

◇ 論 説 ◇

ドイツの民主政における阻止条項の現在(1)

——自治体選挙と欧州選挙の阻止条項への違憲判決を契機として——

植 松 健 一*

目 次

はじめに

第I章 判例の中の阻止条項

第II章 判例の新たな展開(1)——自治体阻止条項08年判決 (以上, 本号)

第III章 判例の新たな展開(2)——欧州阻止条項二判決

第IV章 阻止条項の意義変遷と対応

おわりに

はじめに

2014年5月22日から25日にかけて、EU加盟28国は第8回欧州議会選挙を実施した。EU懐疑派・反対派の伸長が話題になる一方、7月15日には欧州委員会委員長の次期候補者に最大会派である欧州人民党(EPP)の領袖J-C. ユンカーが選出され(同年11月1日に委員長に就任)、欧州議会は新たな段階に入ったともいわれる¹⁾。751議席中96議席の割当を持つドイツでは(前回2009年選挙では736議席中99議席)、前回2009年選挙の6政党を大きく上回る、計14の政党・有権者連合(Wählervereinigung)²⁾が議席を獲得

* うえまつ・けんいち 立命館大学法学部教授

1) Vgl. Frank Decker, Die Europäische Union auf dem Weg zur parlamentarischen Demokratie?, APuZ 38-39/2014, S. 3 ff.

2) 政党法上の政党の地位を得ずに選挙に立候補する団体。欧州選挙法8条2項は、「政治団体(politische Vereinigung)」として、政党と区別している。ただし、本稿では、引用の文脈に応じて、「有権者団体」(Wählergemeinschaft)、「有権者グループ」↗

した³⁾。そのうち7党は1議席のみの小党であるが、このように多くの小党の候補が当選した直接の要因は、得票率5%未満の政党・有権者団体に議席を与えない欧州議会選挙法の阻止条項 (Sperrklausel) をドイツ連邦憲法裁判が違憲と判断し (2011年11月9日)、それを受けた3%への引き下げについても再度違憲としたため (2014年2月26日)、同項の適用なしに選挙が実施されたことによる。

本稿の課題の中心は、この2つの連邦憲法裁判決の分析を軸に阻止条項に関する判例法理の変容過程を確認し、あわせてドイツの民主政にとっての阻止条項の今日的意味を探るところにある。前提となる基本情報を共有しておこう。前世紀までのドイツ連邦共和国では、連邦議会選挙、州議会選挙、一部の州を除く自治体議会選挙、そして欧州議会選挙に (その多くは最低得票率5%) の阻止条項を設けてきた。例えば連邦議会選挙 (日本では小選挙区比例代表併用制、かの地では「人物選出を加味した比例代表制」 [personalisierte Verhältniswahl] と呼ばれる二票式比例代表制) の場合、第2票で5%を獲得するか (連邦選挙法6条6項前段)、第1票において3議席以上の議席を獲得しなければ (同後段。基本議席条項 [Grundmandatsklausel] と呼ばれている)、議席を獲得することができない⁴⁾。比例代表制を採用する諸国において、当選のための得票率要件や立候補届出のための署名数要件⁵⁾ など、破片政党 (Splitterpartei) 排除のための制度を設けるのは一般

↘ (Wählergruppe) という場合もある。また、政党法の区別と関係なく、「小党」または「小規模政党」と総称する場合もある。

3) vgl. Bundeswahlleiter, Endgültiges Ergebnis der Wahl zum 8. Europäischen Parlament am 25. Mai 2014. (http://www.bundeswahlleiter.de/de/europawahlen/EU_BUND_14/ergebnisse/index.html).

4) 制度全体の概観は、vgl. Wolfgang Schreiber, Kommentar zum Bundeswahlgesetz, 8. Aufl., Köln 2009, §6.

5) 今日のドイツ連邦選挙法では、選挙区の立候補には最低200名の署名を求め (23条)、比例名簿 (州名簿) の立候補については (連邦議会または州議会に5名以上の議員がいる政党以外には) 党の州指導部の署名に加えて州の有権者の0.1% (ただし最低2000名) の署名を求めている (27条1項)。

的であり⁶⁾、なにもドイツ特有の現象ではない。しかし、阻止条項をドイツ連邦共和国が選択した(政党禁止・基本権はく奪と中核とする)「たたかう民主制」⁷⁾の構成要素と位置付ける見方も珍しくなく⁸⁾、ゆえに、この制度に「ドイツの民主政」の特徴を見出すことには十分な理由がある。沿革的にいえば阻止条項は、1946~48年に西側占領州で州議会の選挙法制整備の過程でまず導入がみられ、連邦レベルでは憲法制定評議会(Parlamentarische Rat) でいったんは否決されたものの、州首相たちの強

6) See, Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering*, 2nd. ed. (Macmillan, 1997), at. 10. (岡沢憲美監訳・工藤裕子訳)『比較政治学』(早稲田大学出版部, 2008年) 10-11頁, Arend Lijphart, *Patterns of Democracy*, 2nd. ed. (Yale U. Pr., 2012), at. 140-141. 粕谷祐子・菊池啓一訳『民主主義対民主主義』(勁草書房, 2014年) 119-121頁。選挙制度と政党自体の多元化との因果関係を否定する一方で、選挙制度と党内派閥(fraction)の多元化を認める G. サルトーリによる、阻止条項と党内派閥への影響についての分析として、Giovanni Sartori, *Parties and Party Systems* (Cambridge U. Pr., 1976), at. 98-102. 岡沢憲美・川野秀之訳『現代政党学』(早稲田大学出版部, 2000年) 173-181頁。さらに、若松新「比例代表制における阻止条項について」早稲田社会科学研究40号(1990年) 113頁以下の分析も参照。ただし、これらの分析や仮説の実証的妥当性の判断は、本稿の課題ではない。

7) 「たたかう民主制」については多くの邦語文献がある。新しいものとして、渡辺康行「『たたかう民主制』論の現在」石川健治編『学問/政治/憲法』(岩波書店, 2014年) 159頁以下。拙稿として、植松健一「諜報機関による議員監視と『たたかう民主制』」鳥大法学55巻1号(2011年) 59頁以下。

8) こうした認識は、かの地の文献の丹念な渉獵に基づく日本の論者の考察にも反映されている。例えば上脇博之は、阻止条項を「『たたかう民主制』と全く同じではないもののその理念・目的機能などと極めて類似したものであり、いわば準『たたかう民主制』」と把握する(上脇博之『政党国家論と憲法学』[信山社, 1999年] 115-118頁)。水島朝穂も、政党禁止を「ウルトラな形態」とする政党淘汰システムの中核に阻止条項を位置付ける(水島朝穂「わが国における政党法制の憲法問題性」法律時報56巻3号[1984年] 30頁)。こうした認識は——1990年代以前のドイツの憲法状況を前提にすればとくに——妥当であろう。ただし留意すべきは、そうした見方は機能的な面に着目してのことであって、制度趣旨の上では、阻止条項と政党禁止や基本権剥奪を中核とする「たたかう民主制」とはあくまで異なるものだという点である。その点は——こうした制度趣旨と実際の機能との乖離を糊塗する弁明だとしても——連邦憲法裁も早くから一応は自覚しており(z. B. BVerfGE 6, 85 [91 f.]), 近年の判決では、極右・極左の反体制的違憲政党の排除は、目的外の動機であって阻止条項の正当化たりえないと述べている(BVerfGE 120, 82 [109])。阻止条項の現実的機能については、第IV章でも言及する。

いイニシアティブによって、1949年の連邦選挙法制定で採用されるに至った⁹⁾。その背景には、阻止条項のない比例代表の下¹⁰⁾での極端な多党化が議会を機能不全に陥らせた「ヴァイマルの悲劇」の教訓があるというのが周知の理解である¹¹⁾。連邦共和国公法学第一世代の代表格 U. ショイナーは、過激政党の排除のみならず、政党集中化の促進作用によって政党連立に「安定した執政指導を可能せしめる確固たる政党上の基盤」を提供したとして、阻止条項に「憲法生活にとって極めて大きな制度構築上の意義」を認めていた¹²⁾。ショイナーの言葉からは、キリスト教民主同盟/社会同盟 (CDU/CSU) と社会民主党 (SPD) とから成る二大政党ブロックの形成という (標準的な理解によれば) 本来は多数代表選挙制が果たすべき効果までも、阻止条項に期待されていることが窺える。そして、このような評価は——後にみるような異論は確実に存在したとはいえ——戦後の連邦

9) その後の展開も含めて、詳しくは、vgl. Ulrich Wenner, Sperrklauseln im Wahlrecht der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a. M./Bern/New York 1986, 63 ff. 邦語文献では、小林幸夫「西ドイツの選挙法における阻止条項について」早稲田政治公法研究30号 (1990年) 267頁以下、渡辺重範『ドイツ近代選挙制度史』(成文堂, 2000年) 第10章も参照。

10) ただし、破片政党の排除という観点が当時の選挙法制に皆無だったわけではない。例えば、プロイセンでは、残余票の決算手続において小規模政党に不利にはたらく配分方式を1924年選挙法改正で採用した他、名簿提出に必要な供託金および署名について現有議席のない政党に過重要件を課していた。こうした制度の合憲性は、当時のドイツ国事裁判所でたびたび争われていたし、立法政策論としての選挙法改正問題と絡めて、学説の注目するところであった。これらの動向の概観は、vgl. Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 5–57. 邦語文献では、武永淳「ワイマル比例代表制の展開と改革の動き」彦根論叢230号 (1985年) 790頁以下、趙圭相「比例代表制の選挙問題と裁判」明治大学大学院法学研究論集4号 (1996年) 181頁以下など参照。

11) このテーゼで阻止条項を根拠づけることへの批判も早くから存在する。z. B. Wolfgang Abendroth, Das Grundgesetz, Pfullingen 1966, S. 84 f. 村上淳一訳『西ドイツの憲法と政治』(東京大学出版会, 1971年) 133–134頁。最近の検証として、vgl. Ralf Poscher, Das Weimarer Wahlrechtsgespenst, in: Christoph Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten—„Waimar“ als Argument nach 1945, Baden-Baden 2003, S. 256 ff. insb. 275–278.

12) Ulrich Scheuner, Die Lage des parlamentarischen Regierungssystems in der Bundesrepublik, 1974, in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, Berlin 1978, S. 365.

共和国の一応の共通前提だったはずである¹³⁾。だとすれば、連邦憲法裁による欧州議会の阻止条項の違憲判断は、このような共通前提の動揺の鏡像なのかもしれない。もちろん、欧州議会選挙の権限は国内の議会とは大きく異なるので、欧州議会に関する連邦憲法裁の法理がドイツ国内の議会選挙の阻止条項に直ちに妥当するものではないという見方もあり得よう。だが、2000年代に入っでの選挙法制分野での連邦憲法裁の違憲判断積極主義が、連邦議会による頻繁な選挙法改定の直接契機となってきたことからしても¹⁴⁾、今回の欧州議会の阻止条項に対する判断は、近時のドイツにおける選挙制度見直し議論に少なからぬインパクトを与えていると思われる¹⁵⁾。しかも、連邦憲法裁は、2008年2月13日に自治体議会の阻止条項についても違憲と判断しており、こちらの方面からの阻止条項の動揺が与える連邦議会・州議会へのインパクトも無視できないところである。

本稿では、まず、従来の連邦憲法裁の「阻止条項の法理」(＝阻止条項の憲法適合性の判断枠組みとそれを支える憲法観・民主義観)を整理する(第I章)。次に、自治体議会および欧州議会の阻止条項に対する違憲判決の分析を通じて、現在の「阻止条項の法理」の射程を確認する(第II章・第III章)。以上の検討を踏まえた上で、ドイツにおける選挙制度の「ゆらぎ」というパースペクティブの下、現在のドイツ民主政における阻止条項の意義の有無を考察する(第IV章)。

13) vgl. z. B. Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl., München 1984, S. 965, 赤坂正浩ほか編訳『ドイツ憲法I』(信山社, 2009年) 315-316頁。

14) 連邦議会は連邦憲法選挙法を、2009年の「負の投票価値 (negatives Stimmgewicht)」判決 (BVerfGE 121, 266) を受けて2011年に(経緯は、山口和人「ドイツの選挙制度改革」レファレンス64巻6号 [2012年] 2頁以下が詳しい)、2012年の第3次超過議席判決 (BVerfGE 131, 316) を受けて2013年に改定している。

15) 阻止条項の問題を含む連邦議会の選挙制度に対する近年の懐疑と対処案を扱うものとして、植松健一「ドイツにおける民主政の現在」憲法問題26号 (2015年) 82頁以下。

第 I 章 判例の中の阻止条項

1 基本議席条項判決(1997年)までの「阻止条項の法理」——5つのテーゼ

連邦憲法裁は、1952年4月5日のSSW(南シュレスヴィヒ有権者連盟)判決(BVerfGE 1, 208)¹⁶⁾を嚆矢とする阻止条項の違憲の申立に、たびたび向き合ってきた。以下のような事案がある。

- 1952年4月5日判決(BVerfGE 1, 208:SSW判決):州議会7.5%条項⇒違憲
- 1954年8月11日判決(BVerfGE 4, 31:第2次SSW判決):州議会5%条項⇒合憲
- 1955年1月25日決定(BVerfGE 4, 142):州議会5%条項⇒合憲
- 1957年1月23日判決①(BVerfGE 6, 84:バイエルン党判決)¹⁷⁾:連邦議会5%条項⇒合憲
- 1957年1月23日判決②(BVerfGE 6, 99:全ドイツ人民党判決):連邦議会5%条項⇒合憲
- 1957年1月23日判決③(BVerfGE 6, 104):自治体議会5%条項⇒合憲
- 1979年5月22日決定(BVerfGE 51, 222:欧州阻止条項79年決定):欧州議会5%条項⇒合憲
- 1990年9月29日(BVerfGE 82, 322:選挙法条約判決):統一後最初の連邦議会選挙での旧東独地域への5%条項の適用⇒違憲
- 2003年3月11日決定(BVerfGE 107, 286):自治体5%条項に関する機関訴訟⇒出訴期間経過を理由に却下
- 2008年2月13日(BVerfGE 120, 82:自治体阻止条項08年判決):自治体5%条項⇒違憲

16) SSW判決については、多くの邦語文献がある。例えば、尾吹善人「シュレスウィヒ＝ホルシュタイン州の選挙法は平等原則に反し無効」別冊ジュリスト『ドイツ判例百選』(1969年)34頁以下、高田篤「7.5%阻止条項と平等選挙の原則」ドイツの憲法判例I 83頁以下、小林・前掲(註9)281-285頁、上条貞夫『選挙法制と政党法』(新日本出版社、1992年)69-76頁、上脇・前掲書(註8)104-109頁など。

17) 本件は、丸山健「5パーセント条項の合憲性」別冊ジュリスト『ドイツ判例百選』(1969年)32-33頁、高見勝利「破片政党排除規定の合憲性」ドイツの憲法判例I 476頁以下参照。

- 2011年11月9日 (BVerfGE 129, 300 : 欧州阻止条項11年判決) : 欧州議会 5 % 条項⇒違憲
- 2014年2月26日 (Az.2 BvE 2/13, u. a.=NVwZ 2014, 439 : 欧州阻止条項14年判決) : 欧州議会 3 % 条項⇒違憲

このように連邦憲法裁は、50年代に連邦議会、州議会、自治体議会の5%阻止条項の合憲性に一応の決着をつけ、その応用として1979年に欧州議会の5%阻止条項も合憲とした。それらの諸判決で形成された判断枠組みをベースとして、阻止条項と同じく破片政党排除を目的とする立候補署名条項 (BVerfGE 3, 19, u. a.)¹⁸⁾、あるいは、選挙宣伝時間の割当 (BVerfGE 7, 99 u. a.)、当初の政党国庫助成制度 (BVerfGE 20, 56)、連邦議会内会派の設立要件 (BVerfGE 86, 304; 96, 264)、など最低得票率5%と連動した選挙法制、政党法制、および議会法制についても判断を下してきた¹⁹⁾。しかし連邦憲法裁は、2000年代に入ると自治体議会および欧州議会の阻止条項について判例変更をなすに至っている。加えて、州議会および自治体議会の阻止条項については州の憲法裁判所による諸判決があり、これらも連邦憲法裁の判例の影響を受けるのみならず、第II章で扱う事例のように、逆に連邦憲法裁判決に対して一定の影響を及ぼしているのだが、さしあたり本章では連邦憲法裁の判例を中心に検討を進める²⁰⁾。

結論を先取りすれば、上記の諸判決が形成してきた判断枠組みは、文言上・修辞上・論理上の表面的な一貫性の点でいえば、基本線において現在も踏襲されている。にもかかわらず実質的にみるならば、近年の判決は「現実重視姿勢」(Wirklichkeitsorientierung)²¹⁾を強めて、審査の厳格化へと舵を切ったとみてよい。そうした転轍が明確となったのが自治体阻止条項08年判決であり、これは第II章で検討の対象となる。それに先立ち、同

18) 署名条項の憲法適合性が争われた判例動向は、上脇・前掲書(註8)99-103頁参照。

19) さしあたり、高田篤「選挙法制における『規範衝突』」伊藤満先生米寿記念『憲法と行政法の現在』(北樹出版、2000年)293-296頁参照。

20) 初期の州憲法裁の判例動向は、vgl. Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 184-187.

