

(意見書) 禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権を制限する
公職選挙法11条1項2号の合憲性
—広島地裁平成28年7月20日判決をふまえて—

新 井 誠

〔解題〕 本稿は、懲役刑に処せられた人（原告、控訴人）が、2014年当時、公職選挙法11条1項2号を理由に選挙での投票ができなかったことにつき、次回の衆参両院議員選挙で投票できる地位の確認を求めるとともに、選挙権を行使できなかったことの精神的苦痛に関して国家賠償法に基づく損害賠償を求めた訴訟の控訴審（平成28年（行コ）第24号 選挙権確認等請求控訴事件）の段階において、控訴人代理人から求められて執筆した意見書の内容である。同意見書は2017年4月7日付で広島高等裁判所に提出された。

広島高裁は2017年12月20日、控訴人の確認請求の訴えを却下し、その他の請求を棄却した（以下「本判決」）。公職選挙法11条1項2号の合憲性をめぐる広島地裁判決（2016年7月20日）の論理展開には、従来の判例理解等を踏まえても疑問な点が多数あることから、本意見書は、それらの論理的再考を求めている。しかし広島高裁は、広島地裁の判決に部分的に文言を追加したのみで、本意見書が示している論理上の疑問点にはほぼ応答することはなかった。今後、本判決を憲法研究者その他が検証することが推察されるなかで、裁判所と研究者等によって書かれた意見書との対話のあり方を考えるうえでも、今回の裁判に関する資料を

示しておきたいという思いから、控訴人代理人(原田武彦弁護士ら弁護団)の了承を経て、本論集に掲載することとした(掲載にあたっては基本的に意見書提出時のままとし、加筆・修正部分には下線を付した)。

本件意見書提出について、原田弁護士をはじめとする弁護団の諸先生より貴重な機会をいただけたことに感謝申し上げたい。(新井記)

はじめに

公職選挙法(以下、「公選法」とする。)11条1項2号は「禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者」は選挙権を有しないことを規定している。この規定を理由に、禁錮以上の刑に処せられた者(以下、「受刑者」とする。)が、刑の執行中に実施された衆議院議員選挙(平成26年12月14日実施)において選挙権を行使できなかったことについて、①精神的苦痛を受けたとして国家賠償法1条1項に基づく慰謝料等を請求し、あわせて②次回以降の衆参両院議員選挙における投票者としての地位の確認を求めた。同訴訟では、①、②を主張する前提として、原告が、③受刑者の選挙権を制限する公選法11条1項2号は憲法の諸規定(前文、1条、43条1項及び15条1項など)に違反する、と主張していたが、一審判決で広島地裁は、③に関して、公選法11条1項2号は憲法の諸規定に違反しないとし、原告の上記①、②の請求を退けた⁽¹⁾。

上記のうち、広島地裁による③に関する結論及びその理由については、憲法学の視点からすると、必ずしも十分な検討を踏まえたものではないと考え

(1) 広島地判平成28年7月20日判時2329号68頁(評釈として、千國亮介・新・判例解説 Watch20号(2017年)39頁)。以下、広島地裁による本判決について「広島地裁は…」との表現で引用をする場合などが多く見られるが、逐一引用元の頁を示すことはしない(その他の諸判決も同じく、引用元の頁を示さない場合がある)。また、断りのないかぎり、本稿での「広島地裁」とは「本判決を行った広島地裁」のことをいう。

ている。理由は、選挙権の理解自体が不十分なうえ、従来の最高裁判決をはじめとする諸裁判例、なかでも在外国民の選挙権（行使）制限をめぐる平成17年最高裁大法廷判決⁽²⁾（以下、「平成17年判決」とする。）の論理の内在的読み込みが甘く、同判決の射程を見誤ったことを端緒とする判断がなされているからである。

以下、「公職選挙法11条1項2号の合憲性」を中心に、広島地裁による論理と突き合わせつつ、憲法学の視点から意見を述べることにする。

1. 選挙権制限と憲法

(1) 「普通選挙原則」について

憲法15条3項は「成年者による普通選挙を保障する」と規定する。「普通選挙」の対義語は「制限選挙」である。民主主義国家では、多くの場合、この制限選挙から普通選挙への移行が見て取れる。しかし、その初期における移行により、ゼロから百への転回が起きたわけでもなく、普通選挙原則を採用したとしても現代ではおよそ許されない選挙権（行使）制限が見られたことに注意したい。

明治憲法下の日本ではかつて、収入などを理由とした「制限選挙」が採用されていたが、その後、男子普選へと移行した。しかしこの時点ではまず女子普選がなかったことに加えて、大正14年（1925年）の衆議院議員選挙法では、男子普選の下における選挙に関する消極的要件（欠格事由）として、①華族の戸主、②軍人、③禁治産者、④準禁治産者、⑤破産者、⑥貧困により公使の扶助を受ける者、などが挙げられていた⁽³⁾。

これに対して戦後、男女普選の導入に至り、男子普選において欠格事由と

(2) 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

(3) 長尾一紘「選挙に関する憲法上の原則（上）」Law School 12号（1979年）76頁。

70 - (意見書) 禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権を制限する公職選挙法 11 条 1 項 2 号の合憲性 (新井) されていた⑤, ⑥などが廃止され (昭和 22 年), また, ④についても廃止された (昭和 25 年)⁽⁴⁾。ただし, ③については継続的に制限され, 成年後見制度が整備された後も「成年被後見人」の選挙権制限を定めることになり, これについて平成 25 年の東京地裁判決が違憲と判断し⁽⁵⁾, 同制限が国会で廃止されたことは記憶に新しい。

また憲法は「成年者による普通選挙」を規定し「未成年者」の選挙権を保障していないが, 日本が長らく法律で満 20 歳以上としてきたことをめぐっては, 最低年齢をもっと低くしてもよいのではないかといった議論があったことも影響し, 2015 年の公選法改正により, 2016 年 6 月 19 日以降の選挙から満 18 歳以上の日本国民に選挙権が付与された。

以上のように, 歴史的には普通選挙原則の下でも欠格事項の存在が多く見て取れたが, 選挙権付与の原則の意味合いは時代により変化し, できる限り例外を減らしていくのが現在の潮流である⁽⁶⁾。特に受刑者の選挙権に関して言うならば, 平成 25 年 9 月 27 日の大阪高裁判決が, 国賠の認定には至らなかったものの, 受刑者の選挙権を制限する公職選挙法 11 条 1 項 2 号について違憲と判断したことは特筆すべきである⁽⁷⁾。

