

禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権

倉 田 玲

1. はじめに
2. 少数意見の傍論 日本最高裁判所
3. ハースト事件判決 欧州人権裁判所
4. ソーヴ事件判決 カナダ最高裁判所
5. 2つの判決 南アフリカ憲法裁判所
6. おわりに

私の憂うところは、選挙制度上、選挙権が余りに軽く扱われているのではないかと云うことである。選挙権を尊重しないで、どうして選挙の公正保持の目的を達成することができよう。（池田克）

1. はじめに

選挙権の積極要件と消極要件は、憲法典の授権に基づく法律事項でありその必然的な帰結ではないが、少なくとも判例において これまで広範囲に及ぶ立法裁量の対象事項とされてきた¹⁾。日本の憲法典は、第15条第3項において「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する」と明記しているが、第44条に「両議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める。但し、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」と規定しており、この法文上は相当に限定的ともみえる授権のもと、公職選挙法が第9条に「日本国民」や「年齢満二十年以上の者」という積極要件を定め、第11条に次のような消極要件を定めている。

第11条の第1項において「選挙権及び被選挙権を有しない」とされてい

るのは、「成年被後見人」（第1号）のほか、「禁錮以上の刑に処せられその執行を終るまでの者」（第2号）、「禁錮以上の刑に処せられその執行を受けることがなくなるまでの者（刑の執行猶予中の者を除く。）」（第3号）、「公職にある間に犯した刑法……第百九十七条から第百九十七条の四までの罪又は公職にある者等のあつせん行為による利得等の処罰に関する法律……第一条の罪により刑に処せられ、その執行を終わり若しくはその執行の免除を受けた者でその執行を終わり若しくはその執行の免除を受けた日から五年を経過しないもの又はその刑の執行猶予中の者」（第4号）、「法律で定めるところにより行われる選挙、投票及び国民審査に関する犯罪により禁錮以上の刑に処せられその刑の執行猶予中の者」（第5号）の各類型である。

また、同条の第2項には、別途「この法律の定める選挙に関する犯罪に因り選挙権及び被選挙権を有しない者については、第二百五十二条の定めるところによる」という規定があり、第16章【罰則】のなかにおかれた第252条は、「この法律に規定する選挙権及び被選挙権を有しない」者を、各々の選挙権が剥奪されるべき期間とともに定めている。すなわち、いわゆる選挙犯罪のうち特定のものについて有罪が確定して「罰金の刑に処せられた者は、その裁判が確定した日から五年間（刑の執行猶予の言渡しを受けた者については、その裁判が確定した日から刑の執行を受けることがなくなるまでの間）」（第1項）であり、同じく「禁錮以上の刑に処せられた者は、その裁判が確定した日から刑の執行を終わるまでの間若しくは刑の時効による場合を除くほか刑の執行の免除を受けるまでの間及びその後五年間又はその裁判が確定した日から刑の執行を受けることがなくなるまでの間」（第2項）である。これらの規定に含まれる「五年間」という期間が、再犯の場合には「十年間」（第3項）に加重される。ただし、このように加重される場合も含めて、「情状により、刑の言渡しと同時に……短縮する旨を宣告」されることがあるほか、罰金刑で加重されない場合は、「五年間若しくは刑の執行猶予中の期間を適用」されないこともある（第

4項)。

このような現行の公職選挙法により、憲法典に基づいて保障されるべき「国民固有の権利」(第15条第1項)としての選挙権は、選挙犯罪ではない破廉恥罪(infamous crime)によって禁錮以上の刑 刑法典の罰条体系に限定してみれば、適用例のない「内乱に関する罪」(第2編第2章)の場合などを除き、大部分が破廉恥刑(infamous punishment)に相当する懲役刑か死刑 に処せられた者からも公民権剥奪(infamy)のかたちで確実に剥離されている²⁾。刑種によっては時限的であるにせよ、この措置によって民主主義の政治過程からの退場を余儀なくされた者は、市民としての自己実現と自己統治の両面において、理念から乖離した現実のなかに放逐されている。なかんずく、死刑に処せられた者の場合は 公職選挙法第11条第1項の第2号の「執行を終るまで」という文言を通例に反して執行中という意味に狭く限定すると、これには含まれないことになるが、こう解釈した場合でも第3号には該当することになるから その執行よりも早く市民の死(civil death)を迎えて³⁾、市民の権利(civil rights)や市民の自由(civil liberties)を享受することなく拘置されている⁴⁾。

そして、永らく存廃論議の渦中にありながら、いわば初期設定(default)のままに機能している死刑制度の場合とは異なり⁵⁾、禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権を剥奪している現行法の規定は、その正当性や妥当性を十分に検証されることなく機能している。つまり、公職選挙法によって設定された選挙権の消極要件については、積極要件に含まれる国籍要件や年齢要件が従来から重厚な論議的とされ、多様な批判にさらされてきたのとは対照的に⁶⁾、概ね「選挙権の公務としての特殊な性格に基づく必要最小限度の制限」だと説明されてきたのである⁷⁾。

また、これまで相対的に多く検討の対象とされてきた第252条の場合に限定してみても、次のとおり指摘されているような検討状況である。「選挙犯罪は、一般論として選挙のルール違反であり、公正を害する抜け駆け行為であるから、選挙制度に特有な付加的懲罰として、普通刑罰に加重し

て、公民権停止を課するというの（そのことによって、ふたたびルール違反・抜け駆けをさせない効果を期待するというの） 最小限のものと言えるかどうかは別にして 制度目的上必要だと言えなくはない。通説は、かならずしも深刻に検討することなく、その合憲性を黙許している気配がある。これに反し、いわゆる権利説の側からは、その合憲性にある種の疑念が表明されてはいる。しかし、なにがどのように疑義があるのかは、かならずしも十分に論じられていないうらみがある⁸⁾。

以上のような状況にかんがみ、この小稿では、ちょうど半世紀前から変更のない日本の判例を確認した後、これとの対照に好適な素材を近年の海外の判例に求めて、それら第1次資料の比較を中心に、禁錮以上の刑に処せられた者から選挙権を剥奪する法制度について若干の考察をおこなう。その目的は、「法律委任説、したがって立法裁量論は、選挙権という憲法の根幹にかんする領域で、十分な説得力を有するとはいえない」という主張の可否を⁹⁾、まずは僅かなりともグローバルに検証しようとするところにある。

2. 少数意見の傍論 日本最高裁判所

これまで事件にもならなかったということか、最高裁判所の判例のなかに、公職選挙法第11条第1項に規定された選挙権の消極要件を正面から裁いたものはない。これに対して、選挙犯罪に関連する消極要件は、すでに半世紀前の大法廷判決によって合憲判断を受けている。かつての衆議院議員選挙法第137条を準用するかたちで、この消極要件を法定していた地方自治法（旧）第73条の合憲性が争われた事件において、1950年4月26日の大法廷判決（刑集4巻4号707頁）の裁判官全員一致による判決理由は、「憲法第一五条第三項および第九三条第二項は……合理的な理由により特定の欠格事由を定めることを許さない趣旨でないことは明か」と述べ、この解釈をもとに「選挙に関する犯罪者にも選挙権被選挙権を行使させるこ

とを適当としない場合があり得る」(709頁)と判示している。そして、衆議院議員選挙法第137条を実質的に移植した体裁を現在も維持している現行の公職選挙法第252条については、その後1955年2月9日の大法廷判決(刑集9巻2号217頁)において合憲とされている¹⁰⁾。

この大法廷判決の裁判所意見では、「同法二五二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ものとして、選挙に関与せしめるに不適当なものの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、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ずくものである」(220頁)という前提がおかれ、そこから「国民主権を宣言する憲法の下において、公職の選挙権が国民の最も重要な基本的権利の一であることは所論のとおりであるが、それだけに選挙の公正はあくまでも厳粛に保持されなければならないのであつて、一旦この公正を阻害し、選挙に関与せしめることが不適当とみとめられるものは、しばらく、被選挙権、選挙権の行使から遠ざけて選挙の公正を確保すると共に、本人の反省を促すことは相当であるからこれを以て不当に国民の参政権を奪うものというべきではない」(221頁)と述べられている。

このような判例と同様に、「学説は一般に、『選挙の公正』を害する犯罪により自ら選挙に参加する不適格性を暴露した者を一時的に選挙から遠ざけるのは、相当な理由があるとしている」とされる¹¹⁾。もちろん、いみじくも大法廷判決に述べられたように「公職の選挙権が国民の最も重要な基本的権利」であればこそ、批判的な主張は、学説にも散見される。たとえば、「選挙関係犯罪を『公民権停止』事由としていることには、公選法が本来合法的とも思われる戸別訪問等の選挙運動を犯罪として法定している点も合わせ考慮すれば、疑問が残らざるを得ない」とするものがあり¹²⁾、ほかにも、「一律に定型的に選挙犯罪の処刑者に公民権停止の効果を課する現行法規は、少なくとも適用違憲あるいは部分違憲の疑いがある」とす

るものがある¹³⁾。しかしながら、ここでの考察にあたっては、1955年2月9日の大法廷判決の観念的な「選挙の公正」論法によって敗訴した上告人側の弁護人が、その後まもなく同種の事案 公式判例集において同じく「公職選挙法第二五二条の合憲性」という見出しを付与された事件 を裁いた同年5月13日の第2小法廷判決（刑集2巻6号1023頁）に、まさしく新任の裁判官として表示した少数意見に着目しておきたい。

この非常に稀少な出来の経緯をもつ少数意見は¹⁴⁾、その核心部分において次のとおり主張する。「公職選挙法第一条第一項が定めている一般犯罪処刑者の差別待遇は理由のあるやむを得ないものであつて、国民一般との関係において同条項程度の差別を設けても、憲法違反をもつて目すべきではないであろう。しかし、犯罪処刑者をいわゆる欠格者とすることは、せいぜい、その程度の差別に限局されるべきであつて、その限度を超えた差別規定を定めることは、憲法に抵触するものと解される」（1027頁）。したがって、「一般犯罪処刑者と選挙犯罪処刑者との間に差別を設け、後者のうち、禁錮以上の処刑者に対し更に長期にわたる選挙権の停止期間を定めるの外、刑の執行猶予者に対しても、また、罰金処刑者に対しても、それらのものの選挙権を停止する定めをすることは、選挙制度として行き過ぎである」（1028頁）¹⁵⁾。

