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――

三　輪　まどか

1．はじめに

平成 28 年 4 月，成年後見制度利用促進法が公布され，同年 5 月に施行された。成年後見制度が導入されてから 17 年経過しても，利用が進まないことを受けての法制定である。一方で，成年後見制度を悪用するケースが後を絶たない。最高裁判所の調査を報じた新聞記事によれば［毎日新聞 2016］[1]，専門職による財産の着服などの悪用・不正が過去最高であったとされる。国をあげて制度利用を促進しようとしながら，制度の信頼性をおとしめる事態の発生は，大問題である。

こうした悪用・不正に歯止めをかけるためにも，家庭裁判所をはじめ，後見監督人による後見監督に期待が寄せられる。しかし，この後見監督もまた，平成 24 年に広島高裁において，家事審判官の監督責任を認めた事例（広島高判平成 24 年 2 月 20 日判タ 1385 号 141 頁・金商判 1392 号 49 頁・訟月 59 巻 3 号 717 頁：以下「広島高裁判決」とする）[2] や，平成 25 年に大阪地堺支部において，家事審判官の監督と成年後見監督人の監督責任が問われ，成年後見監督人たる弁護士の監督責任を認めた事例（大阪地堺支判平成 25 年 3 月 14 日金商判 1417 号 21 頁・訟月 60 巻 4 号 738 頁：以下「大阪地裁判決」とする）[3] があるなど，後見監督が十分になされているとは言いがたい。

そこで本稿では，改めて家庭裁判所及び後見監督人による後見監督に焦点を当て，その責任の所在について考えてみたい。なぜなら，これまで家庭裁判所や後見監督人がいかなる義務を有するかについての議論は，必ずしも活発とはいえなかったからである[4]。その際，最も重要になるのは，そもそも家庭裁判所，後見監督人がいかなる職務を遂行することになっているのか，ということで

1）毎日新聞ウェブサイト「専門職の不正最多　弁護士ら，財産着服など 37 件（2016 年 4 月 15 日付東京朝刊）」（http://mainichi.jp/articles/20160415/ddm/012/010/029000c）（2016 年 8 月 15 日閲覧）。

2）本件は，成年後見人に選任された弁護士が，その在任期間中に知的障害のある被後見人の預金から約 3,800 万円を横領したことについて，成年後見人の選任とその後の後見監督を行う家事審判官等に対して違法があったとして，国家賠償法 1 条 1 項に基づき，損害賠償を求めた事案である。

3）本件は，知的障害と運動障害を有する原告の当時の成年後見人であった者らが，原告の預貯金を払い戻して横領したことについて，後見監督人であった弁護士に対して，後見監督人としての善管注意義務に違反としたとして，債務不履行に基づき，また国に対して，家事審判官による後見事務の監督に違法があったとして，国家賠償法 1 条 1 項に基づき，連帯して約 4,500 万円の支払いを求める事案である。

4）筆者が管見する限り，後見監督に関する論文はそれほど多くなく，本稿に掲げる論文のほか，テキストにおいて若干の記述があるのみであった。

ある。そこでまず，それぞれが条文上どのような職務を担っているのかについて，整理をしておきたい。次に，それらの職務遂行にあたって責任を問いうる場合とは，いかなる場合なのかについて検討を行いたい。検討にあたっては，先に掲げた広島高裁および大阪地堺支部の裁判例のほか，筆者が3回にわたって，任意後見監督人たる専門職（司法書士）の責任をめぐり意見書を提出した，大阪高判平成28年4月28日判例集未搭載[5]（原審：神戸地判平成24年12月13日：以下「大阪高裁判決」とする）も素材とする[6]。なお，本稿における任意後見監督人をめぐる記述は，3回の意見書をベースにしていることを付記しておきたい。

2. 後見監督（人）の職務

(1) 家庭裁判所（家事審判官）

① 条文

民法863条1項によれば，家庭裁判所は，「いつでも，後見人に対し後見の事務の報告若しくは財産の目録の提出を求め，又は後見の事務若しくは被後見人の財産の状況を調査することができる」とされている。同条2項では，後見監督人，被後見人，その親族，その他利害関係人の請求もしくは職権で，「被後見人の財産の管理その他後見の事務について必要な処分を命ずることができる」と定める。本条の趣旨として，「後見人は，極めて大きな権限をもつから，後見事務が適正に遂行されているかを確認し，後見事務が適正に遂行されているかを確認し，必要な措置をとることができるようにしておくことは，後見制度の実効性と信頼性を高めるためには不可欠である」ため，本条が「後見監督人に対する監督権限があることを前提に，その内容について定め」たとされている［松川＝窪田2015：303］。

そして，これらの家庭裁判所による民法863条に基づく後見，保佐又は補助の事務の報告，財産の目録の提出，当該事務又は財産の状況の調査，財産の管理その他の当該事務に関する処分については，裁判官（家事手続法改正前の家事審判法においては，家事審判官）による審判によって実施される（家事手続法118条8号）。

家庭裁判所による後見監督の方法については，「適当な者」に成年後見の事務若しくは成年被後見人の財産の状況を調査させ，又は臨時に財産の管理をさせることであり（家事手続法124条1項），そのうち，調査を行う者として，家庭裁判所調査官を充てることができることが定められている（家事手続法124条3項）。また，調査・管理を行った者に対して，被後見人の財産から報酬を与える

5）本件は，控訴人Xの亡父であるAを委任者とする任意後見契約に関し，Xが任意後見監督人であったYに対し，任意後見監督人候補者，任意後見監督人等としての注意義務を怠ったことにより，任意後見人である訴外Bの不正行為を看過し，その結果AおよびXらに対して損害を被らせたなどと主張して，不法行為責任および債務不履行責任に基づく損害賠償を求める事案である。

6）筆者は，本件に関し，合計3回の意見書を提出している。第1回目は，2012年7月2日，神戸地方裁判所第2民事部1係提出「任意後見における『専門家のかかわり』の意義」である。第2回目は，2013年6月30日，大阪高等裁判所第13民事部E2係提出「意見書」である。第3回目は，2016年8月8日最高裁判所提出「後見監督人の義務」である。なお，本件の意見書を論文形式にしたものとして，三輪まどか「任意後見における『専門家のかかわり』の意義：任意後見監督人のあり方を問う裁判を素材として」アカデミア社会科学編第4号（2013年1月）55–70頁がある。

ことができる旨が規定されている（家事手続法 124 条 2 項）。

なお，実際的に審判という形式で後見監督を行うのは，法の定義によれば，裁判官（家事審判官）であるが，本稿では家庭裁判所という用語で統一する。というのも，裁判官が所属するのは家庭裁判所であり，民法の定義上も，家庭裁判所の後見監督が予定されているからである。

② 職務

民法 863 条 2 項に基づき，「家庭裁判所は，後見事務の監督上必要な一切の措置をとることができる」とされている［松川＝窪田 2015：303］。例えば，財産管理について，被後見人が所有する住宅の改修や改築といった事実行為や売却・賃貸といった処分行為に関する助言・指示が可能であるし，財産の管理人の選任（家事手続法 124 条・180 条）や後見人の職務執行停止（家事手続法 127 条・181 条），身上監護についても，監護教育・療養看護の方法についての助言・指示が可能であるとされている［松川＝窪田 2015：303］。

③ 裁判例

家庭裁判所に後見監督の職務が与えられたことにつき，広島高裁判決は次のように述べる。すなわち「家庭裁判所は，選任した成年後見人の職務を監督することができるが，これは，成年後見人の職権が広範であるため，いったん不正行為が行われたときは，被後見人に回復しがたい損害が発生するおそれがあるので，家庭裁判所に，一定の範囲で，成年後見人による後見事務が適正に行われているかどうかを確認することを可能にしたものというべきである」。

