

意思能力を欠く者と公法上の意思表示⁽¹⁾

田 中 良 弘

はじめに

住民自治とは、地方行政を、当該地域の住民の意思に基づいて、その責任において実施することを意味する⁽²⁾。また、近年、住民の政策形成過程への参加に加え、政策実施過程への参加・協働⁽³⁾に注目が集まっており、多くの地方公共団体において、住民参加や協働に関する規定を設けた自治基本条例やまちづくり基本条例が制定されている⁽⁴⁾。しかしながら、従来の住民自治や住民参加の考え方は、地方公共団体の構成員である住民が、自らの意思に基づいて判断し、それを外部に表明できる状態にあること、すなわち、住民に意思能力や事理弁識能力、判断能力（以下、まとめて「意思能力等」という）⁽⁵⁾が備わっていることが前提となっており、地方公共団体の政策形成・実施過程において、認知症や知的障害、精神障害等により意思能力等を欠く者の存在をどのように考えるべきかに

-
- (1) 本稿は、2023年7月8日に立命館大学朱雀キャンパスにおいて開催された東アジア国際学術大会「社会の変化と地方自治法の課題」（韓国地方自治法学会主催、立命館大学法学部共催）における筆者の報告「高齢化社会における住民自治の再検討」の公法上の意思表示に関する部分に大幅な加筆をし、再構成したものである。
 - (2) 宇賀克也『地方自治法概説〔第9版〕』（有斐閣、2021年）2頁、塩野宏『行政法Ⅲ 行政組織法〔第5版〕』（有斐閣、2021年）140頁参照。
 - (3) 住民自治の観念が可変的状況にあることに留意しつつ住民参加・協働を論じるものとして、塩野・前掲注(2)243頁以下。
 - (4) 公共政策研究所ウェブサイト「全国の自治基本条例一覧」〈<http://koukyou-seisaku.com/policy3.html>〉（2023年10月15日閲覧）によると、2023年4月1日時点において、全国の407の地方公共団体において、自治基本条例やまちづくり基本条例（他の名称のものを含む）が制定されている。
 - (5) 意思能力や事理弁識能力、判断能力の各概念については、民法学説において議論がなされているが、本稿では立ち入らない。「意思能力」の意義に関する議論につき、上山泰「意思能力概念の意義と機能」安永正昭＝鎌田薫＝能見善久監修『債権法改正と民法学Ⅰ — 総論・総則』（商事法務、2018年）351—386頁、山野目章夫編『新注積民法(1) — 総則(1)』（有斐閣、2018年）379—390頁〔山本敬三〕参照。

については、これまで十分に検討されてこなかったように思われる⁽⁶⁾。

他方、高齢化の急速な進行に伴い、わが国における認知症の有病率も急速に上昇しており、将来的には、わが国の成人人口の10%に達する可能性がある（後述1（2）参照）。このような状況において、個々の住民が十分な意思能力等を備えていることを前提とする従来の住民自治の考え方を維持することには、疑問の余地がある。そこで、本稿においては、わが国における高齢化の状況や認知症有病率の推移について確認した上で（後述1）、民事法や刑事法との比較の観点から、行政法における意思能力を欠く者に関する法整備状況を整理し（後述2）、さらに、現行法を前提に、意思能力を欠く者に焦点を当てて、私人に対する公法上の意思表示の効力について検討し（後述3）、最後に、住民自治の前提となる住民の「意思」について、同じく意思能力を欠く者に焦点を当てて、若干の問題提起を試みることにしたい（後述4）。

1. 高齢化の状況と認知症有病率の推移

（1）わが国における高齢化の状況

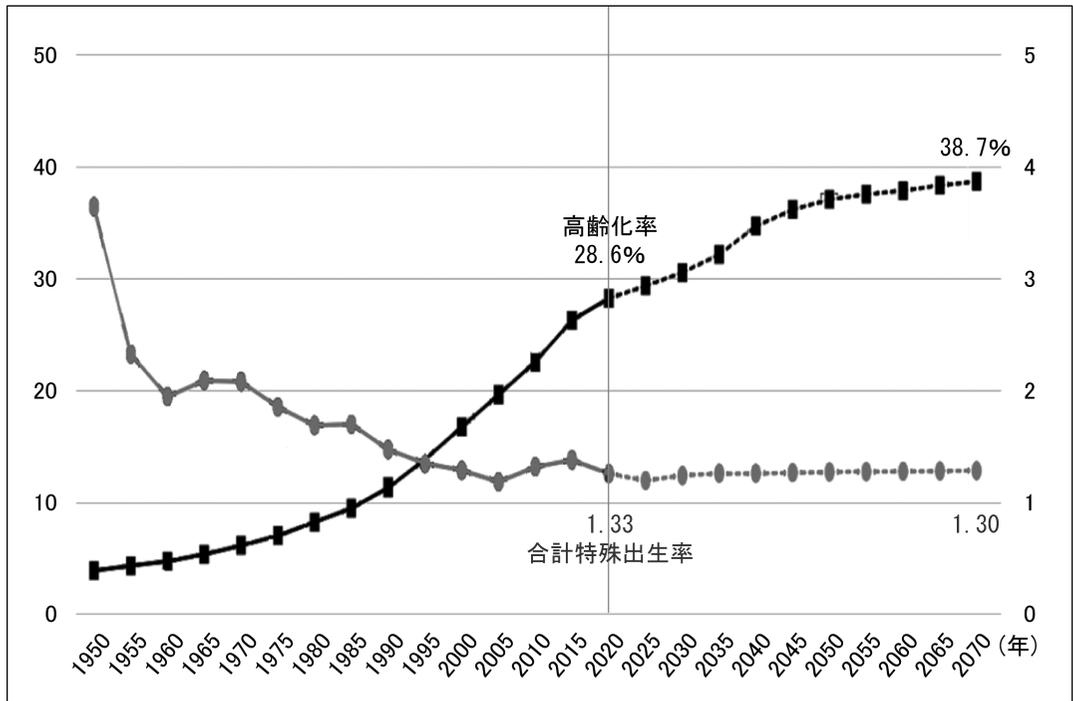
内閣府の定義によると、「高齢化率」とは人口に占める65歳以降の割合をいい、高齢化率が7%を超える社会を「高齢化社会」、14%を超える社会を「高齢社会」という⁽⁷⁾。厚生労働省によると、2022年におけるわが国の高齢化率は28.6%であり、合計特殊出生率（15歳から49歳までの女性の年齢別出生率の合計）が現状（2022年に1.33%）の水準のまま推移したとしても、2030年には高齢化率が30%を超え、2070年

（6）このことを指摘するものとして、北村喜宣「不利益処分の名あて人としての『意思能力に欠ける者』——行政手続法の一断面（1）」自治研究99巻6号（2023年）18—19頁。同「不利益処分の相手方——『意思能力に欠ける者』の行政法関係」小賀野晶一編『地域生活の支援と公私協働の社会システム』（勁草書房、2022年）128—129頁等。民法学の観点から法整備を含めた検討の必要性を指摘するものとして、上山泰「公法上の行為に関する成年後見人の権限に関する覚書」週間社会保障3230号（2023年）48—53頁。

