HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	成年後見人の善管注意義務 ： 最判平28. ３. １ＪＲ東海事故訴訟を素材として
Author(s)	南方, 美智子
Citation	北大法学論集, 67(4), 336[91]-317[110]
Issue Date	2016-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/63734
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol67no4_08.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

成年後見人の善管注意義務

―― 最判平28．３．１ＪＲ東海事故訴訟を素材として ――

南　方　美智子

目　次

はじめに
Ⅰ．最高裁平成28年判決の概要
　１．成年後見法・精神保健福祉法の変遷と第１審・控訴審判決
　２．最高裁平成28年判決の概要
Ⅱ．高次脳機能障害を患う成年被後見人の徘徊実例
　１．後見開始の審判（市長申立て）
　２．タクシーでの外出・徘徊
　３．医療保護入院
Ⅲ．最高裁平成28年判決に照らした実例（Ⅱ）の検討
　１．「準ずべき者」への該当性
　２．成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務
Ⅳ．成年被後見人の「消極的他害行為」[1]と成年後見人の善管注意義務
おわりに

[1] 本稿の検討対象は認知症にり患した徘徊する成年被後見人等であるため、見当識障害（自分がいる場所が分らなくなるなど）を伴う認知症高齢者による他害行為（例えば、徘徊中に自分自身も被害者となる過失による事故など）と、統合失調症患者による他害行為（例えば、殺傷事件といった故意の不法行為など）とを区別する必要があると考え、前者を「消極的他害行為」と呼ぶことにする。

はじめに

認知症による行方不明者が１万人を超えるという社会状況下[2]、平成28年３月１日、最高裁は、徘徊により事故を引き起こした認知症高齢男性の妻と長男は、民法714条１項「責任無能力者[3]を監督する法定の義務を負う者」にも「準ずべき者」にも当たらないとして賠償責任を否定した（以下、この判決を「最高裁平成28年判決」と呼ぶ）[4]。本判決は、認知症者の妻と長男に関するものであるが、親族以外の第三者である成年後見人が70.1％を占めているという現状（成年後見の社会化）において[5]、第三者後見人の監督責任に関してもさまざまな問題を提起している。第三者後見人は、法定の監督義務者に準ずべき者に該当することもあるのか。第三者後見人が監督義務を怠らなかったとして免責される基準は如何なるものなのか。第三者後見人が「準ずべき者」に止まらず法定の監督

---

[2] 出所：警察庁生活安全局生活安全企画課「平成27年中における行方不明者の状況」（平成28年６月）

[3] 責任無能力者の規定につき、とりわけ障害者の権利に関する条約（平成26年批准）との抵触問題に関する次の２つの論考を参照している。１つは、上山泰「障害者権利条約の視点からみた民法上の障害者の位置づけ」論究ジュリスト８号（2014）46頁～ 47頁であり、民法713条は形式上条約12条に抵触しうるが、判断能力不十分者の行為を裏面から保障するしくみとみるならば、社会参加の機会均等を制度的に保障した異別処遇の側面が強いともいえる、という指摘が示唆的である。もう１つは、清水恵介「ＪＲ事件最高裁判決を読み解く―成年後見法の観点も含めて」実践成年後見 NO63（2016）92頁であり、そこでは、「条約12条２項自体は、『障害者が生活のあらゆる側面において他の者との平等を基礎として法的能力を享有することを認める』ことを締約国に要請する内容となっており、ここにいう『生活のあらゆる側面』には、契約の締結などといった『法律行為』の側面のみならず、本件のような『不法行為』も含み得るのであるから、かかる不法行為法上の能力である責任能力（民法713条）に関する平等の要請もまた、条約の射程に含めてとらえることは十分可能ではないかと考えられる。」という指摘がなされている。

[4] 金融・商事判例1488号10頁、裁判所時報1647号１頁。

[5] 2015年成年後見関係事件の概況　最高裁判所事務総局家庭局ウェブサイト http://www.courts.go.jp/about/siryo/kouken/。南方美智子「成年後見の社会化－繋がる社会に民法・成年後見法制が果たす役割－」北大法政ジャーナル NO19（2012）111頁～ 116頁。

義務者に該当することもあり得るのか。「監督を引き受けたとみるべき特段の事情」という判断基準をどのように捉えて身上監護「事務」を行うとよいのか、などの問題である。他方、本判決は、「成年後見人の身上配慮義務は、成年後見人の権限等に照らすと、成年後見人が契約等の法律行為を行う際に成年被後見人の身上に配慮すべきことを求めるものであって、成年後見人に対して事実行為として成年被後見人の現実の介護を行なうことや成年被後見人の行動を監督することを求めるものと解することはできない。」と判示している。しかし、その身上配慮義務の具体的内容は明らかではない。

本稿では、以上のような問題意識を踏まえつつ、最高裁平成28年判決の概要を説明した上で（Ⅰ）、成年被後見人の徘徊対応で筆者が苦慮した実例を紹介し（Ⅱ）、その実例を最高裁平成28年判決に照らして検討する（Ⅲ）。その上で、成年被後見人による消極的他害行為と成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務について若干の提案を試みる（Ⅳ）。

Ⅰ．最高裁平成28年判決の概要

先ず、簡単に、成年後見法・精神保健福祉法の変遷と第１審・控訴審判決の内容を確認した上で、最高裁平成28年判決の概要を紹介する。

１．成年後見法・精神保健福祉法の変遷と第１審・控訴審判決

平成11年、精神保健福祉法（旧）第22条の「保護者は、精神障害者が自身を傷つけ又は他人に害を及ぼさないように監督し」なければならないとする保護者の自傷他害防止義務は、削除された。又、「禁治産者の後見人は、禁治産者の資力に応じて、その療養看護に努めなければならない。」と規定する（旧）民法第858条（療養看護義務）は、「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない。」と規定する民法858条（成年被後見人の意思の尊重及び身上の配慮）と改められた。さらに、平成26年、「障害者については、その後見人又は保佐人、配偶者、親権を行う者及び扶養義務者が保護者になる。」と規定する精神保健福祉法（旧）第20条（保護者）は、削除された。

