



民主主義の法理と受刑者の選挙権 : 公職選挙法11条 1項2号の憲法適合性について

木下, 昌彦

(Citation)

神戸法學雑誌, 75(1):1-159

(Issue Date)

2025-06-27

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/0100496595>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100496595>



神戸法学雑誌第七十五巻第一号二〇二五年六月

民主主義の法理と受刑者の選挙権 ——公職選挙法11条1項2号の憲法適合性について——

木下昌彦*

要旨

本論稿は、受刑者から選挙権を剥奪する公職選挙法11条1項2号について、その憲法適合性を検討するものである。本論稿は、まず、伝統的な権利公務二元説と権利一元説の双方の問題点を指摘したうえで、受刑者選挙権のような選挙権に関する具体的問題に対しては、公務概念を排除しつつ、選挙権がもつ憲法的価値を探求し、国内外の判例による民主主義の法理の発展の取り込みを通じてアプローチすべきであると論じる。そして、アメリカ、カナダ、南アフリカ、欧州人権裁判所、オーストラリア、韓国、ニュージーランドにおける受刑者選挙権剥奪に関する重要判例を通覧し、象徴的論証排除の法理と一律剥奪禁

* 本論稿は、木下昌彦「受刑者選挙権の憲法問題—象徴的論証による選挙権剥奪の終わりに向けて」法律時報97巻5号38頁（2025年）の内容を発展充実させたものである。本論稿の執筆にあたっては、浅野博宣教授、西上治教授、Il-Young Jung 准教授、ソマリ講師、木下倫子弁護士より貴重な助言をいただいた。記して感謝の意を表したい。ただし、本論稿の内容や誤りは全て筆者の責に帰すべきものである。なお、本研究はJSPS 科研費 JP24K04537（戦略的敬讓審査論に基づく最高裁の憲法判断が果たした政治的役割の分析）の助成を受けたものである。

止の法理が、法域を超えて受容される民主主義の法理として登場してきていることを示す。次に、日本の判例法を研究し、受刑者選挙権に関する最高裁判例は未だないものの、選挙不正や政治腐敗等の防止措置を目的とした選挙権制限を除き、選挙権制限は、原則として厳格な基準によってのみ正当化されるとする民主主義の法理を浮き彫りにする。受刑者選挙権の根拠論については、様々な根拠論があり得るものの、裁判例の蓄積によって公務不適格論に正当化根拠論は絞られている。しかし、本論稿は、諸外国で発展してきた象徴的論証排除の法理、一律剥奪禁止の法理、日本における選挙権に関する憲法法理に照らし、公務不適格論に基づき、受刑者から国民固有の権利である選挙権を一律に剥奪することの憲法適合性はもはや肯定し得ないとの結論に至る。

目次

はじめに	3
第1章 受刑者選挙権問題への基本的視座	11
第1節 選挙権論争からその先へ	11
第2節 選挙権はなぜ保障されるべきか	14
第3節 受刑者欠格条項の正当化根拠	18
第4節 少数派の選挙権と司法の役割	21
第2章 受刑者選挙権の比較憲法的考察	25
第1節 アメリカ	25
第2節 カナダ	33
第3節 南アフリカ	49
第4節 欧州人権裁判所	57
第5節 オーストラリア	67

第6節	韓国	70
第7節	ニュージーランド	76
第8節	比較憲法的考察の総括	79
第3章	日本における民主主義の法理の発展	83
第1節	受刑者に対する選挙権剥奪制度の沿革	83
第2節	昭和30年判決	87
第3節	昭和51年判決	95
第4節	平成17年判決	99
第5節	平成17年判決以降の選挙権の拡大・拡充	106
第4章	受刑者選挙権に関する下級審判例の展開	108
第1節	平成期の下級審判決	108
第2節	令和期の下級審判決	115
第5章	民主主義の法理のもとでの受刑者欠格条項	122
第1節	適用されるべき審査基準	122
第2節	受刑者に対する追加的制約許容論の妥当性	127
第3節	公務不適格論の目的としての正当性	129
第4節	選挙権の一律剥奪の手段としての合理性	138
第5節	受刑者欠格条項における利益衡量	144
第6節	部分的剥奪の許容可能性	146
おわりに		152
図	民主主義の法理の体系と欠格条項の位置付け	155
補論	象徴的論証排除の法理・抽象的公益排除の法理について	155

はじめに

犯罪者から選挙権を剥奪する制度（criminal disenfranchisement）は、民主主義の歴史とほぼ同じく古い。古代アテナイやローマの民主制のもとでも、犯罪

者は、通常の刑罰に加えて、しばしば政治に参加する権利を奪われた⁽¹⁾。この制度は、中世ヨーロッパ各地において、犯罪者に科される「市民的死」(civil death)あるいは「法の下での死」(dead in law)として広がり、市民革命以後の近代民主制のもとでも生き残ることになった。

犯罪者からの選挙権剥奪の形態は各国で多様である。まず、大きく犯罪者からの選挙権剥奪の制度を採用する国と採用しない国に分かれる。そして、選挙権剥奪の制度を採用する国でも、剥奪の期間について、有罪判決確定後、刑事施設に現に収容中の期間だけ剥奪し、仮釈放されれば選挙権は復活させるのか、仮釈放中も刑期満了まで剥奪を継続し続けるのか、刑期満了後も、一定期間経過後まで剥奪を継続させるのか、あるいは、終身で剥奪するのか(「終身剥奪」(lifetime disenfranchisement))といったように、多岐に渡る。また、剥奪の対象者についても、犯罪の種類にかかわらず、拘禁刑に処された場合には一律に剥奪の対象とするのか(「一律剥奪」(blanket ban))、拘禁刑に処された場合でも、刑期が一定の期間以上の者のみを対象とするのか、拘禁刑の有無に関係なく、特定の犯罪についてのみ剥奪の対象とするのかでも分かれる(部分的剥奪)。さらに、剥奪の方法についても、対象犯罪について有罪となると、別個の司法判断を介さず自動的に法定の期間剥奪するのか、あるいは、裁判所が有罪判決とは別に選挙権剥奪についてその有無や期間についての判断を行うのかという点でも分かれる。

現在の日本においても犯罪者からの選挙権剥奪の制度は存在している。ただ、その制度の内容は複雑かつ複合的である。まず、基本として、公職選挙法(以下、公選法)は、9条において選挙権を有する者の積極要件を規定しており、それによれば、年齢満18年以上の者は原則として選挙権を有することになる⁽²⁾。

-
- (1) 犯罪者からの公民権剥奪の歴史的展開については、MILENA TRIPKOVIC, PUNISHMENT AND CITIZENSHIP: A THEORY OF CRIMINAL DISENFRANCHISEMENT 16-31 (Oxford University Press 2018) を参照。
 - (2) 公職選挙法に関する注釈書として、黒瀬敏文・笠置隆範編『逐条解説公職選挙法改訂版』(ぎょうせい、2021年)。

これは、憲法15条3項における「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」との規定を直接反映した規定と言える。もつとも、公選法11条を中心に、9条の積極要件を具備する者であっても、一定の要件に該当する場合には選挙権を有しないとす⁽³⁾る欠格条項が設けられている。今日、欠格条項は、犯罪者に対してしか設けられておらず、それが日本における犯罪者からの選挙権剥奪の制度とい⁽⁴⁾うことになる。

犯罪者に対する欠格条項の種類としては、①受刑者に対するもの、②選挙犯に対するもの、③汚職の罪や政治資金規正法等の政治腐敗・金権政治の防止に⁽⁵⁾関する規定に違反した犯罪者に対するものに大きく分けることができる。

まず、①受刑者についての欠格要件は、公選法11条1項2号・3号が規定している（受刑者欠格条項）。この規定は、刑事犯罪者のなかでも拘禁刑以上の刑を受けた者、つまり受刑者のみを対象としており、受刑者は、刑の執行が終了するか、刑の時効や恩赦等により刑の効力がなくなる等するまでの間、選挙権を有しないとす⁽⁶⁾ている。刑の執行がなされていない執行猶予中の者は受刑者欠

-
- (3) 公選法は、11条において「有しない」という概念を用いる一方、252条の表題では「停止」という概念を用いている。そのため、公選法の「有しない」の意味については不保持、すなわち剥奪を意味するのか、それとも権利は持つが行使はできないという不行使であるのかで議論がある（辻村みよ子『選挙権と国民主権』（日本評論社、2015年）179-80頁参照）。本論稿では、比較憲法的考察も行うこととの関係もあり、英語の *disfranchisement* の語感に近い剥奪という用語を用いる。
- (4) 公選法11条をはじめ、欠格条項は、選挙権の剥奪と被選挙権の剥奪を同一の条文、同一の要件で規定している。ただ、選挙権に対する制限と被選挙権に対する制限とでは、憲法上の限界が異なり得るものであり、論ずべき内容も変わってくる（基本的には被選挙権のほうが選挙権よりも相対的に広範な制約が認められるだろう）。そのため、本論稿では、選挙権のみに焦点を当てて検討を加える。なお、選挙権と被選挙権の両方を表す概念としては公民権を用いる。
- (5) ②と③の犯罪類型に属する犯罪者でも、拘禁刑以上の実刑を受けて服役する受刑者は、②と③のみに適用される条項と同時に受刑者欠格条項も重疊的に適用されることになる。
- (6) 公職選挙法11条1項 次に掲げる者は、選挙権及び被選挙権を有しない。

格条項の対象とはならないが、仮釈放中の者は所定の刑期が満了になるまで剥奪が継続することになる⁽⁷⁾。無期の拘禁刑の場合、恩赦のない限り満期になることはないから、仮釈放の後も、選挙権剥奪は生涯に渡り継続することになる。受刑者欠格条項による選挙権剥奪は、条例違反も含めた全ての犯罪が対象となり、法定の要件を充たした場合には、例外なく、選挙権が剥奪される。

選挙犯に対する欠格条項としては、主に公選法11条1項5号・同条2項・252条が規定を置いている（選挙犯欠格条項⁽⁸⁾）。受刑者欠格条項と選挙犯欠格条項の構造は大きく異なる。公選法252条1項・2項で特定された選挙犯については、拘禁刑に処された場合だけでなく、罰金刑の場合にも、法定の期間、選挙権が剥奪される。また、選挙犯として拘禁刑が科された場合には、執行猶予中であっても選挙権の剥奪があり（公選法11条1項5号）、拘禁刑が終了しても、剥奪期間がさらに5年間延長される場合がある（公選法252条2項）。ただし、一部の場合を除き、公選法252条4項に基づき、裁判所は情状によって、剥奪期間

2 拘禁刑以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者

3 拘禁刑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。）

なお、令和4年刑法改正（刑法等の一部を改正する法律（令和4年法律第67号））によって、2025年6月1日から、従来の懲役刑と禁錮刑が拘禁刑に統合されることになり、それに対応して公職選挙法の文言も改正されている（刑法等の一部を改正する法律の施行に伴う関係法律の整理等に関する法律155条（令和4年法律第68号））。なお、欠格条項により選挙権が剥奪された者は、選挙人名簿から登録自体が抹消されるのではなく、選挙権が停止されたことを示す表示が選挙人名簿の備考欄等になされる（公選法27条参照）。当該表示は、選挙権回復後に消されることになる。この選挙事務には、地方検察庁からの犯歴等の通知を受けて各市町村が調整した犯罪人名簿が使用されている（犯歴事務については、富永康雄『五訂版 前科登録と犯歴事務』（日本加除出版、2016年）参照）。

(7) 黒瀬敏文・笠置隆範・前掲注2) 104頁（仮釈放中の者は、所定の刑期が終わってはいないことから、2号のいう「執行を終わるまでの者」に該当し、欠格者となると解説している）。

(8) 選挙犯に対する公民権停止の規定として、公選法252条類似の規定が、電磁的記録投票法17条、沖縄復帰特別措置法153条に置かれている。

を短縮し、あるいは剥奪をしないという宣告をすることができる。

政治腐敗に関する犯罪についての欠格条項は、1988年のリクルート事件以後、政治家による汚職が政治問題化するなかで加わっていった比較的新しい欠格条項である。まず、公選法11条1項4号が、刑法の汚職の罪によって有罪となった公職者についての欠格条項を定めている（汚職公職者欠格条項）。同号は、受刑者欠格条項の特則的側面があり、同号が適用される者は、他の犯罪者とは異なり、執行猶予期間中も選挙権が剥奪され、拘禁刑以上の場合には、刑が終了してから、さらに5年間、剥奪期間が延長される。また、公選法の外にも、政治資金規正法28条が、同法違反者に対して欠格条項を定めており、その内容は、公選法252条とほぼ類似のものとなっている。

日本国憲法制定以前は、終身での選挙権・被選挙権剥奪の制度があったが、現在の日本ではそのような制度は存在していない⁽⁹⁾。また、刑期満了後の継続的剥奪についても選挙犯等の一部の例外を除き原則として採用されていない。しかし、日本の法制度は、受刑者について、刑期の長さや犯罪の種類に関係なく、一律剥奪の制度を採用し、しかも仮釈放中であっても、回復が認められない等の点において比較法的に見ても相当厳しい。

長い間、民主制を採用する国の多くで、犯罪者と選挙権剥奪とを結びつけるという発想は疑念を持たれてはこなかった。しかし、20世紀後半以降、民主主義の拡大・発展と共に、そのような発想自体に疑問を投げかける見解が、政治哲学、憲法理論、刑事政策的観点から示され、各国において重要な司法判断が相次いでなされた。今日、成熟した民主主義国の多くにおいて、日本で採用されているような受刑者から一律に選挙権を剥奪する制度は廃止される傾向にある。

本論稿は、この流れのなかであって、改めて、日本において受刑者から一律に選挙権を剥奪している受刑者欠格条項の憲法適合性を問うものである⁽¹⁰⁾。そ

(9) ただし、死刑や無期の拘禁刑が科された場合には、事実上の終身の選挙権剥奪ということになる。

(10) 日本における受刑者選挙権問題に焦点を当てた最近の論稿として、新井誠「禁錮刑以上の受刑者の選挙権制限」選挙研究34巻1号81頁（2018年）、本庄武「資

の検討にあたって、本論稿は、とりわけ「民主主義の法理」(the doctrines of democracy) というものの存在を措定する⁽¹¹⁾。国民主権や普通選挙のような民主主義の基本原則は憲法が明文で規定しているが、その民主主義の具体的運用の在り方は公選法などの法律に委ねられている。ただ、抽象的な規定に留まる憲法と具体的な規定を定める法律の間には大きな隔絶がある。その隔絶を埋め、憲法が理想とする民主主義の理念が適切に法律へと反映するための媒介となるのが民主主義の法理である。民主主義の法理は、民主主義の具体的制度設計と運用に関する法原理、法命題、判断枠組み、司法判断の方法などから構成されるもので、他の憲法法理と同様に、その形成主体は主に裁判所となる⁽¹²⁾。民主主義の法理は静態的なものではなく動態的なものであり、常に発展し、成長する。各国において受刑者からの選挙権剥奪制度の廃止縮小が進んでいるが、そ

格制限としての受刑者の選挙権制限」赤池一将ほか編『刑事司法と社会的援助の交錯』(現代人文社、2022年)、稲葉実香「公職選挙法の欠格事項の憲法適合性」憲法研究11号119頁(2022年)、吉田京子「受刑者は選挙の公正を害するか：受刑者選挙権東京訴訟控訴審判決の報告と上告審へ向けた議論の起点」判時2591号5頁(2024年)、大石和彦「受刑者の選挙権制限を合憲とする思考とはどのようなものか」判時2591号12頁(2024年)など。

- (11) この「民主主義の法理」(the doctrines of democracy) という概念は、ニューヨーク大学等のアメリカのロースクールで開講されている選挙制度や政党制度を扱う憲法の応用科目である「民主主義の法」(the law of democracy) の講義名及び同コースのケースブックである THE LAW OF DEMOCRACY: LEGAL STRUCTURE OF THE POLITICAL PROCESS (Samuel Issacharoff et al eds., 6th ed. West Academic Press 2022) に着想を得ている。ただし、民主主義の法理は、民主的統治と関連する様々な分野において形成されているところ、本論稿が対象とするのは、選挙権剥奪に関するもののみとなる。
- (12) 「憲法法理」(constitutional doctrine) については、Charles Fried, *Constitutional Doctrine*, 107 HARV. L. REV. 1140, 1140 (1994) ; Akhil Reed Amar, *The Supreme Court, 1999 Term-Foreword: The Document and the Doctrine*, 114 HARV. L. REV. 26, 79 (2000) ; Mitchell N. Berman, *Constitutional Decision Rules*, 90 VA. L. REV. 1, 4 (2004) のほか、尾形健「憲法判断の過程と司法審査のあり方—アメリカ憲法学を手がかりに—」曾我部真裕・赤坂幸一編『憲法改正の理念と展開(下巻)』(2012年、信山社) 101頁も参照。

れも、この民主主義の法理の発展の結果という側面がある。

民主主義の制度設計と運営は単純なものではなく、常に対立する要請の調整という問題を抱えている。その問題の解決を担うのが民主主義の法理の役割である。民主主義の法理の在り方は各国で多様であり、日本の民主主義の法理も独自の発展を遂げてきた。本論稿は、諸外国で発達する民主主義の法理と日本で発達してきた民主主義の法理に基づき受刑者欠格条項の憲法適合性について答えを出すことを試みるものである。

本論稿は、以下、次のような手順によって議論を進めていく。まず、第1章において、受刑者選挙権の問題を考察するうえでの基本的視座を構築する。ここでは、まず伝統的な権利公務二元説と権利一元説の双方の問題点を指摘したうえで、受刑者選挙権のような選挙権に関する具体的問題に対しては、公務概念を排除しつつ、選挙権がもつ憲法的価値を探求し、国内外の判例による民主主義の法理の発展の取り込みを通じてアプローチすべきであると論じる。そして、選挙権が持つ六つの価値を提示したうえで、受刑者からの選挙権剥奪の正当化論も整理する。そこで浮き彫りになる選挙権付与の価値と選挙権剥奪の価値との対立の調整を担うのが、民主主義の法理ということになる。民主主義の法理については、その形成主体は誰か、立法府と裁判所間の関係が問題となるが、本論稿は、民主的政治過程の制度設計に立法府が携わることについての本来的な限界を指摘し、選挙権付与の価値と選挙権剥奪の価値の衡量を担う民主主義の法理の形成と適用は基本的には司法の役割であるという見解を示す。

次に、第2章において、犯罪者からの選挙権剥奪問題について、アメリカ、カナダ、南アフリカ、欧州人権裁判所、オーストラリア、韓国、ニュージーランドの重要判例を概観し、同問題に対する民主主義の法理の発展と内容を明らかにする。アメリカを除き、そこで検討する諸判例は、選挙権のもつ価値を再確認するとともに、受刑者からの一律の選挙権剥奪は違憲であるとの判断に至っている。そこでは、カナダの *Sauvé II* 判決で示された象徴的論証排除の法理と欧州人権裁判所の *Hirst* 判決で示された一律剥奪禁止の法理が、法域を超えた普遍的な民主主義の法理として影響力を獲得していることを示すことになる。

第3章では、日本における受刑者欠格条項の歴史の変遷を辿った後に、選挙権に関する重要判例である昭和30年判決、昭和51年判決、平成17年判決の判決内容について注釈的に確認し、現時点での日本における民主主義の法理の全体像を描き出す。日本においては、昭和51年判決が確認したように、「選挙人資格に対する制限の撤廃による選挙権の拡大を要求」という原理がまずは土台となり、さらに平成17年判決が示したように、選挙権制限の憲法適合性は、厳格な基準の適用によって判断されるべきという法理が形成されている。しかし、同時に、選挙犯罪や政治腐敗の防止を目的とした選挙権制限については、昭和30年判決のように利益衡量の基準によって判断がなされるという判例群があり、平成17年判決の留保もその判例群の存在を受けたものだという判例理解を示す。

第4章では、受刑者欠格条項の合憲性が争われた大阪訴訟、広島訴訟、東京訴訟の裁判例を時系列に沿って分析する。これらの裁判例では、一件を除き、合憲とする判断がなされている。しかし、裁判例を通じて、受刑者欠格条項の合憲性を支える論拠については、受刑者は遵法意識が欠如していることから公務である選挙に参加する適格性に欠けるとする公務不適格論にほぼ絞り込まれていることを示す。

最後に、第5章では、本論稿がこれまで示してきた諸外国と日本における民主主義の法理の発展を踏まえて、日本における受刑者欠格条項の憲法適合性について論じる。本論稿は、受刑者欠格条項の憲法判断においては、平成17年判決の厳格な基準が適用されるべきであることをまず確認する。しかし、厳格な基準以前に、公務不適格論は、象徴的論証の典型として目的として採用し得ず、一律剥奪の法制も、手段としての合理性に欠ける旨論じる。ただ、本論稿は、公務不適格論以外の理由に基づき、一部の受刑者についてのみ選挙権を剥奪することは憲法上も許容される余地があることを示す。

第1章 受刑者選挙権問題への基本的視座

第1節 選挙権論争からその先へ

日本国憲法制定後、憲法学説においては、選挙権の性質について、参政の権利としての側面と公務執行としての側面の二つの側面があるとする権利公務二元説と、純粹に主観的権利であるとする権利一元説の間で対立があった。⁽¹³⁾本論稿が主題とする受刑者の選挙権は、この両説の対立が最も先鋭化する論点の一つとして捉えられてきた。⁽¹⁴⁾通説である権利公務二元説は、受刑者や選挙犯罪者の資格制限については、公務という側面からくる最小限度の制約であるとして、公職選挙法の規定の合憲性を肯定していた。⁽¹⁵⁾他方で、有力説として台頭した権利一元説は、選挙人資格は権利行使に必要な意思決定能力のみが要件とされるべきであるとし、受刑者について選挙人資格を剥奪することについて疑問を呈していた。⁽¹⁶⁾

もっとも、権利公務二元説においても、受刑者からの選挙権剥奪は厳格な基準の適用を前提として肯定されていたものである一方で、権利一元説も、受刑者の選挙人資格剥奪について疑問は呈しつつも、違憲とまでの確定的な結論は出せていなかった。そのことから権利公務二元説と権利一元説の対立は必ずしも大きくはないという指摘があり、学説上の決着は事実上棚上げにされたことになった。⁽¹⁷⁾しかし、受刑者選挙権に関する訴訟においては、国や裁判例が選

(13) 権利公務二元説と権利一元説の今日の整理については、大岩慎太郎「選挙権解釈再考の可能性—日本における選挙権解釈論の展開—」青森法政論叢 14号 45頁（2013年）、長谷部恭男編『注釈日本国憲法（2）国民の権利及び義務（1）』（有斐閣、2017年）219頁〔長谷部恭男〕参照。

(14) 安西文雄・卷美矢紀・宍戸常寿『憲法学読本〔第4版〕』（有斐閣、2024）221頁。

(15) 清宮四郎『憲法I（第3版）』（有斐閣、1979年）139頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第8版）』（岩波書店、2023年）284頁。

(16) 辻村みよ子『「権利」としての選挙権』（勁草書房、1989年）189頁。

(17) 野中俊彦『選挙法の研究』（信山社、2001年）30-55頁、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I（第5版）』（有斐閣、2012年）538頁〔高見勝利〕。

選挙権の公務的性質を主要な根拠として、受刑者欠格条項の合憲性を肯定しており、改めて選挙権の性質を検討しておく必要がある。

まず、指摘しておくべきことは、選挙権をめぐる論証においてあえて「公務」概念を残しておくことには様々な問題があるということである。第一に、選挙権について今日最重要のリーディング・ケースとなっている平成17年判決は選挙権の「公務」的性格について一切触れておらず、選挙権の「公務」性は専ら講学上の概念に留まっている。第二に、平成17年判決が具体的に挙げたように選挙の公正という観点から選挙権に対する法制度上の制約は説明でき、また説明すべきであり、あえて「公務」概念を用いる実益に乏しい。第三に、政府の主張や下級審の判決に見られるように、選挙権の「公務」性という理解が、結局、制約に合理性があるか否かの検討を排除・曖昧化するための便法として学説以外の文脈で用いられている現状がある。第四に、今日、諸外国の重要判例において選挙権の公務性に言及しつつ論証を進める見解は管見の限り見当たらず、公務性概念を用いた選挙権理解は、日本の憲法的議論をガラパゴス化させる可能性がある。

権利公務二元説と権利一元説の対立が、論証上の違いに過ぎないとしても、論証中に実益よりも実害の大きい「公務」概念を残している権利公務二元説には問題が多い。権利公務二元説の側から、選挙人の資格制限については選挙権の公務的側面ではなく権利的側面において議論すべきとすることで、問題点を解消できるという反論もあり得ようが、政府や裁判所がそのような意味での公務概念を使用するようになるとは限らない⁽¹⁸⁾。公務概念が現にもたらしている弊害に鑑みた場合には、「公務」概念はもはや放棄すべきであり、また、そうして

(18) 「受刑者の選挙権を考える（上）—普通選挙100年からその先へ：[インタビュー] 高橋和之先生に聞く」法律時報97巻4号75頁、76頁（2025年）〔高橋和之の発言〕は、権利公務二元説においても、権利と公務が別々のものとしてある二分論的二元論と権利と公務が一体となっている一体論的二元論とがあるとし、二分論的二元論においては、権利制限の場面で、公務は入ってこず権利だけで考えるべきことになるが、一体論的二元論だと選挙権は通常の権利とは違うので緩やかな審査でいいということになってしまうと論じている。

も特段の問題はないと考える。⁽¹⁹⁾他方で、旧来の権利一元説にも課題があり、次のような観点から再構築をしていく必要がある。

第一に、選挙権はなぜ保障されるべきかをより実質的、機能的、実践的観点から考察する必要がある。権利一元説は、プープル主権論に訴えることで権利一元説の必然性と強みを強調してきた。⁽²⁰⁾しかし、主権理解をめぐっては憲法学説上の神学的論争があるなかで、プープル主権論に基づく権利一元説の正当化は、逆に、プープル主権論にコミットしなければ権利一元説は採用し得ないのではないかという誤解を与えてきた。また、国民主権は日本国憲法上の重要概念ではあるものの、それ自体は抽象的・理念的なものであり、選挙権の有資格者が拡大することで、個人や社会はどのような価値や利益を獲得するのかという具体的な問いに直ちに答えを与えるものではない。受刑者の選挙権のような具体的な問題を考えるには、主権論からさらに進んで、選挙権がもつ憲法的社会的価値を明らかにすることが肝要である。

第二に、選挙権に対する制限の憲法適合性を判断するにあたって、判例法、すなわち民主主義の法理の展開を吸収していく必要がある。最高裁は、昭和51年判決、平成17年判決、令和4年判決などの大法廷判決において選挙権の性質、判断枠組みに関する民主主義の法理を形成してきた。もちろん、憲法判例は憲法そのものではない。しかし、現実として、将来の憲法判断は判例法の枠組みに沿ってなされるうえ、選挙権のような民主主義の基盤となる核心的な権利について判例法理が安易に揺らぐのは、それ自体がむしろ立憲主義の維持を危うくする要因となる。憲法判例の外側において、憲法の条文それ自体がもつ意味を論じる意義は常に存在するものの、とりわけ、憲法訴訟実務の観点からは、既存の判例法を前提にその精緻化と発展の方法を模索することが必要となる。

(19) 野中・前掲注17) 41頁は、「選挙権の制約を正当化するマジック・ワードとして公務性が使われたという例は、少なくとも日本国憲法の下では、ほとんど見当たらない」とするが、受刑者選挙権に関する下級審裁判例を見た場合、そのような指摘は今日では妥当しないだろう。

(20) 辻村・前掲注3)、辻村・前掲注16)。

受刑者の選挙権制限について、権利一元説が、「疑問」は呈しているも、明確な結論まで出せていなかったのは、選挙権の具体的価値への探求や判例法の取り込みが不十分であったことに起因するところもある。本論稿では、選挙権の性質論としては、公務性を排したうえで、純粋に権利として捉えることが妥当であると解しつつも、選挙権の具体的価値を探求し、判例法を前提とした議論を組み立てることで、受刑者選挙の問題について解答を提示していきたい⁽²¹⁾。

第2節 選挙権はなぜ保障されるべきか

表現の自由については、自己統治理論、自己実現理論、思想の自由市場論など、なぜその自由が憲法によって保障されなければならないのかという問いに⁽²²⁾関して華々しい議論が存在してきた。他方で、選挙権については、それがもたらす具体的便益について、憲法学説上、ほとんど議論らしい議論がなされてはこなかった。おそらく、民主主義国家においては、選挙権が保障されることが余りにも自明であったこともその要因であるだろう。しかし、皮肉にもそのように自明であるが故に保障の意義について殆ど省みられず、かえって受刑者の選挙権剥奪のような運用が特段の議論のないまま放置されてきたというのが現実である。ここでは必ずしも選挙権の意義を全て論じ尽くせるものではないが、特に、選挙権の享有主体を拡大することがもたらす価値について⁽²³⁾列挙していきたい。

(21) 東京訴訟第一審判決の匿名解説「判批」判例時報2601号64頁、65頁は、権利一元説の立場を徹底すれば、選挙犯に対する選挙権停止も正当化が困難であるとする。しかし、個人的権利である表現の自由や信教の自由においても、一定の制約が憲法上認められることは一般に承認されている。選挙権を純粋に権利であると解したとしても、合理性が認められる限り、選挙犯からの選挙権剥奪も肯定できる余地がある。

(22) 代表的なものとして、エマスン（小林直樹・横田耕一訳）『表現の自由』（東京大学出版会、1972年）、奥平康弘『（新装版）なぜ「表現の自由」か』（東京大学出版会、2017年）。

(23) 選挙権の価値に関する本論稿の議論は、選挙権行使の意義を、①正統性、②

第一に、選挙権には、統治に正統性をもたせるという意義がある。社会契約論の登場以降、被治者の同意は、統治の正統性の究極の源泉として位置付けられ、民主的統治は、治者と被治者の同一性を求めてきた。とりわけ、治者と被治者の同一性については、マイケルジョンの「治者と被治者は、二つの異なるグループではない。自己統治される人民。そのような一つのグループのみが存在する。治者と被治者は同じ個人である。我ら、人民は、我ら自身の主人であり、我ら自身の臣下である」という言説に端的に表現されている⁽²⁴⁾。選挙権は、理念としての被治者の同意や治者と被治者の同一性を、現実の世界において実現する最も直接的な手段である。もちろん、全ての被治者に選挙権を付与することは、必ずしも民主主義の定義において必須の要素ではないという見解もあるかもしれない。実際、選挙人資格に納税要件を課し、女性に選挙権を認めてこなかった近代西欧諸国の政治体制も民主制と呼ばれることはある。しかし、選挙人資格において納税要件があるよりもないほうが、男性だけでなく女性にも選挙権があるほうが、民主主義の理念のもとでは、その統治はより強い正統性を獲得する。逆に、選挙人資格があるグループとないグループが存在する社会は、定義上、民主主義に該当し得る場合でも、統治の正統性は、それだけ傷つけられ、後退していることになる。

第二に、選挙権には表現行為としての側面がある。投票それ自体に自己表現という側面を見い出すことができるが、選挙の結果は現在市民が統治に何を望

自己表現、③情報提供、④平等の観点から論じた、Chad W. Flanders, *What Is the Value of Participation?*, 66 OKLA. L. REV. 53 (2013) に着想を得て、後述の August 判決や *Sauvé II* 判決等を踏まえたうえで、さらに追加、再構築したものである。

- (24) JOHN LOCKE, *TWO TREATISES OF GOVERNMENT* (1690) (邦訳として、ジョン・ロック(加藤節訳)『完訳統治二論』(岩波書店、2010年)、JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *DU CONTRAT SOCIAL* (1762) (邦訳として、ジャン=ジャック・ルソー(作田啓一訳)『社会契約論』(白水社、2010年))。
- (25) ALEXANDER MEIKLEJOHN, *FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT* 6 (The Lawbook Exchange 2004).

み、何を不満に感じているかを示す最も重要な情報発信手段である。もちろん、一人の票は、何百万、何千万の票の一つに過ぎない。一票差で選挙の勝敗が決まることは稀であろう。しかし、選挙人資格の制限は、多くの場合、受刑者のような特定の定義に従い、基本的にある範疇に属するグループを対象に行われる。すなわち、選挙権の剥奪は、一人の個人からの選挙権剥奪というよりも、むしろ、社会における特定のグループからの選挙権剥奪となるのが一般的である。そのように特定のグループからの選挙権剥奪がなされるとき、それは勝敗を左右する要因になり得るだけでなく、特定グループの選挙を通じた政治的意向表明という手段を封殺する側面を有している。

第三に、選挙権は、統治者に世論に反応しようとするインセンティブをもたせる。ルソーは、代議制において人民が自由であるのは選挙のときだけであり、選挙が終わると人民は再び奴隷に戻ると論じた⁽²⁶⁾。しかし、政治家は、選挙以外の場面であっても、世論に敏感に反応する。世論調査の不人気は次回の選挙において議席を失う可能性を示唆する。日本において世論調査の結果、次の選挙を待つまでもなく内閣が退陣するのはよく見られる光景である。ただ、それは、あくまでも世論調査が、有権者の意向を反映しているからである。政治家が、選挙権をもたない者の声に耳を傾けることはあるだろうか。選挙権を奪われた者は、選挙権の行使の機会だけでなく、政治家への声までも奪われることになる。まさに、ルソーのいう奴隷状態が間髪入れずに継続することになる。

第四に、選挙権は、国民の権利や利益を保護するための防波堤になり得る。政治家が国民の権利や自由を守ろうとするのは、憲法に権利や自由が書いてあるからだけではなく、権利や自由を侵害された国民の怒りを買ひ、その国民の票が対立候補に流れ、次の選挙で敗北することを恐れるからである。絶滅収容所からのイスラエル国家建設の経験を目撃したハンナ・アーレントが、「国民としての権利 (national rights) の喪失は、人権の喪失であり、人権の回復は、イスラエル国家が証明したように、国民としての権利の復活によってのみ達成

(26) Rousseau, *supra* note 24, at Livre III, Ch. XV.

できる。人間という存在に基づく人権 (human rights) の概念は、人間が、人間であること以外に主張できるあらゆる資格を失った瞬間にまさに崩壊した」として鋭く指摘するように、政治的権利なき人権の概念はむしろ現実には無意味に等しい⁽²⁷⁾。もちろん、選挙権は、憲法上の権利には必ずしも昇華されない様々な利益に対しても防波堤となり得る。飢餓は、自然災害ではなく、政治体制の帰結であり、民主主義国においては貧しくとも飢餓を防げたとするアマルティア・センの指摘は、国民の基本的利益を守るための選挙権という意義を端的に現したものである⁽²⁸⁾。

第五に、選挙権は、各個人の政治的、市民的、社会的成長にとって重要である。いわば選挙権は教育的効果をもつと言える⁽²⁹⁾。有権者は、選挙の際に、誰に投票すべきか、選挙において何が論点になっているのかを考え、学習し、調査する。選挙権がなくてもそのような学習や調査はできるという意見もあるかもしれない。しかし、実際の投票とその結果という実践から学べることも大きく、そもそも、投票を契機として学習しようとする動機が与えられることそれ自体が国民にとっては利益となる。また、選挙を通じて、国民は、国家や社会との繋がりを再確認し、自らが属する共同体のために何ができるか、自分はどう生きるべきかを考える切っ掛けともなる。

第六に、選挙権は、それを付与することによって人間の尊厳を保障するという意義を持つ。人間は、それ自体が目的として扱われるべきであり、「モノ」として扱うべきではない⁽³⁰⁾というのは、人間の尊厳の基本的要請である。選挙権

(27) HANNAH ARENDT, *THE ORIGINS OF TOTALITARIANISM* 392 (PENGUIN BOOKS 2004) (邦訳として、ハンナ・アーレント (大島通義・大島かおり訳) 『(新版) 全体主義の起源2 (帝国主義)』 (みすず書房、2017年) 322頁)。

(28) Amartya Sen, *Democracy as a Universal Value*, 10 J. DEMOCRACY 3, 10-11 (1999).

(29) JOHN STUART MILL, *THOUGHTS ON PARLIAMENTARY REFORM* 22 (1859) (「政治的権利、とりわけ選挙権の保有と行使は、人々の精神における道徳的かつ知的訓練の主要な手段の一つである」)。

(30) IMMANUEL KANT, *GRUNDLEGUNG ZUR METAPHYSIK DER SITTEN* 428-40

は、既に見たように、各個人に社会において一人の人間として生きていくうえで不可欠な様々な利益をもたらす。選挙権は、人間であれば当然必要となるはずの権利であるとも言える。そのような選挙権を、同じ共同体に属するにもかかわらず、特定の者に対してのみ拒否することは、その者を単に社会の構成員として認めないというだけでなく、その者を人間としては扱っていない、すなわち、「モノ」として扱っていることに等しい。選挙人資格の拒否がもたらす人間の尊厳との根本的矛盾は、誰も選挙権をもたないような独裁国家よりも、大多数が選挙権を有する民主的国家のほうがより顕著であるかもしれない。独裁国家においては人間であるか否かにかかわらず選挙権が与えられないが、民主的国家においては同じ人間であるにもかかわらず選挙権を与えられない者がいることになるからである。

このように選挙権は、①民主的正統性の基盤、②表現行為、③政治家への影響力の拡大、④権利保護のための防波堤、⑤教育的効果、⑥人間の尊厳という様々な価値をもつ。もちろん、選挙権が果たし得る便益は、これだけに尽きるものではない。ただ、ここで重要であるのは、このような選挙権の便益は、いずれも、選挙権を行使する個人の自己利益だけでなく、広く社会全体に及び得るということである。統治が高い正統性を獲得すること、国民がもつ様々な意見が明らかになること、それに政治家が敏感になること、国民が広く自らの権利を保護するための防波堤を持つこと、国民が公共的意識をもった市民となること、社会において人間の尊厳が確保されることは、いずれも、社会全体の利益である。

第3節 受刑者欠格条項の正当化根拠

犯罪者から選挙権を奪うことにはどのような社会的、公共的意義があるのだら

(Akademie-Ausgabe vol. 4, 1785) (邦訳として、カント (大橋容一郎訳『道徳形而上学の基礎づけ』(岩波書店、2024年) 94-120頁)。ドイツ連邦憲法裁判所は、カントの定言命法が示す「客体公式」を人間の尊厳の基本的原理として捉えている (see, BVerfGE 115, 118 (Feb. 15, 2006)).

