

〈研究ノート〉

選挙権の法的性格・補論

堀内 健志

目次

- I 序
- II 時本論文の「二元説批判と権限説への回帰」について
- III 辻村教授のフランス憲法学からの成果と権利説
- IV 制度と個人権、権限規範・行為規範区分論とその関連
- V 結び—展望

I 序

最高裁が、議員定数不均衡違憲訴訟を取り扱って以来、定数不均衡を違憲とする反対少数意見のなかに早くからこの選挙権を基本的な個人権であるとする認識が含まれている。⁽¹⁾しかし、多数意見は、合憲判決を導くに当たり、この問題を選挙制度のあり方の問題だとして憲法44、47条を根拠に基本的には立法政策により定められるべきものと考えてきている。⁽²⁾ところが、近年では、いつの間にかまた one person one vote という標語からも察せられるごとく、むしろ前者の立場が当然の認識であるかのように前提とされかつそれが多数を占めるような勢いである。⁽³⁾つまり、この権利説が不均衡違憲論の中心的な根拠として有力に説かれる。が、果たしてことはそのように簡単であるか、ここには解明さるべき問題が含まれているように見える。

II 時本論文の「二元説批判と権限説への回帰」について

最近、時本義昭「選挙権の法的性格—二元説批判と権限説への回帰—」⁽⁴⁾は、独仏憲法学説史を検討してその副題に掲げられているところからも推測されるように、選挙権の権利説への理論的批判を展開している。

まず、今日選挙権の法的性格についてわが

国でも通説とされる権利・権限二元説を次のように批判する。

《そもそも、二元説は個々の有権者の主観的権利性を、権限説以上に、理論的に論証しているといえるであろうか。「選挙権の法的性格論について現在の支配的見解を形成した」といわれる清宮四郎によれば、選挙権とは「選挙人団を構成する一員、すなわち選挙人として、選挙に参加することができる資格または地位」である。ということは、選挙は選挙人団あるいは有権者団という国家機関による「公務員の選挙という公務」であるが、個々の有権者は「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」、この意味で「参政の権利」を有する。問題は「参政の権利」がどこまで及ぶかであるが、この点、選挙が有権者団という国家機関による「公務」である以上、それが及ぶのは「選挙に参加することができる資格または地位」までであろう。また、宮沢俊義は、「参政権が『権利』であるかどうかは…『権利』の概念の定義の問題である」としたうえで、「国家の活動に参与する地位をひろく権利と呼ぶならば、選挙権は『職務』であると同時に『権利』(参政権)である」という。しかし、「選挙権は『職務』であると同時に『権利』(参政権)である」と同時に『権利』(参政権)で

ある」という主張は、戦前から存在するそれに対する批判を無視したものであり、説得力を有するとは思えない。いずれにしても、「選挙への参加」あるいは「参政」の意味するところが清宮や宮沢とギールケでは異なるのであり、その原因は国家の人格の内部構造、要するに機関の人格の有無にある。前二者における有権者団という国家機関とその「部分機関」である個々の有権者とは人格を有さず、「選挙に参加することができる資格または地位」それ自体が権利といえるか多分に疑問があり、そうであるならば、二元説における「参政の権利」は「選挙に参加することができる資格または地位」に対する請求権にとどまるといわざるをえないであろう。その結果、選挙権の権利性という点で二元説と権限説の間に相違は存在せず、学説としての二元説には存在理由がないことになる。もっとも、「二元説も…最近ではむしろ権利的側面を強調する立場が有力」であるといわれるが、しかし、権利性の根拠を示すことなく「権利的側面」を強調しても無意味である。⁽⁵⁾

