

## 警備業法違憲訴訟に関する意見書

上 山 泰

### 【前記】

本稿は、被保佐人を絶対的欠格事由とする当時の警備業法14条1項及び3条1号により警備員を失職した原告が、本件規定は憲法22条1項等に反して違憲であり、国会が本件規定を制定し、これを存置し続けたことは違法であるとして、国家賠償法1条1項に基づき、被告国に対して慰謝料100万円の損害賠償請求を行った事件に関して、原告代理人の依頼に基づき、筆者が令和元年5月26日に岐阜地方裁判所に提出した意見書の全文である（ただし、本稿の公表にあたり一部誤字等を修正した）。本事件について、令和3年10月1日に岐阜地方裁判所は、本件規定が憲法22条1項及び14条1項に違反するとして本件規定の法令違憲を認めた上で、慰謝料10万円を認容する原告勝訴の判決を下した。その後、10月14日に被告が控訴し、現在、名古屋高等裁判所に係属中である。岐阜地裁の判決については、実践成年後見96号（2021）4頁に全文が掲載されている。また、原告代理人による本判決の紹介として、山下陽子「警備業法の欠格条項が憲法22条1項等に違反するとして岐阜地裁令和3年10月1日判決の概要と意義」実践成年後見96号（2021）95頁がある。

なお、絶対的欠格条項の一般的な問題点に関する指摘（第1・2）については、大幅な加筆修正をした上で、上山泰「成年被後見人等に係る絶対的欠格条項の廃止」成年後見法研究17号（2020）3頁の一部として公表したため、同稿と記述が一部重複するところがあることをお断りしておく。

## はじめに

本意見書においては、まず一般論として、成年被後見人及び被保佐人に係る絶対的欠格条項（以下、原則として、単に「絶対的欠格条項」とする）が、現代における法令上の資格等の規制のための法的手段としては非合理的であり、立法政策として明らかに不当であることを、近年におけるわが国の障害者施策の動向を踏まえながら論じていく（第1）。次いで、本件訴訟の争点である警備業法上の警備員に関する絶対的欠格条項（警備業法14条1項及び3条1号）の不当性について、同法改正の方向性を分析することで明らかにしていく（第2）。最後に、警備業法14条1項及び3条1号の存置に係る立法不作為と原告失職による損害との因果関係に関する被告国側の主張に関する疑問点について論じる（第3）。

## 第1 成年被後見人等に係る絶対的欠格条項に関する立法政策上の不当性

### 1 問題の所在

公益等の観点から一定の法令上の資格等の仕組みを設ける場合において、当該資格等にふさわしい者とふさわしくない者を選別するために一定の基準が必要となることは、制度の性質上、必然である。ただし、こうした仕組みは、憲法22条1項が保障する職業選択の自由に対する侵害とも表裏となりえるため、そこでの選別基準の設定には細心の注意が払われるべきことはいうまでもない。特に、一定の障害を理由とする欠格事由の是非は、近年のわが国の障害者関連施策の上でも大きな争点となってきたものである。

たとえば、1999年（平成11年）の民法改正時における欠格条項削除の動向はこの典型である。この時に導入された現在の成年後見制度の基本理

念は、当時の成年後見法改正に関する国際的な動向を踏まえ、「自己決定の尊重」、「残存能力の活用」、「ノーマライゼーション」等の新しい理念と、従来からある「本人の保護」の理念との調和を図ることにあった。すなわち、改正前の禁治産宣告制度がパターンリズムに基づく財産保護に偏重していたのに対して、現行制度は、財産的被害の防止に配慮する一方で、本人の自己決定の可能性を最大限に尊重し、本人が自らの残存能力を活用して、積極的に社会参加すること（判断能力不十分者等の社会的包摂）を後押ししようとしたものである。ところが、成年後見又は保佐の開始を一定の法令上の資格等の喪失と画一的かつ機械的に結びつける絶対的欠格条項の仕組みは、むしろこれとは真逆に、成年被後見人等の社会参加に対する機会の平等を形式的基準のあてはめのみによって一律に奪い取ることで、広範かつ深刻な社会的排除をもたらすことにつながる。したがって、成年被後見人等を欠格事由とする絶対的欠格条項が、少なくとも現行の成年後見法制の基本理念と矛盾することは明らかである。むろん、本件訴訟に係る警備業法上の絶対的欠格条項についても同じ疑義が生じることになる。以下では、わが国における障害者施策の近年の動向を概観しながら、絶対的欠格条項の問題性について分析していくこととする。

## 2 わが国における近年の障害者施策の変遷

### (1) 一般的動向

先の1999年（平成11年）民法改正の立法担当官によれば、同法の理念の1つであるノーマライゼーションとは、「障害のある人も家庭や地域で通常の生活をすることができるような社会をつくるという理念」を指しており、わが国でも、1981年（昭和56年）の国際障害者年とこれに続く「国連・障害者の十年」における国連の提言を受け、各種の施策を通じて推進

されてきたものである<sup>1</sup>。

こうした国際的な障害者施策の動向、すなわち自己決定権を含む障害者の基本的人権に対する他の者との平等を基礎とした保障と、これに基づく障害者の社会参加及び社会的包摂（social inclusion）の促進は、2006年（平成18年）の障害者権利条約の採択等を通じて、その後さらに加速する。わが国の障害者施策もこうした国際的動向に歩調を合わせる形で進み、2010年（平成22年）に閣議決定された「障害者制度改革の推進のための基本的な方向について」を実現するために、2011年（平成23年）の障害者基本法の改正、2013年（平成25年）の障害者差別解消法の制定及び障害者雇用促進法の改正等の一連の立法が行われている。こうした国内法の整備を踏まえて、2014年（平成26年）には遂にわが国も障害者権利条約を批准したところである。

そして、現在では障害者権利条約の適正な実施を目的の1つとして、2018年（平成30年）3月に閣議決定された「障害者基本計画（第4次）」が進められている。これは、「障害者の自立及び社会参加の支援等のための施策の総合的かつ計画的な推進を図るために策定されるものであり、政府が講ずる障害者のための施策の最も基本的な計画」（3頁）として位置づけられており、障害者権利条約の理念を踏まえて改正された障害者基本法が掲げる「共生社会」<sup>2</sup>の実現を目指し、「障害者を、必要な支援を受け

---

1 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）5-8頁参照。

2 障害者基本法1条は、同法の目的を「全ての国民が、障害の有無にかかわらず、等しく基本的人権を享有するかけがえない個人として尊重されるものであるとの理念にのっとり、全ての国民が、障害の有無によつて分け隔てられることなく、相互に人格と個性を尊重し合いながら共生する社会を実現するため、障害者の自立及び社会参加の支援等のための施策に関し、基本原則を定め、及び国、地方公共団体等の責務を明らかにするとともに、障害者の自立及び社会参加の支援等のための施策の基本となる事項を定めること等により、障害者の自立及び社会参加の支援等のための施策を総合

ながら、自らの決定に基づき社会のあらゆる活動に参加する主体として捉え、障害者が自らの能力を最大限発揮し自己実現できるよう支援するとともに、障害者の活動を制限し、社会への参加を制約している社会的な障壁を除去する<sup>3</sup>ため、政府が取り組むべき障害者施策の基本的な方向を定めるもの」（8頁）である。この中で成年後見制度は本人の権利擁護を推進する手段の1つとされ、その利用促進が図られている（27頁等）。上述のように、現在の成年後見制度は既に立法当初から障害者の社会参加を促進する役割を負っていたといえるが、これと親和的なわが国のその後の障害者施策の進展を通じて、この役割の比重は年を追うごとに大きくなってきているといえる。

## （2）絶対的欠格条項に関する政策の変遷

### （ア）障害を理由とする絶対的欠格条項一般

1999年（平成11年）民法改正に伴う成年被後見人等に係る欠格条項の見直しと同時期に、内閣府においても、より広く身体又は精神の障害を理由とする欠格条項一般の見直しが進められており、その成果として、「障害者に係る欠格条項の見直しについて」（平成11年8月9日障害者施策推進本部決定）が公表されている。そこでは、基本的な方針として、障害者に係る欠格条項<sup>4</sup>については、「障害者が社会活動に参加することを不当に

---

的かつ計画的に推進すること」とする。さらに同法3条1号は、こうした共生社会の実現は、「全て障害者は、社会を構成する一員として社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動に参加する機会が確保されること」を旨として図られなければならないとする。

3 以下の箇所も含め、本稿中の下線はすべて筆者による。

4 ここに「障害者に係る欠格条項」とは、「資格・免許制度又は業の許可制度において、資格・免許又は業の許可等の欠格事由として障害者を表す身体又は精神の障害を掲げている法令の規定、特定の業務への従事、公共的なサービスの利用等に当たり障害者を表す身体又は精神の障害を理由に一般と異なる制限を付している法令の規定、その他障害者を表す身体又は精

