

成年被後見人の「能力」に関する一考察 —東京地判平成25年3月14日を契機として—

谷 口 聡

A Study on Capacity of Adult Wards;
Discussing Tokyo District Court Judgment of 14 March 2013
(Case Number :2011(Gyo-u(63))

Satoshi TANIGUCHI

Summary

The Tokyo District Court ruled on 14 March 2013 that Article 11, paragraph (1), item (i) of the Public Officers Election Law, which deprives persons under guardianship of their right to vote, was unconstitutional. The judgment was jubilantly received by people under adult guardianship with mental illness, their relatives and other interested persons because the right to vote for the persons are admitted. However, the author looks at the ruling in a different perspective. The author argues that the judgment clarifies that human capacity is multifaceted and that all laws are thereby made and interpreted based on diversified human capacity.

- I はじめに
- II 東京地判平成25年判決の整理
- III 本件判決の検討
- IV わが国の成年後見制度における「事理弁識能力」とパナターナリズム
- V ドイツ世話法とイギリス精神能力法について
- VI 人間の法的「能力」の多様性—結びに代えて—

I はじめに

成年後見制度は財産管理などについて判断能力の欠ける常況にあったり、不十分である者などについて、保護機関を付することによりその者を保護している。特に、民法上の「事理弁識能力を欠く常況にある者」について成年後見人を付された者を成年被後見人という。

ところが、成年被後見人には公職選挙法の規定により選挙権が認められていなかった。東京地判平成25年3月14日の判決は、この公職選挙法の規定(11条1項1号)が違憲であるとした。そして、この規定は国会において削除することとなった。知的障害などを理由に選挙権を奪われていた成年被後見人などにとっては、選挙権が認められたということについて非常に喜びの大きな判決であった。

しかし、筆者は、選挙権が成年被後見人に認められたということに加えて、この判決の重要性を次のように考えている。すなわち、民法上の判断能力概念である「事理弁識能力」を選挙権行使能力の判断基準に「借用」することが否定されたということである。そして、このことは、さらなる思考の発展をも呼び起こすものである。以下において、判決を整理しつつ、その個々の判旨をめぐる議論を参照し、このセンセーショナルな判決のもつ目立たない別の意義について考察したい。

II 東京地判平成25年3月14日(判時2178号3頁ほか)

[事実概要]

「本件は、成人の日本国民である原告が、後見開始の審判(民法7条)を受けて成年被後見人となったところ、公職選挙法11条1項1号が成年被後見人は選挙権を有しないと規定していることから、選挙権を付与しないこととされたため、上記公職選挙法11条1項1号の規定は、憲法15条3項、14条1項等の規定に違反し無効であるとして、行政事件訴訟法4条の当事者訴訟として、原告が次回の衆議院議員及び参議院議員の選挙において投票することができる地位にあることの確認を求めた事案である。」

争点となったのは以下の2点である。

「(1)本件の訴えは、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に該当しない不適法なものであり、却下されるべきであるか否か。(2)成年被後見人は選挙権を有しないと定めた公職選挙法11条1項1号の規定は、憲法に違反し無効であるか否か。」

[判決要旨] 請求認容

◇「憲法は、裁判所に対して、ある法律の憲法適合性についての判断について、立法府の意思に反する判断をする権限を与えていることは明らかである。」「違憲と判断される部分を他の部分から切り離すことが可能であり、残部だけでも立法者が有効な法律として存立させる意図が認められる場合には、裁判所が、違憲であると主張される当該規定部分について憲法上与えられた違憲立法審査権を行使できなくなると解すべき理由はなく、また、残部については有効な規定と解される以上は、その有効な規定を解釈適用して法的な争訟について裁判をすることは裁判所に与えられた権限であり義務であるというべきである。」「本件において、公職選挙法11条1項1号が違憲無効と判断されたからといって、これとは可分であり別個独立した規定である・・・同法9条1項について、これを有効な規定であると解することが客観的合理性を欠くことになる、あるいは同法11条1項1号が違憲とされるのであれば、立法者は同法9条1項を有効な法律として存立させる意図はないなどと考えるべき合理的理由はおおよそ見出し難い。」「本件の訴えは、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に該当しないということでは

きず、他に不適法な訴えであると解すべき事情は見出し難い。」〈判旨1〉

◇「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。」「憲法の趣旨にかんがみれば、・・・国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることが「やむを得ない」と認められる事由がなければならぬというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記の「やむを得ない事由」があるとはいえず、・・・憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するというべきである。」〈判旨2〉

◇「選挙権が単なる権利ではなく、公務員を選定するという一種の公務としての性格をも併せ持つものであることからすれば、選挙権を行使する者は、選挙権を行使するに足る能力を具備していることが必要であるとし、そのような能力を具備していないと考えられる、事理を弁識する能力を欠く者に選挙権を付与しないとするは、立法目的として合理性を欠くものとはいえない。」〈判旨3〉

◇「民法は、成年被後見人に該当する者も自ら後見開始の審判の申立てができるものとし(7条)、成年被後見人が行った法律行為は取り消されるまでは有効とし(9条本文)、日用品の購入その他日常生活に関する行為については、成年被後見人自ら完全に有効な行為として行うことができ後見人といえども取り消せないものとしている(9条ただし書)。さらに、成年被後見人とされた者が行う身分行為についても、民法は、自ら有効に婚姻(738条)や協議離婚(764条)、そして認知(780条)をすることができるものとし、さらに、遺言についても、遺言をする際に、遺言をするに足る能力さえあれば有効に行うことができるとし、後見人といえどもこれを取り消すことはできないものとしている(962条、963条)。」「一般に、事理を弁識する能力を欠き意思無能力の状態で行った法律行為は無効とされることに照らせば、民法のこのような規定は、成年被後見人が事理を弁識する能力を欠く状態から離脱して事理を弁識する能力を回復することを想定して、様々な行為について有効に法律行為等を行えるとしたものであり、民法が、成年被後見人を「事理を弁識する能力を欠く者」とは異なる能力を有する存在であると位置付けていることは明らかである。」〈判旨4〉

