

最近ドイツにおける一票の重さの法理

——とくに、ラント憲法裁判所の場合——

小貫 幸 浩

1 はじめに——連邦憲法裁判所の判例法理とラント憲法裁判所——

(1) 民主制の分類として直接民主制と間接民主制があり、さらに後者が議会主義民主制ないし「代表」民主制であるという見解が一般化している。この分類論⁽¹⁾及び議会主義⁽²⁾「代表」という等置化の是非はともかく、現在、少なくない国々での国政および地方の政治がいわゆる議会主義民主制ないし代表民主制と呼ばれる形で運営されていることも、また、事実である。

議会主義ないし代表民主制には、これまで様々の批判が——原理的批判から実際の運用の批判まで、右からの批判から左からの批判まで——提示されてきた。現在も尚、批判は絶えない⁽³⁾。この点にはあまり深入りしないが、視点を少し変えて、議会主義⁽⁴⁾代表民主制が功を奏するための条件を問うてみよう。何よりもまず、議員⁽⁵⁾代表を

選出する選挙制度および議会の構成のありよう、さらには政党制のありよう——議会主義民主制は歴史的に、不可避的に党派・政党を生み落とした——に指を屈しよう。また、政治の当事者に着目すれば、議員・政治家の側には一般国民の声に対する批判的応答性と指導性が求められる。これに対し、一般国民の側もただの選挙人・有権者にとどまらない。選挙で投票すれば、事終われり、と言うわけにはいかない。政治への持続的な多かれ少なかれの関与と、適正な多数決による政治的決定への批判的受容という構えが、市民的政治文化として、つまり公共精神として形成されることも重要であろう。こうした環境の下でこそ、選挙によって選出された議会が、公正で透明な議会関係法の下に実効的・安定的に運営されることができるのである。議員の行動規範、さらに議会の意思形成に影響する諸々の圧力団体のロビー活動に関する行動規範のありようも看過しえない。さらに古くからの指摘であるが、間接民主制を様々な直接民主制的要素で補完して、代表者と被代表者との距離を小さくするための様々の工夫も提案されてきたのである。

右の様に諸々の視点が提示されてきたところ、やはり選挙の諸原理を具体化した公正な選挙制度が存在しているということが、やはり要諦であろう。何故ならば、永続的に連鎖する政治プロセスのなかで、一時的・期限付にであれ、国民の拘束的な決断として、直接的インパクトをもつのが選挙だからである。

さて、各国の憲法が選挙制度についてどう定めているかは、様々である。⁽⁴⁾ 憲法自身である程度まで具体的に規定しているところもあろう。多くの場合には、憲法は選挙制度を司る一般的な選挙の諸原理を挙げるにとどめており、具体的な制度の形は立法者に委ねられている（日本国憲法では15条、44条、43条、47条、93条2項など）。⁽⁵⁾ しかし、実質的な点からは選挙法の少なくとも主要な規定——選挙人・被選挙人の資格のこと、選挙区画定のこと、議員定数のことなど——は、そもそも「憲法」の一部と言って過言でない。また、そもそも選挙の重要事項は、議員・政

治家にとって言わば「自らのこと」*eigene Sache*であって、容易には公正な取り扱いがなされることが期待しえない事柄である。個々の議員が自己保身に走り、立法の府が政党間の抗争と駆け引きにあけくれて、今よりは少しでもましな選挙制度のための妥協さえもが成立しないということになれば、議会政治に対する国民の無関心や嫌気 *Verdrossenheit* を亢進させるばかりであろう。議会主義民主制、代表民主制への失望は強まるばかりであろう。この様な場合に、もしくはかかる状況になる前に、問題が裁判所に持ち込まれた時、憲法裁判権も含めた司法権にはいかなる対応が求められるであろうか。

(2) ドイツ憲法Ⅱ基本法の(2)でも、重要な選挙諸原理が明記されている(連邦議会議員選挙につき38条1項、ラント・郡・市町村議会議員選挙につき28条1項)。現実の憲法裁判では、そのなかでも圧倒的に選挙平等をめぐり争いがしばしば激しくくり広げられてきた。既に、この原理——勿論、権利と言ってもよい——については、阻止条項(この時は7.5%)をめぐる1952年のBVerfGE 1, 208(以下、簡単にEと略記する)ⅡSSWI以来、ドイツ連邦憲法裁の裁判例・学説が相当な蓄積を見せている。とくに重要な裁判例については既にわが国でも多くの紹介・研究がなされてきた。⁽⁷⁾ 本稿では、屋上屋を重ねることは控えて、言わば序論的に最近5年程の間に下された連邦憲法裁の裁判例の動向を概括的に整理しておきたい。本稿の主題であるラント・レヴェルでの選挙権平等をめぐる憲法法理を理解するために、一定の示唆を得たいと思うのである。

(A) ここ5年程に限定しても、選挙権平等をめぐる連邦憲法裁の裁判例は決して少なくない。それでも、いわゆる「消極的一票の重み」*negatives Stimmgewicht* に(2)の二つの判決に指を折らなければならぬ。

(a) まず、選挙異議申立事件である2008年判決ⅡE121, 266では、当時の連邦選挙法BWVGの幾つかの条項が相まって、一定の条件の下では次の様な効果を発生させる。つまり、あるラントで「超過議席」*Überhangmandat*

を得る政党（もしくは政治団体）への「第二票」が、この政党にとって該ラント、もしくは他のラントでの議席を失う方向に消極的に作用する。逆に、支持する政党に投票しない方が、むしろ、その政党に有利に作用する。この点で、直接選挙原理への違反と同時に選挙平等原理への違反が認定できるというのが、連邦憲法裁での結論であった。その上で、問題の複雑さなどを考慮して、立法者には遅くとも2011年6月30日までに憲法適合的な法規定を制定する義務がある、としたのであった。

実体的な理由としては、選挙権平等に含まれる「成功価値」の平等から、いかなる政党に投じたものであれ、各一票の「成功価値」が等しいことが要求される、ということである。どの一票も、投じた政党に対して積極的に作用しうるのではなくてはならない。得票が多いのに得る議席が少なくなったり、逆に、得票の少い政党により多くの議席が与えられる選挙制度は、恣意的な結果を生み、民主的な競争を無意味にする。

また同時に、「消極的一票の重さ」により一票の「成功機会」の平等も侵害される。確かに、一票が重さを与えられないこと——つまり「死票」となる——は排除されない。しかし、意図した成功（要するに議席を生むことへの効果）に寄与する機会と同時に、自分の意図・目的を害する危険が内在することを許容しない。本件の問題は、連邦制的な比例という目的を考慮したことから生じており、勿論、この目的は選挙法形成に際し、立法者が考慮してもよいものではある。しかし、本件で連邦憲法裁は、連邦議会議員選挙とは「単一国家的な」国民代表を選ぶこととのだと釘を刺す。こうして、この目的は強度の侵害を正当化する「やむをえない」理由とは言えないし、「消極的一票の重さ」という効果を正当化する「適切な」理由ともならない、と判示したのであった。連邦制—単一家制という近代国家形成に伴伴する、ドイツの宿命問題が、ここにも絡んでいるわけである。

とまれ、連邦憲法裁は上述の期間内に——これは立法期をまたぐもので、批判されたところでもある——立法府

が採るべき選択肢として、次の3点を示していた。(i)超過議席の発生する余地をできるだけ小さくすること、(ii)「直接議席」と「第二票議席」との差引勘定の再考、(iii)ラント・リストの結合の可能性の再考である。

現実の法改正としては、右の(iii)が選択され、議席配分方法も変更(「上位配分」につき、ドント式からサント・ラギエ/シュベール方式に)されたが——前述の通り、それは指示された期限を過ぎてのことであった——、尚も超過議席規定が残されており、「消極的一票の重さ」が尚も発生する可能性が残っていた。そこでSPDと同盟90/緑の党が憲法異議、機関訴訟、抽象的規範統制手続などを提起したのであった。申立人側の代理人として選挙法関係の研究で有名なH・マイヤー、M・ロッシの名が見えるのが興味深いところである。

(b) 2012年のこの判決=E31.316では、(i)「消極的一票の重さ」を生む連邦選挙法6条1項1文、(ii)「追加議席」Zusatzmandate規定である連邦選挙法6条2a項は違憲「無効」である。(iii)「調整議席」なしの超過議席を規定する連邦選挙法6条5項については、連邦議会議員選挙が比例代表選挙制だという基本的性格を無化するもので違憲としたのであった。以下で言及される関連条文は勿論、原則としてそれぞれの裁判時点でのものである。

ここでは右のうち、(i)と(iii)の点にだけ触れておきたい。(i)ラント各々には、「投票者」数に応じて、まず議席数が割り当てられ、その上で、ラントごとに参加政党のラント・リストで争われる(連邦選挙法6条1項1文、いわゆる「上位配分」と「下位配分」である。)この仕組みの下では、「消極的一票の重さ」の効果が、具体的に予見不可能であるにも拘わらず、発生する可能性がある。かかる現象は、個々の投票人が何ら影響を与えることのできないことであり、受忍できないことである。このことはまた、有権者からの同意を競う民主的ゲームの意味に反する。連邦憲法裁判によれば、かかる効果は、連邦レヴェルでリスト結合が認められず——本件選挙制度で新しくなった点であった。前述——、「人格(個人)化された比例選挙制」がラント・リストで行われることの必然的・不可避的

な結果ではない、と判示している。これは、立法者がこの仕組みを採用した上で尚、ラントでの議席配分の基礎を「投票者」でなくて「人口」もしくは「有権者⁽⁸⁾」とすることで、かかる不合理な効果を回避しうることを示唆する。右に挙げた(iii)に関しては、結果的に選挙平等及び政党間の機会均等原理（これは基本法21条1項）に反すると憲法裁は述べた、但し、超過議席数が、例えば一つの党派形成に必要とされる議員数の半分（15人）程度を超えるのは許されないと言うのであって、そもそも超過議席が全く許容されないと判示しているわけではない⁽⁹⁾。

さて、憲法裁によると、本件選挙法の「二票制」の限りでは、ある政党が選挙区（第一票）による）で得る議席数が、「第二票」の結果で与えられるそれよりも上回る場合があり、それにも拘らずそれらの議席はそのままその政党に残る。何らかの調整が行われない限り、連邦議会の議席総数は、その分だけ増加するわけである。この論点(iii)での結論として、調整なしで超過議席を配分することは、投票を不平等に扱うことになる。何故なら、「第二票」の上に、さらに「第一票」でも連邦議会の議席配分に影響しえた投票者は、優遇されることになるからである。かかる性質の不平等は、仮りに許容されるとすれば、それは「比例選挙制」という基本性格の枠内にとどまる限りでそうなのだ、と言うわけである。

憲法裁はまた、東西ドイツ統一以来、超過議席が顕著に増え続けている「事実的展開」、及び超過議席を発生し易くしている「政治的状況の変化」を重視している。こうした展開・変化を考慮すると、超過議席の数は「そう遠くない時期に」憲法上の受忍限度を超えることが予想され、かかる事態が例外というよりもむしろ「原則」となることが、相当の蓋然性をもって予期しうる。立法府はこうして、憲法裁によって、次期総選挙に間に合う様に、調整なしでの超過議席の増加を阻止するための是正策を措くべく義務づけられたのである。

その後、超過議席は認めたまま、しかし、比例配分に適合すべく他党に対して調整議席を与える法改正がなされ、

その上で、2013年9月、連邦議会選挙が執行された。メルケル首相率いる与党CDU/CSUが大勝したものの、単独過半数にわずかに届かなかった。交渉が難行したものの、SPDとの「大」連立政権(戦後3度目)となった次第である。

(B) 以上(A)で概観したのは、選挙権平等の内実について、及びそれとの関係で1990年代以降かましく論じられてきた「超過議席」、さらにその副産物とされる「消極的一票の重さ」についての近年連邦憲法裁の裁判動向であった。次に見るのは、言わゆる「阻止条項」、とりわけ最も一般的な5%条項をめぐる近年の連邦憲法裁の判例法理についてである。これ自体は、古くから論じられてきた、言わば公知の問題ではある。⁽¹⁰⁾しかし、以下に概観するのは、連邦議会選挙⁽¹¹⁾をめぐるものでなく、(a)コミューン(郡、市町村)議会選挙、(b)ヨーロッパ議会(のドイツ法による)選挙に関する5%阻止条項をめぐる最近の連邦憲法裁の判例動向である。

(a) シュレスヴィッヒ・ホルスタインのコミューン⁽¹²⁾選挙法が5%条項を規定していたところ、同盟90/緑の党(連邦憲法裁判所法65条1項により、左派党も参加)がその撤廃法案を提出したがラント議会によって否決された。これに関して、選挙平等と政党の機会均等が害されたとする機関訴訟が提起され、この侵害は正当化されないと憲法裁は判示したのである。(E120, 82.)「法的、事実的状况」に照らすと、本ラントにおいてコミューン議会の機能のために5%条項を維持する理由に乏しいとしたのである。

得票5%に届かない政党に投じた者の票は「成功(効果)」しない——つまり議席配分に影響しない——と云うのだから、「成功価値平等」の侵害である。(i)憲法裁によると、この5%条項は反憲法的過激政党のコミューン議会への進出を阻止するという目的では正当化しえない。この条項は、これらの過激政党のみならず、全ゆる政党等に、無所属候補にも同様に波及するものだからである。憲法敵対的政党との闘いとしては、政党禁止手続を活用す

べきである、と憲法裁は説く。

(ii) 第二に、政党等が全体の福祉を志向した活動を行うことを確保するには5%条項が必要だとする主張に対して、それは「やむをえない」理由とは言えない。コミュニティの自治行政の保障という点からは、国家全体を志向する政党だけに選出可能性が留保されてはならない。地域に限定した、ただそのコミュニティの利益を追求する選挙人集団にも推薦権、つまり候補者擁立権が保障されるべきであるし、その候補者にはコミュニティ選挙への機会均等な参加が保障されねばならない。

(iii) 仮に、連邦・ラントのレヴェルでの議会では5%条項が必要であっても、同じことが直ちにコミュニティのレヴェルでも通用するわけではない。前者は立法府であり、また政治的に安定した多数派形成が必要であるが、コミュニティ議会は第一次的には行政活動を担うものであり、立法権を行使するのではない。

(iv) 立法者は、コミュニティ議会の機能障害の予測につき、単に抽象的で理論的な可能性の確認で済ましてはならない。少なくとも幾分かの蓋然性ある予測が求められるのである。こうして憲法裁は、「法的、事実的状况」に照らすと本ラントのコミュニティ議会の機能維持のために、5%阻止条項を存続することを必要とする十分な理由は看取しえない、と説示した。

