

令和2年（行ツ）第28号ほか、第17号ほか  
上告人 鶴本 圭子 外（以下、「選挙人」又は「選挙人ら」という）  
被上告人 東京都選挙管理委員会 外（以下、「国」ともいう）

## 準備書面(2)

【不当な判例変更】

令和2年9月15日

最高裁判所大法廷 御中

上告人（原審原告）ら訴訟代理人弁護士	升	永	英	俊
同	弁護士	久保利	英	明
同	弁護士	伊藤		真
同	弁護士	黒田	健	二
同	弁護士	江口	雄一	郎
同	弁護士	田辺	克	彦
同	弁護士	石渡	進	介
同	弁護士	森川		幸
同	弁護士	山中	真	人
同	弁護士	平井	孝	典

## 目 次

<b>I 平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する二段階の判断枠組み</b> （以下、「二段階の判断枠組み」又は投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」ともいう）は、平成 29 年大法廷判決（参）によって不当に判例変更されたので、現在も尚、最高裁判所（但し、大法廷を含む）及び下級審裁判所に対し、判例として拘束力を有す：（本書 1～21 頁） .....	1
1 平成 26 年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例としての拘束力を有す：（本書 1～3 頁） .....	1
2 不当な判例変更：（本書 4～9 頁） .....	4
3 「最高裁判所判例解説」平成 29.9.27(民事関係)の中の当該記述：（本書 9～11 頁） .....	9
4 【仮想の議論】とそれに対する反論：（本書 11～21 頁） .....	11
<b>II 判例変更についての最高裁判所の「裁量権の限界」</b> ：（本書 21～41 頁） .....	21
1 佐藤幸治京都大学名誉教授は、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』286 頁（日本評論社、1984 年）（甲 105）で、 .....	21
2 芦部信喜東京大学名誉教授は、「合憲限定解釈と判例変更の限界」ジュリスト No.536 1973.6 53～54 頁（甲 106）で、 .....	23
3 伊藤正己東京大学名誉教授・元最高裁判事は、「判例の変更」公法研究第 22 号 20～21 頁（有斐閣、1960 年）（甲 107）で、 .....	26
4 長谷部恭男東京大学教授（当時）は、長谷部恭男『憲法 第 7 版』449～450 頁（新世社、2018 年）（甲 108）で、 .....	27
5 高橋一修法政大学教授は、「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座 憲法訴訟（第 3 卷）』173～176 頁（有斐閣、1987）（甲 103）で、 .....	29
6 松井茂記大阪大学教授は、「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法	

判例の変更」樋口陽一編『講座・憲法学 第6巻 権力の分立(2)』	
221頁（日本評論社、1995年）（甲109）で、	34
7 <b>浦部法穂</b> 神戸大学名誉教授は、『憲法学6《統治機構の基本問題Ⅲ》』	
56～57頁（有斐閣、1977）（甲110）で、	35
8 <b>君塚正臣</b> 横浜国立大学教授は、「判例の拘束力」横浜法学会第24巻	
第1号96頁（甲98）で、	37
9 <b>向井久了</b> 帝京大学教授は、「155 判例の法源性」339頁（ジュリス	
ト増刊 有斐閣、2008年）（甲102）で、	38
10 <b>青井未帆</b> 学習院大学教授は、「130 憲法判例の変更」288～289	
頁（ジュリスト増刊 有斐閣、2008年）（甲111）で、	39
11 <b>畑博行</b> 広島大学名誉教授は、「憲法判例の変更について」公法研	
究第37号57～58頁（有斐閣、1975年）（甲112）で、	40

[凡例]

判例、文献等については、以下の略語を用いる場合がある。

大法廷判決	最高裁判所大法廷判決
民集	最高裁判所民事判例集
選挙人（又は選挙人ら）	筆者らの弁護士グループが代理して提訴した、選挙無効請求訴訟の原告（又は原告ら）
本件裁判	筆者らの弁護士グループが代理して提訴した、本件選挙の選挙無効請求訴訟
本件選挙	2019年7月21日施行参院選（選挙区）
平成27年改正法	公職選挙法の一部を改正する法律 平成27年法律第60号

**I 平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する二段階の判断枠組み**（以下、「二段階の判断枠組み」又は投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」ともいう）は、平成 29 年大法廷判決（参）によって不当に判例変更されたので、**現在も尚、最高裁判所（但し、大法廷を含む）及び下級審裁判所に対し、判例として拘束力を有す**：（本書 1～21 頁）

**1 平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例としての拘束力を有す**：（本書 1～3 頁）

- (1) 判例は下級審裁判官および最高裁裁判官（但し、大法廷、小法廷を問わない）に対して、判例として拘束力を有する（注1）。
- (2) 判例の拘束力の問題で対象となる判例は、1 回の判決で足り、反復性は要件とされない（注2）。

---

**(注1) 君塚正臣**横浜国立大学教授「判例の拘束力」横浜法学第 24 巻第 1 号（2015 年）91 頁（甲 98）は、

「先例拘束力とは、裁判所、司法であれば、法の支配や平等などの要請をもって、当該判決が後のまさに当該裁判所を拘束することに意味がある以上、**原理的に最上級審と下級審とで議論を区別するべきではない。**<sup>61)</sup>」

<sup>61)</sup> 田中英夫『英米法研究 1－法形成過程』7 頁（東京大学出版会、1987）

と記述する。

**(注2) 中野次雄**前早稲田大学客員教授・元大阪高等裁判所長官 中野次雄編『判例とその読み方』8 頁（有斐閣、1991 年）（甲 99）。

**佐藤幸治**京都大学名誉教授編『現代国家と司法権』354 頁（有斐閣、1988 年）（甲 101）注(2)参照。

**向井久了**帝京大学教授「155 「判例の法源性」 338 頁（ジュリスト増刊、2008）（甲 102）は、  
「判例の法源性（先例拘束性）を問題とする場合、「判例」および「法源」の意義について触れておく必要がある。判例は、必ずしも明確に定義されているわけではないが、①個別の判決例の意味、②反覆された同旨の判決の意味（「例」のうちに反覆性の意味をこめるものである）、③判決の基礎とされた一般法理の意味、④「念のため」に付加された「なお」書き判示などの意味で用いられている（芦部信喜『憲法講義ノート I』[1986] 62 頁参照）。先例拘

アメリカ法も、1回の判決で判例とされる<sup>(注3)(注4)</sup>。

(3) (本書2～3頁)

憲法判例の判例として拘束力を有する部分は、「**憲法判決中の法律などの合**

---

束性の原理において問題となる「判例」は、主として裁判の準則との関係において問題とされるのであるから、③の意味での用法であり、**反覆性は要件とされない。**」(強調 引用者)

と記述する。

<sup>(注3)</sup> **高橋一修**法政大学教授 「先例拘束性と憲法判例の変更」 芦部信喜編『講座憲法訴訟 第3巻』142頁(有斐閣、1987)(甲103)は、

「英米法においても、**先例法理の内容は、**簡単には①**上級審は自らの先例に拘束される、**②**下級審は上級審の先例に拘束されると説明される**<sup>(7)</sup>が、②は①を前提として初めて意味をもつのであるから、**先例拘束性の核心は前者にあると考えるべきである。**このことを意識することは、樋口教授が指摘するごとく、「**先例法理を最上級審自身が少なくともなんらかの形で意識してきた社会**では、下級審が先例法理に敬意を払いつつもその射程を限定することによって当該事件の適切妥当な判断を導き出す、というゆき方のもちうる積極の意味が理解されやすいのに対し、自分自身ははじめからどんな意味でも先例に拘束されない、という前提から出発するところでは、そのような理解は求めがたくなる<sup>(8)</sup>」という傾向を「抑止する課題」ととり組むためにも必要と思われる。」(強調 引用者)

<sup>(1)</sup> 田中和夫・英米法概説(再訂版)125、198～201頁(1986)。

<sup>(7)</sup> 田中・前出注<sup>(1)</sup>156頁。

<sup>(8)</sup> 樋口・前出注<sup>(6)</sup>679頁。

と記述する。

<sup>(注4)</sup> **樋口陽一**東京大学名誉教授 「判例の拘束力・考」 芦部・清水編『日本国憲法の理論』692～693頁(有斐閣、1986)(甲100)は、

「その点は、一方で英米につき、「裁判所が同旨の判決を繰り返した場合……に限って拘束力を認めるという考え方は、とらない。**その点についての唯一の判決でも、判例としての尊重をうける**」とされ<sup>(27)</sup>、他方でフランスでは、反対に、「個別の一箇の判決」の問題でなく「一連の諸判決」の問題が「判例」の問題なのだ、という区別が比較的はつきりと意識されている<sup>(28)</sup>のとくらべて、大きなちがいである。」

<sup>(27)</sup> 田中英夫『英米法総論・下』前出、475頁。

<sup>(28)</sup> この点につき、拙稿「憲法学の対象としての『憲法』——フランスの場合を素材として——」『法学協会百周年記念論文集』第二巻(1983年、有斐閣)247頁。

と記述する。

**憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至る上で直接必要とされる憲法規範的理由づけ**（すなわち、米国法でいうところの ratio decidendi の部分。引用者注）<sup>(注5)</sup>」である。

平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」（下記 4(2)イ（本書 15 頁）参照）が、上記の拘束力のある判例の定義（「憲法判決中の法律などの違憲・合憲の結論に至る上で直接必要とされる憲法規範的理由づけ」）の全ての要件を充足しているか否かを検討すると、

