

「国民代表論と政党国家論」再論

上 脇 博 之

目 次

はじめに

一、比例代表選出議員の除名、離党、移籍と議員としての身分

1、従来の議論状況と私見

(1) 従来の議論状況

(2) 私見——除名・離党身分維持要請／移籍身分喪失要請説

2、私見に対する反応等

(1) 辻村みよ子の応答（移籍身分喪失要請説それとも自由意思移籍身分喪失許容説）

(2) 加藤一彦（身分維持要請説）、吉田栄司（身分維持要請説それとも党籍変更身分喪失許容説）及び今

関源成（身分喪失許容説それとも党籍変更身分喪失許容説）の批判

(3) 比例代表制に批判的あるいは否定的である戸波江二（身分喪失許容説）及び松井茂記（身分維持要

請説）の各見解

- 3、国会法及び公職選挙法の改正（二〇〇〇年）
 - (1) 国会法・公選法改正の審議経過とその内容
 - (2) 改正法の憲法解釈論と私見との異同
 - 4、法律改正後における私見及び改正法律への反応
 - (1) 全体状況
 - (2) 個々の批判とそれへの応答
 - (i) 山本悦夫の主張及び批判
 - (ii) 加藤一彦の批判
 - (iii) 毛利透の批判
 - (iv) 愛敬浩二の批判
 - (3) 全国憲法研究会二〇〇二年春季総会での只野雅人、石碕学、成澤孝人らの議論
- 二、その他の諸問題
- 1、比例代表以外の選出議員の問題と党派変更問題
 - (1) 比例代表以外の選出議員の除名、離党、移籍と議員としての身分の問題
 - (2) 党派変更の問題
 - 2、比例代表名簿登載者の除名、離党、移籍とその地位の喪失の問題
 - (1) 日本新党事件の高裁判決及び最高裁判決並びに学説の反応及び私見（除名問題と繰上げ問題との分理論）
 - (2) 拙稿以降の議論状況
 - (i) 高裁判決を批判する辻村みよ子の議論と高裁判決の理論を支持する高田篤及び高橋和之の議論

- (ii) 現行法に対する自由委任論の樋口陽一及び山本悦夫の批判
- (iii) 日本公法学会第六六回総会の第二部会のシンポジウムでの小野善康の質疑と本秀紀の応答
- (3) 比例代表選挙における繰上補充と補欠選挙の問題
- (4) 任期中での他院への鞍替え立候補の問題
- 3、小選挙区における候補者の除名、離党、移籍と繰上補充の問題

おわりに

- (1) 国民主権論・国民代表論の理論的進化と政党国家論の理論的否定
- (2) 議員の除名、離党、移籍と議員としての身分の相互関係の憲法解釈論
- (3) その他の諸問題

はじめに

私はこれまで政党国家論の憲法問題を検討し、そのささやかな成果を発表してきたが、政党の役割・機能に注目すると必然的に国会、議会制民主主義の憲法問題を検討することになり、その延長として国民代表論についても検討する必要性を感じるようになった。

そこで、一九九六年、九七年に「国民代表論と政党国家論」の憲法問題を論じた。もともと、その際には、私の能力の問題もあって、具体的な憲法問題、すなわち、政党等の比例代表名簿に基づき選出された議員（比例代表選出議員）あるいはまた政党の比例代表名簿に登載された候補者（比例代表名簿登載者）が所属の政党から除名、離党あるいはまた他党に移籍（党籍変更）を行った場合に議員としての身分や名簿登載者としての資格が剥

奪されるべきか否かという具体的な問題を素材にして、それを行うにとどまった。とはいえ、その具体的な憲法問題につき、学説あるいはまた判例の整理を行った上で、それらを批判的に検討し、独自の私見を展開することができた。⁽¹⁾

これに対しては、思いのほか反応があり、私見に好意的な意見もあったが、予想通り私見を批判する見解もあった。また、従来の多数説に基づいていた国会法及び公選法が、「偶然にも」二〇〇〇年に改正されるに至り、表面的には私見の一部の結論がそれらに採用されたような格好になり、それゆえ尚更のこと、それらの法改正や私見を批判する見解も出てきた。私は、私見を展開した後も、私見への批判には再批判をするなどして応答してきたつもりであるが、しかし、それも部分的・断片的であって、全体的にまとめて応答してはいない。

そこで、本稿では、これまでの議論を振り返りながら、学説、とくに私見を批判する見解を中心に各論者の主張に対してきちんと応答を行いたい。

なお、タイトルにある政党国家論についてはすでに拙著⁽³⁾で批判的な見解を詳細に展開しているので本稿の論考の比重は国民代表論にあること、また日本新党比例代表名簿搭載者除名事件についてはすでに「政党の憲法上の地位」論を再論した拙稿⁽⁴⁾においてその議論状況の一部を紹介しているものの本稿においてそれをまったく紹介しないで済ますことはできないのでそこでの論述と部分的に重なるところがあることを、ご了解いただきたい。

(1) 上脇博之「戦後における政党と憲法」憲法理論研究会編『戦後政治の展開と憲法』敬文堂（一九九六年）五三頁
 「六一―六三頁」、同『国民代表論と政党国家論』序説『北九州大学開学五十周年記念論文集』（一九九七年）一頁
 「三〇頁以下」。

(2) 国会法及び公選法の改正がなせ行われるに至ったのかについては、私にも良くわからない。本稿で紹介するよう

に、それは形式的には議員立法である。しかし、実際は官僚の手によるものであることは、現状を踏まえた一般論からの推測からだけではなく、関係者の話からも明らかなのであるが、それ以上のことはわからない。純粹に憲法解釈論から出てきたものなのか、何からの政治的思惑が背景にあったのかは、残念ながら私にもわからない。

(3) 詳細については、上脇博之『政党国家論と憲法学』日本評論社・一九九九年、同『政党助成法の憲法問題』日本評論社・一九九九年、を参照。

(4) 上脇博之『『政党の憲法上の地位』論・再論』『神戸学院法学』三四卷一号（二〇〇四年）三七頁以下。

一、比例代表選出議員の除名、離党、移籍と議員としての身分

1、従来の議論状況と私見

(1) 従来の議論状況

参議院議員の選挙制度のうち、いわゆる全国区選挙（単記投票制）が拘束名簿式比例代表選挙に改められたのが一九八二年であった。一九七七年の参議院議員通常選挙で全国区から立候補して当選していた八代英太（本名：前島英三郎）は、一九八三年の参議院議員通常選挙において福祉党から立候補し、この比例代表選挙で当選（再選）した。しかし、同党の代表を務めていたにもかかわらず、八代参議院議員は翌年・一九八四年に自民党に移籍してしまった。

これを契機に憲法研究者の間でも意見が出て論争が起きた。それ以後の詳細な学説状況については、すでに別稿⁵⁾で詳述したので、ここでは、それを簡単にまとめて紹介するにとどめる。

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、さらには他の政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。⁽⁶⁾
- 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、さらには他の政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。⁽⁷⁾
- 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、さらには他の政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。⁽⁸⁾
- ④ 除名身分維持要請／自由意思離党身分喪失許容説。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。⁽⁹⁾
- 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。⁽¹⁰⁾

(2) 私見——除名・離党身分維持要請／移籍身分喪失要請説

以上のような学説に対して、私は、それぞれ問題を抱えているとして独自の見解を表明した。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。

その理由は、①前者においては、政党等の分裂と実質的には同じであり、民意を反映しているのが政党等の側なのか、除名された議員や離党した議員の側なのかは、たとえ政治的に判断できたとしても、法的には判断できないからであり、②後者の場合には、民意から離れているのが政党等の側ではなく移籍した議員の側であると客観的に判断できるからである。ここでの基準は、民意から離れていること、かつ、それが客観的に判断できるとなのである。

このような考え方によると、①当該議員が選挙のときに立候補していなかった政党に移籍する場合あるいは新党を結成する場合には、前者と同じであり、それゆえ議員としての身分を剥奪することは憲法上許容されないが、②政党等そのものが同じ選挙に立候補していた他の政党に吸収される場合には、後者と同じであり、それゆえ吸収された政党等の議員は、議員としての身分を剥奪されるべきことになる¹¹⁾（小選挙区選出議員の場合などについては後述する）。

2、私見に対する反応等

(1) 辻村みよ子の応答（移籍身分喪失要請説それとも自由意思移籍身分喪失許容説）

一九九六年一〇月二三日の日本公法学会第二分科会において、辻村みよ子は、報告「選挙と『市民の意思形成』」の中で、私が身分喪失要請説であると紹介した杉原泰雄が「∴、政党とその公約を媒介として『人民』とその単位に対する議員の従属が維持されているのであれば、∴」⁽¹²⁾という前提条件を付していたことに注目することが必要であると主張した。

これに対して、私は、次のように拙稿で批判した。すなわち、そのような条件を強調するということは、除名された議員や離党した議員が公約を守り続け政党が公約を守っていない場合に当該議員の身分を喪失させることが本末転倒の結論になるということを認めていることになるが、しかし、同時に、常に公約を守るのが政党であり、常に守らないのが個々の議員であるという状況が今後確立する保証はどこにもないから、その立場は、実際には多数説（身分維持要請説・身分喪失不許容説）と同じ結論になってしまおうし、それでも身分喪失要請説が現実的なものであるとすれば、この立場は、政党が公約などを守っているかどうかを裁判所が判断することを認めざるを得なくなるので、結社の自由（自律権）の保障の点で問題である、と。⁽¹³⁾

辻村は、私の批判に比べて立場を変更し、「諸条件を予め法定する等の措置をとった上で、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のみに自動的に議席を喪失する等の帰結が妥当となるう」と結論づけている。⁽¹⁴⁾

私見に大幅に接近している。私見をそのまま支持していると読めないこともないが、二つの点で微妙に異なる点と読むこともできる。

第一に、「自分の意思で党籍を離脱して」という文言に注目すると、政党からの除名後の他党への移籍は含まれていないようにも読める。それゆえ、自分の自由意思で離党したのかそれとも所属政党に除名されたのが重要視されている、すなわち、前者の場合と後者の場合とで憲法解釈の結論が異なると主張しているように読める。第二に、「諸条件を予め法定する等の措置をとった上で」という文言に注目すると、身分を剥奪することが憲法の要請であると解釈しているのではなく、憲法が許容しているとの解釈を前提にしているようにも読める。

以上の二点において辻村の立場は私見とは異なる、新しい立場と考えることもできる。

もしそうであるとするならば、私は次のことを強調しておきたい。国民代表論において重要なのは、民意から客観的に離れたか否かであり、議員が自由意思で離党したか否かを一切問わないし、また、前述のような党籍変更の場合には、立法政策の問題ではなく、憲法が身分剥奪を要請しているということである。特に前者については、政党等は、議員が離党を申し出てもそれを認めず除名することもあるので、自由意思による離党か政党からの除名かは政治的には重要であっても憲法解釈上は重要ではないだろう。

とはいえ、辻村の立場は、私見と同じ、あるいは極めて近い立場に接近したと言えよう。

- (2) 加藤一彦（身分維持要請説）、吉田栄司（身分維持要請説それとも党籍変更身分喪失許容説）及び今関源成（身分喪失許容説それとも党籍変更身分喪失許容説）の批判

他方、従来の多数説の立場を繰り返したり、私見を批判する主張は幾つか見られる。例えば、加藤一彦は、「政党の公共性」を主張し、かつ社会学的代表に好意的であるにもかかわらず、日本国憲法第四三条及び同第五一条によって命令的委任の禁止（自由委任）が採用され、これにより政党代表ではなく、「議員の個人としての

役割を承認する最後の砦」が採用されていると説明している。⁽¹⁵⁾

ここでは、自由委任説の立場に立つと同時に、私見のように離党・除名と移籍とを分離して考えられてはいない。

また、吉田栄司は、私の立場を批判するために、「他党議員と新党を結成する場合等には整合的な説明をなし得ないから、やはり制裁としての喪失は排除されるべきであろう」と主張する。⁽¹⁶⁾

なぜ私の立場では新党結成の場合に「整合的な説明」がなされ得ないのか、この点についての説明は全く行なわれておらず、その内容は不明確であったが、吉田は別稿において無所属での当選議員が選挙後にいずれかの政党に帰属すること、複数の所属政党からの離脱議員が新たな綱領を掲げる新たな政党を結成することなどが禁止されるとすれば、それらは明らかに二一条に違反するといわなければならない。」と述べ、一定の説明を加えている。⁽¹⁷⁾

