

〈特集2 選挙法をめぐる近年の議論〉

## 被選挙権の法的性質をめぐる近時の議論

湯浅塾道

要旨：選挙権の性質については憲法学界において論争が続いているが、被選挙権の性質についての議論は少ない。しかし近時、多選制限と関連して被選挙権は憲法上の権利ではないとする見解が明らかにされたことを契機に、あらためて被選挙権の性質が問われている。従来の通説では被選挙権は選挙によって議員その他に就き得るための資格、選挙人団によって選定されたときこれを承諾し公務員となりうる資格であるとされたが、昭和43年の大法廷判決などに触発され、被選挙権の憲法上の権利性を肯定する学説も増えている。被選挙権の憲法上の権利性を認めるとすれば、選挙権の中に含まれていると見るべきであり、選挙権の公務性（一定の公共的性質）から説明できる。

### 1. はじめに

日本国憲法は、15条1項で「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」として明文で選挙権を規定している。これに対し、被選挙権については明文規定を欠いている。このこともあってか、選挙権の性質と被選挙権の性質については、憲法学界の議論において相当の差がみられる。

選挙権の法的性質については、これまでも憲法学界においてこれまで数度にわたる論争が繰り返されてきた。特に1970年代から80年代にかけて選挙権論争とよばれる論争が展開されたが、選挙権の法的性質に関する議論には論者の主権概念に関する理解の相違<sup>(1)</sup>や権利のとらえ方の相違<sup>(2)</sup>が大きく関係することから、議論のすれ違いも多かった。しかし近時は選挙権の法的性質をめぐる理論的論争は収斂しつつあり、平成7年2月28日の最高裁判所大法廷判決<sup>(3)</sup>をきっかけとして地方自治体の選挙における定住外国人への選挙権付与の可能性が具体化したことから、近時の選挙権の性質に関する論争の焦点は具体的解釈次元における問題に移っている。特に外国人への選挙権付与の是非が議論の

組上にあり、選挙権の法的性格から外国人への付与が認められるのかどうか、または要請されるのかどうかという点が議論されている。また、外国人への付与が認められる、または要請されるとすれば、それはいわゆる定住外国人に限定されるのかどうか、国際レベルの選挙権と地方レベルの選挙権との間に相違が認められるかといった点についても、「国民」「住民」概念の見直しと関係しながら議論が続く状況にある。

このような状況と比較すると、被選挙権のほうは、「ほとんどの憲法教科書は、公職選挙法の定める被選挙資格を説明するだけで、それが憲法上の権利なのかどうかには言及していない」<sup>(4)</sup>のが現状であり、「被選挙権を正面から扱った論稿は、これまで——内外を問わず——なかったようである」と評されたことすらあった<sup>(5)</sup>。

その一方で、被選挙権の性質は、つねに議員・首長の任期制限（多選禁止）との関係で引き合いに出されてきた経緯がある。被選挙権が憲法上の権利であるとすれば、選挙権の制約と同様に被選挙権の制約についても最小限でなければならず、多選禁止は憲法上許容されないという結論が導かれる可能性があるからであり、被選



挙権は職業の自由や平等権と並んで、多選禁止が憲法違反であるとする論拠の一つとして援用されてきたのである。

しかし被選挙権についても、近時変化の兆しが現れているように思われる。そのきっかけは、総務省が平成18年に設置した首長の多選問題に関する調査研究会が報告書において地方公共団体の長の任期を法律によって制限することは憲法上許容されると明言し、研究会の座長からは、被選挙権は憲法上の権利とはいえないとする立場が明らかにされたことである<sup>(6)</sup>。

本稿は、被選挙権の性質に関する最近の議論を概観して、あらためて被選挙権は憲法上の権利なのかという問題について論点を整理し、若干の考察を加えてみることにしたい。

## 2. 多選制限と被選挙権

地方公共団体の長の多選制限は、古くは昭和29年に都道府県知事の連続3選を禁止する法案が第19国会に提出されたが、小選挙区制の導入も含む法案であったこともあり、成立に至らなかった。その後も、昭和42年(第55国会)、平成7年(第132国会)に多選を禁止することを内容とする法案が提出されているが、いずれも廃案となっている。また、地方分権をめぐる動きの中でも多選制限が議論の対象となっており、地方分権推進委員会の第2次勧告においては、「首長選挙における投票率の低さ、無投票再選の多さ、各政党の相乗り傾向の増大は、首長の多選が原因の一端であるとして問題視する向きも多い。このため、首長の選出に制約を加えることの憲法上の可否を十分吟味した上で、地方公共団体の選択により多選の制限を可能とする方策を含めて幅広く検討する」として多選制限の可能性が言及された<sup>(7)</sup>。これをうけて、平成10年5月29日に閣議決定された地方分権推進計画においては、首長の多選の見直しが項目に加えられ、幅広く研究することとされた。