そして、イェリネックの権限説に立ち戻るべきだとする。が、権利説をとるカレ・ド・マルベールはこの点どのように主張するかについては、つぎのように説明している。

《カレ・ド・マルベールによれば、選挙権(electorat)とは、有権者としての市民(citoyen-electeur)が、投票によって、有権者団による選出作用に参加する能力(faculte)である。このうち、有権者団の位置づけについては、純粹代表制の下における場合と半代表制の下における場合とでは異なる。純粹代表制、具体的には1791年憲法の下では、国家の意思を始原的に表明するのは君主と議会であり、有権者団は議会の構成員を選挙するにとどまるので「言葉の絶対的意味における」機関ではない。ここで機関とは国家の意思を始原的に表明する人またはその一団であり、その意味で「国家意思の形成を準備するにとど

まる」有権者団は機関とはいえない。それに対して、代表制と議院内閣制が結合した半代表制、具体的には第三共和制の下では、議会の意思と有権者団の意思との一致が求められ、有権者団が国家の意思形成に関与するのでその役割は変化し、有権者団は「国家のために意思する第二の機関」となる。そして、議会と有権者団は「複合機関(organe complexe)」という一つの機関を構成するが、となると、選挙は有権者団という機関(精確には機関の構成員)の権限であり、国家の作用であり、公務である。換言すれば、「選出権(droit d'elire)」の帰属主体は有権者団であり、個々の有権者の主観的権利が成立する可能性があるのは「投票権(droit de vote)」である。⁽⁶⁾

《選挙権の法的性質をめぐる議論について、カレ・ド・マルベールは第三共和制の下ではデュギーに代表される二元論が優勢であると判断している。デュギーの理論が二元論であるというカレ・ド・マルベールの理論の問題性についてはすでに指摘した…が、カレ・ド・マルベールは、二元論と自説(=二段階理論)の相違について、選挙権は、二元論におけるように権利であると同時に公務なのではなく、「個人の権利であるときと、国家の公務であるときとがありうる」として、「有権者の地位を連続した二つの段階に分ける」。すなわち、「二段階とは、主観的権利の行使として国家の意思形成(投票)に参加する段階、および単なる機関権限の行使として国家の名で公務をおこなう段階のことである。この理論においては、選挙人の行為は、投票の瞬間に権利の行使から公務の行使に変化」する。要するに、投票を境にして選挙過程が二段階に分けられ、投票に至る過程、つまり投票内容の形成過程においては個々の有権者の主観的権利が成立し、有権者によって投票という形で表明された意思は「効力を有する組織的規約法」、つまり憲法によって国

家の意思へと変換されるというのである。国家の意思へと変換されるとは、「国家権力に由来する特別な力」が付与されるということであり、その結果、「選挙権は…効果という点で公務である」。はたしてこれで、権利が投票にまで及んでいるといえるであろうか。⁽⁷⁾

《選挙の場合、投票という国家作用は一瞬に行われるので有権者としての地位（＝有権者団という機関の構成員）と投票権は不可分であり、投票以前の有権者の意思形成は私人としてのものであるといわざるをえない。それに対して、裁判官のような常設機関の場合、彼の主張に反して裁判官としての地位と裁判権は明確に分けられ、私人としての意思形成あるいは行為が裁判権に法的に及ぶことはない。いずれの場合においても私人としての意思あるいは行為が投票あるいは裁判の実体を成すが、それは国家にとって事実の領域であり、国家にとって法的考察の対象になるのは「個人的行為の国家それ自体の行為への変換」と変換された結果である国家作用とである。それ以前に存在するのは国家にとって事実としての私人の意思であり、それが公法の領域に取り込まれたときには国家作用として現象するのである。したがってそこに個人の主観的権利が成立する余地はなく、その原因は投票が国家作用であるということにある。つまり、…投票という国家作用に個々の有権者の権利を認めようとする事自体にそもそも無理があるのである。そして、投票の集合である選挙も当然国家作用であり、「選出権」の帰属主体は有権者団である。その意味で、彼の選挙権の法的性質に関する理論は「選挙権公務説」なのである》。⁽⁸⁾

ここでは、カレ・ド・マルベールの二段階理論において、投票内容の形成過程の個人的行為と国家の意思として変換される段階とが区別され、前者を主観的権利とされるが、しかし、時本教授によれば、これは単なる事実の領域のものであるに過ぎず、国家行為とし

