

原 著

成年被後見人の選挙権

The right to vote of the persons under adult guardianship

有田 伸弘

要約：「事理弁識能力を欠く常況」にある者は、財産管理能力や身上監護能力を欠くために、市場経済の犠牲者となることがある。そこで、これらの者を保護するために成年後見制度が設けられている。しかし、後見開始の審判を受けると、選挙権を喪失することになる。本稿では、憲法の視点および、能力論の視点から成年被後見人の選挙権の剥奪を定める公職選挙法11条1項1号の憲法適合性および合理性を検討する。

Key Words：選挙権，立法裁量，厳格審査，能力，デモクラシー

はじめに

認知症を有する高齢者や精神障害者、知的障害者、高次脳機能障害者などの中には、財産管理能力や身上監護能力を欠く者も多い。これらの者は契約内容やその対象の経済的価値を理解し得ないため、無用の契約を結ばされるなど、市場取引の犠牲者となることがある。これら財産管理能力や身上監護能力を欠く者の行為能力を制限することで本人を保護し、且つ取引の安全を維持するための制度として成年後見制度がある¹。

成年後見制度は、こうした障害のある者を保護する制度である。しかしながら、後見開始の審判を受ける（成年被後見人となる）と、種々の資格や免許を喪失、あるいはその取得機会を喪失する。「欠格条項」が設けられている資格制度が多数存在するからである²。このような「障害にかかる欠格条項」は、「ある種の障害を持つ人は〇〇ができない。〇〇をさせると危険である」という思い込みや偏見にもとづいて、障害のある者を十把一絡げにして排除する差別的な規定であるとの批判を受けている。

1999年、政府は、このような批判に応じて、障害者施策推進本部を設置、障害にかかる欠格条項を有する63の資格免許制度を見直すこととし³、2001年6月の通常国会で「障害者等に係る欠格事由の適正化等を図るた

めの医師法等の一部改正する法律」を成立させた⁴。同様に、禁治産者・準禁治産者（現成年被後見人・被保佐人）であることを理由とする欠格条項についても見直し、158件のうち42件⁵を廃止させた。

しかしながら、公職選挙法には、成年被後見人は「選挙権及び被選挙権を有しない」とする規定が残されている（公職選挙法11条1項1号）。また、成年被後見人は、最高裁判所裁判官の国民審査権も有しないとされ

¹ 民法9条前段は「成年被後見人の法律行為は、取り消すことができる。」と定め、成年被後見人の行為能力を制限する。

² 資格や免許のみならず、公営住宅法施行令6条1項は、入居資格についても「法第23条に規定する政令で定める者は、次の各号のいずれかに該当する者とする。ただし、身体又は精神上著しい障害があるために常時の介護を必要とする者でその公営住宅への入居がその者の実情に照らし適切でない認められるものを除く」と規定し、重度障害者の入居を拒んでいた。

³ 1998年に薬剤師試験に合格したにもかかわらず、旧薬剤師法3条の「欠格条項」により免許を交付されなかった聾者の女性が、全国の障害者団体などの協力をえて欠格条項の理不尽さを訴えたことが、欠格条項を見直すきっかけとなった。2001年7月、彼女は、聾者として日本で初めて薬剤師免許を交付された（白井久美子編「Q&A障害者の欠格条項 撤廃と社会参加拡大のために」（2002）12頁）

⁴ 欠格条項が全廃されたのは栄養士免許、調理師免許、製菓衛生師免許、検察審査員、医師国家試験受験資格、歯科医師国家試験受験資格の6資格制度だけであった。

⁵ 個別能力審査手続きを有するもののみを廃止したにすぎない。（145回及び146回国会衆議院法務委員会 政府側答弁）

(最高裁判所裁判官国民審査法4条)、日本国憲法の改正手続きに関する法律においても、「成年被後見人は国民投票の投票権を有しない(日本国憲法改正の手続きに関する法律4条)」とされている。このように成年被後見人は今なお完全に政治に参加する権利を奪われているのである。