憲法典の第14条第1項に基づいて立法内容の次元でも禁止されるべき「差別」が相対的平等の概念に違背する不合理な処遇格差によって構成されるという現在までの通説と判例の共通理解からすると、たしかに首肯すべき見解である。また、同項後段の列挙事由を単純な例示とするにはとどめない主流の解釈に、必ずしも先天性を要件としない「社会的身分」という規範的定義を整合させ、これに該当することをもって「差別」の嫌疑が経験的に濃厚な場合を構成すると考えれば、「選挙犯罪処刑者」と「一般犯罪処刑者」の差異は、立法裁量の範囲を収縮させる違憲性の推定を受けることになり、先引の大法廷判決によっても「国民の最も重要な基本的権利」とされた選挙権の剥奪期間の段差構造は、この推定を覆すほどに最適

化された「選挙の公正」の確保手段として憲法判断の関門を無事に通過する展望に欠ける¹⁶⁾。

しかしながら、このような筋道で展開されるべき批判的検討は、選挙権の消極要件のうち、選挙犯罪に係る公職選挙法第252条所定の場合にのみ限定してなされるべきものだろうか。この点に関しては、少数意見であっても、当然の前提のごとく、「一般犯罪処刑者の差別待遇は理由のあるやむを得ないものであつて、国民一般との関係において同条項程度の差別を設けても、憲法違反をもつて目すべきではないであろう」と語られている¹⁷⁾。ここで事件の事実関係を離れて肯定的に評価されている「差別待遇」は、同じ意見の末尾にさしかかって登場する警句「この小稿のエピグラフに借用した「私の憂うところは、選挙制度上、選挙権が余りに軽く扱われているのではないかと云うことである。選挙権を尊重しないで、どうして選挙の公正保持の目的を達成することができよう」(1029頁)という2文のエピグラム」によって正当にも反駁されているのではないか。突き詰めても自己批判を構成するには至らない程度の前提であったにせよ、なお不用意な傍論ではあったと思われる。

また、従来の学説においては、「在監中の受刑者を投票所につれて行くわけにはいかないというのが通常の説明」だとされるが¹⁸⁾、先頃2005年3月14日に第162回(通常)国会で成立した後、5月25日に公布されて本年の法律第50号となった刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の第3条に定義の並ぶ用語に基づいて整理しておくとして、「刑事施設に拘置されている者」とされる4類型のうち、公職選挙法第11条第1項に規定された消極要件に該当して「選挙権及び被選挙権を有しない」のは、「懲役受刑者」(第3号)、「禁錮受刑者」(第4号)、「死刑確定者」(第8号)の3類型のみである¹⁹⁾。相対的に短期とはいえ同じく拘置中の「拘留受刑者」(第5号)の場合にのみ、選挙当日の投票所への交通を可能にする物理的および心理的な条件が整備されるという想定は、それ自体として合理的だろうか。

必ずしも客観的側面をともなわない不安の心情を冷静かつ慎重に捨象して「受刑者の欠格の理由を純粋に『刑の執行中であることによる物理的制約』と解する場合には、在監者の投票の実施が技術的にまったく不可能でない限り、受刑者の主権者としての権利の保障という観点から再検討の余地があろう」という指摘が妥当しており²⁰⁾、公職選挙法の改正が「在外公館」（第49条の2第1項）での投票を可能にした近年の進歩を想起してみれば²¹⁾、国内の「刑事施設」だけが「物理的制約」を払拭できないとは考えにくい。そして、法律用語としての「監獄」を抹消した上掲の新法の制定にあたって原動力となった行刑改革会議の提言においても諸外国の調査がふまえられていたことにかんがみ²²⁾、多少ともグローバルに比較検討してみると、さしあたり50ほどの諸国について概観しただけでも²³⁾、なかには日本における同様の選挙権の消極要件が現行法に存在しないところも少なくないのである。

たしかに、日本よりも厳しく、拘置中の者について例外なく選挙権を剥奪している国も少なくないことは、なお地球規模の現実である。そのような例として、アルゼンチン、アルメニア、ブラジル、ブルガリア、チリ、エストニア、ハンガリー、インド、ルクセンブルク、ポルトガル、ルーマニア、ロシア、連合王国などがある。もっとも、このうち連合王国については、すぐ後にみる昨年の欧州人権裁判所の判決によって、いまや変革を迫られている。

また、日本と同様に必ずしも同程度または同趣旨ではないが何らかの限定を設けて選挙権を剥奪している国もある。オーストラリア、オーストリア、ベルギー、フィンランド、フランス、ドイツ、ギリシャ、イタリア、マルタ、ニュー・ジーランド、ノルウェイ、サン・マリノなどである。

しかしながら、少なくとも次の22か国では、普通選挙の原則が拘置中の受刑者にも全面的に及んでいる。ボスニア、カナダ、クロアチア、キプロス、チェコ、デンマーク、アイスランド、アイルランド、イスラエル、ラ

トヴィア、リトアニア、マケドニア、オランダ、ペルー、ポーランド、セルビア、スロヴェニア、南アフリカ、スペイン、スウェーデン、スイス、ウクライナである。これら諸国のうち、カナダと南アフリカの場合は、それぞれについて後述のとおり、いずれも近年の国内裁判所の違憲判決に基づき、相次いで選挙権の消極要件が撤廃されたものである。

3. ハースト事件判決 欧州人権裁判所

英国の1983年人民代表法 (Representation of the People Act 1983, c. 2) は²⁴⁾、第3条【拘置されている犯罪者等の選挙権剥奪】の(1)項において、「有罪が確定した者は、その宣告に従って刑事施設に拘置されている間、国会または地方自治の選挙において、投票の資格を法的に有しない」と規定している²⁵⁾。これに対して、英国が加盟している欧州人権条約 (European Convention on Human Rights) の第1議定書 (Protocol No. 1: Enforcement of certain Rights and Freedoms not included in Section I of the Convention) は、第3条【自由選挙に対する権利】において、「締約国は、立法機関の選択において、人民の意見の自由な表明を確保する諸条件の下で、合理的な間隔をおき、秘密投票による自由選挙を実施することを約束する」と規定している。

そして、前者は後者に違反すると判示したのが、欧州人権裁判所の第2次ハースト対連合王国事件判決 (*Hirst v. United Kingdom [No. 2]*, no. 74025/01, judgment of 30 March 2004, [2004] ECHR 121) (*Hirst II*) である。この事件の申立人は、62歳の女性を斧で殺害したが、精神鑑定に基づいて人格障害による責任能力の低下が認められたため、謀殺 (murder) ではなく故殺 (manslaughter) の有罪が確定して終身刑に処せられた男性であった²⁶⁾。有罪が確定したのは、1983年人民代表法の制定以前の1980年2月11日であるが、同法第3条(3)項に「有罪の確定または宣告が、この法律の成立の前後いずれであるかは、本条の適用を妨げない」という規定があ

り、なお従前の例によるとされるまでもなく、同条⁽¹⁾項の適用を受けている。

第2次ハースト事件判決において提示された判断の基準は、次のとおりである。「第1議定書の第3条は、人民の意見の自由な表明を確保する選挙を実施するという締約国の責務を規定した文言となっているが、当裁判所の判例法は、これが投票権や立候補の権利を含めた個人の権利を保障するものであることを確立している。これらの権利は、民主主義や法の支配にとって枢要であるが、絶対的ではなく、限界に服することがある。締約国は、この領域において広範囲の判断権を有するが、最後の手段として第1議定書第3条の要件に適合しているかいないかを判定するのは、当裁判所である。適合しているためには、課された条件によって、当該権利の本質が侵害され、有効性が奪われる程度にまで、その権利が剥奪されていないこと、正当な目的を達成するために課された条件であること、用いられている手段が不相応でないこと、これらが満たされなければならない」（*Hirst II*, at para. 36 [citation omitted]）。

そして、この基準をあてはめた部分では、権利の重要性が侵害の許容性を絞り込むという判断が示された。投票権の「民主主義的な価値」に言及した多数の先例に依拠するかたちで、「選挙される代表者に対して投票する権利は、民主主義体制の不可欠な基礎としても認識されなければならない。およそこの権利の陳腐化や弱体化は、この体制を掘り崩すおそれがあり、この権利は、軽々にも不用意にも剥奪されてはならない」（*Hirst II*, at para. 41）と述べられている。

1983年人民代表法第3条⁽¹⁾項の立法目的については、英国政府側の主張から2種類が認定され、それぞれの正当性が吟味された。まず、「投票権の剥奪という付加刑を科すことによって犯罪を防止し、犯罪者を処罰するという目的に関しては、有罪が確定した受刑者が自由を剥奪されるということは、その状況に応じて条約に規定された別の基本権の享有が不可避免的に妥協されなければならないとしても、それらの基本権の保護を喪失する

ことは意味しないということ、数多くの多様な文脈において、条約機関が強調してきた」(*Hirst II*, at para. 44)とされ、弁護人依頼権、裁判を受ける権利、家族と面会する権利のほか、信教の自由、表現の自由、結婚の自由に関する例が、委員会報告書によるものも含めて挙げられている。そして、そもそも付加刑としての有効性も疑わしいという観点から、「投票権の喪失は、連合王国の刑事事件の有罪宣告手続において、何ら明白な役割をはたしていないということが指摘されてよい」(*Hirst II*, at para. 45)とも判示されている。また、「法の支配に対する市民の責任と尊敬を高めるという目的に関しては、投票の喪失と自由刑を科すこととの間に何ら明確な論理的つながりがない」(*Hirst II*, at para. 46)という判示は、拘置をともなわない刑罰について同様の剥奪がなされていないことから、犯罪の反社会性に絡んだ目的の正当性に対して懐疑を提示したものである。しかしながら、なお「この文脈において、本件のために援用され得る多様な政治的または刑事的な哲学や政策が、たとえ抽象的または象徴的な水準のものであっても、これらの目的が正当とはみなされ得ないという判定を抑制する」(*Hirst II*, at para. 47)という点に慎重な配慮が示され、目的審査の段階での結論は留保されている。

