

法学新報 第128巻第3・4号 抜刷
令和3年10月15日 発行

論 説

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 (一)

——裁判所と国会、国民との対話——

橋本基弘

甲第133号証

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(一)

——裁判所と国会、国民との対話——

橋本基弘

はじめに——視点

1. 判例と立法の推移 (以上, 本号)
2. 参議院議員定数不均衡訴訟における裁判所と国会の対話
おわりに——展望 (以上, 次号)

はじめに——視点

参議院議員通常選挙が終わるたびに、定数配分規定の合憲性が争われる。だが、最高裁判所は、違憲判決を下さない。同時に、より抜本的な改正を促し続けている。この問題に関する最新判例、令和2年11月18日大法廷判決もまたこの姿勢を維持している。

最高裁が抜本的な改正を促し続けたとしても、国会がそれに応える姿勢を見せてきたといえるかどうかは評価が分かれるところである。現行の枠組みを維持して、マイナーチェンジをはかりつつ、漸進的に改革を行っているともいえようか。しかし、この姿勢が今後も継続するとすれば、較差が抜本的に是正されないまま、参議院選挙が繰り返し実施されるという、憲法上想定しがたい事態を招くことにならないだろうか。定数不均衡は、国家の正当性、国家行為の正当性そのものに関わる問題だからである。

「憲法は、法律家同士の契約ではなく、一般人の交わした文書だ (The Constitution of the United States was a layman's document, not a lawyer's contract)」と述べたのは、FDルーズベルト大統領であった¹⁾。法律家共同体でしか理解できないうような法律論は、やがて国民の憲法への意識を摩耗させていく。判決とは、紛争当事者へのメッセージにとどまらぬ。とりわけ憲法判例は、憲法解釈に関する国民へのメッセージでなければならぬ。その点で、参議院定数不均衡訴訟をめぐると連の最高裁判決には、何か足りないように思う。

本稿では、令和2年11月18日大法廷判決を中心に、参議院選挙訴訟をめぐると裁判所と国会のあるべき対話²⁾について考えたい。もちろん、参議院議員選挙定数不均衡訴訟に関する研究はおびただしい数に上るから、ここに新しい知見を付け加えることは難しい。議論もほぼ尽くしている³⁾。他方で、参議院定数不均衡訴訟には判例の蓄積がみられるが、判断に一貫性がみられるわけではない。また、裁判所は国会に改正を促すためのメッセージを送り続けている一方、そこには国民の存在が希薄化されている。そこで、まず判例と立法の推移をスケッチし、その上で、国民(有権者)にとつて、参議院定数不均衡をどう扱うのが適切なのかを明らかにする。

1) <https://teachingamericanhistory.org/library/document/address-on-constitution-day/>

2) 佐々木雅寿「対話的違憲審査の理論」(2013年) 113頁がこの先駆的業績であり、本稿もまたここから多くを学んでいる。

3) 合原理映「議員定数不均衡訴訟における合憲性審査の変化に関する予備的考察—参議院議員定数不均衡訴訟に関する最高裁判所判例を素材にして—」千葉商大論叢 第56巻 第2号 (2018年11月) 71頁。

1. 判例と立法の推移

(1) 判例の推移

① 昭和58年大法廷判決

参議院議員選挙定数不均衡訴訟は、昭和58年大法廷判決とどう向き合い、現実をどう克服していくかが最大の課題であった。ここでは、昭和58年大法廷判決がどのように継承され、浸食されてきたのかを簡単に振り返ることとする。

(ア) 昭和58年大法廷判決

昭和58年大法廷判決は次のように述べ、参議院議員選挙定数不均衡問題の枠組みを設定した。

憲法は、右の投票価値の平等を選挙制度の仕組みの決定における唯一、絶対の基準としているものではなく、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しんしやくして、その裁量により衆議院議員及び参議院議員それぞれについて選挙制度の仕組みを決定することができるのであつて、国会が具体的に定めたところのもの¹⁾がその数量権の行使として合理性を是認しうるものである限り、それによつて右の投票価値の平等が損なわれることとなつても、やむをえないものと解すべきである。

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、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、前記のような複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上によ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たと判断されるときは、初めて議員定数の配分の定めが憲法に違反するに至るものと解するのが相当である。

これを本件についてみるに、参議院議員の任期を6年としていわゆる半数改選制を採用し、また、参議院については解散を認めないものとするなど憲法の定める二院制の本旨にかんがみると、参議院地方選出議員については、選挙区割や議員定数の配分をより長期にわたつて固定し、国民の利害や意見を安定的に国会に反映させる機能をそれと持たせることとするとも、立法政策として許容されると解されるころである。

