

## 憲法判例の変更

青井未帆

### I 背景と問題点

本稿では憲法判例として最高裁のそれを念頭に、学説の抱える問題を中心に論述する。

1 「憲法判例の変更」という概念は、判例が何らかの拘束力を有することを前提とする。先例拘束性を定める実定法規定はないが、下級審も最高裁自身も事案の解決に際して先例を参照してきており、学説においても判例研究の重要さは否定するべくもない。

しかし学説はこの拘束力を正面から認めてきたわけではない。背景には、(1)制定法主義的な発想と(2)判決状況への否定的評価があることを指摘できる。

(1) 大陸法伝統では判例の法源性は強く否認されており、わが国でのかつての通説的見解でもそうであった(田中耕太郎『法律学概論』[1953] 291頁)。今日では大陸法諸国の裁判実務でも先例に従う慣行が定着し、制定法主義国と判例法主義国とで先例拘束性には大差ないことが指摘されている(田中成明『法理学講義』[1994] 61頁)。しかし、判例の法形成は司法権に内在する機能とする見解(田中英夫『法形成過程』[1987] 15頁など)には、学説の多数が消極的であった。その理由には、「法形成は立法府の任務であり司法府の任務ではない」という制定法主義的発想が抜き難く存在してきたことが、挙げられよう。

(2) 判決状況として、事案の解決には必要ないにも拘らず、憲法判断が判決の中で示されることがままある(皇居前広場事件最大判昭和28・12・23民集7巻13号1561頁、朝日訴訟最大判昭和42・5・24民集21巻5号1043頁、名取川事件最大判昭和43・11・27刑集22巻12号1402頁など)。学説は、具体的な事案を超越した一般的で抽象的な法律理論ないし定式を呈示する裁判例の傾向を、指摘してきた(川島武宣「『法律学』の現代的問題点11」法セ171号53頁、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』[1984] 279~280頁、戸松秀典「最高裁判所の憲法判例における先例の扱い方について」高柳信一先生古稀記念『現代憲法の諸相』[1992] 219頁)。必要とされる範囲を超えた抽象的法規範の定立(過度の法形成の実態)を学説は批判してきたのである。

2 他方で学説は判例に「事実上の」拘束力を認め、判例変更にも「充分な理由」を要求している(Ⅱ、Ⅲ)。学説のこのような矛盾した態度は、拘束力を有し変更の対象である「憲法判例」という、ありていに言えば判例が形成した「法」に他ならないものの位置付けを曖昧にしているからこそ生じているのであり、これを問題点として指摘しうる(Ⅳ、Ⅴ)。

### II 憲法判例の拘束力

#### 1 憲法判例が後の下級審及び最高裁に対し何らかの

## 甲第II 号証

拘束力を有すことへは、今日、学説上ほぼ異論ない(判決の検討として米沢広一「最高裁と下級審」佐藤幸治ほか編『憲法50年の展望II』[1998] 143頁以下参照)。また判例概念を前提とする実定法上の仕組み(裁10条3号、刑訴405条2号・3号、民訴312条1項・3項、民訴規192条)も、一定の手続的・制度的な影響を与えている。判例の拘束性の実質的根拠としては、公平性、法的安定性、予見性、平等性などが挙げられる。そして特に憲法判例の場合、事件の個別事実に依存しない側面があり、これも拘束力に影響を与えている。

2 拘束力の性質を事実上のものとするのが通説であるが(芦部信喜『憲法訴訟の理論』[1973] 28頁、中野次雄編『判例とその読み方〔改訂版〕』[2002] 12頁)、他方で法的拘束力とする説も有力に唱えられてきた(小嶋和司「憲法判例の変更」清宮四郎ほか編『統治機構〔新版・改訂版〕』[1987] 222頁、佐藤・前掲278頁)。しかし現実には両説に実質的な相違はないことも指摘されている(高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟(3)』[1987] 154頁、長谷部恭男『憲法〔第4版〕』[2008] 33頁)。

この学説対立を、制定法主義的伝統という背景でなされてきた、判決による過度の法形成を抑止する試みとして理解することもできよう(樋口陽一「判例の拘束力・考」佐藤功先生古稀記念『日本国憲法の理論』[1986] 700頁、佐藤幸治『現代国家と司法権』[1988] 384頁など参照)。しかしあが国の実態が、判例法主義国・制定法主義国の何れから見ても異色とすると(川島・前掲53頁)、拘束力の性格付けによって抑止が可能かは疑問である。

制定法主義国と判例法主義国とを問わず、裁判制度自体から先例拘束力が生まれると考えられ(戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』[2008] 400頁)、ならば問題とすべきは法の性質ではなく判例の中身であろう。

### III 憲法判例の変更

1 憲法判例の変更の例には、解釈手法の変更で全司法仙台事件最大判(昭和44・4・2刑集23巻5号685頁)を覆した全農林警職法最大判(昭和48・4・25刑集27巻4号547頁(合憲限定解釈の否定))、法令違憲の例として最大判昭和25・10・25(刑集4巻10号2126頁)などを変更し尊属殺重罰規定を違憲とした最大判昭和48・4・4(刑集27巻3号265頁)、処分違憲の例として最大判昭和35・10・19(刑集14巻12号1574頁)を覆した第三者所有物没収違憲判決(最大判昭和37・11・28刑集16巻11号1593頁)などがある。

2 学説では憲法判例の変更に関して当初、憲法判例の意味を法令などの合憲性判断と捉えて、いわゆる「違憲判決の効力」につき一般的効力説に立つならば、違憲判決は変更が許されない、とのように論じられていた(宮沢俊義『日本国憲法』[1955] 683~684頁、兼子一『裁判法』[1959] 80頁)。なお伊藤正己『憲法の研究』[1965] 181頁以下参照)。しかし今日では、憲法判例に合憲・違憲の結論だけでなく憲法解釈も含めて捉えるのが一般的である。この場合、判例変更とは解釈の変更に他ならないため、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拘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)。

3 結局のところ、変更における裁判官の裁量の限界は、判例の中身がどれだけ変更を必要とするかの度合いによる。そこで「判例の意味する内容」が問題となる。この点、学説から批判を浴びた変更の代表例が全農林警職法最大判であるが、これは変更対象の憲法判例が何かについても問題を提起するものだったことが注目される(石田裁判官ら補足意見参照)。また、黙示的な判例変更と理解される例(新潟県公安条例事件最大判〔昭和29・11・24 刑集8巻11号1866頁〕と東京都公安条例事件最大判〔昭和35・7・20 刑集14巻9号1243頁など〕)や、学説は判例変更に等しいとするものの判決自身は否定する例(在外邦人選挙権訴訟最大判〔平成17・9・14 民集59巻7号2087頁〕と小樽在宅投票事件最判〔昭和60・11・21 民集39巻7号1512頁〕)も判例の意味につき問題を提起している。

以下、学説の憲法判例理解を判例の意味に遡って検討してみよう。

#### IV 判例とは

1 単なる裁判例を約めて判例ということもあるが、通常は後の判決に影響を与えるルールとして理解されている。判例は反復された同旨の判決から生ずるとする説と(兼子・前掲7頁)、英米法系におけるratio decidendi(以下、RD)として、1回の判決からも生ずるとする説とがあるが、厳密にいう場合の判例は後者であることには学説の広い了解がある。

2 英米のような判例法主義国では、制定法主義国における成文法的規範を具体的な事件から抽出するため、「重要な事実に対する法的効果」という形で構成される準則をRDとして、後の事件で適用してきた(田中英夫『英米法総論(下)』[1980] 482頁)。RD以外の部分がobiter dictum(以下、傍論)であり、区別の意味は先例価値・判例変更の対象を画することにある。

3 わが国では、判決主文における結論と、それを導くために不可欠な判決理由中の要素がRDであるといえる。RDを概念化する実益としては、上告理由や判例変更の範囲を定めることができよう(金築誠志「主論と傍論」司法研修所論集1973-II 132頁)。

#### V 憲法判例

1 では憲法判例とは何だろうか。付隨審査制において憲法判断とは通常、ある事実関係下で生じた具体的な事件の法的解決において示される、法令などの憲法適合性判断である。仮にR1→R2→R3という論理の展開の結果として、合憲・違憲の結論が下されたとすると、結論は導く理由に依存するため、R1, R2, R3における憲法解釈などの憲法的意味付けも憲法判例の構成要素となる(伊藤・前掲184~185頁、畠博行「憲法判例の変更について」公法研究37号49頁、本稿Ⅲ2)。このとき、示された憲法判断全てを先例価値を有し判例変更の対象であると考えるか、それとも先例価値を有する憲法判断とそれ以外とを区別するか。

2 1つの考え方は、後者を探り、具体的な事件との結び付きを指標として先例価値の有無を決するものであり、学説の多くは——必ずしも明確にされてはいないのだが——この立場に立っているようである(新・前掲654頁、浦部法穂「最高裁判所の判例」奥平康弘=杉原泰雄編『憲法学6』[1977] 53~54頁、戸松・前掲憲法訴訟361頁、松井茂記「憲法判例の法源性・先例拘束性と憲法判例の変更」樋口陽一編著『講座憲法学(6)』[1995] 218頁)。判決による過度の法形成は抑止されるべきとの考え方からすれば、先例価値の対象を限定するのは自然な選択ではあり、その際に事件とのつながりに着目することも、事件性の要件を司法権発動要件と考えてきた通説の立場からすれば当然であろう。

この立場によれば、「RDの中でなされた、当該事件での合憲・違憲の結論及びそれに必要な憲法的意味付け(a)」こそが先例価値を有する憲法判例であり、「傍論における憲法判断(b)」や「RDの中でなされた憲法判断であっても、当該事件での合憲・違憲の結論に不必要的な憲法的意味付け(たとえば不必要に一般的な違憲審査基準論の展開など)(c)」は、先例価値を有しないこととなる。

3 もう1つの考え方は、表された憲法判断の価値は全て同等として先例価値を認めるものである。そもそも憲法判断とは法解釈の問題であることから、これと具体的な事件との間に論理必然的な関係は存せず、また先例価値の有無を区別するについても同様のことがいえる(渋谷秀樹『憲法』[2007] 667頁参照)。すなわち違憲審査の中心にある、下位規範の憲法適合性判断という作用は、具体的な事実に依存するものではないという意味で、抽象的である。憲法上の争点についての規範的意味付けは一般的な命題として書き表すことができ、それに照らして法令などの憲法適合性が判断可能ならば、上記(a)(b)(c)のどこで表されても先例価値を認めるとの立場もありうるのであり、本稿はこれを支持する。

この立場は基本的に判決の法形成につき現状を肯定するものだが、過度の法形成を抑える理論的試みは、たとえば裁判所が憲法判断に踏み込む段階での裁量統制など、他の局面でも考えることができる。

4 なお2の立場からも、(a)だけでなく「広義の憲法判例」をも観念する必要が指摘されている(戸松・前掲憲法訴訟335頁、新・前掲654~655頁)。これはすなわち、先例価値の対象ではないものにも、考察の際の参考としての価値を認める考え方である。また学説は、判決の憲法的な意味付けが広義と狭義のどちらに当たるかを厳格に識別せずに、広く先例として扱っているという現状が指摘されている(青柳幸一「憲法判決における『主論』」筑波ロー・ジャーナル創刊号7頁)。何れも理論上の考察対象を広く解する学説の傾向と理解できるが、憲法判断の抽象的性格から当然に生じているものと捉えられよう。

5 上記2, 3どちらが妥当であるにせよ、先例拘束力を有し変更の対象たる憲法判例が何であるのかを自覚的に論することは、学説の避けて通れない課題である。

#### 〈参考文献〉

本文中に掲げたもの

(あおい・みほ=信州大学准教授)

平成二〇年一二月一五日発行  
新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点

LLI/DB

# 判例秘書.JP

<https://www.hanreihisho.jp>

新コンテンツ追加!

判例秘書.JPが  
さらに情報力をアップしました。

インターネット時代のニーズから生まれた「判例秘書.JP」は、  
延べ22万件の判例データと、約8000冊におよぶ  
デジタル化された法律雑誌・文献をリンクして提供します。

判例を参照後、関連する論文・評釈を瞬時に参照可能。  
さらに新コンテンツの追加で情報力がアップしました。  
常に進化を続ける「判例秘書.JP」が、

皆様の実務を強力に支援します。

判例秘書とリンクするデジタルコンテンツ

- |            |                |
|------------|----------------|
| ●最高裁判所判例解説 | ●金融・商事判例       |
| ●判例タイムズ    | ●銀行法務21        |
| ●ジュリスト     | ●労働判例          |
| ●判例百選      | ●邦文法律雑誌記事索引    |
| ●法学教室      | ●六法全書電子復刻版 NEW |
| ●旬刊金融法務情報  |                |

各コンテンツは、  
PDFファイルの採用  
により画面そのまま  
参照・印刷が可能です。



無料トライアル受付中!!

無料トライアルをご希望の方は、  
弊社HPよりお申込み下さい。

<http://www.hanreihisho.com>

■開発・提供 株式会社 LICE

〒107-0062 東京都港区南青山2-6-18 渡辺ビル7F TEL 03-3401-5181 FAX 03-5412-0535

編集人 高草均  
发行人 江原治  
印刷所 精文堂印刷株式会社

発行所 東京都千代田区神田神保町二ノ一七  
株式会社 有斐閣



9784641113190

東邦・二井合同図書館



300046152



1929432028002

ISBN978-4-641-11319-0

C9432 ¥2800E

定価（本体2,800円+税）

雑誌 60797-13

## 憲法判例の変更について

## 一 はしがき

日本国憲法九八条は「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び國務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と述べ、さらに同八一条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定している。本条の保障する違憲審査権の性質に関しては、学説も色々に分かれているが、昭和二十七年のいわゆる警察予備隊違憲訴訟によつて、本条の違憲審査権は、法律の抽象的判断を特質とする西ドイツ・イタリヤ型のそれではなく、具体的な法律上の争訟の裁判に附隨してのみ審査を行なうことを立前とするアメリカ型のそれであるとの解釈が定着した。この違憲審査制の導入は革新的であり、日本国憲法下の統治機構についての一特色といふことができよう。いまや最高裁は憲法の条規について最終かつ決定的な解釈をなし、国権

のあり、憲法判例なりのよつた事件の判決を通じて形成されることになる。

では憲法判例とは一体何であろうか。わが国の裁判所は、具体的な事件の裁判の前提として必要な限りにおいて、法令や処分の違憲判断を行なうが、それらの法令や処分が違憲であるとか合憲であるとかの判断そのものが憲法判例となるのではなく、そのような判断にいたつた理由（英米法でいうところの ratio decidendi）こそが憲法判例となるのである。したがつて、たとえ裁判所による憲法解釈であつても、それが事件の裁判に直接関係なく、単に参考までに行なわれたにすぎない場合は、それは傍論（obiter dictum）であつて、厳密な意味での憲法判例ではない。とはいゝ、裁判所が、傍論としてではあるが、单なる希望的意見としてではなく、判決の中で真正面から憲法規定について示した判断は、説得的意見として広い意味の憲法判例とみなすべきであろう。

つぎに、判例の拘束力の有無について検討してみる。わが国では英米におけるよつた先例拘束の原則（doctrine of stare decisis）がないことを理由に、消極的に解する意見が多い。判例に拘束力、すなわち、法源性が認められないとすれば、判例は、単にのちの裁判官が裁判するにあたつて参考とすべき意見にすぎないことになつてしまつ。これは日本国憲法下における判例の機能の重要性を見落した見方とはいえないだろうか。今日、裁判所（とりわけ最高裁）の判決によつて形成される憲法判例は、抽象的かつ不明瞭な憲法や法律の規範内容を明確にすると

の最高機関である国会の制定した法律を無効となし、事实上一般的にその息の根を止めることができるものである。一昨年一つの重要な憲法判例の変更が相次いで行なわれ、国民の間に大きな論議をよんだが、この機会に憲法判例変更の意味、およびそれによつて生ずる問題について、若干の判例の検討を通じ、考察を加えたいと思う。

（1）専属裁判権規定違憲判決（最高判昭和四八年四月四日、刑集二七卷三号二六五頁）、全農林審議法事件判決（最高判昭和四八年四月二二日、刑集二七卷四号五四七頁）

## 二 憲法判例の意味

前述のことく、日本国憲法下の違憲審査は司法権の枠内に限定され、具体的な訴訟の前提としてのみ行なわれることになつてゐる。このような制度の下では、憲法訴訟のための特別な手続といふものがあるわけではなく、裁判所としては、具体的には民事、刑事又は行政事件の裁判に附隨して違憲審査を行なう

いう重要な機能を果してゐる。実際に、憲法とか法律とかいつても、その条文はきわめて一般的抽象的な表現で示されているため、その中味を正確に把握することは容易ではない。一つのことを定めた規定であつても幾通りにも解釈できる条文が多い。たとえば、憲法二二条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を課せられない」と定めているが、字面だけをみると、この規定は科刑の要件として文字通り手続の法定化のみを要求していると受けとれるし、現にそのような解釈をとつてゐる者もいる。またこの規定の適用範囲についても、文理解釈から刑事手続のみに適用されると主張する説もある。しかし通説は、本条は手続の法定化のみならず実体の法定化も要求しており、かつそれのみに止まらず、手続法、実体法ともに適正な内容を有するものでなければならぬことを要求していると説く。さらに適用範囲は刑事手続に限られず、行政手続などにも及ぶとしている。このほか、憲法二二条の「裁判所において裁判を受ける権利」という場合の「裁判」の意味、あるいは憲法二八条の「労働者の団結する権利、及び団体交渉その他団体行動をする権利」という場合の「労働者」の意味、あるいは憲法二八条の保障する違憲審査権の性質等についても同じ問題が存する。かように、一口に憲法といつても、判例をみるとことなしに憲法の具体的意味を知ることは不可能といふほかない。換言すれば、憲法判例こそがわれわれに憲法や法律の具体的な内容をおしえてくれるのであり、かような判例の補完的作用によつて、法的安定性の要

請が充たされるのであるし、本来自己の行為が罰せられるものであるか否かについての予測可能性を保障することを目的とする罪刑法定主義（憲法三一参考）の要請も充たされることになるのである。かように、法的安定性、とりわけ、罪刑法定主義との関連から、判例による憲法や法律の補完作用は不可欠となり、この意味で判例に「補完的憲法」を認めることが必須となつてくる。<sup>(2)</sup>

このほか、国民は、当然に前と同じような事案については前と同じような法的效果（判決）が裁判所によって付与されることを期待するが、これは法の下の平等（憲法一四条）、適法手続（憲法三一条）などの保障する公平な裁判の要請でもある。これに応えるために、裁判官は、それが正義に反するものでない限り、判例を遵守しなければならない根拠がある。

（2）小暮得雄教授は、刑事判例の効力について、「完結をなでまえとする刑罰法規が必ずしも犯罪の成立要件についての明瞭な範囲を除くべきを母す、ないしはこれを他に譲つて以上、その範囲内における慣習法的補完は、むしろ法規自身の許容するところと解しなければならない。いかえれば法規による暗示の委任をそこにみどめてよい。かくして形成される慣習法的内容は、成文法源を当然に補充しつゝ、法の適用を拘束するという意味で、それじたい、いわば法源的性格をになうのである。それは直接法源に対して間接法源または補充法源とも呼ばれるのにふさわしいであろう」と述べている。小暮「刑事判例の規範的効力—罪刑法定主義をめぐる一考察」、北大法学一七巻四号六四一頁。

### 三 憲法判例の変更の必要性と 法的安定性の要請

人々が、抽象的一般的な文言で書かれている憲法や法律よりも、むしろそれらの規範をより具体的に示した判例を頼り所として、社会生活を営んでいるとすれば、それらの判例はそうやすやすと変更されるべきではない。ある判例を信頼して権利を取得したところが、のちに判例が変更されたため折角得た権利を失つたり、また判例を信頼し、課税の対象とならないと確信してある事業を始めたところが、のちに判例が変更され、多額の税金を賦課されるといふようなことは法的安定性の見地から許さるべきではない。まして、前の判例の下では許される行為が、のちに判例が変更されて罰せられるといふようなことになれば、それは由々しい問題といわなければならない。要するに、多くの人々が判例を行動基準として生活を営んでいる以上、法の確定性、予測可能性を否定する判例の変更はつしまなければならないことはいつまでもない。

しかしながら、憲法や法律は一定の社会的・政治的条件の中で制定されたものであり、したがって、これらの多くは、時の経過とともに、現実の事態に対応し得ない時代遅れなものとなるか、又は正義に反するものとならざるを得ない。たとえば、アメリカ合衆国憲法修正一四条の平等保護条項は、制定後少なくとも十数年は新らしく解放された黒人のための規定と一般的に理解されていた。しかしやがて、本条は法人にも適用される

と解され、企業の防壁として大きな力を発揮した。<sup>(3)</sup> 修正五条および一四条の適正手続条項についても同じような展開がみられる。<sup>(4)</sup> その上、違憲審査の長い歴史をもつアメリカの経験の中には、時代の変化に対する最高裁判官の洞察力の欠如から、多数の著しく非現実的かつ不合理な判決が相次いで下され、これらがのちに誤りとして変更されるという時期があつた。法的安定性は法の本質に内在する重要な機能であり、その維持は絶対的に必要であるが、憲法判例に限らず、およそ過去の判例が明らかに誤っている場合、又は著しく正義に反する場合、それは当然に変更されねばならないことはいうまでもない。もつとも、この場合その判例が議会の制定法の解釈に關するものであつて、憲法解釈にかかるものである場合には、イギリスでみられるように、あえて判例の変更という形をとらずとも、新しい法律を制定することによって問題の解決をはかることができる。法律は公布された日以降にしか效力をもたないので、過去の判例の下に権利を取得した人々の利益を損なうことなくすむわけである。ところが判例といつても憲法解釈に關する判例、すなわち、憲法判例となると、事態は容易ではない。制定法に関する判例の誤りの是正の場合のように、憲法改正を行なうことによつて、憲法判例の誤りを是正するといふことは、憲法改正のこときから難しいわが国では至難のわざであり、期待すべくもない。とすれば憲法判例の誤りや不合理の是正は、そのような判例を作り出した裁判所自らが判例変更の形で行なう以外にならない。かくして、法的安定性の重要性を十分考慮に入れても、なおか

つ憲法判例の変更の必要性を認めないわけにはいかない。とはいっても、長らく有效なものとして承認され、遵守されてきた憲法判例の変更是既存の法秩序に深刻な影響を与えることになり、ただ問題だといつだけではすまされないものである。アメリカではかなり以前から、あまりオーバードラクスなやり方ではないが、判例変更の効果を及ぼさせないことによって、判例変更の必要性と法的安定性の要請との調和をはかるべきであるとの主張がなされ、これをめぐつて活発な議論が展開された。<sup>(5)</sup> この主張をもう少し分りやすくいふと、判例は変更するが、法的安定性を考慮して、変更以前に発生した事件の裁判はすべて古い判例（変更前の判例）によつて行なうといふもので、「判例の不適切的変更」と呼ばれている。法定安定性が害されることを防止するためにこのようなテクニックを用いるのは、州レベルでは古くからみられるが、連邦最高裁も一九六一年のリンカーレンバーカー事件においてこのような方法を始めて採用了。<sup>(6)</sup> このような手法の採用については、アメリカでも司法の基盤を頼り組むのとしてなお強く反対意見もあるが、法定安定性の要請と判例変更の必要性とを調和させるためのブレグダティックな解決方法として注目されている。

(3) William O. Douglas, *Stare Decisis*, 49 Col. L. Rev. 737 (1949).

(4) Ibid.

(5) ロバート判事は、最高裁の判決が「令や当日」当列車限りの側限付き印符に成り下つたと述べている。Smith v. Allwright, 321 U. S. 649, 669 (1944).

(6) イギリスは憲法の成文憲法をもたず、國主權の原理により議會の制定した法律が最高法規であるから、自らの判例によつても絶対的に拘束されるといふ厳格な先例拘束主義をとり得たのである。とはいへ、この绝对的先例拘束主義も緩和されることが一九六六年七月二十六日発表された。Note: 82 Law Quarterly Rev. 328, 441 (1966).

