

被全世話人と在精神科病院触法障碍者の選挙権の制限

——ドイツ連邦憲法裁判所の選挙審査抗告決定をめぐって——

畑 尻 剛

はじめに

- I 事案の概要
 - II 選挙審査抗告
 - III 基本法・国際人権条約
 - IV 選挙法一三条二号と三号の憲法適合性
 - V 事後処理
- 結びにかえて

はじめに

二〇一九年一月二十九日、ドイツの連邦憲法裁判所第二法廷は、そのすべての業務の介護のために世話人が任命され

被全世話人と在精神科病院触法障碍者の選挙権の制限（畑尻）

る者と、刑法二〇条（責任無能力）と結びついた六三条によって命令に基づき精神科病院に身を置く者は選挙権を有しないとするドイツ連邦選挙法一三条二号及び三号を違憲であるとした（BVerfGE 151, 11f. 29, 01. 2019 - 2 BvC 62/14）。

この決定には、選挙審査抗告の制度趣旨から、基本法における「普通選挙の原則」と「障碍を理由とする不利益の禁止」の具体的内容、そして裁判における国際人権条約の取扱い、さらには違憲判断の事後処理にいたるまで、選挙権をめぐる実体憲法論と憲法訴訟法のさまざまな論点⁽¹⁾が示されている。そしてそこには、連邦憲法裁判所制度とその運用の特徴が明確にあらわれている。

他方、本決定の対象については、規制内容に違いはあるものの、成年被後見人と受刑者の選挙権の制限という形で日本でも同様の憲法訴訟が提起され、近年、いくつかの裁判例がある⁽¹⁾。そしてここでは、本決定と同様の諸論点について検討が行われている。

本稿は、二〇一九年決定の分析を通して選挙権という民主主義の根幹にかかわる憲法問題に対して憲法裁判所型の違憲審査が手続法上そして実体法上どのように対応しているかを検討する。同時に、このような検討が、司法審査型違憲審査の制度とその運用に関してどのような意味をもつのかについても確認したい⁽²⁾。

I 事案の概要

ドイツ連邦選挙法（以下「選挙法」）一三条は、選挙権を有しない者として、「確定判決により、選挙権を有しない者」⁽³⁾（二号）とともに、「暫定的な命令によらず、そのすべての業務の介護のために世話人が任命される者」⁽³⁾（二号）（以

下「被全世話人」と、「刑法二〇条（責任無能力―引用者）と結びついた六三条の規定により命令に基づき精神科病院に身を置く者」（三号）（以下「在精神科病院触法障碍者」）を挙げていた。⁴⁾

それぞれ選挙法二号および三号に該当するとして、第一八回連邦議会選挙（二〇一三年九月）において投票することができなかった者が同年一月二二日の書面で、第一八回連邦議会選挙の効力に対して、連邦議会に選挙審査を申し立てた。そこでは、当該選挙法の規定が、①普通選挙の原則（基本法三八条一項一文）、②欧州人権条約一四条、欧州人権条約第一議定書三条ならびに障碍者の権利条約一四条、および③障碍を理由とする不利益の禁止（基本法三条三項二文）に違反すると主張された。

連邦議会は二〇一四年一〇月九日の決定において、申立人の申立てを退けた。そこでは、憲法上の疑義に理由がないことのほか、選挙審査の対象はあくまで現行選挙法の適用・運用であって選挙法自体の違憲性ではないとされた【17】（以下。本決定の内容を紹介する際には、決定の欄外番号を示す）。これに対して、連邦憲法裁判所に選挙審査抗告（Wahlprüfungsbeschwerde）が提起された【18】。

II 選挙審査抗告

連邦議会の選挙審査決定に対しては、連邦憲法裁判所に抗告を提起することが許される（基本法四一条二項）。この選挙審査抗告（山本「憲法裁判」四九八頁以下参照）⁵⁾では、選挙執行の違憲・違法性だけでなく、その前提となる法令それ自体の違憲性・違法性が判断される【26】。

また、従来、選挙抗告の主たる目的は連邦議会の正当な構成を保障するための客観的な選挙法の保護であるといわれていたが、二〇一二年の連邦憲法裁判所法の改正⁽⁶⁾により、主観的権利侵害のみを理由とする選挙審査抗告の提起が認められることになった⁽⁷⁾。これによって、連邦議会選挙の有効性や議員の議席喪失とは別に、連邦議会選挙における有権者の権利侵害それ自体が選挙審査抗告の対象とされることになった^{【25】}。そしてこの場合には、抗告人は当該選挙の瑕疵が議席の配分に影響を与える可能性があり、それゆえ当該連邦選挙が無効と宣言されなければならないか否かを述べる必要はなくなった^{【29】}。ここで連邦憲法裁判所に要請されるのは、連邦議会選挙が無効と宣言されるべきではない審査抗告においては、主張される権利侵害を解明し、場合によってはそれを主文において確認することである^{【30-31】}。

あわせて、先例 (BYERLEGE 122, 304; 森三三二頁以下参照) にしたがって、当該選挙に基づいて成立した連邦議会の立法期が終了したことによっても場合によっては選挙審査抗告が不適法となることはないとした。なぜなら、選挙法の違憲性が各選挙期をこえて影響を及ぼし続ける場合には、選挙の瑕疵の判断には公的利益が存在するからである^{【35-38】}。

Ⅲ 基本法・国際人権条約

1 普通選挙の原則

(1) 本決定の論理

本決定では、先例と同様に、選挙権の法的性格に言及することなく直ちに、基本法上の選挙原則の一つである「普通選挙の原則」(「ドイツ連邦議会の議員は、普通、直接、自由、平等及び秘密の選挙によって選挙される。」(三八条一項一文))から議論が展開されている。⁽⁹⁾

