

投票を集計される権利

倉 田 玲*

目 次

- I はじめに
- II 投票を集計される権利の保障についての意見
 - 1 主観訴訟として正しく取り扱われるべきこと
 - 2 有効投票として正しく取り扱われるべきこと
- III おわりに

I はじめに

この小稿は、大阪高等裁判所の第7民事部に係属していた損害賠償請求控訴事件（令和4年(ネ)第984号）の口頭弁論（2022年11月8日）に際して控訴人らの訴訟代理人により提出された拙筆の意見書をIIの部分に収めている。その前後にIとIIIの部分を補筆しているが、これらの部分も判決言渡し（2023年1月25日）の前に脱稿している。この小稿と同じく選挙権の保障が主題の拙稿「代理投票をさせることができる選挙人の投票の秘密」本誌384号1頁（2019年）と「公職選挙法第11条第1項第2号の憲法適合性の欠如」本誌352号182頁（2014年）にも繰り返し用いていた様式により、もとの意見書の部分については、暦年の表示に西暦を追補してあるのなどを例外として、もとの字句を基本的に維持してあるが、この小稿の場合は、もとの意見書の冒頭に作成者の略歴や関連の研究業績も表示していたので、その部分を丸ごと除いてある。

拙筆の意見書の冒頭には、アメリカ合衆国の大統領の一般教書演説

* くらた・あきら 立命館大学大学院法務研究科教授

（2022年3月1日）を引用してあるが、現行の1965年投票権法（Voting Rights Act of 1965, Pub. L. No. 89-110, Aug. 6, 1965, 79 Stat. 437, codified as amended at 52 U.S.C. §§ 10101, 10301-10314, 10501-10508, 10701-10702）の名にも示されているとおり、選挙権を率直に投票の権利として把握してきた同国においては、対立候補の当選確実の報に接した落選候補が潔く幕を引く趣の敗北宣言（concession speech）が聴かれないことも珍しくはなくなっているのに応じて、公然と選挙の結果を否定する人々（election deniers）が少なからず現れてきているようである。さすがに無理な否定により結果が上書きされてしまうほどの病理現象ではないようでもあるが、こうした外国の近頃の新奇な傾向にも如実に投影されているのは、もっぱら投票という行為が可能であることのみをもって投票の権利が完全に保障されるわけではなく、よもや大勢の判明によって権利それ自体が無意味や無価値に転じるわけでもないという素朴な理解ではなかろうかと推察される。

およそ選挙権の保障とは無関係な近場の法規に目を転じてみると、司法試験法第2条第2項に、「司法試験の合格者の判定は、短答式による筆記試験の合格に必要な成績を得た者につき、短答式による筆記試験及び論文式による筆記試験の成績を総合して行うものとする」と定められており、おそらくは「短答式による筆記試験の合格に必要な成績を得た者」以外の「論文式による筆記試験」の答案が採点されもしないという峻厳な現実を奥ゆかしく示唆していよう。類似の仕組みが法定されているはずもない選挙においては、死票も有効な投票であって必ずしも無意味や無価値ではなく、ならば当選候補に投じられた票も正確に集計されないことには権利の保障に万全を欠くことになろう。日本国憲法第15条第3項の「成年者による普通選挙」の規定は、いわずもがなの事理を文字にしていないが、きっと投票の機会ばかりでなく集計も確実に「普通」であることを要求しているはずである。

勝敗が決したところで打ち止めになる蹴球競技のPK戦や先攻の得点を上回る後攻の最後の攻撃が当然に省略される野球の試合などとは、この

あたりも異質な権利の保障の問題である。選挙に参加することに個人の権利の行使という要素があることは、これが排他的な要素であるのかを別にすると、広く認められてきた。また、仮に公務の執行という要素の混在を承認するにしても、それが現に執行された場合の効果の検証が別の都合により有耶無耶にされても何ら差し支えないとは考えないのが通常ではなかろうか。それ自体として有効な投票が必ずしも集計されるとは限らないというのは、あまりに異常であり、それ自体として真正面から正当化されようもない集計の懈怠の責任が権利のための訴訟により追及される時には、訴訟物を取り違えるかのような見立てにより強引に権利の保障の問題ではないと見切る糊塗にも当然に無理がある。

このような憲法問題の所在を可視化しているのが、2022年3月22日の大阪地方裁判所堺支部第2民事部の判決(LEX/DB 文献番号 25592150)であり、この判決の難点を2つ選び、組上に載せて批判しているのが、次のⅡの部分に収めてある拙筆の意見書である。提訴を報じて「1票ないがしろ、許せない」という原告らの主張を見出しに掲げている2020年3月6日の読売新聞大阪朝刊23面の記事によると、2019年7月21日に施行された参議院比例代表選出議員の選挙において大阪府堺市美原区の選挙人である原告らが投票用紙に個人名を記載したと主張している候補者は、「全国で4万8932票を得て4選。地盤の大阪府内で1万6731票を獲得したが、大阪、堺両市の計31区と41市町村で美原区だけ0票。2013年の比例選では、同区で88票を得ていた」。この記事には、「記者会見で「投票権を踏みにじられた」と主張する原告たち」の写真も掲載されている。2022年4月5日の同23面の記事によると、原告らは「他党から立候補した同姓の候補者の票と取り違えた可能性がある」と訴えたが、同支部は先月22日の判決で作業ミスがあったとしても「違法なものとなる余地はない」などとして請求を退けていた」というのであるから、これを不服とする控訴に際しては「作業ミス」の有無を不問に付していた地裁判決にまで「投票権を踏みにじられた」という思いも込められていたのかもしれない。

