



Title	成年後見人による財産処分と遺言
Author(s)	冷水, 登紀代
Citation	阪大法学. 2016, 66(3-4), p. 271-290
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79185
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

成年後見人による財産処分と遺言

冷水 登紀代

はじめに——問題の所在——

法定相続制度と遺言自由の原則との関係をめぐっては、戦後の家族法学が唱えてきた理論に対して、近年、逆の観点から有力な指摘がされる流れにある。そもそも私的自治の原則を基礎とした近代民法のもとでは、遺言は人の終意に格別の重きをおくものであり、遺言はできる限り適法有効なものとして、遺言者の真意の実現に資するように解釈すべきである (benigna interpretation, favor testamenti) との法源がある。そして戦後の家族法学の主流は、被相続人の最終意思によってなされた財産処分について、国家は最大限それを尊重すべきと考え、遺言自由の原則を相続法の原則として位置づけ、法定相続分は遺言がない場面での補充的規定であると捉えてきた。

このような考え方に対し、近年「死せんとする者の意思の尊重は、それを支える制度的基盤の上にあるのでなければならぬ⁽¹⁾」との理解に表れるように、法定相続制度も含めた民法が採用した制度を前提とし、遺言の自由はその修正のための規律にとどまるとの考え方が有力である。⁽²⁾このような考え方からは、ここで尊重される「意思」は、私的自治の原則が機能する他の場面とは異なり、相続財産の帰属を決める際に、個人の意思を聞いてやろうという

配慮にでた程度のものでされており、このような「意思」に対しては、法秩序が理想とする状況、とりわけ法秩序が法定相続制度のもとで相続資格を与えた者に対して認めた利益（相続権）を保障するために、国家が介入する可能性が開かれている。⁽³⁾

本稿は、上記のような相続法学の流れの中にあつて、成年後見人が行った財産処分と「被後見人＝遺言者」の遺言意思とが衝突した場面において、民法が定めた成年後見人の財産処分と遺言がどのような関係にあるのか、成年後見人が行った財産処分が優先されるとするならば遺言意思はどの程度考慮されるのかという問題を以下の設例をもとに検討したい。

【設例】

Aは、居住用不動産甲を所有しており、「甲を自身の面倒をよくみってくれる近所に住む従妹Bに遺贈する」旨の遺言を作成していた。その後、Aのために成年後見人Cが選任された。CはAを老人ホームに入居させるために、民法八五九条の三による家庭裁判所の許可を得て、甲をDに売却し（所有権移転登記手続きも済ませた）、売却代金の一部を入居時に払う一時金として支払い、残りをE銀行に預金していた。その後Aが亡くなり、Aの相続人GがE銀行の預金を相続することになった。

このような設例では、成年後見人Cの処分の有効性が問題となるかどうかがあるのだろうか。あるいはBに対する遺贈は法的に意味の無いものになるのだろうか。遺言も仮に有効である場合、相続人Gは遺贈義務者（民法九八七条）としてBにどのような義務を負うことになるのだろうか。

遺言での成年被後見人による財産処分（特定物遺贈）と成年後見人による財産処分の対象物が同じである場合に

ついて、民法は明確なルールを定めていない。

以下では、まず、成年後見人の処分行為の有効性について検討を試みる。

一 成年後見人の処分行為の有効性

1 成年後見人の財産管理権

成年後見人は、被後見人の財産を管理し、代表する権限を有しており（民法八五九条）、成年後見人は、被後見人の財産についての法律行為につき包括代理権がある。したがって、委任契約・準委任契約により特定の代理権、管理権を授權されている受任者との権限とは異なる。しかし包括的な代理権を有している後見人であっても、被後見人の保護の観点から民法は、成年被後見人の居住用不動産の処分の際には家庭裁判所の許可を求め（民法八五九条の三）、この許可がない代理行為や成年後見人の代理行為が利益相反行為にあたる場合には（民法八六〇条）、無権代理とする。また、判例上、成年後見人が代理権を濫用した場合には、その濫用の事実を相手方が知りうる特段の事情がある場合には、民法九三条ただし書の類推適用により、成年後見人の代理行為は無効となりうる。⁽⁴⁾このように民法は、法定代理人の行為についても一定の制約を設けている。しかし、本人に効果が帰属しない場面は限定的で、このような場面以外は、成年後見人が行った代理行為は有効な行為ということになる。

