

判断能力が十分でない成年者と基本的人権

竹 中 勲

目次

はじめに

第一章 基本的人権総論と判断能力が十分でない成年者

一 日本国憲法が念頭に置く具体的人間像と具体的人間の諸類型

(一) 抽象的人間像から具体的人間像へ

(二) 具体的人間の諸類型

二 諸個人の共存のための法的ルールとしての日本国憲法——憲法の法的拘束力の実体的正当化の理論

三 憲法上の自己人生創造希求権と判断能力が十分でない成年者

四 基本的人権の享有主体の範圍論と判断能力が十分でない成年者

五 基本的人権の制約の正当化原理・正当化要件と判断能力が十分でない成年者

第二章 成年被後見人選挙権制限規定違憲訴訟

- 一 成年後見制度の憲法上の位置づけ
- (一) 成年後見制度と自由権・自己決定権・社会権規定
- (二) 判断能力が十分でない成年者の総合的支援法の課題と国際人権法・諸外国の法制の動向
- 二 成年被後見人選挙権制限規定違憲訴訟について
- (一) 二〇一一年における成年被後見人選挙権制限規定違憲訴訟の提起
- (二) 選挙権の制約の憲法適合性の判断枠組みに関する最高裁判所の到達点——平成一七年大法院判決
- (三) 成年被後見人選挙権制限規定（公職選挙法一一条一項一号）の合憲性に関する私見
- (1) 公職選挙法一一条一項一号の憲法適合性審査における制約目的の審査
- (2) 公職選挙法一一条一項一号の憲法適合性審査における制約手段の審査
- (四) 被告国の主張に関して——国民のための司法の実現と憲法訴訟における立論のあり方について
- (1) 選挙権の性質論議と憲法一五条等適合性審査における判断枠組み・審査基準
- (2) 公職選挙法一一条一項一号で民法の成年被後見人概念を借用・流用することにおける「立法裁量行使の合理性」
- (3) 憲法判例・憲法学説の到達点を踏まえて従来の法制・新しい法制を慎重に分析することの重要性

むすび

はじめに

本稿は、「判断能力が十分でない成年者と基本的人権」の論点すなわち、「判断能力が十分でない成年者」(1)「成年者にして『判断能力が十分でない個人』」(2)という具体的人間のもつ一つの属性に着目して、日本国憲法の基本的人権保障について論ずる憲法論¹⁾について、若干のコメントを行おうとするものである。

二〇一二（平成二四）年は、日本国憲法施行六五周年（主権回復後六〇周年、沖縄の本土復帰後四〇周年）にあたる。戦後の日本の憲法学においては、「判断能力が十分でない個人と基本的人権」の論点のうち、「未成年者と基本的人権」の論点についてはそれ自体として取り組まれてきたが、「判断能力が十分でない成年者と基本的人権」の論点については、これまでそれ自体として取り組まれてきたとはいい難い状況にあった。しかし、二一世紀に至り（とくに二〇一一年、二〇一二年の憲法教科書⁴において）、それ自体として取り組み始められている状況にあるということができる。

以下では、まず、「基本的人権総論と判断能力が十分でない成年者」について、次に、「成年被後見人選挙権制限規定違憲訴訟」について、若干のコメントを行う。

第一章 基本的人権総論と判断能力が十分でない成年者

一 日本国憲法が念頭に置く具体的人間像と具体的人間の諸類型

（一）抽象的人間像から具体的人間像へ

近代立憲主義憲法は、「抽象的人間」像・「完全な個人」像―すなわち、精神的にも身体的にも経済的にも自律（自立）した個人像を念頭に置き、近代立憲主義憲法典は、自由権・形式的平等・参政権・救済権（受益権ないし国務請求権）を保障する規定と、権力分立等の統治の枠組みに関する規定とから成っていた。二〇世紀以降の現代国家においては、社会主義国家にみられる非立憲主義型憲法と、生存権・社会権の考え方を採用しつつもなおも立憲主義を保持・希求せんとする現代立憲主義型憲法が存在するに至っている。

現代立憲主義型憲法の一つである日本国憲法は、少なくとも経済的自律（自立）性が十分でない状態にある個人・貧

困者などの存在を念頭に置いていること(憲法二五条など)に示されるように、(人間を理性的行為主体という点のみにおいて観念的抽象的にとらえるのではなく)人間をより個別具体的にとらえていこうとする立場に立っている。日本国憲法が念頭に置く人間像(憲法二三条・二四条にいう「個人」像)は、基本的には、(近代立憲主義憲法が念頭に置いていた「抽象的人間」像を根底には置きつつも、それとは異なる)「具体的人間」像であると解され、この点については、憲法学説上多数の一致がみられるということができよう。

(二) 具体的人間の諸類型

具体的人間、日々日常を生きる個人、生なまの人間、生身の人間は、多様な存在態様をもつ。具体的人間は、「完全な個人」とどの程度において異なっているか、換言すれば、精神的・身体的・経済的自律(自立)性の不十分さの程度およびその原因を基準として、様々に類型化されうる。たとえば、(抽象的人間像の下で重視され暗黙の前提とされていた)精神的自律(自立)性ないし判断能力・自己決定能力の程度を基準とすれば、判断能力が十分な(状態にある)個人(A)と十分で「は」ない個人とに大別され、後者は、判断能力が不十分な個人(B)と判断能力が欠如した個人(C)とに分けられる。具体的人間は、新生児として、つまり、(C)の状態(判断能力が欠如・未発達の状態)で社会的存在を開始する。「判断能力が十分でない成年者」(B)(C)として通常あげられている者としては、たとえば、認知症者、知的障害者、精神障害者という諸類型があるが、これらの三類型についても、その適正処遇のためあるべき法システムの探求等⁽⁶⁾に際しては同列には扱えないところがあり、慎重な吟味を要するところがある(たとえば、精神障害者について、「精神障害者」と「判断能力欠如者」(類型(C))とを等式で結ぶことはできないこと、つまり、精神障害者はすべて判断能力が欠如した者であるとはいえないこと⁽⁷⁾、が確認されておかなければならない)。また、具体的人間は、年齢を基準として、未成年者(非

「成年者」（憲法二五條三項）、成年非高齢者、高齢者に類型化されうる。未成年者は憲法二六條二項にいう「普通教育」をあわせ考慮すると、未成年者で「普通教育」非修了者と未成年者で「普通教育」修了者とに大別される。

留意されるべきは、これらはいくまで憲法理論化を行う際に有益な視点を獲得するための類型化の作業であるという点である。それゆえ、当該具体的人間・当該個人の基本的な人権保障のあり方、適正な処遇決定・法システムのあり方の検討に際しては、判断能力の程度は、個人ごとに異なり、かつ、判断すべき事項・自己決定対象事項ごとに異なることが、銘記されなければならない。