成年被後見人は自己の財産を管理する能力や身上を監護する能力を欠くものであるから、他者の財産を管理し身上を監護する能力も欠いている。このような理由で、成年被後見人が他の者の財産管理人となったり、代理人となったりすることができない⁶ということは、当然のこととして理解しうる。しかし、財産管理能力や身上監護能力を欠くといえども、成年被後見人は国民の一人である。彼らから安易に選挙権・被選挙権や投票権を剥奪することが許されるのであろうか。本稿では、かかる問題意識の下、成年被後見人の参政権(とりわけ選挙権)を剥奪する公職選挙法についての憲法適合性を検討する。

2. 選挙権の法的性格

選挙権は、憲法上の重要な権利だと考えられる。その重要な権利が安易に剥奪されてよいのであろうか。まずは、選挙権の法的性格と選挙権を制約する立法に対する司法審査の在り方を検討する。

日本国憲法は「主権が国民に存することを宣言」し(前文、1条)、「国民は正当に選挙された代表者を通じて行動」すべきことを明らかにする(前文)。すなわち、国民は主権者として、国政に参加する権利を有し、この政治参加が、主として国会における議員を選挙することを通じて達成されることとされている。国民が政治に参加する権利を有することは、国民主権からの当然の帰結である⁷。

参政権の中核をなす選挙権については、15条1項が「公務員を選定し、およびこれを罷免することは、国民固有の権利である。」と宣言し、同条3項において「成

年者による普通選挙」を保障している。

しかしながら、44条は「両議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める。但し、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別をしてはならない。」と規定し、また、47条は「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。」と規定し、選挙人の資格、及び選挙に関する事項について立法に委ねている。そのため、選挙人資格を誰に与えるか等選挙に関する事項すべてが、国会の裁量判断に委ねられていると解することもできることになる。

例えば、昭和29年公職選挙法違反被告事件最高裁大法院判決では「両議院の選挙権、被選挙権については、わが憲法上他の諸外国と異なり、すべて法律の規定するところに委ねている。されば、両権は、わが憲法上法律を以てしても侵されない普遍、永久且つ固有の人権であることはできない。むしろ、わが憲法上法律は、選挙権、被選挙権並びにその欠格条件等につき憲法14条、15条3項、44条但書の制限に違反しない限り、時宜に応じ自由且つ合理的に規定し得べきものと解さなければならぬ。」⁸とする補足意見が述べられている。つまり、ここで触れられてはいない憲法15条1項の「公務員を選定し罷免することは、国民固有の権利である」とする規定は、すべての公務員を実際に選定罷免する権利を国民が有しているということではなく、抽象的な参政の権利を宣言したにすぎないと解したうえで、選挙権そのものについては憲法44条(及び47条)が根拠条文となるという。簡潔に言えば、「選挙権は法律によって定められる権利にすぎない」と主張するのである。

このように選挙権を人権の価値序列化による人権保障論の外に置き、「広い立法裁量」を認めるために主張されるのが「選挙の公務性」である⁹。選挙権に権利性と公務性の二元性を承認する説¹⁰は、「選挙権を一面において『選挙を通して、国政についての自己の意志を主張

⁶ 民法111条1項2号「代理人の死亡または代理人が破産手続き開始の決定若しくは後見開始の審判を受けたこと」を代理権の消滅事由の一つとして挙げている。

⁷ 日本国憲法上、政治に直接にあるいは代表者を通して間接的に参加する権利は、国会議員の選挙(43・44条)の他、最高裁判所の国民審査(79条第2項)、地方公共団体の長及び議員の選挙(93条2項)、地方特別法の住民投票(95条)、憲法改正の国民投票(96条)の各場面で保障されている。

