

## 成年後見制度と選挙権の制限

大岩慎太郎

### 目次

- I はじめに
- II 成年後見制度と成年被後見人の選挙権の制限
  - 1. 成年後見制度と成年被後見人
  - 2. 成年被後見人の選挙権の制限
- III 選挙権の法的性格と選挙権の制限
  - 1. 選挙権の法的性格——二元説と権利一元説
  - 2. 普通選挙と選挙権の制限
- IV 成年被後見人の選挙権——考察
  - 1. 成年被後見人の選挙権の制約目的
  - 2. 制約目的① (成年被後見人には、選挙に関する能力がない) について
  - 3. 制約目的② (成年被後見人は実際に選挙権の行使ができない) について
  - 4. 制約目的③ (成年被後見人に選挙権を認めると弊害が生じる) について
- V おわりに

### I はじめに

内閣府の公表する、平成24年版高齢社会白書によれば、日本の総人口1億2780万人(H23・10・1現在)に占める65歳以上の割合が23.3% (前年23.0%) と、日本は約5人に1人が高齢者という状況にあるということが示されている。高齢化率<sup>(1)</sup>が21%を越えていることから、日本は「超高齢社会」ということになる。このような超高齢社会という状況の中で、高齢化とともにさまざまな要因で寝たきりや認知症になってしまう高齢者や、加齢に伴う判断能力の低下に悩まされる高齢者が今後も増えていくことが予想され、それゆえに、財産管理上の保護を目的とした成年後見制度の利用者が今後も増加していくだろう<sup>(2)</sup>。実際、裁判所の公表資料をみると、毎年、成年後見制度の申立・認容件数は増えてきており、後見登記の総数は20万4000件(H22・3現在)に上っている<sup>(3)</sup>。しかし、この成年後見制度を利用し、成年被後見人となると、その人の判断能力の低下というもの

が、必ずしも政治的意思決定能力の低下と結びつくものではないはずなのに、「国民の最も重要な基本的権利」<sup>(4)</sup>である選挙権を、公職選挙法11条1項1文の規定によって制限されてしまう。そもそも、選挙権は、民主的意思形成ないし国民主権の現実化の中心的手続きである選挙に参加する最も重要な権利であり、間接民主主義を原則とする現代国家において国民が自らの所属する国家の政治に参加する際に、最も一般的なものであるといえる。最高裁においても、選挙権の重要性が説かれ、選挙権は国民主権下における議会制民主主義の根幹を成す、重要な権利であるとされている<sup>(5)</sup>。現状においては、成年後見制度を利用し、成年被後見人となる者は財産上の保護を受けるために、この「国民の最も重要な基本的権利」である選挙権を諦めるか、選挙権を手放さないために財産管理に多少の不安があっても成年後見制度を利用しないかという二者択一を迫られてしまう。こういった、成年被後見人が後見制度を利用することによって選挙権が制限されてしまう現実を受

けて、日本弁護士連合会(以下「日弁連」と略す)や日本成年後見学会は改善提言<sup>(6)</sup>を作成し、その中で改善を求めてきたが、成年被後見人への選挙権制限は改善されることなく現在に至っている。しかし、ここにきて成年被後見人の選挙権をめぐる状況は、慌ただしくなってきた。それは、成年被後見人の選挙権の確認を求めて、東京地裁に訴訟が提起され(H23・2・1)、これを皮切りに、さいたま地裁(H23・4・26)、京都地裁(H23・6・14)、札幌地裁(H23・9・14)と次々に訴訟が提起されたことである。これにより、成年被後見人への選挙権制限に対する裁判所による一定の判断が下されることが期待される<sup>(7)</sup>。

そこで、成年被後見人の選挙権をめぐるこのような状況から、本稿では、成年被後見人の選挙権について、まず初めに成年後見制度と成年被後見人が選挙権を制限されている実態を、次いで、選挙権がどのような場合に制限されるのかという選挙権の制限を明らかにしたうえで、成年被後見人の選挙権について若干の考察を加えることとする。

## II 成年後見制度と成年被後見人の選挙権の制限

### 1. 成年後見制度と成年被後見人

成年後見制度は、2000年に(介護保険と同時にスタート)禁治産制度を改正してできた制度であり、認知症や知的障害、精神障害などにより判断能力が不十分な成人に代わり、代理人が生活と財産を保護するためのものであり、「後見」、「保佐」、「補助」の3つの類型がある。それぞれ、「精神上の障害の有無、内容、程度、IQ、その障害の回復可能性」といった医学的鑑定その他、自己の財産を管理・処分する能力<sup>(8)</sup>に関して医師が鑑定し、「後見」の場合には、「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」(民法