しかし、新党結成に関する主張は私の立場を誤解しており、私見を踏まえた批判ではない。私見は、選挙の審判を受けていない新党を結成した場合には当該議員の議員としての身分を喪失させることはできないという解釈である。⁽¹⁸⁾この点は吉田の誤解であろう。また、無所属議員の選挙後の政党への帰属を禁止することが憲法第二一条に違反しないことについては、すでに主張しておいたように、無所属議員も新党結成は禁止されないが、無所属議員も国民一般と異なり憲法尊重擁護の義務（憲法第九九条）を負う点で特別の存在であるから社会的代表制に拘束される（あるいは自由委任の濫用は許容されない）と解すべきである。⁽¹⁹⁾いかなる場合であれ身分喪失を許容しない多数説の立場に立ち続ける吉田にはこの点の軽視が伺える。

もっとも、吉田は、党籍変更のみを議席喪失に結び付ける制度（党籍変更を任期中に禁止する制度）を「国会

法によって設定できるものではあろう」と述べている。⁽²⁰⁾しかし、これでは多数説の立場と矛盾し、党籍変更身分喪失許容説が成り立つことを認めたことになるだろう。⁽²¹⁾

また、今関源成は、次のように述べ、私見を批判する。

「党籍と議席を限定的にであれ結合し法的帰結をそこから引き出す議論には、政党が民意を反映する、あるいは民意によってコントロール可能であるという暗黙の前提が存在している。しかし、この前提の成立には、国民が政党や議員の活動を監視し公約を守らせ、議会を民意の反映の場として機能させるに十分な力量を持っていることが必要である。残念ながら、こうした政治的責任追及は十分行われていない。むしろ国民は政治的無力のなかにある。国民の政治的能力の欠損を、議員の議席喪失を法的に認めれば埋められると考えるのは短絡的であろう。公約を守るべきは先ず政党であるのに、政党に対するサンクシオンはなされず議員個人だけに制裁が課されるとすれば、力の不均衡によって民主過程が非常に歪んだものになるように思われる。政党をコントロールする政治的な能力と手段を国民が手にした後に、議員に対する法的サンクシオンの問題を考えればよいのではなからうか。⁽²²⁾」

これは、解釈論としては所属政党の変更の有無を基準にしない身分喪失許容説の立場であるのか、それとも私の立場をそのまま許容説にしたものかは定かではない。私は、客観的に民意から離れたと判断できる場合には、議員個人だけではなく政党の場合にもその所属議員の喪失を憲法は要請していると解釈している。⁽²³⁾つまり、限定的であれ「政党に対するサンクシオン」を課しているのである。

また、私は、これらの結論をもって「国民の政治的能力の欠損」を埋められると理解しているわけではない。また、議員に限らず政党にあっても国民が完全にコントロールできる状態が本当にくるのか、現段階では疑問に思

っている。民意をできるだけ正確に反映するという憲法上の要請を認めたくえで、それを破壊する行為に対して一切歯止めがかけられないと解するとすれば、それこそ国民はますます政治的無力感を強められると思われる。

なお、筆者の立場は、権力分立制を「議院内多数派Ⅱ内閣」対「議院内少数派」という対立図式で考える「現代的権力分立制」という視点からも補強されると考えている。⁽²⁴⁾

(3) 比例代表制に批判的あるいは否定的である戸波江二（身分喪失許容説）及び松井茂記（身分維持要請説）の各見解

戸波江二は、議員自身の自由意思に基づく離党であれ政党からの除名であれ、また当該議員の所属政党変更の場合であれ、議員としての身分を剥奪することは憲法が要請しているわけではないが憲法が許容しているとして立法政策の問題とする、いわゆる身分喪失許容説の立場にあるものの、現実の政策的判断として「政界再編が問題となっている状況では、議員の政党所属の変更を抑制するような制度を設けることは政策的には妥当ではなからう」という。⁽²⁵⁾

しかし、私見でも新党結成は許容されるので政界再編を一切抑制しているわけではないし、他方、客観的に見て民意の反映を明らかに歪める他党への移籍さえ許容する政界再編とは主権者から著しく遊離したものであり、このような政界再編を憲法が放任しているとは解されないと考える。⁽²⁶⁾

戸波のこのような政策的判断の背景には、選挙制度についての評価、すなわち、小選挙区制に比較的に好意的で、比例代表制に批判的であるという評価が潜在しているように思われる。

戸波は、選挙制度を考える際には、「選挙の基本的な理念である代表の正確性と安定政権の樹立という二つの

要素について考慮する必要がある」との立場から、比例代表制も小選挙区制も「ともに政党中心に構想されてきた制度である」と説明した上で「政党の分裂・再編、政党の基本方針の転換、連立政権の組み換えなど、政治の基本方針の動揺と政党間の違いの相対化が進んでいる」「日本の政治状況の下では」「十分な機能を発揮できない」と一般論を述べ、特に、「小選挙区の場合には、一人の議員を選出するために選挙民を当選議員の国会での活動等を把握・評価しやすくなり、議員の活動を消極的に評価した結果、議員を次の選挙で落選させるという可能性が生ずる」ので、「政治家に対する不信が増大している今日では、小選挙区制による議員の責任追及の可能性に一定の評価を与えることができる」というのである。⁽²⁷⁾

しかし、「安定政権の樹立」が「選挙の基本的な理念」であるかは極めて疑問である。少なくとも日本国憲法上はそうではないことは明白であるように私は考える。確かに、ドイツでは、同様の理由で代表の正確さに長けた比例代表制の機能を緩和することが小選挙区制や阻止条項などの採用において肯定されている。しかし、これは、すでに指摘したように、ワイマール体制が小党分立によって崩壊し、ナチスを生み出したという多数説の見解に依拠している。それに対して、日本では天皇制ファシズムが小党分立によって生まれたのではなく、むしろそれとは逆に政党が解散してできた大政翼賛会によって生まれたのであり、これを反省してできた日本国憲法が、政党の自由などの保障を要請することはあっても、「安定政権の樹立」を要請していると解釈することはできないだろう。私は、憲法が要請するのは「代表の正確さ」の方だけであると解釈している。⁽²⁸⁾

また、「議員の責任追及の可能性」を小選挙区の長所に見出しているが、その前に、「代表の正確さ」が要請されるべきであるし、また、かかる可能性は小選挙区の方が小さくなったと判断することも可能であり、政治不信についても、無党派層の増大が象徴するように、小選挙区制を採用してからむしろ増大していると認識すべ

きであるろう。

戸波の見解よりもっと主張が鮮明で極端なのが、松井茂記の見解である。松井は、「憲法は、国会議員を『全国民を代表』するものと位置づけている（四三条一項）。そのため、選挙区で選出された議員も、比例代表で選出された議員も、ひとたび選出されれば国民の代表として扱われる。」と解し、いわゆる自由委任の立場を表明し、「国会議員が全国民の代表とされている以上、政党を離党したり政党から除名されたりしても、国会議員としての地位に影響を与えられないと考えられている。従って、もし法律により、党籍を離れたときには国会議員としての地位を失うものとした場合には、憲法に反するとされよう。」と解している。⁽²⁹⁾

これは、従来の多数説（身分維持要請説・身分喪失不許容説）と同じ結論である。

この見解の背景にあるのが、選挙制度についての評価であるように思われる。松井は、選挙民に国会議員のコールを認めることは適切ではないとしながらも、「選挙民には、国会議員を落選させる権利が保障されるべきである」として、「憲法」一五条は選挙区で一人の議員が選出される小選挙区制度を要請していると考え⁽³⁰⁾べきであり、そのような権利を否定する大選挙区制や比例代表制は憲法に反するものと考え⁽³⁰⁾るべきであると大変ユニークな解釈論を展開している。

つまり、松井によると比例代表制そのものが憲法違反であるとの立場であるから、比例代表選出議員の身分が剥奪される結論はそのものが出てこないであろう。

しかし、それにしても、第一に、松井の主張は選挙制度について大きな誤解をしているように思われる。小選挙区制は国会議員を落選させる権利を保障するものではない。一つの選挙区から一人の当選者・（国会）議員を選出させる選挙制度に過ぎない。有権者は当選させたい候補者名を記載するだけであり、現職の議員を落選させ

るかどうかを記載する方法を採用してはいないからである。たとえ現職の議員以外への投票が「落選させる権利」の行使であると解釈しても、現実には、現職以外の候補者の全得票数が現職のそれよりも多いにもかかわらず現職が当選することがあるのだから、この権利は必ず保障されるわけではない権利になってしまう。

第二に、リコール制を認めていないにもかかわらず、憲法第一五条が「国会議員を落選させる権利」を保障し、「小選挙区制度を要請している」と解釈することは、解釈論としても矛盾である。憲法第一五条をそのように解釈するのであれば、リコール制が当然憲法上要請されるべきことになるが、そうすると、小選挙区選出議員の大勢がリコールされることもあり得るだろう。このように考えると、憲法第一五条が「国会議員を落選させる権利」を保障しているとして小選挙区制を要請していると解釈することが如何に憲法論として不合理であるのかがわかるだろう。

要するに、民意を正確に反映しない、むしろ民意を大きく歪める小選挙区制を憲法解釈論として主張するのであるから、民意から大きく離れた政治を許容しているのであり、それゆえ、民意の反映を歪める議員の党籍変更等もお構いなしなのである。

3、国会法及び公職選挙法の改正（二〇〇〇年）

(1) 国会法・公選法改正の審議経過とその内容

私見に極めて近い法律改正が二〇〇〇年に行われた。

「国会法及び公職選挙法の一部を改正する法律案」³¹⁾が第一四七国会に議員立法として提案された。提案者は鈴木宗男衆議院議員（当時）ほか七名であり、この法律案は、別の「公職選挙法の一部を改正する法律案」と一緒

に審議されることになった。

同年四月一〇日の議院運営委員会において、逢沢一郎議員（委員）は、両案は、「いずれも本会議において趣旨説明を聴取しないこととし、議長において委員会に付託されることを望みます」との動議が提出され、後者の法律案については異論が出たものの、前者の法律案については、異論は一切出されず、結局、同動議は賛成多数で決定され、午後の衆議院本会議に付託された。³²⁾

そして同月一三日の衆議院の「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」において、鈴木議員が、別の法律案（後者）に続いて、前者の法律案の提案理由及びその内容を以下のように説明した。³³⁾

まず、提案理由につき、「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動することは、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は、禁止いたしておりません。」

次に、この法律案の内容につき、「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。」⁽³²⁾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。」⁽³³⁾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。」

その翌日（四月一日）の委員会では、この法律案につき、討論の申し出もなく、直ちに採決に入り、「起立総員」で「原案のとおり可決」された。⁽³⁴⁾そして同月一八日の衆議院本会議においては、桜井新・委員長が委員会での審議経過と結果を報告し、直ちに採決が行われ、「異議なし」として「委員長報告のとおり可決」された。⁽³⁵⁾

参議院でも審議状況は衆議院と同じであった。同月（四月）二五日の議院運営委員会において、西田吉宏委員長は、他の法律案と一緒に「趣旨説明を本会議において聴取することなく委員会に付託したい」と述べ、異論が出されたものの、挙手多数で決定された。⁽³⁶⁾

同月二七日の参議院地方行政・警察委員会において、提案者の衆議院議員の鈴木宗男議員が、まったく同じ提案理由及びその内容の説明を行い、討論に入ったものの、別に意見もないとして直ちに採決に入り、挙手が行われ、「全委員一致」で「原案どおり可決」された。⁽³⁷⁾同月二八日の参議院本会議においては反対が一票あっただけで「可決」された。⁽³⁸⁾

そして、翌月の五月一七日に公布され、この「公布の日から施行」された⁽³⁹⁾（公選法第九九条の二、国会法第一〇九条の二）。

(2) 改正法の憲法解釈論と私見との異同

以上が国会における審議経過のすべてであるが、法律案の趣旨説明が簡潔であり、委員会でも本会議でも質疑が行われていないため、憲法解釈論における手がかりは、提案者によって説明された前述の箇所のうち、「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動することは、有権者の意思に明らか背くものであることから、これを禁止する」という部分だけである。

これが、従来の多数説（身分維持要請説・身分喪失不許容説）の立場でないことは明らかであるが、しかし、他党等への移籍の禁止が憲法上要請されているとの立場なのか、それとも憲法上許容されるにとどまるのかは、明確ではない。