⁸ 公職選挙法違反被告事件 最大判昭和30年2月9日刑集9巻2号217頁(斉藤、入江補足意見)別冊ジュリスト憲法判例百選Ⅱ 323頁

⁹ 辻村みよ子『「権利」としての選挙権』(1989)35頁

¹⁰ 選挙権の法的性格をめぐる学説には、権利説、公務説、権限説、二元説がある。日本国憲法下では、二元説が通説的地位を占め、有力説として権利説が主張されている。

する機会を与えられる』と同時に、他面において『選挙人団という機関を構成して、公務員の選挙という公務に参加する』ものであり、前者の意味では参政の権利を持ち、後者の意味では公務執行の義務をもつから、選挙権には、権利と義務との二重の性質がある¹¹。選挙権は「個人の純粋な権利」¹²とは違った性格をもつが故に、公務を遂行する能力・資格のない未成年者等にはその行使が否定されるのも当然であるとする。公務的性格を主張することによって選挙権を特別扱いして、その制限を安易に合憲化するのである¹³。

二元説は、そもそも「国民権」という場合における国民を全国民、すなわち成年・未成年を問わず、いっさいの自然人たる国民の総体をいうものと解し、この「国民」に国権の究極の淵源がもとめられることが「国民権」の意義であると説く。このように解すると、主権保持者としての「国民」は、それ自体、抽象的・観念的な存在にすぎないため、国家機関として活動することはできない存在となる。したがって、議会という国家機関が、「国民」に代わって具体的に国家意思を形成することを担当する。その議会の構成員を、「選挙人団」という国家機関が選出するのが選挙であり、その役割は、「国民」のための公務ということになる。選挙権とは、このような機関に「選挙人として参加できる資格または地位」を意味するにすぎないと説くのである¹⁴。選挙自体を主権行使として捉えず公務として捉えることとなるため、立法府が選挙の公正保持のために大きな裁量権を有することも許容されることになる。

従来の最高裁は、このような解釈の下、在宅投票制度廃

止についても、憲法は「投票の方法その他選挙に関する事項の具体的決定を原則として立法府である国会の裁量的権限に任せる趣旨である」と述べて、在宅投票制の廃止ないしそれを復活しない立法不作為の違憲主張自体を否定した。在宅投票制は投票の方法の問題であって、それを設けるかどうかは憲法47条によって立法府の裁量にゆだねられているとして、外出困難な障害者の選挙権行使が実質上不可能となっても、その点を問題視することなく選挙の公正維持のために廃止が必要であると立法府が判断したのであるなら裁量の範囲内であるとしたのである¹⁵。

憲法44条・47条を根拠に、選挙人資格、選挙に関する事項の決定が原則として国会の裁量的権限に委ねられるとする二元説に対して、従来の憲法学説は十分に有効な批判的視点を提示してこなかったのである¹⁶。

しかし、国民権原理は、今日では、単なる権力の正統化契機としてではなく、一人ひとりの国民すべてが決定する（あるいは現実に存在する国民意思に基づく）というなんらかの実体を伴わなければ、権力の正統化根拠としても機能しえないであろう。つまり、「国民権」原理は、国民の政治参加の権利（参政権）の保障を不可欠とする。選挙権は単に選挙人団に加わる資格ではなく、自分たちに代わって政策決定を行う代表者を選ぶ権利であり、国民の政治参加のいわば最低限の権利であって、奪うことのできない永久の権利であると解すべきであろう¹⁷。

このように解するならば、成年被後見人の選挙権剥奪の問題を考察するには、選挙権が重要な権利であること、狭い立法裁量しか認められない領域であること、厳格な司法審査が要求されることを確認することで十分で