(4) 長尾・前掲注 (3) 76 頁。

(5) 東京地判平成 25 年 3 月 14 日判例時報 2178 号 3 頁。

(6) 日本国憲法下になってからも, 古い憲法学の文献のなかには, (かつての) 禁治産者や禁錮以上の刑に処せられその執行を終えるまでの者などの選挙権制限について憲法 44 条の禁止する制限ではないといった指摘は見られるものの, そうしたものの多くが理由を十分に示すことなくそれを許容する (例えば, 宮澤俊義・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』(日本評論社, 1978 年) 362 頁)。しかしながら, 近年の憲法の教科書類においては, そうした無批判な記述は少なくなっており, 受刑者の選挙権に関して言えば, 大阪高判平成 25 年 9 月 27 日判例時報 2234 号 29 頁などの影響もあり, 再考がされていることに注意が必要である (例えば, 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法 I 基本権』(日本評論社, 2016 年) 419 頁, 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 (第 4 版)』(有斐閣, 2017 年) 305 頁)。

(2) 一般的な平等原則との違い

ここでは普通選挙原則と通常の平等原則との関係について述べておきたい。というのも、通常の平等原則の場合、合理的差異取扱いであればそれは正当化してよい、といった文脈で考えることがしばしば見られるものの、普通選挙原則は、それとはよって立つ規範の意味が異なることを示しておきたいからである。

一般的な平等原則をめぐるのは、相対的平等が論じられる。それは、人々の特性に応じて取扱いを変えなければ、実質的平等を達成することができない場合があるからである(例えば、老人や子どもに関する差異取扱いなど)。しかし、普通選挙原則は、そうした実質的平等論を採用せず、絶対的平等が大原則であることに注意したい。その理由は、普通選挙原則では、(憲法上の制約としての未成年者の場合を除き)国民各人の属性や特質、その他さまざまな相違については一切着目せずに一人一票を与えること自体に意味があるからである。そこでは、いかなる道徳主義者やそうでない人も、いかなる思想を持つ人も持たない人も、等価的に政治過程に参加できる「建て前」が最も重視される。貧乏であるがゆえに2票を与えるといった実質的平等の確保システムの視点は後退しなければならない。つまり選挙権の「絶対的平等」付与が大きな力を発揮し、選挙権の制限は、真にやむを得ない場合にしか観念されない。では、そのような「真にやむを得ない場合」は観念できるのだろうか。それは選挙のルールや諸原則自体を歪めさせる事態くらいしか考

(7) 大阪高判平成25年9月27日判例時報2234号29頁。評釈として、倉田玲・新・判例解説 Watch14号(2014年)39頁、西村裕一・判例セレクト2014 [I] 8頁、稲葉美香・平成26年度重要判例解説 [ジュリ1466号] 30頁、金子匡良・自治研究92巻4号(2016年)130頁等を参照。なお、大阪高裁に提出された意見書でもある、倉田玲「公職選挙法第11条第1項第2号の憲法適合性の欠如」立命館法学352号(2013年)282頁も参照(なお、倉田は、同論文の他にも「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(2005年)876頁などを含め、受刑者と選挙権をめぐる複数の論稿を発表している)。

72 - (意見書) 禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権を制限する公職選挙法11条1項2号の合憲性(新井)
えられない、というのが普通選挙原則の要諦である(後に詳しくふれる平成17年判決は、素直に読めば、そのことを規範化しているといえる)。

なお、「普通選挙原則は選挙人の資格要件にかかわる厳格な人格主義的原理であるのに対し、平等選挙の原理はその資格を認められた有権者の投票効果を問題とするものであって、議論の局面がかなり異なっている」ことから「普通選挙の原則は平等原則を『政治的関係』に適用したものであるが(憲法一四条参照)、比較法的にみると、普通選挙と平等選挙とは明確に区別される⁽⁸⁾」という指摘も、普通選挙と平等原則・平等選挙との関係を考えるうえで、ここであわせて紹介しておく。このうち普通選挙が「厳格な人格主義的原理」であるという点が、本稿の主要論点との関係では特に重要である。

(3) 普通選挙原則のもとでの「投票者の法的不問」

広島地裁は、「受刑者は…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できる。」としている。しかしこの点、次の2点から再検討を要する。

第1に、「遵法精神の欠如」云々という点である。民主主義国家では、事実的意味において、政治的知識や意識の適切な涵養が市民に求められており、それをもって自由で民主的な、より良い国家を目指すことが求められる。つまり、人々の高い市民意識が制度を支える重要な要素となっている。もっとも大衆民主主義のもとでは、その政治制度を支える選挙民が常に「(選挙の投票においてしっかりと政治意識を持つ)有徳の市民」であるとは限らない。では、人々が不十分な政治意識あるいは不徳な気持ちで選挙での投票に臨んだ場合に何らかの法的ペナルティをそれらの人々に課すべきことや、そうした人の投票を禁止することを憲法(原則)が要請しているかといえばそうではない。憲法15条4項は「秘密投票」原則を示し、後段で「選挙人は、

(8) 大石真『統治機構の憲法構想』(法律文化社、2016年)130頁。

その選択に関し公的にも私的にも責任を問はれない」と明示する。憲法は、各人の投票の結果の法的責任を問わないことに積極的意義を持たせている。投票者による選択に関する責任が問われないこと、それは、投票者の「質」等を見ないことをあえて選択しているのだ、ということに注意が必要である。

たとえばある一定層では、投票行動において、候補者の政治的理念ではなく、容貌の美醜でもって判断する場合があることがこのところ話題となることがある。その場合、そうした「ある一定層」の人々は、政治的判断がしつかりとできない者として選挙権を制限できるのだろうか。この点、論者によっては「そうした人々を実際に把握できないから、選挙権の制限をできない」との回答を寄せるかもしれない。しかし、そうではない。「把握できたとしても、選挙権の制限をできない」のである。

