

制限行為能力者の詐術と後見登記

後 藤 泰 一

はじめに

- 一 成年後見制度（後見・保佐・補助）と取引の安全
 - 二 後見登記と制限行為能力者の詐術
 - 三 後見登記と相手方（詐術を受けた者）の善意・無過失
- おわりに

はじめに

成年被後見人・被保佐人・被補助人等の制限行為能力者（ここでは未成年者を除く）の法律行為の取消しについては、以下のように定められている。まず、民法9条は、「成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる。ただし、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、この限りではない」と定める¹。また、民法13条4項は、「保佐人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる」と定める（成年被後見人の場合と同様に、「日常生活に関する行為」については単独でなしうる——民法13条1項ただし書）。そして、民法17条4項は、「補助人の同意を得なければならない行為であって、その同意又はこれに代わる許可を得ないでしたものは、取り消すことができる」と定める。

そこで、例えばAがBと取引をする場合、Aとしては、後々生じるかもしれない取消しの問題を回避するためには、当然のことながら、取引相手Bが行為能力を有するかどうか（成年被後見人・被保佐人・被補助人であるか否か）をまず知ることが重要となる——知っていれば手の打ちようがある。予め、Bが成年被後見人であるということが分れば（「日常生活に関する行為」

を超えた契約をする場合には), その後見人を相手に取引を進めるであろうし², 同様に, Bが被保佐人であることが分れば(後々, 民法13条4項に基づく取消しが行われることのないように), 保佐人の同意の有無を確認することになるだろうし, また, Bが被補助人であると分れば(民法17条4項に基づく取消しが行われることのないように), 補助人の同意を得たかどうかを確認することになるだろう。

Bが制限行為能力者であることを知らずに, AがBと不動産の売買契約を結んだところ, 後日, 上に掲げた理由で契約が取り消された場合, Aとしては抗弁のしようがない。Bが制限行為能力者であるということにつき, Aがたとえ善意・無過失であっても, Aは保護されない——Bが保護される。このように, 制限行為能力者を保護する制度は, 「初めから取引の安全と必然的に衝突するものであり, このような制度を認める以上は, 取引の安全が害されても仕方がない」³と観念されるべきものということになる。

ところで, Aの取引相手Bが行為能力を有するか否かは, 後見登記によって確認することができる(ただし, Aが直接登記を見ることはできないので, Bに「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の提示を求め確認することになる——この点については後述する)。従前の禁治産・準禁治産制度の下では, 禁治産・準禁治産の宣告が行われると戸籍にその旨の記録がなされていた。このような戸籍による公示は, たしかに, 「取引の安全を図り, また本人を保護するうえで一定の役割を果たしていた」⁴が, しかし, 実際には, 身分関係一般を公示する戸籍を用いて制限能力者を公示することに対して, 国民(ないし利用者)の強い心理的抵抗感があり, そのことが禁治産・準禁治産制度の十全な活用・利用を妨げる大きな要因の一つとなっていた。そうしたことから戸籍への記載が廃止され, これに代わって, 登記制度が取り入れられることになった⁵(この点についても後述する)。後見登記制度が, そういった心理的抵抗感をもたらさない(あるいは, 戸籍への記録という改正前の方法と比べて心理的抵抗感がより少ない)ものであれば, 登記による公示機能——登記による取引相手方の保護という役割——が十分

に果たされるものと期待しうるし、また、そのことがさらに成年後見制度の十分な活用・利用を促すことにも繋がってくるであろう。ちなみに、最高裁判所事務総局家庭局の取りまとめた「成年後見関係事件の概況～平成18年4月から平成19年3月～」によれば、成年後見開始事件（後見開始・保佐開始・補助開始及び任意後見監督人選任）の申立件数が計32,629件となっており、前年の計21,114件と比べて約55%増加したとの報告がなされている⁶。

先の例で、Bの詐術によってAがBのことを行為能力者と誤信した場合にはどうなるかという点、民法21条の詐術に関する規定に従い、Bは取消権を失うことになる（Aが保護される）⁷。それでは、Bによる詐術はたしかにあったけれども、ただ、詐術を受けた（騙された）側のAにも不注意があったような場合、例えば、Aが後見登記を通して（「登記事項証明書」の添付を求めるなどして）Bの行為能力につき確認していれば騙されるようなことはなかったはずなのに過失によってそれをしなかった——確認しなかったことに過失がある——場合にはどうなるのだろうか。このような場合においても、なお、AはBの取消権の喪失を主張しうるのではあるだろうか——このような問題は、これまで取り上げられることがなかったように思われるが、ただ、後見登記制度が公示機能として利用のし易さを企図して（従来の戸籍へ記載する制度を廃止しこれに代えて）導入されたことを考えると、後見登記を通して自分の相手方のことを確認したかどうかは、詐術による取消権の成否を判断する上で大きな要素となりうるのではあるだろうか。

以上のようなこと——制限行為能力者の保護と取引安全の保護（相手方の保護）が衝突する諸々の場面において後見登記が具体的にどのように機能するのか、また、民法21条における制限行為能力者の詐術に関する解釈に後見登記制度が何らかの影響を与えるのか等々——について様々考えてみた。本稿は、その覚書である。

一 成年後見制度（後見・保佐・補助）と取引の安全

1. 後見登記

従来の禁治産者・準禁治産者の制度が1999年（平成11年）の法改正により廃止され、これに代わって新しく後見・保佐・補助の制度（成年後見制度）が導入されたのであるが、同時に「後見登記等に関する法律」（以下、後見登記法と略称する）が制定され、後見登記法に基づき家庭裁判所における成年後見等の開始の審判については、戸籍とは別の新たな登記制度のなかで記録されることになった。成年後見・保佐・補助の開始の審判が行われると、原則として裁判所書記官の嘱託により法務局に備え付けられた「後見登記ファイル」にそれぞれ同法4条1項において掲げられた事項が記載される（なお、注12の「後見等の登記等」および「登記事項証明書の交付等」さらに注33・34などを参照）。

この登記制度は、成年後見人等の場合はその権限等をコンピューターシステムによって登記し、登記官が登記事項を証明した「登記事項証明書」、または、「登記されていないことの証明書」の交付によって登記情報を公示するというものである⁸。例えば、成年後見人が本人（成年被後見人）に代わって財産の売買契約を締結する場合、「登記事項証明書」の交付を受け、これを取引相手に提示することによって、その権限等を確認してもらうことができるので、取引の安全を図ることができる。また、成年後見等を受けていない者は、「登記されていないことの証明書」の交付を受け、それを相手方に提示することによって取引の安全を図ることができるということになる。

上述のように、この登記制度は、取引の安全を図ることを主眼としているが、同時にプライバシーの保護も要請されている。そうしたことから、この登記を取引の相手方が「直接見ることは、プライバシー保護のために認められていない。」⁹「これを認めると、事実上無限定となり、プライバシーの保護が破られるからである」¹⁰とされる。つまり、取引の安全と本人のプライバシー保護との調和を図るという観点から、証明書の交付を受けることができる者は、本人、その配偶者、4親等内の親族、成年後見人などの一定の者