2022年3月19日の朝日新聞大阪夕刊7面の松浦祥子記者と井上正一郎記者による署名記事は、「消えた私の1票」という見出しのもと、ほかにも「0票」が問題視された主な事例」があるのを列挙しており、とりわけ同じ回の参院比例選において千葉県富里市や静岡県富士宮市の選挙管理委員会が提訴されるまでもなく再度の点検により開票の結果を訂正したという事実があるのとは対照的に、被告側が「仮に原告側が主張するような点検の誤りがあったとしても選挙権の侵害にはあたらないと反論」したという美原区の選挙人らの事件について、「地裁堺支部は票の検証を認めないまま、今月22日に判決を言い渡す」と報じている。この判決には、「候補者の当落にかかわらず自らの投票が正確に得票に計上されること」が憲法上保障された権利であるものと解すべき根拠は見当たらない」と判示されており、これが拙筆の意見書による批判の焦点である。

II 投票を集計される権利の保障についての意見

アメリカ合衆国のバイデン大統領の一般教書演説（President Joseph R. Biden Jr., State of the Union Address, March 1, 2022）に、「アメリカにおいて、もっとも基本的な権利は、投票をして集計される権利である（The most fundamental right in America is the right to vote and have it counted）」（168 CONG. REC. H1200, 1204）と明言されている。「投票をして集計される権利」が複数ではなく単数の「もっとも基本的な権利」として強調されているところに、国の違いを超え、政治や党派にも関係なく参酌されてよい普遍性がある。本来的に不可分の関係にある「投票」と「集計」を不合理に分断して、もっぱら前者のみが「もっとも基本的な権利」の行使として保障されているかのように把握してしまうことは、わが国においても当然に誤謬である。

日本国憲法に基づいて保障されてきた選挙権にも当然に「集計される権利」が含まれており、最高裁判所の判例も、これを暗黙の前提にしてきて

いる。たとえば、最大判1976(昭和51)年4月14日(民集30卷3号223頁)により、「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」(243頁)と判示されて以降、繰り返し「投票の価値の平等」が問題とされてきたのも、まずは「投票の価値」が認知されているからであるのにほかならない。みだりに没却されてはならない「投票の価値」が承認されていなければ、そもそも「投票の価値の平等」が「憲法の要求するところ」という解釈が成立する余地もなく、選挙区間の議員定数不均衡により稀釈されることなく「集計される権利」の保障の限界が重大な憲法問題とされることもなかろう。このような論理的に至当の前提を看過するようでは、累次の最高裁判例の趣旨にも違背することになる。

本件の原判決である大阪地堺支判2022(令和4)年3月22日(LEX/DB文献番号25592150)は、第3の2の部分において、「選挙権が国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として議会制民主主義の根幹をなすものであり(憲法15条1項)、投票価値の平等が憲法上保障されているとしても(憲法14条1項)、そのことから当然に、「候補者の当落にかかわらず自らの投票が正確に得票に計上されること」が憲法上保障された権利であるものと解すべき根拠は見当たらない」と断定している。しかしながら、「投票価値の平等が憲法上保障されている」のであれば、「投票価値」自体も「憲法上保障されている」はずである。もしも「候補者の当落にかかわらず自らの投票が正確に得票に集計されること」が保障されないのであれば、およそ「国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利」を無に帰することも選挙結果しだいで容認されることになってしまい、よもや客観訴訟に分類される選挙無効訴訟ではなく純然たる主観訴訟であるのに、あげく死票を無効投票と混同することまでも放任されてしまうから、あまりにも不当である。

この意見書は、本件の原判決が最高裁判例においても暗黙の前提にされてきた必然の憲法解釈を根本的に逸脱しており、その帰結として「集計さ

れる権利」の不当な侵害を容認しているから、民事訴訟法第305条に基づいて取り消されるべきであることを主張する。

1 主観訴訟として正しく取り扱われるべきこと

本件が主観訴訟であり、行政事件訴訟法第5条の民衆訴訟の典型例として公職選挙法第204条を根拠に提起される「選挙の効力に関する訴訟」でないことは、もとより明らかである。本件の原判決には、この点を誤り、本件を東京高判2016（平成28）年11月15日（LEX/DB 文献番号 25544718）などにより裁かれている客観訴訟と混同しているのではないかと思しき節もある。