①段階の審査で「否」という認定であれば、直ちに「違憲状態でなく、合憲」との結論に至るので、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、「憲法判決中の法律などの合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至る上で直接必要とされる憲法規範的理由づけ」の判例の定義の全ての要件を満たす、と解される。

(4) 最高裁は、平成 26 年大法廷判決（参）を判例であると認め、これを**民集 68 巻 9 号 1363 頁**に掲載している。

---

<sup>(注5)</sup> 佐藤幸治 京都大学名誉教授 『憲法〔第三版〕』 27 頁（青林書院、2003 年）（甲 104）は、憲法判例について、

「そもそも判例が**法源性**を有するか否かについては議論の存するところであるが、既に示唆したように、憲法判例を含めて**積極的に**解さるべきであり（わが国の現行法上、憲法判例は、民事・刑事・行政の各具体的事件の解決に必要な限りにおいてなされる、憲法典に関する解釈にかかわる判例として成立する）、最高裁判所の憲法判決は先例拘束性をもつと解される。それは、日本国憲法の定める司法権がアメリカ流のものと解されるということのほか、基本的には**同種の事件は同じように扱わなければならないという公正の観念**によるものであり、日本国憲法の解釈論的にいえば、憲法 14 条の法の下での平等原則、32 条の裁判をうける権利（ここでの裁判は当然に公正な裁判の意でなければならない）、および憲法 31 条の定める罪刑法定主義に根拠する。但し、その場合、**先例として拘束力をもつのは、憲法判決中の ratio decidendi の部分**であって、**法律などの合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至る上で直接必要とされる憲法規範的理由づけ**である点が留意すべきである。」（強調 引用者）と記述する。

## 2 不当な判例変更：(本書4～9頁)

### (1) 不当な判例変更(要約)(本書4～5頁)

ア 平成26年大法廷判決(参)の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」は、「法律などの合憲・違憲の結論に至る上で直接必要とされる憲法規範的理由づけ」(ratio decidendi)であって、判例として拘束力を有する(上記1(3)(本書2～3頁)参照)。

すなわち、平成26年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」は、判例であるので、平成29年大法廷判決(参)による正当な判例変更がない限り、後に判決された平成29年大法廷判決(参)を拘束する。

イ ところが、平成29年大法廷判決(参)は、平成26年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」の判例に**矛盾**し、かつ判例変更が必要である理由を判決文中に示すことなく、『平成28年参院選(選挙区)は、違憲状態ではない』旨の結論を導き、上告人ら(原審原告ら)の請求を棄却した。

ウ 平成29年大法廷判決(参)は、平成26年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」(判例)に矛盾する、「違憲状態」の成否に関する新しい判断基準(以下、「新しい判断基準」ともいう)を採用して、「当該選挙は、違憲状態ではない」旨の結論を導いた。

しかしながら、平成29年大法廷判決(参)の「新しい判断基準」は、その判決理由中に、どの点で平成26年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」が誤りであり、そのため判例変更が必要であった、という判例変更の理由を示していないので、**不当な判例変更**であると解される(注6)。平成29

---

(注6) 佐藤幸治 京都大学名誉教授は、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』286頁(日本評論社、1984年)(甲105)で、





例の定義（すなわち、憲法判例の判例として拘束力を有する部分は、「**憲法判決中の法律などの合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至る上で直接必要とされる憲法規範的理由づけ**」である。〈上記1(3) (本書2~3頁) 参照〉) に照らし、判例であり、**判例として拘束力を有する**と解される(上記2(1) 参照)。

**【平成29年大法廷判決(参)の違憲状態の成否に関する「新しい判断基準」は、平成26年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」に矛盾する】**

イ **一方で**、平成26年大法廷判決(参)は、

①段階の審査で、選挙制度の抜本的見直しが必要であったにも拘わらず、それを怠ったために、当該選挙の選挙区間の最大較差が4.77倍(当該選挙時)であったことを認めて、「当該選挙は、違憲状態に至っている」と判断した**後**に、②段階の審査に進み、

②段階の審査で、「国会が選挙制度の抜本的見直しについて引き続き検討を行い結論を得る旨を併せて定めた平成24年改正法」が存在すること等の更なる較差是正に向けての**国会の努力**が存在することを認めて、違憲状態判決を言渡した。

**他方で**、平成29年大法廷判決(参)は、

- ① 違法判断の基準時たる本件選挙投票日の本件選挙の選挙区割り規定の各選挙区間の選挙人数較差(最大)が、1対3.08という事情と
- ② 「今後における投票価値の較差是正に向けての方向性と立法府の決意」の存在という事情の、**2つの事情**

を総合して、「投票価値の不均衡は、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったものとはいえない」と**判示**した。

すなわち、平成29年大法廷判決(参)は、平成26年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」(判例)の中の②段階の審査で判断さるべき、更なる

較差是正に向けての**国会の努力**の要素を、①段階の審査の違憲状態か否かの判断過程に**混入**させて考慮し、「違憲状態ではない」と**判示**したのである。

すなわち、この平成29年大法廷判決（参）の違憲状態の成否に関する「新しい判断基準」は、平成26年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」の①段階の審査における「違憲状態か否か」の判断基準（判例。上記**1(3)**（本書2～3頁）参照）に**矛盾する**。

**【平成29年大法廷判決（参）の判例変更は、判例変更が必要である理由づけを欠くので、不当な判例変更である】**

ウ(7) 平成29年大法廷判決（参）が、平成26年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」の①段階の審査における判断基準（判例）を正当に判例変更するためには、平成26年大法廷判決（参）の判決言渡日の僅か3年後に、「違憲状態の成否」に関する「新しい判断基準」の採用という、判例変更を**必要**とするに至った**判例変更の理由**をその判決文の判決理由の中に記述することが必要である。

けだし、国民と他の国家機関（すなわち、立法府および行政府）が司法に対して求める、司法の安定と司法の予見可能性の確保に資するために、一旦成立した判例を変更するためには、判決文の判決理由の中に、先行する判例を変更して、当該新しい判例を創らざるを得なくなった**必要性**の理由づけを十分なる説得力をもって記述することが要求されるからである（下記IIの**1**〈佐藤幸治著書 本書21～23頁〉甲101、105；**2**〈芦部信喜論文 本書23～25頁〉；**3**〈伊藤正己論文 本書26～27頁〉；**5**〈高橋一修論文 本書29～33頁〉；**6**〈松井茂記論文 本書34～35頁〉；**7**〈浦部法穂論文 本書35～37頁〉；**8**〈君塚正臣論文 本書37～38頁〉；**9**〈向井久了論文 本書38～39頁〉；**11**〈畑博行論文（本書40～41頁）参照）。

(4) 更に言えば、**説得力十分の判例変更の理由を判決理由中に示すこと**が、判例

変更が恣意的に行われることにより、国民および他の国家機関（すなわち、立法府および行政府）の間に必然的に生じ得る、**司法の安定・公平に対する信頼・尊敬の崩壊**の阻止に**直結**するからである（注7）。

(ウ) 更に重ねて言えば、**財布も剣も持たない司法**が、憲法の予定するとおり、行政府と立法府に対する関係で、それらの権力濫用阻止のための国家機関として機能するために、司法が有する手立ては、国民および他の国家機関（立法府および行政府）からの、**【司法の安定・公平】**に対する**信頼・尊敬**の確保・維持だけである。当該信頼・尊敬の崩壊の阻止のためには、判例変更する場合は、**【判例変更にあつさわしい、説得力十分の判例変更が必要である理由を判決文の判決理由中に示すこと】**が必須である（注8）（注9）。

(イ) ところが、平成 29 年大法廷判決（参）の当該違憲状態の成否に関する「新しい判断基準」は、判決文中に、**【判例変更が必要であることの理由づけ】**を全く欠いている。よって、これは、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」（判例）の**不当な判例変更**である、と解される。

**【不当に判例変更した平成 29 年大法廷判決（参）の「新しい判断基準」は、判例として拘束力を有しない】**

エ **一方で**、平成 29 年大法廷判決（参）の当該「新しい判断基準」は、判例変更を必要とした理由を判決文中に記述していないので、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判例枠組み」の**不当な判例変更**に

---

(注7) 芦部信喜 東京大学名誉教授 『憲法訴訟の理論』 28～29 頁（有斐閣、1973 年）

(注8) A・コックス（芦部信喜監訳）・最高裁判所の役割（1977）。原書は、A. Cox, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT (1976).

