任意後見は代理権の授与の性格が強いために、本人が行った法律行為の取消権

がないとされており、本人が悪徳商法に引っ掛った場合でもそれを取り消すことが出来ないという問題がある。これらは成年後見制度の発展、使い勝手の向上のために早期の解決が必要な事項である。

#### ⑨死後事務委任も含めた生前～死亡後にかけてのトータルなサービス制度の実現と、安全で責任を持った担い手の充実

成年後見制度は本人の生存中に対する制度であるため、本人が死亡すると同時にその権能は終了することになる。しかし、一方で本人にとっては葬式の実施や死亡後の身の回りの処理、未払い債務（未払い固定資産税や未払い入院治療費等）の支払い等を誰かに依頼したいはずである。特に任意後見契約を行う人や法定後見人として弁護士、司法書士等が選任されている場合は、何らかの事情で家族への依頼が困難な場合が想定される。任意後見の場合は同時に死後事務委任契約を締結してそのニーズをカバーする場合もあるが、いずれにしろ相続が発生すれば相続人が前面に出て預金通帳等を占有する場合も多く、受任する際に死後事務委任された事務を執り行うために金銭を預かっておく必要がある。

本人にとっては老後の財産管理→終末の手配→死後事務処理は一連の手続きのはずだが、法的にはまったく別次元の制度になっているところが問題である。死後事務委任を民法に正式に位置づける時期に来ており、成年後見制度との整合性も図られるべきであろう。

## 2 確実な資産承継と遺言代用信託

### (1) 遺言代用信託の活用

遺言代用信託は改正信託法§90で以下のように規定されている。

次の各号に掲げる信託においては、当該各号の委託者は、受益者を変更する権利を有する。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。

- (1) 委託者の死亡のとき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
- (2) 委託者の死亡のとき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

②前項第2号の受益者は、同号の委託者が死亡するまでは、受益者としての権利を有しない。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。

遺言代用信託は改正信託法によって新設された規定であるが、以下の特徴がある。

○信託により、委託者の死亡を始期として自己の財産を承継させる手段を創設する。

アメリカでは遺言が全て検認後見裁判所での検認手続き（probate）を要し、日本の遺言執行制度に比べ費用と時間がかかり、かつ手続きが公開されてプライバシーが守れないことから、この検認手続きを避ける目的で遺言代用の撤回可能（生前）信託（revocable living trust）が数多く設定されている。またこの撤回可能信託は委託者が意思無能力になった時等の場合の財産管理運営目的、秘密保持の目的でも設定されているようである<sup>22</sup>。

日本でも今般、資産管理・資産承継の選択肢を広げる目的で、遺言代用信託として導入された。

この遺言代用信託は生前行為をもって、自分の死後に財産承継の効果を期するという意味では遺贈や死因贈与に類似する機能を有することになる。また、遺言代用信託は生前に信託され、信託された金銭や不動産等の所有権（特に金銭の場合は管理も）が受託者に移るところに特徴があり、遺言信託とも異なる。なお、遺言信託では信託行為で特段の定めがない限り、委託者（遺言者）の相続人は委託者の地位を承継しない（改正信託法§147）が、遺言代用信託では委託者の地位は相続人に承継されることになる。

○「委託者は、受益者を変更する権利を有する。」とする改正信託法§89の特則規定

死因贈与の場合は遺贈に関する規定がその方式に関する部分を除いて準用され（民法§554）、贈与者はいつでもその贈与を取り消すことができると解されているところ（民法§1022）から、信託契約で受益者変更権を留保することによって委託者が受益者を任意に変更できるとする§89の特則規定とされたと説明される<sup>23</sup>。ただし、この規定は任意規定（§90但し書き）とされており、信託行為で「変更権を有しない」とした場合、遺言や遺言信託と大きく異なることになる。一方、死因贈与についても一方からいつでも取り消せるとは言うものの、不動産についての死因贈与契約では通常仮登記を伴うため、相続発生時に実務上は仮登記抹消請求という困難な問題を生じることになる。



遺言代用信託は文字通り遺言の代用としての効果を期待できる信託であるが、これを以下の表に従っていくつかの視点から死後事務委任、死因贈与、遺言、遺言信託と比較して検討してみよう。

<各手法の比較>

メリット・デメリット	死後事務委任	死因贈与	遺言	遺言信託	遺言代用信託
遺言者（委託者）から見た確実性	△	△	○	○	◎
受遺者（受益者）から見た遺言者（委託者）死亡後の確実性	△	△	○	○	◎
遺言者（委託者）の変心の自由度	△	△	◎	◎	○
受遺者（受益者）から見た遺言者（委託者）の変心リスク	△	△	×	×	△
対象財産の網羅性	×	×	◎	△	△

**a 委託者から見た資産承継効果の確実性**

①死後事務委任

最も問題があるのは「死後事務委任」である。最判H4.9.22<sup>24</sup>で死後事務委任は有効とされたが民法に詳細な規定がある訳ではなく、遺言執行者や遺言信託における信託受託者との優先関係は必ずしも明確でない。更に死後事務委任契約時に必要となる金銭を受任者に交付しておかないと、相続発生後は相続人が預金通帳や現金を確保してしまい、受任者が自己資金で立て替えて葬式費用や未払い債務を支払ったとしても、相続人から立替資金を回収できない可能性もあるといった実務上の問題点もある。

また、遺言や遺産分割協議に対抗して、どの範囲まで事務を行うことが可能なかが判然とせず、遺言執行者や相続人との調整が困難になる虞もある。入院費用や未払い固定資産税等未払い債務の清算等の金銭に関する細かな手続きに関しては問題が無かろうが、資産承継の観点からは問題のある手法といえよう。

このように死後事務委任は本人の意思を確実に実行する手法というよりも、死亡直後の事務を依頼するものとして認識すべきであろう。現在、世間で行われている死後事務委任も事前に金銭を交付して死後事務委任契約を締結し、自分の死後の葬儀や未払い債務の清算、身の回り品の処分等を委任するものがほとんどである。

なお、老人ホームやNPO法人の中に、上記のように本人から一定の金銭を預かり、死亡後の葬儀の実施、入院費用や未払い固定資産税等未払い債務の清算等を約す契約を締結している場合がある。ほとんどの場合は受任者が善意でこの金銭の管理を行い、滞りなく死後事務が遂行されると考えられるが、公的にも私的にもこの金銭保全や死後事務の実施を管理監督する機関があるわけではなく、不正の温床となるリスクもある。

## ②死因贈与

死因贈与の場合は通常本人との死因贈与契約に基づくものであり、本人の死後、受贈者は契約を根拠に相続人達と対象財産の引渡し・登記交渉をしなければならないが、相続人達の協力が無い限り当該受贈者が本人の死亡をその直後に知ることはできないので、相続人たちが既に遺産分割協議を行って遺産分割が完了していたり、相続人たちが当該財産の引渡しを拒絶するリスクもある。このため、当該財産を占有していない限り贈与者にとって死因贈与は確実な贈与（遺贈）手法とは言えないであろう。不動産の場合は仮登記することによって死因贈与契約の存在を明確にできるが、この場合でも相続人の引渡し拒絶には訴訟を以って解決せねばならず、多額の費用と時間を要することになる。

## ③遺言

遺言は被相続人が自らの意思を明確にし、実行に移す優れた方法であり、唯一「全財産を遺産承継の対象とすることができる。」という点で極めて優れている。ただし、スピードや該当財産の確保、無効リスクという点では必ずしも万全でない場合もある。

遺言執行に際して最も遺言執行者が苦勞することは遺産の調査把握と遺産の確保である。遺言執行者は民法で相続人全員の代理人であると規定されているとは言うものの、法に裏付けられた調査権を有していない点が問題である。

協力的な相続人の場合でも被相続人が死去して悲しみにくれる相続人宅を訪れ、失礼が無い範囲で気を使いつつ調査確認していくために、遺産調査の完璧性を期することは困難である。

遺言に不満な相続人の場合は調査への協力が期待できず、相続人が居住する家屋に立ち入って調査することは困難を極めるため、隠匿された遺産の調査は実務上ほとんど不可能である。自宅への立ち入りを拒絶された場合、現金や家財・書画骨董の把握は不可能になる。遺言者が生前に遺言執行者に対し、または遺言書等で財産の詳細を明示しているか否かが大きなポイントである。

まず、公正証書遺言から見てみよう。公正証書遺言は公証人が作成するので手続内容に関する法的無効リスクがなく、更に法律に練達堪能な公証人が遺言者の遺言能力を確認するので遺言が無効になるリスクもきわめて低く、渡邊剛男前公証人によれば概ね0.0018%程度とされている<sup>25</sup>。また、基本的に公正証書遺言では遺言執行者が指定されていることが通常であり、遺言者の死亡が確認された段階で遺言執行者に指定された法人もしくは個人が遺言執行者に就職し、遺言に基づき執行していくことになる。遺言執行者は遺言の執行に必要な一切の行為をする権利義務を有し(民法§1012)この遺言執行者の地位は相続人全員の代理人とされており(民法§1015)、更に各相続人には勝手な遺産の処分が禁止される(民法§1013)ので、その権限に基づき執行していくことになる。

しかし、一方で最判H3.4.19<sup>26</sup>以降、「相続させる」遺言(公正証書遺言ではほぼ100%がこれに当たる)において不動産は当然に相続発生と同時に分割協議を経ることなく受益相続人の所有となり、遺言執行者は当該不動産に対する妨害がない限り(最判H11.12.16)<sup>27</sup>不動産登記に関する権限がまったく無くなることになる(不動産登記法§63②)。受益相続人が不動産の調査確認、実際の管理権限の確保、相続による所有権移転登記の実現の実務的ノウハウが乏しいにもかかわらず、遺言執行者が代わって執行することが困難になり、「遺言執行者のノウハウと実行力で、遺言に従って相続登記完了まで実際に執行して欲しい。」という遺言者の願いを適えることができないという状況になっている<sup>28</sup>。

次に自筆証書遺言の場合を見てみよう。遺言は相続に関して相続人に多大な影響を及ぼすために、自筆証書遺言に厳しい様式性を課しており、その結果、法律に素人である遺言者が作成した自筆証書遺言が無効になる可能性は小さくないと言えよう。また、遺言内容に不満な相続人からの遺言無効の提訴も考えられるが公正証書遺言と異なり遺言者の遺言能力や筆跡についての真偽の証明が難しく、解決までに多大な時間と費用を要することになる場合もある。更に偽造、隠匿等のリスクもある。

しかし、ほとんどの相続人にとって最も苦慮するのは検認～遺言執行者選任審判～遺言執行着手～執行完了・遺産引渡しまでの時間が非常にかかり、実際に相続発生から執行が完了し遺産が引き渡されるまでに1年近くかかることも珍しくないというのが現実である。

公正証書遺言以外の場合、遺言の発見者または保管者は検認を申立てる義務があるが(民法§1004)、実際に家庭裁判所に検認を申し立てるためには、被相続人および相続人全

員の生れた時からの戸籍謄本類が添付書類として必要になり、これら書類は各々本籍地を管轄する市区町村役場にて徴求するために、全ての申請書類を取り揃えるのに通常1ヵ月半～2ヶ月程度を要することになる。そして家庭裁判所に検認を申立てると1ヶ月程度先の検認日が指定され、家庭裁判所から相続人全員に検認を告知する手紙が発送される。次に、検認された遺言に遺言執行者が指定されておればよいが、指定が無い場合（ほとんどの場合、指定されていない）は更に遺言執行者選任審判を申立てる必要が出てきて、更に遺言執行着手までに時間を要することになる<sup>29</sup>。（相続人が配偶者と兄弟姉妹の場合で、遺言内容が「全ての財産を配偶者に相続させる。」場合に、家庭裁判所で「遺言執行者の選任は不要である。」旨説明される場合がある。）このように、自筆証書遺言は公正証書遺言に比べて利用上の問題が多いといえる。

遺言について公正証書遺言、自筆証書遺言の順に検討してきた。遺言は全財産に対して遺言者の遺産承継意思を明確にし、承継を実現する確実な手法ではあるが、実務上は必ずしも完璧とは言えないというのが実情である。

#### ④遺言信託

次に「遺言信託」を検討してみよう。遺言信託は改正信託法§3②に規定されており、遺言書に信託を設定することを記載し、それを受託者（通常は遺言執行者でもある。）に託するものである。

基本的には「遺言」と同様の効果であるが、この場合の問題点の一つは「受託者となる者が当該遺言の存在を認識しているか、受託者となることを承諾しているか。」ということである。遺言者が死亡し、遺言が開示されても、受託者がその就任を謝絶した場合、利害関係人（遺言執行者や相続人）は家庭裁判所に申立てて新たな受託者を選任する必要が生じることになる（改正信託法§6）。しかし、現状、信託銀行等以外に信託法・信託業法を熟知しているものはほとんど皆無に近く、裁判所の選任は困難を極めることになるだろう。

二つ目はその対象が一部財産に限られるということである。遺言で信託の対象となる財産を全部書き上げるということも理論上は可能であるが、実務的には困難であろう。もっとも、全遺産を遺言執行者が換価処分して、換価処分金を信託するという手法はありそうである。

三つ目は信託受託者が信託財産を確保できるかということである。不動産の場合は、

不満のある相続人が共有相続登記を先に經由することも可能であり、その場合は遺言執行者等からの登記抹消請求訴訟等による登記の解決を待たねばならないが、これら訴訟の場合、遺言に不満のある相続人は通常遺言無効の反訴を行うことになり、解決までに多大な時間と費用を要することになる。また、不満のある相続人等が物理的に不動産を占拠したり、金銭や動産の引渡しを拒絶した場合も、訴訟等によりこれを解決しなければならぬため、やはり多大な時間と費用を要することになる。

四つ目は信託受託者と遺言執行者が交錯することである。信託の活用は、信託により確実に受益者に該当する遺産を交付するところにメリットがあるが、一方で遺言執行者があることもあって手続きが煩雑になったり、実務的に優先順位で疑義が生じることも予想される。丁度、相続人不存在の場合に、相続財産管理人と遺言執行者が並存する場合と同様である。遺言信託で信託銀行等が遺言執行者と信託受託者の地位を兼ねる場合があるが、その場合ですら事務管理が非常に煩雑になってしまうのが実情である。

#### ⑤遺言代用信託

##### ・生前信託による確実性

「遺言代用信託」は生前に信託するので、委託者は信託受託者と十分にその内容や相続発生後の手続き等について協議することができ、更に生前に該当財産に信託設定することにより形式的に所有権を受託者に移すことによって相続発生後の該当財産確保を確実にすることができ、委託者の意思を確実に実行することができる点が優れているといえる。遺言代用信託に不満のある相続人がいたところで、当該信託財産の所有権は既に形式的に受託者に移っており、勝手に相続人が処分することは困難である。不動産の場合は不法占拠して明け渡しを拒むという抵抗も考えられるが、金銭や自社株式の場合は当該金銭や自社株式が既に受託者の手元（株式不発行の自社株の場合は当該会社での登録）にあり、相続人はまったく手出しができないことになる。信託が無効であるとして提訴する道は残されているものの、委託者が生前に受託者と種々の検討を行って信託を設定しているため、「意思能力、行為能力が無かった。」とする主張は困難であろう。

実務上、遺言執行者や遺言信託における受託者の最大の悩みは遺産の調査把握・遺産の確保であり、この部分を解決できる点で遺言代用信託は優れているといえる。ただし、遺言代用信託も対象を全財産とすることは困難であり、実務上は金銭、不動産、

自社株式等に限られることになろう。

・迅速性

遺言代用信託では、受託者に対し委託者の死亡が通知されれば、受託者は速やかに受益者に信託受益権を取得させ、または給付を開始することになる。このため、死後事務委任や死因贈与のように受任者や受贈者が相続人と直接対峙する必要がない。また、遺言や遺言信託のように遺言執行者による執行を待たねばならないということもない。ただし、遺留分の問題は残る。

・無効リスク

死後事務委任、死因贈与はいずれも契約であり、その一方の当事者が死亡してからその有効性を相続人に主張することになる。従って、死因贈与で不動産に仮登記がされている場合を除いて受任者や受贈者は契約書の偽造変造の主張や委任者・贈与者の意思能力欠如の疑いと戦わねばならないことになる。遺言や遺言信託の場合であっても、自筆証書遺言による場合は同様の問題があり、公正証書遺言においても遺言無効を理由として提訴される場合もある。

それに比べて遺言代用信託は生前信託であり、信託設定の手間、信託財産の形式的移転等の理由から無効リスクはきわめて低いといえよう。

## b 受遺者（受益者）等から見た委託者死亡後の確実性

### ①死後事務委任

受遺者（受益者）等が債権者であったり、第三者であったりすることになる。a①で見たとおり、死亡直後の種々必要な手続きを行なうために採用される「已むにやまれぬ委任」の性格が強く、被相続人の死後は受任者が相続人や遺言執行者、信託受託者との間の調整を無事行わねば委任事項が実現できないことになる。受任者が生前に預かっている金銭で葬儀を執り行ったり、未払い債務を清算するという程度が死後事務委任の限界であるといえよう。

### ②死因贈与

死因贈与の場合は通常遺言執行者等の「間に入って手続きを行う者」が存在せず、死因贈与財産を生前から占有している場合を除いて、贈与者の死後、受贈者は自らの力で契約を根拠に相続人達と対象財産の引渡し交渉をしなければならない点が問題である。

しかも、当該受贈者が本人の死亡をその直後に知ることができない場合も多く、相続人たちが死因贈与契約の存在を知らずに遺産分割協議を行って遺産の分割を実施してしまうリスクがある。また、相続人たちが当該財産の引渡しを拒絶する場合もあろう。受贈者は仮差押、訴訟によりその解決を図る必要が出てくるが、相続人側も被相続人の意思能力欠如等による死因贈与契約無効訴訟等により争うことになるので、たとえ受贈者が勝ったところで解決までに多大な時間と費用を要することになる。

更に贈与者が当該契約を取り消した場合、これに対抗することができないとするのが通説であり、贈与者の変心リスクを最後まで抱え続けなければならないことになる<sup>30</sup>。不動産の場合は死因贈与契約の存在を明確ならしめ、当該不動産を確保する趣旨から仮登記するケースが多いと考えられるが、これとて契約が有効に存続しておればその効果を生じるものの、贈与者側から一方的に解除された場合は仮登記に有効な効果があるわけではない。

### ③遺言

前記「遺言者（委託者）から見た確実性」で見たとおりであり、遺言執行者が的確に遺言執行することによって受遺者が確実に財産を取得することができることになる。従って、遺言執行者の存在、その執行の確実性は受遺者にとって非常に大事である。特に相続人でない受遺者の場合は相続人のような相続財産に対する直接的な権利行使の道が無く、遺言執行者の執行に頼らざるを得ないことになる。しかし、前述のように遺言執行者は税務署のような遺産に対する調査権を有しているわけではなく、特に相続人が協力的でない場合の遺産調査は困難を極めることになる。また、個人が遺言執行者に指定されている場合、受遺者は「当該遺言執行者が相続発生時に生存しているか？（この場合は法人の遺言執行者も倒産等リスクがあるが）」、「相続発生時に遺言執行者に執行能力があるか？」、「遺言執行者に就任してくれるか？」を常に心配しなければならない。また相続人が不動産を相続する場合も、不動産に対する「相続させる遺言」のように判例で「遺言執行者に相続登記に対する何らの権限が無い。」とされてしまうと、ノウハウの無い高齢相続人等がスムーズに不動産を相続登記できないという問題が生じる。

従って、遺言は非常に優れた手法であるが、受遺者から見て確実な手法とは言い切れないであろう。

#### ④遺言信託

遺言による信託設定であり、設定対象財産に対し信託受託者が相続人の妨害を排しつつ信託設定する必要がある。しかし、信託受託者が委託者の死亡を早期に確認できるか否かが不明であり、信託受託者が知るまでに相続人たちが（善意の場合も悪意の場合もあろうが）遺産分割協議を完了し、不動産の場合は相続登記を経由してしまう可能性がある。その場合、信託受託者・遺言執行者は相続人たちに対し相続登記抹消の提訴をしなければならない場合も生じ、多大な時間と費用が必要になろう。金融資産や動産の場合も相続人たちによる占有、引渡し拒絶に対しては同様に提訴しなければならない場合もある。このため、受益者は受託者・遺言執行者が確実に信託財産を確保し信託設定を完了できるのか、相続発生前も発生後も心配しなければならないことになる。

#### ⑤遺言代用信託

受益者としては委託者死亡後に当該受益権を確実に取得できるか、信託財産に係る給付を確実に受けることができるかが最大のポイントであるが、前述のように遺言代用信託は生前に信託設定されて当該財産の所有権は既に受託者に移転しているので、受益しない相続人等からの妨害に遭うリスクは少ないといえる。不動産が相続人の一部に占有されることも考えられるが、占有者が信託行為の無効判決を得ることはほとんど不可能に近いので、少々法的措置を行うことに時間がかかるものの最終的には確実に当該財産を取得できることになる。また、金銭や自社株式の場合はほぼ完璧に遺産を確保することができる。従って、受益者から見て死因贈与、遺言等に比べると遺言代用信託は優れた手法であり、更に遺言に比べ無効となる確率がきわめて低いことから、一部財産に対しては最も優れた手法であると言えよう。

#### c 遺言者（委託者）等が心変わりした場合

遺言者（委託者）としては生前に当該信託財産の相続発生後の行く末を定めてしまうことになるのだが、その後の情勢の変化（他に財産や受益権を交付する優先度の高い人が出現したり、受遺者、受益者の不遜な態度等により受遺者、受益者を変更する必要が生じる場合がある。）により、受遺者、受益者を変更することの難易度が問題になる。

#### ①死後事務委任

委任者が心変わりした場合は委任契約を解約するわけであるから、当該契約の条項に



従うことになる。契約の相手方は死後事務の対象となる支払い債務等の債権者等ではなく、死後事務を行う受任者である。死後事務を委任するための金銭がまだ自らの管理下にある場合と受任者の管理下にある場合があり、それによって変更の柔軟度が異なることになる。問題は死後事務委任契約の解約により、契約時に預けた金銭等の委任者への返還が確実に実施されるか否かである。当該受任者の信用に問題があったり、受任後に倒産する可能性もある。例えば死後事務のために金銭を預けた老人ホームが経営破たんしたり、優越的立場を利用して返還を拒むことも予想される。

#### ②死因贈与

死因贈与の場合も契約であるが、通説では遺贈と同様の性格であり単独で解約が可能であるとしている。従って、贈与者にとっては自由度が高いと言えよう。ただし、不動産の場合は通常仮登記を行うため、この抹消交渉はいささか面倒であろう。また、贈与対象財産が受贈者の管理下にある場合があり、その場合は当該贈与対処財産を回収できるか否かによって変更の柔軟度が異なることになる。

#### ③遺言

遺言は契約ではなく単独行為なので、その方式さえ守れば撤回は自由であり、何者にも拘束されない。従って、遺言者の自由度は最も優れているといえよう。

#### ④遺言信託

遺言信託も遺言によるため、その撤回は自由である。通常、遺言作成の段階で受託予定者と綿密な打合せ等を行うことになり、受託予定者は相続発生時に受託者として受託業務を行うことを予定し準備しているはずであるが、遺言そのものは撤回が自由であるため、遺言者が単独で遺言を撤回することも可能である。従って、遺言者の自由度は遺言同様に最も優れているといえよう。

