

## 17 成年後見人の権限と利益相反行為

平田 厚

- ① 利益相反行為の規定の概要
- ② 利益相反行為の意味
- ③ 後見監督人・保佐監督人・補助監督人の選任と職務
- ④ 特別代理人・臨時保佐人・臨時補助人の選任と職務
- ⑤ 利益相反行為の効果

### 1 利益相反行為の規定の概要

民法860条は、後見監督人がない場合、後見人に民法826条を準用している。民法826条1項では、親権者と子の間で利益の相反する行為について、親権者は特別代理人を家庭裁判所に選任しなければならないと定め、同条2項では、複数の子の親権者は、その1人の子と他の子の利益が相反する行為について、その一方のために特別代理人を選任しなければならないと定めている。

親権者が子を代理する場合、一般の任意代理の場合に自己取引や双方代理が禁止されている(民108)のと異なり、一方で子の利益になる行為については親権者が代理することは否定されないが、他方で親権者と子の利益が相反する限り親権者は子を代理してはならず、特別代理人を選任しなければならないことを定めているのである。後見人が被後見人を代理する場合も、後見人が被後見人の利益になる行為をするときには、そのまま後見人が被後見人を代理してよいが、後見人と被後見人との間で利益が相反する行為を行うときには、特別代理人を

選任しなければならないこととされている。

また、民法876条の2第3項は、保佐監督人がない場合、保佐人と被保佐人との間で利益の相反する行為について、保佐人は臨時保佐人の選任を家庭裁判所に請求しなければならないと定め、民法876条の7第3項は、補助監督人がない場合、補助人と被補助人との間で利益の相反する行為について、補助人は臨時補助人の選任を家庭裁判所に請求しなければならないと定めている。

したがって、後見人・保佐人・補助人（以下、「後見人等」という。）についても、親権者の場合と同様、一方で被後見人・被保佐人・被補助人（以下、「被後見人等」という。）の利益になる行為については後見人等が代理することは否定されないが、他方で後見人等と被後見人等の利益が相反する場合には、後見人等は被後見人等を代理してはならず、後見監督人・保佐監督人・補助監督人（以下、「後見監督人等」という。）がいる場合には後見監督人等が、後見監督人等がない場合には特別代理人・臨時保佐人・臨時補助人が、それぞれ被後見人等を代理しなければならないものとされているのである。

## 2 利益相反行為の意味

それでは、どのような行為が利益相反行為となるのだろうか。

利益相反行為に該当するかどうかの判断基準については、①外形判断説と②実質判断説に分かれている。①外形判断説は、利益相反行為であるかどうかはその行為の外形で決すべきであって、後見人等の意図やその行為の実質的な効果を問題とすべきではないとする考え方である。②実質判断説は、法定代理権は被後見人のために行使されるべきものであるから、実質的にみて、被後見人の不利益において後見人が利益を得ることを防ぐものでなければならないとするものである。判例は外形判断説を採用しているが、学説では実質判断説が支配的で

所有する不動産に担保を設定する行為は利益相反行為となる（大判大13・2・5新聞2230・16、最判昭45・11・24家月23・5・71など）。

- ④ 被後見人自身の債務について被後見人の所有する不動産に担保を設定する行為は利益相反行為とならない（最判昭35・7・15家月12・10・88など）。
- ⑤ 第三者の債務について被後見人を保証人とする又は被後見人の所有する不動産に担保を設定する行為は利益相反行為とならない（前掲最判平4・12・10）。ただし、後見人の代理権濫用となる余地はある。
- ⑥ 後見人とともに被後見人を保証人とする等の行為は利益相反行為となる（最判昭45・12・18金法603・16など）。

### 3 後見監督人・保佐監督人・補助監督人の選任と職務

後見監督人がある場合には、後見人と被後見人の利益相反行為については、後見監督人が被後見人を代表する（民851四）。保佐監督人がある場合には、保佐人と被保佐人の利益相反行為について、保佐監督人が被保佐人を代表し、又は被保佐人の行為に同意する（民876の3②後段）。補助監督人がある場合には、補助人と被補助人の利益相反行為について、補助監督人が被補助人を代表し、又は被補助人の行為に同意する（民876の8②後段）。

したがって、これらの場合には、特別代理人・臨時保佐人・臨時補助人を選任する必要はない。後見監督人等の選任については、その必要があると認めるとき、家庭裁判所が、本人、その親族、後見人等の請求又は職権により、後見監督人等を選任する（民849の2・876の3①・876の8①）。

