

## 意思能力と事理弁識能力

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法科大学院 公開日: 2021-05-28 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 平田, 厚 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/21761">http://hdl.handle.net/10291/21761</a>

## 意思能力と事理弁識能力

The ability to make decisions or to judge something

平 田 厚

### はじめに

平成29年の民法改正により、民法3条の2が新設され、「法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は、無効とする。」と規定されることとなった。この条文は、素直に読む限り、自明なことを確認するだけの規定であって、何ら解釈論が必要となるようにも見えない。

しかしながら、民法には、事理弁識能力、行為能力、責任能力などの能力概念が存しており、民法3条の2に規定された意思能力がこれらの能力概念とどのような関係に立つかについては必ずしも自明ではない。これらの概念の相互の関係性については、中舎寛樹教授がつとに検討されてきたところである<sup>(1)</sup>。本稿では、これらの能力概念のうち、意思能力と事理弁識能力に限定して、それらの概念の相互の関係性を検討することとしたい。

---

(1) 中舎寛樹「意思能力・行為能力・責任能力・事理弁識能力」『民法トライアル教室』(有斐閣, 1999年) 1頁以下。

## 1 意思能力・事理弁識能力の従来理解

民法には、意思能力と事理弁識能力とが規定されている。

意思能力については、明治における民法の立法者は、意思無能力者の法律行為について法律効果が発生しないことを自明のこととし、そのことが自明であるがゆえに明文化する必要はないと考えていたようである<sup>(2)</sup>。判例も意思能力を有しない者の法律行為は無効であると解してきた（大判明治38年5月11日民録11輯706頁など）。

しかし、民法債権法改正によって、「法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は、無効とする。」という条文が民法3条の2として新設され、民法における意思能力の自明性は、明文化によって改めて条文解釈論の枠組みに入ってきたのである。

これに対して、成年後見開始審判等では、「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」（民法7条）などとする条文が設けられており、意思能力とは別に事理弁識能力という概念を規定している。事理弁識能力は、行為能力制限制度に必要な概念として捉えられており、意思能力とは異なる機能を有する概念であるとされてきた。

また、過失相殺の要件として、判例（最判昭和39年6月24日民集18巻5号854頁）は、「被害者たる未成年者の過失を斟酌する場合においても、未成年者に事理を弁識するに足る知能が具わっていれば足り、未成年者に対し不法行為責任を負わせる場合のごとく、行為の責任を弁識するに足る知能が具わっていることを要しないものと解するのが相当である」と判示し、ここでも事理弁識能力という概念を用いてきた。

そうだとすると、意思能力概念と事理弁識能力概念とは、同じ概念なのかそれとも全く別な概念なのか問題となってくる。平成11年の成年後見法改正の立法担当者の説明では、事理弁識能力とは、知的能力・日常的な事柄を理解

---

(2) この点については、熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』（有信堂、2003年）65頁以下を参照。

する能力（狭義の事理弁識能力）・社会的適応能力の3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あるとされている<sup>(3)</sup>。これに対して、意思能力とは、法律行為の結果を弁識するに足る能力であると解するならば<sup>(4)</sup>、意思能力と事理弁識能力は異なる概念であることとなろう。

もともと、「事理弁識能力」は、事実上の精神能力の程度を人為的な画一的・客観的な基準に従って3段階に分けそれぞれ所要の保護機関を付する際の段階づけのための尺度を示す概念であり、他方、「意思能力」は、個別行為の有効・無効を決める尺度として用いられる概念であり、尺度に違いがあるとの説明もなされてきた<sup>(5)</sup>。そうだとすれば、その実質的内容には差異がないとの評価が成立しうるだろう<sup>(6)</sup>。

なぜなら、意思能力が個別行為の有効・無効を決める尺度であって、事理弁識能力が精神能力の程度を画一的・客観的な基準を定める尺度であるとすれば、少なくとも事理弁識能力を欠く状態に至っている場合、意思能力がないことと論理的に等値であると考えられるからである<sup>(7)</sup>。したがって、意思能力のない者の法律行為については、その後成年後見開始審判を受けた場合、その後の本人の法律行為について、取消と無効の二重効の問題も生じることになる<sup>(8)</sup>。

## 2 債権法改正における議論

もともと民法が能力概念を導入している意味につき、人間の行動に関する原理・原則的な要請であると考えられるのか、それとも、ある法律問題を解決するた

---

(3) 小林昭彦・大門匡・岩井伸晃編著『新成年後見制度の解説 [改訂版]』（きんざい、2017年）51頁注(4)

(4) この点については、中舎・前掲注(1)3頁以下を参照。

(5) 須永醇『意思能力と行為能力』（日本評論社、2010年）333頁注(24)。

(6) 村田彰「意思能力と事理弁識能力」赤沼康弘編『成年後見制度をめぐる諸問題』（新日本法規、2012年）35頁

(7) 山野目章夫『新しい債権法を読みとく』（商事法務、2017年）40頁

(8) 二重効については、須永・前掲注(5)221頁以下を参照。

めの一つの法技術にすぎないと捉えるのかという問題がある<sup>(9)</sup>。前述した民法の規定及び判例は、それぞれの制度における問題解決（ある法律行為の有効無効、行為能力制限の根拠の有無、過失相殺の根拠の有無）を図るための道具概念として用いられている。そうだとすれば、意思能力は有無のみが問題となり、事理弁識能力はその程度こそが問題となるともいえよう。

ところが、民法債権法改正の議論において、さらに新たな考え方が示されるようになってきている。山本敬三教授は、民法債権法改正における議論を詳細に検討し、能力概念を「存立要件としての能力」と「資格要件としての能力」とに分け、「資格要件としての能力」には、「合理的判断能力」と「意味理解能力」とが含まれているとし、「合理的判断能力」が成年後見制度において示されてきた事理弁識能力を指しているのであって、「意味理解能力」が従来から指摘されてきた意思能力ではないかと問題提起している<sup>(10)</sup>。

山本教授は、「存立要件としての能力」とは、「およそ人の行為があるといえるための前提となるミニマムな能力」とし、「資格要件としての合理性判断能力」については、行為能力制度と同質的なものであるとしている<sup>(11)</sup>。もっとも、民法9条ただし書が日常生活に関する行為について取消権が及ばないとしているのは、本人に日常生活に関する行為を行う能力があるからであると解するのか、それとも、本人保護の観点から取消権が及ばないと政策的に定められていると解するのかによって、意思無能力規定にもただし書を設けるべきかという問題が生ずることとなる。