に制限されている（その他に、国または地方公共団体の職員も含まれる（職務上必要とされる場合）——後見登記法10条参照（注12参照））。¹¹なお、「登記事項証明書」「登記されていないことの証明書」につき、代理人が申請する場合（成年後見人に代わって代理人が申請する場合や本人の配偶者または四親等内の親族から委任を受けた代理人が申請する場合）には、委任状の添付が必要となる。¹²

2. 後見登記と取引相手方の保護（取引の安全）

AがB所有の不動産を購入したいと考え、取引の交渉を開始するにあたって、AがBの個人的なこと（制限能力者でないこと）を知っているのであれば、安心して取引の交渉をすることができる。これに対して、AはBの個人的な事情を知らない場合には、何らかの方法で確認する必要があるが、この点につき、内田貴教授は、「あやしいと感じれば、本人に『登記事項証明書』（記載がない場合にはその旨の証明書）を添付させることで確認する」¹³ことになるだろうと説明される（例えば、「登記されていないことの証明書」の場合であれば、請求者は、交付申請手続きに従い、「登記されていないことの証明申請書」を法務局に提出することによって行われる——ただし、請求権者（手続対象者）は上述のように制限されている。取引に際して、Aがそういう必要性を考えるならば、上記の方法で確かめることになる¹⁴）。

それでは、上の例で、AがBを相手に取引を行う場合、Bが成年被後見人か、または被保佐人か、あるいは被補助人かによって、取引の安全という点において、何か違いが生じるのだろうか。それぞれの場合を具体的に考えてみよう。

(1) 成年被後見人の場合

成年被後見人であるBが単独で「日常生活に関する行為」を超えた契約を締結してしまった場合、この行為（契約）は常に取り消しうるものとされる（民法9条）。取り消されると契約は「初めから無効であったもの」とみなされ（民法121条本文——「取り消しの遡及効」）、その結果、Aは引渡しを受けた不動産を返還しなければならないが（不当利得返還義務——民法703

条), 制限行為能力者Bの返還につき, 民法121条ただし書は, 「制限行為能力者は, その行為によって現に利益を受けている限度において, 返還の義務を負う」と定める——Bは現存利益の範囲で返還すればよい。この規定の趣旨は, いうまでもなく制限行為能力者の保護ということにある。成年被後見人Bが受け取った代金の全額を返さない限りAも不動産も返さないということになっては, 「制限行為能力者保護のために取消権を認めた意味が半減してしまう」¹⁵ことになるからである。

かくして, Aとしては, Bが成年被後見人であるか否かを確認することがいよいよ重要となってくる。もっとも, Bに意思能力がないのであればAとの契約は無効となるが, ただ, 意思能力がないことを理由に意思表示の無効を主張するには, 無効を主張するBの方でそのことを証明しなければならない。しかし, 「これは必ずしも容易ではない。」¹⁶その意味で, 後見登記は重要な意味をもつ。つまり, 後見開始の審判が家庭裁判所によってなされると, その旨後見登記ファイルに記録されるので, 「意思能力を欠く者を定型的に明らかにすることで本人の保護を図ることができるが, それは同時に取引の相手方の保護にもなる」¹⁷からである。

そこで, Aが取引(「日常生活に関する行為」を超えた契約の締結)をしようとしている相手Bが精神上的の障害(認知症や知的障害・精神障害など)により判断能力が欠けている常況(通常の状態において意思能力——法律上の判断ができる能力——がないことを意味する¹⁸)にあるのであれば, 普通, Aはそのことに気付くだろう(「あやしい」というよりも, むしろ, 判断能力につき何らかの不自然さを感じたり疑念をもったりするだろう——少なくとも, その程度のことは容易に気付くものと思われる)から, まず, 一般的には, B相手の取引自体を進めるか否かを考えることになる。そうした上で, Aがどうしても取引を進めたい(「日常生活に関する行為」を超えた契約の締結をしたい)と考えるのであれば, Bが成年被後見人かどうかを後見登記を通して確認し——Bが単独で有効な契約をすることはできないから——本人Bを代理する成年後見人を相手に売買の交渉・契約締結を行うことになる

う。

もっとも、成年後見人の側の方が本人Bに代わって不動産の売買や介護サービスを受けるためにAとの交渉を積極的に進め契約締結に漕ぎ着けたいというのであれば——実際には、こういうケースの方が多いと思われるが——成年後見人の側が進んでAに対して「登記事項証明書」を添付・提示し、その内容・権限等を確認してもらうということになる。

(2) 被保佐人の場合

前述したように、被保佐人Bが不動産のような重要な財産について売買契約をする場合には、保佐人の同意を得なければならず、同意を得ないで被保佐人が売買契約を結んだ場合には、取り消すことができる（民法13条4項）。ここでも、成年被後見人の場合と同様に、Aとしては、取り消されるかどうかという問題の前に、Bが制限行為能力者（被保佐人）であるか否かを知ることが重要となる（これは以下に見ていく補助の場合も同様である）。Aの立場からすると、Bとの関係では以下のようなパターンが考えられるだろう。

(ア) AがBのことを制限行為能力者（被保佐人）だと前もって知っていれば、上記のように適切な対応をとることができる——後々になって取消しといった問題が生じることをあらかじめ回避できる。

(イ) AがBの個人的な事情について（行為能力の有無も含めて）まったく知らないけれども、ただ、Bの言動・振る舞いからして、Aが「Bはどうも被保佐人（制限行為能力者）ではなかろうか」と感じ、ここは一応確認しておいた方が安心だと考えるのであれば（あやしいと感じるのであれば）、Bに対して「登記事項証明書」の提示を求め、被保佐人であることを確かめればよいわけである（Bが制限行為能力者ではないといい張るのであれば、念のために「登記されていないことの証明書」の提示を求めて確認すれば安心・安全ということになる）。

(ウ) もし、Aが少しもあやしいと感じることなしにBと取引したところ、実はBは被保佐人であり、保佐人の同意を得ていなかったという場合には、上述のように取り消される可能性がある。

(エ) ただ、Bの言動・振る舞いが自己を行為能力者だと信じ込ませるためのものであって、それがためにAがBのことを行為能力者だと誤信してしまった場合には、詐術の問題になってくる（以下の二でみていく）。

こうしてみると、よく知らない個人を相手に重要な取引（例えば、民法13条で掲げられているような取引）をしようとする場合には、常に「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付を求め、相手方の行為能力について確認するのが最も安全・安心だということになる——もっとも、立場を換えていえば、上の例で、制限行為能力者でないAがBを安心させるためには、Aが自ら進んで「登記されていないことの証明書」を提示することも必要になろう。