（7）内閣府「平成16年版高齢社会白書」（2004年）2頁。なお、高齢化率がさらに上昇した社会を「超高齢社会」と呼ぶことがあるが、明確な定義がなされていないことから（同「平成18年版高齢社会白書」（2006年）5頁参照）、本稿では用いない。

には約39%に達すると予想されている⁽⁸⁾(図1参照)。

図1：わが国の高齢化率と合計特殊出生率の推移



出典：厚生労働省資料⁽⁹⁾をもとに筆者作成

(2) わが国における認知症有病率の推移

内閣府によると、65歳以上の高齢者の認知症有病率は、2020年に16.7～17.5%であり、2030年には20.2～22.5%まで上昇すると見込まれている(図2)。わが国の全人口のうち成人の割合は、2020年に85%前後であり、2030年においても90%弱と推測されていることから⁽¹⁰⁾、2020年にはわが国の成人人口の6%程度、2030年には7%程

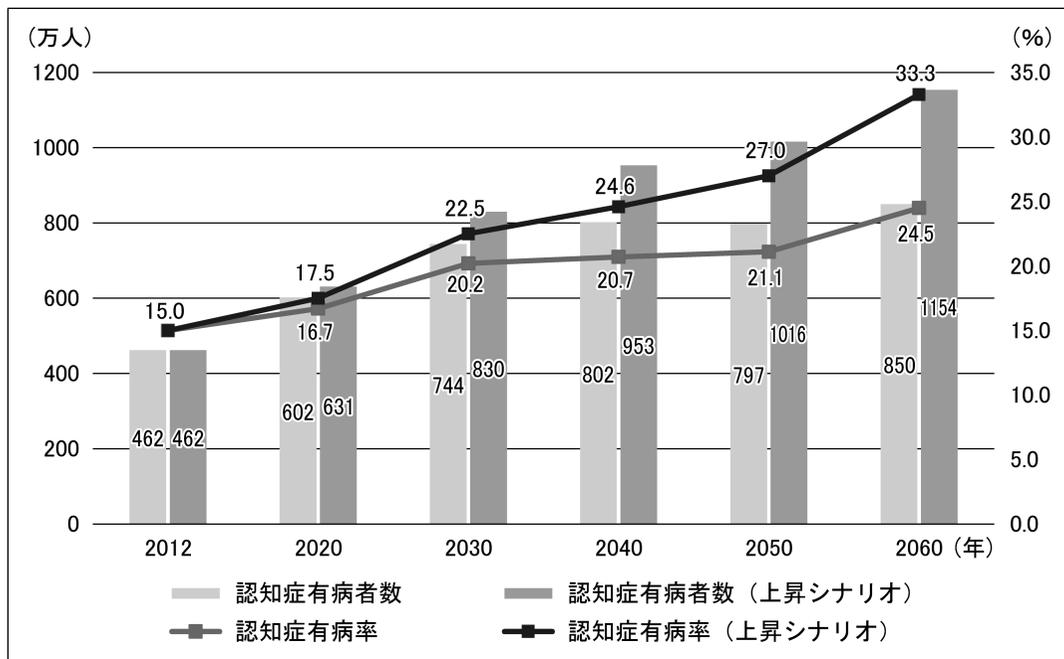
(8) 厚生労働省ウェブサイト「我が国の人口について」<https://www.mhlw.go.jp/stf/newpage_21481.html> (2023年10月15日閲覧) 参照。

(9) 厚生労働省資料「人口の推移、人口構造の変化」<<https://www.mhlw.go.jp/content/12600000/01094660.pdf>> (2023年10月15日閲覧) 1頁。

(10) 国立社会保障・人口問題研究所「日本の将来推計人口(令和5年推計)」<https://www.ipss.go.jp/pp-zenkoku/j/zenkoku2023/pp_zenkoku2023.asp> (2023年10月15日閲覧) 参照。

度が、認知症によって記憶能力や判断能力が低下した状態にあると考えられる。もちろん、認知症有病者のすべてが意思能力等を欠く常況にあるということはないが、将来的には、成人人口の10%以上が認知症有病者となる可能性がある⁽¹¹⁾。

図2：65歳以上の認知症有病者数及び有病率の推計



出典：内閣府資料⁽¹²⁾をもとに筆者作成

2. 意思能力を欠く者に関する法整備の状況

上述のように、遠くない将来において成人の10人に1人が認知症有病者となり、そのうちの一定割合が意思能力等を欠くこととなると予測される場所、住民が完全な意思能力等を有していることを前提とする従来の考え方や法制度を維持することは、困難であると

(11) 2060年の認知症有病率の推計は24.5%（上昇シナリオでは33.3%）であり、同年の高齢化率（約37%）を乗じた上で成人人口の割合（約90%）で除すると、成人の約10.1%（上昇シナリオでは約13.7%）が認知症有病者である計算になる。

(12) 内閣府「平成29年版高齢社会白書」（2017年）21頁図1-2-3-2。

思われる。そこで、次に、わが国における意思能力等を欠く者についての行政法分野における法整備状況について、民法や刑事法などの他の法分野との比較の観点から整理することとする。

(1) 民法における法整備状況

民法分野においては、近時、意思能力等を欠く者への法的対応に関する議論が活発に行われ、それを反映した法整備が行われている。以下、民法および商法・会社法における意思能力等を欠く者に関する近年の法整備の状況を簡潔に整理する。

① 民法

2017年（平成29年）改正前の民法には、意思能力を欠く者（成年被後見人を除く。以下、本項において同じ）についての明文規定は存在せず、判例や学説によって、意思能力を欠く者のした意思表示や、意思能力を欠く者に対してなされた意思表示の効力に関する準則が形成されてきた。

すなわち、2017年改正前の民法は、事理弁識能力を欠く常況にあり家庭裁判所により後見開始の審判を受けた者を「成年被後見人」、事理弁識能力が著しく不十分であり家庭裁判所により保佐開始の審判を受けた者を「被保佐人」、事理弁識能力が不十分であり家庭裁判所により補助開始の審判を受けた者を「被補助人」と定義して、これらの者の行為能力に関する規定を設ける一方で（民法7～21条）、意思能力を欠く者のした意思表示の効力や、意思能力を欠く者に対してなされた意思表示の効力については、明文の規定を設けていなかった。他方、現行民法の起草者やその後の学説は、一貫して意思能力を欠く者のした意思表示は無効であると解しており⁽¹³⁾、判例においても同様であった⁽¹⁴⁾。また、意思表示の受領能力についても、2017年改正前の民法98条の2は、成年被後見人に対してなされた意思表示について規定する一方で、意思能力を欠く者については明示的に規定していなかったが、学説は、意思能力を欠く者に対してなされた意思表示についても、成年被後見人に対してなされた意思表示と同様に、その意思表示をもって相手方に対抗することがで

(13) 山野目編・前掲注(5)377頁〔山本〕参照。

(14) 例えば、大判明治38年5月11日民録11輯706頁は、一般論として、「法律行為ノ要素トシテ当事者カ意思能力ヲ有セサルヘカラサルコトハ茲ニ多言ヲ要セサル所」であると判示している。

