

第6章 参政権

一 意義

参政権は、国民が、主権者として、直接もしくは代表者を通じて間接に、国の政治に参加する権利である。憲法は、前文で、国民主権を宣言して国民の権力は国民の代表者が行使することを明らかにし、参政権として、公務員の選定・罷免権（15条1項）、国会議員の選挙権・被選挙権（44条）、地方公共団体の長・地方議会議員等の選挙権（93条）、最高裁判所裁判官の国民審査（79条2項）、地方自治特別法に関する住民投票（95条）、憲法改正に関する国民投票（96条）を定める（地方自治法上の直接手続は、本書505頁以下参照）。

このように、日本国憲法は、間接民主制を原則としつつ、直接民主制の手続をも部分的に採用している。後に第3部第2章で検討するように、日本でも憲法上の代表制を「半代表制」ないし「社会学的代表」として理解する傾向があり、直接民主制手続を部分的に導入した憲法の制度を「半直接制」として捉えることができる（本書346頁以下参照）。また、国民主権原理の理解においても、主権主体と主権行使者とを分離することなく、主権主体としての人民を構成する「市民」がみずから主権を行使する「人民主権」ないし「市民主権」の構造が民主主義の実現にとって好ましいことも、すでに言及した（本書45頁参照）。これらの主権原理と代表制の理論的關係については後にもう一度検討するとして、ここでは、民主制の実現のための重要な手段、さらには、主権者の主権行使の権利として、参政権の位置づけを明確にしておくことが肝要である。とくに公務員の選定・罷免権を「国民固有の権利」とする憲法15条1項や最高裁裁判官の国民審査、憲法改正の国民投票の手続につい

て、主権原理と代表制原理との理論的關係をふまえて、主権行使の権利としての意義を十分に理解する必要がある。もっとも、公務員の罷免権についてはこれを具体化する規定がないため、通説は、国会議員の罷免や命令的委任を認める解釈論や立法論には消極的である（最高裁裁判官の国民審査については本書449頁以下、憲法改正手続は同第8章（514頁以下）に委ねて、以下では国会議員の選挙権・被選挙権を中心に検討する）。

二 選挙権と被選挙権

1 選挙の法的性格

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、選挙権はそのための「国民の最も重要な基本的権利」（最大判1955〈昭30〉2.9刑集9巻2号217頁）である。大日本帝国憲法の天皇主権のもとでは、選挙は、天皇の協賛機関としての議会（国家機関）を形成するための「天皇のためにする義務ないし公務執行の機会」と解されていた。これに対して、日本国憲法の国民主権のもとでは、「主権者がみずからの主権を行使するための政治参加・主権的権利行使の機会」であり、単に代表機関の構成員を任命するだけでなく、「候補者や政党に対して信任を与える機会」、さらに「再選の拒否や不信任によって政治責任を追及する機会」として重視される。このような選挙の機能の変化に従って、選挙権の本質についても、従来は選挙権のもつ公務的色彩を強調する傾向にあったのに対して、最近では、権利としての性格を重視し、主権者の政治参加をより強く保障しようとする傾向が顕著となった。

2 選挙権の法的性格

(1) 学説

選挙権の法的性格（本質）をめぐる学説として、従来から次の四つが分類されてきた。それは、第一に、選挙権を主権者の（個人的）権利と解する権利説（選挙権権利説）、第二に、選挙権を選挙という公の職務を執行する義務（公務）と解する公務説（選挙権公務説）、第三に、選挙権の権利性を否認して国家機関権限と解する権限説（または個人の選挙人資格請求権のみ承認する

請求権説)、第四に、権利と同時に義務と解する二元説である。

歴史的には、フランス革命期に権利説と公務説が登場し、公務説が制限選挙制を正当化するために機能したのに対して、権利説が普通選挙要求の論理として主張された。また、権限説ないし請求権説は、国家法人説と国家主権論を確立していた19世紀ドイツの国法学で主流となった(ラーバント、イエリネックなど)が、その後、普通選挙の確立を背景とする議会制と政党政治の発展にともない二元説が諸国で有力となった。フランスでは、第三共和制期のカレ・ドゥ・マルベル(Carré de Malberg, R.)が、選挙権を個人的な請求権と捉えつつ、投票の時点から公務に転換するとする二段階説を主張した。