◇「成年後見制度は、精神上の障害により法律行為における意思決定が困難な者についてその能力を補うことによりその者の財産等の権利を擁護するための制度であると解されて」いる。「後見開始の許否について家庭裁判所が審理判断するために用いる医師作成による診断書や鑑定書には、「自己の財産を管理・処分する能力」について診断ないし鑑定をして記載されることが予定されており、・・・実際に、家庭裁判所の実務においても、原則としてこのような医学的判断に従って後見開始の許否が決められていることが認められる。」「このように、後見開始の許否の際に判断される能力は、その制度趣旨とされる本人保護の見地から「自己の財産を管理・処分する能力」を判断することが予定されているのであって、そのようないわゆる財産管理能力の有無や程度について家庭裁判所の判断が、前述のような、主権者であり自己統治すべき国民として選挙権を行使するに足る能力があるか否かという判断とは、性質上異なるもの

であることは明らかである。」〈判旨5〉

◇「第三者が知的障害者等に特定の候補者に対する投票を支持するなどの不正な働きかけを行ったり、選挙権を行使する能力を欠く者に白票などを投じるなど「不適正な投票が行われることも想定しうる。」「しかしながら、そのような不公正・不適正な投票が、相当に高い頻度で行われ、それによって国政選挙の結果に影響を生じさせかねないなど、選挙の公正が害されるおそれがあると認めるべき事実は見出し難い。」〈判旨6〉

◇「平成11年の民法の一部改正によって設けられた成年後見制度は、禁治産制度が設けられた明治時代とは異なる新しい理念に基づいて制度化されたものであるから、成年被後見人の選挙権の制限についても成年後見制度の趣旨に則って考えられるべきであり、選挙権を行使するに足る能力を有する成年被後見人からも選挙権を奪うことは、自己決定権の尊重、残存能力の活用及びノーマライゼーションという理念に基づいて設けられた成年後見制度の趣旨に反するものであると言わざるを得ない。」〈判旨7〉

◇海外の法制度をみると、フランスでは1968年に民法改正が、カナダのケベック州では1990年に民法改正が、オーストリアでは1983年に代弁人法の導入が、ドイツでは1990年の世話法による民法改正が、それぞれ、自己決定の尊重、ノーマライゼーション等の新しい理念と従来からの本人の保護の調和を旨として行われた。イギリスでは1985年に継続的代理権法が、アメリカ合衆国では1979年に統一継続的代理権法が、カナダでは1987年に統一代理権法が、それぞれ、いずれも自己決定の尊重の理念に基づいて立法された。選挙権の付与に関しては、イギリスにおいて2006年に精神疾患を理由とする欠格要件は廃止された。同じく、カナダにおいては、1993年のカナダ選挙法の改正により、選挙権の欠格要件とする条項が削除された。フランスにおいては、選挙法典により選挙権の欠格要件として成年被後見人が挙げられていたが、2005年の法改正により改正された。オーストリアにおいては、国民議会選挙により、代弁人を付された者は選挙権を有しないものとされていたが、1987年に憲法裁判所が当該条項を憲法違反と判断したことから1988年に削除された。スウェーデンにおいては、1989年の選挙法改正により、精神疾患を理由とする選挙権の欠格要件は全て廃止された。〈判旨8〉

◇平成18年12月13日、第61回国際連合総会において、障害者権利条約が採択され、わが国も平成19年9月29日に同条約に署名し、国際的な動向に応じて、成年被後見人から選挙権が一律に奪われている我が国の現状を見直す動きが生じている。」〈判旨9〉

◇「公職選挙法11条1項1号のうち、成年被後見人は選挙権を有しないとした部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものであり、無効であるといわざるを得ない。」〈判旨10〉

III 本件判決の検討

本件判決について、その各々の判旨部分について、個別に検討した上で、最終的にこの判決を総合的に考察したい。

1 「法律上の争訟」の問題について（〈判旨1〉について）

この判旨部分について戸波江二教授は、被告である国側が行った「法律上の争訟」には当た

らないとする主張について、その主張が「無理筋」であると端的に説明して一蹴している¹⁾。井上重紀准教授も、この被告の主張について批判的に論じている。また、同時に、裁判所の説明も不十分であると指摘している²⁾。国側の主張の趣旨には若干の無理があったと評することができよう。

2 選挙権制限と「やむを得ない」事由について（<判旨2>について）

この判旨部分について、本件判決では、選挙権またはその行使の制限は「やむを得ない」と認められる場合に限るという判断基準によるとしたが、この判断基準は、2005年の在外選挙権行使が問題となった最高裁大法廷判決（最判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）を踏襲したものである³⁾。

3 公職選挙法11条1項1号の立法目的の合理性について（<判旨3>について）

この判旨部分に関しては、選挙権を権利一元的に捉えるのか、公務を含めた権利行使として考えるのか（二元論）という憲法上の議論の対立が存在してきた⁴⁾。この憲法上の議論についての判断を下した判旨部分となっている。

成年後見制度が導入された後の2008年に日本成年後見法学会では、成年後見制度の改正に関する提案を出しているが、その提案書において次のようなことを述べている。「（提言2）選挙権制限の廃止—後見開始決定にともなう選挙権剥奪には、合理的な理由はなく、憲法で保障された普通選挙の理念に反し、著しく基本的人権を損なうものである。したがって、公職選挙法11条1項から1号（成年被後見人）を削除する。—」というものである⁵⁾。

