

選挙「権」と立法裁量の統制

鮎川, 武揚
九州大学法学部

<https://doi.org/10.15017/1833706>

出版情報：学生法政論集. 11, pp.1-16, 2017-03-22. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

選挙「権」と立法裁量の統制

鮎川 武揚

〈目次〉

はじめに

I 問題の所在

II 選挙権の本質

III 「二元説」と「権利説」

IV 具体的選挙問題

V 私見

おわりに

はじめに

選挙は、議会制民主主義を実現するために不可欠の手段であり¹、選挙権はそのための「国民の最も重要な基本的権利」²であるとされている。それゆえ選挙の基本的な仕組みを、誰が、どのように定めるかは、極めて重要な意味をもつが、この点、日本国憲法は、44条において選挙人・被選挙人の資格について、47条において選挙制度について、それぞれ法律による規律に委ねている³。選挙に関する事項は、こうした「立法裁量」の下、公職選挙法により定められているため、国民の選挙権はこの公選法を前提として行使されるということになる。この意味で選挙権は「制度に依存する権利」⁴という性格をもつといえるが、現存する制度を権利行使の所与の前提とすると、権利の射程はあらかじめ制度によって枠づけられてしまう⁵。実際、公選法には立法裁量によって選挙権についてのいくつかの制限が規定されている。本稿では、そうした立法裁量による選挙権の制限が憲法に抵触するか否かについて、選挙権の本質についての議論と選挙問題に関連する判例を踏まえながら検討したい。

¹ 辻村みよ子『憲法〔第5版〕』311頁（日本評論社、2016）。

² 最大判昭和30年2月9日判時45号20頁。

³ 芹沢斉ほか編『新基本法コンメンタール憲法』316頁〔林知更〕（日本評論社、2011）。

⁴ 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔新版〕』160頁（尚学社、2011）。

⁵ 只野雅人「選挙権と選挙制度」法学教室393号22-30頁、22頁（2013）。

I 問題の所在

憲法は、44条で「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」とし、47条で「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める」として、選挙に関する規律を立法府の裁量に委ねている。この憲法44条・47条により選挙に関する立法裁量権を与えられた立法府は、公選法の掲げる、選挙が「選挙人の自由に表明せる意思によって公明かつ適正に行われることを確保し、もって民主政治の健全な発達を期すること」という目的の下⁶、立法や、またその立法不作為によって選挙権を制限してきた（「選挙権」についての解釈についてはさまざまな学説が存するが、選挙権に少なくとも権利性を認めるのであれば、公選法は当然権利に対する一定の制限を課していると考えられる）。ここでこうした制限の内容について、一部既に改善されたものを含め、確認する。

まず、選挙権の制限としては、公選法の欠格条項が挙げられる。公選法11条1項2号は受刑者について、252条は選挙犯罪者について、その選挙権・被選挙権を有しないものとする。なお、公選法11条1項1号（平成25年削除済み）は、成年被後見人に選挙権・被選挙権を認めていなかった。

次に、選挙する資格は有するにもかかわらず選挙権行使の機会が保障されないことも問題になる。これについては、昭和27年の在宅投票制度の廃止や、在外国民が選挙権を行使する機会を保障しないことが問題となったことがあったが、公選法改正により在宅投票制度と在外投票制度が設けられた。ただし、在宅投票制度については対象が重度身体障害者に限られている点で問題が残るだろう。また、遠洋航海に出ている船員が国政選挙において船上からファックスにより投票できる洋上投票制度が認められているが、2016年7月10日の参院選では、船員手帳を持たない水産高校生が洋上投票制度の対象でないために投票ができなかったことも問題となった。

被選挙権の制限のおそれがあるものとしては、供託金制度がある。これは選挙において立候補者が供託金を納め、一定数の票を獲得しなければそれを没収されるという制度で、無責任な立候補を防ぐための制度であるが、これは立候補に際して財力を考慮に入れざるを得なくするものであり、立候補の権利の制限につながる可能性がある。

また、公選法による選挙運動の制限としては、選挙運動期間の規定（129条）、戸別訪問の禁止（138条）、文書図画の頒布・掲示の禁止（146条）などが規定されている。これは、選挙の公正を保つための制度である。なお、インターネット上での選挙運動は、文書図画の頒布・掲示にあたるとして禁止されていたが、平成25年の公選法改正により一部可能となった。

⁶ 只野・前掲注5）27頁。

さらに、ここでは投票価値の不平等も問題になり得る。これは、選挙における平等原則が選挙権から導かれる立場からは、投票価値の不平等が選挙権の侵害になるためである。

以上、様々な選挙問題を概観したが、これらの諸問題の核心に迫ってゆくと、いずれの場合も選挙制度をめぐる立法裁量論の壁につきあたる。つまり、これらの諸問題の根底には、憲法上の選挙原則や選挙権に対する制約を正当化しようとする立法裁量論が存在し、たえず、憲法原理が広汎な立法裁量の脅威にさらされてきたのがわかる⁷。こうした立法裁量は、選挙の公務的性格あるいは「選挙制度（統治システム）とつき合わされる運命にある⁸」その特性によって、広く認められてきた。次章では、このような性格を持つ選挙のあるべき姿を考える際に必要不可欠となる「選挙権の本質」についてみる。

