

◆被後見人名義の預貯金について自分の預貯金だと主張する親族がいる場合

ケース

知的障害のある被後見人は、両親、兄弟と一緒に生活してきましたが、母が体調を崩して入院したことをきっかけにグループホームに入所しました。その後母が亡くなり、今後の財産管理や身上監護のために後見人が選任されました。ところが、後見人が被後見人の預金の管理を始めたところ、被後見人の父が、被後見人名義になっているA銀行の預金は自分のものなので返してほしいと求めてきました。

被後見人の父からの主張に対し、後見人はどう対応すればよいでしょうか。

成年後見人

対応

被後見人名義の預貯金は、原則として被後見人の財産であり、成年後見人が管理しなければなりません。

父の主張に対しては、その預貯金が父の出捐によるものか否か、被後見人名義になっている預貯金が父のものであるとする主張の意味を確認し、もし父に返還すべきものであることが確定できた場合には、返還の対応を行うことになります。

ただし、被後見人の今後の生活維持を考えた場合に、そのまま被後見人の預貯金として維持した方がよい場合は、協議して父にそれを認めてもらうのが相当でしょう。

1 親亡き後を考えての親の行為

一般的に、障害のある子をもつ親は、子の将来を案じて財産を残しておくことを考えることがしばしばあります。財産を残す方法としては、遺言による方法が基本ですが、わざわざ遺言による相続の形をとることなく、子の名義で預貯金などの金融資産を保有していることもあります。本人が受領する障害年金があっても、それには全く手を付けずに預貯金にしておき、本人の普段の生活費は全部親自らが負担し、さらに

親の財産を子の名義の預貯金に移し替えたりする例もあります。

これらは、親が子を思っている行為ですが、子に第三者の成年後見人が選任された場合には、第三者にその財産を管理させたくないなどの思いから、これまで立て替えてきた生活費の返還を求めたり、自分の資産から出した子名義の預貯金は、自分のものと成年後見人に返還を求めたりすることが起こり得ます。

2 預貯金の性質

預貯金の法的性質は、消費寄託（民666）です。消費寄託とは、目的物の所有権を受寄者に移転し、受寄者は、預かったものを消費し、後日、同種・同等・同量の物を返還することを内容とするものです。金融機関としては、普通預金や定期預金の預金者をその預金者の顔などで個別に覚えておくことはできませんので、普通預金では、預金口座開設の際に、預金者に印鑑を届けさせ、かつ、この者に預金通帳を交付し、預金払戻しの際には、通帳と届出印又はキャッシュカードの所持者を預金者として取り扱うこととしていますし、定期預金の払戻しに関しては、預金受入れの際に銀行の交付した預金証書又は預金通帳と届出印の所持者を預金者として取り扱うことにしています。

3 預金者の認定

無記名定期預金による預金担保貸付において預金者が問題になった事案について、最高裁昭和48年3月27日判決（判時702・54）は、「無記名定期預金の預入行為が出捐者自身によったか、出捐者に依頼された者によったかにかかわらず、預金契約締結の段階では、銀行は預金者が誰かということには格別の利害を持たないから、出捐者保護の観点から、被依頼者が託された金員を横領して自己の預金にする意図で預け入れたなど特段の事情のない限り、出捐者を預金者と認めるのが相当である。銀行が無記名定期預金債権に担保の設定を受け、又はその債権を受働債権として相殺する予定のもとに、新たな貸出しをするときには、預金者を定め、その者に貸付けをし、結局、貸金と預金との相殺がされるに至った時等は、実質的には、無記名定期預金の期限前払戻しと同視できるから、銀行が預金者と定めた者が真実の預金者と異なるとしても、銀行は銀行として相当の注意を尽くした以上、民法478条の類推適用等により、表見預金者に対する貸金債権と無記名定期預金債務との相殺をもって真実の預金者に対抗し得る」としました。つまり、原則として、預金の名義にかかわらず現実にお金を出した者が預金者であるとの判断をしたものです。

それまで、下級審裁判例・学説は、「主観説」（預入れ行為者が自分の預貯金でない旨明示しない限り、その者の預貯金とみるべき）、「客観説」（自らの出捐により、自己の預貯金とする意思で、自ら又は使者・代理機関を通じて預貯金契約をした者が預金者であるとする）、「折衷説」（一応は客観説に立ちながら、預入れ行為者が自己を預金者であると明示的又は黙示的に表示した場合には、預入れ行為者が預金者とする説）に分かれていましたが、上記最高裁判決がされ、その趣旨は無記名定期預金以外の他の預貯金にも及ぼされています（記名式定期預金について最判昭53・5・1判時893・31、最判昭57・4・2金法995・67）。

4 贈与等の認定

上記最高裁判決によれば、出捐者が誰かにより、預貯金の帰属を決めることになります。すなわち、誰に帰属する金員だったかによることになります。

出捐者が父であったとすると父の預金になりそうですが、子への贈与がされた上で預金したとなると子が出捐者となり子の預金とも考えられます。

贈与は、無償で財産を与える契約であり、相手方が受諾することによって効力が生じます。あらかじめ合意がされることなく、いきなり物や権利を移転させる場合を「現実贈与」といいますが、子名義の口座に入金すること自体が現実贈与と捉えられることになります。贈与は、相手方の受諾によって効力が生じますので、相手方である被後見人の有効な受諾があったかが問題になり得ますが、後見開始審判がなされるまでは、意思能力があることが前提であり、受諾が有効であることを争う者から、意思能力のないことを主張・立証する必要があるため、既に入金がなされた現実贈与においては、意思能力のある者による受諾がなされたか否かを重視する必要がありません。したがって、父がその口座への入金を子に与える意思でしたのであれば、贈与であり既に履行も完了していますので、後になって解除することはできません（民550）。

また、親子の間では互いに扶養義務があり（民877①）、親が障害のある子のために財産を与えたり生活費を支出した場合には、扶養義務の履行としてされたものと考えられますので、その返還を求めることはできないと考えられます。

