

成年後見人の財産管理に関する監督責任のあり方

宮 崎 幹 朗

1 はじめに

2000年4月に新しい成年後見制度が導入されてから、20年を経過した。その間、保佐および補助の利用は期待されたほどではないものの、成年後見制度全体の利用者は増加の傾向を示している。2018年12月末の時点で、成年後見の利用者は169583人であり、保佐（35884人）、補助（10064人）、任意後見（2611人）の利用者数を合わせた成年後見制度全体の利用者総数は218142人となっている¹。2013年12月時点の利用者総数は176564人であり、5年間で4万人余り増加していることになる。それでも、まだ成年後見制度の活用は十分には進んでおらず、成年後見制度の利用を必要とする人が利用できていないと指摘されている。そのような中で、政府は「成年後見制度の利用の促進に関する法律」（平成28年法律第29号）に基づき、2017年3月24日に「成年後見制度利用促進基本計画」を閣議決定し、成年後見制度を必要とする人が利用しやすい体制の構築・整備のための取り組みを強化することを明らかにした²。そこで、重要な課題の一つとして挙げられているのが、成年後見人等の不正行為の防止に対する対応である。

すでに2010年の時点で、親族後見人による業務上横領事件の摘発が頻繁に見られており、不祥事や職務怠慢等を理由とした成年後見人等の解任件数は増加傾向にあると指摘されていた。2010年6月から2012年3月までの調査によると、成年後見人等の不正行為が判明した件数は538件で、被

1 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30年1月～12月」から。

2 「成年後見制度利用促進基本計画」の概要については、須田俊孝「成年後見制度利用促進基本計画の概要」実践成年後見69号4頁以下（2017年）。

害総額は52億6000万円に及んでいることが明らかにされている³。成年後見人等による不正報告件数はさらに2014年まで増加傾向を示し、831件に達しており、成年後見人等による不正行為や横領事件は重大な問題となっていた。東京家庭裁判所だけでも、不適切な後見事務が増加していることが指摘されており、2011(平成23)年に311件(被害総額約1億3000万円)であったものが、2012(平成24)年には624件(約48億1000万円)に増加し、2013(平成25)年には662件(約44億9000万円)となったことが報告されている⁴。最高裁判所が公表している司法統計からも、後見等監督処分件数および後見人等の解任件数は増加し続けていることがうかがえる。新しい成年後見制度が導入された2000年における後見等監督処分件数は3609件、後見人等の解任件数は71件であったが、2014年には後見等監督処分件数は93657件、後見人等の解任件数は1095件に達し、2018年ではそれぞれ162085件、496件となっている⁵。

また、後見人となった親族等が被後見人の財産を着服するなどの不正が横行し、家庭裁判所が職権で後見監督人を選任するケースが増えているとして、2015年には全国の家裁判所で後見監督人選任件数が過去最多の4800件に達していることが報道されている⁶。新しい成年後見制度が導入された2000年には後見監督人の選任件数がわずか27件であったことを考えれば、大きな変化であるといえる⁷。親族後見人の不正防止のために、専門職後見人を活用する傾向も強まっているが、件数は多くはないものの、専門職後見人の不正行為も目立っている。家庭裁判所は後見監督人の選任に

3 加藤雅信「成年後見制度の充実と、不祥事防止」現代民事判例研究会編『民事判例V2012年前期』(日本評論社、2012年)100頁。読売新聞2013年3月17日夕刊記事および浅香竜太・内田哲也「後見制度支援信託の目的と運用」市民と法76号13頁以下(2012年)を引用している。

4 三森仁「東京家庭裁判所委員会『近時の成年後見事件の実情』報告」LIBERA15巻3号47頁(2015年3月)。

5 周作彩「成年後見制度における監督の意義」実践成年後見84号7頁(2020年)参照。

6 日本経済新聞2017年1月18日。

7 辻川圭乃「親族後見の意義と課題」実践成年後見30号29頁(2009年)は、親族後見の場合に後見監督人がいれば早い段階で不正な財産処理が発覚したかもしれないとするが、財産が多額の場合などでは最初から第三者後見人を選択した方がよいケースもあると述べている。

よって後見人の財産管理上の不正行為の防止を進めようとしているが、後見監督人を選任すれば後見人の不正行為を防止することができるというわけではなく、その効果については疑問もある。さらに、2012年に後見制度支援信託制度が導入され、成年後見人等の不正行為や不適切な管理行為への対処を可能とする方策を構築しようとしたが、この制度の利用件数は思ったほど増えていないのが現状である。

さまざまな対応策の影響もあって、不正報告件数は2016年をピークに減少し、専門職後見人の不正報告件数も減少しつつあると指摘されている⁸。しかし、成年後見人の横領行為が起訴・処罰される事案は増加しており、成年後見人の刑事責任については、被後見人の財産を横領した成年後見人が被後見人の親族であったとしても刑法の親族相盗例の適用は排除されるところの判例が出ている⁹。また、成年後見人を監督する成年後見監督人の損害賠償責任や、成年後見人を選任し監督する家庭裁判所の損害賠償責任を問う訴訟もあらわれている。その中で、知的障害を有し、知的能力が小学校4年生程度の親族を成年後見人に選任し、約3800万円の横領事件が発生した事案で、家庭裁判所の裁判官の過失を一部認めて、国家賠償請求が一部認容されるという判決も出ている¹⁰。その判決以外にも、成年後見人および成年後見監督人の選任や監督に関する家庭裁判所家事審判官の責任を問う国家賠償請求訴訟の事例がある。後見人の不正行為が判明した場合、後見監督人の責任と並んで、家庭裁判所自身の監督責任はどうとらえるべきかが問題とされている。本稿では、後見人の不正行為に関連して後見監督人および家庭裁判所の監督責任の問題について考えてみる。

2 成年後見人の職務と責任

現行の成年後見制度においては、成年後見人の職務内容は被後見人の生

8 宇田川公輔＝西岡慶記「成年後見制度の現状と今後の課題」家庭の法と裁判15号9頁(2018年)。

9 たとえば、仙台高裁秋田支部平成19年2月8日判決家月59巻5号81頁、最高裁平成24年10月9日判決刑集66巻10号981頁など。

10 後掲・広島高裁平成24年2月20日判決金判1392号49頁。

活や療養看護および財産管理に関する事務全般に及ぶが、契約を中心とする法律行為に限定している。したがって、被後見人の療養看護については、療養看護自体ではなく、療養看護に関する法律行為に限定されることになっている。ホームヘルパーの利用などの福祉サービスの利用契約や施設入所に関する事務処理などが対象となり、療養看護のような事実行為は成年後見人の職務には含まれていない¹¹。民法859条1項は、後見人の権限について、被後見人の財産を管理し、財産に関する法律行為について被後見人を代表すると規定している。また、民法9条は、日用品の購入などの日常生活に関する行為を除いて、成年被後見人が自ら行った法律行為を取消することができる権限を後見人に与えている。成年後見人には成年被後見人の財産管理に関して広範な権限が与えられており、基本的に成年被後見人の預金の管理や不動産の処分など成年被後見人の財産に関する法律行為を成年被後見人に代わって行うことができる。高度な信頼関係に基づいて裁量性の高い事務処理を委ねられている委任契約における受任者の立場に近いものといえる。したがって、成年被後見人の財産の横領などの不正行為や不適切な財産処理行為が生じる可能性を否定できず、成年後見人の権限濫用の危険性が常に存在している。委任契約においては、受任者は複雑な事務処理をおこなうことが求められ、広範な裁量権を認める必要がある反面、高度な注意義務が期待されることになるが、成年後見人についても被後見人の財産管理等の事務処理に高度な注意義務が求められるべきであるとされる¹²。そして、注意義務違反があり、被後見人に損害を与えた場合には、損害賠償責任が発生することになる。しかし、個々の事務処理について具体的にどのような注意を果たせばよいのかについては明確な指標が存在しているわけではない。また、一般論として、後見人の財産管理行為は正当な職務執行行為と推定されることになるため、その行為が失当であると主張する場合には、後見人の行為が失当であることを主張する者がそれを立

11 小林昭彦＝大門匡編『新成年後見制度の解説』（金融財政事情研究会、2000年）142頁以下。

12 赤沼康弘「成年後見人の権限と限界」判例タイムズ1406号5頁（2015年）。

証する責任を負うことになる¹³。

成年後見人のおこなう財産管理に関する事務については、民法 853 条以下に規定している。成年後見人に就任した際に最初におこなうのが被後見人の財産の調査と財産目録の作成である。後見人が被後見人の財産の管理をおこなうにあたり、後見人自身の財産と被後見人の財産とを明確に区別し、混同を防ぐことが求められている。そのために、まず、被後見人の預貯金通帳、有価証券、登記済証、不動産賃貸借契約書等の財産関係の書類、現金、印鑑、貸金庫等の鍵などの引渡しを受けて、被後見人の財産を調査し、財産目録を作成することを後見人に義務付けている。財産の調査とは、不動産・動産、債権・債務など被後見人に属する財産の種類、その数量・価格・所在などを明らかにすることであるとされている¹⁴。そして、その調査を踏まえて財産目録を作成することになるが、財産目録の作成には特別な書式は定められておらず、財産調査の結果を書面に記録することで足りる。しかし、実際には、ほとんどの家庭裁判所で財産目録の書式が用意されており、通常は家庭裁判所から成年後見人に対して、後見開始および成年後見人選任の審判書の送付の際に期間を定めて報告書と財産目録の提出を求めて、財産目録と収支状況報告書の定型的用紙が送付されている¹⁵。後見人は、後見開始の申立時に提出されている財産目録や被後見人自身およびその親族等からの聞き取りを参考にして、財産調査をおこない、その結果を財産目録として記録することが求められることになる。なお、財産目録を提出した後であっても、後見監督人ないし家庭裁判所は民法 863 条 1 項でその監督権限に基づいて後見人に対して財産目録の提出が求められることができることが認められており、その請求があった場合には後見人はあらためて財産目録の作成と提出を求められることがある。なお、民法 854 条は、後見人は財産目録の作成が終了するまでは急迫の行為のみをする権限を有すると

13 大審院明治35年6月27日判決民録8輯6号167頁、大審院昭和3年2月6日判決民集7巻21頁。

14 松川正毅＝窪田充見編『新基本法コンメンタル親族（第2版）』（日本評論社、2019年）304頁〔神谷遊〕。

15 新井誠＝赤沼康弘＝大貫正男編『成年後見制度 法の理論と実務（第2版）』（有斐閣、2014年）110頁〔赤沼康弘〕。

規定している。財産目録の作成が終了するまで、後見人があらゆる後見事務をおこなえないとすると、被後見人に不利な事態が生じるおそれがあるため、急迫の必要がある場合に限定して後見人の権限を認めている。急迫の必要がある事項については、債権保全のための時効中断や差押え、債権者代位権の行使、緊急を要する建物の修繕などがこれに当たると考えられている¹⁶。また、民法855条1項は、後見監督人がある場合に、後見人に被後見人に対する債権債務の申出義務を定めている。後見人の財産管理が適正におこなわれるために、後見人自身の財産と被後見人の財産を明確に区別する一環として、後見人と被後見人との間の債権債務関係についても明瞭にする必要がある。なお、民法855条2項は、後見人が被後見人に対して債権を有していながら、これを申出なかったときには、その債権を失うと規定されている。さらに、民法856条は、被後見人が包括財産を取得した場合に後見人に財産調査および財産目録の作成を義務付けている。財産目録作成後に、被後見人の財産に変動があったとしても、後見人は当然に財産目録を作成する義務を負わないが、相続、包括遺贈、営業譲渡などによって被後見人が複数の権利義務の総体を一括して取得した場合には、複雑な権利義務関係が生じ、被後見人の財産状態に大きな影響を与える可能性があるため、後見人にそれらの財産の内容を明確にすることが求められている。