しかし、このような広範な代理権を与えられている成年後見人であっても、その代理行為を自らの判断で自由にするということではない。成年後見人は被後見人の財産の管理・処分にあたっては善管注意義務を負い（民法八六九条、同六四四条）、被後見人の意思を尊重し、身上に配慮して、その管理、処分に関する事務にあたらなければならない（民法八五八条）。

民法八六九条が準用する同六四四条の善管注意義務は、委任契約の本旨に従って事務を処理する義務であり、この義務は、受任者＝債務者の職業・地位・知識等において一般に要求される平均人の注意義務、各具体的場合の取引の通念に従い相当と認むべき人がなすべき注意の程度を要する義務を意味すると解されている⁽⁵⁾。そして、この義務に違反した場合、受任者は委任者に対して損害賠償責任を負うことになる。そうすると、成年後見人は、後見制度の本旨に従って被後見人の財産を管理することとなるが、この管理にあたり善管注意義務を負いこの義務違反があれば、損害賠償責任を負うことになる。

成年後見人の被後見人の意思の尊重義務・身上配慮義務は、この善管注意義務を敷衍した義務として位置づけられている。すなわち、民法八五八条の義務は、単なる理念ではなく、成年被後見人の身上面に關する保護の場面で、成年後見人の職務における指導原理であると立法時に説明されている⁽⁶⁾。そのため後見人は、被後見人の意思の尊重と身上配慮に適ったような形で財産管理をすることが必要で、事務の遂行に当たっては成年後見人としてその者の職業・地位・知識から要求される客観的な注意義務を負うことになる。

被後見人の意思を確認することができずの状態であるにもかかわらず、意思を確認せずに処分をしたような場合には、成年後見人の善管注意義務違反が問題となりうる。また、被後見人の意思が昏睡状態にあるなどで確認できない状態であったとしても、その他の客観的な事情から被後見人の意思を探る可能性があれば、その作業をすることが後見人には要請される。しかし、その意思を必ず尊重しなければいけないのかというと、必ずしもそうとはいえない場面が生じる。意思の尊重と同レベルで被後見人の身上にも配慮をしなければならず、身上配慮の観点から意思の尊重が後退することも起こりうる。被後見人の財産が唯一の居住用不動産で、その財産を処分しなければ適切な介護をうけられないという状況があるのであれば、後見人は、被後見人の意思に反しても、家庭裁判所の許可を

得て、被後見人の生活を整える義務が、民法八五八条から導かれ、その生活を整える義務を遂行する際にも善管注意義務が求められる⁽⁷⁾。また、被後見人が複数の不動産やその他資産を所有しているというのであれば、被後見人の意思を尊重しつつ、どの財産を処分することが適切か、どのタイミングで、どの価額で処分することが適当かを、後見人として善管注意義務に従い検討しなければならない。

2 成年後見人による被後見人の意思の尊重と遺言内容の確認義務？

上記のように、成年後見人は、本人の意思の尊重・身上配慮義務を負っている。しかし、ここでの義務は、あくまで身上配慮・療養看護に関する事務を行うにあたり本人の意思に十分配慮する義務であり、ここで成年後見人に尊重される本人の意思は、成年被後見人の遺言意思の確認とは異なる次元にある。また、遺言の秘密は守られなければならない、事実上、成年後見人が被後見人の遺言の存在やその内容を知りえないこともある。

成年後見が開始する前に、成年後見人の知らないところで作成され、その後成年後見が開始している場合、成年後見人は事理弁識能力を欠くため成年後見人が選任されている。そうすると、成年被後見人が意思を表明できない状態であれば成年後見人はその意思を確認できない。このような場面があることを想定しても、成年後見人に対して、成年後見人が財産処分を行うのに際し、本人にその対象となる目的物が遺言の目的物となっていることを確認する義務、さらにはその遺言を撤回する意思があるかどうかを確認する義務までを求めることはできない。

また、上述したとおり（――1）、成年後見人は、本人の意思を配慮する義務を負うものの、必ずしもその意思に「従って」職務を遂行する義務を負うわけではない。成年被後見人本人の意思が極めて曖昧で、非現実的な意思を表明することも考えられるからである。