きない（この意味については後述する）と解していた⁽¹⁵⁾。

しかし、2017年に民法の債権関係（契約）に関する規定の抜本的な改正が行われた際、意思能力を欠く者が当事者となる法律行為の効力についても明文で規定することとされ、新しく設けられた民法3条の2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かったときは、その法律行為は、無効とする」と明記されるとともに、意思表示の受領能力について定める民法98条の2についても、意思表示の相手方が「その意思表示を受けた時に意思能力を有しなかったとき」は、成年被後見人であるときと同様、その意思表示をもって相手方に対抗することができない旨が明記された。

これらの改正は、従来の学説や判例の立場を変更するものではないものの、高齢化が進行する中で、従来の不文の準則を明文化することにより、認知症等により意思能力を欠く者が関わる法的紛争の予防を図ったものといえる⁽¹⁶⁾。

② 商法・会社法

商法の分野においても、従来から、意思能力を欠く者の法律行為は当然に無効と解されてきた。例えば、明治38年の大審院判決⁽¹⁷⁾は、「法律行為ニ意思能力ヲ要スルノ原則ハ民法商法ニ通シテ更ニ差別アルコトナケレハナリ」と判示して、意思能力を欠く者がした手形の振出行為を無効としている。

ところで、2019年（令和元年）改正前の会社法は、「成年被後見人若しくは被保佐人又は外国の法令上これらと同様に扱われている者」について、取締役や監査役、執行役になることができないと規定し（同法331条1項2号、335条1項、402条）、成年被後見人や被保佐人は、個別具体的な事情の如何にかかわらず、一律に取締役等になることができない旨を定めていた。しかし、①民法上の事理弁識能力は財産管理能力を基準として評価されるものであるところ、取締役等に求められる能力とは必ずしも一致しないこと、②個々の事理弁識能力にかかわらず特定の資格や職種・業務等から一律に排除することは、成年被後見人や被保佐人の権利保護の観点に反すること、③事理弁識能力を欠く者であっても後見開始や保佐開始の

(15) 川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法(3) — 総則(3)』(有斐閣、2003年)564-566頁[須永醇]参照。ただし、一時的に意思能力を欠いていた者に対してなされた意思表示の効力については異論があったようである(同565頁参照)。

(16) 山野目編・前掲注(5)377頁[山本]、松岡久和＝松本恒雄＝鹿野菜穂子＝中井康之編『改正債権法コンメンタール』(法律文化社、2020年)76頁[鹿野菜穂子]参照。

(17) 大判明治38年5月11日・前掲注(14)。

審判を受けていなければ取締役就任することが可能であり、審判を受けた者のみを排除することは合理性に欠けること、④成年被後見人や被保佐人を一律に取締役等から排除することが成年後見制度の利用を躊躇させている側面があること等の指摘がなされていたことから⁽¹⁸⁾、2019年の会社法改正により、取締役等の欠格条項から旧331条1項2号が削除され、成年被後見人や被保佐人についても、個々の能力に応じて取締役としての適格性を判断することとされた⁽¹⁹⁾。

(2) 刑事法における法整備状況

刑事法分野においては、古くから刑事責任能力に関する理論が展開され、実体法・手続法の双方に、事理弁識能力を欠く者についての規定が設けられている。

まず、いわゆる刑事責任能力⁽²⁰⁾について定める刑法39条は、第1項において「心神喪失者の行為は、罰しない」と規定し、犯行時において事理弁識能力または行動制御能力を欠いていた者（心神喪失者）には刑罰を科さない旨を明文で規定している。また、同条2項は、「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する」と規定し、犯行時において事理弁識能力または行動制御能力が著しく減退していた者（心神耗弱者）の刑

(18) 法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会資料17「取締役等の欠格条項の削除に伴う規律の整備の要否」（2018年2月14日）1－2頁参照。

(19) 上山泰＝内田千秋「会社法と成年後見法の交錯問題（1）——取締役の欠格条項削除に関する争点を中心に」法政理論52巻1号（2019年）6頁。法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会における議論につき、同論文23－47頁および同「会社法と成年後見法の交錯問題（2）——取締役の欠格条項削除に関する争点を中心に」法政理論52巻4号（2020年）1－15頁参照。なお、2019年12月の会社法改正に先立ち、同年6月に「成年被後見人等の権利の制限に係る措置の適正化等を図るための関係法律の整備に関する法律」が制定され、弁護士法や医師法等の約190の法律について、特定の資格や職種・業務等から成年被後見人や被保佐人を一律に排除していた欠格条項が削除されるとともに、附則7条において、「政府は、会社法……及び一般社団法人及び一般財団法人に関する法律……における法人の役員の資格を成年被後見人又は被保佐人であることを理由に制限する旨の規定について、この法律の公布後1年以内を目途として検討を加え、その結果に基づき、当該規定の削除その他の必要な法制上の措置を講ずるものとする」ことが規定されている。

(20) 民法においても、責任能力を欠く者についての規定が設けられている。すなわち、民法713条は、「精神上の障害により自己の行為の責任を弁識する能力を欠く状態にある間に他人に損害を加えた者は、その賠償の責任を負わない。ただし、故意又は過失によって一時的にその状態を招いたときは、この限りでない」と規定している。なお、同条は不法行為の章（民法第3編第5章）に置かれているが、同条のいう「賠償の責任」に債務不履行責任が含まれるかについては解釈上争いがある（法制審議会資料・前掲注(18)6頁参照）。

事責任を軽減する旨を明記している。

次に、刑事手続について定める刑事訴訟法は、第28条において、「刑法……39条…の規定を適用しない罪に当たる事件について、被告人又は被疑者が意思能力を有しないときは、その法定代理人……が、訴訟行為についてこれを代理する」と規定し、刑事裁判の時点で意思能力を有しない者について、その法定代理人が代理人として訴訟を進行する旨を明文で規定している。また、いわゆる第三者没収の手続について定める「刑事事件における第三者所有物の没収手続に関する応急措置法」は、第9条2項において、「第三者が意思能力を有しないときは、その法定代理人……が、訴訟行為についてこれを代理する」と規定し、被告人以外の者（第三者）が意思能力を有しないときは、その法定代理人が第三者没収に係る訴訟行為を代理する旨を明記している。

（3） 行政法分野における法整備状況

上述のように、民事法および刑事法においては、意思能力等を欠く者の行為（意思表示の受領を含む。以下、同じ）の法的効果や、意思能力等を欠く者が当事者となった場合の訴訟手続について、一定の法整備がなされている。これに対し、行政法分野においては、一部の個別法⁽²¹⁾を除き、意思能力等を欠く者に着目した規定は設けられていない⁽²²⁾。

例えば、行政法や地方自治法において、意思能力等に欠ける者がした行為の法的効

(21) 出入国管理法5条1項2号（事理弁識能力を欠く常況にある者等の上陸の拒否）、所得税法79条・2条1項28号（事理弁識能力を欠く常況にある者等に対する障害者控除）、相続税法19条の4第1項・2項（同）、地方税法24条の5第1項2号・23条1項10号（事理弁識能力を欠く常況にある者等に対する個人都道府県税の非課税の範囲）等。