これにつき、衆議院法制局第三部副部長及び同局法制企画調整部基本法制課参事の新法解説は、学説の対立を踏まえて、以下のように説明している。

「憲法四三条の規定する『全国民を代表する選挙された議員』の意味と政党の提出した名簿に投票するという拘束名簿式比例代表制という選挙制度との関係を踏まえながら、議会制民主主義において政党の果たす役割、そして、その憲法的位置付けについてどのように考え、選挙民の意思と議員の自立的意思とのバランスをどのように図っていくべきかを考えることが必要である⁽⁴⁰⁾。」

しかしこれでも明確ではない。強いて言えば、衆参の比例代表選出議員の他党等への移籍の禁止が憲法上要請されているという積極的な説明がないことを重視すると、同議員の他党等への移籍の禁止が憲法上許容されるという立場（移籍身分喪失許容説）である可能性が高いのではなからうか。もしそうであれば、改正法は、私見に極めて近いものの、厳密には私見とは異なる立場にあることになる。

もつとも、憲法第四三条については従来の多数説である自由委任論の立場で理解されている可能性もある。そうすると、この度の法律改正は、自由委任の濫用防止の立場であると理解することもできるだろう。

4、法律改正後における私見及び改正法律への反応

(1) 全体状況

私見や改正法の立場を好意的に紹介したり、積極的に受け入れる立場もある。例えば、辻村みよ子は、前述の立場、すなわち私見の党籍変更身分喪失要請説（党籍変更身分維持不許容説）ないし離党党籍変更身分喪失要請・許容説と読める立場が単著の論文集でも再現されているし、⁽⁴¹⁾ 辻村の憲法体系書でも基本的には同じ立場が表明されている。⁽⁴²⁾

また、別の論者は、「政党による議員忠誠の不当な強化につながるのではないかという不安」を指摘しながらも、⁽⁴³⁾ 政党の党内民主化のための国民の監視の必要性を指摘するにとどまり、あえて憲法解釈上批判しない立場もある。

改正法律あるいはまた私見がどれだけ受け入れられているのか、多数説になったのかは、まったく明らかではない。あえて批判する立場も幾つかあり、それは基本的には従来の多数説の考えに基づく論者からのものである。以下では、この立場の主張を紹介しよう。

(2) 個々の批判とそれへの応答

i) 山本悦夫の主張及び批判

山本悦夫は、法律改正前の、拙稿の公表とほぼ同じ時期に、これまでの論説を集録した単著を公表しているが、そこでは、比例代表選出議員の所属政党からの除名、自らの離党、他党への移籍を区別することなく、従来の多数説の立場から問題を論じている。すなわち、議席喪失規定を導入すれば、議員を「政党の代表者」にしてしまひ、「政党による過度な所属議員への統制をもたすだけでなく、政党による国民意思の変造を容易にする危険性がある(り)」、これは、憲法第四三条第一項が禁止しているとして、「議席喪失規定の合憲説はとることができない。」と主張している。⁽⁴⁴⁾

この主張は、同条項につき、「特定の選挙区や利益団体などの国民の一部からの指図・命令から独立して自由に活動することができる」⁽⁴⁵⁾と解釈していることからして、従来の多数説である自由委任説に基づく身分維持要請説(身分喪失不許容説)の立場に基づくものであることがわかる。

山本の論述の中で注目されるのは、「自由意思による党籍変更だけに」議席喪失を認める立場(私見に近い立場)に対して、「政党の側が一方的に従来の政策を変更して国民の意思を裏切った場合、議員が自由意思で所属政党を変更して、従来の政策を推進している政党に所属を変更することは、むしろ政党を支持した国民の意思に合致することになる」⁽⁴⁶⁾と批判していることである。

また、山本は、前述の法律改正の後、それを別稿で批判する。政党の役割を重視しながらも、憲法第四三条を自由委任の規定であると理解したうえで、「選挙において示した公約を政党自身に変更する場合には、名簿届出政党に投票した国民の意思が政党自身によって歪められることにな(り)」、「そのような政党から離党したり、

他の名簿届出政党へ移籍して当初の公約を果たそうとすることこそ、国民の意思に合致する場合もある」として、「離党や他の名簿届出政党への移籍の場合に議員の地位を失わせることも許されない。」と主張する。⁽⁴⁷⁾

これに対して私はこれまで応答していないので、ここで反論しておく。

第一に、そもそも憲法第四三条を自由委任の規定と解さなければならぬことはない。

第二に、自由委任論の立場に立ちながら、公約実現の有無を論じること自体が論理矛盾しているのではなからうか。

第三に、たとえ公約実現の有無を論じることが他説を批判するためであり矛盾しないとしても、議員が移籍先の政党で当初の公約を果たせるというのであれば、当初から移籍先の政党から立候補すればよいのであって、移籍して当初の公約を果たせるかどうか不明であるにもかかわらず移籍を自由に認めることは、日本国憲法の国民代表としては許容されないであろう。

第四に、改正法律や私見が離党と移籍と分けて論じているにもかかわらず、両者を一緒にまとめて批判しても、それは批判として成り立つてはおらず、まったく説得力のないものではなからうか。

(ii) 毛利透の批判

毛利透は、現行制度や私見に対して、次のように批判する。すなわち、党籍変更で議員が民意を離れたと断言することはできないし、また、選挙において有権者が政党の全政策体系について同意していると解することはまったく非現実的であるし、政治状況や世論も常に流動的であるなどとして、結局、「自由選挙の原理とそれに伴う議員の『全国民の代表』性——各々が一部の代表だと特定することを許さないという原理——に違反している」

ので、違憲だと批判している。⁽⁴⁸⁾

ここで毛利は、「全国民を代表」する議員が選ばれると規定する憲法第四一条の規定が、自由委任の規定であると理解したうえで、秘密投票の趣旨を含む規定と理解しているように読める。

しかし、第一に、民意が流動的であるとしても、党籍を変更しているのに当該議員がどうして民意から離れていないと断言できるのであるか。むしろ、任期の途中で党籍を変更するぐらいなら選挙のときから当該政党から立候補すれば党籍を変更する必要はなかったのであるから、任期途中の党籍変更は民意から離れていると客観的に判断できるだろう。

第二に、有権者が選挙の投票時に政党の全政策体系に同意しているわけではないというが、全ての有権者が各政党の政策の相違をまったく無視して投票しているといえるのであろうか。政党の政策の違いを踏まえて有権者が投票していると一般的に言える状況があれば、民意の反映を歪める党籍変更には憲法解釈上歯止めをかけることが求められるのではなからうか。

第三に、毛利は社会学的代表を憲法解釈論として全面的に否定するのであろうか。現代的命令委任だけではなく社会学的代表は、個々の有権者の投票行動を明らかにしなければ成り立たない原理ではないはずである。毛利が社会学的代表に憲法規範的要請を認めないのであれば論外であるが、認めるのであれば論理矛盾ではないかと思われ⁽⁴⁹⁾。

第四に、毛利の結論には、彼の主張する「公共圏における理性」に基づく「自由な世論形成」論⁽⁵⁰⁾が大きく影響しているように思われる。毛利によると、「従来の民主政論」では、「国会の議席が党派別に確定的に分かれてい

る以上、その中だけ見ているは議論しようがしまいが結論は同じと予測されるし、それらの政党の背景にも確定

的な支持母体、支持利益（民意）が存在しているのであれば、やはり議論を待つ必要は少ない」から、「強行採決を抑制する論理を有効にたててこれなかったように思われる」と説明され、「国会内外での結びつきをコミユニケーションにとらえれば、国会は決定権を有するからこそ、公共圏での議論の経緯に敏感であることが要請されることになる」と説明されている⁽⁵¹⁾。毛利のこの民主政論・国民代表制論には、国会と民意との大きな乖離を前提としているようにも思われる。だからこそ毛利の民主制論では自由委任論が肯定されているのだろう。しかし、例えば強行採決を批判するために自由委任論を採用する必要はない。直接民主主義の社会でも、十分な討議も行わず、強行採決することは許されないのだから、社会学的代表論・現代的命令委任論の立場にあっても、強行採決は許されないとと言えるからである。

(iii) 愛敬浩二の批判

愛敬浩二は、党籍変更の場合に限定して議員としての身分を剥奪する現行制度を「限定的失職制度」と呼んだ上で、「拘束名簿式比例代表制の下でも、反映されるべき『国民の意思』を確定するのが難しい場合は少なくともい」ので、『代表』の積極的規範的意味を重視すれば、限定的失職制度を正当化できるとは必ずしもいえないように思われる。」と述べ、「真摯に『国民の利益』が何かを考え、メディアや集会などさまざまな機会を通じて国民との間で批判的コミュニケーションを重ね、そのうえで党籍変更をしたならば、たとえ比例代表選出議員といえども、その地位を奪われるべきではないのではないか。このような場合でも議席を剥奪する限定的失職制度を私は違憲と解する。」⁽⁵²⁾と主張する。

もちろん、愛敬は、この問題は政治的な問題であり、主権者国民が判断すべき問題だと考えている。それゆ

え、「主権者たる国民に期待されるのは、…見苦しい党籍変更を行った議員を選挙で落選させることなどではないか。そのような議員を比例選挙の名簿に登載した政党への投票をボイコットすることなどではないか。」と主張する。⁽⁵³⁾

私見の立場でも、無節操な離党、理不尽な除名など、自由な国民的な議論に委ねられるところは広いので、この点では、愛敬の主張には限定的ではあるが賛同する部分がある。しかし、党籍変更という「民意から離れてしまった」と客観的に判断できる議員の行動に対してさえも憲法上の歯止めを一切設けない愛敬の民主主義論では、国民はますます政治不信を増大させ、ひいては民主的な選挙の意義を否定してしまいかねない。そうならないよう議員や政党に最低限の枠をはめるべきではなからうか。それが立憲民主主義に課された解釈論の責務ではなからうか。

(3) 全国憲法研究会二〇〇二年春季総会での只野雅人、石碕学、成澤孝人らの議論

二〇〇二年五月に開催された全国憲法研究会の春季総会において、只野雅人は、報告「統治機構の改革と選挙法制」において、改正された公選法・国会法の規定が、「合憲であること」と「憲法の代表制の機能にとつて望ましいかどうか」とは「別」であり、「制度が機能する条件があるかどうか」が、問われなければならない」と報告した。⁽⁵⁴⁾

これに対して、私は、社会学的代表に法的意味があるとの立場に立つなら、その社会学的代表の貫徹の意味と同時に、特に与党の過剰代表の阻止の視点から現行規定は評価すべきではないかと質問した。これに対し、只野は、「政党間移動の禁止」は、「ある種の条件付きで、憲法違反とまでは考えない」が、「このような政党本位の

制度設計は、日本の政党の現状からすれば、機能する前提がないのではないかと現行制度に否定的な評価を下している。⁵⁵⁾

この応答に私は再質問をしていないので、ここで私見を述べておこう。只野の立場は、改正国会法・公選法を違憲と解しない点で移籍身分喪失許容説であると考えられるが、その条件が厳しすぎる点で身分維持要請説の結論に近づいてしまうのではなからうか。

そもそも只野の民主主義観では、「日本の政党の現状」を考慮し続ける限り、民意の反映を貫徹できないだけではなく、与党の過剰代表に歯止めをかけられないことになる。また、憲法学は、節操のない議員の移籍が政治不信を増幅させている点を、解釈論において真剣に考える必要があるだろう。

同総会で質問した石碕学は、「民意は、流動的なので、憲法四三条にいう『全国民の代表』の意味からすれば、選挙時の公約に縛られない、あるいは、政党の党議拘束に縛られない自由委任的な議員の行動も、流動的な民意を反映していればよいのではないか。」と質問している。これに対し、只野は、「必ずしも、自由委任的な議員の行動という筋道で説明する必要はないと思うが、各議員個人は、民意との関係で、政党の指導部には縛られない行動の余地もちうるし、それはまた正当化できると考える。」と応答している。⁵⁶⁾

しかし、流動的な民意を反映しない場合の議員の自由委任的行動について、石碕はどのように考えているのだろうか。議員の自由委任的行動が常に流動的な民意を反映しているとは限らないからである。石碕は、以前の別稿で、「あるべき人間像」に依拠した国民代表制論は「国民代表議會を通じて国家意思形成・統合へと参加する立派な国民たること」を「強制」する「国民国家のイデオロギー」であるとして、その解体を目指す「人間主義」を掲げていた。⁵⁷⁾このことからすれば、石碕は、国民一般とは異なり憲法第九九条で憲法遵守擁護義務のある国会

議員にまで「あるべき議員像」を放棄するものであると言えよう。しかし、議員の行動にまったく歯止めをかけることが「人間主義」であるとすれば、「人間主義」とは立憲主義を放棄するものであると言わざるを得ない。立憲主義を堅持したうえで民主主義を制度論として考える場合には、どこかで議員の行動に歯止めをかけることが必要なのではないだろうか。

