

信託受託者の職務と身上監護

岸 本 雄 次 郎*

目 次

はじめに

1 問題の所在

- 1-1 信託財産の管理・処分以外の行為
- 1-2 事実行為の職務性
- 1-3 信託受託者の職務範囲
- 1-4 本稿の目的

2 成年後見人の身上監護

- 2-1 身上監護事項
- 2-2 後見人の職務としての事実行為
- 2-3 小括（財産管理事務以外の職務）

3 医療同意能力がない者の医療同意代行

- 3-1 緒 言
- 3-2 医療行為の同意
- 3-3 同 意 能 力
- 3-4 同意の代行（代諾）
- 3-5 代諾の法的性質
- 3-6 成年後見人による医療同意代行

4 成年後見制度としての信託の活用

- 4-1 信託の後見的機能
- 4-2 信託制度と成年後見制度との対比

5 信託の目的

6 受託者による身上監護の可能性

- 6-1 財産の管理・処分以外の信託目的達成のために必要な行為
- 6-2 信託財産に係る給付に付随する法律行為

7 ま と め

結 語

* きしもと・ゆうじろう 立命館大学大学院法学研究科教授

はじめに

医的侵襲を伴う医療の同意の意義に関する判断能力を喪失し、かかる医療の同意をする者がいないため医療を受けられない者が存するという実情がある¹⁾。

医療行為の侵襲の意味が理解できず、かつ、侵襲によってどのような結果が生ずるかを判断する能力もない場合においては、「患者に代わって同意するのに最も適当な最近親者、たとえば配偶者、父母、同居の子などに説明をして、本人に代わっての同意を求めることになる²⁾」とされる。

最近親者のかかる同意権の存否についてはさておき³⁾、同意能力を喪失した成年被後見人の後見人が同意の代行権を有するか否かにつき通説は、これを否定する。すると、同意能力がない成年者に近親者がいない場合、同意がない以上医療行為はできないとして積極的な医療行為を止めてしまうという事態が生じている⁴⁾のである。

そこで、医療行為に関する信託受託者の代諾の可否が検討されている。

信託は、委託者が意思能力のある時に設定しておけば、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であるから、任意後見の代替的制度として機能しうるものである⁵⁾。もっとも、旧信託法⁶⁾下で

1) 日本弁護士連合会「医療同意能力がない者の医療同意代行に関する法律大綱」(2011年) 1頁。

2) 日本医師会生命倫理想談会「説明と同意についての報告」(1990年1月9日)資料集生命倫理と法編集委員会編『資料集生命倫理と法』(太陽出版, 2003年)92頁。

3) ただ家族という理由のみによって法的な代行決定権が容認されることについては、疑問視する見解(新井誠=西山詮編『成年後見と意思能力』〈日本評論社, 2002年〉132頁以下[上山泰])も多いとされる。

4) 日本弁護士連合会・前掲注1)6頁。

5) 新井誠『高齢社会の成年後見法〔改訂版〕』(有斐閣, 1999年)188頁。

6) 大正11年法律62号。

は、信託は固より財産管理の制度であり、身上監護の制度ではない⁷⁾とされ、医療同意代行は受託者の職務の射程外と解されていた。しかし、同法下においても、信託から身上監護の要素を一切排除する必要はない⁸⁾との見解が見られた。さらに、現行信託法⁹⁾も信託につき「(受託者)が一定の目的(略)に従い財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきものとする」と定義している。そのため、信託の目的を「受益者の生活の安定に資すること」とする信託の場合、受益者の身上を監護¹⁰⁾することは、「受益者の生活の安定に資するという一定の目的(=信託の目的)を達成するために必要な(財産の管理・処分以外の)受託者の職務」と解する余地が生じるのである。そうだとすれば、成年後見人が有しないとされる「医的侵襲を伴う医療の同意の代行権」につき信託受託者は、「受益者の生活の安定に資する」ためにそれを有すると解することが可能となるのである。

1 問題の所在

1-1 信託財産の管理・処分以外の行為

民法858条は、成年後見人の職務には「成年被後見人の生活、療養看護(略)に関する事務」が存すると規定する。そして、成年後見人がその事務を遂行するに当たっては、身上配慮義務、すなわち「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」という義務を負うとしている。

7) 新井誠『成年後見法と信託法』（有斐閣、2005年）224頁。

8) 同224頁。

9) 平成18年法律108号（以下、断りのない限り、「信託法」）。

10) 監護とは、「身体の保全育成をはかる行為」あるいは「身体および精神の発達を監督し、これに危害又は不利益の生ずるときにそれを防衛・保護する行為」とされる（於保不二雄＝中川淳編『新版注釈民法（25）〔改訂版〕』（有斐閣、2011年）64頁〔明山和夫・國府剛〕）。

ここにいわゆる「生活、療養看護に関する事務」は、生活・療養看護に関する法律行為を行うことであり、事実行為を行うことは含まれないとされる¹¹⁾。これは、旧信託法が信託の定義につき「(委託者が)財産権ノ移転其ノ他ノ処分ヲ為シ他人ヲシテ一定ノ目的ニ従ヒ財産ノ管理又ハ処分ヲ為サシムルヲ謂フ」(1条)としていたため、受託者の職務は「財産ノ管理又ハ処分ヲ為」すことに限られ、信託財産の管理(および処分)以外の行為は、いかに受益者のためになろうが、受託者の職務の射程外と解されていたことに近似する。

1-2 事実行為の職務性

成年後見人の職務には、成年被後見人の財産に関する事務のほか、生活の維持や医療、介護等身上の保護に関する事務、つまり身上監護があり、それが「生活、療養看護に関する事務」として表されている(民法858条)との見解¹²⁾がある。

しかし、身上監護(=「生活、療養看護に関する事務」)は、前述のとおりに、生活・療養看護に関する法律行為を行うことであり、事実行為を行うことは含まれないとされる。もっとも、法律行為に限定されるものの、その職務内容は、医療契約・住居に関する契約・施設入退所契約・介護契約・教育リハビリに関する契約等、相当広範に含まれると解されており、任意後見契約における任意後見人の代理権の対象となる法律行為の範囲も同様とされる¹³⁾。

すると、法定成年後見人・任意成年後見人にとって、被後見人を本人とする医療契約にかかる代理行為をすることが、彼の権限でもあり、また、義務(身上配慮義務=民法858条)でもあることになる。医療契約とは、何ら

11) 小林昭彦=原司『平成11年民法一部改正法等の解説』(法曹界, 2002年)259頁, 小林昭彦=大門匡編著『新成年後見制度の解説』(金融財政事情研究会, 2000年)142頁。

12) 新井誠=赤沼康弘=大貫正男編『成年後見制度』(有斐閣, 2006年)98頁[赤沼康弘]。

13) 新井・前掲書注 7) 221頁。

かの医学的症状を訴えて受診にきた患者に対し、医師が、（患者自身がよくわかっていない）その疾患の病理学上の原因を診断した上で、その症状の改善・緩和・悪化防止・根治が可能であれば治療を施すこと（＝治療行為）を約するものである。したがって、成年被後見人に医学的症状が現れれば、後見人は、医師と医療契約を締結する（締結する権限を行使する）義務が生ずることになるが、その医療検査行為そのものや治療行為が医的侵襲を伴う場合、同意能力を有しない被後見人の同意がなければ、治療や医療検査を受けさせる義務を履行することができないという進退兩難に陥ることになる。