阻む要因とならないよう「障害者対策に関する新長期計画」（平成5年3月障害者対策推進本部決定）の推進のため、対象となるすべての制度について見直しを行い、その結果に基づき必要と認められる措置をとるものとする。見直しに当たっては、平成10年12月、中央障害者施策推進協議会より出された「障害者に係る欠格条項の見直しについて」を踏まえ、現在の障害及び障害者に係る医学の水準、障害及び障害者の機能を補完する機器の発達等科学技術の水準、先進諸外国における制度のあり方その他の社会環境の変化を踏まえ、制度の趣旨に照らして、現在の障害者に係る欠格条項が真に必要であるか否かを再検討し、必要性の薄いものについては障害者に係る欠格条項を廃止するもの」としている。

さらに、欠格・制限等が真に必要と認められる制度に関しても、①「欠格、制限等の対象の厳密な規定への改正」、②「絶対的欠格から相対的欠格への改正」、③「障害者を表す規定から障害者を特定しない規定への改正」、④「資格・免許等の回復規定の明確化」等の手法により対処すべきことが提言されている。より具体的には、①については、「現在の医学・科学技術の水準を踏まえて、対象者を厳密に規定する」、「本人の能力等（心身の機能を含む）の状況が業務遂行に適するか否かが判断されるべきものであるので、その判断基準を明確にする」ことを、②については、「客観的な障害程度の判断、補助者、福祉用具等の補助的な手段の活用、一定の条件の付与等により、業務遂行が可能となる場合があることも考慮されるべきであり、その対応策として絶対的欠格事由を定めているものは相対的欠格事由に改めることを原則とする」ことを求めている。また、③については、欠格事由として「障害者」「〇〇障害を有する者」等という規定から、「心身の故障のため業務に支障があると認められる者」等の規定、あるいは、視覚、聴覚、言語機能、運動機能、精神機能等身体又は精神の

---

神の障害を理由としてこれらの障害を有するものに一般と異なる不利益な取扱を行うことを定めた法令の規定」であると定義されている。

機能に着目した規定へと改正すべきとしている（機能の程度について、点字、拡大器、手話等の機能補完技術・機器の活用及び補助者の配置の可能性を考慮する。）。

なお、本件訴訟と関わる警備業法についても、同法上の「警備員等の検定資格」及び「警備員指導教育責任者・機械警備業務管理者」については①の手法で、「警備業の認定」については②の手法で対処すべき旨が明示されている。なお、後述する2002年（平成14年）の警備業法改正における「精神病者」に係る欠格事由の改正は、この要請に応えたものである。

#### （イ）成年被後見人に係る絶対的欠格条項

##### （i）1999年（平成11年）民法改正時の対応

1999年（平成11年）民法改正による現行成年後見制度の導入に併せ、「民法の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」を通じて、成年被後見人及び被保佐人に係る絶対的欠格条項の削除が実施された。当時、禁治産者・準禁治産者を絶対的欠格とする規定が158件（準用規定を含まない）にのぼっていたが、これが制度の利用を阻害する要因の1つと考えられていた。すなわち、本来民法上は本人を保護する制度であるものが、他の法律中にある多数の欠格条項によって、本人を社会から排除する制度であるかのように国民に誤解され、ひいては禁治産・準禁治産の制度の利用が阻害されていると理解されたわけである<sup>5</sup>。

いうまでもなく、こうした絶対的欠格条項の存置は新制度の理念であるノーマライゼーションに矛盾することにもなるため、「成年後見制度の改正に関する要綱試案」（法務省民事局、1998年（平成10年））において「新しい成年後見制度の下における資格制限の在り方については、その範囲を縮減する方向で検討する」ことが明示された。これを受けて、先の整備法に基づき、審議会・委員会等の委員、特殊法人の役員及び一部の認可法人

---

5 小林ほか・前掲注1) 365-375頁参照。

の役員、裁判所が選任する清算人、公証人及び人権擁護委員に関するもの等を削除したことで、成年被後見人等に係る絶対的欠格条項は118件にまで削減されている。

このときの絶対的欠格条項削除の基本方針は次の通りである<sup>6</sup>。欠格条項が定める各種制度の資格要件等は、各種法令中の資格等の信頼性の維持を目的として、当該資格等にふさわしい能力を担保するために設けられるものであるから、各種の資格等が要求する能力の内容に応じて個別的・実質的に規定されるべきである。したがって、成年後見制度の利用の有無にかかわらず、①資格等の付与の段階において、当該資格等にふさわしい能力を有しているかについて個別的な審査を行うとともに、②資格等の付与後にも、当該資格等に基づいて活動する者が、当該資格等にふさわしい能力を維持していないと認められる場合には、実質的な能力の欠如を理由として、罷免・解任等の手続をとることが本来の資格審査のあり方である。そこで、整備法では、①公的な機関による選任および罷免・解任等の手続により個別的な能力審査の手続を有する法律については、成年被後見人等をことさらに欠格事由とせずとも、当該資格等にふさわしい能力のあることが制度的に担保されているので、ノーマライゼーションの理念等の観点から欠格条項を削除し、②当該資格等の根拠法律中に十分な個別的な能力審査の手続がないものや、実務的に大量の書面審査を要するなどの理由により欠格条項による画一的・形式的な審査を必要とするものに限って、絶対的欠格条項の存置を認めることとした。なお、新設の補助類型については、本人保護の制度趣旨、ノーマライゼーションの理念等の観点から、一切欠格条項の対象としないものとされている。

さらに留意すべきは、上記の整備法によって他の法令中の絶対的欠格条項の削除を求めるという方針からして、まずは、そもそも民法典自体の見直しが必要不可欠であるとされ、民法典上の欠格条項についても上述の整

---

6 小林ほか・前掲注1) 365-366頁参照。

備法と同様の基準に基づく見直しが実施されたことである。この結果、禁治産者及び準禁治産者に係る後見人の欠格事由（民法旧846条2号）<sup>7</sup>が削除されたことは特筆に値する。この理由について、立法担当官は、同時に実施された配偶者法定後見人制度の廃止に伴い、成年後見人等は、常に家庭裁判所がその適格性を審査した上で選任し、監督する（選任後判断能力の不十分な状況になれば直ちに解任する）ものである以上、ことさらに成年被後見人等を絶対的欠格条項によって排除する必要はないからである（遺言により指定される未成年後見人・未成年後見監督人も家庭裁判所の監督に服するため同様である）と指摘している<sup>8</sup>。ここで重要なことは、まさに「財産管理能力」を業務遂行能力の中核とする成年後見人等の適格性についてすらも、当人が成年被後見人等であるという形式的基準によって画一的に判断すべきではなく、当該資格等に関する個別的な能力審査の手続を通じて、あらためて慎重かつ具体的に判断しなおすべきであるというポリシーが徹底されていることである。つまり、「自分の財産を単独で管理できない者は当然に他者の財産を管理することはできない」というプリミティブな直観に基づく画一的排除という思考方法は、既にこの1999年（平成11年）の民法改正時点において廃棄されていたといえる<sup>9</sup>。

---

7 本欠格事由は、民法旧847条1項において保佐人に、旧852条において後見監督人にそれぞれ準用されていた。

8 小林ほか・前掲注1) 143頁参照。

9 この点については、会社法上の取締役等の欠格条項廃止をめぐる法制審議会会社法制（企業統治等関係）部会第10回会議での山野日章夫参考人の次の発言が参考となろう。「現行法において、平成11年の改革以降、被が付かない成年後見人とか、あるいは保佐人、つまりお世話をする側に、成年被後見人等自身がなるということは妨げられないというふうに制度改革が行われましたから、あの並びでいくと、しばしば、自分の財産を管理できない者が人の財産を管理することができるかという非常に分かりやすい議論がありますけれども、必ずしもそのフィロソフィーで、従来法制が一貫して出来上がっているものでもない」（同第10回議事録25頁）。

（ii）その後の動向

1999年（平成11年）民法改正ののち、成年被後見人の選挙権制限に関する画期的な違憲判決（東京地判平成25年3月14日判時2178号3頁）を契機として、2013年（平成25年）の公職選挙法改正によって、成年被後見人の選挙権・被選挙権に関する欠格条項であった同法旧11条1項1号が削除されている。これにより、公的な機関による選任等の手続を欠く場面においても、成年後見の利用という形式的な基準のみに基づく過度の介入は許されないことが確認されたといえる。

さらに、平成28年の成年後見制度利用促進法の成立によって、絶対的欠格条項の立法政策としての不当性があらためて強調されることになった。同法は、成年後見制度に関する利用促進施策の基本方針として、「成年被後見人等の権利に係る制限が設けられている措置について検討を加え、必要な見直しを行うこと」（11条）を掲げ、このために必要な法制上の措置を同法の施行後3年以内を目途に講ずべきことを国に義務付けた（9条）。同法に基づく「成年後見制度利用促進基本計画（平成29年3月24日閣議決定）」もまた、欠格条項が制度の利用を躊躇させる要因であると指摘して、その速やかな見直しを政府に要請した。また、同日に閣議決定された「成年被後見人等の権利の制限に係る措置の見直しに関する業務の基本方針について」では、2018年（平成30年）の通常国会に見直しの結果を踏まえた関係法律の改正法案を提出することを目指して、内閣府が総合調整を行うべきことが明記されている。