平成11年に、自治省(当時)が首長の多選見直し問題調査研究会を設置した<sup>(8)</sup>。研究会の報

告書は、地方公共団体の長の力が増大化する状況の下で多選による弊害や問題点を立憲主義や民主主義といった憲法上の価値に照らしてどのように評価するかは、民主主義の担い手である国民や住民に委ねられるとし、憲法上および立法政策上の論点を指摘したが、各論点について多選禁止賛成、反対からの両論を併記する形となった。

多選を禁止すべきとする観点からは、立憲主義は国民の権利・自由を保障しそのために権力が誰かの一手に集中して強大にならないよう権力を制限することを基調としており、権限の集中する地方公共団体の長の多選を禁止することはこの立憲主義の考え方に適合的である、地方公共団体の長の日常の行政執行は事実上選挙運動的効果を持つので新人の立候補が事実上困難になるおそれがあり多選制限によって新人が立候補しやすくなり選挙人の選択の範囲が広がる、多選は政治の独走や人事の偏向などの弊害を制度的に内在するといった点が指摘された。これに対して、多選禁止に反対する観点からは、上記の多選禁止論が提示する論点に対する反論がなされた。

特に憲法との関係については、「多選を制限すべきとする意見には憲法により誰もが公職に就くことのできる機会が保障されていることから多選禁止の必要性が認められるとする考え方があるが、多選禁止に反対する意見からは、憲法15条又は13条は公職に就くことのできる機会を保障しているとしても、現在でも立候補の自由は広く保障されており、新人が当選できないのは有権者の厳粛な審判に基づくものであって、ある意味で、新人立候補者本人の問題であり、誰もが公職に就くという結果までを保障しているものではないとされる<sup>(9)</sup>」として、被選挙権は憲法上の権利であるのかという点に関する判断を避け、むしろ公務就任権との関係において多選禁止の是非を検討していることが報告書の特色といえる。

その後も多選問題についてはたびたび議論が行



われてきたが、多選制限が再び浮上する契機となったのは、平成18年に福島県知事、宮崎県知事、和歌山県知事がいずれも公共事業の入札をめぐる不祥事で辞職し、その後逮捕されたという事態である。3ヶ月の間に逮捕された3人の前知事のうち、前・福島県知事は5期目の途中、前・宮崎県知事は1期目であったがその前任者は6期在任であった。このため、あらためて地方公共団体の長の多選問題が浮上して国会や各政党などにおいて多選制限の法制化を求める動きが顕著となったのである。

総務省は、平成18年に首長の多選問題に関する調査研究会を設置し、平成19年5月に報告書を公表した<sup>(10)</sup>。

研究会は、「これまでの多選制限問題においてはつねに多選制限が憲法上許容されるかどうかについて、立法政策に関する是非の立場が、憲法論（合憲論・違憲論）に影響を与えつつ、議論がなされてきたことは否めない」というところから、「このような従来の多選制限の議論における憲法論と立法政策論の交錯を脱すべく、憲法論に焦点を当て」て議論を行った。

平成11年の研究会とは異なり、今回の研究会は明確に結論を示している。

研究会の報告書は、多選制限によって選挙人が自由に投票したい者に投票できなくなることについて、選挙にいかに関与者の意思を反映させることができるかが重要であるが、その際に選挙の実質的な競争性が確保されることが必要であり、新人が容易に立候補でき、候補者から多様な政策が提示され、政策をめぐる建設的な論争を通じ幅広い政策の中から住民の選択が行われ、その結果住民意思が適切に示されることの重要性を指摘する。この点で、多選と立憲主義・民主主義との関係に対する基本的な立場については、平成11年の研究会とさほど変わるところはない。しかし、報告書ではさらに踏み込み、選挙における競争性を確保し政策選択の幅を広げる手法の一つとして多選制限を位置づければ、多選制限は、民主主義の理念に沿ったも

のと考えることもできるとし、地方公共団体の長の任期を法律によって制限することは憲法上許容されるという。ただし、これを1期のみ制限する（すなわち、再選を認めない）ことは、その地方公共団体の長にとってはひとたび選挙で当選した場合に引き続き選挙される機会が与えられないこと、選挙人にとっても1期目の実績を評価する機会を与えられないことから、結果として選挙権・被選挙権の双方について著しい制約となり、憲法上問題があるとした。

一方、多選制限の議論において常に問題とされてきた被選挙権については、「被選挙権又は立候補の自由については、憲法上明記されていないので、憲法上保障された権利かどうか問われることとなる」とし、後述する昭和43年の最高裁大法廷判決について触れている。「被選挙権又は立候補の自由は選挙権から独立した別個の基本的権利として保障されているものではなく、立候補の自由が不当に制約されることによって選挙権の自由な行使が阻害されることとなる場合に、その制約が憲法上問題となりうる」と考えることもできる<sup>(11)</sup>とした。

