

# 「政党の憲法上の地位」論・再論

かみ      わき      ひろ      し  
上      脇      博      之

## 目 次

はじめに

1. 従来の学説の議論状況と拙稿『『政党の憲法上の地位』について』の公表  
  - (1) 通説と少数説
  - (2) 少数説に反論する拙稿『『政党の憲法上の地位』について』
2. 最初の拙稿の公表から最初の拙著『政党国家論と憲法学』の公表までの議論  
  - (1) ドイツの学説理解に関する森英樹及び本秀紀の批判
  - (2) 党内民主主義論，ドイツ特有の性格を捨象できるとする彼谷環及び吉田栄司の主張および加藤一彦の「規範要請・指導理念」論
  - (3) 社会団体説以外の立場からの憲法上の正当化論
  - (4) 政党国庫補助あるいは政党選挙戦経費補償を肯定する立場
3. 最初の拙著の公表から今日までの議論  
  - (1) 本秀紀の「政党の役割」論・「現代的国民代表」論
  - (2) 加藤一彦の「政党の公共圏」論
  - (3) 比例代表名簿登載者の除名問題など
  - (4) 政党国庫補助，政党の選挙戦経費補償，政党助成法の肯定論
  - (5) 政治資金規正法に関する毛利透からの批判

おわりに

## はじめに

私は修士論文を執筆し始めてから今日まで15年以上にわたって「政党の憲法上の地位」論について研究してきた。その間に憲法研究者の研究も蓄積されている。それゆえ本稿では、これを踏まえて「政党の憲法上の地位」論について再び論述する。

ところで、この議論には、これまで何度も指摘したように、二つのものがある。

一つは、政党に対して国家あるいは国法がどのような態度にあるのかという「政党に対する国家の態度」論であり、かかる態度を歴史的な展開の視点から、敵視、無視、承認・法制化、憲法編入という四段階で説明するトリーベルの<sup>(1)</sup>見解がその代表である。

もう一つは、この第一の議論を踏まえて、政党がその他の結社と同じ憲法上の性格を有するのか否かという「政党の憲法的性格」論であり、政党を憲法上「国家機関」と位置づけるライプホルツの<sup>(2)</sup>見解がその代表である。旧西ドイツでは、戦後、「憲法編入」の段階に至り、その結果として議論の中心は第二の議論に移行し、その議論が活発化した。そして、政党をあくまでも私的結社・社会团体であると解する従来の立場を根本的に批判する見解がライプホルツの見解以外にも多数展開されたのである。

日本では、戦後、「憲法編入」の段階に至ってはいない中で、当初は<sup>(3)</sup>第一の議論が紹介されてきたが、とりわけ1960年代以降になると、第二の議論に注目が集まり、旧西ドイツの議論に触発されて、そこでの議論をそのまま日本の憲法学に持ち込む見解が出てきた。

しかし、私は、これに対して疑問を抱き、第一の議論に注目しながら、第二の議論を中心に旧西ドイツの議論のあり方を正確に紹介したつもりである。これを通じて、私は、旧西ドイツ（以下、原則として「ドイツ」という。）特有の議論をそのまま日本に持ち込むことは、憲法解釈上許

## 「政党の憲法上の地位」論・再論

されないし、また危険であることを指摘してきた。

その後、私見を直接または間接的に批判する見解が出されてきた。これについては、何度か応答してきた。しかし、かかる批判すべてに対して応答してきたわけではなく、いまだに応答を行っていないものもある。また、かかる応答も幾つかの小論のなかで部分的・断片的に行ってきたにすぎず、全体的にまとめて行ってはいない。

そこで、本稿では、これまでの議論を振り返りながら、私見を批判する主張に対してきちんと応答を行いたい。それを通じて、この議論につき15年余り研究してきた「私なりの総括」を行い、再度、私見を明確にすることに努めたい。<sup>(4)</sup><sup>(5)</sup>

- (1) H. Triepel, Die Staatsverfassung und die politischen Parteien, 1928, S. 12.
- (2) とりあえず、G・ライプホルツ著、阿部照哉ほか訳『現代民主主義の構造問題』木鐸社・1974年。
- (3) 例えば、丸山健「国法における政党の地位」『東北法学会雑誌』6号（1956年）7頁以下、小林昭三「政党のいわゆる『憲法的融合』について」『早稲田政治経済学雑誌』153号（1958年）101頁以下。
- (4) それゆえ、これまで私が応答し批判を行った論者の主張も再度取り上げることになるが、ご容赦いただきたい。
- (5) なお、比例代表選出議員の党籍変更の憲法問題も本稿のテーマに関係しないわけではないが、それについては、直接関係するわけでもないし、またそれゆえ独自に検討する必要もあるので、ここでは本格的には取り上げない。しかし、論者の中には「政党の憲法上の地位」論から比例代表名簿登載者の所属政党からの除名等の問題を論じるものがあるので、その限りで若干言及することをお断りしておく。

## 1. 従来の学説の議論状況と拙稿『『政党の憲法上の地位』について』の公表

### (1) 通説と少数説

ドイツの憲法学同様、日本の憲法学の解釈論においても、「政党の憲法上の地位」論は、それが「憲法と政党をめぐる一切の問題解決への根本的な手がかり」となるという手島孝<sup>(6)</sup>の見解に代表されるように、政党に関する憲法問題についての結論を左右するほどの重要な論点であると理解されてきた。それゆえ、憲法の大系書や政党について論述する論考においては、この問題を真っ先に論じるのが一般的になってきた。

このことを踏まえたうえで、「政党に対する国家の態度」論としての「政党の憲法上の地位」論につき、通説は、日本国憲法が政党を憲法編入しているとの段階にはなく、せいぜい政党を「承認・法制化」している段階であると解してきた<sup>(7)</sup>。また、「政党の憲法的性格」論としての「政党の憲法上の地位」論につき、通説は、統治機構において重要な媒介的・公的役割・機能を果たしているものの、あくまでも社会団体・私的結社であると解してきた<sup>(8)</sup>。

これに対して、1960年代以降これを批判し、異論を唱える少数説が展開されてきた。具体的には、前者の議論につき、例えば「政党保護規制」の段階にあるとする見解が唱えられた<sup>(9)</sup>し、後者の議論につき、政党にその他の結社とは異なる「特別の地位」・「特別の性格」を認めようとする見解が有力に唱えられ始めた<sup>(10)</sup>。

この両者の見解は、もっぱら、現憲法の下でいわゆる政党法を制定することや、あるいはまた憲法「改正」により政党条項を盛り込むことを肯定する立場から唱えられてきた<sup>(11)</sup>。例えば、「政党が実質的に、国家意思形成の中枢機関である<sup>(12)</sup>」との立場から「政党に対する国庫補助の制度」を考慮することを説く政党法の試案が1960年代の初期のころに出していた<sup>(12)</sup>し、1980年代初期には、自民党が「政党法要綱」(吉村試案)を

出しており、そこでは、政党が「半ば公的役割を演ずる団体」に発達していることを理由に「公金による補助」の導入を説き、政党は「革命の防止に寄与する」とも明記されていた<sup>(13)</sup>。

もっとも、政党にその他の結社とは異なる「特別の地位・性格」を認める立場は、後述するように、必ずしも政党法の制定や憲法「改正」を肯定しない立場からも唱えられてきた。ここに日本の議論状況の複雑さがある。

これに関連して、政党国家論で有名なライプホルツの民主制を本質的にその他の論者・立場と本質的に区別して紹介する見解が出てきた<sup>(14)</sup>。これは、論者の主観的意図とは別に、ライプホルツを含むドイツ特有の政党国家論の法理に注目するよりも、ライプホルツの議論をドイツでも特異なものとして見て、彼以外の論者の立場を日本にも妥当する普遍的議論であると理解する下地をつくる役割を果たしてきたように思う。これは、結果的には、ライプホルツの政党国家論を普遍的な議論として日本に持ち込むのと同じ過ちを犯していたのではなかろうか。

## (2) 少数説に反論する拙稿「『政党の憲法上の地位』について」

それらの各見解は少数説にとどまるものの、前述したように、「政党の憲法上の地位」論が政党に関する憲法問題を解決する際に重要な役割を果たすと解されてきただけに、私は、少数説がいわゆる政党法の制定に憲法上の根拠を付与することになるし、また、憲法「改正」論において政党条項を盛り込む主張に論拠を与えるおそれがあると考えたのである。

そこで、私は、ドイツの学説および判例を分析し、それを通じて、少数説に対して批判を加えた。私見は以下のようなものであった。

そもそも西ドイツ（当時）では憲法に相当する基本法が「基本権」の章ではなく「連邦及びラント」の章に政党条項（第21条）を盛り込んでいたが、これは、一方では、政党以外の結社の場合（第9条）と同じよ

うに反体制的な政党の禁止を認めており<sup>(15)</sup>、他方では、政党の禁止につき政党以外の結社の場合とは異なり連邦憲法裁判所でしかそれを認めていないという内容を有していた。前者はいわゆる「たたかう民主制 (Die streitbare Demokratie)」<sup>(16)</sup>と説明され、後者は「政党特権 (Parteienprivileg)」<sup>(17)</sup>と説明されてきた。つまり、政党条項は政党への規制と政党への特権という両面を共有していたのである。

ドイツでは、これにより、「政党に対する国家の態度」論としての「政党の憲法上の地位」論につき、「憲法編入」の段階に至り、その問題は、その是非は別にして、とりあえず解決をみたのである。その結果として、「政党の憲法的性格」論としての「政党の憲法上の地位」論について、「憲法編入」に対応した解釈が求められることになった。それゆえ、従来のように政党を憲法上あくまでも私的結社・社会团体と位置づける立場（社会团体説）を維持して良いのか、見直すことになるのではないかということで、この議論が大きな論点となった。そして、政党にその他の結社とは異なる「特別の地位」を憲法上認める立場が主張され始めたのである。

この立場には、政党を「国家機関」（準国家機関）と見なす立場（「国家機関」説）、政党の公的性格を憲法上の地位と解する立場（公的地位説）、政党を国家と国民との間の媒体として憲法上位置づける立場（媒体説）、憲法が政党に権能を付与しているという立場（権能付与説）があるが、これらの立場は、各立場を詳細に分析してみると、「政党特権」を伴った「たたかう民主制」を憲法上正当化するために唱えられており、その「たたかう民主制」を例外と考える社会团体説との相違は決定的なものであることが明らかになった。それゆえ、政党に「特別の地位」を憲法上認める立場は、基本法に政党条項が盛り込まれ、憲法編入の段階にあるドイツ特有の議論であることを指摘したのである。

以上の分析結果を踏まえて、私は、このようなドイツ特有の見解を、憲法編入の段階にない日本国憲法の解釈論に持ち込むことは間違いであ

### 「政党の憲法上の地位」論・再論

り、許されないと指摘した。そして、政党は、実際、統治機構において重要な役割・機能を果たし、また公的性格や媒介的機能を有してはいるものの、「政党の憲法的性格」としては、政党が社会に根ざしているという本質に注目して、あくまでも社会团体・私的結社と解するほかないし、そう解すべきである（社会团体説）と主張した。そしてむしろ注目すべきことは、「政党一般の憲法上の地位」以上に「政権党の憲法上の地位」（公的なもの）であると主張した。

なぜなら、「政党の憲法上の地位」論は、与党や野党の議会内政党だけではなく議会外政党にも妥当するものでなければならないからである。また、政党の機能・役割に注目すると、議会内政党と議会外政党との間だけではなく、与党と野党との間にも質的な相違があるから、現代立憲主義の立場からすると後者の相違の方が重要であり、それゆえ、「政権党の憲法上の地位」を公的なものとして理論構成しなければならないと考<sup>(18)</sup>えたからである。