このような事情もなく、例えば、ペイオフ対策など、自分の財産を保管していくに当たって子の名義を借りただけだというような場合であれば、出捐者である父の預金だということになる場合もあるでしょう。

5 本ケースでの対応

まず、成年後見人は、父に対し、なぜ返還を求めるのか事情を聞くことになります。

その事情を確認した上で、贈与により本人名義の預貯金が形成されていると考えられる場合は、返還請求に応じることはできません。これに対し、これまで被後見人の生活費を被後見人の財産から支出すべきところ、父の財産から出してきたと主張する場合、それが立替えなのか贈与と評価されるのかは、結局は父の意思により区別される場所であるため、父から事情を聞いただけでは必ずしも明確になりません。通常、被後見人に生活費を支出するのに十分な預貯金がある場合には、立て替えることはありませんから、贈与と考えられる旨を説明することになります。

ときには、これまでに関わりのない第三者が成年後見人になって預貯金を管理していくことに納得ができないことが理由になっている場合もあります。このようなときは、成年後見人の役割を説明し、その預貯金は、本人のためにきちんと使われていくことを話し、父の安心を得るのがよいでしょう。

また、父が子の年金を使用せずに子の生活費を出していた場合は、年金は本人の生活のために使われるべきものであるため、父が子の生活費を立て替えていたと考えられますが、扶養義務としての生活費の支出という面もあります。被後見人の財産状況を考慮して、適当な範囲での返還について合意をすることもあつてよいでしょう。

父に返還することになる場合であっても、いずれ父が先に亡くなれば子が相続承継しますので、相続の処理を考えれば、子の名義のままにしておく方がよいのではないかなどの協議をすることも必要と思われまふ。

保佐人・補助人

対応

預貯金についての管理権を有する保佐人・補助人の場合の対応は、成年後見人の場合と同様です。

1 保佐人・補助人の権限

保佐人は、民法13条1項に定める法律行為についての同意権を当然に有しますが、代理権については、申立てにより被保佐人が同意した場合に特定の法律行為について審判によって付与されます（民876の4①）。

補助人は、申立てにより民法13条1項に定める法律行為の一部についての同意権が

付与され、又は代理権について申立てにより被補助人が同意した場合に特定の法律行為について審判によって付与されます（民876の9①）。

保佐人・補助人に預貯金に関する金融機関等との一切の取引についての代理権が付与された場合は、その預貯金の管理権がありますので、保佐人・補助人が適切に管理しなければなりません。

2 本ケースでの対応

保佐人・補助人が預貯金の管理権を有する場合、被保佐人・被補助人の父から上記預貯金が自分の財産であると主張された場合の対応は、成年後見人の場合と同様になります。

被保佐人・被補助人の場合は、自分の意思を表明できることも多いので、本人から事情や意見を聞くことも必要でしょう。

3 代理権がない場合

保佐人・補助人に預貯金に関する代理権が付与されていない場合は、被保佐人・被補助人と父との間で預金の帰属について確定させなければなりません。

もしも、被保佐人・被補助人がその預貯金が父のものであると認めて返還する場合、その行為は重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為（民13①三）といえ、保佐人・補助人の同意が必要と考えられます。

立替金を認めてそれを返還するという場合、債務の弁済とすれば特に保佐人・補助人の同意が必要というわけではないことになりますが、本ケースのような場合はむしろ立替債務の有無について和解することに相当するとして、和解（民13①五）に準じて保佐人・補助人の同意が必要であると考えられます。

任意後見人

対応

本人と権利を主張する者との間で、預金の帰属者を決めてもらう必要があります。任意後見人は、本人に帰属する財産を管理することになります。

1 任意後見人の権限

任意後見人は、本人との間の任意後見契約により本人から預貯金についての金融機関等との取引に関する代理権を与えられた場合に、その預貯金を管理することになります。任意後見人としては、代理権を付与され、本人から本人の財産として管理を委ねられているわけですから、その預貯金が誰のものが問題となる場合に、任意後見人がその決着をつけるというわけにはいきません。本人と権利を主張する者との間で、その預貯金の帰属者を決める必要があります。

権利を主張する者から本人に対し法的手続をとってもらうことで明確にするのが相当でしょう。

2 紛争についての権限

預貯金の管理権が付与されていて、それに関する紛争解決の代理権も与えられているのであれば、任意後見人において交渉等に当たることもできます。ただし、本人には説明したり意向を述べるができる場合も多いと思われますので、本人と十分話し合って対応していくのが相当でしょう。

未成年後見人

対 応

成年後見人の場合と同様です。

1 未成年後見人の権限

未成年後見人は未成年被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について未成年被後見人を代表します（民859①）。そのため、成年後見人と同様、未成年被後見人の親族が未成年被後見人の財産は自分の財産であることを主張した場合、未成年被後見人名義の預貯金が真に親族のものかどうか検討する義務を負っています。

2 本ケースの場合

返還を求める者と未成年被後見人の関係や口座作成の経緯等、十分な調査が必要でしょう。

第1 身上監護関係

【身分行為】

◆被後見人が「結婚したい」と言い出した場合

ケース

私が後見人を務める被後見人は、配偶者と別れた後、現在80歳ですが、事業を経営していたことから資産家であり、広大な屋敷や預貯金、株式などを保有しています。そうした資産を自分も使おうとしてか、相続することを図ってか、近頃になって異性が近づいてきて私から見ても異様なぐらいに被後見人に構うので、被後見人はその異性に恋愛感情を抱き、結婚したいと言うようになりました。本人が好きならばよいかという気がする一方、その異性が本当に愛情をもって近づいてきているのか、ただの財産目当てではないのかという不安も感じるところです。被後見人の子らも、自分たちの将来の相続のことを考えてか、心配しています。後見人としては、どう振る舞うべきでしょうか。

