

論文

成年後見人による犯罪の現状と対策

Current Situation and Countermeasures against Crime by the Guardian of Adult

キーワード：『超高齢社会』『成年後見人』『業務上横領』『不正のトライアングル』
『積極的対策』

澁川紀子

SHIBUKAWA, Noriko

(せたがや自治政策研究所・特別研究員)

1. はじめに

本研究は、成年後見制度の利用者である被後見人が成年後見人（以下「後見人」と略。）による犯罪被害者となっている現状に着目し、後見人の種類ごとの特徴及び犯罪事例の特徴を検討し、後見人による犯罪へ対策を示すことを目的とする。

成年後見制度については、これまで民事法及びその周辺領域において議論や整備が進んで来たが、本研究では、後見人の犯罪を刑法上の犯罪（主として業務上横領）に限定した上で、犯罪学的な視点から分析、検討する。後見人の犯罪を財産犯罪に限定する理由は、①後見人による業務上横領が頻発し、問題化している、②成年後見関係事件における申立て動機に「預貯金等の管理・解約」が最も多い（最高裁判所事務総局家庭局 2012年：8-9）、③歴史的に、成年後見制度が財産管理を中心に発展して来た¹⁾、こと等による。

後見人の犯罪事例を見渡すと業務上横領罪で判決を受けているのは「親族後見人」と「専門職後見人」のみで、「法人後見人」と「市民後見人」では問題が生じていない（2013年8月末日現在）。特定の後見人の種類でのみ横領が生じる原因を以下の順序で検討して、最後に対策を示すことにする。(1)制度と権限濫用防止対策、(2)後見人の種類別特徴、(3)犯罪事例の特徴、(4)後見人の犯罪の理論的検討、(5)対策、(6)結論。

超高齢社会日本における高齢者の生命、身体、財産は守られているだろうか。

日本の少子高齢化は進行を続けており、高齢者人口の増加は認知症高齢者の増加につながっている。認知症は脳の神経細胞がゆっくりと死滅していく変性疾患であるアルツハイマー病から発症するケースが最も多く、根本的治療薬の無い今日において回復する見込みは極めて薄い。自己決定、自己責任が原則の契約社会において、認知症高齢者らはあらゆる種類の被害に遭遇する可能性が高い。そこで、2000年4月1日に精神上の障がいによって判断能力の衰えた成年者（高齢者、知的障がい者、精神障がい者ら）²⁾の法律行為を援助する制度の一環として、従来の禁治産・準禁治産宣告制度（以下「旧制度」と略。）に代

えて、成年後見制度（新制度）が創設・施行された。成年後見制度は、「民法」³⁾及びその特別法「任意後見契約に関する法律」（1999年12月8日法律第150号）にその基礎を置いている。制度を担う後見人は家庭裁判所の後見開始の審判手続きを経て選任され、被後見人⁴⁾の身上監護と財産管理に関する法律行為について包括的代理権（民法859条）を有する。⁵⁾

高齢者が被害者となる刑事事件が増加しており、2005年には、悪質な事業者が認知症高齢者を狙った住宅リフォーム詐欺事件⁶⁾が世間を騒がせたが、今日においては、後見人がその地位を悪用して、自己の権利を主張できない被後見人の財産を後見人自身のために費消する「業務上横領事件」が頻発している。

成年後見制度の利用者数は年々増加しており（表1,表2）、利用対象者として推計される65歳以上の認知症462万人と軽度認知障害(MCI)400万人を合わせると862万人に上る（2012年末厚生労働省研究班調査）。全高齢者3,079万人⁷⁾の4人に1人は認知症及びその予備軍ということになる。高齢者人口は今後都市部で増加する予測である。⁸⁾

よって、今後益々後見人の増加が見込まれると同時に、同種の犯罪が増えることが懸念されるため、その防止策を講ずることが、刑事司法政策上重要な課題となっている。

2. 成年後見制度の成り立ちに見る権限濫用防止対策

2.1 成年後見制度とは

成年後見制度は高齢社会への対応及び障がい者福祉への充実を背景としたもので、介護保険法の施行に合わせた形で⁹⁾、運用が始まった。その理念に、①自己決定の尊重、②残存能力の活用、③ノーマライゼーション（障がいのある人も家庭や地域で通常の生活をするような社会を作ること）を掲げている。旧制度の本人保護の理念との調和を旨とし、被後見人の個々の状況に対応し得る、柔軟で弾力的な利用しやすい制度を目的として、5つの改正ポイントがある。①「任意後見制度」の導入。②「補助」の新設。これにより、「後見」、「保佐」、「補助」の3類型を設けた制度となった。③制度の充実として「身上配慮義務」、「法人後見人」、「複数後見人」が設けられた。④「戸籍記載の廃止」とそれに伴う「成年後見登記の新設」。⑤「区市町村長による申立権付与」である。¹⁰⁾

成年後見制度には「任意後見制度」（新設）と「法定後見制度」がある。「任意後見制度」の特徴は、判断能力が不十分になる前に任意後見人を自分で選び契約で決めておくことができるという点にある。将来に備えて、事前に財産管理や介護の手配をしてくれる人を決めておきたい場合には任意後見制度の利用が適している。本人の自己決定権尊重の観点から、原則として任意後見は法定後見に優先する（任意後見優先の原則）。

これに対し「法定後見制度」は、判断能力が不十分になってから裁判所による任命を前提として利用するものである。自分ひとりでは、契約や財産管理などをすることが難しくなった人が、自分らしく安心して暮らせるように権利を守り、法的に支援をしてもらう場

合には「法定後見制度」を利用することができる。

2.2 制度の成り立ちに見る日本の独自の権限濫用防止対策

民法の行為能力制度全体に関する100年ぶりの大改正により改まった成年後見制度は、任意後見制度（新設）を中心とする英米法系の制度の長所と法定後見制度を中心とするヨーロッパ大陸法系の制度の長所を取入れて調和させ、日本の独自の立場から制度化を図ったものである（ジュリスト,1172号:2-16）。

任意後見については、英米法系の新しい制度、1979年統一継続的代理権法(Uniform Durable Power of Attorney Act 1979)等を検討し、本人が判断能力のある時に自ら代理人を選んでおき、それが判断能力を失った後も続き、代理人による公的監督を行う制度を参考にした。本人の判断能力が不十分になると代理人の行為をコントロールすることができなくなるという問題が発生する。そこで、日本では家庭裁判所によって選任される任意後見監督人の監督という制度を作り、任意後見監督人選任時（を停止条件とする）から代理権授与契約の効力が発生する（任意後見契約に関する法律2条1号）ことにして、全く監督の及ばない時期を無くしている（志村武,1998:57-66）。

法定後見については、フランス（1968年）、オーストリア（1983年）、そして特に最新のフランス法系のカナダ、ケベック州の改正法（1990年）の制限能力3類型を参考にし、ドイツ（1990年）の影響も受けている。ドイツでは後見、保佐等の類型は無い。各人の判断能力に応じて一定の行為は取り消せる（取消権）、一定の行為については代理人を置く（代理権）というものである（「一元的制度」「一元説」と呼ぶ）。これは日本の「補助」類型にのみ採用され、個別的に特定の法律行為について補助人に代理権、同意権、取消権が与えられる。日本は、先行している欧米諸国の類似の制度を手本として、日本の実情に即した制度としたのである。

2.3 家庭裁判所による対策：「後見監督センター」から「後見センター」へ

成年後見事件を担当する裁判所は、家庭裁判所である。制度の利用申立て件数は、2000年9,007件、2005年21,114件、2012年34,689件と年々増加している(表1)。東京家庭裁判所の本庁では、事件数の増加に対処するため、2002年4月に後見等監督事件を集中して行う「後見監督センター」を発足させた。その後、同センターは、2003年4月に、後見等開始事件の手続案内から受付、後見等開始・成年後見人等選任の審判から後見等監督の終了まで、一連の手続をすべて集中的に行う「後見センター」へ発展した。同センターの職員数は、裁判官5名（うち3名が専属、2名が他と兼務）、調査官11名、書記官20名、事務官1名の合計37名で構成されている(2013年4月1日現在)¹¹⁾

後見監督とは、後見人の仕事が適正にされているかどうかを監督するものである。成年後見は本人が亡くなるまで続くため、監督を要する事件が加算式に増えていく。それに伴い、後見人の提出する財産報告書も年々増加しているため、そのチェックは、家庭裁判所の参与員が行っている。¹²⁾

表1 成年後見関係事件の推移(全国)
-後見開始、保佐開始、補助開始
及び任意後見監督人選任事件-

	会計年度4月～3月	申立て件数	対前年比
禁治産制度(注1)-	1999年(平成11年)	3,634	-
成年後見制度(注2)-	2000年(平成12年)	9,007	-
	2001年(平成13年)	11,088	23.1%
	2002年(平成14年)	15,151	36.6%
	2003年(平成15年)	17,086	12.8%
	2004年(平成16年)	17,246	0.9%
	2005年(平成17年)	21,114	22.4%
	2006年(平成18年)	32,629	54.5%
	2007年(平成19年)	24,988	-23.4%
司法年度適用(注3)-	2008年(平成20年)	26,459	-
	2009年(平成21年)	27,397	3.5%
	2010年(平成22年)	30,079	9.8%
	2011年(平成23年)	31,402	4.4%
	2012年(平成24年)	34,689	10.5%

資料：司法統計「成年後見関係事件の概況」1999年(平成11年)～2012年(平成24年)を基に筆者作成(2013年8月)。

注1：1999年の件数は、1999年4月から2000年3月までに申立てのあった禁治産宣告及び準禁治産宣告事件の件数。

注2：2000年の件数は、2000年4月から2001年3月までに後見開始、保佐開始、補助開始及び任意後見監督人選任事件の申立てのあった件数。

注3：2008年からは司法年度1月～12月へ変更された。

表2は、2005年と2012年の成年後見人等(成年後見人、保佐人及び補助人)と本人の関係別件数と割合を示したものである。受任件数全体を見ると、2012年は32,263件で2005年の17,491件の1.8倍に増えている。

