

ドイツの民主政における阻止条項の現在(2)

——自治体選挙と欧州選挙の阻止条項への違憲判決を契機として——

植松 健 一*

目 次

はじめに

第Ⅰ章 判例の中の阻止条項

第Ⅱ章 判例の新たな展開(1)——自治体阻止条項08年判決 (以上, 359号)

第Ⅲ章 判例の新たな展開(2)——欧州阻止条項二判決 (以上, 本号)

第Ⅳ章 阻止条項の意義変遷と対応

おわりに

第Ⅲ章 判例の新たな展開(2)——欧州阻止条項二判決

これまで、1997年の基本議席条項判決(BVerfGE 95, 408)をひとまずの「完成型」とする連邦憲法裁の「阻止条項の法理」の内容を確認し(第Ⅰ章)、さらに、その後の自治体阻止条項08年判決(BVerfGE 120, 82)が当該法理に付け加えた補助テーゼの意義を考察してきた(第Ⅱ章)¹⁰⁹⁾。本章では、この補助テーゼによって審査密度を高めた「阻止条項の法理」が欧州

* うえまつ・けんいち 立命館大学法学部教授

109) 本稿(1)の立命館法学359号(2015年6月)掲載に引き続き、同360号に同(2)を掲載する予定であったが、諸事情のため掲載が大幅に遅れてしまった。今回連載分では、(1)公表以降の欧州やドイツの政治状況・政党状況の変化も一部反映した。また、(1)公表後刊行の文献に加えて、(1)執筆段階でフォローできていなかった文献も掲げている。とくに、Michel Wild, Die Gleichheit der Wahl, Berlin 2003、および、土屋武「平等選挙原則のドグマティック・断章」法学新報1・2号(2013年)293頁以下の分析は当然に参照すべきものであった。不手際につき、御海容いただければ幸いである。

議会の選挙法制の審査に適用されていく展開をみていく。その前提として、欧州議会の阻止条項の憲法適合性を連邦憲法裁が最初に判断した1979年5月22日の第2法廷決定(以下、本章では、79年決定)にまで、ひとまず時間を戻す必要がある。

1 欧州阻止条項79年決定 (BVerfGE 51, 222)

欧州共同体(EC)加盟国市民による欧州議会の直接選挙が1979年6月に初めて実施された。これに先立ち、1976年にEC理事会が議決した普通直接選挙導入法(ABIEurGem. 1976 Nr. L 278/1)に基づいて¹¹⁰⁾、ドイツ連邦議会は1978年に欧州選挙法を制定した。その選挙方法はドント式の拘束名簿式比例代表制で(欧州選挙法2条1-4項)、最低得票率5%の阻止条項が設けられていた(同6項)。この阻止条項を対象とする憲法異議への判断が79年決定である。この決定は、「欧州議会の組織と構成は、加盟国の国内議会のそれと本質的に異なるものではない」ことを前提に、国内選挙の「阻止条項の法理」を当てはめ、「欧州議会における過度の政党破片化の発生に対処することは特別の、やむを得ない事由により正当化される目的を追求するものであり、この目的達成のために必要な限度を超えるものではない」と解し、5%阻止条項を合憲と判断した(BVerfGE 51, 222 [233 ff.])。

本件は欧州議会という基本法の規律外の超国家的機関の選挙をめぐる事案だったため、憲法異議の前提として侵害されている権利規定を明らかにする必要があった¹¹¹⁾。そこで浮上するのは、基本法3条と同38条1項第

110) 当時の加盟国の議席は、英国、ドイツ、フランス、イタリアが各81議席、オランダ25議席、ベルギー24議席、デンマーク16議席、アイルランド15議席、ルクセンブルグ6議席であった。

111) そもそも欧州選挙法の合憲性はドイツの裁判所で判断できないとして不適法却下を主張したり(Albert Bleckmann, Nochmals: Europawahlgesetz verfassungskonform?, DÖV 1979, S. 503-505)、EC法の国内実施法はEC法の解釈基準を用いて審査すべきだという説(一般論として、Reinhard Riegel, Zum Problem der allgemeinen Rechtsgrundsätze und Grundrechte im Gemeinschaftsrecht, NJW 1974, S. 1585)も存在したが、本決定はこれらの主張を斥けている。Vgl. Dieter Dörr/Reinhard Thönes, Die Verfassungsmäßig-

1文・28条1項第2文との競合の問題であるが(本稿第I章2(1)参照), 79年決定は, この時点での判例に倣い「平等選挙の原則は一般的平等原則の適用事例である」と解して, 基本法3条1項違反に基づく異議を適法な訴えだと判断した¹¹²⁾。他方, 実体的判断の際には3条1項に言及せず, 38条1項(連邦議会)・28条1項(州議会)で要請される平等選挙原則が, それ以外の政治的投票すなわち欧州議会選挙にも適用されることは「不文の憲法」(ungeschriebenes Verfassungsrecht)なのだと述べる¹¹³⁾。公民の選挙権の等価値性は「自由で民主的な基本秩序」の本質的基盤の一つだというのが, その理由である(ebenda, 234 f.)。

そして79年決定は, 欧州議会の性格と現状を以下のように捉える(ebenda, 246-249)。

① 欧州議会が政治目標で一致する大きな議員グループに依存する度合いは, 国内議会の場合のそれ以上だとさえいえる。EC法は経済や科学の専門知識を要する多くの規範を有しつつあり, 官僚機構を伴う欧州委員会が欧州理事会と並んで主導権を握っている。このような欧州委員会をコントロールしうる対抗軸として, EC加盟国の諸国民の代表である欧州議会の活動力を高めることが不可欠である。このような任務を実効的に果たすには「多彩な専門的内容に対応した内部での役割分担を通じて全議員に必要な専門知識を調達し, かつ確固たる多数派形成ができる状態」が必要である。

② 欧州議会は, EC加盟国のさらなる統合にとって格別の重要な意義を持つ。

↘keit der 5%-Sperrklausel im Europawahlgesetz, JuS 1981, S. 109.

112) 本稿第I章1(1)で紹介した論拠から, この判決での基本法38条1項の3条1項への包摂を批判するものとして, Murswiek, a. a. O. (Anm. 28), S. 48.

113) 「不文の憲法」という不明瞭な論法には議論の余地がある。ここでは立ち入らないが, vgl. Heinrich Amadeus Wolff, Ungeschriebens Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz, Tübingen 2000. 連邦憲法裁判例における同概念の使用について, vgl. ebenda, S. 178-180.

③ 欧州統合の現段階では、欧州議会の有効な活動は、欧州議会議員と、議員らの出身国にして欧州理事会や欧州委員会にも影響力を行使しうる加盟諸国の政治勢力との密接な結び付きに強く左右される。「議会とその議員には、具体的な措置についての議論や合意文書化の際にも、その具体化のためにも、加盟国の政策を決定する政党との一定程度の緊密なつながりが必要とされる。出身国の重要な政治的勢力との直接的結合を持たない、国内地域で重要でない破片グループは、このようなことに寄与する力をほとんど、または全く有しない」。

④ 「欧州議会での過度の政党の断片化への対策の措置が推奨だけでなく要請すらされているという点の考慮に比べれば、欧州議会でドイツの利益や主張を十分に実現するために最大限に同質の構成となる国別議員割当が必要だというしばしば提起される議論は、説得力の点で劣る。確かにドイツの視点からすれば、ドイツの議員割当が無意味な破片グループにより弱体化されないことに、多くの場合に意義があるのかもしれない。しかしながら、このような視点は、一般的に承認された EC 法の目標設定に鑑みれば、決定的な重要性は認められない」。

このうち③と④は、両方とも欧州議会ドイツ選出議員とドイツ連邦議会議員との政治的一体性の必要性を説くものであるが（フィードバック論として後述5で扱う）、③は EC の全体利益の観点、④はドイツの国益の観点からのものといえる。79年決定が③の意義を認める一方、④を必ずしも重要なものとは捉えていない点は¹¹⁴⁾、後の検討のために押さえておきたい。

79年決定は、このような認識を基盤として、さらに他の加盟国の法状況も参照しつつ、政党破片化による欧州議会の活動力の毀損の回避を目的とする5%阻止条項に合理性・必要性を認めた（ebenda, 249-254）。この判断

114) 欧州議会とドイツ連邦議会が同じ5%阻止条項を採用する限り顕在化しない問題ではあるが、この論理によれば、仮に連邦議会で多党化が進行しても——実際、79年決定当時には「2・5党体制」だった連邦議会は、やがて「流動的5党体制」へと多党化する——それに応じて欧州議会のドイツ配分議席の多党化を許すことにはならないということになる。

は、ドイツ国内の議会を念頭に置いて形成されてきた「阻止条項の法理」が、直截に欧州議会の選挙法制にも適用されうることを意味するものであった。しかし、当時の D. ムルスヴィークの評釈は、本決定の（いずれも決定当時の欧州議会の状況を前提とする）問題点を以下のように指摘していた¹¹⁵⁾。① 欧州議会は法定立権を有する立法機関ではなく、欧州理事会や欧州委員会の任命権も持たない。② 議会の多党化が問題なのは採決や決議に多数決が必要だからであって、質問や討論を中心とする欧州議会の活動の上では（欧州委員会不信任決議などの例外を除けば）多数派形成は重要ではない。③ 欧州議会には51もの政党が議席を有するが、会派優遇の議院規則も影響して無所属議員は6名にすぎず、議会の破片化を予防するための阻止条項の必要性は認められない。④ 仮に政党の乱立が欧州議会の機能毀損をもたらすとしても、ドイツ一国で阻止条項を設けても乱立を阻止することはできないので、手段として合理性がない。⑤ たとえ合理性・必要性が承認されると仮定しても、多党化による欧州議会の機能毀損という些細な害悪に対して、平等選挙と政党の機会均等の原則への重大な侵害と比して相当性を欠く。⑥ 1977年の欧州選挙法制定時の法案提出理由書は、阻止条項導入の目的の1つとして「不用意に連邦議会の現在の政党状況の変更を惹起しない」ことを挙げていた(BT-Drs 8/361 S. 12)が、このような既存政党の手による政党の新規参入の阻止は正当化事由にはなり得ない。

このムルスヴィークの批判を連邦憲法裁が受けとめるまでには、なお32年の歳月を要するであろう。その間、「阻止条項の法理」は、自治体阻止条項08年判決で明確に打ち出された補助テーゼに支えられて審査密度を高めていく(本稿第Ⅱ章2参照)。他方、ECは欧州連合(EU)へと改編され、加盟国を拡大させながら欧州統合を進展させていった。それと並行して、EUの機構内における欧州議会の権限と地位も強化されていく。こうした79年決定以降の連邦憲法裁の判断姿勢の変化と、EUおよび欧州議会の性格の変化

115) Murswiek, a. a. O. (Anm. 28), S. 51 – 52. auch Wenner, a. a. O. (Anm. 9), S. 187 – 194; Meyer, a. a. O. (Anm. 26), Rn. 41.

を背景に、2011年11月9日の連邦憲法裁の判決が下されたのである¹¹⁶⁾。

2 欧州阻止条項11年判決 (BVerfGE 129, 300) の概要

2011年10月9日、連邦憲法裁は、2009年7月31日の欧州選挙に対する3件の選挙抗告の併合審理において、5%阻止条項を設けた欧州選挙法2条7項は平等選挙と政党の機会均等の原則への違憲の侵害だと判断した。ただし、原告の求める選挙無効宣言については、一方で欧州議会全体におけるドイツの議席の割合からみた瑕疵の軽微さと、他方でドイツの議席を無効とした場合の欧州議会の活動への影響の重大性と79年決定の合憲判断による期待権に基づく現職議員の議席保障の必要性とを衡量して、これを認めなかった (BVerfGE 129, 300 [345]. 以下、(11年判決 [345]) と表記する)。なお、H. H. フォン・アルニムを申立人とする1件の抗告が主張していた拘束名簿式の違憲性については、簡単な説示で斥けている。EUの欧州議会直接選挙法 (以下、DWA) は拘束名簿式を明示的に排除しておらず、また、国内選挙の拘束名簿式を合憲としてきた判例 (BVerfGE 3, 45 [50 f.] など) を覆す立証に成功していないというのである (11年判決 [342 f.]¹¹⁷⁾。以下、11年判決の判旨をたどっていこう。

(1) 「阻止条項の法理」の確認

11年判決の特徴の1つは、79年決定の平等選挙原則 = 「不文の憲法」論を用いずに、欧州議会選挙における平等選挙の要請が基本法3条1項に由来することを確認した点にある (11年判決 [317 f.]。ここは基本法38条1項・28条1項と一般平等原則との重畳保障を否定した先例 (BVerfGE 99,

116) 79年決定後も、2004年と2009年にも同様の機関訴訟が提訴されているが、いずれも出訴期間の経過のため不適法却下されている。

117) この判断に対してフォン・アルニムは、拘束名簿式を欧州選挙で採用することの法的許容性は基本法との整合性ではなく、民主制原理一般との整合性が審査されるべきであったと批判する (Hans Herbert von Arnim, Was aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur 5-Prozent-Klausel bei Europawahlen folgt, DÖV 2012, S. 226)。

1) との整合性は問われるところだが¹¹⁸⁾、この判断自体への学説の批判は管見の限り見当たらない。

それ以外の点に関して、モルロクの11年判決への評釈は「審査に当てはめた基準自体は、従来の判例と全く一致している」と解説するが¹¹⁹⁾、従来の「阻止条項の法理」の実質的な厳格化は多くの論者の指摘するところであり(後述)、モルロクの評価は「基準自体」の形式的な当てはめという限りでのみ妥当するといわねばならない。すなわち、平等選挙・政党の機会均等における形式的・数的平等性を強調し(テーゼ①)、選挙立法における別異的取扱いに対する「事柄に即して正統性を持つ、特段の『やむを得ない』事由」の必要性を説き(テーゼ②)、それに該当するものとして、「政治的意思形成の際の統合過程としての選挙という性格の保全」と「国民代表の活動能力の確保」(テーゼ③)を挙げ、正当化事由の状況依存的性格(テーゼ⑤)をベースにした立法者の改善義務論(補助テーゼβ)の存在を指摘している。さらに、5%条項の正当化のためには「議決を単に『容易にする』または『簡単にする』だけでは十分ではなく「代表機関の活動能力への予期される毀損についてのある程度の蓋然性」という自治体阻止条項08年判決の説示(補助テーゼγ)を引用する。こうした説明を踏まえて11年判決は、「このような諸基準が、欧州議会の選挙法の憲法裁判所による審査にも当てはまる」と説く。なぜならば、「欧州選挙の法制化の際には、多数派の議員で占めるドイツの選挙法定立者が、阻止条項による欧州レベルでの自派の当選と、それにより生じる小規模政党の排除をねらう可能性があるという連邦議会の選挙法の規律の場合と同様の危険」が伴うからである(補助テーゼα)。また、判決は、阻止条項の廃止により仮に機能毀損が生じた場合、法改正に必要な議会多数派がすでに失われているため事態の改善が不可能となる事態をどうするのかという問題は——連邦議会選挙の5%阻止条項の判断には重要性を持つが——欧州議会の選挙法

118) Vgl. z. B. Morlok, a. a. O. (Anm. 21), S. 77.