このように成年後見人の財産上の処分は、職務上負う善管注意義務、民法八五八条の義務を遵守しても、その行為が成年後見人として職務上求められる処分であれば、それが遺言事項に抵触する処分であり、本人の遺言意思に反していたとしても、成年後見人の義務に違反したことはない。成年後見人が、職務を遂行するなかで、たまたま本人から遺言の内容を聞き出したり、その内容を知り得た場合、遺言の目的物になっていない物からの処分をすることは可能であり、その限りでその意思を尊重することがあるとしても、その意思の内容を実現する義務があることには論理必然的には繋がらない。

このようにみると、成年後見人の本人の意思の尊重は、身上配慮義務と相まって、絶対的な優先的価値とは必ずしもならず、善管注意義務の対象は成年後見業務に関する事務に限定されることになる。

そうすると、仮に成年後見人が適正に財産処分をした場合でも、遺言の内容に抵触する可能性はでてくる。しかし、成年後見人の財産処分は、遺言内容に抵触しているかどうかにかかわらず有効で、善管注意義務に反しない限り法的責任を負担することもない。仮に、成年後見人の行為が遺言事項に抵触するような場合に無効としたり、善管注意義務に反するために無効とするようなことがあれば、後見人は取引の安全を考慮して——場合によっては、相手方からの責任追及を回避するために——、本人の遺言事項を後見業務において期待される以上に遺言内容の確認をしなければいけない事態に陥りる。

以下では、成年後見人の処分行為が有効であるとして、では、この場合に本人が行った遺言の効力をどのように考えるかを検討する。

二 遺言の効力

民法一〇二三条二項は、遺言に抵触する処分を、遺言者が行った場合には、遺言の撤回があったとみなされる旨を規定する。同条の抵触行為の主体は、同条が一〇二二条を受けての規定であることから「遺言者」であるが、この「遺言者」に法定代理人を含めて解釈できるかどうかが問題となる。

1 法定代理人包含説

明治民法の起草者である梅謙次郎は、法定代理人が抵触行為を行った場合には、遺言者自身の行為と見なしうるから、法定代理人による抵触行為は撤回の効力があると解している⁽⁸⁾。

このように解した場合、本人が遺言を撤回したのと同様の効果が生じるため、遺言に抵触する処分行為を法定代理人が行ったとしても、遺言の効力発生後に、遺言の受贈者が遺贈された目的物について権利を取得することはないことになる。確かに、このような解釈は、法定代理人が行った代理行為について取引の安全が害されることがないだけでなく、遺言者死亡後に遺贈義務者となる相続人にとっても当該遺言上の（特定物の引渡）義務を免れることになるため、遺言者の死亡後の法律関係が安定するというメリットもある。成年後見人が、善管注意義務を尽くして財産処分をしている場合には、上述したように、処分の時点での遺言者である成年被後見人の意思に配慮されており、成年後見人の意思＝本人の意思と見なし、「画一的に」遺言の撤回行為ととらえるこの説の立場は、後見制度の社会化の流れにも馴染む。

しかし、この説に従った場合、成年後見人が仮に善管注意義務に違反した場合の効力はどのようになるのかとい

う問題が生じる。仮に、遺言の撤回とは見なされないと解するならば取引の安全を害し、逆に成年後見人の処分行為と遺言の撤回は別次元の問題であり、相互に影響を与えず処分行為自体は有効で後は、成年後見人の善管注意義務違反を問うにとどまると解すれば、この損害賠償請求権は誰に帰属するのか、誰がこの損害賠償請求権を行使することができるのかという新たな問題が生じる。相続法理に従うと、本人が生存時の損害賠償請求権の発生であり、そうすると本人に損害賠償請求権が帰属し、相続人がこの権利を承継することになる（民法八九六条）。そうすると、遺言者が、相続人以外に遺贈していた場合には、その意思が実現されないだけでなく、場合によっては相続人が遺言意思に反して利益を得ることも起こりうる。

2 本人限定説

今日の通説は、このような事態を回避するために、民法一〇二三条二項の抵触行為の主体を「遺言者」本人に限定するという解釈をとる。

そこで、以下においては、通説がなぜこのような解釈をとるのかについて（3）、仮に法定代理人が含まれない（民法一〇二三条二項の処分主体を遺言者に限定する）と解した場合には、遺言の効力と代理人が行った有効な代理行為とはどのような関係にあるのかを検討していく（4）。

