

# 受刑者の選挙権に対する考察

A study of the right to vote of the convict

大岩 慎太郎

桐蔭横浜大学大学院法学研究科博士後期課程

(2010 年 9 月 15 日 受理)

## 1、はじめに

近年、選挙が行われる度に議員定数不均衡や外国人参政権という問題が散見される。また、高齢社会となった現在においては、障害者や高齢者の選挙権についても目が向けられるようになってきている<sup>(1)</sup>。しかし、その一方で、学説上でも違憲の疑いがあるとされている、受刑者の選挙権については話題になることがない。そこで、その受刑者の選挙権に着目し、受刑者の選挙権を選挙犯罪者と一般犯罪者とに分けて受刑者の選挙権制限の合憲性を検討していくこととする。

受刑者の選挙権を検討していく際に、さしあたり、選挙権とは何かということと、従来の受刑者の選挙権制限が特別権力関係論によって正当化されてきたということを意識しておく必要がある。まず、選挙権は何かということに関してだが、選挙権は、他の自由権と異なり公的な選挙制度(実際の選挙)に従って投票をすることによって権利を行使するという選挙権のもつ特殊性ゆえに、その法的性

格について学説上争いがあり、選挙権を人民(プーブル)の主権的権利とする権利一元説と選挙権を権利と公務との二重の性格を含むとする二元説とに大別される。<sup>(2)</sup>現在の二元説が選挙権の制約について厳格な審査を課し、選挙権の公務性よりも権利性を重視するようになってきており、両説の間には根幹にある主権論、とりうる制度の違い以外ほとんど差異がないようにみえ、また、「解釈論の次元では、機能的にみる限り、選挙権の基本的権利性が認められていればさしあたりは十分であり、一元説・二元説にあえてこだわる必要もない」<sup>(3)</sup>という意見もある。そこで、本稿においても選挙権について、一元説・二元説にこだわらず、選挙権の基本的権利性を前提として、受刑者の選挙権を考察していくこととする。

次いで、従来の選挙権制限が特別権力関係論によって正当化されてきたことに関しては、明治憲法下において受刑者の選挙権は特別権力関係論のもと容易に制限が正当化されてきた。この特別権力関係論とは、公法上の

Shintarou Ooiwa : Department of Law, Faculty of Law, Toin University of Yokohama, 1614 Kurogane-cho, Aoba-ku, Yokohama, Japan 225-8502

特別の原因によって成立する公権力と国民との法律関係を一般権力関係と区別することで「特別権力関係」と捉え、その特別権力関係においては「法治主義の排除」・「人権の制限」・「司法審査の排除」が妥当するという考えで、現在の日本国憲法のもとでは妥当しえない考えである。しかし、受刑者の選挙権制限、特に一般犯罪者の選挙権制限を考えるにあたって、日本国憲法によって否定されたはずの特別権力関係論に依拠した制限事由を採っているように感じる場面が多々ある。そこで、本稿においては、特別権力関係論を否定した日本国憲法において、どのように受刑者の選挙権制限が正当化されるのかを意識しながら受刑者の選挙権を考察していくこととする。

## 2、選挙犯罪者の選挙権

選挙犯罪者の選挙権は、公選法 252 条によって公選法 236 条の 2 第 2 項（選挙人名簿の抄本等の閲覧に係る報告義務違反）、240 条（選挙事務所、休憩所等の制限違反）、242 条（選挙事務所設置の届出違反）、244 条（選挙運動に関する各種制限違反、その二）、245 条（選挙期日後のあいさつ行為の制限違反）、252 条の 2（推薦団体の選挙運動の規制違反）、252 条の 3（政党その他の政治活動を行う団体の政治活動の規制違反）、253 条（選挙人等の偽証罪）の罪を除く同法 16 章に掲げる罪を犯し罰金刑となった場合には裁判が確定した日から 5 年間（執行猶予者については、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）、公選法 253 条（選挙人等の偽証罪）の罪を除く同法 16 章に掲げる罪を犯し禁錮以上の刑となった場合には、裁判が確定した日から刑の執行を終るまでの間及びその後 5 年間（執行猶予者については、執行猶予の期間、大赦若しくは特赦又は刑の時効により刑の執行を受けることがなくなった場合はそれまでの間。刑の執行の免除を受けた場合は、刑の時効の場合を除いて、その免除を受けなくなるまでの間及びその後 5 年