#### ⑤遺言代用信託

遺言代用信託は委託者の生前に信託設定し、受託者に当該財産の所有権を形式的に移転させることになる。当然、改正信託法§90①但し書きにより、別段の定めがない限り委託者は受益者を任意に変更する権利を有するから、遺言や遺言信託に比べて、受託者への変更通知等手続きや信託解除手続きに時間を要するという問題点はあるものの根本的な問題点はなく、委託者の変心の自由度は高いといえる。

ただし、信託行為に別段の定めがあった場合（実務上、そのような場合は多くないと

思えるが)は、単独での受益者変更は不可であり、その場合は自由度がなくなってしまうことになる。

#### **d 受遺者（受益者）から見た遺言者（委託者）の変心リスク**

「c」の裏返しであるが、遺言および遺言信託は受遺者（受益者）側から見て最もリスクが高いと言えそうである。遺言は遺言者による単独行為であるから、受遺者は遺言者が遺言に記載されたことが実現することを期待する以外にない。死因贈与は契約であるが、遺贈類似行為として贈与者が単独で死因贈与を取り消すことができるので、遺言同様受遺者側は不利である。不動産について仮登記をすることによって死因贈与契約があることを公示することができ、相続人たちに対抗することは可能であるが、贈与者の変心リスクは存在する。なお、死後事務委任は受任者との契約であり、別段の定めがない限り委任者は契約を解除できることになり、死後事務の対象たる支払い債務の債権者等は委任者の変心のないことを期待するだけである。委任のための金銭がどちらの管理下にあるかによって、自由度が異なる。

遺言代用信託も信託行為で受益者変更不可の「別段の定め」がない限り、容易に受益者を変更されることになる。

#### **e 対象財産（財産の網羅性）**

##### **①死後事務委任**

死後事務委任は自分の死後、行うべき一部の事務を委任する趣旨であり、一部の財産、主として金銭を受任者にあらかじめ交付し、その金銭で受任者が葬儀の実施や債務の清算、また、身の回り品の処分を行うのが通常である。従って、プラスとマイナスを含めた相続財産のごく一部をカバーするに過ぎない。

##### **②死因贈与**

死因贈与は贈与者の生前に一部の財産を受贈者に贈与することを約する契約であり、当然相続財産のごく一部に留まることになる。

##### **③遺言**

遺言は相続財産の全部でも一部でも対象にすることができる自由度を持っている。実際にほとんどの場合、相続揉めを未然に防止するために全財産を網羅した遺言が作成さ

れている。なぜなら、一部財産の帰趨が遺言によって決まった後に遺産分割協議を行った場合、当該遺言でメリットを受けた相続人とメリットを受けなかった相続人間の権利主張が先鋭化し、相続揉めの可能性が高まることが多いからである。相続財産の網羅性の点では遺言が最も優れているといえる。

#### ④遺言信託

遺言信託は全財産（または不動産を除く）を換金すれば、理論上は全財産を対象とすることができそうであるが、全財産の信託は通常考えられないので、事実上一部財産（受託者が管理可能な財産）を対象とすることになる。

#### ⑤遺言代用信託

遺言代用信託は受託者が一部財産（受託者が管理可能な財産）のみしか受託しないであろうと考えられるので、一部財産のみを対象とするスキームであるといえる。このように、遺言代用信託は全財産を対象にすることは不可能であり、特定の財産に限定せざるを得ない点が限界であるといえよう。

### (2) 遺言代用信託を活用した高齢者財産管理・承継の提案

委託者である高齢者が健常である間に自益信託として金銭を受託者に委託し、受託者から一定期間ごと（毎月とか3ヶ月ごと等）に分割交付により自分の口座に生活費を振り込ませて老後生活を賄ったり（年金や給与と同様に、毎月等に一定額を受領することにより安定的な生活を送る）、老人ホームに毎月入居経費を振り込むようにして管理の繁忙に対処できるようにしておく。

そして信託したことにより自分の手元に現金や預金通帳、貸金庫の鍵等を置かないようにして盗難通帳・偽造印鑑による預金の払い出しを防御し、更に認知症気味になってきた場合も、信託しておくことによって詐欺者や悪徳業者にだまされて、簡単に資金を解約・払い戻してしまうことを防御する（意思凍結機能）。これによって「詐欺者や悪徳業者が自宅を訪れ、上がり込み、少々認知症気味になっている高齢者をだまして高額の商品や似非金融商品を購入させたり高額リフォーム工事を契約させたりし、その後に銀行に連れて行って預金を解約させる。」という被害を未然に防ぐことができるようになる。

更に、相続が発生した際には残っている信託財産たる金銭は受託者により、あらかじめ指定してあった死亡後受益者に交付されることになるので、生存中の老後資金の安全な管

理と死亡後の財産承継を両方とも実現できることになり、高齢者にとっては優れた手法になろう。この手法は現行のパーソナルトラスト商品で委託者の死亡と同時に信託を終了させて、あらかじめ指定してあった帰属権利者（面倒を見てくれていた姪等）に残余財産として交付する手法と、遺言代用信託を利用し、委託者の死亡により死亡後受益者に信託受益権の形で取得させる手法が考えられる。（後者の方が受益者の受託者に対する監視・監督権限がある点で優れている。）

また、遺言代用信託の死亡後受益者と帰属権利者を別にすることも考えられる。例えば死亡後受益者を老妻として信託期間を老妻の死亡までとし、老妻の生存期間中は受託者から引き続き生活費の分割交付を受けつつ財産の管理を確実にして詐欺者や悪徳業者からの篡奪を防ぎ、老妻が死亡して信託終了した際の残余財産の帰属権利者を長男にすることにより、受益者連続型信託と同様の効果を生むこともできよう。もっとも、受益者と帰属権利者では受託者に対する監視・監督権限に差があるので、全ての受託者に適用することは困難であろう。

### （3）信託銀行等におけるサービス供給上の問題点

信託銀行等は永年にわたって業として「信託」を取り扱ってきたが、その中心となってきたのは金銭の貸付・運用に係る貸付信託・金銭信託であり、証券管理に係る証券投資信託であった。しかし、これら信託は多数の委託者・受益者を相手とした集団的定型的処理のスキームであったと言えよう。これに対し、土地信託・公益信託・特定贈与信託・パーソナルトラストは少数に対する手作りの信託であり、その手間隙等の負担に比べた収益性の低さや店舗網の少なさから今までの実績は件数的にも僅かであり、土地信託は昭和58年からスタートとしたものの現在699件<sup>31</sup>と残高は減少し続けており、公益信託は昭和52年からスタートしたものの現在558件、残高68,294百万円の規模に留まっている<sup>32</sup>。一方、特定贈与信託は昭和52年からスタートしたものの現在1,238件、残高281億円の規模に留まっている<sup>33</sup>。

このように信託銀行等は集団的定型的処理を行う信託の受託に適しているが、上記のような手作り型の信託の場合、大手金融機関として受託者対応を行うことによるコスト増加問題や店舗網が少ないといった問題点を抱えており、全国一律に小回りの効いた受託を行うことは難しいといえよう。ただし、大手金融機関としての永年にわたる堅確な管理能力・

高い品質が特長であろう。

一方、信託業法改正に伴い受託者としての担い手は株式会社に拡大されたが、これら株式会社が高い品質・安全性を担保しつつ小回りの効いた受託業務ができるか否かがこれから明確になってこよう。大切な委託者の財産を受託するのであり、倒産や詐欺等による委託者・受益者の被害発生があってはならない。

### Ⅲ 高齢者資産承継と受益者連続型信託の活用

受益者連続型信託は改正信託法§91で以下のように規定されている。

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。

#### 1 受益者連続型信託の概要

##### （1）受益者連続型信託の創設

いわゆる「後継ぎ遺贈型の受益者連続の信託」（本稿では「受益者連続型信託」という）が改正信託法において新設され、親亡き後問題や配偶者亡き後問題、個人企業経営・農業経営等における事業承継問題を解決する有力な手法の一つになると期待されている。アメリカでは（一定の限界はあるが）将来にわたり、信託設定者の意思による拘束を図るための方策としてごく普通に行われているが<sup>34</sup>、いよいよ日本でもこれが実現するわけである。なお、欧米では従来から未来永劫続く信託は認めておらず、（イギリスでは「永久拘束禁止則（rule against perpetuities）」の考え方は強いが、アメリカでは相続税節税目的からかなりの州が永久拘束禁止則を廃止あるいは緩めて、ダイナスティ信託（Dynasty Trust）を容認しているようである<sup>35</sup>。）本条文では「当該信託がされた時から30年を経過・・・」と截止

めがかけられている。

この受益者連続型信託創設までは民法上の「相続において後継ぎ遺贈ができるのか。」という議論・・・民法では困難であるが信託法では可能であるとの議論が展開されてきた。後継ぎ遺贈に関して最判昭58.3.18<sup>36</sup>で自筆証書遺言に記載の遺贈の趣旨としては①単純遺贈で、第2遺贈は単に遺言者の希望を述べたもの、②第2受遺者に利益を移転すべき負担を第1受遺者に負わせた負担付遺贈、③第1受遺者の死亡時に第1受遺者が所有権を有していることを停止条件とした第2受遺者への遺贈、④第1受遺者は生涯使用収益権を得たに過ぎず、第2受遺者が不確定期限の条件がついた遺贈を受けた、と解することができることとされた。しかし、存続期間を定めた所有権は認められないことや、家制度の存続とみなされる問題点、不動産登記法にも後継ぎ遺贈を可能とする規定がないことなどから後継ぎ遺贈は無効との学説が有力であったといえる<sup>37</sup>。

一方、旧信託法においては明確な規定がなかったものの、「民法の相続秩序は原則としてこのような権利を質的に分割させた上での承継を認めていないのではないだろうか。これに対して、信託法によれば、その財産の性状に関する転換機能によって受益権を質的に分割させながら、第1受益者には収益受益権を、第2受益者には元本受益権を帰属させることが本来的に可能である<sup>38</sup>。」との有力説や、「存続期間を定めた受益権を認めることは可能である。したがって、第1受益者が死亡することを第1受益権の終期、それが第2受益権の始期とすることができる。(中略)あまりに長期に連続受益権を指定することは公序良俗に反するとして無効になろう<sup>39</sup>。」との有力説が展開されてきた。また、一定条件の下に後継ぎ遺贈、連続受益者は有効であるものの、民法を潜脱する信託活用は問題であり、民法上の後継ぎ遺贈の有効性の議論をまず行うべきであるとの有力説等もあった<sup>40</sup>。

これらの議論から受益者連続信託の創設の機運が盛り上がり、今般の改正信託法によって明確に規定されることとなった。

例えば夫（委託者）が自宅を受託者に信託し、自分の死後、妻を第1受益者として妻の居住権を確保し、妻の死亡後に長男を第2受益者とする信託受益権を設定する。夫が死亡した後、まず第1受益者である妻がこの自宅に居住して使用収益するが、これは妻が死亡するまでの期限付き信託受益権であり、自宅を売却処分することはできない。また、妻が受益権を有するのは妻の生存中に限られる。その後、妻が死亡すると妻の信託受益権は消滅し、第2受益者である長男が新たに信託受益権を取得することになる。従来の信託では、

受益者の死亡をもって信託が終了することとなっていたが、この「受益者連続型信託」の場合、信託設定時に、第2受益者、第3受益者を指定することで、委託者の意思に基づき、遺産分割協議を行うことなく、信託財産を特定の者（第2受益者、第3受益者等）に確実に承継させることができることになる。また、この事例で妻に収益受益権を取得させて使用収益のための受益権とし、一方長男には夫の死亡により元本受益権を取得させる・・・妻の死亡により収益受益権も長男が取得するという手法もありそうである。

## (2) 遺留分と受益者連続型信託

遺留分の受益者連続型信託への適用規定は設けられていないが、遺留分が適用されることは当然のこととされている<sup>41</sup>。

また、遺留分減殺請求は委託者が死亡し、第1受益者が受益権を取得する時とされており、第2受益者、第3受益者も委託者が死亡し第1受益者が受益権を取得する時期に遺留分減殺請求に服する必要がある<sup>42</sup>。これは受益者連続型信託がA→B→Cと同一受益権が移転するのではなく、Bが死亡した段階でBが保有していた受益権が消滅し、新たにCがAから受益権を取得することに起因している。従って、委託者Aが死亡した際に第1受益者Bは「存続期間が不確定で使用収益権しかない受益権」を、Cは「始期条件付でかつBが自分より長生きしたら取得不可能になるかもしれない受益権」をもって遺留分算定の基礎とすることになる。

この場合のCが取得する条件付受益権はCがB死亡時に生存していることが必要であり、この受益権の評価は非常に難しいものとなろう。第3受益者Dが指定されている場合は更に面倒である。争いが生じた場合は家庭裁判所が選任した鑑定人が評価することになる(民法§1029②)とされるが、現状評価方法が確立しているわけではない。

## (3) 存続期間の問題点

受益者連続型信託は委託者が自分の死後も長期に亘って財産の取得者を指定できるという点で、今までの相続制度に大きな影響を与えることになるため、改正信託法§91では、「信託がされたときから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または当該受益権が消滅するまで」という期間制限において、長期の受益者連続に歯止めを掛けている。しかし、この「30年」の

実態は信託設定後98年～105年の可能性があるとする解説もあり<sup>43</sup>、一個人の意思で1世紀に亘る所有権の行く末を決めることができるという制度はいささか問題であろう。なお、受益者がA→B→C→Dと連続して指定されており、当該信託が設定されたときから30年を経過した時までにBが受益権を取得していた場合で、30年を経過したときにB、C、Dが現存している時には、受益権の新たな取得は1度限りしか認められず、次に受益権を取得したCが死亡するまで信託は有効であり、Dは受益権を取得できないとされている<sup>44</sup>。条文を素直に読めばDも受益権を取得できるとも解釈できそうであり、条文の記述としてはいささか問題があろう。

#### (4) 相続税制の問題点

##### a 改正信託法§91との平仄

受益者連続型信託については、平成19年度税制改正で「受益者等の存する信託では適正な対価を負担せずに新たに受益者等が存するに至ったときに、当該信託の受益者となる者は当該信託受益権を当該信託の受益者であった者（当該受益者の死亡に起因して受益者が存するに至った場合は遺贈）により取得したものとみなされ相続税等を課税する。次の受益者等以降の者に対しては、その直前の受益者等から遺贈等により受益権を取得したものとみなして相続税等を課税する。」ことになる（相続税法§9の2②）。

このため、改正信託法§91ではA→B→Cと受益者が連続する場合においてCの受益権はBから連続するのではなくAから新たに受益権を遺贈される形になるが、相続税法ではあたかも受益権がA→B→Cと相続されたのと同様の構成をとっており、通常の相続と平仄をとったのであろうが、信託法改正の趣旨と異なる結果となっている。

##### b 受益権の評価

相続税法上の受益権の評価は各々直前の受益者の死亡時における当該受益権の評価となる。また、A→B→C→Dと受益者が連続する場合にCが取得する受益権の評価は「期間の制限その他の権利の価値に作用する要因としての制約のない受益権」であり（相続税法§9の3）、Bの死亡時の時価で100%課税されることになる<sup>45</sup>。完全所有権でない当該信託受益権を「権利の価値に作用する要因としての制約が付されていないものとみなす。」ことには議論のあるところである。



## 2 受益者連続型信託の分類と問題点

財産についての完全所有権の主な要素は、①排他的使用収益権、②処分権・担保設定権であるが、受益者連続型信託では②の権限が無い、または制限された権利であり、次期受益権者にとっては始期条件付の権利ということになるといえる。この信託受益権を実際に活用するために、いくつかのケースに分けて問題点を探り、どのケースが実務的に活用しやすいか、活用するためにどのような解決策を講じるべきか検討してみよう。

なお、不動産の特質としては、以下の点が挙げられるので、これを念頭において検討する必要がある。

- ①建物は物理的にも機能的にも経年劣化する。
- ②建物はハード面、ソフト面でのコストがかかる。ハード面のコストとしては、修繕費用があり、価値を維持するための工事（戸建住宅のモルタル壁面は10年に1回程度の塗り替えが必要であり、屋根の葺き替えも経年に応じて必要になる。マンションではフェンス等鉄使用部分は数年に1回塗り替えが必要であり、壁面塗り替えや屋上の防水工事等の大規模修繕は15年に1回程度必要になる。）や、技術革新に対応するための工事（バリアフリー化や風呂の追い炊き化、インターネット通信やCATV工事等）等が挙げられる。ソフト面のコストとしては賃貸の場合の管理費用（管理業者への手数料や清掃、共用部分の水光熱費等）が挙げられる。これらを金銭で見積もって当該不動産と同時に金銭で信託するのか（台風や地震等の被害や修繕費の高騰も考えられ、どこまで見積もれるか不明であるが）、賃貸収入等の果実で賄えるのか、受益者が負担するのか（資本的支出を行うことは論理的におかしいが）等を決めておく必要がある。
- ③土地は隣地からの越境リスクがある。
- ④土地は法地の擁壁や塀等の構築物等の管理が必要である。
- ⑤不動産は登記制度があるが、公信力がない。
- ⑥不動産の価値は経済変動や近隣環境変化等により上昇し、下落する。

また、非上場自社株式の特質としては、以下の点が挙げられるので、これを念頭において検討する必要がある。

- ①株式の主な権能は議決権、配当收受権である。

②株式会社は長期間の経済変動の中で清算・倒産や合併、M&A、事業分割等の経営を左右する事項や黄金株・種類株の発行等の事項も起こってくるが、これを現時点で全て予測して信託行為で全て指図しておくことはほとんど不可能である。一方、受託者がこれらを全て判断していくことはたとえ経営に関する判断能力が相対的に高いといわれる信託銀行等であっても困難であろう。英米では裁量信託（Discretionary Trust）と呼ばれる信託形態が一般的であるのに比べ、日本は自益信託の受託がほとんどであったことから委託者の指図権行使が強く意識されてきた経緯があるようで<sup>46</sup>、裁量が根付いていないこともあろうが、議決権判断は受託者裁量機能として荷が重そうである。解決策としては信託監督人を選任しておくことが考えられるが、経営の根幹にかかわることだけに、信託監督人に全てを任せることも荷が重そうである。

## （1）不動産（自宅）

### a 配偶者亡き後、親亡き後問題のケース

各種解説書に採り上げられているケースであり、「夫が自分の死後も自宅に妻が終世住めるようにしておき、妻の死後は子の一人に相続させたい。」「父が自分の死後も自宅に障害者である子が終世住めるようにしておき、障害者である子の死後は他の子に相続させたい。」といったニーズであり、家族関係が複雑なケース等では確かに需要がありそうである。ただし、経年劣化や台風・地震等の被害による修繕問題以外に、使用収益に伴う細かな修理や改善費用の負担問題や日常管理問題があり、これを第1受益者がおざなりにすると経年劣化が急激に進むことになり、第2受益者が取得する時期には使用収益に耐えられない状況になっている可能性もある。これは第2受益者と第3受益者との間でも同様である。自宅は賃貸収入等の果実を生まないの、不動産以外にあらかじめ相当の管理費用や火災保険金に充当すべき金員および受託者に支払う信託報酬を見積もって同時に金銭で信託しておく必要があると考えられるが、信託終了まで何十年かかるかが全く想定できない中での見積もりは相当困難であろう。

なお、自宅を収益受益権、元本受益権に分離し、使用収益権だけを受益者連続型信託とし、元本受益権は当初から第2受益者に交付するという考え方も成り立ちそうである。

## **b 配偶者から長男へ**

先祖代々継いできた自宅等をまず妻の居住のために妻に相続させ、妻の死後は長男に継がせたいといったニーズである。委託者の中には家制度の思想を現在も保持していて不動産を長男に継がせたいという高齢者もそれなりの割合で存在するが、その中で直接長男に継がせずに、まず妻に相続させる必要がある場合である。子供がまだ幼い（または若くて分別がつかない）場合等が考えられよう。このような事例において、遺言で妻に相続させた場合、妻が自ら遺言を作成しなければ妻の相続発生時に長男と他の兄弟姉妹の間で遺産分割協議を行う必要があり、戦後民主平等教育を受けてきた子世代にあっては必ずしも多くの不動産を長男が相続することにはならないであろう。また、仮に妻が遺言を書いたとしても、妻が夫と同様の思想の持ち主であるとは限らない。夫婦同時に遺言を作成する場合においても、往々にして子に対する気持ちは夫婦間で微妙に異なるものであり、全く同じ分割方針であるとは限らない。従って、若干ながらこのようなケースでのニーズも存在するであろう。

## **c 配偶者の親族への相続を望まぬケース**

「夫が自分の死後も妻が自宅に終世住めるようにしておき、妻の死後は先妻との間の子に相続させたい。」ケースや「子のない夫婦で妻の死後は自分の弟や甥に相続させたい。」といったケースが考えられる。夫が遺言で妻に自宅を相続させても、妻の死亡時には妻の相続人が相続することになるのが現行民法の規定であり、これを阻止して夫の親族に相続させたい場合に受益者連続型信託は有効であろう。現代民法は家制度を廃したが、この結果、子のない夫婦においては夫の祖先から相続されてきた財産や自分が一生懸命働いて建てた自宅が妻の死後は自動的に妻の相続人に相続され、夫側の兄弟姉妹等には何らの権利もない・・・といった相続法上の問題点を解決することができるようになる。このようなニーズは潜在的に多そうである。

この場合、土地は受益者連続型信託により確実に第2受益者、第3受益者が取得することができそうであるが、建物の場合はいかがであろうか。家屋は老朽化していく特性を持っているので、軽々に土地と同様の理解をするのは危険である。まず、第1受益者が管理を怠ったことにより居住の用に適さないほどに朽廃が進む場合が考えられる。妻にとって、自分の死後は自分と血の繋がらない夫の親族が自宅の受益権を取得すると決まっておれば、

次第に維持管理に対する意欲を失っていくのが人情であろう。自分の親族や他人を勝手に居住せたり賃貸する可能性もある。更に第1受益者が当該建物を勝手に取り壊して新たに自分名義の居宅を建築してしまった場合（法律問題は別として、事実上は可能）はどのようになるのであろうか。建物の取り壊しの難易度は低く、また建築許可が取得できなくとも事実上新たな建物が建築されることもあろうし、敷地に小屋等の構築物が建てられる場合もあろう。また、妻が意図しなくとも老朽化により居住に耐えられなくなったり、地震や台風で倒壊する場合もあろう。このような場合、妻が死亡した際の権利関係は複雑になり、第2受益者は委託者の意図した受益権を取得できなくなることもあろう。

#### **d 相当の条件で元本処分権も付加されたケース**

信託行為の中で自宅の使用収益のみならず、一定の条件の下に処分権も付与される場合もあろうが、そのニーズは高そうである。「妻が高齢のため一人暮らしに耐えられなくなり、自宅を売却して有料老人ホームに入居する。」場合等である。この場合の信託行為の条件をどのように定めるかは実務的に難しい部分もある。安易に条件を満たすことにした場合は自宅の売却が増加して信託の意味が希薄になるであろうし、他方、受託者が安易にこれを認めると第2受益者からの異議が出てこよう。売却時点で信託が終了し、第2受益者は何も取得できなくなることになる。