(22) 北村喜宣「不利益処分の名あて人としての『意思能力に欠ける者』——行政手続法の一断面（2・完）」自治研究99巻7号（2023年）61頁は、民事法における近時の法整備状況を踏まえ、「基幹的な行政法において、何らかの対応を検討すべき時期が到来している」と指摘する。関連して、2023年（令和5年）6月に成立した「空家等対策の推進に関する特別措置法の一部を改正する法律」の附帯決議において、「意思能力に欠ける疑いが強いが成年後見人が選任されていない、特定空家等の所有者等への助言又は指導、勧告、命令及び代執行の手続並びに管理不全空家等の所有者等への指導及び勧告の手続の在り方について、その者の自己決定権などへの配慮をしつつ、検討を進めること」（衆議院）、「特定空家等又は管理不全空家等の所有者等で意思能力に欠ける疑いが強いが成年後見人が選任されていない者への勧告等の手続の在り方について、その者の自己決定権などへの配慮をしつつ、検討を進めること。また、管理不全空家等に係る勧告等の対象となる者のうち、意思能力が不十分な者又は意思能力を欠く者については、その財産を管理する各種制度を積極的に活用できるよう検討すること」（参議院）という要請がなされている点が注目される。

果に関する一般条項は設けられていない。また、行政手続法や個別法の手続規定にも意思能力等を欠く者に関する規定は設けられておらず⁽²³⁾、各地方公共団体の定める行政手続条例や他の手続規定においても、管見の限り、意思能力等を欠く者に焦点を当てた定めは見当たらない。さらに、行政刑罰とならび行政上の義務違反に対する制裁と位置付けられている行政上の秩序罰（過料）については、一般法は制定されておらず、刑法総則の適用もないことから、意思能力等を欠く者について過料を科すことができるか否かが法律上明確にされておらず、過料の賦課に係る事前手続および事後救済手続（審査請求や取消訴訟など）についても、意思能力等を欠く者の手続上の取扱いに関する明文の規定は存在しない。

以上のように、民事法や刑事法と比べ、行政法における意思能力等に欠ける者についての法整備の遅れは明らかである⁽²⁴⁾。そこで、以下、現行法を前提に、意思能力等を欠く者に焦点を当てて、私人に対する公法上の意思表示の効力について検討する。

3. 私人に対する公法上の意思表示の効力

(1) 学 説

私人に対する公法上の意思表示の効力は、行政法学上、古くから、主として行政行為の効力との関係で議論されてきた。すなわち、学説は、一般に、行政行為の成立時期と効力発生時期とを区別した上で、行政機関の内部的な意思決定が外部に表示され

(23) 相手方の意思能力が問題となり得る個別法上の手続規定の一例として、行政書士法は、行政書士の登録を受けた者が「心身の故障により行政書士の業務を行うことができないとき」は、日本行政書士会連合会がその登録を抹消することができる旨を定めているが（同法7条2項2号）、登録抹消の手続においては、行政手続法13条に基づく聴聞を実施しなければならないところ、聴聞の実施について相手方に通知をしたとしても、当該相手方が心身の故障により意思能力等を欠いている場合には、当該通知をもって事前手続として十分といえるか、慎重に検討する必要があると思われる。

(24) ちなみに、ドイツ連邦行政手続法（VwVfG）12条は、民事法上の行為能力（Geschäftsfähigkeit）を有する者のみならず、制限行為能力者であっても、公法の規定等により行為能力が容認される場合には、行政手続上の行為能力（Handlungsfähigkeit）が認められると規定し、制限行為能力者の公法上の行為能力について、民事法の行為能力を基本としつつ、個別の行政法規の規定により例外を定めることができる旨を明文で定めている。また、わが国における過料に相当する“Geldbuße”に関しては、秩序違反法（OWiG）12条2項において、行為時に事理弁識能力または行動制御能力を欠いていた者を罰することはできない旨が明文で規定されている。

たときに行政行為が成立するが、その効力は、当該行政行為に係る行政庁の意思表示が相手方に到達したときに発生する、と解している⁽²⁵⁾。

この点につき、美濃部達吉は、1936年刊行の『日本行政法』において、行政行為を特定の相手方に対する行政行為と、不特定多数または一般公衆に対して行われる行政行為とに区別した上で、前者については、「相手方に到達するに依って其の効力を生ずることを原則とする」との見解を示している⁽²⁶⁾。その理由につき、美濃部は、「公法上の意思表示」に関する節の中で、私法上の意思表示に関する到達主義の原則（民法97条1項）は、「公法上の意思表示にも等しく適用せられるべきもの」であり、「特別な反対規定か又は反対の理由ある場合の外」は、公法上の意思表示についても、相手方に対する到達によって効力を生ずるものと解さなければならない、と主張している⁽²⁷⁾。

その後の学説も、美濃部の見解を踏襲しつつ、後述する1954年（昭和29年）の最高裁判例（以下「昭和29年最判」という）に従い、行政行為の効力は、当該行政行為に係る意思表示を相手方が現実に了知するか、または相手方の了知し得べき状態におかれた時に発生する、と解している。例えば、田中二郎は、昭和29年最判を引用し、「相手方の受領を要する行政行為」については、「相手方に到達すること、すなわち、相手方の了知しうべき状態におかれることによって、はじめて相手方を拘束する力を生ずる」としている⁽²⁸⁾。また、塩野宏も、行政行為の効力について、昭和29年最判とその後の最高裁判例（後述②～④）を引用し、「特段の定めのない限り、意思表示の一般原則に従い、行政行為が相手方に到達した時……つまり、相手方が現実に了知し、または相手方の了知しうべき状態に置かれた時」に発生するとしている⁽²⁹⁾。

以上のように、行政行為の効力発生時期に関しては、学説上、法律に特別の定め

(25) 塩野宏『行政法Ⅰ 行政法総論〔第6版〕』（有斐閣、2015年）186－187頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論〔第8版〕』（有斐閣、2023年）409－413頁。

(26) 美濃部達吉『日本行政法上巻』（有斐閣、1936年）174頁。

(27) 美濃部・前掲注(26)192－193頁。

(28) 田中二郎『新版行政法上巻〔全訂2版〕』（弘文堂、1974年）132－133頁。なお、同書は「相手方の受領を要する行政行為」がいかなるものかについて明記していないが、美濃部は、特定の相手方に対する行政の意思表示につき、「法律が特に公示を以て其の送達方法と為し得べきものとさだめて居る場合を除いては、其の相手方に向つて送達せらるることを要する」とした上で、「これを受領を要する意思表示と称する」と定義しており（美濃部・前掲注(26)192頁）、田中二郎もこれを前提としていると考えられる。

(29) 塩野・前掲注(25)186頁。

ない限り、私法上の意思表示に関する到達主義の原則が適用され、行政行為に係る意思表示が相手方に到達した時、すなわち相手方が現実的に了知し、または相手方の了知し得べき状態におかれた時に、当該行政行為の効力が発生すると解している。

(2) 判例

判例も、学説と同様、行政行為の効力は、民法の意思表示に関する一般原則（到達主義）に従い、当該行政行為に係る意思表示が相手方に到達したときに発生すると解している。

① 最判昭和29年8月24日刑集8巻8号1372頁（昭和29年最判）

行政処分 of 効力発生時期に関するリーディングケースである昭和29年最判は、検察官Aが衆議院議員選挙に立候補するため辞表を提出し、その後、免官の発令がなされ、その旨が官報にも掲載されたが、Aには辞令が到達していなかったという時点において、当該免官処分の効力が発生しているか否かが刑事裁判において争われた事案である。

