

高齢社会における財産処分研究委員会 報告書

平成21年 3月25日

東京司法書士会
会長 小村 勝 殿

高齢社会における財産処分研究委員会

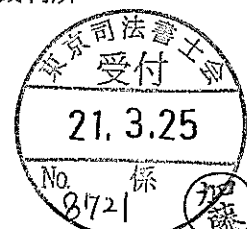
委員長 菱田徳太郎
副委員長 千野 隆二
委員 川村 兼司
委員 高橋 圭司
委員 高柳 俊久

第1 活動記録

- 1 平成20年6月10日(火) 第1回委員会
- 2 平成20年7月5日(土) 全国青年司法書士協議会・関東ブロック長野研修会参加
テーマ「超高齢社会における司法書士の役割」
- 3 平成20年7月23日(水) 第2回委員会
- 4 平成20年9月3日(水) 第3回委員会
- 5 平成20年10月9日(木) 第4回委員会
- 6 平成20年11月17日(月) 第5回委員会
- 7 平成21年1月20日(火) 第6回委員会
- 8 平成21年1月30日(金) 東京会平成20年度第2回判例・先例研究会参加
テーマ「法律行為に必要な意思能力」
- 9 平成21年2月25日(水) 第7回委員会
- 10 平成21年3月25日(水) 第8回委員会

第2 参照した文献、判例、懲戒事例

- 文献1 新井誠ほか編『成年後見制度』(有斐閣、2006年)
- 文献2 社団法人成年後見センター・リーガルサポート『実践成年後見No.6』特集「成年後見における能力判定」(民事法研究会、2003年)
- 文献3 本人確認等に関する資料集(日本司法書士会連合会、2008年8月)
- 判例1 福岡高裁判決平成16・7・21 保証債務履行請求事件(判時1878号100頁)
- 判例2 京都地裁判決平成13・10・10 公正証書遺言無効確認等事件(裁判所裁判例情報/<http://www.courts.go.jp/>)
- 判例3 広島高裁判決平成14・8・27 土地所有権確認請求事件(裁判所裁判例情報サ)
- 判例4 名古屋高裁判決平成14・12・11 遺言無効確認請求事件(裁判所裁判例情報)
- 判例5 名古屋高裁判決平成14・6・19 求償金等請求事件(裁判所裁判例情報)
- 判例6 東京高裁判決平成13・11・28 遺言無効確認請求事件(裁判所裁判例情報)
- 判例7 名古屋高裁判決平成14年・9・18 根抵当権設定登記抹消請求事件(裁判所



裁判例情報)

- 判例 8 松山地裁判決平成 17・9・27 遺言無効確認請求事件 (裁判所裁判例情報)
- 判例 9 大阪高裁判決平成 19・4・26 公正証書遺言無効確認事件 (判時 1979 号 75 頁)
- 判例 10 東京高裁判決平成 9・6・11 土地建物所有権移転登記等抹消請求事件 (判タ 1011 号 171 頁)
- 判例 11 大阪高裁判決平成 19・3・16 遺言証書無効確認請求事件 (裁判所裁判例情報)
- 懲戒事例 1 月報 06 年 5 月号 108～106 頁 (業務禁止 平成 17 年 12 月大阪)
- 懲戒事例 2 月報 06 年 9 月号 73～71 頁 (注意勧告 平成 18 年 6 月) 及び
月報 07 年 9 月号 93～90 頁 (業務停止 3 か月 平成 19 年 6 月大分)
- 懲戒事例 3 月報 07 年 2 月号 78～76 頁 (注意勧告 平成 18 年 10 月) 及び
月報 08 年 4 月号 91～89 頁 (業務停止 1 年 平成 20 年 2 月大阪)
- 懲戒事例 4 月報 07 年 11 月号 78～76 頁 (業務停止 1 か月 平成 19 年 8 月東京)

