

新しい成年後見制度のもとの不動産取引の留意点

三好弘悦

はじめに

新たな成年後見制度の創設を内容とする四法律が平成一一年一月一日に成立し、新法の成年後見に関する部分は、平成一二年四月一日から施行されている。この新しい成年後見制度のもとで、不動産取引をどうあるべきか、宅地建物取引業者はどういう点に留意して不動産取引をどう進めるべきか——主としてこのような視点から、本誌（二〇〇〇年二月発刊）No.四五（三五頁以下）において、「新しい成年後見制度と不動産取引」のテーマで検討結果を掲載したところである。その後、先の本誌が売買についての研究が中心だったので、賃貸借についてはどうか等のご意見が寄せられた。そこで本稿で、それらのご意見をも踏まえて、その後の研究を加味し、

再度検討結果をとりまとめてみた。ただし本稿は、それ自体で完結させることとしたので、先の本誌の記述と重複する部分も多いが、この点あらかじめご理解を得ておきたい。

いまやわが国は、高齢化社会を迎えた。この高齢者を含め精神上障害を有する人々に対する支援を強化すべき要請が増大している。そのうえ、近時の欧米諸国における成年後見制度改革の影響もあつて、近年、わが国でも成年後見制度の改革に対するニーズが急速に高まつていた。

このような背景のもとで、本年四月から施行された4つの法律（①民法の一部改正法、②任意後見契約法、③後見登記法、④民法一部改正法の施行に伴う関係法律整備法）に基づき、わが国の成年者を対象とする後見制度

はその装いを全く新たにした。旧来の成年後見制度であつた禁治産と準禁治産の両宣告は廃止され、新しい法定後見制度として、①禁治産に変わり後見が、②準禁治産に変わり保佐が、③そのうえ全く新しく補助の3制度が設けられた。それとともに、任意代理をベースとしながら公的機関の監督が伴う任意後見契約が新規に導入された。

では、この新しい成年後見制度のもとで不動産取引はどうあるべきか。とりわけ、買主なり媒介または代理として関与する宅建業者は、特にどの点に留意して取引を進めるべきかについて検討する。

一 不動産取引に際して

例えば、宅建業者が不動産（宅地・建物）を購入しようとする、またはそれらの「売り」

新旧成年後見制度の概要

	旧制度		新制度	
	制度	本人保護者	制度	本人保護者
法定後見制度	禁治産	禁治産者 後見人	(判断能力が欠けているのが通常の状態)	成年被後見人 成年後見人
	準禁治産	準禁治産者 保佐人	(判断能力が著しく不十分)	被保佐人 保佐人
			(判断能力が不十分)	補助 被補助人 補助人
			(新設)	
任意後見制度	制度なし (通常の委任契約)		任意後見契約 (新設)	

の媒介依頼者が不動産の売主自身に会ったとしよう。ところが、その売主が高齢者でボケがかったとしたら、どう対応すべきか。

(1) 本人側への確認

第一は、売主本人が新しい成年後見制度の保護のもとにあるか否かを、本人なり家族や関係者に、(礼を失しない配慮のもとで)確認すべきであろう。

ちなみに、聴覚・言語機能・視覚に障害のある「聾者、啞者、盲者」については、従来は準禁治産者の対象になっていたが、すでに昭和五四年の民法改正で削除されている。また、「浪費者」についても、やはり準禁治産者の対象であったが、今回の改正で削除された。もともと、この方は、単なる浪費者という要件のみでは、新成年後見制度の保護の対象としないということにすぎない。浪費者のなかで判断能力が不十分な者については、なお保佐ないし補助の対象となる可能性は残されていることについて留意すべきであろう。なお、未成年者については、その保護のための未成年者後見制度は従前のままであり、今回の改正の対象とはなっていない。