成年後見人

対応

婚姻するか否かは本人が決めるべきことですので、成年後見人としては本人の意思を尊重して対応すべきであり、親族の意向を尊重すべきでないことはもとより、本人の立場に自分を置き換えて判断すべきでもありませんが、適切な援助や助言は、むしろ身上配慮義務から望まれると考えられます。

1 同意の可否等

婚姻をするには成年後見人による同意は不要とされており（民738）、ひいては同意なくして婚姻しても取消しの対象にはなりません。財産管理等に属することよりも、本

人自身の意向を尊重すべきということから、被後見人であっても、婚姻の意味等を理解できるだけの意思能力があれば、有効に婚姻等の身分行為ができるとされているところです。婚姻は本人の意向が決定的に重要であるので、代理になじまない行為とされており、成年後見人が意思決定まで代替することはできません。

婚姻届も被後見人は自らすることができ、他方で、成年後見人ではなく自らにおいてしなければなりません(戸籍32)。成年後見人が署名部分を含めて代書をした(戸籍29、戸籍則62参照)、届出の使者とはなり得ても、代理人として届出することはできず(戸籍37③ただし書)、使者としての届出の場合は別途本人確認がされることになります(戸籍27の2①②)。

2 本人の意思の尊重

成年後見人は、本人の生活に関する事務を行うに当たって、その意思を尊重し、心身の状態及び生活の状況に配慮しなければなりません(民858)。成年後見制度は、本人の福祉のために、判断能力が不十分な部分を補うための制度なので、本人自身による意思決定が、適切な情報のもとで適切に下されるように図る必要があります。一見、障害がなければ、そういう選択は通常しないであろうと思われる場合であっても、本人自身がよく考えた上で、そういう選択をしたいというのであれば、できる限り尊重すべきものです。他方、意思決定は、問題点の把握ないし問題意識—関連情報の取得—収集—情報の維持(情報の整理と短期記憶が必要)—情報を処理した上で、問題にどう対応するかを検討(=検討した結果に基づく対応案の採否ないし取捨選択と優先順位の付与)—選択した対応の表明という過程を経ると解されますが、この過程等において、判断能力の不十分さがあるところの援助や補充も成年後見人には期待されているところです。身上配慮義務は本人の生活全般に及ぶことからしても、一身専属的なことだから全く権限がないとか、単に本人がそう言うならそれでいい、本人の好きにしてもらえばよいということではないはずです。

3 成年後見人の役割

そうすると、あまりに本人の意思を制圧するような婚姻の禁止といったことは不適切である一方、経済力や居住地その他の事情を総合し、現実的に婚姻生活を続けていけそうであるのか、婚姻の当事者間に真に誠心誠意の結び付きを求めるような愛情があるのか、単に資産目当てや肉体関係目当て等で相手が近づいてきているにすぎないのではないかなど、他人にだまされたり都合よく使われたりすることのないよう、注

意喚起や助言等をすることは、本人の意思の尊重の要請に矛盾しないどころか、むしろ期待されていることであると考えられます。

4 意思無能力状態での婚姻

債権法改正を主たる内容とする民法の一部を改正する法律（平成29年法律44号）が令和2年4月1日に施行されるに当たり、これまでの法律解釈を明文化して、「法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は、無効とする。」という規定が置かれますが（民3の2。取消しの対象ではありません。）、身分行為も法律行為であるので、仮にこれが親族法分野にも適用があるとしても（行為能力制度は適用されないものの、意思能力は必要と解されています。しかし、民法総則が親族法分野にどこまで適用されるのかという問題があります。）、民法742条柱書及び1号では、人違いその他によって当事者間に婚姻する「意思」（形式的な届出意思だけでなく、実質的に、真に社会観念上夫婦として認められる関係を設定しようという効果意思のことだと解されます（最判昭44・10・31判時577・67）。）がない場合に「限り」無効とするとされていることに照らすと、婚姻届の時点で意思無能力状態であれば直ちに改正民法3条の2によって無効になるというのではなく、意思無能力のために婚姻の意思がないのかどうかが問われることになるとも解されます。そうすると、婚姻届作成時には婚姻の意思があったのであれば、少なくとも作成後、遅滞なく提出されたときには、届出時までに翻意されたとして認められない以上、婚姻は無効にならないものと解されます（最判昭44・4・3判時556・48、最判昭45・4・21判時596・43、認知に関する最判昭54・3・30判時931・60各参照。なお、届出書発送後に死亡した場合には、死亡の時に届出があったとみなす戸籍法47条2項参照）。

5 被後見人の婚姻が無効又は取消しの対象となる場合

なお上記債権法改正を主内容とする民法改正において、錯誤の効果は無効から取消しに改められますが（民95①）、婚姻取消事由としては、不適齢婚（民731）、重婚（民732）、近親者間の婚姻（民734）、直系姻族間の婚姻（民735）、養親子等の間の婚姻（民736）、再婚禁止期間経過前（民733）の他は、詐欺又は強迫のままであり（民743・744・745・746・747①）、条文上錯誤は加えられず、人違いその他の事由によって婚姻の真意に欠けるときは、婚姻は無効とされ続けています（民742一）。他に、養子縁組（民802一）だけでなく、離婚、離縁についても、身分行為における真意の重要性からして、真意に欠けるときは、なお取消事由ではなく、無効とされ続けるものと解されます。なお、錯誤による認知については、無効主張が一定の制限をされるべきではないかという考慮も

必要です（民785・786）。

そこで、婚姻時点でその真意はあったが、後に錯誤が判明した場合の扱いを検討しておきます。

この点、婚姻における錯誤に関しては、①民法総則が親族法にも適用されるのかという一般的な問題のほか、②婚姻に多少の思い違いは付きものであること、③夫婦関係の継続に支障があるとは限らないこと、④身分関係の安定が図られるべきこと、⑤従前から、民法742条柱書及び1号では、婚姻における錯誤の場合に関し、人違いその他によって当事者間に婚姻する意思がない場合に「限り」（なお、同条2号にいう「届出がないとき」は、そもそも成立さえしていません。）、婚姻を無効としてきたこと、⑥今回の民法改正でも婚姻に関しては錯誤取消しは加えられなかったことなどからすると、婚姻における錯誤には従前どおり改正後も民法95条1項は適用されず、重大な錯誤があって、婚姻の継続に支障があるような場合は、適宜、詐欺取消し（民747①）