本件ＪＲ東海事故訴訟第１審（平成25年８月９日）判決、原審（平成26年４

月24日）判決時には、すでに精神保健福祉法における保護者の自傷他害防止義務は削除されており、さらに、原審判決時には、保護者制度そのものが廃止されている。他方、平成11年に新しい成年後見制度が導入されており、療養看護義務は身上配慮義務に改められている。このような法の変遷も踏まえて、本件ＪＲ東海事故をどのように解決すべきか問われている。

徘徊により本件事故を引き起こした認知症高齢男性Ａ（当時91歳）の介護には、同居の妻Y_1が当たっていた。しかし、Y_1は85歳という高齢であり、１人でＡの介護をすることが困難になってきたことから（後にはY_1自身、要介護１の認定を受けている）、ＡY_1夫婦の長男であるY_2、その妻のＢおよびY_2の妹のＣは、折りに触れてＡの今後の介護をどうするかを話し合い、介護の実務に精通しているＣの意見も踏まえて、Ｂが単身で横浜市からＡ宅の近隣に転居し、Y_1によるＡの介護を補助することを決めた。Y_2も、本件事故の直前の時期には１箇月に３回程度週末にＡ宅を訪ねるとともに、ＢからＡの状況について頻繁に報告を受けていた。

徘徊により数時間行方不明となったこともあるＡは、平成19年12月７日、Y_1がまどろんでいる隙に１人で外出し、ＪＲ東海の列車に乗り隣駅で降り、排尿のためホーム先端のフェンス扉を開けてホームから線路上に入り、列車にはねられて死亡した。ＪＲ東海は、本件事故により列車に遅れが生じるなどして損害を被ったと主張し、民法709条又は714条に基づき、Y_1らに損害賠償請求をした。Y_1、Y_2が法定の監督義務者又はこれに準ずべき者に当たるか否か等が争われている。

第１審（名古屋地判平成25・８・９判例時報2202号68頁）は、Ａの責任能力を否定した。

第１審判決は、その上で、Y_2（長男）については、Ａの重要な財産の処分や方針を決定する地位・立場を引継いだことや、Ａの介護方針や介護体制を決定した地位・立場であったことから、民法714条１項及び同条２項を準用し、民法714条の監督義務者としての責任を認めた。

同判決は、Y_1（妻）については、自分がＡから目を離せば、Ａが独りで外出して徘徊し、本件事故のように線路内に侵入したり、他人の敷地内に侵入したり、公道に飛び出して交通事故を惹起したりなどして、第三者の権利を侵害する可能性があることを予見し得たといえることから、民法709条による責任を認めた。

控訴審（名古屋高判平成26・４・24判例時報2223号25頁）も、Ａの責任能力を否定した。

控訴審判決は、その上で、Y_2（長男）については、別居しており、引取り扶養義務もなく、介護に経済的出捐はしていないことや成年後見人に選任されておらず保護者の地位にもなかったことから、民法714条の監督義務者でもなく、事実上の監督義務者に当たらないとして、責任を否定した。

同判決は、Y_1（妻）については、民法709条の責任を否定する一方、配偶者として保護者の地位にあったことや、民法752条の協力扶助義務、同居義務から民法714条の責任があるとした。

２．最高裁平成28年判決（最判平28．３．１金融・商事判例1488号10頁、裁判所時報1647号１頁）の概要

最高裁平成28年判決も、Ａの責任能力を否定した。

最高裁平成28年判決は、その上で、Y_1（妻）とY_2（長男）の民法714条１項及び同法709条に基づく損害賠償責任を否定した。

本判決は、その理由を次のように述べている。

⑴　民法714条１項「責任無能力者を監督する法定の義務を負う者」に当たるか否かの判断

①　Y_1は、Ａを「監督する法定の義務を負う者」に当たるとすることはできないというべきである。

「民法714条１項の規定は、責任無能力者が他人に損害を加えた場合にはその責任無能力者を監督する法定の義務を負う者が損害賠償責任を負うべきものとしているところ、このうち精神上の障害による責任無能力者について監督義務が法定されていたものとしては、平成11年法律第65号による改正前の精神保健及び精神障害者福祉法に関する法律22条１項により精神障害者に対する自傷他害防止監督義務が定められていた保護者や、平成11年法律第149号による改正前の民法858条１項により禁治産者に対する療養看護義務が定められていた後見人が挙げられる。しかし、保護者の精神障害者に対する自傷他害防止監督義務は、上記平成11年法律第65号により廃止された（なお、保護者制度そのものが平成25年法律第47号により廃止された）。また、後見人の禁治産者に対する療養看護義務は、上記平成11年法律第149号による改正後の民法858条において成年後見人がその事務を行うに当たっては成年被後見人の心身の状態及び生活

の状況に配慮しなければならない旨のいわゆる身上配慮義務に改められた。この身上配慮義務は、成年後見人の権限等に照らすと、成年後見人が契約等の法律行為を行う際に成年被後見人の身上について配慮すべきことを求めるものであって、成年後見人に対し事実行為としての成年被後見人の現実の介護を行うことや成年被後見人の行動を監督することを求めるものと解することはできない。そうすると、平成19年当時において、保護者や成年後見人であることだけでは直ちに法定の監督義務者に該当するということはできない。」また、「民法752条は、夫婦の同居、協力及び扶助の義務について規定しているが、これらは夫婦間において相互に相手方に対して負う義務であって、第三者との関係で夫婦の一方に何らかの作為義務を課するものではなく、しかも、同居の義務についてはその性質上履行を強制することができないものであり、協力の義務についてはそれ自体抽象的なものである。また、扶助の義務はこれを相手方の生活を自分自身の生活として保障する義務であると解したとしても、そのことから直ちに第三者との関係で相手方を監督する義務を基礎付けることはできない。そうすると、同条の規定をもって同法714条１項にいう責任無能力者を監督する義務を定めたものということはできず、他に夫婦の一方が相手方の法定の監督義務者であるとする実定法上の根拠は見当たらない。