## **(2) 不動産（収益用不動産）**

### **a 収益受益権と元本受益権が分離されていないケース**

受益権の内容として当該収益用不動産の管理を受託者が全て行う場合と受益者が原則として全ての管理を行う場合が考えられる。通常は前者であろうか。不動産の賃貸管理はハード面（建物の保守や修繕）、ソフト面（賃借人管理、水道、電気、下水等の管理や清掃等）と内容が多岐に亘っており受託者や受益者にとって管理はなかなか難しく、多くの部分を業者に委託することになるが、第2受益者、第3受益者と続く受益者連続型信託にあっては信託終了までの期間は長く、信頼のおける業者に委託して安全かつ確実に管理を長期間に亘り行うことは大変であろう。各受託者や受益者がこのような長期管理に耐えうるか否か、受託者の役割を検討する必要がある。更に前述のように賃貸建物も経年劣化等が進むので、これへの対応も必要である。なお、管理コストや修繕費用、信託報酬は収益の一部

を積み立てることによって可能となろうか。妻や障害のある子の生活設計のために賃貸収益を充てたいニーズがありそうだが、長期間にわたる賃貸収益の确实性の問題を検討する必要がある。

#### **b 収益受益権と元本受益権が分離されているケース**

収益受益権と元本受益権を分離し、収益受益者は収益のみを享受する場合である。老妻や障害者である子Aの生活費としてその収益を当て、老妻や障害者である子Aが死亡したら、健全な別の子Bが新たに収益受益権を取得する。一方、元本受益者は当初から健全な子Bにしておき、老妻や障害者である子Aが死亡したら収益受益権と元本受益権が一体となる仕組みである。さて、Bは当該収益用不動産の元本受益権を当初から取得することになるが、この具体的な受益権の内容は何だろうか。固定資産税等の元本保有コストや資本的支出というべき大規模修繕や改築費用をどちらが負担するかの問題もあるが、収益の受益ができないのなら実質的な受益は無く（始期不明な元本受益権の売却も困難であろう）、老妻や障害者である子Bが死亡して収益受益権と元本受益権が統合された場合（ここで信託が終了してBが帰属権利者になる場合もあろうが）に完全なる受益権としての価値が出てこよう。また、金融資産と異なり不動産は老朽化問題と管理問題が存在し、受益者連続信託が30年～100年程度は存続しそうであるが故に、収益受益権の設定に当たっては長期の見通しが大事である。当該収益用不動産を子々孫々に伝えたい場合や不動産収益を受益者の生活設計に当てる等のニーズがありそうであるが、実務的には「安心で确实な受託者」となる個人又は法人がどの程度存在するのかといった受託者選択の問題がありそうである。

なお、不動産の信託に関しては、信託受託者の信託報酬以外に不動産特有の維持管理費が発生するので、相当の運用利回りのある収益用不動産でない限り不動産単独での信託ということは考えられず、金銭との複合の信託になるであろう。また、信託終了まで何十年かかるかが全く想定できない中で、この管理費用や火災保険金等に充当すべき金銭や信託報酬を的確に見積もって信託しておくことは困難であろう。今後の議論と経験の蓄積が待たれる。

### (3) 金銭

#### a 配偶者亡き後、親亡き後問題のケース（収益のみの受益権または元本の分割交付）

以下のようなケースが想定され、実務上は不動産以上にニーズがありそうであり、かつ実現も容易であろう。

①夫が自分の死亡後も老妻が生活に困らぬように金銭を受託者に信託し（夫の生前には自分の生活費等の為に委託者兼受益者として分割交付を受ける場合も考えられる。）、夫の死亡後は老妻が第1受益者として毎月一定額の給付を受ける。更に老妻の死後は、先妻との間の子等が第2受益者として給付を受ける、又は信託が終了して帰属権利者である先妻との間の子等が残った金銭を受領するといったケース

②親が自分の死後も障害者である子が生活に困らぬように金銭を受託者に信託し、親の死後は障害者である子が第1受益者として毎月一定額の給付を受ける（当然、障害者である子には後見人が選任されている必要がある）。更に障害者たる子の死後は、他の子が第2受益者として給付を受ける又は信託が終了して帰属権利者である他の子が残った金銭を受領するといったケース

#### b 配偶者から事業承継者である長男へ

夫が自分の死亡後も老妻が生活に困らぬように金銭を受託者に信託し、夫の死亡後は老妻が第1受益者として毎月一定額の給付を受ける。更に老妻の死後は事業承継者である長男に事業の運転資金等に充当させるために長男を第2受益者とし、又は信託を終了させて帰属権利者たる長男が残余財産の交付を受けるケースも事業承継や農地承継の一環として出てくるであろう。

#### c 「配偶者の親族」への相続を望まないケース

不動産と同様にこのニーズは「子のない夫婦」の場合にありそうである。

#### d 相当の条件で元本処分権も付加されたケース

夫が自分の死亡後も老妻が生活に困らぬように金銭を受託者に信託し、夫の死亡後は老妻が第1受益者として毎月一定額の交付を受ける。そして残された自宅に居住している老妻が大病のため相当の資金が必要になった場合や、介護問題等のために一人暮らしが困難

になり、有料老人ホームに入居するための資金が必要になった場合の元本処分（または一部処分）が想定される。その場合に、信託財産である金銭を老妻が自由に使用できるように手当てしておかなければ、かなりの金額が必要となる入院治療や老人ホーム入居に伴う入居保証金の支払といった新たな局面に対応できなくなるリスクがある。障害者である子への給付の場合も、障害者支援制度の改定に伴い自己負担が急激に増加する場合や入院治療といった局面が考えられ、分割交付による毎月一定額の給付を受けるだけではいざというときに対応できないかもしれない。このためには信託に「ある一定の事態の場合には元本の一部処分ができる。ある一定の事態の場合には信託行為において定めた事由が生じた（改正信託法§163⑨）として信託を終了させる。」といった自由度が付加された設計が必要となってこよう。

また、このようなときには信託監督人を指定して、管理監督機能を強化すべきであろう。

#### **e 収益受益権と元本受益権が分離されている場合**

元本を取り崩して給付を受ける形でなく、収益受益者は運用の果実のみを収受するという形態も考えられる。しかし、現在のような超低金利下では金銭を信託した場合にさほどの果実が期待できないというネックがある。また、果実を増加させるために定期預金や国債運用等も考えられるが、これら商品は定時定額払いの分割交付に十分適応できないので、たとえそのような運用をする場合でも一部に限られるであろう。更に投資信託や株式の場合は市況や配当が会社経営状況の影響を強く受けるために、「一定額の給付」を継続することは困難であろう。従って、現状では金銭の収益受益権はあまり有効な手段とはいえない。一方、元本受益権は完全所有権実現の時期が不明（相当の年数が見込まれる）な期待権ということになる。

金銭の場合は受託者が当該金銭を占有管理していることから受託者としての管理は容易であり、また信託報酬も当該金銭から差し引くことにしておけばよいので受託者としては受け入れやすい財産であろう。

#### (4) 非上場自社株式

##### a 議決権と配当收受権が分離されていない場合

以下のようなニーズが考えられる。

- ①「非上場自社株式をまずワンポイントとして妻に移し、妻が死亡した際に後継者となる長男にこの非上場自社株式を引き継がせたい。」というニーズが考えられる。長男がまだ経営者となるには若くて経験も少ない場合、まず経営者である夫と共に会社経営や重要議決に参画してきた妻が当面の経営を行っていくために第1受益者となり、長男が経営者としての経験を積んだ段階=妻の死亡により長男が第2受益者として非上場自社株式の受益権を取得し、又は信託が終了して帰属権利者である長男が自社株式を取得するというニーズが考えられる。
- ②経営者である夫はゆくゆく長男を後継者にしたいと考えているが、自分が妻に非上場自社株式を相続させた場合、妻は遺言で長男を差し置いて長女や長女の夫に非上場自社株式を相続させて経営権を握らせたり、株式を分散させるリスクがある。しかし、妻の老後の生活設計のため非上場自社株式の配当は妻に受け取らせたい場合の対処策としてのニーズも考えられる。

ただし、いずれも受益者連続型信託は遺留分制度に服するので、その範囲内での対応ということになる。

非上場自社株式の場合は「配偶者や障害者である子」の場合よりも経営上の清算・倒産や合併、M&A、事業分割等のドラスティブな環境変化が想定され、委託者の生前の見込みと異なった状況に至ったときに、受託者側（または受益者側）において機動的に変化に対処できるか否かが重要であろう。信託行為で将来の変化に柔軟に対応できる方法を考えておく必要があろうし、受託者が自身でこれら経営判断を下して処理していくことは受託者の善管注意義務等を考えれば荷が重いと言わざるを得ない。信託受託者の裁量権の範囲を超えているというべきである。信託行為でしかるべき信託監督人の指定（§131）等が必要であろう。

##### b 配当收受権（収益受益権）と議決権（元本受益権）が分離されている場合

配当收受権を分離した権利を元本受益権と呼ぶことに異論があるかもしれないが、以下



のニーズが考えられる。

①経営者である夫が死亡した場合（または生前から）、配当收受権と議決権を分離し、老妻は配当收受権（収益受益権）を第1受益者として取得して配当金で老後の生活設計を行う、長男は議決権（元本受益権）を取得して経営権を確保する（かつ帰属権利者となる）。老妻が死亡したら配当收受権（収益受益権）を長男が第2受益者として取得する、又は信託が終了して帰属権利者である長男が完全な株主の権利を取得するといったニーズが考えられる。

②経営者である夫はゆくゆく長男を後継者にしたいと考えているが、自分が妻に非上場自社株式を相続させた場合、妻は遺言で長男を差し置いて長女や長女の夫に非上場自社株式を相続させて経営権を握らせたり、株式を分散させるリスクがある。しかし、妻の老後の生活設計のため非上場自社株式の配当は妻に受け取らせたい。このため、配当收受権（収益受益権）と議決権（元本受益権）を分離して妻には生活設計としての配当收受権（収益受益権）のみを第1受益者として取得させ、議決権（元本受益権）は即長男に取得させて経営の実権を握らせる。妻の死後には配当收受権（収益受益権）をも長男に第2受益者として取得させたい、または信託が終了して帰属権利者である長男が完全な株主の権利を取得するとのニーズも考えられよう。種類株を活用し、「妻や長女には議決権を制限する種類株式を発行してこれを遺言により取得させる。」という方法も考えられるが、受益者連続型信託により新たな選択肢が広がったと言えよう。

非上場自社株式の場合は、会社の規模や総務管理能力にもよるが、議決等の裁量を極力制限する形なら信託銀行等が受託者となって管理していくことの難易度は比較的低いであろう。企業オーナーが経営権を2代、3代先まで指定したいニーズがあるので（それが望ましいことか否かは別にして）収益受益権と元本受益権を分離し、収益受益権だけ受益者連続させるスキームは会社清算や合併等の経営上の判断を議決権として元本受益者側が担うので、受託者としても取り組み易いと言えよう。

なお、農業経営の場合も事情は非上場自社株式の場合と似通っているが、農地の受託は技術的に難しいかもしれない。

### 3 受託者

#### (1) 信託銀行等

##### <メリット>

- ①大手信託銀行等（住友信託銀行、三菱UFJ信託銀行、中央三井信託銀行、みずほ信託銀行、りそな銀行）は永年に亘って信託受託を業として行ってきたので、高いノウハウと品質があり、最も信頼できる受託者といえる。
- ②信託業務の中でも、大きな管理設備を伴い、初期投資が必要なシステムティックな集団的定型的信託商品が得意であり、他業態の追随を許さない。
- ③銀行業としての事務の堅確性を支える事務取扱のルールの整備とこれを担保するシステム、教育研修制度が完備しており、更には金融庁や日本銀行といった所轄官庁による厳格な監督検査制度もあり、業務の質が高く、運営の安定性、長期継続性も期待できる。

##### <デメリット>

- ①店舗網は最大規模の三菱UFJ信託銀行でも100店舗に満たず、かつ、立地は都市部に集中している。このため、地域的に全国民のニーズに応えることは困難である。
- ②不動産に関し、オフィスビルや住宅系、商業系の賃貸は従来から土地信託等により管理体制が構築されてきたが、農地や山林の受託はあまり例がなく、取組みが限定的とならざるを得ない。従って、信託財産の種別的に全国民のニーズに応えることは困難である。
- ③信託銀行等は規模が大きく、更には銀行業務の併営であることから意思決定に時間を要したり、手作りの個別性の強い業務が不得意な面もある。受益者連続型信託においても、定型的処理が必要となる金銭や非上場自社株式は得意となるであろうが、個別対応が必要な不動産の場合は必ずしも適しているとは言えないであろう。

#### (2) 東証一部上場企業レベルの株式会社

##### <メリット>

- ①信託銀行同様に信託受託者としての数十年から百年に亘る“堅実にして安定した受託運営”が期待できる株式会社が多い。
- ②一部分野（例：賃貸ビルや賃貸住宅の賃貸管理）については本業での長い歴史・ノウハウと管理体制を有する企業もあり、事務の堅確性を支える事務取扱のルールの整備、こ

れを担保するシステム、教育研修制度が完備しているため、これら企業については高い品質が期待できる。

<デメリット>

- ①信託の収益性は高いとは言えず、当該企業における「他業務との比較による選択と集中」といった経営判断により、途中で撤退されてしまうリスクがある。
- ②信託の参入はこれからであり、信託に必要な設備システム投資や教育研修体制等を構築できるか否かは不明である。
- ③大手信託銀行等と同様に高コスト体質である。
- ④多くは一部の大都市に集中しており、大手信託銀行等以上に地域的に全国民のニーズに応えることは困難である。

### (3) 中小規模の株式会社

<メリット>

- ①一部分野（例：賃貸ビルや賃貸住宅の賃貸管理）については本業での長い歴史・ノウハウと管理体制を有する企業もあり、これら企業については高い品質が期待できる。
- ②該当地域内では長い歴史の中で地域に密着して情報量が多く、小回りの効くスピード感のある対応力に優れている。
- ③手作りの小規模の受託が可能である。

<デメリット>

- ①経営のゴーイング・コンサーンという観点からは、信託受託者としての数十年から百年に亘る堅実にして安定した受託運営が期待できないリスクがある。
- ②品質は経営者や一部担当者の資質によることが多く、これら人材が欠けると品質担保が困難になりがちである。
- ③事務の堅確性を支える事務取扱のルールの整備やこれを担保するシステム、教育研修制度の点で、大手企業に比べると見劣りする。
- ④倒産や事業撤退による受託の事実上の放棄といったリスクがある。

### (4) 弁護士法人（弁護士）等

平成18年11月14日の衆議院法務委員会の「信託法案及び信託法の施行に伴う関係法律の

整備に関する法律案に対する付帯決議二では「来るべき超高齢化社会をより暮らしやすい社会とするため、高齢者や障害者の生活を支援する福祉型の信託について、その担い手として弁護士、NPO等の参入の取扱い等を含め、幅広い観点から検討を行うこと。」とされ、更に平成18年12月7日の参議院法務委員会の「信託法案及び信託法の施行に伴う関係法律の整備に関する法律案に対する付帯決議二では「高齢者や障害者の生活を支援する福祉型の信託については、特にきめ細やかな支援の必要性が指摘されていることにも留意しつつ、その担い手として弁護士、社会福祉法人等の参入の取扱い等を含め、幅広い観点から検討を行うこと。」とされている。ここでは弁護士、NPO法人についても検討してみる。

<メリット>

- ①一部分野（例：賃貸ビルや賃貸住宅の賃貸管理）についてはその地域の専門業者に委託する等の方法で一定の品質が期待できる。
- ②手作りの小規模の受託が可能であり、小回りの効く管理が期待できる。
- ③法律の専門家としての信託受託に対する対応力が期待できる。

<デメリット>

- ①個人である弁護士等の資質により品質が担保される場合が多く、信託受託者としての数十年から百年に亘る堅実にして安定した受託運営が期待できないリスクがある。5年から10年程度の期間の信託が適しているのであろうか。
- ②管理事務の堅確性を支える事務取扱ルールの整備やこれを担保するシステム、教育研修制度の点で、大手企業に比べると見劣りする。
- ④廃業、病気入院等による受託の事実上の放棄といったリスクがあり、長期間の受託に対する安心性、安定性に欠ける。

## (5) NPO法人

<メリット>

- ①一部分野（例：賃貸ビルや賃貸住宅の賃貸管理）についてはその地域の専門業者に委託する等の方法で一定の品質が期待できる。
- ②手作りの小規模の受託が可能であり、小回りの効く管理が期待できる。

<デメリット>

- ①詐欺者・悪徳業者を含め様々な者が参入しやすく、品質が心配である。

- ②担当する個人の資質により品質が担保される場合が多く、信託受託者としての数十年から百年に亘る堅実にして安定した受託運営が期待できないリスクがある。
- ②管理事務の堅確性を支える事務取扱ルールの整備やこれを担保するシステム、教育研修制度の点で、大手企業に比べると見劣りする。
- ④業務廃止、撤退等による受託の事実上の放棄といったリスクがあり、長期間の受託に対する安心性、安定性に欠ける。

## (6) まとめ

ポイントは「受託者としての管理を中心とした装置・ノウハウの有無」と「業として受託業務を継続する経営のポリシーと経営力」であろう。信託銀行は信託報酬を得て業として信託受託し、様々な管理等を行ってきたが、この採算性は必ずしも高くはなく、しかも安定した業務遂行には膨大なシステムや複雑な事務管理を可能にする事務処理態勢を整備し、数十年から百年に亘り継続的に維持向上させていく必要がある。つまり信託業務は外見上あたかも手作りのように見えるが、長期間にわたる信託受託の場合は膨大な受託態勢の構築を可能とするだけの体力・規模と受託ボリュームの確保が必要になってくる。

信託業務に参入する場合はM&Aや従業員の採用等でそれなりのノウハウを入手することは可能であり、また比較的短い信託期間の信託の場合は、あまり多くの件数を受託せずとも運営は可能であろう。しかし、受益者連続型信託のように超長期に亘ることが予想される信託受託の場合は、費用対効果の点で他業態からの参入障壁は高そうである。いったん参入して信託受託し、信託期間の途中で信託から撤退して受託者の立場から逃避するようなことがあっては、折角の信託業法改正による信託受託者の拡大が裏目に出ることになる。

第1受益者が老妻、第2受益者が子供で、比較的短期間で信託が終了するような場合は（その場合であっても、日本女性の平均寿命は世界一であり、必ずしも短期間で受益者連続になるとは言えないが）、受託件数が少なくても、膨大な受託態勢が整備できていなくても対応は可能であろう。

次に受託財産別に見てみると、不動産の場合はソフト面・ハード面の管理の問題、建物の経年劣化や自然損害に対する長期間の見通しの難しさ等の問題があり、安易な取組みは難しそうである。不動産管理業者が比較的短期間に自宅や収益用不動産を受託する場合は

小回りの効く受託により好評を博する場合もあると思えるが、長期的には受託者の倒産・清算を含めた途中撤退リスクは大きいといえよう。

また、金銭の信託についてはその適切な管理を長期間に亘り担保していく必要があるが、金銭は確実に信託受託者が管理でき、しかも管理が難しくないのが、一番早く商品化されそうである。ただし、長期間に亘って監督検査を実施する機関が機能しないと、大切な信託財産が食い物にされ、散逸してしまう虞がある。

一方、自社株式の場合は長期間に亘り信託受託者が議決等の裁量を行うことは監督等の問題があって難しそうであるが、信託監督人にこの裁量部分を委ねたり、収益受益者と元本受益者に受益者を分割する等の方法で解決できそうである。

信託受益者による受託者に対する監督機能は改正信託法で担保されたが、後見における裁判所のような公的監督機能が実効的に機能しないと、受託財産を確実に守ることは困難ではなからうか。

## 4 受託上の問題点

### (1) 長期にわたる受託の可能性

受益者連続型信託の特徴は「当該信託がされた時から30年を・・・」 (§91) と規定され、場合によっては「100年程度の長期に亘ることもある信託の受託<sup>48)</sup>」であるという点であり、しかも委託者の死亡後に、長期に亘り継続した受託・管理を行っていくことが必要になる。この観点から見ると個人、または個人が中心になっている受託者は、自分や同輩の年齢を勘案しつつ受託することになるであろうから、自ずから短期間で信託終了するような案件の受託に限られてくるであろう。従って、長い目で見れば超長期の受託に対応する信託銀行等と比較的短期間の受託を専門とする株式会社（中小規模）や弁護士（法人）等の二つに受託者が棲み分かれていくことが考えられる。従って、老妻が第1受益者となり、その死後、子等が第2受益者となってから早々に信託が終了するような受益者連続型信託については株式会社（中小規模）や弁護士法人等の算入が考えられる。

### (2) 不動産の管理上の問題点

不動産の受託に関しては恒常的にハード面、ソフト面の管理費用が発生すると共に、大

規模修繕や老朽化対応等の資本的支出となるような支出が予想される。

前者については収益用不動産では収益の中から支弁することが多いであろうが、自宅等の場合は収益を生まないのので、信託期間に応じた経費や信託報酬の見積もりを行い、不動産と同時に金銭も信託しておく必要がある。

また定期的修繕費用（自宅の10年に一度のモルタル壁の壁塗りや賃貸マンションの5年に一度の鉄部のペンキ塗り等）は見積もりやすいが、大規模修繕や突発的な大規模被害に対する費用の事前見積もりは、規模や物価変動の点から予測が困難であろう。

更に第1受益者等本人による資本的改修をどのように考えるかも難しく、第1受益者が緊急時等に自らの判断で独自に資本的支出した部分が当該不動産の資本的部分となり、第1受益者の個人所有物として信託財産に付加されてしまうことが起こる可能性もある。また、火事や老朽化、台風や地震による滅失の場合や勝手な家屋の取り壊し、一部中小建築業者等による建築確認を取得しない建物・構築物の新築や賃貸借等の新たな権利の付着への法的対応等、不動産の管理運営は種々の問題を抱えている。

いずれにしても不動産単独での信託受託は管理保全上問題がありそうである。金銭の信託を併用し、細やかな管理が必要となろう。その点、金銭や非上場自社株式の信託は管理上の問題点が少ないといえる。

### **(3) 信託報酬**

超長期の信託受託が考えられる受益者連続型信託では信託報酬をどのように設定し、どのように確保するかが問題である。

通常は「受託財産の〇%」といった形になるのであろうけれど、不動産や金銭の分割交付の場合は元本が漸減するので、最低報酬を決めておく必要がある。適切な管理を担保するためには適切な信託報酬の確保が重要である。

従って、金銭の信託や収益用不動産のように果実を生む財産の信託以外では、超長期の信託報酬を適切に見積もり、信託報酬の引き当てをしておく必要がある。

[注]

