

わが国における「選挙権論」の規範主義的 貧困は克服されたのか？

中 野 雅 紀

第一章 問題の所在

第二章 長尾論文が選挙権の規範的構造について明らかにした点

第三章 ヘーフリングによる選挙権の規範構造分析

第四章 石川健治によるイエリネットクの Status 理論読解

第五章 結びにかえて

第一章 問題の所在

第1節 本稿の目的は、ここ二〇年間のわが国における選挙権学説を概観すること、わが国に多大の影響を与えてきた一九世紀から二〇世紀の変わり目におけるドイツ国法学 Staatsrechtliche の選挙権学説を再考するところにある。その意味では、まさに「温故知新」、国を越え、そして時代を超えた比較憲法学的観点から「選挙権学説」を再検討するための素材を提供するものである。

第2節 いまから二〇年ほど前、長尾一紘は一連の論稿においてわが国の「憲法問題としての選挙権論は、極度の理論的停滞のな

わが国における「選挙権論」の規範主義的貧困は克服されたのか？（中野）

かにある」ことを指摘した。その原因はわが国における「規範主義の貧困」、つまり選挙権の「法的性格論」＝「法的構造論」の検討が十分に尽くされてこなかったことにあるとされる。⁽¹⁾もちろん、長尾が参考とするドイツの学説もいわゆる基本権の新解釈が登場するまでは、わが国と同様に「機能論的アプローチ」が主流を占め、「法的構造論的アプローチ」が登場してからわずか三〇年ほどしか経過していない。それゆえに、わが国においてはフランスの「プーブル主権的権利説」をとる学者だけではなく、ゲオルグ・イェリネックの「地位理論」(Statuslehre)に基づいて選挙権を説明する学者までもがもっぱら「機能論的アプローチ」に終始し、「法的構造論的アプローチ」を看過する傾向にあるといえる。⁽²⁾本稿ではとりあえず、宍戸常寿に倣い「機能論的アプローチ」を「従来の『実質法的』解釈方法では憲法裁判権の統制機能を越え出る解釈を排除しきれないので、解釈作業の過程の中に、統制機能の枠を越えない観点を盛り込もうとする考察」としておく。

ところで、長尾の問題提起に応えた学者がわが国にいるのかということが次に問題となる。ここで、注目すべきなのが辻村みよ子の学説である。いうまでもなく、辻村は緻密なフランス憲法史の分析に基づき「プーブル主権的権利説」を提唱するだけではなく、⁽³⁾また同時にイェリネックの「地位理論」の歴史的限界も意識している。⁽⁴⁾その意味からも、「法的構造論的アプローチ」登場までという限定付きであるが、長尾は、辻村を伝統的選挙権学説の系譜の最後に位置づけている。しかし、長尾によれば辻村説ですら選挙権の法的内容についてはなんら言及するものではない。たしかに、「主権行使に参加する権利」との説示はあるが、これ⁽⁵⁾(とても)選挙権の機能に関する説示であり、法的性格の内容になりえない」とされる。⁽⁶⁾これに対して、辻村は以下のように回答を留保している。

なお、前掲長尾論文についても、これらの基礎理論についての前提的理解が異なる以上、見解の相違が生じることは当然とも思われるが、論者のいわゆる法的性格論＝法的構造論についてはなお理解不十分なところもあり、今後の検討課題とさせていただきます。

第3節 すでに、この長尾の問題提起および辻村の回答から二〇年以上の歳月が流れている。しかしながらその後、私の知る限り

では、わが国においてドイツの学説を用いて、しかも「法的構造論的アプローチ」を使って選挙権を分析した著作は驚くほど少ない。とはいえ、この「法的構造論的アプローチ」をフランス憲法研究者に求めるのは酷であり、その任務はドイツ憲法、とりわけ基本権規範論を研究してきた者に課せられるべきであろう。本稿は、長尾論文が発表された直後に著されたボルフラム・ヘーフリングの「民主的基本権―ある解釈学的カテゴリーの意味内容および解釈価値について」⁷⁾を素材に選挙権の「法的構造論的アプローチ」をおこなうものである。残念なことに、この論文はおそらく今後選挙権の「法的構造論的アプローチ」をおこなうに際して一読すべき文献になると思われるが、まだわが国では十分に検討されているわけではない。長尾論文が捕捉できなかったドイツの学説史的展開を中心に、どこまで選挙権の法的性格に踏み込むことができるかが以下の課題である。あわせて、近時検討の対象から外せなくなってきたている、石川健治によるイエリネックの地位(身分)理論を中心とする「身分の構造転換」分析との関係で、わが国における従来の「選挙権」学説がどのような影響を受けたのかも検討していくこととする。

第二章 長尾論文が選挙権の規範的構造について明らかにした点

第1節 まずは、長尾の「選挙権の再検討」で確認されたことを概観することにしよう。長尾の分類によれば、イエリネックの「地位理論」を分岐点としてそれに対応するかたちで、「機能論的アプローチ」および「法的構造論的アプローチ」という二つの方法論が生じてきたとされる。前者の「機能論的アプローチ」をとる論者にはマウンツ、ツイペリウス、エックカート・シュタインおよびルベルト・シヨルツ等がいるが、このアプローチをとるとき、「能動的地位の権利」(Der aktive Status)という概念が無限に広げられ、概念相互の競合領域が不可避となり、妥当でない⁸⁾とされる。長尾の辻村批判もまた、選挙権を「主権行使の一態様」とすることは、「主権行使の態様」が多様であるゆえに、選挙権の性格を言い当てることにはならないということにある。したがって、選挙権の分析においては「法的構造論的アプローチ」が妥当とされる⁸⁾。

わが国における「選挙権論」の規範主義的貧困は克服されたのか？(中野)

しかし、この「法的構造論的アプローチ」もさらに「請求権モデル」と「形成権モデル」という二つの基本権の構造的分類に分けられる。前者の「請求権モデル」学説をとる論者にはディーター・ヴィルケおよびシュヴァーベ等があり、後者の「形成権モデル」学説をとる論者にはロベルト・アレクシーおよびシュテルン（担当は、ミヒャエル・ザックスであるので、以下ザックスと記す）等があるとされている。⁹⁾ 実は、後述のヘーフリングはこの後者に属する。まず、「請求権モデル」学説は選挙権の法的構造を消極的・積極的な複数の請求権から構成されたものとする。たとえば、選挙権は市民の選挙プロセスにおける加害排除請求権および、そのプロセスに関与できることを可能にする作為請求権を包含したものである¹⁰⁾。だが、それだけでは私人たる候補者を公務員たる議員に転化するという選挙権の一番重要な作用が説明され得ない。したがって、選挙権を基本権体系のなかで捉える「形成権モデル」学説が妥当ということになる。¹¹⁾