第 3 問題の所在と当委員会の役割

- 1 日本社会における高齢化の急激な進行に伴い、司法書士が、財産処分等の取引当事者で認知症と疑われる高齢者と接する機会が著しく増加してきたが、司法書士一般の認知症高齢者に対する理解が不足していると思われる。
- 2 本会会則第 106 条の 2 には、会員は、依頼者及びその代理人等の本人であることの確認並びに依頼の内容及び意思の確認を行わなければならない旨定められており、さらに、日本司法書士会連合会 (以下、連合会という) は、依頼者の本人確認・意思確認、依頼内容の確認について、契約の主体としての相手方の確認、契約の客体となる依頼事務の内容の確認ならびに依頼事務が本人の瑕疵なき意思に基づくものかを確認することは、法律事務を担う者としては当然の職責上の義務であり、明文の規定がなくとも行わなければならない、個々の現場での事案は、司法書士の職責に照らし適切な方法に拠るべきものとして、司法書士の裁量に委ねられている旨を指摘している (文献 3、8 頁～9 頁) が、判断能力が低下している高齢者等の意思能力の有無の確認についての判断基準が示されていないため、その確認につき対応に苦慮している会員が少なくない。
- 3 その結果、会員間における執務上のバラつきが生じることとなり、認知症高齢者に対する理解不足もあってか、依頼者が判断能力の低下している高齢者等である事例において、司法書士の判断の誤りに基づく裁判事例や懲戒処分事例が増加している。
- 4 以上のような事情から、平成 20 年 1 月 15 日付け本会第 5 支部ブロック会各支部長から本会支部長会議長あてに要望書が提出され、「高齢者が不動産登記の当事者になった場合の司法書士がとるべき具体的な対応について」研究すべき旨の要望に基づき当委員会が設置された。
- 5 当委員会の当初の目的として、高齢者の不動産取引に関与する司法書士の執務基準の作成を試みるというものであったが、検討を重ねるうちに、意思能力の判定という司法書士として専門外の困難な問題に関与する場合も少なくないことから、拙速に統一基準を作成すべきでない判断するに至った。以下、会員各位の執務の参考

に資するため、研究成果を整理することによって当委員会としての役割を果たすこととしたい。

第4 意思能力と判断能力に関する研究成果

- 1 意思能力とは、法律関係を発生させる意思を形成し、それを行為の形で外部に発表して結果を判断、予測できる知的能力である。(要旨、文献1・363頁)
- 2 意思能力の有無は、画一的、形式的にはなく、個々の法律行為について具体的に判断される。よって、意思能力は法律行為ごとに異なると考えられる。(要旨、文献1・363頁)
- 3 意思能力は行うべき行為の内容により異なるものであるから、対象となる行為が複雑であれば要求される能力は高度になり、単純であればより低い能力でも意思能力はあるということになる。日用品を買うこと、不動産を買うこと、証券取引を行うことなど、それぞれ要求される意思能力は異なる。(文献1・28頁～29頁)
- 4 事理弁識能力は、意思能力と同義であると説明されることも多いが、立法担当者によれば、後見開始等の審判で問題とされる「事理を弁識する能力」は、いわゆる判断能力という意味であり、意思能力とは同義ではない。(文献1・364頁)
- 5 意思能力は、有効な意思の存否を決するために、その有無のみが問題とされ、その程度は問題とされない。意思能力を有しながらも、取引の実際にあつて、十分に自己の利害得失を認識して経済合理性に則った意思決定をするに足る能力が、法律行為における判断能力(事理弁識能力)である。(要旨、文献1・365頁)
- 6 事理弁識能力の存否は個別の法律行為との関係で判断するものではないので、事理弁識能力は、法律行為との関係で相対的な評価をする意思能力とは異なる概念である。したがって、事理弁識能力を欠いた場合は意思能力が存しないことになるが、事理弁識能力があつても法律行為によっては意思能力がないとされることもある。(文献1・28頁～29頁)
- 7 年齢を意思能力の判断基準とすることは、人の精神能力・判断能力の多様性を無視することになり、また誤解も生じやすいので相当ではない。(文献1・29頁)
- 8 極端な話ではあるが、裁判官の場合は、事件の社会的に適正な処理という観点から、「その法律行為を無効とするのが正義公平にかなう場合には、この場合には意思能力はないとし、反対に、その法律行為を有効としたほうが正義公平にかなう場合には、この場合には意思能力ありとされるかも知れない」のである。(文献2・13頁)