(注9) 高橋一修 法政大学教授 「先例拘束性と憲法判例の変更」 芦部信喜編『講座憲法訴訟 第 3 巻』 173～176 頁（有斐閣、1987）（甲 103）

該当し、判例としての拘束力を有しない。

**他方で**、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、平成 29 年大法廷判決（参）の「新しい判断基準」による判例変更が**不当**であるが故に、現在も尚、判例として拘束力を有している、と解される。

### 3 「最高裁判所判例解説」平成 29.9.27（民事関係）の中の当該記述：（本書 9～11 頁）

- (1) 「最高裁判所判例解説」平成 29.9.27（民事関係）（中丸隆最高裁判所調査官執筆）2297（215）頁（法曹時報 70 巻 8 号 215 頁）（甲 37）の「(注 15)」は、

「平成 27 年改正法附則 7 条の定めについては、立法府の将来の行動に関する事情として前記第 3 の 1②

（すなわち、「最高裁判所判例解説」平成 29.9.27（民事関係）（中丸隆最高裁判所調査官執筆）2286 頁のうちの「第 3」の「1」の「②」（＝「当該選挙までの期間内に当該不均衡の是正がされなかったことが国会の裁量権の限界を超えるに至っているか否か）」を指す〈上記 2(2)（本書 5 頁）参照〉。引用者注）

の判断において**考慮することも考えられるが**、……」（強調 引用者）

と**記述**する。

すなわち、中丸隆最高裁判所調査官は、同記述のとおり、【平成 27 年改正法附則 7 条の定め（すなわち、更なる較差是正の要素）を、参院選（選挙区）の投票価値の較差についての「二段階の判断枠組み」の②段階の審査で、**考慮し得ること**】を**自ら認めている**。

同論文は、【立法府の将来の行動に関する事情（平成 27 年改正法附則 7 条に関する事情）は、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」のうちの②段階の審査の判断でこれを考慮することも考えられるが、平成 29 年大法廷判決（参）では、そうはしないで、①段階の審査の判断で考慮したこと】を**自ら認めている**。同論文は、そこで、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」が、どの点で誤っており、判例変更が必要で

あったので判例変更をしたという、判例変更の必要性の事由を記述していない。

判例変更が**不当か否か**の論点において、「最高裁判所判例解説」平成 29.9.27（民事関係）（中丸隆最高裁判所調査官執筆）2297 頁が当該【判例変更の必要性の事由を記述していないこと】を実質的に**自ら認めていること**は、座視できない**重要な事柄**である。

(2) 当該**記述**のとおり、平成 29 年大法廷判決（参）は、

【1】平成 26 年大法廷判決（参）の①段階の審査と②段階の審査からなる投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」（判例）が、どの点で誤っており、かつ

【2】何故に、平成 29 年大法廷判決（参）の当該②段階の審査での判断の要素（すなわち、更なる較差是正に関する要素）を当該①段階の審査での考慮要素の中に**混入**させて考慮し、『本件選挙は、違憲状態ではない』旨結論づける「新しい判断基準」を創る**必要**があるのか】について、国民と他の国家機関（立法府および行政府）を説得するに足る**判例変更の理由**を判決文の中に記述していない。

更に言えば、それどころか、平成 29 年大法廷判決（参）は、判決文の判決理由の中に判例変更が必要になるに至った理由を一切記述していない。

(3) よって、平成 29 年大法廷判決（参）は、判例変更を必要とする判例変更の理由づけを判決の理由の中に**全く**示していないので、「**裁量の限度**」を超えた判例変更であって、**不当な判例変更**に該当し、そのため、判例変更としての拘束力を有しない。

他方で、当該論点については、平成 29 年大法廷判決（参）の「新しい判断基準」は不当な判例変更であるが故に、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判例枠組み」（判例）が、現在も尚、判例としての拘束力を有している、と解される。

(4) よって、本件裁判の事実関係の下で、本件選挙は、違憲状態と解される。

#### 4 【仮定の議論】とそれに対する反論：(本書 11～21 頁)

(1) 平成 29 年大法廷判決（参）（民集 71 卷 7 号 1147～1148 頁）は、

「 3(1) 憲法は、選挙権の内容の平等、換言すれば、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等、すなわち投票価値の平等を要求していると解される。しかしながら、憲法は、国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させるために選挙制度をどのような制度にするかの決定を国会の裁量に委ねているのであるから、**投票価値の平等**は、選挙制度の仕組みを決定する**唯一、絶対の基準となるものではなく**、国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において**調和的に実現**されるべきものである。それゆえ、国会が具体的に定めたところとその裁量権の行使として合理性を有するものである限りそれによって投票価値の平等が一定の限度で譲歩を求められることになっても憲法に違反するとはいえない。

憲法が二院制を採用し衆議院と参議院の権限及び議員の任期等に差異を設けている趣旨は、それぞれの議院に特色のある機能を発揮させることによって、国会を公正かつ効果的に国民を代表する機関たらしめようとするところにあると解される。前記 2(1)においてみた参議院議員の選挙制度の仕組みは、このような観点から、参議院議員について、全国選出議員（昭和 57 年改正後は比例代表選出議員）と地方選出議員（同改正後は選挙区選出議員）に分け、前者については全国（全都道府県）の区域を通じて選挙するものとし、後者については都道府県を各選挙区の単位としたものである。**昭和 22 年の参議院議員選挙法及び同 25 年の公職選挙法の制定当時において、このような選挙制度の仕組みを定めたことが、国会の有する**

裁量権の合理的な行使の範囲を超えるものであったということはできない。しかしながら、社会的、経済的変化の激しい時代にあつて不断に生ずる人口変動の結果、上記の仕組みの下で**投票価値の著しい不平等状態**が生じ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、**国会の裁量権の限界を超える**と判断される場合には、当該定数配分規定が憲法に違反するに至るものと解するのが相当である。

以上は、昭和58年大法院判決以降の参議院議員（地方選出議員ないし選挙区選出議員）選挙に関する累次の大法院判決の趣旨とするところであり、基本的な判断枠組みとしてこれを変更する必要は認められない。」（強調引用者）

引用者）

と記述する。

ここで、議論のために、下記の【**仮想の議論**】が成り立つか否かを、下記（(2)ア～ク（本書13～21頁））で、検討する。

### 【**仮想の議論**】

『平成29年大法院判決（参）は、上記（本書12頁）の「**昭和58年大法院判決以降の参議院議員（地方選出議員ないし選挙区選出議員）の選挙に関する累次の大法院判決の趣旨たる基本的判断枠組**」に繋がる平成21年大法院判決（参）の判断枠組みに沿って、

- ① 投票価値の最大較差が1対3.08に至るまでの圧縮および
- ② 「更なる較差是正に向けての方向性と国会の決意」という2つの事情の存在を考慮して、『当該選挙は、違憲状態でない』旨判示したものである。

従つて、当該平成29年大法院判決（参）の「当該選挙は、違憲状態ではない」との「新しい判断基準」は、平成26年大法院判決（参）の投票

価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」のうちの①段階の審査における「違憲状態か否か」の判断基準の判例変更には該当しない。』

(2) 【上記【仮想の議論】に対する選挙人（原告）の反論】（本書13～21頁）

【「昭和58年大法廷判決（参）以降の」「累次の大法廷判決の趣旨」＝「基本的な枠組み」】

ア 昭和58（1983）年～平成21（2009）年の期間で見ると、上記(1)（本書11～13頁）記載の「基本的な判断枠組み」に沿う合計7個の大法廷判決（参）が言渡された、1 昭和58（1983）年大法廷判決（参）（民集37巻3号345頁）；  
2 平成8（1996）年大法廷判決（参）<sup>（注10）</sup>（民集50巻8号2283頁）；3 同

---

<sup>（注10）</sup> 但し、同平成8年大法廷判決（参）は、客観的指標たる投票価値の最大較差・**1対1.59**を認定し、更に

「公職選挙法が採用した前記のような選挙制度の仕組みに従い、参議院（選挙区選出）議員の全体の定数を増減しないまま選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差の是正を図ることは技術的な限界があることは明らかであるが、**本件選挙後**に行われた平成六年法律第四七号による公職選挙法の改正により、総定数を増減しないまま七選挙区で改選議員定数を四増四減する方法を採って、選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の最大較差が**一对四・九九**に是正されたことは、当裁判所に顕著である。

そうすると、**本件選挙当時の前記の較差**（一对六・五九 引用者 注）が示す選挙区間における投票価値の不平等は、前記のような参議院（選挙区選出）議員の選挙制度の仕組み、是正の技術的限界、参議院議員のうち比例代表選出議員の選挙については各選挙人の投票価値に何らの差異もないこと等を考慮しても、右仕組みの下においてもなお投票価値の平等の有すべき重要性に照らして、もはや到底看過することができないと認められる程度に達していたものというほかはなく、これを正当化すべき特別の理由も見出せない以上、**本件選挙当時**、違憲の問題が生ずる程度の**著しい不平等状態**が生じていたものと評価せざるを得ない。

2 そこで、次に、本件選挙当時、右の不平等状態が相当期間継続し、これを是正する何らの措置も講じないことが、前記のような国会の裁量的権限に係るものであることを考慮しても**その許される限界を超えていた**と断定すべきかどうかについて検討する。

昭和六一年七月六日施行の参議院議員選挙当時における選挙区間の議員一人当たりの選挙人数の最大較差が**一对五・八五**であったことは前記のとおりであるが、その後の較差の拡大による投票価値の不平等状態は、右較差の程度、推移からみて、**右選挙後でその六年**



10（1998）年大法廷判決（参）（民集 52 卷 6 号 1373 頁）；<sup>4</sup> 同 12（2000）年大法廷判決（参）（民集 54 卷 7 号 1997 頁）；<sup>5</sup> 同 16（2004）年大法廷判

