



# 成年後見 実務マスター

後見事務、後見監督人、任意後見、後見登記等

著 額田 洋一（弁護士）

新日本法規

---

**q55-1** 外食をした場合の食事代の負担は？

**a** 被後見人の分は本人の支出、付添人の分は後見事務の費用として被後見人の負担としてよい。後見人の分は、理屈の上では、後見事務の費用に含まれるといえるかもしれないが、後見人の同行が必然的ともいえないので、後見人自身が負担した方がよい。

---

**Q56** 被後見人の親族へ贈与・貸付をしてよいか？

**A** 原則として許されない。

**解 説****○被後見人の親族への贈与・貸付**

後見人は被後見人の財産について、管理権、包括的な代理権を有する(民859)。したがって、後見人が被後見人を代理して被後見人の財産を第三者へ贈与、貸付をした場合、それ自体は有効である(なお、書面によらない贈与契約は、履行を完了するまでは解除できる〔民550〕)。

他方、後見人は善管注意義務を負っており(民869による644の準用)、無意味に被相続人の財産を減少させると、同義務に違反することになる。贈与は対価のない単純な財産減少行為であるから、後見人が被後見人の財産を第三者へ贈与する行為は原則として善管注意義務に違反する。また、貸付は、焦げ付く危険があるので、善管注意義務に違反する可能性が高い。

この意味から、第三者への贈与、貸付は、【原則】として禁止される。

他方で、後見が開始したからといって被後見人を取り巻く親族関係や社会的関係に変更を来すものではないから、親族や社会との良好な関係は継続されるべきであり、それまで被後見人が行っていた冠婚葬祭に伴う贈与や社会的儀礼に属する贈与まで否定することは被相続人の(推定的)意思に反するであろうし、ノーマライゼーションの考え方とも相容れない。そこで、社会的に相当と判断される贈与等については許容されてよい(後見人の裁量の範囲内)という考え方も成り立つ。

**q56-1** 冠婚葬祭の祝儀・不祝儀は許されるか？

**a** 冠婚葬祭に伴う祝儀・不祝儀は、法律적으로는贈与に当たる。

「冠婚葬祭における金銭提供は、個々人の気持ちに依拠するところが大きく、代理になじまない」（全書Ⅱ507 [大山七重]）と消極的な意見もあるが、そこまで厳格に考えることもない。卑近な例を使えば、「姉は結婚祝いをもたらせたのに、祖母に後見が始まったので、妹はもらえない」という事態は、孫姉妹間に不平等感を生じさせるし、被後見人（祖母）としても本意ではあるまい。

冠婚葬祭については、被後見人と当該親族の関係（親疎、世話や負担の有無等）、前例、被後見人の意向や推定的意思等に照らして祝儀等を渡すのが相当と考えられる場合には、被後見人の財産等に照らして社会的に妥当と考えられる金額を提供することは許される（後見人の裁量の範囲内）と考える【私見】（運用の状況と課題110も、被後見人と相手方との関係に照らして妥当な金額であれば許されるとする。後見の実務82も同旨。ハンドブックのQ8も同旨であったが、令和4年版から「被後見人の意思や意向を確認した上で」という留保がついている。）。ただし、親族や周囲の人間の意向に振り回されないよう十分留意する必要がある。

【実務】的には、金額によっては事前に裁判所に照会し（\*）、あるいは経験が浅い後見人は消極に対応するのが無難であろう（祝儀を出さないことが善管注意義務違反となることはない。）。また、後見監督人がある場合は、贈与は金額のいかんにかかわらず監督人の同意を要するので、監督人と事前の調整が必要である。

（\*） 東京家庭裁判所では、贈与については事前に連絡するよう求めている。

**q56-2** お年玉・小遣い等は？

**a** 祝儀・不祝儀と同様。なお、子や孫への比較的少額の定期的贈与について、後見の実務80は、「本人が判断能力を有する時期から継続的に

## Advice

## ○売買契約を締結するときの留意点

売買契約には、一般に、売主が境界を明示する義務、瑕疵担保（契約不適合）責任（民562～565）が規定される。しかし、後見人は境界に関する情報を持ち合わせていないのが通常であり、また契約後に代金減額や契約解除の紛争が起きるのは望ましくないので、できればこれらは免除する契約内容にしておきたい（大澤97）。

