

# 公職選挙法第11条第1項第2号の 憲法適合性の欠如

倉 田 玲\*

## 目 次

- I はじめのの前に
- II 公職選挙法第11条第1項第2号の憲法適合性の欠如に関する意見
  - 1. はじめに
  - 2. 憲法適合性判定基準
    - (1) 原則としての「やむを得ない」基準
    - (2) 例外としての「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」
  - 3. 憲法適合性の欠如
    - (1) 立法目的の不成立
    - (2) 欠格条項の完成度
  - 4. おわりに
- III おわりにの後に

## I はじめのの前に

この小稿は、大阪高等裁判所第1民事部に係属していた選挙権剥奪違法確認等請求控訴事件（平成25年（行コ）第45号）について、2013年9月3日に控訴人の訴訟代理人より提出された拙筆の意見書をIIの部分に収めて公表するものである。この部分については、暦年の表示を西暦に変更しているのを除き、意見書の字句を基本的に維持している。過日の意見書は、それ自体として、原審の大阪地方裁判所第2民事部の判決を評釈した「禁錮以上の受刑者の選挙権剥奪が合憲とされた事例」新・判例解説 Watch

---

\* くらた・あきら 立命館大学法学部教授

（法学セミナー増刊・速報判例解説）13号21頁（2013年10月）を敷衍したものであるが、たとえば、この判批の出典表示もⅡの部分には当時のweb版のままとしている。

事件の概略について、ここに若干の紹介をしておくと、『釜ヶ崎炊き出しのうた』（海風社、1989年2月）などの著作もある男性が、2008年6月の第24次西成（釜ヶ崎）暴動の渦中、大阪府警西成警察署に対する抗議活動の際に逮捕された。そして、翌年10月29日の上告審判決において道路交通法違反と大阪府条例違反の罪による懲役2月（ただし、未決算入により刑期満了）の刑が確定した結果、傷害罪の共謀共同正犯による懲役6月（うち未決算入100日）と威力業務妨害罪による懲役1年（うち未決算入120日）の執行猶予を取り消され、その翌年の3月10日に大阪高等検察庁に出頭してから11月25日に仮釈放されるまで8か月半、滋賀刑務所に収容されていた。服役中の7月11日に実施された参議院議員通常選挙に際して、かねて未決拘禁者であったときには大阪拘置所において投票した経験のある男性が選挙権の行使を希望したところ、公職選挙法第11条第1項第2号の「禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者」に該当することから、この欠格条項に基づき選挙権を否定された。

この男性が仮釈放中の2010年12月17日に訴訟を提起して、同号の違憲性と次回の衆議院議員総選挙において投票することができる地位の確認のほか、国家賠償を請求した。2013年2月6日の大阪地裁判決は、係属中の2011年1月29日に原告の刑期が満了していたことから、すでに欠格条項の適用の可能性が消滅したという理由により確認請求を却下するとともに、この条項が「憲法に違反するとはいえず、その立法及び改正をしなかったことが、国会の裁量権を逸脱又は濫用するものであったとは認められない」と判定して賠償請求を棄却している（第5の3(3)）。

原告からの控訴を受けた大阪高裁は、2013年9月27日の判決において、「公職選挙法11条1項2号が受刑者の選挙権を一律に制限していることについてやむを得ない事由があるということではできず、同号は、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ものといわざるを得ない」と判定している(第3の2(4)エ)。この控訴審における逆転の違憲判断は、原審判決とは対照的に、2005年9月14日の最高裁判所大法廷判決(民集59巻7号2087頁)に提示されていた厳格な憲法適合性判定基準を先例として忠実に適用した結論である。

つまり、控訴審判決においては、大法廷の先例が、「自ら選挙の公正を害する行為をした者、すなわち、選挙違反の罪を犯した者に限って一定の範囲で選挙権の制限を認めるほかは、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」に理解されている(第3の2(3))。この「やむを得ない」基準により判定すべきことが、大阪高裁に提出された拙筆の意見書の要諦でもある。

控訴審判決が、「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」という常識的な推察をもとに、いみじくも、「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とすることはできない」という認識を明示しているのは、この限りにおいて原審の合憲判決と同様であり、まさしく異口同音である(第3の2(4)ア)。

しかしながら、原審判決とは正反対に2005年9月14日の大法廷判決の厳格な「やむを得ない」基準を先例として踏襲する控訴審判決には、さらに、「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とはできず、この点が選挙権を制限すべきやむを得ない事由に該当するということとはできない」とも判示されている(第3の2(4)イ(ア))。また、「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、〔大

法廷判決] 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」とも判断されている（第3の2(4)イ(イ)）。

大法廷判決が何よりも立法事実の経年変化を重視して、「かつては在外国民に対して投票日前に選挙公報を届け、候補者個人に関する情報を適正に伝達するのが困難であるという状況が存したことを前提としつつ、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったとして、在外国民に選挙権の行使を認めないことについてやむを得ない事由があるということとはできないとしている」のに留意しては、これに立脚した至極妥当な推論により、「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」と判示されている（第3の2(4)ウ(イ)）。さらに、原審に提訴した時点における控訴人のような「仮釈放中の受刑者は、刑事施設に収容されておらず、情報取得については一般の国民と同様の立場にあるから、情報取得の困難性を理由として一律に受刑者の選挙権を制限することは、少なくとも仮釈放中の受刑者についてはその前提を欠き、根拠がない」ということまで明言されている（第3の2(4)イ(ウ)）。

このような違憲判決を獲得した控訴人は、かねて佐伯千仞らを訴訟代理人として提起した憲法訴訟において、第23次までの「集団不法事案」を前提事実として逐一列挙する1994年4月27日の大阪地裁判決により、「大衆闘争や労働運動の拠点である解放会館を警察により継続的に監視されることは、その活動内容、人的交流などのすべてを把握されるおそれがあり、その行動の自由を制約されるだけでなく、そこに出入りする者の行動にも影響を与え、その結果、同原告及びその所属する労働組合の活動に事実上の支障を生じさせるなどの不利益を及ぼすおそれが高く、結社の自由や団

結権に深刻な影響を与えるだけでなく、同原告のプライバシーの利益をも侵害するもの」であり、「このような侵害は、監視体制が維持されている以上、実際に監視がなされているか否かにかかわらず、対象となる可能性のある者にいつ監視がなされるかわからないという不安感を与え続けることになり、行動を抑制する点で同じ効果があり、その限りでプライバシーの利益が害されるというべきである」などと認定されている（判例時報1515号116頁、135頁、判例タイムズ861号160頁、179頁）。

大阪高裁の1996年5月14日の控訴審判決や最高裁第1小法廷の1998年11月12日の上告審判決（いずれも判例集未登載）も、このような認定を覆していない。もっとも、この監視用テレビカメラ撤去等請求事件において、被告（大阪府）が撤去を命じられた監視カメラは、それが請求されていた15台のうち「解放会館付近」の1台のみであり、ほかの「道路上」「公園付近」「公共施設付近」の監視カメラについては、むしろ司法審査により正当化されている。

この憲法判例については、棟居快行ほか『基本的人権の事件簿——憲法の世界へ〔第4版〕』（有斐閣、2011年3月）に、「釜ヶ崎監視カメラ訴訟」という題目の解説がある（103頁、棟居執筆部分）。また、訴訟代理人の1人が、大川一夫『裁判と人権——平和に、幸福に生きるための法律ばなし〔改訂第4版〕』（一葉社、2013年4月）の「釜ヶ崎監視カメラ撤去訴訟」というコラムに、「我々の主張が全面的には認められず、また撤去も一台なので不満は残るところですが、公道でのプライバシー権を初めて認めたことや、昨今、監視カメラの普及の進む中、無制限に設置できるものではないと示した点では実に有意義な判決です」と記述している（275頁）。なお、今般の選挙権剥奪違法確認等請求（控訴）事件を原審の提訴段階から受任したのも、この大川弁護士らである。

