

成年後見人の財産管理権と善管注意義務(二・完)

——後見財産による投資の可否——

福 蘭 晴 也

はじめに

第1章 後見人の財産管理

I 序

II 沿革

- 1 旧民法における後見人の財産管理
- 2 明治民法における後見人の財産管理

III 現行民法における後見人の財産管理

- 1 財産管理に関する見解
- 2 近時の裁判例
- 3 小 括

IV 後見人による投資についての検討

第2章 財産管理における後見人の善管注意義務

I 序

II 善管注意義務

- 1 受任者の善管注意義務
- 2 後見人の善管注意義務
- 3 自己執行義務
- 4 指図遵守義務
- 5 その他の義務
- 6 忠実義務
- 7 小 括

(以上、前号)

III 身上配慮義務・意思尊重義務

- 1 序
- 2 身上配慮義務
- 3 意思尊重義務
- 4 小 括

IV 後見人による投資と善管注意義務

V 裁判例の動向

- 1 東京地方裁判所平成28年6月28日判決
- 2 東京高等裁判所平成28年11月30日判決
- 3 松江地方裁判所平成29年1月16日判決
- 4 小 括

第3章 後見人による投資

- I 後見人の投資義務
- II 投資における注意義務
- III 投資の委任
- IV 利益相反取引
- V 一定のセーフガード

おわりに

(以上、本号)

4 指図遵守義務

指図遵守義務とは、受任者が委任者の指図に従う義務である。同義務のもとで、受任者は、基本的には委任者からの指図に従うべきであるとされ、指図に従わなかった場合には債務不履行となり、損害に対し責任を負うこととなる。⁽¹⁵⁰⁾

しかし、受任者は、同時に委理事務につき自己の裁量をもって最も合理的に処理する義務も負っており、可能な限り委任者の利益を害してはならないとの要請がはたらくことから、その指示が委任の本旨に反するなど不適當な場合には、漫然と従うのではなく指示の変更を求めるなどの行為が求められる。⁽¹⁵¹⁾ この場合、不用意に指図に従うことは義務違反にあたると解される。⁽¹⁵²⁾ 仮に、指示の変更を求めるなどの余裕がない場合は、臨機応変に対応しなければ

ばならない。臨機に対応する場合は善管注意義務の範囲内で指図に反する行為を行うことができる。⁽¹⁵³⁾

また、委任の本旨に反しない限り指図に反することで委任者の利益となる場合も、指図の範囲を超えることが可能とされる。⁽¹⁵⁴⁾ 委任者の指図をどの程度遵守すべきであるかは、委任事務について「委任者・受任者それぞれの有する知識・才能・手腕及び委任者の受任者に対する信頼の程度など」により決すべきとされる。⁽¹⁵⁵⁾

では、後見の場合において、被後見人からの指図については、どのように解すればよいだろうか。認知能力の低下など、被後見人に特有の事情を考慮すると、必ずしも漫然とその指示に従うべきではないように思われる。後見人の指図遵守義務は、後述する後見人の意思尊重義務の文脈において考慮すべきであろう。

5 その他の義務

（1）報告義務

受任者は、民法645条のもとで報告義務を負う。これは、善管注意義務の具体化の1つである。⁽¹⁵⁶⁾ 後見人の報告義務は、民法863条1項にあらわれている。

（2）分別管理義務

分別管理義務とは善管注意義務から派生する義務であり、受任者が委任事務の処理にあたって、委任者に帰属すべき財産を自己の管理下においたときに、自己の財産と明確に区分して保有する義務である。⁽¹⁵⁷⁾ 同義務については、民法645条の報告義務や後述する民法646条の引渡・移転義務の前提として事実上課せられているとの解釈がとられる。⁽¹⁵⁸⁾

後見人においても、民法644条が準用されるどころ、同様の義務が生じると思われる。後見人の場合、民法853条が、被後見人の財産を調査し目録を作成する義務を課しているので、分別管理義務に対する一定の担保となると思われる。⁽¹⁵⁹⁾

(3) 受取物の引渡義務

民法646条の下で、受任者は、事務処理に際して受け取った金銭や物、取
取した果実を委任者に引き渡さねばならず、また自己の名で取得した権利を
委任者に移転させなければならない義務を負う。

後見人は民法873条1項のもとで、引渡義務を負うと解される。⁽¹⁶⁰⁾

(4) 金銭の消費についての責任

民法647条は、受任者が、委任者に引き渡すべき金銭、その利益のために
用いるべき金額を自己の為に消費した場合、消費日以降の利息を払い、さら
に損害が発生した場合はその損害を賠償する責任を負うことを規定する。な
お、この責任の法的性質は、分別管理義務違反の債務不履行である。⁽¹⁶¹⁾

後見人については、民法873条2項の下で、同様の責任を負う。

(5) 管理運用義務

民法646条2項が、取取した果実の引渡しにつき規定していることから、
受任者はその保管する金銭を管理するだけでなく、適切に運用する義務を負
うとされる。⁽¹⁶²⁾したがって、利殖させる方途があるにもかかわらず利殖を行わ
ないことは善管注意義務違反とされ、その場合、受任者は債務不履行責任を
負うことになる。⁽¹⁶³⁾

従来、同義務を考察するうえでは、運用の不履行の態様として「**単筒預
金**」が念頭に置かれ、適切な運用手段として想定されてきたのは定期預金で
あった。⁽¹⁶⁴⁾しかし、現在の低金利下において、定期預金は利殖を凶る手段とし
ては不適切であるうえに、インフレへの対応の脆弱性も指摘され、安全性の
点から問題がある。⁽¹⁶⁵⁾したがって、受任者は、管理財産の運用手段を預貯金に
限るのは適切ではなく、場面に応じた適切な利殖方法を選択する義務がある
と解すべきである。

民法644条が準用されることから、後見人も管理運用義務を負う。⁽¹⁶⁶⁾したが
って、後見人も被後見人の金銭を、管理するだけでなく適切に運用し利殖を
凶る義務があるといえる。

6 忠実義務

忠実義務とは、代理人や受任者、信託における受託者のように他者からの信託を受けた「受任者＝フィデュシャリー」が、専ら他者の利益のために行動すべきであるという義務⁽¹⁶⁷⁾である。同義務の下で、受任者は、①委任者の利益と受任者の利益が衝突するような地位に身をおいてはならない、②事務処理の際には自ら利益を得てはならない、③事務処理に際して第三者の利益を図ってはならないとされる⁽¹⁶⁸⁾。

（１）民法における忠実義務

民法には、忠実義務を具体化した条文がおかれている。代理人は108条のもとで、自己契約と双方代理（１項）、利益相反取引（２項）を行った場合の代理権が制限される。また、親権者と後見人は826条１項、860条のもとで、利益相反取引を行った場合の代理権が制限されている。このような規定がもうけられたのは、代理人等が本人の利益を図らず自己又は第三者に有利な取引を行う恐れがあるからである⁽¹⁶⁹⁾。代理人は107条のもとで「自己又は第三者の利益を図る目的で代理権の範囲内の行為をした場合」の代理権についても制限されているが、この規定にも忠実義務が観念される⁽¹⁷⁰⁾。

受任者の義務にも、忠実義務は読み込まれる。報告義務（645条）に関して、善管注意義務との関係だけではなく、受任者が自己の利益を図る目的で行為することを未然に防止するという点から忠実義務との関係を説く見解がある⁽¹⁷¹⁾。また、受任者は分別管理義務を課されるが、信託法の領域では分別管理義務を忠実義務違反に対する防壁として捉えており、同義務の忠実義務との関連が主張されている⁽¹⁷²⁾。分別管理を義務化することで利益相反行為への一定の歯止めとなることは、民法における受任者においても同様であると考えられる。したがって、受任者の分別管理義務の根底にも忠実義務の考え方を読み込むことが可能であろう。

さらに、受任者の金銭消費の責任（647条）は、仮に委任者に損害が発生していなかったとしても受任者が責任を負う点で、忠実義務の思想が根底に

あると考えられている。後見人も873条2項のもとで同様の責任を負うことから、その範囲内での忠実義務が観念される。⁽¹⁷³⁾ そのほか、忠実義務が、本人の利益を図るよう行動する義務であることから、利益をさらに促進する事務があるのにそれを怠った場合に義務違反となる⁽¹⁷⁴⁾との見解がある。この見解にたてば、受任者や後見人の管理運用義務にも忠実義務の思想を見出すことが可能であろう。

このように、民法には忠実義務を具体化した規定や忠実義務が根底に存在すると思われる規定が多数置かれていることがわかる。代理人、受任者、親権者、後見人にはいずれも、忠実義務を具体化した規範が用意されているのであり、これらの者には少なくとも、その規定の範囲での忠実義務が課されるものと考えられる。

(2) 一般的忠実義務

とはいえ、民法には忠実義務を直接に規定した条文が存在しない。しかし、それでは上記で確認したもの以外の受任者等が自身の利益をはかる行為をカバーすることができない。⁽¹⁷⁵⁾ そこで、民法において上記の規定に限らず、一般的な忠実義務が認められるかが問題となってくる。この点は、債権法改正における議論においても問題となったが、忠実義務についての理解が必ずしも統一されていないという指摘や、後述する善管注意義務との関係に関する争いなどにより⁽¹⁷⁶⁾制定は見送られた。

しかし、現在の学説は、基本的に受任者に対する忠実義務を認めている。⁽¹⁷⁷⁾ 実際に、債権法改正の部会資料による補足説明においても「受任者は忠実義務を負っており、自己の利益を図ってはならないと考えるのが、現行上も適切であるように思われる」と⁽¹⁷⁸⁾とされており、一般的には受任者の忠実義務は承認されているといえよう。

忠実義務の根拠としては、主に委任者と受任者の信認関係が挙げられる。信認関係とは、一般に「一方の人間が他方の人間の利益のみを目的とした仕事を信頼によって任されている関係」、⁽¹⁷⁹⁾「当事者の一方が他方を信頼して、自

己の身体や財産に関する事柄をその裁量に委ねる⁽¹⁸⁰⁾「関係」などと整理され、ここでは当事者の一方のみが権力・権限を有する「強者対弱者」の関係が成り立つとされる⁽¹⁸¹⁾。このような信認関係のもとでは、受任者は忠実義務を負うとされる⁽¹⁸²⁾。

では、一般的な忠実義務が認められるとして、法的構成はどのようなものとなるのだろうか。会社法330条（株式会社と役員等との関係）は、「株式会社と役員及び会計監査人との関係は、委任に関する規定に従う。」と、株式会社の取締役等が受任者と同様の善管注意義務を負うことを規定する。一方、会社法355条（忠実義務）は、「取締役は、法令及び定款並びに株主総会の決議を遵守し、株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない。」と明文をもって取締役の忠実義務を規定する。

この両者の関係につき、判例は、会社法355条の前身である「商法二五四条ノ二の規定は、同法二五四条三項民法六四四条に定める善管義務を敷衍し、かつ一層明確にしたにとどまるのであつて、所論のように、通常の委任関係に伴う善管義務とは別個の、高度な義務を規定したものと解することができない⁽¹⁸³⁾」としている。以上の判例の立場に従えば、忠実義務は善管注意義務に含まれることになる⁽¹⁸⁴⁾。会社法における通説もそのように解している。民法においても、忠実義務は善管注意義務に含まれるとされていること⁽¹⁸⁵⁾から、忠実義務は善管注意義務の一内容であると解してよいだろう⁽¹⁸⁶⁾。

これに対し、善管注意義務と忠実義務の峻別を強調する見解も有力である⁽¹⁸⁷⁾。この対立につき本論文では立ち入らないが、忠実義務が善管注意義務に含まれる可能性がある以上、受任者としては忠実義務に違反する行為を行うことで善管注意義務違反を問われうることから、受任者は忠実義務が課されていると認識したうえで、事務処理を行うべきである。

