

# 自由刑と選挙権(下)

オーストラリア選挙法の新局面

倉田 玲\*

## 目 次

1. はじめに
2. 受刑者の選挙権
  - (1) 高等法院の判決
  - (2) 消極要件の沿革
  - (3) 違憲判決の効力
  - (4) 全面剥奪の目的 (以上, 第321・322号)
3. 憲法上の選挙権
  - (1) 立法裁量の限界
  - (2) 司法審査の限界
  - (3) 獲得された先例
4. おわりに (以上, 本号)

## 3. 憲法上の選挙権

オーストラリア連邦の2011年選挙・国民投票改正法(選挙人登録および受刑者の投票に関する法律)は, その法案が3月3日に連邦議会の下院で可決され, それに続いて5月11日に上院を通過してから, ちょうど2週間後の同月25日に裁可を受け, 本年の法律第29号として制定された<sup>1)</sup>。この改正法の第3条, 別表2「受刑者の投票に関する改正」の項目2により, 1918年連邦選挙法の第93条(8AA)項が再び書き換えられ, かねて懸案の消極要件につき, 「3年以上の拘置の刑に服している者は, いずれの上院または下院の選挙においても, 投票する資格を有しない」と規定される

---

\* くらた・あきら 立命館大学法学部准教授

ことになった。同項に言及する別の諸条項も、同じ別表の諸項目により、このとき同時に改正されている。

こうして法改正に見事結実したのは、しかしながら、やはり遅ればせながらであったということになるだろう。この小稿の執筆が開始された高等法院の違憲判決から1年あまりの時点でも、すでに「大部分の受刑者の投票権は、依然として政治的なフットボールの試合中にある」という観測はなされていたが<sup>2)</sup>、それにしても長期戦になったものである。

あるいは、いまま自由刑と選挙権の相関関係をめぐる延長戦が続いており、なおもオーストラリア連邦は、普通選挙の原則の骨格や輪郭をめぐって「試合中」ということなのかもしれない。何しろ、改正法案の表決の結果を議事録により確認してみると、両議院とも与野党の拮抗を如実に反映しており、下院の本会議では、法案の「3年以上」の文言を「1年以上」に修正しようとする野党議員の動議が賛成70票と反対73票の小差により否決（第2読会）された後、政府案が賛成73票に反対70票という実に正反対の票数により可決（第3読会）されたと記録されている<sup>3)</sup>。また、上院の本会議でも、まったく同じ内容の修正動議が可否とも32票ずつの同数により否決（第2読会）された後に法案の採決がなされているが、そこでは議長も含む賛成33票と反対31票の僅差による可決（第3読会）という表決の結果になっている<sup>4)</sup>。

おそらくは違憲判決の登場以前に執筆されたと思しき論攷に、「究極的には、この問題が係属する時点における高等法院の構成（および意向）しだいであり、また、オーストラリアの受刑者たちが、この国の政治生活において果たすべき役割についてのコミュニティの水準や見解しだいでもある」という乾いた見通しが表明されている<sup>5)</sup>。違憲判決に対応しようとする法改正の軌跡までも斟酌してみると、この文の前段と後段に配置された示唆の比重は、どうやら後方に傾斜してきたようである。

(1) 立法裁量の限界

あらためて確認しておくとして、高等法院がローチ対選挙管理委員長事件判決の1問1答形式の主文において、当時の第93条(8AA)項と第208条(2)項(c)号を違憲無効と判定するとともに、これらと第221条(3)項などの関連諸規定について、2006年選挙・国民投票改正法(瑕疵のない選挙人登録およびその他の措置に関する法律)制定以前に施行されていた<sup>6)</sup>すなわち、「拘置の刑に服している者」すべてではなく、「3年以上の刑に服している者」だけが「投票する資格を有しない」などと限定していた旧規定が有効な現行法であると判示したのは、2007年8月30日のことである。そして、その理由が開陳されたのは、現職の首相までもが落選した自由党から労働党への政権交替をもたらすことになった同年11月24日の連邦議会の上下両院同日選挙を2か月後に控えていた9月26日のことである<sup>7)</sup>。2011年の法改正から遡ること実に44か月も前の違憲判決であり、あわせて確認しておくとして、この3年半を超える期間には第42連邦議会の立法期が丸ごと含まれる。

しかも、今般の改正法案が2010年11月24日に連邦議会の下院に提出されるまでには、同じ高等法院による別の違憲判決があった。先後関係からも法改正の直接の契機になったことが明瞭なロウ対選挙管理委員長事件判決は<sup>8)</sup>、同年8月21日に投票と即日開票が実施された。そして、同国では70年ぶりに、また、同年の旧宗主国に引き続いて<sup>9)</sup>、連邦議会に過半数党派のない与野党伯仲の下院(hung/balanced parliament, no overall control)を創り出すとともに、与野党とも過半数議席に届かない上院を生み出した。両院議員の同日選挙に先立ち同月6日に先行提示された主文において、2006年の改正法の第3条、別表1に並ぶ諸項目のうち、ローチ事件判決によって法改正を待つまでもなく反故とされた8項目とは重複しない9項目が無効であることを宣言している。これまたローチ事件判決のときと同じく高等法院が憲法典の第75条に所定の「第1審管轄権」を行使したものである。あわせて言及しておくとして、原告側の代理人4名のうち3名まで

が連続して選挙法分野の新局面の形成に寄与したということも、双方の判決の表示を対照してみると瞭然である。

ロウ事件判決において無効と判定されたのは、きわめて簡略に約言してしまうと、1918年連邦選挙法の関連諸規定を変更して、選挙人名簿への新規登録の申請期限を憲法典の第12条と第32条第1項に基づいて各議院の選挙の令状が発布される告示日の午後8時に、移転登録などの申請期限を告示後の休日を除いて3日目の午後8時に、それぞれ大幅に早期化した立法措置である。すなわち、かねて1924年の同法改正による導入から堅持されてきた もっとも、憲法上は直接の根拠となる規定がないものの、法律上は罰則として短期自由刑までも用意されている 強制投票制度のもとで<sup>10)</sup>、いわば投票日直前の駆け込み有権者を投票所から排除しようとする目論見の立法行為が違憲とされたわけである。このような立法目的の所在は、それ自体として、ことさら憲法訴訟の争点になるほどのこともなく、その意味においても自明であったのだろう。2011年の改正法は、本体部分の第3条が別表1「選挙人名簿の確定に関する改正」と前掲の別表2「受刑者の投票に関する改正」の2本柱になっているが、ロウ事件判決に対しては、このうち前者によって比較的迅速に立法的な復旧対応がなされたということになる。

もちろん、別表2の方がローチ事件判決に真正面から対応しようとするものであることは、直近改正の法案要綱（Explanatory Memorandum）の冒頭にも2本柱の主旨を2つの別表と同順に並列するかたちで明示されている<sup>11)</sup>。しかしながら、これとは逆順の先後関係にあったのが高等法院の2つの判決であり、ロウ事件において直近の貴重な先例にもなったのがローチ事件判決にほかならない。

連邦議会選挙の帰趣を見届けた後の2010年12月15日に公表されたロウ事件判決の理由においては、法定数の7名に回復していた裁判官たちが4対3に分裂していたことも明示されたが、その多数の側にあって、このとき就任から2年を経過していたフレンチ（Robert Shenton French）首席裁

判官の意見の劈頭には、ローチ事件判決のガモウ裁判官とカービ裁判官とクレナン裁判官の共同意見によって高らかに「憲法の基本原理 (constitutional bedrock)」とされた憲法典の規定 すなわち、上院議員に関する第7条と下院議員に関する第24条に共通の「人民により直接選挙された」という文言 が掲記されている<sup>12)</sup>。

また、前任のグリースン首席裁判官がローチ事件判決に執筆した意見からも、その憲法判断のなかで「連邦議会には、いま、成年者による普通選挙 (universal adult suffrage) を除去する立法が可能だろうか」が問われ、これに「否と答える理由は、憲法典の第7条と第24条にあるとされた」ことが、同判決を先例とする主旨も明瞭に、いまや「普通選挙」を含意するまでに発展してきている「直接選挙」条項の「不可逆の進化 (irreversible evolution)」を強調する問答として引用されている<sup>13)</sup>。いわゆる権利章典の部分のない憲法典にあって<sup>14)</sup>、この「直接選挙」条項こそが、2006年の改正法の主要部分を覆滅した2つの違憲判決の共通項であり、その有権解釈の方向性においてこそ、ローチ事件判決は、ロウ事件判決の先例なのである。

論理的な先後関係の徴証は、もちろん、これらだけにとどまらない。さらに傍証を模索しておくと、ロウ事件判決においては、フレンチ首席裁判官のほか、ローチ事件判決においてカービ裁判官とともに相対多数意見とも呼ばれるべき共同意見を執筆したガモウ裁判官とクレナン裁判官、そして、カービ裁判官の後任のベル (Virginia Margaret Bell) 裁判官が辛くも過半数を形成しているが、ロウ事件判決のガモウ裁判官とベル裁判官の共同意見にも、ローチ事件判決とは異なり単独で執筆されているクレナン裁判官の意見にも、共通して、グリースン首席裁判官が「直接選挙」条項に基づく「普通選挙」原則について敷衍している部分が先例として引用されている。

そこには、「成年者による普通選挙は、長年にわたって確立された事実であり、これに少しでも至らざるものは、いまや人民による選挙というこ

とができない」という従前の先例の示唆に対する「賛同」が、20世紀の初日に憲法典が施行されて以降の「代議政体 (representative government) の進化において、かかる帰結をもたらしている段階に到達した」という認識とともに明示されている。そして、「この点に関して、また、この限りにおいて、第7条と第24条の文言が、立法史を含む歴史的な状況の変化により、投票権を憲法上保護するものになったということを否定する理由はみあたらない」とも述べられている<sup>15)</sup>。

こうして「歴史的な状況の変化」にともない「投票権を憲法上保護するもの」としての「普通選挙」原則を含意することになった「直接選挙」条項の「進化」は、もちろん、その原意からの乖離にほかならないと把握されることもあるだろう<sup>16)</sup>。しかしながら、このような「進化」を「否定する理由はみあたらない」と明言しているグリーン首席裁判官は、憲法規定の適用対象の変質に対応して変動する憲法解釈の類例として、憲法典の第44条に「上院議員または下院議員に選出され、または就任することができない」と規定されている欠格事由のうち、(i)号に「外国に対する何らかの忠誠、服従もしくは加担が認められ、外国の臣民もしくは市民であり、または、外国の臣民もしくは市民の権利もしくは特権を有する者」と表記されている意味が、豪英二重国籍の連邦上院議員の当選を違憲無効とした前世紀末のスー対ヒル事件判決を歴史的な転換点として変化したことを指摘している。