(b) 次は、ヨーロッパ議会選挙¹³⁾をめぐるものである。具体的な選挙制度は各国の法律で定められているところ、ドイツのヨーロッパ選挙法EWVGでは、5%条項が存在していた。2011年の本件連邦憲法裁判決E129.300では、選挙審査異議申立につき、「今日の状況」に照らして選挙平等及び政党の機会均等原理に反する。但し、選挙自体は無効としない、という結論であった（後述の通り、個別反対意見が公表されている。）

(i) 本件でも、選挙原理の侵害は「特別の、実質的で説得的な」理由で正当化されねばならない旨が述べられて

いる。併せて比例原則に適合することも求められている。立法者の形成余地は狭く限定されており、厳格な憲法裁判のコントロールに服する。そこで、5%条項がないとすると一層、小さな政党がヨーロッパ議会に進出して議会での意思形成を困難にするといった程度の、お座なりで抽象的な主張では十分でない。幾分なりとも蓋然性を伴って、議会の機能障害が起こりうる事が論証されねばならない。

(ii) 右の諸基準に照らして、本件5%条項は維持しえないと憲法裁は結論する。2009年のヨーロッパ議会選挙時の「事実的、法的諸状況」からすると、この条項による選挙平等及び政党間の機会均等の侵害は正当化しえない、と。被告の主張は「十分な事実的基礎」に立脚するものでもないし、また、ヨーロッパ議会に特有の機能条件や任務を適切に考慮したものでもない、と言うのである。なるほど、本件の5%条項がなくなると、一人ないし二人の議員で代表される政党の数も増えて、ヨーロッパ議会全体で現在の162政党から169政党に増えるかも知れない。しかし、連邦憲法裁によれば、ヨーロッパ議会の基本的な活動単位は「党派」Fraktionenであって、これによって、EUの拡大とともに増加した政党——政治的傾向も多岐化した——がうまくまとめられてきたという事実がある。憲法裁は「かかる経験に徴して」阻止条項がなくなっても、増加することが予期される小政党が現在の諸会派にまとめられうるはずだ、と説くのである。実際、ヨーロッパ議会での党派関係は、議会運営での協力関係として実証されており、多数派形成が上手く機能している、と言うのである。

憲法裁は次に、連邦議会とヨーロッパ議会とを区別する論理を立てる。ヨーロッパ議会はEUの政府⇨欧州委員会を選出しないし、また、EUの立法はヨーロッパ議会からの持続的多数派の支持に依存しない。尤も、後述の通り、この点は反対意見が批判するところである。

(iii) 本件5%阻止条項は違憲・無効であるが、選挙自体は無効とはならない。この点、憲法裁は、ヨーロッパ選

挙法EWVGの合憲性を信頼して構成された「国民代表」が存続する方が、選挙無効とすることと比較衡量して、優先されるからだ、と説明している。ドイツで再選挙するということになれば、ヨーロッパ議会の運営に——とりわけ党派、議会の委員会での協力について——看過できない障害を発生させよう。また今回の瑕疵は「受忍できない」程でもない。ドイツへの定数割り当ての極く一部に関係するだけであり、ドイツ選出議員全体の正当性については何ら問題がない、と言うのである。本件憲法裁はこの点に関し、ヨーロッパ選挙法の5%条項は1979年の先例CGI-222の決定で合憲とされていたのだし、憲法違反の選挙瑕疵は2009年の今回の選挙に際して初めて認定されたものである。だから、選挙の効力に影響しないものとして受忍すべきなのだ、と敷衍している。

(iv) 本判決は5対3であり、そのうち2人の裁判官による個別反対意見が（結論、理由づけいずれも反対）共同で公表されている——。

この反対意見は要するに、選挙法（権）は立法者の「政治的」形成の問題であり、原則として憲法裁は自制的であるべきであり、少なくとも厳格で「過度に形式的な」平等要請の下にコントロールすべきではない、と言うものである。この反対意見によると、そもそも基本法38条によって、純然たる——つまり一票制での——多数代表選出制も許容されており、それよりも5%条項付きの比例代表制（現行）が成功価値の平等の点でより制約的なものは言えない。前者の仕組みの場合、選挙区で5%以上の得票であっても、議席を生むことに何ら関わらないことがありうるからである。

また、反対意見は、ドイツの様に議席配分の多い大国には、ヨーロッパ議会での政党分岐化を阻止する義務がある、と言うのである。他のEU構成国のなかには、阻止条項の他にさらに成功価値平等に「触れる」——しかし、正当化される——選挙技術を採用している国もある。かようなヨーロッパ全体の文脈で、ドイツがヨーロッパ議会

選挙で5%条項を廃止すれば、「特別の道」を歩むことになること必定である、と言うのである。

さらに、リスボン条約により、ヨーロッパ議会は新しい段階に入った。それは立法権についてのヨーロッパ議会の地位強化ということだけでなく、欧州委員会に対する政治的コントロールという場面でもそうである。こうした視点からヨーロッパ議会の機能維持及びリスク対処についての各国立法者の責任並びに判断余地が一層大きくなったのだ、と言うのが反対意見なのである。

(V) どうやら私見の限りでは、本件での多数意見と反対意見の分岐点は、勿論、立法府への憲法裁判のコントロールの深さ・浅さをめぐるものであることも確かであろう。だが、それ以上に、立法者が判断余地 \parallel 形成余地を活用する際に依拠すべき「法的、事実的状况」「現実」「新しい展開」なるものをいかに「評価」し、そこから選挙原理に関し何事を導くか、という点の違いが決定的であろう。多数意見を支持する評釈と、反対意見を支持するそれとの分かれ目も、この点にある様に思われるのである。¹⁴⁾

尚、本判決では阻止条項のハードルの高さ——5%とか3%とか——は考慮されていないが、その理由づけからは3%条項であっても違憲性が認定されるものであった。¹⁵⁾尤も、問題とされたヨーロッパ選挙法2条7項が5%条項であって、判決理由も勿論、このことに則した論述であり、その際、ドイツ国内レヴェルでの5%条項をめぐると議論への依拠も見て取れるところであった。しかし、本件が例えば3%条項をめぐると問題であったならば、どのような結論になっていたであろうかという点については、少なくとも本件連邦憲法裁判の見解からは定かではない。

* * *

以上、(A)で「消極的一票の重さ」——これは「超過議席」の問題とも不可分である——に関する、近年のドイツ連邦憲法裁判の二つの裁判例(a)(b)を概観した。次いで(B)では、ワイマール憲法時代の経験への反省に立つ「闘う民主

制」とも密切な関係に立つ議会選挙での「阻止条項」関連の裁判例がとりあげられた。(a)コミュニケーション・レヴェルでの、(b)ヨーロッパ議会選挙レヴェルでの裁判例の動向を俯瞰した次第である。総じて言えば、複雑な選挙制度の下で、連邦憲法裁は選挙平等及び政党の機会均等の重みを汲み、「法的、事実的状况」「政治的現実」を見すえて、それらの権利（原理）の積極的擁護に尽力しているとは言えるだろう。但し、何がレレヴァントな「法的、事実的状况」「政治的現実」か、それらをいかに「評価」し、そこから何事を読み取るかが分かれ目となって、反対意見も提示されている。「救済」の視点からは、問題の選挙法については違憲無効とする場合であっても、選挙自体については余程のことない限りは無効とはしないというのが、基本線として確認しえよう。それでも連邦憲法裁は、選挙は無効としないまでも、立法府に対して然るべき法改正の選択肢を示唆して、立法府に圧力をかける場合もある。また、その場合でも、立法府に与えられる猶予期間が事柄の複雑さを理由として、立法府をまたぐ程長く認められ、それにも拘らず、法改正がようやく、その期間経過後に成立するということもある（上述(A)(a)の場合。）憲法裁判所も含めた「司法権と立法権との関係」の何とも一筋縄では行かないところ——権力分立の「機微」と「現実」——が如実に表現されていよう。

(3) 本稿では以下、ドイツ国民の憲法生活にとって連邦憲法裁と同様に、否、あるいはそれ以上に身近で有意な機関となっているラント・レヴェルの憲法裁（国事裁 *Staatsgerichtbarkeit* という名前をもつところもある）での選挙平等法理の展開を見て行く。併せて、憲法裁がその侵害に対する「救済」という点で、立法府との関係でいかなる対応を見せているかを概観したい。その際、近年、この分野で重要な裁判例を提供しているシュレスヴィヒ・ホルスタインのラント憲法裁に取材する。

その前に、そもそもラント憲法裁の判例動向を考察することの意義について一言必要であろう。ドイツの憲法判

例法理を把捉するには、連邦憲法裁の判例動向を理解すれば十分である、と言う見解もあろうからである。

現在、ドイツには全部で16のラント憲法裁があり、そのうちの圧倒的多数が独自の憲法異議制度、選挙審査異議制度などを整えるに至っている。このことはあるいは、連邦憲法裁の存在意義及び地位の弱体化の一つの表れであるという見解があるかも知れない。¹⁶⁾だが、これは一面的であろう。と言うのは、かかる危惧（例えばK・ヘッセ）が表明されるのとはほぼ同時期に、ドイツでは、連邦憲法裁の「過重負担」からの解放策が論じられていたという事情があるからである。その際、ラント憲法裁の機能・権限充実がその一つの選択肢として挙げられていたのだからである。¹⁷⁾

こうして、近年の連邦憲法裁がラント憲法裁の作用領域につき慎重に、その自立性・自治を尊重していることが、うまく説明しうるわけである。その顕著な例として、当初はラント・レヴェル（及びコミューン・レヴェルでも）での選挙権平等につき基本法3条1項（一般的平等）でコントロールしていた連邦憲法裁が判例変更して、ラント・コミューンのレヴェルでの選挙権平等をめぐっては基本法3条1項に訴える憲法異議を却下することになったこと（E99, 1）が挙げられよう。勿論、ラントの憲法自治、ラント憲法裁の自立性がかように尊重されるとは言え、基本法100条3項により法の統一性・安定性が目指されるから、このことを介して各ラントの憲法裁が連邦憲法裁の判例動向の影響下にあることは当然である。とまれ、連邦憲法裁と各ラント憲法裁とは、相互作用と協働の關係に立つものと言えるであろう。前示部分で触れたK・ヘッセは、かような「憲法裁の連邦化傾向」をもって連邦憲法裁の凋落を示すものとして危惧したのだが、むしろ形影相伴う協働関係として積極的に受けとめるべきであらう。¹⁸⁾

それでは次に、前述(2)(A)(B)で近年の連邦憲法裁の裁判例に沿って切り分けた問題群に照らして、まず、以下2、

3でシュレスヴィヒ・ホルスタインのラント憲法裁が超過議席、調整議席などの争点について論じた近年の裁判例を詳しく見たい。その後5で、そのラント憲法裁が阻止条項を検討した最新の事例を考察する。

注

- (1) (憲) 法学における「分類」の方法的問題については、拙稿「国法の一般理論にとつての政治体制分類の問題」法政理論第39巻第4号225頁以下で述べたことがある。
- (2) 直接民主制と言っても、参加資格の要件がある以上はやはり「代表」制なのである。この点で、直接民主制と間接民主制とは、絶対的な対置の関係に立つわけではない。Vgl. M. Morlok, Demokratie und Wahlen, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 2, hrsg. P. Badura/ H. Dreier, 2001, S. 559ff. (581). また「代表」とは国民が選挙で選出した議員・議会であるという見解は、「代表」の有力な定義の一つに過ぎない。1791年のフランス憲法では、国王も「代表」者であった。
- (3) 2012年のドイツ国法学者大会のテーマは「代表民主制の危機」であった。とりわけ本稿との関係では、選挙法問題も含めて、代表民主制の「成功条件」としての議会法のあり方をめぐる次の二つの報告（及び討論）を参照のこと。H. Pünder, 'Wahrecht und Parlamentsrecht als Gelingungsbedingungen repräsentativer Demokratie', 及び同タイトルのP. Cancikの報告がそれぞれある。それぞれ VVDStRL72 (2013), S. 191ff., S. 268ff. 政党制につき野党・少数派の憲法的地位を強調するのが、カンチックの主張である。Vgl. P. Cancik, 'Wirkungsmöglichkeiten parlamentarischer Opposition im Falle einer qualifizierten Großen Koalition', NVwZ 2014, S. 18ff. 上述国法学者大会につき Vgl. S. Ruppert, 'Repräsentative Demokratie in der Krise?', AöR 2013, S. 464ff.
- (4) 憲法規定上、選挙制度にどのような対応をとるか、この点の各国の憲法の諸態様につき Vgl. M. Kotzur, 'Freiheit und Gleichheit der Wahl', in: D. Merten/ H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, Rn.

7. 形式的意味での「憲法」がなくとも、実定法として選挙権が保障されるのがイギリスの場合であり、また、憲法で選挙原理のなかでも特に重要な選挙権「平等」が明記されない場合も決して少なくない。

(5) 選挙諸原理は、選挙と言ふ法的「競争」のゲームに対する「質的な」要求である。M. Kotzur, a.a.O., Rn.2.

