

# 選挙権論における「二元説」の意義

加 藤 一 彦

## 目 次

- 一、はじめに
- 二、学説状況
- 三、選挙権論の展開
- 四、権利一元論からの批判と二元論の射程
- 五、結びにかえて

## 一、はじめに

日本国憲法一五条における「選挙権の権利の性格」について、主流をなすのは二元説である。この立場の代表者として清宮四郎がいる。清宮によれば、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」とした上で、選挙権の法的性格は「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」<sup>1)</sup>と把握する。

選挙権論における「二元説」の意義

一方、二元説を批判する見解として権利説が唱えられている。今日の権利説は、辻村みよ子によって主張される人民主権論をベースにした主権的権利説が有力である。この見解によれば、選挙権は「政治的・主権的権利」たる「憲法上の実定的権利」として権利一元的に捉えられる<sup>2)</sup>。

現在の学説状況は、二元説が権利説に近づいてきたこともあり<sup>3)</sup>、両者の実質的差異は選挙権の射程をどこまで広げるか、という選挙権論の領域問題に還元されつつある。

しかし、選挙権論のこうした融合化は——特に二元説にとって——その本来の対立軸を喪失化させ、選挙権の特異性——制度によって実現される権利——が自覚されにくい傾向を示しているように思われる。つまり、選挙権論における二元説は当初より独自の意味が込められており、簡単には権利説に接近できる論理をもっていないと思われるからである。

従来、二元説において選挙権の中に「権利」と「公務」が読み込まれてきたが、その「公務性」の意味が確定されないまま、各論者によって「公務性」について自由な解釈が行われてきたように思われる。ここでの関心事に照らせば、元来「公務性」とは何を意味していたのかという論究を抜きにして、二元説の不当性を批判することは、権利説にとってもその攻撃対象がぼやけるだけであろう。換言すれば、二元説の論理と限界性、逆にその可能性を自覚すること、それが通説批判への第一歩だといえる。

そこでここでは、従来より通説を占めてきた二元説について、これまでの各論者の見解を踏まえ、二元説の意味について考察を加えてみたい。

## 二、学説状況

### I. ラーバント

戦後日本の選挙権論の学説分類・分析に大きな影響を与えたのは、林田

和博『選挙法』である<sup>4)</sup>。同書では個人的権利説、公務説、権限説、二元説として「選挙権の法的性格」が分類されているが——これら学説のネーミング自体ミス・リーディングであるが——ここでの関心事に照らせば、その分類の根拠となっているドイツ憲法学説の紹介の仕方である。まず「公務説」の主張者とされるラーバントの選挙権論を概観しておこう。

ラーバントはその著書『ドイツ国法学』<sup>5)</sup>において、選挙権の権利性を否定する見解を打ち出している。

ラーバントは次のようにいう。「選挙権行使の諸規定は各有権者の利益を保障する目的に仕えるのではなく——もとよりこのことは部分的にあてはまるが——むしろライヒ議会在ライヒのための本質的機関として自己の構成のために設けられた憲法諸原理に従って実効的に形成されることを保障するために存在するという前提から出発する。したがって『選挙権』は、一般に個々人の利益に基礎づけられた主観的権利ではなく、たんなる実定憲法の反映 (Reflex des Verfassungsrechts) でしかない」<sup>6)</sup>。ラーバントはこのように選挙権を「反射」的利益と捉えたあと、その論証のために続けてこう指摘している。

「立憲国家の憲法には、国民の中に現に存在する見解、傾向、欲求を法的に秩序づけられた方法で表現すべきだとされる機関がある。この目的にかなうようにかかる機関の形式、構成は、各個々人が法律上確定された諸前提と諸条件の下に、ライヒ議会の形成に協力する機会をもつという形で規律される。傍聴人として陪審裁判の訴訟に出席する権利は、個人に付与された主観的権利ではなく、裁判手続の公開性といった原則の反映でしかなく、あるいは法的手段に関する訴訟手続における承認された諸原則の反映であり、したがってその種の意味において『選挙する権利』とは、ラント議会有りてはライヒ議会の形成するための手続に関する憲法規定の反映でしかない。」

「われわれが『選挙する権限 (wahlberechtigt)』と呼んでいる理由は、そ

選挙権論における「二元説」の意義

の権限をもつ有権者に対し各有権者の一票が議会の構成に法的作用を与えることを踏まえた上で、これを規定する法律が予定している諸前提と合致しているからである」。

「そこから多くの結論が生まれてくる。すなわち選挙権は一つの状態 (ein Zustand) である。既得権ではない。選挙権は憲法の変化に従い、各有権者の同意を考慮することなく影に寄り添うように憲法とともに変化する。選挙権は私的処分の対象にはなりえない。選挙権は移譲できず譲渡も相続もできない。しかも有権者は、自己の投票を妨げている障害物が排除され、自分自身が選挙権を自由に行使できるように求めることもできない。わけても使用人、労働者、給与所得者、官吏などは自分たちが選挙するために仕事を休む権限などないのだ。それと同様、拘留所、刑務所内にいるため選挙権を行使できない状態にある有権者は、選挙区にいても選挙権は行使できない。また有権者が軍務あるいは裁判所の業務のために呼び出され、業務出張のため投票を妨げられたとしても、これは何ら選挙権を侵害していない。自然現象によって選挙への参加が全選挙人団に不可能となった場合にも、かれらは自己の『権利』を縮減されたわけでもなく、事後的に自身の投票を求めることもできない。」