成年後見人の権限に対して制約も課せられている。民法859条の3は成年被後見人が居住する不動産の処分について家庭裁判所の許可を得ることを要求し、成年後見人の処分行為に制限を設けている。また、成年被後見人と成年後見人との間の利益相反が生じるおそれがある行為については、民法826条は成年被後見人のために特別代理人の選任を家庭裁判所に請求しなければならないことを求めている。さらに、後見監督人が選任された場合には、元本の利用、不動産その他の重要な財産に関する権利の得喪を目的とする行為を行う際には、成年後見監督人の同意を得ることを民法864条が定めている。これら以外では、成年後見人には成年被後見人の生活、

16 前掲・松川=窪田編『新基本法コンメンタール親族(第2版)』305頁〔神谷〕。

療養看護および財産の管理に関する事務の遂行に当たって、成年被後見人の意思を尊重し、その心身の状態および生活の状況に配慮しなければならない義務が民法 858 条に規定されている。本人の意思尊重義務と身上配慮義務を定めた規定であり、ノーマライゼーションの考え方を前提とする新しい成年後見制度の理念を象徴する規定であるといえるが、注意的規定にとどまるものと理解されている。したがって、この義務に違反した場合でも直接的な効果が発生するわけではなく、成年後見人の解任事由の有無を判断する際の材料の一つということになる。また、成年後見人の行為によって成年被後見人に損害が生じた場合には、善管注意義務違反として損害賠償責任が認められることもある。しかし、いずれにしても、成年後見人の広範な代理権限に対する十分な抑止とはなりえていないことは確かである。また、成年後見人の立場からすれば、被後見人本人の意思を尊重しなければならないとしても、抽象的であり、具体的な行動の指針となるわけではない¹⁷。被後見人本人の判断能力が減退している状態で、何が本人にとって最善の利益となるのかに直ちに適切な解答を見出すことができるわけではない。たとえば、値下がり傾向が継続している株式についてはすみやかに売却すべきとされるが¹⁸、その見極めは簡単ではない。財産管理に関する後見人の事務についての規定は不十分であると指摘されてきた¹⁹。以上のように、成年後見人に課される事務処理遂行の基準としては、財産管理上の善良なる管理者の注意義務と被後見人本人の意思の尊重義務と身上配慮義務ということになるが、その具体的な内容は明確とされていないことになる。

前述のように、成年後見人は被後見人の財産を管理する広範な権限を有していることとされている。しかし、民法では、財産管理に関する統一的な規定および概念は示されておらず、個々の財産管理制度の内容や権限は

17 前掲・赤沼康弘「成年後見人の権限と限界」判例タイムズ1406号5頁参照。

18 於保不二雄・中川淳編『新版注釈民法(25)改訂版』(有斐閣、2004年)126頁〔中川淳〕は、親権者の財産管理権に関してこのように説明している。

19 前掲・於保＝中川編『新版注釈民法(25)改訂版』382頁〔明山和夫＝國府剛〕は、ドイツ法やソビエト法と比較して、はなはだ不備不徹底と指摘している。

それぞれの制度の目的等によって定まることになり、成年後見制度の趣旨および目的から法定代理人である成年後見人の権限はその規定を解釈して定められると指摘されている²⁰。一般に、財産管理とは、財産の保存、財産の性質を変えない利用、改良を目的とする行為をさし、その目的の範囲内であれば財産の処分行為も含まれると説明されている²¹。そして、成年後見人は被後見人の財産の管理のために必要な一切の行為をおこなうことができ、法律行為にとどまらず、被後見人の財産の占有や関係書類の廃棄などの事実行為もおこなうことができ、財産管理の必要な行為の判断や管理行為の選択などに関して大きな裁量権を有している。

以上のような成年後見人の職務に関連して、成年後見人の財産管理に関する行為が善良なる管理者の注意義務に違反したか否かが問題となる。一般論としては、被後見人と成年後見人間の利益相反行為に当たる行為を成年後見人がおこなったことになれば、無権代理行為となる。したがって、利益相反のおそれがある場合には、法定代理人としての成年後見人に代わる職務代行者の選任を家庭裁判所に請求することになる。ここでは、利益相反に当たるか否かの判断が求められることになる。また、成年後見人が自己または第三者の利益を図るために、その権限内の行為をおこなった場合には、代理人の権限濫用に当たることになる。成年後見人の行為が権限濫用に当たるか否かの判断については、成年後見人に認められる裁量権の範囲と善良なる管理者の注意義務の範囲が問題となる。

以下では、争われた事案を取り上げて、成年後見人の善管注意義務をどのようにとらえているかについてみてみる。禁治産者・準禁治産者制度の下でのものであるが、被後見人の姉である後見人が、知人の不動産ブローカーの言うままに客観的価格よりも27.7%低い価格で被後見人が所有する不動産を売却した上で、被後見人名義でマンションの新築工事契約を締結し、その後被後見人の相続人が違約金を支払い、新築工事契約を解約したという事実関係の下で、被後見人の相続人である養子から損害賠償請求が

20 我妻栄『新訂民法総則』（岩波書店、1965年）338頁参照。

21 前掲・於保＝中川『新版注釈民法（25）改訂版』408頁〔明山＝國府〕。

された事案で、後見人が善良なる管理者の注意義務に違反したものと
して不法行為責任を肯定した判決がある²²。後見人が相場よりもかなり低廉な
価格であることを認識していたこと、後見人が後見人の職務を理解しておら
ず、ほとんど注意を払っていなかったこと、不動産の売却を後見人の夫と
不動産ブローカーに任せていたことなどを指摘し、後見人が適正妥当な価
格で売却すべき注意義務に違反していたと判断している。また、被後見人
の生活のために不動産を売却する必要性もマンションを新築する必要性に
も乏しかったこと、後見人が辞任した後、被後見人の相続人が違約金を支
払って、マンション新築工事契約を解約したという事態となったことなど
から、被後見人の利益に沿うように契約し履行すべき注意義務に違反した
と指摘している。売却価格が低廉であったことだけが問題となったわけでは
なく、被後見人の財産処分および契約の必要性の判断について被後見人
の利益となるかどうかの判断の重要性が指摘されている。しかし、もっと
も重要な観点は、後見人が後見人としての職務を正確に認識していなかつ
たことにあるものと思われる。

同様に不動産の売却が問題となったものとして、次のものがある。成年
後見人の不動産の売却価額が著しく低額であるとして、善良なる管理者の
注意義務違反または不法行為に基づく損害賠償請求がなされた事案につい
て、成年後見人による売却額が鑑定の結果および不動産売却の経緯に照ら
せば、著しく低廉であったとはいえないとして、損害賠償責任を否定した
判例がある²³。財産管理を担当する後見人として弁護士、財産管理以外の身
上監護等の事務を担当する被後見人の子が成年後見人として選任されてい
たというケースで、被後見人の不動産処分に対する税金の滞納処分に対処
することを主な目的として弁護士が財産管理事務を担当する成年後見人
として選任されたという事情があった。被後見人の死後、被後見人の相続人が、
不動産売却額が著しく低額であり、成年後見人としての善良なる管理者の
注意義務に違反したとして損害賠償請求したというものである。この事案

22 東京地裁平成11年1月25日判決判時1701号85頁、判タ1042号220頁。

23 東京地裁平成21年2月17日判決2009WLJP02178003。

では、売却価額が500万円であったのに対して、3名の不動産鑑定士の鑑定結果がそれぞれ579万円余、1736万円余、1343万円余とかなり異なるものであったが、裁判所は、税金の滞納を解消するための不動産売却が急務であったこと、被後見人の親族の反対で二度にわたって売却ができなかったこと、家庭裁判所との協議の上で買い受け希望者の当初の申出価格であった430万円を増額させたことなどを考慮して、著しく低廉な価格とはいえないと判断した。ここでは、売却の必要性の点が重視されたものといえる。

財産の贈与が問題となった事案として、東京地裁平成22年11月15日判決がある²⁴。被後見人の後見人(被後見人の妻)が、被後見人の所有していた株式を第三者に贈与したことについて、被後見人の相続人らが贈与契約無効確認を求め、贈与契約によって被後見人に損害を与えたとして損害賠償を請求したという事案である。判決は、まず、本件贈与の無効確認を求める訴えは確認の利益を欠き不適法と判断した。そして、成年後見人による贈与について、一般論として「被後見人の財産を第三者に贈与することは、被後見人の財産を減少させ、当該第三者に利益を与える行為であるから、後見人としては、贈与を行う特別の必要性がある場合や、明らかに被後見人の意思に沿うと考えられる特段の事情がある場合を除き、これを行うべきではない」とし、特別の必要性や特段の事情がないにもかかわらず、贈与をおこなうことは原則として善良なる管理者の注意義務に違反すると考えられるとしながら、「これが直ちに後見人の権限濫用行為となるものではなく、これが権限濫用行為となるためには、当該贈与が、被後見人の利益を凶ることなく、専ら第三者の利益を凶る意図の下に行われたことを要すると解すべきである」としている。その上で、本件の事案について、受贈者は被後見人の介護を担当してきた者とその家族によって経営されている会社であり、その会社の経営の安定を図ることが被後見人の意思にかなない、被後見人の利益にもなると考えた後見人が、被後見人の有する株式の一部を売却することとし、家庭裁判所に報告し了承を得たが、その後会社の税負担を軽減するために売却する株式を減らし、残りを後見人自身が買い取っ

24 東京地裁平成22年11月15日判決2010WLJP11158001。

て贈与したものであり、成年後見人としての権限を濫用したものと認めることはできないと判断している。また、後見人の行為については、原告ら被後見人の相続人の意見を聞くなどして、慎重に検討すべきであったとしながら、贈与がなかったとしても原告らは4分の1の共有持分を有するにとどまり、会社の経営に影響を与えるものではなかったことからすれば、後見人の株式の贈与が公序良俗に反するとまではいえないとして、贈与は無効ではなく、かつ相続人である原告らに損害を与えるものではないとして損害賠償請求を棄却している。原則として、特別の必要性や特段の事情がない限り、被後見人に属する財産の贈与が被後見人に不利益を与えるものとして、後見人の義務違反となることを認めながら、仮にそのような場合であっても、行為が専ら受贈者等の第三者の利益を図る目的でなされたものでない限り権限濫用には当たらないとしている。このことに関しては、成年後見人が被後見人の財産を管理する包括的権限を有しており、被後見人の財産に関する一切の法律行為について被後見人を代理する権限を有していると考えるところから導き出される帰結といえる。したがって、結果的に、後見人の行為が被後見人の利益を図るものであるかどうかという判断に委ねられたものといえる。贈与をおこなうべき特別の必要性や特段の事情に関して、被後見人の意思を尊重するという観点を踏まえて判断すべきことが明確にされた事案である。

次に、貸付行為に関する判例がある。禁治産者・準禁治産者制度の下での案件であるが、次のような事案である²⁵。禁治産者（妻）と後見人であった夫が以前所有していた不動産を買い受けるために禁治産者の子の一人が経営する会社（もともとは夫妻が設立したもの）に対して後見人職務代行者である弁護士（後に後見人に就任）が管理している禁治産者名義の定期預金から貸し付けることの許可を家庭裁判所に求め、裁判所が当該会社を経営する子を連帯保証人とするなど条件を付して3億円を限度として貸付を許可した。しかし、その貸付金の回収が不可能となったために、連帯保証人となった子を除く禁治産者の相続人らが禁治産者の後見人職務