## Q65 居住用不動産の処分は？

A

家庭裁判所の許可を要する。許可なく処分した場合は、無効である。

## 解 説

## 1 居住用不動産の処分

成年後見人が成年被後見人に代わって成年被後見人の居住の用に供する建物、その敷地を処分するには家庭裁判所の許可を得なければならない（民859の3）。保佐人・補助人が代理権に基づき処分する場合も同様である（民876の5Ⅱ〔保佐〕、876の10Ⅰ〔補助〕による859の3の準用）。これは、居住環境が本人の精神状況に大きな影響を与えるところから居住環境の変更を伴う居住用不動産の処分は、後見人の判断に加え、慎重を期すため監督機関である家庭裁判所の審査を必要としたものである。したがって、家庭裁判所の許可は効力要件であり、許可を得ずにした処分行為は無効とされる（小林=大門=岩井158、運用の状況と課題86）。これに対して相手方の保護との調整から無権代理行為と解する説があるが（上山159）、本人の利益を重視すれば無効説が妥当である。

## 2 居住用の不動産とは

「居住の用に供する」とは、現に居住しているほか、居住の用に供する

予定がある場合も含まれる（小林=大門=岩井159（注1））。なお、「現在本人は居住していないが、過去に、本人の生活の本拠として実態があった建物及びその敷地」も該当するとの指摘がある（運用の状況と課題86）。また、過去に居住していれば、戻る可能性が現実的に極めて低くても（本人の心情的な可能性があれば）、許可を要すると解している例もある（三会監督マニュアル68～70）。裁判官等の研究会の意見であるから、実務的には上記の運用の状況と課題の見解に従う方が無難であろう。東京の3弁護士会の所属弁護士は、上記三会監督マニュアルに依拠するのが適切である。

以上、整理すると、許可を要するのは以下ようになる。

- ① 現在居住している。
- ② 今後居住する具体的な予定がある。
- ③ 将来居住する可能性がある。
- ④ 過去に居住した実態がある。

（④については、帰宅の可能性が全くなければ通常は許可は必要ない〔下記 **参考判例** 参照〕と考えるが、東京3会の弁護士は、本人の心情的な可能性があれば許可を得る扱いとするのが適切である。）

被後見人の単独所有の場合だけでなく共有の場合も含まれる（運用の状況と課題86）。他方、親族等が所有あるいは賃借する住居に同居している場合は、許可は不要である（松原=浦木127 [松井芳明]）。

### 3 「処分」に当たる場合

民法859条の3は、①売却、②賃貸、③賃貸借の解除、④抵当権の設定、⑤その他これらに準ずる処分を挙げている。賃貸は、借地借家法で賃借人が保護され、事実上返還が不可能又は困難になり被後見人の居住場所がなくなるから。抵当権の設定は、その実行により不動産を失う危険があるためである。賃貸借の解除は、賃借している場合である。「その他これらに準ずる処分」には、贈与、使用貸借の貸渡し、譲渡担保・仮登記担保・売渡担保の設定等が挙げられる（小林=大門=岩井159）。すなわち、終局的に被後見人が居住できなくなる可能性のある行為一切が含まれる。訴訟上の和解に基づく処分も含む（小林=原287）。建物の取壊しも処分である（運用の状況と課題87）。

#### 4 家庭裁判所の許可を得る手続

家事審判手続による（家事別表第一11〔後見〕・30〔保佐〕・49〔補助〕）。後見開始の審判等を行った家庭裁判所（高裁が開始決定をしたときは1審の家裁）に申し立てる（家事117Ⅱ〔後見〕・128Ⅱ〔保佐〕・136Ⅱ〔補助〕）。申立てに当たっては、後見人は、「処分の必要性」と「処分内容（売却条件等）の相当性」を明らかにしなければならない。裁判所は処分した場合の本人の身上面への影響と上記の必要性・相当性を判断する（君野=石居196）。必要性の判断は、「生活費・療養費用等の調達のためであれば、本人の収支の状況・流動資産の状況等を審理する。老朽化・管理費用と保有の利益との不均衡等、管理上の必要による処分であれば不動産の現況を確認する」（運用の状況と課題90）。また、本人の生活・心身の状況（帰宅の見込み）、本人の意向等も重要な判断要素となる（なお、近時の東京家裁の運用では、処分した場合の本人の心身に与える影響も重視しているようであるが〔フロンティア2022・8=9・12〕、本来の立法趣旨であり支持できる。）。一般の不動産処分における必要性・相当性（→Q64）より高度なものが要求されよう。

なお、処分の必要性の判断は基本的に後見人の裁量判断に委ねられるとして、後見人が処分の必要性があると判断した場合にはこれを尊重するとの見解が示されている（後見の実務86）。厳密な意味での必要性に限らず、本人への影響についての判断も含むということなら、立法趣旨から疑問が残る。