確かに山本教授の指摘は妥当であり、事理弁識能力と意思能力はそれぞれ異なった側面を重視しており、それぞれ別の機能を有する概念であると思われる。特に、成年後見開始審判がなされた場合の日常生活に関する行為の特則を理解するに当たっては、先のどの能力概念に含めて考えられるかによって行為

---

(9) 中舎・前掲注(1)2頁

(10) 山本敬三「民法の改正と意思能力の明文化—その意義と残された課題」水野紀子・窪田充見『財産管理の理論と実務』（日本加除出版，2015年）23頁以下。

(11) 山野目章夫編『新注積民法（1）』（有斐閣，2018年）376頁以下〔山本敬三執筆〕

の取消権が及ぶか及ばないかが決まってくると思われる。

ただし、そうだとすれば、定型的に合理的判断能力を喪失していると評価できるものの（成年後見開始審判を受けているということになる。）、対象行為によっては意思能力が存するという理論的帰結が、日常生活に関する行為だけに限られず、ありうることにもなるとされる。またその逆に、定型的に合理的判断能力は存しているものの、対象行為によっては意思能力が存しないという理論的帰結も十分に成り立ちうることになる。したがって、民法3条の2の規定は、「潜在的な破壊力を秘めた規定」との評価も成り立つこととなるだろう<sup>(12)</sup>。

### 3 事理弁識能力の意味 ～ 民法9条ただし書の解釈

#### (1) 事理弁識能力の意義

事理弁識能力とは、ものごとの意味あるいは自らの行為の意味を理解する精神的能力と定義されている<sup>(13)</sup>。そのような意味として理解する限り、事理弁識能力と意思能力は同義のものと解されてきた。

我妻栄博士によれば、意思能力とは、「自分の行為の結果を判断することのできる精神的能力であって、正常な認識力と予期力とを含むものである。」とされている<sup>(14)</sup>。後述するように、意思能力の定義も事理弁識能力の定義は、いずれも自己の行為の結果を判断する精神的能力とする点ではほぼ同義のものと理解されている<sup>(15)</sup>。

そして、このような能力を獲得する年齢は、裁判例を参考にして、当初はお

---

(12) 中田裕康ほか『講義 債権法改正』（商事法務、2017年）21頁〔大村敦志執筆〕。ただし、大村教授は、「この点は今後の運用次第ではありますが」と前置きしている。

(13) 前掲注(11)・『新注釈民法(1)』489頁〔小賀野晶一執筆〕

(14) 我妻栄『新訂民法総則』（有斐閣、1965年）60頁

(15) 我妻栄・有泉亨（清水誠補訂）『コンメンタール民法総則（第3版）』（日本評論社、2002年）57頁、77頁

およそ6歳程度とされていたが<sup>(16)</sup>、その後の裁判例の変遷に応じて、おおむね7歳程度とされ<sup>(17)</sup>、近年は7歳から10歳程度と少しずつ上昇してきたのである<sup>(18)</sup>。

## (2) 日常生活に関する行為の能力

事理弁識能力を欠く常況にある場合に成年後見開始審判をなしうるのであるが（民法7条）、成年後見開始審判がなされたとしても、成年後見人は成年被後見人がなした日常生活に関する行為について取り消すことができないものとしている（民法9条ただし書）。

民法7条ただし書の規定は、日用品の購入をする際に意思能力があることを前提とし、成年被後見人に意思能力はあるけれども事理弁識能力がないという状態が想定されていることになるのだろうか<sup>(19)</sup>。内田貴教授は、そのような理解が1999年改正の立案担当者の考えであり、民法起草者の発想も同じであったとされている<sup>(20)</sup>。

1999年改正における立案担当者の考え方は、そうであったのだろうか。確かに、立案担当者は、「重度の精神上的の障害により通常は判断能力を欠く状態にある以上、通常は、日常の買物等も成年後見人に代理してもらうことが多いものと思われませんが、制度のあり方として、一時的に意思能力があるときには日常の買物等を自ら行うことができるような制度とすることが、自己決定の尊重およびノーマライゼーションの理念に沿うものということができます。」と

---

(16) たとえば、星野英一『民法概論Ⅰ（改訂版）』（良書普及会、1984年）106頁では、一応6歳くらいが目安とされており、内田貴『民法Ⅰ（第4版）』（東京大学出版会、2008年）103頁では、6歳から7歳くらいとされている。

(17) たとえば、北川善太郎『民法総則（第2版）』（有斐閣、2001年）41頁では、満7歳程度あたりが目安とされており、山本敬三『民法総則（第3版）』（有斐閣、2011年）39頁では、一般に7歳程度の知的判断能力が一応の目安とされている。

(18) たとえば、四宮和夫・能見善久『民法総則（第9版）』（弘文堂、2018年）44頁、山野目・前掲注(7)40頁など。

(19) この指摘については、内田貴『改正民法のはなし』（民事法律協会、2020年）97頁による。

(20) 内田・前掲注(15)97頁

述べている<sup>(21)</sup>。しかし、民法7条ただし書は、成年被後見人の意思能力の一時的な回復の有無にかかわらず、「日常生活に関する行為」については、本人の判断に委ね、取消権の対象から除外しているのである<sup>(22)</sup>。

確かに、日常生活に関する法律行為は、金融取引や不動産取引ほどの高度な知的能力を要するものではなく、日用品の売買契約などは、比較的低い知的能力があれば足りるというべきである。また、対象が高度な経済取引であっても、取消権の行使や解除の意思表示（クーリングオフを含む。）に関しては、高度な知的能力は必要でなく、「契約をやめたい」という比較的低い知的能力があれば足りるというべきである。したがって、日常生活に関する法律行為については、能力の段階論を前提とする限り、かなり低い知的能力で足りるとすることは可能である。