こうした政府の基本方針を受けて、内閣府に設置された成年後見制度利用促進委員会がまとめた見直しの基本方針が、2017年（平成29年）12月1日付の「成年被後見人等の権利に係る制限が設けられている制度の見直しについて（議論の整理）」である。そこでは、まず基本的考え方として、①「いわゆるノーマライゼーションやソーシャルインクルージョン（社会的包摂）を基本理念とする成年後見制度を利用することにより、逆に社会的排除という影響を被ることになるのではないか」、②「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がなされるものであるところ、多様な法令に基づく多様な資格や職種、業務等に求められる能力とは質的なずれがあるのではないか」、③「同等の事理弁識能力であっても、成年後見制度を利用している者のみが各資格・職種・業務等から一律に排除され、能力を発揮する機会が失われているのではないか」、④「欠格条項の存在により、成年後見制度の利用を躊躇する影響が出ているのではないか」という成年被後見人等に係る欠格条項の問題点が列挙されている。そして、このうえで、これらの問題点への対応策として、①「代替的な個別審査規定が現行規定中に整備されている法律については、現行の欠格条項を削除する」、②「代替的な個別審査規定が現行規定中に整備されていない法律については、現行の欠格条項を削除するとともに、必要に応じ、代替的な個別審査規定を整備する」という2つの見直し基準が掲げられた。なお、ここにいう代替的な個別審査規定とは、「心身の故障により、業務を適切に行うことができない者」等の個別的・実質的な審査の規定を指している。さらに、現存する欠格条項を資格・職種・業務等の観点から5つの類型（①公務員等、②士業等、③法人役員等、④営業許可等、⑤法人営業許可等）に分類した上で、具体的な見直しの方向性が示されている<sup>10</sup>。

以上のような理論的な整理を踏まえて、2018年（平成30年）3月13日に、計188に及ぶ現行法上の欠格条項を一律に見直すことを目的とした「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案」が閣議決定され、同日に第196回国会に上程された。本法案は、続く第197回、第198回国会で継続審議となり、2019年（令和元年）5月17日の第198回国会衆議院内閣委員会において全会一致で可決されたというのが、本意見書執筆時における最新の状況である。なお、本

---

10 成年被後見人等権利制限見直し担当室「成年被後見人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案の概要」参照。

法案では、本件訴訟に係る警備業法上の絶対的欠格条項についても、現行3条1号の欠格事由から「成年被後見人若しくは被保佐人」を削除し、警備業及び警備員（同法14条1項参照）に関する成年被後見人等に係る絶対的欠格条項を廃止するものとしている。

### （iii）私見

以上の議論を踏まえ、あらためて絶対的欠格条項の立法政策としての妥当性について、私見を論じる<sup>11</sup>。私見は、以下の理由から、成年被後見人等に係る絶対的欠格条項制度は、当該資格等に関する不適格者を排除するための法的な規制手段として明白に不合理であるだけでなく、成年被後見人等に対する重大な権利侵害を帰結するものであり、立法政策としては著しく不当であると考ええる。

まず第1に、冒頭にも触れた通り、成年後見制度の基本理念・機能と矛盾することである。1999年（平成11年）改正により、制度の基本理念として「自己決定の尊重」、「残存能力の活用」、「ノーマライゼーション」が取り込まれたことによって、現行制度は、本人が現有能力を活用して積極的に社会参画することを支援する仕組みに転化したといえる。そして、この要素は、障害者の社会的包摂を目的としたわが国の障害者施策の推進（特に障害者の実質的法主体性の保障を要請する障害者権利条約をわが国が批准したこと）を通じて、その後ますます強化されている。加えて、現行制度の機能は、今や単なる私法上の財産管理制度の枠組みを超えて、関連する社会保障法上の制度（たとえば虐待防止法制等）と連動しつつ、判断能力不十分者の福祉の増進と地域における安心・安全な生活の保障を図

---

11 筆者は、2017年（平成29年）9月11日の第7回成年後見制度利用促進委員会において欠格条項見直しの必要性に関する報告を行っており、上述の「成年被後見人等の権利に係る制限が設けられている制度の見直しについて（議論の整理）」にも筆者の見解が大きく取り入れられている。このため、以下の記述にも一定の重複があることをご承知おきいただきたい。

るための社会保障法的な権利擁護制度としての性質を併有するに至っている。したがって、既に1999年の改正時点で立法担当官に意識されていたことでもあるが、こうした成年後見制度の現代的な基本理念・機能と、本人の基本的人権を含む権利の制約や社会的排除にもつながる資格等制限の仕組みはまさに真逆のベクトルを示しているといえ、これら2つを形式的・画一的に連結する絶対的欠格条項の制度設計は明らかに矛盾したものというべきである。

なお、現在では、そもそも成年後見制度それ自体の中にも、憲法13条が保障する自己決定権を含む本人の基本的人権を制約する要素があることが強く意識されており、成年後見制度による本人保護のための介入は両刃の剣であるから必要最小限の範囲に留めなければならないとするのが、国際的な立法政策上の常識となっている<sup>12</sup>。いわんや、成年後見の利用開始を多方面にわたる資格等の当然はく奪という重大な制約と自動的に結びつけることが、立法政策の基本理念として明らかに不当であることは論を待たないであろう。

さらに、成年後見制度は本人の適正な財産管理を支援するための仕組みであるが、本件訴訟の事案がそうであるように、絶対的欠格条項への該当によって自動的に失職し、財産管理の主対象となる生計の基盤である、従来からの主たる収入源を失う結果を招くことになっては、まさに本末転倒

---

12 1999年の欧州評議会閣僚委員会による勧告、「判断能力の不十分な成年者の法的保護に関する基本原則（Principles concerning the legal protection of incapable adults: Recommendation No.R (99) 4）」が嚆矢であり、その後の欧州等における成年後見法改革は、すべて本人の自己決定権を最大限に尊重するために、必要最小限の介入原則に則り、本人にとって最も制約の少ない手段を用い、常時変動しうる本人の能力の程度や多様な環境等に適切に対応できる柔軟な仕組みとする方向で実現されてきている。なお、直近では、ペルーが2018年の民法改正によって、障害を直接の理由とする法定後見制度を廃止し、障害者の民事領域における法的能力の制限を原則として撤廃するに至っている。

であろう。

第2に、評価対象となる能力との齟齬が問題となる。1999年（平成11年）民法改正の立法担当官は、成年後見制度の趣旨を「精神上の障害により判断能力が不十分であるため法律行為における意思決定が困難な者についてその判断能力を補う制度」と位置付けている<sup>13</sup>。このため、法定後見開始の要件にある「事理」とは「法定後見制度の性格上、法律行為（後見等の事務）の利害得失（利益・不利益）という趣旨」であり、「事理弁識能力」とは「法律行為の利害得失を判断する能力（後見等の事務に係る法律行為が自己にとって利益か不利益かを判断する能力）」を指すことになる<sup>14</sup>。そして、わが国の成年後見制度によって制限される本人の行為能力の対象と、成年後見人等に付与される法定代理権の対象とが、いずれも財産管理に関するものに限られていることから、ここでいう法律行為とは「財産管理に関する法律行為」を意味するものと、一般に理解されている<sup>15</sup>。裏からいえば、行為の性質上、広義の財産管理行為に含めることができないものについては、成年後見制度の直接的な効力の対象外と位置付けられることになる。たとえば、同じ民法典の中でも、家族法上の身分の変更を有効に行うことができる能力〔資格〕である身分行為能力（民法731条等の婚姻能力、961条等の遺言能力）については、成年後見の開始に伴う行為能力による制限を受けないとされている。同様に、立法担当官の理解<sup>16</sup>、及び、これを前提とする現在の家庭裁判所の実務を前提とする

---

13 小林ほか・前掲注1) 3頁。

14 小林ほか・前掲注1) 50頁等。

15 成年後見制度が財産管理に関する法律行為を対象とした仕組みであることは、明文上では、民法859条が成年後見人の職務を「被後見人の財産を管理し、かつ、その財産に関する法律行為について被後見人を代表する」と規定していることに端的に表されている。また、保佐人の同意権・取消権を定める民法13条1項各号も「重要な財産行為」の諸類型を列挙したものである。

16 小林ほか・前掲注1) 153-154頁（注3）参照。

限り、成年後見人等は、いわゆる医療同意権や居所指定権等の本人の身上監護に関する決定権限を有さないものとされている。このため、こうした身体的人格権の行使の可否については、当該時点における・当該事項に関する本人の意思能力の有無の観点から、その都度、個別に判断されるにすぎない。

