

【憲法】

1.

本問は、公職選挙法11条1項2号の合憲性を論ずることを通して、主に、選挙権の性格や根拠条文について正確に理解しているか、「選挙権又はその行使の制限」の合憲性を扱った最高裁判例を理解しているか、そして、法的三段論法を用いた説得力ある文章を作成することができるかを試そうとするものです。

2.

本問の核心は、「禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者」(以下、「受刑者」という。)は「選挙権を有しない」とすることが憲法で保障された選挙権を制限するものであるがゆえに違憲ではないか、という点にあります。この点を問題提起することは難しくはないでしょう。

選挙権の根拠条文としては憲法15条1項がすぐに思い浮かびます。しかし、同項は「公務員の終局的任免権が国民に存することを表明したもの」であるとされています(最三判平7.2.28民集49巻2号639頁、憲法判例百選I No.4)。国政レベル及び地方レベルにおける各種の選挙において投票をすることも視野に入れた選挙権であれば、憲法15条1項だけではなく他の条文もあげて説明したいところです。

3.

本問でとりあげた公職選挙法11条1項2号について、従来の教科書は比較的簡単に合憲と説明してきました。例えば、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法第5版』p.253は、選挙権の性格に関する二元説を前提にして、選挙権の公務としての特殊な性格に基づく必要最小限度の制限とみることができる、と述べています。

しかし、ここで選挙権の制限に関する重要な先例として、在外国民選挙権訴訟最大判平17.9.14民集59巻7号2087頁(憲法判例百選II No.152)の存在に留意しないといけません。同判決は、かつて在外国民が選挙人名簿に登録されず、その結果投票することができないとされていたことを、選挙権の行使の制限とみて、憲法違反と判断しました。その際、同判決は選挙権の公務としての性格にはふれていません。また、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」として、より厳格な審査基準を採用しています。

そこで、本問に解答する際には、選挙権に公務としての性格があるのか、仮に公務としての性格があったとしても公職選挙法11条1項2号による選挙権の制限は公務としての性格に関連するのか、そもそも公務としての性格の有無は審査基準を左右するものなのかについての検討が必要です。また、公務としての性格の有無とは別に、公職選挙法11条1項2号による選挙権の制限は在外国民選挙権訴訟最高裁判決において違憲とされた制限

と同種の制限と言えるかについての検討も必要です。

そういった検討を経た後に、在外国民選挙権訴訟最高裁判決と同じ審査基準を用いるのか、それとも立法者の裁量を前提とした審査基準となるのか、あるいは他の審査基準になるのかが述べられることになるでしょう。

ここまでの立論にはいろいろ筋途がありうるのであって、「最高裁判例と同じでないと不合格」という評価はしません。実際、公職選挙法11条1項2号の合憲性については、最近、大阪地判平25.2.6判時2234号35頁とその控訴審大阪高判平25.9.27判時2234号29頁において判断がなされ、結論が分かれています。後者は在外国民選挙権訴訟最高裁判決と同じ審査基準を用いて違憲と判断していますが、前者は最高裁判決と異なる審査基準を用いて合憲としています。また、「公務としての性格を踏まえた立論なら必ず緩やかな審査基準でないといけない」ということにもなりません。前掲の芦部 p.253 は公務としての性格を指摘しながら「必要最小限度の制限」であることを要求しています。

4.

「解答に際しては、以下の諸点を利用しなさい」として掲げた事項は、3において自身が定立した審査基準を用いて公職選挙法11条1項2号の合憲性を具体的に論ずる段階において、参照することが期待されます。これらの事項に関しては、審査基準の緩厳によって種々の活用の仕方がありうるところです。したがって、特定の評価の仕方だけを優先して採点するというものではありません。重要なのは、審査基準とあう形で論理的に説明しているか否かになるでしょう。

例えば、「およそ犯罪を行い禁錮以上の刑に処せられた者は違法性の極めて高い反社会的行為を行った者であり、著しく遵法精神に欠け、公正な選挙権の行使を期待できない」という立法理由については、受刑者のすべてについて「著しく遵法精神に欠ける」と言えるのか（禁錮以上の刑を受けた過失犯など）という指摘がありえます。「禁錮以上の刑に処せられた者は、一般社会から隔離された刑事施設において処遇を受け、社会や政治情勢等に関する情報の入手が制限されるのであるから、選挙権を適正に行使できる環境が実質的に保障できないおそれがある」という立法理由については、実際に「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」69条ないし72条の条文に照らしてみても「情報の入手が制限される」と言い切ることができるのか考えてみるとよいでしょう。

5.

受刑者を含む刑事施設被収容者はかつての「在監者」です。この点に注目して、特別権力関係論の当否の観点から公職選挙法11条1項2号の合憲性を論じていくという筋道もありえます。この筋道をとった場合も、最終的には受刑者の地位と制限される権利に即した個別具体的な検討をする必要があります。したがって、上記2～4の観点からの考察は不可欠と言えるでしょう。

6.

毎回の既修者試験と同様に、本問への解答に際して皆さんに期待されているのは、学説や最高裁判例に関する詳しい知識を紹介することではありません。争点を的確に設定し、

基本的な学説と最高裁判例を活用して合憲性を判断する枠組みを論じ、そしてそれにそって解答をするという法的論述の骨格ができていることが最も大事です。

以上