後の本件選挙より前の時期において到底看過することができないと認められる程度に至っていたものと推認することができる。

ところで、憲法が、二院制を採った上、参議院については、その議員の任期を六年としていわゆる半数改選制を採用し、その解散を認めないものとしている趣旨にかんがみると、参議院（選挙区選出）議員については、議員定数の配分をより長期にわたって固定し、国民の利害や意見を安定的に国会に反映させる機能をそれに持たせることとすることも、立法政策として合理性を有するものと解されるところであり、公職選挙法が、衆議院議員については、選挙区割及び各選挙区ごとの議員定数を定めた別表の末尾に、五年ごとに直近に行われた国勢調査の結果によって更正するのを例とする旨の定めを置いていたのに対し、参議院（選挙区選出）議員の定数配分規定にはこうした定めを置いていないことも、右のような立法政策の表れとみることができる。そして、選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度に達したかどうかの判定は、右の立法政策をふまえた複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限の限界にかかわる困難なものであり、かつ、右の程度に達したと解される場合においても、どのような形で改正するかについて、なお種々の政策的又は技術的な考慮要素を背景とした議論を経ることが必要となるものと考えられる。また、昭和六三年一〇月には、前記一対五・八五の較差について、いまだ違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたとするには足りないという前掲第二小法廷の判断が示されており、その前後を通じ、本件選挙当時まで当裁判所が参議院議員の定数配分規定につき投票価値の不平等が違憲状態にあるとの判断を示したことはなかった。

以上の事情を総合して考察すると、本件において、選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が**到底看過することができないと認められる程度に達した時から本性選挙までの間に国会が本件定数配分規定を是正する措置を講じなかったことをもって、その立法裁量権の限界を超えるもの**と断定することは困難である。」（民集 50 卷 8 号 2291～2294 頁）（強調 引用者）

と認めて、「当該選挙は、違憲状態」と判示した。

同判決は、**客観的指標**たる投票価値の較差・1 対 6.59 の数値のみをもって、「当該選挙は、違憲状態」と判断し、同較差・1 対 6.59 は国会の裁量権を超えていないとして違憲状態判決を言渡した。即ち、平成 8 年大法廷判決（参）は、平成 29 年大法廷判決（参）が採用したような、「更なる投票価値の較差の是正のための**国会の努力**」（いわゆる、**主観的要素**）を併せ考慮して、「当該選挙は、違憲状態ではない」というような判断基準を採用していない。

決（参）（民集 58 卷 1 号 56 頁）；**6** 同 18（2006）年大法廷判決（参）（民集 60 卷 8 号 2696 頁）；**7** 同 21（2009）年大法廷判決（参）（民集 63 卷 7 号 1520 頁）。

同 7 個のうち 1 個（上記**2** 平成 8（1996）年大法廷判決（参）の違憲状態判決）を除き、残余の 6 個は、全て合憲判決であった。

#### 【平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」の内容】

イ ところで、平成 26 年大法廷判決（参）は、

「参議院議員の選挙における投票価値の較差の問題について、当裁判所大法廷は、**これまで**（但し、この文言は平成 24 年大法廷判決（参）を指す。引者注）、

①当該定数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡が、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っているか否か、

②**上記の状態に至っている場合に**、当該選挙までの期間内にその是正がされなかったことが国会の裁量権の限界を超えるとして当該定数配分規定が憲法に違反するに至っているか否かといった判断の枠組みを前提として審査を行ってきており、」（強調 引者）

と判示する（民集 68 卷 9 号 1376(14)頁）。

#### 【平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」の判例としての拘束力】

ウ 平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、拘束力を有する判例の定義たる、「憲法判決中の法律などの合憲・違憲の結論に至るうえで直接必要とされる憲法規範的理由づけ」（上記**1(3)**（本書 2~3 頁 参照）の全ての要件を充足するので、判例であって、**判例としての拘束力**を有する、と解される。

平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、その反復性を要件とすることなく、**1 回言渡されることにより、判例となるので**（上記**1(2)**（本

書1~2頁)参照)、平成26年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」は、判例としての拘束力を有する、と解される(但し、平成24年大法廷判決(参)も、平成26年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」と同じ、投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」を採用しているが)。

### 【後法は前法を破る】

エ 平成26年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」は、昭和58年大法廷判決(参)の参院議員選挙(選挙区)に関する「基本的な判断枠組み」を承継する上記(2)ア(本書13~15頁)の7個の大法廷判決(参)のうちの、最後の<sup>7</sup>平成21年大法廷判決(参)の投票価値の較差に関する「基本的な判断枠組み」(判例)を**更に発展させて、より詳細に定義した**「二段階の判断枠組み」(判例)である。

すなわち、平成26年大法廷判決(参)の「二段階の判断枠組み」(但し、①段階の審査で、客観的指標たる投票価値の最大較差(1対4.77)の値のみに基づき「違憲状態」か否かを判断し、②段階の審査で、①段階で違憲状態とされた当該選挙が、当該選挙までの期間内にその是正がなされなかったことが、国会の裁量権の限界を超えるか否かを判断し、国会の裁量権の限界を超えるとされる場合は、違憲とするという判断基準から成る「二段階の判断枠組み」(但し、最大較差の値に加えて、「**国会の努力**」も併せて考慮のうえ、国会の「裁量権の限界」を超えていないので、「違憲」でない、と判断する判断基準から成る「二段階の判断枠組み」)から**発展した**ものであって、平成21年大法廷判決(参)の「基本的な判断枠組み」(判例)とは別の判例である。

従って、平成29年大法廷判決(参)は、選挙が違憲状態か否かの論点については、平成26年大法廷判決(参)より古い年代に言渡された平成21年大

法廷判決（参）の「基本的な判断枠組み」の判例の拘束力に服するのではなく、平成 29 年大法廷判決（参）の**直前**に言渡された平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」（判例）の拘束力に服することになる。

当該論点については、【後法は前法を破る】の法原則が、支配する。

#### 【判例変更を必要とする理由の記述の必要性】

オ 平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」の判例としての拘束力から免れるためには、平成 29 年大法廷判決（参）は、『平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」がどの点で誤っており、それを正す必要がある』旨の国民と他の国家機関（立法府および行政府）を説得するに足りる判例変更の理由を判決文の理由中に記述したうえで、判例変更することが求められる（上記**2(2)ウ**（本書 7～8 頁）参照）。

#### 【平成 29 年大法廷判決（参）の「新しい判断基準」は、判例変更を必要とする理由の記述を欠く**不当な判例変更である**】

カ 平成 29 年大法廷判決（参）の採用する「二段階の判断枠組み」のうちの①段階の審査における「違憲状態か否か」を判断するための「新しい判断基準」（すなわち、客観的指標たる投票価値の最大較差の値〈平成 29 年大法廷判決（参）においては、**1 対 3.08**）および当該選挙日以降に発生するであろう更なる較差是正のための「**国会の努力**」という事情の**2 つ**を**総合考慮**して「違憲状態か否か」を判断するという「二段階の判断枠組み」のうちの①段階の審査における「新しい判断基準」）は、上記**2(2)ア**（本書 5～6 頁）記載の平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」のうちの①段階の審査での判断基準（判例）（すなわち、①段階の審査においては、客観的指標たる投票価値の最大較差（**1 対 4.77**）のみから「違憲状態」と判断する判断基準（判例））と**矛盾**し、

かつその判決文には、判例変更の必要性の理由の記述がない。

よって、平成 29 年大法廷判決（参）の「新しい判断基準」（すなわち、客観的指標たる投票価値の最大較差の値〈但し、平成 29 年大法廷判決（参）においては、**1 対 3.08**〉および当該選挙日以降に発生するであろう更なる較差是正のための「**国会の努力**」という事情の **2 つ**を**総合考慮**して違憲状態か否かを判断するという「二段階の判断枠組み」のうちの①段階の審査における「新しい判断基準」）は、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」のうちの①段階の審査での判断基準（判例）（すなわち、①段階の審査においては、客観的指標たる投票価値の最大較差（**1 対 4.77**）のみから「違憲状態か否か」を判断する判断基準（判例））の判例の変更を必要とする理由の記述を欠く**不当な判例変更**に該当する、と解される。

従って、【当該平成 29 年大法廷判決（参）の「違憲状態か否か」に関する「新しい判断基準」は、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」のうちの①段階の審査における、「違憲状態か否か」の判断基準（判例）の判例変更には該当しないとする、上記**4(1)**（本書 11～13 頁）の**仮想の議論**】は、誤りである。

#### 【千葉勝美元最高裁判事 法律時報 89 巻 13 号 6 頁（甲 39）に対する反論】

キ(7) 千葉勝美元最高裁判事『判例時評 司法部の投げた球の重み—最大判平成 29 年 9 月 27 日のメッセージは？』法律時報 89 巻 13 号 6 頁（甲 39）は、

「本判決は、3.08 倍まで較差が縮小され、それだけでは十分とはいえないとしても（十分であれば、即合憲判断がされたはずである。）、それに加え、更なる較差是正が確実に行われようとしていることを併せて評価して、今回は違憲状態とはいえないという判断をしたことになる。なお、これは、立法裁量の逸脱濫用の有無についての判断であり、そ

の際に**考慮すべき事情（要素）**が従前とは異なる点はあるが、**判断の枠組み自体を変えたものではなく、判例変更ではない。**」（強調 引用者）

と記述する。

同判例時評は、「二段階の判断枠組み」の①段階で「**考慮すべき事情（要素）**が従前とは異なる点（が）ある」（強調 引用者）こと、（すなわち、平成26年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」の②段階の審査で考慮する、較差是正に関する要素（又は、「国会の努力」）を、平成29年大法廷判決（参）では、①段階の審査で、**併せ考慮**するという「異なる点」があること）を認めている（選挙人ら準備書面(1)49～50頁参照）。