- (6) 手島孝「現代憲法と政党」芦部信喜編『現代法3 [現代の立法]』岩波書店・1965年165頁 [174頁]。
- (7) 和田英夫『憲法体系』弘文堂・1958年272頁、丸山健「憲法と政党」『憲法問題の諸問題』有斐閣・1963年263頁 [282頁, 284頁]、同「政党」清宮四郎・佐藤功編集『憲法講義3』有斐閣・1964年247頁 [253頁]、同『政党法論』学陽書房・1976年137頁。
- (8) 丸山健「憲法と政党」『公法研究』30号（1968年）1頁 [10頁, 17頁]、同・前掲注（7）書、138頁。
- (9) 石田榮仁郎「政党の法的分析」飯坂良明ほか編『政党とデモクラシー』学陽書房・1987年81頁 [90頁]。
- (10) 阿部照哉「西独における政党の憲法上の地位」『（京都大学）法学論叢』68巻4号（1961年）25頁 [53-54頁]、同「政党」『基本法学2』岩波書店・1983年155頁 [176頁]、手島孝「現代憲法と政党」芦部信喜編『現代法3 [現代の立法]』岩波書店・1965年165頁 [181-183頁]。
- (11) 政党条項を盛り込む「憲法改正」論については、上脇博之『政党国家論と憲法学—「政党の憲法上の地位」論と政党助成』信山社・1999年443頁注2-4の文献を参照のこと。

- (12) 矢部貞治「政党法について」『自治研究』38巻2号（1962年）21頁 [27頁, 33頁]。
- (13) 参照, 「自民党の『政党法要綱』（吉村試案）1983年5月」労働者教育協会編『解説と資料・政党法』学習の友社・1984年30-31頁。
- (14) 加藤一彦「ライプホルツ政党国家論の一側面—同一性的民主制への批判」『明治大学大学院紀要』25集（1）1988年57頁以下。
- (15) ただし, 当初はナチスのような右翼の政党が対象であったが, 冷戦の下で左翼の政党も対象とされてしまった。前者として社会主義ライヒ党（SRP）違憲判（BVerfGE2（1952）1ff.）があり, 後者としてドイツ共産党（KPD）違憲判決がある（BVerfGE5（1956）85ff.）。
- (16) BVerfGE5（1956）85 [139].
- (17) Bericht der vom Bundesminister des Innern eingesetzten Parteienrechtskommission, S.227（自治庁選挙局訳『政党制度の法的秩序』1958年280頁）。
- (18) 上脇博之『『政党の憲法上の地位』について（上）（下）』『神戸大学大学院』六甲台論集』36巻2号（1989年）111頁以下, 同巻3号（同年）28頁以下。

## 2. 最初の拙稿の公表から最初の拙著『政党国家論と憲法学』の公表までの議論

### (1) ドイツの学説理解に関する森英樹及び本秀紀の批判

以上のような私見に対しては、賛同する意見もあったが、批判する意見が幾つか展開された。その第一は、ドイツの学説・判例についての私の理解に関するものであった。

森英樹は、「政党の憲法的性格」論としての「憲法の憲法上の地位」論につき私がドイツの議論を「たたかう民主制」と不可分の関係にあることを指摘し、政権党と非政権党の果たす役割・機能の質的相違に着目する必要性を指摘した点について、好意的・肯定的に私見を紹介していたが、「政党の憲法上の地位をめぐる……諸説が、政党国庫補助の憲法論となると、たとえば『社会团体』説が国庫補助に否定的ないし消極的となり、『国家機関』説が肯定ないし積極的になるというように、必ずしも截然と照応しているわけでもない」とドイツの議論状況を説明し、政党国庫補助につき「憲法の憲法上の地位」論との理論的相互関係を否定した<sup>(19)</sup>。

また、本秀紀は、後者の点につき詳細な検討を行い、森英樹と同様にドイツの議論状況について私見とは異なる理解を示した。すなわち、まず、私見とは異なり「国家と社会の二元論」をめぐる議論との関連を念頭に置きながら学説を分類し、そこでの相関関係のある程度認めた。そして次に、「政党の憲法的性格」論としての「憲法の憲法上の地位」論を「政党がいかなる領域に属するとみるかという論点」であるとしたうえで、それと政党国庫補助との理論的相互関係の有無を分析した結果、本秀紀は、「政党の憲法上の地位をどうみるかというそれぞれの立場が、政党への国庫補助の許容性に関する見解に単純に直結しているわけではない」と結論づけた。そして「政党への国庫補助をめぐる理論的な基礎を確認しようとするならば、その許容性を支える（または否定する）根

拠とされている一つ一つの論点を個別に吟味・検討した上で、その背後に潜む民主政観とそこで政党が果たすべき機能についての見方をも含めて総合的に考察するという作業が必要となる。」と主張した。<sup>(20)</sup>

森英樹と本秀紀によるこのような主張は、私見に対する反論という意味だけではなく、「政党の憲法上の地位」論の重要性を認める、学会における多数説に対する反論という意味を有してもいた。

これに対して、私も、「憲法の憲法上の地位」論と政党国庫補助との相互関係を分析し、本秀紀とは異なる分析結果を明らかにし、異なる主張を行った。すなわち、いわゆる社会团体説においては森英樹や本秀紀の分析結果とは異なり政党国庫補助を憲法上正面から肯定する学説・判例は一切展開されてはおらず、それを憲法上正面から肯定するのは、政党にその他の結社とは異なる「特別の地位」を認める立場だけであるとの分析結果を発表した。もちろん、政党に「特別の地位」を認める立場においても、「たたかう民主制」とは違い基本法に明文の規定を有しない政党国庫補助に対しては、それに賛成しない、あるいは明確に反対する見解も展開されていた。しかし、私は、上記の限りで、政党国庫補助についても「憲法の憲法上の地位」論との理論的相互関係があることを明らかにしたのである。<sup>(21)</sup>

これに対して、本秀紀は、従来の研究の集大成を単著にまとめ、その中で、「政党の憲法上の地位」論につき、それを「国家と社会の二元論」をめぐる議論との関係で位置づけることを放棄しながらも、それを「政党の帰属領域」の問題と理解する立場を相変わらず維持したうえで、前述の結論、すなわち「政党の憲法上の地位」の立場が、「政党への国庫補助の許容性に関する見解」に単純に直結してはおらず、むしろ「政党への国庫補助をめぐる理論的な基礎」を確認しようとするなら、それを許容する根拠や拒否する根拠について「個別に吟味・検討」した上で、「民主政観とそこで政党が果たすべき機能についての見方」をも含めて総合的に考察するべきである、と繰り返し主張した。<sup>(22)</sup>

## 「政党の憲法上の地位」論・再論

これに対して、私は、「政党の憲法上の地位」論について問題・論点ごとに立場の使い分けが行われていることなども指摘しながら、従来の分析結果、すなわち、やはり学説上も判例上も社会団体説においては政党国庫補助を肯定する見解は存在せず、社会団体説以外の立場でもそれを否定する見解があるものの、それを肯定する見解はすべて社会団体説以外の立場であるという結果を再度、拙著で指摘した<sup>(23)</sup>。

特に、ドイツにおいて1966年に連邦憲法裁判所が、社会団体説の立場から政党国庫補助（政党の活動一般のために国庫から補助金が支給される一般的政党資金援助）を違憲と判断しながらも、「国家機関」説あるいは媒体説の立場から政党の選挙戦経費補償を合憲と判断し、立場の使い分けがなされているというのが私の分析であるが、この分析は、必ずしも他の研究者には受け入れられてはおらず、政党国庫補助（一般的政党資金援助）を社会団体説の立場から否定した点は注目されているが、選挙戦経費補償を許容すると判断したとき「国家機関」説あるいは媒体説の立場にあったという点はまったく注目されていない<sup>(25)</sup>。

以上のことに関連して、政党国家論で有名なライプホルツの立場を本質的にその他の論者・立場と本質的に区別して理解する立場が相変わらず展開され続けた<sup>(26)</sup>。

これに対して、私は、ライプホルツと他の論者の違いをまったく無視することは問題であるが、彼の政党国家論は本質的にはドイツ特有のものであるし、その点ではその他の論者・立場と本質的に同じ性格を有するところに注目すべきであると説明した<sup>(27)</sup>。

なお、「政権党の憲法上の地位」という当初の主張について、私は、それが誤解を受ける恐れがあるし、正確な説明ではないと考えて、それを「政権の憲法上の地位」に改めることを主張した<sup>(28)</sup>。

また、私は、「政党に対する国家の態度」論としての「政党の憲法上の地位」論における通説、すなわち「憲法編入」の段階にはなく「承認・法制化」の段階にあるとの立場についても、前者については賛成する

が、後者については反対の主張を展開した。なぜなら、「承認」の段階とただで、政党をその他の結社とは区別して憲法上取り扱い、その結果として、政党に規制を加えたり、特権を付与したりする憲法上の根拠となれる危険性があるし、また、「法制化」の段階とただで、政党に関する全ての法制をその内容の検討なしに合憲と説明することに悪用されるおそれがある、と考えたからである。そこで、私は、人権保障のレベルでは政党がその他の結社と同じ憲法第21条の保障を受けるという意味であえて「無視」の段階にあり、統治機構のレベルでは、政党以外の政治団体等も含めて考えるべきであるとしてあえて「無視」の段階あるいは「政党を含む政治団体の承認」の段階であると解すべきである、と主張したのである。<sup>(29)</sup>

(2) 党内民主主義論、ドイツ特有の性格を捨象できるとする彼谷環及び吉田栄司の主張および加藤一彦の「規範要請・指導理念」論

私見からは当然批判されるべき立場として、ドイツでは「たたかう民主制」と不可分の関係にある党内民主主義を日本国憲法の解釈に持ち込み、あるいは立法論としてその採用を主張する立場がある。<sup>(30)</sup>この立場には、「たたかう民主制」を肯定しないものがあつたり、各論者によってその内容に濃淡があるものの、政党にその他の結社と根本的に区別し、党内の事柄につき特別の法的規制を認めるところにその共通性が見られる。

それに対して、私は、党内民主主義につき精神的訓示規定として考えるのが限度であり、それ以上になんらかの強制力を持たせる解釈を行うことは人権保障の点でも議会制民主主義の活性化の点でも問題があり適切ではないと批判した。<sup>(31)</sup>

また、党内民主主義の主張に類似する見解として、加藤一彦の見解がある。彼は、「政党を通説のように憲法21条の枠で捉えきれない存在である」と主張し、政党に「公共性」を認め、ここから「市民の側から政党

に『公』にふさわしい行動をとるべきだという規範的要請」と「政党が『公共性』をもつが故に、国民に対する一定の責務を負うべきだ」という責任の契機を強調するために開かれた指導理念」を引き出すことを主張する<sup>(32)</sup>。

これに対して、私は、それが政党をその他の結社から憲法規範上区別して何らかの規制を加え、あるいは特権を付与するものなのか必ずしも明確ではないものの、加藤が比例代表名簿登載者の除名につき政党の自律権の問題として処理した最高裁判所判決<sup>(33)</sup>を批判している点<sup>(34)</sup>に着目すると、その危険性があると批判した<sup>(35)</sup>。

党内民主主義論を含む以上の議論は、私の指摘するドイツ特有の性格をまったく考慮していないか、それを軽視するものであると考えられるが、そこには、ドイツ特有の性格を捨象して、あるいはドイツの議論から普遍的に妥当するものだけを抽出して日本国憲法の解釈論においても通用させることができるという判断が潜んであるのかもしれない。