ての選出権はあくまでも有権者団に帰属し、公務としての意味を有するが投票をも権利となすわけではないと理解される。ここには、つぎのような時本教授の機関理論が背景とされている。

《確かにカレ・ド・マルベールは人民主権を理論化したのが、しかし彼の法的国家論において、人民主権は国民主権と同じ平面で成立し、それと対を成すものでは決してない。彼の法的国家論の目的はあくまで国民主権の理論化であり、人民主権論はその副産物に過ぎず、両主権原理＝国家構造は基本構造において異なる。すなわち、国民主権論の基本構造は国家法人説であり、権利義務の主体である国家＝国民は意思能力を有しない抽象的存在であることから、その意思は固有の意味の機関によって創出される。それに対して、人民主権論における人民は意思能力を有する具体的存在であるとされるが、長谷部恭男によれば、人民が「具体的〔＝意思能力を有する〕個人の集合体であることは、それ自体で〔人民が〕意思決定をする能力を持つことの証拠にはならない」。その結果、「プーブル主権の場合でも、市民の総体に、つまり集合体そのものに主権が帰属する以上は、法人－機関説的な構成をとらざるをえない」。その結果、杉原泰雄の人民主権論においては国家と同視される人民は具体的には有権者団であることから、有権者団は主権者（＝国家）としての側面とその機関としての側面とを有する。この場合、前者の意思は後者によって形成され、…。それに対して、後者に着目すれば、個々の有権者は有権者団という機関の構成員あるいはその「部分機関」ということになり、権利義務の主体ではなく、その結果、選挙権は個々の有権者の主観的な権利ではない。杉原の人民主権論も、広義の機関理論から機関理論から逃げることはできないのである。それから逃れるには、個々の有権者を主権者とせざるをえず、これは彼の否定する分

有主権論である》。⁽⁹⁾

《…主権論の実体的対象は、国家という集団における全体の意思をいかにして形成するかということである。したがって、その前提は集団に固有の意思の存在であり、集団に固有の意思の存在とは集団の構成員の意思には還元されない、それとは別の、それから独立した意思である。ところが、…分有主権論はこのような意思の存在を否定する以上、主権論それ自体の否定であるといわざるをえない。》《以上のことから、選挙権の法的性質について、広義の機関理論はどの主権理論にも妥当する。ということは、それはどの主権原理とも固有の関係において結びつかないのであり、それに立脚した選挙権の法的性質に関する議論は主権論から分離されることになる。…そこで、選挙権の権利性を、主権原理とかかわりなくそれ自体で、理論的に論証しなければならない》。⁽¹⁰⁾

選挙権の法的性質論を主権論いかに切り離して議論すべきという重要な指摘がみられるが、ここでは、さらに同時にカレ・ド・マルベールの選挙権の権利説への批判ということになっているのである。

しかし、他方において、これらの理論的展開とは別に、今日のわが国の実定憲法上、憲法15条3、4項がそれぞれ「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。」「すべて選挙における投票の秘密は、これを侵してはならない。選挙人は、その選択に関し公的にも私的にも責任を問はれない。」と規定していて、ここで保障している普通選挙制や投票の秘密が、選挙権に関わる権利を含まないということにはなるまい。実は、時本教授の言明の中につきのようなことが添えられている。

《ここで問題にしているのは、選挙権の本質に由来する権利性であり、形式的意味の憲法も含めた実定法によって有権者に付与された諸権利ではない…》。⁽¹¹⁾

また、《国家の法的枠組みから導き出される選挙権の本質に由来する権利性ではなく、形式的意味の憲法も含めた実定法によって有権者に付与された諸権利》が、《「選挙や政治活動に関する憲法上の諸原則・諸規定から」帰納的・総合的に論じる》際の対象となるという。⁽¹²⁾決して、実定憲法上の選挙権の権利性が排除されているわけではないようである。

そこで、時本教授の機関理論とは別に、個別実定憲法上、成人の投票内容の形成過程について有権者を名宛人とする法規範を定め、その投票者の資格要件や有権者の投票方法について有権者の権利を保障することは不可能ではない。