(4) 選挙権の公務性

第2に、広島地裁が、第1を前提に「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」云々という点である。選挙権の法的性質をめぐっては、伝統的に権利説と公務説、そしてその折衷(二元)説が紹介されることが多い。そしてまた、この公務性が、普通選挙原則における選挙権制限(例外の設定)をしやすくするといった言説が見られることがある。広島地裁も、選挙の公務性が憲法44条にいう「明文で選挙人の資格を法律の定め委ねていることから」につながるかのような説示をし、「憲法は、法律が合理的な理由に基づき選挙人の資格の制限(欠格条項)を定めていることを許容している」とする。

しかし、このような説示は、論理的には十分とは言えず、仮にかつてそうした議論が展開されていたとしても、もはや現在では説得力に欠くと言えよう。というのも、判例は「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⁽⁹⁾」などと再三述べてきており、学説もまた、「二元説においても権利としての側面が強調されるようになった結果、両説の具体的な解釈上の

違いはほとんどない⁽¹⁰⁾」と言うように、選挙権の公務性を強調することにより解釈に差異を生じさせる理論展開がいまや法的対話において取り残された存在となっているからである。また、仮に公務性を理由とした論理を展開するとしても、普通選挙原則の要諦は「選挙において人々が投票できる地位」が平等に保障されること(上記「厳格な人格主義的原理」)にあり、公務的性格があるものとして読み替えたとしても、それは、(公務としての)「選挙において人々が投票する地位」に人々が等しく就任できることを意味するにすぎないからである(人々には納税の義務があるからといって、人々の間で不公平な税秩序を形成できるわけではなく、公正な納税を求めることが要求されるだけにすぎないのと論理は同じような気がする)。

従来型のややミスリードな公務説に則ったとされる説明の展開にあたっては、一般的な公務員採用の場合と本件の問題とをパラレルに捉えることで、さらなるミスを誘うことになる。一般的な公務員採用では、公務員就任にあたっての欠格事由が法律上制度化されているが、ではこうした欠格事由の一つに受刑者を数えることは違憲であるのか。このことについて私はそれを全て違憲であるとは考えない。というのも一般的な公務員の場合、公務員は一般市民に対する公権力行使者となり、その公権力行使が、市民の法的利益の存否に直接的に及びることから具体的害悪が生じ、公平・公正に実施されることが法的に強く要請され、その場合に(公権力者を縛る)「法への忠誠」心が各人に求められるからである。また、ここにいう公務員としての意思表示や行為は、(国家賠償法の存在により、公務員個人がその責任を負うかどうか別としても)法的責任の対象になることもある。

これに対して選挙は違う。もちろん選挙人が、選挙の公正の実現を妨害したり、不当な手法によって投票結果を歪めたりしてはならないことは明らか

(9) 最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁。

(10) 渡辺(他)・前掲注(6)415頁。

であるが、すでに述べたように、そのようなことがない限り投票における各個人は、公務としてであろうと権利としてであろうと、その投票が法的評価の対象となることはないであろう。たとえば人種差別的思考が理由で非常に汚いヘイトスピーチをする立候補者がいて、(公務としての地位にある)投票者が、そのヘイトスピーチに賛同してその候補者に投票したとしても、その投票行為を「法的」に責めることはできない。一般的な意味での公務員が、そうした下品なヘイトスピーチを市民に向けて行った場合(あるいはそれを行った人に対する最大限の賛美を示した場合)に、ときに何等かの懲戒がなされる可能性があることとは完全に区別される。

普通投票制度の下では、選挙権の性質を権利と公務、そのどちらに理解したとしても、特定の人物の思考を国家が事前に把握し、一定の質を確保できないと考えられた人々を投票者から排除することを防ぐことに意義がある。唯一の例外として、政治的意思決定能力の欠如などを理由に未成年者の選挙権の一律制限がされる(憲法15条3項)ものの、これは憲法上明示的に限定された例外である。こうした例外があるからといって、成人について政治的意思決定能力が欠如している者を具体的に観念し、法律上の制限を加えることができることには直ちに繋がらない。成人については、権力側による恣意的な政治的意思決定能力者の選択を防ぐという規範的意味があるからこそ、人々には形式的なレベルにおいてすでに政治的意思決定能力があるのだという「建て前」が前提となり、そのスクリーニングをすでに経ているという起点から普通選挙原則の議論を出発しなければならない。

(5) 選挙制度法定主義と普通選挙原則の関係

選挙の公務性に加え、憲法44条が選挙制度法定主義を定めていることから、広島地裁は、「法律が合理的な理由に基づき選挙人の資格の制限(欠格条項)を定めていることを許容しているものと解される」とする。しかし、こうした論理展開も、憲法44条の選挙制度法定主義の理解としては浅いもので

76 - (意見書) 禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権を制限する公職選挙法11条1項2号の合憲性(新井)
ある。

選挙権は、通常的自由権規定などの妨害排除請求権として構成できる権利とは異なり、選挙を実施するための「制度に依存した権利⁽¹¹⁾」である。つまり選挙権は誰かが形成した制度のうえでなければ行使できない性質を持つ。そこで憲法は、選挙制度の形成権能を国会に配分している。しかし、ここで注意すべきことがある。憲法がその権能を国会に配分したからといって、それをもって権利制限を自由に行うことができるという関係にはない点である。選挙制度の形成においては、憲法上明示する諸条件とともに、暗示の選挙原則が重視される。それらのうちの 하나가、上記にいう普通選挙原則になるが、これを憲法上示唆する規定の一つが、44条但書き(「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならない」)である。これら列举事項は、これまで指標にされることの多かった制限事由の例示であるにすぎず、明示的に列举されていない事由について立法府に選挙権制限を可能とする一定の裁量が安易に認められるということではない。どのような制限でも慎重な検討が求められており、それが立法裁量を超えた「権利制限」の問題となるのか否かについて見極めが必要なわけである。

ところが広島地裁は、以上の但書きの「ほかは、選挙人の資格について具体的な規定を定めていないことを併せ考慮すれば」、「選挙人の資格の制限(欠格事項)を定めることについて」、「立法府に一定の裁量が認められている」とし、憲法44条但書きの列举事項となっていないことを一つの大きな判断要素として、最高裁平成17年判決のような厳格な判断を要求しないと結論を導いている。こうした広島地裁の憲法44条の読み方は、列举事項の意味合いとそれ以外との関係とを「普通選挙原則」の文脈(コンテキスト)に則することなく文言解釈をしたものにすぎない。平成17年判決において福田補足意見は「国会は、平等、自由、定時のいずれの側面においても、国民の選挙権