また，大阪地裁判決においては，家庭裁判所の後見監督の目的は，「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確認することにより，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と修正し，適正な財産管理及び身上監護を実現することにある。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，後見事務の報告や財産目録の提出を求め，後見事務や被後見人の財産の状況を調査し（民法 863 条 1 項，3 項，平成 23 年法律第 53 号廃止前の家事審判法［以下単に「家事審判法」という。］9 条 1 項甲類 21 号），被後見人の財産の管理その他後見事務について必要な処分を命じたり（民法 863 条 2 項，家事審判法 9 条 1 項甲類 21 号），成年後見人の追加的選任をしたり（民法 843 条，家事審判法 9 条 1 項甲類 14 号），共同してまたは事務を分掌して，権限を行使すべきことを定めたり，この定めを取り消したり（民法 859 条の 2 第 1 項，2 項，家事審判法 9 条 1 項甲類 18 号），後見監督人を選任したり（民法 849 条，家事審判法 9 条 1 項甲類 14 号），後見人ないし後見監督人を解任したり（民法 846 条，852 条，家事審判法 9 条 1 項甲類 16 号）することができる」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」とする。

(2) 成年後見監督人

① 選任

民法 849 条に基づき，必要があると家庭裁判所が判断する場合には，被後見人，その親族・後見人の請求によって，または職権によって，後見監督人を選任することができる。したがって，成年後見監督人の選任は，制度の利用にあたって必須ではない。しかしながら，選任の必要性がある場合として，次のような要件が挙げられている［リーガルサポート 2009：145，松川＝窪田 2015：282］。多額の財産がある，あるいは管理が複雑である，多額の債務があるといった財産関係が複雑な場合，遺産分割協議や不動産売買，交通事故の示談交渉などといった法律行為が予定されている場合，推定相続人間などの親族間で紛争がある，もしくは将来発生する可能性が高いといった財産管理について紛争がある場合である。

選任時，後見監督人に考慮される事情として，民法 852 条では，民法 840 条 3 項･4 項を準用して，次のように定める。すなわち，第 1 に，被後見人の心身の状態，生活および財産の状況，第 2 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，第 3 に，後見監督人が法人である場合には，その事業の種類，内容，その法人の代表者と被後見人との利害関係の有無，第 4 に，被後見人の意見その他一切の事情である［松川＝窪田 2015：282］。また，後見人の配偶者，直系血族，兄弟姉妹は，後見監督人となることはできない（民法 850 条）。

② 職務[7)]

a. 条文

成年後見監督人の職務として，後見人の事務を監督すること（民法 851 条 1 号），後見人が欠けた場合に，その選任を家庭裁判所に請求すること（同条 2 号），急迫の事情がある場合には，必要な処分をすること（同条 3 号）[8)]，後見人もしくはその代表者と被後見人の利益相反がある場合，被後見人を代表すること（同条 4 号）が定められている。

さらに，成年後見監督人の後見監督の具体的な内容としては，次の 3 つが挙げられる。第 1 に，民法 863 条 1 項では，後見人に対し後見の事務の報告若しくは財産の目録の提出を求めること，および，後見の事務の状況や被後見人の財産の状況を調査することを定める。こうした書類提出あるいは調査は，「家庭裁判所が職権でする審判により命ぜられるのが一般的」とされている［松川＝窪田 2015：303］。ただし，後見の開始時における財産の調査およびその目録の作成（民法 851 条 2 項），終了時における後見の計算（民法 871 条）には，後見監督人の立会いが必要とされている。実務において，この立ち会いは，「財産目録が正確に作成されているかを，後見監督人が資料を基に確認すること」であり，「実務では，後見人が財産目録を作成してその財産関係資料とともに後見監督人に提出し後見監督人の点検を受けることが一般的」とされている［リーガルサポート 2009：153］。具体的には，不動産所有の場合，権利証（登記識別情報）の確認・照合，預貯金の通帳での確認・照合，借入金の契約確認・照合，被後見人との面談による生活・健康・看護の状況確

7）後見監督人の職務に関する民法上の規定について，明治民法から現在までの条文の変遷を追った研究として，［谷口 2008］がある。

8）これを応急処分と呼び，実務では，「後見人が病気で後見事務が行えない場合や後見人が一時不在となるために後見事務が行えない場合，被後見人の債権が消滅時効にかかりそうなのに，後見人が時効中断行為を行わないような場合」に，財産上の処分を行うこととしている［リーガルサポート 2009：156］。

認，後見人に対する事務報告請求，後見人に対する財産目録提出請求，後見事務および財産状況調査，家庭裁判所に対し，必要な処分を命ずるよう請求すること，などが挙げられている［リーガルサポート 2009：153–155］。

第 2 に，後見人の解任請求である（民法 846 条）。実務では，不正な行為や著しい不行跡として，後見人の使い込み，本人の生活費の過大計上，後見人や親族に対する扶養費用の支出・金銭の貸与等がある場合が想定されている［リーガルサポート 2009：157］。

第 3 に，家庭裁判所への報告である（民法 863 条 1 項）。具体的な実務としては，選任時から初回報告までに，後見人は 1 ヶ月以内に調査を終わらせ，財産目録および年間収支予定表を作成し，それらを後見監督人に引き渡すこととなっている。後見監督人は，それらの書類を受け取り，「被後見人の預金通帳（写し），年金振込通知書などの書類により収入を確認し，健康保険，介護保険，生活費，光熱費，医療費，租税公課などの書類によりそれらの支出を確認し，後見人が作成した財産目録と年間収支予定表との整合性を確認」した上で，家庭裁判所に提出することとなっている［リーガルサポート 2009：158］。継続報告の際には，東京家庭裁判所本庁の場合，専門職後見監督人とそうでない場合とで取扱いが異なっているようである[9)]。専門職後見監督人の場合，ほぼ 1 年後に裁判所から後見監督人宛「報酬付与申立て（後見等監督事務報告）について（依頼）」という文書が送付され，この報酬付与申立書に報酬付与申立事情説明書（管理する財産の価格と総額，本人を代表した行為の内容とその回数，被後見人との対応回数・時間，親族等との対応回数・時間などを記載）と後見等監督事務報告書（後見人による本人の生活・療養看護面の報告の有無および不明な点，後見人による本人の財産面についての報告の有無および不明な点，後見人の事務執行の適切性，本人の生活・財産について困っていることの有無・その内容などを記載），財産目録を添付することとなっているようである［リーガルサポート 2009：158–159］。専門職後見監督人でない場合は，専門職後見監督人が提出する書類のほか，収支状況報告書，財産の収支の疎明資料の提出が求められるようである［リーガルサポート 2009：159］。

b. 裁判例

大阪地裁判決は，成年後見監督人の職務について，「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（民法 849 条），被告［成年後見監督人：筆者注］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」いと述べる。また，「被告は，後見監督人としての義務を履行するために，成年後見人の後見事務の状況等を把握しなければならず，謄写した一件記録等を検討して，原告［被後見人：筆者注］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，収支計算書等は，約 1 年 2 か月以上前である第 1 回後見監督の際のものであること，第 1 回後見監督終了時に予定されていた次回監督立件の時期が到来していたこと，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原告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，後見人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（同法 683 条 1 項）をすべき」であるとする。

9）なお，東京家庭裁判所の判事・書記官・家裁調査官の講演によれば，平成 25 年の 1 年間で，法定後見の監督人が選任されたケースは約 580 件，任意後見監督人が約 80 件，うち弁護士が監督人に選任されたケースは約 270 件，その他の専門職が約 340 件とされている［小西＝篠原＝中村＝高木 2014：9］。

(3) 任意後見監督人

① 選任

任意後見法4条1項によれば，任意後見契約が登記されている場合において，精神上の障害により本人の事理を弁識する能力が不十分な状況にあるときは，家庭裁判所は，本人，配偶者，四親等内の親族又は任意後見受任者の請求により，任意後見監督人を選任するとされている。したがって，任意後見監督人の場合は，原則として，本人等の請求があってはじめて，選任することとなっている。加えて，任意後見監督人を選任してはじめて，任意後見契約の効力が発生することから（任意後見法2条1号，家事手続法217条），任意後見における任意後見監督人の選任は必須事項と言ってもよい。ただし，家庭裁判所が職権で任意後見監督人を選任できる場合として，任意後見監督人が欠けた場合（任意後見法4条4項），必要があると認められる場合（任意後見法4条5項）がある。