1-3 信託受託者の職務範囲

信託受託者の権限の範囲としては、信託財産の管理・処分にとどまらず、「その他の信託の目的の達成のために必要な行為」までもが含まれ¹⁴⁾、その具体例として法務省民事局参事官室は、「借入行為・権利取得行為等」がある¹⁵⁾とする。さらに同室は、「受託者は、信託目的の達成のために必要な行為であれば、どのような行為であっても行う権限を有することを明確にするものとした¹⁶⁾（傍点筆者）」としており、信託法26条にいわゆる「その他の信託の目的の達成のために必要な行為」は法律行為にとどまらず、如何なる事実行為をも含むことを示唆している。すなわち、受益者に宛てて送付されてきた「マイナンバー通知カード」を受け取ることが、「受益者の生活の安定に資する」という「信託の目的」を達成するために必要な行為であれば、受託者がそれを受け取ることはその権限の範囲内ということになる。郵便配達員は果たして、名宛人を受益者とする信託の受託者と称する者に、「マイナンバー通知カード」を手交せねばならないの

14) 信託法26条。

15) 法務省民事局参事官室「信託法改正要綱試案 補足説明」（2005年）（以下、「信託補足説明」）3頁。

16) 同70頁。

であろうか。また、重篤な患者が医療同意能力を喪失している場合に、その患者を受益者とする信託の受託者と称する者が医的侵襲を伴う医療行為の代諾をすれば、医師は、(患者の身体への侵襲という)違法性が阻却されたとして医療行為を行うのであろうか。

1-4 本稿の目的

信託の受託者が事実行為を含めて受益者の身上監護にかかる一切の権限を有し、あるいは身上監護義務を負うとなると、信託は、任意後見制度の代替・補完どころか、福祉の一翼を担う制度としてはるかに幅広い応用ができるものと評することができる。本稿では、信託受託者の受益者に対する身上監護を職務範囲の観点より検討し、要保護者のための権利擁護制度としての信託の可能性を探って参りたい。

2 成年後見人の身上監護

2-1 身上監護事項

成年後見人の職務には、純粹に財産に関する職務のほか、身上監護の職務すなわち生活の維持や医療・介護等身上の保護に関する職務が存在する¹⁷⁾。これが、民法858条所定の「生活、療養看護に関する事務」として表されている。

療養看護の内容は療養看護それ自体ではなく、療養看護に関する法律行為に純化され、介護などの事実行為は含まない¹⁸⁾とされる。法務省民事局参事官室も、「身上監護に関する義務の範囲は、(中略)契約等の法律行為に限られ」、「現実の介護行為のような事実行為は含まれない¹⁹⁾」としてい

17) 新井=赤沼=大貫・前掲書注12) 98頁[赤沼康弘]。

18) 於保=中川・前掲書注10) 401頁[吉村朋代]。

19) 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」(1998年)(以下、「成年後見補足説明」) 48頁。

る²⁰⁾。また、立法担当者は、療養看護につき「本人の身体に対する強制を伴わ」ないとしている²¹⁾。

生活、療養看護に関する事務の対象となる身上監護事項は、① 医療に関する事項、② 住居の確保に関する事項、③ 施設の入退所、処遇の監視、異議申立て等に関する事項、④ 介護・生活維持に関する事項、⑤ 教育・リハビリに関する事項、とに分類される²²⁾。成年後見事務は上述のとおり事実行為を含まないとされるから、これらの事項に関する、契約の締結、費用の支払い、契約の解除等が成年後見人の職務となる²³⁾。

2-2 後見人の職務としての事実行為

民法の旧858条1項（平成11年改正前）の「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」との規定は、後見人自身が事実上の療養看護に努めなければならないと解釈されていたため、後見人の負担が大きすぎるとの批判があった。そこで、現行法においては、療養看護の事務と規定して事実行為が含まれないことを示すために改正を施したとされる²⁴⁾。

しかし、成年後見人は、職務として事実行為を一切行ってはならぬとされると、法律行為すら行うことができなくなるという事態の発生も想定し得る。けだし、施設への入所契約や介護契約、医療契約を締結するには当然に、施設や病院の状況を調査するという事実行為を行わなければならない²⁵⁾。そこで、事実行為といえども法律行為に付随するものであれば、そ

20) もっとも、上山泰教授は、成年後見人の事務として「成年後見補足説明」が具体例として挙げる「施設内の処遇の監視」が事実行為であることより、「事実行為が、それがただ事実行為であるという理由のみによって、身上配慮義務の対象外になる」との理解は誤りであると指摘する（上山泰『成年後見と身上配慮』〈筒井書房、2000年〉35頁）。

21) 小林＝大門・前掲書注11) 402頁。

22) 成年後見補足説明47頁以下。

23) 新井＝赤沼＝大貫・前掲書注12) 98頁[赤沼康弘]。

24) 同100頁[同]。

25) 同99頁[同]。

れは身上監護に関する事務に含まれると解されるようになり、それが今日の通説である。立法担当者は、法律行為に付随する事実行為として、介護・看護の手配や見守りが考えられ、これを超える現実の介護行為や看護行為は含まれないとする²⁶⁾。

2-3 小括（財産管理事務以外の職務）

民法858条は、成年被後見人の「財産の管理に関する事務」のみならず、「身上監護（＝生活・療養看護に関する事務）」までも「成年後見人の職務」としている。身上監護に関する職務として、法律行為すなわち医療契約・住居に関する契約・施設入退所契約・介護契約・教育リハビリに関する契約等は固より、それらに付随する事実行為すなわちそれら契約等に当然伴う介護・看護の手配や見守りがあるとされることは既述した。

同条はさらに、成年後見人が「財産の管理に関する事務」および「生活・療養看護に関する事務」を行うに当たっては身上配慮義務を負うと規定するが、これは、身上監護の面に関する「職務遂行の指針となる責務の内容」を指し示すものであると説明されている。また、この義務の性質については、成年後見人が本人の身上面について負うべき善管注意義務（民法869条、644条）の内容を明確にし、かつ、敷衍したものとして位置付けるのが相当とされる²⁷⁾。

3 医療同意能力がない者の医療同意代行

3-1 緒 言

既述のとおり、後見人は、療養看護事務をその職務とする（民法858条）ものの、成年被後見人への医的侵襲を伴う医療への同意代行権は有しないと解するのが通説である。つまり、医療の代諾は、後見人の身上監護（療

26) 小林＝大門・前掲書注 11) 144頁。

27) 上山・前掲書注 20) 33-34頁。

養看護事務）に含まれないということである。

そこで、民法858条所定の「療養看護に関する事務」との差異を明らかにするために、医療同意代行の法的性質を検討する。

3-2 医療行為の同意

医療行為の同意とは、「医師が、本人に自らの判断で医療行為の諾否を決定することができるように、病状、実施予定の医療行為とその内容、予想される危険性、代替可能な他の治療方法を説明し、本人自身が医的侵襲²⁸⁾を受け容れ、生命や身体に対する危険を引き受ける決定である²⁹⁾」とされる。同意を得ないで行われた手術に関しては、「患者の身体

28) 外科手術のように患者の身体に直接の侵襲を加えるについてはもとより、直接的ではなくても、なんらかの医学上の処置を加え、あるいは加えないにしても、間接的には患者の身体に影響を及ぼすことであれば、法的に見て、患者の同意を要するとされる（日本医師会生命倫理懇談会「『説明と同意』についての報告」ジュリ950号〈1990年〉151頁）。

29) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート「医療行為の同意についての中間報告書」（2009年）3頁（https://www.legal-support.or.jp/akamon_regal_support/static/page/main/pdf/act/091225_tyuukanhoukokusyo.pdf#search=%27%E5%8C%BB%E7%99%82%E8%A1%8C%E7%82%BA%E3%81%AE%E5%90%8C%E6%84%8F%E3%81%AB%E3%81%A4%E3%81%84%E3%81%A6%E3%81%AE%E4%B8%AD%E9%96%93%E5%A0%B1%E5%91%8A%E6%9B%B8%27）（最終閲覧2017年9月10日）。医療行為の同意にかかる裁判例としては、「医師が患者の身体に対し手術を行う場合には、それが適法たるためには、原則として患者の治療及び入院の申込とは別の当該手術の実施についての患者自身の承諾を得ることを要する」（札幌地判昭53・9・29判時914・85）、「一般に手術は生体に対する医的侵襲であり、肉体の一部ないしその機能に損傷を生ぜしめるものであるから、手術施行者は患者に対し、（中略）手術の内容、その効果及び後遺症の発生の有無、その内容等を患者が適切な判断を下し得る程度まで説明し、かつ患者の承諾を得るべきである」（名古屋地判昭56・3・6判時1013・81）、「医師が行なう手術は、疾患の治療ないし健康の維持、増進を目的とするものではあるが、通常患者の身体の一部に損傷を生ぜしめるものであるばかりでなく、患者に肉体的な苦痛を与えることも少なくないのであるから、治療の依頼を受けたからといって当然になし得るものではなく、原則として、患者（患者が承諾の能力を欠く場合にはこれに代って承諾をなし得る者。以下同様）の治療の申込とは別の手術の実施についての承諾を得たうえで行なうことを要する」（東京地判昭46・5・19判時660・62）などがある。

に対する違法な侵害となる³⁰⁾」「患者の身体に対する違法な侵害であるとのそしりを免れることができない³¹⁾」とする裁判例がある。

3-3 同意能力

同意能力とは、イギリスの判例法理では、① その治療が何であるか、その性質と目的、なぜその治療が提案されているのかについて単純な言葉で理解すること、② その治療の主たる利点、危険性及びそれ以外の治療法を理解すること、③ その治療を受けないとどうなるかを大まかに理解すること、④ 情報を保持し、それを利用しかつ比較考量して意思決定に到達することができる能力であるとされている³²⁾。

わが国においては、未だ明確な基準があるわけではないが、同意能力の内容や程度につき「患者本人において自己の状態、当該医療行為の意義・内容、及びそれに伴う危険性の程度につき認識し得る程度」とした裁判例がある³³⁾。これは、同意能力があると判断された事例であるが、まず「精神障害者或いは未成年者であっても、(同意)能力を有する以上、その本人の承諾を要する」とし、“易刺激的で直ぐ暴力を振うことがあるため、家庭で療養させることは困難であるとして入院させたが、看護婦詰所に在った点滴瓶多数を破損させ、制止に入った同病院男子職員に対しピンセットを以て刺そうとする態度に出たこと、および性格テストの結果等を参酌のうえ確定診断として爆発型・意志薄弱型精神病質及び慢性アルコール中毒症と判定され、前頭葉白質切截術(ロボトミー)を施された者”につき「行為能力は勿論本件手術につき承諾能力、判断能力を有していたものと認めるのが相当」と判示して、「本件手術につき承諾能力がないものと考え、かつ患者の妻からの承諾を得たのでこれで十分と考えていた」との診

30) 前掲注 29) 札幌地判昭53・9・29。

31) 前掲注 29) 東京地判昭46・5・19。

32) 英国医師協会著・日本社会福祉士会編訳・新井誠監訳『イギリス成年後見ハンドブック (Assessment of Mental Capacity)』(劉草書房、2005年) 122頁。

33) 前掲注 29) 札幌地判昭53・9・29。

断医・執刀医の主張を退けた。その理由として、「医学上、精神病質は判断能力を有しているとされ」、また、当該患者が診断医らに対し脳を切られることに対し拒否の言動をし、かつ、本件ロボトミーの直前に病院にて「脳を切ると承知しないぞ」との旨を看護婦らに発言していたことが認められるからとしている。

3-4 同意の代行（代諾）

同意能力を有しない（自己の状態、当該医療行為の意義・内容、及びそれに伴う危険性の程度につき認識することができない）患者に関しては、本人による同意が得られない。

患者本人が幼児とか精神障害があるとかで、説明を受けて同意をするだけの判断能力がない場合については、既述のとおり「患者に代わって同意をするのに最も適当な最近親者、たとえば配偶者、父母、同居の子などに説明をして、本人に代わっての同意を求めることになる³⁴⁾」とされる³⁵⁾。このことにつき岩志和一郎教授は、「（患者本人が）医師の説明を理解し、治療を受けるか否かの判断能力を有する場合には、患者本人の同意が必要であって、近親者の同意では足りない³⁶⁾」とされていることの裏返しとして、患者に同意能力がない場合には、家族・近親者の同意で足りると考えられてきたとする³⁷⁾。

もっとも、家族というだけでは、法定代理人でもなく、しかも医療行為の同意は法律行為ではなく一身専属性も強いと考えられるのであるから、例え法定代理権があるとしても、当然に代理できることにはならない³⁸⁾。

34) 日本医師会生命倫理想談会・前掲注 28) 153頁。

35) しかしながら、家族が同意すれば何故に違法性がなくなるのか、同意をなし得る家族とはどのような親族をいうのか、また家族間に対立があったらどうなるのかということについては、未だ明確にはされていない（日本弁護士連合会・前掲注 1）5頁）。

36) 前掲注 29) 名古屋地判昭56・3・6。

37) 岩志和一郎「医療同意システムのあり方」実践成年後見No35（2010年）86頁。

38) 日本弁護士連合会・前掲注 1）5頁。

3-5 代諾の法的性質

代諾は、法律行為ではないから、民法第1編第5章第3節にいわゆる「代理」ではなく³⁹⁾、単に事実行為（医師による医療行為）への着手を許可するにすぎない⁴⁰⁾とされる。

既述したとおり、医療契約とは、医師が患者に対し病因を診断した上で可能であればその治療行為を約するものである。その病因診断・治療行為が医的侵襲を伴うものである場合、患者本人もしくはその代行権者が同意をしなければ、医師は医療契約を全うすることができない。患者自身が同意能力を欠くときは、意識不明等で一時的に喪失している場合であっても、殊に認知症等により恒常的に喪失している場合はなおさら、医療契約を締結する能力をも有していないのが通常であろう。そのような状況下で医師が医的侵襲を伴う医療行為を行う際には、医師との医療契約締結を患者の代わりに行うことができる者と同意代行権者の両方が存していなければならない。前者については、代理権を有しない者であっても、第三者のためにする契約として締結することが可能であろう。両者が同一人であることは妨げとはならないが、前者が当然に代行権を有しているということにはならない。

事実行為といえども法律行為に付随するものであれば、それは身上監護に関する事務に含まれるとする通説に従えば、代諾という事実行為は医療契約という法律行為と密接不可分な関連性を有している（代諾がなければ、法律行為を全きものとすることができない）のであるから、代諾は身上監護に関する事務に含まれると解する余地もあるのかもしれない。

39) 「医療契約に基づき行われる医療行為は生体に対する医的侵襲であり、適法とされるためには本人の同意が必要である。この医療行為の同意の法的性質は、法律行為としての医療契約の申込とは異なり、身上監護行為としての身体処分に関する意思決定行為であると解される。そのため、代理行為としての対象に馴染まず、医療行為の同意は代行決定の問題として把握されることとなる」(社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲注 29) 3 頁)。

40) 唄孝一『医事法学への歩み』(岩波書店, 1975年) 13頁。

しかし、医療行為に対する同意権は、身体の不可侵性という人格権に基づく固有のものであって、一身専属的権利である⁴¹⁾とされる。したがって、立法担当者も、成年後見人は、医療契約を締結することは出来るが、その契約の履行として実施される医療行為の同意については、これを代行することができないとの見解を示す⁴²⁾。