7条)、「保佐」の場合には、「精神上の障害により事理を弁識する能力が著しく不十分である者」(民法11条)、「補助」の場合には、「精神上の障害により事理を弁識する能力が不十分である者」(民法15条)が対象となる。成年被後見人の行為は、日用品の購入その他日常生活に関する行為を除き、すべて取り消し可能となり(民法9条)、被保佐人は、一定の行為について保佐人の同意を必要とし、保佐人の同意のない行為は取り消し可能となり(民法13条)、被補助人は、家庭裁判所の審判で定める特定の法律行為について補助人の同意を必要とし、補助人の同意のない行為は取り消し可能となる(民法17条)。

この成年後見制度を必要とした理由ないし背景としては、「急速な高齢化による寝たきりや認知症高齢者の急激な増加や、ノーマライゼーション理念の浸透による障害者の地域社会への統合の動き等により、支援を要する人が増えたこと」<sup>(9)</sup>と「一定の範囲の判断能力はあるものの、取引行為等の高度の判断を要する法律行為に関する判断能力が不十分であり、特定の法律行為について具体的に必要な範囲で保護・支援を受けることを要する者が多い現実に対応することが求められた」<sup>(10)</sup>ことが挙げられる。そして、成年後見制度を支える理念として、ノーマライゼーション(高齢者や障害をもつ人であっても特別扱いしないで今までと同じような生活をさせようとする考え方)、自己決定の尊重(本人の自己決定を尊重し、現有能力ないし残存能力を活用しようという考え方)、身上配慮義務(本人の状況を把握し配慮する義務)の3つが掲げられている。

裁判所の公表資料によれば、毎年約2万人が財産管理を目的として、ほとんどが本人以外の申請によって、成年後見制度利用し、成年被後見人となっている<sup>(11)(12)</sup>。

## 2. 成年被後見人の選挙権の制限

すでに示したように、成年後見制度は、消費者被害等の財産管理上のリスクが高くなっている現状の中で、財産に関する行為を制限することによって本人を守るというためのものであるが、成年被後見人となった場合には、財産に関する行為とともに国民固有の権利である選挙権をも制限されるというものである（公職選挙法11条1項1文）。単純に考えれば、毎年約2万人が成年後見制度を利用し、成年被後見人となるということは、毎年約2万人の選挙権が奪われているということである。このように、毎年約2万人が選挙権を機械的に奪われているにも関わらず、成年被後見人の選挙権がなぜ制限されるのかについては明確にされてこなかった。そもそも、成年後見法（民法改正等）の成立に向けた段階における、1999年の145回衆議院法務委員会（7月2日）と146回参議院法務委員会（11月18日）<sup>(13)</sup>の中で、議員側が権利論あるいは人権論として展開し、なぜ、事理弁識能力がないとされると、選挙権が自動的になくなってしまうのか、また、取引の安全を図るための制度と自分は投票したいというのは違うのではないかと質問を投げかけ、成年被後見人の選挙権制限の撤廃（欠格条項の見直し）を求めたのに対して、政府側は、能力論あるいは資格付与という面から成年被後見人の選挙権制限を説明し<sup>(14)</sup>、議員側からの質問への明確な答えはなく、議論がかみ合うことはなかった。そういった経緯もあって、成年被後見人の選挙権の制約目的は、成年後見制度の成立の段階においてすら明確に示されてはいなかった<sup>(15)</sup>。では、成年被後見人の選挙権はなぜ制限されるのか、という疑問が残る。このような、疑問に対して、国は、現在、係争中である、東京地裁に成年被後見人の選挙権の確認を求めた訴訟（以下「東京訴訟」と略す）の口頭弁論の中で答えている。しか

し、東京訴訟の口頭弁論における国側の答えは、選挙権は能力のない人にも制限しない制度ではあるが、成年被後見人は制限されると主張してみたり、成年被後見人は、全員が「選挙権の行使に必要な最低限度の能力を欠く者」に該当するといひ、能力のない人は選挙から排除されるとしながらも、「選挙権の行使に必要な最低限度の能力を欠く者」であっても、成年被後見人とされない者の選挙権の行使（投票行為）は有効であると認めるなど、その主張は首尾一貫していない。