なお、以下で検討する遺言の内容は、「特定物遺贈」を前提としている。

3 民法一〇二三条二項の「遺言者」と代理人

(1) 任意代理

任意代理においては、例えば売買の代理権授与にあたり、代理行為の内容となる目的物、売却価格、相手方を具体的に定めて授権することになる。したがって、遺言者が、遺言において特定の者に対して遺贈を行ったとしても、その目的物を任意代理人に対して処分を依頼し、任意代理人が当該目的物を処分した場合には、遺言者の「意思」に基づき行った処分であると解される。ここでは、私的自治の拡張が実現されているに過ぎない。

(2) 法定代理

これに対して、成年後見における代理権は、任意代理における代理権とは異なり、特定の行為を代理するのではなく、本人の事理弁識能力が欠けている状況であるため（民法七条）、本人の私的自治を補充するために包括的な権限が授与されている（民法八五九条）。本人限定説は、成年後見の場合、成年後見人が身上配慮・療養看護に関する事務を行うにあたり本人の意思に十分配慮するとしても（民法八五八条）、任意代理の場合とは異なり、本人の意思（完全にイコール）代理人の意思としてとらえていないことが前提となっていると考えられる。

このことが前提となり、成年後見人が遺言に抵触する処分行為をした場合には、民法一〇二三条二項の処分行為の主体を遺言者に限定すると解するのである。同規定が生前の処分行為について遺言の撤回を擬制するのは、遺言者の意思が推測されるからであり、そうすると、ここでの処分行為は遺言者自身によりされたものであるということが必要となることになる。⁽⁹⁾

4 法定代理人による処分行為と遺言の効力との関係

遺言は、遺言者の最終意思が一定の方式のもと表示されたものであり、その者の意思を本人以外の者に伝える必要はない。自筆証書遺言は、誰かにその内容を知られることなく作成できるため、遺言者が、誰にも知られずに遺言を作成したいと望むのであれば、それは守られなければならない（秘密の保障）。したがって、遺言を作成した被後見人は、遺言事項について成年後見人に伝える必要はない。また、成年後見が開始している段階では遺言者本人の状況によっては、遺言内容自体を伝えられないという事態も生じる。そうすると、成年後見人は、遺言内容を知らないまま、遺言に抵触する内容の処分行為をする可能性も否定できない。他方で、上記のように、通説の立場にたった場合、法定代理人の処分行為により、遺言の効力が無効となることはない。そうすると、遺言の効力と本人の処分との関係が問題となる。

以下では、成年後見人の処分行為と遺言による処分が抵触した場合の法律関係を検討する。

(1) 二重譲渡構成

法定代理人の抵触行為と遺言による遺贈の効力がともに競合した状態となり、二重譲渡の関係になると考える説がある。⁽¹⁰⁾この説に従うと、対抗要件の具備の先後で、目的物の所有権の取得が確定することになり、対抗要件による画一的な処理が可能となる。⁽¹¹⁾

(2) 二重譲渡と構成しない考え方

① 二重譲渡（類似の関係）と構成する場合の問題点

成年後見人の処分行為と遺贈とを二重譲渡類似の関係と解した場合、有効な代理行為により取引に介入した第三者が、急な遺言者の死亡等の偶然の事情により先に受遺者に対抗要件が備わると、受遺者に対抗することができず

（民法一七七条）、不足の損害を被ることがある。法定代理人の権限には、本人の財産についての代理権があり、遺贈の目的となる財産についての管理・処分を本人のために代理することができるため、この行為は有効な代理行為である。成年後見業務の緊急性から行われた財産処分行為（本人の財産処分が急に必要になることもある）の場面において、二重譲渡類似の関係を想定することは成年後見人の迅速な処分行為を困難にすることにもなりかねず、他方で、有効な代理行為において取得した相手方の利益を害するにもなりかねない。

また、成年後見人による処分行為が行われ本人死亡までの間に時間があれば、通常相手方に対抗要件が備えられており、このような状態で遺言の効力が生じることになる。このような場合には、遺贈が履行不能となっており、遺言の効力が生じても遺贈義務者の義務も不能により消滅することになる。そして、成年後見人による財産処分により遺贈の目的物が処分され相手方が対抗要件を具備すれば、履行不能について遺贈義務者に帰責事由がなく、遺贈義務者は受遺者に対して遺言の効力についての責任を免れることになる。