### 3. 学説の状況

ドイツ国法学の影響を色濃く受けた第二次世界大戦前の学説においては、選挙権を自然法的な個人の権利とする個人的権利説、選挙は選挙人団という国家機関が議会という他の国家機関を構成する公的行為であり選挙権は権利ではなく公的行為を遂行する公務であるとする公務説、公務説に類似するが選挙権とは選挙人が選挙人団という国家機関を構成して議会という他の国家機関を構成するために選挙人団に参加する資格であるとする権限説、選挙権は権利と公務（あるいは権限）の両方の側面をもつ二元的権利であるとする二元説などが説かれた<sup>(12)</sup>。このうち通説的地位にあったのは、国家法人説の下に選挙を国家法人の機関を創出するための活動としてとらえ、その主体は機関としての選挙人団であって、選挙は選挙人団の行う公務で



あるとする説である。選挙権は権利ではなく公務であるとするのが通説である以上、被選挙権も権利ではなく国家法人の機関としての地位に就きうる資格であるとする理解が一般的であった。たとえば美濃部達吉は「被選挙権は議員となって自ら議政の任に当るの資格である<sup>(13)</sup>」と述べ、森口繁治も「所謂被選挙権」は「法が一定の条件を具備する一般人に付与する消極的な資格であつて、恰かも高等試験に合格したるものが有する任官能力と同様、国家機関たり得るための適性に過ぎ」ず、「被選挙人は選挙の結果当選し、適法に受諾して、初めて議員という国家機関の地位に就き得る<sup>(14)</sup>」と説明している。

その後日本国憲法が成立し、15条1項に公務員の選定・罷免権が明確に定められたため、選挙権については「選挙人は、一面において、選挙を通して、国政についての自己の意志を主張する機会を与えられると同時に、他面において、選挙人団という機関を構成して、公務員の選挙という公務に参加する<sup>(15)</sup>」というように権利と公務の両方の側面をもつ二元的権利であると理解する二元説が通説となった。

これに対し、いわゆる人民主権説（プープル主権説）に立脚して選挙権は主権者である国民の主権行使の一態様であり個人的・基本的権利であると主張する権利説が二元説に対する批判として主張され、それに対する二元説からの反論、権利説からの再反論という形で論争となったのが、1970年代から1980年代初頭にかけてのいわゆる選挙権論争である。その後も、権利説と二元説（及びそれに類似する説）との対立が続いたまま現在に至っているが、選挙権に関する限り、権利説と二元説との間の相違は小さくなってきている。二元説が以前のように選挙権を権利と機関としての公務の二元的性質をもつ権利として理解するのではなく、選挙権の権利性を承認しつつ選挙権は純然たる私権とはいいがたく一定の公共的性格を否定できないことや選挙制度と深く結びついた権利であることなどを指して公務性と称するようになり<sup>(16)</sup>、選挙権

の公務性を権利制限の直接の根拠とすることはなくなったからである。

一方、被選挙権については、「選挙によって議員その他に就き得るための資格<sup>(17)</sup>」であるとか、「選挙人団によって選定されたとき、これを承諾し、公務員となりうる資格<sup>(18)</sup>」であるとするのが通説であった。しかし、後述する昭和43年の大法廷判決などに触発され、被選挙権の憲法上の権利性を肯定する学説も増えてきた。

被選挙権を憲法上の権利であるとする説は、大要、次のように分類される。

第1は、選挙権と同様に人民主権説（プープル主権説）に立脚して、被選挙権も主権者である国民の主権行使の一態様であり個人的・基本的権利であると主張する説である<sup>(19)</sup>。この場合は憲法15条1項が根拠となる。第2は、選挙に関する憲法上の原則は、被選挙権にも及ぶとするものである<sup>(20)</sup>。第3は、選挙権と被選挙権は密接な関係にあり、表裏一体のものであるとする説である<sup>(21)</sup>。第4は、両議院の議員及びその選挙人の資格の法定を規定する憲法44条が選挙権と被選挙権を区別していないところから、両者は一体であるとする説である<sup>(22)</sup>。第5は、自ら公職者として国政に参与する権利の一側面として、権利の包括的規定である憲法13条の幸福追求権に求める説である<sup>(23)</sup>。また、普通・平等・自由選挙の内容はそれぞれに憲法上の原則であり同時に主観的権利として主張できるとする説もあるが<sup>(24)</sup>、この場合は立候補の自由という憲法上の原則が被選挙権という主観的権利としても主張できることになる。

被選挙権の保障が憲法の条文に明記されていない以上、いずれの説も何らかの解釈によって、ほかの憲法の条文、憲法上の原則、または憲法の内包する民主主義の原理や理念から、被選挙権を導出せざるを得ない。ここに被選挙権の権利性がいまだ明らかになっているとはいえない一因がある。

#### 4. 判例の状況



最高裁判所からは、昭和30年および昭和43年に被選挙権の性質に関する判決が下されている。

昭和30年の判決<sup>(25)</sup>は、選挙犯罪の受刑者に対して選挙権と被選挙権の停止を定める公職選挙法252条の合憲性が問題となった事例であり、判決は次のように被選挙権の権利性を否定した。

「国民主権を宣言する憲法の下において、公職の選挙権が国民の最も重要な基本的権利の一であることは所論のとおりであるが、それだけに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。」