しかし、そうだからといって、民法9条ただし書の解釈において、成年被後見人が常に日常生活に関する行為の意思能力を保有していると仮定することは、決して望ましいことではないように思われる。認知症高齢者は、認知症の中核症状として、短期記憶障害と見当識障害を有しているのであり、日用品の購入においても、たとえば豆腐や卵など消費期限の短い食品を一日のうちに繰り返し購入してしまうことがある。それは短期記憶障害に基づく場合が多い。そのような場合に、本人が成年後見開始審判を受けていても、民法9条ただし書によって取消権の行使が制限されるとすれば、代金支払義務は免れないことになってしまうのであろうか。そのような場合に、意思能力がなかったと争うこともできないと解するのは問題があるように思われる。

そうだとすれば、民法7条ただし書の規定は、成年被後見人が意思能力を有しているのかどうかにかかわらず、社会的包摂およびノーマライゼーションの理念に照らして、原則的に取消権の介入を排除するものの、もし成年被後見人が保護機関の支援を要する程度に能力が減退しているときには、例外的に意思

---

(21) 小林・大門・岩井編著・前掲注(3)106頁(注1)

(22) 小林・大門・岩井編著・前掲注(3)105頁

能力がないと判定して保護することも可能とみるべきではないだろうか<sup>(23)</sup>。

### (3) 判断能力不十分な者の権利擁護という視点

ここで、判断能力が不十分な者に対する権利擁護がどのようにあるべきかという視点から再検討してみたい。権利擁護の概念において、ことさら「本人の意思や意向の尊重」という用語が使用されてきたのは、仮に意思能力がないとしても、いわゆる愚行権を含む本人の表明した意向が尊重されるべきであるとしているのであって、少なくとも日常生活の範囲内における本人の行為については、原則的に介入しないことをもって、自己決定権の尊重が重要であるとしているのではないかと思われる<sup>(24)</sup>。

このような視点からすると、意思決定支援という用語は、法的な判断を行う場面の「意思」を決定する支援だけを指す用語となってしまう、その対象とする範囲は、非常に狭いものになってしまう。むしろ、権利擁護の視点からは、意思能力の有無にかかわらず、本人の意思や意向を尊重するという意味で、自己決定支援という広義の用語が適切であるように思われる。もっとも、本人の意向の尊重という趣旨で本人の意思能力の有無を問わないものとする、本人の自己決定に名を借りた違法行為を招来してしまう危険があることも否定できない。したがって、過度のパターナリズムによる介入は妥当でないにしても、自己決定の尊重という理念と適切なパターナリズムによる本人の保護という理念が調整されなければならないと思われる。

事理弁識能力の有無は、7歳程度の知的能力をもって画するものとしながら、それでも成年被後見人は日常生活に関する意思能力は有しているとする限り、日常生活に関する法律行為は、典型的に6歳程度の知的能力があれば足りると

---

(23) この点については、須永醇『『日常生活に関する行為』の法理についての覚書』『須永醇 民法論集』(酒井書店、2010年)所収35頁を参照。

(24) この点に関する筆者の考え方については、拙著『権利擁護と福祉実践活動』(明石書店、2012年)、拙著(秋元美世教授との共著)『社会福祉と権利擁護』(有斐閣、2015年)を参照されたい。愚行権については、同共著書『社会福祉と権利擁護』192頁以下を参照されたい。

いうおかしな結論になりかねないのではないだろうか。7歳程度の知的能力という考え方は、過失相殺の場面だからこそ事理弁識能力として出てくるのであって、常に事理弁識能力の有無を画する年齢であると考えるべきではないと思われる。

#### (4) 過失相殺能力と事理弁識能力

そこで過失相殺能力について検討することとする。過失相殺の場面で、被害者に事理弁識能力が必要であるとされているのは、損害の発生を避けるのに必要な注意をする能力がなければ、被害者の過失を斟酌することは許されないからである。客観的な状態から損害の公平な分担などという抽象的命題をもって損害額を相殺することは認められるべきではない。

もとより過失相殺が認められるのは、被害者に損害を分担せよという法的判断にほかならないのであって、被害者に治療費などの積極的損害の一部を自己負担せよということなのである。結果論的かつ客観的外観的に「損害の公平な分担」などという神のような視線で被害者に損害の一部負担を認めるのは、被害者が損害の一部負担を受忍すべき正当化事由が存する場合に限られるべきである。そのための正当化事由の一つが過失相殺能力であるというべきであろう<sup>(25)</sup>。

そして、過失相殺の場面において、何歳程度の能力があれば足りるのかという問題提起がなされるのは、交通事故という定型的処理の要請があるからなのであって、法益侵害の種類や態様によっては、事理弁識能力の判定が異なってくるものと解される<sup>(26)</sup>。

つまり、交通事故という法益侵害の類型では、被害者が損害の発生を避けるのに必要な注意をする能力は、「赤信号で道路を渡ってはいけない。」とか「道

---

(25) 素因減責や好意同乗に関する過失相殺条項の類推適用も、これと同じ文脈において考えるべきである。

(26) この点については、窪田充見『過失相殺の法理』（有斐閣、1994年）207頁以下に詳しい。

路に急に飛び出してはいけない。」などといった社会生活上の基礎的な注意能力であるからこそ、7歳程度の知的能力で足りるのである。そうだとすれば、現代の複雑化した社会生活においては、たとえ日常生活に関する法律行為であっても、それほど単純な知的能力で足りるものではないのであって、そもそも意思能力や事理弁識能力の有無を画する7歳程度の知的能力という定式化が不十分であるように思われる。

加藤雅信教授は、「7歳から10歳程度の通常児ぐらいから意思能力が備わると通常いわれるが、一律の基準と考えるべきではない。その意思に従って変動する権利義務の重大さによって意思能力の基準は異なる。」<sup>(27)</sup>と指摘されており、そのような考え方が妥当であろう。

## 4 意思能力の意味

### (1) 意思能力の意義

意思能力の意義については、事理弁識能力に関して前述したところであるが、ここでも再論しておくとして、一般に、「自己の行為の法的な結果を認識・判断することができる能力」と定義されている<sup>(28)</sup>。

意思能力については、前述した山本敬三教授の指摘により、多元的な理解が存することが明らかにされた。まず、①「行為の存立要件としての能力」とは、「およそ人の行為といえるための前提となるミニマムな能力」とされている。次に、②「資格要件としての合理性判断能力」とは、「十分に自己の利害得失を認識して経済合理性に則った意思決定をするに足る能力」とされている。そしてさらに、③「資格要件としての意味理解能力」とは、②のような意思決定の前に、「そもそも自分がしていることの意味を理解する能力」とされている。