ヴィクトリア女王の裁可を経て成立した連合王国の制定法に丸ごと内蔵されるかたちでオーストラリア連邦の憲法典が施行された1901年1月1日の時点において、第44条(i)項の「外国」という文言は、その意味内容に連合王国を含んでいないことが明らかであったが、グリーン首席裁判官がガモウ裁判官やヘイン裁判官と共同意見を執筆している1999年6月23日のヒル事件判決によると、いまや含んでいることが明らかである。その判示するところによると、この1世紀ほどのうちに「『外国』」という文言の意味は変化しなかったが、その意味のうちに連合王国が含まれるのか含ま

れないのかという識別に関連する事実が変化してきた<sup>17)</sup>。これと同様に「直接選挙」条項を解釈適用することを主張するのが、ローチ事件判決に単独で執筆している意見において、ヒル事件判決の判旨を回顧するグリーンズン首席裁判官である<sup>18)</sup>。

法文(text)それ自体の意味ではなく、その文脈(context)が時間の経過とともに変遷すること自体は、とくに疑問の余地なく現象として把握できるとしても、このような論法が「直接選挙」条項から「普通選挙」原則を憲法規範として演繹することには、もちろん、「外国」条項との類比という手法に難点を指摘するかたちの反駁がありうる。たとえば、ローチ事件判決において、グリーンズン首席裁判官やガモウ裁判官とは袂を分かち、合憲の結論を掲げ単独で長文の意見を執筆しているヘイン裁判官は、ことさら重要ではなく判断の必要もない論点とする位置づけのもとに、「『人民により直接選挙された』という表現の内容が経時変化するというのは、大いに疑わしい」のであり、「事実の変化に応じて適用の対象が異なる表現ではない」のであるから、ようやくヒル事件判決において旧宗主国までも含意することになった「『外国』のような表現とは好対照になっているとみることができる」と述べている<sup>19)</sup>。

ヘイン裁判官の合憲判断の本筋は、これまた「歴史が唯一たしかなガイドを提供している」という立場から、しかしながら、この「歴史」それ自体を変動する素因として理解するのではなく、「選挙人の資格」を連邦議会の法律事項としている憲法典の「第30条になったものを起草した歴史が示しているのは、同条に基づく議会の権限が授権されているということにより、議会それ自体が選挙されるもとなる選挙権について、議会それ自体が決定できる、ということである」として、憲法規定に基づく法律事項につき、その原意に基づく立法裁量を強調しているところにある<sup>20)</sup>。そして、ヘイン裁判官の意見によると、「直接選挙」条項は、このような立法権の行使について「一般性(generality)」の確保を要求しているにとどまり、選挙権の「普遍性(universality)」を阻害する消極要件を排除するか

たちで立法裁量の範囲を限定しているのではない<sup>21)</sup>。

ここに言及されている第30条についても文言を確認しておく、同条の本文には、連邦の「議会在別に定めるまでの間、下院議員の選挙人の資格は、各州において、その州の法により、その州議会の議員定数が多数の議院の選挙人の資格として定める資格とする」と規定されている。これに準拠するかたちで、第8条の本文には、「上院議員の選挙人の資格は、各州において、この憲法により、または、議会により、下院議員の選挙人の資格として定める資格とする」と規定されている。そして、連邦国家に相応しく連邦議会の立法権の対象事項を制限列挙している第51条の(xxxvi)号には、「この憲法が、議会在別に定めるまでの間と定める事項」が明記されている。これらの法条を組み合わせると、日本の憲法典に明文で規定されているのと同義の客観的な法命題が得られる。その第44条の本文には、ことさら確認するまでもなく、「両議院の議員……の選挙人の資格は、法律でこれを定める」と規定されているが、同条の但書の「差別」禁止規定や第15条第3項の「成年者による普通選挙」(公定英訳では“Universal adult suffrage”)規定に相当する条項をもたないのがオーストラリア連邦の憲法典なのである。

このような欠缺を埋めて補う「普通選挙」原則は、先引のとおり「立法史を含む歴史的な状況の変化」に着目するグリーソン首席裁判官の意見によると、必ずしも「直接選挙」条項の解釈によって論理的に演繹されるというものではない。むしろ、長年にわたる立法の実践によって漸増的に帰納されてきたのが「成年者による普通選挙」の構成要素であり、その蓄積が「直接選挙」条項の法意に凝集された憲法規範として連邦議会の主権に基づく立法裁量の範囲を限定している、ということになる。およそ「人民により直接選挙された」という場合の「人民」の定義が、その包摂の適用具体例により拡充されるという仕組みが措定されていればこそ、それが「外国」条項の適用の変遷にも類似すると説明されているのだろう。

こうした推論の基本構造を抜粋により確認しておく、グリーソン首席

裁判官がローチ事件判決に執筆した意見の書き出しの第1文には、そもそも議会主権を基本原理とする「オーストラリアの憲法典は、個人の権利を保護するという目的で立法権を幅広く限定することに期待する法文化や政治文化の所産ではなく、そのような歴史的状況の所産でもない」とある<sup>22)</sup>。また、「直接選挙」条項に言及するのに先立っては、「強制投票、選好投票 (preferential voting) による下院議員の選挙、上院における比例代表など、我々が議会制民主主義 (representative democracy) の制度の重要な特色は、憲法規定ではなく立法の帰結である」と述べられており、その「顕著な例」としては、憲法典の「起草者たちが意図的に議会による処置に委ねた」という位置づけのもとに、「女性の選挙権」や「先住民族の人々による投票」が列挙されている<sup>23)</sup>。

さらには、こうした立法の漸進的な成果の確認と順接のかたちで、憲法典の「第51条 (xxxvi) 号と第8条と第30条が組み合わせられた効果は、議会が選挙人の資格を規定する法を定めることができる、ということである」とも述べられているが、その直後に述べられているのは、「オーストラリアが成年者による普通選挙をおこなうようになったのは、立法行為の結果であった」ということである<sup>24)</sup>。そして、このような指摘がなされているのと同じ段落の後半に展開されているのが、後任のフレンチ首席裁判官によりローチ事件判決の意見に直近の先例として引用されている想定問答なのである。

ローチ事件判決においてグリーンズン首席裁判官とともに当時6名のうちの多数を形成した残り3名の裁判官の共同意見にも、「憲法典は、純粋に静態的ではなく、むしろ動態的な制度体としての代議政体の、進化するという本質を見込んでいる」ということが先例に示唆される知見として指摘されており、「究極のところ、本件の争点は、憲法上要求される基本原則 (fundamentals) と立法による進化の範囲との関係にかかわる」と把握されている<sup>25)</sup>。また、この共同意見は、法廷に提出された防御の主張の構成に着目するかたちで、被告側の「連邦が正当にも容認しているのは、第7

条と第24条が選挙権の行使を規定する法の範囲に一定の限定をおいている、ということであり、また、投票する資格を有する人々による直接の選挙こそを強調するのに加えて、この資格を規律する法は、選挙制度が全体として定期的な人民の選挙による究極的な規律を提供するという要件を遵守していなければならない、ということである」と約言して、この憲法訴訟の核心的な争点につき、「投票の制度が、この要件を充足しないほどに歪曲されているかいないかは、許容されうる程度の問題である」と指摘している<sup>26)</sup>。

まさしく異口同音ではあれ、「直接選挙」条項に基づく「普通選挙」原則に対して例外を規定する立法の裁量の範囲には、ほかでもなく立法を通じて帰納的に組成されてきた「進化」の素子の集大成による制度後退禁止原則のごとき限界がある、という論理の構造が読みとれよう。憲法典の原意が「不可逆の進化」を予定しているというパースペクティブこそが、やがてロウ事件判決に対する直接の先例となり、さらには本年に至って連邦議会の立法による対応としての法改正に結実したローチ事件判決の着実な出発点である。

## (2) 司法審査の限界

合憲性の判定基準もまた、ことほどさように異口同音であることは、このとき公益目的の訴訟支援を遂行して選挙法判例の新局面を形成するのに一役買った大規模法律事務所が時評を発行するかたちで指摘しているところでもある<sup>27)</sup>。ローチ事件判決におけるグリーンソン首席裁判官の意見は、先引のとおり憲法典の「第7条と第24条の文言が、立法史を含む歴史的な状況の変化により、投票権を憲法上保護するものになった」という「代議政体の進化」を特記している部分の直後に、「そのことは、しかしながら、例外の本質や程度を論争に対して開かれたままにしている」と留保しながらも、「憲法典は、それらの例外を規定することを議会に委ねているが、その権限は無制約ではない」として、立法裁量の限界を画定する合憲性の

判定基準を次のとおり判定している。それによると、およそ「選挙権は、代議政体にとって決定的に重要であり、コミュニティの生活への参加や市民権という我々の概念の中心に位置するのであるから、いずれの集団の成年市民に対する選挙権剥奪も、こうした参加からの排除の実質的理由(substantial reason)を構成しない根拠に基づくものは、人民による選挙にもとることになる」<sup>28)</sup>。

この「実質的理由」の成否は、日本国憲法に基づいた司法審査に通例の目的手段審査のごとく、措定可能な「合理的根拠(rationale)」との「合理的関連性(rational connection)」の有無を指標として判定される。グリーンズ首席裁判官の意見によると、オーストラリア連邦においてカトリックの解放が実現してから幾久しく、いまさら「宗教的な信条」と「投票による選挙過程への参加」の間に「合理的関連性」が認定されるはずもないが、このように述べられている部分には、そもそも「宗教的な信条」が「合理的根拠」となりえないことこそが示唆されているようにも解釈できるだろう。この例示に続けてグリーンズ首席裁判官が述べているところによると、こうした論外にまでは該当せずとも、およそ「恣意的な例外は、人民による選挙にもとることになる」から、すべからく「例外には何らかの合理的根拠が必要ということになる」。そして、選挙権の行使から「排除される部類や集団の規定には、コミュニティ構成員の認証や自由な選択をなせる能力との合理的関連性が必要とされることになる」<sup>29)</sup>。

ここに「合理的根拠」とは、日本国憲法のもとであれば、むしろ選挙権を享有するための積極要件として公職選挙法の第9条に法定され、その是非を頻繁に問題とされてきた国籍としての「市民権」のことである<sup>30)</sup>。グリーンズ首席裁判官の意見では、このような「市民権は、それ自体として、投票することを認められる人々と認められない人々を区別するための根拠となりうる」が、「市民たちは、コミュニティの正式な構成員として認知されており、投票権を一時的に剥奪されるとなると、コミュニティの政治的な生活に参加する権利から、もっとも基礎的なところで排除されること

になる」から、「そうした排除と選挙権に係るコミュニティ構成員の認証との合理的関連性は、市民の権利の一時的な放棄を正当とするような市民の義務の拒否を表明する行為のうちのみとることができる」と述べられている<sup>31)</sup>。