間）、累犯者の場合<sup>(4)</sup>には罰金刑なら裁判の確定した日から 10 年間、禁錮以上の刑の場合は刑の執行が終わるまでの間及びその後 10 年間選挙権が制限される。この公選法 252 条の規定の合憲性については、ほぼ半世紀前に選挙犯罪者が公選法 252 条 1 項、3 項について憲法 14 条、44 条に違反し、国民の参政権を不当に奪うものであると訴えた選挙犯罪者の選挙権・被選挙権の停止に関する訴訟<sup>(5)</sup>において合憲の判断がされて以降変更なく現在に至っている。この判決において最高裁は、選挙犯罪者は「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」とみとめるべきであるから、これを一定の期間、公職の選挙に関与することから排除するのは相当」とし、選挙権が「国民の最も重要な基本的権利」である以上「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って、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。」と示し、選挙犯罪者の選挙権制限を認めている。

この判決において、最高裁は「選挙の公正保持」を選挙権制限のためのやむを得ない事由と考えている。確かに、選挙権が実際の選挙によって行使されることを考えれば、最高裁が示す「選挙の公正保持」は選挙権を制限するためのやむを得ない事由といえるだろう。仮に、選挙の公正が害され、選挙制度が破壊されてしまうようなことが起きてしまえば、選挙権は行使の場を失い、行使することのできない形骸化した権利になる可能性がある。そのような可能性の除去（権利行使の場の確保）という意味で「選挙の公正保持」ということによって選挙犯罪者の選挙権を制限することに違憲の疑いはないといえるだろう。しかしながら、私見としては、以下で論じる一般犯罪者の選挙権について、本来一般

犯罪者の選挙権を制限するべきではないと考えており、たとえ、選挙犯罪者に一定の選挙権制限が必要であることに違憲の疑いがないとしても、一般犯罪者の選挙権制限を違憲状態とし、その制限がないと仮定すれば、現行法上の選挙犯罪者に対する選挙権制限が「選挙の公正保持」に必要な最小限度の制約といえるかについてはやや疑問が出てくる。一般犯罪者の選挙権を制限しないと仮定するのならば、現行法上の選挙犯罪者の選挙権制限範囲を選挙犯罪によって禁錮以上の刑に処せられた者が、その執行期間選挙権を制限されるということに狭め、そのような制限範囲であれば、「選挙の公正保持」に必要な最小限度の制約として正当化できると考える<sup>(6)</sup>。

### 3、一般犯罪者の選挙権

一般犯罪者の選挙権は、公選法11条1項により、「禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者（刑法28条の仮釈放中の者は、所定の刑期が終わった者ではないので欠格者である。）と「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（執行猶予者は除く）までの者<sup>(7)</sup>」は、その期間選挙権を制限される。その他に、「公職にある間に犯した刑法197条から197条の4までの罪又は公職にある者等のあっせん行為による利得等の処罰に関する法律1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日から5年を経過しないもの又はその執行猶予中の者」も、その期間選挙権が制限されている。一般犯罪者の選挙権制限について最高裁は選挙犯罪者の選挙権・被選挙権の停止に関する訴訟<sup>(8)</sup>で、選挙犯罪者に対する選挙権制限は「他の一般犯罪の処刑者が選挙権被選挙権を停止されるとは、おのずから別個の事由にもとづくものである」と選挙犯罪者の選挙権制限事由とは別に、一般犯罪者の選挙権制限についても正当な選挙権制限事由があることに触れてはいる。だが、選挙犯罪者の選挙権制限の場合と違い、

一般犯罪者の選挙権制限事由については判例上明確に示されていない。それどころか、死刑確定者として拘禁されている者が、公選法11条の一般犯罪者に対する選挙権制限は、その目的との関係で合理的かつ必要最小限度のものとはいえず、また、最も直接的かつ強力な法の支配下に置かれている受刑者等が自ら従うべき法の制定や改廃等の政治過程から排除されるのは民主主義の根本原理に背くものであり、さらに、自由刑に選挙権の停止を付加することによって期待できる犯罪一般の抑止効果の向上率は微々たるものにすぎないとし、現行法上の制限は違憲であると訴えた東京地裁判決<sup>(9)</sup>において、東京地裁は、一般犯罪者の「選挙権を制限することは合理的な理由があり」とし、「判断するまでもなく」とその合理的な理由とは何かを示すことなく、また、一般犯罪者の選挙権について検討すらすることなく一般犯罪者の選挙権制限を認めているということを鑑みれば、そもそも一般犯罪者の選挙権について東京地裁では、検討する必要性のないものと切り捨てられているようにさえ感じる。東京地裁も最高裁も一般犯罪者に対する選挙権制限には、制限事由（合理的理由）が存在することを前提に制限を認めているが、その制限事由とは何なのかを明確に示さないままである。そこで、本稿においては一般犯罪者の選挙権について考えられる制限事由として、「刑の執行中であることによる物理的制約」、「公民としての適格性の欠如による制約」、「刑事制裁の一般的な目的を高めるといふ目的による制約」の3つを提示し、この3つの制限事由が一般犯罪者の選挙権制限事由といえるのか順を追って検討していくこととする。