このように、ヨーロッパでは、選挙権の本質が「権利か、公務か」、という議論が一世紀以上続けられたが、日本の憲法学もその影響を受けた。旧憲法下には、天皇主権原理と結びついた公務説によって選挙権は天皇の立法権に協賛するための議会を構成させる公務と考えられた(例えば、穂積八束は「選挙ハ本来法律カ国民ニ命シテ行ハシムルノ公務」であり、選挙人は「忠誠奉公ノ念ヲ以テ」選挙を行うべきものとした)(穂積八束『憲法撮要』増補第9版、有斐閣、1944年、254-255頁)。また、国家法人説の影響を受けた請求権説(森口繁治『選挙制度論』日本評論社、1931年、75頁以下)や二元説(美濃部達吉『憲法撮要』改訂第5版、有斐閣、1932年、368頁は「選挙権ハ……選挙ニ参加スル権利ニシテ且ツ義務ナリ」とした)が採用されていた。

日本国憲法の国民主権のもとでは選挙権の法的性格が旧憲法下とは異なるはずであったが、二元説が通説化した(二元説の理解も一様ではなく、選挙権を政治的利益、あるいは「選挙に参加することができる資格または地位」と解し、「参政の権利」と「選挙という公務に参加する義務(公務執行の義務)」という二重の性格を指摘する立場等がある)。総じて、選挙(投票)行為自体に公務(義務)性と権利性を同時に認める二元説と、参政の権利と選挙の義務を認める二元説に分類できる(辻村後掲「権利」としての選挙権」5頁以下、辻村・選挙権と国民主権75頁以下参照)。

(2) 権利説とその射程

1970年代の主権論争に続いて、1980年代からいわゆる「選挙権論争」が展開された。1980年代の選挙権の法的性格論議は、もともと、選挙権の本質を一元的に権利と捉える権利説(権利一元説・主権的権利説)から、二元説に対して疑問を呈したことが出発点であった。その批判の対象は、同一の選挙

(投票)行為に権利性と義務性を同時に認める二元説(野中俊彦「選挙権の法的性格」清宮他・演習(3)5頁)に対しては、その論理的矛盾に、また、参政の権利と選挙の義務を認める支配的な二元説(清宮説など)に対しては、選挙(投票)行為自体の権利性を認めないことの問題性に向けられた。

この議論のなかで、権利説に対して、それを自然権説と捉え、その「権利の内面的制約」という用法を基本的人権の内面的制約と解して批判することが一般的に行われたため誤解も生じた。この点について、権利説では、権利主体を、政治的意思決定能力をもった者(「人民主権」論の主権者人民を構成する市民)と捉えており、基本的人権の主体(すべての人間)とは異なっている。また、政治的・主権的権利としての選挙権は憲法上の実定的権利であり、自然権とは捉えられない。さらに権利の制約は、(意思決定能力をもたない子どもなどを権利主体から排除する等の)主権的権利としての性格に内在する制約のことである。

他方、二元説のほうでも権利を強調する傾向が進み、例えば芦部説は、選挙権について「公務としての性格が付与されている」ことを認めつつ(芦部・憲法271頁)、別の箇所では「公務を担当する資格を有する市民だけに与えられる国家法上の基本権」、「選挙という公務に参加する権利」のように捉え、選挙(公務)と選挙権(権利)の性格を区別して説明した(芦部・演習(新版)72-74頁参照)。

最近では、権利説と二元説の具体的対立点が不明確になり「差が意外と小さなものにすぎないことが明らかになる」と指摘される(野中他・憲法I537頁[高見執筆]参照)が、権利内容の理解や基礎理論が異なることは無視しえない。例えば、棄権の自由について、選挙権の本質を権利と考えた場合には、自由行使が前提となり、強制投票禁止は権利性からの論理的帰結となる。選挙活動の自由についても、従来の憲法学説が戸別訪問禁止違憲論の根拠としてきた憲法21条論とは別に、主権者の選挙権や被選挙権(立候補権)の内容として捉えることが可能であると考えられる(辻村・選挙権と国民主権77頁以下参照)。

3 被選挙権の法的性格

(1) 学説・判例の展開と立候補の自由

従来の通説では、憲法15条1項の「国民固有の権利」としての公務員選定権を主権者の具体的な選挙権と解さず、抽象的な参政の権利ないし資格(「選挙に参加する資格または地位」として捉えてきた。このことから、被選挙権

についても、従来の通説は、権利ではなく権利能力と解し（権利能力説）、「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」（清宮・憲法I142頁）であると説明してきた。ここでは、国家法人説の立場から個人に権利が帰属しないことが前提とされたため、被選定権（公務員に選出される権利）の権利性が承認されないのも当然であった。判例でも、選挙犯罪の処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条の合憲性が問題になった事件で被選挙権の性格が論点となり、1955（昭30）年2月9日最高裁大法廷判決（刑集9巻2号217頁）は権利性を否定した。