(11) 小山剛『「憲法上の権利」の作法(第3版)』(尚学社、2016年)166頁。

を剥奪し制限する裁量をほとんど有していない。国民の選挙権の剥奪又は制限は、国権の最高機関性はもとより、国会及び国会議員の存在自体の正当性の根拠を失わしめるのである。国民主権は、我が国憲法の基本理念であり、我が国が代表民主主義体制の国であることを忘れてはならない」としている。この福田補足意見のような選挙制度に関する国会裁量をめぐる視線を少しでもくみ取る必要がないだろうか。

以上まとめると、広島地裁は、選挙権が制度依存的権利であるがゆえに、その制度設計が国会に任されているにすぎないということへの理解が不足しており、選挙権制限に関する国会裁量の羈束性について関心を寄せていない印象がある。

(6) 制限根拠の最小限性

選挙権の憲法上の明示的制限としては、未成年者の選挙権制限がある。では、これ以外の選挙権制限は全く合理化できないのかというところではない。それが不正選挙を排除するためのペナルティとしての場面である。

普通選挙原則のもと、様々な思考を持つ各人がルールに則って投票をしさえすれば、得票数のみで当選者が決まるはずである。しかし、選挙による公正な代表者の選出という国家的行為の達成において、もっとも脅威となるのが不正選挙である。不正な投票用紙を用いた投票などで投票自体が外在的に歪められる事態や、また各人が自由に投票すべきところでその投票において様々な不正な妨害が生じる事態が生じることは避けなければならない。選挙を媒介とする民主主義社会では、選挙の結果自体が統治の正統性に直結する。逆に言えば、選挙結果が外在的な不正によって歪んでしまえば、選挙当選者自体が統治の正統性を担うことができない事態を招く。「選挙の自由と公正」の確保は、民主主義的統治の正統性を支える意味において、選挙でなによりも大切である。

そこで人々による「選挙の自由と公正」侵害には、いくつかのペナルティ

78 - (意見書) 禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権を制限する公職選挙法11条1項2号の合憲性(新井)

が用意される。一つは、①刑事罰などを用いた制裁である。他方は、②選挙のルールを破った者に対する選挙への不参加を命じる制裁である。選挙のルールを破ったことに対する制裁は、選挙の自由と公正の確保という目的から正当化されるものの、その制裁の具体的手段としてこれら①②のどちらを用いるのか(あるいは両者を用いるのか)という点をにわかに判断するのは難しい。特に、選挙のルールを破ったとしても選挙に参加させないという制裁(②)は、権利制限の手法として過度なものであるといった意見も考えられよう。このようにいかなる制裁手法を取るのかという点は実は難しいところであるものの、選挙の自由と公正を侵害する行為に対して一定の制裁をすることは十分合理性がある。他方、そうした利益侵害をしていない場合に、選挙権制限となる制度設計をすることはどうか。その場合、憲法上の明示的制限を除けば、普通選挙原則を超えなければならないほどに守るべき理由づけは見つけることができず、基本的には許されないという視線が重要なことを繰り返しておきたい。

2. 広島地裁による平成17年判決における判断枠組みからの逸脱について

(1) 広島地裁による平成17年判決の判断枠組みの不採用

以上では、広島地裁判決における選挙権制限理解をめぐる問題点を指摘してきた。以下では、最高裁大法廷判決を中心とする諸判例で示された判断枠組みや論理について、広島地裁が十分踏まえていないか、あるいは踏まえたとしても結論を急ぐあまりに、その意図的な読み替え、あるいは判例の射程からの逸脱があることを示唆したい。

本件で原告は、在外国民選挙権訴訟において最高裁平成17年判決が示した選挙権(行使)制限の正当化に関する判断枠組みを用いて、本件欠格条項の違憲主張をしている。平成17年判決の判断枠組みとは、以下の部分をいう。

「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない。」「そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反する」。

以上について広島地裁は、「平成17年判決は…主として投票制度の技術的な問題、事務処理上の問題を理由に、国政選挙における選挙権の行使の全部または一部を認めないことの憲法適合性が問題となった事案であるのに対し、本件は、選挙人の資格の制限（欠格条項）を定める立法の憲法適合性が問題とされているのであって、事案を異にする」という。続けて「平成17年判決が、原告の引用する説示の前に『自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として』と説示し、原告の引用する説示に続けて、『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』は憲法に違反するといわざるを得ず、国には選挙の公正を確保しつつその行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務がある旨説示しているのも、同判決が、選挙人の資格があることについては異論がなくもっぱら投票制度上の問題によりその行使ができない事案について判示するものであり、憲法は一定の範囲で法律により選挙人の欠格事由が定められることを許容しており、その憲法適合性については同判決の基準とは別の枠組みによるべきことを前提としている趣旨と解される。」としている。

広島地裁によるこうした論理は、平成17年判決における判断枠組みの趣旨

の読み違いではないかという疑いを抱かざるを得ない。

(2) 「事案を異にする」という評価について

まず問題としたいのは、広島地裁が「事案を異にする」として平成17年判決の規範理解を本件で採用しない点である。具体的には、①「(平成17年判決が) 選挙人の資格があることについては異論がなくもっぱら投票制度上の問題によりその行使ができない事案について判示するものであり」、②「憲法は一定の範囲で法律により選挙人の欠格事由が定められることを許容しており」、③「その憲法適合性については同判決(平成17年判決一筆者)の基準とは別の枠組みによるべきことを前提としている趣旨と解される。」と説示するところの、①部分から③部分への論理の飛躍についてである。

平成17年判決は、「自ら…ことは別として」の次に、慎重にも「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」としており、(ア)「国民の選挙権」制限と(イ)「(選挙権の)の行使」制限とが両者ともに原則として許されないことを明示する。そして、在外国民の場合には、このままでは(「国が国民の選挙権の行使を可能にするための所用の措置を取らないという不作為によって」)「選挙権を行使することができない」状況におかれているとする。つまり最高裁は、在外国民の選挙権問題を(イ)と捉えている。他方で、最高裁は(ア)のカテゴリーを設けながら、(イ)との差異をあえて見出していない。では、(ア)にはどのようなものが入るのか。そこには国家による積極的な選挙権制限、すなわち欠格事項の設置について考えることができよう。平成17年判決は、(イ)の該当事案、すなわち(広島地裁の示す)「投票制度上の問題によりその行使ができない事案について判示」することに加え、(ア)に該当する制限も同様の規範理解で論じることをあえて採用しているのである。