(7) 伊藤正己教授が「アメリカにおける同じく我が国においても、憲法判例の拘束力は一般の判例のそれより弱く、裁判所の慣行として、判例収集が容易であると看えてよいのではなくか」と述べているのも我が国の憲法上憲法改正によって憲法判例の強化を防ぐことが困難であるといふ事情に基づくものである。伊藤「憲法判例の変更」(公法研究二二号二〇頁)。

(8) アメリカにおける判例の不適及的変更の問題については田中英夫教授の詳細な論文がある。田中「判例の不適及的変更」(法学協会雑誌八三巻七・八号一〇〇五頁)。

(9) Linkletter v. Walker, 381 U.S. 618 (1965)。本件について、畠「憲法判例変更の問題点」(改編論叢二四巻四・五号(一九七四年一月)八頁)を参照されたい。

(10) Mishkin, The High Court, the Great Writ, and the Due Process of Time and Law, 79 Harv. L. Rev. 56, 62 (1965); James B. Haddad, Retroactivity Should Be Thought: A Call for the End of the Linkletter Doctrine, 60 J. of Criminal Law, Criminology and Police Science 417, 440 (1969).

(11) 田中英夫教授は、従来の判例に依拠して行動した者を保護するため、裁判所は、時宜に応じて、判例の不適及的変更のテクニックを利用すべきだと述べている(前掲田中論文一〇六四頁)。し、佐藤幸治教授も、将来効(不適及的変更)にはまだ色々と問題があるとしてその是非については慎重な態度をとりながらも、「違憲判決が出されても然るべき事件において違憲判決が出にくい情況を考えると、将来効も検討に値するようと思われる。……議員定数不均衡に觸する昭和四八年七月三一日の東京高裁の判決は、改めてこのこ

とを考えさせる」と述べている。佐藤「違憲判決の效力」(新法の問題を中心に)(法學論叢九四巻二・四号一八二頁)。

#### 四 わが国における憲法判例変更に関する若干の問題点

判例の変更是、成文憲の枠内ではあるが、実質的には法そのものの改正と同じ機能を果す。したがって、その変更是きわめて慎重でなければならないことは前述したとおりである。本章では、わが国における若干の憲法判例変更の事例をとりあげ、それらのもつ問題点を指摘し検討することにする。

(1) 東京都公安条例の合憲性に関する最高裁判例の問題点  
昭和二九年の新潟県公安条例違反警告事件上吉裁判<sup>(2)</sup>において、最高裁は、公安条例の違憲合憲判断の基準として、つぎのような三つの基準を打ち出している。すなわち、(1)届出制なら格別、そうでなく一般的な許可制を定めてこれを事前に抑制するには違憲である。(2)公共の秩序を保持し、又は公共の福祉が著しく侵されることを防止するため、特定の場所又は方法につき、合理的かつ明確な基準の下に、許可制をとることとしても、これをもつて違憲と解することはできない。(3)集団示威行動などについて公共の安全に対し明らかな差し迫った危険を及ぼすことが予見されるときは不許可又は禁止にしても直ちに違憲と解することはできない。本判決にはなお種々の問題点が存するが、違憲合憲の客観的な判断基準を設けようとした点は評価を得るところである。

ところで昭和二五年の東京都公安条例違反事件<sup>(3)</sup>においては、最高裁は、前記新潟県条例事件の三基準については何ら触れるところなく、テモは言論・出版等の他の表現手段と異なり、計画的あるいは突發的な内外からの刺激によつて暴走し、警察力でもつとしてしておいかんともしがたくなる危険性を内包するものであるから、地方公共団体が、「公安条例」でもつて、「地方的情況その他諸般の事情を十分考慮に入れ、不測の事態に備え、法と秩序を維持するに必要かつ最少限度の措置を事前に講ずることは、けだし止むを得ない次第である」と述べている。この二つの判決の基本的な相違点は、二九年的判決が事前の抑制となる一般的な許可制の有無を違憲合憲の判断の決め手とするなど判断基準の明確化につとめているのに対し、二五年判決は「届出制とか許可制」というような「概念や用語のみによつて」違憲合憲を決めるべきではなく、「条例全体の精神」を「実質的かつ有機的に」考察することによって決めるべきであるとして、基準の明確化という線から後退している点である。また新潟県公安条例には、公安委員会がテモ開始日時の一二四時間前までに許可不許可についての諸否の意思表示を行なわなかつたときは許可があつたものとして行動することができるとする救済規定(四条)があるが、二五年判決は、このような趣旨の規定がないからといって、本条例を違憲無効とする原判決の結論は本末の転倒であつて妥当ではないと述べている。要するに、本判決の立場は、公安条例の違憲合憲は、許可制とか届出制といふような「用語や概念のみによつて」決められるべきではないとする点、またその判断にあたつては、諸否の決定が保留されまま行動実施予定日が到来した場合の救済手段が定められていないなどの「条例の立法技術上のいくらかの欠陥にも拘泥してはならない」とする点などに如実に示されている。いいかえれば、公安条例の違憲合憲は、条例が憲法の保障する表現の自由を不当に制限するものであるか否かによつて決められるべきであるというので、その判断基準はあいまいかつ抽象的なものとなつてゐる。このように、二五年判決は、二九一年判例を無視する態度に出ながらも、都公安条例二条により、公安委員会は集団行動の実施が「公共の安寧を保持する上に直接危険を及ぼすと明らかに認められる場合」のほかは許可しなければならないとして許可が義務づけられており、不許可の場合が厳格に制限されているから、規定の文面上許可制となつていても、實質的には届出制と異ならぬと述べ、許可制・届出制の基準に一応のこだわりを見せている。とはいへ、そのすぐあとで、「集団行動の条件が許可であれ届出であれ、要はそれによって表現の自由が不当に制限されることにならなければ差し支えないものである」と述べているところから、二九一年判例は二五年の判決によって変更されたと断じてよからう。

憲法判例は国家の基本法である憲法の解釈に関するものであるだけに、その変更に際しては、少なくともその判例の不合理な点を指摘し、その点についての解釈の変更の必要性をはつきりと示すべきである。そうすることが法的安定性の維持の要請に応ずることになるし、同時に新しい判例の正確な意味を国民

に示すことになり、基本的人権尊重の趣旨にかなうことになるからである。

(12) 最大判昭和二九年一一月一四日、刑集八巻一号一八六六頁。

(13) 最大判昭和三五七月二〇日、刑集一四巻九号一一四二頁。

(14) 三五年判決は一三対二によるもので、一人の反対意見があるが、その一人である藤田兼判官は「多數意見といふとも、今日たやすく前示新潟県条例に關する大法廷判決に表明された基本原則に変更を加える意図あるものとは思われない」(刑集一四巻九号一一五三頁)と述べているが、これは二九年判決(金賀一誠)に加わった裁判官六人が今度の判決の多數意見に入っている点などを皮肉っているともとれる。

(15) 宮沢、我妻、堀井らも、大法廷判決として下級審もそれによって理論づくりをしてきた二九年判例について、三五年判決が全く触れないのは問題であるとしている。「最高裁の三つの公安条例判決(金賀含)」、シリリスト一〇八号三五一七頁。

(16) 刑法二〇〇条(尊属殺害罰規定)を違憲とした

### 最高裁判決の問題点

刑法二〇〇条は、昭和四八年四月四日、最高裁により違憲無効とされたが、本条はもともと合憲とされていたものであり、これまでに多数の人々が同条違反として有罪判決を受け、投獄されている。これらの人々の中には、もし尊属殺害罰規定がなければ、減刑され執行猶予になつた可能性のある者も少なからずいるであろうと思われる。刑法二〇〇条を合憲とした二五年判決(一三対二)からそれを違憲とした四八年判決(一四対一)への推移には、歴史から今日にかけての大きな社会的、経済的変動によつて生じた国民の意識の変化の反映としての面があるかも知れないが、最高裁が刑法二〇〇条を違憲無効と宣言した

以上、それによつて有罪とされ服役している人々の救済が問題となるのは当然のことである。このような場合、イタリヤや西ドイツでは制定法により、またアメリカでは判例法によつて释放の申立が認められている。有罪判決がすでに確定し、事件そのものは解決すみであるとしても、有罪判決の基礎となつた法律が違憲無効と宣言されたといふのに、その宣言前とはいえ、その違憲の法律に違反したとして有罪とされ服役している人がなお存在するとすれば、それは不合理であり、正義に反する。今度の尊属殺害事件における判例変更是量刑の面で影響を与えるだけにすぎないが、違憲判決によつて犯罪そのものがなくなつたというような場合、問題は一層重大である。今度の場合でも、刑法二〇〇条が存在したため量刑の面で不利益を蒙つたと思われる受刑者については個別恩赦(また場合によつては救済立法)が考えられているといわれているが、恩赦は恩恵的なものであり、刑事権限の対象とならず、完全な救済策とはいがたい。早急に正義にかなつた救済手段の立法化が必要である。

今度の事件では尊属殺害罰を定めた実体規定が違憲とされたわけであるが、実体規定は問題なく、裁判前の手続においてある手続上の権利が与えられなかつたことが違憲であると宣言されたような場合はどうになるのであろうか。アメリカでは、從来合憲とされていた手續がのちに違憲と宣言された場合、その宣言前にその手續にしたがつて有罪とされ服役している者は、違憲の手續によつて不当に身体を拘束されているとして、人身保護令状(habeas corpus)による釈放を求めることができる。

これは一種の再審である(但し、わが国の刑訴法上の再審はこのようない場合には認められない)。たとえば、アメリカでは、一九六三年まで、死刑に相当する犯罪以外の重罪で起訴された被告人が経済的に困窮しているため弁護人を依頼することができない場合に国選弁護人を手ねなかつたとしても違憲ではないとされていた。このため、公費による弁護人依頼権を保障する特別な立法をもたない南部などの諸州では、弁護人の助力を得られないため有罪とされた人も少なくないと思われる。しかし一九六二年ギテオントラウエインライト事件において、最高裁は、一九四二年の判例(バッソ対アラティ)を覆えし、死刑に相當する犯罪以外の重罪で起訴された者にも、資力がない場合には、州は国選弁護人を付与しなければならないと判示した。この事件は国選弁護人制度をもたない諸州に大きな影響を与え、事件の起つたフロリダ州だけでも何千人という受刑者が再審を受け、千人以上の者が何らかの理由で解放されている。このような場合、手続上の権利の否定が裁判の際の事実認定の信頼性に重要な影響を与えたか否かによって救済を認めたり、否認したりしているわけである。

憲法判例の変更について

実体法にせよ、手続法にせよ、ある法律が違憲と宣言された場合に、過去において同じ法律に基づき有罪とされ、現在服役している人がいるとすれば、それは不合理かつ不公平であり、早急に公正妥当な救済が与えられなければならないことはいうまでもない。とはいって、わが国の現行法上、このような人々を救済することは困難である。四八年の四・四判決が出たとき、

法務省は最初、検事総長による非常上告による救済(刑訴法四五七六〇条)を考えたようであるが、のちにそれは適当ではないとして、個別的な恩赦が特別な立法によつて救済をはかるという方向に傾いていたようである。そして、結果的には、特別な救済立法は行なわれず、恩赦による救済に止まつてしまふ。ともあれ、わが国ではこれらの問題がギテオントラウエインライト事件が第一審で尊属殺害有罪判決をつけていた。

(16) 刑集一七巻三号一六五頁。

(17) 最大判昭和二五年一月一日、刑集四巻一〇号一〇三七頁。

(18) 司法統計年報によれば、昭和二三年から四七年にいたる間に八

一四件が第一審で尊属殺害有罪判決をつけている。

(19) Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (Bobbs-Merrill, 1971), p. 95.

(20) Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942).

(21) Gideon v. Wainwright, 372 U.S. 335.

(22) 一九六三年当時、国選弁護人の制度をもたなかつた州は一五州に及ぶ。Erwin N. Griswold, *Law and Lawyers in the United States—the Common Law under Stress* (Stevens & Sons, 1964), p. 92.

(23) Griswold, op. cit., p. 94.

(24) Cappelletti, op. cit., p. 96.

(25) 四八年一一月三一日現在、恩赦出願は八八件で、却下五二件、審査中一件を除き、三五件が刑の執行免除又は減刑を認められている(四九年一一月一六日法務省への問い合わせによる)。

## (b) 全農林警職法事件最高裁判決の問題点

全司法仙台事件における最高裁判決<sup>(26)</sup>（四年）は、国公法一〇条二七号に定められている公務員の争議行為のあり等の処罰の要件として、(i)争議行為そのものの違法性が強く、かつ(ii)あおり行為自体の違法性も強くなくてはならず、これらの要件が充たされない限り、あおりは刑事罰の対象とならないとしている。しかして、違法性の強い争議行為のメルクマールとして、判決は(i)組合本来の目的を逸脱した場合、(ii)暴力その他これに類する不当な圧力を伴う場合、(iii)社会通念に反して不当に長期に及ぶなど国民生活に重大な障害を及ぼす場合の三点をあげている。判決はさらに、違法性の強いあおり行為として、「争議行為に通常随伴するとは認められない」あおり、たとえば、争議行為の主体たる職員団体と関係のない第三者によるあおり行為などをあげている。これは四一年の全通中郵事件判決以来の公務員の労働基本権についてのリベラルな解釈の流れを集大成したものであった。この判旨は、公務員のあおりの処罰の条件として、一重のしほりをかけているところから、一般に「一重のしほり論」とよばれている。いいかえれば、一重のしほりをかけないと、国公法による争議行為のあおり等の処罰は運用上違憲になるというものである。ところが、四八年にいたって、最高裁は、いわゆる全農林警職法事件において、公務員の地位の特殊性と職務の公共性を強調した上、「勤労者を含めた国民全體の共同利益」のために公務員の争議行為を一律全面的に禁止しても違憲とはいえないし、公務員にはその代り十

分な代償措置が講じられているとして、はつきりと全司法仙台判例を変更すると宣言した。本件判決の中で、最高裁は、「一重のしほり論」のもうないわゆる合憲的限定解釈は、争議行為やあおり行為の違法性の強弱の判断基準があいまいであるため、かえつて、犯罪構成要件の保障機能を失わせることになり、罪刑法法定主義を定めた憲法三一条に反することになると述べているが、「一重のしほり論」が公務員の労働基本権の擁護のために編み出された基準であることを考えると、この主張は本末転倒の感がせぬでもない。

本判決のもつ問題点は、廻及処罰を禁じた憲法三九条との関連において生ずる。同条によれば、「実行の時に適法であった行為」については刑事上の責任は問われないことが保障されているが、ある行為が「適法であった」か否かを決める根拠は成文法でなければならないのであろうか。少なくとも、判決が下された時点では、「一重のしほり論」をとる全仙台司法判例がリーディング・ケースであり、その基準からすれば、上告人の行為には可罰的違法性はなかつたといふことができる。もし判例が行為の適法違法を決める根拠となり得るのであれば、彼にとって有利な前の判例を変更し、不利な新しい判例を適用して有罪としたのは、まさに廻及処罰であり、罪刑法法定主義に反することにならぬであろうか。この点で、罪刑法法定主義に反するとする結論においては同じであるが、ややニコアシスの違った違憲論が主張されている。それによれば、全司法仙台判決の合憲限定解釈によって、「あおり」行為を罰する国公法

の規定は部分的に効力を失つしまったわけであるが、それを今度の判決で一重のしほりを取り払うことによって再び復活させたのは、罪刑法法定主義に反するというのである。すなわち、罪刑法法定主義の原則からすると、裁判所がいつたん国会の法律の処罰の範囲を縮少してしまった以上、それを拡大するのは国会でなければならない<sup>(27)</sup>、裁判所が解釈でふくらませるのは許されないといふものである。この説は、刑罰はあくまでも成文法によって規定されなければならないとするオーフードックスな立場を徹底して貫こうとするものであるが、筆者の想点は、これと異なり、法規の内容が部分的に違憲だからといって、その法規全体を違憲無効とするようなことは避けようとするプラグマティックな限定合憲解釈のテクニックの採用によって、法律がその文言だけでは理解困難となり、判例による内容の補完なくしては予測可能性の基礎たり得なくなっているという現実に基づく。要するに、刑懲化した罪刑法法定主義の原則の実質化のためには、判例に成文法の枠内で法源性を認めることが不可欠であるとするものである。とすれば、憲法判例の変更が止むを得ないとしても、少なくともそれを被告に不利益に変更することは憲法上許されないことになる。この憲法判例の必要性と廻及処罰の禁止との妥協策の一つとして前述の判例の不廻及的変更のテクニックの利用が考えられよう。

<sup>26</sup> 最大判昭和四四年四月二日、刑集二三卷五号六八五頁。<sup>27</sup> 最大判昭和四一年一〇月二六日、刑集二〇卷八号九〇一頁。<sup>28</sup> 最大判昭和四八年四月二五日、刑集二七卷四号三四七頁。<sup>29</sup> 「昭和四八年四月二五日労働三事件最高裁判決をめぐって」(座談

会)<sup>30</sup>における藤木英雄教授の意見。ジユリスト五三六号三一頁。

## 五 むすび

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。国民はそれを拠り所として生活を営んでいるといつても過言ではない。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しも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きは、法的安定性の要請が充足しないばかりか、罪刑法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、罪刑法法定主義、法の下の平等、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ぬ。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、したがつて、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、廻及処罰を禁じた罪刑法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、判例の不廻及的変更のテクニックを用いることも検討に値すると思う。さらに判例が、一歩下つて事実上のものにすぎないとした場合であつても、かりにも拘束力をもつとすれば、その変更是慎重

研究報告 58 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。最高裁の判決は、しばしば多数意見と少数意見に分れるだけでなく、多数意見にも補足意見などがある。しかし必ずしもすつきりと統一したものとは限らない。しかしその機能の重要性に鑑みて、判例変更を行なう裁判所としては、判例のどの部分がどのように変わったかを明確かつ統一的に示すよう努めなければならないことはいうまでもない。

(完)

## 研究報告

### 違憲の争点を提起する適格

時 国 夫

一 憲法訴訟における Standing という概念には、大別すれば、(a)原告適格、被告適格という本来の意味における当事者適格の問題（当事者適格を欠くときには、訴は却下され、門前払いをされるから、司法権発動の前提条件である。）と、(b)事件につき当事者適格のあるものが、攻撃又は防禦の方法として違憲の争点を提起する適格（この適格を欠くときには、その争点の主張が不適法にされ、その争点についての判断はなされないが、本件についての判断はなされる）という二種のものが含まれている。

事件につき当事者適格のあるもの（例えば、刑事案件の被告人）が、攻撃又は防禦方法として違憲の争点を提起する適格が問題となつた最高裁判例を分類してみると、その主たるものとしては、次の五つの場合が考えられる。

59 (1) 違憲と主張される法令の適用をうけるものが、違憲の理由として、特定の第三者の憲法上の権利を援用する場合（第三者所有物没収についての旧関税法の規定を、刑事の被告人が、

没収の対象物の所有者に告知聽聞の機会が制度上与えられないことを理由として、憲法二二条に反すると攻争する場合）

(2) 違憲と主張される法令の適用をうけるものが、違憲の理由として、その法令が不特定の第三者に適用される場合、不明確であるとか、広汎に失し表現の自由を侵すとか主張し、その法令は文言上違憲無効であるから、自己に対しても違憲無効であると攻争する場合

(3) 無許可行為で処罰される被告人が、許可制なし許可基準の違憲無効を主張し、許可制なし許可基準が違憲無効なら、無許可行為を処罰する法令も違憲無効と主張する場合

(4) 或る法律の特定の法条の適用をうけるものが、その法律全体ないしは、その法律のうち自己に適用されない他の法条の違憲を主張し、法律全体ないしは、他の法条が違憲無効であるなら、これと不可分の関係に立つ、自己に適用される法条も違憲であると主張する場合

(5) 刑事事件の被告人が、訴追されている行為の違法性阻却

# 公法研究

第三十七号

## 憲法訴訟

憲法訴訟の理論と技術	喜喜	1
憲法判例の変更について	博行	49
違憲の争点を提起する適格	康夫	59
第一部会討論要旨		73

## 訴えの利益

行政事件訴訟における訴えの利益	原田尚彦	79
抗告訴訟の対象	田中綱照	113
訴えの利益の諸問題	山村恒年	127
原告適格に関するアメリカ判例法の展開	藤田泰弘	140
抗告訴訟における被の保護の利益	廣岡隆	150
訴の利益——民事訴訟と行政訴訟	谷口安平	161
第二部会討論要旨		166

## 講演

アメリカ合衆国における弾劾手続	トマス・I・エマーソン	238
イギリス行政法と自然的正義	H・W・R・ウェイド	227
イギリス行政法における原告適格について	H・W・R・ウェイド	218

## 学界展望

憲法	中村睦男	173
行政法	小早川光郎	190
エルンスト・フォルストホフ教授の逝去を悼む	高田敏	208
学会記事・他		

有斐閣

1975



引索項事

佐藤幸治(さとうこうじ)

首都十日游

〔略歴〕 昭和12年 新潟県で生れる。  
昭和36年 京都大学法学部卒業。  
京都大学法学院助手、助教授を経て、現在、法学部教授。

〔主要著書・論文〕

「司法審査とデモクラシー(1)(2)」(昭和38年、39年 法学論叢  
74巻3号、5・6号)

「フレヴィッシャーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察(1)  
(2)」(昭和45年 法学論叢85巻5号、87巻6号)

「違憲判決の効力」(昭和49年 法学論叢94巻3・4号)

「表現の自由」「集会・結社の自由」「通信の秘密」(芦部信喜  
編「憲法II人権(1)」(昭和53年 有斐閣) 所収)

「日本憲法史」(共著) (昭和51年 東京大学出版社)

「注釈日本国憲法(上)(下)」(共著) (昭和59年、63年  
岩波書店)

「憲法訴訟と司法権」(昭和59年 日本国評論社)

「憲法I II」(編著) (昭和61年、63年 成文堂)

「現代国家と司法権」(昭和63年 有斐閣)

「要説 コンメンタール・日本国憲法」(編著) (平成3年 三省  
堂)

「現代国家と宗教団体」(共編) (平成3年 岩波書店)

「フランク・ソンタール憲法」(共著) (平成6年 有斐閣)

「憲法社会論全集」(主編) (平成6年 有斐閣)

「憲法社会論全集」(主編) (平成6年 有斐閣)

現代法律學講座	5
憲法〔第三版〕	
昭和五六年三月三〇日	初版第一刷発行
平成元年二月三〇日	初版第三刷発行
平成二年四月一〇日	新版第一刷発行
平成六年九月二五日	第三版第一刷発行
平成十七年四月一五日	第三版第二刷発行
平成十五年六月一〇日	第三版第三刷発行
著者 佐藤幸	
発行者 遠見慎	
株式会社 青林書	
〒103 東京都文京区本郷六一四	
電話 東京〇三一八八一五一五五五	
振替口座 〇〇一一〇一九一六六六	

©1995 佐藤 Printed in Japan  
ISBN4-417-00912-0

委任命令	…	230	尾高朝雄	…	97	
井上毅	…	67	オーブン・ショップ	…	633	
アセス権	…	455, 542	恩 故	…	232, 257	
旭川学力テスト事件	…	509, 510, 628, 629	岩倉具視	…	10	
違法収集証拠	…	145	オンブズマン	…		
アシワソンダー判決	…	145	か	…		
朝日訴訟	…	343, 621, 622	岩手学力テスト事件	…	510	
厚木基地訴訟	…	336	イン・カメラ・レヴュー	…	320	
アメリカ合衆国憲法	…	302, 356, 359	インフォームド・コンセント	460	会 期	
アメリカ独立宣言	…	6, 8, 19, 35,	— 制	…	157	
安保条約	…	44, 65, 294, 383, 550, 644	— 不継続の原則	…	211	
委員会	…	443	会議制	…	158	
— 中心主義	…	355	会計検査院	…	6, 207, 208	
イエリック	…	355	会計検査院	…	189, 231	
イギリスの憲法	…	41, 385, 407	戒厳大権	…	49	
違憲性の推定	…	18, 80, 443	蒲和事件	…	417	
違憲（立法）審査	…	371, 517	上乗せ条例	…	418, 555	
違憲性（立法）審査	…	11, 45, 332,	運用違憲	…	外務省スパイ事件	
イギリスの憲法	…	榮 典	…	…	…	
違憲判決の効力	…	333, 344, 370, 374	営利的言論	…	322	
石井記者事件	…	373	閲読の自由	…	下級裁判所	
伊豆シャボテン公園園外分事件	…	539	惠庭事件	…	224, 227	
板垣退助	…	473	エマースン	…	313, 325	
板まんだら事件	…	66	「エロス+虐殺」事件	…	326	
イタリアの憲法	…	496	エマースン	…	514	
一事不再議	…	8, 12, 47, 127,	恵庭事件	…	加藤高明	
年税	…	147, 213, 401	608, 609	カードー・裁判官	…	514
一般的効力説	…	159	大阪国際空港公害訴訟	…	606, 313, 326	
一般的人格権	…	181	大阪県教組人効スト労働争訟	…	カベレッティ	
一般的審査	…	374, 379	大津事件	…	11	
伊藤博文	…	451	大津事件	…	川崎民商事件	
伊東巳代治	…	451	大津事件	…	…	
委任の代表	…	67	67, 70	簡易裁判所	…	
			67, 70	勧告の意見	…	
			67, 70	環境権	…	
			67, 70	…	457, 624	
			67, 70	…		
			67, 70	間接選舉制	…	
			67, 70	間接（代表）民主制	…	
			67, 70	…	45, 294	
			67, 70	完全補償説	…	
			67, 70	官 更	…	
			67, 70	…	574	
			67, 70	沖縄デー破防法事件	…	
			67, 70	…	229, 432	
			67, 70	管理化国家	…	
			67, 70	…	9	