25 東京高裁平成17年1月27日判決判時1909号47頁、判タ1217号272頁。

代行者または後見人であった弁護士に善良なる管理者の注意義務に違反するとして損害賠償を請求したというものである。原審は、後見人職務代行者または後見人であった弁護士に善良なる管理者の注意義務違反は認められないとして、請求を棄却し、控訴審判決も弁護士に注意義務違反はなかったとして控訴を棄却した。判決では、もともと禁治産者とその夫が所有していた不動産が廉価すぎる価格で売却されたためそれを取り戻すための訴訟まで提起していたこと、貸付後の禁治産者の預金残高は1億4000万円余で、禁治産者とその夫の生活と療養看護のための資金としては十分であったこと、その当時禁治産者の相続人らが反対の意思表示をしていなかったことなどを考慮して貸付の必要があるとした後見人職務代行者または後見人の判断には相当性・合理性があり、貸付債権が取得する不動産で十分担保されると判断したことおよび貸付を受けた会社の年間売上額から貸付金の回収が十分可能だと判断したことにも合理性があると判断している。貸付契約までの間に、貸付を受ける会社の信用調査を依頼するなど、慎重に対応しており、貸付契約後も、後見人として担保権の設定のほか、貸付金の回収や利息の徴収等に関して可能な限りの手立てを講じていたようであり、後見人職務代行者ないし後見人としての職務を適正に果たしているものと評価されている点に不思議はないように思われる。判決は、さらに、家庭裁判所の貸付の許可の性質と内容、それに至った経緯に鑑みると、家庭裁判所の許可に基づき貸付を実行したことに必要性・相当性が認められ、後見人職務代行者または後見人としての善良なる管理者の注意義務違反があったとすることはできないと結論づけている。この事案については、家庭裁判所が条件付きではあるが、貸付行為自体を認めている点にも留意する必要がある。その点に関連して、原審判決では後見人職務代行者ないし後見人として貸付行為を主導したわけではないとして、注意義務違反を認定することはできないという趣旨を述べている。また、結果的に、不動産価値の下落によって貸付金が回収不能となったという事情があるが、不動産価格の流動性や経済情勢の変動のような不確定要素を予測して判断すべきとするのは過大な要求であり、貸付を受けた会社の経営を継続させて貸

付金の回収を図ろうと判断し、そのような事情を家庭裁判所に逐一報告していた後見人職務代行者ないし後見人の行為は適正なものと評価できるという控訴審判決の結論には異論はないであろう。貸付の時点で後見人としては適正な判断をしたと評価されており、さらに貸付後の対応についても通常求められる相当な手段および方法を講じたと評価されており、果たすべき義務は尽くされているということになる。

金銭消費貸借の借換え契約に関連して、成年後見人の責任が問われた事案がある。被後見人が植物状態となって成年後見が開始され、成年後見人として被告（被控訴人、司法書士）が選任された。成年後見人が金銭消費貸借契約を締結するにあたって、変動金利方式ではなく固定金利方式を選択したことによって、損害が生じたとして、被後見人の相続人である子が567万円余の損害賠償請求をしたというものである²⁶。相続人である子の主張によれば、近隣の都市計画事業との関連で、土地の買収・収用が予定されており、借入期限内に繰り上げ返済を余儀なくされる蓋然性が高いことが予想できたにもかかわらず、金利の高い固定金利方式を選択したことによる注意義務違反があるというものであった。これについて、原審および控訴審の判決はいずれも請求を棄却し、成年後見人に善良なる管理者の注意義務違反はないと判断している。金銭消費貸借契約の際に、変動金利方式と固定金利方式のいずれの方式を選択するかは、財産管理に関する成年後見人の裁量権の範囲内であると判断したものである。また、変動金利はその性質上経済状況に応じて変化するものであり、変動金利と固定金利のいずれが低くなるかは、一概に予測することはできないし、金銭消費貸借契約締結の時点で、変動金利方式の方が固定金利方式より低くなる蓋然性が高いことを認識すべきであるとはいえないとしている。控訴審判決では、善良なる管理者として要求される注意義務について結果の予見可能性を指すとして、結果が生じる可能性を問題としている控訴人（被後見人の子）の主張は失当であると述べている。

取り上げた判例の結論などからも明らかにように、成年後見人に認めら

26 東京高裁平成29年9月20日判決LEX/DB25547421。

れている被後見人の財産の管理に関する幅広い裁量権限を根拠に、善良なる管理者の注意義務のとらえ方は厳密であり、簡単に注意義務違反が認められてはいない。もちろん、被後見人の預貯金を自己のためもしくは利害関係を持たない第三者のために引き出すというような単純な財産横領行為に当たる場合には、義務違反に責任が課され、損害賠償の問題が生じることになることははっきりしている。

3 後見監督人の職務権限と監督責任のあり方

後見監督人の職務権限に関する規定をみていると以下のようなことになる。民法849条は後見監督人の選任に関して定めており、家庭裁判所は必要があると判断する場合には、被後見人本人、その親族、後見人の請求によって後見監督人を選任することができる旨を規定している。また、家庭裁判所が職権によって後見監督人を選任することも認めている。制度上、成年後見制度の利用について後見監督人の選任は必ずしも必要とされているわけではなく、いかなる場合に後見監督人の選任を必要とするのかは家庭裁判所の裁量に委ねられ、個別の事情を考慮して判断されることになる。実際には、不動産の売却など被後見人の財産に大きな影響を与える取引が予定されている場合、被後見人の財産状況が不明確で財産目録の作成などの後見人の事務に不安がある場合、遺産分割協議など利益相反行為に当たる可能性ある行為が予定されている場合、後見人と被後見人との間に多額の債権債務関係があるなど、被後見人の財産の清算の際に後見人の利益を損なわないようにする必要性がある案件や被後見人と後見人の財産が明確に区別されていない案件などに、後見監督人の選任の必要性があると判断されていると指摘されている²⁷。具体的には、成年被後見人に多額の財産がある場合、成年被後見人に多額の債務があるため財産の管理が複雑となることが予想される場合、不動産取引や交通事故の損害賠償請求の交渉などが予

27 松川正毅・窪田充見編『新基本法コンメンタール親族』（別冊法学セミナー、日本評論社、2015年）282頁〔青竹美佳〕、能見善久・加藤新太郎編『論点体系判例民法10親族（第3版）』（第一法規、2019年）533頁〔佐藤久文〕、前掲・新井=赤沼=大貫編『成年後見制度（第2版）』138頁〔森徹〕など参照。

定されている場合、成年被後見人の死後に遺産分割等で親族間の争いが想定される場合などである。なお、民法 850 条は、後見人の配偶者、直系血族および兄弟姉妹は後見監督人になることができない旨を定めており、後見人との間の関係に配慮している。

家庭裁判所が後見監督人を選任する際には、民法 852 条によって民法 840 条 3 項および民法 843 条 3 項が準用され、後見人に関する選任の基準が求められている。すなわち、以下の事情を考慮する必要がある。第一に、被後見人の年齢、心身の状態、生活および財産の状況である。第二に、後見監督人となる者の職業、経歴、被後見人との利害関係の有無が問われる。その際、後見監督人が法人である場合には、その法人の事業の種類・内容、その法人の代表者と被後見人との利害関係の有無が問題とされる。第三に、被後見人本人の意見その他一切の事情が考慮しなければならないこととなっている。

一般的な後見監督人の職務は民法 851 条に規定されており、後見人の事務の監督、後見人が欠けた場合に遅滞なく後見人の選任を家庭裁判所に請求すること、急迫の事情がある場合に必要な処分をすること、後見人と被後見人との利益が相反する行為について被後見人を代表することがあげられている。これに加えて、被後見人が死亡等の事由によって後見人の任務が終了したことに伴い後見人がおこなう管理計算の際に、後見監督人の立会いの必要性が民法 871 条に規定されている。さらに、具体的に以下のことが規定されている。民法 863 条 1 項では、後見人に対し後見の事務の報告もしくは財産目録の提出を求めることができ、後見の事務もしくは被後見人の財産の状況を調査することができることが規定されている。次に、民法 846 条の規定から、後見人に不正な行為や著しい不行跡その他後見の任務に適しない事由があるときに、家庭裁判所に後見人の解任を請求することが認められている。解任請求の事由としては、後見人による被後見人の財産の使い込み、被後見人の生活費の過大計上、後見人自身や親族に対する扶養料の支出や金銭の貸与等がある場合が想定されている²⁸。さらに、

28 三輪まどか「後見監督責任に関する一考察～後見監督に関する3つの裁判例を素材

後見監督の趣旨から、家庭裁判所に対する報告が想定されている。後見監督人が後見人に対して後見事務の報告や財産目録の提出を求めた場合、後見人は報告書または財産目録を作成し、後見監督人に引き渡すことになり、後見監督人はこれらの書類を受け取った後、被後見人の預金通帳、年金払込通知書等の書類によって収入を確認し、健康保険、介護保険、光熱費、医療費、租税公課等の書類によって支出を確認して、後見人の作成した書類との整合性を確認した上で、家庭裁判所に提出することになっているようである²⁹。

以上の点を踏まえてみると、後見監督業務の経験者による指摘からも明らかのように、事実上後見監督人就任前からすでに後見監督業務が始まっているということになる。後見監督人に推薦された段階で、記録を閲覧し、事案の概略や監督のポイントを把握し、関係者の連絡先等を確認しておくという作業が必要となり、さらに親族や後見人への聞き取りをして、監督方針を立てる上での問題点をあらかじめ把握して、後見監督人に就任した後のスケジュールの検討をしておくという作業が求められている³⁰。家庭裁判所によっては、後見監督人就任後でなければ記録の閲覧を認めないところもあると言われているが、できるだけ早く親族等の後見人に連絡をとる必要があることは明らかである。

そして、後見監督人に就任した後、親族等の後見人と面談し、その後の後見事務に関する指示や説明をおこない、不動産の登記事項証明書の取得や金融機関への届出、財産目録の作成や収支予定表の作成などのスケジュールを文書で渡しているという。さらに、後見事務の執行に関する注意事項を文書で手渡したうえで詳細に説明しているという。民法853条2項では、財産目録の作成に立会うことが求められているが、作成された財産目録と銀行通帳の原本、不動産の登記事項証明書、証券会社からの取引報告書な

として～」南山大学アカデミア社会科学編12号95頁(2017年)。

29 前掲・三輪「後見監督責任に関する一考察～後見監督に関する3つの裁判例を素材として～」南山大学アカデミア社会科学編12号95頁参照。

30 多田宏治「成年後見監督人等の実務の実際～支援の役割と監督の役割～」実践成年後見84号52頁(2020年)。

どと照合し点検する作業をおこなうので足り、必ずしも目録の作成の最初から最後まで立ち会って監督する必要はないという。ただし、貸金庫の開扉には必ず立ち会うべきとしている。後見監督人の立会いのない財産調査や目録作成は無効となり、新たな調査や目録作成が求められることになる。民法 861 条 1 項では、収支予定表の作成が必要となるが、これについても後見監督人が具体的にどのように作成するのかについて後見人に丁寧に説明する必要がある。成年被後見人と同居し扶養されている親族がいる場合、たとえば、成年被後見人となった夫の年金収入で生活してきた妻の生活費の処理などについては、夫婦双方の資産・収入等を総合的に考慮して家庭裁判所と相談した上で、毎月夫の預金口座から妻の預金口座へ送金することが必要になるという³¹。財産目録が完成すれば、成年後見監督人から財産目録と予定収支表および銀行通帳等の写しなどの書類を添付した上で初回報告書が家庭裁判所に提出されることになる。

