

大阪家裁総第393号

令和2年7月1日

山 中 理 司 様

大阪家庭裁判所長 田 中 俊 次



司法行政文書開示通知書

3月29日付け（同月30日受付、大阪家裁総第238号）で申出のありました
司法行政文書の開示（大阪家裁後見センターだより第17回）について、下記のと
おり開示することとしましたので通知します。

記

- 1 開示する司法行政文書の名称
後見センターだより第17回（片面で7枚）
- 2 開示の実施方法
写しの送付

1 はじめに

今回は、居住用不動産の処分についての許可の申立て（民法859条の3、876条の5第2項、876条の10第1項）に関する留意点について説明します。

5 2 民法859条の3の趣旨

民法859条の3は、後見人等¹が、本人²の居住の用に供されている不動産を処分するに当たって、家庭裁判所の許可を必要とする旨を定めた規定です。

この規定は、平成11年法律第149号による改正により新設されたもので、その趣旨については、居住用不動産の処分による居住関係の変化が本人の身上面に与える影響が大きいことに鑑み、その処分をするためには家庭裁判所の許可を得なければならないこととし、特に身上面の保護の観点から財産行為上の代理権を制限したものと説明されています³。

3 申立時の留意点

(1) 居住用不動産について

15 ア 「居住の用に供する」とは、生活の本拠として現に居住の用に供しており、又は居住の用に供する予定があるという趣旨であり、本人が生活の本拠として現に居住しておらず、居住する予定もない建物（例えば、別荘等）又はその敷地の処分については、上記の趣旨に鑑み、家庭裁判所の許可を要しないものと解されています⁴。

20 イ 施設に入所したために自宅を長期間空けていても、当該自宅は、居住の用に供する可能性がある限り、居住用不動産に該当するものと解されます⁵。

¹ 成年後見人、保佐人及び補助人を総称して「後見人等」という。

² 成年被後見人、被保佐人及び被補助人を総称して「本人」という。

³ 小林昭彦ほか・新成年後見制度の解説【改訂版】158、159頁。

⁴ 前掲脚注3小林ほか159頁。

⁵ 新井誠ほか・成年後見制度一法の理論と実務【第2版】99頁。なお、「許可は効力要件であるから、居住用不動産に該当するか否か微妙な場合には、予防的に許可を得ておくことも考えられる」という指摘がある（東京家裁後見問題研究会・東

(2) 処分について

居住用不動産の処分の許可の対象となる行為は、居住用不動産についての売却、賃貸、賃貸借の解除、抵当権の設定、その他これに準ずる行為であり、本人が最終的にその建物に居住することができなくなるような処分であると解
5 されています⁶。実務上、このような処分に該当するか否かが問題となるものとして、以下のようなものがあります。

ア 高齢者向けの施設への入所に係る契約（入所契約）の解除について

入所契約は、居室や共用部分の利用に関する合意のほか、介護や生活支援等のサービスの提供に関する合意も含まれることが多く、他方、賃貸借契約
10 とは異なり特定の居室を対象として明示していないものもあります。特に、対象として特定の居室を明示していない入所契約では、利用者は、特定の居室を使用する権利を取得するのではなく、施設全体を利用する権利が発生するにすぎず、特定の居室を継続して使用できるか否かは個々の契約内容によって定まる（事業者の判断で居室が変更される可能性がある）ものと考えられ
15 ます。したがって、入所契約を解除するに当たって居住用不動産の処分の許可が必要か否か（入所契約の解除が、民法859条の3の「売却、賃貸、賃貸借の解除、抵当権の設定その他これらに準ずる処分」に当たるか否か）については、当該契約の内容等を踏まえて検討する必要がありますので、許可の要否につき判断に迷われた際は、利用権設定契約の内容が分かる契約書の写し等を添付した連絡票を送付するなどして、家庭裁判所に相談してくだ
20 さい（連絡票には許可の要否に関する後見人等の意見を記載するようにしてください。）。