ただし、忠実義務を善管注意義務の内容として認める見解の中には、「委任者の受任者に対する信頼の程度が低い」場合は、善管注意義務の程度が軽減され忠実義務が含まれないことがあるとするものもある。ここでは、善管

注意義務の内容は、委任関係の性質や委任の本旨により定まると解される。したがって、忠実義務は裁量性の高い事務の委任など高度の信頼関係が求められる委任のもとでのみ観念される可能性がある⁽¹⁸⁸⁾。

(3) 後見人の忠実義務

後見人は、民法644条の善管注意義務を負うところ、善管注意義務の内容として忠実義務を負うと解してよいだろう。また、委任の本旨が善管注意義務の程度を決めるとする見解によれば、後見人は裁量性の高い事務を処理することから、忠実義務を負うと解される⁽¹⁸⁹⁾。後見における信認関係からも、後見人の忠実義務は正当化されよう⁽¹⁹⁰⁾。

したがって、後見人は、後見事務を処理する上で、被後見人の利益と後見人の利益とが衝突するような地位に身をおいてはならず、事務処理の際には後見人自ら利益を得てはならず、事務の処理に際して第三者の利益を図ってはならないということになる。

7 小 括

ここまでをまとめると、後見人に課される民法644条の善管注意義務とは、後見人が、後見の本旨（財産管理及び身上監護を行うこと）に従って、当該後見人の職業等の特性を考慮したうえで定まる注意のもとで、忠実に（専ら被後見人の利益のために）、そして、後見事務（財産管理及び身上監護）の目的と後見事務の性質に応じて最も合理的に後見事務を処理する義務となるだろう。

Ⅲ 身上配慮義務・意思尊重義務

1 序

民法858条は、「成年後見人は成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない。」と規定する。

本条から、後見人は財産管理を行うに際し、被後見人の「意思を尊重」し

て、「心身の状態及び生活の状況に配慮」する義務を負うことがわかる。前者は本人意思尊重義務と呼ばれ、後者は身上配慮義務と呼ばれる。立法担当者によれば、858条は「成年後見人の負う善管注意義務の内容を敷衍し、かつ明確にしたものとして位置づけるのが相当」⁽¹⁹¹⁾である。

したがって、後見人の意思尊重義務と身上配慮義務は、善管注意義務の内容を構成することとなり、後見人の善管注意義務を検討するうえで、非常に重要な規定となる。以下、これらの義務の内容を検討していく。

2 身上配慮義務

(1) 沿革

ア 旧民法における規定

現行の858条は、旧民法人事編227条「疾病ノ性質ト資産ノ状況トニ從ヒテ禁治産者ヲ自宅ニ療養セシメ又ハ之ヲ病院ニ入ラシムルハ親族会ノ決議ニ依ル但瘋癲病院ニ入ラシメ又ハ自宅ニ監置スル手續ハ特別法ヲ以テ之ヲ定ム」⁽¹⁹²⁾にさかのぼる。227条は、フランス民法の旧510条「禁治産者ノ収益ハ特ニ、其ノ運命ヲ鎮和シ、其ノ治癒ヲ速メル為、用フルコトヲ要ス。疾病ノ性質及財産状態ニ從ヒ、親族会ハ禁治産者ヲ其ノ住所ニ於テ看護シ又ハ保健所ニ收容シ若ハ病院ニ入ルルコトヲ決定スルコトヲ得。」⁽¹⁹³⁾に由来する。なお、このフランス民法旧510条は、禁治産後見においては「まずもって疾病治療のために財産を用いなければならない」という趣旨であったとされる。⁽¹⁹⁴⁾

227条は、禁治産者は疾病のために心神を喪失しているから、後見人はその療養を行うべきであるが、病院に入れるか自宅で療養するかは、疾病の性質と資産の状況に従って決しなければならないと規定したものである。ただし、自宅で療養するにしても、病院で療養するにしても、これらは禁治産者の身上においては重大な事項であり、後見人の独断に委ねると保護を誤るおそれもあるので、親族会の決議によるべきとされた。禁治産者に配偶者がいる場合には、その配偶者は禁治産者を自宅で療養させる、又は病院に入れる義務と権利があることから親族会の同意は不要とされていた。⁽¹⁹⁵⁾

なお、ただし書については、「専ラ狂病ニ罹レル者ノ処分ニ關シテ」設けた規定とされ、その処遇が公の秩序に関するものであることから、民法の規定に委ねるのでなく特別法に委ねる趣旨を明らかにしたものであった。⁽¹⁹⁶⁾

イ 明治民法における規定

旧民法人事編227条は、明治民法922条に引き継がれた。明治民法922条は、「禁治産者ノ後見人ハ禁治産者ノ資力ニ応シテ其療養看護ヲカムルコトヲ要ス（一項）禁治産者ヲ瘋癲病院ニ入レ又ハ私宅ニ監置スルト否トハ親族会ノ同意ヲ得テ後見人之ヲ定ム（二項）」と規定していた。旧民法の規定からは、ただし書が削られており、第1項も文言が変更された。これについては、後見人による身上監護を未成年者の後見人による教育監護と相対させ、後見の目的を示すためだとされた。⁽¹⁹⁷⁾

同条は、未成年者の後見人が未成年者に対し教育監護に注意すべきであるのと同様に、後見人は禁治産者に対し、療養看護に注意しなければならない旨を規定したものである。療養看護の方法については、禁治産者の資力に応じて差があることから、「其資力ヲ量リ以テ其方法ヲ定ムヘキ」とされた。⁽¹⁹⁸⁾

なお、同条の解説にて、起草者は、「禁治産者ノ後見人ハ苟モ其心身ヲ慰メ病ノ平癒ニ利益アル以上ハ費用ヲ惜マス之ヲ支出スルコトヲ要ス」が、その点は善管注意義務として「自ラ斟酌アルヘキ所ニシテ固ヨリ法文ヲ以テ規定スヘキ所ニ非サルナリ」としていた。この起草者意思を承け、道垣内弘人教授は、「療養看護ヲカムルコト」とは善管注意義務の問題であり、922条において重要なのは親族会の同意を要する2項であったとしている。⁽¹⁹⁹⁾

ウ 改正前の民法における規定

改正前の民法858条は、「①禁治産者の後見人は、禁治産者の資力に応じて、その療養看護に努めなければならない。②禁治産者を精神病院その他これに準ずる施設に入れるには、家庭裁判所の許可を得なければならない。」と規定していた。

同規定は、後見人の「療養看護義務」について定めたものとされる。療養

とは「医療を受けさせること」であり、看護とは当時の精神衛生法上の保護のことであり、被後見人が自己の身体や財産を傷つけず他者の身体や財産を侵害しないようにすることであるとされる。そして、本条の「資力に応じて」については、「禁治産者の療養に関するかぎり禁治産者のために利用する公私のあらゆる資力を活用して」という意義であると解された。⁽²⁰⁰⁾

道垣内教授は、身上配慮義務の前身である旧法858条1項について、前述の明治民法への評価と同様に善管注意義務に吸収されるものであるとし、条文としての意義は2項における家庭裁判所の許可にあったとしている。⁽²⁰¹⁾

エ 小 括

以上、身上配慮義務の沿革をみてきたが、いずれも、「禁治産者の財産の使い方に対する指針を示すもの」であり、「療養看護に費用を惜しむべきではない」というのが、各規定の趣旨であったとされる。⁽²⁰²⁾したがって、旧法までの一連の法規定は、後見人は禁治産者の資力を「療養看護に振り向ける」義務を規定したものであったとされる。⁽²⁰³⁾

（2）現行民法858条

現行の民法858条は、「成年後見人は成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない。」と規定する。前述のように、同条は、後見人の負う善管注意義務を明確化したものであり、療養看護だけでなく後見人の事務全般に「心身の状態及び生活の状況に配慮」する義務を課すことで、後見人の「注意義務の内容を普遍化」した点に意義がある。⁽²⁰⁴⁾

しかし、同条の意義はそれだけにとどまらなるとされる。立法担当者は858条について、「単に善管注意義務の解釈を具体化したものにとどまらず…身上への配慮及び意思の尊重が事務処理の指導原理であることを明示することによって、身上面の保護に関する成年後見人の職務・機能の実効性を高めていくことに資する」ものとして捉えている。⁽²⁰⁵⁾

条文の構造だけを捉えると、同条は後見人が財産管理を行う際の指針を示すものであり、その点で旧法までの一連の規定の趣旨とさせて変わらないようにも思える。というのも、旧法下でも、禁治産者の資力をその療養看護に用いるべきであるというのは善管注意義務の問題とされていたのであり、同条もまた善管注意義務を敷衍したものであるからである。

この点、大村敦志教授は、同条と旧法の基本構造は変わらないとしながら、新法下では、財産管理の意味が、「固有の財産管理」と『生活、療養看護⁽²⁰⁶⁾』に関する財産管理』に分かれたとする。立法担当者は、「純粋な財産管理」には民法869条・644条の受任者の善管注意義務が適用され、「財産管理と関連する身上監護事項」には858条の義務も併せて問題となるとしていることから、そのように理解すべきであろう。⁽²⁰⁷⁾

以上をまとめると、民法858条の義務は、後見人が被後見人の身上面とかかわるような財産管理を行う際に、民法869条・644条の善管注意義務と併せて課される注意義務となる。これに対し、純粋な財産管理に関しては民法869条・644条の善管注意義務のみが適用される。とはいえ、後見人による財産管理に際しては、被後見人の身上面への配慮が不可欠であることを考える⁽²⁰⁸⁾と、858条における義務は、ほとんど常に後見人の財産管理に課されるものであると考えられる。⁽²⁰⁹⁾以上、858条の身上配慮義務は、後見人による被後見人の身上に関連する財産管理を行う際の指導原理となることがわかった。

では、身上配慮義務から、後見人はどのような財産管理を求められることになるのだろうか。立法担当者も述べるように、同条は単なる義務の具体化にとどまるものでなく後見人の指導原理を明らかにするという意義を有するのであり、真に被後見人に資する財産管理を担保する狙いをもつ。このような文脈のもとで、身上配慮義務を被後見人の生活の質の維持・向上のために積極的に後見財産を活用することを目指したものであるとしたうえで、後見人の財産管理を「資産保全型管理」から「資産活用（消費）型管理」に転換した⁽²¹⁰⁾ものとして捉える見解や、後見人の財産管理は被後見人の生活の向上の

ために積極的な支出を含むべきであるとする見解がある。⁽²¹¹⁾

この点、身上配慮義務制定の際、政府委員は、858条は具体的にどのような義務であるかについて、「財産管理に関する法律行為を遂行するに当たって、金銭面の得失だけを考慮しないで、本人の健康状態や生活環境等を配慮して、本人の保護により資するような事務処理を行う、そういう義務が含まれている」と説明した。⁽²¹²⁾これに鑑みると、858条は、得失だけを考慮しない、すなわち資産保全に捉われることなく被後見人の保護に資する財産管理を行っていく趣旨であるということになる。

したがって、身上配慮義務によれば、後見人は、被後見人の生活の維持や向上、保護のために後見財産の得失だけを考えることなく、事務処理を行うことが求められ、積極的な支出をすべきであると解することができる。

3 意思尊重義務

意思尊重義務は、新法の下で明文化された義務である。同義務を負うことから、後見人は財産管理の際に、被後見人の意思を尊重しなければならない。しかし、被後見人の意思を尊重するとはどういうことだろうか。条文からは、被後見人の意思を絶対的に尊重することまで求められるのか、それとも被後見人を害さない程度で尊重すればよいのか、尊重すべき程度がわからない。本項では、意思尊重義務がどのようなものであるかについて考察していく。