また，成年後見監督人同様の欠格事由が定められ（任意後見法5条），後見人の選任にあたって考慮すべき事情（民法843条4項）が準用されることが定められている（任意後見法2条4項）。

② 職務

a. 条文

任意後見法7条によれば，任意後見人の事務を監督すること（同条1号），さらに，任意後見人の事務に関し，家庭裁判所に定期的に報告すること（同条2号），急迫の事情がある場合には，代理権の範囲に応じて，必要な処分をすること（同条3号），任意後見人もしくはその代表者と本人の利益相反がある場合，本人を代表すること（同条4号）と定めている。

なお，本規定について立法担当者の解説によれば，家庭裁判所に選任権のない任意後見人に対して，家庭裁判所が直接的に監督するのは困難であり，監督を実効性あるものにするために家庭裁判所が選任する任意後見監督人の監督下に任意後見人を置くことが有効であること，家庭裁判所の監督権については，任意後見監督人の報告義務および任意後見人の解任権の行使により，十分確保できること，法定後見の増加が見込まれるなかで，家庭裁判所に任意後見人の監督まで課すことは，監督の実効性および裁判所の人的・物的資源の観点から適当ではないことを理由として，本規定が定められたとされている［小林＝原 2002：448］。とはいえ，家庭裁判所による監督が免れるわけではなく，任意後見監督人を通じて，家庭裁判所が監督するという形式をとっているに過ぎず，それは，法定後見の場合と異なり，任意後見監督人が必須だからと指摘する説もある［梶村＝岩志＝大塚＝榊原＝棚村 2013：313］。

そして，任意後見監督人の具体的な職務内容としては，任意後見法2条2項により，いつでも，任意後見人に対して，任意後見人の事務の報告を求めうること，任意後見人の事務や本人の財産の状況を調査することができることを定めている。さらに，任意後見法8条により，任意後見人の解任を家庭裁判所に請求することができる。

b. 裁判例・学説

大阪高裁判決では，任意後見監督人の職務につき，「任意後見人の事務を監督すること，定期的に家庭裁判所に報告すること（神戸家庭裁判所では年に1回の報告が求められている。）などであり，いつでも任意後見人に対し，任意後見人の事務に関する報告を求め，任意後見人の事務又は本人の財産の状況を調査することができ（任意後見契約法7条1，2項）」と述べる。

任意後見監督人の責任を検討する論文においては，上記法定の職務のほか，それらの職務に付随

する職務等を挙げる。具体的な内容は,「任意後見人に対し，後見事務の趣旨について説明」し,「他人の財産を預かっているのであり，善良なる管理者の注意義務をもって財産の管理を行わねばならないこと，仮に不正行為があると犯罪になりうることなどを伝えること」と,「任意後見人等の個人財産と区別した，財産の分別管理の徹底，収支の記録や，本人の生活状況を知り費用の管理も適正に行われているかを知るために後見日誌の記載とその日誌を定期的な報告での資料の一部として提出してもらうなどということ」,「万一，資料等の報告過程で，不正な事務の疑いが生じたら，適正な言葉で説明を求め改善・原状回復を促すか，仮に不正が判明したら，最終的には告訴・告発も考えること」である［西島 2013：58］。そして，こうした職務を行うのは,「こうした権限を適切に行使して，任意後見の適正な実施の監督職務を遂行する」ためだとしている［西島 2013：58］。

(4) 各主体の職務内容の比較

以上によれば，家庭裁判所および成年後見監督人・任意後見監督人の職務内容は，以下のようにまとめることができる。すなわち，家庭裁判所は，後見事務にまつわる審判を行うことによって，実効的に後見監督を行うとともに，直接的に監督業務も行う。直接的な監督は，個々の裁判官の判断（裁量）に委ねられており，その監督の必要性および程度は，被後見人の所有財産の多寡及び流動資産の割合，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ると言える。この監督の必要性および程度は，何も家庭裁判所に限った話しではなく，後にのべる成年後見監督人および任意後見監督人でも同様であろう。そして，家庭裁判所が直接的に監督できない場合，監督を担うことに適切な者に調査・管理させ，家庭裁判所がその者を監督するという間接的な監督の役割を担っている。この適切な者についての具体的な規定は，家庭裁判所調査官以外にはないが，制度上，成年後見監督人であることも想定され，成年後見の事務の監督の審判を通じて，成年後見監督人に後見人の監督の指示を与えるということが想定されているといえよう（下図参照）。

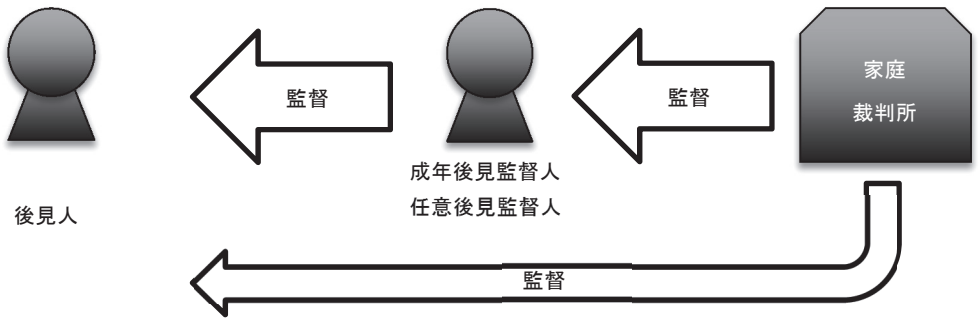

図　各主体の後見監督の方法

一方で，成年後見監督人，任意後見監督人の職務内容は，条文上，後見事務の監督とそれについての家庭裁判所への報告が，主たる内容である。応急処分ならびに利益相反の場合の対応についても，成年後見監督人・任意後見監督人双方において，同様の規定を置いている。後見監督の具体的な内容については，後見人に対して，事務の報告を求めること，それに関する調査を行うこと，被後見人・本人の財産の状況を調査することが共通しており，それらに関して家庭裁判所に報告する

こともまた，同様である。任意後見監督人の実際的な業務についても，裁判例等を通じて知ったのみで推測の域を出ないが，成年後見監督人とほぼ類似の職務を行っているということができよう。

しかしながら，ここで，成年後見監督人・任意後見監督人の職務をめぐる問題が2点生じる。第1に，監督の詳細かつ具体的な内容，すなわち，どのような場合に調査を行い，報告を求めるのか，といった詳細な基準が曖昧である点である。大阪地裁判決によれば，家庭裁判所からの具体的な指示がなくとも，監督に必要なことを行うこととされており，この点で，選任された各人の裁量に委ねられていると言っても過言ではない。そのような各人の裁量に委ねられた状況で（成年後見監督人・任意後見監督人として不慣れな人もいれば，何度も引き受けている人もいる状況で），本当に監督の職務を遂行できるのであろうか。

第2に，監督をすべき後見人について，専門職後見が親族後見を上回っている現状があるとはいえ[10]，後見人が家族・親族といった，いわば後見の素人であることである場合も想定でき，そうした親族後見人に対して，専門職後見とは異なる監督，そのための何らかの配慮が必要となるのではないだろうか。そもそも，そういった配慮が民法上の「監督」と言えるのかどうかという問題も生ずる。実務からは，成年後見監督人・任意後見監督人には，監督以外に，本来家庭裁判所の役割である後見事務の指導やその支援が求められており，「監督と支援が後見監督人という同一人物の中で両立することが可能なのかという問題があり……具体的には，後見事務の指導をしながら，ある程度密着していた距離間において，その指導が功を奏さなかった場合，強い態度で接する必要が生じて『監督』としての機能を求められたとき，後見監督人が上手に使い分けができるかという問題」があるとの指摘がある［リーガルサポート 2009：163］。

以上からすれば，そもそも監督とはどの程度のものが求められているのか曖昧であり，かつ，監督の内容をなす職務の範囲が曖昧であることが明らかである。加えて，その監督や職務の程度や詳細な内容は，法で定められているというよりも，個々人の裁量に委ねられている状況である。その点でも，それぞれの責任の範囲をどのように確定していけばよいかが大きな問題となる。

