

# ドイツの民主政における阻止条項の現在(3・完)

——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

- 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
- 2 「阻止条項の法理」の意味と射程
- 3 小 括

### 第II章 判例の新たな展開(1)——自治体阻止条項08年判決

- 1 阻止条項の環境変化
- 2 自治体阻止条項08年判決の沿革と検討
- 3 自治体阻止条項08年判決が示した追加テーゼ
- 4 連邦憲法裁08年判決後の自治体阻止条項の動向 (以上, 359号)

### 第III章 判例の新たな展開(2)——欧州阻止条項二判決

- 1 欧州阻止条項79年決定(BVerfGE 51, 222)
- 2 欧州阻止条項11年判決(BVerfGE 129, 300)の概要
- 3 11年判決後の展開と, 欧州阻止条項14年判決(BVerfGE 135, 259)
- 4 個別意見
- 5 欧州阻止条項二判決の争点の検討
- 6 小 括 (以上, 365号)

### 第IV章 阻止条項の意義変遷と対応

- 1 欧州阻止条項二判決の憲法政策上のインパクト——見直し論・復活論・憲法条項化論
- 2 「阻止条項の意義・機能」の再検討
- 3 民主過程の競争モデルと阻止条項の行方

おわりに (以上, 本号)

---

\* うえまつ・けんいち 立命館大学法学部教授

## 第IV章 阻止条項の意義変遷と対応

### 1 欧州阻止条項二判決の憲法政策上のインパクト

——見直し論・復活論・憲法条項化論

#### (1) 阻止条項見直し論

欧州阻止条項11年判決は、欧州議会と連邦議会の任務の違いを強調することで、判決の論理が連邦議会の阻止条項にまで及ぶ回路を遮断した。なぜ、そのようなことが可能なのか。いま一度、判旨から確認をしておこう。

- ① 仮に連邦議会の5%阻止条項が廃止された結果として機能毀損が発生した場合、これを改善するための阻止条項再導入に必要な多数派がもはや形成できなくなる可能性もある。他方、欧州議会の場合、欧州議会自身ではなく連邦議会が欧州選挙法を制定する以上、同様の問題は生じない(11年判決 [324])。
- ② 欧州議会は、国内議会と異なり、与野党対決を前提としない(同 [327])。
- ③ ドイツ連邦議会の場合には、5%阻止条項の正当化は「本質的に、活動的な政府の選出とその継続的な支えのための安定的多数派の形成に必要」という点にあり、この目的は議会の破片化によって危殆にさらされてしまう。しかし、そうした問題状況は、EU条約以降のEU議会には存在しない(同 [336])。

このような欧州阻止条項二判決の認識から判断して、連邦議会・州議会の阻止条項に対する従来の判例には影響しないという見方が学説でも有力である<sup>178)</sup>。連邦議会・州議会の阻止条項の合憲性を直接の争点とした連邦憲法裁の判決(1952年のSSW判決、1957年のバイエルン党判決)は半世紀

---

178) Vgl. z. B. Morlok, a. a. O. (Anm. 21), S. 80; von Arnim, a. a. O. (Anm. 117), S. 225; Cancik, a. a. O. (Anm. 133), S. 301 f.

前のものであるが、1990年代の選挙法条約判決や基本議席条項判決などの中でも阻止条項の合憲性が直接的・間接的に言及されてきたのであり、その後もドラスティックな判例変更を予想させる兆しは見当たらない。州の憲法裁に目を向ければ、最近のザールラントでは、2009年9月の州議会選挙に続き2012年3月にも自主解散に伴う選挙が行われる中、州憲法裁への選挙抗告や機関訴訟を通じて5%阻止条項の合憲性を争点化した訴訟が相次ぎ、そのたびに合憲判決が出されている(SaarVerGH, Lv 4/11; Lv 12/12; Lv 3/12)。

とはいえ、上記の見方は、欧州阻止条項二判決の潜在的な射程を低く見積りすぎているきらいがある。前章で確認してきたように、「阻止条項の法理」は欧州選挙阻止条項二判決を通じて厳格化された。議会の機能毀損についての「具体的な危険」が必要だとすれば、阻止条項が許容される政治的条件は大幅に限定されることになる。なにより、欧州選挙の法制化にすら「自らの事に関する決定」の論理で立法者による将来予測に対する審査密度が高まるといえるのであれば(「阻止条項の法理」補助テーゼ $\alpha$ )、言葉通りの「自らの事に関する決定」である連邦議会の選挙法制にこそ、憲法裁判所の厳格な審査が及ぶべきではないか。この点で連邦議会の阻止条項について連邦憲法裁が設けた上記のような予防線は、盤石とまではいえないのである。

仮に「阻止条項の法理」の側に変動は生じていないと解しても、これまで連邦議会・州議会の阻止条項の正当化を支えてきた立法事実の側に変化が生じている可能性もある。阻止条項を取り巻く環境変化としての「流動的5党制」の背景にある有権者の投票行動の多様化は、阻止条項の「民意歪曲効果」を可視化させる(第II章1参照)。一方では、投票行動が多様化しているからこそ阻止条項が必要だという見方もあろう。しかし、欧州阻止条項二判決のように「現実重視姿勢」で連邦議会の現状を観察したとき、そこに「ある程度の蓋然性を伴って予期しうる議会機能の毀損」を認めることが可能だろうか。11年判決は、欧州議会が多党化にもかかわらず

安定した運営の可能な一要因として、会派単位の議会運営を挙げていた。ならば(ときに批判的に「会派議会」と称される<sup>179)</sup>)ドイツ連邦議会においても、少数会派の増加が議会の機能毀損に直結するとはいえないのではないか。たしかに、それでもなお、連邦憲法裁にとって阻止条項の必要性の決定的要素といえる政府形成の任務が連邦議会には存在する<sup>180)</sup>。しかし、仮に過激な破片政党が一定数の議席を獲得したとしても、そのことが組閣の大きな障害になることが「ある程度の蓋然性を伴って予期しうる」とはいえないだろう。むしろ、2013年の連邦議会選挙では FDP と AfD という中道もしくは中道右派<sup>181)</sup>が阻止条項のために共倒れしたことで、選挙後の連立の選択肢が大きく限定されたという見方もあり、その限りでは「5%という高さの阻止条項は組閣を容易にするどころか、むしろ困難にした」<sup>182)</sup>と解することもできるのである。

判例法理の転用可能性の問題は置くとしても、欧州阻止条項に対する連邦憲法裁の違憲判決が、国内の阻止条項の議論に何らのインプリケーションも与えていないはずはなく、連邦議会や州議会の阻止条項の有用性・必要性を再問する動きを——強力にはないにしても、確実に——呼び起こしている。2011年の連邦選挙法改正論議の際の左翼党提出案は、阻止条項撤廃を盛り込むものであった (BT-Drucksache 17/5896, S. 4, 9f.)<sup>183)</sup>。完全撤

---

179) さしあたり、苗村辰弥『基本法と会派』(法律文化社、1996年)参照。

180) したがって、州首相公選制が導入されれば、もはや州議会の阻止条項は正当化できないとフォン・アルミンは考える (von Arnim, a. a. O. [Anm. 117], S. 226)。もとより州首相公選は焦眉の政治課題ではないが、法学的な検討として、vgl. Jan L. Backmann, Direktwahl der Ministerpräsidenten, Berlin 2006; Frank Decker, Mehr Demokratie durch die Direktwahl der Ministerpräsidenten?, in: Hans Herbert von Arnim (Hrsg.), Volkssouveränität, Wahlrecht, und direkte Demokratie, Berlin 2014, S. 77 ff.

181) ただし、周知のとおり、その後の AfD は右派ポピュリズムの性格が強まったため、政策によっては CDU/CSU よりも右に位置づけるのが適切といえる。

182) von Arnim, a. a. O. (Anm. 163), S. 539. Vgl. auch Frank Decker/Eckhard Jesse, „Koalitionspolitik“ vor und nach der Bundestagswahl 2013, APuZ 48–49/2013, S. 47 ff.

183) ただし、この改正論議の焦点は、連邦憲法裁「負の投票」判決を受けた選挙法見直しであり(詳しい経緯は、山口和人「ドイツの選挙制度改革」レフェレンス737号(212年)ノ

廃ではないにしても、最低得票率の引下げの主張は以前から一定の声として存在してきた<sup>184)</sup>。かつて D. グリムも、「阻止条項の引下げは、条件次第では、基本法が要求する諸政党への開放性を促進しうる」と述べていた<sup>185)</sup>。しかし、そうした提案が——とりわけ撤廃ではなく例えば4%への引下げといった妥協案もが——実現しなかった一要因として、「最低得票率5%」という数値の定着が指摘できよう。なぜ「最低得票率5%」なのかという点につき、初期の連邦憲法裁判例は「全ドイツ的命題」(SSW 判決 [256]; 欧州阻止条項79年決定 [237]), 「一般的な法的確信」(第2次 SSW 判決 [40]; バイエレン党判決 [94 f.]) などと述べて納得しているが、このことは、5%という数値が必ずしも明確な根拠に基づくものでないことを意味する<sup>186)</sup>。それにもかからず、U. ヴェナーが1986年の段階で述べたように、この「合理的には説明し得ないない5%という境界線が、今日では一般意識の中で、より低い得票率へのいかなる提案にも拒否反応を起こすほどに、相当かつ当然のものとして固定化している」<sup>187)</sup>という状況だったのである。それだけに、自治体阻止条項08年判決および欧州阻止条項二判決は、まさにドイツの選挙制度の「法的確信」を連邦憲法裁自身が部分的にせよ破壊した点で画期性を持つものであり、連邦議会選挙の阻止条項緩和論議に一定の刺激を与えているのである<sup>188)</sup>。

---

↘29頁以下、加藤一彦「ドイツ連邦選挙法改革と憲法裁判」現代法学23・24号(2013年)73頁以下、河島・後掲〔註209〕209頁以下参照)この提案が注目を集めることはなかった。左翼党連邦議会議員団長 G. ギジイによる阻止条項批判は、vgl. Gregor Gysi, Wer regelt die Regeln des Machterwerbs?, in: von Arnim (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 180), S. 12–14.

184) Vgl. Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 383–389.

185) Grimm, a. a. O. (Anm. 47), Rn. 44.

186) ただし、1946–47年の各州の選挙法制定過程では5%を大きく上回る数値が提案されることもあった(他ならぬ SSW 判決が違憲としたシュレスヴィヒ=ホルシュタイン州議会選挙も7.5%であった)中で、「5%」は一つの歯止めの数値として共通認識が存在していたとみられている。Vgl. dazu Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 383, auch S. 63–105.

187) Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 383.

188) Melanie Amann u. a., Demokratischer Flurschaden, in: Der Spiegel vom 25 Sep. 2013, S. 44 f. では公法学者 H.-P. シュナイダー(4%案)や同盟90/緑の連邦議会議員シュメ

## (2) 副票 (Nebenstimme) 制による改善案

阻止条項がもたらす「死票」の救済の提案として、副票(予備票 [Eventualstimme]、代替票 [Alternativstimme] などの呼称も使われる)を伴う制度が、J. リンクや E. イエッセなどによって従前より主張されており、一定の支持を得てきた<sup>189)</sup>。有権者に本票 (Hauptstimme) の名簿届出政党名に加えて副票に別の届出政党名を記入させ、阻止条項の設定する得票率に満たない政党名を記した本票に付随する副票を集計に加えるものである<sup>190)</sup>。

提唱者の1人であるリンクは、副票制を平等選挙と政党の機会均等の点で「より憲法に親和的な」選挙制度と評するが、同時に以下のような政治上の効用も期待できるという<sup>191)</sup>。① 阻止条項のために議席を獲得できな

---

くレーベル(2~3%案)の最低得票率引下げ案が紹介されている。

189) Joachim Linck, Zur verfassungsnäheren Gestaltung der 5%-Klausel, DÖV 1984, S. 884 ff.; Eckhard Jesse, Wahlrecht zwischen Kontinuität und Reform, Düsseldorf 1985, S. 254-260. リンクは、ベルリンやラインラント=ファルツの州議会調査官を経てチューリッゲン州議会事務局長を務める一方、市民運動 „Mehr Demokratie“ のチューリッゲン支部長としても活躍したキャリアを持つ。政治学者のイエッセが夙に問題視してきたのは、阻止条項は実際には得票率5%以上の阻止効果を発揮しているという点である。有権者は、自分の支持する政党に阻止条項をクリアーする見込みが無いと判断した場合は、当選の見込みの高い別の党に投票する傾向があるからである。この効果は、FDPのように政治的傾向に近い有力政党を抱える党にとってとくに高く、逆に左右両極の過激政党の支持者にはその傾向が少ないという。また、選挙後の連立の枠組みが明確な場合、苦戦を強いられている連立相手に応援的に投票する有権者の数も少なくないという(例えば、1983年の連邦議会選挙で FDP は第1投票 [選挙区選挙] では2.8%にとどまったものの、第2投票 [比例名簿] では8.4%を獲得しており、CDU/CSU 支持の一定層が比例名簿については FDP に投票したとみられている (Jesse, ebenda, S. 255-256)。イエッセは、このような投票行動の抑制を副票制に期待するのである。他に、副票制を支持するものとして、z. B. Hermann Pünder, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentativer Demokratie, VVDStRL 2013, S. 218.

190) ここでの副票制は阻止条項付き比例代表制を前提に本票と副票の2票を有するという独特なものだが、候補者への順位付けという点では、単記移譲制 (SV) や選択投票制 (AV) と発想の点で共通項を持つといえる (vgl. Matthias Damm, Die Nebenstimme bei Bundestageswahlen: Wer A sagt, darf auch B sagen? DÖV 2014, S. 917)。

191) Linck, a. a. O. (Anm. 189), S. 885 f.