(6) ドイツ憲法Ⅱ基本法の91ヴェルでの選挙の諸原理及び選挙審査手続（及びそれへの異議手続）について、手許に置らうて参照したものを以下、順不同に、M. Morlok, a.a.O., ders., 'Art. 38', 'Art. 41', in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar², 2006, Ch. Bumke / A. Voßkuhle, Casebook-Vergfassungsrecht 2013, Rn. 1903ff., H. Meyer, 'Demokratische Wahl und Wahlsystem', 'Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung', in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der BRD, Bd. III³ (2005), H.U. Erichsen, 'Die Wahlrechtsgrundsätze des Grundgesetzes', Jura 1983, S. 635ff., ders., 'Wahlsystem', Jura 1984, S. 22ff., B. Pieroth, 'Art. 38', 'Art. 41', in: H.D. Jarass / B. Pieroth, Grundgesetz für die BRD², 2012, N. Acherberg / M. Schulte, 'Art. 38', 'Art. 41', in: Ch. Starck (Hrsg.), Kommentar zum GG⁶, 2010, M. Kotzur, a.a.O., xvii ff. へのわけ選挙権平等に関する近年の判例動向、学説動向または個別の憲法裁判例への評釈的なものも含めて、手許で参照したものをネット・ランダムに順不同に挙げておく。

J.A. Frowein, 'Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Wahlrecht', AöR 1974, S. 72ff., Ch. Lenz, 'Die Wahrgleichheit und das Bundesverfassungsgericht', AöR 1996, S. 337ff., W. Pauly, 'Das Wahlrecht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts', AöR 1998, S. 232ff., M. Möstl, 'Die Wahrgleichheit im Zuge der Parlamentsreform im Bund und im Freistaat Bayern', AöR 2002, S. 401ff., S.-Ch. Lenski, 'Paradoxien der personalisierten Verhältniswahl', AöR 2009, S. 473ff., W. Hoppe, 'Die Verfassungswidrigkeit der Grundmandatsklausel (§ 6 Abs. 6 Bundeswahlgesetz)', DVBL 1995, S. 267ff., U. Mager / R. Uerpmann, 'Überhangmandat und Gleichheit der Wahl', DVBL 1995, S. 273ff., H.-J. Papier, 'Überhangmandate und Verfassungsrecht', JZ 1996, S. 265ff., D. Ehlers / M. Lechleitner, 'Die Verfassungsmäßigkeit von Überhangmandaten', JZ 1997, S. 761ff., P. Badura, 'An-

merkung zur BVerfG, Urteil v. 10. 4. 1997 (= E95, 335), JZ 1997, S. 681ff., J. Ipsen, 'Wahlrecht im Umbruch' JZ 2002, S. 469ff., G. Roth, 'Negatives Stimmgewicht und Legitimationsdefizite des Parlaments', NVwZ 2008, S. 1199ff., F. Pukelsheim / M. Rossi, 'Wahlsystemnahe Optionen zur Vermeidung negativer Stimmgewichte', JZ 2010, S. 922ff., B. Grzeszick, 'Erwiderung', JZ 2011, S. 242f., F. Pukelsheim / M. Rossi, 'Schlusswort', JZ 2011, S. 243ff., M. Morlok, 'Anmerkung zur BVerfG, Urteil v. 27. 7. 2012 (= El31, 316)', NVwZ 2012, S. 1116f., H. Holste, 'Demokratie wiederflort gemacht: Das neue Sitzteilungungsverfahren im Bundeswahlgesetz sichert das gleiche Wahlrecht', NVwZ 2013, S. 529ff., J. Isensee, 'Funktionsstörung im Wahlsystem: das negatives Stimmgewicht', DVBL 2010, S. 269ff., K. Groh, 'Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelnigsbedingungen der repräsentativen Demokratie', DVBL 2012, S. 1064ff., W. Schreiber, 'Das neunzehnte Gesetz zur Änderung des Bundeswahlgesetzes vom 25. November 2011', DöV 2012, S. 125ff., その他は個別的に該当箇所を挙げる。

(7) 参照: ドイツ憲法判例研究会編・ドイツの憲法判例、に所収の9番(高田篤)、62番(高見勝利)、同会編・ドイツの憲法判例Ⅲ、に所収の67番(玉虫田樹)、68番(栗城壽夫)、69番(永田秀樹)、70番(山本悦夫)など。

(8) 後述するが、近年のドイツでは議席配分の分母つまり選挙区画定の基準を「人口」でなくて「有権者」にすべきだ、という主張が徐々に強まっている。わが国での一連の議員定数訴訟では、この点につき、それ程にセンシティブな議論は見られないようである。

(9) この点に関連して、1997年のE95, 335(365ff.)で既に、議員定数の5%程度を許容限界としていた。この基準では、超過議席の限度は30程となるが、勿論、本文で紹介した最近の基準の方が格段に厳しい。

(10) これは古くて新しい問題であり、かつ、選挙権平等について最も深刻な侵害の問題である。H. Meyer, 'Wahlgrundsätze, Wahlverfahren, Wahlprüfung', (aaO.), Rn. 36.

(11) 少々変わった歴史的文脈のなかで争われ注目を集めた憲法裁判例として、東西ドイツ統一後最初の連邦議会選挙で

- 旧東側西側同様に5%条項を適用させる連邦選挙法規定を違憲無効とした1990年の判決、BVerfGE 322が著名である。
- (12) ドイツでの「ロシューン」の規模はまちまちである。シュレスヴィヒ・ホルスタインの場合、大雑把に言うところ「郡に属する」それは数十人から5万人前後、「郡に属しない市」は数万人から20万人前後、「郡」は20万人前後の規模である。
- (13) このレヴェルでの阻止条項(5%)をめぐる連邦憲法裁の重要な先例として、1979年のE51, 222がある。
- (14) 次の二つの評釈を対照された。M. Morlok, JZ 2012, S. 76ff. Ch. Schönberger, JZ 2012, S. 80ff.
- (15) Vgl. W. Frenz, NVwZ 2013, S. 1059ff.
- (16) 拙稿「ヨーロッパ統合のなかの、憲法裁判とデモクラシー」高岡法学7巻1・2合併号1頁以下(14頁)、及びそのに示されたK・ハッセの見解を参照のこと。
- (17) Vgl. Ch. Tietje, 'Die Stärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit im föderalen System Deutschlands in der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG', AöR 1999, S. 282ff.; K. Lange, 'Das Bundesverfassungsgericht und die Landesverfassungsgerichte', in: P. Badura/H. Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. 1, 2001, S. 289ff. 但し、後者の論稿では、連邦憲法裁の負担軽減を口実として、ラント憲法裁への憲法異議申立が認められない時にのみ二次的・補充的に連邦憲法裁への憲法異議が開かれていると解してはならない、と釘が刺されている。
- (18) A. Voßkuhle, 'Die Landesverfassungsgerichtsbarkeit im föderalen und europäischen Verfassungsgerichtsverbund', これはブレームン国事裁のサイトからアクセスできる。

2 シュレスヴィツヒ・ホルスタイン・ラント憲法裁判所2010年8月30日判決

(選挙審査異議申立手続)

(1) ドイツ最北のシュレスヴィツヒ・ホルスタインにおいて2009年9月27日執行されたラント議会選挙の効力をめぐって、同議会の会派である「左派」及び複数の有権者が異議を申し立てた。これに対する判決がこれである。申立側の代理人としてH・P・シュナイダーが参加している。近代ドイツでは、選挙審査はまず、議会の専権の権限であったが、今日でも、連邦・ラント両レヴェルで議会にはその第一審としての権限が与えられている。⁽¹⁾

本件の経緯は次の通りである。ラント選挙法では、ラント議会の議員「定数」は69人である。但し、ドイツでは一般に、連邦でもラントでも、「定数」は目安みたいなものであり、選挙状況によって可変的なものである。本件の場合、投票方式としては、有権者が「第一票」で選挙区候補者に対して、「第二票」で政党リストに対して投票する。40人は選挙区から多数代表制で選ばれ、残りは「第二票」を基礎にして——選挙区選出の結果を考慮して——政党リストから比例代表制で選ばれる。40の選挙区は「人口」に基づいて区画設定されているが、どの選挙区の人口も全選挙区平均の $\frac{25}{100}$ を超えてはならない。その点は、選挙の5年前の12月31日の時点での人口が基準とされている（この点は後述）。

さて、本件選挙の確定結果によると——尚、後掲3(3)(A)(b)のグラフ——、有効な「第二票」のうち、CDUが31.5%、SPDが25.4%、FDPが14.9%、緑の党12.4%、SSW——南シュレスヴィツヒ選挙人同盟——が4.3%、左派6.0%であった。こうしてCDUは比例制で23議席を得て、同時に（40選挙区のうち）34もの選挙区で勝利を収めた。かれこれの計算の結果、ラント議会は69人という「定数」を大きく超えて95人の議員でふくれ上

があった。それにも拘らず、CDUの11の余剰議席(34-23=11)のうち3つの議席が依然として「おおわれなき」まま(これが「超過議席」である)である。ラント議会選挙では以前にも余剰議席が生じていたが、その時には比例調整の枠内での若干の議席で完全におおわれていた。しかし、今回の選挙で、1947年以来史上初めて、シュレスヴィヒ・ホルスタイン・ラント議会選挙で、超過議席の問題が発生したという次第である。

既に前述した様に、連邦レベルでは1990年代以降、とりわけ超過議席——さらに近年の消極的一票の重さ——の問題性が大きく脚光を浴びている。ラント・レベルでも、こうした問題状況に直面しているわけである。

本件審査の前段階でラント選挙長(憲法上、疑義なしとする)からの回付により、ラント議会の選挙審査委員会は、ある選挙区での投票を数え直して、その限りで選挙結果を修正したが、異議自体は斥けていた。ラント議会本会議はCDU、SPD、FDPの賛成でこれを承認したので、これに対する異議申し立てがなされた。これが本件である。議席の変更、改めて選挙結果の確認、全ての余剰議席を比例的に配分することを求めて出訴したのである。

また、選挙自体の有効性についても異議が申し立てられた。こうして選挙審査の対象は、選挙審査をしめくくつたラント議会の議決及びラント議会がそうして認めた選挙自体の有効性である。

(2) 判決の結論と理由づけを次に見ていこう。最終的な結論としては裁判官全員一致で、問題のラント選挙法諸規定(1条1項2文、1条2項、3条5項、16条)が相まってラント憲法3条1項(選挙の諸原理)、同10条2項(ラント議会の定数及び選挙制度の大綱)に違反する。立法者は遅くとも2011年5月31日までにラント憲法に適合する法状況を回復すること、及びその上で、2012年9月30日までに新しい選挙——一種の再選挙であろう——を執行することを義務づけられるというのであった。

以下、少し詳しく判決理由を追う。まず、ラント選挙法違憲の主張につき、余剰議席発生した場合の「調整議席」

を数的に限定していること（ラント選挙法3条5項3文）がそれ自体として投票権の平等を侵していないかが疑われうる。いずれにしても、「政治的現実」を考慮すると、前述の諸規定が相まって、ラント議会の定数（69人）を大きく踏みはずして「超過議席」並びに「調整議席」を不合理な程に生み出すことになる。この点につき、ラント憲法裁判は、ラント憲法3条1項及び10条2項との関係でも「憲法適合解釈」することはできない、としている（後述）。この点はまた後述するところの、本件と同日に下された別件¹¹抽象的規範統制手続事件でも同旨が述べられている。その上で、この憲法違反性は議席の異同に重大な影響を及ぼす瑕疵ではある、但し、選挙結果の更正をも、該ラント議会選挙無効をも導かない、とするのである。とは言え、本件での瑕疵は重大であり、現在の立法期（選挙期）¹²第17期は2012年9月30日までに限定される。現在のラント議会はそれまでにラント選挙法を然るべく改正する義務があり、それは遅くとも2011年5月31日までに行わなければならない、と期間を限定している〔28―以下、当ラント憲法裁判のホームページからプレス・リリースされている判決のパラグラフ番号である。〕前述した通り、本件では幾つもの争点が提起されたが、本稿では以下、本判決主文で認容された選挙法規定の違憲性及びそれに関する是正・救済策の論点にしほり込みたい。

(A) (a) ラント選挙法3条5項3文には、明確性の点では問題がない。明確性の要請は基本法20条3項の法治国家原理から導かれるものであり、基本法28条1項及びラント憲法1条を介してラントにおいても保障されている。一見ただけでは、問題の規定の言明内容は明らかではない、しかし、その規律対象の複雑さをも考慮して「詳細に吟味すれば」その言明内容は選挙手続全体のなかで十分に明確で矛盾がなく、それ自体として論理的なものである。（これは裁判官の視点にとつての説示であろう。）次に、個々の選挙人がその投票によってどのような結果にあずかることになるかを予見しえないと言っても、それは、選挙につきものの一般的な現象である。個々の投票がどの

ような効果を生むかは、常に選挙人団全体の投票行動に左右されるからである。(この説示は、国民の視点からの明確性に関わる。)[79—80]

(b) さて、ラント憲法裁によると、そもそも余剰議席調整の数的制限規定(ラント選挙法3条5項3文)は、それ自体として、選挙権平等原理に反しないかが問題となりうる。いずれにせよ、この規定も含めて問題の諸規定は全体として、「政治的現実」を考慮すれば69人と言う定数(ラント憲法10条2項3文)を破ることが恒常的であり、超過議席及び調整議席を合理化しえない程に多く発生させうる。かかる事態は、ラント憲法3条1項及び同10条2項に適合しない。[81]

(B) 実体的な視点からの憲法適合性判断が右の(A)の説示であるが、次は、当座の第17期ラント議会が——違憲的に構成された議会が——この憲法違反の判決を受けて、いかに対処すべきか、同じ事柄の裏側であるが、権利を侵害された者の視点からは「救済」策に関する説示である。私見では、この部分の説示が——従来の連邦憲法裁判所の見解よりも——かなり踏み込んだものであり、また歯切れのよいものとなっている。様々の可能性が模索されつつも、言わゆる事情判決の法理の域を突破し切れない日本の裁判所も、そこから何がしかの示唆を汲むべきところ少なくないと思われるのである。

(a) 本件で認定された憲法違反は、議席の異同に重大に影響する瑕疵となる。もし、選挙区の数をもっと少なくしていたならば、そこから選ばれる議員数は、政党リストから比例制で選出される者の数に比べて少なくなっていただろう。そして、議席配分・割り当てが別の結果になっていたであろう。要するに、超過議席数、及び調整議席数が顕著に少なくなっていただろう。さらに、もし、そうであったならば、高い蓋然性をもってそもそもラント選挙法3条5項3文が適用されることなく、ラント議会の議員数は95名よりもはるかに少なくなっていただろう。

〔172〕

(二二)

(b) この憲法違反が重大な瑕疵であるとしつつも、ラント憲法裁は、選挙結果の更正も、選挙無効宣告も、再選挙も導かない、と言う。その代わりに、現在の立法府は短縮され、その間に立法府には、然るべく求められた新しい選挙の準備のために早期に、憲法適合的なラント選挙法の制定(ないし改正)が義務づけられる。本件での瑕疵はとて重大なものであるから、現在の立法府は2012年9月30日までに短縮される。然るべき選挙法を制定(ないし改正)し、次期選挙の準備を整えるには、これだけの期間が必要である。法制定・改正に限って言えば、2011年5月31日までで十分である、と言う。

① 何故に、議席に異同を及ぼす程の重大な瑕疵が認定されているのに、選挙全体の無効にならない、と言うのであろうか。この点については、ラント憲法裁によれば、議会の民主的正当性を維持すべく「できるだけ小さな介入」の命題が妥当する。選挙全体の無効宣告は即刻の民主的正当化の剥奪となるであろうし、ラント選挙法46条6項によると、かかる場合、判決確定後遅くとも6か月以内に再選挙を行わなければならない。かかる方策は、尽くされるべき更正手段では適わない場合にのみ、視野に入ってくるものである。全体的無効宣告はまた、原則として5年の任期で選ばれる国民代表の構成に介入することである。そのことは、国民代表の存続の利益に対しても正当化されるものでなくてはならない。ラント憲法裁はまた、上述の諸理由から、無効宣告は「将来効 *ex nunc et* してのみ」⁽⁴⁾可能であると述べている(以上のしばらくの行論でE121.266が引用されている。)