かくして、こうした現行制度の位置づけに関する通説的な理解を前提とするならば、成年後見等開始の審判において規範的な評価を受ける本人の判断能力は、その人の判断能力一般という漠然としたものなどでは決してなく、制度の直接の対象である財産管理に関する判断能力（財産管理能力）に特化したものになる。現に審判実務においても、従来、最高裁判所事務総局家庭局「成年後見制度における鑑定書作成の手引」<sup>17</sup>は、鑑定の対象が「自己の財産を管理・処分する能力」であることを明示してきたわけである。なお、この表現は2019年（平成31年）4月の改訂により、「契約等の意味・内容を自ら理解し、判断する能力」と改められたが、「ここでいう「契約等」とは、一般に契約書を必要とするような重要な財産行為（不動産、自動車の売買や自宅の増改築、金銭の貸し借り等）を想定」<sup>18</sup>するものとされており、本人の財産管理能力を問うという、その内実が変更されたわけではない。このことは、民法上における成年被後見人等の行為能力の制限の範囲と成年後見人等の法的権限に何等の変更が加えられたわけではないことから、むしろ当然というべきであろう。

さて、ここであらためて確認すべきは、成年後見又は保佐の開始という家庭裁判所の判断を通じて確定される事実は、「財産管理」に関する行為

---

17 本手引きは、2000年（平成12年）1月に作成され、その後、2006年（平成18年）5月、2007年（平成19年）6月、2013年（平成25年）12月に改訂されているが、今回の最新改訂に至るまでは、鑑定事項が「自己の財産を管理・処分する能力」であるとする記述が維持されていた。

18 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見制度における鑑定書作成の手引」（平成31年4月改訂版）12頁。

能力の制限と、この代償措置としての同じく「財産管理」に関する法定代理権及び財産管理権の付与を正当化するための「財産管理能力」の不十分さのみなのであって、けっして本人の判断能力全般の不十分さではないということである。人間の判断能力の多様性を考えれば、成年後見等の開始に係る「財産管理能力」に関する評価のみから、そもそも約200種にも及ぶ成年被後見人等を対象とする欠格条項ごとに当該資格等の目的に則して判定されるべき職務遂行能力のすべてが直ちに不十分であるという結論を導くことは許されない。このことは、たとえ審判の基礎とされた医師の鑑定ないし診断において用いられた検査手法等が、上記の「財産管理能力」以外の判断能力を対象に含め得るものであったとしても、何ら変わるものではない。なぜなら、後見開始等の審判における能力判定の核心は、民法が定める法定後見開始の必要性の有無と3類型の振り分けについての判断を目的とした、本人の「財産管理能力」の程度に関する法的評価にあるのであり、その余の本人の判断能力については、そもそも審判の直接の対象とはされておらず、その程度等について何ら公的な評価が下されたとはいえないからである。

第3に、絶対的欠格条項の形式的基準性もたらす不当性である。ここには、2つの欠陥がある。1つは、本件訴訟の場合がまさにそうであるように、現実の本人の判断能力や職務遂行能力に何らの変動が生じていないにもかかわらず、単に成年後見等が開始されたという一事を持って、それまでまったく支障なく果たしてきていた資格等が問答無用ではなく奪われてしまう点である。絶対的欠格条項の趣旨が当該資格等に関する不適格者の排除にある以上、現実の本人の能力を完全に無視した、こうした結果を正当化することはきわめて困難である。もう1つは、能力判断の形式的・画一的基準性が必然的に生み出すことになる過度の不平等の問題である。たとえば、認知症等によって同程度の事理弁識能力の低下がある者のうち、成年後見又は保佐を利用した者だけが絶対的欠格条項による資格等の制限を受けることは、明らかに均衡を欠くというべきである。また、広義の成

年後見制度のうち、任意後見は欠格条項の対象とされていないため、任意後見の利用者のうち、成年被後見人又は被保佐人と同等の事理弁識能力しか持たない者との間にも著しい不均衡が生じることになる。

こうした不均衡性は、逆に、公益等の保護のために当該資格等にふさわしい能力の担保を目的としているはずの絶対的欠格条項の趣旨とも矛盾することになる。なぜなら、既に当該資格等を適正に遂行するための判断能力を失ってしまっている者であっても、成年後見又は保佐を利用しない限り、その地位に留まり続ける可能性が残るからである。

なお、成年被後見人又は被保佐人が判断能力を回復した場合、後見開始の審判又は保佐開始の審判は取り消されるべきことになるが（民法10条、14条1項）、当然ながら、現実の能力回復からこれら取消しの審判の確定までには一定のタイムラグが生じることになる。したがって、少なくともこの期間については、絶対的欠格事由の形式基準性の結果として、現実の本人の能力に釣り合わない過剰な制約が必然的に生じることにも留意すべきである。

第4に、スクリーニング機能の不全性である。先に触れた絶対的欠格条項の仕組みでは不適格者を適切に排除できないのではないかという懸念は、判断能力不十分者に関する統計を加味した場合、さらに現実味を帯びることになる。たとえば、既に平成24年時点の推計値で認知症高齢者数は462万人にのぼる（平成29年版高齢社会白書）。このほか、知的障害児・者が108.2万人、精神障害児・者が392.4万人と推計されている（平成30年版障害者白書）。これに対して、平成30年末の時点で、絶対的欠格条項の対象となる成年被後見人及び被保佐人の総数は併せて約20万人（成年被後見人169,583人・被保佐人35,884人<sup>19</sup>）である。したがって、たとえば被告である国は、本件訴訟に係る警備業法上の絶対的欠格条項に関して、

---

19 最高裁判所事務総局家庭局「成年後見関係事件の概況—平成30年1月～12月—」12頁参照。

「健常者と同程度以上の判断能力を要すること」が警備員の必要条件であると主張するが、（仮にこうした前提が正しいとして）この条件に当たらない可能性がある約962万のうち、成年被後見人等に係る絶対的欠格条項で排除できる者はわずか20万人（単純計算で2%<sup>20</sup>）にすぎず、結局は個別具体的な能力審査手続を通じて、大半の不適格者を排除していかざるを得ないことになる。こうした実態を踏まえる限り、種々の欠点を抱える絶対的欠格条項を正当化するおそらく唯一の根拠であるスクリーニング機能による行政コスト等の削減の点についても、その実効性はきわめて疑わしいものというべきである。

第5に、属人的カテゴリーに基づく別異処遇性から生じる差別の拡大の問題である。一般に、属人的カテゴリーによる別異処遇は不当な差別を生み出すスティグマの温床となりやすい。特に精神障害者等が不当な差別の対象となりやすいことは、多くの歴史が示すところである。たとえば、旧制度である禁治産宣告の時代において、戸籍簿への記載を通じた当時の公示の仕組みとも相まって、禁治産者等のみならず、その家族等までが不当な差別の対象とされる場合があり、これが禁治産宣告等の利用回避の一因となったことは周知の事実である。こうした事情を踏まえて、1999年（平成11年）の現行制度導入時に当時の法務省が成年被後見人等に係る絶対的欠格条項の削減を目指して多大な努力をしたことも既述の通りである。社会的排除の領域を多方面かつ大量に自動拡張する絶対的欠格条項は、成年被後見人等が「本来はできること」までも「できないこと」とみなしてしまう仕組みである。こうした一連の「無能力」という社会的刻印の結果、成年被後見人等は「なにもできない人」とあるという誤解が世間に流布す

---

20 より正確な数値を算出するためには、障害児を母数から除く一方で、認知症高齢者数を（推計上、24年時点よりも明らかに増加している）平成30年末時点のものとする必要があるが、こうした補正を行っても、絶対的欠格条項により排除できる割合がごくわずかなものにすぎないという結論はゆるがない。

ることにもつながり、今なおわが国の社会に現存する精神障害者等に対する差別感情をさらに増幅拡大させるという悪循環を生み出すおそれが大きいといえる。

第6に、成年後見開始等の審判における適正手続保障上の懸念の問題である。成年被後見人等に係る絶対的欠格条項への該当によって、本人が現にそれまで有していた何らかの資格等を喪失するに至った場合、本人の社会生活に著しい不利益が生じることになる。特に本件訴訟の事実と同様に、本人の失職を帰結する場合はきわめて深刻である。まず端的に本人の生計の基盤が失われるわけであり、経済的な不利益が生じることが当然である。しかし、問題はこれにとどまらない。なぜなら、現代社会において、自らが希望する職にあることの意味は自己実現の重要な要素でもあるため、不当な離職強制は本人の人格権に対する侵害でもあるからである。とりわけ精神・知的障害者等は、雇用の領域において、一般に大きなハンディキャップを負わされており、ようやく勝ち得ていた職を絶対的欠格条項によって問答無用にはく奪されることになれば、そのダメージは計り知れないものがある。

このように、絶対的欠格条項の存在は、本人にとって、成年後見制度に伴う致命的なデメリットとなるため、本来であれば、後見等開始の審判手続の中でこの点に関する十分な情報の開示が行われなければならない。ところが、現存する絶対的欠格条項の数はあまりに膨大であり、かつ、その内容が多岐にわたることも手伝ってか、審判の実務上、本人等への十分かつ具体的な情報提供が保障されているとはいいがたいように思われる。このため、成年被後見人等が不意打ち的に自らの資格等を奪われるリスクはけっして小さくない（少なくとも保佐相当の案件であれば、即効型任意後見契約を結ぶことで絶対的欠格条項を回避できる可能性があることにも留意する必要がある）。こうした現状は、絶対的欠格条項が重大な権利の制約を帰結するものであることを考えれば、適正な手続保障の面で看過できない懸念があるというべきである。