い政党に本票を投じる有権者は政策的に近い大規模政党(例えば緑の党の支持者にとっての SPD)に副票を投じる傾向にあるため、大規模政党に有利な制度だともいえる。しかし、その結果、大規模政党が絶対多数の確保する可能性も高くなり、多くの有権者が望まない対抗的政党間の連立(例えば CDU と SPD の大連立)は回避しやすくなる。② 各党は本票と副票の双方の獲得のため、あらかじめ政策やイデオロギーの近い政党との連立構想を選挙前に明示することになり、望まない連立の誕生の可能性が低くなる。③ 小規模政党にとっても、現行であれば死票になることを厭い次善の選択として別の大規模政党に投票していた支持者が、本票をこの政党に投じる見込みが高くなるため、議席獲得の可能性が出てくる。

このように一見すると副票制は良策の解決案にもみえるが、否定的な意見も根強い。例えば、W. シュライバーの連邦選挙法コンメンタールは、副票制について以下のような疑義を挙げる<sup>192)</sup>。① 現行の連邦選挙法においては技術的に集票が煩雑なものになる。② 副票は、基本法38条1項第1文の直接選挙原則や同20条1項の民主制原理から導き出される無留保・無条件の投票の要請に反する。③ 選挙という有権者による重要な民主的意思形成行為の場面では「投票の態度保留や再考を伴わない」ような明確な政治的決定が要求されるのであり、副票は適切ではない。③の批判については、R. ヴェントなども、「補助的に表明された意思の配慮に、本投票と同等の統合作用を認めてよいのか疑わしい」と同調している<sup>193)</sup>。

しかし、阻止条項のために自分の投票が「死票」になる可能性の高いことが明らかな有権者は、そもそも投票を棄権するか、当選の見込みのある別の政党に投票する可能性も高く、その意味では現行制度の下でも有権者の内心のレベルでの「投票の態度保留や再考」は生じているのであり(さ

---

192) Schreiber, a. a. O. (Anm. 4), § 6. Rn. 37. Vgl. auch Karl-Otto Zimmer, Nochmals: Zur verfassungsnäheren Gestaltung der 5%-Klausel, DÖV 1985, S. 101 f.; Damm, a. a. O. (Anm. 190), S. 913 ff.

193) Wendt, a. a. O. (Anm. 77), S. 454 – 456.

らに、現行の二票制では、第2票で投票した名簿届出政党と第1票で投票した選挙区候補者の所属政党とが異なる場合も少なくない<sup>194)</sup>、そうした投票行動を民意の不正確な表出と断定するのは不当だといえる。とはいえ、副票制の集計に伴う複雑さ<sup>195)</sup>——現行制度を前提にすれば、さらに選挙区の投票を踏まえた調整議席の処理なども必要である——は、たしかに技術上の問題とはいえ、そのことが有権者の投票インセンティブを削ぐ結果を招きかねず、軽視できない難点といえるかもしれない。

副票制の他にも、当選基準を最低得票率から最低得票数に変更したり<sup>196)</sup>、得票率の集計を連邦全体ではなく州単位で行う方式に変更するだけでも<sup>197)</sup>、現行の阻止条項が持つ少数派排除効果の緩和に一定の効果があると指摘されている。ただ、副票制と同様、現時点では1つの提案にとどまっている。

### (3) 自治体阻止条項復活論

本節(1)でみたような阻止条項見直し論の流れとは逆に、阻止条項が廃止された自治体選挙や欧州選挙での阻止条項の復活を目指す動きもある。阻止条項撤廃によって小規模政党の議会進出は統計上増えており、そこに安定した自治体運営への危惧が高まっていることも事実であろう<sup>198)</sup>。そう

---

194) Vgl. dazu Jesse, a. a. O. (Anm. 189), S. 254–256.

195) この点への指摘として、vgl. Morlok, a. a. O. (Anm. 151), Art. 38, Rn. 107. 実は1953年の連邦選挙法の政府案には、選挙区選挙での副票制の採用が含まれていたが、集計の際の行政的負担の大きさなどを理由に、連邦参議院での強い反対意見があり (BT-Druksache 1/4090, S. 5, 18 f., 33) 撤回されている (vgl. Damm, a. a. O. [Anm. 190], S. 917)。

196) Vgl. Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 416–418.

197) Vgl. von Arnim, a. a. O. (Anm. 117), S. 225.

198) 一例として、NRW 自治体選挙における阻止条項撤廃の前後での、会派外議員 (所属3名という会派要件 [市議会および定数59名を超える郡会の場合] を満たさない、無所属議員または議員2名のグループ) の数の推移を見てみよう。阻止条項の存在した1994年では会派外議員は全市議会に存在せず、(上記定義による大規模な) 郡議会全体で計3つの2名グループが存在したにすぎなかった。ところが、阻止条項撤廃の1999年選挙、2004年選挙では会派外議員の数は漸増し、2014年選挙では22の市議会全体で43の2名グループ



した事情を背景に、州憲法レベルでの阻止条項復活がみられる。すでに、ベルリン、ハンブルク、NRW州という3州で阻止条項の憲法条項化による固定化が実現している。これらの州における阻止条項存置派と撤廃派の議会および州憲法裁判所を舞台にしたせめぎ合い(「対話」?)は本稿第二章4でも紹介したが、近時の動きを踏まえて若干の補足をしておきたい。

ベルリンでは従来州選挙法で規定していた区議会の3%阻止条項を2010年の州憲法改正で憲法規定に格上げし(ベルリン州憲法70条2項第2文)、これに対するベルリン州憲法裁への異議も2013年5月に斥けられている(BelVerfGH, Urt. v. 13. 5. 2013-155/11)。他方、ハンブルクでは、区議会選挙の3%阻止条項を定めた州選挙法が2013年1月にハンブルク州憲法裁で違憲とされた後(HVerG, Urt. v. 15. 1. 2013-2/11<sup>199)</sup>、州憲法改正によって区議会阻止条項をハンブルク州憲法に導入した。この改正に対しても民主制原理を定めた州憲法3条1項および基本法28条1項への抵触を理由とする選挙抗告が州憲法裁に提起されたが、2015年12月8日の判決で斥けられ

---

↘と64名の無所属議員が当選し(会派外議員合計は150名)、28の郡議会に計56の2名グループ、23の郡議会に計39名の無所属議員が当選している(データは、zit. in Roth, a. a. O. [Anm. 174], S. 124 f.)。ケルン市の場合、1994年選挙ではSPD: 42, CDU: 33, 緑の党: 16(定数91)であったのが、2014年選挙ではSPD: 26, CDU: 25, 緑の党: 18, 左翼党: 6, FDP: 5, AfD: 3, 市民運動プロ・ケルン: 2, 海賊党: 2, ダイネ・フロインデ: 2, FW ケルン: 1(定数90)となっている。このような数字が示す多党化について、左翼党やFDPのような政党へのパイの配分の増加と捉えるか、それとも政治的に右旋回しつつあるAfDやプロ・ケルンのような排外主義勢力の伸長と解するかで、「議会の安定」への評価も分かれてくるだろう。NRW州での自治体阻止条項復活論議で合憲論の立場からこの数値を解析するW. ロートは、阻止条項の正当化は(近時の連邦憲法裁の判例とは異なり)議会の活動毀損の具体的な危険ではなく、抽象的な危険で足りると解するので、この数字だけで十分に阻止条項導入は裏付けられると考えている(ebenda, S. 125-127)。なお、プロ・ケルンのようなNRW州を中心に展開する反イスラム・反移民の「プロ・運動」については、さしあたり、中谷毅「ドイツにおける抗議・市民運動としての右翼ポピュリズム」高橋進・石田徹編『ポピュリズム時代のデモクラシー』(法律文化社、2013年)73頁以下参照。

199) この判決への評釈として、Christian Hillgruber, Verfassungswidrigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel für die Wahl zu den Hamburger Bezirksversammlungen, JA 2013, S. 717 ff.

ている (HVerG, Urt. v. 8. 12. 2015 – HVerfG 4/15)。

特別市ベルリンや都市州ハンブルクの区は特殊な位置づけの自治体とみられることもできるが、NRW 州のような典型的な州でも州憲法改正により自治体選挙の阻止条項が復活したことの意義は小さくない。NRW 州では1999年の州憲法裁判決が自治体5%阻止条項を州憲法違反と判断したことで阻止条項は早くから撤廃されていたが、その結果、州内の各自治体議会での会派無所属議員の増加が顕著になった。このことによる自治体議会の審議・議決能力の毀損を危惧した当時のリュットゲルス内閣 (CDU と FDP の連立) は、選挙の集計方法の変更による小規模政党の排除に乗り出した。2007年10月に改正された NRW 州自治体選挙法では、従前のヘア/ニーマイヤー式に基づく比例計算方式からサンラグ/シェパーズ式に基づく基準近似値計算 (Standerdrundung) を伴う割算方式 (各党の得票数を適当な除数で割った商の近似値を求める方式) への変更が行われた<sup>200)</sup>。その際、この計算方式で求められる基準近似値が1.0に達しない政党・有権者連合は議席配分の対象にしないという方式を採用した (州政府提出案では0.75)。これは小規模政党に不利に働く改正であったため、ÖDP から州憲法裁判に機関訴訟が提起され、州憲法裁判は、平等選挙と政党の機会均等の違反を理由に違憲と判断した。こうした動きを経て、2015年9月に自治体議会選挙2.5%阻止条項を内容とする州憲法改正案が SPD, CDU, 緑の党の主要3会派共同により州議会に提出され、2016年6月10日に可決された。この改正が、他の州での自治体阻止条項の憲法典上での復活論を誘発する可能性もある。都市州の区議会や州の郡議会に多くみられる議員定数が50名程度の規模の議会の場合、阻止条項が無くても1.2~1.8%程度の得票を得ないと当選できないのであり<sup>201)</sup>、「3%」という数字は侵害強度の点でも相当であるという「相場感覚」が州の立法者や裁判所に形成されつつあるようにも思われる。NRW 州の改正案における2.5%という数値設定はさらに

---

200) 両方式の集計方法について、vgl. Nohlen, a. a. O. (Anm. 125), S. 130 – 133.

201) Vgl. BelVerfGH, Urt. v. 13. 5. 2013 – 155/11, 155/11, Rn. 25.

慎重を期したものといえるが、今後、こうした州憲法規定の合憲性の判断が連邦憲法裁判に持ち込まれた場合、「阻止条項の法理」にてらしてどのような判断が下されるか注目される。

他方、欧州阻止条項二判決後、欧州議会阻止条項については、欧州法で加盟国に阻止条項を義務付けるべきだ、あるいは、基本法改正により欧州議会阻止条項を——場合によっては連邦議会の阻止条項も——憲法条項化すべきだという主張もみられるようになった<sup>202)</sup>。基本法への5%阻止条項導入についていえば、基本法79条3項が禁ずる同20条の民主制原理の変更を伴う違憲の憲法改正だという指摘もあるが<sup>203)</sup>、必ずしも説得力のある議論とはいえない(同じく欧州法を通じた阻止条項義務付けも、同一性コントロールを容易にパスすると推測される)<sup>204)</sup>。

しかしながら、阻止条項の憲法典化には別の問題も存在する。ヴァイマル憲法とは異なり比例代表制の採用を一律に求めているわけではない基本法において比例代表制の「補充的規定」とされる阻止条項だけを憲法典に規定することの——実際に自治体阻止条項を憲法条項化した上述の諸州の規定は、そうなっているのだが<sup>205)</sup>——立法上の不体裁は否めないし、なにより連邦憲法裁判例が採用してきた「選挙制度に対する基本法の開放性」論との齟齬が生じかねないからである<sup>206)</sup>。

202) Vgl. Will, a. a. O. (Anm. 136), S. 1424; Grzeszik, a. a. O. (Anm. 136), S. 541. しかし、グルツェスツイクは、欧州法での規律は、ドイツ以外の加盟国がその必要性を感じないがゆえに実現の見込みは低いと悲観的である(Grzeszik, ebenda)。

203) Wernsmann, a. a. O. (Anm. 135), S. 28.

204) 自治体議会選挙の阻止条項を州憲法に挿入することが基本法違反にならないかという論点でロートが展開する合憲論(Roth, a. a. O. [Anm. 174], S. 81–113)が、この争点にも妥当すると思われる。

205) ハンブルク州憲法4条3項は、「区議会は、普通、直接、自由、平等及び秘密選挙で選挙される。立候補は、投票結果に基づき区議会の議席配分を決定する際、有効投票の少なくとも100分の3を獲得した場合に限り考慮される」となっている。ベルリンとNRW州もほぼ同じ規定である。

206) これらの点に加え、選挙法の詳細の憲法典での固定化によって憲法裁判所の権限のみならず立法者の形成余地をも狭めてしまう点を問題視するものとして、Julian Krüper, Ver-

## 2 「阻止条項の意義・機能」の再検討

これまでの考察を踏まえて、現在のドイツ民主政における阻止条項の意義・機能を検討してみたい。1950年代の連邦憲法裁判決において原型が形成された「阻止条項の法理」を、今世紀に入っのドイツの政治状況・社会状況の変容に合わせて調整し直したのが第Ⅱ章で検討した自治体阻止条項08年判決であり、第Ⅲ章で検討した欧州阻止条項二判決であった。そうした調整にもかかわらず(あるいはそうした調整の結果として、さらに)阻止条項の存立基盤が問われる状況が存在する。すでに確認してきた点であるが、改めて以下の4点として整理しておく。

- ① 2013年ドイツ連邦議会選挙の結果では、得票率4%を超える政党が2つ、2%を超える政党が1つ存在していたが、これらの政党は5%阻止条項のために議席を獲得できなかった。また、その結果、比例代表制であるにもかかわらず、全体では15%強の投票(約680万票)が「死票」となる事態が発生している<sup>207)</sup>。
- ② 阻止条項撤廃後の2014年欧州議会では1議席政党7つを含む13の政党が議席を獲得した。

---

↘fassungsunmittelbare Sperrklauseln, ZRP 2014, S. 132 ff.