うか。受刑者欠格条項についてもその論拠を確認しておく必要がある。政治哲学上は、社会契約論の立場から犯罪者は共同体の法を守るという社会契約に違反したが故に政治参加から排除されて当然であるという考え方、あるいは、共和主義理論の立場から政治参加には市民的美徳 (civic virtue) を有することが不可欠であるところ、犯罪者はそれを欠くとする考え方がある⁽³¹⁾。ただ、諸外国や日本における法制度上の議論としては、次のような考え方が論拠として浮上している⁽³²⁾。

まず、受刑者が刑事施設という特殊環境で拘禁されていることそれ自体に論拠を求めるものがある。この論拠は、さらに、刑事施設内での選挙実施が事務的財政的技術的観点から困難であるという考え方（以下、事務的支障論）と、受刑者は選挙権行使に必要な候補者や政治状況に関する情報を十分に収集することができないという考え方（以下、情報取得困難論）に分けることができる。事務的支障論は、刑事施設内に特別の投票所を設置したり、受刑者に郵便投票等の措置を認めたりすることが可能になれば克服できる問題であるが、情報取得困難論は、技術的に投票所を設置出来ても、実際の投票者が投票に必要な情報を得ることができなければ、その者に投票を認めるべきではないと論じる。

次に、受刑者の精神能力上の欠陥を論拠とするものがある。ここでいう精神能力とは成年被後見人において問題となる意思能力ではなく、遵法意識のよう

-
- (31) 政治哲学上の論拠も含めた整理については、CLAUDIO LÓPEZ-GUERRA, *DEMOCRACY AND DISENFRANCHISEMENT: THE MORALITY OF ELECTORAL EXCLUSIONS* 109-132 (Oxford University Press 2014) ; Chad Flanders, *Disenfranchisement Due to Crime in COMPARATIVE ELECTION LAW* 290 (James A. Gardner ed., Edward Elgar Publishing 2022) も参照。なお、市民的美徳の立場から犯罪者からの選挙権剥奪の正当性を肯定する見解として、Christopher P. Manfredi, *In Defense of Prisoner Disenfranchisement*, in *CRIMINAL DISENFRANCHISEMENT IN AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE* 259 (Alec C. Ewald & Brandon Rottinghaus eds., Cambridge University Press 2009)。
- (32) 受刑者欠格条項の論拠の整理については、諸外国の判例で実際に検討されたものに加え、武内謙治・本庄武『刑事政策学』（日本評論社、2019年）71-77頁、本庄武・前掲注10）を参照した。

な一種の道德能力である。この論拠は、遵法意識の欠如した受刑者が選挙で再び不正を行うことを防止するために選挙から遠ざけておくという一種の保安処分的発想に基づく考え方（以下、保安処分論）と、選挙権行使を一種の公務の執行と捉えたうえで、公務執行には高い遵法精神が必要であるところ、受刑者にはそれが欠けるので選挙権行使という公務に就くことはできないとする考え方（以下、公務不適格論）に分けることができる。保安処分論は、選挙不正の防止という具体的な害悪の発生回避が目的となるが、公務不適格論は、直接の害悪というよりも、むしろ、投票者個人の資質を問題とする。公務員や公共性の高い職業においては、当該職業の廉潔性・信頼性の確保から一定の資格制限が設けられている場合があるが、公務不適格論はそのアナロジーとして立論⁽³³⁾されているとも言える。

最後に、選挙権剥奪を通じた刑事政策的利益を論拠とするものがある。この論拠は、刑事罰の機能を補強あるいは追加するものであるといえる。この論拠は、選挙権剥奪が、刑事罰が本来的に持ついかなる機能の強化を意図するかによって、さらに三つの論拠へと分けることができる。第一は、刑事罰が持つ威嚇力の補強を選挙権剥奪に期待するものである。これは、選挙権剥奪という不利益をさらに科すことによって犯罪への威嚇力が高まり、さらなる犯罪抑止効果を得ることができるという論理を前提とするもので、消極的一般予防的な考え方と言える（威嚇力論）。第二は、刑事罰が持つ啓蒙的機能の強化を選挙権剥奪に期待するものである。これは市民的義務の不遵守を理由に受刑者から選挙権を剥奪することで、市民に市民的義務や遵法意識を確証させ、向上・強化させることができるという積極的一般予防的な考え方と言える（市民的責任強化⁽³⁴⁾論）。第三は、刑事罰が持つ感銘力の補強を選挙権剥奪に期待するものである。

(33) 犯罪者の資格制限については、米山哲夫「資格制限の目的と機能」駿河台法学5巻2号21頁（1992年）も参照。

(34) ジョン・スチュアート・ミルは、選挙権のもつ教育的効果を強調していたが、同時に選挙権剥奪の教育的効果も強調していた。ミルは、犯罪歴のある者の「投票がもつ直接的な影響に限定して言えば、彼らを排除する価値は殆どないだろ

受刑者から選挙権を剥奪することを契機に、受刑者に犯罪を行ったことを反省させ、受刑者に当該犯罪の再犯可能性を低下させることができるという積極的特別予防的な考え方である（感銘力論）。

剥奪によって得られる刑事政策的利益を論拠とするこれらの考え方は、犯罪を防止するという点において保安処分論と共通する点を有している。しかし、保安処分論が防ごうとする犯罪は、選挙権の行使である投票に関連する選挙不正に限定されるのに対し、威嚇力論・市民的責任強化論・感銘力論のような刑事政策的論拠は、一般予防・特別予防により、剥奪される受刑者が行ったそれぞれの犯罪の抑止を目的としている。

例えば、強盗の罪で拘禁されている受刑者から選挙権を剥奪することは、保安処分論によれば、当該受刑者が選挙において不正を行うことを防止することが目的となるが、感銘力論の場合には、当該受刑者が、反省し、再び強盗を行うことを自ら止めることを目的としている。

なお、選挙権剥奪は制裁あるいは本刑の付随的効果として正当化できるという考え方もある。ただ、その場合でも、通常の刑事罰だけでは足りず、なぜ選挙権剥奪も制裁に加えなければならないのかという問いに答える必要があり、結局、威嚇力論・市民的責任強化論・感銘力論のような刑事政策的利益に着目した論拠のいずれかに帰着するものと考えられる。

第4節 少数派の選挙権と司法の役割

選挙権付与は重要な価値を実現するものであるが、受刑者欠格条項の存在は、選挙権剥奪にも一定の価値や利益があり得ることを前提としている。しかし、憲法はそのような選挙権剥奪の価値を認めているのか、あるいは、選挙権付与の価値に見合うだけの価値が選挙権剥奪にはあるのか。その問題について

う。しかし、選挙権の行使に道徳的性格を持たせるという大きな目的を達成する手段として、社会的な義務に対する意識が高度に鈍麻した犯罪の場合には、選挙権などの市民的権利を刑罰の一部として剥奪することは得策である」と論じている（MILL, *supra* note 29, at 25）。

まず確認しておくべきことは、当該問題は、立法府においてその裁量のもとで解決すべき問題であるのか、それとも、むしろ、裁判所が介入的である必要のある問題であるのかということである。その解答は、当該問題に適用すべき民主主義の法理の内容にもかかわる。

この問題を考えるにあたって比較憲法の観点からも最も重要な古典的テキストとなるのが、1938年のアメリカ連邦最高裁における *Carolene Products* 判決脚注4である⁽³⁵⁾。三つの節から構成された脚注4は、立法府の判断に合憲性の推定を及ぼさず、裁判所が厳格な審査を行うべき領域として、第二節において、選挙権の制限、情報伝搬の制限、政治的組織への介入、集会の禁止のように民主的政治過程それ自体への制約となり得るものを挙げ、第三節において、宗教的少数派や人種の少数派に対するもののように、偏見から通常民主的政治過程では保護が期待できない「分離し孤立した少数派」(discrete and insular minorities)に対する制約を挙げた。この脚注4を起点として、プロセス理論という一つの憲法理論を打ち立てたジョン・ハート・イリイは、脚注4の第二節は、民主的統治のメカニズムにおいて、政治的参加と政治的コミュニケーションの経路が開放され続けるようにすることが裁判所の適切な機能であることを述べたものであり、第三節は、裁判所は、特定の少数派に対して向けられた立法のように、多数派が少数派に対して行うことにも注意すべきであることを述べたものである⁽³⁶⁾とした。

Carolene Products 判決脚注4 = イリイのプロセス理論は、裁判所に、民主的政治過程の結果に対し敬讓を求める一方で、民主的政治過程が十分に機能しない領域の存在を認め、その領域においては裁判所が積極的な役割を果たすべきであると断言するものである。この発想は、アメリカ合衆国憲法の解釈と判例法理

(35) *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

(36) JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 76 (1980). 同書の邦訳として、ジョン・ハート・イリイ (佐藤幸治・松井茂記訳) 『民主主義と司法審査』(成文堂、1990年)。プロセス理論については、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001年) 131-220頁も参照。

を起点とはしているものの、民主的立法機関と司法機関との役割分担を示す指標として今日国境を超えた示唆を持つものとして再注目されている⁽³⁷⁾。

このようなプロセス理論に依拠した場合、民主的政治過程を統制する民主主義の法理を裁判所が主導して形成し、維持することは、その論理的帰結として当然求められるものである。民主的政治過程の法制度は、その民主的政治過程において誰が勝つか、誰が負けるかを直接左右させるものである。立法府において一旦多数派に就いた議員達は、憲法の理念や公共の利益からではなく、自らの有利なように選挙制度を構築する動機を持つのが自然である。そのため、民主的政治過程の法制度それ自体の制定は民主的政治過程が十分に機能し得ない典型的な領域であると言える。具体的な民主的政治過程の法制度は立法府が担わなければならないとしても、その内容を統制し、枠組みを与えるものとしての民主主義の法理が裁判所によって構築される必要がある。

さらに、民主的政治過程の法制度のなかでも、少数派の選挙権は、*Carolene Products* 判決脚注4の第二節と第三節の二つの観点から特に裁判所による権利保護が要請される分野であると言える。誰が選挙権を持つかは選挙の結果を左右し得る民主的政治過程の基盤そのものであるが、民主的立法過程は、そのままでは、選挙人資格の定めにおいても、特定時点の多数派の意見が大きく反映される仕組みとなっている。その多数派は、当然、自らの地位や影響力が一時的ではなく恒常的に維持されることへの強い動機を持ち、多数派とは利害や見解が異なる勢力はできるだけ排除しようと試みる。実際、男性によって構成された議会は女性の選挙権を認めず、富裕層で構成された議会は普通選挙の導入を認めず、白人で構成されたアパルトヘイト下の議会は非白人に選挙権を認めなかった。最終的に選挙権の拡大が実現したとしても、それには膨大な時間と文字通りの意味で人々の命と労力が必要であった。適切な価値の衡量の名の下

(37) See, Stephen Gardbaum, *Comperative Political Process Theory*, 18 INT'L J. CONST. L. 1410 (2020) ; Manuel José Cepeda Espinosa & David Landau, *A Broad Read of Ely: Political Process Theory for Fragile Democracies*, 19 INT'L J. CONST. L. 548 (2021).

になされた選挙権に対する制限は結局既存勢力の維持や利益の拡張のための政策であった。ジョン・ハート・イリィが述べた「我々は誰が外側に置かれ続ける人であるかを決めるにあたって、内側の人を信用することはできない」(We cannot trust the ins to decide who stays out) という命題の妥当性は歴史自身が証明している⁽³⁸⁾。

受刑者欠格条項は、そのような少数派の選挙権がまさに問題となる領域である。受刑者は現に選挙権をそもそも持たず民主的政治過程における影響力は無に等しいうえに、社会から強い偏見と敵意が向けられている。受刑者は、自らの行為の結果として受刑者になったという見解もあるかもしれない。もちろん、受刑者のなかには、選挙権の剥奪も含めたりスクを勧案のうえで、自らの利得のために他人に危害を加えた者も当然いるだろう。しかし、貧困、失業、家庭環境、知的障害、社会的差別のような構造的背景が犯罪とは深く結びついており、全てを個人の選択へと還元することはできない⁽³⁹⁾。さらに、受刑者であっても、人間の尊厳は保護されるべきであり、刑期満了後において社会復帰を果たそうとすることも正当な利益である。ただ、その尊厳や利益はまさに社会的偏見のなかで常に危機に晒されているのである。そして、多くの政治家において、国民を説得してまで、受刑者の権利や利益と公共の利益とを適切に衡量したうえで制度設計を行う強い動機があるとも考えられない。

受刑者欠格条項は冷静で合理的な利益衡量ではなく、民主的政治過程の本来的機能不全によって残置された制度である可能性が高い。現実には、これから見ていくように、多くの国では司法判断を経て初めて、受刑者の選挙権制限が撤廃され、縮小されることになった。

(38) ELY, *supra* note 36, at 120.

(39) 犯罪者の母体が人種的マイノリティや貧困層となっていることを背景として、犯罪者もプロセス理論のもとでの少数派として扱うべきであるという見解として、Michael J. Klarman, *The Puzzling Resistance to Political Process Theory*, 77 VA. L. REV. 747, 766 (1991).

第2章 受刑者選挙権の比較憲法的考察

この章では、受刑者からの選挙権剥奪について、アメリカ、カナダ、南アフリカ、欧州人権裁判所、オーストラリア、韓国、ニュージーランドの各裁判所が、どのような司法判断を行ってきたのかを概観する。⁽⁴⁰⁾大きく分ければ、アメリカは、憲法の条文解釈に基づき犯罪者からの選挙権剥奪の合憲性の判断それ自体から司法は撤退している。逆に、カナダと南アフリカは、受刑者からの選挙権剥奪の憲法適合性を完全に否定した。欧州人権裁判所、オーストラリア、韓国、ニュージーランドは、両者の中間とも整理できるもので、一律の剥奪は憲法（条約）違反とするが、一定の範囲に限定した剥奪は憲法（条約）に違反しないとしている。

受刑者の選挙権剥奪というテーマは数多くある憲法の個別論点の一つに過ぎないが、このテーマに関する司法判断は、各裁判所あるいは各裁判官の民主主義や政治と司法の関係に関する哲学が如実に現れる内容となっている。

第1節 アメリカ

アメリカでは、連邦の選挙も含め、選挙の方法や選挙人資格を定める権能は基本的に州に帰属する。⁽⁴¹⁾ただ、植民地時代より、一定の道徳的資質を有しない

-
- (40) 受刑者（犯罪者）の選挙権に関する多数国間比較法的研究について、邦語文献としては、倉田玲「禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権」立命館法学2005年2・3号182頁（2005年）があり、英語文献としては、CRIMINAL DISENFRANCHISEMENT IN AN INTERNATIONAL PERSPECTIVE (Alec C. Ewald & Brandon Rottinghaus eds., Cambridge University Press 2009) ; Michael Plaxton & Heather Lardy, *Prisoner Disenfranchisement: Four Judicial Approaches*, 28 BERKELEY J. INT'L L 101 (2010) ; John Finnis, *Prisoners' Voting and Judges' Powers* in CONSTITUTIONAL DIALOGUE: RIGHTS, DEMOCRACY, INSTITUTIONS 337 (Geoffrey Sigalet, Grégoire Webber, & Rosalind Dixon ed., Cambridge University Press 2019) などがある。
- (41) アメリカにおける受刑者選挙権に関する邦語研究としては、倉田玲「受刑者等の選挙権と合衆国の連邦制度（上）」立命館法学2007年4号24頁（2007年）がある。

者を市民活動から排除する伝統があり、多くの州で、重罪 (felony) とされた者の選挙権を剥奪する制度が採用されてきた。⁽⁴²⁾ アメリカの場合、選挙権の剥奪は、服役中に限定されず、生涯にわたって継続する終身剥奪の制度が多くの州で採用されている点に特徴があり、世界で最も厳しい法制度となっている。

合衆国憲法には、日本国憲法の15条1項や3項のように、明文により、選挙権を個人が享有する憲法上の実体的権利として正面から定めた規定はない。ただ、連邦最高裁は、1960年代のウォーレン・コートの諸判例において、選挙人資格を定めるのは各州の権能に属することは確認しつつも、選挙権が「全ての権利の防壁」(preservative of all rights) となる重要な基本的政治的権利であることに鑑み、特定の者について、州が選挙人資格を剥奪する場合には、法の下の平等を定めた合衆国憲法第14修正第1節のいわゆる平等保護条項に基づき、⁽⁴³⁾ 司法による憲法審査の対象になること、そして、その審査は、厳格な審査によって行われ、裁判所は、選挙からの排除が「止むにやまれぬ政府利益を促進するために必要な排除」であるかを審査するという枠組みが確立していった。⁽⁴⁴⁾

このような厳格な判断枠組みは、刑事施設での選挙権事案にも適用され、連邦最高裁は、1974年のO'Brien v. Skinner判決において、郵便投票を、投票日に居住地外にいる者には認めつつ、収監されている未決勾留者と軽罪 (misdemeanor) によって有罪判決を受けた者にはそれを認めないニューヨーク

(42) Jean Schroedel, Melissa Rogers, Jason Dietrich & Bianca Garcia, *Revisiting the Origins of Felony Disenfranchisement in the United States*, 38 *STUD. AM. POL. DEV.* 103 (2024).

(43) U.S. Const. amend. XIV, § 1. 合衆国憲法は、人種・肌の色・元奴隷の地位 (第15修正)、性別 (第19修正)、納税 (第24修正)、年齢 (第26修正) を理由とした選挙権剥奪・制限については、明文で禁止しており、それらの理由に基づかない選挙権剥奪・制限が、第14修正の問題となる。アメリカにおける選挙権の制度的発展については、OWEN FISS, *WHY WE VOTE* (Oxford University Press 2024) も参照。

(44) *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533 (1964); *Kramer v. Union Free School District*, 395 U.S. 621 (1969). *See, Dunn v. Blumstein*, 405 U.S. 330 (1972).

州法は違憲であるとした。⁽⁴⁵⁾しかし、同じ年、重罪犯の選挙権の終身剥奪を定めたカリフォルニア州の憲法と州法の合憲性が争われたRichardson v. Ramirez判決では、従来の判例の射程を狭め、選挙権剥奪の合憲性を肯定した。⁽⁴⁶⁾その法廷意見を書いたのは、後に長官となるレンキスト (William Rehnquist) 裁判官であった。

共和党のニクソン大統領に任命されたレンキスト裁判官は保守派裁判官の代表的存在であった。レンキスト裁判官自身が1976年に発表した「生ける憲法
の概念」と題された論文は、彼の司法哲学を端的に現したものとしてよく知られている。⁽⁴⁷⁾同論文のなかで、レンキスト裁判官は、裁判所に対し現代的な道德観や認識の変化を反映した憲法解釈を行うことを求める「生ける憲法」(living constitution) の概念は、実質的には民主的な過程を経ずに個人の道德観を他人に押し付けるものであり、非民主的・反多数決主義的なものであると強く非難した。⁽⁴⁸⁾レンキスト裁判官は、民主主義社会において道德的に正しいか否かは、憲法や法律にその道德が書き込まれるか否かによって決まるのであり、憲法に

(45) *O'Brien v. Skinner*, 414 U.S. 524 (1974). ニューヨーク州では、軽罪は、受刑者であるか否かにかかわらず、選挙権剥奪の対象とはなっていなかった。なお、州によって異なるが、一般的に、殺人、強盗、強姦などが重罪となり、窃盗、暴行、住居侵入などが軽罪となる。軽罪でも拘禁刑となる場合があるが、選挙権以外の軽罪で選挙権を剥奪する州は稀である (See, U.S. Dep't of Just., Civ. Rts. Div., *Guide to the State Voting Rules That Apply After a Criminal Conviction* 2 (2022), <https://www.justice.gov/crt/media/1332106/dl?inline>, 2025年4月1日最終閲覧)。

(46) *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974).

(47) William H. Rehnquist, *Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693 (1976).

(48) レンキスト裁判官は、仮に個人が道德的問題・良心的問題を感じた場合であっても、仲間を募って立法府を説得し、立法府を説得できなければ憲法改正を目指すというのが民主主義の本来の道筋であり、民主的に選ばれたわけでもない裁判官を説得し、社会問題に対処しようとするのは、むしろ民主主義社会の基本的価値を腐蝕させると論じている (*Id.* at 705-706)。

書き込まれない以上、その道徳は個人の価値観に留まるとした。⁽⁴⁹⁾そのため、裁判所が適用することのできる価値観があるとしても、それはあくまで憲法の言葉 (language) や起草者の意図 (intent) から導き出される価値観に限定されるべきであることを強調している。⁽⁵⁰⁾

実際、Richardson 判決において、レンキスト裁判官が司法判断の拠り所にしたのは、憲法理論や政治哲学ではなく、南北戦争後の連邦議会下院の議席配分の在り方を規定した第 14 修正第 2 節にある短い文言であった。第 14 修正は、元々は南北戦争後の 1868 年に解放奴隷の権利を憲法上保護するために制定されたものであったが、その第 2 節制定の背後にあった歴史的事情は若干複雑である。合衆国憲法上、下院議員の議席は、州の人口に基づき割り振られるのが原則であったため、解放奴隷の人口が割り振りの際の母数に完全に算入されると (従前は 5 分の 3 に限定されていた)、南部の議席が自動的に増加することになる。しかし、南部は州法により意図的に解放奴隷の選挙人資格を制限する可能性があった。つまり、南部の議席は増加するが、それに対応した選挙人の増加はないことになる。そこで、南部による解放奴隷の選挙権剥奪を牽制するために、第 2 節は、州が選挙人資格を制限した場合には、その数だけ基礎人口を縮減するという制裁的規定を置いたのである。ただ、同節には、留保が付されており、「叛乱への関与その他の犯罪」(participation in rebellion, or other crime) を理由として選挙権を否定・制限した場合には第 2 節の適用の例外としていた。⁽⁵¹⁾すなわち叛乱への関与者等の選挙権を制限しても、その数は基礎人口からの削減という州への「制裁」の対象とはならない。

レンキスト裁判官は、この第 2 節が採択された当時、29 の州が重罪犯から選挙権を剥奪する規定を持っていたこと、南部州の連邦再加盟の手續を規定

(49) *Id.* at 704.

(50) *Id.* at 695, 704.

(51) U.S. Const. amend. XIV, § 2. 第 14 修正第 2 節の邦訳部分については、初宿正典・辻村みよ子『新解説世界憲法集 (第 5 版)』(三省堂、2020 年) 79 頁〔野坂泰司〕に基づく。

した1867年の再建法も重罪犯の選挙権を剥奪することを認めていたことなどを指摘し、第2節の但書きは、重罪の前科を持つ者の選挙権剥奪については、議員数削減という制裁の対象とはしないことを示したいわば「肯定的制裁」(affirmative sanction)の規定であると解釈した⁽⁵²⁾。そのうえで、重罪犯者の選挙権剥奪という州の行為は、議員数削減というより小さな制裁の対象にすらなっていないのに、第1節、すなわち平等保護条項によって全面的な禁止の対象になるということは考えられないとして、州による重罪の前科者の選挙権剥奪の合憲性をカテゴリカルに肯定した⁽⁵³⁾。レンキスト裁判官は結論部分において次のように述べている。

「この訴訟当事者が私達に押し付けてくるのは、重犯者を選挙から排除するのは時代遅れの考え方であり、刑期を終えた重犯者が完全に社会に復帰することが犯罪者の更生には不可欠であるというのが現代的な見方であるという主張である。我々は、このような主張が議会において主張され、議会がその主張と現在のカリフォルニア州憲法を支持する主張とを衡量することまで否定するつもりはない。しかし、そのどちらか一方を選択するのは我々の仕事ではない。もし当事者の主張が正しく、より賢明であるのであれば、カリフォルニア州民は最終的にその主張に賛同するであろう⁽⁵⁴⁾」。

レンキスト裁判官の法廷意見は、合衆国憲法の特異な規定に関する憲法解釈論に基づきなされたものであり、憲法理論や政治哲学理論に関する言及はない。

(52) *Richardson, supra note 46, at 54.*

(53) *Id. at 55.*

(54) *Id.* ただし、1901年に制定され、罪状の軽重というよりもむしろ黒人が相対的に処罰されることの多い犯罪類型を取り出して、有罪者からの選挙権剥奪を規定したアラバマ州憲法の規定の憲法適合性が問題となった *Hunter v. Underwood*, 471 U.S. 222 (1985) では、レンキスト裁判官は、第14修正第2節は、意図的な人種差別を許容するようには設計されていないとして、アラバマ州憲法による選挙権剥奪の規定の第14修正第1節違反を認定した法廷意見を執筆している。

選挙権とその他の利益の衡量は司法が判断する憲法問題ではなく、全面的に立法府の役割として位置付けられた。他方で、ウォーレン・コート時代の生き残りであるマーシャル (Thurgood Marshall) 裁判官の反対意見は、理論的側面からレンキスト裁判官の法廷意見を批判するものとなっている。⁽⁵⁵⁾

マーシャル裁判官は、まず、第14修正第2節が、代表権削減の対象から犯罪者選挙権剥奪を除外したからといって、そのことが直ちに犯罪者からの選挙権剥奪そのものを承認したことまで意味するわけではないとして、レンキスト裁判官の条文解釈を批判した。⁽⁵⁶⁾ そのうえで、犯罪者選挙権剥奪の問題は、選挙権は民主主義の本質であり、選挙権に対するいかなる制限も代表制統治の核心と衝突するという観点から出発しなければならないとし、選挙権に関する他の判例と同様に、厳格な基準での審査を採用すべきであると論じた。⁽⁵⁷⁾ そして、厳格な基準における「止むにやまれぬ利益」をより明確化するかたちで、重罪者の選挙権剥奪を正当化するためには、州は、①その資格制限が、正当で実質的な利益のために必要であること、②排除される必要のない者が排除の対象となっていないこと、③より制限的でない手段が存在しないことを示す必要があるとの基準を定立した。⁽⁵⁸⁾ マーシャル裁判官は、資格制限の正当な目的となり得るものとして、まず、詐偽投票 (vote fraud) の防止を挙げる。⁽⁵⁹⁾ しかし、選挙資格剥奪の対象となる重罪には詐偽投票と無関係な犯罪が多数含まれている一方で、選挙犯罪の多くが軽罪として選挙資格剥奪の対象となっていないこと (過剰で

(55) *Id.* at 56 (Marshall, J., dissenting).

(56) *Id.* at 74. ただし、第14修正の制定者たちは、有徳とは関係ないからこそ人種に基づく選挙権剥奪を非難していたのであり、有徳ではない重犯者の選挙権剥奪はむしろその裏返しとして支持していたと論じ、レンキスト裁判官の読み方が原意としては正しいとする論文として、Richard M. Re & Christopher M. Re, *Voting and Vice: Criminal Disenfranchisement and the Reconstruction Amendments*, 121 *YALE L. J.* 1584 (2012) がある。

(57) *Id.* at 77-78.

(58) *Id.* at 78.

(59) *Id.* at 79. これは、本論稿第1章第3節の整理によれば、保安処分論に相当する。

あり過少)、刑法改正や投票方法の工夫など、選挙権剥奪以外にも詐偽投票を防止するためのより制限的でない方法があることを指摘し、詐偽投票防止を根拠にした正当化を否定した。⁽⁶⁰⁾次に、重罪者による投票は、秩序ある社会を壊すことになるという論拠を挙げた。⁽⁶¹⁾しかし、マーシャル裁判官は、「民主主義のプロセスは変化のプロセスである。」(The process of democracy is one of change.)であるという言説と共に、次のように秩序維持を目的と掲げることの不当性を指摘した。

「前世紀であれば、本裁判所は一時的な多数派によって重要と考えられている法が改正されないようにするために投票者を排除することを正当化したかもしれない。今日、そのような目的は間違いなく支持されない。民主主義のプロセスは変化のプロセスである。私たちの法は不変の形体へと固定化することはない。私たちの法は変化する社会の必要性に対応するために絶え間なく見直される運命にある。多数派が考える公共の利益は常に再検討される。⁽⁶²⁾」

マーシャル裁判官は、現行の体制に敵対的な者の政治的影響力を排除することは、民主主義のプロセスそのものを否定するものであるとして、それは目的自体として容認できないという立場であり、もしそのような目的が容認されるとしたら、マリファナの合法化を唱える人々の選挙権を否定することも同じ理由で支持できることになってしまうと論じている。⁽⁶³⁾さらに、マーシャル裁判官は、「投票用紙は民主主義体制のもとで流通する通貨である。既存の制度を支持することをその通貨の条件とするならば、その通貨の価値は途方もないほど下

(60) *Id.* at 79-80.

(61) *Id.* at 81.

(62) *Id.* at 82.

(63) *Id.* at 82-83. なお、マリファナはアメリカにおいては一部の州で立法により合法化されるようになっている。

落してしまう」⁽⁶⁴⁾との言葉を残した。この比喩的な言説は、現行制度の敵対者であることを理由とした選挙権の剥奪は、民主主義の正統性に疑問を投げかけるだけでなく、既存の政治や法制度に反対であるか否かにかかわらず、行使できる選挙権の本質と矛盾するものであり、市民の側からしても、既存の法制度の反対者を排除したうえでの選挙に参加することの意味はほとんどなくなってしまふということを示唆するものであるといえる。

レンキスト裁判官とマーシャル裁判官の見解の対立の焦点は民主主義それ自体の理解と深く関係している。レンキスト裁判官は、重犯者の選挙権剥奪の問題について憲法は価値判断を示しておらず、対立するどちらの価値が優先すべきであるかは民主的決定過程に委ねるべきであるとした。それに対して、マーシャル裁判官は、選挙権剥奪の問題は、民主主義のシステムそれ自体の問題であるとして厳格な基準のもとで裁判所が介入すべきであるとの思考に基づいている。この対立は、次に見るカナダのマクラクリン長官とゴンティエ裁判官との間の対立においても引き継がれることになる。

アメリカではRichardson判決に対して強い反発があるが、連邦最高裁においては、近年一貫して保守派が優勢なこともあり、Richardson判決における多数意見の立場は今日まで崩れていない。ただ、アメリカの憲法実践を参照する場合に、同判決の結論だけを取り上げるのは適切ではない。同判決の論理は、合衆国憲法の特殊な条項に依拠しており、第2修正が保障する銃を携帯する権利と同様、その条項を持たない法域への普遍的説得力があるわけではない。レンキスト裁判官の論理から学ぶとしても、それは、むしろ、選挙権の問題は憲法の解釈に依拠して進めるべきというものだろう。

なお、2020年のCNNの報道では、500万人以上が重罪の前科を理由に選挙権を喪失しているとされている⁽⁶⁵⁾。それは実に成人44人に1人という割合となって

(64) *Id.* at 83.

(65) Christina Maxouris, More Than 5 Million People with Felony Convictions can't Vote in this Year's Election, Advocacy Group Finds, CNN (October 15, 2020) (<https://edition.cnn.com/2020/10/15/us/felony-convictions-voting-sentencing->

いる。さらに、その割合には、人種間で偏りが存在し、黒人の場合には、16人に1人が選挙権を喪失しているとされている。犯罪に至る過程には、人種差別や貧困など社会問題が大きな影響を与えている。重罪を理由とする選挙権剥奪は、表面的な理由はいかなるものであれ、実質的には社会的に疎外され迫害されている集団からの投票を抑制する効果を有している。

実際、黒人は民主党の票田として知られているが、社会学者の Manza と Uggen がそのような一般的な傾向をもとに選挙結果の再検討を行ったところ、重犯者から選挙権を剥奪する制度は、特に投票数が拮抗した2000年の大統領選挙を始めとして、幾つかの大統領選挙や連邦議会選挙において共和党に有利に働いていたとの結果を導き出している⁽⁶⁶⁾。レンキスト裁判官は民主的決定の対象になるべき問題として位置付けているが、政治的に中立とは言えない制度の改廃が、政治的に中立的な考慮のもとで適切に決定できるものかという疑念を生じさせるものと言える。

アメリカの例をもとに犯罪者からの選挙権剥奪は民主主義とは矛盾しないとする見解もあるかもしれないが、むしろ、アメリカでは、その解釈的妥当性はともかく、民主主義と矛盾する制度の導入を憲法が例外的に明文で許容していると捉えたほうが憲法理解としては正確である⁽⁶⁷⁾と考える。

第2節 カナダ

アメリカの隣国カナダは、受刑者の選挙権について、アメリカとは対照的な司法判断を展開した⁽⁶⁸⁾。カナダ憲法は、長らく権利章典を持たなかったが、1982

project-study/index.html、2025年4月1日最終閲覧)。

(66) JEFF MANZA & CHRISTOPHER UGGEN, LOCKED OUT: FELON DISENFRANCHISEMENT AND AMERICAN DEMOCRACY 181-203 (Oxford University Press 2008)。

(67) ワシントン D.C. に拠点を置く非営利団体である Sentencing Project がウェブサイトにおいて、犯罪者の選挙権に関する各州の対応や統計データを公表しており有用である (<https://www.sentencingproject.org/>、2025年4月1日アクセス)。

(68) カナダ憲法に関する邦語の体系書として松井茂記『カナダの憲法：多文化主義の国のかたち』(岩波書店、2012)。また、英語文献としては、JEREMY WEBBER,

年憲法がその第1章において「権利および自由に関するカナダ憲章」(憲章と略称される)を定めたことにより、憲法規範による人権の実体的保障とそれに関する司法による憲法審査の歴史が始まった。⁽⁶⁹⁾カナダにおける人権に関する司法審査の歴史は、日本と比較しても必ずしも長いものとは言えない。しかし、カナダ最高裁判所は、現代における認識上の変化を憲法解釈に反映させるいわゆる「生きる木」(living tree)の法理の伝統があり、1982年以降、今日まで世界的インパクトをもった判決を出し続けている。⁽⁷⁰⁾

(1) Sauvé I判決

憲章3条は、「全てのカナダ市民 (Every citizen of Canada) は、庶民院及び各州・準州の立法議会の議員選挙における選挙権とそれらの議会議員となる資格を有する」と規定し、全ての市民に対し、選挙権と被選挙権を明文で保障する規定を置いている。⁽⁷¹⁾しかし、カナダ選挙法は、日本の公職選挙法と同様、刑期の長さにかかわらず、全ての受刑者に対して一律に連邦における選挙への投票を認めていなかった。その規定の憲法適合性を争ったのが、冤罪が指摘されつつも、殺人の罪により終身刑を受けていたリチャード・ソーベであった。オンタリオ控訴審裁判所は、ソーベの主張を認め、選挙法を違憲とした。その判断に対し、カナダ政府は上告したが、1993年、カナダ最高裁は、僅か2段落の短

THE CONSTITUTION OF CANADA: A CONTEXTUAL ANALYSIS (2d ed. Hart Publishing 2021) ; THE OXFORD HANDBOOK OF THE CANADIAN CONSTITUTION (Peter Oliver, Patrick Macklem & Nathalie Des Rosiers eds., Oxford Univ. Press 2017) も参照。

(69) Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982, c. 11 (U.K.).

(70) 「『凍結した概念』(frozen concepts) という論理は、カナダにおける憲法解釈上の最も基本的な原則と正反対のものである。我らの憲法は、進歩的な解釈によって、現在の生活に適応する生きた木である」(Reference re Same-Sex Marriage, [2004] 3 S.C.R. 698, 2004 SCC 79, ¶ 22)。近年、国際的にカナダ憲法の影響力が拡大していることについては、山本健人「カナダ憲法の世界的な『影響力』」憲法研究10巻303頁(2022年)を参照。

(71) Can. Charter of Rights and Freedoms, s. 3.

い判決理由により、全会一致で上告を棄却した（*Sauvé I*判決と呼ばれる⁽⁷²⁾）。カナダの憲法判断は、*Oakes* テストとして知られるドイツの比例原則と類似の判断方法に従ってなされる。この *Oakes* テストに従い、*Sauvé I* 判決は、全ての受刑者の選挙権剥奪は「広範過ぎるものであり、比例原則、とりわけ侵害の最小限度性のテストに適合しない」とした。

カナダ議会は、*Sauvé I* 判決を受け、選挙法を改正し、選挙権剥奪の対象を2年以上の拘禁刑に処された者に限定した。しかし、終身刑を言い渡されていたソーベは、改正後も引き続き選挙権を剥奪されたことから、再び訴訟を提起した（*Sauvé II*）。

(2) *Sauvé II* 判決

2002年になされた *Sauvé II* における最高裁の判断は、5対4で判断が分かれ

(72) *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 SCR 438.

(73) *R. v. Oakes* [1986] 1 SCR 103. カナダ憲章は、1条において包括的人権制限規定を置いている（*Can. Charter of Rights and Freedoms*, s. 1）。同条は、憲章が規定する権利や自由は、「自由かつ民主的な社会（*a free and democratic society*）において明確に正当化することのできる、立法が定める合理的制約にのみ服する」と規定する。*Oakes* テストは、同条の解釈として提示されたものである。*Oakes* テストでは、第一段階として権利侵害の有無が審査され、第二段階として目的の正当性（*legitimacy*）と手段の比例性（*proportionality*）が審査される。まず、目的が正当化されるためには、目的が憲法上の権利に対する制限を正当化し得るほどに十分に重要（*sufficient importance*）であること、そして、その目的が、自由かつ民主的な社会において、切実かつ実質的（*pressing and substantial*）な事項に関連していることの二点が充たされる必要がある。次に、手段の比例性が肯定されるためには、①当該手段が目的と合理的に関連している（*rationaly connected*）こと、②当該手段による権利や自由に対する侵害が、可能な限り最小であること（*as little as possible*）、③権利や自由を制限することによってもたらされる効果（*effects*）と十分に重要とされた目的との間で比例性（*proportionality*）が存在することの三つが充たされる必要がある（*Id.* ¶ 66-70）。

(74) た。その法廷意見を書いたのは、数多くの卓越した判決を執筆し、カナダ最高裁の中興の祖ともいべきマクラクリン (Beverley McLachlin) 長官であった。⁽⁷⁵⁾ マクラクリン長官の論証は、やはり Oakes テスト (比例原則) に従ったものである。まず、マクラクリン長官は、政府が主張する受刑者の選挙人資格剥奪の目的を、①法の遵守が重要であるという教育的メッセージを送るという目的、②政治制度の品位を保つという目的、③追加的処罰により刑事的制裁の一般目的の実現を強化するという目的の三つに整理する。⁽⁷⁶⁾ 本論稿の第1章第3節で挙げた分類に従うならば、①は市民的責任強化論に、②は公務不適格論に対応していると考えていいだろう。しかし、マクラクリン長官は、これらの目的は、いずれも漠然、抽象的、象徴的であると非難した。マクラクリン長官自身が定義付けているわけではないが、ここで象徴的というのは、概念としては存在するものではあるものの、抽象度が高く、それが意味する対象も不明確であるか、あるいは実体のないものを意味すると理解できる。マクラクリン長官は、そのような抽象度の高い、象徴的目的によって憲章上の権利に対する制限を正当化することの問題点を次のように論じている。

「法の遵守の強化や適正な処罰といった目的は、権利侵害を正当化するほどに憲法上正当であり、かつ十分に重要であるといえるだろうか。このように漠然で象徴的な目的 (*vague and symbolic objective*) は、この論点に対して肯定的な解答がなされることをほぼ約束するものである。誰が法の遵守が切実なもの (*pressing*) でないと言い切ることができようか。誰が適正な刑罰は重要 (*important*) でないと言い切ることができようか。誰が、それらの目的が民主主義の原理と矛盾すると主張できようか。しかし、議論の余地がほとんどないからこそ、漠然で象徴的な目的は権利侵害についての正当化分析をより困難なものにする。それらの概念は多くの意味を持つ

(74) *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68.

(75) *Id.* ¶ 1 (McLachlin C.J.).

(76) *Id.* ¶ 29.

にもかかわらず、なぜ権利の制限が必要であるのか、具体的に何を達成することが期待されているのかについて、ほとんど何も教えてくれない。目的が、より広範であればあるほど、より抽象的であればあるほど、文脈によって異なる意味になりやすく、ひいては歪曲や操作を受けやすい。目的についてのある表現の仕方 (*articulation*) は目的の重要性を誇張するかもしれないし、また別の表現の仕方は立法手段がより厳格に設定されたもの (*narrowly tailored*) として見せかけるかもしれない。この問題への対処を任されたのが裁判所である。⁽⁷⁷⁾」。

「すなわち、憲章上の権利がなぜ侵害されてきたのかを人々が推察しなければならないような事態は許されない。権利制限に対する正当化が説明可能なものとなるためには、目的がいかなる危害を政府が是正しようとしているのかを明確にするものであり、かつ、その正当化プロセスを通じて目的が一貫していることが必要である。…もし議会が抽象的で象徴的な理由を示すだけで選挙権のような重大な権利を侵害できるならば、司法審査が形骸化するか、『私の象徴はあなたの象徴より優れている』というような象徴のぶつかり合いになり下がってしまう。どちらの結果も、憲章が求める厳格な正当化分析とは相容れない」。⁽⁷⁸⁾

法の遵守や適正処罰のような概念は、概念自体が表面的には重要な社会的価値を体現している。しかし、ある手段が法の遵守や適正処罰に資するという言説は、実際には、規制の必要性や規制の効果について何も伝えるところはない。それは規制に具体的な根拠がないことを修辭的に覆い隠している可能性がある。このような抽象的で象徴的な概念を用いた論証を、本論稿では、反対意見のゴンティエ (*Charles Gonthier*) 裁判官の言葉を借りて象徴的論証 (*symbolic argument*) と呼び、さらに、マクラクリン長官が主張したように、憲法上の権

(77) *Id.* ¶ 22.

(78) *Id.* ¶ 23.

(79) *Id.* ¶ 99 (*Gonthier J., dissenting*).

利に対する制限の正当化論においては、そのような象徴的論証を排除すべきだとする考え方を象徴的論証排除の法理と呼ぶ。

マクラクリン長官が象徴的論証を批判するのは、単に修辞上の問題点だけではない。彼女は、象徴的論証は、司法審査における分析それ自体を困難なものにさせるといふ。政府が、象徴的論証を持ち出した場合、そこで用いられる概念が指し示す対象が実体的には存在しないか、認識が困難なものであるため、規制によって得られる利益の評価、規制の必要性や規制の効果などについて、立ち入った具体的経験的分析が困難となる。その場合、マクラクリン長官が言うように、どちらの象徴的論証が優れているかといった単なるいわゆる水かけ論に終始することになりかねない。そのような水かけ論は、やがて、その問題は、司法ではなく政治によって解決すべき問題であるという言説を容易に呼び込むことになる。マクラクリン長官によれば、水かけ論に議論が陥るのは、問題が哲学的、思想的であるからではなくて、むしろ、議論の方式が重要な憲法上の権利に対する制約の正当性を論じるものとしては相応しくないからだということになる。

マクラクリン長官は、修辞的、象徴的性格をもった目的は、それ自体が疑わしく、政府に対し、修辞的目的ではなく、裁判所が適切に規制の正当性を審査できるような具体的な目的を示すように求める。例えば、第一の教育的メッセージの伝達という目的については、間違いなく重要な目的ではあるものの、そのような目的は、ほとんど全ての刑事的措置・非刑事的措置について、その目的として援用し得るものである⁽⁸⁰⁾。しかし、そのような目的に言及するだけでは足りず、教育的メッセージを伝達することで政府が対処しようとする問題は何か、なぜその目的は制限を正当化するほどに重要であるのかを示すことのできる、より具体的な根拠が必要であり、「そのような具体的根拠がなければ、権利侵害が正当化可能なものか、比例性を有するものか」を評価する (weigh) こ

(80) *Id.* ¶ 24 (McLachlin C.J.).