第5 精神鑑定に関する研究成果

- 1 精神上の障害が障害者の法律行為にどのような影響を与えるかの判断は裁判所にも困難なことが多いゆえに、裁判所と鑑定人は協同して作業をすることが必要なのである。鑑定人の作業は生物学的要素にとどまらず、心理学的要素(弁識能力)にまで及んでようやく完成すると考えられるが、障害者本人を取り巻く法的状況をつぶさに調査する暇も熟練もないから、どうしても鑑定人の判断は医学的所見に重心をおいた判断に傾くのである。(文献2・13頁～14頁)
- 2 (鑑定実務では)紛争性が高いほど、それだけ事件本人に高い能力が要請されると

考えられている。(文献2・18頁)

- 3 長谷川式簡易知能評価スケール(HDS-R)の最高得点は30点であるが、痴呆(現在は認知症)スクリーニングテストとしては、区分点を20/21(20点以下を痴呆、21点以上を非痴呆と判定)に設定したときに最も高い弁別性が得られるとされている。(文献2・26頁)
- 4 65歳以上の高齢者を無作為に選んでHDS-Rを施行した場合に、HDS-R得点が21点以上であれば、その人が痴呆でない可能性は99.4%であると推定できる。一方、HDS-R得点が20点以下であっても、痴呆である可能性は33.3%と推定される。もちろん、こうした推定が成り立つのは、あくまでもHDS-Rが正しく実施・採点された場合のみである。(文献2・27頁)
- 5 HDS-Rが痴呆のスクリーニング検査として有用であるとされているのは、痴呆の可能性のある人を痴呆でないと誤って判定する可能性が極めて低いからである。したがって、HDS-Rの結果、痴呆の可能性があると判定されたからといって、痴呆と診断することはできない。(文献2・27頁～28頁)
- 6 HDS-Rなどをはじめとした従来の認知機能検査は一般的な認知機能の測定を目的とした検査であって、特定の法律行為に必要なとされる認知機能に特化したものではない。(文献2・28頁)
- 7 課題となっている特定の法律行為、事件本人がおかれている状況などの事例性・個別性を考慮して判断することが「法的判断」の内容といえよう。そして、医師には「法的判断」までは要請されていないと受け取れる。(文献2・54頁)
- 8 財産管理能力の判定方法として、医師からは次のような判断例が紹介されている。『重要な財産行為』に関する検査については、面接時に土地売却の必要性や目的、土地の金銭的評価、売却の手続のいずれも理解しておらず、また、取引に際して専門家に相談するという意図も認められず、重大なトラブルに巻き込まれる可能性が大きいと考えられた。したがって、重要な財産行為を単独で行うには困難である(後見相当)と判断された。(文献2・58頁)

第6 判例に関する研究成果

- 1 保佐相当の判断能力を有していた者がなした連帯保証契約が、本人の意思無能力により無効とされた事例。本人は、簡単な買物、給料については理解できるが、数百万円以上や利息のことは理解できないこと等の事情を考慮すると、本人は本件連帯保証契約締結の結果を正しく認識し、これに基づいて正しく意思決定を行う精神的能力を有していなかったと判断された。(判例1)
- 2 遺言作成当事、遺言者の痴呆が相当高度に進行していたものの、いまだ、他者とのコミュニケーション能力や自己の置かれた状況を把握する能力を相当程度保持しており、遺言の内容が比較的単純なものであった上、公証人に対して示した意思も明確なものであったことが認められたため、遺言をするのに十分な意思能力(遺言能力)を有していたと判断された。(判例2)
- 3 失語症とならない限りは痴呆患者でも通常の会話はできるのであって、その限りにおいては痴呆患者も健常者と変わるところはない。しかも、痴呆患者は、知的能力