21) Martin Morlok, Chancengleichheit ernstgenommen, JZ 2012, S. 78.

判決の時点までに判例上形成されていた「阻止条項の法理」の内容を明らかにしておかねばならない²²⁾。あらかじめ提示しておくならば、「阻止条項の法理」は、以下の5つのテーゼに整理することができる。

テーゼ①：阻止条項は、平等選挙原則（基本法38条1項1文）と政党の機会均等原則（基本法21条1項）を制約する。この2つの憲法原則には、いずれも厳格な数的・形式的平等が要請されるので、この点での選挙制度の設計における立法者の裁量は狭い。

テーゼ②：阻止条項の憲法的正当化には、「やむを得ない事由」（*zwingende Grund*）を必要とする。

テーゼ③：阻止条項正当化の「やむを得ない事由」として、① 国民の意思形成の統合過程にとつての性格の維持と、② 選挙された国民代表の活動能力の保護がある。

テーゼ④：阻止条項に対する裁判所の審査は、立法目的と手段の合理性・必要性の観点から判断される

テーゼ⑤：阻止条項の立法事実に対する立法者の評価や予測は、抽象的・観念的なものではなく、政治的現実にてらしたものでなければならない。

2 「阻止条項の法理」の意味と射程

ここでは、1で摘出した「阻止条項の法理」の5つのテーゼについて、その意味と射程を逐次確認していく。その際に適宜原文を引用して参照するのは、1997年の基本議席条項判決の説示（BVerfGE 95, 408 [417-418]）である。連邦選挙法6条4項の基本議席条項の合憲性が——当該規定の小政党排除機能よりは、むしろ阻止条項の緩和特例となっている点が問題視されたのだが——争われたこの判決には²³⁾、50年代からの判例法理の積

22) 阻止条項の判例研究は、偶然にも12年周期で公表された以下の3本が重要である。
Jochen Abr. Frowein, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht, AöR 1974, S. 72 ff.; Wenner, a. a. O. (Anm. 9), 1986; Walter Pauly, Das Wahlrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1998, S. 232 ff. 高田・前掲（註19）279頁以下も、「規範衝突」を契機とする法体系の変動の論理的分析という独自のアプローチから、阻止条項を中心とする選挙法制関連の判例を扱っている。

23) 本判決について、山本悦夫「基本議席条項の合憲性」ドイツの憲法判例Ⅲ428頁以下参照。

み上げが、極めて洗練された言説で表現されているからである。

(1) 平等選挙原則と政党の機会均等原則における厳格な形式的平等の要請
(テーゼ①)

「連邦議会の選挙についての基本法38条1項1文で保障された平等選挙の原則は、有権者ひとりひとりの投票が同じ数的価値を持ち、かつ、……等しい法的成果の機会を持つことを要請する(確立した判例。……、選挙法条約判決[337]……)。この原則は、それが民主制原理との関連するゆえに、厳格かつ形式的な平等の意味で解されねばならない。……。選挙法は、基本法21条1項、同38条1項1文に基づき保障される政党の機会均等の観点からも同様の要請を充たさなければならない。」(左記のように参照指示の括弧内の判決は、本判決との関係でとくに重要なもののみ、連邦憲法裁判所判例集登載略記号を事件通称名²⁴⁾に直して残す。以下同じ)

「阻止条項の法理」の端緒命題というべきテーゼ①は、1952年のSSW判決から明確に打ち出されていた。ここでは、2点につき説明を加えておきたい。

SSW判決は、平等選挙原則(基本法38条1項1文)違反を一般的な平等原則(同3条1項)の合憲性適用基準——そこでは、SSW判決当時は「恣意の禁止」という緩やかな定式が採用されていた²⁵⁾——の適用場面であると説明する一方で、しかし、選挙権平等に求められる数的形式性・絶対性を根拠に、その侵害事例についての判断枠組みの独自性も強調した(BVerfGE 1, 208 [247])。平等選挙原則を一般的平等原則の特別規定と理解しながら(重畳保障説)、しかし「恣意の禁止」とは異なる厳格な審査基

24) 事件通称名は、本章1でリストアップした阻止条項関連事案以外は、ドイツの憲法判例Ⅲ581頁以下の「連邦憲法裁判所判例索引」に倣った。

25) 「恣意の禁止」の原則については、熊田直彦「恣意の禁止としての平等原則論」田上穰治先生喜寿記念『公法の基本問題』(有斐閣、1984年)3頁以下参照。連邦憲法裁判所の展開は、井上・後掲(2)(註48)143-160頁。

準（テーゼ②以下）をアピールする姿勢には、「驚くほど非論理的」²⁶⁾ という厳しい批判が学説から投げつけられた。平等選挙原則を一般的平等原則に包摂させることで、厳格な数的平等が求められるはずの平等選挙原則が恣意の禁止という緩やかな審査基準に近づけて解釈されてしまう危険性があったからである。そもそも、「選挙権平等と一般的平等原則とを結びつけることは、両規定が全く異なる展開を遂げてきた沿革史的にあって極めて疑わしく、かつ体系上も基本法における選挙権平等の特別扱いゆえに当然に不必要である」²⁷⁾。ゆえに学説では、1970年頃から両者を別の保護領域を持つものと考えた二元説が有力になっていた²⁸⁾。もっとも、上記のような危惧に反して、実際の基本法38条関連の判例は、同3条1項の解釈基準とはほぼ無関係に判断枠組みを形成していったので²⁹⁾、その限りでは、どちらの立場を採ろうが阻止条項の判断枠組みに実質上の影響はないようにも思われる。ただし、州の立法管轄権に属する州議会選挙・自治体選挙の阻止条項を連邦憲法裁への憲法異議のかたちで争おうとする場合には、基本法38条と同様に州における平等選挙原則を保障した同28条と一般的平等選挙原則との関係は重要な意義を持つてくる。両者の保障範囲を別と解してしまうと、州における平等選挙原則（基本法28条）違反は、基本

26) Hans Meyer, Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts. Bd. 3, 3. Aufl., Heidelberg 2005, §46, Rn. 33. その際、マイヤーが「二律背反のライプホルツのテーゼ」と呼ぶように、SSW 判決は第2法廷で報道官 [Berichterstatter] として審理を主導した G. ライプホルツの強い影響下にある（ほとんど彼の説の引き写しといえる）ことは周知の事実である（vgl. Manfred H. Wiegandt, Norm und Wirklichkeit, Baden-Baden 1995, S. 176）。SSW 判決を自ら敷衍するものとして、Gerhard Leibholz, Sperrklauseln und Unterschriftsquoren nach dem Bonner Grundgesetz, 1954 in: ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl., Karlsruhe 1967, S. 41 ff.

27) Frowein, a. a. O. (Anm. 22), S. 81.

28) z. B. Frowein, a. a. O. (Anm. 22), S. 80–84; Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 147 f.; Pauly, a. a. O. (Anm. 22), S. 250 f.; Dieter Murswiek, Die Verfassungswidrigkeit der 5%-Sperrklausel im Europawahlgesetz, JZ 1979, S. 50; Meyer, a. a. O. (Anm. 26), Rn. 30–34. vgl. auch Hans-Herbert von Arnim, Der strenge und formale Gleichheitssatz, DÖV 1984, S. 85 ff.

29) vgl. Frowein, a. a. O. (Anm. 22), S. 81.

法93条1項4a号が憲法異議を認める基本権侵害に含まれていないため、連邦憲法裁に提訴できないという帰結をもたらすからである³⁰⁾。かくして、その後の1998年の連邦憲法裁決定 (BVerfGE 99, 1)³¹⁾ では、判例変更を明示して二元説への転換に転じ、平等選挙原則の適用領域では「基本法3条1項の一般的平等原則を遡及的に援用すること (zurückgreifen) はなされえない」として、現有議席を有さない政党の名簿提出要件に署名を加重するバイエルン市町村・郡選挙法の基本法3条1項違反を理由とする憲法異議を不適法却下している³²⁾。

SWW 判決では、比例代表選挙制の採用が結果価値の平等を要請すると判断している点も注意しておきたい。判決は、多数代表選挙制の場合は「個々の有権者の人格の中に存する理由から、有権者が選挙結果に強さの異なる影響を持たないことだけが重要である」が、「比例代表選挙の基本思想から出発し、およびこれを全ての公民の民主的平等の原則と結びつける場合、*比例代表選挙の際の平等選挙の原則は、全ての有権者が平等な数的価値を持つだけでは十分ではない*」として、ここから比例代表選挙制の下での結果価値の別異取扱いの例外的性格を導き出す (BVerfGE 1, 208 [244 f.], 斜体は原文ではイタリック)。それと同時に、まさに比例代表制の制度に内在する弊害——「比例代表は、多数代表選挙では当選の見込みの全くない小政党の発生を容易にする。このことが憲法生活の機能不全を導きかねない」(ebenda, 248)——ゆえに、これを「事の本性 (Natur der

30) 政党が機会均等 (基本法21条) 違反を理由に機関争訟 (ないし選挙審査手続) を提訴する場合には、こうした手続き上の障害はない。

31) 本件については、玉蟲由樹「バイエルンの市町村選挙における選挙原則違反」ドイツの憲法判例Ⅲ409頁以下。基本法38条1項・28条1項と基本法3条1項との関係については、同411-412頁で簡明に説明されている。

32) この判決では、ライヒ国事裁判所からライブホルツを経由して初期の連邦憲法裁第2法廷の判例に取り込まれた重畳保障説の変遷が跡付けられている (BVerfGE 99, 1 [8-10])。連邦憲法裁は、この判決以前も次第に重畳保障説への言及は控えるようになっていたが (BVerfGE 95, 408 [417 f.]), 本決定で連邦憲法裁は、この点でのライブホルツ説を完全に放棄したといえる。

Sache) から生じる十分な事由」として、政党の別異取扱いが結局のところ正当化される仕掛けになっている³³⁾。このような論法の中に、いわゆる「制度準拠審査」の発想³⁴⁾を読み取ることも可能であるし、第三章で扱う欧州阻止条項11年判決においては阻止条項の平等選挙侵害・政党機会均等侵害の強度認定に関わって争点となるのであるが (BVerfGE 129, 300 [348]), ここでは指摘のみにとどめておく。

33) すでに1929年の論放でライブホルツは、破片政党の排除が他事考慮や恣意に基づくものか、それとも『「比例代表選挙法の本質」という事の本性にに基づくものか』という判断枠組みを示している (Gerhard Leibholz, Gleichheit und Allgemeinheit der Verhältniswahl, 1929 in: ders., a. a. O. [Anm. 26], S. 5)。ヴァイマル期のライブホルツは、古典的代議制に基礎を置く多数代表制は現代政党国家の下では政治的・社会的諸前提をもはや欠いており、大衆民主的な比例代表制こそが現代の政党国家に相応した選挙法であると考えていた。また、比例代表制に「人物本位選挙」(Persönlichkeitswahl) の要素を加味するという当時の有力な選挙制度改革案の方向にも、焦眉の課題である政党破片化対策に資するどころかこれを助長しかねないとして、否定的であった。現下の議会の政府形成能力の不全は同質性を欠いた大政党の存在に起因する以上、仮に穏健な多党制構造が実現しても議会は活動能力のある政府を形成できず、むしろ極左・極右への緩衝剂的役割を果たしてきた非カソリック系ブルジョワ中道政党の消滅をもたらし、もって組閣の困難はいっそう助長されるというのがライブホルツの見立てであった (vgl. Gerhard Leibholz, Die Grundlagen des modernen Wahlrechts (1931), in: ders., a. a. O. [Anm. 26], S. 9 ff. insb. 19–23, 30–32。初宿正典訳「現代選挙法の基礎をなすもの」G・ライブホルツ (阿部照哉ほか訳)『現代民主主義の構造問題』[木鐸社, 1974年] 所収3頁以下、とくに14–17, 24–27頁。このライブホルツ報告のあった1931年ドイツ国法学者大会の様子は、古賀啓太『ヴァイマル自由主義の悲劇』[風行社, 1996年] 272–279頁参照)。これに対し、戦後のライブホルツは、1956年選挙法改正で採用された「人物と結びついた比例代表制」と呼ばれる併用制を、あくまで「純粋比例代表制」の一形態と理解してこれを擁護する一方、比例代表制が「選挙という生き生きとした政治的内容の空洞化」をもたらす可能性も認め、また、政党破片化による議会の機能不全・政府形成能力低下への対処の必要性を「政治的経験則」として強調するに至る (Leibholz, Sperrklauseln und Unterschriftsquoren, a. a. O. [Anm. 26], S. 43, 49)。ライブホルツにとって、破片政党を排除する装置は比例代表選挙の必置要件であった。この点も含む、ライブホルツの民主主義観の本格的な批判的検討として、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) 第 I 部参照。

34) この点、小山剛『「憲法上の権利」の作法 [新版]』(尚学社, 2011年) 173–186頁参照。

(2) 阻止条項の違憲性阻却のための「やむを得ない事由」(zwingende Grund)の必要性(テーゼ②)