先述のとおり、控訴人が執行猶予を取り消され、はじめて懲役受刑者になった原因の1つには、威力業務妨害罪がある。この犯罪を構成したのは、大阪市による西成公園の清掃作業に立ち会い、そこに寝泊まりして生

活する人々の私物が廃棄されないように見守っていたところ、その様子を無断撮影していた市職員の前に立ちはだかった行為である。

このとき可罰的であると認定した司法判断も、後に執行猶予が取り消され、それにより国民主権の原理に基づく民主主義の政治過程から完全に排除することが数百日に及び、その間に国政選挙が実施されることまでを具体的に想定していたようには推察されにくいところである。また、刑法第26条第1号には、「猶予の期間内に更に罪を犯して禁錮以上の刑に処せられ、その刑について執行猶予の言渡しがなく」との必要的取消しが規定されているが、もっぱら第21条に基づく未決算入により刑期満了となった懲役2月が、それ自体の執行を猶予されない観念的な実刑の場合にも、この必要的取消しにより自己統治の空間から強制的に退場させることは、それほど緻密な制度設計に基づく仕儀なのか判然としない。

前世紀の半ばに立法された現行の欠格条項による一律の選挙権剥奪には、こうした実情を顧慮する余地がない。このような現行法の完成度を文字どおりの不問にはしないまでも公汎な立法裁量に委ねて済ませようとする原審判決を批判して、大阪高裁による逆転の違憲判断に期待していたのが、次のⅡの部分に収める意見書である。

## Ⅱ 公職選挙法第11条第1項第2号の 憲法適合性の欠如に関する意見

### 1. はじめに

この意見書の執筆者は、立命館大学法学部ならびに大学院法学研究科および公務研究科に所属している研究者であり、この意見書の内容に関連する近年の研究成果として、「禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権」立命館法学300・301号182頁（2006年1月）、「受刑者等の選挙権と合衆国の連邦制度(上)」立命館法学314号24頁（2007年12月）、「自由刑と選挙権——オーストラリア選挙法の新局面(上)」立命館法学321・322号221頁（2009

年 3 月), 「選挙権の平等と全国民の代表」小林武・三並敏克(編)『いま日本国憲法は——原点からの検証〔第 5 版〕』217 頁(法律文化社, 2011 年 6 月), 「自由刑と選挙権——オーストラリア選挙法の新局面(下)」立命館法学 337 号 38 頁(2011 年 10 月), 「定数削減条項の適用除外規定——平等保護の限界と普通選挙の例外」法学新報 119 卷 9・10 号 275 頁(2013 年 3 月)などを発表してきた。また, 本件についても, 原審の大阪地方裁判所判決を評釈して, 「禁錮以上の受刑者の選挙権剥奪が合憲とされた事例」新・判例解説 Watch (web 版) 憲法 No. 69 文献番号 z18817009-00-010690911 (2013 年 5 月)を執筆している。この意見書は, ここに列挙している若干の研究成果に立脚しながら, 公職選挙法第 11 条第 1 項第 2 号の「禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者」が受刑の原因である犯罪の種類や刑期の長短に関係なく一律に選挙権という重要な権利を剥奪されている現行法について, この欠格条項が国民主権の原理に基づく民主主義の政治過程を歪曲して自己統治の理念を没却する深刻な憲法問題の温床であるという認識を反映している。

このような立場から最初に結論を提示すると, 公職選挙法第 11 条第 1 項第 2 号は, 同項第 1 号を違憲無効と判定している 2013 年 3 月 14 日の東京地方裁判所判決(判例時報 2178 号 3 頁, 判例タイムズ 1388 号 62 頁)と同様に, 2005 年 9 月 14 日の最高裁判所大法廷判決(最高裁判所民事判例集 59 卷 7 号 2087 頁)が提示している憲法適合性判定基準を的確に適用するならば, 憲法第 15 条第 1 項及び第 3 項, 第 43 条第 1 項並びに第 44 条ただし書に違反しており, それゆえ無効であることが明瞭である。本件の原審判決は, この大法廷判決の本旨を誤解している。また, なかんずく原審判決による第 15 条第 3 項の「成年者による普通選挙」の解釈には, 第 44 条ただし書に「教育」が差別禁止事由として明記されている意義を矮小化する重大な過誤も認められる。かくも憲法解釈を誤る原審判決は, 民事訴訟法第 305 条に基づき取り消されるべきである。

## 2. 憲法適合性判定基準

### (1) 原則としての「やむを得ない」基準

2005年9月14日の大法廷判決の「第2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について」の部分には、次のとおり、選挙権の平等な保障の根拠となる憲法規定について、いたずらに公務という概念を混入させることのない簡明な解釈から、選挙権の行使の制限ばかりでなく選挙権それ自体の制限にも当然に適用されるべき厳格な憲法適合性判定基準として、適合の推定を排除した「やむを得ない」基準が採用されている（民集59巻7号，2095～96頁）。

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事実上不可能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。

大沢秀介「司法積極主義と司法消極主義」戸松秀典・野坂泰司（編）『憲法訴訟の現状分析』423頁（有斐閣、2012年3月）が指摘しているとおり、「この判決は、国籍法違憲判決とならんで、これまでのその他の法令違憲判決が議員立法を違憲としたのとは異なり、内閣法制局の審査を経た立法を違憲としたという特色を有している」（425頁）。そして、戸松秀典「憲法訴訟の現状分析 序論」同書3頁が論評しているとおり、このところ「裁判法理についても進展がみられる」なかでも「特に、最高裁判所がはじめて厳格な審査基準のもとに違憲判断を下した」という点において、この大法廷判決は、ことのほか「際立った存在となっている」（12頁）。また、戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年3月）の表現では、この大法廷判決の登場により「厳格な審査の代表的裁判例が憲法判例中に存在する」ということになった（314頁）。すでに数多くの評釈がなされている判例であるが、米沢広一「在外選挙権と立法不作為」平成17年度重要判例解説7頁（2006年6月）も、「厳格な審査基準を用いて違憲との判断を

示しており、画期的である」と評価している（8頁）。

本件の原審判決は、この大法廷判決により裁定されているのが「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憲法適合性が問題となる本件とは事案を異にするというべきである」と述べて、本件の先例にはならないと判断している（第5の3(1)エ）。しかしながら、この大法廷判決が、憲法規定を丹念に通覧して、「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」という率直な解釈をもとに採用している「やむを得ない」基準は、その先引部分の文面に明示されているとおり、「国民の選挙権又はその行使を制限する」場合に広く妥当すべきものである。

杉原則彦調査官（当時）による最高裁判所判例解説（法曹時報58巻2号659頁，最高裁判所判例解説民事篇平成17年度(下)603頁）も、次のとおり、この大法廷判決に採用されている「違憲審査基準」の「基本的な考え方」が狭く選挙権の行使の制限にのみ妥当するものではないことを当然の前提にして説明している（最判解民事篇平成17年度(下)，629頁，註略）。

……両議院の議員選挙の全部又は一部につき選挙権を行使することができないという状態は、選挙権を制限されていることに匹敵するといえよう。そこで、ここでは、選挙権の制限の違憲審査基準について説明する。

参政権ないし選挙権の重要性を考慮すると、そのような権利の制限についての合憲性の審査は、憲法14条の保障する法の下での平等と差別的取扱いとの関係に係る合理性の基準ではなく、より厳格な基準によって行われるべきものとする見解が有力である。選挙権の制限の