以上からすれば、次のことがいえそうである。

i : 広島地裁のいう②部分(欠格条項を置くこと)は、仮にそれが言えた

としても、平成17年判決が、(ア)と(イ)とを同じ規範理解のもとで検討していることからすれば、①部分も②部分と同じレトリックに取り込まれるはずであるから、つまり同じ規範での判断になるにすぎないこと。

- ii : そうなると、②部分から、なぜ③「その憲法適合性については同判決(平成17年判決—筆者)の基準とは別の枠組みによるべきことを前提としている趣旨」になるのかがわからないこと。

広島地裁は、少なくともiiの論理必然性につき、適切に提示しなければならないはずである。しかし、それはおそらくできないのであろう。それはこの部分が単に、広島地裁が合憲の結論を安易に導くためだけに書いた「作文」だからであり、平成17年判決の論証を真摯に受け止めようとする姿勢がないからである。しかし、こうした広島地裁の解釈は、判例の論理を的確に踏まえることなく行われたものであることからすれば、最高裁の諸判例でしばしば見かけられるフレーズである「(判例の趣旨を踏まえない)独自の見解であり、採用することができない」ものとなるはずである。

なお、この点に関連して、すでに削除されている公選法11条1項1号における成年被後見人の選挙権制限(欠格条項)の合憲性をめぐって東京地裁は、平成17年判決の判断枠組みを用いて、違憲状態であることを示した(本稿注(5)参照)。その後、国会が、最高裁判決などを待たず成年被後見人の選挙権制限を立法で廃止したことは周知の事実である。広島地裁のロジックに従えば、(対象者の性格とは関係なく)成年被後見人もまた受刑者と同様の「ロジック」の下で議論される欠格条項であることから、「もっぱら投票制度上の問題によりその行使ができない事案」である在外国民の場合と「事案を異にする」ことになろう。仮に本件における広島地裁の裁判官が、同事件を判断したのであれば、どのような判断を示すのかが興味深い。

(3) 「事案を異にする」という説示の作為性

以上のように、在外国民の選挙権（行使）制限を検討した平成17年判決の判断枠組みは、論理的に見るならば、本件のような受刑者の選挙権をなく奪する欠格条項に関する審査でも同様に用いられるべきことを最高裁大法廷自らが示したと推察される。他方で広島地裁は、大法廷判決の枠組み自体を否定することなく、本件事例をあえて「事案を異にする」として平成17年判決の判断枠組みと切り分ける手法を採ったのだといえる。ではこれをいかに評価すべきか。

これに関し、平成17年判決の判断枠組み（審査基準）は、きわめて厳格なものであったという評価が一般的になされている⁽¹²⁾。そこで、平成17年判決以降、様々な選挙権制限事例が裁判所に持ち込まれることになり、選挙権（行使）制限をめぐる憲法訴訟が活況を呈しているのは周知のことである。そうしたなかで一部の裁判官は、どうにかして平成17年判決で示された判断枠組みを相対化しようとする。たとえば、帰化した日本人の選挙権に関する公職選挙法の3か月要件をめぐることは、地裁、高裁ともに原告が敗訴はしたものの、各裁判所で論理が全く異なる。地裁は平成17年判決の判断枠組みを採用し⁽¹³⁾、他方高裁は、その判断枠組みを採用しない⁽¹⁴⁾。高裁はそうすることで、より緩やかな合憲性審査をすることができた。こうした手法は、なるべく否定したくない大法廷の規範理解について、自らそれを否定することなく、しかしながらその枠組みを相対化するために、下級審においてよく用いられる。

たしかに、ある法律によって憲法上の権利制限が生じていることをめぐる審査においていかなる判断基準を定立すべきかについては、それぞれの事案

(12) 例えば、平成17年判決の判断枠組みにつき「厳格な基準の破壊力は凄まじく」（木下昌彦「公職選挙法の定める3か月記録要件の合憲性（東京高判平成25・2・19）」判例セレクト2013〔1〕10頁）との評価がある。

(13) 東京地判平成24年1月20日判例時報2192号38頁。

(14) 東京高判平成25年2月19日判例時報2192号30頁。

の性質により基準も変えていくべきとする意見もあろう。しかし、そうなる
と結局のところ、審査にあたっての基準はないのと等しくなる。というのも、
裁判所が「事案を異にする」と自ら認定することで、権利の制約に関する数
限りない判断基準が示されるだけにすぎず、事例ごとの恣意的判断が「事案
を異にする」というマジックワードのもとに可能となるからである。そうで
あるからこそ、広島地裁判決による「事案を異にする」という説示もまた、
結局のところ、本件における選挙権制限について厳しい審査基準を逃れるた
めの技巧にすぎないとの判断をせざるを得ないのである。

(4) 平成17年判決の「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権につ
いて一定の制限をすることは別として」という記述から、「憲法は一定の範囲
で法律により選挙人の欠格事由が定められることを許容する」趣旨であるとの
論理を導くことについて

広島地裁判決は、平成17年判決の「自ら選挙の公正を害する行為をした者
等の選挙権について一定の制限をすることは別として」という記述からも、
「憲法は一定の範囲で法律により選挙人の欠格事由が定められることを許容」
する趣旨であるとの論理を導くようにも見える。しかしこの点に関して広島
地裁は、平成17年判決における「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」
について、日本語の法論理的帰結としては一般的には採用しえないはずの読
み方を採用している。

広島地裁は平成17年判決の「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」のうち、「等」の（選挙権行
使とは異なる）選挙権制限に注目したかどうかは判決の文面上は定かではな
い。しかし「等」の存在がなければ「自ら選挙の公正を害する行為をした者」
しか制限の例外として検討できない。これに対して広島地裁が「憲法は一定
の範囲で法律により選挙人の欠格事由が定められることを許容して」とい
う論理を運ぶためには、そこに言う「選挙人の欠格事由」を広く読める文言が