II 選挙権の本質

1. 選挙権についての歴史的学説状況

近代の学説状況では、選挙権の法的性格に関する見解は「個人的権利説」、「公務説」、「権限説」、「二元説」、の四節に分類できる⁹。

① 「個人的権利説」

この説は、ロック、モンテスキュー、ルソーなどの近世自然法学者によって唱えられたものである。彼らは、自然法の立場から国民主権を標榜し、国民はすべて主権の行使に参加する権利をもっているとして、投票権を意味する選挙権を人間の自然権に属するものとしていた¹⁰。それゆえ、選挙権に公務性を認めることは不可能とする。ここでは、便宜上、この立場を「自然権説」と呼ぶことにする。

② 「公務説」

この説は、選挙権をもって国家が国家目的のために与えるものとし、選挙権の権利性を認めない。この場合、選挙は、本来団体の行為であり、個人は団体行為のために必要な個別の行為つまり公務を執行するにすぎない¹¹。こうした考え方は、フランス革命期に「ナシオン主権」論を基礎とする国民代表性の下で制限選挙制を正当化するために確立されたが¹²、ドイツでより発展させられた。とくに、ラーバントはその著書『ドイツ国法学』に

⁷ 辻村みよ子『「権利」としての選挙権』34頁（勁草書房、1989）。

⁸ 奥平康弘「参政権論」ジュリスト増刊総合特集38巻6頁、12頁（1985）。

⁹ 林田和博『選挙法』法律学全集5巻36頁（有斐閣、1958）。

¹⁰ 杉原泰雄「参政権論についての覚書」法律時報52巻3号70-79頁、71頁（1980）。

¹¹ 杉原・同71頁。

¹² 辻村・前掲注7）5頁。

において、選挙権の権利性を否定する見解を打ち出している。ラーバントによれば、選挙権行使の諸規定は各有権者の利益を保障する目的に仕えるのではなく、議会が憲法諸原理に従って実効的に形成されることを保障するために存在するという前提から出発する。したがって、「選挙権」は、一般に個々人の利益に基礎づけられた主観的権利ではなく、たんなる実定憲法の反映である「反射的権利」でしかなく、選挙への個人の参加を保障する点はおもっぱら第二義的な意味しかないという¹³。

③ 「権限説」

この説を最も有力に説いたのは、イエリネックである。彼は、その『公権論』の中で、国家と国民との法的地位関係において選挙権は能動的地位に含まれると述べている。この能動的地位とは、「国家機関定立の担い手」である、国家機関としての個人が能動的に活動する地位を意味する¹⁴。したがって、選挙権は国民のもつ選挙する権利としては存在せず、選挙することは国家の権限であって、個人がこのような権利をもっているかのように見えるのは法の反射にすぎないという¹⁵。ただしラーバントとは異なって、イエリネックは能動的地位をもとに、選挙権は「国家に対する公民の資格身分の承認を求める権利」という請求権の一種であるとし、選挙権に一定程度、主観的権利性を認めている¹⁶。この点で、この説は「請求権説」とも呼ばれる。森口繁治は、この請求権について、選挙人名簿への登録請求権などの「選挙人たる地位に於て有する権能」としている¹⁷。

④ 「二元説」

この説は、選挙権が権利性と公務性を併せ持つとするものである。林田和博は、果てしない選挙権論争の結論としてこの二元説をあげ、以下のように説明する。「選挙の目的は確かに国家のための国家機関即ち議会の創造という国家目的である。しかし、それ故に個人は選挙人として国家の機関に止まるものでなく、議会の創造のための不可欠の人的手段である。従って、選挙権は個人の国家の機関としての活動の許容に止まらず、それは政治的に長い困難な闘いの下に獲得された、個人の国家意思の形成に参与する権利である」。「要するに、一方選挙権の公務的性質を否定し難いとしても、他方選挙権は立憲制における国民の法意識の中では明らかに国民の権利として存在する。それは必ず憲法並びに選挙法によって国民に対して具体的に保障される個人的公権であり、消極的な国民の自由権を守る

¹³ 加藤一彦「選挙権論における『二元説』の意義」東京経済大学『現代法学』8号115-136頁、116-118頁（2005）。

¹⁴ 加藤・同119-120頁。

¹⁵ 杉原・同71頁。

¹⁶ 加藤・前掲注13) 121頁。

¹⁷ 森口繁治『選挙制度論』75頁（日本評論社、1931）。

ための積極的な権利である¹⁸」。

2. 日本の議論動向

日本では、明治憲法下に、すでにこれらの学説が紹介され、戦後しばらくは国家法人説の影響下に権限説（請求権説）や二元説が支持されていた。例えば美濃部達吉は以下のように述べる。選挙権は普通に選挙に参加する権利であると言われているが、理論上は選挙に参加すること自体は国家機関としての公の職務であり、それは公務員が国家機関として行う公の職務と性質を同じくするものである。公務員の行う職務が個人としての権利でないのと同様に、国民の選挙参加も個人的権利でない。ただし、選挙権が全く権利の性質を持たないのではなく、それが国民の最も大切な参政権であることは言うまでもない。ただ理論上からみて、その権利の内容は選挙に参加することそれ自体ではなく、それは国家機関として行う公の職務であり、このような公務を行い得ることを国家から承認されていることが、その権利の内容を為す。その点において選挙権は国家に対して承認を要求する権利であり、国家に対する権利であるから公権たる性質を有する¹⁹。こうした美濃部の考え方には国家法人説の影響が見受けられる。