この「必要があると認めるとき」の解釈が問題となるが、一般的には、後見人等のみでは十分な後見事務の遂行に支障があることが予想

済的負担が増加しないようにする工夫は必要であろう。

#### 4 特別代理人・臨時保佐人・臨時補助人の選任と職務

後見監督人がない場合、後見人と被後見人との利益相反行為を行うには、特別代理人の選任を家庭裁判所に請求し、当該特別代理人が被後見人を代理しなければならない。保佐監督人がない場合、保佐人と被保佐人との利益相反行為を行うには、臨時保佐人の選任を家庭裁判所に請求し、当該臨時保佐人が被保佐人を代理しなければならない。補助監督人がない場合、臨時補助人の選任を家庭裁判所に請求し、当該臨時補助人が被補助人を代理しなければならない。

特別代理人・臨時保佐人・臨時補助人の申請権者については、明文上、後見人・保佐人・補助人が家庭裁判所に請求することとなり、家庭裁判所の職権による手続は定められていない。他の利害関係人に申請権があるかどうかについては争いがある。民法の明文から後見人等のみを申請権者とする学説もあるが、多数説は親族などの利害関係人にも申請権があると解している（民841の類推適用）。利益相反行為を阻止する実効性を考えれば、多数説のように一定の利害関係人にも申請権を認めてよいと思われる。なお、選任権者である家庭裁判所には、申請権者が推薦する後見監督人等の候補者の適格性を審査するのは困難であろう。そうだとすれば、特別代理人等には、専門職団体がその監督の下で推薦する者を基本的に選任することが望ましいように思われる。ただし、そのような配慮が可能かどうかは、それぞれの地域における資源開発状況に依存している。成年後見制度は、判断能力が低下した場合の最後の法的な砦というべき制度なのであるから、判断能力が低下した人が安心して事務を委ねることができるよう、できる限り、地域における制度環境を整備していくべきである。

特別代理人・臨時保佐人・臨時補助人の選任基準については、明文

## 25 成年後見人等の責任

平田 厚

- ① 本人に対する義務の概要
- ② 本人の意思尊重義務
- ③ 本人の身上配慮義務
- ④ 本人に対する責任
- ⑤ 第三者に対する責任

### 1 本人に対する義務の概要

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、と定めている。また、民法876条の5第1項は、保佐人は、保佐の事務を行うに当たっては、被保佐人の意思を尊重し、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、と定めている。さらに、民法876条の10第1項は、民法876条の5第1項を準用しており、補助人も、補助の事務を行うに当たっては、被補助人の意思を尊重し、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こととなる。

つまり、成年後見人・保佐人・補助人（以下、「成年後見人等」という。）は、本人の意思尊重義務と身上配慮義務とを、本人に対して負っていることが明記されている。身上配慮義務という包括的な一般規定を設けた趣旨は、成年後見人等が本人の身上面について負うべき善管注意義務（民869による民644の準用）を敷衍し、かつ、明確にしたものであるとされ、①事務全般について本人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こと、②事務は法律行為を指しており事実行

為を含まないこと、を後見人等の事務遂行の指針を示したものとされている（小林ほか・制度解説142頁）。

## 2 本人の意思尊重義務

本人の意思尊重義務は、成年後見制度創設の中心理念である自己決定権の尊重を明文上具体化したものの1つである。しかし、本人の意思尊重義務が単に本人の自己決定の尊重を定めたものであるとすると、もう1つの義務である身上配慮義務と対立する可能性がある。なぜなら、本人の自己決定が本人の福祉にとって最適な内容を持つわけではないからである。したがって、本人の意思尊重義務とは、本人の自己決定をそのまま受け入れるのではなく、本人の客観的な状況を把握して、本人にとっての最適な決定がどのようなものであるかを判断し、本人とともに新たな自己決定を生み出していくことでなければならないこととなろう。

そのためには、第1に、本人の人格を尊重して、パターンリスティックに本人の自己決定を否定しないこと、第2に、本人の自己決定が、本人にとって最適かどうかを客観的に判断すること、第3に、それが本人にとって最適でない場合には、何が最適であるかを利用者に伝え、新たな自己決定を生み出すべく説得を尽すこと、第4に、本人が成年後見人等の説得に応じない場合には、継続的に本人の自己決定に寄り添い、粘り強く説得を繰り返すこと、第5に、相互の信頼関係を構築して、本人への説得と納得というプロセスを持続すること、が必要であろう。つまり、本人の意思尊重義務は、粘り強い態度が必要な継続的な責務にはかならないものと考えられる。

ただし、成年後見制度では、重度の障害等によって、本人の意思を確認できない場合も想定しなければならない。そのような場合、本人の意思尊重義務はどのように解すればよいのだろうか。まず第1に、