207) 近年の州議会選挙でもある程度の傾向としては同じである。2014年ザクセンの州議会選挙では、得票率5.7%の緑の党が8議席を獲得したのに対して、得票率4.9%のNPDは議席を獲得できず、また阻止条項の対象となった票は全体の13.5%に及んだ。また、2016年ザクセン＝アンハルト州議会選挙では、緑の党が得票率5.2%(5議席)、FDPが4.9%と明暗を分け、阻止条項の対象となった票は全体の13.9%である。こうした数字からは、①「流動的5党制」の最後の1枠をめぐる5%前後で2つの政党が拮抗している、②2013年連邦議会選挙のように共倒れが生じなくとも全体で10%を上回る「死票」が発生している、といった傾向が一応確認できる。ただし、各州の政治状況はかなり異なるので、これを一般的傾向とすることまではできない。すなわち、2016年バーデン＝ビュルテンベルク州議会選挙で阻止条項の対象となった票は全体の4.4%(うち最大得票は左翼党の2.9%)にとどまっているし、同年のラインラント＝ファルツ州議会選挙でも阻止条項の対象となった票は全体の7.2%(うち最大得票は左翼党の2.8%)にとどまっている(以上の記述における数値は、これらの州の統計局または選挙管理官の公表データを参照した)。

③ 同じく、阻止条項を撤廃した各州の自治体議会でも、小規模政党の増加現象が顕著である。

④ ただし2016年6月時点では、欧州議会でも各州の自治体でも、多党化による深刻な機能不全が生じたという例はみられない。

以上のような今日の状況の下で、なお阻止条項に意義があるのか。意義があるとすれば、それは何かを問うのが本節である。ただし本稿のここまでの作業と同じく、考察の射程は、連邦憲法裁の「阻止条項の法理」と、それをめぐる公法学・政治学の規範論的な議論から読み取れる「阻止条項の意義・機能」の表れ方に主に限定されることになる（したがって、問題設定は、例えば、「阻止条項の法理」テーゼ③は、今日的状況の下でも維持しうるのか、維持しうるとすれば、いかなる論理により可能なかというかたちになる）<sup>208)</sup>。

以下では、まず、① ヴァイマル期のような多党化による議会の機能麻痺を予防するための阻止条項（「ヴァイマルの教訓」論）、② 違憲政党・反体制的過激政党を議会から排除するための阻止条項（「たたかう民主制」論）という従来から説かれてきた阻止条項のイメージについて、現在において妥当するのかを検証する。さらに、「阻止条項の法理」が挙げた、③「議会の活動能力の保全」と④「統合過程としての選挙の維持」という観点についても、近時の議論も参考にしつつ、その再検討を行う。最後に、⑤

---

208) したがって、阻止条項が有権者の投票行動や政党の政策に与える影響などに関する実証データの解析（この点で有益な業績として、z.B. Harald Schoen, Mehr oder weniger als Fünf Prozent-Ist das Wirklichkeit die Frage?, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1999, S. 565 ff.）から「阻止条項の意義・機能」を計量政治学や社会学の手法を用いて測定することは——これまでの本稿の姿勢と同じく、そうした作業を行う研究の結論から一定の示唆を得ることまでは排除しないとしても——本稿の方法とするところではない。もちろん、憲法学においても、そうした作業に意義があることはいうまでもない。例えば、計量分析的なアプローチを撰取した、河島太郎「ドイツの小選挙区比例代表併用制におけるいわゆる負の投票価値 (Negatives Stimmgewicht) について」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論』（信山社、2015年）1049頁以下は、示唆に富む作品といえよう。

「公権力参画の正統性確保」という、阻止条項正当化論の再構成の試みについても考察する。

#### (1) 「ヴァイマルの教訓」としての阻止条項

まず、破片政党がもたらす議会の機能麻痺をヴァイマル期の負の記憶と結びつけ（「ヴァイマルの教訓」論）、このような事態の回避のために阻止条項は必要だとする正当化論をみてみよう。このような議論は、連邦憲法裁の判例でも使われてきた（「ヴァイマルの教訓」という言葉を直接用いたものとして、BVerfGE 14, 121 [134]）。ただし、1980年代後半以降のヴァイマル憲政史の様々な専門分野からの「読み直し」作業を経て<sup>209)</sup>、「ヴァイマルの失敗」を破片政党の責任に帰するステレオタイプな理解——そうした認識は、「ヴァイマル時代の組閣を挫折させたのが、破片政党ではなく大規模・中規模の政党であったという事実、また、共和国末期には、破片政党に対する断固たる措置は妥協能力のある小さな中道ブルジョワ政党をも対象としていたという事実を無視するものである」<sup>210)</sup>——も見直しを迫られてきた。R. ポシャーが指摘するように、「阻止条項を導入していても、政治状況の安定化に寄与しうることはなかったであろう」<sup>211)</sup>。

R. ヴェナーの1985年の論攷は、「連邦共和国の初発に刻印を残した『ヴァイマルの教訓』は確かに原則的な意義がなかったわけではない」と評しつつも、1980年代の「現実の憲法上・憲政上の議論においては説得力を喪失した」と認識する<sup>212)</sup>。この時のヴェナーが目撃していたのは、

---

209) 憲法学的観点からの重要な文献として、vgl. Eberhard Eichenhofer (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung—Was ist geblieben?, Tübingen 1999; Gusy (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 11).

210) Poscher, a. a. O. (Anm. 11), S. 275 f.

211) Poscher, a. a. O. (Anm. 11), S. 276. とはいえ、世論やメディアにおける言説として「ヴァイマルの教訓」論は従来通りの生命力を保っているといえよう。学術論文にも「ヴァイマルは EU レベルで発揮されるのか?」というタイトルを付した最近の論攷 (Strohmeier, a. a. O. [Anm. 131]) もある。

212) Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 348.

1980年代の緑の党の議会進出という新たな事態<sup>213)</sup>によっても大きな動揺は生じなかった連邦や各州における政治的安定性である。「ヴァイマル憲法の時代と異なり、基本法は今日ほとんどすべての政治的勢力と国民により受容されており、憲法に対する重視すべき原理的反対派は書き留めうるものではない。初期にこそ新たな民主的秩序への本質的支柱となってきた、連邦共和国の比較的良好な経済状況も決定的に重要である。国家的秩序・社会的秩序における労働者階級の統合も、政治的闘争の貫徹手段としての暴力の拒絶に原則異論がないことも、連邦共和国の安定性に寄与している。このような複数の支えによって、国家秩序・社会秩序の個別の領域での一時的な機能毀損がシステム全体の存立危機となる危険は減少している」<sup>214)</sup>。

213) 党幹部のプロフィール、平和政策や環境政策での原理主義的傾向、議席ローテーションなどの新奇な党運営などの特異さにおいて、支持者層以外が抱いた緑の党への警戒感・拒否感は現在では想像し難いが、そのことは、同党の理念・政策と基本法の理念や構造との緊張を論じた R. シュトーパーと、これへの F. ハーゼの反論 (Rolf Stober, GRÜNE und Grundgesetz?, ZRP 1983, S. 209 ff.; Friedhelm Hase, Die Grünen—eine verfassungsfeindliche Partei?, ZRP 1984, S. 86 ff.) からもうかがえる。

214) Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 349. ヴェナーは、この時期の政治状況の安定の例証のために、選挙結果により明確な多数派形成に失敗しても大きな混乱とはならず、新たな選挙で多数派が形成されるまで、事務管理内閣(職務執行内閣)・少数派内閣が大きな政治的抵抗を受けずに政権を運営できたハンブルクやヘッセンを、ヴァイマル期の共和国議会の機能不全の状況と対比させる (Wenner, a. a. O. [Anm. 9], S. 350)。ヘッセンの80年代前半の政治状況(この連立をめぐる拮抗状況を、当時は「ハンブルク状態」と共に、「ヘッセン状態」と呼んだ)を概略しておこう。第2次ベルナー内閣 (SPD=FDP) の下で実施された1982年7月州議会選挙で与党は大敗し、SPD は野党 CDU に抜かれて第2党に転落し(49議席)、連立相手の FDP は5%阻止条項をクリアできず議席を失った。しかし、第1党となった CDU (52議席) も過半数の確保に至らず、他方、初めて9議席を得て議会に進出した緑の党もいまだラディカルな政策に固執しがちで、連立内閣の見通しが立たない事態に至った。事態打開のため議会は、1983年度の暫定執行予算を成立させた後に自主解散を決定する。同年9月に実施された州議会選挙では FDP が CDU から議席を奪うかたちで復活し、連立のキャスティングボートを握るが、SPD と CDU とも連立の合意には至らず、ようやく1984年6月に緑の党の閣外協力の下で第3次ベルナー SPD 内閣が少数政権として発足する。その間の約9か月は、第2次ベルナー内閣が少数派の職務執行内閣としてその地位にとどまったわけである(その後、第3次ベルナー政権)

もっとも、1980年代の政治状況を前提にしたヴェナーの診断が、2010年代のドイツでも妥当するののかという問題は残る。すでに本稿で何度か言及しているように、5%阻止条項の下でも「流動的5党制」となった現在、さらに阻止条項を撤廃すれば10以上の政党が議会に議席を持ちかねないことは、欧州選挙の結果が示したとおりである。阻止条項撤廃後の自治体議会への破片政党の進出についても、先に触れたとおりである。そのことだけで議会の活動能力が毀損されるかの判断は、まさに欧州阻止条項二判決の二分された評価に対応するところであるが、政治状況の安定に対する不確実性は従前よりも高まっているという見方は直ちに不当とはいえないのである。

## (2) 「たたかう民主制」の装置としての阻止条項

本稿の冒頭で指摘したように、その制度の沿革からみて、ドイツの阻止条項は左右の反体制政党を排除する「たたかう民主制」の構成要素と位置付けられてもきた。しかし、SSW判決以来の連邦憲法裁は、反体制的過激政党の排除は基本法21条2項の政党禁止の役割だとして、阻止条項による過激勢力の「ねらい撃ち」的排除という見方を否定してきた(SSW判決[257]；自治体阻止条項08年判決[109]も参照)。ただし、政党禁止というultima ratioが簡単に発動できない状況下で<sup>215)</sup>、阻止条項がこのような意味における「たたかう民主制」に奉仕してきたと捉えることは可能であろう。現在の自治体阻止条項復活論議も、単なる多党化一般に対してではな

---

ㄨが少数派内閣の状況を脱するのは、緑の党が入閣して連立与党となった1985年12月のことである)。なお、ヴァイマル末期との比較の点では、共和国議会だけでなく、「永続的事務管理内閣」というべき異常事態の発生を招いた当時の各ラントにも目を向けるべきであろう。この点を憲法論的に検討した、植松健一「ヴァイマル期の対議会信任原則(3)―信任投票・事務管理内閣・闘争内閣・そして大統領内閣」法政論集192号(2002年)121頁以下も参照。

215) ただし、「たたかう民主制」の捉え方にも拠る。植松・前掲(註7)61-62頁では、「たたかう民主制」を様々な次元で支える諸制度を整理しているが、選挙制度や議会法制は対象から外している。



く、NPD や Pegida 運動<sup>216)</sup>の議会進出への危惧が背景にあり、法文上は阻止条項が政党・政治結社一般に向けられていても、立法者の「隠された意図」としてNPD などへの「狙い撃ち」効果を期待する側面があるのは否定できない事実である<sup>217)</sup>。しかし、そうだとすれば、阻止条項は他事考慮に基づく立法として問題であるだけでなく、この意味で期待される機能を果たしうるのかという点が問われよう<sup>218)</sup>。

### (3) 議会の活動能力、とりわけ安定した政府形成能力の保護のための阻止条項

ここでは、「議会の活動能力の保護」と「国民の意思形成の統合過程としての選挙の性格の維持」という、「阻止条項の法理」における阻止条項の2つの「やむを得ない事由」についての現在の機能について、2015年に公刊されたW. ロートの論攷を手掛かりにしながら、改めて検討を加えていく。このロート論文は、前述のNRW州における自治体阻止条項復活論議の過程でSPD州議会会派の求めに応じて州議会提出した鑑定書をベースにしたもので、連邦憲法裁の自治体阻止条項08年判決および欧州阻止条項二判決以降の磁場に抗って阻止条項の生き残る途を憲法的に再構築しようとする試みだといえる。

まず、既述の点ではあるが、現在の連邦憲法裁が実際に重要しているのは、上記2つの正当化事由のうち「議会の活動能力」とりわけ「政府形成」の能力である点<sup>219)</sup>を再確認しておこう。政府の形成は議院内閣制に

---

216) Pegida 運動につき、坪郷實「Pegida 現象と『現実にある市民社会』論」高橋・石田編・前掲(註132)所収104頁以下参照。

217) ハンブルクにおける区議会選挙3%阻止条項の憲法規定化をめぐる市会での議論でも、NPDの区議会への進出の阻止という意図も示されていた(Bü-Drucksache 20/74, S. 5562, 5565. zit. in HverfG 4/15, S. 24)。

218) Vgl. dazu Gysi, a. a. O. (Anm. 183), S. 12-14.

219) 実はすでに基本議席条項判決は、阻止条項は「第一義的には(in erster Linie)活動力のある議会の選出」にあると述べてはいる(BVerfGE 95, 408 [420])。他に、阻止条項は「本質的に、活動的な政府の選出とその継続的な支えのための安定的多数派の形成に必

における議会の最重要な任務の一つであり、この機能の毀損を防止するところに阻止条項は意義を有するのだという認識に動揺はない。多党化現象への楽観的・肯定的な姿勢を欧州議会と自治体議会に限って示す連邦憲法裁に対して、「ベルリンの諸状況は、ブリュッセルのそれよりも、それほどひどく複雑なのか？」<sup>220)</sup>という疑問を背景に、一方では、「だから欧州議会（そして自治体議会）にも阻止条項を設けるべきだ」という主張と、他方では、「だから連邦議会の阻止条項も緩和ないし撤廃すべきだ」という主張が鼎立しているという議論状況も、本章1でみてきたとおりである。

こうした中、ロートは、欧州阻止条項二判決が阻止条項の設置に議会の機能毀損に対する「具体的な危険」の存在を求めた点に対する解釈論的な批判を展開する一方、そもそも「議会の活動能力」とは何を意味するのかを、連邦憲法裁の過去の阻止条項関連判例を手掛かりに改めて問い直す。ロートは、SSW 判決以降の判例が、「Funktionsfähigkeit」の意味を法的な「技術的・形式的な訴訟上の」意味ではなく、「国家政治的な」(staatpolitisch) 意味において捉え、国政上の諸事由 (staatpolitische Gründe) から破片政党への対処を正当化してきた点に注目を促す。ロート（およびロートの読解では過去の連邦憲法裁）によれば、国家政治的な意味での活動能力とは、議会が内部対立を伴いつつも活動できるといった状態ではなく、また、全般的に何らかの決定に至ることができるといった状態ではない。そうではなく、安定した信頼できる多数派に支えられて、「政治的に活発な政府」を形成し、個々の立法活動を行うことのできる状態にあることなのである<sup>221)</sup>。

ここでのロートの意図が、政府の政策遂行を支える安定的な議会多数派の確保という重要な政治目標は活動能力毀損の危険に関する法的観点での測定とは相容れないと説くことによる、阻止条項の合憲性の審査密度の大

---

↘要」と説示した欧州阻止条項11年判決 [336] 等参照。

220) Amann, u. a., a. a. O. (Anm. 188), S. 45.