とが、困難になる」とマクラクリン長官は非難する⁽⁸¹⁾。さらにそのような問題点は、刑事罰としての正当化についても言えることで、マクラクリン長官は、追加的な刑罰が必要であるというだけでは曖昧であり、議会は追加的な刑事罰が必要なる理由を具体的に示す必要があると論じる⁽⁸²⁾。

このように、マクラクリン長官は、目的の抽象性・漠然性ゆえに、選挙権剥奪が、Oakes テストが求める水準の目的審査を通過し得ることに疑問を呈していた。しかし、彼女は、目的審査で分析を終えることはせず、むしろ、手段の比例性を審査することによって、目的の内在的問題点がより一層明らかになるとして、手段の比例性審査に議論を進めている⁽⁸³⁾。

その手段審査の中心となったのは目的と手段の間の合理的関連性の審査である。まず、受刑者からの選挙権の剥奪は法律遵守の意識を高める教育的メッセージとなるという目的について、マクラクリン長官は、受刑者からの選挙権剥奪は、むしろ「悪い教育指導法」(bad pedagogy) であると非難した。

マクラクリン長官は、選挙権剥奪が悪い教育指導法であるとする論拠を複数提示しており、それらは、本論稿が、第1章で指摘した選挙権の価値を再確認するものでもある。第一は、そもそも選挙権剥奪が法律遵守への義務の基盤を弱めるということである。マクラクリン長官は、次のように、市民が法を遵守しなければならないという義務がどこから生じているのかを論じる。

「我らのような民主制国家では、立法者の権力は投票権を持つ市民から生じるものであり、立法者は市民の代理人として行動する。このような投票者から立法者への委任が、法律に正統性 (legitimacy) や効力 (force) を

(81) *Id.*

(82) *Id.* ¶ 25. もっともマクラクリン長官は、必ずしも立法事実の科学的証明までを求めているわけではない。マクラクリン長官は、立法を正当化するにあたっては、科学的な意味での経験的証明は必要ないとし、合理的な人を納得させるほどに説得力のあるものであればそれで足りている (*Id.* ¶ 18)。

(83) *Id.* ¶ 26.

付与するのである。逆に言えば、法律遵守の義務は、法律が市民の代理によって制定されたという事実から生じているのである。すなわち、法律の正統性や法律に従う義務は、全ての市民の選挙権から直接に生じたものである。⁽⁸⁴⁾」

ここで、マクラクリン長官は、法律に正統性を付与するものとしての選挙権の価値に言及している。そこでマクラクリン長官が指摘するのが、法律への遵守の意識を高めるために、法律の正統性の基盤それ自体を否定することの自己矛盾である。⁽⁸⁵⁾選挙権の剥奪は、法律への遵守の意識を高める以前に、そもそも法律に遵守しなければならないことの根拠を奪うことになるのである。マクラクリン長官は、「美德や精神能力などの特徴に関係なく、全ての市民が投票できる権利は、カナダの民主主義と議会権力の正統性の基盤となる。選挙人資格を一部の市民に限定する政府は、選挙から排除された市民の正当な代表としての機能が弱体化し、代表民主制を危険に晒し、犯罪者を処罰する基盤をも浸食する」と論じる。⁽⁸⁶⁾

第二に、選挙権の剥奪は、人間の尊厳と矛盾する。マクラクリン長官は、後述する南アフリカのAugust判決を引用しつつ、個人の尊厳としての選挙権資格に言及し、「市民の投票権を否定することは、全ての個人の本質的価値と尊厳に対する憲法的コミットメントに反するものである。…選挙権資格剥奪が特定の集団にのみ適用される場合には、一層警戒的でなければならない」と論じる。⁽⁸⁷⁾人間の尊厳と矛盾する方法を用いることが、市民に対する良い教育的メッセージになると考えることはできないだろう。

第三に、選挙権の剥奪は、受刑者本人にとっても非教育的である。選挙権を剥奪された受刑者は、共同体との一体感や所属意識も同時に失うことになる。

(84) *Id.* ¶ 31.

(85) *Id.* ¶ 32.

(86) *Id.* ¶ 34.

(87) *Id.* ¶ 35.

むしろ、共同体の一員として共同体に参加させ続けることが、受刑者に社会復帰を促し、民主主義の価値や社会的責任を教えることに繋がる⁽⁸⁸⁾。

第四に、選挙権剥奪それ自体が発するメッセージの害悪性である。マクラクリン長官は、選挙権剥奪によって、受刑者はもはや共同体の一員ではないというメッセージに加え、民主主義の価値は社会秩序維持のための刑事的制裁よりも価値が低いというメッセージが発せられるとする。マクラクリン長官は、「もし現代の民主主義の歴史が教えることが一つあるとすれば、それは、法律遵守を確保するために民主主義の中核的価値を犠牲にしてはならないということだ」と論じた⁽⁹⁰⁾。

マクラクリン長官は、この論点に関する論証の締めとして、「私は、受刑者の選挙権の否定は、法律や民主主義への尊重を高めるメッセージを発するのではなく、むしろ、それを浸食するメッセージを送ることになる可能性が高いと結論付ける。市民の一部から選挙権を剥奪することを選挙された代表者に許容する政府の新たな政治理論は、包摂的、平等的、市民参加の原理の上に立つ民主主義のもとでの居場所はない。民主主義を自称する全ての国が必ずしもこの結論に到達しているわけではないと述べることは、この憲章が具体化したカナダ版民主主義について何も述べることはない。受刑者の選挙権剥奪は、政府が主張するような『教育的メッセージ』ではなく、逆に法律への遵守を弱め、参加型民主主義と矛盾している⁽⁹¹⁾」と結論付けている。

受刑者から選挙権を剥奪することにより市民的責任の自覚を強化啓蒙できるという論理は、カナダ政府に限らず、様々な国で主張されている。しかし、民主主義の基礎となる選挙権の剥奪はそれ自体として民主主義と対立する要素を包含し、そこからどのようなメッセージを市民が読み取るかは不確実である。市民的責任が強化されるという主張はあり得るかもしれない効果を憶測的に述

(88) *Id.* ¶ 38.

(89) *Id.* ¶ 40.

(90) *Id.*

(91) *Id.* ¶ 41.

べたものに過ぎない。

次に、受刑者への選挙権付与は政治制度の品位を貶めるという目的について、マクラクリン長官は、「能力とは無関係に、特定の人々について、投票を認め得るだけの道徳的価値を持たない」と決定することは立法府がそもそもなし得ないことであるとし、立法府は、「全ての市民」(every citizen)に投票権を与えた憲章の規定を変更することはできないとした⁽⁹²⁾。加えて、そのような理由で投票権を否定することもまた、民主主義と憲章の根底にある全ての人の尊厳と矛盾するものであると続けている⁽⁹³⁾。マクラクリン長官は、そもそも民主的参加の要件として道徳性を求めるものは時代遅れの考え方であるとして、それ以上の論証を加えているわけではない。そのため、この部分をもう少し敷衍すれば、投票するに値する個人は誰かという問題について、個人の尊厳に基づき、憲章は「全ての市民」がそれに値するとの判断を既に行っており、立法府が自らの観点で、特定の者が投票に値しないとすることは、憲章の書き換えであるということを示すべようとしたものと言える。

続いて、受刑者の選挙制限を適正な処罰として正当化されるという主張に対して、マクラクリン長官は、まず、議会は制裁の名の下にあらゆる権利を奪うことができるわけではなく、処罰の対象とはなり得ない権利があることを指摘した⁽⁹⁴⁾。そして、表現の自由や信教の自由を処罰として制限の対象にしようとする場合と同様、民主的な基本権である選挙権も処罰として剥奪の対象とすることには特段の正当化が必要であるとし、それにもかかわらず政府は、そのような正当化を示すことのできる信頼できる理論を提示していないと論じた⁽⁹⁵⁾。

さらに、マクラクリン長官は、刑罰は、恣意的 (arbitrary) であってはならず、かつ、正当な刑法の目的に資するものでなければならないとの命題を提示したうえで、受刑者からの選挙権剥奪はどちらの要件も満たしていないとし

(92) *Id.* ¶ 37.

(93) *Id.* ¶ 44.

(94) *Id.* ¶ 46.

(95) *Id.*

⁽⁹⁶⁾た。改正後の選挙法は、選挙権剥奪の対象を2年以上の刑期の受刑者に限定したが、それでも、故意犯と過失犯、暴力犯と非暴力犯を区別することなく一律に選挙権を剥奪している。マクラクリン長官は、受刑者の具体的状況や国家権力に対する態度を考慮することなく、一律に剥奪することは、恣意的であるとした。⁽⁹⁷⁾さらに、刑罰による抑止、更生、応報、非難は正当な目的であるが、選挙権剥奪がそれらの目的に資するためには、特定の犯罪者の行為に照らして個別調整が必要であるところ、一律剥奪にはそのような調整がないと論じた。⁽⁹⁸⁾マクラクリン長官は、ある犯罪者に対して拘禁刑を科すことが刑罰の目的に資するとしても、そのことから同じ犯罪者に選挙権の剥奪という制裁を追加的に科すことが同じように刑罰の目的に資するとは限らないと考えていた。拘禁刑と選挙権剥奪とは性質が異なる。同一状況のもとで同じ効果が生じることは必然ではないとすれば、拘禁刑と選挙権剥奪は、本来、異なる基準によって対象が決められるべきはずのものである。

以上のような論証を経て、マクラクリン長官は、結論として、2年以上の受刑者に限定した改正法については、憲章に違反するもので効力を持たないとした。なお、注意すべき点は、マクラクリン長官は、受刑者からの選挙権剥奪が絶対的に違憲であると述べたものではないということである。むしろ、マクラクリン長官は、政府の主張の基本的矛盾点や政府が主張したのとは逆の効果の発生を指摘し、それを覆すだけの十分な反論が政府側から主張されていないことをもって違憲の結論を導いている。

(3) 象徴的論証と対話理論

Sauvé II 判決におけるマクラクリン長官の法廷意見に対しては4人の裁判官が反対した。反対意見を執筆したのは、ゴンティエ裁判官である。⁽⁹⁹⁾マクラクリ

(96) *Id.* ¶ 48.

(97) *Id.*

(98) *Id.* ¶ 51.

(99) *Id.* ¶ 66 (Gonthier J., dissenting).

ン長官とゴンティエ裁判官の見解の対立は、受刑者選挙権の問題を考察するにあたり核となる分析軸を提供するものである。

ゴンティエ裁判官は、カナダ憲法の重要理論である「対話理論」(dialogue theory)に依拠すべきであることを強調しており、まずはその概略を説明しておきたい。⁽¹⁰⁰⁾カナダにおける対話理論の起源は、カナダ憲法の権威的体系書の著者として知られる Peter Hogg が1997年に発表した共著論文に由来する。⁽¹⁰¹⁾カナダ最高裁は、人権に関する司法審査を開始して以来、多くの違憲判決を出してきた。しかし、最高裁による度重なる立法の否定に対しては、当然、民主主義と矛盾するとして批判されるようになった。1997年のHoggらの論文をそのような批判に応答するものであった。Hoggらは、最高裁の違憲判決は、必ずしも憲法問題を終わらせる「最後の言葉」(last word)にはなっていないと指摘した。違憲判断の約3分の2の事例において、裁判所は、規制手段をより制限的な手段へと変更する等することによって、当初の立法目的を追求する余地を議会に対して残しており、議会も最高裁の判断を受けて後続的な立法措置を行っている。そのことを論拠として、Hoggらは、違憲判決は、個人の利益と共同体の利益との調和をいかに実現するかという司法と立法との間の「対話」の出発点に過ぎないと論じた。Hoggらの主張はもともと違憲審査の現状を描写する記述的なものに過ぎなかったが、やがて、裁判所は、司法と立法との間の対話的状况を作り出し、さらには、裁判所も立法府も、その対話の流れと帰結を尊重

(100) 対話理論に関する邦語研究として、佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」大阪市立大学法学雑誌54巻1号15頁(2007年)。英語文献として、Sigalet, Webber & Dixon, *supra* note 40も参照。

(101) Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL L.J. 75 (1997)。また、Hoggが、10年後に再び、対話理論について論じた Peter W. Hogg, Allison A. Thornton & Wade K. Wright, *Charter Dialogue Revisited: Or "Much Ado About Metaphors"*, 45 OSGOODE HALL L.J. 1 (2007)も参照。なお、Hoggによるカナダ憲法の体系書として、PETER W. HOGG, *CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA*, 5th ed. (Carswell 2007)。

すべきであるという規範的な性格を帯びるようになる。

最初の *Sauvé I* 判決は、まさに対話理論に適合的な判断であった。同判決は、一切の受刑者の選挙権剥奪を完全に否定するのではなく、その判断の内容を、あらゆる受刑者について一律的な剥奪を規定することのみを違憲とすることに限定した。*Sauvé I* 判決は、議会に対して、一律剥奪を一度見直すように司法が提言した対話の端緒であったと捉えることもできる。そして、議会は、剥奪の対象を二年以上の受刑者に限定するという応答を行った。*Sauvé II* は、議会からの応答に対してさらに裁判所がどう答えるかという問題でもあった。

裁判所にとって、*Sauvé I* は「初見事案」(first-look case)であったと言えるが、*Sauvé II* は「再検討事案」(second-look case)ということになる。⁽¹⁰²⁾ 再検討事案において裁判所はどのような対応をすべきかということは一つの大きな論点である。裁判所の判断を尊重し、熟議された立法府の判断を今度は裁判所が尊重すべきだとすると、初見事案よりもより敬讓的な判断をすべきということになる。逆に、議会による熟議によって司法審査において利用可能な立法資料が充実したとするならば、司法によるより厳格な審査が可能であると言えるかもしれない。他方で、合憲か違憲かの境界線は常に不変であるとするれば、裁判所の判断は初見事案でも再検討事案でも変わるべきではないということも言えよう。

これに対し、ゴンティエ裁判官の反対意見は裁判所に議会からの応答に敬讓を払うよう求めるものであった。ゴンティエ裁判官が議会の判断を尊重すべきであるとしたのは、象徴的論証の捉え方とも深くかかわる。

ゴンティエ裁判官は、受刑者選挙権の問題については、無制限の選挙権付与は民主的正統性を高め、逆にその剥奪は個人の尊厳を侵害することから刑期が二年以上の受刑者に対しても選挙権を付与すべきとするマクラクリン長官の包括的アプローチと、再犯の抑止という刑事制裁の目的を補強するために受刑者

(102) Rosalind Dixon, *Constitutional 'Dialogue' and Deference in Sigalet, Webber & Dixon, supra note 40, at 161* も参照。

の選挙権を一時的に剥奪するという議会のアプローチの二つのアプローチがあると整理する。⁽¹⁰³⁾ マクラクリン長官は、後者のアプローチについて、抽象的な象徴的論証であると批判した。しかし、ゴンティエ裁判官は、前者のマクラクリン長官のアプローチも、民主主義のような抽象的概念を用いた象徴的論証であると指摘する。⁽¹⁰⁴⁾ 実際、選挙権付与が持つ民主的正統性の促進、選挙権剥奪が持つ個人の尊厳への侵害というような事象は、証拠によって明らかにできるものではないし、目的となる民主的正統性や人間の尊厳はいずれも抽象的、形而上的なものである。ゴンティエ裁判官は、マクラクリン長官のアプローチも議会のアプローチも、両者ともに象徴的論証であり、問題の解決は象徴的論証のどちらを採用するかを選択であるとする。

ゴンティエ裁判官は、このように象徴的論証の選択という事案における「対話の比喩の核心は、裁判所も議会も価値の決定を独占しないということである」と述べたうえで、議会が制限を正当化する合理的説明を提示した段階で対話を終えるべきであるとした。⁽¹⁰⁵⁾ ゴンティエ裁判官は、「裁判所は、議会に最後の言葉を持たせるべきであり、議会の合理的選択を自らの選択に置き換えるべきではない」と論じる。⁽¹⁰⁶⁾

ゴンティエ裁判官の議論を敷衍すると、象徴的論証と象徴的論証の対立のような事案においては、裁判所の役割というのは、初見事案においては立法府がはみ出すべきでない大枠を設定することにある。そして、その大枠のなかで象徴的論証と象徴的論証の選択を行うのは、立法府であり、立法府によるその選択が一度なされた以上、裁判所はその選択の是非について踏み込むべきではないということになる。裁判所と立法府がそのような双方の役割を認識したうえで、それぞれの立場から対応をするというのが対話ということになる。

ゴンティエ裁判官の議論を前提とした場合、マクラクリン長官の議論は、自

(103) *Id.* ¶ 92.

(104) *Id.* ¶ 99.

(105) *Id.* ¶ 104.

(106) *Id.*

らの議論における象徴性を棚に上げたうえで、議会の議論の象徴性のみを論断するもののように見える。しかし、重要なのは、マクラクリン長官の議論は、自らの象徴的論証が正しい、あるいは「最後の言葉」であるというのではなく、むしろ、政府の象徴的論証に対して、それと対立する象徴的論証があることを指摘したうえで、その対立する象徴的論証を論駁するだけの具体的論拠の提示を政府に求めているに過ぎないものであったということである。つまり、ゴンティエ裁判官は、象徴的論証と象徴的論証の対立であるから、司法は立法に敬譲すべきであるとしたのに対し、マクラクリン長官は、むしろ、議会（政府）は、対立する論証と並立可能な象徴的論証しか提示できておらず、重大な憲法上の権利である選挙権については、そのような抽象的な論証では制限が認められず、より具体的な論証が正当化として求められるという立場に依拠していたと言える。

マクラクリン長官は、ゴンティエ裁判官の議論に対し、「敬意を払いつつも、異議を申し立てなければならない。選挙権は、私達の民主主義と法の支配の基盤であり、軽々に取り扱ってはならない。その制限に対しては敬譲ではなく、「慎重な審査」(careful examination)が求められる。その審査は、裁判所の哲学的選好を立法の選好に置き換えようとするのではなく、あくまで立法の選好による正当化が「論理と常識」(logic and common sense)によって裏付けられるかを確認するものである」と応答している⁽¹⁰⁷⁾。

また、ゴンティエ裁判官の議論に対しては、民主的制度下における議会と裁判所との役割分担という観点からも批判が可能である。議会が対話の裁判所に対する正当な相手方として登場し得るのは、その議会が民主的に選出された機関であるからである。しかし、受刑者からの選挙権剥奪という論点においては、議会の民主的基盤それ自体が論点となっている。マクラクリン長官は、「核心的な民主的権利 (core democratic rights) は、議会が裁量により選択できる『許容可能な選択範囲』に包含されるものではない。敬譲は社会的政治的政

(107) *Id.* ¶ 9. (McLachlin C.J.).

策が対立する事案では適切かもしれないが、基本的権利の制限の事案では適切ではない。この事案は社会哲学の対立に過ぎないのではない。これは、憲章で保障される最も基本的な権利と議会によるその権利の否定が対立する事案である。この問題に対する公的議論は、完全な司法審査を拒む『社会哲学』の問題へと変質されてはならない。世論や選挙の利害に左右されない裁判所こそが選挙権の防御壁となるのである⁽¹⁰⁸⁾と論じた。そして、民主主義の制度の「完全性」(integrity)を守る憲法上の義務が裁判所にあるとし⁽¹⁰⁹⁾、また、再審査事案であるという点に関しても、裁判所は、立法プロセスのどの段階においても憲法適合性を保障する必要があり、対話の一環として議会に敬讓することはないと結論付けている⁽¹¹⁰⁾。つまり、対話理論は、核心的な民主的権利が問題となる事案には及ばない。

マクラクリン長官のこの議論は象徴的論証ではなく、むしろ、選挙権の限界を議会に委ねた場合の危険性と制度的に裁判所がその防波堤とならざるを得ないという経験的具体的根拠に基づくものとなっている。象徴的論証と象徴的論証の対立であるから立法府が裁量を持つということにしてしまうと、結局は、民主的政治過程を操作する余地を立法府に認めることになる。そのようないわば政治的現実に基づいた議論に基づき、核心的な民主的権利に対する制限の正当化論からは、象徴的論証は排除されるべきということになる。

(108) *Id.* ¶ 13.

(109) *Id.* ¶ ¶ 13-15. カナダ憲章は、33条において、裁判所が法律を憲章の人権規定に違反するとして違憲と判断した場合であっても、連邦議会や州の立法府は、人権規定の適用除外を法律により宣言することで、その法律を適用し続けることができる人権規定の適用除外条項を定めている (**notwithstanding clause** と呼ばれる)。適用除外宣言は、司法判断に対する立法府の応答の一手法であるが、3条の選挙権は、適用除外宣言の対象とはなっていない。マクラクリン長官は、そのような憲章の構造も、司法による厳格な審査の根拠としている (*Id.* ¶ 14)。

(110) *Id.* ¶ 17.

第3節 南アフリカ

南アフリカのアパルトヘイト（人種隔離政策）は、非白人の選挙権資格の実質的剥奪を経て、歯止めが効かなくなり、過激化していったという経緯がある⁽¹¹¹⁾。そのような反省からアパルトヘイト終了後に成立した1996年南アフリカ憲法は、1条において、成人の普通選挙と国民共通の選挙人名簿を国家の基本的価値として位置付けたうえで、19条3項において『全ての成人市民』（Every adult citizen）は、憲法によって設立された立法機関のための選挙において投票する権利、それを秘密のもとで行使する権利を有する」と規定し、全ての成人⁽¹¹²⁾に対し明文で選挙権を保障している。

1996年南アフリカ憲法は、アパルトヘイトの過去を脱し、平等で民主的な社会を構築するという使命を担う変革的立憲主義の憲法として知られ、憲法裁判所もその理念に沿うように、カナダと並んで世界的に注目を集める判決を出し続けてきた⁽¹¹³⁾。受刑者の選挙権⁽¹¹⁴⁾に関しても二つの重要な判断を出している。

(111) 非白人は、通常選挙人名簿から除外されたうえで、実質的には自らの代表を選出できない特別の選挙人名簿に登録された。南アフリカにおける選挙権制度の変遷については、Klavs Skovsholm, *The Right to Vote in South Africa-A Hundred Years of Experience*, 32 *Verfassung und Recht in ÜBERSEE / LAW & POL. AFR., ASIA & LAT. AM.* 236 (1999) を参照。

(112) S. Afr. Const., 1996, § 1, § 19 (3). 1996年南アフリカ憲法の体系書としては、CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA (Woolman & Michael Bishop ed., 2nd ed., Revision service 5, 2013) がオンライン (<https://constitutionallawofsouthafrica.co.za/>, 2025年4月1日最終閲覧) でアクセス可能で有用である。また、1996年南アフリカ憲法の邦訳としては、東裕之『南アフリカ共和国憲法：虹の国から世界へのメッセージ』（デザインエッグ株式会社、2018年）がある。

(113) 変革的立憲主義については、Karl E. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, 14 S. AFR. J. ON HUM. RTS. 146 (1998).

(114) 南アフリカにおける受刑者の選挙権に焦点を当てた研究として、Lukas Muntingh & Julia Sloth-Nielsen, *The Ballot as a Bulwark: Prisoner's Right to Vote in South Africa* in Ewald & Rottinghaus, *supra* note 40, at 221.

(1) August判決

1999年、1996年南アフリカ憲法のもとで最初の国政選挙が予定されていた。1996年南アフリカ憲法は、前述のように各人の選挙権を保障しており、また、当時の1998年選挙法は、受刑者も含め刑事施設収容者について選挙権資格の剥奪等の規定を一切置いていなかった。しかし、同時に、刑事施設収容者が実際に選挙で投票するための制度に関する法整備もなされていなかった。そこで、刑事施設に収容されていた受刑者と未決勾留者が、選挙管理委員会を被告として自分たちも選挙において投票できることの確認を求めるといふ訴えを提起した。本件では、立法府は刑事施設収容者の選挙権を積極的に否定していたわけではなく、専ら行政における収容施設内の選挙におけるロジスティクスの・財政的・管理的困難性、すなわち、事務的支障論の是非が争点となった。トランスヴァール高等裁判所は、刑事施設内での選挙に技術的財政的困難が伴うことを前提に、有権者に便宜を図る特別措置は、自ら苦境を招いたわけではない有権者のために留保されるべきであると論じ、訴えを棄却した⁽¹¹⁵⁾。

しかし、1999年、憲法裁判所は高等裁判所の判断を覆す判決を下す。いわゆるAugust判決である。法廷意見を執筆したサックス（Albie Sachs）裁判官は、判決の冒頭で、Sauvé II判決においても引用された次のような言説を発した。

「選挙人資格の普遍性は、国家と民主主義にとってのみ重要なのではない。全ての市民一人一人がもつ選挙権は、尊厳と人間性の証なのである。それは、まさに文字通り、全ての人の票をカウントすることは、全ての人を重要なものとして扱うことと表裏一体であることを意味する（Quite literally, it says that everybody counts.）。それは、富と権力において大きな格差が存在するこの国において、その者は誰であるか、豊かであるか貧しいか、栄光を手にした者か汚名を背負った者かにかかわらず、我々は全て同じ民主的な南アフリカという国に所属しているということを宣言するものであ

(115) *August v. Electoral Commission* 1999 (4) BCLR 363 (CC) (S. Afr.), ¶ 8.

る。私たちの運命は、一つの政治体制の中で絡み合っている。権利は正当な理由なく制限されてはならず、選挙権を扱う立法は、選挙権の剥奪よりも、選挙権の付与に有利に解釈されなければならない。⁽¹¹⁶⁾」]

ここでは、選挙人資格が人間の尊厳と結び付いていること、それ故に、選挙権の剥奪よりも選挙権の付与に有利なように解釈しなければならないとする立場が鮮明に示されている。サックス裁判官は、そのような立場を示したうえで、投票所を施設内に設けるなど、収容者の投票を実現できる実務的手段は様々にあることを指摘し、収容者の投票に実務的困難があるとする主張を否定した。⁽¹¹⁷⁾そして、議会は、沈黙によって収容者の選挙権を奪うことはできないこと、議会が沈黙するなかで選挙管理委員会が負う義務は選挙人を決めるのではなく、投票方法を定めることにあること、裁判所の職務は、基本的権利と民主的過程の保護にあることを確認したうえで、⁽¹¹⁸⁾全ての収容者は原則として投票する資格があり、選挙管理委員会は、適切な方法で投票が行えるよう手配しなければならないと⁽¹¹⁹⁾した。

なお、南アフリカ憲法は、憲法上の権利を絶対的な権利とは位置付けておらず、36条において包括的権利制限規定を置いており、選挙管理委員会は同条に基づき選挙権に対する制限の正当化を試みていた。⁽¹²⁰⁾しかし、サックス裁判官は、36条は制定された法律がある場合に適用される条文であり、本件ではそのような法律がないことから、同条は援用できないとした。⁽¹²¹⁾ただ、逆にいえば、このAugust判決は、あくまで立法が沈黙するなかで、行政段階での運用上財政上の困難性の有無を判断したに過ぎない。サックス裁判官は、わざわざ「この

(116) *Id.* ¶ 17. (Sachs J.)

(117) *Id.* ¶ 28.

(118) *Id.* ¶ 33.

(119) *Id.* ¶ ¶ 37-42.

(120) S. Afr. Const., 1996, § 36. 同条の解釈については、Stu Woolman & Henk Botha, *Limitations*, in Woolman & Bishop, *supra* note 112, Ch. 34 を参照。

(121) *August*, *supra* note 115, ¶ ¶ 22-23.

判決は、「議会が特定の収容者に限って選挙人資格を剥奪することまで禁止するものと読まれるべきではない」との留保を残している⁽¹²²⁾。実際、2003年に選挙法が改正され、刑事施設に収容される者のうち、未決勾留者と罰金刑が選択可能であったが支払いができなかったことにより収容された受刑者は投票できるようになったが、罰金刑が選択できない拘禁刑の処罰を受けた受刑者は選挙人名簿に登録できないこととなった。

(2) NICRO 判決

2003年の選挙法改正は、同年12月に施行されたが、これにより、該当する受刑者は、2004年4月に予定されていた国民議会の総選挙に参加できなくなった。そこで国立犯罪防止・犯罪者社会復帰機構（NICRO）が受刑者と共に改正選挙法が違憲であることの宣言判決を求める訴訟を提起した。

この訴訟を受け、憲法裁判所は、2004年、NICRO判決として知られる判断を下す⁽¹²³⁾。NICRO判決の法廷意見を書いたのは、南アフリカの初代憲法裁判所長官であるチャスカルソン（Arthur Chaskalson）長官であった。NICRO判決は、次のような三つの点においてAugust判決の事案とは区別される。第一に、立法府が沈黙していたAugust判決の事案とは異なり、NICRO判決の事案では立法府が選挙人資格を制限する立法を制定していた。そのため憲法36条の包括的権利制限規定の解釈適用が正面から論点となった。第二に、本件でも主要な争点は選挙の運用上財政上の困難性の有無であったが、政府は市民的責任強化論の視点も踏まえた主張を行っていた。第三に、NICRO判決は、Sauvé II判決の後に出されたということである。1999年のAugust判決は、カナダにおける2002年のSauvé II判決において参照されたが、今度は、2004年のNICRO判決では南アフリカの憲法裁判所がSauvé II判決を参照することになった。NICRO判決は法域を超えた憲法判例の展開の典型事例としても重要な判決と言える。

(122) *Id.* ¶ 31.

(123) *Minister for Home Affairs v Nat'l Inst. for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (NICRO)* 2004 (5) BCLR 445 (CC) (S. Aft.).

判例の争点となった憲法36条であるが、包括的権利制限規定が置かれること自体は比較憲法上必ずしも珍しいものではない。日本国憲法も、13条が包括的権利制限規定として機能している。しかし、36条は、その具体性において注目すべき特徴を有している。同条は、憲法上の諸権利に対する制限は、「人間の尊厳、平等、自由を基礎を置いた開かれた民主的社會において合理性と正当性を有する限度」にのみ許されるとし、その限度を判断する要素として、①権利の性質、②制限の目的の重要性、③制限の性質と程度、④制限とその目的の関係、⑤より制限的でない手段という5つの考慮要素を挙げている。これらの考慮要素は、ドイツやカナダで発展した比例原則を想起させるものである。ただ、南アフリカの憲法裁判所は、ドイツやカナダのように段階的・機械的な比例原則を採用しているわけではなく、むしろ、条文が示すように、手段と目的との関係や手段の代替性といった要素をそれぞれ考慮要素として用いている⁽¹²⁴⁾。

NICRO 判決におけるチャスカルソン長官も、「制限の分析において究極的に含まれるのは、手段と目的のバランスである。これには関連するすべての考慮要素の分析が必要である」として、総合衡量によって36条による正当化の分析がなされるべきことをまず指摘している⁽¹²⁵⁾。ただ、チャスカルソン長官が強調したのはそのような総合衡量が行えるよう裁判所に対して十分な資料が提供されるべきであるということであった⁽¹²⁶⁾。チャスカルソン長官は、憲法上の権利に対する制限を正当化しようとする側がそのような資料を提供する必要があり、「情報提供の失敗や制限の理由についての説明不足は、正当性の主張にとって致命傷 (fatal) となり得る」と論じた⁽¹²⁷⁾。

このようなチャスカルソン長官の姿勢は、カナダの *Sauvé I* 判決と *Sauvé II* 判決、とりわけ、*Sauvé II* 判決のマクラクリン長官の象徴的論証排除の法理からの影響が強く見られる。チャスカルソン長官の具体的論証も、政府の論拠につ

(124) Stu Woolman & Henk Botha, *supra* note 112, at Ch. 34 93–94.

(125) *NICRO*, *supra* note 123, ¶ 37. (Chaskalson C.J.).

(126) *Id.*

(127) *Id.* ¶ 36.

いて矛盾や対立する議論を提示し、それを論駁するだけの十分な論証がなされていないという流れとなっている。

政府側の主張は、次のように要約できる。①身体の障碍など、様々な正当な理由によって投票所まで行くことが出来ない人々がいる⁽¹²⁸⁾。②しかし、政府は、投票所以外での特別な投票が認められる人の範囲を、財政上の理由によって限定せざるを得なかった⁽¹²⁹⁾。③政府は、国家の乏しい財源は、公正な裁判の結果、有罪判決を受けた受刑者ではなく、正当な理由によって投票所で投票できない人々のために使用されるべきという観点から、罰金刑の選択が与えられなかった受刑者の投票資格を認めなかった⁽¹³⁰⁾。④逆に、受刑者に対して投票を認めながら、正当な理由によって投票所に行けない者に投票を認めないことは不公正である⁽¹³¹⁾。⑤南アフリカでは、高い犯罪率に対して人々の反感がある。そのような状況において、政府が、正当な理由で投票所に行くことができない人に投票をさせず、受刑者に選挙権を与えた場合、「政府は犯罪に対して甘い」(the government is soft on crime)⁽¹³²⁾ という誤ったメッセージを送ることになる。このような政府の主張は、南アフリカの厳しい財政事情と高い犯罪率という特殊事情を加味することで、従前の事務的支障論を補強し、さらに市民的責任強化論にも触れるものとなっていた。

これに対し、チャスカソン長官は、まず、未決勾留者や罰金を支払えなかった受刑者のために刑事施設に移動式投票所が設置される見込みであるところ、罰金刑のない受刑者にもこの移動式投票所への投票を追加的に認めることによって、選挙管理委員会が「過度の負担」(undue burden)をさらに負うことになることを示唆する証拠はなく、政府も、費用の見積もり等の情報すら提

(128) *Id.* ¶ 39.

(129) *Id.* ¶ ¶ 40-41.

(130) *Id.* ¶ ¶ 43-44.

(131) *Id.* ¶ 45.

(132) *Id.* ¶ 46.

供していないとした⁽¹³³⁾。政府は、受刑者に向けられる資源を他の有権者に向けるべきだと主張していたが、そもそも受刑者に追加的に配分される資源とはいかなるものか具体的な論拠はなかった。チャスカルソン長官は、そのような情報不足により、事務的支障論については比例原則（総合衡量）に基づく分析も必要ないとしている⁽¹³⁴⁾。また、正当な理由により投票所に行くことができない人と受刑者の間に取り扱いについての不正が生じるという主張についても、受刑者は国家による措置によって投票が妨げられる一方、投票所に行くことができない人は国家によって投票が妨害されているわけではないとし、容易に比較できず、特別なカテゴリーの人への配慮は、それぞれごとに合理性を考える必要があるとした⁽¹³⁵⁾。

次に、受刑者からの選挙権剥奪は、「政府は犯罪に対して甘い」という誤ったメッセージを伝達することになるという主張に対しては、まず、チャスカルソン長官は、政府は、実際には、犯罪対策として様々な厳格な措置を講じてきたことを指摘したうえで、犯罪に対する政府の真実の姿勢に対する公衆の誤解を正すために、貴重な権利である選挙権を剥奪することは認められないとした⁽¹³⁶⁾。しかし、チャスカルソン長官は、上記の主張は、より積極的に、市民の権利は市民としての義務や責任と関連していることを広く伝達するという目的として捉えるならば、それは、正当な目的となり得るとした。

もっとも、このような市民的責任強化論については、既にカナダにおいてその妥当性が検討され、否定されていた。チャスカルソン長官は、ここで *Sauvé I* 判決と *Sauvé II* 判決を引用したうえで、それらの判決はいずれも説得力があると⁽¹³⁷⁾とした。とりわけ、マクラクリン長官の正当化が立証可能であるためには、目的が正確かつ明確に定義される必要があるという言説への賛同の意を示し、

(133) *Id.* ¶ 49.

(134) *Id.* ¶ 51.

(135) *Id.* ¶ 53.

(136) *Id.* ¶ ¶ 55-56.

(137) *Id.* ¶ ¶ 58-66.

「政府が市民の特定のグループから選挙権を剥奪しようとし、しかも、その剥奪の目的が自明でないという本件のような事案の場合、選挙権剥奪によって実現しようとする目的が何なのか政府は裁判所に十分な情報を提供する必要がある」とした⁽¹³⁸⁾。そして、**Sauvé II** 判決では市民的責任強化論に関する主張が政府側から主論点としてなされ、さらに、その主張を支える証拠も提出されていたのに対し、本件では、市民的責任強化論は、傍論的にしか主張されていなかったことを指摘した⁽¹³⁹⁾。すなわち、市民的責任強化論に基づき選挙権剥奪を肯定しようとするれば、当該論拠に基づく正当化を否定した **Sauvé II** 判決の論理を覆すだけの具体的で説得力のある理由や証拠が必要であるが、当該事件においては、**Sauvé II** 以上に十分な理由や証拠が提示されていなかったことになる。そうすると、**Sauvé II** 判決の立場に従う限り、市民的責任強化論に基づく主張は当然排斥せざるを得ないということになる。さらに、チャスカルソン長官は、資格剥奪の対象が罰金刑の選択が与えられなかった全ての受刑者に一律に及んでいるという点において、**Sauvé I** 判決の事案との類似性を指摘し、そのうえで「我々は、量刑が短くなる犯罪はいかなる種類のものか、いかなる者が拘禁刑を受けるのか、相対的に軽微な違反行為故に選挙権を失う者はどれほどいるのか」ということについてもいかなる情報を持っていないとして、政府による情報提供の過少を糾弾した⁽¹⁴⁰⁾。

チャスカルソン長官は結論として選挙法の規定を違憲無効としたうえで、選挙管理委員会に2004年4月に予定されている選挙において、全ての受刑者を選挙人名簿に登録しなければならないとした。

NICRO 判決は、**Sauvé II** と同様に、受刑者からの選挙権剥奪について、具体的な論拠の提示を政府に対して求め、それが無いことをもって、受刑者からの選挙権剥奪を違憲としたものである。**NICRO** 判決自体の判決理由は非常に簡潔なものになったものの、逆に言えば、具体性のない主張を行った政府はそれ

(138) *Id.* ¶ 65.

(139) *Id.* ¶ 67.

(140) *Id.*

だけで敗訴するという、Sauvé II 判決の流れを汲んだ象徴的論証排除の法理の一つの帰結であったとも言える。

第4節 欧州人権裁判所

欧州地域においては、欧州人権裁判所が受刑者の選挙権問題について重要な判断を行っている。⁽¹⁴¹⁾ 欧州人権裁判所は、欧州評議会の機関の一つである。⁽¹⁴²⁾ 欧州評議会は、第二次世界大戦後、イギリス主導のもと1949年のロンドン条約に基づき設立された国際機関である。⁽¹⁴³⁾ 欧州評議会は、フランスや西ドイツなどの大陸欧州諸国の主導によって、EEC、EC、EUと発展してきた欧州連合とは関係は深いものの別系統の機関である。欧州連合は、西欧諸国が中心であるが、欧州評議会には、トルコやアゼルバイジャンのような欧州連合には加盟していない国々も参加している。⁽¹⁴⁴⁾ ウクライナ侵攻により2022年に除名されるまでロシ

-
- (141) 欧州人権裁判所に関する受刑者選挙権問題の展開については、複数の研究がある。英語のものとして、Ed Bates, *Analysing the Prisoner Voting Saga and the British Challenge to Strasbourg*, 14 HUM RTS L. REV. 503 (2014) ; Alessandra Osti, *Prisoners' Voting Rights and the Long-Lasting Political Resistance to the Implementation of European Court of Human Rights' Judgment*, in THE RIGHT TO POLITICAL PARTICIPATION: A STUDY OF THE JUDGMENTS OF THE EUROPEAN AND INTER-AMERICAN COURTS OF HUMAN RIGHTS 233 (Gabriella Citroni, Irene Spigno & Palmina Tanzarella eds., Routledge 2022). 邦語のものとして、北村泰三「重層的人権保障システムにおける受刑者の選挙権—欧州人権裁判所の判例を中心に」法時83巻3号40頁(2011年)、河合正雄「受刑者の選挙権保障—2000年代のイギリスの動向を題材として—」早稲田法学会誌62巻2号45頁(2012年)、三宅孝之「イギリスにおける受刑者の選挙権：ヨーロッパ人権裁判所判決と改正法案」島大法学58巻4号67頁(2015年)など。
- (142) 欧州人権裁判所の邦語の判例集として、戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅰ』(信山社、2019年)、小畑郁ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例Ⅱ』(信山社、2019年)。
- (143) 欧州評議会について邦語の入門書として、齋藤千紘・小島秀亮『〈人権の守護者〉欧州評議会入門』(信山社、2022年)。
- (144) 日本も1996年からオブザーバーとして欧州評議会と関係を築いている。

アも加盟国であった（現在の加盟国は46か国）。

欧州評議会は、設立直後から欧州人権条約の起草に着手し、同条約の原条約は、1950年に調印、1953年に発効している。欧州人権条約は、原条約に漸次的に追加議定書を加えていくことで、保障内容を発展充実化させている。欧州評議会の全ての加盟国が、欧州人権条約の締約国であり、欧州人権裁判所は、加盟国による欧州人権条約の履行を確保するために設立された。欧州人権条約の締約国によって権利が侵害されたとする個人は、外国人も含めて、欧州人権裁判所への申立権が認められている。欧州人権裁判所の裁判官は、締約国から一人ずつ任命されており、7人で構成される小法廷と17人で構成される大法廷からなる。締約国は、欧州人権裁判所の確定判決に従う義務を負い、欧州評議会の閣僚委員会が、その義務履行を監視することになっている。

欧州人権裁判所による審査の基本は比例原則である。ただ、欧州人権裁判所は、比例原則審査を判断代替的に行うのではなく、各国の判断に裁量の余地を認め、その判断に敬讓する「評価の余地の法理」(the margin of appreciation doctrine) ⁽¹⁴⁵⁾を採用している。評価の余地の法理は、条約それ自体に規定されているわけではなく、欧州人権裁判所の判例法理である。同法理に基づく敬讓の程度は、事案ごとに異なる。

欧州人権裁判所が受刑者の選挙権剥奪の条約適合性について判断したのが、2005年の *Hirst* 判決 ⁽¹⁴⁶⁾である。ジョン・ハーストは、過失致死罪により終身刑を

(145) 評価の余地の法理については、江島晶子「ヨーロッパ人権裁判所における『評価の余地』理論の新たな展開」明治大学大学院紀要29巻55頁(1992年)、ANDREW LEGG, *THE MARGIN OF APPRECIATION IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: DEFERENCE AND PROPORTIONALITY* (Oxford University Press 2012)などを参照。

(146) *Hirst v. United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, 42 Eur. Ct. H.R. 41 (2006). 同判決については、William Ashby Powers, *Hirst v. United Kingdom (NO. 2) : A First Look at Prisoner Disenfranchisement by the European Court of Human Rights*, 21 Conn. J. Int'l L. 243 (2006)、北村泰三「受刑者の選挙権—ハースト(第2)判決」小畑郁ほか編・前掲注142)判例III131頁。

言い渡されたイギリス国民の受刑者である⁽¹⁴⁷⁾。イギリスの選挙法である 1983 年国民代表法は、有罪判決を受けた者は、刑の執行のために刑事施設に拘禁されている間、いかなる議会選挙や地方選挙においても投票することができないと規定していた。ハーストはこの規定が欧州人権条約に違反するとして欧州人権裁判所に申立を行った。まず、欧州人権裁判所の小法廷がハーストの主張通り条約違反を認定した⁽¹⁴⁸⁾。それを受けて、イギリス政府が大法廷に上訴をした。大法廷の法廷意見は、イギリスの 1983 年国民代表法の条約違反を認定した。

欧州人権条約のなかで、選挙権に関する規定は、原条約にはなく、1952年に追加された第1議定書3条に置かれている。もっとも、同条は、⁽¹⁴⁹⁾「締約国は、立法機関の選出にあたって人民の自由な意見表明を確保する条件のもとで、合理的な間隔で、秘密投票による自由選挙を行うことを約束する」と規定しており、必ずしも個人の権利としての選挙権を明文で定めていたわけではなかった⁽¹⁵⁰⁾。ハーストの主張は、この第1議定書3条違反の主張であったが、同条がそもそも個人の権利としての選挙権を保障しているのか、それとも同上は締約国に義務を課したものに留まるのかが最初の論点となった。

この最初の論点について、Hirst 判決の法廷意見は、第1議定書3条が、特定の権利や自由を規定するのではなく、むしろ選挙に関する締約国の義務を定める文言になっていることは認めつつも、同条は、「選挙権と被選挙権を含む個人の権利を保障した」⁽¹⁵¹⁾ものであると解釈した。しかし、法廷意見は、その権利は、絶対的なものではなく、「黙示の制約」(implied limitations) が存在し、締

(147) *Hirst (No. 2)*, *supra* note 146, ¶ 12.