このように二重譲渡と構成することは、取引の相手方の利益を害する可能性があるだけではない。成年後見人により処分された目的物の代価は、相続財産のなかに組み込まれる。成年後見人が処分した財産の代価が相続財産に混入することで、処分した財産（高額）とそれ以外の本人の財産（低額）の比率次第では、本人の死亡時に相続人がいた場合には相続人が遺言が実現されていれば得られなかった利益を受けることに繋がる。このことは、遺言が有効であったとしても、「特定物を特定の者に取得させる」という遺言者の意思を実現することが困難となることを意味する。すなわち、遺言者は、高額の不動産を受遺者に与え、残った分をそれ以外の相続人に相続させるという意図から遺言書を作成したのであれば、成年後見人による処分により目的物の代価を相続財産に混入することを認める処理は、遺言者の意思、「遺言の自由の原則」を危うくしかねない。

このように二重譲渡類似の関係と構成することは、成年後見人の処分行為が有効で、他方で、遺言の有効性、ひいては遺言者の意思の実現を図ることが困難になると思われる。

② 民法九九六条・九九七条構成

(あ) 民法九九六条と九九七条の適用関係

成年後見人の処分により、遺言者が行った特定物遺贈は、相続財産に属しない権利の遺贈となっている。民法九六条本文は、このような遺贈については、効力を生じないとする。しかし、同条ただし書は、その権利が相続財産に属するかどうかにかかわらず、これを遺贈の目的としたものと認められるときは、遺贈は有効とされ、これを受け、民法九九七条は、遺贈義務者の受遺者への移転義務（同条一項）、移転ができない場合または過分の費用を要する場合には、遺贈義務者はその価額を弁償しなければならないとする（同条二項）。

民法九六条は、遺贈の目的たる権利が相続財産に属していなければ常に適用されるのであって、相続財産に属していない理由のいかんは問わない。かつては遺言者の財産に属していたかどうかとか、目的物が物理的に存在するかどうかといったことは一切問わない⁽¹²⁾、という意味であり、ただ民法一〇二三条二項の処分行為や同一一〇二四条による遺言の撤回がある場合には、本条によることなく、遺言は無効となると解されるのである⁽¹³⁾。そうすると、上記の通り、成年後見人による処分行為は、民法一〇二三条二項の本人の処分行為にはあたらないため、本条の適用を受けると解する可能性が開かれる。

(い) 遺言者（被後見人）の「意思」と成年後見人により確認される「意思」

次に、民法九六条ただし書の適用を受けるかであるが、起草者の意思としては、裁判所が遺言者の意思ありと「認むべきとき」には広くその意思を優先させようという趣旨の規定であったとされている⁽¹⁴⁾。九九六条ただし書の

立法趣旨に従うと遺言者が特定物遺贈に関する遺言を残している以上、通常特定物遺贈の意思があると認められ、遺言の効力が生じることになる。仮に特定物遺贈の意思が認められないとするのであれば、例えば、成年後見人が本人の「遺言を撤回する明確な意思」を確認し、その意思に従い処分をしたというような事情が必要となるように思われる。

成年後見人は、民法八五八条に従い、本人の「法的な意思とはいえない可能性のある意思」は確認しているはずであるが、本人の事理弁識能力が欠けるために成年後見人が選任されているのであり、そうすると成年後見人が本人のために行う処分行為の確認について、本人が処分行為の対価などを含めた法的な意味をどこまで認識して返答しているかは不明であり、この意思を遺言撤回の意思に繋げることには疑問が残る。そもそも、遺言者は遺言をする時点で遺言能力がなければならない（民法九六三条）。遺言は意思表示を要素とする法律行為の一類型であることから、ここでの能力は、意思能力と同程度であると解されている。¹⁵ただし、遺言内容の複雑さをもとに遺言能力の相対化は、裁判例・学説で認められているところである。¹⁶成年被後見人が遺言をする場合には、事理弁識能力が回復した時に、医師二人以上の立会いのもとしてしなければならず（民法九七三条）、遺言能力についても厳格にその有無が判断されている。これに対して、遺言の撤回に必要な能力については民法上明確な規定はない。遺言の撤回は、民法上はいつでもできる（民法一〇二二条）。この場合、遺言の受遺者などの利害関係人は、遺言の存在を信頼したとしても本人の撤回権の行使により遺言そのものが消滅し、本人は遺言を撤回したからといって受益者などの利害関係人に法的責任を負わない。そうすると、一般の取引行為と比べて通常人並の精神能力は遺言者に要求されることはないといえる。¹⁷しかし、撤回についての法的意味を理解できずに撤回したような場合には、撤回において必要な能力があったとはいえない。したがって、結局遺言の撤回の場面でも、その行為の複雑性や難易度を