## III 選挙権の法的性格と選挙権の制限

成年被後見人の選挙権について考察するにあたって、まず、選挙権とは何か、そして、選挙権はどのような場合に制限されるのかといことを示す必要があると考える。そこで、以下において選挙権の法的性格について確認した上で、選挙権の制限がどのような場合に可能かをみていく。

### 1. 選挙権の法的性格——二元説と権利一元説

選挙権が国民主権原理の下で、国民固有の重要な権利であるということに疑いの余地はない。しかし、選挙権は他の自由権と異なり実際の選挙という公務によって権利を行使するということや、国家の立法機関の構成員（国民代表）の決定に関わるという意味での公共性などの選挙権のもつ特殊な性質ゆえに、その法的性格について、学説上争いがある。選挙権の法的性格については、自然権説、選挙公務説、権限説、二元説、権利一元説といくつかの学説があるが、1980年代の「選挙権論争」<sup>(16)</sup>から現在にいたるまで、二元説対権利一元説という対立の中発展してきており、多くの文献において二元説と権利一元説とに大別され説明されている<sup>(17)</sup>。そこで、本稿においても二元説と権利一元説の2つに限って説明することにする。

「選挙の目的は確かに国家のための国家機関即ち議会の創造である。しかし、それ故に選挙人は選挙人として国家の機関にとどまるのではなく、議会の創造のための不可欠の人的手段である。従って、選挙権は国家の機関としての活動の許容 (Zulassung der Tätigkeit) に止まるものでなく、政治的に困難な闘争の下に獲得された、選挙人の国家意思の形成に参与する権利 (Befugnisse) であり、「選挙権を国家のための公務 (Funktion) として、また、選挙権を公法によって与えられた主観的権利 (subjektive Berechtigung) として分離、区別するとき初めて問題の解決に到達し得る」<sup>(18)(19)</sup> というように、二元説とは、つまり、選挙権というものの中に公務員の選挙に関与する「公務」と国政への参加を国民に保障する「権利」の二重の性格を含むとする考え方である。この二元説は当初、選挙権の権利性よりも公務性を重視していたため、選挙権の公務性というものから広範な立法裁量を導き出していた。そのため、当初の二元説においては、選挙権の制限というものが容易に許容されていた。しかし、現在の二元説は、権利の制約に対して厳格な審査を課すことで立法裁量の範囲を狭め、選挙権の公務性よりも権利性を重視するようになってきている。ただ、「選挙が公務性をもつ以上、選挙権の行使は必然的に公務性をもたざるを得ない」<sup>(20)</sup> と選挙権の権利性を重視したとしても、選挙権の公務性自体が消えるわけではないとしている。現在、選挙権のもつ複雑な性格の説明のしやすさから、二元説が通説ないし多数説となっている。

権利一元説とは選挙権の公務性を否定した上で、フランス革命期以来の「人間としての権利」と「市民としての権利」の区別を前提に選挙権を人民 (プープル) の主権的権利と捉え、選挙権は「人民主権 (souveraineté po-

pulaire)」原理を採用する日本国憲法のもとでは、政治的意思決定能力をもつ者 (「人民主権」論の主権者人民を構成する権利) が主権の行使に参加する当然の権利とする考え方である。この権利一元説によれば、選挙権は権利の内制的制約にだけ服すものであり、それゆえ、選挙人の資格としては、「原則として主権行使に必要な意思決定能力のみが要件とされるべきである」<sup>(21)(22)</sup> とし、現行法上の制限には問題があるとしている。権利一元説は、初め、自然権説と混同され否定的に捉えられていた。確かに、選挙権を権利とする点では同じであるが、権利一元説と自然権説とは、権利の淵源を実定法に求めるのか、自然法に求めるのか、という明確な違いがある。現在では、そのような混同もなく、選挙権に公務としての性格を認めていない、この権利一元説は有力に唱えられている。

学説上においては、二元説と権利一元説の対立という形で展開しているが、裁判所は選挙権の法的性格について二元説を採用するか、権利一元説を採用するか明確な態度を示していない。選挙犯罪者の選挙権・被選挙権の停止に関する訴訟<sup>(23)</sup>において「選挙の公正はあくまで厳正に保持されなければならない」とし、選挙の「公正を阻害し、選挙に関与せしめることが不相当とみとめられるものは、しばらく、被選挙権、選挙権の行使から遠ざけて選挙の公正を確保すると共に、本人の反省を促すことは相当であるからこれを以て不当に国民の参政権を奪うものというべきでない」と選挙の公正という観点から権利の制限を認めているということから、二元説の立場を採用しているように見えるが、しかし、その一方で「選挙権を『国民の最も重要な基本的権利』であるとしたうえで、『それだけに選挙の公正はあくまでも保持されなければならない』としているのであり、むしろ枠組みとしては権利的構成をとっているよう