3. 後見監督の責任とその範囲

(1) 家庭裁判所の責任

① 広島高裁判決

広島高裁判決では，家庭裁判所の賠償責任について，次のように述べる。すなわち，「成年後見の制度（法定後見）の趣旨，目的，後見監督の性質に照らせば，成年後見人が被後見人の財産を横領した場合に，成年後見人の被後見人に対する損害賠償責任とは別に，家庭裁判所が被後見人に対し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後見人（ママ）に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いうべきである。そうすると，家事審判官の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，家事審判官が，その選任の際に，成年後見人が被後見人の財産を横領するこ

10）2014年度には，弁護士・司法書士・社会福祉士・税理士等の専門職後見が，家族・親族を後見人とする親族後見の割合を上回っている［三輪 2016：217–218］。

とを容易に認識し得たにもかかわらず，その者を成年後見人に選任したとか，成年後見人が横領行為を行っていることを認識していたか，横領行為を行っていることを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などに限られるというべきである。なお，被控訴人は，裁判官の独立や上訴制度による是正制度の存在に照らし，裁判官の職務行為に国家賠償法１条１項の違法が認められるためには，当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判を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使したものと認められるような『特別の事情』が必要であると主張するが，上記法理は，裁判官が行う争訟の裁判について適用されるものであるところ，家事審判官が職権で行う成年後見人の選任やその後見監督は，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あって，争訟の裁判とは性質を異にするものであるから，上記主張は採用することができない」とした。その上で，これを本件についてみると，第１回後見監督において，家事審判官が横領を認識していたと認めるに足りる証拠はなく，また，470 万円もの支出がなされている点について後見人に尋ねたところ，合理的な説明をし，さらに，家事審判官から指導された預金管理に従ったため，横領について疑いを抱くことがなく，その点について著しく合理性を欠くとは言えないとして，家事審判官に違法な点はないとした。第２回後見監督において，3,600 万円もの使途不明金があり，後見人にその使途を尋ねたところ，説明ができなかったことから，その事情を知った調査官により家事審判官に対して注意喚起なされた。このことから，家事審判官は後見人による横領がなされ，放置すると横領が繰り返される可能性が高いことを認識したにもかかわらず，「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項の適用上違法になるというべきである，また，担当家事審判官に過失があったことも明らかである」と判断された。なお，広島高裁判決において控訴人は，「成年後見制度における人事及び予算等の態勢を十分整備していないから，担当調査官あるいは担当家事審判官の職務上の注意義務違法を招き，後見人らの横領をもたらしたとして，最高裁判所担当職員に組織的な未必的，概括的故意がある」と主張しているが，これについては，国家賠償請求の理由としては当を得ず，その主張を裏付ける事実もないとして，認められなかった。

② 大阪地裁判決

大阪地裁判決では，2（1）③に述べた家事審判官の職務行為の内容，特質を踏まえた上で，次のように判断する。すなわち，「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うるような特別の事情があることを必要とするものと解すべきである。この点につき，原告は，後見事務の監督については，争訟の裁判に関する最高裁昭和 57 年判決の判示によるのではなく，一般的な規制権限の不行使の場合と同様に，その権限を定めた法令の趣旨，目的や，その権限の性質等に照らし，具体的事情の下において，その不行使が許容される限度を逸脱して著しく合理性を欠くと認められるときには，国家賠償法上違法と判断されるべきであると主張する。しかし，原告のこの主張は，独立した判断権を有することなど裁判官の職務行為の内容，特質に照らし，採用することができない」とした。そして，本件につき，後見人により不正な預貯金の払戻しがなされていたこと，後見人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，ふさわ

しくないとは感じていたものの，弁護士である後見監督人を選任するなど後見を強化する方策をとっていることを考慮して，「成年後見等事件の急増に伴い，後見等監督処分事件が累積的に増加している状況の下，あえて専門職の後見監督人を選任した事案に関しては，善良なる管理者の注意をもって成年後見人の後見事務を監督する責務を有する後見監督人から，必要に応じた後見事務の報告等されることが期待でき，後見監督人の報告等により不正行為等が疑われるような情報に接したときに，必要に応じて，前記監督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ない。そして，本件裁判所が不正行為等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」とした。

③ 家庭裁判所の責任の所在[11)]

以上によれば，家庭裁判所の責任の所在は，その後見監督の法的性質をどう捉えるかによって，2つの見解がありうる。すなわち，広島高裁判決のように，家庭裁判所の後見監督は「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あって，争訟の裁判とは性質を異にする」と捉える見解と，大阪地裁判決のように，「独立した判断権を有することなど裁判官の職務行為の内容，特質」から，争訟の裁判と同様と捉える見解である。広島高裁判決のように解すれば，家事審判官の違法性を問いうるのは，「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いうべきである。そうすると，家事審判官の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，家事審判官が，その選任の際に，成年後見人が被後見人の財産を横領することを容易に認識し得たにもかかわらず，その者を成年後見人に選任したとか，成年後見人が横領行為を行っていることを認識していたか，横領行為を行っていることを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などに限られるというべき」ということになる。一方，大阪地裁判決のように解すれば，「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うるような特別の事情があることを必要とするものと解すべき」ということになる。つまり，広島高裁判決の方が，より広い範囲で責任を問われうる。

④ 家庭裁判所の職務行為と違法性判断基準

そもそも，裁判官の職務行為について違法性があるかどうかの判断基準については，大阪地裁判決で引用された最二小判昭和57年3月12日民集36巻3号329頁，訟月28巻11号2071頁，判時1053号84頁（以下「昭和57年判決」とする）がある。昭和57年判決では，「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つ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つて裁判をしたなど，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あることを必要とすると解するのが相当である」としている。ただし，この昭和57年判決は，あくまでも争訟の裁判に関する判断である点に注意する必要があ

11）家庭裁判所の後見監督責任について，行政法から分析したものとして［周 2013］。

ろう。今回検討の対象となっている後見監督は，審判の形式で行われるものがあるとはいえ，争訟の裁判とは言い難い[12)]。そこで，大阪地裁判決，広島高裁判決のように判断が分かれたということができる。

学説では，広島高裁判決を支持するもの（大阪地裁判決を批判するもの）と大阪地裁判決を支持するものがある。広島高裁判決を支持するものとして，次のようなものがある。大阪地裁判決は，「訴訟事件における当事者の手続保障や不服申立てによる上訴による是正可能性，裁判官の独立の要請など，典型的な司法権の行使の場面では一定の合理性を有するものと思われるが，……これを裁判官の職務行為すべてに適用することを正当化する理由はないと思われる。すなわち，成年後見人の選任の審判においては，不服申立ての手続は用意されておらず，訴訟事件のように当事者が相争い攻撃防御を尽くし，中立・公平な裁判所が独立してその存否を判断するような場面ではない。まして，成年後見人選任後の監督作用は，その選任の適否や状況に応じた臨機応変な対応など，積極的な後見作用が期待される場面である。また，後見人の選任・監督について，成年後見人の能力・適正について積極的に審査し，審査を踏まえての積極的な監督が，立法時点でも予定されていることである」と批判する［西島 2014：145–146］。そして，「広島高裁判決が採用した，『職務行為基準説（職務義務違反説）』による一般的な規制行政と同様な基準により判断されるのが妥当」とした。ただし，「広島高裁判決が掲げる『横領すること』ないし『横領行為を行っていること』を『容易に認識し得た』場合という基準が実際にはどの程度の徴憑でこれが認められるのか，この点はなお検討の余地がある」と指摘している［西島 2014：147］。同様の理由で，大阪地裁判決の判断枠組みについて疑問を呈する説もある。すなわち，大阪地裁判決は，あくまでも「上訴がある裁判による訴訟事件を前提とするものである」ことを指摘した上で，「成年後見人選任の審判は，非訟事件であり，上訴することができない（不服申立てがない）。しかも，成年後見人の選任・監督については，裁判所の裁量が通常の訴訟事件よりも広く認められ，裁判所には，後見的機能が期待されている。さらに，審判と国賠訴訟とは別個独立の訴訟であることも考えると，国賠も認められるべきではないだろうか。加えて，裁判官が，違法・不当な目的をもって裁判をするということは現実にはあり得ないことであり，このように違法性を極めて限定的に解する理由はないように思われる」とする［黒田 2014：133–134］。