221) 以上のロートの所説につき、Roth, a. a. O. (Anm. 174), S. 50 f.

幅な引下げにある点は理解できる。しかし、「政治的な意味」の世界は、そのための活路にはならないのではないか。もしも過去の連邦憲法裁判例がロートの解するように「議会の活動能力」を主として安定性のある政権の意味で捉えていたとすれば、もはや比例代表制の採用自体が立法政策的に下策ということになる。その場合、阻止条項を5%よりも引上げることでも歓迎されようが、それはSSW判決以降の判例の採ってきた立場とは異なるはずである。ただし、ロートの阻止条項正当化論の論拠はこれにとどまるものではなく、もう1つの阻止条項の正当化事由である「統合過程としての選挙の性格の維持」においても興味深い指摘をしている。この点は後に検討したい。

#### (4) 「統合過程としての選挙」——スメントとヘッセ

「統合過程としての選挙」は、「議会の活動能力」よりもはるかに抽象度が高い概念であり、どのような規範的内容を読み込むかにより具体的な帰結も異なってくる。「統合過程としての選挙」という言葉でまず想起するのは、R. スメントが選挙を「機能的統合」(funktionelle Integration)の一例に挙げていた点であろう<sup>222)</sup>。良く知られている——しかし、その正確な

---

222) Vgl. Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., Berlin 1994, S. 148–160, insb. 150, 154 f. スメントにとって、議会制国家における公民とは、即自的に政治的な行動をする存在ではなく、選挙から選挙へ組閣から組閣へと経過すれば政治的に特別のものたる資格を与えられるような存在でもない。そうではなく、公民とは、絶えず新たに国家的現実性としての実存になるような政治的综合 (politische Synthese) の力をもって、政治的人民すなわち主権的な意思団体として自己の存在を保つ存在 (であるべき) なのである (ebenda, S. 155)。したがって、選挙のような行為は「純粋に精神的な統合の態様」であり、「その意味は特別の国家的諸問題との連関の中でのみ説明されうる」ものである (ebenda, S. 150)。「選挙、議会審議、組閣、国民投票。これらはみな統合的機能」であり、これらの行動は「国民全体の中の個々の政治的個性を生み出し、そのことをもって法的に把握できる、内容的には良し悪しもある活動の前提条件を生み出す」ものなのである。重要なのは、議会の決定の良し悪しではなく、「議会内の議会型対立構造や、共同体験を有する公民 (miterlebendes Staatsvolk) の集団形成すなわち結合が、特定の政治的な全体姿勢を

理解には困難が伴う——スメントの「統合理論」では、選挙はそこに参加した公民に共通の体験をもたらすことを通じて機能的な統合力を発揮する。この統合的機能の現実には、多数決原理がそもそも統合力を有するか否か、そして公民全体への統合力を持っているか否か、という2つの要素に規定されるのだという。そのような効果は「政治的闘争が問題にならないような価値共同体」の存在が条件となるが、ただし「その闘争自体にルールと、統合的な集団の生活の機能たる意味を付与するような闘争」ならばこの限りではない。「このような価値共同体によって十分に全体と結びつかないような部分集団は——例えば議事妨害などの手段をもって——闘争の競技ルールから容易に離脱し、もってその統合的作用から容易に離脱するだろう」<sup>223)</sup>。

このようなスメントの「機能的統合」観を考察した高橋信行は、多数派と少数派の間の共通体験に基づく相互理解の下で「少数派の利益が決定に反映される可能性が高まる」という「機能的統合」の筋道を「十分に説得的なもの」と評価した上で、そこから「公正な競争は、様々な価値に対して開かれた価値中立的なものでなければならない」という含意を読み取っている<sup>224)</sup>。スメントの「機能的統合」が政治的競争への政治的・社会的少数派への開放を重視する議論だとすれば、そこに彼の学統を継ぐ K. ヘッセの「民主政の秩序の開放性」観の原型を見出すことは容易である。ヘッセの議論では、「多元主義的なイニシアティブとオルタナティブ」の

---

↘の形成をもたらすか否か」であり、選挙法制も単に個々の議員を提供するものではなく、「まずは党派形成的に作用し、しかる後に多数派形成的に作用するもの」(であるべきだ)ということになる (ebenda, S. 154 f.)。スメントの統合理論を扱う邦語文献も多いが、高橋信行『統合と国家—国家嚮導行為の諸相』(有斐閣, 2012年) 247-276頁は、スメントの難解な統合類型に関する読解を助けてくれる。また、高見勝利『『国民内閣制』論の諸前提』同『現代日本の議会政と憲法』(岩波書店, 2008年) 所収66-67頁が紹介するスメントの比例代表制観は、「国民内閣制」をめぐる高橋和之との論争に引き付けてのものだけに、短い記述だが示唆する点が多い。

223) 以上のスメントの所説は、Smend, a. a. O. (Anm. 222), S. 154 f.

224) 高橋・前掲 (註222) 266-270頁。

重要性がいつそう強調されている。基本法が保障する民主政の秩序の開放性とは、「様々政治的目的の追求に余地と同時に闘争を認め、そしてその決着を可能にする」ものであり、「これらの目標の貫徹のための平等な機会を維持し、支配を担う多数派に属さないグループに対しても協働と影響力行使の可能性を開いている」ことである。ゆえにそこには、すべての市民の同権に基づく政治過程への参加、少数派の機会均等と保護、宗教的・世界観的な中立性などの要請とも連関を持ち、対立する見解・利害の存在や必然性の承認により認められる政治的・社会的諸勢力が活動し論争するための余地が求められるのである<sup>225)</sup>。

このようなヘッセの議論からしても、一連の連邦憲法裁判決の中で示された「統合過程としての選挙」という認識にスメントの「統合理論」からの少なくとも間接的な影響を認めることは不当ではないだろう<sup>226)</sup>。スメントの考える「統合」が価値や意見の画一的・一義的な集約とは逆の方向を目指すものであることは確かだとしても、それが「統合」である限り、極端な分裂や不統一を望むものではない。こうしたこともあって、ヘッセの「民主政の秩序の開放性」から導かれる政党の機会均等にしても、政党の地位の保障と法定化にとって「政党の特別の地位の背後にある、生活全体を担い、決定する現実」が重要であるところ、「大規模政党の現実的意義は政治的意思形成に対する意義がまだ潜在的なものにとどまる小規模のおよび極小の政党よりも不均衡なほど大きい」のが現実である以上、「政党が政治生活の中において一定程度の支持を受けるか否かで政党を判

---

225) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 135, 160. 初宿正典・赤坂幸一訳『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2006年）87-88頁、102-103頁（訳は参考にしつつ、本稿の記述に合わせて変更している）。現実のドイツにおける「民主政の秩序の開放性」に生じている病理の描写は、ebenda, Rn. 162-165. 同訳書103-105頁。

226) Vgl. dazu Daniel Krausnick, Staatliche Integration und Desintegration durch Grundrechtsinterpretation: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Lichte der Integrationslehre Rudolf Smends, in: Roland Lhotta (Hrsg.), Die Integration des modernen Staates, Baden-Baden 2005, S. 142 f. ただし、本稿・脚注(39)の指摘も参照。

断する別異取扱いの基準が、事理に適わないとみなしうることは困難」であるという理由から、相対化を宿命づけられているのである<sup>227)</sup>。しかも、ヘッセは、大規模政党について、多くの票を獲得するために様々な利益を政党の政策に反映しようとして、あらかじめ諸利益間の対抗を内部的に調整しているのであり、「それゆえ、大規模政党は政治的意思の事前形成の領域でも自己の機能を小規模政党よりも良く遂行する能力を持つ」と評価する<sup>228)</sup>。逆に言えば、小規模政党が政党の機会均等を求め得る存在になるためには、政権交代の可能性も「統一形式的な効果を持つ」よう、「少数派が多数派になろうとする努力の中で、可能な限り多くの特殊利益を内部で調整しなければならない」<sup>229)</sup>ということになろう。こうした根拠による大規模政党重視・小規模政党軽視の見方は、SSW 判決に代表される連邦憲法裁の初期の判例に色濃く表れていたことは、すでにみてきたとおりであるが、同じく後で扱うロートの政党観にも反映されているはずである。

#### (5) 「統合過程としての選挙」のための阻止条項

しかしながら、選挙を通じて社会の多種多様な意見がある程度の数に集約することを「統合」だとする見方とは別に、選挙を通じて社会の多種多様な意見を可能な限り正確に議会へ反映させることこそが「統合」だという見方もあったはずである。そして、この対抗が阻止条項への存在意義に

---

227) 以上のヘッセの所説は、Konrad Hesse, Die Verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 1959, S. 37 f. ゆえに、阻止条項の他、議会の党派設立に一定の議員数を求めるドイツ連邦議会議院規則 (10条1項・60条1項) なども許容されることになる (ebenda, S. 37)。

228) Hesse, a. a. O. (Anm. 227), S. 38, Fn. 38. このようなヘッセの政党観の特徴は、すでに、林知更「政治過程の統合と自由(4)―政党への公的資金助成に関する憲法学的考察」国家学会雑誌116巻11・12号(2003年)1079-1080頁が指摘するところである。また、林・同1023頁以下は、H. エームケ, U. ショイナー、ヘッセらスメント学派の政党観とその背後にある国家・社会観が検討されている。

229) Hesse, a. a. O. (Anm. 225), Rn. 157. 前掲・訳書(註225)100頁。

ついでの評価を一定の程度において規定しており、近時の連邦憲法裁判例が後者の意味での「統合」を語り始めている点は、概述のとおりである(前述第Ⅱ章2(5))。欧州議会についていえば、懐疑派も含めてできる限り少数派にも議席を与える方がEUの民主的正統性を確保し、結果的に欧州統合の推進に資することになるのか。それとも、各国の有力既成政党と人的パイプを持ち欧州統合に積極的な政党で議席を占めた方が欧州議会の活動能力と発言力を高め、もって欧州統合の推進に資することになるのかという点も問われてきた(前述第Ⅲ章5(7))。この問いに対して連邦憲法裁判は、「まさに欧州レベルでこそ政治過程の開放性が維持されなければならない。小規模政党に政治的成功をおさめる機会を認めることは、そうした開放性の一部を成す」と答えることで、欧州議会の多党化を奨励した(11年判決[340])。なぜ、そうした開放性が必要なのか。「新たな政治的観念は、部分的には、いわゆるワン・イシュー政党をまずは経由して公衆の意識の中に持ち込まれる」のであり、「それに対応した刺激を政治的に消化して、そうした事象を可視化させることこそ、議会での討論の意義と目的」だからである(11年判決[340])。このような理解の下では、議会での討論は意思決定手続の1つにとどまらず、社会的多様性とそれに伴う諸問題の可視化の過程として、それ自体の固有の意義が認められることになろう。こうした連邦憲法裁判の認識は「議会の活動能力」の見方にも反映されることになり、「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」のであり、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もないことは、活動能力の毀損とみなされる」(自治体阻止条項08年判決[114 f.])という認識に至るのである。

しかし、こうした小規模政党への評価とは対立的な見方が、ザールラント州憲法裁判の近時の判決の中で提供されている。ザールラント州憲法裁判2012年3月22日判決は、ワン・イシュー政党の政治過程における存在意義を強調する連邦憲法裁判欧州阻止条項11年判決とは違う見解に立つことを明言する。州憲法裁判の認識によれば、破片政党の特殊利益の代表者は、連邦

憲法裁の説くように「新たな政治観念」を持ち込むだけにとどまらず、自己の獲得議席に比例しない強い影響力を議会で発揮する。「単一テーマのみを代表する議員は、譲歩なしに当該テーマを実現することに関心を払わなければならない上、限定的な妥協能力しか持たない」のに対して、大会派は安定した政権運営という現実的選択の中で、こうしたワン・イシュー政党の主張に譲歩・妥協しがちだからである。「一体性の確立」(Herstellung eines Ganzen) という選挙の持つ統合力は、「全体の一部分が自己の利益を全体の中で貫徹する場合にしか統合に寄与できないようならば」、まさに毀損されかねない(SaarlVerGH Lv 3/12, S. 14 f.)。さらに2013年3月18日の判決でも、小規模政党により代表される社会的・政治的少数派の意見が議会活動の豊饒化をもたらすことの意義を認めた上で、同時に、小規模政党が議席と不相応な影響力を行使することを問題視する。

「強く破片化した議会においては、政治的グループ化のための明確な多数派が生じることは稀である。有権者の相対的多数派によって支持される比較的に大きな政治的グループは、安定した政権を打ち立て、かつ、当該政党の綱領でなお主張しうる部分を法律に変換したいので、小さな政党よりも相対的に強く譲歩を強いられている。小さな『キャスティングボート政党』(Zünglein an der Waage) に代表されている特殊な利益、すなわち有権者の少数マイノリティにしか代表されていない——しかも抗議行動から発生することが多い——個別の利益を完全に実現するチャンスは、有権者の相対的多数に支持された比較的に大きな政党の綱領の多くを本質部分で実現するチャンスよりも大きいのである。」(SaarlVerGH Lv 12/12, S. 13 f.)