公職選挙法の買収罪で有罪となり選挙権・被選挙権を停止された事件で、被告人（上告人）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、……普遍、永久且つ固有の人権である」ことを理由に、「憲法第十四条、第四十四条の大趣旨に背き社会的身分による不条理な差別」であるとして公選法の違憲性を主張した。最高裁は「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」としつつ、一旦選挙の公正を阻害し、選挙に関与せしめることが不相当と認められる者は、「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」として上告を棄却した。斎藤・入江裁判官の補足意見は、「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。……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にはできない」と述べた（百選II316頁〔御堂聖樹執筆〕参照）。

その後、最高裁は、労働組合員の立候補権に関する1968（昭43）年12月4日の三井美唄炭鉱事件大法廷判決（刑集22巻13号1425頁）で、「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15条1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」と指摘した（百選II312頁〔岡田順太執筆〕参照）。ここでいう基本的人権の概念は不明であるにせよ、この判決やその後の衆議院議員定数判決（最大判1976（昭51）.4.14民集30巻3号

223頁）のなかで、最高裁が「国民の最も重要な基本的権利」としての選挙権の権利性や選挙権の平等を強調していることが注目される。

これらの判例の展開に伴って、学説も、近年では被選挙権の内容を立候補権として捉え（立候補権説）、被選挙権を基本的権利と解して、憲法上の選挙原則をこれにも適用しようとする見解が有力となった（野中他・憲法I543頁では選挙権と被選挙権を「表裏一体」と解する説と捉える。芦部・憲法273頁は、「被選挙権も広義の参政権の一つであり、権利性がないわけではない」とする）。理論的には、従来の二元説のように公務性を基礎とする公務員選定資格との関連で被選挙権を捉える場合には、被選定権としての被選挙権の権利性は承認されえないのに対して、国政参加権の一形態としての立候補の権利は認めることができる。

また、主権的権利説では、立候補は、主権者にとって議員の選出と同様に重要な主権行使の一形態であり、被選挙権も立候補による主権行使の権利として捉えられる。したがって被選挙権は、選挙権と同様、15条1項を根拠として、立候補権を中心とする主権者の個人的権利として理解されることになる。このほか、「自ら公職者として国政に参与する権利」の一側面として、被選挙権を憲法上の権利（憲法13条の幸福追求権の内実をなすもの）と解する見解も存在する（佐藤幸・憲法109頁）。このように、被選挙権の本質を、選挙権と同様、主権者の権利として捉え、その中心的な内容を立候補の自由と求めるとすれば、立候補の自由を制約する現行法上の諸規定の合憲性が問題となる。

例えば、被選挙資格年齢を選挙資格年齢よりも高くする法制度（公職選挙法10条では、参議院議員と都道府県知事については30歳、衆議院議員と地方議会議員については25歳と定める）や、参議院比例代表選出議員選挙における個人の立候補の制約、多額の供託金の要求等についても、主権者の権利の制約を最小限にとどめるという観点からは、その合理性を問題とする余地が生じるであろう（市民が参議院議員選挙の比例区選挙に立候補する場合には、公職選挙法86条の3第1項3号に従って10人以上の候補者を有する政治団体として立候補の届出をする必要があり、同法92条3項により1人あたり600万円、合計6,000万円以上の供託金を支払わなければならない。さらに、同法94条3項の供託金没収の規定により、1人も当選しない場合には全額、仮に10人立候補して1人当選した場合には、〔600万円×（10-2）〕という計算によって〕4,800万円が国庫に没収されることになる。ちなみに参議院選挙区選挙・衆議院小選挙区選挙の場合の供託金額は300万円である）。裁判例は、供託金制度は、立候補の自由に対する制約として「立法府の合理的裁量の範囲内の措置」であるとして、憲法14条1項・15条3項に反しないとするもの（神戸地判1996（平8）.8.7判時1600号82頁、大阪高判1997（平9）.3.18訟月

44巻6号910頁)など、供託金制度の違憲の主張を含む請求を棄却してきた。2014年衆議院選挙の立候補予定者を原告とする供託金違憲訴訟で、東京地判2019(令元).5.24(LEX/DB25563149)は、公選法92条等が立候補の制約になっていることを認めつつ、国会の裁量権の範囲内であるとして、憲法15条1項、44条但書に違反しないとした(重判令和元年度20頁〔村山健太郎執筆〕参照)。

なお、最近では、地方公共団体の首長の多選禁止の問題をめぐって、被選挙権の法的性格が論じられている(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14頁、反対の見解として、渋谷・憲法478頁がある)。