成澤孝人は同総会において「政党を通じた民意の反映には、民意の国家への反映によって、人権を侵害する不合理的な政策を妨げるという立憲的側面があるのではないか」と質問している⁽⁵⁸⁾。常にそのような側面が政党を通じて行われているとはいえないので、そのように言い切ることに疑問もあるが、そこには、私見のように制度的に政党の過剰代表に歯止めをかけるという視点が含意されているのではないかと思う。その意味で、成澤が「立憲的側面」を主張することには共感を覚える。

(5) 学説の整理及び私見については、上脇・前掲注(1)両論文を参照。

(6) 佐藤功「比例代表制の憲法問題」『ジュリスト』三三〇号(一九八一年一〇月号)二〇頁、「三三頁」/収容:同『統憲法問題を考える——視点と論点』日本評論社(一九八三年)六一頁、浅野一郎「比例代表選出議員の党籍離脱と議員資格」『法学セミナー』三六二号(一九八五年二月号)二六頁、「三〇頁」、芦部信喜『演習憲法新版』有斐閣(一九八八年)二二六―二七頁、同『憲法と議会政』東京大学出版会(一九七一年)二七五―七六頁、同『憲法』岩波書店(一九九三年)二一九頁、樋口陽一ほか『注釈・日本国憲法(下巻)』青林書院(一九八八年)八六―一六三頁、八六七―七三頁「樋口執筆」、浦部法穂『憲法学教室Ⅱ』日本評論社(一九九一年)二六二頁、山本悦夫「議席喪失規定の立法政策的考察——ボン基本法における自由委任原理をめぐって」『中央大学大学院研究年報(法学研究会篇・上)』一二号I―1(一九八三年)一頁「九頁」、同「ワイマール憲法における自由委任」『中央大学』法学新報』八八巻九―一〇号(一九八一年)六三頁「九二―九三頁」、山本悦夫「比例代表制と党籍変更」岩間昭道・戸波

- 江二編集『憲法Ⅰ〔総論・統治行為〕』（司法試験シリーズ第3版）別冊法学セミナー一二八号（一九九四年）六七頁「六八頁」、など。
- (7) 佐藤立夫「比例代表制と党籍変更の議席に及ぼす影響」『ジュリスト』九八五号（一九九一年九月一日号）九四頁「九七頁」、白鳥令「改正公選法の問題点——政治学の立場から」『ジュリスト』七七六号（一九八二年一〇月一日号）二七頁「二八頁、二九頁」、杉原泰雄『憲法Ⅱ』有斐閣法律叢書（一九八九年）一七〇頁、手島孝『憲法解釈二十講』有斐閣（一九八〇年）四二—四五頁、四九—五〇頁、堀江湛「改正公選法の問題点」『ジュリスト』七七六号（一九八二年一〇月一日号）五二頁「五三頁」。
- (8) 戸波江二「法律学演習室・憲法」『法学セミナー』三五八号（一九八四年一〇月号）九九頁、右崎正博「政党をめぐる憲法問題」『ジュリスト』一〇三二号（一九九三年五月一—一五号）一一六頁「一二〇頁」、同「現代議会制の構造と機能・覚書」『法律時報』六八卷一〇号（一九九六年）七二頁「七三頁」、内野正幸「憲法解釈の論点」日本評論社（一九九〇年）一一四頁、森英樹「演習・憲法」『法学教室』一六四号（一九九四年五月号）一二三頁。
- (9) 阿部照哉「参議院比例代表選出議員の離党と議員資格の喪失」『法学教室』三三二号（一九八三年五月号）九九頁、芦部信喜「比例代表制と党籍変更の憲法問題」『法学教室』五三三号（一九九五年二月号）六頁「一一頁」、浦部法穂『新版』憲法学教室Ⅱ 日本評論社（一九九六年）二六七頁、西原博史「政党国家と脱政党化」『法律時報』六八卷六号（一九九六年五月号）一五八頁「一六〇頁」。
- (10) 山本悦夫「自由委任の現代的意義——西ドイツ基本法第三八条第一項第二段と党籍変更による議席喪失規定」『中央大学大学院研究年報』一〇号Ⅰ（一九八〇年）一六七頁「一七八頁、一八〇—一八一頁」。山本はその後に立場を多数説に変更する。
- (11) 上脇・前掲注(1)論文（『国民代表論と政党国家論』序説）、一頁「三五—三六頁」。
- (12) 杉原・前掲注(7)書、一七〇頁。

- (32) 第一四七回国会・衆議院議院運営委員会会議録二三号(二〇〇〇年四月一〇日)。
- (33) 第一四七回国会・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会議録四号(二〇〇〇年四月三日)。
- (34) 第一四七回国会・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会議録五号(二〇〇〇年四月四日)。
- (35) 第一四七回国会衆議院本会議会議録二六号(二〇〇〇年四月一八日)。
- (36) 第一四七回国会・参議院議院運営委員会会議録二十一号(二〇〇〇年四月二五日) 一頁。
- (37) 第一四七回国会・参議院地方行政・警察委員会会議録九号(二〇〇〇年四月二七日) 一頁「二一三頁、一三一―一四頁」。
- (38) 官報号外二〇〇〇年四月二八日・第四百四十七回国会・参議院会議録二十一号(その一) 一頁「二頁」。
- (39) 『官報』号外九五号(二〇〇〇年五月一七日) 一〇―一頁。
- (40) 浅野善治・小林由美「第一四七回国会の概観と個別法律の論点」『法学教室』一三三九号(二〇〇〇年八月号) 四五頁「四九―五〇頁」。なお、参議院法制局第一部開一課長の伊藤誠「第一四七回国会の概観」『ジュリスト』一一八五号(二〇〇〇年九月一五日) 二五頁以下、及び衆議院法制局法制企画調整部企画調整課の八木智昭「比例代表選出議員の政党間移動を制限」『時の法令』一六二〇号(二〇〇〇年六月三〇日) 五五頁以下では、成立した法案については紹介があるが、その内容については、詳細な説明はない。
- (41) 辻村みよ子『市民主権の可能性』有信堂(二〇〇二年) 二二―二頁。
- (42) 辻村みよ子『憲法』日本評論社(二〇〇〇年) 四〇五頁、同『憲法・第二版』日本評論社(二〇〇四年) 四〇八頁。
- (43) 斎藤康輝「党議拘束の憲法適合性——憲法政治過程論的視点から」『(東洋大学) 比較法』三八号(二〇〇一年) 二七七頁「二九二―二九三頁」。別稿でも、自由委任説の立場から同様の主張を行っている(斎藤康輝「議員の党籍

変更と議席喪失についての憲法的考察」日本法政学会編『法政論叢』四〇巻一号（二〇〇三年）一六六頁「一六七頁、一六八頁、一七二頁一七四頁」。なお、自由委任説の立場から「政党的立憲化、体系的な政党法の制定を考える必要」を主張しているが、不可解以外の何ものでもない。

(44) 山本悦夫『国民代表論』尚学社（一九九七年）一三四―一三五頁。

(45) 山本・同右書、八頁。

(46) 山本・同右書、一三五頁。

(47) 山本悦夫「政党と国会法・公職選挙法」〔中央大学〕法学新報一〇八巻三号（二〇〇一年）四四五頁「四七四―四七五頁」。

(48) 毛利透「政党法制」『ジュリスト』一一九二号（二〇〇一年一月一・一五号）一六四頁「一六八―一六九頁」。

(49) 毛利透によると、従来のプープル主権説に批判的である上に、「現実には、政治日程に次々と生じてくる問題は、選挙時点で争点となったものには限らないし、予測できないものも多い。それらを全て、既に選択された政策体系から答への導ける問題だと考えることは不可能であろう。」と主張していること（毛利透「国家意思形成の諸像と憲法理論」『憲法学一・憲法と憲法学』日本評論社・一九九五年四三頁「四六―四七頁、四九頁」）は、社会的代表に憲法規範的意義を否定しているようにも読めるが、この主張は国民内閣制論を批判する文脈でのものであるし、また、国会中心構想がより民主的で望ましいと一概に言うこともできないとしながらも「国民のあいだでの議論が影響を及ぼしやすい」のが「自らの地位が選挙に直接かかっている国会議員の集合である国会のほうだろう」と述べ、結果的に国会中心構想に賛成を表明している（同四三頁「四九―五〇頁」）ので、社会的代表に憲法規範的意義を認めているようにも読める。ここでは、毛利がいずれの立場であるのかを断定しないでおく。

(50) 毛利透「自由な世論形成と民主主義」『憲法問題』一五号（三省堂・二〇〇四年）一七頁「二七頁」。

(51) 毛利・同右論文、一七頁「二八頁」。ところで、実際には、強行採決は従来の多数説である自由委任論の下で行

われてきたのであり、決して社会学的代表論、現代的命令委任論の下で行われてきたわけではない。また理論的にも強行採決は社会学的代表論、現代的命令委任論から許容されるわけではなく、むしろ自由委任論では強行採決それ自体が議員の自由な行動に委ねられることになるとして許されてしまっただろう。強行採決への歯止めの論理は本稿で若干述べたが別にきちんと考察すべきである。

(52) 愛敬浩「立憲主義と民主主義②国民代表の観念と民主政党政権変更した議員は失職すべきか?」『法学セミナー』五七〇号(二〇〇二年六月号) 六頁「一〇頁」。

(53) 愛敬・同右論文、六頁「一〇頁」。

(54) 只野雅人「統治機構の改革と選挙法制」『憲法問題』一四号(三省堂・二〇〇三年) 七頁「一一頁」。

(55) 「春季研究会シンポジウムのもとめ」・同右書、六五頁「六五頁」。

(56) 同右、六五頁「六六頁」。

(57) 石碕学「近代主義の国民代表制論の解体のために」『亜細亜大学』亜細亜法学』三五卷一号(二〇〇〇年) 八三頁「八六―八七頁、一一四頁」。

(58) 前掲注(55)、前掲注(54)書、六五頁「六六頁」。

二、その他の諸問題

1、比例代表以外の選出議員の問題と党派変更問題

(1) 比例代表以外の選出議員の除名、離党、移籍と議員としての身分の問題

私見では、以上の結論は小選挙区選出議員の場合も妥当すると解釈してきた。すなわち、小選挙区制の合憲性の問題をとりあえず脇におけば、小選挙区選出の議員も、事実上各政党から一人ずつ候補者を擁立するから、比

例代表選出の議員と同じように考えてよく、政党からの除名や自らの離党にとどまる限り議員としての身分を喪失させることは憲法が許容しないが、同じ選挙で立候補者を擁立していたその他の政党等に移籍した場合には民意から離れてしまったと客観的に判断できるので、議員としての身分を喪失させることが憲法上要請されることになる。

ここでも、除名された議員や離党した議員が新党を結成し、あるいは同じ選挙に立候補していなかった政党に移籍する場合にも、当該議員の身分を維持させるべきか否かが問題となるが、比例代表選出議員の場合と同じように考えるべきであり、議員としての身分を喪失させることは憲法上許されないことになる。⁽⁵⁹⁾

参議院議員の選挙区選挙においては、どう考えたらいいのだろうか。同じ選挙区において、各政党から一名しか立候補していない場合には、小選挙区の場合と同じように考えて、同じ選挙で立候補した別の政党等に移籍した場合には議員としての身分を喪失させることは、憲法が要請していると解される。しかし、同じ政党から複数立候補者が擁立される場合には、小選挙区選挙の場合とまったく同じように考えることはできないが、選挙区選出議員が同じ選挙で立候補した別の政党等に移籍した場合には議員としての身分を喪失させることは、憲法が禁止してはならず、許容しているのではなからうか。⁽⁶⁰⁾

もつとも、選挙区制の違いや同じ政党からの候補者数の違いに応じて要請説と許容説とで結論が異なることが憲法の解釈論として問題なるかもしれない。とりあえず、私見では政治的現状を考えると問題ではないと考えているが、かりに理論的に問題であるということになれば、衆参両院の各議員選挙においてはいずれも比例代表制が憲法解釈論としても採用されるべきであるということになり、その上で、二院制を考慮してどのような形態の比例代表制をそれぞれ採用すべきなのか憲法政策論として検討することになるだろう。

(2) 会派変更の問題

比例代表選出議員が所属会派を他の会派に変更する場合についても、すでに指摘してきたように、民意から離れたことが客観的に判断できるので、議員としても身分を喪失させることが憲法上要請されるが、新会派を結成する場合には喪失させることは憲法上許容されないと解される。そのためには、現行の運用を改め、一人でも会派を結成できるようにすべきであろう。⁶¹⁾