東京高裁の第7民事部において裁かれていたのは、判決の第2の1に記載されているとおり、「平成28年7月10日に施行された第24回参議院議員通常選挙……における比例代表選出議員選挙……の公職の候補者（参議院名簿届出政党）である原告……が、本件比例代表選挙は無効であると主張して、公職選挙法……204条に基づいて本件比例代表選挙の無効の判決を求めた事案である」。この種の事件であることの確認を前提にして、0票という「得票数の集計について公選法の規定に違反する何らかの過誤があったとしても、それが本件比例代表選挙の結果に異動を及ぼすおそれがあるとは認められないから、原告の請求を棄却すべきものと判断する」というのが、東京高裁の第7民事部の裁判官らが提示している理由である。選挙人が提訴している——いま大阪高裁の第7民事部に係属している——本件とは対照的に、参議院名簿届出政党が原告の「選挙の効力に関する訴訟」であり、その専用の枠組みにより本案を裁いて判断を示しているのも控訴審ではなく第1審の判決である。

本件の原判決は、本件が公職選挙法第204条に「高等裁判所に訴訟を提起することができる」と定められている「選挙の効力に関する訴訟」ではなく、大阪地裁堺支部に提訴されている国家賠償法第1条第1項に基づく損害賠償請求事件であるのにもかかわらず、「公職選挙法は、選挙に関す

る争訟を選挙の効力に関するものと当選に関するもののみとし(15章)、選挙の規定に違反することがあるときでも、選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合に限り、その選挙の効力の全部又は一部を無効とするものとし(202条~205条)、参議院議員の当選の効力に関する訴訟を提起することができるのは、選挙において当選をしなかった者で当選の効力に関し不服があるものに限定していること(208条)、また、投票については、有効無効を区別し、投票録及び開票録と併せて、市町村の選挙管理委員会が、当該選挙にかかる議員等の任期間、保存しなければならない旨を定めるものの(71条)、選挙人自身が、その投票の有効無効を確認できる旨の規定を置いていないことなどに鑑みると、少なくとも本件選挙のような参議院議員(比例代表選出)の選挙においては、公職選挙法が「候補者の当落にかかわらず自らの投票が正確に得票に計上されること」を選挙人の権利又は法律上の利益として保護したものと解することはできない(他にそのように解すべき法令も見当たらない。)」と判示している。本件が公職選挙法第15章の規定に基づく客観訴訟ではないことを誤解して、場違いな枠組みにより裁定していることは、このとおり瞭然であり、このような裁き方を他事考慮に相当すると直言することもできる。

本件のような主観訴訟には、もちろん公職選挙法第205条第1項の「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合に限り」という要件が妥当しないが、さらには実質的にも「選挙の効力に関する訴訟」と同じように裁かれてはならない事情がある。きちんと選挙に関する主観訴訟と客観訴訟を分別することは、最高裁判例の趣旨にも適合する。たとえば、最大判2005(平成17)年9月14日(民集59巻7号2087頁)は、行政事件訴訟法第4条後段に基づく「公法上の法律関係に関する確認の訴え」のほか、国家賠償法第1条第1項に基づく訴えも認めているが、もちろん「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合」だからではなく、そもそも在外投票の多寡に頓着して裁いているのでもない。いくら少数人数であっても保障されなければならず、さらには有名無実の保障であってもならないという意味において、ま

さしく「候補者の当落にかかわらず自らの投票が正確に得票に計上されること」が「選挙人の権利」であることを確認しているのが、この著名な違憲判決の要諦である。

本件の原判決は、公職選挙法第15章の規定を引用するのに先立ち、「憲法は、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は法律で定めるべきものとして（47条）、選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の広い裁量に委ねているところ、「候補者の当落にかかわらず自らの投票が正確に得票に計上されること」を権利又は法律上保護された利益として認めるか否かについても、国会の立法裁量に委ねているものと解される」と記している。これも最高裁判例に照らしてみると、その趣旨に適合していない。そもそも憲法規定により法律事項であると指定されていること自体が「原則として国会の広い裁量に委ねている」ということに直結するのも懐疑されてよいが、ともかくも第47条を根拠規定の1つとして「立法裁量」を説明してきたのは、主として第14条第1項に基づいて「平等」選挙を実現しようとしてきた客観訴訟の判例である。

最大判1976（昭和51）年4月14日（前掲）に、「代表民主制の下における選挙制度は、選挙された代表者を通じて、国民の利害や意見が公正かつ効果的に国政の運営に反映されることを目標とし、他方、政治における安定の要請をも考慮しながら、それぞれの国において、その国の事情に即して具体的に決定されるべきものであり、そこに論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけのものではない」から、「わが憲法もまた……国会両議院の議員の選挙については、議員の定数、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は法律で定めるべきものとし（43条2項、47条）、両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねているのである」（244頁）と判示されているのは、たしかに正解や模範答案がなければ厳しく採点することが難しいというのにも類似した事情が裏側から示唆されているかのようでもある。しかしながら、この先例には、本案前の論点について、「選挙の効力に関する訴訟」が「現行法上選

挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であり、これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はないのである」から、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請に照らして考えるときは……同法の議員定数配分規定が選挙権の平等に違反することを選挙無効の原因として主張することを殊更に排除する趣旨であるとするとは、決して当を得た解釈ということとはできない」(251～252頁)という説明も提示されている。