そして、この留保がなされたことにより、第2次ハースト事件判決では、比例原則に基づく手段審査が決め手となった。この点に関して指摘されたのは、当然のことながら、1983年人民代表法第3条⁽¹⁾項の適用の状況と構造である。その主要な部分を次に引用する。「この規定は、条約上の投票権を大きなカテゴリに属する人々(70,000名超)から無差別に剥離している。すべての拘置されている受刑者に対して、全面的な制約を課しているのである。こうしたすべての受刑者に対して、その刑期の長短に関係なく、また、その罪責の性質や軽重にも関係なく、自動的に適用されているのである。……軽微な違反によって1週間の刑を宣告された受刑者が、投票日に拘置されていれば投票権を喪失することもあるのに対して、より重大な犯罪によって数年の刑に服している受刑者が、選挙を逃さずにすむ偶然も

ある。本件においては、さらに変則的なことも生じている。終身刑に服している申立人は、処罰に関する部分の刑期を終え、社会に対する危険性が残っているという根拠に基づいてのみ、引き続き拘置されているのである。投票資格の剥奪が受刑者に対する刑罰の一部とみなされるかぎり、それを本件の申立人の場合に継続することには、何ら論理的な正当化事由が存しない」（*Hirst II*, at para. 49 [parentheses original]）。

こうして いわば適用違憲のような手法により 「エドワード3世の時代のいわゆる『市民の死』」（*Hirst II*, at para. 17）を現行制度に引き継いだ英国法の規定について、「当裁判所は、第1議定書の第3条に対する違反が存在すると結論する」（*Hirst II*, at para. 52）と判示されることになったのである。もちろん、欧州人権条約を国内法に編入したことで知られる人権法（Human Rights Act 1998, c. 42）が英国において制定されたのと同様に、これと前後して常設の機関になった欧州人権裁判所の判決は、それ自体として独自の執行力をもつものではなく、1983年人民代表法第3条(1)項は、現在も現行法として機能している。しかしながら、それだけに、第2次ハースト事件判決に対する国内機関の対応は、国際的にも注目されることになるだろう²⁷⁾。

4. ソーヴ事件判決 カナダ最高裁判所

欧州人権裁判所の第2次ハースト事件判決に幾度も引証され、これに多大な影響を与えたのは、カナダの最高裁判所による違憲判決である。ソーヴ対カナダ（司法長官）事件判決（*Sauvé v. Canada [Attorney General]*, [1993] 2 S. C. R. 438）では、カナダ選挙法（Canada Elections Act, R. S. C. 1985, c. E-2）第51条(e)号におかれていた「矯正施設に拘置されているすべての者」の選挙権を剥奪する規定が違憲とされた²⁸⁾。そして、その9年後のソーヴ対カナダ（選挙管理責任者）事件判決（*Sauvé v. Canada [Chief Electoral Officer]*, [2002] 3 S. C. R. 519）（*Sauvé II*）では、先の違憲判決に

即応した修正法 (S. C. 1993, c. 19) により²⁹⁾、刑期2年以上の者に対象を限定する内容に改められるとともに第51条の1に移動されていた同項が再び違憲とされた³⁰⁾。

これら2つの事件に連続して勝訴した上告人らのうち1名は、殺人罪の教唆犯として刑期25年の宣告を受けており、現在も服役中である。また、別の1名は、強盗罪などの累犯により、刑期4年の宣告を受けた者であった。いずれも選挙関連の犯罪類型ではなく、カナダにおいても従来は破廉恥罪として、当然に公民権剥奪の対象とされてきたものであった。

拘置にともなう選挙権の消極要件を全面的に違憲とした2002年判決において、違憲判断の根拠になったのは、権利および自由に関するカナダ憲章 (Canadian Charter of Rights and Freedoms, Schedule B to Constitution Act, 1982) 第3条【民主主義の権利】の次のとおり 日本 の憲法典と同程度に 簡潔な規定である。「すべてのカナダ市民は、下院または州議会の議員の選挙において投票する権利を有し、それらの議員に必要な資格を有する」。そして、この条項に違反するとされた選挙法第51条^(e)号は、憲章第1条【権利および自由の保障】の次のとおり 日本 の憲法典の「公共の福祉」条項よりも細かな 規定をふまえて、不合理ゆえに違憲と結論された。「権利および自由に関するカナダ憲章は、これに明記された権利および自由が、法律によって規定され、自由かつ民主主義的な社会において正当化されることが証明可能な合理的制限にのみ服することを保障する」³¹⁾。

もっとも、2002年判決では、紅白の法服を身にまとう9名の裁判官が5対4に分裂し、現在も同じ地位にあって枢密院議員を兼ねるマクラクリン (Beverley McLachlin) 首席裁判官が自身を含む5裁判官を代表して多数意見を執筆したほか、翌年8月1日に引退したゴンティエール (Charles Doherty Gonthier) 裁判官が残りの4裁判官を代表して、多数意見の2倍あまりの長文に及ぶ反対意見を表示した。もっとも、選挙法第51条^(e)号が憲章第3条に基づいて保障されるべき投票権を侵害しているという点は

そもそも、被告人側も認めており、この事件の争点にもならなかったのだから当然だが 対立の焦点にならなかった³²⁾。この侵害が憲章第1条に基づいて容認されるか否か、そして、それを裁判所が判定すべきか否か、これらの点こそが両意見の対立点であった。

ここで積極主義の司法審査を貫徹した多数意見によると、「投票権は、我々の民主主義と法の支配の基本であり、軽々しく捨て置かれてはならない」ものであるから、「これに対する制限には、敬讓ではなく、慎重な吟味を要する。これは当裁判所の哲学的な選好を議会のそれに代置するというのではなく、議会在提示した正当化事由が論理と通念によって支持されることを保障するということである」(*Sauvé II*, at para. 9)。

これとは対照的に、政治過程への敬讓を強調する司法消極主義の反対意見によると、「本件は、『科学的証明』になじまない哲学的、政治的、社会的な事情に基因している」が、「当裁判所が投票権に関して相互に競合する社会的または政治的な哲学を提示されたとき、その1つを是認または選好するだけでは、もう1つが憲章に基づく審査を通過しないということが反証または証明されたことには必ずしもならない」から、「議会によって促進されている社会的または政治的な哲学が、自由かつ民主主義的な社会というコンテキストにおいて、この権利の制限を合理的に正当化しているのであれば、それは合憲であることが確認されるべきである」(*Sauvé II*, at para. 67 [Gonthier, J., dissenting])。

次に目的審査の部分を対照する。多数意見によると、2つの立法目的のうち、「第1の目的、つまり法の支配に対する市民の責任と尊敬を高めるという目的は、事実上すべての刑事法や多くの刑事的でない法令について主張され得る」。そして、「法に対する尊敬は、否定の余地なく重要である」けれども、「この価値を単に言明しただけでは、問題となっている侵害が自由かつ民主主義的な社会において正当化されることが証明可能か否かを判定するにあたって、我々に必要なコンテキストが欠けている」から、「正当化事由を立証するためには、政府が標的としている問題を知り、そ

れが憲章に基づく権利を制限することを正当化するほどに緊要かつ重要である理由を知る必要がある」(*Sauvé II*, at para. 24)。

そして、「第2の目的 懲役刑に服する人々に対して付加刑を科するという目的 は、第1の目的ほど曖昧ではない」が、それでも「曖昧さにともなう問題は残されている。この特定の種類の受刑者に対して、さらなる処罰が必要だと議会が考えた理由は何なのか、この処罰によって実現することを議会が望んだ、すでに科されている刑罰によっては達成されない、さらなる目的は何なのか、これらが記録からは明らかでない。これでは、さらなる権利侵害を正当化するのに足りる重要な目的であるのか否かを評価することは困難である」(*Sauvé II*, at para. 25)。

しかしながら、この段階での違憲判断は、通例のごとく³³⁾、本件においても次のとおり回避されている。「政府は、投票権の剥奪を必要とする特定の問題を明らかにしておらず、この剥奪が緊要かつ実質的な目的に向けられているとは述べがたくしている」が、「政府の目的が抽象的であり、むしろ彼らの根拠が薄弱であるとしても、政府の目的を全面的に退けるのではなく、比例の分析へと進むのが、賢慮というものである」(*Sauvé II*, at para. 26)。

これに対して、ラズ (Joseph Raz) やドウォーキン (Ronald Dworkin) の著書など英語圏の学術書からの引用を駆使して道徳規範を説く反対意見では³⁴⁾、次のように述べられている。「第1の目的、つまり法の支配に対する市民の責任と尊敬を高めるという目的に関して、王国政府は、これが基本的に善良な市民の奨励と関係していると述べている。この目的は、法の支配を補強するという社会の願いをも反映している。……重大犯罪に対する社会的な拒絶は、社会契約や法の支配を防護するとともに、個人とコミュニティの結びつきの重要性を支える道徳的な路線を反映している」(*Sauvé II*, at para. 140 [Gonthier, J., dissenting])。そして、「第2の目的、つまり刑事制裁の一般的な目的を高めるという目的」に関しては、「王国政府は、この目的に懲罰的、威嚇的、道徳教育的な機能があると述べてい

る」（*Sauvé II*, at para. 145 [Gonthier, J., dissenting]）として、これを全面的に支持している。

最後に比例原則に基づく手段審査の部分を確認しておく。多数意見は、この点に関して、「第51条^(e)項は、刑務所に拘置されているすべての者に対して、犯した犯罪の種類や惹起した害悪や行為の規範的性質に関係なく、包括的に刑罰を科している。特定の犯罪行為に対して、個別に適応させていない。つまり、威嚇的、応報的な処罰の要件を満たさない。したがって、正当な刑罰を科すという目的と合理的に関連していない」（*Sauvé II*, at para. 51）と判示している。そして、「政府は、第51条^(e)項による投票権の剥奪と法に対する尊敬を高め、適切な処罰を確保するという目的との合理的関連性を立証していない」（*Sauvé II*, at para. 53）ことを根拠に、「2年以上の刑に処せられた受刑者に対する第51条^(e)項の選挙権剥奪は、憲章第1条に基づいて正当化され得ない」（*Sauvé II*, at para. 62）と結論している³⁵⁾。