また、本判決には二つの補足意見があり、その一つである斎藤・入江裁判官の意見は、次のようにさらに明確に被選挙権の権利性を否定すると同時に、選挙権および被選挙権の内容についての広範な立法裁量を認めている。

「仮りに上告理由となるものとしても、論旨は、選挙権、被選挙権が国民主権につながる重大な基本権であり、憲法上法律を以てしても侵されない普遍、永久且つ固有の人権であることを前提としている。なるほど、日本国憲法前文において、主権が国民に存することを宣言し、また、同法一五条一項、三項において、公務員を選挙することは、国民固有の権利であり、公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する旨規定している。従つて、選挙権については、国民主権につながる重大な基本権であるといえようが、被選挙権は、権利ではなく、権利能力であり、国民全体の奉仕者である公務員となり得べき資格であ

る。そして、同法四四条本文は、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規定し、両議院の議員の選挙権、被選挙権については、わが憲法上他の諸外国と異り、すべて法律の規定するところに委ねている。されば、両権は、わが憲法上法律を以てしても侵されない普遍、永久且つ固有の人権であるとすることはできない。むしろ、わが憲法上法律は、選挙権、被選挙権並びにその欠格条件等につき憲法一四條、一五條三項、四四條但書の制限に反しない限り、時宜に応じ自由且つ合理的に規定し得べきものと解さなければならない。」

もっともこの判決については、「同判決に付された補足意見が、多数意見を批判して、『被選挙権は、権利ではなく、権利能力であり、国民全体の奉仕者である公務員となり得べき資格である』と述べているのも、多数意見の趣旨をそのように受け取ってのことであろう」として、全体の趣旨からみて被選挙権の権利性を認めたものとする理解もある<sup>(26)</sup>。

ところが、労働組合の統制権が組合員の立候補の自由にも及ぶのかが問題となった昭和43年の判決（三井美唄炭坑事件）<sup>(27)</sup>では、最高裁は次のように判示した。

「憲法一五条一項は、『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』と規定し、選挙権が基本的人権の一つであることを明らかにしているが、被選挙権または立候補の自由については、特に明記するところはない。ところで、選挙は、本来、自由かつ公正に行なわれるべきものであり、このことは、民主主義の基盤をなす選挙制度の目的を達成するための基本的要請である。この見地から、選挙人は、自由に表明する意思によつてその代表者を選ぶことにより、自ら国家（または地方公共団体等）の意思の形成に参加するのであり、誰を選ぶかも、元来、選挙人の自



由であるべきであるが、多数の選挙人の存する選挙においては、これを各選挙人の完全な自由に放任したのでは選挙の目的を達成することが困難であるため、公職選挙法は、自ら代表者になろうとする者が自由な意思で立候補し、選挙人は立候補者の中から自己の希望する代表者を選ぶという立候補制度を採用しているわけである。」

「被選挙権を有し、選挙に立候補しようとする者がその立候補について不当に制約を受けるようなことがあれば、そのことは、ひいては、選挙人の自由な意思の表明を阻害することとなり、自由かつ公正な選挙の本旨に反することとならざるを得ない。この意味において、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。このような見地からいえば、憲法一五条一項には、被選挙権者、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。」

本判決については、「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」、「憲法一五条一項には、被選挙権者、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」と明言したところから、最高裁が被選挙権、特に立候補の自由を基本的人権として認めたものと解されている<sup>(28)</sup>。また選挙権と被選挙権を表裏一体のものとしてとらえ、その根拠を15条1項に求めたものと理解されている(15条1項または44条に求めたものとする理解もある)<sup>(29)</sup>。

ただしこの判決については、その事実関係について留意する必要がある。本件は、北海道美唄市の炭坑の労働組合が同市の市議会選挙に際して炭坑労働組合の統一候補を決定して応援することにしていたところ、前回に組合統一候

補として当選した組合員が今回は組合統一候補に選ばれなかったため組合とは別に立候補する意向を表明したので、組合の役員であった被告人らが、選挙の告示前日に当該組合員を呼び出して立候補しないように説得して、断念しないならば組合の統制処分として除名があり得ると威迫し、組合の機関誌にAの処分を記載し、選挙後に当選した組合員を組合の統制違反を理由として1年間権利停止処分としてその旨を掲示場等に掲示した事実が、公職選挙法225号3号(公職の候補者に対する威迫)に該当するとして起訴されたものである。