2、比例代表名簿登載者の除名、離党、移籍とその地位の喪失の問題

(1) 日本新党事件の最高裁判決及び最高裁判決並びに学説の反応及び私見（除名問題と繰上げ問題との分理論）

松崎哲久氏は、一九九二年七月二六日の参議院比例代表選挙における日本新党（当時）の選挙名簿に第五順位に登載され、選挙の結果、第四位までの名簿登載者が当選し、第五位の松崎氏は次点となった。その後、一九九三年六月一日に衆議院が解散となり、総選挙が七月一日に行われる予定になっていた。参議院選挙の比例代表選挙で当選していた、比例代表名簿の第一位と第二位の細川護熙氏（当時の日本新党代表）と小池百合子氏が、衆議院選挙に繰り替えして、この総選挙に立候補することとなった。両氏は参議院議員を辞したものと見なされ（公職選挙法第九〇条）、第五位と第六位の名簿登載者が繰り上げ当選になるので、第五位の松崎氏は繰り上げ当選になるはずであった（同法、一一二条第二項）が、衆議院解散直後、総選挙直前の六月二三日に日本新党から松崎氏は除名された。日本新党の常任幹事会は、選挙長にこの除名届けを行い、翌日・二四日これが受理された。選挙会は、除名された松崎氏を当選人とすることはできないと判断し（同法、第一一二条第四項、第九八条第二項前段）、第六位の小島慶三候補と第七位の円より子（本名、山崎順子）候補を繰り上げ当選とする決定を

行なった。

この、比例代表選挙名簿登載者の政党からの除名の問題（いわゆる日本新党比例代表名簿繰上補充事件）につき、投票後の恣意的な除名に歯止めをかけるために、投票後の同登載者の除名が「公的ないし国家的性質」をもつとして、かかる除名につき「民主的かつ公正な適正手続」の遵守が政党に要請されると解する高等裁判所の判断がある。⁽⁶²⁾

そして、「政党の憲法的性格」論につき公的地位付与説の立場からこの高裁判決を支持する見解がある。⁽⁶³⁾

これに対しても、私は、その必要はないし、むしろそれは不適切であると指摘した。なぜなら、この問題は、比例代表選出議員の場合と同じように考えるべきであり、政党の自律権の問題と国民代表の問題はそれぞれ分離して考えるべきであるからである。⁽⁶⁴⁾

すなわち、政党からの除名は政党の自律権の問題であるから、比例代表選出議員も比例代表名簿登載者もそれを裁判所で争うことはできないが、議員としての身分や比例名簿登載者としての地位は、国民代表の問題であるから、当該議員・名簿登載者が同じ選挙で立候補したその他の政党・政治団体に移籍しない限り、当該地位は維持されると理解すべきであるとの私見を示した。⁽⁶⁵⁾

なお、別稿で紹介していない見解として毛利透のものがある。毛利は、「選挙に関する政党の行為については、それを市民社会の自由な領域に属するものだと理解し得ない」などとして、「一方的・恣意的な除名は無効と解されてもやむを得ない」と主張し、これは、「国家権力との関係での『特別な地位』を享受することから生じる制約であるとして許されるべきものであろう」と説明し、結局、「法的判断枠組みとしては高裁判決を支持」

する。ただし、双方の主張を聞いていない点で審理が尽くされていないとして高裁判決を破棄差戻すべきであったと主張する。⁽⁶⁶⁾

(2) 拙稿以降の議論状況

(i) 高裁判決を批判する辻村みよ子の議論と高裁判決の理論を支持する高田篤及び高橋和之の議論
拙稿以後に公表されている意見を幾つか紹介しよう。一つは、どちらかといえば、自律権の問題だとして逆転判決を下した最高裁判決を批判し、前述の高等裁判所判決を支持する見解である。⁽⁶⁷⁾

旧日本新党比例代表名簿繰上補充事件における、比例代表名簿登載者の除名に対する司法審査につき、辻村みよ子は、「学説の中にも、最高裁判決を支持して政党の自律権を重視し、候補者確定機能をもつ名簿の意義を軽視する傾向があるが、憲法理論的には疑問がある」と主張し、最高裁判決の立場を批判する。⁽⁶⁸⁾

また、高田篤は、政党の自律権を根拠に政党の決定を尊重した最高裁判所の判決を批判し、選挙後の当該除名について司法審査を肯定し、除名を無効と判断し名簿からの排除を否定した高等裁判所の判決の「理論構成が基本的に妥当である」として、「判例変更は不可避だ」と主張する。⁽⁶⁹⁾ 高橋和之は、これまでの自己の立場を変更することなく、「政党は、公職の候補者を擁立あるいは支持して選挙過程に参加する場合には、その限りで公的制度の性格をおびるから、この観点から結社の自由の制限を受けることがありうる。」と主張する。⁽⁷⁰⁾

これらに対して、私は、まず、それが政党の自律権を犠牲にするものであり、それゆえ、国民代表の憲法問題は政党の除名という党内の憲法問題から分離して考えるべきである、と私見を繰り返して主張しておこう。また、それらの主張では「候補者確定機能をもつ名簿の意義」を重視する一方、政党等の自律権を軽視することになっ

ているが、ここには、やはり重大な疑問がある。私見のように両者を分離して解釈することで、両者を尊重することは可能だからである。

(ii) 現行法に対する自由委任論からの樋口陽一及び山本悦夫の批判

二つ目の立場は、現行規定が党籍と名簿登載資格とをリンクさせている点に疑問を提起するものである。それは自由委任論からのものである。

選挙後に除名された名簿登載者を繰上補充の際に当選人としない現行規定につき、樋口陽一は、それが、現職の議員の場合に政党所属の変更があってもその議席を奪えない現行規定（改正前）と比べても不釣り合いな取扱いであるし、また、投票時に生じていた効果を政党が変動させるのは「部分代表否定の原則（政党代表でなく『全国民を代表する』議員）に抵触すると考える余地が、十分にある」などとして、当該規定に疑問を提起している。⁽⁷¹⁾

この見解は、一読すると、私の立場に極めて近い立場である（ように読める）が、しかし、自由委任論の主張であり、当該名簿登載者が同じ選挙で審判を経た別の政党・政治団体に移籍した場合に名簿からの除外を認めない点で、私見とは異なる。少なくとも、現行法が前述のように改正され、比例代表選出議員の党籍が身分剥奪を帰結することになった現時点では、この論理は通用しなくなっているが、では、法改正が行われたことで、不釣り合いな取り扱いでなくなったのであろうか。

また、山本悦夫は、「政党の内部手続の法的な規制は、憲法二一条の結社の自由に基づく政党の自由を危険にさらす」として、「むしろ、除名による名簿からの抹消や当選人からの排除の制度を廃止することが考えられる」

と主張する。⁽⁷²⁾この結論は、私見に近い見解に読めるが、山本の主張する理由は、「議席喪失規定の違憲性と、議員と名簿登載者を区別する積極的な理由づけがないことからいえば、四三条の趣旨に反することになる」ということのようにであり、⁽⁷³⁾私見の理由とは異なる。

(iii) 日本公法学会第六六回総会の第二部会のシンポジウムでの小野善康の質疑と本秀紀の応答

二〇〇一年一〇月に開催された日本公法学会第六六回総会の第二部会のシンポジウムにおける質疑、応答を紹介しよう。

小野善康は、「政治的諸団体と政党を区別しない」形で政党に対する規律の問題を考えるべきで、日本新党除名事件につき、「それが政党であろうと結社であろうと法的規制が検討されてよいのではないか」と質問している。

これに対して、本秀紀は、日本新党事件は「既に名簿に対して国民の民意が表明された後の問題なので、党内民主主義ではなく、むしろ選挙制度の問題として捉えるべきである」と応答している。⁽⁷⁴⁾

小野の質問は、どこまでが質問のための発言なのか、それとも自己の見解の表明なのか明確ではないところがあるが、もし小野の見解が文字通りのもので本人の見解の表明であれば、候補者を擁立した政党等の政治団体の結社の自由を犠牲にする余地があり、問題をはらんでいるように思う。

この点では、本が選挙制度の問題と応答しているのは正当であるように読めないわけではないが、本の応答が簡潔すぎて、本の主張の真意も明確ではない。

(3) 比例代表選挙における繰上補充と補欠選挙の問題

除名・離党と所属政党の移籍とを区別することなく自由委任論の結論に立つ加藤一彦は、日本新党事件に関連して、比例代表選挙において欠員が生じた場合の繰上げ補充について次のように主張している。すなわち、各政党に対する国民の支持率の変動するにもかかわらず、欠員が生じた場合に「過去の一定の時点の選挙結果を考慮する必要があるであろうか」と疑問を提起し、日本新党事件については「そもそも繰り上げ補充制度を認めたこと」に問題があるとして、「立法的には、繰上げを認めないか、または欠員が一定数になってから補欠選挙をすればよい」と大変ユニークな見解を表明している。⁽⁷⁵⁾

しかし、繰上げ補充を否定する理由として政党支持の大きな変化を挙げるのであれば既存の議員もその地位が否定されるべきということになるから、その場合には衆議院議員の解散総選挙をするしかないことになる。これが義務づけられるという解釈をせずして繰上げ補充だけを否定することは疑問である。参議院の場合には解散が予定されていないので、衆議院の場合以上に疑問が生じる。また、一定の数に達した場合の補欠選挙についても比例代表制の意義を減じることになるから疑問である。

加藤が、国民の政党支持率の変動を理由に考えるのであれば、その度に総定数の選挙を行うべきであり、欠員定数だけ補欠選挙することは不合理であるはずである。国民の支持率が変動しているにもかかわらず、加藤が総議席の選挙を行わないことを許容している点については、私もそれが妥当であると考える。⁽⁷⁶⁾なぜなら、「過去の一定の時点の選挙結果」で国会の議員構成が決定されるのが選挙制度であると考えるからである。

それゆえ私は、むしろ、投票価値の平等、社会学的代表、現代的権力分立制⁽⁷⁷⁾という日本国憲法の憲法上の要請からすると、個人の立候補も認める比例代表制を採用することになるので、選挙は原則として任期満了と解散の

ときしか行われるべきではないと考えるから、補欠選挙が行われること自体がおかしいと考える。したがって、欠員が生じれば、原則として、常に繰上補充が行われることになるのである。⁽⁷⁸⁾

(4) 任期途中で他の院への鞍替え立候補の問題

ところで、松崎事件に関して、これまでの研究者の間で全くといっていいほど検討されていない問題がある。それは、繰上補充（公選法第一一二条第二項）の原因をつくった問題、すなわち、参議院選挙の比例代表選挙において比例代表名簿の第一位と第二位で当選した細川護熙氏と小池百合子氏が、衆議院へと鞍替えするために総選挙に立候補したことそのもの是非についての憲法解釈上の問題である。

両院議員の兼職を禁止している憲法四八条については、同一人物が「同時に」両院の議員になることだけを禁止しており、一方の院の議員を辞職・退職後に他院の議員になることを禁止してはいない、と解釈されるにとどまり、⁽⁷⁹⁾それ以上の憲法論議はなされていないのが現状である。しかし、一方の院で民意を代表している者が辞職するといえ任期途中でもう一方の院の選挙に立候補して民意を代表することを、日本国憲法の二院制、両議院議員兼職禁止規定、国民代表制が許容しているのであろうか。

この問題について以下検討するが、これまでほとんど議論されていない問題なので、⁽⁸⁰⁾現行法の幾つかの規定を参考に、憲法解釈論として私なりに考え方を整理してみよう

前述の鞍替え立候補は衆議院議員を辞職することで憲法に抵触するものではなく、むしろ被選挙権の権利性（立候補の自由）から言えば憲法上問題になる余地のないものと考えられているのかもしれない。そして、このような鞍替えの是非については次回選挙において有権者が政治的に判断することになるのだろう。

このような立場は、一方の院の議員がもう一方の院の選挙に立候補した時点で、当該議員が「辞職したものとみなす」（公選法第九〇条）という対応で十分であると考えているように思われる。これを便宜的に「立候補辞職説」と呼ぶことにする。

他方、憲法が二院制を採用していることを踏まえて第四八条で両院議員の兼職を禁止していることを厳格に解釈をして、立候補した時点ではまだ当該議員を辞したものとはみなさず、立候補した選挙において当選が確定した時点で「退職者となる」（国会法第一〇八条）という判断もありうるだろう。これを便宜的に「当選退職説」と呼ぶことにする。