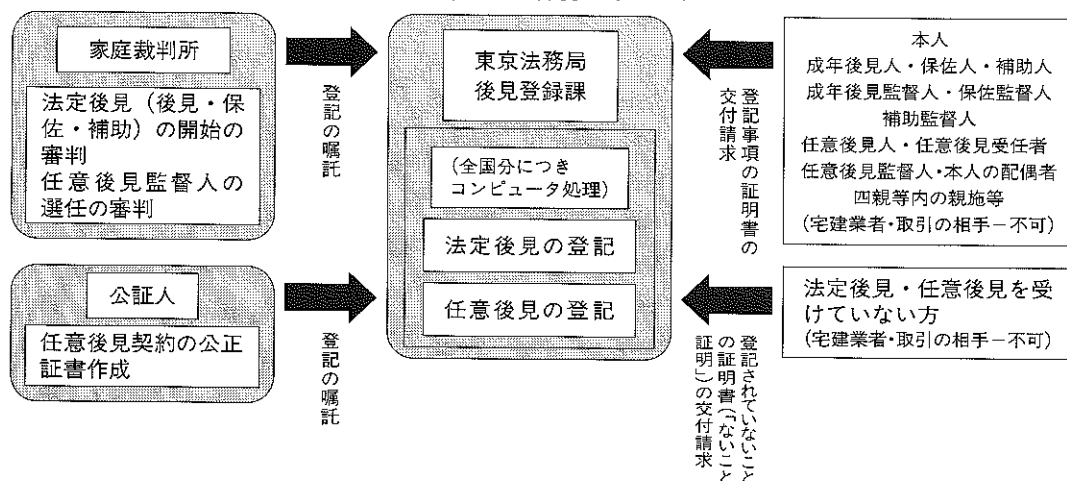
(2) 成年後見登記の確認

第二は、この本人が成年後見制度のもとにあるか否かの確認を本人側への問い合わせだけに止めてことで済ますわけにはゆかなくなっただ点である。というのは、新成年後見制度は、戸籍への記載に代え、「成年後見登記」により公示するようになったからである。従前の禁治産者と準禁治産者は、戸籍に登録されていた。ご存知のとおり、戸籍は、一般には閲覧もなしえない。したがって、本人側から禁治産者等ではない、といわれれば、宅建業者としてはその真否の確認の術がないというのが実情であった。ところが、新成年後見制度が登記制度にのつとることとなると、どうなるか。

もともと、「登記」といっても、成年後見登記は、不動産登記とは異なる扱いになっているので留意を要する。不動産登記は、(ご案内のとおり)不動産の所在地を管轄する登記所に土地と建物の二種類の登記簿が備えられ、宅建業者を含め何人もそれを閲覧しその謄本の交付を求め得る。

これに対し、成年後見登記は、(次ぎのイメージ図が示すように)不動産登記簿のような簿冊に代え磁気ディスクをもって成年後見登記ファイルが調製される。そのフ

成年後見登記制度のイメージ



イルには、成年被後見人や成年後見人等関係者の氏名・出生年月日・住所等のほか成年後見制度の種別等が記録される。

そして、成年後見登記は、人の判断能力というプライバシー性の高い情報であることから、不動産登記とは異なり、登記を誰でも閲覧できる方式とはならなかった。もつとも、後見登記法によれば、①登記所に本人を特定して申請すれば、成年後見登記として登録された事項の証明書の交付を請求することができるということになっている。また、②その本人につき成年後見登記がなされていないときは、「記録がない」旨の証明書(「ないこと証明」)の交付も受け得るとされている。

しかし、問題は、この成年後見登記事項証明書の交付を請求することができる者は誰かである。宅建業者を含め誰でも請求しうるということにはなっていない。本人のほか、登記記録に記録されている者(成年後見人等)その他交付を受ける必要がある一定の者に限定されている(後見登記法一〇条)。この限定された登記事項証明書の交付請求権者のなかには、本人の家族(配偶者・四親等内の親族)、未成年後見人、職務上の必要がある国・地方公共団体の職員は

含まれている(同条一項三号、二項一号、五項)。しかし、この「その他交付を受ける必要のある一定の者」のなかに本人所有の不動産の取引に関与する買主や媒介する宅建業者等は含まれないと解されている。

