

II 参政権の諸相

以下では、もっぱら先に述べた固有の意味における参政権（I 2 (2)「本来的な参政権」参照）に焦点を当てて、これは、国民の国政参加の態様・手続に応じて、次の二つの種類に大別される。

- (i) 直接的参政権 国民みずから国家意思の形成・決定それ自体に加わることによって、国政の内容を直接に決定する効果をもつもの。
 - (ii) 間接的参政権 国民が、国政担当者の任命又は罷免に関わることによって、国政の内容を間接的に決定する効果をもつもの。
- いずれの種類も参政権にあつても、さらに、その態様・手続に応じてさまざまな方法が工夫されているが、以下では、このような参政権の具体的な行使形態について、日本国憲法の定めるところに即して検討を加えることにしよう。

1 直接的参政権

(1) 公民団と個人

現代の「代表民主制」は、すでに述べたように、代表制の原理に直接民主制の要素を採り入れた「半直接民主制」という国民・議会関係を示している（大石「憲法概論I」第四章I「序説」参照）。そして、この体制の下にあつては、個々の国民がもつ直接的参政権としては、何より、国家機関として組織化され、一体的に行動する公民団の一員として行使することのできる参政権を想定する必要がある。

この意味において、国民は、公民団の権能として制度化された、①国民発案権（イニシアチブ）や②国民表決権（レファレンダム）の行使に、実効的に参加する地位と能力をもつことが導かれる。しかし、個々の国民がもつ直接的参政権は、そのような公民団の一員として行使する合同行為に尽きるわけではなく、③個別的なかたちで自ら国家意思を形成する公職に直接に従事すること、すなわち公職就任という方法によっても、行使することができる。

このうち、現行の日本国憲法には、半直接民主制の諸国で多く見られるところの、①国民発案（イニシアチブ）というしくみ——立法府・議会で決定されるべき国家意思の内容を国民の側から提案し、審議を義務づける方法を指す——については規定するところがない。したがって、そのしくみを日本に導入するためには憲法改正が必要となるが、そうすると、個々の国民がみずから国家意思の形成・決定それ自体に直接参画する方法としては、現在のところ（公職就任権を活かすか、②国民投票（レファレンダム）における表決権を行使するかという二つの途に限られることになる。

(2) 公職就任権

まず、公職就任権とは、個々の国民自身のみならずから国家意思を形成し又は決定する公務に直接に就くことのできる地位や能力を意味する。この場合の「公職」というのは、例えば、現行の公職選挙法で定義された「衆議院議員、参議院議員並びに地方公共団体の議会の議員及び長の職」（三条）に限定されるものではなく、立法府に属するか司法官・行政官のいずれであるかを問わず、およそ国家公務員又は地方公務員として任用され、公権力の行使にあらずかる官職をすべて含むものとして用いている。

したがって、それは「公務就任権」と言うこともできるが、そのような公職就任権を広く国民一般にみとめることは、国政担当者特定の者のみに固定した、国家形体としての絶対制の論理を否認する立憲民主主義の一つの眼目でもある（大石『憲法概論I』第一章I2(2)「民主制・絶対制」参照）。この観点から、明治憲法も、「日本臣民ハ、

法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応シ均ク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコトヲ得」と定めていた（一九九条）。しかし、日本国憲法には、そのような明文の規定がない。そのため、公職就任権の憲法上の根拠をどこに見出すかについては、学説上争いがあったて、これを大別すると、以下のようになる。

- (a) 憲法第一三条の幸福追求権に含意される「公的幸福」の一環をなすものと解するもの（佐藤幸治など）
- (b) 憲法第一四條にいう「政治的」差別的禁止（二項、四四條参照）の前提として当然に認められるとするもの（多数説）
- (c) 憲法第二二條が保障する「職業選択」の自由（二項）の一つとして認められると解するもの（総務省『首長の多選問題に関する調査研究会報告書』参照）
- (d) 憲法第一五條の公務員選定・罷免権に示されるような現行憲法の基本的な原理である国民主権から導かれるとするもの
- (e) 個々の条項に根拠を置くというより、現行憲法の基礎をなす立憲民主制のコロライイとして位置づけられると説くもの