また、同じ意見の別の部分を読むと、そこに「排除の合理的根拠は、重大な犯罪行為が市民として無責任であることを示しており、それも、議会が、そうした振る舞いを反社会的なものと選定して、コミュニティからの物理的な隔離に基本的な政治的権利の喪失というかたちの象徴的な隔離がともなうように指定することが適切であるほどに示している、というものでなければならない」とも記されている。そして、「重大な犯罪行為は、構成員の権利の1つ、すなわち、投票権について、一時停止を正当に根拠づけることがある」が、それというのも、「政治的な権利や自由のコロラリとしての市民の責任を強調し、権利の自覚とともに責任の認識を促進することにおける社会の正当な利益を強調することが、成年者による普通選挙という理念に適合するかたちで、そのときどきに選挙権からの排除を法的に説明するにあたり、影響を及ぼしてきた」からであるとも述べられている<sup>32)</sup>。

すなわち、立法裁量の限界は、立法目的の限定によって規定されるという構成であり、この論理の核心には、「合理的関連性」を合理的に想定することが可能かつ適切な「合理的根拠」の絞り込みがある。司法審査のアクセントは、手段審査よりも、目的審査におかれていると考えられる。このことは、立法裁量の限界と同時に、その結論において旧法の「3年以上」規定の効力を復活させている司法審査の限界にも直結しているのではないかとも思料されよう。

ガモウ裁判官とカーピ裁判官とクレナン裁判官の共同意見は、グリーンソン首席裁判官の意見において鍵となっている「合理的根拠」や「合理的関連性」という概念によることなく「実質的理由」を敷衍して<sup>33)</sup>、「憲法典に規定されている代議政体という制度の維持と一致または適合する目的に

資するのに、合理的に適切であり、かつ、適応している (reasonably appropriate and adapted)。」ことであるという試金石を提示するとともに、「ここで『合理的に適切であり、かつ、適応している』という語句が使用されているのは、『不可欠 (essential)』や『不可避 (unavoidable)』という意味ではない。むしろ……この文脈においては、この語句により伝達されるものと『比例 (proportionality)』という観念との間に、ほとんど差異はない」と説明している<sup>34)</sup>。そして、その直後に続く文は、ロウ事件判決のフレンチ首席裁判官の意見にも引用されているところであるが、そこに「綿密な審査 (close scrutiny) に基づくと不均衡または恣意的であるものは、立法権に対する憲法上の制約の遵守と一致または適合する目的のために、合理的に適切であり、かつ、適応している、という記述に対する応答にならない」という判定基準の提示がある<sup>35)</sup>。

これまた観念的な三段論法によるかのごとき形而上の正当化事由を許容するものではなく、形而下の立法事実の司法審査を前提として、およそ容認されえない立法目的を除外するとともに、ふるいに耐えて残る目的が指定されるならば、それと立法手段との関連性を吟味しようとするものである。このように、2つの意見に採用されている判定基準は、厳格度において同等であり、それらを適用するにあたっての審査基準にも顕著な共通性が看取される。いずれの意見においても、憲法典の「直接選挙」条項から導出される「普通選挙」原則に対応する例外を絞り込む手法には、連邦議会の立法権に敬讓の態度で応接したり、その裁量権行使の合憲性を推定したりしている形跡がない。それどころか、2006年の改正法の立法目的を焙り出すには、双方に共通して文字通りの「綿密な審査」が遂行されているのである<sup>36)</sup>。

このような判定基準に照らしてみると、グリーンソン首席裁判官の意見に断定されているとおり、まずもって、「単なる拘置の事実、そのまま排除の根拠にはならない」ことになり、また、「連邦法による投票からの排除は、附加刑として正当化されえない」ことになる。いずれもオーストラ

リア連邦の統計局（Australian Bureau of Statistics）が発行している白書のローチ事件判決当時の最新版に基づく診断の結果である。前者については、拘置されている被収容者25,790名のうち未決の5,581名は、消極要件に該当しないから法律上の「投票権を有する」というばかりでなく、強制投票制度のもとにあって事実上も「郵便投票」や刑事収容施設に訪れる「移動投票所」を利用しているのであり、拘置されているという事態が投票不能の状態でないということは、これら2割以上の被収容者の実態にかんがみても明白である。後者については、既決の被収容者の大多数が州の裁判所により州法に基づいて拘置されているが、州法に基づく主刑に対して、連邦法に基づく選挙権の剥奪が付加刑であるという法的構成は、そもそも連邦国家の法制度として矛盾なく成立するものではない<sup>37)</sup>。

なお、現時点において最新版の白書には、2010年6月30日現在の数字が並んでいるが、以上2点の傾向に特筆すべき変化はない<sup>38)</sup>。したがって、当然のことながら、この最新版により追試してみても、いまなら2006年の改正法に好適な「合理的根拠」や「代議政体という制度の維持と一致または適合する目的」が抽出されるということになるわけではない。自由刑の服役が選挙権の剥奪に直結することを自然に説明するような論理の基点は、いままって、この種の統計資料に発見することができそうにない、ということである。

また、これもグリーソン首席裁判官の意見において的確に指摘されているとおり、そもそも「憲法典の第44条は、犯罪の性質や刑期の長さにかかわらず単なる拘置の事実が、必ずしも重大な犯罪行為の表徴ではないことを認識している」のである<sup>39)</sup>。連邦議会議員の欠格事由が列挙されている同条(i)号の「外国」条項については、すでに確認したが、ここで着目すべき(ii)号には、「反逆罪により権利を剥奪されており、または、連邦もしくは州の法に基づき1年以上の拘置により処罰されることがある犯罪のため、有罪判決を受けて刑に服しており、もしくは、刑に服さなければならぬ者」が挙げられている。

すなわち、法定刑の長期が1年未満の自由刑は、議員の在職資格にも影響を及ぼすことがなく、被選挙権の消極要件にもならないというのが憲法規定である。このほか改正頻度の高い選挙権の消極要件を規定する法律とは異なり、憲法制定後1世紀あまりの長期間に1度も改正されていない規定である。これを合理的に解釈すると、まさしく直近の法改正の途上において与野党対立の最終的な争点にもなっているとおり、選挙権の消極要件との均衡も問題とされるべきことになるだろうが、いずれにしても、議員活動の妨げにもならない「単なる拘置の事実」が投票の妨げにはなりかねないという論理は、まずもって規範的に成立する余地がないということになるだろう。

ガモウ裁判官とカービ裁判官とクレナン裁判官の共同意見は、一時的に「単なる拘置の事実」が生じていても、「市民であり、オーストラリアのコミュニティの構成員である受刑者たちは、そうであり続ける」と考え、「彼らの社会やその統治における彼らの利益、これらに対する彼らの義務は、収容を免れる」と説いている。そして、とくに出典を示すこともなく、「それどころか、1つの見解によると、憲法典は、やがて彼らの圧倒的多数が刑期の満了後に復帰してくることになる国家（body politic）に対して増進する彼らの責務に期待している」とも記している<sup>40)</sup>。この小稿のエピグラフには、カービ裁判官の「受刑者が『汚名を雪ぐ』ことは、可能なことでなければならない」という言葉を借用したが<sup>41)</sup>、おそらくは、そこにも「義務」や「責務」が確実に含意されていたのであろう。

そもそも強制投票制度のもとにおける選挙権剥奪は、それ自体も法的な「義務」の免除の様相を併有するにほかならない。この点につき法制度比較の観点を交えて簡略に付言しておく、強制投票制度が採用されていない法域にあっても 自由選挙の原則から投票の自由に内在する棄権の自由が制度の前面に演繹されていても、この自由の積極的な行使の側面だけが公的に推奨されているような法域にあっては、なおのこと 選挙の実施ではなく投票権としての選挙権の行使に公務の遂行という性質の混在や

付帯を承認する立場から選挙犯罪の場合に限定されない広範囲の選挙権剥奪の意義を説明しようとするにあたっては、それ自体として忘却してはならない重要な様相であるだろう。本来的には社会契約や自己統治という抽象概念にまで連想が到達すべきところであるが<sup>42)</sup>、少なくとも、ルール違反に対する罰則としての出場停止のように直感されて、それで解消されるという思慮無用の問題ではないのである。

さらには、立法目的において「単なる拘置の事実」に何らかの意味づけをしようとする選挙権剥奪には、それが必然的に自由刑と選挙権の全面的な背反関係を想定する極端な立法手段に結びつくという問題もある。従前の「3年以上」規定を消去した2006年の改正法が、まさしく、そのような立法手段を採用したものにほかならない。このような立法には、いわゆる「短期自由刑」の場合に極大化する問題があり、その弊害に拍車がかかりかねないという懸念もある。

グリーンズ首席裁判官の意見においては、「オーストラリアでも、ほかのどこでも、刑事司法の執行に現在影響を及ぼしている主要な問題の1つに、短期自由刑の問題がある」として、この「通常は6か月以下の刑期を指して用いられる表現」だという「短期自由刑」の問題状況が、これまた統計資料を活用して指摘されている。たとえば、いまから10年ほど前には、最大の人口規模をもつニュー・サウス・ウェイルズ州の刑事収容施設において既決の成年被収容者の65パーセントに達していたという記録もあるらしいが、「オーストラリアの大部分の法域に、刑罰を科す場合、拘置を最後の手段として扱わなければならないという法律上の要件がある」なかで、とりわけ「短期自由刑」については、すでに廃止の是非や代替策の可能性も検討されてきているということである<sup>43)</sup>。

このような立法事実の縁辺にも着目しているグリーンズ首席裁判官の意見によると、「重大犯罪者たちを自分たちとコミュニティとの繋がりを切断した人々、すなわち、一時的な選挙権剥奪に反映されている切断をした人々として処遇するための合理的根拠を充足するために、重大な犯罪行為

を識別する方法として、拘置の刑に服しているという標準を採用することは、短期の受刑者たちのレベルにおいて破綻している」のであり、「このレベルにおいては、選挙権剥奪を正当とするほどに重大であるのか、そうでもないのかを決定するために犯罪を区別する方法が恣意的になる」ことを免れない<sup>44)</sup>。したがって、「議会により2006年にとられた処置は、犯罪に対して科される拘置の期間が最高刑のいずれかに言及することで重大犯罪を犯した受刑者たちを識別する試みを捨て去ったものであり、選挙権剥奪と人民による選挙という憲法典の要請とを調和させるのに必要な合理的関連性を破断した」と評価されざるをえない、という論理的な帰結になる<sup>45)</sup>。

ガモウ裁判官とカーピ裁判官とクレナン裁判官の共同意見は、この点においてもグリーンソン首席裁判官の単独意見に呼応する論旨になっている。共同意見によると、2006年の改正法により「3年以上」の限定をとまわらない選挙権剥奪の規定に書き換えられていた1918年連邦選挙法の「第93条(8AA)項は、犯された犯罪の性質にも、科された刑期の長さにも、犯罪者の個別事情にも、関係なく機能している」が、この無分別の剥奪規定は、かねて「代議政体であった南洋州植民地(Australasian colonies)の制度」の時代から「長年にわたって確立された法と慣習」に反しており、この「伝統」のもとにある「一定の類型の犯罪が、選挙人を選挙過程に参加するには(少なくとも、刑期が満了するか、恩赦が与えられるまでは)不適合とする不適合種の罪責を明示する、という見解」にも反している。また、「この規定により課される資格剥奪は、憲法典の第44条(ii)号により上院や下院の候補者や議員に対して課されているものよりも厳しく機能することがある」から、「たとえ後者が立法者として選挙人の責任とは種類の異なる独特の責任を求め、あるいは、それに服しているのだとしても……第93条(8AA)項と憲法典の第44条(ii)号の不調和は明白である」とも指摘されている<sup>46)</sup>。