そこで、宅建業者としては、不動産取引に際して、取引の本人の判断能力に疑義をもつ場合には、成年後見登記事項証明書(照会先：各都道府県の登記インフォメーションサービス)に基づき、成年後見登記(「ないこと証明」を含め)事項証明書を交付申請可能な者を介して入手するなり、少なくともその証明書を閲覧させてもらうように努めなければならないことになったといえよう。

二 成年被後見人等との取引

(1) 法定後見制度と任意後見制度との関係

次いで、本人側から取り寄せてもらった成年後見登記事項証明書によると、本人が成年後見制度の保護のもとにあることが判明したらどうすべきか。

本人が任意後見契約をもとに任意後見制度を利用してれば、法定後見制度に優先する。しかし、①このように任意後見契約

が登記されている場合でも、家庭裁判所は、任意後見契約上の代理権の範囲が狭い等本人の利益のため特に必要があると認めるときは、法定後見開始の審判をすることができ(任意後見契約法一〇条一項)。また、②任意後見監督人の選任後も、本人が法定後見開始の審判を受ければ、任意後見契約は終了する(同法同条三項)。そのうえそもそも、③法定後見制度に比べ任意後見制度がどれほど利用されるのかにつき見通しがたちたいことも配慮し、まず法定後見制度について検討する。

(2) 法定成年後見制度の概観

ところで、法定後見制度のもとの不動産取引についての宅建業者による関与のあり方を検討するに先立って、その検討につき必要と思われる限りにおける法定後見制度を概観すると下表のようになろう(詳細は、他の解説等をご参照ください)。

(3) 成年被後見人との取引

(A) 後見人による代理

では、第一に、本人が後見の制度の保護のもとにあつたらどうか。後見の制度では、成年後見人は、本人(成年被後見人)の、

法定成年後見制度(概略)

精神上の障害 (判断能力の欠けている程度)	① 後見	② 保佐	③ 補助
(障害)重度	成年被後見人 成年後見人	被保佐人 保佐人	被補助人 補助人
中 度	財産に関する法律行為 (なし)	家裁が定める特定の法律行為 民法一二条一項所定の行為及びそれ以外の家裁が定める行為	家裁が定める特定の法律行為 民法一二条一項所定の行為のうち、家裁が定める特定の行為
軽 度	代理・同意 ないときの 取消権者 成年被後見人	同意権 の 対 象 本人 保佐人	代理権 の 対 象 本人 補助人

財産に関する法律行為等、したがって、不動産の売却に限らず、その借受け(賃貸借)等を本人に代わって行なうことができる(民法八五九条一項)。

そこで、宅建業者としては、すべからず、本人の不動産の売却処分などに関与するとき、法定代理人たる成年後見人に、実印を用意しその印鑑証明書を添付したうえ代理してもらい売買契約等の締結をなさしめるべきである(同九九条)。買主など取引の相手方には、売主の成年後見登記事項証明

書を示すなどして、売主側は代理方式にのっとって成約する旨の了解をとりつけるべきである。

(B) 本人・後見人による取消

仮に成年被後見人・本人が自署などして自ら不動産の売却等を行なったとしても、本人または成年後見人は、その法律行為を取り消し得るのである(同九条本文、一二〇条一項)。このようにして、不動産売買契約等が、後日取り消されでもしたら、買主

など取引の關係者に与える損害は大きい。そうすると、媒介した業者の民法上のみならず宅建業法上の責任も問われるのは必定であらう。

もつとも、このように成年後見人には、本人保護のために広範な代理権と取消権が与えられているが、従来の禁治産制度とは相違して、自己決定の尊重の観点から、例えばスーパーでの買物といった日用品の購入その他日常生活に関する行為は、本人の判断に委ねて取消権の対象から除外された(同九条但書)。

(4) 被保佐人との取引

(A) 保佐人による同意

第二に、本人が被保佐人であつたらどうか。保佐の制度では、まず、被保佐人が不動産など重要な財産の処分(得喪を目的とする行為)をするには、保佐人の同意を要する(民法一二条一項三号)。そこで、例えば、被保佐人が売主となる不動産売買に關与する宅建業者としては、売主の成年後見登記事項証明書の提出を求めたうえ、保佐人の実印と印鑑証明書付きの同意を売買契約書なり別添の同意書なりで取りつけておかななくてはならない。

