

選挙権の権利内容

Contents of Voting Right

塩 見 政 幸

はじめに

1 主権論・代表制論

- (1) 学説の概観
- (2) 考察

2 選挙権の権利内容

- (1) 選挙権の性格に関する学説
- (2) 選挙権の定義・権利内容に関する学説
- (3) 選挙に参加する権利
- (4) 選挙人の意思が適正に反映される権利

3 小選挙区比例代表連用制

- (1) 制度の概要
- (2) 考察

4 投票価値の平等

- (1) 判例の考え方
- (2) 学説の整理
- (3) 考察

5 比例代表制における党籍移動

- (1) 現在の取扱い
- (2) 学説の整理
- (3) 考察

むすび

はじめに

筆者は、かつて参議院の選挙制度改革に携わった際、様々な選挙制度改革案に接したが、その中には、選挙人の投票が当選又は落選の結果に結びつくのか疑わしいものもあり、投票した選挙人の意思をどう考えるかという問題に接したことがある。

このような問題を考える際、選挙権の権利内容、選挙権と選挙制度との関係等についての論考を参考にしたいが、学説を見ても、選挙権の法的性格に関する二元説、権利一元説等の論述はあるものの、選挙権の権利内容についての詳しい論述はあまり見当たらない。

そこで、選挙権の権利内容、特に、選挙人の意思が適正に反映される権利が選挙権の権利内容として認められるか、それに関連して小選挙区比例代表連用制、投票価値の平等、比例代表における党籍移動等について検討・問題提起し学説の教えを請いたいと思う。

1 主権論・代表制論

従来、学説が選挙権を考察する際、主権論や代表制論と関連づけて考えられていた¹⁾。かつては、ナシオン (nation) 主権→純粹代表制→選挙権公務説、プーブル (peuple) 主権→半直接制→選挙権権利説といった理解があったように思われる²⁾。たしかに、選挙権の権利内容を考える際にも主権論・代表制論を考慮しなければならないし、論者が選挙権を議論する際の根拠付けともなっているので、以下に学説の概観と考察を行うこととする³⁾。

(1) 学説の概観

ア 主権論

主権論については戦後憲法学界において盛んに議論されたもので、そのすべてを概観することは困難である。ここでは、岡田信弘教授の「主権論再考」⁴⁾に従い、最近の主

1) 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頁参照。

2) 辻村みよ子「国民主権と天皇制」『基本憲法』(悠々社・2009年) 231頁以下。

3) しかし、主権論・代表制論から直接的に選挙権の内容を導き出すと、その基となる主権論・代表制論自体に様々な理解があることもあり、その根拠自体の議論となり收拾がつかなくなるおそれがあること、また、選挙権が一般の国民にとっても身近な権利であることから、国民の一般常識にも適合することも考慮しながら検討を行う。

4) 『ジュリスト』1334号39頁以下。

権論の動向を概観することとする。

岡田教授は、「1980年代以降における主権論の在りようについて、大きく3つのタイプに分けて整理した。すなわち、第1に杉原泰雄氏の議論に代表される「人民（プープル）主権」論の系譜、第2に宮沢俊義氏の議論の系譜、そして第3に主権否認論の系譜である」とした上で、それぞれについて次のように解説する。

＜第1の系譜＞

第1の系譜のうち杉原泰雄教授の「人民（プープル）主権」論について、「杉原氏は、このような主権原理を具体的な制度の在りようと結び付ける。より具体的には、「国民（ナシオン）主権」からは代表制が、「人民（プープル）主権」からは直接民主制的諸制度が導出される。そして、日本国憲法の解釈については、「憲法の歴史的な性格をふまえた将来を展望する解釈」という観点から、「人民（プープル）主権」の論理に基づいてなされなければならないと主張し、正当性の契機においてのみ主権原理を論ずることを厳しく批判する」とする。

また、プープル主権の現代版とされる辻村みよ子教授の「市民主権」論について、「今日では、「人民主権」さらには「市民主権」の名において、憲法の国民主権原理を活性化し、人民を構成する個人としての「市民」がみずから積極的に主権を行使することが求められている。このような主権者市民の意思を、選挙やレファレンダムによって国政や地方政治に有効かつ忠実に反映し、対話や情報公開手段をつうじて主権者がその受託者（政権担当者）をコントロールすることは、現代型デモクラシーの要請でもある（辻村・市民主権の可能性288頁）」が辻村教授の市民主権論の骨子」とする。

＜第2の系譜＞

第2の系譜の「共通点は、『国の政治のあり方を最終的に決める力ないし権威という意味の主権が国民に存する』という、宮沢説の基本的枠組みを多かれ少なかれ踏襲していることにある」とする。

そして、現在の通説的見解である芦部信喜教授の「主権の正当性的契機と権力的契機の融合」すなわち「『国民主権は、一体的国民（全国民）が国家権力の源泉であり、国家権力を民主的に基礎づけ正当化する根拠であるという意味と、さらに、国民（実際にはそれと同一視される積極的国民＝有権者）が国家権力の究極の行使者だという意味をあわせ含む』という議論が多くの支持を集めているのである」とする。

＜第3の系譜＞

第3の系譜について岡田教授は、第1の系譜の主権論に対して鋭い問題提起を行ってきた長谷部恭男教授の見解を「〔無制約の主権概念がはらむ危険を回避しながら、それを立憲主義と接合する〕方法の探究に設定されているように思われる」とする。

原典によれば、長谷部教授の見解は次のようなものであろう⁵⁾。

「しかし、すでに憲法典によって権限が配分され、基本権が保障されている国家で、法律問題を解決する決め手として、主権概念が呼び出されると、それがそれ以上の正当化を要しない、絶対的な根拠として用いられる危険性に注意しなければならない。もし、そうではなく、実質的な何らかの正当化の論拠を背後に備えた「主権」が呼び出されているのだとすれば、実は主権概念を呼び出す必要はそもそも無かったはずである。」

なお、岡田教授の直接の論述はないが、主権概念を抑制して制度論・手続論に置き換えていくべきとする高見勝利教授の次のような見解もこの系譜に属する重要な指摘であると考えられる⁶⁾。

「権力的色彩の濃厚な主権概念が、実定憲法秩序との関連において語られる場合には、いずれもその色彩を希薄にし、一つの建前、手続もしくは解釈原則として論じられ、それによって、実定法を破る権力的なるものが「実定法秩序のなかにヌキ身で常駐し」、「発動する」ことが回避されるのである。立憲主義の狡智といえよう。

右のように考えることが許されるならば、主権論が実定憲法秩序の枠内で展開される限り、それは、憲法改正手続、議会選挙の手続を中心に、民主主義の問題として議論すれば足りることになろう。まことに逆説的ではあるが、実定憲法秩序のもとで展開されるべき主権論の課題は、主権がナシオンにあるかプーブルにあるかを云々することではなく、むしろそうした議論を制度論・手続論へと組み変えてゆくことではなかろうか。」

イ 代表制論

代表制論についても、様々な議論があるが、学説の最近の整理である上田健介教授の「〔全国民の代表〕と選挙制度」⁷⁾に従い、学説の概観を行う。

5) 長谷部恭男「主権概念を超えて?」『憲法学のフロンティア』(岩波書店・1999年) 94頁以下。

6) 高見勝利「主権論」『月刊法学教室』69号21頁。

7) 『論究ジュリスト 2013年春号』(有斐閣・2013年) 60頁以下。

＜政治学的代表＞

「全国民の代表」は、①議会を構成する議員は、選挙区や支持団体など、国民の一部を代表するのではなく、全国民のために活動すべきであるとする政治道徳的な要請と、②議員は、全国民のため自己の考えに基づき自由に発言、表決を行うことができるのであって、身分制議会の議員のごとく、選挙民の指令に法的に拘束される—違反に対して解任などの法的な制裁を受ける—ことは許されないとする自由委任の原則（命令委任の禁止）を包含するとされる。

＜半代表・社会学的代表＞

いずれにせよ、「全国民の代表」たる議員は選挙により選出されることの結果、選挙民の利益や意向に配慮して行動するようになる。かかる事実上の拘束の存在を、伝統的な自由委任の原則＝法的な独立性に重ね合わせるかたちで受容し、民主政における議員の地位を改めて性格づけたものが「半代表」の概念といえる。しかし、「半代表」をこのように捉える限り、それは議員の地位に関わる概念である以上、そこから選挙制度に対して規範的な要請が導かれるわけではない。

これに対し、芦部信喜は、選挙による議員と選挙民との繋がりを踏まえつつ、これを積極的な規範へと推し進めて、議会全体の代表者意思と国民の意思（民意）との事実上の類似の要請を「代表」の観念に組み込んだ。いわゆる「社会学的代表」の概念である。ここでは「国民の多様な意思をできるかぎり公正かつ忠実に国会に反映する選挙制度が憲法上要請される」と説かれ、議会の意思と民意との事実上の類似—縮図的代表—が規範的に要請されているかのようである。

＜個人主義的代表＞

「半代表」や「社会学的代表」という理解に対し、「地元利益」や「業界利益」といった利益誘導の蔓延に対して批判的な立場から、あえて古典的な「代表」観念を強調するのが樋口陽一である。樋口は、「全国民の代表」には、命令委任の否定という「禁止的規範意味」と、「議員が地域や職能など部分の代表であることを禁止すると同時に、全国民の意思をできるだけ反映すべし」という「積極的規範意味」が含まれると整理する。

…樋口説には、二つの規範的意味に共通して、「全国民の代表」に近代立憲主義的、抽象的な—それゆえ等質で平等な一個人を見出し、この理念と矛盾する選挙制度を否定する契機が潜んでいるといえよう。

この点、只野雅人も、「人民主権」説の系譜に立ちながら、エスマンを引用して、「等質性の原理」を強調する。ここにも、「全国民の代表」から抽象的な個人の均質性を抽出して、そこから選挙制度における平等の強い要請を導く発想が見出される。