この両者のいずれの立場が妥当であるのかについては、従来、立法裁量の問題として考えられてきた。⁽⁸¹⁾しかし、憲法解釈論として両説が主張されうると仮定した場合、当選退職説からすると、立候補辞職説は憲法第四八条を広く解釈しすぎており違憲であると判断されうる可能性がある。また他方、憲法第四八条は同一人物が「同時に」両院の議員になることだけを禁止しており、一方の院の議員を辞職・退職後に他院の議員になることを禁止してはいない、と解釈されてきたにもかかわらず、立候補しただけで議員を辞職したものとみなす公選法第九〇条、立候補辞職説が合憲であるという解釈が許されるのであれば、憲法第四八条は実際には厳格に狭く解釈されてはならないことになるのではなからうか。

さらに公選法は、第九〇条の前条の第八九条第一項で、一方の院の議員が在任中に他院の選挙に立候補することそのものを許してはいない。これを便宜的に「立候補禁止説」と呼ぶことにする。これも立法裁量として許されるというのであれば、憲法第四八条はさらに広く解釈されていることになる。

私には、すべて立法裁量として片付けることには疑問がある。憲法解釈論としての説明、特に社会学的代表から

の説明をもっと追求するべきではなからうか。

私なりに考えた論理によると、当選退職説は、憲法第四八条を最も狭く解釈し、かつ被選挙権の権利（立候補の自由）を重視してはいるものの社会学的代表の考えを軽視した立場であるのに対して、立候補辞職説は、憲法第四八条を広く解釈し、社会学的代表の考えを盛り込ませてはいるもののその考えを重視したものとはいえない立場であろう。したがって、両説はいずれも社会学的代表という点で問題がないわけではない。鞍替え立候補した議員の繰上補充が当該議員の比例代表名簿から行なわれる限り、当該議員は公選法により辞職するから（あるいはまた国会法により退職するから）まったく憲法上問題がないとはいいきれないだろう。

この点から言えば、両議院議員の兼職を禁止した憲法第四八条の趣旨を、社会学的代表を要請している憲法第四三条と強く結びつけて解釈する立場が、立候補禁止説ではなからうか。これは、一方の院で国民の審判を受け民意を反映する比例代表選挙によって議員になった人物あるいはまた当選しなかったものの比例代表名簿に登載された候補者が、任期途中で、あるいは次は次の選挙が実施されていないにもかかわらず、他の院の選挙に立候補することを認めることは、同一人物が二つの院の選挙で、当選の有無にかかわらず民意を反映することになるから、それは憲法が許容してはならないと解釈する考えである。この考えによると、憲法は、同一人物が両院の議員になることを禁止しているだけではなく、民意の反映を実現する選挙への同一人物の立候補をも禁止していると理解されることになるだろう。

そもそも比例代表選挙というのは、政党等の団体が自己の政策（の一部）を選挙公約にして有権者の意思を反映し、あるいは有権者の審判を受けるものであるが、その際に、同団体は立候補者を名簿に登載して選挙に臨むのであって、有権者は選挙公約だけではなく、名簿に登載されている人物を見て投票することを制度論として前

提としているからである。これは有権者が名簿登載順位を決定する非拘束名簿式に限らず、団体がそれを決定する拘束名簿式でも同じであろう。政党が選挙後に勝手に当選者を変更できる選挙制度を採用しない限り、比例名簿提出団体への白紙委任を有権者が行なっていると解することはできない。

したがって、この考えからすると、現行公選法は、辞職するとはいえ細川、小池の両参議院議員が衆議院議員総選挙に立候補することを認め、彼らの所属した政党（当時、日本新党）の参議院議員選挙比例代表名簿から補充の繰上げ当選を認める限りにおいて憲法違反である、と結論づけることも十分可能であろう。言い換えれば、他院への鞍替え立候補を判断するのは有権者に全面的に委ねられているとは言えないという考えであり、この考えからすると、選挙が行われた院の任期満了の場合あるいは解散が行われた場合でなければ、他の院で立候補することは憲法上当然禁止される（「立候補禁止」要請説）、あるいは憲法上禁止が許容されることになるだろう（「立候補禁止」許容説）。

もっとも、社会学的代表の考えを尊重するとしても、それでも被選挙権の権利性を重視する立場からは、他の院で立候補することそれ自体が論理必然的に憲法上禁止されると帰結されるかは検討を要するだろう。そこで、社会学的代表を両院議員兼職禁止と結びつけて解釈する立場においても、被選挙権の権利性を重視する立場がもう一つ考えられることになる。それは、比例代表選出議員であれ、比例名簿登載者であれ、任期中中で他の院の選挙に立候補することは禁止されないものの、名簿提出団体は繰上補充の資格を失うと解する立場である。⁽⁸⁴⁾この立場では、他院の選挙への立候補それ自体は許容されるが、実際に立候補がなされると社会学的代表をある程度犠牲にするものである。その利益考量を政党等の団体に行わせるものであり、鞍替えの妥当性については有権者に判断させるものである。これを便宜的に「繰上資格喪失説」と呼ぶことにする。

私見では、立候補禁止説（右の要請説および許容説）あるいは繰上資格喪失説は理論的に十分成り立つし、またそれが解釈論として説得力がある、と解している。⁽⁸⁵⁾だが、それは、衆参両院においていずれも民意が正確・公正に国会（各院）に反映する選挙制度が全体として採用されていることを前提にすべきであろう。比例代表制を採用しているとしてもそれが全体の一部にとどまるものであり、そのほか（小選挙区選挙や地方区選挙）で過少代表されるようであれば、選挙制度全体としても過少代表される政党等が生じることになるので、それで立候補禁止説や繰上資格喪失説を主張することは、過少代表を強いられる政党等にとって極めて不利であり、ひいては国民代表論としても不適切であると考えるからである。

3、小選挙区における候補者の除名、離党、移籍と繰上補充の問題

小選挙区における繰上げ補充等の場合においても、候補者が繰上げ補充等の前に政党から除名されたり、自ら離党したり、あるいはまた他党に移籍したときに、繰上げ補充の資格があるか否かが問題になる。無所属の候補者については他党への入党の場合に問題が生じる。

私見では、議員であれ候補者であれ、除名や離党にとどまる場合と移籍や入党する場合とで結論が異なる。前者においては民意から客観的に離れたと客観的判断できないので、繰上げの資格を失うことはないが、後者においてはそう判断できるからかかる資格を失うことになる。

ところで、公選法第九八条第二項は、衆議院の小選挙区における「当選人の更正決定」（同法第九六条）または「当選人の繰上補充」（同第九七条）の場合に、「候補者届出政党が届け出た候補者であった者のうち、…当選人とならなかったものにつき除名、離党その他の事由により当該候補者届出政党に所属する者でなくなった旨の

届出が、文書で、…選挙長にされているときは、これを当選人と定めることができない。」と定めているので、これと私見との異同を説明する必要があるかもしれない。

私見の判断基準は、議員であれ、候補者であれ、政党に所属している場合には他党への移籍がなされたか否かであり、無所属の場合には他党に入党したか否かである。それゆえ、同条項は私見とは異なる。それゆえ、除名や離党にとどまる場合でも繰上げ補充等の資格を喪失する現行規定は憲法違反であると批判されるべきであろう。

他方、山本悦夫は、公選法第九八条第二項の規定につき、「これは政党選挙の原則化の反映であり、候補者の地位に関して、政党所属がいつそう重要視されてきたことになる」と説明するにとどまり、あえて当該規定に異論を唱えていない。その理由は、「公職選挙法の候補者に関する規定と議員の地位に関する議席喪失規定とは、同一レベルで考えることはできない」と判断しているからである。より具体的には、「国民代表としての議員と、その前段階としての候補者とは法的には区別されなければならない」「議員の地位について様々な規定を設けるにあたり、憲法四三条一項の『全国民の代表』たる地位という限界が画される」が、「候補者の地位の規律は、憲法四七条によって、法律に委任されており、国会に一定の裁量が認められる」と説明している⁽⁸⁵⁾。

結局、山本は、国会の立法政策の問題として処理してしまい、同条項についてあえて異論を唱えていないのである。

しかし、第一に、山本は、前述したように議員と候補者とを区別しないと論じていただけに、この主張が論理一貫するのかが疑問である。

第二に、山本は、両者の法的地位が異なるとしても、「候補者と議員の間には時間的な連続性があること」から、候補者と議員とで異なる効果が生じることについて「十分に理由づけられなければならない」⁽⁸⁶⁾と述べていた

ことからして、はたして「政党選挙」の説明だけで「十分な理由づけ」がなされたのか検討すべきではなかろうか。

第三に、山本は、私見のように除名や離党と移籍とを分離して考えることを行わず、憲法第四三条を自由委任説の立場から理解しているところに最大の問題があるだろう。

(59) 上脇・前掲注(1)論文(『国民代表論と政党国家論』序説)、一頁〔三七—三八頁〕。

(60) 上脇博之「議会制民主主義における政党の憲法問題」中道寿一編著『現代デモクラシー論のトポグラフィ』日本経済評論社(二〇〇三年)一二七頁〔一四五頁〕。

(61) 上脇・前掲注(1)論文(『国民代表論と政党国家論』序説)、一頁〔三六頁〕。

(62) 一九九四年一月一九日東京高裁判決『判例時報』一五一三三六〇頁以下。

(63) 松井幸夫「演習憲法」『法学教室』一九一号(一九九六年)八三頁、植村勝慶「政党による除名処分と拘束名簿式比例代表選挙における繰上げ当選」『ジュリスト』一〇九一号(一九九六年)一八頁〔一九頁〕、高橋和之「比例代表選挙の拘束名簿登載者に対する除名処分と繰上当選」『ジュリスト』一〇六八号(一九九五年)一九頁〔二二頁〕、同「国民の選挙権と政党の自立権」『ジュリスト』一〇九二号(一九九六年)五二頁〔五五頁〕、小林武「政党の除名処分と司法審査」『南山法学』一九卷三号(一九九五年)一四一頁〔一五四—一五五頁〕、戸波江二「憲法」〔新版〕ぎょうせい(一九九八年)三五六—三五七頁。

(64) 上脇・前掲注(1)論文(『国民代表論と政党国家論』序説)、一頁〔五六頁以下〕。

(65) 上脇・前掲注(3)書(『政党国家論と憲法学』、四五三—四五四頁)。

(66) 東京大学判例研究会(毛利透執筆)「最高裁判所民事判例研究・民集四九卷五号」『法学協会雑誌』一一三卷八号(一九九六年)一二四七頁〔一二五四頁、一二五九頁、一二六一頁〕。

- (67) 一九九五年二月二五日最高裁第一小法廷判決・『最高裁判所民事判例集』四九巻五号一二七九頁以下。
- (68) 辻村みよ子『憲法』日本評論社(二〇〇〇年)四〇五頁、同『憲法・第二版』日本評論社(二〇〇四年)四〇〇九頁。参照、同『市民主権の可能性』有信堂(二〇〇二年)一三三頁。
- (69) 高田篤「政党による除名処分と比例代表選挙における繰上補充」『憲法判例百選Ⅱ』〔第四版〕別冊ジュリスト一五五号(二〇〇〇年)三三六―三三七頁。
- (70) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』放送大学教育振興会(二〇〇一年)一三九頁。
- (71) 樋口陽一『現代法律学全集2』憲法Ⅰ』青林書院(一九九八年)一九二―一九三頁。
- (72) 山本・前掲注(44)書、一三九頁。
- (73) 山本・前掲注(44)書、一六頁。
- (74) 『公法研究』六四号(二〇〇二年)一三五頁。なお、小野善康は、政党に一般の結社とは異なる地位を認め、政党に対する規制と助成を、「それが真に必要な場合には憲法上許される」と解している(小野善康「結社の自由」高見勝利ほか編『日本国憲法解決の再検討』有斐閣(二〇〇四年)一九〇頁〔二〇五頁、二〇七頁〕)。
- (75) 加藤一彦「国会の議席は誰のもの?」『法学セミナー』五三三号(一九九九年五月号)四二頁〔四五頁〕。
- (76) もちろん、政治的には国民の政党支持率が大きく変動した場合には、衆議院の解散総選挙が行われるべきであると考え、これは憲法解釈論としては難問であろう。その際には、国民が衆議院の解散を求める憲法上の権利があるかどうか、当該権利があるとしてもそれをどのように具体化するのかが問題となるだろう。
- (77) 上脇・前掲注(60)論文、一二七頁〔一三四―一三八頁〕、同「政党・政治団体・個人と公共圏」『北九州市立大学法政論集』三〇巻三・四合併号(二〇〇一年)一頁〔二一―二六頁〕。
- (78) 例外は繰上げとなる候補者がいない場合である。これは、名簿登載者全員が当選してしまい、名簿に繰上げが生じたときの候補者が登載されない場合などを想定することができる。