- 1 厚生労働省「平成18年人口動態統計の年間推計」
- 2 厚生労働省「平成18年人口動態統計の年間推計」
- 3 厚生労働省「平成18年少子化白書」
- 4 A I U保険「現代子育て経済考2005年版～試算結果の概要～」
- 5 厚生労働省「平成18年少子化白書」
- 6 国立社会保障人口問題研究所まとめ「少子化政策情報」（「人口動態統計」厚生労働省、「第13回出生動向基本調査」国立社会保障人口問題研究所、内閣府「婦人に関する意識調査」（内閣府S47.10）、「男女共同参加に関する世論調査」（内閣府H14.7）
- 7 国立社会保障人口問題研究所まとめUN, World Population Prospects: The 2004 Revision（中位推計）、UN, Demographic Yearbook（国立社会保障人口問題研究所HP「少子化の現状と将来の見通し」
- 8 厚生労働省「平成18年少子化白書」
- 9 H17総務省「国勢調査第3表」
- 10 国立社会保障人口問題研究所「日本の将来推計人口」H18.1
- 11 総務省「国勢調査第3表」
- 12 日本銀行資金循環統計2006年10月～12月期速報
- 13 総務省統計局「家計調査」第8－5表「世帯主の年令階級別貯蓄及び負債の1世帯当たり現在高（全国・全世帯、農林漁家世帯含むH18 7～9月期）」
- 14 日本銀行 資金循環の日米比較2006
- 15 警察庁「『振り込め詐欺（恐喝）』の認知・検挙状況等について（平成19年7月）」
- 16 消費生活センターPIO-NETによる
- 17 総務省 平成17年国勢調査「国勢調査第3表」
- 18 「成年後見関係事件の概況（H18年度）」（最高裁判所事務総局家庭局）
- 19 新井誠「信託法」（有斐閣2002年）301頁
- 20 新井誠「高齢社会における信託と遺産承継」[トラスト60研究叢書]（日本評論社2006年）290頁
- 21 「ニューヨークの検認後見裁判所から見たアメリカの信託実務」レニー・R・ロース：新井誠訳 信託№228（2006年）53頁
- 22 「米国における今日の家族信託（Family Trust）の利用状況」バーバラ・R・ハウザー：新井誠、岸本雄次郎共訳 信託№224（2005年）35頁、新井誠「信託法」（有斐閣2002年）66頁
- 23 天野佳洋他「一問一答改正信託法の実務」（経済法令研究会2007年）250頁、別冊NBL編集部編「信託法改正要綱試案と解説」（商事法務2007年）220頁、寺元昌広「新しい信託法」（商事法務2007年）256頁、寺本振透他「解説新信託法」（弘文堂2007年）155頁
- 24 H4.9.22最三小判 金融法務事情1384号6頁
- 25 渡辺剛男「木内是壽氏の『日本公証人連合会から全国銀行協会宛の【公正証書遺言に基づく預金の払戻し等についての要望】について』と題する論文について」公証145号（2006年）6頁



- 26 判例時報1384号24頁、家族法判例百選（第6版）別冊ジュリスト162号176頁
- 27 金融・商事判例1088号11頁、家族法判例百選（第6版）別冊ジュリスト162号178頁
- 28 拙稿「高齢社会における信託と遺産承継」[トラスト60研究叢書]（日本評論社2006年）18頁・23頁、拙稿「遺言執行者から見た『公正証書遺言』」公証法学35号（2005年）76頁
- 29 住友信託銀行遺言信託研究会編「実務家書いた相続対策」（経済法令研究会2006年）121頁
- 30 阿部浩「新版注釈民法28」補訂版（有斐閣2004年）188頁、内田貴「民法Ⅳ」補訂版（東京大学出版会2005年）487頁、別冊NBL編集部編「信託法改正要綱試案と解説」（商事法務2007年）220頁、寺元昌広「新しい信託法」（商事法務2007年）256頁
- 31 「信託」№231（2007年）331頁 信託統計表12.「土地信託受託状況」平成19年3月末現在
- 32 「信託」№231（2007年）331頁 信託統計表10.「公益信託受託状況」平成19年3月末現在
- 33 「信託」№231（2007年）331頁 信託統計表11.「特定贈与信託受託状況」平成19年3月末現在
- 34 樋口範雄「フィデューシャリー[信任]の時代」（有斐閣1999年）50頁
- 35 「米国における今日の家族信託（Family Trust）の利用状況」バーバラ・R・ハウザー（新井誠、岸本雄次郎共訳）信託№224（2005年）45頁
- 36 判例時報1075号115頁、新判例コンメンタール民法15（三省堂2004年）262ページ
- 37 中川・泉「相続法（第4版）」（有斐閣2002年）569頁・577頁、加藤永一「新版注釈民法（28）」（有斐閣2004年）50頁、能見善久「現代信託法」（有斐閣2004年）188頁、別冊NBL編集部編「信託法改正要綱試案と解説」（商事法務2007年）222頁
- 38 新井誠「信託法」（有斐閣2002年）76頁
- 39 能見善久「現代信託法」（有斐閣2004年）189頁
- 40 米倉明「信託による後継ぎ遺贈の可能性」ジュリスト1162号（1999年）87頁
- 41 第165回国会法務委員会（H18.10.25）寺田逸郎政府参考人：「相続法の秩序の方が優先する、つまり、遺留分の侵害がある場合には、当然、遺留分減殺請求権を持っている者は、その限度でその権利を行使することになるわけでございます。」信託229号117頁
- 42 寺本昌広「新しい信託法」（商事法務2007年）260頁、天野佳洋他「一問一答改正信託法の実務」（経済法令研究会2007年）256頁、寺本振透他「解説新信託法」（弘文堂2007年）161頁
- 43 寺本昌広「新しい信託法」（商事法務2007年）263頁
- 44 寺本昌広「新しい信託法」（商事法務2007年）261頁、吉谷晋「後継ぎ遺贈類似の受益者連続信託」金融法務事情1791号（2007年）19頁、寺本昌広他「新信託法の解説（4）」金融法務事情1796号（2007年）27頁、福田政之他「詳解新信託法」（清文社2007年）324頁、天野佳洋他「一問一答改正信託法の実務」（経済法令研究会2007年）254頁
- 45 奥村眞吾「これならわかる新信託法と税務」（清文社2007年）121頁、野島喜一郎「受益者連続型信託の創設～その仕組みと相続税課税」税理 第50巻第6号（2007年）43頁
- 46 新井誠「信託法」（有斐閣2002年）82頁
- 47 寺本昌広「新しい信託法」（商事法務2007年）263頁
- 48 寺本昌広「新しい信託法」（商事法務2007年）263頁

米国における家族信託の実情及び  
担い手規制と日本における高齢者の財産管理  
における信託の活用可能性について

細川 昭子

# 目 次

- I はじめに
- II 米国における家族信託の実情
  - 1 遺言代替手段としての撤回可能信託について（目的、法的問題点）
  - 2 米国における家族信託のトレンド
- III 家族信託を巡る米国の法制 受託者規制を中心として
  - 1 米国の信託法体系について
  - 2 受託者となる場合の参入規制について
- IV 我が国における家族信託の活用ニーズ
- V 我が国における家族信託を巡る法制のありかた
  - 1 新信託法
  - 2 信託業法
- VI おわりに

## I はじめに

米国では、高齢者の財産管理や家族への資産承継の手段として、遺言や後見人制度と並び信託が用いられている。我が国の信託はこれまで商事信託を中心として発展してきた経緯があり、民事的・家族的分野における信託の活用例は英米諸国に比べきわめて少ない。しかしながら、信託は、民法の委任や代理など他の制度との比較においても設定当事者が死亡、あるいは意思能力を喪失しても終了せず、裁判所の関与の下で将来の環境変化にも柔軟に対応可能であるなど、長期間の財産管理に適した利点を多数有している。また、超高齢化社会の到来により、高齢者等の財産管理及び財産承継の手段としての信託の活用に向けての社会的ニーズが強く認められる状況にある。本稿においては、このような課題を受け、米国の家族信託の特徴や家族信託を巡る法制を概観するとともに、最近の活用事例を紹介したうえで、我が国における家族信託の活用可能性ならびに法制のあり方を探りたい。

## II 米国における家族信託の実情

### 1 遺言代替手段としての撤回可能信託について（目的、法的問題点）

米国では遺言の代替として、個人の財産管理及び家族間の財産承継のために、生前撤回可能信託（Revocable Living Trust）が用いられることが多い。

#### （1）生前撤回可能信託（Revocable Living Trust）の意義

米国の信託は、委託者の信託設定の明示の意思に基づく信託（Express Trust/明示信託という。）と、委託者の信託設定の明示意思でなく、法的作用に基づく信託（Implied Trust/黙示信託という。）に分類される。明示信託は、委託者の生前に効力が生ずる信託（Inter vivos trust またはLiving trust/生前信託という。）と、委託者の遺言により委託者の死亡を契機に効力が生ずる信託（testamentary trust/遺言信託という。）に分類され、さらに、生前信託

は、委託者が信託を撤回または変更する権利を有する信託（Revocable Trust/撤回可能信託という。）と、委託者がこのような撤回権/変更権を有さない信託（Irrevocable Trust/撤回不能信託という。）に分類される。

したがって、生前撤回可能信託（Revocable Living Trust）とは、法的には、委託者が明示の意思に基づき生前に設定した信託であって、委託者が当該信託を撤回または変更する権利を有するものをいう。なお、米国の信託は、信託行為において明示的に示した場合に限り、委託者に信託の変更または撤回権を認めている。かかる原則は判例により示されているが、一部の州法でも規定がある<sup>1</sup>。例えば、ニューヨーク州法は、信託行為において明示されていない場合においても、委託者は受益者の書面による同意を取得することにより信託を撤回できるとしている<sup>2</sup>。

## （２）生前撤回可能信託の利用目的

米国で家族信託において撤回可能信託が用いられる理由として、以下の２つが挙げられることが多い<sup>3</sup>。

### ① 遺言の検認手続（Probate）を回避するための遺言代替（Will substitutes）手段

米国では、遺言により財産承継を行う場合、裁判所による検認手続が必要とされる。検認手続とは、遺言が存在するときには、遺言の効力の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もとに行う手続きをいう<sup>4</sup>。裁判所による監督及び利害関係人の権利保護を図る措置の必要から、検認手続きは時間、費用及び公開性が問題点として挙げられる。まず、時間については、通常１年半から２年前後といわれている<sup>5</sup>。次に費用については、例えば100万ドルの遺産の場合、撤回可能信託と検認手続きを比較した場合、検認手続きの費用が1万1000ドル上回るという<sup>6</sup>。さらに公開性の点として、遺言書が公的な記録（Public record）として扱われることから、遺言はもとより家族の記録などの関係書類が一般に公開され、不必要にプライバシーが衆人の眼にさらされることによるリスクが挙げられる。

生前撤回可能信託は、このような検認手続きの対象とならないため、遺言代替方法として、米国では大変普及している。その仕組としては、例えば、設定者が、自己の生前は自己を受益者とし、自己の死亡後は配偶者と子供を受益者として指定して信託を設定し、さらに、「撤回」権限を留保することにより、自己の生前は、信託設定後も自己の意思により

信託の撤回や受益者の変更が可能とすることができるので、遺言と同様の実質的効果を確保することができる。

## ② 自己の能力喪失後の財産管理の手段

撤回可能信託においては、設定者が、信託宣言により、自己が意思能力を有する間は、自己を受託者兼委託者兼受益者とし、自己が意思能力を失った場合には、予め信託行為により指図をしておいた第三者を受託者に就任させるように設定することが可能である。

かかる設定により、意思能力がある間は、引き続き自分が財産の管理を行い、自己の意思能力喪失後に予め定めておいた者に受託者として財産管理を行わせしめることが可能であり、また、意思能力があるうちには自分の意図で信託内容を変更できるという柔軟性を確保できるという点も挙げられる。

## (3) 遺言信託/撤回不能生前信託との比較

上記の通り、米国の家族信託では、撤回可能信託のほか、遺言により設定され、遺言者の死亡により効力が生じる遺言信託も存在するが、遺言と同様、検認手続（Probate）の対象となることから撤回可能信託のような遺言代用の機能は有さない。また、設定者が生前に設定する信託で、かつ、設定者が信託設定後に信託の内容の変更及び中途解約が制限される信託である撤回不能生前信託も存在する。当該信託は、撤回可能生前信託と同様、検認手続を避けることができることに加え、慈善残余権信託や慈善誘導信託として利用することにより、税制優遇措置を享受できるという、撤回可能信託にはないメリットがある。しかしながら、設定者は生前に途中で信託を変更したり、撤回する権利を有さないことから、遺言代替機能を有するとまではいえず、また、財産管理機能としても柔軟性にかける点がデメリットとして掲げられる。

## (4) 生前撤回信託の法的問題点

上記のとおり、生前撤回信託においては、一般的に、信託設定時点において設定者自身が信託宣言により受託者兼受益者となり、設定者が意思無能力になった後は第三者が受託者として設定者にかわって財産を運用管理するように指定し、さらに、設定者の死亡後は資産を相続させたい者を受益者に指定する仕組みがとられる。

このような撤回可能信託においては、信託設定者は生前はいつでも信託が撤回可能であ

ることから、そもそも信託の本質的要素である「財産権の移転」がないとの法理論上の疑念の余地も否定できない。特に、個人Aが信託宣言により委託者兼受託者となり、かつ、Aの生前はA自身を収益受益者とし死後にBを受益者として指定する形での撤回可能信託については、Aの生前中は何ら実質的な「財産権の移転」がなく、そもそも信託の範疇にはいらないのではないかと考えられる。実際、英国では、委託者が撤回権を留保した信託をベアトラスト (Bare trust) = 受動信託と呼び、信託の成立自体を否認する傾向がみられる(「信託法 [第2版]」新井誠70頁)。

この点、かつては米国でも問題提起され、信託としての性質に疑義が唱えられていたことがあったが、1955年のイリノイ州最高裁判決において信託としての有効性に問題はないとの見解が判例<sup>7</sup>で示されたため解決し、現在では原則として受け入れられた法概念とされている。

当該判例 (Farkas v. Williams) の概要を紹介すると、

#### 【ケースの概要】

(a) 信託設定者Xが以下の内容の信託を設定した。

- ① 設定者の生前は、収益受益者は設定者とする。
- ② 設定者の死亡により信託財産(株式)の元本及び収益受益者は、受益者Yに帰属する。
- ③ 設定者の生前は、設定者自身が受託者として信託財産である株式につき議決権行使、売却、償還、交換その他の権利行使を行い、信託財産である株式が売却又は償還された場合には、信託は終了する。
- ④ 設定者は信託を撤回し、又は受益者を変更する権限を有する。

(b) Xは、信託の撤回権/受益者変更権を行使することなく死亡した。

(c) Xの死亡後、Xの遺産管理人が原告となり、Yを被告とし、当該信託は、遺言処分 (Testamentary Disposition) としての性質を有し、遺言を有効とするために必要な様式性に欠いており、そもそも無効であり、信託財産である株式は、Xの遺産に帰属すると主張し、訴訟提起し、第一審裁判所はこれを認め、さらに、イリノイ州最高裁判所に控訴された。

#### 【論点】

- ① 信託宣言を示す信託行為によって受益者Yが現実に信託財産につき利益を取得し

たといえるか。

②委託者兼受託者兼当初収益受益者であるXは、信託設定後も、当該信託行為が遺言処分行為といえるほど、信託財産である株式に対し支配権を維持していたか。

#### 【裁判所の判断】

裁判所は、論点①及び論点②について以下の通り示した上で、本信託行為は生前信託であり、遺言処分ではないと結論づけた。

#### 論点①について

裁判所は、まず、Xの生前に何らの利益も受益者Yに移転していないのであれば、当該信託行為は遺言としての性質を有し、遺言法にのっとりた様式を備えない限り無効であると示した。

しかしながら、本件では、①信託行為時以降は、Xは当該株式を扱うに当たり、従前と異なり信託行為の規定並びに受託者義務に従い管理処分する意図を有していたこと、②受益者であるYのために、受託者として当該株式を管理する意図を有し、実際に当該株式の名義を「Yのための受託者X」と変更していたこと、③信託を変更/撤回しない限り、Xは死亡によりYに財産を移転させる義務があることを明示していたこと等から、Xには信託行為によって受益者Yに対し現実に信託財産につき利益を付与する意図があったことが伺えると判断した。

#### 論点②について

裁判所は、本件の特徴として、設定者は信託行為において、自己に (a) 生前に金銭配当を受領する権利、(b) いつでも信託の撤回/受益者を変更する権利、(c) 信託財産である株式が売却された場合、売却益を取得する権利を残し、さらに、(d) 自己を単独の受託者として、信託財産である株式につき議決権行使、売却、償還、交換その他の権利行使を行う権限を付与していることをあげた。

そのうえで、(a)から(c)につき、委託者が撤回権とともに収益権を保持したとしても、信託としての性質が否定されることは疑義がないとしつつ、さらに(d)の受託者としての権限をあわせて保持する点に注視した。

しかしながら、この点に関しては、委託者が自己の財産につき自己を受託者兼受益者として信託を設定する行為は許容されるものであり (Restatement of the Trusts, section 17.)、また、委託者が自己を単独の受託者として指名し、生前の収益を自己が保持すると共



に信託の撤回権を維持していたとしてもそのみにより信託行為が遺言処分行為であるとみなされるものではないと示した。さらに、(32A.L.R.2d 1286. In 1 Scott, The Law of Trusts) から、「例え受益者が現実に交付を受けるタイミングが委託者の死後であったり、委託者が信託の撤回権を保持していたとしても、信託宣言は受益者に対してエクイティ法上の利益を与える。」「仮に委託者が信託財産を移転すると同時に信託の撤回権限と信託財産を支配権を保持しているならば、かかる信託は遺言処分であるが、委託者が受託者として有する支配権は、信託行為の条件に従ってのみ行使すべき責任のある権限であるため、性質が異なる。」と引用した。

そのうえで、本ケースについて、委託者兼受託者であるXが信託財産である株式の議決権行使、売却、償還、交換その他の権利行使を行う権限を保有し、さらに信託財産である株式が売却又は償還された場合には信託を終了し売却益等はXが取得する権利を有しているが、そもそも信託の撤回権を有することによっても信託行為は遺言処分行為とみなされないことを考えると、かかる事実のみによって本信託行為を遺言処分行為とみなすべきでないとした。したがって、このような権利を有しているからといって、信託設定後もXのコントロール権が大きすぎるとはいえず、原則として受託者としての義務に従い管理する立場にあること等を理由に、Xは、信託設定後も、当該信託行為が遺言処分行為といえるほど、信託財産である株式に対し支配権を維持しているとはいえないと判断した。

## 2 米国における家族信託のトレンド

### (1) 家族信託の目的<sup>9</sup>

米国における家族信託の目的としては、以下のものがあげられる。

(ア) 家族の財産管理や財産承継に関し、財産の管理能力が十分でない家族（幼少の子供、配偶者、浪費傾向のある者）のための財政的援助

未成年の子供がいる両親が、子供を受益者として信託を設定し、子供が一定の年齢に達した段階で分配するよう受託者に指図する例はよくみられるようである。また、財産管理能力に欠ける配偶者や浪費傾向のある家族のために、自己の死後にプロの財産管理者を受託者として指名することも一般的といわれている。

(イ) 債権者や元配偶者からの請求に対する委託者自身の家族のための資産保全

米国では、離婚率が極めて高いことや自己の死後の配偶者の再婚の可能性があることに備えて、自己の財産が自己の子孫に確実に承継させることを目的として信託が設定されることも一般的である。

#### (ウ) 複数世代にわたっての財産承継（特に家族ビジネスを営む場合）

ロックフェラー族などの莫大な富並びに同族事業を保有する一族が、事業の株式等の資産を将来の世代のために管理しスムーズに承継させる目的で、信託を用いることも多い。たとえば、ロックフェラー族の財産の管理運用を行う信託会社として、米国にはロックフェラートラストカンパニーが存在する<sup>9</sup>。

#### (エ) 税制優遇措置の確保

米国では、内国歳入法典（連邦税法典（Inter Revenue Code（the federal tax code））のある条項を有効に利用することを目的として設定される信託が多く存在する。

## (2) 家族信託の受託者

家族信託の受託者としては、家族の一員、弁護士などのアドバイザー、富裕層である家族経営企業の重役、富裕層である家族が設立した私的信託会社に加え、州法のもと認可された銀行、信託会社などの機関受託者があげられる。

顧客は、信頼のおける受託者と高いレベルの受託者をあわせて選定して、両者が共同受託者として一つの信託につき協力して努めることがしばしばみられる<sup>10</sup>。信頼のおける受託者としては、家族の一員、執事、弁護士などから、高いレベルの受託者としては、財産の管理運用のプロである銀行や信託会社などの機関受託者が該当すると考えられる。

## (3) 家族信託の主な事例として以下が掲げられる<sup>11</sup>。

### (ア) 補助的援助信託（Supplement Needs Trust/ Special Needs Trust）

#### 〈目的〉

身体に障害をもつ子供あるいは成人につき、公的扶助の対象となる基本的サービス以外の、必需品とはいえない物品やサービス（特別サービス）の供給を目的とする信託。通常、親または後継人が障害を有する子供のために設定する。

#### 〈利点〉

身体に障害のある子供あるいは成人の利益のために財産管理を行なう撤回不能信託。基

本的サービスについては公的扶助により賄い、当該信託により、特別サービスを受けることを可能とする。

#### 〈特色〉

- ・特別サービスには、公的扶助の対象とならない歯科医療その他の医療費、追加的看護、機能回復看護サービスその他旅行、文化、家族訪問など受益者にとって利益と判断される費用はほとんどすべて含まれる。
- ・受託者の裁量権については、①元金を基として受益者の利益のために配分する幅広い裁量権を受託者に与える完全自由裁量信託と、②受託者に信託された元金につき、受益者の健康、教育、介護といった明確な基準が設定された信託が存在する。
- ・撤回不能信託として設定される必要がある。

#### （イ）慈善残余権信託（Charitable Remainder Trust）

##### 〈目的〉

現時点から一定の信託期間中、収益受益者として信託設定者もしくは第三者に信託収益を享受させ、後に残余財産帰属受益者として慈善団体に対し信託財産を贈与する信託。

##### 〈利点〉

- ・将来慈善団体に贈与する財産の現在価値につき所得税控除を受けるメリットがあり、現在かかっている所得税を節税できる。
- ・信託設定者に不利益をもたらすキャピタルゲイン課税を避けることができる。
- ・現在の収入を継続的に信託設定者が享受し、将来慈善活動ができる。

##### 〈特色〉

- ・慈善団体が受領する残余権財産は信託財産の当初価値の少なくとも10%はなければならない。慈善団体でない者への収益分配期間は20年あるいは当該者の生存期間を超えてはならない。
- ・撤回不能信託として設定されなければならない。
- ・信託レベルではキャピタルゲイン課税はかからない。慈善団体でない収益受益者の毎年の信託収益に対する課税は、当該信託収入の性質による。

#### （ウ）慈善誘導信託（Charitable Lead Trust）

##### 〈目的〉

現時点から一定の信託期間中、収益受益者として慈善団体に信託収益を享受させ、その

後信託設定者もしくは第三者に信託収益を享受させる信託。

〈利点〉

- ・ 将来慈善団体に配分する信託収益の現在価値につき所得税控除を受けるメリットがあり、現在かかっている所得税を節税できる。
- ・ 慈善活動をしたうえで将来、信託設定者又は第三者が信託収益を享受できる。

(エ) 保険信託 (Insurance Trust)

- ・ 保険金収入に対する課税を避けるため、保険証券にかかる権利を撤回可能信託に移転させる信託。

(オ) 世代スキップ信託 (Generation Skipping Trust)

- ・ 世代スキップ税が課されることなく一世代以上離れた個人に対して自己の資産を承継できる信託

(カ) 課税回避信託 (Credit Shelter Trust)

- ・ 将来の世代に対し、相続税や贈与税が課されることなく資産を遺言により承継できる信託。

(キ) ダイナスティ信託 (Dynasty Trust)