このような(おそらくは裁判官の一人である R. ヴェント<sup>230)</sup>にリードされた)ザールラント州憲法裁判決に示唆を得たロートがここで採用した戦略は、①「議会の活動能力の保全」と②「統合事象としての選挙の性格の維持」という阻止条項の2つの正当化事由を常に相互連関的なものとは捉えず、

---

230) ヴェントの阻止条項擁護論は、本稿第II章2(5)参照。



後者に独自の意味を見出そうとするものである。そうすることで、議会の機能毀損の「具体的な危険」を求める欧州阻止条項二判決後の「阻止条項の法理」にてらして事由①の観点からの必要性の論証がたとえ困難な状況でも、なお事由②——こちらは抽象度が高いゆえに多様な解釈の余地がある——による正当化の可能性が残るからである。

ロートがまず批判の対象とするのは、小規模政党に不利な集計方式を採用した2008年12月16日の NRW 州憲法裁判決 (VerGH NRW-12/08) である。この判決では、州憲法裁は、正当化事由①を提示された事実に基づき検証した上で「生産的な事実上の根拠を欠く」と否定した後 (S. 24-26)、以下の引用説示のように連邦憲法裁判例を読解した上で、正当化事由②の観点からの阻止条項の必要性の論証を省略したまま、違憲の判断を導き出してしまったのである。

「連邦憲法裁の判決では『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』の側面は、比例代表制の際の投票価値の平等の別異取扱いの独自の正当化事由として孤立して存在するものではない。この概念は、選出する代議機関の活動力の保全という目的との連関の中で通例は論じられてきた。代議機関の(あまりに)多くの小規模グループへの分裂が回避されれば、このことが議会の多数派形成の能力を保全し、もって当該議会の活動力と同時に統合過程としての選挙の性格も保護されるのである(参照、欧州阻止条項79年決定 [236], ……、基本議席条項判決 [421], 自治体阻止条項08年判決 [107])。このような連結性ゆえに、活動力の論拠が正当化事由と解されないような場合については、統合の側面にも正当化効果は認められない」。(VerGH NRW-12/08, S. 26 f.)

しかし、ロートからすれば、正当化事由①と正当化事由②を「および」(und) を使って (場合によっては「または」[oder] を使って) 併記してきた連邦憲法裁の判例の誤読である<sup>231)</sup>。事由①と事由②は作用的に融合してい

231) Roth, a. a. O. (Anm. 174), S. 49 f. ロートの指摘自体は妥当といえるが、判例の取り上げ方と叙述の組立の点で気になる点もある。ロートが列挙する判例は、基本議席条項判決

る点があるとしても、相互に独立した正当化事由とみなさなければならぬ。では、ロートのいう「統合過程としての選挙」とは何か。それは、「公益志向の任務処理を可能とするための、公益への責任に自覚的な明確な多数派」の形成を可能にする選挙である。ゆえに、「公益志向を志向しない政策綱領を掲げ、本質的に偏向的な利益を追求する破片政党の議会参入」は、このような観点から阻止されるべきことになる。

## (6) 公権力参画の正統性確保のための阻止条項

さらにロートは、近時の連邦憲法裁が与する社会の中の多様な意見の忠実な反映という構想に対して、現実性が低いまりか、むしろ民主的正統性を損ねるものだと批判する。その際、ロートは、「議会の活動能力の保全」とは独立に措定した「統合過程としての性格の維持」に加え、阻止条項の第3の事由として「権力の民主的正統性」という視点の導入を試みている。これは、すでにヘッセらの民主政観や初期の連邦憲法裁判例にも存在し、前述の2012年のザールラント州憲法裁判決において改めて明確に提示された発想を、自覚的に再構成したものといえよう。それは以下のような主張である。

ロートによれば、阻止条項が無い比例代表制の下では、以下の3点で民

- 
- ㍻ [418]、自治体阻止条項08年判決 [107] に加えて、プレーメン州労働者委員選挙に関する1985年の判決 (BVerfGE 71, 81 [97]) の説示があるが、正当化事由①「活動能力の保全」と正当化事由②「統合過程の性格の維持」が如上のような順序で登場するのは、この——選挙の性格一般に妥当しうるとはいえ、議会選挙の阻止条項とは直接関係ない——労働者委員会選挙判決ぐらいであり、本稿が「阻止条項の法理」の基準判例と措定した基本議席条項判決を含め、連邦憲法裁の阻止条項関連判決では (本稿第I章2(3)で判決原文も引用しつつ示したとおり) ①と②の並び順が逆である。それゆえ本稿では、「阻止条項の法理」テーゼ③を「『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)」という並びで定位した次第である (立命館法学359号15頁)。さして重要な問題ではないので、ここでは叙述および検討の都合上、ロートの説明に即した順序に従うとしよう。いずれにせよ、これも本稿第I章2(3)で指摘したように、連邦憲法裁判例の当該記述が文章的に読み取り難く、しかも「統合過程としての選挙」という概念への説明もないことが混乱の原因である。

主的正統性を損なう事態が生じる。第1に、小規模な政党が政治的決定の「キャスティングボート政党」として、得票率や獲得議席とは不釣り合いな強い政治的影響力行使する点である<sup>232)</sup>。比例代表制の趣旨は政治的重要性 (politisches Gewicht) に応じて政党に議席を付与する点にあるところ、阻止条項を設けずに得票率と議席数を機械的に比例させる制度は、逆に、このような実際の政治的重要性に (大規模政党に投票した有権者に不利益なかたちで) 不均衡を生じさせることになる。ゆえに、「得票率に示される政党の政治的重要性と議会における政治的重要性とは、状況によっては大きな相違が生じるので、その場合に阻止条項は、こうした溝を耐え難いほど拡大しないための一定の調整装置」の役割を果たす。

第2に、破片政党が議会で強い影響力を持つことで生じる、有権者の集合的自己決定行為としての性格に由来する選挙の正統性、とりわけ多数決原理に基づく選挙の正統性を損ねるおそれである<sup>233)</sup>。比例代表制を採用する以上、連立政権は常態であり、その際の政策的妥協が不可避なことは確かである。多様な利益間の妥協の発見は民主政をむしろ強化することであり、その限りでは、特殊利益・部分利益がただちに公益に反するものとはいえない。しかし、こうした妥協が民主政と調和するのは有権者により正当なものと受容される限りにおいてである。破片政党に不釣り合いな政治的影響力を認めれば、それだけ有権者多数の政治的意見を犠牲にすることになり、選挙結果と議会の影響力の不一致は大きくなる。破片政党の権力への関与は、議会の妥協能力などではなく民主政の機能不全だと市民からはみられ、議会の多数派決定の正統性を損ねかねない。「代議機関の可能な限り多元的な構成が当該機関の決定の正統性を高めるがゆえに民主政にとって当然に望ましいのだという説は、一般的に不適切である」。

第3に、破片政党が影響力を持つ不安定な連立政権は、連立各党に大きな妥協を強いるが、それらの党に投票した有権者を起点とした選挙公約を

---

232) Roth, a. a. O. (Anm. 174), S. 57-60.

233) Roth, a. a. O. (Anm. 174), S. 60-63.

通じての「責任の連鎖」を弱めてしまうという点である<sup>234)</sup>。「比例代表制の下でのすべての投票の配慮というかたちをとった最大限の結果価値の平等は、すべての有権者の力をまとめて弱めてしまう」。こうした事態も阻止条項をもって回避しなければならないのである。

以上のような点から、ロートは、「十分な規模の有権者からの承認を確認できる政党のみが議会を通じた主権的な権力行使に関与」することが「公益」なのだと言い切る<sup>235)</sup>。しかしながら、ここでロートが指摘する「病理」現象は、比例代表制自体に伴うものであり——5%阻止条項の下でも小規模政党がキャスティングボートを握ることは珍しくない——、この問題を阻止条項の必要性の議論に落とし込むのは無理がある。このことはロートもおそらく自覚しているので、阻止条項の廃止はこうした「病理」をいっそう進行させるのだという論調にならざるをえない。しかし、そうであれば、そしてロートが指摘する問題が民主政にとって真に深刻な「病理」ならば、選挙制度の多数代表制への移行や、比例代表制を維持するとしても阻止条項を例えば10%に上げるといった方向が検討されてしかるべきではなかろうか<sup>236)</sup>。加えて——これは前記ザールラント州憲法裁判決にも当てはまることだが——小規模政党は個別利益・特殊利益を追求しがちだというステレオ・タイプな見方の背景にある、個別利益・特殊利益のみを追求し調整・妥協を拒否する態度への批判的評価についても、連邦憲法裁判所自治体阻止条項08年判決や同欧州阻止条項11年判決が示したような小規模政党の位置付けも踏まえれば、再考の余地が開かれているべきであろう。もし、「特殊利益のみを追求する政党」の消極的評価から阻止条項が正当化されてしまうなら、その場合、「民族的マイノリティ政党」や特定地域のみで支持を得ている政党を阻止条項の適用除外とする現行連

234) Roth, a. a. O. (Anm. 174), S. 63–65.

235) Roth, a. a. O. (Anm. 174), S. 57.

236) 比例代表制の支持者であるロートは、こうした欠点が阻止条項廃止に伴い顕著になることで、むしろ多数代表制導入の声が高まることを危惧しているようでもある。Vgl. Roth, a. a. O. (Anm. 174), S. 58 f.

邦選挙法の特例(6条6項第1文後段・同第2文)の正当化は<sup>237)</sup>、論理的には困難になりはしないか。そもそも、1～2議席の破片政党が案件によっては政策決定上のキャスティングボートを握る場面がありうるとしても、ロートが危惧するほどの不釣り合いな政治的力を恒常的に行使するという事態は、連邦議会にせよ州議会にせよ自治体議会にせよ、現時点および近い将来において想定し難いのではないか。この点で、ロートの評価はいささか「ヴァイマルの亡霊」に囚われている印象が否めない。

### 3 民主過程の競争モデルと阻止条項の行方

#### (1) 政党国庫補助との連関(?)

検討してきたように、「公権力参加の正統性」という観点からのロートによる阻止条項の基礎づけの試みも、なお多くの課題を抱えているようである。それでも、多様な論拠から阻止条項の正当化を試みるロートの所説の中には、注目に値する観点も含まれていると思われる。例えば、ロートは、社会の中の諸問題を可視化するという役割が政党にあるとしても、そのことから可能な限り多くの政党に議席を付与すべきという規範を直接に導くことは、政党による政治的な議論を議会審議の場面に矮小化する不適切な発想だと指摘している<sup>238)</sup>。議会に議席を持つ政党の方が発信力の点で圧倒的に優位であることは確かである。しかし、議席を持たない政党にも、国庫補助の資格を得て(連邦議会選挙・欧州議会選挙で得票率0.5%、州議会選挙で1.0% [政党法18条4項第1文])政治的意思形成に影響を及ぼす権利と義務が付与されている。ロートからすれば、そうした機会を付与された小規模政党は阻止条項の壁を破るべく実力を蓄えるべきであり、未だ1～2%の得票すら獲得できない段階の政党・選挙団体にまで議席を付与する必要性はないのである。

---

237) この観点からの、とくに基本議席条項への批判として、Jesse, a. a. O. (Anm. 189), S. 257 f.

238) Roth, a. a. O. (Anm. 174), S. 47 f.

このようなロートの政党観に対する評価は、政党国庫補助制度の評価とも絡んでくるので別論を要するが<sup>239)</sup>、阻止条項の意義・機能の測定は選挙制度のみならず政党法制との関数の中で行う必要があるということは、ロートの指摘から改めて認識させられる点である。さらに視点を拡大した場合、阻止条項によって議会から排除された政治勢力や住民の政治的イシューは、住民の直接抗議行動や住民立法のかたちで、議会および議会を構成する既成政党とは別の「カウンターの民意」となって表出する場合もあるだろう<sup>240)</sup>。こうした諸現象との連関への目配りも、阻止条項が民主政に与える規範的な意義や現実上の機能を考察する際に重要な意義を持つことは間違いない。しかしながら、いずれも本格的な作業は今後の課題とせざるを得ない。ここでは、さしあたりの準備的な考察として、以下のような問題に言及したい。それは、ドイツの政党法制と選挙法制(さらに議会法制)を総体的に支えている「政治過程の開放性」ないし「民主過程の開放性」という理念の近年におけるイメージの変容と、そのことの「阻止条項の法理」への影響である。

## (2) 「政治過程の開放性」から「競争」へ(?)

もともと「政治過程の開放性」という抽象概念に内容上のコンセンサスがあるわけではないが、先に取り上げた K. ヘッセの「民主政の秩序の開放性」論は一つの定型といえるだろう。連邦憲法裁も、その判決の中で、「政治過程の開放性」ないし「民主過程の開放性」といった表現を用いてきた<sup>241)</sup>。ただし、前述のヘッセの理解がそうであったように、従来の

---

239) ドイツの政党国庫補助制度を憲法的視点から検討した邦語文献(本・前掲 [註36], 上脇・前掲 [註8] など)からは、日本よりもはるかに諸事に対し目配せの利いたドイツの制度設計にも、なお多くの本質的な問題点のあることが理解できる。

240) この点で、植松健一「ドイツにおける民主主義のゆらぎと憲法論」本秀紀編『グローバル化時代における民主主義の変容と憲法学』(日本評論社, 2016年)所収378-385頁も参照。

241) 早くは1986年の判決に「政治的意思形成過程の開放性」(BVerfGE 73, 40 [86])という言葉が登場する(同判決では、さかのぼって政見放送判決 [BVerfGE 14, 121 (133)] を

「開放性」論とは、「政治過程の開放性」から帰結される「政党の機会均等」原則を重視しつつも、「やむを得ない事由」という一般的な定式が可能ならば、政治的意思形成に重要とされる大規模政党とそうでない小規模政党とくに破片政党との法的な別異取扱いを一定の範囲で許容する議論であった<sup>242)</sup>。従来の「阻止条項の法理」もそのようなものであった。