(148) *Hirst v. United Kingdom (No. 2)*, App. No. 74025/01, 38 Eur. H.R. Rep. 40 (2004).

(149) Prot. 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms art. 3.

(150) 欧州人権条約の邦訳は、欧州人権裁判所の公式ウェブサイトが掲載している日本語訳(ただし、公式の文書は、英語とフランス語のみ)に従う(<https://www.echr.coe.int/european-convention-on-human-rights>、2025年4月1日最終閲覧)。

(151) *Hirst (No. 2)*, *supra* note 146, ¶ ¶ 56-57.

約国には評価の余地が認められるとした。すなわち、まず、選挙権について一定の制約も許容され、さらに、その制約の条約適合性の判断においては、評価の余地の法理の適用があることになる。

選挙権について評価の余地をどの程度認めるかは難しいところがある。評価の余地の法理の論拠を民主的判断の尊重に求めるならば、民主的判断の基礎となる選挙権については評価の余地を狭めるということもあり得る議論である。しかし、Hirst 判決の法廷意見は、「この分野における評価の余地は広い」ということを確認した。⁽¹⁵²⁾ その理由として、「選挙制度を組織し運営する方法には数多くの形態があり、特に欧州内では、歴史的発展、文化的多様性、政治思想において多くの相違点が存在する。そして、それらの相違をどのように自国の民主的ビジョンへと醸成していくかは、各締約国に委ねられている」ということを挙げている。⁽¹⁵³⁾ すなわち、民主主義の具体的な制度設計については各国の特殊事情を踏まえる必要があるということが選挙権について広い評価の余地を認める根拠となっている。純粹に評価の余地の理論的根拠を民主主義に求めた場合には、このような立論をそのまま支持することは難しいものの、欧州人権条約の締約国には、何百年にも渡る議会制民主主義の歴史を持つ国もあれば、1990年代以降に初めて民主化した東欧諸国などの国もある。それらの多様な歴史と政治的背景を持つ締約国に、司法機関が一律の基準を定めることは実効的ではない。選挙権の問題への評価の余地の法理の適用は、国際裁判機関特有の事情も踏まえた場合にはやむを得ない側面があると考ええる。

もっとも、このような広範な評価の余地は、必ずしも司法審査からの免除を意味するものではなく、法廷意見は、第1議定書3条違反の有無を最終的に決定するのは欧州人権裁判所であり、選挙権に対する制限は、正当な目的を追求するものでなければならず、かつその手段は比例的でなければならないとした。⁽¹⁵⁴⁾ ただ、目的審査と手段審査の双方において敬讓的な判断がなされている。

(152) *Id.* ¶ 61.

(153) *Id.*

(154) *Id.* ¶ 62.

まず、目的の正当性について、法廷意見は、第1議定書3条が、制限が追究すべき目的を特定したり、限定したりはしていないことを指摘し、同条は、多岐に渡る目的を許容していると論じた。⁽¹⁵⁵⁾そして、法廷意見は、イギリス政府が、犯罪の抑止と市民的責任の強化を選挙権剥奪の目的として挙げていることを指摘したうえで、それらの目的について、裁判所が目的達成の有効性について疑問があるとしても、その目的を支持できないとして排除することはないと⁽¹⁵⁶⁾した。Sauvé II判決においてマクラクリン長官は、市民的責任強化論について、目的の抽象性を批判し、その有効性に具体的論拠を求めたが、欧州人権裁判所はマクラクリン長官のように具体的な論拠を求めている。それがまさに評価の余地の法理ということになる。

そこで、法廷意見は、手段の比例性の審査に移行する。もっとも、この手段審査は、カナダ最高裁やドイツ憲法裁判所でなされている①目的と手段の合理的関連性、②手段の最小限度性、③狭義の比例性のように分節化された段階的審査ではなく、むしろ、南アフリカ憲法裁判所の実践に近い総合衡量的な審査を前提に、イギリス政府の主張に合理性があるか否かを検討することで結論を出そうとするものであった。

まず、イギリス政府は、受刑者からの選挙権剥奪が比例的であることの論拠として、イギリス法のもとで、選挙権が剥奪されている受刑者は48000人ほどで特に重大な犯罪に限定されていること、未決勾留者・法廷侮辱罪・罰金不払いの理由によって刑事施設に収容されている者は剥奪の対象にはなっていないことを挙げている。⁽¹⁵⁷⁾しかし、法廷意見は、48000人という数字は無視できる程には小さいものではないと指摘したうえで、1日の拘禁刑から終身刑まで、すなわち、実際には軽微な犯罪から重大な犯罪までが対象になっていること、さらに、個々の事件の事実を踏まえて裁判所が選挙権剥奪を行っているわけでもな

(155) *Id.* ¶ 74.

(156) *Id.* ¶ 75.

(157) *Id.* ¶ 77.

いことを指摘し、個別事案と選挙権剥奪の間に直接的な関係はないとした⁽¹⁵⁸⁾。法廷意見は、刑事施設に収容されている者に限定されているとの主張だけでは、選挙権剥奪の対象が比例性のある範囲に絞り込まれていることの論証にはならないとしたものと言える。

ただ、イギリス政府は、評価の余地の法理を持ち出し、「立法府と国内裁判所が既に問題を検討しており、そして、締約国間に明確なコンセンサスがない場合には、懲役に値するほど重大な行為を行った全ての者から一律に選挙権を剥奪することも可能なアプローチの範囲内である」としていた⁽¹⁵⁹⁾。法廷意見は、この主張に対し、イギリス政府は議会や国内裁判所が採用した立場を欧州人権裁判所は尊重せよと言うが、そもそも、「議会がこれまで競合する利益の衡量や一律剥奪の比例性の評価を試みた証拠はない」とした⁽¹⁶⁰⁾。さらに、受刑者からの一律剥奪の制度の継続性それ自体がその制度の必要性に対する議会の黙示的肯定となり得るとする考え方に対しては、「現代の刑事政策と人権基準に照らして、一律剥奪を維持し得る正当性について議員間で実質的な議論がなされた形跡はない」と指摘した⁽¹⁶¹⁾。すなわち、法廷意見は、欧州人権裁判所が、締約国の判断に敬譲するといっても、その前提として締約国内で十分な議論があったことが必要であり、しかも、その議論は、現代における刑事政策・人権基準に沿って、継続的に行う必要があるとしたものと言える。司法による敬譲の前提としての継続的熟議の存在という考え方は、法理的発展という観点から *Hirst* 判決のなかでも最も重要かつ示唆的な部分である。

さらに、法廷意見は、締約国間に明確なコンセンサスがないという主張に対しては、イギリスと同様に一律剥奪の制度を採用している国もあることは認めつつも、そのような国は広範に及んでいるわけではないとした⁽¹⁶²⁾。法廷意見は、

(158) *Id.*

(159) *Id.* ¶ 78.

(160) *Id.* ¶ 79.

(161) *Id.*

(162) *Id.* ¶ 81.

この問題について、欧州共通のアプローチが形成されていなかったとしても、そのこと自体が条約違反の有無を判断するにあたって決定的要素となるわけではないと述べた。⁽¹⁶³⁾ Hirst 判決当時の状況においては、43 か国の締約国のうち全ての受刑者に投票を認めている国は18か国、一部の受刑者にのみ認めている国は12か国、イギリスと同様に全ての受刑者の投票を禁止している国は、13か国となっていた。法廷意見ではその点が明示的に指摘されているわけではないが、一律剥奪の国は、イギリス、アイルランド、ベルギーを除いて、ロシアやハンガリーのように近年民主化したばかりの東欧諸国が中心であった。法廷意見の行間からは、これらの新興民主主義の国の実情に合わせて民主主義の制度の構築については締約国の裁量を認める必要がある一方で、それによって欧州における民主主義の理想自体が完全に後退することは避ける必要があるという考慮が読み取れる。

法廷意見は、評価の余地は広いものの、全てに網羅的に評価の余地が及ぶわけではないとした。⁽¹⁶⁴⁾ そして、法廷意見は、刑期の長さ、犯罪の性質や重大性、個人的状況とは無関係に、極めて重要な憲章上の権利に対して、「一律的、自動的、無差別な制限」(a general, automatic and indiscriminate restriction) を課すことは、許容される評価の余地の範囲を超えると見て、第1議定書3条違反を認定した。⁽¹⁶⁵⁾

イギリスは、欧州人権裁判所の判断に従い、受刑者から一律に選挙権を剥奪している1983年国民代表法を改正する条約上の義務を負うことになった。しかし、その法改正は、遅々として進まなかった。その結果、Hirst 判決後も、受刑者は選挙権が剥奪され続けていた。そのため、欧州人権裁判所には、イギリスからの約2000にも及ぶ大量の申立が継続することになった。そこで、欧州人権裁判所は、2010年11月に、イギリスが、Hirst 判決に従っていないことを確認したうえで、6ヶ月以内に1983年国民代表法等の国内法を改正する法案の作

(163) *Id.*

(164) *Id.* ¶ 82.

(165) *Id.*

成を義務付ける判決をおこなった（*Greens and M.T. v. United Kingdom* 判決⁽¹⁶⁶⁾）。*Greens and M.T.*判決を受けて、保守党と自由民主党の連立であった当時のキャメロン内閣は、4年以下の拘禁刑の受刑者に選挙権を認める改正法案を議会に提出した。しかし、同法案は、2011年2月10日に、庶民院において、234対22で否決されてしまった。

法改正を要求する欧州人権裁判所に対し、イギリス国内から強い反発があるなかで、欧州人権裁判所の態度も軟化していった。欧州人権裁判所は、一律剥奪の制度は条約違反であるという立場は堅持しつつも、逆に一律剥奪の制度でなければ評価の余地として許容されるという立場を明確にするようになったのである。それが、2011年の *Scoppola v. Italy* 判決である⁽¹⁶⁷⁾。*Scoppola*判決で問題となったイタリアの制度は、3年以上の拘禁刑の処罰を受けた者について5年間投票を認めず、5年以上の拘禁刑の処罰を受けた者については、終身で投票を認めていなかった。しかし、欧州人権裁判所は、大法廷において判断を行い、イタリアにおける選挙権剥奪は、個別事情に対応した剥奪の適用に配慮し、剥奪の範囲が特に重大な犯罪に限定されていること、イタリアでは犯罪者が一貫して善良な行為をし続けた場合には刑事的效果を終了させる社会復帰（*rehabilitation*）の制度があり、終身剥奪の者も実際には権利の回復が可能であるなどの諸点を指摘し、*Hirst*判決が条約違反とした一律的・自動的・無差別的な選挙権剥奪には該当せず、イタリアは評価の余地を逸脱していないと結論付けた⁽¹⁶⁸⁾。

なお、*Hirst*判決は、独立した裁判所が、弾劾主義のもとで、個別事情も踏まえながら判断することは恣意的判断からの強力な防衛策になると述べ、司法による個別判断を通じた選挙権剥奪の制度は、個別事案の事情が選挙権剥奪に反

(166) *Greens and M.T. v. United Kingdom*, App. Nos 60041/08 and 60054/08, 53 Eur. H.R. Rep 21 (2011). この判決は、大量の申立が提起された場合において、代表的な事件を選び最終的な判断をすることで、その他の申立の取り下げを促すいわゆるパイロット判決として知られている。

(167) *Scoppola v. Italy* (No. 3), App. No. 126/05, Eur. Ct. H.R. 14 (2012).

(168) *Id.* ¶¶ 106-109.

映されることを担保するという観点から、制限の比例性を肯定するうえで積極的な要素になり得ることを示唆していた⁽¹⁶⁹⁾。小法廷のなかには、この言説を敷衍し、裁判所が個別事情に基づき選挙権剥奪の判断を行うことは、「必須の要素」(essential element)であるとまで述べたものがあった⁽¹⁷⁰⁾。しかし、Scoppola判決は、比例性の判断を決定づける特別の要素があることに大法廷は言及したことはなく、裁判所の介入がなくとも、剥奪の条件を法律によって詳細に規定するなどして比例性を実現することは可能であるとした⁽¹⁷¹⁾。

Hirst判決以後、各国の受刑者が選挙権剥奪の制度の条約適合性を争い、欧州人権裁判所では、膨大な数の判例が積み重なっていった⁽¹⁷²⁾。そのなかで一貫していたのは、「刑期の長さ、犯罪の性質や重大性、および個人の状況に関係なく、懲役刑に服しているという理由のみによって、一律的、自動的、無差別に、ある集団に属する者の選挙権を剥奪する場合には、条約違反となる」という原則であった⁽¹⁷³⁾。このようないわば一律剥奪禁止の法理が欧州人権裁判所の重要な判例法理となったと言っていだろう。

欧州人権裁判所が打ち出した一律剥奪禁止の法理は、条約締約国の実践において大きな影響力があった。上記の2011年のScoppola判決の時点において、43か国の締約国中、受刑者から一切選挙権剥奪をしない国は19か国、一部の受刑者についてのみ剥奪する国は16か国、全ての受刑者について剥奪する国は7か国となり、一律剥奪の制度をする国は、2005年のHirst判決から確実に減少していた(13か国から7か国へ)⁽¹⁷⁴⁾。その7か国は、アルメニア、ブルガリア、エストニア、グルジア、ハンガリー、ロシア、イギリスであり、イギリス以外は、全

(169) *Hirst (No. 2)*, *supra* note 146, ¶ 71.

(170) *Frodl v. Austria*, App. No. 20201/04, Eur. H.R. Rep. (2010) ¶ 34.

(171) *Scoppola (No. 3)*, *supra* note 167, ¶ ¶ 98–99. ただし、選挙権剥奪の関する裁判所の個別介入は選挙権剥奪の比例性の担保となる可能性が高いことは認めている。

(172) 関連判例のリストについては、Osti, *supra* note 141, at 235を参照。

(173) *See, Kulinski and Sabev v. Bulgaria*, App. No. 63849/09, Eur. Ct. H.R. (2016) ¶ 32.

(174) *Scoppola (No. 3)*, *supra* note 167, ¶ ¶ 45–47.

て旧共産圏の国となっている⁽¹⁷⁵⁾。

ただ、それでもなお、イギリスにおける法改正は進んでいなかった。そのなかで、イギリス政府は、法改正による対応を諦め、行政的対応によって *Hirst* 判決への遵守を示す方針を採用した。2017年11月、イギリス政府は、行政指針の変更により、刑期満了前の仮釈放中の者や外出が制限された自宅拘禁者にも投票を認めることを発表したのである。この行政指針の変更によって新たに選挙権が認められるようになった受刑者は限定されている。しかし、条約の義務履行の監視を担う欧州評議会閣僚委員会は、イギリス政府の行政指針の変更により、受刑者からの一律剥奪はもはや行われなくなり、また、この分野での評価の余地は広いと分析し、イギリスの行政指針変更が、*Hirst* 判決の履行として適切な対応であるとした。この閣僚委員会の判断により、受刑者をめぐる条約上の問題は終結することになった⁽¹⁷⁶⁾。イギリス政府の対応により一律剥奪の制度は僅かながら修正されたものの、ほぼ維持されたに等しい。ただ、2016年6月23日の国民投票によってイギリスの欧州連合離脱（Brexit）が決定的になるなかで、政治的には避けられない対応であったとも言える。

なお、*Hirst* 判決は、評価の余地の法理の適用の前提として国内で継続的に熟議がなされていることを求めていた。このように判断要素に熟議の有無を取り込むことで、暗に熟議がなされることによって、選挙権剥奪の対象となる受刑者の実質的な絞り込みがなされることを期待していた可能性もある。しかし、熟議がなされてもなお、イギリスのように広範な範囲の選挙権剥奪を継続させる場合もあり、熟議の要求だけでは限界があることは否定できない。

(175) ドイツは、附加刑として、法定で定められた犯罪に限定して、裁判所の個別の判断により2年から5年の間、投票権を剥奪することを認める規定を刑法典に設けている（§ 45 (5) *Strafgesetzbuch* [StGB] [Criminal Code]）。*See also, Nora V. Demleitner, CONTINUING PAYMENT ON ONE'S DEBT TO SOCIETY: THE GERMAN MODEL OF FELON DISENFRANCHISEMENT AS AN ALTERNATIVE*, 84 *MINN. L. REV.* 753 (2000).

(176) Council of Europe, Committee of Ministers 1302nd meeting, 5-6 December 2017, at 171-173.

第5節 オーストラリア

他の旧イギリス植民地国と同様、オーストラリアにおいても受刑者の選挙権を剥奪する制度が古くからある。⁽¹⁷⁷⁾ 剥奪の対象となる刑期については変遷があったが、2004の法改正（2004年法）においては、3年以上の拘禁刑を受けた受刑者について選挙権が剥奪されていた。しかし、2006年の法改正（2006年法）により、全ての受刑者の選挙権が剥奪されることになった。その合憲性についてオーストラリアの最上級裁判所であるオーストラリア高等裁判所が判断を行ったのが、2007年のRoach判決である。⁽¹⁷⁸⁾

オーストラリア高等裁判所は、4対2の判断により、2006年法を違憲とした。2006年法を違憲とした多数派裁判官の意見は、グリーンソン（Murray Gleeson）長官の単独意見とガモウ（William Gummow）裁判官ら3人の共同意見に分かれる。法廷において相対的多数となったのはガモウ裁判官らの共同意見であるが、実質的にはグリーンソン長官の論理を補強するという部分も多く、ここではグリーンソン長官の意見を中心にしておく。

まず確認しておきたいことは、オーストラリア連邦憲法は、権利章典を持たず、専ら統治機構のみを定めているということである。⁽¹⁷⁹⁾ 7条が、連邦議会上院の議員について、「州の人民によって直接選挙」されるべきことを規定し、24条が、議会下院（代議院）の議員について「連邦の人民によって直接選挙」されるべきことを規定しているものの、それらの条文は、憲法上の権利として選挙

(177) オーストラリアにおける受刑者選挙権問題に関する邦語の研究として、倉田玲「自由刑と選挙権（上）（下）—オーストラリア選挙法の新局面」立命館法学2008年5・6号1577頁（2008年）、同2011年3号1238頁（2011年）。

(178) *Roach v. Electoral Commissioner* [2007] HCA 43 (26 September 2007).

(179) Commonwealth of Australia Constitution Act, 1900 (UK). オーストラリア憲法については、CHERYL SAUNDERS, *THE CONSTITUTION OF AUSTRALIA: A CONTEXTUAL ANALYSIS* (Hart Publishing 2010) ; *THE OXFORD HANDBOOK OF THE AUSTRALIAN CONSTITUTION* (Cheryl Saunders & Adrienne Stone ed., Oxford University Press 2018) を参照。

権について直接定めた規定ではない⁽¹⁸⁰⁾。グリーンソン長官は、オーストラリアにおいて成人普通選挙が実現したのも憲法上の権利があったからではなく、そのような立法措置があったからに過ぎないとした⁽¹⁸¹⁾。しかし、グリーンソン長官は、「7条と24条の文言が、立法史も含めた歴史的状況の変化により、選挙権の憲法的保障となったことを否定することはできない」と論じた⁽¹⁸²⁾。すなわち、当初は、統治に関する条項に過ぎなかったものが、歴史的発展を通じて実質的に人権条項的なものへと変質したと解釈したことになる。

グリーンソン長官は、選挙権の憲法的保障には例外が認められ、憲法は、その例外の性質と範囲を定める権限を議会に委ねているとする。しかし、代表制による統治における選挙権の重要性から「実質的な理由」(substantial reason)のない選挙権の剥奪は、憲法上許容されないと論じた⁽¹⁸³⁾。

受刑者を一律に選挙から排除する法制には実質的理由が存在するのか。グリーンソン長官は、まずそのような法制の目的に関して候補となり得るものを絞り込む。そこで、グリーンソン長官は、未決勾留者が郵便投票か移動投票所において投票していることを論拠として、収容中であることそれ自体は選挙からの排除の理由にならないとした⁽¹⁸⁴⁾。また、追加的な刑事罰としての正当化についても、州法違反の罪により拘禁刑を受けている者に対しても選挙からの排除が適用されることになることを取り上げ、州法違反の罪に連邦法が追加的に刑罰を科すことの憲法上の問題点を指摘している⁽¹⁸⁵⁾。結局、グリーンソン長官は、選挙権のような市民の権利の裏返しとして市民的責任を市民は負っており、その責任を果たさなかった者から市民的権利である選挙権を剥奪することで、市民的責任に対する認識を促進させるというのが選挙権剥奪の理論的根拠となり得ると

(180) *Id.* ss 7, 24.

(181) *Roach, supra* note 178, ¶ 7.

(182) *Id.*

(183) *Id.*

(184) *Id.* ¶ 10.

(185) *Id.*

した。グリーンソン長官は、市民的責任強化論を立法理由として位置付けたと言える。⁽¹⁸⁶⁾

市民的責任への認識の促進という立法目的のための受刑者選挙権の剥奪という論理はカナダの *Sauvé II* 判決において既に否定されている。しかし、グリーンソン長官は、*Sauvé II* 判決で採用されたような比例原則は、オーストラリアで通常採用されているものよりも厳格な審査であり、それを採用すると立法権と司法権との関係を大きく変えることになる⁽¹⁸⁷⁾と論じ、*Sauvé II* 判決よりも敬謙的な判断の必要性を主張した。

グリーンソン長官は、そのような敬謙的な判断手法を前提として、「重大な犯罪行為」(serious criminal offence) によって拘禁刑に処された者を共同体との結び付きが一時的に停止された者として扱うことは、市民的責任への認識を促進させるという論拠にも合致し、憲法とも矛盾しないとする⁽¹⁸⁸⁾。しかし、ここでグリーンソン長官が許容したのは、あくまで「重大な犯罪行為」に限定される。グリーンソン長官は、何が「重大な犯罪行為」であるかを決定するのは議会の役割であり、2006年法以前の3年以上の刑期によって重大犯罪を画することが有効であることはもちろん、それ以下の刑期に区切ることも無効であるとは言えないとした⁽¹⁸⁹⁾。しかし、グリーンソン長官は、6箇月以下の刑期となる短期拘禁刑の場合については重大な犯罪を区切る基準として妥当ではないと論じた。

グリーンソン長官によれば、刑期が1年以上の拘禁刑の場合には、拘禁刑に代替できる選択肢はない、すなわち、拘禁刑以外考えられないという判断が前提となって量刑が宣告されている可能性が高い⁽¹⁹⁰⁾。他方で、短期拘禁刑の場合には、罰金、奉仕活動、自宅拘禁、週末拘禁のような拘禁刑以外の選択肢があり得るなかで、そのような選択肢が実際上利用可能かどうかということが、拘禁刑を

(186) *Id.* ¶ 12.

(187) *Id.* ¶ 17.

(188) *Id.* ¶ 19.

(189) *Id.*

(190) *Id.* ¶ 21.

科す際において決定的な考慮要素になっていることをグリーンソン長官は指摘した。被告人が貧困状態にあたり、ホームレスであったり、精神的に不安定な状態にある場合には拘禁刑以外の刑罰を科すことが事実上困難である。その結果、そのような事情にある者は、理論的には拘禁刑以外の選択肢があり得ても、短期拘禁刑が選択されることになる。また、グリーンソン長官は、農村部においては拘禁刑以外の刑罰を科すために必要な施設や資源が限定されており、そのために拘禁刑が選択される可能性も指摘している。つまり、短期拘禁刑が科されるか否かは、単純に犯した犯罪が重大な犯罪であるか否かではなく、むしろ、貧困のような個人的事情や地理的事情に大きく左右されているというのが実情である。グリーンソン長官は、重大な犯罪を特定する方法としては、2006年法が採用した拘禁刑に処されているか否かという区分けは恣意的であると断じ、その有効性を否定した。⁽¹⁹¹⁾

グリーンソン長官の論理に従えば、刑期の長短に拠らず受刑者から一律に選挙権を剥奪する2006年法は違憲であるが、刑期3年以上の受刑者のみを対象とした2004年法は有効ということになり、法廷の結論も、その論理に従ったものとなっている。このような結論は、*Sauvé II*判決や*NICRO*判決と比較すると受刑者にとってより厳しい判断であり、水準としては*Hirst*判決と似たものになったと言える。ただ、このような結論は、オーストラリアについてはそもそも選挙権が実体的な権利として明文では保障されていないうえ、グリーンソン長官が述べたように基本的には敬讓的な審査が行われている司法的伝統に依拠したものである。むしろ、そのような敬讓的審査においても一律の選挙権剥奪が違憲とされたことの意義は大きい。

第6節 韓国

日本の隣国である韓国においても、受刑者の選挙権は憲法上重要な問題の一

(191) *Id.* ¶ 23-24.

つとなっていた。⁽¹⁹²⁾韓国では、1948年3月17日に軍政法令として制定された国会議員選挙法以来、禁錮刑以上の刑に処せられた者については、一律に執行猶予中の者も含めて選挙権を有しないとする規定が採用されており、その制度は、法令名が現在の名称となった公職選挙法18条1項2号においても維持されていた。

日本からの独立後の韓国では長らく権威主義体制が敷かれていたが、1987年の激しい民主化運動を経て成立したいわゆる第六共和国憲法（現在の韓国憲法）の制定によって民主化が実現した。韓国憲法は、最高裁判所とは別に、ドイツの連邦憲法裁判所をモデルに違憲審査権を集中的に有する憲法裁判所を設置した。韓国の憲法裁判所は、民主化後も残置した権威主義体制下の法制度の多くを違憲とする活発な活動をしており、民主化への体制移行を進めるうえで重要な役割を果たしてきた。

受刑者に対する選挙権制限も、民主化後も維持されてきた制度であったと言える。もともと、同制度に対しては、受刑者らにより憲法訴願がなされたものの、2004年3月25日、憲法裁判所は、公選法18条1項2号の規定を合憲とする判断を行った。⁽¹⁹³⁾その後も憲法訴願が継続し、2009年10月29日の判決では、9人の裁判官のうち、違憲が5人、合憲が3人、訴え却下が1人となり、違憲と判断する裁判官の数が多数を占めた。⁽¹⁹⁴⁾ただ、韓国では、憲法裁判所法23条の規定により、違憲判断には少なくとも6人以上の賛成が必要であり、憲法裁判所としての違憲との判断には至らなかった。

しかし、2014年1月28日の判決（以下、2014年判決）において、憲法裁判所は、8対1の判断により、遂に、公職選挙法18条1項2号の規定を違憲とした。⁽¹⁹⁵⁾

(192) 以下、韓国の憲法判例については、憲法裁判所の公式ウェブサイトで掲載されている英文の判決全文・要旨からまとめたものである。

(193) Hunbeobjaepanso [Const. Ct.], Mar. 25, 2004, 2002 Hun-Ma 411 (16-1 KCCR 468) (S. Kor.).

(194) Hunbeobjaepanso [Const. Ct.], Oct. 29, 2009, 2007 Hun-Ma 1462 (21-1 (B) KCCR 327) (S. Kor.).

(195) Hunbeobjaepanso [Const. Ct.], Jan. 28, 2014, 2012 Hun-Ma 409 & 510, 2013 Hun-Ma 167 (consol.) (26-1 (A) KCCR 136) (S. Kor.).

憲法裁判所は、在外邦人の選挙権制限を違憲とした2007年6月28日の判決において、選挙権を制限する立法の合憲性の審査においては厳格な基準が採用されるべきであるという立場を示していた。⁽¹⁹⁶⁾2014年判決も、同じ基準が、受刑者の選挙権制限の事案にも適用されるべきであるとした。

なお、大韓民国憲法は、24条において、「すべての国民は、法律の定めるところにより、選挙権を有する」と規定し、選挙権を憲法上の権利として位置付けている。ただ、同条は、「法律の定めるところにより」としていることから、選挙人資格を立法裁量に委ねているとの解釈も可能であった。⁽¹⁹⁷⁾しかし、2014年判決は、当該文言は、包括的な法律の留保を規定したのではなく、選挙権が法律によって具体化されるべきことを規定したに過ぎず、さらに、その具体化にあたっては、1条が規定する国民主権の原則、11条が規定する法の下での平等、41条・67条が規定する普通選挙、秘密選挙・直接選挙などの諸原則に適合する必要があるとした。また、2014年判決は、選挙権制限は、24条の法律の留保の規定によって直接正当化されるのではなく、あくまで、憲法上の権利に対する制限の一般的要件を定めた37条2項によって正当化されるものであるとしたうえで、「国家安全保障、法と秩序の維持、公共の福祉のために必要な制限と言える例外的でやむを得ない場合のみ制限が正当化される。その場合でも、選挙権の本質的な部分は侵害できない。さらに、普通選挙の原則に反して選挙権を制限するような法律の場合には、37条2項⁽¹⁹⁸⁾が定める限界はより一層厳格に守られなければならない」としている。

2014年判決は、民主主義国家における選挙権の重要性に鑑みた場合、「立法

(196) Hunbeobjaepanso [Const. Ct.], June 28, 2007, 2004 Hun-Ma 644 (19-1 KCCR 859) (S. Kor.).

(197) 大韓民国憲法24条の邦訳については、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集（第5版）』（三省堂、2020年）387頁〔水島玲央〕に従う。

(198) 大韓民国憲法37条は、「国民のすべての自由及び権利は、国家の安全保障、秩序維持又は公共の福利のために必要な場合に限り、法律でこれを制限することができ、制限する場合にも、自由及び権利の本質的な内容を侵されない」と規定している（同邦訳については、水島・同上389頁による）。

府は、一方では、選挙権を最大限に保障する法律を制定すべきであり、他方では、憲法裁判所は、選挙権を制限する法律の合憲性の審査において厳格な審査を適用すべきである」として、選挙権制限における立法府と憲法裁判所の両者の役割を総括している。

2014年判決は、受刑者の選挙権制限を普通選挙の原則に対する侵害と捉え、判断方法は、基本的にはドイツ流の比例原則審査を厳格に適用するものとなっている。まず、受刑者に対する選挙権制限の立法目的を、共同体運営に参加させることが望ましくない者の排除、犯罪に対する報復、市民的責任の尊重強化としたうえで、それらの立法目的は正当であるとした。また、受刑者に対する制約もこれらの目的を達成するための効果的で適切な手段であるとした。しかし、選挙権の制限は普通選挙の原則から必要最小限度の範囲内に限定されるとの立場を確認したうえで、軽微な犯罪か重罪であるか、過失犯であるか故意犯であるか、非侵害法益が社会的法益か個人的法益かを問わない、一律剥奪は、最小限度性を充たさないとし、さらに、執行猶予中の者については、選挙権を制限する必要性は明らかではないとした。そして、いわゆる狭義の比例原則についても検討を進め、一律剥奪による受刑者の選挙権制限は犯罪の特殊性とは関係なく広範に及んでいるため、「受刑者の選挙権制限によって期待される重大犯罪者に対する制裁や国民の法への尊重の強化というような公共の利益は、その制限によって侵害されることになる受刑者や執行猶予中の者の個人的利益や民主的な制限制度の公共的価値と比較して低いものとなっている」と判断した。つまり、ドイツ型の比例原則のうち、目的の正当性、手段の適合性は肯定されたが、手段の必要最小限度性と狭義の比例性は否定されたことになる。

このようにして、2014年判決は、公選法18条1項2号を違憲とした。ただ、その違憲判決の効果については、若干特殊な判断を行っている。2014年判決は、執行猶予中の者に対しては、直ちに公選法18条1項2号の規定が適用されなくなるとする一方で、受刑者との関係では、一律剥奪であることから違憲とされたに過ぎず、どの範囲の受刑者の選挙権を制限するかは立法府の裁量によって決定し得るとした。そして、その範囲の確定において裁判所が下した量刑は合

理的な基準となり得るとして、立法において一定の指針を示した。

そのようなことから、2014年判決は、受刑者に関する部分については憲法に適合しないものの、立法府が改正するまで暫定的に施行され続けると判断した。ただ、その改正は、遅くとも2015年12月31日までになされなければならず、改正が行われない場合には、受刑者に関する部分も含めて、2016年1月1日から無効になるとした。

このような2014年判決を受け、国会は、2015年8月13日に公職選挙法を改正し、1年以上の懲役又は禁錮以上の刑を受けた者に選挙権制限の範囲を限定した。この法改正に対しても、改めて憲法訴訟が提起された。しかし、2017年5月25日、憲法裁判所は、2014年判決と同様の厳格な審査を採用したものの、新公職選挙法の規定を合憲とした（以下、2017年判決⁽¹⁹⁹⁾）。

2017年判決は、まず、犯罪に対する応報と市民的責任強化という立法目的の正当性を改めて確認したうえで、1年以上の懲役刑を受けた者の選挙権剥奪について、その目的達成手段としての適合性も肯定した。そして、1年以上の懲役刑の宣告を受けた者は、共同体に重大な危害を加えたことが裁判過程で認められた者であること、そのような重大な犯罪を行った者に対して、社会的・刑事的制裁を加えることで、当該個人と社会の遵法意識を高める必要があること、これら点も立法過程で十分に議論がなされたうえで圧倒的多数で可決されたこと、1年以上の懲役刑に限定されたことで違法性・非難性が弱い軽い犯罪は除外されたこと、仮釈放中であっても、犯罪の重大性が軽減したとは言えないことなどの諸点を指摘したうえで、手段としての最小限度性と狭義の利益衡量の要請が充たされるとして、合憲の判断の結論に至っている。

(199) Hunbeobjaepanso [Const. Ct.], May 25, 2017, 2016 Hun-Ma 292 & 568 (consol.) (S. Kor.). 2017年判決については、英語版は要旨のみ公表されており、判決本文は韓国語のみアクセス可能性である。韓国語の判決本文については、DeepLとChatGPTを使用しつつ、読解した。なお、韓国語と日本語の近似性から、AIによる韓国語の日本語訳は既に相当程度に高い水準にある。今後、AI技術のさらなる発展により比較法研究の在り方も変わってくる、変わってざるを得ないだろう。

この判断については、後に憲法裁判所の長官となるイ・ジンソン（李鎮成）裁判官が反対意見を付している。イ裁判官は、法廷意見は、選挙権剥奪が市民的責任や遵法意識の強化にどのように貢献しているのか明らかにしておらず、むしろ、そのような効果は漠然とした期待に過ぎないとし、逆に、服役中の剥奪は、彼らの反社会性や政治的無関心を高めるという立法目的とは逆の結果をもたらすとして、*Sauvé II*判決のマクラクリン長官に近い論理を展開している。

このような韓国の憲法裁判所における2014年判決と2017年判決の関係は、カナダの最高裁判所における*Sauvé I*判決と*Sauvé II*判決の関係と対比した場合に興味深い。どちらも、初見事案において、一律剥奪を違憲とした後、立法府が量刑によって受刑者の選挙権制限の範囲を絞る法改正を行い、その法改正の審査を再び行っている（再検討事案）。しかし、カナダの*Sauvé II*判決はそのような法改正も再び違憲とする一方、韓国の2017年判決は法改正を合憲としている。対話的司法審査で知られるカナダ最高裁は対話のある意味拒否した判決を行っており、違憲立法審査権を集中的に有する韓国憲法裁判所は立法府との対話を重視した判決となっている。

このような違いがなぜ生じたのかについては、さらなる検討も必要であるが、ここでは二つの理由を仮説的に提示しておきたい。第一は、象徴的論証排除の法理の採用の有無である。適用される基準としては、どちらも厳格な比例原則を採用している。ただ、*Sauvé II*判決のマクラクリン長官は、単に厳格な比例原則を採用するだけでなく、市民的責任強化や処罰の適切性という立法目的の抽象性を批判し、政府に対して具体的論証を求めた。これに対して、韓国の2017年判決は、マクラクリン長官ほどは具体性のある論証を政府側に求めず、抽象的な次元での論証のみで、手段の適合性や必要性最小限度性を肯定している。カナダの*Sauvé II*判決と韓国の2017年判決との対比は、単純に基準の厳格性だけでなく、裁判所が政府に対して要求する論証の具体性も重要であることを改めて示すものである。

第二は、初見事案の判断内容の相違である。2014年判決において韓国の憲法裁判所は、一律剥奪については違憲であるとしたが、部分的剥奪については、

具体的な範囲確定について立法府の裁量を示唆したうえで、法改正を促していた。他方で、カナダの初見事案である *Sauvé I* 判決では、韓国の2014年判決のように立法府の方向性はもちろん部分的剥奪であれば合憲となり得る余地についても一切言及していなかった。一度対話志向的な判断を示したうえで、後から、その梯子を裁判所が外すのはより困難が伴う。つまり、初見事案において既に立法裁量を肯定し、対話志向の判断を示していた韓国においては、対話の否定を導く可能性のあるカナダのような象徴的論証排除の法理の採用が再検討事案においては困難であったといういうこともできる。その意味では、韓国の憲法裁判所が、2014年判決において法改正の余地を広範に認め過ぎてしまっただけではなかったかという批判的検討は必要である。この点は、日本の最高裁判所も十分に考慮に入れておくべき点であろう。

第7節 ニュージーランド

受刑者選挙権問題に関する司法判断は、ニュージーランドでもなされている⁽²⁰⁰⁾。ニュージーランドでは、受刑者に対する選挙権制限は、一旦廃止された後、再び復活し、1993年の選挙法改正以降は、3年以上の拘禁刑の判決を受けた受刑者に限って選挙権を剥奪する制度が採用されていた。これに対し、2010年、拘禁刑の期間を問わず、全ての受刑者から選挙権を剥奪する法改正がなされた（以下、2010年法改正）。

ニュージーランドは、旧宗主国のイギリスと同様に、議会主権の原則を採用しており、議会の制定法を拘束する権利章典を持たない。ニュージーランド議会は、1990年に、1990年ニュージーランド権利章典法（New Zealand Bill of Rights Act 1990, NZBORA、以下、権利章典法）を制定したが、これも法律の一つに過ぎない。後法優位の原則のもと、権利章典法と抵触する法律が制定されても、その抵触する後の法律のほうが前の権利章典法に優先して適用される

(200) ニュージーランド憲法の概説として、MATTHEW S R PALMER & DEAN R KNIGHT, *THE CONSTITUTION OF NEW ZEALAND: A CONTEXTUAL ANALYSIS* (Hart Publishing 2022).

ことになる。権利章典法の12条は、18歳以上の市民は選挙権を有することを規定するが、その条文も例外ではない。⁽²⁰¹⁾ただ、権利章典法の7条は、法的問題について政府に助言を行い、また、檢察機能の行使も担う大臣職である法務長官 (Attorney General) に対し、代議院 (House of Representatives) に提出された法案が、権利章典と抵触すると判断した場合には、議会に対し、その旨を報告するように定めている。⁽²⁰²⁾この報告書は、7条レポート (section 7 report) と呼ばれている。2010年法改正の法案について、法務長官は、受刑者から一律に選挙権を剥奪する同法案は、選挙権を保障する権利章典法12条に抵触し、権利に対する合理的制約を認める同法5条の規定によっても正当化し得ないとの7条レポートを提出していた。ただ、その7条レポートにもかかわらず、2010年法改正は成立した。

テイラーら受刑者は、法務長官を被告として、2010年法改正は、権利章典法12条と抵触するという司法宣言を求める訴訟を提起した。この訴訟は、Taylor 事件として知られる。⁽²⁰³⁾2015年4月10日、このTaylor事件についての高等裁判所 (High Court) の判決がなされた。⁽²⁰⁴⁾

テイラーらの弁護士は、権利章典法との矛盾を示す論拠として、「受刑者からの選挙権の一律剥奪は、過少包摂であり、かつ、過剰包摂である。重大な犯罪により2年半の拘禁刑を受けた者でも、その刑期が総選挙と総選挙の間にあるならば、その者は、選挙権を行使できるという点において、過少包摂である。他方で、1週間の拘禁刑を受けた者が、たまたま、その刑期が総選挙と重なってしまった場合には、選挙権の行使ができなくなるという点において、過剰包

(201) New Zealand Bill of Rights Act 1990, s 12.