同意権が一身専属的権利であるならば、その代行も、義務というより権利（もしくは権限ないし職分）というべきであろう。したがって、後見人が代諾をすることができるとしても、それは、善管注意義務（民法869条、644条）の内容を明確にし、かつ、敷衍したとされる身上配慮義務（民法858条）の要素としての「代行義務」として導かれるものではない。同意代行権と善管注意義務との関係については、前者を行使する際には後者の義務を負うという構造になっているに過ぎない。

3-6 成年後見人による医療同意代行

医療行為への代諾は法律行為ではないから、成年後見人が医療同意代行権を有しているとしても、その行使は、被後見人を本人とする代理行為とはならず、「被後見人の身上監護」もしくは「被後見人の財産の管理」に関する事実行為としての事務ということになる。

一般に、婚姻・離婚・縁組・離縁・認知のような身分行為は、一身専属性（本人自身が決定すべきという性質）を有するから、代理行為になじまない。したがって、成年後見人は、被後見人の身分行為について代理権を行使することはできない（民法738条・764条・780条等参照）と解されている。後見人が成年被後見人の身体への医的侵襲を伴う医療行為の代諾をすることができるか否かについては、それが、法律行為ではなく単なる事実行為に過ぎないということと、身分行為と同様に一身専属性が強いということとの比較考量となろう。

41) 社団法人成年後見センター・リーガルサポート・前掲注29) 8-9頁。

42) 同5頁。

一身専属性による制限を穿つ理由が、「法律行為ではなく事実行為に過ぎない」ということであれば説得力に乏しい。成年後見人はかかる代諾権を有しないと理解することをもって至当としたい。

4 成年後見制度としての信託の活用

4-1 信託の後見的機能

信託が任意成年後見の代替的機能を果たすことは明らかであると主張する新井誠教授は、その根拠として、信託の「意思凍結機能」を挙げる。すなわち、「信託は委託者が一旦信託目的を設定して受託者に財産管理を委ねてしまえば、たとえ委託者が意思能力を喪失したり、(略)委託者が死亡しても受託者は委託者の設定した信託目的に沿って受益者(略)のための財産管理を当然に継続しうることが想定された制度であり、委託者の意思を実現させるということで、信託は委託者の任意後見的機能を有する。そして、「委託者または受益者が被保護状態にあつて、受託者を監督しえない場合にも受託者が付与された管理権限を濫用することがないように」受託者に種々の義務⁴³⁾を課し、「受益者保護のメカニズムを備えている」ゆえに「委託者の意思(信託目的)はその能力喪失後も『維持する』ことが可能⁴⁴⁾」とする。

新井教授はさらに、財産の支配権は委託者から受託者へと完全に移転するという特質を生かして、民法上では不可能な目的達成を可能とさせる機能(＝「転換機能」)が信託には認められる⁴⁵⁾とする。

信託が有する後見的機能は、上述の「意思凍結機能」「転換機能」のほ

43) 新井教授は、旧信託法20条の善管注意義務(現行信託法29条)、同22条の信託財産の固有財産化の禁止(同30条)、同28条の固有財産と信託財産の分別管理義務(同34条)、同27条・29条の信託違反のときの損失填補または信託財産復旧義務(同40条)等を挙げる。

44) 新井・前掲書注5)188-189頁。

45) 新井誠＝大垣尚司編著『民事信託の理論と実務』(日本加除出版、2016年)145-146頁[新井誠]。

かに、「受益者連続機能」「受託者裁量機能」があるとされる。

前者は、委託者によって設定された信託目的を長期間固定しつつ、その信託目的に則って、信託受益権を複数の受益者に連続して帰属させるという機能⁴⁶⁾であり、信託法91条がそれを規定する。後継ぎ遺贈とは、第一次受遺者の受ける財産上の利益が、ある条件の成就や期限の到来した時から第二次受遺者に移転する遺贈をいう⁴⁷⁾。後継ぎ遺贈については、民法上、これを無効と解する学説が有力であるが、受益者連続機能を活用した信託設定は、後継ぎ遺贈に極めて類似する。たとえば、委託者自らを当初の受益者とし、委託者死亡を停止条件または始期として、配偶者または子を第二次受益者とする信託を設定することができる。委託者は、信託設定後に被保護状態になったとしても、受託者に財産を管理してもらえ、生活に必要な支弁もしてもらえる。委託者死亡後の残余財産の移転・承継に配慮すべきと考えれば、この受益者連続機能を活用すべき意義は大きい⁴⁸⁾とされる。

後者は、委託者が指定した範囲の中から具体的に、受益者、信託の利益等の給付内容、信託財産の運用方法など信託の重要な事項についても、状況の変化を踏まえて受託者に特定ないし変更する裁量を与える信託である。信託設定後の受益者の状況を斟酌できることから、長期にわたる事情の変化に最も合理的に対応でき、信託が有効に活用されるものである⁴⁹⁾とされる。

4-2 信託制度と成年後見制度との対比

信託制度と成年後見制度にはそれぞれ以下のような長短がある⁵⁰⁾。

46) 新井誠『信託法〔第4版〕』（有斐閣、2014年）88頁。

47) 同226頁。

48) 新井＝赤沼＝大貫・前掲書注12) 430頁[星田寛]。

49) 同431頁[同]。

50) 以下の叙述は、新井＝大垣・前掲書注45) 40-41頁[小林徹]に依拠した。

(1) 信託の比較優位

- 成年後見制度は被後見人が判断能力を喪失することによって開始されるため、後見開始までにタイムラグが生ずるが、信託の始期は当事者の契約等により定められるので柔軟な対応が可能になる。
- 成年後見制度は被後見人の死亡によって終了するため、配偶者亡き後問題、親亡き後問題の解決には適していないが、信託は委託者死亡後も受益者への給付が可能である。
- 法定後見制度における財産管理は、被後見人の財産を維持・保護することであり、被後見人の財産を積極的に増やすことは求められていないとされる。法定後見人は、被後見人の財産を管理して維持に努めるが、投資等はできない。しかし、信託では、受託者が投資を行ったり、資金調達をして老朽化したアパートを建て替えたりすることも可能である。

(2) 成年後見制度の比較優位

- 成年後見制度は法定後見では家庭裁判所が、任意後見では後見監督人が後見事務を監督して不正行為を防止する仕組みであるが、信託制度では外部の監督機関がない。
- 成年後見制度では家庭裁判所に後見事務に関する様々な相談ができるが、信託制度ではそのような相談機関が未成熟である。

5 信託の目的

信託法2条1項は、信託につき「特定の者が一定の目的（略）に従い財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきものとする」と定義する。ここにいわゆる「一定の目的」（2条5項および19条1項3号以下では、「信託の目的」。講学上は、「信託目的」とも称される）は、信託成立のために不可欠な要件の1つということであるが、これ

は当然のことである。ただし、目的があるから信託を設定するのであって、目的もないのに信託を設定することは有り得ない。

信託目的とは、旧信託法下では「受託者がその趣旨に従って信託義務を遂行しうる程度」の「行動の指針」⁵¹⁾とされていた。要するに、受託者は、委託者（との合意）によって定められた信託目的の達成のために信託事務を遂行し、その目的に反する行為をしてはならないという拘束を受けるとされていたのである。

現行信託法下でも、「委託者が信託設定によって達成しようとする目標であり、受託者の行動の指針となるもの⁵²⁾」「受託者が信託事務遂行の指針とすべき（もの）」であり、「その内容も当事者の意思次第であり、原則的には無限に近い可能性が認められている⁵³⁾」とされる。

信託目的の具体例については、公益信託⁵⁴⁾におけるそれが比較的イメージしやすい。たとえば、自然科学技術に関する試験研究を行う者に対する助成金の支給、学校における教育に対する助成、学生又は生徒に対する学資の支給又は貸与、芸術の普及向上に関する助成金の支給を行うこと等々である。