表2 成年後見人等と本人との関係別件数と割合
(全家庭裁判所)

	2005年(平成17年)			2012年(平成24年)	
	件数	%		件数	%
本人との関係	17,491	100.0%	本人との関係	32,263	100%
配偶者	1,487	8.5%	配偶者	1,401	4.3%
親	1,872	10.7%	親	1,198	3.7%
子	5,317	30.4%	子	8,158	25.3%
兄弟姉妹	2,729	15.6%	兄弟姉妹	2,315	7.2%
その他親族	2,134	12.2%	その他親族	2,589	8.0%
親族小計	13,538	77.4%	親族小計	15,661	48.5%
弁護士	1,345	7.7%	弁護士	4,613	14.3%
司法書士	1,428	8.2%	司法書士	6,382	19.8%
社会福祉士	580	3.3%	社会福祉士	3,119	9.7%
法人	179	1.0%	社会福祉協議会	402	1.2%
知人	87	0.5%	税理士	71	0.2%
その他	332	1.9%	行政書士	829	2.6%
第三者小計	3,952	22.6%	精神保健福祉士	21	0.1%
			市民後見人	131	0.4%
			その他法人	877	2.7%
			その他個人	157	0.5%
			第三者小計	16,602	51.5%

資料：最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況2005年及び2012年」を基に筆者作成(2013年8月)。

注1：2005年の総数(母数)及び内訳件数(実数)は最高裁判所広報課から取得。

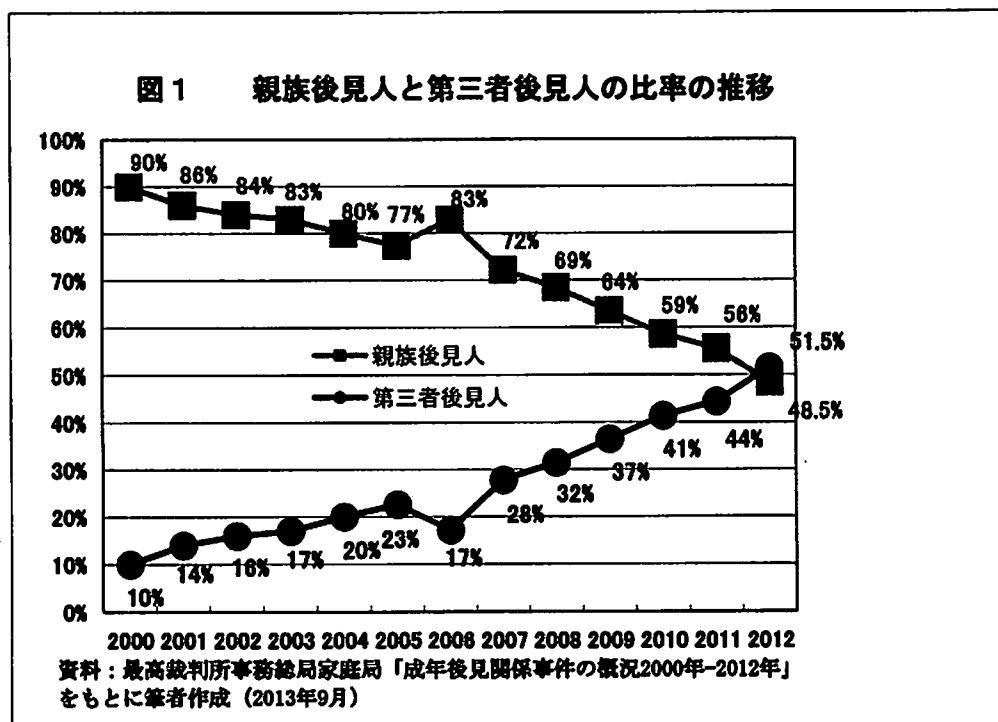
注2：2005年の内訳件数は%から筆者が割り出した。数値1の齟齬があるが、総数が正しい。

注3：2005年は会計年度(毎年4月から翌年3月まで)の数値。2012年は司法年度(1月-12月)の数値。

成年後見人等に選任された者の多い順は、2005 年は、①本人の子(30.4%)、②兄弟姉妹(15.6%)、③その他親族(12.2%)、④親(10.7%)、⑤配偶者(8.5%)、⑥司法書士(8.2%)、⑦弁護士(7.7%)、⑧社会福祉士(3.3%)であったが、2012 年では、①本人の子(25.3%)、②司法書士(19.8%)、③弁護士(14.3%)、④社会福祉士(9.7%)、⑤その他親族(8.0%)、⑥兄弟姉妹(7.2%)、⑦配偶者(4.3%)、⑧親(3.7%)、の順位となり、大きな変化が生じている。更に、行政書士(2.6%)、社会福祉協議会(1.2%)や市民後見人(0.4%)の進出も見られるようになった。

図1は、親族後見人と第三者後見人の受任比率の推移を示したものである。成年後見制度の発足した2000年に、本人の親族が成年後見人等に選任されたのは全体の約90%以上を占め、親族以外の第三者が成年後見人等に選任されたのは全体の10%弱であった。2005年になると、親族後見人は77%へ減少し、第三者後見人は23%へと増加する。その後も第三者後見人の需要は高まり続け、2012年になると親族後見人は48.5%に減少し、第三後見人は51.5%に増加して、受任比率が逆転した。

2000年当初の、親族が後見人をする事は「当たり前の時代」は終わったと読み取ることができるのである。なお親族後見人が減少する傾向は成年後見の先進国と言われるドイツでも同様である。¹³⁾



制度導入後、このように大きな変化が生じているが、後見人はその任務を適正に遂行しているであろうか。表3は家庭裁判所の職権で後見人等を解任した件数¹⁴⁾の推移を示したものである。2000年の職権解任(民法846条)は10件、2005年は112件、2012年は254件へと増加した。解任事由は、「不正な行為」(本人の財産を横領する、背任行為を行う等)、

著しい不行跡」(品性、行状がとて
も悪く、財産管理¹⁵⁾に危険を生じ
させるなど適格性の欠如)、「その
他」(権限濫用、任務懈怠)の3
つに分かれる。

最高裁判所は、後見人の不正は
2010年6月から2012年12月末迄
に、1,058件発生し、被害総額は
約94億4,000万円に上ると発表し
ていることから、職権解任件数に
顕れている不適格な後見人の数は
氷山の一角である。

表3 後見人の職権解任件数の推移

司法年度1月～12月	解任件数	うち職権 によるもの	職権解任%
1999年(平成11年)	-	-	-
2000年(平成12年)	37	10	27.0%
2001年(平成13年)	51	21	41.2%
2002年(平成14年)	88	58	65.9%
2003年(平成15年)	115	69	60.0%
2004年(平成16年)	109	75	68.8%
2005年(平成17年)	163	112	68.7%
2006年(平成18年)	196	116	59.2%
2007年(平成19年)	207	92	44.4%
2008年(平成20年)	257	129	50.2%
2009年(平成21年)	276	147	53.3%
2010年(平成22年)	286	152	53.1%
2011年(平成23年)	368	165	44.8%
2012年(平成24年)	515	254	49.3%

資料：司法統計年報/家事編/「第3表事件の受理、既済、未済、手続別事件別件数(全家庭裁判所)」平成12年～平成24年版を基に筆者作成(2013年9月)。

2.4 まとめ

日本の成年後見制度は、後見人の「権限濫用の防止」が盛り込まれて導入が図られている。法定後見制度の欠陥¹⁶⁾を回避するために諸外国から学び、法定後見制度の代替策として独自の任意後見制度として導入している。アメリカの任意後見制度では、任意後見人によって代理権が行使される時点において本人の判断能力は不十分であり、任意後見人をコントロールすることはできなくなっている。このため、後見人による権限濫用による犯罪が生じ易くなるのである。アメリカ法での停止条件は「本人の障害若しくは意思能力の喪失」であり、日本ではこの欠陥を制度的に克服する形として、停止条件を「家庭裁判所による任意後見監督人の選任」としたのである。すなわち、任意後見監督人が公的機関である家庭裁判所によって選任されない限り、任意後見は発行しないとしたのである。このように任意後見人による「権限濫用に防止」を図ったところが独自の制度と言えるのである。

後見人と被後見人の関係別割合を見ると、2000年当初は、親族後見人が全体の90%以上を占めており、親族以外の第三者後見人は全体の10%弱であったが、2012年には親族後見人と第三者後見人の受任比率が逆転し、第三者後見人が51.5%を占めるようになった。しかし、受任者別に見ると、本人の子が25.3%で依然として最も高く、司法書士が19.5%、弁護士14.3%と続いている。

任務を適切に果たさない後見人も出ており、裁判所が職権で後見人を解任した件数は2000年には10件であったが、2005年には112件と増加し、2012年には254件へと推移している。職権解任件数は氷山の一角であり、相当な暗数があるものと考えられる。

この現状は、従来の「権限濫用防止」対策の限界を示しており、今後は「犯罪予防・防止」対策が必要になっている、と示している。

3. 後見人の種類別特徴と犯罪事例の特徴

3.1 後見人を犯罪と非犯罪に分かつ種類別特徴

後見人のうち、業務上横領罪（刑法第253条）で判決を受けているのは、「親族後見人」と「専門職後見人」だけで、「法人後見人」と「市民後見人」で問題は生じていない。なぜ特定の種類の後見人だけが、犯罪を犯すことになるのであろうか。以下では後見人を種類別に比較して、その特徴を把握する（表4）。