まず、普通選挙は、選挙の平等と同様に、民主主義原理が前提とする公民の政治的自己決定における平等を確保し、普通選挙の原則は、すべての人がその選挙権をできるだけ同じやり方で行使できることを要請し、厳格かつ形式的な平等の意味において理解されなければならない。なお、特別法と一般法の関係から基本法三条一項の一般平等原則の適用は排除される【42】⁽¹⁰⁾。

たしかに、普通選挙の原則は、区別を絶対的に禁止するものではないが、区別を正当化するためには、憲法によって正統化され少なくともこの原則と同等の重みをもつ特別の理由―「やむを得ない理由」―が必要である【43】⁽¹¹⁾。「普通選挙の原則の制約と選挙権者の区別を正統化するために適切な理由として特に挙げられるのが、国民の政治的意識形成における統合過程という選挙の性格を確保し、国民代表が機能しうる能力を保障するという民主的な選挙によって追求される目的である」。そして、前者に属するのが選挙のコミュニケーション機能の確保であり、その基礎にあるのが、民主主義は、治者と被治者の間の自由で開かれたコミュニケーションを前提とするということである。したがって、「特定の人的集団にあつては、国民と国家机关との間のコミュニケーション過程に十分な程度においては参加することができないということを前提としなければならない場合には、能動的選挙権の制限が憲法上正当化される【44】⁽¹²⁾」。

さらに、目的の正統性ととともに、区別された規律がその目的を追求するために適合的かつ必要であることが要請さ

れる。その許容される程度は、選挙権への介入の強度にも従う。その際、立法者はその判断および評価において抽象的に組み立てられた事案内容ではなく政治的な現実定位しなくてはならない。選挙権の制約が正当化されるか否かの審査の際には、厳格な基準が適用されなければならない【46】。

たしかに、選挙のような多数の事例を類型的に規律することが必要な領域では、立法者には、選挙権の内容形成を行う際に、単純化と類型化を行う権限がある【47】。しかし、その際、典型的でない事例を典型的なものとして選択してはならず、現実即して典型的な事例を基準として基礎にしなければならぬ。くわえて、類型化は、それと結びついた過酷さを容易には回避することができず、対象となる者が比較的少数で、かつ不平等な取扱いが特に重大ではない場合にのみ許容される（類型化に関する憲法上の要請。事情によっては、耐え難い負担を回避するために、過酷な事例条項が必要である。結局、類型化の利点はそれと必然的に結びつく不平等取扱いと適切な関係になければならない【48】）。

(2) 普通選挙の原則と立法裁量

以上のような本決定における普通選挙の原則に関する基本的な判断枠組みは、普通選挙原則が問題となった平等選挙原則と同様のものであり、在外ドイツ人の選挙権制限に関する二〇一二年七月四日の第二法廷決定 (BVerfGE 129, 39; 林三四七頁以下参照) を中心に、平等選挙の原則についての超過議席に関する一九九七年四月一〇日の第二法廷判決 (BVerfGE 95, 335; 永田四三二頁以下参照) として、基本議席条項に関する同日の同法廷判決 (BVerfGE 95, 408; 山本四二八頁以下参照) など多くの先例によっている。「選挙原則」に関する判例については、土屋「選挙原則」参照) たとえば、区別を正当化するための、やむを得ない理由の判断枠組みとして、基本議席条項に関する判決が引かれ、「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もつ（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、という枠組である。明らかのように、ここでは、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」（土屋「法的性格」三〇〇頁）と評されている。また、ドイツの代表的な注釈書も超過議席に関する判決を引いて、「このような定式は……それが、『やむを得ない理由』の承認についても存在する、連邦憲法裁判所が守らなければならない、広く認められる立法者の決定裁量を言い換えたものと理解されるべきであろう」（Vgl. Klein, Rn. 86）と分析している。

ここには、選挙に関する立法裁量と憲法上の規律とのバランスの問題が示されている。すなわち、一連の判例においては、選挙制度の内容の決定・形成については立法者に裁量が認められ、具体的な選挙制度の憲法原則に基づく憲法裁判所の審査については選挙の平等の原則の形式的性格が強調され、厳格な審査が行われるという形で、立法者と憲法裁判所の役割分担が示されているのである（高田三〇五頁参照）。

（3）「弁識能力」と手段審査における類型化に関する憲法上の要請

本決定では、先例と同様に、普通選挙の原則を制約する正当な目的として、国民の政治的意思形成における統合過程という選挙の性格・機能（選挙のコミュニケーション機能）を確保することが挙げられ、これによって、選挙の本質と意義への必要な弁識能力（以下「弁識能力」）を欠く人的集団の選挙権からの除外が正統化されている。先に挙げた代表的な注釈書によれば、民主主義国家において最も重要な市民の権利である選挙権は公民としての権利（基本法三三条一項）であり、基本権類似の権利である。選挙権は、その保持者に自立した個人として国家の意思決定に責任

をもって参加する権限を与えている。民主主義的正統化は、選挙権の保持者自らが参加する自由なコミュニケーション過程からのみ生じ得るものである。したがって、たとえば、低年齢あるいは行為能力がないゆえにこのようなプロセスに参加することができない者に選挙権を付与することは、民主主義的原理をその核心において侵害することになる (Vgl. Klein, Rn. 135ff.)。

このように選挙(権)には弁識能力が要求されるが、しかし同時に、普通選挙の原則を制約し選挙権者を区別するためには、「やむを得ない理由」が必要であるとされ、選挙権の制約が正当化されるか否かは、いわゆる三段階審査という手法で厳格な基準の下で、目的・手段審査が行われる。

そして、手段審査においては、立法者の単純化・類型化権限を認めながらも同時に、類型化に対する憲法上の要請が示されている。

(4) 学説

従来、選挙法一三条二号および三号について、学説は合憲(合法)論と違憲(違法)論に分かれていた。一般的な合憲論によれば、これらの規定は民主主義が責任ある自律的な行為のための能力を前提としているがゆえに適切である (Vgl. Meyer, Rn. 4; Kluth, Rn. 18) と主張される。他方、限定的に、選挙権の制約が被全世話人に限定されている限りにおいて、このような規律は国際法に適合するとするものもある (Vgl. Guckelberger, S. 563)。