合憲性については、憲法14条の法の下の平等の観点から問題となるだけでなく、国民主権を定める憲法が保障する重要な権利の制限の可否という観点から憲法1条、15条、43条1項、44条等の憲法の規定との関係で許容されるものであるか否かの検討がされなければならない。そうすると、選挙権の制限の憲法適合性に関する審査基準は、法の下の平等に関する合理性の基準によればよいとはいえ、上記の各規定との関係をも考慮したより厳格なものでなければならない。表現の自由の制限についての合憲性審査が厳格な基準でされるべき主要な理由は、表現の自由が保障されて初めて選挙の自由が確保され、国民の意思が公正かつ民主的に国会に反映され代表されるところにあるといわれているが、このような観点からも、選挙権の制限については、厳格な基準による合憲性の審査がされるべきものである。

爾後の判例の展開においては、むしろ主として「法の下での平等の観点から問題となる」とされてきた国政選挙区相互間の議員定数不均衡についても、綿密な司法審査が反復されてきており、違憲状態の認定から、いまや抜本的な法改正が要求されている。たとえば、衆議院議員総選挙に関する2011年3月23日の最高裁判所大法廷判決（最高裁判所民事判例集65巻2号755頁）においては、「事柄の性質上必要とされる是正のための合理的期間内に、できるだけ速やかに本件区割基準中の1人別枠方式を廃止し、区画審設置法3条1項の趣旨に沿って本件区割規定を改正するなど、投票価値の平等の要請にかなう立法的措置を講ずる必要がある」とされ、ここまで具体的に立法裁量の限界が指摘されている（民集65巻2号、782頁）。

長谷部恭男「1人別枠方式の非合理性——平成23年3月23日大法廷判決について」『憲法の円環』171頁（2013年5月）が指摘しているとおり、「にわかには比較可能とは思えないさまざまな考慮要素をブラックボックスに投入して国会に衡量させ、その結果が『一般に合理性を有するものと

は考えられない程度に達している』か否かという緩やかな判断基準でのみ審査するという従来採用されてきた判断のプロセスに比べると、本件判決の判断のプロセスは、国会に対して制度改革の明確な指針を与える点で明らかに優れており、憲法上の要請に照らして民主的政治過程の適切な運用条件を整備するという司法審査の中核的機能に照らしても納得のいくもののように思われる」（183頁）。いまや平等選挙の事案においても、最高裁判例は、緩やかな「合理性の基準」を適用していない。この憲法適合性判定基準により大幅な逸脱の有無を判定して事足りるというのは、2005年9月14日の大法廷判決において「やむを得ない」基準が採用される以前の古い判例の基調である。

また、参議院議員通常選挙に関する2012年10月17日の最高裁判所大法廷判決（最高裁判所民事判例集66巻10号3357頁）においても、「より適切な民意の反映が可能となるよう、単に一部の選挙区の定数を増減するにとどまらず、都道府県を単位として各選挙区の定数を設定する現行の方式をしかるべき形で改めるなど、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを内容とする立法的措置を講じ、できるだけ速やかに違憲の問題が生ずる前記の不平等状態を解消する必要がある」とまで踏み込んだ提言がなされている（民集66巻10号、3371頁）。これら平等選挙の事案における最高裁判例の顕著な傾向にもかんがみると、憲法第15条第3項の「成年者による普通選挙」の事案においては、これらと同程度以上には綿密な司法審査が要請されているはずであり、このような意味においても、先引の調査官解説が簡潔に説明しているとおり、「選挙権の制限については、厳格な基準による合憲性の審査がされるべきものである」。

本件の原審判決が先引のとおり「選挙権の欠格事由の定め憲法適合性が問題となる本件とは事案を異にする」と判示しているのとは対照的に、まさしく「選挙権の欠格事由の定め憲法適合性」を判定するにあたり2005年9月14日の大法廷判決の「やむを得ない」基準を先例として踏襲している2013年3月14日の東京地裁判決は、次のとおり、この先例から区別

すべきでないことを重要な前提として着実に確認している（判時2178号，10頁，判タ1388号，70頁）。

なお，平成17年大法廷判決は……国民の「選挙権」又は「その行使」のいずれについても，制限をすることは原則として許されず，「選挙権」の制限，「その行使」の制限のいずれについても，その制限に「やむを得ない」と認められる事由がなければならぬとしているのであるから，それに続く「そして」以下で，「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いし著しく困難であると認められる場合」でない限り「やむを得ない事由」があるとはいえないと判示しているのは，同判決が「選挙権の行使」の制限に関する事案であったことに則して記載したものにはかならず，もとより「選挙権」の制限についても，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を行うことが事実上不可能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と解すべきことは，同判決の上記文脈に照らして明らかであるといえよう……。

この東京地裁判決は，最高裁判例の「やむを得ない」基準を堅実に適用しているばかりでなく，この厳格な憲法適合性判定基準を，次のとおりの確に敷衍してもいる（判時2178号，12頁，判タ1388号，72頁）。

憲法が，我が国民の選挙権を，国民主権の原理に基づく議会制民主主義の根幹として位置付け，国民の政治への参加の機会を保障する基本的権利として国民の固有の権利として保障しているのは，自らが自らを統治するという民主主義の根本理念を実現するために，様々な境遇にある国民が，高邁な政治理念に基づくことはなくとも，自らを統治する主権者として，この国がどんなふうになつたらいいか，あるい

はどんな施策がされたら自分たちは幸せかなどについての意見を持ち、それを選挙権行使を通じて国政に届けることこそが、議会制民主主義の根幹であり生命線であるからにはほかならない。

我が国の国民には、望まざるにも関わらず障害を持って生まれた者、不慮の事故や病によって障害を持つに至った者、老化という自然的な生理現象に伴って判断能力が低下している者など様々なハンディキャップを負う者が多数存在する。そのような国民も、本来、我が国の主権者として自己統治を行う主体であることはいうまでもないことであって、そのような国民から選挙権を奪うのは、まさに自己統治を行うべき民主主義国家におけるプレイヤーとして不適格であるとして、主権者たる地位を事実上剥奪することにはほかならないのである。したがって、そのようなことが憲法上許されるのは、それをするこなしには選挙の公正を確保しつつ選挙を行うことが事実上不可能いし著しく困難であると認められる「やむを得ない事由」があるという極めて例外的な場合に限られると解すべきことは、国民主権や議会制民主主義の理念を標榜する我が憲法の解釈としてけだし当然のことであって、そのような「やむを得ない事由」がない限り、様々なハンディキャップを負った者の意見が、選挙権の行使を通じて国政に届けられることが憲法の要請するところである。

ここに「民主主義の根本理念」としての「自己統治」に論及しながら「やむを得ない」基準を深甚に註釈しているところは、これらの判例集においても、「民主主義国家における選挙権の位置付けを示す本判決の中核部分であると思われるので、是非、判決本文の該当部分を参照されたい」という格別の表現により強調され、さらに、「小手先の制度論ではなく、言ってみれば民主主義国家に生きる国民の尊厳の問題として位置付けて議論を展開していると思われることが意義深い」とも評価されている（判時2178号、4～5頁、判タ1388号、63～64頁）。もっぱら選挙権の重要な機

能から、その剥奪や制限の憲法適合性を判定するのに最適な試金石としての「やむを得ない」基準が説明されているのであり、くれぐれも誤解されるべきでないのは、これが巷間の同情の期待値などに仮託する情緒的な方便などではなく、およそ国民主権の原理に基づく民主主義の政治過程において普遍的な規範を論理的に提示しているということである。

本件の原審判決は、「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」という「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」と推断して、「憲法の定めには自ら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」から、「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」という独自の憲法適合性判定基準を採用している(第5の3(1)ウ)。

ここに採用されているのは、先引の調査官解説が選挙権の制限の憲法適合性を判定するのに適しないことを簡潔明瞭に説明している「合理性の基準」である。そもそも画一性の要請が立法府の裁量の範囲を確保するというのも無根拠の断定にほかならないが、そこに説明可能な論理があるのだとしても、およそ先例には留意しないというような司法審査にあるまじき態度をとるのではなく、2013年3月14日の東京地裁判決も的確に踏襲している2005年9月14日の大法廷判決の「やむを得ない」基準を尊重すべきである。