ここに認識されている「憲法上の要請」が「およそ国民の基本的権利を侵害する」という場合について、もっぱら客観訴訟を「是正、救済の途」として捉えるべきことを求めているかのような解釈には、やはり再考の余地があろうが、同種の判例において「国会の裁量」が繰り返し判断枠組みの要所に提示されてきたことは、そのこと自体として容易に確認することができる。もっとも、現在までの最高裁判例において、「現行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟」が「選挙の効力に関する訴訟」だという認識には変化がないとしても、「これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はないのである」という部分の理解は、後に「選挙の適否」それ自体を争点とするのではない主観訴訟において「公選法の違憲」が認められた機会に、はっきりと上書きされている。

選挙区間の議員定数不均衡により稀釈されることなく「集計される権利」の保障の限界を主要な争点とする訴訟と同じく、根本においては第15条第1項の「国民固有の権利」に関わる憲法訴訟でも、同条第3項の「普通選挙」を確保しようとしてきた主観訴訟の場合には、その典型例である最大判2005(平成17)年9月14日(前掲)が、およそ「法律上保護された利益として認めるか否かについても、国会の立法裁量に委ねているものと解される」というのとは対照的に、むしろ「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」（2096頁）と判示しており、これが最高裁判例による把握の仕方の好例である。よもや「集計される権利」を認識せずに、これから分離して、いわば空しくも「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」というのではなからうが、まずは「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」が「立法裁量」の所産であるかのごとくには誤解されていないということを着実に確認することができる。

この大法廷判決の法廷意見の文面には、そもそも「裁量」という文字がない。横尾和子裁判官と上田豊三裁判官の共同反対意見には4回の使用が認められ、それに反駁している福田博裁判官の補足意見は、この「裁量」を3か所において正面から否定しているが、判決の全文を検索して「裁量」という文字の使用が確認されるのは、これら2つの個別意見に分布している都合7か所が全部である。

法廷意見が、「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、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである」（2096頁）と判示しているのは、もちろん、このような原則に対しても例外があることを明示している。しかしながら、続けて、「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可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、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない」（2096頁）と判示しているところからも窺い知ることができるのは、「選挙権の行使」ばかりでなく、これほどまでに厳格な憲法適合性の判断枠組みに耐えるような例外についても、ことさら「裁量」の所産として捉えることはしないという作法

である。

憲法上の「選挙権の行使」について「選挙の公正を確保」するために必要不可欠な「制限」のみが許されるというときに、選択の余地に乏しい「制限」を「裁量」の所産として説明することは、きわめて困難だろう。正解や模範答案がなければ厳しく採点することが難しいというのにも類似した事情のない種類の主観訴訟は、このような事情を絞り込みつつも認め続けてきた最高裁判例においても、行政事件訴訟法第5条に「自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するもの」と定められている類型の客観訴訟から截然と分別されている。

なお、「選挙権の行使」と同じく憲法第15条第1項の「国民固有の権利」に関する主観訴訟の違憲判決として、本件の原判決の後に、最大判2022(令和4)年5月25日(民集76巻4号711頁)が登場している。もとより最高裁判所裁判官国民審査法第36条に基づいて東京高裁に提起された訴訟ではなく、第1審の東京地判2019(令和元)年5月28日(判時2420号35頁)は、国家賠償請求を認容しており、控訴審の東京高判2020(令和2)年6月25日(判時2460号37頁)は、国家賠償請求に替えて違法確認請求を認容しており、上告審の最高裁の大法廷は、全員一致の判決により違法確認請求に加えて国家賠償請求も認容している。本案については、いずれも第37条第1項に定められている「審査の結果に異動を及ぼす虞がある場合に限り」という無関係な要件を無理に借用することなく、まさか在外有権者数の多寡などに注目するような他事考慮もなく、すべての審級の裁判所が異口同音の違憲判断を提示している。

これらのうち上告審判決から少し丁寧に引用しておく、まずは地位確認請求について、「次回の国民審査に先立ち、審査権を行使することができる地位を有することを確認することは、その地位の存否に関する法律上の紛争を解決するために有効適切な手段であると認められる」と判示している。控訴審判決に引き続いて「違法であることの確認」の請求を認容している部分では、「国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一

義的に定められていることが明らかである」のに、「国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことによって、在外国民につき、具体的な国民審査の機会に審査権を行使することができないという事態が生ずる場合には、そのことをもって、個々の在外国民が有する憲法上の権利に係る法的地位に現実の危険が生じているとすることができる」と判示している。そもそも「審査権は、選挙権と同様に、国民主権の原理に基づくものであり、具体的な国民審査の機会にこれを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けた後に争うことによって権利行使の実質を回復することができない性質のものである」と認識しており、このことに「加えて、国民審査法が在外国民に審査権の行使を全く認めていないことが違憲であることを理由として、国が個々の在外国民に対して次回の国民審査の機会に審査権の行使をさせないことが違法であると主張され、この点につき争いがある場合に、その違法であることを確認する判決が確定したときには、国会において、裁判所がした上記の違憲である旨の判断が尊重されるものと解されること（憲法81条、99条参照）も踏まえると、当該確認判決を求める訴えは、上記の争いを解決するために有効適切な手段であると認められる」と判定している。そして、ここまで踏み込む司法審査に対しては疑念や懸念もあろうことかと想定しており、「国民に保障された審査権の基本的な内容等が憲法上一義的に定められていることが明らかであること等に照らすと、国会の立法における裁量権等に不当に影響を及ぼすことになるとは考え難いところである」と付言している。