(2) 選挙犯罪者・受刑者と選挙権・被選挙権の制限

公職選挙法252条は、選挙犯罪によって刑に処せられた者が、一定の期間(原則として5年間または刑の執行終了・免除までの間)選挙権と被選挙権を有しないことを定める。このような選挙権の停止は、選挙権の剥奪ではなく選挙権行使の制限にすぎないとする見解もあるが、選挙権の内容に投票権も含める立場からは一時的停止も権利の剥奪と同様の効果をもつと解することができる。また、一般犯罪による受刑者の欠格を定める公職選挙法11条の合憲性については、最高裁判決は判断していない。学説も、欠格の決定を立法裁量に委ねたためと考えられるとして、受刑者と選挙犯罪者の選挙権制限について、「選挙権の公務としての特殊な性格に基づく必要最小限度の制限」(声部・憲法272頁)と解している。しかし、受刑者の欠格の理由を純粹に「刑の執行中であることによる物理的制約」と解する場合には、在監者の投票の実施が技術的にまったく不可能でない限り、受刑者の主権者としての権利の保障という観点から再検討の余地がある。

実際、受刑者の選挙権については、2013(平25)年9月27日の大阪高裁判決(判時2234号29頁)が「公職選挙法11条1項2号が受刑者の選挙権を一律に制限していることについてやむを得ない事由があるということはできず、同号は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反する」として違憲判断を下し注目された。しかし、最高裁は別件の上告審2014(平26)年7月9日(判時2241号20頁)決定において「公職選挙法205条1項所定の選挙無効の原因として本件各規定(同法9条1項並びに11条1項2号及び3号)の違憲を主張し得ないと指摘して、上告を棄却した(原審の東京高裁2013(平25)年12月9日の合憲判決が確定した)。なお、最高裁決定の千葉勝己裁判官補足意見は、「受刑者の選挙

権の問題に関しては……諸外国における制度の見直しを含む法制上の対応や議論の動向は極めて流動的な状況にある。このことを踏まえると、本件制限規定の合憲性に係る判断を付加することは、……ブランドイス・ルールないしその精神に照らして疑問のあるところといわなければならない」として原審が合憲判断を明示したことを批判した(辻村・選挙権と国民主権174頁以下参照)。

(3) 連座制の合憲性

選挙犯罪による当選無効のみならず立候補の禁止を定める連座制の規定も、立候補の自由を本質とする被選挙権の制約をもたらす点で重要な問題を含んでいる。公職選挙法上の選挙運動規制等にもかかわらず選挙犯罪が根絶されない実情に対処するため、1954年、75年、94年の法改正で連座制が強化された。94年改正のいわゆる拡大連座制のもとでは、選挙運動の総括主宰者、出納責任者、地域の運動主宰者、候補者の父母・配偶者等に加えて候補者の秘書等による選挙犯罪の場合(公職選挙法251条の2)、さらに、組織的選挙運動管理者が買収等の選挙犯罪で禁錮以上の刑に処せられたときは、(挑発・誘導等の一定の場合を除いて)候補者の当選が無効となるだけでなく、5年間、立候補が禁止され(同251条の3)、同210条・211条に基づく当選無効訴訟等の判決確定によって効力が生じることが定められた(同251条の5)。

これに対して、憲法15条・21条・31条等に違反するとして違憲訴訟が提起されたが、組織的な企業ぐるみ選挙に関する1997(平9)年3月13日最高裁判決(最一判・民集51巻3号1453頁)、秘書の選挙犯罪により当選無効と立候補禁止がもたらされた事例に関する1998(平10)年11月17日最高裁判決(最三判・判時1662号74頁)も、規制は「立法目的を達成するための手段として必要かつ合理的なもの」として合憲判断を下した(重判平成10年度20頁〔吉田栄司執筆〕参照)。

三 選挙の原則と選挙権訴訟の展開

1 選挙の基本原則

選挙権の性格について権利説と二元説が多数を占めていることはすでにみた。最近では、抽象的な法的性格論議ではなく、具体的な問題に即して制度論上で議論しようとする傾向が強まっており、選挙権の性格と選挙原則の関係が問題となる。そこで、最初に近代選挙の五原則といわれる、普通・平