したがって本件は被選挙権一般の問題というよりも、「本件のような地方議会議員の選挙にあたり、労働組合が、その組合員の居住地域の生活環境の改善その他生活向上を図るうえに役立たしめるため、その利益代表を議会に送り込むための選挙活動をすること、そして、その一方策として、いわゆる統一候補を決定し、組合を挙げてその選挙運動を推進すること」は「組合の活動として許されないわけではなく」、統一候補以外で立候補しようとする組合員に対し、「立候補を思いとどまるよう勧告または説得することも、それが単に勧告または説得にとどまるかぎり、組合の組合員に対する妥当な範囲の統制権の行使にほかなら」ないが、「組合の勧告または説得に応じないで個人的に立候補した組合員に対して、組合の統制をみだしたものとして、何らかの処分をすることができるかどうか」が主たる論点となっているのである。言い換えると、憲法の保障する労働三権の一つである団結権を具体的に保障し、労働者の団結の目的を達成するにはある程度の統制と組織強制が必要であり、統制(組織強制)と組合員の権利自由の制限とはトレードオフの関係に立つことがあるが本件のような事例ではいずれを優先すべきか、あるいは団結の目的を達成するための統制は立候補の自由を制約する事由としての公益になりうるかということである。

さらに、判決は、「被選挙権を有し、選挙に立



候補しようとする者がその立候補について不当に制約を受けるようなことがあれば、そのことは、ひいては、選挙人の自由な意思の表明を阻害することとなり、自由かつ公正な選挙の本旨に反することとならざるを得ない」ので、「この意味において、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」としている。

しかし問題は「被選挙権を有し」という部分である。「憲法一五条一項には、被選挙権者、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」という判決の一文は、被選挙権も憲法15条1項が保障する基本的人権の一つであるとしているのか、ひとたび被選挙権を有することになった者の立候補の自由が憲法15条1項で保障される独立した基本的人権の一つであると判示したものであるか、いずれの読み方も可能であるように思われる。換言すれば、「被選挙権者」の被選挙権は憲法上の権利であるとしているのか、それとも被選挙権者の被選挙権が憲法上の権利であるかに判決は答えておらず被選挙権の立候補の自由が憲法上の権利であるとしているのか、判決はかならずしも明確ではないように思われるのである。一般的には前者として読む場合が多いが、後者として読む余地が残されていないわけではない。

## 5. 若干の検討

さきに検討したように、三井美唄炭坑事件最高裁判決は立候補の自由が憲法15条1項で保障される基本的人権の一つであると判示したものと理解する余地があり、被選挙権が15条1項で保障された憲法上の権利であると明確に言明していないようにも思われる。しかし、この判決は今から40年も前の事件であって、前述したように労働組合の統制権が立候補の自由に及ぶかという事実関係を背景に持っていたのであるか

ら、今日なおその判旨に拘束されなければならないとは思われない。ここで被選挙権は憲法上の権利なのかという点についてあらためて若干の検討を加えることにしたい。

すでに述べたように、被選挙権は憲法の条文の中に明文で規定されているわけではなく、そもそも選挙権が保障されていることが被選挙権の保障の前提であることにも鑑みると、独立した憲法上の権利であると論じることは難しい。しかし、被選挙権が独立の憲法上の権利であるとはいえないということと、公職に就任するために選挙に立候補し選挙人による投票を受けることに憲法上の保障は全く及ばないということは、同義ではないと思われる。

被選挙権に対する憲法上の保障の一つの可能性は、被選挙権は選挙権の中に内包されるとするものである。人民主権説（プーブル主権説）に立脚して選挙権は主権者である国民の主権行使の一態様であり個人的・基本的権利であると主張する権利説では、選挙権を選挙の全過程に及ぶ権利と解するため、普通選挙の原則、平等選挙の原則、選挙活動の自由、棄権の自由などもすべて選挙権の要請であり内容であることになり、被選挙権もまた選挙権の中に含まれることになる。

このような人民主権説に立脚するアプローチを採らない場合であっても、選挙権が単に投票用紙を投票箱に入れる権利にとどまらず、選挙に関する憲法上の原則の射程とも関係しながら、選挙の各過程における多様な権利を内包することは、多くの論者が認めており、選挙権に内包される各権利は著作権における支分権の如きものとも考えることもできる。またアメリカにおいては、投票権（voting rights）は単に投票する権利にとどまらず、代表を選出する権利として観念されている<sup>(30)</sup>。被選挙権は選挙権に内包される権利内容の一つであると理解することはできないであろうか。

三井美唄炭坑事件最高裁判決が述べているように、選挙に立候補しようとしているAの立候



補の自由が制約を受けることは、ひいては選挙人Bの自由な意思の表明を阻害することになるから、Aが自由に立候補してBによる投票を受けけることは、結局Bの自由な選挙権の行使の保障につながる。Aが立候補してBによる投票を受け公職に選出される権利を有することは、結果としてBの選挙権の行使の自由を保障することになるのである。もとよりB自身が自由に立候補してもかまわないが、Aが自由に立候補して選挙で公職に選出され得ないような状況においてBは自由に選挙権を行使し得ないから、Aの立候補の自由は結果的にBの選挙権の行使の自由につながる。この意味で、ある選挙に立候補して公職に選出されうる権利としての被選挙権は特定のAに保障されているわけではなく、むしろBの選挙権の中に内包されているとみることができるのではあるまいか。