「したがって、選挙権行使を確保する諸規定は、第一義的にはライヒの憲法適合的秩序、加えてライヒの構成要素として、また憲法の客観的制度としての普通選挙制度を保障する傾向をもつ一方、選挙への個人の参加を保障する点をもっぱら第二義的な意味しかないのである」<sup>7)</sup>。

## II. イエリネク

林田によって「権限説」として紹介され、今日の二元論の基礎を提供しているイエリネクの学説を概観してみよう。

イエリネクは、その『公権論』<sup>8)</sup>において国家と国民との法的地位関係を

三つの場面に分ける。すなわち、消極的地位（自由の地位）、積極的地位（公民の地位）、能動的地位（能動的な公民の地位）であり、選挙権はこの後者に含まれるという。

イエリネクのいう能動的地位とは、「国家機関定立の担い手」である個人がもつ国家と公民との法的関係性を個人の側から働きかける法的地位を意味する。イエリネクの言説によれば、「国家の意思は人間の意思である。国家の意思形成は、事実上あるいは法律上、国家機関としての資格（Eigenschaft）を担う特定の個人によって行われる。この国家意思形成は、法学的視点の下に考察される正当かつ唯一の意思形成である<sup>9)</sup>」とされ、そこでは国家と個人が対抗的に現れつつも、個人の果たす意思行為を法規（Rechtssatze）によって国家意思形成にまとめ上げる個人の行為としての請求権と把握する。

ではイエリネクは、選挙権をどのようにみているのであろうか。選挙権の前提である選挙と個人との関係について、イエリネクは次のように指摘している。

「国法の意味における選挙とは国家機関の任命であり、その最広義の意味においては、法的規定によって一つの統一的意思が形成される多数の自然の個別意思によって生み出される一つの共同意思の任命である。したがって合議制的官庁による任命は、すでに選挙としてみることができる（たとえば、スイスの場合がそうである）。ただ国家機関への一切の配置、したがって国家の選挙への参与は、国家機能の行使である。もとより選挙行為自体は、個々人の権利内容ではありえず、むしろ選挙人自身は選挙中、当該選挙区あるいは選挙人団の全選挙人より構成された選挙のための組織体（Wahlkollegiums）の一機関、一構成要素としてみなされるのである。有権者は、選挙のときには国家の機能を果たし、その機能を果たし終えたあとは私人の立場に戻る。選挙結果への個人の多様な関わり合いは存在しつつも、しかし個人の意思は国家行為形成の一要素である。議会選挙は、

選挙権論における「二元説」の意義

代表制をとる国家にあっては、国民が統一体としてではなく、全ての選挙のための構成体の総計として自己の意思を作動させる唯一の行為である」<sup>10)</sup>。

こうしたイエリネク認識から、選挙権に関する重要な命題が提起される。

「したがって選挙権は、決して権利の内に選挙するのではないというパラドックスに遭遇する。この権利の主体は、一切の国家による任命の主体と同様、もっぱら国家であり、個人自身がこの種の権利を所有するかのように見えるのは、反射作用でしかない。ただ選挙に関する法規から個々人ももつ全ての請求の根拠を剥奪しているとはいえないであろう。選挙権に関する一切の異議申立て、選挙権侵害による行政裁判所への一切の異議は排除できるのであろうか。客観的法の侵害を回復するために半ば公的な手続において、国家の官庁が選挙事案について下された決定、処分を修正・取消すこともあろう。ただある国家においては、選挙権に関する個人の利益に何ら考慮も払わないことも想定できよう。しかし今日の国家群では、そうしたことはまずなく、むしろ個人に多かれ少なかれここで問題としている個人の利益保護を保障しているのである」<sup>11)</sup>。

イエリネクは従来唱えられてきた選挙権の非権利性を——それはラーバントの学説に代表されるが——踏まえつつ自問し、そのパラドックスを解消するために選挙権の法的性格を次のように把握する。

「この利益は、有権者として能動的地位の担い手たる各個人の資格身分(Eigenschaft)を承認することにある。第一義的にはこの承認は、有権者名簿に登録され、選挙行為をなし得る請求権と関連している。第二義的には、法律から生じた多くの事柄に機関形成への個人の参加によって生まれた可能性を妨げる一切の国家行為の不作为とも関連する。つまり特に有権者名簿に有権者を登録せず(あるいは抹消し)、また選挙行為を認めないことと関連しているのである」。