したがって、精神障害者と同居する配偶者であるからといって、その者が民法714条１項にいう『責任無能力者を監督する法定の義務を負う者』に当たるとすることはできないというべきである。」

② Y_2は、Ａを「監督する法定の義務を負う者」に当たるとする法令上の根拠はないというべきである。

「第１審被告Y_2がＡの長男として負っていた扶養義務は経済的な扶養を中心とした扶助の義務であって引取義務を意味するものではない上、実際にも第１審被告Y_2はＡと別居して生活しており、第１審被告Y_2がＡの成年後見人に選任されたことはなくＡの保護者の地位にもなかったことに照らせば、第１審被告Y_2が、Ａの生活全般に対して配慮し、その身上を監護すべき法的な義務を負っていたとは認められない。したがって、第１審被告Y_2は、Ａの法定の監督義務者であったとはいえない。また、第１審被告Y_2は、20年以上もＡと別居して生活していたこと等に照らせば、Ａに対する事実上の監督者であったともいえない」とした原審の判断は「結論において是認することができる」として「第１審被告Y_2はＡの長男であるが、Ａを『監督する法定の義務を負う者』

に当たるとする法令上の根拠はないというべきである。」と判示した。

⑵　法定の監督義務者に準ずべき者に当たるか否かの判断

「法定の監督義務者に該当しない者であっても、責任無能力者との身分関係や日常生活における接触状況に照らし、第三者に対する加害行為の防止に向けてその者が当該責任無能力者の監督を現に行いその態様が単なる事実上の監督を超えているなどその監督義務を引き受けたとみるべき特段の事情が認められる場合には、衡平の見地から法定の監督義務を負う者と同視してその者に対し民法714条に基づく損害賠償責任を問うことができるとするのが相当であり、このような者については、法定の監督義務者に準ずべき者として、同条１項が類推適用されると解すべきである（最高裁昭和56年（オ）第1154号同58年２月24日第一小法廷判決・裁判集民事138号217頁参照）[6]。その上で、ある者が、精神障害者に関し、このような法定の監督義務者に準ずべき者に当たるか否かは、その者自身の生活状況や心身の状況などとともに、精神障害者との親族関係の有無・濃淡、同居の有無その他の日常的な接触の程度、精神障害者の財産管理への関与の状況などその者と精神障害者との関わりの実情、精神障害者の心身の状況や日常生活における問題行動の有無・内容、これらに対応して行われている監護や介護の実態など諸般の事情を総合考慮して、その者が精神障害者を現に監督しているかあるいは監督することが可能かつ容易であるなど衡平の見地からその者に対し精神障害者の行為に係る責任を問うのが相当といえる客観

[6] 最高裁平成28年判決が引用する昭和58年判決に関して、清水・前掲注（３）84頁～93頁を参照。次のように指摘する。「昭和58年最判自体、戦前の法体系の産物であるということに配慮すべきであったといえる」。家団論の「帰結である準監督義務者の概念だけが一人歩きをし、戦後の下級審裁判例や最高裁判例に継承されていったように思われる」。昭和58年最判は、「統合失調症患者による故意の傷害行為事案であった点を指摘できる」。当時は「保護義務者となることを意図的に回避した場合における法定監督義務者として、準監督義務者のような受け皿を想定することはそれなりに意味があったと考えられる」。しかし、これを「ＪＲ事件のような認知症の徘徊に伴う過失の加害行為には応用できないだろう」。加えて、「本判決が民法714条１項を類推適用したのは、おそらく、成年の責任無能力者に対しては、本来の法定監督義務者がもはや存在しなくなる中で、その代理監督者も観念し得ず、同条２項適用の前提を欠くことへの懸念からと思われる」。

的状況が認められるか否かという観点から判断すべきである。」

「Ａは、平成12年頃に認知症のり患をうかがわせる症状を示し、平成14年にはアルツハイマー型認知症にり患していたと診断され、平成16年頃には見当識障害や記憶障害の症状を示し、平成19年２月には要介護状態区分のうち要介護４の認定を受けた者である（なお、本件事故に至るまでにＡが１人で外出して数時間行方不明になったことがあるが、それは平成17年及び同18年に各１回の合計２回だけであった。）。」

① 「第１審被告Y_1は、長年Ａと同居していた妻であり、第１審被告Y_2、Ｂ及びＣの了解を得てＡの介護に当たっていたものの、本件事故当時85歳で左右下肢に麻ひ拘縮があり要介護１の認定を受けており、Ａの介護もＢの補助を受けて行っていたというのである。そうすると、第１審被告Y_1は、Ａの第三者に対する加害行為を防止するためにＡを監督することが現実的に可能な状況にあったということはできず、その監督義務を引き受けていたとみるべき特段の事情があったとはいえない。したがって、第１審被告Y_1は、精神障害者であるＡの法定の監督義務者に準ずべき者に当たるということはできない。」

