

## 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－

大岩慎太郎

### 目次

- I はじめに
- II 基本権の客観法的内容
- III ドイツにおける選挙権解釈一例 選挙権の主観的・客観的意味内容
- IV おわりに

### II 基本権の客観法的内容

本稿で後述するドイツにおける一選挙権解釈では、選挙権を主観的意味内容と客観的意味内容とに区別して考えていくわけだが、そのような選挙権解釈の基礎には、基本権の客観法的内容という考えがあるといえる。そこで、選挙権の主観的意味内容と客観的意味内容を見ていく前に、ドイツにおける基本権の客観法的内容について簡単に触れていく。

### I はじめに

近年、成年被後見人の選挙権に関して東京地方裁判所が、成年被後見人に対する選挙権制限が違憲であると判示し<sup>(1)</sup>、その判決を受けて成年被後見人への選挙権制限が撤廃され、また、受刑者の選挙権に関して大阪高等裁判所において受刑者への選挙権制限規定の違憲可能性が示唆される<sup>(2)</sup>など、日本における選挙権を取り巻く状況は大きく変化しているといえる。しかしその一方で、選挙権を取り巻く状況の変化とともに議論し直されるべきであるはずの選挙権は如何なるものかという本質論（選挙権の法的性格論）については徐々に議論されなくなってきた<sup>(3)</sup>。そのような状況にある現在だからこそ選挙権とは何かということを議論し直す必要があるといえる。私見としては、選挙権とは何かということを考え直す際に、つまり、選挙権解釈再考の際にその鍵となるのは、選挙権を主観的意味内容と客観的意味内容とに分けて考えるドイツにおける一選挙権解釈であると考えている<sup>(4)(5)</sup>。

そこで本稿では、選挙権解釈再考の鍵としてドイツにおける一選挙権解釈を示したうえで、若干の考察を加えることにしたい。

ドイツにおいて基本権は、防御権等の主観的権利としての内容に加えて、主観的内容を超える客観法的内容（基本権規定の非主観権的効力に加えて、本質的には主観的権利を上回り、それとは別の事柄を意味する、より広い法的効果の発生）をも含むと解されている<sup>(6)(7)</sup>。それは、基本権を、人および市民としての個人の実定憲法上の基本的権利であるとする主観的権利と国家共同体（Gemeinwesen）の客観的秩序の基本的要素との二重の性格として捉えている<sup>(8)(9)</sup>。従って、基本権は、「主観的権利としては、個人の法状態をその根底において規定・確保する作用をし、民主制秩序および法治国家の秩序の（客観的）基本的諸要素としては、個人の法状態をこの秩序に組み込む作用をする」のである<sup>(10)</sup>。そして、「主観的権利としての基本権は、それが現実化するために保障されているのであるが、基本権のこうした意義に対応

するのが、公共体の法秩序全体の諸要素として基本権が有する客観法的意義であり、「個人の地位は、この法秩序全体を通じて形を整えられ、限界づけられ、また、保護されるのであるが、他方また法秩序の方も、主觀的権利としての基本権が現実化することによって生命を吹き込まれて初めて、実効性を得ることができるのである」<sup>(11)</sup>。

このような基本権の客観法的内容は、現実的自由を保障する国家の積極的作為義務の母体となり、そこから基本権の第三者効力や國の基本権保護義務、法的内容形成など、さまざまな法的作用が導き出される<sup>(12)(13)</sup>。

このような主觀的内容を超える基本権理解が、以下に示すようなドイツにおける選挙権解釈（主觀的意味内容と客観的意味内容）に影響を及ぼしていると思われる<sup>(14)</sup>。

### III ドイツにおける選挙権解釈一例 選挙権の主觀的・客観的意味内容

#### 1. 選挙権の主觀的意味内容 主觀的選挙権

ドイツにおける一選挙権解釈において、選挙権は主觀的意味内容と客観的意味内容とに分けて考えられるわけだが、まず初めに、ドイツ基本法38条2項から導き出される「選挙権」という文言に含まれる主觀的意味内容（主觀的選挙権）について見ていく<sup>(15)</sup>。

連邦議会に関する選挙への参加を求める主觀的公的権利<sup>(16)</sup>としての選挙権は、「民主制国家における市民の重要な権利」<sup>(17)</sup>である<sup>(18)</sup>。この主觀的選挙権は、基本法38条1項1文と関連する基本法38条2項から、当該条文中に示されている前提（年齢要件）を満たしているすべての人に結果として生じている。そして、国民がその自ら持つ選挙権行使する場合に、国民はその行為（投票行為）を通じることによって、基本法20条2項の構想に応じて国家権力を行使するのであり、したがって、そのようにして国民は国家権力の正統性

に関与し、それに応じて、国家の諸決定に影響を及ぼし得るのである<sup>(19)</sup>。また、選挙権は、「政治的基本権」<sup>(20)</sup>または基本権同等の権利<sup>(21)</sup>であり、これらの主觀的権利としての選挙権の形を整えるということを通じて、個人は連邦議会に関する選挙への参加とそれとともに、基本法20条2項1文に応じた國家権力の行使を求める権利を持つのである<sup>(22)(23)</sup>。

このような選挙権行使の場である選挙を通じることによって、国民代表機関としての連邦議会は形成されるのである。そして、この選挙を通じて形成された連邦議会は「民主主義の中心機関」であり、さらに、連邦議会は、その正統性が直接国民から導き出される唯一の機関とされている。このこととともに国民主権が実現するために、ドイツにおいて選挙権というものは、他の民主制国家と同様に国籍の保持に結び付けて考えられている。つまりは、基本法38条2項で示されている年齢要件を満たしているすべてのドイツ人に、この主觀的選挙権というものが生じることになる。