第7に、こうした種々の弊害の結果として、成年後見制度の適正な利用を阻害するおそれ大きいことである。上述のように、この問題は1999年（平成11年）の現行制度導入時にも旧制度の重大な欠陥として指摘されていたものであるし、成年後見制度利用促進法以降の絶対的欠格条項削除をめぐる近時の政策的動向においても常に中核的な課題とされてきたところである。

## 第2 警備業法3条1号及び14条1項の一般的問題点

### 1 個別能力審査規定の新設と成年被後見人等に係る欠格事由存置の政策的矛盾

前記第1において詳細に論じた通り、そもそも一般論としても、成年被後見人等に係る絶対的欠格条項という規制手法には多数の欠陥があるにもかかわらず、その利点といえる要素は特に見当たらず、当該資格の不適合者を排除するという規制目的を達成するための手段としての合理性を著しく欠いているといわざるを得ない。

他方において、各種法令が規定する欠格事由制度の本来の目的、すなわち当該資格等の社会的な信頼性を維持するために、当該資格等にふさわしい能力を担保するという目的自体は、資格制度の趣旨からみて十分に合理的なものといえる。したがって、問題の焦点は、こうした本来の目的を達成するための合理的な規制手法とはいかなるものであるかということになる。そして、上述のように、この点については、既に1999年（平成11年）の時点において、「障害者に係る欠格条項の見直しについて」の公表によって、障害を理由とする絶対的欠格条項を廃止し、相対的欠格事由、すなわち当該資格等が要求する具体的な能力の有無を個別的・実質的に審査する規定（個別能力審査規定）の手法によるべきことが明らかにされていたわけである。

実際、本件訴訟と関わる警備業法についても、この「障害者に係る欠格条項の見直しについて」が提示した要請に応えるべく、「絶対的欠格から相対的欠格へ」という政府の基本方針に沿って、2002年（平成14年）に同法を改正し、警備業法3条5号から「精神病患者」という絶対的欠格事由<sup>21</sup>を削除するとともに、相対的欠格事由である「心身の障害により警備業務を適正に行うことができない者として国家公安委員会規則で定めるもの」とする同条7号を新設したわけである<sup>22</sup>。本改正の趣旨は、「近年、精神病の治療技術等が進歩し、精神病患者の中でも投薬治療等により判断力等がかなりの程度まで回復している者がいること等から、「障害者に係る欠格条項の見直しについて」の趣旨に則り、「精神病患者」を一律に排除するのではなく、あくまで、「業務に支障があると認められる者」のみを排除すべき<sup>23</sup>と理解されており、まさに警備業法に固有の観点に基づいて対象者の業務遂行能力の有無を個別的・実質的に審査する仕組みへと転換することが目的であったといえることができる。

ところが、本改正は、こうして一方において絶対的欠格事由の1つである「精神病患者」を削除したにもかかわらず、他方において、同じく精神上の障害を理由とする絶対的欠格事由である「成年被後見人若しくは被保佐人」（同法3条1号）については見直しをおこなわずに放置してしまった。これは明らかに矛盾した立法態度であり、本改正の妥当性に大きな疑念を生むものであったといえる。以下に、この理由を述べる。

警備業法3条7号は、絶対的欠格事由である3条5号の「精神病患者」を削

---

21 「精神病患者」という抽象的な人的カテゴリーを用いて、対象者の個別具体的な能力を審査せずに、この属性を持つ者を形式的かつ画一的に排除する規定であるため、絶対的欠格条項となる。

22 同時に行われた警備業法7条1項（現14条1項）の改正により、警備員資格についても同様の取扱いが実現している。

23 岩田康弘「警備業法の一部を改正する法律について」警察學論集56巻5号（2003）26頁参照。

除するための受け皿規定として作られた相対的欠格事由であるから、「精神病者」のうち、特に警備業務を適正に行うことができない者〔だけ〕を排除することを目的としている。このため、7号の対象者を明確化するために策定された「警備業の要件に関する規則（昭和58年1月10日国家公安委員会規則第1号）」3条1項は、同号の欠格事由該当者を「精神機能の障害により警備業務を適正に行うに当たって必要な認知、判断及び意思疎通を適切に行うことができない者」と定めている。他方、3条1号に存置された「成年被後見人」及び「被保佐人」は、民法上、それぞれ「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9条）、「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）と定義されており、両者の対象領域が重複していることは文言上からも明白である。したがって、本来であれば、警備業法3条7号は同5号の「精神病者」の受け皿規定としてだけではなく、同1号の「成年被後見人若しくは被保佐人」の受け皿規定としても機能しうるはずである。つまり、これら3つの条項の論理関係からすれば、3条7号が新設された時点で、同1号における「成年被後見人若しくは被保佐人」という絶対的欠格事由もまた、単に屋上屋を架しているだけにすぎない冗長な規定となったわけである。さらに、このときの3条5号削除の立法趣旨を考え合わせれば、1号の「成年被後見人若しくは被保佐人」という文言は単に冗長であるだけではなく、明らかに有害であり、その存置は5号の削除と理論的に矛盾しているといわざるを得ないことになる。なぜなら、5号の場合と同様、「成年被後見人若しくは被保佐人」のうち、特に警備業務を適正に行うことができない者だけを受け皿規定である7号によって排除すべきとするのが、当該法改正の基本指針を示した「障害者に係る欠格条項の見直しについて」の要請に最も的確にこたえる対応であったはずだからである。特に被保佐人の場合、基本的には事理弁識能力を欠く状態にある成年被後見人と比べて、もともと具体的な判断能力の態様と程度に関する個人差が大きいため、7号による個別能力審査をまたずに、1号該当を理由に直ちに欠格

としてしまうことは、本人の残存能力に明らかに釣り合わない不当な能力制限をもたらすリスクが大きいといえる。

以上に論じたことは、実は警備業法を所管する警察庁が自認するところでもある。現在、国会において審議中の「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案」は、警備業法3条1号の欠格事由から「成年被後見人若しくは被保佐人」の文言を削除し、警備員に関して成年被後見人等に係る絶対的欠格条項（同法14条1項）を廃止するものとしているが、この法改正による警備員基準の規制緩和の意義について、警察庁は「規制の事前評価書」の中で次のように説明している。すなわち、まず本改正による規制の目的と必要性等について、「本改正は、促進法、基本計画及び議論の整理に示された方針に基づく措置として、成年被後見人等の人権が尊重され、成年被後見人等であることを理由に不当に差別されないよう、欠格条項を削除するものであり、同様の政策目的を達成し得る代替案は想定できない」と指摘する。そのうえで、直接的な効果としては「今後は、成年被後見人等であるという理由のみで一律に排除されることがなくなり、促進法の目的である成年被後見人等の人権の尊重、成年被後見人等であることを理由とした不当な差別の解消及び成年後見制度の利用促進が図られる」ことになる一方で、副次的ないし波及的な影響については「心身の障害がある者の適格性に対する個別的・実質的な審査によって警備業務の特性に応じて必要となる能力の有無を判断する規定が既に設けられているため、特段の影響は想定されない」と説明している。さらに、こうした分析の結果として、「本改正においては、遵守費用及び行政費用が特段発生するものではなく、欠格条項の削除により、成年被後見人等を一律に排除することがなくなり、促進法の目的である成年被後見人等の人権の尊重、成年被後見人等であることを理由とした不当な差別の解消及び成年後見制度の利用促進が可能となることに鑑みれば、本改正により得られる効果は非常に大きいと考えられる」と結論付けている。

このように、相対的欠格事由を規定する7号という受け皿の整備によって、1号の成年被後見人等に係る絶対的欠格条項は明らかに有害無益な規定となっていたといえ、本来であれば、この時点において1号の該当箇所は削除されなければならなかったといえる。したがって、2002年（平成14年）の警備業法改正の一貫性と合理性には深い疑念を禁じ得ない。

なお、被告は、警備業法3条7号はその適用にあたって一定の法的評価を必要とするものであるから、当事者が誤った評価を行ってしまう可能性がある<sup>24</sup>一方、一義的に明確な事実判断しか要さない3条1号には不適格者の排除という立法目的の実効性を高める意義が認められるから、前者が後者を完全に包摂する関係にあっても、3条1号がなければ当該立法目的の達成程度が低下することになり、3条7号だけでは立法目的を「十分に達成することができない」と指摘する（被告第6準備書面7-10頁参照）。ところが他方で、上記のように、実は既に国自身が相対的欠格事由である3条7号の存在を理由として、3条1号を削除する旨の法案を提出していることから、この主張は直ちに矛盾をきたすことになる。そこで被告は、同じ第6準備書面注3）において、当該法案は、「成年被後見人等のノーマリゼーションを、警備業法における通常の判断力等を欠き、警備業務の適正