このことを明示的に指摘して、私見に一定の理解を示しながらも私見を批判する見解がある。たとえば、彼谷環は、党内民主制につき、これを法理論的に「たたかう民主制」と区別して考えるべきであるとして「党員の権利を保障する普遍的原理」と理解し、その「検討」の必要性を説いている<sup>(36)</sup>。また、吉田栄司は、「政党が公的な性格を有するということが、短絡的に政党に対する何らかの援助および制約の正当化根拠とされることが問題」なのであって、「公的性格を複数の次元に即して憲法の要請するその内容を確定し、そこから政党への援助および制約のあり方に論駁を加えることが必要」だと述べ、ドイツ特有の議論がもっている性格に「批判的の観点を見失わずに」ドイツの政党論を「援用することは許される」と主張する<sup>(37)</sup>。

このような主張に対して、私は、「たたかう民主制」とは異なる形で、「公的性格」に適合しない特定の政党を排除したり、「公的性格」に適合的な政党に特権を付与したりする論理が出てくるおそれが皆無ではな

いと反論した。<sup>(38)</sup>

彼谷や吉田と同様の立場と思われるのが、西原博史の見解である。西原は、「政党が原理的には多元的な利益や意見から構成される社会の領域に根ざすことを踏まえる必要がある」ものの、「だからといって政党の活動を聖域視することは適当ではない」として、政党が「社会内部の利益を国家領域の決定に直接持ち込む」という「政党の活動の特殊性」に注目して、「政党の規制と助成の原理的基礎を固まる作業」が憲法学にはこれまで欠落していたとして、「国民個人の実効的参加を確保するためどこまで政党の自由に対する制約が必要かを具体的に検討しなければならぬ」と結論づける。<sup>(39)</sup>

この見解に対して、私は、明示的に応答してこなかったが、それは、基本的には彼谷や吉田に対する反論がそのまま妥当すると考えていたからである。ここでは、それに加えて、私は、「国民個人の実効的参加」と「政党の自由」をともに追求するべきであり、二者択一に考えるべきではないと反論しておこう。

彼谷環は、その後、具体的な見解を表明している。すなわち、「政党は国家と社会を媒介する機能を有して」おり、「選挙はもはや政党の私的領域に属する事柄とはいえ、また、党内少数派の権利保護も政党内『民主制』の本質的要素だと考えられるから」、男女の同権を実現するための手段として女性の登用に対する積極的優遇措置である「女性のための割当制」につき、「国民の意思形成に直接かかわる選挙という公的場面では、公務員採用における割当制の是非と同レベルで、これを考慮する余地があるのではなからうか。」と主張する。<sup>(40)</sup>

ただ、これが法律による法的効果を伴う党内民主主義として提案しているのかは不明である。この点につき、彼谷は、その後の別稿において、「過去における社会的構造的な差別によって現在不利益を被っている集団（女性や人種のマイノリティ）に対し、一定の範囲で特別な機会を提供することにより、実質的な機会均等の実現を目指す暫定的な措置」と

定義される「ポジティブ・アクション」につき、それが『市民的公共性』という批判的機能を有しえない政党が再び本来の機能を回復するための一つの手がかりにならないだろうか」との問題提起を行い、「政党内部へのポジティブ・アクションの導入は、女性が党の役職や候補者を通じて政治的トレーニングを重ねる機会を与え、市民社会において従来『女性特有の問題』と一括りにされてきた諸問題を、党内の討議へ反映させる途を開く。」と結論づけているのであるが、しかし、ポジティブ・アクションを含む一切の女性促進措置を政党の「自発的な導入に任せろ」のか、「国内法レベルでの制度化」にするのかなどの論点については、今後の検討課題としているのである。<sup>(41)</sup>

これに対して、私は、これまで応答していないので、ここで応答しておこう。彼谷の主張は、どこまでが憲法の解釈論なのか、あるいはまた法的効果を伴う党内民主主義論を帰結するのか、明らかではない。かりに法的効果を伴わないもので、政党の自発的な採用を主張しているのであれば、これにあえて異論を唱えるつもりはないし、とりあえず、その必要もないだろう。

しかし、もし彼谷が法的効果を伴う解釈論を展開するのであれば、やはり私は賛同できない。党内少数派の権利保護を目指しながら、それは、彼谷の意向に反して実際には、国家が女性の立候補の自由に介入し、政党に規制を強いる党内民主主義になりはしないだろうか。公務員の採用の場合と同列に政党の候補者擁立を考えているところにも無理があるように思う。私も日本の人口における男女比を考えると女性の議員・立候補者をもっと増えるべきであると考えているが、公務員の場合と同じように女性の立候補希望者が現実には男性同様多数いるのであろうか。現実にはいない中で割当制を法的に導入するならば、女性の中には、立候補を強制されるものが出てくるし、その分、政党の候補者選定は法的に制約されることになるだろう。

また、割当制と党内少数派の権利保護とは必ずすべての政党において

相関関係にあるのだろうか。割当制を採用しても、党内少数派の権利保護が進まない政党もあるだろう。女性が常に党内少数派の立場にあるとは限らないからである。

### (3) 社会団体説以外の立場からの憲法上の正当化論

私見に対する直接の批判ではないが、政党に関連する立法につき、社会団体説では憲法上正当化できないという判断を前提にして、政党にその他の結社とは異なる「特別の地位」を認めることを主張する立場が展開されてきた。これまで私はこれらにも批判を加えてきた。紹介しておこう。

第一に、政治資金規正（法）の憲法上の正当化の論法である。これについて「政党の憲法上の地位」論における公的地位説から、それを憲法上正当化する小林直樹らの論法がある。<sup>(42)</sup>

これに対して、私は、その必要はないし、むしろそれは不適切であると指摘した。なぜなら、政党資金規正（法）は政党だけに要請されるものではなく、政党以外にも要請されるべきであるし、またこのことは、政党の公的性格・地位からではなく、いわゆる「知る権利」の保障から憲法上正当化されるべきであると主張したのである。<sup>(43)</sup>

第二に、「国民意思の議会構成への反映を破壊するような選挙区制を排除する」、言い換えれば「得票率と議席率」との「極端なアンバランスをもたらし選挙区制を排除する」という和田進の憲法解釈を憲法上正当化するとすると、小野善康は、政党の「憲法上の公的役割」が認められる必要があると主張するのである。<sup>(44)</sup><sup>(45)</sup>

これに対しても、私は、その必要はないし、むしろそれは不適切であると指摘した。なぜなら、その論法に依拠しなくても、比例代表制など民意をできるだけ正確に国会に反映する選挙制度は憲法上導き出せるし、現行の小選挙区本位の衆議院議員選挙制度の適用違憲及び制度違憲を導き出すことは可能であるからであり、むしろその論法では、特定の政党

## 「政党の憲法上の地位」論・再論

に特権を付与し、その他の政治団体や無所属を排除することに憲法上の根拠を与えるおそれがあるからである。<sup>(46)</sup>

第三に、比例代表選挙名簿登載者の政党からの除名の問題（いわゆる旧日本新党比例代表名簿繰上補充事件）につき、投票後の恣意的な除名に歯止めをかけるために、同登載者の選定そのものが「公的ないし国家的性質の強いもの」であるとして党内民主主義が要請され、除名につき「民主的かつ公正な適正手続」の遵守が政党に要請されると解する高等裁判所の判断があり、<sup>(47)</sup>「政党の憲法的性格」論につき公的地位説あるいは公的地位付与説の立場からこれを支持する見解がある。<sup>(48)</sup>

これに対しても、私は、その必要はないし、むしろそれは不適切であると指摘した。なぜなら、この問題は、比例代表選出議員の場合と同じように考えるべきであり、政党の自律権の問題と国民代表の問題はそれぞれ分離して考えるべきであるからである。<sup>(49)</sup>すなわち、政党からの除名は政党の自律権の問題であるから、比例代表選出議員も比例代表名簿登載者もそれを裁判所で争うことはできないが、議員としての身分や比例名簿登載者の地位は、国民代表の問題であるから、当該議員・名簿登載者が同じ選挙で立候補したその他の政党・政治団体に移籍しない限り、当該地位は維持されると理解すべきであるとの私見を示した。<sup>(50)</sup>

第四に、「議会」対「内閣」という伝統的な権力分立制に加えて、「議院内少数派＝内閣」対「議院内少数派」という現代的権力分立制を憲法上正当化するときには政党の公的性格を強調する吉田栄司の見解がある。<sup>(51)</sup>

これに対しても、私は、そのように主張する必要はないし、むしろそれは危険であると指摘した。なぜなら、議院内多数派であれば議院内少数派であれ、そこには、すべての議院内政党だけではなく、それ以外の議院内政治団体や無所属の議員も含めて理解すべきであるからである。また吉田の論法では、「公的性格」に適合しない議院内政党を排除することに口実を与える危険性もあるからである。<sup>(52)</sup>

#### (4) 政党国庫補助あるいは政党選挙戦経費補償を肯定する立場

政党国庫補助の導入を説く立場においても、政党にその他の結社とは別の「特別の地位」(特に公的地位)をその憲法上の根拠とする見解が主張<sup>(53)</sup>されていた。また政党国庫補助には批判的であるものの、いわゆる公営選挙とは別に、政党への選挙権経費補償の導入を肯定する立場も同様の論法で有力に展開されてきた<sup>(54)</sup>。

これらに対して、私は、政党国庫補助であれ選挙戦経費補償であれ、いずれも政党への介入・干渉であること、「政党の憲法的性格」論において社会团体説以外の立場を採用することは日本国憲法の下では許されない<sup>(55)</sup>ので、いずれの導入にも憲法上の正当化根拠が存在しないこと、いずれも人権保障および議会制民主主義において有害であることを、ドイツの議論も踏まえながら指摘し、具体的に批判を加えた。

特に、在日韓国・朝鮮人及び日本人ら49名が1995年7月19日に国を相手に政党交付金の交付の差止と違憲の確認、さらには国家賠償を求めて大阪地裁に提訴したが、その訴訟において、私は、原告らのために政党助成そのものが違憲であるなどの鑑定意見書を執筆・提出し、控訴審の大阪高裁には、現行法が人権を幾重にも侵害しているとの鑑定意見書を執筆・提出した<sup>(56)</sup>。この一部については、それまでの研究成果も含めて単著にまとめて公表している<sup>(57)</sup>。

また、政党国庫補助とは次元が異なる問題であるが、選挙公営における具体的形態の問題について、本秀紀は、それが政党の公的性格のゆえに支給されるものではなく、公的性格を有する選挙戦の過程に支給される<sup>(58)</sup>として、政党ではなくすべての候補者に支給されるべきであると説明しながら、同時に、政党の公的機能を根拠に「政党の機会均等」の原則から選挙戦に参加している全政党に同一量の給付が保障されるべきとも主張した<sup>(59)</sup>。

前者と後者とは論理的に整合性を有するの<sup>(59)</sup>か疑問であったが、この点につき、彼は、これを収録した単著の中で、補足説明を行っている。す

## 「政党の憲法上の地位」論・再論

なわち、前者が個人の立候補する小選挙区制などに妥当するもので、後者が政党などの立候補する比例代表選挙などに妥当するものであるとの説明を加えたのである。<sup>(60)</sup>

これに対して、私は、後者の論法は「政党の憲法上の地位」論における公的地位説の論法に相当するものであり、それでは比例代表選挙やその公営選挙から政党以外の政治団体や無所属を排除することに悪用されかねないなどと批判した。<sup>(61)</sup>