表4 「4種類の後見人の特徴」比較

	親族後見人	第三者後見人		
		専門職後見人	法人後見人 (社会福祉協議会の1部門)	「(従来型)市民後見人」 (東京都・世田谷区等)
業務上横領	発生	発生	不発生	不発生
後見人就任者数	多い	多い	少ない	少ない
後見教育・継続研修等 (含倫理)	ない	ある(所属団体ごと)	ある	ある (社会福祉協議会等)
監督人と監督体制	(第1次監督人：選任されない場合が多い) 最終監督人： ：家庭裁判所	第1次監督人： ：各所属団体。 弁護士は「各登録先」、 司法書士は「リーガルサ ポート」、社会福祉士は 「ばあとなあ」が監督。 最終監督人： ：家庭裁判所 =ダブルチェック体制=	第1次監督人： ：社会福祉協議会等 最終監督人： ：家庭裁判所 =ダブルチェック体制=	第1次監督人： ：社会福祉協議会等 最終監督人： ：家庭裁判所 =ダブルチェック体制=
監督頻度	(第1次監督人：不明) 最終監督人：年1回、 場合により2年に1回。	第1次監督人：各専門職団 体で異なる。「ばあとな あ」は年2回監督。 最終監督人：年1回	第1次監督人：随時 最終監督人：年1回	第1次監督人：3ヵ月に1回 最終監督人：年1回
監督(機能状況)	機能しない場合がある	機能しない場合がある	機能している	機能している
相談・支援体制	ない	ある	ある	ある
利益相反	ある	ない	ない	ない
営利目的	ない	ある	ない	ない
報酬付与の申請	申請しないことが多い	申請する	申請する	申請する
債務	ある/ない	ある/ない	ない	ない
被後見人の財産状況	ある/ない	ある(高額財産)	ある/ない	ない
被後見人の身寄り	4親等内の親族	ある/ない	ある/ない	ある/ない
孤立リスク	高	低	低	低
専門性	低	高	高	低
密室性	高	高	低	低
閉鎖性	高	高	低	低
信頼	高	高	高	低
包括的代理権	ある	ある	ある	ある

資料：筆者作成(2013年9月)。

犯罪に結びつく後見人の特徴：

- ・就任者数が多い。
- ・倫理を含めた後見教育・継続研修等の実施が不充分。
- ・第1次監督人が選任されない。
- ・第1次監督人の監督頻度が少ない。
- ・監督人(含.第1次監督人)の監督が充分機能しない場合がある。
- ・相談・支援体制の不充分が孤立と結びつく。
- ・利益相反する場合がある。
- ・営利目的。
- ・報酬付与の申請をしない。
- ・債務がある。
- ・被後見人に財産がある。
- ・孤立リスクが高くかつ相談・支援体制が不十分な場合は犯罪と関係する。
- ・専門性の高低や孤立が、密室性・閉鎖性と結びつく。
- ・「信頼」の高さが監督機能を弱める。
- ・被後見人の身寄りの有無と犯罪は関係ない。
- ・専門性の高低のみと犯罪は関係ない。
- ・包括的代理権。

後見人就任者数と業務上横領の関係を見ると、就任者数は「親族後見人」と「専門職後見人」で多く、「法人後見人」と「(従来型)市民後見人」¹⁷⁾で少ない。一般的には、就任者数が多ければ犯罪の発生も多くなると考えられる。しかし、着目ポイントは、「法人後見人」と「(従来型)市民後見人」では、就任者がいても業務上横領が1件も生じていないところにある(2013年8月31日現在)。

後見教育・継続研修等(含倫理)は、「親族後見人」には十分に実施されていない。親族後見人向けの説明や教育の中心は、東京家庭裁判所のホームページにある「申立ての手引き(PDF版)」、「Q&A」及び、家庭裁判所の「職務説明会」(午前中かけて主として報告のしかたを説明する)である。親族候補者の面接時にホームページの「Q&A」を説明することもあるが¹⁸⁾、親族が資料等をよく読まず、役割と責任を十分に理解しないまま後見人に就任し、使い込みを続けることが考えられる。また、地位の悪用を考えるような親族後見人には「教育」だけでは不十分であるとしても実施することは必要である。

「専門職後見人」には、各所属団体が後見教育を実施している。弁護士の場合は1998年度から日弁連の倫理研修規程・規則に基づいて、日弁連及び弁護士会は会員に対し義務化された倫理研修を実施している¹⁹⁾が、倫理研修を受けた専門職が犯罪を犯している。その原因として、専門職には「営利目的」があること及び事務所の経営難等が考えられる。

「法人後見人」は、社会福祉協議会の1部門であり、社会福祉協議会が後見教育の実施主体であることから、専門職レベルの後見教育・継続研修が実施されている。

「(従来型)市民後見人」は、都の養成研修の後、継続研修が毎年1回実施されている。これに加えて、各登録地域の推進機関が継続研修等を定期的実施している。市民任意の勉強会等の開催もある。

監督人の監督と監督頻度は、「親族後見人」と「専門職後見人」では、監督人の監督が充分機能しない場合もある。「親族後見人」の場合、家族間で争いや虐待等も無く財産も比較的少ない時には、監督人が選任されず家庭裁判所の監督が十分でないこともある。「専門職後見人」の場合、各所属団体の監督と年に一度の家庭裁判所の監督(報告書提出)に服する二重の監督体制が敷かれているが犯罪は生じている。その原因として考えられることは、専門職に対する「信頼」が監督を甘くするということである。他方、「法人後見人」には、自らが制度の推進機関の部分であるという意識が働くと同時に、家庭裁判所の監督にも服している。「(従来型)市民後見人」には監督人の監督が確実にかつ頻繁に及んでいる。3ヶ月ごとに監督人である社会福祉協議会へ報告書の提出が義務づけられており、年に一度家庭裁判所へ報告書を提出して監督に服する二重の監督体制が敷かれている。

相談・支援体制の整っていないのは、「親族後見人」のみである。専門性の低い親族が判断に迷った場合に支援が受けられず、「孤立」することは大変危険である。「(従来型)市民後見人」の場合、監督人等との頻繁なコミュニケーションがあるため、孤立することは無く、支援・ネットワーク体制も整った環境での活動が実現している。「専門職後見人」、

「法人後見人」にも、支援・ネットワーク体制がある。「専門職後見人」は、専門職と雖も異なる専門性の必要時に単独での解決は避けるべきである。

利益相反は、「親族後見人」には生ずることがある。親族後見人が被後見人と利益が相反する場合には成年後見監督人が選任されていればその監督人が被後見人を代表し、監督人が選任されていない場合には、特別代理人の選任を家庭裁判所に申請することになる。

営利目的は、「専門職後見人」にはある。これに対し、「親族後見人」、「法人後見人」、「(従来型)市民後見人」は営利目的が無いところで異なる。営利目的で、高額財産保有者を顧客とする専門職は、債務を抱える等の状況によって犯罪と結びつき易くなる。

報酬付与の申請について、後見人は報酬を申請できる、とされているが「親族後見人」は報酬付与の申請をしないことが多い。選任後に失業あるいは介護離職等の変化が生じて、ひとりで家族の介護と後見人を無報酬で引き受けることになれば、経済的不安定に陥り、横領を正当化する危険性が高まる。他方、「専門職後見人」、「法人後見人」、「(従来型)市民後見人」は後見報酬付与の申請を行っているところで異なる。

被後見人の身よりは、「親族後見人」の場合は4親等内の親族が後見人に該当するが、たとえ4親等内の親族がいても住まいが遠く離れている、身寄りがあっても無縁である等事情は様々である。このような場合に、第三者後見人が身寄りの有無を問わずに対応している。複雑な問題も財産も無いケースには「(従来型)市民後見人」が対応している。

「孤立」・「専門性」・「密室性」・「閉鎖性」について、「親族後見人」は専門性が低いと言われ、「支援・ネットワーク体制」も充分ではなく、「孤立」すれば「密室性」「閉鎖性」が高まる。「専門職後見人」は専門性ゆえに「密室性」「閉鎖性」が高まる。故に両者は犯罪が生じ易くなる。これに対し、「法人後見人」と「(従来型)市民後見人」は共に「密室性」・「閉鎖性」が低い環境で活動をしているところで異なる。その上、「相談・支援体制」があり「孤立」することなく、犯罪が生じづらくなっている。

「専門性」の高低や「孤立」が他の要因と重なることで犯罪が発生し易くなる。

3.2 犯罪事例の特徴及び解釈の変遷

2000年4月1日から2013年8月31迄の後見人による犯罪のうち、判決の出たものを中心に、61の犯罪事例の特徴を把握する(表5・表6)。このうち5つを主要犯罪事例(裁判所が裁判例情報としてWeb上で公開しているもの及び公刊物掲載事例)と位置づけ、3.2.2で取り上げた。それ以外は、公刊物未掲載事例である(出所は文末の文献リストに列挙)。

3.2.1 犯罪事例に見る後見人による犯罪の特徴

犯罪事例の特徴として、「常習性」が挙げられる。親族後見人の犯罪事例では、36件中31件(86.1%)で被後見人の財産を繰り返し引き出して横領していた。親族後見人が常習的に引き出した最多回数は158回で、次が79回、70回、43回、40回以上、37回、35回、

28回、27回（2件）、25回（2件）、24回、17回、8回、6回（3件）5回、2回と続く。常習性があり回数が不明なものは11件あった。専門職後見人の犯罪事例では、25件中19件(76.0%)に「常習性」があった。一括で預かり金3,000万円を受領したものが1件。着手金として2,200万円を横領したものが1件あった。専門職後見人が常習的に引き出した最多回数は69回で、次が28回、27回、11回、10回、9回（2件）、4回と続く。常習性があり回数が不明なものは10件あった。ひとりで2件受け持っている常習性のある専門職後見人が2名いた。常習性のある犯罪事例には一定の特徴が認められた。いったん横領を開始すると、ある時点で止むことはなく、被後見人の財産が無くなるまで続くところが共通していた。

