



司法書士講座

## 山本浩司 特別公開講座 第2弾「民法編」

2016年11月5日(土)





# 第1部 讓渡担保を攻略

担当:山本 浩司 講師



事例

1

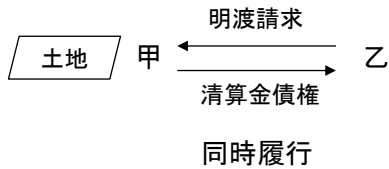
甲は、その所有する土地に譲渡担保を設定した。譲渡担保権者は乙である。

甲が占有するその土地に、不法占拠者がある場合、甲は、その者に土地の明渡しを請求することができるか。

事例

2

目的土地を、譲渡担保権設定者の甲が占有する場合、乙による清算金の支払いと、土地の明渡しは、同時履行の関係にあるか。



事例

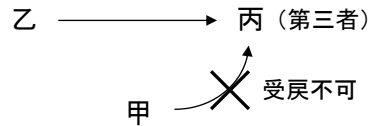
3

目的物を、譲渡担保権者の乙が占有する場合、弁済期にする甲の支払いと、目的物の返還とは、同時履行の関係にあるか。



**事例 4**

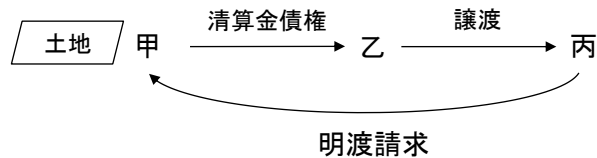
帰属清算型において、譲渡担保権者の乙が、弁済期の後、清算金の支払前に目的土地を第三者（丙）に譲渡した。譲渡担保権設定者の甲は、丙に対して受戻権を行使できるか。



**事例 5**

譲渡担保権者（処分清算型）の乙が、弁済期の後に、目的土地を第三者（丙）に譲渡した。丙が目的土地の明け渡しを請求した場合、清算金の支払いを受けていない設定者の甲は、次の主張をすることができるか。

- 1) 乙の清算金の支払いとの同時履行。
- 2) 留置権。



**事例 6**

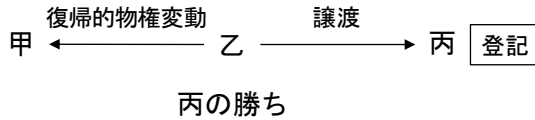
弁済期の到来の後、譲渡担保権設定者の甲は、その受戻権を放棄して、乙に清算金の請求をすることができるか。

事例

7

譲渡担保権設定者の甲は弁済期にその債務を履行した。その後、譲渡担保権者の乙が、目的土地を丙に譲渡し、その所有権移転登記をした。

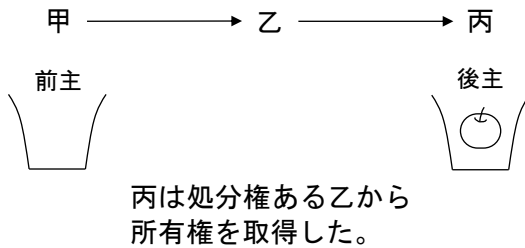
- 1) 甲は、丙にその所有権を対抗することができるか。
- 2) 丙が、背信的悪意者であるときは、どうか？



事例

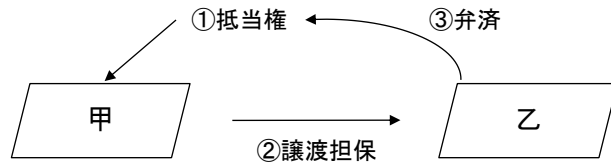
8

譲渡担保権者の乙が、弁済期の後に、目的土地を丙に譲渡した。丙が、背信的悪意者である場合でも、譲渡担保権設定者の甲は受戻しすることができないか。



**事例 9**

譲渡担保権者の乙が、譲渡担保の目的土地に設定された先順位の  
抵当権の被担保債権を弁済した。その、譲渡担保設定者（甲）への  
求償権は、譲渡担保の被担保債権となるか。



乙の甲への求償権は譲渡担保の被担保債権となるか。

**事例 10**

甲が、借地上の建物を譲渡担保に供した。

- 1) 借地権（土地賃借権）も譲渡されるのか。
- 2) 甲が、建物を使用収益し、その後の弁済により所有権を回復した  
場合、地主は賃借権を解除できるか。
- 3) 乙が、目的建物の引渡しを受けて使用収益をしているが、その  
譲渡担保権は実行の前であり、まだ、甲が受戻しをすることがで  
きる場合はどうか。