「比例選挙の際の結果価値の平等の原則から、有権者の投票の結果価値の別異取扱いについて、立法者には狭い裁量の余地しか残されていない(選挙法条約判決 [338] 参照)。別異取扱いは、連邦憲法裁判所が1952年の判決(SSW 判決 [248 f.])以降、『やむを得ない事由』の定式でまとめている諸条件の下でのみ正当化される。

しかしながら、連邦憲法裁判所の判例は、例えば平等選挙の自余の選挙原則や他の基本権との衝突の場合に該当し得るような、別異取扱いが憲法で必然的または不可避的なものとされていることを要請してはいない(……)。憲法により正統性を与えられ、かつ選挙権の平等と釣り合いうるような重要性を持った事由も認められる(……)。この場合に、憲法が当該目的の実現を命じている必要はない(第2次SSW 判決 [41]; 欧州阻止条項79年決定 [237 f., 249]; 選挙法条約判決 [338])。このような文脈の中で、連邦憲法裁判所は、『国民代表の選挙という問題領域の本性から生じる』『十分な』『事由』によっても、別異取扱いを正当化している(SSW 判決 [248]; バイエルン党判決 [92])。』

阻止条項の法理における重要タームのひとつが、本判決が『『やむを得ない事由』の定式』と呼ぶものである。しかし、連邦憲法裁判所による同定式の用い方は、さほど一貫性をもったものではなかった。たしかにSSW 判決では、この「やむを得ない事由」は、「極めて特別のやむを得ない事由」(ganz besonder, zwingende Grund)と明確に対比されていた(BVerfGE 1, 208 [insb. 255-260])。すなわち、この判決では、「やむを得ない事由」である5%阻止条項は「現時点における一般的な法確信(allgemeine Rechtsüberzeugung)」という曖昧な(柔軟な?)概念であっさり正当化される一方³⁵⁾、阻止条項が最低得票率5%を上回る場合には「極めて特別

35) 判決には、他に、「具体的な法共同体の法意識(Rechtsbewußtsein)の中に生きついでいる価値評価(Wertung)」(BVerfGE 1, 208 [249])などという言い回しも登場するが、その裏付けは、連邦や各州が阻止条項を採用し、そこでは最低得票率を5%にしているという(これと異なる例があるにもかかわらず、いわば「相場感覚」の側面が強い)事実にも

のやむを得ない事由」という厳格な条件が課された。SSW 州議会阻止条項の7.5%への引き上げは、このハードルを超えられず、違憲と判断されたのである。ところが、その後の欧州議会79年決定をみると、SSW 判決を「確立した判例」として参照指示しながら、欧州議会5%阻止条項による選挙権平等・政党の機会均侵害に「特別の、正当化できる、やむを得ない事由」(besonderer, rechtfertigende, zwingende Grund)を求め、にもかかわらず、とくに厳密な審査の跡もなく合憲と判断している(BVerfGE 51, 222 [235]. 詳しくは第三章)³⁶⁾。しかし、この場合、「特別の、正当化できる、やむを得ない事由」という定式の下に、判例によれば憲法上の重要性が常にあるわけではないような、実に様々な別異取扱いの事由が隠れている³⁷⁾のではなかろうか。「やむを得ない事由」と「極めて特別のやむを得ない事由」を意識的に区別して7.5%阻止条項の違憲性を導き出したSSW判決にしても、5%阻止条項の合憲性は当然視していたためか、厳格な審査をなおも含意しているはずの「やむを得ない」という形容詞をおごなりにしている印象がぬぐえない。そのために、「やむを得ない事由」と併用されるのが、「事の本姓から生じる十分な事由」という定式である(BVerfGE 1, 208 [248 f.])。そして、この後者の定式を継承したバイエルン

求められている(ebenda, 249-252)。しかし、高田篤が指摘するように、そこである「法的確信」が、例えば最低得票率4%を許さない理由については、全く不明確である(高田・前掲 [註16] 86-87頁)。そして、これはライブホルツの平等理論における「一般法意識」への依拠傾向(vgl. Gerhard Leibholz, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 2. Aufl., München/Berlin 1959, insb. S. 61, 96)そのものが抱える問題点(この点は、熊田・前掲 [註25] 38-39頁を参照)といえるのかもしれない。

36) 「やむを得ない事由」ないしは「特別のやむを得ない事由」の定式は、選挙制度や政党法制でも用いられてきた(高田・前掲 [註19] 293-300頁参照)。本秀紀も、政党の機会均等原則の文脈で、こうした定式の問題性を指摘する(本秀紀『現代政党国家の危機と再生』[日本評論社, 1996年] 101-102頁)。近年の「負の投票価値」判決(BVerfGE 121, 266 [297])や欧州阻止条項11年判決(BVerfGE 129, 300 [320])でも、「特別の、事に即して正当な、『やむを得ない』事由」(besonderer, sachlich legitimierte, „zwingende“ Grund)と定式化されている。vgl. auch Pauly, a. a. O. (Anm. 22), S. 251-253.

37) Hans-Heinrich Trute, Art. 38, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd.1., 6. Aufl., München 2012, Rn. 54.

党判決では、「国民代表の選挙」という「問題領域の本性」(Natur des Sachbereichs)とは「対内的・対外的に活動能力のある政府の形成」と「事柄に即した立法活動」のことなのだと言いつつ切ってしまう(BVerfGE 6, 84 [92])。本判決も、別異取扱いを正当化する事由は、「憲法が必然または不可避的としたもの」である必要はなく、「憲法により正統性を与えられ、選挙権の平等と釣り合いうる重要性を持つ事由」でも構わないとする。つまり、「国民代表の選挙という問題領域の本性から生じる」「十分な」事由があれば、阻止条項の正当化は可能なのである。もちろん、「十分な事由」ならば当然に明白性のコントロールで足りるわけではなく、すぐ後にみるように、本判決も侵害強度に基づく比例審査の採用を示唆してはいる。しかし、ここで重要なのは、連邦憲法裁が「やむを得ない事由」を強調しながら実は、より審査密度の薄さを含意するところの「十分な事由」をベースラインとしている点である。連邦憲法裁にとって「やむを得ない」か否かは、阻止条項の憲法適合性判断にさほど決定的意味を持たないからこそ、「特別な」などの修飾語を安易に付け足すことにも躊躇を感じないのかもしれない³⁸⁾。

(3) 「やむを得ない事由」としての「国民意思の統合過程としての選挙の性格の維持」(事由 a) と、「選挙された国民代表の活動能力の保護」(事由 b) (テーゼ③)。

「こうした事由に含まれるものとして、とくに議会選挙と結びついた目標の実現がある(BVerfGE 4, 31 [41] ; 欧州阻止条項79年決定 [237f., 249])。これに属するのは、国民の政治的意思形成の際の統合過程 (Integrationsvorgang) としての選挙の性格の維持 (バイエルン党判決 [93] ……) および選挙されるべき国民代表の活動能力の保障である (BVerfGE 4, 31 [40] ; 欧州阻止条項79年決定 [236] ; 選挙法条約判決 [338]) 。

38) vgl. Markus Heintzen, Die Bundestagswahl als Integrationsvorgang, DVBl 1997, S. 747.

これも初期判例から登場するテーゼだが、そのニュアンスは一定の変遷を遂げてきた。すでに SSW 判決において、「選挙とは、活動能力のある機関すなわち政府を形成し、事柄に即した立法任務を、その多数派を基盤に果たすことのできる議会を用意すべきものである」という説示がみられるが (BVerfGE 1, 208 [247 f.]), これを明確なテーゼに整理したのは、バイエルン党判決である。だが、そこに問題がないわけではない。

まず第 1 に、**事由 a** のいう「統合過程としての選挙」という抽象概念の意味について、連邦憲法裁が十分に明らかにしてこなかった点である。そもそも、バイエルン党判決の説示には、「政治的意思形成の際の統合過程としての選挙の性格の維持」(事由 a) と、「議会の活動能力の保護」(事由 b) の間に、「選挙制度全体の統一性」(Einheitlichkeit des ganzen Wahlsystems) (事由 a' [?]) という概念が挿入されていた (BVerfGE 6, 84 [92 f.])。この「選挙制度全体の統一性」という概念も曖昧だが、**事由 a** と **事由 a' [?]** は同じ内容の単なる言い換えなのか、それとも別の範疇なのかが文脈的に判然としないと指摘されている³⁹⁾。そうした批判も

39) 選挙法の第一人者 H. マイヤーは、**事由 a** と **事由 b** を一応、別範疇として捉えている (Meyer, a. a. O. [Anm. 26], Rn. 33)。これは、バイエルン党判決の該当箇所における **事由 a** と **事由 a' (?)** とを分かつカンマの存在 (= „dies zur Sicherung des Charakters der Wahl als eines Integrationsvorganges bei der politischen Willensbildung des Volkes, im Interesse der Einheitlichkeit des ganzen Wahlsystems und zur Sicherung der mit der Parlamentswahl verfolgten staatspolitischen Ziele unbedingt erforderlich ist“) からしても、十分に成り立つ理解である。しかし、その後の欧州阻止条項79年決定で問題のコマは消えて、「選挙制度全体の統一のための」は **事由 a** の修飾的な役割を演じるかたちで吸収された (BVerfGE 51, 222 [236])。しかし、「選挙制度の統一性」の意味が選挙制度の全国的画一性のようなものだとすると、この意味に選挙の「統合」を限定してしまうのは——79年決定が欧州統合のイメージに引きずられた感があるとはいえ (z. B. ebenda, 248)——これはこれで不自然である。欧州議会・連邦議会選挙の全国的画一性 (および欧州の画一性 [?]) の要請は阻止条項の憲法的正当化の議論とは無関係だし、州や自治体の選挙法制は州の管轄事項であり基本法や連邦法律で阻止条項の必置が州に義務づけられているわけではない。なお付言するなら、バイエルン党判決は、ライヒ国事裁判所1930年2月17日判決を参照指示しているが、実のところ、この判決は、「選挙制度全体の統一性」をドイツ国憲法とプロイセン選挙法との整合性を根拠づける文脈で登場させるだけで、破

あつてか、本判決では**事由 a'** (?) は姿を消し、以降の関連判例でも**事由 a** と**事由 b** のみが挙げられるようになった。

しかし、なお第2の問題点がある。それは、もともと概念定義がないのだから当然ともいえるが、**事由 a** と阻止条項の連関についても——すぐ後にみる**事由 b** についての一応の説明とは対照的に——連邦憲法裁は十分な説明ができていない点である⁴⁰⁾。この点、学説では、「連邦議会の選挙によって政治的な統一が象徴的にかつ決定的な実践として (entscheidungspraktisch) 確立され、選挙を通じた決定能力ある国民議会 (entscheidungsfähige Volksvertretung) という形相の裡に『統合をもたらす代表』 (integrative Repräsentanz) が構成される」⁴¹⁾ などという (いささか難解な) 説明が与えられている。しかし**事由 a** がこのような意味だとすれば、**事由 a** は「決定能力のある国民代表」すなわち**事由 b** の目的に奉仕する一要素にすぎないのではなかろうか。判例での使われ方も一定しておらず、バイエルン党判決では阻止条項による破片政党の排除は「選挙の統合的機能」を維持すると述べていた (BVerfGE 6, 84 [94 f.])。この場合は、主要政党への (人為的な) 「民意の集中を通じた統合」が念頭に置かれて

ㄨ 片政党の不利益扱いは主として「安定した政府の形成」の必要性で根拠づけをしている (RGZ 128, Anh. 1, 11-14)。まして、この判決に「統合過程」という概念は——まだ裁判実務にまで、Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928. のタームは膾炙していなかったはずである——登場すらしていない (この指摘は、Meyer, a. a. O. [Anm. 26], Rn. 39)。国事裁判所30年判決の事実経緯と背景については、vgl. Herman Heller, *Die Gleichheit in der Verhältniswahl nach der Weimarer Verfassung*, 1929, in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd.2., Leiden 1971, S. 321 f. 大野達司・山崎充彦訳「ヴァイマル憲法による比例代表選挙における平等 [法律鑑定]」同訳『ヴァイマル憲法における自由と形式』(風行社, 2007年) 所収134-135頁, および同訳書273-277頁の「訳者あとがき」を参照。vgl. auch Wenner, a. a. O. [Anm. 9], S. 29-35.

40) バイエルン党判決は、なぜ「選挙の統合機能」が5%阻止条項を正当化するのかについて、SSW 判決がすでに判断したとするが (BVerfGE 6, 84 [94 f.]), SSW 判決には、とくにそのような叙述は見当たらない。

41) Martin Morlok, *Demokratie und Wahlen*, in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2, Tübingen 2001, S. 589.

いると考えるべきであろう⁴²⁾。ところが、基本議席条項が争点となった本判決では、阻止条項を**事由 b**により基礎づける一方で、阻止条項の緩和機能を有する基本議席条項を「活動力と統合との間の調整の手段」と位置付けて、**事由 a**の観点から正当化した (BVerfGE 95, 408 [424])。つまり本判決における「統合」とは、バイエルン党判決におけるそれとは異なり、「政治的諸勢力の統合の過程としての選挙の機能を保持し、国民の中にある重要な要求を国民代表から排除することを妨げないことを追求する」(ebenda, 419 f.) という意味での、いわば「多様な民意の反映を通じた統合」が念頭に置かれているのである⁴³⁾。この場合も、一方で阻止条項を「民意の集中を通じた統合」、他方で基本議席条項を「多様な民意の反映を通じた統合」という振り分けは可能であるが、「統合」というマジック・ワードが恣意的に使われている感は否めない⁴⁴⁾。

このような**事由 a**の難点から結局のところ、すでに SSW 判決が指摘していた**事由 b**の「議会の活動力の保護」こそが、連邦憲法裁が一貫して重視してきた立法目的の本丸とみてよいだろう。曖昧な**事由 a**に比べれば、**事由 b**を重要な法益とみること自体は困難なことではないからである。し

42) しかし、「民意の集中による統合」という点では、阻止条項の下でも破片政党が存続し(理由はいくつかあろうが、連邦議会もしくは欧州議会選挙の得票率0.5%または州議会得票率1.0%で選挙戦費用補償を受ける点 [政党法18条4項] も一因であろう)、一定の得票を確保し続けている点で、統合という観点からの阻止条項の立法事実は揺らいでいる。

43) 同判決における「統合過程としての性格」についての理解について、vgl. Heinzen, a. a. O. (Anm. 38), S. 748; Pauly, a. a. O. (Anm. 22), S. 260-262. 山本・前掲(註23) 432頁も参照。

44) 基本議席条項が、小選挙区制の選挙区での3議席獲得というハードルを設ける制度である以上、「多様な民意の反映を通じた統合」で説明すべきなのは疑問が残る。むしろ、ドイツ統一後最初の連邦議会選挙で旧東側に5%阻止条項を一律に適用することを違憲と判断した1990年の選挙法条約判決 (BVerfGE 82, 322)こそ、「多様な民意の反映を通じた統合」論の登場場面であったと思われるが、しかし、そこでは「議会の活動能力」論しか言及されていない(当該事件につき、岡田俊幸「第一回統一ドイツ選挙と『選挙条約』判決」法と民主主義255号 [1991年] 47頁以下、苗村辰弥「両独統一後の連邦議会議員選挙と選挙法上の阻止条項」九大法学64巻 (1992年) 297頁以下の紹介も参照)。

