

# 「意思能力」を考える

——「意思能力」を定義する場合の留意点を中心として——

村 田 彰

## 一 はじめに

「民法の一部を改正する法律案」が2015（平成27）年3月31日に第189回国会に提出された。この改正法案では、債権関係の中でも、特に契約ないし取引関係に関する規定が改正の対象とされている。しかも、民法の財産法の部分は、1896（明治29）年に公布されて以来、大きく変わっていないことから、この改正法案が国会を通過すれば、120年ぶりの民法財産法の大改正ということになる。

そこで、この改正法案を検討することにするが、今後本格的に到来する社会の超高齢化を考えると、意思能力の有無の判定に関する問題が一層増加するであろうことは十分に予想されることから、本稿では、意思能力を取り上げることにする。そうして、法制審議会民法（債権関係）部会、民法（債権法）改正検討委員会および民法改正研究会の三団体が意思能力に関する議論を重ねてきたことから、まず、意思能力に関するこれら三団体の立場を紹介する。そうして、法制審議会民法（債権関係）部会は、第二読会の終わりまで意思能力を定義するように審議してきたものの、意思能力の定義について部会内で「必ずしも一致した意見が得られていない」ことから、意思能力を定義せず、意思能力を欠く状態でなされた法律行為の効力のあり方をのみを規定する案を国会に提出しているが、民法（債権法）改正検討委員会および民法改正研究会における同様の内容の意思能

力の定義を試みたことがある。そこで、次に、三団体の試みた意思能力の定義を検討することにする。その上で、意思能力に関する諸外国の立法を参照しつつ、今日における超高齢社会に適切に対応するために、意思能力を一つの法技術概念として条文化する場合の留意点はどのようなものか、について特に考えることにする。そうして、この問題は意思能力の定義を考える上で重要であるにもかかわらず、これまでの学説はこの問題について殆ど検討してこなかったように思われる。そこで、本稿では、この問題を中心に考えることにする。また、高齢者の精神機能の特性にも触れることにする。なお、意思能力に関するその他の問題、例えば、日常生活行為の特則を設けるべきか、意思無能力の効果いかなん等の問題<sup>1)</sup>についても、本稿のテーマとも関係するが、紙幅の関係上割愛せざるをえないことをここで予め述べておくことにする。

## 二 意思能力に関する民法（債権法）検討委員会・民法改正研究会の立場および法制審議会民法（債権関係）部会の審議について

まず、民法（債権法）改正検討委員会・民法改正研究会・法制審議会民法（債権関係）部会が今回の改正に向けて意思能力についていかなる立場をとったのか、を概観することにする。そうして、このうちの法制審議会民法（債権関係）部会の意思能力に関する審議内容は、本稿のテーマを考える上で大いに参考になると思われるので、少しく詳しく見ておくことに

---

1 「意思無能力者の日常生活行為の特則」の問題については、村田彰「意思無能力者の日常生活行為 ドイツ法を参考として」須永醇先生傘寿記念論文集「高齢社会における法的諸問題」63頁以下（酒井書店、2010年）、同「第2 意思能力・日常生活行為」円谷峻編『民法改正案の検討・第2巻』271頁以下（成文堂、2013年）、意思無能力の「効果」については、同「第2 意思能力・日常生活行為」円谷編・前掲書269頁以下、を参照されたい。なお、意思能力に関する私見については、その他にも、「意思能力と事理弁識能力」赤沼康宏編『成年後見制度をめぐる諸問題』28頁以下（新日本法規、2012年）、同「任意後見契約と精神能力」実践成年後見研究45号29頁以下（2013年）、同「成年監護興意思能力」黄詩淳・陳自強編『高齢化社会法律之新挑戦：以財産管理为中心2』81頁以下（新學林、2014年）があるので、それらをも参照されたい。

する。

## 1 民法（債権法）改正検討委員会の立場

まず、民法（債権法）改正検討委員会<sup>2</sup>（以下、「検討委員会」とする。）は、「債権法改正の基本方針」（以下、「基本方針」とする。）を2009（平成21）年3月にとりまとめ、そのうちの「意思能力」について次のとおり提案している<sup>3</sup>。

### 【1.5.09】（意思能力）

1 法律行為をすることの意味を弁識する能力（以下「意思能力」という。）を欠く状態でなされた意思表示は、取り消すことができる。

2 1 の場合において、表意者が故意または重大な過失によって一時的に意思能力を欠く状態を招いたときは、意思表示は取り消すことができない。ただし、表意者が意思能力を欠いていたことを相手方が知り、または知らなかったことにつき重大な過失があったときは、この限りでない。

\* 効果に関して、次のように定めるという考え方もある。

1 法律行為をすることの意味を弁識する能力（以下「意思能力」という。）を欠く状態でなされた意思表示は、無効とする。

2 1 の場合において、表意者が故意または重大な過失によって一時的に意思能力を欠く状態を招いたときは、意思表示はその効力を妨げられない。ただし、表意者が意思能力を欠いていたこと

- 
- 2 検討委員会の改正の基本方針（改正試案）や組織と活動については、検討委員会編「債権法改正の基本方針」（別冊 NBL 126 号）（商事法務、2009 年）3-5 頁（以下、「基本方針」とする。）、同編『詳解・債権法改正の基本方針』3-6 頁（商事法務、2009 年）（以下、『詳解』とする。）、に詳しい説明がある。
- 3 検討委員会編・前掲注 2）「基本方針」24 頁、同編・前掲注 2）『詳解』79 頁以下。なお、大阪弁護士会は、「基本方針」に対して意見書を公表している（大阪弁護士会「実務家からみた民法改正——「債権法改正の基本方針」に対する意見書 [別冊 NBL131 号] [商事法務、2009 年]）。

を相手方が知り、または知らなかったことにつき重大な過失があったときは、この限りでない。

[関連条文] 新設

[参照提案] 【1.5.10】[日常生活に関する行為の特則]、【1.5.21】  
[表意者の死亡または意思能力の欠如・行為能力の制限]、【1.5.22】  
[意思表示の受領能力]

検討委員会は、意思無能力の法理が、現行民法に規定されていないものの、法律行為・意思表示制度の基本原則に相当するものであり、古くから当然のこととして判例および学説により承認され、実務的にも重要な意味を持つと考えられてきたことから、意思能力についての規定を明文化すべきである、と提案する。そうして、同委員会が意思能力を「法律行為をすることの意味を弁識する能力」と提案する理由は、つぎのとおりである<sup>4</sup>。

意思能力で問題となるのは、「事理を弁識する能力」（以下、「事理弁識能力」ということがある。）が前提としているような人の「行為」一般ではなくして、法律行為を構成する制度の趣旨に照らして「みずからその行為をした」といえるかどうかである。そうすると、その法律行為を理解する能力が意思能力であるから、意思能力の有無は、画一的に定まるものではなく、法律行為の種類、特に行為の複雑性や重大性の程度等によって異なることになる。そこで、検討委員会は、意思能力に相当するものを「法律行為をすることの意味を弁識する能力」と定式化した、と説明している。また、同委員会がこのような能力を「欠く状態でなされた」と提案したのは、継続的に意思能力を欠いている場合に限らず、一時的な疾病や極度の疲労、飲酒や薬物等の影響により、一時的に意思能力を欠く場合をも含めるためであるとされる。

---

4 検討委員会編・前掲注2)「基本方針」24-25頁、同編・前掲注2)『詳解』82頁以下。

更に、2 において、意思能力を喪失した原因に問題がある場合の特則を定めている。これは、表意者が故意または重大な過失によって一時的に意思能力を喪失した場合には、心裡留保および錯誤の場合と共通面があることから、それらに関する規律と同様に考えるという考慮に基づくものである、とされる。

## 2 民法改正研究会の立場

これに対して、民法改正研究会（代表・加藤雅信）は、2008（平成 20）年 10 月 13 日に日本私法学会シンポジウムにおいて第 1 次案「平成 20（2008）年日本私法学会提出案<sup>5</sup>」を公表した後に、第 1 次案を修正した第 2 次案である「平成 21（2009）年法曹提示案<sup>6</sup>」（平成 21 [2009] 年 1 月 1 日案）を公表している。その後、第 3 次案である「民法改正 国民・法曹・学界有志案<sup>7</sup>」を 2009（平成 21）年 10 月 25 日開催の「民法改正 国民シンポジウム」において公表し、更に、第 4 次案である「日本民法典改正条

---

5 日本私法学会のシンポジウムで配布した「日本民法改正試案」の内容は、民法改正研究会（代表 加藤雅信）『民法改正と世界の民法典』493 頁以下（信山社、2009 年）に収められている。

6 「平成 21（2009）年法曹提示案」の内容は、「日本民法典財産法改正試案」判例タイムズ 1281 号（2009 年新年号）39 頁以下、前掲注 5）民法改正研究会『民法改正と世界の民法典』545 頁以下に収められている。

7 「民法改正 国民・法曹・学界有志案」における意思能力についての規定（第 7 条）は、次のとおりである（民法改正研究会 [代表・加藤雅信] 編「民法改正 国民・法曹・学界有志案」[法律時報増刊・日本評論社、2009 年] 113 頁参照）。  
7 条「意思能力の欠如」

7 : 事理を弁識する能力を欠く状態でなされた意思表示に基づく法律行為は、取り消すことができる。

7 : 意思表示をした者が故意又は重大な過失により事理弁識能力を欠いていたときは、その取消しの効果は次の各号に掲げる者に対抗することができない。

一 事理弁識能力を欠いている事実について善意（一定の事実を知らないことをいう。以下同じ。）の相手方

二 事理弁識能力を欠いている事実について悪意（一定の事実を知っていることをいう。以下同じ。）の相手方と当該意思表示の後に法律上の利害関係を有するに至った善意の第三者」

文案」中の総則部分を公表している<sup>8</sup>。そこで、「日本民法典改正条文案」中の意思能力についての提案（第8条）を以下に見ておくことにする<sup>9</sup>。

第8条（意思能力の欠如）

事理を弁識する能力（以下「意思能力という。）を欠く状態の下で意思表示をした者は、意思能力を回復した後は、その意思表示に基づく法律行為（意思表示を含む。以下この款及び次款において同じ。）を取り消すことができる。

前項に規定する法律行為については、意思表示をした者（以下、「表意者」という。）に法定代理人があるとき（その意思表示をした後に法定代理人が付された場合を含む。次項及び次条第2項において同じ。）は、当該法定代理人も、取り消すことができる。

表意者及びその法定代理人は、表意者が悪意又は重過失により意思能力を欠いていたときは、その意思表示に基づく法律行為を取り消すことができない。ただし、法律行為の相手方が、表意者が意思能力を欠いていたことを知り、又は重大な過失によって知らなかったときは、この限りでない。