二 諸個人の共存のための法的ルールとしての日本国憲法——憲法の法的拘束力の実体的正当化の理論

日本国憲法は制定手続に着目すると、「過去の国民」が制定したものといえる。「現在の国民」（つまり、生まれた時にすでに日本国憲法が存在していた国民）は、憲法制定手続に参加・関与したわけではないが、この法的ルールに拘束される。法的ルールの拘束力がその制定手続に関与していない者にも及ぶことを正当化する理論（憲法の法的拘束力（の承認要求力）の正当化の理論）としては、（手続的正当化の理論に依拠することができない以上）実体的正当化の理論——つまり、現在および将来の国民が日本国憲法という法的ルールに拘束されることが正当化されるのは、現在および将来の国民であるなどの具体的人間にとつても、その法的ルールの内容が受け入れられる、受容することができものである場合においてのみであるとす理論——に求めるほかなく、このことに照らせば、日本国憲法は多様な具体的人間・諸個人の共存のための法的ルールであると位置づけることができよう。⁸⁾したがって、公権力（立法府・国会議員、行政府〔行政担当〕公務員、司法府・裁判官など）および「現在の国民」は日本国憲法をすべての具体的人間にとつて——判断能力が十分な個人のみならず判断能力が十分でない個人（成年者・未成年者）にとつても——受容可能なものとして体系的整合的に解釈するよ

う求められることになる(憲法解釈の作業は憲法典の文言上の一定の制約に服するため、すべての日本国民に受容可能なものとして体系的整合的に解釈することができない文言などである場合には、「現在の国民」によって憲法改正権限が行使されるといふ手順が日本国憲法に明記されている〔憲法九六条〕)。

三 憲法上の自己人生創造希求権と判断能力が十分でない成年者

憲法一三条前段(原理規定)と後段(権利規定)とは連続的・相互連動的・統一的に解釈されるべきである。

日本国憲法は個人の尊重原理(憲法一三条前段〔すべて国民は、個人として尊重される〕)および個人の尊厳原理(憲法二四条)を明記し、個人主義の考え方をすなわち、国民一人ひとりがかけがえない人間存在であるとし、物事の最終的・究極的価値を(国家・全体・集団ではなく)各個人に置くという考え方を採用することを宣明している。憲法一三条前段の個人の尊重原理規定は、判断能力が十分な個人(A)・判断能力が十分でない個人(B)(C)、経済的に自律(自立)した状態にある個人・ない個人、障害〔がい〕のない個人・ある個人などのいずれの個人も「個人として尊重される」べきであるとの原理、換言すれば、「個人を基点とする適正な処遇が確保されなければならないとの原理」を宣明したものと解することができる。

憲法一三条後段の生命自由幸福追求権規定は、(判断能力の有無にかかわらず)かけがえない人間存在を公権力により否定されない権利というへ選択の自由を内実としない権利√、自己決定権などのへ選択の自由を内実とする権利√、公権力に対して(人間存在を確保する措置を含め)しかるべきサービス提供活動を要求する権利などの各種の基本的人権を包括的に保障するものである。憲法一三条後段は同条前段と相互連動して、前述の(A)(B)(C)のいずれの個人も享有・所持する「個人を基点とする適正な処遇をうける権利」(実体的にも手続的にも救済的にも適正な処遇をうける権利)を保障

したものにとらえることができる。そして、憲法二三条後段の文言が「幸福に対する権利」(right to the happiness)ではなく「幸福追求に対する権利」(right to the pursuit of happiness)となっていることの意味は、(幸福の内容は国家・公権力によって一方的に決められるべきものではなく、⁹⁾ 第一次的には) 各個人が一人で、あるいは、親しい人との交わりを通して・支援を得て(親密な人的結合の自由という憲法上の権利を媒介として)、幸福の内容を自ら決定することができる権利)があることを明確にするところにあると解することができる。

この憲法二三条後段の生命自由幸福追求権規定は、(憲法上の) 自己人生創造希求権 (constitutional right to the pursuit of creating one's own life)、すなわち、(どの具体的人間・個人もかけがえない人間存在として、自己の人生をつくりあげるべく、模索、希求する権利)を保障したものであることとらえることができる。

自己人生創造希求権は、(私的な人生・私的幸福 (private happiness) の側面においてのみならず、私的な人生に重大な影響を及ぼすことになる統治過程に参加・関与していくという公的な人生・公的幸福 (public happiness) の側面においても、基本的には、自分なりの、その人なりのかけがえない人生をつくりあげる権利)とすることを意味している。参政権・統治過程へ関与することができる権利の享有と行使は公的幸福の側面における自己の人間存在の証であるとの意義を帯有しており、統治過程における代表者を選ぶ選挙権・投票権は、基本的人権¹⁰⁾「人が人間として存在し生きていくうえにおいて重要な権利」である。なお、日本国憲法下の最高裁判所は、選挙権が「国民主権を宣言する憲法の下において、議会制民主主義の根幹をなす、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利」であることを繰り返し¹¹⁾ 判断示してきた。

四 基本的人権の享有主体の範圍論と判断能力が十分でない成年者

憲法上の自己決定権・表現の自由などの入選の自由・自己決定の自由を内実とする権利の享有主体の範圍は「自己決定能力」・「成熟した判断能力」をもつ個人に限定されると解すべきかという論点につき、これまで、(憲法上の自己決定権の具体的権利性肯定説を含め)多数の憲法学説は、基本的人権の享有主体の範圍に関する「無条件(無限定)説」(「基本的人権を享有・所持するためには(生きている)人間であること以上に特定の能力は要求されないという説)を採用してきた、ととらえることができる。⁽¹²⁾

以上の理解が承認されるとしても、この無条件説の射程範圍に関して残された論点は、選挙権等参政権の享有主体の範圍論であるように思われ、この関連で憲法一五条の解釈のあり方が問題となりうる。憲法一五条一項は「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」と定め、憲法一五条三項は「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する」と定める。憲法一五条三項の解釈につき、理論的には、次の(a)(b)の二様の説を想定しうる。(a)基本的人権の享有主体の範圍に関する無条件説は、憲法一五条一項の保障する選挙権の場合にも妥当し、憲法一五条三項は未成年者も選挙権の「享有」主体であることを前提として、選挙権を「行使」できる者の範圍を年齢を基準として一律画的に成年者に限定するという法システムを採用しても違憲とはいえないことを明記したものと解する説。(b)選挙権という基本的人権は「成年者」になつてはじめて「享有」・所持すると解され、憲法一五条三項はこのことを確認した規定であるとする説。両説のいずれが適切なものかにつきこれまで根源的に分析されてきたとは、いい難い。

本稿では、第一に「判断能力が十分でない成年者」の選挙権享有主体性を根源的考察に基づき明示的に否定する憲法学説はこれまでみあたらないことを指摘しておきたい。第二に、「判断能力が十分でない成年者」の選挙権行使の機会

を制約することが抽象的観念的に想定しうるのと理解が仮に肯認されうるとされた場合にも、(抽象的観念的考察のレベルではなく) 実際の法システムのレベルでの考察においては、①選挙権がきわめて重要な基本的人権であること、②憲法一五条三項が成年者による普通選挙を保障していること、および、③憲法四一条に照らして、選挙権の行使の制約は、少なくとも、(i)法律により明確に規定されなければならず、(ii)当該法律は選挙権の制約についての十分な実体的正当化根拠を伴ったものでなければならず、(iii)当該法律は入恣意的に運用されることのない実体的判定基準Vと入恣意的に運用されることのない手続的基準と判定方法Vとを明記するものでなければならず、こうした諸要件を充足しない(選挙権制約) 法律は合憲とはなりえないと解されることを指摘しておきたい。