かし、バイエルン党判決における「議会の活動力」の意義に関する以下のような敷衍 (BVerfGE 6, 84 [92]) には、問題が含まれていると思われる。

「国民の中の政治的諸見解を忠実に比例した反映を徹底する場合、多数派形成を困難にしまは妨げかねない小集団への国民代表の分解が生じてしまう。大政党は、あらかじめ多様な国民階級やその諸要求間の調整を行っているので、議会内での協働作業を容易にする。無制約な比例性は、このような小集団が公益 (Gemeinwohl) を志向した政治的綱領を説かず一面的な利害 (einseitiges Interesse) のみを本質的に主張するような議会内代表を獲得する可能性を生み出してしまうだろう。しかし、公益への責任を自覚する明確な議会内多数派が、対内的にも対外的にも活動力ある政府の形成にとって必要なのである。」

このような民主主義観・代表観に対しては、① 大政党の政策は「公益」志向なのに対して小規模政党は頑迷な自己利害のみを主張するというイメージは一面的である、② 現代の代表観の下では、議員・政党が支持母体の利益 (Interesse) を表出することを肯定的に捉える余地は十分にある (後述、第Ⅱ章2(4)参照)、③ 仮に「公益」志向でないという理由から「利益政党」の排除が許されるなら、連邦選挙法が「民族的マイノリティ政党」 (Partei nationaler Minderheit) を阻止条項の適用除外とした (6条6項2文) こととの整合性が問われる、といった批判が可能であろう。③の批判に関連して問題になるのは、連邦憲法裁自身が SWW 判決において、「破片政党とは、僅かな得票でかつ地域的重要性を有しない政党のこと」 (BVerfGE 1, 208 [210] (Leitsatz 10c). 傍点は大稿筆者) という定義の下、同じ得票率5%以下でも、一定地域の小選挙区で勝てる政党と、「地域的重要性を持たず、各選挙区のさまざまな地域から得票を得ている」政党 (ebenda, 252) との区別を語っている点である。連邦憲法裁は、こうした区別には「地域に限定された選挙区において強く代表される政党は、全国に分散した票を集めなければならない政党よりも代表される価値が高い」という、かつての多数代表選挙法の時代の思考が影響している」 (ebenda,

252) のだと説明する⁴⁵⁾ (このような認識が、小選挙区 3 議席で当選した政党を阻止条項の適用除外とする基本議席条項の正当化の背景にもある)。しかし、民族政党や地域政党は常に、バイエルン党判決がいう「公益」志向の政党だといえるのか。それとも、民族的マイノリティや地域性の保護は、代表の「公益」志向性よりも優位する憲法的価値を有するという説明になるのか。こうした疑問への回答は、連邦憲法裁の判決群からは見出しにくい。

最も問われるべきは、阻止条項が「決定能力ある議会」をもたらすという論理を裏付ける立法事実の存在の有無である。この点については、①すでに1949年以降、政党の集中化が進行しており新規参入可能な政党の新設は困難であったこと⁴⁶⁾、②戦後政治の中で大政党が分裂に至らなかったのは阻止条項の力ではないこと⁴⁷⁾、などの理由からの疑義も提示されてきた。そうした批判的論者からすれば、1990年代以前の時期においてすでに、「議会の活動能力の保護」という観点からの阻止条項の憲法的正当化についても自明のものではなかったのである。

(4) 立法目的と手段の合理性・必要性 (テーゼ④)

「別異取扱いを行う規定は、その目的追求のための合理性および必要性を有するものでなければならない (バイエルン党判決 [94]; 欧州阻止条項79年決定 [236] ……)。したがって、当該規定に許容される程度は、この——平等な——選挙権がいかなる強度で侵害されているかにも応じたものになる。同様に、確立した法核心と法実践も重要性を有する (SSW 判決 [249]; 選挙法条約判決 [338] ……)。」

前述したように、SSW 判決における憲法適合性審査で決定的意味を有

45) auch Leibholz, Sperrklauseln und Unterschriftsquoren, a. a. O. [Anm. 26], S. 48. このような地域代表観が、ライブホルツの代表観や政党国家観とどう接合するのか、興味深い点ではある。

46) Meyer, a. a. O. (Anm. 26), Rn. 41.

47) z. B. Dieter Grimm, Politische Parteien, in: E. Benda u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., Berlin/New York 1994, Rn. 43 f.

したのは、「やむを得ない事由」の有無というよりは、「現時点における一般的な法確信」であった。また、バイエルン党判決は、選挙法制における立法裁量の狭さを承認するものの、それは「裁判所は当該裁量枠内で立法者が見出した解決策が合目的か否か、あるいは立法政策的に望ましいか否かを審査してはならない」ことを強調するための、前置き程度の役割にとどまっている (BVerfGE 6, 84 [94])。たしかに、バイエルン党判決は、「憲法裁が選挙法制の規定について平等選挙違反を理由に無効と宣言するのは、当該規律が国家生活の麻痺を防ぐといった目標に向けられていない場合や、当該規律がその目標の達成のために必要な程度を越える場合に限られる」と述べ、目的と手段との合理性・必要性の基準を一応は提示している (ebenda, 94)。しかし、実際に5%阻止条項の必要性の審査を行った形跡は判決文には表れておらず、いうなれば「一般的・抽象的に」阻止条項の必要性が導き出されている。

しかし、基本議席条項判決では、「別異取扱いの規定は、その目的追求のために合理的かつ必要なものでなければならない」という、よりクリアーな定式化の下、選挙権の平等に対する侵害強度に基づく比例審査の採用を宣言するに至っている。この説示の直後に「同様に、確立した法的確信と法実践も意味を持ちうる」と述べるなど、なおSSW判決の桎梏を脱しきれているわけではないが、ここにおいては阻止条項に対する違憲審査の枠組みの「一般的平等原則の審査の際のいわゆる『新公式』への接近」ないしは「『新公式』への準拠」⁴⁸⁾が確認できるといえる。

48) 前者は、Trute, a. a. O. (Anm. 37), Rn. 54. 後者は、Pauly, a. a. O. (Anm. 22), S. 252. 「恣意の禁止」から「新定式」への連邦憲法裁の態度変化については、井上典之「平等保障の裁判の実現(2)(3)」神戸法学雑誌46巻1号127頁以下、同4号(1997年)693頁以下参照。1980年の判決以降 (BVerfGE 55, 72) の第1法廷が、平等原則の審査基準における従来の「恣意の禁止」に基づく明白性のコントロール (Evidenzkontrolle) の段階を脱し、侵害の程度や性質に応じて明白性のコントロールと厳格な比例審査とに振り分ける「新定式」の時代に入ったのに対して、阻止条項の審理の舞台である第2法廷では、そうした転換姿勢はなお明確ではないという指摘 (嶋崎健太郎「性同一性障害者の年齢による名の変更制限と平等条項」ドイツの憲法判例II 73頁文末註 [8]) もある。

(5) 立法者の評価・予測の現実政治的志向と状況依存的性格（テーゼ⑤）

「立法者は、自身による評価と判断の際には、抽象的に構成された事実内容ではなく、政治的現実に向きづけられていなければならない（SSW 判決 [249] ……）。」

このテーゼ⑤と密接に関連する説示として、SSW 判決は次のような注目すべき見解を残していた（BVerfGE 1, 208 [259]）。

「連邦憲法裁判所の判決は政治的現実に適応されるものであり、憲法裁は、判決が効果を及ぼす政治の枠組みに無配慮ではならぬ。ここで問われているのは、抽象的な選挙法制ではなく、特定の時点における特定の国での具体的な選挙の法律なのである。……ある時点の、ある国については正当化されえた選挙法の規定が、別の国や別の時点では正当化されないこともありうる。」

つまり、連邦憲法裁の判断は係争事案の政治文脈に規定されるがゆえに、当該文脈の変化に応じて判断もまた変化することを、この阻止条項のリーディング・ケースがすでに明言しているのである。その際に意識しておくべきは、SSW 判決においては、この説示は、(2)で既述した「法的確信」の議論と強く結びついていたという点である。SSW 判決は、「最低得票率 5%」という値を「法的確信」とすることで、自らが課した「やむを得ない事由」の有無という厳格なハードルを容易に突破することを可能にし、かつ他方、それを上回る最低得票率がほぼ必定的に違憲となる枠組みを設定していた。その際、「政治的現実」とその「将来の事情変化」という説明は、「法的確信」という抽象的なマジック・ワード⁴⁹⁾に、より具体的な形相を与えることに貢献したといえる。しかしながら、そのことで、「法的確信」——尾吹善人や高田篤によれば、それは「社会通念」と同義である⁵⁰⁾——の援用は、ますます既成事実追認の大義名分の側面が強く

49) この点の問題性も、前掲（註35）で触れた。

50) 尾吹・前掲（註16）、高田・前掲（註16）86頁、また、「実は、比例代表制の加味の程」

なってくる。その結果、「非常にアド・ホックなものであり、その判決理由とともに、論理一貫性を見出し難い」⁵¹⁾ という批判を被ることになる。

とはいえ、まさに、そうした状況依存的性格が具体的事案解決の際には好都合であったのだろう。SSW 判決の上記説示は、その後の事案でも、たびたび援用され、その際の結論づけにとって、いわば「置碁」のような効果を発揮していく。例えば、1990年の選挙法条約判決は、この説示を引きながら (BVerfGE 82, 322 [338 f.]), ドイツ統一という特殊事情に即応した判断の必要性を強調したのであった。そして、この事案での連邦憲法裁は、80年代以降の判例から登場してくる「立法府の改善義務」という議論を、このテーゼ⑤に接続させていくのである。

3 小 括

以上、1997年の基本議席条項判決から「阻止条項の法理」を5つのテーゼとして抽出することで、近年の憲法裁の審査姿勢の変化を測定する「ものさし」を獲得した (かかる目的のため、SSW 判決以降の判例群の個別の文脈や各判決の微妙なニュアンスは捨象して論じた)。とはいえ、SSW 判決から基本議席条項判決までに40年以上が経過しており、同じテーゼを語るにしても説示の文体に彫琢がみられる。それにつれて、一般的方向性としては、高田篤の2000年の論攷が評するように、90年代後半の連邦憲法裁は、平等選挙・政党の機会均等の観点からの選挙法制・政党法制に関する「判例の

↘度、方法についての社会通念と同じものであり、問題は、実は『代表』原理の適用にあつて、『平等』原則の適用にない」という尾吹の分析 (尾吹・前掲 [註16] 35頁) も示唆に富む。

51) 高田・前掲 (註16) 88頁。SSW 判決の事案の本質は、もともとの5%条項の下では議席を獲得していたデンマーク系少数民族政党 SSW が最低得票率7.5%への引き上げにより議会から排除されたことの当否であった。ゆえに、判決自身は法改正における SSW に対する「狙い撃ち」の意図を否定はしているが (BVerfGE 1, 208 [238 f.]), しかし、高田篤の分析するように、「実際の判断では、州議会内多数派の恣意性が多分に問題とされている」(高田・前掲 [註16] 87頁)。

論理は次第に緻密化」し「厳格審査の内実を高めていった」といえよう⁵²⁾。とはいえ、本章の検討からもわかるように、こと阻止条項の審査の内実に限っていうなら、「このような態度からの遺憾な逸脱がみられる」とする H. マイヤーが2005年の時点でなお堅持していた評価⁵³⁾が妥当すると思われる。その一例が、5%を最低得票率に設定する阻止条項を「一般的な法確信」にてらして正当化する SSW 判決の枠組みが、基本議席条項判決においても——同判決の実際の判断にとっての役割は大きくはないとしても——残存している点である。SSW 判決は、5%という設定が連邦や州で一般的に採用されている事実を根拠に、5%という数値を「一般的な法確信」であると説明する。だが、議会内多数派が自己に有利に設定した得票率の既成事実を「一般的な法確信」に格上げしたことの妥当性は問われるところである⁵⁴⁾。

第 II 章 判例の新たな展開(1)——自治体阻止条項08年判決

本稿冒頭で言及したように、2008年2月13日の連邦憲法裁第2法廷判決 (BVerfGE 120, 82. 本章内に限り「08年判決」と略記する) は、「阻止条項の法理」の展開にとっての重要な契機となったものであり、続く欧州議会阻止条項二判決でも繰り返し参照指示されることになる、「阻止条項の法理」の現段階での到達点である。08年判決は、1957年の自治体阻止条項57年判決 (BVerfGE 6, 104) の判断を変更し、シュレスヴィヒ＝ホルシュタイン州 (以下、SH 州) が自治体議会選挙に設けていた5%阻止条項を違憲と判断した。そこで、この判決で提示された判断枠組みと、前章で整理した従

52) 高田・前掲(註19) 304-309頁。高田は、かかる判例の進展を、連邦憲法裁による「規範衝突」(Normenkonflikt) 回避の試みという規範科学的な観点(その意味と意義は、同 279-284, 310-112頁) から分析する。

53) Hans Meyer, Demokratische Wahl und Wahlsystem, in: Isensee/Kirchhof, a. a. O. (Anm. 26), §45, 39.

54) vgl. Meyer, a. a. O. (Anm. 53), Rn. 39. この点、後述、第II章3(1)で触れる。

来の「阻止条項の法理」との異同を確認するのが、ここでの課題になる。

1 阻止条項の環境変化

前章でみてきた連邦憲法裁の合憲判断に支えられて、1980年代までの5%阻止条項は、一部の根強い批判はあったにせよ、学説・実務の安定した承認を得ていた。阻止条項を対象にした1985年刊のモノグラフィーは、「圧倒的通説は、ほぼ独自の理由づけなしに連邦憲法裁判所にならっている」と評している⁵⁵⁾。しかし、それ以降、阻止条項をとりまく政治的環境に変化が生ずる。その第1の契機は、1990年のドイツ統一である。東西統一後の旧東独州への西独型選挙制度の適用問題は、阻止条項と基本議席条項の憲法適合性の議論を、再び連邦憲法裁に投げかけることになった。同年の選挙法条約判決は、5%阻止条項の旧東独州への適用除外を求めることで、一回的・地域限定的とはいえ連邦議会選挙における5%阻止条項の壁を崩したのである。もちろんそれはドイツ統一という特殊事情への「過渡的な」判断であるが、まさに「過渡的」な事案が可視化されたことで、阻止条項の法理の政治状況への大きな依存性が、あらためて明確になったともいえよう。また、基本議席条項に対する合憲判断も、「最低得票率5%」が普遍の公理ではないことを再認識させたといえる。

第2の、より本質的な要因として、80年代以降の有権者の政党に対する選好の変動が挙げられる。=CDU/CSU と SPD という二大「国民政党」が得票率を落とし⁵⁶⁾、その分、棄権票となるか、さもなくば新規参入政党への票に流れる。その結果として1980年代に緑の党(91年より同盟90/緑[Bündnis90/Die Grünen])が、1990年代にはPDS(2007年にWASGとの合併により左翼党[Die Linke])が5%条項を突破し、それぞれ欧州、連邦、州、

55) Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 137, FN. 2.

