

最近の選挙権論の動向について（二・完）

小 沢 隆 一

目次

はじめに

1. 問題の設定—奥平氏の問題提起をめぐって
2. 通説（「二元説」）とその検討
 - (1) 「権利」説による通説批判（以上13巻4号）
 - (2) 通説の問題点
3. 「権利説」の検討
4. 結びにかえて（以上本号）

2. 通説（「二元説」）とその検討（続き）

(2) 通説の問題点

私は、前稿（本誌13巻4号）の最後で次のようなことを述べた。選挙権の法的性格に関する通説（二元説）の意義は、それと「権利説」とのあいだにおいて現実に存在する選挙権の権利内容をめぐる見解の相違を検討する中で明らかにされるべきである。とりわけ、このような帰結が通説の「公務」性の強調や国家法人説的思考とどのように結びついているかが問題とされなければならない。

本稿では、まず、この視点から通説の具体的内容を検討する。ちなみに、結論の要点を先取りして示せば、次の通りである。通説において選挙権の「公務」性は、選挙権の「権利」性に対立し、その内容を制限するものとして把握されている。そこにおける国家法人説的思考もまた、権利を限界づける役割を果たしている。それゆえ、奥平氏のように通説を「常識」的理解とすることは、これらの点を陰蔽するものである。

以下、選挙権の欠格事由(a)と選挙運動の自由とその規制(b)について通説が具体的にどのようなことを述べているかを見る中で、以上の点を検証してみることとする。

(a) 選挙権の欠格事由をめぐって

現行の公職選挙法は、選挙権（被選挙権）を取得するための要件として「国籍」と「年齢」を定め（第9・10条）、一方、その欠格事由として次の事項をあげている。①禁治産者、②禁固以上の刑に服役中の者およびその刑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）、③選挙犯罪の刑に服する者およびその執行猶予中の者、④選挙犯罪によって選挙権・被選挙権を停止される者（第11条）。これらの要件については、従来から通説は特に疑問を差しはさんではこなかった。むしろ、それらの合理性を論証する議論すら展開するものがある。そのいくつかの例をあげておこう。

「このような（公選法11条による一引用者）差別は、それぞれ理由のあるものであって、憲法の定める普通選挙の原則によって禁じられている差別には属しないものと認められる」（清宮⁽¹⁾）。

「選挙権の性質をこうみる（権利であり公の職務であるとする一引用者）ことが正しいとすれば、…選挙権に対する合理的な理由にもとづき特定の欠格事由を定めることは、憲法15条3項・44条に違反するものではない。……公務執行能力のない禁治産者（精神喪失者）、受刑者（服役中の者）が選挙人団から除外されることは当然であるが、さらに、選挙運動に関する各種制限違反のごとき選挙に関連して反社会性を露呈した腐敗分子に対して、選挙人団として公務を執行する適格を欠くという理由から、選挙権・被選挙権を一時停止し…、これを一定期間選挙界から隔離することも、普通選挙および法の下での平等に関する憲法の建前を侵すものではなく、十分合理的理由をもつものといえよう。けだし、もし選挙が不正の犠牲になれば、代表民主制の原理に立脚する憲法の建前を根底からくつがえす契機が作られるのであって、そのような危険を防ぎ選挙の公正を確保するためには、選挙に関してみずから不適格者たることを表明したものを一般の刑罰を科せられた者と区別し、異なる取扱いをすることは、当然の措置といふべきだからである」（芦部⁽²⁾）。

一方、「権利説」は、一般に、これらを安易な正当化として批判し、再検討を促している⁽³⁾。この問題をめぐっては、通説と「権利説」は、實際上、正面か

ら対抗しているのである。芦部氏は、「選挙権が…伝統的・古典的な人権と異なる大きな制限に服することを、『権利』説の説く『内在的制約』という理由だけで説明できるか否か、そのほうが問題である」と論じているが、これも選挙権の欠格事由についての上述のような評価が念頭にあることと思われる。そこで、この問題について通説のなかで最も多くのことを語っている芦部説を中心にその論理構造を検討してみたい（「権利説」の「内在的制約」論の意義については後に検討する）。

まず第一に、禁治産者については「公務執行能力」の欠如があげられてある。

もっとも、この点は、選挙権の担い手を「政治的意思能力」を有する市民とする「権利説」も認めるところである。年齢による制限も同様の性格を有するものと言える。通説も「権利説」も選挙権の保障がそれを自ら行使する「能力」の存在に関わるものであるとする点では一致する。

第二に、受刑者については、制限は「当然である」とされてはいるものの、その根拠は必ずしも明示されていない。しかし、芦部氏の「在監者の人権」論からこれを推察することができる。氏の見解を要約するならば次のとおりである。①在監者の人権制限の根拠は特別権力関係からストレートに出てくるものではない、②ただし憲法は在監目的（拘禁と戒護・矯正教化）を達成するのに必要最小限度の権利制限を認めている、③少なくとも精神的自由の制限は「より制限的でない他の選ぶ手段」の基準によるのが妥当である。ここでは、受刑者にたいする選挙権の制限が刑罰の一部を構成するのか、それとも自由刑に（必然的に）随伴する効果とみなされているのかは、なお定かではないが、いずれにせよ、それが「必要最小限度の」制限にあたとされている点は疑いがない。