(一〇二項) や、また、選挙事務関係者や一定範囲の公務員の立候補制限を定めていること(八八条)などは、そのような被選挙権の制約例とみることができる。

有権者は誰を選任するか本来自由なはずであるが、それでは選挙の目的達成できなくなることから、立候補制度が採用される。そのことに関連して立候補の自由が問題となり、そのような自由の根拠として、幸福追求権に関する一三一条、政治的関係における差別を禁止する一四条一项、あるいは公務員の選定・罷免権に関する一五条一项が指摘される。この点、最高裁判所は、「立候補の自由は、選挙権の自由な行使と表裏の関係にある」(憲法一五一条項の保障する「重要な基本的人権の一つ」であるとしている(最高裁判所昭和四三年一二月四日))。

(四) 平等選挙 平等選挙とは、各有権者の投票価値を均等に扱う原則という。これに相対するのは不平等選挙で、等級選挙制(有権者の財産や社会的身分などによって数個の等級に分け、各等級別に選挙を行なうもの)や複数投票制(有権者の財産や社会的身分などによって一人一票以上の投票権を認めるもの)がその例である。かかる不平等選挙は、憲法一四一条一项、四四条あるいは一五三条三项に反すると考えられている。

平等選挙との関係では、今日議員定数の不均衡が問題となる。それについては、(3)で述べることにする。なお、公職選挙法は、いわゆる投票所投票自書主義をとりつづ(四六条)、その例外として一定の場合に不在者投票を認めている(四九)。この点、かつて不在者投票の一環として病人などの在宅投票制が認められていたが、悪用されたとして後に廃止された。かかる廃止措置は、身体障害者の選挙権行使の機会を奪うもので、憲法一四一条一项、一五一条一项、四四条などに反するとして問題とされ、その点にかかる国家賠償訴訟において下級審の違憲の判断ができるという背景で、昭和四九年の改正法によって重度の身体障害者の在宅投票制が復活させられた。なお、右の違憲判決の問題が注目されたところ、控訴審判決は結局賠償請求を棄却し、最高裁判所は、「国会議員の立法行為は、立法の内

容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行なうことがござり、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一项の規定の適用上、違法の評価を受けない」とした。そして、憲法には在宅投票制の設置を積極的に命ずる明文の規定を欠き、かえって四七条のような規定があるのであって、選挙事項の具体的決定は原則として国会の裁量的権限にまかせる趣旨であり、在宅投票制を廃止しその後一定期間これを復活しなかつた本件立法行為につき、右の「例外的な場合」にあたると解すべき余地はない」と判示している(最高裁判所昭和六〇年一二月二二日)。

(1) 廃止の立法措置は違憲であるとして損害の賠償を請求した一次訴訟に関する判決(最高裁判所昭和四九年一二月九日(判時七六二号八頁))は、その請求を認めた。

(2) 右注(1)に掲げる一次訴訟に関する判決(最高裁判所昭和五三年五月二四日(判時八八八号二六頁))は、廢止措置そのものよりも、在宅投票制を国会が復活させないという立法の不作為が違憲であるとして、国会議員にはそれについての故意・過失がなかつたとして請求を棄却した。なお、廢止立法および立法不作為による損害の賠償を求めた二次訴訟に関する判決(昭和五五年一月一七日(判時九五三号一八頁))は、廢止立法の違憲性および廢止の結果在宅投票制を伴わない公職選挙法が適用される限りにおいての違憲・違法を認めつゝも議員の故意・過失がなかつたとして請求を棄却し、最高裁判所昭和五七年四月二六日(選三五卷八号三四頁)も同様の理由で請求を棄却した。

(3) この最高裁判所判決は、右注(2)に掲げる一次訴訟および二次訴訟に関するものである。

(5) 直接選挙 直接選挙とは、有権者が直接自ら公務員を選任する選挙をいい、有権者がまず選挙委員を選び、その選挙委員が公務員を選任する間接選挙と対する。かつては間接選挙が広く行なわれたが、民主主義の進展に伴つて直接選挙へと切りかえられている。日本国憲法は、地方公共団体の長や議会の議員などの選挙については直接選挙を明記する(二三三条)が、国会議員の選挙については明文で規定していない。したがつて、後者(とくに参議院議員)

224 索引	ま 行	有事徵用制.....58
三矢研究.....56	ら 行	
命令的委任.....76, 78, 80	陸上自衛隊.....51	
や 行		
有事徵兵制.....58		

有斐閣双書



憲法学4 『統治機構の基本問題Ⅰ』

昭和51年10月15日 初版第1刷印刷  
昭和51年10月25日 初版第1刷発行

編 者	奥 平 康 泰
発行者	江 草 忠 允

東京都千代田区神田神保町2~17  
有斐閣  
電話 東京 (264) 1311 (大代表)  
郵便番号 [101] 振替口座東京 6-370番  
木郷支店 [113] 文京区東京大学正門前  
京都支店 [606] 左京区田中門前町44



印刷 株式会社三陽社・製本 高麗堂製本  
© 1976, 奥平康弘・杉原泰雄. Printed in Japan  
落丁・乱丁本はお取替えいたします。

★定価は外函に表示しております

## 第3編 選挙

### 6. 議員定数配分の不平等

議員定数配分の不平等の実態と原因を明らかにし、判例の動向もふまえて、主権原理・普通選挙（参政権）・平等原則との関係を検討せよ。

国民主権のもとにおける代表民主政が、選挙をその基底的制度としている以上、選挙制度の重大な欠陥は、ただちに代表民主政の機能障害、形骸化をもたらし、ひいては代表民主政そのもののも問題化させかねない。その意味で、選挙区間の定数不均衡の問題は、今日の日本の議会政が抱えている最大の問題の1つといって過言ではない。ここで、その現状と理論的問題点を探っておこう。

#### 1. 不平等の実態と原因

**現行制度の起源** 日本の選挙制度を特徴づけている「中選挙区」（各区定数3～5名）単記投票制は、その原型を1925年（大正14年）に普通選挙実施とともに採用された制度から得ている。戦前の衆議院は、その後この中選挙区単記投票制度のもとに5回の総選挙を経験したのであるが、戦後、1945年11月に衆議院議員選挙法の改正が行なわれ、ここで中選挙区単記投票制から府県を単位とする大選挙区制限連記制に一時期移行した。1946年4月の戦後初の総選挙（通算第22回目）は、この新制度のもとに行なわれたのである。なお、この改正で婦人参政権が実現され、年齢制限、満20歳と改められ、有権者数は、3,680万（人口の約50%）に達した。また、議員総定数は466人と定められ（大正14年のときと同数）、昭和20年11月の人口調査に基づいて各選挙区に配分された。

1946年11月に日本国憲法が公布され、その中でともに普通選挙を基礎とする衆議院・参議院の二院制が採用されたのにともない、1947年2月に参議院議院選挙法が公布された。総定数は250名とされ、それが全國区100名、地方区150名に区分され、その各地方区への配分は次のようにしてなされた。つまり、1946年4月26日現在の人口調査による全国総人口を150で割って議員1人あたり平均人口（487,417人）を出し、これまで都道府県ごとの人口を割る。参議院は憲法上3年ごとに半数ずつ改選されることになっているから、各選挙区の定数を偶数にする必要があり、そこで、かくして得られた数値をもともと、常に偶数になるよう少數以下を切り上げたり、あるいは切り捨てたりして得られた整数を定数としたのである。なお、都道府県を一選挙区とし、たとえある県の人口が少なすぎて計算上は2名の定数を配分しえないばあいでも、他県と合区はせず2名配分するという前提がとられた。以上の結果、かくして得られた定数は、かかる操作を経た限度において人口比から乖離したものとなつたが、それでも当時においては、議員1人あたり人口数が最小であった鳥取地方区（27万8,715人）と、最大であった東京地方区（52万2,884人）の比は1対2をやや下まわる程度であり、定数配分が人口比からそれほど大きく逸脱していたわけではなかった。

他方、衆議院についても同年3月に改正がなされ、再び中選挙区単記投票制に復帰するとともに、定数配分は次のようになされた。つまり、

1946年4月26日現在の人口調査を基礎に、総定数466名を議員1人あたり人口15万（全国平均は15万6,901人）を基準にして各都道府県人口に比例配分し、ついでそれを、各都道府県内で定数3～5名のいくつかの選挙区に配分・編成したのである。この結果、議員1人あたり人口数の最も大きかったのが鹿児島2区の19万2,000人、最も小さかったのが愛媛1区の12万8,000人であった。

上述のごとく決定された衆議院および参議院の定数は、1950年に公職選挙法が制定されて衆議院議員選挙法と参議院議員選挙法の二法律が一本化されたのにともない、そのまま同法の別表第1および第2として受けつがれた。同年に国勢調査が行なわれているが、その結果は翌年までわからなかったため、ここでは1946年の人口調査がそのまま使われたのである。なお、別表第1には、その末尾に「本表は、この法施行の日から5年ごとに、直近に行なわれた国勢調査の結果によつて、更正するのを例とする」旨の規定が置かれている。別表第2にはかかる規定はない。

以上からわかるように、現行の別表第1・第2の基礎となる人口の変動 た定数配分においては、人口が最も重要な基準とされた。技術的理由からある程度人口比例からの乖離が不可避であったとはいへ、ほぼ人口比例にそつたものであり、議員1人あたり人口の最大の選挙区と最小の選挙区の間の比も参議院のばあいですら2対1を越えるものではなかつた。ところが、その後、大幅な人口の変動によつてこのバランスは大きく崩れて行くことになる。人口変動の主たる原因は2つである。1つは、疎開からの復帰と戦地からの復員、引き揚げであった。しかし、より大きな原因是、朝鮮戦争を契機とする日本経済の復興そしてその後の発展に平行しての、人口の都市への集中と農村の過疎化であった。1つの数字を例にとると、1946年から今日までの間に、有権者数はほぼ倍化しているのであるが、農村的性格の強い参議院鳥取地方区では約1.3倍の増加にすぎないのである。都市的性格の強い神奈川地方区では約

2.7倍にも増加している。都市的性格と農村的性格の対比がより鮮明に現れる衆議院の選挙区のばあい、各選挙区間のこの増加率の差の開きがさらに一層大きいことは容易に想像できるであらう（現代のエスプリ94号「選挙」39頁参照）。公職選挙法別表第1の末尾に、5年ごとの国勢調査をもとにして定数不均衡の是正を行なう旨の規定が置かれたのは、まさにかかる不均衡の発生に対処するばあいのものであった。

**国勢調査** 公選法施行後初の国勢調査は、1955年10月に行なわれた。それによれば、「東京都の人口は418万から803万に激増したのに反し、鳥取県では58万から61万になつたにすぎず」衆議院についていえば、「この結果、当時すでに東京では議員一人あたり人口が約30万（1区は36万、鳥取では約15万（筋木2区は12万5千）というアンバランスが生じていた（芦部・憲法と議会政366頁）」ついで、1960年10月の国勢調査では、議員1人あたり人口が、全国の平均20万40人に対し、最高の東京都は35万8千人、最低の鳥取県は14万9千人となり、とくに選挙区別にみると最高の東京6区41万4千人に対し、最低の兵庫5区は12万8千人といふ格差を示すにいたついている（中村啓一「議席数の再配分をめぐる問題点」ジャリ238号7頁）。

1955年の国勢調査の結果が判明したとき、それに基づく更正が公選法上予定されていることもあって、定数改正が問題となつた。改正の最初の試みは、1956年に鳩山内閣によってがけられたが、小選挙区法案と結びついていため不成立に終つた。ついで、1957年には「自治省試案」なるものが発表されたが、これも実現されるには至らなかつた（昭和33年1月10日朝日新聞「選挙」）。しかし、1960年の国勢調査でさらに一層の不均衡が明らかになつたために、早急な是正を求める声が強くなり、政府は1961年6月に選挙制度審議会設置法（法律119号）を制定して（第1次）選挙制度審議会を発足させ、これに是正案を諮問した。この第1次選挙制度審議会は、いろいろ

らないきさつがあつて結局定数は正についての答申を出しえずについたが、その後、1963年10月に第2次選制度審議会が衆議院についての定数は正案——各選挙区における議員1人あたり人口が、全国平均議員1人あたり人口20万40人を基準として上下おおむね7万の幅(13万人台から27万人台の間)となるよう定数を増減し、差し引き18名を増員するという内容——を政府に答申し、これを基礎にした政府案——定数19人増、定数は正で6人以上となる区は3～5名の2つの区に分割する——が、翌1964年6月に第46通常国会で成立したのである(この間の経過については、芦部・前掲369頁以下参照)。この結果、議員1人あたり人口最高の愛知1区(約30万)と最低の兵庫5区(約12万8,000)の開きは2.34倍となつた。

昭和39年判決 ちょうどこの定数是正の問題が政治の場で論議をよんだいたところ、他方で裁判所においても同じ問題が争われていた。1962年7月に行なわれた参議院議員選挙において東京地方区のある有権者が、定数の不均衡(議員1人あたり人口最高の東京121万と最低の鳥取29.9万の格差4.0倍、選舉人人口では4,088倍)が憲法14条の平等原則に違反すると主張して選舉無効の訴えを提起していたのであり、これに対する最高裁判決が1964年2月5日に大法廷において下された。

判旨は、「議員数を選舉民の人口数に比例して、各選挙区に配分することは、法の下の平等の憲法原則からいって望ましいところではある」が、配分にあたっては他のさまざまな要素を考慮することも許され、結局は、国会の裁量に属するものであり、したがって、「選舉人の選舉権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別、各選挙区に如何なる割合で議員数を配分するかは、立法府である国会の権限に属する立法政策の問題であつて、議員数の配分が選舉人の人口に比例していないといいう事だけで、憲法14条1項に反し無効であると断することはできない」という内容であった。そして、結論として、本件程度の不均衡では、

「立法政策の当否の問題に止り、選舉問題を生ずると認められない」としたのである。

衆議院定数の現状 衆議院については、1964年に、1960年の国勢調査をもとにある程度の手直しを受けたとはいゝ、その後も人口の移動は続いているが、1965年の国勢調査によれば、議員1人あたり人口の平均は20万2,211人で、その最高(東京7区38万8,000人)と最低(兵庫5区12万人)の差は3.23倍に拡大している(昭和44年12月30日朝日新聞「こんなに違う一票の価値」参照)。さらに、1970年の国勢調査では、平均が21万3,381人、最高(大阪3区54万5,000人)と最低(兵庫5区11万3,000人)の差は4.8倍とひろがっている(昭和46年1月30日朝日新聞「設置される選舉不均衡」参照)。かかる不均衡を再び是正しようとしたのが、1975年7月の改正であった。ここで、全11区において合計20名の定数増加を行ない、その結果、6区については定数が6名以上となるため、現行の一選挙区3～5名という中選挙区制の建前を貫くために分区がなされた。この改正により1970年の国勢調査を基礎とするところ、議員1人あたり人口の最高と最低の差は2.9倍となつた。しかし、1975年の調査を基礎にすれば、全国平均21万9,000人で、最高(千葉4区41万2,000人)と最低(兵庫5区11万1,000人)の差は3.72となる(昭和51年4月14日毎日新聞)。

参議院定数の現状 このように、衆議院については、暫定的なものであつたにせよ、1964年および1975年と二度の是正を受けたので、不十分とはいえる程度の均衡を回復しているが、参議院については、一度も改正されないまま現在に至つております。このため、議員1人あたり人口が最低の鳥取と最高の東京との格差は、1960年には4.0倍であったのが、1965年には4.7倍(鳥取29万人、東京135万9,000人)、1970年には4.9倍(鳥取28万9,000人、東京142万6,000人)と拡大し続けている。のみならず、人口のより少ない選挙区がより多い選挙区

よりも定数が多いといり逆立ち状態も増えている（昭和45年5月17日朝日新聞社説参照）。たとえば、1970年の国勢調査をもとにすると、人口518万人、定数8の北海道に対し、人口539万人の愛知、762万人の大阪が6人区であり、547万人の神奈川にいたっては4人区であり、これは6人区の兵庫（467万人）、福岡（403万人）と比べても逆立ちしている。さらに、4人区の群馬（166万人）、栃木（158万人）より人口の多い宮城（182万人）、岐阜（176万人）が2人区である。

1964年（昭和39年）の最高裁判決は、参議院に裁判所のその後の動向つき、議員1人あたり人口（有権者数）最高と最低の格差が4対1（4,088対1）程度では、いまだ立派政策の当否の問題にすぎないと判示したが、では、さらに格差が広がった1971年の通常選挙（有権者数では、格差5.08倍）についてはどうなのか。それが問われた事件で、原審東京高裁は、「……今日なお違憲無効のものでないと断定することは困難であるといふべきであ」と判示した（東京高判昭48.7.31判時709号）。もっとも、結論的には、公選法109条の定める「40日以内」に改正をして再選挙を行なうことは事実上不可能であるから、同法205条の「選挙の結果に異動を及ぼす處のある場合」に当たらないとして、請求を棄却したが、傍論とはいえ、正面から違憲の疑いこれを判示したことで、大きな反響をよんだのであった。しかし、この上告審最高裁は、先の昭和39年判決を引用し、いまだ違憲とするほど極端な不平等には当たらず、立派政策の当否の問題であると判示した（最判昭49.4.25判時737号）。

これに対し、参議院についてはどうかといふと、1972昭和51年判決年12月の総選挙について訴えが提起され、原審東京高裁は、参議院についての最高裁判決の論旨を受け入れて、いまだ違憲とはいえないとして棄却した（東京高判昭49.4.30判時737号）。ところが、この上告を受理した最高裁は、1975年2月19日に事件を小法廷から大

法廷に回付した。このことは、昭和39年判決を再検討するためであると予想され、いかなる判断が打ち出されるか注目されていたが、1976年（昭和51年）4月14日に、本件選挙当時の定数配分規定を憲法違反とする画期的な判決が下されたことになった（判時808号）。全15名の判事の間で意見が分かれ、天野判事1人は訴えを不適法として却下することを主張したが、残り14名は、訴えの適法性を認め、かつ定数配分規定を全体としてあるいは部分的に違憲とした。このうち、多数意見（8判事）は、全体として違憲とした上で、事情判決的法理を適用して選挙は有効とした（ゆえに、請求棄却）、他方で同時に、配分規定の違憲である旨を本文で宣言した。これに対し、岡原判事を含む5名の反対意見（以後、たんに反対意見という）は、定数配分規定の一部、千葉第1区についてのみ違憲とした上で、当該選挙を無効とすべきだと主張し、さらに岸判事の反対意見（以後、岸反対意見という）は、選挙は無効であるが、当選の効力は、あるべき適正な定数の範囲内で、維持することを主張した。

## 2. 半例・学説の動向

- (1) 選挙に関する平等原則の意味定数不均衡は、憲法上は選挙に関する平等原則として理解される（憲14条・44条参照）。しかし、選挙に関する平等原則といはばあるいは、さまざまな意味がありうるので、定数不均衡がいかなる意味での平等の問題かを、最初に明確化しておく必要がある。この平等原則の第1の意味としては、「普通選挙」がある。これは、選挙資格が財産などによって制限されではないという問題で、この意味での平等は定数不均衡には関係ない。第2の意味は、「平等選挙」あるいは「1人1票制」（one man, one vote）である。これは、投票の価値がすべての者について同一でなければならぬという原則であり、歴史的には等級選挙や複数選挙の否定として確立されてきたものであるが、今日では、ここで

し、これに対して、もともと公選法204条は、かかる訴訟を予想したのでなかつたといふこともあるて、反対説も有力である（たとえば、田口精一・前掲同部編・判例演習講座・憲法41頁、最判昭41・5・31における田中二郎裁判官の補足意見、最判昭51・4・14の天野反対意見）。しかし、解釈上は、同法205条の「選挙の規定に違反する」の意味の解し方によっていすれば、説も可能であり（この点については、芦部信喜、「議員定数の不均衡と法の下の平等」憲法の判例〔第2版〕参照）、結局は、この問題に対する裁判所の介入を認めるかどうかの判断によって、どちらの説に与するかが決まるであろう。介入を認める立場からは、他の訴訟形態で定数不均衡を争う道がより容易に理論構成しうれば（たとえば、昭和51年判決の岸反対意見が、この種訴訟を行訴法上の抗告訴訟として構成しうるのではないかと提案している）別であるが、そうでなければ、公選法204条の選挙争訟として定数不均衡を争うことを認めるべきだといふことになろう。判例もすべてこれを認めてきている。

**政治問題の理論** 定数不均衡の問題が、公選法204条の訴訟として裁判所に提起できるとして、次に問題になるのは、政治問題の理論（あるいは、統治行為論）の適用の有無である。この理論の根柢づけには2つのアプローチがある。1つは、権力分立論からのアプローチであり、他是、民主政（国民主權）の原理からのアプローチである。もちろん、両者は通常不可分にからみ合つて出てくるものであり、ここで2つを区別したのは、重点の置き方の違いを基礎にした図式的把握にすぎない。権力分立論的アプローチからは、裁判所が審査権をもたない理由を、憲法上の権限分配の結果として理解する、いわゆる「内在的制約説」となる。これを定数不均衡の問題に適用すると、定数配分に関する権限は、憲法上議会に排他的に与えられていると理論構成することとなるが、日本国憲法上はかかる解釈は無理であろう。他方、民主政の原理からのアプローチにおいては、高度に政治的な性格をもつ問題は、国

民の直接的代表者である議会によって解決されるのが望ましく、裁判所はむりやり法的側面のみを抽出して解決を図るべきではないという「自制説」が唱えられる。しかし民主政の基礎たる「選挙権」の侵害あるいは選挙制度の違憲性が問題となっている定数不均衡に関する事件において、その民主政を援用して審査権を否定することは背理といわなければならぬ。ゆえに、この問題に対して政治問題の理論を適用することは妥当でない。判例もすべて適用を否定している。（以上については、芦部前掲・憲法の判例〔第2版〕24頁参照）。

### ③ 実体判断とその基準

定数不均衡の問題については、上述のように、なんらかの形での訴訟の提起が認められるべきであり、かつ、裁判所は政治問題の理論などを援用して判断を回避することも許されない。とすれば、次は、現状の定数不均衡を憲法上どのように評価すべきか、つまり、違憲か合憲か、その判断基準は何かの実体問題に移らねばならない。

実体問題については、前述昭和39年最高裁判決が、昭和51年判決が作出されるまでの最高裁の見解として続いたのであり（最高裁自身がこれを確認した判決として、昭和41・5・31裁判集民事83号623頁および前掲昭49・4・25、下級審もほぼその基本線を踏襲してきた（東京高判昭39・10・20行規例集15巻10号1977頁、東京高判昭49・4・30判時737号——とともに衆議院に關するもの）。この見解に賛成する学説もあった（鶴飼信成「選挙区における議員定数の不均衡は違憲か」判例評論66号）。しかし、これには次のような問題点が含まれていた。つまり、第1に、平等違反の問題と立法府裁量の問題の混同であり、第2に、判断基準の曖昧さの問題である。