しかし、公益信託以外では、信託目的に関して混乱が見られる。たとえば、受託者が信託された金銭を金融市場で運用し、そこから生じた収益を受益者に支払うというタイプについては、その信託目的につき「信託財産を主として有価証券に運用すること」のように定める事例が散見されるのである。しかし、「運用」はあくまで「方法」であって、「目的」ではない。「運用」とは、（効率的に資産を増やすために）資産を貯蓄・投資するこ

51) 四宮和夫『信託法〔新版〕』（有斐閣、1994年）141頁。

52) 一般社団法人信託協会「信託の仕組み」（http://www.shintaku-kyokai.or.jp/trust/trust01_01.html）（最終閲覧2017年9月10日）。

53) 新井・前掲書注46）171頁。

54) 公益信託とは、受益者の存在を予定していない信託（受益者の定めも、受益者を定める方法もない信託）のうち、学術、技芸、慈善、祭祀、宗教その他公益を目的とするもので主務官庁の許可を受けたものをいう。

と（他の財産形態に変えること）であるから、管理・処分の一形態である。信託目的を「運用すること（＝管理・処分の一形態）」とすれば、信託法 2 条 1 項の定義からすれば、その信託は、『管理・処分』に従い『管理・処分』をすべきもの」となってしまう、方法と目的が同一という循環に陥ってしまうのである。この場合の信託目的は、「信託された金銭を受益者のために利殖すること」のようにすべきであろう。

この信託目的にかかる理解の混乱に関しては、「投資信託及び投資法人に関する法律（投信法）」や「資産の流動化に関する法律（SPC 法）」の規定振りが少なからず影響を及ぼしているのではなかろうか。

すなわち、前者は「委託者指図型投資信託」につき「信託財産を（略）主として有価証券、不動産その他の資産（略）に対する投資として運用することを目的とする信託であって、（略）かつ、その受益権を分割して複数の者に取得させることを目的とするものをいう」と定義する。「運用すること」と「受益権を複数の者に取得させること」が「目的」とされるのである。「運用すること」が「信託目的」とはならないことは既述のとおりである。また、「信託目的」が達成されれば信託は終了する（信託法 163 条 1 項）のであるから、「受益権を複数の者に取得させること」が「信託目的」であるならば、取得させた時点で信託は終了してしまうことになる。しかし、投資信託は、複数の者（＝投資家）に受益権を取得させても当然に継続されるものである。

また、後者も 2 条 13 号が「特定目的信託」の定義につき「資産の流動化を行うことを目的とし」かつ「信託契約の締結時において委託者が有する信託の受益権を分割することにより複数の者に取得させることを目的とするもの」としている。この規定振りに困惑させられたものと推測するが、資産流動化（証券化）案件における信託契約に、「信託目的」を「資金調達」とか「資産の流動化」とかとしているものが多数見受けられるのである。しかし、それらや「受益権を複数の者に取得させること」は、決して「信託目的」とはなり得ない。けだし、「資金調達」や「資産の流動化」

「受益権を複数の者に取得させる」が「信託目的」であれば、流動化が行われて委託者が資金を調達した途端、あるいは受益権を複数の者に取得させた途端に、信託法163条1項所定の信託の終了事由が発生したこととなり、信託が終了してしまうからである。

信託目的は、受益者の利益に資するもの（委託者があくまでも受益者のために設定するもの）であり、委託者自身のために設定するものではない⁵⁵⁾。思うに、「投資信託及び投資法人に関する法律」の規定する「運用すること」や「受益権を複数の者に取得させること」、「資産の流動化に関する法律」の規定する「資産の流動化」や「受益権を複数の者に取得させること」、「資金調達」という目的は、委託者の内心の目的であり、受益者のための「信託目的」とはなり得ない。

ところで、特定贈与信託（特定障害者扶養信託契約）⁵⁶⁾の契約書には、「受益者の生活の安定に資すること⁵⁷⁾」というような、究極的目的とでも言えるような「信託目的」の記載が見られる。かかる「信託目的」を有する信託の場合、受託者の信託事務は、信託法2条1項を卒然と解すれば、「受益者の生活の安定に資すること」という目的の達成のために必要な行為一切ということになりそうである。そうだとすれば、医療同意代行について

55) 公益信託を設定することによって紺綬褒章を受けたいというような委託者の「意図」は、「信託目的」とは別異と考えるべきである。

56) 障害者の将来にわたる生活の安定に資する目的で信託された資金を、受託者が安定的な運用を行い、障害者の生活費や医療費等に充てる資金として定期的に委託者に代わって障害者に給付する商品で、重度の心身障害者の場合は6,000万円、それ以外の特定障害者の場合は3,000万円を限度として贈与税が非課税となる。相続税法に定められる「特定障害者に対する贈与税の非課税制度」に基づく措置である。

57) たとえば、三井住友信託銀行「商品概要」（<http://www.smtb.jp/personal/entrustment/management/special-donation/about.html>）（最終閲覧日2017年12月1日）。

一般社団法人信託協会も特定贈与信託につき「信託の目的は、特定障害者の生活の安定に資すること」だから「受託者（信託銀行等）は、特定障害者の実際の生活費や入院加療費などの必要に応じて、定期的に信託財産の一部を金銭によりお支払いします」としている（同「特定贈与信託・その制度のあらましと手続き」1頁（http://www.shintaku-kyokai.or.jp/data/pdf/data04_01-6.pdf）（最終閲覧日2017年12月1日））。

は、それが「受益者の生活の安定に資すること」になると判断され得る状況下では、受託者は、その権利を有すると同時にそれを行行使する義務を負うということになる。

6 受託者による身上監護の可能性

6-1 財産の管理・処分以外の信託目的達成のために必要な行為

受託者の職務について、旧信託法は、「信託行為ノ定ムル所ニ従ヒ信託財産ノ管理又ハ処分ヲ為スコト」(4条)としていたが、ここにいわゆる「管理又ハ処分」は象徴的例示にすぎないとされた。すなわち、信託された財産の管理・処分だけでは、信託目的・信託行為に定められた任務を果たすことができない場合が考えられるから、信託された財産の「管理」「処分」を基礎としつつも、それを超えて、権利取得行為・債務負担行為・訴訟行為にも及ぶ⁵⁸⁾と解されていた。

現行信託法においては、立法担当者が「受託者は、信託目的の達成のために必要な行為であれば、どのような行為であっても行う権限を有することを明確にする⁵⁹⁾」(傍点筆者)ものとし、信託につき「(受託者が)一定の目的に従い財産の管理又は処分及びその他の当該目的の達成のために必要な行為をすべきものとすること」と再定義した。「その他の当該目的の達成のために必要な行為」には、旧信託法下で想定されていた権利取得行為・債務負担行為・訴訟行為に限らず、労務管理⁶⁰⁾等も含まれると考えられている。

58) 四宮・前掲書注51) 207頁。

59) 信託補足説明70頁。

60) 現行信託法では、消極財産を信託設定時に引き受けることができることになったため(21条1項3号)、旧信託法下では認められないとされたビジネス・トラストの受託が可能となったが、通常これは受託者による労務管理が必須となる。

(1) 一身専属的行為

「どのような行為であっても」という限りは、前章で述べた特定贈与信託のように、信託目的を「受益者の生活の安定に資すること」とする信託における受託者は、信託資金を安定的に運用することや受益者の生活費や医療費等に充てる資金として定期的に給付すること以外にも、医療代諾に関しても権限を有しそれを行行使する義務を負うと解することもできそうである。しかし、成年後見人の場合と同様の理由で、受託者は、身分行為や医療同意等の受益者に一身専属的に帰属する権利に関する法律行為・事実行為（受任行為・代行等）を行うことはできないと解するべきであろう。それらの行為を信託事務の処理と法的評価をした刹那に一身専属性が喪失されると解すべき理由が見当たらないからである。