- (4) この「違憲状態か否か」の判断に当たって考慮すべき要素が、「異なる点」こそが、『選挙が違憲状態か否か』の判断基準の変更に該当し、平成29年大法廷判決（参）の①段階の審査の「新しい判断基準」が、平成26年大法廷判決（参）の①段階の審査での判断基準（判例）と「異なる点」である。

ここで、平成26年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」の【①段階の審査で、「違憲状態か否か」の判断基準（すなわち、客観的指標たる最大較差の値のみに基づき「違憲状態か否か」を判断する判断基準）は、上記1(3)（本書2～3頁）の「拘束力を有する判例」の定義（すなわち、「**憲法判決中の法律などの合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至る上で直接必要とされる憲法規範的理由づけ**」）の全要件を満たすので、判例としての拘束力を有する判例である。

- (4) よって、平成29年大法廷判決（参）の「違憲状態か否か」を判断するための「新しい判断基準」は、平成26年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」の①段階の審査での「違憲状態か否か」を判断する判断基準（判例）

を変更するものであり、判例変更該当する、と解される。

**【人権擁護のための司法救済のハードルを上げる方向での判例変更は、人権擁護を目的とする憲法（憲法 11 条を含む）の趣旨に反する】**

ク(ア) 憲法は、国民に対して、基本的人権を保障している（憲法 11 条）。

裁判官は、憲法を尊重し、擁護する義務を負う（憲法 99 条）。

最高裁大法廷が一旦下した判例について言えば、「**国民の基本的人権を縮減する方向での判例変更は、裁判所かぎりでは人権を奪うに等しいものであるから、原則として許されないとすべきであろう。**」（強調 引用者）（浦部法穂『憲法学 6 《統治機構の基本問題Ⅲ》』56～57 頁（有斐閣、1977）（甲 110）。（本書 35～37 頁）参照）。

(イ) **一方で**、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、①段階の審査で、客観的指標たる投票価値の最大較差（1 対 4.77）のみに基づいて、「違憲状態」と判断する判断基準を採用する。

**他方で**、平成 29 年大法廷判決（参）は、客観的指標たる投票価値の最大較差（1 対 3.08）および較差是正のための要素又は「**国会の努力**」の 2 つの事情を総合考慮して、「違憲状態ではない」と判断するという「新しい判断基準」を採用した。

(ウ) この平成 29 年大法廷判決（参）の「新しい判断基準」は、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」の①段階の審査で、最大較差の値のみで「違憲状態」と判断する判断基準を変更し、**司法救済のために要求されるハードルを上げる**ものである。

これは、「およそ国民の**基本的権利を侵害する国権行為**に対しては、でき

るだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという**憲法上の要請**」（昭和 51 年大法廷判決（衆）民集 30 卷 3 号 251 頁）に矛盾する。

(I) この平成 29 年大法廷判決（参）の「新しい判断基準」は、**国民の基本的  
人権を縮小する方向**での判例変更に該当し、**不当な判例変更**と解される。

## II 判例変更についての最高裁判所の「裁量権の限界」：（本書 21～41 頁）

下記 1～11 の各論文等は、最高裁判所は「**裁量権の限界**」の範囲内に限って、判例変更をなし得る旨記述する。

選挙人らは、これらの各論文等を援用する。

選挙人らは、

『当該各論文等の各記述に照らし、平成 29 年大法廷判決（参）の「新しい判断基準」が「裁量権の限界」を超えた**不当な**判例変更であるが故に、平成 29 年大法廷判決（参）の「新しい判断基準」による判例変更は、判例としての拘束力を有しない。平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判例枠組み」（判例）が、現在も尚、判例としての拘束力を有している。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。』

と主張する。

1 **佐藤幸治** 京都大学名誉教授は、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』286 頁（日本評論社、1984 年）（甲 105）で、

「その変更（すなわち、**判例変更** 引用者注）に際しては、先例に適切な配慮



を払いつつも、なお**その変更を必要とする理由が記されなければならぬ**  
い」(強調 引用者)

と**記述**する。

更に、**佐藤幸治**京都大学名誉教授は、佐藤幸治『現代国家と司法権』353～354  
頁(有斐閣、1988年)(甲101)で、

「判例は制定法そのものではないから立法者でなければ変更できない  
というのではなく、裁判所は**十分の理由**のある場合には判例を変更で  
きると解すべきである。

(略)

実際の経験と正義(空間的平等)の観念に照らし先例に従うか否かは裁判  
所の裁量に属するとはいえても**法的安定性の犠牲の上に成り立つ**以上、  
基本的には、裁判所として、「**前の判決が間違っ**てなされかつ**正義の諸目  
的からその変更が要求される**ことを**ほぼ合理的疑いを超えて**」(傍点筆者)  
納得できる**場合に限る**<sup>(18)</sup>と解すべきであろう」(強調 引用者)

<sup>(18)</sup> Robert von Moschzisker, *Stare Decisis* (1929) (Catlett, *supra* note 4, at 164 による。  
同論文も同様の見解をとる)。

と**記述**する。

選挙人らは、当該各**記述**を援用する。

平成29年大法廷判決(参)は、その判決理由中に、判例変更が必要となった  
理由を一切記述していない。

よって、平成29年大法廷判決(参)の当該判断基準は、当該**記述**に照らし、  
平成26年大法廷判決(参)の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」

の**不当な**判例変更である、と解される。従って、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有する。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

2 芦部信喜東京大学名誉教授は、「合憲限定解釈と判例変更の限界」ジュリスト No.536 1973.6 53～54 頁（甲 106）で、

「二 憲法判例変更の条件

かつて私は、「憲法判例の拘束力は一般の判例のそれよりも弱く、裁判所の慣行として、判例変更が容易であると考えてもよい」という伊藤正己教授の『憲法判例の変更』と題する研究<sup>(1)</sup>に展開された論旨に賛意を表しつつ、つぎのように述べたことがある<sup>(2)</sup>。

「ただ、その根拠は——憲法を『生きた憲法』としてとらえる立場から憲法典に現代的・具体的な意味を附与してゆかねばならぬ、ということのほかにも——右にふれたとおり、議会によって最高裁の憲法判決を訂正することが実際には不可能だということに存するのだから、**この論拠が民主憲法の下で正当性をもちうるためには、最高裁が憲法に内在する基本的な諸価値を適用する公平な決定機関であるというイメージを維持する枠組みの中で活動することが要請される。ところが、憲法判例の変更には、アメリカでしばしば指摘され実際にも問題になったとおり、最高裁の『権威の究極的根拠であるところの客観性と公平性への一般の信頼』を失わせる危険性が、多かれ少なかれ、つねに存在する。そこで、先例を変更する判決は、それを**真に必要とする理由を十分に明らかにしなければならない**」と。**

右の引用にいう先例変更を「**真に必要とする理由**」に関連して、私は、アメリカのイスラエル教授が、(1) **時の経過により事情が変更**したという理由、(2) 「**経験の教え**」に照らして**調節が必要だ**という理由、(3) **先**

**例は誤りだ**という理由(先例を変更する新しい判決の論理の方が先例のそれよりもすぐれているという理由のほか、一般には、変更すべき判例がそれ以後の同じ問題または関連する事項についての判決と矛盾するという理由)等をあげ、**裁判官の交替による判例変更が、いかに「最高裁に対する国民の尊敬を動揺させる」**かを説いている点<sup>(3)</sup>が注目される旨付記したが、今回の全農林判決による判例変更には、それを正当化するに足る右のような条件を見出すことはむずかしい。事情変更の条件は存在しないし、「経験の教訓」の条件はさきに触れたとおり不明確であり、さらに**先例の誤りがきわめて明確で判例変更を必要とし正当化する状況にあったとは考えられない**からである。

もちろん、最高裁は判例を変更する権利を有し、その権利を行使するか否かは裁量に属するので、厳密に法的な意味においては、多数決によっていかなる判例変更でも行なうことは可能である。「われわれ自身の権限行使に対する唯一の抑制は、われわれ自身の自制の分別である」<sup>(4)</sup>という有名な提言は、ここにも妥当する。しかし、そのことは、「不当な」判例変更とは何か、という問題の探求を不必要ならしめることを意味しないことは、いうまでもない。ブラウスタイン＝フィールドの共同執筆になる論稿『最高裁における破棄判決』は、「**不当な判例変更として、(1) 最高裁が変更される判例を産んだ推論と分析に対して適正な考慮を払うことを怠った場合、(2) 最高裁が信頼をうることのできる基礎である法の統一性、安定性および安全性を特に意味するところの、「判例の一貫性に内在する価値」に対して適正な重要性を認めることを怠った場合、(3) 判例の変更がもっぱら最高裁裁判官の交替に由来する、すなわち新メンバーが先例に反対であることが周知であったり、またはその見込みがあることを理由に任命されたような場合、の三つ**をあげている<sup>(5)</sup>。今回の全農林判決が、判例変更を正当化するに足る条件を充たし

ていないだけでなく、右に指摘したような**不当な判例変更**にすら当たるとみるべきか否かは議論の余地もあるが、従来の判例変更と対比してみると、その性格がかなり強いように私には思える。」（強調 引用者）

