

令和 3 年（行ケ）第 28 号 衆議院議員選挙無効請求事件
原告 鶴本 圭子 外（以下、「選挙人」又は「選挙人ら」という）
被告 東京都選挙管理委員会 外（以下、「国」ともいう）

準備書面（2） 【3訂版】

- 【Ⅰ「違法判断の基準時」の解釈基準（判例）の不当な変更：
Ⅱ ① 憲法 56 条 2 項；② 前文第 1 項第 1 文後段と 1 条；
③ 前文第 1 項第 1 文前段は、人口比例選挙を要求する、等】

令和 3 年 12 月 17 日

東京高等裁判所第 8 民事部 御中

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 眞 人

同 弁護士 平 井 孝 典

目 次

I 「違法判断の基準時」の解釈基準（判例）の不当な変更：（本書 1～3 頁）	1
II ① 憲法 56 条 2 項；② 前文第 1 項第 1 文後段と 1 条；③ 前文第 1 項第 1 文前段は、人口比例選挙を要求する（原告準備書面(1) 第 3 章、1【統治論】）（同書面 63～75 頁）参照）：（本書 3～8 頁）	3
III 【現時点では、人口比例選挙説又は基本人口比例選挙説の憲法研究者等が 36 人（但し、故人を含む）であり、非人口比例選挙説の憲法研究者は 0 人（但し、故人を含まない）である】（本書 8～9 頁）	8

Ⅰ 「違法判断の基準時」の解釈基準（判例）の不当な変更：

（本書 1～3 頁）

（はじめに）

平成 30 年 12 月 19 日最高裁大法廷判決（以下、平成 30 年大法廷判決（衆）ともいう）（甲 20）は、平成 28 年法律 49 号（以下、平成 28 年改正法ともいう）（アダムズ方式採用）成立を考慮して、『該選挙が違憲状態でない』旨判決した。

平成 30 年大法廷判決（衆）の「違法判断の基準時」の解釈基準は、昭和 51 年 4 月 14 日最高裁大法廷判決（以下、昭和 51 年大法廷判決（衆）ともいう）（甲 1）の「違法判断の基準時」の解釈基準（判例）と矛盾する。

1 昭和 51 年大法廷判決（衆）は、『昭和 47 年 12 月 10 日施行・衆院選（1 票の最大格差・約 1 対 5）は、「違法」である』旨判決した（甲 1）。

2 昭和 51 年大法廷判決（衆）より前に成立した昭和 50 年法律第 63 号（同年 7 月 15 日公布。以下、昭和 50 年改正法ともいう）により、一票の最大格差は、1 対 4.83 から 1 対 2.92 に縮小していた（昭和 58 年大法廷判決（衆）民集 37 卷 9 号 1264 頁〈甲 3〉参照）。

但し、昭和 50 年改正法の下での選挙区割り選挙は、昭和 51 年大法廷判決（衆）の時点（昭 51.4.14）では、未だ実施されていなかった。

3 昭和 51 年大法廷判決（衆）は、昭和 50 年改正法の成立を考慮しないという「違法判断の基準時」の解釈基準に基づき、『該昭 47.12.10 衆院選挙は、違法である』旨判断した。

4 平成 30 年大法廷判決（衆）は、平成 28 年改正法（アダムズ方式採用）の成立を考慮して（但し、該アダムズ方式採用の選挙区割りの実施は、2022 年以降

と見込まれている。したがって、平成 28 年改正法は、当該選挙（平 29.10.22 衆院選〈小選挙区〉）の選挙区割りには、何らの影響も及ぼさなかった。）、『当該選挙は、違憲状態ではない』旨判示した。

- 5 しかしながら、平成 30 年大法廷判決（衆）は、
- A （昭 47.12.10 衆院選挙の選挙区割り自体に影響を及ぼさない昭和 50 年改正法の成立を考慮しないとする）昭和 51 年大法廷判決（衆）の「違法判断の基準時」の解釈基準を**変更**することを明示しておらず、且つ
- B 昭和 51 年大法廷判決（衆）の「**違法判断の基準時**」の**解釈基準が誤っていたことを認め、該解釈基準を変更することを必要とする、真に説得力を有する理由**を記述していない。
- 6 憲法判例の中の**先例**として拘束力を持つ部分は、「憲法判例の中の」「憲法判例の法律などの合憲・違憲の結論それ自体を指すのではなく、**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**」（佐藤幸治『憲法第 3 版』青林書院、2003 年 27 頁〈原告準備書面（1）2～3 頁〉）。
- 7 (1) 昭和 51 年大法廷判決（衆）の、【昭和 50 年改正法の成立を考慮せず、昭 47.12.10（選挙日）を「違法判断の基準時」とする、「違法判断の基準時」の解釈基準】は、「**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**」に該当すると解される。
- 昭和 51 年大法廷判決（衆）は、「違法判断の基準時」について、昭和 50 年改正法の成立を考慮しないという判断により、『昭 47.12.10 衆院選挙は違法である』旨の判断に至っているにも拘わらず、
- 平成 30 年大法廷判決（衆）は、**判例を変更したことおよび真に説得力を有する判例変更の理由**を明示することなく、「違法判断の基準時」の解釈を不当に変更