これに対して、国際人権条約によって保障される権利が侵害されるとする見解⁽¹²⁾とともに、本決定と同様に、「当該規定が許された法律上の類型化という方法で、民主的コミュニケーション過程に参画するための弁識能力が欠けている人的集団を把握するために適切か否かは疑わしい」(Miller, Rn. 133) とする違憲論も主張されている。また、

別の論者によれば、最も明解で容易に実施可能な方法は、当事者の弁識能力と選挙からの除外について、後見裁判官が独立してかつ個別に判断することである (Vgl. Schreiber (DVBL), S. 350)。

2 障碍を理由とする差別の禁止

(1) 基本法三条三項二文の「不利益」

「何人も、その障碍を理由として不利益を受けてはならない」とする基本法三条三項二文の「不利益」とは何か。一九九七年一〇月八日の第一法廷決定 (BVerfGE 96, 288; 宮地一〇頁以下参照) によれば、「不利益」は、公権力が障碍者の能力開発および活動の機会を奪い、これが障碍に関連した促進措置によつては十分には補えない場合には、存在する。このことは、他の人には開かれている能力開発および活動の機会が、障碍をもつ人間には与えられない場合に妥当する。最終的には、障碍者にとつて不利益となる不平等取扱いはすべて禁止される。その際に、活動の機会の制限が目的ではなく、公権力の措置の類型的な付随的效果としてあらわれる間接的な不利益もまた対象である【55】。また、同条は不利益の禁止のほかには促進付託も含んでいる。この促進支援付託は、利用できる財政的、人的、物的そして組織的可能性に応じて平等な参画を可能にすることを求める権利を導く【56】。

(2) 「やむを得ない理由」

ここでも、普通選挙の原則と同様に、障碍者を法的に不利に扱うことが許されるのは、「やむを得ない理由」によつて正当化される場合だけである。当該措置は、障碍に関連する個別性を考慮するために不可欠でなければならぬ。国家が促進措置あるいは補助システムによつて、障碍をもつ人間が服する制約を除去することができる場合に

は、これに該当しない。このことが不可能か期待できない場合のみ、不利益は正当化されうる【57】。権利を行使するための不可欠の前提であるまさにその特定の精神的あるいは身体的能力が欠けている場合、「やむを得ない理由」がある。必要な弁識能力あるいは行為能力が障碍に基づき欠けており、適格的な補助システムによってもこれに有効に対処することができない場合、このような能力を前提とする権利からの除外は、障碍を理由とする差別ではない【58】。さらに、障碍に関連する不平等取扱いの正当化は、衝突する憲法との比較較量という方法においてのみ、そして厳格な比例性審査に基づいてのみ考慮される。その限りにおいて不平等取り扱いは、他の少なくとも同価値にある憲法利益を保護するために適格的で、必要かつ適切でなければならない【59】。

3 国際人権条約

本決定では、一連の国際人権条約が問題となった。⁽¹³⁾ 決定では、二〇〇四年一〇月一四日の第二法廷決定 (BYERLE II, 307: 根森二二七頁以下参照) に依拠しながら、国際法親和的解釈の原則が展開されている。すなわち、ドイツが締結した条約は憲法のランクにはないが、連邦法の形式で同意をえた条約はドイツの法秩序においては連邦法律のランクにある【61】。しかし条約は、基本権の内容や射程の規定にとつて、そして基本法の法治国家原則にとつての解積補助として憲法上の意義をもつ。これらを援用することは基本法の国際法協調性のあらわれである。基本法は可能な限り、国際法上の義務付けとの衝突が生じないように解釈されなければならない【62】。そして、同時に、欧州人権条約を解積補助として引用する枠内では、同じ訴訟物を対象とするものではない場合も連邦憲法裁判所は欧州人権裁判所の判決を考慮する【64】。

このような原則に基づいて、市民的および政治的権利に関する国際規約（B規約）二五条b【67-68】、障害者の権利条約二九条a【69-77】、欧州人権条約第一議定書三条【78-82】が検討され、これらはいずれも、上述の憲法上の基準を変更することを要求するものではないとされた。¹⁴⁾

IV 選挙法一三条二号と三号の憲法適合性

Ⅲで示した基本権解釈を二号および三号にあてはめ、被全世話人および在精神科病院触法障害者の選挙権の制限は、「普通選挙の原則」にも、「障碍を理由とする不利益の禁止」にも違反するとした。

1 被全世話人（二号）

（1）普通選挙の原則

連邦憲法裁判所によれば、選挙法一三条二号は、あらゆる公民はその選挙権を同様に行使することができるという普通選挙の原則を制約するものである。一九九〇年の世話人法の改正によって立法者が目指したのは、弁識能力を欠く人を選挙から除外することによって、国民の政治的意思形成における統合過程という選挙の性格を確保することである。このような立法目的は正統なものといえる【88-90】。なお、操作・濫用の危険から選挙の公正さを守ることも憲法上の利益であり、普通選挙の原則への本件介入を正当化するという主張は退けられている【91-92】¹⁵⁾。

しかし、被全世話人の選挙権を制限することは、その目的との適合性がない。なぜなら、本件規律は弁識能力の不

十分な人的集団を対象としているとはいえないからである。世話人の任命手続の目的は、当事者がその業務を行う際に個々のあるいはすべての範囲の業務において世話人による補助が必要かどうか、あるいは誰が世話人として考慮されるかを確定することであり、弁識能力の審査は、任命手続の対象ではない【94-96】。