- ・ 信託の永続性に関するルール (rule against perpetuities) を放棄した信託。
- ・ アラバマ州、アリゾナ州などにおいて採用され、税制優遇措置とあわせ、信託の州内への誘致手法として用いられている。

(ク) 資産保護信託 (Asset Protection Trust)

- ・ 信託宣言により設定者自身が受託者かつ受益者となったうえで、浪費信託 (spendthrift) 12条項を含め、信託財産を債権者から保護する目的で設定する信託。
- ・ アラスカ、コロラドなどの州で採用されている。

(ケ) 報奨信託 (Incentive Trust)

- ・ 信託契約において、受益者に収益の配分にあたって受託者が従わなければならない一定の指針、すなわち、受益者が一定の基準 (よい成績、よい仕事など) を満たさなければ、受託者は当該受益者に対し収益を配分してはならないと定められるもの。
- ・ 仕事、結婚または住宅の購入などを奨励する目的の信託は、伝統的に公序良俗に反するものではないと考えられてきた。しかしながら、第三次リステイメントは、報奨信託につき、「財産所有者の処分自由という社会的利益が、受益者等の個人としての重要な人

生選択に過度の影響を与えるリスクを上回らない範囲で認められる」と一定の制約を課している。

### Ⅲ 家族信託を巡る米国の法制 受託者規制を中心として

#### 1 米国の信託法体系について

米国では、各州毎に、判例法のほか、財産法の一つとして独自に信託法が制定されている。例えば、NY州法では、Estate, Powers & Trustsがこれに対応する。

これに対して、連邦レベルにおいては、このような各州ごとの法を編集することにより、全米で統一的な信託法ルールを確立するための動きが、以下の2つの機関においてなされてきた。

##### (1) American Law Institute (ALI)

1923年に設立されて以来、各州の判例法内容を集約したリステイトメント<sup>13</sup>を制定しており、信託法の分野においては、1990年に信託第三次リステイトメントが採択された<sup>14</sup>。

##### (2) The National Conference on Commissioners for Uniform State Laws (NCCUSL)

各州から選出された300人以上の法曹関係者からなる機関で、1892年に設立されて以来、統一モデル法を制定し、各州において採択されることを目的としてきた。同機関は、各州の信託法は各々共通性が少なくかつ内容的にも十分でないと考え、国家レベルでのモデル法を採択してきた。以下、主要なものをあげる。

##### (ア) 統一信託法典 (Uniform Trust Code : UTC)

信託についての包括的基本法典として2000年に採択され、2001年、2003年及び2005年に改正が行われた。以下の11のパートより構成される<sup>15</sup>。

第1編 総則及び定義

第2編 司法手続き

第3編 代表

- 第4編 信託の設定、有効性、変更及び終了
- 第5編 債権者の請求権、浪費者信託条項及び裁量信託
- 第6編 撤回可能信託
- 第7編 受託者の地位
- 第8編 受託者の義務と権限
- 第9編 統一プルーデント・インベスター法
- 第10編 受託者の責任及び信託との取引相手の権利
- 第11編 雑則

本論稿執筆時点（2007年12月）においてUTCを採択した州は、カンサス州、ネブラスカ州、ワイオミング州、ニューメキシコ州、コロンビア特別区、ユタ州、メイン州、テネシー州、ニューハンプシャー州、ミズーリ州、アーカンサス州、バージニア州、サウスカリフォルニア州、オレゴン州、ノースカリフォルニア州、アラバマ州、フロリダ州、オハイオ州、ペンシルバニア州、ノースダコダ州の20州である<sup>16</sup>。ニューヨーク州、カリフォルニア州、マサチューセッツ州といった信託制度が活発に用いられる州においてはまだ採択されていないようである。ニューヨーク州法を専門とする現地の弁護士によると、ニューヨーク州が統一信託法典を採択していない理由を確認したところ、ニューヨーク州の信託法は、既にUTCに含まれるものと基本的に同様の規定を含んでいるのみならず、UTCよりもさらに発展した規定が確立されているため、あえてUTCを採用する必要がないとの返答があった。例えば、前者の例としては、撤回不能な信託として設定された信託であっても受益者の同意があれば撤回可能とすることができるという規定がUTCに含まれているが、ニューヨーク州信託法では、かなり以前から当該規定が整備されており、後者の代表例として、ユニトラストにかかる州法（State Unitrust Law<sup>17</sup>）が挙げられる。

（イ）統一受託者権限法（Uniform Trustee Powers Act）（1964）

受託者の権限を定めたもの。16の州により採択されていたが、現在は、UTCの815、816及び1012に吸収された。

（ウ）統一プルーデントインベスター法（Uniform Prudent Investor Act）（1994）

受託者の信託財産運用のルールを定めたもので、マサチューセッツ州、カリフォルニア州を含む46州で採択されており、広く受け入れられている<sup>18</sup>。他方、信託法の包括的法典化を企図し、UTCの第9編は、この統一プルーデントインベスター法をそのまま収録してい

る<sup>19</sup>。同法は、受託者の投資決定にあたり、現代的なポートフォリオの利用を許容するものである。すなわち、受託者のパフォーマンスは個々の投資の状況ではなく、ポートフォリオ前提の状況によって判断されるべきとするルールを定めている。同法については、後記2. (1) も参照されたい。

#### (エ) 元本及び収益にかかる統一法 (Uniform Principal and Income Act: UPIA) (1997)

1931年と1962年のUniform Principal and Income Actの旧法につき1997年に改訂され、2000年に改正された。ニューヨーク州、カリフォルニア州、マサチューセッツを含む42州で採択されている<sup>20</sup>。信託財産の元本と収益(元本受益者と収益受益者)の調整にかかる受託者ルールを定めたもので、撤回可能信託等の新しい制度への対応、並びに統一ブルーデントインベスター法に適應するルール規定を目的として、旧法が改定された。

なお、UPIAで定められた信託財産の投資収入の元本と収益への配分についての受託者の裁量権限は明確性に欠けると指摘されており、この点を具体化する目的で、複数の州において、州法(ユニトラスト法)が定められている。

#### (オ) 統一財産管理信託法 (Uniform Custodial Trust Act : UCTA)

1987年に、低廉なコストで簡便な手続きで信託を設定することを可能にするために制定され、現在はマサチューセッツを含む19州で採択されている<sup>21</sup>。同法により設定される信託の特徴として、①受託者の権限や義務を含めた信託に関するすべての権利関係はUCTAにより規律されること、②管理信託は受益者の意図により存在するものであり、受益者は自己の受益持分を解約する権利を有すること、③受益者が収益の支払いを受託者に指図できること、④受益者が受託者に信託財産の運用管理を指図できること、⑤受益者が無能力となった後は、受託者が忠実義務に基づき裁量を有する信託として継続するため、信託財産管理の目的で、後見人(conservator)を選任する必要がないこと、⑥受益者は受託者に対して、受益者の死後に受益者が希望する方法により信託財産を分配するように書面により指図できること、⑦かかる書面は受益者が一人でないかぎり遺言とはみなされず、配当は検認を要しない財産の移転と扱われることが挙げられる。以上のように、UCTAにおける信託の特徴は、受益者が権限を有することであり、このような性質が、「管理信託(Custodial Trust)」と呼ばれる所以である。当該信託は、手続きが簡便で、コストも低廉で、あらゆる財産を信託財産とできる観点から包括的であるといった性質を有する。したがって、富裕層でない一般の層が、自己の将来の無能力や死亡後の財産管理の手当てを行うために、

手軽に利用する目的で用いることが想定されている<sup>22</sup>。

## 2 受託者となる場合の参入規制について

米国における信託業にかかる法規制は、各州により法律が異なるため、一義的ではない。各州の規制を概観すると、ニューヨーク州においては、日本の信託業法と異なり、個人及び法人を含めた広範な主体が信託を営業として行うことについての参入規制は存在せず、個人が営業として信託を行うことを禁止していない<sup>23</sup>。これに対しカリフォルニア州など一定の州においては、個人を主体とする場合と法人（信託会社および信託銀行）を主体とする場合において、各々、参入規制がおかれている。この点、個人については、親族関係以外の信託を3以上受託した場合に、職業的個人受託者（Professional Private Trustee）として登録する旨の定めは存在するが、やはり営業として信託を行うことは禁止されていない。これに対し、イリノイ州やネバダ州等においては、日本と同様に、個人及び法人を含め、営業として信託を行うことについての参入規制が存在するが、弁護士や会計士等が職務として行う場合などについては明文の除外規定が手当てされている<sup>24</sup>。

### （1）受託者の行為規制及び責任規定

受託者の主な信託義務（Fiduciary Duty）としては、利益相反及び自己取引禁止を含む忠実義務、分別管理義務、注意義務、自己執行義務があげられる。

#### （ア）忠実義務について

このうち、忠実義務の具体化としての利益相反規制にかかわるニューヨークでもっとも有名な判例として、マーク・ロスコーのギャラリーに関する判例<sup>25</sup>が挙げられる。当該判例では、受託者が信託財産である絵画を受託者自身が関与するギャラリーに販売委託し、短期間に販売したことにつき忠実義務違反を問われたものであるが、忠実義務違反の損害賠償責任を算出するに際し、信託設定時の信託財産である絵画の価額ではなく、裁判時の信託財産の時価を基準に賠償価額が認定された。本事件はNYタイムズでも取り上げられ大変話題になった。信託財産である絵画の時価が裁判時には急騰していたので裁判時点における時価での損害賠償は受託者に大きな負担となったものであり、受託者に課される損害賠償責任を表す非常に重要な判例である。



(イ) 注意義務について

注意義務を具体化したものとして、投資に関する合理的ルール（プルードント・インベスター・ルール）が第三次リステイトメントで採択され、さらに、統一プルードントインベスター法が規定された。当該ルールにより、全体のポートフォリオで分散投資が図られていればその中で投機性の高い株式への投資が含まれそれにより損害を被った場合に受託者は必ずしも信託義務違反を問われず、逆に、一つの会社の株式への投資に集中させた場合に損害を被った場合には受託者責任を問われるリスクがあるといった基準が示されている。

(ウ) 自己執行義務について

自己執行義務については、第二次リステイトメントに代表される米国の伝統的ルールの要点は以下のとおりである。

- (i) 委託者は受託者個人を信頼し、受託者自身に信託事務を行ってほしいと考えて信託設定を行ったのであるから、原則受託者自身が信託事務を執行すべきである。
- (ii) 自己執行義務の例外とされるのは、委託者が別段の定めをおく場合と事務の内容が非裁量的な場合に限定される。
- (iii) 委任が認められる場合、受託者は代行者について選任監督上の義務を負うが、代行者自身の故意過失による損害について責任を負わない。
- (iv) 委任してはならないのに委任してしまった場合、その結果生じた損害につき受託者はすべての責任を負う。
- (vi) 受託者の外形だけをみて自己執行義務に違反することだけ立証できれば、受託者義務を問うことができる。

この点、1990年信託法第三次リステイトメントにおいて、以下のとおり、自己執行義務が緩和された。

- (i) 委託者は受託者の厳格な自己執行義務を要求するのではなく、効率的な管理運用のためには委任も可能とするという認識に立ち、「受託者は、合理的な人 (Prudent person) であれば信託事務の執行の責任を他人に委任することができ、誰にいかなる形で委任するかについては、受託者としての裁量を行使し、同様の状況において合理的な人が行動するように行為する義務を負う。
- (ii) 受託者は代行者について選任監督上の義務を負うが、代行者自身の故意過失による

損害について責任を負い、委任してはならないのに委任してしまった場合、その結果生じた損害につき受託者はすべての責任を負うというルールは同一であるが、(i)により委任できる範囲が広がったため、選任監督上の責任に限られる場合がほとんどとなった。

(iii) 委任の是非の判断もプルーデンスとしての注意義務の判断となり、立証が必ずしも容易でなくなった<sup>26</sup>。

この点、従来のルールの元では、受託者が個人で十分に投資の判断能力を持たない場合においても、投資会社への投資ができないケースなどにおいて、問題点として指摘されていた。プルーデント・インベスター・ルールの適用後は、個人が受託者となった場合に、運用業務につき投資アドバイザーを採用するようになった。しかしながら、依然、受託者は何でも委任できるわけではなく、委託者は受託者の能力を信用して信託したものであることに鑑み、州法等で委任についての制限規定がみられる。

例えば、NY州法(11-2.3(c))においては、以下のとおり規定されている。

- ・原則として、信託契約で明示されないかぎり、受託者の権限、責任を委任することはできない。
- ・信託財産の投資及び管理にかかる信託事務につき、委任先の投資能力を含めて適切と判断される場合に委任が可能。
  - a) この場合、受託者は次に掲げる事項に注意、技能、配慮を払わなければならない。
    - i 委任先の選任
    - ii 信託契約に適合するように委任の範囲と条件をきめること。
    - iii 委任先が委任の範囲と条件を遵守しているかその執行状況を定期的に審査すること。
    - iv 委任によるコスト全体を統括すること。
  - b) 委託先は、受託者および信託に対し、委任任務の執行にあたり委託の範囲及び条件を遵守するよう、合理的な注意、技能、配慮を払う義務を負う。
  - c) NY州法が適用される信託につき委任を受けたものは、NY州法の管轄に服する。

## IV 我が国における家族信託の活用ニーズ

我が国における将来的な家族信託の発展に向けて検討すべき点をいくつか論じたい。

まず、米国では遺言代用の生前信託として“撤回可能生前信託（revocable living trust）”の利用が盛んであるのは前記のとおりである。すなわち、委託者が信託財産の支配権を留保していることから、税法上は信託としての取扱いはなされないものの、遺言検認制度のデメリット（多額の費用、期間、公示によるプライバシーの公開など）から逃れるため、遺言作成に代えこの種の信託の設定が広範に行われている。これに対し、我が国においては、米国のように、遺言検認制度を避ける目的での家族信託の活用ニーズは存在しない。

しかしながら、冒頭記載の通り、我が国においても、信託は、設定当事者が死亡、あるいは意思能力を喪失しても終了せず、裁判所も関与の下で将来の環境変化にも柔軟に対応可能であるなどといった長期間の財産管理に適した利点から、高齢化社会において、意思能力、管理能力を十分有しなくなった高齢者の財産管理及び財産承継の手段として、個人信託の活用が期待されているところである<sup>27</sup>。例えば、我が国には、財産管理能力の減退した高齢者の財産管理のための制度として、成年後見制度が存在するが、保佐や補助レベルの場合には、本人自身に財産処分権があるため、本人による財産処分により財産が損なわれるリスクがあるため、受託者のみが処分権を有する信託の利用の必要性が指摘されている<sup>28</sup>。

## V 我が国における家族信託を巡る法制のありかた

### 1 新信託法

平成19年9月30日に施行された信託法のもとの、我が国における家族信託のための活用可能性につき、検討したい。

## (1) 遺言代用信託としての活用法

まず、受益者を指定し又は変更する権利についての基本ルールを定めた上で（信託法89条）、①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定めのある信託、又は②委託者の死亡の時以降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においては、信託行為で別途定めるほか、委託者が受益者を変更する権限を有するものとし（信託法90条1項、2号）、上記②の信託については、委託者が死亡するまでは、信託行為で別途定めるほか、委託者が死亡するまでは受益者としての権利を有しないとした。

当該規定は、我が国においても、遺言代用信託、すなわち、委託者となる者がその財産を信託して、委託者生存中の受益者を委託者自身とし、委託者死亡後の受益者を配偶者や子などと定めることにより、自己の死亡後における財産の分配を信託により実現しようとするものであり、生前行為によって自己の死亡後における財産の分配を図るという点において、生前贈与と類似する機能をもたせたものである。生前贈与においては、遺贈に関する規定が適用され、委託者は、自己の死亡後の受益者をいつでも自由に変更することができる。したがって、遺言代用信託においても、原則として、委託者に受益者変更権を付与した（90条1項）。さらに、90条1項①の信託においては、受益者となるべき者として指定された者は委託者の死亡時までそもそも受益権を取得しないのに対し、②については、委託者の死亡前から受益権を取得することになるので、委託者が信託を変更し、又は、終了させるにあたって原則として受益者の同意が必要となり（149条、164条）、かかる建付けは遺言代用信託を設定した委託者の通常の意味に沿わないと考えられることから、90条1項②の信託について、信託行為に別段の定めがない限り、委託者が死亡するまでは受益者としての権利を有しないこととした。なお、90条の信託においては、委託者が死亡するまで受益者としての権利を有する受益者が誰も存しない場合がありうるがため、受益者に代わって委託者に受託者に対する監督的権利を付与する目的で、信託行為に別段の定めがない限り、受益者が存在する通常の信託の場合に比べて、委託者の受益者に対する監督上の権利、及び受託者の委託者に対する通知等の義務が強化された（148条）<sup>29</sup>。

このように、遺言代用信託としての基本的遺言にかわる信託についてのルール整備が提案された点は注目すべきところであるが、さらに検討を要すべき部分が多いといえる。

第一に、遺言代用信託においても、遺留分減殺請求の対象になると考えられるところ、遺

留分を侵害する受益権をどのように評価すべきか、という点が問題となる<sup>30</sup>。

第二に、前記のとおり、我が国においては、米国のように、検認制度を回避の目的で遺言のかわりに信託を用いるというニーズはないところ、遺言の代用として信託が用いられるニーズが果たして存在するか、という点である。この点、遺言においては無効といわれている、「後継ぎ遺贈型の受益者連続信託」(91条)が信託により可能となる点に、財産承継手段としてのニーズが認められるように思われる。

第三に、前記のとおり、米国でかつて信託としての法的有効性に問題となったような、信託設定時点において設定者自身が信託宣言により受託者兼受益者となり、設定者が意思無能力になった後は第三者が受託者として設定者にかわって財産を運用管理するように指定し、さらに、設定者の死亡後は資産を相続させたい者を受益者に指定する仕組みが我が国の信託法のもとでも許容されるのか、という点である。信託法は、信託宣言を許容しているが(3条3号)、受託者が受益権の全部を固有財産で有する状態が1年間継続したときに信託は終了するとしている(163条2号)。この点、90条1項2号の遺言代用信託においては、上記の通り、委託者の死亡前から受益権を取得することになることから、委託者が信託宣言により受託者兼生前収益受益者となる90条1項2号の信託は、163条2号の適用を受けず、信託法上も許容されるようにもみえる。しかしながら、このような信託が、委託者兼受益者を監督するものがないという点や、委託者の生前は信託設定前後において、実質的に財産の支配権に何ら代わりがないようにもみえ、信託の本質から果たして許容されるのか、という点が問題となろう。

## (2) 遺言代用信託としての活用法

民法の通説においては、後継ぎ遺贈は否定的に解釈されている。

これに対し、信託法は、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ものが受益権を取得する旨の定めを含む。)のある信託は、当該信託がされたときから30年を経過した時以後に現に存する受益者が当該規定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した(91条)。すなわち、旧法のもとでは議論のあった、後継ぎ遺贈型の信託の有効性につき、存続期間に制限を加えたうえで、明文で認めた。

上記の通り、後継ぎ遺贈型の信託は、遺言に変わる将来の財産承継手段としてニーズを有するものであるが、遺留分の算定や減殺請求権の行使等につき実現にあたってさらに検討すべき課題を有する<sup>31</sup>。

## 2 信託業法

### (1) 信託業の適用除外

信託業とは、信託の引受けを行う営業をいうとされているが（信託業法2条）、公共工事の請負者が保証事業会社の保証の下に地方公共団体から支払を受けた前払い金について地方公共団体と請負者との間の信託の成立が認められた事例（最一小判平14. 1. 17）や、会社の資産の全部又は一部を債務整理事務の処理に充てるために弁護士に移転させた場合に、信託の成立があり得るという補足意見（最一小判平15. 6. 12）もあるとおり、単に信託契約を締結する場合以外にも、他の契約に付随して金銭の預託等を行う場合に、時に当事者間でも予期せぬ形で信託が成立することがある。

このような場合にまで、信託業法を適用するのは妥当でないことから、信託業法は、信託業から適用除外される類型として、政令において、弁護士が委任契約に付随して費用の預託を受ける場合や、請負人が請負契約に付随して金銭の預託を受ける場合等、他の契約に付随して金銭の授受を行うような場合を規定している。

なお、改正前の信託業法においても、ここで適用除外とするような類型について、信託業法の適用対象としていたものではなく、本条項の改正は、解釈の明確化を図った確認的な改正といえる（信託業法第2条第1項、同施行令第1条の2）。

### (2) 高齢者の財産管理/財産承継を目的とする信託における信託業法の適用

上記のとおり、現行の信託業法のもとでは、高齢者の財産管理/財産承継を目的とする信託においても、政令で規定される限定的な場合を除き、原則として、反復継続して引き受けが行われる場合には、信託業法の適用があるといえる。この点、現行の信託業法においては、参入要件が厳しく、米国と異なり、例え弁護士等の有資格者であっても、個人を担い手とすることは許容していない。現在、高齢者の財産管理/財産承継等の福祉型信託の利用を拡大する趣旨から、信託業法における受託者規制の有り方につき議論が進められてい

る。我国の信託法制においては、信託法では、私的自治の観点から、善管注意義務、忠実義務、信託事務の第三者委託といった受託者の義務規定の任意規定化を図る一方で、信託業法において、受託者と利用者間の情報力等の格差から、善管注意義務の水準を当事者間の契約に委ねると、受託者に過度に有利な契約となり、利用者保護が確保されない可能性があることに鑑み、受託者義務を強行法規として維持する等手当がなされている。したがって、より低廉なコストで高齢者の財産管理/財産承継等の信託を利用可能とする目的等における受託者の拡大のニーズは存在するものの、利用者である高齢者等の保護の観点から、安易に信託業法の適用除外の幅を広げることのないよう配慮が必要と考える。

## VI 終わりに

2007年9月30日に施行された信託法においては、高齢者の財産管理/承継のための信託利用の発展のための法整備がなされたが、上記の通り、さらなる検討課題が残されている。この点、個人信託が発達した米国の法制は今後も参考となるであろう。特に、統一財産管理信託法の概念は、我が国における高齢者の財産管理/承継目的での信託の幅広い普及のために、取り入れるべき点が多いと思われる。

もっとも、米国では社会的ニーズや州の政策的目的をまず優先した形で信託制度が構築されており、法理論的には信託として認めることに疑問が残る信託も採用されている点や、検認を避ける目的での遺言代替としての利用といった我が国とは異なるニーズのもと普及した点や、遺留分や受益者課税など、個人信託が広く用いられるにあたっての我が国独自の解決すべき課題などもあることから、日本特有のありかたを検討していく必要がある。

[注]