また、本件判決以前に、知的障害者の施設長をしている福田和臣氏は、「成年被後見人になると選挙権が奪われるというのは憲法違反ではないだろうか。その問題は、福祉現場から成年後見制度活用を積極的に進めてきた過程の中で最も納得できず、かつ重大な壁である。」「選挙権は、人が生まれながらにもっている権利の一つで、運転免許とは全く異なる（取得するものではない）」と述べている⁷⁾。法律の専門家の見解ではないものの、法律とくに人権に関する憲法の思想に根差した鋭い指摘であると思われる。

また、本件係争中の論稿において、大岩慎太郎教授は、憲法論的見地から、成年被後見にも選挙権を認めるべき旨の主張を展開している⁸⁾。

そして、本件判決の判旨部分につき、戸波教授は、その判例評釈で次のように説明している。すなわち、本判決では、「やむを得ない事由」があるかないかの審査において、①立法目的の合憲性審査と、②立法目的達成手段の必要性・合理性の審査とに分けている⁹⁾。本判決は①について、「選挙権を行使するに足る能力を・・・具備していないと考えられる事理を弁識する能力を欠く者に選挙権を付与しないこと」としてこの立法目的の合理性を簡単に認めている¹⁰⁾。本判決の論理では、「選挙権を行使するに足る能力」を要求することは不合理ではないということなので、「成年被後見人」に代えて、「選挙権を行使する能力を欠く者」を別の形で立法すれば、それは合憲となりうるというものである¹¹⁾。

この点に関して、葛西まゆこ教授は、本判決が公職選挙法11条1項1号を違憲とした結論に賛成としつつも¹²⁾、「立法目的に合理性を認めており、その目的達成手段として、成年後見制

度を借用しない、端的な新規制度を設計し運用することの合憲性を認めている。この判断によって、東京地裁判決は、結局は、「障害者」から選挙権を奪うことを合憲とするための道筋を示しているようにも見える¹³⁾として強く批判している。井上准教授も、この立法目的の合理性に関しても、戸波見解を引用しつつ、あらためて検討する必要があるとしている¹⁴⁾。

本件判決が公職選挙法 11 条 1 項 1 号を違憲であるとし、原告弁護団や原告関係者が大きな喜びの声をあげている最中において、客観的に本件判決の論理構成について、冷静にこのような批判をなすことも重要であると思われる。

4 民法上の「事理弁識能力を欠く常況にある者」の趣旨について（＜判旨 4＞について）

この判旨部分では、民法典におけるさまざまな規定の趣旨を総合的に勘案すると、事理弁識能力を「欠く者」と「欠く常況にある者」とは異なるものと考えられることから、成年被後見人すべての者から選挙権を剥奪するのはおかしいという趣旨である。この判決部分については、ほぼ同様の主張が、本判決がだされる以前に有田伸弘教授によってなされている。有田教授は、「民法制定者は、意思無能力と制限行為能力者の能力を同一視しているわけではない。民法 7 条、843 条 4 項、849 条の 2、973 条、962 条、963 条の趣旨から、成年被後見人といえども常に意思無能力であると言うことを民法典は前提とはしていない」との趣旨の見解を述べられていた¹⁵⁾。本件判決がこの有田見解を踏襲したとみることも可能である。

5 民法上の「事理弁識能力」概念と選挙権（＜判旨 5＞について）

(1) 成年後見制度立法以前に選挙権剥奪について批判した見解

民法上の概念である「事理弁識能力」ないし判断力について、これが公職選挙法その他の法令で「借用」されることにいち早く疑問を投げかけ、批判したのは村田彰教授であった。すなわち、成年後見制度発足以前の 1994 年の論稿において、禁治産者・準禁治産者の民法以外における法令上の各種制限を資料として詳細に示した上で、以下のように、そのような法令上の制限を最小限に抑えるべきこと、および、選挙権の制限を排除することを主張している。「第 1 に、禁治産者・準禁治産者に対する各種法令上の特典に比べて制約の方が遥かに多いことを指摘することができる。このことから、実定法上全体から見ると、禁治産・準禁治産制度は禁治産者・準禁治産者を保護する制度とは必ずしも言えないように思われる」。「第 3 に、禁治産・準禁治産制度が民法以外の各種法令で用いられている場合、その殆どが当該法令の立法目的を達成するための手段として借用ないし転用されているように思われる」。「第 4 に、以上のとおり、禁治産・準禁治産制度が当該法令の立法目的を達成するために借用ないし転用され、しかも、禁治産者・準禁治産者の社会的活動の事由を制約する方向に働いているとするなら、禁治産・準禁治産制度を各種法令において借用ないし転用することはこれを必要最小限に抑えるべきである¹⁷⁾」としている。さらに、禁治産者の選挙権が剥奪されている点に関しては、以下のように述べている。「重要なことは選挙権の意義、選挙制度の目的という視点からこの問題を考えることであり、そうして、仮に選挙権に対して一定の制限を加えるべきだとしても、禁治産制度を選挙権の制限に安易に借用ないし転用することは、本人保護を本来の目的とする禁治産制度を用いつつ却って国民としての最も一般的か

つ重要な政治的活動の自由を侵奪することに帰着する、ということに留意すべきである。そうだとするなら、憲法上の基本的権利の一つである選挙権を禁治産者たることを理由に制限することは将来的にはこれを改めるべきであろう」¹⁸⁾。

(2) 「事理弁識能力」について抽象的に把握する見解

時期としては成年後見制度が発足する直前かその直後になるが、民法上の「事理弁識能力」を抽象的に把握する見解がいくつか示されている。この民法上の「能力」の抽象化は、公職選挙法その他の法令への、判断能力基準の「借用」へと繋がっていくことになる。