「選挙権の承認に関連する諸規定を維持することは、たとえその客体が別のものであるとしても、個人の利益と同様なレベルにおいて全体的な利益にかかわる。つまり個人は有権者として自己の資格身分について承認され、国家は選挙の執行を有権者から秩序適合的選挙を要する法規範にしたがって行う。各個人の請求権は選挙機関としてその作用に内容を与え、国家の請求権は選挙機関の法律適合的活動に内容を与えている。したがって同一な事件も、様々な視点を下にすれば、裁判所の多様な判決として下される。主観的請求権の侵害として現れる違法な選挙は、同時に必然的に客観的法、強行法への侵害である。個人が一定の権利を有することが、有権者の機関的活動の前提であるために、選挙の有効性（国家の権利）に関して下された法律判断は前提条件と結びつくのであり、その逆ではない。この別の二つの判断は一つの内的関連性に立脚するのでは決してない。というのも、両者とも別々のこととして生じているからである。個人の選挙権が侵害され、それでも選挙が有効とされるのは、個人の請求権の侵害が選挙結果に何ら影響を与えることがないという場合に限られるが、こうしたこともあり得るのである」<sup>12)</sup>。

こうしたイェリネクの立場は、ラーバントとは異なる。イェリネクは選挙権に一定程度、国家に対する能動的な個人の地位をもとに主観的権利性を認め、選挙権を「実定憲法の反射」と捉える見方を否定している。そのことは、イェリネクが同書脚注<sup>13)</sup>において意識的にラーバント学説に批判を加えていることから確認できる。すなわち、選挙権（Wahlrecht）の権利の部分（Recht）に着眼しつつ、この権利性を否定することは、たとえば「営業の自由の権利」を「営業を行う権利」ではなく、営業に対する統治権力の制限でしかないとみるパラドックスに陥ると指摘している。結局ラーバントのように選挙権をそもそも憲法関連条項の反射として特徴づける見方は、法的紛争を存在させず、同時に反射自体と把握することによって国家機関の形成を困難にしている指摘している<sup>14)</sup>。

### 三、選挙権論の展開

#### I. 学説の名称の誤り

林田は、ラーバントの学説を「権限説」と名付け、また奥平康弘は「純公務説」と呼んでいるが<sup>15)</sup>、むしろ「無権利説」あるいは「反射的利益説」と名付けた方が正確であろう<sup>16)</sup>。というのも、ラーバントにあっては、第1に、選挙権を「憲法の反射」と捉えられたこと。第2に、ラーバントの憲法観からも説明できる<sup>17)</sup>。すなわち、ラーバントが『ドイツ憲法学』を執筆した時代背景を再確認すれば、そもそも第二帝政憲法（ビスマルク憲法）には基本権条項は存在していなかった。そうした法環境の下、ラーバントが「権利としての選挙権」という発想をするはずはなく、後述するドイツ固有の「公権論」の文脈においても選挙権を排除する立場をとっていたからである。

加えて「純公務説」という指摘は、ラーバント学説の意義を適切に表わしてはいるが、しかしその場合、「公務」の内容が把握しにくいという欠点が見られる<sup>18)</sup>。公務の言語は Funktion から由来しているが<sup>19)</sup>、その意味は、選挙過程全般が国家の任務であることを表し、したがって国民が公民として参与する資格身分の範囲が、もっぱら国家の権限内にあることを指している。

もとより、「権限説」、「純公務説」といった名称も選挙権の権利性を否定する点にポイントがあるが、しかしこれらの名称では、昨今の辻村みよ子によって行われている「公務説」批判の対象が、「公務」という言葉がもつニアンズ問題に還元されるおそれがあると思われる。

一方、イエリネクの選挙権学説も「権限説」<sup>20)</sup>として紹介されているが、これもイエリネクの学説内容を正確に反映していないように思われる。イエリネクの場合、かれ独自の「公権論」において公民の国家に対する能動



的地位の場面で、有権者たる公民が自己の資格身分に対する請求権を国家に向けて承認されることが前提となっており、請求権の一種である選挙権は、国家との法的関係で自己が行う選挙する資格身分を請求するところに本来の意味がある。その法的意味は、奥平が適切にも指摘しているように<sup>21)</sup>、選挙を国家の権限とみることにあるのではなく、公民の選挙行使について「国家に対する公民の資格身分の承認を求める権利」にある。すなわち、国家による選挙執行の枠組みの中で、イエリネクの家説の論理から、公民の権利論（＝公権論）を展開した点にその独自の意味がある。

したがって、イエリネクの学説を「権限説」に分類してしまえば、ラーバントの「公務説」との相違が不明確になると同時に、イエリネクの公権論における選挙権学説の——19世紀後期のドイツ憲法学の到達点を示している——独自の特性を見誤ることとなる。

## II. 憲法による限界

選挙権の法的性格を問う場合、実定憲法上、「選挙規定」がどのように位置づけられているかによって、その捉える見方は著しく異なる。ドイツの場合、国民主権の成立はヴァイマル憲法制定まで待たなければならず、第二帝政憲法にはそもそも基本権条項は存在せず、しかも当時の中心的連邦構成国であったプロイセンにおいては「三等級選挙制」が敷かれ、今日のドイツ基本法の法状況とは全く異なる<sup>22)</sup>。この点、ビスマルクに忠実なラーバントが選挙権の法的性格を「無権利説」の立場から展開したことはある意味では当然であった。