② 「第１審被告Y_2は、Ａの長男であり、Ａの介護に関する話合いに加わり、妻ＢがＡ宅の近隣に住んでＡ宅に通いながら第１審被告Y_1によるＡの介護を補助していたものの、Y_2自身は、横浜市に居住して東京都内で勤務していたもので、本件事故まで20年以上もＡと同居しておらず、本件事故直前の時期においても１箇月に３回程度週末にＡ宅を訪ねていたにすぎないというのである。そうすると、第１審被告Y_2は、Ａの第三者に対する加害行為を防止するためにＡを監督することが可能な状況にあったということはできず、その監督を引き受けていたとみるべき特段の事情があったとはいえない。したがって、第１審被告Y_2も、精神障害者であるＡの法定の監督義務者に準ずべき者に当たるということはできない。」

Ⅱ．高次脳機能障害[7]を患う成年被後見人（以下「本人」という。）の徘徊実例（個人情報保護の観点から、事実関係については多少の修正がある。）

[7] 新藤優子「高次脳機能障害のある人への生活支援」成年後見法第７号（2010）59頁は、次のように説明する。「高次脳機能障害は交通事故や脳血管障害など

１．後見開始の審判（市長申立て）

2012年春、後見開始審判申立当時、本人は脳出血の後遺症（失語、失行、記憶障害、注意障害等の高次脳機能障害）があり、脳神経科病院にて入院治療とリハビリを行っていた。担当医より、回復は見込めず在宅での単身生活は困難であると診断されていた。数年前に妻と離婚しており、成人した子二人との交流も途絶えていた。本人の財産は自宅のみで（後見開始の審判後の2012年暮れに売却することになる。その売却益は数百万円であった。）、収入としては、月額12万円の年金があった。本人を担当する区役所保健師は、退院後に安心して暮らせる高齢者住宅探しや入居契約、その後の生活において成年後見人が必要であると判断し、市長申立による後見開始審判の申立てをすることとなる。主治医が作成した後見開始審判申立時の診断書（成年後見用）には、「判断能力につき、高次脳機能障害は残存を認め常に見守りが必要な状態であり、自己の財産を管理・処分することはできない（後見相当）」と記載されていた。担当区役所保健師が作成した申立書附表（本人以外の申立）によると、日常動作は４項目すべて○（できる）、見当識等は７項目中４項目○、３項目△、そして日常生活は５項目すべて×となっていた。精神障害者保健福祉手帳申請時における主治医の診断書には、次のように記載されていた。「高次脳機能障害：言語表出は単語が出てこないことがあり、また理解力低下、読解力低下もあり、難しい内容の理解は困難。爆発性、暴力、衝動行為：希望通りに事が進まない時、理由の正当性に依らず激しく怒ることがある。本人は記憶障害の病識に乏しい。」。2012年夏、後見開始と成年後見人（筆者）選任審判がなされた。

２．タクシーでの外出・徘徊

本人は、高齢者住宅入居後の約３年間、近くの公園を一人で散歩し、通院や買い物はヘルパーが同行して、平穏に暮らしていた。ところが、2015年秋頃よ

での脳の損傷によって、言語や思考、記憶、注意などさまざまな機能がうまく働かなくなる障害をいう。」。石渡和実「高次脳機能障害への支援」村田彰＝星野茂＝池田恵利子編『わかりやすい成年後見・権利擁護』（民事法研究会，2013）229頁～236頁、池田恵利子「成年後見制度の課題と今後の展望」同260～273頁および古笛恵子「成年後見と高次脳機能障害者支援」新井誠＝赤沼康弘＝大貫正男編『成年後見法制の展望』274頁～291頁参照。

り妄想による作話をするようになる。妻（数年前に離婚している）や知り合いに会いに行く、取引先に行くなどとつぶやき、タクシーでの外出が始まった。30分程で高齢者住宅に戻って来ていたことから、本人の意思を尊重し、月１回～２回程度のタクシーでの外出を高齢者住宅スタッフも後見人も了承していた。運転手によると毎回近隣の同じ区内を廻っていたようであった。

同年暮れ、後見人に本人から電話が入る。「３年前の居住用不動産売却（家庭裁判所の許可）は納得できない。警察署に今から行く」と興奮した様子であった。後見人も警察署に直ちに向かった。警察官の説明に納得して本人は落ち着き高齢者住宅に戻った。2016年１月上旬、かかりつけ病院の定期受診にて、レビー小体型認知症が疑われたため精神科専門病院で精密検査をすることとした。

同年１月中旬の午前６時30分頃「本人が無断で外出し行方が不明である。交番に捜索願を出した」と高齢者住宅管理者から後見人に緊急電話が入る。後見人としても、居住用不動産売却騒動の一件で本人を知っている警察署に捜索願を出す旨を高齢者住宅管理者に伝える。本人の顔写真、服装、特徴を準備して警察署に向かい捜索願を出す。その足で、午前８時45分、家庭裁判所後見センターへ緊急の事務連絡をする。時を同じくして、遠方に住む姉夫婦より、「本人が来ている」と高齢者住宅経由で後見人へ連絡が入る。折り返し、後見人から姉夫婦に電話をする。後見人が姉夫婦と話を交わしたのはこの時が初めてであった。姉夫婦は、自分の住んでいる処も説明できない本人の様子が心配になり、本人の所持品から高齢者住宅の連絡先を見つけたとのことであった。姉の話によると、本人は午前零時頃タクシーに乗り、高速道路を経由し、運転手の機転により交番（走行距離約116km）に向かい、交番から姉へ連絡があり、午前４時頃姉夫婦宅に辿り着いたようである。姉が３万円程のタクシー代を支払ったとのことであった。姉は、住宅スタッフが迎えに来るまで本人を見守りたいという意向であった。そこで､本人の精神状況を姉夫婦に伝える。直ちに、施設と後見人で本人を迎えに行く日程を調整し、２日後に迎えに行く段取りが組まれた。しかし、その直後、姉から「本人は今すぐ住宅に戻りたい、一人で帰ると言い出し大変困っている」と電話が入る。本人を迎えに行く時間的余裕はなくなり、姉夫婦にタクシーの手配と本人の住所、電話、迎える職員の名前を運転手に間違いなく伝えてもらうことを丁寧にお願いする。15時30分、本人は無事戻ってきた。高齢者住宅管理者、スタッフ、ケアマネ、後見人の皆が安堵した。