(202) *Id.* s 7. ニュージーランドにおける7条レポートは、非司法的な人権保障の手法として近年、注目を集めている。See, STEPHEN GARDBAUM, *THE NEW COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM: THEORY AND PRACTICE* (Cambridge University Press 2013).

(203) Taylor事件とその憲法的意義については、John Ip, *Attorney-General v Taylor: A Constitutional Milestone?* 2020 N. Z. L. REV. 35 (2020).

(204) Taylor v. Attorney-General [2015] NZHC 1706, [2015] 3 NZLR 791 (N.Z.).

撰である。2010年改正法は、不合理かつ不規則な方法によって選挙権を剥奪するものであり、選挙権に対する合理的な最小限度の制約とは言えない」と論じていた。⁽²⁰⁵⁾ ニュージーランドの代議院は、解散がなければ基本的には3年間隔で総選挙がなされている。選挙権は、それを保有している期間よりも、実際に選挙が行われるときにその選挙権を有しているか否かのほうが実質的には重要である。3年以上の拘禁刑に服する受刑者に限定して選挙権を剥奪するという2010年法改正以前の法制度であれば、短期の受刑者は選挙権を実際に行使できなかったのに、逆に長期の受刑者は選挙権を行使できるという逆転現象の発生は、最大限回避できていた。しかし、一律剥奪にすると、選挙時期と服役期間との偶然の一致により、逆転現象が必然的に発生してしまう。市民的責任強化論は、より重大な犯罪行為に対しては、より重たい制裁を科すことで市民的責任への確証と啓蒙を与えるということを論拠としているが、そのような論理に依拠した主張にとって、逆転現象の存在は致命的なものとなり得る。

高等裁判所も、このような弁護人の主張に全面的に賛同するとしたうえで、⁽²⁰⁶⁾ さらに、選挙権剥奪の対象となる拘禁刑とそうでない自宅拘禁との量刑の違いは、広範な範囲の要素についての司法的評価に依存しており、その相違は、犯した罪の重さを必ずしも反映していないという理由を追加して、結論として一律剥奪は権利章典法に抵触するとした。⁽²⁰⁷⁾

Taylor 事件では、2010年法改正の権利章典法との抵触と並び、そもそも、仮に抵触していたとしても、裁判所が、「抵触の宣言」(the declaration of inconsistency)を発することができるかどうか重要な論点となっていた。7条レポートと異なり、権利章典法それ自体には、司法による抵触の宣言を定めた規定は存在しておらず、法務長官は、裁判所にはそのような権限はないとしていた。しかし、高等裁判所は、議会が権利章典法に抵触する法律を制定したことを国民に知らせるため、裁判所は、抵触の宣言を発することができるとした。

(205) *Id.* ¶ 29.

(206) *Id.* ¶ 33.

(207) *Id.* ¶ 34.

法務長官は、抵触がないことの主張は取り下げ、司法による抵触の宣言の発出権限に関してのみ控訴と上告を行ったが、控訴審裁判所、最高裁判所ともに法務長官の上訴を棄却した。⁽²⁰⁸⁾ この Taylor 事件は、ニュージーランドにおいて、司法による抵触の宣言が判例上確立した事案としてもニュージーランド憲法上重要な位置づけを持つものとなっている。⁽²⁰⁹⁾

第8節 比較憲法的考察の総括

受刑者（犯罪者）からの選挙権剥奪に関して、アメリカ、カナダ、南アフリカ、欧州人権裁判所、オーストラリア、韓国、ニュージーランドの司法判断を見てきた。⁽²¹⁰⁾ 各国において、民主主義の法理の発展には多様性が見受けられる。民主主義それ自体は、抽象的次元においては、普遍的概念であると言えるが、具体的な民主主義の法理の在り方は、各国の憲法的伝統、憲法構造、憲法判例という経路依存的要因にも大きく左右される。日本が参照すべきであるモデルも、日本において発展してきた憲法的伝統、憲法構造、憲法判例に照らして慎重に考えていく必要がある。

受刑者からの選挙権剥奪に関係する民主主義の法理は、三つのモデルに分類することが可能である。第一のモデルは、アメリカの Richardson 判決が示したもので、重犯者からの選挙権剥奪は、憲法が例外的に許容する選挙権制限

(208) Attorney-General v. Taylor, [2017] NZCA 215, [2017] 3 NZLR 24 [Taylor (CA)] (N.Z.); Attorney-General v. Taylor, [2018] NZSC 104, [2019] 1 NZLR 213 [Taylor (SC)] (N.Z.).

(209) ニュージーランド議会は、権利章典法を2022年に改正し、司法による抵触の宣言に関する規定を明文で設けた（7A条と7B条の創設）。

(210) 本論稿では詳しく触れていないが、フランスにおいて、汚職の罪により有罪となった公職者について、判決確定日から5年間、自動的に選挙人名簿から削除すると定めた選挙法典L.7条は、人権宣言8条が求める刑罰の必要性と個別化の原則に違反するとするフランス憲法院の2010年の判決がある（Decision No. 2010-6/7 QPC, June 11, 2010, Conseil constitutionnel (Fr.).）。同判決の解説として、岡田信弘「判批」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例II』（信山社、2013年）327頁。

であり、典型的に憲法的統制の範囲になるとするものである。これは民主主義の法理というよりも、重犯者からの選挙権剥奪は、民主主義の法理の外側にあると捉える憲法法理として理解したほうが適切かもしれない。このような **Richardson** 判決の憲法理解のもとでは、如何に選挙権剥奪の論拠が不合理であるように見えても、それは立法裁量の範囲内として合憲となる。

もっとも、**Richardson** 判決のような法理は、合衆国憲法の第14修正第2節の但書きという極めて特殊な条文を根拠としたものであり、普遍的妥当性に欠ける。実際、アメリカの外側において、**Richardson** 判決と同様の法理的発展があった法域は、管見の限り見受けられない。日本は、憲法15条1項、3項・44条但書きによって強い選挙権保障の条文を持つ一方で、アメリカの第14修正第2節但書きのような条文を持たない。第14修正第2節但書きを根拠に、犯罪者からの選挙権剥奪について司法審査の範囲外とした **Richardson** 判決の論理は、日本の憲法解釈においてはあまり参考にならないと言える。

第二のモデルは、カナダの **Sauvé II** 判決において、マクラクリン長官が論じた象徴的論証排除の法理である。政府の主張について具体性がないとして排斥した南アフリカの **NICRO** 判決もこの象徴的論証排除の法理の強い影響下にあった判決として整理できよう。象徴的論証排除の法理は、選挙権のような憲法上重要な権利に対する制限を正当化するにあたって、政府は、象徴的で抽象的な論拠を主張することはできないというものとして再定義することができる。例えば、市民的責任の意識の強化という論拠は、表面的には正当かつ重要であるが、その言説がいかなる社会的事象を表現しようとしているのか必ずしも明らかではない。市民的責任の意識とはどのようなもので、どうすればそれが強化されたと言えるのか直ちに判別が出来ないし、論者によって考え方も分かれ得る。象徴的論証排除の法理は、修辭的には成立し得る議論であっても、実体を伴わない論証は、権利制限の正当化論としては成り立たないとするものである。

この象徴的論証排除の法理は、憲法が採用する原則や憲法が保護しようとする個人や社会の現実的な価値や利益を防衛するための極めて重要な法理となり

得る。象徴的論証を認めた場合には、そのような憲法的原則や憲法的価値が、現実には存在しない何ものかによって制限される事態を許容することになるからである。制限の必要最小限度や利益と利益の衡量のようなそれ自体としては具体的で厳格な基準も、象徴的論証を許容した場合には、直ちに空虚な基準になり得る。単に厳格な基準を設定するだけでなく、併せて象徴的論証を排除しなければ、厳格な審査は実質的な力を持つことはない。

象徴的論証が排除されることが予め明らかであれば、憲法訴訟において、政府はより具体的な論拠を提供するであろうし、裁判所も制限の正当性についてより分析的な審査を行うことが可能となる。結果として、憲法訴訟それ自体も充実化させることができる。

もちろん、何をもって象徴的論証とし、何をもって具体的論証とするかの判断それ自体は難しいところであるが、選挙権の場合には、選挙権が担う憲法的、具体的価値を奪うに値するほどの具体性と現実性をもった論拠でなければ、その制限は正当化し得ないと考えるべきであろう。

この象徴的論証排除の法理は、重要な目的か正当な目的か、代替的な他に選び得る手段の検討を必要とするかといったような表面的な命題よりも、むしろ、許容される論証の形式や論証の抽象度・具体度が重要であることに目を向けさせるものである。単純に重要な目的に資することを合憲の要件とするのではなく、その目的に関する記述が、制限される権利の重要性に見合った具体性を伴う必要がある。

日本も、カナダや南アフリカのように明文の選挙権保障の条文を憲法に持ち、また、後述するように昭和51年判決や平成17年判決の伝統を踏まえるならば、象徴的論証の法理を取り込む素地は十分にある。

民主主義の法理の第三のモデルが、一律剥奪禁止の法理である。この一律剥奪禁止の法理は、選挙権の一律的・自動的・無差別的な剥奪は禁止されるというもので、刑期等の個別事情を考慮せず、受刑者から一律に選挙権を剥奪する制度が禁止の対象となる。一律剥奪禁止の法理は、欧州人権裁判所のHirst判決が提示したものであり、オーストラリア、韓国、ニュージーランドの司法判断

にも影響を与えている。

一律剥奪禁止の法理は、三つの事情から合理性を有している。第一に、選挙権の一律剥奪は、利益衡量の観点から妥当性が極めて怪しい。例えば、選挙権剥奪によって刑事政策的利益があるとした場合、その利益は予防される犯罪が重大であればある程大きくなるが、逆に、予防される犯罪が重大でなければ剥奪の利益は小さくなる。一律剥奪は、論理的には一日の刑期の受刑者にも適用されるものであるが、そのような一日の刑期で済む犯罪の防止によって得られる利益は必ずしも大きくない。選挙権の剥奪の重大性に鑑みれば、短期の刑期で済む犯罪の予防が利益衡量として釣り合うかは疑問がある。

第二に、法の下での平等との関係でも一律剥奪は問題を孕んでいる。特に短期受刑者の場合には、単に犯罪の重大性だけではなく、犯罪者の年齢、家庭環境などによって拘禁刑の有無が分かれることになる。その場合、結局、本人によっては左右できない事情によって選挙権剥奪の有無が決定づけられることになる。

第三に、一律剥奪は、上記の点のように厳密に考えれば問題が多いところ、そのような制度が存在するのは、単に議会等において特段の議論がなされないまま放置されていたに過ぎないという事情もある。一律剥奪を禁止することで、いかなる犯罪者から選挙権を剥奪すれば、必要最小限度と言えるか、あるいは、利益衡量として釣り合うのか議論を促す契機となり得る。

もっとも、一律剥奪禁止の法理の用い方には注意が必要である。一律剥奪禁止の法理の用い方には、さらに二つのモデルがあるように思われる。第一の型は、カナダの *Sauvé I* 判決のものである。*Sauvé I* 判決は、一律剥奪を違憲とする判断を行ったが、それは制限の最小限度性の要請に適合せず違憲であるとするに留まり、法改正に関する立法裁量、あるいは、部分的剥奪の許容性についての言及は一切していない。このような *Sauvé I* 型の一律剥奪禁止は、部分的剥奪の許容性を直ちには含意するものではない。第二の型は、欧州人権裁判所の *Hirst* 判決のものである。*Hirst* 判決は、一律剥奪を条約違反としたが、評価の余地の法理を前提に、一律剥奪ではない方式による選挙権剥奪の設定の可否

は、各国の立法裁量に委ねられることが含意されていた。このようなHirst型の一律剥奪禁止は、各国議会での熟議と再検討を促す契機があるが、議会で一律剥奪でないように法改正がなされれば、それで問題は解決してしまう可能性がある。韓国の例はまさにその典型と言えらるだろう。

Hirst型の一律剥奪禁止の法理は、国際裁判所のように一定の立法裁量を認めざるを得ない事情のある司法機関でこそ妥当するものであり、民主的政治過程の維持の役割を担うために違憲立法審査権を憲法によって賦与された日本の最高裁のような裁判所が採用する法理としては問題がある。部分的剥奪が許容されるとしても、どの範囲で選挙権の剥奪が許容されるかは、広範な立法裁量に委ねるのではなく、象徴的論証排除の法理を前提とした審査がなされるべきであろう。

その意味では、カナダのSauvé I判決とSauvé II判決の流れのように、初見事案においては、一律剥奪の禁止の法理により、既存法律の見直しを議会に委ね、その法改正に対する再検討事案においては、立法府での議論や立法資料をもとに、象徴的論証排除の法理により、法改正の合理性を厳密に審査するという方法は理想的な形態であると言える。

第3章 日本における民主主義の法理の発展

第1節 受刑者に対する選挙権剥奪制度の沿革

日本における犯罪者に対する選挙権剥奪は、最初の選挙法である1889年衆議院議員選挙法から置かれている⁽²¹¹⁾。同法の14条は、瘋癲白痴（1項）、身代限処分による債務免除者（2項）に続いて、公権の剥奪・停止を受けた者（3項）を選挙人・被選挙人の欠格要件として挙げていた。公権の剥奪・停止は、1880年旧刑法において附加刑として設けられていたものであり、旧刑法は、重罪の場合は、公権が終身剥奪されるとし、軽罪の場合は刑罰が禁錮であれば刑期期間、

(211) 衆議院議員選挙法（明治22年法律第3号）。

監視の場合は監視期間、公権が停止されると規定していた⁽²¹²⁾。つまり、重罪の場合は、出所後の刑余者も終身で選挙権を持たないことになる。また、軽罪による禁錮の場合は、刑期満了後、刑法上、公権停止は終了することになるが、選挙法上は、刑期満了後も3年間は選挙権を有しないとされていた⁽²¹³⁾。整理すると、受刑者は全て欠格事由となり、さらに、一部の刑余者については、終身または一定期間欠格事由となっていたことになる。

1889年衆議院議員選挙法の最初期の注釈においては、犯罪者等を排除する理由について、「選挙権被選挙権は公権の最大なるもの」として公権剥奪の必然的結果として挙げるものもあれば、⁽²¹⁴⁾「選挙人…たらしむるに於ては必ず多少の弊害を生す可きは必然」として選挙に参加させることで何らかの弊害の可能性を挙げるもの⁽²¹⁵⁾などがあつた。

なお、1889年衆議院議員選挙法は、罰則規定における101条において一部の選挙犯罪者に対して選挙権・被選挙権を停止する制度を設けていた。停止の期間は3年以上7年以下の範囲において裁判所が判断することになっていた。選挙犯罪者に対する選挙権等の停止制度は、この条文を起源として現在の公職選挙法252条まで引き継がれている⁽²¹⁶⁾。

1907年に制定された新刑法は、附加刑を没収のみとし、刑法典上の公権剥

(212) 刑法（明治13年太政官布告第36号）。

(213) 他に、法新律綱・改定律例下での受刑者（5項）、賭博犯（6項）、選挙犯罪に関する欠格事由（7項）が欠格事由として挙げられていた。

(214) 林田亀太郎『衆議院議員選挙法講義』（日本法律学校、1894年）34頁。

(215) 磯部四郎『衆議院議員選挙法注釈』（阪上半七、1989年）34頁。

(216) 選挙犯罪者に対する選挙権等の停止の性格については戦後初期のものであるが、「特に判決に示さずして法定期間の停止を認めるか、判決中にこの停止の緩和を示すかは、刑の言渡の際に裁判所の裁量によつて判定されるものであつて、これは一種の制裁に関する規定である」としたものがあつた一方で（最判昭和26年10月25日刑集5巻11号2304頁）、「選挙権及び被選挙権の停止は、公職選挙法252条1項または2項所定の処刑の事実に伴つて当然に生ずる法律上の効果であつて刑法の規定する刑罰ではない」としたものがあつた（最判昭和35年12月2日刑集14巻13号1786頁）。

奪・停止の制度は廃止された⁽²¹⁷⁾。ただ、選挙法内部の制度として犯罪者に対する選挙権剥奪は存続し続けることになる。その内容は若干の制度変更があり、1919年の選挙法改正後の11条では、6年の懲役・禁錮以上の刑については終身(3項)、6年未満の懲役・禁錮の刑については執行期間(4項)に限って欠格事由となっていた⁽²¹⁸⁾。しかし、成人男子普通選挙を規定した1925年法改正では、特定犯罪に関して6年未満の懲役刑を受けた者については、刑期の満了後も一定期間欠格事由が続くというように一部欠格事由が拡張された⁽²¹⁹⁾。なお、1925年の法改正では、貧困により公私の扶助を受けている者や住所を有しない者も欠格事由として加えられた。

1945年の連合軍占領後、日本国憲法制定に先立ち、衆議院議員選挙法が改正されたが、従前の欠格事由は維持された⁽²²⁰⁾。犯罪者の選挙権について、憲法制定議会における議論は必ずしも活発なものではなかったが、金森徳次郎国務大臣が、憲法44条但書きの解釈について、「刑罰を現に受けて居る者は問題になりませぬが、刑罰の過去の歴史を持つて居るやうな人は差別をしても宜いのではないか」と説明している⁽²²¹⁾。これは、受刑中の者の選挙権剥奪だけでなく、刑余者についても終身あるいは一定期間の選挙権剥奪を定めていた従前来の運用は引き続き新憲法のもとでも許容される旨述べたものと言える。しかし、これは、大河内輝耕議員からの「差別して宜い例を二、三御示を願ひたいのであります、斯う云ふものは差別して宜いのだと云ふことを確定的にでなくても宜し

(217) 刑法(明治40年法律第45号)9条。刑法施行法(明治41年法律第29号)33条も参照。

(218) 衆議院議員選挙法中改正(大正8年法律第60号)。

(219) 衆議院議員選挙法改正(大正14年法律第47号)。欠格事由を刑余者に再拡大したことについては、刑余者の前科暴露の可能性との関係で、その是非について議論があった(宮澤俊義『衆議院議員選挙法』(日本評論社、1929年)196頁参照)。

(220) 衆議院議員選挙法中改正法律(昭和20年法律第42号)。

(221) 第90回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録第18号(昭和21年9月20日)15頁[金森徳次郎発言]。

いのですが」という質問の後に述べたものに過ぎないものであり、文脈上、憲法の意味をそこで確定するような意図は金森大臣自身持っていなかったと考えられる。⁽²²²⁾ また、金森大臣の言説は、あくまで当時の立法事実や社会意識を前提とした合理的な差別的取扱いとして論じられているものであり、今日においても同じような合理性を有するとは限らない。加えて、この問題について議会で立ち入った議論がなされていたわけではなく、結局、憲法上のいかなる文言にも反映されていない。そのため、金森発言から今日の憲法解釈上の問題について何らかの含意を導き出すことは適切ではない。

1946年11月3日に日本国憲法が公布された後、翌年の1947年3月31日に、衆議院議員選挙法が改正され、選挙権・被選挙権の欠格事由を規律していた従前の6条は、「禁治産者及準禁治産者竝ニ懲役又ハ禁錮ノ刑ニ處セラレ其ノ執行ヲ終リ又ハ執行ヲ受クルコトナキニ至ル迄ノ者ハ選舉權及被選舉權ヲ有セズ」との文言に改正された。⁽²²³⁾ その結果、受刑者の選挙権は従前どおり剥奪されたものの、刑余者に対する選挙権剥奪の制度は消滅した。

1950年4月15日、衆議院議員選挙法、参議院議員選挙法などを統合する公職選挙法が成立した。⁽²²⁴⁾ 1950年公職選挙法においては、①禁治産者（後に成年後見人）（11条1項1号）、②受刑者（同項2号・3号）、③選挙犯罪者（11条2項・252条）の三類型が、選挙人資格の欠格要件として定められた。ただ、1950年公職選挙法49条3号は、「監獄若しくは少年院に収容中である」者も対象とする不在者投票制度を設けた。これにより、未決勾留者等については、刑事施設に収容中であっても不在者投票により投票を行うことが可能となった。

欠格条項については、執行猶予中でも公民権停止の対象となる選挙犯の範囲を拡大する1962年の法改正がなされた以外は（11条1項（旧）4号・（現）5号）、

(222) 同上 [大河内輝耕発言]。

(223) 衆議院議員選挙法の一部を改正する法律（昭和22年法律第43号）。なお、参議院議員選挙法（昭和22年法律第11号）3条により衆議院議員選挙の選挙権要件は、参議院議員選挙の選挙権要件にも準用されている。

(224) 公職選挙法（昭和25年法律第100号）。

上記三類型が定着していた。⁽²²⁵⁾しかし、1990年代以降、汚職や政治資金規正に関連する犯罪類型について、受刑者以外の有罪者にも欠格条項を適用し、あるいは欠格期間を延長する法改正が相次いでなされている。現在では、収賄等の罪により有罪となった公務員⁽²²⁶⁾（11条1項4号）、政治資金規正法違反の罪で有罪となった者⁽²²⁷⁾（政治資金規正法28条）が欠格条項に追加されている。⁽²²⁸⁾

第2節 昭和30年判決

受刑者欠格条項の憲法適合性について判断を行った最高裁判決は未だにないものの、選挙犯欠格条項については、早くも1955年に最高裁がその合憲性について判断を行っている⁽²²⁸⁾（昭和30年判決）。

選挙権停止の取扱いについて、一般刑事犯と選挙犯の間には、待遇に差異がある（以下、選挙犯以外の犯罪者を一般刑事犯と呼ぶ）。一般刑事犯の場合、選挙権剥奪の対象になるのは受刑者に限られる。拘禁刑以上の刑に処された場合でも、その刑の執行が猶予された者は対象にはならないし、罰金刑も対象にはならない。これに対し、選挙犯については、禁固以上の刑が執行猶予中の者はもちろん罰金処刑者も選挙権停止の対象となる。その停止期間の長さは、場合によっては一般刑事犯における刑期よりも長くなる場合がある。他方で、一般刑事犯の受刑者の場合には、法定の要件を充たせば自動的に選挙権が剥奪されるのに対し、選挙犯の処刑者の場合には、裁判所は情状により選挙権等の停止を適用せず、または、停止期間を短縮する宣告ができるとされている。

昭和30年判決の事案は、公職選挙法違反で有罪となり選挙権停止の宣告を受けた被告人らが、一般刑事犯の処刑者よりも厳しい処遇を定めた公職選挙法

(225) 公職選挙法等の一部を改正する法律（昭和37年法律第112号）。

(226) 公職選挙法の一部を改正する法律（平成4年法律第98号）。4号による欠格期間は、公職選挙法の一部を改正する法律（平成6年法律第2号）によって延長されている。

(227) 政治資金規正法の一部を改正する法律（平成6年法律第4号）。

(228) 最大判昭和30年2月9日刑集9巻2号217頁（昭和30年判決）。

252条は、憲法14条、44条に違反するとして上告したというものである。昭和30年判決の判決理由の主要部分は下記のようになっている。

【1】公職選挙「法252条所定の選挙犯罪は、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のものとして、選挙に関与せしめるに不適當なものとみ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、【2】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。【3】されば選挙犯罪の処刑者について、一般犯罪の処刑者に比し、特に、厳に選挙権被選挙権停止の処遇を規定しても、これをもつて所論のように条理に反する差別待遇というべきではないのである。【4】（殊に、同条三項は、犯罪の態容その他情状によつては、第一項停止に関する規定を適用せず、またはその停止期間を短縮する等、具体的案件について、裁判によつてその処遇を緩和するの途をも開いているのであつて、一概に一般犯罪処刑者に比して、甚しく苛酷の待遇と論難することはあたらない。）

【5】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、【6】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。

ここで【1】から【4】の部分は、法の下での平等違反の主張に対応するものとなっている。弁護人は、上告趣意において、選挙犯罪に因る処刑者は憲法14条、44条の「社会的身分」に該当すると主張していたが、昭和30年判決は社会的身分の論点には一切触れずに判断をしている。担当調査官は、昭和30年判決は、

「合理的理由に基づく差別待遇は、『法の下の平等』の原則に反するものではないとする一般原則に基づいて、事を論じた」と解説している⁽²²⁹⁾。後に最高裁は、14条1項後段列挙事由に特段の意味を見出すことなく、合理的な差別的取扱いであるかを検討することによって、14条1項違反の有無を判断するという枠組みを確立していくが、44条但書きの列挙事由に関しても同じようなものとして解釈していたと言える⁽²³⁰⁾。

もっとも、昭和30年判決が検討した合理性に関する記述は、表面上は、今日の憲法判断の原則的方式である目的手段審査の形態を持っておらず、専ら252条の立法趣旨をただ論じることが中心となっている。その立法趣旨の説明として、昭和30年判決は、【1】において、端的に、選挙の公正を害した者が選挙に再び関与することは「不相当」であるから一定期間選挙から排除したという論拠が記述されている。この部分は、公務不適格論と読める要素が強い。昭和30年判決は、対比されるべき一般刑事犯の選挙権剥奪の論拠自体に言及することはなく、【2】において、選挙犯と一般刑事犯とは選挙権停止（剥奪）の論拠が異なるとの結論的評価が述べられている。そして、【3】において、そのような制限を設けた論拠の違いから、選挙犯に対し一般刑事犯よりも厳しい待遇をしたとしても、差別待遇にはならないとしている。

(229) 天野憲治「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和30年度41頁、42頁。

(230) 最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁（憲法14条1項は、「国民に対し、法の下での平等を保障したものであり、右各法条に列挙された事由は例示的なものであつて、必ずしもそれに限るものではないと解するのが相当である」）。また、最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁も参照。判例が、14条1項の後段列挙事由の趣旨と44条但書きの列挙事由の趣旨について同じものとして解釈しているのだとすると、44条但書きの列挙事由はあくまで例示的なものであって禁止される差別の内容はそこで明示されるものに限定されないということになる。すなわち、受刑者は、44条但書き列挙事由のいずれにも該当しないとして44条本文の立法裁量の対象になるとする議論は成立しないことになる。

(231) 「判決の論旨は単に立法趣旨を説明するだけで、一般犯罪者の停止理由の説明や両者の比較検討も十分になされない」という指摘がある（作間忠雄「判批」『憲法判例百選II [第2版]』（有斐閣、1988年）310頁、311頁。

ただし、その後の【4】の括弧書きにおいて、選挙犯については裁判所による停止期間の短縮等の措置があることに言及し、単純に厳しい待遇がなされているとは言えないとしている。自動的適用ではなく具体的事情に応じた司法的修正が介在することは規制の程度を相対的に弱めるものであると昭和30年判決は解釈していたことになる。いずれにしても、昭和30年判決は、同じ選挙権の停止（剥奪）であっても、一般刑事犯に対するものと選挙犯に対するものとは、制度の論拠や待遇の内容も異なるものと捉えていたというのは注意が必要である。この点は、後に紹介する平成17年判決の留保の適用範囲を考えるうえでも重要な視点となる。

次に、昭和30年判決は、【5】と【6】において、不当に国民の参政権を奪うものであるとの上告理由への応答を記載している。⁽²³²⁾【1】から【4】が一般刑事犯の処遇との差別的取扱いの合理性を検討したものとすれば、【5】【6】は、選挙権・被選挙権を停止すること自体の合理性を検討したものとと言える。ここでは【5】において選挙権が「国民の最も重要な基本的権利」であるということが一旦確認されたうえで、逆にそれを基礎にして「選挙の公正」の重要性を強調する内容となっている。ただ、その目的としての「選挙の公正」と、手段としての「選挙権・被選挙権剥奪」がどのように関係してくるのかについて昭和30年判決は明瞭には述べていない。【6】のなかで、「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」という点に着目すれば、選挙から物理的に遠ざけることで選挙不正を再び犯すことを予防するという保安処分論的なものともみることできるし、「本人の反省を促す」という点に着目すれば、感銘力論に読むこともできる。

結局、【1】と【6】を併せて読んだ場合、昭和30年判決は、公民権停止の目的として、公務不適格論、保安処分論、感銘力論の三つを併存的に挙げているものと捉えることができる。もっとも、1955年の段階では当時の社会認識も反映して合理性を持ち得る論拠であったとしても、今日では既に合理性を失って

(232) 天野・前掲注229) 42頁。

いるものも当然あると考えられる。そのため、昭和30年判決が示唆する論拠についても改めて考察が必要である。

この論点について一つの解答を提示しているのが、後述の受刑者選挙権訴訟における東京訴訟第一審判決である。同判決は、選挙犯罪を行って選挙の公正を害した「者の選挙権を認めないこととしたからといって、選挙の公正が直接的に害されるおそれが必然的に減少するというものではな」と論じ、保安処分論の合理性を否定した。

このような東京訴訟第一審判決の論理は首肯できるところがある。被選挙権はともかく選挙権についてのみ言えば、仮に選挙権を与えないとしても、そのことによって防止できるのは、投票時の詐偽投票罪（237条）か、選挙人として報酬等を受け取る被買収罪や被利害誘導罪（公選法221条1項4号）くらいである。処罰の対象となっている選挙犯の大多数は、買収罪などそれらの犯罪とは無関係な理由に基づくものであり、選挙人であることそれ自体によって初めて実行可能な犯罪自体の再犯可能性が高いわけではない。

東京訴訟第一審判決は、保安処分論の代わりに、自ら法秩序を著しく害する行為を行ったことによる適格性の欠如という論拠、すなわち、公務不適格論が選挙犯欠格条項の論拠となり得るとした。選挙犯欠格条項の論拠を公務不適格論に求める考え方は平成17年判決の留保の拡大及び受刑者欠格条項の合憲性の肯定に結び付いている。

ただ、後に詳述するように、公務不適格論自体も合理性に乏しく、東京訴訟第一審判決の捉え方は支持できない。むしろ、今日的視点では、昭和30年判決が示唆した感銘力論も含む刑事政策論が主要な立法趣旨として捉えられるべきである。

選挙犯に対する選挙権剥奪は、一般の人々に対しては、剥奪がもつ威嚇力により選挙犯罪を抑止する消極的一般予防の効果があり、さらに選挙の公正を守るよう市民を啓蒙することで選挙犯罪を抑止する積極的一般予防の効果もある。また、選挙犯罪を行った犯罪者に対しても、反省を促す契機となり、再び選挙犯罪に手を染めないように誘導する積極的特別予防の効果もある。このよう

な刑事政策論は、具体的な選挙犯罪の発生を防止するという観点からは保安処分論と目的は同一であるが、物理的に選挙から選挙犯を遠ざけるのではなく、一般市民に対しては威嚇力や啓蒙力のような抑止効果により、選挙犯自身に対しては感銘力により、選挙犯罪を実行しようとする動機を奪うことで目的を達成しようとする点で異なる。保安処分論によって防止可能な犯罪は投票に関する選挙犯に限定されるが、刑事政策論によって抑止の対象となる犯罪は選挙権剥奪の対象となる選挙犯全体に及ぶことになる。

選挙不正防止目的措置としての選挙犯からの選挙権剥奪という捉え方は、公選法の他の仕組みとも整合的である。⁽²³³⁾公選法は、選挙犯からの選挙権や被選挙権の剥奪以外にも、選挙犯罪の防止という観点から個人の憲法上の権利に対し様々な重たい制約を設けている。その典型であるのが、連座制である。連座制のもとでは、候補者本人が直接に選挙不正に関与していなくても、選挙組織の責任者、候補者の親族・秘書などが選挙犯として有罪になった場合には、当選が無効となり、さらに一定期間、特定選挙区における立候補が禁止される（公選法251条の2・251条の3）。この連座制は、候補者本人にとっては被選挙権を始め憲法上の権利を制限する非常に重たい措置であり、また、その連座制の範囲は拡大してきた。しかし、最高裁は、訴訟が提起される度に、選挙犯罪撲滅のための措置として連座制の合憲性を肯定してきた。⁽²³⁴⁾例えば、1994年に導入さ

(233) 公選法11条1項4号の欠格要件の強化や政治資金規正法違反の罪に公民権停止を導入した平成6年の法改正では、その立法趣旨について、同規定の元となった当時野党の自民党案を説明した三塚博議員によって、「本法律案は、公職選挙法及び政治資金規正法の規制の実効性を確保することなどにより政治腐敗を防止するため、公民権の停止措置の強化、連座制の強化及び罰則の強化を図るものであります。これが、この法律案の趣旨であります。」と説明されているなど、政治腐敗に関与した犯罪者への欠格要件設定の趣旨も、犯罪防止目的措置に求めるのが妥当である（第128回国会衆議院会議録第4号（平成5年10月13日）6頁〔三塚博〕）。法体系的整合性という観点からも、公選法11条1項5号・252条も同趣旨と考えるのが適切である。

(234) 最大判昭和37年3月14日民集16巻3号530頁、最大判昭和37年3月14日民集16巻3号537頁、最判昭和41年6月23日民集20巻5号1134頁、最判平成8年7月

れたいわゆる新連座制の合憲性が問題となった最高裁判決（以下、平成9年判決）は、新連座制の合憲性について、「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」としたうえで、その合憲性を肯定している⁽²³⁵⁾。

ここで重要であるのは、昭和30年判決は、その連座制の合憲性を肯定する判例においても援用されてきたということである。昭和30年判決は、選挙権や被選挙権制限のリーディング・ケースの一つであると捉えられてきた。しかし、選挙権の原則的な判断枠組みは後述の平成17年判決が提示するものであるとすると、昭和30年判決は、選挙権制限一般のリーディングケースというよりも、選挙不正対策目的措置のために選挙権や被選挙権を制限する事案におけるリーディング・ケースとして理解することがより適切である。

新連座制の合憲性を判断した前述の平成9年判決の調査官解説は、連座制事件における審査基準としては、「立法目的に合理性があり、その目的達成の手段が『必要かつ合理的』なものかどうかを審査する」という必要かつ合理性の基準が採用されてきたと説明している⁽²³⁶⁾。この審査基準は、立法目的の審査、規制手段の必要性、利益衡量の審査等から構成されると考えられるが、「より制限的でない他の選び得る手段」の基準が採用されていない点において、後述の平成17年判決よりは緩やかな基準となっている⁽²³⁷⁾。平成9年判決も昭和30年判決

18日集民179号739頁、最判平成9年3月13日民集51巻3号1453頁。

(235) 最判平成9年3月13日・同上。

(236) 菅野博之「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成9年度456頁、472頁。

(237) 同上、参照。また、綿引万里子「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成4年度

を援用しているが、昭和30年判決や平成9年判決などは、選挙不正防止目的措置に関しては必要かつ合理性の基準によって判断するという一連の判例群を形成している⁽²³⁸⁾と捉えることもできる。

選挙不正防止目的の措置については、選挙権・被選挙権に対する制約が生じる場合であっても、なお厳格な基準の適用を免れるというはある程度合理化できる事情がある。選挙不正を防止することは極めて重要な法益であるが、選挙不正の防止は常に困難を抱えている。立法府は、これまで様々な対策を行ってきたが必ずしも功を奏さず、選挙不正が問題となる度に新たな対策を講じてきた。何が選挙不正対策として最適かということは政治や犯罪の実情も踏まえた複雑な検討が必要であり、司法府が介入して線を引くよりも、立法府にいわばトライ・アンド・エラーを繰り返してもらい、最適な道を探るしかないという側面がある。選挙権や被選挙権は重要ではあるものの、そのような選挙不正対策の難しさに加えて、選挙犯罪抑止という政策目的が選挙権や被選挙権と同様に重要な実体的利益であることを踏まえると、選挙不正対策のための措置は、必要かつ合理性の基準によってその合憲性が判断されるというのでも差し当たり許容されると言える⁽²³⁹⁾。

569頁、587頁は、「規制措置の必要性和合理性の審査は、①当該規制の必要性和合理性を基礎付ける立法事実の存否の審査と、②当該規制によって得られる利益と制約される利益との価値評価、利益衡量という立法府の法的判断の適否の審査に分析することができる」とする。

(238) 後述の受刑者選挙権における東京訴訟第一審判決は、昭和30年判決を公務不適格論による公民権停止の先例として捉えているが、昭和30年判決をそのように捉えた場合、選挙不正に対する制裁措置として採用されてきた連座制の事案に、昭和30年判決が援用されてきたことと整合が取れなくなるのではないかと考えられる。

(239) 青井未帆・山本龍彦『憲法I人権〔第2版〕』（2024年、有斐閣）225頁〔青井未帆〕は、「選挙犯罪者については、選挙の公正確保という観点から、その停止にやむをえない事由があると考えられる」とするが、選挙犯罪者を選挙から排除せずとも選挙を実施している民主主義国もあることから、少なくとも、平成17年判決がいうところの「やむを得ない」制限とまでは言えないだろう。

昭和30年判決は、今日の見地から書き直すとしたら、連座制の各判例と同様に、選挙不正対策を目的とした選挙権・被選挙権に対する制約の事案であることから、必要かつ合理性の基準によって審査がなされるべき事案であり、そして、利益衡量としては、選挙犯欠格条項は、対象が特定犯罪に限定されているうえ、手段においても、制約された選挙権・被選挙権と並ぶほどに重要な選挙の公正実現のための措置として刑事政策上も合理性があり、さらに、司法介入により選挙権制限の程度はその分縮減していることから必要性と合理性が肯定されるということになる⁽²⁴⁰⁾。

第3節 昭和51年判決

ドイツの法哲学者ロバート・アレクシーは、憲法規範を「準則」(rule)と「原理」(principle)とに分けた⁽²⁴¹⁾。準則とは、確定的に何かを命じる規範であり、守られているか、守られていないかのどちらかしかない。他方で、「原理」は、事実的・法的制約のもとで、何事かを、最大限に実現することを求める規範である。その規範については、守られているか、守られていないかの二者択一ではなく、どの程度規範の目指す価値や目的が実現できているかが問題となる。アレクシーはそのような原理を「最適化命令」(optimization requirement)と呼んでいる。

(240) 選挙犯からの選挙権剥奪は、刑事政策的便益に加えて、選挙内で発生した問題を選挙内で解決するということから一定の合理性を持ち得る。選挙犯罪というのはいわば民主的政治過程を自分に有利なように歪め、誘導させるものであり、実質的には公正に選挙に参加した者の投票の意義を無効化、希釈化、歪曲させるものである。そのように他人の犠牲のもと自らに有利なように選挙に介入した選挙犯罪者に対し、その者の選挙における影響力を暫くの間縮減させるというのは選挙内在的のバランスを取るという観点からは合理性がある(ある選挙においてプラスがあったのだから、別の選挙においてマイナスを課すことによって調整を図るという論理)。

(241) ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 47-48 (Judian Rivers trans., Oxford University Press 2002).