控訴審判決については、興津征雄「立法不作為と違法確認訴訟——東京高裁令和2年6月25日判決」法律時報92巻10号4頁（2020年）が、「本判決は、立法の全面的不作為のゆえに地位確認訴訟が機能しない状況を前提として、違法確認訴訟という新たな権利救済の途を拓くものとして、高い評価に値する」（6頁）と歓迎している。最大判2005（平成17）年9月14日（前掲）と同じく「地位確認訴訟」の可能性を是認している最大判2022（令

和4)年5月25日(前掲)は、そこに重ねて「違法確認訴訟」の成立を説明している部分の判示において、たとえ現行の立法に明文の根拠となる規定がなくても、「憲法上の権利に係る法的地位」を保障する司法権の行使に「憲法上一義的」な根拠があるからには、「国会の立法における裁量権等に不当に影響を及ぼすことになる」とは考え難いところである」という見識を提示している。

同様に憲法第15条第1項の「国民固有の権利」に関する主観訴訟としての本件において、本案の焦点は、「候補者の当落にかかわらず自己の投票が正確に得票に計上されること」の要否である。本件の原判決は、これを「憲法上保障された権利であるものと解すべき根拠は見当たらない」と断定して、さらに「権利又は法律上保護された利益として認めるか否かについても、国会の立法裁量に委ねているものと解される」と説明している。しかしながら、最近までの最高裁判例が実例を提示しているとおおり、「憲法上の権利に係る法的地位」は、それ自体として憲法の規定に具体的な根拠の明記がなくとも「憲法上一義的」であると解釈されることがある。

国外からも投票をすることができなければならないということと同程度以上に、きちんと集計されなければならないということも「国民固有の権利」の保障内容として「憲法上一義的」だろう。憲法上ばかりでなく法律上にも見当たるはずがないのは、ぞんざいな数え方を許す根拠の方である。次に項を改めて述べるとおり、そのような根拠がないのは、あってはならないからである。

2 有効投票として正しく取り扱われるべきこと

公職選挙法は、第1条に明記されているとおおり、「日本国憲法の精神に則り、衆議院議員、参議院議員並びに地方公共団体の議会の議員及び長を公選する選挙制度を確立し、その選挙が選挙人の自由に表明せる意思によつて公明且つ適正に行われることを確保し、もつて民主政治の健全な発達を期することを目的とする」。この法律の規定は、いずれも「日本国憲法

の精神」を基本的な準則として解釈されなければならない。とりわけ「選挙人の自由に表明せる意思」については、これによらなければ「公明且つ適正」ではないという道理が明瞭に確認されていることから、これを不合理的に没却するような同法の規定の解釈が許されてはならない。

憲法第15条第3項に、「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する」と明記されているのは、国政選挙について第43条第2項、第44条本文および第47条の各規定に法律事項が定められているのとは相違して、立法裁量が留保されている構造ではない。このことは、公職選挙法の現行規定を解釈するのにも裁量の余地に乏しいということを示唆している。憲法第15条第1項の「国民固有の権利」が「成年者による普通選挙」において行使されるときには、まことに当然のことながら、同条第4項前段の「投票の秘密」が確保されなければならず、同項後段に定められているとおり、「選挙人は、その選択に関し公的にも私的にも責任を問はれない」のでなければならない。憲法の規定に基づいて「投票の秘密」が保障されているのも、あらゆる「責任を問はれない」のも、結局は「選挙人の自由に表明せる意思」が確保されるためであり、公職選挙法の目的条項には憲法の規定に明記されていない「自由」という前提が、いわば可視化されている。

選挙人は、自己の「投票の秘密」についても、その保守を強制されているわけではなく、あくまでも権利として保障されており、たとえば他人に打ち明ける場合でも、任意である限り、「その選択に関し公的にも私的にも責任を問はれない」と解釈することができる。公職選挙法第52条に「投票の秘密保持」という見出しのもと、「何人も、選挙人の投票した被選挙人の氏名又は政党その他の政治団体の名称若しくは略称を陳述する義務はない」と定められているのも、よもや権利もないという意味ではなく、たとえば恒例の投票所の出口調査に対して任意に応じて回答することも適法である。報道各社が匿名の回答を収集して統計処理を施した結果を速報しているのも、回答方法が匿名でなければ同法第227条の「投票の秘密侵害