#### 5 許可申立てに必要な書類等

処分の必要性・相当性の判断のため、申立てに当たっては、次のような書類が必要になる（東京家裁など独自のサイトを持つ裁判所ではそのサイトで確認した方がよい。）。

売却	<ul style="list-style-type: none"> <li>① 登記事項証明書</li> <li>② 売買契約書の案</li> <li>③ 評価証明書</li> <li>④ 不動産業者作成の査定書</li> </ul>
----	--

抵当権・根抵当権設定	① 登記事項証明書 ② 金銭消費貸借契約書（保証委託の担保の場合は、保証委託契約書）の案 ③ （根）抵当権設定契約書の案
賃貸借契約の締結	① 賃貸借契約書の案 ② 賃料算定根拠の資料
賃貸借契約の解除	① 解除の対象となる契約書

## 6 後見監督人がいる場合

処分には、民法602条の期間を超えない賃貸を除き、後見監督人の同意が必要である（家庭裁判所の許可の申立ての際、同意書を添付する。）。

### q65-1 買主が契約の締結を急いでいる場合は？

- a 家庭裁判所の許可があることを条件として売買契約を締結することも考えられる。

### q65-2 有料老人ホーム、特養の入所契約の解除は？

- a 許可を要するとする見解がある（全書Ⅱ612・613 [高江俊名]）。サービス付き高齢者住宅（サ高住）のように賃貸借契約に基づき利用しているのであれば、アパート等の賃貸借契約の解除と同様に許可が必要であろう。問題は特別養護老人ホームのように単なる利用契約（サービス契約）による場合である。一般論としては「施設に入居するに際して、本人が持家や民間賃貸者と同程度に生活の本拠とする意思を持って契約して実際に住んでいるような場合には、施設であっても居住用不動産に該当し得る」ので、原則としては処分許可を求めるのが望ましいとされる（フロンティア2019・7・43）。一時的に転所等をする場合には許可は不要であるが、その後元々の施設利用契約を解約するには、およそその施設に戻る可能性がないという場合でない限り、許可を求めるのが望ましい（同44）。

Q95

成年後見人は医療同意権があるか？

A

成年後見人は、被後見人に対する医療行為について同意権を有しない。

## 解 説

## 1 医療同意をめぐる問題の所在

患者の身体への侵襲を伴う医療（治療）行為については、患者本人への十分な説明とそれに対する理解を前提とする患者本人の同意（インフォームドコンセント、「説明と同意」。最判平成13・11・27民集55・6・1154等）を必要とするというのが今日における一般的な了解である。しかし、患者本人に判断能力がなかったり、意思を表明することができない場合はどうするか。身体への侵襲であるから侵襲を受ける患者本人しか同意できないのが原則であるが、同意がないとして治療を放棄することもできないため、誰かが代わりに同意をすることができないかということが問題になる。

## 2 成年後見人の医療同意権の有無

被後見人に医療に関する判断能力がない場合に、成年後見人が代わって同意を与えることができるかという点（「医療同意権」。なお、被後見人であっても同意能力がある限り後見人が代理して同意することはできない。）につき、これを肯定する説（四宮和夫=能見善久『民法総則第9版』（弘文堂、2018年）75、近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則第7版』（成文堂、2018年）59、川井健『民法概論①民法総則第4版』（有斐閣、2008年）35、須永醇『民法論集』（酒井書店、2010年）234）や、①病的症状の医学的解明に必要な最小限の医的侵襲行為、②当該医療契約から当然予測される危険性の少ない軽微な身体的侵襲（一般的な注射や投薬、骨折治療、縫合等）、③健康診断、④予防接種に限り認められる（上山134）、医療契約から当然予測される危険性の少ない軽微な侵襲への同意は、医療契約締結の意思表示の中に含まれている（岩志和一郎「医療同意



システムのあり方—議論の整理と展望」実践成年後見35・86)、あるいは「予防接種のように被後見人の身体に及ぼす危険性の程度が大きい医療行為については、その必要性が認められる限り、成年後見人が被後見人に代わって同意すること（は）……差し支えない」（松原=浦木140 [松井芳明]）という限定的な肯定説もある。

しかし、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・同意という問題は「医療行為について本人の判断能力に問題がある場合における第三者の決定・同意全般に関する問題として、医療の倫理等に関する医療専門家等の十分な議論を経た上で、将来の時間をかけた検討に基づいて慎重に立法の要否・適否を検討すべき事柄であ（る）」との立場から、成年後見人の「医療同意権」を否定しており（小林=大門=岩井152、153）、学説においてもこのような見解が多数説と思われる（松岡久和=中田邦博編『新・コンメンタール民法（家族法）』（日本評論社、2021年）240）。否定説からは、本人の同意が得られない場合には、「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委ねざるを得ない」（小林=大門=岩井153）。