ただ、実際に重要な取引を始めるに際して、相手方に上記証明書の添付を求める行為（それほど慎重過ぎるくらいの行為）が日常的に行われているのであろうか。一般的には、仕事上（商売上）、直接・間接に入手しえた取引相手Bの職業・社会的地位といった個人情報やその他の周辺情報などを通して、Bが取引相手として（行為能力の有無も含めて）安心できるかどうかの判断がなされているのではなかろうか。そういう情報に基づいて、Bが制限行為能力者かも知れない（そういった噂があるようだ——こういった直接・間接の噂も有力かつ重要な情報の一つとなりうるであろう）との疑念をもった場合には、Aは、まず、直接に面談するなどして確かめることになるだろう。そうした上で、Bの言動・振る舞いからして、やはりあやしいと感じた場合とか、あるいは、制限行為能力者かも知れないとの認識を深めたような場合には、「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の提示を求めて行為能力の有無を確認するということになるだろう——理屈としてはそのような手順が考えられる。ただ、Aが上記のような情報の収集力を持ち合わせていないというのであれば、取引に入る最初の段階で「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付・提示を求めて確認しておいた方が最も安全・安心ということになろう。

他方、Bとしても最初からAを安心させたいと考えるのであれば、Bが進

んで「登記事項証明書」を提示すればよいわけであり（それだけ手間が省けることになる）、そうした上でAがBのことを被保佐人と確認できたとき、あとはBが保佐人の同意が得たかどうかを確かめればよいということになる。

このように考えてくると、当たり前のことのようにであるが、まずは、「あやしい」と感じるか（気が付くか）どうかが重要となりそうである。もちろん、あやしいと感じるか（気付くか）否かは、その人の経験や洞察力・直感力・慎重さ・情報の質や量などによって左右されるだろうが、被保佐人の場合は成年被後見人ほど精神的障害が重いわけではないので、あやしいと気付かなかつたとしても不自然でないという場合も案外あるのではなからうか。ただ、これに関連して、二つほど問題がある。度々言及したが、(i)一つは、BがAを騙したためにAはBのことを行為能力者と信じてしまった場合（いわゆる「詐術」があった場合である）にはどうなるか、(ii)もう一つは、上記の(i)と関係してくるが、騙された（詐術を受けた）ことについてA自身に大きな不注意があった場合にはどうなるかであるが、これらの問題については、後で検討することにしよう。

(3) 被補助人の場合

それでは、Bが被補助人の場合にはどうだろうか。冒頭で触れたが、補助人には、「特定の法律行為」について同意権が付与され（民法17条1項）、被補助人が同意なしに「特定の法律行為」を行った場合には、その法律行為を取り消すことができるのであるから（民法17条4項。被補助人のほか補助人にも取消権がある——民法120条）、AがBと取引する場合——保佐の場合と同様に後々になって生ずるかもしれない取消しの問題を考えるならば——Bのことをあやしいと感じたときには、「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付を求めて確認すればよいわけである。そうした上で、Bが被補助人であることが分かり、当該行為が補助人の同意を必要とする行為とされているのであれば、その旨の同意を得ているかどうか確認すればよいわけである。また、AはBのことを被補助人であると知っていても、具体的にどういう行為について補助人に同意権を付与しているか（後見

登記4条5号)につき、間違いなく確かめる必要があるから、やはり「登記事項証明書」の添付を求める必要はあろう(Bが自ら進んでこれを提示するならば、やはりその分だけ手間が省ける)。

ただ、AがBを前にしてあやしいと感じるかどうかは、保佐の場合と同様に、Aの経験や洞察力・直観力・慎重さ・情報の質や量などによって左右されるであろうが、ただ、被補助人は、精神的障害の程度としては被保佐人よりも軽いのであるから、被保佐人以上に「あやしい」と感じない(制限行為能力者だとは思わない)場合も多くありうるのではなからうか。

この点に関連して、1999年の改正前の「浪費者」に言及しておこう。改正前の民法11条は、「心神耗弱者及ヒ浪費者ハ準禁治産者トシテ之ニ保佐人ヲ附スルコトヲ得」と定めており、準禁治産者に浪費者を含めていた。浪費者といっても、浪費癖があるほかは行為能力を有する普通の人と比べても言動や振る舞いなど外見的にはほとんど異なる場合が多い。したがって、相手方としても準禁治産者(浪費者)であるということに気付かないまま契約を締結し、後になって、浪費者が自分は準禁治産者であり保佐人の同意を得ていなかったので契約を取り消すというケースが多々見られた。その際、浪費者は、詐術を用いて自己が行為能力者であると信じ込ませるための手段・言動をとる場合がある(つぎに見ていく「詐術」の問題である¹⁹⁾)。改正後は、この浪費者は削除され、従来の浪費者に相当する者は、「能力が著しく不十分である者」あるいは「能力が不十分である者」に該当すれば、保佐または補助の対象になるとされるに至った²⁰⁾。Bがこのような(従来の浪費者に相当する)制限行為能力者(被補助人あるいは被保佐人)である場合、上述したように、そのことをAが前もって気付くということは、それほど容易なことではないと推測される——むしろ、「あやしいと感じろ」ということ自体無理だとされる場合も少なくないのではなからうか。

ここで、かりに、被補助人であるBが自己の不動産を売却するには補助人Cの同意を得なければならないとする旨の審判があったとしよう(民法17条1項)。このことを何も知らないAは、Bの不動産を購入したいと考えBと

交渉を始めたが、交渉過程において受ける印象から、Bのことを行為能力者だと思い込み（Bのことを制限行為能力者であるとは思わずに）契約を締結したとする。こういう場合、後日、Bの方から、実は自分は被補助人であり、不動産売買をするには補助人Cの同意を得なければならないところ、その同意を得ないで売買契約を締結してしまったということで取消権を行使する可能性がある。

二 後見登記と制限行為能力者の詐術

1. 民法21条の詐術

上記の例で、制限行為能力者Bが取消権を行使できない場合がある。例えば、Bが、自分は制限行為能力者ではないということをAに信じ込ませる（誤信させる）ために詐術を用いた場合である。こういう場合につき、民法21条は、「制限行為能力者が行為能力者であることを信じさせるため詐術を用いたときは、その行為を取り消すことができない」と定める。BがAを騙して自分のことを行為能力者だと信じさせた場合にまでBが保護される——Aが保護されない——というのは行き過ぎであり妥当ではない。そこで、「取引の相手方の保護のために取消権の喪失という制裁が認められる」²¹とされる。したがって、詐術を行ったBは取消権を行使できない。

民法21条の「詐術」というのは、積極的術策を用いた場合に限らず、普通に人を欺くに足りる言動を用いて相手方の誤信を惹起・誘発または誤信を強めた場合も含まれるとされるが、制限行為能力者であることを単に黙秘していた場合には、詐術には当たらず、それが、制限行為能力者の「他の言動と相俟って、相手方を誤信させ、または誤信を強めた」と認められるときは、詐術に当たると解されている（最判昭和44年2月13日民集2・23・291—後述）²²。