前項ただし書の場合においては、第1項又は第2項の規定による取消しをもって善意の第三者に対抗することができない。

また、「意思能力を欠く者の相手方等の催告権」についての規定を新設（第9条）することについても提案している<sup>10</sup>。なお、民法改正研究会の代表である加藤雅信教授は、法制審議会民法（債権関係）部会が「現行民法には規定されていない意思能力の欠如の規定を、今回の改正にさいして規定しようとする発想そのものは首肯しうる<sup>11</sup>」が、自らの意思によって意

---

8 「日本民法典改正条文案」中の総則部分は、加藤雅信『迫りつつある債権法改正』313頁以下（信山社、2015年）に収められている。なお、民法改正研究会（代表 加藤雅信）編『日本民法典改正案 第一編 総則 立法提案・改正理由』（信山社、2016年）には、改正理由も付されている。

9 加藤（雅）・前掲注8）『迫りつつある債権法改正』317頁。

10 加藤（雅）・前掲注8）『迫りつつある債権法改正』317頁。

11 加藤（雅）・前掲注8）『迫りつつある債権法改正』184頁、同『普及版』迫り

思無能力となっただけの「原因において自由な行為」や「相手方の催告権」等のきめ細やかな規定が債権法改正法案には「おかれていないが、制限行為能力については相手方に認められる催告権を意思能力の欠如については認めないでよいのか等については、慎重な考慮が必要であろう。この問題は、意思能力欠如の効果を無効とするか取消しとするかという問題ともかわるが、さらなるきめ細やかな規定をおくことが必要であるように思われる<sup>12)</sup>、と述べている。

### 3 法制審議会民法（債権関係）部会における審議内容

次に、法制審議会民法（債権関係）部会において意思能力に関する審議はどのようにされたのか、を見ることにするが、同審議会の審議が三読会に分かれていることから、同審議会を、中間的な論点整理までの第一読会（第1回会議 [2009 平成 21 年 11 月 24 日開催～第 26 回会議 [2011 平成 23 年 4 月 12 日開催]）、中間試案までの第二読会（第 30 回会議 [2011 平成 23 年 7 月 26 日開催]～第 73 回会議 [2013 平成 25 年 6 月 18 日]）、要綱案までの第三読会（第 74 回会議 [2013 平成 25 年 7 月 16 日]～第 99 回会議 [2015 平成 27 年 2 月 10 日開催]）に分けて、法制審議会民法（債権関係）部会における意思能力の審議の内容を見ておくことにする<sup>13)</sup>。

---

つつある債権法改正』184 頁（信山社、2015 年）。

- 12 加藤（雅）・前掲注 8）『迫りつつある債権法改正』185 頁、同・前掲注 11）『普及版』迫りつつある債権法改正』185 頁。
- 13 意思能力に関する法制審議会民法（債権関係）部会の審議を詳細に紹介したもののとして、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・窪田充見代表編集『財産管理の理論と実務』23 頁以下（日本加除出版、2015 年）がある。その他にも、法制審議会における意思能力の議論を検討した文献として、林邦彦「意思能力等」ジュリスト 1430 号 61 頁（2011 年）、石崎泰雄「意思表示（意思能力・心裡留保・虚偽表示・錯誤・詐欺・強迫・不実表示・意思表示の到達及び受領能力）——法制審議会の議論をめぐって」法学会雑誌（首都大学東京）53 巻 1 号 9 頁（2012 年）、熊谷士郎「消費者法における意思無能力法理の展開」現代消費者法 15 号 9 頁（2012 年）等がある。

(1) 第一読会

まず、法制審議会民法（債権関係）部会第10回会議（2010〔平成22〕年6月8日開催）において、意思能力についての規定を新設すべきか、新設するとしても、意思能力の定義を規定すべきか、について問題提起がされているので、これを見ることにする<sup>14</sup>。

第2 意思能力

意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力が否定されるべきことは、判例学説上、異論のないところであり、民法の基本的な法理の一つであるといわれることもある。しかし、現行民法は、その旨を明らかにする規定を置いていない。

この点については、高齢化等の進む社会状況の下で、意思能力の有無をめぐる法的紛争が現実にも少なくないことを踏まえ、新たに規定を設けるべきであるという考え方があるが、どのように考えるか。

1 要件（意思能力の定義）

現行民法においては、行為能力に関する規定中の「事理を弁識する能力を欠く常況」という文言が、意思無能力の状態にあることを指しているとされており（民法第7条）、この「事理を弁識する能力」という文言を用いて意思能力を定義すべきであるという考え方が提示されている。他方、この文言は、判例上、不法行為の過失相殺において被害者に要求される能力を示すために用いられており、適当でないと指摘し、「法律行為をすることの意味を弁識する能力」とすべきであるという考え方も提示されている。

これらの考え方について、どのように考えるか。

そうして、第10回会議の審議を受けて、第22回会議（2011〔平成23〕

---

14 「部会資料12-1 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（7）」3-4頁（以下、「部会資料12-1」とする。）。同旨、「部会資料12-2 民法（債権関係）の改正に関する検討事項（7）詳細版」17-18頁（以下、「部会資料12-2」とする。）。

年1月25日開催)において中間的な論点整理のたたき台として、意思能力の要件(意思能力の定義)について以下のことが検討事項として挙げられている<sup>15</sup>。

1 意思能力の要件(意思能力の定義)について

意思能力をどのように定義するかについては、有効に法律行為をするためには法律行為を自らしたと評価できる程度の能力が必要であり、このような能力の有無は各種の法律行為ごとに検討すべきであるとの理解から、「法律行為をすることの意味を弁識する能力」と定義する考え方がある。他方、各種の法律行為ごとにその意味を行為者が弁識していたかどうかは意思能力の有無の問題ではなく、適合性の原則など他の概念が担っている問題であって、意思能力の定義は客観的な「事理を弁識する能力」とすべきであるとの考え方もある。これらを踏まえ、意思能力の定義について、更に検討してはどうか。

その他にも、佐成委員から、「意思能力を一時的に失った場合については、仮にこれが意思能力を欠く場合ということになると、契約関係が不安定になるだけでなく、意思表示を受ける側が容易に判断できない場合も多く、不測の損害が発生する可能性がある」から、「そういう意見があるということ踏まえつつ検討してほしい<sup>16</sup>」、との意見が出されている。

その後、第25回会議(2011[平成23]年3月8日開催)において、意思能力について、「1 要件」、「2 日常生活に関する行為の特則」、「3 効果」に加えて「4 一時的に意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力」が検討事項として挙げられたが、中井委員から、意思能力の定義には一時的に意思能力を欠く状態も含まれているのであるから、4は既に1、2、3に含まれている、したがって、4を検討事項とすべきではないとする削

---

15 「部会資料22 民法(債権関係)の改正に関する中間的な論点整理のたたき台(2)」31-32頁(以下、「部会資料22」とする。)

16 「法制審議会民法(債権関係)部会第22回会議 議事録」47頁(以下、「第22回会議議事録」とする。)

除案<sup>17</sup>が出されて議論がされた。その際、「二つのタイプの意思無能力者のうちの継続的な意思無能力者だけが1、2、3の対象であって、一時的に判断能力を失った人は意思無能力とは言わないということであるとすると、今までの意思無能力者に関する考え方からかなり大きな転換を暗に示すことになる<sup>18</sup>」、と鎌田部会長が発言したことは、本稿にとっても参考になるように思われる。

その後、第26回会議（2011〔平成23〕年4月12日開催）において意思能力について中間的な論点整理案<sup>19</sup>について審議がされ、そこで、中間的な論点整理が決定されている。ただし、意思能力をどのように定義するかについての中間論点の整理は、第22回会議において提出された「部会資料22 中間的な論点整理のたたき台（2）」と内容的に大同小異である<sup>20</sup>。

## （2）第二読会

このステージでは、中間試案に向けた審議がされている。まず、第30回会議（2011〔平成23〕年7月26日開催）において、意思能力の定義について甲案・乙案・丙案が整理されたので、これら3案<sup>21</sup>およびそれぞれの案についての補足説明を示すこととする。

### a 甲案

意思能力を、その法律行為をすることの意味を弁識する能力と定義する旨の規定を設けるものとする。

---

17 「法制審議会民法（債権関係）部会第25回会議 議事録」42頁（以下、「第25回会議議事録」とする。）。

18 前掲注17）「第25回会議議事録」44頁。

19 「部会資料26 民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理案」（以下、「部会資料26 中間的な論点整理案」とする。なお、中間的な論点整理案中の意思能力の部分については、前掲「部会資料26 中間的な論点整理案」81-82頁参照。

20 「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理」88頁（以下、「中間的な論点整理」とする。）、「民法（債権関係）の改正に関する中間的な論点整理の補足説明」216-217頁（以下、「中間的な論点整理の補足説明」とする。）。

21 「部会資料27 民法（債権関係）の改正に関する論点の検討（1）」15頁（以下、「部会資料27」とする。）。

甲案についての補足説明は次のとおりである<sup>22</sup>。

意思能力は、一般に、自分の行為の法的な意味を理解し、その結果を認識することのできる能力であり、行為の種類・内容によって異なるとされている。甲案は、このような意思能力に関する一般的な理解に従って、当該法律行為をすることの意味を弁識する能力と定義することを提案するものである。

第10回会議の審議においては、個別具体的な法律行為ごとに表意者がその意味を理解して意思表示をしたかどうかは意思能力の問題ではなく、適合性の原則などによって処理すべきであるとの意見もあった。適合性の原則は、特に金融商品の取引において、顧客の知識、経験、財産の状況、取引の目的等に照らして不相当と認められる勧誘を行ってはならないという原則であり、法律行為の意味を理解する能力以外の状況をも考慮に入れる点で意思能力に関する規律よりも広がりをも有するものであるが、意思能力を甲案のように捉えれば、適合性原則の適用が問題となる場面と意思能力が問題となる場面が重複する可能性は否定できない（例えば、顧客の知的能力のみに照らして勧誘が違法となるような場合）。もっとも、このことを否定的に評価する理由はないとも考えられるし、甲案は従来からの一般的な理解に基づくものであるから、適合性原則の適用場面と意思能力の問題との重複は従来から生じていたとも言える。

b 乙案

意思能力を、事理を弁識する能力と定義する旨の規定を設けるものとする。

乙案についての補足説明は次のとおりである<sup>23</sup>。

意思能力については、民法第7条が規定する成年後見開始の要件等を参考に、事理弁識能力という文言を用いて定義する考え方もあ

---

22 前掲注21)「部会資料27」15-16頁。

23 前掲注21)「部会資料27」16-17頁。

る。乙案は、このような考え方に従い、意思能力を事理弁識能力と定義する考え方である。このように事理弁識能力という定義を採用する場合には、人の行為という一般的な観念を想定して、そのような行為を自らしたと言えるための能力が問題になるとされる。

意思能力と事理弁識能力を同一視する乙案に対しては、まず、平成 11 年改正後の民法第 7 条は、事理弁識能力と意思能力とは異なると解する立場に立って立案されたことが指摘できる。すなわち、平成 11 年民法改正の立案担当者によれば、意思能力は、法律行為を行った結果（法律行為に基づく権利義務の変動）を理解するに足る精神能力を指すものであるのに対し、意思能力があることを前提に、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が事理弁識能力であるとされている。