119) Morlok, a. a. O. (Anm. 21), S. 77.

を定めるのは欧州議会ではなく連邦議会なので、ここで考慮する必要はないとも述べる。こうして11年判決は、2009年欧州選挙の時点および判決時点の事実上・法律上の状況は、平等選挙・政党の機会均等への重大な侵害を正当化する十分な根拠を与えないという結論に至ったのである(以上、11年判決[320-324])。

(2) 「欧州議会の特殊性」の指摘

次に確認すべきは、5%阻止条項は欧州議会の活動能力の保全に資すると解した連邦議会(および79年決定)の判断を、欧州議会の特殊性を踏まえた「十分な事実上の根拠」の不在を理由に否定した判決の論旨である。11年判決が考える「欧州議会の特殊性」とは、以下のようなものである(11年判決[326-333]。傍線は本稿筆者)。

① 欧州議会では、議員1～2名の小規模政党も含めて、2011年現在すでに160の政党が議席を有している。この状況は、EU加盟国に欧州議会選挙での比例代表制の採用を義務づけ(DWA1条1項)、しかも加盟国への議席配分の際に人口の少ない国に配慮した逓減型比例方式を採用している(EU条約14条2項)以上、ある程度は想定されたことである。各国の政党の数は、その時々政党分布、投票率、有権者の投票行動などに依存するので、統計上、阻止条項の確定的な効果は定かではない。

② 阻止条項の撤廃が議員1～2名の小政党の増加をもたらすのは確かだが、政党細分化によって、欧州議会の活動能力の毀損が「十分な蓋然性」(hinreichende Wahrscheinlichkeit)を伴って予期しうるほどの議会の構造変化が生じることを示す手がかりは確認できない。むしろ、欧州議会の諸会派は高い統合機能と調整能力を発揮している。「全体としての政治的意見の形成や妥協の成立のためには、議員数の多さや議会に代表されている文化、民族、原語、政治運動の多様性にもかかわらず、第一次的には諸会派の義務であるところの統合が必要である」ところ、「欧州議会が、国内議会と異なり、(政府)与党と野党という対抗では特徴づけられないと

いう状況は(…), 一方では, 所属議員の一定の自由度を会派に許すことになり, 他方では, そのため事案ごとに所属議員を共同行動へと動かすという任務を広範に会派に付与することになる。

③ 欧州議会の活動は主に会派単位であり¹²⁰⁾, しかも二大会派 (EVP と S&A) が協働的に行動してきたので, 小規模政党の増加は欧州議会の決定能力の障碍となっていない。阻止条項の消滅に伴って議会に代表されることになるだろう小政党も既存の会派に包含される可能性がある。その場合に同質性の減少から会派内部での困難が生じるおそれは, 会派の高い結合力に加えて, 会派内部での意見の相異が予期されるのは個別の問題においてのみであるという理由からしても, 誇張である。二大主要会派間の合意に至らない場合でも, 5%阻止条項の撤廃で予期される小政党の議員数が通常の多数決を妨げることにはならない。「欧州議会における『既存の』会派は協調の意思を示しており, 必要な議決多数を形成する状況にある¹²¹⁾。小規模政党の議員がもとから議会での協働に距離を置くのではない限り, 彼らの存在が欧州議会の既存の政治グループから秩序ある議会プロセスにおいて決定に至る可能性を奪う点を大きく見積もらなければいけないという見方は, いかなる点でも主張しえないか, 少なくとも偏ったものである。」

④ 確かに, 欧州議会の議決は常に単純多数 (EU 運営条約231条) だけで済むものではなく, 案件によっては特別多数が必要である¹²²⁾。「大多数

120) 欧州議会議院規則30条は, 「欧州議会の会派の設立には, 共通の政治理念を有する少なくとも25名の議員が存在し, かつ4分の1以上の加盟国の議員で構成されなければならない」と定める。

121) 別の箇所では判決はこうも述べる。「理事会および委員会との, いわゆる『第一読会の合意』を得る欧州議会の能力が, 小規模政党のさらなる参入によって著しく悪化するとは明白にはいえない。法定立手続に関与する諸機関は, 第一読会で立法が承認され得るために, 非公式な交渉の枠内で第一読会前に法案の共同提出に合意する (『第一読会の合意』) のに尽力するのが通例である。「立法行為の70%は議会の第一読会前の機関間の事前交渉に基づく合意が成立しており, 条約の予定する第三読会や調停手続を備えた立法手続 (EU 運営条約294条……) が用いられる必要はないほどである」(11年判決 [333])。

122) 例えば, 第二読会における欧州理事会第一読会の立場の否決・修正のための総議員の過半数 (EU 運営条約294条7項b号・c号), 欧州委員会不信任動議可決のための総議員の

の議員が可能な交渉相手としては当初から問題外とされ、またはそのような意味で評価され、協調する意思のある会派による必要投票数が僅差でまたは特定の条件でしか達成されないような場合においては、特別多数の獲得や、とくに表決の前段階の交渉の際の特別多数の維持は確実に困難になる」。「欧州議会の機能毀損が考慮される可能性がある (allenfals) のは、現実的な評価にてらして、協調する意思を原理原則的に持たない議員の数が、通常の運用上、特別多数を常に達成できないほどに増えるような場合である。このような状況が本件の争点である阻止条項の撤廃により発生しうるとは想定しえない」。

⑤ 「多数派形成についての予期される困難のリスク (Risiko) は、機能毀損の危険 (Gefar) と同一視されてはならない」。「口頭弁論で意見を述べた有識者と欧州議会の議員らは¹²³⁾、欧州議会への小政党のさらなる参入によって多数派確保が困難になるという予測を述べていた点で基本的に一致していた。しかしながら、この点だけでは、平等選挙と政党の機会均等の原則への侵害を正当化しうる、ある程度の蓋然性をもって予期されうる欧州議会の活動力の毀損 (自治体阻止条項08年判決 [114] 参照) を証明するには、十分ではない。どの意見陳述人も、現状に対する重大な変化を示しており、かつ議会意思形成の妨害の傾向が潜むような展開を立証することに成功していない」。

(3) 欧州選挙 5 %阻止条項の正当化事由の否認

かくして11年判決は、こうした「欧州議会の特殊性」を EU の法状況や口頭弁論における証言も根拠にしながら、以下のような説示をもって、

↳ の過半数かつ投票の 3 分の 2 の多数 (同234条 2 項第 1 文)。

123) 口頭弁論 (2011年 5 月 3 日) では、R. エゲラー連邦選挙管理官、H. シュミット (マンハイム大学社会調査センター教授・政治学)、A. マウラー (インスブルック大学政治学研究所研究員・政治学) が意見を述べた他、E. ブロクラ 4 名の欧州議会議員が意見を述べている。なお、14年判決の審理における口頭弁論 (2013年12月18日) では、欧州議会議長 M. シュルツも召喚されている。

欧州議会選挙の5%阻止条項を正当化する「やむを得ない事由」の否認に至る(11年判決[335-342]。傍線は本稿筆者)。

① 「安定した政権」形成と立法手続上の安定多数派の確保について

「5%阻止条項は、ドイツ連邦議会の選挙の場合には、活動力のある政府を選出し継続的に支える安定多数派の形成が不可欠であり、かかる目標は議会における数多くの小グループへの破片化のために危殆に瀕するという点に、その正当性を本質的に認めることができる。それゆえ、立法者には、有権者の中の政治的諸見解が議会に広く代表されるという比例代表制をもって追求される意図の一定程度の断念も許されている(……)。これに匹敵するような法益事情は、EU条約後の欧州レベルでは存在しない。欧州議会は、その継続的な支持を必要とする欧州政府を選出するわけではない。EUの立法は特定の会派の安定した連合に基づいて成立しており、野党と対決する欧州議会の中にある不変の多数派に依存する程度は低い。このことは、国内議会でも伝統的に少数派の権利として制度化されてきた議会の情報受領権・統制権については、いっそう当てはまる。阻止条項による平等選挙・政党の機会均等を侵害するやむを得ない事由を欠いているがゆえに、欧州レベルでの比例代表選挙の要請をもって追求される欧州議会における代議制民主主義の構想(EU条約10条1項)が制限なしに発揮されうるのである。この点は、EU法の定立者が欧州議会の「破片化」に対する予防装置を自ら講じる必要性を感じずに、単に加盟国に議席配分について最小限の境界を設ける(欧州議会直接選挙法[*Direktwahlakt*] 3条)もしくはこれに類似の効果を持つ選挙法の制度化を講ずる可能性のみを認めた点とも平仄が合うのである」。

② 「統合過程としての選挙」という性格の維持について(政治過程の「開放性」との関係)

「政治的意思形成の際の統合過程としての選挙の性格も、欧州基幹法の中で規定された政党の欧州的性格(Europabezug)(リスボン条約に基づくEU条約10条4項¹²⁴⁾参照)も、小政党の欧州議会への参入を阻止条項の助けにより拒否することを正当化しえない。欧州選挙法の法制化という任務は、政治的な意見分布の多様性の幅を——例えば国民代表議会における決定過程のより良好な見通しの意味で——切り詰めることではない。そうではなく、まさに欧州レベルだからこ

124) EU条約10条4項は、「欧州レベルの政党は、欧州の政治意識の形成及び連合市民の意思の表明に寄与する」と定める。

そ政治過程の開放性が維持されなければならないのである。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。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に持ち込まれる。それに対応した刺激を政治的に消化して、そうした過程を可視化させることこそ、議会での討論の意義と目的なのである」。

③ 欧州議会でのドイツの国益の代弁者の必要性について（「フィードバック論」）。

「阻止条項はドイツの国益の実効的な代弁者を保障するのに必要だというテーゼがあるが、欧州議会に各国の使節団 (Delegation) がいるわけではないのだから（会派のトランスナショナルな性格について、欧州議会議院規則30条参照）、このテーゼは、会派に結合しない小規模政党に与えられた議席のために議会活動における各会派内でのおよび会派を経由してのドイツの影響力が低下するという意味でのみ理解されうるにすぎない。そもそも欧州選挙の枠内での国益の維持を別異取扱いの正当な出発点として提示しうるのかという問題は別にしても、それが選挙法上の不平等扱いへの説得力ある事由だといえないことは明らかである。立法者には、欧州レベルにおいて大政党は小政党よりも自党の見解を大きな見込みで実現させる公算があるという理由だけで、大政党を優遇することは許されていない」。「同様のことは、欧州議会でのドイツの議席枠の議員のドイツ連邦議会への政治的なフィードバック (politische Rückkoppelung) というドイツ連邦議会が主張する観点に対しても、それによってドイツの国益の代表の実効性が確保されるのだという点では、当てはまる。しかし、その点を別にすればこの観点で論じられているのは——それ自体は確かに重要だとしても——憲法上の意義を認めることのできない政治的願望である。欧州連合の多層的システムにおける議会間の政治的活動の一致をいかに具体的に形成しうるかという点は、とりわけ有権者が国内レベルと欧州レベルでどのように投票するかに左右される。ドイツ連邦議会は、5%阻止条項の助力で欧州議会の政党数を削減しないと諸議会間の実効的な協調が著しく毀損されるのだという事実法則を示していない」。

3 11年判決後の展開と、欧州阻止条項14年判決 (BVerfGE 135, 259)

(1) 欧州選挙法第5次改正と EU をめぐる情勢

11年判決によって2014年5月の欧州選挙までの法改正を余儀なくされた

連邦議会は、当選最低得票率を3%に引下げる改正法を2013年6月13日に通過させ(左翼党を除く与野党が賛成)、欧州選挙法第5次改正(改正法[BGBI S. 3749]は同年10月7日公布・同10日施行)を実現させた。