---

24 念のために触れれば、そもそも相対的欠格事由とは一定の法的評価（規範的解釈）を前提とした仕組みであり、この要素自体が当該資格等に関する適格性の保障という欠格条項制度の立法目的にとってマイナス要素となるわけではない。むしろ、それどころか、当該事案に則した柔軟な適格性判断を行えるからこそ、欠格事由に潜在する過剰排除のリスクを低減できる点については、絶対的欠格事由よりもはるかに優れているといえるわけである。実際、平成11年の「障害者に係る欠格条項の見直しについて」は、こうした利点を踏まえて「絶対的欠格から相対的欠格への改正」を提言したといえる。なお、警備業法には、ほかにも3条4号（「集団的に、又は常習的に暴力的不法行為その他の罪に当たる違法な行為で国家公安委員会規則で定めるものを行うおそれがあると認めるに足りる相当な理由がある者」）のような相対的欠格事由が存在している。

な実施を期待し得ない者を警備員から排除するという立法目的よりも重視し、取えて後者を犠牲にするという政策的判断をした」ものであり、警備業法の立法目的は「3条7号だけでも、達成程度は低下するものの、一定程度達成可能であり、同条1号の成年被後見人及び被保佐人を警備員の欠格事由から削除することは、「特段の影響は想定されない」と評価することができる」と補足している。しかし、こうした立論は国自身による欠格事由に係る政策の是正の方向性と、本来これとは相いれないはずの本件訴訟における国の主張とを強引に整合させようとしているため、その趣旨がきわめて不鮮明なものとなっている。本来であれば、3条7号がある限り3条1号はなくても、警備業法の立法目的は（一定程度ではなく）十分に達成可能であると考えたからこそ、当該改正による特段の影響は想定されないと結論付けたと説明すべきであるし、先の警察庁の「規制の事前評価書」の記述を素直に読む限り、少なくとも警察庁はこうした理解に立って当該評価書を作成したとしか理解できないのではないだろうか。

## 2 警備業法の欠格事由規制に関する構造的な疑問

警備業法の欠格事由規制は、①警備業を営む者に対する規制（3条・警備業の要件）と、②警備員資格に対する規制（14条・警備員の要件）の二重構造となっており、かつ、①の欠格事由の一部を②に準用する形式をとっている。しかし、対象者の判断能力に関わる業務遂行の適格性という観点に関する限り、①警備業者と②警備員に求める判断能力の性質とその程度の基準をまったく同一視してよいかには少なからぬ疑問が残る。たとえば、成年被後見人と被保佐人とを「破産者で復権を得ない者」と並べて絶対的欠格事由とする3条1号の趣旨は、「行為能力に大きな制限があるなどのため適正な警備業の管理運営を期待することができず、また、警備員

の指導監督も困難である」<sup>25</sup>ことに求められている。たしかに、警備業を（個人事業主としての場合も含めて）主体的に業として営む場合（警備会社等の経営をおこなう場合等）に焦点を合わせるならば、なお状況によっては過剰介入の懸念が残るにしても、財産行為に関する法律行為に係る行為能力に大きな制限を受けていることが支障となって、警備業の適正な管理運営を期待できないという指摘には一定の合理性を見て取ることができるだろう。また、この限りでは、同号が財産管理権の制約を受けた破産者を同列に置いていることも理解の範囲内といえる。

しかし、他方において、この基準をそのまま警備員の適格性判断に当てはめることは疑問である。警備業法2条4項によれば、警備員とは「警備業者の使用人その他の従業者で警備業務に従事するもの」であり、要は同法が定める「警備業務に直接従事する者」<sup>26</sup>を指すことになる。そして、ここでの警備業務の具体的内容は、同法2条1項により、「事務所、住宅、興行場、駐車場、遊園地等（以下「警備業務対象施設」という。）における盗難等の事故の発生を警戒し、防止する業務」（1号警備業務）、「人若しくは車両の雑踏する場所又はこれらの通行に危険のある場所における負傷等の事故の発生を警戒し、防止する業務」（2号警備業務）、「運搬中の現金、貴金属、美術品等に係る盗難等の事故の発生を警戒し、防止する業務」（3号警備業務）、「人の身体に対する危害の発生を、その周辺において警戒し、防止する業務」（4号警備業務）とされている。これらはすべて法的な性質としてはいわゆる事実行為に分類されるものであり、警備員はこうした事実行為としての警備業務に直接従事して、その実働を担うわけである。とすれば、財産管理に関する法律行為を単独で有効に行うための法的資格である行為能力を中核とする基準によって、その適格性を評価

---

25 全国警備業協会編『警備業法の解説【11訂版】』（全国警備業協会、2007年）33頁。

26 全国警備業協会編・前掲注25）27頁。

することは合理的とはいいがたい。そもそも民法上の行為能力の制限が、事実行為の形で行われる現実の警備業務の効力に直接影響を及ぼすことはないからである。したがって、警備業者と警備員という業務内容について異なる性質を持つ2つの資格を完全にパラレルなものとして扱う警備業法の欠格条項の規定振りは、そもそも構造上の難点を抱えているように思われる。少なくとも1号については、その実質的な内容からみて、仮に、本来の対象である3条の警備業者に対する適用には一定の理がありえるとしても（上記1に論じた通り、私見はこうした見解自体に否定的であるが）、これを直ちに14条の警備員資格の判断基準として転用することは妥当性を欠くと思われる。

### 3 障害者雇用促進法における合理的配慮義務との関係性

障害者雇用促進法36条の3は、障害者に対する事業主の合理的配慮義務を規定している。この義務の具体化については、なお多くの解釈論上の課題があるものの、解釈の方向性としては、事業主に過重な負担とならない範囲で、障害者の勤務の態様等についても配慮を行うべきこととなろう<sup>27</sup>。私見によれば、こうした雇用関係における合理的配慮の要請に関する基本的な趣旨は、法令が規定する各種資格等の具体的な職務遂行能力の判定にあたっては、当該資格制度等の目的・内容・機能の本質を変更しない限りで、特定の欠格事由等の定めのない一般的な職域と同様に妥当すべきものとする。たとえば、警備業法3条7号の相対的欠格事由の判断に当たっても、障害者雇用促進法36条の3が定める合理的配慮の趣旨を考慮に入れ

---

27 同法に関して厚生労働省が定めた公的解釈指針である「合理的配慮指針」によれば、知的障害者に対する合理的配慮の具体例として、たとえば「本人の習熟度に応じて業務量を徐々に増やしていくこと」等が挙げられている。

るべきである。すなわち、当該障害者が、事業主による適切な配慮と支援の下で、警備業法が定める警備員としての業務のうちの少なくとも主要な一部を適正に遂行可能な状態にある限りは、警備業の要件に関する規則3条1項が定める「精神機能の障害により警備業務を適正に行うに当たって必要な認知、判断及び意思疎通を適切に行うことができない者」に当たらないものとして、3条7号への該当性を否定するべきであろう。すなわち、既述のように、警備業法2条は同法上の「警備業務」をその性質に応じて4種類に区分しているが、対象者がこれら4種の業務のうちの少なくとも1つについて、事業主による適切な配慮と支援の下で、適正に遂行可能である限り、7号の相対的欠格事由に該当しないと解すべきであると考ええる。なぜなら、障害者雇用促進法36条の3によれば、被用者に何らかの障害がある場合、当該被用者の障害の特性に配慮した職務の円滑な遂行のために必要な措置が求められることになるが<sup>28</sup>、障害のある本人の能力の適性に合わせて、適切に業務を割り振ることも、ここでいう雇用者の合理的配慮に係る措置として理解する余地があるからである。この点については、たとえば合理的配慮指針第4・1(2)ロが、中途障害のために「当該職務の遂行を継続させることができない場合には、別の職務に就かせるなど、個々の職場の状況に応じた他の合理的配慮を検討することが必要である」としていることが示唆的であろう<sup>29</sup>。

---

28 「合理的配慮指針」第4・1(2)参照。

29 このほか、「障害者雇用促進法に基づく障害者差別禁止・合理的配慮に関するQ&A（第二版）」の「Q3-3-2. 合理的配慮として特定の職務を切り出し、障害者に当該職務を担当してもらう場合も差別になりますか？」に対する回答、「A3-3-2. 障害者差別禁止指針では、合理的配慮を提供した結果としての異なる取扱いは法違反に当たらないとしています。したがって、合理的配慮として特定の職務を切り出し、障害者に当該職務を担当してもらう場合は法が禁止する差別に該当しません。」、及び、「Q3-3-1. どのような場合に配置に関する差別になりますか？」に対する回答、「A3-3-1. 配置に関する差別としては、例えば、以下の様な場合が考えられ

#### 4 警備員として最低限必要な判断能力の程度について

既述の通り、2002年（平成14年）の警備業法改正によって新設された同法3条7号の趣旨は、改正前のように「精神病患者」を一律に排除するのではなく、あくまで、「精神病患者」のうち、特に「業務に支障があると認められる者」のみを排除することにあると解される。これを敷衍するならば、仮に精神病のために何らかの精神上の障害がある者であっても、業務に支障があると認められない限りは、警備業から当然に排除されるべきではないことになる。こうした理解は、精神病の治療技術等の進歩によって、「精神病患者の中でも投薬治療等により判断力等がかなりの程度まで回復している者がいる」<sup>30</sup>ことを前提としており、たとえば「軽度のうつ病と診断されていても、警備業務を適正に行い得ると医師の診断書等から認められるような者は、この欠格要件に該当しない」<sup>31</sup>と指摘されている。ここで留意すべきは、対象者が精神病からまだ完全には回復していないこと、つまり、精神病によりなお一定の判断力の阻害が残っている場合（こ