(2) 考察

ア 学説の動向に関する筆者の理解

(1)で概観した学説から、筆者なりの理解を示すと、次のとおりである。

① 主権論から直接制度を構築することには批判がある。

主権者である国民の意思を選挙等により政治に反映させること自体は、プーブル主権論を持ち出さなくとも、理念としては一般の承認を得ることができよう。しかし、例えば選挙制度を構築する場合、プーブル主権論から直接的に特定の選挙制度を導き出すことはできないであろう。

岡田教授は、プーブル主権論に関連して、「原理と制度を結びつける論理や方法論の固さ」があるとして杉原教授・辻村教授の見解に対して懸念を表明している⁸⁾。そして、最後に「主権論の展望に関連して、『大型の鈍刀・マサカリ』としての切れ味でもって、枠組みを設定する効果を持つだけで十分であり、後はその枠組みの中に入ってきたり、関連したりする他の概念や制度や仕組みなどの相互の位置づけや関連性を画定する作業を通してその枠組みの内部を構築していくというあり方も十分に考えうるのではなかろうか」とする⁹⁾。

② 主権論については、正当性の契機だけでなく、権力性の契機も重視すべきである。

そして、権力性の契機（あるいは民主主義の要請）に基づき、国民の意思の政治への反映を考えるべきである。

プーブル主権の立場からは、国民主権の権力性の契機が重視されることは言うまでもないであろう。

現在の通説的見解である芦部教授は、「主権の正当性的契機と権力的契機の融合」として、国民が、国家権力を民主的に正当化する根拠であるだけでなく、国家権力の究極の行使者であるとする。

また、主権否認論の立場であっても、高見教授が「主権論を直接持ち出すことはしなくとも、民主主義の問題としても、国民の意思が政治に反映させる仕組みを求めることの価値は承認されるであろう」とするように¹⁰⁾、国民が選挙などを通じて政治に参加することは承認されている。

いずれにしても、権力性の契機を重視するなら、憲法改正権だけでなく、選挙により国民が政治を担当する代表者を選ぶことも国民主権の発動形態であると認めるべきであ

8) 岡田・主権論再考41頁。

9) 岡田・主権論再考49頁。

10) 高見・主権論。

ろう。なぜなら、ここで論じられている主権とは、「国の政治のあり方を最終的に決定する力または権威」を意味するものであり¹¹⁾、現代の先進国では通常の場合国民が選挙によって政治を担当する代表者を選び、国の政治のあり方を決定しているからである¹²⁾。

- ③ 政治的代表を基礎としつつも、議会に国民の意思を反映させる要請にも応える代表制を考えるべきである。

多くの学説は、政治的代表、そのうち命令委任の禁止は、基本として承認している。その上で、選挙による議員と選挙民とのつながりを踏まえつつ、半代表・社会学的代表のように事実上又は規範的に議会に国民の意思を反映させる代表制論を構築している¹³⁾。また、個人主義的代表論にあっても、「議員が地域や職能など部分の代表であることを禁止すると同時に、全国民の意思をできるだけ反映すべし」とするように、(抽象化されたものであるが)国民の意思の反映という要請は考慮している。

以上から、筆者は、学説の動向について、主権論においては、正当性の契機とともに

11) 芦部信喜『憲法(第5版)』(岩波書店・2011年)40頁

12) 国民主権からではなく民主主義として論ずる立場もある。例えば、松井茂記教授は、「憲法に基づく政治、つまり通常政治については、それが国民の参加により国民の意思を反映して行われるべきことを「民主主義」の問題として捉え、日本国憲法は国民主権原理に立脚するとともに民主主義を要請していると理解した方がよいのではなかろうか」とする(松井茂記『日本国憲法(第3版)』(有斐閣・2007年)137頁参照)。学説の当否には立ち入らないが、筆者は、本文であげた理由以外にも、選挙は主権者としての権利行使であると国民一般が受け止めていると思われるとともに、選挙で政治を担当する代表者を選ぶことが学説の懸念する「実定法を破る権力」の発動にはならないと考えるので、選挙を国民主権の発動形態としている。

なお、判例も、在外投票を認めた平成17年9月14日の最高裁判決等において、「憲法は、前文及び1条において、主権が国民に存することを宣言し、国民は正当に選挙された国会における代表者を通じて行動すると定めるとともに、43条1項において、国会の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と定め、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、国民固有の権利であると定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を保障している。…憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である」としている。

さらに、総務省のホームページでは、選挙の意義について「選挙は、私たち国民が政治に参加し、主権者としてその意思を政治に反映させることのできる最も重要かつ基本的な機会です」としている。

13) この点、岡本寛助教は、「多くの学説は、純粋代表の考えと半代表の要請を折衷させて代表論を構成している」とした上で、通説的見解について詳説している。岡本寛「参政権・代表制・選挙制度・政党」『基本憲法』(悠々社・2009年)249頁以下参照。

権力性の契機も重視し、国民の意思を政治に反映させることを求めるとともに、代表制論においては、政治的代表を基礎として、命令委任は禁止されるとしつつ、国民の意思を反映させる要請にも応える代表制を論じていると理解している。そうすると、国民の意思を政治に反映させる要請と、議員等の代表者は国民の意思からは独立すべきであるとの要請が、それぞれ導かれることになる。筆者は、選挙権の問題を検討するに当たっては、ある意味矛盾するこの2つの要請を明確に意識しつつ、その調和を図ることが必要であると考ええる。

イ 選挙権と主権論・代表制論の関係

ところで、選挙権と主権論・代表制論との関係はどのように考えるべきであろうか。

この点について、高橋和之教授は、「今日では people 主権的に理解された国民主権との関連で選挙問題を考えるのが有力となっている」とした上で、「people 主権の意味を代表制と整合するものに理解し直す必要がある」として、「代表制は、代表者を法的に拘束する「命令的委任」の観念とは整合しないのである。そして、この代表制と結合した people 主権とは、people が憲法制定権力の主体とされ、その制定した憲法において最低限 people が代表者を選挙する原理なのである。ゆえに、そこでは people が主権を行使する通常の形態は選挙権の行使として現れるのである」とする^{14)・15)}。

高橋教授の見解は、フランスの主権論・代表制論等も研究した上での理論的な論考であるが¹⁶⁾、このような理解は、我々が小学校以来学んでいる憲法の前文の「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し…ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」という内容、あるいは一般常識における「代表民主制」の理解にも合致していると思う¹⁷⁾。

14) 高橋・被選挙権14頁以下参照。

15) プーブル主権論の代表的論者である辻村教授は、最近の主権論・代表制論を紹介した後、「いずれの場合も、現代的な代表制としての「半代表制」や「社会学的代表」を実現するうえで重要な意味をもつものが、選挙である。そこで、選挙は主権者の意思を忠実に反映しうるのでなければならぬという前提にたつて選挙や選挙権の性質について考えることが必要であり、このような立場から議会制民主主義のもとでの主権者の役割を重視してゆかなければならぬ」として、選挙は主権者の意思を反映することを強調している。辻村みよ子『憲法 第4版』（日本評論社・2012年）358頁以下参照。

16) 高橋和之『国民内閣制の理念と運用』（有斐閣・1994年）参照。

17) 宍戸常寿教授が指摘するように、「代表制」「民主制」の関係は学問的に難しいかもしれないが、ここでの「代表民主制」とは、主権者である国民が選挙で代表者を選び、代表者を通じて政治を行うという一般常識における用法である。宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開』（日本

なお、国会職員として、やや身近に政治の実情を見てきた筆者の経験から、この問題に関する感想を述べると、次のとおりである。

第1に、政策の形成については、政治家に任せられ、公益に適合する結果が得られていると思う。

そもそも、多くの国民は、政策形成については政治家に任せ、個別の政策形成に政治家に「訓令」を与えようとはしていない¹⁸⁾。また、国民の政治に対する要望は、景気をよくすること、社会保障を充実することなど、かなり抽象的なものが多く、その具体化は政治家に任せざるを得ない。

なお、地元自治体の要望に応じて公共事業の予算をつけること、業界団体の要望に応じて業法の改正を行うことなど、特定の団体からの要望により、政策が形成されることもある。しかし、このような場合であっても、公共事業の必要性について優先順位をつけて事業の選択を行う、他の業界との調整を行いつつバランスをとって業法の改正を行うなど、公益に従った政策形成が行われていると思う。

すなわち、多くの政策については、代表者である政治家にその形成が任されており、また、任せた方がより公益に適合する結果が生じると思う¹⁹⁾。この意味で、議員等の代表者は国民の意思からは独立すべきという要請は機能していると思う。

第2に、国民は、政治家が国民のための政治を行っているかどうかについては厳しく見ており、選挙により政治を担当することにふさわしい政治家を選ぼうとしていると思う。

上記の第1からは、国民は政策について「お任せ民主主義」のように見えるが、政権の運営、政策の全般的な結果については厳しく見ていると思う。

新聞、テレビなどのマスコミでは、政治ニュースが大きく取り上げられ、政治家が国民の政治への要望をうまく吸い上げているか、政策を実行するため政党・議員・官僚をうまく統制しているか、結果として政策が国民生活の向上につながっているかなどにつ

評論社・2011年) 215頁以下参照。

18) 佐藤幸治教授は、「経験主義的研究によれば、選挙民は明確かつ具体的政策観をもって投票するわけではないといわれており、実際かつてのような単純社会と違って選挙民は“訓令”を与えにくい立場にある」とする(佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂・2011年) 428頁)。

19) 只野雅人教授は、「代表制は、直接民主制よりも「質的に優れた」統治形態であるがゆえに採用されているのか、それとも直接民主制が物理的な理由から実施不可能であるため、いわばその「代替物」として採用されているのか」という問題の検討に当たって、「討議民主政」について、「討議を通じ選好は変化しうる、あるいは新たに形成されると考えられる。そこでは、私益の総和とは異なる「公益」が想定される。代表の役割は、利益の忠実な代弁ではなく、代表の理性的な討議を通じ「公益」が追求されるものとされる」とする(只野雅人『憲法の基本原理から考える』(日本評論社・2006年) 28頁・36頁参照)。この指摘は、代表制の普遍的な意義を示すものだと思う。