「横領開始時点」が明らかになっているものは、親族後見人の犯罪事例では、「選任直後から横領開始」したものは36件中11件(30.6%)あり、「選任後暫く経過して横領」を開始したものが、5件(13.9%)あった。専門職後見人の犯罪事例では「選任直後から横領開始」したものは25件中1件（4.0%）あり、「選任後暫く経過して横領」を開始したものが、25件中3件(12%)あった。よって、親族後見人に計画性が認められた。専門職後見人では「選任後暫く経過して」から横領を開始するという傾向が窺われた。

「共謀」は、親族後見人で生じ易かった。親族後見人の犯罪事例で7件（19.4%）、専門職後見人の犯罪事例で1件（4%）の共謀があった。「報告懈怠」は親族後見人で2件あり、専門職後見人では3件あった。「偽装工作」は専門職後見人の特徴で、専門職後見人の犯罪事例にのみ4件(16%)あった。

「横領した財産の種類」は預貯金や交通事故の保険金・賠償金・慰謝料が多かった。交通事故で高次脳機能障害等になると、支払われる賠償金や保険金が数千万から億単位の高額になると言う特徴がある。

「執行猶予」は、親族後見人の犯罪事例で6件（16.7%）、専門職後見人の犯罪事例の4件（16%）に付いた。

表5 後見人による61の犯罪事例（特徴その1）

内訳：親族後見36件、専門職後見25件（弁護士12件・司法書士6件・行政書士2件・社会福祉士5件）。

常習性・横領開始時期・共謀・報告懈怠・偽装工作等

特色	後見人の種類	親族 (件数)	専門職 (件数)	(内訳): 弁護士	司法書士	行政書士	社会 福祉士	計
常習性		31	19	9	5	1	4	50
選任直後から横領		11	1	1	-	-	-	12
選任後経過して横領		5	3	2	1	-	-	8
共謀		7	1	-	-	1	-	8
報告懈怠		2	3	2	1	-	-	5
偽装工作		0	4	3	1	-	-	4

横領した財産の種類

使途等	後見人の種類	親族 (件数)	専門職 (件数)	(内訳): 弁護士	司法書士	行政書士	社会 福祉士	計
交通事故の賠償金・保険 金・慰謝料		13	1	1	-	-	-	14
遺産		1	-	-	-	-	-	1
預貯金		22	23	10	6	2	5	45
不動産売却代金		-	1	1	-	-	-	1
計		36	25	12	6	2	5	61

使途等

使途、他	後見人の種類	親族 (件数)	専門職 (件数)	(内訳): 弁護士	司法書士	行政書士	社会 福祉士	計
事業資金 (1.選任後に設立した会社の 事業資金・パチンコ代、2.会 社運転資金・車購入・家族 旅行・飲食代、3.会社運転資 金・生活費、4.経営継続のた め入居ビルの購入、5.事務 所維持費)。		4	2	-	2	-	-	6
事務所維持費・立候補した 選挙資金		-	1	-	1	-	-	1
借金返済(事業悪化)・事務 所経費、解決金		1	6	3	-	1	2	7
借金返済(遊興による)		3	-	-	-	-	-	3
自己費消(賭馬・家賃)		2	2	2	-	-	-	4
投機性の高い先物取引		2	1	-	1	-	-	3
生活費・行楽費		3	-	-	-	-	-	3
不動産(土地購入)		2	-	-	-	-	-	2
自宅購入		1	-	-	-	-	-	1
不動産・動産 (車・マンション等購入)		1	-	-	-	-	-	1
車購入・遊興費		1	-	-	-	-	-	1
遊興費・ギャンブル		3	2	-	-	-	2	5
愛人に買収		1	-	-	-	-	-	1
宝くじ・高級車購入・女性と の交際費		1	-	-	-	-	-	1
暴力団へ		1	-	-	-	-	-	1
着手金		-	1	1	-	-	-	1
高額な報酬		-	1	1	-	-	-	1
生活費		-	2	1	1	-	-	2
アパート購入に伴う税金・遺 言作成の調査費		-	1	-	-	1	-	1
不明		10	6	4	1	-	1	16
計		36	25	12	6	2	5	61

判決等結果

判決等	後見人の種類	親族 (件数)	専門職 (件数)	(内訳): 弁護士*	司法書士	行政書士	社会 福祉士	計
実刑		29	7	2	3	2	-	36
執行猶予		6	4	3	1	-	-	10
不明・公判中		1	3	1	1	-	1	4
業務停止		-	6	6	-	-	-	6
名簿から削除・除名		-	5	-	1	-	4	5
計		36	25	12	6	2	5	61

*弁護士で禁固以上の刑に処せられると弁護士資格剥奪となる(弁護士法7条1項)。

資料：後見人による61の犯罪事例に基づき筆者作成（2013年9月）。

61の犯罪事例に見る横領金の総額は24億9,531万円にのぼり、内訳は親族後見人11億6,800万円、専門職後見人13億2,731万円であった。横領金の平均額は、親族後見人で3,244万円、専門職後見人で5,309万円であった(表6)。

表6 後見人による61の犯罪事例(特徴その2)

内訳: 親族後見36件、専門職後見25件(内訳: 弁護士12件・司法書士6件・行政書士2件・社会福祉士5件)

横領金額と刑期

親族後見人		専門職後見人		
横領金額 (単位:万円)	刑期	横領金額 (単位:万円)	刑期	処分
1億4,800	懲役7年	弁護士		
9,000	懲役3年と懲役2年6ヵ月	9億762	懲役14年	-
7,800	懲役5年	4,000	-	業務停止2年の懲戒処分
6,500	懲役4年	2,200	-	業務停止6ヵ月の懲戒処分
5,745	懲役5年	1,510	懲役3年執行猶予5年	
4,300	懲役4年	1,460	-	業務停止1年10ヵ月の懲戒処分
4,000	懲役2年(2名)、懲役1年6ヵ月(1名)	1,371	-	業務停止1年6ヵ月の懲戒処分
4,041	懲役4年	1,270	懲役2年6ヵ月	-
3,994	懲役3年	1,000	懲役2年6ヵ月執行猶予4年	
3,790	懲役1年8ヵ月執行猶予5年と懲役1年6ヵ月執行猶予3年	550	懲役3年執行猶予5年	
3,700	懲役2年6ヵ月	420	(起訴段階)	業務停止2年の懲戒処分
3,300	懲役2年6ヵ月	400	-	業務停止1年の懲戒処分
3,255	懲役2年10ヵ月	4,200	(初公判)	-
3,250	懲役2年6ヵ月執行猶予5年	司法書士		
2,455	懲役2年6ヵ月	1億2,000	懲役4年	-
2,300	懲役3年6ヵ月	2,100	懲役4年	-
2,160	懲役3年	500	-	リーガルサポート名簿から削除
2,000	懲役3年執行猶予5年	400	懲役2年執行猶予3年	
1,930	懲役2年6ヵ月	295	-	-
1,866	懲役1年10ヵ月	248	懲役2年	-
1,800	懲役2年	行政書士		
1,750	懲役2年	3,000	懲役5年	-
1,500	懲役3年執行猶予5年(2名)と懲役1年6ヵ月執行猶予3年	950	懲役2年4ヵ月	-
1,404	懲役3年	社会福祉士		
1,300	懲役3年	2,195	-	社会福祉士会除名
1,300	懲役2年	不明	-	社会福祉士会除名
1,200	懲役2年6ヵ月	1,900	-	-
1,000	懲役3年執行猶予5年	13億2,731	小計b.	
940	懲役2年罰金10万円	24億9,531	合計a.+b.	
930	懲役3年	5,309	専門職後見人による平均横領金額	
674	懲役2年			
556	懲役2年6ヵ月執行猶予4年			
260	懲役2年と懲役1年10ヵ月			
不明	懲役3年			
不明	懲役2年6ヵ月			
1億2,000	特殊な事例/後見人自身が囚徒になる			

11億6,800 小計a.

3,244 親族後見人による平均横領金額

資料: 後見人による61の犯罪事例に基づき筆者作成(2013年9月)。

「罰金刑」の付いたものは、親族後見人で1件(2.8%)あった。「横領金額と刑期」の関係を見ると、親族後見人の横領の最高金額1億4,800万円に懲役7年、9,000万円の横領に懲役3年と懲役2年6ヵ月(共謀)、6,500万円の横領に懲役4年、5,745万円の横領に

懲役 5 年、4,300 万円の横領に懲役 4 年と続く。1,200 万円の横領に懲役 2 年 6 ヶ月、1,000 万円の横領に懲役 3 年執行猶予 5 年、940 万円の横領に懲役 2 年罰金 10 万円、260 万円の横領に懲役 2 年、などがある。

専門職後見人では、弁護士の横領等の最高金額 9 億 762 万円に懲役 14 年、1,270 万円の横領に懲役 2 年 6 ヶ月であった。執行猶予の付いたものとして、1,510 万円の横領に懲役 3 年執行猶予 5 年。1,000 万円の横領に懲役 2 年 6 ヶ月執行猶予 4 年。550 万円の横領に懲役 3 年執行猶予 5 年、となっている。司法書士の 1 億 2,000 万円の横領に懲役 4 年、2,100 万円の横領に懲役 4 年、247 万円の横領に懲役 2 年、となっている。執行猶予の付いたものは 400 万円の横領に懲役 2 年執行猶予 3 年、となっている。行政書士の 3,000 万円の横領に懲役 5 年、950 万円の横領に懲役 2 年 4 ヶ月、となっている。

この結果を基に「後見人の横領事件に関する裁判官の量刑判定基準」について、東京地方裁判所へ質問調査を行ったところ「無し」との回答を得た。(2013 年 9 月 26 日実施)。