しかし、本件の場合、選挙法の諸規定が体系的全体的に絡み合い、生じる瑕疵はすこぶる重大であり、選挙全体について憲法的基礎が奪われている。上述とは同断に論じられない。本件では、11人の余剩議席が発生して、ラント議会は95人まで肥大化した。この事態は、「定数」69人という憲法の拘束的指示を、受忍しえない程にふみにじ

るものである。このことは、余剰議席調整の限定——つまり、不十分な調整規定——によって選挙平等の原則と有権者の意見が歪曲されているということでもある。本件での選挙の瑕疵は個々に区別したり、個々に更正することはできない。それらは全体として相互に条件づけ合い、補強し合っているのである。〔175〕

本件では、ラント選挙法46条による6週間内の再選挙も問題とならない。それは、法律適用の瑕疵の場合であるが、本件では、法律自体の憲法違反が認定されたのだからである。とは言え、本件の瑕疵はとてども広範で甚大であり、上述の比例性を考慮すると、一種の「再選挙」の実施自体は正当化されえよう。何故なら、憲法違反的に構成されたラント議会が5年間も存続することは、議会の正しい構成という高次の憲法上の法益の前では、正当化できないからである。ここでラント憲法裁は、民主的正当化の鎖の中心に位置するのがラント議会であり、ラント国民の主権的意思是議会選挙においてこそ、まずは表現されるということ述べているわけである。(参照、ラント憲法2条1項、同2項。)(176)

以上、結論として、成立・構成が違憲であるにも拘らず、ラント議会は尚も過渡的に存続することが認められる。次期ラント議会が憲法に適合する選挙法によって構成されるべく、ともかくも選挙法が改正されねばならないからである。それはやはり、現在のラント議会の任務である。本件の場合、今後、法改正の上で選挙の準備を整えられねばならないのであり、そのためにはラント選挙法46条の定める再選挙のための6週間(前述)よりも長い時間が必要であろう。現在の議員はこの期間はその職務にとどまり、議会は完全な行為・作業能力をもち続ける、とラント憲法裁は説示している。

② 求められる法改正には、選挙区画の変更や、選挙区画の抜本的吟味が含まれ、その上、来たる選挙準備・執行に必要な措置がなされねばならない。上に示した期間は必要にして十分である。

また、現在のラント議会は既に選挙法改正作業に着手しており、法改正のためには遅くとも2011年5月31日までの期限が、適切にして十分である。〔178—179〕

以上の様に、ラント憲法裁は、第17期ラント議会の立法期＝選挙期を短縮し、その間になされるべき義務を明示し、その履行期限を付して、他方でやはり、憲法違反の法律によって構成されたラント議会は、必要とされる以上に長く存続してはならないと釘を刺している、ということなのである。⁽⁶⁾

注

(1) M. Morlok, 'Art. 41', a.O.; B. Pieroth, 'Art. 41', a.O.; N. Achterberg / M. Schulte, 'Art. 41', a.O.

(2) 2009年の、このラント選挙については本件以外にも、私見の限りでラント憲法裁に提起されたものが幾つかある。まず、一有権者が選挙審査の枠内でそれが完了する前に、(議会の)ラント選挙委員会の認定とは異なる「適正な」議席配分を暫定的に命令することを求めた事案がある。本案として提起されるべき選挙審査異議がまだ許容される形で申立てられていない限りで、かかる提起は認められない。また、選挙審査異議は、議会による選挙審査が終了してはじめて申立てることができるという判断が下されている(2009年10月23日決定)。

また、この選挙に関し、同盟90/緑の党及びSSWが、選挙審査手続のなかで予定されているラント選挙委員会で、ラント選挙法3条5項3文が暫定的に適用されないことの宣言——規範統制手続の枠内での仮の命令として——を求めたが、許容されなかった。2009年10月15日決定。この二つの決定も、シュレスヴィヒ・ホルスタインのラント憲法裁のサイトからアクセスできる。

(3) 既に1でも触れたし、後に3でも言及されるが、選挙区画の基礎を人口に置くか、それとも有権者とすべきか。2009年のドイツ連邦議会の総選挙の効力を争う選挙審査異議事件につき、2012年1月31日の連邦憲法裁決定は

理由を欠くとして斥けたものの、次の点で注目される。それは、平等な成功「機会」のためには今後の選挙区画定に当たり、未成年者の割合をも考慮に入れるべきだ、と説示している点である。

(4) 但し、「将来効」としての無効とは、いかなる効果をもつのかは、具体的に述べられていない。

(5) 文字通りにそうなのであるか。例えば、ラント憲法改正のための立法権限についてはどう考えるべきか、判決は何も語らない。

(6) このラント憲法裁の選挙審査異議事件判決については、後日談として、議員としての職業の自由、及び民主的自己決定権への市民としての参加権が侵害されたとして、連邦憲法裁に憲法異議が提起された。前者の争点につき、任期が短縮されることになれば——「解散」と同様に——議員の身分への侵害となるが、それは国家机关の地位に関わるものとして、機関訴訟(基本法93条1項2)として争うべきだ、とされた。2011年5月5日の連邦憲法裁決定である。

3 シュレスヴィツヒ・ホルスタイン・ラント憲法裁判所2010年8月30日判決

(抽象的規範統制手続)

(1) これは、右の2で見た選挙審査異議申立事件と同日に下されたものである。ラント議会の二つの会派(同盟90/緑、SSW)によってラント選挙法3条5項3文が、超過議席発生の場合に調整議席を限定するものだととして、ラント憲法3条1項及び同10条2項5文に反して無効であるとの確認を求めた事件である。

(2) 結論と理由づけを以下に跡づけるが、本件申立ては、部分的にのみ理由づけられているとの主文である。以下、ラント憲法裁の主たる理由づけを追ってみた。左に述べる部分は、右の2の選挙審査異議申立事件でも大要、同趣旨が述べられており重なるが、右2では割合していたので、ここで改めて紹介することになる。

(A) 本ラント憲法には、一般的な選挙の諸原理（3条1項）と並んで、ラント議会の構成についての規定、その選挙についての規定（10条2項）が含まれている。後者はその選挙制度を規定しているだけでなく、立法者をして次の様にラント選挙法を制定すべく義務づけてもいる。それは「政治的現実」を考慮して、超過議席、調整議席発生をできるだけ阻止して議員「定数」69人を超えないように、ということである。〔36〕

勿論、選挙の結果として右の「定数」は変動しうる（ラント憲法10条2項4文。）さらに、ラント憲法は、超過議席が発生した場合に備え、立法者は選挙平等原理を尊重して調整議席について規定すべく義務づけている（同10条2項5文。）立法者はそこで、比例選挙制の狙いである得票と議席との比例を回復し、有権者意思が適切に再現し代表されるべく、ラント議会の規模もできるだけ69名の「定員」を遵守するべく、場合によってはそれを少々超える程度に収まる様に配慮すべきなのである。〔37〕

(a) 2003年の法改正で75人から69人に定数削減された（第16期以降実施される、ラント憲法10条2項2文。）制憲者は、超過議席・調整議席の発生についても制限されることを明白に望んだのである。こうしてラント憲法裁は、憲法の文言、規定の仕方、その後のラント議会での討論などから、憲法規定に尚も残存している75人という規定——69人という規定と並置されている——が、ギリギリで許容される最大限度であるという解釈を示すのである。

(b) 本ラント議会の選挙制度は、連邦議会のそれと同様に「人格化（個人化）」された比例選挙制であり、選挙区選出と比例制選出とが「統合された統一的な」仕組みである。（ラント憲法10条2項3文～5文。）全体としては、本質的に比例選挙制と言われている。「成功価値平等」の原理は、この制度全体をつつみ込む。成功価値平等原理はさらに、調整議席制度の法定化を義務づけるラント憲法10条2項5文によって具体化・強化されており、この限りで、立法者の形成余地は限定されている。〔43〕

① 以下、ラント憲法裁は、ラント憲法の選挙諸原則が連邦議会についての基本法38条1項1文の諸原則に一致するという前提に立つ「44」。ここから、ラントの選挙法としては、各有権者の一票に原則として同じ「数値」Zahlwert及び「平等な成功機会」が保障されねばならない。全ての一票に「選挙結果への平等な影響力が与えられるべきだ」と説く「45」。その上で、ラント憲法裁は連邦憲法裁判例及び有力な学説に沿う様に、選挙平等については勿論、不合理な差別は許容されないが、選挙平等の「意味」は、立法者の選択した制度に依存する、と述べている「46」。つまり、その制度が候補者人格（個人）に着目したものであるか、または政党に着目したものに依存して、「意味」は違ってくるというわけである。

(i) 右の点につき、小選挙区制などの多数代表選出制は、議員と選挙区との間に密接な人的結合性を確保するものである。それで、多数を制した候補者に投ぜられた投票は、議席配分につながるが、少数派への投票は無化される。多数代表制の場合は、前もって、各有権者が平等な「数値」を保障され、かつ、できるだけ同じ（人口）規模の選挙区でほぼ同じ一票の重さをもって選挙に参加するという「平等な成功機会」が保障される（判例）。

(ii) これに対し、有権者の政党的分布を忠実に議会に反映することを狙うのが、比例選挙制である。ここでは、「平等な成功機会」が、国民代表の構成に「平等な影響力」をもつてなくてはならない。ここでは、どの一票も「平等な成功機会」——それはスタート時点での抽象的な平等である——のみならず、「平等な成功価値」をもつ。そのため、然るべき得票の算定手続と議席配分の手続が要請されるのである。

以上、いずれにせよ、選挙平等と言っても「数値」「平等」「成功機会」「平等」「成功価値」平等の三つが区別されて、選挙制度との関係が説明される、というのがドイツの法理なのである。

(iii) 右の、(i)(ii)の二つの選挙方式が一つのものに結合されている場合、その結合の性格が肝要である。二つの部

分が各々独立の並立制(Gabensystem)——現在日本の衆院選挙制度は大体としてこれに対応する——であれば、各々に定義される平等の基準は、各々の選挙方式部分に限定される。そうでなくて二つの方式が一つの全体となつて、どちらかの方式が主導的であるという場合、その主導的部分の平等基準が全体的に適用される。(50)

② ラント憲法裁は、本件ラント選挙法が全体として、比例選挙制であるとの趣旨を次の様に補強している——。「直接候補者」はなるほど、多数代表選出により選挙区から選ばれる。しかし、それらの議席も結局は、ラント・リストへの算入の下に与えられるものである。「選挙区での勝利者により占められる議席は確かに、結果として彼(女)によって個人的に(人格的に)獲得される。だが、それらの議席は同時に政党の勢力に比例したものであり、比例選挙制の狙いとする有権者の相対的な意見の分布の反映なのである。」〔58〕

こうしてラント憲法裁は、本件選挙制度が一体として、比例代表選挙制である⁽¹⁾と念を押しているのである。(59)

③ さて、ラント憲法裁によると、超過議席は、個人(人格)選出制と比例選出制とが結合されている場合に発生する。調整議席はこれに対処するものであり、政党の議席数がラント・リストに投ぜられた票数に比例する様に、つまり超過議席の発生によって政治的な勢力関係がゆがめられない様にするものである。ラント憲法3条1項の選挙平等の「厳格な」原則を考慮すれば、同憲法10条2項5文の解釈としては、完全な調整が原則である。それ故、部分的にとどまる(数を限定する)調整は、説得的でやむを得ない理由で正当化されることを要する例外である。

〔76—77〕

④ そもそも、調整議席を必要とする、その前提である超過議席は「不可避的な最小限度でのみ」許容される。その調整は勿論、発生したゆがみを可及的に排除して、選挙平等を可及的に充足するものでなくてはならない。⁽²⁾

選挙平等原理から導かれる「成功価値」平等という基準はなるほど、区別(差別)の絶対的禁止を意味しない。

しかし、選挙制度の具体化に際しての立法者の形成余地は狭い。と言うのも、選挙平等は——一般的な平等条項と違つて——厳格に形式的な平等だからである。それは、「柔軟な」解釈を許容しない。だから、立法者は「何らかの」調整を規定すれば済むというわけには行かない。「成功価値」平等の原理が充足されたと見えるには、全ての超過議席が調整されることが必要である。仮りに調整されない超過議席があるとすれば、それはやはりラント憲法3条1項の厳格な要請の下で、正当化されねばならない。〔78—79〕

(3) 憲法審査の対象は、申立人の主張によつて規範統制に付されているラント選挙法3条5項3文——調整議席を限定している——に限定されない。ラント憲法裁は、こうして、ラント憲法裁判所法42条2文により、ラント選挙法3条5項全体、同1条1項2文、同1条2項、同16条の審査に踏み込むのである。〔85〕

(A) ラント憲法裁によると、申立人の攻撃するラント選挙法3条5項3文は右の様に、その他の規定と相ま_つて、はじめて「所与の事実的状况」の下で成功価値平等にゆが_みを生み、そのゆが_みは散発的なものでも軽視しうるようなものでもない。〔87〕

(a) この一票の重さの不平等_＝ゆが_みは、「第一票」と「第二票」とが結合してはじめて発生する。「第一票」も「第二票」もそれだけでは不平等を生まない。この不平等は、余剰議席（結果的に超過議席）政党のために第二票だけでなく、成功した第一票も数えられることで、その有権者が、他政党に投じた有権者よりもより強い政治的影響力をふるう点にこそある。〔88〕

(b) ラント憲法裁の説明するところ、右の(a)を2009年のラント議会選挙の結果に即して具体的に述べると、こういうことである——。

CDUに残存した3つの「おおわれぬ余剰議席」は比例配分に反し、その投票総数で超過議席に寄与した。C

DUの直接候補者に投票した有権者に、結果としてより重い一票を与えたことになる。CDUに投じた有権者と他党に投じた有権者との不平等は、次ページのグラフ(*)の通りに示される――。

(c) 確かに、「おおわれない余剰議席」による一票の重さの不平等は、有権者全体に一律に生じるわけではない。また、どの選挙でも必ず発生するというわけではない。だが、2009年ラント議会選挙結果が軽視しうる程度の例外的場合ではなかったということが、決定的である。このゆがみは、将来も予期しなければならないものである。言うのは、様々の要因が予期不能にして、かつ相剰し合うことを別にしても、余剰議席発生が恐らく今後も現実のこととなるというのが、目下の選挙法を取り巻く「政治的現実」であるからだ、とラント憲法裁は述べる。政党の多岐化、第二票の幅広い分布、さらに「交差投票」*Simmensplitting*、選挙区数、選挙区規模のバラツキもまた、超過議席発生を促す要因として挙げられるのである。〔95〕