¹¹ 清宮四郎『憲法Ⅱ（第三版）』（昭和55年）137頁

¹² 選挙権は基本的人権か否かという議論も長谷川正安と奥平康弘の間で展開された（奥平康弘「選挙権は『基本的人権か』」選挙権論をめぐって（1）法学セミナー341号（1983）8頁。長谷川正安「選挙権論をめぐって—奥平康弘教授の批判に答える」法学セミナー348号（1984）22頁）。基本的人権とは憲法上の権利のうち、人間であるということに基づき当然に保障されると考えられる権利、前国家的・前憲法的な自然権として理解された権利のみを指すと解するならば、選挙権は前国家的・前憲法的な性格を有するものではない。国民代表を選び、選ばれるのは、決して自然的な人間の行為ではない。しかし、選挙権が人権（自然権）でないとしても、自然権の保全を目的とした政治的結合が、その構成原理として市民権を宣明したのは、市民権なくして自然権の保全は不可能であると考えられたからに相違ない。選挙権が「人権」でなく「市民権」だからといって、軽視することは妥当ではない。むしろ「われわれは市民となったのちにはじめてまさに人となりうる」（社会契約論ジュネーブ草稿第一編第二章）のことであり、市民権もまた基本的な権利なのである。「憲法で保障される権利」は基本的であるがゆえに保障されていると解すべきであろう（樋口陽一「参政権」法学セミナー351号（1984）95頁）。

¹³ 前掲 樋口陽一「参政権」94頁

¹⁴ 渋谷秀樹『憲法』（2007）419頁

¹⁵ 最判昭和60年11月21日 民集39巻7号1512頁

¹⁶ しかし、選挙権の公務性を承認しない権利説からは内在的制約しか認められないとする批判がなされている（前掲注9 辻村『「権利」としての選挙権』）

¹⁷ 浦部法穂『憲法教室（全訂第2版）』（2006）503頁

あろう¹⁸。この点を以下に敷衍する。

第1に、「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基本的権利の一つである」¹⁹にもかかわらず、政治的言論の自由の保障に比べて、あまりにも軽く扱われている。とりわけ、選挙権の剥奪および実質的剥奪については、慎重であらねばならないのであり、立法裁量の余地はないと考えるべきであろう²⁰。

第2に、選挙権の制限については、原則として政治プロセスを信頼することができないことである。言論、政治関係、あるいは政治プロセスそのものに関しての実体的判断は政治プロセスに任せるわけにはいかない。政治権力保持者が、反対言論を抑圧したり、自己に有利な選挙人資格や選挙制度を設けたりすることがあるからである。「政治プロセスの監視と是正」が司法審査のもっとも重要な役割であるとする立場からは、厳格な審査が要求される²¹。

第3に、選挙権の行使を不当に制約する疑いのある立法がなされた場合に、その復元について選挙に訴えることそのものが制約され、民主制の過程にこれを期待すること自体不可能とならざるを得ないことである²²。その剥奪については、司法府は立法府の裁量的判断を尊重すべき理由はない。政治参加の権利を制約する立法に対しては、当然に厳格審査が必要である。

第4に、憲法14条1項の規定同様に、44条但書の「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入」は、それ以外の差別を許容する趣旨ではなく、例示であると解すべきであることである。普通選挙とは、制限選挙に対するアンチテーゼであり、資格要件を課さない選挙を意味すると考えられる。したがって、44条が選

挙人資格の決定を国会の裁量に委ねているといえども、それは技術的な面に限られた「狭い立法裁量」と解すべきであろう。未成年者は選挙権を有しないが、これは、憲法自身が「成人するまでの停止条件」を明文でもって認めているからである。仮に、成年被後見人が未成年者と同様に政治的判断能力が乏しいという事実があるとしても、選挙権を安易に否定できると考えるべきではない。能力要件を課すならば「能力を有する成年者のみによる制限選挙」になるからである。また憲法が、政治的判断力の有無や優劣等を問題視しているのであれば、教育²³による差別を禁止しなかったとも考えられる。「成年」以外の資格要件による制約については、合憲性の推定を排除して、厳格な審査の対象とすべきである。