**平等問題と裁量問題の混同** まず第1の点から見ていく。判旨は、定数不均衡の問題を、「もとより議員数を選挙人の人口数に比例して、各選挙区に配分することは、法の下の平等の憲法

の原則からいって望ましいところである……」(傍点筆者)と述べるのみなのでやや曖昧ではあるが、しかし一応、憲法14条の平等権の問題として捉えたものと理解できるであろう(反対説もある。つまり、定数配分を裁量の問題とし、投票価値の平等はこの裁量に際しての一考慮要素にすぎないと考えたとされる——判時808号25頁参照)。そうだとすれば、平等権に関する最高裁判の判例からいって、定数不均衡の合憲性はその不均衡の「合理的理由」の有無に依存するはずである。ところが、判旨は、「……選挙権の享有に極端な不平等を生じさせような場合は格別、各選挙区に如何なる割合で議員数を配分するかは、立法府である国会の権限に属する立法政策の問題」であると論ずるのみで、合理性の有無についてはなんらの判断も示さなかつたのである。このことは、判旨が「合理的理由」の有無自体を立法府の裁量の問題と考えた、つまり、合理的理由の有無を裁量の範囲内かどうかの問題として両者を同一視し、範囲内ならば合理性あり、範囲外(極端な不平等)ならば合理性なしと考えたためと推定される。そうだとすると、これは、ある意味では、経済的権利の規制の合理性につき、立法府の裁量が尊重されるべきだという考え方と似た面を有しているともいえるわけで、したがって、このばかり、民主政の基礎たる選挙権の平等の問題につき、経済的規制についてと同様なアプローチがとられてよいのか、むしろ、表現の自由の規制に対してと同様のアプローチがとられるべきではないかが問わねばならないであろう(芦部・憲法訴訟の理論219頁参照)。平等権一般について、合理性の有無が厳格な基準で判断されるべきかどうかはさておくとしても、少なくともここで問題となっているのは、選挙権の平等である。たしかに、いかなる選挙制度を採用するか(たとえば、多數代表制か比例代表制か), 総定数を何名にするかなどは、立 法政策の問題であろう。しかし、かくして制定された具体的制度は、個々人の選挙権の平等を侵害するものであつてはならないのであり、厳格な基準でその合理性が審査されねばならぬ

いのである。

昭和51年判決の場合 では、昭和51年判決は、この点をどのように考へたのであろうか。まず、定数均衡が憲法上の要請かどうかにつき、多数意見(反対意見もこの点では多数意見に賛成しているし、岸反対意見も、特に論じてはいないが、賛成と思われる)は次のようにいう。「……憲法14条1項に定める法の下の平等は、選挙権に関する国民はすべて政治的価値において平等であるべきとする徹底した平等化を志向するものであり、右15条1項等の各規定の文言上は単に選挙人資格における差別の禁止が定められているにすぎないけれども、單にそれだけにとどまらず、選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票の価値の平等もまた、憲法の要求するところであると解するのが、相当である」と。したがって、昭和39年判決が、たんに「望ましい」と考えていたにすぎないと比較すれば、より明確に憲法上の要求として捉えたことが注目される。そして、この変化に対応して、合理性の有無と立法府の裁量の問題についても、次のように述べる。「……わが憲法もまた、……国会両議院の議員の選舉については、議員の定数、選挙区、投票の方法その他選舉に関する事項は法律で定めるべきものとして(43条2項、47条)、両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねているのである。それ故、憲法は、前記投票価値の平等についても、これをそれらの選挙制度の決定について国会が考慮すべき唯一絶対の基準としているわけではなく、国会は、衆議院及び参議院それぞれについて他にしんしゃくすることのできる事項をも考慮して、公正かつ効果的な代表という目標を実現するために適切な選挙制度を具体的に決定することができるのであり、投票価値の平等は、さきに例示した(複数選挙や等級選挙のような——筆者)選挙制度のように明らかにこれに反するもの、その他憲法上正当な理由となりえないことが明らかなる種類、信条、性別等による差別を除いては、原則として、国会が正当に

考慮することのできる他の政策的目的ないしは理由との関連において調和的に実現さるべきものと解釈されなければならない。」「もっとも、このことは、平等選挙権の一要素としての投票価値の平等が、単に国会の裁量権の行使の際における考慮事項の一つであるにとどまり、憲法上の要求としての意義と価値を有しないことを意味するものではない。投票価値の平等は、常にその絶対的な形における実現を必要とするものではないけれども、国会がその裁量によって決定した具体的な選挙制度において現実に投票価値に不平等の結果が生じている場合には、それは、国會が考慮することのできる重要な政策的目的ないしは理由に基づく結果として合理的に見認することができるものでなければならぬと解されるのであり、その限りにおいて大きな意義と効果を有するのである。それ故、国会が衆議院及び参議院それぞれについて決定した具体的選挙制度は、それが憲法上の選挙権の平等の要求に反するものでないかどうかにつき、常に各別に右の観点からする吟味と検討を免れることができないといふべきである」(傍点筆者)と。ゆえに、このかぎりでは、判旨は、立法院の裁量の問題と不平等の合理性の有無の問題を区別し、定数不均衡を後者の問題として捉えたと読める。ところが、同判旨は、他の個所で、次のようにもいう。「……各選挙区の選挙人数又は人口数……と配分議員定数との比率の平等が最も重要な基本的な基準とされるべきことは当然であるとしても、それ以外にも、實際上考慮され、かつ、考慮されてしかるべき要素は、少なくない。」「……それらの諸要素のそぞれぞれをどの程度考慮し、これを具体的決定にどこまで反映させることができるかについては、もとより厳密に一定された客観的基準が存在するわけのものではないから、結局は、国会の具体的に決定したところがその投票権の合理的な行使として是認されるかどうかによって決するほかない」(傍点筆者)と。したがって、せっかく定数不均衡を差別の合理性の問題として捉えながら、今度はこの合理性の問題を裁量の問題にすきるであろう。この判決から、少なくとも、衆議院につき、各選挙

してしまったのであり、この点に、昭和39年判決について述べたと同じ問題を残しているといわざるをえない。つまり、選挙権の不平等の合理性については、立法院の裁量に委ねることなく、裁判所が独自に厳格な審査をしなければならないのである。

では、合理性の審査はいかなる基準でなされうるで基準のあいまいさ あろうか。これが、昭和39年判決の第2の問題点に関連する問題である。この判決が、不平等の合理性の有無の問題と立法院の裁量の問題を混同していたという理解に立つはあい、合理性の判断基準として、不平等が「極端」かどうかを採用したと考えることができるのであるが、しかし、この基準ではあまりにも不明確で、基準としての用をなさないのである。そこで、いかなる程度に達したならば「極端」かについてより具体的な基準がさらに必要となるが、この点についてはその後の判決でも示されないままに終り、結局のところ、昭和51年判決が出来るまでにわかつていただことといえば、昭和39年判決を踏襲した前掲昭和49年4月25日判決の結果、参議院につき、1971年6月の選挙時点における不均衡程度では、いまだ「極端」とはいえないということだけであった。では、昭和51年判決は、具体的的な基準を示したであろうか。否である。昭和51年判決は、2つの基準をあげる。第1に、「……投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられないのであるときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべきものであり、このような不平等を正当化すべき手段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するほかないといふべきである」。第2に、憲法上要求される合理的期間内に是正がなされなかつたこと。これにより、たしかに昭和39年判決と比べれば、より具体的な基準が提示されたといえるが、やはり、基準としては抽象的にすぎるであろう。この判決から、少なくとも、衆議院につき、各選挙

区の議員1人あたりの選挙人数と全国平均のそれとの偏差が、下限において47.30%，上限において162.87%，その開きが約5対1の割合の不均衡は、第1基準の点では違憲であるということが示されたわけである（これは多数意見のばかりで、反対意見では、抽象的基準は多数意見と全く同じであるが、その適用の仕方が後述のように異なるので、具体的な数値のとり方が異なる）が、偏差・開きがこれ以下のどの数値までが違憲となるかのより具体的な基準は、今後の判例の展開に委ねられることになった。ということは、改正を手がけねばならない立法者にとって、指針が明確に与えられなかつたといふことであり、この判決に対する議会の受けとり方によつては、問題を先にのばしただけになりかねないことになる。というのは、この判決からは、1975年に改正された定数については、合憲か違憲か全く不明といつてよく、これに基づく選挙についても再び争いを生み出すことが十分予想されるからである。自民党幹事長は、衆議院については、1975年の改正の結果、この判決が出たからといって、目下のところは問題はないと思うという談話を発表している。しかし、先に述べたように、改正後の格差はすでに1対3.72となつており、問題ないとはいえないであろう。

**具体的基準** 具体的基準を設定しようとするばかりで、いかなるものが考へられるであろうか。昭和39年判決の上告人は、アメリカで発展させられた次のような3つの基準を提示した（前掲昭和49年判決の上告人および昭和51年判決の上告人もほぼ同様な基準を主張している）。①最も有利な選挙区の1票の価値と最も不利な選挙区の1票の価値との比較（議員1人あたり選挙人数の最高と最低の比較、参議院につき、昭和39年判決のばあいは1対4.1、昭和49年判決のばあいは1対5.08、衆議院につき、昭和51年判決のばあいは1対4.99であった）、②当該選挙区における1票の価値が理論上適正な1票の価値たとえば上下3分の1の枠外にはみ出す選挙区の数、その同時選出議員数および選挙人数（たとえば、昭和39年判決の

ばかりで、全体の40%近くの選挙人が枠外）、③同時選出議員の過半数を選出するに要する最少選挙人数の全国選挙人総数に対する比率（参議院につき、昭和39年判決では34.7%，衆議院につき、昭和51年判決では36.62%）。これらは、きわめて興味深い基準であり、大いに参考にはなるが、しかし、これらのそれぞれにつき、具体的にいかなる数値を限界点として設定するかとなると、容易には決められないであろう。アメリカの判例をこれら基準との関連で見てみると、結論的には相当厳しい数値が抽出される（芦部・前掲・憲法の判例〔第2版〕参照）が、選挙無効判決による混乱の可能性を事実上は考慮せざるをえない日本のばあいと、かかる考慮をすることなく基準を設定しらるアメリカのばあい（この点については、関連問題参照）を同一に論ずることはできない。結局、具体的な数値については、今後の判例の集積を待つべきだという説が有力である（芦部・前掲・憲法の判例〔第2版〕）。衆議院と参議院を同じに考えてよいのは1つの問題であるが、投票の価値の平等が、歴史的には、ある選挙人が他の選挙人より2倍以上の投票権をもつ複数選挙の禁止の意味をもつたことを考えれば、1対2という数値は、これを超えるばかりは、実質的にはある者に2倍以上の票を与えたと同じ意味をもつといふ点で、それなりの意味のある数値といえよう。その意味で、これを一応の基準として採用することに、私も賛成であるが、あくまでも一応のめやすとしてで、これを絶対視すべきではないであろう。つまり、問題はあくまでも差別の合理性の有無であり、その判断に際して、1対2という数値をめやすにしながら、これを超えるばあいは、被告の側が合理性を論証し、超えないばあいは、原告の側が不合理性を論証しなければならないと考えるのである。

#### (4) 定数不均衡を、違憲としたばかりの救済方法

ある選挙区の選舉人が、定数不均衡を理由に公選法204条の訴えを提起し、そこで当該選挙区の定数配分の不均衡が違憲であると認められた。本来ならば、結論として、当該選挙区の選挙の無効が宣言されることははずである。しかし、かかる結論を判断するためには、その結果として生じるであろう。政治的な混乱を回避しうる理論的な裏づけが必要である。違憲判決の出し方によっては、すべての選挙が無効となり、合法な議員が存在しえず、国会の機能が完全に麻痺してしまうことも起つりうるからである。この点こそ、定数不均衡訴訟の最大の問題だったのであり、從来の判例が相当ひどい不均衡にもあえて目をつけり合憲と判断してきたのも、さらに、かかる訴訟を公選法204条の訴訟として認めるべきでないといいう説が一部で強力に主張されてきたのも、その最大の原因是、一方で不均衡を違憲と判断しつつ、他方で、政治的混乱を回避しうるようないまい救済方法がなかなか見出しえないことによつたといつて過言でない。しかし、かかる救済方法が全く理論構成しなかつたというわけではなく、少なくとも、芦部教授によって後述のごとき2つの可能性が提案されていたのであり、さらに、昭和51年判決は、まさにこの点の解決策をまがりなりにも提示したといいう意味で、画期的な判決だったのである。以下、これら諸解決策を検討していくことにしよう。

**芦部説** 公選法204条の訴訟の結果、選挙無効の判決が下されたばあい、40日以内に再選挙を行わねばならない（同109条4号・110条2項・34条1項）。しかし、その前提として定数を改正せねばならないが、40日以内にそれを行なうのは事実上不可能であろう。このことは、すでに、昭和39年判決の齊藤補足意見が指摘した点であるが、齊藤判事は、これを、公選法204条の訴訟として提起することの合法性を否定する一根拠としたのであった。同じ見解は、前掲最高裁昭和41年5月31日判決における田中補足意見も主張している。これに対し、この訴訟の

合法性は認めながら、40日以内での改正が事実上不可能なことを、「結果に異動を及ぼ」さないことの根拠に用いて、訴えの棄却を主張したのが、芦部説であった。選挙を無効とするためには、選挙が「選挙の規定に違反」していたというだけでは不十分で、さらに、「選挙の結果に異動を及ぼす虞」（同205条）がなければならぬと規定されているのを、うまく利用したものであり、その政治的なねらいに着目すれば、きわめて巧妙な解釈だったといってよい。選挙を無効とするによって生ずる混乱を回避しながら、他方、理由中で、定数不均衡の違憲であることを判断して、立法府による改正へのインパクトにしようというのである。もっとも、理論上は違憲性の判断を回避してしまう（「仮に違憲としても、結果に異動を及ぼさず……」）という形で）ことも可能であり、それがこの説の1つの弱点であったが、実際上はかかる回避の生じることは考えられなかった。回避したければ、端的にこの訴訟の合法性を否定して却下した方が、理論的にはすっきりしているし、それがいやなら、昭和39年判決に従うとともにでききたのであるから、わざわざこの説を使う必要はない。あえてこの説を採用するすれば、それはまさに違憲判断をしたいからであろう。現に、この説を採用した前掲東京高裁昭和48年7月31日判決は、「別表第2が、今日なお違憲無効のものでないと断定することは困難であるといべきであり、国会において近い将来……何らかの改訂が行われることを期待せざるを得ない」と判示したのである。しかし、芦部説は、そのねらいは高く評価されたが、理論的にみると、違憲の状態を排除することが、憲法の下位法規によって阻止されるという難点をもつていた。したがって、一方で、芦部説の意図は継承しつつ、他方で、かかる難点を消ししうるような解釈論の構成が、その後の課題とされてきたのである。

**昭和51年判決の多数意見** 「全体として違憲」と判断した上で、これに基く本判決の多数意見は、公選法の別表第1を

づいてなされた千葉県第1区の選挙の効力につき、次のように判断した。

すなわち、まず、行訴法31条1項の定めるいわゆる「事情判決」の基礎にある考え方を、法の一般原則として把え、「[この]原則の適用により、選挙を無効とすることによる不当な結果を回避する裁判をする余地もありうるものと解」し、その上で、この原則を本件選挙に適用し、その結果、「本件選挙は憲法に違反する議員定数配分規定に基づいて行われた点において違法である旨を判示するにとどめ、選挙自体はこれを無効としないことに対するのが、相当であり、そしてまた、このような場合においては、選挙を無効とする旨の判決を求める請求を棄却するとともに、当該選挙が違法である旨を主文で宣言するのが、相当である」としたのである。つまり、別表第1は違憲だが、それに基づく千葉1区の選挙は無効ではない（＝有効）というのである。では、かかる判決を下すことによつて多数意見が回避しようとした「選挙を無効とすることによる不当な結果」とは何であったか。それは、かりに千葉1区の選挙を無効としたい、他の全選挙区から同様の訴訟が提起され、それらの選挙無効判決により、その後の衆議院の活動が不可能となり、違憲とされた定数を改正することさえもできなくなるという憲法の所期しない結果が生ずる可能性といふことであった。多数意見が、かかる可能性を懸念しなければならなかつたのは、反対意見が指摘するように、別表第1を全体として違憲だと判断したためであるが、この点は後に論ずることにし、ここでは一応全体として違憲といふ前提に立つとすると、問題は、かかる可能性が、きわめて例外的な事情判決的法理を援用するに十分な根拠たりうるかである。そもそも、事情判決的法理を法の一般原則として認めることは、抽象的議論のレベルでは可能であろうが、それを具体的な事件に適用するとなれば、いかなるばあいに適用を認めうるのか、乱用を避けたための歯止めはありうるのか、といった問題が当然出てくるのであり、そのための意味で、本判決が、この法理の適用の先例として賛成を得るためにには、

少なくとも、納得できる十分な根拠を備えていて、かかる問題との関連で説明のつくものでなければならないであろう。ところが、この点で、反対意見が指摘するように、次のような疑問を含んでいる。すなわち、本件訴訟は、公選法204条に基づく訴訟として提起され、それを裁判所が認めたのであるから、この規定の下に、「本件選挙を無効とする判決は、千葉1区選出の議員の資格を将来に向って失わせる効力をもつだけであって、他の選挙区選出の議員の資格に影響を及ぼすものではない。もとより、千葉県第1区について憲法に適合する選挙が実現するためには、本件議員定数配分規定の改正にまたなければならないが、多数意見の憂えるように、全国における他の選挙区の選挙について選挙無効の訴訟が提起され、これを無効とする判決がされることがありうるとしても、それだけで直ちに、衆議院の活動が不可能になり、本件議員定数配分規定を憲法に適合するよう改正することができなくなるわけのものではない。本件選挙を無効とする判決によって千葉県第1区選出の議員がその資格を失うことになれば、残りの議員だけではなく衆議院の定足数を全く可能性があるという具体的な事情が本件訴訟において明らかにされない以上、衆議院の活動が法律上不可能になる虞れがあるとはいえない」のではないか、という疑問である。これに対し、多数意見は、「仮に一部の選挙区の選挙のみが無効とされるにとどまつた場合でも、もともと同じ憲法違反の瑕疵を有する選挙について、そのあるものは無効とされ、他のものはそのまま有効として残り、しかも、右公選法の改正を含むその後の衆議院の活動が、選挙を無効とされた選挙区からの選出議員を得ることができないままの異常な状態の下で、行なわざるをえないこととなるのであって、このような結果は、憲法上決して望ましい姿ではなく、また、その所期するところでもないといふべきである」と、反論している。この反論のうち、後段の部分は、反対意見がさらに反論するように、「衆議院が一部の選挙区選出の議員を欠きながら活動せざるをえない場

合は、本件のように、議員定数配分規定に違憲無効の瑕疵があつて選挙が無効とされる場合のほか、例えば、多数の選挙区で違法な選挙が行なわれ、選挙無効の訴訟が提起され、相前後して無効判決は確定したが、再選挙をする時間的余裕がないままに緊急案件を審議せざるをえないようの場合などにも当然予想されるやむをえない事態であつて、憲法上許容されないとところとは認められない」のであって、事情判決的法理を援用する根拠としては不十分であろう。もつとも、定数配分規定が違憲とされたばかりは、「一部の選挙区の議員」が欠けるだけとはいえない事態が生じる可能性もあり（反対意見のいうように、定足数が確保されていればよいと考えれば、全議員の3分の2近くまで欠けることもありうる），他のばあいと同様に「憲法上許容されないところとは認められない」と簡単にはいき避けず、その意味では、全く根拠がないわけではない。この点は、反対意見にとっての1つの理論的欠陥であり、岸反対意見は、これに対する解決策の意味をもつっている。

次に、では、前段部分はどうか。反対意見では、後述のごとく、別表第1につき各選挙区の定数配分問題を、相互に可分なものと見かるから、各選挙区の選舉につき「もともと同じ憲法違反の瑕疵を有する選挙」とは考えないから問題ないが、多数意見のはあいは、そうはない。もつとも、「同じ憲法違反の瑕疵を有する選挙について、そのあるものは無効とされ、他のものはそのまま有効として残」ること自体に問題があるわけではない。公選法204条の訴訟として考える限り、たとえ同じ瑕疵があつても、現実に訴えが提起され、無効の判決が下されるまでは有効として扱われるのには制度の建前上やむをえないことだからである。このことは、違憲判決の効力につき、個別の効力説はもちろん、一般的効力説をとっても変わるものではない。別表第1が全体として違憲とされ、当然に無効となつたとしても、それに基づく選挙が同時に当然に無効となると考えるべきではなく、各選挙区ごとに選挙無効の判決を得てはじ

めて無効になると考えるべきだからである（多数意見は、公選法204条の訴訟との関連と離れて、それとは別個独立の問題としても、憲法違反の規定およびそれに基づく選挙を当然に無効であると解すべきかどうかを論じているが、その趣旨は不明である。公選法204条の訴訟以外の形態で争うことの可能性を考慮してなののか。たとえば、ある法律が無効であるという主張の理由としてこの定数配分規定の違憲であることを持ち出し、選挙は当然に無効であり国会は違法に構成されているとはいえないから、その国会が制定した法律は無効であると述べるような場合。しかし、かかる場合を想定しての議論とすれば、本件には全く関係のないものである。いずれにせよ、選挙争訟制度や違憲判決の効力に関する理解に混乱があるよう思われるが、ここでは立ち入らない）。問題なのは、同じ瑕疵をもつ選挙について、ある選挙区については無効と判決されるのに対し、他の選挙区については、事情判決的法理が適用されて、有効と判決されるということが生じうることである。というのは、かりに反対意見の批判を受け入れて、千葉1区については事情判決的法理を適用せず、選挙無効としたばあい、その後のいくつかの選挙区の選挙につしても同様に無効判決を下していくことになるが、やがては、この選挙区の選挙を無効にすると、「残りの議員だけでは衆議院の定足数を全く可能ながあるという具体的な事情」が明らかな選挙区に直面せざるをえず、ここではじめて事情判決的法理の適用が認められるといふことになるからである。しかも、全く同じ瑕疵を持ちながら、判決の時点がたまたま早かったか遅かったかという偶然的事情により、結論が全く反対になるわけで、これはあまりに不合理ではないだろうか、これを避けるには、やはり、多数意見のように最初の訴訟で事情判決的法理を適用する方がよいのではないかといふことになるのである。しかし、私は、かかる不合理的にはある程度目をつけり、事情判決的法理の適用に厳格な態度をとするよりも、実際的な解決としてありえたのではないかと思っている。

千葉1区につき選舉無効の判決を出し、必要ならば、理由中で、その結果予想される混乱に対しては、事情判決的法理の適用によってそれを回避しうる道があることを指摘しておけば、十分ではなかつたろうか。実際上は、全選挙区から次々に選舉無効の訴訟の提起されることもないと思われ（ちなみに、公選法204条の訴訟は、選挙の日から30日以内に提起しなければならない）、したがつて、現実に事情判決的法理を適用せざるをえないところに追いつまれることもあるのではないか。なお、かかる見解に立つばあい、40日以内に再選挙という規定は、反対意見と同じく、適用ないものと解することになるう。

**反対意見** 昭和51年判決における岡原等5判事の反対意見は、多数意見とは異なる解決策を提示した。それによれば、事情判決的法理の適用は必要とされず、真正面から選舉無効の判決が下されることになる。では、多数意見が心配した、「選挙を無効とするところによる不当な結果」に対しては、いかなる理論的対応策を用意したのであらうか。それは、次の2点に現れる。第1に、公選法別表第1の定める定数分配規定期につき、多数意見と異なり、各選挙区ごとに相互に可分のものと考え、第2に、それに対応して、各選挙区の定数配分が違憲かどうかの判断に際しては、比較対象に全国平均を採用するのである。まず、第1点についてみれば、これは、選挙無効となる選挙区の数を限定しようという意見をもつものである。多数意見は、この問題に關し、次のような見解をとった。「選挙区割及び議員定数の配分は、議員総数と関連せながら、……複雑、微妙な考慮の下で決定されるのであって、一旦このようにして決定されたものは、一定の議員総数の各選挙区への配分として、相互に有機的に關連し、一部の部分における変動は他の部分にも波動的に影響を及ぼすべき性質を有するものと認められ、その意味において不可分一体をなすと考へられるから、右配分規定は、単に憲法に違反する不平等を招来している部分のみでなく、全体として違憲の根柢を帶びるものと