相対的に判断し、当該行為との関係で必要な能力があることが求められるといえる。そうすると、成年被後見人が遺言を撤回する場合であっても、遺言能力に準じた法的措置を講じてはじめて有効な撤回行為と評価しうる。

このように考えると、成年後見人が被後見人の身上配慮の一環で、本人の意思を確認しただけでは、本人の撤回があったとはいえず、成年後見人の処分行為に民法一〇二三条の撤回の効力を認めるのであれば、民法九七三条の手続に従い本人の意思が表明されるような状態が必要となるといえる。

こうした例外的な事情が認められないかぎり、成年後見人の処分行為により遺贈目的物が相続財産に属しない場合には、民法九七七条の義務を遺贈義務者が負うことになる。もつとも、上述したように、成年後見人が処分した相手方の利益を害することができないこと、また事実上民法九七七条一項の当該目的物に関する権利の移転義務が困難であるため、同条二項に従い目的物の価額の弁償を求めることも可能である。

民法九七七条二項で弁償すべき「価額」というのは権利の対価であり、その算定時期は、受遺者が請求した時がその基準時となり、弁償すべき価額は相続財産の価額を超えるときには、その限度内で弁償すれば足りると解されている。⁽¹⁹⁾

③民法九九条一項構成

受遺者は、民法九九条一項により償還請求権を遺贈の目的として有することも考えられる。⁽¹⁹⁾

民法九九条は、遺贈の目的物が遺贈の効力発生前に存在しなくなったときは、債権の一般原則からみて、その遺贈は目的物不存在のため効力を生じないはずであるが、遺贈の目的の権利に変わるものが存在する場合には、受遺者の通常の意味を推測して、その代償物を遺贈の目的としたものと推定するという趣旨の規定である。

代償請求権が生じる原因として、目的物の滅失・変造、その他占有の喪失が掲げられているが、民法九九条一

項の償金請求権を取得するに至った原因は法律上の原因は問われないと解されている。そして、「その権利を遺贈の目的としたものと推定」されることから、この権利が受遺者に帰属するのは、あくまで遺言の効力が生じた時点と解されており、受遺者は遺言者の代位権者として償金請求権を第三者に対して行使するのではなく、相続財産としての償金請求権を遺贈の目的として相続人から移転を受け、自己の権利として第三者に行使することになる。⁽²⁰⁾

本条は、あくまで遺言者の意思の推定をする規定であり、遺言者がこれと異なる撤回の意思を表示している場合には、本条は適用されない。⁽²²⁾

成年後見人による遺贈目的物が処分された場合には、本人（通常成年後見人が代理して受領することが想定されるが）に相手方に対して代金請求権が生じており、遺言の効力発生までにこの権利が行使されていない場合に、この代金請求権は遺贈の目的とされたと推定される。そうすると受遺者は、遺贈の目的として相続人から移転を受け、自己の権利として「第三者」に対して、代金請求権相当額を償金請求することになると考えられる。仮にこのように解することができるとするならば、それは上記の通り、成年後見人による処分行為は、民法一〇二三条の本人の意思に基づく撤回にあらず、遺贈がされているのであれば、通常、受遺者に対して代金（代償物）を遺贈する趣旨であると推定されることが前提となっている。そうすると、この推定を覆すためには、遺言者がこれと異なる意思を明確に示しているなどの事情が証明されなければならない。

これに対して、成年後見人が、売却代金を代理して受領している場合、遺言の効力が発生した時点で、本人の他の財産に混入してしまい、売却代金と他の財産との区別がつかない状態になっていることもある。このような場面において、受遺者は、本条の趣旨を類推し、「第三者」に対してではなく、相続人である遺贈義務者に対して、売却代金相当額の償金請求をすることができるかが問題となる。