ところで、古い時代の判例は（成年後見制度以前の判例）、詐術というためには戸籍謄本を偽造したり他人に偽証させたりするような積極的な詐欺的行為があることを要すると解し、準禁治産者（浪費者）たることの事実を秘

して告げず父の営んできた質屋を継続するために借金したい旨告げたような場合（大判大正5年12月6日民録22・2359）²³や準禁治産者（金銭消費貸借における借主）が、公証人役場において金銭消費貸借契約を締結するに際して、相手方の面前で公証人の尋問に対して保証人及び弁護士であることを明言した者と共に自己が能力者であることを答え相手方の誤信を知りながら自己の無能力たることを黙秘したという場合²⁴（大判大正6年9月26日民録23・1495）²⁵には、詐術には当たらないとしていた。

その後、詐術の要件が少しづつ緩和され、準禁治産者（原因は明らかにされていないが浪費者と思われる）が、能力について疑義をもち調査しようとする相手方を阻止するような行動をとり行為能力者であると誤信させ場合（大判昭和2年11月26日民集6・626）²⁵、また、準禁治産者（これも明らかでないが浪費者と思われる）が、自分は「一級ノ選挙権ヲモ有シテ居ル者ナレハ必ス迷惑ハ掛ケサルヘシ」と述べて相手方を誤信させた場合（大判昭和5年4月18日民集9・398）²⁶には詐術になるとした。さらに、準禁治産者（これも明らかでないが浪費者のように思われる）が自己の能力について隠蔽する目的で相手方に対して「自分ハ相当ナ資産ヲ有スルヲ以テ安心シテ取引」されたい旨述べた場合も詐術に当たるとした（大判昭和8年1月31日民集12・24）²⁷。

そして、上述したように、最高裁昭和44年2月13日判決は、準禁治産者（心神耗弱者）であることを黙秘し、売買代金決定の交渉・土地所有権移転の仮登記及び本登記関係書類の作成・農地転用許可申請などについての積極的行動や売買仲介人に対して「自分のものを自分が売するのに何故妻に遠慮があるのか」と答えた場合につき、「無能力者であることを黙秘していた場合でも、それが、無能力者の他の言動などと相俟って相手方を誤信させ、または誤信を強めたものと認められるときは、なお詐術に当たるといふべきであるが、単に無能力者であることを黙秘していたことの一事をもって、右にいう詐術に当たるとするのは相当ではない」とした上で「右の黙秘の事実は詐術に当たらない」と述べた²⁸。制限行為能力者であることを単に黙秘してい

ただけでは詐術にならないが、それが他の言動と相俟って相手方を誤信させ、または誤信を強めた場合には詐術に当たるといのである（以上の判例は改正前の事案であり、準禁治産者・浪費者・無能力者という用語をそのまま使用したことをご承知願いたい）。

判例のこのような考え方については、学説（通説）も大方支持しているといつてよい²⁹。なお、詐術に関しては、浪費者（判決の中では明言されていないが、状況から判断して浪費者ではなからうかと思われる者も含めて）による詐術が比較的多いようである³⁰。「被保佐人は、判断能力がいちじるしく劣るわけではないのでその詐術が問題とされることが多い」³¹からだと思われる。

2. 成年後見制度における詐術

詐術に関する以上のような考え方は、基本的には、改正後の成年後見制度のもとでも（成年被後見人・被保佐人のみならず新しく設けられた被補助人についても）、そのまま妥当するものとの考えられる。成年後見制度の立案に関与した法務省民事局および最高裁判所事務総局家庭局の担当者による解説書において、「従来の禁治産者・準禁治産者制度の下で、判例は、準禁治産者が、積極的言動を用いた場合に限らず、他の言動などとともに相手方の誤信を強めさせたような場合には、民法20条（現21条——括弧内筆者）の『詐術』に当たると、単に無能力者であることを黙秘していただければ詐術に当たらないとの解釈をしめしてきました（最判昭和44・2・13民集23巻2号291頁〔心神耗弱者の準禁治産者の事例〕）。この趣旨は、新法における成年被後見人・被保佐人のみならず、新設の補助における同意権付与の審判を受けた被補助人についても、原則として妥当するものと考えられます」³²との言及がなされている。

上述の古い判例では、積極的な詐欺的行為として戸籍謄本を偽造するような行為があげられていたが、後見登記制度のもとでは、後見登記にかかわる偽造、例えば、「登記されていないことの証明書」の偽造（理屈の上ではそのような偽造もありうる）などは詐術となるだろう^{33・34}。ただ、平成19年

1月4日から東京法務局民事行政部後見登録課及び東京法務局以外の法務局・地方法務局の戸籍課で発行する成年後見登記に関する登記事項証明書の用紙（地紋紙）が変更され、新しい用紙（この地紋紙は不動産及び商業・法人登記に係る登記事項証明書の用紙と同じものである）には偽造防止措置が施されており³⁵、したがって、その限りでは、偽造の問題が生じるようなことはあまりないだろう（皆無とはいえないが）。

積極的な詐欺的行為のみならず、Bが被保佐人または被補助人である場合には（成年被後見人が詐術を行うというとはあまり考えられない——従来の詐術に関する事案もほとんどが準禁治産者、それも浪費者である³⁶）、Bが言動によって自己が行為能力者であるとAを誤信させたり、また行為能力者と告げてAを誤信させたりすれば詐術になる。さらに、Bが被保佐人または被補助人であることを黙秘していてもBの他の言動と相俟ってAを誤信させたとか誤信を強めた場合には詐術になる。

実際には、Aの立場からすれば、Bが被保佐人である場合よりも被補助人である場合の方がBの行為能力に疑義・疑念を抱かないまま取引に応ずる可能性が高くなるものと考えられる。被補助人は被保佐人の程度に至らない軽度の精神的障害があるに過ぎないからである。例えば、被補助人Bが外観的には行為能力者（健常者）とまったく区別できない状態にあり、これをAがすっかり信じてしまったような場合、上記判例に沿って考えると、Bが一定の取引について同意権付与の審判を受けているという事実を相手方に告げなかった（黙秘していた）だけでは詐術にならないが、当該取引における一連の経過・諸事情を総合的に考慮した上で、他の言動と相俟って相手方を誤信させ、または誤信を強めたと判断されるときには、詐術に該当するということになるだろう——そういう場合も考えられるということである³⁷。

三 後見登記と相手方（詐術を受けた者）の善意・無過失

1. 詐術を受けた者の事情（善意・無過失）

Bの詐術があっても、相手方Aが「行為能力制限の事実を知っていた場合

には、相手方を保護する必要はないので、本条は適用されない³⁸⁾と考えてよい。それでは、Bの詐術はたしかにあったが、ただ、Bのことを制限行為能力者でない（行為能力者である）と信じたことについて、Aに不注意があった場合にはどうなるのだろうか。詐術を行ったBと、詐術を受けた（騙された）ことについて過失があるAとのいずれを保護すべきかという問題である。この場合、制限行為能力者の詐術を著しい不注意によってそのまま鵜呑みにして信じてしまったAを保護しなければならないとは到底考えにくい——制限行為能力者の保護という行為能力制度の趣旨からしても、そのようなAは保護されないと考えるのが妥当であろう。要するに、Bを行為能力者と信じたことにつきAに過失がある場合には、Aは保護されない（Bの取消権は失われない）（以前、私は、詐術の相手方が保護されるには、善意・無重過失——悪意に近いような重過失があってはならないという意味——と主張したことがあった³⁹⁾）。この問題については、従来、やかましく論じられることはなかった⁴⁰⁾。