3．医療保護入院[8]

姉夫婦宅へのタクシーによる徘徊の翌日、後見人は本人を訪問し面談する。本人は、昨日の無断外出には触れようとしなかった。さし障りのない会話をして、20分程で面談を終えた。その後、精神科病院医師に徘徊対応の相談をする。徘徊を防止するには強い薬の投与が必要であり、医師から後見人の同意を求められたため投薬治療を一旦諦める。数日後、高齢者住宅管理者から「先週の土日連続でお金を持たずタクシーで無断外出したが、運転手の機転により警察署にて保護され住宅に戻った」と連絡が入る。タクシーでの徘徊が繰り返され、本人が事故や事件に巻き込まれないか心配となる。その日の午後、担当ケアマネ、施設管理者、後見人で対策を検討する。治療と本人保護のため、入院時期との結論に至った。区役所精神保健福祉課に相談した上で精神科専門病院と受診及び入院の調整を行った。同年２月中旬、精神科病院に医療保護入院をする（精神保健福祉法33条）。尚、同年５月に行われた介護保険要介護認定調査において、要介護４と認定された。

Ⅲ．最高裁平成28年判決に照らした本実例（Ⅱ）の検討

1．「準ずべき者」への該当性

最高裁平成28年判決によると、実例（Ⅱ）における後見人（以下「本後見人」という。）は、法定の監督義務者に準ずべき者に該当する可能性はあるのだろうか。本後見人は、親族関係になく、同居もしておらず、日常的接触の程度は

[8] 平成26年（改正）精神保健福祉法の医療保護入院の規定に関して、水野紀子「日本における家族・地域の変容と制度設計のあり方」実践成年後見50号（2014）30頁には、保護者の規定は廃止されたが、広範囲の家族に強制入院の同意権を直接与える立法である、と指摘している。また、上山泰『専門職後見人と身上監護』（民事法研究会，2015）182頁では次のように示唆している。「監督義務者の責任の存在が同意（医療保護入院の容認）へと心理的に大きく後押しする可能性は、残念ながら否定できないと思われます（後見人未選任事案で、事実上の後見人として活動している配偶者等の親族の場合も同様です）。ここには、依然として、旧法と同様の成年後見人の役割の分裂（本人の権利擁護という本来の立ち位置と、ある種の公益（＝本人による加害行為の防止）実現の代行者としての立ち位置との構造的な矛盾）という問題が残されているのです。」。

通常は月１回程度であり、介護や看護に関して直接することはなく、現に監督しておらず監督することが可能かつ容易でもない。よって、本後見人は準ずべき者に該当する可能性は極めて少ないと思われる。仮に、該当すると判断された場合、本後見人は監督義務を怠らなかったとして免責される要件は如何なるものなのか。どのように身上監護「事務」を行っていると免責されるのか。

本人は、タクシーでの外出を繰り返していたものの、30分程で高齢者住宅に戻って来ていたことから、本後見人は、本人の意思を尊重し、タクシーでの外出を了承していた。ところが、深夜に徘徊した上、タクシーに乗り116km も離れた遠方に住む姉夫婦宅へ向かってしまったことで「ヒヤリ･ハット」[9]する。今回は、消極的他害行為はなかったが、もし惹起していたならば、それでもなお本後見人は監督義務を怠らなかったとして免責されたであろうか。本後見人の上記タクシーでの外出の了承は、監督義務を怠ったと判断されることもあるのだろうか。タクシーでの外出・徘徊が頻繁となり、高齢者住宅のセンサー増設や住宅スタッフによる見守りでの対応が難しい状況に置かれ行方不明や事故が気になりつつも、精神科病院への医療保護入院における後見人としての同意を決断できず躊躇していた[10]。その後、警察署に保護されることが続いたことや、区役所精神保健福祉課担当者はじめ関係者の考えが本人を保護する時期だと一致したことにより、やむを得ず、医療保護入院における同意を決断する。本後見人が躊躇している間に、消極的他害行為が惹起した場合には、監督義務を怠ったとして責任を問われていただろうか。

２．成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務

---

[9] 橋本廸生「ハインリッヒの法則」日本病院管理学会学術情報委員会編『医療･病院管理用語事典（改訂第３版）』（2006）182頁、ハインリッヒの法則　一件の大きな事故･災害の裏には、29件の軽微な事故･災害、そして300件のヒヤリ･ハット（事故には至らなかったもののヒヤリとした、ハッとした事例）があるとされる。

[10] 久保野恵美子「法定監督義務者の意味」論究ジュリスト16号（2016）40頁で次のように示唆している。「精神障害者法の変化の把握からは、成人した個人の行動の自由の制限―個人の行動の包括的な制御･監督―を正当化できるのは、法律の規定に基づいて、厳格な権利保障の手続きにより、公的主体が行うときに限られるのではないかという示唆が得られる。」。

本人の後見人となり４年経つが、本人の残存能力と意思を尊重しながら日常生活で拘束のない暮しを目指してきた。対人拒否、医療受診拒否、施設自室への引きこもり等、高次脳機能障害に向き合いながら手探りでの身上監護「事務」であった[11]。身上監護「事務」をする上で肝に銘じているのは、民法858条「成年後見人は、成年被後見人の生活、療養看護及び財産の管理に関する事務を行うに当たっては、成年被後見人の意思を尊重し、かつ、その心身の状態及び生活の状況に配慮しなければならない。」である。しかし、成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務の具体的内容は明らかでなく標準化もされていない[12]。その上、この義務は、成年被後見人に対してのものであり、第三者に対してのものとは考えられて来なかった[13]。本実例において、仮に消極的