また、「事理弁識能力」という文言自体が多義的であることも指摘できる。事理弁識能力という概念は、平成 11 年民法改正前には、裁判例上、不法行為における過失相殺の要件である「過失」を判断する前提としての能力を指すものとして使われてきた。しかし、平成 11 年民法改正の立案担当者は、過失相殺の前提としての事理弁識能力と民法第 7 条に言う事理弁識能力とは弁識の対象が異なっているとしている。更に、乙案のように、意思能力は法律行為ごとではなく一般的に判断されるものであるとすると、例えば日常生活のための食料品の購入であるか不動産への抵当権の設定であるかによって、意思能力に区別を設けることはしないから、最も低い能力を基準として一律に判断されることになると考えられる（逆に、この低い能力を超える能力を有する場合には一律に意思能力が肯定されることになると考えられる。）。このような考え方によると、食料品を購入する意味を理解する能力はあるが不動産に抵当権を設定する意味を理解する能力を有しない者が、不動産に抵当権を設定した場合に、この取引の効力は意思能力の欠如を理由としては否定することができないことになる。この場合は、暴利行為などの法律行為

の内容の不当性を規律する準則や、行為能力制度がカバーすることになるものと考えられる。

なお、第10回会議の審議においては、意思能力を事理弁識能力と捉えつつ、個別の法律行為をすることの意味を理解する能力も必要であるとの意見があった。しかし、仮に、意思能力とは別に、法律行為をすることの意味を理解する能力が必要であるとする、逆に、これに加えて事理弁識能力としての意思能力を問題にする意味(法律行為をすることの意味を理解する能力はあるが、事理弁識能力を欠く場合を想定することができないのであれば、前者の能力の有無を問題にすれば足り、事理弁識能力は要件としては無意味である。)が問題になる。

c 丙案

意思能力の定義規定を設けなくて、これを欠く状態で行われた法律行為の効力について規定するものとする。

丙案についての補足説明は次のとおりである<sup>24</sup>。

民法には意思能力に関する規定はなく、その意義も解釈に委ねられている。丙案は、意思能力に関する規定を設ける場合においても、意思能力の定義については現状を維持し、引き続き解釈に委ねることを提案するものである。

その後、第64回会議(2012[平成24]年12月4日開催)において提出された「中間試案のたたき台」において、意思能力について「法律行為の当事者が、その法律行為の時に、その法律行為の結果を理解してその法律行為をしようかどうかを判断する能力を有していなかったときは、その法律行為は、無効とするものとする<sup>25</sup>」との案が示されて審議されたが、「法律行為の結果を理解して」という表現が分かりにくいものであり、非常に

---

24 前掲注21)「部会資料27」17頁。

25 「部会資料53 民法(債権関係)の改正に関する中間試案のたたき台(1)(概要付き)」4頁(以下、「部会資料53」とする。)

高いレベルの能力を要求しているというニュアンスが出てしまうということから、意思能力をどのように表現するかについて再検討することとなった<sup>26</sup>。

なお、第 64 回会議において、意思能力の意義について次のことが提示されている<sup>27</sup>。

#### 1 意思能力の意義

意思能力は、一般的に、法律行為の法的な結果や意味を弁識する能力であるとされる。より具体的には、例えば、物を買うと目的物の自由な使用や処分ができるようになる代わりに代金を支払う義務が生ずること、所有物を売ると代金を得られる代わりに目的物の自由な使用や処分ができなくなることなどを理解する能力と説明されている。本文の「その法律行為の結果を理解してその法律行為をすらかどうかを判断する能力」は、このような意思能力についての一般的な理解を表現しようとするものである。

学説上は、意思能力は、その表意者について常に画一的に定まるものではなく、その法律行為の性質、難易等に関する考慮をも加味した上で判断されるという考え方が有力に主張されており、従来の裁判例においても、有効に法律行為をするために必要な意思能力の程度は法律行為ごとに判断されてきたとの指摘がある。本文もこのような考え方に従うものであり、「その法律行為の結果」という文言でその趣旨を表している。

意思能力の有無の判断に当たって法律行為の性質、難易が考慮されるとしても、意思能力の程度は一般に 7 歳から 10 歳程度の理解力を意味するとされており、取引の仕組みなどを理解した上で、その取引した結果について自己の利害得失を認識して経済合理性に則った判断をする能力までは不要であると考えられる。本文では、意思

---

26 「法制審議会民法（債権関係）部会第 64 回会議 議事録」14-16 頁。

27 前掲注 25)「部会資料 53」5 頁。

能力を「その法律行為の結果を理解してその法律行為をするかどうかを判断する能力」と表現しているが、これは、法律行為をすることによってどのような法的な結果が生ずるかを理解してその理解に従って法律行為をするかどうかを判断する能力があれば足りることを表そうとしたものである。従来の一般的な考え方に従うものであるが、その表現ぶりについては、引き続き精査する必要がある。

そうして、第70回会議（2013 [平成25] 年2月19日開催）では、「意思能力」を「その法律行為をすることの意味を理解する能力」とする案が本文に提案され<sup>28</sup>、第71回会議（2013 [平成25] 年2月26日開催）において「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」として以下のことがとりまとめられている<sup>29</sup>。

## 第2 意思能力

法律行為の当事者が、法律行為の時に、その法律行為をすることの意味を理解する能力を有していなかったときは、その法律行為は、無効とするものとする。

(注1) 意思能力の定義について、「事理弁識能力」とする考え方や、特に定義を設けず、意思能力を欠く状態でなされた法律行為を無効とすることのみを規定するという考え方がある。

(注2) [省略]

## (3) 第三読会

その後、第三読会において要綱案の決定に向けて審議がされている。まず、要綱案のたたき台として、第82回会議（2014 [平成26] 年1月14

---

28 「部会資料58 民法（債権関係）の改正に関する中間試案のたたき台（1）（2）（3）（概要付き）【改訂版】」2頁。

29 「民法（債権関係）の改正に関する中間試案」（2013 [平成25] 年7月4日補訂）1頁、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案（概要付き）」（2013 [平成25] 年7月4日補訂）2頁、「民法（債権関係）の改正に関する中間試案の補足説明」（2013 [平成25] 年7月4日補訂）7頁。

日開催)において、意思能力に関する規定を設けるべきか、について次のような提案がなされている<sup>30</sup>。

## 2 問題の所在

意思能力を欠く状態でされた法律行為が無効であることについては判例学説上も争いはないが、民法には意思能力に関する一般的な規定が設けられていないため、一般にはこのルールが分かりにくい状態にある。一方、高齢化社会の進展に伴い、判断能力が減退した高齢者をめぐる財産取引上のトラブルが増加しており、これに伴って、意思能力に関する紛争も年々増加する傾向にある。これに対しては成年後見制度等によって一定の対応を図ることができるが、判断能力の低下した高齢者のすべてにこれらの制度の利用を求めるのは非現実的である。そのため、判断能力が低下した高齢者をめぐる財産取引上のトラブルに対応するための規律として、意思能力に関する規律の重要性が高まっている。そこで、これを明文で規定するのが相当である。

その上で、「意思能力を有しない者の法律行為は、無効とする」という素案が出されている<sup>31</sup>。同案では、意思能力の定義を設けていない。その理由として、判例(大判明治38年5月11日民録11輯706頁)は、特に「意思能力」を定義することなく「意思能力」という文言を用い、その後の裁判例等においても「意思能力」という文言は定着していることから、「その内容をさらに具体化する必要は乏しいと考えられる<sup>32</sup>」、また、「理論的には、意思能力の判断に当たって、精神上的障害という生物学的要素と合理的に行為をする能力を欠くという心理学的要素の双方を考慮するか、心理学的要素のみを考慮するかという問題や、判断・弁識の能力だけでなく、自己の行為を支配するのに必要な制御能力を考慮するかどうかという

---

30 「部会資料73A 民法(債権関係)の改正に関する要綱案のたたき台(7)」25頁(以下、「部会資料73A」とする。)

31 前掲注30)「部会資料73A」24頁。

32 前掲注30)「部会資料73A」26頁。

問題について見解が分かれており、意思能力の具体的な内容については、引き続き解釈に委ねるのが相当であると考えられる<sup>33</sup>、ということが挙げられている。

なお、中間試案において意思能力を「法律行為をすることの意味を理解する能力」と定義すべきだとする山本（敬）幹事から、「意思能力という言葉は使われていて定着しているので、その内容を更に具体化する必要は乏しい」との説明は不適当であり、意思能力有無の基準がなければ意思能力有無の判断ができないことになるので、意思能力の内容を明らかにする必要があるが、部会内で「必ずしも一致した意見が得られていない」ことから、素案において意思能力を定義しないことにした、と説明すべきである<sup>34</sup>、との意見が出されている。これに対しては、鎌田部会長から、「説明の仕方については工夫をしてもらおう」旨の答弁がなされている<sup>35</sup>。

また、意思能力と行為能力ないし事理弁識能力との関係については次のとおり整理されている<sup>36</sup>。

民法は、意思能力とは別に、確定的に有効な法律行為をするための能力として、行為能力に関する規定（同法第4条から第21条まで）を設けている。これは、未成年者、成年被後見人、被保佐人、被補助人を制限行為能力者とし（同法第20条）、制限行為能力者の行為を取り消すことができる場合を定めるものである（同法第5条第2項、第9条、第13条第4項、第17条第4項）。意思能力とは別に行為能力に関する規定が設けられたのは、意思能力を欠くことを相手方が知り得ず、トラブルの発生を事前に回避することが困難な場合があること、意思能力を欠く者が意思能力の欠如を事後的に立証して不当な損失を免れることが困難な場合もあることから、立証が容易な取消事由を設

---

33 前掲注30)「部会資料73A」26頁。

34 「法制審議会民法（債権関係）部会第82回会議 議事録」36頁以下、「第82回会議議事録」とする。）。

35 前掲注34)「第82回会議 議事録」36頁

36 前掲注30)「部会資料73A」25頁。

けるとともに、相手方も事前に能力の制限の有無を確認することができるようにより、これらの困難を回避しようとしたものである。

以上のように、意思能力と行為能力とは、有効に法律行為をするための能力である点では共通する点があるが、その要件は異なっており、その有無は別個に判断されることになる。

その後、第 90 回会議（2014 [平成 26] 年 6 月 10 日開催）において、「法律行為の当事者がその法律行為の時に意思能力を有しないときは、その法律行為は、無効とする<sup>37)</sup>」との案が出され、その「説明」として、「73 A の案を維持するものである。ただし、意思能力の有無は法律行為が行われた時点で問題となることから、その点を明確にするために表現を改めている<sup>38)</sup>」、ということが挙げられている。しかし、この案に対しては、山本（敬）幹事から、契約の場合には、「法律行為の時」とは承諾の意思表示が到達した時を指すので、申込みの意思表示の到達後に承諾の意思表示が発せられて到達するまでの間に申込者が意思能力を喪失した場合には、「法律行為の時」すなわち承諾の時に意思能力がないことになり、その法律行為は無効となるが、そのようなことが意図されているわけではない、と指摘され、「表意者がその意思表示の時に意思能力を有しないときは、その意思表示は無効とする<sup>39)</sup>」、との修正案が提案されている。その結果、第 95 回会議（2014 [平成 26] 年 8 月 5 日開催）において、「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いときは、その法律行為は、無効とする<sup>40)</sup>」との案が事務局から「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮

---

37 「部会資料 79-1 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その 1）」1 頁、「部会資料 79-3 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の原案（その 1）補充説明」1 頁（以下、「部会資料 79-3」とする。）。

38 前掲注 37) 「部会資料 79-3」1 頁。

39 「法制審議会民法（債権関係）部会第 90 回会議 議事録」21 頁。

40 「部会資料 82-1 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の第二次案」1 頁、「部会資料 82-2 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案の第二次案 補充説明」1 頁。

案の第二次案」中に提案されている。そうして、この案は、第 96 回会議（2014 [平成 26] 年 8 月 26 日開催）において、「部会資料 83 1」に基づき「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）<sup>41</sup>」の一部として審議されて「民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案」の中でとりまとめられている。その後、要綱仮案を基にして条文化の作業が進められ、第 97 回会議（2014 [平成 26] 年 12 月 16 日開催）において「民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案<sup>42</sup>」が提出されて審議され、更に、第 99 回会議（2015 [平成 27] 年 2 月 10 日開催）において「民法（債権関係）の改正に関する要綱案<sup>43</sup>」が 2015（平成 27）年 2 月 10 日に決定されている。そうして、法制審議会総会（同年 2 月 24 日開催）において「民法（債権関係）の改正に関する要綱」が決定され、更に、「民法の一部を改正する法律案」として閣議決定（同年 3 月 31 日）され、189 回国会に提出されている。

国会に提出された「民法の一部を改正する法律案」中の意思能力についての規定は、次のとおりである<sup>44</sup>。

第 1 編第 2 章中第 2 節を第 3 節とし、第 1 節の次に次の一節を加える。

#### 第 2 節 意思能力

第 3 条の 2 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。

---

41 「部会資料 83-1 民法（債権関係）の改正に関する要綱仮案（案）」1 頁（以下、「部会資料 83-1」とする。）。

42 「部会資料 84-1 民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その 1）」1 頁、「部会資料 84-2 民法（債権関係）の改正に関する要綱案の原案（その 1）」参考資料 4 頁（以下、「部会資料 84-2」とする。）。なお、「部会資料 84-2」によれば、要綱仮案では、「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いときは、その意思表示は、無効する。」、となっているが、「検討中の改正条文案」では、「第 3 条の 2 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。」（下線は原文のまま）となっている。

43 <http://www.moj.go.jp/content/001136445.pdf>.

44 [http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07\\_00175.html](http://www.moj.go.jp/MINJI/minji07_00175.html).

### 三 日本の団体による意思能力の定義の検討

次に、冒頭で述べたとおり、検討委員会および民法改正研究会の二つのグループが意思能力を定義した案を提示し、法制審議会民法（債権関係）部会が第二読会の終わりまでには意思能力を定義する方向で議論しているので、以下では、意思能力を「事理を弁識する能力」と定義する考え方と「法律行為を理解することの能力」と定義する考え方との2案について検討することにする。なお、法制審議会民法（債権関係）部会は、意思能力を定義せず、その効力のみ条文で示す、という案を最終的に今次の改正案とするに至ったが、この案の是非を問う必要もあるように思われるので、この案について一言することにする。

#### 1 意思能力を「事理弁識能力」と定義する考え方について

まず、便宜上、意思能力を「事理を弁識する能力」と定義する考え方から検討することにする。この考え方をとるのは民法改正研究会であり、法制審議会民法（債権関係）部会は、第一読会第10回会議において意思能力を「事理を弁識する能力」と定義する考え方および「法律行為をすることの意味を弁識する能力」と定義する考え方との両案を提示して審議し、第30回会議においては意思能力を「事理を弁識する能力」と定義する考え方を乙案として整理し、更に、この案について第二読会の終わりまで審議している。

ところで、意思能力は、表意者のした過去の表示に対して効力を付与するに足る精神能力を有していたか否かを判定するために用いられる法技術概念である。これに対して、「事理弁識能力」は、法定後見制度の場合であれば、現在から将来に向けて継続的に精神上の障害のある者を3類型に分け、このうちの「事理弁識能力を欠く常況」が後見開始（成年後見人による法律行為の代理と本人のした行為の取消し）の実質的要件であり、これも一種の法技術概念である。このことから、両者は、精神上の障害がある者のした法律行為を否認するという点において同じ目的を有して共通

する点があるが、その法技術的意味を全く異にすることから、第 82 回会議で述べているように、「意思能力と行為能力〔事理弁識能力〕とは、有効に法律行為をするための能力である点では共通する点があるが、その要件は異っており、その有無は別個に判断されることになる<sup>45)</sup>。したがって、意思能力の定義に「事理弁識能力」という概念を用いるべきでない<sup>46)</sup>、と思われる。

## 2 意思能力を「法律行為をすることの意味を理解する能力」と定義する考え方について

検討委員会は、法律行為を構成する制度の趣旨に照らして「みずからその行為をした」といえるかどうかが意思能力の問題である、という。そうすると、意思能力の有無の基準は、法律行為の性質や難易等によって異なり、画一的に定まるものでない、として、検討委員会は、意思能力に相当するものを「法律行為をすることの意味を弁識する能力」と定式化（定義）している。また、法制審議会民法（債権関係）部会は、前述したように、第一読会第 10 回会議において意思能力を「事理弁識能力」および「法律行為をすることの意味を弁識する能力」と定義する考え方を提示して審議し、中間試案に向けて審議をする第二読会第 30 回会議において、意思能力を「法律行為をすることの意味を弁識する能力」とする考え方を甲案として整理している。そうして、第 10 回会議の審議において、個別具体的な法律行為ごとに表意者がその意味を理解して意思表示をしたかどうかは、意思能力の問題ではなく、適合性の原則などによって処理すべきであるとされたが、第 30 回会議では、確かに適合性原則と意思無能力の法理とが

---

45 前掲注 30)「部会資料 73A」25 頁。

46 なお、村田・前掲注 1)「意思能力と事理弁識能力」赤沼編『成年後見制度をめぐる諸問題』では、意思能力と事理弁識能力とでは、判定の視点・時期・方法を異にするが、精神上の障害により自己の意思を表明する能力の欠如という点においてその実質的内容が同じであることに着目している。これに対して、本稿では、両者が判定の視点・時期・方法という法技術的な意味を異にする点に着目して、意思能力を「事理弁識能力」と定義する考え方を検討している。

重複する可能性は否定できないが、「このことを否定的に評価する理はないとも考えられるし、甲案は従来からの一般的な理解に基づくものであるから、適合性原則の適用場面と意思能力の問題との重複は従来から生じていたとも言える」との反対意見が出された。その後、第 64 回会議に提出された「中間試案のたたき台」として、意思能力を「法律行為の当事者が、その法律行為の時に、その法律行為の結果を理解してその法律行為をするかどうかを判断する能力」、と定義する案が示されたが、「法律行為の結果を理解して」という表現が分かりにくいものであり、非常に高いレベルの能力を要求しているというニュアンスが出てしまうとの意見が出されたので、表現方法について再検討することになった。その結果、第 70 回会議において意思能力を「その法律行為をすることの意味を理解する能力」と定義する案が提案されるに至った。

確かに、「その法律行為の意味を理解する能力」を有する者は、普通には相応の動機に基づいて一定の適切な効果を欲する意思（真意）を決定し、この意思（真意）に基づいて適切な表示をするであろうし、当事者が当該表示時にこの能力を有しなかったとすれば、意思無能力を理由に無効とされることになる。しかし、意思能力について理解力のみに着目すると、次のような問題があるように思われる。

すなわち、伝統的通説によれば、通常人が自己の表示行為に失敗した事態に陥った場合（例えば、300 万円と書くべきところ、3000 万円と誤記をした場合）には「表示上の錯誤」の問題となり、また一元説によれば、相手方が表意者において錯誤に陥っていることについて認識可能 誤記や言い誤りは、通常の場合には認識可能であろう であれば、錯誤無効を主張することができることになる。そうして、表意者が重過失により錯誤に陥った場合でも、学説は、一般に、相手方が本人の錯誤を知っていた場合には、表意者において錯誤無効を主張しうると解し、更に、今次の改正法案は、「錯誤が表意者の重過失によるものであった場合には、次に掲げる場合を除き、第一項の規定による意思表示の取消しをすることができない。一 相手方が表意者に錯誤があることを知り、又は重大な過失によって知らな

かったとき。」(改正法案 95 条 3 項一号)、と提案し、表意者は、重過失により表示上の錯誤に陥ったとしても、相手方がこのことについて悪意・重過失であれば、錯誤取消しを主張することができる、としている。

これに対して、表意者が精神上の障害により同様の事態に陥っていたとしたら、かかる事態は錯誤ではなくして意思無能力法理によって処理すべきであるように思われる。すなわち表意者に精神上の障害があるために、表意者が自己の表示行為を適切に制御(支配)することのできない場合として考える余地があるように思われるのである。したがって、意思能力を「法律行為をすることの意味を理解する能力」のみに着目して定義すべきでない、と思われるのである<sup>47</sup>。

### 3 意思能力を定義しない考え方について

法制審議会民法(債権関係)部会は、今次の改正案において、意思能力を定義しないで、意思能力を欠く状態でされた法律行為の効力のあり方のみを規定する、という考え方に立っている。この考え方は、法制審議会民法(債権関係)部会の第二読会第 30 回会議から登場し、この立場を明確に主張するようになるのは、要綱案の決定に向けた第三読会第 82 回会議からである。そうして、法制審議会民法(債権関係)部会が、意思能力を

---

47 前掲注 41)「部会資料 83 1」1 頁。平成 11 年の「民法の一部を改正する法律」の立案担当者は、「従来の鑑定実務において考慮も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当たっては、考慮の対象となり得るものと考えられる」、と述べている(小林昭彦・原司『平成 11 年民法一部改正等の解説』63 頁注(5)[法曹会、2004 年])。そうして、ここにいう広義の判断能力とは、「知的能力、(狭義の)事理弁職能力及び社会適応能力」の三つの概念をすべて総合した概念」であって、新法における「事理弁職能力」を指すものと解されている。したがって、平成 11 年の「民法の一部を改正する法律」の立案担当者によれば、制御能力は、行為能力を制限する場合にも顧慮されうる能力ということになり、「事理弁職能力」の中に含まれたことになる。しかし、「法律行為をすることの意味を理解する能力」の中に「制御能力」が含まれているのかは、法政審議会民法(債権関係)部会における意思能力の審議からは必ずしも明らかでないように思われる。