そして、山本教授によれば、②の「資格要件としての合理性判断能力」が行

---

(27) 加藤雅信『民法総則（第2版）』（有斐閣、2005年）76頁

(28) 四宮・能見・前掲注(18)44頁、山本・前掲注(17)39頁など。

為能力制度で問題とされている能力であって、この面での意思能力は事理弁識能力と同質的なものとされている。しかし、意思能力が個別的な判断を必要とするのに対して、行為能力制度は能力の有無を定型的に判断することとなるため、この側面における意思能力制度は、行為能力制度を補完する一般的な制度として位置づけられるとされている。

これに対して、③の「資格要件としての意味理解能力」は、法律行為の性質に応じて異なるその意味を理解する能力として捉えるものとする、法律行為の種類に応じて意味理解能力が異なってくるため、法律行為の類型ごとに能力の有無が判断されることとなり、適合性原則に相当するものとの連続性を有することになるとされている<sup>(29)</sup>。

## (2) 行為能力制度の意義

行為能力制度は、個別的な行為に対する意思能力の有無を立証することの困難さを救済して本人を保護するため及び取引の相手方に能力者かどうかを示して取引の安全にも配慮するために認められているのであって、ひとたび制限行為能力者とされてしまえば、能力に関する立証を要することなく、本人の法律行為を取り消すことができるところに存立理由が存していると考えられる<sup>(30)</sup>。つまり、判断能力が不十分な者を法律行為の結果に対する責任から保護するための装置として、行為能力制度が設けられているのである。

意思能力概念も、山本敬三教授が指摘しているように、行為の存立要件や資格要件として機能する概念であろう。ただし、行為能力概念と意思能力概念とは機能を異にしているようにわれる。意思能力概念は、判断能力が不十分な者の法律行為に対して法的な無効判断を加えることにより、本人に法律行為の結果を帰責させないで、本人を保護するための概念であるだけでなく、法的な有効判断を加えることにより、本人に法律行為の結果を帰責させる正当化根

---

(29) 以上につき、山本・前掲注(11)383頁以下を参照。

(30) この点については、四宮・能見・前掲注(18)46頁、山本・前掲注(17)42頁、中舎寛樹『民法総則(第2版)』(日本評論社、2018年)132頁以下を参照。

拠を付与する概念でもある。裁判例における意思能力の概念は、そのような本人の保護機能と本人の帰責正当化機能とを表裏一体としているのではないかと思われる。

我妻栄博士は、意思能力概念について、「『各個人は、原則として自己の意思に基づいてのみ、権利を取得しまたは義務を負担する』という近代法の根本原理に基づくもの」としており<sup>(31)</sup>、そのような近代法の根本原理は、意思能力概念の消極的な本人の保護機能と積極的な本人の帰責正当化機能の両面を示しているものと考えられる。

そうすると、意思能力の有無については、本人によってなされた具体的な法律行為について、本人にその結果を帰責させるべきかどうかという観点から、本人の客観的な知的能力の程度、本人にとっての当該行為の必要性、当該行為の複雑性などの法的性質を総合的に勘案して決定すべきであると思われる。これに対して、事理弁識能力の有無と程度については、これからの本人の生活支援体制をどのように構築するのが妥当かという観点から、本人の客観的な知的能力の程度、本人にとっての全般的な生活支援の必要性、本人の生活支援に必要と考えられる法律行為の種類・頻度・複雑性などを総合的に勘案して決定すべきであると考ええる。

### (3) 民法3条の2の意味

民法3条の2では、「法律行為の当事者が意思表示をした時に意思能力を有しなかったときは、その法律行為は、無効とする。」という文言で意思能力に関する規律が規定されるに至った。民法3条の2は、その文言のとおり、本人のなした法律行為は意思能力を欠いていたとして、無効判断を加えることにより、法律行為の結果を本人に帰責させない機能が認められる。

しかし。民法3条の2の解釈としては、そのような消極的な本人の保護機能についてだけでなく、むしろ、同条文の反対解釈として、本人のなした法律行

---

(31) 我妻・前掲注(14)60頁

為に対し、本人は十分な意思能力を有していたとして、後日その無効が争われたとしても、その紛争に対して有効判断を加えることにより、本人に法律行為の結果を帰責させる正当化根拠を付与する積極的な機能をもたらす可能性のほうが大きいともいいうるのである。

そうだとすれば、意思能力の有無が判断されなければならない裁判例において、今後どのように判例法理が形成されていくのかに注目しておかなければならないであろう。

## 5 意思能力概念と裁判例の検討

以上のような理論的状況のもとで、これからの意思能力概念がどのように判例によって形成されていくのかは全く未定である。したがって、実際の裁判例を検討しながら、民法3条の2に定められた意思能力規定がどのように機能していくべきなのかを考えていくことが必要だろう。そこで本稿では、平成10年以降の裁判例を取り上げ、具体的な裁判例がどのような場合に意思能力の有無・法律行為の有効無効を判断しているのかを検討することとしたい。なお、以下に掲げる裁判例については、拙著『民事における意思能力の判断事例集—取引行為、遺言、婚姻、養子縁組等—』（新日本法規，2020年）を参照されたい。

平成10年以降の裁判例を取り上げるのには、3つの理由がある。まず第1に、社会福祉基礎構造改革によって公的介護保険制度が導入され、高齢者に関しては、要介護認定の過程で主治医意見書が作成され、そこに本人の意思能力に関する記載がなされるようになったことに基づく。障がい者に関しては、障害者総合支援法における障害支援区分によって、意思能力に関する記載がなされることがある。平成10年ころまでの裁判では、意思表示をしたとされる本人について、過去のある時点で本人に意思能力がなかったことの立証手段がほとんど存在していなかったが、平成10年以降は、ある程度、主治医意見書等によって立証手段が備わることとなったと評価できる。

次に第2に、禁治産宣告制度が成年後見制度へと改正が行われ、さらに成年後見制度の利用が促進され、その過程で医師の診断書や鑑定書により、本人の意思能力に関する記載も多くなされるようになったことが挙げられる。これも主治医意見書と同様に、本人の過去のある時点での意思能力を立証する資料が整えられてきたものと評価しうる。

