

# 司法試験型答練 第1回

## 公法系第1問（憲法）

### 問題文

---

#### 【第1問】(配点：100)

H大学の憲法ゼミに所属する甲は、令和\*\*年\*月に参議院議員通常選挙が行われることに鑑み、選挙に関する憲法上の問題点についてゼミで発表することとした。甲は、図書館で様々な文献を調べてみたところ、①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。）について選挙権及び被選挙権を制限する公職選挙法（以下「法」という。）第11条第1項第2号の規定の合憲性、②精神的原因による投票困難者に対して選挙権行使の機会を確保するための立法措置をとらなかったという立法不作為の合憲性、③拡大連座制（法第251条の3）の合憲性という3つのテーマがゼミでの議論に適していると考えた（関連条文は【参考資料 関係法令】のとおりである。）。

#### 【テーマ①について】

Xは、A市B区の選挙人名簿に登録されている者であるが、傷害事件、威力業務妨害事件等について懲役刑に処せられて刑務所で服役中であった。Xの服役中の平成22年7月、参議院議員通常選挙（以下「本件選挙」という。）が予定されていた。Xは、本件選挙において、自らが支持する政党の候補者に投票するとともに、自らも本件選挙に立候補しようとした。しかし、Xは、受刑者について選挙権及び被選挙権を認めないとする法第11条第1項第2号の規定により、本件選挙において選挙権及び被選挙権を有しないものとされていた。そこで、Xは、法が、受刑者に選挙権及び被選挙権の行使を認めていない点において違憲であることを確認する訴えを提起した。

法第11条第1項第2号が受刑者の選挙権を認めないととの根拠としては、①受刑者は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、②刑事施設収容中であることに伴う業務的支障、③受刑者であることそれ自体が選挙権を制限すべき事由に該当する、④受刑者は情報の取得が困難であること等が挙げられている。また、同号が受刑者の被選挙権を認めないととの根拠としては、刑事施設に収容されている受刑者は、公務も選挙運動もできないことが挙げられている。

なお、日本国憲法の改正手続に関する法律においては、憲法改正における国民投票について受刑者の投票権が認められている。また、未決拘禁者については、法第11条第1項第2号は準用されておらず、法第48条の2第3号及び法第49条第1項において、期日前投票及び不在者投票が認められている。

#### 【テーマ②について】

Yは、候補者を自己の判断で選び、投票用紙にその氏名を自書する能力がありながら、精神発達遅滞及び不安神経症のため、いわゆる引きこもりの傾向にあり、外

出先で他人の姿を見ると身体が硬直し身動きが困難になる等の症状があらわれるため、公職の選挙の際に投票所に行くことが困難であり、法第44条第1項所定の投票所において投票を行うことが極めて難しい状態にあった。その結果、Yは平成12年2月及び4月に行われた地方公共団体の長の選挙、並びに同年6月に行われた衆議院議員総選挙（以下「本件各選挙」という。）において、各投票を棄権した。そこで、Yは、精神的原因による投票困難者に対して選挙権行使の機会を確保するための立法措置を探らなかったという立法不作為が違憲であり、国家賠償法第1条第1項の適用上、違法の評価を受けると主張して、国家賠償請求訴訟を提起した。

なお、昭和49年法律第72号による公職選挙法の改正及びこれに伴う同法施行令の改正により、身体障害者手帳に記載された特定の障害の程度が一定程度以上の者を対象として、その現在する場所において投票用紙に投票の記載をし、これを郵送する方法による投票の制度（法第49条第2項。以下「郵便投票制度」という。）が設けられたが、精神的原因による投票困難者の選挙権行使については、特段の立法措置は執られていない。このような制度内容となっているのは、精神上の障害を持つ者については、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にあるか否かの認定が難しいという問題があるからであった。

そして、上記改正から本件各選挙までの約30年間、身体に障害がある者に係る投票の制度の拡充については、国会において、請願の採択や質疑等がなされてきたが、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充については、国会においてほとんど議論されなかった。国会において、精神的原因による投票困難者の選挙権行使の問題についての質疑等がされたのは、平成15年2月10日に上記訴訟の第1審判決が言い渡された後である。そのきっかけは、衆参両議院議長等に対し、日本弁護士連合会が、「ひきこもり症状をもつ人」の選挙権行使の機会を確保する制度の創設等を要請する意見書を提出し、また、複数の地方公共団体の議会が、地方自治法第99条に基づき、精神的原因による投票困難者を含む投票が困難な国民について、郵便投票制度の対象者の拡大を図ることなどを要請する意見書を提出したことであった。

### 【テーマ③について】

C県議会議員Zは、平成7年のC県議会議員一般選挙にD市から立候補し、当選した。この選挙に際し、C県D市で住宅建設・販売等を行うE社の代表取締役Fは、Zを当選させる目的で、D市選挙区に選挙権を有する下請業者を集めた慰労会名目の会食をE社負担で実施し、そこでZに立候補の決意表明をさせるとともに、下請業者に対して投票と票の取りまとめを依頼した。この会食には、約30名の下請業者が出席し、一人あたり約5700円相当の酒食等の供應が行われた。Fは、これが法第221条第1項第1号に違反するとして起訴され、懲役刑とする有罪判決を受け、確定した。そこで、検察官が、同法第251条の3第1項に基づき、Zの当選無効及び立候補禁止を求める行政訴訟を提起した。

かかる訴訟において、Zは、同項はZの被選挙権を侵害する違憲なものであると主張している。

### 【設問】

あなたは、ゼミ生甲として、テーマ①乃至③の立法措置（テーマ②の立法不作為を含む。）の合憲性について、ゼミで意見を述べることになった。

その際、ゼミの指導担当教授からは、参考とすべき判例があれば、それを踏まえて論じるように、そして、判例の立場に問題があると考える場合には、そのことについても論じるように求められている。また、当然ながら、これらの立法措置のどの部分が、いかなる憲法上の権利との関係で問題になり得るのかを明確にする必要があるし、自己の見解と異なる立場に対して反論する必要があると考える場合は、それについても論じる必要がある。

以上のこととを前提として、あなた自身の意見を述べなさい。

なお、テーマ②については、上記立法不作為が違憲であるとした場合に、国家賠償請求が認められるかどうかについても論じなさい（ただし、消滅時効については考慮しないものとする。）。また、テーマ③については、Fの行為が法第221条第1項第1号に違反することを前提としてよい。さらに、テーマ①乃至③を通じて、訴訟要件の問題及び憲法第14条違反については論じなくてよい。

【参考資料 関係法令】

○ 公職選挙法（昭和25年法律第100号）（抜粋）

（この法律の目的）

第1条 この法律は、日本国憲法の精神に則り、衆議院議員、参議院議員並びに地方公共団体の議会の議員及び長を公選する選挙制度を確立し、その選挙が選挙人の自由に表明せる意思によつて公明且つ適正に行われることを確保し、もつて民主政治の健全な発達を期することを目的とする。