- 1 Case and Text on the Laws of Trusts, seventh edition, page 567 (Foundation Press,2001)
- 2 N.Y. Est. Powers & Trusts Law, § 7-1.9 Revocation of trusts
- 3 撤回可能信託の目的については、ハウザー/新井・岸本共訳「米国における今日の家族信託 (Family Trust) の利用状況」信託224号35-36頁 (2005年) 及び大塚・樋口編「現代アメリカ信託法」の「第5章 撤回可能信託」(沖野) (有信堂2002年) が詳しい。本稿Ⅱ 1 (2) もこれらを参照したものである。
- 4 大塚・樋口編「現代アメリカ信託法」(沖野) 92頁 (有信堂2002年)
- 5 大塚・樋口編「現代アメリカ信託法」(沖野)94頁(有信堂2002年)。(Dukeminier&Joanson,Wills,380-90からの引用。)
- 6 大塚・樋口編「現代アメリカ信託法」(沖野) 94頁 (有信堂2002年)。(Shaffer&Mooney,Supra,3 note 4, at 319からの引用。)
- 7 Farkas v. Williams (Supreme Court of Illinois, 1955. 5 I11.2d 417, 125 N.E.2d 600.) Case and Text on the Laws of Trusts, seventh edition, (Foundation Press,2001)
- 8 ハウザー/新井・岸本共訳「米国における今日の家族信託 (Family Trust) の利用状況」信託224号43頁 (2005年)
- 9 SATAS・不動産フォーラム米国信託業務視察団「アメリカの信託業務の現状と我が国への示唆」(2005年) の27頁によると、同社の運用資産総額は、20億ドル (約2200億円) で、ロックフェラー家のものが40%外部からの受託が60%、運用対象は、主として株式運用とのことである。
- 10 ハウザー/新井・岸本共訳「米国における今日の家族信託 (Family Trust) の利用状況」信託224号40頁 (2005年)
- 11 以下は、米国某信託会社の富裕層向け商品紹介パンフレット、前掲SATAS、不動産フォーラム米国信託業務視察団103~115頁及びハウザー/新井・岸本共訳前掲の記載情報に基づく。
- 12 消費者信託: Beneficiary (受益者) の生活を保護するため、意思能力の有無を問わず受益者自身による受益権の処分を禁止する一方で、同人の債権者による受益権に対する強制執行を禁止または制限する信託。田中英夫編「英米法辞典」800頁 (財団法人東京大学出版会1991)
- 13 リステイトメント: アメリカ法の主要分野のうち判例を中心に発達した諸領域をとりあげ、法域によって立場が異なる点については、その内容を検討し、法域の数よりも当該準則の合理性を重視しつつ取舍選択し、これを条文の形にまとめ、かつ説明 (comment) と例 (illustration) を付したものの。American Law Institute (アメリカ法律協会) から各分野の第一人者がreporter (起草者) に委嘱されて案を作成し、これに基づいてadvisorsついでcouncilが検討を加えてtentative draftが作られ、このtentative draftを全体で討議したうえ採択する。法源としての拘束力はないが、実際に当事者により、また裁判所によってよく引用され、間接的にはあるがアメリカ法の統一に一定の役割を果たしている。(田中編「英米法辞典」727頁)
- 14 信託法については、1935年に第一次リステイトメントが、1925年に第二次リステイトメントが作成され、第三次リステイトメントの一段として、Restatement of the Law Third, Trusts, Prudent In-



vestor Ruleが1990年に採択され、1992年に刊行された。邦訳として、早川眞一郎訳「米国信託法上の投資ルール」(学陽書房1996年)。

- 15 大塚・樋口編「現代アメリカ信託法」10頁(有信堂2002年)。同書の巻末にUTCの邦訳が掲載されている。
- 16 <http://www.uteproject.org/utc/DesktopDefault.aspx>より情報を入手。
- 17 このユニットラストにかかる州法は、UPIAで定められた、信託財産の元本と収益への配分につき一定の範囲で付与された受託者の裁量権限をより具体化して定めたもの、すなわち、信託財産の時価総額の4%に該当する財産の範囲で受託者はこのような配分の裁量を有すると規定したものである。なお、当該規定は任意規定であり、信託設定者が望まない場合には信託契約において否定することも可能である。
- 18 [http://www.nccusl.org/Update/uniformact\\_factsheets/uniformacts-fs-upria.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upria.asp)より情報を入手。
- 19 大塚・樋口編「現代アメリカ信託法」140頁(有信堂2002年)
- 20 [http://www.nccusl.org/Update/uniformact\\_factsheets/uniformacts-fs-upia.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-upia.asp)より情報を入手。
- 21 [http://www.nccusl.org/Update/uniformact\\_factsheets/uniformacts-fs-ucta.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ucta.asp)より情報を入手。
- 22 [http://www.nccusl.org/Update/uniformact\\_why/uniformacts-why-ucta.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_why/uniformacts-why-ucta.asp)  
[http://www.nccusl.org/Update/uniformact\\_summaries/uniformacts-s-ucta.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_summaries/uniformacts-s-ucta.asp)  
新井誠編「高齢社会とエステイト・プランニング」255～257頁  
記載の情報に基づく。
- 23 なお、米国では、弁護士が受託者として指名されることが多い。この点、ほとんどの州において、エステイト・プランニングを担当する弁護士が自らを受託者に指名するよう提案することは禁じられているが、顧客側からの要請があれば受託者となることが可能である(バーバラ・R・ハウザー、新井誠共訳「米国における今日の家族信託の利用状況」信託224、40頁)。
- 24 ○米国イリノイ州信託業法  
(205 ILCS 620/1-5.13)  
Sec. 1-5.13. Trust business. "Trust business" means the holding out by a person to the public by advertising, solicitation, or other means that the person is available to act as a fiduciary in this State, or the accepting or undertaking to perform the duties of a fiduciary as a significant part of its regular business. (Source: P.A. 89-364, eff. 8-18-95.)  
②(205 ILCS 620/2-4.5)  
Sec. 2-4.5. Exemptions. For the purposes of this Act, a person does not engage in the trust business by:  
(1) the rendering of fiduciary services by an attorney-at-law admitted to the practice of law in this State; (以下、省略)
- 25 Matter of Rothko,s Estate (N.Y.1977)
- 26 「アメリカ信託ノートⅡ」109から117頁
- 27 新井誠編「高齢社会における信託と遺産承継」(日本評論社2006年)269頁以下。

- 28 小野・深山編「新しい信託法解説」（三省堂2007年）58頁以下
- 29 寺本「逐条解説新しい信託法」256頁以下。（商事法務2007年）
- 30 前掲小野・深山編262頁、天野他編「一問一答改正信託法の実務」251頁（経済法令研究会2007年）
- 31 前掲小野・深山編263頁以下、前掲天野他編256頁以下。



民事信託の担い手をめぐる法的考察  
——米国の民事信託をめぐる状況と  
わが国への示唆

杉 浦 宣 彦

# 目 次

- I はじめに
- II 米国民事信託の状況について
- III 米国民事信託の担い手と規制
- IV 米国民事信託の変容と担い手への影響
- V わが国への示唆——民事信託発展の可能性と担い手論について
  - 1 新たな参入者の必要性
  - 2 公益信託との違い

## I はじめに

高齢化社会が急速に進むわが国において、高齢者の生活の安定のための財産管理・運用の仕組みをどのように構築するのかが重要な問題になってきている。

おりしも、政府の金融審議会第二部会（金融庁）では、信託法ならびに信託業法改正時における国会の付帯決議に基づき、「福祉信託」という言葉をキーワードに、高齢者や身障者等の社会的サポートが必要な層に対する生活の維持のために信託が活用できないかというポイントから、そのニーズや公益信託の今後の動向を見極めながらではあるが、信託業法の改正に関する議論をスタートさせている。そのことを背景に、本稿は、福祉信託実現の前提として、民事信託の担い手拡大の方向性について、過去に数回行った米国内でのヒヤリング調査等の結果を交えながら、米国の民事信託の状況を踏まえつつ、若干の検討を行い、わが国への示唆を探ることを目的としている<sup>1</sup>。

## II 米国民事信託の状況について

米国においても、信託が幅広く活用されている部分は、やはり資産流動化の部分や年金信託のような、いわゆる商事信託部分での活用が金額面では大きなウエイトを占めていると言われている<sup>2</sup>。対照的に額面は、大きくはないが、米国では長く信託は、一般市民の生活で活用されてきた。特に遠隔地にある財産の管理、金融資産を含めた包括的な財産信託（遺言信託や生前信託）がある。このうち、生前信託はわが国における成年後見制度の代替のような形で、家族間のつながりが、わが国と比較しても薄い米国で一般にも広く活用されているが、信託制度を活用するかどうかは、相続税の税率と関係がある。カリフォルニア州など比較的相続税の高いところでは、信託にすることで、相続税の支払いを低減化させることができることから、中間層でも広く活用されているのに対して、相続税がそれほど高いわけではないニューヨーク州では、活用事例数はそれほどでもないようであり、信託というとイコール税の問題との関連性が米国で強く指摘されるひとつのゆえんにもなっている。（また、この生前信託は、家族間の相続、財産分与等、個人あるいはその家族によ

る信託の利用を意味していることから、「家族信託 (Family Trust)」とも称される。

上述のように、わが国では、「福祉型信託」という言葉が国会の付帯決議で登場してから、その定義や範囲について様々な議論が行われているところであるが、直訳的にWelfare Trustといえるようなものは米国には存在しない。ただし、“Special Needs Trust”（「特別支援信託」）と呼ばれるタイプの信託は存在する。これは、連邦法上の「政府の福祉プログラム補足のための信託」であり、特別支援信託に属する信託財産は、障害者である受益者の自己名義には含まれず、「自己保有財産が一定以下であること」という福祉プログラムの需給条件を充足でき、それを受け続けられるようにすることに意義があるとされるものである。一種の政府の低所得者向けの社会福祉制度の一環であることから、福祉援助を受けられるための条件が詳細に決められており、柔軟性に欠く形態になっている。加えて、通常の福祉援助プログラムの補強という位置づけであるために、小額での支払（年3～5万ドル程度）にとどまるのが現状である。そのため、このSpecial Needs Trustについては、実務において信託サービスを提供している金融機関や個人（弁護士等も含む）においても、信託制度としてではなく、社会福祉制度の一環であると解釈されている。

### Ⅲ 米国民事信託の担い手と規制

米国における民事信託の主要な担い手は、これまで金融機関（主に銀行）や個人（弁護士等も含む）が一般的であった。金融機関は、国法銀行であれ、州法銀行であれ、信託業を営む場合は、通常の銀行免許に加え、信託業を行うことについて、業を実際に行う州の州政府が州法に基づいて追加的に許認可を受けることによって、信託業を兼営できることになる。これらの信託兼営銀行は、単に狭義の信託業務だけでなく、遺言執行や後見人などの広義のfiduciary business（信認業務）を行っている。また、預金業務等を行わない、いわゆる純粋な「信託会社」もある。信託会社に関しては、その顧客の多くが富裕層を中心にした顧客で、実質的にはプライベートバンクと同じような業務を行っている。ただし、その大多数は、有力国法ならびに州法銀行の子会社である場合が大半であり、独立系は比較的少数である<sup>3</sup>。

また、マサチューセッツ州等、ごく少数であるが、伝統的に弁護士が信託業の中核を担っ

てきた州（とりわけボストン市内の法律事務所）もあるが、抱えている金融資産の受託も含めたかなり幅広い内容の信託案件で、かつ、金融資産という専門性の高いものを取り扱う場合は、弁護士法人（LLP）が別途、信託会社ないしは金融会社を立ち上げ、州法の規制のもとで、信託業務を営んだり、信託財産の投資を行っているケースもある。

このような担い手に関して、規制の枠組みは以下のようにその担い手のタイプにより分けられる<sup>4</sup>。

### ①信託兼営銀行

信託兼営銀行のうち、国法銀行の監督機関は、OCC（連邦通貨監督局）であり、「国法銀行における受任者業務：実務・手続きルール」（通称：レギュレーション9）<sup>5</sup>に依拠した形で監督が行われている。州法銀行もこれに準じた形で規制を受けており、基本的には、国法銀行であるか州法銀行であるかに大きな規制上の違いはない<sup>6</sup>。レギュレーション9では、定義規定のほか、参入規制、監督体制、違反が発生した場合の措置などが定められているが、その中心は、行動規制であり、各金融機関が信託義務を果たすための業務方針及び手続きを明示的に作成させ、その際に、信託勘定の検査義務、記録作成保存義務、監査義務、分別管理義務や合同運用などを行う際の義務が列挙されている。規制の中心は、自己取引や利益相反の問題に置かれているが、その規制の詳細な内容については、さらにOCCが作成しているハンドブックを参照する必要がある。OCCでは、信託業務をFiduciary Capacity（受託者能力）の定義規定のなかで広く解釈しており、受託者としてなしうる事柄を広く業務範囲として網羅しており、さらにそれに対する詳細な規制については、通常、以下の6つのハンドブックで信託業務をカバーしているとされる。Asset Management, Collective Investment, Conflict of Interest, Custody Services, Investment Management, Personal Fiduciary Services<sup>7</sup>。

### ②信託会社

これに対して、信託会社が米国では存在するが、これらはすべて、州法（その大半は、各州法における金融機関法の部分に「信託」のパートがあり、そこに参入要件や監督当局への報告義務等も含めた規制法的な条項が入っている場合が多い。）でその設置が認められているが、規制権限が州金融機関局長（もしくは銀行局長）にあり、参入制限に関する規



制のみならず定款記載事項、ガバナンス、合併・営業譲渡等も含めた内容が細かく定められている。(銀行ではないので、参入要件の中でも資本金部分についての規制は、受託予定財産の規模に左右されるものの、低めに設定されている。) 信託会社には、fiduciary businessの担い手として広く信託業務が認められているが、この場合の信託業務とは、「受託者として幅広い信託業務を行うこと」が認められていることを意味しており、受託者として不動産や動産の管理や遺産管理人業務、財産管理後見人等として行為することが定義されているのが一般的である。規制の詳細については、やはりOCCのハンドブックが活用されており、信託会社の規制の枠組み自体は、信託兼営銀行に準ずるような枠組みで設定されている。

### ③個人

商事信託中心と思われがちだが、もともと、米国でも、信託は信頼できる知人を受託者とし、家族のためのものであったことを背景にして、上述のように弁護士を中心に、個人が受託者として複数の信託案件を引き受けているケースが多々見られる。関与している部分としては、財産管理や生前信託などが主要なものになるが、複数の信託案件を抱えていても、これらの弁護士を含む個人に対する業規制があるわけではない。というのも、信託の場合は、委託者・受託者・受益者の三者間、特に受託者と受益者の間の信託関係<sup>9</sup>が中心的部分であり、それ以外では、受託者とその信託財産のために受託者が第三者との間で行う契約関係等をふくむ法律関係がどのようになっているかが、問題とすべき私法上の関係であり、従来より、この私法上の関係に大きな問題が生じた場合には、裁判所<sup>9</sup>という公権力が関与するものの、あくまでも私法の枠内で処理されてきた経緯がある。

したがって、業を行っている状態、すなわち、いわゆる営業信託(場合によっては商業信託)を行っている状態と判断されるのはどこからなのかがポイントになる。この判断ポイントには成文法上の明確な線引きは見られず、また、個人受託者に対する特別な規定が各州ごとにあるわけではなく、さらに現行法上では、銀行や信託会社のように特別な規制法の下にあるわけでもない。あくまでも個別の契約のもとに営まれているのが現状のようである<sup>10</sup>。

## IV 米国民事信託の変容と担い手への影響

上記のような規制の枠組みの下で、米国の民事信託が営まれているわけだが、ここ10年の間に、状況に変化が見られるようになってきている。

民事信託が元々、個人財産の管理・保全が主たる目的であったことを背景に、従来、その受託財産の多くは、不動産であり、また、金融商品が信託財産にあったとしても、連邦債等、比較的安全性の高いもののみであったことから、受託業務についても「管理」の部分に重きが置かれていたように思われる。それに対して、近年においては信託財産の内容に株等も含めた金融資産の比重が増えてきたこと事に加え、不動産も含め投資目的の資産の比重もふえてきていることから、単なる管理・保全だけではなく、運用の重要度が増大化してきた。さらに、それぞれの信託財産の管理・運用方法も多様性を増しており、より専門性が求められてきている<sup>11</sup>。そんな中、この数年、米国内でも、弁護士を含む個人の受託者による信託財産の使い込みや専門性の欠如からくる財産の売買タイミングのずれによる信託財産価値の下落等が発生する事例が目立ってきており、その際（損失発生時）の責任・負担問題をどう考えるかがクローズアップされるようになってきていた。

結果、（明確な統計はないがヒヤリング調査等からの結果から）現在では、弁護士等を含む個人が包括的な財産管理信託を受託するケースは年々、減少傾向にあり、逆に信託兼営金融機関の受託するシェアが一般的には増加してきているようである<sup>12</sup>。また、不動産の承継目的などの管理型については、継続的に弁護士等が受託し、金融資産については、専門家である金融機関が受託するような分野別の受託（「分散型」）や弁護士と金融機関とで、共同受託を行うケースも広く行われるようになってきている。

さらに弁護士が負っていた個人向け信託業務もその最近の契約内容の詳細をそれぞれ見てみると、決して信託法理だけでは構成されておらず、代理や委託といった他の民法的な要素を織り込んだ形で構成されており、それらは、それぞれの財産の性質や登記・登録の方法、さらには、税制面でのポイントなど、様々な部分を織り込んだ、テーラーメード形のものであり、その意味では、契約の中においてもわが国でとかく議論されがちな信託とその他の法理との線引きは必ずしも明確化されておらず、契約法理のもと、受託者のやるべき範と責任範囲ならびに義務が明示されている、複合的財産管理（運用）契約となつて

おり、まさにEstate Planningといえるような形になっている<sup>13</sup>。

## V わが国への示唆——民事信託発展の可能性と担い手論について

### 1 新たな参入者の必要性

米国でも、民事信託は比較的所得の高い層向けの財産管理のツールであるといえる。それは、金融ビジネスの世界においては、わが国で散見されるようになってきた、いわゆるプライベートバンキングサービスの範疇に入るものであり、近年の金融商品の多様性・複雑性から考えると、専門性の高さが要求されるものであり、おのずから金融機関の行うビジネスに該当するものと言え、米国において、個人信託ビジネスにおけるシェアが金融機関へ移ってきていることは当然のことと考えられる。最近では、このプライベートバンキングビジネスでの競争の激化から、顧客ターゲットが拡大され、以前のようないわゆる富裕層だけではなく、中間所得者の上層部にまで財産管理サービスを拡大提供するのが、米国の大手国法銀行共通のビジネス拡大戦略となっている。

もっとも、このような資産管理ビジネスは当然のことながら、個別の顧客に一定割合のスタッフを貼り付けることにつながり、これまで、システムのIT化とその高度化によりコストの削減を進めてきた金融機関の視点からすれば、コストの上昇要因につながり、コストをどのようにカバーするのか、そして、どのように利益を一定水準まで得るのかという観点から考えれば、顧客資産が一定水準よりも高いことが望ましいことになり、ある水準よりも下の層へまでサービスの拡大が行われることはない<sup>14</sup>。

反面、福祉型信託制度との関連から考えてみると、米国における高齢者・身障者向け（さらには、低所得者も含む）の信託や補助制度は、上述のように一定の所得より下の所得しかない層向けのSpecial Needs Trustが既存の生活保護制度等を保管する形で存在し、さらに、社会福祉団体や宗教法人等の主たるサポートにより存在するFoundation（基金）が請け負っている。（わが国においても見直し作業が進んできている生活保護制度や各地域の試社会福祉協議会が行っている地域福祉権利擁護事業等の存在がある。）

このような結果、現状の問題点としては、金融機関のプライベートバンキングサービス（財産管理サービス）の枠には入れず、それでいて、現在のところ、高齢でもなく低所得でもない（さらに言えば、成年後見制度の枠組みに入るところまでいかない）層をカバーしている財産管理制度がないことが、日米両国ともに抱える共通した問題となっていると考えられる。

上述のように、資産がさほど大きくない層をカバーすることであり、個別の顧客（委託者）の資産から大きな利益を産み出すことは不可能であり、薄利多売的なビジネスモデルを創り出すか、さもなければ、NPO法人のような利益を産み出すことを目標としない機関や個人が請け負う可能性を検討し、従来の信託銀行を含む信託会社以外の新たなタイプの担い手を探す必要があると考えられる。

その点において、現在、日本弁護士連合会における遺言信託PTや日本司法書士連合会が設立を検討している、NPO法人ないしは、公益法人等がこの民事信託の「空白地域」を埋め合わせることができるかもしれない。

しかし、これらの新しい担い手についてのその業務が財産管理である以上、適切かつ安定的な業務を行っていくためにも、既存の信託業法が信託会社に求めているような①財産的基盤の確立、②内部管理体制の維持、③継続的な営業体制の確保をどのように行うか、また、上述のような金融資産とそのほかの資産を分け、信託銀行等との共同受託の形で信託ビジネスを展開する場合、④共同受託の場合における各機関間の責任関係の明確化、といったポイントが重要な課題となるだろう。

## 2 公益信託制度との違い

NPO法人などの参入を想定すると、とかく公益信託制度との関連性が指摘される場合がある。しかし、公益信託制度は、個人が公益活動のために財産を提供しようという場合や、法人が利益の一部を社会に還元しようという場合などに、信託銀行に財産を信託し、信託銀行はあらかじめ定められた公益目的にしたがってその財産を管理・運用し、公益活動を行う制度であり、その目的は、公益目的に限定される。したがって、福祉目的など、公益性の強い目的がある財産管理業務については公益信託制度によりカバーされると考えられるが、一般市民の一般財産の管理・運用は部分的にしか含まれないと考えられる。したがっ

て民事信託の発展に直接的に関連してくることはない。公益信託制度をどのようにしていくかについては、今後、法務省等により、検討が進められる方向にあるが、今回の検討を機にあらためて「公益信託」の範囲の再検討が必要であろう。

社会の高齢化が急速に進んできているわが国における一般市民の生活の安定性を確保するためにも、信託の担い手について、とりわけわが国人口の大多数を占める中間層向けの新たな信託業務ならびに財産管理業務の担い手についての検討が必要になってきている。新たな担い手の参入促進を図る意味からも、信託業法の改正の検討を速やかに進めていく必要があるだろう。

[注]

- 1 本稿の内容は、従来用意されていた原稿をベースに平成19年12月19日の金融審議会第二部会における著者の参考人ヒヤリングの内容を加味し、加筆・修正を行ったものである。
- 2 明確な統計はないが、米国における様々な統計から推察すると信託財産の残高ベースで7兆ドル超が年金信託（ファンド）、少なくとも1兆ドルが資産流動化関連ということになる。
- 3 カリフォルニア州の実態を見ると、信託兼営銀行との競合等を反映して、現在は、10社ほどしか信託会社は存在しない。うち、一般の財産管理運用を営む独立系は、わずか2社にすぎない。また、3社程度は、米国大手証券会社の子会社であり、それらは、単に信託会社として営まれているだけでなく、証券会社の預かり資産の一部を分別管理するために用いられており、必ずしも信託会社としての機能を果たしているわけではない。
- 4 米国における信託業の規制に関して、その経緯・内容についての詳細については、樋口範雄『アメリカ信託法ノートⅡ』第9章（387頁以降）（2003年、弘文堂）を御参照いただきたい。著者の米国調査ならびに本稿の作成にあたっても多く部分を参考にさせていただいている。
- 5 Fiduciary Activities of National Banks; Rules of Practice and Procedureのこと。連邦行政命令集 Code of Federal Regulations 第12巻第9部にあるため、通称レギュレーション9と呼ばれる。
- 6 州法銀行については州政府当局（州銀行局等）が監督しているが、連邦準備制度に加盟している場合は連邦準備制度理事会（Federal Reserve Board）の監督も受けることになっている。もっとも、監督の方針等については、基本的にOCCの方針に両者とも従う。なお、OCCは主要国法銀行の本部に検査官を常駐させており、OCCの意向がスムーズに伝達されるような工夫がなされている。
- 7 ハンドブックは、OCCのホームページ（<http://www.occ.treas.gov/>）からの取得が可能である。
- 8 米国の場合、信託業務の幅が財産権の移転もある狭義の信託だけでなく、後見なども含めたかなり幅広い部分になるため、広く信託業務（Fiduciary Activities）とよばれる。
- 9 伝統的にはエクイティ裁判所。
- 10 また、後述するが、信託業務という言葉で察せられるように、個人が受託している個人向け信託に関しては、狭義の法的意味合いにおける信託だけでなく、委託・委任や代理の要素も含まれており、必ずしも常に財産権の移転等が伴うわけではない。
- 11 このような信託財産の中身の多様化と投機的な資産への転換といった状況は、上述した1994年統一ブルーデント・インベスター法の採択、そして各州法への採用により、受託者が自ら裁量を行使することが、一定のルール内で広く認められたことによる影響も大きい。もっとも、この変革の影響について、法と経済学の観点から研究を行った Sitkoff, Robert H. & Max Schanzenbach. "Did Reform of Prudent Trust Investment Laws Change Trust Portfolio Allocation?" 50 Journal of Law and Economics によると、1986年から1997年の約10年間のデータを見ると、その10年で10パーセントから10パーセントの株式への信託財産の中身の転換が見られるものの、株への投資を実質的に抑制していた旧ルールから統一ブルーデント・インベスター法の導入によって変化したというよりは、それぞれの信託契約範囲で許される範囲内のそれぞれの銘柄におけるリスクリターン曲線に応じた形での投資にとどまっているとしている。（すなわち、統一ブルーデント・インベスタールール導