五 基本的人権の制約の正当化原理・正当化要件と判断能力が十分でない成年者

日本国憲法は、近代憲法との対比において「抽象的人間像から具体的人間像への転換」および「消極国家観から積極国家観への転換」を企図するものととらえられ、また、現代立憲主義型憲法の一つとして「自由権から社会権への転換」ではなく、「自由権も社会権もともに大事であるとの基本的立場」に立つものととらえられる。¹³⁾ この基本的理解を憲法解釈論レベルにおいて具現する際には、自由権・自己決定権の制約原理・正当化要件につき慎重かつ精緻に理論構成を図っていく必要がある。

自由権・自己決定権の制約の正当化原理として、①他者加害阻止原理、②社会権実現等の非消極目的(消極目的以外の目的)での経済的自由制約原理、③自己加害阻止原理、をあげることができよう。①は、他者の権利利益を害する国民の行動(作為・不作為)を阻止するという目的(消極目的)に基づき公権力が介入し、身体的自由・精神的自由・経済的自由を制約することは正当化されうる(すなわち、一定の具体的正当化要件が充足された場合には正当化され合憲とされ

うる」との原理である。②は、(憲法二五条以下の)社会権の実現目的を含む非消極目的(「消極目的以外の目的」)に基づき公権力が経済的自由を制約することは正当化されうるとの原理である。③は、自己の権利利益を害する国民の行動(作為・不作為)を阻止するという目的に基づき公権力が介入し、身体的自由・精神的自由・経済的自由を制約することは正当化されうるとの原理である。自己加害阻止原理は、「判断能力が十分な個人」について妥当しうる。強い自己加害阻止原理(強いバタナーリズム)と「判断能力が十分でない個人」について妥当しうる。弱い自己加害阻止原理(弱いバタナーリズム)とに大別される。

「自由権も社会権もともに大事であるとの基本的立場」からすれば、第一に、立法部は、社会権(憲法二五条などの憲法上の抽象的権利)を具体化・実現する法律―たとえば、障害者保護福祉立法や判断能力が十分でない成年者の総合的支援法など―を制定する際には、原則として「サービスの非強制的給付」手段(被保護者に対する一定のサービス・便宜を受けることを強制されないような給付という手段)を採用すべきであり、「自由制約型保護」手段(保護目的のために被保護者の自由権・自己決定権などを制約する手段)の採用は例外的なものにすべきとの憲法的規律に服していると解すべきである。第二に、障害者保護福祉立法の中に両手段を明記する法律規定が置かれている場合(たとえば「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律」)、そうした法律は「総体としては憲法二五条の実現立法」としてとらえることが可能であるが、そのことは同法律中の「自由制約型保護」手段規定が憲法二五条により憲法的に直ちに正当化されるということの意味しないことが留意されるべきである。同法律中に例外として置かれている「自由制約型保護手段」規定の憲法的正当化は、基本的には、「自由権・自己決定権の自己加害阻止原理に基づく制約の具体的正当化要件」を充足しなければならぬと解すべきである。具体的には、大前提として、当該制約が「本人のため、本人の保護のため」のものであるかが慎重に吟味されるべきであり、さらに、自由権・自己決定権などの「弱い自己加害阻止原理」に基づく制約の

具体的正当化のためには、少なくとも次の三つのもの——(a) 被介入者(被保護者) 個人の独自の生き方・方針の尊重の要件、(b) より制限的でない手段を選択すべきとの要件(LRA [Less Restrictive Alternative] の法理)、(c) 公権力の介入における補充性の要件(たとえば、公権力は判断能力が十分でない個人を保護するとの目的で弱い自己加害阻止原理に基づき介入する場合にも当該個人・私人と親密な人的結合関係にある私人が存在する場合)には、当該私人に当該介入の内容を説明し同意を得なければならないとの要件)——が充足されなければならない、と解する⁽¹⁴⁾。

第二章 成年被後見人選挙権制限規定違憲訴訟

一 成年後見制度の憲法上の位置づけ

(一) 成年後見制度と自由権・自己決定権・社会権規定

現行の成年後見制度は、一九九九年に制定され(介護保険法とあわせて)二〇〇〇年に施行された四つの法律で定められた諸制度の総称(法定後見と任意後見とを合わせた総称)である(四つの法律とは、①「民法の一部を改正する法律」〔平成十一年法律一四九号〕、②「任意後見契約に関する法律」〔同年法律一五〇号〕、③「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」〔同年法律一五二号〕、④「後見登記等に関する法律」〔同年法律一五二号〕である)。現行の成年後見制度の基本理念は、「自己決定権の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション等の改正理念」〔付帯決議⁽¹⁵⁾〕、「自己決定権の尊重」の理念と『本人の保護』の理念との調和を旨として〔成年後見制度の改正に関する要綱試案⁽¹⁶⁾〕である、と位置づけられている。

現行の成年後見制度は、**基本的には、自由権**(経済活動の自由〔Ⅱ憲法二二条の職業選択の自由および二九条の財産権〕

など)・自己決定権(憲法一三条)の憲法的保障を十全にするための法システムととらえることができよう。この点で、現行の成年後見制度は社会権(憲法二五条等)を実現する法システムそれ自体ではないととらえられうる。¹⁷⁾

二〇〇九年の拙稿で、現行の成年後見制度と社会権との関係づけについて、右のように慎重な指摘を行った背景に置いていた考慮は、日本国憲法は「自由権も社会権ともに大事であるとの基本的立場」、すなわち、自由権・自己決定権の制約が社会権実現目的から安易に正当化されてはならないとの考慮である。¹⁸⁾しかしながら、あるべき成年後見制度を構想するとき、現行の成年後見制度は「判断能力が十分でない成年者の総合的支援法」の一環をなすものとして、再度改正されるべきであり、改正後のあるべき成年後見制度¹⁹⁾あるいはそれに向かう過渡期にあるものとして、その一部を構成しうる現行の成年後見制度²⁰⁾は憲法二五条等の社会権規定によって要請されているととらえることが可能である。²⁰⁾

本稿では、少なくとも、第一に、判断能力が十分でない成年者にとって、現行の成年後見制度は憲法二五条などの社会権を具体化・実現する法システムを現実を利用するための不可欠の制度となつて²¹⁾いること、第二に、現行の成年後見制度と関連づけられることがある法システム(たとえば、公職選挙法や各種法規において「成年被後見人」を欠格事由と定めるもの)は、現行の成年後見制度の前述の基本理念―「自己決定権の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション等の改正理念」、『自己決定権の尊重』の理念と『本人の保護』の理念との調和を旨として―と整合的なものでない限り、立法裁量の合理的行使とはいえないと解されることを、指摘しておきたい。