- (19) 森英樹「日本国憲法と政党」『法律時報』62巻6号（1990年5月号）50頁以下、同『憲法検証』花伝社・1990年225頁。
- (20) 本秀紀「西ドイツにおける政党への国庫補助の法理（1）」『(名古屋大学)法政論集』134号（1990年）267頁 [284頁, 291-292頁]。
- (21) 上脇博之「政党国庫補助の憲法問題」『法律時報』64巻2号（1992年2月号）112頁 [116頁以下]、同「(西)ドイツにおける公的『政党資金援助』」『憲法問題3』三省堂・1993年103頁以下、同「ドイツにおける政党国庫補助の憲法上の正当化根拠」『(神戸大学)神戸法学雑誌』43巻4号（1994年）789頁以下。
- (22) 本秀紀『現代政党国家の危機と再生』日本評論社・1996年46頁以下、特に55-57頁, 58頁注4, 61頁注25。
- (23) 上脇・前掲注(11)書, 123頁以下。
- (24) 上脇・前掲注(21)論文（「政党国庫補助の憲法問題」）, 112頁 [118-119頁]、同・前掲注(21)論文（「ドイツにおける政党国庫補助の憲法上の正当化根拠」）, 789頁 [860-862頁]、同「政党財政・政党国庫補助の合憲性—第6次政党財政援助判決（1992年）」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』信山社・1996年315頁 [316頁, 318頁注4]。なお、第2版は2003年に出版されている（408-413頁）。
- (25) その代表は、本秀紀に限らず、加藤一彦もそうである（加藤一彦「政党の選挙運動費用補助の合憲性—第2次政党財政援助判決（1966年）」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(24)論文, 309-313頁。第2版（390-394頁））。
- (26) 永田秀樹「政党の公的性格と国庫補助」森英樹編著『政党国庫補助の比較憲法的総合的研究』柏書房・1994年223頁 [228-231頁]、同「政党助成の憲法論」『憲法問題8』三省堂・1995年19頁 [26頁]。
- (27) 上脇博之「ゲルハルト・ライプホルツ政党国家論の『全体像』の再検討」『北九州大学法政論集』23巻1・2合併号（1995年）49頁以下、特

に153頁以下。

- (28) 上脇・前掲注(11)書, 435頁以下。
- (29) 上脇・前掲注(11)書, 410頁以下。
- (30) 芦部信喜『憲法と議会展』東大出版会・1971年334頁注17, 333頁, 佐藤幸治編著『憲法Ⅱ』成文堂・1988年241頁 [阪本昌成執筆], 阪本昌成『ベーシック憲法』弘文堂・1989年126頁, 藤井俊夫『事件性と司法権の限界』成文堂・1992年137-139頁, 遠藤比呂通「みんなで決める政治」樋口陽一『ホーンブック憲法』北樹出版・1993年237頁 [257頁]。
- (31) 上脇・前掲注(11)書, 455-457頁。
- (32) 加藤一彦「憲法・政党法・政党」白鳥令・砂田一郎編『現代政党の理論』東海大学出版会・1996年1頁 [10頁]。
- (33) 1995年5月25日最高裁判決『最高裁民事判例集』49巻5号1279頁以下。
- (34) 加藤一彦「党内の候補者選手に対する民主的統制」『東京経大会誌』201号(1997年)175頁 [132頁]。
- (35) 上脇・前掲注(11)書, 457頁。
- (36) 彼谷環「ドイツ政党法制と政党内民主制」『広島法学』18巻3号(1995年)103頁 [136頁, 138頁]。同「ドイツにおける政党国庫補助へのコントロール序説」『広島法学』17巻4号(1994年)323頁 [323頁, 343頁]も参照。
- (37) 吉田栄司「政党」『岩波講座現代の法3』岩波書店・1997年263頁 [274頁]。
- (38) 上脇・前掲注(11)書, 449頁以下。
- (39) 西原博史「政党国家と脱政党化」『法律時報』68巻6号(1996年5月号)158頁 [161頁]。
- (40) 彼谷環「ドイツにおける『女性のための割当制』—政党への割当制導入をめぐる議論の考察」『富山国際大学紀要』10号(2000年)143頁 [143頁, 149頁]。
- (41) 彼谷環「政治的意思決定における男女平等と政党の公共性」森英樹編『市民的公共圏形成の可能性』日本評論社・2003年429頁 [530-531頁, 543-544頁]。
- (42) 小林直樹「政党の法的規制」『日本の政党(ジュリスト増刊総合特集35号)』1984年148頁 [150頁, 154頁以下], 阪本昌成『ベーシック憲法』弘文堂・1989年126-127頁, 植村勝慶「選挙制度と政治資金」森編著・前掲注(26)書, 141頁 [144頁。ただし, 知る権利を挙げてもある]。
- (43) 上脇・前掲注(11)書, 451-452頁。
- (44) 和田進『国民代表原理と選挙制度』法律文化社・1995年152頁。

- (45) 小野善康「書評：和田進『国民代表原理と選挙制度』（法律文化社，1995年）」憲法理論研究会編『戦後政治の展開と憲法』敬文堂・1996年197頁 [200-201頁]。
- (46) 上脇・前掲注(11)書，452-453頁。
- (47) 1994年11月19日東京高裁判決『判例時報』1513号60頁以下。
- (48) 松井幸夫「演習憲法」『法学教室』191号(1996年)83頁，植村勝慶「政党による除名処分と拘束名簿式比例代表選挙における繰上げ当選」『ジュリスト』1091号(1996年)18頁 [19頁]，高橋和之「比例代表選挙の拘束名簿登載者に対する除名処分と繰上当選」『ジュリスト』1068号(1995年)19頁 [21頁]，同「国民の選挙権 vs. 政党の自立権」『ジュリスト』1092号(1996年)52頁 [55頁]，小林武「政党の除名処分と司法審査」『南山法学』19巻3号(1995年)141頁 [154-155頁]，戸波江二『憲法[新版]』ぎょうせい・1998年356-357頁。なお，毛利透は，「選挙に関する政党の行為については，それを市民社会の自由な領域に属するものとは理解し得ない」などとして，「一方的・恣意的な除名は無効と解されてもやむを得ない」と主張し，これは，「国家権力との関係での『特別な地位』を享受することから生じる制約であるとして許されるべきものであろう」と説明し，結局，「法的判断枠組みとしては高裁判決を支持」する(ただし，双方の主張を聞いていない点で審判が尽くされていないとして高裁判決を破棄差戻すべきであったと主張する)。東京大学判例研究会(毛利透執筆)「最高裁判所民事判例研究・民集49巻5号」『法学協会雑誌』113巻8号1247頁 [1254頁，1259頁，1261頁]。
- (49) 上脇博之『『国民代表論と政党国家論』序説』『北九州大学開学50周年記念論文集』1997年1頁 [56頁以下]。
- (50) 上脇・前掲注(11)書，453-454頁。
- (51) 吉田栄司「政党」『岩波講座現代の法3』岩波書店・1997年263頁 [272頁以下]。
- (52) 上脇・前掲注(11)書，454-455頁。
- (53) 矢部貞治「政党法について」『自治研究』38巻2号(1962年)21頁 [27頁，33頁]，小林宏晨「政党への国家融資の憲法問題点」『(上智大学)外国語学部紀要』3号・1968年165頁 [201頁以下]，大石眞『立憲民主制』信山社・1996年83-84頁，落合俊行『アメリカ政党の憲法的研究』法律文化社・1996年210頁，1983年の自民党の政党法試案(いわゆる吉村試案)。
- (54) 小林直樹「政党の法的規制」『日本の政党(ジュリスト増刊総合特集35号)』1984年148頁 [149頁，156頁]，同『憲法政治の転換』東大出版会・1990年183頁，200頁，同『憲法政策論』日本評論社・1991年307頁，

320頁, 324-325頁, 吉田善明『議会・選挙・天皇制の憲法論』日本評論社・1990年37頁, 同「政党への公的助成の問題性」『納税者の権利』勁草書房・1991年29頁 [32頁, 42頁], 同『政治改革の憲法問題』岩波書店・1994年203頁以下, 田島泰彦『「政治とカネ」を考える』『法学セミナー』460号 (1993年) 4頁 [7-8頁], 森編著・前掲注 (26) 書, 494頁, 527-529頁 [水島朝穂発言], 『憲法問題6』三省堂・1995年50頁 [大須賀明発言], 大須賀明編『現代法講義憲法』青林書院・1996年260頁 [大須賀執筆・鈴木真澄協力], 戸波江二『憲法 [新版]』ぎょうせい・1998年357頁。なお, 野上修市「外国の政党助成と選挙審答申の問題点」『法と民主主義』252号 (1990年) 29頁 [35頁] は, 各候補者に一律に配分する選挙助成を提唱する。

- (55) 上脇・前掲注 (21) 論文 (「ドイツにおける政党国庫補助の憲法上の正当化根拠」), 789頁 [880-881頁]。
- (56) 上脇博之「政党助成法の合憲性の問題」『北九州大学法政論集』24巻2・3合併号 (1996年) 1頁以下。参照, 同「戦後における政党と憲法—『政党の憲法上の地位』と政党法制との相互関係」憲法理論研究会編『戦後政治の展開と憲法』敬文堂・1996年53頁以下。
- (57) 上脇博之「政党助成法における具体的権利侵害性」『北九州大学法政論集』25巻4号 (1998年) 1頁以下。
- (58) 上脇・前掲注 (11) 書, 461頁以下。
- (59) 本・前掲注 (20) 論文, 267頁 [272頁], 同「西ドイツにおける政党への国庫補助の法理 (2・完)」『(名古屋大学) 法政論集』135号 (1991年) 387頁 [401頁, 413-414頁, 417-418頁]。
- (60) 本・前掲注 (22) 書, 107頁, 111頁注38。
- (61) 上脇・前掲注 (11) 書, 458-459頁。

### 3. 最初の拙著の公表から今日までの議論

#### (1) 本秀紀の「政党の役割」論・「現代的国民代表」論

「政党の憲法上の地位」論の議論のうち、いわゆる「政党に対する国家の態度」論に関する私見に対する反応は残念ながらほとんど見られない。その例外については後で簡単に紹介するとして、その議論については相変わらず「承認・法制化」の段階にあると解する見解が<sup>(62)</sup>いまだに散見される。

私見に対する反応はむしろ「政党の憲法的性格」論に関するものに集中している。

光栄にも、本秀紀は拙著の書評を行っている。その中で、彼は、私見につき「政党の憲法上の地位」論の捉え方、特に各学説を分類する際のメルクマールは何なのかと疑問を投げかけたうえで、解釈論の先には政党の「公的」役割という政党特有の論理を解明することがあるのではないかと、「私的」結社である政党が国家機関という「公的空間」で実質的に重大な役割を演じること（あるいは演じるべきこと）を理解するためには、「現代的国民代表」論の構築が求められるのであって、「現代的国民代表」論と政党の「公的役割」論との交錯を原理的に解明する必要がある<sup>(63)</sup>、その際には議会内会派の分析が不可欠ではないかと主張している。

これに対して私はこれまで応答してこなかったもので、ここで応答しておこう。第一に、ドイツにおける「政党の憲法上の地位」論の立場を分けるメルクマールの問題であるが、ドイツでは、本が理解している「政党の帰属領域」だけが考えられているわけではない。すでに別稿や別著のなかで詳しく紹介してきたように各論者によって様々であった。国家か社会か、その中間に位置するののかという形で議論するものも確かに存在するが、それ以外にも、政党の性格・役割が何であるのかという形で議論するものもある。あるいはまた、政党に憲法が権限を付与しているとか、その権限は何であるのかという形で議論するものもある。