(B) 次は、言わゆる三段階審査の「正当化」段階である。結論から言えば、目下のところ、このゆがみを正当化する理由は存在しない。

(a) 前述した様に、ラント憲法裁によると、立法者には、選挙平等と憲法上の他の正当な目的とを調和させるために形成余地が認められる。しかし、その結果として選挙権不平等が発生するならば、そのことにつき「やむをえない」理由が必要である (BVerfGの判例) 〔97〕

ここで、「やむをえない」理由とは、数的に不可避の極小^{ウンシカルフェ}な差——例えば端数をどう扱うか——だけでなく、憲法上不可避的な差異もそうである。選挙平等と他の選挙原理、他の基本権との間でも抵触はありうるからである。ラント憲法裁によれば、ラント憲法の69人という総定数規定もそうである。また、国民代表の選挙という「事物領域」の本性から導かれる「十分な」*zureichend*理由で正当化されることもある (BVerfGの判例) 〔98〕

(*)

1	2	3	4	5	6	7	8
政党	第二票	比例での議席配分	一議席ごとの票	余剰議席調整後の議席配分	一議席ごとの票	おおわれない余剰議席を含めて	一議席ごとの票
CDU	505.612	23	21.983,13	31	16.310,06	34	14.870,91
SPD	407.643	19	21.454,89*	25	16.305,72*		
FDP	239.338	11	21.758	14	17.095,57		
緑の党	199.367	9	22.151,88	12	16.613,91		
SSW	69.701	3	23.233,66	4	17.425,25		
左派	95.764	4	23.941*	5	19.152,80*		
備考			一議席のために必要とされた最小票と最大票との差は2.486,11		一議席のために必要とされた最小票と最大票との差は2.847,08		19.152,80 - 14.870,91 = 4.281,89

グラフの(従に)第4列と第6列が、比例選出制の枠内で第二票のどれだけの得票を、各政党が一議席を得るのに必要とするかを示している。第3列は、ラント選挙法3条3項による、ラント・リストに基づくドント式での比例制での議席配分を示し、第5列が、ラント選挙法3条5項2文による余剰議席調整の後の議席配分を示すものである。第8列では、CDUが「おおわれない余剰議席」でもって、さらなる議席を配分されることで、第二票での得票がどれだけ少なくて済むが示されている。必要とされる最大票数と最小票数との算術的に不可避的な差(隔り)は比例選出内では2.847,08票(第6列)となるが、CDUへの「おおわれない余剰議席」を入れると、今や、それは4.282,79票となった。(尚、私=小貫の計算では4.281,89票である。)

以上の数値から、法定の比例調整が有権者の声を忠実に反映するには適切でないことが明らかである。そのゆがみは、ここで用いられているドント式での比例手続に不可避的に伴うものと想定される範囲を超えるものである。最終的にCDUに必要とされる第二票の得票(14.870,91票)は、必要とされる最小票(SPD—16.305,72票)と最高票(左派—19.152,80票)との比較から導かれる範囲を逸脱している〔93—94。〕

さらに、立法目的との関係で手段が「適切で」geignet「必要な」erforderlichものでなくてはならない。その許容度は、選挙権（平等）侵害の強度にも依存する。そして、立法者は問題の法規定の評価に際し、「政治的現実」を志向しなくてはならない。また、選挙法規定の憲法的正当化は抽象的になされてはならず、事実的・法的な新しい展開に照らしてなされなければならない。（以上、BVerfGの判例）〔99〕

(b) 結論としては、本件での成功価値の不平等は、投票の換算手続に伴なう不可避的なものでない。また、人物を選出する点での向上にも、ラント議会の機能強化にも資さない。あるいは、憲法による総議員「定数」(69人、ラント憲法10条2項1文、2文)がもう一つの「やむをえない」理由となるかも知れない。しかし、ラント憲法裁は、「現在の事実上、そして法的諸条件の下では」余剰議席調整の数的制限(ラント選挙法3条5項3文)は、この目標定数と選挙平等とを適切に調和させたものとは言えない、と説示している。この規定はそもそも超過議席発生を回避することに無頓着である。「今日の政治的状况に照らすと」この規定も含めて問題の諸規定が相まって、超過議席を原則として——例外的にでなく——発生させてしまうのである、と。〔100〕

右の点はさらに具体的に諄諄と説示されるのであるが、それがさらに、比例原則審査によって裏打ちされている。本稿では、後者に焦点を当てたい。

(c) 制憲者がラント議会の議員「定数」を設定したことで、ともかくも立法者が選挙法の形成に際し志向しなくてはならない一つの目標が定式化された。ここから、ラント憲法は比例原則に基づく説示を展開して、結果として、この目標のために調整議席の数的制限が役立つとしても、「現行選挙法の諸条件の下では」今のところ、それは比例原則に反すると判定するのである。以下、この行論に踏み込んでみたい。

① ラント憲法裁によると、政党が多岐化しているという今日の政治的所与及び選挙法の今日的ありようの下で

は、本件の規律は憲法の目標設定との関係においてさえ「適切でない。」この目標設定は、ラント選挙法3条5項2文の制限にも拘らず、現実には95の議席にまで肥大化したのであり、明らかに踏みにじられている。(1111)さらに、この制限は一方的に調整議席を犠牲にしており、このことで次の点もないが、しろにされている。それは、「人格化された比例選挙制」の条件の下ではあるが、同時に憲法上与えられている成功価値の平等の下では、何よりも超過議席が回避されるべきである、という点である。超過議席と結合する選挙権平等の侵害は、「事实的、法的所与」の下では「必要でない。」立法者は、他の「適切な」手段を組み合わせることで議員総数を減らすことができるからである。

ところが、現行の選挙法では、とりわけ二票制、選挙区数、直接に選出される議員の数、一つの選挙区につき平均の25%内でのみ人口偏差が許容されるという規定(1条1項2文、1条2項、16条)によって、かかる侵害の可能性が示されている。5党体制——さらに憲法上、国民的少数派としてのSSWの特別の役割——³⁾という今日の「政治的現実」にあつては、これらの規定が相まって制度的に、超過し調整議席を大幅に発生させる。69人という目標設定が恒常的にふみ超えられることになろう。(1112)

②(i) 右の点をさらに詳述すると、事実上の要因としては、選挙区に候補者を立て、その後の比例調整に参加する政党の数、投票率、第二票での無効数などが挙げられる。選挙区では以前から大政党(CDU, SPD)だけが勝利を収めている。けれども、これら大政党は、第二票の得票という点では後退している。(1114)

(ii) 超過議席の発生にとりわけ大きく影響している法的要因としては、選挙区の数が増えよう。ラント選挙法では、目下、40選挙区であり、69人という前提の下でも、ラント・リストから選ばれるのは29人となる。選挙区選出——現行は多数代表制の小選挙区で行われている——議員数が、比例制でラント・リストから選ばれる者の数

を上回るにつれて一層、目標「定数」 \parallel 69人を超過する危険が大きくなる。この点で、ラント・リストからの選出議員数に比し、選挙区選出議員数を少なくとも「調整された状態」にまで減員すれば、超過議席発生の蓋然性は低くなるはずだ、ということが示唆されるのである。(115)

(iii) さらに法的には、選挙区規模のバラツキが超過議席発生の要因として指摘される。選挙区は「人口」に基づいて画定されており(ラント選挙法16条2項、同3項)、偏差は全選挙区平均人口の25%までは許容される(上述)。但し、最大選挙区の最大偏差は、他の選挙区に対し、ただ15%以内にとどまることを目指すべきだ、とされている。2009年ラント議会選挙の場合、「有権者数」を基礎とすると選挙区平均は55、603人である。最小選挙区(フスムラント)には42、037人の有権者が住んでおり、最大選挙区(ゼーゲベルク・オスト)には69、408人の有権者がいた。そうすると、有権者数ベースで、選挙区平均から各々、24.4%、24.8%の範囲内に収まっている。しかし、最大・最小選挙区間の開きは、39.4%に至っている。(116)

既に右の行論からもほの見えることがあるが、ラント憲法裁は、現行法が選挙区画定につき「人口」ベースに立っている点を問題視している。人口に対して有権者数の割合が高い選挙区ではその選挙区での相對多数の獲得が容易になり、該政党の第二票での得票に対応するよりもっと、選挙区での勝利の蓋然性が高まる。超過議席発生の危険を小さくするには、最初から「有権者」数に焦点を合わせるべきだ、と言っているのである(118)。わが国では、選挙区画定のベースを人口にするか有権者数にするかは、それ程センシティブに論じられてこなかった問題である。

(iv) 右の様々の考慮の下に、ラント憲法裁は、ラント選挙法を改正して一票制に再帰すること、あるいは、選挙区数を激減させ、同時にそこで選出される議員数を増加することなど、⁽⁴⁾可能な選択肢として提示している。

[119—120]

③ 以上、諸々の選択的可能性が考えられるところ、調整議席を数的に制限するラント選挙法3条5項3文は、憲法の「定数」規定との関係で「適切でも、必要でもない。」また、同3条5項全体、1条1項2文、1条2項、16条も憲法違反である。これが、本件でのラント憲法裁の主位的な実体判断である。

(4) 尚、ラント憲法裁は右の諸条項につき言わば予備的に、憲法適合解釈が可能かどうか検討して、それは不可能だとしている。判例に沿って、まず、憲法適合解釈の限界として、法律の文言、法律の明確な意思に反しえないことが確認される。さらに、一つの法規範のなかに二つの矛盾し合う憲法的指示が調和させられねばならない時も、憲法適合解釈は不可能だ、と釘が刺される。〔123〕

(5) では、違憲と判定された法規範の効力はどう取り扱われるべきであろうか。ラント憲法裁の特色ある説示は、以下の様に、この側面でも見られるところである。

さて、ラント憲法裁判所法では、違憲判定を受けた法律規定は、原則として当初より無効である(同42条1文など)。しかし、例外的に憲法に「不適合」——無効でなくて——の宣言がなされることもある。この手法は、立法者の形成自由を尊重するものであり、違憲状態を除去するために、より多くの可能性が立法者に尚も残されている時にも、こうすべきなのだ、とラント憲法裁は説く。〔127〕

「所与の事実上の条件の下では」問題の諸規定が相刺的に絡み合って、超過議席発生の危険を増幅させる。こうして、69人という原則的「定数」への違背が正当化しえない程になる。とりわけ超過議席が発生すれば、憲法上、多くの調整議席も発生するのだから、そうなるのである。こうした状態を避けるためには、立法者はまず、超過議席の発生をこそ制限すべきなのであり、調整議席の方を制限すべきではない。つまり、ラント憲法裁の見解では、超過議席を許容しておいて、調整議席を数的に制限するのは本末転倒であるということである。勿論、立法者には、

選挙法改正については多様な選択肢が残されている。〔128〕

さて、ラント憲法裁判によれば、「不適合」宣言の場合——「無効」宣言と違って——、該法規範は尚も形式的には存在するとは言え、然るべく法改正（ないしは制定）がなされるまで適用を阻止される。この適用阻止は原則として、違憲判定を受けた法規範に基づく、まだ未確定の全ての裁判に及ぶ。本件選挙の効力はしかし、上述の諸理由から、この裁判（抽象的規範統制手続）によって影響を受けない。選挙の効力や、選挙結果については選挙審査手続でのみ争われるからである。〔130、27〕

こうして、ともかくもラント選挙法の問題の諸規定はそのままの形では、来たる「再」選挙でも、過渡期だからと言っても適用されないことが確言された。とは言え、問題の諸規定のうち3条5項3文を維持した形での、または1条1項2文、1条2項、16条のなかの一つないしより多くの規定を維持した形での改正の可能性も立法者に委ねられている、との留保が付された。けれども、ともかくも憲法上の目標「定数」を維持するため、及び別件の選挙審査手続（上述2）の裁判を考慮して、また立法者に委ねられた選択肢に留意して、本件ラント憲法裁判は法改正が遅滞なく行われることを立法院に強く訴えている（違憲警告判決）。こうして、ラント憲法裁判は、違憲の選挙がくり返される危険を除去しようとしたわけである〔131〕。ラントの立法院がこれをどう受けとめるか。ボールは投げられた。

注

(1) ラント憲法裁判のこの点の思考様式は、あくまでもラント選挙法の定める制度、仕組みの解釈の結果、それが全体として比例代表制と考えられる、と言うものである。これに対して、ラント憲法自体の解釈として、憲法は比例代表制を

要請している、少なくとも比例代表制が主導的な仕組みであることを求めているので、法律が合憲であるとすれば、法律の定める制度もそう解釈されねばならない、という思考様式も可能であろう。ちなみに、基本法の69のレヴェルで既に、連邦議会選挙については比例代表制——もしくは比例代表制の部分が優位する制度——の採択が義務づけられており、その意味で基本法38条3項は「法律の留保」規定ではないという向きの学説として、M. Morlok, 'Demokratie und Wahlen', a.a.O., ders., 'Art. 38', a.a.O., H. Meyer, 'Demokratische Wahl und Wahlsystem', a.a.O., ders., 'Wahlgrundsatze, Wahlverfahren, Wahlprüfung', a.a.O.