そして、グリーンソン首席裁判官の意見に展開されている「短期自由刑」

の問題点を、ことさら敷衍しているような部分も、この共同意見にはある。それによると、「現代の行刑政策は、ときとして、自由刑を科すのが、最初的手段ではなく、むしろ最後の手段であるべきだと主張することもある」が、その理由としては、「第1に、受刑者の大多数が6か月以下の刑に服している」のであり、「第2に、短期自由刑を科す判決が下されるときには、実際の量刑の選択肢（罰金、在宅拘禁、間欠拘禁、コミュニティ奉仕命令）の範囲が、それらを賄うために利用することのできる施設や資源によっても、また、貧しく、住むところがなく、あるいは、精神的に不安定な犯罪者たちの個々の状況によっても、限定されていることがある」と説明されている<sup>47)</sup>。

ここに代替的な選択肢として列挙されているうち、たとえば「在宅拘禁（home detention）」や「間欠拘禁（periodic detention）」は、電子機器なども活用した監視体制や数日ごとの頻繁な入替体制により、刑事収容施設の過密状態を多少とも緩和しようとする行刑手段でもあるが、それ相応のコストを度外視することもできないというのが現実の量刑事情なのだろう。これらと組み合わせられることもある「コミュニティ奉仕命令」とて、当然のことながら、有罪判決の主文に「命令」を明記するだけで実効的に完結するというものではない。こうした事情にもかんがみると、やむにやまれぬ「短期自由刑」の場合も含めた「単なる拘置の事実」に選挙権剥奪の「実質的理由」の所在を期待するのは、それこそ不合理であるということになる。

したがって、ローチ事件判決において相対多数意見の実質をもつ共同意見もまた、そのグリーンソン首席裁判官の意見とは微妙に趣の異なる用語法によりながらも、おそよ「拘置の期間に関係なく市民の権利を喪失させることにより犯罪者たちに烙印を押すという目的を立法により追求していることが、第93条(8AA)項をして、代議政体の維持にとって合理的に適切であり、かつ、適応している（あるいは『比例している』）ものを逸脱させてしまっている」と診断して、「資格剥奪の網は、第93条(8AA)項によ

り、あまりにも広範囲に投げられている」と指弾しているのである<sup>48)</sup>。

しかしながら、ローチ事件判決の原告は、この小稿の上篇にも既述のとおり、他人の財産や身体に対する4種5件の罪によって2004年に刑期6年の自由刑を宣告された後、この違憲判決の当時は仮釈放の可能性もない状態におかれながら、そこで政治や政策を学び、すでに修士の学位を取得していた受刑者である。すなわち、この先住民族に属するヴィクトリア州の女性は、同州の2つの人権擁護団体が共同事業として推進した本件の原告に選定された段階から、そもそも「短期自由刑」に服していたわけではない。したがって、これまでに瞥見してきたような理由で2006年の改正法による選挙権剥奪規定が違憲無効とされても、その立法目的の絞り込みに重点をおく手法が、立法裁量の限界を超越している端的な実例として、あまりに極端な立法手段を排除するだけでは、新たな憲法判断により新たな人権判例が形成されることにはなっても、彼女が実効的な法的救済を提供されることにはならないというのが、ローチ事件判決の「辛辣な結果」なのである<sup>49)</sup>。

憲法典の「直接選挙」条項を根拠とする「普通選挙」原則の射程を延伸するかたちで立法裁量の限界の外側にあることが確実視される位相に「短期自由刑」の場合が看取され、その場合をも含む選挙権剥奪の根拠に「単なる拘置の事実」を選ぶほかない立法目的の不成立が断定されても、立法裁量の限界が画定され、その内外が截然と仕分けられることにはならない。ガモウ裁判官とカービ裁判官とクレナン裁判官の共同意見は、2006年の改正法により削除される以前の「3年以上」規定が「憲法典の採択よりも古くから長年にわたって確立された法と慣習の反映であり、そこにおいては、立法による選挙人の資格剥奪が、拘置という剥き出しの事実のほか、罪責に基づいてなされてきた」のであるから、「2006年法とは本質において異なる」と述べ<sup>50)</sup>、連邦議会の選挙を間近に控えていた判決当時すでに新法に破られていた旧法にしか存しない「3年以上」規定の「有効性」を復活させるかたちで論を結んでいる<sup>51)</sup>。

ここに「ローチ事件判決の限界づけられた本質」と呼ばれているものがある<sup>52)</sup>。この違憲判決によって開拓されている選挙法の新局面は、その実質が「長年にわたって確立された法と慣習の反映」だと主張されているものにほかならないからである。グリーンソン首席裁判官の意見とも気脈を通じているように思われる評言に、「婦人参政権運動について学習している人々や新興民主主義国について研究している人々なら知っているとおり、投票権は天から与えられているものではなく、闘争を通じて勝ち取られたものである」が、「この闘争において、訴訟は比較的マイナーなツールである」というものがある<sup>53)</sup>。少なくとも経験的には、そこに司法審査の限界があるのだろう。

### (3) 獲得された先例

オーストラリアの選挙法には、少なくとも「普通選挙」原則の限界に関する限り、連邦法が州法を先導する傾向がある。これには、「諸州が連邦法上の選挙権を写しとることが多いという実務的な理由」のほか、「より根本的なものとして、諸州の憲法典には州議会が『人民により直接選挙された』という要件を含んでいるものもあるという理由」がある<sup>54)</sup>。したがって、2006年の改正法に準拠して選挙権を剥奪される受刑者の範囲を拡大した諸州においても、ローチ事件判決により、また、この違憲判決に連邦議会が対応した2011年の改正法により、再度その範囲が限定されることになるはずである。判決直後に公表された論説の1つには、ことさら「普通選挙の原則が州のレベルにも適用可能であることを提唱する」という言葉で締め括られているものもある<sup>55)</sup>。ローチ事件判決における「直接選挙」条項の「進化」の解釈には、前掲のロウ事件判決に対してばかりでなく、州法に対しても「普通選挙」原則の射程を拡張する先例としての意義がある。

しかしながら、この先例の外延には、立法裁量の限界ばかりでなく、司法審査の限界もまた列記されるべきこと、すでに概観してきたとおりであ

る。ローチ事件判決を「受刑者たちの市民としての権利にとって限定的な勝利」であると評価するとともに、先引のとおり「大部分の受刑者の投票権は、依然として政治的なフットボールの試合中にある」と観測している現地の研究者は、「より長期的に捉えた場合の本件の重要性は、これが一般性のある先例として、『人民により直接選挙された』という文言が限定の文言であることを確認していることにある」と指摘している。そして、この先例が及ぶ「最低限度において、成年者による普通選挙を元の木阿弥にしようとする粗野な試みは、高等法院により、ローチ事件判決を盾として用いながら撃退されることになるだろう」と主張されている<sup>56)</sup>。あくまでも法制度の後退禁止を含意しての「盾」として把握されるなら、それが同時に、さらなる「進化」を促進する矛でもあるというのは、それこそ矛盾になりかねないのかもしれない。

そうだと仮定すると、「議会主権に対する伝統的な敬讓を抑制するにおいても、高等法院は、選挙権の拡大を求めて訴訟を提起するような人々に対して剣を手渡したのではない」から、「さらに選挙権を拡大しようとする戦いは、依然として世論という裁判所 (the court of public opinion) と議会の問題である」ということは否めない。やはり制度後退禁止原則のごとく、「そこで勝ち取られた 　しかも、時間をかけて守り固められた 　場合には、そして、その場合にのみ、法を司る裁判所 (the courts of law) が、それらの盾になる」というのが、かくも「訴訟は比較的マイナーなツールである」と考える現地の研究者の主張である<sup>57)</sup>。

このような主張に傾聴するとしても、なお解明されるべきなのは、いわば「盾」の輪郭である。どこまでが、ローチ事件判決において獲得された先例なのだろうか。もちろん、およそ「単なる拘置の事実」を睨んでいるのにほかならないことが論理的に焙り出されるような立法手段は、巷間に厳罰化や可罰化の思潮が昂進する場合に、そこから政治的な支持を調達することが再び可能な情勢になっても、そのまま司法的な敗北を待つて頓挫させられることだろう。

しかしながら、現実に2011年の改正法の制定過程にも浮上していたような「1年以上」という限定緩和方向の再提案が、たとえば、コモン・ローに伝統的で現代アメリカ法などに一般的な重罪（felony）と軽罪（misdemeanor）の分水嶺でもあり<sup>58)</sup>、あるいは、オーストラリア連邦の憲法典の第44条(ii)号に採用されてきた指標でもあることに説得の根拠を期待するとき、再び現行法となった「3年以上」規定を将来にわたって固守することができるほどに、ローチ事件判決は、鉄壁の先例を形成しているであろうか。それが極端に「短期自由刑」までも包摂していた全面剥奪を放逐する論理に比較しても遜色のないほどの密度が、この「3年以上」という至極具体的な限定を「普通選挙」制度の最高到達点とする結論の部分にもあるだろうか。

また、議会主権に基づく立法裁量の歴史的な所産について制度後退禁止原則のごとき法理を提出する判例に、それ自体としては立法裁量の及ぶはずもない先例拘束性（*stare decisis*）が発揮されることは当然であるとしても、その判決理由（*ratio decidendi*）は、はたして焦点であるべき境界条件の確定に及んで具体的であるだろうか。オーストラリア高等法院のローチ事件判決が、その直前の5年間に相次いで登場したカナダ最高裁判所のソーヴ対カナダ（選挙管理責任者）事件判決<sup>59)</sup>、南アフリカ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<sup>60)</sup>、欧州人権裁判所の第2次ハースト対連合王国事件判決のいずれとも<sup>61)</sup>、また、これら欧州と北米とアフリカという3つの大陸にまたがる相互引証の起点となった前世紀中のカナダ最高裁判所のソーヴ対カナダ（司法長官）事件判決<sup>62)</sup>、南アフリカ憲法裁判所のオーガスト対選挙委員会事件判決のどちらとも<sup>63)</sup>、まるで異なっているのは、このような境界条件を確定するのに好適な所与の準拠点の有無、あるいは、より直截なかたちに換言すると、初期設定の把握の作法である。