後見監督事務が継続している間の後見監督についてどの頻度でおこなうかについては定められておらず、後見監督人の裁量に委ねられている。しかし、年 2～4 回程度、成年後見人からの報告を受け、監督をおこなうのが適切ではないかという指摘がある³²。家庭裁判所が定期的におこなう監督が年 1 回であることに比べると細やかな対応が求められているといえる。この監督業務については、通常、後見人から預金通帳、金銭出納簿、領収書、業務日誌等を提出してもらい、預金や現金の管理や不動産管理等を確認し、身上監護に関する問題については要介護認定や介護サービスの適切さを確認することになる。成年後見人等が財産管理等の後見事務について必要な処分をおこなっていない場合には、成年後見監督人は家庭裁判所に必要な処分をするように請求することができる旨が民法 863 条 2 項に規定されている。

以上のように、後見監督人の職務は民法上規定されているが、後見人の

31 前掲・多田「成年後見監督人等の実務の実際～支援の役割と監督の役割～」実践成年後見84号54頁。

32 前掲・多田「成年後見監督人等の実務の実際～支援の役割と監督の役割～」実践成年後見84号54頁。

職務執行が不適切であった場合に、後見監督人が適切に監督機能・権限を行使することによって、被後見人に損害を与えないようにすることが求められているといえる。実際に後見人等の不適切な行為によって被後見人に損害が生じた場合にどのように考えるべきかという問題が生じる。その際に、後見監督人が監督責任を果たしたといえるかどうかの問題となる。成年後見監督に関する責任問題が問われた裁判例はほとんどないが、次のような裁判例がある。大阪地裁堺支部平成25年3月14日判決は、成年後見監督人の責任とともに後見監督人を選任した家庭裁判所の責任が問われたものである³³。以下のような事案である。

X(昭和28年生)は、脳性小児麻痺により幼児期から重度の知的障害と運動障害を有しており、筆談等でも自らの意思を伝えることができない状態にある。単独での生活は不可能で全面的な介助が必要であり、平成12年4月から障害者支援施設Pに入所している。Xの父Sと母Tはそれぞれ平成11年12月19日と平成13年8月25日に死亡し、Xは唯一の相続人として父母双方の遺産をすべて相続した。Xには亡父S名義の自宅不動産に加え、19の預貯金口座(合計9187万9245円)があった。Xには推定相続人はいない。Xの母Tが死亡した後、1つの預貯金口座(130万9318円)はP施設が管理し、Xの母Tの弟の配偶者AがXの他の預貯金を管理していた。

平成14年10月23日にAは奈良家庭裁判所葛城支部にXの成年後見開始の申立てをした。奈良家裁葛城支部の担当家事審判官J1は、家庭裁判所調査官の調査報告書に基づいて、平成15年6月18日に、Xの後見開始決定をし、Aが高齢であったことから、Aに加えてAの子Bも後見人に選任して共同で権限を行使させる旨の審判をした。しかし、実際の後見事務はBの娘であるCがおこなっていた。平成15年11月に、J1は、第1回後見監督事件を立件した。BおよびCに対して財産目録や金銭収支表等の提出を求めた上で、J1は後見監督事務の状況について報告を受けるために、成年後見人らに対して、平成16年1月21日に裁判所に出頭するように通知し、担当書記官はCに対して解約したものを含むすべての通帳等を持参す

33 大阪地裁堺支部平成25年3月14日判決金判1417号22頁。

るように伝えた。Cは当日に平成15年6月から同年11月までの収支計算書を提出し、参与員2名によるBらの調査をおこない、Xの財産状況に大きな変化がないことと財産管理は適当であることを審査し、一部の預貯金の口座名義の切り替えを指示して、次回監督立件時期を平成17年1月とする意見を付した審査票を作成し、J1に提出した。これに基づき、J1は、平成16年1月22日に第1回後見監督事件を終了させた。

平成16年7月5日に、AとBは、自分たちが取締役を務めるD社がXから3000万円を借りる契約をすることを可能にするため、弁護士Eを代理人としてXにつき特別代理人の選任を家庭裁判所に申立てたが、同年11月15日にこの申立ては取り下げられた。また、同年7月23日、BらはEを代理人としてXにつき後見監督人の選任の申立てをおこなったが、この申立ても同年9月13日に取り下げられた。

奈良家庭裁判所葛城支部の担当家事審判官J2は、第2回後見監督事件を立件し、同年12月3日に成年後見人Bを審問した。Bは、通帳等はCが管理していること、Xの財産からの借入れを今後は考えるつもりがないことを述べて、成年後見人の解任と新たな成年後見人の選任を考えているというJ2の説示を了承した。そこで、J2は、Bの解任を見込んで、奈良弁護士会に成年後見人候補者の推薦を依頼したが、Eから解任事由はないという意見書が提出されたこともあり、新たな後見人となる予定だった弁護士Y1をXの後見監督人に選任することにし、平成17年3月25日にその旨の審判をおこなった。その後、J2は平成17年4月8日に裁判官を退職した。Y1は成年後見人の経験は有していたが、後見監督人の経験はなく、奈良家庭裁判所葛城支部からはY1に対する後見監督に関する文書は交付されておらず、個別説明もなされなかった。Y1は、一件記録を謄写したが、AとBから利益相反行為を希望する旨の連絡がない限り当面何もする必要がなく、定期的な財産状況の報告は奈良家庭裁判所葛城支部がAおよびBにさせているものと認識していた。そのため、Y1はAとBに対して財産状況の報告を求めていなかった。

Y1は、平成20年8月13日頃、担当書記官からXが入所しているP施設

が成年後見人と連絡がとれていないという話を聞き、調べたところ、平成15年12月頃を最後に、AとBからXの財産状況および収支状況等の報告がなされておらず、後見開始時点で約9000万円あったXの預貯金の残高が約4000円となり、金庫に保管されている現金345万円が残っているだけであることが分かり、BらによってXの預貯金はほぼ全額下ろされていたことが明らかとなった。Y1は、家庭裁判所に平成20年8月26日に成年後見人解任の審判を申立てるとともに、職務執行停止および職務代行者選任の審判前の保全処分を申し入れた。これに対して、担当家事審判官J3は、同年10月1日、Bの職務執行を停止し、Y1を職務代行者に選任し、平成21年2月24日にBを成年後見人から解任するとともに(Aは平成19年に死亡していた)、Y1について後見監督人の職を解いたうえで成年後見人に選任する旨の審判をした。

Bは、平成22年2月16日、Xに対し損害賠償金の内金として1200万円を支払った。その上で、Xは、同年8月にBおよびCとそれぞれ、なお6251万2918円の損害賠償義務が存することを認める訴訟上の和解をした。しかし、BとCに支払い能力がないため、それ以上の支払いは期待できない状況にある。Y1は、奈良地方検察庁にBとCを業務上横領罪で告訴した。奈良地方検察庁はCを起訴したが、Bについては不起訴処分とした。なお、Bは奈良地方裁判所に自己破産の申立てをおこなっている。平成22年1月8日に、Y1はXの成年後見人を辞任し、新たに成年後見人が選任された。

以上のような状況で、Xが後見監督人であったY1および国Y2を相手取って訴訟を提起した。具体的には、BらがXの預貯金を払い戻して横領したことにつき、後見監督人であった弁護士Y1の善管注意義務違反を理由とする債務不履行責任およびXに関する後見事件の担当家事審判官であったJ1とJ2による後見事務の監督の違法を理由とするY2の国家賠償責任に基づいて、それぞれ損害賠償責任を請求した。さらに、弁護士Y1が保険会社Y3に対して弁護士賠償責任保険契約に基づいて支払いを請求した訴訟も併合された。

裁判所は、Y1の責任について以下のように述べて、損害賠償責任を肯定

する判断を示した。Y1は「Xの後見監督人に選任されていたのであるから、被後見人のために、善良なる管理者の注意をもって、後見人の事務を監督するなどの職務を負担していた。しかるに、Y1は前記認定のとおり、後見監督人に選任された後、一件記録の謄写をただけで、成年後見人らによるXの財産管理の状況を把握せず、その間にBらによって多額の金銭が横領されたものであるから、上記監督義務を怠ったものと認められる」として、家庭裁判所からの具体的な職務の指示がなかったため成年後見人らに対して財産状況の報告等を求めなかったとしても後見監督人としての委任の本旨に反するとはいえないというY1からの反論に対して、「家庭裁判所は、必要があると認めるときに後見監督人を選任するのであるから、Y1は、その趣旨を理解し、家庭裁判所からの具体的な教示、指示がなくとも、後見監督人として、自らの判断で後見事務を監督すべき職務を誠実に履行しなければならなかったというべき」として、Y1の主張を排斥している。具体的には、Y1には後見監督人として、成年後見人の後見事務の状況を把握するために、謄写した一見記録等を検討して、Xが多額の流動資産を有していること、提出されている財産目録や収支計算書が約1年2か月以上前のものであること、第2回の監督立件時期が到来していたこと、Xの推定相続人ではない成年後見人らが自らの会社のためにXから金銭を借り受けることを考えていたことなどを把握し、すみやかにBらに後見事務の報告や財産目録の提出を求め、後見事務や財産状況の調査をすべきであったと指摘し、Y1が後見監督人に選任されてから3年5か月弱の間、一切の調査をしなかったことから善管注意義務違反があったことは明らかであるとしている。Y1は、成年後見監督人に選任された際に、家庭裁判所から職務内容についての説明書面等を交付されなかったことを主張しているが、これに対して、裁判所は成年後見人等の選任の際に家庭裁判所が交付する書面は注意喚起の書面にすぎず、職務はその書面によって定まるものではなく、選任趣旨の書面が交付されなかったことをもって監督義務が軽減されたり、免除されたりするものではないと指摘している。また、Y1が本件の後見監督の職務を後見人からの利益相反取引に対する対応で足りると思いついて

いたことがうかがえるとしながらも、Y1を後見監督人に選任した家庭裁判所審判官J2がY1の職務をそのみに限定する趣旨であったとは考え難いとしている。さらに、Y1が、定期的な財産状況等の報告は家庭裁判所から成年後見人であるBらにさせているものと誤信していたことがうかがわれるとしながら、Y1が、家庭裁判所に対して提出されているはずである財産目録等への問い合わせ、閲覧等をしようとした形跡が認められないことなどに照らすと、Y1が監督義務を懈怠していたことは明らかであると判断している。また、Y1の過失を前提としたY3保険会社に対する請求については、後見監督人であるY1が成年後見人Bらの不正行為を予見し、被後見人Xに損害を与える蓋然性が高いと認識していたとまでは認めることができず、Y1がXに損害を与えるべきことを予見しながら後見監督を怠っていたものとは認められず、Y1の故意によって生じた損害には当たらず、保険会社の主張する免責条項は適用されず、保険金の支払いを免れることはできないと判示した。

上記の大阪地裁堺支部判決では、成年後見監督人に選任された弁護士が記録の謄写をしたのみで、被後見人の財産状況や成年後見監督人の財産管理の状況についてまったく把握していなかったという事情がある。そして、成年後見監督人が成年後見人に対して何の指示も調査もおこなっていなかった間に多額の金銭が成年後見人らによって費消され横領されたという事案であり、判決は後見監督に関わる事務の執行について善良なる管理者の注意義務違反があったと判断している。どの程度の行為があれば職務の範囲内といえるのかは、個々具体的な事案において検討されることになるものと考えられるが、この事案では、弁護士でもある成年後見監督人が、ほとんど成年後見人の職務に関する監督業務をまったくおこなっていなかったという事実が重く判断され、監督義務違反が容易に判断できるものだったといえる。

4 民法における家庭裁判所の監督義務

家庭裁判所における後見人に対する一般的な監督については民法863条

に規定されている。民法 863 条 1 項は、後見人に対して後見の事務報告もしくは財産目録の提出を求めて後見事務の監督をすることを規定しており、通常は、1 年ごとに後見事務報告書と財産目録および収支状況報告書の提出と預貯金通帳や領収書の写し等の提出を求めているとされている³⁴。