解すべきである」と。この結果、すべての選挙区が、別表第1の違憲を理由に選舉無効を主張しうることになるのである。たとえ、計算上は人口に比例的な定数を配分されている選挙区でも、自己の選挙区の定数配分規定の違憲性ではなくて、全選挙区についての配分規定を不可分一体としてその違憲性を主張しうるからである。これに対し、反対意見は、たとえば、かりに投票価値の極端に減少した一部の選挙区のみについて定数改正を行なつたとしても、計算上それが平均的投票価値をもつ他の選挙区についてその平均性を失わせるほど有意的な影響をもつことはないと、また、過去の1964年の改正の例からみても、立法府としても、一部の選挙区だけを切り離して手直しすることが可能であると考えていると、一部の選挙区だけを切り離して手直しすることが可能であると考えているとを理由に、別表第1を不可分一体とは考えず、配分規定の違憲性を各選挙区ごとに別個に判断すべきであるとしたのである。思うに、この可分不可分問題は、岸反対意見がいうように、「果てしない論争」であり、理論的にどちらと割り切るのは困難であろう。また、改正にあたる立法府の側からいっても、どちらでも大差ないであろう。全体として違憲の判決が出たからといって、事實上一部の改正にすぎない一部の選挙区の改正として提示することが理論上不可能でもなければ、逆に、一部の選挙区の判決に対し、全面改正が許されない理由もないからである。しかし、理論上は、可分と解することにより、人口に比例的な定数を配分されている選挙区の選挙は有効とされることになるのであり、まさにこの点が反対意見のねらいであった。そのことにより、多数意見の危惧した結果を避けうるからである。といつても、現實に避けうるためには、有効とされるであろう選挙区の数が、少なくとも、衆議院の定足数（56名）総議員=法定議員の3分の1）以上の議員を確保するに十分なだけは存在しなければならないであろう。そして、十分存在するかどうかは、違憲判断の基準のとり方に依存するのである。これが第2の点に關連する問題である。

多数意見は、定数配分規定を全体として不可分一体と考えたがゆえに、その違憲判断に際して、議員1人あたり選挙人数の最高と最少を、当該選挙区のそれに最高であると否とに関係なく、比較することができた。しかし、反対意見のはあいは、そなはいかない。当該選挙区と他の何かとを比較する以外にないからである。このばあい、「他の何か」としては、最も投票の価値の高い（つまり、1人当たり人口が最少の）選挙区を考えるのが普通であろう。なぜなら、ここでの問題は、本来、自己の投票の価値と他の者のそれとの間にいかなる差が存在しているかということがだからである。ところが、反対意見は、かかる見解を採用せず、次のようにいう。「われわれは、全選挙人が投票価値において平均的な、中庸を得た選挙権を享受することをもつて憲法の理想とし、各選挙区について、その投票価値がその理想からどれほど遠ざかっているかを検討し、その偏りが甚だしい場合に投票価値平等の要求に反し違憲の瑕疵を帶びるものと考えるのである」と。つまり、議員1人あたり人口の全国平均を比較対象にとるのである。差別の問題が、なにゆえに平均値からの偏差を比較対象にとることである。そこで問題は、平均値からの偏差がどの程度のか、十分な説明はなされていないが、そこでは立ち入らないことにしてしまう。そこで問題は、平均値からの偏差がどの程度のとき、「その偏りが甚だしい場合」に当たるかである。この点につき、反対意見もまた多数意見と同様に、具体的数値を提示することは避けた。したがって、議員1人あたり選挙人数の全国平均を100としたばあいに、その指數が253.73であった千葉県1区につき違憲と判断したことから、偏差がこれより小さくななければなれることはだけは、はつきりしたが、それ以上に具体的にどの程度以内でなければならないかは不明のまま残された。この点につき、たとえば西ドイツでは、法律上、偏差を33.3%以内にすべきことにしているし、アメリカの判例では、さらに厳しい数字が示されている（たとえば、White v. Weiser, 412 U.S. 783 (1973) は、平均からの偏差が、人口が最高の選挙区で、2.43%，

夜人口が最小の選挙区では1.7%であった配分規定案を違憲とした。ただし、これらの数字は、すべて、定数配分規定が全体として合憲か違憲かの問題に関連して出されているものであり、反対意見のはあいと直接に対比することはできないであろう）。日本において、平均値人口数からの偏差をかりに上下10%, 15%, 20%, あるいは33.3%（このばあい、多数意見の用いた最高と最低の比では、ほぼ1対2となる）、50%（最高と最低の比は1対3）としたとき、どのような結果となるかを、参考までに、1975年の改訂後の定数（130区511名）をもとに計算してみると、次のようになる（図参照）。まず、上下10%以内でなければならないとしたばあいには、この範囲内に入り、合憲とされる選挙区の数は、25（国における順位39位から63位まで）、議員定数計100名、15%のばあいは、それを39区（38位~76位）、161名、20%のばあいは、54区（35位~88位）、219名、33.3%のばあいは、88区（26位~113位）、360名、50%のばあい、112区（19位~130位）、445名となる。そこで、衆議院の定足数（法定議員数511名の3分の1で、171名以上）との関連で、これを見てみると、15%を基準にとったばあいには、反対意見の論理は破綻する可能性をもつが、20%ならば大丈夫だということになる。もっとも、20%のばあい、76区292名の議員が地位を失う可能性があり、前述のごとく、議員が欠けることは他の場合でもありますから別に異常ではない、と割り切れるかどうか、微妙なところであります。結局は、かかる事態が生じないよう、基準を甘くとり、大部分の選挙区が合憲の枠内に入るように考えることになろう。現に、反対意見には、「投票価値の極端に減少した一部の選挙区について、例えば、計10名ないし20名の定員を増加したとしても、……」と述べている個所があり、ここから、反対意見は、せいぜい10~20選挙区ぐらいいしか違憲とならないといいう判断に立っていることががかる。ということは、上下50%の偏差あたりを考えているのではないことである

選挙区		議員一人当たりの人口数		《50年の国勢調査に基づく》 （毎日新聞社調べ。指數は全国平均を100とした場合。順位は指數の高い順）		《50年の国勢調査に基づく》 （毎日新聞社調べ。指數は全国平均を100とした場合。順位は指數の高い順）	
選挙区	定数	議員一人当たり人口	指數	選挙区	定数	議員一人当たり人口	指數
北海道	① 5 363,693 166.03 9	① 4 373,667 170.59 6	葉 干	① 4 184,807 84.37 79	鳥 取	島 岡	① 4 145,329 66.35 115
	② 4 191,687 87.50 72	② 4 155,892 71.17 105		② 3 148,403 67.75 110	島 山	島 岩	⑤ 153,775 70.20 107
	③ 3 191,609 87.47 73	③ 5 159,077 72.62 101		③ 4 135,781 61.99 122	島 岩	島 岩	⑤ 176,951 80.78 87
	④ 5 214,688 98.00 53	④ 3 411,835 188.01 1		④ 3 158,268 72.25 103	島 岩	島 岩	⑤ 185,904 84.87 77
	⑤ 5 200,911 91.72 61	① 3 212,735 97.12 54		⑤ 232,302 106.05 42	島 岩	島 岩	① 3 344,564 157.80 15
青森	① 4 233,273 106.49 41	② 5 218,260 99.64 48		② 4 176,615 80.63 88	広 広	島 岩	② 4 181,271 82.75 82
	② 3 178,535 81.50 84	③ 4 272,611 124.45 29		① 5 257,058 117.35 35	島 岩	島 岩	⑤ 177,516 81.04 85
	③ 1 4 203,258 92.79 58	④ 5 239,409 109.30 39		② 5 220,979 100.88 47	山 口	山 口	① 4 185,657 84.76 78
	④ 2 4 143,133 65.34 116	⑤ 3 293,437 133.96 25		③ 4 229,652 104.84 43	山 口	山 口	⑤ 162,521 74.19 97
	⑤ 1 5 277,003 126.46 28	東 京	⑥ 4 205,974 94.03 57	① 4 263,323 120.21 34	島 岩	島 岩	⑤ 161,018 73.51 99
岩手	② 4 142,565 65.08 117		⑦ 4 370,017 168.92 8	② 4 298,930 136.47 23	島 岩	島 岩	③ 172,584 78.79 90
	① 1 4 192,104 87.70 71	⑧ 3 171,189 78.15 91		③ 3 312,356 142.60 20	香 川	香 川	② 3 147,845 67.49 111
宮城	② 4 116,020 52.97 129	⑨ 3 305,720 139.57 21		④ 3 211,315 96.47 55	媛 媛	媛 媛	① 3 180,458 82.38 83
	① 1 4 169,796 77.52 94	⑩ 5 304,902 139.19 22		⑤ 4 265,789 121.34 33	高 知	高 知	② 3 182,228 83.19 80
	② 4 135,280 61.76 123	⑪ 4 378,084 172.60 5		⑥ 3 215,954 98.59 51	愛 媛	愛 媛	③ 125,718 57.39 126
	③ 1 4 177,056 80.83 86	⑫ 1 4 292,060 133.33 26		⑦ 4 256,601 117.14 36	福 岡	福 岡	⑤ 161,673 73.81 98
	④ 2 5 147,394 67.29 112	⑬ 2 5 339,668 155.07 16		⑧ 5 211,492 86.98 74	長 崎	長 崎	① 5 320,781 146.44 19
福島	③ 3 175,161 79.96 89	神 奈 川	⑯ 3 402,395 183.70 2	⑨ 5 197,103 89.98 64	佐 賀	佐 賀	② 5 194,139 88.63 67
	⑤ 1 4 229,432 104.74 44	⑰ 4 363,352 165.88 10		⑩ 5 190,492 86.98 74	福 岡	福 岡	③ 170,740 77.95 93
	② 3 201,339 91.92 60	⑱ 5 294,474 134.43 24		⑪ 5 243,793 111.30 38	大 分	大 分	④ 216,173 98.69 50
	③ 5 164,084 74.91 96	⑲ 3 228,499 104.31 45		⑫ 5 252,808 115.41 37	佐 賀	佐 賀	⑤ 167,536 76.48 95
	④ 1 5 186,182 85.00 76	新 潟	⑯ 3 134,938 61.60 125	⑬ 5 243,793 111.30 38	熊 本	熊 本	⑤ 186,930 85.34 75
	⑤ 2 5 153,415 70.04 108	⑰ 5 150,140 68.54 109		⑭ 5 267,194 121.98 31	大 分	大 分	① 4 159,317 72.73 100
	① 3 199,151 90.92 62	⑱ 4 138,667 63.30 121		⑮ 6 384,000 175.30 3	長 崎	長 崎	② 4 139,261 63.58 120
	② 3 158,386 72.31 102	富 山	⑯ 3 198,101 90.44 63	⑯ 4 345,426 157.69 14	佐 賀	佐 賀	① 5 196,066 89.51 65
	③ 4 170,969 78.05 92	⑰ 3 192,146 87.72 70		⑰ 7 3 363,161 165.79 11	熊 本	熊 本	② 5 146,980 67.10 113
	④ 1 3 351,337 160.39 13	石 川	⑱ 3 121,044 55.26 127	⑱ 3 272,105 124.22 30	大 分	大 分	③ 226,411 103.36 46
	⑤ 3 380,717 173.81 4	福 井	⑯ 4 193,399 88.29 63	⑰ 5 337,651 154.14 17	宮 崎	宮 崎	② 3 135,274 61.76 124
	③ 3 182,023 83.10 81	山 梨	⑰ 5 156,611 71.50 104	⑱ 2 5 215,460 98.36 52	奈 良	奈 良	④ 1 155,891 71.17 106
	④ 3 357,977 163.42 12	沖 緹	⑱ 3 216,909 99.02 49	⑰ 3 266,016 121.44 32	鹿 尾 島	鹿 尾 島	② 3 145,764 66.54 114
	⑤ 3 335,063 152.96 18	和歌山	⑱ 3 140,462 64.12 119	⑰ 4 203,207 92.77 59	奈 良	奈 良	③ 116,973 53.40 128
	⑥ 3 335,063 152.96 18	全国平均	⑱ 3 140,462 64.12 119	⑰ 5 310,751 50.56 130	和歌山	和歌山	④ 1 208,487 95.18 56
	⑦ 3 335,063 152.96 18			⑰ 6 216,909 99.02 49	奈 良	奈 良	⑤ 219,048 100.00

選挙区	定数	議員一人当たり人口	指數	順位	選挙区	定数	議員一人当たり人口	指數	順位
長野	① 3 184,807 84.37 79	鳥 取	島 岩	① 5 145,329 66.35 115	島 岩	島 岩	島 岩	5 153,775 70.20 107	島 岩
	② 3 148,403 67.75 110	島 岩	島 岩	② 5 176,951 80.78 87	島 岩	島 岩	島 岩	⑤ 177,516 81.04 85	島 岩
	③ 4 135,781 61.99 122	島 岩	島 岩	③ 5 185,904 84.87 77	島 岩	島 岩	島 岩	⑤ 185,657 84.76 78	島 岩
	④ 3 158,268 72.25 103	島 岩	島 岩	④ 3 344,564 157.80 15	島 岩	島 岩	島 岩	⑤ 162,521 74.19 97	島 岩
岐阜	① 5 232,302 106.05 42	廣 広	島 岩	① 4 181,271 82.75 82	島 岩	島 岩	島 岩	⑤ 161,018 73.51 99	島 岩
	② 4 176,615 80.63 88	島 岩	島 岩	② 3 172,584 78.79 90	島 岩	島 岩	島 岩	③ 175,718 57.39 126	島 岩
	③ 5 220,979 100.88 47	山 口	島 岩	③ 3 147,845 67.49 111	島 岩	島 岩	島 岩	④ 161,673 73.81 98	島 岩
	④ 5 229,652 104.84 43	山 口	島 岩	④ 3 180,458 82.38 83	島 岩	島 岩	島 岩	⑤ 182,228 83.19 80	島 岩
静	② 5 220,979 100.88 47	山 口	島 岩	⑤ 4 265,789 121.34 33	愛 媛	愛 媛	愛 媛	④ 194,139 88.63 67	愛 媛
	③ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑥ 5 3 215,954 98.59 51	島 岩	島 岩	島 岩	⑤ 170,740 77.95 93	島 岩
	④ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑦ 5 256,601 117.14 36	島 岩	島 岩	島 岩	③ 125,718 57.39 126	島 岩
	⑤ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑧ 5 312,356 142.60 20	島 岩	島 岩	島 岩	④ 161,673 73.81 98	島 岩
愛	⑥ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑨ 5 312,356 142.60 20	島 岩	島 岩	島 岩	⑤ 180,458 82.38 83	島 岩
	⑦ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑩ 5 267,194 121.98 31	島 岩	島 岩	島 岩	⑥ 162,521 74.19 97	島 岩
	⑧ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑪ 5 190,492 86.98 74	島 岩	島 岩	島 岩	⑦ 176,951 80.78 87	島 岩
	⑨ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑫ 5 294,474 134.43 24	島 岩	島 岩	島 岩	⑧ 181,271 82.75 82	島 岩
	⑩ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑬ 5 302,072 115.41 37	島 岩	島 岩	島 岩	⑨ 185,657 84.76 52	島 岩
	⑪ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑭ 5 326,000 175.30 3	島 岩	島 岩	島 岩	⑩ 196,066 89.51 65	島 岩
	⑫ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑮ 4 345,426 157.69 14	島 岩	島 岩	島 岩	⑪ 203,207 92.77 59	島 岩
	⑬ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑯ 4 373,170 170.38 7	島 岩	島 岩	島 岩	⑫ 226,411 103.36 46	島 岩
	⑭ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑰ 5 327,651 154.14 17	島 岩	島 岩	島 岩	⑬ 135,274 61.76 124	島 岩
	⑮ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑱ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	⑭ 193,132 88.17 69	島 岩
	⑯ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑲ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	⑮ 159,317 72.73 100	島 岩
	⑰ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	⑳ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	⑯ 139,261 63.58 120	島 岩
	⑱ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉑ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	⑰ 203,207 92.77 59	島 岩
	⑲ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉒ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	⑱ 226,411 103.36 46	島 岩
	⑳ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉓ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	⑲ 135,274 61.76 124	島 岩
	㉑ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉔ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	⑳ 193,132 88.17 69	島 岩
	㉒ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉕ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉑ 159,317 72.73 100	島 岩
	㉓ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉖ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉒ 139,261 63.58 120	島 岩
	㉔ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉗ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉓ 203,207 92.77 59	島 岩
	㉕ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉘ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉔ 226,411 103.36 46	島 岩
	㉖ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉙ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉕ 135,274 61.76 124	島 岩
	㉗ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉚ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉖ 193,132 88.17 69	島 岩
	㉘ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉛ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉗ 159,317 72.73 100	島 岩
	㉙ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉜ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉘ 139,261 63.58 120	島 岩
	㉚ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉝ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉙ 203,207 92.77 59	島 岩
	㉛ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉞ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉚ 226,411 103.36 46	島 岩
	㉜ 5 229,652 104.84 43	島 岩	島 岩	㉟ 5 363,161 165.79 11	島 岩	島 岩	島 岩	㉛ 135,274 61.76 124	島 岩
	㉝ 5 229,652								

(ただし、反対意見が基礎にしている数字は、1972年の選挙当時のもの)。しかし、いざれにせよ、反対意見が提示した解決策は、事情判決的法理の安易な適用を避けた点、および、その結果として選挙を無効とすることに由来するというインシベクトを立法府に与える点で、多数意見よりすぐれていると思う。なお、この反対意見の欠点としては、選挙を無効とするることにより、当該選挙区の議員なしで、その後の衆議院が活動しなければならない。特に、当該選挙区にとって最も利害関係のある定数の改正が、その代表者を欠いたままなされなければならないことが指摘されるが、この点を考慮した解決策を示したのが岸反対意見である。それにすれば、選挙は無効としながら、しかし、適正な定数の範囲内で当選の効力は維持されるといいうものである。興味ある問題提起ではあるが、結論的には、解釈論としては無理であり、賛成できない。ここでは、これ以上立ち入らない。

**将来効判決** のであるが、将来効判決により提案されたもの効力は、通常その判決が出された時点よりも以前になされた行為に対してのみ及ぶとするが、将来効の考え方である。これを、定数不均衡の違憲を理由とする選挙無効の訴訟に適用すれば、理由中で定数配分規定の違憲無効であることを判示するが、その効力は、これに基づいてなされた過去の選挙には及ばず、今後の選挙にのみ及ぶこととなる。このような判決の出し方が許されるとすれば、少なくとも上記の諸解決策が有したさままな欠点を免れた問題の解決がしうるであろう。このような将来効の考え方は、アメリカで展開され、これを認めた判例も存在するが、日本では、今までのところ判例はない。はたして、日本でも認めてよいであろうか。アメリカでも多くの議論をよんではいるよ

うに、判決中で将来効を述べる部分は、判決の結論（本文）にとつては、必ずしも必要でなく、その意味で傍論であるが、特に違憲判決のばあい、そのような傍論で、立法府に対して法改正の勧告あるいは警告の意味をもつ判断を述べることは、当該事件の解決に必要なかぎりでのみ憲法判断をするという司法権の性質からいって、許されないのではないかとい、う疑問が生じる。しかし、これに対しては、違憲の法律を当該事件に適用するか、それとも将来効として適用しないかの判断は、まさに当該事件の解決に必要な判断であり、司法権の性質に反しないという理解も可能であり、将来効判決を認めることができ、憲法解釈として不可能なわけでは決してない。したがって、この定数不均衡問題を1つの素材として、いかなるばあいに将来効判決という手法を認めてないかを、アメリカの例をも参考にしながら、考えていくのが、今後に残された課題である（この問題については、佐藤幸治「違憲判決の効力」法学論叢94巻3=4号、田中英夫「判例の不適及的変更」法学会雑誌83巻7=8号参照）。

しかし、将来効判決が認められれば、すべてうまく解決されるかとい、うと、そうでもない。かりになんらかの理由で改正が間に合わなかつたばあい、旧規定に基づいて行なった選挙の効力はどうなるであろうか。違憲判決の効力につき、一般的効力説をとったとしても、選挙を、訴訟で争い無効の判決が出されなくとも、当然に無効だと解するわけにはいかないからだ。議員の行為も当然に無効だと解するわけにはいかないであろう。結局、公選法204条の訴訟として提起されるのを待ち、そこで、違憲無効の法律に基づく選挙の効力の問題として判断するということにならう。個別的効力説に立てば、こうなることはいうまでもない。すれば、この段階で先の多数意見と同じ問題に直面するということであり、将来効判決を使つたことは、問題を先にのばしたものだけの意味しか持ちえないことになる。アメリカのように、場合によっては裁判所が定数配分案を示し、改正ができなかつたときは、その案に基づいて選挙を

するよう命令することが認められているならば、かかる問題を考慮する必要はないであろうが、それが認められない日本では、そこまで射程に入れて理論を考えておく必要がある。

#### ◆ 関連問題 ◆ アメリカの議員定数問題

##### 議員定数配分の不平等に関するアメリカの判例を紹介せよ。

定数不均衡の問題は、アメリカにおいて最も激しい論議をよび、いくつかの画期的な最高裁判決を生み出してきた。まず、定数不均衡問題の司法判断適合性 (justiciability) について、最初に注目される判決はコルグローヴァ対ジーリーン事件 (Colegrove v. Green, 328 U. S. 549 [1946]) である。この事件は、イリノイ州の連邦議会議員配分法の適憲性を争ったものであるが、裁判所は、政争にまきこまれることは避けべきだという理由で訴えを却下した。これが、政治問題 (political question) の法理の適用を認めたと理解されるべきかどうかについては、見解の対立があるが (芦部・憲法訴訟の理論 205 頁参照)、いすれにせよ、この判決が先例となって、以後長い間アメリカの裁判所は定数不均衡問題の実質的審査を拒否してきたのである。ところが、1962 年の歴史的な最高裁判決ベーカー対カー事件 (Baker v. Carr, 369

U. S. 186) において、この態度が更される。この判決は、「議員配分命令」とよぶ者もいるほど大きな反響をよび、1954 年の黒人分離教育違憲判決とともに紹單に紹介しておこう。二大判決の 1 つといわれている。事実は、テネシー州の選挙人ペーカー等が、外議会議員の選挙区に対する定数の配分がいちじるしく不均衡であり、それを定めた州議会配分法は合衆国憲法の平等待遇原則に違反すると主張して、その旨の宣言とこの州法に基づく選挙の執行の差止命令 (インシャンクション) その後の數次を求めたものである ((くわしくは、ジュリ 253 号 42 頁) の判決の紹介および英米判例百選 54 頁参照)。連邦最高裁の多数意見はこの判決において、定数不均衡問題に対する政治問題の法理の適用を明確に否定し、裁判所による審査を肯定した。しかし、定数配分がいかなるばあいに違憲とされるべきかの具体的な基準は、ここでは示されなかつたため、その点

が後の判例の展開に委ねられることがなつたのである。

この判断基準は、2 年後にウェスベリー判決 (Wesberry v. Sanders, 376 U. S. 1 [1964]) で定立される。これは、ジョージア州の有権者が、同州の連邦議会議員選挙区（小選挙区制）間の定数不均衡（人口最高選挙区と最低選挙区の比は約 1 対 3）が平等条項に違反すると主張し、これを定める州法が違憲であることとの宣言的判决および同法に基づく選挙の執行の差止命令を求めて出訴した事件である ((くわしくは、芦部・憲法と議会改 454 頁参照))。この判決において、多数意見は、議席が人口数に比例して配分されるべきこと (one person one vote の原則) が、連邦憲法第 1 編第 2 節の要請であると明示した。しかも、この人口比例の原則が実行可能なかぎり精密に適用されるべきことを説き、厳しい態度を暗示したのである（現実に 1 対 3 程度の格差が問題とされたことからといって、これより厳しい基準が予想された)。

こうした態度をさらに押し進めたのが、ウェスペリー判決のすぐ後に提出されたレイノルズ判決等の一連の州議会

夫「アメリカにおける議員定数の是正と裁判所」。シリ532号78頁参照)。  
したがって、訴訟のあり方が全く異なる日本で、このような厳格な基準を探

用しうるかどうかは、さらに慎重な検討が必要であろう。

[高橋和之]

## ア 投票の自由

選挙における投票の自由の憲法上の意義を明らかにし、投票への取り出し問題や「企業ぐるみ選挙」問題を論評せよ。

### 1. 投票の自由と憲法

憲法は、国民民主権の原則を宣言し(前文および1条), 主権者たる国民の政治参加の方式としては、いわゆる直接民主制と間接民主制と併用している。そのいずれの場合も、1人1人の意思の表明は、投票という行動を通じておこなわれるのが通常であり、投票についての第1の基本原則は、差別の排除=平等の保障である(14条1項)。さらに憲法は、公務員を選定し罷免することは「国民固有の権利である」としているが(15条1項)、公務員の選挙については成年者による普通選挙を保障し(同2項)、国會議員の選挙に関しては、とくに「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入」による差別的資格制限を禁止している(44条)。

差別の排除について第2の原則は、投票が本人の自由な意思によるべきこと、すなわち、外的圧力によって「投票の自由」が侵されないことである。投票の自由の侵害としては、とりわけ投票内容が投票者自身以外の者に知られるることによって、投票者の自由意思が制圧されるという形であらわれやすい。このため、投票の秘密ということが重要な意義をもつこととなり、憲法はこの問題について、「すべて選挙における投票の秘密は、これを侵してはならない」と明記している(15条4項)。投票の秘密は、19世紀中葉以降は各国の選挙制度における共通の原理となっ