(二) 判断能力が十分でない成年者の総合的支援法の課題と国際人権法・諸外国の法制の動向

前述のように、あるべき成年後見制度は(憲法二五条等の社会権規定に基づく)「判断能力が十分でない成年者の総

「合的支援法」の一環をなすものとして体系化されるべきものである」と解する。

日本国憲法のもとで「判断能力が十分でない成年者の総合的支援法」を構想する作業を進める際、二〇世紀末から二一世紀において提示されてきている「判断能力が十分でない成年者の適正処遇・支援のあり方に関する国際人権法・諸外国の法制」の動向は、日本においても目指すべき方向を示すものとして、きわめて示唆的である。今後、たとえば、一九九九年の「判断能力が十分でない成年者の法的保護に関する基本原則 (Principles concerning the Legal Protection of Incapable Adults)」(欧州評議会閣僚委員会勧告)、『二〇〇〇年の「成年者の国際的保護に関するハーグ条約」(Hague Convention of 13 January 2000 on the International Protection of Adults)』、『二〇〇六年の「国連障害者権利条約」(The United Nations Convention of 13 December 2006 on the Right of Persons with Disabilities)』、『イギリスの二〇〇四年制定・二〇〇七年施行の「Mental Capacity Act (判断能力法・自己決定能力法・意思決定能力法)」』、『二〇〇九年の「判断能力が十分でない状態に備えた持続的代理権と事前指示書に関する基本原則 (Principles concerning Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity)」』(欧州評議会閣僚委員会勧告)、『オーストラリアのサウスウェールズ州の「キャパシティ・ツールキット (Capacity Toolkit)」』(判断能力が十分でない成年者とかかわりをもつすべての者〔公権力・私人〕が留意・遵守すべき指針・基準)について、検討を深めたい。²²⁾

二 成年被後見人選挙権制限規定違憲訴訟について

(一) 二〇一一年における成年被後見人選挙権制限規定違憲訴訟の提起

二〇一一年二月一日、東京地裁に成年被後見人選挙権制限規定違憲訴訟が日本ではじめて提起された(訴訟形式は確認訴訟〔行政事件訴訟法四条)〕。

(二) 選挙権の制約の憲法適合性の判断枠組みに関する最高裁判所の到達点——平成一七年度大法院判決

選挙権の制約の憲法適合性の判断枠組みに関する最高裁判所の到達点(現段階)を示すものとして、二〇〇五年の平成一七年度大法院判決(最大判平成一七・九・一四〔在外日本人選挙権剝奪違法確認等請求事件〕民集五九卷七号二〇八七頁)をあげることができる。

平成一七年度大法院判決は、(i)日本国憲法の国民主権原理の下での選挙権の重要性、(ii)選挙権の制約の憲法適合性の判断枠組み・違憲審査基準について、次のように判示した(二〇九五―二〇九六頁。(ア)から(エ)の記号および傍線は筆者が追加)。

(i)「(ア)国民の代表者である議員を選挙によつ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な権利として、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。

(イ)憲法は前文及び一条において、主権が国民に存することを宣言し、国民は正当に選挙された国会における代表者を通じて行動すると定めるとともに、四三条一項において、国会の両議院は全国民を代表する選挙された議員でこれを組織すると定め、一五条一項において、公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利であると定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票することによつて国の政治に参加することができる権利を保障している。そして憲法は、同条三項において、公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障すると定め、さらに、四四条ただし書において、両議院の議員の選挙人の資格については、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別してはならないと定めている。以上によれば、憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによつて国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利

として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である」。

(ii) (ウ) 「憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙について一定の制限をすることは別として、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、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法一五条一項及び三項、四三条一項並びに四四条ただし書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である」。

(エ) 「在外国民は、選挙人名簿の登録について国内に居住する国民と同様の被登録資格を有しないために、そのままでは選挙権を行使することができないが、憲法によつて選挙権を保障されていることに変わりはなく、国には、選挙の公正を確保しつつそのような措置を執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に限り、当該措置を執らないことについて上記のやむを得ない事由があるといふべきである」。

(三) 成年被後見人選挙権制限規定（公職選挙法一一條一項一号）の合憲性に関する私見

(1) 公職選挙法一一條一項一号の憲法適合性審査における制約目的の審査

公職選挙法一一條一項一号の憲法適合性審査²³⁾のうち制約目的の審査につき述べれば、成年被後見人の選挙権を制約し

ていることの目的は明らかではない(制定過程に関する政府関係文書においても明示されていない)。これは、明治憲法下での「瘋癲白癡ノ者」↓「禁治産者及び準禁治産者」↓日本国憲法下での「禁治産者及び準禁治産者」↓「禁治産者」↓「成年被後見人」という形で歴史的にこの欠格条項が残置されてきたものであり、日本国憲法下においてこれまでその合憲性が慎重に吟味されてこなかった(したがってその制約目的の慎重な吟味もなされてこなかった)結果であると指摘することができる。⁽²⁴⁾

二〇一二年のこんにちの時点において、その制約目的につき、被告国側により、**「選挙の公正(fairness)・清廉性(integrity)を確保するために、投票に際して必要な判断を行うことができない者を選挙過程から除外するためという制約目的」**である \vee とする立論が提示されるかもしれない。しかし、この制約目的を(基本的人権の制約に関する厳格な審査における制約目的審査の要件である)「**やむにやまれぬ制約目的**」 \cdot 「**きわめて重要な制約目的**」であるとしてとらえる立場があることを仮に承認するとしても、前述のように、(抽象的観念的考察のレベルではなく)実際の法システムのレベルでの考察においては、①選挙権がきわめて重要な基本的人権であること、②憲法一五条三項が成年者による普通選挙を保障していること、および、③憲法四一条に照らして、成年者の選挙権の行使の制約は、少なくとも、(i)法律により明確に規定されなければならない、(ii)当該法律は選挙権の制約についての十分な実体的正当化根拠を伴ったものでなければならず、(iii)当該法律は \wedge 恣意的に運用されることのない実体的判定基準 \vee と \wedge 恣意的に運用されることのない手続的基準と判定方法 \vee とを明記するものでなければならず、こうした諸要件を充足しない(選挙権制約)法律は合憲とはなりえないと解される。

現行の公職選挙法一一条一項二号は、第一に、憲法四一条が要求する基本的人権の制約に関する告知機能を充足していないという重大な欠陥(違憲となる瑕疵)をもつ。公職選挙法は、「投票に際して必要な判断を行うことができない者」

の定義規定を置いていないため、民法の定める「成年被後見人」概念を借用・流用する趣旨であろうと解さざるをえない。民法七条は「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者については、家庭裁判所は、本人、配偶者、四親等内の親族、未成年後見人、未成年後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助人、補助監督人又は検察官の請求により、後見開始の審判をすることができる」と定め、民法八条は「後見開始の審判を受けた者は、成年被後見人とし、これに成年後見人を付する」と定める。法律学でいう一般の国民を基準とした場合、「精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者」とは「投票に際して必要な判断を行うことができない者」を意味するという理解が導かれるとはいい難い。第二に、現行の家庭裁判所における過程（後見開始審判の申立て―後見開始決定―成年被後見人等への通知）↓市町村選挙管理委員会による選挙人名簿への「その旨の表示」（公職選挙法二七条一項、同法施行規則一条）↓実際の選挙の際に成年後見人に投票機会を認めない措置などのどの段階においても、後見開始審判を受け成年被後見人となると選挙権を行使できなくなる旨の個別的「告知」もなされず、成年被後見人の選挙権を確保するための意見陳述・意見提出等の「弁解、防禦の機会」も与えられていない。この点で民法の成年被後見人概念を借用・流用する公職選挙法二七条一項一号の規定および同法律規定のもとでの運用は憲法上の「適正な手続的処遇をうける権利」⁽²⁵⁾を侵害するものとして、憲法二三条に違反する、と解さざるをえない。