(79) 樋口陽一ほか『注解法律学全集三』憲法Ⅲ「第四一条～第七五条」青林書院（一九九八年）八七頁〔樋口執筆〕、小林孝輔・芹沢斉編『基本法コンメンタール・憲法第四版』別冊法学セミナー一四九号（一九九七年）二四〇頁〔加藤一彦執筆〕。

(80) これまで、兼職禁止の問題として検討されてきているのは、同一人物が衆参の両方の選挙に同時に当選した場合には、どのようにして兼職を禁止するのか、という問題だけであり、その場合、立法裁量であると考えられている（宮澤俊義・岩部信喜補訂『全訂・日本国憲法』日本評論社（一九七八年）三七一―三七二頁。なお、ここでは、立候補者が「いずれか一方の議院の議員たる地位を選択すべきだと解するより、しかたがなかるう」と説明されている（三七一頁）。

(81) 公選法の論理と国会法の論理とはそれぞれ異なるものであると考えれば、両者の是非については論じる必要はないことになるが、公選法第九〇条があるので国会法一〇八条の「適用は現実にはありえない」（小林・芹沢編・前掲注78）書、二四〇頁〔加藤一彦執筆〕）ので、いずれの立場を採用するのかの是非を論じることは可能と言うことになる。

(82) 樋口ほか・前掲注(79)書、八七頁〔樋口執筆〕。

(83) もっとも、このような制度を採用することは直接選挙の原則から憲法上許容されないだろう。

(84) この立場では、繰上補充の資格が他の政党などの団体の比例代表名簿に移行するのかどうかは、検討を要することになるだろう。移行すると解することは社会学的代表に反するので、いかなる繰上補充も一切行なわれないことになる、との帰結もありうるだろう。しかし、移行することが憲法違反とまで言えるかどうかは更に検討を要するだろう。

(85) 強いて言えば、両院議員兼職禁止規定の趣旨を社会学的代表の考えを重視して解釈する立候補禁止説が妥当な解釈であると考えるが、その場合でも、現職の議員に限定すべきかどうか、当選してはいない名簿登載者にまで拡大す

るべきかどうかは、被選挙権の権利性（立候補の自由）から検討を要するだろう。繰上資格喪失説は、実際には、他院への鞍替え立候補を抑制する機能を果たすだろうから、被選挙権の権利性を本当に尊重していると言えるのかとの批判もありうるだろう。それは逆に立候補禁止説と実質的に変わらない考えであることが見えてくるのではなかろうか。

(86) 山本・前掲注(44)書、一三七―一三八頁。

(87) 山本・前掲注(44)書、一三八頁。

おわりに

(1) 国民主権論・国民代表論の理論的進化と政党国家論の理論的否定

以上の検討内容をまとめる前に、その結論の前提となった国民主権論・国民代表論についての私見を、別稿で説明してきたものが多いが、本稿でも簡単に述べておこう。

① 国民主権論については幾つかの学説があるが、「国民主権」には正当性の契機だけではなく権力的契機もあるとの芦部信喜の立場が⁽⁸⁸⁾妥当であり、その両者の主体についてはいずれも「国民」であるとの浦部法穂の立場⁽⁸⁹⁾が妥当であると考えられる。特に権力的契機において主権者を有権者に限定せず「国民」とする理由は、主権者は選挙の場面だけではなく、選挙以外の場面でも権力を行使できなければならないはずだからであり、そうになると、有権者に限定する必然性はないからである。

② 浦部の立場が妥当であるとしても、権力的な契機における「国民」は二重構造になっており、選挙による国民の代表機関への権力行使等の場面での「国民」とは個々の有権者であるが、それ以外の、表現の自由を行使

するなどの場面での「国民」とは非有権者（未成年者）も含めた個々の「国民」であると解される。⁹⁰ 私見は、強いてフランス流の議論で言えばナシオン主権説ではなくプール主権（人民主権）説ということになる。

③ 国民主権は理論的には君主主権を否定して誕生したのであるから君主主権の下で支配されていた者が国民主権の主体となるはずなので、「君主」（天皇）らの支配を受けていた外国籍の者を主権者「国民」（人民。以下同じ。）から当然に排除することにはならず、外国籍の者のうち日本に生活実態のある定住外国人については主権者となりうるので、主権者の範囲は国籍保有者以外にも拡大することになる。⁹¹ もちろん、本人がそれを望まない可能性もあるので、定住外国人には、日本の参政権を取得するか否かを選択する政治的自己決定権（憲法第一三条）が保障されていることになる。⁹² 在外邦人についても同様に政治的自己決定権が保障されることになる。

④ また、有権者の最低年齢については、現在、成人である二〇歳を採用しているが、高校卒業後に社会人になり、所得税などを支払っている未成年がいることや国際的な常識から考えても、それを引き下げるのが妥当である。それは形式的には主権者の拡大を意味するが、私見の「主権者の二重構造」論から言えば主権者でない者が立法政策によって主権者になることを意味するわけではないし、下位規範である法律によって上位規範である憲法の本質を変更するわけではない。⁹³

⑤ 「国民主権」には権力的な契機も認められるうえに、日本国憲法は普通選挙制以外にも憲法第九五条や第九六条などで直接民主主義を明文で採用しているので、半代表制というよりも半直接制を採用しているとの立場が妥当であると考ええる。⁹⁴ 一般論として、住民投票だけではなく国民投票を経験して「国民」が為政者の策動を阻止できるよう政治的に成長することなしに憲法改正手続きにおける国民投票で「国民」が理性的な判断をするとは思えない。⁹⁶ それゆえ、諮問・助言型国民投票だけではなく、憲法の明記する場合以外で国民投票の結果に法的

拘束力を認めることも憲法が許容しているとの立場が妥当である。もちろん、為政者に都合良く悪用されないよう、つまりプレヴィシットとして機能することのないよう、国民投票を行う場合の条件を慎重に検討しながら、その実施の可能性を考えるべきであろう。⁹⁹⁾

⑥ 日本国憲法第四三条は、それゆえ、議員が有権者から全く自由に活動を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。

⑦ 特に議院内多数派が議院内閣制の下で一般に内閣も掌握するという現状を踏まえると、権力分立制を少しでも機能させるためには、「議院内多数派」内閣対「議院内少数派」という現代的権力分立制の考えを解釈論として採用する必要がある。これは公的である「政権の憲法上地位」に適合する解釈であり、ここでは、議院内多数派（政権政党）の過剰代表を可能な限り排除する憲法解釈論が現代立憲主義の要請としても求められる。¹⁰⁰⁾

⑧ 以上のことは、憲法が制限選挙を否定し普通選挙（第一五条）を採用したことで議会主義を実質的に民主主義にするための必要条件であり、多面的な社会においては部分代表の全国的な集合によって「全国民の代表」が完成すると理解されるべきだろう。言い換えれば、多様な民意の縮図を国会に構成することによって議会制民主主義が誕生するのである。全国一区を採用するのではなく選挙区を複数採用する場合には、各選挙区で住民の縮図をつくり、さらにそれを全国的に確保して全「国民」の縮図を国会につくることが憲法上要請されていると言えよう。¹⁰¹⁾

⑨ もっとも、部分代表が許されるといっても、民意を不正・不当なカネの力で歪めることは当然許されるこ

とではないから、選挙における買収等が禁止されることは言うまでもなく、企業・団体献金も、実質的に国民民主権を「企業主権」にしないためにも本来禁止されるべきである。¹⁰²特に、日本経団連が各政党の政策を評価し、それに応じて企業献金を斡旋する方針を採用し、今年（二〇〇四年）一月の末には、「自民党が八五点、民主党は五〇点以下」という「第一次政策評価の発表」を行い、¹⁰³これに基づいて、二〇〇二年には一九億円だった会員企業の献金の額を当面四〇億円に拡大する方向を打ち出したので、¹⁰⁴右の解釈は、「財界による政党買収・政策買収」に歯止めをかける意味でも政治的にも極めて重要であろう。

⑩ 日本国憲法が「社会学的代表」や「現代的命令委任」の立場を採用しているといっても、国会は法律案、予算案などについて議論、討議する国家的な場であるから、議会制民主主義を採用している以上、できるだけだけり良い結論を求めて議論されることは当然であり、その結果として議員が自己の立場や方針を変更し、あるいは妥協することを憲法はなんら禁止してはいない。これは議会制民主主義が当然に前提としていることである。直接民主主義においても「国民」は議論の状況しだいで立場を変更し、あるいは妥協することがあるからである。

⑪ このことをあえて自由委任として理解する必要はないし、またそのように理解すれば間違いである。議員らが立場などを変更し、あるいは妥協した場合、¹⁰⁵当該議員は有権者に説明責任を果たすことが要求されるだろうし、また、その是非については、主権者である「国民」が次回の国政選挙で判断することになるだろう。

⑫ 議員が立場や政策を変更し、あるいは妥協するように、政党も同じように政策変更や妥協をするのである。それゆえ、政党は、一方では、民意を国会に反映する媒体として、なかには民意を国家意思へと高めるための媒体として、政治的に重要な役割・機能を果たしているが、他方では、常にそうであるとは言えず、選挙公約を置き去りにして立場を無節操に変更し民意を歪めることもあるのである。また媒体としての役割を果たしているのは、

政党だけではない。それ以外の政治団体や院内会派も国政選挙に立候補者を擁立し、議員を輩出すれば、政党と同じような機能を果たしていることになる。もちろん、無所属の議員も同じである。

⑬ それゆえ、国民代表において特定の「政党」（だけ）に特権的地位を認めたり、あるいは特別の規制を加えたりすることを憲法上許容する政党国家論は、日本国憲法では採用できない。それは、国民主権を事実上の「政党主権」にしないためである。¹⁰⁶

⑭ 国会における慎重な審議が憲法上要請され、いたずらに強行採決することは許されない。第一に、国会議員には憲法尊重擁護義務（憲法第九九条）が課されており、第二に、基本的人権が「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」（憲法第一二二条）から「国の唯一の立法機関」である国会（憲法第四一条）では基本的人権を侵害する立法が制定されないよう慎重な審議が要請されるからである。第三に、議会内少数派も民意を代表している以上議会内多数派もそれを尊重する必要がある（量・数の問題ではなく質の問題である）、第四に、国会が二院制を採用している（憲法第四二条）以上国会の決定には時間がかかることを予定しており、その意味でも慎重な審議が要請されているからである。第五に、国民の代表機関である国会は、「国権の最高機関」でもあるから（憲法第四三条・第四一条）、そのような国家機関においては、私的な議論とは異なり「理性的な議論」が要請されるし、第六に、予算や法律を成立させようとする側は、その反対派にも説明責任をきちんと果たす責務があるからである。特に近年、強行採決によって憲法違反の法律がどんどん成立する現状を考えれば、慎重な審議を求める意味でも、以上のことは強調されるべきであろう。

(2) 議員の除名、離党、移籍と議員としての身分の相互関係の憲法解釈論

① 比例代表選出議員が政党等から除名され、あるいは自らの自由意思で離党し、あるいはまた、同じ選挙に立候補を擁立した他の政党等に移籍した場合の当該議員の身分喪失の問題を検討する際には、「民意から離れてしまった」と政治的ではなく法的に判断できるか否か、言い換えると客観的に判断できるか否かということ基準に考えるべきである。

② そうすると、比例代表選出議員が政党等から除名されたり、自らの自由意思で離党したりした場合には、「民意から離れてしまった」のが、政党の側なのか、それとも議員の側なのかは、政治的に判断することが可能であったとしても法的レベルで客観的に判断することはできないので、当該議員の身分を喪失させることは憲法が許容していないと解される。他方、除名が原因であれ離党が原因であれ、当該議員が他の政党等に移籍した場合には、客観的に民意から離れたと判断できるので、議員としての身分を喪失させることは憲法の要請であると解される。しかし議員が新党を結成し、あるいは、同じ選挙に立候補者を擁立していなかった政党等に移籍する場合には、当該議員が民意から客観的に離れたと判断できないので、前者の場合と同じように議員としての身分を喪失させることは憲法上許されない。