一方，大阪地裁判決を支持する説としては，次の 2 つが挙げられる。第 1 に，家事審判官の後見監督に関する審判は争訟の裁判ではないことから，「原告が参照引用する 2 つの最高裁判例が示した，行政の不作為にかかる国家賠償請求訴訟における国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法となる場合の判断基準を考慮に入れて，『家事審判官の権限の行使が甚だしく不当である』場合を昭和 57 年最判の示した基準に追加して，……判示したのではないだろうか。家事審判官が違法もしくは不当な目的をもって権限を行使する場合などおよそ想定し難いので，堺支部判決が『家事審判官の権限の行使が甚だしく不当である』場合にも家事審判官の職務執行が『違法』になるとしている点においては評価できる」とするものがある［神谷 2016：225］。第 2 に，「家事審判官の成年後見人の選任・

12）なお，争訟の裁判とは，「権利又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，裁判所又は裁判官が双方当事者を手続に関与させた上で，公権力をもってその争いを裁断する作用ないし手続」とされている［村上 1983：215］。ただし，昭和 57 年判決の射程は，下級審の裁判例により，訴訟指揮，法定等の秩序維持に関する法律に基づく換地処分，令状発付，付審判決定にも妥当するとされ，適用範囲が広がっていることを指摘するものもある［佐藤 2013：6］。

後見監督は，行政作用に類するとはいっても，司法作用としての本質を有することは争いないと思われるところ，行政は，関係人に不服がある場合には行政機関の判断に最終的な決定権を認めず，判断の自己完結性が制限されているのに対し，司法は，法律のみを基準として最終的な判断を与えるものであって，行政作用と司法作用には，自己完結性ないし終局性という点で，本質的な差異が存在するというべきである。……裁判官の職務行為について国賠法上の違法が限定される根拠を，裁判官の独立の確保や，司法判断の自己完結性ないし終局性（法的安定性），裁判の有する相対的性質[13] に求めるのであれば，違法限定説［筆者注：昭和 57 年判決に述べる違法性判断基準］は，裁判官の独立の確保が要請される裁判官としての判断を伴った，個々の事件処理に関わる職務行為に広く及ぶものと考えられる」とし［佐藤 2013：5］，「本件［筆者注：広島高裁判決］類似の事案として，裁判官の職務行為である不在者財産管理人に対する監督の国賠法上の違法性が問題となった」東京高判平成 22 年 10 月 7 日訟月 57 巻 3 号 593 頁，判タ 1332 号 64 頁が違法限定説に立脚した判断を行ったことについて触れ[14]，「本件においても違法限定説を採用する余地があったように思われ，この点で，本判決の上記判旨は，なお検討の余地があるといえよう（もっとも，本件［筆者注：広島高裁判決］事案の内容に照らせば，違法限定説を採用したとしても，担当家事審判官がその付与された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別な事情があるとして，本判決［筆者注：広島高裁判決］と同様の結論が導かれた可能性は高いように思われる）」と指摘している［佐藤 2013：6–7］。

以上によれば，広島高裁判決と大阪地裁判決の決定的な違いは，どの点からアプローチするかの違いであるように思われる。すなわち，広島高裁判決を支持する主な理由は，上訴や不服申立てなど救済の道が残されていないこと，裁判所の広範な裁量権，制度趣旨に適う後見的機能であり，被後見人（利用者）の目線で責任を論じているのに対し，大阪地裁判決を支持する主な理由は，裁判官の独立性，司法作用の本質であり，裁判所・裁判官の目線で責任を論じている。言い換えれば，前者が求めるのは，利用者に資する制度の趣旨，制度の信頼性･安定性であり，後者が求めるのは，司法の独立・安定性といえよう。司法が重要なことは言うまでもないが，司法の独立や安定性を追求するあまり，利用者自身がないがしろにされてしまうのは，制度運営上，本末転倒である。また，司法とはいえ，後見制度においては，審判という形式が取られるものの，それを覆すための公平性を保つ制度や，監督業務における透明性，公開性があるわけでもない。その意味で，利用者目線，制度の信頼性・安定性が優先されてしかるべきではないだろうか。

13）ここでは，「裁判は，元来，判断する者によって事実認定や法解釈が異なることを制度上予定しており，裁判に瑕疵があるとしても，これは本来的に上訴等により是正されるものであるから，裁判の適否を国家賠償請求訴訟において無制限に審理判断することは，訴訟制度を否定することになりかねない」ということを，裁判の相対的性質と呼んでいる［佐藤 2013：5］

14）東京高判平成 22 年 10 月 7 日は，昭和 57 年判決を引用し，次のように述べる。「家事審判官による不在者財産管財人の監督は，管理に対する命令の発令のように裁判をもって遂行されることもあり，また，質問権の行使のように裁判以外の事実行為をもって遂行されることもあるが，いずれも，独立した判断権を有し，かつ，独立した判断を行う職責のある裁判官たる家事審判官の職務行為として行われることにかんがみると，家事審判官による不在者財産管理人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，家事審判官が違法又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の事情があることを必要とする」としている。

(2) 成年後見監督人・任意後見監督人の責任

成年後見監督人および任意後見監督人は，善管注意義務を負うことが定められている（民法 852 条，644 条，任意後見法 7 条 4 項）。しかしながら，どの程度の注意義務を果たせばよいのかについては定めがなく，その職務内容や経験，専門性などを考慮して判断せざるを得ない。大阪地裁判決と大阪高裁判決では，この点がまさしく争点となっている。

加えて，成年後見監督人は家庭裁判所が「必要に応じて」選任する一方で，任意後見監督人は，任意後見監督人の選任が，任意後見契約の効力発生要件となっていることから，選任は必須である。双方に善管注意義務が課されているとしても，同じ程度の義務でよいのかどうかについても，検討が必要であろう。

① 成年後見監督人

大阪地裁判決では，成年後見人や保佐人の経験はあったが，成年後見監督人に選任されるのは初めてであった弁護士の責任が問われた[15)]。この判決では，成年後見監督人の責任について，被告は，「後見監督人に選任された後，一件記録の謄写をしただけで，成年後見人らによる原告の財産管理の状況を把握せず，その間に F［原告の母の弟の妻の長男：筆者注］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」としている。そして，結果的に，「被告が監督義務を怠っている間に，後見人らは原告の財産の横領を繰り返していたというのであるから，被告は，後見監督人としての善管注意義務違反により原告に生じた損害について賠償すべき責任を負う」と判断した。

② 任意後見監督人

a. 学説

任意後見人の事務の監督につき，「具体的な任意後見契約の内容やその他の諸事情を踏まえて，任意後見人の権限濫用について，任意後見監督人が，どの程度注意を払えばよいかという困難な問題が生じる」と指摘する［西島 2013：57］。また，家庭裁判所への定期的な報告について，任意後見人による任意後見監督人への報告義務について触れた上で，「日常的な事務処理など定期的な報告で済む場合と，重要な財産の処分等にかかわる事前の相談や監督人の同意にかかわる個別の報告が必要になる場合など，メリハリをつけた報告権限の行使（責任）やそれに伴う任意後見人に対する説明・指導など付随的な権限行使（責任）が伴う場合があろう」と指摘する［西島 2013：57］。さらに，家庭裁判所（家事審判官）との比較から，「任意後見監督人は，家庭裁判所によって選任される監督機関ではあるが，公務員に代わって公権力を行使する国家賠償法 1 条の『公務員』と解するのは難しい」と指摘する［西島 2013：59］。その上で，任意後見監督人が責任を負うのは，民法 709 条に基づく不法行為責任と考えることも可能であるが，「選任された当該具体的な本人の任意後見事務に対し本人に対して」善管注意義務を負っているため，民法 415 条に基づく債務不履行