しかしイエリネクの場合は事情が異なる。ドイツ19世紀立憲主義の時代、君主権力の強化が至上命題とされたドイツでは、国民の政治参加の保障よりも、強大化した君主権力に対し国民の権利を保護するために防禦的・侵害排除的な「公権」が設定された点が忘れられてはならない<sup>23)</sup>。イ

選挙権論における「二元説」の意義

エリネクの場合、その『公権論』において、公権自体の中に選挙権論が解消された点にかれの特質をみることができる。その意味は、国家法人説の立場から国家の法人性と国民の法人性の両面において、国家と国民の緊張関係よりも、国家に内包化された国民が、法人としての国家の一機関としてその能動的地位・資格の点で、かろうじて「選挙権」を担うことを承認されるところまで行き着いたことにある。換言すれば、国家機関形成の点で国民が国家の一員となり、その限りで国民が選挙の形成に参加できる法状況を指して、選挙という国家機能の「権限」の中に公権的「選挙権」論が展開されたとみるべきであろう。

この法的状況は、実は大日本帝国憲法における選挙権論と著しい類似性をもっている。たとえば、イエリネクの憲法理論を積極的に摂取した美濃部達吉は『憲法撮要』において次のようにいう。

「参政権トハ国民ガ国家ノ機関トシテ国家ノ公務ヲ行ヒ得ル権利ヲ謂フ。或ハ之ヲ主動的公権ト謂フ。参政権ノ主体トシテハ国民ハ被治者トシテ国家ト対立スルノ地位ニ在ルニ非ズシテ、自ラ国家統治権ヲ組織スル一員タリ、国家ノ活動力ヲ構成スルノ地位ニ在ルナリ。参政権ノ内容ハ国家ノ機関トシテ公務ニ参与シ得ルコトニ在リ。其ノ権利ハ国家ノ公務ヲ行ハシムルガ為ニ認メラルモノナルヲ以テ、主トシテ国家ノ公益ノ為ニシ各個人ノ利益ノ為ニスルニ非ズ。故ニ参政権ハ一面ニ於テハ常ニ同時ニ参政ノ義務タル性質ヲ有シ、其ノ権利ヲ有スル者ハ必ず同時ニ其ノ権利ヲ行フ義務ヲ負フ、随テ又参政権ハ抛棄ヲ許サズ」<sup>24)</sup>。

この見方は、旧憲法に選挙権規定が存在せず、「衆議院ハ選挙法ノ定ムル所ニ依リ公選セラレタル議員ヲ以テ組織ス」（旧憲法 35 条）と規定されているように、選挙権自体が法律事項であった時代において、選挙権の権利性につき「全然其ノ権利タル性質ヲ否定シ、選挙ヲ為スコトハ選挙人ノ権利ニ非ズシテ其ノ公ノ職務ナリト為ル説」<sup>25)</sup>を否定し、「公ノ職務トシテ選挙ニ参加スルコトガ同時ニ選挙人ノ個人的ノ権利タルナリ」と主張して

いた点で、一定の立憲主義的憲法解釈の方向性を提示していると同時に、イエリネクの憲法理論も反映もしていた<sup>26)</sup>。

しかし美濃部の憲法学説（二元説）が特異なのは、現憲法が制定され、その15条1項において「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」と定められたにもかかわらず、旧憲法時代の選挙権論が堅持されているところにある。すなわち、『日本国憲法原論』<sup>27)</sup>において美濃部は、選挙権の法的性格につき『憲法撮要』とほぼ同一な記述をし、次のようにいう。「選挙権は選挙に参加する権利であり且つ義務である」<sup>28)</sup>。「国民が国の政治に参加し得ることは同時に国民の利益として一般に承認せらるる所で、即ち国民が斯かる職務を行ひ得ることは、同時に其の権利でなければならぬ。それが即ち国民の参政権であって、参政権は即ち公の職務を行ひ得る権利に外ならない」<sup>29)</sup>。

こうして選挙権の権利性が実定憲法上承認されたにもかかわらず、現憲法の出発時点において旧憲法期では斬新だった二元説が改めて主張され点に注意が必要である。

これに対し、宮沢俊義の立場は美濃部とは異なる。宮沢は戦前の著作『選挙法要理』（1930年）<sup>30)</sup>において、「選挙権」の権利性を徹底的に否定し、「選挙人たる地位は、一の国家機関たる地位であって、機関としては『権限』を有つのみで何らの『権利』の主体ではない……（選挙権とは——引用者）単に選挙人たる地位を指すのみであって、固有の意義における『権利』を意味するものではない」<sup>31)</sup>と叙述している。また宮沢は美濃部説（二元説）に疑問を呈し次のようにいう。「一般にイエリネツクの云ふ機関の地位にある個人がその機関としての地位を承認せらるる権利と云ふが如きものを認める必要ありや否やは、かなり疑はしい。機関の地位にある個人がその機関としての権限（職務）を行ひ得ること、又行はねばならぬことは、機関の性質上、又権限の性質上当然のことであって、その場合特に機関として職務を行ひ得る権利なるものを認めることは、宛も義務を行ふ