③ 比例代表制以外の選挙制度によって選出された議員にもこの結論は基本的には同じように妥当する。小選挙区選出議員の場合は、比例代表選出議員の場合と基本的にはまったく同じであり、前述のような移籍の場合には当該議員の身分を喪失されることが憲法上要請される。参議院の選挙区選挙選出の議員については、同一の政党等から複数候補者を擁立している場合には、移籍した議員の身分を喪失させることは、憲法が要請しているまでには解せないものの、許容していると解される。

④ 政党等が同じ選挙で立候補者を擁立していた別の政党等に吸収された場合には、吸収された政党等の比例代表選出議員や小選挙区選出議員の身分を喪失させることが憲法上要請されることになる。この点では、例えば民主党に吸収された自由党の議員は、身分が喪失させられるべきであったと言えよう。

⑤ 以上の憲法解釈は、当然、前述の国民代表における私見、特にその中でも社会学的代表、現代的命令委任、現代的権力分立制、現代立憲主義から帰結される。

⑥ もっとも、日本国憲法が半直接制であると解しない立場のうち、半代表制であると解する立場であっても、以上の結論は、理論的には社会学的代表論から十分帰結されうるだろうし、また、憲法第四三条が現代的命令委任を要請していると解さず自由委任の立場であると解する立場であっても、「自由委任の濫用は禁止される」との立場（自由委任の濫用防止論）に立てば、同じように帰結されうるだろう。⁽¹⁰⁾

⑦ 二〇〇〇年改正国会法・公選法は、その結論の点に注目すると私見の立場に近いが、厳密な解釈論としては私見（移籍身分喪失要請説）と同じではなく、移籍身分喪失許容説あるいは「自由委任の濫用防止」論に近いように思われる。

⑧ 民意が選挙後に大きく流動化する場合のあることを根拠に、私見や改正法の結論を否定する見解があるが、この見解は選挙制度の解釈論として根本的に間違っている。選挙制度は選挙の時点での民意を国会に反映する制度であるから、選挙後の民意を国会にどのように反映するのかについては、別に検討すべき問題であり、全く次元を異にする問題である。またかりに同じ次元の問題だとしても、党籍変更がその流動化と完全に一致しているとは言い切れない以上、その見解に与することはできない。

(3) その他の諸問題

① 比例代表名簿の登載者が選挙後（投票後）に当該名簿政党等から除名され、あるいは自ら離党した場合に、民意から離れてしまったのが当該人物なのか政党等なのかは客観的に判断できないので、当該名簿から当該人物を除籍されることは憲法上許されないが、当該人物が同じ選挙に候補者を擁立した別の政党等に移籍した場合には、民意から客観的に離れたと判断できるので、当該人物は当該名簿から除籍することは憲法が要請していると解される。

② それゆえ、日本新党事件において投票後の除名について司法判断を認めた高等裁判所は結社の自由（自律権）を不当に軽視している点で憲法解釈上問題がある一方、この事件を政党の自律権の問題としてのみ処理した最高裁判所は国民代表の要請を不当に軽視している点で憲法解釈上問題がある。民意の反映も政党の自律もともに認める右①の解釈が妥当である。

③ 本来、国政選挙とは一定の時期における民意を国会に反映させるための制度であるから、任期途中で補充が行われることは社会学的代表等の立場からすると原則として予定されていないのではないか。

④ 現職の比例代表選出議員および比例代表名簿登載者が他院に鞍替え立候補することについては、両議院議員の兼職を禁止した憲法第四八条の趣旨を、社会学的代表を要請している憲法第四三条に強く結び付けて解釈する立場からは、それが憲法上許容されるのか疑問が生じるので、他院への鞍替え立候補は憲法上禁止される（あるいは禁止が許容される）と解釈することができるのではないか。あるいはまた、たとえ被選挙権の権利性（立候補の自由）から他院への立候補が許容されるとしても、繰上げ補充については、鞍替えした議員の比例代表名簿からそれを行うことは憲法上許されないのではなからうか。ただし、両者のいずれかが実際に実現されるため

には、両院議員の各選挙制度全体が民意を正確・公正に反映するものであることが前提でなければならない。現行の衆議院議員の選挙制度のように小選挙区本位のもの、現行の参議院議員の選挙制度のように事実上の一人区や二人区中心のものであるところでは、かかる前提を欠いていると言えよう。いずれにせよ、この問題は従来まったく言っていないほど検討されてきていない憲法問題なので、右の③とともに今後の研究が望まれる。

⑤ 小選挙区選挙における繰上げ補充等の場合においても、候補者が繰上げ補充等の前に政党から除名されたり、自ら離党したり、あるいはまた他党に移籍したときに、繰上げ補充の資格があるか否かが問題になるし、無所属の候補者については他党への入党の場合に問題が生じる。現行法（公選法第九八条第二項）はいかなる理由であれ所属政党から候補者が離れただけで、繰上げ補充等の資格を喪失させているが、これは憲法違反であろう。繰り上げ補充等の資格が認められなくなるのは、候補者が同じ選挙に立候補した別の政党等の団体に移籍した場合のように客観的に判断して民意から離れたと判断できる場合だけであろう。単に政党等から除名され、あるいは自ら離脱しただけで繰上げ補充等の資格を喪失させることは憲法違反であろう。

⑥ 本稿で取り上げた、議員や立候補者の移籍などに関する憲法問題は、決して軽視できない重要な問題である。だからこそ本稿でもこれを検討してきた。しかし、衆参各議員の選挙制度、特に衆議院議員の選挙制度は、一九九四年の「政治改革」によって小選挙区本位のものに「改正」されており、その合憲性の問題は議会制民主主義、国民代表にとって、もっと重要であるから、その本格的な批判が必要である¹⁰⁰。それをまったく軽視した上で、議員や立候補者の移籍などに関する憲法問題を過度に重視して検討しても、それは本末転倒であろう。また、小選挙区本位の選挙制度を民主的なものに改革することなしに、例えば、政策選挙を実現するためという建前の下で「マニフェスト選挙」を行っても、それは、保守二大政党制が上から人工的に形成されることに手を貸し、

ひいては財界やアメリカの求める新保守政治や憲法「改正」を強行するためのアリバイ工作という本音に手を貸すだけだろう。⁽¹⁰⁾ 議員や立候補者の移籍問題を検討したことで、現行の選挙制度全体の解釈論上の問題の重要性がむしろ浮かび上がったとも言えよう。

- (88) 芦部信喜『憲法講義ノートⅠ』有斐閣（一九八六年）一一九—一三三頁。
- (89) 浦部法穂『憲法学教室Ⅱ』日本評論社（一九九一年）二〇〇—二〇七頁、同『新版・憲法学教室Ⅱ』日本評論社・一九九六年二〇六—二二三頁、同『全訂・憲法学教室』日本評論社（二〇〇〇年）四六八—四七六頁。
- (90) 上脇博之「政党・政治団体・個人と公共圏——憲法解釈論のレベルでの『政党等と公共圏との相互関係』の再構築」『北九州市立大学法政論集』三〇巻三・四合併号（二〇〇三年）一頁「三五頁注9」。なお、主権の行使主体を個々の「国民」（人民）と解する立場に対しては、それを「市民の総体としての人民」と解する立場からの批判がある（本秀紀「書評」辻村みよ子『市民主権の可能性——二世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー』（有信堂、二〇〇二年）憲法理論研究会編『憲法と自治』敬文堂（二〇〇三年）二四三頁「二四六—二四七頁」）。しかし、「虐げられた人民」が自由に連帯するためにも主権の行使主体は個々の人民と解すべきだろう。
- (91) 浦部・前掲注(89)書（『憲法学教室Ⅱ』）、二〇八頁、同・前掲注(88)書（『新版・憲法学教室Ⅱ』）、二二四頁、同・前掲注(89)書（『全訂・憲法学教室』）、四七六—四七八頁。
- (92) 上脇・前掲注(3)書（『政党助成法の憲法問題』）、一八三頁以下。
- (93) 上脇・前掲注(90)論文、一頁「三五頁注9」。
- (94) 浦部法穂編『憲法キーワード』有斐閣（一九九一年）一六三頁「大石真執筆」、大須賀明編『現代法講義憲法』青林書院（一九九六年）二二二頁「辻村みよ子執筆」、奥平康弘・杉原泰雄編『憲法を学ぶ「第三版」』有斐閣（一九九六年）二四四—四五頁「辻村みよ子執筆」。

- (95) 近年、半代表制説につき、毛利透は「半直接制」だから法律について諮問型レファレンダムが許される」というのは「適切な論理とは思われない」と主張している（毛利透『民主政の規範理論』勁草書房二八二―二八三頁）。しかし何故そういえるのか不可解である。それが「憲法上要請される」と言うのであれば、私も「適切な論理」とは思わないが、「憲法上許容される」というのが、なぜ「適切な論理」ではないのか、まったく理解できない。「国民主権」に権力的な契機を認める立場からすれば、主権者としての権力の行使が憲法の明示した場合に限定されるというのでは、実質的には国民主権ではなく「国会主権」になってしまいうだろう。
- (96) そえゆえ、今、財界やアメリカから仕掛けられている憲法「改正」には、その内容を検討するまでもなく、日本国憲法の下では実行されてはならないものと考ええる。なお、国民投票や住民投票の導入のために憲法「改正」すべきであるとの声があるが、「新しい人権」導入論に対してと同じように、現行憲法でそれは可能であるから、（少なくとも現時点では）憲法「改正」の必要はない、と考えている。
- (97) 辻村みよ子は、国民投票に法的拘束力をもたせることはできないが、諮問的・助言的なものであれば憲法が許容していると主張する（辻村みよ子『憲法』日本評論社（二〇〇〇年）三七九―三九〇頁）。
- (98) 野中俊彦・浦部法穂『憲法の解釈Ⅰ』三省堂（一九八九年）七七八―四頁〔浦部発言〕。
- (99) 上脇・前掲注(3)書（『政党助成法の憲法問題』、三三四―三三六頁）。
- (100) 上脇・前掲注(3)書（『政党国家論と憲法学』）四三五頁以下。
- (101) 上脇・前掲注(90)論文、一頁〔二三頁〕。
- (102) 上脇・前掲注(3)書（『政党国家論と憲法学』、四一七―四一九頁、同・前掲注(3)書（『政党助成法の憲法問題』）、二二九―二三四頁）。
- (103) 日本経済団体連合会『二〇〇四年第一次政策評価の発表』二〇〇四年一月二八日。
- (104) 宮原憲治「政党が政策立案能力を高めるための寄付が必要だ」『論座』二〇〇四年七月号一七四頁〔一七五頁〕

も参照。

(105) 立場の変更や妥協が常に公約反故とか変質とかの評価になるとは限らないのが、政治の世界であり、目標実現までの一步前進と評価される場合もある。それは政治的な判断であり、裁判所でも判断できる客観的な基準がある場合を別にすれば、法的に判断することは一般にはできないだろう。

(106) 上脇・前掲注(3)書『政党国家論と憲法学』を参照。

(107) 上脇・前掲注(1)論文(『国民代表論と政党国家論』序説)、一頁「二八頁」。

(108) 上脇・前掲注(3)書『政党国家論と憲法学』、四三七頁以下、同・前掲注(60)論文、一二七頁「一三四—一三八頁」、同・前掲注(90)論文、一頁「二二—二六頁」、同「議会における政党政治」『法学セミナー』五九九号(二〇〇四年一月号)二六頁「二七一—二九頁」。

(109) 国政選挙で(も)マニフェスト選挙を仕掛けているのは財界である。二一世紀臨調『政権公約(マニフェスト)の導入にむけた公職選挙法改正に関する緊急提言』二〇〇三年九月四日、同『総選挙にむけての緊急アピール』すべての政党に訴える』二〇〇三年九月三日、同『有権者への提言』総選挙を意義あるものとするための3つの方法』二〇〇三年一月二〇日、同『第2次小泉内閣に対する緊急提言』二〇〇三年二月四日、同『メッセージ・政治改革10年によせて』政治改革から政権公約へ』二〇〇四年一月二九日。経済同友会『首相のリーダーシップの確立と政策本位の政治の実現を求めて』二〇〇二年一月二三日、同『小泉第二次改造内閣に求める』二〇〇三年九月二二日。財界の働きかけと各党のマニフェスト作りの経過については、西尾勝・飯尾潤「検証・〇三秋、マニフェストはこう作られた」『中央公論』二〇〇四年五月号一二四頁以下。なお、マニフェストについては、小松浩『マニフェスト』・『マンデイト』論考』『神戸学院法学』三四卷一号(二〇〇四年)一二五頁以下を参照。

二〇〇四年七月二十六日脱稿。