---

[11] 小林昭彦『わかりやすい新成年後見制度（新版）』（有斐閣リブレ，2000）38頁、上山・前掲注（８）65頁～152頁、小賀野晶一『民法と成年後見法－人間の尊厳を求めて－』（成文堂，2012）197頁～215頁、新井誠「成年後見制度の現状と課題―成年後見の社会化に向けて」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－』（有斐閣, 2007）98頁～102頁、南方美智子「成年後見人の法的権限と義務－ひとりの身寄りのない高齢者の身上監護実務から－」亜細亜女性法学第17号（2014）45頁参照。

[12] 成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務に関しては、上山前掲注（８）73頁が、「成年後見の場面でいえば、その後見事務遂行にあたって、（その成年後見人の具体的な能力の程度とは無関係に）成年後見人一般に要求される程度の注意を払って行動しなければならない義務ということになります。」と指摘するほか、田山輝明「成年後見人の善管注意義務」成年後見法研究第７号（2010）１頁の「善管注意義務の具体的内容を検討してみる必要があるように思われる。」との指摘や、小賀野晶一「身上監護の職務と意思の尊重及び身上配慮義務」赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』（新日本法規，2012）183頁「身上配慮義務について重要なことは、身上配慮義務がどのような内容を有するかである。成年後見実務を参考にして、通常求められるべき水準を明らかにすることが肝要である。」との指摘がある。善管注意義務については、我妻栄『債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店, 1974）26頁、於保不二雄『債権総論』（有斐閣，1966）89頁。

[13] 西島良尚「成年後見人の第三者に対する責任」実践成年後見 NO51（2014）31頁は、次のように指摘する。「成年後見人が、その職務との関係で、第三者に対する、何らかの特別の責任を負っていると解すべき場面があるのであろうか。このような問題は、これまで、十分な議論がなされてきたとは言えない。」。

他害行為が惹起され、準ずべき者への該当性が肯定された場合、本後見人は担当ケアマネや施設管理者らと徘徊対策を検討したこと、区役所精神保健福祉課へも相談し助言を求めたこと、精神科専門病院と受診及び入院の調整をしたという具体的な検討や手配をもって、成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務を尽くし、義務を怠らなかったとして免責されると考えたい。成年後見人は、身上配慮義務（民法858条）に基づき、成年後見制度の基本理念と本人保護との調和の観点から、過剰な干渉はできるだけ控えつつ、関係機関と連携して具体的な検討や手配を行っている。また、本人との面会は月１回程度が通常である。このような成年後見人の身上監護「事務」を踏まえても、本後見人の行った具体的な検討や手配が成年後見人の身上監護「事務」の限界であろう。なお、準ずべき者への該当性が否定された場合における一般不法行為上の過失についても同様に考えたい。

Ⅳ．成年被後見人の消極的他害行為と成年後見人の善管注意義務

上山泰教授は、成年後見人の監督者責任については、「その法定監督義務者性を否定し、監督者責任を免除すべきであると考える。ただし、成年後見人等が、①成年被後見人等の他害行為の可能性について、ある程度客観的かつ具体的に予測しうる状況にありながら、警察や病院等への通報・相談等の実行可能な（間接的な）他害防止手段を怠ったり、あるいは、②成年被後見人等の治療のために必要な服薬管理等の通常の措置を明らかに怠っていた等の事情がある場合には、身上配慮義務違反を根拠として、民法709条の不法行為責任が生じることになると解する。」[14]と示唆している。同様に、木内裁判官は、「成年後見人の負うとされる身上配慮義務は、審判による付与を含めても特定の法律行為の同意権、代理権を有するに留まる保佐人（民法13条の保佐人の固有の同意事項には厳格には法律行為に該当しないものも含まれているが、実質的には全てが法律行為といってよい。）、補助人も、契約によって受託業務の代理権を付与される任意後見人も同様の義務として負担している（民法876条の５第１項、

[14] 上山泰「成年後見人等と民法714条の監督責任―精神保健福祉法との関連も含めて―」 家族＜社会と法＞（2004）72頁。

876条の10第１項、任意後見契約に関する法律６条）。このことにも、身上配慮義務が法律行為を行うについての善管注意義務の明確化であるという性質があらわれている。したがって、精神障害者の日常行動を監視し、他害防止のために監督するという事実行為は成年後見人の事務ではなく、成年後見人であることをもって、民法714条の監督義務者として法定されたということはできない。」と補足意見で述べている。一方、大谷裁判官は、「成年後見人の職務に関し、事実行為としての療養看護（療養看護労働）はその職務内容から除外されたことは明らかであるが、法的行為としての身上監護『事務』は依然その職務内容とされている。この事務を行なうに当たって、上記内容の善良な管理者の注意をもって処理する義務も規定されている（同法869条、644条）。改正前の後見人について、職務内容の『療養看護』に監督を含めて法定の監督義務者性が認められてきたが、これと同様の理由で、改正後の『生活、療養看護に関する事務』を職務内容とする成年後見人についても、法的な身上監護『事務』等を行なうに当たって、相当な範囲の監督義務が含まれると解することができ、その限度では714条１項の責任主体として想定し得ると考えられる。」と意見で述べている。714条１項の責任主体と想定しうる相当な範囲の監督義務とは如何なるものであろうか。

最高裁平成28年判決によると、成年後見人が法定の監督義務者に該当する可能性は極めて少ないものの、準ずべき者に該当する可能性は残されたと認識すべきであろう[15]。岡部裁判官は、Y_2を準ずべき者に該当するとした上で、監督