そして、画一性の要請に留意するにしても、憲法適合性判定基準を緩和する妥協の要素として配合することにより、確立している先例から大幅に乖離した独自の基準を捻出するのではなく、素直に「やむを得ない」基準を適用すると、「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」ということも、それ自体としては「やむを得ない」と判定することになるはずである。この場合には、当然のことながら、欠格条項の内実にも「やむを得ない」と評価されてよい程度に高い完成度があるのかを細密に判定する必要がある。画一性の要請が正当な考慮事項であることは、もちろん最優先の考慮事項であることまで意味せず、2005年9月14日の大法廷判決や2013年3月14日の東京地裁判決に明瞭であるとおり、少なくとも選挙権の重要性を凌駕するような要素ではありえない。

## (2) 例外としての「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」

2005年9月14日の大法廷判決の先引部分には、「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」という例外も、このとおり明示されている。長谷部恭男『憲法〔第5版〕』（新世社、2011年4月）は、この大法廷判決が「選挙権またはその行使の制限について、一般的には厳格な違憲審査基準を適用する反面」において、この例外に該当する場合の「選挙権の制限については、より広い立法裁量を認める点に特色がある」と指摘している（319頁）。

本件の原審判決は、先引のとおり「本件とは事案を異にするというべきである」と誤解しているが、さりとて区別に徹しているわけでもなく、このような例外が明示されているのに着目することにより、「欠格条項として禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権を制限することについて、厳格な基準によって判断しなければならない趣旨であるとは解されない」とも判示している（第5の3(1)エ）。およそ原則を無関係として遠ざけながら、それに対応する例外のみを奇貨として参酌する論法には、それ自体に内在する重大な難点もあるが、大法廷判決が「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」を「やむを得ない」基準の適用範囲から除外している主旨を確認することもなく、ひたすら「等」という字句に執着して例外を拡大する解釈に対しては、いかにも恣意的という批判も可能である。

少なくとも当時の公職選挙法第11条第1項には第1号の「成年被後見

人」規定も含まれていたものであり、この類型までも「等」という字句のうちに含意していたと解釈するのは、あまりにも無理がある。第2号の「禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者」についても、従前の最高裁判例は、現行法の構成を捨象することなく、したがって「自ら選挙の公正を害する行為をした者」としての選挙犯罪者と混同することもなく、むしろ両者を峻別してきたのである。

2005年9月14日の大法廷判決が、そこで裁定されている在外選挙人の事案には関連しない例外を明示しているのは、憲法第76条第1項の「司法権」の本来的な限界を大幅に逸脱して、いたずらに将来ありうる係争から現行法の諸規定を網羅的に予防しようとしているのではないはずである。この大法廷判決は、なるべく穏便に「やむを得ない」基準を採用するため、司法審査に通例のとおり、もっぱら従前の最高裁判例との整合性を確保しておくことを企図しているものと推察される。

そのような先例として、1950年4月26日の大法廷判決（最高裁判所刑事判例集4巻4号707頁）がある。当時の衆議院議員選挙法第137条を準用して地方公共団体の議員の選挙権について特定の欠格事由を定めていた当時の地方自治法第73条が憲法第15条3項及び第93条第2項に違反しないと判定しているものであるが、このような準用を正当化するにあたり、これらの憲法条項は、「公共団体の議員が当該公共団体の住民たる成年者による直接の普通選挙で選ばれるべきことを規定しているものであり、すなわち当該公共団体の住民以外による選挙であつてはならずまた間接選挙、制限選挙であつてはならないことを保障したまでであつて、合理的な理由により特定の欠格事由を定めることを許さない趣旨でないことは明かであり、そして選挙に関する犯罪者にも選挙権被選挙権を行使させることを適当としない場合があり得る」と判示している（刑集4巻4号、709頁）。成年後見開始の審判や禁錮以上の受刑を欠格事由とする奇特な「制限選挙」を無理に正当化している判例ではなく、あくまでも「選挙に関する犯罪者」についてのみは「合理的な理由」の成立する「場合があり得る」ことを明言して

いる先例である。

また、1955年2月9日の大法廷判決（最高裁判所刑事判例集9巻2号217頁）においても、「選挙犯罪は、いずれも選挙の公正を害する犯罪であつて、かかる犯罪の処刑者は、すなわち現に選挙の公正を害したものとして、選挙に関与せしめるに不適當なものにとめるべきであるから、これを一定の期間、公職の選挙に関与することから排除するのは相当であつて、他の一般犯罪の処刑者が選挙権被選挙権を停止されるとは、おのずから別個の事由にもとづくものである」と判示されている。ここに言及されている「他の一般犯罪の受刑者」については、もとより参照すべき先例もなく、いかなる根拠に基づくものなのか、まったく疎明すらなされていないが、「選挙犯罪」に固有の「別個の事由」については、さらに、「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肅に保持されなければならないのであつて、一旦この公正を阻害し、選挙に関与せしめることが不適當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」とも判示されている（刑集9巻2号、220～221頁）。

この大法廷判決には、先例として、1953年8月5日の東京高等裁判所判決（高等裁判所刑事判例集6巻8号1065頁、東京高等裁判所（刑事）判決時報4巻3号67頁）が引用されている。あわせて確認しておく、公職選挙法第11条第1項ではなく第252条第1項が憲法第14条第1項及び第44条ただし書に違反しないと判定しているものであり、第252条第1項が「同項所定の選挙に関する特定の犯罪のため罰金以上の刑に処せられた者に対して一定の期間、公職選挙法が規定する選挙権及び被選挙権を停止することを規定したものであり結局これらの者の反社会的性格に対する考慮から正義及び合目的性の要請にもとづき選挙の公正を保持しようとしたもので

あつてその社会的身分によつて差別待遇をするものとはいえない」ほか、「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別待遇をするものともいえない」と判断している（高刑 6 卷 8 号、1067 頁、東高刑 4 卷 3 号、67 頁）。

ここに「反社会的性格に対する考慮から正義及び合目的性の要請にもとづき選挙の公正を保持しようとしたもの」と説明されているのも、あくまで「選挙の公正」という保護法益の侵害の防止や予防が合理的に観念でき、それが期待されるべき場合に限定されているのである。この限定を融通無碍に解除して第11条第1項第1号及び第2号の立法理由までも同列に正当化するような先例は、すでに周知のとおり、また、本件の原審において国側が提示していないことから至極明白であろうが、まったく存在しない。

毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論究ジュリスト1号81頁（2012年5月）は、2005年9月14日の大法廷判決の「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」という例外について、これを「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い」が、「この例外の趣旨は、あるルールを破った者から同種のルールで行われる営みへの参加資格を一定期間剥奪するということであろうから、少なくともルールの類似性が確保されている必要がある」と主張している。そして、2006年7月13日の最高裁判所第1小法廷判決（最高裁判所裁判集民事220号713頁、判例時報1946号41頁、判例タイムズ1222号135頁）が「このような例外に言及しておらず、国民の選挙権行使へのあらゆる制限が『原則として許されない』と判示しているように読める」ということにも着目して、「少なくとも最高裁が『自ら選挙の公正を害する行為をした者等』という例外を重視していないことは確かであり、『等』を拡大解釈するつもりはないと判断してよかろう」とも推論している。こうした観点に立脚して、「既決受刑者全員から選挙権を剥奪する現行法が合憲とは、考えにくい」という見解を提示するにあつ