たしかに、立法者は、全世話人の任命には、法律上包括的かつ具体的な世話の必要性を確認することが必要であることなどを根拠に、被世話人全体ではなく被全世話人の場合には、選挙権の制限を正統化できると考えた。そして、このような被全世話人は弁識能力を欠く者であるとする立法者の想定もあながち間違いない【97-99】。したがって議論は、正統な立法目的を達成するために被全世話人を選挙から除外したことが、法律による類型化に関する憲法上の要請に込えているか否かという段階の問題となる。すなわち、立法者が想定するのは、全世話人の任命にその業務を全般にわたり処理をすることができない者に弁識能力を欠く者という一連の判断であるが、世話法に一貫して妥当する全世話人の任命には世話の必要性が不可欠であるという「必要性の原則」によってこのような想定は成立しない。すなわち、二号がその人の選挙権を制限するのは、その人が病気や障碍によってそのすべての業務を自から処理することができないということだけではなく、このような理由から全世話人が任命されている場合である。しかし、必要性の原則によれば、当事者の世話の必要性が世話人以外の補助によってなくなった場合には、世話人の任命は禁止される。したがって包括的な世話が必要であるにもかかわらず全世話人の任命がなされない場合には、二号は適用されず、選挙権は引き続き維持される【100-103】。

立法者が類型的規律を行う場合には、弁識能力を欠く人を的確に選挙権から除外するための基準として典型的な事例を現実に即して置かなければならない。くわえて、類型化の利点は、それと必然的に結びつく不平等取扱いと適切

な関係になければならない。しかし、本件は、そのための前提条件を満たしていない。当該連邦議会選挙の際には全体で八万人以上の被全世話人が二号による選挙権の除外の対象であった。また、平等原則への介入はとるに足りないものというわけではない。なぜなら選挙権の制限によって民主国家における市民の最も重要な権利が継続的に奪われるからである【105-106¹⁶⁾】。

(2) 障碍を理由とする不利益の禁止

二号による選挙権の除外が、公権力による規律当事者の能力開発と活動の機会の制約を含む場合、基本法の意味における「不利益」が存在する【108】。そして、障碍をもつ人間の不利益禁止に対する本件介入は正当化されない。連邦憲法裁判所によれば、障碍をもつ人を不利益に扱うことに対して必要な「やむを得ない理由」があるといえるのは、法律上の類型化の憲法上の要請を遵守した当該規律が、その具体的な内容形成において、以下のために不可欠である場合である。すなわち、障碍に条件づけられた個別性を考慮に入れるために、そして、選挙の統合的性格を保護する目的で障碍ゆえに民主的コミュニケーション過程への参加能力を十分に行使できない者を選挙から除外するためである【111】。

しかし、ここでもさきほどの普通選挙の原則と同様に、全世話人の任命が世話の必要性を欠くという理由だけで行われなかった人の選挙権は維持されたままであるという事実によって、二号の規律当事者の不利益が選挙権の性質上理由づけることができないことになる【111】。

2 在精神科病院触法障碍者（三号）

（1）普通選挙の原則

在精神科病院触法障碍者が選挙から除外されていることは、普通選挙の原則に対する介入であるが、この介入は、次の二つの理由から、正当化されない。

第一は、刑法二〇条も六三条も、規制対象が弁識能力を欠く人的集団に限定されていないことである。刑法二〇条（「行為遂行時に、病的な精神障碍、根深い意識障碍または知的障碍若しくはその他の重い精神的偏倚のため、行為の不法を弁識し又はその弁識に従って行為する能力がない者は、責任なく行為したものである」）が前提とする病状は、弁識能力を欠くことを証明することにはならない【117-122】。くわえて、本条の意味における「責任無能力」は、決して犯罪とは独立した継続的な状態ではなく、犯行時、行為の不法への弁識にしたがって行為する能力に損傷があったことで十分である【123-124】。

また、刑法六三条によれば、行為時に責任無能力であった者に、その状態を理由として重大で違法な行為が予想され、そのためにその者が社会にとって危険であることが明らかとなった場合、裁判所は、精神科病院における收容を命じる。ここから導かれる精神科病院への收容を命じる要件（「長期にわたりかつ将来にいたる精神的または心的健康の損傷の存在」、「行為をこえて続く障碍の存在」および「收容者の社会に対する危険性」）も、—研究報告書によって実証されているように—通常「弁識能力」が欠けているとの推論を許すものではない【125-129】。

第二は、他の制度との整合性という点でも、三条が、弁識能力を欠く受刑者の範囲を事実上適合したやり方で定め

ておらず、法律による類型化の憲法上の要請を満たしていないことである。

たとえば、精神科病院への収容の命令が、責任無能力者によって重大な刑事行為の危険が発生しないことのみを理由として下されない場合には、選挙権は維持される。また、精神科病院への収容が自由刑と並んで命じられる場合、刑の全部または一部が収容処分の前に執行されたときには、選挙権はまずは存続し、処分の執行をまっけてはじめて選挙権を失う。さらに、執行猶予のために精神科病院における収容が停止される場合、三号は適用されないが、執行猶予が取り消された場合には選挙権は新たに失われる。さらにまた責任無能力で精神科病院に収容されている者の選挙権は、事後的に禁断治療施設に移送された場合には復活するが、この者がその後再び精神科病院に再移送される場合には、その選挙権はあらためて失われる【130―132】。これらの事例において、いずれも当事者の「弁識能力」に変化はない。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾

(2) 障碍を理由とする不利益の禁止

刑法二〇条の責任無能力は身体的、心的、精神的あるいは知覚的損傷を前提としており、それが長期にわたり継続する場合にはのみ、精神科病院への収容の命令が認められる。それゆえ、三号の規律当事者はもっぱら障碍をもつ人間であり、規律当事者から民主的共同参画権の中核を奪うという不利益は、障碍を理由とする不利益である【133―134】。そして、このような介入を正当化することはできない。なぜなら、精神的あるいは心的健康において同様に損傷のある人を恣意的に不平等に扱うことになるという意味でも、十分な弁識能力を欠く典型的な人を把握することに適合しないという意味でも、普通選挙の原則と同様に在精神科病院触法障碍者を法的に不利に扱うことについて、やむを得ない理由が欠けているからである【135】。