但し、投票者の意思が国家意思へと変換する選挙制度はこれはこれとして憲法上の実定法制度として定められている必要がある。憲法43条1、2項がそれぞれ「両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する。」「両議院の議員の定数は、法律でこれを定める。」また、憲法44条は「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。但し、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産または収入によつて差別をしてはならない。」、憲法47条は「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。」としている。

ここに、人権と組織法の組み合わせを看取することができる。選挙制度あつての選挙権という構造がある。しかも、選挙権として保障される内容がかなり明確になっている。

「普通選挙」とは、一般に国民の中の全員ではなく、年齢と一定の居住要件（選挙人名簿作成のために必要な技術的な条件を含み）以外の、信仰、門地、経済、知能、性別などの要素で制限しない選挙のことである。「制限選挙」と対比される。⁽¹³⁾この普通選挙権を侵害する法律に対しては国民が憲法訴訟で救済を求めうる。憲法15条3項に基づきこの権

利が保障される。選挙における投票の秘密が侵害された場合についても同様に憲法15条4項に基づき権利救済が認められる。先の「普通選挙」の保障は、憲法44条但書の「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によつて差別してはならない。」という平等規定を受けて権利に反映されている。他方、「議員の定数」や「選挙区、投票の方法その他の選挙に関する事項」については、法律事項とされるが、直接個人の「権利」には反映されていない。投票価値の平等は、憲法44条但書及び憲法14条の「法の下に平等」とする一般規定に由来する。⁽¹⁴⁾しかも、この場合「平等選挙」とは、各選挙人が有する選挙権の効果について平等の価値を有するかどうかである。但し、ここで形式的平等でなく人間の価値差別となるかどうかという実質的判断が必要である。⁽¹⁵⁾人間の価値観による差別をする「差等選挙」は禁止される（性別、納税額、高等教育による複数投票や納税額により等級選挙）。以上がわが国実定憲法上の選挙法のあり方であるといえよう。

Ⅲ 辻村教授のフランス憲法学からの成果と権利説

今日、選挙権の権利説といえ、辻村みよ子著『「権利」としての選挙権』（勁草書房、1989年）がその嚆矢といえよう。この著書によれば、『「権利説」の立場から選挙権の実体化のための理論を提示する』ものとされる。

本書補章「選挙権の本質と選挙活動の自由」301頁以下に収められている「公職選挙法違反事件（呉民商事件）控訴審での証言から」では、いわゆる「プーブル主権原理というものと結び付く選挙権の理論」の展開として、まず「選挙権の本質を主権者の権利」としてとらえ、⁽¹⁶⁾憲法15条1項を通説とは異なり「プーブル主権の考え方に適合的な条文」であるとする。⁽¹⁷⁾この立場から「選挙権権利説」を「プーブル主権論と論理的につながる

理論」であるとする。ここでは、他方でいわゆるナシオン主権が選挙権公務説と理論的に結合するに対して、「主権の主体であるプーブル、人民、あるいは、その構成員である市民が、自ら主権を行使」する。⁽¹⁸⁾昭和51年議員定数最高裁判決が投票価値の平等を憲法上の原理として承認したことも権利説に適合的である。「選挙というのは、一人一人の主権者が、主権を行使する行動、それを集積したもので「意思決定能力をもった者としての主権者がすべて、選挙権を持つ」ということになる。⁽¹⁹⁾憲法47条が選挙制度の事項を広い立法裁量とするのはその「公務性」から説かれるがプーブル主権、半直接制からは選挙民の意思を反映するものでなくてはならない。⁽²⁰⁾「プーブル主権の下では、本来、主権者は主体的に政治活動する、そのことによって主権を行使していく」ということである。⁽²¹⁾