この間の注目すべき動きとして、以下の3点を挙げておこう。第1に、2012年11月22日、欧州選挙について「議席配分に対する合理的で相当な最低限度の境界線を設けること」を加盟国に要請する欧州議会の(非拘束的な)決議である(2012/2829 [RSP])。そもそも、DWA 3条は各国に5%以下の阻止条項を認めていることから、フランス、リトアニア、ポーランド、ルーマニア、スロバキア、チェコ、ハンガリー、クロアチアが5%、イタリア、オーストリア、スロベニアが4%、ギリシャが3%の阻止条項を設けている(英国、ベルギー、フィンランド、スペインなど、阻止条項を持たない国は、2009年時点で27カ国中15カ国にとどまる)。阻止条項を設けないキプロスが採るような逓減式比例配分も「事実上の阻止条項」として機能している。このようなEUの状況に照らせば、ドイツが欧州選挙に5%阻止条項を設けることも不自然ではなかったし、まして3%であれば穏当な部類に属するものであったのである¹²⁵⁾。

第2に、EU 統治機構における欧州議会の地位の上昇である。2007年のリスボン条約に基づくEU 条約改定(2009年発効)の結果、欧州議会は欧州委員会を従前の「承認する」機関から「選出する」(EU 条約14条3項)機関へと格上げされた。また、欧州委員長は欧州理事会の指名に基づき欧州議会が選出するという従来の手続に変更はないものの、指名に際して「欧州議会の選挙結果を考慮」することが明文化され(同17条1項)、2012年11月22日の欧州議会決議(2012/2829 [RSP])は同規定の確認に加え、で

125) スロバキア憲法裁は2009年2月11日の判決の中で、欧州議会選挙の5%阻止条項について、著しく深刻なものではなく、重要な候補者の妨げになるものではない措置として憲法上の問題はないと判示している(PL. ÚS 6/08, vgl. Bernd Grzeszick, Demokratie und Wahlen im europäischen Verbund der Parlamente, EuR 2012, S. 677)。欧州選挙の各国の選挙制度については、vgl. z. B. Dieter Nohlen, Wahlrecht und Parteiensystem, 6. Aufl., Opladen/Farmington Hills, MI 2009, S. 409 (Tabelle 65)。

きるだけ多くの欧州委員会委員を欧州議会議員から選ぶことを求めた。こうして、欧州議会の最大会派の推す「筆頭候補」が指名される運用になった（その後、2014年のパロージ委員長任期満了に伴い、2014年の欧州選挙で最大会派になった EPP のユンカーが次期委員長候補者に指名され、同年11月に委員長に就任した）¹²⁶⁾。このような欧州議会と欧州委員会の「議院内閣制」的運用への変化とそれに伴う欧州議会内の与野党対抗関係の先鋭化の可能性は、3%阻止条項導入の欧州選挙法改定の際にも意識されていたのである（vgl. Drucksache 17/13705, S. 5）。

第3に、2010年の「ソブリン危機」以降2012年夏までの3波にわたるユーロ圏危機は EU の存立基盤を揺るがす事態であったが、一連の危機とそれへの事態処理のための欧州的取組みは¹²⁷⁾、11年判決の時点では十

126) この点、さしあたり、森井祐一「反ヨーロッパ意識の政治的意味」ドイツ研究（2015年）22-24頁以下参照。

127) とくに、ユーロ危機への臨時措置としての「ユーロ救済傘」(Euro-Rettungsschirm)、や、その後、に常設制度として導入された欧州安定化メカニズム (ESM) の中で巨額の負担を強いられたドイツ国内の不満は（ギリシャ等の被救済国の反発とは別の意味で）強く、憲法上の疑義のかたちで連邦憲法裁への提訴が相次いだ、連邦憲法裁は ESM を——いくつかの重大な留保を付しつつも基本的に——是認する方向での判決を下してきた (BVerfGE 129, 124; 130, 318; 132, 195; 134, 366; 135, 317)。ESM 関連判決については、EU の政策的見地を安易に追認した点への批判（この点、Karl-Friedrich Lenz「ユーロ危機の法律問題」青山法学論集56巻4号 [2015年] 47頁以下参照。）がある一方、全面肯定ではなく種々の留保を付した（„Ja, aber“ 命題）点に EU 統合への桎梏となりかねない司法積極主義を警戒する評価（vgl. Thomas M. J. Möllers/Katharina Redcay, Das Bundesverfassungsgericht als europäischer Gesetzgeber oder als Motor der Union?, EuR 2013, S. 409 ff. 田中素香『ユーロ危機とギリシャ反乱』[岩波書店, 2016年] 106-108頁も懐疑的論調）もあり、評価の見定めの難しいところである。ESM 関連判決の複雑な争点については、Lenz・前掲の整理が有益である。他に、後掲（註146）・（註174）の中西優美子の一連の判例研究も参照。ユーロ圏危機に対するドイツ公法学の反応として、vgl. auch Martin Nettesheim, „Euro-Rettung“ und Grundgesetz, EuR 2011, S. 765 ff.; Wolfgang Kahl, Bewältigung der Staatsschuldenkrise unter Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts—ein Lehrstück zur horizontalen und vertikalen Gewaltenteilung, DVBl 2013, S. 197 ff.; Christian Joerges, Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise, Der Staat 2012, S. 357 ff. S. カデルバッハは、ユーロ危機への対応の際に如実になった EU 統治機構における民主的正統性の欠如を受けとめ、欧州議会を各国議会から任命される第

分に予見できなかったことであり、ここに阻止条項の正当化を裏付ける事実上・法律上の状況変化を認める見解も出てくるようになった¹²⁸⁾。制度上も、例えば EU 運営条約126条は、巨額財政赤字を抱える加盟国に対して欧州理事会が求める赤字削減措置が履行されない場合の欧州投資銀行の貸付方針の見直し請求権を欧州理事会に認める一方、その際の欧州議会への通知義務を課し(11項)、また当該措置の実施細目の議定書に代わる規定を欧州理事会が特別立法手続で定める場合(14項)にも欧州議会への事前協議を求めている。こうした点からも、欧州議会の多数派形成を困難にする少数政党の乱立や欧州懐疑派の議席獲得には警戒が強まっていた。

(2) 3%阻止条項への違憲判決と2014年欧州議会選挙

しかし他方では、最低得票率3%の引下げでは不十分とする声が、とくに小規模な政党・政治団体や市民運動の中に存在しており、これらの政党・団体から改正欧州選挙法の違憲判断を求める憲法異議・機関訴訟が連邦憲法裁に提起される¹²⁹⁾。これを受けて、2014年2月26日の連邦憲法裁第2法廷は、「ドイツの欧州選挙法において現在——現在の状況の点でも、十分な確実性をもって予測可能な展開の点でも——阻止条項がすでに必要性がないものになっている」と結論づけ、改正後の欧州選挙法2条7項を違憲とする判決を下したのである(BVerfGE 135, 259. 以下, 14年判決)。14年判決は11年判決と論点の多くを共有し、その判断枠組みも11年判決を基本線で踏襲しているので、両者あわせて後述5で検討する。

欧州議会選挙の実施を約3か月後に控えた違憲判決に、実務上の影響は

↘二院 (Staatenkammer) を伴う二院制議会への改編などの機構改革を提案する (Stefan Kadelbach, Lehren aus der Finanzkrise—Ein Vorschlag zur Reform der Politischen Institutionen der Europäischen Union, EuR 2013, S. 489 ff., insb. 497–501)。

128) z. B. Walter Frenz, Die Verfassungskonformität der 3-Prozent-Klausel für Europawahlen, NVwZ 2013, S. 1060 f.

129) 憲法異議の申立人は総計1125名、機関訴訟を提起した政党・有権者連合は17団体に及ぶ大きな訴訟となった (うち7団体の訴えは不適法却下)。

大きかった。もはや法改定の時間は残されていなかったため、違憲と判断された欧州選挙法2条7項を適用しないかたちで、5月25日にドイツでの欧州議会選挙は実施された。同日または前日に他の加盟国でも実施された2014年欧州選挙は、フランスでは極右の国民戦線(NF)が、英国では欧州離脱派の英国独立党(UKIP)がそれぞれ第一党になるなど、各国において欧州懐疑派や極右勢力の躍進として特徴づけうる結果になったことは周知のとおりである¹³⁰⁾。そうした流れの中、阻止条項を全廃したドイツの場合、得票率わずか0.6%でも1議席を獲得する結果になり、極右のNPDを含む多数の政党が当選することになった¹³¹⁾。2009年選挙で(CDU/CSUは1つの党とした場合)5つだったドイツの議席獲得政党は、2014年選挙では13(その後のAfDの分裂¹³²⁾で14)に急増したのである。

130) 14年選挙における欧州懐疑派の躍進の意味について、さしあたり、森井・前掲(註126)19頁以下参照。14年選挙の前史と選挙結果についての概観は、根岸隆史「EU(1)―2014年欧州議会選挙結果とEUの動向」立法と調査355号(2014年)114頁以下、同「EU(2)―2014年欧州議会選挙結果とEUの展望」同359号(2014年)79頁以下が有益である。

131) 2014年5月25日欧州議会議員選挙(ドイツ96議席)の政党別獲得議席数は下表のとおりである(連邦選挙管理官の公表データを基に作成。括弧内は得票率。FW=「自由な有権者の党」、ÖDP=「ドイツ環境党」、DIE PARTEI=「労働・法治国家・動物保護・エリート育成・草の根民主主義イニシアティブの党」)。

CDU	CSU	SPD	AfD	家族党	FDP	FW	左翼党	動物保護党	緑の党	海賊党	ÖDP	NPD	PARTEI
(35.3)		(27.3)	(7.1)	(0.7)	(3.4)	(1.5)	(7.4)	(1.2)	(10.7)	(1.4)	(0.6)	(1.0)	(0.6)
29	5	27	7	1	3	1	7	1	11	1	1	1	1
34		27	8		4		8		13			1	1
EVP		S&D	EKR		ALDE		EUL/NGL		Vers/ALE			無所属	

Vgl. auch Gerd Strohmeier, Funktioniert Weimar auf EU-Ebene?, ZfP 2014, S. 346 ff.

132) 2014年欧州選挙で躍進したAfDは2015年7月に分裂し、同党所属の欧州議会議員5名は、B. ルッケ派が設立した「進歩と出発のための同盟」(ALFA)に移籍したが、会派については引き続きAfDと同じEKRに所属している。AfDの右傾化と離党派によるALFAの設立については、中谷毅「『再国民化』と『ドイツのための選択肢』」高橋進・石田徹編「『再国民化』に揺らぐヨーロッパ」(法律文化社、2016年)83頁以下参照。

AfD の得票率は7.1%なのでその議席獲得は阻止条項撤廃の恩恵とはいえないが、それでもこの政党の7議席獲得という結果は欧州議会における欧州懐疑派の伸長を象徴するものであり、そうした流れを後押しするものとしてドイツ選出議席での阻止条項撤廃が捉えられたのもやむを得ないところであろう。

(3) 違憲判決への学説・世論の反応

すでに11年判決の段階から、阻止条項を違憲とした連邦憲法裁は毀誉褒貶にさらされていた。破片政党の参入を快く思わない既存政党はもちろん、欧州統合に積極的な立場からは欧州統合の足を引っ張る判決と受け止められた。「この判決は栄光の頁などでは断じてない」とする C. シェーンベルガーの判例評釈は、「自身の判例の無視、内向き志向と EU 法のフェードアウト、選挙法の憲法的基準の緻密さを欠く一律的適用、過去の判例の基本原理の全く別の文脈への杓子定規の援用、ドイツの選挙法立法者に対する全面的な懐疑、欧州議会の活動様式への無知とその上から目線のいびつな再構成、連邦議会との観念的な比較による欧州議会の位置づけ、欧州的结合の中でドイツ連邦議会と同様に連邦憲法裁にも信託されているはずの欧州議会に対する責任感と制度的配慮の欠落」と罵詈雑言に近い非難の言葉を浴びせている¹³³⁾。急激な欧州統合には慎重な公法学者 C. ヒルグルーバーの視点からも、欧州統合の流れに掉さすような連邦憲法裁

133) Christoph Schönberger, Das Bundesverfassungsgericht und die Fünf-Prozent-Klausel bei der Wahl zum Europäischen Parlament, JZ 2012, S. 85 f. 他に11年判決に批判的な文献として, z. B. Frenz, a. a. O. (Anm. 128), S. 1059 ff.; Grzeszick, a. a. O. (Anm. 125), S. 667 ff.; Jörg Geerlings/Andreas Hamacher, Der Wegfall der Fünf-Prozent-Klausel bei Europawahlen, DÖV 2012, S. 671 ff.; Christian Hillgruber, Wahlprüfungsbeschwerde-Fünf-Prozent-Sperrklausel- Starre Wahllisten- Wahlrechtsgleichheit- Chancengleichheit- Zähl- und Erfolgswert von Stimmen-Europawahl-Funktionsfähigkeit des Europaparlaments, JA 2012, S. 316 ff.; Hergen Eilert, Anmerkung, DVBl 2012 S. 234 f.; Wendt, a. a. O. (Anm. 78), S. 443-448; Pascale Cancik, Wahlrecht und Parlamentsrecht als Gelingensbedingungen repräsentiver Demokratie, VVDStRL 72, 2012, S. 287.