---

ます。労働能力等に基づかず、単に障害者だからという理由で、特定の仕事を割り当てること。（合理的配慮として、障害者本人の障害特性や労働能力、適性等を考慮して特定の仕事を割り当てる場合を除く。）が参考となろう。これらのQ&Aの趣旨からすれば、逆に警備業法上の4種の業務の中にたとえ1つでも遂行に支障のある業務があれば、直ちに相対的欠格事由への該当性を認めるという思考法は、障害者雇用促進法や、その背後にある障害者権利条約27条1項1号（「あらゆる形態の雇用に係るすべての事項（募集、採用及び雇用の条件、雇用の継続、昇進並びに安全かつ健康的な作業条件を含む。）に関し、障害を理由とする差別を禁止すること。」）の精神に反するように思われるからである。

30 岩田・前掲注23) 26頁。

31 たとえば、前掲注25) 36頁は、「本号の該当の有無については、精神病患者であれば一律に欠格となるものではなく、精神機能の障害に関する医師の診断書により、業務を適正に遂行する能力を有するかどうかという観点から判断されることになる。」と指摘する。

のことは、先の「かなりの程度まで回復している者」との表現からも裏付けられる）を想定したうえで、たとえこうした者であっても、医師の診断により警備業務の適正な遂行に関しては支障がないことが確認される限りは、7号によって警備員の地位をはく奪することは許されないということが含意されているという点である。これに対して、被告は警備業法14条1項及び3条1号の趣旨として、「個々の警備員が健常者と同等以上の判断力を備えていること」（被告第6準備書面4頁等）を求めている旨の主張を繰り返しているが、こうした解釈は14条1項が本来想定しているよりも高度の基準を課すことになり、過剰な社会的排除を帰結するため不適切というべきである。

また、被告である国の主張は、警備業務の遂行という特定の領域に関する個別的な判断能力を想定するのではなく、常に一般的かつ抽象的なその人の判断力というものを問題としているように思われる。つまり、被告が想定する一般的かつ抽象的な判断力がないことをもって、直ちに「警備業務の遂行能力がない」という結論を導いているかに見受けられる。しかし、人間の判断能力の本来的な多様性とも相まって、精神・知的障害者らの判断能力は常に一定の程度で全体的かつ継続的に低下するわけではなく、多様な精神的機能のうちの一部のみが（さらに場合によっては特定時にのみ）低下することも珍しくない点（たとえば、精神神経疾患において症状が現れる対象の偏りや症状の時間的変動性等の可能性）に留意すべきであろう。一例を挙げれば、いわゆるまだら認知症のように、認知機能の全体が常に低下するわけではなく、一定の事項やあるいは特定の時間帯に限ってのみ、認知機能の大きな低下がみられることは珍しくない（統合失調症やうつ病等でも症状に波があることがむしろ通常であろう）。さらには、症状がいったん寛解したあとで再燃することも、精神神経疾患ではごく一般的に起こりうることである。また、知的障害者の場合、一定の職務等に習熟することで、当該領域に関する判断能力が当該職務等に支障のない程度に開発されることは十分にありえるし、高次脳機能障害の場合など

でも、金銭管理面では課題があるが、知能指数等の指標に低下はみられず、一般就労の可能性が十分にあるというケースが存在する。加えて現在では、障害者雇用促進法36条の3の趣旨から、職務等の遂行能力の有無は、事業主による適切な合理的配慮を受けたうえで、個別の文脈に応じて丁寧に判断されなければならないことになる。したがって、被告である国が想定していると思われる「〔成年被後見人又は被保佐人〕＝〔一般的かつ抽象的な判断力が著しく低下している者〕＝〔およそ警備業務の遂行能力がない者〕」という短絡的な図式は、もはや成立しえないというべきである。

さらにいえば、被告が主張するように、仮に健常者と同等以上の高い判断力を備えることが、警備員にとって必要条件であるとするならば、単に成年被後見人と被保佐人の絶対的欠格事由を維持するだけではなく、むしろ被補助人や任意後見発効後の本人についても絶対的欠格事由とする旨の法改正を行わない限り、警備業法に対する社会的信頼性を維持することはできないことになるはずである。なぜなら、被告の論法を用いるならば、これらの者もまた健常者と同等以上の高い判断力を定型的に欠いている人々となるからである。しかし、こうした発想が本意見書で述べた、近年の国自身による社会的包摂に向けた障害者施策と正面から矛盾するものであることは、あえて繰り返すまでもないであろう。

## 5 警備員としての業務と財産管理能力の関係性

まず一般論として、1999年（平成11年）民法改正において、そもそも成年被後見人が後見人の欠格事由から外されたことをみれば、仮に警備業法の趣旨からして、警備員としての警備業務遂行能力が財産管理能力と関わるものであったとしても（それどころか、財産管理能力と完全に重なるものであったとしても）、いまやその一事をもって、直ちに成年被後見人等を絶対的欠格事由とすることが当然に正当化できるわけではないことは、既に述べた通りである。

ここではさらに、被告が警備員の財産管理能力との関連において主張している警備業法14条1項及び3条1号の解釈に関わる問題点について検討する。

第1に、被告は、警備業法14条1項及び3条1号が警備業法2条1項各号所定の4種類全ての警備業務を適正に行い得る警備員を想定した欠格事由であると主張する。この主張の意図は、本件原告が「交通誘導警備」を仕事内容とする雇用契約を結んでおり（甲第8号証参照）、当該契約上、原告は警備業法2条1項2号所定の交通警備業務のみに携わるものとなっていた事実を踏まえ、警備業法が定める2号以外の警備業務の中には一定の財産管理能力を要するものが含まれるから、原告には警備員としての適格性がないといわんとしたものであると解される<sup>32</sup>。しかし、こうした主張の裏を返せば、少なくとも「交通警備業務のみに従事する警備員」に関する限り、財産管理行為は当該業務の本質的な要素とはいいがたいことを、被告が自認していることを表しているといえる。したがって、ここでの争点は、法が定める4種の警備業務のうち少なくとも1種類でも適正に遂行可能であれば、特に雇用上のハンディキャップを負っている障害者等が警備員としての職を得ることが許されるかということにある。この点、既述の通り、障害者雇用促進法36条の3の趣旨等に鑑みれば、むしろこうした対応を認めることこそが、現代では正当な解釈というべきである。

ところで、被告は、警備業法2条1項2号所定の交通警備業務に携わる警備員についても「警備を行っている道路等の通行人や警備対象施設の利用者等から、拾得物を預かることが多いという社会実態がある」ことを根拠に、「業務の一環として、拾得物という他人の財産を一時的にせよ管理

---

32 現に被告第4準備書面32頁は、2条1項3号の「運搬中の現金、貴金属、美術品等に係る盗難等の事故の発生を警戒し、防止する業務」を挙げて、当該業務の適切な遂行には「健全者と同等以上の財産管理能力が必要であることは明らかである」と主張する。

する」可能性があるから、交通警備業務と財産管理能力を無関係とすることはできないと主張している。しかし、たとえば、ビルの清掃員が清掃中にビル利用者の忘れ物を一時的に預かることや、小規模小売店や飲食店のアルバイト店員が同様に客の忘れ物を一時的に預かること等もまさにごく一般的な社会実態として認められるところである。つまり、拾得物の一時的管理が本来の業務に付随した形で当該業務の一環として実行されることは、多数のサービス業において何ら珍しい現象ではない。単に拾得物の一時的管理が付随的業務として相当の確率で生じうるという理由のみによって、これらサービス業の本来の業務の性質とは無関係に、成年被後見人及び被保佐人にはこれらサービス業に就く者としての適格性を当然に欠く旨の主張は、さすがに被告である国としても行う意図はないと思われる。とすれば、ことさらに交通警備業務に携わる警備員に関してのみ、付随的業務にすぎない拾得物の一時的管理（しかも、必須のものではなく、偶発的に生じるにすぎない業務）の可能性を強調することは理解しがたいところである。結局、欠格事由が要求する当該資格等の遂行にふさわしい能力の判断は、当該資格等における本来の業務との関係において判断されれば足りるというべきである。したがって、欠格事由該当の判断に関わる限りにおいては、やはり交通警備業務と財産管理能力とは基本的に無関係であると考えて差し支えない。

さらに本件訴訟の事案に関連して付言すれば、そもそも被保佐人は重要な財産管理行為に関する支援を要する類型であり、事実行為として他人の財産を一時的に預かる能力を一律に欠く者として取り扱うことはとうていできないものである。