3 決定に対する評価

本決定に対する学説の評価は二つに分かれる。一つは、能力によって分けること自体は問題ないという立場からのものである。たとえば、ある論者によれば、民主主義にとって非常に根本的な選挙権とその考え得る制限について、基本的に、憲法上の基準とその適用において説得力ある判決が下された。弁識能力および決定能力を欠いていることによって選挙権から除外されるべき人的範囲について適切な新規律を行うことは、たやすいことではないが、立法者の任務である (Vgl. Hillenber, S. 479)。また、他の論者によれば、できるだけ選挙能力のない人すべてに、しかしまた選挙能力のない人だけに参加資格を認めないという新たな規律を行うという任務が立法者に課せられた。このことはおそらくは実際上の重大な困難に遭遇することになる。しかし、選挙能力のない者を除外するためのあらゆる新規律を行わないことは、国民の政治的意思形成における統合過程という選挙の性格を確保するという憲法上の要請に反することになる (Vgl. Sachs, S. 509)。

これに対して、障碍者の権利条約によれば、能力によって分けること自体が問題で、類型化による選挙権への介入は正当化されえない。したがって将来、立法者は選挙権の制限を新しい類型モデルに置き換えるのではなく、統合的な選挙権 (ein inklusives Wahlrecht) を導入することが望まれるという見解も主張されている (Vgl. Schmalenbach, S. 569)。

V 事後処理

実施された選挙が依拠した選挙法が違憲と判断された場合、その事後処理については二つの問題がある。違憲の選挙法によって行われた選挙の効力をどう考えるのかという問題と当該違憲選挙法の効力の問題である。⁽¹⁹⁾

前者について、二〇一二年の連邦憲法裁判所法改正は大きな意味をもつ。既に述べたように、この改正により、主観的権利侵害のみを理由とする選挙審査抗告の提起が認められることになり、連邦議会選挙の有効性や議員の議席喪失とは別に、連邦議会選挙の際の有権者の権利侵害のみを判断することができるようになった。

後者、すなわち、違憲法律をどのように扱うかについては、選挙法に限定されない広い対処方法の中で検討されている。

憲法裁判所によって違憲であるとされた法律は原則として無効であり、このことは、本件のような選挙審査抗告にも妥当する【137】。しかし、多くの事件において裁判所は当該法令を違憲としながらも無効としない「違憲確認判決（不一致宣言）」を用いてきた（畑尻「制度」三九八頁以下参照）。違憲確認判決は、従来の裁判例からみると、①平等原則違反が問題となる事例、②「立法者の形成自由」を認める余地のある事例、③なお一層の違憲状態や耐え難い法的空白を回避する必要がある事例、④立法の不作為が問題となる事例、⑤手続的（形式的）瑕疵が問題となる事例において下されている。本件でも、①ないし③を根拠に、「立法者がどのようにその違憲な取扱いを排除するのかそしてその際に、普通選挙の原則と国民の政治的意思形成における統合過程としての選挙の性格を確保することをどのよう調整するかは、立法者の問題である」として、二号を無効とはしなかった【139】。そして、本件では、適用の停止

が重大な法的空白や法的不安定を生じさせるなど、二号を立法者の決定まで例外的に適用させるべき理由は存在しないとした【139】。

これに対して、三号の場合には、違憲確認判決を採用する上記の理由が存在しないとして、違憲無効判決が採用されている。すなわち、決定によれば、在精神科病院触法障害者を選挙権から除外することを代替措置なくやめることによつて、現状よりも憲法に適合する秩序からなお遠ざかつてしまうような状態を作り出してしまうことはない。同時に、三号を無効とすることによつて立法者の形成の余地（裁量）は縮減されることはない。なぜなら、在精神科病院触法障害者をすべて選挙から除外するということを維持しながら、選挙権制限を普通選挙の原則と差別禁止を満足させるように新たに規律することは考えられないからである【140】。

結局、二〇一九年七月一日施行の連邦選挙法等を改正する法律（BGBl. I S. 834）により、二号と三号は削除され、選挙権からの除外は、一号のみとなった。また、被全世話人と在精神科病院触法障害者は介助を受けて選挙（連邦議会選挙、欧州議会選挙等）で投票できるようになった（泉六頁以下参照）⁽²⁰⁾。

結びにかえて

最後に以上のような決定を日本法への示唆という観点から再度確認して、小論を閉じたい。

まず、本決定は、民主主義過程における選挙の意義、性格、機能を明らかにしたうえで、憲法上の要請としての規制目的を明確な形で導き出している。すなわち、民主主義と選挙がコミュニケーションを前提とするものであり、国

民の政治的意思形成における統合過程という選挙の性格を確保するためには、コミュニケーション過程に参加する能力が憲法上要請されるのである。しかし、規制目的が憲法上正当なものであっても、区別（規制方法）がその目的を達成するために適合的かつ必要なものでなくてはならず、またその判断は現実に即したものでなければならぬ。そして、類型化と一般化にともなう立法裁量は認めざるをえないとしても、類型化のメリットとそれに伴う不平等取扱いというデメリットとの均衡を図るためには、類型化に対する憲法上の要請という枠が設定されなければならない。このように、選挙の公務性や一定の能力の必要性を前提とした上でも、普通選挙の原則から厳格な審査基準を導き出し、手段審査においてこれを適用している。

国際人権条約については、その法的効力が憲法よりも下位にあるとしながらも、「国際法親和的解釈」の原則によつて、基本権の内容について解釈補助として用いている。そして、それぞれの人権条約の解釈について、欧州人権裁判所の判決、人権条約解釈のための諸委員会・諸機関の態度表明を参考にしながら、一箇々の判断内容については異論もあるが―それぞれの人権条約の要請によつて基本法の要請を変更することが必要か否かを個別具体的に検討している。