まず、伊藤正志氏は、民法上の禁治産・準禁治産者制度が成年後見制度に改正された経緯から、成年被後見人に選挙権を与えないことを正当なものとする。すなわち、「今回の民法改正の結果、禁治産者は成年被後見人と呼称が変わり、定義は「心神喪失の常況に在る者」から「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況に在る者」に改められたが、その対象者は一致するものと考えられている。そのようなことから、従来の禁治産者と同様、成年被後見人についても選挙権及び被選挙権を有しないこととしたものである」とする¹⁹⁾。

また、坂本隆哉氏の見解もほぼ同様である。そして、以下のように、成年被後見人の判断能力の低いことを抽象化する。「元来、「禁治産」や「準禁治産」の制度は、私法上財産保護の観点から設けられている制度であって、これらの宣言を受けるかどうかということと、国または地方公共団体の政治に参加するに適するかどうかということは、自ら個別の性質を有する問題である。しかし、禁治産者については、その要件が「心身喪失の常況にある者」とされ、行政上の行為をほとんど期待できないため、選挙権および被選挙権を有しないとされていた」²⁰⁾。

さらに、成年後見制度制定当時、行政および司法において重要な地位にあった小林昭彦氏および大門匡氏の編著書においては、事理弁識能力について、以下のような抽象的な定義がなされている。「旧法下の実務における鑑定事項のなかには、知的能力、事理弁識能力および社会適応能力という三つの概念が鑑定の対象とされ、それらを総合して判断能力の判定がされている例が見受けられますが、そこでいう「事理弁識能力」とは、日常的な事柄を理解する能力という程度の意味（狭義の事理弁識能力の趣旨）で用いられており、新法における「事理ヲ弁識スル能力」は、右の例における知的能力、狭義の事理弁識能力および社会適応能力の三つの概念をすべて総合した広義の判断能力という趣旨で規定された用語です。従来の鑑定実務において考慮の対象とされてきた制御能力（認識の内容に従って自己の行動を制御する能力）も、この広義の判断能力の判定にあたっては、考慮の対象となりうるものと考えられます」²¹⁾。

このような定義を受けて、橋本聡教授は、その定義を論文で引用しつつ、公職選挙法が成年被後見人に選挙権を与えていないことを正当化しようとする。「わが国の場合には、事理弁識能力を欠いた常況（民法7条）という一般的な定め方をしており、選挙権行使の能力について個別の判断を要しないようにも思える」²²⁾。「事理弁識能力は、知的能力、日常的な事柄を理解する能力および社会的対応力のすべてを総合した判断能力であるとされる。そうであるならば、事理弁識能力を通常欠くという判断からは、個別の判定はないものの、選挙権行使の能力の喪失も導かれうるといえなくもないであろう」とされるのである²³⁾。

(3) 医師の立場における「事理弁識能力」における実際の判断

「事理弁識能力」は、言うまでもなく「法的な評価」に基づいて判断されなくてはならない。²⁴⁾しかしながら、実際には、医師の診断書ないしは鑑定書の内容が裁判所の判断に大きく影響するものと思われる。そこで、医師は、どのように「事理弁識能力」を判断するのかを検討したい。

岡田幸之氏は、2004年4月に成年後見制度の施行と同時に最高裁判所家庭局によって示された『新しい成年後見制度における診断書・鑑定書作成の手引』の作成にかかわった医師であるが、²⁵⁾『新しい成年後見制度における診断書・鑑定書作成の手引』には、民法7条、11条、15条における「弁識能力」が「実際には自己の財産を管理・処分する能力（財産管理能力）に当たること、そしてその能力の程度に応じて、法的には後見、保佐、補助、およびそれらの必要がない状態とが区別されるということも記されている」と述べている。²⁶⁾最高裁判所のマニュアル作成に携わった医師が、診断書・鑑定書は「財産管理能力」を判断するためのものであると明言しているのである。

また、水野裕医師も、「言葉の表現上は、従前の事理弁識能力＝判断能力とすっきりしても、たとえ精神事象を専門とする精神科医といえども、ただ単に「判断能力を評価してほしい」と言われても、応えに窮する。やはり、何に対する判断能力なのかが、評価をするためには必要である」とし、²⁷⁾「成年後見制度の手続きにおいて精神科医等が判断能力に対する評価を依頼される場合には、「生活および身上管理と財産管理についての判断能力」に対する評価が求められていると考える」と述べて、²⁸⁾医師の業務における判断能力の鑑定に臨む心境を語っている。

(4) 民法上の「事理弁識能力」と「選挙に必要な判断能力」を区別する見解

成年後見関係諸法立法の1999年の第145回国会衆議院法務委員会の議事内容と、第146回国会参議院法務委員会に審議について、大曾根寛教授は、その要点部分を論文に抜粋記載されている。この審議内容の記載は、本来国会議事録から引用すべきであるが、便宜上、大曾根論文が引用している部分について紹介しておく。

◇福島瑞穂議員の質問「実は、これは一番最大の問題ではないかと思うのですが、禁治産者の場合、今選挙権、被選挙権はありません。やはりこれは憲法上の権利ですので、それと衆議院でも議論になっておりますが、常に心神喪失の状況ではなく、きょうはやっぱりあの人に絶対投票したいかと思う状況はあるわけですね。つまり、取引をする場合の能力と、投票したい、この党には投票したいという能力は違います。選挙権の行使の方がもっと原始的に判断できるという気もしますが、公職選挙法上なぜ今回欠格条項としていまだに残ったんでしょうか。」このように国会審議においてすでに成年後見制度における成年被後見人についての選挙権剥奪の問題を指摘する議員がいたのである。