不正行為等がある場合には、家庭裁判所は、金融機関に対する調査嘱託や家庭裁判所調査官による調査をおこなうことになるが、家事事件手続法 124 条 1 項の規定では、場合によっては調査人を選任して調査をすることができることとなっている³⁵。その調査の結果、不適切な事務処理が発覚した場合には、後見監督人等の選任をすることができ、あるいは後見人等を解任して、新たな後見人等の選任をおこなうことができることが民法 846 条や 849 条に規定されている。この場合、家庭裁判所は、家事事件手続法 127 条 1 項にしたがって、職権で後見人等の職務執行停止の仮処分をおこなうことになり、後見人等の横領行為が認められる場合は、捜査機関への告発をおこなうことになる³⁶。しかし、このような権限や手続が定められているとしても、後見人等の不正行為や不適切な財産管理行為を抑止することができるものとはいえない。後見人等の不正行為や不適切な財産管理行為が散見される現状においては、後見監督人および家庭裁判所の監督の有効性が問われることになるし、適切な監督権限のあり方が改めて問われなければならないといえる。

そのような中で、家庭裁判所では、成年後見人等による不正行為を防止する対応策として、不動産資産が多数ある場合、多額の預金がある場合、家庭内の紛争がある場合などに専門職後見人を選任することを積極的に進めるようになり、合わせて専門職の後見監督人を選任する傾向を強めてき

34 前掲・新井＝赤沼＝大貫編『成年後見制度 法の理論と実務（第2版）』135頁。

35 東京家庭裁判所では、後見人の不正が疑われる場合には、調査人による調査のほか、専門職後見人を追加選任し、専門職後見人に財産管理事務を委ね、従来の後見人には身上監護事務のみを担当させる処置をとる例も多いとされている。小西洋「東京家庭裁判所本庁（後見センター）における成年後見事件の実情と取組み」実践成年後見47号76頁（2013年）参照。

36 前掲・新井ほか編『成年後見制度 法の理論と実務（第2版）』135頁。

た³⁷。そして、後見人が権限を濫用し、被後見人の預貯金を自己や第三者のために費消することを防止することを目的として、後見制度支援信託制度が創設され、2012(平成24)年から家庭裁判所は成年後見と未成年後見についてこの制度の使用を開始している。この制度は、財産管理について専門的な知識を持っていないが、後見事務を任せられる親族がいる場合を対象として、後見制度を利用する被後見人本人の財産のうち入所施設の利用料や日常生活に必要な金銭を預貯金として親族後見人の管理下に残して、それ以外の金銭を信託銀行に信託し、特別な支出が必要な場合に家庭裁判所の指示によって信託の解約ができるようにするという仕組みになっている³⁸。民法863条2項の規定を根拠とし、「被後見人の財産の管理その他後見事務についての必要な処分」に当たるとされている。家庭裁判所の指示書がなければ解約払戻しができず、被後見人本人の財産保護を図ることができることとなっている。これらの制度も現状ではそれほど活用されていないといわれており、今後の活用が課題となる。

家庭裁判所が被後見人の財産管理等に関する監督権限を有していることは明確であるとしても、成年後見人および成年後見監督人に対して善良なる管理者の注意義務が課されていることとは異なる問題として処理されることになる。家庭裁判所がおこなう成年後見監督に対して何らかの注意義務や責任が課されているかといえば、抽象的には監督責任が存在することを肯定するにしても、その具体的義務や責任の範囲が定まっているわけではなく、その責任のあり方は、国家賠償法上の損害賠償責任の理解と関わってくることになる。

5 国家賠償法における家事審判官の注意義務違反の判断基準

これまでの判例および通説では、司法行為も国家賠償法1条1項の「公権力の行使」に当たるとして、国家賠償法の対象となると考えてきた³⁹。し

37 周作彩「成年後見監督における家庭裁判所の責任とその支援体制のあり方」成年後見法研究15号3頁(2018年)。

38 寺本恵「後見制度支援信託の概要」金融法務事情1939号41頁(2012年)参照。

39 宇賀克也=小幡純子編『条解国家賠償法』(弘文堂、2019年)74頁〔大橋洋一〕。

かし、最高裁昭和 57 年判決は、裁判官がした争訟の裁判について国家賠償法 1 条 1 項の損害賠償責任が肯定されるためには「当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情が必要とする」という判断を示し、法律の解釈や事実認定に上級審では正されるべき瑕疵が存在したからといって直ちに裁判官の行為が違法と評価されるものではないという見解が定着した⁴⁰。このように、通常の行政主体による公権力の行使とは異なり、行政法上は争訟の裁判が違法となる場合を限定的に解釈する立場（違法性限定説）が明確になったと理解されている。したがって、裁判官のおこなった何らかの司法行為が国家賠償法上違法と判断されるためには、裁判官が法律上関与してはならない事件について裁判した場合や裁判官による誠実な判断とは認められない不合理な裁判をした場合⁴¹、裁判官が裁判を利用しもっぱら個人的利益を図る意図の下で裁判した場合などの特別な場合に限られるものと理解されてきた⁴²。しかし、裁判官が違法・不当な目的をもって権限を行使するような状況はほとんど考えられず、家庭裁判所が扱う家事審判事件の多くは家事事件手続法別表 1 事件（旧家事審判法甲類事件）であり、当事者間に争いがあり、その主張の当否を判断するものではなく、成年後見関係事件のように後見的機能を有するもので、行政行為に類する特徴を有している。さらに、多くの事件類型では不服申立てのような手続きはないことから、「争訟の裁判」とは異なるという見解もあり、裁判所の後見的機能に対応する職務行為ないし権限を判断基準とするべきという主張もある⁴³。このように、本稿で取り上げている家庭裁判所による成年後見人または成年後見監督人の選任行為や後見監督のような成年後見関係事案においては、訴訟事案とは異なる家庭裁判所審判官の後見的職務行為が問題となり、最高裁昭和 57 年判決の判断枠組みが

40 前掲・宇賀＝小幡編『条解国家賠償法』75頁〔大橋〕。最高裁昭和57年3月12日判決民集36巻3号329頁。

41 『昭和57年度最高裁判所判例解説民事篇』（法曹会、1983年）216頁〔村上敬一〕。

42 『平成2年度最高裁判所判例解説民事篇』（法曹会、1991年）301頁〔河野信夫〕。

43 柴崎哲夫「後見人に対する家庭裁判所の監督責任について」道垣内弘人＝松原正明編『家事法の理論・実務・判例2』（勁草書房、2018年）17頁。

妥当するのかが問題となる。一般論としては、「争訟の裁判」とは、権利または法律関係の存否について関係当事者間に争いがある場合に、当事者の一方の申立てに基づいて、裁判所または裁判官が当事者双方を手続きに関与させたくて公権力をもってその争いを裁断する作用ないし手続きをいうものと理解されている⁴⁴。したがって、当事者間の紛争を前提としていない成年後見人の選任および後見監督のような事件類型は「争訟の裁判」には該当しないと考えることができる。しかし、不在者財産管理人に対する監督責任が問われた東京高裁平成22年10月7日判決の事案をはじめとして⁴⁵、最高裁昭和57年判決の判断枠組みを採用する裁判例が多い状況にある⁴⁶。

東京高裁平成22年10月7日判決は、不在者の財産管理人に選任された不在者の二男が預かって保管していた金銭を遊興費等に費消し横領した事案で、不在者本人が不在者財産管理人を選任し、監督する任にある家庭裁判所の家事審判官に職務上の義務違反があったとして国家賠償法1条1項に基づき国に損害賠償を求めた訴訟の控訴審判決であるが、最高裁昭和57年判決を引用して、争訟の裁判をおこなう場合と同様に、家事審判官が違法または不当な目的をもって権限を行使したか、家事審判官の権限の行使が甚だしく不当であるなど家事審判官がその付与された趣旨に背いて権限を行使したかまたは行使しなかったと認め得るような特別の事情があることを必要とするとして、損害賠償請求を棄却している。

また、家事審判官がおこなう遺言執行者に対する報酬付与決定が争われたものとして、高松地裁平成25年8月15日判決がある⁴⁷。遺言執行者であった弁護士から裁判官が決定した報酬が安きに失して損害を受けたとして、国家賠償を求めたという事案である。判決は、国家賠償法1条1項の適用上違法となるのは、当該裁判官が与えられた権限の趣旨に明らかに背いて

44 村上敬一「争訟の裁判と国家賠償責任」曹時39巻4号160頁(2008年)。

45 東京高裁平成22年10月7日判決判タ1332号64頁。

46 高松地裁平成25年3月14日判決訟月60巻4号738頁、東京地裁平成26年3月11日判決判タ1412号182頁、名古屋高裁平成27年12月17日訟月62巻7号1206頁。

47 高松地裁平成25年8月15日判決訟月60巻5号991頁。

これを行使したものと認め得るような特別の事情があることが必要であるとして、最高裁昭和57年判決の見解を踏襲している。そして、遺言執行者の報酬決定に必要な事情は報酬付与の申立書または添付資料の中に記載して提出することができたはずであること、家事審判官が遺言執行者を審問しなかったとしても、遺言執行者が提出した資料からある程度の事実を推測することが可能であったこと、遺言執行者が審問を希望する遺言書の保管等の状況は遺言執行者に就任する前の事務であり、報酬額を定めるにあたって無関係な事項であること、遺言執行者が遺言者と長らく親交があったという事実も報酬額を増額すべき要因とは解されないこと、などを指摘し、報酬付与決定において遺言執行者からの意見聴取等の事実調査義務があったとまでは認められず、報酬額が以前弁護士会で定められていた報酬基準規程の1割程度であったとしても、社会通念に反するほど低廉に失するとは断言できないなどとして、家事審判官が付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認め得るような特別の事情があるとはいえないと判断している。

これに対して、未成年後見に関するものとして、宮崎地裁平成26年10月15日判決は以下のような判断を示している⁴⁸。次のような事案である。平成19年2月2日、A（未成年者）の母親Bが交通事故にあい、同月10日死亡した。Aが死亡保険金を受領するにあたって、法定代理人の必要性が生じ、Aの祖母C（Bの母）の申立てにより、平成20年2月4日にCが未成年後見人に選任された。平成20年7月1日、自賠責保険金として2401万円余がC名義の預金口座に振り込まれ、さらに平成21年6月17日に任意保険金として4152万円余がA名義の銀行口座に振り込まれた。Cがこの保険金を自己のために費消したことが発覚したため、家庭裁判所は平成22年6月18日にCの未成年後見人解任についての効力が生じるまでの間、Cの職務執行を停止し、職務代行者として弁護士Dを選任し、同年9月9日、Cを解任する審判をし、DをAの未成年後見人として選任した。Cは、平成20年7月11日から平成22年1月25日までの間、6回にわたり合計