しかし、近年の刑事法学の到達点を前提とするならば、この選挙権制限の合理性を疑うように思われる。まず、選挙権の制限を刑罰そのものと位置づける見方については、「名誉刑廃止」の趨勢を指摘できる。刑事法学の分野では、犯罪者にたいする選挙権の制限は伝統的には「名誉刑」としての「資格制限」（犯罪者の社会生活上の地位や権利を剥奪ないし制限すること）の一類型として論じられてきた。⁽⁶⁾もともと「名誉刑」は刑罪に倫理的な非難を含める発想に基づくものであるが、行刑の理念について応報から矯正保護さらには社会復帰への転換が語られる中で、選挙権剥奪を刑罪として自由刑に付加することを

正当化する余地はなくなってきている。また、選挙権の制限は刑罪それ自体ではないとしても「自由」の束縛に内在するものであるとする考え方については、はたして選挙権の剥奪が国家と受刑者の関係・受刑者の法的地位に照らして「必要最小限度の制限」であるか否かが問われなければならない。この点については、自由刑の内容を「刑事施設への拘禁に尽きる」と解するべきだ（自由刑の純化）として、さらに「身柄の拘禁」についてもその観念化・抽象化が求められ、外部通勤・週末拘禁・開放施設への拘禁が世界的にも推進されているとする議論がある⁽⁷⁾。このような観点からすれば、受刑者の選挙権は、原理的には制限されるべき正当な理由を見いだしがたく、不在者投票などの方法によれば事実上の障害も特にないと見える⁽⁸⁾。最近の刑事法学の成果は、この点で受刑者にたいして一律に選挙権を停止する現行公選法の規定について批判的であり⁽⁹⁾、「権利説」も実はこの問題を以前からとりあげてきているのである。

通説は、受刑者が刑事施設への拘禁によって事実上選挙権の行使を妨げられていることを「消極的」に承認しているというよりも、むしろ、これを「民主主義は犯罪人が一般意思の形成に参与することを許さない」という観念に基づいて「積極的」に正当化しているとみてよい。そして、それは、今日でもなお多くの国々の実定選挙制度を支配する「伝統的」観念と言ってもよい⁽¹⁰⁾。しかし、この「伝統的な」観念こそ、選挙権の行使に際して国民に特別に高度な「道徳的資質」を求める「選挙＝神聖なる公務」イメージの中核に位置するものといえる⁽¹¹⁾。通説における「選挙＝公務」観念の影響はこの点にある。

このような通説の「選挙イメージ」は、選挙犯罪者の選挙権の制限に関するその見解においてさらに顕著に見られる。これが第三の問題である。公選法は、選挙犯罪のかどで処罰された者についてはその他の罪を犯した者よりも選挙権を厳しく制限している。すなわち、刑の執行猶予中の者からも選挙権を剥奪し（11条1項4号）、さらに、一定の刑に服した者はその後五年間（買収、利害誘導等の累犯の場合は十年間）選挙権が停止される（252条）。芦部氏は、これらの制限を正当化して、「選挙に関連して反社会性を露呈した腐敗分子」・「選挙に関してみずから不適格たることを表明した者」にたいする当然の措置とみなす。

しかし、現行の公選法における選挙運動規則について、その違憲性すら問題とされる戸別訪問の禁止・文書規制等を含めて違反者を一律に「反社会的」と

断ずることが妥当でないのはもちろんのこと、「現実に選挙の自由・公正を害するがゆえ」の犯罪（実質犯）たる買収や選挙妨害等に限ってみても、それらを犯した者が何ゆえに選挙権の「不適格者」とされなければならないのかは、決して自明のことではない。「選挙の自由と公正」を確保するという目的のためにこれらに対する刑罰が定められているのであるからそれで十分であるという議論もおそらく成り立ちうる。⁽¹²⁾これに対しては、選挙権の停止は「刑罰」ではなく「一種の行政処分」であってその目的は自ずから異なる、それは民主政治の根幹である選挙の公正を守るための最も効果的な制裁である、⁽¹³⁾という反論が予想される。だが、「行政処分」と位置づけてもそれが選挙権という国民の重大な権利に対する制限である以上、それを必要とする明確な根拠がなければならぬし、それが「効果がある」ということと実体的に適正な規制であることとは別個の事柄である。そして、少なくとも選挙権に関するかぎり、これを制限しなければ選挙犯罪は繰り返される危険が大きいとすることは困難である⁽¹⁴⁾と思われる。

選挙犯罪者を「腐敗分子」としてその選挙権剥奪の根拠を「公務を執行する適格に欠ける」という点にもとめる通説は、「選挙＝公務」観念によって選挙権の内容をせばめていることになる。

以上から、通説における「選挙＝公務」観念は、義務投票制のように選挙権の権利性自体を「否定」するものとして措定されていないけれども、選挙権の行使に際して選人に特殊な「倫理性」を要求する基礎をなしており、これによって「適格性」の名の下に選挙権の主体が制限されるというかたちになっているのである。

(b) 選挙運動の自由をめぐる

わが国の公選法による選挙運動の自由の制限は極めて厳格なものである。例えば、他国に例を見ない「戸別訪問」の全面・一律禁止は、近年、学界では批判的となっており、下級裁判所において多くの違憲判決が下されていることも周知の事柄である。選挙運動の自由は、とりあえず選挙権そのものとは区別されるけれども、その保障のあり方をめぐっては選挙自体をどのようなものとして理解するかによって規定される。ここでは、通説における「選挙＝公務」観念が選挙運動の自由の把握の仕方によつてどのような影響を及ぼしているかを検討する。