罪」に該当するという理由によるのではない。この真正身分犯の罰条は、本人が任意に「投票の秘密」を打ち明けることを処罰対象に含んでいるものではなく、義務がないから権利もないという無理な解釈を許容しているものでもない。

同法第46条第4項に、「投票用紙には、選挙人の氏名を記載してはならない」と定められているのは、同条の見出しに明記されているとおり、「投票の記載事項」が定められている。記名して同項に違反すると、第68条第1項第6号本文、第2項第6号本文または第3項第8号本文の「他事を記載したもの」に該当することになり、開票の際に「無効とする」という処理が各項の柱書に定められているが、これらの規定も選挙人自身に「投票の秘密」の保守を強制して任意に打ち明けることを禁止しているのではなく、あくまでも「投票の記載事項」を最小限度に限定することにより開票が「選挙人の自由に表明せる意思」を没却することなく「公明且つ適正に行われることを確保」するために置かれているのだと解される。

そもそも「投票用紙」の没個性を可及的に確保しようとするには、かつて大日本帝国憲法と同日に施行された最初の衆議院議員選挙法の時代に最初は立候補制度が採用されていなかったことから必然的に採用されていた前提を見直して、現行の公職選挙法第46条第1項ないし第3項に共通している「自書」の定めを改め、第46条の2に定められている「記号式投票」が国政選挙についての朝令暮改により現在は地方公共団体の選挙に限定して利用可能とされているのを、再び国政選挙の実施方法の選択肢として設けることを考えることもできるはずである。第47条に基づく「点字投票」を繰り返している選挙人の多数にも便利な「記号式投票」に変更することなく、筆跡の個性の発生が不可避である「自書」の方法を維持しているのは、もとより「投票の秘密」を保障するためではない。

本件の原判決は、本件とは異質な「選挙の効力に関する訴訟」に関する公職選挙法の規定を参酌している部分の直後に、「投票については、有効無効を区別し、投票録及び開票録と併せて、市町村の選挙管理委員会が、

当該選挙にかかる議員等の任期間、保存しなければならない旨を定めるものの（71条）、選挙人自身が、その投票の有効無効を確認できる旨の規定を置いていないことなどに鑑みる」が、そのような規定が置かれていないのも、よもや選挙人の「投票の秘密」を本人に対しても確保するためではなく、むしろ「選挙人の自由に表明せる意思」を本人が手控えることも当然に許容されているのでなければならない。さらに「選挙人の自由に表明せる意思」が適切に尊重されることを本人が再確認することができるようにするところまで「選挙人の自由に表明せる意思」を尊重するには、たとえば「投票用紙」を複写式にして本人が写しを持ち帰ることを可能にするるとよいが、そのような便宜が考慮されていない現行法においては、もとより「選挙人の自由に表明せる意思」を確実に尊重する方法が必要なことから、公職選挙法第71条の規定が置かれているのだと解することができ、同条の「保存しなければならない」という文言を、もっぱら「保存」さえしておけばよいという意味に解することはできない。

第7章「開票」の末尾付近に位置する同条は、まことに当然のことながら、正しく読まれて数え上げられることを前提にして、その後は「保存しなければならない」という義務を定めている。本件の原判決は、「投票の点検を担う公務員（開票管理者や開票事務従事者）が、個々の選挙人に対して、通常の公務員に要求される普通の注意をもって投票用紙に記載された候補者への得票として計上する義務を負うものということ」を正面から否定しているが、後に再点検することも可能にしてある仕組みが点検の懈怠を放任していると解釈するのは、やはり根本的な無理がある。およそ「投票の秘密」の確保とは無関係に「選挙人の自由に表明せる意思」を本人が再確認することを容易にする便宜を盛り込んでいない現行制度は、すなわち本人による再確認が必要ないと見込んだ制度として設計されているはずであり、このような意味において「日本国憲法」に適合する制度には、「選挙人の自由に表明せる意思」を没却することなく「投票用紙に記載された候補者への得票として計上する義務」が不可欠である。

もちろん「選挙人の自由に表明せる意思」自体が「投票の記載事項」からは判然としない場合もあり、その表明の仕方が「公明且つ適正」とは認められない場合もある。公職選挙法第68条の「無効投票」に関する規定には、そのような場合が想定されているのにはかならない。しかしながら、直前の第67条後段に定められているとおり、「第六十八条の規定に反しない限りにおいて、その投票した選挙人の意思が明白であれば、その投票を有効とするようにしなければならない」のであるから、同条前段に基づいて「投票の効力」を「開票管理者が決定しなければならない」のに「通常の公務員に要求される普通の注意」が払われなくてよいとは考えられない。とりわけ「無効投票」の事由に該当するところがなく「選挙人の意思が明白」な「投票の効力」を不注意により否定するようなことは、どのように同法の規定を解釈しても許容される余地がない。