こうした《「選挙権公務説」と「国民主権」論、「選挙権権利説」と「人民主権」論との間に理論的な結合関係が存在する》という認識は本書のフランス《憲法史的・学説史的検討によって明らかになった》とされる。⁽²²⁾「選挙権公務説」として、大革命期のバルナブ、復古王制期のパンジャマン・コンスタン、さらに二元論的見解を表明した第三共和制期の公法学説であるデュギーもそれを真の意味の個人的権利、主観的権利ではないとした。投票参加権を主観的権利として承認したカレ・ド・マルベールもこの投票行為自体は「公務」とした。オーリウも選挙が公務であり強制投票が可能であるとされた。⁽²³⁾他方で、「選挙権権利説」については、エスマン以後の諸学説によって排斥され続けたが、それはこの権利を「自然権」に結びつけたこと、さらにはいわゆる「命令的委任」論や「分有主権」論として説かれたりしたことによるとされる。⁽²⁴⁾

そして、《…今日のフランスの選挙権論—とりわけ「権利」の構造に関する理論的分析

一は、第三共和制期公法学説の成果をこえるものといいたい。「^{ナショナル}国民主権」論・代表委任論の基本的枠組を確認し、「選挙権権利説」の体系を法実証主義的観点から排斥することによって形成された当時の理論が、今日においても基本的に維持されているようにみえる。しかし、「選挙権権利説」の排斥理由として提示された種々の見解は、一…「分有主権」論・「命令的委任」論・「自然権」論に関する限り一いづれも疑問を呈する余地があることがわかるであろう。選挙権の本質を、「主権者人民を構成する全市民の、主権行使に参加する固有の権利」として捉える「選挙権権利説」は、選挙権の拡張ないし実質化についての今日の要請に適合するものと考えることができる》⁽²⁵⁾と結論づけられる。⁽²⁶⁾

これらのうち、「分有主権」論を否定する論拠としては、ルソーの主権論の解釈が根拠とされる。

《ルソーの主権論を「分有主権」論と解する場合の唯一の典拠は、「国家が一万人の市民からなっていると仮定しよう。…国家の構成員は…主権の一万分の一の分前をもつ」と訳出されるルソーの『社会契約説』の一節である。また、これを批判する論拠は、通常、①主権の単一・不可分性との矛盾、②多数決原理との矛盾、に求められる。

しかし、上記の一節をもって「分有主権」論と解し、主権の単一・不可分性に反すると批判すること自体に疑問の余地があるように思われる。この叙述の前後には、主権が集合体としての「人民」に不可分に帰属することが繰り返し確認されているほか、問題の箇所も（臣民との対比において）市民が有する主権的な権威＝主権行使とりわけ一般意思形成に与える影響力の比重を示したものに他ならないからである。したがって、一万人の市民からなる国家では、各市民は一万分の一の影響力をもって主権行使に参加するのであり、（一般意思は全市民の参加によってしか形成

されえないことから）その参加は各市民にとって本来的かつ固有の権利であると解することができる。ここでは、選挙（投票）において各市民が自己の分有する主権の一部（個人的な主権の断片 *parcelle*）を行使するという見解は適切なものではないことがわかる。また、ルソーにおいて一般意思の決定が多数決原理に服することが、少数者の分有する主権の最高性をそこなう、という批判にも再検討の余地があるように思われる。これについては、以下の諸点を付言することができるであろう。それは、まず第一に、ルソーの理論においては全員一致で締結される社会契約自体の中で既に多数決原理が承認され、少数者の事前の同意が存在していること、第二に、少数者が多数者の意思に拘束されることは、すなわち特殊意思が（多数意思の中に見出された）一般意思に服することであり、一少なくとも理論上は一少数者の主権性（最高性）が害されていることにはならない、ということである。

もっとも、一般意思の最高・絶対性を基調とするルソーの主権論に対して、法実証主義的観点にたつ種々の批判が成立することを否定するものではない。ここでは、ルソー理論への批判が「選挙権権利説」の排斥理由の重要部分を占めてきたことを確認するとともに、「^{プーフル}人民主権」原理についての理論的再構成が必要であることを指摘するにとどめた》⁽²⁷⁾