(1) 沿革

意思尊重に関する規定としては、旧民法財産取得編237条1項が、「代理ノ終了セサル間ハ代理人ハ委任ノ本旨ニ従ヒ且明示ナキモ自己ノ了知シタル委任者ノ意思ヲ斟酌シテ委任事件ヲ成就スル責ニ任ス此ニ違フトキハ損害賠償ヲ負担ス」と規定していた。⁽²¹³⁾旧民法人事編には、後見人の意思尊重義務に関する規定は置かれていなかったが、代理には上記のような条文が置かれており、本人の意思の尊重が明示されていた。⁽²¹⁴⁾

後見人の善管注意義務が規定されたのは明治民法963条であり、同条は後

見につき644条を準用した。旧民法財産取得編を承継した民法644条は、意思の尊重を規定しなかった。とはいえ、民法644条によっても後見人は善管注意義務の内容として当然に、意思を尊重しながら事務を処理する義務を負っていたとされる。⁽²¹⁵⁾

以上の解釈は現行の644条にもあてはまるといえる。⁽²¹⁶⁾ 実際には、成年後見制度の創設の審議に際し、成年後見問題研究会も本人の希望を尊重することにつき、「第644条の規定によっても同様の結果となると考えられる」としていた。しかし、意思の尊重を明文化することで「パターンリズムからの転換になる」点を重視し、意思の尊重の明文化が議論された。⁽²¹⁷⁾

これを踏まえ、成年後見制度の改正に関する要綱試案は、「成年後見人は、その権限を行使するに当たって、本人の福祉を旨として、本人の意思を尊重し、かつ、自己の権限の範囲に応じて本人の身上に配慮しなければならないものとする。」と規定した。この試案における「本人の福祉を旨として」という文言は、オーストリアやドイツの立法例に倣ったものであり、「本人の意思が本人の福祉に反する場合は後者が優先する」という趣旨を表現するためのものであるとされる。⁽²¹⁸⁾

したがって、要綱試案の段階では、本人の意思の尊重については、本人の福祉に反しない程度で行えばよいと解されていたことがわかる。

(2) 現行民法858条

実際に成立した民法858条では、「本人の福祉を旨として」の文言は取り入れられなかった。では、現行法の下では、いかなる場合であっても、本人の意思が優先されるのだろうか。この点につき、立法担当者によると、「本人の福祉を旨として」は『「成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮」することが示されることで十分にその趣旨は表れていると考えられることから』⁽²¹⁹⁾ 削除された。したがって、858条の本人の意思の尊重とは、本人の客観的な福祉に反しない範囲での尊重と捉えることが可能であるように思われる。実際に、実務においても、意思の尊重はあく

までも指導原理であり指針にとどまるため、本人の利益の保護のためには意思に反する行為も認められるとする見解がある。⁽²²⁰⁾

しかし、障害者権利条約に関する障害者権利委員会の一般的意見⁽²²¹⁾にみられるように、近年、代行決定から支援付き意思決定へ移行すべきであるという言説が多くみられ、意思尊重義務の内容も従来の解釈から大きく変更する可能性がある。

障害者権利条約は、12条（法律の前に等しく認められる権利）3項にて、障害者が法的能力を行使するうえで必要となる支援を提供する措置をとることを、同条4項にて、法的能力の行使に関する措置において濫用を予防するために障害者の意思及び選好の尊重を確保することを規定する。⁽²²²⁾ 障害者権利委員会の条約12条に関する一般的意見は、代行決定から支援付き意思決定への移行を求めており、⁽²²³⁾ 12条4項に関する意見⁽²²⁴⁾ 21項は「意思と選好の尊重が最善の利益に取って代わらねばならない」とし、締約国の義務に関する29項b号は、あらゆる法的能力の支援は「客観的に最善の利益と認識されるもの」⁽²²⁵⁾ でなく、「本人の意思と選好」に基づかなければならないとする。

日本が同条約を批准していることから、以上のような要請をふまえ、学説においても成年後見制度について、「他者決定型支援（代理・代行意思決定）から自己決定支援（支援付き意思決定 [supported decision-making]）への構造転換が必要」⁽²²⁶⁾ であるとするものが現れてきている。このような構造の転換は、多くの論者が指摘しているところであり、⁽²²⁷⁾ 成年後見制度における共通の了解事項となりつつある。

以上の潮流の下で、意思尊重義務の解釈として、可能な限りの意思決定支援を行うことを読み込む見解が登場している。これによれば、858条のもとでは、まず自己決定支援が行われ、それが尽きた場合に他者決定へ移行し、他者決定においても本人の「『意思』に満たない本人の『意向』」に沿ったうえで⁽²²⁸⁾ 代理が求められる。

また、条約の理念との整合性から、今後は「本人意思尊重義務が身上配慮

義務に優位する」と主張される。⁽²²⁹⁾ここでは、意思尊重義務は「愚行権」をも承認するとの解釈がとられ、本人の意思が客観的な本人の福祉に優越する場合も生じてくる。その点で、このような運用は、立法担当者の見解とは異なるものといえる。

成年後見制度における上記の方向性は、成年後見制度利用促進法にも見出すことが可能である。同法3条1項は、被後見人の意思決定への支援や、被後見人の自発的意思の尊重が適切に行われるべきこと等の理念のもとで成年後見を促進することを規定する。同項が、被後見人の自己決定の尊重の理念や意思決定の支援を掲げたことで、障害者権利条約に沿った成年後見制度が指向される⁽²³⁰⁾という。

同法の起草者は、現状においては、民法858条のもとで、自己決定権が十分尊重されない場合があることを認識したうえで、「成年被後見人等の自己決定権が尊重されるように成年後見制度が運用される」よう、「三条の一項で基本理念として成年被後見人等の自発的意思が尊重されるべきことを」掲げたとする。⁽²³¹⁾したがって、同法からも、成年後見制度のもとでの本人意思の尊重が従来以上に重視されるべきことがわかる。また、憲法学の立場によると、成年後見制度により被後見人の自由権や自己決定権を制約する場合には、「弱い自己加害阻止原理」に基づく基本的人権の制約を正当化するための要件を満たさなければならないとされる。そこでは、被後見人の「生き方・方針の尊重」が求められることになり、被後見人の意思の尊重はやはり重視されるべきこととなる。⁽²³²⁾

かねてより、日本の民法学に対しては、「民法を通じて個人の尊厳のための自立性や主体性を活かしていく発想がない」との指摘がなされていた。近年、「人間の尊厳」を意識した民法という理念を掲げ、民法における根本原則の大転換が起きたとする見解もあり、この点からも自己決定の尊重は従来以上に重要となると思われる。⁽²³³⁾したがって、成年後見制度も、従来の捉え方からの脱却をはかり「人間の尊厳を重視する」文脈で考えていくべきであ

⁽²³⁵⁾り、意思尊重義務の要請はより強力なものとなっていくべきである。

このような情勢から、858条の意思尊重義務は従来以上の意義を有する可能性があり、このことを踏まえて後見人は、本人の意思決定を支援し、尊重しながら後見事務を行わなければならない。とはいえ、意思決定支援が具体的にどのようなものとなるのか、明らかでないこともあり、どのような支援を行えば義務を果たしたことになるのかは判断が難しい。⁽²³⁶⁾この点、厚生労働省による「認知症の人の日常生活・社会生活における意思決定ガイドライン」⁽²³⁷⁾、大阪意思決定支援研究会による「意思決定支援を踏まえた成年後見人等の事務に関するガイドライン」⁽²³⁸⁾が出されるなど、意思決定支援の手法を明らかにする試みがなされている。⁽²³⁹⁾どこまでの支援を行えば、意思尊重義務を果たしたことになるかは、今後の実務の蓄積によるとと思われる。

他方、後見人が受任者の善管注意義務を負うことにも留意すべきである。愚行権をも含めた本人意思の尊重は、善管注意義務違反となり得るおそれがある。前述したように、不適当な指図に漫然と従うことは善管注意義務違反となり、その際には本人に対し、不適当な指図であることを報告し、場合によっては指図から逸脱する義務を負う。この際、本人への報告について、判断能力がある委任者に対する場合と、判断能力が低下している被後見人に対する場合とで同一に考えてよいのであろうか。後見の場合、本人への報告が必ずしも本人に適切に理解されるとは限らないため、臨機の措置として本人の意思の尊重からの逸脱が認められる場合は多いと思われる。

指図遵守義務の文脈では、「委任者の『契約時における』『現実の』『明示または黙示に表示された』意思、すなわち『委任の本旨』」のもとで形成された枠が、受任者の行為の枠を確定するとされる。そして、受任者はその枠の下で、一定の裁量を有し委任者の真の意思を尊重すべく行動する。ここでは、委任者の指図は絶対的な基準とならず、指図が委任者の真の意思に反する場合には「指図に違反する権利…義務」を負うことになるとされ、この際、「委任者に情報や能力が不足する場合には、委任者の…決定が委任者の

真の意思に沿」わない場合があり得るとされる。⁽²⁴⁰⁾

この点、被後見人は、基本的に情報や能力が不足するのであり、仮に可能な限りの支援を行ったとしても、そのような不足を賄うことができるとは限らない。場合によっては、後見人は、本人の意思に反する義務を負うことになるし、本人の意思の尊重をすべきでないとの要請もはたらきうる。そこで、後見人が本人の意思の尊重をどこまで優先すべきかについて再度検討する必要がある。⁽²⁴¹⁾

上山泰教授は、前述したパラダイムシフトの下で、意思尊重義務を従来以上の意義を有するものとして捉えるものの、「本人意思の尊重という要請を過剰に絶対視…神聖視」することは「明らかな誤解」であるとしており、858条の趣旨を被後見人の「客観的福祉をめざす身上配慮義務と…主観的福祉をめざす本人意思尊重義務という、2つの相反するベクトルをもっている行動指針のバランスを図りつつ、具体的な職務方針を決定していくこと」であるとしている。⁽²⁴²⁾

この点、道垣内教授は、「本人の意思のままに行動させることが本人の福祉に反するからこそ、成年後見に付されているのであり、その際に、本人の意思を絶対的に尊重することはあり得ない」としながらも、自己決定権尊重の理念から本人の福祉だけを尊重することは適切でないことから、「成年被後見人の福祉のために権限を行使する成年後見人が、その権利を行使する際の制約原理として、『本人の意思の尊重』が存在しているという関係」を定立する。したがって、本人の福祉と本人の意思の尊重はどちらか一方が優先するというものではなく、それらのバランスをとる必要が生じるが、その際に「折合いを付けて、具体的な判断を行うときの注意基準」となるのが善管注意であるとする。⁽²⁴³⁾

以上をふまえると、身上配慮義務・意思尊重義務という相反する指針のバランスをとる際の基準となるのもまた、後見人の善管注意義務ということになる。そのバランスの判断は非常に困難であるが、そこで悩むことこそ権利

擁護を果しているということであり、善管注意義務を果していることにつながる⁽²⁴⁴⁾と解される。

したがって、被後見人が必ずしも自身の利益とならない指図（意思や意向の表明）を行った場合でも、常に本人の利益を優先させるべきではない。⁽²⁴⁵⁾被後見人の意向が、愚行権と呼称されるような本人の福祉を害するような意向であったとしても、それが善管注意のもとで許容される範囲内である場合には、後見人はそのような意向を尊重した行動をとって被後見人に不利益を及ぼしたとしても善管注意義務違反を問われないと考えられる。

逆に、被後見人の意思や意向が、本人の福祉に反するものであり、善管注意のもとで許容されない場合には、後見人が判断する客観的な利益のもとでの事務処理を行うことになる。身体や生活、経済状況等の客観的福祉の点からどうしても容認できない場合や、第三者に危害を加えたり公序良俗に反したりする⁽²⁴⁶⁾場合がこれに当たるとされる。

4 小 括

身上配慮義務と意思尊重義務は身上監護にかかわる財産管理の際に負う注意義務であるが、前述したように、後見人による財産管理はほとんど身上監護にかかわるものであるので、一般的に後見人は同義務を負うことになる。