いて、国民はチェックしている²⁰⁾。

そして、このような判断材料を基にして、選挙により政治を担当することにふさわしい政党や議員を選ぶことになる。すなわち、選挙を通じて、国民の意思を政治に反映させる要請は機能していると思う²¹⁾。

たしかに、政策のレベルと政権運営のレベルは密接に融合しており、筆者の理解のように明確に区別することはできないが、現実の政治において上記の2つの要請は、混然とした形であるが、それなりに機能していると思う。

そして、選挙は、このような政治の過程の中で、政治を担当する代表者を選ぶ、国民が主権を行使するための行為であると考ええる。また、選挙により政治を担当する代表者を選ぶことは、国民主権の重要な要素であると考ええる。

2 選挙権の権利内容²²⁾

(1) 選挙権の性格に関する学説

選挙権の権利内容は、選挙権の性格に関する論争から、その内容を深められてきたので、選挙権の性格に関する議論も踏まえておく。

かつては、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）、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）とする学説もあったようだが、最近では、次の二元説と権利一元説が主要な学説とされている²³⁾。

20) 反面、主要な公約の不履行、政治とカネの問題、失言、政党内のゴタゴタ、経済指標の低下等があると、支持は急速に落ちていく。

21) 選挙という方法以外に、世論調査等の支持率が著しく低下した場合は、リーダーの交代につながることもある。政治家も支持率には重大な関心を有しており、国民のための政治を意識せざるを得ないと考ええる。

22) ここで選挙権の権利内容としているのは、辻村教授が「権利の性格と内容については、…(a)権利の淵源（超国家的・超実定法的な自然権か、実定法上の権利か）、(b)権利保障の根拠（憲法上の権利か、法律上の権利か）、権利の類型（基本的人権の類型に入るか、否か）、(c)権利の主体（自然人か、市民＝主権者か）、(d)権利制約の原理と範囲（権利性に基づく内在的制約か、公務性に基づく外在的制約か）、(e)権利の内包・範囲（参政の権利か、投票の権利を含むか）、(f)選挙原則・選挙制度への規範的要請、現行の選挙制度・選挙権制約の合憲性、などが具体的に検討されなければならないであろう」としているうち、(e)の権利の内包・範囲を指す。辻村みよ子『「権利」としての選挙権』（勁草書房・1989年）10頁参照。

23) 野中俊彦ほか『憲法 I（第5版）』（有斐閣・2012年）536頁以下。なお、最近では、二元説と一元説が相対化したとされている。

＜二元説＞

選挙人は、一面において、選挙を通じて、国政についての自己の意思を主張する機会が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、公務員の選定という公務に参加する者であり、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ところから、選挙権には、参政の権利とともに公務の執行という二重の性格が認められるとするものである。この説は、選挙権は、国民の基本的権利であるが、しかし、公務員という国家機関を選定する権利であり、純粋な個人権とは違った側面をもち、そこに公務としての性格が付与されているとする。

＜権利一元説＞

選挙権を人民（プーブル）の主権的権利と解すべきだとするものである。選挙権は、人民（プーブル）主権原理を採用する日本国憲法のもとでは、政治的意思決定能力をもつ人々が国家権力（＝主権）の行使に参加する当然の権利である。

ところで、野中俊彦教授は、一元説と二元説の違いを逐一検討した上、「公務性の承認の有無だけでは解釈の次元ではさしたる相違を生むわけではない」とする。一元説と二元説の議論の内容には立ち入る余裕はないが、野中教授がむすびとして「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いか」とし、選挙権の定義の問題について次のように述べるが²⁴⁾、これは本稿にとって重要な指摘である。

かつての通説は、立憲主義の下における選挙権論の歴史的沿革を踏まえて、「選挙人として選挙に参加する資格または地位」と定義し、そこからその二元的性格を説いたのである。その後、これを継承する学説は次第にその権利的側面を強調し、また選挙人にとっての義務というより公務という性格の方に重点を置くようになったが、そのようなものとして二元的性格を承認してきた。これに対して近時の一元説は、プーブル主権論を基礎に、選挙権を主権行使に参加する権利であり、包括的な公務員選定権であると定義する。そこでは最初から限定された選挙行為にかかわる以上の包括的な権利が語られ、また権利のみが語られているのである。定義がそもそも権利だけなのだから、公務性が承認されないことは、いわば当然である。二元説は選挙権を国家により執行される選挙への参加という場面に限定するから、権利であり公務であると言いやすい。これに対して一元説では、その場面は全体のご

24) 野中俊彦「選挙権論・再考」『選挙法の研究』（信山社・2001年）50頁以下。

く一部に過ぎないから、選挙の公務性までは認めても、選挙権に一般的に公務性を承認するわけにはいかないということではなかろうか。つまり、同じものの性格について見解が分かれるのではなく、そもそも違うものをとらえて、性格が違うと言っているだけなのではないか。このような見方がもし当たっているとすれば、問題は、選挙権を包括的にとらえるのと限定的にとらえるのとではどちらが適切かということに還元されるのではなかろうか。

(2) 選挙権の定義・権利内容に関する学説

それでは、選挙権の定義・権利内容に関する学説は、どうであろうか。

<通説的見解>

芦部教授は、「選挙とは、有権者の集合体（選挙人団）によって、国会議員等の公務を担当する者（公務員という国家機関）を選定する集合的な行為であり、選挙権（投票権）とは、この行為に各有権者が一票を投ずることによって参加することができる権利を言う」とする²⁵⁾。また、佐藤幸治教授は、「有権者団の構成員となって行為しうる権利を選挙権というが、その性質としては、機関としての公務という側面と、そのような公務に参加することを通じて国政に関する自己の意思を表明することができるという個人の主観的権利という側面の二面性を有する」とする²⁶⁾。そして、多数の学説も同様の定義をしている。

<一元説等>

一元説の代表的論者である辻村教授は、「権利の内容について、ここでは、従来のように「参政しうる地位についての権利」や「選挙人資格について請求しうる権利」に限定すべき理由は存在しない。「人民主権」に基礎をおく権利説では、選挙権は主権行使に参加する権利であり、権利行使（投票）の結果が公務員の選定という主権行使の形態を満たすものでなければならない。したがって、選挙権の内容は、選挙人資格請求権・投票参加権・投票権・信任権などを含む、包括的な公務員選定権（選任権）であると解することができる」とする²⁷⁾。

また、選挙権の権利の具体的内容として「(a)選挙人資格請求権、(b)投票権、(c)投票結果への権利（正確に集計される権利）」をあげるとともに、選挙権論の射程は、(a)選挙資格要件の決定（年齢等）、(b)投票行動（在宅投票制も含む）、(c)棄権の権利、(d)投票の

25) 芦部・憲法253頁。

26) 佐藤・日本国憲法論402頁。

27) 辻村・権利としての選挙権183頁。

価値平等（投票結果への権利）、(e)選挙無効の提訴権をあげる²⁸⁾。

なお、上脇博之教授は、民意の反映を重視する立場から、「国民主権に権力的な契機を認めるのであれば、それに呼応した人権論、具体的には参政権（憲法第15条）の再構築が必要になる。具体的に言えば、選挙権には、選挙人の資格を与えられる権利、選挙における投票権だけでなく、公正かつ正確に民意を反映する選挙制度の採用を要求する権利、公正かつ正確に民意を反映する選挙制度の下で投票する権利が…「国民」に保障されていると解すべきであろう」とする²⁹⁾。

＜野中教授の見解＞

野中教授は、一元説と二元説の選挙権の捉え方について、「一元説と二元説の違いは、直接的には「公務」性の承認の有無の点に求められているが、実は選挙権のスタンスの取り方の違いのように思われる。プーブル主権に基礎をおく一元説では、「選挙権の内容は、選挙人資格請求権・投票参加権・投票権・信任権などを含む、包括的な公務員選定権（選任権）である」、「選挙権を選挙の全過程に及ぶ権利と解する」。…これに対して二元説は、選挙権そのものと選挙に関する憲法上の原則とを一旦切り離して把握している。すなわち、選挙人資格請求権ととらえるか投票までの権利ととらえるかの違いはあっても、端的に、選挙資格を有し、選挙に参加し投票するという部分すなわち公務に参加する部分をとらえて選挙権といっているのである」としつつ、「選挙に関する憲法上の原則にはさまざまな側面があるので、それらをすべて同じ選挙権の内容に含ませることは、選挙権をあまりにも包括的にとらえることになりはしないかとの懸念がある。…憲法上の明記された原則まで一つの権利のなかにすべて取り込むことが、解釈論として望ましい在り方なのか私には疑問である」として³⁰⁾、一元説の選挙権の捉え方を批判している。

以下、野中教授のこのような指摘も考慮しつつ、選挙に参加する権利（選挙人資格請求権・投票権）と選挙人の意思が適正に反映される権利（辻村教授の投票結果への権利（正確に集計される権利）、上脇教授の「公正かつ正確に民意を反映する選挙制度の採用を要求する権利」・「公正かつ正確に民意を反映する選挙制度の下で投票する権利」等を

28) 辻村みよ子『憲法 第3版』（日本評論社・2008年）338頁。

29) 上脇博之『政党国家論と国民代表論の憲法問題』（日本評論社・2005年）241頁。なお、上脇教授は、主権論では芦部説を支持するとともに（240頁①）、代表論では「憲法第43条は、議員が有権者から全く自由に活動することを認めている自由委任の立場を採用しているのではなく、むしろ民意をできるだけ正確に国会に反映すること（社会学的代表）を要請し、かつ、議員が選挙公約などを介して有権者の意思を国家意思に転化するよう努めること（現代的命令委任）を要請していると解すべきである」としている（242頁⑧）。