まず、今日まで種々の選挙運動規制を全て合憲と判断してきている最高裁が、

これをどのような論理枠組から引き出しているのかを見る。

(公選法129条の事前運動の禁止について)「常時選挙運動を行うことを許容すると、不当、無用な競争を招き、規制困難による不正行為の発生等により選挙の公正を害するにいたるおそれがあるのみならず、徒らに経費や労力がかさみ、経済力の差による不公平が生ずる結果となり、ひいては選挙の腐敗をも招来するおそれがある。このような弊害を防止して、選挙の公正を確保するためには、選挙運動の期間を能うかぎり同一の条件の下選挙運動に従事しうることとする必要がある⁽¹⁵⁾」。

(公選法142・143・146条による文書図画の頒布掲示の制限について)「公職の選挙につき文書図画の無制限の頒布、掲示を認めるときは、選挙運動に不当の競争を招き、これが為、却って選挙の自由公正を害し、その公明を保持しがたい結果を来たすおそれがある⁽¹⁶⁾」。

(公選法139条による戸別訪問の禁止について)「戸別訪問の禁止は意見表明そのものの制約を目的とするものではなく、意見表明の手段方法のもたらす弊害、すなわち、戸別訪問が買収、利害誘導等の温床となり易く、選挙人の生活の平穩を害するほか、これが放任されれば、候補者側も訪問回数等を競う煩に耐えられなくなる上に多額の出費を余儀なくされ、投票も情実に支配され易くなるなどの弊害を防止し、もって選挙の自由と公正を確保することを目的としている⁽¹⁷⁾」。

いずれの場合も選挙運動規制の正当性は「選挙の公正」または「選挙の自由と公正」⁽¹⁸⁾によって基礎づけられている。ちなみに公選法は第1条で次のように規定している。「この法律は、…選挙が選挙人の自由に表明せる意思によって公明且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を目的とする。」

最高裁判決の論理の特徴は、自由な選挙運動は選挙人の自由な投票(「選挙の自由」とはこのことをさす)の妨げとなるとすること、「選挙の公正」は選挙運動の条件の平等化によって確保されとすること、にある。それでは、通説は、選挙運動と「選挙の自由と公正」との関係をどのようにとらえているのであろうか。

「たしかに選挙運動を規制する法規…は、言論の自由を制限する外観をもつ。……しかし、これら各種規制の目的とするところは、選挙運動の自由を全ての

候補者に平等に確保し、とくに『金のない人のためにそれを実質化すること』によって、代表民主制の基礎をなす選挙の自由と公正を期するにある」⁽¹⁹⁾（芦部）。

「選挙運動（は）…もともと、自由に行われるべきものであるが、わが現行法は運動の公正と平等を期するため、一面において、運動者、運動の期間・設備・方法・費用などについて諸種の制限を設けるとともに、公正な運動に対しては、選挙の公営によってこれを助成し⁽²⁰⁾」ている（清宮）。

「文書の頒布・掲示の制限については、貧者が選挙権を与えられるのみでなく、積極的に候補者となった場合、金権候補者と同一条件において選挙運動を行うことを保障するものであり、いわば普通選挙・平等選挙のコロラリーである」⁽²¹⁾（野村）。

以上から明らかなように、通説は、選挙運動の自由の制限を「選挙運動の平等な保障」によって正当化し、これをもって「選挙の公正」が確保されるとする点では最高裁とほとんど差異がないのである。このような「選挙の公正＝選挙運動の平等」観念は、最高裁伊藤正巳判事の「選挙運動規制＝競争のルール」論の基礎ともなっている。いずれにせよ、選挙運動の「自由」と選挙の「公正」を対立するものととらえ、しかも後者を優位の理念として把握するのが、これらの議論の特徴である。

このような選挙運動の「自由」と選挙の「公正」の対立的把握は次のような問題点を有する。第一に、選挙運動を狭く候補者中心にとらえることで、情報の受け手としての、さらには運動の主体としての主権者国民の立場からの考察が欠落している。選挙権を行使する国民を国家機関として静態的に把握した場合、この欠落は免れない。逆に、国民が主権者として選挙権を行使するという見地に立つかぎり、選挙について旺盛に語り、多様な情報をわがものとすることによって初めてその「自由な意思の表明」を実現することになる「動的」な国民像が浮かび上がってくることになろう。第二に、選挙運動を政治活動一般から区別された特殊な「保障」（実は規制）の対象とすること自体が問題となる。この考え方も結局のところ国民からの視点がない。国民は選挙の時だけ主権者となるわけではなく、日常的にも主権者なのであって、選挙はそのような国民の日常の政治活動の延長、その集約に他ならない。それゆえ、政治活動一般の自由について「権利の実質的に平等な保障」の見地からの規制が差し控えられる中で、選挙運動についてのみこれを求めるのは合理性をもたない。