さらに第3には、これまでの優れた先行研究がおおよそ平成10年ころまでの裁判例を検討しているからである。意思能力概念や行為能力制度に関しては、多くの先行研究が存しており、前田泰『民事精神鑑定と成年後見法』（日本評論社、2000年）、高村浩編著『民事意思能力と裁判判断の基準』（新日本法規、2002年）、新井誠・西山詮編『成年後見と意思能力』（日本評論社、2002年）、熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』（有信堂、2003年）などがあり、それらの先行業績において、過去の裁判例が紹介・分析されている。

### (1) 取引行為に関する意思能力の裁判例

売買契約で意思無能力が問題とされたものは、圧倒的に不動産の売買が多い。不動産売買では、金額の大きさや改訂版長谷川式簡易知能評価スケール（HDS-R）とミニメンタルステート検査（MMSE）の評点も考慮されているが、金額が比較的安く（430万円）、評点が比較的高くても（HDS-R 20点）、意思無能力とされたものがある<sup>(32)</sup>。しかしその反面、金額が大きく（2億円）、評点が比較的安くても（HDS-R 10点）、意思能力ありとされたものもある<sup>(33)</sup>。

改訂版長谷川式簡易知能評価スケール（HDS-R）は、9項目の設問で構成されており、30点満点として20点以下は認知症の疑いがあると判定するものである。ミニメンタルステート検査（MMSE）は、11項目の設問で構成されており、24点以上を正常、20点未満は中程度の知能低下、10点未満は高度の知能低下と判定するものである。

なお、改訂版長谷川式簡易知能評価スケール（HDS-R）やミニメンタルス

---

(32) 東京地判平成25年10月29日（平成24年（ワ）第9549号）

(33) 東京地判平成29年4月7日（平成26年（ワ）第27864号）

ート検査（MMSE）は、見当識障がいや短期記憶障がいを中核症状とする認知症のための知能評価スケールであって、精神障がい者の意思能力判定や知的障がい者の意思能力判定には適していない。障がい者の意思能力判定には、別途それぞれの障がい特性に応じたスケールが存在すれば便利であるが、現時点では本人の状況や障害支援区分の判定資料によって判断するしかないであろう<sup>(34)</sup>。

判決例は、必ずしも一貫しているとはいえないが、法律行為の対象となる金額や本人の知的能力に関する評点よりも、本人にとっての客観的必要性・合理性をより重視しているように思える<sup>(35)</sup>。

確かに、有償双務契約であれば、客観的必要性・合理性の認定がそのまま本人の合理的意思に合致すると推認されることに直結するため、あまり異論はないのかもしれない。ところが、同じような論理を無償片務契約において貫けるかどうかが問題である。なぜなら、贈与契約のような無償片務契約については、必ずしも経済合理性を考慮する必要はなく、有償双務契約よりも相対的に低い知的能力で足りるとも考えられるからである。もし無償片務契約について、有償双務契約と同様な論理を貫くとすれば、本人のいわゆる愚行権が否定される結果にならないかも問題となろう。

動産の売買契約は、高齢者に対する繰返し販売事例がある<sup>(36)</sup>。平成28年5月に成立した消費者契約法の改正では、判断能力が低下して不利益な契約を締結してしまう恐れのある高齢者を保護するためになされたものとして、「過量な内容の消費者契約」に関する規制で、新たに取消権が保障されることとなった（消費者契約法第4条第4項）。それは、事業者が勧誘して、通常想定される分量を著しく超える過量な内容の契約がなされたことを事業者が知っていた場合、消費者は契約の申込み等を取り消すことができるとするものであるが、上

---

(34) 能力と鑑定に関しては、新井誠・赤沼康弘・大貫正男編『成年後見制度』（有斐閣、2006年）363頁以下〔五十嵐禎人執筆〕を参照。

(35) 東京地判平成24年5月14日金法1972号63頁、東京地判平成26年2月25日判時2227号54頁、東京地判平成27年1月20日（平成24年（ワ）第36724号等）、東京地判平成27年12月9日（平成26年（ワ）第16640号等）など。

(36) 東京地判平成25年4月26日消費者法98号311頁

記裁判例では、本人自身が購入を求めているため、消費者契約法に基づく保護はできないのであって、上記裁判例の先例としての意義は残っている。

預金取引においても、本人にとっての必要性・合理性がより重視されているように思われる<sup>(37)</sup>。連帯保証契約では、本人が知的障がい者である事例が顕著に多い。それは、知的障がい者が成育歴等から保証契約の依頼を断りにくい（成育上、断るという経験が乏しくなっている。）ことに起因しているのかもしれない。知的障がい者の事例においても、借入金額や評点の考慮だけでなく、本人にとっての必要性・合理性がより重視されているように思われる。特に平成16年の福岡高裁の事例<sup>(38)</sup>では、事後的に受けた審判が保佐開始審判であっても、意思能力はなかったとしており、生物学的能力よりも心理学的能力を重視していると思われ、消費貸借契約における事例<sup>(39)</sup>でも同様な考え方が示されている。

ただし、事後的な審判が保佐開始審判や補助開始審判であるから、契約の時点では意思能力があったと判断している事例も多く<sup>(40)</sup>、判決例の論理は一貫してはいないともいえるであろう。

賃貸借契約や委任契約、投資信託契約、変額保険契約などにおいても、本人の状況や経緯に照らして、客観的に必要性・合理性のある契約かどうかにより問題とされているように思われる<sup>(41)</sup>。

---

(37) 大阪高判平成26年11月26日金判189号34頁、大阪高判平成27年9月30日判時2299号92頁、東京地判平成28年3月9日（平成26年（ワ）第10923号）など。

(38) 福岡高判平成16年7月21日判タ1166号185頁

(39) 東京地判平成27年3月31日（平成25年（ワ）第10620号）

(40) 前掲注(29)・大阪高判平成26年11月26日、東京地判平成28年7月20日（平成26年（ワ）第3109号）、東京地判平成25年9月27日（平成24年（ワ）第28269号）、東京地判平成27年6月23日（平成25年（ワ）第15237号）、東京地判平成30年7月11日（平成27年（ワ）第8384号）など。