に見える」<sup>(24)</sup>。判例上においては、解釈の仕方一つで二元説を採用しているようにも、権利一元説を採用しているようにも見え、選挙権の法的性格の二元説・権利一元説という区別に必要性を感じていないようである。

また、近年、学説上においても、二元説と権利一元説に対しては「解釈論の次元では、機能的にみる限り、選挙権の基本的権利性が認められていればさしあたりは十分であり、一元説・二元説にあえてこだわる必要もない」<sup>(25)</sup>という意見や、「二元説のなかにあっても権利の側面をどれだけ強くとらえるかによってグラデーションの違いがあり、権利の側面を強く押しだしてゆけば権利一元説と紙一重になるだろう」<sup>(26)</sup>という意見もある。確かに、二元説が選挙権の権利性を重視し、権利の制約に対して厳格な審査を課すことによって、権利一元説に接近したことで、二元説・権利一元説との間の差異は公務性を認めるか否かということだけのようと思われる。結局、実際の選挙権の保障を考える際、あえて二元説・権利一元説という区別にこだわらず、選挙権は憲法上保障された基本的権利であるということ意識すれば十分ということになる。

## 2. 普通選挙と選挙権の制限

普通選挙原則とは、狭義では財力（財産、納税額）を選挙権の要件としない選挙を、広義では財力以外に教育や性別、社会的地位等を選挙権の要件としない選挙をさす。この普通選挙の前提には国民の多様さ、つまり、国民それぞれが能力的にバラバラだということがある。それゆえ、選挙権というものは原則として制限されてはならないものなのである。しかし、普通選挙を原則とするといっても、「憲法は、どのような選挙制度が国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させることになるのかの決定を国会の裁量にゆだねて」<sup>(27)</sup>おり、多数選挙制度ないし比例選

挙制度あるいは混合した選挙制度を採用するかは立法裁量にゆだね、選挙権の制限というもの（憲法上明記された選挙原則等の要請に反しない限りで）立法者に裁量が認められている。

この普通選挙の原則を前提に、選挙権の制限について日本国憲法は、15条1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」と国籍による制限を認め、15条3項において「成年者による普通選挙を保障する」というように、年齢による制限<sup>(28)</sup>についても憲法上認めている。少なくとも国籍と年齢により選挙権が制限されることは明らかだといえる。では、国籍と年齢以外にはどのような場合に選挙権は制限されるのだろうか。それは、選挙犯罪者の選挙権・被選挙権の停止に関する訴訟<sup>(29)</sup>の中で示された、選挙の公正保持、つまり、その人を選挙に参加させると選挙制度が破壊されてしまう場合であろう。その訴訟の中で裁判所は、選挙権が「国民の最も重要な基本的権利」である以上「選挙の公正はあくまでも厳粛に保持されなければならないのであって、一旦この公正を阻害し、選挙に関与せしめることが不相当とみとめられるものは、しばらく、被選挙権、選挙権の行使から遠ざけ選挙の公正を確保すると共に、本人の反省を促すことは相当であるからこれを以て不当に国民の参政権を奪うものというべきではない」と示し、選挙の公正保持による選挙権制限を許容している。確かに、選挙権が実際の選挙によって行使されているということを考えれば、仮に選挙の公正が害され、選挙制度が破壊されてしまうようなことが起きた際に、選挙権は行使の場を失い、行使することのできない形骸化した権利になってしまう。そのような障害の除去という意味での「選挙の公正保持」による制限は、選挙権を制限するためのやむを得ない制限事由というものになるだろう。ただし、在外日本国民の選挙権に関す

る訴訟において、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は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」、選挙権を制限するためのやむを得ない事由があるとは言えないと、選挙権の制限の合憲性の判断基準を示し、在外日本国民の選挙権について、在外選挙制度の対象となる選挙を両議院の比例代表選出議員の選挙に限定することには、(在外選挙における公正・公平のための制限だとしても)「通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げたことにより在外国民に候補者個人に関する情報を適切に伝達することが著しく困難であるといえなくなったこと、また、参議院比例代表選出議員の選挙制度の改正(平成12年法118号)により名簿登録者の氏名を自書することが原則とされて既に在外国民についてもこの制度に基づく選挙権の行使がされていること」を考慮すれば、選挙権を制限するためのやむを得ない事由があるとはいえないとしたように、選挙の公正保持ということによって選挙権を制限する場合であっても、その制限手段が最小限度でなければならないとしている<sup>(30)</sup>。