選挙権論における「二元説」の意義

権利、或は又権利を行ふ権利を認める類ではないであろうか<sup>32)</sup>。

この立場は、ラーバントのような無権利説とみることができる。たしかに旧憲法時代の衆議院選挙における臣民の選挙権を「臣民の権利」と読み替えるには、実定憲法上の限界があるといえる——その点、宮沢がイエリネクに批判的立場をとり、イエリネクの学説を受容した美濃部を批判対象にしたことは理解できる。ただ宮沢は現憲法が制定されると、その自身の立場をよい意味で転換してゆく。すなわち現憲法に関する最初のテキストである『憲法大意』において、宮沢は次のように記述している。「選挙権が『権利』であるかどうかは、従来争われたが、それは『権利』の概念をどう決めるかによって定まる。選挙人団は、公務員の指名を職務とする合議体であるから、その成員たる地位は、法律的にいえば、国会という合議体の成員たると同じ性質を有する。したがって、公務員の指名、即ち、選挙を行うことが、選挙人の『職務』であることはもちろんであるが、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）であるといっている<sup>33)</sup>。

この見解は、宮沢が大日本帝国憲法から日本国憲法への転換にともない現憲法 15 条における「国民固有の権利」に着眼し、選挙権を参政権という形で権利の幅概念を用いて選挙「権」の「権利性」を承認したことを意味する。たとえば宮沢は、『憲法 II』において「自由権・社会権・積極的公権・参政権のいずれもが、『人間の尊厳』の理念にもとづき、憲法規範によって保障された多かれ少なかれ個別的な利益の性質を有する点において、これらを『権利』、『人の権利』と呼ぶのである<sup>34)</sup>と「権利」の定義問題に選挙権を還元し<sup>35)</sup>、このとらえ方が現憲法下の通説的二元論へと進展してきたのである<sup>36)</sup>。

## 四、権利一元論からの批判と二元論の射程

辻村みよ子に代表される「人民主権的権利一元論」が今日、通説批判の最有力学説である。辻村の憲法理論は、日本国憲法に定める国民主権を杉原泰雄に従い「人民主権」と読み替え、国民に全能な国家権力を割り当て、その行使を確保し、場合によっては新たな人民主権的権力を国民に付与することに特質がある<sup>37)</sup>。その論理展開からすれば、直接民主制の代替手段・次善の策としての国民代表制とこれに内包されている国民の選挙権が、「権利」としての性格をもたないはずはなく、加えて、選挙権に「権利」以外の別の要素を加味することは許し難い議論となる。実際、辻村は通説の二元論においてその「公務性」を認める点に敏感に反応し、人民主権的権利一元説の立場からことごとく、「公務」批判を繰り返している<sup>38)</sup>。

では、選挙権の法的性格を権利一元的に捉える辻村は、通説の何を問題としているのであろうか。第1に、通説における選挙権の権利としての側面の外に「公務性」を承認している点、第2に、選挙権に権利以外の別要素を認めることであろう。

### I. 二元説における「公務性」の再確認

今日通説的見解を提示している芦部信喜は、「選挙権は、人権の一つとされるに至った参政権の行使という意味において権利であることは疑いないが、公務員という国家の機関を選定する権利であり、純粋な個人権とはちがった側面をもっているため、そこに公務としての性格が付加されると解するのが妥当である」<sup>39)</sup>という。また芦部はその「公務」の説明として「選挙人としての地位に基づいて公務員の選挙に関与する」ことを意味すると述べている。

この見解には、かつてイェリネクが「個人は有権者として自己の資格身

選挙権論における「二元説」の意義

分を承認され、国家は選挙の執行を有権者から秩序適合的選挙を要する法規範にしたがって行う。各個人の請求権は選挙機関としてその作用に内容を与え、国家の請求権は選挙機関の法律適合的活動に内容を与えている<sup>40)</sup>と指摘し、進んで美濃部が「公ノ職務トシテ選挙ニ参加スルコトガ同時ニ選挙人ノ個人的ノ権利タルナリ<sup>41)</sup>」という見解に沿って、選挙権の中枢に「選挙に関与する」部分を設定するところに共通点がみられる。

二元説の「公務性」について、奥平が、選挙権は「憲法上保障された権利であり、したがって法律によって左右されてはならない中核部分があるが、憲法により構成される選挙制度とつき合わされる運命にある権利であると思う。通説が『公務』と呼び『義務』ととらえた側面は、じつは、選挙制度（あるいは広く統治システム）とつき合わされる運命にある選挙権の特性（権利の内容）を規定する要素である<sup>42)</sup>と述べている点も、国家による「選挙の関与」の要素が選挙権には含まれることを明らかにしている。つまり、選挙権論における「公務」の意味は、「国家の選挙執行責任性」である。この部面は選挙の不可欠な要素であり、選挙を行う個人の権利としての選挙権は、この国家の選挙執行責任性と不可分に結合しており、その場面において選挙権の「公務性」（従来の表現）＝「職務」（宮沢の表現）が内在化しているのである。