（配偶者の意図的な欺罔行為があった場合で、判明後一定の期間内に限ります。）又は離婚（信頼感の喪失等により婚姻を継続しがたい重大な事由がある（民770①五）など離婚原因が認められる場合に限ります。）の手続によって対応することが想定されていると考えられます。なお、それらの無効、取消し、離婚等の手続は同時に主張できる場合はしておかないと、相当の期間が経過するなど事情の変更がない限り、後に主張できなくなります（人訴25）。

6 婚姻の無効又は取消しの手続

また、婚姻のような身分行為の無効を主張するには、仮に無効の手続は訴訟上することが要求されていないとしても（この点、当然無効説＝確認訴訟説のほか、訴訟上の行使が要求されるという形成訴訟説があります。）、戸籍の記載の見地のほか、相続関係や相続権の存否等にも関わることから、婚姻無効の訴訟（人訴2一）や、その簡易代用手続としての特殊調停における「合意に相当する審判」（家事277①）によって、対世的に解決される必要があります。

この点、離婚の無効について、離婚無効の判決等の確定を待たずに当然に無効であることを前提として、後婚について重婚を理由とする婚姻取消しを認めた、最高裁昭和53年3月9日判決（判時887・72）がありますが、協議離婚無効確認の訴えが併合審理されていた事案であり、一般化できるかは疑問もあります。また、訴状で確認請求事件と事件名を付けられたとしても、最終的に確認訴訟として判断されたとは限りません。

7 婚姻の無効や取消しの手続追行者

人事訴訟の訴訟手続における訴訟行為については、身分行為を本人自身でできることに準じて、離婚のような身分行為だけではなく、婚姻の無効や取消しといったことについても、本人の訴訟能力が否定されていません（人事訴訟法13条による民事訴訟法31条の適用除外）。ただ、裁判所は、必要があると認めるときは、申立て又は職権により、弁護士を訴訟代理人に選任したり、弁護士を選任することを命じることができ、その弁護士の報酬は国庫から支弁されます（人訴13②～④）。本人が意思無能力で手続追行ができない場合については、成年後見人自身（これが対立当事者となる場合は成年後見監督人）が原告又は被告となることができる（職務上の当事者ないし法定訴訟担当）という規定が置かれていますが（人訴14）、他方で、訴訟行為等は、効果意思どおりに直ちに身分関係に変動を生じさせる本来の身分行為ではないので、代理になじまないものではなく、法定代理人として関与することも必ずしも否定されていないのではないかと考えられます。

この点、かつて最高裁判決（最判昭33・7・25判時156・8）は、離婚は代理になじまないという理由で、成年後見人は離婚訴訟において、法定代理人の立場ではなく、職務上の当事者（法定訴訟担当）になると判断していましたが、現行人事訴訟法施行前の人事訴訟手続法上は人事訴訟の一種として明文の規定が置かれていなかった親子関係不存在確認訴訟においては、母による子の法定代理が当然のように認められてきたところ、それでも現行人事訴訟法は、離婚に限らず人事訴訟全般において、重ねて成年後見人が原告にも被告にもなれると定めたところですから（人訴14）、人事訴訟において、成年後見人が代理になじまないという理由から常に職務上の当事者（法定訴訟担当）となるのではなく、法定代理人の立場によることを否定したものではないと考えられます。離婚・離縁と同様、取消権行使や錯誤無効等の主張は、一身専属的なことで、成年後見人が代わって行使できないのではないかとの疑問もありますが、例えば、重婚等公序良俗の見地から本来認められるべきではない婚姻もありますし、当事者や親族が動かなければ検察官しか対応できないのかということにもなります。また、詐欺や強迫によって婚姻させられた場合でも、本人自身が訴訟を追行あるいは弁護士に委任できないとき（するつもりであったのに、できなくなってしまった場合も含まれます。）には、そのまま甘受するほかないというのは不合理です。成年後見人が提訴したからといって当然に無効や取消しの効力が認められるのではなく、無効事由や取消事由が認められるかどうかは裁判所が客観的に判断すべきことですから、成年後見人が提訴することも差し支えないと考えられます。むしろ、代理になじまないからとい

って、成年後見人において専断的に処理できてしまうという方が、かえって本人の意思や自己決定の尊重という成年後見制度の趣旨に反すると考えられます。法定代理を肯定する説の方が、代理人は、本人の意向に沿って動くべきことになるはずであり、実際にも、離婚・離縁の場合、和解や調停の手続において、本人自身が訴訟等の当事者として合意をできる地位が確保できることになります。そして、その方が障害者権利条約の趣旨にも適うはずです。もっとも、この点を肯定しても、無効事由や取消事由があるからといって、直ちに人事訴訟を提起するのではなく、本人自身に取消しや追認をする意思があるか等も推測して行動すべきことが求められます。いずれにせよ、成年後見人等が取消訴訟を提起することは、行為能力の問題としての取消しではなく、法定代理又は職務上の当事者（法定訴訟担当）の問題です。