そして、この国会審議を採りあげた大曾根教授は、結論として、以下のように述べている。「今回の制度改定は、基本的には、民法の一部改正という形式をとることに特徴がある。筆者の見解では、民法は、経済の基本法としての本質を有しており、経済活動の主体は誰か、経済活動の対象は何かなどに関する国家的なルールを定めるものである。したがって、成年後見立法が、民法の改定である限り、財産支配と財産取引・承継に関する法体系の枠組みの

中で構築せざるを得ない。成年後見の内容が議論された折、当初、「財産管理」が焦点に据えられていたのは、資本主義経済における基本法としての民法であれば、当然のことだったのである。・・・このような成年後見立法の考え方を財産管理から市民権全体を支える方向へ転換しない限り、市民のための成年後見という方向に向けた改革も、公職選挙法の改正も実現しないであろう³⁰⁾。

また、社会福祉士の平野光男氏は、「成年後見制度で適用される類型判断基準の種類は、金銭管理や契約能力の有無で分類されており、選挙権行使能力あるいは投票能力とは別のスケールが根拠になっている。私がかかわった成年被後見人の方の中にも、選挙公報を読み、政見放送を視聴し、本人なりの判断で投票が可能と思われる人が少なからずいる³¹⁾」としてい

る。名川勝教授も、知的障害者に対して行ったアンケート調査の結果および経験などを受けて、以下のように述べている。「能力の多様性」という論稿の項目において、「選挙権行使が可能であるかどうかはその人がどのような類型（後見・保佐・補助。あるいは療育手帳判定）にあるかではなく、より具体的に選挙管理運営の中で確認していくほうが現実的なのではないかと考える。実際、どの程度の能力があれば選挙権行使に十分であるとすればよいのだろうか。筆者自身を振り返ってみても、しっかりと情報を得て、よく考えて判断する場合もあれば、よくわからないままに投票せざるを得ない場合もある。さらに、もっと大雑把に投票を行う人すらいる³²⁾」。

このような諸見解を受けて、日本成年後見法学会は、公職選挙法11号1項1号を削除する提案を公式に発表した。その提言理由の一部として、以下のようなものが挙げられる。「(提言理由) (6)後見開始時には選挙に関する能力の判断はなされていない」「そもそも成年後見制度とは、契約社会において、判断能力が不十分な人を守るために、民法によって財産管理等の法律行為能力を制限し、保護を与える制度である。後見類型に属するか否かの判断は、能力関係により裁判所が判断するが、それらの判断の基礎となっているのは、財産管理能力に関する社会的適応の困難さである。ここでは、選挙の能力は測られていない。しかも、後見類型の場合は、後見人に包括的な代理権を与えることになるが、代理権の中には選挙権は含まれていない。選挙権の剥奪が、成年被後見人の保護を目的としているとは到底いえない」（日本成年後見法学会制度改正研究委員会編『法定後見実務改善と制度改正のための提言』（2008 日本成年後見法学会 34頁以下））。

日本成年後見法学会の見解を支持するかたちで、川崎和代教授³³⁾の見解、有田伸弘教授の見解³⁴⁾や富田哲教授³⁵⁾の見解が出された。

そして、本件判決が出された後の判例評釈として、三宅裕一郎教授は、「注目されるのは、選挙権を行使するに足る能力を測る基準として成年後見制度を「借用」することの合憲性を、はっきりと否定した点である。つまり、成年後見制度とは、「自己の財産を管理・処分する能力」の有無を判断し、その能力が乏しい者への不利益の防止とその適正な利益の享受の保障を目的とした制度であり、そもそも「制度趣旨」自体が違う³⁶⁾」と述べている。

原告弁護団の杉浦ひとみ弁護士は、判決後の論稿で、選挙権を能力によって制限することが許されない説明として、「子どもの頃から障がい故に過酷な人生を歩んできた方が、皮膚

感覚でこの人はいい人だと判断する力が優れていることだってあるのではないか」と述べている。³⁷⁾

6 選挙権付与と不公正・不適正な選挙結果について（＜判旨6＞について）

障害者団体の役員である竜門香子氏は、「家族が決めた人に投票させる、という家族も確かに多い。また施設が投票する人を教えて、選挙違反で摘発されることも、たびたびある。このように悪用されるので、成年被後見人には選挙権がない方がよいという考えもある。しかし、成年被後見人の選挙権付与の問題と選挙権の悪用の問題は別問題だと思³⁸⁾う」とされ、成年被後見人に選挙権を与えると本件判決で国側が主張する懸念を顕在化させる可能性に言及しつつも、それは、選挙権付与に関する本質の問題ではないと指摘する。

同じく、障害者団体の役員である細川瑞子氏も、「選挙権行使ができない人に、判断能力ある人が働きかけて（誘導して、あるいは不正な意思決定支援をして）選挙権行使をさせることが、もしあったとすれば、その場合に処罰されるべきは、不正に働きかけた判断能力ある人のほうではないのか。不正な働きかけの被害者である判断能力の不十分な人から選挙権を奪うことで、選挙の公正を保つ、という考えは本末転倒である³⁹⁾」と国側の主張を強く批判する。的を射た指摘であるように思われる。

7 本件判決の概観

マスコミの注目を集め、社会に大きな反響を引き起こし、国会において公職選挙法11条1項1号を削除にまで追い込んだ地裁の判決としては異例と言ってよいほど衝撃の大きかった違憲判決であり、そのことから、関係者らには感情論的な言動も引き起こしているように思われる。しかし、ごく端的に、本件判決を整理すると以下のようなようになるのではないか。すなわち、同法同条同項1号の立法目的自体は肯定されている。したがって、問題は、財産取引等において被後見人を保護するための概念である「事理弁識能力」の判断が、公職選挙法において「借用」されていたということである。そして、それは、禁治産者制度の旧法においても同じくなされていたことではあるものの、近時の諸外国の立法例（＜判旨8＞）や障害者権利条約批准に向けた国内の動向（＜判旨9＞）などを踏まえれば、新法たる成年後見制度の下では（＜判旨7＞）、その選挙権剥奪は妥当ではないということではないであろうか。より簡潔には、財産管理能力と選挙に必要な判断力は異なるということが本件判決の核心部分であると筆者は考える。