ては、「既決受刑者には全般的に、投票に際して選挙の公正を害する蓋然性がある、ともいえない」という簡潔にして至当な指摘もなされている（84頁）。

本件の原審判決も、国側の主張を部分的に退け、「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などからすると、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、選挙権を行使した場合に、選挙の公正が直ちに害されるとも認められない」と判示している（第5の3(2)イ）。正鵠を射た判断であるが、独自の緩やかな憲法適合性判定基準の適用にあたり提示しているのは、それを採用しているという前提において明らかに誤りである。そもそも国側の主張の順序に拘束される理由もないのであるから、この「自ら選挙の公正を害する行為をした者」とは異質であるという当然の判断は、2005年9月14日の大法廷判決を先例として、その「やむを得ない」基準を原則どおりに適用するほかないと説明するのにこそ正当に活用されるべきものである。

### 3. 憲法適合性の欠如

#### (1) 立法目的の不成立

2005年9月14日の大法廷判決に採用されている「やむを得ない」基準を原則どおりに適用すると、公職選挙法第11条第1項第2号に基づく「禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者」の選挙権の剥奪は、合理的な検討において、およそ「やむを得ない」と釈明される余地がないから、憲法適合性が欠如していると判定されなければならない。この大法廷判決の憲法適合性判定基準を適用して「やむを得ない」と判定されるのは、先引のとおり、「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能ないし著しく困難であると認められる場合」に限定される。

この憲法適合性判定基準が国民主権の原理に基づく民主主義の政治過程における選挙権の重要な機能を如実に投影しているのは、何も「事実上不能ないし著しく困難」という文言ばかりではない。憲法に適合する立法手段を厳格に限定する大前提として、この「やむを得ない」基準は、そもそも許容可能な立法目的を特定しており、およそ「選挙の公正を確保」するためでなければならないことを明示しているのである。そして、先述のとおり、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」という適用除外例を解釈するのに、およそ「選挙の公正」とは無関係な剥奪事由まで「等」という文字に含意させることが不合理きわまりないことも、ここに再確認できよう。

本件の原審判決は、「公務員の選挙においては、その公正を確保する必要がある、憲法が成年者による選挙と定めているのは、その意思表明能力を問題にする趣旨であると解されることからして、公正な方法で政治的な意思を表明し得る能力及び適性を有していることが、選挙人の資格を認める前提となるものと解される」と判示している。そして、このような憲法解釈に基づいて、「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」と判断している（第5の3(1)イ）。

なるほど「選挙の公正」に言及されてはいる。しかしながら、この原審判決は、先引のとおり、「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などからすると、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、選挙権を行使した場合に、選挙の公正が直ちに害されるとも認められない」とも判示しており、ここに立法目的として「選挙の公正の確保」のみを許容するのでは、現行法を正当化できないと判断

していることが表出している。そうであればこそ、さらに「意思表明能力」にも論及しており、これを「公正な方法で政治的な意思を表明し得る能力及び適性」と換言しているのではないかと推察される。

しかしながら、先引の部分の直後には、「被告の主張のうち、禁錮以上の刑に処せられた者について、著しく遵法精神に欠け当然に公正な選挙権の行使を期待できないとする部分については、採用することができない」と明記されている（第5の3(2)イ）。このように退けている国側の主張を要約しているところも確認しておく、「選挙権の制限に合理性が認められるのは、選挙の公正が阻害される相当の蓋然性が認められる場合であると解されるところ、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認められるのであるから、刑の執行が終わり、あるいは執行を受けることがなくなるまで、その選挙権の行使を制限することには合理的な理由が認められるというべきである」というのに続けて、「このように、禁錮以上の刑に処せられその執行が終わるまでの者は、民主的意思形成に参加する能動的市民としての資格・適正が疑われる者であるから、その者の選挙権の行使を制限することには合理的な理由がある」と記されている（第4の3（被告の主張）(3)）。

すなわち、本件の原審判決が認識している国側の主張においては、「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と認められる」ということが、「民主的意思形成に参加する能動的市民としての資格・適正が疑われる」ということなのであり、これ以外の能力や適性などは、そもそも本件の争点をめぐる当事者の主張に浮上していない。2005年9月14日の大法廷判決において採用されている「やむを得ない」基準を適用しない本件の原審判決においても、まさか「選挙の公正」に関連しない要素として「意思表明能力」や「公正な方法で政治的な意思を表明し得る能力及び適性」を問題にしているはずはないと考えると、「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、選挙権を行使した場合に、選

挙の公正が直ちに害されるとも認められない」と判断しながら、それでも能力や適性の確保を正当な立法目的と認定するのには、やはり矛盾があり、どうにも無理がある。

しかも、「選挙の公正」に直結しない能力や適性を要求するのは、憲法第15条第3項の「成年者」という文言から演繹しようとも「普通選挙」を没却することになり、この憲法上の積極要件を無理に反転させた法律上の消極要件による奇異な制限選挙を構成することにもなりかねない。そもそも憲法第44条ただし書に差別禁止事由として明記されている「教育」とは、芹沢斉・市川正人・阪口正二郎（編）『新基本法コンメンタール憲法』（日本評論社、2011年10月）に解説されているとおり、「学校教育の経歴のみではなく、広く知的能力を指すものと理解されている」のであり、「このため例えば、何らかの方法で知的能力をテストし、これに従って選挙権・被選挙権について異なる扱いをすることは、本条のいう教育による差別に該当する」のである（319頁、林知更執筆部分）。

参考までに略述しておくが、いまから1世紀も前に、アメリカ合衆国最高裁判所は、グイン対合衆国事件判決（*Guinn v. United States*, 238 U.S. 347 (1915)）において、当時の諸州の憲法典に含まれていた祖父条項（grandfather clauses）を、合衆国憲法第15修正第1節の「合衆国市民の投票権は、人種、皮膚の色、従前の隷属状態を理由として、合衆国又は州により否定又は制限されない」という規定に違反していると判断した。この祖父条項という州憲法典の規定は、いわゆる識字試験（literacy tests）に合格することを選挙人の要件とする制度のもとで、南北戦争終結前より選挙人の資格を有していた祖父をもつ場合などに限り識字試験を免除するものであり、これが違憲無効とされたのは、マイノリティ人種や奴隷身分から解放された人々の子孫を狙い撃ちにして政治過程から排除しようとする巧妙な差別として機能する条項であることが司法審査により看破され、喝破されたということにほかならない。

外国の旧時代の事例であるが、まったく無関係というものではない。こ

うした大日本帝国憲法時代の制限選挙の実例とは関連しない差別の形態があることも歴史的教訓としているからこそ、憲法第44条ただし書には、第14条第1項とは重複しない例示として、かねて衆議院議員選挙法などに顕著な具体例のあった「財産又は収入」ばかりでなく、あえて「教育」までも列挙されているのである。特定の種別の「成年者」のみを、いわば未成年者と同列に処遇しようとするかのごとき考え方は、祖父条項を裏返して所定の要件に該当する者にのみ知能テストを受験させるという差別よりも過酷であり、さらに徹底して、受験するまでもなく不合格であるとみなしてしまうような不合理きわまりない苛烈な差別を導くものである。

本件の原審判決は、「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」とも判示している（第5の3(2)ウ(イ)）。よもや「意思表示能力」や「公正な方法で政治的な意思を表明し得る能力及び適性」が、これら自体として一律に欠落しているなどとは断定できるはずもないから、このように「隔離」という特殊な環境に着目するかたちで判旨を展開しているものかと推察される。

しかしながら、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）第72条第1項に、「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」と規定されていることにかんがみると、本件の原審判決に表明されているのは、この努力義務が実質的に懈怠されているのではないかと懷疑するような危惧である。この種の懸念を抜本的に解消しようとしてきているのが、未決と既決の双方を必要以上に分け隔てしない「被収容者」の処遇に関する基本的な法制度の本来的な方向性なのではないか。