この後、日本国憲法の国民主権原理のもとではしだいに二元説が力を強めた²⁰。これは、選挙権に全く権利性を認めない公務説や、主権者たる国民を国家機関とみなし選挙権は権限でしかないとする請求権説が、国民主権を標榜し、15条1項において選挙権を「国民固有の権利」とする憲法に適合的でなかったためだろう。そして、1970年代後半に権利説の立場から二元説に対する批判が提示されるようになって以降、選挙権の法的性格については「二元説」と「権利説」との対抗という議論状況であり、少なくとも選挙権には権利性が認められていると考えられる。そこで、まずその「権利」の意味について確認したい。

3. 選挙権のもつ「権利」の性格

i. 選挙権の根拠

憲法15条1項は「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」ことを定めると同時に、44条で選挙人・被選挙人の資格について、47条で選挙制度についての立法裁量を広く認めている。確かに、選挙をめぐる憲法上の権利行使は法律に定められた選挙制度を前提としているといえるが、このことにより選挙制度が選挙権の射程を限定してしまうことは憲法の趣旨に反しないのだろうか。このような選挙権と選挙制度の関係は、「権利の論理」と「制度の論理」の対比として捉えることができる²¹。

¹⁸ 林田・前掲注9) 39-40頁。

¹⁹ 美濃部達吉『選挙法詳説』8頁（有斐閣，1948）。

²⁰ 辻村・前掲注7) 6頁。

²¹ 只野・前掲注5) 22頁。

前者の視点からすると、そもそも憲法は法律による形成に先立って、一定の内容をもったいわば原型としての選挙権・被選挙権を保障しているものである。こうした考えに従えば、立法者はあくまでこの憲法上の選挙権・被選挙権を具体化する義務を負うにすぎず、もしも立法に際してこれを制限する規定を置いた場合には、この憲法上の選挙権・被選挙権に対する侵害としてその合憲性が問われることになる。

このような思考様式に対しては、立法者は、普通選挙や秘密選挙等の憲法上の選挙原則だけを遵守して選挙制度を形成する義務を負い、かように定められた選挙制度の中で、国民は公務員を選挙する資格や公務員として選挙される資格を認められるとする立場が対置される。この意味での選挙権・被選挙権は、法律の規定をまって初めてその具体的内容を与えられる。この場合、選挙立法の合憲性は、基本的にはこれら憲法上の選挙原則に対する適合性をめぐって争われることになる²²。

しかし、憲法15条1項が選挙することは国民固有の権利であると定めている以上、選挙権は実定憲法上に根拠を持つ権利であり、法律は何らの権利を与えるものではなく単に権利を具体化するに過ぎないと解するのが自然であろう。

ii. 選挙権は自然権か

先で見た自然権説は、選挙権は自然権であるとし、かなり強い権利性を認めるものであったが、日本の選挙権論争でみられた「権利説」は必ずしもこの自然権説と一致するものではなかった。自然権とは、人間が人間であることにより、実定憲法に先行して自然に備わっている権利である²³。もっとも、浦田一郎は、「選挙権自体を自然権として説明することの妥当性は問題となろうが、自然権を守るために国家を作ったとする建前からすれば、このような国家権力の担当者の選定権である選挙権を、自然権と結びつけて理解するのは当然である。²⁴」として自然権説に近い権利説をとるが、権利説の代表的論者である辻村みよ子は、権利説は「フランス革命期以来の『人間としての権利』と『市民としての権利』の区別を前提とし、選挙権を、意思決定能力をもった主権者としての市民の権利として理解している。権利説では、選挙権を自然権（『人間が人間であることによって自然に備わっている権利』・『実定憲法に先行して自然人に備わっている基本的人権』）ではなく、実定法上の権利として、主権者人民を構成する各市民（参政能力を備えた成人）の主権行使の権利として位置づけている²⁵」と述べている。確かに、選挙権が、参政能力を備えた、成人した日本国民にのみ与えられることに鑑みれば、辻村の理解が妥当であろう。したがって、