して、平成 28 年改正法の成立を考慮して、『平成 29 年 10 月 22 日施行の衆院選（小選挙区）は、違憲状態でない』旨判示している。

従って、平成 30 年大法廷判決（衆）の当該『当該選挙は違憲状態ではない』旨の判示は、昭和 51 年大法廷判決（衆）の「**違法判断の基準時**」の**解釈基準（判例）の不当な変更**である、と解される。

(2) 司法は、財布も剣も持っていない。財布も剣も持っていない司法が司法として機能するためには、裁判所は、専ら、他の国の機関（行政府と立法府）と国民からの裁判所に対する**信頼と尊敬**に依拠せざるを得ない。

裁判所が、行政府と立法府と国民から信頼と尊敬を得るためには、裁判の**安定と公平**が不可欠である。

判例変更は、常に裁判の安定性を損なうリスクを伴う。そこで、判例を変更するためには、①判例変更する旨の記述と、②真に説得力を有する判例変更の理由の記述が求められる。

これらを欠く判例変更は、**不当な判例変更**である（芦部信喜東京大学名誉教授「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 107）、原告準備書面(1)82 頁参照）。

II **1 憲法 56 条 2 項；2 前文第 1 項第 1 文後段と 1 条；3 前文第 1 項第 1 文前段は、人口比例選挙を要求する**（原告準備書面 (1)第 3 章、1【**統治論**】〈同書面 63～75 頁〉参照）：（本書 3～8 頁）

1 下記①～⑥に示すとおり、**1 憲法 56 条 2 項；2 前文第 1 項第 1 文後段と 1 条；3 前文第 1 項第一文前段は、人口比例選挙を要求する**（原告準備書面 (1)第 3 章、1【**統治論**】〈同書面 63～75 頁〉参照）。

① 国民は、**主権**を有する (② 憲法1条 (「主権の存する日本国民」) と憲法前文第1項第1文後段)。

② 国民は、**主権**の行使として、選挙権を行使する。

③ 国民は、「正当に選挙された」国会議員を通じて、**主権**を行使する (③ 憲法前文第1項第1文前段 (「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、」) ; ② 前文第1項第1文後段 (「ここに主権が国民に存することを宣言し、」) と1条 (「主権の存する日本国民」))。

即ち、「正当に選挙された」国会議員は、**主権**を有する国民の「国会における**代表者**」である (③ 憲法前文第1項第1文前段 (「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、」))。

換言すれば、「正当に選挙された」国会議員は、国会において、**主権**を有する国民を**代表**する。

④ 「正当に選挙された」国会議員 (③ 憲法前文第1項第1文前段 (「正当に選挙された国会における代表者」)) は、主権を有する国民を「**代表**」(強調 引用者) して (③ 憲法前文第1項第1文前段 (「国民」の「国会における**代表者**」))、全出席議員の「**過半数**」(強調 引用者) (50%超) で、「両議院の議事」を決する (① 憲法56条2項 (「両議院の議事は、・・・出席議員の過半数でこれを決し、」))。

ここで、「**過半数**」(強調 引用者) の要素が、**肝要**である。

⑤ 各院の全出席議員の**過半数** (50%超) は、「正当 (な) 選挙」たる人口比例選挙で、(各院の全議員との関係で按分される) 全出席議員の**過半数** (50%超) で按分される全国民から選出されることが要求される (憲法前文第1項第1文前段)。

その理由は下記 A~D で示すとおりである。

A 各院の全出席議員の**過半数** (50%超) が「両議院の議事」(但し、内閣

総理大臣〈＝行政権の長〉の指名（憲法 67 条 1 項）を含む）を決するので ①

憲法 56 条 2 項、

全出席議員の過半数（50%超）は、（各院の全議員との関係で按分される）全出席議員の過半数（50%超）で按分される全国民（但し、各国民が人権を有する）② 前文第 1 項第 1 文後段と 1 条）から「正当に選挙された国会における代表者」③ 憲法前文第 1 項第 1 文前段）でなければならない。