(2) 公職選挙法二七条一項一号の憲法適合性審査における制約手段の審査

第三に、公職選挙法二七条一項一号は△制約目的に適合した制約手段の要件△を充足していない点で憲法一五条等に違反すると解さざるをえない。きわめて重要な成年者の選挙権の行使の制約が例外的に正当化されるためには、平成一七年大法院判決にいう「やむを得ない事由」基準を充足しなければならぬ（この「やむを得ない事由」基準は憲法学説

にいういわゆる厳格な違憲審査基準を精緻化して提示したものと位置づけることができる⁽²⁶⁾。厳格な違憲審査基準のもとでは、「選挙の公正・清廉性を確保するために、投票に際して必要な判断を行うことができない者を選挙過程から除外するため」という制約目的」が「やむにやまれぬ制約目的」・「きわめて重要な制約目的」であると仮に承認されたとしても、そのための制約手段は「制約目的とびつたりと適合した (precisely fit) 制約手段」でなければならぬとの要件が充足されなければ憲法違反となる。「制約目的とびつたりと適合した制約手段」とは、「過剰包摂でないこと」(not over-inclusive) か「過少包摂でないこと」(not under-inclusive) を意味する。制約目的に照らして制約対象となる具体的諸個人の中から一部の者のみを取り出して不利益措置を課すような「過剰包摂」の制約手段や、制約目的に照らして制約対象となる民法の定める現行の成年後見制度は、「判断能力が十分でない成年者」のうちへ財産管理能力、経済取引能力が十分でない成年者 \vee を対象としている。現在の公職選挙法は「投票に際して必要な判断を行うことができない者」について定義規定を置かず（また実体的判定基準と具体的判定方法についての定めも置かず）民法の定める「成年被後見人」概念を借用・流用しているものと解さざるをえないが、この結果として、いったん成年後見開始審判を受けると、その成年被後見人が \wedge これまで選挙権を行使してきており、なお選挙に関心を持ち続けているような成年者 \vee であっても「成年被後見人」という概念で（カテゴリカルに）ひとくくりにして選挙権の行使の機会を一律画的に剝奪・停止している点で「過剰包摂」の制約手段を採用しており、違憲である。また、「投票に際して必要な判断を行うことができない者」のうち、成年後見開始審判を受けた成年者のみを部分的に取り出し、この一部の者（成年被後見人）についてのみ選挙権の行使の機会の剝奪・停止という不利益措置を課している点で「過少包摂」の制約手段を採用しており、違憲である。このような公職選挙法一一一条一項一号の定める制約手段（民法の「成年被後見人」概念を借用・流用する手段）は前述

の平成一七年大法廷判決が提示した憲法一五条等適合性の判断枠組み・違憲審査基準に照らせば、憲法違反となると解さざるをえない。△経済的取引能力が十分でないことを理由に裁判所により「精神上的障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者」として成年後見開始審判を受けた（つまり「成年被後見人」となった）が引き続き選挙に関心を寄せている成年者▽はもとより、△成年被後見人は判断能力を一時的に回復することがあり（民法九七三条はこの点を明記している）、その回復した時点での成年者▽について選挙権の行使を制約することを正当化する理由は、筆者には見あたらない。

（四） 被告国の主張に関して——国民のための司法の実現と憲法訴訟における立論のあり方について

被告国の主張に関連して、「国民のための司法の実現と憲法訴訟における立論のあり方」⁽²⁷⁾を考察するという観点から、若干、付言させていただきたい。

（1） 選挙権の性質論議と憲法一五条等適合性審査における判断枠組み・審査基準

第一に、選挙権の公務性の側面を認める学説に依拠して、本件には平成一七年大法廷判決の「やむを得ない事由」基準（ないし厳格な違憲審査基準）は妥当せず、立法裁量の範囲は広いので公職選挙法二一条一項一号は合憲である趣旨の立論が被告国側から行われている。

しかし、平成一七年大法廷判決は国内での選挙権の行使の制約を違憲とする確認訴訟（行政事件訴訟法四条）における憲法適合性の判断枠組み・違憲審査基準に関しては全員一致（裁判官横尾和子・上田豊三の反対意見、裁判官泉徳治の反対意見を含む）で「やむを得ない事由」基準を採用するとしており、選挙権の公務性を理由として審査の厳格度を

低めるといふ立論は肯認されていないことを、指摘しておきたい。

(2) 公職選挙法二一条一項一号で民法の成年被後見人概念を借用・流用することにおける「立法裁量行使の合理性」

第二に、選挙告示後投票日までには成年者全員につき「投票に際して必要な判断を行うことができない者」であるか否かの個別的判定を行うことは「事実上不可能ないし著しく困難である」ので、民法の成年被後見人概念を借用・流用する公職選挙法二一条一項一号は（平成一七年大法院判決の「やむを得ない事由」基準のもとでも）合憲である趣旨の主張が被告国側から行われている。

しかし、前述のように、(i) 現行の成年後見制度の基本理念―「自己決定権の尊重、残存能力の活用、ノーマライゼーション等の改正理念」、『自己決定権の尊重』の理念と『本人の保護』の理念との調和を旨として―が確認されるべきこと（この点は被告国側も争いえないものと解されること）、および、(ii) 成年被後見人の選挙権制限規定等が成年後見制度の円滑な利用の重大な阻害要因であることが肯認されること⁽²⁸⁾（この点は被告国側も争いえないものと解されること）を前提とすると、公職選挙法二一条一項一号における民法の成年被後見人概念の借用・流用は、立法裁量の合理的行使であるとはいえない、と解する。

(3) 憲法判例・憲法学説の到達点を踏まえて従来の法制・新しい法制を慎重に分析することの重要性

「はじめに」において指摘したように、「判断能力が十分でない成年者と基本的人権」という検討課題は、戦後の日本の憲法学において、ようやく二一世紀に至って（とくに二〇一一年、二〇一二年の憲法教科書などにおいて）、それ自体として取り組み始められている状況にある。それゆえ、被告国側により、公職選挙法二一条一項一号の合憲説の根拠とし

て従前の憲法学説が援用される場合には、△従前の当該憲法学説は、こんにちの憲法判例・憲法学説の到達点を踏まえても当該援用が可能であるか否か▽についての慎重な吟味と十分な説明が被告国側によりあわせて提示されるべきである、と解する。

また、前述のように、現行の公職選挙法二一条一項一号は明治憲法下の法律の「瘋癲白癡ノ者」規定・「禁治産・準禁治産者」規定、日本国憲法下の法律の「禁治産者」規定・「成年被後見人」規定につき、一度も慎重な憲法的吟味を経ることなく残置されてきたものであること、および、国際人権法・諸外国における法制の新しい動向もようやく二〇世紀末から二一世紀において展開され始めていることを考慮するとき、被告国側により現行の公職選挙法二一条一項一号類似の外国法制が存在する（残置されている）ことを、立法裁量の合理的行使の根拠とする立論が提示されるかもしれない。しかし、その場合には、△当該外国法制は、国民主権・代表民主制のもとでの選挙権の重要性を認めつつもそのような法制が合憲であるとして厳密な精査を経たものであるか否か▽についての慎重な吟味と十分な説明が被告国側によりあわせて提示されるべきである、と解する。

