

政治の公法と私法の基礎と理論

ヘイトデモ禁止仮処分命令事件…毛利 透
集会の場所の保障をめぐる事例…木下智史
自衛隊情報保全隊事件控訴審判決…小山 剛
タクシー事業における運賃設定の自由と規制…棟居快行
アンケート調査による個人情報取得と
プライバシー権・表現の自由…毛利 透
営業の自由をめぐる実践と理論の課題…木下智史
第三者行為論と国的基本権保護義務…小山 剛
費制廃止の憲法問題
給費制訴訟を素材として…棟居快行
投票価値較差訴訟の現状と課題…毛利 透
国歌齊唱強制事件を素材として…木下智史
職業と資格—影師に医師免許は必要か…小山 剛
憲法訴訟における具体的な交錯

昭和二年七月二十五日臨時三刊号發行通卷第二四〇八號可
元年七月二十五日臨時三刊号發行通卷第二四一十一
元年七月二十六日臨時三刊号發行通卷第二四一十二

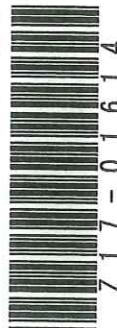
東京都文京区自台一丁目七番十二号
（株）判例時報社 T E L ○三一三九四七一七三七一（郵便番号）
F A X ○三一三九四七一七三七五（窓口部）
発行所 記価 本体一八〇円+税

東洋美術の歴史と理論

毛利透
木下智史
小山剛
棟居快行

判例時報2408号臨時増刊
判例本体1800円+税

TMI總合法律事務所圖書館



Z 17 - 01614

4910263360796
01800

26336-7/25 踏

るのかについては、不明確性が残っていた。もしも、参議院について衆議院と同等の投票価値平等が求められるなら、小手先の手直しではなく不十分だということになる。

平成二九年判決は、一か所の合区をも用いて最大較差を約三倍にまで縮小した定数配分規定について、合憲との判断を示した。しかも、平成二一年判決などとは異なり、そもそも違憲状態ないと明確に判断している。平成二四年、二六年判決との相違としては、都道府県を単位とする選挙区制度をとること自体の合理性は否定されるべきものではないことが明言されている。この点につき、参議院の投票価値平等についての最高裁の態度が後退したのかどうか、議論の余地があるが、平成二九年判決も、当該制度の合理性は「投票価値の平等の要請との調和が保たれる限りにおいて」のものであることを明言している。また、同判決は直前一つの違憲状態判決の判示を要約しつつ、「参議院議員の選挙について、直ちに投票価値の平等の要請が後退してよいと解すべき理由は見いだし難い」としており、平成二四年判決で渡ったルビコン河を戻ろうという姿勢は示していない。⁽³⁶⁾

これら違憲状態判決でも、「著しい不平等状態」や「相当期間」という、参議院独自の判断基準は維持されていたのであり、判例は最大較差五倍の恒常化は許さないという姿勢を示しつつも、求める投票価値平等の内容については、参議院と衆議院の間の相違はやはり認めていたということになる。平成二九年判決は、参議院だからといって「直ちに」投票価値平等の要請が後退していいわけではないとの判示につづけて、二院制に関する「憲法の趣旨との調和」をも求めている。参議院にも衆議院と同様投票価値平等の要請は妥当するが、前者にはそれを薄めることを正当化する別の憲法上の事情がある。そうだとしても、もはや最大較差五倍は正当化できないのだが、衆議院と同等の平等が求められるわけでもない。違憲状態判決もこのような立場をとっていたと理解することは十分可能であろう。かつては、参議院への投票価値平等要求の説明においてこのような分節化はなされず、それが衆議院の場合よりも相対化されるという点のみが表面に出ていた。平成二四年判決以降は、参議院にもまずは衆議院と同じ

く投票価値平等の要求が妥当するということが出発点であり、それは二院制の観点から相対化されうるが、それにも限度があると枠組みが明示されたということになる。具体的な較差の合憲性判断において、この出発点の重みが効いたのが、平成二四、二六年判決だったといえるのではないか。