弁護人は、免官の発令がなされた時点でAに対する免官処分の効力は発生しており、発令後辞令到達前にAが検察官として行った公訴提起は無効であると主張したが、最高裁は、行政行為の効力発生時期につき、一般論として、「特定の公務員の任免の如き行政庁の処分については、特別の規定のない限り、意思表示の一般的法理に従い、その意思表示が相手方に到達した時と解するのが相当である。即ち、辞令書の交付その他公の通知によって、相手方が現実的にこれを了知し、または相手方の了知し得べき状態におかれた時と解すべきである」と判示した上で、当該事案における具体的事実関係に照らし、Aに対する免官処分の効果は未だ発生しておらず、したがって、Aのした公訴提起は適法であり、これを無効とする理由はない、と判示した。

本判例は、「特定の公務員の任免の如き行政庁の処分」について到達主義が妥当するとした上で、上述のとおり、「相手方が現実的にこれを了知し、または相手方の了知し得べき状態におかれた時」にその効力が発生するとする一方、「官報による公示は特定の相手方に対する意思表示とは到底認めることができない」として、公示による意思表示を否定しており（ただし、相手方の所在が不明である場合についても、特別の定めがない限り公示による意思表示を一切認めない趣旨ではないと解される。後述④判決参照）、行政行為の効力発生時期に関する「到達」概念を最高

裁として具体化したものということができよう⁽³⁰⁾。

② 最判昭和50年6月27日民集29巻6号867頁

本件は、国税庁長官により1年間の業務停止処分に処せられた税理士Bが、当該処分の取消しを求めて出訴した事案である。なお、当時の税理士法48条は、「国税庁長官は、……戒告又は税理士業務の停止の処分が確定したときは、遅滞なくその旨を官報をもって公告しなければならない」と定めていた⁽³¹⁾。

第一審判決（東京地判昭和44年12月25日民集29巻6号873頁）は、「税理士に対する懲戒処分は、一種の行政処分であるから、それが当該税理士に告知された時よりその効力を生ずるものと解すべきであつて、この点については、他の一般の行政処分と区別すべき理由はない。もつとも、懲戒処分の公告および懲戒処分に基づく登録の抹消は、処分の確定をまつて行なうものとされていること前叙のとおりであるが、これは処分のあつたことを前提とする別個の行為ないしは処分の付随的効果であるから、このことと処分の効力の発生そのものとは厳に区別すべきであつて、公告や登録の抹消が処分の確定に係っていることの故をもつて処分の効力発生時期を右と別異に解することは許されないものというべきである」と判示した上で、告知の日から1年を経過した時点で本件懲戒処分は効力を失ったとして、狭義の訴えの利益を否定し、Bの訴えを却下した。

控訴審判決（東京高判昭和45年7月20日民集29巻6号878頁）は、第一審判決を是認して原告の控訴を棄却したが、最高裁は、次のように判示して、原判決を破棄し、第一審判決を取り消して、本件を第一審裁判所に差し戻した（なお、差戻第一審判決は、狭義の訴えの利益があることを前提に本案審理を行い、原告の請求を棄却している）。

「行政処分は、原則として、それが相手方に告知された時にその効力を発生するものと解すべきであるが、法律が効力の発生につき特別の定めをしている場合には、その定めに従うべきものであり、この法律が特別の定めをしている場合とは、法律が直接明文の規定をしている場合……にかぎらず、当該法律全体の趣旨から特別の定めをしていると解せられる場合を含むものであることはいうまでもないところで

(30) 天野憲治「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和29年度243頁参照。

(31) 税理士法48条は、1980年（昭和55年）改正により、「大蔵大臣は、……懲戒処分をしたときは、遅滞なくその旨を官報をもって公告しなければならない」に改められた。なお、当該規定は、2022年（令和4年）改正により、同法47条の4に繰り上げられている。

ある。……税理士法は、国税庁長官が税理士に対して行う懲戒処分の効力（執行力）の発生時期について、直接明文の規定を設けてはいない。しかしながら、同法4条7号は、税理士の欠格事由の一として、懲戒処分により税理士業務を行うことを禁止された者で、当該処分が確定した日から3年を経過しない者と定め、また、同法28条1項は、税理士が税理士業務の停止の懲戒処分を受け当該処分が確定した場合には、遅滞なく税理士証票を日本税理士会連合会に返還しなければならない旨を定め、また、同法48条は、国税庁長官は、懲戒処分が確定したときは、遅滞なくその旨を官報をもつて公告しなければならない旨を定め、さらに、同法61条4号は、税理士業務の停止の懲戒処分が確定した場合において、その処分に違反して税理士業務を行つた者を処罰する旨を定めている。このように、税理士法が懲戒処分の効力の発生に伴う処置やこれを前提とする不利益な効果の付与を懲戒処分の確定にかからせていることから考えると、同法は、税理士に対する懲戒処分の効力の発生時期をその処分の確定した時としているものと解するのが相当である」。

本判決は、税理士法（当時）の懲戒処分に関する規定の趣旨から、同法に基づく懲戒処分の効力発生時期を処分の確定時と判断しており、昭和29年最判の判示した行政行為の効力発生時期に関する判断枠組みを前提に、同法48条をはじめとする懲戒処分に関する規定全体から、到達主義の例外を定める「特別の規定」の存在を認めたものといえよう⁽³²⁾。

③ 最判昭和57年7月15日民集36巻6号1146頁

本件は、危険物取扱業者Cが消防法11条1項の規定に基づく危険物取扱所の変更許可申請をしたところ、当該変更許可申請に係る正式な意思決定がなされる前に許可書の写しがCの元売業者Dらに交付されたという事情のもとで、申請に対する変更許可処分が存在し、かつ、その効力を有することの確認を求めてCが出訴した事案である。

最高裁は、昭和29年最判を引用し、一般論として、「行政処分が行政処分として有効に成立したといえるためには、行政庁の内部において単なる意思決定の事実があるかあるいは右意思決定の内容を記載した書面が作成・用意されているのみでは足りず、右意思決定が何らかの形式で外部に表示されることが必要であり、名宛人である相手方の受領を要する行政処分の場合は、さらに右処分が相手方に告知され

(32) 越山安久「判解」最高裁判所判例解説民事篇昭和50年度273頁参照。

又は相手方に到達することすなわち相手方の了知しうべき状態におかれることによつてはじめてその相手方に対する効力を生ずるものというべきである」と判示した上で、当該事案における具体的事実関係に照らし、本件許可処分は未だ成立していないと判断して⁽³³⁾、Cの請求を棄却した。

本判決は、個別事案における具体的事実関係に照らし、Cの申請に対する許可処分の成立自体を否定したものであるが、行政行為の効力発生時期に関する一般論として、昭和29年最判と同様の判断枠組みを示しており、民事事件の最高裁判決として、行政行為の効力発生時期に関する判断枠組みを確立した判例であると評価することができる⁽³⁴⁾。