15）事案としては，重度の知的障害を有する成年被後見人の預貯金（9,000 万円超）を成年後見人（成年被後見人の親族ら）が着服横領していることを見逃した家事審判官，および成年後見監督人の責任が問われたものである。

この判決に対する評釈として，山田敢治「損害賠償等請求事件」訟月 60 巻 4 号 738 頁，黒田美亜紀「成年後見人らによる成年被後見人の預貯金着服と成年後見監督人・家庭裁判所（国）の責任―大阪地堺支判平成 25・3・14 金判 1417 号 22 頁」明治学院大学法律科学研究所年報 30 号（2014 年）127 頁などがある。

責任と考えることも可能であると指摘する［西島 2013：59］[16]。不法行為責任を負う場合，「その職務を懈怠し違法に本人に損害を生ぜしめたといえるための……具体的な判断基準を検討してみる必要があ」るとした上で［西島 2013：58］，法定後見制度における家事審判官の監督責任と比較して[17]，次のように述べる。「民法 709 条の過失・違法性判断であるから，規制行政類似の緩和された『職務行為基準説』を取り得ないように思われる。また，本人に対する法定の善管注意義務に基づき債務不履行責任を肯定する場合は，なおさら，国家賠償法のような理論的な面での『緩和』はできないように思える[18]」とする［西島 2013：61］。そして，まとめとして，任意後見監督人の責任判断基準を次のように述べる。「任意後見監督人は，任意後見制度の目的に照らして，単に財産の管理上の危険を防止するだけではなく，その用途・管理方法等について本人の具体的諸事情に照らした身上監護を明らかに反するような財産の管理・運用を防止する義務もある。その点を踏まえたうえで，①上記の目的に照らした法益侵害の危険性があるかどうか，②予見可能性，③結果回避可能性，④期待可能性の各判断要素を考慮して，当該具体的事案の諸事情を考慮して，職務懈怠とまでいえるかどうかを総合的に判断すべき」としている［西島 2013：62–63］。

b. 裁判例

大阪高裁判決で検討された義務は，以下の 4 つである。第 1 に，選任申立て時，法定後見と任意後見のいずれを選択するかについての義務である。しかしながら，控訴審において次のような理由で否定されている。すなわち，任意後見法 10 条 2 項に基づき，任意後見監督人は，本人の利益のため特に必要があると認めるときは，後見開始の審判を請求することができるものの，任意後見監督人の候補者にはそのような権限は与えられておらず，任意後見監督人の候補者に法定後見と任意後見のいずれを選択するかについての義務があると解すべき根拠はないとする。

第 2 に，同じく，選任申立て時の義務として，不適当な任意後見契約の受任者の選任に関する書類を作成しない（あるいは関与しない）義務が検討された。本件は，任意後見監督人候補者として司法書士が関わった事件であったため，次のような義務が認められている。すなわち，任意後見契約の受任者選任にあたって，任意後見法 4 条 1 項但書 3 号ハは，任意後見契約の受任者が，不正な行為，著しい不行跡その他任意後見人の任務に適しない事由がある場合には，任意後見監督人を選任することができないと規定する。そして，司法書士法 2 条によれば，「司法書士は，常に品位を保持し，業務に関する法令及び実務に精通して，公正かつ誠実にその業務を行わなければならず」，司法書士の倫理上，「違法若しくは不正な行為を助長してはならず，又はこれらの行為を利用してはならず，依頼の趣旨がその目的又は手段若しくは方法において不正の疑いがある場合には，事件を受任してはならない」とされている。これらに照らすと，司法書士は，任意後見契約の受任者について，不正な行為，著しい不行跡その他任意後見人の任務に適しない事由があることを知りなが

16）もっとも，この債務不履行責任については，法定後見人と同様としている。

17）家裁の監督責任がここで引き合いに出されるのは，「成年後見人の選任・監督は，裁判上の争訟とは異なり，成年被後見人の療養看護のための積極的な後見的役割を期待されている，行政行為に類する性質をもつもの」と解されるからだとする［西島 2013：60–61］。

18）その理由は，民法 709 条と国賠法 1 条 1 項の趣旨が異なること，監督権限行使の環境，すなわち，家庭裁判所は人的・物的施設を備えた組織であり，一方で，任意後見監督人は個人である場合があること，を挙げる。ただし，後者については，家庭裁判所がかかえる後見事件の数の多さにより，監督が十分であるのかどうかについての疑義を指摘している［西島 2013：61］。

ら，当該受任者を任意後見人とする任意後見監督人選任申立てに関する書類を作成し，これに関与した場合には，不正行為が軽微で被害の回復もされ，今後不正な行為がされる可能性がないとみられるなどの特段の事情のない限り，これによって生じた本人の損害について賠償責任を負うものと考えられる」とする[19)]。

第3に，事務の監督，および監督中の家裁への報告義務および任意後見人に不正な行為，著しい不行跡等がある場合の解任請求権について検討された。大阪高裁判決では，監督の方法として，年1回の決められた報告をすること（本件の場合は，任意後見監督人として選任されてから3ヶ月ほどで被後見人が死亡したことを知った），後見人の財産管理の方法に疑問な点があっても，その使途についての後見人の説明自体が不合理なものでなければ，逆に言えば，「何らかの不正行為を行っていると疑うべき事情があったとも認められな」ければ，任意後見監督人としての義務違反があったとは言えないと判断している。加えて，後見人の説明に対して，裏付けをとる，あるいは資料の提出を求めるなどしなくても，あるいは利害関係人である家族・親族等と連絡がとれず，「事実関係の真否の確認や異なる観点からの検証作業を行うこと」をしなくても，任意後見監督人としての職務を遂行するにつき，法的な責任を負うべきほどの義務違反や職務懈怠があったとまでは認められないとしている。また，「任意後見人に対する監督の方法として，毎月収支の報告を求め，預金残高を確認するなどのことも考えられるが，そのような方法が法定され，又は家庭裁判所から求められているわけではなく，任意後見監督人がそのような方法を採らなかったからといって，任意後見監督人としての職務を懈怠したものということはできない」と判断している。

第4に，監督事務終了後の家裁への報告義務である。本件において任意後見監督人は，被後見人死亡後，神戸家庭裁判所に対して，任意後見監督事務の経過および任意後見監督の終了報告をしている。その際，支出に関する監督については，後見人に対して支出のメモや領収書の提出を求めており，そのような方法で監督を行ったことは適切な監督が実行されたと言えるとしている。また，収入に関する監督については，被後見人の死亡により実行されないままに終わったため，必ずしも十分な監督が行われたとはいい難いものの，「任意後見監督人としての任務終了の際の報告についてその職務を懈怠したとまでいうことはできない」としている。また，動産に関する確認については，事務職員に様子を確認させ，その報告を受けたこと，後見人から状況を聞いただけであったことが，必ずしも十分な報告であったとはいい難いが，「後見人による任意後見に関し何らかの不正行為を疑うべき事情があったとは認められず，また，任意後見監督人が上記のとおり動産については事務員に確認に行かせ，本件選任申立ての前ではあるものの控訴人の米国における連絡先に連絡を取ろうと試みている以上，動産及び不動産の確認に関し，任意後見監督人の任務終了の際の報告においてその職務を怠ったというべき事情があるとまで認めることはできない」と判断した。さらに，収入の割に預貯金が少ない点についても，後見人からの説明を受け，「これらの説明内容を疑うべき特段の事情があったとも認められない以上，被控訴人の任意後見監督人としての事務及び任

19）なお，本件においては，「Yは，財産関係の資料を確認したものの，収入が相当の多額になり，1ヶ月の差引収支も20万近いプラスであるにしては預金の額が少ないことや，高齢者の一人分の食費としては多額であること以外には特に不審な点はなく」，任意後見人である訴外Bから，「前者については，Xが数年前にまとまった額の金員を持って出た，みずほ銀行からの10万円の定期的な出金は敷金の分割返還であるとの説明を受け，後者については，Aは外食が好きでほとんど毎日である，Bが一緒に食事をしているとの説明を受けていたものであって，YにおいてBに不正な行為等があったと認識し，又は容易にそのことを認識することができたということはできない」として，これらが損害賠償を負う根拠とはならない，と判断している。