いずれにしても、現行憲法が国民の権利として公職就任権をみとめる点について変わりはないが、その権利が在留外国人にも保障されるかという問題について違いが生じることになる。というのも、論理的には、(d)・(e)説によれば、外国人の公職就任権は憲法上当然には認められないという結論になるのに対し、基本権・人権論に根拠を求めると(a)・(c)説によれば、逆にそれが当然に否定されることにはならないからである。もともと、この場合、公職就任権が「権利の性質上日本国民のみをその対象としていると解されるもの」又は「わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等……認めることが相当でない」と解されるもの（最大判昭五三・一〇・四〈マクレーン事件〉「III-12」）に該当するかどうかの問題は、別途検討される必要がある。

本書としては、これまで述べたところから明らかなように、(e)説のように構成することが適切であるという立場をとる。これに対し、日本国民の公務員就任権について、「憲法が当然の前提とするものとして、あるいは、国民主権の原理、一四条等を根拠として……認めることができる」と解した上で、「憲法上の公務員就任権の保障は、その権利の性質上、外国人に対しては及ばない」としつつ、「憲法上の制限の範囲内において、外国人が公務員に就任することができるかどうかの決定を立法府の裁量にゆだねている」とする考えもある(最大判平一七・一・二六(東京都管理職選挙事件)〔Ⅲ-3-4〕における金谷利廣裁判官の意見)。

もつとも、そのような公職就任権がどのように具体化されるかは、憲法上一義的に決定されるわけではない。これについては、明治憲法も「法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応シ」(一九条)と規定することによって示唆していたように、前記の国民の職業選択の自由(二二条一項)や幸福追求権(二三条)にも深くかかわる事項として、「立法機関」の権限に属するものと考えられ、法律の定めるところに委ねられている。

現に、例えば、先にみた公職選挙法は、国会両議院の議員などの公選に付される職の就任・在任資格に関して定めているが、一般職の国家公務員に関する試験・任免などの官職の基準についても、詳しく法定されている(国公二七条以下など参照)ほか、さらに裁判官や検察官などについても、その試験・任免などに関する基準が法定されている(司法試験法・裁判所法・検察庁法など参照)。

(3) 国民投票における表決権

① 憲法改正決定権としての国民投票

現行憲法は、国会が制定する地方自治特別法について、その地域の住民による同意表決の制度を設けている。すなわち、「一の地方公共団体のみに適用される特別法は、法律の定めるところにより、その地方公共団体の住民の投票においてその過半数の同意を得なければ、国会は、これを制定することができない」(九五条)というしくみ

であるが(大石『憲法概論Ⅰ』第八章Ⅱ3「地方自治特別法」参照)、これは特定の地域を対象とする地域的レファレンダムにすぎない。

これに対して、全国的な公民団による国民表決(レファレンダム)は、必要的な拘束的レファレンダムとして、憲法改正の場合にだけ予定されており(九六条参照)、国民は、国会が議決し、提案する憲法改正案の是非に関する国民投票に際してのみ、表決権を行使することができる(以上の国民表決の種別については、大石『憲法概論Ⅰ』第四章Ⅲ2(2)「直接民主制的な技術」参照)。すなわち、憲法第九六条は、次のように規定している。

まず、「この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会が、これを發議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする」(一項)。

次に、「憲法改正について前項の承認を経たときは、天皇は、国民の名で、この憲法と一体を成すものとして、直ちにこれを公布する」(二項)。

このように、憲法改正については、(i)国会における「各議院の総議員の三分の二以上の賛成」による發議・提案をうけて、(ii)国民投票における「過半数の賛成」による承認を経たときは、(iii)天皇により公布されるという三段階からなる手続が定められているが、国民は、この第二段階において、国政の内容に関する賛否の意思を直接に表明することが認められるのである。この国民投票は、国会の提案に対する公民団の最終的な決定権としての意味もち、個々の国民はその重大な権能の行使にあずかることになる。したがって、公民団による最終決定のしくみやそれに参加しうる個々の公民の権利行使のしかたをどのように規律するかは、重要な立法政策上の課題になる。

この点を具体的に例示すると、憲法改正法のあり方については、⑦議決要件とされる「各議院の総議員」(九六条一項)、⑧両議院において議員が憲法改正原案を發議・修正するための賛成者の要件(法律案などの發議要件に関

する国会五六条参照)の意味だけでなく、㉞表決権者の範囲、㉟選挙の際の選挙運動に似た「国民投票運動」に関する規律、㊱国民投票の期日、㊲投票結果の確定手続や国民投票の方法と効果、㊳憲法改正の形式や公布期限などをめぐって、多くの解釈問題や立法的に解決すべき課題がある。ここでは、国民の権利という観点からみた問題点(㉞)㊱)だけを取り上げることとし、その他の論点(㉟)㊲)㊳)については、統治組織の問題として別に取り扱うことにしよう(大石「憲法概論I」第五章IV3(2)「憲法改正提案権」参照)。