必要となる。そこで「等」が無視できない言葉となってくる。

その形式的意味上、様々な内容を読み込むことができる「等」であるが、しかし広島地裁が以上のような論理を展開するためには、法的な言語行為を行うにあたっての大きな問題が生じる。それは、「自ら選挙の公正を害する行為をした者」という言葉が例示されて「等」という語と結びつけられている場合、(A)「自ら選挙の公正を害する行為をした者等」のなかに、(B)「禁錮刑以上の刑罰を受けている者」といった範疇を読み込ませるといって、含有関係が成立するであろうか、という問題である。

この点、通常の言語的推論からすれば、「〇〇等」といった文章が登場する場合、「等」の中には「〇〇」に類似するものが入ることになる。しかも権利制限に関わる法的文章では、その規制も最小限に抑えられなければならないことを併せ考えるのであれば、「〇〇」とは関わりのないものが「等」に含まれることにはならないであろう。もし、ここで「等」の意味を様々なものが入る言葉として読むとすれば、言語的な推論ができないような言葉(例えば「女性である者」、「老人である者」といったことをいくらかでも入れることができ、規範としての意味をなさなくなる。

では上記(A)は、(B)を含有するほどまでに、例示的機能を果たすのかどうかということが次に問題となる。しかし、それはそうともいえない。というのも、(A)と(B)とはそれぞれのペナルティを受ける原因となる行為の性質が異なっており、含有関係が成立しないからである。そこで通常のロジックからして、もし「～等の選挙権について一定の制限をすることは別として」の「等」の部分に(B)を入れたいのであれば、(B)の内容を明記しなければならないであろう。しかし最高裁はそれをしていない。となれば、ここにいう「等」の意味は、おのずと限定を伴う中身にならざるをえないはずである。この点、平成17年判決も、ここに示される「等」の内容を拡大解釈するつもりがないであろうとする考え方は、私独自の見解ではなく、別の論稿でも指摘されていることを付言しておきたい⁽¹⁵⁾。

以上からすると、法律により選挙人の欠格事由が定められることの合理性判断は、少なくとも平成17年判決の内在的理解に従えば、「～等の選挙権について一定の制限をすることは別として」という文言を理由にするのではなく、その後に出場する「～やむを得ない事由があるとはいえない」とする判断基準を用いることが求められる。これに対する広島地裁の判断手法は、平成17年判決の判断枠組みから生じる論理的必然性について踏まえることなく、先例としての価値のある判断枠組みからの意図的な脱却を図ろうとするという評価を免れない。

3. 公選法11条1項2号の合憲性審査

平成17年判決が示した選挙権(行使)制限に関する比較的厳しい審査の基準を本件事例において採用しないとして、そのこととは別に、広島地裁が、受刑者の選挙権制限を正当化する論証に成功しているだろうかという点、それも成功していない。そのことについて以下検証したい。

(1) 選挙権制限の(目的の)正当性, 合理性

受刑者の選挙権制限の目的の正当性, 合理性に関して広島地裁は、以下のように述べる。

「受刑者は、執行猶予が付されることなく、あるいはこれが取り消されて受刑している者であることに照らせば、典型的に見て、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

(15) 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2012年春季号84頁。

行使の主体としての適格性に疑問がある者ということができる。

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

以上において受刑者は、①「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」、②「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」とに区分される。

①については、自由刑と選挙権との関係について後述するのでそこを参照されたいが、選挙権制限を自由刑の1つに入れることについては、他の権利・自由との性質の違いを踏まえた慎重な判断が必要である。しかし、その違いになら触れていないのが広島地裁判決の問題である。

②については、「公務性」と選挙権制限とは無関係であることを示した通り、制限の正当性、合理性を弁証する理由とはならない。また気をつけたいのは、「遵法精神の欠如も著しいということができ」の部分「公務」に係ることを前提にしつつも、単に「遵法精神の欠如」という部分だけを切り取った場合には、選挙権制限の正当化にあたって人々の「能力」論に近づく可能性を注意したいところである。

いずれにしても広島地裁は、この部分の正当化、合理化の論証を十分に終えていない。

(2) 「公明かつ適正な選挙権行使の確保」と「欠格事項としての受刑者」との関連性

さらに広島地裁は、「公明かつ適正な選挙権行使の確保」のための手段としての受刑者の欠格条項の必要性について触れている。この点、広島地裁は、「受刑者は、典型的に見て違法性の高い反社会的行為を行った者であり、遵法精神に欠け、公正な選挙権の行使を期待できない」といった被告側の主張に対し、「受刑者に選挙権の行使を認めることによって、直ちに選挙の公明や適正が害されるとも認め難いことは原告指摘のとおりであり、選挙の公正という観点からのみ考えた場合、受刑者一般について欠格条項を定めることが公明且つ適正な選挙権行使の確保のために必要不可欠なものとは認め難いというべき」としている。しかしここで気を付けるべきは、広島地裁は、「必要不可欠なものとは認め難い」というだけで「公明かつ適正な選挙の実施との間に相応の関連性が肯定できる」のであれば合憲であるとする点である。

ではその「相応の関連性」審査に成功しているかということ、そうとはいえない。というのも、広島地裁は「法秩序に対する違反の程度が著しい」とことと「公明かつ適正な選挙」との関連性について、具体的な論証を全く示すことなく「相応の関連性」があるとの「作文」をしているにすぎないからである。関連性があるというのであれば、ぜひその理由を示してほしい。

なお、上記において「選挙の公正という観点からのみ考えた場合」（下線筆者）に受刑者の欠格条項を定めることが必要不可欠なものとは認められないとするが、この「のみ」以外は何を意味するのか。おそらく、自由刑における受刑者の拘束や応報感情のようなものを入れるのであろうが、次に見るように自由刑における自由・権利制限については、一般的な身柄拘束等と選挙権制限の正当化論とは全く観点を異にするものでなければならないことに気をつけないと、粗悪な論理になってしまうことに注意したい。