身上配慮義務のもとでは、後見人は、被後見人の生活の維持や向上、保護のために、後見財産の得失だけを考えることなく、心身の状態や生活の状況に配慮し、積極的に財産を用いて身上監護及び財産管理を行うことが求められる。ここでは、主として被後見人の客観的な福祉を図ることになる。

他方、身上配慮のために身上監護及び財産管理を行うとしても、後見人は意思尊重義務を負うことから、事務処理の際には被後見人の意思を意思決定支援等により極力尊重する必要がある。この際、善管注意義務に照らして本人の意向を尊重するべきでない場合には、本人の客観的な福祉を優先させた事務処理を行わなければならない。

以上から、民法858条のもとで後見人が負う義務は、被後見人の意思を善

管注意のもとで許容される範囲で尊重し、被後見人のために、利害の得失のみを考慮することなく被後見人の生活の質の維持・向上を目指し、積極的に後見財産を用い身上監護及び財産管理を行う義務ということになる。

IV 後見人による投資と善管注意義務

以上、後見人が財産管理に際して負うと考えられる善管注意義務（正確には善管注意によって定まる後見事務処理義務）について検討した。これをまとめると、後見人が、後見の本旨（財産管理及び身上監護を行うこと）に従って、当該後見人の職業等の特性を考慮したうえで定まる注意のもとで、忠実に（専ら被後見人の利益のために）、被後見人の意思を善管注意のもとで許容される範囲で尊重し、被後見人の生活の質の維持、向上を目指し、金銭面の得失のみを考慮することなく積極的に後見財産を用い身上監護及び財産管理をその目的及び性質に応じて最も合理的に処理する義務であると考えられる。

それでは、元本棄損リスクのある投資は善管注意義務違反にあたるのだろうか。

869条の善管注意義務が後見人に課すのは、善管注意のもとで後見の本旨にしたがって、忠実に、後見事務の目的及び性質に応じて最も合理的に後見事務を処理することである。これは、具体的な行為を挙げて、あらかじめ禁止するというような入口規制的な性質のものではない。⁽²⁴⁷⁾ もちろん、元本棄損リスクのある投資を行うことが最も合理的でない場合もあるし、善管注意のもとで許容されないこともあるが、それは、各後見のもとでの具体的な状況に応じて判断されることであり、すべての後見事例につきあらかじめ当てはまることではない。

身上配慮義務のもとでは、後見人は、被後見人の生活の質の維持・向上のために後見財産を用いるべきとされるのであり、生活の質の維持・向上という点からすれば、資産を有効に活用して増やすことも求められる。⁽²⁴⁸⁾ そして、

そのためには、金銭面の得失のみを考慮することなく財産を用いることが求められるのであり、元本棄損リスクのある投資であるからといって絶対的に禁止されるものではないだろう。

長寿命化の進行するわが国では、資産寿命の伸長が課題となっており、生活の質の維持・向上という点からは一定の利殖が求められることになるが⁽²⁴⁹⁾、現在の低金利環境のもとでは、元本棄損リスクのある投資が必要な場合もある⁽²⁵⁰⁾。また、資産に一定の余裕がある場合であっても、生活の質の向上の視点からは、資産を運用して増やすことが身上配慮義務によって導かれる。被後見人の生活の質を考慮せず、何らの利殖も行わないことは本人の身上に配慮したことにはならない。被後見人の財産を保全することに傾くことは、必ずしも適切な支援につながるわけではなく、却って最も肝心な被後見人の最善の利益の実現という視点を欠落させかねないことに注意すべきである⁽²⁵¹⁾。

意思尊重義務の観点からも、あらかじめ後見人による元本棄損リスクのある投資を善管注意義務違反とすることは適切でない。成年後見制度を最も利用しているのは認知症高齢者であるが、高齢者にも利殖を目的とした金融商品取引に対するニーズが存在する⁽²⁵²⁾。高齢者にはフローとしての所得が存在しない場合が多く、それに伴う不安も大きい。このような場合、被後見人が元本棄損リスクのある投資による利殖を望む可能性がある。また、被後見状態になる前に元本棄損リスクのある投資を行い資産の運用をしていた被後見人に関しては、真の意思を尊重した結果、そのような運用を行うべきである状況も存在する。以上の場面では、善管注意のもとで許容される限り後見人は元本棄損リスクのある投資を行うべきであり、むしろ行わなければ義務違反にあたりうる。

以上から、一連の義務は、決して後見人による元本棄損リスクのある投資を事前に禁止する性格のものではないといえる。むしろ、後見人が被後見人に何が必要であるかを考えることなく、また被後見人の意思を尊重することなく、単に権限外の行為であるとか善管注意義務違反にあたるかと判断して

資産を運用しないことこそ、善良な管理者の注意を欠くといえる。後見人による投資が善管注意義務違反にあたるとの解釈は、本来的な後見人の善管注意義務の考え方から大きく逸脱していると指摘できる。⁽²⁵⁴⁾

V 裁判例の動向

ここまで後見人が負う善管注意義務の中身をできるだけ明らかにした。本節では、実際に後見人による投資が行われた際に、裁判所がどのような判断を行っているのかをみていくことにする。

管見の限り、後見人が被後見人の財産を用いて投資を行った事案は少なく、地裁や高裁の判決が存在するにとどまる。とはいえ、今後、後見人による投資というものを考えていくうえで、実際の事例を検討することは有用である。そこで、本節では後見人が不動産ファンドに投資をした事案（1～2。なお、同一事件の1審判決と2審判決である。）と、利殖を図るための資産運用の手段として生命保険契約を締結した事案（3）について検討していく。

1 東京地方裁判所平成28年6月28日判決⁽²⁵⁵⁾

（1）事案の概要

未成年後見人がY（被告、証券会社）から勧誘を受け、X（原告、被後見人）を代理し、レバレッジ効果をもつ「レジデンシャル—ONE」⁽²⁵⁶⁾という不動産投資ファンド（以下、「本件商品」とする。）に出資した。原告は、被告の従業員による勧誘行為に適合性原則違反及び説明義務違反があり、被告は法人としての不法行為、使用者責任、債務不履行又は金融商品販売法5条及び金融商品取引法17条に基づく損害賠償責任を負うと主張し、これらによる損害賠償請求権にもとづき、本件取引により生じた損害及び弁護士費用並びに遅延損害金の支払を求めた。

（2）裁判所の判断

まず、裁判所は、未成年後見人は、民法869条、644条に基づき、未成年被

後見人の財産を同人に代わって善良な管理者の注意をもって管理する義務を負うことに言及した。そして、本件ファンドは、「大きな収益を得られる可能性がある一方で」、元本保証等の特約があるわけではなく、出資者側に大きな損失リスクが生じる投機性の高い商品であるところ、「未成年後見人が、未成年被後見人を代理してこのような投機性の高い商品に対する投資を行うことはおよそ許されない」と判示した。

Yについては、「未成年後見人が未成年被後見人を代理して当該取引を行うことを認識した以上、当該取引の勧誘をすることは許され」ず、「これに反し、当該取引の勧誘をした場合は、適合性原則に違反するものとして不法行為責任を免れ」ないのであり、「使用者である被告においても使用者責任を免れない」とし、Yは被用者の「勧誘に起因して原告が被った損害を賠償する義務を負う」と判示した。

以上をふまえ、裁判所は、Yの被用者は未成年後見人に対し本件ファンドを購入させたものであり、Xには購入額と同額の損害が生じたと判断した。なお、「未成年後見人が未成年被後見人を代理し投機性が高い取引を行うことはおよそ許されない」のであり、未成年後見人が同取引を行ったことは非難されねばならないが、その落ち度による不利益が未成年後見人に転嫁されるいわれはなく、過失相殺は行わないとした。そして、「原告の本訴請求は、いずれも理由があ」とされ、認容された。

（3） 検 討

本判決は、未成年後見人による投資が善管注意義務違反であると明確に表現したわけではないが、未成年後見人が投機性の高い金融商品取引を行うことは善管注意義務違反にあたり得ることを示唆する。とはいえ、本件のような投資が権限外であり善管注意義務の点から許されないと考えられたのか、権限内ではあるが善管注意義務の点から許されないと考えられたのかは定かではない。

また、本判決によれば、証券会社においても、その被用者が、「未成年後

見人」が「未成年被後見人」を代理して本件商品のような「投機性の高い」商品へ投資を行うことを認識した場合、その勧誘は適合性原則に違反し、不法行為責任を免れないとされ、使用者として使用者責任を負うことになる。

ただし、本件で問題となった金融商品は投機性の高いものであったことには留意が必要である。実際、判旨においても、本件商品の投機性の高さについて言及があった。したがって、本判決から、後見人による金融商品取引がいかなる場合においても許されないと一般化することは難しいであろう。

2 東京高等裁判所平成28年11月30日判決⁽²⁵⁷⁾

本判決は、1の控訴審である。争いのない事実や、争点、当事者の主張については原審がそのまま引用され、結論として、控訴は棄却、原審の判決が維持された。ただ、本件投資に関して、原審より詳細な検討がなされている。なお、控訴人は証券会社（原審・被告）であり、被控訴人は未成年被後見人（原審・原告）である。

(1) 裁判所の判断

まず、裁判所は、本件ファンドでは、顧客の出資に加えノンリコースローンによる借入れが行われており、「投資対象不動産に担保が設定され」、同ローンへの返済が投資家への出資金の返還よりも優先されていたこと、「レバレッジ効果により、不動産価格の下落幅以上に出資金が大幅に元本割れするリスク」があり、なおかつ途中解約もできないため、下落し続けていても途中で損切りを行いリスク回避することができないものであったことなど、本件商品の特性に言及した。

また、裁判所は、「類似の不動産ファンド」の中には、「不動産価値が減少しても投資家に対する配当や償還への影響を小さくする仕組みが取られているものもある」とし、よりリスクの低い商品が存在することに言及し、そのような「商品は、リスクの減少によってリターンも減少するのであるが、これらと比べ、本件ファンドは、相対的にリスクが大きいものといえる」と、低リスクの商品と本件商品を比較したうえで、本件商品のリスクの大き

さを認定した。

本件後見人による投資について、裁判所は、未成年後見人は民法869条・644条に基づき、未成年被後見人の財産を同人に代わって善良な管理者の注意をもって管理する義務を負うことに言及し、「未成年被後見人の財産については、未成年者が成人に達するまでの必要な費用に充てて、その生活を維持し、成人に達したときにはこれを引き渡して生活の補助とすべきものであるから、相当な経費の支払を除いては、これを保全し、その確保を図ることが大切であって、資産運用をして増殖する必要はなく、元本割れのリスクがある商品を購入するのは相当でないし、リスクの大きい商品に投資をすることは許されない」と判示した。

そして、以上から、「本件取引は、未成年者の意向と実情に反する明らかに過大な危険を伴う取引といわざるを得ないところ」、Yの被用者が、未成年後見人がXを代理して本件取引を行うのを認識しながら勧誘し取引をさせたのであり、「適合性の原則に違反するものとして不法行為に該当し、控訴人も使用者責任を免れない」と判示した。

また、過失相殺についても、公平の理念に反するとし、原審同様認められなかった。

（２）検 討

本判決では、まず本件商品のリスクの高さを述べた後に、「リスクを減少させている類似ファンド」の存在に言及していることが注目される。もちろん、本件ファンドの危険性を示すために、そのような商品の存在に言及したという側面もあると思われる。しかし、それだけでなく、「リスクを減少させている類似のファンド」であるならば投資が認められる余地があることを示していると捉えることも可能である。とはいえ、「元本割れのリスクがある商品」の購入を不相当であるとしている点は、前述の学説と一致するところである。