入後も、受託者の、損失を抑える比較的保守的な信託財産の運用形態を保とうという考え方には大きな変化はないとも言えるかもしれない。)

- 12 カリフォルニア州などで信託業務を活発に行っているいくつかの国法銀行によると、民事信託分野での受託シェアについては、金融機関が、5年ほど前に50%を超えたといわれている。
- 13 米国の信託の教科書等が、信託 (Trust) だけでまとめられず、WillやEstate Planningとパッケージになってまとめられているのはそれゆえと考えられる。
- 14 また、わが国の信託銀行の状況をかんがみると、かつては法人向けの営業・業務を中心に行い、個人向けについての業務展開はこの数年でようやく強化されてきたところであると言ってもよい状況であるように思われる。欧米金融機関では、信託兼営銀行を中心に、個人向けの財産管理サービスに信託モデルが多く活用されており、今後のわが国の信託銀行の個人向け業務の展開と商品ラインアップのさらなる充実が計られるなかで、どのレベルまでの顧客を取り込めるかが大きな課題となる。

税制適格REITによる資産形成と  
企業の事業用不動産証券化との融合  
—米国におけるREIT Spin-offの  
機能・効果・分析—

岩 崎 政 明



# 目次

- I はじめに
- II Georgia-Pacific=Plum Creek取引と不動産Spin-off
- III REIT Spin-offと税制適格Spin-offの範囲：IRC355条の射程
  - 1 General Utilities原則の廃止とIRC355条
  - 2 支配要件の充足
  - 3 非Device要件の充足（利益剰余金の非課税分割を目的とするものでないこと）
  - 4 active business要件の充足
  - 5 Anti-Morris Trust取引に係るIRC355条（e）に該当しないこと
- IV REITの受動性・導管性とactive business禁止要件:Revenue Ruling2001-29の射程
  - 1 REITの適格賃料の範囲
  - 2 Plum Creekが吸収したTimber Companyの事業内容は何か
  - 3 REITが行う「不動産の賃貸に関連する通常のサービス」はactive businessか
- V REIT Spin-offの企業行動への影響と税収減の程度
- VI おわりに

## I はじめに

少子高齢化社会が進展するに従い、公的年金制度の安定的継続性に疑問が投げかけられている。この不安を受けて、様々な私的年金商品が開発されているが、なかでも、ミドル・リスクの投資商品として、不動産投資信託（Real Estate Investment Trust:以下、REITという）が注目されている。

REITは、もともとは1960年代に米国で開発された投資手法であるが、その後、世界の多くの国で法制度化されている。2001年3月からは、わが国でも初の不動産投資信託（J-REIT）市場が、東京証券取引所に開設され、今日に至っている。

とりわけ、1990年代の中頃から、日米の企業経営においては、「資産を持たない経営」が加速してきており、この動きがREITの新展開に一役を担うこととなった。すなわち、企業にとっては、不動産を証券化することにより、経営のスリム化を進めることができ、他方、REITにとっても、優良な投資商品を組成する原資としての不動産が提供されることとなるので、不動産の提供元と運用元との利害が一致したのである。

ここにいう、「資産を持たない経営」とは、借入金による事業用不動産の新規取得をできるだけ抑え、また保有不動産の価値の下落の経営への影響を減らすために利益率の低いものを売却して、資産と負債を圧縮するバランスシートのスリム化のことをいう。この傾向は、特に、米国におけるホテル業、賃貸アパート業、ボウリング場・ゲーム場経営、大規模店舗小売業、ガソリンスタンド経営、ファーストフード業等において著しいが、スリム化のための手法は、次に述べるようないくつかのステップを踏んで進展してきた<sup>1</sup>。

まず、第1段階は、Sale & Lease-backの手法をとることであった。Sale & Lease-backの手法とは、企業が、その保有不動産を、不動産管理業務を行う子会社またはグループ企業にいったん譲渡したうえで、借り戻すという内容の一連の取引をいう。このメリットは、譲渡益により財務内容の改善を図るとともに、借り戻した不動産に係る支払賃料の増加による利益圧縮を行い、租税負担の軽減等を達成することにある。が、デメリットとして、不動産の譲渡段階で含み益課税を受けることになるし、法人にとって重要な資産を譲渡する場合には、企業のステークホルダーの同意をとりにくく、株価を不安定なものにするおそれもある。

次に、第2段階として登場したのが、不動産の証券化を利用した保有資産のスリム化の手法である。この方法は、不動産の売却先がREIT等を行うSPC等である点で、Sale & Lease-backとは異なるが、譲渡不動産を借り戻すという方法をとることについては同じである。とはいえ、Sale & Lease-backの場合、グループ企業内での単なる利益の付け替えではないかと疑われることがあるが、外部のSPC等が不動産の売却先となる場合には、このような批判は当たらない。また、投資先としてのREITの人気が高いことから、豊富な資金力のあるSPC等であれば、不動産の売却により多くの譲渡益をあげることもできる。ただし、いずれにせよ、不動産の譲渡時において含み益課税を受けるという点で、企業にとってはデメリットがある。

そこで、第3段階として、不動産に係る譲渡益課税を回避しながら、前記の二つの手法と同等の効果を得る方法として考案されたのが、企業の組織再編の一環として、不動産をREITに分割する方法である（これを、REIT Spin-offという）。

すなわち、ある法人が、組織再編により、その不動産保有・管理部門を分割して（spin-off）、新たにREITを組成する。あるいは、不動産保有・管理部門を分割して、不動産管理子会社を設立した直後に既存のREITと合併する。REITを不動産承継法人とする税制適格Spin-offをすれば、分割不動産に係る含み益に対する法人税の課税を受けることはなく、かつ、親会社が当該REITから分割不動産をLease-backすれば、従前と同様の使用収益をあげることができる。しかも、親会社の株主は、この分割によって、新たにREITの株式または持分の分配を受けるので、資産分離に対して反対しない。このようにして、REITに対する不動産のspin-offを行うことにより、Sale & Lease-backや不動産証券化を利用した場合よりも有利にバランスシートのスリム化を達成することができるのである。

ところが、ここに問題が発生する。それは、Spin-offが税制適格として、資産の含み益に対する法人税の課税を免れるためには、分割法人および分割承継法人がともに分割の前後5年間はactive businessを継続しなければならないにもかかわらず、逆にREITが税制適格であるためには、原則として、active businessをしてはならないというジレンマがあるからである。

米国におけるREIT業界を代表する全米不動産投資信託協会（National Association of Real Estate Investment Trusts: NAREIT）は、特に1986年以降、REITが行うことのできるactive businessの範囲を拡大するよう政界に働きかけてきた<sup>2</sup>。その理由は、active busi-

nessについてあまりに厳しい「独立契約者 (independent contractor)」委託ルールをとることは、REITを他の不動産ビジネスと比べて極めて競争不利な状況におとしめることになり、また事業コストを増加させ、投資家に対するリターンを縮減する結果を招くといったことにある<sup>3</sup>。そして、この動きを背景に、最初の大型REIT Spin-offとして、Georgia-Pacific=Plum Creek取引が1997年頃から計画され、2001年に実行された。加えて、この取引の直後に、REITのactive business要件の緩和を図り、REIT Spin-offsを許容する、Revenue Ruling 2001-29が発された。

これら一連の状況から、現在、米国REIT業界は、REITのactive business禁止要件は一段と緩和されたと宣伝をしている<sup>4</sup>。また、大手法律事務所・会計事務所においても、active businessの可能な範囲はどこまでかを検討し始めているし<sup>5</sup>、さらにBusiness Schoolにおいても、本稿でも後に紹介するように、非課税の不動産Spin-offsが多くの企業において行われた場合に、どれだけ連邦政府の税収が失われるかの研究も行われている<sup>6</sup>。

これに対して、日本のREITに関する法規制は、田邊昇氏が指摘するように、米国のそれとは異なっている<sup>7</sup>。日本においては、不動産ファンドについて、登録投資法人が行うことを許されている取引の種類は、投資信託法（「投資信託及び投資法人に関する法律」）193条1項により、①有価証券の取引または譲渡、②有価証券の貸借、③不動産の取得または譲渡、④不動産の賃借、⑤不動産の管理の委託が、そして同法施行令95条により、⑥宅地の造成または建物の建築を自ら行うことに係る取引以外の取引が掲げられている。これらの取引から得られた所得が、日本ではパス・スルー課税（REITの運用益については、REIT段階においては法人税が非課税とされ、投資家段階において配当に対して所得税の課税が行われるだけの取扱いとなることをいう）を認められる、いわゆる受動的所得（passive income）に該当するわけである<sup>8</sup>。

しかし、これらの規定によれば、許容される不動産に関連したactive businessの性質・範囲は極めて曖昧であるから、これらの規定を反対解釈すると同時に、業務の内容が限定列挙されている解すれば、投資法人としては、「宅地の造成又は建物の建築を自ら行うことに係る取引以外のものであれば、何でも行えることとなる」<sup>9</sup>とする説もでてくる。もしこのような見解が一般的になるならば、日本の投資法人の可能な業務の範囲は、相対的に、米国のREITよりも広いものになるということもできる。他方、平成12年の商法改正を受けて、平成13年度の法人税法の改正により、いわゆる組織再編税制が創設され、日本でも、

米国型の法人税の非課税取扱を受けるspin-off、split-off、split-upが認められるようになった。さらに、会計基準としても、固定資産にかかる減損会計が強制適用されることから、「資産をもたない経営」はますます加速するものと予測される。

以上のような日本の制度改革の状況を踏まえれば、米国のREIT Spin-offの手法は、我が国においても、REITに対する優良な不動産の提供源として、極めて重要な意味を持つてくと推察される。本稿は、米国におけるREIT Spin-offの内容を詳細に提示するとともに、REIT Spin-off取引が不動産保有法人の節税策としてもつばら利用されるようなことが起こりうるか、企業行動にどのような影響を与えるかについて考察を加えるものであるが、その際には、企業がREIT Spin-offを行うことにより得られる節税が、日本においても可能かどうか、また許容されるべきかどうかについても視野に入れて検討することにする<sup>10</sup>。

## II Georgia-Pacific=Plum Creek取引と不動産Spin-off

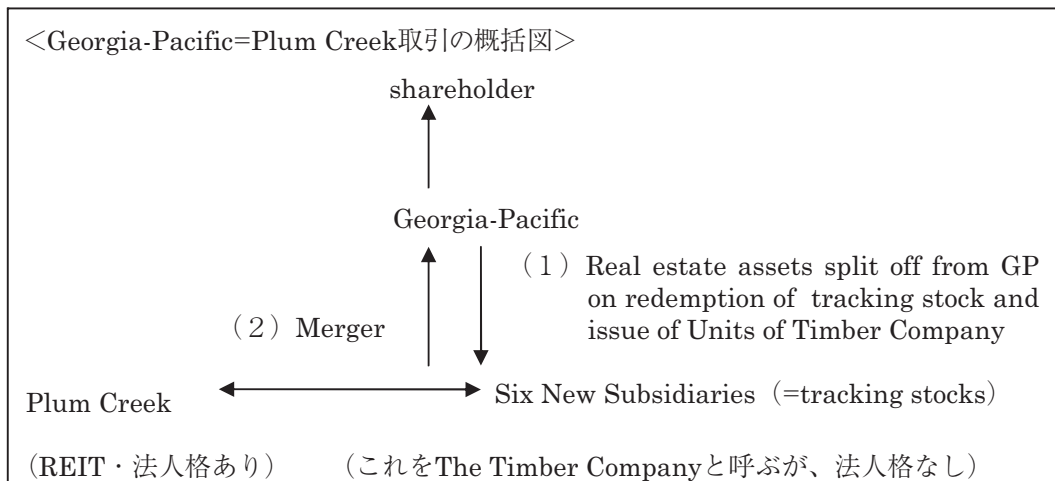
米国における最初の大型不動産Spin-offといわれるGeorgia-Pacific=Plum Creek取引は、次のようなスキームで行われた<sup>11</sup>。

この取引の当事者であるGeorgia-Pacific社は、シアトルに本店を構える、森林業・材木製造・パルプ製品製造・家具木工品製造を業とする、業界最大手の事業会社である。これに対して、取引相手のPlum Creek社は、法人格を有するREITの大手である。

Georgia-Pacific=Plum Creek取引の趣旨を簡単にいうと、Georgia-Pacificがその森林業部門（植林・育成・管理・伐採・製材の業務部門をさす）を分離して、Plum Creekに譲渡し、その見返りにPlum Creekの株式をGeorgia-Pacificの株主に分配する一連の取引（Spin-off）であるが、以下、詳述する。

この取引を行うまでの経緯は、次のとおりである。まず、1997年頃、Georgia-Pacific（以下、「GP」という）に森林業部門の分離の企図があった。その理由は、外国の安価な木材の輸入が増えた反面、山林の育成・管理・伐採のコストが高いため、森林業部門の収益率が落ちたことにあった。そこで、GPは、山林の土地および森林業部門を他に譲渡しようと試みたが、譲渡先が見つからず、不調に終わった。

しかし、REITのPlum Creek（以下、「PC」という）には、単に土地だけでなく、森林業



をも含めて、事業の買収の意思があった。そこで、GPは、内国歳入庁（以下、「IRS」という）に対し、PCが森林業をも引き受けることになるためにactive business禁止要件の緩和が認められるかどうか、およびGPからPCへのspin-offがなされたとしても、GPにおいて不動産の含み益への法人税の課税がなされないかどうかの確認を求める照会をしたが、何らの公定解釈（private letter ruling）も発遣されなかった。GPは、やむなく課税された場合に生ずる税額分につき保険をかけたうえ、以下の取引を実施することとした。

第1段階： 2001年10月5日、GPは、PCの希望する6つの地域・森林業務を分離し、当該材木収益に連動するトラッキング・ストックを6 Units発行する（split-off）。これらの6部門をThe Timber Companyと総称するが、これらは単なるトラッキング・ストックの集合にすぎないから、独立した法人格を持つものではない。

第2段階： 翌2001年10月6日、PCは、Timber company（以下、「TC」という）を買収する。買収は、TC 1Unitに対してPC株1.37の割合で交換され、結果として、トラッキングストックの旧株主(=GPの株主)は、PCの発行済み株式の62%を取得することになった。

これら2段階の取引により、実質的には、GPの土地および森林業部門がPCにspin-offされたことになる。

この取引の直後、Revenue Ruling 2001-29が発され、従前のRevenue Ruling 73-236（このルーリングにおいては、REITは、active businessからの所得についてはパス・スルー課税を受けることができず、法人税が課されるため、この反射として、税制適格Spin-offのためのactive business要件を充足することができないと定められていた）を廃止した。

### Ⅲ REIT Spin-offと税制適格Spin-offの範囲：IRC 355条の射程

#### 1 General Utilities原則の廃止とIRC 355条

1935年のGeneral Utilities判決（General Utilities & Operating Co. v. Helvering, 296 U.S.200（1935））において示された判例法理（いわゆるGeneral Utilities原則：法人がその株主に対して含み損益を株式の発行により分配するときには、当該損益を認識しない）<sup>12</sup>が、1986年の内国歳入法典（IRC）の法改正により斥けられて以来、この損益不認識取扱（nonrecognition）を受けうるのはIRC355条に規定する要件に適合する法人分割（spin-off, split-off, split-up）の場合だけとなった。これを税制適格Spin-off等という<sup>13</sup>。

Georgia-Pacificの取引がIRC355条等に所定の適格要件に該当するかどうか、以下、主要な適格要件への該当性について個別に検討する。

#### 2 支配要件の充足

税制適格Spin-offに該当するための第1の要件が、いわゆる支配要件である。これは、「分割法人が、その株主に対して、被支配法人の株式を分配する場合、分配直前において、分割法人が被支配法人を支配していなければならない」というもので、投資・利益の継続性の法理（continuity of interest doctrine）といわれることもある（なお、Reg.§1.355-2（c）（1）参照）<sup>14</sup>。

ここにいう「支配」とは、分割法人が被支配法人の議決権株式を80%以上保有していることをいう（IRC368条（c））、とされている。しかし、内国歳入庁（IRS）は、分割時において、この保有割合が50%以上であれば課税しない取扱としている（Reg.1.355-2（c）（2）ex.（4）参照）。この保有割合は、分割後、2年間は維持されなければならない（IRC355条（d））。

Georgia-Pacific取引は、若干複雑であるが、GPとTimber Companyとの関係では100%支配、GPとPCとの関係では62%なので、要件を充足していると判定された<sup>15</sup>。

### 3 非Device要件の充足（利益剰余金の非課税分割を目的とするものでないこと）

第2が、いわゆる非Device要件である（Device Limitation:IRC355（a）（1）（B））。この要件は、「法人分割が、分割法人・被支配法人の利益・留保利益・含み益（earnings & profits）を分配するために行われたものでないこと」を内容とするものである。すなわち、Spin-offが、分割法人または被支配法人において蓄積されていた含み損益を専ら繰り延べるために仕組まれたものでないことを要求するものである。そこで、論者によっては、非租税回避要件、あるいは仕掛要件と呼ぶこともある<sup>16</sup>。

Georgia-Pacific取引においては、GPの株主に対して、その保有株式数に比例して、PCの株式が分配された。このことから、GPないしTimber Companyの含み益がPCの株式に変換されて分配されたとも見られるが、この分配に適正な「事業目的」が認められる場合には、非Device要件を充足することができると解されている。Georgia-Pacific取引においては、GPの森林造成・管理部門を圧縮し、資産効率を高めるという目的が適正な事業目的と認められたといわれている<sup>17</sup>。

### 4 active business要件の充足

第3に、Spin-offが税制適格として、資産の含み益課税を免れるためには、分割法人および分割承継法人がともに分割の前後5年間はactive businessを継続しなければならない。これをactive business要件という（IRC355条（a）（1）（C）、同条（b）、Reg.1.355-3）。

IRC355条（b）において、法人が、積極的・能動的事業（active business）に従事しているものとみなされる基準が規定されているが、規則により、特に次のような事業活動を消極的・受動的事業（passive business）として、積極的・能動的事業から除外する旨が定められている（Reg.1.355-3）。そこには、①投資目的のために株式、有価証券、土地その他の資産を保有する活動、②営業または事業の用に供される不動産または動産を専ら所有しまたは運用する活動が列挙されているのである<sup>18</sup>。

Georgia-Pacific取引においては、被支配法人がPlum CreekというREITであるため、自ら事業活動をしてはならないことをREITの要件として定める旧Revenue Ruling73-236に



よれば、税制適格Spin-offと認定されるためのactive business要件を充足することはできなかったはずであった。ところが、この充足が認められ、税制適格Spin-offと認定されたことから、反射的に、REITの受動性要件（自らactive businessを行ってはならないという要件）が緩和されたのではないかとの推測が強く働くことになった<sup>19</sup>。

## 5 Anti-Morris Trust取引に係るIRC355条（e）に該当しないこと

この第4の要件は、1966年に示された下記Morris Trust (Bank) Case判決に端を発し、同判決により肯認された税制適格Spin-offを防止する目的で設けられた立法措置をいう。その結果、1997年の内国歳入法典改正によって新設されたのが、IRC355条（e）である。

この法改正の発端となった、Morris Trust Case（Commissioner v. Morris Trust, 367 F.2d 794（4th Cir.1966））とは、次のような事件であった<sup>20</sup>。

州銀行であるM社は、銀行業務と保険業務を営んでいた。連邦銀行のX社は、M社を買収しようとしたが、連邦銀行は保険業務を行うことが禁止されていた。そこで、M社は、保険事業をspin-offしてY社を設立し、そのY株式をM社株主に分配した。その後、X社はM社を買収した。この結果、Y社に分割された含み益が非課税のまま、株主に分配されることになった。

内国歳入庁（IRS）は、吸収合併されたM社がspin-off後active businessをしていないとして、含み益に対する課税処分を行ったが、裁判所は、M社の銀行業務は、合併後も、同一の従業員、預金口座、顧客により継続されていると見て、active business要件を充足しているという判断を示した。そして、課税処分取消の判決が下された。

その後、含み益のある資産を非課税で移転するための手法として、主として租税回避目的で上記Morris Trust要件が濫用される事案が増えたため、連邦政府は、Morris Trust取引の様な含み益の非課税移転をふさぐため、このようなspin-offを非適格分割とするIRC355条（e）を1997年の内国歳入法典の改正により導入したのである。

IRC355条（e）によれば、分割前の株主が分割法人および被支配法人の支配権の50%超を留保する場合に限って、含み損益の不認識取扱が認められる。

Georgia-Pacific取引においては、GPから分割された子会社のTimber Companyが吸収合併されるという形態をとることにより、IRC355条（e）の適用を回避した<sup>21</sup>。

## IV REITの受動性・導管性と active business禁止要件 ： Revenue Ruling 2001-29の射程

### 1 REITの適格賃料の範囲<sup>22</sup>

#### (1) 内国歳入法典1976年改正前のREIT

REITは、内国歳入法典（Internal Revenue Code:IRC）の1960年改正により、同法856条以下に根拠規定が設けられたが、その後、1976年改正までの間は、REITの消極的・受動的投資主体という性質から、その所得は「適格賃料」を中心とする不動産投資収益から構成されなければならないと考えられていた。それゆえ、不動産の積極的・能動的運用は、REITとは別の事業体である独立契約者（independent contractor）を介して行わなければならないとされていた（IRC856条（a））<sup>23</sup>。すなわち、REIT自体は、active businessを行ってはならないということである。

また、REITは消極的・受動的投資主体という性質がある以上、REITを被支配法人とする税制適格会社分割・合併は認められないと解されていた。その理由は、主として、active business要件を充足できないことであった（Rev.Rul.73-236,1973-1 C.B.183）。