もつとも、その法律行為をしても本人の利益を害するおそれがないにもかかわらず保佐人が同意しないようなときは、本人は、家庭裁判所に対し保佐人の同意に代わる許可を請求し得ることもなった(同一二条三項)。これは、保佐人が適正に同意権を行使しないために本人の自己決定権が不当に制約されることを回避するために、家庭裁判所による保佐人の同意に代わる許可制度が新設されたのである。

(B) 賃貸借の場合

ところで、不動産の賃貸借についてはどうか。被保佐人・本人が、土地について五年、建物について三年をおのおの超えるいわゆる長期(同六〇二条に定められた期間超)の賃貸借を締結するときは、保佐人の同意が必要である(同一二条一項九号)。このことの反面として、被保佐人・本人が、居住用の借家につき一時使用のため等の三年を超えない短期の借家契約締結については、保佐人の同意なくとも可能ということになるのであらう。

(C) 保佐人による取消

さて、この保佐人の同意を要する取引に

ついで、本人が保佐人同意を得ずに同意権の対象たる不動産の売却などをして、取消権は本人のみがもつものとされていた(もつとも、有力な学説は、後見人にも同意権の効力の一つとして取消権を認めていた)。しかるに、改正民法では、本人保護の実効性担保するため、このような場合は、本人のほか保佐人にも取消権が与えられた(同一二〇条一項)。

(D) 保佐人による代理

次いで、従来の準禁治産を改正した保佐の制度によると、特定の法律行為については、審判により保佐人に代理権も付与することができることになった(同八七六条の四第一項)。不動産の売却処分などは、この代理の対象となる「特定の法律行為」とされる可能性が高いので留意が必要であらう。この保佐人による代理の方式等については、前述(3)の後見制度に準ずるべきである。なお、被保佐人・本人の状況に應じては、例えば、預金管理のみから不動産等重要な財産処分についてもといったように代理権の範囲の拡張またはその全部もしくは一部の取消しや同意権の拡張も求めることができることになった点についても留意が必要

要であろう（同八七六条の四第一項・第三項、一二条二項）。

(5) 被補助人との取引

(A) 多様な本人の保護方法

第三に、本人が被補助人であつたらどうか。前述(3)(4)の後見・保佐の両制度は、種々の修正を受けているとはいえ、その基本の枠組み自体は、従来の禁治産及び準禁治産制度を継承したものである。しかし、この両制度だけで成年後見に対するニーズを充足しえないといわれていた。特に、軽度の痴呆や精神や知的面に障害のある者が、比較的高度の判断能力を要する特定の事務についてのみ、第三者の支援を受けたいと考えた場合に、旧制度には利用できる類型が欠けていた。

このような背景のもとで新設の補助制度は、被補助人・本人の自己決定権を最も強く尊重し、本人の申立てまたは同意を補助開始の要件とした（同一四条一・二項）。保護の内容である支援手段としての補助人の代理権または同意権・取消権の付与およびその対象行為の範囲についても、全面的に本人の申立てによる選択に委ねられている（同八七六条の九等）。

かくて、補助制度のもとでは、補助人への①代理権のみの付与、②同意権・取消権のみの付与、③代理権および同意権・取消権双方の付与、という三通りの方式のなかから、本人がその申立てによって選択することができることになっている。

(B) 補助人による代理

①の代理権のみの付与が選択された場合には、補助人による代理の方式等については、前述(3)の後見制度に準ずるべきである。この場合、補助人の代理権の対象となる法律行為には、法律上の制限が存在しないこと、被補助人・本人の（法律）行為能力への制限は行われないという二点につき留意が必要である。また、同意権と取消権の対象は、（そもそも取消権は同意権の実効性を担保するためのものであるから）同一である。他方、③のケースでは、代理権の対象と同意権・取消権の対象は別であってもかまわないという。