④ 最判平成11年7月15日判時1692号140頁

本件は、自らの意思により出奔し所在不明になった地方公務員Eに対する懲戒免職処分の効力が争われた事案である。国家公務員の懲戒処分については、人事院規則12-0（職員の懲戒）5条が、第1項において「懲戒処分は、職員に文書を交付して行わなければならない」と規定した上で、第2項において「前項の文書の交付は、これを受けるべき者の所在を知ることができない場合においては、その内容を官報に掲載することをもつてこれに替えることができるものとし、掲載された日から2週間を経過したときに文書の交付があつたものとみなす」と規定し、官報に掲載することにより効力を発生させることができることとされている。しかしながら、地方公務員については、地方公務員法や地方自治法に明文の規定がないことから、

(33) 具体的には、「本件許可書の写しのDらに対する交付は、同人らの懇請に応じ大阪通商産業局長に対する関係で昭和47年度の給油取扱所〔筆者注：現・危険物取扱所〕の変更の枠を確保することを目的としてあたかも許可処分があつたかのような状況を作成するためにされたものにすぎず、Cに対する許可処分そのものは隣接住民の同意書の提出をまって許可書の原本を交付することによつて行うこととされ、Dらももとよりこれを了承して許可書の写しの交付を受けたのであるから、右交付をもってCに対する許可処分の外部的意思表示がされたものとみることはできない。したがって、これだけでは、本件許可処分は行政処分として未だ成立していないといわざるをえず、その後この状態に変動がない以上、Cに対する有効な許可処分は存在していないというほかはない」と判示して、本件許可処分の成立を否定している。

(34) 行政行為の効力発生時期に関する先例として昭和29年最判と本判決（③事件判決）を挙げるものとして、高部眞規子「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成11年度645-646頁（⑤事件判決の調査官解説）。

条例に懲戒処分の手続が所在不明である場合についての規定がないときは⁽³⁵⁾、所在不明者に対する懲戒処分の効力発生要件が問題となる。

第一審判決（神戸地判平成7年12月12日判タ908号125頁）は、被処分者が所在不明の場合には、民法98条の定める公示送達をすれば相手方が了知する状態におかれたものと解することができるとした上で、「公示送達以外の方法であっても、被処分者が処分を了知するような適切な方法を採用している場合には、処分の効力が生ずるものと解するのが相当である」として、本件懲戒処分に係る通知書がEの妻に交付され、かつ、県公報に通知書の内容が掲載されたことにより、本件処分は、Eに「到達」しており、その効力が発生しているといえることとして、Eの法定代理人（不在者財産管理人）による退職金支払請求を棄却した。

これに対し、控訴審判決（大阪高判平成8年11月26日判時1609号150頁）は、「公示による……方法により免職などの不利益な処分の効力を発生させ、不服申立の期間も進行させられるとすれば、その正当性の根拠は、法令により、公示による意思表示の存在が相手方を含め、一般的に予告されているところにあると解せられるから、法令の根拠もなくして、懲戒免職処分の効力を生じさせることはできない。……民法97条の2〔筆者注：現98条〕の規定により公示による意思表示が現に可能であり、また県は、適切な要件の下で、自ら公示による意思表示を行える旨の条例を制定することができるのであるから、右のような原則を無視してまで処分者自身による公示を認める必要はない」と判示して、Eの法定代理人の請求を認容した。

しかしながら、最高裁は、次のとおり判示して、原判決を破棄し、本件を控訴審裁判所に差し戻した。

「所在不明の兵庫県職員に対する懲戒免職処分の内容が兵庫県公報に掲載されたことをもって直ちに当該処分が効力を生ずると解することはできないといわざるを得ない。しかしながら、……兵庫県職員であった被上告人は、自らの意思により出奔して無断欠勤を続けたものであって、右の方法〔筆者注：所在不明の職員と同居していた家族に人事発令通知書を交付するとともに、処分の内容を兵庫県公報に公示するという方法〕によって懲戒免職処分がされることを十分に了知し得たものというものが相当であるから、出奔から約2箇月後に右の方法によってされた本件懲戒

(35) 地方公務員法29条4項は、「職員の懲戒の手続及び効果は、法律に特別の定めがある場合を除くほか、条例で定めなければならない」と定めており、条例で所在不明者に対する懲戒処分の手続についての規定を設けている場合には、当該条例の定めに従うこととなる。

免職処分は効力を生じたものというべきである」。

本判決は、所在不明の職員に対する懲戒免職処分については、当該職員と同居していた家族に対して人事発令通知書を交付するとともに、その内容を県公報に掲載するという方法によって手続を行ってきたという被告（県）の運用を前提に、処分の相手方であるEにおいてそのことを十分に了知し得たことを理由に本件懲戒処分の効力の発生を認めており、昭和29年最判の判断枠組みの下で、個別事案における具体的事実関係に照らし、本件懲戒処分に係る意思表示が「相手方の了知し得べき状態」におかれたと判断し、同処分の効力発生を認めたものと考えられる⁽³⁶⁾。

⑤ 最判平成11年10月22日民集53巻7号1270頁

本件は、医薬品に係る特許権の存続期間の延長登録出願をしたFが、当該延長登録出願について拒絶査定を受けたため、特許法に基づく不服の審判を請求したところ、当該審判請求は成り立たない旨の審決がなされたことから、当該審決の取消しを求めて出訴した事案である。なお、特許法は、安全性の確保等を目的とする法律の規定による処分を受けることが必要であるため特許発明の実施を妨げられた期間について、一定の範囲内で特許権の延長登録を認めているところ（同法67条4項、67条の7第1項3号）、本件においては、本件特許発明に係る薬事法上の承認を得るために要した期間の終期、すなわち薬事法に基づく承認処分の効力発生時期が争点となった。

第一審判決（東京高判平成10年3月12日民集53巻7号1311頁）は、上記審決と同様、本件特許発明に係る薬事法上の承認がなされた日を承認書に記載された日付の日であると判断した上で、それを前提にFの請求を棄却したが、最高裁は、次のとおり判示して、原判決を破棄し、本件審決を取り消した。

「薬事法所定の医薬品の製造承認及び輸入承認並びにこれらの承認事項一部変更承認……は、医薬品の有効性、安全性を公認する行政庁の行為であるが、これによって、その承認の申請者に製造業等の許可を受け得る地位を与えるものであるから、申請者に対する行政処分としての性質を有するものといえることができる。そうすると、承認の効力は、特別の定めがない限り、当該承認が申請者に到達した時、すなわち申請者が現実にこれを了知し又は了知し得べき状態におかれた時に発生すると解するのが相当である。……そして、関係法令を検討しても承認の告知方法を

(36) 中野勝哉「判批」別冊ジュリスト260号『行政判例百選Ⅰ〔第8版〕』（2022年）113頁参照。

定めた規定は存在しないが、薬事法14条1項、13条1項等の文理からすれば、告知に関する規定がないことをもって、同法が、承認について申請者への告知を不要としているものとは解されず、他に申請者への到達なしに承認の効力が生ずることをうかがわせる定めはない。……また、特許権の存続期間の延長に関する特許法の諸規定……も、延長登録の理由となる処分はその処分が相手方に到達した時に効力を生ずることを前提としているものと解される。……したがって、延長登録の理由となる処分としての承認は、申請者に到達した時にその効力が発生するものというべきである」。