²² 芹沢斉ほか編・前掲注3）317頁。

²³ 辻村・前掲注7）7頁。

²⁴ 浦田一郎「公務員の選定・罷免権」樋口陽一＝佐藤幸治編『憲法の基礎』419－421、421頁（青林書院新社、1975）。

²⁵ 辻村・前掲注7）7頁。

現在二元説に対して有力に主張される「権利説」は「自然権説」とは区別されることに注意が必要である²⁶。

iii. 選挙における「権利」の射程

選挙権論においては、選挙権が選挙に参加する資格または地位を意味する（ここでは「選挙する資格」と呼ぶ）のか、あるいは選挙に参加する行為そのものまで権利として保障する（ここでは「選挙する権利」と呼ぶ）のか、という問題も存在する。二元説には、権利の部分、選挙する資格として捉えるもの、選挙する権利として捉えるものの両方が存在する。一方、権利説の立場からすると、個人の具体的な権利として、選挙する権利まで認めるべきであると主張される。

III 「二元説」と「権利説」

1. 選挙権論争の発生

選挙権の本質（法的性格）をめぐる「選挙権論争」は、国民主権の憲法学的意味が問われた「70年代主権論争」に続いて始まった。この主権論争によって、国民主権の主体は全国民（ナシオン）か、人民（選挙権者、プープル）か、主権とは建前（正統性の契機）か、実力（権力的契機）か、などの問題が議論され、日本の主権論が本来の民主主義論の土俵にあがった後に、「80年代選挙権論争」と称される議論がおこった。これ以降の議論においては、先ほど述べたように、「二元説」と「権利説」の対立が中心となっている。

この選挙権論争は、日本の民主主義論の展開にとって重要な論争であった。なぜなら、大日本帝国憲法の天皇主権下では「天皇のための公務」であった選挙権の法的性格²⁷が日本国憲法の国民主権下でどのような性格に変わったのか、憲法15条1項で初めて「権利」と明示された選挙権の本質は何か、を問題にする基本的な問いだったからである。国民主権の考え方にもとづき、民主主義の根幹に関わる選挙権についての理論的再検討が必要であったにもかかわらず、憲法学界では、戦前からの二元説が国民主権のもとでも通説的地位を占め続けた²⁸。

²⁶ この点につき、奥平康弘は「選挙権は『基本的人権』か」否かを問う論文の中で、選挙権を「基本的人権」とする説を、「自然権説」と解して批判したが、主要な権利説は、既に述べた通り「実定憲法上の市民の権利」として選挙権を理解するものであるので、奥平のこの批判は誤解に基づくものであった。

²⁷ 天皇主権下では、選挙権は立法権の主体である天皇に協賛するための公務に他ならず、制限選挙が確立された。

²⁸ 辻村みよ子「『権利』としての選挙権と『投票価値平等』」明治大学法科大学院論集14巻83-109頁, 83-84頁 (2014)。

2. 両説の意義

選挙権の公務的性格の有無によって、具体的に選挙権の権利としての内容にどのような違いが生じるのか。二元説の立場では、選挙権に公務的性格を認めることで、たえず立法裁量による権利の制約を不可避なものとして捉えてきたが、これに対する権利説は、「二元説が選挙権の公務性から権利の制約を容易に認めてきたことを批判し、権利の制約を主権者としての市民の資格に内在する最小限の制約にとどめることで権利保障の実質化をめざすこと」を主眼とする²⁹。この点で、小島慎司が権利説の解釈論上の意義として、「選挙制度にかかわる立法裁量の統制³⁰」という契機を指摘したことは的を射ている。

3. 主権論との関係

選挙が、国家意思の形成過程にかかわる重要な機能を果たすものであり、国家意思の形成手段が、国家権力のあり方によって規定されている以上、選挙権および選挙の法的性格がこれらの国家論・主権論と理論的な関連をもつことは当然である。

ナシオン主権を前提とすれば、それ自体意思能力をもたない抽象的国民は国家権力の正統性の根拠にすぎず、選挙は、主権行使者として議員を選出し議会を構成する手段にすぎないのであるから、選挙権は権利性と公務性を併せ持つことになる。

一方、プーブル主権を前提とすれば、意思決定能力を持つ具体的市民は個人的権利として選挙権を有するのであって、具体的な選挙する権利までもが認められることになる。

日本においては、15条1項、95条（住民投票）、96条（憲法改正についての国民投票）等の規定がプーブル主権に適合的であると解釈されるが、43条1項（全国民の代表）はこれに抵触するよう見えることに留意が必要である³¹。

4. 二元説の立場

芦部信喜は、「選挙権は、人権の一つとされるに至った参政権の行使という意味において権利であることは疑いないが、公務員という国家の機関を選定する権利であり、純粋な個人権とは違った側面をもっているので、そこに公務としての性格が付加されていると解するのが妥当である³²」と述べるが、これは選挙権が「選挙する権利」と公務性を併せ持つとする立場である（この立場を「権利・公務二元説」とする）。このほかに、選挙権は「個人の権利であり同時に社会的職務³³」であるとする野村敬造や、国家意思の形成に参与す