第2節 では、以下においては詳しく長尾の説明を借りて、アレクシーおよびザックスの「形成権モデル」学説を概観する。

アレクシー説¹²⁾アレクシーの所論の基礎となる概念は、個別的権利 (Position) および、「実定憲法上の一つの単位としての基本権」(Grundrecht als Ganzes) である。たとえば、「表現の自由」には、各種の表現手段、表現内容の相違に応じた多様な Position が保障されている。『実定憲法上の一つの単位としての基本権』としての『表現の自由』は、これらを束(たば)のようなひとまとまりをなすものとして、一括して保障する。

アレクシーは、これらの多様な Position は、それぞれ、a『他者の行為を求める権利』(Rechte auf etwas)、『自由権』(Freiheiten)、『c』『制度的権利』(Kompetenzen) のいずれかに属するものとする。『制度的権利』とは、『形成権的権利』であり、権利者の一定の行為によって、法状態 (rechtliche Situation) に変化を生ぜしめる権利をいう。

かくして、『選挙権』もまた『実定憲法上の一つの単位としての基本権』であり、性格を異にする多数の Position の集合体である。そのなかで、あるものは『他者の行為を求める権利』に属し、あるものは『自由権』に属する。そしてまたあるものは、『制度的権利』

に属する。『選挙権』のうち、その中核をなすものは、ある者の私人（候補者）としての法的状態を議員（公務員）に変化せしめる権利である。この『制度的権利』（形成権的権利）としての内容を有する Positionこそが『選挙権』の中核をなすものである。したがって、『選挙権』は形成権的権利である。⁽¹²⁾

ザックス説：「ザックスは、基本権の体系的把握は、『形式的・構造的基準』によって得られるものとして、基本権の類型として、①『防禦権』（Abwehrrechte）、②『給付請求権』（Leistungsrechte）、③『形成権的権利』（Bewirkungsrechte）、④『基本権としての法的地位』（Grundrechtliche Rechtsstellung）を挙げている。

ザックスにおいて、『形成権的権利』とは、権利者が、その行為によって、その意図する法状態の変化を惹起しうる権利をいう。選挙権は『形成権的権利』である。

ザックスにとって、基本権はすべて『権利複合体』（grundrechtliche Berechtigungskomplex）である。そして『権利複合体』としての一つの基本権を構成する『個別的権利』（Berechtigungen）相互の關係に「中核的権利」（Hauptrechte）と『補助的権利』（Hilfsrechte）の区別があるものとする。

『選挙権』もまた『権利複合体』であり、多数の『個別的権利』から構成される。『選挙権』にとって核心的意義をもつ権利は、私人（候補者）の法的状態を公務員（議員）に変化せしめる権利、すなわち、『形成権的権利』である。選挙にさいしての妨害排除請求権、選挙行使を實現化するための立法請求権などは、すべて『選挙権』の『補助的権利』である。これらの『補助的権利』は、構造上は、それぞれ『防禦権』および『給付請求権』に等しいが、『形成権的権利』類型に属する『選挙権』の一部をなすものと考えられるのである。⁽¹³⁾

第3節 このようにして、「形成権モデル」学説は選挙権を基本権体系のなかで捉えることによって選挙権もまたもろもろの Position からなる束（たば）、つまり「権利複合体」として把握しているのである。そうすることによって、「形成権モデル」学説

わが国における「選挙権論」の規範主義的貧困は克服されたのか？（中野）

は「請求権モデル」学説が見落としてしまった「ある者の私人（候補者）としての法的状態を議員（公務員）に変化せしめる権利」を「選挙権」の中核に据えるのである。⁽¹⁴⁾ 注意しなければならぬのは、「形成権モデル」学説はこれまでの「請求権モデル」学説の成果を完全に否定してしまうのではなく、中核を定めることによって、それを補完するものであるとする点である。このような核心部分である「形成権的権利」が意識されなかったことにこそ、伝統的な選挙権論が選挙権の「自然権」（Naturrechte）としての性格を看過してきた証拠をみることができる。しかしながら、この「形成権モデル」を「選挙権」の中核に据えるということは、必ずしも第二帝憲法の歴史を忠実に記述しているわけではない。なぜならば、栗城壽夫によれば一九世紀立憲主義時代において、ドイツでは君主権力の強化が至上命題とされ、国民の政治参加の保障よりも、強大化した君主権力に対する国民の権利を保障するために侵害排除請求権的な「公権」が設定されたからである。⁽¹⁵⁾ 次は、このような確認を基にヘーフリングの規範構造論を検討することにする。

第三章 ヘーフリングによる選挙権の規範構造分析

第1節 ここまで明らかにしておきたいのは、ヘーフリングもまた民主的基本権（Demokratische Grundrechte）、特に選挙権（Wahlrechte）については「法的構造論的アプローチ」を主張しているということである。彼によれば、新解釈によって呼び覚まされた基本権の多重機能（multifunktional）の解釈においては規範構造的性格を考慮することが不可欠であるとされる。なるほど、連邦憲法裁判所を含めドイツの支配的学説は基本権解釈学の体系化については慎重な態度を示しているが、選挙権を含めた基本権を基本権体系のなかで把握すること、つまり「基本権から一般的に明らかにされ得る地位の構造的属性の確定」なくしては、民主的決定プロセスにおける選挙権の位置付けを明らかにすることはできない。⁽¹⁶⁾ なぜならば、基本権と民主制原理は一方ではお互いのなかに正当性の根拠を見出しながら、他方においてはお互いに衝突しあう可能性を秘めているからである。⁽¹⁷⁾

第2節 ヘーフリングによれば、ドイツにおいてこれまで数多くの基本権の類型学的体系化の試みがおこなわれてきたとされる。とりわけ、民主的基本権についてはシルベスター・ヨルダン（一九世紀前半に活躍した国法学者）の「市民的」基本権と「公民的」基本権のカテゴリーの区別に触発されながら、周知のように、ゲオルグ・イエリネックの「地位理論」が誕生することになった。ヘーフリングの推測によれば、この「地位理論」のなかの「いわゆる能動的地位によって、政治的・民主的基本権を明確に把握することができる解釈上のカテゴリーが提供されたのである。」⁽¹⁸⁾ 以上のような傾向は、リヒャルト・トーマやヘルマン・ヘラー等のヴァイマル期の国法学を経て現在まで続いているとされる。ところでこのような傾向は、ヘーフリング自身はそう名付けているわけではないが、いわゆる「機能論的アプローチ」に基づくものといえよう。なぜならば、イエリネック、トーマおよびヘラー等が説く「能動的地位」にあつては、他の地位との関係において「国家への参与」(Teilnahme am Staat)という機能論的視点から実質的メルクマールが用いられている⁽¹⁹⁾ からである。