② 憲法改正手続法によるしくみ

しかし、このような諸問題については、本来、「国権の最高機関」としての国会がしかるべき憲法附属法を制定して立法的な解決を図ることが求められよう。それが、現行憲法の施行後長い間、制定されていなかったため、国民の主権の行使という観点からは大きな問題を含んでいた。いわば「立法の不作為」に当たるとの批判もあつたところであるが、最近ようやく、議員立法として憲法改正手続法案が提出され、重要な修正を経た上で、憲法改正手続法が成立した(平成一九年法律第五一号)。

同法は、憲法改正のための国民投票の手続を新規に定めたほか、国会両議院における憲法改正の発議要件・手続などを定める国会法改正(憲法改正手続一五一条)をも内容としている。これによれば、国会の議決により国民に提案される憲法改正の議案は「憲法改正案」、そのために議員が所属する議院に発議する議案は「憲法改正原案」として整理されているが(国会六八条の二・一〇二条の六など参照)、憲法改正手続に関する現行制度は、先に提示した項目に即してみると、以下の通りになる。

(i) 表決権者(投票権者)については、憲法が「特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票」(九六条一項)を規定していることからすると、選挙権者の範囲と一致することを予定しているものと解するべきであらう。実際、憲法改正手続法においても、「日本国民で年齢満十八年以上の者」とされ(憲法改正手続三条)、

先に述べた通り、国会両議院議員の選挙権者(公選九条)と同じであるが、選挙の場合とは異なって、とくに欠格事由は定められていない。その違いについて、しばしば憲法改正国民投票では国政選挙以上に幅広い国民の参加が望ましいからだなどと説かれることもあるが、むしろ定期的に実施される国政選挙の場合に、過度の公民権停止のしくみを採り入れていること自体への批判的検討が望まれるところである(後述2(1)③「いわゆる公民権停止の問題」参照)。

(ii) 国民投票運動とは、「憲法改正案に対し賛成又は反対の投票をし又はしないよう勧誘する行為」(憲法改正手続一〇〇条の二)をいうが、これに関する規律については、選挙運動の場合と異なって、「表現の自由、学問の自由及び政治活動の自由その他の日本国憲法の保障する国民の自由と権利を不当に侵害しない」(同一〇〇条)という立場から、公務員の政治的行為の制限に関する特例が設けられ、国民投票運動や憲法改正に関する意見の表明もおこなうことができる(同一〇〇条の二)。また、国民投票広報協議会(同一一条以下参照)は、「両議院の議長が協議して定めるところにより」、NHK(日本放送協会)や新聞などに、憲法改正案の広報のための放送や広告をおこなうが、それは、憲法改正案とその要旨その他参考となるべき事項の広報だけでなく、憲法改正案に対する賛成の政党等及び反対の政党等が行う意見の広告を含むものとされている(同一〇六条・一〇七条参照)。

但し、投票事務関係者はもちろん、裁判官・検察官・警察官などの特定公務員や公務員等及び教育者の地位利用による国民投票運動は禁止される(同一〇一条・一〇三条参照)ほか、国民投票に関する放送については、放送法第四条第一項の規定の趣旨に留意すべきものとされ(憲法改正手続一〇四条)、国民投票運動のための広告放送は、「国民投票の期日前十四日に当たる日から国民投票の期日までの間」は、NHK・基幹放送事業者のラジオ・テレビ放送による憲法改正案とその要旨その他参考となるべき事項の広報を客観的かつ中立的に行

う憲法改正案の広報のための放送を除いて、禁止される(同二〇五条・二〇六条参照)。

(iii) 国民投票の期日については、「国会が憲法改正を發議した日」から起算して六〇日以後一八〇日以内において、「国会の議決した期日」に行うものとされる(憲法改正手続二条一項、国会六八条の六参照)。

(iv) 投票結果の確定手続や国民投票の方法と効果については、まず、中央選挙管理会において国民投票結果の報告を受けるが(憲法改正手続九八条一項)、その結果、「憲法改正案に対する賛成の投票」の数が賛成・反対の投票を合算した「投票総数の二分の一を超えた場合」、つまり有効投票の過半数に達したときは、憲法九六条にいう「国民の承認があつたもの」(同二二六条一項)とされる。