この点についても長大な反駁を展開している反対意見は、政府側の「合理的関連性があるとする主張は、通常この段階の分析において当裁判所が適用する基準を明らかに満たしており、緊要かつ実質的な立法目的は、同法第51条^(e)項において議会が選択した手段により、少なくとも論理的に促進されている」（*Sauvé II*, at para. 151 [Gonthier, J., dissenting]）と述べている。そして、この合理的関連性の証左として、反対意見は、同条に明記された刑期2年以上という限定が、刑法典（Criminal Code, R. S. C. 1985, c. C-46）の第743条の1(1)項において自由刑の刑期が^(a)号の終身、^(b)号の2年以上、^(c)号の2年未満の3種類に区分されており、後2者の相違が関連規定において開放処遇や仮釈放などの要件に反映されていることとの対応関係を挙げている。

以上のように政治部門への敬讓を基調とする反対意見に対峙して、権利の性質を重視して立法裁量の範囲を絞り込んだ多数意見は、手段審査において比例原則違反を認め、これによって拘置にともなう選挙権の消滅要件

を違憲とした。しかしながら、本件の概観から得られる教訓は、これにとどまらない。選挙権の剥奪を刑事罰として把握している前提において、双方の意見が共通しているという構造にこそ、これを付加刑として認めることなく、これを除外して罪刑均衡を思料する法体系への重要な示唆が含まれているだろう³⁶⁾。

5. 2つの判決 南アフリカ憲法裁判所

南アフリカでは、「罰金刑の選択権をもつことなく自由刑に服している」という共通の文言によって選挙権の消極要件を規定していた選挙法 (Electoral Act, Act 73 of 1998) 第8条(2)項(f)号および第24条のB(1)項ならびに(2)項が、憲法裁判所の内務大臣対全国犯罪防止・犯罪者更生協会事件判決 (*Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-integration of Offenders [NICRO]*, CCT 03/04) (NICRO) において違憲とされた³⁷⁾。これら違憲判断を受けた各条項は、いずれも前年末に制定された選挙法修正法 (Electoral Laws Amendment Act, Act 34 of 2003) によるものであり、この修正法は、憲法裁のオーガスト対選挙委員会事件判決 (*August v. Electoral Commission*, CCT 8/99; 1999 [3] S. A. 1 [CC]) (*August*) に対応して制定されたものであった。

こうした経緯の端緒となったオーガスト事件判決の多数意見を執筆したのは、かつて同国の治安機関が車内に爆弾を仕掛けた暗殺未遂のために片腕と視力を失った経験 犯罪被害者の経歴 をもつサクス (Albie Sachs) 裁判官である。この多数意見では、「選挙権の普遍性は、国民であることや民主主義にとって重要であるというにとどまらない。すべての市民の投票は、尊厳や人間であることのしるしなのである。まったく文字通りに、これは誰もが数えられるということである」(*August*, at para. 16) と述べられ、この観点から、刑事施設に収容されている者についても選挙人名簿に登録し、投票させなければならないと判示されていた。これに対

して即応を試みた議会が、新しく登録と投票を可能にする範囲を日本でいう未決勾留や労役場留置に相当する場合に限定しようとしたところ、この法改正が早くも数か月後には再度の違憲判決を招来することになったのである。

オーガスト事件判決の多数意見は、これ自体が3年後のソーヴ事件判決に貴重な典拠として引証されており、カナダの最高裁に対して貴重な比較素材を提供したものであるが、「選挙権の普遍性」を国際比較の方法によって導出したわけではない。むしろ、「多数の開かれた民主主義の社会が一定のカテゴリの受刑者から投票資格を剥奪している」(*August*, at para. 31) という認識を示した上で、この1文に付した脚注のなかに、次のとおり詳述している。「多くの諸国が受刑者の全部または一部から投票資格を剥奪している。フランスでは、一定の犯罪が自動的に政治的な諸権利の喪失をもたらすものとみなされている。ギリシャでは、第1審の裁判所が事件ごとにそうした喪失を命じる権限を与えられている。ドイツでは、ドイツ国家またはその民主主義的秩序の保全に対する罪によって有罪が確定した受刑者が投票権を喪失している。これらよりも一般的な趨勢となっているのは、この権利の喪失を左右する拘留期間の指定である。スリ・ランカは6か月、カナダは2年、ニュー・ジーランドは3年、オーストラリアは5年となっている。イギリスと日本では、すべての受刑者が排除されているが、デンマーク、アイルランド、イスラエル、スウェーデン、スイスでは、すべての受刑者が投票できる」(*August*, at footnote 30)³⁸⁾。

オーガスト事件判決の論理を徹底させ、ついに消極要件の全廃をもたらした NICRO 事件判決は、2004年4月14日に実施された選挙の直前に同じく選挙法に関連したものとしては、前世紀末の合衆国最高裁判所のブッシュ対ゴア事件判決 (*Bush v. Gore*, 531 U. S. 98 [2000]) を彷彿とさせるほどに³⁹⁾ きわめて異例な訴訟審理の迅速化の産物であった。選挙法修正法が公布されたのは、翌春の選挙を控えた2003年11月6日であり、施行されたのは翌月17日のことである⁴⁰⁾。NICRO と2名の受刑者が同法に

よって付加された選挙法第8条(2)項(f)号および第24条のB(1)項ならびに(2)項の違憲確認などを求めてケイブ高等裁判所に提訴したのは、その僅か6日後の12月23日であり、被告の国側から憲法裁への移送の申立てがなされた後に訴訟手続の面で生じた若干の曲折を経て、本件は憲法裁が初審かつ終審の裁判所として裁くべき事件となった。翌年2月25日に口頭弁論が開かれ、1週間後の3月3日には文字通り終局的な判決が下され、そこで命じられた救済措置は、直後に実施された選挙への参加を実効的に保障するものとなった。

「罰金刑の選択権をもつことなく自由刑に服している」という共通の法律要件を含んだ諸条項のうち、第8条(2)項(f)号は、該当者の選挙人登録を禁止する規定、第24条のB(1)項は、選挙人名簿から除外する規定、第24条のB(2)項は、投票を禁止する規定であり、こうした3つの規定による違反の有無が吟味された南アフリカ共和国憲法典の条文は、第2章【権利章典】におかれた第19条【政治的権利】(3)項(a)号の「すべての成人市民は、この憲法によって設置される議会の議員の選挙において投票する権利およびその投票を秘密におこなう権利を有する」という規定であった。これまた普通選挙と秘密選挙が保障される根拠として、日本の憲法典におけると同程度に簡潔な法文である。

もっとも、全11名の裁判官のうち9名を代表してチャスカルソン(Arthur Chaskalson)首席裁判官が執筆した多数意見は、その推論の出発点において「投票権は、すべての市民に付与されている」(NICRO, at para. 25)という単純な法命題を確認するにあたり、これ以外にも複数の憲法規定を援用している。多数意見のなかに全文を引証された憲法典の条文には、第1章【建国条項】の劈頭において「南アフリカ共和国は、次に掲げる諸価値に基づく単一、主権、民主主義国家である」と定める第1条【南アフリカ共和国】の(a)号「人間の尊厳、平等の実現および人権ならびに自由の促進」、(b)号「反人種差別および反性差別」、(c)号「憲法典の優位および法の支配」、そして ことさらに多数意見が強調した (d)号

「成年者による普通選挙，全国共通の選挙人名簿，通常選挙および複数政党制」が，ことごとく含まれている。また，同じく第1章におかれた第3条【市民権】(2)項(a)号の「すべての市民は，市民の権利，特権および便宜を等しく付与される」という規定も，いわば補的に含まれている。

南アフリカの憲法訴訟において，権利の制約の限界が争われるとき，まずもって着目されるのは，憲法典の第2章の冒頭におかれた第7条【権利】である。その(1)項に「権利章典は，南アフリカにおける民主主義の基礎である。これは，すべての人民の権利をわが国において奉じるとともに，人間の尊厳，平等および自由という民主主義の諸価値を擁護する」とあり，(2)項に「国は，権利章典に定められた諸権利を尊重，保護，促進および実現しなければならない」とあるが，最後の(3)項において「権利章典に定められた諸権利は，この章典の第36条その他の規定に明示または黙示された制限に服する」と規定されている。

そして，第36条【権利の制限】の(1)項をみると，「権利章典に定められた諸権利は，次に掲げるものを含めたあらゆる関連要因にかんがみて，人間の尊厳，平等および自由に基づく開かれた民主主義社会において合理的かつ正当化可能であって，一般的に適用される法による制限にのみ服する」として，(a)号「権利の性質」，(b)号「立法目的の重要性」，(c)号「制限の性質および程度」，(d)号「制限とその目的との関連性」，(e)号「当該目的を達成するより制限的でない手段」の5項目が列記されている。内容的には日本の判例や学説においても着目される事項ばかりであるが，ここまで詳細に衡量すべき事項を明記した憲法典が直接の裁判規範としての効力を発揮している例は，グローバルに比較してみても，おそらく稀少であろう。

この第36条(1)項によって比例原則に基づく審査が要請されることを確認した多数意見は，政府側に配分されるべき立証責任を，次のとおり示している。「正当化事由が事実の資料に基づく場合，正当化事由に依拠する当事者は，正当化事由に基づいている事実を立証しなければならない。しかしながら，正当化事由は，争いのある事実ではなく，政府の正当な関心事

に対処する政策であることもある。この場合、正当化事由に依拠する当事者は、遂行されている政策、その政策を採用した理由、その政策を遂行するために憲法上の権利を制限することが合理的だとみなされる理由、これらに関して当裁判所に十分な情報を提供しなければならない」(*NICRO*, at para. 36)。