(C) 同意権・取消権・代理権の範囲

ところで、補助人の同意権・取消権の対象は、被補助人・本人の申立ての範囲内の「特定の法律行為」であり、かつ、被保佐

人が保佐人の同意を要するとされた民法一二条一項所定の行為の一部に限定されている（同一六条）。そして、ここにいう「特定の法律行為」には、①「本人所有のA不動産」といった特定の個別具体的な取引行為を指定することのほか、②「本人所有の不動産の売却」といった抽象的な法律行為の種類を指定することも認められるという。

なお、保佐と同様、補助人の同意に代わる家庭裁判所の許可制度が存在する（同一六条三項）。また補助人による同意と取消の方式等については、前述四の保佐制度に準ずるべきである。

三 任意後見制度のもとの取引

(1) 任意後見契約

以上、もっぱら法定後見制度を先に検討したが、登記事項証明書によると、本人につき任意後見契約が記録されていることが判明したらどう対応すべきか。

その場合には、任意後見契約は、任意後見人に代理権を付与する委任契約であるから、その委任事務の対象のうちに不動産の売却などが入っているか否かをまず確認すべきである。

仮に不動産の処分が委任事務の対象内であつたとしても、任意後見制度は、家庭裁判所から任意後見監督人が選任されたときからこの契約の効力が生ずるのである（任意後見契約法二条）。任意後見契約が登記されているだけの段階では、直ちに本人の不動産の売却など法律行為能力に欠けるということではない。本人に判断能力が備わっていれば、本人なり、あるいは任意代理の方式で本人による処分が可能である。

(2) 任意後見監督人の選任

しかし、任意後見契約は、本人が将来の自己の判断能力が不十分になることをおもひながら事前に締結したものである。そこで、任意後見契約の登記後に、懸念したように本人の判断能力が不十分になるということが優に考えられる。仮に不動産取引時に本人がそのような状況になっていたら、関与する宅建業者としては、申立権者に家庭裁判所に対して任意後見監督人の選任の申立てをするよう励めるべきである（同法四条）。このようにして、任意後見監督人が選任され、任意後見契約の効力が発生したら、任意後見人の代理のもとで取引を進めることになる。

四 居住用不動産の処分と家裁の許可

(1) 家裁の許可の必要性

以上、新しい成年後見制度のもとの不動産取引について留意すべき点をみた。ところが、さらにもう一つ注意を払わなくてはならない点がある。

それは、取引の客体が単に不動産であるばかりでなく、それが、成年被後見人・本人の居住の用に供されている場合である。

このような成年被後見人の居住用不動産を売却等の処分するには、家庭裁判所の許可を得なければならなくなった点である（民法八五九条の三）。

なお、このことは、任意後見制度には適用はないが、法定後見制度では共通であり、成年被後見人に限らず、保佐人や補佐人が、被保佐人や被補佐人の各本人の居住用不動産を代理して処分する場合についても、成年後見人の例と同様家庭裁判所の許可を必要とすることになっている（同八七六条の五第二項、同条の一〇第一項）。

この制度は、例えば、長年にわたり住み慣れた家で近所の人達の介護を受けて生活していたボケた年寄りなどが、その家を売

り払われ、その環境から離れた土地に転居させられるとすれば、本人に与える影響は大きいはずである。このような成年被後見人等の居住用不動産の処分には、本人の心身や生活の状態で十分に配慮した慎重な判断が求められる。そこで、成年後見人等に単独で判断させるのではなく、客観的かつ中立的な立場にある家庭裁判所がチェックすることになった。

(2) 賃貸等にも許可が必要

かくて、新民法では、①成年被後見人が、成年被後見人等の居住の用に供する建物またはその敷地について代理して売却するに際しては、家庭裁判所の許可を得なければならなくなった。

そのうえ、この許可を要するのは、①「売却」のみに限らず、②「賃貸、賃貸借の解除」も規制されている。この規定するところからすると、成年被後見人等が生活の場を失うおそれのある居住している建物などの「賃貸」と借家や借地などの「解除」に許可を必要とする。「解除」のうちには、合意解除のほか、借主が賃料を滞納していることに基づき貸主が法定解除権を行使するような場合にも家庭裁判所の許可を要する