以上のように、通説の内容を仔細に検討してみると、選挙権の「権利」性と「公務」性は（例えば選挙権の欠格事由をめぐって）に排反しあうものとしてとらえられており、これによって選挙権は実際にその内容を制限される形になっている。国家法人説は、主権者国民が、日常的にも選挙時においても、政治的なコミュニケーションの受け手であると同時にその担い手でもあるという、そのダイナミックな存在についての理解を妨げている。通説における「選挙=公務」観念や国家法人説は、義務投票制を基礎づけるものではないにしても、このように選挙権や選挙運動の自由を制限する根拠となっているのである。奥平氏が、受刑者の選挙権制限について、「歴史的にいて、自由刑が服役者に忍従を強いるものの一つに、国政参加への不自由が含まれている。…監獄のなかにはいるかぎり、日本国民の「国民」たる一部が停止される、それをそうさせるのが刑罰だ、と考えられてきた。おなじ考えが日本国憲法のもとで採用されたとみることができる」と述べ、これにあえて異をとらえないでいる点などは、その限りにおいて通説と同一の枠組の下にあるものと言えよう。⁽²³⁾ 氏の前述のような通説評価は、このような点と無関係ではあるまい。⁽²⁴⁾

- (1) 清宮『憲法Ⅰ』 136頁。
- (2) 芦部『憲法と議会制』285-6頁。同趣旨のものとして、野村「選挙権に関する憲法上の原則」『憲法講座3』、吉田善明「参政権と選挙運動」芦部他編『演習憲法』1984年参照。
- (3) 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』1975年421頁、同「刑事手続きに関する憲法規定における人権主体について」『一橋論叢』99巻4号1988年、辻村前掲①②（抽稿→“はじめに”注2参照）、金子前掲論文（同上）参照。
- (4) 芦部「選挙権の性格と秘密投票制」『演習憲法』1982年69頁。
- (5) 芦部「公務員などの人権」芦部他編『演習憲法』、芦部編『憲法Ⅱ人権1』1978年122頁以下（芦部執筆部分）、同「在監者の人権」『演習憲法』参照。
- (6) 石原明他『改訂 刑事政策』1980年 157頁以下（森本益之執筆部分）、前野育三『刑事政策論』1988年 162頁以下参照。
- (7) 福田雅章「受刑者の法的地位」澤登俊雄他編『刑事政策』1985年参照。
- (8) 現行公選法も「監獄」に「収容中」の選挙人の不在者投票を認めている（49条3号）。
- (9) 石原他前掲書 161頁、刑法理論研究会『現代刑法学原論〔総論〕』改訂版1987年401頁。
- (10) 平野龍一「刑罰と人権」『犯罪者処遇法の諸問題』増補版1982年参照。
- (11) Cf. M. R. Damaska, Adverse legal consequences of conviction and

their removal: a comparative study, The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science Vol.59, No.3, 1968, pp.356—8. 例えばフランスでは、すべての選挙犯罪を含む一定の罪を犯した者について選挙権を永久に剥奪する制度がとられている。このようなシステムは「普通選挙制の下であっても、選挙権は、成人に達した市民にとって絶対的に当然のものではなく、それにふさわしい名誉を成している」と説明されている cf. A. et F. Demichel Droit Electoral, 1973, p.39.

- (12) 奥平「公職選挙法11条の合憲性」奥平・杉原『憲法演習教室』1987年151頁参照。
- (13) 作間忠雄「選挙権・被選挙権の本質」『憲法判例百選Ⅱ』（第二版）1988年、円藤真一「選挙権及び被選挙権の性格」『ジュリスト増刊 憲法の判例』第三版1977年参照。
- (14) 資格制限には犯罪と資格との間に「具体的・直接的な関連性」が必要であるとするものとして、福田雅章「犯罪前歴者に対する職業制限を克服するための法理」『一橋大学法学研究』14号1984年参照。
- (15) 最大判1969年4月23日、刑集23巻4号235頁
- (16) 最大判1955年4月6日、刑集9巻4号819頁。
- (17) 最判1981年6月15日、刑集35巻4号205頁。
- (18) なお公選法252条の合憲性の根拠も「選挙の公正」である、最大判1955年2月9日、刑集9巻2号217頁参照。
- (19) 芦部『憲法と議会政』292頁。なお同『演習憲法』106頁以下も参照。
- (20) 清宮『憲法要論』1952年123頁。
- (21) 野村前掲論文142頁。
- (22) 「(選挙運動)は、あらゆる言論が必要最小限度の制約の下に自由に競い合う場ではなく、各候補者は選挙の公正を確保するために定められたルールに従って運動するものと考えらるべきである」最判1981年7月21日伊藤補足意見、刑集35巻5号578頁。「法が…戸別訪問を一律に禁止して…いるのは、…選挙運動という一種の競争を公平に行わせるためのルールをすべての選挙運動者に一律に及ぼすためである」最判1984年2月21日伊藤補足意見、刑集38巻3号390-1頁。
- (23) 奥平「公職選挙法11条の合憲性」前掲書148-9頁。
- (24) 選挙運動の自由については、奥平氏は通説の先駆的な批判者である。奥平「言論の自由と司法審査」東大社研編『基本的人権4』1968年、同『表現の自由とは何か』1970年59頁以下参照。

3. 「権利説」の検討

2での検討から、通説における選挙権の「公務」性は、その行使の集積が一つの法的権力に結実するという事実の表明を越えて、その「権利」性に対立し、これを制限する原理としての役割を担っていることが明かになった。例えば、「選挙の公正確保」の要請を、選挙権の平等な保障を求める主権原理や国民の