黒瀬敏文・笠置隆範『逐条解説 公職選挙法〔改訂版〕(上)』(ぎょうせい, 2021年)が第67条後段の法意を註釈しているところによると、「投票の効力決定に当たっては、投票の秘密保持、選挙の公正確保に意を尽くしながら、投票用紙の記載自体、用いられた投票用紙等もっぱら形式的要素を基準として選挙人の意思を客観的に推測し、選挙人の選挙権行使の意図を尊重し、例えば、投票用紙の記載が拙劣、不明確、不正確であっても、記載の類似性から候補者の一人に投票を帰属させることができるときは、当該候補者の有効投票とする等、できるだけ投票を有効としなければならない。これが本条後段の意義である」(651頁)。この引用部分に含まれている「投票の秘密保持」については、同所に「投票者である特定の選挙人の意思を不当に詮索することは厳に禁止されている」と補足されている。開票や点検に従事する公務員が外部から「投票の秘密」を侵害する違憲の方法は、もちろん許されないが、さりとて「投票の秘密」により「特定の選挙人の意思」が確認されないことを奇貨として不注意が放任されるはずもなく、その意味においても、「できるだけ投票を有効としなければならない」のだと理解するのが穏当である。

解説の直前には、その典拠として、最2小判1952（昭和27）年7月11日（民集6巻7号653頁）が引用されている。公職選挙法の施行後2年2か月あまり後の最高裁判例であり、かつて衆議院議員選挙法などには同旨の規定が盛り込まれていなかったことから、「六七条後段は公職選挙法にあらたに加えられた条文ではあるけれども、その趣旨は所論のように投票の効力について従前の判例よりも一層厳格に解すべきものとする趣旨ではなく、かえつて選挙人の意思が投票の記載で判断し得る以上は一層なるべくこれを有効とすべきものとする趣旨と解するを相当とする」（655頁）と判示されている。

さらに1件の最高裁判例から引用しておく、公職選挙法の施行後2か月あまりの時点においては、最1小判1950（昭和25）年7月6日（民集4巻7号267頁）により、「投票は何人かを選挙しようとする選挙人の意思を表現しようとする手段であるから、たとい投票に記された文字に誤字、脱字があり又は明確を欠く点があつても、その記された文字の全体的考察によつて当該選挙人の意思がいかなる候補者に投票したかを判断し得る以上、これを有効投票として選挙人の投票意思を尊重することが、すべての選挙を基調とする代表制民主主義政治の根本理念に合致するものと言うべきである」（271頁）と判示されている。これ自体としては、当時の道府県制の規定について解釈の仕方を提示している最高裁判例であるが、ここに引用している部分は、当時すでに施行されていた公職選挙法の規定を現時点において解釈するのもにも通用する考え方を示していよう。

これらの最高裁判例や註釈書の記述が説明しているのは、公職選挙法第67条後段の簡潔明瞭な文理解釈である。この効果裁量ばかりでなく要件裁量の余地もない規定を字義のとおり素直に「投票した選挙人の意思が明白であれば、その投票を有効とするようにしなければならない」と読むと、この規定の「投票した選挙人の意思が明白であれば」という要件の充足を不注意により確認しないことが放任されてよいはずがなかろう。同条前段の「投票の効力」を消去する不注意が罷り通ることなどは、この議員立法

を制定した当時の人々が想定していたとは思われず、自己統治の過程に参加して生真面目に投票している巷間の人々が容認するとも思われなから、本件の原判決が「通常の公務員に要求される普通の注意をもって投票用紙に記載された候補者への得票として計上する義務」を否定することにより、あげく第67条後段に明記されている法定の職責を矮小化しているのは、きわめて重大な誤解として、正しく上書きされなければならない。

本件の原判決は、不注意により「投票の点検に誤りが生じたとしても、個々の選挙人の「候補者の当落にかかわらず自らの投票が正確に得票に計上される」権利又は法律上保護された利益を侵害するものとして、国賠法上違法なものとなる余地はないというべきである」と断定しているが、そればかりではない。「仮に、開票管理者や開票事務従事者が、党派的利益や特定の主義主張等を理由に本件候補者の得票を計上しないなど、意図的に本件手引に反して「投票の点検」を行うようなことがあったならば、これが開票管理者や開票事務従事者としての職務上の義務に反するものに当たることは明らかである上、当該行為は、本件候補者に投票した個々の選挙人の選挙権を実質的に侵害するものとして、国賠法上違法なものとなるというべきである」とも判示している。いわば積極的な犯意が働く場合に限り、国家賠償法第1条第1項に定められている「違法」を認定することができるかのように同項を解釈している。

本件の主要な争点は、もとより「投票の点検」を義務づける立法の不作為などではなく、全国民を代表する地位にある政治家の集団が例外的には法的な責任を負うのかという難題が本件の争点に附着しているわけでもない。また、そもそも「個々の選挙人の選挙権を実質的に侵害するもの」に該当するのかは、それ自体として純粹に客観的な事項である。本件の原判決が主観的な要件を設定して、それが充足されないことには、国家賠償法第1条第1項の——「故意又は過失」ではなく——「違法」が認定されないと判示しているのは、明らかに解釈を誤っている。