#### ①「刑の執行中であることによる物理的制約」

刑の執行中であることによる物理的制約は従来の学説では、一般犯罪者の選挙権制限事由と考えられていた<sup>(10)</sup>。それは、刑の執行中ということで投票所にいけないためである。確かに、一般犯罪者との関係をかつての

特別権力関係論によって捉えれば、成立する制限事由といえるが、現在の日本国憲法において特別権力関係論は否定されており、この制限事由が妥当しないことは明白である。また、在外日本国民の選挙権訴訟<sup>(11)</sup>において、「国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」とし、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り」選挙権の制限は認めないと示し、在外日本国民が公選法の改正により在外公館での投票が可能になったことを考えれば、単なる物理的制約では選挙権制限事由足り得ないことは明らかである。一般犯罪者が選挙権を行使するための代替手段を検討し、検討した代替手段が実現不可能でない限り、一般犯罪者の選挙権を刑の執行中のために投票所に行けないという単なる物理的制約によってでは一般犯罪者の選挙権制限事由とはいえない。

### ②「公民としての適格性の欠如による制約」

公選法 11 条によれば「禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者」（1 項）、「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。）」（2 項）は選挙権を制限されるとなっている。この制限は禁錮以上の刑に限られ、禁錮以下の刑については選挙権を制限されることがない。このことから、犯罪行為それ自身が公民としての適格性を欠くのではなく禁錮以上の刑を受け、刑事収容施設に収容され、一般社会から隔離されているということが、適格性を欠如させる要因ということになる。しかし、単に禁錮以上の刑ということによって公民の適格性を欠如するというのは、重大犯罪に対する社会的な拒絶であって、一般犯罪者という身分による許容することのできない差別であろう。また、市民的及び政治的権利に関する国際規約（以下「B 規約」）

25 条は「すべての市民は、第 2 条に規定するいかなる差別もなく、かつ、不合理な制限なしに、次のことを行う権利及び機会を有する」とし、同条 a 項で政治に参加する権利、b 項で投票及び選挙される権利、c 項で公務に携わる権利を規定し、それらの手続きを国家に対し制定することを求めている。そして、B 規約 25 条のいう「すべての市民」とは、「一般の市民のみならず、老人、学生、労働者、国外での勤労者、病人、身体に障害を有する者、囚人、裁判所の被拘留者、外国に移住している者、ホームレス等を含んだ「すべての」市民のことであって、当然、一般・特別の区別なしに公務員も含まれる」<sup>(12)</sup>と考えられている。このような B 規約 25 条の規定および解釈を考慮するならば、一般犯罪者ということだけで公民としての適格性を欠如するとされ、選挙権を制限されることは、本来持っているはずの権利を差別的理由によって剥奪されるようなものである。一般犯罪者は、平等原則が想定する「社会的身分」を構成するとはまではいえることはできないにしても、それに準ずるものといえるのではないか。仮に、準ずるものとするならば、このような一般犯罪者ということによって適格性が欠如したため、選挙権を制限するということは差別的制約であって、許容することのできないものである。これらのことから、公民としての適格性の欠如による制約では、一般犯罪者の選挙権制限事由とはなりえないといえる。

### ③「刑事制裁の一般的な目的を高めるという目的による制約」

一般犯罪者の選挙権を制限することによって刑事制裁の一般的な目的を高めるということについて、確かに、付加刑としての選挙権制限に少なからず応報的、威嚇的、道徳的機能があるとは思われるが、それらの機能による効果が国民の最も重要な基本的権利である選挙権の制限を正当化するほどの効果を持つとは考えにくい。また、一般犯罪者に対して、さらなる処罰が必要と議会が考えた理由は何

なのか、また、選挙権制限という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達成されないさらなる目的とは何か、明確にされない限り、この事由によって一般犯罪者の選挙権制限事由ということはできないだろう。選挙権という国民の最も重要な基本的権利を制限するためには、その曖昧さを克服するほどの合理的関連性を選挙権制限と刑事制裁の一般的な目的を高めるといふことの間に見つけださなければならぬ。現時点において、そのような合理的関連性を判例などといった文献及び資料から読み取ることができない。また、一般犯罪者の選挙権を制限して得られる効果と選挙権制限によって失われる憲法上の利益を比較すれば、失われる憲法上の利益（国民の最も重要な基本的権利としての選挙権）のほうが大きく、それゆえ、刑事制裁の一般的な目的を高めるといふ目的によっては、選挙権制限事由とはいえない。