(41) 賃貸借契約につき、東京地判平成28年10月19日（平成26年（ワ）第29977号）、東京地判平成30年3月29日（平成27年（ワ）第37292号）、訴訟委任契約につき、高知地判平成24年3月29日判タ1385号225頁、投資信託契約につき、神戸地姫路支判平成24年2月16日金法1991号136頁、東京地判平成28年7月20日（平成26年（ワ）第3109号）、変額保険契約につき、東京地判平成25年6月4日（平成22年（ワ）第26961号）など。

贈与契約・死因贈与契約については、本人の状況や経緯に照らして、合理的な内容であるかどうかが問われていることが多いように思われる。しかし、無償片務契約では、必ずしも合理性があるかどうかの問題となるわけではないだろう。したがって、無償片務契約においては、本人の能力に関する評点が低い場合には、意思能力がなかったとする判断をし<sup>(42)</sup>、評点が高い場合には、意思能力があったとする判断をしているように思われる<sup>(43)</sup>。

ただし、そのような判断方式を採用すると、個々の裁判官の主観的な経験に左右されることもありうるのではないかと思われる。そのような危惧が表れている事例として、姪に対する1500万円のよく似た贈与契約・死因贈与契約について、東京地裁のある裁判例<sup>(44)</sup>では贈与者である89歳の高齢者に意思能力なしとし、別な東京地裁の裁判例<sup>(45)</sup>では贈与者である89歳の高齢者に意思能力ありとされている。そうだとすれば、個々の裁判官の主観的な経験に左右されてしまわないよう、より客観的な判断基準を考えるべきではないかと思われる。

## (2) 遺言能力の裁判例

遺言能力の判断については、取引行為とは異なり、基本的にそれほど高い能力を予定していないものとされているようである。民法においても、取引行為における行為能力を備える年齢は成年年齢とされているが、遺言能力を備える年齢は15歳と定められているところからも、そのように考えられているのであろう。もっとも、もともと遺言年齢が15歳と定められたのは、もっぱらと

---

(42) 東京地判平成28年4月27日（平成26年（ワ）第32191号）、東京地判平成25年12月24日（平成25年（ワ）第12596号）、東京地判平成29年9月19日（平成27年（ワ）第24432号）など。

(43) 東京地判平成25年9月11日（平成23年（ワ）第17749号）、前掲注(40)・東京地判平成30年7月11日

(44) 東京地判平成29年10月30日（平成27年（ワ）第12696号）

(45) 東京地判平成29年12月21日（平成27年（ワ）第33490号）

いっていいほど婚姻年齢との関係で考えられていたのであり<sup>(46)</sup>、その結果、遺言能力は意思能力に等しいと考えられてきたようである<sup>(47)</sup>。

ただし、民法961条は意思能力を定めたものではなく、むしろ、意思能力とは別の観点から遺言を有効にするための行為能力を定めたものであるとの異論もある<sup>(48)</sup>。この考え方は、遺言の効果を遺言者に帰属させるための必要条件として、遺言者の年齢が15歳に達していることを政策的に態度決定したものと理解している。確かに、遺言能力に関して政策的要請がないとはいえないであろうが、なぜ遺言についてだけそのような政策的態度決定がなされなければならないのか問題となろう<sup>(49)</sup>。

また、行為能力と遺言能力が相対的な関係にあるとすれば、民法973条で成年被後見人が遺言をする場合、医師2人以上が事理弁識能力を一時回復していることを確認して立ち会うことが必要とされていることの意味が問われなければならない。事理弁識能力を欠く常況にあると判断されて成年後見開始審判を受けたとしても、なお遺言能力は保持していると判断されることがありうるのであれば、民法973条は、事理弁識能力の一時回復の場合に限定されないこととなる。そうであれば、民法973条は、事理弁識能力の一時回復の場合に限らず、成年被後見人が遺言能力を保持している場合につき、医師2人以上が成年被後見人の遺言能力を確認して立ち会うことは、本人の真意を担保するための要式性の要件であって、この要件を欠いた遺言は無効とせざるをえないこととなろう<sup>(50)</sup>。

判決例を見ると、遺言能力は意思能力に等しいとの理解に基づいているものが多い。遺言能力について「遺言には、遺言者が遺言事項（遺言の内容）を具

(46) 右近健男「遺言能力に関する諸問題」久貴忠彦編『遺言と遺留分 第1巻』（日本評論社、2001年）44頁

(47) 右近・前掲注(46)47頁、中川善之助『相続法』（有斐閣、1964年）363頁など。

(48) 潮見佳男『詳解 相続法』（弘文堂、2018年）365頁

(49) この点について、二宮周平『家族法（第5版）』（新世社、2019年）423頁は、財産処分をする遺言の場合には、通常の財産行為に関する意思能力と同様の能力が不可欠であると指摘している。

(50) 東京地判平成27年9月14日（平成27年（ワ）第2169号）

体的に決定し、その法律効果を弁識するのに必要な判断能力（意思能力）すなわち遺言能力が必要である。」という一般論を記載したうえで、具体的な事案を判断しているものも多いのである<sup>(51)</sup>。判決例の傾向としては、基本的には、自己の有する財産の配分を決めるものであるとして、一定の意思能力が保持されていれば遺言を有効とするものが多く、改訂版長谷川式簡易知能評価スケール（HDS-R）やミニメンタルステート検査（MMSE）の評点が参考とされている。

### ①HDS-R・MMSEの評点に基づく判断

HDS-Rでは、遺言作成時点に近い時点で15点以上の評点が与えられていれば当該遺言者のなした遺言は基本的に有効とされているようである<sup>(52)</sup>。また、おおむね11点以下ではほとんど無効とされている傾向があるようである<sup>(53)</sup>。