本判決は、薬事法所定の医薬品に係る承認の効力につき、「特別の定めがない限り、当該承認が申請者に到達した時、すなわち申請者が現実にこれを了知し又は了知し得べき状態におかれた時」に発生するとした上で、関係法令に処分の承認の告知方法を定めた規定が存在しないことをもって、同法が申請者への告知を不要としていると解することはできないとしており、直接引用はしていないものの、昭和29年最判の判断枠組みを前提に、特許法67条の7第1項3号所定の「特許発明の実施をすることができなかつた期間」についても、承認の告知が申請者に到達したときをもってその終期を判断することとしたものと解される⁽³⁷⁾。

(3) 意思能力を欠く者に対する公法上の意思表示の効力

以上のように、特定の相手方に対して行われる行政行為については、学説・判例とも、法律に特別の定めがない限り、到達主義の原則が適用されることを前提に、行政行為に係る意思表示を相手方が現実に了知し、または相手方の了知し得べき状態におかれた時に、当該行政行為の効力が発生すると解している。このような考え方は、行政行為の相手方が公法上の意思表示についての受領能力を有していることが前提となっているところ⁽³⁸⁾、行政行為の相手方が意思能力を欠いている場合、当該相手方に対してなされた意思表示の効力が問題となる。

検討するに、上述した行政行為の効力発生時期に関する学説・判例は、公法上の意思表示について、法律に特別の定めがない限り、民法97条の定める到達主義の原則が適用されることが出発点となっている⁽³⁹⁾。そうすると、公法上の意思表示の受領能

(37) 高部・前掲注(34)645-648頁参照。

(38) 美濃部・前掲注(26)192頁、田中二郎・前掲注(28)132-133頁参照。

(39) 美濃部・前掲注(26)192頁、塩野・前掲注(25)186頁参照。

力についても、法律に特別の定めがない限り、私法上の意思表示の受領能力について定める民法98条の2が原則として適用されると考えるのが自然であり⁽⁴⁰⁾、意思能力を欠く者に対する公法上の意思表示は、その意思表示をもってその者に対抗することができないと考えるべきであろう⁽⁴¹⁾。

ところで、意思能力を欠く者がした意思表示について規定する民法3条の2は、当該意思表示に係る法律行為は無効であると定めるのに対し、意思表示の受領能力について規定する同法98条の2は、意思表示の相手方がその意思表示を受けた時に意思能力を有しなかったときであっても、当該意思表示を無効とはせず、その意思表示をもってその相手方に対抗することができないとするにとどまる。「対抗することができない」とは、意思表示の相手方が受領能力を有していない場合であっても、そのことをもって直ちに当該意思表示を無効とするのではなく、意思表示を受けた相手方が当該意思表示の効力の発生または不発生のいずれかを選択することができることを意味する⁽⁴²⁾。ただし、意思能力を欠いた状態で自らに対する意思表示の効力の発生・不発生を選択することはできないことから、実質的には、当該意思表示が直ちに無効とはならず、事後的に後見開始の審判がなされて選任された成年後見人が当該意思表示を知った場合（同条1号）や、本人が意思能力を回復した後で当該意思表示を知った場合（同条2号）に、意思表示をした者が当該意思表示の効力の発生を主張するこ

(40) 公法上の意思表示について「民法98条の2が原則的に適用される」とする見解として、大浜啓吉『行政法総論 行政法Ⅰ〔第4版〕』（岩波書店、2019年）208頁。宇賀・前掲注(25)89頁も、公法上の意思表示について民法98条の2が適用ないし類推適用されることを前提としているものと思われる（注(41)参照）。

(41) 意思能力を欠く者に対してなされた相続税額決定処分（相続税法35条2項）の効力が問題となった事案において、最判平成18年7月14日集民220号855頁は、当該処分が有効であることを前提に判断をしているが、同最判は、処分の相手方の死亡後に相続人によってその効力が争われた事案についての判決であるところ、意思表示の時点で相手方に意思能力がなかった場合であっても、相手方が死亡した時点で相続人に包括承継され、相手方が意思能力を回復した場合（民法98条の2第2号）と同様に、その時点で公法上の意思表示が有効となることから、同最判をもって、意思能力を欠く者に対する公法上の意思表示は常に有効であると解することはできない。同最判につき、「最高裁は後に後見人が選任された時点または意思無能力者が意思能力を回復した時点で決定の効力が発生すると解しているように思われる」と指摘するものとして、宇賀・前掲注(25)89頁。

(42) 川島＝平井編・前掲注(15)566頁〔須永〕。

とができることを意味するにとどまる⁽⁴³⁾（同条ただし書参照）。

そうすると、意思能力を欠く者に対する公法上の意思表示についても、民法98条ただし書に該当する場合や、意思表示の相手方が死亡して相続人が当該意思表示を知った場合は、行政庁は、当該意思表示の効力の発生を主張することができることとなる。しかしながら、これらの場合に該当しないときは、行政庁は、当該意思表示の効力の発生を相手方に主張することができず⁽⁴⁴⁾、相手方の意思能力の有無を確認することなく通知等を行っている現在の行政実務に与える影響は大きい⁽⁴⁵⁾。この点に関し、処分の相手方が意思能力を欠くときは、後見開始の審判についていわゆる市町村長申立て（老人福祉法32条、知的障害者福祉法28条、精神福祉保健法51条の11の2）を行い、家庭裁判所に選任された成年後見人に対して公法上の意思表示を行うという手法も考えられるが、不利益処分やその事前手続を行うために市町村長が後見開始の審判を申し立てることは、成年被後見人の権利保護の観点から設けられた成年後見制度

- (43) 能見善久＝加藤新太郎編『論点体系 判例民法〔第3版〕1 総則』（第一法規、2019年）277頁〔山田創一〕、松岡＝松本＝鹿野＝中井編・前掲注(16)77頁〔鹿野〕。なお、民法98条の2ただし書の「意思表示を知った」の意味につき、意思表示があったことを知っただけでは足りず、意思表示の内容まで知ることを要するとする見解（川島＝平井編・前掲注(15)566頁〔須永〕参照）を採った場合、理論上は、意思能力を回復した後に意思表示があったことのみを知った者は当該意思表示の効力の発生・不発生を選択できることとなる。
- (44) 私法上の通知の効力が争われた事案であるが、マンション管理組合が当該マンションの区分所有者に対して「建物の区分所有等に関する法律」（区分所有法）に基づいて行った弁明の機会の付与の通知（同法59条2項・58条3項）の効力が争われた事案において、札幌地判平成31年1月22日判時2424号92頁は、「区分所有法59条2項が、同法58条3項を準用し、同法6条1項に規定する行為をした又はその行為をするおそれがある区分所有者の区分所有権及びその敷地利用権について、競売の請求の訴えを提起することに関する集会の決議をするに当たり、当該区分所有者に弁明の機会を付与することとした趣旨は、同請求が当該区分所有者の区分所有権に与える影響の重大性に鑑み、当該区分所有者に確実に反論の機会を与えるという点にある。そうすると、同法59条2項が準用する同法58条3項の弁明の機会は、単に形式的に当該区分所有者の住所地に弁明の機会を付与する旨の通知が届けられただけでは足りず、当該区分所有者において、その内容を了解することができる能力を有していることが必要と解される」と判示して、「正確に事理を判断する能力」を欠く常況にある区分所有者に対してなされた上記通知の効力を否定した。
- (45) 北村・前掲注(22)44頁は、かかる解釈を採った場合、成年後見人が付されていない限り意思能力を欠く者に対して不利益処分をすることができなくなり、「それぞれの法律や条例の目的実現の観点から、深刻な公益上の問題を発生させる」と指摘する。