また、「政党の憲法上の地位」の立場が不明であり、あるいはそのメルクマールが明示されていなくても、政党の憲法問題につき、その他の結社の場合とは異なる解釈論を展開するときに出てくる論法、例えば、政党の媒介的性格・役割とか政党の公的性格・役割とかが提示されている場合には、それが「政党の特別の地位」として展開されていると理解できるのであり、そのため、論者によっては立場の使い分を行っているものもいたのである。

それゆえ、「政党の憲法上の地位」論につき、それを「政党の帰属領域」の問題として限定的に理解することは、ドイツの議論を正しく理解していることにはならないだろう。

第二に、「政党の憲法上の地位」論は「政党の政治上の地位」論とは異なるがゆえに、政党をその他の結社から憲法上区別して、政党の憲法問題につきその他の結社とは異なる規範的要請を導き出すことになるか否かを決定づける議論であるから、私は、政党にその他の結社とは異なる「特別の地位」を認める議論が、解釈論においても改憲論においても、人権を保障する上でも議会制民主主義を活性化させる上でも危険であることを批判するために研究してきた。そのため、政党が事実上政治の場面で果たしている（あるいは果たすべき）「役割」については、解釈論において必要な範囲で検討するにとどめ、解釈論を離れて積極的に政党の「役割」論について検討を行ってきたわけではない。

それゆえ、たとえば、森英樹は、政党の公的性格・機能・役割について詳細に検討を行い、それを通じて、「政党の公的性格」論から政党助成を肯定する論法が如何に荒っぽい議論であるのかを指摘し、批判していたが、私はこの論理には「政党の担う公的『機能』からストレートに政党自体の公的『性格』を導く論理には検討すべき課題がまだ残されているとの右崎正博の問題提起が指摘するように課題を抱えていると思うものの、政党国庫補助の正当化を批判する文脈で述べられている点ではこれに異論を唱えるものではないし、むしろ森の主張を積極的に援用し

<sup>(66)</sup>  
てきた。

第三に、私も、「現代的国民代表」論を構築すべきであると考えているが、そうであれば、特定の政党を排除し、あるいはまた特定の政党に特権を付与することがないように、政党だけではなく、その他の政治団体や無所属の個人も含めて理論構築すべきと考えている。書評では本秀紀に注目してもらえなかったようであるが、その一端はすでに比例代表選出議員あるいは比例代表名簿登載者の党籍変更の問題などの検討を通じて私見を展開していた<sup>(67)</sup>。拙著の出版とほぼ同時期あるいは直後に、拡大連座制や議員の免責特権について私はそれぞれ独自の視点から検討を加えていた。

第四に、私は、会派についての研究も重要であると考えているが、その前の段階の選挙制度の問題やさらにその前の段階の選挙運動活動・政治活動の問題も重要であり、それを優先的に検討すべきであると考えてきた。それゆえ、これらについても私はすでに私見を展開していたが、その後<sup>(70)</sup>も私見を公表し続けてきた<sup>(71)</sup>。その中には、会派への立法事務費の交付の問題も含めて取り上げているものもある<sup>(72)</sup>。

## (2) 加藤一彦の「政党の公共圏」論

私は、ドイツの「政党の憲法的性格」論が「政党特権」を伴った「たたかう民主制」と不可分の関係であるから、それを憲法上正当化するために社会团体説以外の立場が唱えられてきたことを明らかにし、政党に「特別の地位」を認める立場を日本の憲法解釈論に持ち込むことは許されないと主張したが、その私見に対して、加藤一彦は、第一に、以下のように反論する。

「公共性論と『戦う民主制』とは完全に別の概念から導き出されると思われる。すなわち、『戦う民主制』は、実定憲法の決断であり、またその実定憲法構造の枠組みの中で政党の『公』的性格・地位が論じられているにすぎない。公共空間は実定憲法の決断によってその空間的

限界をもつ。日本国憲法は、『戦う民主制』の立場にない。そこでの公共空間は、公共性の基本的意義の一つ『公開性』が、ドイツよりも高いレベルで保障されていると考えるべきであろう。<sup>(73)</sup>

このような見解は、彼の著書にもそのまま引き継がれている。<sup>(74)</sup>

これに対して、私は、これまで応答をしていないので、ここで応答しておこう。加藤のこの見解は、ドイツの論者の立場を正しく分析したものであるとは言いがたい。加藤は、ドイツにおける論者が政党条項の規定およびその内容を無視して「政党の憲法的性格」論としての「政党の憲法的地位」論を展開していると理解しているのであろうか。もし、そうであれば、それは、基本法・憲法を超えた「政党の超憲法的性格」論、あるいは基本法・憲法前の「政党の前憲法的性格」論になってしまうだろう。加藤は、すでに紹介した彼谷環や吉田栄司などの論者と同じように、ドイツの議論を日本にも妥当する普遍的な議論と解しているようにも思われる。

第二に、加藤は、彼の主張する、前述の「規範的要請」と「指導理念」に対する私の批判に応答している。すなわち、彼は、前者につき「政党が人権の担い手という意味ではなく、むしろ党員の人権を侵害する側、社会的権力として存在すること」を指摘し、それが党内民主主義の要請であると説明しているように読める。また後者につき「政党の国民に対する政治責任」として「任務責任、応答責任、弁明責任、受難的責任（被制裁的責任）が想定できる」と補足説明する。しかし彼は、同時に、「政党の公共性は論理必然的に政党規制の論理とは結びつかない」とも説明する。<sup>(75)</sup>このような説明は、彼の著書にもそのまま引き継がれている。<sup>(76)</sup>

そうすると、彼の主張する「規範的要請」と「指導理念」とは解釈論において単に訓示的なものにすぎないことになる。もっとも彼の主張は、その表現からすると、政党をその他の結社から憲法規範的に区別して政党に法的規制あるいは特権付与を許容する、「政党の憲法的性格」論における公的地位説として理解され、政党法導入論者に都合よく理解され

るおそれがある。それゆえ、彼の見解は、実質的には、そのような公的地位論ではないと私は理解しようと思う。そしてむしろ彼の主張は、すでに別稿で指摘したように、「政党の役割」論、それも憲法解釈学における規範的要請を伴う「政党の役割」論ではなく、憲法政治学あるいは憲法社会学の「政党の役割」論として理解すべきであるように思われる<sup>(77)</sup>。

第三に、加藤は、前述の議論を展開する際に、政党の「公共性」を前提にして公共圏を「政党が生息する公共の空間」として理解する、いわば「政党の公共圏」を憲法上構築する必要性を説いている<sup>(78)</sup>。この見解も、同じように彼の著書に受け継がれている<sup>(79)</sup>。

このような見解に対して、私は、すでに別稿で反論したように、「政治的公共圏」を憲法上論じるのであれば、それは、政党に対する規制や特権付与に憲法上口実を与えないよう、政党だけのものではなく、それ以外の政治団体や、政治参加する個人も含めるべきであり、そしてそのような「政治的公共圏」においては、国民の多元的活動の自由が保障されるべきであり、政治的空間が政党だけではなく万人に開かれているという「公開性の原理」が要請されると主張した<sup>(80)</sup>。

さらに私は、より具体的に論じている。すなわち、その憲法上の規範的内容として、国政選挙の投票に至るまでの選挙過程やその前段階の「政治的公共圏」として現行法の「政党」概念や立候補の自由（被選挙権）が狭すぎて不当であること、選挙制度の「政治的公共圏」として現行法（小選挙区本位の衆議院議員選挙制度）が民意をできるだけ正確に反映するという社会学的代表の要請、「議院内少数派＝内閣」対「議院内少数派」の対立図式を付加的に内実にした現代的権力分立制の要請、「政権の憲法上の地位」を公共性で理解しその統制が導かれるという現代立憲主義の要請に答えていないこと、国家機関等の活動の「政治的公共圏」として情報公開法などが要請されること、以上のすべての過程における「政治的公共圏」として選挙過程や政治過程が政治資金により歪められないかを監視するために政治資金規正法や政治倫理法が要請され

ることなどを個別・具体的に主張した。<sup>(81)</sup>

第四に、私見に対する加藤の批判は、「政党に対する国家の態度」論において展開されており、それが「政党の憲法的性格」論にもつながっている。すなわち、前者の議論につき、私が入権のレベルではトリーベルのいう無視の段階（第二段階）、統治機構のレベルでは承認の段階（第三段階）にあると主張していると説明し、後者の議論につき、私が社会団体説の立場にあり、これは、「政党は私的団体でしかないという見方を反映している」と説明し、これは、私が政党を「市民運動」と同じレベルにおき、「NPOと政党を相対化してみる視点」を有しており、「政党の権力的契機が軽視されることになる」し「政党への格下げ的评价」である、と批判する。そして加藤は、「政党だけが選挙という民主主義の手続においてその民主的正統性を国民から獲得して、個別利益を公共空間で止揚し、国家決定に持ち込むことが許される」、「政党が社会の多様な見解を糾合し、これを国家レベルに持ち込む唯一の民主的装置である」と主張し、国民が「主権の権利行使をしないこと」を憲法理論として構築しようとし、立法過程への国民参加を危険視する見解を述べている。<sup>(82)</sup>

しかし、これは私見に対する誤解に基づくものであろう。また、規範論としてだけでなく認識論としても問題があるといわざるをえない。

まず、「政党に対する国家の態度」論であるが、前述したように、確かに入権保障のレベルでは無視の段階にあると解しているが、統治機構のレベルでは無視の段階あるいは「政党を含む政治団体の承認」の段階と解している。政党だけを承認している段階とは解してはいない。

次に、「政党の憲法的性格」論であるが、私が社会団体説の立場にあることは間違いないが、それは憲法解釈論において真っ先に問題となるからである。すなわち、社会団体説以外の立場に立てば、政党をその他の結社と憲法規範的に区別して、特権を付与したり規制を加えたりする憲法上の根拠になりうるからである。それゆえ、解釈論としては社会団

体説の立場に立たなければならないし、憲法編入の段階にない日本国憲法の下では社会団体説以外の立場に立つ根拠がないからである。

これは規範論の問題であり、認識論の問題ではない。後者については、繰り返し述べているように、政党にも公的機能や媒介的機能があることは私も認めている。と同時に、政党が公的機能や媒介的機能をきちんと果たさないこともあるということを描いてきた。また、市民運動、NPOは規範論において政党と同じ憲法第21条の適用があることを認めているが、認識論において政党がそれらと全く同じレベルにあると指摘したことはない。私が棟居快行との対談の中で認めていることは棟居が政党と「NPOとの連携」を描いた点であり、それは、政党が社会に根ざしているという本質の点で市民運動と根本的なところでは共通性を有している<sup>(83)</sup>と考えているからである。

しかしまた、私は、与党（政権党）と野党（非政権党）との機能の違いにも着目してきた。だからこそ、公的である「政権の憲法上の地位」に着目して現代的権力分立制（「議会内多数派＝内閣」対「議会内少数派」）の主張などに賛同して、事実上与党の統治機構上の活動に歯止めをかける解釈論を私なりに展開してきたのである。

さらに、民主主義において政党をまるで特権化するかのよう<sup>(84)</sup>に過大評価し、立法過程への国民参加を危険視する加藤の政党観は、政党以外の存在を著しく軽視するもので、国民主権を事実上「政党主権」にするものであり、規範論においてだけでなく認識論においても問題である<sup>(85)</sup>と考える。

### (3) 比例代表名簿登載者の除名問題

前述の旧日本新党比例代表名簿繰上補充事件における、比例代表名簿登載者の除名に対する司法審査につき、高田篤は、政党の自律権を根拠に政党の決定を尊重した最高裁判所の判決を批判し、選挙後の当該除名について司法審査を肯定し、除名を無効と判断し名簿からの排除を否定