の姿勢は理解に苦しむところであった。「おそらく判決に与した裁判官たちは、ドイツの憲法がいつその統合に対抗的であることを近い将来もう一度確認せずにすむように、これまで多くの点で精力的に前へと進められてきた欧州の統合過程を欧州議会の『断片化』を通じていくらかでも遅らせることさえ期待しているのだろう」と皮肉な批評を寄せている¹³⁴⁾。それでも欧州選挙の阻止条項への疑義は79年判決時から根強く存在しており、これを違憲とした11年判決を当然視する評価も少なくはなかった¹³⁵⁾。しかしながら14年判決となると事情はやや異なる。11年判決を踏まえた連邦議会の法改正を14年判決が簡単に違憲と判断したことで、連邦憲法裁への風当たりは——3%条項の擁護論に加えて、連邦憲法裁の積極主義的姿勢について——さらに強まった¹³⁶⁾。判決翌日のSZ紙には、「カールスルーエの傲慢」(CDU議員)、「議会への敬讓の念の欠落」(同盟90/緑議員)といった連邦議會議員からの非難が紹介されている¹³⁷⁾。欧州

134) Hillgruber, a. a. O. (Anm. 133), S. 319. リベラルな論説で知られる H. プラントゥル (SZ 紙論説員) も「これは反阻止条項の判決なのではなく、反欧州議会の判決なのだ」と評している (Heribert Prantl, Ist eh schon wurst, in: SZ v. 10. Nov. 2011)。

135) 11年判決に肯定的な文献として, Morlok, a. a. O. (Anm. 21), S. 76 ff.; Oliver W. Lembcke, u. a., Wandel der Wahlrechtsrealitäten—Zur Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 7 EuWG, DVBl 2012, S. 401 ff.; Sebastian Roßner, Verfassungswidrigkeit der Fünf-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht, NVwZ 2012, S. 22 ff.; Rainer Wernsmann, Verfassungsfragen der Drei-Prozent-Sperrklausel im Europawahlrecht, JZ 2014, S. 23 ff. 拘束名簿式の合憲判断の点は別として, auch von Armin, a. a. O. (Anm. 117), S. 224 ff.

136) 14年判決に好意的な文献として, Wolfgang Kahl/James Bews, Die Verfassungswidrigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel bei Europawahlen, DVBl 2014, 737 ff.; Martin Will, Nichtigkeit der Drei-Prozent-Sperrklausel bei Europawahlen, NJW 2014, S. 1421 ff. 他方, 14年判決に批判的な評釈として, Bernd Grzeszick, Weil nicht sein kann, was nicht sein darf: Aufhebung der 3%-Sperrklausel im Europawahlrecht durch das BVerfG und dessen Sicht auf das europäische Parlament, NVwZ 2014, 537 ff.; Walter Frenz, 3%-Klausel als europäischer Mindeststandard beim Wahlrecht, DÖV 2014, S. 960 ff.; ders., Anmerkung, DVBl 2014, S. 512 ff.; Thomas Felten, Durfte Bundesverfassungsgericht die Drei-Prozent-Hürde bei der Europawahl überprüfen?, EuR 2014, S. 298 ff.; Volker M. Haug, Muss wirklich jeder ins Europäische Parlament?, ZParl 2014, S. 467 ff.

137) Vgl. SZ v. 27. Feb. 2014. CDU/CSU 連邦議會議員団長 V. カウダーも、各憲法機関のメ

統合推進派の社会学者 U. ベックにとっても、この判決は問題含みの内容であった。新聞インタビューに応じたベックは、欧州議会の安定と正確な民意の反映のバランスの中で連邦議会が判断した最低得票率3%への引下げを覆したことにつき、「憲法裁判官たちは自らを議員より優れた存在だと思っているのか」と批判すると同時に、判決の中にあるポピュリズム的な「憲法の衣装をまとった欧州懐疑主義」と、多様さ (Vielfalt) を超える多数さ (Vielheit) を欧州政治に求める発想とが、一時的であれ主要政党を弱体化させて「欧州議会のバルカン化」をもたらすのではないかと懸念する¹³⁸⁾。さらに、元連邦憲法裁長官のH.-J. パピーアまでもが、「結論も論証も妥当ではない」と否定的なコメントを新聞に寄せている¹³⁹⁾。

4 個別意見

特筆すべきは、11年判決と14年判決のいずれも5対3の僅差の成立だった点である(4対4の同数の場合、違憲判断は下されない[連邦憲法裁判所法15条4項第3文])。自治体阻止条項08年判決でも1名の反対があったが、このような大きな亀裂が生じたのは、1952年以降の阻止条項関連判例において初めての事態である(自治体阻止条項08年判決に反対した裁判官は個別意見を書いていない)。11年判決にはデイ・ファビオ裁判官=メルリングホフ裁判官(BVerfGE 129, 300 [346]. 以下, 11年反対意見)、14年判決にはミュラー裁判官(BVerfGE 135, 259 [299]. 以下, 14年反対意見)の筆による阻止条項合憲説からの個別意見が付された。この2つの反対意見は判決法廷意見へ

↘政治的形余地を尊重してきた裁判所の自制が本判決では遵守されていないと批判する(vgl. Die Welt v. 3. Apr. 2014)。

138) Ulrich Beck, Interview in FAZ v. 27. Feb. 2014. ベックの欧州統合思考とユーロ危機後の情勢への彼の危機感を良く示すものとして、ウルリッヒ・ベック(鳥村賢一訳)『ユーロ消滅?—ドイツ化するヨーロッパへの警告』(岩波書店, 2013年), とくに39-43頁参照。

139) Jochen Gaugele, Papier sieht Fünf-Prozent-Klausel in Gefahr, in: Die Welt v. 8. Mär. 2014.

の最も強力な批判となりえており、以下の検討に際しては、この2つの反対意見の指摘も適宜参照することになる。

興味深いのは、デイ・ファビオとメルリングホフは、自治体阻止条項08年判決にも（とくにメルリングホフはBerichterstatterとして）関与している点である。08年判決には個別意見が付されていないので違憲判決に反対した裁判官の特定はできないが、デイ・ファビオとメルリングホフの少なくとも1名は、自治体阻止条項08年判決の違憲判断には賛成し、欧州阻止条項11年判決では違憲判断に反対したということになる¹⁴⁰⁾。08年判決に賛成し、11年判決に反対した裁判官にとっての両事案の相違は何であったかも、以下の検討を通じて明らかになっていくであろう。

5 欧州阻止条項二判決の争点の検討

(1) EU法との関係

まず前提的な論点として、EU法が5%阻止条項を許容性していることとの関係が問われる。5%訴訟の被告連邦議会は、DWA 3条が、「議席配分について加盟国は最小限度域（minimum threshold）を設けることができる。但し、このハードルは全国で得票の5%を超えるものであってはならない」と定める以上、加盟国であるドイツが5%阻止条項を採用することに問題はないと主張した（11年判決 [310]）¹⁴¹⁾。しかし、この主張に対する11年判決の判断は、「ドイツの5%条項の憲法上の審査は、拘束力のあるEU法上の要請に制約されるものではない」というものである。DWA

140) なお、U. デイ・ファビオは、早くから欧州統合の流れに肯定的な公法学者であった。公法学における欧州統合親和的アプローチの代表をデイ・ファビオ、統合懐疑的アプローチの代表を E. シュミット＝アスマンと位置付け、両者の所論を対比的に検討するものとして、vgl. Shu-Perng Hwang, Der deutsche Verfassungsstaat im europäischen Mehrebenensystem: Überlegungen zur Auseinandersetzung zwischen den integrationsfreundlichen und -skeptischen Ansätzen, EuR 2015, S. 703 ff.

141) このような主張として、z. B. Schönberger, a. a. O. (Anm. 133), S. 81 f.; Geerlings/Hamacher, a. a. O. (Anm. 133), S. 677.

3条の規定は得票率5%までの阻止条項の設置を加盟国に認めているだけで、その設置を義務づけるものではないという理解から、同条の内容を反映した阻止条項と「基本法により基礎づけられる選挙の諸原則との適合性に関する国内における審査の射程が影響を受けることはない」と結論する(11年判決 [317])。DWA 3条のこのような解釈には強い批判もあり¹⁴²⁾、また基本法23条2項のEUへの協力義務に阻止条項設定の憲法上の根拠を見出す説などもあるが¹⁴³⁾、11年判決の関心は国内法である欧州選挙法の違憲審査基準は国内選挙法制のそれと違いはないという点の論証にあったので、EU法であるDWAの解釈やその基本法との整合性の検討についてここで踏み込む必要を感じなかったのであろう。

しかし、3%訴訟でも被告側は、欧州法の国内法化に対する連邦憲法裁の審査権の限界の論証のためにDWA 3条を援用することになる。① DWA 3条は、加盟国の裁判所による阻止条項の違憲審査を、当該条項が各国の特殊性を斟酌してなお比例性を欠くかの点に限定するものである、② これとは異なる同条の解釈を加盟国の裁判所が採用するのであれば、EU運営条約267条の先決裁定手続を踏まなければならない¹⁴⁴⁾、というのである(14年判決 [278] 参照)。この主張に対しても、14年判決は、DWA 3条の文言やその改正時の議論を(11年判決よりもやや詳しく)検討した上

142) シェーンベルガーは、DWA 3条が義務規定ではないからといって、その規範的意味が失われるわけではないとし、同条はその立法趣旨からしても加盟国全てがなんらかの阻止条項を設けることを前提に得票率5%以内という国内法で覆されることのない「安全範囲」(Unbedenklichkeitskorridor)を設定したものだという、憲法裁とは異なる解釈を提示する。DWA 3条が「できる規定」である点を根拠に同条の制定者が「欧州議会の『破片化』への対処装置を自ら講ずる必要性を感じていなかった」と解する11年判決の事実認識(11年判決 [336])に対しても、「まったくの歪曲」だと手厳しい(Schönberger, a. a. O. [Anm. 133], S. 82)。14年判決についての同様の批判として、Frenz, a. a. O. (Anm. 136), 3%-Klausel, S. 962 f.; Felten, a. a. O. (Anm. 136), S. 306-309。

143) Frenz, a. a. O. (Anm. 136), 3%-Klausel, S. 963-965。

144) その論旨については、vgl. Felten, a. a. O. (Anm. 136), S. 308 f. 先決手続については、中西優美子『EU法』(新世社、2012年)第15章、M. ヘルデーゲン(中村匡志訳)『EU法』(ミネルヴァ書房、2013年)156-161頁等参照。

で①の主張を斥け、ゆえに欧州司法裁判所シルフィット判決¹⁴⁵⁾が各国の先決裁定申立義務の免除事由に挙げた「EU法の正しい適用があまりに明白で合理的な疑いの余地をまったく残さない場合」(Case 283/81 CILFIT v. Ministry of Health [1982] ECR 3415, para. 21.)に該当するとして、②の主張も斥けた(14年判決[283 f.])。この②の判断について寄せられたEU法研究者からの多くの批判¹⁴⁶⁾も興味深いところであるが、本稿の直接的

145) この事件については、中村民雄「先決裁定の付託義務範囲」中村民雄・須網隆夫編『EU基本判例集[第2版]』(日本評論社、2010年)94頁以下参照。

146) T. フェルテンの判例評釈を参考に、問題の所在のみ指摘しておきたい。欧州司法裁判所の先決手続の要否については、DWAの法的性格を、EU法の基幹法(第一次法)と解するか、派生法(第二次法)と解するかが問題になる。欧州司法裁判所の先決裁定手続は、基幹法については解釈権のみで、有効性に関する判断権を持たないが、派生法であれば、その効力についても判断することができる(EU運営条約267条第1段)からである。これに対応して、連邦憲法裁は、派生法に対しては、EC(当時)の司法機関の人権保障が「基本法によって不可欠とされる基本権保護と本質的に同視でき、基本権の本質的内容を一般的に保障するものである限り」で、裁判権を行使しないと自己制約を課してきた(BVerfGE 73, 339 [387]: Solange II決定[内容は、奥山亜喜子「欧州共同体の派生法に対する連邦憲法裁判所の裁判権」ドイツの憲法判例I 426頁以下参照])。DWAが加盟国の批准を得た国際条約の性格を持つことから、DWAを基幹法と解する説もドイツのEU法研究者の中では有力である。しかし、フェルテンは、現行3条が挿入された2002年改正部分については、形式上は批准の手続を経ているとしても、EU条約190条4項を根拠とする派生法だと解する。DWA3条が派生法と解しうるのであれば、これに対する憲法裁判所の審査は制約される一方、先決裁定手続でどのような判断が下されるかが問題になる。フェルテンは、EU条約やEU運営条約の関連規定や欧州司法裁判所および欧州人権裁判所の関連先例から、先決裁定手続においては、阻止条項が正当化されると推測する(Felten, a. a. O. [136], S. 309-319。欧州人権裁判所の判例にはトルコ国民議会選挙おける10%阻止条項の欧州人権条約違反性を否定したものがある[Yumak and Sadak v. Turkey, An. 10226/03])。さらに、シェンベルガーらは、阻止条項は(平等選挙原則の問題であるとはいえ)いわゆる同一性コントロール(Identität-Kontrolle)の対象ではなく権限踰越コントロール(ultra-vires-Kontrolle)の対象にとどまるので先決裁定の付託を要するという解釈を(連邦憲法裁のハネウエル判決[BVerfGE 126, 28 [304]]も論拠に)採用する(Schönberger, a. a. O. [Anm. 133], S. 81 f.; Felten, a. a. O. [Anm. 136], S. 306-309)。連邦憲法裁の権限踰越コントロールと欧州司法裁判所の先決裁定手続との関係について、ヘルデーゲン・前掲(註144)182-187頁参照。ハネウエル判決の評釈として、中西優美子「ドイツ連邦憲法裁判所によるEU機関の行為に対する権限踰越コントロール」同『EU権限の判例研究』(信山社、2015年)所収23頁以下参照。