この点につき、近江幸治教授は、「その信じたことにつき過失のある者（ちょっと注意をすれば真実がわかりえたという場合）までも保護することは、規定の趣旨に反するのである。したがって、この『信じた』とは、相手方の『善意かつ無過失』を意味するものと解すべきである⁴¹⁾といわれる。判例は、相手方の保護要件として相手方の善意・無過失まで要求していないが、「取引の相手方が制限能力者なのだから、普通の成人とは違った態度・外観があれば、そのくらいの注意を払ってしかるべきであろう⁴²⁾と考えてよいのではなかろうか。詐術の相手方の保護要件として善意・無過失を取り入れることは、解釈論として十分に成り立ちうるし、実務上も制限能力者の保護と取引相手方の保護との間の柔軟な調和・きめの細かい対応が可能になるであろう。

このように考えてくると、結局、Aはどれだけのことをしていれば、無過失と判断されるのか——騙されたことについて落ち度はないと判断されるのか——という問題に行き着く。ここに後見登記制度が大きく関係してくるの

ではなかろうかと考えている。つまり、後見登記制度——公示機能をもち取引の安全を図るためのものであるが——の下では、すでに見てきたように、自分で登記を直接確かめることはできない以上、「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付・提示を求め相手方のことを確認するほかないわけである。そうすると、Aが「登記事項証明書」あるいは「登記されていないことの証明書」の添付を求めてBのことを確認しなかったことが過失ありと評価される場合も当然ありうるだろう。

2. いくつかのケース

ここで、いくつかの場合を想定しながら考察を進めてみよう。

- (ア) Bが制限行為能力者であることを単に黙秘しているに過ぎない場合において（従来の判例の基準によれば、それだけでは詐術にならない）、AがBのことをまったくあやしいと感じないで契約を締結したところ、後日、Bが自分は被保佐人であり保佐人の同意を得ないで契約を結んだという理由で取消権を行使したとしよう。このような場合、AはBに対して何ら抗弁の余地がない。まさに、Bのことを何らあやしいと感じなかった・気付かなかった——だから確認することもしなかった——Aが、不利益を受けてもやむを得ないということになる（これは詐術の問題ではない）。
- (イ) Bが制限行為能力者であることを黙秘していても、その他の態度・言動によってAをすっかり誤信させ、または誤信を強めさせ、それがためにAはBのことをまったくあやしいと思わず（上述のように、Aとしては、Bが被保佐人の場合よりも被補助人の場合の方がBの行為能力について疑義をもたないまま取引に応ずる可能性が高くなろう——別のいい方をすれば、被補助人は被保佐人ほど判断能力が劣っているわけではないので、被保佐人よりも被補助人による詐術の可能性が高くなってもおかしくはないということである）、それがために、AがBに対して「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付を求め確認することをしなかった場合には、民法21条の詐術が問題となり、Aに過失があるとはいえないから、Aは保護されることになる——Bは取消権を失う。

(ウ) ただ、Bの態度・言動・外観からして、あやしいと気が付いてBのことを確認するのが普通であるのに、過失によってあやしいと気付かず、したがって、Bに「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付を求め確認することを怠った場合（あるいは、あやしいと感じたけれども過失によって「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付を求め確認することを怠ったような場合も同様である）、Aには過失があったということでAは保護されない——Bは取消権を失わない——と考えるのが妥当であり、そのような解釈も十分成り立つものと考えられる。例えば、不動産取引の場合であればその専門業者とか、金銭貸借の場合であれば金融機関といった人については、後見登記を確認する義務があると考えてもよく、それを怠った場合には過失ありと評価されてもよいのではなかろうか^{43・44}。

なお、取引相手に対して、実際に「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付をいきなり要求するというに、ある種の躊躇とか遠慮といった心情・感情が伴うかも知れない。この点、後見登記制度が、実際に、国民ないし利用者の心情・感情として何の抵抗もなく受け入れられているのであれば、「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付の要求も、普通の行為として、ごく自然に行われるということになろう⁴⁵。今日、すでにそういう状況にあるという前提で考えるならば、益々、AがBのことをあやしいと感じた場合には、まず「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付を躊躇・遠慮せずに求め、行為能力の有無を確認することが重要となろう。

(エ) AがBに対して登記事項証明書または登記されていないことの証明書の添付を求めたにもかかわらず、Bが言葉や行動によってあれこれもっともらしいい訳をするので、結局、AはBのことをてつきり行為能力者と誤信してしまい（あるいは誤信を強めてしまい）、客観的にみて誤信したのも無理もないと評価される場合には、Bは詐術によって取消権を失うことになる。

(オ) それでは、上記(ウ)の場合において、(i)Bがあれこれいい訳をすること自体あやしいと感じるのが普通なのに、Aは不注意によって、Bのいい訳を鵜呑みにしそのまま文字通り（言葉通り）受け取ってしまった——不注意によってあやしいと感じなかった・気付かなかった——とか、(ii)Aはあやしいと感じたけれども、不注意によって、「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付を求めて確認することをしなかったために、結局、行為能力者と誤信してしまった（または誤信を強めてしまった）ような場合にはどうなるのだろうか、このような場合にはAに過失があるということで、Aは保護されない——Bの取消権は消滅しない——と考えるのが妥当であろう。ただ、(i)のように、あやしいと感じなかったことに過失があるといっても、実際にその過失の認定は困難が伴うのではないかと思われる。これは、要するに、詐術を行った制限能力者Bと不注意によって騙されたAとを比べたときに、当該事案における個別的具体的状況のもとでどちらを保護すべきかという問題となるが、ここで注意すべき点は、あくまでも行為能力者の制度——制限行為能力者の保護——を念頭に置いた妥当な解決が図られるべきであろうということである。

おわりに

以上のように、取引当事者の立場・事情・状況等を様々考えてくると、取引の安全・相手方の保護のためには、むしろ取引・交渉の早い段階に（むしろ、取引に先立ち）Aが自ら相手方に関する登記事項を確認できる手段が必要であるといえなくもない。この点につき、「相手方・第三者が直接に登記事項を知る途は閉ざされて」⁴⁶いることから、「取引の安全を害しないかが懸念される」⁴⁷との指摘がすでになされていた。ただ、この登記制度において制限行為能力者のプライバシーを保護する必要があること、また、制限行為能力者制度そのものが制限行為能力者を保護するためのものであることなどの点を考慮するならば、どうしても取引の安全が害される——相手方の保護が薄くなる（Aが犠牲になる）のもやむを得ないということになろうか。