48 宮崎地裁平成26年10月15日判決判時2247号92頁。

3863万5929円を横領したとして、業務上横領罪で懲役3年6月の刑に処せられた。そこで、Aは未成年後見人であるCを監督すべき立場にある家庭裁判所の家事審判官がCによる横領行為を認識していたか、または容易に認識し得たにもかかわらず、更なる被害の発生を防止しなかったと主張し、国に対して、上記認識あるいは認識可能性が生じた平成21年より後に横領された約2600万円について、損害賠償を求める訴えを提起した。判決は、裁判官の職務行為について国家賠償法1条1項の違法が認められるためには、当該裁判官が違法または不当な目的をもって裁判したなどその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認められるような特別の事情が必要だとする被告側の主張を否定し、「上記の法理は、裁判官が行う争訟の裁判を前提としていて、家事審判官が職権で行う未成年後見人の後見監督は、審判の形式をもって行われるものの、その性質は後見的な立場から行う行政作用に類するもので、争訟の裁判とはその性質を異にするから、上記の法理を家事審判官が行う後見監督に適用することはできない」としている。そして、未成年後見人の虚偽の申告があったとしても、家事審判官は保険金の入金状況等について未成年後見人に確認する必要があったこと、未成年後見人が提出した財産目録や収支報告書の未記載や不適切な財産管理行為があったことなどの諸事情を指摘し、家事審判官は遅くとも平成21年9月11日の時点で、未成年後見人Cが横領している可能性を容易に認識し得たと認められると判断し、それにもかかわらず、Cに対して何らの措置をとらず、弁護士に保険金請求の進捗状況について照会するなどの措置もとらず、更なる被害を防止する措置を怠ったといわざるを得ないとして、家事審判官の行為が権限を逸脱し、著しく合理性を欠くもので、国家賠償法上違法となるという判断を示し、Aの請求の一部を認容し、約2511万円の損害賠償を認めた。この判決では、通常争訟行為と家庭裁判所の後見監督等の職務行為を異なる性質を有するものとしてとらえている。

以上のように、家庭裁判所の後見的判断に対する国家賠償法上の損害賠償責任の有無の判断については、裁判官の「争訟の裁判」に関する最高裁

昭和 57 年判決の考え方を踏襲する立場を明確に示している判決がある一方、家庭裁判所の家事審判官の後見的機能に関する役割については「争訟の裁判」とは異なる性質を有しているとして、異なる判断基準を示している判決もある。

6 家庭裁判所の成年後見監督責任が問われた裁判例

直接、成年後見人または成年後見監督人の選任および後見監督に関する家事審判官の責任が問われた事案について検討してみる。家庭裁判所の成年後見人の選任および監督のあり方が問われた裁判例として、前掲の大阪地裁堺支部判決を含めて、以下のようなものがある。

まず、広島高裁平成 24 年 2 月 20 日判決があげられる。この事案の概要は次のとおりである。X は平成 13 年 12 月に交通事故により脳挫傷等の傷害を負い、意識障害および四肢麻痺等の後遺症が残り、いわゆる植物状態となった。X には妻子はなく、X の姉 A とその子（姪）B が保険会社 C に保険金を請求していた。C は X と和解の上で保険金の支払いをすることを考えて、その請求手続きを A と B に求めた。しかし、A と B には知的障害があり込み入った話ができなかったため、B の高校時代の担当教師の配偶者であった D（当時、人権擁護委員）に相談し、D が話し合いの場に加わることもあった。A と B は、C から和解契約の締結とそれに基づく保険金受領のために、X に成年後見人を付する必要があることを指摘されたため、D の助力を受けて必要書類を集めた上で、広島家庭裁判所福山支部に対して、平成 15 年 12 月、B を成年後見候補者として X の成年後見開始の申立てをした。家庭裁判所審判官 J は、家庭裁判所調査官の調査結果に基づき、平成 16 年 2 月に X の成年後見開始を決定し、B を X の成年後見人に選任する審判をした。

その後、B は、交通事故の相手方との間で和解契約を締結し、平成 16 年 10 月に E 銀行に B 名義の預金口座を開設し、この口座に同年 11 月に C から保険金として 4770 万円が入金された。B は、この保険金が X の財産であり、私的に流用してはいけないことを認識していたが、保険金が入金されると、

Aと共謀して次々に払い戻しを受けて私的に使用することを繰り返した。平成17年1月、家庭裁判所審判官Jは後見監督事件を立件し、家庭裁判所調査官に調査を命じた。調査官は、後見事務や財産管理の状況を調査した結果、4か月間に470万円の金員が払い出されていたことに気づき、Bに対して必要額しか払い戻しを受けないことと口座名義をB名義からX後見人Bに変更するように指示した。Bはその指示に従ったため、調査官は監督継続をJに報告し、Jは1年後に再度調査することとした。しかし、AとBはその後もXの預金の私的流用を続けた。平成18年2月頃、家事審判官Jは後見監督事件を立件し、調査官に調査を命じた。調査官は、調査の結果、預金残高が1年間で3600万円減少していたため、その理由をBに尋ねたところ、Bはその使途は分からないと述べ、その全部が使途不明金となっていることを確認した。同年3月、調査官はJに対して、3600万円を超える使途不明金があり、Bらによる私的費消と思われること、早急に第三者を新たに成年後見人に加えて財産管理すべきである旨を報告した。AとBはその後も着服を続け、同年4月から8月までの間にさらに合計231万円を費消した。

Jは、平成18年10月、Bに成年後見人の任務に適しない事由があることが明らかであるとしてBを解任する旨の審判をした。そして、広島家庭裁判所は、Bを業務上横領罪で告発し、AおよびBは業務上横領の罪で起訴された。広島地裁は、平成21年3月、Bに懲役1年10月(実刑)、Aに懲役1年8月(執行猶予3年)の判決を言い渡した。AとBが控訴したが、広島高裁は、同年12月、原判決を破棄して、Bを懲役1年8月(実刑)、Aを懲役1年6月(執行猶予3年)とする判決を言い渡している。

新たにXの成年後見人に選任された弁護士Zは、平成21年6月、Xを代理して、Y(国、家庭裁判所および法務局)に対して、Bを成年後見人に選任したことが違法であること、後見監督に義務違反があり違法であること、家庭裁判所の選任・監督手続に組織的な違法があったこと、人権擁護委員であったDがBに知的障害があったことを告知しなかった違法があることを主張し、3800万円の損害賠償を求めて、広島地方裁判所福山支部に

提訴した。第1審裁判所は、裁判官の職務行為が国家賠償法1条1項の違法が認められるためには、当該裁判官が違法または不正な目的をもって裁判したなど付与された権限の趣旨に関らかに背いて権限を行使したものと認められるような特別な事情があることを要するという最高裁判所昭和57年3月12日判決を引用して⁴⁹、本件の家事審判官Jに違法または不当な目的をもって裁判したなどの特別な事情は認められないとして、訴えを棄却した⁵⁰。

そこで、Zが控訴した。控訴審判決は、Zの主張のうち、担当家事審判官であったJに後見監督義務違反が部分的にあったことを認めた。平成18年2月頃の第2回後見監督から平成18年10月にBを解任するまでの間に費消された231万円について賠償責任を認めて、国Yに賠償を命じた。この判決では、原審判決が引用する最高裁昭和57年判決の基準は裁判官がおこなう争訟の裁判に適用されるのであって、家事審判官が職権でおこなう成年後見人の選任やその後見監督は審判の形式でおこなわれるものであるけれども、その性質は後見的な立場からおこなう行政作用に類するものであり、争訟の裁判とは性質を異にするものであるから採用できないとして、以下のように新たな判断基準を示した。法定成年後見制度の趣旨、目的、後見監督の性質に照らせば、成年後見人が被成年後見人の財産を横領した場合に、成年後見人の被成年後見人に対する損害賠償責任とは別に、家庭裁判所が被成年後見人に対して国家賠償責任を負う場合、すなわち、家事審判官の成年後見人の選任や後見監督が被害を受けた被成年後見人との関係で国家賠償法1条1項の適用上違法となるのは、具体的事情の下において、家事審判官に与えられた権限が逸脱されて著しく合理性を欠くと認められる場合に限られるとして、成年後見人の選任やその後見監督に何らかの不備があったというだけでは足りず、その選任の際に、成年後見人が財産を横領することを認識していたか、容易に認識し得たにもかかわらず、その者を選任したとか、成年後見人が横領行為をおこなっていることを認識し

49 前掲・最高裁昭和57年3月12日判決民集36巻3号329頁。

50 広島地裁福山支部平成22年9月15日判決金判1392号58頁。

ていたか、容易に認識し得たにもかかわらず、更なる被害の発生を防止しなかった場合等に限られるとした。そして、具体的事情を詳細に検討した結果、第2回後見監督の際に、BらがXの預金から金員を払い戻してこれを着服する横領行為をおこなっていたにもかかわらず、これを認識した担当家事審判官Jがこれを防止する監督処分をしなかったことは、家事審判官に与えられた権限を逸脱して著しく合理性を欠くと認められる場合に当たり、国家賠償法1条1項の適用上違法となるというべきであるという判断を示した⁵¹。

次に、前掲の大阪地裁堺支部平成25年3月14日判決⁵²があげられる。成年後見人としてAとBを選任した家事審判官J1およびY1を後見監督人に選任した家事審判官J2について成年後見事務の監督に瑕疵があり、違法として国家賠償責任が肯定されるかどうかに関する裁判所の判断は下記のとおりである。最高裁昭和57年3月12日判決⁵³を引用して、「裁判官がした争訟の裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによって当然に国家賠償法1条1項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任の問題が生じるわけではなく、同責任が肯定されるためには、当該裁判官は違法又は不当な目的をもって裁判したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認め得るような特別の事情があることを必要とするものと解される」とした上で、家裁裁判所による成年後見人の後見事務の監督の目的は、家庭裁判所が成年後見監督人のおこなう後見事務が適正になされているか否かを確認し、成年後見人の不相当な後見事務を早期に発見し、後見事務を適正なものへ修正し、適正な財産管理および身上監護を実現することであり、家事審判官はこの目的の達成のために必要に応じて成年後見人に対して後見事務の報告や財産目録の提出を求め、後見事務や被成年後見人の財産状況を調査するなどができるものとしている。そして「後見事務の監督の必要性及び程度は、被後見人の所有財産の多寡及び

51 広島高裁平成24年2月20日判決判タ1385号141頁、金判1392号49頁。

52 前掲・大阪地裁堺支部平成25年3月14日判決金判1417号22頁。

53 前掲・最高裁昭和57年3月12日判決民集36巻3号329頁。

流動資産の割合、心身の状況、関係親族の有無、被後見人の財産管理及び身上監護を巡る親族間の紛争の有無、後見人の適格性、経済状態その他様々な事情により千差万別である。後見事務の監督は、このような監督の必要性・程度や監督に関わる裁判所内外の体制等を勘案しながら家事審判官がその名において行うものであるが、上記権限の行使等の具体的なあり方は、個々の事件について独立した判断権を有し、かつ、その職責を負う家事審判官の広範な裁量に委ねられているものと解するのが相当である。このような後見事務に関する家事審判官の職務行為の内容、特質に鑑みると、家事審判官による後見事務の監督について、職務上の義務違反があるとして国家賠償法上の損害賠償責任が肯定されるためには、争訟の裁判を行う場合と同様に、家事審判官が違法若しくは不当な目的をもって権限を行使し、又は家事審判官の権限の行使が甚だしく不当であるなど、家事審判官がその付与された趣旨に背いて権限を行使し、又は行使しなかったと認め得るような特別な事情があることを必要と解すべきである」という判断を示した。そして本件の事案について、家事審判官 J2 は第 2 回後見監督が開始された当時、B らが自らの経営する会社のために金銭消費貸借を考えていたことについて成年後見人としてふさわしくないと感じていたものの、B らが代理人弁護士を通じて法律に則って特別代理人の選任または後見監督人の選任の申立てをしており、格別に不正の兆候が見られたわけではなかったことからすれば、代理人弁護士からの反対意見を受けて、最終的に B らに法律上の解任事由はないと判断したことは不合理ではないと判断している。また、J2 は B らに対して財産目録や収支計算書等の提出を求めなかったが、B らに対する監督を強化するために Y1 を後見監督人に選任したことなどを考慮すると、Y2 の行為が著しく不当であったとはいえないとしている。さらに、第 2 回の後見監督事件を終了させた際に、次回時期を定めず、3 年以上の間、家庭裁判所から Y1 に対して報告等を促したり、B らに対して財産目録や収支計算書等の提出を求めたりしていなかったとしても、後見監督人からの報告等により不正行為が疑われるような情報に接したときに必要に応じて監督義務権限を行使するものとしたとしても、それ自体