問題にする定数不均衡が、まさにこの意味で平等原則に關係した問題なのである。これを投票価値の平等とよぶのは、次に述べる平等原則の問題と混同されるもとであり、それを避けるには、むしろ「選挙権の価値の平等」とよんだ方がよいと思うが、ここでは從来通りの用語を使つておく。第3の意味は、投じられた票の価値の平等である。これは2つの問題にわけられる。第1は、投じられた個々の票の選挙の結果に対する影響力の平等である。しばしば、上述の投票価値の平等と混同されているが（たとえば、昭和51年判決の原審東京高裁の判決理由がその典型）、両者は全く異なるレベルの問題であり、區別を要する。投票価値の平等が実現されているばあいでも、投じられた票の価値の平等は、同一選挙区内では問題とならないが、異なる選挙区間では問題となりうる。たとえば、当選するのに、A選挙区では10万票必要であったのに、B選挙区では5万票で足りたといふれば、定数の不均衡が原因で生じることが、実際上は多いであろうが、不均衡がなくとも、立候補者数の違いや、乗権者数の違い等によつても生じうるのであり、理論上は、定数不均衡とは異なる問題なのである。選挙区制をとる以上避けえない不平等であつて、憲法がこれを禁じているとは考えられない。逆に、また、かかる不平等が憲法上禁じられていないからといって、投票価値の不平等も禁じられないといふことはならないのである。投じられた票の価値の平等の第2は、個人の票がすべて平等に議席に反映されることを要求するもので、具体的には比例代表制の要求となつて現われる。日本国憲法上は、かかる平等は要求されていない。

## (2) 裁判所で争いうるか

選挙権の性格 以上によつて、定数不均衡は異なる選挙区に属する個人の投票の価値を差別する憲法14条違反の問題として理解されるとが明らかにされたが、しかば、かかる問題は裁判所で争

いうる性質のものであろうか。それを考へるにあたっては、最初に選挙権の性質を明らかにしておく必要がある。日本国憲法は、前文で、主権者が国民に存し、国民の代表者がそれを行使すると宣言し、第15条で、公務員（国民の代表者）を選定することを国民の固有の権利であると規定している。そして、この選定の一方法として、選挙が、特定の公務員（憲法93条参照）について予定されているのである。ゆえに、選挙権は、主権者たる個々の国民に、主権者たることの具体的な表現として与えられた「固有の権利」なのだと理解されねばならない。そうだとすれば、選挙権の侵害に対しては、他の人権の侵害と同様に、裁判所による救済が保障されねばならぬ、選挙関係争訟制度は、まさにそのため特に創設された制度として理解されねばならないのである。ところが、従来は、選挙権の権利性が否定され（たとえば、田口精一「議員定数の均衡と平等原則」阿部編・判例演習講座・憲法41頁）、現行の選挙関係争訟は選挙権の侵害の慰賠のためのものではなく、「民衆訴訟」（行訴5条）であると考えられてきた。日本国憲法の中で選挙権の占める位置をありに軽視した議論といわざるをえない。

選挙権の観点から、選挙権の具体的な権利性が認められれば、定数不均衡が選挙権の侵害である以上、当然、裁判所での救済が認められないことになる。しかし、選挙権の具体的な権利性を認めないと從來の見解を前提としても、権力分立の観点からいって、裁判所が定数不均衡の問題の審査権を持つことが認められるべきである。なぜなら、ことの性質上、定数不均衡は議会の多数派に有利に作用するのであり、そりであるかぎり、議会自身による自発的解決はきわめて困難であるから、少數派保護のために裁判所が関与することが好ましいからである。

選挙争訟 では、いかなる形態の訴訟を提起しうるのであらうか。これまで定数不均衡が争わた訴訟は、すべて公選法204条の定める選挙の効力に関する訴訟（選挙争訟）として提起されてきた。しか

著者紹介	野中俊彦 (のなか・としひこ) 法政大学名誉教授	法政大学名誉教授
中村唯男 (なかむら・むつお)	北海道大学名誉教授	北海道大学名誉教授
高橋和之 (たかはし・かずゆき)	明治大学教授	明治大学教授
高見勝利 (たかみ・かつとし)	上智大学教授	上智大学教授
		
<b>憲法 II (第5版)</b> <i>Japanese Constitutional Law II, 5th ed.</i>		
著 者	野 中 俊 彦 中 村 唯 男 高 木 利 之 橋 伸 見	野 中 俊 彦 中 村 唯 男 高 木 利 之 橋 伸 見
発 行 所	株式会社 有斐閣 中高高	株式会社 有斐閣 中高高
印 刷・大日本法令印刷株式会社 / 製本	大日本法令印刷株式会社	大日本法令印刷株式会社
© 2012, T. Nonaka, M. Nakamura, K. Takahashi, K. Takami.	Printed in Japan	Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取扱いいたしました。		
★定価はカバーに表示しております。		
ISBN 978-4-641-13119-4		
〔JCOPY〕本書の無断複写(コピー)は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、その都度事前に、(社)出版者著作権管理機構(電話03-3513-6569、FAX03-3513-6913、e-mail:info@copy.or.jp)の許諾を得てください。		

## 事項索引

著者紹介	あ 行	委任命令 ..... 211, 418, 418 委任立法 (→立法の委任) ..... 77, 382 インカメラ審理 ..... 266 インターネット利用の選舉運動 ..... 28 院内交換団体 ..... 54 訴えの利益 ..... 294, 295 ——の喪失と憲法判断 ..... 295 浦和事件 ..... 145, 243 上乗せ条例 ..... 386 運用違憲 ..... 318 衆議院の長与 ..... 212 恵庭事件 ..... 311 LRAの基準 ..... 309 天津事件 ..... 241 公の支配 ..... 345, 346 ——と私学助成 ..... 344 オーストリア憲法 (1920年) ..... 55 obiter dictum ..... 329 恩 敵 ..... 212 オンブズマン ..... 318 違憲審査
	か 行	会 期 ..... 112 ——の対象 ..... 278 ——の方法 ..... 303 違憲審査 ..... 227, 270 ——の主体 ..... 276 違憲審査制 ..... 5, 270 ——の性格 ..... 274 アメリカ型 ..... 271 違憲判断の効力 ..... 319 アメリカ型 ..... 274 違憲判断の方法 ..... 315 意見表明の自由 ..... 26 違憲法令審査権 → 違憲審査権 違憲立法審査権 → 違憲審査権 萎縮効果 ..... 301, 308 板まんだら事件 ..... 230 イタリア憲法 (1947年) ..... 55 院制 ..... 83 会 派 ..... 53, 98 下級裁判所 ..... 171 下級裁判所裁判官 ..... 225, 255, 277 一事不再譲 ..... 132 委任事務 ..... 376
	か 行	会 期 ..... 112 ——独立の原則 ..... 113 ——の延長 ..... 113, 115 ——不継続の原則 ..... 113 会議の公開 ..... 133 外局規則 ..... 419 会計検査院 ..... 356 会計検査院規則 ..... 419 会計年度 ..... 348, 355, 416 解 散 ..... 171, 181, 194 閉会中の—— ..... 119 解散権 ..... 119 ——論争 ..... 215 知事の—— ..... 372 解職請求 ..... 375 会 派 ..... 53, 98 下級裁判所 ..... 225, 255, 277 下級裁判所裁判官 ..... 248, 256 ——の再任 ..... 259

院議員選挙法の改正(法四二号)により、それまで衆議院議員の選挙権については二十五歳以上であったものが、民法の成年年齢(四条)と同じ二十歳まで下げられ、一九五〇年の公選法に引き継がれたものである。ところが、一九〇七年の憲法改正国民投票法の成立に伴い、「国は、この法律が施行されるまで(一九一〇年)の間に、年齢満十八歳以上満二十歳未満の者が國政選挙に参加することができる」と等となるよう、選挙権を有する者の年齢を定める公職選挙法、成年年齢を定める民法その他の法令の規定について検討を加え、必要な法制上の措置を講ずるもの」とした(附則三条第一項)ことから、現在、民法等の規定の改定とともに、公選法上の選挙権年齢を十八歳に引き下げることが求められている。とはいえ、選挙という政治参加の判断能力にかかる憲法一五条の「成年者」と民事上の判断能力にかかる民法四条の「成年年齢」とは常に一致すべきものとする理論的根拠は何もない。法制審民法成年年齢部会もまた、そのように理解した上で、しかしながら、①両者の年齢は一致している方が「法制度としてシンプルである」こと、②多くの国で両者の年齢を一致させていること、③一九四五年一二月、民法の成年年齢が二十歳であるとして、選挙年齢を満二十歳に引き下げたことから、民法上の判断能力と参政権の判断能力とは一致すべきであることなどを理由に、特段の弊害がない限り、両者の年齢は「一致していることが望ましい」と論結する(『民法の成年年齢の引下げについての最終報告書』六頁)。そこで主たる根拠とされているのは、③の沿革的理由である。しかし、それならば、なぜ、衆議院議員選挙法が公布され(一八八九年二月一日)、民法が施行されて(一八九八年七月十六日)以来、半世紀近くもの間、両選挙権年齢が憲法それ自体の改正という主権そのものの行使にかかる国民投票権年齢とも同一でなければならないとする理論的根拠も、同じ主義の「参政権」に帰属するからであるとする理由以外には希薄である。

(2) 平等選挙 これは、選挙人の選挙権に平等の価値を認めるものであり、身分・財産・教育・納税額等によつ

て選挙権に差をつける差等選挙と区別される。差等選挙は、その社会的地位や知識・能力等に实际上差があるにもかかわらず、すべての選挙人が平等の選挙権を有するのは不合理であるとして、その地位・能力に相当する選挙権を与えるとするものである。差等の極限は、選挙権を有する者と有しない者との差になるので、差等選挙と制限選挙は同じ原則に立つものといえよう。

平等選挙の原則の意味も、歴史的に変遷を遂げてきており、この原則が説かれた一九世紀の立憲諸国においては、一人一票の原則を指すものとされた。そこでは、選挙人のうちに複数の投票権をもつ者が認められる複数選挙(ベルギー、イギリス)や納税額の多少によって選挙人が複数の等級に分けられる等級選挙(ロイセン)、大正末期までの市町村会の選挙等の不平等選挙を禁するものとされた。この原則は、第一次大戦後に普及した比例代表制度と結びついて、各人の投票が選挙の結果に及ぼす影響力においても等しいものでなければならぬと解されるようになった。そして、それは、現在では、多數代表制、少數代表制の選挙区割りにも基本的に妥当すべきものとされ、有権者数(人口)と議員数とが各選挙区間で均等になるよう議席配分がなされなくてはならないとする原則とされるにいたっている。日本国憲法の下での選挙権の平等もまた、この投票価値の平等を意味するものであることはいうまでもない。最高裁は、衆議院の議員定数を違憲とした昭和五一年四月一四日の大法廷判決において、選挙権の平等は、「単に選挙人資格に対する制限の撤廃による選挙権の拡大を要求するにどまらず、更に進んで、選挙権の内容の平等、換言すれば、各選挙人の投票の価値、すなわち各投票が選挙の結果に及ぼす影響力においても平等であることを要求せざるをえない」として、この原則が單なる計算価値の平等にとどまるものではないことを明らかにしている(民集三〇巻三号一二三頁(第1巻第六章第二節四・五、第一章第二節参照))。

\*議員定数不均衡問題 衆議院・参議院の両方にわたる議員定数不均衡問題についてここで概観しておくことにしよう。

衆議院の選挙区と議員定数の配分を定める公職選挙法旧別表第一および参議院選挙区と議員定数を定める旧別表第二は、一九四六年(昭和二二)年四月の全国人口調査を基礎として、当時の人口に比例してほぼ平等に議員定数の配分を行っていた。当時も各選挙区間である程度の投票価値の不平等はあったが、国民に不合理を感じさせる程度のものではなかった。しかし衆議院議員の定数配分については、一九六四年(昭和三九年)と一九七五年(昭和五〇年)に選挙区の新設・分区と定員増により、また一九八六年(昭和六一年)と一九九二年(平成四年)にはそれぞれ定員の八増八減、九増一〇減による是正が行われたが、最後の定数は正直点でも選挙区間の最大較差は一対二・七七に達していた。

また参議院議員の定数配分については、長らく是正が行われず、一九九二年(平成四年)選挙当時に最大較差は一対六・五九に達し、多くの選挙区間で逆転現象(人口の少ない選挙区への定数配分が人口の多い選挙区への定数配分よりも多くなっている)という現象が顕著にみられた。一九九四年(平成六年)になつてようやく八增八減(二回の選挙につき四増四減)による是正がなされたが、それでもなお最大較差一対四・九七程度を抱えた状態になっていた。

学説は、投票価値の平等は憲法上の要請であると解する点ではほぼ一致し、許容される最大較差は特段の事情がない限り、一対二程度までと解するのが通説である(吉部・尾関三五〇頁)。参議院については、その特殊性を考慮して、緩く解する立場もあるが、特殊性の強調には疑問が多い(高橋・長谷部・石川編・百選Ⅱ三四〇頁(辻村)参照)。

最高裁は最初、参議院の定数不均衡につき、定数配分は立法裁量の問題であるとしていたが(最大判昭和三九年二月五日民集一八巻二号二七〇頁)、その後衆議院の定数不均衡につき、投票価値の平等が憲法上の要請であることを認めるにいたつた(最大判昭和五一年四月一四日民集三〇巻三号二二三頁)。この判決は、「憲法一四条一項に定める法の下の平等は、選挙権に関する事項は投票価値の平等をも含む」とし、最大較差一対四・九九にも達した一九七二年(昭和四七年)衆議院議員総選挙当時の衆議院議員定数配分規定を違憲と判断した。しかし議員定数配分についての国会の裁量権を認め、結局「投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはどうてい考えられない」として是正を認め(最高判昭和五一年六月八日民集四九巻六号一四四三頁)。

程度に達しているときは、「もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定される」という基準で判断している。その後一対四・四の較差を含む一九八三年(昭和五八年)年総選挙当時の定数配分規定も違憲と判断され(最大判昭和六〇年七月一七日民集三九巻五号一〇〇頁)、さらに一対三・一八を含む一九九〇年(平成二年)年総選挙時の定数配分規定は違憲状態と判断されたが(最大判平成五年一月二〇日民集四七巻一号六七頁)、定数は正後の一対二・八二を含む一九九三年(平成五年)年総選挙時の定数配分規定はこの基準に照らして合憲と判断されている(最高判平成七年六月八日民集四九巻六号一四四三頁)。一九九四年(平成六年)の衆議院議員選挙区制度の改正により、従来の中選挙区制度は廃止されたので、従来のような形での不均衡問題は生じなくなつたが、新たに設定された小選挙区間の較差が一九九六年(平成八年)年の総選挙時には一対一・三一であり、再び違憲訴訟が提起された。最高裁大法廷はこれを合憲と解したが、五人の裁判官の反対意見が付されている(最大判平成二年一月一〇日民集五三巻八号一四四一頁)。その後、この判決を踏襲する小法廷判決や(最高判平成二年一月一八日民集五五巻七号一六四七頁)、いわゆる一人別枠方式を含む小選挙区の区割り規定を合憲とする大法廷判決も示された(最高判平成二九年六月一三日民集六一巻四号一六一七頁)。しかし、この一人別枠方式について、平成二二年三月二三日の大法廷判決は、人口比例原則に基づいて配分された場合、人口の少ない県の定数が激減することに対処する緩和措置として、「国政における安定性、連續性の確保を図る必要」から、小選挙区導入時には合理性を有したもの、現在では、その合理性が失われているとし、「本件選挙において、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至つていたものというべきである」とした(民集六五巻二号七五五頁)。

他方、参議院選挙区選出議員定数配分の不均衡については、最大較差一対五・八五を含む一九八六年(昭和六一年)七月の選挙当時の定数配分規定にいたるまで、参議院選挙区選挙の特徴(地方代表的性格、半数改選制、総対数の限界など)をあげて、より広い立法裁量を認め、合憲の判断を繰り返してきた(最高判昭和六三年一〇月二一日民集五〇巻八号二二八三頁)。

比較的最近になって最高裁はようやく、最大較差一対六・五九を含む一九九二年(平成四年)選挙時の定数配分規定は違憲状態にあつたということだけは認める判決を下した(最高判平成八年九月一一日民集五〇巻八号二二八三頁)。しかし、一九九四年(平成六年)の定数は正後の一対五弱の較差、さらに一対五強の較差を含む議員定数について、反対意見もかなり多いが、依

事項	索引
大正12年生	73, 74, 75
昭和24年東京大学法学部卒業	56, 74
現在 東京大学名誉教授	66
〔主要著書〕	
憲法と議会政（東京大学出版会, 1971）	
憲法訴訟の理論（有斐閣, 1973）	
現代人権論（有斐閣, 1974）	
憲法Ⅱ人権（1）（編著）（有斐閣, 1978）	34
憲法Ⅱ人権（2）（編著）（有斐閣, 1981）	34
憲法訴訟の現代的展開（有斐閣, 1981）	34
憲法制定権力（東京大学出版会, 1983）	203, 205
司法のあり方と人権（東京大学出版会, 1983）	179
憲法の焦点Part 1～3（有斐閣, 1984）	152
国家と法Ⅰ憲法（放送大学教育振興会, 1986）	170
憲法講義ノートⅠ（有斐閣, 1986）	170
憲法判例を読む（岩波書店, 1987）	192
憲習憲法（新版）（有斐閣, 1988）	273, 274
憲法学Ⅰ憲法総論（有斐閣, 1992）	262, 327, 335
憲法学Ⅱ人権総論（有斐閣, 1994）	217
憲法新版（岩波書店, 1997）	299
〔新しい〕平等尊重主義（→積極的差別解消措置）	90
affirmative action（→積極的差別解消措置）	8
アメリカ合衆国憲法	28, 41
アメリカ諸州の権利宣言	10, 39, 56, 117, 126,
アメリカの独立宣言	130, 131, 145, 236, 360
「あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約」（人種差別撤廃条約）	33
アリストテレスの正義論	117
安寧秩序	115, 8, 250
「家」制度	57
イエリネク	117
位階	54
「生きる権利」	30
意見広告の掲載を求める権利	274
違憲審査の基準	58, 241
憲見表明の自由	243
違憲（立法）審査権（制）	10, 11, 15, 16
落丁・乱丁本はお取替えいたします。	427, 429
販売価格はカバーに表示しております。	447
ISBN 4-641-12839-1	245, 316
印刷 精興社／製本 和田製本工業	188
発行者 江 草 忠 敬	9, 134, 144, 145,
著作者 芦 部 のぶ 信 吾	203, 236, 359, 360
発行所 東京都千代田区神田神保町2-17	
株式会社 有斐閣	
電話 (03) 3265-6811〔営業〕	
3813-4911〔雑誌編集部〕	
郵便番号 101-0051	
1998年3月25日 第1版第1刷発行	
憲法学III 人権各論（1）	



〔R〕本書の全部または一部を無断で複写複製（コピー）することは、著作権法上の例外を除き、禁じられています。本書からの複写を希望される場合は、日本複写権センター（03-3401-2382）にご連絡ください。

ISBN 4-641-12839-1

©1998, 芦部信吾, Printed in Japan.  
落丁・乱丁本はお取替えいたします。

オブライエン・テスト 433, 437, 461, 464

オルマン判決 224

で判断すべきだという反対意見がある。

以上の判例から、最大較差がおおむね一対三程度までは合憲とされるが、それを超え一対四に近くなると（たとえば一対三・九四）違憲とされる可能性があることが明らかにされた。そのため、五一年判決の打ち出した基準のうち①の準則は、具体的には最大較差おおむね一対三という計数基準に偏着する、という解釈がその後の下級審判決に支配的となってきた。もともと、②の準則に言う「合理的期間」の長さは、「諸般の事情を総合考察」して個別的に決められているので、大体の幅を示すことができる程度の不明確なものにとどまっている。<sup>(1)</sup>このような審査基準の動向との関連で注目されるのが、平成二年（一九九〇年）二月施行の総選挙における定数不均衡について下された三つの高裁判決である。一九八六年の法改正により①の判決で合憲とされたものの、その後是正されないまま三年九ヵ月を経た本件選挙時の定数不均衡は、議員一人当たりの選挙人数の最大較差が一対三・一八に拡大していた。これを東京高裁（平成三・二・八判タ七五三号六四頁）は非人口的要素の役割を重視して合憲としたが、大阪高裁（平成三・五・二七判時一三八七号三六頁）は人口比率を重視し、六〇年法改正時の最大較差一対一・九九は「ぎりぎり」の数値だとし、合理的期間も超過していると判断して違憲の結論をとり、広島高裁（平成三・一〇・一四判時一三九八号一九頁）は定数不均衡は違憲状態だとしつつ、是正のための合理的期間内にあつたと判示した。<sup>(2)</sup>この三件について最高裁は、較差は違憲状態にあつたが、本件定数配分規定の施行の日から三年七ヵ月、国勢調査の確定値公表日から約三年三ヵ月を経た時点での不平等状態であるから、是正のための合理的期間を超過しておらず、違憲と断定することはできない、と判示した。較差は違憲状態（判定基準につき、「二倍説と三倍説あり」）、合理的期間も過ぎているから違憲であるが、選挙は違法の宣言にとどめる旨の四裁判官の反対意見がある（最大判平成

## 五・一・一〇民集四七巻一号六七頁）。

### （4）学 説

（1）五一年判決は偏差の許容限度を数字をもつて明らかにする考え方を探らず、これについては反対意見は皆無であったが、その後、学説や下級審判決に応えて、最高裁判決においても五八年・六〇年判決の反対意見の中に、衆議院については一対一の基準によるべきであるとか、一対二を超えた場合は合理的理由の有無の検討が必要であるとか、一対三程度で考えるべきであるという、計算基準を示す意見が現れるようになった。しかし、計数基準を探る裁判官の意見は、まちまちである。判例の流れからは、ただ、右にみたとおり、おおむね一対三程度なら合憲とされる可能性を読みとることができるにとどまる。それ以上に計数基準を積極的に示した最高裁の判例理論を見出すことはできない<sup>(3)</sup>。これは判例が定数配分における非人口的要素の役割、したがって国会の広汎な裁量権を認めていることと、密接にかかわる。このような考え方を探れば、五八年判決の補足意見にも述べられているように、「違憲判断の基準を具体的な数値をもつて明示することは、事柄の性質上できない」ということになる<sup>(4)</sup>。しかし、選挙権（投票価値）の平等が憲法一四条によって要求される原則だといふなら、立法府の裁量権をしばり、違憲判断の基準をより厳しく進則化することが必要であり、かつ、そのほうが実際の要請に応えるゆえんでもあるう。そのためには計数基準を採用すべきである、というのが学説の支配的な動向である。

（2）多數説は一対二の基準に拘るべきだとする<sup>(5)</sup>。私も、①少なくとも、議員一人当たりの人口の最高選挙区と最低選挙区の投票価値に約一対二以上の較差があつてはならないこと、②非人口的要素は、いかに考慮に値するとはいっても、原則として右の一対二以上の較差を正当化することはできないこと、③人口比例の原則からの乖離を正当化

する举証責任は、表現の自由の場合に準じ、公権力の側にあると解すべきであることを主張してきた。<sup>(16)</sup> その趣旨は次のとおりである。

選挙法は徹底した人格平等の原則を基礎にしている。したがって、投票価値の平等に言う「平等」の意味は、一般的の平等原則の場合における平等の意味よりも、はるかに形骸化されたもの、つまり、合理性という実質的な理由を探求して原則からの逸脱を許す限度が厳しく限定されたもの、と解さなければならない。定数配分が人口数（有権者数）に比例すること自体に高度の民主的合理性が存するのは、そのためである。そうだとすれば、一票の重みが、特別に必要不可欠な根拠もなく選挙区間で一倍以上の較差を生ずるような状況は、一人が一票行使することに等しいので、一人一票という、平等選挙の本来の原則（本質）を破壊することになる。一対二の基準は、このように、一人一票という本来は数的平等の意味に解されてきた選挙権平等の趣旨を投票価値の平等に推及した準則であり、それなりに一応の理論的根拠を認めることができる。

もつとも、選挙権が民主主義の根幹をなす権利であることを強調して、投票価値の平等を限りなく一対一に近づけるべきであるといし、一対二の基準に批判的な説もある。しかしながら、その趣旨は眞摯に値するけれども、わが国の選挙制度が、伝統的に、地域を基準として選挙区を画定する方式を探り、その場合、都道府県、市町村および特別区などの地方公共団体や郡の区域が基準とされてきたこと（公選法一二条一項三項・一四条・別表第一第一参考）、この区域は尊重に値し、それを基準とする選挙区の画定には十分合理性が認められること、したがって、選挙制度は「公正かつ効果的な代表」を実現することが求められ、非人口的要素をすべて考慮の外におく機械的な定数配分は望ましい形態とは言いがたいこと（とくに、それは事実上も不可能であること）などの事情も、考慮に入れ