上記①～③で示したとおり、本稿において想定した3つの制限事由では一般犯罪者の選挙権制限事由足り得ないといえる。そうであるならば、現行の公選法による一般犯罪者の選挙権制限規定には何らその制限を正当化するための根拠はなく、理由もなく「国民固有の権利」である選挙権を制限していることになる。そのような現行の一般犯罪者の選挙権制限は、本稿の考察においては違憲の疑いが非常に強いといえる。

#### 4、おわりに

ここまで、受刑者の選挙権を選挙犯罪者と一般犯罪者とに分けて検討することによって受刑者の選挙権制限について考察を加えた。その結果、現行の一般犯罪者に対する選挙権制限規定は、かつての特別権力関係論の下でのみ成り立ちうる制限であり違憲の疑いが強いといえる。受刑者の選挙権制限について、犯罪者の人権よりも罪もない一般市民の人権を守れという社会的な拒絶というものが

あると思うが、私見としては、刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律30条において、「受刑者の処遇は、その者の資質及び環境に応じ、その自覚に訴え、改善更正の意欲の喚起及び社会生活に適應する能力の育成を図ることを旨として行ふものとする。」と受刑者の更正と社会復帰を重視していることを考慮すれば、選挙権を制限するよりも、かえって自らが復帰する社会への意見表明の手段として選挙権を保障するべきであり、また、「死刑に処せられた者の場合は—公職選挙法第1条1項の第2号の「執行を終えるまで」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ろうが、こう解釈した場合でも第3項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、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」<sup>(13)</sup>ということも考慮するならば、肉体的な現実の死が来るまでの間の社会に対する最後の意思表示の手段として選挙権を保障するべきだと考える。

いずれにせよ、受刑者の選挙権の中でも特に一般犯罪者の選挙権については、その選挙権制限事由が何であるかを明確にし、仮に選挙権制限事由が物理的制約であるとするならば、代替手段（郵便投票や刑事収容施設内における投票など）を模索し、その代替手段によって投票を行った場合、「選挙の公正保持」という観点から問題がないかといった、一般犯罪者の選挙権を具体的にどのように保障するべきかを検討していく必要性を感じる。ただ、受刑者の選挙権については、受け入れがたいという市民感情が根強く残っていることも事実である。結局のところ、受刑者の選挙権制限の本質は、選挙権の主体としての「国民」の中に受刑者が含まれるのか、それとも、排除されるのかという選挙権主体としての「国民」とは何かを明確にしていくことにこそあると思われる。

## 註

- 
- (1) 例えば、毎日新聞(2010年7月5日、6日、7日)にて、「くらしと政治 高齢者の選挙権⑬、⑭、⑮」という形で障害者、高齢者の選挙権についての記事を掲載している。
- (2) 例えば、芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法 第4版』(岩波書店)や、大沢秀介著『憲法入門 第3版』(成文堂)など多数で権利一元説と二元説とに大別して説明している。
- (3) 野中俊彦著『選挙法の研究』(信山社) 32頁
- (4) 累犯者とは、公選法221条から223条までの買収及び利害誘導罪又は、223条の2の新聞紙、雑誌の不法利用罪の罪を犯して刑に処せられた者がさらにこれらの罪を犯し刑に処せられた場合をさす。
- (5) 最大判S 30・2・9刑集9巻2号217頁
- (6) 本稿においてはこれ以上の検討を避けるが、また別の機会に検討を加えることにしたい。
- (7) 例えば、①刑の言い渡しを受けた者が刑の時効により刑の執行免除を受ける(刑法31・32条)までの間、②大赦又は特赦により刑の言い渡しが効力を失う(恩赦法3・5条)までの間、③刑の執行を免除される(恩赦法8条)までの間
- (8) 最大判S 30・2・9刑集9巻2号217頁
- (9) 東京地判H 7・2・28判タ904号78頁
- (10) 例えば、小林孝輔・芹沢齊編『基本法コンメンタール憲法』(日本評論者) 232頁参照
- (11) 最大判H17・9・14民集59巻7号2087頁
- (12) 服部融憲著『国際人権規約と日本の選挙過程 B規約25条(政治的権利)の解釈』(かもがわ出版) 99頁
- (13) 倉田玲著「禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権」立命館法学 2005年2・3号[300・301号] 184(878)頁