30) 野中・選挙権論再考48頁以下。

想定)が選挙権の権利内容として認められるか検討する³¹⁾。

(3) 選挙に参加する権利

ア 権利の内容

選挙権の権利内容として、選挙人資格請求権があることには、異論がないと思われる。

次に、投票権が権利内容として認められるかである。

投票権とは、「実際に投票する行為自体を保障する権利」を意味するのであろうか。例えば、辻村教授は、在宅投票制の廃止に関連して、「従来の通説的理解(二元説)では、選挙権の内容として国政に参加する資格と解し、実際に投票する行為自体は権利とは解していなかった。この立場からすれば、歩行が不可能な有権者に在宅投票を認めなくても、選挙人資格を正当に認めている限り、その権利を侵害したことにならないであろう。これに対して、選挙権の内容を広く解して投票行為まで含める場合には、「投票現場自署主義」を採用しながら、投票現場に行けない有権者の投票手段を保障しないことが、選挙権の侵害や投票機会の平等原則違反を構成すると考えられる」とする³²⁾。

筆者は、選挙人資格請求権及び投票権は、憲法上、ともに選挙に参加する権利として選挙権の権利内容であると考ええる。なぜなら、選挙権があるということは、選挙人資格請求権があるとともに、投票が実質的に確保されることも含んでいると考えるからである。そして、投票が実質的に確保されるよう、公職選挙法において在外投票、不在者投票、代理投票等の制度が認められている^{33)・34)}。

判例も、在外投票を認めた平成17年9月14日の最高裁判決、成年被後見人の選挙権の回復を認めた平成25年3月14日の東京地裁判決等において、「憲法は、民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である。憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず」とするように、「国民の選挙権又はその行使」と一体的

31) なお、選挙権を定義するなら、前述の主権論・代表制論の議論や佐藤教授の選挙権の定義を参考にして、「代表者を選ぶことを通じて、政治に自らの意思を反映させる権利」とするのであろうか。

32) 辻村・憲法4版334頁以下。

33) 高橋教授は、投票権という概念を用いず、選挙権行使の実質的保障として論じている。高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』(有斐閣・2013年)288頁以下参照。

34) 実際は、例えば選挙人名簿に登録されることによって投票するという技術的な制約等で完全には投票が確保されることは困難であろう。

に捉えているので、選挙権（選挙人としての資格を有すること）と選挙において投票すること（投票機会を実質的に保障すること）を明確には区別していないと考える³⁵⁾。

イ 制約理由

選挙に参加させない（選挙人資格を認めない又は投票機会を実質的に制約する）ことは、判例も述べるように「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り」認められないと考える³⁶⁾。

(4) 選挙人の意思が適正に反映される権利

ア 権利の内容

次に、辻村教授の述べる「投票結果への権利（正確に集計される権利）」や、上脇教授の述べる「公正かつ正確に民意を反映する選挙制度の採用を要求する権利」「公正かつ正確に民意を反映する選挙制度の下で投票する権利」は、選挙権の権利内容となるであろうか³⁷⁾。筆者はこれらをまとめて「選挙人の意思が適正に反映される権利」とするが、この権利が選挙権の権利内容であるかどうか、これが本稿の核心的な問題である。

35) 実務書には選挙権に関して次のような記述がある（安田充・荒川敦編著『逐条解説 公職選挙法（上）』（ぎょうせい・2009年）84頁）。

法において選挙権を有することの効果は、選挙人名簿に登録される資格を有すること、したがって、選挙において投票することができることのほかに、次のような各種の効果が認められている。

- ①投票管理者、開票管理者、選挙長（選挙分会長）に選任される資格
- ②選挙又は当選の効力に関し、争訟を提起する能力
- ③選挙人名簿の登録に関し、異議の申出をする能力
- ④開票所又は選挙会場を参観する資格

右のほか、地方公共団体の各種住民投票及び最高裁判所裁判官国民審査の審査権を有する。

36) 平成25年3月14日の東京地裁判決を受けて、公職選挙法の改正により、成年被後見人について、選挙権及び被選挙権が認められた。ところで、現行の公職選挙法第11条では、禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者、収賄罪等により刑に処せられ、実刑期間経過後5年を経過していない者、選挙等に関する犯罪により禁錮以上の刑に処せられその刑の執行猶予中の者等について、選挙権及び被選挙権を有しないとしている。施設内で不在者投票することは、現行でも介護福祉施設等での不在者投票が認められていることから、技術的には可能であり、上記の制約理由が受刑者について当てはまるか疑問である。また、多くの外国で受刑者にも選挙権が認められているところから、今後の検討課題となるであろう。この点については、倉田玲「禁錮以上の刑に処せられた者の選挙権」『立命館法学』2005年2・3号、野中ほか・憲法I 540頁以下、平成25年9月27日の大阪高裁の違憲判決参照。

37) 実際の訴訟では、特定の選挙制度が選挙人の意思が適正に反映されるものでなく選挙権を侵害するかどうかという形で争われるのであろう。

従来、プーブル主権論あるいは民意の反映を重視する代表制論の立場から、選挙人の意思が適正に反映される権利を認める主張があった³⁸⁾。また、選挙人の意思が適正に反映される権利として明確に位置づけることまではしないものの、選挙権の内容として選挙人の意思の反映があることを推測させる学説又は言及する学説がある。

例えば、高橋教授は、小選挙区比例代表並立制の重複立候補制度に関して、「小選挙区で落選した場合でも比例代表のほうで当選する可能性があるが、この仕組みは小選挙区選挙で示された選挙人の意思に反する結果を認めるものであり選挙権を侵害するのではないか」という問題について、「最高裁は、…国会が裁量により決定することができる事項であるといわざるを得ず、かかる制度においては、「一の選挙において当選人とされなかった者が他の選挙において当選人とされることがあることは、当然の帰結」であり、憲法15条1項には反しないと述べ、選挙制度についての裁量を選挙権に優先させた」とする³⁹⁾。

また、小林武教授は、参議院非拘束名簿式比例代表制に関して、「選挙人が特定の候補者の当選のため投じたはずの票が、他の、その選挙人が当選を望んでさえいない、さらには落選することを望んでいる候補者の当選に貢献させられることにもなり、選挙人の意思が歪められてしまう。これらの問題は、日本国憲法に照らせば、…国民の選挙権が正当な選挙によって実現されるべきことを求める前文第一段・一五条一項などとの抵触をひきおこすものであるといえる」とする⁴⁰⁾。

同じく、林知更准教授は、参議院非拘束名簿式比例代表制の合憲性に関して、選挙立法に対する憲法上の制約は、普通選挙・平等選挙・自由選挙・秘密選挙・直接選挙以外にも、「そもそも「選挙」をはじめて「選挙」たらしめる本質的要素が存在するはずだとすれば、これを損なう立法は選挙という憲法上の制度の核心を侵害するものとして違憲となるのではないか。…確かに「選挙」が選挙人による被選挙人の「選択」を意味する以上、例えば投票の評価方法が極度に複雑ないし不透明であるなどのために、通常選挙人が投票用紙への記入に際してそもそも自分が本当は何を選択しているのか容易に理解できないような場合には、もはや意味のある選択が行われたとは言えず「選挙」の本質的要素が害されている、と考えることにも理由はあるかもしれない」とする⁴¹⁾。

林准教授が「「選挙」が選挙人による被選挙人の「選択」を意味する」とするように、選挙の意義から考えれば、選挙権には選挙人の意思を適正に反映することが含まれてい

38) 注15で述べたように、プーブル主権論では、選挙は主権者の意思を反映するものであることが強調されている。

39) 芦部・憲法293頁の高橋教授補訂部分。

40) 小林武「「非拘束名簿式」導入」『法学セミナー』554号55頁。

41) 『憲法判例百選（第6版）』（有斐閣・2013年）159事件の解説部分。

るのは当然のことのようにも思える⁴²⁾。このことを、選挙権の権利内容として選挙人の意思が適正に反映される権利と捉えるか、あるいは、選挙権の属性として選挙人の意思が適正に反映されることが含まれると捉えるかについては、実質的な差はないと考えるので、筆者は、選挙権の権利内容として選挙人の意思が適正に反映される権利と捉えることとする。

もっとも、選挙人の意思が適正に反映されているかどうかについては、一義的に明らかではない。例えば、小選挙区制は、国民の意思を公正かつ効果的に国会に反映させるという民主的代表の論理の点に大きな問題があるとする学説⁴³⁾がある一方、「反映されるべき国民意思を「深層」で捉えれば、小選挙区制の方がそれをよりよく反映するかもしれない」とする学説⁴⁴⁾もある⁴⁵⁾。

ここから、選挙人の意思が適正に反映される権利というのは、相対的に多数の票を獲得しても当選に結びつかない、Aに投票したにもかかわらずBの得票になるなど、国民の意思が適正に反映されないことが明らかな場合のみ主張される性質の権利のように思える。あるいは、通常は意識されることもないが、国民の意思が適正に反映されないことが明らかな場合であって従来認められている選挙に関する憲法の原則で対応できない事態が生じたときに、その存在が意識されるというものであろうか。

ところで、前述の野中教授の選挙権の内容を包括的に把握することに対する疑問も踏まえて、選挙人の意思が適正に反映される権利を選挙権の権利内容として捉えるのがよいか、あるいは選挙権は選挙に参加する権利と捉え、あとはそれぞれの憲法の規定に基づく権利と捉えてよいか、検討しなければならない。

もっとも、この問題を抽象的に議論しても結論を出すことは難しいと考えるので、以下では、①小選挙区比例代表連用制、②投票価値の平等、③比例代表の党籍移動といった具体的な問題について、選挙権の権利内容からアプローチすることの適否の問題を中心に検討したい。

42) 筆者のように、選挙を政治を担当する代表者を選ぶ、国民が主権を行使するための行為と考える立場からは、選挙権の内容として選挙人の意思が反映されることを含むとしやすいと考える。しかし、本文の記述は、主権論とは関わらず、選挙という行為の性格から考えた結論である。

43) 芦部・憲法296頁。

44) 高橋和之『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣・2006年）76頁以下。なお、高橋・立憲主義322頁以下の「多様性反映モデル」と「多数派形成モデル」に関する論述参照。