別の小稿において連続的に素描しているところであり<sup>64)</sup>、いたずらに反復するのは差し控えたいが、これら3つの大陸に新生した5つの判例は、

いずれも自由刑と選挙権の全面的な背反を主旨とする立法に対して、両者の全面的な両立こそを基軸として条約違反や憲法違反と判定するものであった。しかも、カナダや南アフリカでは、最初の違憲判決に対応して境界条件を設定した法律の規定が第2の違憲判決の対象となる2段階の判例形成であった。オーストラリア連邦の現行法に復活した「3年以上」規定は、前半の「3年」という量的な部分が国内的には州法にまで波及するとともに、後半の「以上」という質的な部分が国際的には波及を遮断した結果なのである。

ローチ事件判決の場合、その審理に参加した6名の裁判官の半数による共同意見には、ごく手短かに、「当裁判所の憲法哲学により提示されている3年規定に関する問題は、オタワやストラスブルに生起していたような問題とは異なる」と述べられている。しかしながら、その直接の理由は、とくに何も記されていない<sup>65)</sup>。

はたして同床異夢ということになるのか、ヘイン裁判官の反対意見には、これら海外の先進事例として「原告により参照を促され、依拠されている判例において考察されている諸規定と本件において争点におかれている憲法典の諸規定には、何らの類似点もない」ということが強調されている。そして、その理由として、「原告が依拠している判例その他の国際的な文書と本件の争点の関連性は、もっぱら問題が受刑者たちを投票から排除する立法規定の有効性についての争点として記述されているところだけに見受けられる」が、「問題が一般的に類似した言葉遣いで記述されてよいということは、規律する文書の差異が無視されてよいということ意味しない」と主張されている<sup>66)</sup>。

また、ヘイン裁判官の意見に同調しながら、この点については個別にも強調しているヘイドン裁判官の反対意見は、「これらの文書は、オーストラリアの憲法典の解釈に何らの関係もない」と断定されているが、その原意主義の観点から喚起される根拠として、「これらの文書は、おしなべて、ずっと後年になってのものであるから、憲法典の起草者たちに影響を与え

なかった」という時間の先後関係が挙げられている<sup>67)</sup>。

補足意見のごとく独自の見解を提示しているグリースン首席裁判官も、この点においては5名の陪席裁判官たちと選ぶところがない。これも確認しておく、首席裁判官の単独意見には、「ソーヴ事件判決やハースト事件判決のような判例の法的な文脈からオーストラリアの文脈へと、比例の概念を無批判に移入することには、この国において、立法行為の司法審査基準として憲法上は不適切なものを適用することに繋がりがねないという危険がある」と指摘されている。そして、別法域の「人権文書は、一般的な言葉遣いで投票権のような権利を宣言しており、また、この権利について逸脱（derogation）となる立法を許容しているが、それも正当な目的を達成するのに必要な限度にとどまる手段により当該目的が追求される場合にのみ許容しているのであり、しかも、ある逸脱が許容可能であるのかないのかを決定する権限を裁判所に与えているが、このような人権文書は、我々の憲法典に通常どおり基づいて適用されるものよりも広範囲の司法審査の権限を授けている」という見切りにより<sup>68)</sup>、権利章典をもたない憲法典にとっての異種規範の排除は、適用法域の形式面においてばかりでなく、保障様式の実質面においても徹底されている。

もっとも、外国の判例が完全に捨象されているわけではなく、むしろ抽象されているところもあるのが、グリースン首席裁判官の意見である。その具象としては、今世紀のソーヴ事件判決から、マクラクリン（Beverly McLachlin）首席裁判官の執筆による多数意見ではなく、ゴンティエール（Charles Doherty Gonthier）裁判官の反対意見が「2年以上の刑に服している受刑者たちの選挙権を剥奪する立法を支持する側に与して、この資格剥奪を市民権に関連づけた」ときの論法が、そのまま「オーストラリアにもあてはまる」という肯定的な評価のもとに引証されている。そして、それと同じ段落のなかに展開されているのが、2006年の改正法によるまで「3年の刑に服している受刑者たちの選挙権剥奪が有効であったことに何らの疑問もなく、より短い指定の刑期に服する受刑者たちの選挙権剥奪が

必ずや無効になることを示唆しようというわけではない」という留保の判断であり、「刑期の指定は、重大な犯罪行為を区分する議会の判断を反映しており、すべての拘置の刑が必ずしもこの範疇に分類される行為の結果ではないという憂鬱な事実を反映している」という基本的には是認の態度である<sup>69)</sup>。

これがグリースン・コート(1998年5月22日~2008年8月29日)の遺産としてローチ事件判決に刻印されている先例の本義であり、ロウ事件判決において現在のフレンチ・コート(2008年9月1日~)の多数派に発揚され、それを經由するかたちで、ようやく本年の法改正により復活した「3年以上」規定の真義である。立法裁量に自製の限界があり、司法審査に固有の限界がある。法理の相互引証が繰り広げられてきた大陸間ネットワークに接続することを忌避して、これら双子の限界を明示することにより、国内的には「剣」ではなく「盾」としての先例を樹立しているのが、ローチ事件判決に最大の特徴として国際的にも確認されるべき限定的な積極性である。はたして国際的にも「盾」の機能を発揮することがあるのかは、当然のことながら、ローチ事件判決の判旨を実体的に活用しようと期待する法域において、ここで獲得された先例を手続的には踏襲しない可能性によるだろう。

- 1) Electoral and Referendum Amendment (Enrolment and Prisoner Voting) Act 2011 (Cth), available at <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2011A00029> (last accessed on 7 July 2011). なお、この法律のロング・タイトルは、次のとおりである。An Act to amend the law relating to elections and referendums, and for related purposes.
- 2) Graeme Orr, "Constitutionalising the Franchise and the Status Quo: The High Court on Prisoner Voting Rights," *Democratic Audit of Australia Discussion Paper* 19/07 (October 2007) at 7, available at [http://democraticaudit.anu.edu.au/papers/20071019orr\\_prisonervotnights.pdf](http://democraticaudit.anu.edu.au/papers/20071019orr_prisonervotnights.pdf) (last accessed on 7 July 2011).
- 3) See Parliamentary Debates, House of Representatives Official Hansard, No. 3, 2011, 3 March 2011, 43rd Parliament, 1st Session, 2nd Period, at 2202-2229, available at <http://www.aph.gov.au/hansard/rebs/dailys/dr030311.pdf> (last accessed on 7 July 2011).
- 4) See Parliamentary Debates, Senate Official Hansard, No. 4, 2011, 11 May 2011, 43rd Parliament, 1st Session, 3rd Period, at 2237-2253, available at <http://www.aph.gov.au/>

hansard/senate/dailys/ds110511.pdf(last accessed on 7 July 2011).

- 5) Ronnit Redman, David Brown & Bryan Mercurio, "The Politics and Legality of Prisoner Disenfranchisement in Australian Federal Elections," in Alec C. Ewald & Brandon Rottinghaus (eds.), *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective* (New York: Cambridge University Press, 2009) at 175 (internal parentheses in original). なお、本文中の執筆時期の推測は、この論文の末尾に追記(at 202-204)があり、その部分にのみ高等法院の違憲判決への言及があることによる。本文中に訳出した部分に「高等法院の構成……しだい」と予測されているのは、ちょうど定年退職のため審理に参加しなかったキャリナン(Ian David Francis Callinan)裁判官が、ヘイン裁判官やヘイドン裁判官と同様に、合憲の結論を主張するものと推測されていたことを前提として認識しているものと思われる。しかしながら、現実には、キャリナン裁判官も、その後任のキーフェル(Susan Mary Kiefel)裁判官も法廷になく、ハワード長期政権の任命による裁判官に欠員の生じていたタイミングでの違憲判決であった。See also Orr, "Constitutionalising the Franchise and the Status Quo," *supra* note 2, at 6.
- 6) Electoral and Referendum Amendment (Electoral Integrity and Other Measures) Act 2006 (Cth), available at [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/num\\_act/earaioama2006668/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/num_act/earaioama2006668/) (last accessed on 7 July 2011). なお、この法律のロング・タイトルは、次のとおり、前掲註1)の直近改正法と同じである。An Act to amend the law relating to elections and referendums, and for related purposes.
- 7) Roach v. Electoral Commissioner, [2007] HCA 43, 233 CLR 162, 239 ALR 1 (2007), available at <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2007/43.html> (last accessed on 7 July 2011).
- 8) Rowe v. Electoral Commissioner, [2010] HCA 46, available at <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/2010/46.html> (last accessed on 7 July 2011).
- 9) 岩切大地「イギリスの政権交替にみる法と習律」憲法問題22号21頁以下(2011年)を参照。
- 10) See generally Sarah Birch, *Full Participation: A Comparative Study of Compulsory Voting* (Tokyo: United Nations University Press, 2009) at 32-33. See also Tim Evans, "Compulsory Voting in Australia," Australian Electoral Commission (2006), at 3-5 *et passim*, available at [http://www.aec.gov.au/About\\_AEC/Publications/voting/files/compulsory-voting.pdf](http://www.aec.gov.au/About_AEC/Publications/voting/files/compulsory-voting.pdf) (last accessed on 7 July 2011). 吉川和宏「オーストラリア連邦の形成と連邦選挙法の制定 オーストラリア選挙法研究の基礎として」東海法学9号365頁以下(1993年)402~405頁, 吉川和宏「オーストラリア連邦における代表と選挙手続」東海法学10号99頁以下(1993年)171~173頁を参照。
- 11) Explanatory Memorandum of Electoral and Referendum Amendment (Enrolment and Prisoner Voting) Bill 2010 (Cth) at 2, available at <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010B00276/Explanatory%20Memorandum/Text> (last accessed on 7 July 2011).
- 12) Rowe, *supra* note 8, ¶1 per French CJ (quoting Roach, *supra* note 7, ¶82 per Gummow, Kirby & Crennan JJ).