主権者としての判断にとって不可欠な選挙運動の自由の要請に対置し、あたかもそれが独自の価値を有するかのよう理解されている。その際、選挙権の「公務」性は鍵概念となっているのである。しかし、選挙権が権利であると同時に一つの権力を構成するということと、それが「公務」として特殊な制約に服するということは全く別の事柄である。他の人権との比較において、前者は選挙権の本質に内在する特殊性ということが出来るが、後者は決してそのようなものとは言えない。

ところで「権利説」は、従来、この後者の「特殊性」を否定することに力点を置くことで、前者の「特殊性」（私の言う選挙権の「抽象的本質」—抽稿—参照）に着目する点が弱かったと思われる。「権利説」というその自己規定の仕方にもそれは現れている。もっとも、「権利説」がこの点を全く無視したというわけではない。その論者が選挙権を「主権者を構成する市民の主権行使に参加する権利」、⁽¹⁾「主権主体が職務についての義務と権限を有する国家権力機関を創設・改廃する権利」⁽²⁾と定義する場合、実質的にはその特殊な性格が含意されている。すなわち、そこでは選挙権と主権（権力）行使の必然的な結びつきが前提とされている。このような特殊性を合わせ持つ以上、選挙権保障のあり方が他の権利とは異なる特殊なものとなりうること、とりわけ、国民の主権の行使という側面を持つことによって、選挙権論は「権利論」だけでは完結せず、民主主義論、代表論をとりこむかたちで展開されるべきこと、が自覚される必要がある。

以下、「権利説」の論理構造と主張内容を具体的に検討する中で、このような問題提起をあえてする意義を明らかにしていきたい。

(1) 権利の「内在的制約」

「権利説」のうち辻村説は、自説の積極的意義を「選挙権の制限は権利の内在的制約によるものでなければならない」という点に求める⁽³⁾。それは選挙権が権利であることの論理的帰結とされているようである。前述のように通説を含めて従来の学説・判例は、その合理性を厳密に検討することなく、選挙権制限を「選挙の公正の確保」によって正当化してきた。これとの対比では、制限を必要最小限度にとどめようというこの説の問題意識は正当に評価されなければならない。「選挙権の制約は内在的制約によっては説明できない」という批判に現状の規制を肯定したうえでのものが多いことも事実である⁽⁴⁾。しかし、選挙権

の制約の限界をめぐる問題が「内在的制約に限定される」という形で処理するか否かは検討を要する。⁽⁵⁾

権利の「内在的制約」は一般に憲法13条規定の「公共の福祉」の解釈として提示されている。代表的な見解によれば、それが意味するものは、「人権相互の間の矛盾・衝突を調整する原理（自由国家的公共の福祉）」⁽⁶⁾であるとされる。問題は、ある権利が他人の同種のまたは異なる人権と矛盾・衝突する場合、これらを相互に規制することで人権の平等な享有を確保しようというこの原理が、選挙権の保障とどのように関わるかである。というのも、自由権は他人を害する可能性があるからこそ内在的制約に服するのである。しかし選挙権はそのような性格をもたない。ある人がそれを行使することによって他人の何らかの人権と矛盾・抵触関係にいたる、そのようなことが権利の性格上ありえないことに選挙権の特性があるといえる。⁽⁷⁾ 前述のように受刑者や選挙犯罪者の選挙権制限に合理性が認めがたいのも、結局、そのような制限がなければ他人の人権が保護されないという関係を見いだせないからである。⁽⁸⁾ この点では、制限を正当化して「内在的制約によっては説明できない」とする通説の方が問題の性格を正しくとらえている。しかし、この問題の処理は、選挙権とはそもそも「内在的制約」のない権利であって、ましてや政策的な考慮からこれを奪うことがあってはならない、とされるべきではなかろうか。いずれにせよ、選挙権について自由権と同じような意味で内在的制約に服するとするのは、選挙権の特殊性を見失うことになる。

もっとも、辻村氏が選挙権の内在的制約という場合、それは「主権者を構成する市民の主権行使に参加する権利としての性格に内在する制約」のことであり、具体的には国籍・年齢・意思決定能力による制約が念頭におかれていることから、自由権的な内在的制約の考え方をそのまま導入しているわけではないことがわかる。しかし、この考え方から全く自由なわけではない。例えば、在宅投票性の廃止問題について、辻村氏は次のように述べる。「選挙権の制約は、あくまで『必要やむをえないとする合理的理由のある場合』で、しかも制約の程度も最小限度にとどめられなければならない……本件のような選挙権の侵害に関する事例において、L R Aの原則の有効性を追求することは、これからの憲法学にとってきわめて重要な課題である」⁽¹⁰⁾。周知のようにL R A (less restrictive alternative) の原則は表現の自由規制の違憲審査基準として用い

(11) られてきた。その基礎には、表現の自由の内在的制約、「必要最小限規制」の原則などの考え方がある。だが、すでに述べたように、選挙権には「内在的制約」の考え方自体が成立しないとすれば、L R Aの原則による審査も妥当でないと言える。