「選挙権権利説」が成り立つための状況がここに記されている。「一万人の市民からなる国家では、各市民は一万分の一の影響力をもって主権行使^{プーフル}を行う。このことが単一・不可分の「^{プーフル}人民主権」と「各市民にとって本来的かつ固有の権利」である「選挙権」とを結合している。厳しい理論構造である。ここでは、「^{ナショナル}国民主権」のもとでは当然視された主権の「権威」とその主権「行使」との分離は許されない。ましてや、前出時本教授のよ

うな「人民」とその構成員間に成り立つ機関理論の立場とは両立できないものであろうことは明らかである。

IV 制度と個人権、権限規範・行為規範区分論とその関連

ところで、このように「選挙権」を「権利」と捉えるか、それとも「公務・資格」に過ぎないと捉えるか、という問題の背後には、そもそも「権利」とか「権限」とかをどのように理解するかという前提となる論点があった。稿者はすでにこの点について様々の場所で論じているので、あえてここで繰り返すことは控える。⁽²⁸⁾

わが国の伝統学説で語られる人間の行態を規律する法と官庁の設置、任務、手続を定める組織法との区別はW・ブルクハルトに見いだされるものであったが、今日では広く承認されていて、例えばR・アレクシーなどの採用するところとなっている。⁽²⁹⁾

近時、基本権構造について、「法的様相の理論」の見地から体系的に展開し、選挙権についても、「三つの法的位置が合一した三層の法的構造をもつ複合体」として説明する新正幸教授によれば、つぎのようである。

《①「議員の選挙という国政に参加する国民の憲法的権限」

⊕「国家に対してその権限を求める権利」(実体的請求権)

⊖「この権利の侵害を裁判上主張する権限」(裁判請求権ないし訴権)

この①の法的位置は、あらゆる権限と同様に、無限定ではありえず、しかも民主制の本質的な構成要素をなす選挙制度を前提とし、それによって具体化されるべき民主主義(的＝稿者補足)な「抽象的」位置である。

右の⊕の権利は、この抽象的な「憲法的権限」そのものではなく、その補強としての「権限を求める権利」であり、それ自体は「行為規範の様相」にある。今日、普通・平等選

挙は憲法上の原則とされているから、この権利は、かかる選挙制度の法律による確立とその現実的施行(管理運営)を国に対して積極的に求める権利であり、この意味において、参政権の場合には「積極的補強」が「本質的」である。かつ、それは、立法段階から法律の執行段階にわたる多段階的な国家に対する行為の要求を含むから、諸々の諸権利よりなる複合体としての性質をもち、かかる多段階的な積極的な国家行為によって次第に具体的・現実的権利となるのである。そして、そこにはまた、例えば選挙の秘密を妨害されないというような国家に対して消極的行為(不作為)を求める「消極的補強」も含まれている。このような意味においてもまた、それは複合的性質をもつ。》

《選挙権の法的性質をめぐっては、「選挙人は、一面において、選挙を通して、国政について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ものであり、前者の意味では参政の権利をもち、後者の意味では公務執行の義務をもつから、選挙権には、権利と義務との二重の性質があるものと認められる」とする、いわゆる二元説が通説とされる。しかし、「公務執行の義務」というのは、正確でない。なぜなら、①から知られるように、それは公務執行の「権限」であって、それが「義務」となるのはかかる権限の不行使に一定の制裁が結びつけられる場合であって、「権限」そのものとはレベルを異にするもう一つ先の問題である。

ともあれ、二元説にいう「公務的性格」は右の①に注目したもの、「権利的性質」は⊕に注目したものと捉えることができ、このように捉えることによって二元説も正当に理解されうるのであろう。最高裁は、当初より選挙権をもって「国民の最も重要な基本的権利の一つである」(最大判昭和30・2・9刑集

9・2・217) としつつも、選挙制度の具体的なあり方については、普通・平等選挙という憲法上の枠内においてかなり広い裁量を認めているが（最大判昭和51年・4・1民集30・3・223、最大判平成11・11・10民集53・8・1441等参照）、かかる立場も、選挙権のこのような憲法上の抽象的な法的位置と法律上の選挙制度によるその具体的権利という法的性質に配慮したものと見ることもできるであろう。