56) その後も二大政党の支持率・組織率の低下は進行し、たびたび学問的検証の対象になってきた。近年の分析として、vgl. z. B. Peter Lösche, „Ende der Volkspartei“, APuZ 51/2009, S. 6 ff.; Eckhard Jesse, Der Ausgang der Bundestagswahl 2013, S. 382–384.

自治体の議会への進出を果たした。近年の「ドイツのための別の途」(AfD) の躍進も周知のとおりである⁵⁷⁾。こうして、二大「国民党」ブロックと第三極の自由民主党 (FDP) が連立を組替える従来の「2.5党制」は、いまや「流動的 5 党制」(CDU/CSU, SPD, FDP [またはAfD], 同盟90/緑, 左翼党) へと変化した⁵⁸⁾。加えて、州や自治体レベルでは——盛衰はあるものの——極右・ドイツ国家民主党 (NPD) やインターネットを活動基盤とする海賊党 (Piraten) も 5% 阻止条項を突破している。それほどに有権者の投票行動が大きく分散化・流動化しているのであり、その結果、5% 阻止条項を突破できない政党・有権者連合の数も増え、こうした小政党・新参政党を排除する阻止条項の壁 (有権者の側からすれば、自分の一票を「紙屑」にする阻止条項の役割) があらためて可視化されることになった。80年代においては、「阻止条項にひっかかった政党は……多いときで 7% (57年) である」⁵⁹⁾ という数字が阻止条項の負の側面として指摘されていた。それが、2013年連邦議会選挙においては、第 2 票得票率 5% 以下で議席を獲得できなかった政党・有権者連合の合計得票率は 15.7% にまで増加している⁶⁰⁾。すなわち、いまや約 680 万の有権者の投票が阻止条項によっ

57) AfD は、2014年以降の州議会選挙の全てにおいて 5% 条項をクリアーし (ザクセン [8月31日]=9.6%, ブランデンブルグ [9月14日]=12.6%, チューリンゲン [同]=10.6%, ハンブルグ [2015年2月15日]=6.1%), 議席を確保している。

58) 「流動的 5 党制」(fluides Parteiensystem) というタームは、vgl. Oskar Niedermayer, Das deutsche Parteiensystem nach der Bundestagswahl 2009, in: ders. (Hrsg.), Die Parteien nach der Bundestagswahl 2009, Wiesbaden 2011, S. 34. 近時のドイツの政党状況について、中川洋一「2012年ドイツ・ノルトライン・ヴェストファーレン州選挙と連邦政治への影響」立命館国際地域研究39号 (2014年) 180-185頁も参照。とくにリベラル・左派政党の動向については、小野一『現代ドイツ政党政治の変容』(吉田書店, 2012年) 等も参照。こうした政治状況の変容を背景とした選挙制度改革論は、第IV章で触れる。

59) 水島・前掲 (註8) 30頁。

60) ただし、ここまで比率が上がってしまったのは、FDP 4.8%, AfD 4.7%と、いずれも 5% に僅差で及ばずに共倒れになったからでもある。2002年以降の連邦議会選挙における政党別の第 2 票得票率と議席の推移は以下のとおりである (連邦選挙管理官 [Bundeswahlleiter] の公表データを基に作成)。 ↗

て議席獲得票から排除されているのである。

2 自治体阻止条項08年判決の沿革と検討

(1) 事件の背景事情⁶¹⁾

1で指摘した阻止条項一般の動揺がもっとも顕著に表れたのが、自治体議会(さしあたり市町村会・郡会に加えて、都市州の区議会を含む)の選挙法であった。08年判決の背景事情として、この点を説明しておこう。そもそも自治体議会の阻止条項の場合、連邦議会・州議会のそれとはいささか事情が異なっていた。旧西ドイツでもバーデン＝ヴュルテンベルクとニーダー

	2002年選挙		2005年選挙		2009年選挙		2013年選挙	
	第2票得票率	議席数(超過議席)	第2票得票率	議席数(超過議席)	第2票得票率	議席数(超過議席)	第2票得票率	議席数(超過議席:調整議席)
CDU	29.5%	190(1)	27.8%	180(7)	27.3%	194(21)	34.1%	255(4:13)
CSU	9.0%	58	7.4%	46	6.5%	45(3)	7.4%	56
SPD	38.5%	251(4)	34.2%	222(9)	23.0%	146	25.7%	193(0:10)
FDP	7.4%	47	9.8%	61	14.6%	93	4.8%	0
B90/Gr.	8.6%	55	8.1%	51	10.7%	68	8.4%	63(0:2)
LINKE (旧 PDS)	4.0%	2(基本議席条項で獲得)	8.7%	54	11.9%	76	8.6%	64(0:4)
AfD	-	-	-	-	-	-	4.7%	0
PIRATEN	-	-	-	-	2.0%	0	2.2%	0
NPD	0.4%	0	1.6%		1.5%		1.3%	0
諸派	2.6%	0	2.4%	0	2.5%	0	2.7%	0
計		603(5)		614(16)		622(24)		631(4:29)

61) 本節(1)の記述につき、vgl. Hans Herbert von Arnim, Die Unhaltbarkeit der Fünfprozentklausel bei Kommunalwahlen nach der Reform der Kommunalverfassungen, in: P. Kirchhof, u. a. (Hrsg.), Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 453 ff.; Thomas Puhl, Die 5%-Sperrklausel im Kommunalwahlrecht auf dem Rückzug, in: O. Depenheuer, u. a. (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, S. 441 ff.

ザクセンは一貫して自治体選挙に阻止条項を置いてこなかったし、バイエルンも1952年の州憲法裁の違憲判決 (BayVGHE n. F. Bd. 5, Teil II, 66) の後に阻止条項を撤廃していた。しかし、1957年に連邦憲法裁が「自治行政の機能不全なき職務の保障」に正当化事由を認めてノルトライン＝ヴェストファーレン (以下、NRW) 州の自治体阻止条項を合憲と判断したため (BVerfGE 6, 104)⁶²⁾、少なくとも5%を上限とする範囲での阻止条項の設置は各州の立法裁量だとする理解が定着していった。

しかし、1990年代以降、状況に変化が生ずる。統一後の新州のうちブランデンブルク、ザクセン、ザクセン＝アンハルトの自治体選挙法は、阻止条項を採用しなかった。また、90年代の自治体機構改革の中で、市長公選制が全州で、郡長公選制もほとんどの州で実現することになった⁶³⁾。これに伴う自治体代議機関の機能変化を理由に、1999年にNRW州、2000年にメクレンブルク＝フォアポメルンの5%阻止条項が、それぞれの州裁判所で違憲と判断された。これらの州の動きがヘッセンにおける阻止条項撤廃を招き (1999年)、またハンブルク (2004年) やブレーメンの飛び地管轄となっているブレマーハーフェン市 (2006年) のように、州憲法裁判所の合憲判断に対抗した州民投票によって阻止条項が撤廃される州も出てきた。こうして、2007年段階では、ザールラント、SH、ラインラント＝プファルツ、チューリッゲンの4州と、都市州のブレーメン (ブレマーハーフェン市以外)、ベルリン、ハンブルクのみが阻止条項を存続させており (ただしラインラント＝プファルツは最低得票率を3.03%に引下げており、ベルリン区議会選も州憲法裁判所の違憲判断を受けて3%に引き下げていた)、各州の対応は分れるものの、必ずしも阻止条項が必置という状況ではなくなっていたのである。

62) この判決で連邦憲法裁が、連邦議会・州議会の判断枠組みを単純に転用した点への批判として、Frowein, a. a. O. (Anm. 22), S. 78 f.

63) 1990年代の自治体統治構造改革については、片木淳「ドイツの地方議会と直接民主制」比較地方自治研究会平成16年度報告書『欧米における地方議会の制度と運用』(CLAIR, 2005) 55-59頁以下参照。ドイツの自治体統治構造 (Kommunalverfassung) の概観は、vgl. Klaus Lange, Kommunalrecht, Tübingen 2013, Kap. 3.

首長公選制の導入に加えて、自治体議会選挙における分割投票 (Panaschieren)・累積投票 (Kumulieren) の普及も阻止条項の存在意義を揺るがしている⁶⁴⁾。低得票率の政党を排除する阻止条項は拘束名簿式とは親和的であっても、名簿横断的に候補者への投票が可能になる累積制・分割制とは必ずしも調和的な制度ではない。ラインラント＝プファルツにおける1998年の阻止条項の3.03%への緩和も、分割・累積投票制の採用が契機となっている⁶⁵⁾。こうして、学説では自治体選挙阻止条項を支える「やむを得ない理由」の不在ないし喪失を説く論者が増えつつあった⁶⁶⁾。

(2) 判決の要旨

(1)で確認できたように、SH州の同盟90/緑と左翼党が機関争訟を申立てた時点で、すでに多くの州が自治体選挙に阻止条項を設けておらず、連邦憲法裁判にとって違憲判断を導きやすい環境が整っていたといえる。それでも、上述のように各州の憲法裁判での判断は分かれていた⁶⁷⁾。また、判決直前の2008年1月14日には連邦憲法裁判第2法廷第3部の部決定で、ハンブルグの区議会の5%阻止条項に対する憲法異議が不適法却下されている (BVerfG, Beschl. v. 14. 1. 2008, Az. 2 BvR 1975/07)⁶⁸⁾。こうしたこともあり、

64) 有権者に複数票を与えて名簿横断の分割投票を認める場合、名簿に登録された特定の候補者への累積投票も認めることが多いが、SH州のみは、これを認めていない。連邦16州の自治体議会のうち、分割投票の採用は14州 (ベルリン, NRW, ザールラント以外)、累積投票の採用は13州 (ベルリン, NRW, ザールラント, SH) となる。vgl. Lange, a. a. O. (Anm. 63), Kap. 4, Rn. 29.

65) vgl. von Arnim, a. a. o. (Anm. 61), S. 456 f.

66) z. B. Meyer, a. a. O. (Anm. 26), 46, Rn. 42; Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 195-211; von Arnim, a. a. O. (Anm. 61), S. 453 ff.; Puhl, a. a. O. (Anm. 61), S. 452-257.

67) 実体判断として5%阻止条項を違憲としたのはバイエルンとベルリンの2件。改善義務の存在を確認したのはNRWとメクレンブルク＝フォアポメルンの2件。合憲判決はハンブルク、プレーメン、ザールラントの3件 (vgl. Puhl, a. a. O. [Anm. 61], S. 445)。

68) ハンブルクでは2004年6月に、区議会選挙への阻止条項の撤廃を内容とする法律が住民投票の多数で可決されたにもかかわらず、ハンブルク市会は2006年に法改正を行い、再び阻止条項を設けてしまった。ハンブルク憲法裁判所も、98年に同裁判所が下した合憲判決に拠りつつ、これを合憲とした (HVerfG, Urt. v. 27. 4. 2007 - HVerfG 4/06)。そこで、

2月25日の連邦憲法裁の判決に注目が集まっていた。

08年判決の判断を辿っていこう。判決は、従来の「阻止条項の法理」を確認した後 (BVerfGE 120, 82 [102-109]), 具体的な審査手段についても、やはり先例の枠組みに沿い、憲法裁が「5%阻止条項の審査に係る事実上・法律上の全ての観点を自ら検討し相互に衡量することはできない」と立法者の形成余地の尊重を説く (ebenda, 113)。しかし、続いて判決は、阻止条項の設置の基盤となる「破片政党の議会進出の蓋然性 (Wahrscheinlichkeit)⁶⁹⁾、破片政党により将来的に予期されうる機能障害、および自治体議会の任務遂行に対する当該障害の重大性」についての予測判断の際には、「立法者は、毀損の純理論的な可能性の認定にとどまることは許されない」と述べ (ebenda, 113), 立法裁量を収縮させる方向へ舵を切る。

「……5%条項の撤廃により小政党や選挙人団体の自治体代議機関への進出を容易にし、それにより当該機関での意思形成を困難にするという一般的・抽象的な主張は、平等選挙と政党の機会均等の原則への侵害を正当化するものではない。ある程度の蓋然性をもって (mit einiger Wahrscheinlichkeit) 予期されうる自治体代議機関の活動能力の毀損のみが、5%阻止条項を正当化するのである」。(ebenda, 114 [下線は本稿筆者])

ㄨ一部市民が連邦憲法裁判所に基本法3条1項の平等原則違反を理由に憲法異議を申し立てたのが本件である。連邦憲法裁の却下理由は、① 連邦憲法裁への憲法異議は連邦の選挙および、基本法38条1項1文・28条1項1文の適用領域に関わらない選挙に関するものに限定され、州・自治体レベルでの平等選挙違反の異議は州憲法裁に提訴されるべきである (1999年の第2法廷決定 [BVerfGE 99, 1] の判断に拠る [99年決定については本稿第1章2(1)も参照]), ② ハンブルク区議会は「直接的な州行政の組織」であるゆえに、公務職員代表、裁判官代表、労働者代表の選挙や社会保険法上の運用団体や学術団体の選挙とは異なり、一般的な平等原則から導かれる平等選挙原則が妥当しないというものであった (BVerfG, Beschl. v. 14. 1. 2008, 2 BvR 1975/07)。この判決の検討として、Markus Krajewski, Kommunalwahlrechtliche Sperrklauseln im föderativen System, DÖV 2008, S. 345 ff.