意後見監督人の任務終了の際の報告において，職務懈怠があったとまで認めることはできない」としている。

③ 成年後見監督人・任意後見監督人の責任の比較

上記の裁判例・学説によれば，成年後見監督人は，善管注意義務を果たすため，後見人の後見事務の状況を把握すること，後見人が財産を狙っている可能性があることを把握し，すみやかに，後見人に対し事務の報告や財産目録の提出を求め，それらの調査を行うことが求められている。そして，これら監督義務を怠った場合には，善管注意義務違反により生じた損害について，賠償責任を負う，ということができよう[20]。

一方，任意後見監督人は，①不適当な任意後見契約の受任者の選任に関する書類を作成しない（あるいは関与しない）義務，②任意後見人に対する事務監督，家裁への報告にあたっての善管注意義務，③監督終了後の家庭裁判所への報告義務があることが裁判で認められている。特に，②について，どの程度の義務があるかという点では，年１回の報告をすれば足り，後見人の財産管理に不審な点があっても，「何らかの不正行為を行っていると疑うべき事情があったとも認められな」ければ，任意後見監督人としての義務違反があったとは言えず，特に疑義を持った場合であっても，調査や資料の提出，利害関係人への連絡をしなくとも，義務違反・職務懈怠ではないと判断されている。③について，後見人の説明に不審な点があったとしても，説明を疑うべき事情，あるいは不正行為を疑うべき事情がなければ，適切な終了報告であるとしている。

成年後見監督人と任意後見監督人を比較してみると，成年後見監督人は調査・報告という職務について，その職務を怠れば義務違反となり，任意後見監督人は，調査･報告という職務にあたって，不合理がなければすべて，すべて職務懈怠や職務違反にならないとされている。つまり，懈怠・違反の判断は，後見監督人の職務に関する（合理的な）行動の有無にあると言ってもよい。

ここで２つの疑問が生じよう。第１に，そもそも成年後見監督人と任意後見監督人（以下では「後見監督人」とする。なお，それぞれに特有の規定・事情がある場合には，区別して用いる）は，同じ後見監督人であり，前述のように職務内容もほとんど変わらないにもかかわらず，その選任の性質が異なるという理由１点のみをもって，責任の重さ，程度を変えてよいのであろうか，という点である。さらに言えば，上記の２つの裁判例によれば，成年後見監督人よりもむしろ，任意後見監督人の方が，責任が軽いようにも読める。第２に，そもそも後見監督人には，その職務に関する合理的な行動が求められているのだろうか。言い換えれば，後見監督人が合理的な行動をすることが，後見制度において求められる職務の内容をなすのだろうか。ここで重要なポイントとなるのは，後見制度が何を求めているか，すなわち，後見制度の趣旨・目的である。

④ 選任の性質の相違

成年後見監督人および任意後見監督人の選任の性質の違い，すなわち，前者は必要があれば選任

20）なお，前記評釈のうち，黒田は，「後見監督人は，いったん選任されれば，本人のために善管注意義務を負うのであり，専門職の後見監督人として選任されたY1は，その内容として，速やかに……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いえるのではないだろうか（Y1が，弁護士会で研修を受け，弁護士会から推薦されて選任された弁護士であることを考えると，Y1の不作為・任務懈怠ぶりには正直驚きを感じざるを得ない）」と述べている［黒田 2014：133］。

をし，後者は契約の効力発生要件となっており，選任が必須である点が，責任の重さ，程度を変える要素になるのか否かについては，全く議論がない。制度導入時においても，この点が論じられた形跡を見つけることができなかった。とはいえ，先に見たように，どのような者が後見監督人になるのかという後見監督人選任にあたっての考慮事項にも相違がなく（民法 843 条 4 項，任意後見法 7 条 4 項），欠格事由にも差異がない。また，職務についても，任意後見監督人の方が契約の内容に拘束され限定的になる可能性があり，その限定された職務についても，成年後見監督人の職務と比して，実際的に大きな違いがあるように見えない。

はじめにでも述べたように，責任を論じるためには，課された職務，それによって生ずる義務との関係で論じるべきであろう。この点で，選任の性質の違いは，任意後見が契約という類型によるものから生じる制度的な仕組みの違いと言うのが妥当であって，両者の責任の重さ，程度を変えるような大きな要素にはなり得ないのではないだろうか。

⑤　後見制度の趣旨・目的

平成 11 年当時，従来の禁治産・準禁治産制度を改め，民法を改正するにあたり，新しい成年後見制度では，「高齢社会への対応及び知的障害者・精神障害者等の福祉の充実の観点から，自己決定の尊重，残存能力の活用，ノーマライゼーション等の新しい理念と従来の本人の保護の理念との調和」を主眼として，柔軟かつ弾力的に制度を利用できるよう議論が行われている［法務省民事局 1999，小林＝大門 2000：5–6］。そして，これらの理念を実現すべく，民法 858 条において，成年後見人が被後見人の身上に配慮する義務（身上配慮義務）の一般規定を置くこととなった［小林＝大門 2000：143］。同様の規定は，任意後見法 6 条にも置かれている。これらの規定からすれば，被後見人（本人）に対する身上配慮義務は，法文上は後見人の義務であるが，その義務を果たすべく後見の事務を行うのが後見人の職務であり，その後見人の職務を監督するのが後見監督人なのであるから，後見監督人が被後見人（本人）の身上配慮義務を果たさなくて良い，という論理にはならないであろう。加えて，制度改正時，後見監督人制度は，実際上ほとんど利用されておらず，後見監督の実効性が十分に確保されないことが問題ともなっていた［小林＝大門 2000：6］。そこで，後見監督人を選任するにあたっては，「本人との利益相反のおそれのない信頼性の高い個人又は法人……が選任されることを手続的に担保するため」に，その要件や本人の意見など，家庭裁判所が考慮する事項を明文化することが検討され［法務省民事局 1999］，導入にあたっては監督制度の充実を図った。このように，後見制度は新しい 3 つの理念と従来の本人保護の理念との調和が目指され，本人目線（利用者）目線の制度設計を行い，そのための実効ある制度となったと言えよう。

この視点から後見監督の本質について考慮してみると，後見監督人は，単に財産の管理上の危険を防止するという合理的な行動を求められているというよりもむしろ，財産の用途・管理方法等について，本人の具体的諸事情に照らし，その身上監護に明らかに反するような財産の管理・運用を防止する義務があると考えられよう。この義務は，本人の自己決定の尊重と本人保護という一見相反するように見えるものの，本人（利用者）目線という点では一致している目的からも，導き出し得る結論であろう。そして終局的に，後見監督人自体の行動について，行動そのもの合理的であったかどうかではなく，たとえ，それが後見監督人自身にとって不合理な行動であったとしても，本人の意思を尊重し，本人の利益に適うような行動であることが，制度の趣旨・目的に適う行動であり，真っ当な職務の遂行ということができよう。

⑥　後見監督人の職務と責任の所在

上記で概観した後見制度の趣旨・目的を踏まえた上で，裁判例や学説をもとに，後見監督人の職務について改めて考えると，次のように言えよう。すなわち，後見監督人の職務は，後見監督人としての義務を履行するため，後見人の後見事務の状況を把握すること，後見人が財産を狙っている可能性があることを把握し，すみやかに，後見人に対し事務の報告や財産目録の提出を求め，それらの調査を行うことである。また，大阪地裁判決でも述べられたように，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ことから，より具体的な義務の内容については，被後見人の財産，心身，関係親族，親族間の紛争，後見人の状況など，ありとあらゆる状況を加味して実施されることとなろう。

また，義務違反・職務懈怠があったかどうかの判断基準として，行動そのものが合理的であったのかどうか，というよりもむしろ，学説での指摘どおり，①上記の目的に照らした法益侵害の危険性があるかどうか，②予見可能性，③結果回避可能性，④期待可能性の各判断要素を考慮すべきであり，当該具体的事案の諸事情を考慮して，職務懈怠とまでいえるかどうかを総合的に判断すべきであろう。