特定の環境に固有の情報量の期待値について、とくに実証されているわけでもないのに「適正な選挙権行使の基礎、前提」を欠くほどに著しく低いと見積もるものには、もとより憶測に通常の無理があるほか、やはり広義の「教育」による制限選挙に接近する危険もある。かくも不確かな根拠による補強までも必須とするのであれば、そのこと自体が、情報環境に不備のない仮釈放中の者からも選挙権を剥奪している公職選挙法第11条第1項第2号に憲法適合性のある正当な立法目的が欠如していることの証左にほかならない。

さらに傍証しておくとして、同項第1号の「成年被後見人」規定を違憲無効と判定している2013年3月14日の東京地裁判決には、「たしかに選挙権が単なる権利ではなく、公務員を選定するという一種の公務としての性格をも併せ持つものであることからすれば、選挙権を行使する者は、選挙権を行使するに足る能力を具備していることが必要であるとし、そのような能力を具備していないと考えられる、事理を弁識する能力を欠く者に選挙権を付与しないとするは、立法目的として合理性を欠くものとはいえない」と判示している部分がある（判時2178号，11頁，判タ1388号，70頁）。しかしながら、ここに「公務」の概念を援用することにより説明されている観念的な合理性には、爾後の経過により実証されているとおり、およそ現実の可能性がともなわない。

どれほど合理的と推論される立法目的であっても、国民主権の原理に基づく民主主義の政治過程において最重要の機能を期待されている選挙権を剥奪するにあたり、極度に雑駁な憶測によることなく遂行できないのであれば、そのような現実的な立法手段の不存在は、もとより立法目的に現実的な合理性がないことの証左にほかならない。この東京地裁判決も、実際には「不公正、不適正な投票が、相当に高い頻度で行われ、それによって国政選挙の結果に影響を生じさせかねないなど、選挙の公正が害されるおそれがあると認めるべき事実は見出し難い」などと認定しているのである（判時2178号，12頁，判タ1388号，72頁）。

また、この東京地裁判決によると、「仮に選挙権を行使するに足る能力が欠けている者に対して選挙権を付与することによって、不正な働きかけが頻繁に行われ、あるいは白票や候補者以外の氏名を記載した票を投じるなど不適正な投票が相当に高い頻度で行われ、選挙の結果にまで影響を及ぼしかねない事態が生じたり、選挙の公正を確保することが事実上不可能な著しく困難になる事態が生じたりしているというのであれば、それはまさに議会制民主主義の根幹を揺るがすような由々しき事態であって、立法府は、速やかにそのような者の選挙権行使を排除する必要があるが、我が国の公職選挙法は、選挙権を行使するに足る能力が欠けている者から選挙権を剥奪することをしておらず、現に、我が国に相当数存在すると考えられる選挙権を行使するに足る能力を欠く者に対して、一般的に選挙権が与えられているのである」（判時2178号，13頁，判タ1388号，72頁）。

能力不問を原則とする現行制度が現実の遂行を断念しているような種類の立法目的は、憶測に基づき特定の種別の人々を狙い撃ちにして排除するような例外によるほかに実現の可能性がなく、せいぜいのところ現実には遂行不能の目的として架空に成立するに過ぎないのである。より直截には、現実性をともなわない合理性を捨象して、そもそも憲法適合性に申し分のない正当な立法目的が成立不能であると表現することもできよう。

この東京地裁の違憲判決は、「選挙権を行使するに足る能力を欠く者を選挙から排除するという目的達成のためには、制度趣旨が異なる他の制度を借用せずに端的にそのような規定を設けて運用することも可能であると解される」と判示することにより、これが無効と判定している「成年被後見人」の欠格条項について削除によらない改正の余地を示唆している（判時2178号，13頁，判タ1388号，73頁）。しかしながら、現実の立法府の対応は、もはや「借用」と難詰されない程度に規定内容をカスタマイズするものではなく、ましてオリジナルな欠格条項に改正するものでもなかった。控訴を断念しなかった国側は、その種の対応を断念したのである。

2013年7月21日の参議院議員通常選挙を目前に控えて5月27日に成立、

6月30日に施行された成年被後見人の選挙権の回復等のための公職選挙法等の一部を改正する法律（平成25年法律第21号）第1条の「削除」というシンプルな対応策は、ストレートに遂行することのできない立法目的を、まさしく合理的に度外視しているのである。

## (2) 欠格条項の完成度

2013年3月14日の東京地裁判決を模範として、2005年9月14日の大法廷判決を踏襲すべき先例として、これらに採用されている「やむを得ない」基準を原則どおり適用するならば、仮に厳密な意味において「選挙の公正」に直結する正当な立法目的が成立可能であるとしても、さらに立法手段として使用されている剥奪の指標について、「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事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合」に即応しているのかを綿密に検証しなければならない。この憲法適合性判定基準は、先引の大沢論文に指摘されているとおり、現代の水準における「内閣法制局の審査を経た立法」さえも不適合と判定された厳格な基準である。

先述のとおり刑事収容施設における情報環境の不備の放置を想定して無批判に前提としている本件の原審判決は、禁錮以上の「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、政治的意思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」と判示している（第5の3（2）ウア）。踏襲すべき先例の「やむを得ない」基準を適用すると、もちろん、そもそも「一定の正当性が認められる」のみでは正当化に不十分である。

しかしながら、この原審判決の難点としては、そればかりでなく、さらに欠格事由の排他的な指標が「法秩序に対する違反の程度」にあると説明していることも指摘することができる。原審判決は、「選挙権の行使を制

限する範囲として不当に公汎であるとはいえない」から、「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……欠格事由の範囲および欠格期間として、合理的な範囲を逸脱したものとは認められない」と判定している（第5の3(2)エ）。禁錮以上の刑罰は、しかしながら、必ずしも「法秩序に対する違反の程度」を排他的な指標として、それが著しいことから一律に量定された結果ではない。

この「法秩序に対する違反の程度」が量刑の主要因であるとしても、これ以外の諸要因が加減例として影響することにより処断刑が決定されるのが通例であり、最終的に言い渡される刑罰は、当然のことながら「法秩序に対する違反の程度」を排他的な指標として決定されるのではない。選挙権を剥奪される懲役刑や禁錮刑と剥奪されない拘留刑の双方が法定刑に用意されている罰条の適用事案においても、まさか「法秩序に対する違反の程度」ばかりが宣告刑に反映されているはずはない。しかも、量刑の過程においては、懲役刑や禁錮刑が、刑法第14条第2項後段に基づき「減輕」されて、拘留刑より短期の自由刑となる場合さえある。

本件の原審判決が量刑の事情や刑期の長短を捨象して、もっぱら刑種に着目することにより、高度に抽象的な「刑罰の効果及び性質」から「欠格事由の範囲および欠格期間」の双方について合理性があると判定しているのには、やはり根本的な無理がある。2013年3月14日の東京地裁判決に指摘されているとおり、本来の「制度趣旨が異なる他の制度を借用」する欠格条項は、自己統治の過程における選挙権の重要性に相応しない。

また、公職選挙法第11条第1項第3号には、欠格事由として、「禁錮以上の刑に処せられその執行を受けることがなくなるまでの者（刑の執行猶予中の者を除く。）」が規定されている。この括弧書に該当して選挙権の剥奪を免れるのは、必ずしも「法秩序に対する違反の程度」によるものではない。刑の執行猶予は、刑法第25条第1項に基づき、これ以外の諸要素も

総合的に反映した「情状により」なされているのである。

先引の毛利論文は、選挙犯罪ではない「一般の犯罪において、執行猶予がつくか否かを選挙権の有無と結び付けることに、強い合理性があるとは考えられない」と述べている(84頁)。宣告刑に執行を猶予する余地がない場合に限定して選挙権を剥奪するという立法手段ではなく、あくまでも「情状により」現に猶予されている場合だけを除外して、受刑の原因となる犯罪の種別を考慮していないばかりか、あまつさえ刑期の長短を指標とすることもなく剥奪している現行法の欠格条項に対しては、このような批判が妥当である。