²⁹ 辻村・前掲注7）7頁。

³⁰ 小島慎司「選挙権権利説の意義—プーブル主権論の迫力」論究ジュリスト5号49—56頁、49頁（2013）。

³¹ 辻村・前掲注7）181頁。

³² 芦部信喜『憲法 第六版』247頁（岩波書店、2015）。

³³ 野村敬造「選挙権に関する憲法上の原則」清宮四朗＝佐藤功編『憲法講座3』130頁（1968）。

る権利としての基本権としつつ「協同利益と個人利益が不可分に絡み合っている³⁴」とする林田和博などは、この権利・公務二元説の立場をとっていたといえる。

一方、清宮四郎は、選挙権を「選挙に参加できる資格または地位」と解した上で、「参政の権利」と「選挙という公務に参加する義務」という二重の性格を指摘した³⁵（この立場を「資格・公務二元説」とする）。

5. 権利説の立場

こうした二元説に対しては、権利説の立場から以下のような批判がなされる。

「権利・公務二元説」については、権利とは本来、自己の個人的利益を目指すものであるはずなのに、同時に国家または共同の利益でもある、または選挙権を権利かつ義務である、とすることの論理的矛盾が批判される³⁶。この点につき、「協同利益と個人利益が不可分に絡み合っている」というだけでは論証が不十分であろう。

「資格・公務二元説」は、選挙権の内容を選挙すること自体の権利ではなく選挙に参加する資格という権利と解することによって、こうした論理的矛盾に対する批判に対応してきたように見える（以下、論理的には矛盾のないこの説を「二元説」とする）。選挙すること自体は決して個人的利益ではないため権利ではないが、国民は参政についての政治的利益を有するというのである³⁷。しかしこの説については、憲法15条1項の明文にもかかわらず、何故、選挙すること自体が選挙権の内容に含まれないのか、という疑問が残る。

以上のような二元説に対する批判をし、選挙権の権利性を強く認めようとする権利説は、一般には、「権利一元説」であって、公務の性格を一切認めてないと解される傾向があった。しかし、権利説においても「選挙」自体については一定の社会的職務ないし公務的性格を全面的に否定できないことを認めていた。それは、選挙が、選挙権者による権利行使の場であるにせよ、特定時期に特定の場所で行使することが定められる点で、権利や自由の観点だけで説明することはできない（この意味で主権的権利に内在する制約がある）からである。このことは憲法が選挙に関する事項に立法裁量を認めている点とも関連するが、この規定のもとでも、選挙を権利行使の集積と捉える権利説では、不合理な立法裁量は認められず、必要最小限の制約にとどめることが求められる³⁸。

さらに、選挙権を選挙における権利行使の全過程に及ぶと解することから、選挙権の射程は、選挙する権利から立候補の自由（被選挙権）、選挙運動の自由、投票へのアクセスの権利（在宅投票制、在外投票制等）、自由（任意）投票（棄権の自由、強制投票制の否定）

³⁴ 林田・前掲注9）40頁。

³⁵ 清宮四郎『憲法I〔第三版〕』法律学全集3巻137頁（有斐閣、1979）。

³⁶ 辻村・前掲注7）179頁。

³⁷ 円藤真一「選挙権及び被選挙権の性格」『憲法の判例〔第2版〕』166頁（1971）。

³⁸ 辻村・前掲注28）95頁。

投票価値の平等、公正な当落決定過程・公職就任の全過程に及ぶものと解される³⁹。

IV 具体的選挙問題

1. 選挙権の制限

i. 選挙犯罪者の選挙権停止（公選法252条）

公選法252条は、選挙犯罪者について受刑を終えてから5年間選挙権を停止することを規定している。公選法最高裁昭和30年2月9日大法廷判決⁴⁰では、憲法15条・44条との関係においてこの選挙権停止の合憲性や一般犯罪者と選挙犯罪者の処遇の格差の合憲性について判断がなされた。本判決は、選挙犯罪者の選挙権停止は一般犯罪者の場合とは別個の事由に基づくものとした上で、選挙の公正の確保という合目的性の見地から、「一旦選挙の公正を阻害した者をしばらく選挙権・被選挙権の行使から遠ざけて選挙の公正を確保し、本人の反省を促すことは相当である」として選挙権侵害にはあたらず合憲であると判断した。

ii. 成年被後見人の欠格（旧公選法11条1項1号）

かつては、成年被後見人は選挙権を有しないとされていたが、平成25年の東京地裁はこの規定が憲法15条1項や、選挙人の資格についての差別を禁止する憲法44条ただし書に反し違憲であるという判決を下し⁴¹、同年の公選法改正でこの規定は削除された。その判旨は以下のようなものである。そもそも後見開始の審判を受け、成年被後見人となった者も、我が国の『国民』であることは当然のことである。憲法が、我が国民の選挙権を、国民主権の原理に基づく議会制民主主義の根幹をなすものとして位置づけ、国民の政治参加の機会を保障する基本的権利として国民の固有の権利として保障しているのは、自らが自らを統治するという民主主義の根本理念を実現するために、様々な境遇にある国民が、高邁な政治理念に基づくことはなくとも、民意を、選挙を通じて国政に届けることこそが議会制民主主義の根幹であるからにはほかならない。我が国の国民には、望まざるにも関わらず様々な事情で障害を持ち、様々なハンディキャップを負う者が多数存在する。そのような国民から選挙権を奪うのは、まさに自己統治を行うべき民主主義国家における主権者たる地位を事実上剥奪することにほかならない。国民の選挙権又はその行使を制限するためには、その制限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であると認められるような「やむを得ない事由」がある時に限られる。