**事例 11**

町工場の主が、倉庫の在庫商品一式について金融機関に譲渡担保  
権を設定した。さて、町工場の主から在庫商品を買った者は、無事  
に所有権を取得することができるのだろうか。









## 第2部 成年後見の改正点を攻略

担当:栗原 庸介 講師



問題

1

なぜ今日「成年後見」を取り上げるのか？

司法書士業界における成年後見業務

- ・リーガルサポート…専門職後見人は司法書士がNo. 1 !
- ・リーガルサポートの定款変更…未成年後見業務も対象に
- ・重要な法改正と最高裁判例あり
- ・少子高齢化社会と新人司法書士

問題

2

司法書士法3条には、司法書士が後見人になってよいとはどこにも書いていない。

にもかかわらず司法書士が後見人を務める理由は何か？

司法書士法第29条

- 1 司法書士法人は、第三条第一項第一号から第五号までに規定する業務を行うほか、定款で定めるところにより、次に掲げる業務を行うことができる。
  - 一 法令等に基づきすべての司法書士が行うことができるものとして法務省令で定める業務の全部又は一部

司法書士法施行規則第31条

- 1 法第二十九条第一項第一号の法務省令で定める業務は、次の各号に掲げるものとする。
  - 一 当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱により、管財人、管理人その他これらに類する地位に就き、他人の事業の経営、他人の財産の管理若しくは処分を行う業務又はこれらの業務を行う者を代理し、若しくは補助する業務
  - 二 当事者その他関係人の依頼又は官公署の委嘱により、後見人、保佐人、補助人、監督委員その他これらに類する地位に就き、他人の法律行為について、代理、同意若しくは取消しを行う業務又はこれらの業務を行う者を監督する業務
  - 三 司法書士又は司法書士法人の業務に関連する講演会の開催、出版物の刊行その他の教育及び普及の業務
  - 四 (省略)
  - 五 法第三条第一項第一号 から第五号 まで及び前各号に掲げる業務に附帯し、又は密接に関連する業務

問題 3

あなたは司法書士として、Aから以下のような相談を受けた。  
「私はXのハトコにあたるAと申します。  
Xは認知症で施設入居を検討しており、現在居住している住宅が  
要らなくなるので売却を検討していますが、不動産屋さんから、  
Xの意思能力に問題がありこのままでは売却は難しいと言われま  
した。そこで、成年後見という制度があると聞いたので、申し立  
てをしたいのです。お願いします。」

さてあなたが司法書士として、Aに必ず伝えなければいけないこ  
とを2点挙げてほしい。

参考：民法第7条

精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者につい  
ては、家庭裁判所は、本人、配偶者、四親等内の親族、未成年後見人、未  
成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人又は検察官  
の請求により、後見開始の審判をすることができる。  
※申立人となるべき親族がない場合（又は親族があっても親族が申立  
を行おうとしない場合）には、老人福祉法32条、知的障害者福祉法第  
27条の3及び精神保健及び精神障害者福祉に関する法律第51条の11の  
2により、市町村長も申立をすることができます。

参考：民法第859条の3

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。

問題 4

あなたは新進気鋭の司法書士として、Xの成年後見人を務めている。  
あなたは司法書士として、かつ後見人として、直接に食事介助や  
入浴介護などをする必要はあるか？

**問題**

**5**

前問で、Xが病気で入院することとなった。  
認知症のXが、集団生活は嫌だから個室を希望している。  
個室は集合部屋の何倍もの値段がする。  
あなたはXの財産管理を任せられた者として、どういう選択をすべきだろうか？  
根拠となる法令や条文も挙げながら検討してほしい。

**憲法第13条**

すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする

**民法第858条**

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。

**問題**

**6**

あなたは新進気鋭の司法書士としてYの未成年後見人を務めている。  
(Yには親権者も未成年後見監督人もおらず、未成年後見人はあなたしかいない)

1) Yは、月に1度「夢の国」へ行きたいといい、行く度に数万円を消費している。また、ある月のスマホ代が5万円を超えていた。  
さて、あなたはこの状況を何とかする義務はあるか？