なお、この場合の「情状」まで包括的に含めて「法秩序に対する違反の程度」という用語法があるのかは疑問であるが、そのような用語法によることができるとしても、その場合には、刑法第28条の「改悛の状」を認められて仮釈放中の者からも刑期の満了まで選挙権を一律に剥奪している公職選挙法第11条第1項第2号の過度の公汎性が、あらためて懷疑されるべきなのではないか。禁錮以上の刑に処せられた者から選挙権を剥奪している欠格条項には、この権利の果たしている機能の重要性に見合う水準の完成度が確保されていないということが、このような制度設計の細部における齟齬によっても確認される。

最後に、日本国憲法の改正手続に関する法律(平成19年法律第51号)との関係についても、欠格条項の不要を指摘する観点から附言しておく。かねて同法第4条に規定されていた「成年被後見人」の欠格は、成年被後見人の選挙権の回復等のための公職選挙法等の一部を改正する法律第3条により「削除」され、いまや日本国憲法の改正手続に関する法律に欠格条項は存在しない。すなわち、公職選挙法第11条第1項第2号に相当する選挙権の消極要件は、もとより同法に転写されておらず、禁錮以上の受刑の事実は、その原因となる犯罪の種別にかかわらず、憲法改正の国民投票の欠格事由とされたことがない。

しかしながら、日本国憲法の改正手続に関する法律の第2章第8節の

「罰則」には、懲役刑や禁錮刑も用意されており、それら同節の罰条により有罪の判決が確定すると、実刑判決の場合は公職選挙法第11条第1項第2号に、さもなくば同項第5号の「法律で定めるところにより行われる選挙、投票及び国民審査に関する犯罪により禁錮以上の刑に処せられその刑の執行猶予中の者」に、いずれか該当することになり、国民投票の投票権を剥奪されないにもかかわらず、選挙権を剥奪されることになる。先引の毛利論文が、2005年9月14日の大法廷判決の「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」という「やむを得ない」基準の適用除外例について、「この例外の趣旨は、あるルールを破った者から同種のルールで行われる営みへの参加資格を一定期間剥奪するということであろう」と推察していることをふまえると、この場合の選挙権剥奪は、およそ説明することが至難である。

日本国憲法の改正手続に関する法律の制定時の附則にも目配りしておくとして、その第3条には、積極要件の年齢に関して「公職選挙法……その他の法令の規定について検討を加え、必要な法制上の措置を講ずるものとす」と規定されているが、ここに指摘している法制上の齟齬については、まるで放置されている。しかしながら、この法制上の格差が比較検討された経緯もないというわけではない。第165回臨時国会の衆議院の日本国憲法に関する調査特別委員会の議事録には、2006年10月26日の審議において、この点に関する質疑応答がなされたことも記録されている（[http://www.shugiin.go.jp/itdb\\_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/015116520061026003.htm](http://www.shugiin.go.jp/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/015116520061026003.htm)）。

それによると、同日付で日本国憲法の改正手続に関する法律案等審査小委員長に選任された近藤基彦委員より、「与党案、民主党案の両案ともに、公選法では選挙権が停止されている者や有しない者についても国民投票の投票権者として認める、つまり、公選法のシステムと違ってまでも投票権者の範囲をできるだけ拡大しようという仕組みをつくっておられると認識しております」が、「それはどのような点にあるのか、そしてどのような理由に基づくものであるのか、御説明をいただきたいと思います」という

質疑があった。これに対しては、与党案の提出者の1人である加藤勝信委員より、「国の形をまさに決めるこの憲法改正に係る国民投票におきましては、国政選挙以上に幅広い国民の参加が望まれるということ、そしてまた、そうした投票は頻繁にまた定期的に行われるとは当然考えられないわけでありますから、たまたまその時期に公民権停止で参加ができない、これもいかなものかなというふうを考えるわけであります」という応答があり、さらに、「事務的にも、国民投票の場合にも国民投票名簿というものをつくるわけでありますけれども、通常の選挙人名簿とは違うものをそもそもつくるということになっておりますので、そんな大きな負担にならないのではないか、こういうふうに考えているわけであります」という補足があった。

憲法制度研究会（編）『ポイント解説 Q & A 憲法改正手続法——憲法改正手続と統治構造改革ガイド』（ぎょうせい、2008年11月）は、このような質疑応答の内容を反映するのに附加して、「一方、選挙の場合には、その選挙が公正かつ適正に実施されることがより重視され、選挙運動違反、政治資金規正法違反などの選挙の公正を直接的あるいは間接的にゆがめるような行為について罰則を科すとともに、これらの罰則を科された者の選挙権・被選挙権を一定期間停止することとしている」とも説明している（54頁）。しかしながら、加藤委員が説明している「幅広い国民の参加が望まれるということ」は、そもそも「公正かつ適正に実施されること」を前提にしているのではないか。想定頻度の比較も、後者を妥協して前者を優先するという判断を補強するような要素としてではなく、ただ単に前者を強調するために言及しているのではないか。なぜなら、とくに両者の両立が追求されていたはずの時期の立法府における議論なのである。

こうした質疑応答が展開されていたのは、2005年9月14日の大法廷判決から1年あまり後であり、この違憲判決に対応して公職選挙法の一部を改正する法律（平成18年法律第62号）が制定された第164回通常国会の直後の臨時国会である。加藤委員が「事務的にも……そんな大きな負担になら

ないのではないか」と発言しているのは、委員会審議のなかで比較の対象とされている公職選挙法の欠格条項についても、「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場合」に該当しないことを示唆しているようでもある。新規の名簿の作成にかかる手間が、特定の標準により既存の名簿を修正する作業よりも圧倒的に多大であるなどは想定できないからである。しかも、笠置隆範「公職選挙法の一部改正（在外選挙制度・選挙人名簿抄本の閲覧制度）について」選挙59巻8号1頁（2006年8月）などが詳細に説明しているとおり、選挙人名簿の問題は、違憲判決に対応する改正の焦点でもあった。

辻村みよ子『憲法〔第4版〕』（日本評論社、2011年3月）には、「受刑者の欠格の理由を純粹に『刑の執行中であることによる物理的制約』と解する場合には、在監者の投票の実施が技術的にまったく不可能でない限り、受刑者の主権者としての権利の保障という観点から再検討の余地がある」という著者の長年の主張がある（330頁）。現行の公職選挙法も、選挙人名簿に登録されている拘留受刑者や未決拘禁者など、第48条の2第1項第3号の「刑事施設、労役場、監置場、少年院若しくは婦人補導院に収容されていること」に「該当すると見込まれる選挙人」については、同項の期日前投票や第49条第1項の不在者投票の制度を活用することになっている。このように「物理的制約」が克服可能であることのほか、「事務的にも……そんな大きな負担にならないのではないか」という認識が、遅くとも2006年10月26日の時点では、立法府において確実に共有されていた。

本件においても原則どおり適用されるべき憲法適合性判定基準は、もとより適合の推定を前提としない。国側が理路整然と正当化できない選挙権の剥奪は、よもや「やむを得ない」と判定されてはならないというのが、2013年3月14日の東京地裁判決ばかりでなく、本件においても当然の道理である。

#### 4. おわりに

泉徳治『私の最高裁判所論——憲法の求める司法の役割』（日本評論社、2013年6月）の本文の末尾に次の2段落がある（331頁）。最高裁判所事務総長なども歴任した元最高裁判所判事の言葉として、まことに傾聴されるべきものと思料する。