IV わが国の成年後見制度における「事理弁識能力」とパターナリズム

上述のような本件判決を振り返ると、人間の「能力」というものは多面的なものであり、多角的に把握されるべきものであるということが浮き彫りなるように思われる。

そのことを民法の範囲に限定して考える場合、次のようなステップへ思考を踏み込むことが可能ではないだろうか。すなわち、同じ「財産管理能力」と言っても、それはそれで様々なものがあり、それさえもまた多面的なものであるという思考である。そのような思考は、わが国の現行成年後見制度が採用しているような「後見」「保佐」「補助」の三類型によるパターナリスティックな保護というものが適切なものであるかどうかという考えにもつながるように思わ

れる。成年被後見人に選挙権を付与すべきか、という議論の中で、以下のような見解があることを示しておきたい。

竹中勲教授は、わが国で成年後見制度が制定される以前の論文で以下のように述べられている。「自由権・自己決定権等の最大尊重原理・L R Aの法理に照らせば、成年者保護立法のあり方としては、基本的には、自由等制約的手段を伴わない保護立法の規定様式が追求されるべきであろう。この点からして、すでに多くの論者が指摘するように、一九九〇年のドイツのいわゆる成年者世話人法などのような基本的には行為能力制限を伴わない保護立法手段は、この脈絡において示唆的である。行為能力制限を全面的に排除することは不可能であるとされる場合にも、行為能力制限は全面的・一律的・画一的なものではなく、より限定的な部分的・段階的・弾力的なものであることが憲法上要請されているといつてよい」⁴⁰⁾。

同じく、大村敦志教授は、以下のように述べている。「1998年に発表された「成年後見制度の改正に関する要綱試案」で保佐人、補助人に同意見・取消権の付与による本人の「行為能力の制限」につき疑義が呈されているとしたうえで、そのような疑問の背景の一つとして、「自己決定能力のある者の行動に対してパターンリスティックな制約を加えるべきではない、という考え方が存在する」と紹介して、この疑問の観点は「成年後見制度の前提をなす基本原理に関する議論であり、理念の面から「能力」を見直そうというものだと言えらるる。」としている。⁴¹⁾

成年後見制度の発足後に池原毅和弁護士は以下のように述べている。「能力は一定の問題について解答できる力であるから、当然ながら複雑で難しい問題に回答するには高い能力が必要であり、単純で容易な問題に解答するには低い能力でも足りるはずである。具体的に解決すべき問題の難易度を度外視しておよそ能力がある、あるいは、ないと断定することは、そもそも能力が何のために求められるのかを見落とした議論であって誤りである。成年後見制度も、不動産や重要な財産の処分を単独で判断するには能力が不十分であっても、日用品の購入などについては単独で判断できるというように区別しており、能力の有無は判断の対象となる問題との関係で変動することを予定している」⁴²⁾。

V ドイツ世話法とイギリス精神能力法について

1 諸外国の状況について

「財産管理能力」に関する諸外国の立法については、本件判決でも触れられている<判旨8参照>。また、この判決との関係で田山輝明教授が比較法的な考察をしている。⁴³⁾被後見人に対する選挙権付与については比較法的にはかなり進展している状況が窺える。

2 ドイツ世話法について

ドイツにおいて、わが国の成年後見法に対応するのが、1992年に施行されたドイツ世話法(Betreuungsrecht)である。世話法においては、いくつかの重要な原則が存在するが、その一つに「必要性の原則」というものがある。必要性の原則の原理はドイツ民法典1896条2項に以下のように規定されている。「世話人は、世話が必要とされる職務範囲に関してのみ選任することが許される(第1文)。成年者の事項が、1897条3項に掲げられた者ではないところの任

意代理人によって、または、法定代理人を選任されないところのその他の援助によって、世話人によるのと同様に適切に処理されうる場合には、世話人は必要ではない」というものである。わが国のように、後見、保佐、補助の三類型によって典型的に保護を与えるものではなく、世話の多様なニーズに対応して、世話人の職務範囲が定められるというものである。その意味で、財産管理および身上監護の範囲に限定されてはいるものの、個々人の能力に対応した必要最小限の保護がなされる仕組みとなっていることに注目すべきである。

Dieter Schwab は、必要性の原則は、「立法者の理想像に基づいて、世話人の選任は、人のすべての事項について可能な限り例外に留めるべきである」として世話が必要最小限の範囲でなされることが制度趣旨であると説明する。⁴⁵⁾ Werner Bienwald は、ドイツ民法典 1896 条 2 項について、次のように説明している。「1896 条 2 項 1 文によれば、世話人は、世話 (1896 条以下の規定による) が必要とされる職務範囲においてのみ選任される。このことは 2 つの異なったことを意味する。特定された職務範囲の指定なしには世話人の選任は不可能である。生活付添人としての世話人は、全く任意には処理することはない。第二には、誰かが一般的な言語理解において世話を必要としうる。1896 条以下による世話人の選任は、本人の事項の処理が国家的に組織されかつ監督された代理権を与える法定の世話 (1902 条と関係する 1896 条による世話) のこの世話形態が必要である場合にのみ、考慮される⁴⁶⁾」。Rainer Kemper の論稿においても、世話はできるだけなされない方がよいという思考がうかがえる。すなわち、「世話は、病気あるいは障害を前提とする本人の行為能力の制限が必要とされる以上に広範囲に許されるものではない。能力低下が部分的である場合、世話もまたその範囲においてのみ命令することが許される⁴⁷⁾」とし、また、「世話の命令を回避するために、世話が必要となる前の段階における信頼した者への包括代理権の付与によって、その後の世話人の選任を回避するという試みが増大している⁴⁸⁾」とする。さらには、「予防的代理権は、連邦公証人部において運営される中央の登記所において登記される。その登記所の目的は、世話の命令がなされるべき場合に、予防的代理権が見出されることによって、不必要な世話を阻止することである⁴⁹⁾」とも述べている。