2) Yの住んでいる場所があまり治安の良い場所であるとあなたが判断した場合に、あなたはYの居所を指定することができるか。

3) Yに非行があった。あなたはYを懲戒することができるか。

### 民法第857条

未成年後見人は、第820条から第823条までに規定する事項について、親権を行う者との同一の権利義務を有する。ただし、親権を行う者が定めた教育の方法及び居所を変更し、営業を許可し、その許可を取り消し、又はこれを制限するには、未成年後見監督人があるときは、その同意を得なければならない。

### 民法第820条

親権を行う者は、子の利益のために子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。

### 民法第821条

子は、親権を行う者が指定した場所にその居所を定めなければならない。

### 民法第822条

親権を行う者は、第820条の規定による監護及び教育に必要な範囲内でその子を懲戒することができる。

### 民法第823条

子は、親権を行う者の許可を得なければ、職業を営むことができない。親権を行う者は、第6条第二項の場合には、前項の許可を取り消し、又はこれを制限することができる。

問題	7
----	---

成年後見人は成年被後見人宛の封書を開けてもよいか？ まずは、古くからある法令を根拠に考えてみてほしい。
--

### 憲法第21条

- 1 集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。
- 2 検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。

### 刑法第133条

正当な理由がないのに、封をしてある信書を開けた者は、1年以下の懲役又は20万円以下の罰金に処する。



しかし、成年後見人は成年被後見人の財産を管理するのが仕事なのに、封書が開けられないというのは非常に困った事態なのです。

支払い請求書や、逆に何かの補助金申請の案内などが来ても、そもそも来ているかどうかすら気づくことができないわけです。

現場では上記の問題点がずっと言われていました。

そこで今回、

**「成年後見の事務の円滑化を図るための民法及び家事事件手続法の一部を改正する法律」(いわゆる円滑化法)**

が成立、10/13より施行となりました。

民法の改正部分は、ばっちり試験範囲です。

民法としては、主に2つの内容が新設されますが、本問で取り上げている郵便物関連の部分をまず見てみましょう。

(成年後見人による郵便物等の管理)

#### **民法第860条の2**

- 1 家庭裁判所は、成年後見人がその事務を行うに当たって必要があると認めるときは、成年後見人の請求により、信書の送達の事業を行う者に対し、期間を定めて、成年被後見人に宛てた郵便物又は民間事業者による信書の送達に関する法律（平成十四年法律第九十九号）第二条第三項に規定する信書便物（次条において「郵便物等」という。）を成年後見人に配達すべき旨を囑託することができる。
- 2 前項に規定する囑託の期間は、六箇月を超えることができない。
- 3 家庭裁判所は、第一項の規定による審判があつた後事情に変更を生じたときは、成年被後見人、成年後見人若しくは成年後見監督人の請求により又は職権で、同項に規定する囑託を取り消し、又は変更することができる。ただし、その変更の審判においては、同項の規定による審判において定められた期間を延長することができない。
- 4 成年後見人の任務が終了したときは、家庭裁判所は、第一項に規定する囑託を取り消さなければならない。

#### **民法第860条の3**

- 1 成年後見人は、成年被後見人に宛てた郵便物等を受け取ったときは、これを開いて見ることができる。
- 2 成年後見人は、その受け取った前項の郵便物等で成年後見人の事務に関しないものは、速やかに成年被後見人に交付しなければならない。
- 3 成年被後見人は、成年後見人に対し、成年後見人が受け取った第一項の郵便物等（前項の規定により成年被後見人に交付されたものを除く。）の閲覧を求めることができる。

まず前半が、そもそも届け先を、例えば成年被後見人の自宅でなくて成年後見人たる司法書士の事務所に変更できる、とする規定です。

(現在郵便局がやっている転居時の転送サービスは、受取人が同一人であることが前提なので、成年後見には使えない)

**問題 8**

この民法改正により成年後見における郵便制度の問題はばっちり解決したと言ってもよいだろうか？

**懸念点**

- 1 家庭裁判所を通さないといけない。
- 2 期間が最長6か月と決められている。
- 3 条文上「成年後見人」としか書かれていないので、保佐・補助の場合には使えない。