な課題からは逸れるので検討を先に進めよう。

(2) 欧州選挙の審査基準——弱い議会 vs. 欧州に対するドイツの責任

11年判決・14年判決の主要争点の1つは、ドイツ国内の選挙と欧州選挙に同一の違憲審査基準（すなわち「阻止条項の法理」）を当てはめることの当否である。この場合とくに、阻止条項の必要性の判断において、国内議会（ドイツ連邦議会・州議会）と欧州議会の性質の違いを考慮すべきか（検討点①）、阻止条項の比例性の審査の前提となる平等選挙・政党の機会均等に対する侵害強度は、国内議会と欧州議会とで違いはあるのか（検討点②）、という2点が検討されねばならない。79年決定は、検討点①と検討点②のいずれについても同一のものと判断して、欧州阻止条項を合憲とした。これに対して11年判決は、検討点①について、欧州議会は与野党関係を前提にしていないという「欧州議会の特殊性」を重視し——議会の政治的多数派関係が執行部門の長の選出に法的には影響しないという点では、むしろドイツの自治体議会と共通性を持つ——と判断した上で、検討点②については、国内議会の場合と同様の侵害強度を認定している。

このような11年判決の枠組みに対しては、検討点①の点での「欧州議会の特殊性」があるからこそ、むしろ欧州議会における阻止条項の必要性はドイツの連邦議会・州議会と同じか、それ以上だという反対論がある¹⁴⁷⁾。11年反対意見も、与野党関係の不在という多数意見の説く「欧州議会の特殊性」は認めつつも、それとは別の意味での「欧州議会の特殊性」の存在を重視し、「連邦議会で展開されてきた議会内多数派による政府の形成に対する活動能力というコンセプトを基準とするのではなく、欧州議会の活動上の特殊性が適切に評価されなければならない」と述べる。法廷意見の見立てとは真逆で、「まさに欧州選挙の場合にこそ、明白な多数派関係の形成が重要な考慮要素となる連邦議会の選挙以上に、有権者は試験的な投

147) Schönberger, a. a. O. (Anm. 133), S. 83–85.

票を行い(experimentieren) やすい」からである(11年反対意見[353])。それゆえに発生しやすい極端な多党化の防止は、執行部門の形成とは「別の根拠」、すなわち「欧州議会ほどの大きな政治的責任を持つ議会」が立法手続における欧州理事会や欧州委員会との協働と対抗の中で自己の主張を貫徹すべき場面で必要な行動力・決定力の維持のために必須なのだ、と11年反対意見は説く。「これまでは著しい異質性という条件下でもそれに成功してきたからといって、そうした状況が、断片化の進行を妨げる阻止条項を正当化するものではないという立場を支える論拠にはなりえない」。「これ以上の政治的な断片化はなんであれ、合意を導くための時間的・人的な抵抗を高めるだろうし、有権者の高い認知度を持つ大きな政治勢力を縮小しかねない」のだから、こうした事態の阻止は「加盟国の責任」である(同[354 f.])。それゆえ、「ドイツが欧州議会の構成に部分的責任しか負っていないという点は意味をもたない」のであり、ドイツのような「まさに大きな議席割当を持つ国家は、その形成枠組みの中で欧州議会のさらなる断片化に対峙することに強く寄与するのである」(同[352 f.])。この欧州議会の安定化への「加盟国の責任」、とりわけドイツの大きな責任という認識は、11年判決の判決理由では正面から言及されていないが、事実の部分で指摘されている欧州議会におけるドイツの割当議席の評価ともかかわってくる(11年判決[303 f.])。欧州議会の破片化防止はドイツの議席割当部分だけの問題ではないので、阻止条項は目的適合性を欠くという議論は、すでにムルスヴィークの79年決定批判の中にみられる。ただし79年決定時点では、欧州議会定数410のうち81議席がドイツに割り振られていたため、ドイツ割当議席の安定が欧州議会全体の安定に大きな役割を果たすという主張にも一定の合理性があった。ところが、加盟国27となった2009年選挙の時点では定数736のうちドイツ割当議席は99議席と全体比は大きく下がっており、ドイツの阻止条項の目的適合性を低減させていることは否定できない。とはいえ、加盟国中最大の議席数である点に変わりはなく、欧州内におけるドイツの主導的地位を積極的に捉えれば、11年反対

意見のような「ドイツの責任」の強調につながるのであろう¹⁴⁸⁾。

(3) 侵害強度①——投票行動の流動化？

上記のように、**検討点①**において法廷多数意見とは異なる「欧州議会の特殊性」に着目する11年反対意見は、**検討点②**について、欧州議会の阻止状況のもたらす平等選挙・政党の機会均等への侵害は国内議会の場合に比べてより緩やかであるという認定を導き出す。その主要な論法は、有権者の投票行動の流動化を理由とする侵害の相対化（相対化論拠①）と、「比例代表制の補充規定としての阻止条項」論による侵害の相対化（相対化論拠②）である。

まず、**相対化論拠①**についてみておこう。11年反対意見は、欧州議会の与野党二元構造への変化という事実は、法廷意見のように将来の機能毀損の有無の認定論拠として考慮するのみならず、侵害強度の測定の際にも考慮されるべきものであったと考える。そのように考えた場合、新設の政党が欧州選挙において阻止条項のために議会進出を阻害される程度は連邦議会選挙とは同一ではない、と反対意見はいうのである。というのも、長期的にみて「有権者のいわゆるボラティリティが増加した場合すなわち固定投票層の信頼に足る結び付きが弱まる場合で、しかも欧州選挙の際に政府形成という観点での機能的な論拠も明らかに減少するもしくは意味すらなくなる場合には、侵害の強化もまた減少する」からである（11年反対意見[351]。傍点は本稿筆者）。さらに11年判決反対意見は以下のように、5%阻止条項の侵害強度の減少を論ずる。

「新たな政党・有権者連合の自然発生的な登場が示しているのは、5%の障壁は3年前の時点ですなわち、『緑の党』のような新参グループが安定化するのに、つまり5%阻止条項を克服しうる力を持つ諸政党の輪の中に徐々に昇格するのに長い助走期間を要する障害物だったが、もはや今日ではそうではないということ

148) この点で11年反対意見を支持する批評として、Hillgruber, a. a. O. (Anm. 133), S. 318.

である。今や事情は異なっている。その政党綱領の内容を誰も知らず、選挙後によくやく自らの意見を政治的テーマに仕上げるつもりのような新たな結集ですら、州議会選挙や連邦議会選挙でただちに阻止条項を克服する力を持っている。このように平等選挙への侵害程度の判定の点だけでも、欧州選挙の5%条項を正当化しようと1979年に判断した当法廷が、なぜに今日その判断を維持しないのか理解できない。」(11年反対意見 [350 f.])

しかし、**相対化論**①の描写する今日の有権者の状況が仮に的確だとしても、この論理をもって侵害強度を相対化することは、逆に阻止条項の必要性の基盤を揺るがす可能性を含んでいる。有権者のボラティリティの増加により少数派でも5%の障壁を克服するのは容易になっているのだとすれば、欧州議会の安定を阻害しかねない勢力(とりわけ過激な反欧州統合派)が議会に参入することはもはや阻止条項という手段では妨げられないということの意味するからである。

では、仮に5%阻止条項は憲法上正当化できないとしても、より穏当な3%阻止条項ならばどうだろうか。この点が問われたのが14年判決であった。直近の2013年連邦議会選挙の投票率を基準にした場合、3%阻止条項の下ならばFDP(4.8%)とAfD(4.7%)は議席を獲得できたし、海賊党(2.2%)も議席にあと一步のところまで迫っていた。14年反対意見は、こうした事実から3%条項の侵害は軽微だと考える(14年反対意見 [311])。対して法廷意見は、こうした立論による憲法裁の審査密度の後退を拒否し、「3%阻止条項が従前の5%阻止条項よりも平等選挙と政党の機会均等への侵害の度合いが少ないのは確かである。しかし、そのことから3%阻止条項にも伴う平等選挙の侵害を甘受し得るだとか、なんらの正当化も必要ないという結論にはならない」と反論する(14年判決 [290, 298])。そのように説示しながらも、しかし14年判決は得票率3%という値の侵害強度の測定を十分に論証しようとしな。ドイツの配分議席96に阻止条項を設けたところで欧州議会の全体の多党化は回避できないという11年判決の含意(前述本節②参照)を共有する14年判決からすれば、阻止条項は3%だ

ろうと2%だろうと必要性の基準をクリアできていないのである。そして、本来であれば「欧州議会における議席がすでに全投票の1%程度で獲得されるのだから、阻止条項は実践的効果を發揮している」という結論になる(同[290, 298])。必要性の基準をクリアできない以上、「3%阻止条項の相当性の問題は争点にならない」(同[299])というわけである。しかし、後述のようにドイツ国内には一方で自治体選挙での3%阻止条項復活論が根強く在り、また他方で連邦議会選挙での3%引下げ論が存在している点をかながみると(第IV章1(1))、この判決の中で連邦憲法裁の一定の見解を示すことで——それは連邦憲法裁がこれまで躊躇しなかった姿勢である¹⁴⁹⁾——その後の立法論に対する指針を与えるという選択もありえたところである。

(4) 侵害強度②——基本法の選挙制度に対する開放性？

相対化論拠②は、「憲法は選挙制度について開放性を有しており」、立法者による選挙制度の基本コンセプトの選択は憲法裁の審査・矯正するところではないという「選挙制度の開放性」論に支えられている(11年反対意見[348-350])。それによれば、「基本法38条に由来する選挙の諸原則は、1個の純粋なモデルの具体化について必要なのではなく、微修正や混合形態を認めている」のであって、比例代表制と多数代表制という「投票の結果価値の点で全くの対極に立つこの2つのモデルはともに、基本法により許容されている」。それゆえ、「憲法裁判所の審査は、選挙制度の個々の要素を取り出して、そこに強い平等の要求を向けるのではなく、選挙制度を全体として評価し衡量しなければならない。したがって、個別規定の問題の際にも、立法者によって選択された選挙制度全体が常に憲法上判断されなければならない、その際、補充的規定は常に首尾一貫性をもって審査されるべき当該規定それぞれの機能において検討されなければならない」。か

149) 連邦議会選挙での超過議席の発生について、議員定数の約5%を超える超過議席の発生を違憲状態と捉えた第1次超過議席判決(BVerfGE 95, 335)などはその典型例である。

くいう阻止条項も「比例代表制の補充的な規律」, すなわち少数の多様な政治的意見までも議会に反映させることに伴う欠点への「調整装置」(Regulativ)であるから, 上記のような衡量により合憲性が判断されなければならぬというのである。さらに, 11年反対意見は次のようにも述べる。

「投じられた票の多く——欧州選挙の場合10%程度——が阻止条項のために議席に結実せずは無駄になるという法廷意見もしばしば試みた定式は, しかしながら, そのような票を多数代表制と比較すれば, その重みは著しく相対化される。1回式多数代表制の場合, 候補者が比較第1位の票で議席を獲得する結果, 選挙区で投じられた圧倒的多数の票は議席に結びつかず, それによって『考慮されずに』終わる, すなわち2009年の欧州選挙のように投票数のわずか10%ほどが無駄になるだけではなく, 選挙区に投じられた投票の実に50%以上の票が議席になんらの影響力も与えずに無駄になるのである」。「5%阻止条項という付随条件を伴う比例代表制は結果価値の平等の観点からみれば多数代表制よりも決定的に深刻なわけではないのだが, 多数代表制ですら, すでに2008年に連邦憲法裁判所は連邦議会の議席の半数についての導入を可能性として選挙法定立者に推奨している¹⁵⁰⁾ (…)」(11年反対意見 [348 f.])