その補強としての㉠は、法的様相としては、一つの「権限」であるが、㉡の権限とはレベルを異にする。すなわち、㉡は、国民と国家との間のいわば実体法上の「権限」であるのに対して、㉠は、㉡を介してそれを補強するための訴訟法上の「権限」である。これによって、選挙権は、いわば完全な形となり、全体として三層構造を有することになる。⁽³⁰⁾

本稿がこれまで展開してきた認識も、このような説明と基本的に調和するものである。「権利」と「権限」とを理論上区別して、「選挙権」は何よりもまず「権限」としての位置を有するものである。が、そうしてみると、改めて、実定憲法上の「選挙権」とはどのようなものとして保障されているのか。これはまた別問題として残っていると考えられる。なぜならば、一国の憲法制度は、その個別具体的憲法制度に即して語られなくてはならないからである。かりに何らかの国家機関が何らかの手段でその構成メンバーが任命されるとしても、そのような選出「権限」は憲法上の国民の「権利」としては保障されていないことにならない。このような国家の憲法上の「選挙権」は「権利」であるとは言えないことになる。従って、法論理的に「選挙権」は上記のような法的構造であるとは言えないことになる。ましてや、そのような権利についての裁判上の請求権は認められない。もっ

とえば、国家、政府の実定法上の存在なくしては、「権限」としての「選挙権」もあり得ない。法論理が「選挙権」の前にあるのではない。また、純粋法学で言う法と同義の国家とは異なる法的現実態としての国家・政府を前提としないと国家に対する国民の請求権という観念も成り立たない。このことは、「選挙権」に限らない。実定憲法上の「権利」論の構成は、純粋法学が否定する「国家」なしでは説明できないものである。^{(30)a}

V 結び—展望

以上のようにして、これまで「選挙権の法的性格」をめぐる注目される議論とくに最近の動向をふまえて概観し、若干の検討を加えてきた。「選挙権」は「権利」か「資格」か、という問題の立て方は、理論的にどうかという形では充分には答えられないものであるということが帰結する。むしろ、日本国憲法上どのように規定され、どのように解釈すべきかということになるごとくである。

そして、すでにも述べたように憲法上、15条3、4項において、普通選挙及び秘密選挙の権利が保障されていること明白である。44条、47条では、「権限」、つまり組織法上の要件が規定されていると解釈することが可能である。

ただ、残る問題として、81条の違憲審査制のもと、とくに投票価値の平等がどのように位置づけられるかということがある。

今日、「選挙権」の法的性質めぐり、普通選挙や秘密選挙の権利が問題となっているわけではない。そうではなく、人口の移動による選挙区間の選挙人数と定数のアンバランスである。これが公職選挙法の202-4条の「選挙争訟」を根拠にした選挙の無効を求めて争われている。この制度はもともと個人権としての「選挙権」侵害を予定したのではなく、いわゆる主観訴訟ではない。しかも、ある特定の選挙区における不正などによる選

挙無効についての制度を、ここでは国会の複数の選挙区相互間議席定数配分の不均衡の違憲性を是正する客観訴訟として転用し、位置づけられているものである。つまり、「組織法」についての訴訟、「権限」をめぐる訴訟ということになる。

憲法14条は国民に対して法の下での「平等」を保障する。が、「選挙制度」のあり方については44、47条における「法律事項」である「権限」についての「平等」が直接問われているのである。「一般性をもつ立法」が「違憲無効」とされる場合というのは、その法的規範を覆すだけの特殊・例外的な個別事情について充分なる論証負担が果たされた事例に限られる。

最高裁が平成24年11月30日、「違憲状態」と指摘されたままでの衆議院選挙の実施の差し止め及び仮の差し止めを求めた訴訟（これは個人権侵害についての抗告訴訟、つまり主観訴訟に当たるといふのだろうか）につき、いずれもかかる国政選挙を阻止する法律の規定がないとして不適法とした。⁽³¹⁾一般的な立法を覆すだけの事実的正当性はないということであろうか。