過去 13 年間の 61 の犯罪事例の処罰内容から分かったことは以下である。親族後見人が横領した場合には、ほとんどに実刑(80.6%、36 件中 29 件)を科し、執行猶予や罰金刑の付くことは稀であった。一方、専門職後見人が横領した場合には、実刑(28%、25 件中 7 件)を科すことは少なく、ほとんどが所属団体による処分で終わる傾向が見られ、あまり表面化することはなかった。弁護士の場合は業務停止期間 2 年(2 件)、1 年 10 ヶ月、1 年 6 ヶ月、1 年、6 ヶ月の懲戒処分で終わり、司法書士の場合はリーガルサポートの名簿から削除され、社会福祉士の場合は社会福祉士会から除名される。やがて、第三者後見人の受任比率が親族後見人を上回るようになり、専門職後見人(弁護士)の横領の有罪判決が新聞で報じられるようになって来ている(2013 年 8 月 31 日現在)。

3.2.2 主要犯罪事例に見る親族後見人へ業務上横領罪を適用する解釈の変容

刑事司法側の取組みを、親族が後見人となった場合に親族相盗例²⁰⁾の準用を認めず業務上横領罪²¹⁾を適用する法解釈の変容として捉え、5 つの主要犯罪事例の動向を概観する。

親族後見人が被後見人の財産を横領した場合の問題は、親族相盗例の準用の可否に関するものである。

【主要犯罪事例 1】前橋地裁判決平成 14(2002)6.10,平成 14(わ)第 165 号,(D1-Law.com,28075597)において、親族相盗例が問題となることはなく親族後見人に業務上横領罪が適用された。「自らを成年後見人として選任するように申請して、被害者の財産を管理できる地位を得て犯行に及んだもので、計画的かつ巧妙。犯行大胆かつ悪質である」として、業務上横領罪が適用された。その後、後見人の犯罪は増加して行く。【主要犯罪事例 2】仙台高裁秋田支部判決平成 19(2007)2.8,(判タ 1236 号 104 頁。)では、親族相盗例の適用の可否が争点となった。「親族以外の者が当該財産犯罪に係る法律関係に重

要なかかわりを有する場合には、その者が被害者に当たらなくても、その法律関係は純粹に「家庭内の人間関係」に限定されたものとはいえないから、親族相盗例の適用ないし準用は排除される。」(親族相盗例の根拠として「政策説」の立場をとる) 裁判所は「・・・成年後見人は、家庭裁判所の選任・監督という関与の下においてのみ被害者の財産を占有、管理し得る地位を保てるものというべきであるから、被害者との間に親族関係が存在したとしても、親族関係の想定できない家庭裁判所との間で上記のような委託信任関係が形成されている以上、これに違背して行われた犯罪について親族相盗例の準用はあり得ないと解するのが相当である」として、弁護人の主張を排斥し、控訴を棄却した。「成年後見人は家庭裁判所との間で委託信任関係が形成されており、これに違背して行われた犯罪について親族相盗例の準用はあり得ないと解するのが相当」として、業務上横領罪が適用されている。その後、【主要犯罪事例3】(最1小決平成20(2008)2.18、刑集62巻2号37頁。)(判タ1265号159頁。)において、最高裁判所は親族相盗例の準用を認めないことを初めて未成年後見事例で明示した。「親族関係があってもその後見事務は公的な性格を有するものであり親族相盗例は準用されない」として、業務上横領罪が適用された。【主要犯罪事例4】広島地裁福山支部判決平成21(2009)3.24、(LEX/DBインターネットTKC法律情報データベース,25440846)、広島高裁平成21(2009)12.24(朝日新聞2009.12.25備後・30頁)は、知的障がいのある者が成年後見人として選任され、知的障がいのあるその母親と共謀して被後見人の財産を横領するに至ったケースである。家庭裁判所は後見人選任時に知的障がいがあることが分からなかったという。両名は「自己の行為の是非は判断できる」、責任能力はあると判断された。その後、控訴審において、「被害弁償し、謝罪の手紙を書くなど反省が認められる」として刑が減輕された。【2008年6月20日青森地裁判決】(毎日新聞2008.6.21,青森・21頁。)では、後見人から財産管理の委託を受けた親族について、「間接的なながら家裁の監督下にあり、公的な行為だった」とし、親族相盗例の準用を認めていない。更にその後【主要犯罪事例5】(最2小決平成24(2012)10.11、刑集66巻10号981頁。)において、最高裁判所は初めて成年後見事例で、親族相盗例を認めない考えを「後見人の事務は公的な性格のもの」と、示すに至った。いずれの事例も親族相盗例の準用を認めない立場であるが、解釈は一様ではなかったのである。

親族相盗例の準用の可否については、「・・・当罰性を強調するあまり、家庭裁判所と後見人の間には財産上の委託信任関係が存しないにもかかわらず、その選任・監督行為により実質的には同じような信任関係が認められるとして、本判決のように親族相盗例の適用を排斥することは、罪刑法定主義²²⁾に反する」(堀内,2008:110)²³⁾との主張がある(傍点筆者)。

これとは別に、「・・・条文の文言を離れ、罪刑法定主義の観点から問題があるのではないか」という批判があり得るが、後見人は被後見人の保護という公的目的で、法によって財産

管理権限を与えられていることに照らせば、親族相盗例の枠外であることは明白」(宮崎,2008:27)との考えもある。「・・・立法論としては親告罪とするのが良い」との主張もある(中村,2009:503)。

以上、親族が後見人になった場合に親族相盗例の準用を認めず業務上横領罪を適用する解釈の変容により、刑事司法側からの取り組みは進んで来たが、後見人の犯罪は頻発し続けている。

3.3 まとめ

まず、後見人を犯罪と非犯罪に分かつ特徴を、後見人を4種類に大別して比較した。犯罪に至っている「親族後見人」と「専門職後見人」に共通する特徴として、①就任者数が多いこと、②監督人の監督が充分機能しない場合があること、③また監督人の監督頻度が少ないこと等が挙げられる。

「親族後見人」の特徴は、後見教育・継続研修等(含.倫理)、相談・支援体制が共に不十分であり、「孤立」すれば、「密室性」と「閉鎖性」が高まり、報酬付与の申請をしない場合が多く、後見人就任後に介護離職などで経済的な安定を欠くような状況に陥れば横領の可能性が高まること、被後見人と利益が相反する場合があること等である。これらの特徴から、「親族後見人」は、「孤立」させないことが重要である。

「専門職後見人」の特徴は、信頼を前提としているために監督人の監督が不十分になりがちであること、営利目的があること、高額な財産を所有する被後見人を顧客としていること、その「専門性」ゆえに「密室性」と「閉鎖性」が高まること等である。これらの特徴は、専門職後見人が横領に至る条件を整えているかのようである。専門職後見人には監督人の監督が確実に及ぶことが重要である。

次に、親族後見人の「事例」では以下の特徴が認められた。(1)財産がある(遺産・預貯金・賠償金・保険金・重度障害保険金等)、(2)債務や事業を抱えている、(3)意図的に申立てをする、(4)常習性「繰り返し横領」、(5)「就任直後」から横領を開始する、(6)後見人の口座から他口座へ高額な振り込みをする(振り込み目的=使途は、債務の返済、土地の購入、自宅の購入、車の購入、事業資金に充てる等)、(7)その他使途として、生活費、遊興費等、(8)共謀、(9)財務偽装工作をする・財務報告を怠る、(10)実刑に処せられる場合が大多数であり、執行猶予、罰金刑が付くことは稀である。例外として、債務・事業のない者もいた。就任後経過してから横領を開始した者も少数あった。

専門職後見人の「事例」では以下の特徴が認められた。

(1)高額な財産がある、(2)債務や事業を抱えている、(3)意図的に申立てをする、(4)常習性「繰り返し横領」、(5)不当に高額な報酬・調査費・着手金の請求、(6)使途 - 事務所維持費、債務返済、私的費消、遊興費、例外として立候補した選挙資金等、(7)共謀、(8)財務報告の偽装工作及び報告懈怠、(9)大多数は所属団体の処分が終わることが多いが、実刑や執

行猶予が付くケースも出はじめています。

その後、親族後見人が被後見人の財産を横領した場合に、親族相当例の準用を否定して業務上横領罪を適用する法解釈の変容を通して刑事司法側からの取り組みを概観した。主要犯罪事例は、犯罪は成立するが、親族相盗例の準用を認めないとする解釈を展開して来た。その論拠として「(主要犯罪事例3)未成年後見事例を基本に考えていくことになるが、その前提として、刑事法が想定する家族像の変容を認識しておく必要がある」という(前田,2011:170-171)。このように、刑事司法側から取り組まれているが、後見人の犯罪は増加している。

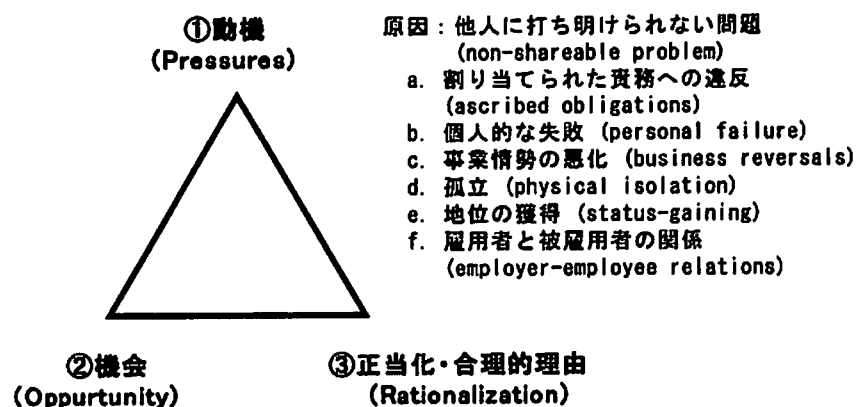
4. 理論と対策

ここでは、後見人による業務上横領をドナルド・R・クレッシー(Cressey, D.R.)によって提唱された「不正のトライアングル」仮説に依拠して理論的に検討する。そして、上記で分析した日本のデータに照らし、その理論的な妥当性の検討を踏まえ、その後、当該犯罪の防止に向けた対策を示すことにする。