では、ヘーフリングはこのドイツにおける伝統的な「機能論的アプローチ」をどのように評価するのであろうか。第一に、これはイエリネックの「地位理論」においてすでに明らかであつたのであるが、「能動的地位」はまったく異なつた地位に属している Position 同士の結合によって特徴付けられている。たとえば、彼は「地位理論」をとるトーマを以下のように批判する。⁽²⁰⁾

このような結合はのちに、特にリヒャルト・トーマによって顕著なものとなつた。しかし、消極的地位、積極的地位および能動的地位に属する権利から構成される三つの和音を、政治的権利および市民的権利から構成される伝統的なカテゴリー二元主義と結合させる限りで、トーマはヴァイマル期に地位理論が継受されたことの典型例であるといえる。しかしそれと同時に、この分類のために用いられた判断基準は無条件には両立し得ない、二つの分類図がお互いに結合させられることになる。

第二に、以上のことから理解できると思われるが、「機能論的アプローチ」によって能動的地位の概念はかなり広範に、長尾の言葉を借りるならば「無限に広げられ、概念相互の結合は不可避となる」⁽²¹⁾ 特に、トーマの「地位理論」との関係でいうならば、「能動的地位」と結び付いた「市民的権利」は基本権と民主制原理の衝突を隠蔽してしまう危険性がある。それはまた、ヘーフリング

わが国における「選挙権論」の規範主義的貧困は克服されたのか？（中野）

が問題としたかった点も隠蔽してしまふことになる。したがって、ヘーフリングは「機能論的アプローチ」を「個別的基本権の正しい地位秩序および、いかなる憲法規定から政治的・民主的内容の根拠が引き出され得るのか」ということについての不明確さと論争を巻き起こしてきた」と評価する。⁽²²⁾

それゆえに、「選挙権」の解釈学的説明はさらに二つの段階を要求することになる。つまり、それは「客観的对象」および「法技術的構造」の二段階の分析である。しかしながら、ここで問題となるのは、ヘーフリングのいう後者の「法技術的構造」の分析であろう。というのは、この「法技術的構造分析」こそが「法的構造的アプローチ」に該当するからである。したがって、以下においては「客観的对象分析」は簡単に触れるにとどめ、「法技術的構造分析」＝「法的構造的アプローチ」を詳細に紹介・検討する。

第3節 まず、「客観的对象分析」とは憲法典自身が言明している「民主的基本権」カテゴリーを客観的对象の次元において分類・分析することである。その際、注意しなければならないのは、憲法が保障している「民主的基本権」は基本法二〇条二項の選挙権だけではなく、その他にもいくつかの「政治的基本権」が存在しているということである。そのことを前提に、両者の上位概念として「政治的基本権」を設定するならば、それは以下の二つに分類されよう。

- (1) 個々人が国家机关の一部である国民として選挙および投票に関与することを求める権利
- (2) 特別な機関を国民に由来する人格に基づいて割り振ることを求める権利

このなかから、第一のグループが政治的基本権の特別なカテゴリーを形成し、ここにおいて民主的基本権として特徴付けられる。つまり、いわゆる「選挙権」が以下の「法技術的分析」にかけられることとなる。⁽²⁴⁾

ヘーフリングによれば、「法技術的分析」とは「基本法から一般的に明らかにされる地位の構造確定」である。⁽²⁵⁾そこで有用なのは、一般法学説における法カテゴリーに遡及することである。その助けを借りて、「基本法の法律学体系」の輪郭が描かれることになる。少々表現が難しくなってきたので、前章の長尾の説明を借りてこのことを敷衍することにしよう。前章で概観したように、ア

レクシーもザックスも「選挙権」の法的構造から説明するのではなく、まず基本権の一般理論を説明し、そこで基本権がさまざまな Position からなる一つの束（たば）、あるいは「権利複合体」であるとしている。そしてそのことを前提に、「選挙権」の法的性格を分析している。つまり、選挙権の法的性格論とは選挙権の法的構造論である以上、「選挙権と基本権の一般理論とが整合性を持ち得るためには、選挙権の法的構造が問題とされなければならない。」⁽²⁶⁾このことは一般理論である基本権論から検討を加え、そして特殊理論である「選挙権」の法的構造に検討を加えることによって、「選挙権」の「基本権体系」における位置付けを明らかにし、同時に両者の整合性を保障することを意味している。詳細は別稿に譲るが、このような方法論は「公的自律」と「私的自律」の調整を考えるに際して有効なものである。⁽²⁷⁾

第4節 基本権の体系的把握のために、ヘーフリングは、ザックスと同様に、主観的権利の主要類型として、①「防禦権」(Abwehrrechte) ②「給付請求権」(Leistungsrechte) ③「形成権的権利」(Bewirkungsrechte) の三つをあげ、区別している。⁽²⁸⁾その個別類型の説明は前章のシュテルンの箇所と重複するので、ここでは「形成権的権利」を中心にして議論を進めていく。

第一に、ヘーフリングが「法的構造論的アプローチ」、なかでも「形成権モデル」をとっていることは、主観的権利の主要類型の③として「形成権的権利」をあげていることだけからではなく、まずその前提として「客観的対象分析」において「選挙権および投票権」に特別な地位を与えていることから明らかである。なるほど、彼は「開かれた基本権解釈」の構想において、すべての国家機関、公的勢力、市民および、そのグループが憲法具体化プロセスに参加するという構想をとるから、このプロセスに関与するという意味での「選挙権」は広いものとなるが、その中核は狭義の「選挙権および投票権」そして、それは「形成権モデル」に基づいていることは、以下の一文を引用するだけで十分である。「選挙権および投票権から構成される第一のグループのみが、国民の政治的意思を国家権力に直接変換する憲法上の保障を含んでいる。」⁽²⁹⁾「法的構造論的アプローチ」に鑑みるならば、これは「選挙権」の「中核的権利」が「私人たる候補者の地位を公務員たる議員に転化する権利」としての「形成権的権利」であることを示し