#### 2. 選挙権の客観的意味内容 客観的選挙権

つぎに、選挙権の客観的意味内容（客観的選挙権）についてみていく。

選挙権の概念は、ドイツ連邦議会に関する選挙を顧慮した規定を含み、この関連において、客観的選挙権<sup>(24)</sup>という言葉が用いられる。この客観的選挙権というものに欠かせないのは、基本法上の選挙権に関する規定と並んで、「規制留保：Regelungsvorbehalt」、または、基本法38条3項<sup>(25)</sup>の「規律委任：Regelungsauftrag」<sup>(26)</sup>に従って公布される連邦法上の規定である<sup>(27)</sup>。このことは、個人と国民代表機関の構成員、つまり、議員との関係を制定する。そして、選挙権は、民主主義原理および代表原理のような基本法の基礎概念を変換するということに貢献するものである<sup>(28)</sup>。さらに、選挙権の根本的意味と普通選挙原則の動的性格は、恒常

的な審査と、場合によっては選挙権の行使に対して変化している諸条件への適合を要求するものである<sup>(29)</sup>。

ドイツにおいて客観的選挙権とは、民主主義や国民主権原理等の現実化を指し、その現実化過程において基本法上の規定だけでなく、基本法38条3項に応じた法律や歴史的に形成された選挙諸原則によって型押し(Ausprägung)されるということを選挙権は、自らの中に含んでいるのである<sup>(30)</sup>。

このドイツにおける客観的選挙権という考え方には、選挙権が、立法者によって形成される選挙制度と突き合わされる関係にあることを的確に捉えているといえるだろう。選挙権というものは、確かに権利ではあるが、他の権利と異なり、権利行使の場としての選挙制度を必要としており、その選挙制度は立法者の裁量の範囲内において形成されている。日本の通説である二元説においては、権利行使の場としての選挙制度、つまり、選挙が公務であるのだから、それに参加する選挙権は公務性を持つとするわけだが、ドイツのこの客観的選挙権という考えに立てば、選挙という制度が公務であったとしても、選挙権はそれとの関連で権利として再定義化されるに過ぎないのである。

つまり、選挙権という権利の一部として選挙権を行使するための選挙制度の形成が要請され、形成された選挙制度(選挙)が公務であるとしても、選挙権は、それに関連して再定義化を選挙権の客観的意味内容として行われるに過ぎないのである<sup>(31)</sup>。

### 3. 選挙諸原則

日本において選挙諸原則は、選挙権の法的性格が確定した後の選挙制度設計に関する基準程度であるのに対して、ドイツの選挙権解釈一般では、選挙諸原則から選挙権に対してどのようなことが要請されるのかということを見るため、選挙権解釈にとって選挙諸原則

は重要なものであるといえる。そして、それは選挙権を主観的意味内容と客観的意味内容とに分けて考える選挙権解釈についても同様であり、それ故に、選挙諸原則を確認していく必要があるといえる。

選挙諸原則について基本法は、基本法38条1項1文の中でドイツ連邦議会に関する選挙に対する枠組み、あるいは限界という形で定めており、この基本法38条1項1文の枠組みに従って、ドイツ連邦議会の議員(国民代表)は普通、直接、自由、平等および秘密選挙において選挙されるのである<sup>(32)(33)</sup>。この規定によって基本法は、ドイツ連邦議会に関する選挙のための諸原則と基本法28条1項1文のもとでの州、郡、ゲマインデレベルの選挙のための諸原則を確立するのである。すべての選挙原則は、民主的選挙のための根本的な要求を意味し<sup>(34)</sup>、国民主権を現実化するということを共有している<sup>(35)</sup>。

#### (1) 普通選挙原則

普通選挙原則は、基本的に各国民が自ら所属する国家の中で選挙する機会を持たなければならないとし、この普通選挙原則の規定は、かつて一般に行われていた、財産評価に基づく選挙権ないし能力に基づく選挙権の形態に対して向けられたものである。この普通選挙原則では、「一般に、選挙への参加からの国民国家の不当な排除」<sup>(36)</sup>が禁止されるのであって、当然、選挙権についての差別的取扱いは阻止されなければならない<sup>(37)</sup>。しかし、選挙権を与えることは、「普通: allgemein」という文言に反して、ある一定の素性、つまり、国民への帰属等の制限<sup>(38)</sup>を受ける。普通選挙原則に応じて立法者が禁止されているのは、政治的、経済的条件の設定である。そして、さらに、普通選挙原則の下では、「基本的に各人が、その選挙権を可能な限り平等な方法の中で行使できるようにしなければならない」<sup>(39)</sup>ということが要求される。この要求と個人の社会的変動性の高まりを受けて、