が低下し理解力・判断力が減退しているため、相手の会話内容が高度の知識を包含するものであればあるほど、その内容を理解できず、相手に会話を合わせるという態度がみられ、しかも痴呆が重度になれば会話の中でも見当識障害、記憶障害等がみられることになる。(判例4)

- 4 アルツハイマー型認知症は、通常期間の経過によって症状(判断能力)が改善されることはないと理解されているが、脳血管性の認知症(脳梗塞等脳の血管障害によるもの)は、血管障害が改善されれば判断能力も回復することがありうる。(判例2, 4)
- 5 アルツハイマー病の高齢者が信用金庫との間で締結した連帯保証契約及び根抵当権設定契約が意思能力の欠如により一部無効と判断された事例。契約当時、本人の知的能力としての理解力、判断力の低下が認められており、当時本人が自動車を運転していたことや司法書士に手続を依頼する際に通常人のように会話を交わしていた事実があるからといって、本人が意思能力を有していたとする証拠にはならない。(判例7)
- 6 以上を総括すると、裁判において判示される意思能力の有無は、法律行為を行った本人の臨床的見地から判定される判断能力の程度のみで判断されるのではなく、当該法律行為の種類・性質・内容、取引の動機、第三者の関与・影響、そして法律行為によってもたらされる利害得失が大きな考慮事情となっていることが見てとれる。(第4-8の記述参照)

第7 懲戒事例に関する研究成果

- 1 被処分者(司法書士)は、当事者本人と直接面談した結果、本人が重要財産の処分に関する判断能力を完全に喪失しており、土地売却の意思及びその登記申請意思を確認することはできないと判断したにもかかわらず、登記手続を進めることを決意し、虚偽の内容を記載した本人確認情報を作成した。(懲戒事例1、業務禁止)
- 2 被処分者は、所有権移転登記の義務者本人が当時90歳を超える高齢で老人性痴呆症に罹患しており、約1年前から入院中で会話のできる状態ではなかったことを知りながら、依頼者(登記権利者)である本人の子を全面的に信用して登記の申請をした。(懲戒事例2、業務停止3か月)
- 3 被処分者は、不動産売買にかかる登記義務者Aを売主とする登記立会及び登記申請に当たり、入院中のAと面談したときの状況が次のとおりであって意思確認は無理であると判断し、また親族が本件売買に反対していることを聞いていたにもかかわらず、仲介業者や元司法書士HらからHがAの代理人として本人確認情報を提供し本件売買に関し全面的に責任を持つからと懇願され、断りきれずに登記申請に及んだ。(懲戒事例3、業務停止1年)
 - (ア) Aは70歳後半の高齢者に思えた。
 - (イ) Aに声をかけても返事がなく、またAからはっきりした返事は聞き取れなかった。
 - (ウ) Aは寝たきりの状態であり、普通に会話ができる状況ではないと判断したため主治医に意見を求めた。

(エ) 主治医が不在のため他の医師に A の意思能力の有無を尋ねたところ、意思能力が充分であるとは断言できないとの回答を得た。

- 4 被処分者は、弁護士 A、登記権利者 B、登記義務者 C の子 D・妻 E から、C 所有の不動産について抵当権設定登記等の依頼を受けた (C の委任状は E が代筆) が、一部登記済証がないので保証書作成のため老人ホーム入所中の C と面談し本件登記について説明したところ、本人が動作で首肯したことから登記意思があると判断し登記申請した。また、財産の処分等について妻 E が包括的に受任しているか確認するため用意した包括委任状を示して C に署名させたが、受任者欄を空欄のまま放置した。なお、C につき翌年後見開始の審判がなされたが、当時司法書士は C が痴呆の状態にあり、意思能力に問題があることを関係者から知らされていなかった。