ている。

第二に、ヘーフリングは「私人たる候補者の地位を公務員たる議員に転化する権利」だけが「選挙権」の「形成権的権利」ではなく、そのなかには国民の「共同作用権」(Mitwirkungsrechte)も含まれていることを指摘している。彼の説明を借りれば、「形成権的権利」に共通している点は「ある法的状態から他の法的状態に転化することを求める権利行使に特有の作用」である。⁽³⁰⁾しかしまた、この「形成権的権利」のなかには「国家権力に関与することを対象とする総体としての政治的・市民的権利」も含まれるとされる。たとえば第二帝政末期に、アドルフ・アフォルター(スイスの憲法学者)は、政治的権利が「ただ許容するだけではなく、また可能性においても、つまり法的効力をともなつた行為にも」存在しているとみる。⁽³¹⁾もちろん、第二帝政憲法においては基本権条項が規定されていなかったことを差し引いても、選挙人・投票者の意思が選挙権および投票権を媒介として、法的拘束力をもって国家意思に転化され、あるいは国家意思形成に関与することが意識されていたことを看過すべきではない。であるとすれば、第二帝政期の代表的論者であるとともに、ビスマルクの忠実な追従者であるラーバントが選挙権を「反射的利益」(Reflex des Verfassungsrechts)でしかないとすることに、われわれが盲従する必要はない。⁽³²⁾この点については、これまでのわが国の研究においては十分な検討がなされているとはいえない。

第三に、ヘーフリングによれば「選挙権」の規範構造は「形成権的権利」として性格付けられるが、しかしながらこのような規範構造が「形成権的権利」に尽きってしまうわけではない。なぜならば、周知のようにその開放性および憲法の広範な妥当性のために、基本権規定上の主観的権利は最初から特定の種類の権利に固定されてしまっているわけではないからである。むしろ、基本権が「権利複合体」である以上、その特殊規範的な個別的言明を発見するのは、事例ごとの基本権規範の具体化作業に課せられた任務であろう。このような関係において重要かつ有益なのが、「中核的権利」および「補助的権利」である。⁽³³⁾

第四に、ヘーフリングによれば「中核的権利」と「補助的権利」はまた、密接な機能的関係を共有している。このことに関して、「中核的権利」として「共同作用権」、「補助的権利」として「規範的給付請求権」を例にとって考えてみよう。⁽³⁴⁾

国家によって提供されなければならない規範的給付は、個人々を共同作用権つまり、選挙ないし投票という共同作用権をまた行使できる状態に置かなければならない。立法者を名宛人とする選挙権能を通常法において規範化することを求める権利とこの機能そのものを区別することによって、特に基本権と民主的/basic権の妥当領域における民主的プロセスの関係が明らかにされる。選挙権能に基づいて、このような権能をもつ者は間接的な立法の関与者になる。この権能を通常法において規範化する権能をもつことによって、彼は立法者に敵対するものになる可能性がある。なぜならば、基本権上の地位が彼自らの権限の限界を設定しているからである。

第5節 このような四つの指摘のうち第一の指摘を除く、他の三つの指摘は長尾論文を含め、これまでのわが国の文献では十分に検討されているとはいいたい論点である。しかしながら紙面の都合上、辻村・長尾論争については、この論文ではヘーフリングの指摘を概観することで「選挙権」の「法的構造論的アプローチ」における問題点を指摘するだけにとどめることとする。ただ、ここで次章とのつながりで以下の見解を示しておく。この論争のあと、加藤一彦はプーブル主権をとる辻村説を支持するかたちで、プーブル主権をとるならば「選挙権」＝「市民の権利」という公式が描け、そこに「公務」、「職務」および「義務」といった α は入れるべきではないと主張する。⁽³⁵⁾したがって、通説である「選挙権 $+\alpha$ 」として選挙権を描くのではなく、「選挙権 \equiv 再定義化された権利」として描くべきであることを提案する。しかし、このような主張は結局、二元説批判には有効であっても「法的構造論的アプローチ」が解きほぐした「権利複合体」としての選挙権の構造分析を採用するものでも、「市民の権利」にカテゴライズされた、イエリネック流の地位論というstatus civitatisを、そのまま選挙権上採用するものでもない。以下においては、その検討の素材として石川健治によるイエリネックの地位論の読解をとりあげることとした。

第四章 石川健治によるイエリネックのStatus理論読解

第1節 石川健治は、イエリネックの『公権論』を「主権論と人権論の間の―広くいえば実証主義と理想主義の間の―板ばさみの

わが国における「選挙権論」の規範主義的貧困は克服されたのか？（中野）

苦渋のなかから絞り出された『法的な』権利論』であつたと総括する⁽³⁶⁾。樋口陽一流に言い換えるならば、「イエリネックやケルゼンの類型論は、それぞれの権利の論理的性格を分類基準にしようとするもの」であり、これに対するものとして「権利の歴史的生成によるそれぞれの権利の性格規定に関心を持」ち、「諸権利を網羅的に整理する分類」が存在する⁽³⁷⁾。このような相克から、イエリネックの人権類型論が生まれたのであるが、さらに、石川はイエリネックの人権類型論を独自の近代国家形成過程論から理論的再構築を図る。まず、石川は、ヨーロッパ法学的な伝統的思考枠組、すなわちローマ法以来の一般的な身分類型として「家の身分」(status familia)を頂点に、「市(民)の身分」(status civitas)、「自由(人)の身分」(status libertatis)があげられ、権利能力は、それら身分ごとに段階的に異なるものにされてきた、と指摘する。ところが、フランス大革命後の中間団体否定論、そのなかでの親子関係の理論で君臣関係を正統化する家父長国家観批判をおこない、伝統的の中間団体を表象した、伝統的な身分論のもとで枢要な身分を否定したのがイエリネックであつた。石川によれば、イエリネックは、「家の身分」をカテゴリーごと消去した。しかし、三つの身分のうち「家の身分」が破壊されてしまった以上、近代国民国家は、残された「市民の身分」を構造分化しなければならぬ。ここに、残された身分の役割分担(配分)と、その相互承認の問題が発生する。

第2節 以下、石川健治「人権享有主体論の再構成―権利・身分・平等の法ドグマテイク」『法学教室』第三二〇号(二〇〇九年)六二―六七頁を概観することとする⁽³⁸⁾。

近代国民国家の形成にあわせて、この身分の階層構造を大きく転換させたのが、G・イエリネックという、一九世紀ドイツを代表する憲法学者である。近代における政治社会は、主権的な「国家」であり、国家の「国民」的形成により、近代におけるstatus civitasは、「国民の身分」に再編される。そのもとで、身分の階層秩序は根底から再構成され、第一に、「家の身分」は、カテゴリカルに消去された。近代国民国家の形成過程において、「家」に代表される中間団体が重畳する中世社会の身分的編成が、のっぺりとした「国民の身分」一般へと、ちょうどブルドーザーでならすように、強制的に均質化されたからである。かつて「家」への帰属によって権利能力が左右された人々は、いまや全員が平等な「国民」として、「国家」に帰属するようになったのである。