イ 居住用不動産の所有権・共有持分が相続財産に含まれる場合の遺産分割に

京家裁後見センターにおける成年後見制度運用の状況と課題（判例タイムズ1165号86頁）。

⁶ 前掲脚注5 新井ほか・99頁。

ついて

(7) 実務上、本人の居住用不動産の所有権・共有持分が遺産分割の対象となる場合に、遺産分割協議を成立させるに当たって居住用不動産の処分の許可が必要なのかという相談が寄せられることがしばしばあります。例えば、
5 本人が居住している不動産をその夫Aが単独で所有している事案で、夫Aが死亡し、その相続人である本人とその子Bとの間で、居住用不動産を含めて遺産分割協議を行う必要が生じ、居住用不動産を子Bが単独で取得するという遺産分割協議を成立させようとする場合において、居住用不動産の処分の許可が必要なのでしょうか。

10 この問題に関しては、以下のとおり、遺産分割における物権変動の法的性質をどのように捉えるかなどによって考え方が分かれるものと思われます。

(イ) 遺産分割の効力は、相続開始時、すなわち、被相続人の死亡時（民法882条）に遡及するのが原則とされていますので（民法909条本文）、居住用不動産の所有権は夫Aから子Bに直接移転したとみることができます。
15 この点を重視すれば、本人に居住用不動産の権利が帰属することはなかったといえますから、居住用不動産の処分の許可は不要と解する余地がありそうです。

(ロ) 他方、民法においては、相続が開始すると、暫定的にはあるものの、
20 共同相続人は各自の相続分に応じて相続財産を共有し（民法898条。遺産共有）、その後、遺産分割によってその共有関係が解消されるという枠組みが採用されています。この点を重視すれば、上記の遺産分割協議の内容は、本人が一旦取得した居住用不動産の共有持分を子Bに移転させるものですから⁷、居住用不動産の処分の許可が必要と解することになりそうです。

⁷ いわゆる「遺産分割と登記」に関する最判昭和46年1月26日民集25巻1号90頁はこのような考え方に親和的といえようか。

また、許可を不要とする前記(イ)の見解のように遺産分割の遡及効を重視するとしても、居住用不動産を子Bに単独で相続させるという内容の遺産分割協議は、本人の居住関係に大きな変化をもたらす得るものであることから、上記2の民法859条の3の趣旨に鑑みて、そのような遺産分割協議を成立させることそれ自体が、居住用不動産の売却等に「準ずる処分」に当たるとみる余地もあるように思われます。

(エ) このように、上記(ア)のような事案において居住用不動産の処分の許可を要するかについては両説あり得るところですので、許可の要否につき判断に迷われた際は、家庭裁判所に相談してください（この場合も、連絡票には許可の要否に関する後見人等の意見を記載するようにしてください。）。)

(3) 居住用不動産を処分することについての本人の意向

ア 上記2のとおり、民法859条の3の趣旨は、居住用不動産の処分による居住関係の変化が本人の身上面に与える影響が大きいことに鑑み、後見人等の代理権を制限したものとされています。

この点を踏まえると、家庭裁判所が民法859条の3に基づく許可をするか否かを判断するに当たっては、本人が居住用不動産の処分についてどのような意向を有しているかを考慮し、できる限りその意向に沿ったものとする必要があると考えられます⁸。

そのため、居住用不動産の処分についての許可の申立てをするに当たっては、本人が意思疎通をすることができる状態にあるか否か（意思疎通可能な場合はその程度を含む。）や、居住用不動産を処分することについての本人の意向がどのようなものであるかをできる限り明らかにしていただくようお願い

⁸ 例えば、心身の状態の変化により、本人が自宅に戻って生活する可能性がなくなった場合であっても、本人が自宅の処分に反対する意思を明らかにしており、かつ、自宅を処分しないことにより支払うべき費用（固定資産税や賃料等）を負担するだけの経済的な余裕があるときには、居住用不動産を処分する必要がないとして、申立てを認めないことがあり得ると考えられる。

します。

イ 大阪家庭裁判所のホームページにアップロードされている申立書書式には、上記アのような考えに基づき、「居住用不動産の処分についての本人の同意の有無」という欄が設けられており、回答の選択肢として「1 ある。 2 5 ない。 3 確認できない。」が挙げられています。

上記選択肢のうち「2 ない。」が選択されている場合、居住用不動産の処分について同意しないという本人の意向が表明されたと解すべき余地のある事案もあり得るところで、そのような場合に申立てを認容するためには、本人の意向に反してでも居住用不動産を処分すべき必要性が認められなくてはならないと解されます。そのため、後見人等に対して、処分の必要性等に関して追加の報告等を求めることがあります。