かくして、初めての人と重要な取引をする場合には——あやしいと感じるかどうかは別として——慎重を期するため（後々に取消しといった問題が発生するのを防ぐためにも）、前述したように、取引当事者はそれぞれ相手方に対して「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付・提示を求めるのが最も安全でありかつ安心できる手段ということになる。

また、制限行為能力者（主に、被保佐人・被補助人）の詐術があった場合、誤信した者が民法21条に基づいて取消権の喪失を主張できるのは、誤信した（制限行為能力者だとは知らなかった＝善意）ことにつき無過失である場合に限られるべきではないかと述べてきたが、こういう視点に立って後見登記を考えてみると、上記証明書の提示を求めて行為能力について確認したどうか（過失があったか否か）は、民法21条の運用にとって大きな意味をもってくることになる。

注

¹ 行為能力の制限によって取り消すことができる行為は、制限行為能力者又はその代理人、承継人若しくは同意をすることができる者に限り、取り消すことができるとされている（民法120条1項）。したがって、成年被後見人も取り消すことができる（近江幸治『民法講義Ⅰ民法総則 [第6版]』（2008年・成文堂）321頁、山本敬三『民法講義Ⅰ総則 [第2版]』（2005年・有斐閣）56頁ほか参照）。ただ、この点につき、「意思能力が欠如する成年被後見人（旧禁治産者）は、およそ意思表示ができないので、取消し意思表示もできないと解されている。しかし、成年被後見人（旧禁治産者）であっても、意思能力が回復しているときに、取消しと理解できる行為をすれば、これを取消しと認めてよいであろう」（四宮和夫＝能見善久『民法総則（第7版）』（2005年・弘文堂）257頁）との考え方もある。また、川井健教授は、「成年被後見人は、意思能力があるときでも自ら法律行為ができないので、後見人の同意を得ても取消すことができない。もし成年被後見人が自ら取消をしたならば、後見人の同意を得たか否かを問わず、その取消しは取り消しうるものとなる」（川井健『民法概論Ⅰ民法総則 [第4版]』（2008年・有斐閣）278頁）とされる。——ただ、川井教授は別の個所において、「成年被後見人は自ら取り消すことができ、取消権の行使には同意を要しない（120条）」ともいわれる（川井・同前『民法概論Ⅰ民法総則 [第4版]』（2008年・有斐閣）36頁）。

² 通説は、成年被後見人が後見人の同意を得て行った行為であっても取消しができるとするが（例えば、我妻栄『新訂民法総則』（1965年・岩波書店）79頁）、この立場では、なおさら後見人を相手に取引交渉をする必要がある。

- ³ 平野裕之『民法総則〔第2版〕』（2006年・日本評論社）222頁。
- ⁴ 内田貴『民法I〔第4版〕総則・物権法総論』（2008年・東京大学出版会）123頁の【社会はいま】「制限能力者の公示」の説明を参照。
- ⁵ 従来の「無能力者」（ないし「行為無能力者」）の制度は、かねてから以下の点で利用しにくいといわれていた。すなわち、①両制度の効果がそれぞれ定型的に定められ硬直的な二元的制度であるため各人の個別的具体的状況に応じた弾力的な措置をとることができなかったこと、②禁治産者（「心神喪失ノ状況ニ在ル者」旧規定7条）・準禁治産者（「心神耗弱者及ヒ浪費者」旧規定11条）の要件が厳格であったため、軽度の痴呆・知的障害・精神障害等（痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者等ある程度の判断能力はあるが高度な判断能力はない者）の場合には利用できなかったこと、③禁治産制度の下では、日常生活に必要な範囲の行為もすべて禁治産者の法律行為については取消しの対象とされていたため、痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者等にとってはこの制度の利用が困難だったこと、④禁治産制度では、保佐人は同意権を有するだけであり代理権・取消権を有しなかったため、保佐人による保護の実効性が欠如していたこと、⑤福祉関係行政機関に申立権がないため、身寄りのない痴呆性高齢者・知的障害者・精神障害者等の財産管理等にとって支障をきたすこと、⑥禁治産・準禁治産（治産を禁ずる）という用語そのものが社会的偏見を有するものであること、⑦禁治産・準禁治産宣告の公示が戸籍への記載によって行われることに対して国民・利用者の心理的な抵抗感が強いこと、⑧実務の面で適切な鑑定人を選ぶことが難しく、鑑定までかなりの日時を必要とすることが多かったこと（宣告までに相当の時間と費用がかかる）、などの点においてである（小林昭彦・大門匡編著『新成年後見制度の解説』（2000年・ぎんざい）9頁以下参照）。
- ⁶ 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況～平成18年4月から平成19年3月～」(最高裁判所 HP 上でサイト内検索により「成年後見関係事件の概況～平成18年4月から平成19年3月～」を検索)によれば、「申立件数」については、(ア)成年後見開始事件（後見開始・保佐開始・補助開始及び任意後見監督人選任）の申立件数：合計32,629件（前年21,114件で対前年比約55%の増加）、(イ)後見開始の審判の申立件数：29,380件（前年17,910件で対前年比約64%の増加）、(ウ)保佐開始の審判の申立件数：2,030件（前年1,968件で対前年比約3%の増加）、(エ)補助開始の審判の申立件数：859件（前年945件で対前年比約9%の減少）、(オ)任意後見監督人選任の審判の申立件数：360件（前年291件で対前年比約24%の増加）とされている。補助開始の審判申立件数が若干減少しているが、後見および保佐については増えている。
- ⁷ 制限行為能力者の詐術に関して、以前は民法20条が「無能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル為メ詐術ヲ用キタルトキハ其行為ヲ取消スコトヲ得ス」と定めていた。平成11年（1999年）の改正（禁治産・準禁治産制度の廃止と新しい成年後見制度の導入）に際して、これが「制限能力者カ能力者タルコトヲ信セシムル為メ詐術ヲ用ヒタルトキハ其行為ヲ取消スコトヲ得ス」と改められ、その後、平成16年（2004年）の現代語化に際して、条番号が20条から21条へと変更された。なお、平成11年改正前の民法20条の詐術に関して、拙稿「民法20条における『詐術』について」（『信州大学法学論

集』(創刊号・2002年)1頁以下があるが、同論文の末尾の「付記」において、「本来なら、新しい制度を視野に入れた上での整理・検討が必要なのかも知れない」としてその後課題を残した恰好になっていた。この度、後見登記と関連づけて改めて考えてみた次第である。