しかし、こうした傾向は2000年代に入り変化しつつある。すでに、「自由主義ドイツ労働者党」(FAP)に対する違憲申立を連邦憲法裁が斥けた1994年のFAP判決でも、「基本法20条が要請する民主過程の開放性」(BVerfGE 91, 276 [286 f.])<sup>243)</sup>が、裁判所の慎重な審理を嚮導する役割を果たしたといえる。しかし、とりわけ注目されるのが、2004年の連邦憲法裁「3州得票率」判決(BVerfGE 111, 382)における「政治過程の開放性」論であろう<sup>243)</sup>。特定の州のみで一定の得票を得ている小規模政党・有権者連合にとって不利となる方向での政党国庫補助のルール変更を<sup>244)</sup>、「政

↘参照指示するが、そこに「開放性」という直接の表現はみられない。有名な1992年の第6次政党財政援助判決(BVerfGE 85, 264)にも、「政治過程の開放性」という言葉が判決理由中に2回登場する。1度目は、政党による指導や政党組織が党員基盤や有権者層から乖離しないための国庫補助制度は「政治過程が開かれていること、すなわち、政党間競争が維持され続けること、政党による指導の当該政党の社会的基盤へのフィードバックが維持され続けること」に限定されるべきだという、D. グリムの論文の一節(Dieter Grimm, Politische Parteien, in: E. Benda u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Berlin/New York 1983, S. 352. 1994年の第2版[Grimm, a. a. O. (Anm. 47), Rn. 53]では若干の字句の変更がある)を引用した箇所である(BVerfGE 85, 264 [288])。2度目は、阻止条項のような議会の活動能力維持のために疑義のない阻止条項や立候補最低署名制度には「新たに成立した小規模政党の政治的競争への参入を困難にし、政治的競争の開放性を毀損する」効果もあるが、選挙戦費用の補償を獲得議席と結びつけるとその効果は強化されてしまうという文脈での言及である(ebenda, 293)。

242) 本秀紀は、連邦憲法裁判決において「『政党の機会均等』原則は、枕詞的に用いられるだけで、むしろ政党間の差別的取扱いの正当化を粉飾する機能さえ有している」ことを指摘し、「まさに何のための『機会均等』かが問われている」と述べる(本・前掲[註36]102頁)。

243) 本判決の評釈として、Martin Morlok, Das BVerfG als Hüter des Parteienwettbewerbs, NVwZ 2005, S. 157 ff. Vgl. auch Shirvani, a. a. O. (Anm. 88), S. 385 f.

244) これは、直近の連邦議会選挙もしくは欧州選挙で0.5%の得票を獲得した政党、また

「政治過程の開放性」の不当な侵害だと断じた該判決は、その「政治過程の開放性」について以下のようなイメージを提供する (ebenda, 403-405)。基本法の民主政は、「政党の設立の自由と自由な競争」が可能にする複数政党制を前提にしている。「選挙や投票の場合ならびに国民の政治的意思の媒介や具体化の場合、政党は基本法の民主的秩序が意図する自由で開放的な政治過程の担い手である」。憲法は、個人的・社会的な意見や利益やニーズの相違を出発点し、相互に競合する政治的結合における組織の自由を保障する。

「政治過程の開放性を特徴づけるものは、政治的意思形成の過程において活躍しうるチャンスを新たな政治的観念に開放するために、いつでも新党の設立の可能性があるのである。基本法20条が要請する民主過程の開放性は、政党のありよう (Parteiwesen) の硬直も防止する (FAP 判決 [286] 参照)。

そのことをもって、憲法に定描された政治的競争が事実上設定されうるのだとすれば、機会平等の条件、とりわけ、「政治市場」への開かれたすべてのアクセスを必要とする。」(BVerfGE 111, 382 [404])

このような「開放性」観の下では、小規模政党も政治過程と政治勢力分布にとって重要性を持つ。諸政党間の実効的な競争に支えられた政治システムを強化・促進するためには、新たな競争者の参入だけでなく、既存の小規模政党による絶え間ない挑戦も必要である。

「小規模政党が、自ら政治的成功を確保する現実の機会を持つ場合に、これらの政党は政治システムの学習能力を強化しうる。小規模の競争者の選挙の成果の

---

↘は直近のいずれかの州議会選挙で1.0%の得票を獲得した政党・有権者連合に対して国庫補助の支給対象していた従前の規定 (政党法18条4項第1文) を改めた上で、州議会選挙の最低得票率を原則5.0%に引き上げ、ただし直近の3つの州議会選挙で1.0%を獲得した場合にのみ従来と同じとする (「3州得票率」) 特例を含む内容であった。このような改定の趣旨は、一部の小規模政党が国庫補助獲得のためにもっぱら都市州の議会選挙に重点をおく戦略をとっている傾向を鑑み、「連邦政治的見地」から政党国庫助成の統一を図るものとされた (改正法案の提出理由 [BT-Drucksache. 14/8778, S. 20] 参照)。



観点においては、当該政党が中心に打ち立てたテーマと議論することをしばしば強いらられるような議会内政党の感応(Resonanz)も、とくに複数政党制にとっては政治的に有意義であり、競争にとって促進的であることは明らかである。

しかし、すでに潜在的な競争だけでも、すなわち新たな小規模の競争者が選挙の際に説得力ある問題解決構想によって報われるチャンスすらも、新たなライバルの登場と可能性としての小規模の競争者の成功に対抗しようとする既成政党に対して国民とのフィードバックを強いるのである。」(ebenda, 405)

ゆえに、「政党国庫補助法制が新たな政党の創設と当該政党の政治的競争への参入を過度に困難にし、小規模政党を相当性を欠くほどに毀損することは許されない。とくに得票率が競争の保護という目的のために濫用されてはならない」というのが判決の基調である。新党設立の支援と既存の小規模政党の保護とを性質上分けて考えた場合、従来の判例がもつばら前者の観点から国庫補助の適切性を強調してきたのに対して(z.B. BVerfGE 20, 56 [117])、「3州得票率」判決は、小規模政党保護の観点を重視し、既存の小規模政党に競争促進的・競争インセンティブ付与的な役割を認める点で特徴的だといえる<sup>245)</sup>。

「民主過程の開放性」という概念は連邦憲法裁判決においては、政党禁止制度、政党国庫補助、政党への選挙放送時間割当、そして阻止条項など、政党の機会均等原則が争点となる事案で語られることが多かった<sup>246)</sup>。そのことを前提に「3州得票率」判決を読む場合、そこでは「政治市場」(politischer Markt)というメタファーによって、「民主過程の開放性」が市場の開放性すなわち自由競争経済とのアナロジーで語られている点が目を引く。というのも、この判決をM. モルロクが「政党間の『競争』が法解釈上の意義を獲得した」<sup>247)</sup>と評するように、2000年代に入り「競争」

---

245) このような新党設立支援から小政党保護への重心移動を指摘するものとして, Shirvani, a. a. O. (Anm. 88), S. 386.

246) これらの事案の概要については, 高田・前掲(註19) 289-295頁参照。

247) Morlok, a. a. O. (Anm. 243), S. 157.

(Wettbewerb) という概念が統治機構に関する公法学の鍵概念として多用されている傾向と軌道を一にしているからである<sup>248)</sup>。この傾向をリードしてきたのは、ほかならぬモルロクであり、後に H. H. フォン・アルニムなどによっても「競争」概念は好んで用いられている<sup>249)</sup>。改めて指摘するまでもなく、モルロクとアルニムは阻止条項批判の急先鋒として本稿に繰り返し登場してきた論者である<sup>250)</sup>。そうだとすれば、彼らの「競争」概念が「阻止条項の法理」といかなる切り結び方をするのかという点は、

---

248) こうした潮流の一つの到達点は、2009年ドイツ国法学者大会の全体テーマ「競争による公益?」、とりわけ部会テーマ「競争秩序としての民主政」であろう (Hatje, a. a. O. [Anm. 80], S. 135 ff; Markus Kotzur, Demokratie als Wettbewerbsordnung, VVDStRL 69, 2010, S. 73 ff.)。最近では、財産権論研究の重鎮 W. ライスナーのモノグラフィー『憲法秩序としての競争』の中でも「政治の憲法的領域」における競争が叙述されている (Walter Leisner, Wettbewerb als Verfassungsprinzip, Berlin 2012. 選挙, 直接民主制, 政党への言及は, ebenda, S. 114-119)。Vgl. auch Joachim Lege, Drei Versuche über Demokratie—unter besonderer Berücksichtigung der Idee des Wettbewerbs, JZ 2009, S. 756 ff. 既成政党のカルテルに挑戦する「ビジネス・ファーム政党」という J. ホプキン=C. パオルッチの提示したモデルなども、こうした潮流に位置づけられよう。彼らの議論については、さしあたり、高見勝利「市民社会・国家・政党のトライアド」樋口陽一ほか編著『国家と自由・再論』(日本評論社, 2012年) 所収355-359頁参照。

249) このあたりの動向と、とくにモルロクの政党法論について、林知更「政党法制」論究ジュリスト5号(2013年)103-104頁参照。

250) やはり阻止条項の批判者である H. マイヤーが、すでに1987年のイーゼンセー/キルヒホフ『国法学ハンドブック第2巻』(初版) 所収の第45章「選挙と投票」の中に「立候補者の競争としての選挙」という小見出しの短い段落を置いている (Hans Meyer, Demokratische Wahl und Wahlsystem, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 2, 1. Aufl., Heidelberg 1987, § 45, Rn. 13) 点も触れておかねばならない。その後、2005年の同書第3版(第3巻所収へ改編)では「競争秩序としての選挙法制」という小見出しに改められている。「競争としての選挙という言葉が同時に意味するものが、法概念としての選挙が本来の選出行為を超えて、その前段階すなわち有権者をめぐる競争を含まねばならぬということだとするならば、諸現象の生産的な法的処理を導くことに役立つだろう」という。また、そこでの関心は、選挙法制度化の際の国家の中立性の確保である。「選挙法制とは、つまるところ比較的強力な競争者により議会多数派を経由して決定される競争秩序である。これは、憲法が自由な秩序に対する十分な留保を備えており、それに伴う義務を自覚する憲法裁判権を通じて貫徹される場合にのみ、許容できるジレンマである」(Meyer, a. a. O. [Anm. 53], Rn. 13)。

本稿が関心を払うべき点である。そこで、モルロクの議論を簡単に見ておこう<sup>251)</sup>。

モルロクによれば、政党法制のみならず選挙法制や議会法制も競争法制の性格を持つのであり、これら政治領域における競争法制には、市民の注目・同意・投票の獲得をめぐる政党間の競争をその本来の機能が極力充たされる方向に秩序付ける役割が期待されているのだという。競争法制の有益な効果は、現実の競争の活性化を通じて発揮されるだけでなく、すでに仮定の競争の段階でもたらされている。新たな競争者の参入可能性が、経営競争(選挙)で負けないうために最大限の業績を上げようというインセンティブを既存の事業者(政党)に与えるからである。市場参入制限はこのような競争者のインセンティブの観点から極力避けられねばならない。市場経済モデルでも例えば情報コストや業務コストのような、いわゆる外部効果の観点から市場参入制限の有用性の精査が求められるのであり、同じく5%阻止条項のような選挙法上の競争制限的参入障壁も厳しい正当化の論証責任を負うことになる<sup>252)</sup>。

「競争法制としてその任務の中で政治過程を規律する法の任務、ここではとくに選挙法制の任務は、競争における機会均等を維持することであり、もってあらゆる利益が、政治的決定過程の高い利害処理力のためだけでなく、選挙の統合的な機能を保全するために、原則として関与しうる見込みを持ち得るのである。」<sup>253)</sup>(傍点は引用者)

つまり、モルロクにとっての阻止条項という競争制限は——かつての連

---

251) Z.B. Hans Michael Heinig/Martin Morlok, Konkurrenz belebt das Geschäft!—Zur Problematik der 5%-Klausel im Kommunalwahlrecht, ZG 2000, S. 371 ff.; Martin Morlok, Parteienrecht als Wettbewerbsrecht, in: P. Häberle, u.a. (Hrsg.), Festschrift für Dimitris Th. Tsatsos zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2003, S. 408 ff.; ders., a. a. O. (Anm. 151), Art. 21, Rn. 26, 46, 75; ders., a. a. O. (Anm. 151), Art. 38. Rn. 107.

252) 以上のモノロクの所説は、Heinig/Morlok, a. a. O. (Anm. 251), S. 372 f.

253) Heinig/Morlok, a. a. O. (Anm. 251), S. 373.

邦憲法裁の判例およびヴァイントやロートら阻止条項擁護論者と異なり——むしろ選挙の統合機能の維持を損ねかねない存在なのである

モルロクが「政治的競争」概念に期待するのは、基本法の解釈論の場において、政党の機会均等(基本法3条1項と結びついた同21条1項)、政党設立の自由(同21条2項)、普通・平等選挙(同38条1項第1文)といった憲法規範の「意味が競争コンセプトの援用によって明確にされる」ことである<sup>254)</sup>。たしかに、「競争法制としての選挙法制」というテーゼは、阻止条項のような議会への参入制限に対する厳格な憲法裁判所の審査を支えるのみならず、潜在的には阻止条項そのものの存在意義を無化するほどの威力を持ち得るようにもみえる。それは、「政治過程の開放性」から帰結される「政党の機会均等」原則の前述したような従来の限界を「自由な競争秩序」というメタファーの力で突破し、「競争の番人としての憲法裁判所」<sup>255)</sup>による「阻止条項の法理」の厳格化を憲法理論的に支えるものと評することもできよう。実際、既述の「3州得票率」判決の説示は、モルロクの言説の強い影響下にあるといえる<sup>256)</sup>。

しかし、この「政治的競争」テーゼの評価には、いくつかの留保も必要だと思われる。第1に、小規模政党に不利益をもたらす阻止条項を否定するには「自由市場」や「自由競争」という経済のメタファーは確かに有効なのかもしれない。しかし、それは、つまるところ1つの擬制であり、「あるべき市場」のイメージもまた一義的ではない。「市場」の質保証のための最小限の参入制限として阻止条項を語ることも可能であり、前述の

---

254) Morlok, a. a. O. (Anm. 243), S. 158. Vgl. auch Morlok, a. a. O. (Anm. 251), Parteienrecht, S. 312 f. モルロクは、メタ理論としての憲法理論 (Verfassungstheorie) の持つ意義とその解釈論への役割に関して独自の説を展開する論者である。この点は、三宅雄彦「ドイツにおける憲法理論の概念」早稲田法学会誌47巻 (1997年) 266-280頁が詳しい。

255) Vgl. dazu Niels Petersen, Verfassungsgerichte als Wettbewerbshüter des politischen Prozesses, in: Domnik Elser, u. a. (Hrsg.), Das letzte Wort—Rechtsetzung und Rechtskontrolle in der Demokratie, Baden-Baden 2014, S. 59 ff.