そして、口頭弁論において政府側から提示された立法目的のうち、刑務所内に投票所を設けることによって「罰金刑の選択権をもつことなく自由刑に服している」受刑者を優遇することが困難であるという点に関しては

これを主目的と認めつつも、この種の措置が差別問題を構成することは認めないという前提をおき 財政的な資料が証拠として提出されていないことから、事実に基づくことが証明されていないと指摘している。

また、犯罪に対して甘いという印象をなくし、犯罪と戦う政府の姿勢を明確にする、という政策を副次的な立法目的として吟味するにあたっては、これと大差なく抽象的な立法目的を論難したカナダ最高裁の第2次ソーヴ事件判決の多数意見を援用して、次のとおり判示している。「本件のように、政府が市民の集団から選挙権を剥奪しようとしており、その目的が自明でない場合、剥奪が何の目的に資すると意図されたのかを正確に知ることができるよう、当裁判所に十分な情報を提供する必要がある。政府が政策的理由に依拠するかぎりでは、当裁判所が遂行されている政策を評価することができるよう、十分な情報が存在しなければならない。この点については、本件において投票者の選挙権を剥奪する立法が問題となっていることにかんがみ、第2次ソーヴ事件判決におけるマクラクリン首席裁判官の意見に同意する」(*NICRO*, at para. 65)。

この基準に照らした目的審査の結論として、多数意見は、「本件においては、代理人によって、政府が犯罪に対して甘いと見られたくないという陳述がなされているにすぎない」(*NICRO*, at para. 66) と判示しているが、それでもマクラクリン首席裁判官の多数意見と同様に進んだ手段審査の段階において、さらに次のとおり判示されている。口頭弁論において政府側

が暴力犯罪や窃盗罪などの破廉恥罪にばかり言及して選挙法修正法の正当性を主張したのとは裏腹に、「その適用対象は、罰金刑の選択権をもつことなく自由刑に服しているすべての受刑者である」が、「より短期間の拘置が科される可能性の高い種類の犯罪に関する情報も、そうした犯罪によって拘置される可能性の高い種類の人に関する情報も、比較的軽微な違反を理由に投票を喪失する者の人数に関する情報も、提供されていない」（*NICRO*, at para. 67）。

このように政府側の立証責任が十全に果たされていない本件では、選挙法修正法によって付加された選挙法の第8条(2)項(f)号および第24条のB(1)項ならびに(2)項が、憲法典の第4章【議会】におかれた第47条【議員】の(1)項に「国会議員の選挙において投票する資格を有するすべての市民は、次に掲げる者を除くほか、国会議員になる資格を有する」として列記された5項目のうち、最後の(e)号に含まれる「罰金刑の選択権をもつことなく12か月を超える自由刑に服している」という文言との間にきたしていた不整合 期間を設定しない法律の規定が、この憲法条項に対して横出しとなり、それに予定された当然の反対解釈を妨げていた問題 が解消されるはずもなく、3つの条項を違憲無効とする判決が下されることになった。もっとも、多数意見によって命じられた救済策は、こうした違憲無効の確認にはとどまらなかった。これら各条項の適用対象となっていた者に対して選挙人登録と投票の機会を実効的に保障するため、「遅くとも2004年4月9日までに」（*NICRO*, at para. 80）という期限を設定して、個別に連絡手段を駆使して周知徹底をはかるなどの救済措置をとることが政府当局に命命されたのである。

南アフリカ憲法裁の2つの判決は、その中間の時期に下されたカナダ最高裁の判決との相互引証を経て、以上に概観したとおり、最後には選挙権の消極要件の全廃をもたらした。相互に異なる憲法裁判の制度を背景におきながら、いわば判決相互間に交わされた選挙権の保障をめぐる対話の最後に登場した *NICRO* 事件判決は、なかならず、その多数意見によって命

じられた具体的かつ効果的な救済策の点で、ほかの諸国に対しても有益な示唆を提供したといえるだろう。

そして、南アフリカ憲法裁判所とカナダ最高裁判所と欧州人権裁判所が、制度の異同を超え、いわば異口同音に共通して立法事実を精査する審理を展開した積極性は、これらと同様の出発点　たとえば、「公職の選挙権が国民の最も重要な基本的権利」と表現される法命題　を共有する法体系に対して、「選挙の公正」を繰り返してきた半世紀にわたる観念的な論法から抜本的に脱却する方途を提案しているようにも思われる。

6. おわりに

地球規模化 (globalization) が市場化の側面においてばかりでなく、民主化の側面においても進行するなか⁴¹⁾、国家の安全保障 (national security) と人間の安全保障 (human security) の間に⁴²⁾、これら2分法の両極いずれにも吸収されない補充的な中間項として、市民の安全保障 (civil security) のような概念を仮設することが可能ならば、そこにおいて論じられるべき問題群のなかには、市民の死 (civil death) からの解放、それによる市民の権利 (civil rights) や市民の自由 (civil liberties) の回復が含まれることになるだろう。破廉恥罪 (infamous crime) によって破廉恥刑 (infamous punishment) に処せられた市民が自動的かつ無批判に公民権剥奪 (infamy) を被る法制度は、この小稿において概観した欧州人権裁判所、カナダ最高裁判所、南アフリカ憲法裁判所の判決によって反復的に例証されたとおり、もはや地球市民 (global citizen) の常識ではない。

ここから翻って着目すべきは、日本の憲法典に明記された「成年者による普通選挙」(第15条第3項)であり、それが公定英訳において“Universal adult suffrage”と表記されていることである。最後の英単語は、むしろ「選挙権」の訳語であるから、正文である日本語版よりも強い語感が込められているともいえようが、いずれにしても、その普遍的 (universal) な

保障を考えるべき段階が、世界的には到来しつつあると思われる。

もちろん、基本的人権（fundamental human rights）が、字義どおり、市民ではなく人間として前国家的または脱国家的に享有されるべきものに限定されると考える場合は、この概念について語られるのと同義の普遍性が、そのまま選挙権に妥当することにはならないだろう。しかしながら、「有権者の役割へのアクセスが全住民に開かれているという意味での普遍性」について⁴³⁾、法域ごとに設定されるべき保障の水準が多少とも普遍的な観点から調整されるのは、日本語においても対義語となっている「制限選挙」を克服するかたちで、日本を含む各国に「普通選挙」を普及してきた世界史の教訓である。

いまま日本の公職選挙法に規定され、現実に運用されている選挙権の消極要件がもたらす効果は、財産や教養を指標とした歴史的な典型例とは別種の「制限選挙」を現存させることで、「普通選挙」の原則に犯罪白書の統計などから確認可能な数量的規模の限界を設けているが、これにとどまるものではない。禁錮以上の刑に処せられた者が 憲法典にいう特定の「社会的身分」（第14条第1項）を構成しているとまではいえなくとも特定の傾向をもつ社会的な評価を共有する存在として、その民意を集合的に没却されているという側面に留意してみれば、「平等選挙」の原則との関係においても検討すべき課題があるといえる。この原則の射程は、主として選挙区間の議員定数不均衡の限界を策定するときに考慮される量の次元ばかりでなく、「投票の機会の平等」と「選挙の結果の平等」の中間において「代表を選出する機会の平等」を確保するというかたちで質の次元にも及ぶべきだと考えられるからである⁴⁴⁾。

そして、このように考えてみると、次のような推察も可能となる。つまり、公職選挙法の第11条第1項第2号ないし第3号に相当する文言は、国家公務員法の第38条第2号、裁判所法の第46条第1号、検察庁法の第20条第1号、弁護士法の第7条第1号などのほか、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の第14条第2号などでも、いわゆる欠格条項として機能して

いるが、禁錮以上の刑に処せられた者から選挙権を剥奪することは、それが明確に政治的な意図をとみなさない場合にも特定可能な集団に対して發揮することが予測される効果の点で　いわば不真正の付加刑として集団をも処罰対象とする潜在的な実質において　そのような欠格条項とは決定的に異なる、ということである。

この効果を法制度の比較の観点からみれば、諸外国のなかでも、とくに近年のアメリカ合衆国において盛んに論じられてきているように⁴⁵⁾、集団の選好が分岐するにもなって投票行動にも統計的に観察される顕著な分極化(polarization)が現象として確認されるところでは⁴⁶⁾、選挙権の消極要件の設定もまた、投票力の希釈(vote dilution)　必ずしも地理的な選挙区の歪曲をとみなさない広義のグリマンダリング(gerrymandering)

を生じさせる条件として機能することがある⁴⁷⁾。全51の法域を内部にもち、それぞれに選挙法制の基本部分が異なる合衆国では、もっとも峻厳な部類に属し、刑期満了後も生涯にわたって選挙権を剥奪する内容のフロリダ州法が、あの最後には合衆国最高裁判所の判決によって決着をもたらされた前世紀末の大統領選挙にも小さからぬ影響を及ぼしていたという仮説があり、これを仔細に検証しようとする研究が活発になされてきている⁴⁸⁾。また、あの選挙の大混乱を契機として、2大政党それぞれの大統領経験者であるカータ(Jimmy Carter)とフォード(Gerald R. Ford)を名誉共同委員長にして設置されたブルー・リボン委員会は、全13項目にわたって重点的勧告事項を盛り込んだ最終報告書のなかに、「各州は、重罪(felony)による有罪が確定した有権者の市民が、執行猶予や仮釈放の場合も含めて、その刑期を満了したときは、投票権の回復を認めるべきである」という政策提言を掲げていた⁴⁹⁾。

これら合衆国の現況によって示唆されている重罪犯の選挙権剥奪(felon disenfranchisement)の効果については　本来この小稿の主題として検討対象の中心に据えようとしたものであるが　残された課題の1つとして、別の機会に考察する。