- ⁸ 「登記事項証明書」というのは、後見登記ファイルに記載されていること——成年後見の場合には、成年被後見人・成年後見人等の住所・氏名、成年後見人等の権限の範囲等について記載されていること——を証明するものであり(保佐・補助の場合も同様である)、「登記されていないことの証明書」というのは、後見登記ファイルに記載されていないこと——成年被後見人・被保佐人・被補助人などに該当しないこと——を証明するものである。
- ⁹ 内田・前掲『民法I [第4版] 総則・物権法総論』123頁。
- ¹⁰ 近江・前掲『民法講義I 民法総則 [第6版]』70頁。
- ¹¹ なお、小林・大門・前掲『新成年後見制度の解説』35頁～37頁参照。
- ¹² ちなみに、後見登記法における後見等の登記等および登記事項証明書の交付等に関する条文を掲げておこう。

「後見等の登記等」

第4条 ①後見、保佐又は補助(以下「後見等」と総称する。)の登記は、嘱託又は申請により、磁気ディスク(これに準ずる方法により一定の事項を確実に記録することができる物を含む。第九条において同じ。)をもって調製する後見登記等ファイルに、次に掲げる事項を記録することによって行う。

- 1 後見等の種別、開始の審判をした裁判所、その審判の事件の表示及び確定の年月日
- 2 成年被後見人、被保佐人又は被補助人(以下「成年被後見人等」と総称する。)の氏名、出生の年月日、住所及び本籍(外国人にあっては、国籍)
- 3 成年後見人、保佐人又は補助人(以下「成年後見人等」と総称する。)の氏名及び住所(法人にあっては、名称又は商号及び主たる事務所又は本店)
- 4 成年後見監督人、保佐監督人又は補助監督人(以下「成年後見監督人等」と総称する。)が選任されたときは、その氏名及び住所(法人にあっては、名称又は商号及び主たる事務所又は本店)
- 5 保佐人又は補助人の同意を得ることを要する行為が定められたときは、その行為
- 6 保佐人又は補助人に代理権が付与されたときは、その代理権の範囲
- 7 数人の成年後見人等又は数人の成年後見監督人等が、共同して又は事務を分掌して、その権限を行使すべきことが定められたときは、その定め
- 8 後見等が終了したときは、その事由及び年月日
- 9 家事審判法(昭和22年法律第152号)第15条の3第1項の規定による審判(同条第5項の裁判を含む。以下「保全処分」という。)に関する事項のうち政令で定めるもの
- 10 登記番号

制限行為能力者の詐術と後見登記

- ② 後見等の開始の審判前の保全処分（政令で定めるものに限る。）の登記は、嘱託又は申請により、後見登記等ファイルに、政令で定める事項を記録することによって行う。

「登記事項証明書の交付等」

第10条 ①何人も、登記官に対し、次に掲げる登記記録について、後見登記等ファイルに記録されている事項（記録がないときは、その旨）を証明した書面（以下「登記事項証明書」という。）の交付を請求することができる。

- 1 自己を成年被後見人等又は任意後見契約の本人とする登記記録
- 2 自己を成年被後見人等、成年被後見監督人等、任意後見受任者、任意後見人又は任意後見監督人（退任したこれらの者を含む。）とする登記記録
- 3 自己の配偶者又は四親等内の親族を成年被後見人等又は任意後見契約の本人とする登記記録
- 4 保全処分に係る登記記録で政令で定めるもの

② 次の各号に掲げる者は、登記官に対し、それぞれ当該各号に定める登記記録について、登記事項証明書の交付を請求することができる。

- 1 未成年被後見人又は未成年被後見監督人 その未成年被後見人を成年被後見人等若しくは任意後見契約の本人とする登記記録又は第4条第2項に規定する保全処分に係る登記記録で政令で定めるもの
- 2 成年被後見人等又は成年被後見監督人等 その成年被後見人等を任意後見契約の本人とする登記記録
- 3 登記された任意後見契約の任意後見受任者 その任意後見契約の本人を成年被後見人等とする登記記録又は第4条第2項に規定する保全処分に係る登記記録で政令で定めるもの

③ 何人も、登記官に対し、次に掲げる閉鎖登記記録について、閉鎖登記ファイルに記録されている事項（記録がないときは、その旨）を証明した書面（以下「閉鎖登記事項証明書」という。）の交付を請求することができる。

- 1 自己が成年被後見人等又は任意後見契約の本人であった閉鎖登記記録
- 2 自己が成年被後見人等、成年被後見監督人等、任意後見受任者、任意後見人又は任意後見監督人であった閉鎖登記記録
- 3 保全処分に係る閉鎖登記記録で政令で定めるもの

④ 相続人その他の承継人は、登記官に対し、被相続人その他の被承継人が成年被後見人等若しくは任意後見契約の本人であった閉鎖登記記録又は第4条第2項に規定する保全処分に係る閉鎖登記記録で政令で定めるものについて、閉鎖登記事項証明書の交付を請求することができる。

⑤ 国又は地方公共団体の職員は、職務上必要とする場合には、登記官に対し、登記事項証明書又は閉鎖登記事項証明書の交付を請求することができる。

¹³ 内田・前掲『民法I [第4版] 総則・物権法総論』123頁。

¹⁴ 近江・前掲『民法講義I 民法総則 [第6版]』70頁参照。なお、「登記されていないことの証明書」は、平成12年4月1日以降に登記されていないことを証明するものであ

- って、同年3月31日までに禁治産・準禁治産宣告を受けているかどうかについての証明は、従来どおり本籍地の市町村が発行する身分証明書によることになる。
- ¹⁵ 内田・前掲『民法I [第4版] 総則・物権法総論』122頁。
- ¹⁶ 内田・同上109頁。
- ¹⁷ 内田・同上109頁。
- ¹⁸ 川井・前掲『民法概論1 民法総則 [第4版]』33頁。
- ¹⁹ 詳しくは、拙稿・前掲論文『信州大学法学論集』（創刊号・2002年）1頁以下参照。
- ²⁰ 例えば、小林・大門・前掲『新成年後見制度の解説』23頁参照。
- ²¹ 川井・前掲『民法概論1 民法総則 [第4版]』50頁。
- ²² 拙稿・前掲論文『信州大学法学論集』（創刊号・2002年）25頁参照。
- ²³ 拙稿・同上6頁参照。
- ²⁴ 拙稿・同上8頁参照。
- ²⁵ 拙稿・同上11頁参照。
- ²⁶ 拙稿・同上15頁参照。
- ²⁷ 拙稿・同上17頁参照。
- ²⁸ 前掲・最判昭和44年2月13日民集2・23・291、拙稿・前掲論文『信州大学法学論集』25頁以下参照。
- ²⁹ 川井・前掲『民法概論1 民法総則 [第4版]』51頁参照。
- ³⁰ 拙稿・前掲論文『信州大学法学論集』（創刊号・2002年）44頁以下。
- ³¹ 川井・前掲『民法概論1 民法総則 [第4版]』51頁。
- ³² 小林・大門・前掲『新成年後見制度の解説』111頁。
- ³³ 付け加えておくと、成年後見・保佐・補助の開始の審判があると裁判所書記官による登記嘱託の手続きを通して法務局に備え付けられた「後見登記ファイル」に記録されるので、不動産登記の場合のように偽造文書を用いての登記申請ということは考えられず、したがって、登記の効力が問題になることもないと思われる。
- ³⁴ なお、成年後見登記に関する裁判所書記官による登記嘱託の具体的な手続は、家事審判法15条の2、家事審判規則21条の5及び特別家事審判規則3条の16に定めがある（小林・大門・前掲『新成年後見制度の解説』319頁参照）。ちなみに、家事審判規則21条の5は、「後見登記法による登記を嘱託する場合には、嘱託書に次に掲げる事項を記載し、裁判所書記官が記名押印しなければならない」（同条1項）とし、「成年被後見人、被保佐人若しくは被補助人又は第23条第2項、第30条第2項若しくは第30条の8第2項の規定により財産の管理者の後見、保佐若しくは補助を受けるべきことを命ぜられた者の氏名、出生の年月日、住所及び本籍（外国人にあっては、国籍）」（同項1号）、「登記すべき事項を記録すべき登記記録があるときは、その登記記録の登記番号」（同項2号）、「登記の事由」（同項3号）、「登記すべき事項」（同項4号）、「嘱託の年月日」（同項5号）、「裁判所書記官の氏名及び所属裁判所」（同項6号）、「登記所の表示」（同項7号）、「登記手数料の額」（同項8号）と定め、同条2項は、「前項の嘱託書には、登記の事由を証する書面を添付しなければならない」と定める。また、特別家事審判規則3条の16は、登記の嘱託書について、「家事審判規則第21条の5の