（選挙権及び被選挙権を有しない者）

第11条 次に掲げる者は、選挙権及び被選挙権を有しない。

一 （略）

二 禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者

三～五 （略）

2, 3 （略）

（投票所における投票）

第44条 選挙人は、選挙の当日、自ら投票所に行き、投票をしなければならない。

2, 3 （略）

（期日前投票）

第48条の2 選挙の当日に次の各号に掲げる事由のいずれかに該当すると見込まれる選挙人の投票については（中略）当該選挙の期日の公示又は告示があつた日の翌日から選挙の期日の前日までの間、期日前投票所において、行わせることができる。

一、二 （略）

三 疾病、負傷、妊娠、老衰若しくは身体の障害のため若しくは産褥じよくにあるため歩行が困難であること又は刑事施設、労役場、監置場、少年院、少年鑑別所若しくは婦人補導院に収容されていること。

四～六 （略）

2～8 （略）

（不在者投票）

第49条 前条第1項の選挙人の投票については、同項の規定によるほか、政令で定めるところにより（中略）不在者投票管理者の管理する投票を記載する場所において、投票用紙に投票の記載をし、これを封筒に入れて不在者投票管理者に提出する方法により行わせることができる。

2 選挙人で身体に重度の障害があるもの（括弧内略）の投票については、（中略）その現在する場所において投票用紙に投票の記載をし、これを郵便又は民間事業者による信書の送達に関する法律（平成14年法律第99号）第2条第6項に規定する一般信書便事業者、同条第9項に規定する特定信書便事業者若しくは同法第3条第4号に規定する外国信書便事業者による同法第2条第2項に規定する信書便（以下「郵便等」という。）により送付する方法により行わせることができる。

3～10 （略）

（買収及び利害誘導罪）

第221条 次の各号に掲げる行為をした者は、3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金に処する。

一 当選を得若しくは得しめ又は得しめない目的をもつて選挙人又は選挙運動者に対し金銭、物品その他の財産上の利益若しくは公私の職務の供与、その供与の申込み若しくは約束をし又は供應接待、その申込み若しくは約束をしたとき。

二～六 (略)

2, 3 (略)

(組織的選挙運動管理者等の選挙犯罪による公職の候補者等であつた者の当選無効及び立候補の禁止)

第251条の3 組織的選挙運動管理者等（公職の候補者又は公職の候補者となろうとする者（以下この条において「公職の候補者等」という。）と意思を通じて組織により行われる選挙運動において、当該選挙運動の計画の立案若しくは調整又は当該選挙運動に従事する者の指揮若しくは監督その他当該選挙運動の管理を行う者（括弧内略）が、第221条（中略）の罪を犯し禁錮以上の刑に処せられたときは、当該公職の候補者等であつた者の当選は無効とし、かつ、これらの者は、（中略）5年間、当該選挙に係る選挙区（選挙区がないときは、選挙の行われる区域）において行われる当該公職に係る選挙において公職の候補者となり、又は公職の候補者であることができない。この場合において、当該公職の候補者等であつた者で衆議院（小選挙区選出）議員の選挙における候補者であつたものが、当該選挙と同時に行われた衆議院（比例代表選出）議員の選挙における当選人となつたときは、当該当選人の当選は、無効とする。

2 前項の規定は、同項に規定する罪に該当する行為が、次の各号のいずれかに該当する場合には、当該行為に関する限りにおいて、適用しない。

一 前項に規定する罪に該当する行為が当該行為をした者以外の者の誘導又は挑発によつてされ、かつ、その誘導又は挑発が（中略）前項の規定に該当することにより当該公職の候補者等の当選を失わせ又は立候補の資格を失わせる目的をもつて、当該公職の候補者等以外の公職の候補者等その他その公職の候補者等の選挙運動に従事する者と意思を通じてされたものであるとき。

二 前項に規定する罪に該当する行為が（中略）前項の規定に該当することにより当該公職の候補者等の当選を失わせ又は立候補の資格を失わせる目的をもつて、当該公職の候補者等以外の公職の候補者等その他その公職の候補者等の選挙運動に従事する者と意思を通じてされたものであるとき。

三 当該公職の候補者等が、前項に規定する組織的選挙運動管理者等が同項に規定する罪に該当する行為を行うことを防止するため相当の注意を怠らなかつたとき。

3 (略)

○ 刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律（平成17年法律第50号）（抜粋）

（自弁の書籍等の閲覧）

第69条 被収容者が自弁の書籍等を閲覧することは、この節及び第12節の規定による場合のほか、これを禁止し、又は制限してはならない。

（時事の報道に接する機会の付与等）

第72条 刑事施設の長は、被収容者に対し、日刊新聞紙の備付け、報道番組の放送その他の方法により、できる限り、主要な時事の報道に接する機会を与えるように努めなければならない。

2 (略)

## 解説

---

### 第1 テーマ①（以下、条文数のみは憲法）

※ 本問は、大阪高判平成25年9月27日判時2234号29頁（以下「素材判例①」という。）を素材とする問題である。併せて、広島地判平成28年7月20日判時2329号68頁（以下「広島地判」という。）も参照されたい。

#### 1 選挙権制限の合憲性

##### (1) 憲法上の権利の制約

まず、選挙権は、「公務員を選定し、及びこれを罷免する…国民固有の権利」として15条1項で保障されているところ、受刑者も日本国民である以上、選挙権は受刑者にも保障されていることとなる。そして、法11条1項2号によって受刑者は選挙権を有しないこととされているから、同号による受刑者の選挙権に対する制約は認められる。

##### (2) 判断枠組み

###### ア 参考とすべき判例

参考とすべき判例としては、在外邦人選挙権確認訴訟（最高判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。以下「平成17年最判」という。）が挙げられる。平成17年最判は、以下のように判示している（注：下線は担当者。以下同じ。）。

「国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。」

憲法は、前文及び1条において、主権が国民に存することを宣言し、国民は正当に選挙された国会における代表者を通じて行動すると定めるとともに、43条1項において、国会の両議院は全国民を代表する選挙された議員でこれを組織すると定め、15条1項において、公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利であると定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票を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を保障している。そして、憲法は、同条3項において、公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障すると定め、さらに、44条ただし書において、両議院の議員の選挙人の資格については、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならないと定めている。以上によれば、憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票を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を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である。

憲法の以上の趣旨にかんがみれば、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いうべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることができないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいはず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条ただし書に違反するといわざるを得ない」。