- 1) 松井茂記『日本国憲法』（有斐閣，第2版，2002年）395頁に指摘されているとおり、「どうやら最高裁判所は，選挙権の制限を憲法上付与された選挙権の剥奪・制限だと捉えず，選挙権は法律によって与えられて初めて認められるもので，誰に選挙権を付与するかは国会の合理的な裁量によると考えているようである」。
- 2) 2つの英単語“infamous”と“infamy”の由来を遡ると，ラテン語の“infamia”という単語に辿り着く。この語については，柴田光蔵『法律ラテン語辞典』（日本評論社，1985年）170頁に「法律上の名誉減殺，汚名，悪評，不面目，不名誉，汚辱，破廉恥，伴事的汚辱」という語義が記載されている。これを「ひとたび市民となった者は，いつでも市民である」（Semel civis semper civis）というローマの法諺に照らしてみれば，いかにも皮肉な遺産として把握されるだろう。この法諺は，同『法律ラテン語格言辞典』（玄文社，1985年）260頁に記載されているほか，武市春男『イギリスの法律格言』（国元書房，1968年）134頁や守屋善輝（編）『英米法諺』（日本比較法研究所，1973年）244頁にも収録されている。

もっとも，「破廉恥罪」という日本語については，これが英語の翻訳に用いられる場合と，そうでない場合とで，語義に大きな相違がみられる。たとえば，田中英夫（編）『英米法辞典』（東京大学出版会，1991年）443～444頁は，従来の英和翻訳の慣例に倣い，これを“infamous punishment”に対応した“infamous crime”（e.g., U. S. Const. Amend. V）の訳語にあて，「何が infamous crime かは，犯罪行為の性質ではなく，裁判所が科しうる punishment（刑罰）の性質 例えば連邦の場合，死刑または1年を超える imprisonment（拘禁）の刑 によるとされている」（括弧内も原文）と解説しているが，末川博（創始）杉村敏正＋天野和夫（編）『新法学辞典』（日本評論社，1991年）888頁は，「犯行の動機や主観的情操が著しく反道徳的・反人道的な内容をそなえる犯罪の呼称」という語義を提示するとともに，ドイツ語の“entehrende Verbrechen”を同義語として掲示している。この簡略にして例示的な対照からは，罪刑の双方を観念して使用される英熟語の翻訳に，もとは罪のみを意義に含む日本語が充てられてきたのではないとも考えられるが，そうであるとしても，翻訳語としての日本語は，それ自体として日本語であるから「破廉恥」の語感を離れているとしても すでに確立している英和翻訳の慣例ばかりを誤りとするわけにもいかないだろう。

- 3) 英熟語“civil death”については，田中（編）『英米法辞典』（前掲註2）146頁に「（一定の）法的能力剥奪」や「民事死」という訳語が示されているほか，「選挙権，公職その他一定の職に就く権利，契約を結ぶ権利などがすべて否定されること。元来は，反逆罪で attainder（私権剥奪）を受けたとき，ならびに国王への忠誠を放棄し，国外に移ったとき，および修道院に入ったときに発生した。イギリスでは廃止されたが，アメリカのいくつかの州では，重大な犯罪で有罪判決を受けた場合にこれを科している」という語義が解説されている（括弧内も原文）。なお，これと「同義語的に用いられることがある」別の熟語として，同書444頁に記載された“infamy”がある。
- 4) See Jeffrey G. Sherman, *Mercy Killing and the Right to Inherit*, 61 UNIVERSITY OF CINCINNATI LAW REVIEW 803 (1993) at 869 *et passim*. See also Jeff Manza & Clem Brooks & Christopher Uggen, *Civil Death or Civil Rights?: Public Attitudes towards Felon*

Disenfranchisement in the United States, 68 PUBLIC OPINION QUARTERLY 276 (2004) *passim*.

- 5) 死刑存廃論議については、さしあたり、団藤重光『死刑廃止論』(有斐閣, 第6版, 2000年), 佐伯千仍+団藤重光+平場安治(編)『死刑廃止を求める』(日本評論社, 1994年), 菊田幸一『死刑 その虚構と不条理』(明石書店, 新版, 1999年)を参照。
- 6) 国籍要件については、浦部法穂「憲法と『国際人権』 『外国人の参政権』を中心に」『国際人権』1号24頁(1990年), 同「『外国人の参政権』再論」憲法理論研究会(編)『人権理論の新展開』45頁(敬文堂, 1994年), 近藤敦『外国人参政権と国籍』(明石書店, 2001年)を参照。年齢要件については、さしあたり、樋口陽一ほか『注解法律学全集1 憲法』(青林書院, 1994年)339頁(中村睦男執筆部分)を参照。いずれについても消極要件の場合とは大きく異なり グロウバルな観点からの検討が含まれている。
- 7) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』(岩波書店, 第3版, 2002年)239頁。なお, 同所に「受刑者には選挙権を認めるべきだという説もある」ことが言及されているが, このように指摘されている批判的な学説の典型として, 鶴飼信成「選挙制度の基本原則」(1949年)同『憲法における象徴と代表』(岩波書店, 1977年)所収, 辻村みよ子『「権利」としての選挙権』(勁草書房, 1989年)がある。
- 8) 奥平康弘『憲法 憲法が保障する権利』(有斐閣, 1993年)408頁(括弧内も原文)。
- 9) 奥平康弘「公職選挙法——一条の合憲性」奥平+杉原泰雄『憲法演習教室』143頁(有斐閣, 1987年)145頁。もっとも, 少なくとも公職選挙法第11条第1項第2号の合憲性については, この文献において十分に検討されていないようであり, むしろ, これに限っては合憲性を推定しているように思われる。「ある考え方では, 服役者といえども国政参加の機会を制限されてはならない, と論ぜられよう。他方しかし, 自由刑という制度のなかには, 含意する不自由の強制という契機の内には, もともとふつうの人間・国民には甘受しえないならぬ不利益・不便が, いわば本質的に入っているという面がある。そして歴史的にいて, 自由刑が服役者に忍従を強いるもの一つに, 国政参加への不自由がふくまれている」(148頁)という叙述は, これを前提として選挙犯罪の場合が検討されていることからしても, いわゆる両論併記の文章ではないだろう。
- 10) この判決を評釈したものととして, さしあたり, 岡田信弘「選挙権・被選挙権の本質と選挙の公正」芦部信喜ほか(編)『憲法判例百選』322頁(有斐閣, 第4版, 2000年)を参照。なお, 森順次「選挙権・被選挙権の性格」『憲法判例百選 重要判例の集大成』162頁(有斐閣, 1963年)では, 「悪質な選挙犯罪の重大さ……をこそ思うべきである」という観点から, 主として上告趣意や補足意見に対する反駁が展開されている。また, 林田和博「公職選挙法第二二二条と憲法一四条」『統判例百選 重要判例の解説』16頁(有斐閣, 第2版, 1965年)は, 「とまれ, この種の附加刑は公明なる民主政治の基盤を培わんとする, 良識ある立法と一般に見られていることは明白である」と述べているが, これに対して, 作間忠夫「選挙権・被選挙権の本質」芦部信喜(編)『憲法判例百選』196頁(有斐閣, 第3版, 1974年)は, 公職選挙法第11条第1項および第2項の「有しない」という文言に基づく法律効果が, ほぼ投票権に相当すると思われる「『狭義の選挙権』について, その行使の一時的停止を意味し, 剥奪を意味しない」と述べてつ, 「判決は選挙犯罪者に対する停止を……一種の刑罰とみているようであり, これを支持する意見もあるが,

事の性質上行政処分と解するほうが妥当ではなからうか」と主張している。

剥奪が停止かという論点については、辻村みよ子『憲法』（日本評論社、第2版、2004年）355頁において、「選挙権の内容に投票権を含める立場からは一時的停止も権利の剥奪と同様の効果をもつと解することができる」と指摘されているほか、公職選挙法第11条第1項の柱書きは選挙犯罪の場合に限定されるものでなく、死刑判決が確定している場合も射程に含まれているのであるから、これを根拠なく捨象して「一時的停止」だと断定するのは、あまりに合理的でない。したがって、この小稿では、剥奪が一時的にも成立すると考えての用語法をとる。

選挙権剥奪の法的性質をめぐる論点の方は、さらに重要であろう。現行法をもとに考えると、これが行政処分だとしても、公職選挙法の第11条および第252条を第21条第1項と連動するものと解釈すれば、処分庁の定かでない処分ではないことになる。しかしながら、少なくとも第252条の場合は、その第4項により、適用の有無や期間の短縮が司法裁量事項とされているため、発動の第1次判断権が行政庁ではなく裁判所に委ねられている点で、あまりにも特異な行政処分ということになる。なお、最高裁判例では、選挙犯罪の事案を裁いた1960年12月2日の第2小法廷判決（刑集14巻13号1786頁）により、「選挙権及び被選挙権の停止は、公職選挙法二五二条一項または二項所定の処刑の事実に伴っ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く……」（1789頁）と判示されているが、「当然に生ずる」という言葉は「本件を関連判決に掲げた作間の立場とは相違して行政処分にも該当しないという判断を示しているといえよう。

- 11) 小林孝輔＋芹沢斉（編）『基本法コメンタール憲法』（日本評論社、第4版、1997年）232頁（工藤達朗執筆部分）。ただし、本文中に引用した部分の直前では、「一般犯罪と選挙犯罪等を区別し、後者の処刑者については執行猶予期間中や、その後の一定の期間、選挙権・被選挙権を停止している」現行法について、「とりわけ、刑期が終了し、社会復帰した後のこれらの権利を奪うことは、社会的身分による差別ではないか」という問題がある」という指摘もなされている。
- 12) 阪本昌成『憲法理論』（成文堂、補訂第三版、2000年）153頁。なお、公職選挙法に規定されている選挙権の消極要件は、必ずしも同法に規定されている禁止とのみ連結されるものではないから、この批判の論理を伸張すれば「厳罰化に加えて可罰化が進む近時の情勢においてそれ自体として違憲の疑いのある罰条が、選挙権の剥奪をもたらすという効果の点においても検討されるべきことになるだろう。そして、そこで生じ得る批判は、より実質的な罪刑均衡の問題局面を浮上させるかたちで、選挙権剥奪の効果を刑種に含めない現行の刑法典に忠実な思考体系に対しても及ぶことになるだろう。
- 13) 奥平『憲法』（前掲註8）408頁。また、杉原泰雄『憲法 統治の機構』（有斐閣、1989年）189～190頁や浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社、2000年）507頁などにも、合憲性に対する懐疑が示唆されている。
- 14) 1950年4月26日の大法廷判決において敗訴した被告人の弁護士2名のうち、塚本重頼も後に最高裁判所の裁判官となっているが、これと同種の事案をめぐって短期日のうちに少数意見を表示したという記録は確認できない。
- 15) 1955年2月9日の大法廷判決に併録されている「弁護士池田克の上告趣意」（刑集9巻