[15] 準ずべき者への該当性に関し「成年後見人や配偶者という法的地位に基づいて監督義務者となることを否定し、実態関係に応じて判断するというのは、一見したところ、耳当たりのよいバランスのとれた実践的な解決との印象も受ける。しかし、それは逆なのではないだろうか。」（窪田充見「最判平成28年３月１日―ＪＲ東海事件上告審判決が投げかけるわが国の制度の問題」ジュリスト1491号（2016）67頁という指摘や「本判決は責任主体の範囲を著しく拡大し、近親者以外の者が広く714条の責任を負う余地を認める。これは、本判決が、近親者であるか否かを問わず、また『監督義務』の内容が限定的か包括的かを問わず、何らかの意味での『監督義務』を基礎づける法規定や事実状態があれば責任の根拠づけには十分であると考えている可能性を示唆する。」（米村滋人「責任能力のない精神障害者の事故に関する近親者等の賠償責任」法学教室429号（2016）55頁）という指摘が示唆的である。その他に、宮下修一「認知症高

義務懈怠有無の判断基準を一般通常人としての義務とし、怠らなかった、と意見で述べている。仮に、本件が第三者後見人であった場合、本人Ａが平成19年２月に要介護４の認定を受けた際に、従前と異なる何らかの介護措置を取って徘徊行動の回避を図っていなければ監督責任を問われた可能性がある。経験を積んだ第三者後見人であれば、介護体制をゼロベースで見直した上で、先ず、自宅介護希望の本人や家族に「適切な施設への体験入居等」の助言をするという手順を踏むものである。このような助言・手順は意思決定支援であり、本人の意思を尊重し身上に配慮しなければならない成年後見人の義務と考える。具体的に身上監護「事務」を標準化し[16]、身上配慮義務違反を根拠とする民法709条による不法行為責任が問われることのないよう身上監護「事務」を遂行しなければならない。最高裁平成28年判決において、本件事故に至るまでにＡが１人で外出して数時間行方不明になったことがあるが、それは平成17年及び同18年に各１回の合計２回だけだったという。徘徊する認知症高齢者の身上監護「事務」においては、成年後見制度の基本理念と本人保護との調和の観点から、《消極的他害行為をも予期し得る「ヒヤリ・ハット」が複数回繰り返された場合、外出に一定の制限があっても本人が安心して暮らせる施設を関係者と共に決定し手配する義務》を成年後見人の善管注意義務と考えたい。佐藤彰一教授は、「本人に経験をしてもらうこと、そして試行錯誤を繰り返しながらの意思疎通を試みる。失敗しても支援を打ち切らない、自己決定を支援するが自己責任は追求しない。意思決定支援は、そうした支援が必要であり、実際に努力している成年後見人が存在している。しかし、このような支援は、代行決定ではないので裁判所から業務としてはほとんど評価されない。そのためになかなか工夫の蓄積や共有が進まない。同じ制度の中で定義も何もなく、渾然と代行決定と意思決定支援が行われるため、裁判所をはじめとする制度の側で的確な評価ができないのである。」[17]と述べている。家庭裁判所による後見事務監督（民法863

齢者の列車事故と不法行為責任・成年後見制度のあり方：ＪＲ東海事故第一審判決がもたらすもの」静岡大学法政研究18号536頁も参照。

[16] 南方・前掲注（11）46頁参照。

[17] 佐藤彰一「日本の成年後見制度の現状と変革の方向―意思決定支援へのパラダイム転換に向けて―」草野芳郎＝岡孝編『高齢者支援の新たな枠組みを求めて』（白峰社，2016）264頁。

条）を通じた身上監護「事務」の履行状況の把握及び検証が蓄積されることによって、後見人の身上配慮義務が標準化・明確化されていくと考える。

大谷裁判官は「高齢者の認知症による責任無能力者の介護体制構築は、公的又は私的な保健医療サービス及び福祉サービスと綿密に連携して適切な介護を行う必要があり、また複数の関係者が分担、協力して行う必要もあり、要介護者の意思や、心身の状態及び生活の状況に配慮しつつ、これらサービスも利用し、関係者の協力を得て、人的、物的に効果的な介護体制を構築し、この体制が効果的に機能しているか見守ることこそが重要であって、この介護体制の構築等は、医療保険機関や介護福祉機関との契約関係、また関係者への委任関係など、つとめて法的な事務との性格を有するといえる。」と意見を述べている。後見人が身上監護「事務」を遂行する上で、見守り義務履行としての月１回程度の本人訪問は不可欠である[18]。そして本人を取りまく介護関係者、高齢者住宅関係者、医療関係者らと連携しなければならない。しかし、木内裁判官は、「他方、精神科病院に入院している精神障害による責任無能力者については、精神科病院の管理者が、自傷他害のおそれによる入院を引受け、入院患者の行動制限を行なう権限を有しており（精神保健福祉法36条１項）、行動制限の手続きを含む処遇基準は大臣が定めるものとされている（同37条１項）。介護施設についても、法令によって身体的拘束等の原則禁止とそれを行なうについての適正手順が定めるものされている。このように精神障害者が施設による監護を受けている場合、施設との間では、法令による定めによって、監護に関する権限とその行使基準が定められているのであり、これらの定めによる施設の負うべき義務は民法714条１項の法定監督義務に該当すると解する余地がある。」と補足意見で述べている。成年後見人が身上監護「事務」を遂行する上で連携を要する病院・介護施設等は法的監督義務者として責任を負う可能性も残しており、連携体制は難しくなったとも言える。

おわりに

最高裁平成28年判決は、成年後見人であることだけでは直ちに法定の監督義

[18] 赤沼康弘「法定後見の課題と実務」『高齢者をめぐる法律問題』東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編（ぎょうせい，2015）294頁参照。