Andreas Jürgens の編著書においては、判例において具体的に世話が考慮されない場合およびされる場合が示されている。その一部は以下のものである。「以下のことについては、世話人の選任は考慮されない。すでに処理された法律の事項について (LG Regensburg FamRZ 1993, 476)。小遣い金を単独で自由に処分する場合および本人が自分で小遣い金の使用をすることが可能である場合における財産の処分について (LG Regensburg FamRZ 1993, 477)。有効な代理の撤回 (LG Wiesbaden FamRZ 1994, 778)。行為が本人の同意によってのみ可能である場合の健康配慮、しかし、このことは即時に拒否される (LG Frankfurt FamRZ 1993, 478; BayObLG BtPtax 1994, 209)。臓器提供者になることの決定 (AG Mölln, FamRZ 1995, 118; LG Lübeck, FamRZ 1995, 1232)。これに対して以下のことについては、世話人の選任が考慮される。病識が欠けている場合の健康配慮 (LG Regensburg FamRZ 1993, 477)。また、精神科専門医の診療の必要性をもつ精神病の将来のさらなる病状悪化の危険における健康配慮について (BayObLG BtPtax, 1993, 171; 2003, 177)。・・・世話人についての必要が常時発生しうる場合における財産 (BayObLG BtPtax, 1995, 117)⁵⁰⁾」などとしている。個々人の個別の能力に対応した世話が図られているところが読み取れる。

3 イギリス意思能力法について

連合王国のイングランドおよびウェールズにおいて2005年に成立した意思能力法（Mental Capacity Act 2005）⁵¹⁾についても参照しておきたい。

同法2条1は以下のような規定である。「本法では、人が精神もしくは脳の損傷または機能障害のために、ある事柄に対して意思決定をするべきときに独力で意思決定ができない場合、その人はその事柄について能力を欠くと定義される」としている。⁵²⁾また、「2005年意思能力法行動指針」（Mental Capacity Act 2005 Code of Practice）⁵³⁾においては、「能力を欠く」の意味を解説し、「特定の意思決定又は特定の行為が必要な場面で、その意思決定又はその行為を自分で行う能力がない人」とした上で、「これは、ある特定の意思決定は自力でできないが、別の意思決定はできることがあるということである」としている。⁵⁴⁾

また、菅富美枝教授は、同法が「エンパワーメント」に重点を置いたものであるとした上で、次のような説明をしている。「ここで、エンパワーメントとは、意思（決定）能力に困難を有する人々に対して、彼／彼女に残っている能力（残存能力）を可能な限り支援によって引き出し、そうした周囲の努力によって、本人自らが意思決定できる状態を最大限に創出しようとすること—自律支援—を意味する。これは、パターンリスティックな観点から彼／彼女らを一律に「保護」の対象とすることとは大きく異なる」としている。⁵⁵⁾

VI 人間の法的「能力」の多様性—結びに代えて—

最後に、本稿における検討の結果と筆者の考えるところを整理して、結びに代えさせていきたい。

いうまでもなく、人間の能力というものは、多面的・多角的なものである。したがって、物事の判断能力についても、これを法的見地から抽象的かつ一律に捉えるべきではないと考える。財産管理や身上監護の領域に限ってみても、ドイツ世話法やイギリス意思能力法の原理が示しているように、一律に、パターンリスティックな保護がなされるというのではなく、個々人の個別の事情に応じて保護が図られている。そして、その発想は、行政法などのその他の広範囲にわたるすべての法領域にもまた当てはまるものであると考える。しかし、そのような理想があったとしても、実際に、数えきれないほどの個々の法律上の権利および資格の制限について、別々の判定基準と判断制度を設けるということもまた現実的とは言えない。

本稿で、紙幅の大半を割いて検討した東京地判平成25年判決は、民法上の事理弁識能力の判定を公職選挙法へ「借用」することは許されないとした点において、「人間の能力は多面的なものであり、画一的な法律的な能力判断はなされるべきではない」という考えを導いたのではないだろうか。また、そのことから、この判決は、良いことか悪いことか、可能か否か、という問題を保留したとしても、人間の能力に対する法的能力を可能な限り個別的事項に分けておこなわなくてはならないという発想の箱の蓋を開いたという感想を持つ。