69) このように警察法学の危険防除の領域で形成されてきた判断枠組みが、選挙制度の問題に転用されている点は興味深い、その妥当性も含めて今後の検討課題としたい。

このような基準に照らして判決は、SH 州市町村規則に規律された自治体機構の法構造を検討した上で、「シュレスヴィヒ=ホルシュタインにおける市町村議会の活動能力の維持のために5%条項を存置する十分な理由は見当たらない」という結論に至る (ebenda, 115. f)。なぜならば、「専任職としての市町村長 (hauptamtlicher Bürgermeister) 並びに郡長 (Landrat) の直接公選の導入をもって、シュレスヴィヒ=ホルシュタインの自治体選挙で5%条項の正当化をこれまで支えていた中心的要素は消滅した」のであり、首長の直接公選は「すでに広い規模で、市町村議会における多数派関係に左右されずに、機能性ある市町村行政を保障している」からである (ebenda, 116 f)。この点につき、被告 SH 州議会は、首長が公選で民主的正当性を強めたからこそ、権力バランスの維持のためにも安定した議会が必要なのだと主張していたが (ebenda, 93)、これを08年判決は、破片政党の進出による自治体議会の意思形成の困難という「一般的・抽象的な主張は、平等選挙の原則および政党の機会均等の原則侵害を正当化しない」 (ebenda, 114) と一蹴する。また、判決の理解では、SH 州の市町村規則・群規則が市長・郡長の任期 (6年~8年の範囲内で条例で定める) と市町村会・郡会の任期 (5年) とを異なるものにした時点で、首長と議会与党との間に政党勢力上の「ねじれ」は想定しており、その場合には、首長と議会は協働すべきで、またそれは可能であると判断した (ebenda, 117)。さらに判決は、議会の予測判断の憲法適合性は原則としてSH 州の具体的状況に即して判断されるべきだが、しかし「5%条項を持たない他の州でなされた経験を予測判断の際に、まったく考慮から外しうるものでもない」と述べる。これらの州と自治体統治機構、自治体選挙法、政党勢力図、市民的参加の状況などの点で比較しても「阻止条項を根拠づける本質的な相違は……今日もはや確認できない」と——その際、阻止条項を廃止した州で自治体選挙での立候補者の数や議席獲得政党の数が増加した証拠はないとする、E. ホルトマン (ハレ=ヴィッテンベルク教授・政治学) の口頭弁論

陳述が採用されている——判決は結論づけている (ebenda, 122-123)。

(3) 連邦憲法裁の「現実重視姿勢」

前章で確認済みのように、連邦憲法裁の「阻止条項の法理」は、現実の政治状況に依存したものである。ゆえに事情変化に基づく判断変更は不自然なことではない。実際に、本判決の説示も——後述のように重要な新機軸が内包されているとはいえ、文面上は——先例が形成してきたテーゼを（とくに1997年の第2次超過議席判決 [BVerfGE 95, 335]）を多く参照指示しながら）忠実になぞっている（SSW 判決の「法的確信」論すら踏襲している）。その限りで問題となるのは、立法事実を支える事情変化に対する連邦憲法裁の認定の当否についてのみである。この点でいえば、既述のように、自治体阻止条項を支える立法事実が喪失しつつあった以上、こうした現実をきちんと踏まえた判断を08年判決は下したと評しうる。このように評価するならば、08年判決にみられる連邦憲法裁の「現実重視姿勢」を先取りするものとして、NRW 州の自治体阻止条項について州憲法裁が下した1994年⁷⁰⁾と1999年の判決⁷¹⁾も、一瞥に値しよう。とくに、99年の判決は、以下のように、立法者の予測判断に実証的性格を強く求めている。

「立法者は、阻止条項がなければ比例代表選挙は小規模政党・有権者グループの躍進を促進するだろうという、[それ自体は] 適切な確認にとどまっていたはならない。自治体代議体において党派・グループの範囲拡大が効果を持つと、たいていは意見形成がより遅延するというのは、その確認と結びついた、極めてあり得る衡量であるが、これでは十分ではない。このような意見形成の遅さと、機能障害もしくは機能不全とを立法者は同一視してはならない。むしろ、自治体代議体の活動能力が危機にあるとみなしうる前に、さらに突っ込んだ確認がなされなければならない。……

70) VerGHG NW, Urt. v. 29. 9. 1994 - VerGH NW 7/94, NVwZ 1995, S. 579.

71) VerGHG NW, Urt. v. 6. 7. 1999 - VerGH NW 14/98 u. 15/98, DVBl 1999, S. 1271. 判決の評釈として、Hubert Meyer, Anmerkung, DVBl 1999, S. 1276 ff.

5%阻止条項の撤廃が、自治体議会の活動能力を危殆せしめるという被告〔= NRW 州議会〕の推定は、具体的に予期されうる事実上の展開についての憲法上の要請を充たす、是認可能な (nachvollziehbar) 予測に依拠したものではない。被告は、不当にも、活動能力の毀損の抽象的、理論的な可能性で満足した。このような可能性は排除されえないとしても、阻止条項を維持する『やむを得ない事由』を充たすだけの十分な根拠を充たしてはいない。」(DVBl 1999, S. 1271 [1273]. 鍵括弧内は本稿筆者)

また、この判決は、バイエルンやバーデン＝ヴュルテンベルクのような阻止条項のない州は分割・累積投票制を採用しており、拘束名簿式の二票制を採用する NRW 州とは事情が異なるという被告側の主張も、比例代表制を採用している点では両者に違いはないとしてこのような主張を斥けている (ebenda, S. 1275)。

ここで問題となるのは、この NRW 州判決のように阻止条項の立法事実の判断として、他州の自治体の法構造や政治状況を考慮すべきか否かである⁷²⁾。同判決とは異なり、2003年の連邦憲法裁決定 (事案の詳細は後述3(2)) は、その傍論部分で、阻止条項の維持の判断には、「他の諸州が自治体議会の能力をどう判断し、これにつき、どのような法的対応を講じたかは原則として重要ではない」としていた (BVerfGE 107, 286 [295 f.])。しかし、この点については、M. クライエヴスキーの所説に依拠して⁷³⁾、次のような基準による判断が可能かと思われる。すなわち、原則としては、立法者の予測にとって重要なのは州固有の自治体の法的・政治的現実であり、自州の特殊性——例えば、SH 州の場合はデンマーク系住民を抱え、民族政党 SSW が一定の地歩を築いている——に関する判断の際には、他州を比較せずともよい。しかしながら、破片政党の台頭や自治体議会の機能弱体化のおそれを立法者が評価する場合には——1990年代以降、自治

72) この判決と同じように、メッケルンブルク＝フォアポメルン憲法裁の2000年判決も、他州の経験を重視する (MVLVerfG Urt. v. 10. 10. 2000 - LVerfG 4/99)。

73) Krajewski, a. a. O. [Anm. 68], S. 351 f.

体の統治構造は均一化傾向を示している以上——他の州の経験も踏まえる必要がある。このような立場への連邦憲法裁08年判決の立脚を、クライエヴスキーは以下の説示 (BVerfGE 120, 82 [123]) から読み取っている。

「阻止条項の基礎づけにとつて、自治体構造の本質的相違は——自治体統治構造の多くの相違にもかかわらず——今日もはや確認できない (……)。むしろ、新規加盟州のほぼ全ての自治体統治構造改革以降、自治体統治機構の基本的な一致が存在する (……)。したがって、自治体議会の活動能力が5%阻止条項なくしては著しく制約されるという予測の評価にとつては、5%阻止条項を有しない他の諸州で自治体議会の活動能力の深刻な障害が確認されていないという事実も重要な役割を果たす (……)。」

(4) 判決における政治的現実の誤認? ——ボグミルらの自治体阻止条項必要論

しかしながら、このような NRW 州憲法裁の99年判決や連邦憲法裁の08年判決にみられる「現実重視姿勢」に対しては、実証的にみれば不正確な「現実」に依拠したものと批判する J. ボグミルらの研究もある⁷⁴⁾。ボグミルらは、G. レームブルッフの融和型民主制 (Konkordanzdemokratie) / 対決型民主制 (Konkurrenzdemokratie) の区分⁷⁵⁾をドイツ各州の自治体に当てはめ、例えばバーデン＝ヴュルテンベルク州の自治体を前者の融和型、NRW 州の自治体の多くを——NRW 州には大都市が多いこともあり——後者の対決型として分類する⁷⁶⁾。対決型の自治体においては議会内の政党対立が激しく、融和型民主制に比べると、議会に対する首長の地位

74) Jörg Bogumil/Stephan Grohs/Lars Holtkamp, Zersplitterte Kommunalparlamente oder Stärkung lokaler Demokratie? Warum die Abschaffung der kommunalen Fünfprozenthürde in Nordrhein-Westfalen ein Fehler war, ZParl 2010, S. 788 ff.

75) さしあたり, Gerhard Lembruch, Konkordanzdemokratie, in: Dieter Nohlen (Hrsg.), Wörterbuch Staat und Politik, 3. Aufl., München/Zürich 1995, S. 350 ff.

76) より詳しくは, vgl. Lars Holtkamp, Parteien und Bürgermeister in der repräsentativen Demokratie, PVS 2006, S. 641 ff.

は弱い。また NRW 州の自治体の少数会派は、拒否権プレーヤーとして存在感を示す一方、交渉を通じての形成力に欠ける。州民へのアンケート結果も、議会の多党化を望まない意見が圧倒的であった。こうした点から、NRW 州では、首長公選制後も議会の安定多数が存在しない事態も想定される以上、首長の掌る行政事務を停滞させないためには、議会の安定多数が不可欠だということである。ボグミルらからすれば、自治体阻止条項08年判決の事実認定はなお抽象的・観念的なものにすぎないのである。かくしてボグミルらは、平等選挙という憲法原理との調整として、最低得票率2.5%での阻止条項の維持を提唱する。NRW 州憲法裁判所の99年判決は州議会の改善義務(後述3(2))違反を認定しただけで阻止条項の撤廃を求めるものではなかったし、連邦憲法裁の08年判決も最低得票率を5%以下に引き下げた場合の憲法適合性には言及していないので、ボグミルの提案のような法改正が憲法裁により合憲とされる可能性も——後に連邦憲法裁が欧州阻止条項の3%阻止条項を違憲と判断するまでの間は——排除されてはいなかったのである。

(5) 「統合過程としての選挙」論の復権? ——ヴェントの自治体阻止条項合憲説

他方、条例制定権や予算承認権などの自治体議会の権限の重要性を強調しながら、その活動能力の維持にとっての阻止条項の不可欠性を説く R. ヴェント——ザールラント大教授ヴェントは、ザールラント州憲法裁判事としてザールラントの自治体阻止条項の合憲判決(SaarlVerGH, Urt. v. 14. 07. 1998 - Lv 4/97)に関与している——の主張も興味深い⁷⁷⁾。なぜならヴェントは、阻止条項の憲法的正当化事由としては重要な役割を果たしてこなかった「統合過程としての選挙の性質の保全」論(前述第I章2(3))を、自

77) 以下のヴェントの所説につき, Rudolf Wendt, Sperrklauseln im Wahlrecht, in: M. Ruffert (Hrsg.), Dynamik und Nachhaltigkeit des Öffentlichen Rechts, Festschrift für Meinhard Schröder zum 70. Geburtstag, Berlin 2012, S. 449-454.

自治体議会の場面でこそ意義を発揮し得ると考えているからである。ヴェントにとっての「統合」とは、国民間のあらゆる意見を議会に反映させることではなく、大政党内に多様な意見が集約されている過程のことである。ところが、住民の生活に身近な自治体行政の選挙法制は、公益志向の政治綱領を掲げるのではなく、特殊利益を擁護する諸集団が議席を獲得するものになりやすい。自治体行政での「統合」を実現するためには、一定の同質的傾向をもった数個の会派によって、議会内で妥協なしでも必要な多数を確保し得る状況が望ましい。「公益志向の国民（住民）代表の維持」は、阻止条項設置の「やむを得ない事由」になりうるというのである。

しかし、このようなヴェントの主張は、まさに連邦憲法裁のいう「一般的・抽象的な予測」にほかならず、それなりの論証力を備えた自治体阻止条項08年判決の「ある程度の蓋然性」の基準には太刀打ちできないであろう。とはいえ、ヴェントが「統合過程としての選挙」論を持ち出すことにより、あらためて「民意の集約による統合か、多様な民意の反映による統合か」という争点が浮上してくる。しかし、もしヴェントが前者の意味の「統合」を選択するのであれば、阻止条項などに頼るのではなく、多数代表制を自治体議会選挙にストレートに導入すればよいことである。ヴェントが危惧する（とりわけ自治体政治における）利己的な利益集団の跋扈というイメージは、かつてバイエルン党判決で連邦憲法裁が抱いていた民主主義観に近いとひとまずは位置付けられよう（前述第1章2(3)）。しかしながら、ヴェントは、こうした利益政党増化の「まさに格好の事例」として海賊党（Piraten）の躍進を挙げている⁷⁸⁾。ヴェントからすれば、NPDのような極右政党みならず、包括的な政治綱領を持たないワン・イシュー政党の議会進出も憂慮すべき事態なのだろう。このようなヴェントの認識とは対称的に、自治体阻止条項08年判決の連邦憲法裁は、阻止条項撤廃がもたらす小規模政党の議会進出を、以下のような説示（BVerfGE 120, 82 [114

78) Wendt, a. a. O. (Anm. 77), S. 453, Fn. 93. 海賊党の研究として、vgl. Osker Niedermayer (Hrsg.), Die Piratenpartei, Wiesbaden 2013.

f.] において、むしろ民主主義に適う状態として描こうとしている。

「たしかに、5%条項の廃止によって、数多くの政党や選挙人団体がその時々
の自治体の代議機関に参入することは極めて蓋然性のあることにみえる。このよ
うな理由から多数派形成と決議が困難になる可能性もある。対峙する会派が少な
い方が、そして調整すべき諸見解が少ない方が、それだけ決議は容易に行い
うだろう。しかし他方、決議を単に『容易にする』(Erleichterung)とか『簡単
にする』(Vereinfachung)とかは、5%阻止条項と結びついた平等選挙と政党
の機会均等の侵害を正当化することは十分ではない(……)。なぜなら、民主制は異
なる立場との遭遇と、妥協の発見とを前提とするからである(……; Puhl;
……)。自治体議会の中でいかなるコンフリクトもなく、いかなる政治的論争
(politische Auseinandersetzung)もないことは、活動能力の毀損とみなされ
る(……)。」(下線は本稿筆者)⁷⁹⁾。

もとより、ひとくちに民主主義における政治的コンフリクトや論争の意
義といっても、そのイメージは一義的ではなく、多数代表制こそが対決
(Auseinandersetzung)型の政治を実現するという見方もできよう⁸⁰⁾。しか
し、この説示からは、小規模政党に代表される少数意見も含めた多様な民
意間の討議(と、おそらくは、それを踏まえた妥協と調整の過程)への肯定的
な評価が看取できるのではなからうか⁸¹⁾。

(6) 強い首長／弱い議会？

とはいえ、08年判決の自治体統治構造の理解については問題点も指摘し

79) この説示は、参照指示されている以下の文献の認識に多く依拠している。Reimund
Schmidt-De Caluwe, Die Novellierung des Kommunalrechts in Hessen, NVwZ 2001, S. 273;
Puhl, a. a. O. (Anm. 61), S. 451.

80) vgl. z. B. Armin Hatje, Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69, 2010, S. 155 –
162.