要するに、国籍による制限、年齢による制限、選挙の公正保持(制限手段は最小でなければならない)による制限という3点以外によって選挙権を制限することはできないと考えられる。

#### IV 成年被後見人の選挙権——考察

上述のように選挙権と選挙権の制限を理解した上で、成年被後見人の選挙権の制約目的を明らかにし、その制約目的に沿って成年被後見人の選挙権を考察をしていくことにする。

#### 1. 成年被後見人の選挙権の制約目的

先に示した通り、成年被後見人の選挙権の制約目的について、東京訴訟の口頭弁論の中で国側の主張は首尾一貫していないものの、概ね以下の2つのことを制約目的と考えているであろうことが読み取れる。1つめは、東京訴訟第1回口頭弁論(H23・5・1)の中で主張された、成年被後見人が事理弁識能力を有していないということは、意思能力がないということであり、それゆえ、当然、選挙権もない(選挙に関する判断能力がない)ということ、2つめは、第4回口頭弁論の中で主張された、選挙権行使の際に能力を欠く者に選挙権を認めると弊害(①白紙を投票してしまう、②候補者でない人の名を書く、③自分の意思でないのに誘導されて、その候補者の名を書いてしまう、という3点を挙げている)が生じるということである<sup>(31)</sup>。

一方、成年後見制度の利用件数の大幅な増加とともに改善すべき点や制度の限界もあきらかになってきたとして、12項目の改善提言<sup>(32)</sup>をする、日弁連の「成年後見制度に関する改善提言」によれば、必ずしも明確ではないとしながらも、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為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為される虞がある、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、の2点が成年被後見人の選挙権の制約目的であるとしている。

要するに、東京訴訟の口頭弁論における国の主張と日弁連の「成年後見制度に関する改善提言」とを勘案すれば、成年被後見人の制約目的として、3つのものが考えられる。それは、①成年被後見人には、選挙に関する判断能力がないということ、②現実的に成年被

後見人は選挙権の行使（投票行為）を行うことができないということ、③仮に、成年被後見人に選挙権を認めれば、不正投票等の弊害が生じるということの3点である。

## 2. 制約目的①（成年被後見人には、選挙に関する判断能力がない）について

そもそも、選挙権は能力によって制限できないものであり、選挙権の制限が許容されるのは、国籍、年齢、選挙の公正保持の3点に限られる。仮に選挙権に関する判断能力というものによる制限を認めたとしても、その制限手段の問題で制約目的①による成年被後見人の選挙権制限は正当化されないであろう。現行の後見開始審判の実務において成年被後見人予定者の投票関連の判断能力の有無・程度は審査の対象ではなく、「医師は鑑定を行う際、医学的所見を除けば専ら財産関係について管理や処分能力があるかどうかを判断するのであって、選挙権行使の能力について判断しているわけではない」<sup>(33)</sup>のであり、また、法律は成年被後見人の事理弁識能力が回復することを当然の前提としている（一定の要件の下、遺言可能であることなど）。このことから、必ずしも成年被後見人＝投票の際に必要な判断を行うことができない者というわけではなく、成年被後見人の中には、選挙に関する判断能力を有する者が含まれている。成年被後見人は、現行の公選法上、成年被後見人であるということによって一律全面的に選挙権を制限されている。このような制限では、成年被後見人ではあるが、選挙に関する判断能力を有する者の選挙権をも制限してしまうことになり、選挙権の制限手段は最小限度でなければならないということに反する。また、選挙に関する判断能力というもので制限してしまうと、同じ判断能力を有していたとしても、成年後見制度を利用して成年被後見人となった人とそうではない人との間で不平等を生む結果となってしまう。当然、