45) 政治的平等を重視する立場からは批判があるだろうが、小選挙区制は、民意を集約し国民の意思の微妙な変化が選挙結果として表れるので、それも国民の意思の反映であるとも考えられる。政治の世界で言うところの「風」や「空気」に敏感に反応する選挙制度であるとも言えよう。

イ 制約理由

なお、選挙人の意思が適正に反映される権利を選挙権の権利内容と考えた場合でも、次のような制約が考えられるであろう。

① 選挙人の投票は必ずしも候補者の当選に結びつかない。

選挙人個人の投票が必ず当選に結びつくことは、選挙人も期待していないであろう。他の選挙人の投票も集計し多数を獲得した候補者が当選するので、事柄の性格上当然に内在的な制約がある。

もっとも、多数を獲得しても当選に結びつかないような選挙制度は、選挙人の意思を適正に反映するものではなく、選挙権の侵害になると考えるべきであろうか。この点については、3の小選挙区比例代表連用制の箇所を検討する。

② 選挙制度による制約がある。

選挙人の意思が適正に反映されるかどうかは、選挙制度と密接に関係しているので、選挙制度による制約があると考ええる。

例えば、投票価値の平等を選挙権から導くとした場合であっても、一定の区域を限った選挙区を設けた場合は⁴⁶⁾、ある程度行政区画等の非人口要素を考慮した選挙区割りとならざるを得ず⁴⁷⁾、それに伴い投票価値の平等の問題が生ずることになるように、選挙権も選挙制度との関係で制約を受けることになる⁴⁸⁾。

投票価値の平等については、4において論ずる。

③ 当選後に選挙人の意思を反映させることには限界がある。

当選後にも選挙人の意思を反映させるべきかどうかの問題がある。当選後は、議員等の代表者は国民の意思からは独立すべきであるとの要請もあるので、選挙人の意思を反

46) 全国単位の選挙区を設けるなら投票価値の平等の問題は生じないが、有権者の選択が困難になるなどの問題点がある。そこで、一定の区域を限った選挙区を設ける意義がある。

47) 行政区画等に関わりなく選挙区割りをすることは理論的には可能であり、投票価値の平等の観点からは望ましいかもしれないが、恣意的な区割りとなりゲリマンダーのおそれがあること(只野・基本原理46頁参照)や選挙区画の不明確に伴う有権者の混乱(極端な例であるが、一世帯の家族が別々の選挙区となることもある)などの問題もある。なお、衆議院の小選挙区は、従来、都道府県に定数を配分した上で、その定数を都道府県の内部で人口を基礎としつつ、行政区画等を考慮して小選挙区の区割りをしていくことになっている。

48) なお、高橋教授は、アメリカにおける「書き込み投票制」(=投票用紙に記載された候補者以外の者にも投票できる制度)に関連して「好きな者に投票しうる権利」について論じている(高橋和之「アメリカにおける選挙権の観念」『現代立憲主義の展開(上)』(有斐閣・1993年)407頁以下)。この権利の位置づけ等については独立に検討すべきかもしれないが、立候補制度に慣れ親しんだ我が国において、この権利を主張する場面を想定することは難しいと考える。ここでは、候補者以外の者の氏名を記載して投票すれば無効投票となる我が国の制度については、選挙人の意思が適正に反映される権利が認められるとしても立候補制度という選挙制度により制約されていると考えておくことにする。

映させることには限界があると考える。

この点については、5の比例代表選挙における党籍移動の箇所を検討する。

3 小選挙区比例代表連用制

平成21年総選挙に係る定数訴訟において、一人別枠方式に基づく区割りを違憲状態であるとした平成23年3月23日の最高裁判決を受け、衆議院では各党協議会が設置され、選挙制度改革について議論が行われた。その際、比例代表選挙の一部に小選挙区比例代表連用制（以下「連用制」という。）を導入する案が提示されたことがある⁴⁹⁾。

現実に議論されたのは、連用制を比例代表選挙の一部分に導入するものであり、比例代表の定数が削減されることにより少数政党が受ける影響を少なくするという考慮も働いていると考えられる。また、これにより、得票数と獲得議席数の関係では、民意がより反映されるという評価もある。選挙制度については、現実の政治の中で、いろいろな妥協があって決定されるものであるので、その可否を一概に言うことは難しい。

ここでは、モデルとして純粋な形の連用制について、制度の内容と問題点を考えてみたい。

(1) 制度の概要

連用制の仕組みは概ね次のとおりである。

- ① 選挙人は、小選挙区における候補者名投票と比例代表選挙における政党名投票とを行う。
- ② 小選挙区選挙（候補者名投票）においては、比較多数（最多得票）を得た候補者を当選人とする。
- ③ 比例代表選挙（政党名投票）においては、比例定数の議席をドント式で配分する。その際のドント式の除数をそれぞれの政党の小選挙区選挙での獲得議席数プラス1から始める。

その結果、比例代表選挙における議席配分は、小選挙区選挙において獲得した議席数の少ない政党に有利となる。

49) 民主党が提出した「公職選挙法及び衆議院議員選挙区画定審議会法の一部を改正する法律案」（第180回国会衆第22号、第181回国会衆第1号）。なお、連用制は、平成6年の政治改革の際にも、一時導入が検討されたことがある。その際の経緯については、白井貞夫『「政治改革」論争史』（第一法規・2005年）63頁以下参照。

【小選挙区比例代表連用制の計算例】

定数10（小選挙区数6・比例代表4）の場合

	A 党	B 党	C 党	D 党	E 党
小選挙区 当選者数	4	2	0	0	0
比例得票数（V）	4,300	2,500	1,700	900	600
$V \div 1$	4,300	2,500	①1,700	②900	600
$V \div 2$	2,150	1,250	④850	450	300
$V \div 3$	1,433	833	567	300	200
$V \div 4$	1,075	625	425	225	150
$V \div 5$	③860	500	340	180	120
$V \div 6$	717	417	283	150	100
名簿からの 当選人数	1	0	2	1	0
獲得議席	5	2	2	1	0

【参考：小選挙区比例代表並立制の計算例】

	A 党	B 党	C 党	D 党	E 党
小選挙区 当選者数	4	2	0	0	0
比例得票数（V）	4,300	2,500	1,700	900	600
$V \div 1$	①4,300	②2,500	④1,700	900	600
$V \div 2$	③2,150	1,250	850	450	300
$V \div 3$	1,433	833	567	300	200
$V \div 4$	1,075	625	425	225	150
$V \div 5$	860	500	340	180	120
$V \div 6$	717	417	283	150	100
名簿からの 当選人数	2	1	1	0	0
獲得議席	6	3	1	0	0

(2) 考察

(1)で示した計算例でも明らかなように、連用制については、比例代表選挙において政党に投票した選挙人の意思が投票結果に結びつかないという問題点がある。すなわち、

比例代表選挙において多数得票した政党であっても小選挙区において多数の議席を獲得した場合、比例代表選挙においてより少数の得票の政党の方が比例代表選挙では多くの議席を獲得できることである。

この点については、小選挙区選挙と比例代表選挙を全体として見て、過度な民意の集約（小選挙区での死票の多さ）を緩和するものと説明することもできる。しかし、選挙人は、比例代表選挙においても投票しているのであり、比例代表選挙においては、多数の得票を得ても獲得議席は少なく、選挙人の意思が獲得議席に結びつかないこととなる。

もし、このことの憲法上の問題点を指摘するとした場合、どのような理論構成をすべきであろうか。

筆者は、端的に選挙人の意思が適正に反映されないとして、選挙権の侵害になると考える。他方、選挙権の権利内容を選挙に参加する権利に限定した場合、選挙制度が選挙についての憲法上の原則に反すると構成することになるが、どの原則に反するのであるうか。この点をまず問題提起したい。

4 投票価値の平等

(1) 判例の考え方

まず、定数訴訟において、定数配分規定が憲法に違反するかどうかについての最近の裁判所の判断基準は、次のとおりである⁵⁰⁾。

憲法は、選挙権の内容の平等、換言すれば、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等、すなわち投票価値の平等を要求していると解される。しかしながら、憲法は、どのような選挙制度が国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させることになるかの決定を国会の裁量に委ねているのであるから、投票価値の平等は、選挙制度の仕組みを決定する唯一、絶対の基準となるものではなく、国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものである。それゆえ、国会が具体的に定めたところがその裁量権の行使として合理性を有するものである限り、それによって投票価値の平等が一定の限度で譲歩を求められることになっても、憲法に違反するとはいえない。

50) 参議院の平成22年選挙に係る最高裁平成24年10月17日大法廷判決。衆議院についてもほぼ同旨である。最高裁平成23年3月23日大法廷判決参照。

このような判例の判断基準については、立法裁量の幅が広く投票価値の平等が軽視されているとの批判がある。

例えば、宍戸教授は、判例の論理構造の特徴として、「第1に「公正かつ効果的な代表」という選挙制度の目的を最上位に置き、投票価値の平等もこの目的の下で他の要請と調和すべき一要素とされていること、第2に選挙制度の仕組みの決定とその具体的制度のもとでの議員定数の配分とについて各々立法裁量を認めること、そして第3に、最初の選挙制度の仕組みの決定についての裁量権の行使の結果が、次の本体である定数配分の裁量のあり方に跳ね返る」とする⁵¹⁾。

また、浅野博宣教授は、「最高裁の考えによれば、投票価値の平等は、「選挙制度の仕組み」によって緩和され、「選挙制度の仕組み」は「公正かつ効果的な代表」という見地から国会が定めるべきことだ、というのである。しかし、この解釈では、たとえ投票価値の平等が憲法上保障されているといっても、それにはいわば法律の留保が付いていることと変わらないことになるのではないだろうか」とする⁵²⁾⁻⁵³⁾。