(懲戒事例 4、業務停止 1 か月)

- 5 上記事例 1、2、3 について、被処分者は、当事者本人が認知症のため、受託時において意思確認をすることのできない状態であることを認識しており、当然受託を拒否すべき注意義務があったにもかかわらず、登記申請に及んだといえる。
- 6 上記事例全体を通じて、本来受託を拒否すべきでありながら、事実上の依頼者 (登記権利者、親族等の関係者) による支配的影響から、専門家としての自由かつ独立性を保持することができないまま、その依頼に応じたしまったといえる。

第 8 成年後見制度との関係に関する研究成果

- 1 意思無能力を理由として法律行為の無効を主張するためには、当該行為時に意思無能力であったことを、意思無能力を主張する側が証明する必要がある。しかし、意思無能力の証明は困難な場合が多く、また意思無能力が証明された場合には事情を知らない (善意の) 取引相手にとっては不測の損害が生じることになる。そこで、意思能力の完全でない者による法律行為は常に取り消し得るものと規定すること、すなわち本人が単独で法律行為を行う能力 (行為能力) をあらかじめ制限しておくことによって、意思無能力の証明の困難さを回避し、また取引の安全を図る制度として、制限行為能力者制度が規定されている。(文献 1・364 頁)

制限行為能力者とは、未成年者、成年被後見人、被保佐人、特定の法律行為につき補助人の同意を要する旨の審判を受けた被補助人である。(要旨・文献 1・364 頁)

- 2 上記 1 のように成年後見制度は取引の安全を図る制度として存在する一方で、判断能力の不十分な者 (本人) の権利をその生涯にわたって擁護する制度でもある。したがって、当該取引が本人にとって必要な行為であり、かつ本人の利益になるものであれば、成年後見制度になじむ事案として取引に関与した司法書士が本人及び関係者に対して成年後見制度の利用を促すことは妥当であるが、当該取引が本人にとって必要性に欠け本人の利益になるとはいえないものであれば、成年後見制度を利用したとしても、本人の権利擁護のため成年後見人等がその取引を実行しない場合がある。
- 3 したがって、不動産の処分等を目的として成年後見制度の利用を検討する場合には、以下のような問題点があることを本人の親族や関係者に十分理解してもらう必要がある。

①不動産処分等の必要性

当該処分行為が、高齢者本人以外の者の利益を目的とするものであり、また本人以外の者の節税対策のためのものであるような場合には、成年後見制度を利用したとしても本人の利益にならないため、成年後見人等は当該処分行為を原則として実行し得ない。また、本人の居住用不動産の処分を成年後見人等が本人を代理して行う場合には、家庭裁判所の許可が効力要件となるので、その処分行為が許可されるかどうか不確実である。

②成年後見人等の職責の重要性

不動産の処分等を目的として成年後見制度を利用する場合であっても、成年後見人等は、その職務上、本人の財産を適切に管理し、かつ、本人の身上を監護するなど本人の生活を生涯にわたって支援する責務がある。また、本人のために財産目録や収支状況報告書を作成し、家庭裁判所へ定期的に報告するなど誠実にその職務を行うことが求められる。したがって、成年後見人等の立場上、本人の親族等と利害が対立することもある。

③家庭裁判所による成年後見人等の選任

契約によって将来後見人となる者を自分自身で決める任意後見制度と異なり、法定後見制度においては、本人のために誰を成年後見人等に選任するのかは、家庭裁判所の権限に属し、様々な事情が考慮されて成年後見人等が選任されることになる。したがって、後見開始等の申立時において、申立人が成年後見人等の候補者を予定した場合であっても、必ずその者が成年後見人等に選任されるとは限らない。