普通選挙原則からは、郵便投票制度等の在宅投票制度も要求される<sup>(40)</sup>。

### （2）平等選挙原則

平等選挙原則とは、どの票も同じ重みを持ち、同じ「数的価値」を持ち、原則として同じ「結果価値」を持つことを要求する<sup>(41)</sup>。連邦憲法裁判所によれば、平等選挙とは、多数選挙の場合には有権者の投票の「数的価値の平等」が問題となるのに対して、比例選挙の場合には投票の「結果価値」の平等の問題も生じ、さらに、多数選挙と比例選挙との混合選挙制度<sup>(42)</sup>の場合には、比例選挙の部分について「結果価値」の平等が顧慮されなければならないとしており<sup>(43)</sup>、また、「平等選挙」という原則（基本法38条1項）から選挙法に対して、各有権者の票が平等な数的価値と平等な法的結果機会（Erfolgsschance）を持つなければならないということが結果として生じ、「基本法38条1項1文において憲法上規定された平等選挙は、多数選挙の中ないし比例選挙の中で、それぞれ異なる効果を現す」<sup>(44)</sup>と、つまり、多数選挙の中での平等選挙は、選挙区における代表者（議員）の選択の際に、すべての有権者が可能な限り同じ大きさの選挙区に基づいて、そして、それとともに、おおよそ平等な票の重みを持って議会の創設過程に関与することができるということを要請し、それに対して、比例選挙の中での平等選挙は、各有権者が自らの投票によって、議会の政党政治的構成に対して平等な影響力を及ぼし得るということを意味するとし、このことから、投票後の議席配分手続に対する比例選挙の特別な結果価値の平等の要請が生じるとしている<sup>(45)</sup>。さらに、連邦憲法裁判所は、「基本法38条1項におけるドイツ連邦議会に関する選挙に対して保障される平等選挙原則は、各有権者の票が平等な数的価値を、そして、一基本法38条3項に従って立法者によって確立されるべき選挙制度の範囲の中で一平等な法的結果機会を持つことを要

求する」とし、「比例選挙のもとで、各有権者は、各票に原則上平等な結果価値がある場合にのみ、議会の議席配分への影響力の行使等の法的機会を持つ」としている<sup>(46)(47)(48)</sup>。

### （3）直接選挙原則

直接選挙原則では、選挙される代表者が、決定的に、選挙人によって、つまりは、投票を通じてかつ投票において確定されることが確保されなければならないとし、有権者と選挙候補者の間に、有権者から最終的な決定権を奪うような機関が事後的に介入し、その裁量に基づき、議員を選出することによって初めて代表者が確定するような場合には、基本法38条1項1文に挙げられた直接選挙とは呼ぶことができないとされる<sup>(49)(50)</sup>。

### （4）自由および秘密選挙原則

自由選挙原則は、はじめ、自由な選挙への参加ということに傾注し、各有権者が、その自らが持つ選挙権を「外からの強制およびその他禁じられた干渉なしで行使できる」ということを要求した。その後、「すべての有権者に対する原則上自由な候補者推薦権」を選挙の自由の一つに数えた決定<sup>(52)</sup>を発端に、自由選挙原則によって保護される選挙の自由を、全選挙準備手続へと拡張した<sup>(53)</sup>。このことから、候補者の選択が、もっぱら政党にのみ任されるような純粋なリスト選挙制度というものは、異なったリストの間の選択可能性を提供しないであろう選挙制度<sup>(54)</sup>と同様に、自由選挙原則とは両立し得ないであろうということが導かれた<sup>(55)</sup>。

そして、このような自由選挙原則の要請というものは、秘密選挙原則が厳格に守られることを前提としている<sup>(56)</sup>。秘密選挙原則は、各有権者が選挙の際にどのような決定を行ったかを強制的に調べられないようにすることを要求するものである。当然、この秘密選挙原則は国家に、他人の視界を遮るような投票用紙記入ボックスや少なくとも投票ボックスに入れるまでの間に他人に見られないように

するために折りたためる投票用紙等の秘密選挙原則を守るために措置を義務づけている<sup>(57)</sup>。

#### 4. 立法者の裁量の余地 平等選挙原則をめぐる判例を中心に

選挙権の客観的意味内容との関連で、選挙権規定の具体化をする際に立法者は基本法38条1項1文の中で挙げられている選挙諸原則を尊重する必要があるが、立法者にも一定の裁量の余地が認められているために、その選挙権規定の具体化において、選挙諸原則の持つ内容のすべてが詳細まで選挙権に変換され得ないのである<sup>(58)</sup>。しかし、立法者の裁量の余地というものは、基本法38条1項1文が示している選挙諸原則の内容から外れれば外れるほど、それだけいっそう限定されたものになっていく。つまりは、選挙権規定の具体化の際の立法者の裁量の余地には限界があり、立法者は、できる限り選挙諸原則に沿う形で（民主制原理、国民主権原理等にも沿う形で）選挙権の具体化を行わなければならないということである。基本法38条1項1文が示している選挙諸原則に沿う形で、立法者は選挙権を現実に効力を持つ形へと具体化していくわけだが、その際に立法者は、どの程度、裁量の余地を認められているのだろうか。その点について以下では平等選挙原則に関する判例と共に、立法者の裁量の余地がどの程度あるのかをみていく。

連邦憲法裁判所によれば、立法者に委ねられている任務は技術的なことだけでなく、選挙制度の選択も含まれ、この点で立法者には広い形成的な裁量の余地が認められているとし<sup>(59)</sup>、立法者は、基本法38条1項1文と基本法21条1項1文との特殊な緊張関係の中で「選挙手続の規定の際に多数選挙（選挙区候補者）モデルと比例選挙（リスト候補者）モデルとの間の決定の余地を持つ」とするように、立法者は、認められた形成的な余地の中で多数選挙制度ないし比例選挙制度のどちら