むすび

最後に、本件成年被後見人選挙権制限規定違憲訴訟において、平成一七年大法廷判決という最高裁判所の注目すべき憲法判例を「共通の土俵」として、世界の新しい動向にも留意され、原告側被告側法曹による真摯な立論を媒介として、平成一七年大法廷判決をさらに進めうる判決が下されることを祈りたい。

判断能力が十分でない成年者と基本的人権

同志社法学 六四巻七号 一四八 (二二七四)

(1) 本稿は、竹中勲「成年被後見人の自己人生創造希求権と選挙権」新井誠ほか編『成年後見法制の展望』(日本評論社、二〇一一年)二二〇頁以下、同『憲法上の自己決定権』(成文堂、二〇一〇年)、同「成年被後見人の選挙権の制約の合憲性―公職選挙法二一条一項一号の合憲性」同志社法学六巻二号(二〇〇九年)一三五頁以下を、基礎としている。なお、本稿は、成年被後見人選挙権制限規定違憲訴訟の東京訴訟(二〇一一年(平成三三)年二月一日提訴―(平成三三年(行ウ)第六六号 選挙権確認請求事件)に關して、東京地方裁判所(民事三八部B二係)に提出するための意見を念頭に置いて執筆したものである。原告代理人の一人である関根直人弁護士から原告・被告準備書面等関係資料を提供していただいたことにつき、ここに記して篤くお礼申し上げたい。

(2) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一二年)一三八頁。

(3) さしあたり、米沢広一『子ども・家族・憲法』(有斐閣、一九九三年)、佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣、二〇〇八年)一八九―二五六頁(第三章 子どもと人権(初出は一九八七年と一九九一年)参照。なお、佐藤『日本国憲法論』前掲注(2)一三七頁は、未成年者の自由への直接的介入(憲法上の自由権の制約)は、「成熟した判断を欠く行動の結果、長期的にみて未成年者自身の目的達成能力を重大かつ永続的に弱化せしめる見込みのある場合に限って正当化されるべきであろう」(これは「限定されたバッテリーナリスチックな制約」の特殊な適用例ということになる)、と指摘する。

(4) 佐藤『日本国憲法論』前掲注(2)(二〇一一年四月二〇日発行)一三八―一三九頁は、(判断能力が十分でない成年者についての重要な法システムの一つである)成年後見制度をめぐる憲法問題について、次のように指摘する。

「成年者にして『判断能力が十分でない個人』に対応する制度として、平成二二(二〇〇〇)年に実施された民法上の成年後見制度がある。この制度は、憲法の視点からは、基本的には、自由権(憲法二条二九条の経済的自由権)・自己決定権(二三条)の憲法的保障を十全にするための法システムといえる(････)。それは、①成年者であっても、『判断能力が十分でない』ところを補い、その人が生を全うすることを助けようとするものであるが、同時に②それに付随してその人の活動を規制するという側面をもっている。

したがって、この制度については、『判断能力が十分でない』成年者を実効的に支援するものとなっているか、と同時に、過剰な規制となっているところがないか、が問われることは避けられない。そして、前者については、憂べき状況にあることが指摘され、また、後者については、とりわけ公職選挙法が成年被後見人をカテゴリーカルに『選挙権及び被選挙権を有しない』(二一条と定めていること)について疑問が投げかけられている。選挙権の重要性、特に後に触れる在外日本人選挙権訴訟判決(････)などに照らして、その合憲性について立ち入って検討する必要がある。

成年後見制度がその趣旨・目的を達成するためには、法曹(弁護士)の大幅な関与が必要とされるが、同時に、成年被後見人が様々な制度で容易

に欠格事由とされることのないよう配慮する必要がある。」。

また、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ(第五版)』(有斐閣、二〇一二年三月三〇日発行)五四一―五四三頁(高見勝利執筆)は、次のように、成年被後見人選挙権制限規定違憲説を提示している。

「成年被後見人の選挙権剥奪　公選法は、成年被後見人についても『選挙権および被選挙権を有しない』とする(法二一条一項一号)。成年被後見人とは、精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者であつて、法定の手続に従い家裁から後見開始の審判を受けた者である(民法七条。二〇〇〇(平成二二)年の民法改正で、従前の禁治産者が改められたものであり、その関係で、公選法上、選挙権等を有しないとされていた『禁治産者』も『成年被後見人』に改められた。公選法改正に際し、ノーマライゼーション(障害者と健常者の共生社会の実現)と自己決定の尊重を基本理念とする成年後見制度に基づいて被後見人となつたために、憲法で保障された選挙権が剥奪されるのは理不尽ではないか、ということが問題となつた。これについて、政府は、法改正により禁治産者が成年被後見人と変わるが、その対象者は一致するものであり、また選挙時に個別に意思能力を審査するのは困難だとし、成年被後見人についても選挙権を有しないものとしたと弁じている。もとより、禁治産者であることを理由に一律に選挙権を奪う従来の規定にも、憲法上問題があつたが、上記のような目的から成年被後見人に変更されたことで、国民固有の権利である選挙権の行使が『成年者』に対して普く保障されていること(憲法一五条一項三項)との乖離がより鮮明となつた。とりわけ、平成一七年判決(最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁)以来、最高裁は、国民の選挙権について、その剥奪・制限を原則として許されないものとし、例外的に、そのような措置を『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能ないし著しく困難であると認められる場合』に限り、当該剥奪等の措置が許容されうるとして、憲法一五条一項三項に係わる事案につき厳格な審査態度を表明しているところから、民法上の成年被後見人たることの一事を以て、個別の投票能力を判断することもなく一律全面的に選挙権を奪つてしまふ上記公選法規は、違憲との議りを免れ得ないであろう(この点は、国民投票法四条も同じ)。」。

(5) 佐藤幸治「法における新しい人間像―憲法学の領域からの管見」(岩波講座基本法学Ⅰ人)(岩波書店、一九八三年)二八一頁以下八回『現代国家と人権』前掲注(3)三頁以下、手島孝「公法における人間」(岩波講座基本法学Ⅰ人)・前掲七九頁以下。

(6) 細川瑞子『知的障害者の成年後見の原理(第二版)』―「自己決定と保護」から新たな関係の構築へ(信山社、二〇一〇年)「初版はしがき」参照。

(7) 竹中『憲法上の自己決定権』前掲注(1)一六二頁。

(8) なお、佐藤『日本国憲法論』前掲注(2)二九五頁の次の指摘は「道徳理論」であるとの限定のもとにおいて述べられたものであるが、憲法の法的拘束力の正当化の理論を考察する際に示唆的である。

判断能力が十分でない成年者と基本的人権

同志社法学 六四卷七号 一四九(二二七五)

「過去の国民(死者)は現在の国民(生者)を拘束することはできない。自由と参加の保障を核とする立憲主義を支える道徳理論、人格的自律権を基礎づける道徳理論によるならば、過去の国民(死者)が現在の国民(生者)を拘束することは許されるのは、現在の国民(生者)が自由な主体として自己統治をなすことができる開かれた公正な統治過程を保障するという場合のみである。国民をもって、憲法を実際に制定した世代の国民、現在の国民、さらに将来の国民を包摂した観念的統一体として把握し、そのような国民の意思に国家の合法性の体系の成立・存続の正当性の根拠を求めることが道徳理論上容認されるのは、そのような条件が充たされる場合においてのみである。換言すれば、ここにおいてはじめて憲法にいう『われら日本国民』が成立するとみることができ。」。