- 4 以上により、高齢者が当事者となった取引に関与した司法書士は、その高齢者の意思能力の有無に疑いを持つに至ったときでも、単純に成年後見制度の利用を勧めることなく、当該取引が成年後見制度になじむものであるか否かを考慮する必要がある。したがって、成年後見業務を行わない会員であっても、日常業務として少なからず不動産取引等に関わる会員は、研修等により成年後見制度に関する知識を十分に習得すべきである。

第9 司法書士の執務のあり方、注意義務等に関する研究成果

- 1 司法書士が高齢者の財産処分に関わる時は、高齢者の権利を擁護する立場に立った執務のあり方が社会から求められている。したがって、事実上の依頼者（高齢者たる本人以外の親族、業者、金融機関、他の専門家等）から支配的影響を受けることなく、専門家としての自由かつ独立性を保持する執務姿勢が不可欠である。
- 2 不動産を売却したり不動産に担保を設定する行為は、相当高度の判断能力が必要とされることから、高齢者が当該取引の目的、内容、結果等について理解しているかどうかを確認することが必要であって、その確認が得られないときは、意思の確認ができないことを理由として正当に受託を拒否することができると考えられる。
- 3 本人との面談の結果、明らかに意思能力がないと判断したときは、直ちに受託を拒否するか、その取引が本人の権利擁護に適うものであれば成年後見制度の利用を促すべきである。

- 4 本人との面談の結果、意思能力の有無を容易に判断することができないときは、意思能力に関する医師の診断書や関係者の意見を参考にしたり、本人の権利擁護の立場から当該取引の必要性や妥当性について法的判断を加えるなどして依頼を受託するか否かを決定する必要がある。
- 5 高齢者の取引について推定相続人等の関係者から同意を得ることは、紛争性の有無を事前に察知するという限りでは有益である。
- 6 高齢者の取引については、意思能力の欠缺による法律行為の無効は勿論のこと、一般的に高齢者は、理解力・記憶力が低下傾向にあり、公序良俗違反、錯誤、虚偽表示等の民法上の無効または取消しの主張が認められやすいことも、関与する司法書士としては留意すべきである。したがって、我々司法書士は、高齢者の取引は何らかのトラブルが生じるリスクが大きいことを認識すべきであり、登記事件等を受託する場合であっても、また受託を拒否する場合であっても、なぜその判断に至ったかを丁寧に記録に残すなどの対策が必要であろう。
- 7 登記事件の受託行為は委任契約であり、その受否判断の際には、受任者たる司法書士自身の知識、経験則、また医師等他の専門家の意見を最大限に活用することが重要である。このような過程を軽視して受託後に後悔や迷いが生じることのないよう心掛けるべきであると考えらる。

第10 提言

1 不動産取引社会

高齢者が当事者となる取引においてはできるだけ早い時期に意思確認をする必要があるため、たとえば不動産取引の場合には契約の段階から司法書士が関与する商慣習の確立が求められる。したがって、不動産取引業界に対してその点の理解と協力を要請すべきである。

なお、社会一般に対しては、高齢者の財産管理及び処分に関する問題はまず司法書士に相談する、という理解が得られるよう司法書士全体が努力すべきである。

2 東京司法書士会

一般的に認知症に関する司法書士の理解が不足しており、東京会においては高齢者による取引特有の問題に関する研修も十分に実施されてこなかったため、今後医師などを講師に招いてこれらに関する研修を積極的に実施すべきである。また、高齢者による財産処分と成年後見制度との関係についての研修も必須であると考えらる。

3 連合会

高齢社会における財産処分と高齢者の意思能力の問題については、精神科の医師、法学者、弁護士等の専門家を交えた総合的な研究が必要と思われらる。したがって、このような研究部門を連合会に設置することを東京会としても強く要請すべきであらう。

以上