**演習問題 1**

保佐人に就任した司法書士は、被保佐人宛に届いた封書を開封することができる場合がある。

**問題 9**

成年被後見人等の死亡により後見等は当然に終了します。

つまり、もう後見人等ではなくなり、財産管理権や法定代理権は喪失するのです。

ですから成年後見人には、死亡した成年被後見人の葬儀等の死後事務を行う義務も権利もない、というのが論理的な解答です。

財産を相続人に引き継ぐのですから、死後事務は相続人が行うべきなのです。

しかし。世の中なかなかそう理屈とおりにいかない。例えば

- 1 遺体の引き取りや火葬
- 2 葬儀等の施行
- 3 未払いの医療費・施設費等の支払い、そのための預貯金の払い戻し

等のいわゆる死後事務について、本人死亡後も成年後見人等が行うことを期待され、社会通念上これを拒むことが困難である場面が少なくありません。

ではここでクエスチョンです。

現行法上、これらの死後事務を行うための法的根拠となり得る条文は何かあるでしょうか。

民法の条文から探して指摘してください。

解答です。

以下の2つが考えられると思います。

#### ア 事務管理（民法697条）

- 1 義務なく他人のために事務の管理を始めた者（以下この章において「管理者」という。）は、その事務の性質に従い、最も本人の利益に適合する方法によって、その事務の管理（以下「事務管理」という。）をしなければならない。
- 2 管理者は、本人の意思を知っているとき、又はこれを推知することができるときは、その意思に従って事務管理をしなければならない。

#### イ 応急処分義務（民法874条による654条の準用）

委任が終了した場合において、急迫の事情があるときは、受任者又はその相続人若しくは法定代理人は、委任者又はその相続人若しくは法定代理人が委任事務を処理することができるに至るまで、必要な処分をしなければならない。

イの構成を取れば義務として、アの構成を取れば権利として死後事務を行うこととなります。

### 問題 10

この法律構成の問題点を挙げてほしい。

- ・遺体の引き取りや火葬、葬儀等の施行は法律行為ではなく事実に行為であるから、そもそもとして成年後見人等の責務の範囲外なのではないか。
- ・事務管理として行う場合、報酬請求の根拠がなく費用も立替払いとなってしまう。
- ・葬儀にはいろいろな宗派があり、相続人の意思に反する処分をしてしまった場合等のトラブル懸念がある。

等々、ここに書ききれないくらいの様々な問題を抱えています。

さて、この点についても円滑化法による民法改正があります。

(10/13施行)

見てみましょう。

## 民法第873条の2

成年後見人は、成年被後見人が死亡した場合において、必要があるときは、成年被後見人の相続人の意思に反することが明らかなときを除き、相続人が相続財産を管理することができるに至るまで、次に掲げる行為をすることができる。ただし、第三号に掲げる行為をするには、家庭裁判所の許可を得なければならない。

- 一 相続財産に属する特定の財産の保存に必要な行為
- 二 相続財産に属する債務（弁済期が到来しているものに限る。）の弁済
- 三 その死体の火葬又は埋葬に関する契約の締結その他相続財産の保存に必要な行為（前二号に掲げる行為を除く。）

### 演習問題 2

ア 保佐人は、被保佐人が死亡した場合において、一定の要件の下、相続財産に属する特定の財産の保存に必要な行為を行うことができる。

イ 成年後見人は、成年被後見人が死亡した場合において、一定の要件の下、まだ弁済期の到来していない相続財産に属する債務の弁済を行うことができる。

ウ A宗派に則って葬儀をしてほしいという生前の成年被後見人の意思が明らかである場合には、成年後見人は、相続人がB宗派に則った葬儀を望んでいる場合であっても、家庭裁判所の許可があれば、本人の意思を尊重し、A宗派に則って葬儀を執り行うことができる。

### 懸念点

- ・ 保佐人・補助人が対象外。  
（死後は事理弁識能力の程度は関係ないわけで、差を設ける意味がわかりません。立法ミスではないか？）←栗原の私見
- ・ 遺体の引き取りや火葬、葬儀等の施行のような3号の行為には家裁の許可を要します。「火葬したいです」と裁判所の許可を求めるということが現実的に運用できるのか。事の性質上、1週間も2週間も待つてられない。
- ・ 今まで事務管理や応急処分義務としてできていたことにまで、いちいち家裁の許可が要となるとかえって不便ではないか、という根本的な疑問があり得る。  
（この点につき、一応立案担当者は、「これまでできていたことがこの立法でできなくなるということではない」と言っています。…）