この場面では、代理人である成年後見人が代金を受領し、それを管理し、本人の死亡後相続人に管理財産を引き渡すことになるため、(i) 本条における償金請求権は、遺言の発生時には、消滅していると解するか、あるいは(ii) 遺言が有効である以上、遺言の効力発生時に遺言の目的物に対する償金請求権は観念でき、償金相当額を相続財産に対して物上代位すると解するかを検討する必要がある。遺言者の意思を尊重するのであれば、(ii) の結論に繋がり、本条の償金請求権は「第三者」に対しては消滅しているため、本条の守備範囲外となり一般の規定に従うと解するならば(i) の結論に繋がる。ただし、(i) をとつても、遺言の有効性、すなわち遺言者の意思を重視するならば、相続人は、本来遺言に従い混入した代金相当額を受遺者に支払う義務があり、それにもかかわらず、「相続財産」として取得できないはずの価値を取得していることになり、そうであるならば、受遺者は、相続人(遺贈義務者)に対して、民法九九九条の趣旨に照らして(「移転」の形はとらずに)直接償金請求をすることができるか、あるいは不当利得の法理に従い売却代金相当額につき返還請求の可能性も考えられる(i)。

(i) (ii) の構成に従ったとしても、受遺者は、あくまでも、処分された遺贈目的物の対価の限度で、それを得した遺贈義務者(相続人)に、その限りで権利を有するにすぎないと解されるべきである。

まとめ―検討と今後の課題―

これまで、問題の所在で設定した設例をもとに、成年被後見人が行っている遺贈の目的物を成年後見人が処分した場合に、成年後見人の行為と遺言とがどのような関係にあるのかを検討してきた。

この問題においてまず考慮されるべき点は、成年後見人が行った行為の有効性と優位性である。

成年後見人の行為は、民法上の規定に従い無権代理となる場合や一般法裡で制限される場合を除き、有効なもの

として扱われる。これに対して、遺言による処分は、對抗要件構成を除き、成年後見人の行為に劣後する位置づけにあったといえる。成年後見人の行為は、本人の現在の「生」に向けた保護を目的とするもので、死後に対する本人の意思よりも優先すべき価値があるといえる。このような位置づけは、取引の安全にも繋がる。そうすると成年後見人の行為の優位性を前提としたうえで、ではどこまで遺言意思が考慮されるべきであるかがこの問題の核心であるように思われる。

確かに、法定代理人を撤回権者に包含する構成は、成年後見人の意思決定が遺言者の意思に代わるということを確認するため、撤回行為後の取引関係は安定する。しかし、成年後見人の意思決定はあくまでも本人の生前の生活を保護することに向かっているにすぎず、死後について目配せをした決定ではなく、またそのような目配せをする必要がない。もし、本人に意思能力がある状態で撤回が行われれば、処分した財産で生前使い切れなかった財産があればそれは当初遺贈しなかった受遺者に与えようという配慮が働き、撤回時にそのような遺言を改めて作成することが可能であるが、成年後見制度を利用している状況ではそれができない可能性が高い。しかしそれにもかかわらず、この構成は、遺言者の上記のような意思を完全に排除してしまい、処分後の代価を相続財産に組み入れてしまう結果をもたらすことになる。

このような構成に対して、法定代理人を撤回権者に包含しないとする構成に従うと、遺言の有効性を認めただけで、事実上遺言内容を実行ができなくなっている段階で、どうすれば本人の意思に近づけて遺言内容を実現することができののかという観点からこの問題を検討することができる。このような構成をとったとしても、本人に不利益は生じず、また制度上の矛盾を来すこともない。それにより（特定の）相続人に、一度事実上取得できた相続財産が取得できなくなるという不利益が生じる事態が生じたとしても、それは相続制度上許容される不利益といえる。

遺留分権者である一定の相続人はそれを行使することも可能であり、遺留分権利者でない相続人は、遺言により相続分がないという事態が生じることも法は認めており、相続人はそれを甘受しなければならない。民法九九六条・九九七条構成、民法九九九条構成は、この考え方に馴染む。しかし、民法九九六条・九九七条構成をとった場合、受遺者が価額賠償を求める可能性が高く、民法九九九条構成(i)(ii)は、相続財産への物上代位となる。そして、このような構成をとった場合、相続財産が処分時の対価相当額がない状態となっている場合も予測され、この場合どの範囲でこれらの請求が認められるかはなお検討しなければならない課題となる。

* 本稿の公刊に先立ち二〇一四年一月期開催の関西家事事件研究会で報告の機会をいただいた。また、本稿のきっかけは二〇一三年に小田耕平法律事務所よりご依頼いただいた大阪地方裁判所への意見書の作成による。関係の先生方には貴重なご意見・ご教示を賜った。