B そして、

一方で、人口比例選挙のみが、【各院の全出席議員の 50.1%（過半数）が、（各院の全議員との関係で按分される）全出席議員の 50.1%（過半数）で按分される全国民から選出されること】を保障する。

他方で、非人口比例選挙は、【各院の全出席会議員の 50.1%（過半数）が、（各院の全議員との関係で按分される）全出席会議員の 50.1%（過半数）で按分される全国民から選出されること】を保障しない。

C 従って、

一方で、人口比例選挙では、国会議員は、「正当に選挙」（憲法前文第 1 項第 1 文前段）される。

他方で、非人口比例選挙では、国会議員は、「正当に選挙」され得ない。

D 非人口比例選挙で当選した議員は、憲法前文第 1 項第 1 文前段の「正当に選挙された国会における代表者」④ 強調 引用者）に該当しない。よって、非人口比例選挙は、違憲である。

⑥ 上記⑤について、下記のとおり、議論を補足する：

A

平成 29 (2017) 年衆院選 (小選挙区) で、衆議院議員・145 人 (289 人の中の過半数) (≐ 144.5 人 (= 289 人÷2)) は、全有権者 (1 億 500 万人強) の 44.8% から選出されている (44.8% は、各都道府県につき、衆議院議員 (小選挙区) 1 人当り人口の最小の県である鳥取県の人口をスタートとして、順次議員 1 人当り人口が増える方向に各都道府県の人口を積算し、当該各都道府県から選出の議員定数の累積値が 145 人 (全 289 人の過半数) に至る場合の、「累積人口」の対全人口比である (升永英俊『統治論に基づく人口比例選挙訴訟』(日本評論社、2020) 75~76 頁、URL: <https://blg.hmasunaga.com/2019/03/20/post-24140/> 参照))。

逆に言えば、当該選挙では、全有権者の 5.3% (=50.1%−44.8%) (500 万人強) は、同小選挙区選出衆議院議員・145 人によって**代表**されていない。

B

全有権者の 5.3% (=50.1−44.8) (500 万人強) に着目すれば、当該「全有権者の 5.3% (=50.1−44.8)」 (=500 万人強) が、同小選挙区選出衆議院議員・145 人によって**代表**されていないので、平成 29 (2017) 年衆院選 (小選挙区) は、「日本国民は正当に選挙された国会における**代表者**を通じて行動し、」の定め (憲法前文第 1 項第 1 文前段) に違反する、即ち、憲法違反である。

C

「両議院の議事は、この憲法に特別の定めのある場合を除いては、出席議員の**過半数**によってこれを**決**」(強調 引用者) する (憲法 56 条 2 項) ので、両議院の議事の一つたる、**内閣総理大臣** (即ち、**行政の長**) の決定 (憲法 67 条) にあたっては、**【(「正当に選挙された国会における代表者を通じて行動」(強調 引用者) する)【主権を有する国民】の過半数 (50.1%超) が、国会議員の過半数 (50.1%超) を選出すること】が**決定的に重要**である。**

【主権を有する国民】の過半数 (50.1%超) が国会議員の過半数 (50.1%超) を選出することを保障する選挙は、人口比例選挙のみである。

2 (1) 本件訴訟代理人は、【憲法 56 条 2 項、前文 1 項と 1 条が、人口比例選挙を要求すること（統治論）】を説得力を持って説明するために、2009 年 8 月以降 2021 年 11 月までの 12 年間格闘し、数次に亘って、準備書面の推敲を重ね、その結果、準備書面(1)第 3 章【統治論】(同書 62~78 頁)を作成した。

しかしながら、本件訴訟代理人は、更に進んで、上記 1 の①~⑤の文章(本書 3~5 頁)を作成した。

(【憲法が人口比例選挙を要求すること】を理由づけるための)上記 1 の①~⑤の文章は、【原告の主張や評価を交えることなく、憲法の各条規、各条規の用語の組み合わせのみにより構成されているという、文章構成の特徴】を有している。

原告は、上記 1 の①~⑤の文章の完成後数日を経て初めて、同①~⑤の上記の憲法の各条規、各条規の用語の組み合わせのみにより構成されているという文章構成の特徴に気が付いた。