政治的意思能力を有する市民のすべてに、等しく選挙権を保障するという原則は、社会的な生活条件の異なる各人への実質的保障という要請を当然に含むものであって、在宅投票制は、諸々の事情で投票所に赴くことのできない人にとって不可欠の制度である。この種の制度は、国会が法律で選挙に関する事項を定める（憲法47条）際に「絶対的に要請されている」ものといえる。⁽¹²⁾ 逆に、この制度の廃止措置は「より制限的でない他の手段」の存否を問うことなく、端的に違憲（憲法15条1・3項・44条）と判断されるべきものである。この点で1974年12月9日の札幌地裁小樽支部判決は、制度悪用による選挙違反の多発を根拠に立法目的は正当とした上で、L R Aの原則を適用して廃止を違憲と判断した。⁽¹³⁾ しかし、悪用は「投票の秘密」が守られない制度の組立てによるものであり、この制度自体が違憲の疑いを持つ（憲法15条4項）ものであった。⁽¹⁴⁾ このような制度の瑕疵は仮にとはいえ選挙権制限の根拠（立法目的の正当化事由）とすることはできない。

資格を有する市民による選挙権の行使は妨げられてはならないという点において、その保障は「絶対的」なものであり、違憲審査基準も表現の自由等の「必要最小限規制」の原則よりもさらに厳しいものとされるべきである（端的に言って規制があってはならない）。立法府は、すべての市民が選挙権を實際に行使しようとする選挙制度を構成することを具体的に義務づけられているといえる。このように選挙権は、通説とは別の意味において、その権利としての特殊性がその保障のあり方に反映するものとして理解される必要がある。

(2) 選挙の公正

通説や判例が、選挙犯罪者の選挙権停止、選挙運動の規制等を「選挙の公正の確保」を理由に正当化してきたことは既にみたところである。そこでは「選挙の公正」は選挙権や選挙運動の自由に対立する原理として把握されている。この点も選挙権の権利としての特殊性に着目して提起されているのであって、「選挙の公正」という概念自体を選挙権の本質との関連で検討する必要がある。「権利説」には、自説との関連で「選挙の公正」の意義を明らかにしたもの

は思いのほか少ない。かろうじて、辻村氏が「『（選挙運動＝表現の）自由』と『（選挙の）公正』という対立構図自体、『権利説』からすれば疑問の多いものである」、「『公正』を『自由』⁽¹⁵⁾と同列において独自の価値を認めようとする理論」は、「憲法上の根拠に乏し⁽¹⁵⁾い」と述べるにとどまる。ただし、そこでも、権利の制約根拠としての「選挙の公正」を消極的に否定するにとどまり、その意義が積極的に提示されているわけではない。しかし、選挙権保障のあり方をさぐる上でその概念の明確化は避けて通れない。

それでは、公正な選挙とはなにか。それは、選挙が、国民の主権行使の一形態として、すべての市民の平等な参加の下でその自由な意思の表明として行われることであるといえる。選挙の公正の確保とは、最広義には、選挙における普通・平等・直接・自由・秘密等の原則の遵守を意味すると見るべきであり、このことを離れてその内容を持ち得ない。例えば、不在者投票や在宅投票の制度による平等原則の実質化は、選挙結果の公正さを担保するものであるといえるし、その際の、投票の秘密の保持や一身専属性の確保も選挙の公正の内容と解される。選挙運動の自由⁽¹⁷⁾があって初めて各人の自由な（十分な情報に基づく）投票（判断）も可能となり、選挙の公正に資するということもできる⁽¹⁸⁾。「選挙の公正」は、例えば「候補者間の競争条件の平等」という具合に狭く理解される前に、このようなトータルな概念として把握される必要がある。そのような理解に立ってこそ、戸別訪問や文書・図画の頒布、事前運動等が「自由化」されるべきであるということと、買収や選挙の自由妨害、投票の秘密侵害等が厳しく罰せられなければならないということが、「選挙の公正」から統一的に導き出されてくる⁽¹⁹⁾。いずれも主権者としての国民が自由に意思を表明する上で不可欠なものであるということになる。また、選挙の公営化による国民の立候補権の実質的保障も公正な選挙の一要素として位置づけられるとしても、これによって選挙運動の自由を制限してよいということにはならない⁽²⁰⁾。

「選挙の公正」は、選挙権保障の特殊性を特徴づける概念として今後その具体的内容をさらに明らかにしていく必要がある。

（3）議員定数の不均衡

選挙権の権利としての特殊性が問題となる領域は以上にとどまらない。これまでのところは選挙権と主権（権力）との一般的な結びつきから帰結されることを述べたにすぎないが、選挙制度として具体的に組織される中での選挙権の

保障の様態は、とりわけ代表制との関わりで論じられるという性格を有することになる。なかでも、各選挙区に配分された議席数と人口（有権者数）との比例が損なわれるという問題（いわゆる議員定数の不均衡）は、多くの訴訟が提起され、学会でも最も重視して論じられてきたものである。そこで、この問題に焦点をあてて、選挙権の平等と代表制との交錯について考えてみたい。

周知のように、1976年、最高裁は、それまでの「議員定数配分は立法政策の問題」という態度を改め、「選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票価値の平等もまた、憲法の要求するところである」として、衆議院の議員定数配分規定（1972年当時）を違憲であったと判示した。議員定数不均衡を権利の問題としたのである。しかし、判決は一方で、「各選挙区の選挙人数又は人口数と配分議員定数との比率の平等が最も重要かつ基本的な基準とされるべきことは当然であるとしても、それ以外にも…考慮されてしかるべき要素は、少なくない」として、都道府県の区画のほか、これをさらに細分する際には「従来の選挙の実績、選挙区としてのまとまりの具合、市町村その他の行政区画、面積の大小、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状況等諸般の要素」をあげている。また、「社会の急激な変化」例えば「人口の都市集中化」などを「どのように評価し、…これを選挙区割や議員定数配分にどのように反映させるかも、国会における高度に政策的な考慮要素⁽²¹⁾」であるとしている。国民の利害や意見をどのように議会に代表させるかという点については多くの非人口の要素を考慮しなければならないというのである。なお、最高裁は、参議院の地方区（現選挙区）については「事実上都道府県代表的な意義ないし機能⁽²²⁾」を承認して、その大幅な定数不均衡を合憲とする判断を下し、今日にいたっている。