昭和30年判決は、憲法44条但書きについて、禁止されるのは具体的に列挙された事由に基づく差別的取扱いのみに限定し、しかもその禁止はほぼ例外のないようなものだというような「準則」的なものとしては解釈することはなかった。むしろ、最高裁は、今日、44条但書きをアレクシーのいうところの「原理」的なもの、「最適化命令」として捉えている可能性がある。その一端を示しているのが、議員定数不均衡問題についてのリーディング・ケースとなっている昭和51年判決である⁽²⁴²⁾。

昭和51年判決が取り組んだ最重要の問題は、投票価値の平等が憲法上の要請であるかどうかという論点であったものの、その前提として、下記のように憲法の条文の解釈とそれに基づく選挙権拡大の憲法上の意義について論じている。

【1】「わが憲法上、国政は、国民の厳粛な信託に基づき、国民の代表者が行うものであり（前文1項）、国権の最高機関である国会は、全国民を代表する選挙された議員で組織する衆議院及び参議院で構成するものとされ（41条、42条、43条1項）、国会の両議院の議員を選挙する権利は、国民固有の権利として成年である国民のすべてに保障され（15条1項、3項）、選挙人資格については、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別してはならないとされている（44条但し書）。」

【2】「元来、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なすものであり、現代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とされているのが一般であるが、このような選挙権の平等化が実現されたのは、必ずしも古いことではない。平等は、自由と並んで、近代国家における基本的かつ窮極的な価値であり理念であつて、特に政治の分野において強く追求されてきたのであるが、それにもかかわらず、当初においては、国民が政治的価値において平等視されることがなく、基本的な政治的権利というべ

(242) 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁（昭和51年判決）。

き選挙権についても、種々の制限や差別が存しており、それが多年にわたる民主政治の発展の過程において次第に撤廃され、今日における平等化の実現をみるに至つたのである。国民の選挙権に関するわが憲法の規定もまた、このような歴史的発展の成果のあらわれにほかならない。」

【3】「右の歴史的発展を通じて一貫して追求されてきたものは、右に述べたように、およそ選挙における投票という国民の国政参加の最も基本的な場面においては、国民は原則として完全に同等視されるべく、各自の身体的、精神的又は社会的条件に基づく属性の相違はすべて捨象されるべきであるとする理念である」。

【4】「このような平等原理の徹底した適用としての選挙権の平等は、…選挙人資格に対する制限の撤廃による選挙権の拡大を要求する」。

ここでは、まず【1】において、関連する憲法の条文が列挙されている。この部分では、単に条文の文言が羅列されているのではなく、一定の解釈的理解も含まれている。特に重要であるのが、憲法15条1項と3項の解釈である。憲法15条は、文言だけでは、そこでいう公務員とは何か、国民固有の権利とは具体的に何を指すのか、普通選挙とは何を意味するのかについて解釈上の余地がある。しかし、昭和51年判決は、「国会の両議院の議員を選挙する権利は、国民固有の権利として成年である国民のすべてに保障され」として、その意義を明確にしている。すなわち、国会の両議院の議員を選挙する権利は、国民固有の権利として成年国民のすべてに保障される。

昭和51年判決は、そのように憲法の条文を捉えたうえで、【2】において、選挙権に対する制限や差別が民主政治の発展と共に撤廃されてきたという歴史的発展の経緯に言及したうえで、憲法の規定は、「歴史的発展の成果のあらわれにほかならない」という。そして、【3】において、「選挙における投票という国民の国政参加の最も基本的な場面においては、国民は原則として完全に同等視されるべく、各自の身体的、精神的又は社会的条件に基づく属性の相違はすべて捨象されるべきである」というのが歴史的発展において一貫して追求されてき

た理念であるとする。ここで、身体的・精神的・社会的条件に基づく相違は捨象されるべきであるとしているのは、憲法44条但書きの文言を理念的に昇華したものと捉えることができる。特に、「精神的条件」がここでは捨象されるべき対象として挙がっていることは憲法意識が問題とされる受刑者の選挙権問題を考えるうえで留意しておくべきである。

そして、昭和51年判決は、【4】において、選挙権の平等は、「選挙人資格に対する制限の撤廃による選挙権の拡大を要求する」との命題を提示する。この言説は、憲法44条但書きなどの憲法規範が、アレクシーのいうところの「原理」「最適化命令」として存在していると解釈したものに他ならない。

この「拡大を要求する」ことの意味については、文字通り動的な意味合いを持ったものとして捉えるべきであろう。昭和51年判決は、憲法の規定というのは選挙権に関する「歴史的発展の成果のあらわれ」であるとする。すなわち、選挙権の制限や資格は、決して固定したものではなく常に拡大してきたということを憲法の条文は前提としている。そのような歴史的発展を前提とすれば、憲法自らが憲法制定時を歴史の最終形態として位置付け、歴史の終わりをそこで宣言するというのはあり得ないことである。選挙権の範囲は、日本や世界における政治認識・社会認識の変化を前提として、絶えず拡大に向けて再考されなければならない。

また、ここでの「歴史的発展」や「拡大を要求する」という言葉はさらに進んで選挙権拡大の不可逆的性格をも含意していると考えられる。つまり、現状あるものとしての制限が憲法適合的であるとしても、将来、その制限を撤廃した後、再度、もとの制限に戻す場合には、現状よりもより厳しい条件が憲法上課せられると考えられるべきということになる。

このような昭和51年判決が示した「身体的・精神的・社会的条件に基づく相違は捨象されるべきこと」や「選挙人資格に対する制限の撤廃による選挙権の拡大を要求すること」といった最適化命令は、いずれも象徴的論証であり、その論拠について何か証明が可能なものではない。しかし、それは、憲法がコミットする象徴的論証であり、憲法外の象徴的論証によって覆されるべきものでは

ない。むしろ、あり得る様々な象徴的論証の可能性から保護されるべき象徴的論証を選択し、それと矛盾する象徴的論証を排除するのが憲法の重要な機能であるとも言える。⁽²⁴³⁾

なお、昭和51年判決は、選挙人資格だけでなく、「選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票の価値の平等」についても、憲法の要求するところであるとしたものの、「議員の定数、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項」については、「法律で定めるべき」とする憲法43条2項、47条の規定を援用しつつ、憲法は「両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねている」とした。そして、投票価値の平等は、「憲法上正当な理由となりえないことが明らかな人種、信条、性別等による差別を除いては、原則として、国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的ないしは理由との関連において調和的に実現されるべき」であるとして、投票価値の平等の実現以外にも追究し得る他の政策的目的の存在を認めた。もっとも、これは、あくまで選挙人資格それ自体とは異なる投票価値の平等との関係で論述されたものであり、逆に、後述するように、平成17年判決における選挙権に対する制限の判断枠組み導出の場面では、憲法47条の規定や立法裁量、政策目的の開放性を示唆する言及がないことがむしろ注目される。

第4節 平成17年判決

憲法44条但書きなどの憲法規範が「身体的・精神的・社会的条件に基づく相違は捨象されるべきこと」、「選挙人資格に対する制限の撤廃による選挙権の拡大を要求すること」といった最適化命令であるとしても、それがどの程度強く要求された命令であるかはさらに検討する必要がある。その問題に解答を与えているのが、在外邦人の選挙権行使制限の合憲性を判断し、それを否定した平

(243) 例えば、天皇を、日本国と日本国民統合の「象徴」であるとし、同時に、日本国民に主権が存すると論じる憲法1条の規定は、まさに象徴的論証の憲法的保護 (constitutional entrenchment) の典型事例と言える。

成 17 年判決である⁽²⁴⁴⁾。平成 17 年判決は、選挙権制限の司法審査の方法として厳格な基準の典型とも言える基準を提示した。受刑者選挙権の事案においても、平成 17 年判決の厳格な基準の適用の有無が最大の争点となっている。ここでは、平成 17 年判決の判決理由のなかから、厳格な基準を提示した段落を次のように 6 つの部分に細分化したうえで抜粋し、その内容を確認しておきたい。

「【1】憲法の以上の趣旨にかんがみれば、【2】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、【3】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ぬというべきである。【4】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、【5】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。【6】また、このことは、国が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らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である」

まず、【1】において、憲法の趣旨から厳格な基準が導かれるとしている。その憲法の趣旨の内容は前の段落で示されており、そこでは、憲法の前文、1 条、15 条 1 項、43 条、44 条但書きという具体的な条文が示されたうえで、「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

(244) 最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁。

等に保障している」と述べられている。すなわち、国民主権の原理を究極の基盤として、国民固有の権利としての投票権の保障が導かれ、さらに、その保障を確保するために投票機会の平等が保障されるとされている。

このような憲法の趣旨からの厳格な基準の導出の論理関係については調査官がより詳細な解説を付している⁽²⁴⁵⁾。一部の者の選挙権を制限することは、憲法14条1項の法の下での平等の問題でもあるところ、14条1項に関する司法審査は立法府の裁量を前提としたいわゆる合理性の基準によってなされるのが通常である。しかし、調査官は、選挙権制限は、国民主権や15条や44条などの条文との関係で合憲性を審査しなければならないことから、14条1項の通常の事案に適用される合理性の基準ではなく厳格な基準である必要があるとした。さらに、選挙の自由の確保のために必要であるということが表現の自由に厳格な基準が適用されることの論拠となっていることとの関係でも、選挙権の制限については厳格な基準が妥当すると論じている。憲法14条1項も44条但書きも平等を実現するための最適化命令と捉えることができるが、最高裁は、15条や44条但書き等が命じる最適化命令について、14条1項よりも、より強い命令を伴うものであると解したと言える。

厳格な基準の具体的内容は、【3】と【4】で述べられている。【3】では、選挙権の制限と選挙権の行使の制限の両方について、「やむを得ないと認められる事由」がなければ許容されない旨論じている。平成17年判決は、選挙権の行使の制限が問題となった事案であり、選挙権の制限が問題となった事案ではない。そこで選挙権の制限への言及は傍論であり、選挙権の制限に対する事案には平成17年判決は及ばないとする考え方があり得る。

しかし、平成17年判決にとっては、むしろ選挙権の制限にも同様の厳格な基準が適用されるべきであると念を押しておく必要があった。平成17年判決の事案では在外邦人が選挙人名簿に登録されていなかったり、登録されても在外選挙では選挙区選挙が認められていなかったりしたことにより選挙権の行使の事

(245) 杉原則彦「判解」最高裁判所判例解説民事篇平成17年度（下）603頁、629頁。

案ということになっていたが、法制度上は公職選挙法11条の欠格要件に在外邦人を追加することも可能である。選挙権行使に対する制限のみに厳格な基準の適用対象を絞り込んだ場合、法制度上の仕組みの改変により容易に判決の結論を無効化することが可能であった。そこで、そのような道を予め塞いでおくために、敢えて選挙権の制限にも言及しておく必要があったのである。そのように考えると、平成17年判決は文字通り選挙権の制限に及ぶことは当然であり、そこでいう選挙権の制限には資格制限や選挙権停止も含まれると考えるべきである。

【3】で用いられた「やむを得ない」という言い回しは、とりわけ表現の自由の事案においてしばしば最高裁が言及してきたものであり、それだけで厳格な基準の適用を示唆している⁽²⁴⁶⁾。ただ、「やむを得ない」の文言それ自体は空虚なもので、如何様にも解釈できる余地がある。より重要なのは、【4】で示された「やむを得ない」の具体的内容である。そこでは、「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出来ないし著しく困難であると認められる場合」が「やむを得ない」場合であるとして命題的な基準が示されている。

ここで注目すべきは、この基準においては、制限の目的が類型的に限定されているということである。最高裁は、表現の自由、職業の自由、財産権のような憲法上の権利については、公共の福祉を制約の究極的根拠としたうえで、許容される規制目的の類型については広く認めてきた。これに対し、平成17年判決は、憲法12条や13条のような包括的権利制限規定を一切挙げることなく、「選挙の公正を確保」することに制限の目的が限定されている。これは、選挙権に対する制限については、選挙という制度の運営それ自体にかかわるもの以外の制約、いわば選挙外在的な制約は認められないという立場を明確にしたものであると捉えることができる。昭和51年判決が、投票価値の平等との関係にお

(246) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁、最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁、最判令和4年2月15日民集76巻2号190頁。

いて、「国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的ないしは理由との関連において調和的に実現されるべき」として、目的の開放性に言及していたことと対比すると、公正な選挙の実施以外の政策目的のために選挙権を制限してはならないという平成17年判決の強いメッセージが伺える。

さらに、この基準は、選挙の公正を確保するための手段にも厳格な制約を課しており、選挙権を制限する以外の方法では、公正な選挙が「事実上不能ないし著しく困難」であることまで合憲性の条件として要求している。単に「困難」というだけでなく「著しく困難」であることまで要求しているのである。これは困難があってもなお選挙権それ自体を優先すべきであるということを意味している。

このような平成17年判決の厳格な基準の内容は、憲法規範が選挙権の拡大を最適化命令として存在していると捉えることとも整合的である。選挙権保障は最大限実現すべきとするならば、選挙権保障の実現に制約を加える手段以外にも、他の公正な選挙を実現できる代替的な手段が存在するのであれば、そのような代替的な手段を採用すべきことは当然の論理的帰結となる。

また、平成17年判決の厳格な基準は、そもそも立法裁量について一切の言及がないという点においても法の下での平等や経済的自由の事案とは一線を画していることも重要である。論理的には、昭和51年判決のように「法律でこれを定める」と規定する44条本文や47条を根拠として立法裁量を論じることも可能であった。実際に、この訴訟において、国は、「憲法上、在外日本人について特別の制度を設けることにより、衆議院議員及び参議院議員の選挙のすべてにつき選挙権の行使を容易にすべき立法義務を一義的に明確にした規定は存在せず、むしろ、憲法44条の規定に照らせば、右のような制度を設けるかどうかは立法府の裁量に委ねられている」と主張していた⁽²⁴⁷⁾。しかし、平成17年判決は、そのような主張を採用しなかった。これは、44条本文や47条の「法律でこれを定める」という規定を根拠とした立法裁量論は、選挙権それ自体の制限や選挙

(247) 東京地判平成11年10月28日民集59巻7号2216頁、2226頁（被告の主張）。

権の行使の制限の場面では立法裁量の論拠とはならないと考えた結果であると捉えることができる。

同じように最高裁が立法裁量に言及しない事案として表現の自由の事案があるが、表現の自由事案の判断方法は利益衡量を原則としており、利益衡量からさらに進んで平成17年判決のような厳格な基準を示したことはない。表現の自由よりも厳格な基準が提示されているのは、選挙権と表現の自由が類似するというよりも、むしろ、選挙権のほうが表現の自由よりも、国民主権の核心に近く、より高い憲法上の価値をもったものとして最高裁が評価していることの帰結である⁽²⁴⁸⁾と考えることもできる。

もっとも、平成17年判決は、【2】においてその射程を限定する言説を自ら行っている。それによれば、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」に対する「選挙権について一定の制限をする」場合には平成17年判決が明示的に示した基準は適用され⁽²⁴⁹⁾ない。この「留保」の適用は受刑者選挙権剥奪の事案において最大の論点となってきたものであり、その内容は慎重に確認しておく必要がある。

ここでいう「自ら選挙の公正を害する行為をした者」というのは、公選法11条1項5号・同条2項・252条によって現行法上選挙権を持たない者、すなわち選挙犯を指すものと考えられる。最高裁は、既に紹介した昭和30年判決におい

(248) 現在、判例は、経済的自由・精神的自由・統治的権利（選挙権・国民審査権）の順において、司法審査の厳格度が増すいわば三重の基準を採用していると捉えることが可能である（木下昌彦「国民審査の憲法理論に向けて—最高裁令和4年5月25日大法廷判決」法律時報94巻9号4頁、5頁（2022年）参照）。

(249) この留保の存在自体が選挙権の資格制限の事案が平成17年判決の厳格な基準の対象になり得ることを示唆している。昭和30年判決は選挙人資格が問題となった事案であったし、逆に選挙権行使の方法等に関し選挙犯にのみ適用される規制は存在しない。もし平成17年判決が選挙人資格の事案を射程外としていたのであれば、そもそも選挙犯に関する留保は必要なかったといえる。すなわち、留保への言及は、厳格な基準が選挙人資格の事案にも及び得ることを平成17年判決は前提とした記述ということになる。

て、選挙犯への選挙権剥奪の合憲性を肯定している⁽²⁵⁰⁾。留保が設けられた直接の理由は、昭和30年判決の判例を変更する趣旨ではないことを示すことにあったと考えられる。ただ、この留保について問題となるのは、選挙犯への言及の後にあえて「等」という文字を追加しており、それ以外の類型に関しても留保が及び得ることが示唆されていることである。

既に論じたように、昭和30年判決は、厳格な基準を採用せず、必要かつ合理性の基準あるいは利益衡量の基準によって憲法判断を行ったものと解することができるが、その実質的理由は、選挙不正防止目的措置の重要性と困難性等に求めることができる。そうであるならば、「等」の範囲もまた選挙不正防止目的措置と類似の政策目的をもったものに限定されると考えるべきである。例えば、汚職公職者や政治資金規正法違反者からの選挙権剥奪は、選挙そのものに直接関係する犯罪ではないものの、選挙以外の金銭等によって民主的統治過程が歪められてはならないという民主的統治過程に対する罪という点では選挙犯と共通している点がある。政治家や公務員が、金銭によって買収され政治を行うようになれば、選挙それ自体を行う意味すらなくなる。汚職の罪や政治資金規正法は、選挙の結果を保護するという側面もある。しかも、汚職や政治資金規正法違反はなかなか根絶されず政治問題として常に浮上している。政治腐敗と金権政治を防止し、適正な民主的統治過程を保全することは選挙権と同様に憲法内在的な重要な利益であり、その保全対策の難しさから、特定分野を対象が限定される限りにおいて、選挙不正防止目的措置と同様に、裁判所による介入が強い厳格な基準ではなく立法府に裁量の余地を残す利益衡量の基準制限の合憲性が判断されることも肯定できる⁽²⁵¹⁾。

(250) 最大判昭和30年2月9日刑集9巻2号217頁。

(251) 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、84頁（2012年）は、平成17年判決の留保の趣旨について「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」としたうえで、留保における「等」に該当するためには、「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」とし、汚職公職者欠格条項については、「『選挙の公正』と直接の関連性がある

つまり、平成17年判決の留保は、選挙不正対策目的措置としての選挙犯からの選挙権剥奪の事案とそれと類似した性質を有している政治腐敗防止目的のための選挙権剥奪の事案に限定されるべきであるということになる（本論稿の末尾の「図：民主主義の法体系と欠格条項の位置付け」も参照）。

第5節 平成17年判決以降の選挙権の拡大・拡充

平成17年判決以降、様々な立法・判例の展開があった。⁽²⁵²⁾ まず重要であるのが在宅投票制度の対象に精神的原因によって投票所に行くことが困難な者を含めないことの憲法適合性が問題となった2006年の最高裁の平成18年判決である。⁽²⁵³⁾ 最高裁は、国賠法上の違法性の観点からのみ議論を進めたが、判決理由において、「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、国には「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」として17年判決の厳格な基準が適用されるべき事案であることを示

とはいえない」ことから「等」に該当しないとしている。ただ、本文で論じたように、本論稿では、留保の趣旨は、選挙不正防止目的措置の重要性と困難性等に基づき立法裁量がある程度認めざるを得ない点に求めており、同じような性質を汚職対策や金権政治対策にも見出すことができることから、汚職公職者欠格条項についても、「等」に該当し得ると考える。なお、毛利の同種ルール論は、政策論というよりも原理的な応報論に近い側面があり、象徴的論証の側面を有している。それは、一見留保の範囲を限定しているように見えるが、例えば、共同体は、民主的政治過程によって法律を制定し、一度制定された法律は必ず守るというルールのもとで運営されているのであるから、その共同体のルールに違反した者は、共同体から一定期間排除されるというような論理を容易に招き入れ兼ねない側面がある。

(252) 平成17年判決以降の立法及び判例の展開については、西山千絵「障害をもつ人・寝たきり等の人の選挙権行使の現状と判例」選挙研究34巻1号94頁（2018年）も参照。

(253) 最判平成18年7月13日判時1946号41頁判タ1222号135頁。

した。国の不作為によって権利行使が不可能となっている事案への厳格な適用は、既に平成17年判決からの引用部分【6】において示唆されていたが、投票所投票主義のもと投票機会を平等に提供するだけでは足りず、国民の個別事情に対応することが憲法上の要請としたことの意義は大きい。特に、この事案では、憲法47条が法律事項としている「投票の方法」それ自体が直接問題となっていたにもかかわらず、同条だけでなく、立法裁量にも言及しなかったことも重要である。

また、2013年には、成年被後見人から選挙権を剥奪していた公職選挙法11条1項1号の規定の合憲性が争われた事件において、東京地裁が当該条項を違憲とする判断を行った⁽²⁵⁴⁾。同判決は、平成17年判決の厳格な基準を適用し、成年後見制度と選挙制度は趣旨目的が異なり、後見開始の審判があっても選挙権を行使するに足る能力が欠けると判断されたことにはならず、さらに能力が一時的に回復する場合もあり得ることから、やむを得ない制限とは言えないとした。同判決は、その論理として「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ために、成年後見制度を借用する以外の方法を採用すること」まで否定したものではなかったが、同判決後、国会は速やかに法改正に着手し、11条1項1号それ自体を削除し、代替的な制度も設けなかった⁽²⁵⁵⁾。

さらに、在外邦人に対して最高裁裁判官国民審査の審査権の行使を全く認めていなかった国民審査法の合憲性が争われた事件において、最高裁は、審査権の行使を制限する事案においても平成17年判決と同様の厳格な基準を適用し、国民審査法を違憲とした（令和4年判決⁽²⁵⁶⁾）。この令和4年判決においては、平成17年判決が引用されたうえで厳格な基準が提示されたが、平成17年判決が示したような留保については一切言及がなかった。

この間、法制度上は、公職選挙法における受刑者欠格条項の改正は一切試み

(254) 東京地判平成25年3月14日判時2178号3頁判タ1388号62頁。

(255) 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）。

(256) 最大判令和4年5月25日民集76巻4号711頁（令和4年判決）。

られなかった。しかし、2007年に成立した憲法改正国民投票法においては、成年被後見人についての欠格条項は設けられたが（4条、現在では削除）、受刑者欠格条項は設けられなかった。⁽²⁵⁷⁾ 憲法改正国民投票という国政上の最も重要な場面によって全ての受刑者が投票権を得たことは、国民の意識の変化の現れとも言える。

第4章 受刑者選挙権に関する下級審判例の展開

第1節 平成期の下級審判決

(1) 国の主張の骨子

平成17年判決以降、受刑者選挙権について、まず、大阪と広島で訴訟が相次いで提起された（以下、大阪訴訟、広島訴訟）。日本における受刑者選挙権に関する論点は大きく、①平成17年判決の厳格な基準の適用の可否と②受刑者欠格条項の合理性の有無の二つに分かれる。

これらの論点に関する国の主張は、後述の令和期の訴訟も含め基本的に大きな変動はない。平成17年判決の厳格な基準の適用については、(a) 選挙権は権利であるが同時に公務としての性格を有しており、その公務的性格から一定の場合に選挙権を奪うことも憲法上許容される（権利公務二元説）、(b) 憲法44条本文が、選挙人の資格を法律で定めると規定していることから、選挙人資格の具体的決定は国会の裁量に委ねられた立法政策である（44条立法裁量論）、(c) 受刑者の選挙権剥奪の事案と平成17年判決の事案は異なることから平成17年判決の射程は及ばない（平成17年判決射程外論）というような理由により、厳格な基準ではなく、立法裁量を前提としたより緩やかな基準が適用されるとする。

次いで、受刑者欠格条項の合理性については、(d) 受刑者は、一般社会から隔離されるべき者として拘禁されているのだから、そのような拘禁目的と性質に照らし基本的人権に制限を加えることも許される（追加的制約許容論）、(e)

(257) 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）。

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ることから公正な選挙権の行使を期待できない、(f) 遵法精神に欠ける者が選挙に参加した場合、選挙の公正さが阻害される相当の蓋然性があることから、公正な選挙の実施のために刑の執行が終わるまで選挙権の行使を制限することには合理性があるという主張である。ここで (e) (f) の論理は、最初は、基本的には選挙不正を防止するために規範意識の欠ける受刑者を排除するという保安処分論の立場であったと言えるが、後に公務不適格論へと軸足が移っていった。

(2) 大阪訴訟

受刑者選挙権訴訟において最初の司法判断となったのが大阪訴訟第一審判決⁽²⁵⁸⁾である。大阪訴訟第一審判決は、選挙は公正を確保する必要があること、そして、憲法が成年者による選挙を定めているのは意思表示能力を問題にする趣旨であることの二点を指摘したうえで、選挙の公正の確保と意思表示能力の観点から選挙人の資格について欠格条項を定めることも憲法上許容されるとした。また、個別事情を考慮して選挙権の有無の判定をすることは困難であるから、欠格条項の定めを画一的なものとすることも許容されるとした(画一的基準許容論)。違憲審査基準については、平成17年判決の基準は本件とは事案が異なるとして厳格な基準を適用せず、制限に合理性がある限り憲法に違反しないとする基準を提示した。

ただ、大阪訴訟第一審は、国が主張していた保安処分論について、「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」とし、その主張を排斥した。禁

(258) 大阪地判平成25年2月6日判時2234号35頁。

錮以上の受刑者の排除と選挙不正防止の間の合理的関連性を否定したものと言える。

しかし、大阪訴訟第一審判決は、主に二つの論拠に依拠して受刑者欠格条項の合理性を肯定している。第一は、国が主張していた追加的制約許容論に基本的に沿ったものである。同判決は、「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処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」と論じている。この追加的制約許容論は、単独で正当化論拠になるというよりも、一般国民と比較して、受刑者の社会参加の要保護性が低下していることを示す意義を持たされていると言える。

より中核的な論拠となっているのは、第二の情報取得困難論である。大阪訴訟第一審判決は、「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」と論じる。この情報取得困難論は、保安処分論とは異なり、投票の前提となる情報入手の困難性を指摘していることから、仮に刑事施設内で選挙の実施に事務的技術的支障がなくとも、なお維持できる論拠である。

大阪訴訟第一審は以上のような論拠を前提に、受刑期間中の選挙権剥奪は立法の合理的な範囲内とした。

この判断に対する控訴について判断したのが、大阪訴訟控訴審判決である。⁽²⁵⁹⁾大阪訴訟控訴審判決は、これまでのところ、受刑者欠格条項を違憲とした唯一の司法判断となっている。受刑者欠格条項については様々な正当化根拠論があるが、訴訟という地平における論拠の絞り込みについてこの大阪訴訟控訴審判

(259) 大阪高判平成25年9月27日判時2234号29頁。

決が果たした役割は大きい。

まず、大阪訴訟控訴審判決は、国は「平成17年最判は本件と事案を異にする」と主張するが、平成17年最判が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こと、選挙権の制限と選挙権行使の制限を同列に論じていることからすれば、本件においても、平成17年最判の基準に基づき選挙権制限の合憲性を判断すべきである」として、平成17年判決が提示した厳格な基準を審査基準として採用する立場を打ち出す。

厳格な基準の適用に基づく判断においては、第一審と同様の理由により、国側の保安処分論を改めて否定した。また、必ずしも第一審では大きな争点となっていなかったが、刑事施設における選挙権行使の際の事務的支障論についても、あえて言及し、未決収容者も不在者投票を行っていること、受刑者も憲法改正国民投票において投票権があることを指摘し、刑事施設内からの選挙権行使が事務的技術的に不可能ではないと論じた。

そのうえで、国や第一審が提示していた追加的制約許容論について、それを「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」との論理として再整理したうえで、「受刑者を刑事施設に収容するのは、犯した罪に対する応報として自由を剥奪するとの趣旨と、矯正処遇により改善更生を促し、再犯を防止するという目的に基づくものと考えられる。しかしながら、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」としてその論拠を否定した。

さらに、第一審の情報取得困難論については、①刑事施設法は、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こと、②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も容易であること、③刑事施設に収容されておらず情報取得について一般の国民と同様の立場にある仮釈放中の受刑者についても選挙権が制限されていることを指摘し、その論拠も否定している。

大阪訴訟控訴審判決は、以上の論理により、「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」と結論づけた。ただ、国賠法1条1項の解釈に関し、法令の違憲と同項の解釈上の違法性を区別する判例法理のもと、国賠請求に対しては請求棄却の判断を行った。同判決に対しては原告の側から上告することが可能であったが、原告は上告をしなかったことから最高裁を待たずに確定した。

大阪訴訟控訴審判決は、厳格な基準に依拠していたが、同判決によって否定された受刑者欠格条項の論拠はいずれも合理性それ自体を否定されたという側面をもっている。同判決が否定した保安処分論、事務的支障論、情報取得困難論といった論拠は、その後の裁判例では合理性を持つ論拠としては言及されなくなった。

(3) 広島訴訟

大阪訴訟の後に提起された広島訴訟から、国は、大阪訴訟で否定された保安処分論に追加して、受刑者は「類型的に見て選挙権という公務の執行主体にふさわしい適格性を有しない」とする公務不適格論を新たに展開した。

広島訴訟第一審判決は、審査基準については、国側が主張してきた権利公務二元論、44条立法裁量論、平成17年判決射程外論に依拠して、厳格な基準ではなく必要かつ合理性の基準を採用した⁽²⁶⁰⁾。受刑者欠格条項の論拠については、同判決は、受刑者からの選挙権剥奪を「制裁」として正面から位置付けている点が注目される。しかも、収賄罪や選挙犯罪に適用される同項4号・5号、同条2項、252条のような他の欠格条項全てが「制裁」という立場である。ただ、そのような制裁をなぜ受刑者に科すことができるのかをさらに論じる必要がある。そこで広島訴訟第一審判決は主に二つの論拠を提示している。

(260) 広島地判平成28年7月20日判時2329号68頁。

第一は、追加的制約許容論である。広島訴訟第一審判決は、「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、制限される」と論じた。この追加的制約許容論は、大阪訴訟控訴審判決において一度は否定されたが、復活したと言える。

第二は、国が主張し始めた公務不適格論である。広島訴訟第一審判決は、受刑者は「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、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出来る」と論じた。この論理をさらに解析すると、①選挙権行使は、公務執行という性格を有する→②公務執行には遵法精神が求められる→③受刑者は遵法精神に欠ける→④よって、受刑者は選挙権の主体とはなり得ないという論理となっている。このような公務不適格論は、選挙人としての資質それ自体を問題としており、選挙不正の危険性それ自体とは無関係に成立し得る論理である。ただ、なぜ公務執行に遵法精神が求められるのかについて十分な説明はなされておらず、この点は、広島訴訟控訴審判決、東京訴訟第一審判決において補強されていくことになる。

広島訴訟第一審判決は、以上のような追加的制約許容論と公務不適格論に基づき、受刑者欠格条項には合理性があり、立法裁量を逸脱していないと結論付けた。

続く広島訴訟控訴審判決は、第一審と結論が同じであり、判決理由も第一審判決を引用したうえで部分的に修正するいわゆる引用判決であり、理論的に言及すべき点は少ない。⁽²⁶¹⁾しかし、公務不適格論において第一審判決では欠けていた公務執行と遵法精神の欠如との論理的結び付きについて補強がなされており、次のように論じている。

(261) 広島高判平成29年12月20日（LEX/DB 文献番号25449213）。

「犯罪等の不正が社会に蔓延しないように法秩序を維持し、選挙を含む社会の制度が安定的に運営できるように社会秩序が安定することが、選挙を公明かつ適正に行うための不可欠の基盤であるところ、受刑者は、法秩序を著しく侵害し、もって上記の基盤を少なからず損なったものであり、選挙制度の維持ないし公明、適正な公職選挙の実施の観点からも看過できないものとして、受刑を終了するまで制裁として選挙権の行使を制限することに一定の正当性、合理性が認められる。」

もつとも、この論拠もまた大きな論理的飛躍を抱えている。論理としては、選挙を安定的に実施するためには社会秩序の安定が必要であり、受刑者はそのような社会秩序の安定を侵害したが故に選挙人としての適格を欠くというのである。ただ、選挙において安定的な社会秩序が必要であるというのはその通りであるとしても、選挙権剥奪の対象となる犯罪は多岐に及んでおり、例えば、交通違反、わいせつ物頒布、著作権侵害などの行為がどのように選挙の実施に影響を与えているのか理解不能である。それは選挙とは無関係な事情を無理やり選挙と結び付けようとしたもので法的論理とはもはや言えない。

広島訴訟控訴審判決の判断に対しては、原告側から上告がなされたものの、原告の懲役刑の執行が終了していたこともあり、残ったのは国賠請求のみであったことから、最高裁は、適法な上告理由に該当しないとしていわゆる調書決定により上告を棄却⁽²⁶²⁾している。

なお、受刑者ではなく一般の選挙人が、公選法 204 条の選挙無効訴訟のなかで、受刑者選挙権制限の合憲性を争い、その第一審となった東京高裁が、選挙権制限の違憲性は無効事由とはならないとしつつも、受刑者選挙権制限の合憲性を簡単な説示で肯定したものが⁽²⁶³⁾ある。最高裁はこの訴訟の上告を棄却したが、千葉勝美裁判官が、「受刑者の選挙権の問題に関しては、諸外国の法制度が区々

(262) 最決平成31年2月26日（LEX/DB 文献番号 25562936）。

(263) 東京高判平成25年12月9日（LEX/DB 文献番号 25504577）。

に分かれ、特に英国など欧州において様々な議論が行われており、近年、諸外国における制度の見直しを含む法制上の対応や議論の動向は極めて流動的な状況にある。このことを踏まえると、本件制限規定の合憲性に係る判断を付加することは、…ブランダイス・ルールないしその精神に照らして疑問⁽²⁶⁴⁾であるとの補足意見を加え、憲法判断自体に踏み込んだ原審を批判している。これは、当時の時点において、既に最高裁としても、諸外国の議論も含め受刑者選挙権問題が安易に合憲の判断が出せない問題であることを認識していたことを示唆するものであると言える。

第2節 令和期の下級審判決

(1) 東京訴訟第一審判決

令和に入り、在外国民審査事件の令和4年判決により、違憲判決を勝ち取った吉田京子弁護士が受刑者の代理人となった訴訟を提起した(東京訴訟)。東京訴訟第一審は、広島訴訟の裁判例の論理を受け継ぎつつ、幾つかの点において理論的深化を試みた形跡がある⁽²⁶⁵⁾。もっとも、その内容にはなお理論的・論理的の問題点も多い。

まず、東京訴訟第一審判決は、「選挙権は、憲法上保障された個人的権利であるとともに公務としての性格を併せ持つ」として伝統的な権利公務二元論の立場に依拠する方針を示したうえで、憲法44条本文の趣旨を「公務の執行者としての選挙人の資格を国会が立法によって自ら定めるべきものとする趣旨」であると捉えた。そして、「国会には、憲法15条3項及び44条ただし書等の憲法の諸規定に反しない限りにおいて、選挙人の資格に係る立法に関して一定の合理的な裁量が与えられているものと解するのが相当である」として、その裁量の内容について次のように論じている。

(264) 最決平成26年7月9日判時2241号20頁判タ1407号47頁。

(265) 東京地判令和5年7月20日判時2601号64頁判タ1526号135頁。同判例の評釈として、棟形康平「判批」新・判例解説 Watch 憲法 No.224。

「選挙権が国民固有の権利として保障されているのは、全ての国民が主権の担い手であるとする国民主権の原理によるものであることからすれば、可能な限り広い範囲の国民に対して選挙人の資格が与えられるべきである一方で、選挙権には選挙人団の一員として公の職務を執行するという側面もあり、その行使の結果が両議院の構成に反映されることからすれば、公務を的確に遂行し得ないと考えられる者は選挙人団に含まれないようにすることが望ましいともいえる。よって、国会は、選挙人の資格に係る立法をするに当たって、これらの要請の均衡をいかに図るべきであるかをその合理的な裁量に基づいて判断し、選挙人の資格を適切に定めるべき責務を負っている」

ここでは、国民主権の原理からの広範な選挙人資格の付与の要請と、公務執行としての選挙権行使という性格と行使の結果が両議院の構成に反映されるという影響力の大きさに基づき選挙人団を絞り込む必要があるとの要請とが同様に並び立つ重要な要請として位置付けられ、その二つの要請を調整するのが、国会の役割であるとされている。国会の構成を左右する選挙人の範囲を国会自身が決めることができるとするお手盛りの危険を正面から承認するこの論理は受容し難いものであるが、東京訴訟第一審判決は、このような論理を前提に議論を進め、「立法目的が合理的であり、立法の内容が当該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であるか否かによって判断すべきである」との必要かつ合理性の基準を違憲審査基準として提示した。この基準は昭和30年判決などの選挙不正対策措置の事案に適用されてきたものであるが、その適用においては、当該基準が想定する利益衡量論よりもさらに簡潔な審査しか行っていないようにも見える。

受刑者欠格条項が必要かつ合理性の基準に適合するものであるかどうかの審査においては、まず、同条項の目的は何かということが問題になる。東京訴訟第一審判決は、基本的には広島訴訟第一審判決以来の公務不適格論に依拠しつつ、次のように論じている。

「国政選挙は、両議院を構成する国会議員という国家機関を選定する公務という側面を有するものであり、選挙人が自由に表明する意思によって公明かつ適正に行われることを確保すべきものである（公選法1条参照）ところ、これを実現するためには、前記のとおり適格な選挙人団が構成される必要がある。また、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、その自由な行使の結果として構成される立法府は、法秩序を形成し、維持するために重要な役割を果たすものであるといえるところ、自ら法秩序を著しく害した者が法秩序の形成及び維持に関与するのは背理ということもでき、ひいては、そのように構成された立法府の正統性に疑義が生ずる可能性もあるから、適格な選挙人団を構成するという観点からは、このような者が選挙人団に含まれないようにすることが望ましいとする判断にも相応の理由があるものというべきである。

そして、受刑者は、重大な犯罪を行ったり、繰り返し犯罪を行ったりしたことによって実刑判決を受けた者であるから、自ら法秩序を著しく害した者であるといわざるを得ない。そうすると、本件規定は、受刑者が自ら法秩序を著しく害した者であることに鑑み、適格な選挙人団を構成するという観点からその選挙権を制限し、選挙が選挙人の自由に表明する意思によって公明かつ適正に行われることを確保するという趣旨で定められたものと解するのが相当である。」

この論拠は、広島訴訟控訴審判決の論理を違った角度から補強・発展させようとしたものと捉えることができる。ここでは、「自ら法秩序を著しく害した者が法秩序の形成及び維持に関与するのは背理」であるという命題が示されたうえで、法秩序を害した者が法秩序の形成及び維持に関与すると「立法府の正統性に疑義が生ずる」とする。

広島訴訟控訴審判決は、社会秩序は選挙の不可欠の基盤であるが故に、その侵害は選挙人として不適格な事由となるとの論理であったが、東京訴訟第一審

判決は、法秩序を侵害した者が法秩序の形成・維持に参加することは「背理」であり、立法府の正統性に疑義が生じるとの論理を採用している。この論証は、法秩序の形成だけでなく「維持」ということが立法府の役割として位置付けられたうえで進められたものであるが、立法府は、法秩序を形成する役割はあっても「維持」する役割は必然的なものではないし、そうする義務も持たない。立法府が法秩序の内容を変更したとしても、それは立法府の正当な権能の行使である。ただ、東京訴訟第一審判決は、上記で挙げたような公務不適格論に基づく立法目的は合理的であると論じた。

東京訴訟第一審判決は、さらに、「受刑者の社会参加が一定程度制限されることは当然に予定されている」との拘禁に伴う追加的制約許容論に触れたうえで、選挙人の資格確定における画一的基準許容論にも言及し、執行が終わるまでの間に限って受刑者の選挙権を制限することは合理的に必要とされる範囲に留まるとした。

東京訴訟第一審判決は、平成17年判決射程外論の立場であったが、その論拠について、平成17年判決の留保との関係で詳細な説明を行っている。東京訴訟第一審判決も、「自ら選挙の公正を害する行為をした者」は別とする留保は、昭和30年判決が存在するために設けられたものであったことは確認した。もっとも、選挙犯に対する選挙権剥奪と一般刑事犯に対する選挙権剥奪とは制度趣旨が異なるというのが昭和30年判決の評価であった。しかし、東京訴訟第一審判決は、選挙犯についても、「自ら法秩序を著しく害する行為を行った者」として選挙人団を構成する適格性を有しないことが選挙権剥奪の理由となっているとした。すなわち、選挙犯は「自ら法秩序を著しく害する行為を行った者」であるが故に選挙権が剥奪され、またその合憲性が肯定されているわけであるから、選挙犯以外にも「自ら法秩序を著しく害する行為を行った者」の選挙権剥奪は同じように合憲性が肯定できる、つまり、平成17年判決の留保にいう「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」の「等」に該当すべきという論理となる。

しかし、このような平成17年判決の留保理解は次のような観点から問題を抱えている。第一に、このように留保を理解した場合、「等」の範囲が大幅に広が

り、むしろ、「自ら選挙の公正を害する行為をした者」と「等」の関係が逆転し、日本語の通常の読み方からは大きく乖離することになる。仮に留保の対象が「自ら法秩序を著しく害する行為を行った者」を意味するのであれば、最初から平成17年判決はそのように書くべきであった。第二に、選挙犯は重大な犯罪ではあるが、選挙権剥奪の対象となる場合でも、量刑が罰金刑や執行猶予に留まる場合もある。それらも含めて、全て一般刑事犯と同様の意味で「自ら法秩序を著しく害する行為を行った者」と捉えることにも難がある。第三に、選挙犯は故意犯だけであるが、受刑者となる一般刑事犯には過失犯も含まれるところ、それらを同じように「自ら」行為を行った者と評価できるかも疑問がある。平成17年判決の留保における「自ら」の概念は、故意犯を前提したはずであり、その留保の射程が過失犯にも及ぶとするためには、さらなる具体的論拠が必要である。第四に、そもそも留保の前提となった昭和30年判決は、公務不適格論を採用したものと捉える必然性はなく、しかも、その後の立法措置とも適合しない。汚職公職者や政治資金規正法違反者への選挙権剥奪も、選挙の適格性というよりはむしろ政治腐敗を防止するための刑事政策的見地から導入されたと見るべきである。公務不適格論が妥当する範囲でしか平成17年判決の留保が適用されないとすると、逆に、汚職公職者や政治資金規正法違反者への選挙権剥奪をどう正当化するのかという問題が生じることになる。

(2) 東京訴訟控訴審判決

第一審で敗訴した原告側からの控訴を受けた東京訴訟控訴審判決も受刑者の選挙権剥奪の合憲性を肯定した。⁽²⁶⁶⁾ただ、その論理は第一審とは少し異なったものとなっている。東京訴訟控訴審判決は、「選挙権を有しながらその行使を制限されている場合については厳格な違憲審査基準によるべきであるのに、主権者である国民の選挙権自体が制限されている場合については緩やかな違憲審査基準によるべきであるとする解釈は、いずれも選挙権を行使できない点におい

(266) 東京高判令和6年3月13日（LEX/DB文献番号25598383）。

ては同様である場合の解釈として、その均衡を失するものであって相当ではない」として、選挙権と選挙権行使の区別にに基づき、平成17年判決の射程が及ばないとする考え方を否定した。さらに、第一審判決が採用していた平成17年判決の留保は、「自ら法秩序を著しく害する行為を行った者」に適用されるという論理についても否定した。

しかし、東京訴訟控訴審判決は、平成17年判決の留保の範囲について、新たな定義を提示している。同判決は、当該留保が昭和30年判決を受けたものであるということを確認したうえで、昭和30年判決が選挙犯罪者の選挙権制限を合憲としたのは、「国民の選挙権の保障よりも選挙の公正を厳粛に保持すべき必要性を優先させるべき事情が認められる」からであったとし、同じように優先させるべき事情があるのであれば、選挙犯罪者に準ずる者として、平成17年判決のいう「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」の「等」に含まれるとした。そして、この「等」に含まれる場合には憲法に違反しないという基準によって分析を進めた。つまり、「国民の選挙権の保障よりも選挙の公正を厳粛に保持すべき必要性を優先させるべき事情が認められる」場合には違憲とはならないというのが控訴審判決の基準ということになる。