また、意思無能力者を被告として人事訴訟を提起する場合に、民事訴訟法上の特別代理人制度（民訴35）を利用できるのかも問題とされていますが、身上配慮義務の明文規定がないとはいえ、明文では排除されていません（人訴13①）。なお、この点、かつて否定的に判断した最高裁判決（最判昭33・7・25判時156・8）が、現行民事訴訟法や成年後見制度の導入後でも、さらには、家事事件手続法19条で、家事調停・審判の手続にも特別代理人制度を設けた現在でも、妥当するのかは、疑問があります。ちなみに、禁治産者側から離婚を求める訴訟で、現在の民事訴訟法35条所定の特別代理人に相当する特別代理人による対応を否定した上記最高裁判決は、配偶者が当然に成年後見人になる制度（これによれば、離婚訴訟では、必然的に後見監督人が当事者となります。）を廃止した上、本人の福祉のための制度に改められ身上配慮義務も規定された成年後見制度や現行人事訴訟法が制定される前のものであり、この最高裁の判例後にできた現行人事訴訟法自体が、問題点を分かった上で意識的に、民事訴訟法上の特別代理人制度の適用除外をしていないのではないかと考えられます。そして、上記最高裁判決の後、婚姻無効訴訟において、特別代理人によることを認めた東京高裁決定（東京高決昭62・12・8判時1267・37）の逆転決定があります（当時、許可抗告の制度がなかったので、そのまま確定しました。）。実質的には、後見人ではなく特別代理人ならば、その場限りの適当な対応をするかもしれないので、本人の意思を尊重してその全般的な身上監護に当たることが求められている後見人でしか対応できないと考えるべきかという問題です。民事訴訟法上の特別代理人は、家庭裁判所の監督規定もありませんし、他方当事者に迎合するような対応をするかもしれないということからですが、それは、人事訴訟に限ったことではないように思われます。そして、後見開始後には、後見人と本人の利益相反により、後見監督人がいなければ、民法860条で準用される民法826

条所定の特別代理人が手続を進行すべきことに条文上なっていますが、こうした特別代理人も、監督に関する明文規定はないのです。さらに、後見開始の前後や、婚姻の無効や取消しと離婚とで、扱いを異にするのも不均衡です。そもそも、本人の利益を図るために、配偶者には後見開始や後見監督人選任の申立て資格を認めているのですが、こうした事案では、配偶者自身の利益のための申立てということにもなりますし、また婚姻無効を主張しながら配偶者として申し立てるのも矛盾しますし、意思無能力者を離婚・離縁以外の人事訴訟（婚姻無効等）の被告にしたい場合、原告となる者が被告の配偶者や四親等内の親族であるとも限らないのです。

なお、人事訴訟の簡易代用手続として、非公開の手続で、当事者の合意を基礎として円満な解決を図る「合意に相当する審判」を目指す特殊調停の制度（家事277）がありますが、身分行為をできる本人が調停手続能力を有しない場合や、有する場合でも本人と重ねて成年後見人にもその手続進行資格（申立て手続を含みます。）があります（家事18）。他方、離婚と離縁は、協議によることも認められていることから当事者の合意を基本とした解決が可能なので、一般調停事項であり、特殊調停事項ではありません。成年後見人としては本人が申し立てた調停手続を進行したり、相手方が申し立てた調停に対応することはできますが、本人の意思尊重の見地から、合意権限はないだけでなく、離婚や離縁の調停を申し立てることも認められていません（家事18ただし書）。

また、婚姻取消訴訟や当該「合意に相当する審判」を受けることを目的とする調停は、行為無能力を理由とする取消しによるものではありませんので、本人自身の取消権を訴訟代理又は手続代理をする扱いとなり、婚姻無効確認訴訟や当該調停の場合と併せ、身分行為自体が代理や取消権になじむかどうかとは別問題です。

保佐人・補助人

対応

被保佐人・被補助人の場合は、よりその意思は尊重されるべきことになりますが、やはり、保佐人・補助人として適切な援助や助言はすべきであると考えられます。

1 同意の要否等

成年被後見人であっても婚姻について成年後見人の同意は不要とされているのですから、ましてや当然に、被保佐人や被補助人は自らの意思で婚姻することができます。

保佐の場合は、法定の要同意事項ではないだけでなく（民13①）、一身専属的な身分

行為については、同意を要する事項として定めること（民13②・17）も許されないと考えられます。

補助の場合の要同意事項としても、保佐の場合の決定の要同意事項の範囲でしか定められないこともあって、定めることができないのは明らかです（民15③・17①）。

保佐にせよ補助にせよ、婚姻は代理になじまない事項であるので、本人の同意があったとしても、代理権付与の対象とすること（民876の4・876の9）は許されません。代理による婚姻届が許されないことは、成年後見の場合以上に明文の規定を待たず、当然のことだと考えられます。

なお、婚姻届の代書や使者として婚姻届を提出することや、婚姻の無効や取消し、離婚（夫婦関係調整調停）事件等の手続代理や訴訟代理については、別論です（前記**成年後見人**の記述参照）。

2 本人の意向の尊重と同意・取消権の否定

法定要同意行為である民法13条1項4号の「訴訟行為」や5号の「和解」には、協議離婚・離縁や、離婚・離縁の調停の申立てや迫行・合意、離婚・離縁訴訟の提起や和解等は含まれず（家事17②、人訴13①）、保佐人等の同意なくして本人自ら手続をとることができます（その他、指導・助言等を含め**成年後見人**の記述参照）。

3 職務上の当事者

代理等に関しては、成年後見人とは異なり、保佐人や補助人が本人のために訴えたり訴えられたりできるとする規定はありません。よって、あくまで本人自身が、調停や訴訟の当事者となり、離婚訴訟における和解や調停における合意は、当然本人自身がすることになります。

4 代理権付与審判を受け、法定代理人としてする行動

ところで、保佐人や補助人には代理権を付与する審判が可能であるところ（民876の4①・876の9①）、本人からの委任状を得て純粋な任意代理として手続代理人や訴訟代理人になれるのか、他方で、代理権付与審判を受ける方法で法定代理人として行動できるのかが問題になります。

この点、保佐人や補助人の人選については、本人の意向どおりになっているとは限らないという意味では法定代理ではあるところ、代理権付与については本人の同意が必要なのですから（民876の4②・876の9②）、実質的には本人が自己の意思に基づいて

