

【憲法】

1.

本問は、在外国民が最高裁判所裁判官の国民審査において投票することができないということを憲法のどの権利・条文にかかわる問題ととらえ、どのように合憲性を判断するかについて、受験者の法的知識を問うとともに、的確に争点を整理し論述することができるか否かを問う問題です。また、国民審査についての基礎的知識を応用できるかも問われています。

2.

国政選挙における在外国民の投票については、在外国民選挙権訴訟最大判平17.9.14民集59巻7号2087頁という重要な判決があります。この判決は、国会議員の選挙において投票することによって国の政治に参加することができる権利、そして、投票する機会の平等な保障を憲法から導きました。そして、国会議員の選挙権および選挙権行使の制限の問題として争点を設定したうえで、1998(平成10)年法改正前の公職選挙法が在外国民に国政選挙における投票を全く認めていなかったことを憲法15条1項および3項、43条1項、44条但書に違反するものとし、また、1998年改正による公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分を憲法15条1項および3項、43条1項、44条但書に違反するとしました。

日本国憲法のもとで最高裁判所が法律を憲法違反とした判決は8つあり、最大判平17.9.14はそのひとつです。この判決については、国政選挙における在外投票の仕組みの存在とともに、法学部における講義などを通じて多くの人が知っていると期待されます。本問を一読して「あの判決が参考になりそうだ」と気づいてほしいところです。

もっとも、最大判平17.9.14は国政選挙における投票をとりあげていたのに対して、本問は最高裁判所裁判官国民審査における投票をとりあげています。したがって、本問をみて、単純に選挙権および選挙権行使の制限の合憲性が問われていると考えるわけにはいきません。国民の選挙権ならぬ国民審査権が保障されているのか、根拠条文も含めて憲法上どのように位置づけるのかが問われます。権利の重要性を強調すればするほど、権利の制限を違憲としやすくなります。通説・最高裁判例によると国民審査は解職制(リコール制)という性格をもつとされています。このことにも言及できると、説得力を高めることができるでしょう。

本問を憲法上の国民審査権の制限の問題ととらえるのではなく、平等原則違反の問題ととらえる解答もありえます。この場合は、誰と誰とが、どのような領域において、どのよ

うな区別をされているのかをていねいに指摘することが大切です。先に述べた国民審査の法的性格やその憲法上の位置づけを述べることも有益でしょう。

3.

仮に国民審査権が憲法上の権利であるとして、その行使ができなくなっていることを憲法違反か否か、どのように判断するのかが問われます。最大判平17.9.14は、ここで立法裁量に言及することなく、かなり厳格な審査基準を提示しました。答案では、これと同じような審査基準をとるのか否か、あるいはそれと異なるものをとるのか、論ずることになります。投票の機会の保障という点では、「投票の方法その他選挙に関する事項」についての立法裁量を前提にした在宅投票制廃止違憲訴訟最一判昭60.11.21民集39巻7号1512頁もあります。国政選挙と国民審査の条文の違いなどを意識しながら、審査基準の対置ができるとよいでしょう。

本問を平等原則違反の筋で考察した場合は、合理性を有する区別か否かを論ずることになります。厳格な審査基準、厳格な合理性の基準、合理性の基準の3つのうちどれをとるかという論述が思い浮かびますが、これとは異なって、立法裁量を広く認めるか否かという形での論述も可能です。

審査基準を提示した後は、そのあてはめです。最大判平17.9.14においては、内閣が公職選挙法改正案を国会に提出したものの、これが廃案となり、その後国会が10年以上の長きにわたって在外選挙制度を創設しないまま放置していることなどが指摘されていました。しかし、本問ではそのような事情はとりあげていません。違憲状態が継続している期間や立法府における法改正の試みの有無などは、立法の不作为の合憲性をどう判断するかという問題とも絡むものであり、本学法科大学院既修者試験の出題範囲外ともいえるので、あえてふれませんでした。本問においては、問題文にある事情の他、すでに国政選挙において在外選挙制度が創設されていることなどを考慮要素として、論理的な展開がなされていれば十分です。

なお、上記と同じ理由から、立法の不作为をどのような訴訟で争うことができるのかについても、本問で言及する必要はありません。

4.

本問は「あなたと異なる見解」への言及を求めています。審査基準においてだけでなく、国民審査権の問題か平等の問題か、国民審査はリコールか否かなどの点においても「異なる見解」の提示が考えられます。本問への解答の結論を左右するような「異なる見解」を提示できるとよいでしょう。

1においてふれたように、本問は単に知識の有無だけを問うているわけではありません。必要な事項に過不足なく言及し、論理的な解答になっていることも大切です。

5.

選挙権およびその行使の制限，そして最大判平17.9.14に関する知識とその応用力を試す問題は，平成22年新司法試験論文式公法第1問においても出題されています。ぜひ参照して下さい。

以上