ことになるのであろう。③「または抵当権の設定その他これらに準ずる処分」をする場合もこの許可を要するとされている。この「その他これらに準ずる処分」としては、本人の居住用不動産の使用貸借や譲渡担保・仮登記担保等が考えられているようである。以上のことからすると、宅建業者は、本人の居住用不動産については、売却のほか賃貸契約の媒介等として関与するときも、この家庭裁判所による許可制度への配慮が求められることになる。

ただ、保佐人・補助人の代理権は、前述したように、審判により対象行為は特定されている。そこで、家庭裁判所は、被保佐人・被補助人の特定の居住用不動産の処分に関し代理権を付与する場合には、その居住用不動産の処分についての許可の審判も併せて行う場合が多いものと思われる。

(3) 宅建業法上の問題

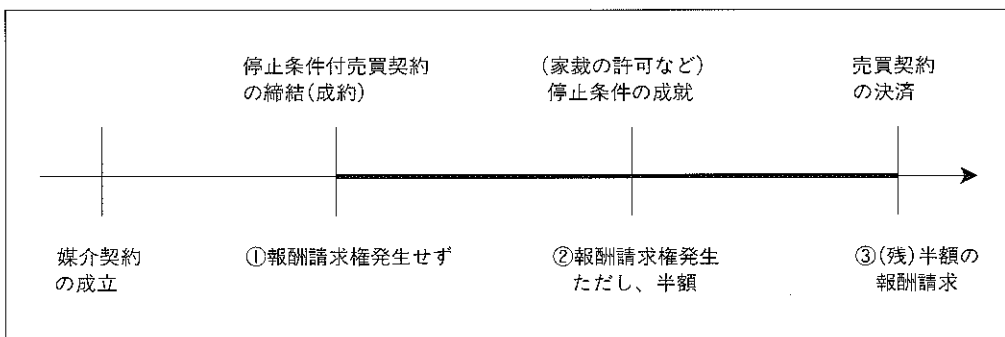
仮に成年後見人等が家庭裁判所の許可を得ないで本人の居住用不動産を処分した場合には、その処分行為はどうなるのであろうか。『この家庭裁判所の許可は、処分行為の効力要件であるから、この許可を得ないで法定後見人が本人の居住用不動産を売却

等しても、その契約は無効である（小林昭彦法務大臣官房参事官、「成年後見制度の概要」判例タイムズ一〇三〇号四一頁）と解されている。

このことからすると、この取引は、農地の転用の許可（農地法五条）を要する土地取引に類似する。ところで、このようないわゆる許可の類いを要する条件つき取引には、宅地建物取引業法上いくつかの問題点がある。以下、本人の居住用土地付建物の売却を例に見てみよう。

(A) 契約と許可の前後関係

第一は、売買契約の成立と許可の類いの前後関係である。農地の売却では、通例は先に売主・買主の両当事者間において売買契約が締結され、ついで両当事者が連名で農転の許可の申請（農地法施行規則二条二項）をしている。しかし、宅建業者が農地の売買に媒介（または代理）として関与すると、宅建業法上、目的物件が宅地としては未完成（未造成等）であるときは、売買契約締結等の時期の制限の規制が加わり、取引の順序を逆転しなくてはならないことになる（宅建業法第三六条、同施行令二条の五第一五号）。ところが、問題は、



前述の宅建業法が求めている取引順序によりえない場合である。例えば、農転の許可をする農業委員会が農転の許可に際し、農地の売買契約の締結の先行を求めてきたときである。これと同種の問題が成年後見制度の家庭裁判所の許可についても生ずるのであろうか。