した高等裁判所の判決の「理論構成が基本的に妥当である」として、「判例変更は不可避だ」と主張する。また、高橋和之は、これまでの自己の立場を変更することなく、「政党は、公職の候補者を擁立あるいは支持して選挙過程に参加する場合には、その限りで公的制度の性格をおびるから、この観点から結社の自由の制限を受けることがありうる。」と主張する。<sup>(84)</sup>

これらに対して、私は、それが政党の自律権を犠牲にするものであり、それゆえ、国民代表の憲法問題は政党の除名という党内の憲法問題から分離して考えるべきである、と私見を繰り返し主張しておこう。

加藤一彦は、この事件につき、各政党に対する国民の支持率が変動するにもかかわらず、欠員が生じた場合に「過去の一定の時点の選挙結果を考慮する必要があるのであろうか」と疑問を提起し、「そもそも繰り上げ補充制度を認めたこと」に問題があるとして、「立法的には、繰り上げを認めないか、または欠員が一定数になってから補欠選挙をすればよい」と大変ユニークな見解を表明している。<sup>(85)</sup>

これに対して、私は、これまで応答していないので、ここで反論しておく。しかし、繰り上げ補充を否定する理由として政党支持の大きな変化を挙げるのであれば既存の議員もその地位が否定されるべきであるという結論になるはずであるから、その場合には解散総選挙を行うしかないことになる。これが義務づけられるという解釈をせずして繰り上げ補充だけを否定することは疑問である。また、一定の数に達した場合の補欠選挙についても比例代表制の意義を減じることになるから疑問である。

加藤が、国民の政党支持率の変動を理由に考えるのであれば、その度に総定数の選挙（総選挙）を行うべきであり、欠員定数だけ補欠選挙することは不合理との結論に至るはずである。国民の支持率が変動しているにもかかわらず、加藤は総議席の選挙を行わないことを許容しているようであるが、私もそれが妥当であると考えられる。<sup>(86)</sup>なぜなら、解散・総選挙を法的に義務づけることは困難であるし、また、「過去の一定の時点

の選挙結果」で国会の議員構成が決定されるのが選挙制度であると考え  
るからである。それゆえ私は、むしろ、投票価値の平等、社会学的代表、  
現代的権力分立制という日本国憲法の憲法上の要請からすると、個人の  
立候補も認める比例代表制を採用することになる<sup>(88)</sup>ので、選挙は原則とし  
て任期満了と解散のときしか行われるべきではないと考えるから、補欠  
選挙が行われること自体がおかしいと考える。それゆえ、私見では、欠  
員が生じれば、原則として、常に繰上補充が行われることになるのであ  
<sup>(89)</sup>  
る。

以上のことに関連して、高田篤は、現代の民主制では「政党＝結社」  
論の枠組みが妥当しなくなっているとの認識の下に、政党の公職候補者  
選出手続きを国政選挙の前手続きとして捉え、さらに党首の選出手続き  
を総理大臣選出の前手続きとして捉え、これに関するルール形成につい  
て国会に「大きな形成の自由」を与えることで、「政党＝結社の自由」  
を乗り越えることができるのではないかと考え、このような手続きを  
「政党外にも透明で民主的なものになるように、法律で定める」ことを  
<sup>(90)</sup>  
提案した。

これに対して、私は、首相になる可能性という点で考えると、大政党  
だけではなく小政党、それも選挙前には議会外政党であっても選挙後議  
会内政党になり連立政権の場合にはその政党から首相を出す可能性がある  
一方、首相を出す以外の政党からはそれが大政党であっても結局首相  
を出すことはない上に、党首が必ず首相になるとは限らないことを指摘  
し、論理の飛躍があると反論した。<sup>(91)</sup>

最終的には、高田のこの主張は法律で各政党に一律に党首選挙を強要  
し、その選出手続きを押し付けるものであり、その限りであれ党内民主  
主義を要求する主張であろう。高田は、別稿において、「政党は党内少  
数派の存在やその権利を認める形での、黨員により開かれた党内民主制  
を有するようにならなくてはならない。」と主張すると同時に「政治的  
コミュニケーションを活性化させる」ために「政党の公開性が増大しな

くてはならない」と主張し、結局、「民主制と自由を損なわない形で行われること」を条件に「党内民主制や党員の権利についての法的規律」を要求するのである。<sup>(92)</sup>

私は、法的効果を伴う形で党内民主制を採用すると、議会制民主主義や政党の自由は確実に侵害されると考えるので、高田の主張には賛成できない。

#### (4) 政党国庫補助、政党の選挙戦経費補償、政党助成法の肯定論

拙著の公表以降、政党助成あるいは政党助成法につき、政党に「特別の地位」を認めることを根拠にそれらを積極的に肯定する見解は、すでに同法が成立していることもあってか、ほとんど見当たらなくなった。<sup>(93)</sup> また政党への選挙戦経費補償を同様に主張する見解もほとんど見当たらなくなった。<sup>(94)</sup>

その例外を紹介する。松井茂記は、「日本国憲法の下では、政党は21条の結社の自由に基づく『結社』として位置づけられることになる。」と解しながらも、「政党は憲法的には結社として扱われるが、それが現代の政治に不可欠のものである以上、特別な扱いを受けたり規制を受けることはやむをえない」として、現行の政党助成法につき、「政党の不可欠性からみて」「直ちに違憲ということはできないであろう。」と解している。<sup>(95)</sup>

また、同法を違憲と解する私見に対して、山本悦夫は、「憲法は、政党の存在を当然に予定して」おり、「政党は議会制民主主義を支える不可欠の要素」であり、「政党は国民の政治的意思を形成する最も有力な媒体である」という八幡製鉄政治献金最高裁判決につき「政党の憲法上の意義という点では評価すべきである」と説明した上で、「企業献金を禁止することなく、国民1人あたり250円（総額309億円）という助成額については、適当とはいえない」と現行制度を批判しながらも、「政党が議会制民主主義の過程で果たしている役割や、不明朗な企業献金など

を排除するために、政党の自主性を妨げることなく、また、少数政党に対する不平等とならない限りで、一定の範囲で政党に対する助成を行うことは許される。」と主張し、政党助成そのものを許容する見解を述べた。<sup>(96)</sup>

これらに対して、私はこれまで個別・具体的に応答をしていないので、一言反論しておく。松井の論法と山本の論法とは微妙に異なるものの、基本的には同じ論法が含まれていると見てよいだろう。政党の機能・役割から政党助成そのものを肯定する論法は、政党に「特別の地位」を認める立場からの論法と同じである。しかし、それは繰り返し述べているように日本国憲法の解釈論として許容されない論法である。

また山本の主張するその他の論法であるが、政党助成そのものは政党への不当な介入・干渉であり、政党の自立性と両立するような政党助成が実際存在するのか疑問であるし、また、企業献金そのものは本来法的に禁止されるべきものであるうえに、その代替物として政党助成を許容することになると政治腐敗の温床である企業献金の依存してきた政党ほど高額な政党助成を受け取ることになるという不可解な結論になるがゆえに、憲法上も政治上も決して許容されない論理である。<sup>(97)</sup>

私は、拙著公表後も、従来の見解を繰り返し主張してきた。すなわち、政党助成そのもの、あるいは政党への選挙戦経費補償、あるいはまた現行の政党助成法については、日本国憲法の下ではそれを憲法上正当化する根拠が存在しないし、むしろ様々な人権を侵害するものであり憲法違反と判断せざるを得ないのである。前述の大阪地裁・高裁における鑑定意見書を基に政党への二度のアンケート結果を含めて私見を単著にして公表したし、<sup>(99)</sup> その後も拙稿で私見を発表し続けた。<sup>(100)</sup>

特に、埼玉県飯能市の市民113名が2002年3月28日に、現行政党助成法が憲法違反であり、人権を侵害しているとして、国を相手に損害賠償を求めて東京地裁に提訴した訴訟において、私は、2003年5月24日の第7回口頭弁論のための原告側鑑定意見を提出し、この鑑定意見を紀要に

公表してもいる。<sup>(101)</sup>

なお、2003年9月17日には証人尋問も受けたが、2004年2月25日に下された判決において東京地裁は、政治的自己決定権および参政権が侵害されているという私見について一言も言及せず、原告らの請求を棄却<sup>(102)</sup>している。

高田篤は、前述したように、「政党＝結社（の自由）」を乗り越える手法を模索しているのであるが、政党国庫補助についても、「政党への資金助成自体が問題なのではな（く）」、「既成政党を優遇し、それを通じてそれ以外の政党・『結社』の発展可能性を阻害することが問題なのであ（る）」から、そうならないよう「助成のあり方」を検討すべきであると主張する。そして、明確な断定的な表現はないものの、「各有権者が、1人頭に認められている政党・政治団体に対する助成額の行き先について、議席に関する投票とは別に一票を持ち、自ら決定できる『市民ボーナス制』<sup>(103)</sup>」を提案しているようである。

確かにこの提案は、現行の政党助成法が国政選挙における投票を政党助成の受給資格及び配分基準に流用している点で重大な人権侵害（政治的自己決定権侵害など）を行っていることから考えると、受給資格が制限されなければ受給資格の点でも配分基準の点でも現行制度よりも人権<sup>(104)</sup>をより制限しない選択肢の一つであろう。その限りでも私も注目してきた。

しかし、市民ボーナス制も、国家が政党の資金集めに「協力」していることには変わりはなく、その点で憲法第21条違反の問題は残るであろう。<sup>(105)</sup>

また、議会制民主主義にとって有意義な提案であるのかは疑問である。確かに現行制度よりも民主的であるかもしれない。しかし、各政党は資金集めの努力から解放されることは間違いない。それゆえ、政党は、社会から遊離してしまだろう。したがって、その提案も現行制度がかかえている議会制民主主義の活性化にとって有効ではなく、むしろ有害であるという欠陥を根本的に解消するものではないだろう。

加藤一彦は、政党助成法が「憲法的合理性をもってない」として「廃止が望ましい」としながらも、「カルテル政党段階では廃止は不可能である」としてその「改革」を主張する。そして具体的な提案として、加藤は、今後は「政党の立法調査・研究に限定化してみたらどうでしょうか」と提案し、また、第三秘書としての「政策秘書」を「政党の政策立案の件費に転換したらどうであろうか」と提案する。加藤は、これによって「政党の政策構想能力は格段に高まるはずである」と力説する。<sup>(106)</sup>

この「改革」案は、政党助成法の改廃を実質的に決定するのが事実上その恩恵を受けている「政党」であることを考慮したものであり、苦慮した結果の提案であると推察する。しかし、その総額とその計算方法、各「政党」への配分基準と配分方法が言及されていないので、どのように受けとめたらよいかかわからない。もしこれらにつき現行法的方式をそのまま維持、前提にしているのであれば、現行法による人権侵害を無視するものであると批判せざるを得ない。また、「政党」以外のものを排除したままで「政党の政策構想能力」を高めようとしても議会制民主主義が活性化するとも思えない。それゆえ、残念ながら、憲法解釈論としてだけでなく憲法政策論としても賛成できない「改革」案であると言わざるを得ない。

##### (5) 政治資金規正法に関する毛利透からの批判

最後に、政治資金規正（法）そのものの憲法上の正当化の法理について私見に対する批判を取り上げる。

私は政治資金規正（法）そのものを憲法上正当化するとき、政党の公共性や公的地位説に依拠する論法に対して、その必要はないし、むしろそれは適切ではないと批判し、「知る権利」の保障から憲法上正当化すべきであると主張してきたが、このような私見に対して、毛利透は、「知る権利」は国家に対する人権であるから政治資金規正法を憲法上正当化するとき「知る権利」を援用することは適切ではないと批判し、そ