4.1 後見人の犯罪と「不正のトライアングル」仮説

不正行為を仕事で犯すほとんどの人々は常習犯ではなく、多くの場合犯罪歴のない信頼された個人である。クレッシー(Cressey, D.R.)は、一般人が不正行為を犯す3つの要因を、①動機(Pressures)、②機会(Opportunity)、③正当化・合理的理由(Rationalization)の存在に求め、これらが揃うときに不正行為が発生すると考えた (Cressey,D.R.1953)。

図2 ドナルド・クレッシーの「不正のトライアングル」
Cressey's "The Fraud Triangle"



資料：筆者作成 (2013年9月)。

クレッシーは横領関連の罪で刑務所に服役中の百数十人を対象に裁判資料の分析や聞き取り調査を行い、「善人による背信行為」の因果関係の解明を試み、その結果、横領は「雇用主から信頼されて金銭の管理を任された者が、①他人に打ち明けられない金銭問題によって過度のプレッシャーを感じ、②管理を任された金銭を利用して密かにその問題を解決する機会を認識して、③自分に任された金銭だから自由に利用して構わないと理由づける(正当化する)心理状態になったときに、その者が雇用主の信頼に背いて横領を犯すリスクが高まる」、という仮説を提唱した(甘粕,2012:2)。この3つの要因が「クレッシーの不正のトライアングル」と呼ばれるようになった。図2は、「不正のトライアングル」を図式化したものである。

既存の理論を見ると、動機(Pressures)から犯罪実行に押しやれるという意味では「緊張理論」がある。機会(Opportunity)は、フェルソン(Felson, Marcus)とコーエン(Cohen, Laurence)の日常活動理論(Routine Activity Theory)がある。犯罪の原因は人々の日常活動にあり、「犯罪は、①潜在的な犯罪者の存在、②適当な犯罪標的の存在、③監視者の不在の3つの要素が重なった場合に発生すると説かれた」(瀬川,2000:304-305)。正当化・合理的理由(Rationalization)は、マツア(Matza, D.)とサイクス(Sykes, G.M.)の非行中和技術理論を想起させる概念である。「非行中和の技術として、①責任の否定(the denial of responsibility), ②損害の否定(the denial of injury), ③被害者の否定(the denial of the victim), ④避難者への非難(the condemnation of the condemners), ⑤より高い忠誠心への訴え(the appeal to higher loyalties)といった5つの型」がある(藤本,2009:140)。これら数個の理論を整合して、あわせて後見人の犯罪行動を説明する方法も考えられるが、本研究では、始めから業務上横領を想定して今日に発展して来た「不正のトライアングル」に基づくことが後見人の犯罪行動の説明に適していると考えられる。

「この不正のトライアングルは、全ての不正(fraud)に適応(fit)するものではないが、如何に不正防止策が働き、如何にそのような策が遂行(implement)されるかについての理解を助けるものである。①動機(Pressures)と③正当化・合理的理由(Rationalization)は組織管理での対応は難しい性質を持つものである。これらは、個人の事情・状況(circumstances)や態度・意識(attitudes)に由来するものであり、一般的な組織の統制を超えるためである。②機会(Opportunity)は、組織によってかなり効果的に管理することができる」カードル(Kardell, R.L.)は、クレッシーの不正のトライアングルを根本理念として、職場における不正防止対策を示している(Kardell, R.L.2007)。

表7は、先に3.1で把握した犯罪を犯す後見人の種類の特徴と3.2.1で把握した61の犯罪事例の特徴を不正のトライアングルの3つの要因に分解して、当てはめたものである。

表7 後見人による犯罪の特徴の「不正のトライアングル」への当てはめ

①動機(Pressures)

犯罪と結びつく後見人の特徴		犯罪事例の特徴	
・債務がある。	動機	A. ターゲットとなる財産があ	動機
・営利目的。	動機	B. 債務や事業を抱えている。	動機
・利益相反する場合がある。	動機		
・報酬付与の申請をしない。	動機・正当化		
・被後見人に財産がある。	動機・正当化		

②機会(Opportunity)

犯罪と結びつく後見人の特徴		犯罪事例の特徴	
・包括的代理権。	機会	C. 意図的な申立て。	機会
・就任者数が多い。	機会	D. 常習性(繰り返し横領する)。	機会・正当化
・第1次監督人が選任されない。	機会	E. 偽装工作	機会
・第1次監督人の監督頻度が少ない。	機会	F. 報告懈怠	機会
・監督人(含.第1次監督人)の監督が充分機能しない場合がある。	機会	G. 共謀(親族)	機会
・専門性の高低や孤立が、密着性・閉鎖性と結びつく。	機会	H. 就任直後から横領を開始する(親族)。 就任後暫くしてから横領を開始する(専門職)	機会
・「信頼」の高さが監督機能を弱める。	機会	I. 後見人の口座から他の口座へ高額の振り込みをする(親族) 不当に高額な報酬・調査費・着手金を請求する(専門職)	機会・正当化
・相談・支援体制の不十分が孤立と結びつく。	機会・正当化		
・孤立リスクが高かつ相談・支援体制が不十分な場合は犯罪と関係する。	機会・正当化		

③正当化・合理的理由(Rationalization)

犯罪と結びつく後見人の特徴		犯罪事例の特徴	
・倫理を含めた後見教育・継続研修等の実施が不十分。	正当化	D. 常習性がある(繰り返し横領する)。	機会・正当化
・報酬付与の申請をしない。	動機・正当化	I. 後見人の口座から他の口座へ高額の振り込みをする(親族) 不当に高額な報酬・調査費・着手金を請求する(専門職)	機会・正当化
・被後見人に財産がある。	動機・正当化	「妻の病状が回復しないという絶望感から保険金を使ってしまった」。	正当化
・相談・支援体制の不十分が孤立と結びつく。	機会・正当化	「お金がある時に戻せば見つからないと思った」。	正当化
・孤立リスクが高かつ相談・支援体制が不十分な場合は犯罪と関係する。	機会・正当化		

資料：筆者作成(2013年9月)。

表に照らせば、①動機(Pressures)の原因になる他人に打ち明けられない問題(non-shareable problem)、すなわち事業の失敗やギャンブル等で借金を抱えた後見人が、②機会(Opportunity)、すなわち後見人という地位に備わった信頼を裏切って偽装工作等により監督人をごまかせると犯罪機会を認識し、③正当化・合理的理由(Rationalization)、すなわち、ちょっとした間借りるだけ、あるいは、こんなに財産のある人から盗んでも害はないはず等、自己の行為を正当化した時に、3つの要因が揃っていれば犯罪は発生している。

これにより、後見人の犯罪は、不正のトライアングルに当てはまる、と行うことを確認することができた。

従って、後見人は①動機(Pressures)、②機会(Opportunity)、③正当化・合理的理由(Rationalization)、と行う3つの要因が揃った時に犯罪を惹起し易く、そのような後見人がその犯罪を犯すメリットが上回ると判断した時に後見人による犯罪は発生すると(合理的選択理論または抑止刑論の考えに基づいて)説明することができるのである。

以上より、後見人による業務上横領に対する対策が働くには、(犯罪)機会(Opportunity)を統制することを中心として、動機(Pressures)、正当化・合理的理由(Rationalization)という「3つの要因」が揃わないようにする策を遂行することが重要になるのである。

4.2 成年後見人による犯罪への対策

成年後見人による犯罪への刑事司法政策上の取組みは、3.2.2で論じた通り、親族相盗例の準用の可否を中心とした法解釈により、慎重に続いて来たと行うことができる。しかし、後見人の犯罪は親族後見人に限られるものではない。後見人受任者の比率は親族よりも第三者が多くなり、専門職後見人の犯罪も目立ち始めている。また、成年後見、未成年後見、法定後見、任意後見のいずれにおいても後見人の犯罪は後を絶つことがなく、増加しつづけている。

犯罪事例分析により、後見人の地位(=信頼)を意図的・計画的に取得し、その信頼を裏切って、積極的に横領を繰り返す後見人が少なからず存在することも明るみに出た。

今後、刑事司法政策上、①後見人による犯罪の処罰規定を法律で明言する、②量刑ガイドラインを設ける、③量刑を実施する等、刑罰を科す積極的対策が必要である。

他方、犯罪事例の中には、後見人自身が知的障がい者であった、後見人就任後に認知症になった等の諸事情もあった。従って、まずは、非刑罰的な予防・防止策を、成年後見制度の運用面において、理論に基づいて講じ、充実することが不可欠と考える。紙面の都合上、非刑罰的な予防・防止策については別の機会に論じたいと思う。

4.3 結論

後見人の犯罪を刑法上の犯罪(主として業務上横領)に限定した上で、犯罪学的な視点から分析し、検討を進めた。後見人による不規則な不正行為に対する絶対的な対策²⁴⁾の供給は簡単なことではないと思われるが、「不正のトライアングル」に基づき、(犯罪)機会(Opportunity)を統制することを中心として、動機(Pressures)、正当化・合理的理由(Rationalization)の「3つの要因」が揃わないようにすることが対策として重要になる、という結論に達した。

業務上横領が発生していない「法人後見人」と「(従来型)市民後見人」の特徴はこの理論に合致するものである。密室性・閉鎖性を低めた環境での任務の遂行や、監督人の監督

(体制・頻度・機能)が充分であることは、(犯罪)機会(Opportunity)を低める要因となっていることが分かったからである。

後見人による犯罪が頻発し増加し問題化している現状においては、理論に基づいた、非刑罰的な予防・防止策を早急に講じると同時に、その非刑罰的防止策を積極的に破る後見人に対しては刑事司法政策上、「後見人の犯罪には刑罰を科すことを法律で明言する」、「量刑ガイドラインを設ける」、「量刑を実施する」等の積極的対策が重要である。