札幌地判2006(平18). 3. 3民集64-1-89…195	……………149
名古屋地判2006(平18). 4. 14……………81	
東京地判2006(平18). 6. 29刑集66-12-1627	……………123
東京地判2006(平18). 8. 28刑集63-9-1846	……………207
東京地判2006(平18). 9. 21判時1952-44…59	
金沢地判2007(平19). 6. 25判時2006-61…195	
大阪地判2007(平19). 10. 30……………250	
東京地判2007(平19). 12. 26訟月55-12-3430	……………149
東京地判2008(平20). 2. 29判時2009-151	……………219
東京地判2008(平20). 6. 26判時2014-48…292	
東京地判2008(平20). 9. 19刑集66-12-1926	……………124-125
岡山地判2009(平21). 2. 24判時2046-124…82	
東京地判2010(平22). 4. 9判時2076-19…211	
京都地判2010(平22). 5. 27判時2093-72…169	
大阪地判2011(平23). 10. 31判タ1397-104	……………270
東京地判2013(平25). 3. 14判時2178-3…319	
東京地判2013(平25). 5. 29判時2196-67…173	
さいたま地決2015(平27). 12. 12判時2282-78	
横浜地川崎支決2016(平28). 6. 2	判時2296-14……………217
東京地判2019(平31). 2. 5LEX/DB25563072	……………49
東京地判2019(平31). 3. 25LEX/DB25562555	……………174
東京地判2019(令元). 5. 24LEX/DB25563149	……………316
東京地判2019(令元). 5. 28判時2420-35	……………281, 450
仙台地判2019(令元). 5. 28判時2413=2414-3	……………111
熊本地判2019(令元). 6. 28判時2439-4…110	
宇都宮地真岡支判2019(令元). 9. 18	裁判所ウェブサイト……………112
那覇地判2020(令2). 6. 10	裁判所ウェブサイト……………375
簡易裁判所	
和歌山・妙寺簡判1968(昭43). 3. 12	判時512-76……………332
神戸簡判1975(昭50). 2. 20判時768-3……………185	

辻村みよ子 (つじむら・みよこ)

東北大学名誉教授・弁護士 (東京弁護士会)

〔主な著書〕

- フランス革命の憲法原理——近代憲法とジャコバン主義 (日本評論社、1989年)
「権利」としての選挙権 (勁草書房、1989年)
人権の普遍性と歴史性——フランス人権宣言と現代憲法 (創文社、1992年)
市民主権の可能性——21世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー (有信堂、2002年)
憲法とジェンダー——男女共同参画と多文化共生への展望 (有斐閣、2009年)
フランス憲法と現代立憲主義の挑戦 (有信堂、2010年)
ポジティブ・アクション——「法による平等」の技法 (岩波新書、2011年)
憲法理論の再創造 (辻村 = 長谷部恭男編、日本評論社、2011年)
憲法判例を読みなおす (樋口陽一 = 辻村ほか共著) (日本評論社、2012年)
人権をめぐる十五講——現代の難問に挑む (岩波書店、2013年)
比較のなかの改憲論——日本国憲法の位置 (岩波新書、2014年)
選挙権と国民主権——政治を市民の手に取り戻すために (日本評論社、2015年)
憲法と家族 (日本加除出版、2016年)
憲法研究創刊号～7号 (辻村責任編集、信山社、2017～2020年)
比較憲法 (第3版) (岩波書店、2018年)
最新 憲法資料集——年表・史料・判例解説 (辻村編著、信山社、2018年)
憲法改正論の焦点——平和・人権・家族を考える (法律文化社、2018年)
新解説 世界憲法集 (第5版) (初宿正典 = 辻村編、三省堂、2020年)
フランス憲法史と立憲主義——主権論・人権論研究の源流 [辻村みよ子著作集第1巻] (信山社、2020年)
人権の歴史と理論——「普遍性」の史的起源と現代的課題 [辻村みよ子著作集第2巻] (信山社、2021年)

けん ぼう
憲 法 [第7版]

2000年4月30日 初 版第1刷発行
2004年3月1日 第2版第1刷発行
2008年3月31日 第3版第1刷発行
2012年3月31日 第4版第1刷発行
2016年4月10日 第5版第1刷発行
2018年4月30日 第6版第1刷発行
2021年3月31日 第7版第1刷発行

著 者——辻村みよ子

発行所——株式会社日本評論社

〒170-8474 東京都豊島区南大塚3-12-4

電話 03-3987-8621 (販売) FAX 03-3987-8590 (販売) 振替 00100-3-16

印 刷——株式会社平文社

製 本——牧製本印刷株式会社

Printed in Japan © Tsujimura Miyoko 2021 装幀/駒井佑二

ISBN 978-4-535-52537-5

JCOPY (社) 出版者著作権管理機構 委託出版物)

本書の無断複写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、(社) 出版者著作権管理機構 (電話 03-5244-5088、FAX 03-5244-5089、e-mail: info@jcopy.or.jp) の許諾を得てください。また、本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンニング等の行為によりデジタル化することは、個人の家庭内での利用であっても、一切認められておりません。