して「権力への統制の一環」として同法を憲法上正当化する論法を提案<sup>(107)</sup>した。

これに対して、私は、「政治的公共圏」においては公開性の要請に基づき政治過程や選挙過程を歪めるおそれのある政治資金の公開については「知る権利」が保障されるべきであるし、また、政党等は国家権力で<sup>(108)</sup>はないので毛利の説明は自己矛盾しており、採用できないと批判した。

また、毛利は、これに関連して、現行の政治資金規正法が一切の政治団体を対象にしている点で過度に広範な規制であり治安立法となっている等と主張している。<sup>(109)</sup>これに対して、私は、本来、選挙に立候補した政党・政治団体・個人の資金管理団体、加えてそれらに寄付し、あるいは寄付を受けた政治団体が対象とされるべきであり、この点で、一切の政治団体が届出をしなければならない対象になっている現行法は確かに広すぎるように思うが、現行法は届出を怠っただけでは罰則がかされないようになっているので、詳細な実態調査を行っていない時点では即座に<sup>(110)</sup>違憲・無効になると断定すること難しいと応答してきた。

この点につき、現時点でも私は詳細な実態調査を行っていないので即答はできないが、少なくとも、政治過程・選挙過程を歴史的に最も大きく歪めてきた温床である企業・団体献金が、何らかの法律で全面的に禁止されたときには、<sup>(111)</sup>政治資金規正法は、実質的には企業・団体以外のものの政治資金の公開性が主に要請されることになるので、同法を存続させることの意味・意義が実際にあるのか否かを慎重に検討する必要があるように思われる。<sup>(112)</sup>

(62) 浦部法穂『全訂・憲法学教室』日本評論社・2000年522頁、辻村みよ子『憲法』日本評論社・2000年403頁。

(63) 本秀紀「上脇博之『政党国家と憲法学—「政党の憲法上の地位」論と政党助成』(信山社、1999年)」憲法理論研究会編『現代行財政と憲法』敬文堂・1999年191頁 [193-195頁]。

(64) 森・前掲注(19)論文、50頁 [53-54頁]、同「政党への公的助成」

「政党の憲法上の地位」論・再論

- 『法律時報』64巻2号(1992年2月号)60頁[63-64頁], 同『論理なき「政治改革」』大月書店・1993年115-117頁, 同『「憲法と政党」再論』『法律時報』70巻9号(1998年8月号)86頁[86-87頁]。
- (65) 右崎正博「政党をめぐる憲法問題」『ジュリスト』1022号(1993年5月1・15日号)116頁[121頁]。
- (66) 上脇・前掲注(11)書, 433頁, 同『政党助成法の憲法問題』日本評論社・1999年219頁。
- (67) 上脇・前掲注(49)論文, 1頁以下, 上脇・前掲注(11)書, 453-454頁。
- (68) 上脇博之「憲法問題としての拡大連座制」『法学セミナー』531号(1999年3月号)18-21頁。
- (69) 上脇博之「議員の免責特権」高橋和之・大石真編『憲法の争点[第3版]』(1999年)182-183頁。
- (70) 上脇・前掲注(11)書, 437頁以下。
- (71) 上脇博之「議会制民主主義における政党の憲法問題」中道寿一編著『現代デモクラシー論のトポグラフィ』日本経済評論社・2003年127頁以下。
- (72) 上脇博之「議員活動の財政的基盤」『ジュリスト』1177号(2000年5月1・15日合併号)119-125頁。
- (73) 加藤一彦「政党の憲法的地位・再論—『政党の公共性論』素描—」『(東京経済大学)現代法学』創刊号(2000年)1頁[44頁注41]。
- (74) 加藤一彦『政党の憲法理論』有信堂・2003年154頁注41。
- (75) 加藤・前掲注(73)論文, 1頁[32頁, 35頁, 38-39頁]。
- (76) 加藤・前掲注(74)書, 143頁, 145頁, 149頁。
- (77) 上脇博之「政党・政治団体・個人と公共圏—憲法解釈論のレベルでの『政党等と公共圏との相互関係』の再構築」『北九州市立大学法政論集』30巻3・4合併号(2003年)1頁[39頁注39]。
- (78) 加藤・前掲注(73)論文, 1頁[29頁]。
- (79) 加藤・前掲注(74)書, 140頁。
- (80) 上脇博之「政党助成と政治的公共圏」森編・前掲注(41)書, 503頁[522-524頁]。
- (81) 上脇博之「ドイツにおける政党政治と公共圏」森編・前掲注(41)書, 389頁[412-413頁], 同・前掲注(77)論文, 1頁[2頁, 11頁以下]。
- (82) 加藤・前掲注(74)書, 375-376頁, 381頁, 383頁。
- (83) 上脇博之・棟居快行「政党の位置づけ」『法学セミナー』555号(2001年3月号)42頁[45頁], 浦部法穂ほか編『いま, 憲法学を問う』日本評

- 論社・2001年128頁 [140-141頁]。加藤一彦が立場を共有していると評している（加藤：前掲注（74）書，139頁）本秀紀も、『『アソシエーション革命』と呼ばれるほどに，NPOをはじめとする中間団体がさまざまな分野で『公共』を担っており，国家の役割の限定が説かれている。しかし，ことデモクラシーという側面から見れば，そもそもデモクラシーという発想自体，国家を国民の手に帰属させるべきという理念を含意しており，そのかぎりで，国家は本来『相対化』されているはずのものといえよう。』と述べている（本秀紀『『公共性』の変容と『党内民主主義』』『公法研究』64号（2002年）217頁 [217頁]）。
- (84) 高田篤「政党による除名処分と比例代表選挙における繰上補充」『憲法判例百選Ⅱ [第4版]』別冊ジュリスト155号（2000年）336-337頁。
- (85) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』放送大学教育振興会・2001年139頁。
- (86) 加藤一彦「国会の議席は誰のもの？」『法セミナー』533号（1999年5月号）42頁 [45頁]。
- (87) もちろん，政治的には国民の政党支持率が大きく変動した場合には，衆議院の解散総選挙が行われるべきであると考えますが，これは憲法解釈論としては難問であろう。その際には，国民が衆議院の解散を求める憲法上の権利があるのかどうか，あるとしてもそれをどのように具体化するのかが問題となるだろう。
- (88) 上脇・前掲注（71）論文，127頁 [134-138頁] 同・前掲注（77）論文，1頁 [21-26頁]。
- (89) 例外は繰上げとなる候補者がいない場合である。これは，名簿登載者全員が当選してしまい，名簿に繰上げが生じたときの候補者が登載されていない場合などを想定することができる。
- (90) 高田篤「政党法制の展開とその脈絡」『（京都大学大学院人間・環境研究科／京都大学総合人間学部）社会システム研究』2号（1999年）15頁 [31-33頁]。
- (91) 上脇・前掲注（66）書，150頁注8。
- (92) 高田篤「民主制における政党と『結社』」『法学教室』226号（1999年7月号）82頁 [86頁，87頁]。
- (93) 政党助成の憲法上の正当化の論理について積極的に言及することなく，単に，「政党の民主化」を進めるために「国民が政党に対して監視の目を強めること」が「大事」と主張するものがある（斎藤康輝「政党助成と政党の民主化に関する憲法問題」『（東洋大学）比較法』37号（1999年）139頁 [155頁]）。
- (94) 吉田善明は，現行政党助成法を批判したなかで選挙戦経費補償を代

## 「政党の憲法上の地位」論・再論

替案として主張している，かつての論文を収録した単著を公表している。

吉田善明『変動期の憲法諸相』敬文堂・1996年196頁。

- (95) 松井茂記『日本国憲法』有斐閣・1999年146－147頁。
- (96) 山本悦夫「政党と国会法・公職選挙法」『(中央大学)法学新報』108巻3号(2001年)445頁[458－459頁，461－462頁]。
- (97) 上脇・前掲注(66)書，229－234頁。
- (98) 上脇博之「政党助成法に関する各党の見解」『北九州大学法政論集』24巻1号(1996年)107頁以下，同「政党助成法に関する各党の見解(2回目)」『北九州大学法政論集』25巻2・3合併号(1997年)295頁以下。
- (99) 上脇・前掲注(66)書，1頁以下。
- (100) 上脇博之「政党交付金は不正に受給された一政党助成法の問題と政治資金の二重取りをただす」『法学セミナー』546号(2000年6月号)58－61頁，同「『政党の公共性』論と政党助成の憲法問題」『北九州市立大学法政論集』29巻1・2合併号(2001年)1頁以下，同・前掲注(80)論文，503頁以下，同・前掲注(77)論文，1頁[15－17頁]。
- (101) 上脇博之「政党助成法の違憲性及び人権侵害について一政党助成法違憲国家賠償訴訟の原告側鑑定意見書」『北九州市立大学法政論集』31巻2・3・4合併号(2003年)99頁以下。
- (102) 私は現行政党助成法が政治的自己決定権や参政権等の人権を侵害していると主張するが，憲法第19条が侵害されているとの立場に与してはいない。これにつき，中島茂樹は，私も提出した同じ裁判の原告側鑑定意見書において，現行政党助成法が「特定の政党を支持する市民(納税者)にとってみれば自己の支持しない政党への資金提供を強い」，「市民(納税者)の政党支持の自由を侵害」しており，「市民(納税者)の思想・良心の自由の政治的場面における現象形態の一つとしての『政党への寄附の自由』」，さらには『政治過程の自由と開放性』に大きく抵触している，と反論する(中島茂樹「政党国庫補助と思想・良心の自由」『立命館法学』289号(2003年)1頁[62－63頁])。そもそも原告弁護団の主張の基本が憲法第19条違反である(参照，大久保憲一「政党助成法違憲訴訟判決について」『法と民主主義』386号(2004年2・3合併号)48頁以下)。私もこの主張が認められればそれでも良いと思うが，今でも私は，人権侵害を主張する場合には，私見で展開した政治的自己決定権侵害等の主張のほうが説得的ではないかと考えている。なお，原告らは東京高裁に控訴している。
- (103) 高田篤「民主制における政党と『結社』」『法学教室』226号(1999年7月号)82頁[87頁，88頁注10]。
- (104) 上脇・前掲注(57)論文，1頁[21－22頁]，同・前掲注(66)書，

- 170-171頁, 同・前掲注(101)論文, 99頁 [125-127頁]。
- (105) 上脇・前掲注(66)書, 171頁。
- (106) 加藤・前掲注(74)書, 382頁。
- (107) 毛利透「政党法制」『ジュリスト』1192号(2001年1月1・15日号)164頁 [166頁]。
- (108) 上脇博之『『政党の公共性』論と政党助成の憲法問題』『北九州市立大学法政論集』29巻1・2合併号(2001年)1頁 [28頁注28], 同・前掲注(77)論文, 1頁 [10頁, 39頁注40]。
- (109) 毛利・前掲注(103)論文, 164頁 [165-166頁]。
- (110) 上脇・前掲注(104)論文, 1頁 [23-24頁注29], 同・前掲注(77)論文, 一頁 [39-40頁注41]。
- (111) 私は現行政治資金規正法が企業・団体献金を全面禁止せず許容している点で違憲であると解している(上脇・前掲注(11)書, 417-419頁, 同・前掲注(66)書, 232-234頁)。なお, 毛利透は, 「金銭が民主政過程を歪めるのか」という視点から検討していることもあってか, 企業・団体献金そのものを全面的に禁止すべきであるとの帰結に達してはならず, その金額の多さと公開度の低さを問題にしているにとどまるように読める(毛利透『民主政の規範理論』勁草書房・2002年229-233頁)。そうであれば, 毛利による, 政治資金規正法に対する問題の視角は, 私のそれとは本質的に異なるように思われる。
- (112) 現時点では, 企業・団体献金を全面的に禁止しても個人による高額な政治資金(寄付)が政治過程や選挙過程を歪める可能性があるので, 政治資金規正法は存続するべきであり, これこそ本来の政治資金規正であると考えている(ただし, その場合でも, 受け取る主体を限定できるかどうかを検討する必要がある)が, これが普遍的にいえるかどうかの問題である。それゆえ, 企業・団体献金が全面的に禁止されたとき, 個人の政治献金の実態がどうなのか, あるいはどう変化するのか, とりあえず最低限, 実態評価の問題が生じるだろう。なお, 企業・団体献金が全面禁止されるのであれば, 当然, 企業・団体が政党などの主催するパーティー券を購入することや政党などの人件費を肩代わりすることも禁止されるべきであるが, それらが禁止されないようであれば, 政治資金規正法は当然存続しなければならないと考える。