このように、議員定数不均衡の問題は、人口比例原則とこれを緩和させる非人口の要素とをどのように勘案するかに最大のポイントがある（合憲違憲の判断基準の問題は論理的にはその帰結として位置づけられる）。その際、問題の性格は、選挙権の平等といういわば権利論からのアプローチと、代表制論からのアプローチをどのように結びつけるかということである。例えば、この問題について芦部氏は、「人口比率があくまで原則」としながらも、国会の代表性の充足には「多元的な国民の利益を社会学的に反映することが要求される」として、「地方共同体の利益⁽²³⁾」や都市への権力集中の回避などへの配慮を認める。

こうした社会的利益の議席配分への反映については、渡辺良二氏による批判

が問題の本質をよくついている。氏は、「『議員は国政に関する選挙区の代表として全国民の代表である』という代表観において『選挙権の価値の平等』はその意味を明らかにすることができる。議員が選挙区・選挙民の『意思』を平等に議会に反映する代表であってこそ選挙民の平等の発言権は実現される。……ここでは、平等と代表は相互にその最も基礎的な内容をなす」として、芦部氏のように平等が代表によって緩和されうるとするのは、「平等と代表が…結びついていない。平等によって何が代表されるのか不明確なのである」（傍点原文）と批判する。⁽²⁴⁾選挙区への定数配分の平等の問題が国政に関する選挙区・選挙民の意思を議会に正確に反映させるという点にある以上、社会的利益（とりわけ地方的利益）を議席配分において勘案することはできないというわけである。⁽²⁵⁾選挙権の平等の意義の検討は、選挙民の何を、どのように議会に代表させるかという問題と結びつけてなされる必要がある（代表と平等の統一の把握一渡辺）。このことは、代表制のあり方（端的には小選挙区制か比例代表制か）によって選挙権の平等の持つ意味も全く異なるという点からも了承されよう。⁽²⁶⁾要するに、選挙権を「それは権利である」と言っただけではここでの問題の解決にはならないということである。

この問題については「権利説」も、一方で「選挙権における権利の本質からの規範的要請として投票価値の平等が導かれる」としつつ、他方で「憲法43条の代表制を人民主権^{フーブル}」に適合的に解釈する立場からすれば、『公正かつ効果的な代表』の確保という名目のもとに、主権者の選挙権を侵害することは許されない」と述べる。⁽²⁷⁾これが権利（平等）の問題であると同時に代表の問題であることを事実上認めているのである。⁽²⁸⁾その根底には、「選挙権＝主権者の権利」規定があることは言うまでもない。主権者としての権利という特殊性が、議員定数の問題を、権利の平等な保障という観点からだけでなく、主権者の意思を正確に反映する代表制という点からも検討することを要請する。論理的には、このような構造になっているのである。

「権利説」はこの論理構成を選挙権論の具体的内容においても徹底させる必要がある。議員定数問題における原則（基準）は1対1以外にないことを明らかにした点は、「権利説」の積極的意義として評価しうるが、⁽²⁹⁾例えば、辻村氏が「（1対1）をこえる立法裁量の合理性は、たとえ1対2以下の場合であっても、立法府の側にたって立証されるべきである」という場合、⁽³⁰⁾通説や判例を

内容的に批判したことになっていない。むしろ重要なのは、「公正かつ効果的な代表」概念についておこなったように、例えば、行政区画（特に都道府県の区分）や地理・交通事情（離島の場合）等が主権一代表制論との関わりでどのように位置づけられるのかを明確にすることである。また、ここでの議会の立法裁量の問題は、特定の選挙区制下の定数配分だけでなく、そもそもどのような選挙区制を採用するかにも関わることに留意する必要がある。とりわけ、主権者の意思の正確な反映という憲法上の要請と比例代表制（ないしはその性格を加味した大選挙区制）との関わりが検討されざるを得ない。国民の国政に関する意思の分布を示す指標として、今日、議会内の政党（会派）の構成が重要な意義を有することは否定しようもないからである。

4. 結びにかえて

奥平氏の「権利説」批判に触発されて、選挙権についてどのような視角から議論されるべきかを考察してきた。氏の問題提起のうち、「選挙権の他の権利にはない特殊な性格をそのものとして認識すべきである」という点は正しく評価される必要があるが、この点が現存する選挙権の特殊に厳格な規制の正当化と結びつけて理解されているところに、従来を通説的理解の影響力とその大きさを確認した。通説における「選挙＝公務」観念や国家法人説的思考が選挙権の中身を狭く限界づけているということも、「権利説」の指摘がすべて妥当するわけではないが、確認しえた。従来「選挙権は権利か公務か」（選挙権の法的性格）という問題設定は必ずしも適切であったとはいえないが（選挙権が特殊な権利であるということが内包されていない）、選挙権の性格規定がその権利内容の明確化にとってなお重要であるということを、以上の点は示している。