81) 代表や政党に対する、この両者のイメージの相違は憲法学にとっても重要な論点だが、
ここで立ち入る準備はない。この問題に正面から取り組む、本秀紀『政治的公共圏の憲法
理論』(日本評論社、2012年)第6章・第7章の分析と構想を参照。

うる。まず、判決の立論が、自治体議会が「国法上の意味における議会」たる性格の明確な否定から出発している点である。判決によれば、「自治体代議体 (kommunale Vertretungskörperschaft) による地域的に制限された作用領域の任務の遂行は、議会 (Parlament) による国権の行使と比較しうるものではない。市町村議会 (Gemeindevertretung) は、第一義的には行政的活動を委託された行政機関だからである。国政の議会と異なり、市町村会・郡会は立法活動を行使するものではない。代議体としての合議構造や条例制定権も、この性質を変えさせるものではない」(BVerfGE 120, 82 [112])。このような自治体議会の低い位置づけは——それ自体はドイツの通説的な理解だとしても⁸²⁾——自治体での阻止条項の不必要性を論証し、かつ、その論証の影響を連邦や州レベルに及ぼさないためには、なるほど好都合である。そして、議会の低い位置づけと反比例するように、公選制導入後の首長の地位と役割もことさら強調されている。「市長の直接選挙は……、機能しうる自治行政を、市町村議会内の多数派関係から独立したかたちで、すでに広範に保障している (……)。というのも、市長は、自己の権限において、市町村行政の指揮、任務の専門的・経済的な処理、行政の事務手続に対する単独で包括的な責任を担っているからである」(ebenda, 117 f.)。もともと議会の性格を認められずに、しかも首長との関係での民主的正統性も低下した議会／公選制により民主的正統性と権限の強化された首長という対比がなければ、阻止条項の違憲判断は導けないものなのだろうか。自治体議会がこのようなものだとすれば、投票価値の平等の観点から阻止条項を批判する意義も逡減することにならないだろうか(いうまでもなく首長選挙は多数代表選挙である)。

82) vgl. Lange, a. a. O. (Anm. 63), Kap. 4, Rn. 65. ただし、ランゲ自身は、自治体議会の民主的正統性を重視し、「議会類似機関」として位置付け、議会制の諸原則の適用を一義的に排除する立場を否定する (ebenda)。この論点は、駒林良則『地方議会の法構造』(成文堂、2006年)第2章が詳しく論じている。また、同書39-41頁では、自治体議会の「パラメント化」現象を論ずる学説も紹介されている。

3 自治体阻止条項08年判決が示した追加テーゼ

すでに指摘したとおり自治体阻止条項08年判決は従来の先例の判断枠組みを多くの点で踏襲しているが、しかし同時に、そこからの逸脱ないし発展を含意する点もみられる。それは、以下のような説示 (BVerfGE 120, 82 [105 f., 108]) から読み取れる。

「政治的競争の条件に関する規律によって、その時々議院内多数派はいわば、自らの事 (in eigener Sache) 活動しているという理由からも、厳格な審査が必要である。」

「立法者には、選挙法の平等選挙と政党の機会均等にかかわる規範が、新たな展開によって憲法上の正当化に疑いが生じている場合、当該規範を再検証し、場合によっては改正することを義務づけられている。」……「例えば立法者が前提としていた事実上・規範上の基盤が変化したり、規範の公布の際にその効果の点で立てていた予測が誤りであることが明らかになるなど、新たな展開によって選挙法制の平等選挙と機会均等に関わる規範の憲法上の正当化に疑義が生じているような場合には、当該規範を再検証し、必要とあればこれを改正する義務を立法者は負っている (……BVerfGE 73, 40 [94]; 82, 322 [338 f.]; 107, 286 [294 f.]。)」

これに加えて、すでに本章2(2)および(3)で確認した、「ある程度の蓋然性」の基準も含めることができる。これらの指摘を、「阻止条項の法理」の3つの補助テーゼとして、以下のように整理しておこう。

- 補助テーゼ α : 阻止条項は、立法者の「自らの事に関する決定」なので、裁判所の厳格な審査が要請される。
- 補助テーゼ β : 立法事実の変化に伴い阻止条項の憲法的正当性に疑義が生じている場合には、立法者には当該条項の見直し・改善の義務が課せられている。
- 補助テーゼ γ : 阻止条項の必要性に対する立法者の予測は、「ある程度の蓋然性」を伴ったものでなければならない。

補助テーゼ γ の内容については、すでに言及したので (本章2(2))、以下、補助テーゼ α と補助テーゼ β につき、それぞれの意義と射程を確認していこう。

(1) 「自らの事に関する決定」に対する厳格審査——補助テーゼ α

本判決の補助テーゼ α 該当箇所には、1992年の第6次政党助成判決 (BVerfGE 85, 264 [297])⁸³⁾ の参照指示が付されている。「何人も自己に関する事件で裁判官になれない」(Nemo iudex in sua causa) の法格言に由来する「自らの事についての決定」を忌避するという発想は、連邦憲法裁の初期判例で言及されたこともあるが (BVerfGE 3, 377 [382])⁸⁴⁾、議会・議員の決定という文脈で登場するのは、1975年の歳費判決 (BVerfGE 40, 296 [317])⁸⁵⁾ あたりからである⁸⁶⁾。学説では、1990年以降の H. H. フォン・アルニムが、自己の研究対象であった議員歳費、政党国庫助成、自治体民主主義などの問題への批判的分析視角として、「自らの事に関する決定」という概念を本格的に持ち込む⁸⁷⁾。それは、「政党への倦怠」・「政治への倦怠」が社会現象化した時期と——そして、既述 (本章1) のドイツの政

83) この判決を検討した邦語文献には、本・前掲 (註36) 31-32頁、上脇・前掲書 (註8) 293-305頁、加藤一彦『政党の憲法理論』(有信堂、2003年) 156-164頁などがある。

84) この判決では、行政手続での法律扶助に関する行政庁の決定は、かかる法格言の対象にはならないと判断されている。

85) この判決で連邦憲法裁は、「議会制民主主義においては、歳費額の設定や議員の地位と結びついた財政的規律の詳細な具体化が問題になっている場合に、議会がみずからのために決定することは回避しえない」と述べている。この判決の詳しい検討として、本・前掲書 (註36) 265-270頁。

86) 「自らの事に関する決定」概念の公法学上の展開については、2000年代半ばに相次いで公刊された、以下の論稿で跡付けられている。2000年代半ばには、このテーマを表題にしたモノグラフィーが2本公刊されている。Thilo Streit, *Entscheidung in eigener Sache*, Berlin 2006; Heinrich Lang, *Gesetzgebung in eigener Sache*, 2007 Tübingen.

87) Hans Herbert von Arnim, *Der Staat als Beute*, München 1993. それ以前にも、Christian Graf von Pestalozza, *Die Staffeldiät oder: Das Parlament als Dunkelkammer*, NJW 1987, S. 818-821; Hans-Joachim Vogel, *Entscheidung in eigener Sache*, ZG 1992, S. 293-295 などにおいて、この概念が用いられている。

党状況の変容と連動した阻止条項の転換期とも——重なる⁸⁸⁾。「自らの事に関する決定」というタームを憲法裁が持ち出す際に問われていたのは、議員歳費、政党国庫助成、選挙制度といった自らの利害がからむ制度の設計を議会や議員が自ら行うことの妥当性であった⁸⁹⁾。そして、アルニムからすれば、阻止条項こそ、議員や既存政党の自己利益に基づき維持されているシステムの典型である。「破片政党対策」の大義名分で阻止条項を正当化することに疑問視する声が高まっているにもかかわらず、なぜ議会は制度見直しに消極的なのか。アルニムはこう説明する。「政治エリート層 (politische Klasse) は——政治教育と政治思考全般への影響を手段として——このような阻止条項の見かけ上の不可欠性への確信を人々の意識に深く根付かせることに成功し、その正当性を現実的根拠を示さずに盲従的に前提とし、議会内カルテルの競争からの防御壁としての阻止条項は意識すらされないほどになっている。連邦憲法裁判所が最初の関連判決の中で、とくに連邦共和国で普遍的に通用するような立証によって阻止条項を正当化しようとしたことは明らかである。しかし、議会を構成する諸政党が、この条項を自己の権力維持のために、如上のごとく議決したのだから、判決の理由付けも、政治に利するかたちでの裁判所のお役放免 (Abdankung) を目的としている。つまり、この判決は政治エリート層の精神の所産なのである」⁹⁰⁾。

H. マイヤーも、こうした問題意識を共有する。「おそらく選挙立法においてほど、その時々の議会内多数派が自己利益に囚われることが必定な

88) この時期の政治不信・政党不信現象については、北住炯一『ドイツ・デモクラシーの再生』(晃洋書房、1995年)第2章参照。また、政党不信への反作用としての直接民主制を期待する当時の動向は、北住・同書第4章、加藤・前掲(註83)第9章など参照。政党不信に対する、より詳細な規範論的分析として、vgl. Foroud Shirvani, *Das Parteienrecht und der Strukturwandel im Parteiensystem*, Tübingen 2010, Kap. 3.

89) 本・前掲書(註36)は、こうしたドイツでの「政党への倦怠」「政治への倦怠」の要因を、政党国庫助成や議員歳費の法理の批判的検討を通じて解明している。

90) Hans Herbert von Arnim, *Das System*, München 2001, S. 140 f. vgl. auch ders., *Wahlgesetz: Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache*, JZ 2009, S. 813 ff.

立法はないだろう。なぜならば、ことが多数派としての自分自身の存立の基盤に関わるからである。ゆえに連邦や各州の選挙立法は、まさに憲法上許容された内容の限界まで自己の優位を法律上確保せんとする絶えざる追求だと解されうる。この場合、自己のために憲法適合性を大幅に受け入れるのは明白である。なるほど、かかるメンタリティーの効果は、将来の政治的發展に関する不確実性や選挙法改正の予測される効果に関する多くの見込み違いによって緩和もされよう。だとしてもなお、権力維持が選挙立法の際の枢要な要素であるという点は看過されてはならない⁹¹⁾。ゆえに、「憲法裁は、競争制限と差別に対して特段の繊細さにて憲法を解釈し、選挙立法者に対して厳しい態度をとらねばならない」というのが、マイヤーの意見である。

もちろん、自治体議会選挙の法制化権限は州議会にあるので、厳密に言えば「自らに関する」決定ではない⁹²⁾。しかし、会派を構成する諸政党は州議会も自治体議会もほぼ同じであり、新規政党の排除は両方の議会で議席を得てきた既成政党の利益として共通するのも事実である。それゆえに、自治体阻止条項08年判決は以下のように——フォン・アルニムの文献を参照指示しつつ——阻止条項を議会（ないし議会内多数派の）「自らの事に関する決定」だと明言するのである（ebenda, 113 f.）。

「州議会に議席を持つ諸政党は、小政党や有権者団体による競争を可能な限り小さく押さえ続けるために5%阻止条項に固執しかねない（von Arnim⁹³⁾）。こうした理由から、選挙法の制度化も強い憲法裁判上のコントロールに服するのである。それゆえ、いかなる程度の蓋然性をもって機能障害を考慮に入れるかを立法者が自由に判断することは許されない。そうでないと立法者の予測判断への裁判

91) Meyer, a. a. O. (Anm. 54), Rn. 37.

92) 後の欧州阻止条項14年判決のミュラー裁判官反対意見は、そうした理由から、欧州議会選挙の制度設計に対する連邦議会の厳格審査に疑問を呈している（Abweichende Meinung des Richters Müller, NVwZ 2014, S. 439 [447, Rn. 10]）。

93) von Arnim, a. a. O. (Anm. 61), S. 454.

所の統制は、その事実上の基盤も含めて、不可能なものにされてしまうだろう。」

この補助テーゼは、阻止条項の憲法適合性についての厳格審査を、従来の「阻止条項の法理」とは異なる方向から、あらためて支える効果を持つはずである。しかし、「自らの事に関する決定」という、学説上も内容が定まっていないような概念を安易に憲法適合性審査の方向付けに持ち込むことについては、連邦憲法裁の行き過ぎた司法積極主義につながるとして、批判も強い⁹⁴⁾。それゆえ、この概念の受容の是非をめぐることは、後に欧州選挙の阻止条項をめぐる事案(第Ⅲ章)においても、法廷意見と個別反対意見の対立となって現れることになる。

(2) 立法者の改善義務——補助テーゼβ

補助テーゼβは、1978年のカルカー決定(BVerfGE 49, 89)、1981年の航空機騒音決定(BVerfGE 56, 54)を経て形成されてきた「立法者の観察(Beobachtung)、再検証(Prüfung)、改善(Nachbesserung)の義務」(立法者の改善義務)と呼ばれる法理である⁹⁵⁾。本判決は、5%阻止条項についても立法者の改善義務が存することに言及した点が特徴といえるが、流れで言えば、08年判決に先行する2003年3月11日の決定において連邦憲法裁がSH州議会の改善義務に言及している(BVerfGE 107, 286)。さらにさかのぼれば、1990年代にNRW州とメクレンブルク＝フォアポメルン州の憲

94) Streit, a. a. O. (Anm. 86), S. 20-73, S. 203-208.

95) 本判決で参照指示をする先例は、政党の優遇税制措置が争われた1986年の判決(BVerfGE 73, 40 [94])、選挙法条約判決、および自治体阻止条項03年決定の3件だが、86年判決ではカルカー決定や航空機騒音決定などを参照指示している。カルカー決定については、「高速増殖炉型原発の設置の許可と原子力法の合憲性」ドイツの憲法判例 I 369頁以下、航空機騒音決定については、松本和彦「身体の不可侵の権利と立法者の改善義務」ドイツの憲法判例 I 78頁以下参照。このドイツの法理を詳しく検討する、合原理映「立法者に対する法改正の義務づけ」阪大法学49巻1号(1999年)269頁以下、同「立法者に対する法改正の義務づけ」阪大法学53巻6号(2004年)1541頁以下を参照。

法裁判所で自治体阻止条項に関する改善義務が争点化されており⁹⁶⁾、こうした判例動向は、本件に一定の影響を与えていると思われる。もっとも、カルカー決定や航空機騒音決定は「改善義務の明確な内容や法的効果を明らかにしていない」⁹⁷⁾と評されているように、改善義務という概念自体が、必ずしも確立されたものでないことは否定できない。そこで、まず、NRW 州憲法裁の判断を通じて、阻止条項の文脈で裁判所が立法者の改善義務をどのように理解しているのかを確認しておこう。

NRW 州も1994年に首長公選制を導入したが、NRW 自治体議会選挙法の阻止条項は見直されなかった。ドイツ環境党と PDS の申立てによる機関訴訟に対して、NRW 州憲法裁の94年判決 (VerGH NW, Urt. v. 29. 9. 1994 - VerGH 7/94, NVwZ 1995, S. 579) は、同州の自治体 5 % 阻止条項を合憲とした1957年の連邦憲法裁判決の時点の事情は首長公選制導入により決定的に変化した以上、NRW 州議会には阻止条項の維持について再検証の義務があると確認した。

「議会は新たな予測判断の準備にあたって、電子データ処理の進展によって以前と比べて著しく改善された、1957年以降の経験的知見——たとえば直接に選挙された無所属候補者の意義や、小規模な政党・有権者グループによる自治体議会の決定能力の毀損の蓋然性など——の収集や加工の能力を利用できる。議会は、個々の自治体議会の活動能力の障害の危険性が、州内全地域の全ての自治体議会について平等選挙と政党の機会均等の原則の例外となる十分な事由をなすほどに重大なものと評価しうるのかについても、自問すべきである。」(VerGH NW, NVwZ 1995, S. 579 [582])

その際、NRW 州憲法裁の考える改善義務とは、「被告は、まず阻止条項に対する当初の評価の変更のために、州憲法裁が先取りしてはならな

96) 後者の判決は、MVVerfG, Urt. v. 10. 10. 2000 - LVerfG 4/99 [28-34]。なお、ここで紹介する NRW 州憲法裁の3つの判決には、B. シュリンクが判事として関与している。