これらのことから、選挙権の剥奪は原則として許されないこと、その剥奪に対しては、厳格な審査が必要とされることが明白である。

辻村は、選挙違反者に対する付加罰としての公民権停止に関してではあるが、「選挙権・被選挙権の権利性を重視する立場からすれば、権利制約の程度や手段の合理性等の問題に論及することなく、合目的性のみをもって権利侵害に当たらないという結論を導くことは不十分である。選挙犯罪の実態に即した具体的な検討のもとで、選挙の公正の確保という目的と効果との因果関係に照らして、選挙権・被選挙権の停止という手段が必要不可欠であり、権利制約の程度が必要最小限であるか否かを問題とすることが必要であろう。」と述べて厳格審査の必要性を説いている²⁴。

同様に、在宅投票制度の廃止について、札幌地裁小樽支部判決も、昭和51年統一地方選挙では相当程度在宅投票制度が悪用され、選挙違反が多発したという立法事実

¹⁸ 権利一元説をとっても法律による制約等につきある程度の立法裁量を認めることは十分ありうる。また二元説をとっても選挙権の制約には慎重にあるべきだということも言える。(奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』(1993)408頁)

¹⁹ 最大判昭和30年2月9日 刑集9巻2号217頁

²⁰ 本稿では取り上げないが、重要な権利を剥奪するという不利益処分を行うための手続きが整備されていないというデュー・プロセス上の問題もある。

²¹ 例えば、John Hart Ely, "Democracy and Distrust" (1980), 松井茂記『司法審査と民主主義』(1991), 拙稿「違憲審査における『二重の基準論』再考」近畿大学法学第48巻第1号(平成12年, 9月)140頁

²² 在宅投票制度廃止事件 札幌地裁小樽支部昭和49年12月9日判決(判時762号8頁)民主政の過程を支える精神的自由を規制する立法の合憲性を厳格に審査しなければならないと述べるのも、かかる意味である。(芦部信喜『憲法』(1997)174頁)

²³ イギリスでは、1918年国民代表法によって、21歳以上の男性、30歳以上の学位を持つ女性に選挙権が付与された。1928年の国民代表法で、21歳以上の男女に平等に選挙権が付与されたが、1948年の国民代表法制定まで、長い間、オクスフォード大学やケンブリッジ大学等の学位をもつ者は住居地での投票と、大学選挙区での投票の2票を有していたのである。(中村英勝『イギリス議会史[新版]』(昭和61年)106~128頁)

²⁴ 辻村は「禁治産の欠格については、意思決定能力の欠如という理由から問題なく正当化されると思われる。」と述べている(辻村前掲注9 21頁)しかし、後述するように、成年被後見人は、必ずしも意思能力を欠いているわけではない。

に基づき、なんらかの是正措置をとる必要があったとして、立法目的を評価しつつも、選挙権行使の制約は「より制限的でない他の選びうる手段」が存しない場合にのみ許容されるものであって、この点が立証されない限り、立法目的達成のための手段として、やむを得ないとする合理的理由を欠くとしている²⁵。

松井は、「選挙権は、国民が代表者を通じて国政に参加するという最も基本的な権利であるから、その剥奪は、『やむにやまれない政府利益を達成するために必要不可欠でない限り許されない』というべきである。裁判所は、選挙権の剥奪は違憲と推定し、厳格な審査を行うべきである。」と主張する²⁶。

近時の最高裁も在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件において、安易な選挙権制限を容認しない態度を明らかにしている。すなわち「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権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わざるを得ない。」²⁷と態度を改めている。

選挙違反者の選挙権剥奪の問題や在外邦人の選挙権剥奪の問題などと同様に、成年被後見人の選挙権剥奪の問題も、等しく選挙権剥奪の問題としてLRA基準や、やむにやまれない利益基準を用いて、精査することが要求されるはずである。

3. 公職選挙法 11 条 1 項 1 号の立法趣旨

在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件の最高裁は、立法の合理性を支える事実の有無についての主張・立証責任は国側にあるという考え方を採用しているので、成年被後見人から選挙権を剥奪する場合も立証責任

は国側にあることになるはずである。しかし、禁治産制度の時代には選挙権剥奪理由を十分に検討した形跡がなく、当然の剥奪とされていたようである。改めて今、公職選挙法11条1項1号の立法趣旨を考えてみる。