務者に該当するということはできない、とした。ところで、同判決の事案においては、被害者は法人であり、かつ、被害は営業損害であった。そのような事案における判断基準を、被害者が私人であり、かつ、人身被害である場合においても同様に捉えてよいものだろうか。二宮周平教授は、「本判決は鉄道会社の財産損害の事案だが、判旨はそうした限定をしていないので、人身事故や被害者が個人である場合などにもこの解釈が適用される可能性がある。」[19]と指摘している。また、窪田充見教授による、「たとえば、『後見人は法定の監督義務者である』とするのに対して、『後見人は必ずしも法定の監督義務者になるわけではない』というのは、一見したところ、後見人に有利であるとの印象を与えるかもしれない。しかし、監督義務者になるかもしれないし、ならないかもしれないというのは、実際には、後見人にとっては不安定で、場合によってはより大きなリスクをもたらすことになるのではないだろうか。」[20]という指摘は、広範な裁量権の名のもとに適宜に判断・手配をしなければならない後見人に対して説得力がある。成年後見人も特段の事情を満たす時に準ずべき者に該当するという岡部裁判官や、身上監護「事務」には相当な範囲の監督義務がありその限度では成年後見人は民法714条の主体となり得るという大谷裁判官の意見からも、被害者が私人であり人身被害の場合には、成年後見人が「準ずべき者」とされる可能性を感じずにはいられない。実例（Ⅱ）の場合、医療保護入院における同意を躊躇している間に消極的他害行為が惹起していたとしたら、本後見人は責任を問われていたのかもしれない[21]。

---

[19] 二宮周平「認知症高齢者の鉄道事故と監督者の責任―最高裁平成28年３月１日判決」実践成年後見 NO63（2016）72頁。また、次の指摘も示唆的である。原田剛「認知症高齢者鉄道事故訴訟最高裁判決をめぐって」同83頁の「高齢者の介護に直接携わる関係当事者等は、本判決によって安心した法的立場が保障されたとは必ずしもいえないこととなり、そのことが介護の現場に萎縮効果をもたらすことも懸念される。」。

[20] 窪田充見「責任能力と監督義務者の責任―現行法制度の抱える問題と制度設計のあり方」商事法務（2015）94頁。

[21] 小西洋「裁判所からみた成年後見人等の義務と責任の考え方と運用の実情」実践成年後見 NO51（2014）40頁「成年後見人等が負う義務は、本人に対するものだけではなく、家庭裁判所に対する義務（たとえば、民法853条１項の定める財産の調査や同法863条１項の定める家庭裁判所の求めに対する後見の事

現在、年一回、家庭裁判所に提出する報告書（定型）は財産管理に関しては４項目あり標準化されている。身上監護に関しては「本人の健康状態や生活状況に変化はありましたか」という一項目である。後見人が遂行した具体的身上監護「事務」を積極的に報告することにより[22]、後見監督する家庭裁判所にその内容が蓄積され標準化される。身上監護「事務」が標準化されることにより、成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務の明確化が図られる。善管注意義務の明確化は、被害者側の民法709条による立証責任を助け、被害者救済に寄与すると考える。他方、過失を証明できなかったときのリスクは社会が許容することにより、認知症高齢者も住み慣れた地域で暮らすことが可能となる。後見人は本人の意思を尊重し、かつ、心身の状態及び生活の状況に配慮して、身上監護「事務」を行うことが重要であり[23]、それでも結果として消極的他害行為が惹起した場合の責任補填と被害者救済のために成年後見賠償責任保険加入は必要である[24]。その上で、後見人は、最高裁平成28年判決を受け萎縮し過剰な責任回避行動に走ることなく[25]、自身が遂行した具体的身上監

務報告等）があり、第三者に対する義務（たとえば、不法行為責任）も想定される。」という指摘がなされている。

[22] 田中朝美「認知症高齢者鉄道事故判決が成年後見実務に与える影響」実践成年後見 NO54（2015）50頁で「判断の過程や具体的な対応を正確かつ十分に記録しておけば、万一紛争に巻き込まれた場合でも、成年後見人が果たすべき義務を怠らなかったことや怠らなくても生ずべき損害であったことなどを裏づける証拠として役立つだろう。」と指摘している。そのような記録が裁判所に蓄積し標準化されていく「しくみ」としたい。

[23] 平成28年４月８日に成立した成年後見制度利用促進法第３条１項では、制度の理念を踏まえて身上の保護が適切に行われるべきこと等も謳われている。

[24] 渡辺裕介「成年後見業務と保険の利用」実践成年後見 NO57（2015）42頁では、「特に成年被後見人に暴力的傾向・徘徊歴がある場合や、在宅で監護者がいない場合などは、成年後見人において賠償責任保険を利用することは検討されるべきであろう。」という指摘がなされている。

[25] 米村滋人「法律判断の『作法』と法律家の役割―認知症鉄道事故の最高裁判決によせて―」法律時報88巻５号（2016）１頁～３頁の次の指摘は示唆的である。「本判決は、本当に関係者の責任を軽減した判決なのだろうか。」本判決の「判断は、『法定の監督義務者』の範囲を極めて狭く捉え、成年の精神障害者に関してはほとんど誰も『法定の監督義務』を負わないとしながらも、一定の要

護「事務」を家庭裁判所へ積極的に報告することにより、成年後見人に課された身上配慮義務としての善管注意義務の標準化に寄与すべきである。

素をそなえた者は『準監督義務者』として責任を負う余地があることを中核的内容とし、これは１審判決の採用する『事実上の監督者』構成に近いものという事ができる。」「本判決の枠組みは、責任要件の不明確さゆえに過剰な責任回避行動を促す可能性がある。最も懸念されるのは、医療・介護体制への影響である。」。