また手続問題については、法改正によつて法律上も選挙審査抗告において選挙の効力とは別に権利侵害の確認のみを求めることができるようになった。これによつて、選挙審査抗告における権利侵害の主張がより容易になるとともに事後処理の柔軟性も増したといえよう。また、事後処理における立法者の裁量の広狭による違憲確認判決と違憲無効判決の使い分けについても先例にしたがった対応がなされている。

本稿では、以上のような本決定の内容を明らかにしながら、同時にこれを同種の問題に対する日本の諸判決と比較

して、両者の共通点と相違点を確認した。この共通点と相違点の確認においては、一般の訴訟法を「借用」した憲法訴訟の積極的側面と同時にその困難性、すなわち、一般の訴訟法の運用によって実質的な憲法訴訟法を形成することの限界も、浮き彫りにされているように思われる。この点についての個別の検討は別稿に譲る。

- (1) 成年被後見人の選挙権の制限に関しては、東京地判平成二五・三・一四（判時二一七八号三頁）がある。また、受刑者の選挙権の制限に関しては、大阪地判平成二五・二・二六（判時二二三三九号三五頁）、大阪高判平成二五・九・二七（判時二二三四号二九頁）、広島地判平成二八・七・二〇（判時二三三二九号六八頁）、広島高判平成二九・一一・二〇（裁判所ウェブサイト）、最三小決平成三一・二・二六、東京高判平成二五・一一・九（判例集未搭載）、最二小決平成二六・七・九（判時二二四一号二〇頁）がある。
- (2) 本決定については、二〇一九年二月のドイツ憲法判例研究会月例研究会において報告し、その内容の一部は自治研究に発表している（「普通選挙の原則と被全世話人および在精神科病院触法障碍者の選挙権制限」自治研究九六巻七号（二〇二〇）一五三頁以下）。
- (3) 具体的には、基本法、連邦憲法裁判所法、刑法などにより、基本権喪失の宣告や選挙犯罪、外患罪、内乱罪によって確定判決を受けた者がある（Vgl. *Schweber*, §13, Rn. 7）。
- (4) 公職選挙法一一条一項は「次に掲げる者は、選挙権及び被選挙権を有しない。」として、(旧)一号で、「成年被後見人」、二号で、「禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者」が挙げられている。日本の場合ドイツと比較して、その制限は広範かつ一律であり、その規制目的にも違いがみられる。
- (5) 前掲注(1)の各判決・決定は、以下のような訴訟において下されている。一つは、行政事件訴訟法四条の当事者訴訟としての「公法上の法律関係の確認を求める訴訟」（①公職選挙法が違憲であることの確認と②次回の選挙において投票することができる地位にあることの確認）である。東京地裁平成二五判決は②であり、受刑者関係では、大阪地裁・高裁平成二五判決が①と②、広島地裁平成二八年判決、広島高裁平成二九年判決そして最高裁平成三二年決定は①である。第二に、国家賠償請求訴訟がある。受刑者関係判決ではいずれも、確認訴訟の補完的な訴訟として国賠訴訟が用いられた。ここでは、

懲役刑に処せられた原告がその刑の執行を終えたことから、確認訴訟はいずれも不適法とされ、憲法判断の舞台は国賠訴訟となった。第三は、公職選挙法二〇四条の選挙無効訴訟で、東京高裁平成二五判決と最高裁平成二六年決定がこれである（なお、各訴訟法における憲法訴訟については畑尻「役割」三四四頁以下参照）。

(6) 二〇一二年七月一二日の選挙における権利保護の改善のための法律三条 (BGRI I S. 1501) によって連邦憲法裁判所法四八条一項に傍線の部分が追加された。「選挙の効力、その権利が基本法四一条による選挙審査に服する限りにおいて、選挙の準備または実施の際の権利の侵害または連邦議会議員の資格喪失に関する連邦議会の決定に対する抗告は、議員資格が争われている議員、連邦議会によりその異議を却下・棄却された有権者又は有権者の集団、党派又は連邦議会の少数派で少なくとも法定議員数の一〇分の一を有する者が、連邦議会の決定後二ヵ月以内に連邦憲法裁判所になすことができる。……」。また、第三項は以下のように全面的に改められた。「有権者又は有権者の団体の抗告の審査の際に、その権利が侵害されたことが明らかなる場合、連邦憲法裁判所は当該選挙を無効と宣言しないときには、この侵害を確認する」。なお本法改正につきは Lechner / Zuck, Rn. 1. 3. 6. 6a. 26; Lenz / Hansel, Rn. 5. 59 参照。

(7) 最高裁平成二六年決定は、選挙訴訟において受刑者以外の者が受刑者の選挙権制限の違憲性を主張することを退けた。この決定については、第三者の憲法上の争点の主張適格の問題をこえて、他に有効・適切な手段があれば、選挙訴訟で選挙権制限の憲法適合性を主張する可能性を排除したとする解釈がある（山岸八六頁参照）。

(8) 日本の場合、議員定数不均衡訴訟において、衆議院が解散されたことをもって、「本件訴はその法律上の利益を失うに至つたものというべく、却下せざるをえない。」とする判決がある（最二小判昭和五四・一二・二四訟務月報二六卷三号五〇〇頁）。

(9) その要因としては、基本法が定める選挙原則において選挙権のあり方について厳しい要請がなされており、また、これを実現するために詳細な法律規定がおかれていることもあって、選挙権の法的構造を論じる実益がなかったことなどが挙げられている（長尾四〇頁以下参照）。

(10) この点に関連して、日本国憲法では、「一四条一項が一般的平等原則、四四条但書（あるいは一五一条一項と結びついた四四条但書）が選挙平等に関する特別法という関係になる」という指摘がある（玉蟲四二四頁参照）。