定義せず、意思能力を欠く状態で行われた法律行為の効力のあり方のみを規定する考え方をとったのは、「理論的には、意思能力の判断に当たって、精神上的の障害という生物学的要素と合理的に行為をする能力を欠くという心理学的要素の双方を考慮するか、心理学的要素のみを考慮するかという問題や、判断・弁識の能力だけでなく、自己の行為を支配するのに必要な制御能力を考慮するかどうかという問題について見解が分かれて」いるからである、とされている<sup>48</sup>。確かに、前掲大判明治38年5月11日の大審院判例は、意思能力を「法律行為ノ要素」というだけで意思能力の定義・内容に一切触れず、その後の大審院も最高裁もまた意思能力の定義・内容に言及せず、下級審判決例もまた意思能力について必ずしも十分に検討してこなかったように思われる。また、学説に目を転じても、意思能力を問題となっている事件の解決に適合するように諸要素に分解するという試みは一部の学説においてなされてきたにすぎない。このように、意思能力に関する研究は、十分になされているとはいえ、超高齢社会に対応するためこれから本格的に研究をしなければならない法分野の一つであるように思われる。したがって、今次の改正案において、意思能力を定義しないで

---

48 村田・前掲注1)「第2 意思能力・日常生活行為」円谷編『民法改正案の検討・第2巻』268-269頁において、「意思能力を概念構成する場合、生物学的要素も心理学的要素もともに顧慮すべきである。そうして、生物学的要素には年齢による精神の未熟と精神の障害とがあり、このうちの精神の障害は、継続的なものと一時的なものとを問わないが、心理学的要素に影響を及ぼすものでなければならぬ。また、心理学的要素については、意思表示のプロセスの各段階に要求される機能的な能力に着目する必要がある、制御能力をもこれに含めるべきである。そうして、両要素の関係については、前述したように、生物学的要素が心理学的要素に影響を及ぼすものでなければならぬが、生物学的要素としての精神の障害を特定し、その生物学的要素が心理学的要素に影響を及ぼしていることを明らかにすることができるなら、意思無能力の立証が比較的容易になるから、生物学的要素は意思無能力の立証に際しても有用であるように思われる。しかし、生物学的要素の要否および心理学的要素の内容いかんなどについて学説が未だ確定していないようであるから、意思能力を「法律行為をするのに必要な精神能力」と概念構成するととどめ、意思能力を構成する要素の抽出などについては学説に委ねるべきであろう」と私見を述べたことがある(なお、村田・前掲注1)「意思能力と事理弁識能力」赤沼編『成年後見制度をめぐる諸問題』30頁をも参照されたい)。

意思能力の効力のみ規定した案としたのはやむを得なかったように思われる。

#### 四 外国の立法

意思能力の要素およびその有無の基準を条文で示すことは、冒頭で述べたように、これから本格的に登場する超高齢社会において必要かつ不可欠である。しかし、前述のとおり、こうした作業は、日本では一部の学説を除いて殆どなされていないように思われる<sup>49</sup>。そこで、以下では、意思能力に関する諸外国の立法として、差し当たり、ドイツ民法、フランス民法、スイス民法、オランダ民法およびイギリス 2005 年意思能力法中の意思能力に関する規定を参照することにする。

##### 1 ドイツ民法

1896 年に公布され、1900 年 1 月 1 日に施行されたドイツ民法 (Bürgerliches Gesetzbuch) は、2002 年に債務法の改正がなされたが、今日でも日本民法の意思能力に相当する概念は行為能力 (Geschäftsfähigkeit) と規定されている。そこで、現行ドイツ民法の 104 条 (行為無能力 [Geschäftsunfähigkeit]) および行為無能力の効果等を示している 105 条 (意思表示の無効 [Nichtigkeit der Willenserklärung]) の規定を以下に見ることとする<sup>50</sup>。

ドイツ民法 104 条 (行為無能力)

次に掲げる者は、行為無能力者とする。

---

49 日本における意思能力に関する代表的な研究として、岡松参太郎「意思能力論 (1)～(5・完) 法学協会雑誌 33 卷 10-12 号、34 卷 2-3 号 (1815-1916 年)、須永醇『意思能力と行為能力』(日本評論社、2010 年)、前田泰『民事精神鑑定と成年後見法 — 行為能力・意思能力・責任能力の法的判定基準』(日本評論社、2000 年)、熊谷士郎『意思無能力法理の再検討』(有信堂高文社、2003 年)、等がある。本稿は、これらの学説を参考にしているが、特に須永教授の学説に大いに依拠している。

50 ドイツ民法 104 条・105 条の日本語訳は、前掲注 14)「部会資料 12-2」21 頁による。

- 1 満7歳に達しない者
- 2 精神活動の病的障害によって自由な意思決定をすることができない状態にある者。ただし、その状態がその性質上一時のものでないときに限る。

同法 105 条（意思表示の無効）

- (1) 行為無能力者のした意思表示は、無効とする。
- (2) 意識喪失の状態または精神活動の一時的障害の状態でした意思表示も、無効とする。

## 2 フランス民法

1804年に施行されたフランス民法（Code civil des Francais）には、幼年者の「意思無能力」に関する一般規定がなく、1968年1月3日法による改正までは、その901条で「生存者間の贈与又は遺言を行うためには精神が健全でなければならない」と規定しているだけであった。その後、1968年1月3日法により改正された後の489条が成年者に対してのみ意思能力についての規定を現行のとおりに定めているだけであった。そうして、489条1項は、2007年3月5日法によって489条2項と切り離され、現在は414-1条に置かれている<sup>51</sup>。そこで、現行フランス民法414-1条の規定を見るなら、次のとおりである<sup>52</sup>。

フランス民法 414 - 1 条

有効な行為を行うためには、精神が健全 [sain d'esprit] でなければならない。行為の時における精神障害 [trouble mental] の存在を証明することは、無効を主張する者の負担とされる。

---

51 以上の記述は、須永・前掲注49)『意思能力と行為能力』192-193頁[初出は、同「意思無能力者の法律行為の『無効』の法的性質に関する一視点——フランス法からの示唆」法学志林83巻3号 1986年]を参照した。

52 フランス民法414-1条の日本語訳は、前掲注14)「部会資料12-2」21頁による。

### 3 スイス民法

1907年に公布（施行は1912年）されたスイス民法（Schweizerisches Zivilgesetzbuch）16条の規定は、日本民法の意思能力に相当する判断能力について次のとおり定めていた。

#### スイス民法旧16条

幼年のため、又は精神病、精神耗弱、飲酒若しくは類似の状態の結果として理性に従い行為する能力に欠けることのない者は、この法律の意味において判断能力（urteilsfähig）がある。

その後、2008年12月19日にその第2編第3章の「後見」（Vormundschaft）は「成年者保護」（Der Erwachsenenschutz）に改められ、それと同時に16条も改正され、ともに2013年1月1日に施行されている。そこで、改正されたスイス民法16条の規定をみると、次のとおりである。

#### 改正スイス民法16条

幼年のため、知的障害、精神障害、酩酊または類似の状態の結果として理性に従い行為する能力に欠けることのない者は、この法律の意味において判断能力がある。

なお、我妻博士がスイス民法の規定を用いて意思能力を「自分の行為の結果を判断することのできる精神的能力<sup>53</sup>」と定義したからであろうか、スイス民法における意思能力の心理学的要素は日本の学説に大きな影響を与えたが、生物学的要素の方は余り知られていないように思われる。

### 4 オランダ民法

1992年に改正されたオランダ民法（Burgerlijk Wetboek）第3編34条の規定は、次のとおりである<sup>54</sup>。

#### オランダ民法第3編34条

---

53 我妻栄『新訂民法総則（民法講義）』60頁（岩波書店、1965年）。

54 オランダ民法第3編34条の日本語訳は、前掲注14）「部会資料12-2」21頁による。

- (1) 継続的または一時的に精神能力に障害を来している者が意思表示をしたときは、その障害が当該行為と関係する利益についての合理的な評価を妨げる場合、またはその表示がこの障害の影響の下で行われた場合には、この表示に対応する意思が存在しないものとみなされる。法律行為が精神障害者にとって不利益となるときは、その不利益が法律行為の時点で合理的に予測され得なかった場合を除き、当該表示は障害の下で行われたものと推定する。
- (2) そのような意思の不存在によって、法律行為は取り消され得る。ただし、片面的な法律行為は、一人または多数の特定の者に向けられたものでないときは、意思の不存在によって無効となる。

## 5 イギリスの 2005 年意思能力法

最後に、2007 年 10 月 1 日から施行されたイギリス 2005 年意思能力法 (The Mental Capacity Act 2005) の規定をみておこなら、次のとおりである<sup>55</sup>。

### イギリス 2005 年意思能力法 2 条 1 項

本法では、人が精神若しくは脳の損傷又は機能障害のために、ある事項に対して意思決定すべきときに独力で意思決定できない場合、その人はその事柄について能力を欠くと定義される。

### 同法 3 条 1 項

第 2 条の趣旨に鑑み、人は次の場合に独力で意思決定ができないとされる。

- (a) 当該意思決定に関連する情報を理解することができない。
- (b) その情報を保持することができない。
- (c) 意思決定を行う過程の一部としてその情報を利用又は比較衡量することができない。

---

55 イギリス 2005 年意思能力法の日本語訳は、新井誠監訳・紺野包子『イギリス 2005 年意思能力法・行動指針』7-8 頁 (民事法研究会、2009 年) による。

(d) 自己の意思決定を、口頭、手話又はその他の手段で他人に伝えることができない。

以上、意思能力に関する5カ国の立法例を概観したが、フランス民法は、有効な行為を行うためには、精神が健全 [sain d'espri] でなければならぬ、と定めているにすぎないが、他の4カ国の立法例をみると、意思能力を「生物学的要素」と「心理学的要素」とに分け、それぞれの要素について比較的詳細に規定している。

## 五 意思能力を定義する場合の留意点について

日本では、この2つの要素をともに顧慮して意思能力を定義する学説は勿論古くから存在するが、最近の有力学説は、心理学的要素を顧慮するものの、生物学的要素を顧慮することなく意思能力を定義している<sup>56</sup>。そうして、検討委員会および民法改正研究会もまた、生物学的要素を顧慮することなく意思能力の定義を試みている。問題は、意思能力を定義する上で、この2つの要素を顧慮すべきか、また、顧慮するとしてもどのように取り入れるかであろう。そこで、最後に、この問題を検討するが、以下では、冒頭で述べたとおり、4で紹介した意思能力に関する外国の立法例を参照しつつ、意思能力を定義する際の留意点を指摘するに留めることにする。なお、意思能力は、法律行為を組成する意思表示のみならず法的に意義あるその他の容態（例：不法行為）についても問題となる概念であるが<sup>57</sup>、

---

56 この点に関する学説については、須永醇「成年無能力制度の再検討」法と精神医療5号48-49頁（1991年）、同・前掲49）『意思能力と行為能力』13頁注（5）を参照されたい。