では、後見人による元本棄損リスクのある投資は認められないのか。この

点、本判決は、「未成年被後見人の財産については、未成年者が成人に達するまでの必要な費用に充てて、その生活を維持し、成人に達したときにはこれを引き渡して生活の補助とすべきものであるから」、「元本割れのリスクがある商品を購入するのは相当でないし、リスクの大きい商品に投資をすることは許されない」としており、本件投資を否定する根拠として未成年後見に特有の事情のみを挙げている点が注目される。以上の事情は、成年後見に該当するわけではなく、本件商品の購入に対する検討は「未成年」後見人についてなされているといえ、仮に元本棄損リスクのある金融商品への投資であっても、成年後見人の財産管理においてまで許されないと判示されたわけではない。また、リスクを減少させた類似のファンドへの言及もあることから、元本棄損リスクのある商品への投資が一律に認められないとの趣旨ではないといえよう。

したがって、本判決から、一概に成年後見人による金融商品の購入（投機性の高いものも含む）が禁止されると解することはできない。⁽²⁵⁸⁾ 本判決が導くのは、①未成年後見人が未成年被後見人を代理して、「元本割れのリスクがある商品」、「リスクの大きい商品」を購入することは善管注意義務違反に当たりうること、②そのような事情を認識した者が、未成年後見人に対し「投機性の高い」商品を勧誘・売却した場合には適合性の原則に違反し、不法行為責任を負うこと（使用者も使用者責任を負うこと）の二点にすぎない。

3 松江地方裁判所平成29年1月16日判決⁽²⁵⁹⁾

(1) 事案の概要

X（原告）は、平成8年2月9日、交通事故に遭い、それ以降重度の知的障害等を有し、平成13年9月22日、松江家庭裁判所の成年後見開始の審判を受け、Y（被告）が後見人に就任した（平成26年2月17日付で辞任）。Xは、その間にYが、①Xと一切面談を行わず身上監護に基本的な事項を全く把握していなかったこと、②家庭裁判所への報告が家事審判官による審問を2度も受けるなど非常に遅延していたこと、③Xに胃ろうが造設されたにも

かかわらず、漫然と食事契約を締結し続けていたこと、④生命保険契約（以下、「本件契約」と表記する。）を締結したこと、⑤行政による補助制度を用いれば車椅子の無償提供を受けられたにもかかわらず、同制度を用いず車椅子を有料でレンタルし、かつ同車椅子がXの体に合わなかったこと、⑥後任の後見人への引継ぎが遅延したこと、⑦障害年金の受給申請手続をとらなかったことの諸点につき、Yには後見人としての善管注意義務違反があり、これにより損害を被ったとして、債務不履行ないし不法行為に基づく損害賠償請求をした。

（2）裁判所の判断

本論文では主題との関係上、争点④について検討する

本件で、Yは受取人をXの相続人とする保険料1500万円、第1保険期間を契約日から10年間とする生命保険契約を締結しており、本契約の証券は契約後3年以降から10年までの解約返戻金が1500万円となり、契約後18年経過時には返戻金が1786万5千円となることが記載されていた。

裁判所は、本件契約が、多額の後見財産の資産運用の方法として締結されたものであること、一定の配当が見込まれる金融商品であること、契約後3年経過時からは元本割れの危険がないこと、締結に際しYが家裁に報告をしたところ家裁からは指摘や是正指示がなされなかったことから、本件契約の締結はXの裁量の範囲内であり善管注意義務違反にあたらないと判示した。

（3）検討

本件保険商品の額は、原告側の主張によるとXの金融資産の「約23パーセント」に値し、Yも後見人就任時のXの資産が「約6500万円」であると認識していた。したがって、本件では後見財産の相当の部分を生命保険契約に投資することが認められたことになる。

本件契約が被後見人の利益にならない可能性が高かった点も注目される。本件商品は、契約後10年までは利子等が発生しないものであった。しかし、Yは「原告は健康上の理由により長く存命することは難しい状態である」と

述べており、Xが本件契約から生じる収益を得られる可能性は高いことと認識していた。それにもかかわらず本件契約は後見人の裁量の範囲内とされた。

また、本件契約は3年以内に解約した場合には元本を棄損するリスクを含んでいたが、それにもかかわらず、同契約は善管注意義務違反にあたらないとされた。もちろん、判旨は3年以上契約を維持すれば元本棄損リスクがないという点を重視したことがうかがえるのであり、後見人による元本棄損リスクのある投資を肯定する趣旨ではない。しかし、被後見人の健康状態が良好でなかった本件においては、3年という期間内に元本が棄損する恐れも生じ得たのであり、その点で、本判決は、元本棄損リスクのある投資であっても一定の場合には善管注意義務違反にあたらないことを示したとも考えられる。家庭裁判所も本件契約について報告を受けたにもかかわらず、特に勧告を行わなかった。

さらに、本件では、「一定の配当が見込まれる金融商品」であることを、善管注意義務違反を否定する方向への考慮要素とした。その点から、後見人による被後見人の財産の利殖は権限外だとする前述のA説を明確に否定したことになる。⁽²⁶⁰⁾

以上、本判旨からは、後見人は後見財産の相当額を利殖のために元本棄損リスクのある商品に投資することが一定程度認められる余地があると結論付けられる。

なお、本件契約について、意思尊重義務からの検討は全くなされなかった。その理由であるが、生命保険契約が純粋な財産管理に該当するからであるのか、利殖が本人の真の意思に適合したとみなされたからなのか、本人の意思には反していても運用して資産を増やすという本人の福祉を優先させた結果であるのか、そもそも意思尊重義務を考慮しなかったのか、いかなる根拠に基づくのかは不明確である。いずれにせよ、財産の相当額の投資について、本人に何らの確認も取っていない点から、本件裁判所は、本人の意思の

尊重を、大きく後退させているといえる。

しかし、前述のように、成年後見制度の運用においては障害者権利条約が示すパラダイムシフトを十分に考慮する必要がある、今後は異なった判断がなされる可能性もある。私見としては、後見人による資産運用に際しては、被後見人の財産に損失を及ぼす可能性もあることから、直接意向を確認するなどの措置をとる義務があると考ええる。

4 小 括

以上、後見人による投資事例を確認した。裁判例からは、後見人は過度にリスクの高い商品に後見財産を投資した場合には善管注意義務違反にあたりうるとしても、リスクのある商品全般への投資を禁止されているとの趣旨は見取れない。例えば、東京高裁の事例では、相対的にリスクの低い商品への言及がなされており、そのような商品への投資は認められる可能性がある。また、松江地裁の事例では、元本棄損リスクのある生命保険契約であっても利殖の可能性が認められる点をもって善管注意義務違反は認められなかった。松江地裁判決は、全体的に本人の意思の尊重を軽視しており、その正当性には大いに疑問があるものの、後見人が金融商品を購入した事例が少ない中、そのような行為を善管注意義務から判断した点で今後の方向性を示し得るものであると思われる。

このように、裁判例をみる限り、後見人による投資は元本棄損リスクのある投資であるとの一点のみから判断されるのではなく、利殖の可能性やリスクの高さなどの諸事情を総合的に考慮して判断されているといえよう。したがって、後見人が元本棄損リスクのある投資を行ったからといって一律に善管注意義務違反にあたと解するのは適切ではなく、義務に適合するか否かを当該投資について個別具体的に判断していくべきである。

第3章 後見人による投資

本論文では、ここまで後見人による投資が認められるか否かを検討してき

た。第1章では、後見人の財産管理権が包括的な権限であることを確認した。そのうえで、後見人による被後見人の資産の投資も財産管理権に含まれることを確認し、投資が適切か否かは善管注意義務の問題であるとの私見を提示した。

第2章では、後見人の負う善管注意義務を検討することで、同義務が後見人による元本棄損リスクのある投資をあらかじめ否定する性質のものではないことを確認した。むしろ、同義務からは、後見人が元本棄損リスクのある投資も含めて、資産を運用することが求められる場合もある。また、後見人が実際に投資を行った事案についても確認した。そこでは、投機性の高い投資は善管注意義務違反にあたるとされる可能性があるものの、元本棄損リスクのある投資を利殖として認める裁判例があることを確認した。

以上の検討から、後見人は元本棄損リスクの有無を問わず一定の場合には投資を行うことができると考えられる。そこで、本章では、後見人による投資が認められることを前提に、どのような問題が想定されるかを検討していきたい。

I 後見人の投資義務

わが国では、これまで後見人による投資は義務であるどころか、権限外の行為とされたり、権限には含まれるとしても善管注意義務違反にあたると解されてきた。しかし、前述のように、投資は後見人の財産管理権に含まれるものである。また、後見人の善管注意義務である受任者の善管注意義務や身上配慮義務、意思尊重義務の各義務は事前規制的な性格をもつものではない。むしろ、これらの義務は、一定の場合に後見人に資産運用としての投資を行うことを求めるものである。

善管注意義務から派生する管理運用義務によれば、後見人は適切な運用を行い利殖を図ることが義務であるとされる。仮に、後見財産を何ら運用することなく漫然と定期預金等で管理し適切な利殖を行わなかったり、運用しな

かったため後にインフレが発生した際に、後見財産の価値が目減りする事態に陥ったりした場合には、後見人は義務違反を問われるおそれがある。後見人が被後見人の生活のために投資により資産を運用し利殖する必要があると認識していたにもかかわらず、何らの利殖も行わず後見財産が枯渇する事態に陥ったときも、善管注意義務違反を問われ得る。このような懈怠は、身上配慮義務違反にもあたるおそれがある。また、被後見人が投資による資産運用を望んでいる場合に、後見人が投資を行わなかった場合には、意思尊重義務違反を問われ得る。

もちろん、後見財産が少ない場合など元本棄損リスクが被後見人の福祉の点から許容できないこともあるだろう。この場合、善管注意義務や身上配慮義務は後見人に投資をしないよう要請する。実際に、身上配慮義務の前身である旧858条は、後見人は資産の状況に従って被後見人のために財産を使うことを規定していた。しかし、このように資産の状況をみるのであれば、むしろ全ての後見類型に一律に投資を認めないとするのも許容できない。状況に応じて、一定のリスクのある投資が認められる場合もあるはずである。資産の状況が許す場合において、被後見人の年齢が若く長寿リスクに備えるためには資産の運用が必要であるとか、被後見人が資産の運用を望んだとかの事情がある場合、後見人が善管注意の下で投資を行うことを認めるべきである。

わが国において、あらかじめ投資を後見人の義務として想定することは適切でないとしても、上記のような場合には、後見人が投資を行うことが義務となると考えることができよう。少なくとも、今後は後見人による資産運用の手段として、投資が行われることを想定していく必要がある。そのためにも、後見人はどのような場合に投資をすべきか、または投資をすべきでないかについて、財産額等を考慮要素に指針を定めていくべきである。⁽²⁶¹⁾

後見人による投資義務が認められるときに投資をしなかった場合、後見人は善管注意義務違反として、債務不履行責任ないし不法行為責任を問われ得

⁽²⁶²⁾この場合、投資をしていれば得られたであろう利益を損失として観念しうる。また、後見人が投資を行ったものの、不適切であったため適切な投資を行った場合よりも収益が少なかったというような場合も損失を観念しうる。

他方、後見人の義務をあまりに重く捉えると、後見人の成り手が不足し、制度の持続可能性の点から問題があるとの指摘も受けよう。この点については、今後の検討が必要である。

II 投資における注意義務

後見人による投資を認めた場合、その適否の判断は善管注意義務に照らして行われることになる。善管注意は当事者の属性をも考慮に入れるため、資産運用の専門家が後見人に選任された場合、そのような後見人は高度な注意義務を負うことになる。他方、親族後見人や資産運用の専門家でない専門職の後見人はそれぞれに応じた注意のもとで投資を行うことになる。