(B) 媒介等の報酬請求時期

第二は、条件つき取引を媒介等をした宅建業者の報酬請求の仕方が問題となる。このことについては、この種の取引では、停止条件つき売買の媒介報酬の請求の場合にのっとって取り扱うべきであると解されている。もともと、農転の許可も停止条件の典型として説明されてきたが、最高裁は、かつて最判昭三三・六・五（民集一二巻九号一三五九頁）では肯定していたものを最判昭三六・五・二六（民集一五巻五号一四〇四頁）で判例を変更し停止条件ではなく「法定条件」とであると判示している。しかし、法定条件としたのは、当事者間が条件を付するか否かの自由のない農地法上当然に必要な法定された条件であるとする趣旨のようで、その内実は停止条件と同視して然るべきものと考えられる。

であれば、建設省指定の標準媒介契約約款（八条一項但書）によると、媒介報酬が請求しうるのは、単なる売買契約の成立だけでは足りず、停止条件が成就した場合にのみ請求しうるとする。そのうえ、いわゆる媒介報酬の「半金（はんきん・半額・半金）」とする受領方法に関する建設省の指導も加味すると、具体的にはつぎの図に示すようになるべきであろう。

(C) 家裁の許可が得られない場合の対処

第三は、取引が前向きに進まない場合かどうかである。

仮に家庭裁判所の許可がおりないときである。そのような場合には後向きの契約の解消を考えなくてはならない。そうでないと、売買契約は成立しているが、その契約の効力が発生していないというペンディング・中途半端な法律状態が続くことになる。そこで、売買契約締結に際しては、成約後に許可をとりつける約定するとともに、それを停止条件なり法定条件として制約したとしても、仮に許可がおりないときは成約を解消する解除条件なり解除権の留保つき取引にすることが求められている。

五 「記録なし」の成年者には

さて、前述一でみたように、不動産取引に際して、取引の当事者の行為能力に疑義があるときは、新成年後見制度の保護の対象になっているか否かにつき問い合せるべきであるとした。この問合せに対して、①成年後見登記事項説明書を取り寄せてもらったが、成年後見にかかる「記録がない」いわゆる「ないこと証明」の場合や、②家族など関係者がそのような成年後見の手続きはとっていない旨を断言している場合にはどう対応すべきであるか。

本人に不動産取引をする判断能力が備わっていると解されれば、通常の成年者による通常取引として取引を進めることになる。問題は、それでもなお本人の判断（取引）能力に疑義のある、例えば売買契約当事者の売主としての自署すらおぼつかないような場合である。これは従前の禁治産者または準禁治産者の宣告は受けていないが、判断能力に疑義のある成年者の取引と同種の問題である。この種の問題は、新成年後見制度が整備されてもこの制度を強制しえない以上、やはり残された問題である。そもそも、意思能力のない

者の法律行為は無効であるし、仮に成約時に判断能力があったとしても、早晚ボケが進行したりすると、宅建業者も加担して、後日ボケ老人を欺し不動産を売却させたといったトラブルになり勝ちである。

このような場合、関与する宅建業者としては、どう対応すべきか。まずは、新しい成年後見制度が従来禁治産等の硬直的な制度を改め、軽度の痴呆等の障害者には「補助」といった制度を用意して、各人の個別の状況に応じた柔軟かつ弾力的な利用しやすい制度に改正されていることを判断能力に疑義のある者の側に説明すべきである。そのうえ、新しい成年後見制度の開始の手続きをとるよう親族等の申立権者に励めるべきであろう。そして、家庭裁判所の審判を待って、新成年後見制度のもとで取引を進めるのが相当であろう。その場合、仮に成年後見登記が未済でも、家庭裁判所の審判書謄本とその確定証明書をもとに取引を進めることも考えうる。

ところで、個別の具体的状況によつては、信頼しうる代理人による任意代理（成年後見制度のうちの任意後見（契約）制度が創設されても、私的自治の原則から従来の任意代理も可能）の方式や推定相続人の同意のもとでの取引などを考慮し得る余地があり得るか

思われる。もっとも、この取り扱いには、くれぐれも慎重な配慮を要するとはいうまでもない。

（調査研究部研究課長）

訂正

本誌第四五号の論文「新しい成年後見制度と不動産取引」の三七頁の表「法定成年後見制度」を、本誌三八頁の表「法定成年後見制度（概略）」のとおり訂正いたします。