このように選挙権の中に被選挙権が内包されていると考える場合、一つの問題として浮上するのは、ある選挙において選挙権を有する者は、自動的に自分自身はその選挙における被選挙権を有することになるのかという問題である。治者と被治者の自同性という民主主義の理念からいえば、ある選挙において選挙権を持つものは被選挙権を原則として有しなければならない。そうであるとすれば、ある選挙において選挙権を付与されることになった定住外国人は、被選挙権もまた付与されなければならないことになる。また、選挙権年齢と被選挙権年齢の差をどのように考えるかという問題も発生する。選挙権者と被選挙権者の違いを正当化する原理が必要となるが、この点はまさに選挙権の「公務性」または一定の公共的性質に求めるほかはないであろう。

国政レベル、地方レベルともに、選挙権は選挙制度を通じて初めて行使しうる。そして、選出する公務員は、国政、あるいは地方自治体の政治に大きな影響を与える特殊な公務員であるから、その選出には一定の公共性を認めざるを得ない。また、そのような特定の公務員を選出

する選挙制度は、選挙によって選定する公務員の性質に応じて適切に用意されなければならない。

日本国憲法においては、15条1項が公務員の選定・罷免権を国民固有の権利と定め、93条2項で地方公共団体の長・議会の議員等について当該地方公共団体の住民が直接これを選挙することを規定している。日本国憲法の採用する国民主権の原理は、公権力行使にかかわる公務員の地位が究極的には国民の意思にもとづくことを要請し、15条1項の定める公務員の選定・罷免権はそれを具体化する手段である。すなわち同項は「国民に責任を負う政府」を確立するための規定であり、国政レベルの選挙権の淵源に限定して解する必要はないのである<sup>(31)</sup>。したがって15条1項は国政レベル、地方レベルに共通する選挙権の「権利性」の淵源であるといえることができる。一方で憲法は43条1項において両議院は選挙された議員で構成することを定め、93条2項で地方公共団体の長およびその議会の議員等について住民の選挙によって選出することを規定しており、両議院の議員、地方公共団体の長および議会の議員について、選挙制度を通じて選挙によって選出することを要求している。国政レベルの選挙の場合には43条1項、地方レベルの選挙の場合には93条2項の規定には、前述したような意味あいがかめられているから、単なる選挙制度の規定として選挙権と切り離して考えるべきではなく、「権利性」と共に選挙権の一部をなすものとして考えるべきである。43条1項、93条2項のもつ意味、すなわち選挙権は選挙制度を通じて行使されること、選挙権の行使には一定の公共性がともなうことは、選挙権の内容の一部分をなしてはいるが「権利性」とも異なるものである。そこで、これらを総称して、「公務性」と呼ぶことができると思われる。このように、国政レベルの選挙権の場合は、その「権利性」の淵源は15条1項、「公務性」の淵源は43条1項に求めることができ、地方レベルの選挙権の場合は、「権利性」の



淵源は15条1項、「公務性」の淵源は93条2項に求めることができる。したがって、国政レベル、地方レベルともに、選挙権は権利性と公務性を有するという点で二元的な性質をもつ権利であるということになる。

選挙権を付与される定住外国人には被選挙権もまた付与されなければならないか、選挙権年齢と被選挙権年齢の相違をどのようにして正当化するかという問題は、この選挙権の公務性によって説明することが可能であろう。

後者については、選出する公務員が国政、あるいは地方自治体の政治に大きな影響を与える特殊な公務員であるところから、選出すること以上に選出されることに重い経験および知識の要求を課しているとみることができる。

前者については、定住外国人には被選挙権は保障または付与が許容されるが、選挙権は保障または付与が許容されないという論理展開は、通常は行われまいであろうから、ここでは、外国人には選挙権は保障（または付与が許容）されるが被選挙権は保障（または付与が許容）されないという場合はあり得るか、あり得るとすればそれはどのような根拠に基づくのか、国政選挙と地方選挙の性質の相違も含めて、さらに精緻な検討が必要とされる。どのような場合に選挙権者、被選挙権者の中に定住外国人を含ませることが可能かという問題は、結局、それぞれの選挙の「公務性」によって判断されると思われる。

なお近時、選挙権の淵源は15条1項には求めることができず、「具体的な条文の根拠は、国会議員の被選挙権は43条1項に、また地方公共団体の長、議会の議員およびその他の吏員の被選挙権は93条2項に求めるべきことになる<sup>(32)</sup>」とする議論もある。

しかし、国会議員の選挙権・被選挙権は43条1項に、また地方公共団体の長、議会の議員およびその他の吏員の選挙権・被選挙権は93条2項に限定することには賛成しがたい。なぜなら、国政レベルと地方レベルと切り離して考え