#### イ 本問における判断枠組み

そこで、本問においても、平成 17 年最判の判断枠組みを用いることができるかが問題となる。

素材判例①の原審（大阪地判平成 25 年 2 月 6 日判時 2234 号 35 頁）は、「平成 17 年最判は、日本国内に住所を有していないことを理由に選挙権を行使することができないとされたことの憲法適合性が問題となった事案であり、選挙権の欠格事由の定めの憲法適合性が問題となる本件とは事案を異にするべきである」として、平成 17 年最判の判断枠組みを採用しなかった。その上で、「選挙は、基本的人権である選挙権としての性質のほか、公務としての性質をも有しており、憲法が、選挙人の資格を法律の定めに委ねていることからすれば、選挙人の資格（欠格条項）を定めること自体が憲法上一切禁止されているものとは解されない。…選挙の公正の確保や意思表明能力の観点など憲法上考慮することができる正当な目的に照らし、公正妥当な選挙制度を確立するため、合理的な範囲で選挙人の資格（欠格条項）を定めることは、憲法上許容されているものと解するのが相当である。…選挙権は、選挙の際に多数の有権者によって同時に行使されるものであり、選挙後は速やかにその効力を確定させて法律関係の安定を図る必要性もあることなどからすると、個別の国民について、それぞれの個別的な事情を考慮して選挙権の有無を判定するような制度とすることは困難である。そのような選挙権の性質に照らせば、選挙権の欠格条項の定めについては、画一的にその該当性について判断することができる基準とせざるを得ない。そうだとすれば、選挙権の欠格条項を定めるに当たっては、憲法の定めに照らして自ずと限度があるものの、一定の範囲で国会の裁量が認められるというべきである。したがって、国会の定めるところが合理性を欠き、その裁量権の範囲を逸脱又は濫用するものと認められる場合に、当該立法が選挙権を侵害するものとして違憲となるものと解するのが相当である」との判断枠組みを採用している。

広島地判も、「平成 17 年判決は、選挙人の資格を有することについて争いがない在外国民について、日本国内に住所を有していないために選挙人名簿に登録されないこと、在外公館の人的物的体制を整えることや在外国民に候補者個人の情報を適正に伝達することの困難性など、主として投票制度の技術的な問題、事務処理上の問題を理由に、国政選挙における選挙権の行使の全部または一部を認めないことの憲法適合性が問題となった事案であるのに対し、本件は、選挙人の資格の制限（欠格条項）を定める立法の憲法適合性が問題とされているのであって、事案を異にする」との理由で平成 17 年最判の判断枠組みを採用せず、「選挙権は、その行使の結果に鑑みれば、このような個人の主観的権利という性格を持つと同時に、国家機関としての選挙人団の一員としての

公務としての性格を併せ持つものと解され、憲法 44 条本文が『両議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める。』として、明文で選挙人の資格を法律の定めに委ねていることからすれば、憲法は、法律が合理的な理由に基づき選挙人の資格の制限（欠格条項）を定めることを許容しているものと解される。そして、憲法は…選挙人の資格について具体的な規定を定めていないことを併せ考慮すれば、選挙人の資格の制限（欠格条項）を定めることについては、憲法のこれらの規定に照らしておのずと限度はあるものの、立法院に一定の裁量が認められているものと解される。…このような憲法の規定の趣旨に鑑みれば、選挙人の資格の制限である欠格条項を定める立法の憲法適合性については、当該立法院の判断が合理的裁量の範囲内にあるか否か、具体的には、立法目的が合理的であり、その立法内容が目的達成の手段として必要かつ合理的なものであるか否かという基準によって判断すべきと解するのが相当である」との判断枠組みを採用している（広島地判の控訴審判決である広島高判平成 29 年 12 月 20 日裁判所ウェブサイト（以下「広島高判」という。）も同旨）。

これに対し、素材判例①は、「平成 17 年最判の内容は…〔1〕選挙権それ自体を制限する場合及び〔2〕選挙権の行使を制限する場合の双方について、いずれも『やむを得ない事由』の存在を要求する趣旨と解すべきである」とし、平成 17 年最判の判断枠組みを採用している。

以上のとおり、裁判例は高裁レベルでも分かれており、答案では、説得的であれば、どのような見解に立っても構わないと思われる。

※ 平成 17 年最判における横尾・上田裁判官の反対意見は、「国会が衆議院及び参議院の両議院から構成されること（憲法 42 条）、両議院は全国民を代表する選挙された議員で組織されること（憲法 43 条 1 項）を規定するとともに、両議院の議員の定数、議員及びその選挙人の資格、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は、これを法律で定めるべきものとし（憲法 43 条 2 項、44 条、47 条）、両議院の議員の各選挙制度の仕組みについての具体的な決定を原則として国会の裁量にゆだねているのである。もっとも、議員及び選挙人の資格を法律で定めるに当たっては、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならないことを明らかにしている（憲法 44 条ただし書）。そして、国会が両議院の議員の各選挙制度の仕組みを具体的に決定するに当たっては、選挙人である国民の自由に表明する意思により選挙が混乱なく、公明かつ適正に行われるよう、すなわち公正、公平な選挙が混乱なく実現するために必要とされる事項を考慮しなければならないのである。…換言すれば…選挙人の自由な意思が公明かつ適正に選挙に反映され、混乱のない公正、公平な選挙が実現されるよう、選挙制度の仕組みに関する様々な事柄を選択し、決定することは国会に課せられた責務である。そして、そのような選挙制度の仕組みとの関連において、また、様々な社会的、技術的な制約が伴う中にあって、我が国の主権の及ばない国や地域に居住している在外国民に対し、どのような投票制度を用意すれば選挙の公正さ、公平さを確保し、混乱のない選挙を実現することができる

のかということも、国会において判断し、選択し、決定すべき事柄であり、  
国会の裁量判断にゆだねられた事項である」と述べている。

※ 戸別訪問の禁止の合憲性を肯定した最判昭和56年7月21日刑集35巻5号568頁における伊藤裁判官の補足意見は、「選挙運動においては各候補者のもつ政治的意見が選挙人に対して自由に提示されなければならないのではあるが、それは、あらゆる言論が必要最少限度の制約のもとに自由に競いあう場ではなく、各候補者は選挙の公正を確保するために定められたルールに従って運動するものと考えるべきである。法の定めたルールを各候補者が守ることによって公正な選挙が行なわれるのであり、そこでは合理的なルールの設けられることが予定されている。このルールの内容をどのようなものとするかについては立法政策に委ねられている範囲が広く、それに対しては必要最少限度の制約のみが許容されるという合憲のための厳格な基準は適用されないと考える。憲法47条は、国會議員の選挙に関する事項は法律で定めることとしているが、これは、選挙運動のルールについて国会の立法の裁量の余地の広いという趣旨を含んでいる。国会は、選挙区の定め方、投票の方法、わが国における選挙の実態など諸般の事情を考慮して選挙運動のルールを定めうるのであり、これが合理的とは考えられないような特段の事情のない限り、国会の定めるルールは各候補者の守るべきものとして尊重されなければならない」と述べている。

※ 受刑者について、平成17年最判にいう「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」の「等」の部分に含まれるのではないかという問題もある。「等」の範囲を拡大するとしても、「選挙の公正を害する」行為との類似性が求められるのはいうまでもなく、一般の犯罪の受刑者が「等」に入ると考えることは不可能であるとの指摘（毛利徹・論ジュリ1号84頁）がある一方で、そのように「等」を極度に限定的に解すべきかは疑問であり、受刑者は、遵法意識をかなりの程度欠いているおそれがあり、選挙犯罪にも手を染めうるとして、受刑者は「等」に該当すると解しうるとの指摘（山崎知也・論ジュリ29号17頁乃至18頁）もある。なお、素材判例①は、平成17年最判は、「受刑者全てについてではなく、選挙違反の罪を犯した者に限って選挙権制限に関する例外としている」と述べている。