二 平成二九年判決以後の課題

では、最高裁は、この相対化は最大較差三倍程度まで許されるという立場をとったといえるのか。この点は、平成二九年判決が違憲状態判決でないとしても、必ずしも明確ではない。判決は、最大較差の数値とともに、国会が合区という「これまでにない手法」をとり、判例の「趣旨に沿って較差の是正を図った」と、そして平成二七年改正法が附則で選挙制度の抜本的見直しについて「必ず結論を得る旨を定め」、較差の「更なる是正に向けての方向性と立法府の決意」を示していることなどの事情を考慮している。つまり、違憲状態か否かの判断において、国会の努力が評価の対象となっているのである。

既述のとおり、衆議院では、較差是正に向けた国会の取組は、「合理的期間」論の場面で考慮されてきた。参議院についての平成二一年判決では、国会の（選挙後まで含む）取組が合憲判断を導く要素として考慮されていたが、これは後の判決によれば、違憲状態と違憲との区別を意図的にあいまいにした叙述の仕方であった。これに対し、平成二九年判決は、違憲状態か否かの判断の段階で、国会の較差是正に向けた取組の「方向性」や「決意」を判断材料にするという態度を明確に示したことになる。⁽³⁷⁾

どうして、違憲状態か否かの判断の段階で国会の努力を考慮要素に入れたのか。最高裁は、最大較差約三倍なら合憲とするという立場をとつたわけではないと言いたいのであろう。参議院についての最高裁の立場の厳格化をもたらしたもの、最大較差五倍という数値そのものというより、その「常態化」であつた。⁽³⁸⁾平成二九年判決の立場が

らしても、今後、国会が自らの約束を反故にし、現行の都道府県を単位とする選挙区制度に、⁽³⁾こく一部の合区以外には手直しを加えず、最大較差三倍程度が「常態化」するようなことになれば、それが違憲状態と判断される余地は十分あることになろう。

ただし、このように違憲状態判断の段階すでに国会の取組が評価されるとなると、違憲状態と違憲の区別は必然的にあいまいになる。また、私が平成二一年判決から読み取った「客観的な較差指標の憲法判断全体における意義低下」が確定的に生じることになる。このような判断枠組みでよいのか、疑問も生じるところである。⁽³⁾

最高裁は、衆議院の場合と同様、どの程度の最大較差が許されるのかについて自身の立場を明確には示さないといふ姿勢をとっている。特に参議院については、明確な線引きは非常に困難な作業だということは理解できる。だが、最高裁が国会に較差是正の継続的な努力を求める一方で、憲法上求められるゴールを示そうとしないという点は、やはり問題となる。参議院の場合には、国会が自ら示した基準もないし、最高裁の立場も衆議院についてよりもさらに不明確であるから、この問題性は一層大きい。

第四 最大判平成二〇年一月一九日についての補記

本文中、第一の二で検討した、二〇一七年一〇月の衆議院議員総選挙での投票価値較差につき、最高裁は合憲と判断する判決を出した。以下、この判決の主要部分を引用したうえで、簡単なコメントを付しておく。

【判旨】

「衆議院議員の選挙に関する……累次の大法廷判決の趣旨……を変更する必要は認められない。」

「平成二六年選挙前に設置された衆議院議長の諮問機関である選挙制度調査会において、衆議院選挙制度に関する

る検討が重ねられ、平成二七年大法廷判決の言渡し後に、小選挙区選出議員の定数を六削減することともに、投票価値の較差を是正するための新たな議席配分方式として、各都道府県の人口に比例した配分方式の一つであるアダムズ方式を採用すること等を内容とする答申がされ、これを受けて制定された平成二八年改正法は、これと同内容の規定を設けた上で、アダムズ方式による各都道府県への定数配分を平成二二年以降一〇年ごとに行われる国勢調査の結果に基づいて行うこととし、その五年後に行われる国勢調査の結果に基づく選挙区間の人口の較差が二倍以上となつたときは同較差が二倍未満となるように各都道府県内の選挙区割りの改定を行うことを定めたものである。

さらに、平成二八年改正法は、アダムズ方式による定数配分が行われるまでの措置として、選挙制度の安定性を確保しつつ較差の是正を図るため、附則において、平成二七年国勢調査の結果に基づきアダムズ方式により定数配分を行った場合に選挙区数の削減が見込まれる議員一人当たりの人口の少ない六県の選挙区数をそれぞれ一減する〇増六減の措置を探ることとともに、新区画審設置法二条一項と同様の区割基準に基づき、次回の国勢調査が行われる平成二二年までの五年間を通じて選挙区間の人口の較差が二倍未満となるように選挙区割りの改定を行うこととしたものである。その上で、区画審による改定案の勧告を経て制定された平成二九年改正法において、一九都道府県の九七選挙区における選挙区割りの改定を内容とする公職選挙法の改正が行われ、同改正後の本件区割規定期定めの本件選挙区割りの下において本件選挙が行われたところである。