ただし、評点が一定程度高いとしても、遺言内容等に照らして遺言能力を否

- 
- (51) 東京地判平成16年7月7日判タ1185号291頁、東京高判平成25年3月6日判タ1395号256頁など。
- (52) 東京地判平成24年7月6日（平成23年（ワ）第14531号等）、東京地判平成26年2月25日（平成24年（ワ）第37082号）、東京地判平成27年4月27日（平成25年（ワ）第29533号）、東京地判平成27年6月24日（平成24年（ワ）第14518号）、東京地判平成28年4月19日（平成27年（ワ）第10905号）、熊本地判平成28年9月14日（平成25年（ワ）第279号等）、東京地判平成29年2月20日（平成27年（ワ）第14987号）、東京地判平成29年2月27日（平成27年（ワ）第11165号）、東京地判平成29年3月9日（平成25年（ワ）第26698号等）、東京地判平成29年10月17日（平成27年（ワ）第28033号）、東京地判平成30年3月29日（平成28年（ワ）第236号）、東京地判平成30年7月19日（平成28年（ワ）第40775号）、東京地判平成30年11月21日（平成28年（ワ）第41482号）、東京地判平成30年12月26日（平成29年（ワ）第22204号）など。
- (53) 東京高判平成12年3月16日判タ1039号214頁、東京地判平成18年7月25日判時1958号109頁、横浜地判平成18年9月15日判タ1236号301頁、東京高判平成21年8月6日判タ1320号228頁、東京高判平成22年7月15日判タ1336号241頁、東京地判平成25年1月15日（平成24年（ワ）第6261号）、東京地判平成25年8月21日（平成24年（ワ）第32398号）、東京地判平成26年1月30日（平成23年（ワ）第36171号）、東京地判平成26年3月20日（平成24年（ワ）第34729号）、東京地判平成26年11月6日判タ1421号295頁、東京地判平成28年8月25日判時2328号62頁、東京地判平成28年12月13日（平成27年（ワ）第16363号等）、東京地判平成29年1月31日（平成24年（ワ）第33799号等）、大阪高判平成30年6月28日判タ1458号159頁など。

定するものも見られる。また逆に、評点が低かったとしても、遺言内容等に照らして遺言能力を肯定するものもある（これらの点については、下記（2）で述べる）。さらに評点よりも本人の病状を重視するものも多い<sup>(54)</sup>。

MMSEでは、遺言作成時点に近い時点で20点程度の評点が与えられていれば当該遺言者のなした遺言は基本的に有効とされており<sup>(55)</sup>、おおむね17点以下ではほとんど無効とされている傾向があるようである<sup>(56)</sup>。

ただし、これらの検査については、実施時期にもよるのであって、評点が低いことをもって直ちに遺言能力がなかったと認めることはできないと明言し、本人の遺言当時の心身の状況から遺言能力があったことを推認する判決例もある<sup>(57)</sup>。また、それらの検査結果は、実施日によって大きな変動があることもあり、それらと本人の状況や遺言内容、動機や経緯を総合的に判断するものもある<sup>(58)</sup>。

## ②遺言内容による判断

もっとも、それらのテストで一定の評点を獲得していたとしても、遺言内容が非常に複雑で高度の能力を要するような場合には、それらの評点はより高い

---

(54) 東京地判平成26年8月28日（平成23年（ワ）第37020号等）、東京地判平成27年1月21日（平成24年（ワ）第27507号等）、東京地判平成27年11月25日（平成26年（ワ）第10697号）、東京地判平成28年1月18日（平成25年（ワ）第17133号）、東京地判平成28年10月17日（平成26年（ワ）第34195号）など。

(55) 東京地判平成27年3月25日（平成24年（ワ）第163477号）、前掲注(43)・東京地判平成27年4月27日、同・東京地判平成27年6月24日、同・東京地判平成28年4月19日、同・熊本地判平成28年9月14日、東京地判平成29年10月11日（平成28年（ワ）第33184号）、前掲注(43)・東京地判平成30年12月26日など。

(56) 前掲注(44)・横浜地判平成18年9月15日、同・東京地判平成25年8月21日、同・東京地判平成26年3月20日、東京地判平成29年4月25日（平成25年（ワ）第26843号）など。

(57) 東京地判平成25年1月30日（平成23年（ワ）第34072号）、東京地判平成28年10月17日（平成26年（ワ）第34195号）、東京地判平成29年2月22日（平成27年（ワ）第18993号）、東京地判平成30年6月13日（平成28年（ワ）第41648号）、東京地判平成30年9月27日（平成28年（ワ）第40046号）など。

(58) 東京地判平成28年12月7日（平成27年（ワ）第26976号）

レベルに設定されていると思われる<sup>(59)</sup>。たとえば、HDS-Rの評点が13点であっても、遺言内容を決定するに当たっての人間関係を理解する必要があるとして遺言能力を否定したのがある<sup>(60)</sup>。他方、HDS-Rの評点が13点であっても、意識レベルの低下はなかったとして遺言能力を肯定したのものもある<sup>(61)</sup>。

また、評点が低かったとしても、遺言内容が単純であって遺言能力を肯定するものもある<sup>(62)</sup>。このような考え方は、近年の遺言能力の相対性・相関性を端的に表しているものといえよう<sup>(63)</sup>。

さらに、一定の評点を得ている場合であっても、遺言内容が相続人間で著しく不平等な内容となっており、その不平等が合理的であると推認できる事実が存在しないときには、当該遺言は利益を受ける相続人等の作為・誘導等による疑いがあるものとして無効と判断するものも多い<sup>(64)</sup>。

なお、公正証書遺言や危急時遺言においては、本人の遺言能力がないために当該遺言を無効とするのではなく、遺言能力がないために口授がなされていないために公正証書遺言は無効であると判断する事例もある<sup>(65)</sup>。

評点等の指標を使用しないあるいは使用できない事例では、おおむね本人の心身の状況と遺言内容とを相関的に見て判断しているように思われる。

---

(59) 前掲注(52)・横浜地判平成18年9月15日、大阪高判平成19年4月26日判時1979号75頁など。

(60) 高知地判平成24年3月29日判タ1385号225頁

(61) 東京地判平成29年2月22日(平成27年(ワ)第18993号)