### (3) 個別具体的検討

#### ア 合憲論

素材判例①の原審は、以下のように判示して、法11条1項2号の合憲性を肯定した。

「禁錮以上の刑に処せられた者の中には、過失犯によって受刑するに至った者も含まれるなど、受刑の原因となった犯罪行為は、選挙権の行使と無関係なものが大半であると考えられることからすると、これらの者について、当然に公正な選挙権の行使を期待できないとは認められないし、選挙権行使した場合に、選挙の公正が直ちに害されるとも認められない」。

「他方、禁錮以上の刑に処せられた者は、その効果として、一般社会から隔離された刑事施設において待遇を受けることとなるのであるから、その刑の性質に照らし、受刑中の社会参加が一定の範囲で禁止、制限されることはやむを

得ないことといえ、このような刑罰の存在は、憲法上も予定しているものと解される。このような刑罰の効果及び性質の観点からすれば、選挙権の重要性を考慮しても、一定の刑罰を受けた者に対し、法秩序に対する違反が著しいことを理由に、政治的意を表明する資格がない、すなわち選挙権を認めるにはふさわしくないとして、禁止すべき社会参加の範囲に選挙権の行使を含めることは、一定の正当性が認められるというべきである。

「さらに、禁錮以上の刑に処せられた者は、一定期間、社会から隔離された刑事施設において処遇を受けることから、適正な選挙権行使の基礎、前提ともいるべき社会や政治情勢等に関する情報の入手が制限され、社会の構成員としての各種の社会参加活動が禁止されることになり、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わざるを得ない。このように、禁錮以上の刑に処せられた者に選挙権を認める場合、公正妥当な選挙制度を確立する観点から一定の問題が生じ得るといえ、かかる点も、欠格事由を定めるに当たって考慮できる事項といるべきである」。

「以上の点を考慮すれば、一定の刑に処せられたことを選挙権の欠格条項として定めることは、それが合理的な範囲内にとどまる限り、憲法上許容されるものと解するのが相当である」。

「そして、公職選挙法 11 条 1 項 2 号によって選挙権を否定されるのは、禁錮以上の刑に処せられた者であるところ、前記のとおり、これらの者は、法秩序に対する違反の程度が著しいということができるから、選挙権の行使を制限する範囲として不当に広汎であるとはいえない。また、選挙権が否定される期間は、その刑の執行を受け終わるまでの期間であり、刑罰の軽重に対応した期間が定められているものといえる。これに加え、前記のとおり、選挙権の欠格事由を定めるに際しては、画一的な基準とする必要性があることをも考慮すれば、禁錮以上の刑に処せられた者全てについて受刑期間中の選挙権を否定することが、上記の観点から定める欠格事由の範囲及び欠格期間として、合理的な範囲を逸脱したものとは認められない」。

また、広島地判も、以下のように判示して、法 11 条 1 項 2 号の合憲性を肯定した（広島高判も同旨）。

「受刑者は、執行猶予が付されることなく、あるいはこれが取り消されて受刑している者であることに照らせば、類型的に見て、法秩序に違反する程度が著しく、一般社会とは厳に隔離されるべき者であり、遵法精神の欠如も著しいということができる、公務執行の性格を有する選挙権の行使の主体としての適格性に疑問がある者ということができる。

また、受刑者は、禁錮以上の刑に処せられた者であり、一般社会から隔離された刑事施設において処遇を受けるという刑の性質上、それに伴う制裁として、その社会参加が一定の範囲で禁止、制限することはやむを得ないといるべきであり、このことは憲法上も予定されているものと解される。このような刑罰の性質からすれば、選挙権の重要性を考慮しても、一定の刑罰を受けた者に対して、その刑罰に伴う制裁として、法秩序に対する違反の程度が著しいことを理由に、選挙権を認めるにふさわしくない者として選挙権の行使を制限することには、一定の正当性、合理性が認められるというべきである。

そして、選挙人の資格の制限である欠格条項は、一定の明確な基準をもって定める必要があるところ、受刑者は、違法性の高い反社会的行為を行った者であるか、重大な結果を生じさせた者であるか又は同種の違法行為を繰り返している者であって、法秩序に対する違反の程度が著しい者であること、受刑者であることが選挙権の欠格事由となるのは、その刑の執行を受け終わるまでの期間であり、刑罰の軽重、すなわち法秩序に違反する程度に対応した期間が定められており、選挙権の制限の範囲が不当に広範であるとはいえないことに照らせば、受刑者について選挙権を認めないこととする立法は、制裁の手段として合理的な範囲内のものということができ、また、公明かつ適正な選挙の実施との間にも相応の関連性を認めることができる。

以上によれば、受刑者であることを欠格事由とする公職選挙法 11 条 1 項 2 号の定めは、立法府の合理的裁量の範囲を逸脱するものではなく、刑罰に伴う制裁として必要かつ合理的なものと解される。」

※ 平成 17 年最判の調査官解説も、詳細な理由は不明だが、「受刑者…は民主的意思形成に参加する能動的市民としての資格・適性が疑われる者であり、基本的には選挙権を有しないとされることに真に必要やむを得ない理由があるといえる」としている（杉原則彦・最判解民事篇平成 17 年度（下）632 頁）。

#### イ 違憲論

これに対し、素材判例①は、以下のように判示して、法 11 条 1 項 2 号の合憲性を否定した。

「受刑者の中には、過失犯により受刑するに至った者も含まれ、その刑の根拠となった犯罪行為の内容もさまざまで、選挙権の行使とは無関係な犯罪が大多数であると考えられる。そうすると、単に受刑者であるということのみから、直ちにその者が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ことはできない。」

「未決収容者が現に不在者投票を行っており、また、憲法改正の国民投票については受刑者にも投票権があるとされていることからすれば、受刑者について不在者投票等の方法により選挙権を行使させることが技術的に困難であるということはでき」ない。

「犯罪を犯して実刑に処せられたということにより、一律に公民権をも剥奪されなければならないとする合理的根拠はなく、平成 17 年最判が選挙権制限の例外を選挙犯罪の場合に限定した趣旨に照らしても、受刑者であることそれ自体により選挙権を制限することは許されないというべきである。」

「刑事施設法は、以下のとおり、受刑者が新聞、番組の視聴等の方法で候補者の情報を取得することを禁止していない。すなわち、同法 69 条は、自弁の書籍の閲覧は、刑事施設の規律・秩序を害するおそれがあるとき、強制処遇の適切な実施に支障を生ずるおそれがあるとき、罰則によるとき等以外は禁止し、制限してはならないと定め、72 条 1 項は、刑事施設の長は、被収容者に対し、日刊新聞紙の備付け、報道番組の放送その他の方法により、できる限り、主要な時事の報道に接する機会を与えるよう努めなければならないと定めている。選挙公報及び政見放送は、上記規定にかんがみ、いずれもその閲覧や