しかし、わが国では後見人による投資に関する先行研究は少なく、後見人が投資の際にどのような事項を考慮すべきかが不明確である。後見人は必ずしも資産運用の専門家ではなく、善管注意義務だけでは十分な指針とはならない。したがって、現行法の解釈によって後見人による投資が認められたとしても、具体的な指針がなければ実効性に乏しく、被後見人の利益となる投資が行われない恐れがある。また、後見人側も依拠すべき指針のないまま投資を行ってしまうと、損失に責任を負うおそれがある。

この点、アメリカの後見に関する統一法（Uniform Guardianship, Conservatorship, and Other Protective Arrangements Act（統一身上後見、財産後見、その他の保護のアレンジメントに関する法律、以下、「統一後見法」と表記する。）は、プルードント・インベスターの基準で、財産後見人の投資を判断することを規定しており、財産後見人が後見財産を投資する際に考慮すべき事項を規定している点が注目される。⁽²⁶³⁾その考慮事項は受託者の投資に関する準則である Uniform Prudent Investor Act（以下、「統一プル

ーデント・インベスター法」と表記する。)から取り込んだものが多い。⁽²⁶⁴⁾これらの考慮事項は、日本においても、善管注意義務のもとで当然に考慮されることになると思われるものの、統一後見法のように、投資の際に考慮すべき事項を明らかにすることは、後見人の行為基準を具体的に明らかにするという点で有益である。そこで、わが国においても、アメリカのように信託法における投資の理論を参考にしていくことができるのではないか。⁽²⁶⁵⁾

また、後見人による投資のガイドラインを策定していくことも考えられる。⁽²⁶⁶⁾本論文では、紙幅の関係上、具体的な指針の定立にまで立ち入ることはできないが、今後は、後見人による投資に関する基準の策定を検討していくべきである。

なお、統一後見法によれば、注意義務は結果で判断されるのではなく行為時の状況に向けられるとされる。⁽²⁶⁷⁾この点、わが国においても善管注意義務は行為の完成ではなく行為の適正に向けられることから、後見人による投資も手段債務としての側面を重視すべきであろう。したがって、後見人による投資がその過程において善管注意義務を満たしていれば、仮に損失が発生したとしても後見人は損失に対する責任を負わないと解すべきである。⁽²⁶⁸⁾

Ⅲ 投資の委任

信託法は、28条3項において、第三者への委託が信託の目的に照らし相当である場合の第三者委託を認めている。投資運用の受託者は善管注意義務の下で、自身に専門知識が十分でない場合に専門家を用的べきことが「信託行為に特に定めがないときのデフォルト」になる。⁽²⁶⁹⁾後見においても、後見人が投資に関する専門知識を欠くことが多いと思われることから、投資を第三者へと委任することが適切である。

アメリカの統一後見法では、後見人が第三者に投資や管理行為を委任した場合、合理的な注意のもとで選任・監督をすれば、復代理人（復受任者）の行為については責任を負わない。⁽²⁷⁰⁾これは、わが国の信託法における第三者委

託や、日本における法定代理人による「やむを得ない事由」に基づく復代理において、受託者や法定代理人の責任が選任・監督責任へと軽減されることに類似している。

わが国の信託法においてこのような責任の軽減がなされるのは、分業化の進んだ現代では、受託者は適切な第三者へと委託をしながら善管注意の下で事務を行う義務を負うからであるとされる⁽²⁷¹⁾。このような事情をふまえると、法定代理人による復代理の「やむを得ない事由」につき、本人の利益となり代理人が該行為を行うことが期待できない場合を含むとの見解をとるべきであろう。したがって、後見人が資産運用に関する専門知識を有さない場合は、投資を委任することが本人の利益となるのであり、やむを得ない事由に該当するといえる。そこでは、後見人は善管注意をもって選任・監督を行う責任を負う。

IV 利益相反取引

後見人の忠実義務を具体化させた民法860条は、後見人による利益相反行為を禁止する。判例は、行為の外形からのみ利益相反にあたるか否かを判断する外観説をとっている⁽²⁷²⁾。例えば、後見人が被後見人の所有する株式を購入する場合、後見人は可能な限り安く買うことを企図し、被後見人は可能な限り高く売ることが企図する。外観説にしたがえば、以上のような場合には利益相反の関係が生じる。この際、当該取引が被後見人の利益になるとの事情は考慮されない⁽²⁷³⁾。

後見人による後見財産の投資を認めた場合、外形上の利益相反関係が生じる可能性がある。近年、わが国では、法人後見の役割が強調されてきており⁽²⁷⁴⁾、成年後見制度法人後見支援事業も実施されている⁽²⁷⁵⁾。このような情勢においては、財産管理、とりわけ投資のような資産の運用に関しては、専門職として金融機関が後見人になることも期待される。しかし、そのような法人には一定の役割が期待される一方⁽²⁷⁶⁾、後見事務において利益相反が生じやすいと

⁽²⁷⁷⁾される。金融機関等が後見人になった場合、従来までの利益相反の認定によると十分な財産管理を行えないおそれがあることから、利益相反行為の認定に一定の緩和が必要であると思われる。この点は今後の課題である。

V 一定のセーフガード

後見人による投資を認める場合、被後見人の財産を保護するために何らかのセーフガードを求めることが考えられる。

例えば、投資を行う後見人に対し担保を求めることが考えられる。⁽²⁷⁸⁾とはいえ、現在の成年後見法は、後見人に対し担保を要求していない。前述のように、明治民法933条は親族会の裁量の下で後見人に担保を供与することを求めていた。⁽²⁷⁹⁾例えば、後見人が善管注意を果さずに後見財産を濫りに費消し、費消した部分を後見終了後に返還できない場合がある。そこで、担保が求められるが全般的にこれを認めると後見人に対し「頗る迷惑」でもあるため、親族会が後見人の能力や資力等から担保が必要であると判断した場合のみ、担保を提供させていた。⁽²⁸⁰⁾しかし、その後、親族会の廃止に伴い、後見人による担保供与の規定も削除された。我妻博士は、以上の担保供与義務が削除されたとしても、現行の民法863条に基づき、家庭裁判所が一般的監督権にもとづき担保を供与させることが「できるだろう」とした。⁽²⁸¹⁾また、法制審議会民法部会小委員会は、家庭裁判所が後見人に担保を供与させることができるとすべきか検討するとした。⁽²⁸²⁾

後見人に担保を供与させることは、後見人にとっては過大な負担となり、後見人の成り手不足が問題となっている現状に鑑みると、現実的な方策ではない。とはいえ、後見人が善管注意を欠く資産運用を行い、後見財産に莫大な損害がもたらされる場合もあり得ることを考えると、一定額以上の投資を行う場合には、何らかの保証を講じさせることも考えられる。この点は、今後の課題であるが、例えば後見人が保険に加入しておくことを投資の要件とするのも一案である。⁽²⁸³⁾

また、後見人による投資を家庭裁判所の許可や判断にかけるとする見解が⁽²⁸⁴⁾ある。明治民法下で、後見人による投資は親族会の同意を必要としていたことを考えると、このような見解にも合理性があろう。とはいえ、家庭裁判所の現在の体制を考慮すると、安易にその負担を増やすべきではないとも思われる。いずれにしても、投資から被後見人の財産を保護するためのセーフガードについては、今後の課題である。

おわりに

本論文では、後見人が被後見人の資産を投資することが可能か否かについて検討した。これまで、後見人が被後見人の資産を運用するという視点は希薄であったことから、このような検討は十分になされてこなかったといえる。しかし、長寿命化に対応するため資産寿命の伸長が求められるなどの新たな課題に直面している今日においては、後見人が被後見人の資産を運用しながら生活を維持できるように援助するという視点も求められる。これは、被後見人の利益を図るための財産管理であり、身上に配慮したものである。

また、ノーマライゼーションの視点からは、被後見人があらゆる領域において包容される社会づくりを指向していかねばならない。この理は、投資のような資産運用の局面にも当てはまる。したがって、今後は、後見人による投資を認めていく方向で議論をしていくべきである。

とはいえ、後見人による投資という観念が希薄なわが国には、後見人が被後見人の資産をどのように投資していくべきかの指針がない。前述のように、具体的な指針を用意することなく後見人による投資を認めることは、被後見人にとっても後見人にとっても危険である。この点、本論文は主として後見人による資産運用の可能性を提示したにとどまり、具体的な検討を行うことができなかった。

また、後見人による投資を認めた場合、大きな問題として考えられるのは後見財産の元本棄損リスクである。被後見人は、労働に従事することが困難

であり、社会保障や年金等のインフラを除き新たな所得を得ることが想定しにくい。したがって、財産のストックが非常に重要となり、元本棄損リスクは大きな負担となる。本論文では、若干の言及にとどまったがどのようなセーフガードを設けるかが、次の重要な課題となる。

後見人による投資を認める以上は、具体的な運用指針や、一定のセーフガードが必要であり、これらの検討を行ってはいじめて後見人による投資が具体的な職務として想定されうるのではないか。これらの検討は、今後の課題としたい。

- (150) 潮見・前掲注（115）260頁、山本・前掲注（108）714頁。
- (151) 内田勝一『債権各論講義案Ⅰ』（成文堂、2005）204頁、末弘・前掲注（133）759頁、中川・前掲注（122）273頁、鳩山・前掲注（107）615頁。潮見・前掲注（115）260頁は、このことにつき、「指図の変更を求めるために委任者に報告をする義務（民法645条）」が受任者に課されるとしている。山本・前掲注（108）715頁は、「通知義務」及び、通知をしたうえでの「離脱義務」があるとしている。
- (152) 潮見・前掲注（115）260頁。
- (153) 潮見・前掲注（115）260頁、機代＝広中・前掲注（107）〔中川〕（107）230頁、我妻・前掲注（109）671頁。山本・前掲注（108）715頁は、「離脱義務」という。
- (154) 幾代＝広中・前掲注（107）〔中川〕230頁。
- (155) 加藤・前掲注（109）422頁、我妻・前掲注（109）671頁。
- (156) 潮見・前掲注（115）261頁、中田・前掲注（112）528頁。
- (157) 潮見・前掲注（115）262頁。
- (158) 道垣内弘人『信託法理と私法体系』（有斐閣、1996）152頁。
- (159) 道垣内・前掲注（158）152頁も参照。
- (160) 中田裕康『継続的取引の研究』（有斐閣、2000）399頁参照。
- (161) 潮見・前掲注（115）263頁。
- (162) 中田・前掲注（160）398頁。
- (163) 中田・前掲注（160）398頁。また、梅謙次郎『民法要義 卷之三 債権篇』（明法堂、1897）735頁、稲本洋之助ほか『民法講義 5 契約』（有斐閣、1978）〔能見善久〕270頁、法務大臣官房司法法制調査部『日本近代立法資料叢書 4 法典調