そして、本件選挙区割りの下における選挙区間の投票価値の較差は、平成二七年国勢調査の結果による人口の最大較差において一対一・九五六、本件選挙当日の選挙人數の最大較差においても一対一・九七九に縮小され、選挙人數の最も少ない選挙区を基準として較差が二倍以上となつている選挙区は存在しなくなつたというのである。

このように、本件区割規定期定めに係る改正を含む平成二八年改正法及び平成二九年改正法による改正は、平成二二年に行われる国勢調査の結果に基づく選挙区割りの改定に当たり、各都道府県への定数配分を人口に比例した方式の

している旨が付け加えられていた。平成二九年判決では、この付記部分が審査基準を判断する箇所から離れ、先例の説明としてのみ記述されている。この点も、平成二九年判決の「後退」と理解できなくはない。だが、この判断は従来最大較差五倍の常態化の指摘とセットでなされてきたので、それが約三倍に縮小した以上、一般論として判断するには及ばないとされたのではなかろうか。

(37) 平成二四・二六年判決も国会の長年の怠慢を問題にしていたといえるが、人口異動による較差拡大の放墮が憲法状態を招くという構図は、昭和五一年判決以来見られたものである。

(38) 櫻井・前掲注(26)五二八二〇頁参照。

(39) 新井誠・法学研究八七巻二号(二〇一四)一三三頁、一三九頁参照。なお、同稿が指摘する、参議院の選挙区間ににおける当選人数の大きな差異の問題性(一四六頁)は、それを投票価値の相違として論すべきか否かはともかく、選挙制度改定を進めるうえで重要な視点を提供する。同じ問題性について私の控えめな疑問提起としては、毛利透「選挙制度改定」大石眞・石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、二〇〇八)一八八頁、一八九頁参照。私は、現状の参議院の選挙区制度の合理性にも疑問をもつていて、参議院の投票価値較差を、一方で合区を増やし、他方で東京都などの定数を今以上に増やすという方法で縮小することは、その選挙制度としての合理性をますます減少させると考える。ただ、新井が「都市と地域との間の現実的な異質性」(一四九頁)を投票価値較差の許容性にも反映させようとしていることは、少なくとも現状の参議院の権限を前提にするならば、参議院において賛同できない。この点では、私は参議院の平成二三年判決、参議院の平成二四年判決の論理に基本的に賛成する。

(40) 工藤達朗「衆議院議員選挙と投票価値の平等」判時二三八三号(二〇一八)一三〇頁、一三三一三四頁参照。
(もつりどおる・京都大学大学院教授)

第十章 思想及び良心の自由をめぐる実践と理論の課題

——国歌斉唱強制事件を素材として

木下智史

はじめに

憲法一九条の思想及び良心の自由の保障について、新たな理論上の展開をもたらしたのは、国旗・国歌法制定(一九九九年)に前後して、各地で強行された学校行事における国旗の掲揚、国歌の起立者唱の強制という不幸な事態であった。学校行事における国旗・国歌の強制は、多くの教員にとって、それぞれの思想・教育理念との葛藤を引き起こしかけたりではなく、教育現場に「物言えぬ雰囲気」をもたらした⁽¹⁾。権力者による露骨な教育内容への介入に対する抵抗から生まれた数多くの訴訟提起に対して下された、二〇一一年の四つの最高裁小法廷判決(最一小判二〇一一(平23)・5・30民集六五巻四号一七八〇頁、最一小判二〇一一(平23)・6・6民集六五巻四号一八五五頁、最二小判二〇一一(平23)・6・14民集六五巻四号一一四八頁、同二〇一一(平23)・6・21民集二三七号五三頁、以下、「二〇一一年最高裁判決」という)を通じて、判例法理は一定の確定をみた。本稿は、最高裁による判例法理の確定後、下級審においてどのような判断がなされているのかを検証し、判例法理の問題点、そして理論上の課題の析出を試みる。