256) Vgl. z. B. Morlok, a. a. O. (Anm. 251), Parteienrecht, S. 433; BVerfGE 111, 382 [405].

ロート説のような「公益志向の政党」の優遇はまさに資本や業績の点で一定の信用のある事業者により担われる市場秩序の方が消費者の公益に資するという考え方だともいえる。

第2に、上記の点とも関わるが、規範的意味内容としては不明確な「競争」概念がもたらす帰結である。モルロクの場合は、政党の財務状況の公開や党内民主主義の法的規律の問題まで「自由な競争」の観点で説明し尽くそうとしている<sup>257)</sup>。「市場の透明性」の要請は、有権者の選好をめぐる政党の競争の場合でも、信頼のおける「製造物情報」として政党に関する情報が十分に市民に与えられるべしという要請に転位する<sup>258)</sup>。党内民主主義についても、「民主主義とは、政党内部においても、正しい路線に関するより多くの意見が議論し合い、民主的競争を通じて判断されることを意味する」のであるから、「党内民主主義は、競争秩序の構造と公正な競争が法的に保障されていることによってこそ保護され得る」のだという<sup>259)</sup>。その際に「党内反対派の権利」を重視するモルロクは、党内少数派が離党して新党を立ち上げた場合にも当選の可能性が担保されていることが党内民主制の徹底に資すると解し、この点からも少数派の離党・新党設立に不利な阻止条項は批判の対象となっており<sup>260)</sup>、その点では興味深い議論ではある。政党の財務状況の公開や党内民主主義を「自由な競争」の観点で貫徹しようとするモルロクの姿勢も憲法理論として首尾一貫してはいる。しかし、まだしも財務状況の公開は政党国庫補助を前提とする限り一定の合理性を見出す余地があるとしても、党内民主主義となると、と

---

257) Morlok, a. a. O. (Anm. 251), Parteienrecht, S. 423 f., 428 - 432; ders., a. a. O. (Anm. 151), Art. 21, Rn. 46.

258) Morlok, a. a. O. (Anm. 251), Parteienrecht, S. 423 f., モルロクによれば、政党法6条の規則・綱領における必置項目の法定などは、まさに「製造物情報」の提供を義務づける規定であり、連邦選挙法18条・20条（および同施行規則34・39条）などは候補者に関する「市場の透明性」確保のための装置である。

259) Morlok, a. a. O. (Anm. 251), Parteienrecht, S. 423 - 424.

260) Morlok, a. a. O. (Anm. 251), Parteienrecht, S. 435.

くに法的な規律の要請に連動する場合には、結社の自由などとの関係で——ドイツにおける政党の地位の特殊性があるにしても——相当程度に微妙な問題を含んでおり、慎重な吟味が必要な点であろう<sup>261)</sup>。

第3に、ここでのより大きな問題として、「自由な競争」を範として選挙法制、政党法制、議会法制などを捉え直した場合、そのイメージとは相当にかけ離れたドイツ連邦共和国の現行の政治システムは大幅な見直しの対象となる可能性があるという点である。2009年ドイツ国法学者大会でのA. ハーチェの報告は、まさにそのような方向を示すものであった<sup>262)</sup>。ハーチェからすれば、ひとり阻止条項のみならず、現在のドイツの統治構造自体に「競争」的要素が欠落しているのである。ドイツの統治構造は「対決型」ではなく「コンセンサス型」に位置づけられることは日本でも知られた見方であるが<sup>263)</sup>、ハーチェは、従来の協調・コンセンサス型の統治構造が政党間競争の不活発から「政治への倦怠」を招いていると分析し、それはグローバル化の下で迅速な意思決定が必要とされる現時の政治には不適合なシステムだと説く。ハーチェは、政治における競争の促進が、政党の活性化と有権者の政治参加へのインセンティブの強化につながる

---

261) ドイツの党内民主主義の法状況とかの地での議論を概観するには、まずは、彼谷環「ドイツ政党法制と政党内民主制」広島法学18巻3号(1995年)103頁以下を参照。ドイツの議論を参考に党内民主主義を論じた邦語文献を整理し、批判的検討を加えたものとして、本秀紀「ドイツにおける党内民主主義と法・序説」法政論集230号(2009年)403-412頁以下が参照されるべきである。さらに、同・前掲(註81)第8章も参照。あくまで日本の法状況に対する議論であるが、政治団体の政治資金に対する届出・会計報告義務に対する、毛利透「政党法制」165-166頁のラディカルな批判も参照。

262) Hatje, a. a. O. (Anm. 80), S. 149-162. ハーチェ報告でも、阻止条項は既存政党に有利な有権者の投票行動をもらし、新党設立を困難にしていると批判されている (ebenda, S. 156)。

263) 「対決型」と「コンセンサス型」というA. レイプハルトの比較制度モデルは、近年では激しい批判(例えば、R. A. W. ローズほか[小堀真裕・加藤雅俊訳]『ウェストミンスター政治の比較研究』[法律文化社、2015年]を受けて、その理論的通用性はかなり減じているようであるが、ハーチェ自身も「対決」(Konkurrenz)型と「合意」(Konkordanz)型という対比をしており(Hatje, a. a. O. [Anm. 80], S. 139)ここでは便宜上、このモデルに依拠して不都合はなかろう。

るとして、3つのレベルでの改革を提案する。すなわち、① 選挙年齢の満16歳への引下げなどによる現行制度内での競争的要素の強化、② レファレンダムの採用による現行制度の補完、そして、③ 現行制度の抜本的改革である。③の改革の中心となるのは、選挙制度の比例代表制から多数代表制への転換である<sup>264)</sup>。ハーチェは、多数代表制の是非は、グローバル化時代の政治的支配の構造的条件の変容を踏まえて再検討されるべきであるという。ハーチェによれば、グローバル化の時代においては、国内・国際の両面に及ぶ複雑な交渉を担い、それを通じて抽象的な公益に具体的な内実を与えていく任務を担う執行部門の優位はもはや不可避である以上、重要なのは執行部門に民主的正統性を与えると同時にこれをコントロールするための国内上のフィードバック手続の完備である。そうした状況下において、「多数代表制とは、少数派に敵対的な制度ではなく、現実の責任連関という意味で議会を通じて政府に至る市民の正統性の連鎖」なのである。このようなハーチェの議論の当否はここでは問わないが、その特徴として、① 政治における競争要素の促進というハーチェの問題意識が、多数代表制の導入という小規模政党の議会参入とは真逆の改革案に帰結している点、② 市場競争のアナロジーがプリンシパル＝エージェント・モデルなどの合理的選択論の視座の下で展開されており、新自由主義的なグローバル経済への適応性を強く意識した政治システムの提唱であるという点を指摘しておこう。このような特徴は、経済法を得意とするハーチェに固有なものというわけではない。①との関連でいえば、H.H.フォン・アルニムの参加志向・直接制志向の強い憲法政策論は、州民投票の活性化や州首相公選制の主張の他、実は多数代表選挙制の採用も射程に入れたものである点が念頭に置かれるべきである<sup>265)</sup>。②についていえば、モ

264) Hatje, a. a. O. (Anm. 80), S. 161 f.

265) Vgl. Hans Herbert von Arnim, Mehrheitswahl und Partizipation, ZPol 2009 (Sonderheft), Wahlsystemreform, S. 183. フォン・アルニムの改革提案の背景にある問題意識については、林知更「政治過程の統合と自由(5・完)」国家学会雑誌117巻5・6号(2004年)491-498頁が考察を行っている。アルニムの多元主義観は、諸個人・諸集団のエゴイ

ルロクにしてもハーチェにしても議論の出発点は、J. A. シュムペーターの民主政観や A. ダウンズの公共経済学的アプローチである<sup>266)</sup>。政治を指導者の選択をめぐる競争というシュムペーターの民主政観が、英国のウェストミンスター・モデルを1つの範に形成されていることは明らかである<sup>267)</sup>。自覚的な多数代表制支持者であるハーチェはともかくとしても、「基本法が想定しているのは原則として比例に応じた制度」とまで述べていたモルロク説<sup>268)</sup>の場合、このような帰結との折り合いは良くはないように思われる。

### (3) 選挙制度見直し論との連関

ハーチェの改革論の際に一部触れたが、本章1で指摘した点とは別の意味で阻止条項の存在意義を動揺させているのが、近年の選挙制度見直し論

---

↘スティックな「自然的な諸利益」(natürliche Interessens)が他者・他集団との公正な調整を経て「精練された諸利益」(geläuterte Interessens)となり、後者の総計が公益(Gemeinwohl)となるというものであるが、何が「精練された利益」であるかは予め確定できないために、精練過程の手續の適切な法的規律が重要になる(Hans Herbert von Arnim, Staatslehre der Bundesrepublik Deutschland, München 1984, S. 180-194. 林・同492-495頁の整理を参照した)。アルニムが政治領域での政党間競争を重視するのは、このような公益の実現を目標としてのことであるが、適切な政治的競争の保護の点での裁判所の役割を重視する点で、J. H. イリイの「参加志向的代表補強的司法審査アプローチ」に接近することになる(vgl. von Arnim, a. a. O. [Anm. 163], S. 537 f.)。イリイ説については、ジョン・H・イリイ(佐藤幸治・松井茂記訳)『民主主義と司法審査』(成文堂、1990年)参照。

266) それぞれの主著の邦訳として、シュムペーター(中山伊知郎・東畑精一訳)『資本主義・社会主義・民主主義』(東洋経済新報社、1995年)、アンソニー・ダウンズ(古田精司監訳)『民主主義の経済理論』(成文堂、1980年)。「法の経済的分析」に対する(一定の批判的視点も伴う)モルロクの関心を示すものとして、vgl. Martin Morlok, Vom Reiz und vom Nutzen, von Schwierigkeiten und den Gefahren der Ökonomischen Theorie für das Öffentliche Recht, in: Christoph Engel/Martin Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung, Tübingen 1998, S. 1 ff.

267) シュムペーター・前掲訳書(註266)429-473頁。「主導力の承認こそ選挙民の投票の真の機能」と捉えるシュムペーターの民主主義観からは、比例代表制への評価は厳しいものとなる(同訳書435頁参照)。

268) 本稿・前掲(註151)参照。



である。阻止条項の今後の展開にも関係するため、補論的な範囲で言及しておこう。

連邦憲法裁が夙に指摘してきたように、阻止条項は比例代表選挙制にカスタマイズされた補充的装置である。阻止条項の場合、自治体議会選挙や欧州議会選挙での撤廃がそうであるように、このオプションだけを「取り外す」ことは可能である。しかし、本体である比例代表制の制度設計の改編を行えば阻止条項の意義もそれに連動して変容する可能性があるし、仮に比例代表制自体を多数代表制に改める事態となれば、阻止条項そのものが不要となる。ドイツ連邦議会選挙が現在採用している「人物選出と結びついた比例代表制」は、「ドイツの選挙制度」として世界的に認知されてきた。阻止条項をはじめ、拘束名簿式、連邦制に配慮した集計・議席配分、超過議席（現在は調整議席）制度、基本議席条項などをオプションとする「建て付け」によって選挙に求められる様々な要素に目配せをしている一方、有権者の目には（ときに投票意欲と選挙への関心を削ぎかねないほどに）複雑難解な制度となっている面は否定できない<sup>269)</sup>。そうした面も含めて、この制度に対する様々な批判はその導入時から一貫して存在してきたし、上記の補充規定を含む制度設計のいくつかの点には、政治的側面からのみならず、憲法的な面からの疑義（とりわけ平等選挙と政党の機会均等原則への違反）も提起されてきた<sup>270)</sup>。しかし、1990年代頃までの連邦憲法裁は、こうした憲法上の疑義の多くに対して「選挙制度の開放性」を根拠に合憲のお墨付きを与えることで、「人物選出と結びついた比例代表制」を規範論的に支えてきた<sup>271)</sup>。一定の批判の存在にもかかわらず、導入時からこれまで基本枠組みに変更がなかったのは、この方式がドイツの有権者にとつ

269) ドイツの選挙制度の近年の法状況は、河崎健「ドイツの選挙制度と選挙過程(1)～(6・完)」月刊選挙67巻7号6頁以下、同8号12頁以下、同9号22頁以下、同10号22頁以下、同11号27頁以下、同12号17頁以下(2014年)の概観も参照。

270) Vgl. Jesse, a. a. O. (Anm. 189), S. 234 – 260; Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 226 – 381; Wild, a. a. O. (Anm. 109), S. 72 – 163.

271) Vgl. Morlok, a. a. O. (Anm. 41), S. 588 – 608.

て「核心において受け容れることのできる」<sup>272)</sup>ものだったからであろう。ところが、「人物選出と結びついた比例代表制」に対する懐疑と見直し論が、とくに2000年代以降、勢いを増している<sup>273)</sup>。

この流れと軌道を一にするように、連邦憲法裁が「人物選出と結びついた比例代表制」のいくつかの点に違憲判断を下すようになったわけである(第2次超過議席違憲判決、「負の投票価値」判決など)。連邦議会選挙の阻止条項が違憲とされる兆しはみられないものの、一般的傾向として選挙法制の分野での連邦憲法裁の違憲判断積極主義は顕著である。この傾向は、「自由な政治競争」観によって補強された「政治過程の開放性」論にバックアップされた連邦憲法裁のこの分野における審査基準の厳格化に直接的には起因するが、そのような流れを生み出したものは選挙法制を支える事実基盤の変化である。その全体像を示すことは本稿の手に余る作業であるが、ここではさしあたり、① 有権者の政党選択の流動化、② 候補者を直接選ぶことを望む有権者の意識の増加という2点のみに目を向けておこう。

①については、阻止条項の持つ少数派排除効果の顕在化の直接的な要因

---

272) Eckhard Jesse, Difizite im deutschen Wahlsystem: in von Arnim (Hrsg.), a. a. O. (Anm. 180), S. 54.