4. 受刑者の選挙権制限に関するその他の諸論点

(1) 自由刑と憲法—選挙権固有の問題について

以上のような筆者の論調から、筆者は自由刑純化論を採用するのではないかと感じる人もあるかもしれないが、それは間違った認識である。当方は、日本国憲法の下において設定される懲役刑や禁錮刑における人身の自由の制限は「やむを得ない」ことと考えており、刑事施設内における人身の拘束や、反省・更生のための生活規律の徹底、懲役の行使などに関する多くの自由制限の制度に関して直ちに違憲であるとの見解を持ちあわせてはいない(もっとも、自由刑のあり方をめぐっては、自由刑の実施により奪われる権利・自由の範囲を見極め、今日では認められるべき自由に関するラインの引き上げが徐々に行われている状況、あるいは自由制限のラインの明確化がこれまで以上になされていることは、注意したい)。

しかし、そもそも自由刑の範囲において選挙権制限を正当化できるものかどうかということについては、以下のような慎重な考えを持っている。

第1に、プラグマティックな観点からの選挙権付与の重要性である。刑事施設収容施設に入れられた受刑者は、同施設内において遵法精神を涵養するための自由制限や教化が行われている。そのような教化では、受刑者の市民意識などの向上も意図されるであろう。そのような場合、一定の政治参加というのは、遵法精神を養う教化にとって、むしろプラスに働くのではないかと、ということである⁽¹⁶⁾。もちろん、受刑者が選挙の公正を侵すのであれば、その場合への法的制裁を科すことは当然であろう(そうならないように施設内

(16) 選挙への参加を「国民の一員として政治に積極的に参加するという公民教育」ととらえ「社会復帰のためにも非常に重要」とする稲葉実香「在監者の人権についての一考察」曾我部真裕・赤坂幸一編『憲法改革の理念と展開(下巻)』(信山社、2012年)581頁も参照。

投票に関する十分な制度構築が求められる)。しかし、そうした不正が見られない以上、市民意識の向上の一手段として選挙への参加を認めるということの意義はあると考えられる。ただし、こうした考え方は、単に選挙権付与「許容説」を導くにすぎない論理になりかねない。そこで、選挙権制限「禁止説」を導く論理として、より重要なのが次の2点である。

第2に、民主主義社会における統治の正統化原理の観点から、選挙権制限は自由刑のなかに取り込まれてはならないという考えである。つまり現代の民主主義社会では、あらゆる人々(善者も悪者も)がいることを当然の前提に、人々の政治参加を均等に認める建て前になっており(選挙人の確定における賢人政治の否定)、その承認によって、政治の正統性が維持される。他方、こうした人々の均等な政治参加が保障されることで、犯罪者が刑罰を受け身柄を拘束されること自体を民主的に正統化することにもなる。

第3に、受刑者自身を民主主義社会の内部における「統治する」あるいは「統治される」一員として観念し、彼らの市民としての声を受け付ける制度的装置としての意味合いも重要である。受刑者は、適性な裁判を経て刑罰を受けている以上、一定の自由の収奪を受けることはやむを得ない。もともと受刑者は、犯罪者であるという本質から、多くの場合、世間からは同情をされない少数者としての立場に置かれる。このような立場にいない「塀の外」の多数者は、それらの「塀の中」の少数者に関する処遇の在り方について、およそ関心を持たないか、持ったとしても刑事施設内の処遇について積極的改善を行う側に進んで立つことが考えづらい。そのようななかで受刑者自身が、刑事施設内の処遇の改善などについて求めるためには、一定の政治的アクセシビリティが確保されてよいはずである。ところが実際には、選挙権をはじめとして、受刑者にそうしたチャンネルはあまり与えられていない。彼・彼女らは、「刑罰」という国家権力による最も厳しい「人身の自由」制限を受けているにもかかわらずである。こうした民主的過程からの遮断は、彼・彼女らを「民主主義の番外地」としての存在としておくことにもつながりかねず、

かつての悪評名高い「特別権力関係」論のなかで受刑者を論じることにつながりかねない。

以上の第1から第3のうち、特に第2、第3は、自由刑による権利・自由の一般的制限の正当化とは異なる、選挙権にまつわる固有の論理であり、自由刑一般から論じることではできない。さしたる理由も示すことなく「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」であるから選挙権も制限してよいとする広島地裁は、法を司る機関として最低限考えるべき権利—とりわけ選挙権に固有の一制限理由さえも示していないことになる。

(2) 選挙制限の時間的範囲を理由として本件制限を正当化する論理の問題点

広島地裁判決は、受刑者の選挙権制限の合理化を論じるにあたり、「受刑者であることが選挙権の欠格事由となるのは、その刑の執行を受け終わるまでの期間であり、刑罰の軽重、すなわち法秩序に違反する程度に対応した期間が定められており、選挙権の制限の範囲が不当に広範であるとはいえない」との論理を示している。この論理は、選挙権制限について、その制限が無期限であれば重大であり、1回か2回といった有限のものであれば、その制限の強さはより弱くなるといったものである。しかし、これもまた選挙の本質を見誤る説示である。

というのも、選挙が「一期一会」のものであることを見落としているからである。選挙においては、ある一回的な結果が、政治に重大な影響を与えることになる。場合によってはその選挙結果で、従来とは異なる法秩序への転換が図られるような政策が実行されることも考えられる。すなわち一回的な選挙に参加できないことによる選挙権制限自体が本来、強い制限になるものと観念されなければならない。

広島地裁判決は、以上のような視点について考察を欠いている。

(3) 憲法改正国民投票権との関係

さらに広島地裁は、憲法改正国民投票において受刑者を欠格事由としていない法制度上の事実との比較において選挙権を受刑者に認めていないこととの整合性を問うた原告側主張に対し、「憲法改正の国民投票と公務員の選挙権はおのずとその内容が異なるもの」とし、「立法府が、受刑者に対する制裁として国民投票における欠格事由を定めるという選択をしなかった」としている。しかし、これも説得力のあるものだとは言いがたい。

というのも、両者が「おのずとその内容が異なる」ということについて、どのような差があるのかという問題があるからである。憲法改正に関する国民投票は、憲法96条1項で保障されており、主権論では「制度化された制憲権」に基づく権利と観念される。他方、(特別職)公務員を選出する「選挙権」は、一般的に憲法15条で保障される。両者は、投票する内容や対象、条文を異にする。しかし、国民に民主主義的決定を委ねる参政権の制度であることに変わりはない⁽¹⁷⁾。また立法実務では、「憲法改正の国民投票に関する法律」制定の際に、一般的な選挙年齢との関係性が議論の対象となった。そこで憲法改正の国民投票法では、満18歳上を投票権者としたものの、一般的な選挙年齢が満18歳以上に法改正されるまでは同国民投票も満20歳以上とするとしていた。これらはたしかに法律によって制定されるもので、国会の裁量が働くものであるかもしれない。しかし国会自らが、憲法改正の国民投票と選挙権について同一の年齢による実施を考えたという背景には、これら両者の参政権の性質を同一視したという事情があるのではないか。