しばしば引用される清宮の言説——選挙には「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<sup>43)</sup>——に着眼し、「公務性」と「義務」とを同一視した結果、二元説は何か「権利」を制限する「法的義務」を内在化させているという誤読が行われたのであろう<sup>44)</sup>。つまり選挙の「公務性」を「法的義務」と読み替えたことによって、選挙権論の一部の方向性が非生産的な議論へと展開していったとみることができる<sup>45)</sup>。

II. 選挙権 = 権利 +  $\alpha$ 

ラーバントの「反射的利益説」、「無権利説」を別にすれば、イエリネクが公権概念の中に選挙権を位置づけ、美濃部、宮沢、清宮、芦部の各論者が、選挙権に国家が執行する選挙への国民の関与の要素を認め、その限りにおいて選挙権の「公務性」／「職務」——筆者の表現によれば「選挙の国家執行責任性」——を承認したといえる。

では、選挙権を権利一元説でいう権利だけで説明せず、別の要素——従来「公務」と呼んでいた部分——を認める意義はどこにあるのであろうか。

この点について筆者は次のことを考えている。選挙権一元論によれば、「選挙権の法的性格」は「権利」の論理だけで説明することができるのみであるが、こうした問題設定がそもそも誤解を招く起源となっている。そうではなく、選挙権論における「選挙権」という言葉には、最初から一元説／二元説にとって異なった了解が前提とされているからである。つまり、この学説の対立は結局のところ選挙「権」の「権利」定義問題である、というのが筆者の結論である。

すなわち、辻村によれば、選挙権は「人間の権利」（自然権）ではなく「市民の権利」に属し、憲法上・実定法上の主権者の権利として把握し<sup>46)</sup>、そうした二分類法に従って選挙権が後者の権利の部分だけを全部を占めると考え、その意義は「選挙権」=「市民の権利」として描くことにある。しかし自由権のように国家を対立軸として理論構成できない選挙権は、ちょうど社会権における国民の権利が国家の介入的要素を常に孕みつつその緊張関係を忘れないで理論構成されているとみる立場からは、選挙権実現には国家制度あるいは統治システム（奥平）の関与があって権利の充足化ははかれると捉える。「選挙の公正性の確保」のために、選挙権を正常なルートに沿って行使する制度化は、選挙権が個人の処分権に属さないことを前提にしなければ説明はできないはずである——なぜ選挙権を他人に譲

選挙権論における「二元説」の意義

渡できないのか、選挙はなぜ一定の日時にしか行使できないのかという問題。

通説は、そうしたことを踏まえ選挙権 = 「権利」+  $\alpha$  を考えていたはずである。その場合、通説批判者は  $\alpha$  部分を「公務」=「職務」=「義務」と呼び、通説の主張者もこれに同意していたがために、選挙権の法的性格論につき、「権利」のほかの要素を認めることが、選挙権の外在的制約可能性につながるとみてきた節がある。そうではなく、本来通説の基礎となった考え方は、選挙権はそもそも「憲法上の権利」でありつつ、そこには国家の選挙執行の要素が含まれており、これをワンセットで捉えたものを権利つまり選挙権とみてきたのではなかろうか。

敷衍すればこうであろう。「選挙権 = 市民の権利」としての権利一元論に対して、通説は「選挙権 = 実定憲法上の権利 + 公務」と自身唱えてきたが、そうではなく「選挙権 = 再定義された権利」として、自己の立場を主張すべきだったのであろう。この「選挙権 = 再定義された権利」を本来もっと主張すべきであったにもかかわらず、通説は、二元説という言葉のしからみから抜け出られず、そのために選挙権論の不毛な論争が行われてきたように思われる。

加えて、「選挙権 = 再定義された権利」論の解釈学的意義もある。通説的二元説の弱点は、「公務」/「職務」概念を残しているために、あたかも「権利」の要素を制限する論理を内在化させていると目されている。しかし、「選挙権 = 再定義された権利」論では——ここは評価問題と重なるが——国家の選挙執行責任性は実定憲法の価値を表出する統治システムの構築の中で論議されるため、「選挙権を制限する公務」という発想ではなく、逆にこの統治システムを構築するための権利論の展開が、少なくとも論理の上では確認できる。今日、二元説が「公務性」をことさら強調せず、「権利」に重点を移しているといわれているが、これは二元説の本来の機能が回復していることを意味するだけでなく、ある意味でやっとな通説も自己



に課せられた本来の目的を自覚し始めたことを示唆していよう<sup>47)</sup>。

## 五、結びにかえて

選挙権を「権利」と把握するか、あるいは権利一元説が批判するように「権利」と「公務」とが同居するとみて、権利以外の部分を「権利」ではないといって批判するかは、もはや「権利」の再定義論でしかないように思われる。通説に対し「選挙権＝権利＋ $\alpha$ 」<sup>48)</sup>として選挙権を描くか、「選挙権＝再定義化された権利」とみるかは、宮沢俊義がいうように、「権利」の概念をどう決めるかによって定まる<sup>49)50)</sup>。その点、通説／二元説の流れに沿って野中俊彦が、選挙権一元論との対比において「選挙権の法的性格論は結局は、選挙権の定義の問題あるいはそれに盛り込む内容の違いに帰着するのではなからうか」<sup>51)</sup>と述べているが、それは選挙権の場面のみならず「権利論」の再構築過程においてなしとげられるべき課題である。