注

- (1) 例えば、最大判平成51年4月14日の岸盛一の反対意見ではこの訴訟の権利救済の抗告訴訟的な性質が強調されているし、また配分規定の可分性にも言及している。
- (2) もっとも、最大判平成23年3月23日は、「1人別枠方式」を定める衆議院議員選挙区画定審議会設置法3条2項が憲法14条1項に違反するとしている。
- (3) 最大判平成16年1月14日中の裁判官福田博、梶谷玄、滝井繁男、泉徳治の追加反対意見、上記最大判平成23年判決中の裁判官須藤正彦の補足意見や宮川光治の反対意見などで強調されている。
- (4) 大石眞先生還暦記念論文集『憲法改革の理念と展開』下巻（信山社、2012年）291頁以下。
- (5) 前掲書306-7頁。

- (6) 前掲書311-2頁。
- (7) 前掲書312-3頁。
- (8) 前掲書313-4頁。
- (9) 前掲書300-1頁。
- (10) 前掲書301-2頁。
- (11) 前掲書316頁。
- (12) 前掲書322頁。
- (13) とりあえず堀内『公法1（第3版）憲法』（信山社、2005年）222-4頁参照。
- (14) 最大判昭和51年4月14日は憲法15条1、3項も挙げているが。
- (15) 堀内・前掲書224-5頁。
- (16) 辻村みよ子・前掲書302、304頁。
- (17) 前掲書309頁。
- (18) 前掲書310-1頁。
- (19) 前掲書314頁。
- (20) 前掲書319頁。
- (21) 前掲書335頁。
- (22) 前掲書155頁。
- (23) 前掲書86、140-1頁。
- (24) 前掲書163-7頁。
- (25) 前掲書166頁。
- (26) デュヴェルジェの「分有主権」、「命令的委任」、ラフリエール、ビュルドー、シャントブ、カダールの諸説及び1975年共産党の「自由の宣言」、1978年改定の共産党「共同政府綱領」中の選挙権・参加権について前掲書149-53頁。
- (27) 前掲書157-8頁。
- (28) 堀内『立憲理論の主要問題』（多賀出版、昭和62年）155-65頁、堀内『憲法理論研究』（弘前大学出版会、平成23年）396-416頁、599-615頁。選挙権の法的性質との関連ではとりあえず、堀内『公法1〔第3版〕憲法』（信山社、2005年）220-1頁、堀内『続・立憲理論の主要問題—一人権論と立法・違憲審査制—』（信山社、1997年）67頁以下など参照。
- (29) 堀内・憲法理論研究前掲書382-5頁など。
- (30) 新正幸「基本権の構造—「法的様相の理論」の見地から—」『日本法学』73巻2号（平成19年12月15日）229-31頁、さらに同『憲法訴訟論〔第2版〕』（信山社、平成22年）202-3頁、同『ケルゼンの権利論・基本権論』（慈学社、2009年）365-7頁など参照。また、ホーフエルト図式などについて、亀本洋『法哲学』（成文堂、2011年）116-55頁なども参照。

30 a あえて、ここではこのように述べておきたい。法理論上の分析と実定憲法論を区別したいという意識がある。例えば、上出の②の権限、違憲審査制を利用する訴権は、どのような場合に認められるのか。行政事件訴訟法上の訴えの利益は、④の「権限」のみでは充分ではないのではないか。具体的には、個人の権利侵害があり、その者が救済を求めて訴えを提起する場合、「権限」行使の無効を求めるだけでなく、損害賠償を要求する。憲法的権利の侵害の場合にも同様ではないか。「立法」について、原則は抽象的で訴えの提起ができない。が、例外的に直接具体的人権侵害に当たる場合は救済を求めて争う。上出三層構造で「国家」を法規範の一方の当事者として言及していながら、現実の法制度がどのようなものであるかには何も触れられない。

(31) 朝日新聞平成24年12月1日。

（平成24年12月21日脱稿）