このような不合理な差別は憲法上許容されないものである。

以上のことから、制約目的①は成年被後見人の選挙権を制限するためのやむを得ない事由とは言えないだろう。

## 3. 制約目的②（成年被後見人は実際に選挙権の行使ができない）について

成年被後見人の中には事故や病気等によって植物状態となってしまう、投票行為どころか意思表示をすることさえも困難な人が含まれている。確かに、このような人は選挙権を認められたとしても実際に投票することはできないだろう。しかし、選挙権は行使できないからといってうばってしまっている類いのものではなく、また、投票行為が行われなければ単純に棄権扱いされるだけである。「権利だから不行使は当然許されるということとはかえって選挙権の積極的意義があいまいになる」<sup>(34)</sup>とも言われるが、現行法上、強制投票が採用されていない以上、棄権は禁止されているわけではない。そうであるならば、成年被後見人が選挙権を実際に行使できないということと、一般の有権者が投票に行かないということは同じ効果を発揮するのであって、このことをもって成年被後見人の選挙権を制限するためのやむを得ない事由足りえないであろう。仮に、実際に選挙権を行使できないという理由で選挙権を制限することが認められたとしても、成年被後見人であることによって一律全面的に選挙権を制限している現行法上の制限では、成年被後見人とされていても実際に投票行為の可能な人（ないし、郵便投票等の在宅投票制度を利用して投票可能な人）の選挙権をも奪う結果になる以上、選挙権の制限手段は最小限度でなければならないということに反する。

以上のことから、制約目的②もまた、成年被後見人の選挙権を制限するためのやむを得ない事由とは言えないであろう。

#### 4. 制約目的③（成年被後見人に選挙権を認めると不正投票等の弊害が生じる）について

成年被後見人に選挙権を認めると不正投票等の弊害が生じるというが、このようなことは、成年被後見人固有の問題ではない。成年被後見人に選挙権を認めたからといって不正投票が生じるのではなく、選挙が行われれば、それに付随して不正投票は生じてしまう。つまり、制度が存在すれば、その制度に対抗する存在もまた普遍的に存在してしまうのである。故に、不正投票をどのように減らしていくかということと、成年被後見人の選挙権とは別次元の問題である。また、東京訴訟で国側が挙げた3つの弊害（①白紙を投票してしまう、②候補者でない人の名を書く、③自分の意思でないのに誘導されて、その候補者の名を書いてしまう）についても同じく、成年被後見人固有の問題とはいえないだろう。白紙あるいは候補者でない人の名を書いて投票をしたとしても、一般の有権者だろうが成年被後見人だろうが、その効果は変わらず、単純に棄権したとして扱われるだけである。そして、「判断能力があっても、頼まれて選挙権を行使する人やお金で買収される人も」<sup>(35)</sup>おり、成年被後見人だけが自分の意思でないのに誘導されて、その候補者の名を書いてしまうわけではない。このような他者による不適切な影響の排除ということを重視するあまり、選挙権を奪ってしまう結果を招いては本末転倒であろう。

以上のことから、制約目的③についても成年被後見人の選挙権を制限するためのやむを得ない事由ということとは出来まいであろう。

ここまで、制約目的①～③が成年被後見人の選挙権を制限するためのやむを得ない事由足り得るかということのみてきたが、少なくとも本稿の考察においてはいずれも、成年被

後見人の選挙権を制限するためのやむを得ない事由とすることは出来ない。そして、そうであるならば、現行の公選法による成年被後見人の選挙権制限規定というものには、何らその制限を正当化する根拠というものが存在せず、理由なく「憲法上認められた、かけがえのない、代替性のない権利であり、しかもさまざまな社会参加の原点でもある」<sup>(36)</sup>選挙権を制限してしまっている。このように、成年被後見人であることによって選挙権を制限している公選法11条1項1文は、本稿の考察においては違憲の疑いが非常に強いと言わざるを得ない。

#### V おわりに

「選挙権の実質は、投票という積極的行為を行うことにあり、形式的に選挙権としての資格を付与されても、選挙権行使が保障されなければ、憲法が選挙権を国民固有の権利として保障した意義は失われる」<sup>(37)</sup>というように、選挙権の一内容として憲法は実質投票機会の確保を要請している。本稿でここまで考察してきた成年被後見人の選挙権についても、その成年被後見人に対する選挙権制限規定が撤廃され、選挙権が認められたとしても、成年被後見人の中で投票所に行くのが困難な人（現行の在宅投票制度において対象外とされてしまう人<sup>(38)</sup>）の選挙権行使の実質的機会が保障されなければ、成年被後見人の選挙権が本当の意味で保障されたとはいえないであろうし、成年被後見人にとって選挙権というものは形骸化した権利になってしまう。このような事態に陥らないためにも、すべての有権者が日常生活を営む中で、特別の負担なく投票できるような投票制度（在宅投票制度の整備も含めて）が必要である。今後は、「投票弱者」の概念<sup>(39)</sup>を持つイギリスや委託投票や巡回投票等の在宅投票制度を持つドイツなどの諸外国の状況を整理しつつ、選挙権の実質的投票機会の確保というものを考