### 3 医療における成年後見人の役割

成年後見人は身上監護事務も行い身上配慮義務を負うから、医療同意権がないからといって、被後見人に対する医療に関わる余地が全くないということはない。被後見人が適切な医療を受けることができるよう病歴・治療歴・投薬状況などに医療情報や被後見人の心身の状況を医療関係へ正確に提供する必要がある。他方、被後見人に不適切な医療行為が行われることのないよう監視することも成年後見人の役割であると考え【私見】。

なお、検疫法では、被後見人に対する「隔離」、「停留」を解くことの請求（15V・16Ⅶ）、「隔離」に対する審査請求（16の4I）の権限を持つ（精神保健福祉法上の後見人の役割についてはQ98）。

障害のある子のための任意後見を準備しておくことが考えられる。子に意思能力があれば、子が成年者なら親の事実上の援助の下に、子が未成年者なら親が同意をして、子が自己を本人とする任意後見契約を締結することができる。子が成年者で意思能力がない場合には、任意後見契約は締結できない。子が未成年者であれば、意思能力がなくとも、親が親権者として子を代理して子を本人とする任意後見契約を締結することが理論上は可能であるが（反対、新版注釈(25)648〔新井誠=上山泰〕、「自分で後見人を選ぶ」という任意後見制度の趣旨から、余り勧められない（額田・使おう143）。

## Column

## ○取消権の呪縛？

任意後見のデメリットとして取消権がないことを挙げるのが一般的であるが、果たして取消権は機能するのだろうか？ 実際、悪徳商法に対して事後に取消権を行使して被害の回復（原状回復）ができたという例がどれほどあるだろう（日本弁護士連合会『成年後見法大綱（最終意見）』（1998年）28）。正常な取引は取消しの必要はなく、むしろ「取引の安全」を害するおそれがある（成年後見制度の改正議論において金融機関や証券会社の心配はこの点にあった。）。本人の保護は、行為能力制限（成年後見制度による取消し）ではなく、取引法や消費者法における「不公正・過大」を理由にする一般的な取消権を整備する方が妥当な結果を導くように思われる。

## Q153 任意後見と法定後見の関係は？

A

任意後見契約が登記されている場合は、原則として、任意後見が優先される。

## 解 説

## 1 任意後見と法定後見の調整

任意後見は本人の意思に基づく支援制度であるから、任意後見と法定後

見とでは任意後見が優先する。任意後見の登記がなされていて両者が競合する可能性がある場合には、裁判所は、法定後見による支援が「特に必要」かにより判断する。具体的には、以下のとおり。

## 2 任意後見監督人選任申立てがなされた場合

先行する法定後見がなければ、裁判所は、任意後見監督人の選任要件を満たすか審査し、満たすと認めるときは任意後見監督人を選任し（任後4Ⅰ本文）、任意後見がスタートする。

既に法定後見が開始しているときは、申立てを受けた裁判所は、当該法定後見を継続することが「特に必要」か審査する。「特に必要」と認めるときは任意後見監督人選任申立てを却下し（同項ただし書②）、法定後見を継続する。「特に必要」と認められないときは、任意後見監督人を選任し、先行する法定後見を取り消す（任後4Ⅱ）。