か一方を、あるいは、その両制度の混合した選挙制度を選択し、作り上げることを憲法上認められている<sup>(60)(61)</sup>。また、「比例選挙の際の結果価値の平等の原則から立法者には、有権者の投票の結果価値の取扱いの差異（Differenzierung）に対して、ただ狭く限定された裁量の余地だけが残る」とし、「その取扱いの差異は、連邦憲法裁判所が1952年の判決（BVerfGE 1,208 (248f.)）以来、『やむにやまれぬ理由（ein zwingender Grund）』という規定の中でまとめた諸前提のもとでのみ正当化される」<sup>(62)(63)</sup>と、一般的法的確信というものから、阻止条項や基本議席条項のような取扱いの差異に関して、現時点の基準以下であれば、やむにやまれぬ理由が存在するとして立法者の裁量の範囲内であるとし、現時点での基準以上の取扱いの差異が生じるようなものについては、やむにやまれぬ理由がある場合にのみ<sup>(64)</sup>立法者の裁量の範囲内の行為とされるとしている<sup>(65)</sup>。

このように、平等選挙原則をめぐる判例から、選挙制度の選択ということについてのみ、立法者にある程度の形成的な裁量の余地が認められているということが読み取られ得る<sup>(66)(67)</sup>。加えて、立法者には、選挙権の形を整える際にも一定の裁量の余地が認められている。しかし、この裁量の余地は、民主制原理、選挙諸原則等によって拘束されるため、選挙制度の選択よりも狭く限定されたものでしかなく<sup>(68)</sup>、新たに選挙権を侵害するような場合には「やむにやまれぬ理由」が必要であるとしている<sup>(69)</sup>。

#### IV おわりに

ここまで、ドイツにおける一選挙権解釈を示してきたが、このような選挙権を主観的意味内容と客観的意味内容とに分けて考える選挙権解釈が日本においても有効な解釈といえるかどうかは、当該選挙権解釈がドイツにおいて一般的な考え方であるかどうかを含め、

詳細に検討し、そのうえで慎重に結論を出すべきである。

しかしながら、これまで二元説の立場を探るか、権利一元説の立場を探るか明確な態度を示していないとされてきた日本の判例上の選挙権の考え方については、本稿で示したドイツにおける選挙権解釈の方が二元説や権利一元説よりも近いといえるだろう。例えば、在外日本国民の選挙権に関する訴訟では、「憲法は、前文及び1条において、主権が国民に存することを宣言し、国民は正当に選挙された国会における代表者を通じて行動すると定めるとともに、43条1項において、国会の両議院は全国民を代表する選挙された議員でこれを組織すると定め、15条1項において、公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利であると定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を保障している」と選挙権の主観的意味内容を確認したうえで、そのような「国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならない」と選挙権を制限するのは原則として許されないが、やむを得ない事由がある場合には一定程度の制限が許容されるということを想定しており、この点で選挙権の客観的意味内容を意識しているとみるとできる。

結局のところ、本稿で示したドイツにおける一選挙権解釈が日本においても通用するのか、また、具体的に立法者にはどの程度の裁量の余地が残されているのか等をドイツ以外の国の選挙権解釈とも比較しながら詳細に検討する必要があり、そのことが今後の課題といえる。

## 注

- (1) 成年被後見人が公職選挙法11条1項1号の規定により選挙権を制限されることは、憲法15条3項、14条1項に違反し無効であるとして、成年被後見人が衆議院議員選挙および参議院選挙において投票することのできる地位にあること（選挙権を有すること）の確認を求めた訴訟（東京地判H25・3・14）で、公職選挙法11条1項1号のうち、成年被後見人は選挙権を有しないとした部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条但し書きに違反し、無効であると判示した。当該訴訟について詳しくは、戸波江二「成年被後見人の選挙権制限の違憲性」早稲田法学88巻4号（2013年）1頁、戸波江二「成年被後見人が選挙権をもたないと定める公職選挙法11条1項1号を違憲無効と判示した東京地裁判決」実践成年後見46号（2013年）37頁以下参照。
- (2) 2010年参議院議員選挙時に服役していた受刑者が、公職選挙法11条1項2号の違憲確認請求、次期総選挙で選挙権を有することの予備的違憲確認請求、選挙権を否定されたことを理由とした国家賠償を求めた訴訟（大阪高判H25・9・27）で、刑事施設収容中であることに伴う事務的支障や情報取得の困難性、受刑者であるということ等が受刑者の選挙権を制限するための「やむを得ない事由」とはいえず、「公職選挙法11条1項2号が受刑者の選挙権を一律に制限していることについてやむを得ないがあるということはできず、同号は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書きに違反するものといわざるを得ない」と判示している。しかし、この判決については、受刑者への選挙権制限の違法性を確認した部分が、判決の傍論部分である点というところに注意が必要である。
- (3) 少なくはなってきているだけで、まったく論じられなくなったわけではない。例えば、選挙権論に関しては、加藤一彦「選挙権論における『二元説』の意義」現代法学8号（2005年）115頁、斎藤孝「『選挙権』の法的性格：選挙権を『権利』とする学説の批判的検討」法学新報112巻11・12号（2006年）315頁、上田健介「選挙権権利説の意義——プープル主権論の迫力」『論究ジュリスト 2013年／春号（5号）』（有斐閣 2013年）49頁等の論文が発表されている。
- (4) ドイツにおける一般的な選挙権解釈では、選挙権

を基本権同等の権利 (grundrechtsgleiches Recht) として捉え、ドイツ基本法38条1項の選挙原則から何が要請されるのか、あるいは導き出されるのかという形で考えていく。