えていかなければならないだろう。

とりあえずは、成年被後見人の選挙権制限規定である公選法11条1項1文が撤廃されることを望みつつ、現在係争中である成年被後見人の選挙権に関する4つの訴訟を注視していくことにしたい。

注

- (1) 「高齢化率」とは65歳以上の人が総人口に占める割合のことをいい、その高齢化率が7%を越えると「高齢化社会」、14%を越えると「高齢社会」、21%を越えると「超高齢社会」といわれる。
- (2) 表(1)をみる限り、成年後見制度を利用している人の多くが65歳以上の高齢者である。
- (3) 成年後見制度研究会「成年後見制度の現状の分析と課題の検討～成年後見制度の更なる円滑な利用に向けて～」参照
- (4) 最大判S30・2・9刑集9巻2号217頁  
この判決の中で、参政権の侵害に関して「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ことは所論のとおりであるが、それだけに選挙の公正はあくまでも厳粛に保持されなければならないのであって、一旦この公正を阻害し、選挙に関与せしめることが不適当とみとめられるものは、しばらく、被選挙権、選挙権の行使から遠ざけて選挙の公正を確保すると共に、本人の反省を促すことは相当であるからこれを以て不当に国民の参政権を奪うものというべきではない」と示している(傍線は筆者)。
- (5) 例えば、最大判S30・2・9刑集9巻2号217頁、最判H17・9・14民集59巻7号2087頁、最判H18・7・13判時1946号41頁など。
- (6) 日本弁護士連合会「成年後見制度に関する改善提言」(H17・5)、日本成年後見法学会「法定後見実務改善と制度改正のための提言」(H20・7)
- (7) ただし、在外日本国民の選挙権に関する訴訟の第一審判決(東京地判H11・10・28判時1705号50頁)および第二審判決(東京高判H12・11・8判タ1088号133頁)において憲法判断を避けたように、今回の成年被後見人の選挙権に関する訴訟に関しても、憲法問題として正面から扱うことを避ける可能性もある。

- (8) 川崎和代『障害をもつ人の参政権保障をもとめて』(かもがわ出版、2006年)23、24頁
- (9) 細川瑞子『知的障害者の成年後見の原理 第2版』(信山社、2010年)15頁
- (10) 前掲注(9)15、16頁
- (11) 成年後見制度における申立人と本人の関係については、表(2)を参照。
- (12) 後見開始の審判の申立・認容件数については、表(3)を参照。
- (13) 145回衆議院法務委員会議事録(平成11年7月2日)、146回参議院法務委員会議事録(平成11年11月18日)については、国会会議録検索システム(<http://kokkai.ndl.go.jp/>)によって簡単に手に入る。
- (14) 政府側は、①公職選挙法では禁治産者は心神喪失の常況にある者であって、選挙権・被選挙権を有しないとされていること、②民法改正により「禁治産者」は「成年被後見人」へと呼称が変わるが、その対象者は一致、③欠格条項の見直し基準としては、個別的な能力審査手続があるものは存置する必要はないが、そうでないものは一般的な欠格条項として存置する、と説明した。そして、その説明の中で「付与する段階において、その資格にふさわしい能力を有しているかどうかについて審査を行われるべき」(細川清法務省民事局長)ないし、「選挙時に個別に意思能力を審査することも困難でありますことから、従来の禁治産者と同様、成年被後見人について選挙権及び被選挙権を有しないこととしている」等、言葉の端々に能力論的、あるいは資格付与的なニュアンスを含んだ発言をしている。
- (15) 成年後見法成立時の経緯については、前掲注(9)306、307頁を参照
- (16) 辻村みよ子『「権利」としての選挙権』(勁草書房、1989年)2頁以下参照
- (17) 例えば、芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第5版』(岩波書店、2011年)、工藤達朗・畑尻剛・橋本基弘『憲法 第4版』(不磨書房、2011年)、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I 第5版』(有斐閣、2012年)
- (18) 林田和博『選挙法』(有斐閣、1985年)39頁
- (19) 林田教授は、P・ラーバントの公務説、G・イエリネックの権限説、そして、イエリネックの権限説に対するO・マイヤーの批判を示し、それらの帰結としての二元説を説明するにあたって、意図して(真意は分からないが)権利という言葉に