- 〔<sup>(1)</sup> 伊藤正己・憲法の研究 179 頁以下（1965）。
- <sup>(2)</sup> 芦部「司法審査制の理念と機能」岩波講座・現代法 3「現代の立法」313—14 頁（1965）。
- <sup>(3)</sup> J. Israel, Gideon v. Wainwright : The “Art” of Overruling, 1963 Sup. Ct. Rev. 211, 215-29.
- <sup>(4)</sup> United States v. Butler, 297 U. S. 1 (1963)におけるストーン判事反対意見。
- <sup>(5)</sup> Blaustein-Field, “Overruling” Opinions in the Supreme Court, 57 Mich. L. Rev. 151, 177 (1958).」

と**記述**する。

選挙人らは、当該**記述**を援用する。

平成 29 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する判断基準は、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」を変更するものであるが、その変更を必要とする理由を当該判決理由中に示していない。

芦部信喜教授の同**記述**に照らせば、平成 29 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する判断基準は、先例（平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の「二段階の判断枠組み」）の**不当な判例変更**に該当する。

従って、平成 29 年大法廷判決（参）の投票価値の較差の合憲性に係る判断基準は、**不当に**先例（平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」）を変更するものであって、判例変更としての拘束力を有さず、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差の合憲性に係る「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有すると解される。

上記**記述**に照らし、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

3 伊藤正己 東京大学名誉教授・元最高裁判事は、「判例の変更」公法研究第 22 号 20～21 頁（有斐閣、1960 年）（甲 107）で、

「もとよりこのことは、憲法判例の判例たる価値を無意味にするものではない。判例が先例として事実上の拘束力をもち、のちにも従われるのは原則であって、それを**変更することは例外**である。かつてアメリカの裁判官があいついで判例が変更されるのを直視して、もはや判例が、単なる当日、当列車限り通用の汽車切符のごときものに墮したと皮肉ったが、もしそうなるときには、判例、ひいては違憲審査制への信頼が失なわれ、さらに憲法そのものへの尊敬が減退することになる。その意味では、かつてアメリカでみられたように、最高裁判所の人的構成が変化することによって、時代の環境にさしたる差異がないにもかかわらず判例が変更されることは、さきの判決が明らかに不合理であるときを除いて、好ましいものとはいえないであろう。たとえば有名な法定通貨事件（Legal Tender Cases）にみるように、違憲判決が、その判決の当日に指名された二人の裁判官の新任によって間もなく 5 対 4 でくつがえされたごときは、その結果の是非はしばらくおいて、法的安定をいちじるしく害するものといえるであろう。

かくして、わたくしは、**憲法判例の変更**が他の場合より容易であるとしても、**そのためには変更を理由づけるだけの根拠——それは主として社会的背景の変化を論証するするものであろう——が明らかに示されねばならない**と考える。その意味で、有名な黒人の分離教育の違憲判決において、ウォーレンが、平等規定の解釈を示した判旨のうちに、**かつての先例の当時の公立学校教育の実情、黒人教育の実態をふりかえりつつ、それを現状と比較したうえで、判例を変更した態度**が注目されてよいであろう。」（強調 引用者）

と**記述**する。

選挙人らは、当該**記述**を援用する。

平成 29 年大法廷判決（参）は、その判決理由中に、判例変更が必要となった理由を一切記述していない。

よって、平成 29 年大法廷判決（参）の当該判断基準は、当該**記述**に照らし、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」の**不当な**判例変更である、と解される。従って、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有する。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

4 **長谷部恭男** 東京大学教授（当時）は、長谷部恭男『憲法 第 7 版』449～450 頁（新世社、2018 年）（甲 108）で、

「**判例変更の条件** 憲法問題に関する最高裁判所の判例が、最高裁判所自身をどこまで拘束しうるかという問題がある。これが判例変更の条件に関する問題である。憲法問題に関する判例を他の国家機関が変更しようとするれば、憲法改正の手续をとることが必要となるため、憲法判例の変更は柔軟に行われるべきだとの考え方もあるが、基本的な方向としては、それぞれの判例の機能に即して以下のように考えるべきであろう。

**調整問題の解決** 先例拘束性原理を支える論理として、アメリカ合衆国でしばしば言及されるのは、「多くの事柄では、適用される法的ルールが定まっていることは、それが正しく定まることより重要である」とのブランダイス裁判官の見解である（*Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932)）。判例の役割が、大多数の当事者が従うべきルー

ルを示し、調整問題を解決することに求められる場合、判例は私人に行動の基準を提供し、その予測可能性を保障すべきであるから、判例を形成した裁判所自身について禁反言のルールがあてはまる。判例の変更によって社会全体により多くの利益が生み出されるという確実な保障がない限り判例は変更されるべきではなく、とくに判例に従ったことによる不利益を当事者である私人に課すべきではない。

**憲法判例の特殊性** 憲法判例の場合、通常の判例とは異なる考慮が妥当する。前述のブランドイス裁判官の意見は、通常の判例であれば、それが誤っていると考える立法府によって変更が可能であるが、憲法判例であれば憲法の改正が必要となるため、より柔軟な判例変更が求められるとする。判例による解決が要求されているのが調整問題の関係であれば、それが「誤っている」こと自体が考えにくい。むしろ、憲法判例には、通常の立法によっては変更されるべきでない社会の基本的価値の維持が期待されており、そのため、その実質的内容の持つ説得力を通じて他の国家機関や国民一般の支持を得ることで、はじめて拘束力と実効性を備えることができるものと考えられる(全農林警職法事件判決(最大判昭和48・4・25刑集27巻4号547頁)に付された田中二郎等5裁判官の意見参照)。

したがって、その内容の説得力を通じて現に広く社会の支持を得ている憲法判例を変更するにはきわめて慎重であるべきであろうが、社会の良識に照らして誤っていると見られる憲法判例については、通常の判例に比べて、その変更はより柔軟に考慮されるべきであろう。(強調 引用者)

と記述する。

選挙人らは、当該**記述**を援用する。

平成 29 年大法廷判決（参）の「違憲状態か否か」の判断基準の変更（判例変更）について言えば、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」が、上記長谷部論文 450 頁記載の「**社会の良識に照らして誤っている**と見られる憲法判例」に該当する、とは解し難い。

よって、平成 29 年大法廷判決（参）の当該判断基準は、当該**記述**に照らし、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」の**不当な**判例変更である、と解される。従って、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有する。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

- 5 高橋一修法政大学教授は、「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座 憲法訴訟（第 3 巻）』173～176 頁（有斐閣、1987）（甲 103）で、

## 「二 憲法判例変更の条件

(1) 「憲法判例は変更可能であり、変更するかどうかは基本的には裁判所の裁量に属すると解されるが、裁量権の限界が問題となる<sup>(6)</sup>。」その限界として、一般的に「国民の権利・利益を拡大する方向での判例変更は……比較的ゆるやかに考えてよい」「国民の基本的人権を縮減する方向での判例変更は、裁判所かぎりでは人権を奪うに等しいものであるから、原則として許されない」（ただし、いずれも「一義的に判断しえない」とする見解がある<sup>(7)</sup>。この見解は、具体的にどのような判例変更を考えているのか明らかでないが<sup>(8)</sup>、民事事件では、一方当事者の権利の拡大は、他方の権利の縮減になりうるから「一義的に判断しえない場合も多い」と同様、刑事事件においても処罰の拡大は市民の安全・福祉の確保のためという面をもつこともあり<sup>(9)</sup>、これも一義的には判断しえないであろう。

**平等権、福祉受給権の縮減といった方向での判例変更**が、その「許され



ない」**具体例とも考えられる**が、右のような考慮は、次項の「判例の遡及効」との関連でもう少し具体的に検討されるべき問題と思われる<sup>(10)</sup>。

(2) **判例変更には説得力ある理由が示されなければならないことは、ほとんど異論はないであろう**。芦部信喜教授は、先の伊藤教授の所説に賛成しつつも、「ただ、その根拠は、……議会によって最高裁の憲法判決を訂正することが実際には不可能だということに存するのだから、この論拠が民主憲法の下で正当性をもちうるためには、最高裁が憲法に内在する基本的な諸価値を適用する公平な決定機関であるというイメージを維持するわく組みの中で活動することが要請される。ところが、**憲法判例の変更**には、……最高裁の『権威の究極的根拠であるところの**客観性と公平性への一般の信頼**』を失わせる危険性が……つねに存在する。そこで、先例を変更する判決は、それを**真に必要とする理由**を分に明らかにしなければならない<sup>(11)</sup>。」と述べている。そこで、その「理由」とは何か。芦部教授によれば、「①時の経過により事情が変更したという理由、②経験の教えに照らして調節が必要だという理由、③先例の誤りがきわめて明確であるという理由」などが考えられる。最高裁が判例変更をするのは自由であるが、しかし「右のような判例変更の条件に適切な配慮を怠ったり、また、もっぱら裁判官の交替が原因で判例が変更されたと考えられるような場合には、その判例変更は『**不当**』といわなければならない。判例変更にも、少なくともかような**限界がある**<sup>(12)</sup>。」と芦部教授は指摘する。

(3) 右の「**不当な判例変更**」としては、先に触れた昭和 44 年の全司法仙台事件大法廷判決をわずか 4 年後に覆した 48 年の全農林警職法事件大法廷判決<sup>(13)</sup>があげられる。この時最高裁は、公務員の争議行為とそのあおり行為を禁ずる国公法の規定に「合憲限定解釈」を加えた 44 年判決を「全面合憲」に立場を変えたのであるが、事件の被告人らの行為