(11) 前掲注（一）の各判決においては、在外日本国民選挙権訴訟最高裁判決（最大判平成一七・九・一四民集五九卷七号二〇

八七頁) が試金石となっている。ここでは、特に選挙権の法的性格について言及することなく、憲法前文・一条、四三条一項、一五条一項・三項、四四条ただし書を根拠に、国民主権から国政参加権を導き、投票をする機会の平等な保障に至る。そうして、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、例外的にこれが認められるためには、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」(＝そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能な著しく困難であると認められる場合) がなければならぬとした。

(12) これに対して、大阪地裁平成二五年合憲判決は、類型化と一般化の必要性から、直に立法の広い裁量を導いている。

(13) 先に言及した以外にも学説上、当該規定が国際人権上問題があるとの見解が主張された (Vgl. *Beer / Markard*, Rn. 519; *Schulte*, S. 16)。

(14) 一連の判決において国際人権条約に言及するものは少ない。大阪地裁平成二五年合憲判決が唯一正面から判断し、国際規約 (B規約) 二五条 b が合理的理由のある選挙権の制限まで禁止するものとは解されないとしている (倉田二四頁参照)。受刑者関係ではその他の判決に言及はない。また、東京地裁平成二五年違憲判決では、「我が国においても、障害者権利条約への署名以降、……成年被後見人から選挙権が一律に奪われている我が国の現状を見直す動きが生じている。」として立憲事実の変化の証左の一つとして条約が挙げられている。

(15) なお、東京地裁平成二五年判決も、「そのような不公正、不適正な投票が、相当に高い頻度で行われ、それによって国政選挙の結果に影響を生じさせかねないなど、選挙の公正が害されるおそれがあると認めるべき事実は見出し難い」として、同種の主張を退けている。

(16) 東京地裁平成二五判決は、「やむを得ないと認められる事由」を採用するが、「その適用段階において、これを、目的・手段審査の枠組みと結合させた点に特色がある」(小泉一三頁)。これによれば、まず、目的審査については、選挙権が権利とともに一種の公務としての性格をも併せ持つ以上、選挙権を行使するに足る能力を欠く者(事理を弁識する能力を欠く者)に選挙権を付与しないことは、立法目的として合理性を欠くものとはいえない。さらに、手段審査については、成年後見制度と選挙制度はその趣旨目的が全く異なるものであり、一時的回復可能性を前提としていることや審査対象である判断能力に違いがあるなど成年被後見人とされた者の中にも、選挙権を行使するに必要な判断能力を有する者が少なからず含まれていると解される。したがって、本来性質の異なる成年後見制度を「借用」して、成年被後見人から選挙権を一律に剥

奪する規定を設けることは、「やむを得ない」として許容することはできない。

なお、目的それ自体は正当なものであるという本判決に対しては、選挙権保障の意義を熟議する能力をもった市民による責任ある政治参加を民主主義の理想とする共和主義的民主主義観から切り離し、多元化社会における議会政にとってより適的なものへと読み替えている本判決の選挙権理解からするならば、より踏み込んだ目的審査が行われてもよかつたとする指摘がある（小泉一三頁以下参照）。

(17) 下級裁判所の判断は合憲（大阪地裁平成二五年判決、広島地裁平成二八年判決、広島高裁平成二九年判決）と違憲（大阪高裁平成二五年判決）に分かれる。大阪地裁平成二五年判決は、平成一七年最大判の法理については、事案を異にするとしただうえで、選挙が選挙権としての性格の他に公務としての性格を有していることに基づいて「公正な方法で政治的な意思を表明し得る能力及び適性」が要請され、また画一的処理も要請されることから、広い立法裁量が認められるとした。これに対して、大阪高裁平成二五年判決は「やむを得ない事由」の法理を採用し、①受刑者は著しく遵法精神に欠け、公正な選挙権の行使を期待できない、②受刑者を拘禁する必要性及びその性質に照らし選挙権の制限はやむを得ない、③情報取得が困難であるという各主張について検討し、いずれもその主張は採用できないとして、受刑者の選挙権を一律に制限していることについて「やむを得ない事由」があるということとはできないとした。

両判決の違いを、学説における一元説と二元説から説明する例がある。たとえば、「一審判決が、選挙の公務性に基づいて、能力・適性の要請と画一性の要請を導出し、そこから選挙権制限に対する立法裁量を広く認めるのに対して、控訴審判決は、それが権利一元説を採ったものとまでは言い切れないものの、選挙権の権利性を基礎として、公正な選挙のための必要最小限度の制限しか認めないという論理構成をとっており、両者はその入口からして異なるといえる。」とする（金子一三四頁）。これに対しては「二元説を明示的に採用した地裁は欠格事由を合憲としたのに対し、違憲判断をした高裁は選挙権の公務性には言及していない。しかしそれぞれの判決において、その違いが結論の差異と直結しているわけではない。なお成年被後見人に関する東京地裁は、二元説に立った上で選挙権の制限を違憲と判断している」（渡辺他四二〇頁）とする見解がある。

広島地裁平成二八年判決は、平成一七年最大判の法理については、事案を異にするとしただうえで、選挙権は公務としての性格を併せ持つものとして、広い立法裁量によって合憲という判断を下した。これに対しては、「まず、問われるべきは、

……選挙権に公務性を認めなければ厳格な基準が求められ、公務性が認められれば立法府の裁量に委ねられる、という二分法が、成立するのか、ということである。」(千國四一頁)とする批判がある。なお、広島高裁平成二九年判決も、最高裁第三小法廷平成三二決定も地裁判断を維持した。

- (18) 大阪地裁平成二五年合憲判決に関連して、以下のような形で、現行制度の相互不一致、一貫性のなさが指摘されている。すなわち、「自由刑の執行にともなう隔離により『選挙権を適正に行使できる環境が実質的に保障できないおそれ』……が正当な考慮事項であるとすると、刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律二条四号の『受刑者』のうち五号の『懲役受刑者』と六号の『禁錮受刑者』が選挙権を剥奪され、七号の『拘留受刑者』が剥奪されないという差異は、はたして説明できるのか。……また、情報環境の不備が正当化の説明に必須ならば、なぜ仮釈放中も剥奪されるのか……。現行法の完成度は、本件において網羅的に点検されているわけでもない」(倉田二三頁)。