私が考えるに、選挙権は、政治的意思能力を有するすべての市民に保障され、その集積が主権の行使とされるところの、権利である。その点では、『人民主権』論を基礎とする権利説（辻村）の理解とほぼ共通する。しかし、この説は、従来「選挙権は権利か公務か」という問題設定から出発することで、「主権者（として）の権利」という選挙権の性格規定の意義が、その理論内容に十分に反映されない結果になっているように思われる。本稿の主題も、この性格規定を方法的に反省した上で、選挙権論はどのような論理枠組のもとで構成さ

れるべきかを検討するところにあった。選挙権は「権利である」といっただけではその性格を明らかにしたことにはならない。それが主権の行使と直接に関わる、「権力からの解放」でなく「権力への接近」を原理とする、という点が、権利内容の構成に反映されなければならないのである。選挙権には自由権的な意味における「内在的制約」は存在しない（その行使は絶対的かつ実質的に保障されなければならない）、選挙権の平等の要請は権利の問題であるとともに代表制のあり方とも関連している、などの理解は、この選挙権の特殊性を認識するところから導かれる。

以上、本稿は、選挙権論の基本的な論理枠組がどのようなものであるべきかを考察したにとどまり、選挙権保障上の具体的な論点については十分にふれることができなかつた。しかし、ここで設定した枠組の有効性は、本来、具体的な議論の中で検証されなければならないことはいうまでもない。今後とも考察を深めて他日を期することとしたい。

- (1) 辻村「選挙権の権利性と公務性」『法律時報』59巻7号1987年74頁。
- (2) 金子前掲論文55頁。
- (3) 辻村④84頁。浦田前掲「選挙権論をめぐって」も参照。
- (4) 吉田前掲「政治的権利」、中村睦男『憲法30講』1984年68頁参照。
- (5) この点については、奥平⑩10頁参照。
- (6) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』（新版）1971年235頁。小林直樹『憲法講義（上）』改訂版1977年282—3頁も参照。
- (7) この点は、憲法19条規定の「思想・良心の自由」についても確認される。芦部編『憲法Ⅱ人権Ⅰ』278頁（種谷春洋執筆部分）、初宿正典「思想・良心の自由の保障の効果」『ジュリスト増刊 憲法の争点（新版）』1985年92頁参照。
- (8) この点で辻村氏は、「選挙犯罪の実態に即した具体的な検討のもとで、選挙の公正確保という目的と効果との因果関係に照らして、選挙権・被選挙権の停止という手段が必要不可欠であり、権利制約の程度が必要最小限であるか否か等を問題とすることが必要」であるとするが（辻村③）、そのような必要最小限性を検討する基礎を欠くところにこの種の規制の問題がある。
- (9) 辻村前掲「選挙権の権利性と公務性」、辻村④34頁参照。
- (10) 辻村④26—7頁。
- (11) 芦部『現代人権論』1974年236頁以下、283頁以下参照。
- (12) 三輪隆「重度身障者の選挙権」『憲法判例百選Ⅱ（第2版）』1988年315頁。なお、金子前掲論文58頁も参照。
- (13) 『判例時報』762号8頁。
- (14) 1950年の公選法施行令では、郵送投票以外に「同居の親族」による投票用紙の請求・提出も認められており、これが悪用された。なお、川口是「在宅投票

- 制度と選挙権」奥平・杉原編『憲法学4』1976年参照。
- (15) 辻村「選挙運動の自由と立法裁量」『法時』60巻10号1988年99頁。
 - (16) この点は奥平氏にも共通する。奥平『なぜ「表現の自由」か』1988年174頁以下参照。
 - (17) 三輪前掲論文参照。
 - (18) 小林孝輔「選挙期間中の文書活動の制限」『憲法判例百選Ⅱ（第2版）』参照。
 - (19) 松井幸夫「選挙運動規制と表現の自由」『憲法の基本判例』参照。
 - (20) 江橋崇「選挙運動の自由」『公法研究』42号，松井前掲「選挙運動の自由」参照。
 - (21) 最大判1976. 4. 14民集30巻3号223頁。
 - (22) 最大判1983. 4. 27民集37巻3号345頁。
 - (23) 芦部『憲法と議会制』379—383頁参照。なお同書408—410頁も参照のこと。
 - (24) 渡辺良二「代表と平等・研究」『近代憲法における主権と代表』1988年200—1頁参照。
 - (25) 渡辺「国民主権と民主主義の土俵はいかに修復されるべきか」『法セミ』1986年5月号。なお和田進「議員定数配分における非人口の要素について」『神戸大学教育学部研究集録』62集1979年，杉原「定数配分の平等と憲法上の保障」『憲法演習教室』も参照。
 - (26) この点については 和田進「国民代表原理と選挙制度」『法時』54巻4号1982年参照。
 - (27) 辻村②175—8頁参照。
 - (28) 「投票権自体に権利性を認めて主権者間の権利の平等を厳格に要求し，主権者の意思を議会に忠実に反映しうる選挙制度を求める権利説・半代表制論 人民主権論の立場」辻村「議員定数不均衡と参議院の『特殊性』」『憲法判例百選Ⅱ（第2版）』，杉原前掲「定数配分の平等と憲法上の保障」参照。
 - (29) 辻村①86頁，同②178頁，同④30頁参照。
 - (30) 辻村④30頁。

（筆者の住所：〒125 葛飾区亀有1-12-8）