273) 近時の議論状況の概観のために、フォン・アルニム古稀記念コロキウム(2010年)でのH. マイヤー報告とそれに対する質疑応答が有益である。Hans Meyer, Die Zukunft des Wahlrechts zwischen Unverständnis, Interessenskalkül, obiter dicta und Verfassungsverstoß (mit Diskussion zum Vortrag Meyer): in Joachim Wieland (Hrsg.), Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache, Berlin 2011, S. 41 ff. また、2012年国法学者大会の部会報告「代表民主制の成功条件としての選挙法と議会法」と討論も参照(VVDStRL 72 [2013], S. 191 ff.)。Vgl. auch Jesse, a. a. O. (Anm. 272), S. 42 ff.; Frank Decker, Brauchen wir ein neues Wahlrecht?, APuZ 4/2011, S. 3 ff.; Volker von Prittowitz, Hat Deutschland ein demokratisches Wahlsystem?, APuZ 4/2011, S. 9 ff. Manfred C. Hettlage, Die „personalisierte“ Verhältniswahl schafft sich ab, DÖV 2015, S. 329 ff.; Hans Meyer, Das Leiden am Bundeswahlgesetz, DÖV 2015, S. 700 ff. 本稿筆者によるラフ・スケッチとして、植松・前掲(註15) 82頁以下。また、選挙制度見直し論の背景事情についての本稿筆者なりの見立てとして、植松・前掲(註240) 365頁以下も参照。

としてすでに言及したが、大量の超過議席の発生により超過議席制度の憲法的正当化事由を喪失させたのも、有権者の投票行動の流動化が背景にある。

②の問題は、「人物選出を加味した比例代表制」の名前とは裏腹に、「人物」を選出できていない拘束名簿式へのという不満の高まりとなって表出する。こうした中で様々な現行選挙制度改革案——すでに見てきた多数代表制導入論や、阻止条項の補正としての副票制の導入なども含まれる——が提起されるわけだが<sup>274)</sup>、実現可能性の高さでいえば、すでに自治体選挙で採用されている分割・累積投票制といえるかもしれない。仮に分割・累積投票制が州や連邦レベルで採用され、「政党を選ぶ」選挙という要素が相対的にせよ低下すれば、それに比例して「破片政党の排除」を目的とする阻止条項の存在意義も低下するであろう（多くの州の自治体選挙での分割・累積投票制の採用が、阻止条項の必要性低減の論拠とされた点は、すでに本稿第Ⅱ章2(1)で述べた）。

## おわりに

本稿の課題は、いわゆる5%阻止条項関連の連邦憲法裁の判例法理＝「阻止条項の法理」の内容とその展開を確認することを考察の軸に据えながら、同時にドイツでの阻止条項の近時の立法政策論議も踏まえつつ、ドイツの民主政における阻止条項の現在的意義・機能を明らかにすることであった。

阻止条項の現状分析については第Ⅱ章（自治体議会選挙）・第Ⅲ章（欧州

---

274) 多数代表制導入論も早い時期から一貫して存在してきたものであるが（この点につき、vgl. Wild, a. a. O. [Anm. 109], S. 113–117）、2000年代に入り積極論がかつて以上の支持を（「5党体制」の下で実現性は低いとはいえ）得ている印象がある。その典型が前述のハーチェ報告であるが、政治学者による代表的な多数代表制論として、vgl. Gerd Strohmeier, Wahlsystem erneut betrachtet: Warum die Mehrheitswahl gerechter ist als die Verhältniswahl, ZPW 2006, S. 405 ff.

議会選挙)の各所で言及してきたし、また、それを踏まえた阻止条項の現在の意義・機能については、第IV章で本稿なりの見方を示してきた。この第IV章の叙述自体が本稿の総括的な役割を果たしているので、ここでは全体の要旨を示した上で、残された課題を挙げることで稿を閉じたい。

#### (1) 本稿の要旨

5%阻止条項は、1949年の連邦選挙法制定時に連邦議会選挙で採用され、ほぼ同じ時期に州議会選挙および多くの州の自治体選挙でも採用されてきた。また、欧州議会選挙の実施に伴い、1978年の欧州選挙法でも採用された。得票率5%に満たない政党に議席を与えない阻止条項は、平等選挙(基本法38条1項第1文)・政党の機会均等(基本法20条1項)の観点から、憲法上の疑義が生じうる制度であるが、連邦憲法裁は1952年のSSW判決から1990年代に至るまで、連邦議会、州議会、自治体議会、欧州議会のすべての阻止条項を合憲判決としてきた。それらの判例群において形成されたのが「阻止条項の法理」である。本稿では、1997年の選挙条約判決を基準に、以下のような5つのテーゼで整理した。

- ① 阻止条項は、平等選挙原則と政党の機会均等原則を制約する。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。
- ② 阻止条項の憲法的正当化には、「やむを得ない事由」を必要とする。
- ③ 阻止条項正当化の「やむを得ない事由」として、「国民の意思の統合過程としての選挙の性格の維持」と「選挙された国民代表の活動能力の保護」がある。
- 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。
- 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。これらのテーゼの検討を通じて明らかになった点のうち、とくに重要な

2点を挙げておく。第1に、「阻止条項の法理」テーゼ③の2つの正当化事由のうち実際に重要な役割を果たしているのは「国民代表の活動能力の保護」、とりわけ「安定した政府の形成」という点である。第2に、「阻止条項の法理」テーゼ⑤では、阻止条項の必要性に対する立法者の評価を現実政治に状況依存的なものであるとしたことで、その後の政治状況に応じた判例変更の余地が確保されていたことである。

その後、連邦憲法裁は、自治体阻止条項08年判決において自治体選挙での5%阻止条項を違憲と判断する。この違憲判断に際しては、以下の3つのテーゼが重要な役割を果たした（本稿はこれを「阻止条項の法理」補助テーゼと位置付ける）。

- ① 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 $\alpha$ ）。
- ② 立法事実の変化に伴い阻止条項の憲法的正当化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 $\beta$ ）。
- ③ 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 $\gamma$ ）。

2011年と2014年の欧州阻止条項二判決では、これらの補助テーゼがいくそう重視されることで違憲判決が導き出された。そこにおいては、阻止条項の必要性を裏付けるために「議会の活動能力の毀損」について「具体的な危険」の存在が求められるなど、「阻止条項の法理」は極めて厳格な基準に妥容している。その結果、自治体選挙5%阻止条項および欧州選挙（まず5%阻止条項、さらに）3%阻止条項は、平等選挙と政党の機会均等の侵害を正当化する「やむを得ない事由」に該当しないと判断された。こうして、欧州議会選挙においては、阻止条項を持つ他の多くの加盟国よりも、はるかに政治的少数派に開放的な制度をドイツは選択することになった。その背景には、「政治過程の開放性」という判例説示の言葉に象徴される政党の機会均等原則重視の姿勢があることは、本稿における「阻止条

項の法理」の展開を通じて確認できた。

こうした連邦憲法裁の違憲判断積極主義を支えたのが、近年有力になりつつある「自由な政治的競争」観であったという点は(1)で既述した。もとより、こうした厳格化傾向に対しては解釈上・法理上の観点からの批判や、現実的判断としての阻止条項の撤廃に基づく議会の破片化への危惧、さらに連邦憲法裁のこの領域での積極主義に対する批判など、多くの批判・反発（これらについても本稿の中で出来る限り紹介した上で、その論理を検討してきた）を招いたことも事実である。また、欧州阻止条項二判決が連邦議会の阻止条項見直し論にも一定の刺激を与えている一方、自治体阻止条項08年判決の後に自治体阻止条項を撤廃した州では、その復活の動きがみられるというように、阻止条項をめぐるは理論的・実践的なせめぎ合いが、なおも続いているのが現状である。

## (2) 残された課題

本稿で十分に検討できなかつた論点、および今後検討の価値ある発展的論点を課題として提示しておこう。

第1に、阻止条項の現在的意義・機能について、平等選挙原則の観点からの再検討の必要である。「阻止条項の存在は、平等選挙と政党の機会均等の侵害である」というのが「阻止条項の法理」テーゼ①であるが、「阻止条項の法理」を展開してきた連邦憲法裁の判例もこの問題を論じた学説も、政党の機会均等原則との関係での検討に集中してきたといって過言ではない。その結果、フォン・アルニムの「自らの事に関する決定」への厳格審査論、モルロクらの「政治的自由競争」論や、ヴィントやロートらの「公益志向の政党」論など、他の領域にも転用可能な成果が蓄積されてきたことは事実である。だが他方、阻止条項によって侵害される平等選挙原則の内実については——基本法3条と同38条1項との競合をどう整除するかという以前は活発だったドグマーティクの争いや、阻止条項が投票行動に与える影響を論じたD. ノレンらの政治的分析を別にして——目立った

議論は少ない<sup>275)</sup>。そうした状況に引きずられたこともあるが、本稿においても、とくに阻止条項の現在の意義・機能を検討する際に必要であったはずの、平等選挙原則からの問題の照射に考察が及ばなかった点を認めねばならない。個人の権利論からの問題の捉え直しは、政党を権利主体とする場合以上に強い形式的・機械的平等の要請を導くものであることは推測されるが、それとて、従来の「阻止条項の法理」の下では「やむを得ない事由」に対する劣位を許してきたわけであり、それはいかなる論理に基づくものであったのかをきちんと整理する必要があるはずであろう。また、政党の機会均等の規範内容は政治状況の変化によって内実が変わる可能性が高い(本稿が跡付けてきた連邦憲法裁の判例は、まさにそれであった)のであるが、個人の選挙権の内容については、政治状況の変化との関係ではいかに解すべきかも問われよう。選挙権という権利の特性も留意しつつ、平等選挙の要請する「平等」の意味内容の検討が必要になるところである。

第2に、「阻止条項の法理」が連邦憲法裁の「選挙法の法理」全体の中でどのような位置を占めるのかについて、「負の投票価値判決」や超過議席判決、あるいは選挙区割判決など他の選挙法関連の判例群との布置連関の中で理解する作業の必要性は、本稿においても一定の意識を払ってきたものの、なお不十分な点を残したといえる。阻止条項をめぐる連邦憲法裁の積極主義の傾向も、こうした選挙法制関連判例全体の文脈の中で評価されるべきことはいうまでもない<sup>276)</sup>。加えて、阻止条項という装置が果た

---

275) Wild, a. a. O. (Anm. 109) のような成果があるとしても、例えばモルロクの「競争としての政党法制」論のようなかたちでの判例への影響力を持った議論の過少をここでは指摘しているのである。ただし、このような評価は、土屋・前掲(註109)や、大岩慎太郎「選挙権の主観的・客観的意味内容—ドイツにおける選挙権解釈の一例」青森法政論叢15号(2014年)1頁以下等の最近の業績に対する、本稿筆者の咀嚼不足に起因するおそれもなしとはいえない。

276) Vgl. dazu z. B. Dieter Nohlen, Die Politik des Sonderweges: Wahlsysteme als Rechtsfrage, JÖR 2015, S. 11 ff.; Petersen, a. a. O. (Anm. 255). 連邦憲法裁の役割に関するより一般的な問題構成として、vgl. auch Matthias Jestaedt, u. a., Das entgrenzte Gericht, Berlin 2011. 鈴木秀美ほか監訳『越境する司法』(風行社, 2014年)参照。

す機能の測定には、第IV章で指摘したように、選挙制度のみならず政党法制や議会法制との連関も意識する必要がある。さらに既存政党や新政党の現状分析や、住民の直接立法や議会外抗議行動などの諸現象との連関も視野に入れることで、阻止条項が民主政に与える規範上の意義や現実上の機能も、より明確なかたちで捉えることが可能になろう<sup>277)</sup>。もとより、このような発展的な作業においても、本稿の考察を通じて獲得した知見が足がかりとなるはずである。

第3に、連邦憲法裁が欧州阻止条項二判決で示したEU統治機構の展望とそこにおける民主的正統性の問題も、リスボン判決などEU関連判決で示された認識との関係の中で見定めていく必要がある。また、本稿では阻止条項の評価の背後にある民主政観の対抗の存在を指摘することはできたが、そうした民主政観のより緻密な輪郭づけや、ドイツないしEUにおける意義や有用性を踏まえたその憲法規範論的评价といった本格的な作業は手付かずで残されている<sup>278)</sup>。

社会における諸利益の複雑な分岐が顕在化する中、選挙制度を通じて多様な利益をどのようなかたちで議会を反映させていくかという課題、あるいは、そもそも「利益を議会に反映させる」とは何を意味するのかという問いは、各国が抱える普遍的なものであり、それゆえに日本の憲法学の関心であったし<sup>279)</sup>、これからも関心であり続けるだろう。このような問題を考察する上での示唆も本稿が展開してきたドイツの阻止条項をめぐる議論の中にすでに含まれていたと思われるが、その抽出作業と本格的な検討

---

277) 政党と選挙制度の関係について、vgl. Shirvani, a. a. O. (Anm. 88), Kap. 9.

278) 本稿校正段階(2016年6月24日)で、英国の欧州離脱をめぐる国民投票の可決の報に接した。その意味を測定することは現在の本稿筆者の手に余るが、EU統合という実験にとっての大きな転機となることは間違いない。本稿第三章で述べたEUの政治状況に関する評価も、こうした事態を踏まえて常に「上書き」される必要があるのかもしれない。

279) ひとつひとつ掲げる余裕はないが、例えば、1990年代の高橋和之と高見勝利の「国民内閣制」論をめぐる論争の主題はそこにあったといえよう。また、只野雅人や本秀紀の一連の仕事も、この領域では重要である。



は別稿に委ねることにしたい。