ごく最近においても、成年被後見人が国会議員の選挙において投票することができる地位にあることを確認した東京地裁平成二五年三月一四日判決が話題になった。判決文を読むと、原告側訴訟代理人により、ほとんど完璧な主張が展開されていたことが分かる。訴訟代理人は、イギリス、カナダ、オーストリア、スウェーデンなどで、成年被後見人の選挙権を制限する等の規定が既に廃止されていることを明らかにした。欧州人権裁判所の二〇一〇年判決も、成年被後見人の選挙権を一律に制限するハンガリー憲法の規定が欧州人権条約に違反すると判断している。東京地裁判決は、画期的判決であるとは言えようが、世界の趨勢からすれば、ごく当たり前の判決である。

日本の裁判所が、これからも、グローバルスタンダードに適合し、国際的評価に耐え得る堂々とした判決を生み出してくれることを期待している。それを支えるのは、訴訟関係者の努力であり、裁判所の背中を押すものは、国民一人ひとりの切実な叫びである。

北村泰三「選挙権はく奪違法確認訴訟に関する意見書——受刑者の選挙権はく奪は自由権規約25条に違反する旨の意見」中央ロー・ジャーナル9巻2号81頁（2012年9月）のほか、この意見書の執筆者による研究成果のうち、この意見書の冒頭に列挙した論文なども原審に提出した本件の原告側訴訟代理人らも、ここに評価されているのと同種の訴訟行為を実践してきたのではないかと推察する。したがって、本件においても、「世界の趨勢からすれば、ごく当たり前の判決」を期待する。

### Ⅲ おわりにの後に

大阪高裁の2013年9月27日の判決は、国家賠償請求の成否についても、2005年9月14日の大法廷判決に提示されている違法性の判定基準を踏襲している。つまり、「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項の適用上、違法の評価を受ける」というテストである（第3の3(1)）。

この先例は、Ⅱの部分の意見書に引用している調査官解説の本文の末尾にも記述されているとおり、「国会の立法又は立法不作為に係る国家賠償請求が認められる場合を実質的に拡大するなどの判断を示したものであり、憲法訴訟に新たな道を開いたものといえる点でも極めて重要な判例といえるべきである」（最判解民事篇平成17年度(下)、658頁）。そして、この大法廷の違憲判決により解釈されている国家賠償法第1条第1項の「違法」の要件は、北村和生「在外日本人選挙権剥奪訴訟における行政法上の論点について」ジュリスト1303号25頁（2005年12月）が、とくに立法不作為の場合を綿密に分析して的確に指摘しているとおり、「違憲状態を認識し、かつ、対応が可能であったという職務上尽くすべき注意義務を尽くしたかどうかを判断する要素であり、過失の要素でもある」（28頁）。このような意味における「認識」や「注意」の対象が、大阪高裁判決においては、かなり特定のである。

違法性判定基準をあてはめる作業のなかで、公職選挙法第11条第1項第2号の立法行為については、もっぱら被控訴人（国）側から提出された証拠が採用されている。そこでは、衆議院議員選挙法などの関連規定が整理

されるかたちで現行の欠格条項が立法された1950年当時ではなく、それから14年後の「昭和39年当時の代表的な憲法の基本書には、選挙権の行使が公務としての性質を有することを根拠として、公務執行能力のない受刑者を選挙人団から除外することは憲法の要請に応えたものであるとの論述がされており……その後の憲法に関する著名な基本書や解説書にも、同様に、選挙権の行使が公的行為であることから、受刑者の選挙権を制限することには合理性があり、憲法上の平等選挙の原則には違反しないとするもの……が存することが認められる」という理由により、「昭和25年当時、受刑者であることを選挙権の欠格事由とすることが国民に憲法上保障されている権利を侵害するものであることが明白であったとまでは認め難い」と判断されている（第3の3(2)）。ここに「平等選挙」と記述されているのは憲法第15条第3項の「普通選挙」を包摂する特殊な意味に相違ないだろうが、いずれにしても、憲法分野の当時の学説状況が排他的な評価指標とされていることには、きわめて重大な意味があるだろう。

また、その後の立法不作為については、「控訴人が選挙権の行使を制限された平成22年7月11日までの間に、受刑者の選挙権を制限することが違憲であるとの見解が我が国の憲法学説上の通説ないし多数説の位置を占めるに至っていたことを認めるに足りる証拠はなく……受刑者の欠格事由の廃止に関する法案が提出されたり、この問題が独立して国会等で議論されたり、受刑者に選挙権を与えるべきであるとの世論が活発になっていたことを認めるに足りる証拠はない」という理由により、「受刑者の選挙権制限規定を廃止すべきことが明白な状態であったとは認め難いし……国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠っている状態にあったと評価することもできないから、国家賠償法上、その廃止立法不作為が違法であるということとはできない」と結論されている（第3の3(3)）。ここでも憲法分野の従前の学説状況が評価指標の1つに選ばれており、それが政界や巷間に対して抜本的な法改正を提案できておらず、ついに違憲と判定されるほど完成度の低い現行法を見直すための基礎資料を十分に準備できていない

ことが、このほか手厳しく論難されているかのごとくでもある。

この小稿のⅡの部分に収めている意見書は、その標題に明記している実体的な論点に焦点を絞り込み、また、原審判決の論法を批判するのに終始しているから、事件の落着それ自体には無頓着であり、その意味における無責任を反省しなければならない。現実の帰趣は、再び敗訴した控訴人が今度は上訴せず、2013年9月27日の大阪高裁の違憲判決が確定しているが、この憲法判例は、現在までのところ2005年9月17日の大法廷判決や2013年3月14日の東京地裁判決のようには法改正を触発していない。

公職選挙法から「成年被後見人」規定が削除される契機となった後者は、最高裁判例でなくとも決定的には差し支えないことを雄弁に示唆する直近の実例でもある。合理的に推察すると、同法の制定時より第11条第1項に並列されてきた第2号の不備を是正するには、すでに格好の先例があるということにはほかならないだろう。それにもかかわらず、憲法第81条の「最高裁判所は……終審裁判所である」という文言に何らかの語り得ないものを仮託して、もはや現行法の完成度を引き上げようとせず、あたかも再度の違憲判決を招来するような対応は、やはり無責任なのではないだろうか。

もちろん、司法審査の動向にも、なお前途多難の様子がないわけではない。たとえば、2013年12月9日の東京高裁判決（判例集未登載）の末尾付近に着目すると、大阪高裁の違憲判決を手がかりとした口頭弁論終結日の当日の追加的な主張が「時機に後れた攻撃防御方法には当たらない」と容認されているものの、その内容が甚だ簡単に排斥されており、現行の欠格条項は、「犯罪行為を犯し、裁判所において有罪とされ禁錮以上の刑を科せられた者については、選挙権及び被選挙権を与えることが適当でないとして、いわば制裁の一つとして、欠格事由を定めたものであり、一応の合理的理由がある」（第3の1(8)）と判示されている。どのような種類や性質の「制裁」として正当化されうるのか、そもそも「一応の合理的理由」により十分に正当化されうるのか、どうして2005年9月14日の大法廷判決

の「やむを得ない」基準を看過しているのか。このあたりを大阪高裁の違憲判決と比較すると、どうにも大幅な後退が否めない粗略な判示であるが、これも司法審査の実践例ではある。

しかしながら、2013年9月27日の大阪高裁判決は、その明快な違憲判断により、それ自体として現行法の急所を1つ明示している。欠格条項の完成度を向上させない立法不作為が今後も継続するようであれば、やがては、この違憲判決の言渡日を1つの明確な起算点として、国家賠償法第1条第1項の「故意又は過失」と「違法」の要件を同時に充足するまでの時間が経過するということも想定される。そのとき2005年9月14日の大法廷判決を先例とする着実な後続の判決により「長期にわたって」と評価されることになる立法不作為が、そこで同時に「正当な理由なく」とも判定されるのには、やはり憲法分野の学説状況に変化が必要とされるのかもしれない。そのような要請を含意しているようにも読解できるのが、大阪高裁の違憲判決である。