57 中田委員は、今次の改正案では意思能力についての規定が五つあり、意思能力の他には、意思表示の発信後の意思能力の喪失、意思能力の受領能力、無効行為の原状回復、契約申込者の発信後の意思能力の喪失を挙げている。その他にも、13条の保佐人の同意を要する九つの行為があるが、その中には厳密な意味での法律行為に当たらないものもあり、意思能力がない場合に、それも無効になるのではないかと、また、代理行為の瑕疵についての規定も意思無能力の取扱いをどう考えるかについて議論の余地がある、と述べている（「法制審議会民法〔債権関係〕部会第95回会議事録」3-4頁）。

法律行為を組成する意思表示をするのに必要な精神能力であることが基本であり、各国の立法例もまた意思表示に必要な精神能力のあり方を生物学的要素と心理学的要素とに分けて規定していることから、以下でも、個々の意思表示に必要な意思能力の要素をこの二要素に分け、両要素を検討する場合の留意点をあげることにする。そうして、高齢者の精神機能の特性を示しておくことはこれから本格的に到来する超高齢社会において参考になると思われるので、このことを最後に示して意思能力との関連問題を述べることにする。

## 1 生物学的要素を検討する場合の留意点

### (1) 諸外国の立法における生物学的要素について

意思能力を定義するに当たり、生物学的要素をどのように規定すべきであろうか。そこで、このことを検討する上での留意点を探すために、4で紹介した各国の立法例が生物学的要素をどのように規定しているのか、を今一度確認することにする。

まず、スイス民法は、生物学的要素およびそれに類似のものとして「幼年、知的障害、障害、酩酊または類似の状態」というように国民に比較的分かり易く定め、こうした「状態の結果として理性に従い行為する能力に欠ける」者には判断能力がない(16条)、との旨を規定している。これに対して、ドイツ民法は、同じく生物学的要素である「幼年」について、「満7歳に達しない者」(104条1号)であれば、それだけで「行為無能力者」となり、行為無能力者のした行為を「無効」である(105条1項)、と定めている。

また、ドイツ民法は、「満7歳に達しない者」以外にも、「精神活動の病的障害によって自由な意思決定をすることができない状態にある者。ただし、その状態がその性質上一時のものでないときに限る」(104条2号)の要件を具備した者を行為無能力者とし、行為無能力者のした行為を「無効」である(105条1項)、と定めている。したがって、ドイツ民法によれば、精神活動の病的障害によって一時的に自由な意思決定をすることがで

きない状態にある者は、行為無能力者とはならないことから、行為無能力を理由に無効とすることができないが、「意識喪失の状態または精神活動の一時的障害の状態の下でした意思表示も、無効とする」と定める同法105条2項によって無効とすることができる。

次に、オランダ民法は、継続的であれ一時的であれ精神的能力の障害によって意思表示をしたときは、その障害によりその行為と関係する利益について合理的な評価ができない場合は、表示に対応する意思が存在しないものとみなし（同法第3編34条1項1文）、また、法律行為が障害者に不利益をもたらし、その不利益が合理的に予測されうる場合には、その表示が障害の下でなされたものと推定し（同条1項2文）、そのような意思の不存在によって、問題となっている法律行為を原則として取消可能（同条2項本文）、と定めている。

最後に、イギリス2005年意思能力法は、「人が精神若しくは脳の損傷又は機能障害のために」、ある事項に対して意思決定すべきときに独力で意思決定できない場合、その人はその事柄について能力を欠く（同法2条1項）、との旨を定めている。

以上、4で挙げた各国の立法例（ただし、フランス民法を除く）の生物学的要素をみてきたが、これらの立法例を参考としつつ、まず、生物学的要素は意思能力の有無を判定する上で有用な要素か、次に、幼年者を意思無能力者として扱う場合の留意点を挙げ、最後に、一時的に精神に障害を負った者を意思無能力者として取り扱うことの可否を考え、これらの問題を通して意思能力の定義に生物学的要素を用いる場合の留意点を示すことにする。

## (2) 生物学的要素と意思能力有無の判定

意思無能力を立証するのは意思無能力者側であるが、その立証は必ずしも容易ではない。

そこで、本人の表示行為時における精神状態に関する精神医学的評価が重要視される場合があり、そのような場合には、生物学的要素にあたる精

精神判定疾患の有無やその程度に関する精神医学的診断は必要不可欠であろう。例えば、脳の神経細胞の変性・減少により発症する変性性認知症の中では最も研究が進んでいるとされるアルツハイマー型認知症に関する精神医学の知見によれば、「後期のアルツハイマー型認知症に罹患していたと推定される被鑑定人の場合には、財産管理能力はなく遺言能力もないと考えられよう<sup>58)</sup>」、ということである。

これに対して中期や初期のアルツハイマー型認知症や、必ずしも研究が進んでいない精神疾患に罹患している場合には、このことから直ちに結論を下す生物学的方法に依拠せず、生物学的要素を確認した上で、問題となっている意思表示をするのに必要な精神能力を欠いているか否かという心理学的要素をも考慮に入れ、最終的に法的な価値判断をした上で、意思能力の有無が判定される<sup>59)</sup>、ということである。

以上のことから、後期のアルツハイマー型認知症に罹患している者のように、意思無能力の原因となる生物学的要素（例：病名・症状）が一時的でなく継続的に心理学的要素に大きく影響を及ぼしているのなら、当該表示時に意思無能力であったことの立証が比較的容易になるから、継続的な生物学的要素は意思無能力の立証に有用な要素であろう<sup>60)</sup>。特に、ある者の精神能力の有無・程度が精神科医によって鑑定される場合には、継続的な生物学的要素は不可欠な要素であるように思われる。

しかも、既に超高齢社会に入っている今日、契約を締結する一方当事者が高齢者であることは稀ではなく、精神能力の低下した高齢者 A が B と契約を締結したが自己の債務を履行をする前に亡くなるケースがないとはいえないように思われる。2060年には2,5人に1人が65歳以上の高齢者

---

58 五十嵐禎人「アルツハイマー型認知症に罹患した人の遺言能力」村田彰先生還暦記念論文編集委員会編『現代法と法システム——村田彰先生還暦記念論文集』210頁（酒井書店、2014年）。

59 西山詮『民事精神鑑定の実際 [追補改訂版]』37頁以下（振興医学出版社、1995年）。

60 村田彰「意思能力有無の判定と保佐開始の審判——福岡高裁平成16年7月21日判決」実践成年後見44号111頁（2013年）。

になるとの推計が出されていることを思い起こすべきであろう。そうして、前述のようなケースにおいて B がその契約当事者であった高齢者 A の相続人に履行請求をしてきた場合に、A の相続人は、A が契約締結時に意思能力を喪失していた、と B に主張したいと考えたとすると、このことをどのようにして立証するのであろうか、という問題を考えるときには、遺言能力有無の判定方法が参考になるように思われる。すなわち、死因行為である遺言が効力を生じる時には、遺言者が既に死亡しているので、遺言者の生前における医師の所見や医学上の種々の測定法・基準は重要な証拠資料とならざるを得ず<sup>61</sup>、そうして、このことは前述のようなケースについても基本的に当てはまるように思われる。

ただし、直接には遺言についてであるが、精神医学者から、「わが国の判例を見ると、『中等度の人格水準低下と痴呆 [認知症]』、『意識障害]』、『アルツハイマー老年痴呆 [認知症] で判断能力は四、五歳程度』、『中等度以上の痴呆 [認知症] 状態』などの所見にもとづいて、遺言能力が否定された事例が挙げられている。いずれの判断方法も生物学的方法に強く偏奇していることが明らかである<sup>62</sup>、とか、「重症の医学的疾患に罹患していた場合には遺言能力が否定される傾向にある。特に中等度以上の痴呆 [認知症] と認定された場合には多くの場合遺言能力が否定されている<sup>63</sup>」、また法律家からも、「現実の問題となる高齢者の遺言、しかもその多くが入院を経験していることに鑑み、遺言書作成前後における遺言者の病状に関する医師の判断が重要な資料となっている<sup>64</sup>」、とそれぞれ指摘されてい

---

61 五十嵐禎人教授は、遺言能力の判定と他の法的判断能力の判定とを比較して、「遺言作成時点での被判定者の精神状態に関する精神医学的評価が重要であり、いわゆる生物学的要素にあたる精神判定疾患の有無やその程度に関する精神医学的診断が必要不可欠である」、と述べる（同・前掲注 58）「アルツハイマー型認知症に罹患した人の遺言能力」『現代法と法システム』204 頁。

62 西山・前掲注 59）『民事精神鑑定の実際』51 頁。

63 白石弘巳「高齢者の遺言の尊重と遺言能力に関する研究」齋藤正彦代表『高齢社会における医療・保健・福祉制度と高齢者の人権』138 頁（厚生科学研究費補助金総合研究報告書、2000 年）。

64 右近健男「遺言能力に関する諸問題」久貴忠彦代表編集『遺言と遺留分・第 1

ることにも留意すべきであろう。

以上のことから、精神作用に大きく影響を及ぼすことが明らかな継続的で重症の疾患の場合には、生物学的要素は意思無能力の立証に有用であり、生物学的要素のみで意思無能力を判定しうる場合は確かにあるが、そうでない場合には、生物学的要素および心理学的要素を考慮に入れ、最終的に法的な価値判断をした上で、意思能力の有無が判定されることになる。そうだとすると、いずれにしても、意思能力の有無の判定には、生物学的要素は有用であるが、生物学的要素のみで意思能力の有無を判定する場合には、判定者に慎重な態度が求められることになるから、医師と法律家とが協力をして意思能力有無の判定をすることが必要となっている、と思われるのである<sup>65</sup>。

### (3) 幼年を意思無能力の定義に含める場合の留意点

幼年は生物学的要素の一つである。しかし、幼年であることは、意思能力を欠いているのが通常であろうから、bで述べたこととは別の問題がある。すなわち、学説の中には、意思能力の有無を判定する基準を説明する際に、意思能力の相対性を挙げているにもかかわらず、意思能力の程度は一般に7歳から10歳程度の理解力を意味する、と解する見解がある。例えば、64回会議において「意思能力の有無の判断に当たって法律行為の性質、難易が考慮されるとしても、意思能力の程度は一般に7歳から10歳程度の理解力を意味するとされており、取引の仕組みなどを理解した上で、その取引した結果について自己の利害得失を認識して経済合理性に則った判断をする能力までは不要である」、とした上で、「法律行為をすること

---

巻遺言』[初版] 58頁(日本評論社、2001年)。

65 既に須永教授は、「法律家と精神科医とがそれぞれの専門性・職能を十分に理解し合った上で適切な協力関係を築き上げること、が民事精神鑑定に不可欠の要請になっている」同『須永醇 民法論集 10頁(酒井書店、2010年)』[初出は「民事精神鑑定に関する2~3のメモ 民法学者の一人としての立場から」法と精神医療 14号 2000年]、と述べている。