また、上記選択肢のうち「3 確認できない。」を選択する場合には、本人が意思疎通不能な状態又は本人が居住用不動産を処分するということを理解できない状態にあるため、同意の有無を確認できないという趣旨なのか、それ以外の趣旨（例えば、本人に居住用不動産の処分の話をすると抑うつ的な状態になってしまうため、同意の有無を確認できないという趣旨）なのかを明らかにしてください。

(4) 保佐・補助が開始されている場合

本人につき保佐又は補助が開始されている場合、保佐人又は補助人に居住用不動産の処分（例えば、本人の所有する不動産の売却や本人が賃借人となっている賃貸借契約の解除）に関する代理権が付与されていないにもかかわらず、居住用不動産の処分についての許可の申立てがされる事案が少なくありません。

保佐人又は補助人に居住用不動産の処分に関する代理権が付与されていなければ、申立てを認めることはできませんので、申立てをするに当たっては、保佐人又は補助人に付与されている代理権の内容を確認し、必要に応じて、別途

代理権付与の申立てを行うようにしてください。

(5) その他

ア 不動産を売却する場合

(ア) 不動産を売却することを許可するに当たっては、売却代金の相当性について審理をしています。したがって、申立てをする際には、査定書等の売却代金が相当であることに関する資料を提出するようにお願いします。

(イ) また、不動産を売却することを許可する場合、審判書の主文には買主の住所を記載する運用としていますので、買主の住所に関する資料を提出してください。

なお、許可の審判をした後に、後見人等から、買主の住所に誤りがあり、法務局での登記申請が認められなかったという理由で、審判の変更等を求められることがありますので、事前に十分な調査をしていただくようお願いいたします。

イ 賃貸借契約を解除する場合

賃貸借契約を解除することを許可する場合、審判書の主文には賃貸人の氏名・法人名（屋号や支店名ではありません。）を記載する運用としていますので、賃貸人の氏名・法人名に関する資料を提出してください。

なお、賃貸物件の譲渡等により賃貸人たる地位の移転が生じている場合、審判書の主文には審判時の賃貸人の氏名・法人名を記載することになりますので、その点に関する資料等の提出が必要です。

4 おわりに

実務上、種々の理由により、早急に居住用不動産の処分の許可を得たいと希望されることがありますが、今回説明したように、許否の判断をするに当たっては各事案の個別の事情を踏まえて検討する必要があります。迅速に判断をするためにも、判断に必要・有益な情報を提供していただくようお願いいたします。

以上

第17回のテーマは、「定期収支の変動報告の重要性について」です。

現在、後見センターでは、年1回の定期報告においては、後見等事務報告書、財産目録、預貯金通帳の写し等の3点セットの提出を求めています。これらに加え

- 5 て、収支予定表も毎回提出される方がいらっしゃいますが、収支予定表は毎回提出していただかなくても構いません。新しい収支予定表の提出が必要になるのは、裁判所から個別にお願いをした場合のみです。

というのも、後見センターとしては、就職の初めに提出された収支予定表に変化があった場合は、新しく収支予定表を作成するのではなく、後見等事務報告書の

- 10 「本人の財産状況について」の1項（以下「変動報告欄」という。）への記載により報告をすることをお願いしているからです。新しい収支予定表を添付したからか、収支に変動があるにもかかわらず、変動報告欄で「変化ありません」と報告されている例が散見されます。しかし、裁判所は、後見人等が就職の初めに提出した収支予定に、その後の定期報告時に変動報告欄に記載された変動を加味した収支予定に基づいて、基本的な審査を行っています。収支予定表の添付のみでは変動の時期が分からないこともあり、変動報告欄で正確な報告がなされていないと、スムーズに審査が行えません。結果、資料の追完が必要になったり、報酬付与の審判まで長期間を要したりします。

- 20 収支の変動を報告する際の具体的な留意点については、是非、本連載第13回を今一度ご確認ください。なお、変化が多岐にわたる場合等に、新しく収支予定表を作成し、変動報告欄でこれを引用することは差し支えありません。ただし、この場合も、本連載第13回に記載の留意点には十分に気をつけていただきますようお願いいたします。