成年被後見人を絶対的欠格事由としているものには、医師（医師法第3条）、火薬類取扱製造・販売（火薬取扱法第6条第3号）、薬剤師（薬剤師法第4条）、司法書士（司法書士法第5条第2号）、弁護士（弁護士法第7条第4号）、弁理士（弁理士法第8条第9号）などの各資格制度がある。これらの業務は、そもそも、十分な知識・技能を有しないものが行くと、他者の生命、健康、あるいは財産を侵害する危険性が極めて高いものであることから、一般に禁止され、一定の知識・技能等を有する者に対してのみ禁止を解除する許可制を採っているものである。このような職業規制は、規制対象行為と害悪発生との間に合理的な関連性が認められ、その手段・程度が害悪の発生を防止するための必要最小限度の制限であれば、憲法22条「職業選択の自由」に対する「公共の福祉」による制限であると認められると解されている。

事理弁識能力を欠く者が医療行為を行えば、あるいは火薬類を製造販売すれば、他者の生命に危険を及ぼす蓋然性が極めて高いと考えられる。時折、本心に服する程度であれば危険である。資格取得後に能力判定手続きを行えないなど、他の選びうる手段がないと認められる場合、これらの業務に関する欠格条項は、やむをえない制限として認められよう。

しかし、成年被後見人が選挙権を有することで、いかなる害悪が発生するというのであろうか。日本弁護士連合会によると、「成年被後見人の選挙権を否定している立法趣旨は必ずしも明確ではないが、主として①成年被後見人は事理弁識能力を欠くことから、投票に際して必要な判断を行うことができない ②（①と関連して）現実問題として投票行動を行うことが非常に困難であること、あるいは仮に選挙権を認めた場合に、成年被後見人本人以外の者による不正な投票行為がなされる虞がある、という従前の禁治産制度時代の認識・問題意識が維持されていることによると考えられる。」²⁸とされている。

²⁵ 注22 札幌地裁小樽支部判決（控訴審判決も同様の審査基準を用いている。札幌高判昭和53年1月17日（判時953号18頁））

²⁶ 松井茂記『日本国憲法』（1999）408頁

²⁷ 在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件 最大判平成17年9月14日 民集59巻7号2087頁（横尾和子、上田豊三反対意見もこの点については同調する）、（「やむを得ない事由基準」東京地裁判決平成14年11月28日 判タ1114号93頁）

²⁸ 日本弁護士連合会「成年後見制度に関する改善提言」（2005.5.6）30頁

この①の能力についての問題は後述するが、選挙時に事理弁識能力を回復していない場合には、投票行動そのものできないはずであり、当然、棄権することになるであろう。できないということと、法律によってできなくしてしまうことは別のことである。ことさらに、選挙権を剥奪する理由とはならない。

また、成年被後見人の選挙権が悪用される危険性を指摘するが、選挙違反が多発したとする立法事実が存在するのであろうか。仮に、そのような悪用があったとしても、「より制限的でない他の選びうる手段が存しない」ことを立証できなければ、「やむを得ない制限」とはえないのであって、憲法15条1項、3項、44条に違反することになる。

では、例えば、知的障害者などの場合、「街頭演説で見た候補者だから、なんとなく好きだから、名簿の右端の名前だから、書きやすい名前だから、家族が投票するように指導したから…」という理由で投票するかもしれない。こうした投票を排斥しなければならないのであろうか。次章では、この点について検討する。

4. 能力論からの検討

成年被後見人は、「事理弁識能力を欠く常況」にあり、その者の財産を保護するための私法上の行為能力が制限される。この「事理弁識能力を欠く常況」とは意思無能力のこと、あるいは選挙能力も欠如していることと同視されているふしがある。しかし、これは能力に関する誤解である²⁹。本章では、能力論からの検討を行う。