2号225頁)から転化した同年5月13日の第2小法廷判決の「裁判官池田克の少数意見」(刑集2巻6号1027頁)は、本文中に引用したところから、さらに論駁を進めて、次のとおり述べている。「多数意見によれば、一旦選挙の公正を阻害し選挙に関与せしめることが不適当と認められるものは、しばらく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が相当であるからそれらのものの選挙権停止の特別処遇を規定しても、これをもつて不当に国民の参政権をうばうものと云うべきでないとするのであるけれども、第一にそれは、選挙権が、旧憲法のもとにおけるのと現行憲法のもとにおけるのでは、本質的に異なっているものであることを過少評価するものであり、第二にそれは、旧憲法の末期に加えられた旧衆議院議員選挙法第一三七条の規定が、現行憲法の施行後においても、なお、そのままに公職選挙法第二五二条として踏襲されていることに深き思いをいたすことなく、ただ、選挙の公正保持の必要性を過重評価し、越えてはならない限界を逸脱している同条項を強いて合理化しようとするものである」(1028頁)。

なお、「弁護人池田克の上告趣意」のなかに、次の1文がある。「公職選挙法第二百五十二条第三項(後に移動されて現在は第4項)に則り同条第一項を適用せず又はその期間を短縮する旨を言渡すことは、事の性質上一つの行政処分と解されるのであるが、その行政処分が全国裁判所を通じ区々に流れていることは否定し得ない現前の事実である」(228~229頁[括弧内は引用者])。しかしながら、これを大法廷に提出した弁護人は、5年後、必ずしも行政処分であるとは判示しなかった1960年12月2日の第2小法廷判決(前掲註10)において、裁判官全員一致の意見に加わっている。

- 16) 差別問題として構成されない場合にも、違憲性の推定を免れることはない。たとえば、松井『日本国憲法』(前掲註1)395頁では、先引部分の直後に、「選挙権は、国民が代表者を通じて国政に参加するという最も基本的な権利であるから、その剥奪は、やむにやまれない政府利益を達成するために必要不可欠でない限り許されない」というべきである。当然、裁判所は、選挙権の剥奪は違憲と推定し、厳格な審査を行うべきである」と述べられている。なお、この最高度に厳格な合憲性判定基準を使用せずとも、立法裁量の範囲を限定して合憲性の推定を解除した審査基準のもとで、日本の現行制度が違憲と判定される可能性のあることは、本文中で後に紹介する欧州事件裁判所やカナダ最高裁判所の判決によって十分に示唆されていると思われる。
- 17) 「弁護人池田克の上告趣意」(前掲註15)においても、「公職選挙法第十一条第一項が……一般刑事犯罪に因る刑の執行中の者をも所謂欠格原因と規定していることは条理ある差別であつて、憲法違反を以て目すべきものではない」(226~227頁)と述べられている。
- 18) 小林+芹沢(編)『基本法コンメンタル憲法』(前掲註11)232頁(工藤執筆部分)。
- 19) 刑法第28条に規定された「仮釈放」の場合も、公職選挙法第11条第1項第3号に規定された消極要件に該当する。なお、刑法第28条の文言は、ほかの関連規定とともに、刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律の附則第17条によって「獄」という文字を使用しない用語に置換されたものである。
- 20) 辻村『憲法』(前掲註10)356頁。この指摘においても前提とされているように、選挙権の保障の妥当性を検討するにあたって、その行使の可能性を吟味するのは、当然の考察方法であると思われる。たとえば、2002年11月28日の東京地方裁判所の判決(『判例タイム

ズ』1114号93頁）は、在宅療養中の筋萎縮性側索硬化症（ALS）患者が投票の機会を実質的に剥奪されている問題をめぐり、「『選挙権の付与』と『選挙権の行使』とは、憲法上もその取扱いが区別されており、両者は、別個に論じられなければならない」（106頁）として法文の構成にこだわる被告（国）側の主張を退け、「憲法は、選挙人の資格に関する不合理な制限の撤廃による選挙権の平等を要求するにとどまらず、選挙権行使の場面における不合理な差別の撤廃による選挙権の平等もまた、これを要求するものと解すべきである」と述べ、これに重ねて「選挙権の実質は、投票という積極的行為を行うことにあり、形式的に選挙人としての資格を付与されても、選挙権行使が保障されなければ、憲法が選挙権を国民固有の権利として保障した意義は失われるのであるから、憲法の選挙権の保障は、選挙権行使の保障に及び、選挙権行使の場面における不合理な差別をも禁止しているものと解される」（133頁）と述べている。なお、この判決の全文が収録された第一東京弁護士会人権擁護委員会（編）「ALS患者の選挙権侵害に対する国家賠償訴訟判決」（2002年）を、同委員会から直接いただいた。

また、清水睦「現行選挙制度の問題点」『ジュリスト増刊総合特集38選挙 理論・制度・実態のすべて』46頁（有斐閣、1984年）48頁においても、「選挙権の保障が投票の可能性の保障と不可分であることはいうをまたない」と断じられているほか、野中俊彦「選挙に関する憲法上の原則」（1980年）同『選挙法の研究』（信山社、2001年）所収にはその後の法改正によって容易になった不在者投票制度を対象として「憲法一五条の普通選挙保障規定は、選挙における具体的な投票の保障までも含み、選挙人は通常の社会生活の営みのなかで特別の無理をせずに投票できることまでも保障されており、したがって投票に関する制度もまた選挙人に投票の機会を最大限与えようとするものとして構築され、また運用されるべきものではないか」（8頁）と論じられている。

この主張を禁錮以上の刑に処せられた者の場合に引きつけて考えると、そもそも「通常の社会生活の営み」が自由刑 そして、生命刑のための待機 の目的の範囲を超えて禁圧されてきた点を克服しなければ、同列には論じられないという問題があるといえるだろう。公職選挙法第11条第1項が仮に削除されたとしても、現実の可能性を開くには、なお別途の措置が必要とされることになる。このことを示唆する実態として、「刑事施設」に住所を異動されない「被勾留者」（刑事施設及び受刑者の処遇等に関する法律第3条第6号）が、必ずしも葉書の届く現住所や選挙当日の投票所への往復を その実効的な保障の前提となる適切な権利告知も含めて 満足に享受しているとはいえない現状がある。

- 21) 2005年9月14日の大法廷判決（判例集未登載）によって、在外投票に関する現行の制約が違憲とされたのは、ここでも着目すべき最近の動向である。立法裁量の範囲を狭めるかたちで物的条件に関する立法事実が厳しく吟味され、立法不作為に基づく国家賠償請求が、はじめて最高裁で認められたことから、同じ法律の別の規定を考える際にも着目すべき資料が提供されたといえるだろう。
- 22) 「行刑改革会議提言 国民に理解され、支えられる刑務所へ」（2003年12月22日）。法務省のウェブ・サイト（<http://www.moj.go.jp/KANBOU/GYOKEL/KAIGL/teigen.pdf>）で提供されている（最終確認2005年8月31日）。なお、この改革の経緯と意義に関しては、さしあたり、刑事立法研究会（編）『21世紀の刑事施設 グローバル・スタンダードと

市民参加』(現代人文社, 2003年), 同(編)『刑務所改革のゆくえ 監獄法改正をめぐって』(現代人文社, 2005年)を参照。

- 23) See Jeff Manza & Christopher Uggen, *Punishment and Democracy: Disenfranchisement of Nonincarcerated Felons in the United States*, 2 PERSPECTIVES ON POLITICS 491 (2004), at 501 “Table 3: International differences in criminal voting rights” and accompanying text.
- 24) この法律の正式名称は, 次のとおり如実に沿革を示すものとなっている。An Act to consolidate the Representation of the People Acts of 1949, 1969, 1977, 1978 and 1980, the Elections (Welsh Forms) Act 1964, Part III of the Local Government Act 1972, sections 6 to 10 of the Local Government (Scotland) Act 1973, the Representation of the People (Armed Forces) Act 1976, the Returning Officers (Scotland) Act 1977, section 3 of the Representation of the People Act 1981, section 62 of and Schedule 2 to the Mental Health (Amendment) Act 1982, and connected provisions; and to repeal as obsolete the Representation of the People Act 1979 and other enactments related to the Representation of the People Acts. なお, 邦語文献として, さしあたり, 戒能通厚(編)『現代イギリス法辞典』(新世社, 2003年) 152~153頁(小栗実執筆部分)を参照。
- 25) 1985年人民代表法により, 本項の要件には, 逃走中の場合が含まれている。Representation of the People Act 1985, c. 50, s. 24, sch. 4, para. 1. また, 2000年人民代表法により, 本条に加えて, 精神病院に収容されている犯罪者の選挙権剥奪を規定する第3条のA【精神病院に拘置されている犯罪者の選挙権剥奪】が挿入されている。Representation of the People Act 2000, c. 2, s. 2.
- 26) 本件の申立人の処遇に関する国内法上の手続の遅延は, 欧州人権裁判所のハースト対連合王国事件判決 (*Hirst v. United Kingdom*, no. 40787/98, judgment of 24 July 2001, [2001] ECHR 477) により, 欧州人権条約第5条【身体の自由および安全に対する権利】第4項に違反すると判示されている。本文中で紹介する第2次判決は, この第1次判決の直前にあたる同月5日付の別途の申立てを受けたものである。
- 27) 欧州人権条約と英国法の関係, とくに1998年以後の手続面における関係について, 江島晶子『人権保障の新局面 ヨーロッパ人権条約とイギリス憲法の共生』(日本評論社, 2002年), 同『人権保障におけるヨーロッパ・システムと国内システムの共生』『明治大学社会科学研究所紀要』41巻2号189頁(2003年), 同『イギリスにおける人権保障の展開 ヨーロッパ人権条約と1998年人権法』『ジュリスト』1244号173頁(2003年)を参照。
- 28) 吉田善明『カナダの選挙法制の諸問題』『法律論叢』58巻4・5合併号245頁(1986年) 251頁に, 1993年の違憲判決が登場する以前の状況が, 次のとおり紹介されている。「犯罪者, 精神異常者, 過去の選挙において不正行為を犯し, 有罪判決を受けたものも選挙権を行使する資格者として制限されている。わけても, 有罪判決を受けた者に対する選挙権の剥奪については問題であるとする見解もある。現に, ケベック州の選挙法(The Election Act of Quebec)では不正な選挙活動をした者を除き有罪判決を受けた者に対しても選挙権を認めている」(括弧内も原文)。