- Rechteではなく、Befugnisseという語をあてていると考えられる。しかし、一般的に、Befugnisseには、権利ではなく権能や資格という訳語があてられることが多い。
- 20 野中俊彦『選挙法の研究』(信山社、2001年) 42頁
- 21 前掲注16)189頁
- 22 ただし、ここで想定されている主権行使に必要な意思決定能力というものが、具体的にどのようなものかについては、明らかにされていない。
- 23 前掲注(4)参照
- 24 岡田信弘「選挙権・被選挙権の本質と選挙の公正」『憲法判例百選Ⅱ 第5版』(有斐閣、2007年) 331頁
- 25 前掲注20)32頁
- 26 高橋和之編・安西文雄・佐々木弘通・毛利透・浅野博宣・巻美矢紀・穴戸常寿『ケースブック憲法』(有斐閣、2011年) 671頁 (安西文雄執筆部分)
- 27 最大判 H21・9・30民集63巻7号1520頁
- 28 選挙権の年齢要件に関して「憲法は20歳以上にその年齢を引き上げることを禁止したのであって、立法政策上、選挙権者の年齢要件を20歳より低くすることは、認められる。」工藤達朗・畑尻剛・橋本基弘『憲法 第4版』(不磨書房、2011年) 242頁 (畑尻剛執筆部分)
- 29 前掲注(4)参照
- 30 最大判 H17・9・14民集59巻7号2087頁
- 31 東京訴訟の口頭弁論の簡単な流れについては、成年後見制度選挙権を考える会のHPを参照 <http://www.7b.biglobe.ne.jp/~seinenkoukensenkoken0201/>
- 32 日弁連の「成年後見制度に関する改善提言」の中で、提言として①申立手続の簡略化、②鑑定手続の省略、③登記アクセスの改善、④審判書及び登記事項の改善、⑤銀行実務の扱いの改善、⑥報酬制度の明確化、⑦医療同意と後見人の職務、⑧本人の死亡後の後見任務の範囲、⑨家裁の後見監督機能の強化、⑩市町村長申立の活性化、⑪成年後見人等報酬の公的援助の抜本的拡充、⑫成年被後見人の選挙権の確保の12項目が示されている。
- 33 前掲注(8)24頁
- 34 前掲注20)47頁
- 35 前掲注(9)315頁
- 36 前掲注(9)313頁
- 37 東京地判 H14・11・28判タ1114号93頁

- 38 現行の郵便投票(公選法49条2項)の対象者については、表(4)を参照。
- 39 投票弱者とは「法律の下で障害により投票できないと申告した人」(The representation of people act: 2000年制定)

表

(1)

・65歳以上の成年後見制度利用者の割合

	全体に対する割合(男性)	全体に対する割合(女性)
H20(1~12月)	61.3%	82.5%
21(1~12月)	62.7%	84.5%
22(1~12月)	63.5%	85.3%

\*裁判所 公表資料 成年後見関係事件の概況 参照

(2)

・成年後見制度(H23 1~12月)

申立人と本人の関係

本人	2217	法定後見人等	221
配偶者	2438	任意後見人等	486
親	1912	検察	5
子	11867	市区町村長	3680
兄弟姉妹	4374		
その他親族	4360	総数	31560

\*裁判所 公表資料 成年後見関係事件の概況 参照

(3)

・後見開始の審判の申立・認容件数

期間	申立件数	認容件数
H23・1~12	25905	24092
H22・1~12	24905	23119
H21・1~12	22983	21264
H20・1~12	22532	20695

\*裁判所 公表資料 成年後見関係事件の概況 参照

(4)

- ・身体障害者（身体障害者手帳に以下の記載のあるもの）

障害名	1級	2級	3級
両下肢、体幹、移動機能の障害	○	○	○
心臓、腎臓、呼吸器、ぼうこう、直腸、小腸の障害	○	なし	○
免疫、肝臓の障害	○	○	○

- ・要介護者

要介護度	1	2	3	4	5
	×	×	×	×	○

- ・戦傷病者（戦傷病者手帳に以下の記載のあるもの）

障害名	特別	1	2	3
両下肢、体幹の障害	○	○	○	×
心臓、じん臓、呼吸器、ぼうこう、直腸、小腸、肝臓の障害	○	○	○	○

\*戦傷病者についてはさらに、両下肢等の障害の程度がこれらの障害の程度に該当することにつき、戦傷病者特別援護法施行令に規定する戦傷病者手帳交付台帳を備える都道府県知事が書面により証明した者についても認める。