ところで、最近の判決は、「憲法は、選挙権の内容の平等、換言すれば、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等、すなわち投票価値の平等を要求していると解される」として、投票価値の平等に関する根拠条文を具体的に記載していない。これに対して、定数訴訟のリーディングケースである昭和51年4月14日の最高裁判決は、「憲法は、14条1項において、すべて国民は法の下に平等であると定め、一般的に平等の原理を宣明するとともに、政治の領域におけるその適用として、前記のように、選挙権について15条1項、3項、44条但し書の規定を設けている。これらの規定を通覧し、かつ、右15条1項等の規定が前述のような選挙権の平等の原則の歴史的発展の成果の反映であることを考慮するときは、憲法14条1項に定める法の下での平等は、選挙権に関しては、国民はすべて政治的価値において平等であるべきであるとする徹底した平等化を志向するものであり、右15条1項等の各規定の文言上は単に選挙人資格における差別の禁止が定められているにすぎないけれども、単にそれだけにとどまらず、選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票の価値の平等もまた、憲法の要求するところであると解するのが、相当である」としている。

51) 宍戸・憲法解釈論184頁。

52) 浅野博宣「投票価値の平等について」『憲法学の現代的論点（第2版）』（有斐閣・2009年）444頁以下。

53) 参議院の定数訴訟においては、平成16年1月14日の判決以来、最高裁判所も投票価値の平等をより重視するようになり、かつてのように参議院の独自性等を考慮することを薄めている。統治機構の問題として二院制を考えるならば、24年判決の竹内裁判官の意見のように参議院の在り方から都道府県単位の選挙区に理解を示す意見も尊重されてよいと思うが、投票価値の平等を重視する学説の承認を得ることは難しいであろう。

このように判例は、投票価値の平等の根拠条文として憲法第14条、第15条及び第44条を掲げており、文面上は明確ではないが、全体として見れば投票価値の平等を平等規定から導いているように思われる。

(2) 学説の整理

多くの学説は、投票価値の平等を憲法第14条等の平等規定から導いているが⁵⁴⁾、選挙権から導く学説もある。

ア 平等規定から導く学説

投票価値の平等を憲法第14条等の平等規定から導いている学説としては、次の芦部教授の見解が代表的なものである⁵⁵⁾。

議員定数不均衡の問題も、憲法一四条に関する重要な論点となっている。国会議員の選挙において、各選挙区の議員定数の配分に不均衡があり、そのため、人口数（もしくは有権者数）との比率において、選挙人の投票価値（一票の重み）に不平等が存在することが違憲ではないか、という問題である。

この問題を考えるにあたって考慮しなければならないのは、①第一に、選挙権の平等の観念には、従来から一般的に認められてきた投票の数的平等である一人一票の原則（公職選挙法三六条）にとどまらず、各投票が選挙の結果に対してもつ影響力の平等、すなわち投票価値の平等も含まれること、②第二に、選挙権および投票価値の平等は、表現の自由と同様に民主政を支える重要な権利であること、したがって、厳格な司法審査が必要であること（較差の合理性の挙証責任は政府にある）、③第三に、選挙法は、徹底した人格平等の原則を基礎としているので、投票価値の平等の意味は、一般の平等原則の場合の平等の意味よりも、はるかに形式化されたものであり、国民の意思を公正かつ効果的に代表するために考慮される非人口の要素（例、行政区画を一応の前提として定められる選挙区制）は、定数配分が人口数に比例していなければならないという大原則の範囲内で認められるにすぎな

54) 松井教授は、「通説は、どちらかというと14条の問題と捉えているように思われる。そのうえで、差別が選挙権という15条の保障する基本的な人権に関わるため、厳格な審査が必要だと考えているのである」とする（松井・日本国憲法414頁以下）。

55) 芦部・憲法138頁以下。なお、芦部教授は、憲法上の根拠について、「選挙権の平等原則の問題であることを考えると、憲法一四条一項を中心に一五条一項・三項を考え合わせ、さらに四四四条但書をも含めて総合的に解釈する五一年判決の対場が妥当であろう」としている（芦部信喜『憲法学Ⅲ（増補版）』（有斐閣・2000年）67頁）。

いこと、である。

イ 選挙権から導く学説

次に投票価値の平等を選挙権から導いている学説としては、次のようなものがある。

<高橋教授の見解>

高橋教授は、「最高裁は、不均衡を憲法14条の平等権の侵害の問題であると捉えた（最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁）。しかし、選挙権は、概念上当然に、相互に平等な内容を有するという意味を内包しているのではなかろうか。そうだとすれば、定数不均衡は選挙権（15条）そのものの侵害だということになる。つまり、選挙権は、その価値が相互に等しいものと最初から想定されており、選挙制度が価値の不平等を生み出せば、その制度は選挙権を制約するものであり、その制約が必要不可欠として正当化されない限り違憲となると考えるべきなのである」とする⁵⁶⁾。

また、「最高裁は、定数不均衡の問題を選挙権の問題と言うよりは、平等権および選挙制度の問題と捉えており、それがきわめて緩やかな審査しか行わない原因となっている。選挙権の問題と捉えて、より厳格な審査を行う必要がある」とする⁵⁷⁾。

<辻村教授の見解>

辻村教授は、「まず、選挙の公務性を前提とする多数の学説（請求権説および大部分の二元説）では、選挙権の内容に「投票権」を含まない結果、投票価値の平等は、選挙権の本質からの規範的な要請となりえない。ここでは、14条の一般的平等原則が援用され、いわゆる相対的平等原理にそって合理的差別の可否が問題となる。しかも、議員定数不均衡のような投票価値の不平等は、（権利侵害の問題としてではなく）47条についての立法裁量の限界問題として論じられるため、解釈論上容易にその合理性が承認される。これに対して、権利説では、15条1項の定める選挙権の本質（とりわけ投票行為の権利性）から、投票の価値（すなわち「投票が選挙の結果に及ぼす影響力」）の平等が論理必然的に導かれる。ここでは、選挙事項の決定を立法府の自由裁量と解することはできない。投票結果に影響を及ぼす、選挙の全過程における不平等が、権利の内容（価値）の平等の観点から厳しくチェックされなければならないのである」とする⁵⁸⁾。

<只野教授の見解>

只野教授は、「「平等選挙」の論理は、むしろフランスにおけるもう一つの主権論「人民主権」論の系譜に属するもののように思われる。政治的意思能力をもつものの総体

56) 高橋・立憲主義286頁以下。

57) 高橋・立憲主義163頁。

58) 辻村・権利としての選挙権191頁以下。

「人民」が主権者であることから、選挙権は主権的な「権利」と考えられる。選挙権が「権利」である以上、それは原則として財産や性別の区別なく、平等な形で承認されねばならない。普通選挙ともに、平等選挙は、選挙権を「権利」と捉えることの当然の帰結である」とし、「「選挙権」を「権利」とみる場合には、特に厳格な人口比例が要請され、1対1が原則となる。全国を選挙区に区分することや、選挙区の区分に当たり政治的恣意的な選挙区割り―ゲリマンダリングと呼ばれる―を防ぐために既存の行政区画を選挙区として採用することなど、憲法上合理性が認められる理由がある場合にのみ、較差が許容されることになろう」とする⁵⁹⁾。

(3) 考察

投票価値の平等を平等規定から導く学説（便宜「平等説」という。）より選挙権から導く学説（便宜「選挙権説」という。）の方が、投票価値の平等を厳格に考える傾向にある。それなら、選挙権説の理論構成はどのようなものであろうか。

ア 侵害される権利内容

まず、選挙権説において、投票価値の不平等があった場合、侵害される選挙権の具体的な権利内容はどのように考えられているのであろうか。

<高橋教授の見解について>

高橋教授は、選挙権を「選挙という集団的行為へ参加し投票する権利」とする⁶⁰⁾。その上で、「選挙権は、概念上当然に、相互に平等な内容を有するという意味を内包している」、「選挙権の価値の平等は、代表者の選出にあたり、自己の投票が平等にカウントされることを要求する」とする⁶¹⁾。この見解は、選挙権の属性として「相互に平等な内容を有するという意味を内包している」としているのであろうか。それならば、選挙権は「選挙という集団的行為へ参加し投票する権利」であり、投票価値の不平等はこの選挙権を侵害するものと構成するのであろうか。

<辻村教授の見解について>

辻村教授は、「権利説では、15条1項の定める選挙権の本質（とりわけ投票行為の権利性）から、投票の価値（すなわち「投票が選挙の結果に及ぼす影響力」）の平等が論理必然的に導かれる」とする。

ところで、前述のように、辻村教授は、選挙権の権利内容として、「選挙人資格請求

59) 只野・基本原理44頁・46頁。

60) 高橋・立憲主義284頁。

61) 高橋・立憲主義286頁以下。

権」、「投票権」、「投票結果への権利（正確に集計される権利）」をあげるが、「投票行為の権利性」とは、「投票権」のことを指すのであろうか。投票権とするなら、前述のように投票を実質的に保障することを意味するようと思われるが、そこから「投票が選挙の結果に及ぼす影響力」の平等が論理必然的に導かれるとするのは、どのような理由付けであらうか。また、辻村教授のいう「投票結果への権利（正確に集計される権利）」からは投票価値の平等を導くことはできないのであろうか。

この点について、筆者は、選挙権説を採るなら、例えば選挙区間の較差が5倍であるなら投票価値が小さい選挙区では実質0.2票となり、選挙人の意思が適正に反映されておらず選挙権を侵害すると説明することもできると考える。また、平等説に類似するが、選挙に参加する権利が実質的平等に保障されておらず選挙権を侵害すると説明することもできると考える。

イ 平等説と選挙権説の差異

ところで、平等説を採る学説にあっても、判例のように広い立法裁量を認めることには批判的で、投票価値の平等については厳格な審査を行うべきであるとしている。また、前述したように、選挙権説を採っても、投票価値の平等についてある程度の制約は許容される。そうすると、厳格な審査を行うとする平等説と選挙権説との間で、原理的な説明の差異はあるだろうが、実際の結論における差異はあるのであろうか⁶²⁾。