そして, 阻止条項は「どの有権者に対しても平等の投票価値を認め, どの有権者に対しても, 政党の候補者が5%の壁を越えて議会に入るのを自己の投票によって助ける同一の機会を与える」(11年反対意見 [348])。傍線は本稿筆者)ものとして, その機会の平等的性格が強調されている。

この11年反対意見の主張には, 以下のような三段論法的発想がみられる。① 阻止条項は比例代表制を採用した場合に避けられない多党化の弊害を矯正するための(ほぼ必置といえる)補充的制度にすぎない。② 阻止条項付きの比例代表選挙も, より多くの「死票」を伴う多数代表制に比べ

150) 負の投票価値判決において, 連邦憲法裁判所はいわゆる「負の投票価値」是正のための一案として比例代表選挙と多数代表選挙との併用制 (Grabenwahlsystem) の導入を挙げている (BVerfGE 121, 266 [307])。

れば侵害強度は軽微である。③ 基本法の下では多数代表制も認められるのだから(「選挙制度に対する基本法の開放性」), いわんや阻止条項付きの比例代表制は合憲である。

このような「制度準拠」的思考は SWW 判決ですでにみられ(本稿第1章1(1)参照), その前提にある「選挙制度に関する基本法の開放性」という認識自体も連邦憲法裁の判例で繰り返されているので(z. B. BVerfGE 95, 335 [349 f.]), 法廷意見の先例との整合性への批判としては, それなりの力を持つ¹⁵¹⁾。とはいえ, 仮に多数代表制の採用が合憲だとしても, 比例代表制に付随する阻止条項が平等選挙・政党の機会均等に及ぼす侵害の強度を相対化する論拠とはならないはずである。代表や民主政についてのコンセプトを異にする多数代表制と比例代表制について, 同一の土俵でその侵害強度を論じることは「無意味である」¹⁵²⁾からである。どの有権者にも

151) 学説内には, 判例の「選挙制度の開放性」論に対する異論も存在する。その代表格は, かねてより「開放性」論をドグマだと批判してきた M. モルロクである(vgl. Martin Morlok, a. a. O. [Anm. 41], S. 602-606. 11年判決に即して, ders., a. a. O. [Anm. 21], S. 79)。モルロクは, 基本法が選挙制度の具体化を連邦議会に委ねているとしても, 選挙制度の選択を議会の完全な自由だとは考えない。基本法38条1項が求める平等選挙の公理を真剣に受けとめるなら, かつ, 「憲法で認められた政党の役割も鑑みるなら, 選挙として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」(ders., Art. 38, in: Dreier, GG Bd. 2, 2. Aufl., Tübingen 2006, Rn. 101)である。このような主張は, H. マイヤーにも共有されている(Meyer, a. a. O. [Anm. 53], Rn. 31-34)。H. H. トゥルレーも, 比例代表制を, 多様な利益の反映, 投票の結果価値の平等の確保, 政治過程での少数派の維持などの機能を通じて「政治制度の受容性(Akzeptanz)と応答性(Responsivität)を多数代表制よりもはるかに良く担保するゆえに, 憲法適合的な選挙法制」だと捉え, 「これに反対する説には, 少数の票しか得ていない1個の政党が明確な多数議席を獲得できることなど規範的に受忍できないのに, 何故になお国民の適切な代表だといえるのかを立証する責任がある」とする(Hans-Heinrich Trute, Art. 38, in: von Münch/Kunig, GG Bd. 1, 6. Aufl., Berlin 2012, Rn. 16)。

152) Morlok, a. a. O. (Anm. 21), S. 79. ただし, だからといって, 11年反対意見の「阻止条項 = 比例代表制の補充的制度」論の説得力が直ちに減ずるわけでもない。比例代表制も「事実上の阻止条項」と呼ばれる落選の得票ラインを当然に内在しており, かつそのラインは集計方式によって変化するのだが, このような集計方式の選択に伴う議席配分上の不利益については(当該方式が一般的に利用されているものである限り), 連邦憲法裁が平等選挙・政党の機会均等違反を認定することは無いであろうからである(vgl. Strohmaier, ➤

自分の投票で得票率5%の壁を越える可能性は付与されているという論理は、多数代表制も含めて「死票」の多さを平等選挙侵害と捉えることを不可能にする問題点を抱えている。

(5) 立法者の将来予測への審査密度

——議会の「機能毀損」／議会の「機能不能」

11年判決は、「ある程度の蓋然性を伴って予期しうる代議機関の活動力の毀損」を阻止条項の正当化事由とする「阻止条項の法理」補助テーゼ¹⁵³（第II章3）を、欧州選挙の文脈にも妥当する立場を明らかにした（11年[323 f.]）。しかし、実際には11年判決の判断基準は自治体阻止条項08年判決のそれよりも厳格化しているという見方が有力である。多くの評者は、11年判決が、議会の「機能毀損」とみなされる「可能性もある (allenfals)」例として、「現実的な評価に照らして、協調する意思を原理原則的に持たない議員の数が、通常の運用上、もはや特別多数が獲得できないほどに増えた場合」を挙げている点（11年判決[332]）に着目する。この説示に対して、「機能毀損 (Funktionsbeeinträchtigung) の概念が結局のところ機能不能 (Funktionsunfähigkeit) にまで意味限定」——ある評者の補足によれば、「予見できる (absehbar) 機能毀損」から具体的に「危殆に瀕している (drohend) 機能不能」への収縮¹⁵³⁾——されたことで阻止条項による別異取

↘ a. a. O. [Anm. 131], S. 367)。G. ストローマイヤーの計算によれば、仮に2014年欧州選挙を現行のサンラグ/シェパーズ式ではなくドント式で2014年欧州選挙を行っていた場合、実際に当選した13党のうち3党は阻止条項がなくても議席を獲得できなかった。また、現行の全国一区制ではなく州ブロック制で選挙を行っていた場合も、13党のうち6党は阻止条項がなくても議席を獲得できなかったのである (ebenda, S. 366–368)。そうだとすれば、「外付け」とはいえ阻止条項付き比例代表制だけを問題視するのは妥当ではなく、比例代表制の各方式に伴う「死票」率の高さから侵害の強度を測定すべきことになろう。その場合、上記ストローマイヤーの計算によれば、「3%阻止条項付きの全国一区制」と「阻止条項無しの州ブロック制」では、後者の方式でも3%以下の得票率で当選できる2014年欧州選挙議席獲得政党は1つ（1議席）にとどまるので (ebenda), 大差はないのである。

153) Schönberger, a. a. O. (Anm. 133), S. 83. こうした指摘を裏付けるかのように、14年判決も、「具体的に予見できる機能麻痺とは無関係の純粹に事前配慮的に (vorsorglich)」法

扱いの正当化がほとんど不可能に近くなったと非難する11年反対意見(11年反対意見[353])を筆頭に、明確な説明のない「密かな厳密化」への批判は強い¹⁵⁴⁾。この基準の厳格化に賛同できなければ、自治体阻止条項08年判決を支持しつつ、11年判決に反対する態度(前述本章4)もありえよう。

一方、14年判決の場合、機能不能の具体的な危険の存在を示唆する明示的な説示は見られない。そのため、毀損の重大性の点では、11年判決からの一定の押し戻しがあったと捉えることも不可能ではない。しかし、「ある程度の蓋然性を伴って予期しうる代議機関の活動能力の毀損」が「現在の状況、または現時点ですでに信頼をもって予測される将来の状況に基づく(aufgrund bestehender oder bereits gegenwärtig verlässlich zu prognostizierender künftiger Umstände)」ことを立法者に要求している(14年判決[290])点も無視できない。11年判決が毀損の発生は「十分に蓋然性あるかたちで(hinreichend wahrscheinlich) 予見しうる」(11年判決[324]) ことで足りていた点と比較すれば、立法者の予測の具体性という点では、14年判決は11年判決以上に厳格化していると読むこともできるのである¹⁵⁵⁾。この判旨の位置づけをどう理解するかは学説内でも定まっていなかったようだが、少なくとも自治体阻止条項08年判決が国内議会に課した基準よりも立法者の予測に厳しい条件を課すものとなっている点は間違いない。そうしたこともあり、これはもはや立法府の将来予測に対する審査ではなく、憲法裁自身の将来予測の開陳にほかならないという批判が出てくることになる。11年反対意見は以下のような主張もしていた。基本法が選挙審査手続を連邦議会の管轄として(基本法41条1項第1文) 議会の自律的コントロールに委ねた

↘ 制化された阻止条項は、比例性を欠く重大な平等選挙権侵害だと説いている(14年判決[291])。

154) Schönberger, a. a. O. (Anm. 133), S. 83; Grzeszick, a. a. O. (Anm. 125), S. 673. Vgl. auch ders., a. a. O. (Anm. 136), S. 538. 機能毀損と機能不能の二分論的思考については、判決の結論自体は肯定する S. ロスナーも「非現実的」と評している(z. B. Roßner, a. a. O. [Anm. 135], S. 24)。

155) Grzeszick, a. a. O. (Anm. 136), S. 538 f.

ことから、憲法裁判所の審査密度および権力分立上の役割分担に関する憲法的選択が読み取れる。選挙法の実体化は立法者に委託されたものであり(同38条2項)、裁判所には自制が課せられている。「法から無拘束の領域が導かれるわけではないにしても、しかし、とくに判決に内在する傾向に鑑みれば、時の経過につれて平等の要請を次第に厳格化することには警告が与えられている」はずである。法廷意見が「機能毀損」の意味限定を必要としたのも——多数意見が欧州議会議員の活動実績をあまりに低く見積もっているのか、さもなくば——「連邦憲法裁判所には、自己の固有の予測を立法者の予測に代える権限はない」とする従来判例からの逸脱するためではないか(11年反対意見[351-354])¹⁵⁶⁾。続く14年反対意見の批判も、この点に重点を置いている。

「法廷意見が『ある程度の蓋然性』によって予期される代議機関の活動能力の毀損を説く限り、大きな決定余地が残されている。機能毀損の純理論的な可能性と確実な発生との間の幅の判定は立法者に留保されている。立法者が自己の判断を、不合理ではない(nachvollziehbar)事実の状況を根拠として、そこから主張可能な(vertretbar)かたちで代議機関の活動能力の毀損を導き出したのであれば、立法者は選挙法の制度化という議会の任務遂行の中でこれを行ったことになる。これに対して、どの程度の蓋然性から代議機関の活動能力の毀損の始期とされるかの認定は裁判所に留保されているのだから、この種の予測の回避できない不確実性ゆえに、立法者の決定への純然たるコントロールへの限定はもはや保障されてはいない。だが、立法者の主張可能な決定を自己の主張可能な決定に置き換えることは、連邦憲法裁判所の任務ではない。」(14年反対意見[303])¹⁵⁷⁾

156) これに対して14年判決は、この11年反対意見の批判を念頭におきながら、「議会での小規模政党の議員の数の増大で高まる多数派形成の難しさを、増大していないために阻止条項の正当化根拠にならない機能毀損を対比的に区別しているが、このような区別が本法廷の判例よりも広汎に立法者の評価に委ねられている点は問題とされなければならない」(14年判決[290])と反駁する。

157) 14年反対意見の説示ほどに裁判所の審査権を切り詰めることは、「立法者の予測判断の本質部分を憲法裁判所のコントロールの外に置くことになりかねない」という批判もある(Kahl/Bews, a. a. O. [Anm. 136] S. 743)。

14年反対意見からすれば、すでに160個もの政党が欧州議会で議席を持っている（そして7つもある会派間の意見相違は強く、会派内のまとまりは弱い）こと自体、阻止条項を無くせば欧州議会での多数派形成が困難になるという推定の主張可能性を十分に裏付けている。もともと「予測がある程度不確実さを示すのは避けられないものである」。「しかし、このような予測の説得性が、国内議会に関する同じような予測の説得性に劣位するものではない。とりわけ、国内議会の非同質性が欧州議会のそれを通常は上回ることはない」はずである（14年反対意見 [306 f.]）。この批判は、法廷意見における、連邦議会・州議会の会派的同質性の喪失への敏感な反応と欧州議会に対する楽観的な観測との齟齬をついた指摘といえよう。

(6) 「自らの事に関する決定」

このような個別意見からの厳しい批判にもかかわらず、14年判決が、「さらに広汎に自由な充填のできる予測余地の承認によって憲法裁判所の統制の自制を求める不当な要求を支持することはできない」と断言できるのは、「とりわけ選挙立法の場合は政治的競争の基本条件に関わることであるという背景から、強力な憲法上の統制が不可欠である」（14年判決 [291]。11年判決 [322 f.] も同旨）という認識があるからだろう。この点で、「阻止条項の法理」の補助テーゼ α （阻止条項は、立法者の「自らの事に関する決定」なので、裁判所の厳格な審査が要請される）の存在が重要になってくる（本稿第Ⅱ章 3(1)参照）。補助テーゼ α は、11年判決における「欧州選挙の法制化の際には、多数派の議員で占めるドイツの選挙法定立者が、阻止条項による欧州レベルでの自派の当選と、それにより生じる小規模政党の排除をねらう可能性があるという連邦議会の選挙法の規律の場合と同様の危険性が存在する」という説示（11年判決 [323 f.]）から読み取れるし、14年判決ではより明確なかたちで語られている。

「政治的競争の条件に関わる規律を使って議会多数派はいわば自分の利益のた

めに (in eigener Sache) 行動し、まさに選挙立法の際には、その時々議会の多数派が公益に関する衡量の代わりに自分の権力維持の目標に支配されうる危険が存在するので、議会での選挙法制の形成は強い憲法裁判上の統制に服する。」(14年判決 [289])

これに対して個別意見は、補助テーゼ a の採用自体に否定的である。

「政党が議会内会派として同時に自らの事について決定しているという理由では、強い審査は要求されない。そのようなことは選挙法の場合——歳費の問題の場合と異なり——簡単には想定され得ないからである。政権担当責任の外にあって通常は選挙法と一緒に担ってきた小政党が、すでに自ら阻止条項の『犠牲者』にさえなっているからである。カルテルを形成する既成政党が競争を遠ざけようと意図しているという疑いをもってかかることは簡単にはできないはずである。」(11年反対意見 [351 f.])

14年反対意見も、次のように批判する。

「法的カテゴリーとしての『自らの事に関する決定』という概念の不明確さと、それがための有用性への疑問は置くとしても (vgl. Streit, ……; Lang, ……), 欧州議会の選挙の立法に関与する現在の国内の議員は自己の議員の地位の点で直接には利害関係はない。それでも、当該の議員の属する政党の利益の点で、間接的な利害は考慮しうるかもしれない。その場合、議会で代表される政党の潜在的な利害は、阻止条項によって極めて多種多様に現れる。そうした背景を踏まえれば、欧州議会の選挙の手續に関する決定の際に、強力な憲法裁判上の統制を必要とするほどの利益の平等に関わるコントロールの構造的な欠如が存在しているという結論を簡単に導きうるものではない (vgl. Streit, ……)。」(14年反対意見 [303 f.])