は、旧判例の法準則によっても有罪とされうるものであったから、**とくに判例変更をする必要性もなかった**のである。また、**裁判官の交替による多数派のシフトによって、もたらされた判例変更であった**。この判決の中で、田中二郎裁判官ら 5 裁判官の「意見」（但し、色川幸太郎判事も、5 裁判官（裁判官田中二郎、同大隈健一郎、同関根小郷、同小川信雄、同坂本吉勝）の「所説にことごとく賛成である」と、その反対意見の中に記述する。引用者注）は、憲法判例の変更には、その必要性、相当性について、特段の吟味、検討、配慮が必要であるとして、その理由を次のように述べている。「けだし、憲法解釈の変更は、実質的には憲法自体の改正にも匹敵するものであるばかりでなく、最高裁判所の示す憲法解釈は、その性質上、その理由づけ自体がもつ説得力を通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を獲得することにより、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性をもちうるものであり、このような権威を保持し、憲法秩序の安定をはかるためには、憲法判例の変更は軽々にこれを行なうべきものではなく、……その内容において真に説得力ある理由と根拠とを示す用意を必要とするからである<sup>(14)</sup>。」

このような考え方について、小嶋和司教授は、「最高裁の判示が『権威ある判断としての拘束力と実効性』をもつのは『理由づけ自体がもつ説得力』といった内容的根拠にもとづくのではないし、いわんや、それを『通じて他の国家機関や国民一般の支持と承認を獲得すること』を条件とするものではない。それは、最高裁が憲法上もつ地位・機能にもとづくもので、右の説示は、最高裁判例の法源性の否認とすらなっている<sup>(15)</sup>。」と、激しく批判する。**しかし**、この見解は、「拘束力と実効性」なる言葉をきわめて厳格に法的な意味に理解しているようであって、**一般には、サイフも剣ももたない**司法部の決定に人々が従う**窮極的な根拠**は、その**説得力**によって人々の支持と承認を勝ち取る力であると理解されている

のではないだろうか。アメリカの**コックス (Cox) 教授** (ハーバード大学法学部教授、ジョン・エフ・ケネディ政権下の訟務長官〈United States Solicitor General〉、ウォーターゲート事件の特別検察官。引用者注) も、その著書『最高裁判所の役割<sup>(16)</sup>』の中で次のように言う。

「自由な社会において**法の最も重要な特質**は、社会からの承認と支持を獲得する力であり……私はこの特質を『**正当性の力** (power of legitimacy)』と呼ぶ。……」「司法府は、憲法裁判に従事するとき、他に類がないほどこの正当性の力に依拠する。……判決は強力な利益をくじき、争点は最も深い政治的感情をゆりおこす。……そのような場合、判決に従うことは、**裁判所が自らに課された役割を正当に遂行しており、その役割が維持されることは重要なのだという信念**からもたらされるのである<sup>(17)</sup>。」「**憲法判断を、先例その他の一般に承認された法源に関係づけることのできる原則によって真摯に、理論的に説明できることは、法律家の伝統によれば、最高裁が承認と支持を集める力の本質的な主要要素である**。司法的決定の場合に、その**正当性の力**は、判断に働いた主要な影響力が個人的命令ではなく、裁判官も訴訟当事者もともに拘束する原則であり、しかも、今日だけでなく昨日・明日の人々すべてにひとしく適用される原則である、という認識によるところが大きいと考えられる<sup>(18)</sup>。」と。このような考えは、先の5裁判官の意見あるいは芦部教授の考えと、どれほどの隔たりがあるのであろうか。従って、**判例変更のためにも、この「正当性の力」を獲得するに足る説得力ある理由が示されなければならないというべきである。**」(強調 引用者)

<sup>(6)</sup> 佐藤幸治・憲法 265 頁 (1981)。

<sup>(7)</sup> 浦部・前出注<sup>(4)</sup> 238 頁。

<sup>(8)</sup> 浦部法穂「合憲限定解釈判例とその変更」野中俊彦＝江橋崇＝浦部法穂＝戸波江二・ゼミナール憲法裁判 226 頁、230 頁では、全農林警職法事件最高裁判

- 決（後出注<sup>(13)</sup>）のような判例変更を考えている。
- (9) 松尾浩也「刑事法における判例とは何か」法セミ 279号4頁、18頁。
  - (10) 畑・前出注<sup>(3)</sup> 57頁。小嶋和司「憲法判例の変更」清宮四郎＝佐藤功＝阿部照哉＝杉原泰雄編・新版憲法演習(3)209頁、225～26頁。
  - (11) 芦部信喜・憲法訴訟の理論 28～29頁。
  - (12) 芦部信喜・憲法訴訟の現代的展開 11頁。また、より詳細な「判例変更の条件」の分析として、佐藤幸治「憲法判例の法理」ジュリ 638号 231頁、239～41頁。
  - (13) 最大判昭和 48年4月25日刑集 27巻4号 547頁。芦部信喜「合憲限定解釈と判例変更の限界」ジュリ 536号 46頁、52～53頁（1973）参照。
  - (14) 刑集 27巻4号 598頁。
  - (15) 小嶋・前出注<sup>(10)</sup> 222頁。同旨、佐藤・前出注<sup>(6)</sup> 264頁。このような批判が、判例の法源性を認めつつ最高裁を拘束する法源はないという「逆説的に見える状況」をもたらすことについて、樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功古稀・日本国憲法の理論 675頁、694頁。
  - (16) A・コックス（芦部信喜監訳）・最高裁判所の役割（1977）。原書は、A. Cox, THE ROLE OF THE SUPREME COURT IN AMERICAN GOVERNMENT（1976）。
  - (17) A・コックス（芦部監訳）・前出注<sup>(16)</sup> 162～63頁。訳は一部変えてある。
  - (18) A・コックス（芦部監訳）・前出注<sup>(16)</sup> 170頁。

と**記述**する。

選挙人らは、当該**記述**を援用する。

平成 29 年大法廷判決（参）は、その判決理由中に、判例変更が必要となった理由を一切記述していない。

よって、平成 29 年大法廷判決（参）の当該判断基準は、当該**記述**に照らし、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」の**不当な**判例変更である、と解される。従って、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有する。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

6 **松井茂記**大阪大学教授は、「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編『講座・憲法学 第6巻 権力の分立(2)』221頁（日本評論社、1995年）（甲109）で、

「しかし、**先例拘束性原理が認められる以上、先例の変更はまったくの自由だとは考えがたい。**まず第一に、少なくとも先例拘束性原理が認められる以上、「**その変更の際には、先例に適正な配慮を払いつつもおおその変更を必要とする理由が示されなければならない**」と言うべきであろう<sup>(69)</sup>。この点、既に判例に事実上の拘束力しか認めない**通説**でも、**憲法判例の変更が例外的に、正当な理由がある場合に限り正当化されるとされてきていた。**例えば**芦部教授**は、①「時の経過により事情が変更したという理由」、②「『経験の教え』に照らして調節が必要だという理由」、③「先例は誤りだという理由」を、判例変更を正当化する理由と示唆している<sup>(70)</sup>。この点、先例拘束性を認める立場でも、**佐藤幸治教授**は、裁判所は「**十分な理由のある場合**」に判例を変更できるとし、基本的には、「**前の判決が間違っとなされかつ正義の諸目的からその変更が要求されることをほぼ合理的疑いを越えて**」納得できる場合に限ってのみ判例変更が正当化されるという<sup>(71)</sup>。」

<sup>(11)</sup> 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）（以下、芦部『憲法訴訟』と引用）28頁、同『現代人権論』（有斐閣、1974年）（以下、芦部『人権論』と引用）332～338頁、同『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）（以下、芦部『現代的展開』と引用）11頁、同『演習憲法新版』（有斐閣、1988年）301頁、同『憲法学Ⅰ』（有斐閣、1992年）（以下、芦部『憲法学』と引用）133～139頁、同『憲法』（岩波書店、1993年）（以下、芦部『憲法』と引用）304頁、伊藤正己『憲法〔新版〕』（弘文堂、1990年）79～80頁、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅱ』（有斐閣、1992年）271～273頁〔野中俊彦執筆〕（以下、野中と引用）。

<sup>(12)</sup> 佐藤幸治『憲法〔新版〕』（青林書院、1990年）22頁、芦部『憲法学』前掲書注<sup>(11)</sup>125頁、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅰ』（有斐閣、

1992年) 8頁〔高橋和之執筆〕(以下、高橋と引用)。

(20) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、1984年) 272頁。

(21) 佐藤幸治・前掲書 277～278頁。また、佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、1988年) 350～351頁、同・前掲書注(12) 26～27頁参照。

(69) 佐藤幸治・前掲書注(20) 286頁。

(70) 芦部『人権論』前掲書注(11) 336頁、芦部『現代的展開』前掲書注(11) 11頁。

(71) 佐藤幸治・前掲書注(21) 353～354頁。

と**記述**する。

選挙人らは、当該**記述**を援用する。

平成 29 年大法院判決(参)は、その判決理由中に、判例変更が必要となった理由を一切記述していない。

よって、平成 29 年大法院判決(参)の当該判断基準は、当該**記述**に照らし、平成 26 年大法院判決(参)の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」の**不当な**判例変更である、と解される。従って、平成 26 年大法院判決(参)の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有する。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