## お わ り に

以上、「政党の憲法上の地位」に関する、これまでの議論状況を振り返りながら私見を紹介し、また私見に対する批判を紹介したうえでそれへの批判を試みた。ここでは、「政党の憲法的性格」論としての論点を中心に私見を再度まとめ、また私見を付加しておきたい。

### (1) ドイツの議論について

- ①ドイツでは、基本法に、「政党特権」を伴った「たたかう民主制」などを内容にした政党条項が盛り込まれ、これによって「憲法編入」の段階を迎えた。その結果、「政党の憲法上の地位」論は、「政党に対する国家の態度」論から「政党の憲法的性格」論へと論点が移行して、戦後、活発に議論され始めた。
- ②ドイツにおける「政党の憲法的性格」としての「政党の憲法上の地位」の問題では、それが「政党の帰属領域」の問題として議論する論者もいれば、「政党の機能」や「政党の役割」の問題として議論する論者もいて、各論者によってその判断基準は異なるが、「政党の憲法上の地位」論は、基本的に「政党の政治上の地位」論とは異なり、政党を憲法上その他の結社から区別して特別の法的効果を帰結するか否を決する議論である。
- ③その「政党の憲法上の地位」論における社会団体説にあつては、「政党特権」を伴った「たたかう民主制」を例外と位置づけていたが、それ以外の学説にあつては、その「たたかう民主制」を憲法上正面から正当化・肯定するために唱えられていた。
- ④このような相関関係は、政党国庫補助（政党助成）との関係では厳密には維持されていないものの、ある一定の範囲で維持されていた。すなわち、社会団体説では学説上も判例上も政党国庫補助が否定されているが、社会団体説以外の立場では、それを否定する見解もあるが肯

定する見解もあり、結局、政党国庫補助を憲法上肯定しようとする、少なくとも社会团体説以外の立場に立たない限り憲法理論的には不可能である、ということである。

- ⑤政党の選挙戦経費補償についてもこれと同じように考えてよく、特に連邦憲法裁判所は社会团体説以外の立場からそれを憲法上許容していた。
- ⑥社会团体説以外の立場において政党国庫補助を肯定しない見解があるのは、「たたかう民主制」の場合と異なり基本法に明文の規定を有してはいないため、解釈者の価値判断が出たものであろう。
- ⑦上記のこと、特に③～⑥からいえることは、政党への選挙経費補償を含め政党国家補助が政党に対する国家の不当な介入・干渉であるということである。

## (2) 日本の解釈論について

- ①日本国憲法は、政党条項を有さず、「憲法編入」の段階にない上に、「たたかう民主制」を採用していないと解釈されるから、「政党に対する国家の態度」論としては、すでに説明したような意味において、「無視」の段階あるいは「政党を含む政治団体の承認」の段階にあると解すべきである。
- ②「政党の憲法的性格」論としては、社会团体説以外の立場を採用する憲法上の根拠は存在しないと解すべきである。また、「憲法編入」段階にあることを前提に理論構成されているドイツの学説（社会团体説以外の学説）を、「憲法編入」段階にない日本国憲法の解釈論にストレートに持ち込むことは比較憲法上も問題である。
- ③政党が直接あるいは間接に関係する問題（比例代表制、政治資金規正法、比例代表名簿登載者の除名後の繰上げ当選など）について、社会团体説以外の立場を採用しなければ人権保障上も統治機構上も妥当な解釈や立法ができないわけではないし、むしろ、社会团体説以外の立

場を採用すると、人権保障上も統治機構上も妥当な解釈や立法が妨げられる危険性がある。

- ④社会団体説の立場にあっても、政党が部分的に事実上公的性格・役割を果たしたり、国家機関と国民との間で媒介的性格・役割を果たしていることを否定するものではなく、むしろそれを肯定するがゆえに社会団体説の立場を維持するべきであるが、政党の公的性格・役割を理由に特定の政党に特権を付与したり、特定の政党を規制することは、憲法解釈上許されない。
- ⑤政党の公的・媒介的性格・役割については、解釈論においても重要になるが、本質的には解釈の問題というよりも、政治学や社会学の問題<sup>(113)</sup>であり、憲法学においても解釈論以外の分野で検討すべき問題である。
- ⑥政治過程や選挙過程において政党は重要な役割を果たしている。しかし、政党は公約を反故にし、あるいは基本政策を根本的に変更することもあるし、また、政党以外の政治団体や無所属も重要な役割を果たしていることは否定できないから、「政党の役割」論も冷静かつ厳密に分析する必要がある、決して政党の現に果たしている役割を過大に認識すべきではないし、政党が果たすべき役割を過大に評価すべきでもない。
- ⑦政治過程や選挙過程である「政治的公共圏」においては、政党だけではなく、それ以外の政治団体や個人も含めて、「公開の原理」が妥当する憲法論を再構築する必要がある。
- ⑧しかし、「政治的公共圏」においては、大政党や体制内政党が特権を付与されたり、優遇されることがないように、また、小政党や反体制政党が不当な規制を加えられたり、冷遇されることがないように、憲法解釈論を展開する必要がある。
- ⑨さらに、公的である「政権の憲法上の地位」を踏まえて、権力に歯止めをかけるためにも、現代立憲主義的解釈論を構築する必要がある。

(3) 憲法運動論との関連について

- ① 以上のように考えると、1994年に強行された「政治改革」の総括<sup>(114)</sup>を含めて、政党が直接あるいは間接に関係する憲法問題（政党助成法、小選挙区本位の選挙制度、企業・団体献金など）について、きちんとした解釈論を再構築する必要があるだろうし<sup>(115)</sup>、そしてまたそれを、政治改革のやり直しを含め憲法改悪阻止の憲法運動にも役立てて行く必要があるだろう<sup>(116)</sup>。
- ② また、政党助成法の制定により政党に公的地位が付与され、公金が「政党」に投入されたこと、また国民の間にと政治・政党不信が増幅していることを背景に、官僚主導から政党主導へというスローガンのもとに、憲法における政党条項の新設が主張されているので<sup>(117)</sup>、これに對しては、憲法運動論としても十分警戒し、それを批判する議論をきちんと展開する必要があるだろう。

(113) 例えば、本秀紀は党内民主主義の憲法問題を日本公法学界で発表しているが、その内容は、憲法解釈論や憲法訴訟論のレベルでの議論ではない（本・前掲注（83）論文，217頁 [222頁以下]）。

(114) 上脇博之『「政治改革」とその総括』『法の科学』32号（2002年）50－63頁，同『「政治改革」と日本国憲法—国会・選挙制度の歴史と現状』青年法律家協会弁護士学者合同部会編『「平和と人権の時代」を開く』日本評論社・2004年299－304頁。

(115) これらについての検討はこれまでの拙稿，拙著で私なりに行い，私見を展開してきた。

(116) 上脇博之『「政治改革」の総括—政治改革のやり直しの必要性』『月刊憲法運動』288号（2000年2月号）11－24頁。

(117) 読売新聞社の第二次改憲試案（『読売新聞』2000年5月3日）及び第三次改憲試案に相当する「憲法改正2004年試案」（『読売新聞』2004年5月3日），加藤孔昭ほか編著『憲法改革の論点』信山社（2000年）91頁以下，芹川洋一『憲法改革』日本経済新聞社（2000年）109－110頁，日笠完治「政党の憲法的統合」加藤秀治郎編『憲法改革の構想』一藝社・2003年107頁 [113頁]，など。

(118) 例えば，読売新聞社の「憲法改正2004年試案」は，以下のようなも

のである。「第三条（政党）〈1〉国民は、その政治的意思形成に資するため、自由に政党を結成することができる。〈2〉政党は、国民主権の原理を尊重し、国民の政治的意思を集約し、統合する役割を果たし、民主政治の発展に努めなければならない。〈3〉政党は、政治活動に要する資金の収支を国民に明示しなければならない。」読売新聞社はこれとあわせて、「政党として最低限守ってほしい規律」としての『政党法案大綱』を発表し、政党の自由に対する「多少の制約」を公言している。しかし、これによると、「政党の結成は、自由である」としながらも、学識経験者6名、衆議院議員、参議院議員各2名、計10名の委員で構成される「政党委員会」への政党登録申請が認められたときにはじめて「政党は……成立する」ことになっており、同委員会への活動報告が毎年1回義務づけられ、引き続き3年以上提出しないなどの政党は「登録を抹消」される。そのため、「政党の政治活動は、自由である」となっているが、政党として登録されない場合や党力が抹消されたものは政党として政治活動を自由に行えないことになる。また、手続き違反には罰則も用意され、「政党の組織は、民主的に構成されなければならない」などとされ、「政党は、選挙に際して、その支持する内閣総理大臣の候補者を明示する」となっている（『読売新聞』2004年5月3日）。それゆえ、明らかに政党の自由は大幅に、かつ不当に制約されることになる。ここには、基本的人権尊重主義の考えも、政治的活動の自由の保障に基づく議会制民主主義の健全な発展の考えもない。恐ろしいことである。

なお、「国会の構成」に関する条項に政党に関する規制を盛り込む主張もある。元国会議員で自主憲法規制議員同盟常任理事の飯田忠雄は、国会を「日本国籍を有する人によって正当に選挙された国会議員で組織する複数の国会議員団」で構成させ、「憲法に違背する政党」または「憲法裁判所により違憲の判決を受けた政党」は「国会を構成する権能を有しない」との憲法「改正」案を主張している（飯田忠雄『日本国改造法案』信山社・2002年160頁、260頁改正憲法条文第42条）。ドイツ以上の「たたかう民主制」の採用を主張する案がいまだに主張されていることには驚きである。

※本稿を、海の事故で亡くなられた播磨信義先生に捧げます。私が神戸及び西宮に在住しているときには、「兵庫憲法会議」で先生には大変お世話になりました。私は1994年から北九州大学（現在の北九州市立大学）に就職が決まり、小倉に住むことになりました。2004年4月から神戸学院大学の法科大学院（神戸学院大学大学院実務法学研究科）の教員になることが2002年夏に決まり、研究の面でも憲法運動の面でも播磨先生に色々

とご指導を仰ごうと思ってお礼方々お電話した数日後、先生は亡くなられてしまいました。私が本稿で「政党の憲法上の地位」論をテーマに選択したのは、それが神戸大学大学院法学研究科の院生時代に研究を始めたときのテーマだからです。これは、初心に戻ることの重要性を再確認するとの意味を込めてです。また、憲法運動論にも少し言及しているのは、先生の憲法運動にも共感しているとの意味を込めてです。本稿を播磨先生に捧げたいと思います。

2004年4月26日脱稿