本件訴訟代理人にとっては、同①~⑤の上記の憲法の各条規、各条規の用語の組み合わせのみにより構成されているという文章構成の特徴自体が、**大きな驚き**であった。

(2) 同①~⑤の文章に誤りはないと解される。けだし、同①~⑤の文章は、憲法の各条規と各条規の用語の組み合わせのみによって構成されているので、誤りようがないからである。

(3) 同①~⑤の文章が示すとおり、【憲法が人口比例選挙を求めていること】が、憲法の各条規と各条規の用語の組み合わせのみにより、**証明**される。
ここに、**該証明は成功した**。

原告は、当裁判所におかれて、上記**1**の①～⑥の採否について、説得力十分の理由を付して、正面から判断されるよう、強く要請する。

Ⅲ 【現時点では、人口比例選挙説又は基本人口比例選挙説の憲法研究者等が36人（但し、故人を含む）であり、非人口比例選挙説の憲法研究者は0人（但し、故人を含まない）である】（本書8～9頁）

1 原告準備書面(1)**第3章【統治論】2**（同書76～77頁）は、【憲法はできる限り人口比例選挙を要求している】旨の立場の**32**名の憲法学者等を記している。

原告は、ここで、同**32**名に加えて、下記**4**名の憲法学者を追記する。

- (1) **橋本基弘**中央大学法学部教授¹
- (2) **牧野力也**東京家政大学院大学講師²
- (3) **中村良隆**名古屋大学日本法教育センター特任講師³
- (4) **上脇博之**神戸学院大学教授⁴

従って、現時点では、『憲法は、できる限り人口比例選挙を要求している』旨の立場又は『憲法は、人口比例選挙を基本としている』旨の立場の憲法学者等は、累計で**36**名である。

¹ **橋本基弘**中央大学法学部教授「参議院議員選挙と裁判所」（はくもん 第67巻第3号（2015年）4～5頁）（甲132）、同「参議院定数不均衡問題をめぐる最高裁大法廷令和2年11月18日判決について－裁判所と国会、国民との対話－（一）、（二）」（法学新報第128巻3・4号〈令和3年10月15日〉、同5・6号〈令和3年12月10日〉）（甲133）

² **牧野力也**東京家政大学院大学講師「「一票の較差」の違憲審査基準に関する考察」筑波法政第54号（2013）70頁（甲73）

³ **中村良隆**名古屋大学日本法教育センター特任講師「書評 升永英俊『統治論に基づく人口比例選挙訴訟』日本評論社、2020年」Web 日本評論 <https://www.web-nippyjo.jp/18405/>（甲72）

⁴ **上脇博之**神戸学院大学教授「参議院選挙区選挙の最大較差5.13倍を違憲とはしなかった2006年最高裁大法廷判決」速報判例解説 憲法No.1日本評論社12頁（甲74）

2 原告は、原告準備書面(1)76頁で、『2011～2019年の間に発表された非人口比例選挙説を主張する刊行物は、1個ある』旨記述したが、ここで、同1個から**零個**に訂正する。

その理由は、以下のとおりである。

芦部信喜（著者）・高橋和之（補訂者）『憲法第七版』（岩波書店、2019年）145頁は、1票の格差・「おおむね2倍」説を記述している（甲80）。しかしながら、同記述は故芦部信喜東大名誉教授⁵の主張を記したものと解される。

同書の補訂者・高橋和之東大名誉教授は、高橋和之『立憲主義と日本国憲法第5版』（有斐閣、2020年）324頁（甲130）で、「選挙権は、日本国憲法においては概念上当然に、相互に平等な内容を有するという意味を内包しているのではなかろうか。」と記述していることに照らし、高橋和之東大名誉教授は、『憲法は一人一票等価値を要求している』旨記述していると解される。

従って、芦部信喜（著者）・高橋和之（補訂者）『憲法第七版』（岩波書店、2019年）145頁の同「おおむね2倍」説の記述は、故芦部信喜の主張（但し、同新版（1997年）の時点での主張）を記したものであり、高橋和之教授の主張を記述したものではない、と解される。

そうであれば、平成21（2011）年8月～令和3（2021）年11月までの約12年間の刊行物を調べた限りでは、少なくとも衆院選について言えば、『憲法は人口比例選挙を要求しない』旨の主張を発表した憲法学者は、結局、**0人**である。

以上

⁵ 芦部 信喜（1923年9月17日 - 1999年6月12日）