- (5) 本稿において、なにゆえ、ドイツの一選挙権解釈を参照するのかという理由については以下のようなところにある。戦後、日本の選挙権論の学説分類・分析に大きな影響を与えた林田和博教授による学説分類等の根底にあるのがドイツ国法（憲法）学説であり（林田和博『選挙法』（有斐閣1958年）36頁以下参照）、実際に、ドイツにおける選挙権解釈が日本における選挙権の法的性格論の一学説である二元説の基礎を提供した。しかし、現在のドイツの選挙権解釈では、日本における憲法の概説書が選挙権に関する、何よりもまず選挙権の法的性格論に触れているのに対して、そのような法的性格論に触れることなく、基本法の選挙権規定から、民主制概念、選挙諸原則との関係でどのようなことが導き出されうるのかということを説明している。このように、日本の選挙権論に影響を与えながらも、日本とは違った選挙権解釈を行っているドイツの選挙権解釈を見ていくということは、日本の選挙権解釈の再考をするにあたって有意義なものだと考えられるためである。
- (6) クラウス・シュテルン、井上典之、鈴木秀美、宮地基、棟居快行編訳『シュテルン　ドイツ憲法II　基本権編』（信山社 2009年）45頁以下参照。
- (7) ドイツ連邦憲法裁判所は、基本権について主観的権利に加えて客観法的内容を有することを早くから認めている（vgl.BVerfGE7, 198：この判決（リュート判決）において連邦憲法裁判所は、基本権が「第一次的には、国家に対する防禦権」であり、それに加えて、「憲法的基本決定として全法領域に妥当」する客観法的内容を有し、「立法、行政、司法は、そこから指針と刺激を受け取る」とした。リュート判決の詳細については、木村俊夫「言論の自由と基本権の第三者効力 —リュート判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社 2003年）157頁参照）。
- (8) コンラート・ヘッセ著、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）182頁、Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13Aufl., S.112ff. 参照。併せて、ボード・ピエロート、ベ

ルンハルト・シュリンク著、永田秀樹、松本和彦、倉田源志訳『現代ドイツ基本権』（法律文化社 2001年）28頁以下、前掲・シュテルン『ドイツ憲法II』1頁、45頁、E.-W.・ベッケンフェエルデ著、初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』（風行社 1999年）345頁以下参照）。

- (9) ヘッセによれば、個人の地位を定め、定められた地位に限界を設定し、地位を保全し、個人を国家共同体に組み込む客観的な秩序の要素をなすものとしての基本権というものは、国家共同体の法秩序の基礎を構成しており、その限りにおいて、主観的権利としての基本権の個別の意味の層に対して、相互に補充・補強するという関係が成り立つとしている。そして、このような関係ゆえに、客観的原理としての基本権の意義を、人および市民の権利としての基本権の本来的で第一義的な意義から分離することは排斥されるとしている（前掲・ヘッセ『ドイツ憲法』191頁参照、vgl.Hesse, a.a.O, S.118）。
- (10) 前掲・ヘッセ『ドイツ憲法』183頁。なお、客観的基本的諸要素として、個人の法状態を国家共同体の客観的秩序に組み込む際の、この秩序は、主観的権利への実現を通じて初めて現実のものとなりうる。
- (11) 前掲・ヘッセ『ドイツ憲法』192頁参照。
- (12) 鈴木秀美『放送の自由』（信山社 2000年）127頁以下、前掲・シュテルン『ドイツ憲法II』71頁以下参照。
- (13) 基本権の客観的内容について詳しくは、小山剛『基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現』（尚学社 2004年）等参照。
- (14) 基本権の客観法的内容の中でも、特に、基本権を実効的なものにするために寄与している、組織ないし手続形成に対する要求に関する考え方方が、本稿で示す、選挙権解釈（主観的意味内容と客観的意味内容とに分けて考える）に影響を与えていくと考えられる。
- (15) ドイツ基本法38条2項から導かれる「選挙権」という文言には、選挙資格の意味における選挙権をも含んでいる。基本法は38条2項のなかで「18歳に達した者は選挙権を有し、成人になる年齢に達した者は被選挙権を有する」と規定し、選挙権と被選挙権について、それぞれ18歳に達する者と成人になる者と言葉の上で区分している。しかし、この区分は、1970年の憲法改正に関する法律

(BGBI. I 1970,S.1161.) によって、選挙権に関する年齢制限が18歳に引き下げられ、1974年の成人年齢の再調整に関する法律 (BGBI. I 1974, S.1713.) の結果として成人年齢を18歳に達することとしたため、基本法38条2項の中での年齢基準に関する文言による区別は、もはや、不要なものとなつた。結局のところ、基本法38条2項は選挙資格として18歳以上であるということを求めている。

(16) Vgl.BVerfGE1,208(242);4,27(30);89,155(171); 123, 267(340). 例えは、BVerfGE 4,27(30)においては、「主観的公的権利としての選挙権は、元来、個人の権利である」としている。

(17) BVerfGE1, 14(33).

(18) いわゆるマーストリヒト判決 (BVerfGE89, 155.) では、この主観的公的権利としての選挙権というものは、単に「選挙への参加を求める形式的権利」では不十分であるとしている (vgl. *Walter Pauly, Das Wahlrecht in der neuern Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR Bd.123, 1998, S. 281.)。

(19) vgl. BerfGE89, 155(171f.).

(20) BVerfGE1, 208(242).

(21) vgl. BVerfGE112, 118(133); 123, 267(340).