上記説示で参照指示されている T. シュトライトや H. ラングの文献について、補足しておこう。第Ⅱ章 3(1)で触れたように、「自らの事に関する決定」という視角は議員歳費や政党助成の問題の文脈で H. H. フォン・アルニムが公法学上の分析視角として導入したもののだが、これをモノグラ

フィーの主題にまで練り上げたのはシュトライトやラングである¹⁵⁸⁾。ただし、両者とも結論としては(通説の見解と同じく)、この不明確な概念の解釈論上の使用に消極的である。例えばラングは、仮にこの概念から立法裁量への厳格な内容上のコントロールを導き出すなら、① 裁量権の濫用の危険が高い場合、とくに議会の決定が直接に議員の法的地位に関係する場合、② 決定への法的コントロールが制度上脆弱な場合、という2つの要件をせめて充足する必要があると説く¹⁵⁹⁾。グルツェスツィックの11年判決の評釈は、ラングの基準を欧州選挙の阻止条項に当てはめて、① ドイツ連邦議会議員は欧州選挙法の制定によって自己の憲法上の地位に直接影響する決定をしているわけではなく、また、② 有権者による選挙審査手続が整備されているので、これらの条件を充たしていないと結論づけ、11年判決の厳格な審査を批判した¹⁶⁰⁾。こうした批判を意識したのか、連邦憲法裁は2012年1月31日の議席配分判決では、選挙法制での立法者の形成余地が厳格な審査に服するのは、「政治的競争の条件に関わる規律をもって、議会多数派が明らかに自らの事に関して活動し、その時点での議会多数派が公益に関する衡量ではなく自己の権力維持という目標に導かれるような危険が存する場合」(BVerfGE 130, 212 [229])だとする定義の下、本件の選挙区割をこの定義に該当しないと判断し(ebenda, 236)、その射程を限定したともとれる姿勢をみせていた。さらに同年7月の第2次超過議席判決(BVerfGE 131, 316)では当該概念自体が登場しなかったこともあり、連邦憲法裁は「自らの事に関する決定」概念の使用を自制しはじめたとい

158) Streit, a. a. O. (Anm. 86), insb. S. 515–524; Lang, a. a. O. (Anm. 86), insb. S. 212–214.

159) Lang, a. a. O. (Anm. 86), S. 16–29.

160) Grzeszick, a. a. O. (Anm. 136), S. 538. Vgl. dazu Lang, a. a. O. (Anm. 86), S. 175; Streit, a. a. O. (Anm. 86), S. 30–38. シュトライトは、選挙法制は、① 基本法の原則決定により立法者の形成余地に相当程度の枠がはめられている、② 歳費などに比べて議員の直接的利益にかかるものではない、③ 野党も同等の機会が開かれている、④ 選挙審査手続によるコントロールが働く、などの理由を挙げて、本稿第II章3(1)で紹介したフォン・アルニムの選挙＝「政治的支配層の道具」という見方を否定する(ebenda, S. 35 f.)。

うのがゲルツェスツィックの診断だったが、その見立てに反して14年判決は上記のごとく説いたのである。ゆえに14年判決の補助テーゼ α にはゲルツェスツィックをはじめとする強い批判があるわけだが、一方で肯定的な評価も見られる¹⁶¹⁾。確かに、「自らの事に関する決定」の意味内容と射程の不明確さは批判のとおりであり、連邦議会議員自身の利害に直接に関わる政党助成や議員歳費の法制化に比べれば、欧州議会の選挙制度はこのカテゴリーの中心には位置しない。ただ、このように法の機能面から立法者の「隠れた意図」¹⁶²⁾に視点を充てるアプローチ——法の機能的側面への視角は、後述(7)のフィードバック論では、阻止条項の正当化論に接合するのだが——は、「現実重視姿勢」を採る限り（「自らの事に関する決定」という定式で論ずるかはともかく）捨象できないものといえるのではないか。また、14年判決がこの文脈で強調したように、選挙法制という「政治的競争の基本条件に関わること」に裁判所の厳格な審査を課すという発想は特に新奇のものではないし、フォン・アルニムが「自らの事に関する決定」という定式で主題化を試みたのも「政治的競争過程の開放性と機会均等」という古くて新しい問題といえる（第IV章で後述する）¹⁶³⁾。このような認識を、政治的少数派にも開かれた政治過程を欧州議会に求める連邦憲法裁（11年判決 [340]）が共有するのは必然的なことであった。

(7) 「フィードバック効果」への評価

欧州選挙での阻止条項の必要性の論拠にドイツ選出欧州議会会派とドイ

161) Roßner, a. a. O. (Anm. 135), S. 23; Will, a. a. O. (Anm. 136), S. 1423.

162) もっとも、本章1でも触れたが、欧州選挙法制定時（1977年）の法案提出理由書では、5%阻止条項の趣旨について「不用意に連邦議会の現在の政党状況の変更を惹起しない」ためとあり、連邦議会既成会派の既得権保護の視点は隠されてすらいない。「既成政党の自己利害が政党法制の形成にいかにも広く影響を及ぼすものなのかを、この提案理由ほど明確に示すものはない」（Meyer, a. a. O. [Anm. 53], Rn. 41）。

163) 最近の論攷として、Hans Herbert von Arnim, Entscheidungen des Parlaments in eigener Sache: Das Problem ihrer gerichtlichen Kontrolle, DÖV 2015, S. 537 ff. ここでは、J. H. イリイのプロセス審査論とドイツ学説との対話も簡潔ながら試みられている。

ツ連邦議会会派の政策的類似性と人的関連性をもたらす「フィードバック効果」の重要性を挙げる議論(フィードバック論)は79年決定に登場し、ここでは、① EUの利益の観点、② ドイツの国益の観点という(明確な峻別はできないにしても)ベクトルの異なる2つの「フィードバック効果」が語られていたことを先に確認した(本章1)。11年判決は、こうした「フィードバック効果」を認めつつも、「憲法上の意義はない」と否定している。しかし、この判決で検討されているのは、79年決定も重要度は低いとみなしていた上記②の観点であり、①の観点には触れられていない。この点で、B. グルツェスツィックの以下のような11年判決批判は、①の観点も踏まえたフィードバック論といえる¹⁶⁴⁾。グルツェスツィックは、79年決定が正しく捉えていた①の観点からの「フィードバック効果」を否定することは、同時に、2009年のリスボン条約判決(BVerfGE 123, 267)で連邦憲法裁自身が述べた欧州議会の民主的正統性に関する要請にも反することだという。リスボン条約批准関連法の憲法適合性が争点われたこの判決の中で、連邦憲法裁は欧州議会に「欧州連合市民全ての平等選挙により成立する人民意思の統一的代表(einheitliche Repräsentation des Volkswillens)の能力を備えた政治的統一機関」の地位を認めず、「条約上結合した諸国民の代議機関(Vertretungsorgan)」と位置付けるにとどめた。もともと加盟国の個別的・限定的な授権に基づくEUにおいて「基本法の民主制の原理が欧州レベルでも同様に実現される必要はない」のである。こうした認識の下で同判決は、欧州議会の議席配分については、単に市民の民主的平等原則の観点だけではなく、全加盟国同権原則の観点も含めたものでなければならぬと述べたのであった。加えて同判決は、欧州議会議員の選出とは、単にEUだけの問題ではなく、EUが加盟国へのフィードバックを通じて民主的正統性を獲得する契機だと捉え、「欧州議会における政治的諸傾向間の僅差での決定の場合、多数決が欧州市民を代表している保証

164) 以下のグルツェスツィックの所説は、Grzeszick, a. a. O. (Anm. 125), S. 677-680.

はない」とも説示していた(以上, BVerfGE 123, 267 [365-380. insb. 371-374])。そのような連邦憲法裁の立脚点からの著しい逸脱が11年判決なのである。このように判決を批判した上で, グルツェスツィックは, 欧州議会とドイツ連邦議会との関係を「現実重視姿勢」で検討する。まず法的には, EU 条約12条が欧州連合運営に関わる加盟国議会の諸権利の承認(a-e号)を前提に, 「各国議会間における, または欧州議会との間における議会間協力に参加すること」を加盟国議会に要請し(f号), これを受けて「欧州連合における各国議会の役割に関する議定書」(同第1議定書)が詳細を定めている。また, 各国議長会議や「連合問題に関する議会委員会会議」(COSAC)のような各国議会と欧州議会との調整・協働の仕組みが用意されている。さらに, 欧州議会の主要会派とそこに所属するドイツ選出の議員についていえば, 多くの非公式のチャンネル——ドイツ連邦議会幹部との会合, 同じ専門分野のドイツ連邦議会議員との会合など——が存在する。こうした公式・非公式の交渉回路の維持のためにも, 国内の会派構成が欧州議会にもある程度反映される必要がある一方, このような過程に寄与できない, ドイツ国内の有力な政治勢力と直接の結びつきを持たない破片諸派の制度的排除が正当化されるというのである。グルツェスツィックの指摘するように, 11年判決が「現実重視姿勢」に立脚すると自ら宣言している以上, 「フィードバック効果」についても「憲法上の意義はない」と一蹴せずに, 正面からの検討が求められたところである。その上で問われるべきは, グルツェスツィックが言及する欧州議会の民主的正統性を確保する筋道の問題である。フィードバック論が重視する加盟国内の有力政治勢力とのパイプ強化による国内の民意の反映と, 阻止条項不要論が期待する国内少数派の声の欧州議会での直接的な表出とで, いずれがよりEUの民主的正統性の強化に資するかは, 簡単に断じることのできない問題ではある¹⁶⁵⁾。ここでは, 連邦憲法裁が欧州議会の政治的開放性の重視から,

165) EUの民主的正統性の問題はドイツ公法学においてもすでに豊富な蓄積があり, それらを十分に咀嚼した上で本稿の検討に反映させることは断念したが, 欧州議会の阻止条項

後者に親和的な判断をしたのだという点をまずは確認して、次章での考察の準備としておきたい。

(8) 立法者の改善義務

「阻止条項の法理」補助テーゼ β (立法事実の変化に伴い阻止条項の憲法的正当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る) にも、11年判決・14年判決は、自治体阻止条項08年判決等を参照指示しつつ言及をしている¹⁶⁶⁾。

「立法者は、平等選挙と政党の機会均等に関わる選挙法の規範について、新たな展開により、例えば、立法者の前提としていた事実的または規範的な基盤の変化により、あるいは規範の公布の時点でその効果について抱いていた予測が誤りであると明らかになることにより、当該規範の憲法上の正当化に疑義が生じた場合、これを審査し、場合によっては改正することが義務付けられている。」(11年判決 [321 f.]; 14年判決 [287])

さらに14年判決には、「立法者は、自己に課せられた現実的諸状況の観察と評価の枠内では、具体的に予見できる将来の展開をあらかじめ考慮することも妨げられていない。ただし、その点が決定的に重要性を持ちうる

↘の意義を検討する際には無視できない視点であることは間違いない。さしあたり、こうした点を考える上で有益な邦語文献として、林知更「ドイツにおけるヨーロッパ憲法論」中村民雄・山元一編『ヨーロッパ「憲法」の形成と各国憲法の変化』(信山社, 2012年) 177頁以下(とくに203-206頁)参照。

166) 自治体阻止条項08年判決との関連で、本篇第II章3(2)参照。同章執筆時点で未参照であった、この論点での重要な邦語文献として、宍戸常寿「立法の『質』と議会による将来予測」西原博史編『立法システムの再構築』(ナカニシヤ出版, 2014年)第3章、入井凡乃「立法者の予測と事後的是正義義務」法学政治学研究96号(2013年)343頁以下、同「事後的是正義義務と新規義務」法学政治学研究101号(2014年)103頁以下を掲げておく。また、すでに1986年のU.ヴェナーのモノグラフィーが、改善義務を憲法上の要請と解した上で、阻止条項の廃止・緩和の必要性を検討していた点も改めて注目に値する(Wenner, a. a. O. [Anm. 9], S. 360-418)。

のは、十分に耐えうる事実上の手がかりを根拠にして、将来の展開が現在信頼できるかたちですでに予測しうる場合に限られる」という説示が続く(14年判決[288])。ここでの説示は、法の改善を議会の義務の側面以上に議会の権利としての側面で捉えた上で、しかし、その際の議会の予測に極めて厳格な縛りをかけるという迂遠な論理になっているが、カール＝ベヴスの判例評釈は、そこに連邦憲法裁の実践的意図を読み解く¹⁶⁷⁾。カール＝ベヴスによれば、判例における改善義務の援用には、① 将来の判断変更余地を示唆する点で憲法裁の少数意見との対立緩和に資する、② 消極的な違憲判断にも積極的な違憲判断にも根拠として使えるので訴訟当事者や立法者の不満緩和に資する、という2つの効用がある。上記の説示は②の効用を意図したものであり、とくに立法者の将来予測に厳格な内容上の審査を行った上で違憲を導いた本判決のような場合、この文脈の中で将来的な状況変化に対する立法者の対応可能性について言及することで、違憲判断に伴う連邦議会との緊張の回避が期待できるというのである。

(9) 違憲規範反復禁止 (Verbot der Normwiederholung) と憲法機関の忠実義務 (Gebot der Verfassungsorgantreue) への違背性

14年判決固有の論点として、違憲規範反復禁止と憲法機関の忠実義務との関係にも触れておこう。本件の原告・異議申立人側からは、11年の違憲判決後の連邦議会による阻止条項の再導入は、① 違憲規範反復禁止および② 憲法機関の忠実義務という2つの憲法原則への違反だと主張されていた(14年判決[274])。①の違憲規範反復禁止原則とは、「連邦憲法裁判所により一旦無効とされた法律と同一内容(または類似内容)の法律を立法者が再度制定すること」¹⁶⁸⁾は、判決の規範力・拘束力から禁じられるとす

167) Kahl/Bews, a. a. O. (Anm. 136), S. 745.