平成17年判決は次のように論じ、受刑者からの選挙権剥奪には、国民の選挙権の保障よりも優先すべき事情があると結論付けた。

「一般犯罪を犯した受刑者は、上記のとおり、選挙の公正を害する犯罪行為を犯した者ではないが、社会内で他の国民と共同生活を営むに当たって最低限遵守すべき刑罰法令に違反するという社会的な非難に値する行為を行った者である上、犯情の悪質性等の事情を考慮して社会から隔離した施設内で処遇する必要があると公権的に判断された者であるから、そのような行為を行ったという点において、規範意識が欠如し、又は著しく低下しているといえ、そのような者には公正かつ民主的であるべき国家の意思形成過程である選挙に参加する資格・適性がないと疑うに足りるやむを得ない事由があるというべきであり、そのことをもって、選挙の公正を厳粛に

保持すべき必要性が国民の選挙権の保障に優先するとの事情がある」

ここでは広島訴訟第一審判決・東京訴訟第一審判決と類似の公務不適格論に依拠した論拠が挙げられている。ここでの「選挙の公正を厳粛に保持すべき」という用語が使用されているが、「受刑者が典型的にみて公正な選挙権の行使を期待することができないとする根拠はない」、「一般刑法犯が実刑判決を受けることと選挙の公正や選挙権を行使する適格性とは無関係である」という原告側の主張に対して、公職選挙法11条1項2号は「そのような観点から選挙権の制限を定めたものとは解され」ないとしていることから、そこでの公正な選挙というのは、選挙不正がない選挙というのではなく、選挙に参加する資格・適性がない者が参加しない選挙ということになろう。

ここで受刑者からの選挙権剥奪に選挙権保障よりも優先すべき事情があるかどうかは後に詳述するが、東京訴訟控訴審判決が提示する平成17年判決が提示した留保の定義は、論理的に明確な欠陥を抱えている。東京訴訟控訴審判決の判断枠組みを改めて整理すると、「必要性を優先させるべき事情」がある場合には留保の適用により直ちに合憲となり、「必要性を優先させるべき事情」がない場合には厳格な基準により審査されるということになる。しかし、「必要性を優先させるべき事情」という基準は厳格な基準よりも緩やかな基準であり、現にその事情の有無の検討は極めて簡潔になされている。そうすると、厳格な基準の審査に入る前に、より緩やかな基準で合憲違憲の判断がなされるということになり、厳格な基準の意味がなくなる。

例えば、先に簡単な試験を受けさせて、それに合格した者だけより難しい試験に進み、そこで最終的な合否を判断するというのはあり得るだろう。しかし、東京訴訟控訴審判決が行ったのは、簡単な試験で合格した者は難しい試験を受けることなく合格し、簡単な試験で不合格になった者だけ難しい試験を受けさせるというようなものである。その場合、もし合格させたい者が難しい試験に合格できる学力のある者であるとする、そのような試験プロセスは全く役に立たず、難しい試験を取って実施する意味もない。東京訴訟控訴審判決は、平

成17年判決を適用するように見せながら、実質的には、厳格な基準をより緩やかな基準に置き換えていることに等しいのである。

このように様々な論理上の欠陥を抱えつつも、東京訴訟の下級審判決は、いずれも受刑者欠格条項の合憲性を肯定した。もっとも、その論理や結論以上に、疑問があるのが、裁判所の、国も言及していない論拠を腐心して導出しようとする姿勢である。本来、規制の趣旨を定立するのは立法府であり、裁判所ではない。まるで、国の代理人のような裁判所の姿勢は、中立性の観点や裁判所の役割という観点から問題がある。

第5章 民主主義の法理のもとでの受刑者欠格条項

本論稿では、諸外国と日本における民主主義の法理の発展を概観し、受刑者欠格条項に関する日本の裁判例の展開を見てきた。本論稿におけるこれまでの議論の総括として、受刑者欠格条項の憲法適合性を論証していきたい。

第1節 適用されるべき審査基準

これまで公職選挙法における受刑者欠格条項の合憲性を肯定した裁判例は全て平成17年判決の厳格な基準の適用を否定し、逆に、唯一違憲の判断を下した大阪訴訟控訴審判決は当該基準の適用を肯定している。平成17年判決の厳格な基準の適用の是非が憲法判断において最重要の論点となっていることは間違いない。ここでは憲法44条本文の意味、平成17年判決を適用することの憲法的・政治的重み、平成17年判決の留保の読み方という観点から平成17年判決が受刑者欠格条項の憲法判断の場面にも適用されるべきことを論じておきたい。

(1) 憲法44条本文の意味

平成17年判決の厳格な基準の適用を否定した裁判例の多くは、選挙人資格の定めを法律事項とした憲法44条本文を根拠として、憲法は、選挙人資格の定めを国会の合理的裁量に委ねているとしており、それを厳格な基準の適用が排除

されることの前提としている。しかし、このような44条立法裁量論は、憲法解釈・憲法理論・憲法判例の観点から維持が困難である。

憲法44条が選挙人資格の定めを法律事項としていることの意味は、文言上は、行政立法等の法律以外の法形式によって選挙人資格を定めることを禁止したものに留まり、そこからさらに進んで選挙人資格確定に関して立法裁量を肯定するためには、他の条文との整合性や立法裁量にすることの合理性を支える実質的な論拠が必要となる。⁽²⁶⁷⁾

まず、他の条文との関係では、15条1項・3項、44条但書きの存在が重要である。昭和51年判決によると、15条1項・3項は、「国会の両議院の議員を選挙する権利は、国民固有の権利として成年である国民のすべてに保障」したものと解釈される。また、44条但書きも、昭和51年判決の言葉を借りれば「選挙人資格に対する制限の撤廃による選挙権の拡大を要求する」ものであり、さらに平成17年判決によれば、「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」国民の選挙権を制限することはできない。44条本文が立法裁量を国会に与えていたとしても、まずは、これらの条文に由来する憲法上の要請が満たされたうえで、そこから残った範囲でしか認められない立法裁量になると解するのが自然な解釈である。そこで残った範囲と言えるのは、具体的には、成年の確定、平成17年判決の留保が適用される選挙不正対策目的や政治腐敗防止目的のための措置の分野に限定される。ただ、その場合でも、選挙権拡大の不可逆性に鑑みれば成年となる年齢を再び引き上げるような場合には立法裁量は縮減されるべきであるし、平成17年判決の留保が適用される場合も直ちに広範な立法裁量が肯定されるわけではない。

(267) 昭和51年判決は、議員の定数、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項について、「法律でこれを定める」としている43条2項、47条を根拠として、憲法は、両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量に委ねているとしているが、それらの条文の文言から直ちにそのような結論を導いているわけではなく、国会の裁量に委ねることの実質的根拠について言及している（国籍の得喪の要件を法律事項とする憲法10条の解釈について最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁も類似の論証をおこなっている）。

さらに、実質的にも、成人年齢確定や選挙不正対策目的以外の措置の場面において選挙人の資格の確定を立法府の裁量に委ねておくことの必要性も合理性も乏しい。選挙人資格の確定においては、社会経済政策や安全保障政策と同じような次元において、専門技術的判断や政策的価値判断が介在する余地があるとは考えられない。しかも、立法府の政策的価値判断に敬讓すべきとされるのは、立法府が民主的政治過程を経て成立した機関であるからであり、民主的政治過程の出発点である選挙人資格の範囲確定の場面で立法府の政策的価値判断への敬讓を司法に求めることは適切ではない。選挙人資格の確定は既に何度か言及してきたように、国会議員それ自体の利害にかかわるものであり、国会が中立的な判断をすることも期待できない。国会議員は自らの地位の保全のために行動し得るという現実的な視点からは、選挙人資格を立法裁量とすることは、それ自体が憲法の基本原則である国民主権と固有権としての参政権と矛盾する側面がある。

(2) 平成17年判決の憲法的・政治的重み

平成17年判決は明確に「国民の選挙権」を「制限」するためには、「やむを得ない事由」がなければならないとしており、その素直な読み方からすれば、選挙権の制限以外の何ものでもない受刑者からの選挙権剥奪についても、「やむを得ない事由」が必要となる。これは余りにも基礎的な三段論法である。

もちろん、違憲審査基準には常に例外がある。表現の自由には原則として厳格な基準が適用されるとしても、内容中立規制には内容規制よりも緩やかな基準が適用されるべきであろうし、内容規制であっても営利的言論については緩やかな基準が妥当する。しかし、それらの例外はいずれも実質的な理由がある。営利的言論であれば、それは言論活動というよりも商業的活動の一環としての側面が強い。規制がなされたとしても規制の対象が商業的活動の範囲に留まる限り、思想の自由市場へのダメージは限定される。営利的言論に対する規制は、表現の自由に対する通常の規制とは異なる性格がある。

他方で、受刑者からの選挙権剥奪の場合には審査基準を変更すべき特殊事情

を見出すことはできない。そこで剥奪されるのは国民固有の選挙権であり、侵害の強度という観点からも、平成17年判決の事案であった選挙権行使の場面よりも、より侵害度の強い選挙権それ自体の喪失が問題となっている。さらに、平成17年判決で問題となったのは、国外で選挙を実施することの技術的困難さといういわば内容中立的な規制であったのに対し、下級審裁判例が受刑者の選挙権剥奪の論拠として挙げているのは、受刑者の道徳的能力の欠如であり、それは誰が選挙人として相応しいかを規範的価値判断によって定める内容規制的な側面を有する。政府が選挙人の道徳的能力を理由に制限を課すことはより警戒的な態度が必要となるという点に鑑みれば、受刑者の選挙権剥奪に適用されるべき審査基準は、平成17年判決よりもより厳格なものである必要さえある。

さらに、平成17年判決が明示的に厳格な基準の対象とする選挙権の制限の事案であるにもかかわらず、十分な根拠なく厳格な基準の適用を排除することは、単に法論理の問題に留まらず、憲法政治的観点からも大きな問題を孕んでいる。平成17年判決以後、平成17年判決が定立した厳格な基準を前提に立法や判例の蓄積が進んできた。在外邦人に国民審査権行使を認めた令和4年判決はもちろん、成年被後見人からの選挙権剥奪廃止も平成17年判決を前提としている。コロナ対応における特定患者等への郵便投票の拡充も平成17年判決がなければ実現していなかった可能性⁽²⁶⁸⁾がある。平成17年判決の例外の設定は、これらの法的展開の根拠を動揺させ、また将来における選挙権の拡大・拡充を危うくする。もちろん、例外の範囲が限定されていれば、その波及効果は小さいという見解もあるかもしれない。ただ、まさに平成17年判決の留保に関する受刑者選挙権の裁判例の解釈がそうであるように、例外はむしろ拡大解釈され、原則である厳格な基準のほうが逆に例外へと陥る可能性は常にある。あるいは、特段の理論的根拠のないまま、安易に原則の例外が認められるということになると、多数派は、裁判官人事への介入や裁判官批判を強めることによって、原則

(268) 特定患者等の郵便等を用いて行う投票方法の特例に関する法律（令和3年法律第82号）。

を動かすことができる、原則を骨抜きにできると考えるようになるかもしれない。政治的利害に直接関係することになる民主主義の法理は、一度形成された場合、その変更や例外の設定には、他の憲法法理以上に慎重になるべきである。⁽²⁶⁹⁾

多数派は常に少数派を排除する動機を持つ中で、平成17年判決のような明確かつ厳格なルールに基づいて選挙権という民主主義の基盤の範囲が画されることは、それ自体として日本の民主主義そのものにとって貴重な司法的財産でもあり、それを弱めることは今後の民主主義の発展に禍根を残すことになりかねない。

(3) 平成17年判決の留保の読み方

平成17年判決は、自ら厳格な基準の適用について留保を付している。その留保に該当するのであれば、平成17年判決を変更するものでも、厳格な基準の適用に新たな例外を設けるものにもならないだろう。実際、受刑者選挙権排除の事案が、平成17年判決の留保に該当するという主張は、44条立法裁量論と並んで平成17年判決の厳格な基準の適用を排除する論拠となってきた。しかし、既に論じたように、平成17年判決の留保は、厳格な基準の例外として一定の立法裁量を認めることに合理性を見出すことのできる選挙不正対策目的の措置としての選挙犯からの選挙権剥奪の事案と、それと類似した性質を有している選挙不正対策以外の民主的統治過程保全目的の措置のための選挙権剥奪の事案に限定されるべきである。

一般刑事犯の受刑者からの選挙権剥奪に、そのような選挙不正対策あるいは

(269) 筆者は、「厳格な基準を排除するに足る十分な論理的根拠を提示できない限り、選挙権制限事案においては予め指定された厳格な基準を適用して判断する。このような判断方法の定着は、最高裁が日本国憲法の要請として示してきた『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』ないとの理念を現実のものとするために欠かせない政治的圧力に対し抵抗力のある司法審査というものを確立するうえで何より必要なものと言える」と論じたことがある(木下昌彦「判批」「公職選挙法の定める3か月記録要件の合憲性」法学教室401号 [別冊付録] 判例セレクト2013 [1] 10頁 (2013年))。

民主的政治過程保全のための措置としての性格を認めることは困難である。一般刑事犯に対する選挙権剥奪は条例違反の罪も含めて拘禁刑以上の罰則がある全ての犯罪を対象としている。選挙権剥奪が持つ威嚇力や感銘力によって犯罪の抑止効果が発生するとしても、例えば、わいせつ物頒布罪や著作権侵害罪が抑止されたからといって、そのことが選挙不正や政治腐敗の防止に繋がるわけではない。

また、仮に、受刑者欠格条項に必要なかつ合理性の基準が適用されるとしても、選挙犯欠格条項と同じように合理性が肯定できるかも疑問である。受刑者欠格条項は、対象が広範に及んでおり、かつ、その規制目的も選挙不正防止のような具体的なものではない。しかも、受刑者欠格条項には選挙犯欠格条項において認められている公選法252条4項のような司法的介入の余地がない。つまり、受刑者欠格条項の審査基準が厳格な基準でないことは、受刑者欠格条項の合憲性を直ちに肯定するものではない。

第2節 受刑者に対する追加的制約許容論の妥当性

憲法は「受刑者の社会参加が一定程度制限されることを当然に予定している」という追加的制約許容論は、一度は大阪訴訟控訴審判決によって否定されたものの、その後の広島訴訟の裁判例や東京訴訟第一審判決によって再び受刑者に対する選挙権制限の合憲性を補強する論拠として持ち出されている。

ただ、この論拠は、幾つかの観点から支持できない。確かに、憲法は刑事施設に収容する自由刑を禁止してはいないと言えるが、自由刑の効果が居所や移動の自由に対する制限を超えて他の憲法上の権利の制限にまで及ぶことは当然に予定されたものではない。ある憲法上の権利に対する制限が許容されるからといって別の権利に対する制限が許容されるとは限らないのである。むしろ、居所や移動の自由の制限では足りず、さらに、追加的な制限が必要であることを示す必要がある。実際、このような考え方は、最高裁の判例のなかにも見出すことができる。

新聞社に対して受刑者処遇の在り方に関して取材・報道を求める手紙を出す

ことの許可を受刑者が求めたところ、熊本刑務所長は、当時の監獄法46条2項を、「受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は特に必要があると認められる場合に限り許されるべき」と解釈し、不許可とした。これに対して最高裁は、監獄法の解釈について次のように述べたうえで、当該処分を違法とした⁽²⁷⁰⁾。

「表現の自由を保障した憲法21条の規定の趣旨、目的にかんがみると、受刑者のその親族でない者との間の信書の発受は、受刑者の性向、行状、監獄内の管理、保安の状況、当該信書の内容その他の具体的事情の下で、これを許すことにより、監獄内の規律及び秩序の維持、受刑者の身柄の確保、受刑者の改善、更生の点において放置することのできない程度の障害が生ずる相当の蓋然性があると認められる場合に限り、これを制限することが許されるものというべきであり、その場合においても、その制限の程度は、上記の障害の発生防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべきものと解するのが相当である。」

ここでは受刑者にも憲法21条1項によって表現の自由が保障されていることが前提とされたうえで、信書発受の制限は、限定された範囲でのみ許容されることが論じられている。ここで提示された相当の蓋然性の基準は、受刑者の改善、更生という観点が追加されているものの、基本的には、未決勾留者の新聞閲読の自由の制限が問題となったよど号ハイジャック記事抹消事件の最高裁判決において提示されたものと同じものである⁽²⁷¹⁾。表現の自由は社会参加の重要な一部であるが、「受刑者の社会参加が一定程度制限されることは当然に予定されている」という論理が採用され、審査基準が緩められたという形跡はない。

(270) 最判平成18年3月23日判時1929号37頁判タ1208号72頁。

(271) 最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁。なお、同判決が提示した相当の蓋然性基準については、木下昌彦「接見禁止と接見の自由—よど号ハイジャック記事抹消事件判決を起点とした一試論—」木谷明編集代表『憲法的刑事弁護—弁護士高野隆の実践』（日本評論社、2017年）111頁も参照のこと。

この判例との平仄を考えた場合、受刑者という地位に基づいて選挙権が制限される場合があるとしても、そのような制限が合憲になるためには、少なくとも「監獄内の規律及び秩序の維持、受刑者の身柄の確保、受刑者の改善、更生の点において放置することのできない程度の障害が生ずる相当のがい然性がある」ことが必要であり、選挙権は表現の自由よりも重要な憲法上の権利であることに鑑みると、さらに高い基準が要請されるとも言える。

また、憲法は「受刑者の社会参加が一定程度制限されることを当然に予定している」という論理とは逆の論理をむしろ憲法から導き出すことも可能である。すなわち、憲法は15条や44条但書きにより、選挙権を国民固有の権利として保護しており、しかも、投票というのは様々な立場に置かれた者がその立場にかかわらず参加することに意義がある。そのことも踏まえれば、拘禁刑による社会参加の制限がなされるとしても、そのような受刑者に対する制限の程度が選挙権の行使に必要な限度で緩和されることを憲法は求めていると解することもできるのである。すなわち、選挙権の重要性に鑑みれば、憲法は社会参加の制約の拡張を許容しているのではなく、むしろ、社会参加の制約を限界づけていると解釈すべきである。

第3節 公務不適格論の目的としての正当性

第1章第3節において紹介したように、受刑者欠格条項の根拠論としては多様な考え方があり得る。しかし、大阪訴訟、広島訴訟、東京訴訟といった裁判例の蓄積を通じて、日本における受刑者欠格条項の根拠論は、公務不適格論にほぼ絞り込まれたと言っていい。しかし、その公務不適格論は、平成17年判決の厳格な基準の適用以前に、選挙権の制限を正当化する根拠論としての適格性を欠くものである。

今一度、東京訴訟における下級審裁判例をもとに、公務不適格論の内容を確認すると、それは、「自ら法秩序を著しく害した者が法秩序の形成及び維持に関与するのは背理ということもでき、ひいては、そのように構成された立法府の正統性に疑義が生ずる可能性もあるから、適格な選挙人団を構成するという観

点からは、このような者が選挙人団に含まれないようにすることが望ましい」(東京訴訟第一審判決)、「規範意識が欠如し、又は著しく低下している…者には公正かつ民主的であるべき国家の意思形成過程である選挙に参加する資格・適性がない」(東京訴訟控訴審判決)というものである。以下ではこの公務不適格論の問題点を、象徴的論証排除の法理、具体的弊害の存否、法体系的整合性の観点から明らかにしたい。

(1) 象徴的論証としての公務不適格論

公務不適格論の論証中において述べられる概念はどれも修辭的、抽象的、形而上学的であり、カナダのマクラクリン長官が論断した象徴的論証そのものである。⁽²⁷²⁾それは、象徴的論証の問題点を示す教科書のようなものとさえ言える。

第一に、公務不適格論が追究する価値は、具体性・実体性のあるものではない。公務不適格論が挙げる弊害は、「自ら法秩序を著しく害した者が法秩序の形成及び維持に関与するのは背理」であること、「構成された立法府の正統性に疑義が生ずる」ということであるが、いずれも形而下の実体のあるものとして感得できるものではない。その弊害は、選挙における不正行為や選挙の運用上技術上の弊害のような客観的な弊害とは全く異質のものである。公務不適格論が挙げる弊害は、いずれも観念的なものでしかなく、敢えて言えば、受刑者に選挙

(272) 東京訴訟第一審判決は、「本件規定は、選挙の公務性及び選挙権が果たす役割を考慮して、受刑者が自ら法秩序を著しく害した者であることに鑑み、適格な選挙人団を構成するという観点からその選挙権を制限し、選挙が選挙人の自由な意思によって公明かつ適正に行われることを確保するという趣旨で定められたものと解するのが相当であり、受刑者の資質及び能力を理由として選挙権を制限するものでないことは明らかである」として、受刑者の資質及び能力を理由として選挙権を制限するものでないと論じる。しかし、同判決は、「公務を的確に遂行し得ないと考えられる者は選挙人団に含まれないようにする」という観点から選挙人の資格は確定されると論じており、受刑者の資質及び能力を理由とするものではないとする記述の意味は不明である。読み手がさらに理由の意味を考える必要のあるような理由によって選挙権は制限されるべきではない。

権を認めたとしてもその弊害がこの世界に具現化されることはないのである。

しかも、そこで現れる論証は、「選挙人によって選ばれるべき国会議員が選挙人を選ぶということは背理である」、「受刑者を排除した立法府の正統性には疑義が生じる」、「全ての国民は選挙に参加する資格・適性がある」というように、その論証と対立し得る命題を容易に挙げることができるものである。これについては、結局、受刑者選挙権の問題は、対立し得る命題、対立し得る哲学のどちらかを選ぶという問題であり、それは最終的には立法府が解決すべき事項であるというアメリカのレンキスト裁判官やカナダのゴンティエ裁判官と同様の批判があるかもしれない。東京訴訟第一審判決が示した「国会は、選挙人の資格に係る立法をするに当たって、これらの要請の均衡をいかに図るべきであるかをその合理的な裁量に基づいて判断」という言説は、問題の性格を並列的に存在し得る価値間の選択の問題へと還元しようとするものに外ならない。

しかし、そもそも、選挙権は憲法によって明文で規定された国民固有の最重要の権利である。立法府の正統性の問題も、憲法の前文、15条、43条の規定からすれば、憲法は、全ての国民が参加する選挙によって選ばれた立法府を、最も正統性のあるものと見ていることは明らかである。選挙権と民主的正統性の結び付きを強調する議論もまた象徴的論証ではあるが、それは憲法の条文が包含する象徴的論証であり、裁判官が思い付いた象徴的論証ではない。しかも、選挙権は、民主主義体制の運営と維持にとって不可欠のものであり、さらに、選挙人の権利や自由の究極的盾となるといったように、現実的・具体的価値に奉仕するものである。問題は、並列する象徴的論証間の対立ではなく、マクラクリン長官が示唆したように、憲法上最も重要な権利である選挙権を保護するのか、それを実体のない価値に基づきその選挙権を剥奪するかの対立が存在するだけである。公務不適格論は、そのような現実的状況を抽象的概念や修辭的概念を用いて覆い隠そうとするものに過ぎない。

第二に、公務不適格論は、選挙権剥奪に関する議論の水準を大きく下げるものとなる。「選挙に参加する資格・適性」や「規範意識の欠如・低下」といった公務不適格論を支える概念は、いずれも漠然としていて、その内容について、

共通認識の構築は困難である。いかなる場合であれば、選挙に必要な資格・適性がないと言えるか。規範意識の欠如・低下とはどのような状態であるのか。裁判例を通じて、その具体的内容が明らかになったことはないし、今後も明らかになることはないであろう。このように漠然とした概念が選挙権の範囲を確定する基準になるのだとすれば、立法過程や訴訟過程において、選挙人資格の範囲を確定するための熟議や精緻な分析は行えなくなる。公務不適格論のもとでは、立法過程での多数派や裁判所が、「選挙に参加する資格・適性」がない、「規範意識が欠如・低下」していると判断した者の選挙権が剥奪されるだけである。選挙参加の適性や規範意識といった概念は、ある・なしを判断する基準を持たないことから、立法過程での少数派、訴訟における原告は、何に対して反論していいのか分からないし、いかなる資料や証拠を用意していいのかも分からない。そして、いかなる反論・いかなる証拠を用意しても、立法過程の多数派や裁判所の判断の前では無意味なものとなるのである。⁽²⁷³⁾ 東京訴訟第一審判決は、国会は、選挙人資格の立法において、合理的な裁量のもと、選挙人の資格を適切に定めるべき責務を負っているとするが、公務不適格論のもとでは、何が合理的で、何が適切であるのか、多数派の国会議員でさえ分からないだろう。そのような状況では、立法府における熟議も期待できない。また、受刑者選挙権問題について、諸外国の判例と比較して、日本の裁判例の判決は、論証の水準において極めて貧弱であることは正直否めないが、それも本来的に議論を深めることができない公務不適格論の漠然性と抽象性の帰結であると言える。

第三に、これは第二の弊害とも関係するが、公務不適格論のもとでは、憲法上許容される制限に際限がなくなる。制限の目的自体が観念的で形而上のもので

(273) 公務不適格論においては、目的としての選挙からの不適格者の排除と、手段としての受刑者の選挙権の一律剥奪の関係は、大石・前掲注10) 16頁が、適確に論じるように、事実上の因果関係とは異なる、規範的な次元での関係となり、その場合には、大石が論じるようにいくら事実上の因果関係について「受刑者側の弁護人が立法（の合理性を反証するための）事実をいくら提示しようと、裁判所に対しては効かな」いことになる。

あるから、いかなる手段であっても合理的関連性は肯定できるし、相当な範囲と言い得るのである。実際、カナダの *Sauvé I* 判決と *Sauvé II* 判決、南アフリカの *NICRO* 判決、ヨーロッパ人権裁判所の *Hirst* 判決、オーストラリアの *Roach* 判決、韓国の2014年判決、ニュージーランドの *Taylor* 判決など、受刑者選挙権問題を司法審査の対象とした日本の裁判所以外の多くの司法機関が、受刑者からの選挙権の一律剥奪は許容される範囲を超えると結論付けている。それにもかかわらず、日本の裁判所は容易に許容される範囲内であると論じることができた。それは、公務不適格論が優れているからではなく、内在的な限界を持たないからである。公務不適格論に依拠した場合、受刑者について終身で選挙権を剥奪することや執行猶予者にも同じように選挙権を剥奪することはもちろん破産者、知的障害者を対象にした場合でも合憲ということになり得る。知能が著しく低下している者は国家の意思形成過程である選挙に参加する資格・適性がないとして、選挙人資格に知能テストを課す立法がなされた場合、そのような知能要件は違憲であるとしつつ、受刑者からの選挙権剥奪は合憲であるとの何らかの説得力のある理由や区別の基準を、公務不適格論は提示することができるだろうか。

カナダのマクラクリン長官が抽象的、象徴的であるとして批判した市民的責任強化論は、手段面において抽象的側面が強いものの、目的面においては、犯罪の予防というまだ具体的側面のある事柄を論じるものであった。しかし、公務不適格論は、目的においてそもそも具体的性格がなく、市民的責任強化論以上に、抽象的、象徴的である。

選挙権は、民主主義の核心となる最も重要な憲法上の権利である。平成17年判決の厳格な基準の適用が仮にないとしても、そのように重大な権利である選挙権の剥奪は、何らかの具体的で現実的な弊害を防止するためのものでなければならぬというのは最低限の要請であると言える。これ以上に緩やかな条件のもとで選挙権の剥奪が認められるならば、選挙権は、政府や裁判官の思い付

きの理論や作文によって剥奪できる権利へと成り下がってしまう。⁽²⁷⁴⁾

(2) 受刑者選挙権がもたらす具体的弊害の虚構性

公務不適格論は、具体的弊害の防止それ自体を目的とするものではない。しかし、受刑者に選挙権を与えることによって具体的な弊害が発生するわけではないことを確認することは、公務不適格論の問題点を別の側面から炙り出すことになろう。

まず、既に幾度か指摘したように、受刑者が選挙に参加することによって選挙不正のリスクが高まる可能性は限りなく低い。受刑者の場合、刑事施設に収容され、監視もなされていることから、詐偽投票等の不正を行うことは極めて難しい。⁽²⁷⁵⁾ しかも、選挙不正とは無関係な受刑者が大多数である。

それ故に、裁判例においても、選挙犯罪の防止を立法目的とする保安処分論は後退し、代わりに政治過程全体との関係で受刑者を選挙に参加させることの弊害が論じられるようになっていく。しかし、政治過程それ自体への弊害は選

(274) 吉田・前掲注10) 8-9頁は、選挙不正を防止することによって保護しようとする選挙の公正を、「現実的・具体的意味での選挙の公正」と呼び、選挙人としての適格性を欠く者を排除することによって保護しようとする選挙の公正を、「抽象的・規範的な意味での選挙の公正」と呼んで区別している。象徴的論証排除の法理のもとでは、抽象的・規範的な意味での選挙の公正は、そもそも選挙権制限を正当化するものとしては考慮できないことになる。

(275) 近年の憲法学説のなかにも、「受刑者は、遵法意識をかなりの程度欠いている可能性があり、したがって、選挙犯罪にも手を染めうる。選挙犯罪を犯すのは選挙犯罪の経験がある者だけとは限らない。選挙犯罪の経験のない受刑者ならば、選挙犯罪をなす恐れはないとまではいえない」として、保安処分論の観点から受刑者欠格条項の合憲性を肯定する見解がある（山崎友也「在外邦人選挙権訴訟再考—その意義と射程」論究ジュリスト29号14頁、18頁(2019年)）。しかし、受刑者が選挙犯罪を犯したくても犯せる環境にあるのか、選挙権を与えることによって初めてなす選挙犯罪はどのようなものか、受刑者でも選挙犯罪をなす可能性があるといっても、その確率は選挙犯以上に低くなるのではないかということを考えた場合、既に裁判例で幾つか言及されているように保安処分論の採用は困難である。

挙犯罪の可能性以上に想定し難い。選挙権の行使は公務に喩えられることがあるが、選挙人は、何らかの具体的公権力を公務として行使するわけではない。仮に受刑者が規範意識に欠けるとしても、その受刑者は被選挙権を持たず、候補者にも当選者にもなることはない。受刑者のなかで、社会秩序の悪化を求めて投票しようとする者が多数に及ぶとは考えられないし、仮にそのような意図のもとで投票を行ったとしても、社会秩序の悪化を目指す者が当選することはより一層考えられない。

実際、犯罪を現に行った者でも、未決勾留者も含め、犯罪行為の後、有罪判決が確定するまでの間、選挙権を行使しているが、そのことによって具体的弊害が生じたという話は聞いたことはない。また、受刑者の全部又は一部に選挙権を認めている欧州を始めとした民主主義国が、受刑者に選挙権を認めたことにより民主主義の運営に支障が出たということも全く観察できない。東京訴訟第一審判決の論理によれば、受刑者に選挙権を認める欧州各国の立法府は正統性に疑義が生じていることになるが、そのような議論が国際的に通用すると思えない。

さらに、マーシャル裁判官が、「民主主義のプロセスは変化のプロセス」であると述べたように、全ての法律は改正の対象になり得る。刑事罰の対象となっている行為を非犯罪化したいと願って投票することは民主主義のもとでは禁止すべきものではない。仮にある刑罰法規を守る意思がなく、現にそれ故に当該刑罰法規に違反し懲役を受けた者がいる場合、その者は、当該刑罰法規の廃止を求めるような投票を行うかもしれない。しかし、そのような投票自体は許されるのであり、受刑者だからできないという理由はない。例えば、わいせつ物頒布罪や著作権侵害罪によって拘禁刑を受けた者が、わいせつ物頒布の自由化や著作権侵害の非犯罪化を求めて投票したとしても、そのこと自体に害悪があるわけではない。逆に、規範意識の欠如を理由に選挙人資格を剥奪することは、現在の法律を維持するために、現在の法律に反対しそうな者を排除することとほぼ同義である。政府は、制定された法律の違反者を罰することにより法制度を維持することはできる。しかし、違反者も含め、その法制度に反対す

る者を選挙から遠ざけることによってその法制度を維持することはできないのである。

(3) 法体系上の不整合性

受刑者は規範意識が欠如・低下しているとする公務不適格論は、憲法改正国民投票法との間において矛盾がある。憲法改正国民投票法は、法律の一つであり、それ自体が憲法的効力を持つものではない。しかし、ある法律の内容や政府の行為が、別の法律の合理性を支える立法事実の存在に疑義を与え、その法律の合憲性を否定する論拠になることはあり得る。例えば、平成17年判決は、1984年の段階において内閣が在外選挙制度の創設を内容とする法律案を提出していたことを在外国民に投票を認めないことの違憲性を基礎付ける重要な事実として位置付けていた。

憲法改正国民投票法は、公職選挙法と異なり、受刑者を含む公民権停止者であっても国民投票権を認めている。そのことの理由について、憲法改正国民投票法の法案の提出者は、国会での審議において、「国の形をまさに決めるこの憲法改正に係る国民投票…は、国政選挙以上に幅広い国民の参加が望まれる」、「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」、「たまたまその時期に公民権停止で参加ができない、これはいかがなものか」という観点から投票権を認めたと説明している。⁽²⁷⁶⁾ 東京訴訟第一審判決も、この説明を

(276) 第165回国会衆議院日本国憲法に関する調査特別委員会議録第3号（平成18年10月26日）5頁〔加藤勝信発言〕。なお、憲法改正国民投票は、国政選挙以上に幅広い国民の参加が望まれるとする命題は、それ自体適切かということは改めて検討する必要がある。確かに国民投票は憲法改正の是非を最終的に決定するという点において重要である。しかし、その投票はあくまで国会が国民に提案した改正案の承認に留まる。改正の発議を行うかどうか、いかなる内容の改正を行うかは通常選挙で選ばれた国会議員の議決による。憲法改正は国民投票のプロセスだけで完結するものではなく、むしろ、通常選挙のプロセスと国民投票のプロセスが一体となって実現されるものと捉えたほうがより適切である。そのような一体性に着目すると、参加が望まれる程度において通常選挙も

取り上げたうえで、「選挙権が制限される一方で国民投票権が認められているのは、国会が、通常の国政選挙と直接民主制の表れである国民投票とでは…相違があることを考慮して、その合理的な裁量の範囲内において立法を行った結果である」と説明している。

選挙権と国民投票権の性質上の相違については様々に議論があるものの、それだけでは両者の法的取扱いの差異が合理的であるとは限らない。仮に、受刑者は規範意識が低く、選挙に参加する資格・適格がないとする国や下級審の論理を受け入れるならば、そのような者は憲法改正の国民投票の資格・適格もないと考えるのが自然ではないだろうか。憲法改正国民投票法の趣旨は、憲法改正は重大であるから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であるが、重大な意思決定であればこそ、より一層、国政選挙の参加資格もない者の投票を認めてはならないとなるのではないだろうか。憲法改正は、受刑者にとって重大なものになるだけでなく、他の一般国民にとっても重大なものである。もし国政選挙に参加することによって支障が生じるような者が憲法改正国民投票に参加すれば、他の一般国民に国政選挙以上により深刻な影響を与えることになる。その点において、国民投票のほうが選挙権よりもより公務性が強いとさえ言え、単に受刑者にとって重要であるからと言って認めていいものではない。例えば、タクシードライバーとして業務に就ける二種免許を持つことは生計維持の幅を広げるという観点から、一般自動車を運転できる一種免許よりも個人にとって重要である。しかし、そのように重要であるからといって一種免許を取れなかった者に、客である他人の生命や安全を預かることになる二種免許を与えるということはできないだろう。

現行の国民投票法は、民主主義の打倒と独裁政権の樹立を目指して、一部の民衆を扇動、反乱を起こし、多くの死傷者を出したことにより、有罪判決を受

国民投票も変わらないのではないかということになる。現行法では、受刑者は、国民投票に参加はできても、当該憲法改正発議を行う国会議員選挙には参加できないことになるが、そのような状況は、実質的な意味において、憲法改正に参加したとは言えないであろう。

けた者にも国民投票への参加を認めているのである。憲法改正国民投票法のそのような態度は、要するに、規範意識の低い者は政治に参加する資格・適格がないとする論理それ自体をものはや放棄しているか、あるいは重視していないことの徴表と捉えざるを得ない。しかも、憲法改正国民投票法は、2007年の成立時点においては、成年被後見人の欠格条項を定めつつ、受刑者欠格条項は設けていなかった。このことは、国会が、受刑者を排除する必要性が、成年被後見人を排除する必要性よりも低いと判断していたと評価できるものである。憲法改正国民投票法における成年被後見人欠格条項は、2014年の公選法における成年被後見人欠格条項の削除と同時に削除されたが、法体系上の整合性を維持するならば、本来は、それに合わせて、公選法における受刑者欠格条項も削除する必要があった。2007年成立時の憲法改正国民投票法の視点からは、立法府は、より必要性の高い規定を削除し、逆に、より必要性の低い規定を維持していることになる。

選挙犯からの選挙権の剥奪のように、通常選挙の不正を防止するという目的であれば、国民投票権は認めつつ選挙権は認めないという取扱いを行うことにも、一定の合理性があり得る。しかし、規範意識の低下を理由として一般刑事犯の受刑者から一律に選挙権を認めないことは、憲法改正国民投票法の現行の取り扱いを前提とする限り、もはや維持できない論理である。

さらに、憲法改正国民投票法が刑期の長さや犯罪の種類に関係なく一律に投票権を認めていることに鑑みれば、仮に選挙人資格喪失の要件を特定の刑期以上あるいは犯罪に限定したとしても、法律間の齟齬は解消しない。欧州人権裁判所の判例のように限定された選挙権剥奪はなお普通選挙と矛盾しないとする立場もあるが、国民投票法が既に存在する日本法のもとでは、少なくとも公務不適格論に依拠する限り、部分的剥奪の合理性を支持することも困難であろう。

第4節 選挙権の一律剥奪の手段としての合理性

日本の公選法の受刑者欠格条項は、受刑者について、刑期の長短、犯罪の種類を問わず、仮釈放中の者も含めて、一律に選挙権を剥奪している。日本は、

一律剥奪の制度を採用する典型的国ということになる。比較憲法的考察によって明らかにしたように、諸外国の司法判断は、このような一律剥奪を違憲としてきた。

しかし、東京訴訟第一審判決は、一律剥奪の合理性について、次のように述べている。

「選挙人の資格の有無を判断するに当たっては、恣意的な判断を排除する必要がある上、多数の選挙人について個別の事情を的確に考慮するのは困難であることを考慮すると、立法において選挙人の資格を制限すべき対象者を定めるに当たっては、それが合理性を有するものである限り、ある程度画一的な基準をもって規定せざるを得ないものというべきである。しかるところ、実刑判決を受けるのは、重大な犯罪を行ったり、繰り返し犯罪を行ったりしたことにより裁判所から個別にその刑事責任が重いと判断された場合に限られるから、受刑者は、罰金刑を受けた者や執行猶予付きの有罪判決を受けた者等よりも法秩序を害した程度が大きいものと典型的かつ合理的に判断することができる。本件規定は、これらの事情を考慮して、罪を犯した者のうち受刑者に限って選挙権を制限しているものと解するのが相当であり、選挙権が制限される対象者を、適格な選挙人団を構成するという観点から合理的に必要とされる範囲に限定しているものといえる。」

「受刑者に対して執行される刑の期間は受刑者ごとに異なるところ、当該期間もまた受刑者が犯した罪の内容や刑事責任の重さ等を考慮して定められるものであるから、その長短は法秩序を害した程度の徴表であるといえる。本件規定は、このような観点から、刑の執行が終わるまでの間に限って受刑者の選挙権を制限しているものと解するのが相当であり、選挙権が制限される期間を、適格な選挙人団を構成するという観点から合理的に必要とされる範囲に限定しているものという評価が可能である」

このような東京訴訟第一審判決の論理は、長谷部恭男が、注釈日本国憲法のなかで述べた「受刑者に対する『一律』の制限を違憲とするならば、いずれの受刑者が投票に適するかについての実質的な評定を行わざるを得ない。そうした制度の恣意的・差別的運用を避けるには、ここでもある程度の過剰包摂および過少包摂のリスクは許容せざるを得ないであろう」という言説が影響を与えた可能性はある⁽²⁷⁷⁾。しかし、長谷部のこの記述は、Hirst判決のように、一律剥奪は違憲であるものの、部分的剥奪は許容される余地があった場合には、法改正にあたって、司法による個別的判断ではなく、立法による画一的な基準のもとで剥奪対象を定めることもあり得る旨述べたものに過ぎない。この言説は、例えば、拘禁刑3年以上の受刑者に限定して選挙権を剥奪するというような「画一的な基準」は許容されるというものであるが、受刑者全てについて「一律の剥奪」まで許容されると述べたものではない。画一的な基準が許容されるからといって、全部一律に剥奪することが許容されるわけではない⁽²⁷⁸⁾。画一的な基準が許容されることは、一律剥奪の必要条件ではあっても十分条件ではない。仮に、一定の過剰包摂と過少包摂が許容されるとしても、両者が過度になった場合は、利益衡量や不公正の観点から、手段としての合理性も失われると考えるのが自然である。