#### (2) 内国歳入法典1976年改正による消極要件の緩和

内国歳入法典1976年改正により、REITの収益源は、不動産「投資」収益以外にも限定的ながら開放された。

すなわち、REITの収益となる「適格賃料」の範囲が拡大され、「不動産の賃貸に関連する通常のサービスの対価は、適格賃料に算入される」（IRC856条（d）（1）（B））旨規定されるに至った。この改正の結果、「通常のサービスの対価」として、たとえば、家具付きアパートの場合の家具等の動産の賃貸料やリネン・サプライ等の取次サービス料等の収益も、REITの総収益金額の15%以下である場合には、「適格賃料」として、REIT自体の収益に算入することが認められたのである。

### (3) 内国歳入法典1986年改正

内国歳入法典1986年改正により、REITの「適格賃料」に算入される「通常のサービスの対価」の範囲はさらに拡大され、「人的サービスの対価」もこれに含めることができるようになった。

この改正の結果、たとえば、光熱の供給サービス、パブリックスペースの清掃、建物の安全管理、セキュリティ・サービス、ゴミ収集サービス等の収益もREITの収益とすることが認められ、かつ、その前提として、REIT自体がこれらのサービス事業を行うことも認められたのである。また、その後、通常のサービスの内容として、不動産に関する資本的支出（建物の新設・増改築の統轄業務）や修繕費を要するサービスも含まれるようになる（Reg.1.856-4（b）（5）（ii））。

これは、REITの事業が消極的・受動的投資事業に限定されないこととなった点で極めて重要な改正であったが、ただし、REITの収益の75%以上は不動産投資収益であり、かつ総所得の90%（後に95%に引き上げ）は、不動産賃料、配当、受取利息、キャピタルゲインから構成されることという制限は付されていた。

しかし、1989年後半から1990年代初めにかけて、米国の不況により経営破綻した銀行や貯蓄貸付組合（S&L）から大量の不動産が市場に放出されたことから、REITの投資対象が極めて豊富になり、REIT市場は拡大する。これに加えて、1992年には、米国の不況脱却策の一つとして、含み益を有する不動産を非課税でREITに拠出することを可能にする「アンブレラ・パートナーシップREIT」（いわゆるアップ・リート（UP-REIT））が考案されたことから<sup>24</sup>、さらに良質の不動産がREITの投資物件となり、これによりREIT市場はさらに拡大した。また、1993年以降に上場されたREITの特徴として、従前の分散投資型中心から、オフィス、商業施設、娯楽施設、ホテルなどの不動産に特定して投資するタイプのREITが主流となったことがあげられる。これらの特定用途投資型REITにおいては、REIT自体が投資対象たる特定用途施設の運営にも深く関与した。

### (4) 内国歳入法典1997年改正

1990年代におけるREIT市場の変化を踏まえて、1997年の内国歳入法典の改正により、ついに、REITが独立契約者を介さずに直接に不動産関連サービスを行ったとしても、それにより受ける対価が、当該賃貸不動産から得られる総所得の1%以下であるならば、「適格賃

料」に算入される旨が規定された（IRC856条（d）（7））。この金額自体はわずかではあったが、それよりも、REITが独立契約者を介さずに不動産の積極的・能動的運用を行う余地が法律上認められたことの方が重要な意味を持つといえよう<sup>25</sup>。

## 2 Plum Creekが吸収合併したTimber Companyの事業内容は何か

Timber Companyは、もともとGPの特定地域の森林の造成・管理および材木伐採に関する事業部門に相当するトラッキング・ストックの総称であったから、これを吸収合併したPlum Creek（REIT）は、GPを独立契約者（independent contractor）として、森林事業を委託し、その売り上げを収受するのであれば、何ら問題は生じなかった。

しかし、Plum Creekが何らの森林業も行わないのであれば、active businessを行っていることにならないから、非課税spin-offの適用を受けられないことになってしまう。

そこで、Georgia-Pacific取引においては、「不動産の賃貸に関連する通常のサービス」の範囲内で、森林の造成・管理および材木伐採業務を独自に行うことにした。具体的には、内国歳入法典1986年改正以後に認められるようになった、REITは不動産の資本的支出・修繕を行うこともできるという取扱を拡張適用しようとしたわけである。ただ、問題は、GPが従前に行っていた森林の造成・管理および材木伐採業務は、もともと事業部門として営まれてきたものであるから、これが投資対象不動産に関連した「人的サービス」や当該不動産の資本的支出という範疇に止まるものかどうかについては相当の疑問があったことにある。

## 3 REITが行う「不動産の賃貸に関連する通常のサービス」はactive businessか

内国歳入庁（IRS）は、Georgia-Pacific取引を税制適格Spin-offと認めて、含み益の課税を行わないこととした。そして、これと同時期に、Revenue Ruling 2001-29を発し、REITは、税制適格Spin-offのためのactive business要件を充足することができないと定めていたRevenue Ruling73-236を廃止した。

このことをもって、REITに、active businessを行うことが解禁されたと解釈できるかど

うかが問題となり、肯定・否定の見解が分かれている。「I.はじめに」において述べたように、全米不動産投資信託協会（NAREIT）は、内国歳入法典1976年改正以降、一貫して、REITの収益となる「適格賃料」、すなわち「不動産の賃貸に関連する通常のサービスの対価」の範囲を拡大し、かつ「不動産の賃貸に関連する通常のサービス」を独立契約者を介さずに、REIT自体が行えるようにするよう連邦政府に働きかけてきた。それゆえ、同協会は、Georgia-Pacific取引を契機に発されたRevenue Ruling 2001-29により、REIT自体が独立契約者を介さずに不動産の積極的・能動的運用（いわばactive business）を行うことも解禁され、ただし、REITが導管体として法人税の非課税取扱を受けるためには、積極的・能動的事業からの収益が内国歳入法典1997年改正による一定割合を超えてはならないという制約を受けるだけであるとの立場をとっている<sup>26</sup>。

しかし、この見解によるならば、投資媒体として創設されたREITそのものの性質との矛盾が生じてしまうし、またGeorgia-Pacific取引により、REITが引き継いだのは森林の造成・管理および材木伐採業務であって、大規模であったことを除外すれば、確かに投資対象不動産に関連した人的サービスや資本的支出としての性質をもつものでもあるから、この事例だけから、REITがactive businessを一般的に行うことができるようになったというのは、不当な一般化であるとも解されよう。それゆえ、今後行われるであろうREIT Spin-offにより、REITがどのような業務（business）を引き継ぐことが認められるか、推移を見守る必要があると思われるのである。

## V REIT Spin-offの企業行動への影響と税収減の程度

以上のように、現段階では、REIT Spin-offがどの程度節税目的に利用されるかはまだ予測がつかないのであるが、ある種の業界にとっては、REIT Spin-offが有効な企業戦略となることは明らかである。なぜなら、不動産の受け皿となるREITは、導管体でありながら、一般株式と同様、主要な取引所で取引される持分を発行できるので、いわば、法人税の非課税という課税上の有利性と、持分の流動性および市場による資金調達力との両面を持った希有な存在だからである。そこで、どのような業種が、自己の保有してきた事業用不動産をREITに分割することによって有利な状況を作り出すことができるのか、またこれに

よって国庫はどの程度の税収を失うことになるのかが重要な問題となる。

シカゴ大学ビジネススクールのGoolsbeeとノースキャロライナ大学ビジネススクールのMaydewは、これらの問題について、経済分析を行っている。Goolsbee and Maydewによれば、ある企業が事業用不動産をREITに分配するかどうかは、次のような要素を考慮して決定されるであろうという<sup>27</sup>。すなわち、

まず、第1に、多くの事業用不動産を保有する法人は、借入金によって不動産を購入したり、また不動産を担保に事業資金を借り入れていることが多いので、保有不動産に関連した支払利子があるが、この事業用不動産をSpin-offすると、結果として負債の一部も分配することになるので、支払利子額も減ることになる。これは、一面で分割法人の貸借対照表の資産負債比率を改善するが、他面で利益の増加による租税負担増をも招くことになるので、黒字法人にとっては、Spin-offがもっぱら減税効果を持つとは言い切れない。分割される事業用資産の含み益があまりない場合には、なおさら節税効果は薄くなる。

第2に、分割法人がその事業用不動産をREITにSpin-offすると、分割法人の株主にはREITの持分が分配されることになるが、そうすると、REITは分割法人に事業用不動産を賃貸することによって得る使用料収益のほとんどすべてを持分権者（＝分割法人の株主）に毎年分配しなければならないことから、持分権者の租税負担はかなり重くなるおそれがあるし、別の視角からいえば、分割法人の利益に関する課税時期を早める結果となる。米国では、個人の配当所得が総合課税の対象とされているので、大株主にとっては、この租税負担増は無視できない。

第3に、多くの事業用不動産を保有する法人は、そうでない法人に比べて、一般的に、高い配当利回り（dividend yields）を持つ傾向にあるから、保有不動産をREIT Spin-offすると配当も減少する可能性がある。分割法人の配当が減ると、分割法人の株価は下がるおそれが生ずるから、結果として、分割法人の株式譲渡におけるキャピタルゲインに対する税収も減少することがありうる。

このように、REIT Spin-offは、分割法人の保有不動産に係る含み益に対する法人税を回避する節税策と評価することはできるが、他面、分割法人の株主側の租税負担増をも総合的に勘案すると、一概に国庫の税収減をもたらすとは限らないのである。

Goolsbee and Maydewは、まず、これらの要素をパラメーターとして組み込んだ上で、REIT Spin-offが一般に行われるようになった場合に、国庫はどの程度の税収を失うかを推

計している。Goolsbee and Maydewは、推計資料として、米国Compustat2000年版に掲載された上場事業法人（なお、ガス、オイル、鉱業、マスコミ、公共事業、銀行等の金融機関、信託会社を除外している）の中から4000社程度をサンプルとして抽出し、税収減の効果を測定している<sup>28</sup>。そして、もし事業用不動産の含み益に対する推定法人税額が当該不動産の市場価値の10%を超えたときに、その事業用不動産を保有する法人がREIT Spin-offをすると仮定すると、およそ221のサンプル法人がREIT Spin-offを行い、政府の法人税収は、16億1700万ドル失われると推計する。ところが、REIT Spin-offにより、分割法人の株主に対する所得税が7億9400万ドル増加すると見積もられるから、これらを相殺して算出されるREIT Spin-offによる国庫の税収減額は、8億2300万ドルとなり、この金額自体は、穏当な（modest）なものであると結論づけられている<sup>29</sup>。

次に、REIT Spin-offは、どのような業種に対して最も大きな節税効果をもたらすかについて分析をしている。Goolsbee and Maydewは、二つの異なる観点から、節税効果の大きい産業を示している。

第1は、分割法人における法人税の節税額から、株主における配当所得税額の増額分を差し引いて計算される、REIT Spin-off節税額を分析している。不動産保有総額の大きい10業種のうち、この節税額の大きい業種は、順に、大規模雑貨店営業（Variety stores）、製薬業、鉄道業、半導体製造業（Semiconductors）、レストラン業、住宅建設業、食料雑貨店営業（Grocery stores）、通信設備業（Communications equipment）、航空機製造業、コンピュータ・プログラミング業であり、大規模雑貨店営業が最も高い節税効果をあげると分析されている<sup>30</sup>。このうち、不動産分割による法人税節税額が最も大きい業種だけをあげるなら、軌道・駅舎敷地に関する含み益が大きい鉄道業であるが（11億2100万ドルに及ぶ法人税節税額を得るという）、米国の鉄道業の株主は所得税の最高税率の適用を受ける層が多いことから、投資家段階における所得税の増税額が7億6100万ドルと大きく、相殺後のREIT Spin-off節税額は3億6000万ドルとなり、第3位に止まることが指摘されていることは興味深い<sup>31</sup>。

第2は、法人の保有不動産に関する現在市場価値に対する利益率の高い業種について、上記と同様のREIT Spin-off節税額を分析している。これによると、利益率の高い10業種のうち、節税額の大きい業種は、順に、保育業（Nursing homes）、鉄道業、トラック運送業、紙製品製造業（Paperboard and boxes）、製鉄業、レストラン業、自動車製造業、自動車販

売業、大規模店舗小売業、非鉄金属圧延業（Rolling and drawing nonfer, metals）であり、保育業が最も高い節税効果をあげると分析されている<sup>32</sup>。

以上の分析は、米国の所得課税（法人税・所得税）制度および発行済み株式総数・株式保有者層を前提とする調査であるので、日本で同様の結果が導き出されるとは言い切れない。わが国は、単に法人税率や所得税率が米国とは異なるだけでなく、特に個人株主の配当所得課税においては、源泉分離課税の選択や配当控除制度の適用による課税緩和制度があり、また、株主層をみても、法人株主層の割合が高く、かつ市場流通株式割合が低いなどの米国とは異なる特色があるからである。とはいえ、企業行動に対するREIT Spin-offの影響評価の手法としては、Goolsbee and Maydewの研究は、極めて興味深いといえよう。

## VI おわりに

本稿で紹介したREIT Spin-offは、Georgia-Pacific=Plum Creek取引以後、McDonal's Corp.やWal-Mart Stores, Inc.において、実施が検討されたようであるが、結局、Spin-off後の株主利益相反問題が生ずる懸念があったことから、見送られたようである<sup>33</sup>。

確かに、これらの飲食店チェーンや大規模スーパーマーケット・チェーン、さらにはガソリンスタンド・チェーンやホテル・チェーンのような大量の不動産を保有し、かつ時代に合わせて大規模な資本的支出をしてきたような業種においては、一般論としては、REIT Spin-offにより、相当な経営スリム化が進められる。単に経営スリム化が進められるだけでなく、流行や消費者の好みに合わせて、店舗の増改築や移転などのような迅速な経営戦略の見直しも可能になる<sup>34</sup>。たとえば、世界最大のホテル・チェーンであるStarwood Hotels & Resorts Worldwide, Inc.は、そのsubsidiaryとして、Starwood Hotels & Resortsを有し、ホテル等の不動産の取得および保有はこのsubsidiaryが行っているが、subsidiaryの方が親会社よりも資産規模も収益規模も大きい状況にある。このStarwood Hotels & ResortsがREITの形態をとっていることが、事業会社からの資産離れの証左であるといえよう。それゆえ、これらの業種においては、REIT Spin-offは、組織再編成を絡めた不動産の証券化の有力な手段として、注目を浴び続けるものと予想される。

他方、REITとしても、企業から優良不動産が投資対象として提供され、さらに提供元の



企業へと賃貸することにより安定的に収益をあげることができるとするならば、投資対象としてのREITは安全性が高まり、特に分配金を生活費に充てることを目的とした高齢者対象の投資商品として魅力を高めることもできるであろう。

さらに、より発展的な論点として、本稿で検討対象としたREIT Spin-offは、導管事業体（法人税の非課税団体）を組み入れた法人の組織再編が、企業により節税策としてどの程度利用されうるかを考える際の一つのモデルケースとしても重要な意義を有する。そして、それは、わが国において、組織再編や事業形態の選択を活用した企業行動の新展開に対応する「あるべき税制」を研究するにあたって、有益なヒントを与えるものであるといえよう。

[注]

- 1 不動産を活用したファイナンスの手法は様々有り、その内容を解説する文献が多く出版されているが、包括的なものとして次の文献を参考。田邊昇ほか〔2003〕、西村総合法律事務所編〔2003〕「第8章リアルエステート・ファイナンス」265頁以下、渡辺裕泰〔2006〕「第6章リアルエステート・ファイナンス」122頁以下。
- 2 NAREITの議会への働きかけの状況は、下記ウェブサイト公表されている。  
<http://www.nareit.com/governmentrelations/bulletin.cfm>
- 3 米国のリート業界の動向については、田邊氏が適格に整理しておられる。田邊昇「『不動産ファンド』の『自家運用』と『外部運用』との区別について—柱となる導管性非課税要件の明確化が求められている—」『ARES』第10号、不動産証券化協会、2004年7=8月号、27頁以下、特に28頁。
- 4 たとえば、NAREIT,"Reit Modernization Act becomes Law," Naitonal Policy Bulletin, December 17, 1999, pp.1-2.
- 5 See, "REIT Spinoffs," M & A Tax Report, Vol.9, No.12, July 2001, pp.1-2; "IRS Reverses Long-standig Rule Regarding Spin-offs," <http://www.cfc.com/article/1,5309,3636||A|756|7,00.html>.; "REIT Spin-offs: An Exciting New Possiblity," [http://www.thompsonhine.com/news/nl/re\\_062901.asp](http://www.thompsonhine.com/news/nl/re_062901.asp); "IRS Ruling Sparks Speculation in REIT Spin-Offs," Spin-Off Research, Vol.5, Issue 7, July 2001,pp.2-3.
- 6 Goolsbee=Maydew〔2002〕; Willens=Wright〔2002〕, pp.619-627.
- 7 田邊・前掲注3『ARES』第10号30頁。
- 8 日本のJ-REITの特色について、田邊昇〔2002〕、93頁以下、田邊昇ほか〔2003〕、33頁以下。
- 9 乙部辰良『詳解投資信託法』、第一法規、2001年、191頁。
- 10 本稿は、証券税制研究会編(馬場義久代表)『企業行動の新展開と税制』、日本証券経済研究所、2006年、183頁以下に収録された、岩崎政明「米国におけるREIT Spin-offの意義—不動産の非課税Spin-offは許容されるか?—」を加筆補整したものである。
- 11 Georgia-Pacific=Plum Creek取引の内容および概括図は、Willens=Wright〔2002〕,pp.619-621.の記述に基づき岩崎が作成した。
- 12 General Utilities判決の解説としては、水野忠恒『アメリカ法人税の法的構造—法人取引の課税理論—』、有斐閣、1988年、128頁および334頁、水野忠恒〔2005〕、470頁注163)、渡辺徹也〔2002〕135頁以下(特に、136頁注(46))を参照。
- 13 米国の税制適格Spin-offの解説としては、武井一浩=平林素子〔2000〕、「第5章第2米国における会社分割制度の外観」206-262頁、渡辺徹也〔2002〕、「第3章第2節アメリカにおける法人分割」等130-207頁、水野忠恒〔2005〕、483-484頁、本庄資〔2006〕、「第7編第2章被支配法人の株式および証券の分配」424-430頁、太田洋=手塚崇史「改正産業再生法の下で解禁された『スピン・オフ』に関する税務上の諸問題」『国際税務』第23巻11号、国際税務研究会、2003年11月号、34-45頁等を参照。
- 14 武井一浩=平林素子〔2000〕、239・244頁、水野忠恒〔2005〕、484頁、渡辺徹也〔2002〕、152-153

- 頁、本庄資〔2006〕、425-426頁。
- 15 Willens=Wright〔2002〕,p.620.
- 16 武井一浩=平林素子〔2000〕、239-241頁、水野忠恒〔2005〕、484頁、渡辺徹也〔2002〕、154-157頁、本庄資〔2006〕、426-427頁。
- 17 Willens=Wright〔2002〕,pp.624-625.
- 18 武井一浩=平林素子〔2000〕、242-243頁、水野忠恒〔2005〕、484頁、渡辺徹也〔2002〕、157-161頁、本庄資〔2006〕、426頁。
- 19 Willens=Wright〔2002〕,pp.621-622,623-624,626.
- 20 Morris Trust Caseの紹介としては、武井一浩=平林素子〔2000〕、244-250頁、渡辺徹也〔2002〕、161-162,187-207頁が詳しい。
- 21 Willens=Wright〔2002〕,p.622.
- 22 REITに関する内国歳入法典の改正経緯については、佐藤英明〔2000〕、66-80頁が詳しい。本項目は、同書に負うところが大きい。
- 23 不動産の積極的・能動的運用をする場合には、必ず独立契約者によらなければならないというのが、米国型REITの大きな特徴といえた。この点を指摘するものとして、佐藤英明〔2000〕、67-68頁、田邊・前掲注3)『ARES』第10号27頁以下、同「資産運用の『タックス・マネジメント』あれこれ(その18)」『資本市場』第222号、資本市場研究会、2004年2月号、61-63頁。
- 24 UP-REITについては、田邊昇ほか〔2003〕、381-387頁を参照
- 25 現行内国歳入法典に基づくREITの解説としては、本庄資〔2006〕、647頁以下、小林ヤンネ孝貢=柴田幸夫「米国と欧州3カ国のREIT制度比較調査」『ARES』第7号、不動産証券化協会、2004年1=2月号、6-31頁を参照。
- 26 REITは、業界からの圧力と根拠規定の数々の改正の結果、当初の「消極的・受動的導管体」から、相当に「積極的・能動的投資事業体」へと変貌を遂げてきていることは、すでに、佐藤英明〔2000〕、79-80頁も指摘している。なお、NAREITの公式見解として、"REIT SPIN-OFFS: Facts Abot IRS Revenue Ruling 2001-29", <http://www.nareit.com/Data Library/>
- 27 Goolsbee=Maydew〔2002〕,p.443.
- 28 Goolsbee=Maydew〔2002〕,pp.446-447.
- 29 Goolsbee=Maydew〔2002〕,pp.443-444.
- 30 Goolsbee=Maydew〔2002〕,p.451, Table 3.
- 31 Goolsbee=Maydew〔2002〕,p.452.
- 32 Goolsbee=Maydew〔2002〕,p.452,Table 4.
- 33 "REIT Spinoffs," M & A Tax Report, Vol.9, No.12, July 2001, pp.1-2.
- 34 業界ごとのREIT Spin-offの経済効果を測定するものとして、Goolsbee=Maydew〔2002〕,pp.441-456.

[参考文献]

- ・ Austan Goolsbee and Edward Maydew: Goolsbee=Maydew [2002] , "Taxes and Organizational Form: The Case of REIT Spin-offs," National Tax Journal, Vol.55, No.3, September 2002, pp.441-456.
- ・ Robert Willens and Harley G.A. Wright: Willens=Wright [2002] , "Tax-Free Real Estate Spinoffs: Will They Catch On?," Tax Notes, Vol. 94, No.5, February 4, 2002, pp.619-627.
- ・ 佐藤英明 [2000]、『信託と課税』、弘文堂、2000年。
- ・ 田邊昇 [2002]、『投資ファンドと税制－集団投資スキーム課税の在り方－』、弘文堂、2002年。
- ・ 田邊昇=田村幸太郎=杉本茂=中村里佳=田中博=三國仁司：田邊昇ほか [2003]、『実務・不動産証券化』、商事法務、2003年。
- ・ 武井一浩=平林素子 [2000]、『会社分割の実務』、商事法務研究会、2000年、「第5章第2米国における会社分割制度の外観」206-262頁。
- ・ 西村総合法律事務所編 [2003]、『ファイナンス法大全 下』、商事法務、2003年、「第8章リアルエステートファイナンス」265頁以下。
- ・ 本庄資 [2006]、『アメリカ法人税法講義』、税務経理協会、2006年。
- ・ 水野忠恒 [2005]、『租税法 [第2版]』、有斐閣、2005年。
- ・ 渡辺徹也 [2002]、『企業取引と租税回避』、中央経済社、2002年、「第3章第2節アメリカにおける法人分割」等130-207頁。
- ・ 渡辺裕泰 [2006]、『ファイナンス課税』、有斐閣、2006年、「第6章リアルエステート・ファイナンス」122頁以下。



(禁無断転載)

[非売品]

平成20年3月31日印刷

平成20年3月31日発行

**高齢者の財産管理  
—その現状と課題—**

**報 告 書**

発 行 ©財団法人 トラスト60

東京都中央区八重洲2-3-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

<http://www.trust60.or.jp/>

印刷：(株) デイグ