- 査会 民法議事速記録四」〔富井政章〕(商事法務、1984) 623頁参照。なお、利殖の義務を認めるものの、手段としては預貯金にのみ言及するものとして星野・前掲注(109) 278頁。
- (164) 中田・前掲注(160) 398頁。また、梅・前掲注(163) 735頁、法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(163)〔富井〕623頁、星野・前掲注(109) 278頁参照。
- (165) 藤巻健史「迫るハイパー・インフレの危機 現金・預金は一番のリスク資産」中央公論2010年8月号41-42頁、藤原洋二「日本の高齢者世帯における資産運用—金融商品製造業者の多様化と関連づけて—」早稲田商学411・412合併号(2007) 1頁以下参照。
- (166) 中田・前掲注(160) 400頁。
- (167) 四宮和夫＝能見善久『民法総則』(弘文堂、第9版、2018) 145頁。
- (168) 潮見・前掲注(115) 259頁、四宮・前掲注(69) 231頁参照。
- (169) 四宮＝能見・前掲注(167) 350頁、道垣内・前掲注(158) 155頁、安永正昭「代理・委任における代理人・受任者の行動準則」林良平ほか『財産管理における受託者及びそれに類する者の行動基準』(トラスト60、1995) 10-11、21-22頁。
- (170) 道垣内・前掲注(158) 156頁、安永・前掲注(169) 22頁参照。
- (171) 安永・前掲注(169) 15頁。
- (172) 四宮・前掲注(69) 220頁。
- (173) 中田・前掲注(112) 529頁。
- (174) 岩井克人「信認関係の統一理論に向けて—倫理と法が重なる領域として—」経済研究67巻2号(2016) 118頁。
- (175) 四宮＝能見・前掲注(167) 350頁。
- (176) これにつき、民法(債権関係)部会第17回会議議事録(商事法務編『民法(債権関係)部会資料集 第1集〈第4巻〉—第14回～第17回会議 議事録と部会資料—』(商事法務、2011) 582頁以下)、民法(債権関係)部会第57回会議議事録(同『民法(債権関係)部会資料集 第2集〈第8巻〉—第55回～第59回会議 議事録と部会資料—』(商事法務、2014) 126頁以下)の各委員の発言を参照。
- (177) 岩井・前掲注(174) 107頁以下、岩藤美智子「ドイツ法における事務処理者の誠実義務—日本法における委任契約の受任者の忠実義務を考察するための基礎的作業として—」神戸法学雑誌48巻3号(1998) 609頁以下、大村・前掲注(117) 101頁、加藤・前掲注(109) 416頁以下、潮見・前掲注(115) 259頁、四宮＝能見・前掲注(167) 350頁、道垣内・前掲注(158) 170頁、長谷川貞之「信認関係と忠実義

- 務」 岡谷峻編『社会の変容と民法典』（成文堂、2010）326-327頁、樋口範雄「フィデューシャリー〔信託〕の時代」（有斐閣、1999）1頁以下など。
- (178) 民法（債権関係）部会資料46第**2**、**1**（**2**）の補足説明を参照（商事法務・前掲注（176）第**2**集〈第**8**巻〉411頁）。
- (179) 岩井・前掲注（174）107頁。
- (180) 中田・前掲注（112）50-51頁。
- (181) 樋口・前掲注（177）38頁。
- (182) 中田・前掲注（112）50-51頁。
- (183) 最大判昭和45年6月24日民集24巻**6**号632頁。
- (184) 江頭憲治郎『株式会社法』（有斐閣、第**7**版、2017）434-437頁、森本滋「取締役の善管注意義務と忠実義務」民商法雑誌81巻**4**号455頁以下、弥永真生『リーガルマインド会社法』（有斐閣、第14版、2015）154頁参照。
- (185) 大村・前掲注（117）102頁、潮見・前掲注（115）259-260頁。
- (186) 道垣内・前掲注（158）155頁、渡辺宏之『受託者の義務・責任（**1**）』信託278号（2019）47頁。加藤・前掲注（109）419頁も参照。
- (187) 会社法について、赤堀光子「取締役の忠実義務（一）—（四・完）」法学協会雑誌85巻**1**号—**4**号（1968）、大阪谷公雄「取締役の忠実義務」私法10号（1953）68頁以下、田中誠二「新改正會社法についての一般的問題」一橋論叢24巻**2**号（1950）385頁以下など。民法について、岩藤・前掲注（177）679頁、同「委任契約における受任者の忠実義務」私法64号（2002）158頁、四宮＝能見・前掲注（167）146頁、平野・前掲注（130）373頁など。
- (188) 大村・前掲注（117）103頁、道垣内・前掲注（120）43-44頁。また、森本・前掲注（184）477頁、渡辺・前掲注（186）48頁も参照。加藤・前掲注（109）417頁は、「受任者の負う忠実義務の内容」を「受任者の裁量性の程度やその基礎にある委任者からの信頼度を反映して、当該委任契約にそくして具体的に考えるべき」であるとしており、委任契約の属性を忠実義務の内容に反映させている。
- (189) 赤沼・前掲注（105）**5**頁、大村・前掲注（117）103、118頁、加藤・前掲注（109）416-419頁、道垣内・前掲注（120）44頁参照。
- (190) 岩井・前掲注（174）107-108頁、道垣内・前掲注（158）168頁以下参照。
- (191) 小林＝大門・前掲注（69）142頁。安永正昭「成年後見制度（**3**）」法学教室238号（2000）51頁は、「受任者的立場の成年後見人が尽くすべき善管注意義務の一側面を特に取り出して規定したもの」とする。

- (192) なお、身上配慮義務の沿革については、既に道垣内弘人『『身上監護』、『本人の意思の尊重』について』ジュリスト1141号(1998)29頁以下と、大村敦志「成年後見・その2—『心身生活配慮義務』について』法学教室263号(2002)72頁以下により、詳細な分析がなされている。本論文の沿革部分は、これらを参考にした。
- (193) 谷口知平『佛蘭西民法〔I〕 人事法 現代外国法典叢書(14)』(有斐閣、復刻版初版、1988)489頁。
- (194) 道垣内・前掲注(192)31-32頁。
- (195) 磯部・前掲注(22)246-247頁。
- (196) 磯部・前掲注(22)247頁。
- (197) 法務大臣官房司法法制調査部・前掲注(46)〔梅〕50頁。
- (198) 梅・前掲注(29)467頁。
- (199) 道垣内・前掲注(192)33頁。
- (200) 於保不二雄編『注釈民法(23)親族(4)』〔明山和夫〕(有斐閣、1969)312頁
- (201) 道垣内・前掲注(192)33頁。
- (202) 大村・前掲注(192)74頁、道垣内・前掲注(192)34頁。
- (203) 床谷文雄「成年後見における身上配慮義務」民商法雑誌122巻第4・5号(2000)536頁。
- (204) 小林=大門・前掲注(69)142頁。
- (205) 小林=原・前掲注(106)271頁。
- (206) 大村・前掲注(192)74頁。
- (207) 小林=原・前掲注(106)271頁。
- (208) 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の概要」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の解説—要綱試案・概要・補足説明—』(金融財政事情研究会、1998)9-10頁。
- (209) 井上計雄「身上監護における義務と責任」実践成年後見51号(2014)24頁、小林=原・前掲注(106)271頁参照。なお、この点、小賀野・前掲注(69)106頁は、後見人の財産管理を、処分を含む広いものであると捉えたうえで、「身上監護というからには生活の利便に関係するものであること、及び、本人の資産を基準にして合理的範囲内であることを要す」とし、このような条件を満たさない純粋な財産管理にあたる例として、被後見人の「浴室を金貼りにし照明にダイヤの装飾品をつける」行為を挙げる。このように、身上面とかかわらない純粋な財産管理の存在も想定される。

- (210) 上山・前掲注（128）75頁。
- (211) 於保＝中川・前掲注（55）〔吉村朋代〕406頁、平田・前掲注（78）22頁など。
 また、水野紀子「後見人の身上監護義務」判例タイムズ1030号（2000）106頁参照。これに対し、通説的な管理の定義を引用したうえで、積極的な支出を控えるべきとするものとして道垣内弘人「成年後見人等の財産に関する権限と限界」判例タイムズ1406号（2015）27頁。また、大村敦志『新基本民法7 家族編 女性と子どもの法』（有斐閣、2014）145頁は、「未成年者の財産管理にあたっては、その資産の保全が暗黙の目標とされ」、その趣旨は「後見人について一層あてはまる」とする。
- (212) 小林＝原・前掲注（106）〔細川政府委員発言〕270頁。
- (213) 意思尊重義務の沿革については、道垣内・前掲注（192）29頁以下にて詳細な分析がなされている。本論文でも、これを参考にした。
- (214) 道垣内・前掲注（192）29頁。
- (215) 道垣内・前掲注（192）29-30頁。
- (216) 道垣内・前掲注（192）30頁は、後見人が受任者の指図遵守義務を負うことや、明示の指示がなかった場合であっても受任者が委任者の意向を尊重しながら事務処理を行うべきとした判例が存在することから、後見人は644条の善管注意義務の内容として意思尊重義務を負うとする。
- (217) 成年後見制度問題研究会『成年後見問題研究会報告書』（金融財政事情研究会、1997）52頁。
- (218) 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の補足説明」法務省民事局参事官室・前掲注（208）40頁。
- (219) 小林＝原・前掲注（106）263頁。道垣内・前掲注（211）27頁は、『『本人の福祉』について、その具体的な考慮要素を明らかにすることによって敷衍したのが『心身の状態及び生活の状況に配慮』する、という概念だ』とする。
- (220) 小西洋「成年後見人等の財産に関する権限と限界」判例タイムズ1406号（2015）19頁、松原＝浦木・前掲注（55）〔松井〕141頁。小西は、後見の場合、「本人の利益保護が強調される」とする。
- (221) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No.1 (2014), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>, last visited Jan 6, 2020.
- (222) Convention on the Rights of Persons with Disabilities § 12 (3) (4).

- (223) なお、同意見のもとでは、代行決定を廃止することまでが求められていると解されており、したがって、成年後見制度自体の存続が条約と適合的でないことになり得るが、本論文ではその点には立ち入らない。
- (224) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *supra* note 221, 5.
- (225) *Id.* 7.
- (226) 上山泰「現行成年後見制度と障がいのある人の権利に関する条約12条の整合性」法政大学大原社会問題研究所＝菅富美枝編『成年後見制度の新たなグランドデザイン』(法政大学出版局、2013) 40頁、同・前掲注(128) 93頁。
- (227) 大塚晃「意思決定支援の考え方」実践成年後見64号(2016) 15頁、上山泰「意思決定支援と成年後見制度」実践成年後見64号(2016) 45頁以下、佐々木育子「成年後見制度から意思決定支援制度へ—自己決定を支える新しい制度の必要性」論究ジュリスト27号(2018) 72頁、佐藤彰一『『意思決定支援』は可能か』日本法哲学会編『ケアの法 ケアからの法 法哲学年報(2016)』(有斐閣、2016) 57-58頁、柴田洋弥「意思決定支援に基づく成年後見制度改革試論—障害者権利条約12条についての権利委員会意見書をめぐって—」成年後見法研究12号(2015) 149頁以下、新村繁文「障害者権利条約批准と現行成年後見制度の課題」法学教育研究会誌第1号(2016) 9-10頁など。
- (228) 上山・前掲注(227) 50頁、菅富美枝『『意思決定支援』の観点からみた成年後見制度の再考 イギリス2005年意思決定能力法からの示唆』法政大学大原社会問題研究所＝菅・前掲注(226) 254-255頁。
- (229) 上山・前掲注(128) 93頁。
- (230) 大口善徳ほか『ハンドブック成年後見 2 法 成年後見制度利用促進法、民法及び家事事件手続法改正法の解説』(創栄社/三省堂書店、2016) 53頁。
- (231) 参議院内閣委員会議事録(平成28年4月5日)(大口ほか・前掲注(230) 253-255頁〔大口善徳議員発言〕)。佐々木・前掲注(227) 70頁は、後見人等が本人意思を尊重しているかにつき、チェック機能は全く働いていないとする。
- (232) 竹中勲『憲法上の自己決定権』(成文堂、2010) 96-97頁。佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011) 138頁は、成年後見制度は、「自己決定権(憲法13条)の憲法的保障を十全にするための法システム」であるとする。
- (233) 笹倉秀夫『法哲学講義』(東京大学出版会、2002) 162頁。なお、その要因として、『憲法は公法、民法は私法』という発想に捉われていること、民法学が「資源の合理的な配分をいかに達成するかの、没人間的な社会工学的思考(テクノクラ