公務不適格論＝一律剥奪許容論の基本的な論理は、第一に、受刑者となった以上は、それだけで、その者の規範意識は、選挙権行使において不適格な水準

(277) 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』(有斐閣、2017年)223頁〔長谷部恭男〕。東京訴訟第一審判決の匿名解説・前掲注21)66頁は、長谷部の上記見解を引用したうえで、「本判決中にも、かかる見解を参考にしたと思しき説示部分がある」としている。

(278) [座談会]「受刑者の選挙権を考える(下)―普通選挙100年からその先へ:憲法学・国際人権法学・刑事政策学の見地から」法律時報97巻5号38頁、50頁〔長谷部恭男発言〕参照。

(279) 長谷部の議論は、あくまで部分的剥奪を正当化し得る論拠がある場合を仮定した議論であって、長谷部自身は、選挙権剥奪を正当化し得る論拠は「思い付かない」としている(同上、51頁〔長谷部恭男発言〕)。

にまで低下している、第二に、その規範意識の低下は、刑期満了まで継続するという二つの命題を前提としている。もちろん、両者の命題が個別具体的事案において成立しない場合もあることは当然前提としたうえで裁判例は画一的基準論を主張している。しかし、問題なのは、そのように個別具体的事案における過剰包摂と過少包摂が例外的な事象と言えるほどに、受刑者であることと規範意識の低下の関連性、規範意識の低下と刑期との関連性が密接なものと言えるかということである。

まず、拘禁刑の実刑に服するか否かは、規範意識の低下とは直接関係のない様々な外在的偶発的事情によって左右される。量刑を決定付けるうえで、犯罪それ自体の情状は重大な考慮要素であるが、それも、法益侵害の拡大というような偶発的な事情によって変化し得る。例えば、同じように注意義務違反により交通事故を発生させた場合でも、偶然の事情（被害者の持病や医師がたまたま通りかかったなど）によって、被害者が軽傷で済む場合もあれば、死亡に至る場合もあり得るが、そのような偶然の結果により、後者であれば、拘禁刑以上の刑が科せられる可能性がある。また、拘禁刑の実刑となるか、執行猶予が付されるか否かの判断においては、犯罪自体に関する情状以外にも、被害の弁償、示談の成立、被害者の嘆願、病弱・老齢、社会的制裁、共犯者との刑の均衡などの外在的事情が考慮要素になり得る⁽²⁸⁾。偶然や犯罪以外の事情によって量刑が決まるという現実には、規範意識が低下した者を選別するという観点から過剰包摂と過少包摂が必然的に発生していることを示唆するものである。特に、犯罪自体の情状が軽くなれば軽くなるほど、拘禁刑の実刑選択において、犯罪以外の事情が考慮要素として重要になると考えられるとすると、短期の受刑者については、諸外国の司法判断が示すように、相当程度の過剰包摂と過少包摂が発生していることになる。

さらに、選挙権の剥奪期間という観点においても、過剰包摂と過少包摂が発

(28) 植野聡「刑種の選択と執行猶予に関する諸問題 (2)」判例タイムズ1281号150頁、154-155頁 (2009年)

生している可能性がある。そもそも刑期は応報や一般予防などの観点から設けられたものであり、規範意識の低下期間・回復期間とは無関係である。刑期の長さをそのまま規範意識の欠如期間とすることはいかなる合理的関連性も想定できない。このような難点は、仮釈放中の者にも引き続き選挙権を剥奪し続けることについて、より妥当する。仮釈放は刑法28条に基づき「改悛の状」が認められることが前提となっている。「改悛の状」が認められるにもかかわらず、仮釈放中の者について、なお規範意識が低下しているとして選挙権を剥奪し続ける必要があるのだろうか。⁽²⁸¹⁾逆にいえば、現行の仮釈放制度は、選挙権の行使もできない程に規範意識が低下している者を、実社会に送り出していることになる。画一的基準が許容されるにしても、仮釈放処分の対象になったものについて除外規定を設けることは容易であり、仮釈放中の者まで選挙権を剥奪し続けることを正当化することはできない。

また、刑法は、21条の規定により、未決勾留日数を、受刑者が受けるべき刑の期間から差し引くことを認めている。そのため、拘禁3年の刑を受けたとしても、未決勾留期間が1年間あった場合には、実際に刑事施設で服役するのは2年ということがあり得、その場合、判決確定から2年後には選挙権が回復する。他方で、拘禁3年の刑を受けた者について、保釈がなされた等の事情により、未決勾留期間がなかったり、短期間であったりする場合には3年間選挙権の剥奪が続くことになる。全く同じ犯罪行為を行い、処断刑も同じであるにもかかわらず、外在的事情によって選挙権剥奪期間が変化することになるが、これは規範意識の欠如の期間とは全く関係がない。

選挙権が剥奪されている受刑者には、外在的偶然的事情が大きく左右して受

(281) 刑法28条の「改悛の状」の要件を具体化したとされる「犯罪をした者及び非行のある少年に対する社会内における処遇に関する規則(平成20年法務省令第28号)」28条は、「悔悟の情及び改善更生の意欲があり、再び犯罪をするおそれがなく、かつ、保護観察に付することが改善更生のために相当であると認めるときにするものとする」と規定している。このような基準のもと仮釈放が認められた者について、なお選挙権を否定し得るだけの規範意識が欠けていると言えるのか疑問である。

刑者となった者、現に収容中の者から仮釈放中の者、未決勾留期間が長く刑が短縮された者まで多様であり、実際の刑期の長さも複雑な要因によって決定されている。これらの多様性や複雑性を捨象して、受刑者から一律に服役期間の全てにおいて選挙権を剥奪することは、選挙権の重さに鑑みた場合、利益衡量の観点から疑問があるし、過度な過剰包摂と過少包摂により不公正な状況が発生している可能性がある。特に、比較的軽い犯罪ほど、犯罪以外の事情により実刑の有無が決定されている場合があることが想定でき、そのような場合は、結局、公務不適格論とは異なる理由、すなわち偶発的外在的な事由によって選挙権剥奪の有無が決定されていることになる。下級審裁判例は、拘禁刑以上の実刑を受けた者は重たい刑事責任を負っていることを強調するが、一方で、同じような犯罪行為であっても、年齢や家庭環境により執行猶予が付され選挙権を行使できる者がいることは、結局、選挙権の剥奪の有無が、年齢や家庭環境によって変わってくることを意味し、受刑者を理由とする差別とは別の差別的取扱いの問題を浮上させる⁽²⁸²⁾。選挙権剥奪の対象となる刑期の水準を上げることで、過剰包摂と過少包摂の問題はより縮小させることができるのであり、画一的基準が許されるからといって、一律剥奪による過剰包摂と過少包摂の発生がただちに許容されるわけではない。

そもそも、一律剥奪は、国会が、慎重な検討を行った結果として選挙人の範囲を確定していないことを示唆するものである。日本における選挙権の一律剥奪も、諸外国で採用されている一律剥奪の禁止の法理が排除しようとする諸問

(282) 例えば、18歳未満の者に選挙権を認めない現行制度は合憲であると考えられ、17歳の者が年齢による差別的取扱いを理由に現行制度を違憲であると主張することはできないだろう。しかし、16歳以上18歳未満の者については、一定の学力水準にある者には特別に選挙権を認める制度を採用した場合、17歳の者は、年齢による差別的取扱いではなく、学力に基づく差別的取扱いとして当該制度の違憲を主張できる。すなわち、仮に重大犯罪を犯した者から選挙権を剥奪することが合憲であるとしても、重大犯罪を犯した者のうち、一定の年齢に属する者や一定の家庭環境にある者については選挙権が付与され続けるとすれば、それは、犯罪以外の事情による差別的取扱いの問題となる。

題をそのまま抱えていると言える。仮に、公務不適格論の目的としての正当性や重要性を前提としたとしても、一律剥奪には内在的な矛盾点が多く、手段として必要性・合理性を有するものであると考えることは困難である。

なお、受刑者欠格条項は、法律違反による受刑者と条例違反による受刑者との間でも区別することなく、一律に選挙権を剥奪している。このことが手段として適正なものと言えるかも、過剰包摂・過少包摂の問題とは別に検討しておく必要がある。憲法は94条により、地方公共団体の条例制定権を認めており、国が罰則を設けていない行為類型⁽²⁸³⁾についても、地方公共団体が拘禁刑を含む罰則を設けている場合がある。ただ、条例違反の罪で拘禁刑を受けた者は、当該地方公共団体内の基準において規範意識が欠如していたと言えるかもしれないが、国レベルにおいて共通している規範意識が欠如したとまでは言えない。また、拘禁刑以上の刑の設定も、当該地方公共団体の観点から設けられたものであり、国レベルの観点から当該行為の重大性が評価されたわけではない。そのようなことに照らせば、地方公共団体が定めた条例違反により拘禁刑以上の刑を受けたことは、国政選挙の選挙権を喪失させるような規範意識の欠如があったと評価する理由には直ちにならないし、そもそも、国政の選挙権を剥奪する効果を条例にもたせることが適切かという問題もある。

第5節 受刑者欠格条項における利益衡量

選挙権の付与には、①民主的正統性の基盤、②表現行為、③世論の影響力の拡大、④権利保護のための防波堤、⑤教育的効果、⑥人間の尊厳という価値があることは既に紹介したが、受刑者の選挙資格を否定する場合、その社会はこれらの価値を失うことになる。

受刑者を排除したうでの立法は、それだけ正統性を失う。受刑者は、投票を通じて自らの意思を選挙結果に反映する術を持たない。選挙権を持たない受

(283) 例えば、憲法判例（最判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁）で有名な広島市暴走族追放条例19条は、市長の命令に違反した者に対して、6月以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する旨を定めている。

刑者の訴えを政治家は真剣に聞くことはない。受刑者は選挙権という憲法上の権利の最後の防波堤を失う。受刑者は選挙への参加を通じて政治社会について学ぶ機会を失う。受刑者は社会的には声をもたないモノのような存在として扱われ、人間としての尊厳を失う。

これらの憲法的価値の喪失においてまず重視すべきであるのは、正統性の喪失である。受刑者は、服役中はもちろん、刑期満了後も、刑事施設内の規律も含めて、参加する機会が与えられなかった法令に従うことになる。治者と被治者の同一性が統治の正統性の基盤であるとすれば、被治者でしかなかった受刑者や刑余者に対してなぜ法令への遵守を求めることができるのか。民主的政治過程においては、各自の身体的、精神的、社会的条件に基づく属性の相違は完全に捨象されるべきであるとする昭和51年判決の前提に依拠する限り、受刑者という属性を捉えて選挙人資格を否定する政治過程はそれだけ民主的正統性を失っていることになる。

また、受刑者を選挙から排除することは受刑者個人や受刑者が属する社会集団の選挙や世論を介した影響力を縮減させることになる。アメリカでは現実として重罪犯から選挙権を剥奪する制度が黒人の政治的影響力を弱体化させる一要素になっている。日本ではそこまで極端なものではないにしても、受刑者から選挙権を剥奪することで、貧困層や失業者など犯罪者が相対的に多くなるグループの政治的影響力は、それだけ縮減していることは否定できない。刑務所の処遇、犯罪の構造的な原因、貧困等の問題について受刑者ならではの視点は存在する。しかし、受刑者からの選挙権剥奪は、それらの視点が政治に反映される途を閉ざしているのである。

もちろん、受刑者は確かに様々な側面で権利や自由を制限されている。しかし、受刑者は、人間としての尊厳をもち、なお個人として尊重されるべき存在である。選挙権は、全ての権利の防壁であり、権力から人間の尊厳や憲法上の権利を保護するためには選挙権が必要である。もし選挙権がなくても人間の尊厳や憲法上の権利が保護されるのであれば、選挙権はそもそも必要ないだろう。ホロコーストやアパルトヘイトは選挙権を持たない者への迫害であった。

選挙権と人間の尊厳や憲法上の権利の保護は分ち難く結びついている。受刑者の選挙権を剥奪することは、受刑者であっても保護されるべき尊厳や憲法上の権利を危険に晒していることになる。

ここでは選挙権が持ち得る価値が絶対的だということはない。しかし、受刑者から選挙権を剥奪することでこれらの選挙権が有する潜在的な憲法的価値を上回る利益を社会は得ることができているのだろうか。既に論じたように、公務不適格論は、実体のない象徴的論証を基礎としており、規範意識の低下もその意味が定かではなく、受刑者からの一律剥奪も規範意識の低下と合理的な関係にはない。公務不適格論に依拠する限り、選挙権剥奪によって社会が得る実体的な利益はないし、仮にそのような利益があるとしても、受刑者からの一律剥奪によってそのような利益が実現できるかも不明である。

公務不適格論に基づく受刑者からの一律剥奪は、最低限の合理性すら見い出すことはできず、裁判所が、アメリカの判例のように完全に立法裁量へと敬讓しない限りは、正当化することは困難な性格のものである。

第6節 部分的剥奪の許容可能性

本論稿は、国や裁判例によって主張されてきた公務不適格論は、そもそも目的として憲法上受容可能なものではなく、公務不適格論に依拠する限り、一律剥奪はもちろん量刑等により範囲を限定した部分的剥奪においても違憲とせざるを得ないと考える。ただ、公務不適格論以外の論拠においてはどうかだろうか。

公務不適格論以外の論拠として主張可能なもののうち、既に下級審裁判例の展開で明らかなように、事務的支障論、情報取得困難論、保安処分論は採用が困難である。候補となり得るのは、威嚇力論・市民的責任強化論・感銘力論を基礎にした刑事政策的論拠であろう。特に、市民的責任強化論は、欧州人権裁判所のHirst判決を始め、諸外国⁽²⁸⁴⁾において、受刑者からの選挙権剥奪の正当な論拠として位置付けられてきた。もっとも、刑事政策的論拠は、刑事罰の対象と

(284) 刑事政策的論拠は、諸外国で盛んに主張されているものであり、また、日本に

なっている犯罪一般の防止とそれによる法益の保護を目的としている。平成17年判決の留保の射程が、選挙不正や政治腐敗の防止目的措置に限定されるとすると、刑事政策的論拠に基づく選挙権剥奪は、原則である厳格な基準が適用されるべき案件となる。

しかし、平成17年判決の厳格な基準は、選挙権に対する制限の目的を選挙の公正確保に限定していることから、選挙犯罪以外の犯罪一般の防止は、当該厳格な基準のもとでは、許容可能な目的とは必ずしも言えない。仮に許容可能な目的であるとした場合には、選挙権に対する制限の条文上の根拠としては、憲法12条や13条のような包括的権利制限規定を援用せざるを得ないが、これは、これらの包括的権利制限規定を選挙権制限の場面では援用してこなかった平成17年判決等の判例の立場とも矛盾することになる。選挙権制限において憲法12条・13条が援用できないとすれば、選挙権制限の立法目的としては、やはり選挙制度あるいは民主的政治過程の運用という観点から内在的に許容可能なものに限定されるべきということになるだろう。

諸外国においては、刑事政策的論拠は、選挙権剥奪の正当な目的として位置付けられてきたが、結論として、日本における憲法の条文解釈や平成17年判決等の判例の蓄積に照らした場合には、刑事政策的論拠の採用は、一般刑事犯との関係においては難しいのではないかと考える。

における受刑者欠格条項の沿革も、旧刑法の附加刑としての公権剥奪制度にあるとしたら、論拠としては主張されてもおかしくはなかったもののように思われる。しかし、国や下級審裁判例は正面から刑事政策的論拠を主張してはいない。その背後には、選挙権剥奪の目的が刑事政策的な側面が強いものとなると、憲法39条が禁止する二重処罰の禁止と抵触することになるのではないかという危惧があった可能性がある。憲法39条の二重処罰の禁止の捉え方については、明確なルールを提示した最高裁判例がないこともあり常に難問として浮上しているものの、選挙権剥奪は、刑事政策的側面をもった一種の「制裁」となり得るとしても、それは刑事罰それ自体とは異質なものであり、二重処罰禁止の対象になるものではないと考える（二重処罰禁止に関する近年の有力な学説として、佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年））。

もつとも、一般刑事犯のなかでも、文脈によっては、選挙不正やさらには民主的政治過程を保護する目的に基づく選挙権剥奪として、平成17年判決の留保の適用のもとで選挙権剥奪を肯定できる場合があり得る。本論稿がこれまで論じてきたように、判例法体系の理解としては、選挙不正や政治腐敗を防止するための刑事政策的措置として選挙権を剥奪する場合には、平成17年判決の留保の適用があり、必要かつ合理性の基準が充足される限度で、当該措置は合憲となると捉えるのが適切である。現行法上の選挙犯・汚職公職者・政治資金規正法違反者からの選挙権剥奪の制度は、ここでいう留保の対象となることは明らかである。しかし、それだけに限定されるわけではないだろう。例えば、選挙期間中に遊説中の政治家を暗殺した者は選挙犯罪というよりも、むしろ殺人罪に問われることになるが、その者は、一般的な選挙犯罪以上に民主的政治過程を侵害したといえる。そのような民主主義の運営に向けられた犯罪行為を防止するために、刑罰に加えた追加的制裁措置として、政治的動機に基づく殺人や暴行等の行為を選挙権剥奪の対象にすることは十分あり得るところである。このような目的に基づく選挙権剥奪は、選挙犯に対する措置と平仄を合わせるならば、受刑者に対するものに限定されず、執行猶予中の者にも適用可能かもしれない。

また、消極的理由であるが、選挙権の急激な拡大に対する激変緩和措置として受刑者からの選挙権剥奪を一定程度残置させるという論拠もあり得る。受刑者に対する選挙権剥奪は、日本において選挙制度が始まってから存在している。その制度を理論的に正当化できる根拠がないとしても、選挙の運用のなかで定着してきた制度であることは疑い得ない。そのように継続してきた制度を突然廃止する場合には、制度の廃止それ自体が現実社会において特殊な効果を生じさせ得る。すなわち、国会が当該制度を廃止した場合、それを犯罪行為に対する寛刑化、非難可能性の縮減と捉える者も一定程度存在するものと考えられる。そのように捉えた者は、犯罪への抑止効果が弱まり治安悪化に繋がると考えるかもしれない。マクラクリン長官が述べたように、理念としては、民主主義の包摂性は治安よりも優先すべきものである。しかし、実際には、治安に

妥協を迫るように映った民主主義のほうに敵意を向ける者もいることは否定できない。とりわけ、日本国憲法制定初期は、そのような危惧はまさに現実として存在していたといえる。選挙が安定的かつ平穩に行われるためには国民の広範な信頼と支持を集める必要がある。突然の廃止がもたらす心理的効果を勘案した場合、受刑者に対する選挙権剥奪は、激変緩和措置として、選挙自体の実施のためにそれを採用する必要のあるやむを得ない措置であったとも言える。

もっとも、日本国憲法制定から80年が経とうとしている現在日本の民主主義は十分に成熟している。そして、多くの民主主義国が受刑者に対する選挙権剥奪を廃止するか限定させており、その動きを促進させる各国の判例も登場している。その流れのなかで、激変緩和措置を全面的に維持することは、もはや、「やむを得ない」ものということではできないだろう。少なくとも、過失犯や刑期が比較的短い者さらには、仮釈放中の者については選挙権剥奪の必要性は消失していると考えられる。他方で、殺人犯等の特に非難可能性の強い犯罪類型については、過渡的な措置として選挙権剥奪を残置させる余地があるかもしれない。従前からの制度の維持であることや、国民への心理的影響に対する措置であることに鑑みると、憲法改正国民投票権は認めつつ、一部の受刑者についてのみ選挙権剥奪を続けることも激変緩和措置としては合理性を持ち得るだろう。

このように一定の限度で受刑者選挙権剥奪を維持し得る論拠はあるように思われる。ただ、どの論拠が適切であり、また、どの範囲で受刑者選挙権剥奪を維持し続けるべきかというのは非常に難しい問題である。これまでの受刑者選挙権訴訟も、一律剥奪の制度の合憲性が焦点となっており、部分的剥奪の場合、どの犯罪について、どの程度まで許容できるかということは全く議論がなされてこなかった。そのため、裁判所が剥奪の範囲を確定するための線を直ちに引くことは現時点では困難である。

すなわち、受刑者欠格条項については、現在の一律剥奪は違憲であるが、合憲的な部分が存在する可能性があり、しかし、その部分を現時点で司法が確定するのは困難であるという独自の問題があるということになる。このような場合、どのような判決が望ましいかは一つの問題である。この問題への対処方法

については二通りの候補が考えられる。第一は、無効の期限付き停止という方法である。憲法98条1項の規定により、憲法に違反する法律の規定は無効になるのが原則である。しかし、受刑者選挙権剥奪問題については独自の特殊な問題があることを踏まえ、現在主張されている公務不適格論のもとでは、公選法11条1項2号と3号は全部違憲としつつも、他の合理的論拠のもとで部分的に剥奪規定を残置させ得る可能性があることから、その無効の効果は直ちに発生せず、1年から3年後のように期限を限定したうえで、無効の効果の発生を停止させるということもあり得る。同種の手法は、議員定数不均衡訴訟において指摘されてきたものであるが、各国の判例でも無効宣言の一時停止などのように採用されている手法であり、立法府の役割と権利救済の調整という観点からは必然的に要請される手法である⁽²⁸⁵⁾とも言える。この場合、立法府は、停止期間において部分的剥奪の新たな法制について検討することになる。

第二は、公選法の規定は憲法98条1項に従い直ちに無効としつつ、受刑者である原告の次回の選挙において選挙権の行使をさせないことが違法であるとの違法確認の訴えについては、請求を棄却する⁽²⁸⁶⁾というものである。在外国民の国民審査権が問題となった令和4年判決は、国民審査法が違憲であるとの結論から審査権不行使の違法性をただちに導いている。しかし、受刑者選挙権の場合には、現行の条文は違憲であっても、部分的剥奪の許容可能性により、当該訴訟の受刑者に次回の選挙権の行使を認めないことが違法であるとは確定的に言えない。また、激変緩和措置として剥奪が認められるとすれば、当該原告について、立法の判断を経ずに司法限りで、選挙権行使を認めることには予期し得ぬ効果がある可能性もあり、問題がある。そのため、令和4年判決とは異なる

(285) 最大判昭和60年7月17日民集39巻5号1100頁における寺田治郎ほか補足意見。カナダにおける無効宣言の一時停止については、Kent Roach, *Charter Remedies in Oliver, Macklem & Des Rosiers*, *supra* note 68 at 673, 675–684も参照のこと。

(286) 確定的に次回の選挙において原告となった受刑者が選挙権を行使できるかは判断できないことから、違法確認の訴え自体を認めないという選択もあり得るかもしれない。

扱いもあり得ると考えられる。この場合、立法府は違憲無効とされた公選法を直ちに改正する必要があるが、同時に、当該改正によって当該受刑者に選挙権を行使させなければならないわけではなく、改正の結果、部分的剥奪を採用する余地があるという点で、実質的には第一の手法と同様の効果を得ることができ⁽²⁸⁷⁾る。

第一の手法であっても、第二の手法であっても、立法府には、どのような理由に基づき、どの範囲で受刑者の選挙権剥奪を存続させるのか、それともやはり受刑者欠格条項を全部廃止するのかについて議論し、判断する猶予が与えられることになる。もちろん、新たな立法は必然的に合憲となるわけではなく、訴訟が提起されれば、改めて司法審査に付されることになる。

ただ、この過程において、カナダと韓国の判例の展開を踏まえるならば、初見事案において、最高裁は、部分的剥奪の範囲確定や許容される立法目的の選定について、立法府の裁量を直ちに肯定したり、あるいは、許容される立法目的について予め唆したりすることは避けるべきであると考ええる。カナダの初見事案であった *Sauvé I* 判決のように、第一の最高裁判決は、あくまで現在主張されている公務不適格論のもとでは一律剥奪は違憲であるという判断に留めるべきである。他にどのような立法目的が許容されるのか、許容されるとしてどの範囲での剥奪が妥当か、さらに、その範囲確定に立法裁量を与えることが適切かは立法の議論を見守ったうえで、再検討事案において判断がなされるべきであろう。

(287) 第一の手法にしても、第二の手法にしても、原告の訴えは、請求棄却ないし訴え却下となる結論は決まっていることから、付随的審査制の原則を貫徹させると、憲法判断に踏み込めないのではないかという指摘もあるかもしれない。しかし、そもそも原告敗訴の結論は、立法による再検討の結果が出るまで当該原告の選挙権の有無が確定的なものとはならないという特殊事情に鑑み認められるものであり、また、憲法判断ができないということになるとそのような立法による再検討が始まることはなく受刑者の選挙権問題は永遠に解決しない。そのため、裁判所は、付随的違憲審査制の原則に拘泥することなく、原告を敗訴としつつも、憲法判断を行うべきである。

おわりに

受刑者からの選挙権剥奪は憲法適合的であると言えるか。本論稿は、この問いへの解答は、選挙権の基本的価値を確認したうえで、諸外国と日本において発展する民主主義の法理に依拠して導出されるべきであるとのアプローチを採用し、アメリカ、カナダ、南アフリカ、欧州人権裁判所、オーストラリア、韓国、ニュージーランド、日本における選挙権に関する判例を概観してきた。それらの判決の結論は多様である。

受刑者からの選挙権剥奪の正当化においては、市民的責任強化論を中心に幾つかの論拠が各国の政府側から提示されている。しかし、各国の政府の主張は、どれも、例えば、受刑者から選挙権を剥奪することにより、市民の遵法意識を強化することができるというような抽象度の高い論証に留まっている。実際に、選挙権剥奪によって遵法意識の強化が実現出来ていること、犯罪予防に役立っていることを示すような実証的なデータが提示されたことはなく、また、カナダのマクラクリン長官が示唆したように、市民の遵法意識に対しては逆の効果も生じるのではないかという疑問にも十分な反論を出せていない。特定の受刑期間に限定した場合でも、論拠自体の具体性の程度を上げることに成功しているわけでもない。

それにもかかわらず、各国で、司法判断の結論が分かれているのは、そこで発展した民主主義の法理が、選挙権剥奪にあたって、政府に対して求める正当化の具体性の程度に関して、差異が存在するからである。本来的には抽象度の高い論拠しか提示できない受刑者からの選挙権剥奪は、司法が具体性のある論拠を要求すれば違憲となるし、抽象度の高い論拠でも足りるとすれば合憲となる。

アメリカの最高裁判所の場合、重犯者からの選挙権剥奪問題は、憲法の特別規定に基づき、典型的に連邦レベルでの憲法的統制の範囲外としたため、アメリカでは、重犯者からの選挙権剥奪は、具体的な論拠の有無を問わず、州の裁量により認められることになった。欧州人権裁判所、オーストラリア、韓国、ニュージーランドの裁判所は、選挙権の一律剥奪については、それを支え得る

だけの論拠の存在を否定したものの、そうでない限りは、ある程度抽象的な論拠によって選挙権の剥奪を行い、また、立法府の裁量により剥奪の範囲を確定することを許容した。カナダと南アフリカの裁判所は、具体的な論拠の提示を政府に対し求め、その結果、剥奪の対象を一部の受刑者に限定した制度に対しても違憲無効の判断を行っている。日本の裁判例は、アメリカのように司法審査からの完全撤退という立場を採用しなかったものの、公務不適格論という極めて象徴的・抽象的な論拠によってでも選挙権の一律剥奪を認めており、本論稿で見た法域に関する限り、アメリカを除けば、最も抽象的な理由に基づき選挙権の剥奪を許容するものとなっている。

司法が立法府の判断にどの程度介入できるかは、各国の憲法的伝統、憲法構造、憲法判例のような経路依存的な事情によっても左右される。そのため、民主主義の法理の在り方とその国における民主主義や選挙権の重要性との間に単純な関係を見出すことはできない。しかし、日本の場合、国民主権を最重要の憲法原則として位置付ける憲法が明文で選挙権を保障する一方、受刑者の選挙権剥奪を認める条項は一切存在しない。しかも、平成17年判決や令和4年判決のように、選挙権・国民投票権のような統治的権利に対する制限について、厳格な審査を求める判例の伝統がある。日本は、本来的には、単なる一律剥奪の禁止の法理に留まらず、カナダや南アフリカで展開された象徴的論証排除の法理を採用すべき、憲法構造と判例基盤を有している法域である。それにもかかわらず、受刑者欠格条項を支持し続ける日本の裁判例は、多くの法域が採用する民主主義の法理と齟齬があるだけでなく、日本の憲法構造・民主主義の法理とも矛盾があると言わざるを得ない。

受刑者にも選挙権を付与すべきとする民主主義の法理を構築することは、受刑者が人間として有する諸権利や諸利益を保護するための盾を受刑者に与えるものである。しかし、その盾は、実は、受刑者のためだけの盾ではない。受刑者にも選挙権を付与する民主主義の法理を持つ社会は、同時に、普通選挙や民主主義への強いコミットメントを示すことになる。そのような社会では、今後、容易には選挙権が制限され、剥奪されることはないだろう。受刑者に選挙権を

与えることは、その社会における民主主義の秩序と選挙権を強化することに繋がるのである。

受刑者選挙権に関する日本の裁判例は、そのような民主主義や選挙権の強化とは逆の法理を打ち立てようとしているように思われる。それらは、これまで醸成されてきた民主主義の法理の統制力を縮減させ、立法府の基盤となる選挙人の範囲を立法府自らが確定することを許容し、公務不適格論のような実体のない理由によって選挙権の制限を認める。もし、このような法理を最高裁が採用したとするならば、日本の民主主義や選挙権は、今まで考えられてきたものよりも、もっと弱いものであったということになる。

民主主義は、今日、衰退期にあるとされている。⁽²⁸⁸⁾民主主義国から権威主義国へと事実上の体制転換へと進む国が増加しており、民主主義とされてきた国で驚くべき政治的事象が発生することを我々は日々目撃している。権威主義化を望む勢力がまず攻撃するのが選挙制度であり、そして、それを守ろうとする司法機関である。選挙制度が操作され、裁判所の権限が縮小され、権威主義化が進む。それは民主主義から権威主義への典型的なストーリーである。

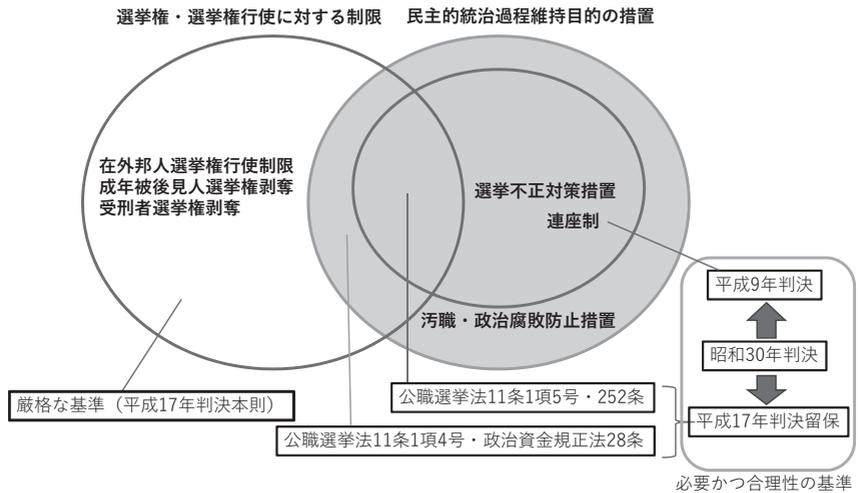
権威主義のグローバルな隆盛のなかで、日本が引き続き、現在の水準の民主主義を維持しようとするならば、民主主義の法理を強化し、民主的政治過程の擁護者としての司法の基盤を固めておく必要がある。受刑者選挙権に関する司法判断はそれができるかどうかの分水嶺に立つものである。

さらに言えば、受刑者選挙権に関する日本の司法判断の意義は日本の判例に留まらないかもしれない。本論稿がそうであったように、日本の司法判断も、各国において参照されていく。それは、世界的に批判され、あるいは称賛されることになるだろう。今日、権威主義の拡大が続くなかで日本のように安定した民主主義を維持している国は徐々に減少している。日本は民主主義においては後進国であると自認してきたかもしれないが、今やその先頭走者の一角であ

(288) Freedom House, *Freedom in the World 2022: The Global Expansion of Authoritarian Rule* (2022) (<https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2022/global-expansion-authoritarian-rule>, 2025年4月1日アクセス)

る。そのような日本の最高裁判決は、民主主義や選挙権の価値をどう位置付けるのだろうか。その判断は、いかなるものであれ、日本の民主主義だけでなく、人類史における民主主義の歩みのなかで位置付けられることになるだろう。

図：民主主義の法理の体系と欠格条項の位置付け



補論：象徴的論証排除の法理・抽象的公益排除の法理について

本論稿の本文第2章第2節で分析をしたカナダの *Sauvé II* 判決においてマクラクリン長官が提示した法理、すなわち、本論稿が象徴的論証排除の法理と呼ぶものについて若干の補足を行っておきたい。象徴的論証排除の法理の核心的な視点は、憲法上の権利に対する規制の正当化の論証あるいはそこで用いられる概念の抽象性・漠然性に注目することにある。マクラクリン長官は、受刑者からの選挙権剥奪は、法を遵守しなければならないという教育的メッセージとなり、政府は法の遵守に向けた市民の責任意識を強化することができるという

選挙権剥奪の正当化論の抽象性・漠然性と具体的根拠の欠如を非難した。

抽象度の高い論証が権利侵害の正当化として援用された場合、深刻な問題点が二つある。第一の問題点は、その論証が正当化論として憲法上許容されるものであるか否かを具体的に分析することが困難になるということである。例えば、市民の責任意識の強化という言説は、どのような意識を対象にしているのか、強化とはどのような事象を指しているのか分からないし、さらにはそのような意識はそもそも存在しないかもしれない。そのため、市民の責任意識の強化という目的の重要性やその目的実現に向けた手段の適正性についてより踏み込んだ具体的な検討が困難になるのである。

第二の問題点は、表面的な正当化が容易になるということである。抽象度の高い概念は、それ自体としては社会的に極めて重要な価値を表している場合が多々ある。「市民の責任意識を強化することは社会にとって重要である」という言説は、文章としては成立している。その言説に直観的な違和感や論理的な誤りはない。さらに、目的が抽象的であればある程、規制手段が目的達成にとって必要であることや当該目的が被侵害利益よりも重要であることも論証上は簡単に表現することができる。例えば、必要最小限度という概念はそれ自体としては厳格な基準を体現しているが、「3年以上の拘禁刑に処された受刑者に限定して選挙権を剥奪することは、市民の責任意識を強化するためには、必要最小限度の手段である」というように、論証の抽象度を上げることによって手段が必要最小限度であることを論証、表現することも可能となる。逆に、その表現に対する反論は困難であるか、不可能となる。それは、その言説に説得力があったり、真実を体現していたりするのではなく、単に、目的自体に実体がないことに起因している。表面上は、ドイツ型の比例原則のように厳格な審査を採用する場合であっても、抽象度の高い論証を許容した場合には、容易にその審査を通過することができるのである。

伝統的な審査基準論においては、規制によって得られる利益が、「止むにやまれる利益」、「重要な利益」、「正当な利益」などのように段階で分けられ、被侵害権利の重要性に応じて、合憲となり得る利益の水準を定めてきた。しかし、

マクラクリン長官の視点は、そのような概念上の分類や評価ではなく、政府が提示する目的や利益の抽象度を問題とすべきとしたことに画期的な点がある。抽象度が高い概念を用いさえすれば、容易に止むにやまれぬ利益であるということができる。すなわち、象徴的、抽象的論証を排除しなければ、ドイツ型の比例原則にしる、アメリカ型の厳格な基準しる、司法審査が形骸化してしまう。正当化論における具体性は、正当化論に進む前提条件として求められるべきものである。

このように抽象的な論証を排除するという発想は、何もカナダや南アフリカに特有のものではなく、日本においても2023年の最高裁における「宮本から君へ」判決において既にその萌芽がある⁽²⁸⁹⁾。同事件は、映画製作会社が、映画「宮本から君へ」の製作について文化芸術振興費補助金による助成金交付内定を受けていたところ、映画の出演者の一人が薬物事犯によって有罪判決を受けたことにより、国の事業として助成金を交付することは、公益性の観点から適当でないとして、助成金不交付の処分を受けたというものである。同事件の高裁判決は、当該映画製作に助成金を交付すれば助成制度への国民の理解を損なうおそれがあると述べ、不交付処分を適法とした⁽²⁹⁰⁾。しかし、最高裁は、助成金不交付がもたらす萎縮効果や憲法21条1項で保障される表現の自由にも言及したうえで、交付を判断する際に消極的事情として考慮できる一般公益は、重要なものに限られるとし、「国民の理解」のような「抽象的な公益」は重要なものであるということではできないとした。

調査官解説は、「抽象的な公益」の問題点について、「国民の理解なるものは極めて抽象的であり、表現行為に係る助成においてこれを問題とすれば、犯罪に限らず、出演者に軽重様々な不祥事があった場合や、さらには、表現行為の内容が社会的に反発を受けるものである場合にも広く不交付の判断が正当化され、芸術家等一般に対する萎縮的な影響が増大するおそれがあるといえる」と

(289) 最判令和5年11月17日民集77巻8号2070頁。

(290) 東京高判令和4年3月3日民集77巻8号2162頁。

し、「本判決は、…いわゆる国民の理解については、その内容の抽象性に鑑み、…重要な公益には当たらないとした」と解説している。⁽²⁹¹⁾

「宮本から君へ」判決は、単純に提示された公益の重要性を検討したのではなく、その公益の抽象性を問題としている。そして、調査官解説は、表現の自由に特有の事情も含むものではあるものの、抽象的な公益が許容された場合には、不交付判断が広く正当化されていく危険性があることに言及している。ここでは、抽象的な公益を掲げることそれ自体がもつ具体的弊害が探求されることが注目される。つまり、抽象的な公益は、公益ではなくむしろ弊害となるのである。このように掲げられた公益の抽象性もつ弊害を根拠としてそのような公益の重要性を否定する論理は、抽象的公益排除の法理と呼ぶこともできよう。この抽象的公益排除の法理とカナダのマクラクリン長官が論じた象徴的論証排除の法理は、基本的発想はほぼ共通している。

「宮本から君へ」事件は、表現の自由に関連する事案ではあったが、直接に表現の自由が制限された事案ではなかった。それにもかかわらず示唆された抽象的な公益への懐疑は、選挙権という最も重要な憲法上の権利に対する直接的制約である受刑者からの選挙権剥奪という事案に対してより一層向けられるべきものである。

選挙権や表現の自由は憲法が明文で保護する権利であり、それらの権利によって得られる利益は、民主主義社会にとって具体的で実体のあるものであることは疑いが無い。そのような権利に対する制限によって得られる利益は、同じように具体的で実体のあるものである必要があることは当然のことである。象徴的論証排除の法理や抽象的公益排除の法理は、得られる実体的利益がない

(291) 山本拓「判解」法曹時報77巻4号1029頁、1046頁(2025年)。なお、同調査官解説は、「表現行為に対する反感等が容易に当該表現行為の抑制に転化し得る…社会状況を、規範的に正当なものとして前提とすること自体にも疑問がある」としている。東京訴訟第一審判決が選挙権剥奪の究極的目的として掲げる「適格な選挙人団を構成する」ということ目的も、特定の集団に対する反感が容易に選挙権剥奪に転化し得るような目的であるといえ、規範的に正当化できるものであるか疑問である。

にもかかわらず、憲法上の権利が侵害されるという不合理な事態を避け、さらに、そのような侵害が拡大すること対し、最も有効な防波堤となり得る。また、そのような法理が確立すれば、権利侵害を正当化しようとする側も、具体的論拠を挙げるように努めるようになり、憲法訴訟もより充実化していくことが期待できる。象徴的論証排除の法理・抽象的公益排除の法理は、司法判断の貧困化の予防にもなる。

※本論稿の脱稿後、2025年5月16日の衆議院法務委員会において、受刑者の選挙権が議題に上がったが、法務大臣が、「先ほど来議論されているとおり社会復帰を円滑にしっかりとしていくという観点からしますと、社会のルールを決めるということに参画をするということ、これはルールを守るということを学ぶことと同様大事だと考えております⁽²⁹²⁾」との答弁を行った。犯罪者の社会復帰について責任を負う法務大臣のこのような認識は重要であり、この言説を前提にすると、受刑者に選挙権を与えることは社会復帰=再犯の防止という治安対策においても有益であるということになる。逆にいえば、受刑者からの選挙権剥奪は結果として受刑者の社会復帰の阻害要因となり、治安の悪化にも繋がっている可能性⁽²⁹³⁾がある。

(292) 第217回国会衆議院法務委員会（令和7年5月16日）〔鈴木馨祐法務大臣答弁〕

(293) 社会学者の Manza と Uggen は、アメリカのミネソタ州の公立学校の卒業生に対してなされた統計データから、逮捕歴がある者のなかで、1997年～2000年にかけて再逮捕された者は、1996年の大統領選挙で投票しなかった者の場合、15.6%であったのに対し、同年に投票した者の場合には、5.2%に留まっていたという分析結果を導き出したうえで、投票が犯罪者の社会的行動を促し、再犯抑止に繋がり得ると論じている（MANZA & UGGEN, *supra* note 66 at 131-135; Christopher Uggen & Jeff Manza, *Voting and Subsequent Crime and Arrest: Evidence from a Community Sample*, 36 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 193 (2004).). なお、筆者は、この研究を座談会・前掲書注278)73頁でも紹介したが、MANZA & UGGEN, *supra* note 66の参照頁が³、131-135とすべきところ、165-219となっていた。この場を借りて訂正しておきたい。