視聴を許されるべき対象に該当するし、72条1項の趣旨からすれば、刑事施設の長は、できる限り選挙に関する情報を受刑者に与えるよう努めるべきであると解される。そうすると、受刑者が選挙権行使に必要な情報を収集することが刑事施設法により一般的に制限されているということはできない。…受刑者に選挙公報を届けることは、在外国民に対する場合と比較して容易であるから、この点にかんがみても、受刑者が外部の情報取得について一定の制約を受けていることを選挙権制限の根拠とすることはできないというべきである」。

#### ウ 私見

以上のとおり、裁判例は高裁レベルでも分かれており、答案では、説得的であればどのような見解に立っても構わないと思われるが、平成17年最判の判断枠組みを採用したのであれば違憲、そうでないのであれば合憲の結論が素直であろう。

### 2 被選挙権制限の合憲性

#### (1) 憲法上の権利の制約

まず、「被選挙権、特に立候補の自由」は、「選挙権の自由な行使と表裏の関係」にあるものとして、15条1項によって保障されると解されている（三井美唄炭鉱事件・最大判昭和43年12月4日刑集22巻13号1425頁）。そして、法11条1項2号によって受刑者は被選挙権を有しないこととされているから、同号による受刑者の被選挙権に対する制約は認められる。

#### (2) 判断枠組み

上記のとおり、被選挙権は「選挙権の自由な行使と表裏の関係」にあるため、判断枠組みについては、選挙権と同様の議論が妥当すると考えられる。

#### (3) 個別具体的検討

素材判例①は、「被選挙権は、公職に就任するための資格であるという性質それ自体においても、選挙活動を行う必要がある点においても、刑事施設に収容中の者が行使することは困難である」として、比較的簡単に「やむを得ない事由」を認めている。

もっとも、事実上行使できないのではなく、「欠格事由」として定めることの正当性についてより深い検討をすべきとの見解もある（稻葉実香・平成25年度重判解31頁）。これは、受刑者が立候補できるような制度が整っていないことによって受刑者が事実上立候補できないというのであれば問題ないが、受刑者にそもそも立候補自体を認めないというような積極的な立法措置を行うのは過度の制約ではないか、という指摘であると思われる。このような立場に立って、「やむを得ない事由」がないとする立論も可能であろう。

答案では、説得的であれば、いずれの見解に立っても構わないと思われるが、選挙権とある程度検討事項が被るので、メリハリのある論述をすることが肝要である。

### 第2 テーマ②

※ 本問は、最判平成18年7月13日集民220号713頁（以下「素材判例②」という。）を素材とする問題である。

## 1 立法不作為の合憲性

Yの請求が認められるためには、国家賠償法1条1項の要件を充たす必要があるが、同項の「違法」性を論じる前提として、国会が精神的原因による投票困難者に対して選挙権行使の機会確保のための立法措置を採らなかったという立法不作為の合憲性を検討する必要がある。

### (1) 憲法上の権利の制約

まず、上記のとおり、選挙権は15条1項で保障されているところ、精神上の障害を有する者も日本国民である以上、選挙権は精神上の障害を有する者にも保障されていることとなる。そして、上記立法不作為によって、精神的原因による投票困難者は投票をすることが事実上不可能となっているから、精神的原因による投票困難者の選挙権が制約されているといえる。

素材判例②の泉裁判官の補足意見（以下「泉補足意見」という。）も、「公職選挙法は、49条2項でいわゆる郵便等による不在者投票の制度を設けているが、その適用対象を身体障害者、戦傷病者又は要介護者の中のごく一部のものに限定しており、障害者基本法2条所定の障害者（身体障害、知的障害又は精神障害があるため、継続的に日常生活又は社会生活に相当な制限を受ける者）又は介護保険法7条3項所定の要介護者であって、歩行・外出が極めて困難なもの一般を、郵便等による不在者投票の適用対象とはしておらず、上記の憲法の趣旨にかなうものとはいいがたい面を有している。歩行・外出が極めて困難な障害者又は要介護者に対して、投票所や不在者投票管理者の管理する投票記載場所における投票しか認めないとすると、事実上その選挙権の行使を制限するに等しいのである」としている。

※ 平成17年最判や素材判例①等と異なり、法律上の制約ではないため、そもそも制約がないという反論もあり得ようか。

### (2) 判断枠組み

素材判例②は、「憲法における選挙権保障の趣旨にかんがみれば、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国には、国民が選挙権を行使することができない場合、そのような制限をすることなしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められるときでない限り、国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執るべき責務があるというべきである…。このことは、国民が精神的原因によって投票所において選挙権を行使することができない場合についても当てはまる」として、平成17年最判の判断枠組みを採用している。

泉補足意見も、「選挙制度の設計に当たり、選挙の公正の確保及び適正な管理執行に配意すべきことは当然であるが、選挙権の行使を保障しつつ選挙の公正の確保等を図るべきものであって、国民の選挙権の行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権の行使を制限するためには、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる事由がなければならない」として、平成17年最判の判断枠組みを採用している。

素材判例②は、素材判例①と異なり、選挙権の欠格事由の定めの憲法適合性が問題となった事案ではないから、平成17年最判の射程が及ぶといいやすい事案

といえよう。もっとも、平成17年最判の横尾・上田裁判官の反対意見のように、立法裁量を重視するのであれば、緩やかな基準によることも不可能ではなかろう。

答案では、説得的であれば、いずれの見解に立っても構わないと思われるが、テーマ①で自分が採った見解との整合性に注意する必要がある。

### (3) 個別具体的検討

精神障害者については、身体障害者とは異なり、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にあるか否かの認定が難しいということに着目し、その合憲性を肯定する見解が考えられる。

これに対し、泉補足意見は、「在宅障害者に対しては、郵便等による不在者投票を行うことができる事にするか、あるいは在宅のままで投票をすることができるその他の方法を講じない限り、選挙権を現実に行使することを可能にしていくとはいはず、選挙権の行使を保障したことにはならない。在宅障害者については、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にあるか否かの認定が難しいという問題はある。しかし、上記の認定は、医師の診断書、療育手帳、精神障害者保健福祉手帳等の併用によってできないわけではなく、上記の認定が簡単ではないという程度のことでは、前記の選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる事由があるとは到底いうことができない」として、その合憲性を否定している。

答案では、説得的であれば、いずれの見解に立っても構わないと思われるが、平成17年最判の判断枠組みを採用したのであれば違憲、そうでないのであれば合憲の結論が素直であろう。