そして、第二に、犯罪をおかして国家の刑罰権の対象 (status subjectus) になる場合などの「く限られた例外を除き、すべての自然人は「自由人の身分」を享有するものとされた。人間が「人間であること」だけを理由に、独立の法人格 (権利能力) となることができるようになったのであり、自然的な「人」は、直ちに、法的にも完全な「人」となる。ここではもはや、「国家」への帰属は問題にならない。けれども、彼らが対峙する国家は、主権的・至高的存在にまで登りつめた、史上最強の政治権力である。彼らには、「自由人の身分」であることの承認を国家に請求する資格があるが、もし国家が、その承認を拒んだらどうなるか。この場合には、自らが「国民」であることを理由に、国家の裁判サービスを求めるほかはない。権利保護は、近代国家が自力救済の禁止と引き替えに「国民」に提供しなくてはならない、最低限度のサービスであると考えられるからである。つまり、すべての自然人に法人格 (権利能力) を承認する人権思想が、画餅に帰さないで済んでいるのは、「国民の身分」に基づく国家の権利保護によって、それが下支えにされているからにはかならない。

第三に、「家」が一般的身分として破砕されたために、政治社会への参加資格でもあった「家長」の資格も消去されることになるが、「国民」として生まれたからといって乳幼児が国政に参加できないのは自明であって、政治社会への能動的な参加資格を別途探る必要がでてくる (能動的国民の身分)。国家を公益目的の法人として捉える立場 (国家法人説) からすると、法学的には、国家法人の機関 (国家機関) として公務に従事する資格のことというふうに、この新たな身分は翻訳されなくてはならない。

このようにして、近代人は、原則としてすべて「自由人の身分」に所属しつつ、依然として「国民の身分」、「能動的国民の身分」の階層秩序に組み込まれることになったのである。イエリネックは、ここで一計を案じ、機能的な観点から、それらローマ法的な「本名」をもつ諸身分に、「あだ名」をつけることにした。「自由人の身分」は、必要最小限度を超える国家介入を拒否して、国家に対し消極的な不作為を、「国民の身分」は、自力救済を抛棄する代わりに、国家に対し権利保護から (裕福な国家なら) 社会福祉までの積極的な作為を、それぞれ求める請求権の根拠になる。そこで、前者を「消極的の身分」、後者を「積極的の身分」と名付けることができる。また、そのようにしてペアが一つできると、「能動的国民の身分」という、文字通り能動的に国家に向かい合う資格の方には、それに見合うペアはないのかということになるが、有罪判決を受けたり税金を取り立てられたりして主権国家に服従を強いられ、かつての status subjectus (あえて訳せば、隷属民の身分) に陥る例外的なケースが、それに相当する。そうすると、前者が「能動的の身分」、後者が「受動的の身分」ということになる。かくして、残りなく法人格を獲得したはずの近代人は、「受動的の身分」「消極的の身分」「積極的の身分」「能動的の身分」の四つからなる身分の階層秩序からなる国家世界に生きるという、非常によくできた類型論が完成する。論理的には、あくまで自由人としての「消極的の身分」「自由人の身分」が軸であるが、歴史的には、「積極的の身分」「国民の身分」が最もポテンシャルの高い身分であることは、いうまでもない。実質的には、「国家」への帰属によって、権利行使の内実が左右されることになる。(……)

「身分」は、性質上、その承認 (Anerkennung; recognition) を要求するから、他者に対する承認権の根拠となる。その場合の「他者」は、元来、権利義務関係 (法関係) を結ぶ直接の相手方であり、お互いの「身分」を相互承認しなくては、対等の「法人格」どうしの法関係は始まらなかった。また、常に「身分」の相互承認がうまくいくとは限らず、相手を「法人格」と承認するにいたらない場合には、法的には「人」と「物」の関係に、つ

わが国における「選挙権論」の規範主義的貧困は克服されたのか? (中野)

まり主人と奴隷の力関係にすら陥ることになる。そうはならないにしても、社会関係において「人格」の承認状態が常態化して、社会的「身分」が階層化することも少なくなかった（いわゆる差別問題）。

しかし、近代国家は、そうした法的な承認の回路を独占し、「自由人の身分」「国民の身分」「能動的国民の身分」を一括して承認するに至った（人権宣言）。この国家の論理が、前項におけるダイナミックな「身分」の構造転換を支えている。

第3節 石川健治によれば、イエリネックの「選挙権」理解は以下のように要約することができよう。

第一に、政治社会への参加資格＝選挙権は *status familia* に属する「家長権」を前提とするものであったが、それは *status familia* の「破砕」によって、他の身分に「翻訳」されなければならなかった。第二に、この政治社会への参加資格は、機能的な観点から「自由人の身分」(*status libertatis*)＝「防禦権」と「市民の身分」(*status civitas*)を編入した「国民の身分」の対称性を参考として、「受動的身分」と「能動的身分」に振り分けられた。第三に、イエリネックは *anspruch* ではなく *status* を権利義務関係に転換するために、近代国家が「法人格」間の相互承認のための「回路」を一括して引き受けた。

このような説明によれば、宮沢俊義の人権類型とイエリネックの人権類型の間にずれが生ずるのは、宮沢が「イエリネック流の美濃部法学を純化しよう」として、イエリネックの「地位理論」をケルゼンのそれで修正しているからだけではなく、そもそもイエリネック自身が近代国家の成立の過程で *status familia* を破砕し、*status libertas* および *status civitas* を再編成し、さらには「受動的身分」と「能動的身分」を創設したからである。反対にいえば、このような一種のトリックを用いることで、宮沢は「能動的な関係」を「積極的な関係」と「能動的な関係」に分け、前者においては「裁判を受ける権利」を代表とする国務請求権を、後者においては選挙権や被選挙権をうまく位置付けることに成功したのである。

ここで、石川のイエリネックの「地位理論」の分析で優れているのは、イエリネックが論理的、歴史のおよび実質的観点から、この理論を説明していることを明確にしている点にあることを指摘しておきたい。すくなくともこの分析が正しいとするならば、イエリネックは「機能的アプローチ」のみならず、「法的構造論的アプローチ」も意識していたと言える。

第4節 しかしながら、このような石川の分析に関しても、わたしとしては腑に落ちない部分がある。したがって、この点についての疑義を述べる。

フランスでは、「人」権主体となるべき個人を重疊的な身分制から解放することにより、「人」権主体としての個人と、正統な権力を独占する「主権」の担い手としての国家から成る二極構造とすることで、人権の対国家的権利性を際立たせようとした。しかし、樋口によれば、そのフランスですら、近代法が「個人」をつくり出すために中間集団の解体をめざしたとき、家族という例外があったとされる。であれば、遅れてきた近代国家であるドイツで、なぜ、イエリネックが「家族」のカテゴリーごと消去してしまうのか、石川が参照を請う自らの論稿「承認と自己拘束」⁽³⁹⁾だけでは、その典拠をはじめとして親切でないだけでなく、理解しづらい。明らかに、これは歴史においては「事実」ではなく、「理念」にすぎなかったのであるから。そのことに関しては、村上淳⁽⁴⁰⁾の以下の市民社会論の指摘は示唆に富む。