によってどのような法的な結果が生ずるかを理解してその理解に従って法律行為をするかどうかを判断する能力があれば足りる」、と解する立場がそうである。そうして、このように解する背後には、日本民法上の意思無能力者と制限行為能力者との区別をドイツ民法上の行為無能力者（7歳未満の者 [BGB 104 条 1 号] および 精神活動の病的障害によって自由な意思決定をすることが継続的にできない状態にある者 [自然的行為無能力者 同条 2 号]）と制限的行為能力者（現行法では、7歳以上の未成年者 [同 106 条] および同意の留保の宣告を受けた被世話人 [同 1903 条 1 項]）との区別に対応させようとする考え方があるように思われる。そうすると、この立場によれば、およそ7歳未満の幼年者のした法律行為は、意思能力の相対性を挙げても、意思無能力を理由に無効ということになる。

これに対して、幼年者の名においてした財産法上の法律行為に関する判例を詳細に分析・検討した須永教授は、「意思無能力を認めることの障害となる別の決定規準が現実の裁判過程では通用しており、その結果、未成年者について意思無能力無効が認められるかどうかについての先例価値ある判例は存在しないのに等しい。そうして、その決定規準と言うのは、意思能力の有無を問題にされるほどに低い年齢にある未成年者の名において行なわれた財産法上の法律行為については、その現実の行為者は未成年者の正当な代理人だったとみようと、その代理人について認められる事実に基づいて当該の法律行為の効力を決する<sup>66</sup>」、ということが今日の判例の傾向である、と述べている。

また、前田（泰）教授は、未成年を理由とする行為無能力取消（現行法では、制限行為能力を理由とする取消し）も意思無能力無効におけると同様に、法定代理人の存在によって機能する場面を失っている可能性があるのではない<sup>67</sup>、との問題意識から、法定代理制度が無能力者（現行法では、制限行為能力者）を犠牲にして法定代理人の取引の相手方を保護する

---

66 須永・前掲注 49) 『意思能力と行為能力』 10 頁。

67 前田・前掲注 49) 『民事精神鑑定と成年後見法』 121 頁。

ことに専ら資する制度だとするなら、検討を要するのは法定代理についてである、と主張する。そうして、禁治産者（現行法では、成年被後見人）相当の精神能力しかない者の事実上の後見人のした無権代理行為を、その後成年後見人に選任された者（法定代理人）が追認を拒絶することは信義則に反するか否かについて、「本人の意思能力について相手方が認識し又は認識し得た事実など諸般の事情を勘案し、契約の追認を拒絶することが取引関係に立つ当事者間の信頼を裏切り、信義の觀念に反するような例外的な場合に当たるか否かを判断して、決しなければならぬ」、と説示し、追認拒絶を許さないと判示した高裁判決を破毀して高裁に差し戻した最判平成6年9月13日民集48巻6号1263頁を肯定的に評価している<sup>68</sup>。

以上のとおり、意思無能力の有無が問題とされる程度の年齢にある幼年者の名においてなされた財産法上の法律行為の場合には、幼年者本人が自ら行為することはなく、成年者が幼年者を代理するというケースが殆どであろう。そこで、例えば、幼年者の事実上の後見人が無権代理行為をした後にその幼年者の未成年後見人に選任された者が追認拒絶をするのは信義則上許されるか、という問題を考えてみると、この場合には、幼年者自らが行為をしているのではなくして幼年者を無権代理しているケースであるから、意思無能力無効の法理は適用されず、未成年後見人による無権代理の追認または追認拒否で解決するのが妥当であろう。すなわち、ここでの問題は、幼年者が意思無能力無効を主張しうるか否かではなくして、意思無能力である幼年者の後見人に選任された者が無権代理を追認するか追認を拒絶するかのいずれが幼年者の福祉と利益に合致するか、ということであろう。そうして、この場合には、取引の相手方が事実上の後見人による無権代理行為を有効な代理行為であると信頼したとしても、幼年者が未成年後見人の代理行為に関与もしくは関係することはないのであるから、幼年者本人に代理行為に際して帰責性はなく、したがって、表見代理が適用

---

68 前田・前掲注49)『民事精神鑑定と成年後見法』160頁。

されたり、幼年者の事実上の後見人が無権代理をした後で未成年後見人に選任された者が信義則上追認をしなければならない、ということはないであろう。これに対して、未成年者が事実上の後見人の無権代理行為に関与または関係した場合には、表見代理が適用されたり、未成年者後見人による追認拒否が信義則上許されないと解する余地はあろう。そうして、未成年者後見人による追認拒絶が認められるような場合の代理の効果は効果不帰属よりも端的に無効と構成するのが、幼年者が意思無能力者であることの帰結として最も妥当なように思われる。そうして、このように考えると、幼年者の事実上の後見人が無権代理をした後に幼年者の後見人として選任された者は、本人である幼年者の福祉と利益に適うような処理をしなければならない、ということになる。そうすると、前掲最判平成6年9月13日は、「相手方のある法律行為をするに際しては、後見人において取引の安全等相手方の利益にも相応の配慮を払うべきことは当然である」と説明していることから、法定代理人追認の可否のケースの中でも本人が幼年者のケースに対しては先例拘束性を有さないように思われる。

このように、幼年者を意思無能力者だと規定しても、意思無能力の法理は適用されないが、幼年者が意思無能力であることは疑いのないところであるから、幼年者の法定代理人は、専ら幼年者の福祉とその利益に適うように代理行為をしなければならない、ということになる。そうして、こうした点に留意しつつ、幼年者の意思無能力者としての問題を考えるべきであろう。

#### (4) 一時的に精神に障害を負った場合の問題

最後に、一時的に精神に障害を負った者を意思無能力者として取り扱うことができるのか、という問題について考えることにする。例えば、一時的な疾病や極度の疲労、飲酒や薬物等の影響により精神上の障害を負った場合に、このことは、心理学的要素に影響を及ぼす場合があるのか、という問題を考えてみる。そこで、各国の立法例を見ると、前述したように、ドイツ民法は、一時的に自由な意思決定をすることができない状態にある

者は、行為無能力者ではないが、「意識喪失の状態または精神活動の一時的障害の状態の下でした意思表示も、無効とする」(同法 105 条 2 項)、と定めている。また、オランダ民法は、「継続的または一時的に精神的能力に障害を来している者」が意思表示をしたときは、その障害が問題となっている行為と関係する利益についての合理的な評価を妨げる場合、またはその表示がこの障害の影響の下で行われた場合には、この表示に対応する意思が存在しないものとみなし、また、法律行為が精神障害者にとって不利益となるときは、その不利益が法律行為の時点で合理的に予測されうる場合には、当該表示は障害の下で行われたものと推定する(同法 3 編 34 条)、との旨を定め、精神障害者の保護を図っている。

確かに、一時的に精神上の障害が生じたときには、このことが心理学的要素にも影響を及ぼしている、ということを経法的に立証することは困難であろうから、鎌田部長が第 25 回会議において述べているように、継続的な意思無能力者だけを意思無能力者とし、一時的に判断能力を失った人を意思無能力者とは言わないことにし、かかる者に対して意思無能力の法理以外の方法で救済するという方法も十分に考えられるであろう。例えば、意思表示は真意に基づいて表示されなければならない、真意に基づかない表示(非真意表示)の場合には、相手方が表意者において真意でないことについて悪意または過失によって知らない場合には無効となる(93 条ただし書)、という構成も可能なように思われる。そうして、このような場合に、オランダ民法は、前述したように、継続的または一時的に精神障害のある者が表示をした場合に、例えば、その表示がこの障害の下でなされたときには表示に対応する意思が存在しないものとみなし、さらに、法律行為から受ける不利益が法律行為の時点で合理的に予測されるときには当該表示が障害の下で行われたものと推定する、との旨を定めている。このように、一時的に精神障害に陥っている者を立証の点で保護しているオランダ民法は、この問題を今後検討する上で大いに参考になるように思われる。

## 2 心理学的要素を検討する場合の留意点

### (1) 諸外国の立法における心理学的要素

心理学的要素については、スイス民法 16 条の立法過程が参考になる。すなわち、同法 16 条に心理学的要素として定めている「理性に従い行為する能力に欠けること」という文言は、1907 年にスイス民法が制定されて以来、一度も改正されることなく今日に至っている。そこで、この文言についての立法の沿革を見ると、その第一草案では「自己ノ容態ノ動機及結果ヲ正当ニ認識シ又ハ其正当ナル認識ニ従ヒ行為スル能ハサル者ハ行為無能力トス<sup>69</sup>」とし、ここにいう無能力が精神作用の三要素である認識・判断・意思のうち主として判断力の欠缺に属しているのも、これを判断能力と解するのが妥当であるが、反対されるのを恐れて「天然的 [自然的] 行為能力」としたのだが、第二草案に至り、「理性に従い行為する能力に欠けることのない者」と改め、しかも、行為能力を判断能力とした、という経緯がある<sup>70</sup>。そうして、スイス民法の心理学的要素については既に第一草案から今日に至るまで実質的な変更はなかった、ということである。

このように、スイス民法は、「理性に従い行為する能力」には判断能力のみならず認識能力や表示をする能力もまた含まれている、ということを経験に 100 年以上前から我々に示しているように思われるのである。次に、心理学的要素とは、スイス民法では、前述したとおり、「理性に従い行為する能力に欠けること」、ドイツ民法によれば「自由な意思決定をすることができない状態」のことであり、イギリス 2005 年意思能力法では「独力で意思決定できない場合」、として規定されている。そこで、超高齢社会において心理学的要素の視点から意思能力を考えるために、以下では、心理学的要素と意思能力の相対性および意思表示をする際に必要とされる精神能力について考える場合の留意点を示すことにする。

---

69 岡松・前掲注 49) 「意思能力論 (2)」法学協会雑誌 33 卷 11 号 62 頁。

70 岡松・前掲注 49) 「意思能力論 (2)」法学協会雑誌 33 卷 11 号 62 頁。

(2) 心理学的要素と意思能力の相対性

およそいかなる意思表示をした場合でも、意思能力が欠如していると言える場合には、生物学的要素のみでもって意思能力の有無を判定することは許されるであろう。これに対して、心理学的要素は意思能力の相対性に大きく関係している、ということを確認すべきであろう。したがって、心理学的要素を考える場合には、法律行為の種類や難易等に留意しなければならないであろう。例えば、同じ売買でも財産権の内容によって心理学的要素は異なり、また、法律行為の種類や内容によっても評価の個別の心理学的要素は異なるはずである。したがって、認知症の患者であっても、問題となっている個々の具体的な行為の遂行に必要な能力に障害があることの証明が必要なはずである。このうち、民法学では、まず、財産的法律行為の遂行に障害となる心理学的要素を特定することが求められるであろう。

以上のとおり、意思表示に必要な精神能力を考える場合には、意思表示という一連のプロセスをするのに必要な精神能力を意思表示の各段階ごとに求められる機能的能力に着目する必要がある、単に理解能力とか弁識能力や判断能力だけではなく制御能力や決定した意思内容を表示する能力である表示能力をも有していなければならない、ということに留意すべきであろう。