- 13) *Rowe*, *supra* note 8, ¶20 per French CJ (quoting *Roach*, *supra* note 7, ¶6 per Gleeson CJ).
- 14) オーストラリア連邦の「権利章典論議」については、平松紘ほか『現代オーストラリア法』(敬文堂、2005年)10～12頁(平松執筆部分)に概説されている。
- 15) *Rowe*, *supra* note 8, ¶123 per Gummow & Bell JJ, ¶326 per Crennan J (quoting *Roach*, *supra* note 7, ¶7 per Gleeson CJ). See also Anne Twomey, “The Federal Constitutional Right to Vote in Australia,” 28 *Federal Law Review* 125 (2000) *passim*, available at <http://www.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2000/6.pdf> (last accessed on 7 July 2011).
- 16) See generally Jeffrey Goldsworthy, “Originalism in Constitutional Interpretation,” 25 *Federal Law Review* 1 (1997) at 2-7, available at <http://www.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/1997/1.pdf> (last accessed on 7 July 2011). この論文が「直接選挙」条項の解釈について「進化」と「原意」の関係を問題にしている文脈には、後年のローチ事件判決やロウ事件判決の焦点となる「普通選挙」原則ではなく、当時の高等法院の判決が州議会における議員定数不均衡の事案に提示した平等選挙の原則がある。See *McGinty v. Western Australia*, [1995] HCA 46, 186 CLR 140, 134 ALR 289 (1996). See also Greg Carne, “Representing Democracy or Reinforcing Inequality: Electoral Distribution and *McGinty v Western Australia*,” 25 *Federal Law Review* 351 (1997) *passim*, available at <http://www.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/1997/14.pdf> (last accessed on 7 July 2011). なお、平等選挙の原則については、ほぼ同時に公表された次の2つの文献を参照。松尾和成「オーストラリア連邦議会下院選挙区の較差是正制度」レファレンス681号49頁以下(2007年)。Colin Hughes, “The Importance of Boundaries,” *Democratic Audit of Australia Research Paper 1* (November 2007), available at <http://democratic.audit.anu.edu.au/papers/20071102hughesrespapredist.pdf> (last accessed on 7 July 2011).
- 17) *Roach*, *supra* note 7, ¶6 per Gleeson CJ (citing *Sue v. Hill*, [1999] HCA 30, 199 CLR 462, 163 ALR 648). See also Anne Twomey, “*Sue v. Hill* The Evolution of Australian Independence,” in Adrienne Stone & George Williams (eds.), *The High Court at the Crossroads: Essays in Constitutional Law* (Sydney: Federation Press, 2000) *passim*.
- 18) Cf. *McGinty*, *supra* note 16, ¶11 per Brennan CJ (cited in *Roach*, *supra* note 7, ¶7 per Gleeson CJ, ¶83 per Gummow, Kirby & Crennan JJ). グリーン首席裁判官の前任の首席裁判官は、あくまでも一般論として、次のとおり述べている。憲法典の「含意は、司法府により考案されるのではなく、憲法典の文言や構造のうちに存在するのであり、司法府による解釈(exegesis)により明らかにされる(revealed or uncovered)のである。憲法典に実際に使用されている字句やその構造に基づかない含意は、憲法典から引き出されえない。しかしながら、ある含意が特定の事案において個別の事情に適用されるとき、その状況に適した字句で表現されるということはある」(footnotes omitted)。なお、この意見は、「直接選挙」条項の解釈について、次のとおり述べている(¶14)。

文脈に影響されなければ、『人民により選挙された』という語句は、さまざまな意味を内含する。候補者が選挙人団による選挙とは異なるものとしての人民による直接選挙

により選出されることを意味することもあれば、選挙権を有する人々の間における投票力の平等やそれに近いものについて、何らかの要件を意味することもあり、さらには、すべての成年者や成年市民が、排除される実質的理由のない限り、一般的に有する選挙権について、何らかの要件を意味することもある。同じく、これらの意味は、『議会制民主主義』という観念に帰せられることがある。

ここに記されている「実質的理由」こそは、本文中に項目をあらためて後述のとおり、ローチ事件判決において「直接選挙」条項違反の判定基準を構成している司法審査の鍵にほかならない。

- 19) *Roach, supra* note 7, ¶¶ 161-162 per Hayne J.
- 20) *Roach, supra* note 7, ¶ 111 per Hayne J.
- 21) *Roach, supra* note 7, ¶¶ 112, 127 per Hayne J.
- 22) *Roach, supra* note 7, ¶ 1 per Gleeson CJ.
- 23) *Roach, supra* note 7, ¶ 5 per Gleeson CJ. なお、「女性の選挙権」に関しては、同所において、憲法典の第128条に言及がなされている。グリーンズン首席裁判官の意見には、連邦の憲法典が施行された「1901年の時点において、成年者による選挙とは、男性の選挙権とともに女性の選挙権を意味した」と指摘されている。どういふことかと少しく敷衍してみると、そもそも憲法典の本文の末尾に位置する第128条は、第1項に「この憲法は、次の方法によらなければ、改正されない」と規定されている連邦憲法改正手続の条文であるが、第4項ただし書に「下院議員の選挙人の資格が連邦全体を通じて統一になるまでの間は、成年者による選挙がおこなわれている州においては、改正案に賛成または反対の投票をする選挙人の半数のみが算入される」と規定されている。

この「半数」条項は、「成年者」の性別構成比が社会通念に基づく概算において1対1であることを前提に、性別に基づく制限選挙が実施されていた州との均衡をはかったものであると考えられる。直後の第5項に「過半数の州において投票した選挙人の過半数が改正案を承認し、かつ、投票した選挙人の総数の過半数が改正案を承認するときは、その改正案は、女王の裁可を得るために、総督に提出される」と規定されており、前項ただし書の「半数」条項を前提としなければ、性別に基づく制限選挙を撤廃していなかった州は、後段の「総数の過半数」要件において影響力が半減することになったはずだからである。これらの規定は、1977年の憲法改正によって同条の第2項と第3項が修正され、同時に第7項が追加された際にも修正を加えられておらず、いまま制定当初のままである。

また、「先住民族の人々による投票」については、グリーンズン首席裁判官の意見のなかに「20世紀の後半まで完全に解消されることのない問題であった」と補足されているのみであるが、こちらも関連性の窺われる憲法規定を参照しておく、これまた制定当初から修正のない第25条に、下院議員の定数の算定根拠に関して、「いずれかの州の法により、いずれかの人種に属するすべての者に、その州議会の議員定数が多数の議院の選挙における投票の資格がないときは、その州または連邦の人口の算定において、その州に居住する当該人種の者は、算入されない」と規定されている。以上を約言するに、制定当初から現在まで、およそ選挙権の消極要件については何ら撤廃や縮小を規定していない連邦国家の

憲法典なのである。

このほか、「選好投票」や「比例代表」については、吉川「オーストラリア連邦の形成と連邦選挙法の制定」(前掲註10)405~408頁を参照。

- 24) *Roach, supra* note 7, ¶6 per Gleeson CJ.
- 25) *Roach, supra* note 7, ¶45 per Gummow, Kirby & Crennan JJ (footnote omitted).
- 26) *Roach, supra* note 7, ¶49 per Gummow, Kirby & Crennan JJ.
- 27) Peter O'Donahoo & Peter Haig, *Focus: Commercial Litigation High Court Strikes Down Commonwealth Legislation Disqualifying Prisoners from Voting* (Allens Arthur Robinson, 5 October 2007), available at <http://www.aar.com.au/pubs/1dr/focloct07.htm>; <http://www.hrlrc.org.au/files/HS27J5MQCO/AAR%20-%20Focus.pdf> (last accessed on 7 July 2011). このリーフレットは、グリーンズ首席裁判官の意見と3裁判官の共同意見から、それぞれの「テスト」を抽出するとともに、それら2つの「テスト」が適用において同様であることを説明している。
- 28) *Roach, supra* note 7, ¶7 per Gleeson CJ (footnote omitted) (quoted in *Rowe, supra* note 8, ¶23 per French CJ).
- 29) *Roach, supra* note 7, ¶8 per Gleeson CJ.
- 30) 公職選挙法の第9条の「衆議院議員及び参議院議員の選挙権」に係る第1項と「地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権」に係る第2項の双方に「日本国民」要件があり、このうち前者が1993年2月26日の第2小法廷判決(判時1452号37頁)により、後者が2年と2日の後に下された1995年2月28日の第3小法廷判決(民集49巻2号639頁)により、いずれも合憲と判定されているのは、すでに周知のとおりである。
- 31) *Roach, supra* note 7, ¶8 per Gleeson CJ (footnote omitted).
- 32) *Roach, supra* note 7, ¶12 per Gleeson CJ. この段落では、1997年オーストラリア市民権法の前文に、「議会は、オーストラリア市民権が、オーストラリア連邦というコミュニティの完全かつ正式な構成員資格を示すものであり、オーストラリア市民権が、相互関係にある権利と責務を包含して、オーストラリア市民を、多様性を尊重しながら統合することを承認する」と規定されていることに言及がなされており、この「権利と責務」の「相互関係」に参酌がなされている。Australian Citizenship Act 2007 (Cth), Preamble, available at [http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/aca2007254/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/aca2007254/) (last accessed on 7 July 2011).
- 33) *Roach, supra* note 7, ¶83 per Gummow, Kirby & Crennan JJ (quoting *McGinty, supra* note 16, ¶14 per Brennan CJ). ここに出所として明記されているのは、前掲註18)に訳出しておいたうち、「すべての成年者や成年市民が、排除される実質的理由のない限り、一般的に有する選挙権」という部分である。
- 34) *Roach, supra* note 7, ¶85 per Gummow, Kirby & Crennan JJ (footnote and citation omitted). See also *Lange v. Australian Broadcasting Corporation*, [1997] HCA 25, 189 CLR 520, 145 ALR 96 (1997) (unanimous judgment) at fn. 70, available at <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1997/25.html> (last accessed on 7 July 2011); *Cunliffe v. Commonwealth* ("Migration Agents Case"), [1994] HCA 44, 182 CLR 272, 124 ALR 120 (1994), ¶37

per Mason CJ, ¶ 26 per Brennan J, available at <http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/HCA/1994/44.html> (last accessed on 7 July 2011). なお、ローチ事件判決の共同意見には、1997年の全員一致の判決に対して、その公式判例集の登載頁や脚註番号を誤記している参照指示がなされているのみであるが、「合理的に適切であり、かつ、適応している」という語句は、1997年の判決が引証している1994年の判決に都合18回も使用されており、また、そこで「比例」という観念との関連づけもなされているので、その箇所を併記しておいた。

- 35) *Roach, supra* note 7, ¶ 85 per Gummow, Kirby & Crennan JJ (quoted in *Rowe, supra* note 8, ¶ 24 per French CJ).
- 36) まるで文脈は異なるが、阪口正二郎「人権論・違憲審査基準の二つの機能 憲法と理由」法律時報80巻11号70頁以下（2008年）辻村みよ子・長谷部恭男（編）『憲法理論の再創造』147頁以下（日本評論社、2011年）167～168頁により、「政府の行為の帰結を統制するものではなく、政府の行為の理由を統制するものとしての憲法を構想しようとする企て」が評価されている部分を参照。
- 37) *Roach, supra* note 7, ¶ 10 per Gleeson CJ (footnote omitted). なお、吉川「オーストラリア連邦における代表と選挙手続」（前掲註10）に、「一九九〇年に刑務所にも移動投票の制度が導入された」ことが説明されている（185頁、註略）。また、郵便投票が「服役中または拘留中であるために、投票日に投票所へ行けない時」にも利用できる制度であることも紹介されている（187頁）。

Cf. Marc Mauer, "Voting Behind Bars: An Argument for Voting by Prisoners," 54 *Howard Law Journal* 549 (2011) at 556. 同じく連邦制を採用している別の法域からの主張であるが、「受刑者の選挙権剥奪を疑う 哲学論議」という見出しのもと、次のとおり2段落の論駁も展開されているのには、ここでも参酌される意味があるだろう。