このことに関連して、在外国民の最高裁判所国民審査に関する訴訟では、(被告に対し)原告側は「代議制民主主義を基本とする憲法の下においては、

(17) 「仮に、刑事施設の秩序維持もしくは教育上の理由により、参政権を制限することがやむを得ない理由があるとしても、そうであるならば憲法改正手続における国民投票でも同じ理由により投票権が認められないはずである」とする、稲葉・前掲注(16)581頁も参照。

国民審査権は、憲法改正に係る国民投票権と並び、主権者たる国民がその意思を直接表明する数少ない手段であって、重要な参政権であるというべきところ、選挙権という間接的な国政参加の権利について、在外国民にもその権利を認める以上、より直接的な国政参加の権利である国民審査権についてこれを認めない理由はない。憲法改正に係る国民投票権については、在外投票が認められているところ（日本国憲法の改正手続に関する法律62条）、主権者である国民の直接的な主権行使の方法として、憲法改正に係る国民投票権と国民審査における投票とを区別する理由はない。」と主張していると東京地裁がその要点をまとめているが、これに当の東京地裁が、「選挙権に関する憲法の規定（15条3項及び4項、44条ただし書）及び投票の機会の平等の要請（憲法14条1項参照）の趣旨は、国民審査における審査権についても及ぶものというべきであって、憲法は、最高裁判所の裁判官の罷免権である審査権を国民の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、国民に対して審査の投票を行う機会を平等に保障しているものと解するのが相当」⁽¹⁸⁾と応答する点に注目したい。

講学上「制度を前提とする権利」でありながらも、国民主権、民主主義を維持するための重要な権利として併せて議論されてきたこれらの諸権利について、何でもかんでも場合分けをして、あれは違う、これは違う、というふうに振り分ける理解が、果たして憲法全体の秩序維持との関係において正当化されうるのか。再考を要したい。

(4) 制度設計の可能性

本判決では、受刑者の選挙権を制限する理由として制度設計の困難性については挙げられていないので、論点化する必要はないかもしれないが、平成17年判決における選挙権（行使）制限の「やむを得ない事由」の審査におい

(18) 東京地判平成23年4月26日判例時報2136号13頁。

では、投票システムの制度化が困難かどうかという問題が議論されることがある。そこで本意見書でも、敷衍してこのことに触れておくと、そうした制度的困難性も選挙権制限を正当化する理由にはならないことを挙げておきたい。

第1に、受刑者の選挙管理は、さしたる困難な事情が見いだせない点である。受刑者の場合、実質的な居住地は刑務所内である。しかし多くの場合、もともとの住所地からの転出届を出していない場合がほとんどである（これには、出所後の生活を考へてのこともあろう）。そこで通常、もともとの住民票が残っており、そして、その住民票のある選挙区内の選挙人名簿に登録されている。さらに受刑者の場合、選挙人名簿からの抹消はなく、選挙権停止の旨が選挙人名簿に記載される。以上のことから受刑者の選挙人資格の把握は容易である。また受刑者においては身柄が捕捉されていることから、本人の身体・居場所管理は難しくない。もちろん、(身柄の拘束は、自由刑の本質部分でもあるから)選挙のために受刑場所から外に出るという措置を取る必要はないとしても、選挙人名簿登録地からの投票用紙の転送や投票時の郵便投票も制度化は可能である。

第2に、上述のように、憲法改正の国民投票においては受刑者を欠格者として見ていない。そこで受刑者が投票する制度設計が用意される。禁錮刑以上の受刑者の選挙権制限を違憲とした平成25年大阪高裁判決⁽¹⁹⁾は、「受刑者は、憲法改正の国民投票の際には収容中の刑事施設内において投票権を行使できる」とし、さらに続けて「公職選挙法48条の2第1項3号は、選挙の当日に刑事施設、労役場、留置場、少年院若しくは婦人補導院(以下「刑事施設等」という。)に収容されていると見込まれる投票人について期日前投票を行わせることができると定め、公職選挙法施行令50条は、上記不在者投票の方法に関する規定である同法49条1項の制度を利用して刑事施設等において投票をする場合の投票用紙及び投票用封筒の交付の請求方法等について具体

(19) 大阪高判平成25年9月27日判例時報2234号29頁。

94 - (意見書) 禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権を制限する公職選挙法11条1項2号の合憲性(新井)

的に定めている。これは、未決収容中の者については公職選挙法11条1項2号の適用がないことから、これらの被収容者の刑事施設等における選挙権行使の方法について規定したものであると解されるが、そうすると、現に刑事施設等に収容されている者であっても、不在者投票と同様の方法によって選挙権を行使することは可能」であり、「選挙権の行使をさせる上での技術的問題について未決収容者と受刑者の間に有意な差があるとは認め難い」とする。以上から同判決は、「未決収容者が現に不在者投票を行っており、また、憲法改正の国民投票については受刑者にも投票権があるとされていることからすれば、受刑者について不在者投票等の方法により選挙権を行使させることが技術的に困難であるということとはできず、この点が選挙権を制限すべきやむを得ない事由に該当するということはできない。」とする。加えて「受刑者に選挙公報を届けることは、在外国民に対する場合と比較して容易であるから、この点にかんがみても、受刑者が外部の情報取得について一定の制約を受けていることを選挙権制限の根拠とすることはできない」としている。

「制度設計の困難性」というロジックは、選挙権制限を正当化する一見それらしい理由に見えることもあるが、それは単に制度設計の懈怠を選挙権の犠牲の上で正当化するものにすぎない。

結論

(1) 受刑者の選挙権を制限する公選法11条1項2号は、憲法上保障された選挙権を不当に制限し、憲法の諸規定(前文、1条、43条1項及び15条1項など)に違反する。

(2) 原審の広島地裁判決は、受刑者の選挙権制限を合憲とするための理由づけや、最高裁判決などの先例の理解が不十分なものであり、再考、見直しが求められる。