一九世紀ドイツの市民社会が純粹な経済社会、「欲望の体系」(ヘーゲル)としてとらえられるかぎりで、それは自生的に成立した自律的社会ではありえなかった。それは、身分制的な互酬性の秩序からの解放の代償として、国家権力による指導に服しながら形成されていったのである。それにもかかわらず、一九世紀の中葉までドイツの市民社会を担ったのは、実際は個人というより家長たちであったから、伝統的な互酬性の残照が見られなかったわけではない。

次に、そもそも中世以降のローマ法とは別に、ヨーロッパ社会においては宗教学的意味で、あるいは神学的意味での位階論が発達し、それが近代以降においても国法学における「垂直性 *Verticalité*」の議論に大きな影響を与えていることは否定できない。⁽⁴¹⁾それは、「世俗化および脱神学化 *Säkularisation*」されたあとにおいても、ネオ・トミズム法学以外でも看過すべきものではない。たとえば、石川も注目しているニコラス・クザールヌスは若きころ偽ディオニュシオスの「天上位階論」や「教会位階論」⁽⁴²⁾を学び、それはトマス・アキイナスにも大きな影響を与えたといわれている。また近時、注目されているピコ・デラ・ミランドラは、『人間の尊厳について』において、「創世記第一章第二六節に基づき、神は人間を創造するにあたりなんらかの定まった特性を与えずに人間を

創造した。したがって、人間は自らが意思する通りに自己を形成する無制限の自由を有するとした⁽⁴³⁾。また、石川の理解はアリストテレスの身分制論の理解に関しては、歴史学者・哲学者のそれとは異なっているように感ぜられる。⁽⁴⁴⁾

第5節 最後に、前章で示した仮に、辻村が「選挙権」Ⅱ「市民の権利」であるとしても、「市民の権利」にカテゴリー化されたからといって、イエリネック流の地位論という status civitatis を、そのまま選挙権として採用するのとかという設問に対する一応の回答を与えることにしよう。おそらくは、辻村は石川の上述の説明をもつてしても、石川流のイエリネックの「選挙権」を採用することはないであろう。なぜならば、プーブル主権論に基づき、選挙権を、市民が主権行使に参加する権利と解し、「機関理論」を否定する辻村からすれば、ナシオン主権論を前提とし、その公務の執行とする「選挙権」の精緻化を、国家法人説を通じておこなう法実証主義の立場に立つイエリネックの地位論は承認できるものではないからである。⁽⁴⁵⁾ そのことは、前述の石川の説明部分を引用するだけで十分である。

「家」が一般的身分として破砕されたために、政治社会への参加資格でもあった「家長」の資格も消去されることになるが、「国民」として生まれたからといって乳幼児が国政に参加できないのは自明であって、政治社会への能動的な参加資格を別途探る必要がでてくる（能動的国民の身分）。国家を公益目的の法人として捉える立場（国家法人説）からすると、法学的には、国家法人の機関（国家機関）として公務に従事する資格のことというふうに、この新たな身分は翻訳されなくてはならない。

第五章 結びにかえて

最初に述べたように、わが国の「憲法問題としての選挙権論は、極度の理論的停滞のなかにある」との長尾の指摘に対する応答は、二〇年たったまも相変わらず低調である。その傾向は、これもまた長尾が指摘していた点ではあるが、選挙権論が選挙論の一環として取り上げられ、個人的なイデオロギー性や、それに基づくパーソナルな倫理的当為性が語られ、まさにそこにおいては「神々

の争い」のような状態が続いているからである。考えてみれば、選挙権論は戦後、不幸な議論のされ方をしてきたのかもしれない。なぜならば、「イェリネック流の美濃部法学を純化しようとした」宮沢は、一方においては「いわゆる憲法解釈学というものはない。興味を持たれないで、むしろ政治的憲法学というか、憲法を政治学的あるいは社会的な面から見」という、パーソナルな傾向を持っていたからである。⁴⁶⁾したがって、辻村が「なお、前掲長尾論文についても、これらの基礎理論についての前提的理解が異なる以上、見解の相違が生じることとは当然とも思われるが、論者のいわゆる法的性格論＝法的構造論についてはなお理解不十分なところもあり、今後の検討課題とさせていただきたい。」と答えたのは至極当然であり、この回答のポイントは前段にある。

その意味で、温故知新的にイェリネック理論を解説しようとする石川の研究は、地味でかつ地道ではあるが選挙権の法的規範構造を再考させる一つの契機になるものではないかと考える。

- (1) 長尾一統「選挙権論の再検討」(『ジュリスト』第一〇二二号、一九九三年) 八八頁、同「選挙権の法的性格(四)」(『本誌』第九九卷第一一〇二二号、一九九四年) 参照。そもそも、わが国で選挙権・被選挙権の性質が問われたとされる最高裁昭和三〇年二月九日大法院判決が以下のようなものであったことに留意すべきである。「この判例自体の意味は、選挙犯罪に伴う選挙権・被選挙権の停止が合憲だということを定めたことにつきる。表題のように「選挙権・被選挙権の本質」が正面から議論されているわけではない。しかし、その後の学説状況がこの判決への注目を持続させてきた。選挙権の性格について一九七〇年代後半以後、それを「代表を選出する権利であるとともに、公務員の選定という公務でもある」とする通説的二元論に対して、国家権力は人民に属するという人民主権説の立場から、それを主権行使に参加する権利としてのみ捉ええる権利説が提唱され論争になった」(毛利透【12】佐藤幸治・土井真一編『判例講義憲法Ⅱ 基本的人権・統治機構』(悠々社、二〇一〇年) 二二一頁)。なお、拙稿「選挙権・被選挙権の本質と選挙権の公正・選挙犯罪処罰者選挙・被選挙権停止違憲事件」(工藤達朗編『憲法判断インデックス』(商事法務、二〇一四年) 三〇二―三〇三頁参照のこと)。

- (2) わが国における選挙権の系譜と現状については、長尾・前掲注(一)第一論文、九一―九三頁参照。とはいえ、ここで問題となるのは機能論的アプローチとは何かということである。それについては、宍戸常寿「憲法裁判権の動態(五)―ドイツ憲法研究ノート」『国家学会雑誌』第一二六卷第一―二二二号、二〇〇三年、二二〇頁。また、少々長くなるが長尾の最後の弟子である土屋武のヤラスのドグマティック論の解説から引用することとする。「そこで、社会的意味の規定には、機能的アプローチがとられるという。このアプローチは、自由保障の機能・任務との関連で、自由権の社会的意味を確定する。……構造的アプローチからすれば、そのようなシステムの導入は、伝統的な自由の構造を