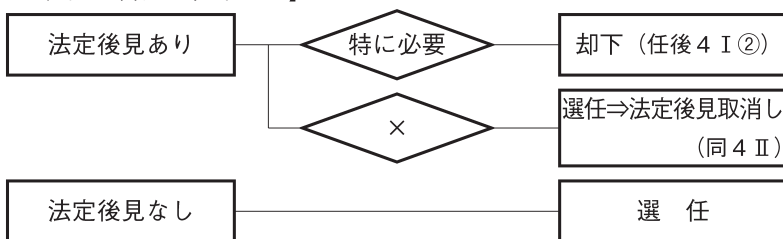
## 3 法定後見の申立てがなされた場合

任意後見の登記がなければ、そのまま法定後見の開始要件を満たすか審査し、満たすと判断すれば開始の審判をする。

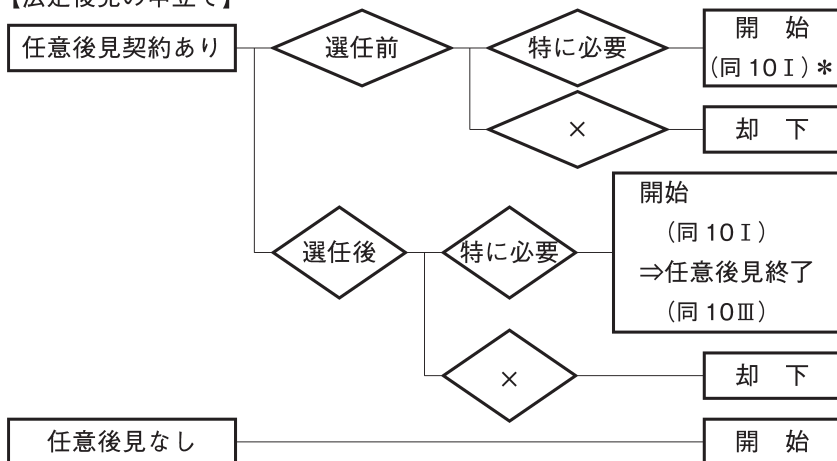
任意後見の登記があるが、任意後見監督人がまだ選任されていないときは、法定後見による支援が「特に必要」か審査し、「特に必要」と認めるときは、申立てに係る法定後見の開始の審判をする（任後10Ⅰ）。このとき任意後見契約は終了せず、後に任意後見監督人選任の申立てがなされる余地が残る。「特に必要」と認められないときは、法定後見の申立てを却下する（任意後見契約に影響なし。任意後見受任者等が任意後見の開始を必要と判断したときに、任意後見監督人の選任申立てがなされることが予定されている。）。

既に任意後見監督人が選任されているときも、法定後見による支援が「特に必要」か審査し、「特に必要」と認めるときは、申立てに係る法定後見の開始の審判をし（同項）、任意後見契約は当然に終了する（任後10Ⅲ）。「特に必要」と認められないときは法定後見の申立てを却下し、任意後見が継続する。

【任意後見監督人選任申立て】



【法定後見の申立て】



(注) 「特に必要」とあるのは法定後見を継続ないし開始することが本人の利益のために特に必要と認められる場合。「×」は、その必要性が認められない場合。

(\*) 任意後見契約は終了しない。

q153-1 「特に必要がある場合」とは？

a) 一般には、任意後見の代理権の範囲が本人の保護のためには不十分である場合、本人の置かれている状況からして同意権・取消権による保護を必要とする場合が考えられる(小林=原71)。これに加え、合意された任

任意後見人の報酬が不当に高額である場合、受任者に不適格事由がある場合、本人が法定後見を選択している場合などを挙げる見解もある（下記【参考判例】①）。また、任意後見受任者の任意後見契約締結前後の本人の財産への関わりに不適切な点があること、本人の療養看護に関心がないことなどから利害関係のない第三者に後見をさせるのが適切であるから、「本人の利益のために特に必要があると認められるときに」に当たるとした裁判例がある（下記【参考判例】②）。任意後見を開始するのが相当であるのに任意後見受任者が監督人選任の申立てをしようとしなない場合も当たると考える【私見】（なお、任意後見受任者が任意後見監督人の選任申立てをせず、委任契約に基づいて本人の財産の管理処分を行っていることが、本人との信頼関係の下で、本人の意思に基づいて行われているとして、「本人の利益のために特に必要があると認めるとき」に当たらないとしたもの（高松高決平成28・7・21（平成28（ラ）35）がある。）。また、法定後見申立てに対する対抗的な任意後見契約につき、受任者の「公平らしさ」に問題がある等として監督人選任を却下し後見を開始した例（水戸家審令和2・3・9判タ1480・253）がある。

### 参考判例

① 「『本人の利益のため特に必要があると認めるとき』とは、①任意後見人の法的権限が不十分な場合、②任意後見人の不当な高額報酬の設定など任意後見契約の内容が不当な場合、③任意後見契約法4条1項3号に該当するように受任者に不適格な事由がある場合、④任意後見契約の有効性に客観的な疑念のある場合、⑤本人が法定後見制度を選択する意思を有している場合など、任意後見契約によることが本人保護に欠ける結果となる場合をいうものと解するのが相当である。」

（結論としては、①～⑤のいずれにも該当しないとして、『本人の利益のため特に必要があると認めるとき』に当たらないとした。）（高松高決令和元・12・13判タ1485・134）

② 利害関係人〔筆者注：任意後見受任者〕は、本人との間で、任意後見契約（本件契約）を締結し、その旨の登記がされているところ、本人名義の口座から900万円を出金し、利害関係人名義の口座に入金するなど、本件契約締結



新日本法規