代理権を付与したのと同等ということになるので、その方法によることを否定することはないとも解されます。また、そうした方が、保佐人等と判断能力に問題のある本人との間での利益相反関係になる報酬合意を要しないで、保佐人等の報酬として一括して裁判所が客観的に相当と認める額が付与される（民876の5②・876の10①）によって準用される民862）ことになり、保佐監督等の対象にもなることから、かえって合理的であるとも考えられます。

しかし、成年後見人の場合には、法定代理人として離婚や離縁の調停を申し立てることができず、任意代理による申立書代書方法によるしかないとすれば（前記**成年後見人** 1参照）、そのこととの均衡が問題となりますし、保佐人や補助人に代理権が付与されても、被保佐人や被補助人自身ができる身分行為については、法定代理による手続行為はできないと解されてしまうならば、その見地からの問題も生じてしまいます。

5 保佐人・補助人による助言

保佐人や補助人も、その事務を行うに当たって、本人の意思を尊重し、身上に配慮する義務を負っています（民876の5①・876の10①）。

この義務は、直接的には与えられた同意権や代理権の行使において求められるものではありませんが、婚姻によって本人の生活状況や財産関係も大幅に変わりますし、それが同意権や代理権の行使における判断にも影響を及ぼし得ることからすれば、広汎な身上監護権限を有する後見事務の場合と同様に、身上配慮として適切な援助や助言をすることも、保佐事務や補助事務に属することとして、やはり必要だと考えられます。

任意後見人

対応

本人は自ら婚姻を決定することができます。任意後見人として婚姻について適切な援助や助言をすべきことは、成年後見人等と同様に考えられます。

二 1 本人による決定

一 任意後見契約は、委任契約によって代理権を付与するものであり、本人の行為能力

を制限するものではありませんので、同意権や取消権は付与することができず、問題になりません。

代理権についても、婚姻は代理になじまない事項であるので、任意後見契約によって、代理権付与の対象にすることもできません。

なお、使者としての届出等や、婚姻取消訴訟等の訴訟代理や手続代理については、やはり別論です（前記 **成年後見人** の記述参照）。

2 任意後見人による援助・助言

任意後見人にも、本人の意思を尊重し、身上に配慮すべき義務が課せられています（任意後見6）。

この場合も、婚姻については代理権の対象にはなりませんが、身上配慮として本人に対し適切な援助や助言をすべきことは、やはり、成年後見人や保佐人・補助人と同様に考えられます。むしろ、本人自身の意向により委任を受けた立場としては、法定後見の場合以上に契約上、あるいは高度の信頼関係のもとに、本人のために援助・助言をすべきという考え方もあり得ます。

未成年後見人

対応

現行法上は未成年者の婚姻について、親権の有無を問わず父母の同意が必要とされており、未成年後見人にこの同意権はありません。ただ、監護教育の権利義務はありますので、その観点からの助言は必要になります。なお、改正法では成人年齢も婚姻適齢も満18歳となりますので、未成年者が婚姻するという事態は、わが国の民法上は生じなくなります。

1 未成年者の婚姻

未成年者が婚姻するには、現行法では、父母の同意が必要とされていますが（民737）、その父母というのは、普通養子縁組がされている場合については養親であると解されているものの、親権者であるかどうかは問われていません。これは、親権者としての子の福祉のための見地よりも、自らの跡取りを維持するなどの家制度的な発想から定

二
二
二

められた規定と考えられ、批判があるところです。そうしたこともあって、未成年後見人にはこの規定は準用されていません（民857）。

2 改正法

もっとも、民法の一部を改正する法律（平成30年法律59号）により、成人年齢を満18歳と改め（民4）、かつ、婚姻適齢を男女とも満18歳とする改正がされることになり（民731）、令和4年4月1日に同改正法が施行された後は、未成年者が婚姻するという事態は、不適齢婚であるにもかかわらず、誤って婚姻届が受理されてしまった場合（この場合、当然無効ではなく、婚姻取消事由となります（民745）。当事者自身も取消権者であり、未成年後見人も婚姻取消しの訴えを起こせます（民744・731、人訴14）。）や、外国籍者が18歳に達した以降でも本国法により未成年である場合は別として（法の適用に関する通則法4①）、基本的に生じないこととなります。よって、日本国籍者同士が婚姻する際には、父母の同意も問われなくなり（民737の削除）、未成年者の婚姻による成人擬制の規定もなくなります（民753の削除）。

3 渉外事案

外国籍者を一方当事者とする渉外事案においては、婚姻の成立要件は、各当事者につきその本国法によることとされていますので（法の適用に関する通則法24①）、行為能力だけではなく（法の適用に関する通則法4）、婚姻適齢についても各当事者の本国法によることとなります。未成年後見についての準拠法が、原則として本人の本国法であることもあって（法の適用に関する通則法35）、渉外事案では、未成年者の婚姻において、父母又は親権者や未成年後見人の同意が問題となる場面がなお生じ得ると思われます。本国法が準拠法であるというのは、本国法の規定に従って我が国の裁判所が未成年後見人を選任することでもできるということなので、本国の裁判所等が選任した後見人等の権限の問題とは区別して考える必要があります。なお、行為能力の有無は婚姻適齢とは別問題であるところ、親族法の規定による行為には、「本国法によれば行為無能力者である場合でも、行為地法で行為能力があれば行為能力があるとみなす」旨の規定の適用はありません（法の適用に関する通則法4③）。

二 4 未成年後見人の役割

三 上記のように、成人年齢に関する民法改正後は、渉外事案でしか未成年者が婚姻す

るという事態は生じなくなります。未成年後見人としては、その改正の前後を問わず精神上の障害による判断能力の不十分さというのではなく、精神的未成熟による判断能力の不十分さを、教育ないし監護養育の見地から指導助言するという発想になります。この判断能力の不十分さの対象事項は、経済的事由や身体的事由にも及び得ます。