4. むすびにかえて―後見監督の課題と展望

これまで，学説・裁判例を通して，家庭裁判所および成年監督後見人・任意後見監督人の職務と責任について，考察してきた。以上から明らかになったのは，以下の５点である。第１に，後見監督の職務の範囲・詳細が不明確であることである。監督とはいっても，どのような職務を担えばよいのか，どこまで担うのか，また，財産管理のみならず，身上監護も監督する必要があるが，それはどのようにすれば監督といえるのか，不明確である。このことは，次に指摘する責任の範囲との関連で，重要なポイントであると言える。第２に，職務の範囲・詳細が不明確であるが故に，その責任もまた曖昧である。どの程度までの注意義務を負えば，監督責任が果たされたといえるのかは，どのような者が後見監督人を担うのか，といった個別的な問題となってしまい，普遍化・一般化した後見監督責任を問うことが，裁判上非常に難しくなっている。第３に，仮に普遍化・一般化した後見監督責任を確定できたとしても，現行の裁判における判断基準は，後見監督人自身の行動の合理性であって，後見制度の趣旨･目的に必ずしも沿っていないことである。第４に，家庭裁判所も，選任された後見監督人も，同じ監督を行うはずであるのに，必ずしも同じ論理で責任を負わないことである。これは，第２に指摘した点とも関わるが，監督をする者がどういった立場の者であるかによって，監督責任が異なっているのが現状である。第５に，こうした監督責任の曖昧さの存在は，利用者の視点でみれば，制度への信頼を失わせる結果となる可能性がある点である。

以上の問題は，ひとえに，後見制度導入時に想定された後見監督の状況と現在の状況があまりにも異なっている点に由来しているようにも思える。とはいえ，現実には制度は日々動いている。大阪地裁判決の判示によれば，家庭裁判所の業務の多さにつき指摘があり，そのことが家庭裁判所の

責任を免ずる根拠にもなっている[21)]。しかし，本来的にそのような理由付けはおかしいのであって，家庭裁判所における後見監督が現状でも手一杯であるならば，利用促進法の制定により，さらにパンクしてしまうことが容易に予想できよう。そうなれば，後見制度の要である後見監督がおろそかとなり，ひいては利用者にとって不利益となろう。

こうした状況を改善するために，一案ではあるが次のような方法が考えられよう。たとえば，家庭裁判所による直接的な後見監督は行わず，家庭裁判所による後見監督は間接的なものにとどめ，複数後見監督あるいは法人後見監督を必須とするという方法である[22)]。複数人の後見監督人，あるいは法人の後見監督人を選任することは，法文上可能である。そこで，後見人に対する複数のチェックの眼を持たせることで，後見人による不正・悪用のほか，後見監督人による不正・悪用もチェックできるという仕組みである。なお，この制度を運用する場合には，家庭裁判所はより詳細に，どの者にどの職務を担わせるかの審判あるいは指導が必要であろう。こうしたシステムについて今後研究を深め，新たなシステム，新たな法制度について提言していけたらと考えている。

参考文献

梶村太一＝岩志和一郎＝大塚正之＝榊原富士子＝棚村政行 2013『家族法実務講義』有斐閣。
神谷隆一 2016「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」学習院法務研究第 10 号 209–230 頁。
黒田美亜紀 2014「成年後見人らによる成年被後見人の預貯金着服と成年後見監督人・家庭裁判所（国）の責任―大阪地堺支判平 25・3・14 金判 1417 号 22 頁」明治学院大学法律科学研究所年報 30 号 127–135 頁。
小西洋＝篠原康治＝中村陽史＝高木章雄 2014「東京三弁護士会研修会『成年後見実務の運用と諸問題』」LIBRA14 巻 7 号 8–16 頁。
小林昭彦＝大門匡 2000『新成年後見制度の解説』金融財政事情研究会。
小林昭彦＝原司 2002『平成一一年民法一部改正法等の解説』法曹会。
佐藤唯 2013「損害賠償請求控訴事件」訟務月報 59 巻 3 号 1–22 頁。
周作彩 2013「家庭裁判所の成年後見監督責任―行政法の視点からの考察―」実践成年後見 46 号 75–86 頁。
成年後見センター・リーガルサポート 2009『成年後見教室　課題検討編』日本加除出版。
谷口聡 2008「後見監督人の職務に関する規定の歴史的解釈」宮崎産業経営大学法学論集第 18 巻 1 号 137–159 頁。
西島良尚 2013「任意後見監督人の権限と責任」実践成年後見 45 号 55–63 頁。
西島良尚 2014「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 130–149 号。
西島良尚 2015「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成年後見監督人と家庭裁判所の

21）大阪地裁判決では，家庭裁判所（家事審判官）の責任について，次のように述べている。「成年後見事件の急増に伴い，後見等監督処分事件が累積的に増加している状況の下，あえて専門職の後見監督人を選任した事案に関しては，善良なる管理者の注意をもって成年後見人の後見事務を監督する責務を有する後見監督人から，必要に応じた後見事務の報告等されることが期待でき，後見監督人の報告等により不正行為等が疑われるような情報に接したときに，必要に応じて，前記監督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ない。そして，本件裁判所が不正行為等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」としている。

22）法人後見監督については，制度導入にあたっての立法過程においても検討されていたようである［西森 2013：247］。

責任」実践成年後見 54 号 69–78 頁。
西森利樹 2013「立法過程からみた法人後見の制度趣旨―成年後見小委員会審議を中心として―」横浜法学第 22 巻第 2 号 231–255 頁。
法務省ホームページ「法務省民事局：民法の一部を改正する法律案等要綱の概要」（http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_990216-4.html）（last updated 1999/02）。
松川正毅＝窪田充見 2015『別冊法学セミナー no. 240 新基本法コンメンタール親族』日本評論社。
毎日新聞ウェブサイト 2016「専門職の不正最多　弁護士ら，財産着服など 37 件（2016 年 4 月 15 日付東京朝刊）」（http://mainichi.jp/articles/20160415/ddm/012/010/029000c）（2016 年 8 月 15 日閲覧）。
三輪まどか 2013「任意後見における『専門家のかかわり』の意義――任意後見監督人のあり方を問う裁判を素材として――」アカデミア社会科学編第 4 号 55–69 頁。
三輪まどか 2016「第 9 章社会福祉」本沢巳代子＝新田秀樹編著『トピック社会保障法［2016 第 10 版］』信山社／不磨書房 202–220 頁。
村上敬一 1982「争訟の裁判と国家賠償責任」『最高裁判所判例解説民事篇昭和 57 年度』法曹会 200–219 頁。
山田敢治 2014「損害賠償等請求事件」訟務月報 60 巻 4 号 738–768 頁。

本研究は，JSPS 科研費 JP26870689 ならびに「2016 年度南山大学パッヘ研究奨励金 I–A–2」（Nanzan University Pache Research Subsidy I–A–2 for the 2016 academic year）のご支援を受けたものです。ここに記して感謝申し上げます。

また，本論文について熱心にご指導いただいた，福祉社会研究会のメンバーの皆さまにも感謝申し上げます。

Supervision of guardianship

Madoka Miwa

要　旨

本稿は，家庭裁判所及び成年後見監督人および任意後見監督人による後見監督に焦点を当て，その責任の所在について考察した。まず，3つの主体の責任について論じられた3つの裁判例を軸に，条文および裁判例・学説を検討して，それぞれの職務の範囲と責任について論じた。検討の結果，現行の制度上，3つの主体のいずれも，職務の範囲および責任の所在に曖昧さが残り，その曖昧さが故に，制度の信頼性につながらず，ひいては利用促進にはそぐわないとの結論を得た。加えて，現在の後見監督に不足している視点は，本来制度が目指した利用者の視点であることを明らかにした。今後は，曖昧さを回避するための制度整備および後見監督を担う法人後見の活用を視野に入れた制度運用によって，利用者本位の制度となることを目指すべきだという提言を行った。