- (19) 裁判例が依拠する各訴訟(前掲注(5))において憲法違反の主張が認められた場合、事後的な措置をどのように考えるか。
 ② 次回の衆議院議員の総選挙において投票することができる地位にあることの確認と③ 国家賠償請求訴訟においては、訴訟の性格上、直ちに事後的な処置を考えなければならぬわけではない。これに対して、① 公職選挙法が違憲であることの確認と④ 選挙訴訟の場合には判決の結果が当該選挙の効力の問題と直結するがゆえに問題となる。④ の場合には、議員定数不均衡事件の昭和五一年大法院判決(昭和五一・四・一四民集三〇巻三三三頁)が示した解決方法、すなわち、事情判決の法理の援用による「違憲ではあるが無効ではない」という判断方法が検討されることになる。また、① の場合にも、公職選挙法は違憲であるが無効ではないので当該選挙自体は有効なものとすることが考えられる。

- (20) 今回の法改正は、違憲となった現行法に代わり何らかの基準で、コミュニケーション過程に参加することができない人を選挙権から除外することによって、統合過程という選挙の性格を確保すべきであると考える立場からいえば、十分なものはいえないであろう(Vg. *Büchler*, S. 327)。

参考文献

泉眞樹子「連邦選挙法等改正」外国の立法 No.281-2(二〇一九)六頁以下

金子匡良「禁錮以上の受刑者に選挙権を認めない公職選挙法一一一条一項二号は違憲であるとされた事例」自治研究九二巻四号

(二〇一六) 一三〇頁以下

倉田玲「禁錮以上の受刑者の選挙権剥奪が合憲とされた事例」新・判例解説 Watch, vol.13 (二〇一三) 一一頁以下

小泉良幸「成年被後見人からの選挙権剥奪が違憲とされた事例」新・判例解説 Watch, vol.14 (二〇一四) 一一頁以下

高田篤「選挙法制における『規範衝突』」高田敏・畑博行編『憲法と行政法の現在』(北樹出版、二〇〇〇) 二七九頁以下

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」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、二〇〇

八) 四〇九頁以下

千國亮介「受刑者の選挙権を一律に制限する公職選挙法一一条一項二号の規定を合憲とした事例」新・判例解説 Watch, vol.20

(二〇一七) 三九頁以下

土屋武「平等選挙原則のドグマティック・断章」法学新報二二〇巻一・二号(二〇一三) 二九三頁以下

長尾一紘「選挙権の法的性格(二)」法学新報九九巻五・六号(一九九二) 三九頁以下、「選挙原則」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガ

イドブックドイツの憲法判例』(信山社、近刊)

永田秀樹「超過議席の合憲性」『ドイツの憲法判例Ⅲ』四二二頁以下

根森健「ヨーロッパ人権裁判所とドイツの裁判所との基本権保障における調整」『ドイツの憲法判例Ⅲ』二二七頁以下

畑尻剛「司法裁判所型違憲審査制における最高裁判所の役割」ドイツ憲法判例研究会編『講座 憲法の規範力第二巻 憲法の規

範力と憲法裁判』(信山社、二〇一三) 三三三頁以下、「憲法裁判における『制度』とその『運用』」工藤達朗他編『憲法

学の創造的展開』(信山社、二〇一七) 三九一頁以下

林知更「在外ドイツ人の選挙権制限の違憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅳ』(信山社、二〇一八) 三四七頁

以下

宮地基「特殊学校への転向処分と障碍者の不利益処遇禁止」『ドイツの憲法判例Ⅲ』一一〇頁以下

森保憲「連邦議会解散後における選挙審査抗告の可否」『ドイツの憲法判例Ⅳ』三三二頁以下

山岸敬子「選挙無効確認訴訟における憲法上の主張の可否」民商法雑誌一五〇巻六号(二〇一四) 八二頁以下

山本悦夫「基本議席条項の合憲性」『ドイツの憲法判例Ⅲ』四二八頁以下、「選挙抗告手続」畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法

裁判(第二版)』(中央大学出版部、二〇一三) 四九八頁以下

被全世話人と在精神科病院触法障碍者の選挙権の制限(畑尻)

渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ基本権』（日本評論社、二〇一六）

- S. Bear / N. Markard, in: Mangoldt / Klein / Starck / Huber / Voßkuhle, GG, Bd 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3
- H. Büchner, Ausschluss vom Wahlrecht - Gesetzesänderung, KommunalPraxis BY 2019, S. 326f.
- A. Guckelberger, JA 2012, S. 561ff.
- Ch. Hillgruber, JA 2019, S. 476ff.
- H. H. Klein, in: Maunz / Dürig / Klein, 88. EL Augst 2019, GG Art. 38
- W. Kluth, in: Schmidt-Bleibtreu / Hofmann / Henneke, GG 14. Aufl. 2018, Art. 38
- H. Lechner / R. Zuck, Bundesverfassungsgesetz, 8. Aufl. 2019, § 48
- Ch. Lenz / R. Hansel, Bundesverfassungsgesetz, 3. Aufl. 2020, § 48
- H. Meyer, in: Isensee / Kirchhof, HStR III, 3. Aufl. 2002, § 46
- O. Müller, in: Mangoldt / Klein / Starck / Huber / Voßkuhle, GG, Bd 2, 7. Aufl. 2018, Art. 38
- M. Sachs, Jus 2019, S. 506ff.
- K. Schmalenbach, JZ 2019, S. 567ff.
- W. Schreiber, DVBL, 1999, S. 345ff.; Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 6. Aufl. 2002, § 13
- B. Schulte, ZRP, 2012, S. 16ff.

(本学法学部教授)