いずれにしても、選挙権説については、投票価値の不平等は選挙権を具体的にどのように侵害するか、厳格審査を行うとする平等説と比較して投票価値の平等をより厳格に審査する理由について更なる詳論を期待したい。

5 比例代表における党籍移動

比例代表選挙において当選した議員が当選後に党籍を移動した場合、議員の身分を剥奪することが許されるかという問題については、従来、命令委任の禁止の趣旨から身分を剥奪することは憲法に違反するとする見解が多数であった。ただ、少数ながら、選挙の際に示された民意を重視して身分を剥奪することも許されるとする見解も存在する。

62) 平等説にあつては、合理的差別かどうかを問題として1人が2票以上を持つことは不合理であるので、1対2の基準を採ると説明し、選挙権説にあつては、個人の選挙権の侵害であるので、1対1の基準を採ると説明するのであろうか。ただ、平等説であっても、1対1の基準を採るべきとする学説もあり、両説の実際上の差異については明確ではないと考える。なお、両説の人口較差の捉え方に関して、高橋和之「定数不均衡違憲判決に関する若干の考察」『法学志林』74巻4号80頁以下参照。

この問題自体「難問」とであると考えるが、筆者は、ここでいう「民意」が選挙権の権利内容と関係があるかという点も含めこの問題を検討したい。

(1) 現在の取扱い

比例代表選出議員の党籍移動については、昭和57年（1982年）の参議院議員選挙への比例代表制導入時には、法律の規定がなかった。その後、衆議院においても比例代表選挙が導入されたが、衆参両院において、比例代表選出議員の党籍移動の事例⁶³⁾があり、その取扱いについて議論が活発化した。

そして、平成12年（2000年）に、国会法及び公職選挙法が改正され（平成12年法律第63号）、衆議院又は参議院の比例代表選出議員の選挙において選出された議員又は当選人となった者が、当選後、当該選挙において名簿登載者であった名簿届出政党等以外の名簿届出政党等（簡単に言えば当該選挙で当選を争った他の政党等）の所属する者となった場合に、これを退職者とし、又はその当選を失わせることとした⁶⁴⁾。

同改正法の提案理由説明は、以下のとおりである。

◇平成12年4月13日 衆議院政治倫理の確立及び公職選挙法改正に関する特別委員会⁶⁵⁾

○鈴木宗男 …現行法においては、衆議院議員及び参議院議員とも、当選後、選挙のときに所属していた政党から他の政党に移動することには何らの制限も加えられておりません。しかしながら、政党への投票をもとに選出された拘束名簿式の比例代表選出議員が当選後他の政党に移動することについては、選挙に示された有権者の意思と全国民を代表する議員の地位をめぐって、国会を初め学界、マスコミ等各方面で種々論議のあったところであります。

これらの論議を踏まえ慎重に検討した結果、本案は、衆議院及び参議院の比例代表選出議員が当選後、当該選挙で争った他の政党等に移転することは、有権者の意思に明らかに背くものであることから、これを禁止することといたしております。選挙時の所属政党等を離れて無所属になることや、選挙時になかった新たな政党等に所属すること、また、選挙時に所属していた政党等が他の政党等と合併した場合または分割後に他の政党等と合併した場合に当該合併後の政党等に所属すること

63) 事例は上脇・政党国家論151頁以下参照。

64) 国会法第109条の2、公職選挙法第99条の2参照。

65) 第147回国会同委員会議録第4号22頁以下（平成12.4.13）。なお、この改正経緯については、原佳子「政治改革の経緯とその後の主な改正経緯（九）」『選挙時報』61巻12号（平成24年12月）34頁以下参照。

は、禁止いたしておりません。

次に、この法案の内容について御説明申し上げます。

第一に、国会法の一部を改正し、衆議院または参議院の比例代表選出議員が議員となった日以後に、選出された選挙における他の名簿届け出政党等に所属する者となったときは、一定の場合を除き、退職者となることとしております。

第二に、公職選挙法の一部を改正し、衆議院または参議院の比例代表選挙の当選人は、その選挙の期日以後において、当該当選人が登載されていた名簿届け出政党等以外の当該選挙における他の名簿届け出政党等に所属する者となったときは、一定の場合を除き、当選を失うこととしております。

この法律は、公布の日から施行し、改正後の規定は、施行日以後その期日を公示される総選挙及び通常選挙並びにこれらの選挙に係る再選挙及び補欠選挙またはこれらの選挙で選出される議員について適用することとしております。…

(2) 学説

＜上脇教授の整理＞

この問題を論究している上脇教授は、次のように学説の整理を行っている⁶⁶⁾。

①**従来の多数説：身分維持要請説・身分喪失不許容説**。これは、比例代表選出議員が所属政党から除名された場合であれ、自ら離党した場合であれ、さらには他党に移籍した場合であれ、当該議員の身分は、憲法上維持することが要請されており、法律で当該議員の身分を喪失する規定を設けることは憲法が許容しない（憲法違反である）という立場である。

②**身分喪失要請説・身分維持不許容説**。これは、比例代表選出議員が所属政党から除名された場合であれ、自ら離党した場合であれ、さらには他党に移籍した場合であれ、当該議員の身分は、憲法上当然に喪失されるべきであり、議員としての身分を維持することは憲法上許容されないという立場である。

③**身分喪失許容説**。これは、比例代表選出議員が所属政党から除名された場合であれ、自ら離党した場合であれ、さらには他党に移籍した場合であれ、当該議員の身分は、憲法上当然に喪失されるべきであるとは解釈されえないものの、法律によって議員としての身分を喪失すると規定してもそれは憲法が許容しており、憲法違反にはならないという立場である。

④**除名身分維持要請／離党身分喪失許容説**。これは、比例代表選出議員が所属政

66) 上脇・政党国家論208頁以下。

党から除名された場合であれば、法律によって当該議員の身分を喪失させることはできないが、自ら離党した場合であれば、当該議員の身分は、憲法上当然に喪失されるべきであるとは解釈されえないものの、法律によって議員としての身分を喪失すると規定してもそれは憲法が許容しており、憲法違反にはならないという立場である。

⑤自由意思党籍変更身分喪失許容説。これは、比例代表選出議員が本人の自由意思で他の政党に移籍した場合であれば、当該議員の身分は、憲法上当然に喪失されるべきであるとは解釈されえないものの、法律によって議員としての身分を喪失すると規定してもそれは憲法が許容しており、憲法違反にはならないという立場である。

そして、上脇教授は、私見として**除名・離党身分維持要請／移籍身分喪失要請説**「すなわち、①比例代表選出議員が単に政党等から除名されるにとどまる、あるいは自ら離党するにとどまる限り、当該議員の身分は維持されるべきであり、それゆえ当該議員の身分を剥奪するような法律は憲法上許容されないが、しかし、②当該議員が除名された場合であれ自ら離党した場合であれ、同じ選挙で立候補していた他の政党等に移籍した場合には、当該議員の身分を剥奪することが憲法上要請されている」とする⁶⁷⁾。

たしかに、憲法の学説の多くは、この国会法・公職選挙法の規定には批判的である。例えば、「この規定は、議員資格の喪失を自発的な党籍変更の場合に限定することさえしておらず、自由委任の原理との関係で問題をはらんでいる⁶⁸⁾」、「参議院比例代表選挙制度の下での投票を人に投票したとみるのか政党に投票したとみるのかが問題となるにしても、少なくとも候補者に対する投票を認める以上、それと一体となって決定される政党の当選者につき、党籍離脱を理由として、ましてや他の政党に異動したことを理由として、議席を喪失すると定める制度は、違憲というほかない⁶⁹⁾」等である⁷⁰⁾。

ただ、辻村教授は、「人民主権」説も命令的委任論を必然的に内包している議論でなく、命令的委任論を前提とした図式主義的な理解は妥当でない」とした上で、「とくに、最近のように、党議決定自体が公約に違反し、公約に忠実な議員のほうを除名されるという状況では、選挙の公約信任機能がそもそも成立しえないため、仮に「人民主権」説を前提としても、すべての場合に自動的に議席喪失効果を認めることはむしろ論理矛盾

67) 上脇教授の代表制論については、注29参照。

68) 芦部・憲法284頁。

69) 渋谷秀樹『憲法 第2版』(有斐閣・2013年)544頁。

70) 高見教授は、党籍移動による身分剥奪に慎重な立場を詳細に展開している。高見勝利『芦部憲法学を読む』(有斐閣・2004年)85頁以下参照。

に陥ることになる。そこで、諸条件を予め法定する等の措置をとったうえで、せいぜい政党帰属を前提として当選した後に、自分の意思で党籍を離脱して選挙時に登録していた他の政党に移籍した場合に、自動的に議席を喪失させる等の帰結が妥当となる」として⁷¹⁾、結論として上脇教授と同じ見解を採る。

(3) 考察

ア 党籍移動と議員の身分

この問題については、主権論・代表制論で述べた国民の意思を政治に反映させるべきとする要請と、議員等の代表者は国民の意思からは独立すべきであるとする要請との調整⁷²⁾、政党の果たす役割等を総合的に考慮する必要があると考える⁷³⁾。

前述のように、政策については議員の自由に任せた方がより公益に適合すると考えるので、命令委任の禁止の趣旨は理解できる。

しかし、主権者としての権利行使である選挙において示された選挙人の意思が、党籍移動によって無意味になる場合があるなら、命令委任の禁止の趣旨が及ぶかどうかについては、慎重な検討が必要であるとともに⁷⁴⁾、どのような結論を出すとしても、選挙が国民の主権者としての権利行使であることを考慮に入れた論証を行う必要があると思う。

この問題を更に「難問」とするかもしれないが、筆者は、学説が従来考慮してきた事項に加えて、次のような事項を検討しつつ結論を導く必要があると思う。

71) 辻村・憲法3版381頁。

72) したがって、主権論や代表制論において、国民の意思を政治に反映させるべきとする要請を重視する立場は、議員の身分を剥奪することにも一定の理解を示す傾向がある。