(22) それぞれ国民は、この選択する権利というものを行使するのか、あるいは行使しないのかということについては自由に決定できるのであって、そこには、選挙義務というものは存在しない。

(23) 基本法38条1項1文に基づく、それらの主観的権利を有権者や選挙候補者ないし有権者団体は憲法異議によって勝ち取ることができる (vgl.Pauly, Wahlrecht, AöR Bd.123, S.281.)。

(24) *Thomas Spies, Die Schranken des allgemeinen Wahlrechts in Deutschland*, 1979, S.2.

(25) 基本法38条3項は、「詳細については、連邦法律で定める」と選挙権に関する詳細については連邦法律に委任している（ただし、その際の立法者の裁量の余地には枠がある）。

(26) BVerfGE,95,335 (349).

(27) *Alexander Schröder, Wahlrecht und Demokratisierung Das Volk als Vetospiel- er? Betrachtet am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz*, 2009, S.6. においても、選挙権は、公職にある者と団体の選挙を規制する、すべての規範を含み、このことは、憲法、法律および選挙秩序

の中で確定されるとしている。

(28) vgl. *Winfried Bausback, Verfassungsrechtliche Grenzen des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag*, 1998, S.25.

(29) Magiera, in :Michael Sachs(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 5.Aufl., 2009, Art.38 Rn.82.

(30) 基本法38条1項1文に基づく、それらの客観的権利を有権者や選挙候補者ないし有権者団体は憲法異議によって勝ち取ることができる (vgl.Pauly, Wahlrecht, AöR Bd.123, 1998, S.281.)。

(31) 要するに、選挙権の主観的意味内容によって示された、輪郭の不鮮明な選挙権を、選挙権の客観的な意味内容として具体化し、実際の選挙において行使できるようにする。そしてその際、組織法・手続法による規制を行うことも必要になりうることがあるが、その規制については基本権を実効的なものとするために寄与しているといえる。

(32) 近年、ドイツでは新たな選挙に関する憲法上の原則として、「選挙の公然性」の原則が挙げられているが、その選挙の公然性の原則を第6の選挙原則として位置づけるかどうかについては争いがあるため、本稿では、普通、直接、自由、平等および秘密選挙原則に限って見ていくことにする。

(33) 加えていうと、基本法38条3項では、詳細は連邦法律において定めるとされているが、この38条3項の規定は、38条1項の権利に対する介入を授権しているのではなく、選挙原則を形式的手続的に取扱い可能なようにすることを授権しているにすぎないのである（前掲・ピエロート・シュリンク『ドイツ基本権』388頁参照）。

(34) vgl. BVerfGE 99,1(13) : この訴訟は、バイエルンにおける選挙法 (GLKrWG ; 以下、バイエルン選挙法) が、直近の議会において議席を有していた政党および選挙人グループと直近の議会において議席を有していない政党および選挙人グループとを区別し、新規の候補者名簿提出者に対して追加的な支持署名を要求しており、このようなバイエルン選挙法の規定は選挙の普通、平等性を侵害しているとして憲法異議を申し立てたものであり、平等選挙原則と一般平等原則との関係が問題となつた。連邦憲法裁判所はこの訴訟の中で、すべての選挙原則は民主的選挙の根本的な要求であるという点で共通するとしている（詳しくは、玉蟲由樹「バイエルンの市町村選挙における選挙原則違反」ドイツ判例研究会編『ドイツの憲法判例