(3) 意思表示をする際に必要とされる心理学的要素について

次に、意思能力の心理学的要素について考える場合には、意思表示のプロセスの各段階において要求される精神能力に着目する必要がある、表意者は、意思表示をする際には、ある動機に基づいて一定の適切な効果を欲する意思（真意）を決定して、決定した意思内容を表示する、というのが通常であるとするなら、その前提として、ある動機に基づいて真意を決定してこれを表示するのに必要な精神能力を有していなければならないはずである。例えば、売買を例にとると、買主は、売買の性質と効果、すなわち、買うと物が手に入り、その代金を支払わなければならない、ということを一応なりとも理解した上で、相応の動機に基づいて購入しようとする

財産権の用途・品質などを認識し、相手方に対して支払うべき対価が適性かどうか、という自己の利害得失を合理的に判断（計算）して売買の内容を決定し、決定した意思内容を相手方に表示する、という一連のプロセスをするのに必要な精神能力が意思表示の各段階ごとに求められる、ということになるように思われる。したがって、例えば、金銭スキルについての基本的な理解（コインや紙幣の理解や計算）、財産管理に必要な知識、現金の取引（雑貨の購入、自動販売機の利用）、小切手帳の管理、銀行の決済報告に対する理解、財政的な判断（詐欺の発見、投資の決定）、請求書の理解と対応、個人的な財政的知識（例：家計の理解や管理）<sup>71</sup>、といった財産管理に求められる能力・理解<sup>71</sup>を欠いているとするなら、その者が損失を被り、その相手方が不当な利益を受ける、ということが十分に予想されるであろう。そうして、この点について参考になるのがイギリス 2005 年の意思決定法である。すなわち、同法 3 条 1 項によれば、意思表示をするプロセスの各段階で要求される精神能力として、(a) 意思決定に関連する情報を理解することができない、(b) その情報を保持することができない、(c) 意思決定を行う過程の一部としてその情報を利用又は比較衡量することができない、(d) 自己の意思決定を、口頭、手話又はその他の手段で他人に伝えることができない、という場合には、同法 2 条 1 項の趣旨に鑑み、独力で意思決定ができないとされ、その結果、その人はその事柄について能力を欠くとされる。また、オランダ民法も、精神的能力に障害を来している者が表示をしたときに、その障害が当該行為と関係する利益についての合理的な評価を妨げる場合、または、その表示がこの障害の影響の下で行われた場合には、この表示に対応する意思が存在しないものとみなしている（同法第 3 編 34 条）。更に、スイス民法が生物学的要素などの結果として理性に従い行為する能力に欠ける者を心理学的要素により判断無能力者としているのは、既に述べたとおりである、なお、フラン

---

71 松田修 「心理検査と意思能力」老年精神医学雑誌 13 巻 10 号（2002 年）1160 頁にある表 1 Financial Capacity Instrument (FCI) を参考にした。

民法 414 - 1 条は、行為が有効であるためには「精神が健全」でなければならない、と定めているだけであるので、表示行為の支配に失敗したケースについても定めているのかについては必ずしも明らかでない。そこで、本条が 489 条として国民議会に提案された際に提示された提案理由をみると、「諾約することを表明した者がその精神状態のゆえに自らの行為を意識しないなら、彼は有効な意思を表明できなかったのである。合意は欠けているか少なくとも瑕疵を帯びているのであって、その行為は無効である<sup>72)</sup>、と述べている。したがって、同条が表示行為の支配に失敗したケースをも含んでいることは明らかである。

以上のとおり、意思表示に必要な精神能力を考える場合には、意思表示という一連のプロセスをするのに必要な精神能力を意思表示の各段階ごとに求められる機能的能力に着目する必要がある、単に理解能力とか弁識能力や判断能力だけではなく制御能力や決定した意思内容を表示する能力である表示能力をも有していなければならない、ということに留意すべきであろう。

### 3 高齢者の精神機能の特性

ところで、今日のような超高齢社会において意思能力を検討する場合には、高齢者の精神機能にも着目する必要があるだろう。そこで、最後にこの点について述べることにする。そうして、この問題について、精神医学者である齋藤博士<sup>73)</sup>によれば、認知機能、注意・感覚機能は加齢とともに低下し、これらの機能低下は、意思決定に大きな影響を及ぼし、これらの機能低下に加えて社会的接触機会の減少などが重なると、受容する情報の質の劣化、量の劣化は一段と加速し、ワーキングメモリーの機能の低下は、一

---

72 須永・前掲注 49) 『意思能力と行為能力』 203 頁注 (7) (初出は、「意思無能力者の法律行為の『無効』の法的性質に関する一考察 — フランス法からの示唆」法学志林 83 巻 3 号 [1986 年])。

73 齋藤正彦「高齢者の精神機能、責任能力、意思能力」司法精神医学 6 巻 1 号 37 頁 (2011 年)。

度に考慮できる情報の取捨選択における柔軟性を低下させ、その結果、高齢者は重要な意思決定に際して、高い認知機能を要求される方法を敬遠し、精神的労力を要する面倒な方法を避ける傾向があり、これに連動して、権威ある人や世話になっている人の意思に同調しやすくなる、とされる。そうすると、高齢者の精神機能の特性は、高齢者の意思能力の有無を判定するうえで、大いに参考になり、高齢者の精神機能の特性から意思能力の問題を考える時、利害関係のある他者の介入ないし関与が特に問題となるように思われる。

そうすると、これから本格的に高齢者の意思能力を考える場合には、意思能力の判定基準を検討する必要は勿論あるが、それと同時に、高齢者が利害関係のある他者の介入ないし関与を受けないようにすることを検討しておくことも必要のように思われる。そうして、そのために、高齢者が契約の内容や意思能力の有無等について事前に相談や検査をすることができ、また、高齢者が希望すれば、利害関係のない者が証人として立ち会うようにし、さらに、契約の作成に際して高齢者本人の声を録音したり契約書を作成する様子を録画し、しかも、契約書作成の記録が後日に加工されないように保管する、ということのできる公的機関を設置<sup>74</sup>しておくことがこれから本格的に到来する高齢社会に求められるように思われるのである。

## 六 おわりに

近代民法は、合理的な理性人を念頭に置いているので、各人には単独で意思決定して法律行為をするのに足る精神能力（意思能力）が有ることを

---

74 小田八重子「自筆証書遺言の実態——遺言の検認事件の調査結果を踏まえて」久貴忠彦編『遺言と遺留分第1巻遺言 [第2版]』116・119頁（日本評論社、2011年）は、自筆証書遺言についてであるが、既に、遺言内容についての法的な問題の相談業務や遺言書の保管業務等を低廉で簡易に利用することのできる公的機関の設置を提唱している。なお、日本が2014年1月20日に批准した「障害者の権利に関する条約」9条は、公共施設へのアクセシビリティ（Accessibility）を定め、その2項（f）において、「障害者が情報を利用する機会を有することを確保するため、障害者に対する他の適当な形態の援助及び支援を促進する」ために、適当な措置をとるように求めている。

前提に置いている。しかし、高齢化率の上昇と高齢者の単独世帯の増加という日本社会の将来を考えると、支援を必要とする高齢者を念頭に置いて法的環境の整備を図るように準備することが求められているように思われる。そのためには、まず、超高齢社会に相応しい意思能力についての規定を設けることが必要であろう。そこで、本稿では、意思能力を生物学的要素と心理学的要素とに分け、各要素を検討する場合の留意点をあげ、また、高齢者の精神機能の特性にも触れている。

今後は、意思能力を考える上で参考となると思われる留意点および高齢者の精神機能を検討し、意思能力について更に深く検討したいと考えている。

(後記)

本稿は、意思能力について日頃から考えていたことを文章化したものすぎず、私にとって目新しいものではありませんが、僅かでも学界に寄与するところがあれば、これに勝る喜びはない、と思っています。このような機会を与えて下さった片桐善衛教授および名城大学のスタッフに心から感謝を申し上げなければならない、と思っています。

私は、片桐先生から色々なことを学びました。例えば、片桐先生が法政大学で物権の講義をしているのを拝聴したことがあり、講義の中で、片桐先生は、「毛上」という言葉を黒板に大きく書き、これは「けじょう」と読みます、と学生に向かってお話をしたことを昨日のように覚えています。その後、私は、運良く大学に就職しましたが、勤務校には法社会学の研究で著名な北條浩教授がいました。ある時、北條先生が入会権のお話を私にして下さっている時に、「村田君、この字はなんと読むか、知っていますか」と私に質問をしたことがあります。私が即座に「けじょう」と言いましたら、先生は、少し驚いたような顔をしましたが、直ぐに「毛上」の話をして下さいました。それ以来、北條先生は、私を長野県や山梨県の入会地をはじめ、岐阜県の下呂温泉等にもしばしば連れて下さるようになり、北條先生と共同で執筆した著書や論文も数多くあります。これも、私が大

大学院生の時に片桐先生の講義を拝聴したからに他ならないからだ、と思っています。

片桐先生から色々教えて頂いたことの他に、全く個人的なことをここに記すのを許して頂きたいのですが、片桐先生は、1998年から1999年にオーストリアのインスブルック大学法学部に留学をされました。丁度私もドイツに行く用事がありましたので、オーストリアまで行き、片桐先生のお宅に暫く泊まったことがあります。とても大きくて居心地の良い邸宅でした。片桐先生は、奥さまと私を車に乗せて、チロルの山々や更には国境を越えてイタリアまで連れて行ってくれました。あのときの思い出は一生忘れられないくらい楽しいものでした。ある時、片桐先生がインスブルック大学の図書館に行かれるというので、一緒に図書館に行ったことがあります。車中、片桐先生は、「階層所有権について今調べている」と私に告げ、その権利について私にレクチャーをして下さいました。その後、暫く経過した2002年に比較法学会65回総会にて「階層所有権の歴史的展開——オーストリア法に則して」を中心とする学会報告をされました。わたしは、片桐先生からこのテーマについてレクチャーを受けていたので、質問をしましたが、質問の内容については覚えていません。片桐先生のご報告の趣旨は先生の御著書『区分所有法の探求』（名城大学法学会、2016年）に集成してある「階層所有権の歴史的展開」中の第2節 補論〔初出は、「階層所有権の歴史的展開——オーストリア法に則して：補論」亜細亜法学37巻2号 2003年〕から知ることができますが、あのときの学会で私のした質問内容については、残念ながら、全く覚えていません。今度お目にかかるときに、私のした質問内容を是非とも聞きたく思っています。

片桐先生のこのようなご厚情と学恩に対して感謝を申し上げるとともに、片桐先生が小林一俊先生と編者になって執筆されました『カレッジ民法』（酒井書店、2001年）、『プログラム民法』（酒井書店、2002年）に共同執筆させて頂いたことの御礼を申し上げなければなりません。そして、最後になりましたが、片桐先生のご健康とご多幸を心より祈念いたします。