(9) 佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院、一九九五年)四四三頁参照。

(10) 竹中『憲法上の自己決定権』・前掲注(一)三八頁。

(11) たとえば、最大判昭和三〇・二九刑集九巻三〇二二七頁(「国民主権を宣言する憲法の下において、公職の選挙権が国民の最も重要な権利である」)、最大判昭和五一・四・一四民集二〇巻三三三三頁(「元来、選挙権は、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なすものである」)、最大判平成一七・九・一四民集五九巻七号二〇八七頁(本稿の本文で引用した部分)参照。

(12) 竹中『憲法上の自己決定権』・前掲注(一)三八―三九頁。「未成年者と基本的人権」の論点について、現在の憲法字説は、未成年者の基本的人権享有主体性肯定説を前提として、その制約の正当化原理・正当化要件について論じてきているといえよう。選択の自由を内実とする権利の「行使」について一定の判断能力が必要とされることは想定されるが、このことは(新生児も含め)未成年者を当該基本的人権の「享有」所持主体として肯定することの妨げとはならないと解されてきたものと思われる。(憲法二四条または一三条を根拠とする)「婚姻の自由」という基本的人権についても、同基本的人権の「行使」が一定の年齢(婚姻年齢)に到達するまで制約されるとする法制度が合憲とされるとされるが、未成年者は一定の年齢・成熟段階に達しない限り、結婚・婚姻の自由を「享有」所持しないとは説かれてこなかったということができよう。

(13) なお、佐藤『憲法(第三版)』・前掲注(9)八―九頁は、「社会権の基本権が現代国家の憲法の人権保障体系の一大支柱をなすに至ったとしても、そのことは、自由主義的な近代国家を基礎づけた自由権の基本権体系と権力分立ないし抑制・均衡の体系を放擲し、あるいはそれを単に克服されるべき対象として捉えるに至ったことを意味しない。むしろ、両者の調和ある共存を企図しているところに現代立憲主義の特徴がある。そのことは、ドイツの憲法が社会的法治国家性をうたっていることの中にも示されている。ただ、社会国家の追求は、国家の巨大化・硬直化を内包する「管理化国家」ともいふべき事態を惹起する危険を随伴していることは否定できない。」と指摘する。

(14) 竹中『憲法上の自己決定権』・前掲注(一)八五頁以下参照。

(15) 民法の一部を改正する法律案に対する附帯決議（平成十一年七月二日衆議院法務委員会、および、民法の一部を改正する法律案、任意後見契約に関する法律案、民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案及び後見登記等に関する法律案に対する附帯決議（平成十一年一月十九日参議院法務委員会）については、小林明彦（法務省民事局民事第二課長（当時））・原司（法務省民事局付検事（当時））「平成十一年民法一部改正法等の解説」（法曹会、二〇〇二年）三三頁以下参照。

(16) 「成年後見制度の改正に関する要綱草案」の「第一 禁治産制度及び準禁治産制度の改正について」では、「自己決定の尊重」の理念と「本人の保護」の理念との調和を旨として、各人の多様な判断能力及び保護の必要性の程度に応じた柔軟かつ弾力的な措置を可能とする利用しやすい制度を設計するために、後見・補佐・補助の三類型からなる法定後見制度を設ける、と説明されている。小林・原「平成十一年民法一部改正法等の解説」・前掲注（15）六頁以下参照。

(17) 竹中「成年被後見人の選挙権の制約の合憲性」・前掲注（1）一三九—一四〇頁。

(18) 「判断能力が十分でない成年人」は、（抽象的）人間像を念頭に置いていた一八・一九世紀の近代憲法のもとでは理論的にクローズアップされてこなかったが、純理論的に考察すれば、「判断能力が十分でない成年人」の適正な処遇を確保するための法システムそれ自体（成年後見制度もその一内容）をなすこととらえることが可能である。は、社会権の考え方が登場する二〇世紀以降の現代憲法よりも以前から、理論上構想されうるとい意味で、（二〇世紀以降の現代立憲主義型憲法の一つである）日本国憲法のもとでの憲法上の位置づけも、基本的には自由権・自己決定権の憲法的保障を十全にするための法システムとらえることができる。ことを指摘した。

(19) あるべき成年後見制度（それは身上監護制度をも含むものとなるが）の憲法上の位置づけとしては、総じていえば、次のように指摘することが可能であろう。日本国憲法のもとでの、あるべき成年後見制度は、基本的には、自由権（経済的自由および身体の自由）・自己決定権（生命・身体）のあり方に関する自己決定権の憲法的保障を十全にするための法システムであると同時に、その法律による具体化は憲法二五条などの社会権規定によっても要求されている、と位置づけることができる。

(20) なお、民法学からの論稿として、成年後見制度を社会権・社会保障制度と関連づけて位置づける諸見解がみられる。たとえば、田山輝明「成年後見法制の研究 上巻」（成文堂、二〇〇〇年）五一—五二頁は、「新しい成年後見法の憲法上の位置づけ」（第一部第二章第四節）の項目のもので、「新しい成年後見法は、憲法上の生存権（日本国憲法）二五条を指導理念とする法体系とし、人間としての尊厳を確立することに主眼を置くべきである。必要な世話や介護を求める権利を含む自立生活権は、社会権の一つとして確立されるべきである。」「統合された権利としての」自立生活権は、単に自由権の基本権ではなく、社会権の基本権との結合の上に成り立つ権利として理解されるべきものである。つまり、法の下での平等、

判断能力が十分でない成年者と基本的人権

幸福追求権、生存権等の保障を根拠として、社会的システムの変更を求め、一定の財政的支出を求める権利を含むものと解すべきである。」「新しい成年後見法は、人格の自由な発達を実現する権利(憲法二三条、ドイツ憲法二条参照)を指導理念とする法体系である。・・・立法に当たっては、前述の憲法一三条の趣旨が生かされるべきであり、障害者がその人格権や意思を十分に尊重されない状態を改善することは、彼らにとって『幸福追求』の一つである。・・・人格発達権は、自由権的側面を超える積極的要素を含んでいる。」と指摘する。また、上山泰一「制限行為能力制度の廃止・縮減に向けて」成年後見法研究八号(二〇一一年)二三頁は、「身上監護権を成年後見制度に取り込んだ場合、利用に対するニーズは本人の資産の多寡とは無関係に生じうることになる。この結果、成年後見制度は、従来型の財産管理に特化した私法上の制度であることを超えて、判断能力不十分者の包括的な権利擁護の一翼を担う公的な社会保障制度としての性質をも帯びていくことになる」と指摘する。

- (21) 憲法二五条を具体化する社会福祉サービス法制(介護保険法・障害者自立支援法など)において契約方式を媒介とするサービス提供システムが採用されるに至っている現行法制の下では、契約締結能力が十分でない成年者にとっては、成年後見制度は社会福祉サービスを受けるための不可欠の制度となっていることが留意されなければならない。なお、小賀野晶一「成年後見と社会福祉法制」新井誠ほか編『成年後見法制の展望』(日本評論社、二〇一一年)二四六頁以下参照。