- Ⅲ』(信山社 2008年) 409頁参照)
- (35) vgl. Dreier, in: Horst Dreier(Hrsg.), Grungesetz Kommentar 2.Bd Artikel 20-82, 2.Aufl., 2006, Art.38, Rn.56.
- (36) BVerfGE 36,139(141).
- (37) 確かに、選挙権の享有は個別的な条件等をつけるを得るわけだが、その条件というものは、当然、一般的に市民が満たすことのできるようなものでなければならないとされる。
- (38) 例えば、年齢制限（基本法38条2項によれば、選挙権は18歳、被選挙権は成年に達する年齢=18歳）を設けることや、選挙人名簿への登録の義務づけなどがある。これらの制限については、普通選挙の伝統的な、あるいは、伝統的に正当化された制限とされ、やむをえない理由に基づく制限とされる (Pauly, Wahlrecht, AöR Bd.123, S.275.)。
- (39) vgl.BVerfGE 28, 220(225);36,139(141); 58,202 (205).
- (40) ドイツでは、障害、けが、病気、高齢などの理由で投票所へ行くのが困難とされる有権者に対して、郵便投票（投票用紙を郵便で送り投票する方法）、委託投票（委託された人が代理投票する方法）、巡回投票（選挙管理委員会の人間が投票箱を持って有権者を回り、投票する方法）の3つの在宅投票制度が準備され、利用可能な状態にある。郵便投票では、代筆が可能であり（代筆者は宣誓書を投票所に提出すればよい）、この点で秘密選挙原則との問題が生じる。また、委託投票では、委託された本人が宣誓書を投票所に提出すればよく、委託投票の場合には自由選挙原則と秘密選挙原則の問題が生じるだろう（BVerfGE 59, 119では、普通選挙原則と自由選挙原則との一線を画する領域の中に郵便投票は位置しているとしている (vgl. BVerfGE 59,119(125).)）。この普通選挙原則と自由ないし秘密選挙原則との問題（摩擦という方が適切かもしれない）に対して、立法者はこの問題に対する安全（あるいは予防）措置を通じることによって、その普通選挙原則と自由ないし秘密選挙原則との摩擦を最小限に抑えなければならないとされる (vgl.Pauly, Wahlrecht, AöR Bd. 123, S.277.)。そこで、ドイツのこのような在宅投票制度では、有権者の真意が投票用紙に反映されているか等の担保という、いわゆる、選挙の公正について宣誓書の提出等の手続を講じることで問題なしとしている（諸外国の在宅投票制度については、日本弁護士連合会「投票の機会の保障を求める意見書—『ALS 選挙権国家賠償請求権』判決及び『引きこもり症状をもつ人の選挙権国家賠償請求訴訟』判決を受けて—」（2003年2月21日）を参照）。
- (41) 前掲・ヘッセ『ドイツ憲法の基本的特質』94頁参照。
- (42) 例えば、ドイツにおける「人物を加味した比例選挙（personalisierte Verhältniswahl）」のような小選挙区比例代表併用制や日本の衆議院議員選挙の際に使われている小選挙区比例代表並立制など。
- (43) vgl. BVerfGE 1,208(244ff.).
- (44) BVerfGE 95, 335(353).：この訴訟は、合計16という数の超過議席を生じた第13回連邦議会選挙（1994年）の結果を受けて、ニーダーザクセン州政府が、超過議席を認める連邦選挙法の規定（連邦選挙法7条3項2文、6条5項2文）は基本法38条1項1文の平等選挙に違反しているとして、連邦憲法裁判所に無効確認を求めたものであり、超過議席の合憲性が争われた（詳しくは、永田秀樹「超過議席の合憲性」ドイツ判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社 2008年）422頁参照）。なお、これ以降に、超過議席に関する新しい決定が出ていている（vgl.BVerfGE 97, 317.）。
- (45) vgl. BVerfGE 95, 335 (353f.).
- (46) BVerfGE 95, 408(417).：この訴訟は、第13回連邦議会選挙において5%の阻止条項（阻止条項とは、ある政党が連邦全域の中での第2票の少なくとも5%を獲得できなければ、議席の比例配分手続きの際に考慮されなくなるというものである。ただし、この阻止条項には、シュレスヴィッヒ・ホルシュタイン州のデンマーク人など少数民族政党には適用されないという例外規定がある。この阻止条項の目的は「国家政治的危険」（BVerfGE 1,207(248).）を防ぐことにある。）を超えることができなかつたPDS（民主社会党）が4つの直接議席を獲得するために、比例配分手続きに参加することが認められたという結果を受けて、ある大学教授が、基本議席条項（基本議席条項とは、少なくとも3つの直接議席、つまり、3つの選挙区で議席を獲得できた場合には、5%の阻止条項を超えていなくても、比例配分手続きに加わることができるものである。）は基本法38条1項1文の平等選挙と基本法21条1項の正統の

機会の平等を侵害するとして、連邦議会に対して選挙審査（基本法41条1項）を申し立てたが、しかし、連邦議会は基本議席を獲得した政党の特別扱いについては十分な理由があるとして、申立人の主張を拒否する決定を行ったために、申立人が基本法41条2項による連邦議会の決定に対する選挙抗告手続により、連邦議会の決定の取消しや第13回連邦議会選挙の無効などの確認を連邦憲法裁判所に求めたものである。この訴訟において連邦憲法裁判所は、基本議席条項の合憲性の判断をする前の前提として、基本法38条1項1文の平等選挙原則について触れている（詳しくは、山本悦夫「基本議席条項の合憲性」ドイツ判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社 2008年）428頁参照）。

- (47) 結局のところ、平等選挙原則は、多数選挙制度の中では数的価値の平等と結果機会の平等を要請し、比例選挙の中では、さらに、結果価値の平等を要請し、多数選挙と比例選挙の混合制度の中では、比例選挙の部分について結果価値の平等を要請するとしているように、「『平等選挙』原則（基本法38条1項1文）に関する従来の判例の中で、連邦憲法裁判所は投じられた票の数的価値の平等と結果価値の平等とを、当然のこととして区別してきた」（Pauly, Wahlrecht, AöR Bd.123, S.246f.）ということがいえる。
- (48) 平等選挙原則と選挙制度の関係について詳しくは、土屋武「平等選挙原則のドグマティク・断章 一ドイツの判例・学説を中心に」法学新報第120巻第1・2号（2013年）302頁以下参照。

- (49) vgl. BVerfGE 3,45(49); 7,63(68); 7,77(84); 47, 253 (279f.).
- (50) そういうわけで、連邦憲法裁判所は、ノルトライン・ヴェストファーレン地方議会に関する判決（BVerfGE 47, 253）の中で、選挙規定に基づいて、構成員の退職（あるいは除外）の場合に、自動的に次のリスト候補者が後任となるのではなく、議席配分の順序を確定し、そのうえさらに、この目的のためにリスト（候補者名簿）を補充することは、政党および有権者団体という権限を持つ立場の務めであるというような選挙規定というものを受け入れがたいものとした（BVerfGE 47, 253(280)）。このような連邦憲法裁判所の決定は、候補者選択を政党の執行委員会に任せたままではいけないだろうということをうまく捉えたものだ