(2) 信託財産の管理・処分に関しない事実行為

身上監護事項については、これを信託の付随業務として位置付けることも理論上は不可能ではないとの見解⁶¹⁾がある。新井教授は、「信託は財産管理の制度であり、身上監護の制度ではない」と断った上で、「あくまでも財産管理の制度ではあるが、それが主体であるならば、身上監護の要素を一切排斥する必要はない⁶²⁾」とし、また、さらなる検討が必要としながらも、福祉型信託⁶³⁾の受託者にも、善管注意義務（信託法29条2項）の一環として身上配慮義務を課すべきと主張する⁶⁴⁾。

さて、食事の世話や現実の介護等、信託財産の管理・処分に関しない事

61) 富永忠祐「成年後見と信託」新井誠＝赤沼康弘＝大貫正男編『成年後見法法制の展望』（日本評論社、2011年）377頁。

62) 新井・前掲書注 7）224頁。

63) 福祉型信託とは、高齢者および障害者の財産を保全する目的で設定される信託で、高齢者、障害者の死亡により終了するものをいう（2007年12月19日金融審議会金融分科会第二部会（第45回）資料1）。

64) 2007年11月29日金融審議会金融分科会第二部会会合（第42回）議事録[新井誠教授発言]。

実行為が受託者の職務となり得るか。

法律顧問の弁護士が、同社社長秘書の役目をも果たしたところで、違法にはなるまい。同様に、信託受託者が信託受益者の身上監護にかかる事実行為に積極的に関与したとて、それが直ちに法律上の問題を生じせしめるわけではなかろう。

(3) 信託財産の管理・処分に関しない法律行為

信託財産の管理・処分に関しない法律行為はどうであろうか。受託者がそれを行うとしても、身分行為はなじまないから畢竟財産行為に限られる。そして、受託者は信託事務を自己の名で処理するのであるから、当該行為は代理行為とはなり得ない。受託者が代理権なくして他人(受益者)の固有財産にかかる法律行為を行う場合、その法律上の根拠を、信託と委任との混合契約とするのか、信託契約単体とするのかという問題が生じる。

前者であれば、かかる事実行為は、混合契約中の委任契約から導かれるにすぎず、信託契約は関係ない。また、「受益者の生活の安定に資する」と認められる事実行為であれば、委任契約に規定されていない事項であっても受益者は受託者にその履行を請求することができると解することはできない。けだし、委任契約に規定されていないことを委任契約に基づいて履行せねばならないという背理となる。さらに、委任者たる委託者が死亡すると、当該混合契約中の委任のみが終了し(民法653条)、もはや委任事務は遂行されなくなってしまう。

後者とすれば、受益者の生活の安定に資するとなれば、受益者の固有財産にかかる法律行為については如何なるものも、信託法2条1項の規定により、受託者は、自己の名で(かつ、受益者の計算で)行わねばならない(同項は、行為をすべきものと規定する)ということになる。当該行為により受託者が取得した権利については、本人効は生じず、信託財産でもないことより受託者の固有財産となる。したがって、信託法23条・74条は適用さ

れず、受託者がそれを委託者に引き渡す前は、受託者の債権者は当該財産につき強制執行をすることができる。受託者は受益者の固有財産にかかる法律行為を信託事務として行わなければならない（実態は、受任事務）、当該財産につき予めの占有改定の合意がない限り、受託者からの倒産隔離が働かないとなれば、そのリスクを承知で委託しようとする者は極めて限定的といえるのではなかろうか。この考え方では、信託の最大の特長である受託者からの独立性が働かず、それはもはや信託とはいえないであろう⁶⁵⁾。また、予めの占有改定を信託契約中に定めておくのであれば、それは委任契約の存在が前提となっているから、信託と委任の混合契約となってしまう。

（4）信託財産の管理・処分に付随する事実行為

信託資金を預金するに当たり、受託者が預金引受金融機関の格付等の信用力を調査することは何ら問題を生ぜしめない。信託財産の管理・処分に付随する事実行為を行うことができないとなると、信託財産の管理・処分そのものができなくなることも大いに想定され得る。受託者は当然にかかる事実行為を行うことができる。

また、信託財産そのものに対する事実行為、たとえば、信託財産の補修を受託者が自ら行うようなことは、附属行為というより「信託財産の管理」そのものであるといえよう。受託者は、信託の目的に照らして相当であると認められるときは、かかる行為を行うことができる。

なお、医師への治療費の支弁が信託財産の処分に該当し、当該治療の前提として医療同意が必要であるとき、受託者による代諾は、信託財産の管理・処分に付随する事実行為となるのかもしれないが、既述のとおり、受託者は医療代諾につき権利を有しないし義務も負わない。

「信託財産に係る給付」に付随する法律行為については、次節で検討する。

65) 当該財産行為の相手方も、委任状ではなく信託契約の提示を受けても、意思表示に応じまい。

6-2 信託財産に係る給付に付随する法律行為

6-2-1 受託者の権限・義務とすべき根拠

信託目的を「受益者の生活の安定に資すること」等とする信託における受益者が体調不良を訴えているにもかかわらず、受託者は当該受益者を医師に診せてはならないと解する向きはまず存しないと思料する。しかし、「必要な行為をすべき」との信託法 2 条 1 項の規定により、医者に診せることや介護人を雇うことが信託目的の達成のための受託者の義務であると解さねばならないとなると、それには違和感を禁じ得ないであろう。そのような場合は、人としての倫理観に基づく行動と捉えるのが通常だからである。

ところで、受益者たる成年被後見人の医療目的の支払いなどのために、成年被後見人は、家庭裁判所から指示書を得て受託者に支払請求をすることで一時金の交付を受けることができるという信託商品が存する。「後見制度支援信託」と言い、その信託目的を「受益者の財産を保護し、もって生活の安定に資すること」等とする。かかる信託の受託者が受益者の治療費を信託財産から支弁する行為は、信託法 51 条にいわゆる「信託財産に係る給付（をすべき債務の履行）」に該当する行為であるといえよう⁶⁶⁾。

もっとも、前提となる医療契約締結に欠缺があれば、受託者は治療費の支弁という「(信託) 財産の管理又は処分」を遂行することができない。換言すれば、受益者の治療費を支弁するという「信託財産の管理・処分」が信託目的の達成のために必要な行為であるならば、受託者はそれを履行

66) 受益債権に係る債務の履行と考えることも可能ではある。しかし、受託者は、信託財産を受益者ではない帰属権利者（信託法 182 条 1 項 2 号）に給付することもあり得るのだから、受益債権に係る債務は「信託財産に係る給付をすべき債務」に包含される概念であると解し得る。そして、「信託財産に係る給付」の履行は、「財産の管理又は処分」に含まれる概念であるといえよう。けだし、「財産の管理又は処分及びその他の必要な行為」は、受託者の権限にとどまらず、その職務でもある（四宮・前掲書注 51）207 頁参照）。なお、「管理」は「現状を維持し、これを利用し、改良してその価値を高めること」を、「処分」は「譲渡、担保権設定など、財産権の法律上の変動を生じる行為」を意味するから、「信託財産に係る給付」は「財産の処分」に該当しよう。

せねばならないが、その履行の前提として、医療契約締結がクリアーされていなければならないということである。

受託者以外に誰もその前提をクリアー⁶⁷⁾しない場合、信託目的を達成するためには、受託者自身がクリアーするしかない。そこでまず、受託者はどのような根拠でかかる医療契約を締結する権限を有する（and/or 義務を負う）のかにつき検討する。