(2) この判決はこのように述べるのだが、超過議席が一番重大な問題点であり、さらにそこから前述の「消極的一票の重さ」、調整議席に関わる一連の問題群が連鎖しているわけである。この様に問題が連鎖して複雑な様相を呈しているのは、連邦レヴェルでもラントレヴェルでも同様である。問題の起点つまり、アキレス腱はやはり超過議席であり、これをそもそも二票制からの必然的結果として甘受すべきか、また超過議席の主要因たる「交差投票」をむしろ自由な投票の発現として積極的に位置づけるべきかどうか。超過議席をいかに憲法的に評価するかによって、調整議席をそもそも、又はどの程度まで設けるべきかの見解も異なって来るであろう。連邦・ラント両レヴェルでの現行選挙法をそもそも、又はどの方向に改正すべきかも、こうした一連の問題群への対処として答えが与えられるわけである。Vgl. H.-J. Papiert, JZ 1996, S. 265ff. (a.a.O.), J. Ipsen, JZ 2002, S. 469ff., J. Isensee, DVBl 2010, S. 269ff., F. Pukelsheim / M. Rossi, JZ 2010, S. 922ff., dies., JZ 2011, S. 243ff., B. Grzeszick, JZ 2011, S. 242ff. 例えはJ. イーゼンゼーは、消極的一票の重さの効果を抑える方策を模索している。イーゼンゼーによれば、超過議席自体は連邦憲法裁もある程度までは受忍しようとしているのであり、消極的一票の重さの効果をなくすることが肝要なのだ、と言う。調整議席の導入については、議会を肥大化し、これまでの定数削減の努力を台無しにする。またシュレスヴィヒ・ホルスタインの場合の様に、調整議席の数を制限すると、さらなる平等の問題が出てくる、というジレンマが内在する、と批判的である。これに対し、言うま

でもなく、超過議席自体に懐疑的なのか、シュレスヴィッヒ・ホルスタインのラント憲法裁なのである。

(3) この点を争点化することになるのが、後述5で取材される、2013年9月13日のラント憲法裁判決である。

(4) 連邦議会選挙につき、つまり連邦選挙法の改正につき、既に1960年代に議論されていたことでもある。

4 上記ラント憲法裁の二つの判決の評価をめぐって

以上、2、3、でかなり詳しく、シュレスヴィッヒ・ホルスタインのラント憲法裁による二つの判決を跡づけてみた。私見の限りでは、総じて肯定的な受けとめ方が目につくところである⁽¹⁾。延いては、これら二判決が相まって、連邦憲法裁が選挙権平等の問題に関して実体的にも救済の視点からも今後目指すべき方向性をも照らし出している、という高い評価が与えられている。

(1) まず、二つの判決を通して、規範統制手続(NK)と選挙審査異議(申立)手続(WPB)との関係が明らかにされた点が重要である⁽²⁾。また、争われている選挙法規定が違憲とされる(原則として無効とされる後述⁽²⁾)ならば、それに依拠して執行された選挙自体も無効となるのかどうかも、かなり明快に説示されたのでなからうか。

まず、二つの裁判を通して、選挙瑕疵の審査は選挙審査異議手続でのみ争われうる、という振り分けがなされたことである。つまり、違憲的に構成された議会が成立することを阻止するための仮処分(仮りの救済)を、規範統制手続で申し立てることはできない、と。かように、規範統制手続では選挙法規定の(ラント)憲法適合性についてのみ争いうる、と言うのである。

これに対し、争われている該選挙法規定の違憲・合憲性の問題は、選挙審査異議手続にとって言わば「前提問

題」Vorfrageであるにとどまる。この争点を直接に扱うのは、規範統制手続の方である。

以上の振り分けにより、今回の二つの判決のうち、規範統制手続では法律の合憲性を判断するにとどめ、そこからの帰結については、つまり、その際の立法府の法改正の義務や、所定期間内に改めて選挙をする義務などについては、選挙審査異議手続の方で述べられた次第であった。従来ドイツでは、連邦憲法裁でも、憲法違反の選挙法に基づいて執行された議会選挙自体の効力につきそれ程に踏み込んだ検討がなされてこなかった。そうすると、今回の二つのラント憲法裁判決による振り分けが一層、光を放つのでなからうか。

(2) 次に、憲法違反と判断された選挙法の効力について、である。例えばシュレスヴィツヒ・ホルスタイン・ラント憲法裁判所法42条、連邦憲法裁判所法78条によれば原則として、違憲の法律は無効とされる。尤も、好ましからざる結果が予想され、それを回避するために、該法律に基づく多くの行為が無効となるのを免れる仕組みになっている(連邦憲法裁判所法79条、上記ラント憲法裁判所法43条)。

違憲とされた法律自体の効力について、連邦憲法裁としても、ただ「憲法に適合しない」とだけ述べて、その(選挙)法の無効性には言及しないという方向性を開拓してきた。そのため、連邦憲法裁では、単に憲法との不適合性を宣告する場合と、立法者をして一定の時期までに違憲状態を是正すべく義務づける場合とで判決主文の書き方を違えるという工夫が開拓されてきた。さらには、「違憲警告判決」——尚も合憲の範囲内にとどまっているものの、違憲となる恐れが迫っており、それを除去すべきことを立法者に勧告する——という手法についても然りである。

本件選挙法規定につき、選挙審査異議手続では、その違憲性が認定されたものの、無効宣告はなされなかった。選挙審査異議手続において「前提問題」につき判決主文で述べることができるとしても、さらに進んで「無効」宣告もなしうるかは争いのあるところである。しかし、ともかくもこの次の選挙までには、違憲の法律は形式的には

存続するが適用を阻止されて、最終的には合憲の法律によってとって代わられねばならない。とすれば、次善の策として、違憲の瑕疵をもつ立法府が尚も正当化されて、行動可能なものと見なされねばならない。こうして、本件ラント憲法裁の規範統制手続において、ラント議会選挙の効力は影響を受けないとされた〔NK Rn. 130〕。また、選挙審査異議手続で、選挙結果が過渡的に有効とされ、このラント議会の下で該選挙法が然るべく改正されうる〔WPB Rn. 177〕としたのは正当だ、と言うのはM・モーロックである。今回の二つの判決を総合すると、選挙法及び選挙自体について違憲ならば無効とするという原理主義から距離をとったものであり、少なくとも選挙法の世界では完全に正当なのだ、と言うのである⁽³⁾。

(3) 選挙権平等の実体的側面での判断に関して本件ラント憲法裁の二つの判決の意義はどうか——。本件で問題とされた法律について、外形的には、超過議席を調整する議席を数的に限定する規定が争われていた。しかし、二つの判旨からは、以下に見る様に——また、上記2、3、で既に見た様に——超過議席それ自体を違憲と判断する可能性も読み取りうるのである。超過議席自体については既に連邦議会選挙レヴェルでも争われているが〔EGS, 335〕、その違憲・合憲については宙に浮いたままであり〔前記判決は4対4であった〕、尚も連邦選挙法BVGには、超過議席が維持されている。と言うことは、今回のラント憲法裁の二つの判決は、連邦法・連邦憲法裁の見解に対しても見直しを迫る迫力を宿すものである、ということである。前記連邦憲法裁判決後、さらに有権者の選挙行動や政党状況が変化して——つまり、「政治的、社会的現実」の変化——、選挙権平等にまつわる問題は一層、深刻化している。本件二つの判決が注目される次第である。

ところで、ドイツの憲法判例・通説によると、一票の重さの「意味」が選挙制度に左右されるというのであり、それだけに争点となっている選挙制度の性格理解が決定的に重要である。ラント憲法裁は本件選挙制度は比例代表

制だとしているが、その主たる理由が重要である。要するに、本件法律では、選挙区で得られた議席がラント・リストからさし引かれる（ラント・リストに勘定される）ので、その結果、比例代表制と理解できると言うのであり、これは連邦選挙法BfGGの制度にも同様に言えるはずのものであろう。ある論者によれば、この認識はラントのレヴェルを超えて連邦レヴェルにとつても影響を及ぼしうる説示である。⁵⁾ 言わゆる「人格化された比例選挙制」が結局、「比例選挙制」として位置づけられるのならば、成功価値の平等はこの選挙制度全体にわたり格段に厳格に適用されるべきだからである。つまり、どの一票も制度全体にわたり、同じ重さをもつのでなくてはならない、という様にある [NK: Rn. 51]。そうすると、ラント憲法10条2項5文での超過議席の調整の義務づけは、是非とも達成されるべき命題とされるべきであり、かような成功価値平等の厳格な理解は、連邦憲法裁 (EG 95. 335) による超過議席の容認——4対4であったが——と容易には両立しない。

今回の二つの判決が今日の「政治的現実」を志向したものであることも一般に評価されている点である、⁶⁾ 例えば次の様にある——。

今日では、選挙で勝利を狙える政党の数が格段に多くなった。政党の数がかように多くなれば、票が割れるため選挙区で議席を得るのに必要な得票ラインが以前よりも低くなる。また、政党が多くなれば、各政党への第二票配分も少なくなり、その結果、選挙区選出議席をリスト議席によってカヴァーすることも少なくなる。つまり、リスト議席よりも選挙区議席の方が多くなる。超過議席が発生し易くなるわけである。かかる「現況」の下では、議員定数（本件の場合、69名）をできるだけ守りつつ、一票の成功価値の平等を確保するのに、他に採りうる選挙法の形があるはずで、調整議席の数を限定する現行法に憲法的正当性を認めなかった二つの判決は妥当である、という見解がある。

右に見た様に、この二つの判決（及び上述済みの近年の連邦憲法裁の判例動向）が、憲法判断に際して「政治的現実」「法的、事実的状况」「今日の状況」……を志向しているとして高く評価する向きがあるわけである。しかし、前述部で雜感風に述べた様に、当の憲法判断にとってレレヴァントな「政治的現実」とは何か、それをいかに評価して、そこから何を引き出すか自体が以外と厄介なのである。節を変えて、この点が争点となり、その点が多数意見と反対意見との分岐点となったより最近のシュレスヴィッヒ・ホルスタイン・ラント憲法裁のもう一つの裁判例を取り上げる。それは阻止条項をめぐるもので、問題の質としては言わば古くて新しい問題と言えるのであろう。

注

- (1) H. Holste, 'Neuwahl-Urteil in Schleswig-Holstein: Menetekel für die Reform des Bundestagswahlrechts', *Recht und Politik* 2010, S. 193ff. D. Parashu, 'Das jüngste Landesverfassungsrecht der Bundesrepublik', *Recht und Politik* 2013, S. 227ff. M. Morlok, 'Wahlrecht auf dem Prüfstand der Verfassungsgerichtsbarkeit: Zwei Entscheidungen des LVVerfG Schleswig-Holstein', *JZ* 2011, S. 234ff.
- (2) 『この点に』の著者、M. Morlok, aa.O., の分析が参考になる。
- (3) M. Morlok, aa.O., S. 239.
- (4) 『この点を指摘する』の著者、H. Holste, aa.O.
- (5) M. Morlok, aa.O., S. 236.
- (6) M. Morlok, aa.O., S. 237f. H. Holste, aa.O., S. 196.

5 シュレスヴィツヒ・ホルスタイン・ラント憲法裁判所2013年9月13日判決

(選挙審査異議申立手続、主として) LVerfG 7/12)

上述2、3で取材した2010年8月30日の二件の判決のうち2事件判決(WPB)で、一定期間内に改めてラント議会選挙を行うことが命じられていた。また同様に一定期間内に選挙法を改正することが求められていたが、それが実現した後、2012年5月6日に選挙が執行された。今回は、この選挙に関して選挙審査手続が進められ、議会での審査手続に対して異議申立がなされ、ラント憲法裁判所で審理されたという次第である(LVerfG 7/12, 9/12の二件であるが、以下、本稿では前者を主素材とする)。上記2、3と違って、ここでは主として阻止条項をめぐる問題である。

(1) 選挙審査異議申立の経緯は次の通りである——。関係条項は上記2、3事件とも重なるところがあるが、今回の重心はラント憲法5条(国民的少数派保護規定であり、保護対象としてデンマーク系及びフリース系が挙げられている)及びそれとの関係でラント選挙法3条にある。後者には言わゆる(5%)阻止条項が含まれているが、「基本議席」として選挙区で一議席獲得した政党か、もしくはデンマーク系少数派政党には適用除外される。後者の適用除外規定の目的は、「ドイツ・デンマーク国境の住民の平和的共生と両国の友好的発展ということである」。

本ラント選挙法の歴史において、国民的少数派政党規定が廃止され、阻止条項も7.5%にまで高められた時期があった。この点は、1952年の連邦憲法裁判所の有名な判決EUJ 208で違憲の判断が下された。そこで、阻止条項は5%に引き下げられて今日に至っている。さらに、言わゆるボン・コペンハーゲン宣言との関係で、デンマーク系少数派政党は5%条項の適用除外となった(1953年の法改正で)。その後、さらに、ラント議会選挙

は「二票制」で行われることとなり、「第一票（選挙区投票）で少なくとも一議席（基本議席）」も獲得できないか、もしくは有効な「第二票」の5%に達しない政党は比例調整（ラント・リストでの議席配分）に参加しえない。同時に、デンマーク系少数政党については、その例外とすると規定されたのである（1997年の法改正で）。

さて、本件選挙では、有効な「第二票」のうち、SSW（南シュレスヴィツヒ選挙人同盟）は4.6%を得て、ラント選挙法3条1項により比例調整に参加した。「定数」69のうち、SSWは3議席ということであった。

確定結果につき、ラント選挙長のもとに多くの異議が申し立てられた。理由づけは様々であったが、大体としてSSWが比例配分に参加したことが違法であり、かつ選挙法3条1項がラント憲法に反するということであった。ラント選挙長、ラント議会の選挙審査委員会の順で、異議申立が却下され、2012年9月26日、ラント議会本会議でこの点が承認された。

右のラント議会本会議の議決が、本件選挙審査異議申立の対象である。この申立はとりわけ選挙のやり直しを求め、予備的に選挙結果の更正を求めるものであった。より具体的には、まず、有効な「第二票」の5%に達しない選挙リストも議席配分に際し考慮されるべきことの確認、第二に、本件でSSWに3つの議席が与えられたことが法律及び憲法に反することの確認を求めたのである。¹⁾

申立によれば、そもそもラント選挙法3条1項自体が違憲であり、とりわけ5%条項はラント憲法に根拠のないものである。それは、選挙権の成功価値平等を侵害する。この点はさておき、デンマーク系少数派政党を阻止条項から適用除外することは、憲法的に正当化しえない。

また、申立人は、SSWはデンマーク系の利益だけに特化した活動だけでなく、政治活動全般に従事しており、連立政権にも参加している。何ら、他の政党と異ならないので、SSWはもはやデンマーク系少数派政党とは言え

ない。だから、5%条項の除外対象ではない、と断定するのである。仮にSSWがデンマーク系少数党派政党であるとしても、デンマーク系少数党派の存在しない地域では、かかる適用除外扱いは正当化されない、などと主張するのであった。[Rn. 1—24]

(2) 本件の口頭弁論の冒頭では各々の立場から見解が述べられた。以下、(A)ラント議会・政府、(B)ラント選挙長、(C)SSW党派、(D)FDP党派、(E)海賊党派、各々の見解の要旨をまとめておきたい。結論先取りとなるが、(A)(B)(C)は本件異議に理由なしとする立場で、言わば共同戦線を形成する。これに対し(D)(E)は主張の重心が異なり、温度差あるものの、いずれもSSWが優遇扱いされることは憲法的に正当化しえないとする点では一致している。後述の(4)での反対意見は、多くの点で、(D)≡FDPの主張と重なる。また、(E)はそもそも、5%条項自体が憲法上、正当化しえないと主張するものである。以下では、(A)(B)(C)の主張だけを取り挙げるにとどめる。

(A) 本件申立てには理由がなく、仮に選挙審査に瑕疵があり、ラント議会の議決が違法であったとしても、選挙は無効とはならない、というのがラント議会・政府の見解であった。

また、SSWが今日尚もデンマーク系少数党派政党であることは、その規約・綱領からも明らかである、とする。政治の全領域で活動していても、そのことに変わらない、と。

両者の見解では、5%条項自体も、デンマーク系少数党派政党の適用除外規定も合憲であり、連邦憲法裁の判例に沿って、「説得的な」「十分な」理由で正当化される、と言うのである。