(1) 床谷文雄「遺言法の課題―遺言者の終意はいかなる意味で尊重すべきか」野村豊弘・床谷文雄編『遺言自由の原則と解釈』四頁(商事法務、二〇〇八年)。

(2) 潮見佳男『相続法(第五版)』二二三頁(弘文堂、二〇一四年)。また、床谷・前掲(1)三頁以下では、二〇〇六年日本私法学会シンポジウムがこのような観点から遺言法をとらえていることが分かる。

(3) 潮見・前掲(2)三頁では、国家が介入する可能性として、典型的には、相続人の指定を遺言ですることはできないとされている点、一定の相続資格を有する者に遺留分が認められている点、遺言できる事項が法律で限定されている点であるとする。

(4) 最判平成四年二月一〇日民集四六卷九号二七二七頁参照。

(5) 幾代通・広中俊雄編『新版注釈民法(16)』(中川高男)二二五頁(有斐閣(復刻版)、平成二年)。

(6) 小林昭彦・大門匡他著『新成年後見制度の解説』一四一頁以下(金融財政事情研究会、二〇〇三年)。

- (7) 最高裁判平成二八年三月一日判タ一四二五号一二六頁の事案では、高齢の夫の徘徊について生じた損害につき妻の七一条責任が問われたが、最高裁判平成二八年三月一日判決は、成年後見人の身上配慮義務は、「成年後見人が契約等の法律行為を行う際に成年被後見人の身上について配慮すべきことを求めるものであって、成年後見人に対し事実行為として成年被後見人の現実の介護を行うことや成年被後見人の行動を監督することを求めるものと解することはでき」ず、成年後見人であることから直ちに七一条の法定の監督義務者には当たらないとしつつ、「法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には」、民法七一条一項に基づく責任を負うとの判示をしていることから、成年後見人が被後見人のために、加害行為の防止に向けて現に監督を行っていたり、単なる事実上の監督を超えて監督義務を引き受けたという事情があれば同七一条責任を負担することになる。また、被後見人の不法行為が予見できる可能性がある場合（認知症高齢者による交通事故や万引きが繰り返している場合）には、被害者に対して成年後見人自身が同七〇九条責任を負うことも否定できない。このような場合には、本人のためにも適切な措置を講じなければ、善管注意義務違反も問われうる。
- (8) 梅謙次郎『民法要義（5）初版』四一六頁（信山社、一九九二年（復刻版））。
- (9) 中川善之助・加藤永二編『新版注釈民法（28）〔補訂版〕』（山本正憲）四〇五頁（有斐閣、二〇〇二年）。
- (10) 阿部徹「遺言の取消し（撤回）」川井健ほか編『講座・現代家族法第六巻』一六九頁（日本評論社、一九九二年）。
- (11) なお、「特定の相続人に対して特定の財産を相続させる旨」の遺言を行った場合、判例理論（最判平成三年四月九日民集四五巻四号四七七頁）に従う限り特段の事情がない限り遺贈とは解されず、二重譲渡構成を採用することはできないように思われるが、本稿ではこの問題には立ち入らず、あくまで「遺贈」を前提として検討している。
- (12) 我妻栄・立石芳枝『親族法・相続法』五九二頁（日本評論社、一九五二年）。
- (13) 前掲（9）『新版注釈民法（28）〔補訂版〕』（阿部徹）二四六頁。
- (14) 『法典調査会速記録第196回』厳松堂書店、昭和七一年（一九二一年）一五一一六頁（富井政章発言）国立国会図書館デジタルコレクション <http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/1711429> 前掲（9）『新版注釈民法（28）〔補訂版〕』（阿部）二四六頁。
- (15) 村田彰「遺言に必要な精神能力」新井誠・西山詮『成年後見と意思能力』九六頁（日本評論社、二〇〇二年）。

- (16) 詳細は、村田・前掲(15) 九七頁以下。
- (17) 村田・前掲(15) 一〇四頁。
- (18) 前掲(9) 『新版注釈民法(28) 〔補訂版〕 〔阿部〕 二五〇頁。
- (19) 前掲(9) 『新版注釈民法(28) 〔補訂版〕 〔山本正憲〕 四一一頁。
- (20) 我妻Ⅱ立石・前掲(12) 五九七頁。
- (21) 前掲(9) 『新版注釈民法(28) 〔補訂版〕 〔上野雅和〕 二六三頁。
- (22) 遺言者の意思の確認については、上述した二―4(2)②(i)を参照されたい。