たしかに積極的な犯意が働くような例外の場合には、そこに可罰的な違

法性が認められることもある。公職選挙法第237条第3項に基づいて罰せられることのある投票増減罪には、第4項に基づいて重く罰せられる不真正身分犯もある。黒瀬敏文・笠置隆範『逐条解説 公職選挙法〔改訂版〕（下）』（ぎょうせい、2021年）は、第3項の「増減」の語義について、「投票の数を不法に増加させ、あるいは減少させることであって、実質上投票の数を増減する行為（例えば、投票締切後特定候補者の得票数を増加させるため投票を偽造し開票の際に混入する行為、あるいは特定候補者の得票数を減少させるため開票に際しその者の得票数を抜き取る行為）のほか、投票の計算分配に関する不正行為（例えば、明らかに有効な投票を無効とする行為、投票数の計算に当たり不正にその数を増減する行為）をも含むものである」（2014～15頁）と説明している。ここには同項の投票偽造罪の構成要件にも該当して、同じ者による場合には包括一罪となるような行為も列挙されているが、ここでは「明らかに有効な投票を無効とする行為」の例示に着目されたい。

もとより故意犯の処罰規定であるが、ならば過失により「明らかに有効な投票を無効とする行為」は、それ自体として適法なのだろうか。犯罪が成立しないから民事の責任も発生する余地がないというのでは、仮に違憲の権力行使であっても犯罪を構成しないなら「違法」ではないと開き直るのを許すことになってしまい、あげく違憲の権力行使を司法により是正させることなく維持するためには、それを犯罪として法定しなければよいことにもなりそうだが、あまりに諧謔的である。まことに当然のことながら、「不法」な「不正行為」は、それ自体として不可罰の場合でも「違法」な行為となることがあり、不注意による違憲は、それに積極的な犯意が働いていなくても、不注意な権力を免責しない。

以上を要約すると、本件が主観訴訟として正しく取り扱われるべきことを前提に据え直して、無効投票でなければ有効投票として正しく取り扱われるべきことを正しく捉え直すことが、この国でも憲法上の「もっとも基本的な権利」である「投票をして集計される権利」の保障に必須であるから、本件の原判決を敢然と取り消されたい。

Ⅲ おわりに

高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第5版〕』（有斐閣，2020年）に、「論者の中には、選挙権の価値の平等は、代表者をもつことの平等まで保障するものだと主張する者もいる」のに対して、「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までを要求するのみで、自己の票が現実代表されることまで要求するものではないと解すべきである」（324～325頁）と反論している段落がある。直前の段落の末尾に、「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」（324頁）という主張が展開されている。

続けて読むと、少なくとも「投票が平等にカウントされること」を保障しないような「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」のが道理だと説明されているようである。そもそも「平等にカウントされること」の論理的な前提には「カウントされること」があろう。集計の懈怠の容認を「必要不可欠」だと強弁するには、どうにも無理がある。

高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店，2017年）も読むと、「選挙権は、憲法による保障の内容が確定されている権利と考えるべきである」と断じられており、「選挙権自体は、選挙制度に論理上先行する権利として憲法上保障されており、立法府がその内容を形成・確定するものではなく、保障内容の最終的決定権は裁判所に属する」（253～254頁）と説かれている。著者の企図について、高橋和之・（聞き手）毛利透「〈インタビュー〉憲法学の現在をどう見るか——人権論と憲法訴訟論を中心に」憲法研究5号7頁（2019年）に記録されている発言を参酌してみると、「実体的に内容が確

定されているということよりは、訴訟技術論的に確定されているという議論を構成しようじゃないか、また構成すべきだ、なぜならば選挙権というのはそれほど重要なものであって、立法裁量に委ねてはいけない権利のはずだから。つまり内容は最終的に裁判所が決めるべきものとして憲法は想定していると考えるべきだという、そういう考え方から作り上げたものなのです」(13頁)という趣旨であるらしい。

さすがに「投票が平等にカウントされること」くらいは「実体的に内容が確定されている」のではないかと推察されるが、手続的にも「立法裁量に委ねてはいけない権利」であると捉え直してみると、法定の客観訴訟の限界を流用して「カウントされること」さえも保障しないのは、憲法の想定外だろう。公職選挙法に内包されている特殊な訴訟法の規定も立法裁量の所産であるのにほかならないが、せめて「カウントされること」を求める権利の保障の訴えが主観訴訟として正しく取り扱われるべきこと、本案においては法定の無効の事由に該当しない限り有効投票として正しく取り扱われるべきこと、これら2つの理路は、終審として文字どおり「保障内容の最終的決定権」を行使する裁判所でなくても容易に承認することが可能な程度に整然としていよう。

* この小稿は科学研究費助成事業により学術研究助成基金（JSPS 科研費 JP20K01282）の交付を受けた研究の成果の一部である。

【追記】 この小稿の校正作業中に言渡しのあった大阪高判2023（令和5）年1月25日（判例集未登載）は、客観訴訟や無効投票との混同を解消しているが、別人への有効投票としての集計を二重の意味において——事実としても、法的にも——認めている。仮定ではなく認定を前提にして法認と判断しているのには新規の問題が含まれていようが、その検討には他日を期したい。