なお、本人が成人に達してしばらく後であっても、本人の経済的自立ができるまでは、「未成熟子」として監護養育や扶養（養育費の確保等）が問題になりますので、元未成年後見人としては、適宜、その余後的な事務として（さらに親族でもある場合にはその立場からも）、引き続き、本人の指導助言に当たることも考えるべきでしょう（民857によって準用される民820の類推適用・877①）。

◆特別養護老人ホームに入所した被後見人の自宅を売却する場合

ケース

被後見人は、被後見人が所有する自宅で生活してきましたが、この度、在宅での生活が困難になったため、特別養護老人ホームに入所しました。被後見人は、今後、自宅に戻って生活することはないと思われるので、自宅は売却しようと思いますが、問題ないでしょうか。

成年後見人

対応

これまで自宅として居住してきた不動産を売却するには、居住用不動産の処分（民859の3）として家庭裁判所の許可を得る必要があります。

処分の必要性、被後見人の生活・身上監護状況、被後見人の意向、処分の条件の相当性等について検討し、売却するかどうかを判断します。

1 居住用不動産の処分と家庭裁判所の許可

民法859条の3は、「成年後見人は、成年被後見人に代わって、その居住の用に供する建物又はその敷地について、売却、賃貸、賃貸借の解除又は抵当権の設定その他これらに準ずる処分をするには、家庭裁判所の許可を得なければならない」と定めています。

被後見人の居住環境の変化は、その精神の状況に大きな影響を与えるものであるため、居住用不動産の処分については、被後見人の身上面への特段の配慮が求められることから、家庭裁判所の許可が必要とされているものです。

この家庭裁判所の許可は、家庭裁判所の審判としてされるものであり、成年後見人が家庭裁判所の許可を得ないで被後見人の居住用不動産を処分した場合には、当該処分行為は無効になると解されていますので注意が必要です。

2 居住用不動産

民法859条の3が定める「居住の用に供する建物又はその敷地」というのは、被後見人が現に居住している不動産だけでなく、現在は居住していないけれども過去に生活の本拠として居住していた不動産や、将来、被後見人の居住用として利用する予定の不動産も含まれると解されています（「東京家裁後見センターにおける成年後見制度運用の状況と課題」判タ1165号86頁、東京家裁後見問題研究会編「後見の実務」別冊判タ36号86頁）。

したがって、現在その不動産に居住していないからといって、その処分をするのに家庭裁判所の許可が不要になるわけではありません。

家庭裁判所の許可を要する居住用不動産に該当するかどうかは、上記のように解されていることから、事案によっては微妙な判断になることがあります。

上記1で述べたように、居住用不動産に該当するにもかかわらず、家庭裁判所の許可を得ずに処分をした場合、当該処分行為は無効になると解されていることからすれば、トラブル防止のためには、居住用不動産に該当するかどうかは幅広く捉え、微妙な事案では念のため許可を得ておくようにするのが望ましいでしょう。

3 許可を要する処分行為

民法859条の3は、居住用不動産について、「売却、賃貸、賃貸借の解除又は抵当権の設定その他これらに準ずる処分」をするには家庭裁判所の許可を得なければならないと定めています。

したがって、被後見人の持家を売却する場合だけでなく、賃貸する場合や、被後見人が賃借して住んでいた借家の賃貸借契約を解除したり、被後見人自身の名義での借入れの担保としてであっても、抵当権を設定したりする場合などにおいても、裁判所の許可を得る必要がありますので、注意が必要です。

4 家庭裁判所の許可の審理において検討される事項

家庭裁判所の許可の審理においては、処分の必要性、被後見人の生活・身上監護状況、被後見人の意向、処分の条件の相当性等について確認・検討がなされます。

(1) 処分の必要性

長年住んできた自宅不動産は、その存在が被後見人にとって精神的な支えとなっていることもあると思われます。その家で生活することは難しくとも、日中に一時帰宅して家の様子を眺めたりすることで、精神的な安定を得られるということもあるでしょう。

したがって、その居住用不動産を処分しなければ現在入所している施設の費用を賄えないとか、居住用不動産の維持・管理に多大な費用や負担を要するなどの事情がない限り、居住用不動産を処分することには慎重であるべきです。維持管理に費用がかかる場合でも、本人の資産や収入状況に照らしつつ、上記のような本人にとっての精神的価値を犠牲にしてでも処分する必要があるのかどうか、慎重な見極めが必要です。

(2) 被後見人の生活・身上監護状況

被後見人の心身の状態に照らして、自宅を離れての生活が一時的なものかどうか、自宅に再び戻って生活する可能性があるのかどうか重要な考慮要素です。

また、被後見人の精神面にとって、自宅を残しておくことがどのような意味合いを持つか、自宅を処分することがどのような影響を与えるかも考慮すべきでしょう。

自宅から施設に入所した場合でも、その施設に被後見人がなじむかどうかは、入所してからしばらく様子を見る必要があり、なじまない場合は、一旦自宅に戻って他の施設への入所を検討する必要があるようなことも、ないとはいえません。

在宅での生活が難しいかどうかについては、関係者の話を安易に鵜呑みにするのではなく、成年後見人としては、被後見人の資産や収入状況にも照らしてそれが本当に難しいのかどうか、資産や収入に余裕がある場合には、在宅サービスを活用することによって在宅生活ができないのかどうか、被後見人の立場に立って改めて検討する姿勢が求められます。

(3) 被後見人の意向

被後見人の意向を確認できる場合は、その意向を確認することも重要です。財産管理に関する判断能力が低下していても、何も理解できないということでは決してなく、自宅を残しておきたいかどうかというような価値判断に関する事柄については被後見人としての意向があって、その意向を表明できるということも多いと思われます。

成年後見制度は、本人の意思や自己決定の尊重を基本理念とするものです。自宅を直ちに売却しなければならないような必要性が特になければ、被後見人が売却に反対の意向を示している場合には、基本的にはその意思が尊重されるべきです。