- (22) 上山「制限行為能力制度の廃止・縮減に向けて」・前掲注(20)二〇頁以下、菅富美江『イギリス成年後見制度にみる自律支援の法理』ベスト・インタレストを追求する社会へ(ミネルヴァ書房、二〇一〇年)、同「判断能力の不十分な人々の投票をめぐるイギリスの法制度」わが国における成年被後見人の選挙権の取扱いに関連して「経済誌林八〇巻一号(二〇一二年)三三頁以下、新井誠(監訳)・紺野包子(翻訳)『イギリス二〇〇五年意思能力法・行動指針』(民事法研究会、二〇〇九年)、田山輝明編著『成年後見制度と障害者権利条約』(三省堂、二〇一二年)参照。なお、オーストラリアのサウスウェールズ州の「キャパシティ・ツールキット(Capacity Toolkit)」は次のサイトから入手することがいえる。

http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/diversityservices/LL_DiversityServices.nsf/pages/diversity_services_capacity_toolkit

- (23) 日本国憲法三三条・七六条・八一条・一三条等の下での憲法訴訟における憲法適合性の判断枠組み(ないし構造)は、基本的には、次の五つの審査項目から成るものとしてとらえることができる。審査項目ⅠⅡ憲法上の権利利益の審査(憲法訴訟において原告等が主張している憲法上の権利利益の根拠条文・内容・射程の確定。審査項目ⅡⅢ憲法上の権利利益を制約する公権力の行為(行政処分等)についての法律・条例による授権の存否・程度。適正手続要件の充足の有無・程度。審査項目ⅢⅣ目的審査(憲法上の権利利益の制約目的の確定とその正当性等の検討)。審査項目ⅣⅤ手段審査(当該制約目的達成のための制約手段の相当性・合理性等の審査)。審査項目ⅤⅥ救済内容の審査(違憲判断が下された場合の当該事件における具体的救済方法の審査・確定)。

(24) 公職選挙法 一条一項一号(成年被後見人) など、いわゆる「刑罰(関連) 以外の事由による公民権停止規定」の歴史をなす主要な法律について、コメントする。自治省選挙部編『選挙法百年史』(第一法規出版、一九〇〇年)、柚正夫『日本選挙制度史—普通選挙法から公職選挙法まで』(九州大学出版会、一九八六年) 参照。

大日本帝国憲法(明治三二年二月一日公布・明治三三年一月二九日施行) 三五条は「衆議院ハ選挙法ノ定ムル所ニ依リ公選セラレタル議員ヲ以テ組織ス」と規定していた。一八八九年の衆議院議員選挙法(明治三二年二月一日法律三三三) は、「瘋癲白癡ノ者」(二四一条一号)、「身代限ノ處分ヲ受ケ負債ノ義務ヲ免レサル者」(同条三三三)、「公權ヲ剝奪セラレタル者又ハ停止中ノ者」(同条三三三)、「華族ノ當主」(二六条) は「選挙人及被選人タルコトヲ得ス」と規定し、一九〇〇年の同改正法(大正八年法律六〇号) は「禁治産者及準禁治産者」(二一条一号)、「身代限ノ處分ヲ受ケ債務ノ辨償ヲ終ヘサル者及家資分散若ハ破産ノ宣告ヲ受ケ其ノ確定シタルトキヨリ復權ノ決定確定スルニ至ル迄ノ者」(同条三三三)、「華族ノ戸主」(二二条) は「選挙權及被選挙權ヲ有セス」と規定していた。一九二五年の同改正法(大正一四年法律四七号) は「禁治産者及準禁治産者」(六条一号)、「破産者ニテ復權ヲ得サル者」(同条三三三)、「貧困ニ因リ生活ヲ為公私ノ救助ヲ受ケ又ハ扶助ヲ受クル者」(同条三三三)、「一定ノ住居ヲ有セサル者」(同条四号)、「華族ノ戸主」(七条一項)、「陸海軍軍人ニシテ現役中ノ者(未タ入營セサル者及歸休下士官兵ヲ除ク) 及戰時若ハ事變ニ際シ召集中ノ者」(兵籍ニ編入セラレタル學生生徒(勅令ヲ以テ定ムル者ヲ除ク) 及志願ニ依リ國民軍ニ編入セラレタル者」(七条二項) は「選挙權及被選挙權ヲ有セス」と規定していた。

日本国憲法(昭和二年一月三日公布・昭和二年五月三日施行) のもとの一九四七年の衆議院議員選挙法(昭和二年三月三日法律四三三) は欠格条項を整理し、選挙權・被選挙權を有しない者の範圍を狭くし、従来欠格者としてきた①破産者で復權を得ない者、②貧困により生活のため公私の救助を受けまたは扶助を受ける者、③一定の住居を有しない者を欠格者から除外したが、「禁治産者及準禁治産者」という欠格事由は残置された。そして、一九五〇年の公職選挙法(昭和二五年法律一〇〇号) 一一条一項一号では「準禁治産者」という欠格事由が削除されたが、「禁治産者」という欠格事由は残置された。一九九九年の成年後見制度の改正において、「禁治産者」の呼称は「治産を禁ずる」という用語の問題性をも考慮し「成年被後見人」へと変更された。同時に行われた公職選挙法改正では同法二一条一項一号も「禁治産者」から「成年被後見人」へと変更されたが、同欠格事由自体は、厳密な憲法的吟味を経ることなく、残置され、現在に至っている。

(25) 佐藤「憲法(第三版)・前掲注(9) 四六三頁は、「公権力が法律に基づいて一定の措置をとる場合、その措置によって重大な損失を蒙る個人は、その措置がとられる過程において適正な手続的処遇をうける権利(告知および聴聞の機会を得る権利) を有すると解される」と指摘する。また、佐藤『日本国憲法論』・前掲注(2) 一九四頁は、「適正な手続的処遇を受ける権利」は「個人の具体的な利害にかかわる法規を正しく適用するうえで

判断能力が十分でない成年者と基本的人権

不可欠であるという考慮に基づいている」のみならず、「公権力の決定により不利益な影響を被る可能性のある個人に対し広く参加の機会を与えること自体に、個人の尊厳にかかわる本質的価値を認めようとする正義観念(本質的なデュー・プロセス観)とも結びついているところがある」と指摘する。

(26) なお、平成一七年大法院判決に関する調査官(杉原則彦)解説「最高裁判所判例解説民事平成一七年度(下)六〇三頁以下(六二九一六三九頁)―参照。

(27) 「国民のための司法」の実現に携わる法官三者(裁判官、被告国側法曹、原告側法曹)は、いずれも憲法の保障する基本的人権の十全な実現という重要な義務を憲法上課せられている(憲法九九条、弁護士法一条参照)。

(28) 一九九九年の(民法改正に伴う)整備法による改正前においては、家庭裁判所における禁治産・準禁治産宣告の事実を援用する形で多数の法律中に禁治産・準禁治産に関する資格制限(欠格事由)の規定(欠格条項)が設けられていたが、この点の問題点として、「成年後見制度の改正に関する要綱草案」補足説明は、「本来民法上は利用者本人を保護する制度である禁治産及び準禁治産の制度が、他法律中の多数の欠格条項の存在により、利用者を社会から排除する制度であるかのように国民に誤解され、ひいては禁治産及び準禁治産の制度の利用が阻害されていると批判されていた」と指摘している。小林・原『平成一二年民法一部改正法等の解説』・前掲注(15)五三七―五三八頁参照。