(62) 東京地判平成26年12月18日(平成25年(ワ)第22488号)、東京地判平成28年1月29日(平成26年(ワ)第15394号)など。

(63) 鹿野菜穂子「遺言能力」野田愛子ほか編『新家族法実務大系第4巻』(新日本法規, 2008年)59頁以下

(64) 東京高判平成12年3月16日判タ1039号214頁、東京地判平成16年7月7日判タ1185号291頁、東京地判平成18年7月25日判時1958号109頁、前掲注(44)・横浜地判平成18年9月15日、東京地判平成20年11月13日判時2032号87頁、前掲注(44)・東京地判平成28年8月25日、東京地判平成29年4月26日(平成27年(ワ)第7753号など。なお、この点については、大塚明「実務から見た高齢者の遺言と『遺言能力』」久貴編・前掲注(46)所収65頁以下を参照。

(65) 大阪高判平成26年11月28日判タ1411号92頁、東京高判平成30年7月18日判時2397号24頁

### (3) 親族法上の法律行為に関する意思能力の裁判例

親族法上の法律行為（いわゆる身分行為）についても、意思能力が問題となる。親族法上の法律行為にはさまざまな行為が含まれるが、事案として最も多いのは、婚姻と養子縁組であろう。従来からの通説・判例では、婚姻意思も養子縁組意思も、単なる届出意思（形式的意思）ではなく、実質的意思が必要とされている。そして、婚姻や養子縁組をする実質的意思の有無を考える前提として、意思能力が必要と解されてきた。

ただし、婚姻や養子縁組には、総則編の行為能力制度の適用がなく、民法738条には、成年被後見人が婚姻をするには、成年被後見人の同意を要しないとの明文規定があり、この規定は民法799条で養子縁組にも準用されている。親族法上の法律行為は、財産法上の法律行為とは異なって、客観的な経済合理性に基づいて判断できるものではないから、代理に親しむものではないのであって、あくまでも本人の主観的な自己決定に基づいて判断されるべきものだからなのである。

したがって、婚姻や養子縁組の届出に関しては、意識障害によって意思や意向を表明しえないような場合には、意思能力を争うことに意味があるが、意識障害がなく意思や意向を表明しうる場合には、意思能力を争っても無効を主張することは極めて困難である。そうだとすれば、意思能力の存在は認めた上で、客観的な状況や動機・経緯などを総合的に考慮して実質的意思の存在を否定する主張のほうが成立しやすいとも考えられる。

実際、近年の裁判例では、意思能力は存在した、あるいは、意思能力の存在は微妙であるが、実質的意思が認められないため、養子縁組は無効と判断するものが多いようである<sup>(66)</sup>。もっとも、意思能力自体を否定して婚姻や養子縁組

---

(66) 大阪高判平成21年5月15日判タ1323号251頁、東京高判平成21年8月6日判タ131号241頁、名古屋高判平成22年4月15日（平成21年（ネ）第1151号）、名古屋家判平成22年9月3日判タ1339号188頁、東京家判平成25年12月3日判時2327号33頁など。

は無効と判断する裁判例もある<sup>(67)</sup>。

しかし、養子縁組の実質的意思に関しては、最判平成29年1月31日民集71巻1号48頁が「相続税の節税の動機と縁組をする意思とは、併存し得る」として、もっぱら節税を目的とする養子縁組であっても実質的縁組意思を認めたため、今後は、実質的意思が認められないとする裁判例は減少すると思われる。現に東京家判平成25年12月3日判時2327号33頁は、上記最高裁判決前の控訴審判決（東京高判平成27年2月12日）で取り消されて有効とされている。そうすると、今後は、意思能力の有無を争う方向に動いていくとも思われる。

婚姻に関する裁判例では、本人に意識障害があったときもあったようであるが、婚姻届がなされたころには意識障害は認められていないことから、婚姻は有効とされている<sup>(68)</sup>。また、婚姻届が代書されて提出されたという特殊な事案の場合、本人に婚姻意思があったかどうか自体も不明というときに、婚姻が直ちに配偶者相続権を発生させるため、婚姻の意思能力が争われる事例は多そうであるが、実際の裁判例は少ない<sup>(69)</sup>。相続権を目標にする婚姻届は、共同生活の実態を欠いていることも多く、実質的婚姻意思の不存在という形で争われているようである。

養子縁組については、前述した平成29年最高裁判決と同様、血族相続人としての相続権の有無が問題となるため、比較的事例も多い。養子縁組に関しては、共同生活の実態等は問題とならないため、養子縁組の意思能力もストレートに争われてきたのであろう。ただし、前述したように、平成29年の最高裁判例の影響により、今後の紛争形態は変わってくることも考えられる。

養子縁組の意思能力については、一方で、改訂版長谷川式簡易知能評価スケール（HDS-R）やミニメンタルステート検査（MMSE）が考慮されてい

---

(67) 東京地判平成28年11月25日（平成27年（ワ）第32479号）、東京地判平成10年6月29日判時1669号90頁、岡山谷倉敷支判平成14年11月12日（平成13年（タ）第34号）、東京地判平成25年10月31日（平成22年（ワ）第35318号）など。

(68) 東京地判平成11年2月25日判タ1030号247頁

(69) このような裁判例には、前掲注(67)・東京地判平成28年11月25日がある。

る事例もあるが<sup>(70)</sup>、他方で、それらの評点が低かったとしても、むしろ本人の日常生活を観察して判定すべきとするもの<sup>(71)</sup>、その後の精神鑑定が補助相当としていることを重視したと思われるもの<sup>(72)</sup>、身分行為に必要な意思能力は財産管理能力とは異なるとして意思能力を認めたもの<sup>(73)</sup>などが存するのが特徴的である。

## 最後に

以上のとおり、近年の裁判例では、意思能力の判断につき、それほど統一された視点が存しているわけではないように思われる。とはいえ、本人の能力に関するテストの評点などを前提条件とし、本人にとっての合理性や必要性、法律行為の有償性や複雑性などを総合的に勘案して、本人の帰責を認めるべきかどうかを判断していることが多くなっているようである。

したがって、意思能力の判断については、なお今後も裁判例の動向を注視していかなければならないであろう。

---

(70) 前掲注(67)・岡山谷倉敷支判平成14年11月12日、前掲注(66)・東京高判平成21年8月6日、長野家諏訪支判平成24年5月31日(平成23年(家ホ)第1号)、東京地判平成27年8月31日(平成25年(ワ)第31758号)など。

(71) 広島高判平成25年5月9日家判1号121頁

(72) 前掲注(66)・東京家判平成25年12月3日

(73) 金沢家判平成28年3月9日判時2327号44頁