といえる（Pauly, Wahlrecht, AöR Bd.123, S.279.）。

- (51) vgl.BVerfGE 15,165(166).
- (52) BVerfGE 41,399(417).
- (53) vgl.Pauly, Wahlrecht, AöR Bd.123, S.278.
- (54) 例えば、ヒトラー率いるナチス政権下での比例選挙がまさに、それである。ナチス政権下では、国民には、一つの政党（国民社会主義労働党：ナチス）の候補者リスト（名簿）しか提示されず、さまざまなリストの間の選択可能性など存在しなかった。
- (55) vgl. BVerfGE 47, 253(282f.).
- (56) 秘密選挙は、「自由選挙の重要な制度的保障を意味する」（BVerfGE 99, 1(13).）。
- (57) 秘密選挙原則があるとはいえ、各有権者が選挙の前後において自ら選挙に関して告白（選挙の前の段階においては、どの候補者ないし政党を支持し、投票しようとしているか示すこと、また、選挙の後の段階においては、その候補者ないし政党に投票したかの表明）することまで許されないわけではない。
- (58) vgl. BVerfGE 3,19(24f.).
- (59) vgl. BVerfGE 93,335(349).
- (60) ワイマール憲法22条1項1文が「議員は、普通、平等、直接および秘密選挙において、比例代表の諸原則に従い、満20歳以上の男女によってこれを選出する」（高田・初宿・前掲書 118頁参照）としていたように、ワイマール憲法のもとでの立法者は、選挙制度の選択に関して制限を加えられていた。現在の基本法では、38条1項で選挙原則を定めるだけで、選挙制度の決定については開かれている。
- (61) そもそも、選挙とは「民主的国家の中での意思形成にとって重大な行為」（vgl.BVerfGE 20,56 (113); 29,154(146f.)、BVerfGE 20, 56について詳しくは、邦語の判例評釈として、加藤一彦「政党の選挙運動費用補助の合憲性—第2次政党財政援助判決（1966年）—」（ドイツ判例研究会編『ドイツの憲法判例 I 第2版』（信山社 2003年）390頁を参照）であり、それを通じて国民は、国家権力の起点となる行使体として議会を決定するものである。また、選挙は「国家機関への国民の意思形成過程の本質的要素」（BVerfGE 123, 39 (68)）であり、それゆえ、民主的に創られた国家のための根本的前提である。結局のところ、連邦議会に関する選挙は、「多数決原理による代表者

の決定」であり、その選挙の目的は、有権者の意思に対応し、国民を代表するさまざまな意見を反映する国民代表（議会）を生み出すことである。

(62) BVerfGE 95, 408(417).

BVerfGE 1,208. では、立法者が阻止条項における最低得票率を定めるにあたって、その法的限界が遵守されているかどうかを監視しなくてはならないとし、その審査について、ドイツにおける諸選挙法を見て取れる現時点での一般的法的確信 (allgemeine Rechtsüberzeugung) から、①最低得票率が 5 % を超えないように設定されている場合、その選挙法は、通常問題視されず、そのような最低得票率が許されないのは、個別事例における特別な事情がある場合であるということ、②ドイツに共通する 5 % という率を超えて最低得票率を定めるには「全く特別のやむをえない理由」がなくてはならないということの 2 つの原則が明らかになるとしている (BVerfGE 1,208. について詳しくは、邦語の判例評釈として、高田篤「7.5% 阻止条項と平等選挙の原則—南シュレスヴィヒ有権者連盟事件—」ドイツ判例研究会編『ドイツの憲法判例 第 2 版』(信山社 2003 年) 83 頁を参照)。

(64) 連邦憲法裁判所が平等選挙原則に関し、取扱いの差異を正当化する際の基本的な判断枠組みは、以下のようになる。「すなわち、①差別的規律の根拠が、憲法によって正当化され、選挙の平等と等しい重要性を持つ（釣り合いが取れる）ような理由〔目標〕であること、②当該規律が、当該目標を達成するためにふさわしく、また必要な程度を逸脱していないこと、という枠組みであり、この枠組みでは、「目的の憲法的正当性、規律の適合性、必要性、法益の均衡が要求されている」（前掲・土屋「平等選挙原則」300 頁）。

(65) ただし、連邦憲法裁判所が審査するのは、議会の機能性の利益、広範な統合的代表、選挙権の平等と政党の機会均等をともに実現するという立法者の任務に関して、立法者がその限界を超えているのかであって、立法者が合目的的なあるいは政策的に望ましい解決を見出したかを審査するものではない。それゆえ、連邦憲法裁判所は、差別的な規定が、選挙の形を仕上げる際の立法者によって追求すべき目的に即していない場合、そして、差別的な規定がこの目的の達成に適していないか、この目的の達成に必要とされる基準を超え

ている場合にのみ、平等選挙原則違反を確認することができるとされている（vgl. BVerfGE 95,408 (420.)）。

(66) 選挙制度に関する裁量の余地を立法者が原則として持つとしても、決定した選挙制度の下で、いわゆる、投票弱者が生まれるようなら、それらの有権者が投票できるような補助的システム（例えば、郵便投票制度等）を置かなければならないだろう。

(67) また、立法者は、年齢制限の引き下げについて広い裁量の余地を持つといえる（あくまでも、年齢制限の引き下げであり、年齢制限の引き上げについてはまた別の話である）。

(68) BVerfG,Urt.25.7.2012 でも、立法者による選挙制度の確定と具体的形成（選挙法の形成）の限界として、基本法 38 条 1 項の選挙諸原則が挙げられ、特に平等原則からの限界が存在するとしている。そして、その事に関して立法者は、改善の義務をも負うとしている。

(69) このように、立法裁量の余地が狭く限定されているのは、正当化の負担ないし理由づけの負担の強化を意味している。