まず第1に、成年被後見人は財産管理能力を欠いているが、「選挙に関する能力（投票能力）」を欠いているとは限らないことである。最高裁判所事務総局家庭局作成の「成年後見制度における鑑定書作成の手引き」によると、成年被後見人の審判に際して、裁判所が鑑定人に依頼する鑑定事項は、次の三点である。①精神上的の障害の有無、内容及び障害の程度、②自己の財産を管理・処分する能力、③回復の可能性である。つまり、鑑定人に

は「財産管理・処分する能力」の鑑定を依頼しているので、鑑定に当たる医師は鑑定を行う際、医学的所見を除けばもっぱら財産関係について管理や処分の能力があるかどうかを判断しているにすぎないのである³⁰。

能力の問題を考える場合に陥りやすい陥穽は、解決すべき具体的課題と切り離して、抽象的に能力の有無を考えてしまいがちであるという点である。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解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。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ているのかを見落とした議論である³¹。等しく売買（法律行為）を行う場合であっても、その要求される能力は異なる。スーパーで買い物をするために必要とされる能力と不動産を売買するために必要とされる能力は異なるであろう。

現行の書式における判断の要点は、包括的、総合的な精神能力ではなく、経済活動のための能力の評価にある。したがって、本来ならば、禁治産制度から成年後見制度に移行する際に新たな機能（身上監護）が付加された時点で、その機能にも焦点を当てた評価項目を追加する必要があった。「釣銭の計算する能力と、風邪をひいたときに病院を受診する能力とは異なる」のであって、現行の鑑定では身上監護能力を鑑定することはできないとして、現行の鑑定方法の問題を指摘する声もある³²。選挙権行使の能力の有無についても現行の鑑定方法では明らかとはならない³³。かかる鑑定に基づいて、後見の審判を受けた者が政治的判断能力を欠如していると決めつけることはできないはずである³⁴。

例えば、外傷性脳損傷や脳血管障害等により脳に損傷を受けた高次脳機能障害の場合、後遺症として記憶障害、注意障害、社会的行動障害などの認知障害などが生じる。この場合など、知能検査値が高くとも、成年後見制度を利用しなければならない場合もある。財産管理能

²⁹ 禁治産制度の時代、準禁治産者も選挙権を喪失するとされていた。しかし、鶴飼は「果たして政治的行為能力を欠いているとみるべきかは、やや疑問である」と述べている。（鶴飼信成「選挙制度の基本原則」国家学会雑誌63巻4号（1949）105頁）

³⁰ 最高裁判所事務総局家庭局作成の「成年後見制度における鑑定書作成の手引き」10頁（鑑定書には、判断能力についての意見の項目があり、□自己の財産を管理・処分できない、□自己の財産を管理・処分するには、常に援助が必要である、等のチェック項目が設けられている。）

³¹ 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No21（2007）22-23頁

³² 岡田幸之「鑑定をめぐる現状と課題—施行8年を迎えて—」実践成年後見No25（2007）8頁

³³ 川崎和代『障害を持つ人の参政権補償を求めて』（2006）24頁

³⁴ 日本成年後見法学会制度改正研究委員会「法定後見実務改善と制度改正のための提言」（平成20年7月）37頁

力を失っても選挙能力まで失っているとは考えられないであろう³⁵。

第2に、成年被後見人は事理弁識能力を欠いたまま、本心に復することがないと誤解されていることである³⁶。

統合失調症のために被後見人となっている場合、精神状態が頻繁に変わる。急性期で症状が悪いときは判断力を失っているが、寛解期で状態のよいときには判断力があるという状態を繰り返しているような人もいる。状態の良い時には、すくなくとも補佐や補助類型程度まで、判断能力を回復している人も多く、投票をしたいと願う場合もあろう。このような者から投票の機会を奪うことは許されないはずである。