は不合理とはいえ、家庭裁判所が不正行為の兆候に格別接していない状況の下では、家事審判官らが能動的に調査等の権限を行使しなかったことをもって、甚だしく不当であるということはできないという判断を示している。以上のような判断を示して、家事審判官の職務上の権限の趣旨に背いて権限を行使しなかったと認め得るような特段の事情があるとは認められないと判示している。

さらに、東京高裁平成29年4月27日判決がある。次のようなものである。AにはX、B、D、Eの子がいたが、Bが平成24年に死亡し、Bには配偶者及び子がなかったため、Bの遺産はすべて直系尊属であるAが相続することになった。当時、Aは101歳で、介護付有料老人ホームに入所しており、認知症が進み判断能力がない状態であった。そのため、XはBの相続手続をするにあたり、Bの預金口座があったF銀行に相談したところ、G会社が運営する相続手続相談センターを紹介され、さらにそこで司法書士Zを紹介された。Zは成年後見センター・リーガルサポートの会員であったが、当時リーガルサポートによる後見人候補者名簿からは削除されていた。Xは、銀行から紹介された司法書士であることを信頼して、Zを成年後見人候補者として、DとEの同意を得て、平成25年2月19日に東京家庭裁判所立川支部にAについて成年後見開始の申立てをした。同年3月21日、家庭裁判所の担当家事審判官Jは、後見開始審判に先立つ参与員の面談をもとに、Aについて成年後見開始決定をし、ZをAの成年後見人に選任した。

Jはこの審判とともに後見人に対する監督処分事件を立件した。Zは、平成25年5月29日に、財産状況の初回報告をしたが、Bの遺産目録は提出しなかった。Jは次回を1年後の平成26年4月と判断し、担当書記官はZに対してBの遺産目録の提出を指示した上、毎年4月末までに後見事務報告をする旨連絡した。Zは確認書を提出し、平成26年2月にはBの相続財産の合計と相続税支払い済み等をXに報告している。Jは平成26年4月28日に後見人に関する監督事件を立件したが、担当書記官はZに対して後見事務報告書、財産目録、収支状況報告書等の提出が期限までになされていないため報告書等の提出を督促したところ、Zから後見事務報告書が

提出された。しかし、その一部の記載はZが偽造したものもあり、Bの遺産についても一部の遺産目録は提出されていなかった。同監督事件を担当した参与員は、財産目録と収支状況報告の差額が不一致であることなどを指摘し、Zから計算の相違があり修正後一致する旨の説明を受けて、Jは同監督事件を終了させた。その後、Aは平成26年8月30日に死亡した。

家庭裁判所は、平成26年12月頃、リーガルサポートから別件でZが横領した疑いがある旨の連絡を受けて、Jは職権により後見監督処分事件を立件し、Zに引継終了報告書の提出を求めた。Jは、平成27年1月21日、22日、2月10日にAの成年後見に関する成年後見監督事件の期日を開き、Zから事情を聴取したところ、着服を認めた。ZはAの生前の平成25年6月25日から、Aの死後の平成26年11月20日までの間に、預かって保管していたAの預金等から6749万4604円の金員を払い戻して着服していた。その後、Zは、東京司法書士会からAの財産の不正流用等を理由に除名され、業務上横領罪により懲役5年の有罪判決を受けている。

Aの死亡後、X、D、Eが相続したが、平成27年にDとEは自己の相続分をXに譲渡した。Xが、Y（国）を相手取って、家庭裁判所の担当家事審判官JがZをAの成年後見人に選任したこと、および選任後のZに対する監督について職務上の義務違反があることを理由に国家賠償法1条1項の違法に当たるとして損害賠償請求を提起した。東京地方裁判所は、この訴えを棄却した⁵⁴。これに対して、Xが控訴した。

控訴審の東京高裁も原審判決の判断を一部補正したものの、結論は維持した⁵⁵。Aの成年後見人としてZを選任したことについては、最高裁昭和57年3月12日判決の趣旨に従い、「裁判官がした争訟の裁判以外の裁判についても変わるところはなく、後見開始の審判とともに職権でされる成年後見人の選任審判についても、同審判に対する不服申立てが許されない点を考慮しても、同様に妥当するものと解すべきところ、原告が列挙する上記事情は、上記特別の事情を基礎づけるものではなく、担当裁判官が、前記

54 東京地裁平成28年12月14日判決判タ1450号91頁、判時2371号48頁。

55 東京高裁平成29年4月27日判決判タ1450号88頁、判時2371号45頁。

遺産目録等の提出をさせなかったこと及び前記調査をしなかったというこれらの不作為から、直ちに担当裁判官が漫然とZ司法書士をAの成年後見人に選任したと評価されるものではないというべきである」と判示している。また、成年後見人の後見事務の監督について、裁判官が広範な権限を有していることを認め、「独立した判断権を有し、かつ、独立した判断を行う職責を有する裁判官の職務行為として行われるものであることに鑑みれば、裁判官による成年後見人の後見事務の監督につき職務上の義務違反があるとして国家賠償法上の損害賠償責任が肯認されるためには、裁判官が違法若しくは不当な目的をもって権限を行使し、又は裁判官の権限の行使の方法が甚だしく不当であるなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使し、又は行使しなかったものと認め得るような特別の事情があることを必要と解するのが相当である」として、本件の具体的事情の下では、担当裁判官がZの横領行為を容易に認識することはできず、国家賠償法1条1項の違法性はないと判断した。

その他に、成年後見関係事件に関連する家庭裁判所の家事審判官の損害賠償責任が問われた案件として、東京地裁平成26年3月11日判決と名古屋高裁平成27年12月17日判決がある。東京地裁平成26年判決の事案は、被後見人がおこなった財産処分行為について、成年後見人が調査をせず、関係者の責任を追及しなかったことが善良なる管理者の注意義務に違反するか否かが争われ、合わせてそのような成年後見人の行動について家事審判官が監督義務を怠った違法性があるとして、損害賠償請求がなされたというものである⁵⁶。Aは叔母Bから父Cに対する預託金を含む一切の財産について遺贈を受けたと主張し、平成18年2月2日に、Cの相続人である自分の母Dおよび兄弟EとFに対して預託金の返還を求める訴えを提起し、東京高裁平成21年11月10日判決はDに対し2420万円の支払いを命じる一部認容判決を言い渡した。その間に、Aは、平成19年11月30日に母Dについて成年後見開始の申立てをし、横浜家庭裁判所は平成20年1月16日にDについて後見開始の審判をするとともに、成年後見人として弁護士

56 東京地裁平成26年3月11日判決判タ1412号182頁。

であるGを選任した。Gは、平成21年11月19日、Dの成年後見人名義の預金口座を開設し、D名義の他行の預金口座から順次預金を移動させた。これに対して、Aは、平成22年5月11日、前記高裁判決の正本を債務名義として、Dの預金口座の預金債権に対する債権差押命令の申立てをした。横浜地裁は同月13日、債権差押命令を発令したが、D名義の預金債権の残高は存在しないかまたは少額であったため、上記強制執行は不奏功に終わった。そこで、Aは、家庭裁判所の担当家事審判官および書記官に対して、Gが調査したDの財産に誤りがあること、Cの遺言執行者であった司法書士の遺言執行業務がずさんであったためDの財産が散逸したこと、Dの財産をEおよびFが不当に利得していること、成年後見人Gが強制執行を妨害していることを伝え、成年後見人GがDの財産を調査し、その職務が適正におこなわれるよう裁判所として監督するように要望した。さらに、Aは、平成23年4月15日に家庭裁判所に対してDの後見開始申立事件の記録の閲覧および謄写を申請したが、家事審判官はこれを認めない旨の判断をした。そこで、Aが家庭裁判所の監督責任を問い、損害賠償請求訴訟を提起したものである。判決は、被後見人の財産について調査するかどうか、および関係者の責任を追及するかどうかは成年後見人の広範な裁量的判断に委ねられる事項であるとしたうえで、家事審判官に監督義務の違法はないとして損害賠償請求には理由がないとした。また、家事審判官が本件成年後見監督事案の記録の閲覧および謄写を拒否したことについても違法性はないとして、損害賠償請求を棄却した。この判決においても、最高裁昭和57年判決に沿った形で、家事審判官が違法または不法な目的をもって権限を行使し、または家事審判官の権限の行使が甚だしく不当であるなど、家事審判官が付与された権限の趣旨に明らかに背いて権限を行使しまたは行使しなかったと認め得るような特別の事情が認められない限り、職務上の義務違反があるとして国家賠償法上違法の評価を受けないことを明らかにしている。

また、名古屋地裁平成27年判決の事案は次のようなものである。成年後見人に選任され、後に辞任した弁護士が、家庭裁判所の家事審判官から成

年後見人としての業務が不適切であったとして、その後に被後見人の成年後見人に選任された特定非営利活動法人に対して100万円を支払わなければ懲戒になると言われ、和解によって支払いを要求されたことが違法な脅迫行為ないし恐喝未遂に当たると主張して、国家賠償法1条1項に基づいて慰謝料の支払いを請求したというものである。第1審判決は請求を棄却し、控訴審判決も控訴を棄却している⁵⁷。この判決においても、最高裁昭和57年判決が引用され、家事審判官による後見事務の監督が国家賠償法1条1項の適用上違法となるのは、家事審判官が違法または不当な目的をもって権限を行使し、または家事審判官の権限の行使の方法が甚だしく不当であるなど、家事審判官がその付与された権限の趣旨に基づいてこれを行行使し、または行使しなかったと認め得るような特別の事情が必要であると述べている。そして、成年後見人を辞任した弁護士に対する成年後見業務に不適切な点があった旨の発言や和解しなければ懲戒の可能性があるという発言について、家事審判官が与えられた趣旨に背いて権限を行使したと認められるような特別の事情は認められないとする判断を示している。

さらに、京都地裁平成30年1月10日判決は、家事審判官、家庭裁判所調査官および裁判所書記官が後見監督事務を怠ったため、後見人の不当な支出により損害を受けたとして損害賠償請求がなされた事案であり、家庭裁判所調査官および裁判所書記官には後見監督処分に関する権限がなく、家事審判官に対する意見具申の義務およびその懈怠があったとしても、被後見人の受けた損害との間に相当因果関係がないとして賠償責任を否定したが、家事審判官については、後見人の後見事務報告や報酬請求がないまま5年間にわたって、後見事務監督事件を立件するなどの後見事務遂行状況を把握すべき職務上の義務を懈怠し、成年後見制度の目的や範囲を著しく逸脱したというべき特段の事情が認められ、国家賠償法1条1項にいう違法な公権力の行使があったというべきであるとして、4400万円の請求に対して1382万円の損害賠償請求を認容している⁵⁸。この判決では、最高裁昭

57 名古屋高裁平成27年12月17日判決LEX/DB25545442。

58 京都地裁平成30年1月10日判決LEX/DB25549377。

和 57 年判決の基準にしたがって、「裁判官がした争訟の裁判につき国家賠償法 1 条 1 項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償が肯定されるためには、上記裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によっては是正されるべき瑕疵が存在するだけでは足りず、当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認め得るような特別の事情があることを必要とするものと解される」としている。しかし、「家庭裁判所による成年後見人の後見事務の監督の目的は、家庭裁判所が成年後見人の行う事務が適正にされているか否かを監督することにより、成年後見人の不当な後見事務を早期に発見し、後見事務を適正なものへと是正し、適正な財産管理及び身上監護を実現することにある」として、家事審判官はこの目的を達成するために、必要に応じて成年後見人に対して、財産目録の提出や後見事務の報告を求めることができ、必要な処分を命じることができることになっているにもかかわらず、長年にわたってこれらの義務が果たされていなかったことに着目して、家事審判官の職務上の義務の懈怠の存在を肯定している。家事審判官の損害賠償責任については最高裁昭和 57 年判決の立場を肯定しながら、この事案に関しては担当の家事審判官が適正な成年後見事務監督をおこなわなかったと判断している点に特徴がある。