受刑者の選挙権剥奪に寄与している基本的な推測は、選挙権剥奪が有罪判決に基づいて科される刑罰の1つの構成要素に過ぎない、ということが一般に推定されているということである。しかし、この推測は、次の2つの理由により、間違っているということがわかる。その1つには、刑罰の別の諸側面とは異なり、選挙権剥奪は、裁判官により、個々の犯罪者や犯罪の特徴に基づいて科されるものではなく、法廷において認識されているものでさえもない。むしろ、所定の州において科される有罪宣告の種別により、全員一律に科されているのであり、法廷にいる人々の大部分は そうであることが、もっとも顕著な被告人も含めて この市民の権利が奪い去られるということに気がついてもないのである。

より大きな疑問は、刑罰それ自体の本質のうちにある。選挙権剥奪が自由の喪失を意味していることは明白であるが、市民の基本的な諸権利に対する制約は、収容されている人々に対して課さないのが普通である。投票を自由な言論の1つの様相であると考えれば、投票権を制約している政策の異常性は明白である。たとえば、刑務所にいる者は、ニューズウィーク誌を自由に購読することができるが、自家製爆弾の製造法を記述している雑誌を購読することはできない。この違いは、言論の自由と公安の促進の間にある。刑務所にいる人々は、手紙や電話、その他の通信手段により、自分たちの考えを外界に

伝えることも自由にできる。それどころか、実例もあるとおり、ニュー・ヨーク・タイムズやワシントン・ポストに署名の入った論説を投稿して、活字になった自分たちの言葉を数百万人の読者に届けることができる。ほとんどの場合、こうした活動は、選挙の数百万票のなかで、ただの1票を投じることよりも、はるかに大きな影響力をもつが、それにもかかわらず、こうした伝達に対する制約は、相対的に少ないのである。

See also George P. Fletcher, "Disenfranchisement as Punishment: Reflections on the Racial Use of *Infamia*," 46 *UCLA Law Review* 1895 (1999) *passim*; Pamela S. Karlan, "Convictions and Doubts: Retribution, Representation, and the Debate over Felon Disenfranchisement," 56 *Stanford Law Review* 1147 (2004) *passim*. なお、これら合衆国の研究者による論文は、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300・301号182頁以下(2005年)にも引用している(214頁,註45)が、この拙稿では、日本における「選挙権剥奪の法的性質をめぐる論点」についても少しばかり検討している(209頁,註10)。

- 38) Australian Bureau of Statistics, *Prisoners in Australia, 2010* (ABS Catalogue No. 4517.0), available at <http://www.abs.gov.au/ausstats/abs@nsf/mf/4517.0> (last accessed on 7 July 2011). See also Australian Bureau of Statistics, *Australian and New Zealand Standard Offence Classification (ANZSOC), 2011 (3rd ed.)* (ABS Catalogue No. 1234.0), available at [http://www.ausstats.abs.gov.au/Ausstats/subscriber.nsf/0/5CE97E870F7A29EDCA2578A200143125/\\$File/12340\\_2011.pdf](http://www.ausstats.abs.gov.au/Ausstats/subscriber.nsf/0/5CE97E870F7A29EDCA2578A200143125/$File/12340_2011.pdf) (last accessed on 7 July 2011).
- 39) *Roach, supra* note 7, ¶ 20 per Gleeson CJ.
- 40) *Roach, supra* note 7, ¶ 84 per Gummow, Kirby & Crennan JJ. なお、「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が、ここにも反映されているのかもしれない。倉田「禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権」(前掲註37)207頁,註2)においても言及しているが、武市春男『イギリスの法律格言』(国元書房,1968年)134頁,守屋善輝(編)『英米法諺』(日本比較法研究所,1973年)244頁,柴田光蔵『法律ラテン語辞典』(日本評論社,1985年)170頁に登載されているなど、英米法圏の法格言として日本においても知られてきた法諺である。
- 41) Michael Kirby, "Prisoner's Vote Is the Australian Way," *Australian Financial Review*, 5 October 2007, at 57.
- 42) See generally Mary Fainsod Katzenstein, Leila Mohsen Ibrahim & Katherine D. Rubin, "The Dark Side of American Liberalism and Felony Disenfranchisement," 8 *Perspectives on Politics* 1035 (2010) *passim*.
- 43) *Roach, supra* note 7, ¶¶ 21-22 per Gleeson CJ.
- 44) *Roach, supra* note 7, ¶ 23 per Gleeson CJ.
- 45) *Roach, supra* note 7, ¶ 24 per Gleeson CJ.
- 46) *Roach, supra* note 7, ¶ 90 per Gummow, Kirby & Crennan JJ (internal parentheses in original).
- 47) *Roach, supra* note 7, ¶ 91 per Gummow, Kirby & Crennan JJ (internal parentheses in

original). なお、ここでも参照されるべき貴重な現地調査報告として、森久智江「オーストラリアの社会内処遇」龍谷法学43巻1号253頁以下(2010年)がある。

- 48) *Roach, supra* note 7, ¶95 per Gummow, Kirby & Crennan JJ.
- 49) Redman, Brown & Mercurio, "The Politics and Legality of Prisoner Disenfranchisement in Australian Federal Elections," *supra* note 5, at 204.
- 50) *Roach, supra* note 7, ¶98 per Gummow, Kirby & Crennan JJ.
- 51) *Roach, supra* note 7, ¶102 per Gummow, Kirby & Crennan JJ.
- 52) Redman, Brown & Mercurio, "The Politics and Legality of Prisoner Disenfranchisement in Australian Federal Elections," *supra* note 5, at 204.
- 53) Orr, "Constitutionalising the Franchise and the Status Quo," *supra* note 2, at 8 (footnote omitted).
- 54) Orr, "Constitutionalising the Franchise and the Status Quo," *supra* note 2, at 7 (footnote omitted). See also Anthony Gray, "The Guaranteed Right to Vote in Australia", 7 *Queensland University of Technology Law and Justice Journal* 178 (2007) at 194, n.96. こちらには、連邦の憲法典の「直接選挙」条項に相当する諸州の憲法規定が列挙されている。
- 55) Gray, "The Guaranteed Right to Vote in Australia", *supra* note 54, at 197.
- 56) Orr, "Constitutionalising the Franchise and the Status Quo," *supra* note 2, at 7.
- 57) Orr, "Constitutionalising the Franchise and the Status Quo," *supra* note 2, at 8.
- 58) さしあたり、倉田「禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権」(前掲註37)207頁,註2), 215頁,註49), 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314号24頁以下(2007年)44頁,註4)を参照。

なお、このうち前者の小稿にも確認しているとおり、田中英夫(編)『英米法辞典』(東京大学出版会,1991年)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」(343頁)が、破廉恥刑(infamous punishment)の対象となる破廉恥罪(infamous crime)について、「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」(443~444頁,括弧内も原文)から、少なくとも連邦法において「重罪」と「破廉恥罪」の両概念は競合する。

また、後者の小稿においても部分的に引用しているアメリカ法の辞典には、「重罪と軽罪」という見出しの項目が、「歴史的背景」「アメリカの法域」「コモン・ロー・システム」「模範刑法典システム」「手続の意味」「刑事法の外側」という6つの小見出しのもとに、この順で解説されている。このうち第2小項目には、「アメリカの大部分の法域において、重罪は、死刑または刑務所(prison or penitentiary)における監禁により処罰されることのある犯罪と定義される」のに対して、「ほかの法域においては、刑罰の厳重度に基づいて判然と区別がなされており、重罪は、普通、死刑または1年以上の拘置により処罰されることのある犯罪であり、軽罪は、それ以外の犯罪である」と説明されている。そして、最後の小見出しのもとには、「重罪と軽罪の区別は、刑法と刑事訴訟法の分野の外側で重要な意味をもつ」と指摘され、さらに、重罪の場合に限り公務員の欠格事由となる法域が

あるほか、「重罪の宣告は、投票権の喪失や陪審員を務める資格の剥奪、あるいは法律業務の禁止の根拠にもなることがある」と例示されている。Martin R. Gardner, "Felony and Misdemeanor," in Karmit L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to American Law* (New York: Oxford University Press, 2002) at 305, 307. See also Jeff Manza & Christopher Uggen, *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy* (New York: Oxford University Press, 2006) at 8-9, 69-71.

- 59) *Sauvé v. Canada* (Chief Electoral Officer), [2002] 3 S.C.R. 519, available at <http://scc.lexum.org/en/2002/2002scc68/2002scc68.html> (last accessed on 7 July 2011).
- 60) *Minister of Home Affairs v. National Institute for Crime Prevention and the Re-integration of Offenders (NICRO)*, 2005 (3) SA 280 (CC), 2004 BCLR 445 (CC), [2004] ZACC 10, available at <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2004/10.html> (last accessed on 7 July 2011).
- 61) *Hirst v. United Kingdom (No. 2)*, [2005] ECHR 681, (2006) 42 EHHR 41, available at <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/681.html> (last accessed on 7 July 2011).
- 62) *Sauvé v. Canada* (Attorney General), [1993] 2 S.C.R. 438, available at <http://scc.lexum.org/en/1993/1993scr2-438/1993scr2-438.html> (last accessed on 7 July 2011).
- 63) *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SA 1 (CC), 1999 (4) BCLR 363 (CC), [1999] ZACC 3, available at <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1999/3.html> (last accessed on 7 July 2011). See also Albie Sachs, *The Strange Alchemy of Life and Law* (New York: Oxford University Press, 2009) at 122.
- 64) 倉田「禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権」(前掲註37)。
- 65) *Roach, supra* note 7, ¶ 101 per Gummow, Kirby & Crennan JJ. Cf. e.g., Michael Kirby, "International Law: The Impact on National Constitutions", 21 *American University International Law Review* 327 (2006) *passim*; Michael Kirby, "Domestic Courts and International Human Rights Law: The Ongoing Judicial Conversation", 6 *Utrecht Law Review* 168 (2010) at 174-176. これらカービ裁判官の見解が単独で表明されている文献には、後者のローチ事件判決に言及している部分も含めて、国際法規や外国判例の積極活用に向けた司法哲学が表明されている。
- 66) *Roach, supra* note 7, ¶ 166 per Hayne J.
- 67) *Roach, supra* note 7, ¶ 181 per Heydon J.
- 68) *Roach, supra* note 7, ¶ 17 per Gleeson CJ. なお、訳出するにあたっては、寺谷公司『国際人権の逸脱不可能性 緊急事態が照らす法・国家・個人』(有斐閣, 2003年), とりわけ31~32頁, 註117)~119)の解説を参照して、「緊急事態」ならずとも「逸脱」という語句を使用している。
- 69) *Roach, supra* note 7, ¶¶ 18-19 per Gleeson CJ (quoting *Sauvé, supra* note 59, ¶ 119 [Gonthier, J., dissenting]).