民法制定者は、この点を認識していて、被後見人となる者も本心に服することがあることを前提とした規定を設けている。たとえば、民法7条においては、後見開始の審判請求権者に本人が含まれている。843条第4項においては、成年後見監督人の選任にあたって、家庭裁判所は成年被後見人の意見を考慮すると規定している。さらに849条の2においては、成年後見監督人の選任請求を被後見人本人ができることと規定している。また973条においては、本心に復している時には遺言もできると規定しているのである。かように、民法制定者は、成年被後見人が100%意思能力を失った者だと考えていない。本心に服する場合があることを想定し、意思能力が回復しているときには本人の判断を尊重する手段を講じている。普段、投票能力も欠いているとしても、選挙時に意識が回復していて、本人が投票を欲すれば、投票させるべきであろう³⁷。

第3に、そもそも、選挙人にはどれほどの能力が要求されているのか、明らかでないことである。

デモクラシーは「情報をもった理性的な公衆」によって支えられるべきである。デモクラシーは、政治的争点に関して、十分な知識、判断力を持ち合わせている公衆によって支えられなければ、扇動者の詭弁により誤った意思決定を行い、誤った政策執行に至る危険性があるからである。選挙人には、適切な代表者を選出できる力、

すなわち、どの候補者が自分たちの利益を増進してくれるのか、あるいは国益にかなうのか、いずれの政党の綱領が自国の将来にとって好ましいのか、など判断する政治的な判断能力³⁸が必要だといえよう。

しかし、現代において、一般大衆にそのような能力を要求できるのであろうか。社会の複雑化と大規模化によって、政府の処理すべき問題が一般大衆の理解能力を超えることが多い現代社会においては、これはもはや説得力を失っているといえるのではないだろうか³⁹。

中央銀行の金利を変えるとか外貨との交換率を定めるとかいった高度に技術的な問題を大衆参加の下で決定することは不可能である。しかし、こうした問題でも政策決定の結果大衆が蒙った影響に関して、大衆に発言権があることは疑いない。こうした問題に関しては、大衆のコモン・センス⁴⁰による判断が下されるということになるという反論が考えられる。

だが、政治的争点が大衆の日常経験によって判断する範囲を超えている場合、コモン・センスは、しばしば単純な善悪あるいは正邪の判断に帰してしまう。また政治的争点が個別的利害ときわめて密接に関連している場合、各個人あるいは各集団の私的利害が無条件に表面化される。いずれの場合もコモン・センスの機能に期待を寄せることはできない。選挙時に争点となっている問題によっては、国民の多くが能力を欠いているといわざるを得ない。このような現代マス・デモクラシーにおいて、政治的判断能力の有無を論じて、ことさらに「成年被後見人」をデモクラシーのプロセスから排斥する理由は見出し得ないと思われる。

おわりにかえて

行為能力を制限するのは、事理弁識能力を欠く常況にある成年被後見人の財産や身を守るためであり、やむを得ないことだとだと考えられる。しかし、選挙権の剥奪は本人の利益を守ることとは関係がない。社会の利益、国家の利益のために剥奪されるのである。選挙の公

³⁵ 後述のように、争点となっている問題によって選挙人に要求される能力は異なる。

³⁶ 日本弁護士連合会「成年後見制度に関する改善提言」（2005.5.6）30頁

³⁷ 第145回国会衆議院法務委員会 木島議員意見

³⁸ 代表者を選出する場合と憲法改正の国民投票などのように直接、政治的争点に関する判断を求められる場合には、要求される能力は異なるであろう。国政選挙と地方選挙では、要求される能力が異なるかもしれない。

³⁹ 阿部齊『デモクラシーの論理』中公新書（昭和48年）151頁

⁴⁰ ここで、コモン・センスとは、大衆の日常生活あるいは日常経験に根ざした考え方であり、日常経験が多くの人々に共通しているものである。（阿部前掲書155頁）

正という利益のために、成年被後見人本人に帰責事由があるわけではないにもかかわらず、憲法上の重要な権利が剥奪されるのである。

しかし、これらの者を政治プロセスから排除することは、国権の最高機関性はもとより、国会及び国会議員の存在自体の正当性の根拠を失わしめるものであることに、われわれは気づかなければならない時期にきていると思われる。