られなければならない。私見の②③の要件は、選挙権が民主的憲法を支える最も貴重な権利の一つであり、投票価値の平等が憲法原則であることと、右の非人口的要素とを調節させるためのものであり、一対二の基準は、それから導かれるほど妥当にして実現も可能な結論であると考える。

（6） 芦部・現代的展開三一八頁参照。

（7） この判決の概要と意義につき、芦部「議員定数不均衡の違憲性と審査基準」昭和五五年度重判解九頁（一九八一）。

（8） この反対意見の中に初めて計数基準を提唱する意見が現れた。すなわち、合理的期間内とは言えないから違憲を宣すべきとする意見（二名）のほか、投票価値の平等は衆議院については一対二の基準によるべきであり、法改正のための合理的期間を考慮する必要はないとか（二名）、「一対二を超える場合は合理的理由の有無の検討が必要であるとか（二名）」、「一対三程度で考えるべきである（二名）」、という意見がそれである。判決の概要と意義につき中村勝男「衆議院議員定数訴訟上告審判決」昭和五八年度重判解一一頁（一九八四）参照。

（9） この判決の意義と問題については、芦部「衆議院定数違憲判決の意義と正解」法教六四号（一九八六）同・人権と憲法訴訟 第五論文・森安樹「衆議院議員定数訴訟」昭和六〇年度重判解一四頁（一九八六）参照。

（10） この判決の大要と問題点については、遠藤比呂通「八増七減改正衆議院議員定数不均衡訴訟」昭和六三年度重判解一四頁（一九八九）。

（11） 安念禪司「定数不均衡と改正の合理的期間」百選II二一四頁参照。合理的期間論は違憲審査基準としてではなく、事情判決を下すかどうかを考慮する際の判断資料と考るべきだという説もある。その意義と問題点につき芦部・人権と憲法訴訟二六一頁参照。

（12） この二判決については、辻村みよ子「一九九〇年衆議院選挙定数訴訟」平成三年度重判解一四頁（一九九一）参照。

（13） 実務上もそう解されている。

（14） 回旨の疑問を表明する説として、岡部照哉・演習憲法一七四頁（一九八五）参照。

(15) 例示すれば、高橋和之「議員定数配分の不平等」奥平・杉原編・憲法学(4)一〇五頁、吉田謙明「議員定数の不均衡と法の下の平等」憲法の判例(第三版)二七頁(一九七七)、佐藤功・詔教六六〇頁、樋口ほか・注釈上三三四頁(浦部法規新筆)、奥平康弘・杉原泰雄・憲法演習教室一八四頁(杉原)(一九八七)、佐藤孝・憲法一七頁、中村・論点一〇五頁、樋口・憲法一〇四頁等。もつとも、厳密に「対」とするか「応のめやす」とし、これを超える場合には個別に合理性の挙証なし論証の重い責任があると考えるが、論者により違いのあることに注意。なお、自民党員として「対」の基準を主張し(事実には「対三まで認めめたが」昭和六年改正に中心的役割を果たした一人、森清・衆議院定数問題論集(一九八六)も参照。

(16) 西部・議会政三七九頁、同・理論二二一頁、同・現代的展開三二四頁など。「対」の基準と言へても、従来は、①議員一人当たり全国平均人口の下での「票の価値を一〇〇とした場合、各選挙区での「票の価値がもつ偏差値(一〇〇の上下何パーセントまでの偏差を認めるかの問題)、②総定数議員の過半数を選出するのに必要な最少人口数と全国人口総数など、他の基準を併用して主張された点につき、西部・理論二二七頁、同・現代的展開三二五頁をみよ。

(17) たとえば、辻村・前出注(4)三二頁、長尾・憲法一七〇頁も、「法技術上可能な限り「対」に近くなければならない」と言う(新版の「対一・五程度をもつて限界基準すべき」だという文章は削られている)。「対一・五の基準を提唱する説として、大宮武郎・選挙制度と議員定数のは正(増補版)八五頁以下、一七〇頁以下(一九九〇)参照。定教訴訟に長年かかる越山康の見解もそれに近い。たとえば同氏の衆議院定数配分の抜本是正に関する研究(一九八七)参照。

### 3 参議院・地方議会の場合

- (1) 参議院について 衆議院定教訴訟に適用される右の違憲審査の基準は、参議院定数訴訟にそのまま妥当するのか、妥当しないとしたら、その理由は何であり、いかなる基準によつて不均衡の合憲性を判定するのか。
- (1) 判例 昭和五八年(一九八三年)最高裁は、憲法が投票価値の平等を要求していると読いた五一年判決を確認しながら、ます、選挙制度の決定は「国会の極めて広い裁量」に委ねられていることを強調しついで、

公選法の定める全国区制(現行の比例代表選出議員)は職能代表的性格、地方区制(現行の選挙区選出議員)は地域代表的性格をもつ制度だと解し、それを国会の裁量権の合理的行使として是認して、次のように述べた。「①人口の異動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の投票価値の著しい不平等状態を生じさせ、②かつ、それが相当期間継続して、このような不平等状態を是正するなんらの措置を講じないことが、……複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立つて行使されるべき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ると判断される場合に、初めて議員定数の配分の定めが憲法に違反するに至る」と(最大判昭和五八・四・二七民集三七卷三号三四五頁。引用文中の数字は脚部)。

五八年判決は、このような広い立法裁量論と参議院の特殊性(地方区制の地域代表的性格)を強調して、五一年(一九七七年)七月施行の選挙について、最大較差が「対五・一六」に拡大し一部選挙区に逆転現象(選挙人の多い選挙区の定数が選挙人の少ない選挙区の定数よりも少ないこと)がみられるとしても、違憲の問題を生ずる程度の不平等とは言えない」と判示したのである。その基本思想は、定数配分をもつばら立法政策の問題だとした昭和三九年判決(1参照)に著しく近いものがある。

昭和六一年(一九八六年)七月施行の選挙においては、最大較差はさらに拡大し「対五・八五」に達したが、右とほぼ同趣旨の判決が下された(最判昭和六二・一〇・一一訟務月報三五卷四号七一六頁、判時一二二一号一一三頁)。この判決も、現行の選挙区選出・比例代表選出といふ二本建ての参議院議員選挙制度は「兩院制の下における参議院の性格にかんがみれば、国民各自、各層の利害や意見を公正かつ効果的に国会に反映させるための具体的方法とし

て合理性を欠くものとはいえない」として、地域代表的・職能代表的な要素の意義（特殊性）を語り、それを前提として、五八年判決と同じ基準、すなわち、①投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過できない程度の著しい不平等かどうか、②その状態を放置したことが国会の裁量的権限として許される限界を超えると判断されるかどうか、という基準を用い、合憲の結論を導いている。

注目されるのは、平成四年（一九九二年）七月施行の選挙について、議員一人当たりの選挙人数の最大較差が一対六・五九（人口数の最大較差は一対六・四九）で、いわゆる逆転現象が八府県二四例にも達していた点の合憲性が争われた事件である。最高裁は、初めて較差を違憲状態と解したが、右五八年判決②の基準に言う「国会の裁量的権限」を超えるものと断定できないとし、定数配分規定を合憲と判示した（最大判平成八・九・一民集五〇巻八号一二八三頁）。もつとも、定数四人以上の選挙区（附加配分区）の定数は、人口比例原則に基づいて配分された経緯にかんがみ、最大較差が一対四を超えるときは（本件選挙では一対四・五四であつた）違憲となる旨の一裁判官の意見と、その点も考慮に入れて「看過し難い程度の著しい」不平等状態であるとして、かつ、「是正のための合理的期間をはるかに超えていた」から、定数配分規定は違憲である（ただし、選挙は選法の宣言にとどめる）旨判示した裁判官の反対意見がある。<sup>(18)</sup>

（iv）学説 しかし、学説は、このような五八年判決の考え方には一般に批判的である。<sup>(19)</sup>

たしかに、両院制の意義を生かすためには、選挙制度にある種の違いを設けることが必要であり、全国区（比例代表選出）と地方区（選挙区選出）という一本建て制は、その要請に応える一つの制度として一定の評価に値するものがある。しかし、どのような制度を探るかは国会の広い裁量に属するとしても、憲法が参議院の選挙制度につ

いて要求しているは、半数交代制（四六条）にとどまるから、都道府県を単位とする地方区は、歴史的にも独自の意義と実体をもち一つの政治的なまとまりを有する単位であることは疑いないけれども、それを選挙区とする議員の地域代表的性格を強調して、民主政の根幹をなす選挙権の平等という憲法原則を大きく傷つけるようなことがあつてはならない。

こう考えると、半数交代制を運用するうえで定数再配分が人口比例原則から著しく乖離する状態になり、それは正がもし現行法制のままでは不可能に近いとすれば、投票価値の平等を生かすために、むしろ選挙制度の改正を検討すべきではないかと思われる。たとえば、全く新しい選挙区制（たとえば東京、関東、東北、近畿、中国というような数県を単位とするプロック制か、それも不都合だとすれば地方区を廢止し全国区に統一する制度）に改めるか、あるいは、現行制度を前提としつつ若干の都道府県を統合ないし分割して選挙区を作定するか、もしくは憲法で要求される半数交番とは、それぞれの選挙区についてではないと解し（そう解することも不可能ではない）、定数が奇数の選挙区の存在も許されるという観点から定数再配分を行ふか、など、検討に値する制度はありうるであろう。したがつて、都道府県単位（しかもも偶数の定数配分）の選挙区制に両院制の妙味を実現するうえで必要不可欠とも言えるほど実質的な理由があれば格別、そういういかぎり、現行の都道府県を単位とする選挙区（地方区）選出議員の地域代表的性格を人口比例主義からの大きな逸脱・乖離を正当化する理由とすることは、いわば逆立ちの論理ではなかろうか、と思われる。

もつとも、定数配分問題は、人口比率を原則としつつ、判例の言う「公正かつ効果的な代表」を実現することも考慮に入れなければならない。国会が多元的な国民の意思ないし利益を単に法的な擬制としてではなく、実際に

(すなわち、社会学的に)構成と審議に反映させることが要求され、その要請を実質的・積極的に充たすものであるかぎり人口比率の原則の緩和も認められないわけではないと説かれるのは、そのためである。しかし、「公正かつ効果的な代表」が具体的に何を意味するのか、必ずしも明確ではない。アメリカでは、一九六〇年代の判例は、一般に、有権者の個人権を尊重して、人口比例主義を原則とする定数分配こそそれに当たる」と解したが、一九七〇年代の判例は、集団の権利(group rights)を尊重し、その適正な国会への反映という要件を重視する判例も少なくない<sup>(22)</sup>。日本の場合は、アメリカのような多民族国家とは異なるので、「考慮されるべき出発点」である人口比例の原則と、両議院とも「全国人民を代表する」議員であることを要求する憲法原則(四三条)とを考え合わせると、「公正かつ効果的な代表」といっても、衆議院の場合は一対二の基準の範囲内で検討されるべきであるし、参議院の場合も、真にやむを得ない合理的な理由の存するかぎりにおいて、衆議院の場合よりも若干の緩和が認められるにとどまるとして解するのが妥当であると考ええる。六三年判決の反対意見(奥野裁判官)は、沿革を検討し、「いかに非人口的要素を考慮しても、最大一対五程度を限度とすべきである」と説き、五八年判決の反対意見(田藤裁判官)。多数意見は、一対五・一六という「異常な較差」になるまで二七年の長期にわたり是正を放置した「国会の怠慢ともいふべき単なる不作為をもその裁量権の行使に属するものと考えている」と批判とともに注目されるが、従来の制度にこだわりすぎている観を免れない。

(2) 地方議会について 地方議会議員の定数についても、国會議員の場合の考え方方が基本的には当てはまる。ただ、地方議会の場合は、公選法自体に定数を「人口に比例して、条例で定め」ことが要求されているので(一五一条八項)、判例は、国會議員の場合と同じ違憲審査基準を適用しつつも、法は人口比例の原則を「最も重要なかつ

基本的な基準」とし、各選挙人の投票価値が平等であるべきことを強く要求している」と解している(最判昭和五九・五・一七民集三八卷七号七二一頁)。ここに言う「強く要求」の趣旨が具体的に何を意味するかは、必ずしも明確ではない。公選法が、「特別の事情があるときは、おおむね人口を基準とし、地域間の均衡を考慮して〔定数〕を定めることができる」とし(一五一条八項但書)、人口比例の原則の修正を認めていることを考え合わせると、「強く」と言つても、衆議院の場合と異なるとくに厳しい準則が適用される趣旨とは解したい。判例が、公選法二七一条二項の定める特例選挙区についても、その設置は議会の裁量権に属するので、「当該区域の人口が議員一人当たりの人口の半数を著しく下回る場合」にのみ、連帯の問題が生ずるにとどまるという立場を探っているのも(最判平成元・一一・一八民集四三卷一一号一一三九頁)、それと関連があると思われる。

ただ、判例によれば、定数分配規定の合憲性判定の基準として、全選挙区間の最大較差の数値、逆転現象の有無、程度を重視することのほか、人口比定数(公選法一五一条八項本文の人口比例原則に基づいて配分した定数)と現定数とを対比し、両者の乖離の程度を(特例選挙区を除いた場合と含めた場合とを分けて)考慮する、という手法が用いられている。そして、最大較差が特例選挙区を除いた場合一対三以内であれば適法とされるが、一対三・〇九は違法とされていること(最判平成三・四・一二三民集四五卷四号五五四頁)が注目される<sup>(23)</sup>。

(18) 辻村みよ子「参議院定数訴訟最高裁判大法廷判決」平成八年度重判解一一頁(一九九七)、安西文雄「立法裁量論と参議院選挙区における投票価値の平等」法教一九六号二六頁(一九九七)参照。

(19) 芦部「参議院定数訴訟と立法府の裁量」法教三四号(一九九三)同・人権と憲法訴訟第五回論文、高野真寛「参議院議員定数最高裁判決について」ジヨリ七九四号一三頁(一九八三)、樋口陽一「利益代表・地域代表・職能代表と国民」ジヨリ八五九号一二

- 頁（一九八六）、辻村みよ子「議員定数不均衡と参議院の特殊性」百選Ⅱ三二六頁、同・前出注（4）一二六九頁、長岡徹「六一年参議院議員定数不均衡訴訟」昭和六二年度重判解一六頁（一九八九）等参照。
- （20）私は早くからこの趣旨のことを説いてきた。芦部・議会取三八一頁、同・理論二二一頁、同・人権と憲法訴訟二四八頁など。
- （21）cf. N. Maveety, Representation Rights and the Burger Years (1991).
- （22）ここでは立ち入らない。和田進「議員定数不均衡と地方議会の特殊性」百選Ⅱ三二八頁およびそこに引用の文献参照。
- （23）高橋利文「東京都議会議員の定数配分規定の適法性」（時の判例）シリ一〇〇四号七六頁（一九九二）参照。

#### 4 違憲判断の方法

公選法は定数不均衡を争う訴訟を予定する条項を置いていない。そのため、従来は選挙無効の訴訟（一〇四条・一〇五条）として争われてきた。この争い方自体は法の許容しないものとは解されないが、もし公選法別表の定める定数配分が違憲（別表は不可分一体として考えるべきであるから、違憲とは「全体として違憲」の意味である）ということになれば、それに基づいて行われた選挙は無効であり、したがって別表を改正して新しく議員を選出しなければならない。これは大きな政治的混乱を招くのみならず、違憲の国会で議決された法律や予算等の効力をどう考えるか、別表の改正をどの機関が行うのか、など多くの困難な問題が生じる。<sup>(24)</sup>そこで、三九年判決以来、違憲判断が直ちに選挙の效力に結びつかないよう、両者を切斷する判決の方法があるかどうか、模索されてきた。それを行政事件訴訟法三一条一項の定める事情判決（処分は違法であるとも、それを取り消すことが公共の福祉に適合しないと認められるとき、違法を宣言して請求を棄却する判決）の法理に「一般的な法の基本原則に基づくものとして理解すべき要素も含まれている」と考えて解決したのが、衆議院定数訴訟に関する五一年判決である。

事情判決はきわめて異例の、学界にも強い反対論のある制度であり、しかも公選法一一九条でその適用が排除されているので、五一年判決が、一一九条は本件のような場合には拘束力をもたないと解し、新しい判決方法を創造したことは大きな注目を惹いた。その論旨には若干の疑問がないわけではないが、しかし、事情判決の法理を「法の基本原則」だとし定数訴訟に適用して問題の解決をはかったことは、一つの卓見であり、その意義は高く評価されてよい。だが、事情判決法理によれば、万一国会が定数を是正しない（または是正できない）事態が続く場合には、判決の前提にある違憲判断が無視されることになり、司法の権威の失墜を招く。その意味で、衆議院定数訴訟に関する五八年判決の団藤・中村両裁判官の反対意見の中に示された、選挙無効判決もありうる旨の説示に次いで、六〇年判決の寺田等五裁判官補足意見が、「選挙を無効とするがその効果は一定期間経過後に始めて発生するという内容の判決をすることは、できないわけのものではない」という、いわゆる将来効判決の可能性を示唆したこと<sup>(25)</sup>が、注目される。私はこの将来効的（選挙）無効判決に賛意を表するが、その具体的なあり方を論することは平等原則そのものの問題ではないので、ここでは立ち入らないことにしたい。

（24）詳細については、芦部・現代的展開三八頁以下参照。

（25）芦部・人権と憲法訴訟二六三一六八頁およびそこに引用の文献参照。なお、野中俊彦「違憲判決の方法」法教一三九号七一頁（一九九二）もあわせて参照。

#### 三 生存権保障の平等原則違反事件

先に違憲審査基準について略説した際にふれたおり（一節）2(2)(i)参照）、社会保障の給付をめぐる平等原則違

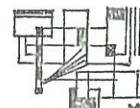
△△△ 特集 △△△ 参議院定数訴訟上告審判決をめぐって

## 参議院定数訴訟

### 最高裁判決を読んで

吉田善明

明治大学教授



#### 一 判決の概要

一九七七（昭和五二）年七月一〇日に行なわれた参議院選挙で地方区選出の議員一人当たりの選挙人数が選挙区間で一対五・二六の格差が生じており、この配分規定のもとで実施された本件選挙区における参議院議員選挙は無効であるとの訴に対し、最高裁はつぎのような理由で採用することができないと判示した。

まず第一に、選挙権の内容の平等には各選挙人の投票の有する価値の平等をも含まれるとし（最判昭和五一・四・一四、民集三〇巻三号二二三頁）。しかし、投票の有する価値の平等は、

唯一、絶対の基準によるものではなく、国会は正当に考慮することのできる他の政策的目的ないし理由をもしんしゃくして、その裁量によつて選挙制度の仕組みを決定するが、その定めたものが裁量権の行使として合理性を是認しうるものである限り、右の投票価値の平等が損なわれることになつても已むをえないものと解すべきである。

第二に、各選挙区ごとの議員定数を定めた参議院議員定数分配規定は、衆議院議員の選出方法と異なる選挙制度の仕組みを設け、とくに、参議院地方区については都道府県が歴史的にも政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し、一つの政治的まとまりの有する単位としてとらえ、そこに住民の意思を集約的に反映

させるという意義ないし機能を加味しようとしたものであると解することができる。したがつて、それは、「国民各自、各層の利害や意見をする……裁量的権限の合理的な行使の範囲を逸脱するものであるとは断じえないものであつて、その当否は、専ら立法政策の問題にとどまるものというべきである」。そして、このようなものとして参議院地方区をとらえることができる以上、各選挙区に配分された議員定数とそれぞれの選挙区の選挙人数又は人口との比率に格差が生じ（一対五・二六）、そのために選挙区間における選挙人の投票の価値の平等がそれだけ損なわれることとなつたとしても、右の配分規定が憲法一四条一項に違反して選挙権の平等を侵害したことにはならないと。

そして第三に、選挙人数の多い選挙区の議員定数が選挙人数の少ない選挙区の議員定数よりも少なくなつているという、逆転選挙区については、それが一部の選挙区にみられたとしても、それだけでは前記のような許容限度を超えて違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等な状態が生じていたとするには足らないものというべきである。

最高裁多数意見による判決内容の主な点は右のようなものであるが、このほかに、伊藤正

乙、宮崎梧一、大橋進、横井大三裁判官の補足意見、田藤重光、藤崎萬里裁判官の反対意見がある。

小稿では、最高裁多数意見の論点を中心若千の検討をしていきたい。

## 二 参議院定数訴訟判決の動向

選挙制度の基礎である選挙区間にみられる定数不均衡の是正は議会民主主義の維持にとって必要不可欠の問題である。しかし、本稿の対象となる参議院定数不均衡の問題については、立法機関である国会が衆議院選挙区の場合と同様、定数不均衡を改定する意図を有しなかつたことから国民党は裁判によつてその是正を求めざるを得なかつたのである。そこでまず、本判決を検討する前に、今までの参議院の定数訴訟の判決動向を整理することからはじめよう。

わが国における選挙区間にみられる議員定数の不均衡は、戦後の経済復興、高度経済成長が進められ（一）、人口の都市集中化が行なわれた中で生じてきた。まず、衆議院においては、一九六四（昭和三九）年に一九人の増員、七五（昭和五〇）年七月には二〇人の増員がはかられた。これによって選挙区の格差は三・七二倍に減少した（最高千葉四区、最低兵庫五区）。しかし、この改正に先だつ七一（昭和四七）年選

挙すでに生じていた衆議院の最大選挙区（千葉四区）と最小選挙区（兵庫五区）の一対五の格差に対し、最高裁判決は一九七六（昭和五一）年四月一日、「議員定数配分を憲法違反とすべきではなく、人口の変動の状態を考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されると考えられるのにそれが行なわれない場合に始めて憲法違反と断ぜられるべきものと解するのが、相当である」とのべる。そして、そのもとで、本件ケースを検討し、一九六四年の改正後本件選挙までの八年余りにわたつて、改正がなんら施されていないことを斟酌すると憲法上要求される合理的期間内における是正がなされたものと認めざるをえない。

したがつて、「本件議員定数配分規定は、本件選挙、當時、憲法の選挙権の平等の要求に違反し、違憲と断ぜられるものであつたというべきである」と判示した（くわしくは吉田善明「選挙制度改革の理論」一〇〇頁以下）。

これに対し、参議院では設置されて以来、一九七一（昭和四六）年の沖縄の本土復帰に際し、二人の増員がはかられたものの、こんにちに到るまで一度も改定されていない。したがつて、参議院地方区の定数不均衡についても、衆議院同様、地方区の格差は正を求める訴訟がしばしば提起があるのである。一九六〇年代以降に限つてみると、一九六二（昭和三七）年に行なわれた参議院選挙で、東京地方区と鳥取地方区の間の投票価値の格差が一対四・〇八八に達しているのは憲法一四条に違反し無効であるとして争われている。最高裁は、これについて、議員の定数、選挙区等を法律に委ねている（憲法四四条）のは、国会が裁量的権限を有することを意味する。したがつて、「選挙人の選挙権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別」、定数配分規定が人口数に比例して改定されないため、不均衡を生じていても現在の程度では違憲と判断することができない、と判示している（昭和三九・二・五、民集一八卷二号二七〇頁）。

また、七一（昭和四六）年の参議院選挙の際には、その格差一対五・〇八に達した。この格差の違憲をめぐる訴訟に対し、原審の東京高裁は「（公選法）筆者加筆別表二が今日なお違憲無効のものでないと断定することは困難であるといふべきである」としつつも、「選挙の結果に異動を及ぼす虞」がないと請求を棄却し、大きな反響を呼びおこしたのである（東京高判昭和四八・七・三一、判時七〇九号）。しかし、これを受けた最高裁は、この高裁判決の主旨とは異なり、「現行の公職選挙法別表第二が選挙人の人口数に比例して改訂されないため、所論のような不均衡を生ずるに至つたとしても、その程度ではいまだ右の極端な不平等には当たらず、

したがって、立法政策の当否の問題に止まり、違憲問題を生ずるまでは認められない」と判示した（最判昭和四九・四・二五（一小）、判時七三七号三頁）。高裁判決では「投票の価値」の平等という観点にたって積極的な判断を示し、一四五・〇八の格差を違憲とする注目すべき判断を示したが、最高裁はさきの三九年最高裁判決と同様の論理を用いてこれを否定してくる。