## 4. おわりに

おりしもオーストラリア連邦においてローチ事件判決とロウ事件判決の双方に対応する内容の改正法案が連邦議会の下院を通過して上院に回付されていたとき、自由権規約の人権委員会は、個人通報制度を規定している第1選択議定書の第5条第4項に基づく見解を、国際連合の常任理事国でもあるロシア連邦と同国の2名の個人通報者に送付している<sup>1)</sup>。当初2004年3月20日の通報に対して、本年3月21日の会合において採択され、5月9日に公表されている見解の骨子は、ロシア連邦の憲法典の第32条第3項に、「裁判所により行為無能力と審判された市民は、また、裁判所の判決に基づき自由剥奪施設に（местах лишения свободы）収容されている市民も、選挙権および被選挙権（права избирать и быть избранными）を有しない」と規定されているうち、後段に基づく選挙権の全面剥奪を規約違反と断定しているところにある。

この見解の結論部分に、「締約国は、市民的および政治的権利に関する国際規約の単体としての第25条にも、また、第2条第3項との結合における同条にも、違反している」から、同項(a)号を遵守すべき「締約国には、規約に適合するように立法を改正するとともに、通報者たちに適切な救済を提供する責務がある」ほか、「将来における同様の違反を防止する責務もある」と明記されている<sup>2)</sup>。英語版を原版として、ほかに仏西2言語で採択されている 国連総会に提出される年次報告書に収録されるため、さらにアラビア語と中露2か国語の国連公用語でも発表されている 委員会文書であるが、少なくとも採択時の西欧3言語の正文であれば、いずれからの邦訳においても「立法」と表現されるのが普通と思しき単数形の単語が、この文脈において憲法規定を指していることは、もとより疑いない。そして、そもそも人権条約優位の論理的な前提があることも、ことさら疑うまでもない。

自由権規約の第25条に関する人権委員会の一般的意見 25 については<sup>3)</sup>、この小稿においても、すでに2006年の改正法の制定過程において法案の付託を受けていた連邦議会の上院の委員会に、同条を典拠の1つとして全面剥奪の目的を法的な地位に基づく不合理な差別にあると主張する反論のあった記録と関連づけて言及しているが、ロシア連邦の憲法典に基づく全面剥奪を難詰している委員会文書にも、この一般的意見 25 の主旨が敷衍されている。今般の人権委員会の見解によると、その主旨は、「投票権と被選挙権が絶対的な権利ではないこと、それに対しては、差別的でも不合理でもないという条件のもとに、制約が課されてもよいこと」にあるが、とりわけ「有罪判決が投票権を停止するための根拠である場合は、この停止の期間は、罪刑に比例すべきである」から、まずもって「投票権の剥奪が、いかなる自由刑とも同期間であること」が懐疑の焦点となる<sup>4)</sup>。

これが受刑者の選挙権の全面剥奪を否定している人権委員会の理由なのであるから、ローチ事件判決には参酌されていない国際人権文書としての一般的意見は、それでも、これまでに瞥見してきたとおり「短期自由刑」の場合までも包摂する全面剥奪を違憲と判定しているローチ事件判決と主要な部分において完全に同旨であることが、くしくも、ようやくローチ事件判決に対応する法改正がなされようとしていたときに再確認されていたということである。さらに、人権委員会の見解に表示されている3つの個別意見のうち、ニューマン(Gerald L. Neuman)委員とモトク(Iulia Antoanella Motoc)委員の同意意見には、「通報者たちが拘禁されているという単なる事実は、投票権の剥奪を正当化しない」ということが主張されている部分の脚註に<sup>5)</sup>、欧州人権裁判所が故意の犯罪により「1年以上」の自由刑に服している受刑者の選挙権剥奪について 同裁判所の第2次ハースト事件判決を直接の先例にして 処断している2010年8月4日のフロドゥル対オーストリア事件判決などのほか<sup>6)</sup>、ローチ事件判決において「短期自由刑」の場合を特段に問題視しているグリーンズン首席裁判官の意見も援用されている。地球規模に成長してきた国際人権法の法域間

ネットワークを後目にスタンドアロンの姿勢を堅守しようとしているオーストラリア高等法院は、それでも、その限定的な積極性から転換する可能性をもたらすような接続の構築に招待されているということなのではないだろうか<sup>7)</sup>。

もう1つ別の角度からオーストラリア選挙法の新局面の周辺状況を回顧しておく、たとえば、高等法院がローチ事件判決を下す前にも、カナダのオンタリオ州の司法省からニュー・サウス・ウェイルズ大学に留学していた法曹が、事件の係属中に執筆したという論文が公表されている。カナダ最高裁判所、南アフリカ憲法裁判所、欧州人権裁判所の判例を丹念に読み解きながら、実際の高等法院の仕事とは異なり、これら別法域の識見を積極的に導入するかたちで、オーストラリア連邦においても「全面禁止の目的」は「欠落」していると看破するのが、その結論における基本的な主張である。

こうした比較法考察の論法において、およそ「政治的な方便であることはさておくと、受刑者たちから投票を奪い去ることは、刑罰の正当な狙いを充足しないが、重大なことには、受刑者たちの更生を促進しないで、むしろ阻害する」という当然の指摘もなされている。このように立法目的が存立困難な「全面禁止は、その効果が犯された罪の酷さに結びついているのではなく、むしろ犯罪の時期と次回の選挙の關係に結びついているのであるから、比例していない」という意味において立法手段も精緻ではありえない。その認識から振り返ると、もとより「受刑者たち」の投票行動に特定可能な傾向が看取されてきたという背景のもとで厳罰化や可罰化の思潮を演出する「政治的な方便」のほかに立法の動機らしいものがないことにも気づかされるというのだろう。そして、「これらは、カナダや南アフリカや欧州評議会の最上級の裁判所をして、受刑者たちの投票の全面禁止が自由と民主主義の社会にあっては正当化されえないと判示するように導いてきた根源的な考察である」から、憲法判断の出発点において「投票権が憲法典の第7条と第24条により保障されるのであれば、ほかの法域の司

法哲学, 受刑者たちの選挙権剥奪に関する経験主義的, 哲学的な研究, 連邦が当該法律を首尾一貫して綿密に正当化してはならないこと, これらに基づいて, オーストラリア高等法院は, 連邦選挙法の第93条(8AA)項における全面禁止が違憲であると判定することが容易くできるだろう」と提言されている<sup>8)</sup>。

このような提言には必ずしも賛同しなかったのが, ローチ事件判決において違憲の判断を導いたグリーン首席裁判官の単独意見であり, ガモウ裁判官とカービ裁判官とクレナン裁判官の共同意見である。これら2つの意見に析出される立法裁量と司法審査の限界が双方ともに自家製であり, 獲得された先例も数年を経て対応した法改正の先に延長線を引くことまでは補助しない。自由刑と選挙権を直結する法制度から, 複数回の憲法判断により, 両者を両立させる法制度へと転換してきた別法域の経験とは, この点が決定的に違うのだろう。

しかしながら, このような穏健に限定的な司法審査も, その相対的に独自の手法を駆使して, 受刑者の選挙権の全面剥奪を実効的に覆滅したことは, すでに概観してきたとおりである。ことに剥奪の立法目的が「単なる拘置の事実」に着目する何らかの思惑でしかありえないとされている「短期自由刑」については, およそ何らかの「合理的根拠」との「合理的関連性」が, あるいは, それに相当する目的に「比例」しているという意味において「合理的に適切であり, かつ, 適応している」ことが, そこに確認不能というかたちで立法手段の不成立を突く立論があり, しかも, その矛先を転じて「実質的理由」を構成する立法目的の不在証明になるという論理構造が看取される。このような構造こそは, 近年しだいに地球規模で散見されるようになってきた同種の消極要件の撤廃を指向する実践との共通項でもあり, それゆえ別法域に対する国際的な示唆の増強に何らか資するところもありそうである。

なお, この小稿の序には, 公職選挙法の第11条第1項の第2号と第3号に規定されている「選挙権」の消極要件が, 日本国憲法の改正手続に関する

る法律には「投票権」の消極要件として転写されてないという現行法制上の歴然かつ厳然たる格差について、そこはかたない頻度の皮算用を忖度しているところであるが、日本でも刑法の第12条第1項と第13条第1項に「一月以上」と規定されている「懲役」と「禁錮」の刑期が選挙の投票日を含むか含まないかのうちに満了するということは現実にある。さしあたり管理実務の難点を捨象すると、投票日の前日に出所しても「選挙権」の消極要件には該当しない。しかしながら、投票日の翌日に出所した刑余者の場合は、国民主権の原理に基づく民主主義の選挙過程において、どれほど異質な立場にあるというのだろうか。

オーストラリア選挙法に新局面をもたらした比較的穏健な司法審査にも許容されない着眼点として捕捉されている「単なる拘置の事実」を迂回しながら、このような格差を説明することは困難を極めることだろう。しだいに普遍性を獲得しつつある「成年者による普通選挙」を日本の場合こそは明文規定に基づく憲法規範として前提にするならば、きわめて概括的であるだけに観念的とも評言されざるをえない応報や予防の目的が「単なる拘置の事実」に対する執着から独立に存立するのには、それこそ厳格に審査される必要があるだろう。また、かねて欧州人権裁判所も「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」という現実を指弾しているところであるが<sup>9)</sup>、この種の偶然に開き直るのではなく、必然を説明するのであれば、当該立法の完成度が立法目的の理非曲直において懷疑されることを合理的に回避することは到底できないだろうと憂慮される。

- 1) *Yevdokimov & Rezanov v. Russian Federation*, Communication No. 1410/2005, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1410/2005, 9 May 2011, available at <http://www.ccprcentre.org/doc/OP1/Decisions/101/1410%202005%20Russian%20Federation.pdf> (last accessed on 7 July 2011).
- 2) *Yevdokimov & Rezanov*, *supra* note 1, ¶¶ 8-9.
- 3) General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the

- right of equal access to public service (Art. 25), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, available at [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d0b7f023e8d6d9898025651e004bc0eb?Opendocument) (last accessed on 7 July 2011).
- 4) *Yevdokimov & Rezanov*, *supra* note 1, ¶ 7.4.
  - 5) *Yevdokimov & Rezanov*, *supra* note 1, Individual opinion by Committee members Mr. Gerald L. Neuman and Ms. Iulia Antoanella Motoc (concurring), at n. 2.
  - 6) *Frodl v. Austria*, [2010] ECHR 508, available at <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2010/508.html> (last accessed on 7 July 2011).
  - 7) See generally Adrienne Stone, "Comparativism in Constitutional Interpretation," 2009 *New Zealand Law Review* 45, [2009] *University of Melbourne Law School Research Series* 15, available at <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UMelbLRS/2009/15.html> (last accessed on 7 July 2011).
  - 8) Daniel Guttman, "Before the High Court *Roach v. Commonwealth*: Is the Blanket Disenfranchisement of Convicted Prisoners Unconstitutional?," 29 *Sydney Law Review* 297 (2007) at 319.
  - 9) *Hirst v. United Kingdom (No. 2)*, [2005] ECHR 681, (2006) 42 EHHR 41, ¶ 49, available at <http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2005/681.html> (last accessed on 7 July 2011).