（在外研究中のミュンヘンにおいて、2015年1月20日脱稿）

（高崎経済大学経済学部教授・たにぐち さとし）

〔注〕

- 1) 戸波江二「成年被後見人が選挙権をもたないと定める公職選挙法11条1項1号を違憲無効と判示した東京地裁判決」実践成年後見46号(民事法研究会2013年7月)45頁。
- 2) 井上亜紀「成年被後見人の選挙権確認判決—東京地裁平成25年3月14日判決」成年後見法研究第11号(2014年)123頁以下。
- 3) 前掲・戸波江二39頁参照。
- 4) 竹中勲「成年被後見人の選挙権の制約の合憲性」同志社法学61巻2号142頁以下。
- 5) 日本成年後見法学会制度改正研究委員会編『法定後見実務改善と制度改正のための提言』(2008 日本成年後見法学会)参照。
- 6) 前掲・日本成年後見法学会制度改正研究委員会34頁以下。
- 7) 福田和臣「成年後見制度と選挙権」実践成年後見No.19(2006年10月)32頁。
- 8) 大岩慎太郎「成年後見制度と選挙権の制限」青森法政論叢13号(2012年)59頁以下。
- 9) 前掲・戸波39頁。
- 10) 前掲・戸波39頁。
- 11) 前掲・戸波45頁。
- 12) 葛西まゆこ「選挙権と能力」大東法学23巻1号(2013年11月)9頁。
- 13) 前掲・葛西19頁。
- 14) 前掲・井上125頁以下。
- 15) 名兒耶清吉「親として、成年後見人として」実践成年後見No.46(2013年7月)67頁。
- 16) 有田伸弘「成年被後見人の選挙権」関西福祉大学社会福祉学部研究紀要12号19頁(2009年)25頁。
- 17) 村田彰「「禁治産者」・「準禁治産者」制度の各種法令上の効果」法と精神医療7・8号(1994年)90～91頁。
- 18) 前掲・村田92～93頁。
- 19) 伊藤正志「成年後見制度の創設に伴う公職選挙法等の改正について」選挙時報49巻4号(2000年4月)29頁。
- 20) 坂本隆哉「成年被後見人と選挙権」実践成年後見No.19(2006年10月)24頁。
- 21) 小林昭彦＝大門匡編著『新成年後見制度の解説』(平成12年 金融財政事情研究会)46頁。
- 22) 橋本聡「アメリカにおけるガーディアンシップに付された者の選挙権」実践成年後見No.19(2006年10月)23頁。
- 23) 前掲・橋本23頁。
- 24) 前田泰『民事精神鑑定と成年後見法』(2000 日本評論社)参照。右著書全体を貫く趣旨である。
- 25) 岡田幸之「鑑定実務の現状と課題」実践成年後見No.25(2008年4月)4頁。
- 26) 前掲・岡田5頁。
- 27) 水野裕「意思能力の評価をどう考えるか」実践成年後見No.12(2005年1月)28～29頁
- 28) 前掲・水野29頁。
- 29) 大曾根寛「日本国憲法上の基本的人権と成年被後見人の選挙権」実践成年後見No.19(2006年10月)9頁。
- 30) 前掲・大曾根14頁。

- 31) 平野光男「知的障害者の選挙権」実践成年後見No.19（2006年10月）31頁。
- 32) 名川勝「調査からみた知的障害者の選挙権行使」実践成年後見No.19（2006年10月）44頁。
- 33) 川崎和代『障害をもつ人の参政権保障をもとめて』（2006 かもがわ出版）24頁。
- 34) 前掲・有田 24頁以下。
- 35) 富田哲「成年被後見人の選挙権」行政社会論集（福島大学行政社会学会）24巻1号（2011年6月30日）87頁、101頁。
- 36) 三宅裕一郎「成年被後見人に対する選挙権剥奪の合憲性」法学セミナーNo.701（2013/06）114頁。
- 37) 杉浦ひとみ「成年被後見人の選挙権訴訟 違憲判決」賃金のと社会保障No.1590（2013年7月下旬号）18頁。
- 38) 竜岡香子「選挙権の復活を望む」実践成年後見No.19（2006年10月）48頁。
- 39) 細川瑞子「選挙権回復への取組み－育成会の考えと活動」実践成年後見46号（民事法研究会2013年7月）61～62頁。
- 40) 竹中勲「成年後見制度と憲法」法学教室192号（1996）52～53頁。
- 41) 大村敦志「「能力」に関する覚書」ジュリストNo.1141（1998年9月）16頁。
- 42) 池原毅和「精神障害とノーマライゼーション」実践成年後見No.21（2007年4月）22～23頁。
- 43) 田山輝明「後見審判による選挙権制限についての比較法的検討－東京地裁判決を読んで」実践成年後見46号（民事法研究会2013年7月）50頁以下、「成年被後見人の選挙権をめぐる比較法的検討」成年後見法研究第11号（2014年）150頁以下参照。
- 44) ドイツ世話法に関しては、ベーム、レルヒ、レールスマイヤー、ヴァイス著、(株)日本社会福祉会翻訳、新井誠監訳、上山泰解題『ドイツ成年後見ハンドブック』（2000 勁草書房）など参照。
- 45) Dieter Schwab, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd.8 Familienrecht II §§ 1589~1921・SGB VIII 2002 S.1746 Rn.4.
- 46) Werner Bienwald, J.von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 4 Familienrecht §§ 1896-1921,2006 S.123 Rn.107 ; vgl.Schwab, aa0, S.1746 Rn4.
- 47) Rainer Kemper, Familienrecht, Handkommentar, 2Auf1, 2012 S.1180 Rn.20.
- 48) Kemper, aa0, S.1181 Rn.23.
- 49) Kemper, aa0, S.1181f Rn.25.
- 50) Andreas Jürgens, Betreuungsrecht, 2005 S.265f Rn.22.
- 51) イギリス2005年制定の意思能力法および意思能力法行動指針に関しては、紺野包子翻訳、新井誠監訳『イギリス2005年意思能力法・行動指針』（2009 民事法研究会）など参照。
- 52) 同条の翻訳については、前掲・『イギリス2005年意思能力法・行動指針』7頁参照。
- 53) 「2005年意思能力法行動指針」についても、前掲・『イギリス2005年意思能力法・行動指針』参照。
- 54) 前掲・『イギリス2005年意思能力法・行動指針』88頁参照。
- 55) 菅富美枝「英国・新成年後見制度の一考察」実践成年後見No.18（2006年7月）85頁。