わが国における「選挙権論」の規範主義的貧困は克服されたのか? (中野)

- 破壊するものといえ、基本的には許されないものといえよう。これに対して、機能的アプローチからすれば、異なる構造の自由システムを導入したとしても、そこでの自由権の機能が以前と等価であるといえるのであれば(一)、ひとしく認められうることになる。そのため、伝統的な拘束から解放されている(土屋武「基本権におけるドクマティークと理論」ハンス・D・ヤラスの基本権論)「ハンス・D・ヤラス著/松原光宏『ヤラス教授/日本講演録 現代ドイツ・ヨーロッパ基本権論』(日本比較法研究所翻訳叢書、二〇一一年)一六一頁)。なお、近時のドクマティックにおける funktional pluralistisches Grundrechtsverständnis(二)については Vgl.R.C.de Oliveraz Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik Berlin, 2013, S. 34ff., 45, 195ff., 271f.
- (3) 辻村みよ子『権利』としての選挙権(勁草書房、一九八九年)。
- (4) 辻村みよ子「人権の概念」樋口陽一編『講座・憲法学 第三卷 権利の保障「一」』日本評論社、一九九四年)三二―三四頁。
- (5) 長尾・前掲注(一)第一論文、九三頁。
- (6) 辻村みよ子「選挙権論の『原点』と『争点』再論 野中教授の批判に答えて」(杉原泰雄・樋口陽一編『論争憲法学』日本評論社、一九九四年)二五〇―二五二頁。この回答では、辻村は「機能論的アプローチについては了解しており、「法的人格論」法理的構造論」の理解が不十分というところになるのであるが、それゆえいのであるうか。さらに、オーリウを「カレ・ド・マルセルに近い意味での『三元論』(を)提示」する論者と整理した上で、ナシオン主権とプーブルの区別に基づく後者の選挙権論の「緻密さをこえるものではなかったように思われる」とし、二重の意味で不適切であるとする小島慎司の指摘は参照に値する(小島慎司「近代国家の確立と制度体の保障(三)―モーリス・オーリウ『公法原理』第二版における修道会教育規制法律への批判の分析」『国家学会雑誌』第一二二巻七・八号、二〇〇八年、五六―五七頁)。とくに、オーリウが「職」作用 (fonction) だから(選挙権は)権利であると指摘した点は、本稿との関係で重要である。なお、イエリネックは System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. Darmstadt, 1919. 中でエスマン・オーリウの学説を紹介し、彼らが droit civils を drei individuals であるは Freiheitsrechte である主張(二)を説明している (Vgl. Jehnek, aa.O.S. 134)。フランス・エスマンの選挙権の関連については、イエリネックの弟子である Adolf Teubenburg, Entwicklung des Wahrechts in Frankreich seit 1789, Tübingen, 1911 を参照の(三)。
- (7) W. Höfling, Demokratische Grundrechte—Zu Bedeutungsgelalt und Erklärungswert einer Dogmatischen Kategorie—, Der Staat 33 (1994), S. 493—509.
- (8) 長尾・前掲注(一)第一論文、八八―八九頁。
- (9) 長尾・前掲注(一)第一論文、八九―九二頁。なお、長尾はシユネレンの説明を K. Stern, Das Staatsrecht Der BRD III/1, 1985, S. 571f. の部分を参照しておこなっているが、この部分の執筆担当はザックスである。

- (10) 長尾・前掲注(一) 第一論文、九〇頁。
- (11) 長尾・前掲注(一) 第二論文、九〇頁、九五頁。
- (12) 長尾・前掲注(一) 第三論文、九〇頁 (Vgl. R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden (1985), S. 159f. 229f.)
- (13) 長尾・前掲注(一) 第一論文、九〇頁 (Vgl. Stern, aa.O., S. 571f.)
- (14) 長尾・前掲注(一) 第二論文、九〇頁、九五頁。
- (15) 長尾一統『日本国憲法「第四版」(世界思想社、一九九七年) 一六二頁。なお、第二帝政期における選挙権については、栗城壽夫『一九世紀ドイツ憲法理論の研究』(信山社、一九九七年) 一五六頁以下、前田光夫『プロイセン憲法争議研究』(風間書房、一九八〇年) および渡辺重範『ドイツ近代選挙制度史』(成文堂、二〇〇〇年) を参照。
- (16) Vgl. W. Höfling, Demokratische Grundrechte, S. 500, S. 508. 機能論的な「プロローナ」は、「マトロの視点」から見た場合には問題がなからず「に思われる。しかし」「マトロの視点」から見た場合「ネ」には「法的構造的な「プロローナ」を不明瞭にするところ、問題が生ずる。この「プロローナ」が「M・ラーン」が「アレクシー」の理論を用いることによってより両者を原理衡量の中に止揚しようとする「プロローナ」からも理解すべきである。Vgl. M. Raabe, Grundrechtsschutz und gesetzgeberischer Einschätzungsspielraum, in: Ch. Grabenwarter et al. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, S. 92.
- (17) Vgl. W. Höfling, aa.O., S. 493f.
- (18) Vgl. W. Höfling, aa.O., S. 495-498. *Verweise* S. Jordan, Versuche über allgemeines Staatsrecht, Marburg, 1828, S. 409, S. 461f.; G. Jellinek, aa.O., 81ff.; R. Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der RV, 1. Bd. 1929, S. 26; H. Heller, Staatskunde, Bd. 2, 1. Heft, 1924, S. 4f. 参照。
- (19) 長尾・前掲注(一) 第一論文、八八頁。
- (20) W. Höfling, aa.O., S. 497. Vgl. R. Thoma, aa.O., S. 26. Vgl. R. Thoma, Die juristische Bedeutung der Grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im Allgemeinen, in: Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Kommentar zum 2. Teil der RV, 1. Bd. 1928, S. 76.
- (21) 長尾・前掲注(一) 第一論文、八九頁
- (22) Vgl. W. Höfling, aa.O., S. 497-498. なお、拙稿「民主制と基本権—討議理論を中心に—」(『芝浦工業大学研究報告(人文系)』第三三卷第一号、一九九八年) 七一-一四頁参照。Vgl. R. Alexy, Grundrechte im demokratischen Verfassungsstaat, in: FS für Aleksander Peczenik, 1997, S. 27-42.