この判決と同年の公選法改正は、成年後見人制度が（政治的意思決定能力の問題ではな

³⁹ 辻村・前掲注28) 96頁。

⁴⁰ 最大判昭和30年2月9日判時45号20頁。

⁴¹ 東京地判平成25年3月14日判時2178号3頁。

く) 財産管理能力を基準に設定された制度であったことが主たる理由ではあったが、民主主義の根幹に関わる選挙権の権利性を重視した点で画期的なものであったといえる。

iii. 受刑者の欠格（公選法11条1項2号）

受刑者というのは同号に規定される「禁錮以上の刑に処されその執行を終わるまでの者」のことであるが、国は、受刑者の選挙権制限の理由として①受刑者は著しく遵法精神に欠け公正な選挙権の行使を期待できない、②刑事施設収容中であることに伴う事務的支障、③受刑者であることそれ自体が選挙権を制限すべき事由に該当する、④情報取得の困難、を挙げていた。

この規定について、平成25年に大阪高裁は、憲法15条1項・44条ただし書に反して違憲であるという判決を下した⁴²。本判決は、上記②については憲法改正の国民投票では受刑者にも投票権があること、未決拘留者は不在投票が可能であることを理由に、また④については書籍の閲覧・新聞の購読が広く認められること、受刑者に時事報道に接する機会を与える努力義務が定められていること等を理由に、選挙権制限の理由として認められないとした。③についても、刑罰として選挙権を制限することは、刑法に規定のない公民権剥奪という制裁が自由刑に一律に付加されることになる点で不合理であると判断した。

また①について、本判決の原審は、「公正な方法で政治的な意思を表明し得る能力及び適性を有していることが、選挙人の資格を認める前提となるもの」とし、「合理的な欠格条項を定めることは憲法上許容されており、法秩序に対する違反が著しいことを理由に政治的意思を表明する資格がない」として選挙権を制限することには「一定の正当性が認められる」とした。これに対し本判決は「単に受刑者であるということのみから、直ちにその者が著しく遵法精神に欠け、公正な選挙権の行使を期待できないとすることはできない」として①を否定した⁴³。

iv. 選挙権の性格を踏まえた検討

平成25年には下級裁判所において成年被後見人・受刑者の選挙権制限を違憲とする2つの判決が下された。これは選挙権の権利性をより強く認める傾向の現れといえるが、元来、選挙権制限については一貫して合憲と判断されてきた。これは、「二元説」の立場から選挙権に公務的性格を認め、公務であるために広い立法裁量を容認してきたためだろう。これに対して「権利説」の立場からすると、選挙権の制限は、選挙の公正の確保のために必要不可欠な手段である、つまり「やむを得ない事由」に基づくものであり、かつその程度が必要最小限であるときでなければ認めべきでないとされる。

⁴² 大阪高判平成25年9月27日（LEX／文献番号D B25501750）。

⁴³ 稲葉実香「判批」重判平成25年度（ジュリ臨増1466号）30-31頁（2014）。

2. 選挙権行使の制限

i. 在宅投票制

昭和25年制定の公職選挙法49条は、地方自治法、衆議院議員選挙法を引き継いでいわゆる在宅投票制を採用し、「疾病、負傷、妊娠もしくは不具のため、または産褥にあるため歩行が著しく困難であるべき選挙人」について、郵便もしくは同居の親族による提出によって投票することを認めていた。しかし、翌年昭和26年の統一地方選挙で在宅投票制の悪用による大量の選挙違反が発生し、争訟の結果、選挙無効、当選無効が相次いだ。このことを理由として在宅投票制の廃止が検討され、昭和27年に制定された「公職選挙法の一部を改正する法律」により在宅投票制は廃止された。

後に、この廃止行為について「投票所に行くことのできない者から選挙権を奪うもの」として違憲性が争われた第一次・第二次国家賠償請求訴訟が展開され、第一審、第二審判決ともに、選挙権の侵害を理由としてその違憲性を認定する判断を示した。とくに第1審札幌地裁判決では、選挙権を国民主権・民主制の根幹をなす重要な基本権とした上で、選挙権そのものの実質的権利侵害が問題とされる場合には、広汎な立法裁量を容易に認めるべきでないと判示した点で画期的な内容をもっていた。これらの訴訟の審理と併行して在宅投票制度を復活させる公職選挙法の改正案が審議され、昭和49年に「公職選挙法の一部を改正する法律」が制定された。こうして現在では一部の重度身体障害者について在宅投票制が一部復活したが、その対象者の条件を満たさないために選挙権を行使しえない者も多い状況である⁴⁴。

ii. 在外投票制

元々、公選法は在外公民の選挙参加を保障していなかったが、このことにより平成8年の衆議院議員選挙で投票できなかった在外国民が当時の公選法の違法確認等を請求した。この1審係属中の平成10年に公選法が改正され、在外選挙人名簿制度が創設されたが、当分の間衆参両議院の比例代表選挙に限るとされた。そこで衆参の小選挙区・選挙区選挙においても選挙権を有すること等の確認を請求した⁴⁵。