規定は、前条の審判又は裁判について後見登記法による登記を囑託する場合について準用する。この場合において家事審判規則第21条の5第1項第1号中『成年被後見人、被保佐人若しくは被補助人又は第23条第2項、第30条第2項若しくは第30条の8第2項の規定により財産の管理者の後見、保佐若しくは補助を受けるべきことを命ぜられた者』とあるのは『本人』と読み替えるものとする」と定める。

- ³⁵ 平成19年1月4日から東京法務局民事行政部後見登録課及び東京法務局以外の法務局・地方法務局の戸籍課で発行する成年後見登記に関する登記事項証明書用の紙（地紋紙）が変更され、新しい用紙（地紋紙）は——不動産及び商業・法人登記に係る登記事項証明書の用紙と同じものである——偽造防止措置が施されている。なお、法務省民事局のHPから「成年後見登記に係る登記事項証明書用紙の変更について（おしらせ）」⇒「登記事項証明書専用紙の主な偽造防止措置」を検索・参照。
- ³⁶ 拙稿・前掲論文『信州大学法学論集』（創刊号・2002年）4頁参照。
- ³⁷ 小林・大門・前掲『新成年後見制度の解説』112頁も同旨。
- ³⁸ 四宮＝能見・前掲『民法総則（第7版）』61頁。なお、「未成年者であることを知りつつ、契約書の成年月日欄に成年となるように虚偽の誕生日を記載させたような相手方は、本条で保護されない（類似の事案として茨木簡判昭和60・12・20判時1198－143）」とされる（四宮＝能見・同上61頁）。さらに、近江・前掲『民法講義Ⅰ民法総則 [第6版]』73頁の【キャッチ・セールスでの未成年者の年齢詐称】も参照されたい。
- ³⁹ 拙稿・前掲論文『信州大学法学論集』（創刊号・2002年）5頁、同53頁を参照。
- ⁴⁰ 判例には取引に際して相手方が行為能力者かどうかの調査義務があり、それをしないで行為能力者と信じた場合には過失ありとするものもあるようだとされており、学説の中にこれを肯定的に解する立場がある（大判大正10年12月9日民録27輯2151頁、中山信弘・法学協会雑誌87巻845頁参照——最判昭和44年2月13日民集23巻2号291頁の判例研究）。「この問題は従来あまり論じられていない」とされている（米倉明『民法講義総則(1)』（1984年・有斐閣）142頁）。
- ⁴¹ 近江・前掲『民法講義Ⅰ民法総則 [第6版]』74頁。
- ⁴² 近江・同上74頁。平野・前掲『民法総則 [第2版]』223頁も同旨。
- ⁴³ 後見登記の場合ではないが、動産の即時取得を主張する者が動産譲渡登記を確認しなかった場合、登記を確認しなかったことが過失にあたりと評価される場合もあるのではなかろうか。動産の即時取得に関する取得者の要件として、民法192条によれば、平穩・公然・善意・無過失があげられているが、取得時効の場合と違って、これらはすべて推定される（判例は、民法188条を根拠に、無過失が推定されるとする——最判昭和41年6月9日民集20・5・1011）。そうだとすると、真の権利者の側で過失についても立証しなければならぬことになるが、一般に、この過失を立証するのは簡単ではない。この点につき、内田教授は、「備品や在庫品を担保に融資を受けている可能性のある法人から、その占有下にある動産を譲り受ける場合には、登記を確認する義務があると解される場合もあろう。たとえば、譲受人自身も在庫品を譲渡担保に取る金融機関であるような場合には、登記を確認する義務があり、それを怠れば、過

失があると評価される可能性がある」(内田・前掲『民法 I [第 4 版] 総則・物権法総論』474頁)と述べられるが、本稿での詐術を受けた者の過失という問題を考える上で興味深いものがある。そのように考えると、とくに不動産取引を専門とする者(専門家)は、「登記事項証明書」または「登記されていないことの証明書」の添付を求めて確認しなかったことに過失ありと評される公算が高くなっていくのではないかと思われる。

- ⁴⁴ なお、不動産登記に関して、162条 2 項における10年の取得時効のための無過失につき、売主の所有名義を登記簿で調査しない場合には過失ありとされる(大判大正 5 年 3 月 24 日民録 22 輯 657 頁, 川井・前掲『民法概論 1 民法総則 [第 4 版]』360 頁参照)。不動産売買に際して、登記が売主名義でなく第三者名義になっていたような場合には、「買主はその理由を確認しなければ過失ありとされるだろう」(内田・前掲『民法 I [第 4 版] 総則・物権法総論』383 頁)。
- ⁴⁵ なお、平成 12 年 3 月 31 日以前に禁治産者・準禁治産者に該当していないことの証明は、従前通り本籍地の市町村が発行する身分証明書、戸籍謄本または抄本によって行われるが、平成 12 年 4 月 1 日以降、成年被後見人・被保佐人・被補助人に該当していないことの証明は、「登記されていないことの証明書」によって行われることになったので、平成 12 年の 3 月 31 日以前および 4 月 1 日以降のいずれの時点においても、それぞれ該当していないことを証明するには、上記の「身分証明書」等および「登記されていないことの証明書」の両方が必要となる(なお、具体的手続については、東京法務局公式 HP における「成年後見登記」を検索・参照)。
- ⁴⁶ 須永醇『新訂民法総則要論(第 2 版)』(2005 年・勁草書房) 76 頁。
- ⁴⁷ 須永・同上 76 頁。