## 2 国家賠償法1条1項の「違法」性

国家賠償法1条1項における違法性の捉え方には、①結果不法説、②行為不法説という2つの見方がある。結果不法説とは、行政活動によって生ずる被害（結果）に着目し、被侵害法益の側から、法の許さない結果を発生させたことにつき違法性を認定する見解である。これに対し、行為不法説とは、公務員の違法な行為に着目し、侵害行為の態様の側から、法に違反する行為をしたことにつき違法性を認定する見解である。判例は、行為不法説を前提に、職務上尽くすべき注意義務を尽くしたか否かによって違法性を判断する（職務行為基準説）（櫻井敬子ほか・行政法〔第5版〕364頁乃至365頁参照）。これは、立法不作為の違法性が問題となる場合でも同様である（最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁（以下「昭和60年最判」という。）及び平成17年最判参照）。

素材判例②も、「国会議員の立法行為又は立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、直ちに違法の評価を受けるものではない…しかし、立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれ

を怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」としている。

その上で、素材判例②は、「精神的原因による投票困難者については、その精神的原因が多種多様であり、しかもその状態は必ずしも固定的ではないし、療育手帳に記載されている総合判定も、身体障害者手帳に記載されている障害の程度や介護保険の被保険者証に記載されている要介護状態区分等とは異なり、投票所に行くことの困難さの程度と直ちに結び付くものではない。したがって、精神的原因による投票困難者は、身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではないのである。しかも、前記事実関係等によれば、身体に障害がある者の選挙権の行使については長期にわたって国会で議論が続けられてきたが、精神的原因による投票困難者の選挙権の行使については、本件各選挙までにおいて、国会でほとんど議論されたことはなく、その立法措置を求める地方公共団体の議会等の意見書も、本件訴訟の第1審判決後に初めて国会に提出されたといふのであるから、少なくとも本件各選挙以前に、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充が国会で立法課題として取り上げられる契機があったとは認められない」ので、「本件立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではない」としている。

答案でも、国家賠償法1条1項の「違法」性は否定するのが素直であろう。

※ 平成17年最判は、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執らなかった立法不作為の違法性を肯定しているが、これは、「昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となつた後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかつた」ことを理由とする。

※ 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁は、「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたつてその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがある」という昭和60年最判・平成17年最判の基準を統合した新たな判断枠組み（同判決の千葉裁判官補足意見参照）を示しているため、かかる判断枠組みによることも可能である。

### 第3 テーマ③

※ 本問は、最判平成9年3月13日民集51巻3号1453頁（以下「素材判例③」という。）を素材とする問題である。

#### 1 連座制とは

連座制とは、候補者と一定の関係にある者が悪質な選挙犯罪によって刑に処せられた場合に、候補者もその選挙における当選無効や一定期間の立候補禁止などの制裁を科される制度をいう。本問で適用された法251条の3は、「組織ぐるみ選挙」

に対応するために平成6年改正で導入されたものであり、連座対象に議員秘書等を追加し、候補者等の5年間の立候補禁止が追加されているという点で従来の連座制よりも厳格な規制をしているといえるため、拡大連座制と呼ばれる。この背景には企業や労働組合などによる組織ぐるみ選挙の弊害が認識されるようになってきた、秘書や運動員に責任を転嫁して連座責任を免れようとする議員が少なくなかったなどの事情がある（吉川和宏・憲法判例百選〔第6版〕352頁乃至353頁）。

## 2 憲法上の権利の制約

上記のとおり、被選挙権は、「選挙権の自由な行使と表裏の関係」をなすものとして15条1項で保障される。そして、法251条の3第1項は、組織的選挙運動管理者等が、法221条の罪を犯し禁錮以上の刑に処せられたときは、当該公職の候補者等であった者の当選は無効とし、かつ、これらの者は、5年間、当該選挙に係る選挙区において行われる当該公職に係る選挙において公職の候補者となり、又は公職の候補者であることができないとしており、当該公職の候補者等の被選挙権を制約しているといえる。

## 3 判断枠組み

まず、平成17年最判の判断枠組みを用いるべきとの見解が考えられる。しかし、上記のとおり、平成17年最判は、「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」という留保を付しているところ、法221条の罪は、いずれも選挙の公正を害する罪であるといえる。そうだとすれば、平成17年最判の厳格な基準は妥当しないと思われる。

実際、古い判例ではあるが、最大判昭和30年2月9日刑集9巻2号217頁は、「国民主権を宣言する憲法の下において、公職の選挙権が国民の最も重要な基本的権利の一であることは所論のとおりであるが、それだけに選挙の公正はあくまでも厳粛に保持されなければならないのであって、一旦この公正を阻害し、選挙に関与せしめることが不適当とみとめられるものは、しばらく、被選挙権、選挙権の行使から遠ざけて選挙の公正を確保すると共に、本人の反省を促すことは相当であるからこれを以て不当に国民の参政権を奪うものというべきではない」として、選挙犯罪者の公民権停止を定める法252条の合憲性を肯定している。また、後記のとおり、素材判例③も、立法目的が合理的であって、手段が必要かつ合理的であることという比較的緩やかな基準を用いている。

## 4 個別具体的検討

素材判例③は、以下のように判示して、法251条の3第1項の合憲性を肯定している。

「右規定は、いわゆる連座の対象者を選挙運動の総括主宰者等重要な地位の者に限っていた従来の連座制ではその効果が乏しく選挙犯罪を十分抑制することができなかったという我が国における選挙の実態にかんがみ、公明かつ適正な公職選挙を実現するため、公職の候補者等に組織的選挙運動管理者等が選挙犯罪を犯すことを防止するための選挙浄化の義務を課し、公職の候補者等がこれを防止するための注意を尽くさず選挙浄化の努力を怠ったときは、当該候補者等個人を制裁し、選挙の公明、適正を回復するという趣旨で設けられたものと解するのが相当である。法251条の3の規定は、このように、民主主義の根幹をなす公職選挙の公明、適正を厳粛に保持するという極めて重要な法益を実現するために定められたものであつ

て、その立法目的は合理的である。また、右規定は、組織的選挙運動管理者等が買収等の悪質な選挙犯罪を犯し禁錮以上の刑に処せられたときに限って連座の効果を生じさせることとして、連座制の適用範囲に相応の限定を加え、立候補禁止の期間及びその対象となる選挙の範囲も前記のとおり限定し、さらに、選挙犯罪がいわゆるおとり行為又は寝返り行為によってされた場合には免責することとしているほか、当該候補者等が選挙犯罪行為の発生を防止するため相当の注意を尽くすことにより連座を免れることのできるみちも新たに設けているのである。そうすると、このような規制は、これを全体としてみれば、前記立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的なものというべきである」。

連座制そのものを合憲とする最高裁判例はすでに確立したとの指摘があり（小針司・憲法判例百選〔第5版〕365頁），これに批判的な見解でも，端的に違憲を説くものはないため（曾我部真裕・憲法プラクティス〔増補版〕324頁），答案上は，合憲としておくのが穩当であろう。違憲の結論を導くためには，相当説得力のある立論をすることが必要であると考えられる。

# 模範答案

1

## 第1 テーマ①（以下、条文数のみは憲法）

1 公職選挙法（以下「法」という。）11条1項2号は、受刑者の選挙権を侵害するものであり、15条1項に反し、違憲である。他方、同号は、受刑者の被選挙権を侵害するものではなく、15条1項に反せず、合憲である。以下、理由を述べる。