**問題**

11

成年被後見人Xの成年後見人をつとめるあなたの元へ、Xが倒れて病院に搬送されたと施設から連絡が入った。

急いで病院へ駆けつけると、医師より「手術が必要だが、本人に事理弁識能力がないので、代わりに同意書にサインしてほしい」と言われた。

あなたは同意すべきか否か？

未成年後見であればどうか？

**問題**

12

成年被後見人Xが不法行為をした場合、司法書士として成年後見人の職に就いているあなたが責任を負う場合はあり得るか。

親族後見人である場合はどうか。(最判例H28.3.1)

**民法第709条**

故意又は過失によって他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害を賠償する責任を負う。

**民法第713条**

精神上の障害により自己の行為の責任を弁識する能力を欠く状態にある間に他人に損害を加えた者は、その賠償の責任を負わない。

ただし、故意又は過失によって一時的にその状態を招いたときは、この限りでない。

**民法第714条**

1 前二条の規定により責任無能力者がその責任を負わない場合において、その責任無能力者を監督する法定の義務を負う者は、その責任無能力者が第三者に加えた損害を賠償する責任を負う。

ただし、監督義務者がその義務を怠らなかつたとき、又はその義務を怠らなくても損害が生ずべきであったときは、この限りでない。

2 監督義務者に代わって責任無能力者を監督する者も、前項の責任を負う。

この714条のいう「監督義務者」って誰のことなのでしょう。

民法上、具体的に誰を指すのか規定はありません。

(伝統的に、未成年者であれば親権者がこれに当たると考えられています。)

では、本件のような認知症とか精神障害者であればどうなのでしょう。

かつて、精神保健福祉法という法律に以下の条文がありました。

#### 旧精神保健福祉法第20条

1 精神障害者については、その後見人、配偶者、親権を行う者及び扶養義務者が保護者となる。

(以下略。)

2 保護者が数人ある場合において、その義務を行うべき順位は、次のとおりとする。ただし、本人の保護のため特に必要があると認めた場合には、後見人以外の者について家庭裁判所は利害関係人の申し出によりその順位を変更することができる。

一 後見人

二 配偶者

三 親権を行う者

四 前2号の者以外の扶養義務者のうちから家庭裁判所が選任した者

#### 旧精神保健福祉法第22条

保護者は、精神障害者に治療を受けさせるとともに、精神障害者自身を傷つけ又は他人に害を及ぼさないように監督し、かつ、精神障害者の財産上の利益を保護しなければならない。

#### 最高裁H28.3.1の判断

「保護者の精神障害者に対する自傷他害防止監督義務は、上記平成11年法律第65号により廃止された（なお、保護者制度そのものが平成25年法律第47号により廃止された。）。

また、後見人の禁治産者に対する療養看護義務は、上記平成11年法律第149号による改正後の民法858条において成年後見人がその事務を行うに当たっては成年被後見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旨のいわゆる身上配慮義務に改められた。この身上配慮義務は、成年後見人の権限等に照らすと、成年後見人が契約等の法律行為を行う際に成年被後見人の身上について配慮すべきことを求めるものであって、成年後見人に対し事実行為として成年被後見人の現実の介護を行うことや成年被後見人の行動を監督することを求めるものと解することはできない。

そうすると、平成19年当時において、保護者や成年後見人であることだけでは直ちに法定の監督義務者に該当するということはできない。」

「もっとも、法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受

けたとみるべき**特段の事情**が認められる場合には、衡平の見地から法定の監督義務を負う者と同視してその者に対し民法714条に基づく損害賠償責任を問うことができるとするのが相当であり、このような者については、法定の監督義務者に準ずべき者として、同条1項が類推適用されると解すべきである」

### 特段の事情とは？

- 「1 その者自身の生活状況や心身の状況
- 2 精神障害者との親族関係の有無・濃淡
- 3 同居の有無その他の日常的な接触の程度
- 4 精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情
- 5 精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容
- 6 これらに対応して行われている監護や介護の実態

など諸般の事情を総合考慮して、その者が

- A 精神障害者を現に監督しているかあるいは
- B 監督することが可能かつ容易である

など衡平の見地からその者に対し精神障害者の行為に係る責任を問うのが相当といえる客観的状況が認められるか否かという観点から判断すべきである。」

### もう1つの論点

「以上説示したところによれば、第1審原告の第1審被告Y1に対する民法714条に基づく損害賠償請求は理由がなく、同法709条に基づく損害賠償請求も理由がないことになるから、上記部分につき、第1審判決を取り消し、第1審原告の請求を棄却することとする。」

以上