ることによって、国政レベルの選挙権に適用される選挙に関する原則が、地方レベルの選挙には適用されなくなる恐れがあるからである。

たとえば地方議会の一票の格差の問題をみた場合、最高裁は東京都議会選挙定数配分不均衡訴訟の判決において、「選挙権行使の資格において平等にとりあつかわれるべきであるにとどまらず、その選挙権の内容、すなわち投票価値においても平等に取り扱われるべきであることは、憲法の要求するところ」であると判示している<sup>(33)</sup>。この判決は、国政レベルの選挙権を「国民の国政への参加の権利を保障する基本的権利」であるとした衆議院定数不均衡訴訟昭和51年判決<sup>(34)</sup>を踏襲し、国政レベルの選挙権に対して要求される一票の価値の平等を地方レベルの選挙権に対しても要求したものである。しかし、地方レベルの選挙権・被選挙権の淵源を93条2項に限定し、15条1項とは無関係とみる場合、淵源の相違を理由として、国政レベルの選挙には許されない不平等が地方レベルの選挙には許されるということになりかねないのではないか。したがって、地方レベルの選挙権・被選挙権の淵源を92条2項だけに求めることは適当とはいえないのではないと思われる。地方レベルの選挙権の場合も、その「権利性」の淵源は国民主権原理を具体化する15条1項に求めるべきであり、「公務性」の淵源について93条2項に求めるべきであるというのが、筆者がかつて本誌に定住外国人の選挙権について小論を寄稿したときからの立場である<sup>(35)</sup>。

## 6. むすびに代えて

選挙権に関する憲法上の問題の考察を難しくしている一因に、選挙権は選挙制度という制度を通じなければ行使し得ないこと、国民主権という憲法の重大な基本原理に関する理解の相違に帰着する部分が多いことに加えて、「理念」「権利」「原則」が交錯する部分が多いことにある。

この点で、平等に関していえば、憲法14条1



項が定めているのは平等原則か平等権かという論争をへて、原則としてとらえた場合であっても何らかの実体的権利性を認め、法の下での平等を原則として定めるだけではなく不合理な差別をされない権利としての平等権を保障したものと解するのが一般的になってきたように思われる。

しかし選挙に関しては、憲法上の原則すべてが明文で規定されているわけではないため、自由選挙の原則を選挙に関する憲法上の原則に加えるべきかについても争いがあり、そもそも選挙に関する憲法上の原則自体の内容がまだまだ明確とはなっていない。憲法において選挙に関するある原則を定めることが、ただちにその原則に反する取扱いをされないという意味での権利を具体的に保障したことになるのか、検討を要する部分が多いのである。さらに、選挙に関する権利は選挙制度を通じて具体的に行使しうるものであるから、憲法においていかなる選挙制度を要請、許容または禁止しているかという制度の問題も、結局選挙に関する権利への枠づけの問題としてとらえられる。したがって、選挙に関する権利の実態は権利、原則、制度の三者に内在しているのであって、どれを優先すべきか、どれにどこまでの規範内容を読み込むのか、あるいは具体的な解釈次元の問題に即して適宜三者から規範内容を導出すればよいのか、いまだ明確な答えは示されていないように思われる。多選制限の可否を通じて浮上した被選挙権は憲法上の権利かという問題は、選挙に関する憲法問題には論じるべき領域がまだまだ多いということの例でもあるといえよう。

- (1) 選挙権と主権論との関係については、辻村みよ子『「権利」としての選挙権』（勁草書房、1989年）、杉原泰雄「参政権論についての覚書」法律時報52巻3号（1980年）70頁以下など参照。
- (2) 長谷川正安「選挙権論をめぐって——奥平康弘教授の批判に応える」法律時報56巻3号（1984年）、奥平康弘「参政権論」ジュリ

スト総合特集選挙（1986年）6頁以下を参照。

- (3) 最大判平7・2・38、民集49巻2号639頁、訟務月報42巻1号217頁、裁判所時報1142号3頁、判例時報1523号49頁、判例地方自治143号22頁。本判決に関する主な評釈として、稲正樹・判例セレクト'95 14頁、宇都宮純一・平成7年度重要判例解説20頁、岡崎勝彦・月刊法学教室177号42頁、後藤光男・憲法判例百選〔1〕〈第4版〉12頁、高田篤・地方自治判例百選〈第3版〉24頁、常本照樹・法学セミナー40巻6号82頁1、田中館照橋・法令解説資料総覧161号108頁、萩野芳夫・判例時報1540号1593頁、百地章、吉田隆・日本法学64巻1号197頁、布田勉・法学63巻2号146頁、福岡右武・法曹時報50巻3号199頁、芳野勝・撰南法学15号103頁、門田孝・法学セミナー43巻5号73頁などがある。
- (4) 高橋和之「『被選挙権』は憲法による保障を受けない」ジュリスト1340号（2007年）17頁。
- (5) 長尾一紘『外国人の参政権』（世界思想社、2000年）98頁。
- (6) 高橋、前注（4）。
- (7) 地方分権推進委員会「地方分権推進委員会第2次勧告」（1997年）。
- (8) 首長の多選の見直し問題に関する調査研究会「首長の多選の見直し問題に関する調査研究会報告書」（1999年）。
- (9) 首長の多選の見直し問題に関する調査研究会、前注（8）、22頁。
- (10) 首長の多選問題に関する調査研究会「首長の多選問題に関する調査研究会報告書」ジュリスト1340号（2007年）30頁以下。
- (11) 首長の多選問題に関する調査研究会、前注（10）、34頁。
- (12) 明治憲法下の学説の状況については、伊藤良弘「参政権」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念Ⅱ』講座・憲法学の基礎2（勁草書房、昭和58年）79頁以下参照。
- (13) 美濃部達吉『選挙法要理』（三省堂、1914年）77頁。
- (14) 森口繁治『選挙制度論』（日本評論社、1931年）155-156頁。
- (15) 清宮四郎『憲法Ⅰ（第3版）』（昭和54年）137頁。
- (16) このように「公務性」の内容がかつての権利公務二元説で説かれた「公務性」とは異なっていることから、国法学的な意味での特有の含意をもつ「公務」という用語を使うこ