### 2 選挙権

(1) 選挙権は、「公務員を選定し、及びこれを罷免する…国民固有の権利」として、15条1項で保障されている。そして、法11条1項2号によって受刑者は選挙権を有しないこととされているから、同号による受刑者の選挙権に対する制約も認められる。

(2) では、法11条1項2号の合憲性判定基準をどう考えるべきか。

ア 選挙は公務としての性質を有すること、44条本文が明文で選挙人の資格を法律の定めに委ねていること、憲法が選挙人の資格について具体的な規定を置いていないことに照らせば、欠格条項を定めることについては立法府に一定の裁量が認められているから、立法目的が合理的であり、その立法内容が目的達成の手段として必要かつ合理的なものであるか否かという基準によって判断すべきとの見解が考えられる。

イ しかし、選挙権は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。また、前文、1条、15条1項、43条1項、同条3項及び44条ただし書によれば、憲法は、国民主権の原理に基づ

2

き、両議院の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を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障していると解するのが相当である。

そこで、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いうべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることができないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえない。

なお、かかる基準は、選挙権の行使を制限する場合のみならず、選挙権それ自体を制限する場合についても妥当すると解する。

(3) 以上に従い、本件を検討する。

ア まず、受刑者は、遵法意識をかなりの程度欠いているおそれがあり、選挙犯罪にも手を染めうるから、自ら選挙の公正を害する行為をした者等に含まれるとの見解が考えられる。しかし、一般の犯罪には、選挙の公正を害する行為との類似性が必ずしも認められないから、一般の犯罪の受刑者は、これには含まれない。

イ 次に、①受刑者は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こと、②刑事施設収容中であることに伴う業務的支障、③受刑者であることそれ自体が選挙権を制限すべき事由に該当すること、④受刑者は情報の取得が困難であることに照らせば、上記や

3

むを得ない事由が認められるとの見解が考えられる。

しかし、受刑者が犯した犯罪は、選挙権の行使とは無関係なものが大多数であると考えられる。そうすると、単に受刑者であるということのみから、直ちにその者が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ことはできない。

また、未決拘禁者が現に不在者投票を行っている上、憲法改正の国民投票については受刑者にも投票権があるとされていることからすれば、受刑者について不在者投票等の方法により選挙権を行使させることができないことが技術的に困難であるということはできない。

さらに、犯罪を犯して実刑に処せられたということにより、一律に公民権をも剥奪されなければならないとする合理的な根拠はない。

加えて、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律6・9条は、自弁の書籍の閲覧は、刑事施設の規律・秩序を害するおそれがあるとき、強制処遇の適切な実施に支障を生ずるおそれがあるとき、罰則によるとき等以外は禁止し、制限してはならないと定め、同法7・2条1項は、刑事施設の長は、被収容者に対し、日刊新聞紙の備付け、報道番組の放送その他の方法により、できる限り、主要な時事の報道に接する機会を与えるよう努めなければならないと定めている。選挙公報及び政見放送は、上記規定にかんがみ、いざれもその閲覧や視聴を許されるべき対象に該当するし、同法7・2条1項の趣旨からすれば、刑事施設の長は、できる限り選挙に関する情報を受け取ることを可能とするよう努めるべきであると解される。そうすると、受刑者が選挙権行使に必要な情報を収集することが同法により

4

一般的に制限されているということはできない。

よって、上記やむを得ない事由は認められない。

- (4) 以上より、法11条1項2号は、受刑者の選挙権を侵害するものであり、15条1項に反し、違憲である。

### 3 被選挙権

- (1) 被選挙権、特に立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にあるものとして、15条1項によって保障される。そして、法11条1項2号によって受刑者は被選挙権を有しないこととされているから、同号による受刑者の被選挙権に対する制約も認められる。

- (2) 上記のとおり、被選挙権は選挙権の自由な行使と表裏の関係にあるから、その合憲性判定基準についても、選挙権と同様の議論が妥当する。そこで、被選挙権の制約についても、選挙権の制約と同様の基準で合憲性を判断する。

- (3) ここで、受刑者にそもそも立候補自体を認めないとするような積極的な立法措置を行うのは過度の制約であり、上記やむを得ない事由は認められないとの見解が考えられる。しかし、被選挙権は、公職に就任するための資格であるという性質それ自体においても、選挙活動を行う必要がある点においても、刑事施設に収容中の者が行使することは困難であるから、上記やむを得ない事由が認められる。

- (4) 以上より、法11条1項2号は、受刑者の被選挙権を侵害するものではなく、15条1項に反せず、合憲である。

### 第2 テーマ②

- 1 精神的原因による投票困難者（以下「精神障害者」という。）に対し

5

て選挙権行使の機会を確保するための立法措置を探らなかったという立法不作為（以下「本件立法不作為」という。）は、精神障害者の選挙権を侵害するものであり、15条1項に反し、違憲である。しかし、国家賠償請求は認められない。以下、理由を述べる。

## 2 本件立法不作為の合憲性

- (1) 上記のとおり、選挙権は15条1項で保障されている。そして、本件立法不作為によって、精神障害者は投票をすることが事実上不可能となっているから、精神障害者の選挙権が制約されているといえる。
- (2) 上記のとおり、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。
- (3) ここで、精神障害者については、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にあるか否かの認定が難しいから、上記やむを得ない事由は認められるとの見解が考えられる。しかし、上記の認定は、医師の診断書、療育手帳、精神障害者保健福祉手帳等の併用によってできないわけではなく、上記の認定が簡単ではないという程度のことでは、上記やむを得ない事由があるとは到底いふことができない。
- (4) 以上より、本件立法不作為は、精神障害者の選挙権を侵害するものであり、15条1項に反し、違憲である。

## 3 国家賠償請求の可否

- (1) 上記のとおり、本件立法不作為は違憲であるが、そうであるとして、直ちに国家賠償法1条1項の「違法」性が認められるか。

ア まず、法の許さない結果を発生させたことにつき違法性を認定す

6

る結果不法説の立場から、立法不作為が違憲であれば、直ちに「違法」性が認められるとの見解が考えられる。

イ しかし、国会議員の立法行為又は立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、直ちに違法の評価を受けるものではない。

もっとも、①立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、②国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、「違法」の評価を受けるものというべきである。

## (2) 以上に従い、本件を検討する。

精神障害者については、その精神的原因が多種多様であり、しかもその状態は必ずしも固定的ではないし、投票所に行くことの困難さの程度と直ちに結び付くものではない。したがって、精神障害者は、身体障害者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではないのである。しかも、身体障害者の選挙権の行使については長期にわたって国会で議論

7 が続けられてきたが、精神障害者の選挙権の行使については、本件各選挙までにおいて、国会でほとんど議論されたことはなく、その立法措置を求める地方公共団体の議会等の意見書も、本件訴訟の第1審判決後に初めて国会に提出されたというのであるから、少なくとも本件各選挙以前に、精神障害者に係る投票制度の拡充が国会で立法課題として取り上げられる契機があったとは認められない。