の趣旨⁽⁴⁶⁾に抵触するおそれがある上、本人の「福祉を図るため」という市町村長申立ての趣旨にも反するおそれがある⁽⁴⁷⁾。意思能力を欠く者に対する公法上の意思能力の効力に関する問題が、個別の行政分野に固有の論点ではなく、行政法全体を通じて対応されるべき課題であることからすれば、行政通則法に意思能力を欠く者に対する公法上の意思表示についての規定を設け、立法的解決を図るべきであると思われる⁽⁴⁸⁾。

4. 結びにかえて

本稿では、高齢化の急速な進行に伴い、将来的に、認知症有病者が成人人口の10%以上に達する可能性があることを指摘した上で、民事法や刑事法との比較の観点から、行政法分野における意思能力を欠く者に関する法整備状況を整理し、さらに、私人に対する公法上の意思表示についての学説・判例を紹介した上で、公法上の意思表示についても民法98条の2の定める意思表示の受領能力に関する原則が適用され、意思能力を欠く者に対する公法上の意思表示は、原則として、その意思表示をもって相手方に対抗することができないと解すべきことを指摘した。以下、結びにかえて、意思能力を欠く者による公法上の意思表示に関して、若干の問題提起を試みることにしたい。

私人による公法上の意思表示については、従来、主として瑕疵ある意思表示の効力や、行為能力に関する民法の規定の適用ないし類推適用の有無という観点から議論がなされて

(46) 民法上の成年後見制度は、事理弁識能力が不十分である者の権利保護の観点から、裁判所に選任された者（後見人・保佐人・補助人）が契約行為等を行うための法的な支援の仕組みとして設けられたものである（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〕』（金融財政事情研究会、2017年）6頁）。

(47) 上山・前掲注(6)48－52頁は、成年後見人に付与された私法上の権限を公法上の行為の代理・代行に用いる「転用問題」を指摘した上で、行政手続に民法上の制度を転用する場合には、「制度の趣旨との理念的な整合性が慎重に問われるべきであろう」と指摘する。成年後見制度の「転用問題」につき、上山泰『専門職後見人と身上監護〔第3版〕』（民事法研究会、2015年）310－319頁参照。

(48) 北村・前掲注(22)61－62頁参照。もっとも、民法98条の2が公法上の意思表示について適用されないという解釈を採る場合には、このような立法的対処の必要性はなくなる。しかしながら、意思表示の受領能力について民法の原則と異なる解釈を採用する以上、その場合には、意思能力を欠く者に対する公法上の意思表示を有効なものとして扱うことを正当化する理論的根拠を示す必要があると思われる。

おり⁽⁴⁹⁾、意思能力等を欠く者による公法上の意思表示に関しては、私人による公法行為⁽⁵⁰⁾についても意思能力が必要であることを指摘する見解があるにとどまる⁽⁵¹⁾。しかしながら、私人による行政に対する意思の表明には、一定の法律効果の発生を意図するものもあれば、地方公共団体の政策形成・実施過程で実施されるパブリックコメントやアンケートへの回答のような具体的な法律効果の発生を意図しないものまで、多種多様なものが存在する⁽⁵²⁾。意思能力を欠く者による法律行為を無効とする民法3条の2の規定が私人の行政に対する意思表示に適用ないし類推適用されるかは、当該意思表示の類型に応じて個別具体的に検討する必要があるように思われる⁽⁵³⁾。

ところで、本稿の冒頭において指摘した住民意思に基づく地方行政の実施という住民自治の理念を実現するには、地方行政に係る住民の「意思」を正確に把握した上で、かかる「意思」を政策に反映させることが肝要である。住民の中に意思能力等を欠く者が一定の割合で存在することが想定される高齢社会において、意思能力を欠く住民の「意思」を行政がいかにして把握するかが、近い将来における地方公共団体の重要な検討課題となろう。政策の形成・実施過程における「意思」についても、民事法分野において議論されている

(49) 美濃部・前掲注(26)150-151頁および180-202頁、田中二郎・前掲注(28)110-112頁、塩野・前掲注(25)404-410頁、宇賀・前掲注(25)86-93頁等。

(50) 田中二郎・前掲注(28)97頁は、公法行為につき、「公法関係において行われる行為であって、普通は公法的効果の発生を目的として行われるものではあるが、これによって私権を取得又は喪失することもある」とする。私人による公法行為を「一定の法律効果を伴い、法律行為または準法律行為に相当する行為であって、公法関係において私人が単独で行うもの」と定義する見解として、小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）165頁。

(51) 田中二郎・前掲注(28)110-111頁。大浜・前掲注(40)207頁も参照。

(52) 美濃部・前掲注(26)180頁は、「意思表示の観念は公法と私法との雙方に共通であり、公法に於いても私法に於けると異なる所は無い。その観念の要素を為すものは効果意思即ち一定の法律的效果を発生せしめんと欲する意思と表示行為即ち其の意思を外部に発表する行為との二である」としており、かかる見解に従うと、法律的效果を発生させない単なる意思の表明は「公法上の意思表示」に含まれず、公法上の意思表示の効力に関する従来の議論の射程は及ばないこととなる。

(53) 判例も、私人による公法上の意思表示について、一律に意思表示の際に意思能力が必要とは解していない。例えば、大判昭和10年4月8日大民集14巻511頁は、旧戸籍法（大正3年法26号）143条に基づく廃家届について、意思能力を欠く者の届出を無効と判示するが、最判昭和45年11月24日民集24巻12号1931頁は、養子縁組の届出につき、当事者間において合意が有効に成立しており、かつ、その当事者から他人に対し届出の委託がなされていたときは、受託者により届出がされた当時において本人が意思能力を欠いていたとしても、特段の事情の存在しない限り、当該届出は有効であると判示している（婚姻届につき同様の判示をしたものとして、最判昭和44年4月3日民集23巻4号709頁）。

意思決定支援の考え方⁽⁵⁴⁾を参照しつつ、意思能力を欠く者の「意思」の決定・表明を支援する仕組みを立法論の観点から検討することが、今後の課題である。

最後に、このような政策の形成・実施過程における住民の「意思」は、公法上の意思表示に関する従来の議論が想定していた私人の「意思」とは異なる次元のものであるところ、さらなる高齢化の進行と認知症有病者の増加が見込まれる状況において、住民自治のあり方のみならず、行政法の基礎理論についても、意思能力等を欠く者の存在を念頭においた検討を行う必要があると思われる。

(たなか よしひろ 立命館大学法学部教授)

【付記】

本稿は、J S P S 科研費（22K18517、22H00783）による研究成果の一部である。

キーワード：公法上の意思表示／意思能力／行政手続／地方自治／高齢社会

(54) 事理弁識能力が不十分である者の意思決定支援（自らの価値観や選好に基づく意思決定をし、それを表明することを支援すること）の考え方に基づく成年後見制度の見直しの議論につき、商事法務研究会「成年後見制度の在り方に関する研究会」（座長：山野目章夫早稲田大学教授）第1～第14回議事録<<https://www.shojihomu.or.jp/list/seinenkoken>>（2023年10月15日閲覧）参照。