7 **浦部法穂**神戸大学名誉教授は、『憲法学 6《統治機構の基本問題Ⅲ》』56～57頁(有斐閣、1977)(甲 110)で、

「**憲法判例の変更** わが国における判例の拘束性は、かつてのイギリスにおけるように絶対変更を許さないというほどに厳格なものではなく、最高裁判所は、大法院手続によれば、いつでも判例を変更することが可能である。このことは、憲法判例であれ他の判例であれ、異なるところはない。従来、憲法判例については、憲法の改正がその他の法令の改正より困難であるなどの理由から、他の判例よりも変更が容易なものと考えべきだ、とする見解がしばしばみられた。しかし、判例の拘束性の

要請の実質的根拠を、既述のように、人の権利・利益状況についての予見性の保障という点に見出すならば、憲法判例についてだけ、他と区別すべき理由はないであろう。問題は、判例変更のルールである。何らのルールなしに判例変更が可能であるとするならば、予見性の保障も、ほとんどなきに等しいものとならざるをえない。この点は、先に述べたように、**判例を変更する場合には予見性の保障を侵害するに足る十分な理由が必要とされる**、と考えるべきである。その理由として考えられるものは、くり返しをいとわずにいえば、①先の解釈が明らかに誤りであることを納得させうるだけの理論づけ、②先の解釈の維持を困難とする社会的・経済的等の諸条件の存在についての論証、などである。ただ、**憲法判例は、国民の基本的人権にかかわるものであるだけに、人権保障の観点よりする別の制約に服すべき場合がありうるであろう**。たとえば、ある刑罰法規を違憲とする判例を変更する場合（同一の刑罰法規を合憲とする場合だけでなく、それと同じ事情のもとにある他の刑罰法規を合憲とする場合をも含む）には、遡及的処罰禁止の原則による制約をまぬかれず、真に判例変更の必要がある場合にも、判例の不遡及的変更の手法が用いられなければならない。また、**国民の基本的人権を縮減する方向での判例変更は、裁判所かぎりでは人権を奪うに等しいものであるから、原則として許されないとすべきであろう**。」（強調 引用者）

と記述する。

選挙人らは、当該記述を援用する。

平成 29 年大法廷判決（参）は、その判決理由中に、判例変更が必要となった理由を一切記述していない。

よって、平成 29 年大法院判決（参）の当該判断基準は、当該**記述**に照らし、平成 26 年大法院判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」の**不当な**判例変更である、と解される。従って、平成 26 年大法院判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有する。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

8 **君塚正臣**横浜国立大学教授は、「判例の拘束力」横浜法学会第 24 巻第 1 号 96 頁（甲 98）で、

「**当然、判例変更には適切な理由が必要である** <sup>124)</sup>。法律の改正に審議と民主的多数決が必要であるように、**司法的判断の変更には、司法に相応しい十分な理由の提示が必要である**。芦部信喜は、時の経過により事情が変更した、経験の教えに照らして調節が必要となった、先例の誤りが極めて明確となったなどの理由を挙げる <sup>125)</sup>。**佐藤幸治は**、前の判決が間違っており、判例変更は、正義の諸目的からその変更が要求されることがほぼ合理的な疑いを超えて納得できる場合に限るべきだとする <sup>126)</sup>。」

<sup>15)</sup> 佐藤幸治『現代国家と司法権』352 頁（有斐閣、1988）参照。関連して、高井裕之「論文紹介」アメリカ法 [2001-1] 150 頁も参照。

<sup>93)</sup> 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』12 頁（有斐閣、1981 年）同旨。

<sup>124)</sup> 芦部前掲註 <sup>93)</sup> 書 11 頁。

<sup>125)</sup> 同上同頁。

<sup>126)</sup> 佐藤幸治前掲註 <sup>15)</sup> 書 354 頁。

と**記述**する。

選挙人らは、当該**記述**を援用する。

平成 29 年大法院判決（参）は、その判決理由中に、判例変更が必要となった理由を一切記述していない。



よって、平成 29 年大法廷判決（参）の当該判断基準は、当該**記述**に照らし、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」の**不当な**判例変更である、と解される。従って、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有する。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

9 **向井久了**帝京大学教授は、「155 判例の法源性」339 頁（ジュリスト増刊 有斐閣、2008 年）（甲 102）で、

「先例法理をとるアメリカにあっても最高裁判所の判例変更は当然視されている。

わが国で、最高裁判所の判例変更は、大法廷を開かなければならないことのほかは内容上は自由である。しかし、判例の拘束力の実質的根拠が、**人々の権利・利益についての予見可能性、つまりひとたび判例が確立すると、将来もそれが維持されるとの予測の保障**という点にある以上、判例の変更は、最高裁判所の全くの自由ではなく、その変更は、適正な配慮の下に行われるべきことは当然であろう。**具体的には、①先例における法令の解釈が明らかに誤りである場合、②先例における解釈の維持を困難とする社会的・経済的等の諸条件が存在するにいたったとき、などの場合にはじめて**判例を変更することになる。」（強調 引用者）

と**記述**する。

選挙人らは、当該**記述**を援用する。

平成 29 年大法廷判決（参）においては、上記向井論文 339 頁記載の①～③の諸条件のいずれも存在しない。

よって、平成 29 年大法廷判決（参）の当該判断基準は、当該**記述**に照らし、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」の**不当な**判例変更である、と解される。従って、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有する。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

10 **青井未帆**学習院大学教授は、「130 憲法判例の変更」288～289 頁（ジュリスト増刊 有斐閣、2008 年）（甲 111）で、

「この場合、判例変更とは解釈の変更到他ならないため、変更は法的に可能であり挙げて裁判官の裁量となる。この裁量の限界については、(1)拘束力の強さと(2)変更の妥当性という観点から論じられてきた。

(1) 具体的には、憲法判例を通常の判例と区別するとして、憲法判例の拘束力の方が、①弱いと解する立場（伊藤・前掲 200 頁，佐藤・前掲憲法訴訟 287 頁）と②強いと解する立場（全農林警職法事件田中二郎裁判官らの意見）がある。学説の多数は①説に立つ。その主たる理由は、制定法解釈の変更は法律制定により可能だが、憲法解釈の変更は憲法改正に拠らねばならないという憲法判例の特殊性におかれる。

(2) **先例の解釈に重大な誤りがある場合や、時代の変化、慎重な再検討により解釈の変更が確信された場合などが判例変更の条件**として挙げられている（佐藤・前掲現代国家 370 頁，新正幸『憲法訴訟論』[2008] 685 頁）。」（強調 引用者）

と**記述**する。

選挙人らは、当該**記述**を援用する。

平成 29 年大法廷判決（参）においては、上記青井論文の判例変更の条件（すなわち、**先例の解釈に重大な誤りがある場合や、時代の変化、慎重な再検討により解釈の変更が確信された場合**など）のいずれも存在しない。

よって、平成 29 年大法廷判決（参）の当該判断基準は、当該**記述**に照らし、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」の**不当な**判例変更である、と解される。従って、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有する。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

1 1 **畑博行**広島大学名誉教授は、「憲法判例の変更について」公法研究第 37 号 57～58 頁（有斐閣、1975 年）（甲 112）で、

「 基本的人権を永久不可侵の権利として保障し、統治機構面でも違憲立法審査制を採用しているわが国の憲法の下において、**憲法判例は国民に憲法規範を具体的に示すという重要な機能を果している。国民はそれを抛り所として生活を営んでいるといっても過言ではない。**しかるに、最高裁の打ち立てた判例が、のちの裁判所によって必ず従われるという保障のない単なる参考意見にすぎないとすれば、法的安定性の要請が充たされないばかりか、罪刑法定主義が保障の目的の一つとしている予測可能性の保障もきわめて不十分なものにならざるを得ない。しかし、前述したように、罪刑法定主義、法の下での平等、公平な裁判等を保障した憲法規定を実質的に解すれば、**最高裁の判例**は、当然成文法という枠内ではあるが法源性を有し、**のちの裁判所に対して拘束力をもつ**ものでなければならない。もちろん、最高裁の憲法判例といえども絶対的に完璧というわけではなく、したがって、**明らかに不合理な判例、正義に反する判例は変更されなければならない。**その際、法的安定性、とりわけ、刑法の分野では、遡及処罰を禁じた罪刑法定主義との関わりあいが問題と

なる。これらの矛盾を解決する一方法として、判例の不遡及的変更のテクニックを用いることも検討に値いすると思う。さらに**判例**が、一步下って事実上のものにすぎないとした場合であっても、かりにも**拘束力**をもつとすれば、**その変更は慎重でなければならないし、変更の理由、内容等は明確に示されなければならない。**」(強調 引用者)

と**記述**する。

選挙人らは、当該**記述**を援用する。

平成 29 年大法廷判決（参）は、その判決理由中に、判例変更が必要となった理由を一切記述していない。

よって、平成 29 年大法廷判決（参）の当該判断基準は、当該**記述**に照らし、平成 26 年大法廷判決（参）の投票価値の較差に関する「二段階の判断枠組み」の**不当な**判例変更である、と解される。

従って、平成 26 年大法廷判決（参）の「二段階の判断枠組み」は、現在も尚、判例として、拘束力を有する。

よって、本件選挙の事実関係の下で、本件選挙は、「違憲状態」と解される。

以上