168) 畑尻剛・工藤達朗『ドイツの憲法裁判[第2版]』(中央大学出版部, 2013年) 266-268頁の解説は、この原則に「違憲法律の再立法禁止」という分かりやすい訳語を充てている。Vgl. auch Klaus Schlaich/Stefan Koriath, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl., München 2010, Rn. 483 f.

る原則である。②憲法機関の忠実義務とは、「各憲法機関相互の関係において、実定規範で確定された諸権限にとどまらず、相互的な配慮により影響されるべきことを求める、憲法諸機関の不文の義務」¹⁶⁹⁾などと定義される憲法機関間の調整原理である。

判決は、①については、3%阻止条項は違憲と判断された5%阻止条項と内容的に同じ規範の再定立ではないという認識の下、あらためて3%阻止条項をその後の状況変化という観点から審査する義務を裁判所から奪うものではないと判示した(14年判決 [280 f.])。この論点の背景には、連邦憲法裁判所の規範力・拘束力から違憲規範反復禁止なる原則が導き出されるかについての争いがあり、連邦憲法裁内でもこれを否定する第1法廷と肯定する第2法廷では判断が分かれている¹⁷⁰⁾。14年判決は従来の第2法廷の立場を踏襲しつつ、しかし本件での同原則の違反は認定しなかったことになる。違憲規範反復禁止原則に否定的な評釈が指摘するように¹⁷¹⁾、「阻止条項の法理」自体が、正当化事由の状況依存性(テーゼ⑤)と立法者の改善義務(補助テーゼβ)を認めている以上、反復禁止原則の厳格な適用は妥当ではないだろう。しかし、それでもなお、②の忠実義務原則から「立法者は連邦憲法裁の判決と判決が依拠する諸理由を詳細な説明なしに無視してはならない」という要請が導き出されるとすれば(14年判決 [281 f.] 参照)、改正理由の合理性は厳格に審査されてしかるべきということになる。とはいえ、憲法裁が忠実義務違反だけを理由に立法の違憲無効を判定するという事態は想定し難く、機関争訟ならともかく憲法異議や選挙抗告手続の文脈で論ずる実益は多くはないようである¹⁷²⁾。14年判決は、連邦議会は11年判決を無視することなく阻止条項の最低得票率3%への引下

169) Christoph Degenhart, Staatsrecht 1, 30. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 707. より詳しい考察として、Wolf-Rüdiger Schenke, Die Verfassungsorganantreue, Berlin 1977.

170) Vgl. Kahl/Bews, a. a. O. (Anm. 136), S. 739. 畑尻・工藤・前掲(註168) 267-268頁も参照。

171) Wernsmann, a. a. O. (Anm. 135), S. 27.

172) Vgl. Schenke, a. a. O. (Anm. 169), S. 136-138.

げを行ったのだとして、忠実義務違反の主張も簡単に否定している(14年判決[281 f.]). どういう条件で忠誠違反となるかの判断は保留した)。

6 小 括

11年判決・14年判決は、「阻止条項の法理」を踏襲しつつ、しかし3つの補助テーゼを自治体阻止条項08年判決以上に重要な考慮要素とすることで、欧州選挙での阻止条項の正当化事由を否定した。08年判決、11年判決、14年判決という時系列の中で、とくに侵害強度の判定や立法者の将来予測の限定の点で審査の厳格化が確認できる。だが、そのことによる選挙法制における立法者の形成余地の縮小への強い批判の存在はすでに指摘したとおりである。と同時に、ここまで厳しい基準に拠る限り国内の連邦や州の議会の阻止条項も憲法上の正当化はもはや困難となるのではないかという疑問も生じるところである(この点は第IV章1で触れる)。少なくとも連邦憲法裁の自己認識では、国内議会も欧州議会も同じ審査基準が適用されている。にもかかわらず連邦・州の議会と異なり欧州議会の阻止条項が違憲と判断されるに至った理由には、すでに確認してきた複数の要素(欧州議会の破片化には連邦議会が対応できるが連邦議会自体の破片化には連邦議会自身による矯正が困難であるなどの理由)があるとはいえ、その決定的な要素は政府形成という任務を欧州議会が持たない点だといえよう(そう解すれば、自治体首長公選制の導入が自治体阻止条項違憲への判例変更の重要な要素となったことも平仄が合う)。欧州議会に政府形成任務が付与されていない以上、「政治過程における開放性」が規範的価値として最優先される¹⁷³⁾。この

173) ただし、SWW 判決からも明らかなように、1990年代までの連邦憲法裁は破片政党の存在に否定的・警戒的であった。Vgl. dazu Shirvani, a. a. O. (Anm. 88), S. 222–225. 「小規模政党も政治過程と政党勢力図にとって意義を持つ」という観点から政治的少数派保護の姿勢を明確にした判決としては、議席を持たない政党への政党国庫助成要件の厳格化を違憲とした2004年の「3州得票率」(Drei-Länder-Quorums) 判決がある(BVerfGE 111, 382)。そこでは、「政党間の競争が継続的に機能するのは、競争が既存の成功した政党間の競合に限定されるのではなく、新たな競争者の参入と小規模政党による不断の挑戦を

「政治過程の開放性」の重視は、自治体阻止条項08年判決を支える重要な規範的価値である点は前章で確認済みであるが(第Ⅱ章2(5)), 欧州阻止条項11年判決においては、すでに引用した説示にみられるように(11年判決[340]), 「統合過程としての選挙の性格の維持」の論理では小政党の欧州議会への参入の拒否を正当化しえない旨を明言している。ここにおいて連邦憲法裁は、政府の形成を可能にする「議会の活動能力の保護」と並ぶ阻止条項の正当化の2大要素であったはずの「統合過程としての選挙の性格の維持」さえ、「政治過程の開放性」の前では劣位することを認めたのである¹⁷⁴⁾。

↘通じて拡大され、強化され、促進される場合に限られる。小規模政党は、自ら政治的成功を獲得する現実的機会を持つ場合にこそ、政治システムの学習能力を強めうるのである」という認識が示されている (ebenda, 404 f.)。

- 174) この点における「阻止条項の法理」からの「転向」を批判的立場から指摘するものとして、Wolfgang Roth, *Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer 3%-Sperrklausel bei Kommunalwahlen durch Verfassungsänderung, insbesondere für das Land Nordrhein-Westfalen*, Berlin 2015, S. 45–48. 本稿第Ⅱ章2(5)で紹介した R. ヴイント説と連邦憲法裁判決との自治体議会阻止状況をめぐる「統合過程としての選挙の性格」に対するイメージの対抗関係(第Ⅱ章2(5)参照)が欧州議会選挙の阻止条項をめぐっても成立しているわけであるが、ただし欧州議会の場合は「欧州統合」というもう一つの Integration の文脈があるため、国内議会の議論とは異なる言説空間が形成されていることも念頭に入れておきたい。連邦憲法裁の判例においても、2009年のリスボン条約判決が法律による主権移譲への連邦参議院の同意(基本法23条1項第2文)の解釈に際して、「統合責任」(Integrationsverantwortung)の観点を含めることを求めて以降(BVerfGE 123, 267 [355 f.]、この「統合責任の確保」という要請が EU 関連事案の中で一定の嚮導的役割を果たしつつある点が指摘できる(BVerfGE 132, 195 [238 f.] : ESM 仮処分申請判決 [内容は、中西優美子「欧州安定メカニズム条約と財政規律条約のドイツ基本法との合憲性」同・前掲(註146) 所収31頁以下参照])。とくに、新規国債購入措置(OMT)に関する欧州中央銀行決定に権限踰越の疑義があるとし欧州司法裁判所への先決裁定を付託した決定では、このような統合責任から「統合プログラムの維持を注視し、EU 機関による明白かつ構造上重大な権限踰越の際には関与行為・国内法化行為をやめるのみならず、統合プログラムの維持を積極的に目指すこと」が連邦議会と連邦政府の義務として生じ、国内的には「法的・政治的手段をもって統合プログラムがカバーしない措置の廃止を目指す」ことが求められ、このような義務の違背は憲法異議や機関訴訟の理由となると説示されている(BVerfGE 134, 366 [395 f.]、この決定については、中西優美子「EU 欧州中央銀行の OMT 決定に関する先決裁定を求めるドイツ連邦憲法裁判所の決定 (IV(1))」自治研究

こうした規範的価値に規定されて欧州の政治状況を観察した連邦憲法裁の眼には、既述のようなEUをめぐる懸念的状况(① 欧州委員会委員長の選出に伴う与野党対抗関係の顕在化・激化の可能性, ② ユーロ債務危機で顕著になった加盟国間の利害対立の先鋭化, ③ 各国での欧州懐疑派の台頭)も阻止条項を必要とするほどの重大なものとは映らなかったのである。とりわけ、上記①の懸念(欧州議会における与野党対立の激化)の前提にあるEU統治構造の「議院内閣制」化の兆しを14年判決の段階においても重視しなかった点は、連邦憲法裁の判断において決定的であった。「欧州議会で議席を持つ政党の一派出身の欧州委員長職候補者が自分を支える議会多数派の形成のために二大会派の支持を必要とし、その目的でなされた交渉に基づいて二大会派の協調が強固なものになる可能性はないことではない。かくの方向への展開があれば、会派に拘束されない議員の数は決定的に重要とはいえないだろう」(14年判決[296])と楽観視している。それゆえ、グルツェスツィックのような批判的評者が(彼自身は批判的な)11年判決の判断枠組みの範囲でも11年以降に生じた状況変化にてらせば3%阻止条項は正当化されるはずだと主張しようとも¹⁷⁵⁾、14年判決は違憲の結論に到達したはずである。とはいえ、EUの将来の展開の不透明さは14年判決も認めるとこ

↘91巻3号[2015年]96頁以下、とくに104-105頁参照)。なお、2009年9月にはリスボン判決の趣旨を具体化する「統合責任法」(欧州連合の事務における連邦議会と連邦参議院の統合責任を維持するための法律: IntVG [BGBl. I S. 3022])が制定され、「統合責任」は法令用語となっている。こうした経緯があるゆえ、欧州選挙法の阻止条項廃止は、連邦憲法裁自身が強調する「統合責任」に違背する行為なのではないかという批判につながるのである(z. B. Frenz, a. a. O. [Anm. 136], Anmerkung, S. 513)。フォスクーレ連邦憲法裁長官の手による「統合責任」概念の説明として、vgl. auch Andreas Voßkuhle, Die Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts, in: Peter Axer, u. a. (Hrsg.), Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase, Berlin 2010, S. 229 ff. なお、本稿の直接の課題とは異なるが、欧州統合とスメント学派の統合理論との連関可能性を重厚な筆致で検討する、三宅雄彦『憲法学の倫理的展開』(信山社、2011年)第4章から得る示唆は多い。

175) Vgl. Grzeszick, a. a. O. (Anm. 136), S. 539-541. 他方、顕著な状況変化は生じていないという見方として、Wernsmann, a. a. O. (Anm. 135), S. 25-27 f.

ろであり(14年判決 [296 f]), 今後の事情変化による阻止条項の正当化事由の復活の余地は残されていることも留意しておいてよい¹⁷⁶⁾。判決時点での法廷意見と反対意見のいずれの評価に先見の明があったかを判断するのにも、いま少し長いスパンでの観察が必要であろう¹⁷⁷⁾。

176) Vgl. Will, a. a. O. (Anm. 134), S. 1423 f. グルツェスツィックは、14年判決が僅差であった点に、将来的な判例態度の変更の可能性を希望的観測ながら指摘している (Grzeszick, a. a. O. [Anm. 136], S. 541)。いずれにしても、連邦憲法裁の「欧州懐疑主義」的姿勢を読み取る U. ベックらの批判 (本章 3(3)) は、リスボン条約判決や ESM をめぐるとの連年の判決が大局的には欧州統合の方向性を容認している以上、必ずしも的を射たものとはいえないと思われる (この点は、14年判決への批判的評釈である Frenz, a. a. O. [Anm. 136], Anmerkung, S. 513 の認識が妥当であろう)。欧州阻止条項二判決への批判的評釈の多くは、リスボン条約判決や ESM 関連諸判決で見せた姿勢とのギャップを問題視しているのだといえよう。もともと、リスボン条約判決における (ドイツの主権的な民主的意思決定との関係での) 欧州議会への相対的に低い評価と (本章 5(7)参照)、欧州阻止条項二判決における (EU 機構内での) 欧州議会への相対的に低い評価から導き出される阻止条項不要論とは、実は首尾一貫している可能性もある。また、リスボン条約判決や ESM 関連諸判決の評価も一様ではなく (後者の判決群の評価の相違は、前掲 [註127]) 参照)、リスボン条約判決における加盟国の主権的決定の尊重から、現在以上の緊密または早急な欧州統合に対しての連邦憲法裁の消極的態度を読み込むことは不可能ではなく、このような理解に立てば、やはり近年の欧州関連の判例態度は首尾一貫していると捉えてよいのかもしれない。なお、リスボン条約判決については、門田孝「欧州統合に対する憲法的統制」自治研究91巻1号 (2015年) 142頁以下参照。

177) 2014年欧州選挙後の欧州議会における欧州委員長「筆頭候補」選出過程については、vgl. Dietmar Nickel, Wahl- und Kreationfunktionen des Europäischen Parlaments—unter besonderer Berücksichtigung der Einsetzung der Kommission, EuR 2016, S. 28 ff. 関連して、vgl. auch Decker, a. a. O. (Anm. 1), S. 3 ff.