(a) この見解は、5%条項を憲法秩序の維持、より具体的には選挙の「統合」作用、ラント議会の機能維持という、おなじみの正当化理由を挙げるが、ラント議会はさらに、比例原則との関係で次の如く補強している――。

比較憲法的にも、阻止条項は、政府形成・立法・予算策定などに関し重大な政治的危機を回避するのに「適して

いる。」異議申立人は、「代替ないし万一の場合の票」制度の導入を主張するが、それは「適切で、より緩かな」手段とは言えない。それはまた、比例選挙制とは容易には両立しないものである。

右の点について、ラント政府もほぼ同様だが、さらに、コミュン（郡、市町村）議会選挙、ヨーロッパ議会選挙に関する連邦憲法裁の判例（上述1(2)(B)(a)(b)）はラント議会選挙には転用しえないことを補足的に指摘している。と言うのも、ラント議会はラント首相を選出するのであり、首相はラント議会の多数派からの持続的信用を頼みとするからである。シュレスヴィツヒ・ホルスタインの「現実の政治状況」に照らすと、議会には小党分岐化の恐れ、議会には機能障害の恐れが迫っている。2009年、2012年（本件選挙）のラント議会選挙結果が、このことを示している、と言うのである。

(b) 次に、ラント議会・政府の見解では、5%条項からデンマーク系少数派政党を適用除外とする規定も合憲である。デンマーク系少数派の政治的統合は憲法上の正当な目的であり、ラント憲法はこの少数派に——フリース系とともに——保護・促進の権利を与えている（5条2項2文）。また、ラント憲法5条2項1文との関係からも、ラントには、デンマーク系少数派政党の政治参加のため、ラント議会にそれが進出するのを促すための措置をとる権限——義務ではないにしても——がある、と主張する。デンマークとドイツとの友好の維持という点への補足的な言及も見られる。（25—37）

(B) ラント選挙長の見解は、本件には選挙の瑕疵はなく、SSWがデンマーク系少数派政党であることを疑問に付する理由もない。5%条項も、デンマーク系少数派政党をそこから適用除外する規定も違憲ではない、と言うものである。尚、事前の選挙審査の段階で、ラント選挙法を憲法的に審査しうるのはラント憲法裁だけである旨を述べていたのである。

(C) S S Wの見解では、政治全般に取り組んでおり、さらに政府に参加しているからと言って、デンマーク系少数派政党という性格を失わない。政党の任務⁽²⁾についての規定及び議員の任務からして、当然そうなのだ、と言うのである。

S S Wの見解では、5%条項の免除によって成功価値平等及び政党間機会均等は侵犯されない。少数派の実質的不利を回復するものとして正当化される旨を主張する。その正当化理由として、とりわけラント憲法5条2項、選挙の「統合」機能、ボン・コペンハーゲン宣言によるドイツ、シュレスヴィヒ・ホルスタインに課された義務づけが挙げられ、この目的達成のために、より適合的で、より柔軟な手段は考えられない、と述べていた。〔39―40〕

(3) 以下、ラント憲法裁の本件での結論、及びその理由づけである。右に見た様に、論争点は多岐に渡る。結論として、ラント憲法裁は、申立自体は認容されるものの、理由づけが不十分であるとして棄却している。以下、大きく二点に分節化して、やや詳しく見ていきたい。(A) S S Wにつきラント選挙法3条1項2文を適用した点に瑕疵があるかどうか、(B)ラント選挙法3条の合憲性について、である。

(A) まず第一の争点につき、ラント憲法裁によれば、問題のラント議会の議決は実質的にも合法である。S S Wは有効な第二票の4.6%を得て比例調整に加わり、最終的に3つの議席を得た。ラント選挙法3条1項2文の適用には瑕疵がない。

ところで、ラント選挙法の右条項の意味での「デンマーク系少数派政党」として認定されるには、(i)政党法2条1項1文の「政党」であること。(ii)「デンマーク系少数派」というものが依然として存在することが必要である。(iii)さらに、その「政党」が「デンマーク系少数派」から成っており、これによって担われていることも、挙げられる。S S Wが右の三つの要件に該当しており「デンマーク系少数派政党」であると言える、とラント憲法裁は判示

している。〔56〕

(B) ラント選挙法3条の合憲性が本判決の実体判断の山場であり、後述の通り3人の(うち2人の共同反対意見が公表された)反対意見も、この点に絡むのである。結論として法廷意見では、まず、ラント選挙法の5%条項はラント憲法に適合しており、選挙権平等も政党間の機会均等も侵すものではない(a)。また、デンマーク系少数党派党につき5%条項を免除することにも、何ら憲法上、問題がない。その限りで、本件の文脈では、ラント憲法2a条と基本法3条3項1文は適切な参照条文ではない(b)。この免除規定は確かに、成功価値の平等に「触れる。」しかし、説得的な理由で正当化される(c)、と言うのである。〔93〕

(a) ラント憲法3条1項は、基本法38条1項1文及び同28条1項2文を受けたものである。そこで、その解釈に当たり基本法の右条項についての連邦憲法裁判の判例法理が参照される。それによれば、ラントには基本法28条の枠内で選挙法の形成につき自律的な余地が与えられている。

① ラント憲法によって「人格化された比例選挙制」が規定されているところ、その詳細を形成するのがラント選挙法であろう。その際、選挙平等と言っても、数値平等、成功機会の平等、成功価値の平等という様に、異なる意味での平等が満たされねばならない。

② ラント憲法裁判の見解では、問題の5%条項が「触れる」のは成功価値の平等及び政党の機会均等の「権利」についてである。本件選挙制度では、どの票も、ともかくも一票としてカウントされるので数的価値の平等には「触れない。」

選挙人の投票の成功価値については、5%を超える得票を得た政党に投票したか、そうでないかによって、異なる取り扱いを受けることになる。後者の声は、議席配分の際に考慮されないのだから、その限りで成功価値が奪わ

れるのである。

同時に、この5%条項は政党の機会均等の「権利」にも触れる。69人という定数のうち34議席について、阻止条項をクリアした政党だけに、その第二票の得票に応じて比例配分される仕組みになっているからである。ラント議会に代表を送り出す政党が得票に比例する分以上の議席を得るのに対し、5%に届かない政党はそもそも議席配分に参加できないからである。

③ 選挙権平等も、政党間の機会均等も絶対的に区別(差別、別異取扱い)を許さないものではない。そうではあれ、選挙(権)平等の「形式的」性格から、立法者がかかる区別を設ける余地は狭く限定されている。選挙権は能動的側面でも、消極的側面(被選挙権)でも「形式的にできるだけ平等に」行使できることが大切なのである。

こうしてラント憲法裁は、区別は「特別の実質的な『説得的な理由』で正当化されねばならない。要するに、憲法によって正当化されうる、選挙平等に対抗しうる重さをもつ諸理由が必要である、と説示するのである。但し、この点には少し微妙なニュアンスがある。つまり、その区別が憲法上不可欠(必須)なものとして位置づけられるものでなくてはならない、ということではない、と言うのである〔101〕。この点は政党間機会均等についても同様であると指摘している。

狭い形成余地の下であれ、右の調整は原則として立法者の任務である。その上で肝要なことは、その「説得的な理由」が阻止条項の正当化理由となりうるかの判断が抽象的になされてはならず「政治的現実」が志向されるべきだ、とラント憲法裁が指摘していることである。阻止条項がないとすれば、議会の機能障害が幾分でも「蓋然的」に予見されうるかどうかが吟味すべきだ、と説くのである。

こうして、ラント憲法裁によると、「全ての事実的所与」を考慮して、5%条項につき立法裁量の限界を超えて

いないかどうかを審査することが憲法裁の任務である。それは単なる合目的性や法政策的望ましさの問題ではない。この審査射程論からすれば、立法者の立てた区別が正当であると見なされれば、憲法裁としては、その目的の達成手段としての問題の規律が「適切」でないか、もしくは「必要」でないか、もしくは結果として選挙平等に「不釣り合い」の侵害となる場合にだけ選挙平等原理——既に述べた様に、権利と言え換えてもよい、あまり、この点にこだわらない——違反を認定しうるようになる。〔判例〕〔105〕

④ 以上に照らして、5%条項は選挙平等も政党の機会均等も侵犯していないというのがラント憲法裁の結論である。その際、議会の機能維持と諸政党の「統合」機能とが正当化理由として挙げられ、その上で、「比例原則」の点からの検討も行われている。以下では、やはり、後者に重心を置いて見ていこう。

(i) さて、ラント憲法裁によると、5%条項は強力な支持を欠く弱小政党がラント議会に進出することを阻止し、上述の正当な目的を達成するのに「適切な」手段である。

(ii) 5%条項がなければラント議会に機能障害が発生すると考えて、ラント議会は尚も、それが「必要」であると考えた。この判断は「今のところ」*derzeit* 憲法的に問題はない。実際、第17期ラント議会には左派党、第18期には海賊党が進出しているが、他方で、それらよりも小さな党が1ないし2議席だけでラント議会に進出することはなく、政党分岐化が亢進することが抑止されている。

(iii) 5%条項はさらに、「*アンゲメッセン*」^{アンゲメッセン}「妥当」でもある。連邦憲法裁も既に、有名な先例E1_208で、ラント議会選挙での7.5%条項は妥当ではないが、5%条項ならば妥当であると判示していた。連邦議会選挙についても同様の見解が示されている。(E95_408) 連邦憲法裁はまた、既に前者の判決で「折々の政治状況」に即して阻止条項について検討すべきであるという視点を提示していた。それは、ドイツ全土に一般的であった5%条項よりもハードルの

高い阻止条項Ⅱ法定得票数を定めることが正当化されるには、「全く特別の、説得的理由」が必要であるという論脈でのことであった。

ラント憲法裁は、今では立法者には、政治的、法的、事実に現実を考慮して、既存の5%条項を維持するための条件と理由につき不断に検討する義務がある、と言うのである。本件に限って言えば、5%条項撤廃のための法案が海賊党から提出されて、ラント議会で検討されており、「当面」その義務は果たされている。また、選挙法は政治過程と相互依存の關係に立つわけであるから、阻止条項の「必要性」「妥当性」の検討にとって、専ら經驗的検討だけでは不十分である。そこには必然的に「評価」的予測が伴う。つまり、ここでラント憲法裁は、立法院の評価的判断余地が介入することを指摘しているわけである。

尚、本件でラント憲法裁が補強的に、ヨーロッパ人権裁の類似裁判例に言及していることも注目される。連邦憲法裁の判例でも、国際人権条約は連邦法律と同位のものとして通用するとされる。それらは、ドイツ国内法の基本権、法治国家的保障規定の解釈に際し、補助的に参照される。とりわけヨーロッパ人権裁の判例が重視されるが、この裁判所自体が各国の選挙法立法者に広い裁量を認めている。トルコでは10%の、スペインでも6%の、リトアニアでは5%の阻止条項が、ヨーロッパ人権条約への第一議定書3条に適合すると判示されている。ラント憲法裁の理解では、ヨーロッパ人権裁の審査基準は、ドイツ憲法の場合よりも決して厳しいものではない。〔129〕

以上(a)は、5%条項自体の合憲性判定の展開であった。これまでも阻止条項については、既述した様に、連邦議會のみならず、ヨーロッパ議會、コミューン議會と様々なレヴェルで論じられてきており、この論点に関する限り、本件ラント憲法裁の説示に目新しいところはない。後述の反対意見も、この点の合憲性は支持しているのである。

次に、以下(b)(c)で、5%条項から一定の国民的少数派政党を免除する部分(ラント選挙法3条1項2文)の憲法

適合性についての、ラント憲法裁の説示をやや詳しく跡づけたい。この行論でも「比例原則」が主要な位置を占めており、後述の反対意見の反対意見たる所以もこの点にかかっている模様なのである。

尚、ラント選挙法3条に同様に規定されている「基本議席」制（本件では、選挙区で一議席得れば、5%に届かなくとも比例調整に参加できる、という規定）については、当事者も、法廷意見も、反対意見も論じていない。

(b) ラント憲法裁の結論としては、ラント選挙法3条1項2文はラント憲法2 a条、及び基本法3条3項1文に反しない。果たして、そもそも基本法3条3項1文がラント議会選挙について適用されるか、あるいは選挙権平等が右の基本法条項に対して「特別法」の関係にあるか否かはともかく、問題の基本法条項の「構成要件」からして既に、それは本件には関わりがない。本件で少数派に属するということは、基本法3条3項1文のいずれかの列挙事由での不利益処遇（もしくは優遇）でもなく、専ら少数派への自由な忠誠に由来する事柄であるからだ、と言うのである。〔130〕

(c) ラント選挙法3条1項2文は確かに、全ゆる投票が議席配分に際して考慮されることを制限（同3条1項1文）した上で、その制限を「取り戻す」規定である。しかし、やはり成功価値の平等及び政党間機会均等に「触れる」(↓①)しかし、これは説得的な理由によって「正当化」される。(↓②)

① デンマーク系少数派政党が5%条項に届かない場合、それに投票した選挙人の第二票は、同様に5%に達しない別の政党に投じた一票よりも成功価値が高い。前者への票は、その政党が少なくとも一議席を得るのに必要な票を得れば、いつでも考慮されるからである。これらの票は、5%条項をクリアした政党への票と同様に取り扱われるのである。

さて、重要な点であるが、ラント憲法裁によれば——この点は、後述の反対意見でもそうである——、この「取

り戻し」についても、阻止条項自体についての上述の諸原理 (B)(a)③以下) が同様に通用する。この点、ラント憲法裁判は、これまでシュレスヴィヒ・ホルスタインのラント選挙法をめぐって形成された連邦憲法裁判の判例法理などに沿う判断を示している。また同様に、この「取り戻し」の許容性審査に当たり、政治的現実や、法、事実の変化などが考慮されるべきことを指摘している。

とまれ、阻止条項の免除¹¹「取り戻し」には、少なくとも、阻止条項自体の正当化よりも厳格な正当化が要求されるわけではない。〔138〕

② 次に、「正当化」段階であるが、ラント憲法裁判は大きく二点、つまり一つはラント憲法5条2項によるラントの保護義務 (国民的少数派の政治参加のための)、もう一つは、比例原則の二点から検討している。ここでも、後者の側面に焦点を当てたい。

(i) ラント憲法裁判は原則的な態度として、該規定が立法者の正当に追求しうる目的を志向しているかという目的審査とは別に、「手段審査」としてはただ、この規定がその目的達成に「適切か」「必要か」「妥当か」だけを検討する、としている。全体として立法者には裁量余地が与えられている以上、裁判所としては、合目的な解釈についての自らの見解を代置すべきではない。ただ、少数派の政治参加がもはや十分には保障されていないかどうか、問題の規定が比例原則に反して、他の選挙諸原理 (普通選挙、自由選挙、秘密選挙など) の侵害になってないかだけを審査する、と言うのである。〔164〕