ところが、さきに示した一九七六（昭和五一）年の衆議院定数不均衡訴訟の最高裁による違憲判断に刺激されて、有権者は七七年七月の参議院選挙の際に生じた参議院地方区の最大選挙区（神奈川）と最小選挙区（鳥取県）との格差一対五・二六に対しても違憲の判断を求める訴訟を提起した。これが本件のケースであるが、まず原審である大阪高裁は、一九七九（昭和五四）年二月二六日、投票の実質的価値の平等は憲法一四条の要求するところであるとしながらも、その価値の平等の基準は、唯一絶対の基準ではなく、国会が正當に考慮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と解すべきであるとしたうえ、参議院の特殊性とそれは正策の技術的困難性を強調して、結論として違憲とはいえないとして、一九六四（昭和三九）年判決を踏襲した。しかし、この判決の脈絡の中でいわゆる逆転選挙区については、国会の裁量的行為としながらも可

及的速やかに是正の措置を講すべきであると判示し、人口比例主義への前進がうかがわれる（大阪高判昭和五四・一・二八、行裁例集三〇卷二号三〇八頁）。

また、同じ七七年に行なわれた参議院選挙地方区の定数不均衡のケースに対し、東京高裁は右の大坂高裁判決より、より積極的に、いわゆる逆転選挙区をも含めて現行の定数配分規定（別表二）は、国会の政策的裁量を考慮にいれても選挙権平等の要求に反するに至っているとのべ、ただ定数是正の軟易、国会の対応、是正実現の期待可能性その他の諸般の事情を斟酌するなど右規定を違憲とするにはなお時期尚早であると判示している（東京高判昭和五四・六・一三行裁例集三〇卷六号一〇八九頁）。

右の定数不均衡判決の傾向をみると、参議院の場合、一九七六（昭和五一）年に一対五の格差に対し違憲判断が出され、その後、その格差がどの程度拡がると違憲となるかで、その基準をめぐる争いとなっている。すでに、高裁レベルでは一対二を超える場合は憲法の保障する平等の原則に反するとする判決が出されてきていたのである（東京高判昭和五五・一二・二三民一四部判決）。これに対し、参議院の場合、一九七三（昭和四八）年に参議院地方区の定数不均衡一対五・〇八に対し、高裁は違憲の判断を示したが、これは七六（昭和五一）年の衆議院

の定数不均衡最高裁判決にさきがけての先駆的意味をもつものであった（佐藤功「憲法問題を考える」一〇三頁）。しかし、七六（昭和五一）年最高裁判決以降をみると、参議院地方区の格差は参議院選挙区の格差以上に広汎なものとなつた。そこで七七年の参議院選挙の際、定数の不均衡の是正を求めた訴訟がおこるが、高裁では、今までの最高裁判決にみられた国会の裁量権の範囲を踏襲し、いわゆる逆転選挙区については、国会において可及的速みやかに是正の措置を講ずることが望ましい（大阪高判昭和五四・二・二八）とか、あるいはその逆転選挙区を含めて「憲法の選挙権平等の要求に反するに至つたものと判断するに十分である」といった判決をしている。とくに、東京高裁にみられた判決や大阪高裁にみられた逆転選挙区の判決は、最高裁が憲法的要請とする投票価値の平等性ないし人口比例主義の観点からみると少なからずその前進性をみることができ。とするところ、これを受けた最高裁は、「判決の概要」で示したように、今までの判決の流れを否定するような形での判決となつてることが明らかとなる。

### 三 投票価値の平等と根拠規定

本件にみられる最高裁判決は、まず憲法の要

求する選舉権の平等には投票価値の平等も含まれるとして昭和五一年最高裁判例を踏襲した。そしてその投票価値の平等を保障する根拠条文として、憲法一四条一項、一五条三項、四四条但書を主張する。投票価値の平等を憲法の要求するところとしたことについては評価したい。

しかし、学界の一部では投票価値の根拠づけを、憲法一四条、一五条三項ないし四四条但書に求めるよりもむしろ憲法四三條との関係で扱うべきであるとするとの主張（樋口陽一・司法の積極性と消極性・一一一頁以下）や、憲法一五条一項が援用されるべきであるとの主張（高橋和之「定数不均衡違憲判決に関する若干の考察」法学志林七四年四号八二頁以下、辻村みよ子「選舉権」大須賀外三名編・憲法判例の研究一七四頁）もみられる。

ところで、最高裁判決は選舉権の投票価値の平等を右のように促えながら、その価値の平等は唯一、絶対の基準ではなく、国会が裁量権を行使して合理的に是認しうる限り、それによって右の投票価値の平等が損なわれることになるとても、やむを得ないものと解すべきである、と判示している。たしかに、この論理の脈絡は、昭和五一年最高裁判決を踏襲しているが、当時の判決は右の観点から「具体的に決定された選挙区割と議員定数の配分の下における選挙人の投票価値の不平等」を「正当化すべき特段の理

由が示されない限り、憲法違反と判断するほかはない」として違憲の判断を示した。とすれば、本判決も、团藤裁判官の反対意見にみられるように、同じ判決の論理を踏襲した以上は參議院の特殊性を前提としつつも、「本件參議院議員定数配分規定については、昭和四六年に沖縄関係の改正があつたのを別論とすれば、昭和二十五年の公職選挙法制定以来、本件選挙にいたるまで実に二七年余りの長きにわたって放置して来た」ことに対し、国会の怠慢による不作為の行為として違憲の判断をすべきでなかつたかと思われる。このように考えると、本件判決は国会の裁量権の範囲を広げて、つぎにべる參議院の特殊性を引き出し、憲法で保障した投票価値の平等性を軸とした判断を自ら放棄してしまつたといわなければならない。

たしかに、都道府県という単位が選挙区として採用されている以上、本判決でみられるように大小選挙区にともなうある程度の偏差はやむを得ないであろう。とくに、參議院の場合は半數改選が憲法上の原則であるから、そのもとで參議院の場合とは異なつた人口の偏差が当然でこよう。しかし、最高裁はこれを參議院地方区の定数配分の軟易性や參議院の地域的代表制的性格の面から正当化しようとしているが、両議員が全国民の代表であることを定めた憲法四三条の趣旨、さらには本判決でみてきたように投票の価値の平等性といった人口比例主義を前提にしていることをおもうとき、その地域代表制の主張は一定の限界をもち本質的な理由とすることができない。また、地域の特殊性を加味するという点に立ち入つてみても、非常に抽象

#### 四 參議院の特殊性と配分基準

(1) 參議院地方区の特殊性を考慮するという点では多くの学説や判例も支持するところであるが、その特殊性の内容とその配分基準（人口比例主義）をどのように考えるべきかがつぎの問題となる。

本件最高裁判決は、まず參議院の半数改選それにもとづく各選挙区の偶数定数および參議院地方区の地域的性質を強調している。とりわけ、參議院地方区について「都道府県が歴史的にも政治的、經濟的、社会的にも独自の意義と実体を有し、一つの政治的まとまりを有する単位としてとらえうることに照りし、これを構成する住民の意思を集約的に反映させるという意義ないし機能を加味しようとしたものと解する」ことができる」と主張する。そして、その地域的性質のもとで本件ケースをあてはめ、これらに対する判断は裁量的権限の合理的な行使の範囲内を逸脱したものといえず、専ら立法政策の問題にとどまるべきである、と判示する。

的な形で都道府県の歴史的、政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し、そこに住民の意思を集約させようとしたこととのほかは十分な説明はみられない。とすると、最高裁のいう、このようないまいな特殊性の説明では承認することはできず、あくまで人口比例主義を前提にした参議院の特殊性が考慮されなければならないであろう。とくに、このことは参議院の性格についての伊藤正巳裁判官の補足意見にも示されている。「参議院が衆議院と基本的性格を異にし、それに即応して両院の組織原理が全く異なるイギリスの貴族院やアメリカ合衆国の連邦議会（上院）筆者加筆）のこときものであればともかく、日本国憲法下においては、両院ともに全国民を代表する選挙された議員で構成される（四三条）のであって参議院は衆議院と組織原理を全く異にするものではないからである」（同旨高野真澄「参議院改革の諸問題」法律時報第五二巻六号）。

(2) ところで、本件最高裁判決によれば、議員定数配分の基準について投票価値の平等を承認し、人口比例主義を前提とした上で、参議院の前述した地域的特殊性を考慮してみると、現在のような一対五・二六の選挙区の投票価値の格差はどのような理由があると承認されるべきものとはならない。  
もし、これが人口比例主義の原則のもとで認

められることになれば、一人五・二六倍の投票権行使する道を正当化することになり、人口比例主義の採用の意味はなくなるからである（これに対し、アメリカの上院方式をとることも可能なことで違憲ではないとして正当化する見解もある。佐藤功「憲法問題を考える」一一二頁）。では、参議院地方区の場合、どのような基準が具体的に考えられるべきであらうか。学説等を中心にして整理してみると、つぎのような見解がある。

第一は、本件の上告理由として提出されている基準、つまりもともと有利な選挙区の一票の価値と、もともと不利な選挙区の一票の価値との極端の比較において、「一対一以内」とどまるべきであるとする見解である。この説はわが国における有力な投票価値の基準とされ、芦部信喜教授など多数の学者の支持するところである（昭和五年度重要判例解説、ジュリエット臨増）。また、この学説をふまえながら、この基準を緩和し、一対二を「一応のめやす」にして、これを超えるときは、被告となる選挙管理委員会側が合理性を論証すべきであるとする見解もある。

第二は、偏差をより厳格に解し、当該選挙における一票の価値が理論的適正と目される全国平均値の上下二〇%の枠内にとどめることを主張する見解である。この基準は全国平均値から

偏差二三・三%とする西ドイツで採用されている基準にならったものである（たとえば、阿部照哉「議員定数配分と選挙の平等」法学セミナーワークshop『現代議会政治』一三三頁）。

そして第三は、総定数の過半数を選出するのに必要な最少選挙人数が全国選挙人の四〇%をくだらないことを範囲とする見解である（芦部「憲法訴訟の理論」二一七頁）。

一人一票の原則がたてまえである以上、他の選挙区との偏差が二倍以上になることは複数投票をみとめることが同じ結果になり、選挙の平等の原則を侵害することになる。したがって、その範囲を最大限の許容範囲と考えている第一説が妥当な見解である。

しかし、こうのべると、多くの判決でみられるように、参議院は三年毎の半数改選の制度をとっている。この半数改選を円滑に行なうために、各選挙区の議員定数を偶数とし、有権者（人口数）の少ない選挙区にも少なくとも現行の二人（改選期毎に一人）の議員定数を配分する方法を採用しているから、一対二以内とする格差是正は困難であると批判ができるであろう。だが、前述したように、憲法四六条は「参議院議員の任期は、六年とし、三年ごとに議員の半数を改選する」と定めているが、これは、総数において半数改選であることを要求されて

いるのであって、各選挙区に有権者数（人口数）

の多少にかかわらず、現行の最低二人（改選期毎に一人）の議員定数を配分しなければならないことを意味するものではないであろう。とすると、参議院地方区の配分方法自体が問われてよいことになる。このことは人口比例主義が前提である以上当然の帰結となる。

## 五 逆転選挙区について

こうした見解が解釈上可能であるにもかかわらず、本件最高裁判決は、選挙人數の多い選挙区の議員定数が選挙人數の少ない選挙区の議員定数よりも少なくなっている、いわゆる逆転選挙区をとり出す。そして、逆転選挙区が多くみられるというだけでは許容限度を超えて違憲の問題が生じていたとするには足りないといふべきであると判示する。しかも、この議員定数配分の基準と方法は国会の裁量的権限の問題であるとした。原審である大阪高裁ではこの逆転選挙区（たとえば、北海道と大阪府、神奈川県、愛知県各選挙区の間、兵庫県、福岡県各選挙区と神奈川県選挙区の間など）については、現行の議員定数をそのまま維持することを前提としても「一部選挙区の定数を減員し、他の一部選挙区の定数を増員することによって、右のいわゆる逆転区を解消し、各選挙区の議員一人当たりの有権者数（人口数）の開きを二・五倍

以下に抑えることは可能である」と積極的な検討を示唆しながら、「他に考慮すべき合理的な情報のないかぎり、国会において、可及的速やかにこれが是正の措置を講ずることが望ましい」（大阪高判昭和五四・一・二八、行裁例集三〇巻二号三〇八頁）と判示している。また、同じ事例において、東京高裁では、逆転選挙区の検討を含めてより明確に「本件選挙当時、本件議員定数配分規定の下における各選挙区間の定数配分は、憲法の選挙権平等の要求に反するに至つていたものと判断するに十分である」と判示している（東京高判昭和五四・六・一三、行裁例集三〇巻六号一〇八九頁）。したがつてこの二つの高裁判決と最高裁判決を比較してみると、二つの高裁は逆転選挙区の不均衡について、速やかに是正すべきである（大阪高裁）とか、違憲の判断をするのに十分である（東京高裁）とのべているのに對し、本件最高裁はそのような齟齬を認めながらも国会の裁量的権限のものであるとして詳細な検討をさけていることが明らかとなる。このように二つの高裁判決が、いわゆる逆転選挙区について積極的な、かつ説得力のある判断を示してきており、最高裁が国会の裁量的権限内の問題として逆転選挙区の状況を放置しておくならば、最高裁が自ら投票価値の平等を保障しているとした意味はなくなるであろう。その点で、田藤重光裁判

官は反対意見をのべ、一対五・二六という格差を異常なものとして認めるわけにはいかないとしつつも、このような逆転選挙区を含めた状態を生みだしたのは、立法府が見過し放置したことにしてその要因があるので、「本件参議院議員定数の配分規定は全体として違憲の状態にあつたとみとめざるをえない」とのべているが傾聽に倣する。

おもうに、右の二つの高裁判決や最高裁田藤重光裁判官の反対意見でみられるように、いわゆる逆転選挙区の問題については、立法府が現在定数のワク内で、二人選挙区の配分を前提に四人、六人選挙区に限定して配分することが可能であり、しかも配分方式全体の改正がなされなくともよいということを思うとき、違憲判断の余地は十分に可能であったといえよう。

## 六 おわりに

こうしてみてくると、最高裁は日本国憲法のもとで投票の価値の平等を憲法的要請としたが、その判断基準を国会の立法裁量の問題として投票の価値の平等性の適用を否定した。この法的な論理構成によって一対五・二六の格差を合法としたことは、あまりに恣意的な判断であつたようと思われる。このことは、本文でものべてきたように、一九五〇（昭和二五）年の

公選法制定以来、七二（昭和四七）年に沖縄関係で二人の増員をしたものの、その間一度の改定もなされていないことをみても明らかとなる。

本年六月から公選法が改定され、参議院全国区に変って名簿式比例代表制が採用されたが、この公選法の改正に先行して検討、改定されるべき課題ではなかつたかと思われる所以である。本文で検討してきたように、参議院地方区にみられる逆転選挙区の違憲判断はもとより、参議院地方区の定数不均衡全体におよぶ違憲の判断があつたとしても、効力において五一年最高裁判決のような形式を用いることが可能である限り、さほど困難性は生じないと思われる所以である（吉田善明・前掲一一六頁）。とすると、最高裁は投票価値の平等や憲法的要請として、国会の裁量権を大幅に認めることをせず、しかも国会怠慢を裁き、積極的な違憲の判断をすべきではなかつたかと思われる。

選挙権の行使は国民の最も重要な政治的基本権の一つである。しかも、その選挙権には投票価値の平等性が十分に保障されなければ、議会制民主主義が確立されているとはいえない。本稿において検討の対象としてきた参議院地方区の民主化は衆議院の民主化とともに重要である。その点で、くりかえしになるが、最高裁は国会による立法裁量を引き出して国会の不

作為な行為までも正当化する判決をしたことは問題であった、といわなければならない。

（1）参議院制度が設けられた昭和二十二年二月当初の参議院地方区への配分は、昭和二一年四月二六日現在の人口調査による全国総人口を一五〇で割り、議員一人当たり人口四八万七、四一七人を算出し、この数で各都道府県の人口で割った。憲法上の半数改選制（四六条）のため、地方区にも二名を配分することとした。その結果、もつとも人口の少なかつた鳥取地方区は二名、議員一人当たりの人口は二七万八、七一五人、最大の東京地方区は定数八名、議員一人当たりの人口五二万二、八八四人となつた。この比率は一対二を少しく下回る程度であつたといわれている（佐藤功「憲法問題を考える」九八頁）。



## 通信教育

# ぎょうせいの法制執務セミナー

毎月1日開講 ◎講師 早坂 剛（元内閣法制局参事官）・受講期間 6か月間  
(前月20日申込み締切り) ◎講師 秋田 周（元内閣法制局参事官）・受講料 18,000円(教材費とも)

### ■このセミナーのねらい

1テキスト・条例・規則の位置づけ、しくみ、形式、動きの態様、表現のしかたなどを学習して、条例・規則の法制執務全般についての理論・知識を涵養します。

2添削指導 改正文の作成、条例等の立案などについての演習問題を解くことにより実戦的な技術を養います。

3スクーリング 第一級の講師の授業を直接受け、質疑応答を行うことにより、知識・技術をより確実に身につけます。

### ■受講の手続

- 受講される方たは、下記の事務局へハガキ又は電話で御連絡くださいか、ぎょうせい社員におことづけください。
- お申込みいただきましたら、郵便振替用紙などをお届けします。
- 受講料をお納めいただくと学籍簿に登録され、実際の学習がスタートします。

## ぎょうせい総合研究所

事務局 〒162 東京都新宿区西五軒町52 ぎょうせい内  
TEL (03) 268-2157 振替口座 東京9-161

# 法律のひろば

'83

7

昭和58年

〈特集〉 参議院定数訴訟上告審判決をめぐって

参議院定数訴訟最高裁判決—その経緯と概要.....都築

最高裁判決の意義と問題点.....上野

参議院定数訴訟上告審判決批評.....清水

参議院定数訴訟最高裁判決を読んで.....吉田

弘至  
睦明

公務員の転職前の職務に関する賄賂の収受と賄賂罪の成否...土本  
社会復帰と矯正.....佐藤

武司  
和夫

昭和二十四年二月四日第三種郵便物認可  
昭和五十八年六月一日発行

法律のひろば

六月号(第三十六巻第六号)

定価500円 送料50円

雑誌

きょうせい

## 白門時評・法と社会

## 参議院議員選挙と裁判所

はし もと もと ひろ  
橋 本 基 弘 (法学部教授)

総選挙や参議院通常選挙が終わると同時に、全国の裁判所に定数不均衡を争う訴訟が提起される。いわゆる一票の格差をめぐる司法解決を求める訴えである。

最高裁判所は、これまで何度か国政選挙が憲法違反の状態で行われたことを指摘したこともある。その際、①投票価値の不平等が許されない格差にまで達していること、②格差是正のために必要な合理的な期間が過ぎていることを違憲判断の要件にしてきた。そして、①につき、衆議院では概ね2倍、参議院では4倍の格差を超えると「違憲状態」にあるとの判断がなされてきたようである。2011年3月25日に判示された2009年8月30日総選挙は1対2.30の格差が違憲と判断されたが、その抜本的な是正がないまま2011年12月16日に行われた衆議院総選挙もまた、格差1対2.4倍が違憲と判断されている。この選挙後に公選法が改正され、衆議院は議員定数を5名減じた上で小選挙区の区割りも変更され、最大格差は1対1.77にまで縮小されている。私は、一票の重みは平等であるべきだ（1対1が原則）と考えているので、この改正でも違憲状態が解消されたとは見ていないが、より問題があるのは参議院である。

2010年に行われた参議院選挙について、最高裁は1対5の格差を違憲と断じている（最大判2012年10月17日）。しかし、その後も抜本的改正がなされないまま、2013年に行われた選挙の最大格差1対4.7について、最高裁は違憲状態であると判断した（最大判2013年11月26日）。前の選挙から3年が経過し、格差是正のために必要な努力は全く行われていないと考えられても仕方あるまい。

もちろん、参議院も何もしてこなかったわけではない。参議院の選挙制度協議会が議長宛に報告書を提出している（「選挙制度協議会報告書」2014年12月26日）。しかし、この報告書では、「次回選挙に向けて抜本的な改革を行う」ことが確認されただけで、何らの具体的進展を見ることもできなかった。厳しい見方をすると、「努力することだけが合意された」に過ぎないのである。

参議院選挙の制度について、先の2012年最高裁判決は、「選挙制度自体の見直しを含めた」改革を求めていた。しかし、上記報告書を見ると、現行制度を大前提にしての議論が大半を占めていたように思われる。平等選挙の原則を貫くのな

らば、今の選挙制度を見直すよう求められているにもかかわらず、参議院の議論はあまりに低調であったと言わざるを得ない。この状態が続くようならば、最高裁には、選挙自体を無効にすることも視野に入れてもらいたいと思う。

しかし、議員定数不均衡問題が抜本的に解決しない理由を各議院だけに押しつけるのはフェアではない。いったいどれほどの格差が開くと違憲となるのかの基準を明らかにしてこなかったことや合理的な期間を設定しただけの判決を書き続けてきた最高裁にもまた責任があるようと思われる。格差3.99倍なら合憲で4倍なら違憲であることの根拠など、本当はどこにもない。1対1から離れることに合理的な根拠がない限り、平等選挙の原則には違反している。

民主主義と裁判所のあり方については、難しい問題がある。主権者国民が選んだ国会議員から構成される国会が法律を作るのだから、その法律を違憲と判断するには相当な根拠が必要とされる。裁判所は、ときに違憲判断を回避したり、合憲限定解釈を施すことで、民主主義と司法審査の調和を図ってきたといえる。それ自体は必要なことでもあるし、また望ましいことでもあるだろう。しかし、これと選挙制度については話が違う。

民主主義における司法審査の役割は、民主主義をきちんと機能させることにあると述べたのは合衆国最高裁判所の Stephen Breyer 裁判官である。民主主義が機能するための生命線は公正かつ平等な選挙が行われることである。選挙の不平等は民主主義が機能する前提を欠いていることに他ならない。この観点から見たとき、これまで最高裁がとってきた判決手法（違憲状態論や事情判決）は民主主義における裁判所の役割を放棄してきたと考えられても仕方がない。なるほど、選挙全体を無効にしたときは正は誰が行うのかとか、無効な選挙で選ばれた代表が制定した法律はどうなるのかという問題はあるだろう。しかし、これらは技術的な問題に過ぎない（実際、最高裁は非嫡出子法定相続分が問題となった決定の中で、判決等により判決の効力を限定できることを認めている）。Frederick Schauer というアメリカ憲法の泰斗もまた “Judicial Review as a Device of Democracy” という論文の中で、民主主義を機能させるために違憲審査制があると述べている。

ゲームのルールがおかしいと言われているとき、実際のプレーヤーに是正を期待することがどこまで合理的なのだろうか。野球のルールを検討する日本野球規則委員会に現役の選手が含まれていたらどうであろうか。法の支配の観点からすると、プレーヤーにルールを作らせることは、まさにお手盛りになることが明らかである。

これと同じことが選挙制度にも当てはまる。憲法は、選挙区の定め方について国会に委ねているが、それは如何様にも決めて良いことを意味しない。それに、事情判決を繰り返すことは、憲法の規範性をも切り崩す危険性を持っている。国会が違憲判決を無視したとき、憲法改正という手続を経ることなく、憲法は葬り去られることを忘れてはならないと思う。

# はくもん

第67巻 第3号  
通卷 792号



## 特集

### 卒業おめでとう

## 目 次

### *an aspect*

- 大学一年生の挑戦：導入演習ゼミ論文 小室夕里… 2

### 白門時評●法と社会

- 参議院議員選挙と裁判所 橋本基弘… 4

### □卒業おめでとう□

- 未来を切り拓いていく推進役に 酒井正三郎… 6

#### 節目の年に

- 中島康予… 8  
卒業生のみなさんへのはなむけの言葉 猪股孝史… 10

#### ご卒業おめでとうございます

- 開山憲一… 12  
ご卒業おめでとうございます 佐藤健太郎… 14

### 資産価格の上昇とバブルの判断

#### —きつねが夢見たブドウ

- 安藤浩一… 16

### ラブレー異論

#### —その1.

- 高橋薰… 32

### 英語フォーラム(216)

- エイリアンを想像するために  
—なぜ英語を学ぶのか、あるいは  
学ばなければならないのか

- 西亮太… 48

- オンデマンドスクーリング講義内容 … 60

- 導入教育 A・B のシラバス … 89

- 掲示板 …… 91

- 支部欄 …… 152

- 編集後記 柴田憲司… 200

### はくもんドーク

上瀧浩然さん

編集部

表紙・カット……………ト部正行