73) 命令委任の禁止からだけ結論を出すのならこの問題は「易問」であろうが、この問題は、主権論・代表制論で述べた2つの要請の衡量が必要となる問題であり、さらに政党論などについても考慮しなければならない問題であり、そう簡単に結論を出すことが難しい「難問」であろう。この点、プーブル主権の流れで権力の民主化、徹底した民意による政治を主張しつつも、代表制の質的優位、政党の在り方にも考慮を払う只野教授が、この問題を「難問」（只野・基本原理62頁）とするのは、象徴的である。

74) 高見教授によれば、芦部教授が通説（政治的代表）の論理を首尾一貫させることに躊躇する理由として、次の3つの点をあげる。

①拘束名簿式比例代表制のもとでは、選挙人は政党に対して投票しているものと考えられるので、当選後に自由な党籍変更を容認することについて「不合理な」感情を払拭し切れないこと。

②選挙人の気持ちを軽視した勝手な所属政党の変更であっても、「政治の信義」を具体的に問うことができないこと。

③憲法43条の「代表」について、それが「命令委任」を認めるものではないとしても、そこには、選挙で示された選挙人の意思に即して議会に忠実に活動すべきとの要請が含まれていると考えられること。高見・芦部憲法学87頁参照。

① 人を選んでいるか政党を選んでいるか

高橋教授は、政党からの除名による比例代表選出繰上補充の問題について、「除名による順位剥奪を政党の自由に委ねる制度は、国民の選挙権を侵害するのである。日本国憲法は、選挙において国民が議員を直接選ぶことを当然の前提としている。政党のみを選ぶという制度は、日本国憲法で言う「選挙」ではない。「政党本位の選挙」ということが言われることがあるが、これは国民が候補者の政党所属（より正確には、それが含意するはずの「政策」）を参考にして議員を選出する選挙ということであり、あくまでも選挙の対象は個々の議員である」とする⁷⁵⁾。そして、議員について除名により議席を失わせ、名簿上からの繰上げを認めることは、国民の選挙権（国民が議員を直接選挙する権利）を侵害するとする⁷⁶⁾。

高橋教授は、国民は政党を介在させて候補者を選んでいることが国民の意思であると構成している。法的な構成は、そうかもしれないが、拘束名簿式の場合、投票で記載するのは政党名であり、多くの国民の現実の意思も名簿登載候補ではなく政党を選んでいるのではないだろうか⁷⁷⁾。言い換えれば、投票する国民にとっては介在させる政党のウェイトは高いと考えられる。

これに関連し、やや技術的な事項であるが、衆議院の比例代表選挙と参議院の比例代表選挙の手法の違いも考慮すべき事項ではないだろうか。すなわち、衆議院においては、拘束名簿式であり政党名投票だけであり、参議院においては、非拘束名簿式であり個人名投票が基本、政党名投票でもよいとされている⁷⁸⁾。

② 命令委任の禁止の例外はないか

党籍移動による身分剥奪に慎重な立場の高見教授は、例外的に、党籍変更を議員職の剥奪と法的に直結させてよい場合があり得るとして、「賄賂を利用して党籍移動させるような「選挙された議員」をその根底から揺るがしかねない特段の事情がある場合、す

75) 高橋和之「国民の選挙権 vs. 政党の自律権」『ジュリスト』1092号53頁。

76) 同54頁・58頁注5参照。

77) 注74で触れたように、芦部教授も「選挙人は政党に対して投票している」とする。なお、参議院の非拘束名簿式では候補者名又は政党名の投票をすることができるが、最近では、投票の4分の3程度は政党名での投票である。総務省の選挙結果調では、平成22年の通常選挙にあっては75%、平成25年の通常選挙にあっては73%が政党名投票である。

78) 公職選挙法第46条第2項は、「衆議院（比例代表選出）議員の選挙の投票については、選挙人は、投票所において、投票用紙に一の衆議院名簿届出政党等…の届出に係る名称又は略称を自書して、これを投票箱に入れなければならない」としているのに対して、同条第3項は、「参議院（比例代表選出）議員の選挙の投票については、選挙人は、投票所において、投票用紙に公職の候補者たる参議院名簿登載者…一人の氏名を自書して、これを投票箱に入れなければならない。ただし、公職の候補者たる参議院名簿登載者の氏名を自書することに代えて、一の参議院名簿届出政党等…の届出に係る名称又は略称を自書することができる」としている。

なわち、その行動が「議会人」としてとうてい許し難い場合に限られよう」としている⁷⁹⁾。

衆議院選挙は政権選択の選挙であると言われることがあるが、政権獲得の可能性があるA党とB党が選挙で争った場合、A党の比例代表候補として当選した議員が、当選後B党に移動した場合は「議会人」として許される場合であろうか。筆者のように、選挙により政治を担当する代表者を選ぶことが国民主権の重要な要素であるとする立場からは、「議会人」として許されない場合のように思える。

③ 議員には任期があること

議員には衆議院には4年（解散があると短縮される）、参議院には6年の任期があり、再度議員になるためには、選挙において当選しなければならない。

任期の間であれば、議員がどのような政策を採ろうと、あるいは、党籍を移動しようと議員の自由に任せ、それを是としない有権者は次回の選挙でその議員に投票しなければよい。これで民意は国政に反映されると考えることもできよう⁸⁰⁾。

イ 選挙権の権利内容との関連

本題に戻って、この問題と選挙権の権利内容、具体的には選挙人の意思が適正に反映される権利との関連について考察したい。

党籍移動による議員の身分剥奪を許容する立場の学説が、その根拠とする「民意」「選挙人の意思」なるものは、選挙人の意思が適正に反映される権利とすることができるであろうか。また、選挙人の意思が適正に反映される権利を認めるにしても、それは選挙結果についてまでであるか、当選後の党籍移動についても何らかの効果を及ぼすものであろうか。

高橋教授は、前述のように、選挙の対象は個々の議員であることから、「議員について除名により議席を失わせ、名簿上からの繰上げを認めることは、国民の選挙権を侵害する」とするが、選挙権は当選後についても効果が及ぶことを認めるものであろうか。また、議員の意思により党籍移動した場合についても、選挙人は議員を選んでおり、その議員が党籍を移動しただけであるので、議員の身分を剥奪すれば選挙権を侵害したことになるのであろうか。

79) 高見・芦部憲法学89頁。なお、上脇教授は、改正法の趣旨に関して「自由委任の濫用防止」という表現を用いているが（上脇・政党国家論218頁）、本文の場合も「自由委任の濫用」に当たるのであろうか。

80) 松井教授は、「憲法は、代表者の意思が選挙民の意思と決定的に離れてしまわないように、国民に政治参加の諸権利を保障して、国民に次の選挙で気に入らない候補者を落選させる権利を保障しているのである。…憲法は、このようにして公益の実現と選挙民の意思とのバランスを図っているものと思われる」とする（松井・日本国憲法156頁）。「気に入らない候補者を落選させる権利」を認めるかどうかは別として、筆者と同様の趣旨を述べていると考える。

反対に、拘束名簿式では議員が特定の政党に所属していることを重視して議員を選んでいるとする見解を採り、選挙権が当選後についても効果が及ぶとすると、党籍移動しても議員の身分を保持することは、選挙権の侵害となるのであろうか。

このように、民意を重視すると言っても、個人を選んでいると考えるか、あるいは、政党に所属している個人を選んでいると考えるか、民意の解釈次第で結論が異なることになる。

以上のようにこの問題は「難問」であるが、筆者なりに一応の結論を述べると次のとおりである。

選挙権の権利内容として選挙人の意思が適正に反映される権利を認めるにしても、それは選挙結果についてであり、当選後については命令委任の禁止の趣旨を考慮して基本的には議員の自由に任せる方が公益に適合した政策形成ができると考える。

任期がないなら、別の結論もあろうが、任期があり、その任期中は基本的には議員の自主性に任せることが妥当であろう。次の選挙において、国民はその議員の行動も含めて審判する機会があるので民意の反映という要請もこれにより満たされるべきと考える⁸¹⁾。

ただ、命令委任の禁止の例外を認めてもよい場合に限り、議員の身分を失うこともあると考えるべきであらうか⁸²⁾。

これについても、問題提起をして学説の教えを請いたい。

むすび

浅野教授は、選挙権から投票価値の平等を導くことができるかという問題提起をする中で、高橋教授の選挙権に関する見解について、「ただ、選挙権の内容が投票価値の平等によって尽きるものではないとすれば、やはり権利の画定の問題は未解決のまま残されているといわざるをえない。高橋自身が別の論考では「投票権は、国民が自己の政治的見解を表明し、共鳴者と結社し、その政治的力を育てて政治に影響を与えて行くというダイナミックな政治過程の中核に位置する権利」であるという見方を提示している

81) このように解すれば、選挙人が選挙において示した意思は実際の政治に反映されず、国民は「選挙のときだけの主権者」となるように受け取られるかもしれないが、代表者は、次の選挙や世論の動向を考慮するので、政治を行うに当たって選挙において示された意思を意識せざるを得ないとする。

82) 主権論・代表制論で述べた2つの要請を考慮して、自由委任の濫用であり、政治を担当する代表者を決定するという選挙の意義にも反するような結果をもたらすと一般の承認が得ることができる場合であるなら、法律により、議員身分の剥奪を認めることも可能であるとする。なお、前述の考慮事項の①②から、衆議院と参議院で別の結論をとることも可能であらうか。

(高橋「アメリカにおける選挙権の観念」芦部古稀・上407頁以下)。権利からのアプローチの成否は、ここからいかに選挙権の観念を彫琢していくか、に係っている」とする⁸³⁾。

本稿では、選挙権の権利の内容を具体的に検討し、選挙に参加する権利については認められるとするとともに、選挙人の意思が適正に反映される権利も認められる場合があるとした。しかし、これまでも述べたように、多くの問題について、いまだ問題提起の段階である。今後、学説が選挙権の観念を更に彫琢することを期待して、むすびとしたい。

83) 浅野・投票価値の平等464頁以下。