被害者となる認知症高齢者は、ひとたび犯罪被害に遭えば、その生命、身体、財産が回復できない影響を受けることになるため (朴,1996:178-179)²⁵⁾、対策は急務である。

最後に、後見人の任務は被後見人の死亡時まで続くため、長期的かつ多面的な対応が必要になって来る。後見人には、高い倫理性、専門性、柔軟な思考、そして確かな判断力が求められるのである。そこで、長期的対策として「学校教育の一環に、社会貢献活動を組み込む」ことを挙げたい。ある程度の実務経験期間がなければ形成されないと言われている「コンピテンシー(職務遂行能力)」の獲得と「倫理性」を早い段階から身につけることができるようにする計画があっても良いのではないだろうか。このような下地があることで社会貢献活動への参加を特別のこととせず生活の一部とすることができるのである。その計画の一環として「成年後見に関するステップアップできる教育体系を取り入れ、それとリンクする活動経験をすること」は、将来、人生のある時点で後見人になった時に適正な任務遂行を可能とし、犯罪を生じさない下地として有効な対策になるものと考えている。

[注]

- 1) 中世イギリス法上、判断能力が不十分で自ら財産管理を行うことができない人々の財産は、本人の保護のために国王が支配・管理するという「国王大権」(Royal Prerogative)があり、英米法諸国では「後見人としての国」(パレンス・パトリー, *parens patriae*)の概念があった(菅, 2010:1-11. 志村, 1998:58.)。
- 2) 認知症高齢者以外で成年後見制度の利用可能性の高い者として、知的障がい児・者約54万7千人、精神障がい者約323万3千人がいる。内閣府編集『障害者白書』(平成24年版), 19頁。
- 3) 根拠条文は、民法第一編総則・第二章人・第二節の行為能力。第四編親族・第五章後見及び第六章保佐・補助を中心として、民法典全体に広がっている。
- 4) 家事審判手続法を経て後見人の選任がなされた者を「被後見人」と言う。
- 5) 民法858条は、成年後見人等に対して、本人の身上監護および財産管理を行うに際して、「身上配慮義務」を課している。(新井, 2007:89-90, 100-101, 220-222) 参照。
- 6) 代表的な事例として、2005年5月に埼玉県富士見市の認知症の80歳と78歳の姉妹を狙ったリフォーム詐欺がある。3年間に19社もの訪問リフォーム業者から、5千万円の不要な工事契約(名目は、耐震補強、防湿処理など)により全財産を失った。4千万円程あった貯蓄全額が引き出され、更に約700万円不足として、家が担保となり競売に掛けられた。この事件がきっかけとなり国をあげての対策が進んだ。
- 7) 高齢者人口3,079万人(2012年10月1日現在)は、総務省人口推計による。
- 8) 国立社会保障・人口問題研究所は、2010年から2040年にかけて65歳以上の人口が1.6倍に増える神奈川県のほか、埼玉県、千葉県、東京都、愛知県、滋賀県などで高齢者人口が1.4倍以上

になり、都市部で急速に高齢化が進む未来図を公表した。高齢者人口は沖縄県でも急増する。2040年に75歳以上人口が2010年と比べて1.7倍以上になると推計されるのは埼玉、千葉、東京、神奈川、愛知、滋賀、大阪、沖縄の8都府県である。

9) 福祉サービスの提供が措置から契約へ変更したことに伴い、福祉サービスの利用者には契約締結が必要となった。2000(平成12)年の介護保険法の施行は、判断能力が不十分な人が契約を締結する上で成年後見制度をそのインフラと位置づける。その後、2006(平成18)年の介護保険法の改正により市区町村に地域包括支援センターが設置され、権利擁護の観点から成年後見制度に関する情報提供・利用促進が業務の一環となった。ぎょうせい,2010,『法律のひろば—成年後見制度10年を経た現状と展望』Vol.63/No.8,18頁。

10) 家庭裁判所による手続の根拠は「家事審判法」、「家事審判規則」である。後見登記の根拠は、「後見登記等に関する法律」である。また、市区町村長申立の根拠は、「老人福祉法」、「知的障害者福祉法」、「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」いわゆる「精神保健福祉法」に基づくことになる。一元化出来ないかなどの議論がある。

11) 東京家庭裁判所、総務課への質問調査(2013年9月26日実施)。

12) 「参与員は民間人の司法参加の位置づけであり、下詔けの立場ではない。後見人の報告書のチェックに銀行勤務経験者を採用することもある」。東京家庭裁判所、後見センターへの質問調査(2013年9月26日実施)。

13) 成年後見制度の進んでいると言われるドイツにおいても、10年以上が経過する過程で、親族世話人(親族後見人)の占める割合が低下傾向にあることは日本と共通している。世話人(成年後見人)と本人の関係別割合は、1992年「成年者世話法」(Betreuungs-gesetz)施行直後には親族世話人が約80%を占めていたが、2006年には親族世話人が約62%となり、自由業的世話人22%、弁護士約4.3%、協会所属世話人5.6%、官庁所属世話人約0.2%、世話協会約0.1%、世話官庁約0.3%となっている。親族世話人が14万4千人、専門職世話人が5万1千人、NPO等団体が1万4千件引き受けており、ボランティアの市民も1万5千人いる。なお、ドイツの全人口約8,200万人のうち約120万人、1.46%が制度に支えられて暮らす利用者である。ドイツの成年後見の様子は、(田山,2007:9-10)。『朝日新聞』2008年4月16日。『朝日新聞』2008年4月17日,など参照。

14) 「後見人等の解任件数」でいう「後見人等」とは、成年後見人・保佐人・補助人・未成年後見人・成年後見監督人・保佐監督人・補助監督人・未成年監督人をいう。「解任件数」とは、解任された人数ではなく、ひとりで複数の事案を担当して解任された件数。

15) 後見人の財産管理には、事実行為としての財産管理と対外的な代理行為がある(内田,2002:286)。

16) 法定後見制度を利用する時点で、本人の判断能力が著しく低下しているために本人が自己決定権を行使する事ができないという欠陥。残存能力があっても権利行使が大幅に制限される、資格制限を受けるという欠陥。本人の意思に反して制度が発動され、後見人により濫用されることがあるという欠陥(後見人は包括的代理権を有する)。但し、居住用不動産の処分等には家庭裁判所の許可が必要である。

17) 本論文では、養成・登録・監督人を付けて就任・継続研修・相談・支援体制の整った環境で後見人実務を遂行する東京都の「社会貢献型後見人」や世田谷区の「区民成年後見人」等を「(従来型)市民後見人」と呼ぶ。なお、市民後見人養成プロジェクト(東大・筑波大のジョイントプロジェクト)の修了生累計1,943人については就任実績が待たれる。今回の対象から外した。

18) 東京家庭裁判所、後見センターへの質問調査「家庭裁判所が親族後見人に実施している後見教育及び支援について」(質問日2013年9月26日実施)。

19) 『弁護士白書』2008,277頁。

20) 刑法第255条が準用する親族相盗例(刑法第244条)の規定は、横領罪について刑の免除の効果を定め(配偶者、直系血族、同居の親族)、あるいは親告罪化(配偶者、直系血族以外で同居していない親族)するものである。(前田,2001:各論185-188)。

21) 刑法第253条(業務上横領)は、「業務上自己の占有する他人の物を横領した者は10年以下の懲役に処する」という規定である。業務とは、社会生活上の地位に基づいて、反復継続して行われる事務である。(前田,2001:各論49,267-268)。

22) 罪刑法的主義とは、「法律がなければ犯罪はなく、法律がなければ刑罰もない(nullum crimen,

nulla poena sine lege)」（フォイエエルバッハ）とする原則をいう。（只木, 2010:33-50）。

23) 「・・未成年後見か、成年後見かを問わず、また、法定後見か、任意後見かを問わず、後見人が親族である被後見人の財産を領得する行為を等しく処罰するために、このような後見人には親族相盗例の適用ないし準用を除外する旨の新たな立法による解決が図られるべきである」、と堀内は主張する。

24) 「犯罪行動の理解と統制のためには、全体としての犯罪行動についての確乎たる一般理論と、その一般理論を特定の犯罪行動に適用した特殊理論とが必要である。一般理論と特定の犯罪行動との関係は、疾病についての細菌理論と特定の疾病の原因要素として作用する特定の細菌との関係に対比できる・・・疾病についての細菌理論が必ずしもすべての疾病を説明するものではないように、1個の理論ですべての犯罪行動を説明するようなものは存在しないかもしれない。その場合には、各理論の適用領域を定め、数個の理論を整合して、あわせて全犯罪行動の説明となるようにすることが望ましい」。このように E.H.サザランドと D.R.クレッシーは述べている。（藤本, 2006:50）（E.H.サザランド・D.R.クレッシー著、高沢幸子・所一彦訳, 1974:30）。

25) 高齢者の被害対策の必要性は、以下2点に見いだされている。1つは、「高齢者にとっては一度犯罪被害に遭うとその影響がたとえ軽微な犯罪でもその身体的、精神的、経済的影響は大なるものがあるからである」（James, 1992:1）。もう1つは、「高齢者は犯罪に対する恐れ(fear of crime)を最も強く感じているため、この種の恐怖によって自己の健全なライフスタイルを変更したり、生活の質(quality of life)の低下をもたらすなど重大な影響を受けている」

（Grabosky, 1989:18-19）からであり、高齢者保護の観点から重要な政策課題の一つとみなされているのである。アメリカでの議論もある（朴, 1995:92-102）。

本研究では加害者は後見人、被害者（被後見人）は認知症高齢者である。被後見人は被害回復ができない深刻な状況にあるため対策が急がれる。

【文献リスト】

甘粕潔, 2012, 「不正リスクと内部統制-COSO の改訂案にみる不正抑止の要点-」『会計情報』Tohmatu(Deloitte Japan)Vol.431, 2-6 頁。

新井誠＝赤沼康弘＝大賀正男, 2006, 『成年後見制度—法の理論と実務』有斐閣。

Cressey, D.R. 1953, *Other People's Money: A Study in the Social Psychology of Embezzlement*, The Free Press, A Corporation Printed in the United States of America. Format by Sidney Solomon.