(4) 処分の条件の相当性

売却の場合であれば、売却の価格が適正であるかどうかの検討が必要です。

適正価格については、不動産業者の査定評価や、周辺の取引事例での価格、固定資産評価額や路線価などを参考にして検討することになるでしょう。

5 許可を得るための手続

家庭裁判所の許可を得るには、家庭裁判所に許可審判の申立てをします（家事39・別表1）。

申立てに際しては、申立書に、申立ての趣旨や申立ての理由を記載し、所定の収入印紙を貼付して提出します（家事49、民訴費3）。

申立ての趣旨のところでは処分の目的不動産を特定し、売却の場合であれば買主や売買代金等、具体的な処分の内容を明らかにする必要があります。漠然とした計画や構想段階では許可を得ることはできません。

申立ての理由のところでは、上記4で述べた事項について検討したこと等を記載します。

添付資料としては、売却の場合であれば買付証明書、査定書、売買契約書案等を提出します。事案によっては、処分の必要性に関する資料等を提出することも考えられます。

6 不動産売却における成年後見人の印鑑証明書

成年後見人が被後見人の不動産を売却する場合、従前は、移転登記手続において、市区町村長が発行する成年後見人の印鑑登録証明書が必要でしたが、現在、家庭裁判所が発行する印鑑証明書でも登記手続ができるようになっています。

不動産登記の申請手続においては、登記の申請が真にその申請人によってされたものであることを担保するため、市区町村長等が作成した印鑑登録証明書を添付しなければならないとされています（不登令16②）。この市区町村長等が作成した印鑑登録証明書については、「裁判所によって選任された者がその職務上行う申請の申請書に押印した印鑑に関する証明書であって、裁判所書記官が最高裁判所規則で定めるところにより作成したものが添付されている場合」には不要とされていますが（不登則48①三）、最高裁判所規則では、成年後見人の印鑑証明書については定められていないため（破産則23④参照）、従前は、家庭裁判所が成年後見人に対して印鑑証明書を交付する扱いがほとんどされておらず、交付されたとしても、法務局では、市区町村長が発行する印鑑登録証明書に代わるものとしては認められていませんでした。

しかし、現在、家庭裁判所が成年後見人に対して印鑑証明書を交付する運用が広まり（家事47①の「事件に関し」に解釈上含められました。）、法務局においても、家庭裁判所が作成した印鑑証明書を添付すれば、市区町村長が作成した印鑑登録証明書は不要とされるようになっています。

7 本ケースへの対応

本ケースでは、被後見人は、現在は特別養護老人ホームに入所されたということですが、それまでは自宅に居住して生活してきたということです。その売却をするには家庭裁判所の許可が必要です。

そのため、上記4で述べたような事項について検討し、売却をするかどうか、判断することになります。

被後見人は、自宅に戻って生活することはないと思われるとのことですが、それは被後見人の意向によるものなのか、周囲の支援者や親族らの考えにすぎないのか、といったところがまず気になります。

被後見人が積極的に売却の意向を示しているということでないならば、特別養護老人ホームに入所して間もない段階においては、生活費の確保のために売却を急がなければならないとか、建物が老朽化していて周囲に危険を及ぼすおそれがあるなどの事情がない限りは、当面、売却については様子を見てもよいのではないかと思います。

成年後見人として、管理の手間を省きたいからといった理由で売却を検討すべきでないことは、言うまでもありません。

保佐人・補助人

対応

基本的に成年後見人の場合と同様です。保佐・補助の場合は、被保佐人・被補助人の意思がどうであるかが、より重要な要素になると考えられます。

1 家庭裁判所の許可

居住用不動産を代理人として処分する場合に家庭裁判所の許可を要することは、保佐人・補助人の場合も同様です（民876の5②・876の8②）。

なお、被保佐人・被補助人が処分することに保佐人・補助人として同意（民13①三）する場合は、裁判所が本人の行為を制限するのはおかしいので、「処分する」には含まれず、許可は不要とされています。

2 本人の意思

その他の点についても、基本的に成年後見人の場合と同様ですが、保佐・補助の場

合は、被保佐人・被補助人の意思がどうであるかが、より重要な要素になると考えられます。

任意後見人

対応

任意後見人の場合は、本人の判断能力が十分である間に本人とよく話し合い、本人の意向を確認しておくことが望ましいといえます。

1 家庭裁判所の許可は不要

任意後見人の場合は、居住用不動産の処分について家庭裁判所の許可を要する規定は設けられていません。家庭裁判所は任意後見人を直接監督しない建前であるほか、保佐人におけるのと同様、本人による授権の効力を制限すべきではないからと考えられます。

2 判断能力がある間に本人の意向を確認

任意後見人は、本人の判断能力があるときに任意後見契約を締結し、任意後見契約で定められた権限に基づいて職務を行うものですので、本人が自宅として居住している不動産があれば、その処分をどうするかについても、本人の判断能力が十分である間に本人とよく話し合い、本人の意向を確認しておくことが望ましいといえます。

未成年後見人

対応

未成年後見人の場合は、家庭裁判所の許可を要する規定はありませんが、未成年者の利益を基準にして判断しなければなりません。

1 成年後見人との違い

未成年後見人の場合は、成年後見人の場合に定められているような、居住用不動産の処分について家庭裁判所による許可を要する規定は定められていません。また、未

成年後見人には未成年者の居所を指定する権限もあります（民857・821）。

2 未成年者の利益

しかし、未成年後見人は、あくまで未成年者の利益を基準に職務を行わなければなりませんので、成年後見人の場合のような、本人の意思を尊重しなければならないという規定（民858）は民法上定められていないものの、未成年者にも自己決定権（憲13後段）はあり、児童の権利に関する条約12条で意見表明権が規定され、家事事件手続法でも子の意見の把握とその考慮が定められています（家事65）ので、未成年者自身の意向も含めて自宅の売却が未成年者の利益にかなうかどうかを考慮し、判断するのが相当でしょう。

未成年者が自ら売買契約をする場合は、未成年後見人として検討した上で、同意（民5①）するか否かを決めることになります。