受託者による医療契約締結に欠缺があれば、医療費の支弁という「信託財産に係る給付（＝財産の管理又は処分）」をすることができず、結果として信託目的が達成できないという場合、かかる医療契約締結は、「信託財産に係る給付」というプリンシパルに付随する法律行為となっている。すると、法律上の構造は、医療費の支弁という信託財産の給付行為が「（信託目的に従った）財産の管理又は処分」であり、医療契約締結が「信託目的の達成のために必要な行為で、『財産の管理又は処分』以外のもの」となっていると考えられよう⁶⁸⁾。

老人ホーム等介護施設に入居するための費用・料金を支弁することになっている信託における「費用・料金の支弁」と「受託者が締結する入退所にかかる契約」との関係、障害福祉サービスの料金を支弁することになっている信託における「サービス料金の支弁」と「受託者が締結するサービス利用契約」との関係、教育・リハビリの費用を支弁することになっている信託における「費用支弁」と「受益者が教育・リハビリを受けるために受託者が締結する契約」との関係なども、上記に該当する。

問題は、受託者はどのような根拠で、かかる医療契約等の付随法律行為をする権限を有する（and/or 義務を負う）のかということである。

67) 医療契約を締結し、かつ、家庭裁判所から指示書を得て受託者に支払請求をすることである。

68) 信託法2条1項は、「財産の管理又は処分」を「信託目的の達成のために必要な行為」の例示としているが、「『財産の管理又は処分』以外の行為」が「財産の管理又は処分」に付随する関係であってはならないという理由は見当たらない。

6-2-2 受益内容

(1) 受託者による契約締結の法的性質

受託者は受益者を本人とする代理人ではないので、受託者が信託事務として受益者の医療契約を締結し得るとすれば、それは受託者・医師間の契約になる（受益者・医師間ではない）。したがって、その法的性質は、第三者のためにする契約となろう。

受託者が信託事務の処理として第三者のためにする契約を締結し、それにより生じた債務——たとえば、医療契約により生じた医療費債務——を信託財産から支弁する場合、受益者は如何なる「受益者の利益」を受けるのであろうか。

(2) 成年後見人が契約を締結した場合の受益内容

成年後見人が本人を代理して医療契約を締結した場合、それにより生じた医療費債務は、本人に帰属する（本人効）。受託者がその医療費につき、信託財産から債権者（医師）に支払うと、受益者（本人）は、負っている債務がその分減少するという利益を受けることになる。つまり、受益者の財産の維持保全（＝治療費債務を免れさせること）が受益内容であると考えられる。

その法的構造は、① 受益者が（後見人の代理行為を通じて）負担した医療費債務につき受託者が信託財産で第三者弁済をし、② 受託者は、受益者に「信託財産に係る給付」をする債務（信託法2条7項所定の受益債権に係る債務）と①の第三者弁済で生じた受益者への償還請求権（民法702条）とを相殺する、というものである。その結果として、「医療費支弁」が「信託財産に係る給付（受益債権に係る債務の履行）」という受益者の利益に転化する。信託財産の減少額（＝支払い医療費）は、「受益債権に係る債務」の減少額（受益者の負っていた医療費債務額）と同額だから、信託の貸借対照表における「借方」と「貸方（信託債権に係る債務と受益債権に係る債務の和）」とは、医療費支弁後も金額が一致する（なおバランスを失しない）。

（3）受託者が契約を締結した場合の受益内容

受託者自身が受益者のための医療契約を締結する場合は、第三者のためにする契約で行うのだから、それにより生じる医療費債務は受託者自身に帰属する。当該債務を信託財産から弁済しても、受益者の債務は減少しないから、これは「信託財産に係る給付」には該当しない（そもそも、受託者の固有財産に属する債務につき信託財産に属する財産をもってその履行をすることはできない）。したがって、受益債権に係る債務額も減少しない。しかるに、信託財産だけは支払い医療費分だけ減少する。つまり、医療費支弁の前後で、信託の貸借対照表については、その借方だけに当該支払額分の減少が認められ、借方と貸方とで金額の不一致が生じることになる。これをどのように解すべきか。すなわち、信託財産が減少した限り、それに見合う分だけ受益者は利益を受けているはずなのだが、その受益内容は何であるかという問題である。

思うに、かかる受託者による契約締結を正当な信託事務とするためには、受益内容は受益者の当該医療サービス享受であり、当該医療サービスの提供が「信託財産に係る給付」であると解するほかない。

なるほど、信託法16条1号は、信託財産に属する財産の処分により受託者が得た財産（＝変容物）は信託財産に属すると規定する。受託者は、かかる変容物を、受益債権に係る債務の履行として受益者に給付（＝「信託財産に係る給付」）することができる。たとえば、委託者から信託された有価証券を処分（市場で売却）し、その売得金（＝変容物）を受益者に給付するというようなケースである。これとパラレルに考えて、信託財産（に属する金銭）の処分で購入した医療サービスという変容物の受益者への給付とするのである。

しかしながら、如上売得金と医療サービス享受とを同列に語ることはできないと思料する。けだし、受益債権に係る債務の履行としての「信託財産に係る給付」の客体は、信託財産に属する財産である。如上有価証券の場合、受託者が締結した有価証券売却契約の反対給付として受託者が受領

した売得金はいったん信託財産に属してから、「信託財産に係る給付」として受益者に交付される。

ところが、医療費支弁の場合、受託者が締結した準委任契約（医療契約）の反対給付に係る債権（医療サービスを享受する権利）は、それが「第三者のためにする契約」によるものなのだから、第三者たる受益者に直接帰属するのであって、契約の当事者たる受託者（の信託財産）には帰属しない。したがって、受託者は、かかる医療サービスの享受権を信託財産に属する財産とすることはできず、畢竟それを「受益債権に係る債務の履行（＝「信託財産に係る給付」）の客体とすることはできない。

以上より、信託受託者が、医療契約の締結等、受益者のための身上監護にかかる法律行為（住居に関する契約、施設入居契約、介護契約、教育・リハビリに関する契約等）をすることの可否については、理論上、これを否定するほかなくとも思料する。

7 ま と め

本稿では、信託受益者の身上監護事項に関する行為につき、受託者の職務という視座から、① 受益者に一身専属的に帰属する事項にかかる行為、② 信託財産の管理・処分に関しない事実行為、③ 信託財産の管理・処分に関しない法律行為、④ 信託財産の管理・処分に付随する事実行為、⑤ 「信託財産に係る給付」に付随する法律行為、に分類して検討した。

①に関しては、成年後見人の場合と同様の理由で、医療にかかる同意代行権のように「受益者に一身専属的に帰属する事項にかかる行為」について受託者は、その権限を有せず、畢竟、それを行使しなければならないという義務も負わないとの帰結に達した。

受益者側の立場からしても、「医療同意等の一身専属的権利」に関する行為は、信託法 2 条 7 項所定の受益権（「信託財産に係る給付」をすべきものに係る債権およびそれを確保するために受託者らに対し一定の行為を求めることが

できる権利)の内容を構成するものではない。畢竟、受託者にその履行を請求することはできない。

②に関しては、信託受託者が信託受益者の身上監護にかかる事実行為に積極的に関与したとて、それが直ちに法律上の問題を生じせしめないのは当然のことであろう。

もっとも、「受益者の生活の安定に資すること」等を信託目的とする信託において、かかる事実行為が「受益者の生活の安定に資する」ものであったとしても、受益者側が受託者にその履行を請求することはできないと考えるべきであろう。けだし、受託者にとって、「受益者の生活の安定に資すること」を遺漏なくすべて想定することは不可能である。予見不能なことでも「受益者の生活の安定に資する」と認められることはどのようなことも遂行せねばならないとなると、受託者に過度の負担を強いることになり、結果として、積極的に信託を引き受ける者がいなくなってしまう。受益者側からの請求権の対象とするには、信託契約単体でその効果を得ることは極めて困難であり、別途の委任事項とし、信託と委任との混合契約とすべきである。すると、縦しや「受益者の生活の安定に資する」ものであっても、かかる事実行為の履行請求権は、信託法2条1項ではなく委任契約が法律上の根拠となる。