このように国民投票における表決権の具体的な内容としては、以上にみた憲法改正国民投票制度に公民として参加できるということになる。

2 間接的参政権

以上に述べた直接的参政権に対して、間接的参政権の場合、国民は、国家意思を形成し、決定する行為それ自体ではなく、それをおこなう国政担当者の任命や罷免などに関与することを通して、国政のあり方に対して決定権を行使することになる。もちろん、この場合でも、個々の国民がもつ権利は、国家機関として組織化された、一体的に行動する公民団の一員として行使することができるものに限られる。

この間接的参政権にも、立憲民主主義の諸国の経験の照らして二通りの方法が考えられるが、それは、(i)国政選挙における選挙資格をもち、選挙において投票権を行使すること、(ii)現に在職している国政担当者を解任する国民解職(リコール)に参加することである。

《著者略歴》

大石 眞 (おおishi まこと)

- 1951年 宮崎県生まれ
- 1974年 東北大学法学部卒業
- 現在 京都大学名誉教授
- 著書 『憲法制度の形成』(信山社, 2021年)
- 『日本憲法史』(講談社, 2020年)
- 『国会を考える』(共編・三省堂, 2017年)
- 『統治機構の憲法構想』(法律文化社, 2016年)
- 『判例憲法〔第3版〕』(共編・有斐閣, 2016年)
- 『権利保障の諸相』(三省堂, 2014年)
- 『憲法断章』(信山社, 2011年)
- 『憲法概観〔第7版〕』(共著・有斐閣, 2011年)
- 『憲法秩序への展望』(有斐閣, 2008年)
- 『首相公選を考える』(共編・中央公論新社, 2002年)
- 『議会法』(有斐閣, 2001年)
- 『憲法史と憲法解釈』(信山社, 2000年)
- 『憲法五十年の展望Ⅰ・Ⅱ』(共編・有斐閣, 1998年)
- 『立憲民主制』(信山社, 1996年)
- 『憲法と宗教制度』(有斐閣, 1996年)
- 『日本憲法史の周辺』(成文堂, 1995年)
- 『議院法制定史の研究』(成文堂, 1990年)
- 『議院自律権の構造』(成文堂, 1988年) など

憲法概論Ⅱ 基本権保障

2021年12月25日 初版第1刷発行

著者 大石 眞

発行者 江草 貞治



発行所 株式会社 有斐閣

郵便番号 101-0051
東京都千代田区神田神保町2-17
http://www.yuhikaku.co.jp/

印刷・製本 中村印刷株式会社

© 2021, Makoto OHISHI. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします

★定価はカバーに表示してあります

ISBN 978-4-641-22815-3

JCOPY 本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に(一社)出版者著作権管理機構(電話03-5244-5088, FAX03-5244-5089, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。

事項索引

あ	NHK	364
新しい人権	お	
93	押収	190
圧政に対する抵抗	公の施設	298
14	屋外広告物	280
い	屋外集会	297
違憲主張の適格性	屋内集会	297
157	親の教育の自由	225, 227
意見表明の自由	か	
262	海外渡航の自由	184
萎縮的効果	外交保護権	28
276	外国移住の自由	184
異状死体届出義務	外国人	28, 34, 70, 426, 431
170	外国法人	42
一事不再理	解散命令	241
144	解釈宣言	19, 205
一般永住者	解職請求権	442
35	街頭演説・ビラ配り	281
一般的行為自由	加害原理	326
92	学習権	225
一般的な統治関係	学習指導要領	230
43, 55	学問の自由	218
一般令状	家事審判	203
158	課税法律主義	73
一票等価制	華族	134
130, 439	家族	200, 201
一票の較差	学校制度法定主義	229
131	活動規制	313
イニシアチブ(国民発案)	家庭裁判所	142, 203, 204
98, 430	軽き新法の遡及	151
意に反する苦役	環境権	93, 413
90	監護・教育権	182
委任立法	観察処分	315, 317
409	間接効力論(間接効力説)	56, 369
違法収集証拠	間接的規制	272, 280
108, 160		
インターネット	え	
257	営業	331
う	営業許可制	337
動く集会	営業の自由	181, 331
208, 293, 294, 301	永住者	35
疑いのある類別	栄典制度	135
126	営利団体	307
訴えの利益	営利的言論	263
386	疫学上の緊急事態	68