よって、上記①②の場合などにはあたらないから、本件立法不作為の「違法」性は認められない。

(3) 以上より、国家賠償請求は認められない。

第3 テーマ③

- 1 法251条の3第1項は、公職の候補者等の被選挙権を侵害するものではないから、15条1項に反せず、合憲である。以下、理由を述べる。
- 2 上記のとおり、被選挙権は15条1項で保障される。そして、法251条の3第1項は、組織的選挙運動管理者等が、法221条の罪を犯し禁錮以上の刑に処せられたときは、当該公職の候補者等であった者の当選は無効とし、かつ、これらの者は、5年間、当該選挙に係る選挙区において行われる当該公職に係る選挙において公職の候補者となり、又は公職の候補者であることができないとしており、当該公職の候補者等の被選挙権を制約しているといえる。
- 3 ここで、法251条の3第1項の合憲性判定基準についても、テーマ①・②で用いた厳格な基準が妥当とするとの見解が考えられる。

しかし、法221条の罪は、いずれも選挙の公正を害する罪であるか

8 ら、当該公職の候補者等は、自ら選挙の公正を害する行為をした者等に含まれ、かかる厳格な基準は妥当しない。また、国民主権を宣言する憲法の下において、公職の被選挙権が国民の最も重要な基本的権利の一であることは上記のとおりであるが、それだけに選挙の公正はあくまでも厳肅に保持されなければならない。そこで、その合憲性は緩やかに審査すれば足り、立法目的が合理的であって、手段が必要かつ合理的であれば足りると解する。

- 4 以上に従い、本件を検討する。
- 法251条の3第1項は、民主主義の根幹をなす公職選挙の公明、適正を厳肅に保持するという極めて重要な法益を実現するために定められたものであって、その立法目的は合理的である。
- また、上記規定は、組織的選挙運動管理者等が買収等の悪質な選挙犯罪を犯し禁錮以上の刑に処せられたときに限って連座の効果を生じさせることとして、連座制の適用範囲に相応の限定を加え、立候補禁止の期間及びその対象となる選挙の範囲も前記のとおり限定し、さらに、選挙犯罪がいわゆるおとり行為又は寝返り行為によってされた場合には免責することとしているほか、当該候補者等が選挙犯罪行為の発生を防止するため相当の注意を尽くすことにより連座を免れることのできるみちも新たに設けているのである。そうすると、このような規制は、これを全体としてみれば、前記立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的なものというべきである。
- 5 以上より、法251条の3第1項は、公職の候補者等の被選挙権を侵害するものではないから、15条1項に反せず、合憲である。以上

# 採点基準

## 司法試験型答練第1回公法系第1問（憲法）採点基準

配点 得点

|   |      |     |
|---|------|-----|
| 第1 テーマ①（以下、条文数のみは憲法）  | [50] | [ ] |
| 1 選挙権   |      |     |
| (1) 憲法上の権利の制約   |      |     |
| ア 選挙権が15条1項で保障されることの指摘  | 2    |     |
| イ 公職選挙法（以下「法」という）11条1項2号が受刑者の選挙権を制約していることの指摘                                  | 2    |     |
| (2) 判断枠組み   |      |     |
| 最大判平 17.9.14（以下「平成17年最判」という）の判断枠組みや、立法裁量を認める見解等を踏まえて、適切な合憲性判定基準を定立していること      | 12   |     |
| (3) 個別具体的検討   |      |     |
| ア 法11条1項2号が受刑者の選挙権を認めないととの根拠（以下、単に「根拠」という）①についての指摘と評価                         | 4    |     |
| イ 根拠②についての指摘と評価   | 4    |     |
| ウ 根拠③についての指摘と評価   | 4    |     |
| エ 根拠④についての指摘と評価   | 4    |     |
| ※ 平成17年最判の判断枠組みを採用した上で、受刑者が「選挙の公正を害する者等」にあたるか否かを論じている場合は、その説得力に応じて、3点を限度に加点する |      |     |
| 2 被選挙権  |      |     |
| (1) 憲法上の権利の制約   |      |     |
| ア 被選挙権が15条1項で保障されることの指摘   | 4    |     |
| イ 法11条1項2号が受刑者の被選挙権を制約していることの指摘   | 2    |     |
| (2) 判断枠組み   |      |     |
| 選挙権における判断枠組みについての立論と整合した判断枠組みの定立  | 5    |     |
| (3) 個別具体的検討   |      |     |
| 法11条1項2号が受刑者の被選挙権を認めないととの根拠についての指摘と評価   | 7    |     |
| 第2 テーマ②   | [30] | [ ] |
| 1 立法不作為の合憲性   |      |     |
| (1) 憲法上の権利の制約   |      |     |

|   |       |     |
|---|-------|-----|
| 選挙権が 15 条 1 項で保障されること、及び本件立法不作為によって精神障害者の選挙権が制約されていることの指摘   | 3     |     |
| (2) 判断枠組み   |       |     |
| テーマ①における判断枠組みについての立論と整合した判断枠組みの定立   | 3     |     |
| (3) 個別具体的検討   |       |     |
| 精神上の障害を持つ者については、投票所において投票を行うことが極めて困難な状態にあるか否かの判定が難しいことの指摘と評価  | 6     |     |
| 2 国家賠償請求の可否   |       |     |
| (1) 問題の所在   |       |     |
| 本件立法不作為が違憲であるとして、直ちに国家賠償法 1 条 1 項の「違法」性が認められるかが問題となる旨の指摘  | 3     |     |
| (2) 判断枠組み   |       |     |
| 最判昭和 60.11.21, 平成 17 年最判、結果不法説等を踏まえて、適切な合憲性判定基準を定立していること  | 7     |     |
| (3) 個別具体的検討   |       |     |
| 本問の事実関係等に即した個別具体的検討   | 8     |     |
| 第3 テーマ③   | [20]  | [ ] |
| 1 憲法上の権利の制約   |       |     |
| 被選挙権が 15 条 1 項で保障されること、及び法 251 条の 3 第 1 項が公職の候補者等の被選挙権を制約することの指摘  | 3     |     |
| 2 判断枠組み   |       |     |
| 平成 17 年最判、最判平 9.3.13, 最大判昭 30.2.9 等を踏まえ、適切な合憲性判定基準を定立していること   | 10    |     |
| 3 個別具体的検討   |       |     |
| 本問の事実関係等に即した個別具体的検討   | 7     |     |
| 第4 裁量点  | (±10) | ( ) |
| ※ 答案を全体として評価し、論述の緻密さの程度や構成の適切さの程度に応じても点を与える。ある設問について法的思考能力の高さが示されている答案には、別の設問について必要な検討の一部がなく、そのことにより知識や理解が不足することがうかがわれるときでも、そのことから直ちに答案の全体が低い評価を受けることにならない。反対に、論理的に矛盾する論述や構成をするなど、法的思考能力に問題があることがうかがわれる答案は、低く評価する |       |     |
| 合計点   | 100   |     |