## 6 被告が主張する立法事実に関する疑問

被告は、成年被後見人等を絶対的欠格事由とする正当化根拠として、警備業法改正時の立法事実とされた警備員等の判断ミス等に係る不適正事例

を多数指摘する（乙第27号証、乙第29号証、乙第30号証、乙第31号証）。しかし、これらの事例の対象者の中に欠格条項によって排除されている成年被後見人等が含まれていないことはもちろんであるとして、ここで問題とすべきは、これら多数の不適正事例における警備員の判断ミス等が本人の精神上的障害に基づく判断能力の低下に直接起因したと思われる事案すら見当たらないということである。むしろ、事例の大半は、当該警備員を雇用している警備会社の指導・教育不足や、いわゆる健常者として通常の判断能力を持つと思われる者による単なる不注意等に起因するものであるにすぎない。本来、成年被後見人等を絶対的欠格とする必要性に関する立法事実を指摘したいのであれば、何らかの精神上的障害によって事理弁識能力が低下していたために警備業務において判断ミスを犯したという不適正事例を挙げたうえで、さらに、このタイプの不適正事例が健常者である警備員の判断ミスに係る不適正事例よりも統計学的にみて有意に多いということまでを論証する必要があるはずである。しかし、被告が提示する不適正事例では、こうした論証にはまったく不十分であろう。

なお、既述のように、被告は、成年被後見人等を一般的かつ抽象的に判断力が劣る者であるにとらえているようであるが、さらにこの帰結として、すべての成年被後見人等は健常者と比べて一律に判断力・注意力・集中力等に欠けると理解しているかにみえる。しかし、たとえば、ASD（自閉症スペクトラム、アスペルガー症候群）の一部の者は、特定の行為に関してむしろ通常人よりも高い注意力と集中力を持続できる場合があることが知られている。成年被後見人等を一律に何らかの判断ミスを犯しやすいものとして位置づけることの不当さはこうした事実からもうかがうことができるといえるだろう。

### 第3 警備業法14条1項及び3条1号の存置に係る立法不作為と原告失職による損害との因果関係

被告は、仮に本件原告が警備業法3条1号の該当によって失職をせずとも、同法3条7号に該当していたとすれば、いずれにしても後者により当然に失職することになるから、警備業法14条1項及び3条1号の存置に係る立法不作為と原告失職による損害との因果関係が否定されるはずであるという趣旨の主張をおこなっている。

こうした主張の背景には、被告が、3条1号の対象者である成年被後見人及び被保佐人は全員当然に3条7号の対象者でもある（3条1号は3条7号に完全に包摂される）という理解に立っていることに一因があるように思われる。しかし、3条1号と3条7号の判断基準である本人の能力が相互に完全に一致するわけではない等の理由から、3条1号の該当者であっても3条7号には該当しない場合がありえることは、既述の通りである。

そこで次に問題となるのは、仮にこうした一般論を置くとして、本件の事案において、原告に対する保佐の開始に伴う3条1号への該当を直接の理由<sup>33</sup>として原告が警備員職から退職を余儀なくされた時点において、原告が同時に3条7号にも該当していたかという点となる。しかし、この点についても、①原告が警備員としての雇用契約を結び、その地位を取得した時点（平成26年4月10日）において、同人が3条7号に該当しない旨の医師の診断書（甲第9号証）<sup>34</sup>があること、②その後、原告が就業以来3年

---

33 この点は、原告に係る「雇用保険被保険者離職票」（甲第2号証）における離職理由の事業主用具体的事情記載欄に「法律に基づき就業場所がない為、会社都合退職」との記載があることから明らかであると思われる。

34 なお、本件診断書を作成した医師が所属する病院の診療科目に精神科は含まれていないが、このことから直ちに3条7号の該当性に関する診断書の判断内容の正当性に関する疑義を生じることはない。たとえば、3条1号の該当性判定に直結する成年後見開始等の審判において求められている医師

近くにわたり大過なく警備員としての業務を遂行してきた事実があること、③本件雇用契約時点から保佐開始に伴う本件退職時点までの間に判断能力の低下をうかがわせる特段の事情が存在しないこと等の事実からすれば、保佐開始に伴う本件退職時点において原告が3条7号に該当していなかったことは明らかであると思われる。

さらに、被告自身の指摘にもみられるように、そもそも3条7号のような相対的欠格事由の該当性を判定するためには、一定の法的評価を経由しなければならない。そして、この法的評価は警備業法の規定の構造上、当然に当該警備員を雇用する警備業者の認識とこれに基づく相対的欠格事由の該当性を理由とする明示的な解雇の通知行為を介する形で行われざるをえないことになる<sup>35</sup>。

そもそも現在のわが国において、被用者保護の観点から雇用者側からの解雇に大きな制約が課されていることは周知のとおりである（労働契約法16条に明文化された解雇権濫用法理等）。この趣旨を踏まえるならば、万が一にも3条7号の相対的欠格事由の該当性が雇用者たる警備業者によっ

---

の診断書についても、その作成者が精神科専門医等に限定されているわけではなく、一般内科医であるかかりつけ医が診断書を作成することはめずらしいことではない。それどころか、本人の具体的な財産管理能力を判断するという趣旨からいって、その診療科目の如何にかかわらず、むしろ本人の事情をよく知るかかりつけ医が診断書を作成する方が好ましいとの立場すらありえるところである。いずれにしても、一般内科医が成年後見開始に係る診断書（これは同時に3条1号の絶対的欠格に係る診断書でもある）を適正に作成できると考えられる以上、同じく3条7号に係る診断書についても一般内科医が作成できることは当然と解すべきであろう。

35 相対的欠格事由の判定を警備業者が的確に行うことができるようにするために、同法21条2項が警備員に対する指導監督義務を警備業者に課して、自己の雇用する警備員の状態を把握することを求めていること、及び、同法48条が同法14条2項違反を警備業者に対する指示処分の対象とすることで、警備業者が不適格者を警備業務に従事させることを防止していることは、まさに被告が第6準備書面9頁において主張している通りである。

て恣意的に判断されることはあってはならないはずである（相対的欠格事由の運用しだいでは、解雇権濫用法理等が潜脱されるリスクが生じることに留意すべきであろう）。したがって、3条7号の相対的欠格事由への該当性を理由として当該雇用関係を喪失させるためには、欠格該当とされた被用者側の反論の機会を保障する意味でも、少なくとも雇用者たる警備業者が相対的欠格事由該当性を裏付ける資料（警備業の要件3条が定める「精神機能の障害により警備業務を適正に行うに当たって必要な認知、判断及び意思疎通を適切に行うことができない者」旨の医師の診断書等）を本人に提示したうえで、欠格事由該当に伴う雇用契約の終了である旨を明確に通告する等の一定の手續が踏まれるべきであると思われる。さらにいえば、既述の通り、相対的欠格事由の該当性の判定にあたっても障害者雇用促進法36条の3の趣旨が尊重されるべきであるから、事業主である警備業者側としては、相対的欠格事由の判定に先立って、障害者からの合理的配慮の申出に基づく合理的配慮に係る措置の内容に関する話し合いの機会を保障することが必要であると解される。そもそも雇用者である警備業者側に3条7号の該当可能性に関する認識すら欠けていたと思われる本件においては、当然ながらこうした相対的欠格事由該当性を客観的に確認するための一連の手續きは何らおこなわれていない。したがって、この観点からみても、本件の保佐開始に伴う失職時点において原告が、3条7号への該当を理由に当然に失職していたと考えることには明らかに無理があるといえる。

## おわりに

本意見書において詳細に論じてきた通り、障害者の社会的包摂の理念を実現するために、精神病患者や成年被後見人等に係る絶対的欠格事由を廃止したうえで、より制約的でない規制手法である相対的欠格事由を通じて、

法令が定める各種資格等の目的との調和を図るという方向性は、わが国の障害者施策の基本として既に揺るぎのない地位を占めている。本件訴訟に係る警備業法については、既に1999年（平成11年）の時点において同法上の絶対的欠格事由の問題性が国によって明確に意識され、その後2002年（平成14年）には、一方において、この問題意識に基づく精神病者に係る絶対的欠格事由の削除とこれに代替する相対的欠格事由の導入が実施されたにもかかわらず、成年被後見人等に係る絶対的欠格事由については放置されるという一貫性を欠く立法政策がとられてしまった。この結果、本件原告は、自らの権利を守るために利用した保佐の開始に伴って、いまだ残置され続けていた同法3条1号に形式的に該当するというその一事のみをもって、何らの過誤なく勤めてきた警備員の職を失ってしまったわけである。この顛末が明らかに不当であるということ自体には、おそらくほとんど異論はないように思われる。思うに、本件に対する司法判断は、ただ一人の知的障害者の処遇にかかわる問題にとどまるものではなく、わが国に今なお根強く残る印象論に基づくステレオタイプな知的障害者像、つまりは個々人の能力の多様性を等閑視し、知的障害者全体を十把一絡げにして「判断力のない何もできない人々」と決めつけたがる社会の在り様を法的な次元において打破するための重要な分岐点になるものと思われる。本件の判決が、わが国の知的障害者施策を正しい方向へと導く内容となることを心より願いつつ、本意見書の筆をおくこととする。

**【付記】** 本稿は、JSPS 科研費 JP19K01366、JP19H01420 に基づく研究成果の一部である。