③については、「受益者の生活の安定に資すること」等を信託目的とする信託における「信託財産の管理・処分に関しない法律行為」を、「信託と委任との混合契約」と「信託契約単体」のいずれで解すべきかで検討した。前者の考え方では、受託者によるかかる行為は信託とは関係ないと帰結したところであるが、そもそも「受益者の生活の安定に資すること」はすべて受託者のすべき行為とすること自体が実質的に困難である。後者の考え方は、受託者からの倒産隔離が働かないという実態の問題を抱えることを指摘した。結論として、如何な「受益者の生活の安定に資すること」であろうと、受託者はかかる法律行為を履行する義務を負わないし、受益者側も受託者に対してその履行にかかる請求権を有しないとされよう。

④の「信託財産の管理・処分に付随する事実行為」に関しては、受託者は当然にかかる事実行為を行うことができると帰結した。もっとも、受益者側のそれにかかる履行請求権の有無については、信託契約にそれが定められているときに限り、受益者側はかかる請求権を有すると解するべきである。

⑤に関しては、契約の相手方であるところの第三者たる受益者に給付すべき債務に係る債権が、信託財産たり得るかという観点で検討した。受益債権に係る債務の履行としての受益者への給付（「信託財産に係る給付」）は、信託財産からの支弁として行うものである。受益者を患者とする医療契約を受託者が信託事務としてなし得るとするならば、信託財産は受託者に帰属するものなのだから、受益者に対する債務にかかる債権が受託者に帰属するという事となり、背理である。したがって、医療契約、病院入院契約、住居に関する契約、施設入居契約、介護契約、教育・リハビリに関する契約等の締結につき受託者は、信託事務としてこれらを行うことはできないとの帰結に至った。

信託法2条1項にいわゆる「財産の処分」は、「信託財産に係る給付」と「信託債権者⁶⁹⁾への給付」とに二分でき、前者は、受益者や帰属権利者等へのいわゆる「信託配当」であり、実行されても、信託の貸借対照表に関しては、資産の部と純資産がいずれもその分だけ減少するから、依然としてそのバランスを失しない。後者については、それが実行されると、信託財産はその分減少するが、その実行分だけ信託債権に係る債務が減少したり、同価値の反対給付を受けて信託財産額が回復したりするので、信託のネット財産価額は変動せず、畢竟純資産額に異同は見られない。他方で、受託者が締結した第三者のためにする契約に基づいて信託財産から当該債務の履行を行うと、信託の純資産だけがその分減少してしまう。信託財産に対して純減作用しか及ぼさないのである（＝信託財産に係る給付なく

69) ただし、帰属権利者と目的信託における信託財産に係る給付を受けることとされている者（法人格や権利能力を有しない者を含む）を除く。

して信託の純資産額を減ずるのみ、つまり、信託財産に損失を生ぜしめるのである）から、「信託債権者への給付」にも「信託財産に係る給付」にも該当しないこととなり、理論上は、かかる契約を信託事務として締結することはできないとの帰結に至る。

なお、身上監護事項につき受託者は、⑤の法律行為すら行う権限を有しないのであるから、医療代諾等の「身上監護にかかる法律行為に付随する事実行為」は、なおさら行うことができないと解すべきことになる。

結 語

本稿では、いわゆる福祉型信託における信託受託者が、成年被後見人たる受益者の身体への侵襲を伴う医療への代諾をすることができるかという命題へのチャレンジから、結果として、医療代諾どころか、受益者を患者とする医療契約や受益者を入居者とする施設入居契約等の締結すら、信託事務としてすることができない、つまり、身上監護事項を信託の付随業務として位置付けることは困難であるとの結論に達した。

新井教授は、既述したように、「信託は財産管理の制度であり、身上監護の制度ではない」としながらも、「信託はあくまでも財産管理の制度ではあるが、それが主体であるならば、身上監護の要素を一切排斥する必要はない」と、信託受託者による身上監護の可能性を探る⁷⁰⁾。

確かに、信託法2条1項は、信託の定義として、「（受託者が信託）目的の達成のために必要な行為をすべきもの」とし、信託目的の達成のために必要と認められる行為をすることは受託者の義務である（それをしないことは義務違反になる）とも解せられる。さらに立法担当者は、「受託者は、信託目的の達成のために必要な行為であれば、どのような行為であっても行う権限を有することを明確に」したとまで言い切る。それらに卒然と従え

70) その実効性につき受託者裁量機能に本来の機能を果たさせることを主導する（新井・前掲書注7）144頁）が、ここでは深く立ち入らない。

ば、「受益者の生活の安定に資すること」等を信託目的とする信託における受託者は、「受益者の生活の安定に資する」と認められる行為は、法律行為であろうが事実行為であろうが、どのような事項をも行う義務を負い、権限を有するという事になってしまう。しかし、成年後見人ですら、「受益者の生活の安定に資すること」の全部を行う権限を有しないし、義務も負わないのである⁷¹⁾。信託受託者だからとて「受益者の生活の安定に資すること」の全部を行うことができるとなれば、成年後見人の存在意義を没却することにもなる。

結論として、信託法2条1項の文言や立法担当者の言を文字通りに解する必要はないと思料する。すなわち、信託財産の管理・処分に付随し、かつ信託財産に損失を生ぜしめない行為に限られると解するべきである。もっとも、福祉型信託における受託者が受益者のための医療契約を締結した場合等の信託目的の達成に資する行為によって信託財産に損失が生じたとしても、受益者が信託法40条所定の損失填補請求権を受託者に対して行使することは、実態上は考え難いところではある。それでも、業法上の効果については別異である。すなわち、既述のとおり、受託者による受益者のための医療契約の締結についてはこれを信託事務の処理であると評し得ないのであるが、信託銀行が受託者としてかかる契約の締結をすれば、それが金融機関の信託業務の兼営等に関する法律1条1項所定のいずれの業務に該当するかということが問題となるのである。けだし、かかる契約の締結が、如上業務のいずれにも該当しないとなれば、銀行法12条の他業禁止規定に抵触するおそれを生ぜしめるからである。

そもそも「受益者の生活の安定に資すること」とか「受益者の充実した生活及び福祉を確保すること」等、受益者の抽象的かつ究極的幸福追求を受託者の達成すべき目的とすべきではない。すなわち、受託者は、受益者の幸福追求につき、あくまでも信託財産にかかる事務処理（管理・処分そ

71) たとえば、民法859条の3の制限。

の他の行為）の範囲内で行うことになっているということである。したがって、信託行為における信託目的は、「受益者の生活・介護・療養・納税等に必要な資金を給付し、もって受益者の生活の安定（充実）に資すること」のように記述すべきであろう。

さて、現行信託法下においては、理論上、身上監護事項を信託の付随業務として位置付けることは困難であると帰結した。したがって、財産管理制度である信託の受託者に「受益者の生活の安定に資すること」のすべてを期待することはできない。医療契約、住居に関する契約等、身上監護に関する法律行為が相当広範に含まれる受任事務内容を有すると解されている任意後見制度と、財産管理制度たる信託が有するチェック機能との有機的融合により、要保護者のためのより良い仕組みを構築すべきと思料する。