その上で、ラント憲法裁判の見解では、問題の規定は立法目的との関係で「適切」である。この規定は成立して以来ずっと、デンマーク系少数派の政治参加を確保してきた。

(ii) さらに、問題の規定は「必要」である。この規定と同様に適切な手段は、見当たらない。この規定は、少数

派政党が5%の得票に届かなくとも、支持を集めた分だけの議席を得る事を可能とするものである。もし、この点の適用除外について、一議席だけに限定する——これは口頭弁論でのFDPの主張であった——と言うならば、かかる可能性は縮減してしまう。

また、右のFDPによる代案では、とりわけラント議会の委員会への代表を制約することになる。そうなれば、政府形成、立法、予算に影響を与える可能性がより小さくなるだろう。〔166—167〕

また、ラント憲法裁の見解では、5%条項免除規定を国民的少数派の居住区域に限定すること——これもFDPの代案であった——も同様に、少数派の地位がラント全体に関係することを適切に配慮しないものである。連邦議会選挙でも、5%条項の適用除外（国民的少数派に対する）がその居住区域に限定されているわけでないことが、この行論において補強的に付言されている（連邦選挙法6条3項2文）。〔168—169〕

(iii) 次いで問題の規定が、デンマーク系少数派政党と比べて他の小政党の成功価値平等を侵害していないか。その点での「妥当」^{アッソッセン}性が問われる。この点について、ラント憲法裁は、本件規定の合憲性を疑問視する見解をも考慮しつつ次の様に検討している。

SSWは最近のラント議会選挙で、得票率を上げている。デンマーク系少数派に属しない人々からの得票も増えている。しかし、該規定の妥当性は揺るがない。1955年以来、SSWの得票はラント・レヴェルでは常に5%以下である。あるいは、選挙行動がより多岐化して、デンマーク系少数派政党を支持する声も高まるかも知れない。だが、このことも、他の政党との比較でSSWが地域的に、かつ属人的に不利な状況にあることを変えるものではない。〔172〕

また、二票制への転換（1997年の法改正）により、ラント全体からSSWが選ばれうることになった。だが

ら、この規定にはもはや妥当性がないという主張も聞かれる。確かに、1997年までの一票制では、国民的少数派政党には、その実質的な活動区域からしか選出されえないという不利益があった。しかし、この事情は二票制への転換によって失われたという主張である。こうした見解に対してラント憲法裁の説くところ、第二票によって生じたチャンスは、かかる不利益を緩和するが、しかし、決してそれを除去するわけではない。現に、SSWは35選挙区のうち11選挙区だけで候補者を立て、そのうちの8選挙区で第二票の5%以上を得ており、第二票の大部分をこの区域で得ている。勿論、ラント憲法裁は、かかる「政治的现实」が変化してデンマーク系少数派を保護する別段の法的規律の必要性がなくなれば別である、との留保も付けている。(175)

もとより、二票制がラント憲法裁によって手放しで称揚されるわけではない。この制度は正当なものであるにしても、それにはやはり超過議席及びそれに伴う様々の問題点が指摘されてきた。また、二票制は、少数者保護と違って、憲法上の地位(価値)をもつものではない。(174)

(4) 争点(B)については、3人の裁判官が反対であり、うち2人の共同反対意見が公表されている。この反対意見でも、デンマーク系少数派政党のための適用除外規定の合憲性判断基準が、5%条項自体のそれと同じであるという点では、法廷意見との間に争いはない。選挙権平等が議会制民主主義において占める重要な価値についても、法廷意見・反対意見の間に見解の争いはない〔反対意見のRP 1、以下同様〕。その上で、しかし、右の基準に照らすならば、デンマーク系少数派のための免除規定は違憲となるはずだ、と言うのが反対意見なのである。より具体的には、問題の条項はデンマーク系少数派の政治参加の確保という目的達成の「必要性」を超えており、選挙権平等を不(妥)当に侵害する、という見解なのである。やはり、「比例原則」をめぐる争点ということになりそうである。概して、この反対意見は、口頭弁論でFDPが述べた見解に近いようである。

反対意見もまた、本件に先行する（本稿の）2、3事件判決に依拠して、選挙権平等は「厳格に、形式的に」把握されるべきであり、立法者の形成余地が狭く限定されている。區別は「やむをえない、不可欠の」ものでなくてはならず、目的追求との関係で「適切で、必要な」ものでなくてはならない。また、かかる區別がどの程度まで許容されるかは選挙権平等の侵害の強度に即して検討され、その際、立法者は「政治的現実」を考慮して判断したかどうかが問われる、と言うのも先行判決の法廷意見と同じである。（2—7）

さて、反対意見によると右の基準に照らす限り、5%条項自体は正当化されて、その限りで本件法廷意見の理由づけも支持される（上述の争点(A)）。しかし、問題の適用除外規定によって、立法者が、5%条項の効果について——「基本議席」条項により、または5%条項を特定の地域にだけ限定することによる場合と違って——特定の少数派政党のためにだけ緩和している点が見逃せない。

反対意見も、SSWがデンマーク系少数派政党であることは争わないが、それを阻止条項から全面的に解放することは、少数派の保護と促進（ラント憲法5条2項2文）によっては正当化されない。より緩かな手段がありうる、と述べている。

この点により踏み込んでみると、阻止条項の適用除外の幅が大きくなる程、他の小政党との関係での別異扱いの程度——つまり、侵害の強度——が強くなるわけである。特定の少数派政党を完全に適用除外とすることは、例えば5%に達せずとも一議席だけは与えられるといった部分的免除の場合よりも、成功価値平等への、より強い侵害である。少数派保護が「説得的な」正当化理由となりうるのは、代表者＝スポークスマンを確保することに限定される場合である。たったの一議席であれ、ともかくもその少数派が議会に代表者をもつことになる。もし、この少数派を支持する人が多くなれば、一つには、「基本議席」条項（ラント選挙法3条1項1文）に達した場合の比例

調整が、他方では5%に届いた場合の比例調整が開かれている。これで少数派保護の仕組みとしては十分である。これ以上に、より多くの少数派議員がラント議会に——得票が少ないのにも拘らず——自動的に送り込まれても、社会の統合が促進されるはずもない。〔12〕

反対意見によると、ラント憲法5条2項は少数派保護を企図するものであるが、その具体的内容は開かれている。制憲者は、国民的少数派の政治参加の保障を一般的に規定するにとどめた。それにも拘らず、立法者はデンマーク系少数派政党だけを阻止条項から全面的に解放した次第なのである。

こうして、反対意見は、多数意見がSSWの阻止条項からの完全な除外を「必要」かつ「妥当」なものだと見なした(前述(3)(B)(C)②(i)(ii)) ことに対して、仮にそれが「必要」であるとしても、それは行き過ぎで「不当で、妥当性に欠ける」と結論づけるのである。決定打は「妥当性」の要件なのである。〔15〕

結局、反対意見は、ラント選挙法3条を全体として眺めた場合に、阻止条項と適用除外規定との間に容易に両立し難い緊張関係が存する、と考えている。もし、5%阻止条項の名分を、つまり議会の機能、多数派、政府形成の維持ということを重視しないで、必要以上に国民的少数派保護に傾斜することとなれば、制度趣旨への自己矛盾になるだろう、という指摘なのである。〔16〕

最後に、法廷意見も反対意見も同様にその点の重要性については争いがなく、それに即した判断がなされるべきだとする「政治的現実」について——。

さて、公式発表ではデンマーク系少数派は約5万人である。本件選挙でSSWは61万余の第二票(有効票の4.6%)を得た。これは、反対意見によれば、得票の「かなりの」部分がデンマーク系少数派の居住地域(南シユレスヴィツヒ)外の地域からのものであることを意味する。つまり、SSWは少数派に属さない人々から「かなり

の」——当然、かなりとは一定の評価であろう——支持を集めている。こうして、反対意見は、憲法裁は比例原則の適用に当たり、かかる「政治的現実」をこそ重視すべきである。少数派保護を理由として、この「現実」を無視することは許されないと主張するのである。(18) 先に述べた様に、この点につき多数意見は機先を制して、かかる「現実」があるにしても尚もSSWが不利な状況にあり続けているとして、該法規の妥当性は動揺しない、と述べていた。

なるほど法廷意見も言う通り、SSWがラント全体から選ばれうることは、選挙法改正で二票制を導入したこと
の必然的結果ではある。しかし、連邦憲法裁の判例では、「事実的、規範的」基礎の変化など新しい事情の展開に
より該規定の憲法的正当性が疑問視されるに至るならば、立法者にはそれについて再検討し、必要あらば改正する
義務がある。ここで反対意見によって「規範的、事実的」状況の変化を考慮することの必要性を強調する近年の連
邦憲法裁の判例——ヨーロッパ議会選挙法での5%条項を違憲とした判決である、E129, 300ff. II (2)(B)(b)——が引
き合いに出される。(20)

注

(1) 同日に下された別件VerfG 9/12での選挙審査異議申立は、この点、少し異なる。こちらでは、選挙審査に関する
ラント議会の議決の廃止、及びラント議会選挙のやり直しが求められている。また、ある異議申立人は優先的に、該議
決の変更と選挙結果の更正を求め、その際、少なくとも5%の得票のあつた政党だけが考慮されるべき、と主張したも
のである。

(2) ドイツの政党法では、政党について「持続的に、ないし長期に連邦もしくは一つのラントの領域で政治的意見形成

に影響を及ぼし、ドイツ連邦議会あるいは一つのラント議会における国民の代表に協力しようとする市民の結社」と定義されている(二条一項)。尚、*さら*に見よ、E91, 262。

6 おわりに

以上、本稿全体を通して、近年ドイツでの選挙権平等——及び政党間機会均等——の実法的法理につき、及びその侵害に対する救済の技術につき、連邦憲法裁、それとの比較でシユレスヴィツヒ・ホルスタインのラント憲法裁——それはまだ若い憲法裁である——における展開を概観してみた。ドイツの憲法裁は、連邦憲法裁と各ラント憲法裁(国事裁)との総合である。二つのレヴェルの憲法裁が——さらには、ヨーロッパ人権裁も——緊張と相互影響をたたえつつ、形影相伴う形でドイツ全体の憲法生活を切り盛りしているわけである。

私見の限りでは、いずれのレヴェルでも、と言ってもラントについてはそのうちの一つだけしか取材してないのだが、選挙権平等の実法的法理については、少なくとも比例代表制の下では、「成功価値」の平等までも意味する、とされる。それは単に、一人一票、さらに同数規模の有権者もしくは人口ならば、どの選挙区(領域)でもほぼ同数の議員代表者を選出しようという、抽象的な「成功機会」の平等に過ぎないのでない。より具体的に、政党制を前提にした「議席配分までの影響力」の平等までが「保障される」のである。連邦憲法裁からもラント憲法裁からも、同様に(現在では)二票投票制の比例代表制(並用制)の下で、選挙権平等・政党間機会均等を確保するために尽力し続けている姿が見て取れるのである。合憲性審査は厳格になされるべきであり、侵害の認定に当たり、「法的、事実的状况」「政治的現実」——もしくは、その変化を考慮して——「経験」「折々の政治状況」「今日

の動向」……に照らして可及的に具体的に判断されねばならない。この点は、共通了解となつてはいるが、それでも、この点をめぐつて——そこには「評価」が介在する——反対意見が出てくることは、くり返し述べたところである。(1)(2)(B)(b)、5(4)。このことがまた、「比例原則」の審査基準としての適性に関する疑念を誘発するのであろう。次の問題は、仮りに選挙権平等などを侵害する法規定を違憲とする場合に、その法規定の効力をどう扱うか、また、その下で執行された選挙自体も違憲そして無効となるのかという側面である。従来、連邦憲法裁判では違憲イコール当初無効という原理論があるところ、これがためにむしろ、連邦憲法裁判は少なくとも選挙執行後に、選挙法規定につき違憲判決を出すことには抑制的であつた。そのため、今述べた問題点の究明が棚上げされてきたのであつた。しかし、近年では既に前に述べた様に、問題の選挙法規定を違憲としつつも、選挙自体は無効とはならない。また、議会が解散することにもならないとしつつ、他方で、一定期間内に立法府が採るべき選択肢を提示する程に、連邦憲法裁判は踏み込んでいる(1)(2)(A)(a)。また、立法府が右の所定期間を過ぎて法改正を行なつたことに關する、より直近の憲法異議事件で、連邦憲法裁判は問題の選挙法規定につき違憲無効とした上で、いわゆる調整議席によつて超過議席の生み出す不平等の効果を緩和する様に法改正を義務づけている(1)(2)(A)(b)。その後、連邦議会はこれに応じて、然るべく法改正がなされた(現行連邦選挙法BWVG 6条)。

さらに効果的であると思われる救済策を工夫したのが、シュレスヴィツヒ・ホルスタインの、まだ歴史の浅いラント憲法裁判での事例であつた。連邦レヴェルとほぼ同じ二票制の比例代表制(並用制)の下で、それは、選挙審査異議手続と規範統制手続との關係をうまく整理して、選挙法及び選挙自体についても違憲イコール当初無効という峻厳な論理を取って緩めたのであつた。選挙は違憲であつても過渡的に有効とされ、それによつて成立したラント議会の行為能力が維持される。同時に、違憲な法律の適用が阻止され(形式上は存続するので無効ではない)、こ

のラント議會は然るべき法改正を義務づけられる、としたのであった。ラント議會もまた、これによく対応して然るべく措置を講じたのであった(2、3、4)。

議會主義民主制の死命を制する選挙権(とりわけ、その平等)の重みに照らして、その侵害に対してはそれにふさわしい実効的な救済策が与えられねばならない。そもそも基本権として「保障される」ことがらが侵害され、それが正当化されないとすれば基本権に対する「侵犯」なのであり、その場合には、実効的な救済・是正策が講じられるべきだからである。ドイツとわが国とは、連邦制と単一国家との違い、議會制度上の相異、憲法訴訟及び選挙訴訟における制度的相異、選挙制度における違い(わが国の、例えば現行衆院議員選挙は、多数代表選出と比例代表選出との並立制(Gabensystem)である)などがあり、単純な比較を許さない。それでも、わが国の裁判例でも「憲法の予定している司法権と立法権との関係」(衆院選挙無効訴訟に関する最大判平成25年11月20日判決、判時220513、判タ1396122)が、いわゆる「合理的期間」論——ドイツ流に言うところ、違憲警告——の文脈で強調されている。それならば一層、選挙権の実質的平等を現実のものとするためにも、近年ドイツでの動向から教えられるところ少なくないのである。

(二〇一四年七月脱稿)