- とは誤解を招くとの批判もある。森 英樹「演習憲法」法学教室165号（1994年）128頁。また現在の二元説は、選挙権を政治的な性質をもつ基本的権利と解する政治的権利説に近いものになっているとも考えられる。政治的権利説の内容については、吉田善明『議会・選挙・天皇制の憲法論』（日本評論社、1990年）97頁以下参照。
- (17) 林田和博『選挙法』（有斐閣、1958年）96頁。
- (18) 清宮、前注（15）、142頁。
- (19) 辻村みよ子『憲法（第2版）』（日本評論社、2004年）354頁。
- (20) 長尾一絃「選挙に関する憲法上の原則（上）」Law School 12号（1979年）72頁。なおこの説については二通りの読み方があることに注意すべきであろう。一つは、この説では15条3項の普通選挙の原則に選挙権と並べて被選挙権も読み込んでいるとするものである。高橋、前注（4）、18頁。しかし、著者は同じ論文の中で「自由選挙の原則は、広義における選挙の自由を保障する。広義における選挙の自由の問題については、とりわけ立候補の自由と選挙運動の自由の問題が重要である」、「立候補には、国民主権原理と直結する被選挙権の行使としての側面があることから、自由が原則である」と、「立候補の自由の問題は、自由選挙の問題であるとともに、普通選挙の問題でもある」としている。長尾一絃「選挙に関する憲法上の原則（中）」Law School 13号（1979年）74頁。このことから、この説では被選挙権の内容を立候補権としてとらえ、被選挙権を個人的権利と解しているとする見方がある。辻村、前注（19）、354頁。なおこの場合、憲法には自由選挙の原則自体の明文根拠が存在しないが、あまりにも当然のこととして明定を略したものと解され、憲法の規範構造に内在しているとされる。長尾一絃「選挙に関する憲法上の原則（中）」Law School 13号（1979年）76頁。
- (21) 奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993年）400頁。
- (22) 伊藤正巳『憲法（第3版）』（弘文堂、1995年）111頁。
- (23) 佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院、1995年）109頁。
- (24) 野中俊彦『選挙法の研究』（信山社、2001年）48頁。
- (25) 最大判昭和30・2・9、刑集9巻2号217頁、裁判所時報511号2頁、判例時報537号18頁、判例タイムズ230号115頁。本件の評釈として、井端正幸・ゼミナール憲法判例<増補版>91～96頁、岡田信弘・憲法判例百選〔2〕<第4版>322頁、若狭勝・研修595号57頁、辻村みよ子・憲法の基本判例〔別冊法学教室基本判例シリーズ1〕158頁などがある。
- (26) 野中俊彦「選挙権の法的性格」清宮四郎・佐藤功・阿部照哉・杉原泰雄編『新版演習憲法3』（有斐閣、1980年）6頁。
- (27) 最大判昭43・12・4、刑集22巻13号1425頁。本判決に関する評釈として、安枝英紳・労働判例388号15頁、結城洋一郎・判例教室憲法<新版>293頁、元山健・ゼミナール憲法判例<増補版>281頁、木村俊夫・憲法判例百選〔2〕<第5版>326頁などがある。
- (28) たとえば辻村、前注（19）、353頁。
- (29) 野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ（第4版）』（有斐閣、2006年）515頁〔高見勝利執筆〕。
- (30) 湯浅塾道「マイノリティ・マジョリティ選挙区割の形成」九州国際大学法学論集13巻1号（2006年）156頁以下。
- (31) 佐々木高雄「憲法一五条の成立経緯と公務員罷免権」青山法学論集27巻2号（1985年）47頁以下は、憲法制定史の観点から考察を加え、同項は「国民が責任を追求する政府」の構築のための具体的な公務員の選定・罷免権を定めたものであり、国会議員の選挙権に限る趣旨ではないことを指摘する。
- (32) 渋谷英樹『憲法』（有斐閣、2007年）425頁。
- (33) 最判昭和59・5・17、民集38巻7号721頁、判例時報1119号20頁。
- (34) 最大判昭和51・4・14、民集30巻3号223頁、判例時報808号24頁。
- (35) 湯浅塾道「選挙権の性質と定住外国人の選挙権」選挙研究11号（1996年）35頁以下。