藤本哲也, 2008, 『刑事政策概論 [全訂第 6 版]』青林書院。

藤本哲也, 2009, 『犯罪学原論 [初版第二刷]』青林書院。

Grabosky, P.N. 1989, *Victims of Violence*, Canberra: Australian Institute of Criminology.

堀内捷三, 2008, 「未成年後見人の横領行為と刑法 244 条 1 項の準用の有無について」『中央ロー・ジャーナル』第 5 巻第 1 号, 99-111 頁。

James, M.P. 1992, "The elderly as victims of crime, abuse and neglect", *Trends and Issues in Crime and Criminal Justice* No.37, Canberra: Australian Institute of Criminology.

ジュリスト編集部, 2000, 「成年後見制度と立法過程—星野英一先生に聞く」『ジュリスト』1172 号, 2-16 頁。

Kardell, R.L. 2007, *Three Steps to Fraud Prevention in the Workplace*, Selected Works The Nebraska Lawyer, pp16-19.

前田雅英, 2001, 『刑法総論講義 [第 3 版]』東京大学出版会。

前田雅英, 2001, 『刑法各論講義 [第 3 版]』東京大学出版会。

前田雅英, 2011, 「法は家庭に入らず」の変容『警察学論集』第 64 巻第 2 号, 立花書房, 158-172 頁。

宮崎香織, 2008, 「新判例解説 (第 358 回) 家庭裁判所から選任された未成年成年後見人が、業務上業務上占有する未成年被後見人所有の財物を横領した場合、刑法第 244 条第 1 項を準用して刑法上の処罰を免れる余地はないとされた事例[最高裁平成 20.2.18 決定]」『研修』719 号, 17-32 頁。

中村悠人, 2009, 「家庭裁判所から選任された未成年後見人が未成年被後見人所有の財物を横領した場合に刑法 244 条 1 項の準用が否定された事例」(最 1 決平成 20 年 2 月 18 日刑集 62 巻 2 号 37 頁), 『立命館法学』第 4 号, 481-505 号。

日本弁護士連合会, 『弁護士白書』2008 年版。

小田正二, 2010, 「成年後見関係事件の概況と家裁における運用の実情」『法律のひろば一成

- 年後見制度 10 年を経た現状と展望』Vol.63/No.8,ぎょうせい,18-26 頁。
- 朴元奎, 1996,「オーストラリアにおける高齢者被害の現状と対策」『犯罪と非行』No.110,日立みらい財団,169-197 頁。
- 朴元奎, 1995,「アメリカ合衆国における高齢者被害—実態,原因そして対策—」立山龍彦編『高齢化社会の法的側面』東海大学出版会,90-135 頁。
- 最高裁判所事務総局家庭局, 2000 年～2012 年,「成年後見関係事件の概況」<http://www.courts.go.jp/> 2013 年 8 月 31 日確認。
- 瀬川晃,2000,『犯罪学』成文堂。
- 志村武, 1998,「アメリカにおける任意後見制度—日本法への示唆を求めて」『ジュリスト』No.1141 号, 57-66 頁。
- 菅富美枝, 2010,『イギリス成年後見制度にみる自立支援の法理—ベスト・インタレストを迫る社会へ—』ミネルヴァ書房。
- E.H.サザランド・D.R.クレッシー著, 高沢幸子・所一彦訳, 1974,『新版 犯罪の原因』有信堂。
- 只木誠, 2010,「刑法総論を学ぶ第 4 回—第 4 章罪刑法定主義」『白門』33-50 頁。
- 田山輝明, 2007,『成年後見読本』三省堂。
- 内田貴, 2002,『民法IV親族・相続』東京大学出版会。

後見人による犯罪事例のリスト

裁判所が裁判例として Web 上で公開しているもの及び公刊物登載事例【主要犯罪事例 1】前橋地裁判決平成 14(2002)6.10,平成 14(わ)第 165 号,(D1-Law.com,28075597)。【主要犯罪事例 2】仙台高裁秋田支部判決平成 19(2007)2.8,判タ 1236 号 104 頁。【主要犯罪事例 3】最 1 小決平成 20(2008)2.18,刑集 62 卷 2 号 37 頁。判タ 1265 号 159 頁。【主要犯罪事例 4】広島地裁福山支部判決平成 21(2009)3.24,(LEX/DB インターネット TKC 法律情報データベース,25440846)。広島高裁平成 21(2009)12.24(朝日新聞 2009.12.25 備後・30 頁)。【主要犯罪事例 5】最 2 小決平成 24(2012)10.11,刑集 66 卷 10 号 981 頁。

公刊物未登載事例 親族後見人犯罪事例:前橋地裁判決 2000.11.27,朝日新聞 2000.11.28 群馬・35 頁。高松地裁判決 2001.2.19,朝日新聞 2001.2.20 香川・27 頁。大津地裁判決 2003.6.24,朝日新聞 2003.6.25 滋賀 1・28 頁。さいたま地裁判決 2004.7.26,朝日新聞 2003.7.27 埼玉 1・31 頁。名古屋高裁控訴棄却,朝日新聞 2005.5.19 夕刊・9 頁。横浜地裁判決 2006.12.15,朝日新聞 2006.12.16 横浜・35 頁。福岡地裁 2007.2.27 判決,朝日新聞 2007.2.27 夕刊・10 頁。福岡地裁 2007.3.15 判決,朝日新聞 2007.3.16,38 頁。青森地裁 2007.5.10 判決,朝日新聞 2007.5.11 青森全県・27 頁。秋田地裁 2007.6.8 判決,朝日新聞 2007.6.9 秋田・27 頁。鹿児島地裁判決 2008.1.22,朝日新聞 2008.1.23 鹿児島全県・31 頁。熊本地裁判決 2008.5.9 朝日新聞 2008.5.10 鹿児島 31 頁。秋田地裁判決 2008.5,朝日新聞 2008.5.31 秋田・27 頁。仙台地裁判決 2008.6.19,朝日新聞 2008.6.20 宮城・30 頁。青森地裁判決 2008.6.20,毎日新聞 2008.6.21 青森・21 頁。仙台高裁判決 2009.7.16,読売新聞 2009.7.17 宮城・29 頁。奈良地裁判決 2009.9.7,毎日新聞 2009.9.8 奈良・21 頁。盛岡地裁判決 2010.5.10,朝日新聞 2010.5.11 岩手・29 頁。秋田地裁判決 2010.7.20,朝日新聞 2010.7.21 秋田・35 頁。奈良地裁判決 2011.6.24,朝日新聞 2011.6.25 奈良・29 頁。横浜地裁判決 2010.10.20,読売新聞 2010.10.21・33 頁。岐阜地裁判決 2011.2.28,朝日新聞 2011.3.16 岐阜全県・17 頁。山形地裁判決 2011.3.16,朝日新聞 2011.3.17 山形・14 頁。京都地裁判決 2011.9.9,朝日新聞 2011.9.10 京都市内・31 頁。札幌地裁判決 2012.2.8,朝日新聞 2012.2.9,2 道・24 頁。高松地裁判決 2012.4.26,朝日新聞 2012.4.27 香川県全県・29 頁。甲府地裁判決 2012.5.11,朝日新聞 2012.5.12 山梨全県・29 頁。甲府地裁判決 2013.2.20,朝日新聞 2013.2.21 山梨全県・29 頁。横浜地裁判決 2013.3.19,カナロコ 2013.3.19,<http://news.kanaloco.jp/localnews/article/130>。名古屋地裁判決 2013.5.9,朝日新聞 2013.5.9 夕刊 6 頁他。専門職後見人犯罪事例:(弁護士)日弁連「自由と正義」Vol.59,2008 年 10 月,128 頁。日弁連「自由と正義」Vol.60,2009 年 11 月,182 頁。日弁連「自由と正義」Vol.61,2010 年 2 月,154 頁。朝日新聞 2010.10.6 社会 35 頁。名古屋地裁判決 2011.9.26,朝日新聞 2011.9.26 夕刊・6 頁。大阪地裁判決 2013.2.20,朝日新聞 2013.2.21,38 頁。大阪地裁判決 2013.7.2,朝日新聞 2013.7.3,29 頁。東京地裁判決 2013.7.9,朝日新聞 2013.7.10,33 頁。岡山地裁判決 2013.8.28,西日本新聞 2013.9.5。産経ニュース 2013.8.12。初公判東京地裁 2013.7.20,朝日新聞 2013.7.20,29 頁。起訴段階高松地検 2013.7.30。(司法書士):岡山地裁判決 2009.5,朝日新聞 2009.6.13 岡山 34 頁。毎日新聞 2008.10.30,2008.11.15 福井,23 頁。毎日新聞 2006.9.14 東京・中部。静岡

地裁判決 2011.3.3、朝日新聞 2011.3.4 伊豆地方 29 頁。前橋地裁判決 2013.4.8、朝日新聞 2013.4.9 群馬全県 29 頁。那覇地裁判 2013.3.21、日経新聞 2013.3.22 沖縄 54 頁。(行政書士)：最 3 小法廷 2008.8.4、毎日新聞 2008.8.7、26 頁。秋田地裁判決 2010.12.22、毎日新聞 2010.12.23。(社会福祉士)：社会福祉士会「お詫び」2010.3.13 付、http://www.jacsw.or.jp/info/toplinks/jomei_0323.html 社会福祉士逮捕段階、朝日新聞 2010.12.2。