最高裁は、国政への参加の機会を保障する基本的権利として議会制民主主義の根幹をなす選挙権の行使を制限するためには「やむを得ないと認められる事由」が必要とし、このことは不作為についても同様であるとして、比例代表選挙以外の国政選挙においても投票ができると判断した。この判決を受けた平成18年の公職選挙法一部改正により、国政選挙における在外投票が可能となった。

⁴⁴ 佐藤令「在宅投票制度の沿革－身体障害者等の投票権を確保する制度－」国立国会図書館『調査と情報－Issue Brief－』419巻4－11頁（2003）。

⁴⁵ 最大判平成17年9月14日判時1908号36頁。

iii. 選挙権の性格を踏まえた検討

こうした選挙権行使の制限は、選挙する資格はあってもその投票行為が不可能な状況を意味する。この点につき、「二元説」の考え方では、参政する資格を認めている以上、選挙権は保障されていることになる。反対に「権利説」からすると、その保障は投票行為まで含むと解されるので、資格はあっても実際に投票を行うことができない人は、選挙権を享受しているとはいえないことになる。上で見た在宅投票制の一部復活や在外投票制度の設計は、投票行為までも保障しようとするものであった。

3. その他の諸問題の確認

被選挙権は、選挙権に比べ憲法上の根拠に乏しいことなどから、「選挙人団によって選定されたとき、これを承諾し、公務員になり得べき資格」であり「権利ではなく権能力」と解されてきた。しかし、「立候補の自由は選挙権の自由な行使と表裏の関係にあり、自由かつ公正な選挙を維持するうえで、きわめて重要である」、「憲法一五条一項には、被選挙権、特にその立候補の自由について、直接には規定していないが、これもまた、同条同項の保障する重要な基本的人権の一つと解すべきである⁴⁶」、「被選挙権の内容には、当選を目的として選挙運動を行う権利が含まれていることは当然であるから、憲法は、合理的な理由がない限り、選挙運動を行うに当たり、すべての候補者が平等に取り扱われるべきことを要請しているといえることができる⁴⁷」といった理解の仕方もあり、こうした理解から、供託金制度による立候補の権利の制限、選挙運動の制限等の問題に対するアプローチをとることもできる。後者については表現の自由との関連で検討するのが一般的であるかもしれない。また、一票の格差問題についても、選挙権の権利性を重視する観点から検討できるが、14条との関連も考慮する必要があるだろう。

これらの問題の検討については、選挙権を選挙にかかわる全過程についての権利とする「権利説」の立場から検討することも可能だが、「選挙権の権利性」のみによる直接的検討がし難いため、紙幅の都合上割愛する。

V 私見

憲法15条1項は議員を「選定すること」を「国民固有の権利」と規定しており、選挙権が実定憲法上の権利性を持っていること、そして、選挙に参加する資格だけでなく実際に投票する権利を含むことは明らかであると考えられる。

一方で、権利説は、従来の二元説が選挙「権」に公務的性格（義務的性格）を認め立法

⁴⁶ 最大判昭和43. 12. 4 刑集22巻13号1425頁。

⁴⁷ 最大判平成11. 11. 10民集53巻8号1704頁。

裁量による選挙権の制約を許容することを批判しながらも、選挙自体が公務的性格を有することを全面的には否定しない。確かに、選挙が特定時期に特定の場所で行使することが定められる時点で、権利や自由の観点だけで説明することはできないことや、国家の職務に関わるものであることに鑑みると、選挙自体については一定の公務的性格を認めざるを得ない。

しかし、だからといって「二元説」を採用することはできない。選挙権に公務性を認めれば、同時に「選挙する権利」を認めることは「権利であり義務である」という論理的矛盾を生むため不可能であることは既に述べた。そこで通説は、選挙権は「資格であり公務である」という形の二元説を主張するわけだが、しかしこれは選挙権が「国家に対する公民の資格身分の承認を求める権利」という請求権の一種であるとする請求権説と、権利性の承認においてほとんど変わらない見解ではないだろうか。こうした見解は、国家機関定立の担い手である国家機関としての国民による選挙、または民主的正統性の根拠にすぎない抽象的国民による選挙、として選挙を捉えており、前者は国家法人説、後者はナシオン主権に基づいた理解であるといえる。こういった理解は、やはり憲法15条1項に反するように思われる。そもそも、大日本帝国憲法の天皇主権下では「天皇のための公務」であった選挙権の法的性格が、日本国憲法の国民主権下で、憲法15条1項で初めて「権利」と明示され、選挙権の本質はどのように変わったのか、ということに熟慮せずして、従来の二元説が通説的地位であり続けること自体疑問である。