結論的には通説擁護的論究になったが、通説にも問題はある。自己の立場を無自覚に「二元説」と呼び、「公務」／「職務」＝「義務」という目障りな議論を展開した結果、選挙権の権利性の制約を「公務」概念——その訳語自体よろしくはないと思うが——「義務」概念で説明してきたからである。

最近の議論は、選挙権の内容物、選挙権制限の論理、立法裁量論の適用場面に関心事が移ってきているが、実は人権総論的な「権利論」が、選挙権論においてももう一度行われる必要がある。本稿はそのための準備的素描である。

## 註

- 1) 清宮四郎『憲法 I 〔第三版〕』(有斐閣法律学全集 3、1979 年) 137 頁。
- 2) 辻村みよ子『市民権の可能性』(有信堂、2002 年) 218 頁参照。
- 3) 野中俊彦『選挙法の研究』(信山社、2001 年) 44 頁参照。
- 4) 林田和博『選挙法』(有斐閣法律学全集 5、1958 年)。もっとも、林田に先立ち、森口繁治『選挙制度論』(現代政治学全集 8 卷、日本評論社、1931 年) 70 頁以下に林田の原型はある。
- 5) P. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 5. Aufl., 4 Bände, 1911. ここでは、この著作のリプリント版 (Keip Verlag 1997) を利用した。
- 6) P. Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 5. Aufl., 1. Bd., S. 331.
- 7) これまでの引用は、Ibid., S. 331-332. 原著における改行は本文和訳でも改行してある。また、こうしたラーバントの選挙権の捉え方は、別の書物にも現れている。たとえば、『ライヒ国法学』において選挙権を「憲法の反射」としてのみ捉える見解を表明している P. Laband, Reichsstaatsrecht, 5. Aufl. 1909, S. 74.
- 8) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1919. ここでは 1979 年の復刻版 (Scientia Verlag) を利用した。なお同書の翻訳として、美濃部達吉・木村鋭一／立花俊吉訳『公権論』(有斐閣、1906 年) がある。訳出にあたっては同書を参照した。
- 9) Ibid., S. 136. 訳書・189 頁。
- 10) Ibid., S. 159. 訳書・223 頁。
- 11) Ibid., S. 159 f. 訳書・223 頁以下参照。
- 12) Ibid., S. 161 f. 訳書・224 頁以下参照。
- 13) 美濃部達吉・木村鋭一／立花俊吉訳『公権論』(註 9) は、部分的に脚注は翻訳されているがこの部分は訳されていない。おそらく翻訳の底版が異なるからであろう。引用箇所は、Ibid., S. 160, FN. 1. である。
- 14) Ibid.
- 15) 奥平康弘「選挙権の法的性格 (2)」(『法学セミナー』341 号 1983 年 6 月)

- 9頁。
- 16) もっとも、森口・前掲書では、ラーバントの学説を「選挙は公務であり、従って選挙権を権限である」と述べ、ラーバント説を「権限説」あるいは「公務説」の両者とみているようである。
- 17) ラーバントの憲法観については、栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』（信山社、1997年）467頁以下、高見勝利「ゲルバーとラーバント」杉原泰雄編『講座憲法学4・憲法思想』（勁草書房、1989年）53頁以下所収、特に76頁以下参照。
- 18) これは奥平の責任ではない。日本の法学界では判例と学説とを区部する際に、学説の独自性を表すため「名付」がしばしば行われる。問題は、その名付が学説一般を表現するにふさわしい名前になっているかどうかである。「公務説」はその問題を抱えている。ちょうど、国会の国権の最高機関性をめぐる「政治的美称説」が、その主張者よりその名称について批判的なコメントが付されているように。この点については、佐藤功『ポケット註釈全集・憲法（下）新版』（有斐閣、1984年）625頁参照。
- 19) 林田・前掲書・37頁参照。
- 20) 林田・前掲書・38頁、森口・前掲書・82頁以下。
- 21) 奥平・前掲論文・9頁参照。なお、これとほぼ同一の奥平の記述として「参政権論」（『ジュリスト増刊総合特集38／選挙』1985年）6頁以下がある。
- 22) ドイツ選挙制度の変遷については、渡辺重範『ドイツ近代選挙制度史』（成文堂、2000年）が最も詳細な研究である。ここでは、同書・121頁以下参照。
- 23) 栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』（信山社、1997年）156頁参照。
- 24) 美濃部達吉『改訂・憲法撮要』（有斐閣、1946年）144頁。但し引用では、2000年復刻版を利用し、旧漢字は新字体にすべて改めた。なお、同書・306頁以下も参照。
- 25) 同上・307頁。
- 26) 同上・308頁。
- 27) 美濃部達吉著・宮沢俊義補訂『日本国憲法原論』（有斐閣、1954年）。
- 28) 同上・256頁。但し引用では旧字体を改めた（以下同じ）。