わが国における「選挙権論」の規範主義的貧困は克服されたのか? (中野)

- (23) Vgl. W. Höfling, aa.O., S. 498–503.
- (24) Vgl. W. Höfling, aa.O., S. 498–500.
- (25) W. Höfling, aa.O., S. 500.
- (26) 長尾・前掲注(一)第一論文、九〇―九二頁。
- (27) 拙稿「民主制と基本権」七―四頁参照。
- (28) Vgl. W. Höfling, aa.O., S. 500–501.
- (29) W. Höfling, aa.O., S. 499. なお、ヘーリングの開かれた基本権解釈については、W. Höfling, *Öffene Grundrechtsinterpretation*, Berlin (1987), S. 100ff., S. 165 (栗城「憲法裁判の機能」(『ジュリスト』第一〇七六号、一九九五年)一四―一五頁参照)。これとの関係で、蟻川恒正の以下の指摘は、示唆に富む。「裁判員や訴訟当事者といった、誰もがなり得るとはいえ特別な主体である者の討論の重要性を主張される佐藤先生の理論の中に、それとは次元の異なる討論を重視する契機を私が見とろうとしたのは、当事者が討論するときにも、例えば、『こんな判例は変えるべきだ』とか『司法とはこうあるべきだ』とか、法律家に限らず、ジャーナリスト、学生や市民といった広い国民の議論が、当事者をも支えて司法をめぐる討議の基盤を成しているはずで、そういう基盤をなす議論が『公共的討論』という観念にはより近いのではないかと考えたからです。そこにひよるとすると『統治の批判者』としての国民が生まれるためのヒントを探る余地もあるのではないかと(蟻川恒正「佐藤幸治憲法等との対話」討議(『法律時報』第八二巻第五号、二〇一〇年)四九頁)。
- (30) W. Höfling, aa.O., S. 501.
- (31) A. Afthler, *Die individuellen Rechte nach der bundesgerichtlichen Praxis*, 2. Aufl., Zürich, 1915, S. 5.
- (32) Paul Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reichs*, 5. Aufl., Tübingen, 1911, S. 331f. Vgl. Möllers, *Staat als Argument*, München, 2000, 12ff.
- (33) Vgl. W. Höfling, aa.O., S. 502.
- (34) W. Höfling, aa.O., S. 503.
- (35) 加藤一彦「選挙権における「三元説」の意義」(東京経済大学現代法学会誌)第八号、二〇〇四年)、一三二頁。
- (36) 樋口陽一編『ホーンブック憲法』(北樹出版、一九九三年)一三九頁。
- (37) 樋口陽一『国法学「補訂」(有斐閣、二〇〇七年)八四―八五頁。
- (38) 石川健治「人権享有主体論の再構成」権利・身分・平等の法ドクマティク(『法学教室』第三二〇号(二〇〇七年)六三―六四頁。Vgl. Ch. Möllers, aa.O., 2000, S. 23–25.
- (39) 石川健治「承認と自己拘束」流動する国家像・市民像と憲法学(『岩波講座 現代法Ⅰ 現代国家と法』(岩波書店、一九九七年)四四頁。なお、

以下のリュッベールボルフの指摘は示唆に富む。「この時代、ドイツにおいても法的平等と開放のために身分制的な生活秩序を解体すること、權利と稼得の自由によって、身分に結びつけられた權利を解消することが重要な課題となっていた。しかし、ドイツにおいてはこの過程は革命の所産ではなく、君主による改革の成果として生じた。このことに關して、法律学は「既得權」を市民の財産權に移し変えることなどにより一定の貢獻をした」(G. Lübbe-Wolff, *Sav. ZRG, germ. Abt.* 1986, S. 104)。もちろん、石川には以下の議論の「地平」を切り開く、あるいは「掘り出す」というある種の使命をもつて、このような議論を展開していることを看過してはならない。「また、本来はこれはスタティックな議論ではないことに、注意すべきである。その背後には非常にダイナミックな歴史の動態に対する考察がある。そうした見えない鉞脈を掘り出した」というのが私のStatus論の一つの趣旨であった。逆に言うと、その動態性を応用すれば、Status論の組み換えによって課題に対応する余地は、将来的にもまだまだある」(『公法研究』第七五号(二〇一三年)三三〇頁)。

- (40) 村上淳『法』の歴史(東京大学出版会、一九九七年)一五〇頁。さらに、村上の以下の分析も重要である。「自律的な個人」がそのようなものだったとするならば、市民社会は「自律的な個人」の「アトミスティクな集積に過ぎない」と言い切れるかどうか、疑問になる。「中間団体」の政治的自律が否認された後、なお個人⇨家長の倫理的自律性を支えたさまざまな団体……こそが、「中央集權の基礎の上に立つ近代国家の強烈な保障」を欠きえない市民社会をして、それにもかかわらず「自律的な独自の『社会』」たらしめたのではなからうか」村上淳『ドイツ市民法史』(東京大学出版会、一九八五年)五一―六頁。このアイロニカルな問題については、興味深いものであるが、それひとつが一本論文となりうるテーマであり、本稿では引用に止める。

(41) H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl. Stuttgart u.a. 1964, S. 112ff.

- (42) テイオリニヒオス・アレオハキデス(著)／今義博(訳)『天上位階論』『中世思想原典集成三』(平凡社、一九九四年)三三九―四三九頁。Vgl. *Corpus Dionysiacum: Pseudo-Dionysius Areopagita, De Coelesti Hierarchia, De Ecclesiastica Hierarchia, De Mystica Theologia Epistulae* (Parisische Texte und Studien) 1991. また、拙稿「第二〇章 憲法秩序」古野・畑尻編『新・スタンダード憲法』(第四版)』(尚学社、二〇一三年)。

- (43) ピコ・テッラ・ミランドラ(著)／大出哲(訳)『人間の尊厳について』(国文社、一九九七年)、なお、原典はÜber die Würde des Menschen, *De hominis dignitate* のドイツ語・ラテン語対訳版を使用した。また、ハッソー・ホフマン／古野豊秋・中野雅紀訳『ヨーロッパの視点における人間の尊厳と自然観』ドイツ憲法判例研究会編『人間・科学技術・環境―日独共同シンポジウム』(信山社、一九九九年)一四八頁を参照のこと。

- (44) 荒木勝『アリストテレス政治哲学の重層性』(創文社、二〇一一年)。特に、補論1(「コイノーニア *konwunia*」に ついて)・補論2(「ポリテュート *politeuma*」に ついて)を参照。したがって、本稿のアリストテレス理解はE. Barker, *The Politics of Aristotles* (Oxford, 1996) に準拠する。

わが国における「選挙権論」の規範主義的貧困は克服されたのか? (中野)

- (45) 日野田浩行「選挙権・被選挙権の性質」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、二〇〇八年)一八二頁。
- (46) 丸山眞男『丸山眞男座談集 第八冊』(岩波書店、一九九八年)二〇頁、一七頁。

〔追記〕 本稿は二〇一〇年七月三十一日に中央大学公法研究会で報告した内容に基づいている。その後のわが国の学説の検討は別稿にて行う予定である。

(茨城大学教育学部准教授)