成年後見人が被後見人の預貯金等の財産を横領した等の事案について、成年後見人を選任した家庭裁判所の選任および後見監督の責任の判断も、前述のように国家賠償法上の損害賠償責任の有無の判断となる。ここで取り上げた家庭裁判所審判官の義務違反を理由とする国家賠償請求事案について整理すると、広島地裁福山支部平成 22 年 9 月 15 日判決、大阪地裁堺支部判決、東京高裁平成 29 年 4 月 27 日判決、東京地裁平成 26 年判決および名古屋高裁平成 27 年判決はいずれも、これまでの最高裁昭和 57 年判例の見解を基本としている。最高裁昭和 57 年 3 月 12 日判決は「裁判官がした争訟の財版に上訴等の訴訟法上の救済方法によっては是正されるべき瑕疵が存在したとしても、これによって当然に国家賠償法 1 条 1 項の規定にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任の問題が生ずるわけ

のものではなく、右責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判したなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したと認めうるような特別の事情があることを必要とするのが相当である」とし、国家賠償請求が認容されるためには是正されるべき瑕疵があったというだけでは足りないものとしている。大阪地裁堺支部平成25年判決および東京高裁平成29年判決は、問題となった成年後見人や成年後見監督人の選任および監督の案件が争訟事件ではなく、家事審判事件ではあるが、裁判官がした争訟の裁判以外の裁判についても変わることはないとし、さらに後見開始の審判とともにされる成年後見人の選任審判については不服申立てが許されないという違いがあるとしても、同様の判断基準に基づくものであることを明確にしている。これに対して、京都地裁平成30年判決は、最高裁昭和57年判決の立場に従いつつも、当該事案について家事審判官の監督義務の懈怠を認めて、損害賠償責任を一部肯定している。広島高裁平成24年判決では、最高裁昭和57年判決の基準は純粹に裁判官がおこなう争訟の裁判に適用されるべきものであり、成年後見人の選任や後見監督は家庭裁判所が後見的立場からおこなう行政作用に類するものであり、争訟の裁判とは性質を異にするとして、異なる判断を示している。

国家賠償法上問題とされる争訟の裁判性について、家事審判制度としての制度上の違いを強調して、争訟性が問題とされる場面ではなく、家庭裁判所の後見的機能を重視する制度趣旨の観点から家庭裁判所家事審判官の果たすべき義務を想定し、義務懈怠の有無を判断するという考え方がある。また、争訟の裁判という点で家事審判手続も変わらないという考えの下でも、家事審判の権限の行使の方法が甚だしく不当であるとか、付与された権限をその趣旨に反して行使しなかったと認め得るような「特別の事情」があったかどうかという実質的な判断を厳格におこなうことによって、被後見人の保護を図れるような判断ができる場合もあり、具体的な成年後見監督のあり方を問題とすることが可能だと考えることもできる⁵⁹。

59 神谷隆一「成年後見人の財産管理事務に対する成年後見監督人による監督と家庭裁

7 おわりに

成年後見人等による被後見人・被保佐人の所有財産に対する不適切な財産管理が問題視されるようになり、場合によっては親族後見人が業務上横領罪に問われる事案が増え、成年後見人等の法的責任が追及される場面が目立ってきた状況の中で、本稿で問題としたような成年後見監督人の監督責任あるいは家庭裁判所の成年後見人の選任および監督責任のあり方が問われるようになってきていることは確かである。本稿では、成年後見人自身の財産管理等に関する責任、成年後見監督人の監督責任、家庭裁判所の成年後見人の選任とその監督責任および成年後見監督人に対する監督責任という問題を取り上げてみた。成年後見人および成年後見監督人による被後見人の財産管理に対する善良なる管理者の注意義務のあり方に対して、家庭裁判所の家事審判官の責任を問う場合の国家賠償法1条1項の理解に関する問題を最後に取り上げ、これまでの判例を検討した。

家庭裁判所の家事審判官の成年後見監督事件について、国家賠償法1条1項の適用を論じるにあたって、最高裁昭和57年判決の違法性の判断枠組みにしたがって処理するという方向性については批判的な見解も強い。成年後見人の選任および監督事件については、家庭裁判所の家事審判官が独立した権限と広範な裁量権を有している点において通常の司法作用と類似していることは否定できない。しかし、成年後見関係事件では、不服申立ても即時抗告も存在していない。また、被後見人本人に成年後見人に対する後見監督も期待できないという事情もあり、そのため家庭裁判所の後見監督機能が期待され、重要な役割を果たしているわけである。その点で、通常の司法作用とは異なる特徴を有している。本稿で見たように、最高裁昭和57年判決の「争訟の裁判」の判断枠組みにしたがって、成年後見監督事件についても、家事審判官の作為ないし不作為といった行為が違法と評価されるには特別な事情が必要と考える判決も多く、その傾向が強いものといえる。そのように考えれば、家事審判官の行為の違法性が認められるには、故意に近い注意義務懈怠が求められることになり、国家賠償請求が

判所による監督についての一考察」学習院法務研究10号227頁（2016年）。

認容される可能性はきわめて低いものとなる。そのような観点から、異なる判断基準を問題とする見解もある。

具体的な事案については、広島高裁平成平成24年判決のように、家庭裁判所の家事審判官について職務行為上の義務違反があったとする見解にしたがって、一般的な行政作用と同様の基準によって判断されることを適切とする見解もある⁶⁰。大阪地裁堺支部平成25年判決の事案については、成年後見人の解任も考慮した上での成年後見監督人の選任であったならば、後見監督人への説明や注意喚起を適切におこなうべきだったのではないかという指摘もあり、成年後見事務について何らかの問題があることを家庭裁判所が認識している事件については、監督環境の設定をおこなう義務があるというべきではないかという指摘もある⁶¹。しかし、このような指摘をする論者でも、この義務の懈怠が直ちに国家賠償法上の違法性につながるかどうかは別途考慮すべき問題としている。また、司法書士の横領事案である東京高裁平成29年判決のような事案については、最高裁昭和57年判決の判断枠組みについては批判的な立場を示す論者にあっても、家庭裁判所の成年後見人の選任および監督について職務上求められている義務の懈怠があったとはいえないとして、結論としては損害賠償責任を否定する結論を支持する考えも示されている⁶²。このような状況をみると、家庭裁判所の成年後見監督に関しては国家賠償法が適用されることになる点で、民法が成年後見人および成年後見監督人に求める基準とは異なる基準で検討せざるを得ないものとなっている。

60 西島良尚「成年後見人らが成年被後見人の預貯金を着服横領した場合における後見監督人と家庭裁判所の責任」成年後見法研究11号147頁(2014年)。ただし、西島は、裁判所が「横領すること」あるいは「横領行為をおこなっていること」を「容易に認識し得た」という場合の判断基準としての徴憑に関して検討の余地はあると思われると指摘している。

61 前掲・西島・成年後見法研究11号148頁。

62 合田篤子「成年後見人(司法書士)が横領した場合の家庭裁判所の後見監督等における国賠法上の違法性」現代民事判例研究会編『民事判例17-2018年前期』(日本評論社、2018年)117頁、冷水登紀代「成年後見人である司法書士による成年被後見人の預金等の横領と国家賠償法1条の責任」『私法判例リマックス59 2019<下>』(日本評論社、2019年)65頁。

したがって、成年後見監督に対する法的責任追求の根拠そのものが異なっており、成年後見人の財産管理に対して求められる注意義務のあり方そのものを異なる次元のものとして把握せざるを得ないものとなっている。裁判所の広範な裁量権に着目したとしても、一方で、家庭裁判所の成年後見人の選任および監督権限および裁判所の後見的機能という観点から被後見人の立場に立って考えるという視点に重点を置いた理解も可能となる。他方で、裁判官の独立性や司法作用の機能という点から考えれば、司法制度の安定性・独立性に重点をおいた理解が可能となる。そうであったとしても、成年後見制度の目的からすれば、重視すべきは保護されるべき被後見人のための制度のあり方であり、そのために裁判所・裁判官の広範な裁量権に基づいた後見的機能を期待して家事審判制度が利用されているということを考えれば、成年後見制度の運用の信頼性や安定性を確保するという観点から成年後見監督制度をとらえるべきであろう。「争訟の裁判」と「家事審判」との違いに配慮した判例に対して一定の評価する意見もあるが、具体的な判断には疑問を示す見解もある⁶³。訴訟制度と審判制度の違いに着目すれば、家事審判制度に対する不服申立て制度の不存在だけではなく、公開を原則とする訴訟とそうではない審判との違いを含めて、手続保障のあり方に大きな違いがあると言わざるを得ない。審判手続きの公開性だけではなく、成年後見監督についても、監督業務の公開性や透明性を保証する仕組みも存在しないという点も問題である。そのような点を考慮すれば、被後見人本人の立場に立った成年後見制度の趣旨に沿った後見監督制度のあり方が求められるべきといえる⁶⁴。

家庭裁判所の責任という観点についていえば、民法ではなく国家賠償法上の責任として問題とせざるを得ない状況であることから、家庭裁判所のおこなう監督業務のあり方を問題とすべきという指摘は強いものと言わざるを得ない。家庭裁判所の監督が主として年に1回程度の成年後見人から

63 宮下修一「成年後見人の選任・監督に関する家事審判官の責任」現代民事法研究会編『民事判例7—2013年前期』（日本評論社、2013年）113頁。

64 前掲・三輪「後見監督責任に関する一考察—後見監督に関する3つの裁判例を素材として—」南山大学アカデミア社会科学編12号102頁。

の報告書等の書類の提出以外にほとんどないことを考えると、家庭裁判所が必要に応じて常にチェックすることができる体制が求められる、成年後見監督人を選任した場合でも、成年後見監督人の個別的な対応に依存するのではなく、成年後見監督人とともに家庭裁判所がチェックするなり、家庭裁判所が集約してチェックする方が効率的・確実な監督手法だという指摘もある⁶⁵。いずれにしても、家庭裁判所が成年後見監督人に依存するのではなく、自らも積極的に監督権限を行使するべきという指摘である。また、成年後見人が必要な報告をしない場合には、成年後見人の不正を早期に発見するという観点から、金融機関に対する調査嘱託や不動産登記情報提供サービスの利用によるチェックなどを活用すべきとする意見もある⁶⁶。さらに、成年後見人に対する研修の充実の必要性も強調されるべきである。成年後見監督制度の充実の方向性として、家庭裁判所の積極的な活動または権限行使が期待されていることは間違いないが、現在の家庭裁判所の人的資源の不足状況を考慮すると、高齢化社会の進行の中で更なる成年後見制度の活用の期待に応えられるような状況にはないと言わざるを得ない⁶⁷。十分な成年後見制度の活用や監督制度の充実のためには、家庭裁判所のマンパワーの拡充が求められるとともに、行政機関や地域の諸団体・組織との連携など、家庭裁判所以外の民間活力の一層の活用が必要である。

65 前掲・神谷「成年後見人の財産管理事務に対する成年後見監督人による監督と家庭裁判所による監督についての一考察」学習院法務研究10号228頁。

66 前掲・神谷「成年後見人の財産管理事務に対する成年後見監督人による監督と家庭裁判所による監督についての一考察」学習院法務研究10号230頁。

67 前掲・宮下「成年後見人の選任・監督に関する家事審判官の責任」『民事判例7』113頁。