- 29) 同上・257頁。また美濃部達吉・宮沢俊義増補『新憲法概論』（有斐閣、1950年）123頁においても、ほぼ同一の記述があり、二元論が主張されている。
- 30) 宮沢俊義『選挙法要理』（一元社、1930年）。
- 31) 同上・40頁。但し引用では旧字体を改めた（以下、同じ）。
- 32) 同上・40—41頁。
- 33) 宮沢俊義『憲法大意』（有斐閣、1949年）152頁。但し引用では旧字体を改めた。
- 34) 宮沢俊義『憲法Ⅱ』（有斐閣法律学全集4、1959年）95頁。
- 35) ここでの文脈とは異なるが、選挙権の法的性格を「権利」の把握の仕方では処理する見解がある。これは奥平康弘と浦田一郎・長谷川正安とのあまり生産的ではない「論争」にみることができ。奥平・註（15）論文のほか、同339号・8頁以下参照、浦田一郎「選挙権論をめぐって——奥平康弘氏の批判に対する反論」（『法学セミナー』343号9月号1983年）74頁以下参照、長谷川正安「選挙権論をめぐって——奥平教授の批判に答える」（『法学セミナー』348号1月1984年）22頁以下参照。
- 36) また宮沢の選挙権の性格づけについては、同上・423頁以下参照。
- 37) たとえば、辻村みよ子『憲法』（日本評論社、2000年）388頁以下では——ドイツ憲法学的にいえば——「国民立法」、すなわち国民の立法過程への国民参加権が強調されている。しかし筆者は、人民主権論にせよ、直接民主制的契機の拡大化にせよこれが日本の民主主義実現の不可避的条件ではないとみている。この点については、加藤一彦『政党の憲法理論』（有信堂、2003年）383頁参照。
- 38) 辻村みよ子『「権利」としての選挙権』（勁草書房、1989年）45頁の表参照。
- 39) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔第三版〕』（岩波書店、2002年）238—239頁。
- 40) Jellinek, a. a. O., S. 161 f. 訳書・224頁以下参照。
- 41) 美濃部達吉『改訂・憲法撮要』（有斐閣、1946年）308頁。
- 42) 奥平康弘「参政権論」（『ジュリスト増刊総合特集38／選挙』1985年）12頁。

- 43) 清宮四郎『憲法 I 〔第三版〕』(有斐閣法律学全集 3、1979 年) 137 頁。
- 44) もっとも選挙権の義務性は、美濃部も認めている。美濃部は次のようにいう。「参政権ハ一面ニ於テハ常ニ同時ニ参政ノ義務タル性質ヲ有シ……」。この美濃部の記述の意味は、国民の憲法的地位を主動的公権にもとづき、国民が国家に対立する存在としてだけではなく、「自ラ国家統治権ヲ組織スル一員」を承認する文脈においてである。美濃部・前掲書(註 22)・144 頁以下。
- 45) この点については、いわゆる「強制投票制」導入問題と結びつく。二元説の「義務」に着眼して、選挙権の「義務」の側面から、選挙に行かない者に対して「国家への義務違反」を理由に一定の不利益を与えることができるか否か式の議論は、完全に誤っている。芦部がこの種の議論を展開し、選挙権の二元性から選挙権の義務を「道徳的義務」と表現しているが、これに対する辻村の批判は正しい。芦部信喜『憲法と議会政』(1971 年、東京大学出版会) 287 頁参照、辻村みよ子・前掲註(37)・16 頁脚注 10 参照。私見によれば、「憲法上の義務」とは実定憲法によって定められたものだけを指す。国家と国民との支配関係を私法的権利義務関係のアナロジーで捉えることは本来できない。憲法上の義務には、もっと別の意味が込められているはずである。なお、芦部がいう「道徳的義務」という表現の先例として、美濃部・前掲書(註 24)・146 頁において「道徳上ノ義務」としてみられる。
- 46) 辻村・前掲書(註 37)・7 頁参照。
- 47) この課題は、統治に対する国民の関与の仕方について、選挙制度のルール化の場面で、多くの「憲法上の権利」が反映されるべきという問題である。選挙権一本主義的一元論に対し、選挙権には多様な要素が含まれているという「選挙権=再定義化された権利」論は、権利の幅を使える点で有益のはずである。もっともそこに入れるものによっては、一元論の再批判がまた加えられるであろう。
- 48) 筆者なりに選挙権を定義すればこうなろう。「選挙権とは、国民が国家の選挙執行責任性を背景に代表機関の構成員を選定する実定憲法上の固有の権利である」。
- 49) 宮沢俊義『憲法〔改訂 5 版〕』(有斐閣全書、1973 年) 157 頁参照。
- 50) その文脈において、最大判昭 30・2・9(刑集 9 卷 2 号 217 頁)が選挙権を

## 選挙権論における「二元説」の意義

「国民の最も重要な基本的権利」と判示したことが重要である。最高裁は選挙犯罪の合理化を「選挙権＝権利」論を踏えつつ、選挙権が基本的権利である「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」と結論づけている。この最高裁の見方は「選挙権＝選挙の公正を確保することが内在化された基本権（権利）」という定義を表している。その是非が問題ではなく、選挙権がそうした権利であるという発想において、選挙権とその他の権利との相違性が承認されているところにある。

51) 野中俊彦・前掲書（註3）・49頁。