97) 合原・前掲1999年(註95) 284頁。

い、独自の予測を講じなければならない」とする説示からわかるように (ebenda, S. 582), 「観察, 再検証, 見直し」の具体的な行使態様については立法府の裁量に属するものである。しかし, 同時に州憲法裁は, 改善義務の範囲について, 連邦憲法裁共同決定判決の説示 (BVerGE 50, 290 [332 f.]) を引用して, 「問題となっている事項領域の性質, 十分に確実な判断を下す可能性, 危険にさらされている法益の重大性」といった様々な要素に左右されると考えているのである。それゆえ, 裁判所のとるべき審査密度については, 本件の場合は未だ議会が予測判断自体を下していない以上, 「明白性のコントロールまたは主張可能性のコントロール (Vertretbarkeitskontrolle) にとどまるべきなのか, それとも厳格な内容上のコントロール (intensivierte inhaltliche Kontrolle) が義務付けられる可能性があるのかは未決定でよい」と判断を留保しているものの (VerGH NW, NVwZ 1995, S. 579 [582])⁹⁸⁾, 争点が平等選挙や政党の機会均等の原則を侵害する方向にはたらく立法者の予測である以上, 論理的には審査密度は厳格な方向に働くはずである。すなわち, NRW 州憲法裁は, 連邦憲法裁が航空機騒音決定において, 「当初は適法であった規律がその後の事情の変化により憲法上許容できなくなったことが明白なときに, にもかかわらず, その後の立法府が無作為でいた場合もしくは明らかに誤った事後改善措置を講じた場合に, はじめて憲法裁判所はこの種の憲法違反を確認しうる」 (BVerfGE 56, 54 [81]) と説いて, 改善義務違反の審査密度を明白性のコントロールで処理しようとしたのとは異なり⁹⁹⁾——もちろん判例内在的には, 空港拡張計画をめぐる事案と選挙法上の阻止条項の事案との性質の違いとして説明できるが——, より高い審査密度の適用を想定しているといえよう。さらに NRW 州憲法裁は翌95年の判決で, 市町村連合

98) 三段階の審査密度については, 高見勝利「立法府の予測に対する裁判的統制について」 芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣, 1985年) 所収51-61頁など参照。

99) 松本・前掲(註95) 82頁, 合原・前掲2004年(註95) 1556頁参照。

総会 (Landschaftsversammlung) の 5 % 阻止条項についても立法者の改善義務を確認した (VerGH NW, Urt. v. 21. 11. 1995 - VerGH 21/94 [Leitsatz 2])。これらの判決にもかかわらず, NRW 州議会は阻止条項見直しに動かなかつた。1998年には州自治体選挙法の大幅改定 (投票年齢の16歳への引下げ, 欧州連合加盟国国籍住民への選挙権付与, 上位票集計後の残余リストに基づく議席集計をドント式からヘア/ニーマイヤー式への変更など) がなされたが, 5 % 阻止条項は維持された¹⁰⁰⁾。これを受けて州議会を被告とする機関争訟において, 1999年, NRW 州憲法裁は, 法改正時に阻止条項の「廃止または緩和」を行わなかったことで, 州議会が原告 (ドイツ環境党および PDS) の機会均等の権利を侵害した等の確認を行った (VerGH NW, Urt. v. 6. 7. 1999 - VerGH 14/98 u.15/98, DVBl 1999, S. 1271)。この判決では, 94年判決で確認された州議会の改善義務の懈怠は, 実体審査に先立つ原告適格の認定の際に, まず言及されている (ebenda, S. 1271)。その後, 実体判断に至り, 再度, 州議会が「当裁判所の要請に合致するような再検証をせず, 決定も下さなかつた」と述べている (ebenda, S. 1273)。ただし, 本件において原告も被告も立法府の改善義務を争点化していないこともあって, 判決における改善義務の明示的な言及は, この 2 箇所だけであり, しかも, 掘り下げた論究はなされていない。前者については, これまでの連邦憲法裁および州憲法裁の諸判例でも, 本件原告のような議会に議席のない小規模政党にも機関訴訟の当事者適格は認められてきたので, 改善義務違反の有無は重要ではないように思われる。他方, 後者における言及からは94年判決の警告を無視した議会への非難のが垣間見えるものの, それが違憲判断に直結しているわけではない。

では, 連邦憲法裁の08年判決の場合はどうであろうか。この判決でも,

100) 改正案提出理由書には「5 % 阻止条項の再検討」が附帯事項にあげられており, 委員会では公聴会も含む質疑がなされた後, 採決段階で 5 % 条項の維持が決定され, 本会議でも同趣旨の特別裁決がなされている (vgl. VerGH NW, Urt. v. 6. 7. 1999 - VerGH 14/98 u. 15/98 [5])。

改善義務は上記引用した箇所が登場するのみで、当該義務についての詳述はない。もっとも、立法事実の変化に応じて5%阻止条項の憲法的正当性を常に検証せよという要請それ自体は「阻止条項の法理」テーゼ⑤(阻止条項の正当化事由の状況依存性)の当然の帰結だと考えれば¹⁰¹⁾、(近時のトレンドの法理にお付き合いで言及してみせたというのでなければ)あえて改善義務を説くことの必然性が存するわけではない。立法者の改善義務は、① いわゆる警告判決の手法を用いる場合(NRW州憲法裁判所の04年と05年の判決はこのタイプといえる)か、あるいは、② 憲法適合的な法改正の具体的な指針を立法者に提示するような場合(本判決が参照指示する選挙法条約判決は、このタイプに位置づけられる)の判決においてこそ、意味を持つものである¹⁰²⁾。そして、憲法裁が法律を違憲無効とせずに改善義務の宣告にとどめることは、むしろ「憲法裁判所の自己抑制の表れ」¹⁰³⁾とみなされてきたのである。なぜ連邦憲法裁は、立法府の警告や立法府への具体的な改善内容を指示する形式ではなく、しかも、阻止条項について違憲判断積極主義に転じた本件のような事案において、あえて改善義務に言及する必要があるのだろうか。この疑問に対して鍵となるのは、08年判決に先行する2003年3月11日の連邦憲法裁決定(BVerfGE 107, 286)の存在である。この2003年の事案は、08年判決と同じくSH州の自治体阻止条項の違憲性を問う機関訴訟であり、そこでは立法府の改善義務が重要な争点となっていた。被告SH州は、機関訴訟の提訴理由に立法府の改善義務違反は——そんなことが争い得るならば、立法府は際限のない出訴に煩わされてしまうという理由で——含まれないという主張していた。この訴え自体は機関訴訟の出訴期間(申立て原因の作為・不作為を知った日から6か月以内[連邦憲法裁判所法64条3項・73条2項])の経過を理由に不適法と判断されてしまったのであるが、連邦憲法裁はその傍論で、自治体議会阻止条項の正当化事

101) vgl. Meyer, a. a. O. (Anm. 26), Rn. 43.

102) こうした類型化につき、合原・前掲1999年(註95)275-284頁も参照。

103) 合原・前掲2004年(註95)1549頁。

由の喪失を示唆し、かつ本事案における立法府の再審査・改善義務の可能性を認定した (ebenda, 296)。この03年決定の存在を足がかりに、本件原告 (SH 州の同盟90/緑および左翼党) は、決定後の2006年の時点でなお被告・州議会が阻止条項廃止提案を十分な審理を尽くさず否決した (同年12月13日) 事実を州議会の改善義務違反の証左として援用したのである (BVerfGE 120, 82 [89 f.])。判例変更を決断した連邦憲法裁も、57年判決以降の立法事実の変化だけではなく、直近の03年決定で確認された改善義務の懈怠を援用することで、従来の「阻止条項の法理」の枠組みに (表見上は) とどまりながら、違憲判断をスムーズに下すことが可能になったのである。

こうした事案固有の事情があるにせよ、「阻止条項の法理」テーゼ⑤の要請に反して、立法府も従来の判例も立法事実の変化を必ずしも真剣に考慮要素に含めてこなかったことからすれば、判断枠組みの中に「立法府の改善義務」という視点が加わったことの意義は少なくない¹⁰⁴⁾。たしかに、前述のように、連邦憲法裁の判例上、改善義務の法理は憲法裁判所の立法府に対する自己抑制として機能してきたといえるのかもしれない。しかしながら、少なくとも、NRW 州憲法裁や連邦憲法裁が阻止条項について説く改善義務は、そうした自己抑制にとどまらない潜在力をはらんでいる。08年判決も改善義務違反の判断の審査密度を明確にしなかったものの、判決の判断枠組み全体を通してみれば、少なくとも主張可能性のコントロールよりも強い審査密度を前提にしていると考えらるべきであろう。

4 連邦憲法裁08年判決後の自治体阻止条項の動向

判決の本来の射程は、あくまで SH 州における自治体阻止条項であった。だが、既述のとおり (本章2(3))、本判決は、立法事実の判断において

104) M. クライエヴスキーは、ハンブルク州の区議会阻止条項に対する部決定 (前述) を批判する文脈で、一度撤廃された制度を直ちに再導入する際には——彼によれば、この場面では法律の制定・改廃が住民投票に基づくものであると議会によるものであると差はない——とくに強い改善義務が立法府に課せられると説く (Krajewski, a. a. O. [Anm. 68], S. 352 f.)。

自治体阻止条項を置く州と置かない州の自治体に政治的な大差はないという認識を示していた。このことは、間接的ながら、連邦憲法裁がSH州以外の自治体阻止条項にも違憲の疑いを投げかけたことを意味する。これに追い打ちをかけるように、同年4月11日には、チューリンゲン州憲法裁が同州の自治体5%阻止条項を違憲と判断した(ThüVerfGH, Urt. v. 11. 4. 2008 - VerfGH 22/05)。こうした流れの中、同年5月にラインラント＝プファルツ、8月にザールラントが相次いで自治体5%阻止条項の撤廃を決定し、さらに5%阻止条項を再導入していたハンブルクも、7月に最低得票率を3%に引き下げた。これにより、最低得票率5%の自治体阻止条項を有する州は、ブレーメンの区議会のみになったのである。

かくして、多くの州で自治体阻止条項の問題は決着がついたといえるが、なお一部の州では、その存置をめぐるせめぎ合いが続いている。例えば、ブレーメンでは、撤廃されていたブレマーハーフェン市議会に対して5%阻止条項再導入法案が州議会に提出されるも、これはブレーメン州憲法裁の法案事前審査手続において違憲と判断されている(BremStGH, Urt. v. 14. 5. 2009 - St 2/08)。ブレーメン市本体の区議会5%阻止条項はなおも存続しているが、ブレーメンやハンブルクのような都市州の区は、権限の点で一般の市町村議会に劣っている点で、いっそう「決定能力」「活動能力」を阻止条項の正当化事由とする根拠は薄弱だという指摘もかねてからあり¹⁰⁵⁾、その存置はますます困難になっているといえよう。とはいえ、2013年にはベルリン州憲法裁がベルリン市区議会選挙の3%阻止条項を合憲と判断したように(BrVerfGH, Urt. v. 15. 1. 2013 - 155/11)¹⁰⁶⁾、最低得票率を緩和した阻止条項の場合、連邦憲法裁08年判決の基準では、どう判断

105) Krajewski, a. a. O. [Anm. 68], S. 353. 例として、ハンブルクの区議会の権限に関する、幸田雅治「ハンブルク市の市議会と区議会について(3)」自治研究85巻5号(2009年)88-95頁も参照。

106) ベルリンの場合、2006年に選挙法改正で3%に引き下げた阻止条項を、2010年の州憲法改正により憲法に固定化した(GVBl. S. 134)。そのため、この憲法改正がベルリン憲法および基本法との適合性が問われた。

されるのかという問題も生じる（この点は欧州議会阻止条項で争点でもある）。ベルリン州憲法裁判とは異なり、ハンブルク州憲法裁判は、ハンブルクの3%阻止条項を、同じく2013年に違憲と判断している（HVerG, Urt. v. 15. 1. 2013 - HVerG 2/11）。この州憲法裁判は、自治体議会の活動能力の維持のための破片政党対策の合理性は承認しつつも、3%阻止条項の必要性は、阻止条項のない他州の状況を踏まえた場合、見当たらないと判断した（HVerG 2/11 [22-36]）¹⁰⁷⁾。そこでのハンブルク州憲法裁判は、連邦憲法裁判の08年判決に加えて、欧州阻止条項11年判決が出た後であり、それらの判旨を踏まえた構築性の高いドグマティックを展開してはいる。とはいえ、2007年4月の5%阻止条項の合憲判断を6年も経ずに覆したことへの説明には、なお成功していない（というより、この点に判決はほとんど触れていない）。だが、かくも強引ともいえる判断変更を余儀なくされた事実こそが、連邦憲法裁判08年判決のインパクトの大きさを物語っているともいえよう。しかし話はこれで終わらず、阻止条項存置派（SPD, CDU, 緑）は、2013年12月にハンブルク州憲法4条3項・6条2項の改正に成功し、区議会の3%阻止条項を復活させると同時に、市会の5%阻止条項も憲法典に固定化してしまった（Gesetz v. 13. 12. 2013 [HmbGVBl. S. 499]）。他方、阻止条項撤廃派は市民イニシアティブ「公正な選挙（Faires Wahlrecht）」や「もっと民主主義を（Mehr Demokratie e. V.）」に集い住民投票運動対抗をみせている（しかし2014年2月に州憲法裁判は本件請願を法の対象事項外として却下した）。ここに至るハンブルク区議会阻止条項をめぐる——住民投票による阻止条項廃止に対抗して市議会が再導入をはかり、さらに憲法裁判所の違

107) 区長は公選制を採用していないので、この判決では、区議会選挙が分割投票を採用している事実を重視する。判決の認定事実によれば、2011年2月の区議会選挙における選挙人の名簿横断型投票は、比例区投票（Bezirksstimmen）では約30%（うち7.4%は5票すべてを異なる名簿の候補に分割）、選挙区投票（Wahlkreisstimmen）では50%以上（うち23.6%は5票すべてを異なる名簿登録候補者に分割）が名簿横断の投票をしている（HVerG, Urt. v. 15. 1. 23 - HVerG 2/11[29]）。ハンブルク区議会選挙の複雑な方式は、幸田雅治「ハンブルク市の市議会と区議会について（2）」自治研究85巻4号（2009年）117-119頁の説明が分かりやすい。

憲判断に対抗して州憲法改正による阻止条項が再々導入されるという——展開には、直接制と議会制という異なる2つの民意表出ルートの対抗という問題¹⁰⁸⁾に加えて、憲法裁判所と立法者(または憲法改正権者)の間に生じる「違憲審査と民主主義」の相克という重要論点が含まれているが、ここでは指摘のみにとどめよう。

以上、自治体阻止条項08年判決が示した阻止条項の法理に関する2つの補助的テーゼを考察してきた。この判決から2年8か月後に連邦憲法裁判は、欧州議会選挙の阻止条項についての判断を下すことになるのだが、その際には自治体議会とは法的性格も権能も大きく異なる欧州議会の阻止条項に本判決の判断枠組みがストレートに当てはまるのか否かが問われることになるだろう。この点は、次章で検討する。

(略記凡例)

- ドイツの憲法判例Ⅰ：ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社, 2003年)
- ドイツの憲法判例Ⅱ：ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』(信山社, 2006年)
- ドイツの憲法判例Ⅲ：ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社, 2008年)
- SH州(判決文引用箇所を除く)：シュレスヴィヒ=ホルシュタイン州
- NRW州：ノルトライン=ヴェストファーレン州

* 本稿は、科学研究費2012~2014年度基盤研究(C)「『市民の安心感』を手掛かりとした『立法の象徴化』現象の憲法的考察」(24530027:研究代表・植松健一)、同2009~2011年度基盤研究(B)「グローバル化時代における民主主義の再創造に向けた比較憲法的研究」(21330005:研究代表・本秀紀)の研究成果の一部である。

108) この点、vgl. Ernst Gottfried Mahrenholz, Legislative Konkurrenzen, in: F. Hufen (Hrsg.), Verfassungen zwischen Recht und Politik, Festschrift zum 70. Geburtstag für Hans-Peter Schneider, Baden-Baden 2008, S. 218–222.