これに対してプーブル主権の立場では、選挙を主権行使の形態の一つとして捉え、主権者の権利行使の集積として捉えている。ここでは、選挙において主権者は、主権者たる地位によって主権行使に参加し、自己の意思と利益に基づいて選挙を行う。この結果、投票行為は主権者個人の権利行使の場となり、選挙権の権利の内容は投票行為そのものとなる⁴⁸。こうしたプーブル主権的な見方や憲法15条1項の規定からすると、やはり選挙権は「選挙する権利」であると解すべきである。

結局、「二元説」に立って選挙権の公務性を前提とし、選挙権を客観的権利と捉える限り、法律論上矛盾なく権利内容を個人の主観的な「選挙する権利」とすることは不可能であって、これこそが二元説を取らざる理由である。選挙権論争の意義について、野中俊彦は「現在の学説状況は、二元説が権利説に近づいてきたこともあり、両者の実質的差異は選挙権の射程をどこまで広げるか、という選挙権論の問題に還元されつつある⁴⁹」と述べるが、選挙権の射程を実際の権利行使まで広げることは、従来の二元説のいう公務性（義務制）を否定することなしには不可能であり、こうした二元説を否定することこそが権利説の意義であると考えられる。

⁴⁸ 辻村・前掲注28) 95-96頁。

⁴⁹ 野中俊彦『選挙法の研究』44頁（信山社，2001）。

さらに憲法の趣旨から考えると、本来、憲法は国民の人権を保障するためのものであり、国家権力による国民の人権の侵害を制約するものである。そして選挙とは国民が代表者を選定し、国家権力に民主的正統性を与える手段だが、その選挙を行う権利を国家権力である立法府が法律レベルで広く制約できることには疑問が残る。

以上のような理由をもって、私見としては権利説を採用する。この説によれば、選挙権は実定憲法上に認められた選挙する主観的権利であって、選挙に関する事項についての立法裁量はその権利に抵触しない範囲で認められる、という帰結が当然導かれる。それゆえ、選挙自体に公務的側面があるからという理由だけで、立法裁量により選挙する権利が制限されることはあってはならず、そのような制限は、それなくしては「国家にとって必要不可欠な職務」としての選挙の公正を確保し、その上で選挙権の行使を認めることが事実上不可能であると認められるような「やむを得ない事由」がある時に限り許容される。

では、この立場でも否定できない選挙の公務的性格についてはどう定義すべきか。この点につき加藤一彦は、公務性の意味は、「国家の選挙執行責任性」であるとしている。これは、選挙自体は国家にとって必要不可欠なものであるとし、その選挙に関与することに公務的側面があるとする考え方である⁵⁰。私見としても同様に、従来の二元説が選挙権に認めた公務的性格（義務的性格）とは異なり、国家にとって必要な職務に関与するという限りにおいて、選挙の公務的性格が選挙権に内在すると考える。

こうした選挙権観を具体的選挙問題に還元すると、現行法上欠格とされる選挙犯罪者や一般犯罪者については、本当に選挙権を享受する公民としての資格がないのか、あるいはその者に選挙権を認めることが著しく選挙の公正を害するといえるか、罰として捉えるのであれば公民権剥奪が必要最小限の手段であるのか、といったことを考慮すべきであり、選挙権を基本的に認めることを前提として、権利説のいう「やむを得ない事由」がある場合に限り選挙権は制限される可能性がある。受刑者に関しては、過失犯等もあり得る中、遵法精神にかけると断定し、政治的意思を表明する公民としての資格を有さないとするが、このような不十分な理由により選挙権を剥奪すること自体の問題に加え、受刑者に選挙権を与えることにより選挙の公正が害されるというのは考えにくい。選挙犯罪者に関しては、罰としては選挙権剥奪以外もあり得るし、この場合もその投票を認めることにより選挙の公正が害されるとは言えない。選挙犯罪については、それを犯した度に選挙権剥奪以外の罰を与えるという手法もあるように思われる。したがって、これら公選法11条1項2号、252条には違憲の疑いがあると考えられる。

また、権利説をとって実際に投票する権利の保障まで求めるのであれば、重度身体障害者以外の歩行困難者等のための在宅投票制や、指定病院以外の患者のための不在者投票制、船員手帳を持つ船員以外の研修船員のための洋上投票制等の整備が期待される。在宅投票

⁵⁰ 加藤・前掲注13) 128頁。

制を認めることについては、かつての不正投票の発生という反省はあるが、不正投票を防ぐために歩行困難者の選挙権を制限するのではなく、選挙権を保障した上でいかに公正を保つかという取り組みをすることが憲法の趣旨に沿う手法だろう。

おわりに

本稿では、選挙権論、とりわけ「二元説」と「権利説」の対立する2説について考察し、立法裁量のあり方について検討した。煩雑な議論であったために論稿を明快にまとめきれなかった感はあるが、従来の「二元論」に対し疑問を投げかけ、選挙権の制限などの選挙問題を再考した点で意義があったのではないかと思う。近年の選挙年齢の引き下げや、既に述べた選挙権制限規定の違憲判決や削除のように、今後も選挙問題については多少の動向がみられるだろう。そうした動向に注目しながら、本稿では扱いきれなかった選挙問題についても考えていきたい。