一時的な発想)に傾斜する」ことが挙げられる。

- (234) 米倉明「高齢者と法—現代法の根本原則」法学雑誌 *tatonnement* 4号(2000) 1頁以下。また、小賀野晶一「高齢社会と民法の課題—生活に関する民法規範の研究—」近江幸治古稀記念『社会の発展と民法学(上巻)』(成文堂、2019)95頁以下は、人間の尊厳の点から、民法の規範を「合理人・合理的行動の標準の規範」から「弱者支援・弱者保護の規範あるいは人間の規範」へと移行すべきであるとする。
- (235) 小賀野晶一『民法と成年後見法 人間の尊厳を求めて』(成文堂、2012)258-259頁。
- (236) 成年後見制度利用促進法の起草者も、「支援付きの意思決定制度というのは具体的にどういうものなのかということがまだはっきりしていません」と述べている(参議院内閣委員会議事録(平成28年4月5日)(大口ほか・前掲注(230)253-255頁[大口善徳議員発言])). 上山泰「障害者権利条約の視点からみた民法上の障害者の位置づけ」論究ジュリスト8号(2014)44頁は、「支援付き意思決定の法的モデルは未確立である」と指摘する。大塚・前掲注(227)13頁は、「意思決定支援という言説は、100人が語れば100人の解釈が可能となり、それぞれが正当性を主張する」としている。
- (237) 厚生労働省「認知症の人の日常生活・社会生活における意思決定ガイドライン」2018年6月(<https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12300000-Roukenkyoku/0000212396.pdf>、2020年1月6日最終閲覧)。
- (238) 大阪意思決定支援研究会「意思決定支援を踏まえた成年後見人等の事務に関するガイドライン」2018年3月(https://www.osakaben.or.jp/info/2018/2018_0510_1.pdf、2020年1月6日最終閲覧)。大阪意思決定支援研究会は、大阪家裁家事第4部の後見事件を担当する裁判官及び家裁調査官と大阪弁護士会、大阪司法書士会、公益社団法人成年後見センター・リーガルサポート大阪支部、公益社団法人大阪社会福祉士会所属の専門職により構成される。同ガイドラインは、最善の利益に主観的最善の利益を据えており、代行決定を最後の手段として位置づけている。究極的には、同ガイドラインに基づく運用を858条の解釈原理に高めることが指向されるという。
- (239) 成本迅「認知症と意思決定支援」平沼高明先生追悼『医と法の課題と挑戦』(民事法研究会、2019)395頁以下も参照。
- (240) 大塚智見「委任者の指図と受任者の権限(3・完)」法学協会雑誌134巻12号(2017)563-564頁。

- (241) 清水恵介「障害者権利条約からみた日本の成年後見制度の課題」実践成年後見 61号(2013)76頁も参照。
- (242) 上山・前掲注(128)91-92頁。
- (243) 道垣内・前掲注(211)24頁。
- (244) 佐藤・前掲注(227)67-68頁は、「他人から見ていてご本人が選択したことが必ずしもご本人にとって良いとは思えない場合」や、「意思自体の確認をすることが難しい場合」に「パターンリズムの介入をせざるを得ない場合」があることを認識したうえで、これらのバランスの下で支援者は悩まざるを得ず、「悩まない人は権利擁護支援をやっていない」とさえいえるとし、意思の尊重と本人の福祉とのバランスをとることが困難であることを指摘しつつも、意思決定支援の文脈では、そのような困難に直面しながら「悩み」を考察していくことが重要であるとする。とはいえ、後見人がこのような義務を負うとするのは、後見人に対し過剰な負担となりうる。成年後見法改正を主導した星野英一博士は、理念の定立においては、「成年後見制度を支える人的資源、物的資源も十分に考慮に入れなければならず、「理想論を強調しすぎて折角の改正法が絵に描いた餅になるようなことは避けるべきである」と指摘する(大村敦志「成年後見問題研究会と星野英一—星野英一研究資料(その二)」法学協会雑誌134巻11号(2017)2272頁)。成年後見制度の持続可能性を考えるうえで重要な視点であると思われる。本論文では立ち入ることはできないが、意思尊重義務の検討については、後見人の負担等とのバランスをとることも視野に入れて考察していかなければならないだろう。
- (245) 佐久間・前掲注(143)516頁は、意思尊重義務のもとでは、本人の意思に反する代理行為が本人の利益を無視するものではなくても、なすべき必要性がない限り代理権濫用となり得ると指摘する。
- (246) 赤沼・前掲注(105)11-12頁、上山・前掲注(128)93-94頁参照。また、厚生労働省・前掲注(237)3頁も「本人の示した意思は、それが他者を害する場合や、本人にとって見過ごすことのできない重大な影響が生ずる場合…でない限り、尊重される」とする。なお、ここでの「見過ごすことのできない重大な影響が生ずる場合」の該当性は、「本人が他に取得可能な選択肢と比較して明らかに本人にとって不利益な選択肢といえるか、一旦発生してしまえば、回復困難なほど重大な影響を生ずるといえるか、その発生の可能性に蓋然性があるか等の観点から慎重に検討」されねばならないとする。この検討の際に用いられる注意も、善管注意であるといえよう。

- (247) 寺本昌広『逐条解説 新しい信託法』（商事法務、2007）113頁参照。
- (248) 池原毅和『精神障害法』（三省堂、2011）276頁は、「精神障害のある人の生活を考える場合」、「資産をどのように有効に活用して日常生活を破綻なく継続していくかが課題となる」と指摘している。
- (249) 加藤康之「退職後の資産運用の枠組み」証券アナリストジャーナル2018年5月号20-21頁は、生前の資産枯渇リスクについて、変数を引出し率・資産運用の投資戦略（資産配分）・インフレ率・寿命としたうえで、モンテカルロシミュレーションによって検証している。それによると、長寿ケース（退職後35年）の場合にリスクなし戦略（現金100%）だと、引出し率（年率、当初資金の**3、4、5%**を想定、固定、インフレ率に連動）が**3**つの%のいずれをとったとしても、生前枯渇確率はいずれも100%になり、「長寿を想定するのであれば、リスク運用が避けられない」と指摘する。また「**2%**インフレ率のもとでは、引出し率を上げると生前枯渇リスクが急激に高くなる」という。
- (250) 日比野・前掲注（13）34頁参照。
- (251) 平田・前掲注（78）17頁も、後見人の権限に関して、「財産の保存・維持が基本権限であるかのような表現で示されている」ことについて疑義を呈しており、「成年後見人等の職務権限が成年被後見人等の“よき生”を全うすべく付与されているのであれば、その職務権限は消極的な範囲にとどまるべきではない」と指摘する。
- (252) 両部美勝「高齢者との金融取引上の留意点」金融法務事情1956号（2012）7頁。
- (253) 内閣府「平成27年度 第8回高齢者の生活と意識に関する国際比較調査結果」（https://www8.cao.go.jp/kourei/ishiki/h27/zentai/pdf/kourei_h27_2-4.pdf、2020年1月7日最終閲覧）28頁によると、「現在の貯蓄や資産は老後の備えとして十分か」という問いに対して「十分だと思う」との回答の割合が10.4%であるのに対し、「やや足りないと思う」が34.9%、「まったく足りないと思う」が22.1%となっている。
- (254) 日比野・前掲注（13）36頁参照。
- (255) 証券取引被害判例セレクト51巻（2016）1頁以下。
- (256) 本ファンドは、不動産証券化によって投資を募集する手法の一つであり、運用期間は3年で中途解約は禁止されていた。
- (257) 証券取引被害判例セレクト52巻（2017）249頁以下。
- (258) 中山・前掲注（93）109頁参照。

- (259) 賃金と社会保障1707号(2018)30頁以下。
- (260) 中山・前掲注(93)109頁参照。
- (261) 黄・前掲注(13)20頁も、一定以上の後見財産がある場合に、投資を検討すべきであるとする。
- (262) 於保=中川・前掲注(55)[中川]456頁。
- (263) Uniform Guardianship, Conservatorship, and Other Protective Arrangements Act § 419.
- (264) 同法は、統一ブルーデント・インベスターから多くの規定を取り込んでいる(Uniform Guardianship, Conservatorship, and Other Protective Arrangements Act Prefatory Note.)。
- (265) 道垣内弘人『信託法(現代民法別巻)』(有斐閣、2017)24頁は、民法上の「管理者の義務についても、信託法の規定がその具体的な内容として妥当であるときは、たとえば、受任者の負う善良な管理者の注意による委任事務執行義務の具体的な内容として取り入れられていくべき」だとする。
- (266) 日比野・前掲注(13)36-37頁。
- (267) Uniform Guardianship, Conservatorship, and Other Protective Arrangements Act § 419 (f).
- (268) 赤沼・前掲注(105)10頁も、合理性の判断につき、「経済的不利益等の結果にとられることなく、判断や行為のプロセスを重視すべき」とする。
- (269) 道垣内弘人編『条解 信託法』[沖野眞巳](弘文堂、2017)175-176頁。
- (270) 統一後見法124条は、統一ブルーデント・インベスター法9条の第三者への委任の規定を取り込んでいる(Uniform Guardianship, Conservatorship, and Other Protective Arrangements Act § 124.)。同条によれば、適切な場合には、後見人は投資や管理を第三者に委託することが可能であり、その際には、選任や監督を合理的な注意をもって行うことで、復代理人の行為に関する責任を免れる。同条の下では、被後見人の需要をより満たすような委任が適切で望ましいとされる。とりわけ、投資の場合は、専門技術や知識を有する第三者に委任することが適切な場合が多いと思われる。実際に、統一ブルーデント・インベスター法をモデルとするペンシルベニア州法72章7206条(Pa.C.S.A § 7206)は、後見人が第三者に投資の権能を委任することを認めており、統一後見法のオフィシャルコメントでは、「財産後見人は一定の投資決定を専門職の資産運用管理者に委任してよい」ことが具体例として挙げられている(Uniform Guardianship, Conservatorship, and Other

- Protective Arrangements Act § 124 Commentary.)。
- (271) 道垣内・前掲注(265) 182頁。
- (272) 最判昭和42年4月18日民集21巻3号671頁。
- (273) 前田ほか・前掲注(69)〔本山〕203頁。
- (274) 田山輝明「法人後見の意義と特徴—比較法的観点から—」実践成年後見72号(2018) 4頁以下。
- (275) 厚生労働省「成年後見制度の現状」2018年5月 (https://www.mhlw.go.jp/file/06-Seisakujouhou-12000000-Shakaiengokyoku-Shakai/genjyou30.5.2_2.pdf、2020年1月7日最終閲覧)。
- (276) 田山・前掲注(274) 9頁。
- (277) 井上雅彦「法人後見の実践における課題と対応」実践成年後見72号(2018) 60頁。
- (278) 統一後見法は415条や416条において、財産後見人に対し保証証書を提出することを求めている (Uniform Guardianship, Conservatorship, and Other Protective Arrangements Act § 415, 416.)。
- (279) なお、後見人の担保供与義務については、西村重雄「後見人の担保供与義務—わが国における西欧法継受の一事例」ゲルハルド・リース教授退官『ドイツ法の継受と現代日本法』(日本評論社、2009) 99頁以下が詳細に検討しており、本論文でも参考にした。
- (280) 梅・前掲注(29) 486-487頁。
- (281) 我妻栄『改正親族・相続法解説』(日本評論社、1949) 138頁。
- (282) 法務省民事局「民法親族編の改正について」ジュリスト185号(1959) 53頁。
- (283) とはいえ、日本行政書士会連合会「成年後見賠償責任補償制度(業務過誤賠償責任保険成年後見制度特約)のご案内」2019年6月 (<https://hoken-platform.jp/koken/pdf/koken.pdf>、2020年3月22日最終閲覧)によれば、「保険金をお支払いできない主な場合」に「資産の運用、投資等の結果に起因する賠償責任」が含まれている。したがって、後見人による投資の場合に損失が補填されるか否かについては、各保険の状況を精査しなければならない。
- (284) 額田洋一「成年後見法制定要綱『私案』」ジュリスト1055号(1994) 104頁、吉田・前掲注(13) 46頁。遠山信一郎「家族法と倒産法の交錯」水野=窪田・前掲注(64) 461頁以下も参照。