- 29) 1995年修正法の成立直後の規定は、「在外投票制度」を特集した『外国の立法』33巻3号（1995年）121頁に速報されている（山田敏之〔訳〕）。
- 30) 2002年判決の前に制定された現行法（Canada Elections Act, 2000 c. 9）は、第4条に「次に掲げる者は、選挙における投票資格を有せず、選挙において投票してはならない」と規定し、その(c)号に「2年以上の刑期に服して矯正施設に拘置されているすべての者」を明記しており、違憲判決を受けた文言は「それ以前に移動されてはいるが」その後削除されていない。なお、これ以外に列記されているのは、(a)号の「首席選挙管理官」と(b)号の「次席選挙管理官」のみである。
- 31) 阿部照哉 + 畑博行（編）『世界の憲法集』（有信堂、第3版、2005年）135頁（畑執筆部分）に訳出されている「一九八二年カナダ憲法」にほかならないが、この小稿では独自に翻訳した。なお、この憲章の条文構成に立脚した司法審査の態様について、野上修市「一九八二年『カナダ人権憲章』とカナダ最高裁判所 カナダ憲法審査制の一考察として」『法律論叢』58巻4・5合併号279頁（1986年）303～305頁を参照。
- 32) 同じく係争法条とされた憲章第15条【平等の権利】第1項には、「すべて個人は、法の前および下に平等であって、差別されることなく、とりわけ人種、国民的出自、民族的出自、体色、宗教、性別、年齢または精神的もしくは身体的な障害に基づいて差別されることなく、法の平等な保護および平等な便益に対する権利を有する」と定められているが、この規定に関する憲法問題は、反対意見において合憲と結論づけられた（*Sauvé II*, at para. 208 [Gonthier, J., dissenting]）のに対し、意見では裁くまでもないと判示されている（*Sauvé II*, at para. 64）。
- 33) 佐々木雅寿「カナダ憲法における人権保障の特徴」『ジュリスト』1244号196頁（2003年）199頁に解説されているとおり、「通常、裁判所は、立法目的が重要であるとする議会の判断に敬讓を示すため、この目的審査は、ほとんどの場合クリアされる」（脚註略）。
- 34) すべて原典を確認してみたところ、少なくとも次の文献をトライブ（Laurence H. Tribe）の著作として引用している根拠は、不明確であった。Note, *The Disenfranchisement of Ex-Felons: Citizenship, Criminality, and "The Purity of the Ballot Box"*, 102 HARVARD LAW REVIEW 1300 (1989).
- 35) もっとも、受刑者の立候補の自由など、本件において争点とならなかった事項についてまで先例を提供することは、慎重に忌避されており、なお立法権による正当な制約があり得ることを認めながら、「刑務所に拘置されているすべての者に対する一斉の選挙権剥奪は、たとえ最低2年の刑期という要件をとまっても、我々の自由かつ民主主義的な社会において正当化されることが証明可能でない、と述べるにとどめる」（*Sauvé II*, at para. 62）とされている。
- 36) See Pamela S. Karlan, *Convictions and Doubts: Retribution, Representation, and the Debate over Felon Disenfranchisement*, 56 STANFORD LAW REVIEW 1147 (2004) *passim*.
- 37) 憲法裁判所の公式サイト（<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/1333.pdf>）で提供されている（最終確認2005年8月31日）。
- 38) 日本について拘留の場合が捨象されているなど、若干の遺漏はあるが、こうした世界の傾向をふまえながら、先進的に「選挙権の普遍性」を打ち出したことにこそ、この判決の

意義は認められよう。なお、カナダについては、本文中に略説のとおり、この判決の後に大転換がみられた。また、ドイツについては、次の文献を参照。See Nora Demleitner, *Continuing Payment on One's Debt to Society: The German Model of Felon Disenfranchisement as an Alternative*, 84 MINNESOTA LAW REVIEW 1045 (2002) passim. なお、この論題の末尾にある“Alternative”は、掲載誌からも察せられるとおり、合衆国に対しての提起である。

- 39) 合衆国の現職大統領に初当選をもたらした法廷闘争の事件記録として、松井茂記『ブッシュ対ゴア 2000年アメリカ大統領選挙と最高裁判所』(日本評論社, 2001年)のほか、倉田玲「大統領選挙と平等保護 ブッシュ対ゴア事件判決の再検討」『立命館法学』277号33頁(2001年)参照。
- 40) See Government Gazettes 25687 GN 1641, 6 November 2003; 25672 GN 70, 3 November 2003; 25860 GN 78, 17 December 2003.
- 41) 大久保史郎「二つのグローバリゼーション」『法律時報』71巻9号4頁(1999年)を参照。
- 42) 緒方貞子『『人間の安全保障』と『国家の安全保障』』人間の安全保障委員会(編)『安全保障の今日的課題』28頁(朝日新聞社, 2003年)29頁によると、「『人間の安全保障』は『国家の安全保障』に取って代わるものではなく、これを強化するものである」。また、「人間の安全保障」に関する総合的な研究の成果として、佐藤誠+安藤次男(編)『人間の安全保障: 世界危機への挑戦』(東信堂, 2004年)を参照。なお、日本国憲法典の前文に明記された「ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利」との関係において、「人間の安全保障」という概念の位相を設定する試みとして、さしあたり、武者小路公秀「平和的生存権と人間の安全保障」深瀬忠一ほか(編)『恒久世界平和のために』166頁(勤草書房, 1998年)、大久保史郎「グローバリゼーションと安全保障 『人間の安全保障』論と平和的生存権論」全国憲法研究会(編)『憲法と有事法制』290頁(日本評論社, 2002年)、浦部法穂「憲法九条と『人間の安全保障』」法律時報76巻7号63頁(2004年)を参照。
- 43) ニクラス・ルーマン(今井弘道[訳])『手続を通しての正統化』(風行社, 1990年)199頁(引用中の下線部は訳書において傍点)。この意味での普遍性は、「自由な政治選挙を組織する際の規準となっている三つの原理」のうちの1つであるが、「未成年、禁治産者、犯罪者に対しては機能的で根拠づけ可能な制約が加えられるという例外はある」という留保がなされている。この「根拠づけ」に関して綿密な判断を实践した裁判例を、多少とも国際的に比較検討することが、この小稿の中心的な課題である。
- 44) さしあたり、倉田玲「ゲリマングリングと合衆国の投票権法制 代表を選出する機会の平等(上)(下)」『立命館法学』268号53頁(1999年)、269号24頁(2000年)を参照。
- 45) See, e.g., George P. Fletcher, *Disenfranchisement as Punishment: Reflections on the Racial Uses of Infamia*, 46 UCLA LAW REVIEW 1895 (1999) passim; Karlan, *Convictions and Doubts*, supra note 36. なお、前者は「処罰の将来」(*The Future of Punishment*)、後者は「処罰とその目的」(*Punishment and Its Purposes*)と題されたシンポジウム特集に、それぞれ寄稿された論文であり、この点からも合衆国の法学界では選挙権の剥奪それ自体

が刑事罰として観念されていることがうかがわれる。

- 46) See generally Cass R. Sunstein, *DESIGNING DEMOCRACY: WHAT CONSTITUTIONS DO*, N.Y.: Oxford University Press (2001), Chap. 1; *do*, *WHY SOCIETIES NEED DISSENT*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press (2003), Chap. 6. これらの研究では、集団の分極化が増幅する現象のメカニズムについて構造分析がなされている。
- 47) 投票力の希釈という法概念については、倉田「ゲリマンダリングと合衆国の投票権法制（上）」（前掲註44）89～90頁参照。そこで述べたように、「マイノリティの投票力の希釈というのは、つまり選挙制度の定立者や管理者が投票傾向の組織的な分極化（polarization）を前提として死票を系統的に割り当てることであるから、地理的に異形の選挙区が創り出されずとも、その効果の点ではゲリマンダリングにほかならない」（括弧内の原語も原文）ほか、「客観的な数値による評価になじみにくい……ため、マイノリティの投票力の希釈は、実際の判定が困難であるという点でも、むしろ語源に忠実なゲリマンダリングと同様の問題をはらんでいる」。
- 48) See, e.g., Carlos M. Portugal, *Democracy Frozen in Devonian Amber: The Racial Impact of Permanent Felon Disenfranchisement in Florida*, 57 *UNIVERSITY OF MIAMI LAW REVIEW* 1317 (2003) *passim*; Guy Stuart, *Databases, Felons, and Voting: Bias and Partisanship of the Florida Felons List in the 2000 Elections*, 119 *POLITICAL SCIENCE QUARTERLY* 453 (2004) *passim*.
- 49) National Commission on Federal Election Reform, *TO ASSURE PRIDE AND CONFIDENCE IN THE ELECTORAL PROCESS*, D.C.: Brookings Institution Press (2002) at 8, 46. この勧告においては、統計的にみて重罪の犯歴が集中しているマイノリティ集団への構造的な影響度が指摘されている。なお、田中（編）『英米法辞典』（前掲註2）343頁によると、「アメリカでは、連邦および数多くの州の制定法で死刑または長期1年を超える定めのあるものが felony であると定義されている」。同じ辞典の先引の記述からも、これが破廉恥罪（infamous crime）に相当する概念であることは、容易に察知されよう。