他方、本件参議院議員定数配分規定の下においては、前記のように、投票価値の平等の要求も、人口比例主義を基本として選挙区割及び議員定数の配分を定めた選挙制度の場合と同一に論じ難いことを考慮するとき、本件参議院議員選挙当時に選挙区間において議員一人当たりの選挙人数に前記のような較差があり、あるいはいわゆる逆転現象が一部の選挙区においてみられたとしても、それだけではいまだ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状態が生じていたとすることは足りないものといふべきである。したがつて、国会が本件参議院議員選挙当時に地方選出議員の議員定数の配分を是正する措置を講じなかつたことをもつて、その立法裁量権の限界を超えるものとは断じえず、右選挙当時に本件参議院議員定数配分規定が憲法に違反するに至つていたものとするものではできない。

昭和58年判決が依拠した論理は、二院制の採用であった。二院制を採用した以上は、各院の議員選出方法に違いがあつてよいはずだとの理屈である。この差別化は立法裁量であつて、そこで平等選挙の原則は道を譲るといふのである。しかし、この判決で争われた最大較差は1対5.37であつた。同じ選挙において、誰かが自分より5倍の票をもっている。この現実是有

権者の常識からして是認できるものではない。二院制の採用や異なる選出方法がただちに較差を正当化することにはならない。連邦国家における上院ならともかく、単一国家における国政選挙に較差を設けること自体が異常である。昭和58年判決はその直後から厳しい批判にさらされることになつた。

(イ) 平成8年大法廷判決

この立法裁量論は、その後最大較差が拡大するにつれ、やがて浸食されていく。最大判平成8年9月11日判決は、最大較差1対6.59を「違憲状態」と判断した⁴⁾。

平成8年判決は、「各選挙区への議員定数の配分につき厳格な人口比例主義を唯一、絶対の基準とすべきことまでは要求されていないにせよ、投票価値の平等の要求は、憲法14条1項に由来するものであり、国会が選挙制度の仕組みを定めるに当たつて重要な考慮要素となることは否定し難いのであつて、国会の立法裁量権にもおのずから一定の限界があることはいうまでもないところ、本件選挙当時の右較差が示す選挙区間における投票価値の不平等は、極めて大きなものといわざるを得ない」と述べる。そして、選挙が憲法に違反するかどうかについての判断枠組みを次のように設定した。

1:5.37

本件選挙当時の前記の較差が示す選挙区間における投票価値の不平等は、前記のような参議院(選挙区選出)議員の選挙制度の仕組み、是正の技術的限界、参議院議員のうち比例代表選出議員の選挙については各選挙人の投票価値に何らの差異もないこと等を考慮しても、右仕組みの下においてもなお投票価値の平等の有すべき重要性に照らして、もはや到底看過することができないと認められる程度に達してい

4) 最高裁平成8年9月11日大法廷判決

たものというはかはなく、これを正当化すべき特別の理由も見出せない以上、本件選挙当時、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたものと評価せざるを得ない。

もっとも、平成8年判決は、「本件選挙当時、右の不平等状態が相当期間継続し、これを是正する何らの措置も講じないことが、前記のような国会の裁量的権限に係るものであることを考慮してもその許される限界を超えていたと断定すべき」場合に当たらないとして、結果的に合憲判断を下している。平成8年判決の段階で、最高裁は、衆議院議員選挙と同じ判断枠組みによって、参議院定数不均衡問題を処理する方向にあったといえよう。すなわち、最高裁は、昭和58年判決を前提にしても許される較差には限度がある。ただし、違憲状態が違憲判断につながるには立法府における不作為の態様を参酌すると述べたのであった。この二つの判決が、参議院議員選挙定数不均衡訴訟における違憲審査の枠組みを作り上げた。その結果、参議院定数不均衡の許容限度は、最大較差1.6⁹⁾であるとの理解が広がった¹⁰⁾。

(ウ) その後の展開

④ 平成24年大法院判決

最高裁は、参議院通常選挙が実施されるたび平成12年⁹⁾、16年¹⁰⁾、18年¹¹⁾、21年¹²⁾と、定数不均衡訴訟についての判決を下してきた。この間最大較差

5) 渡辺康行・糸戸常寿・松本和彦・工藤達郎『憲法Ⅱ総論・統治』(2020年) 205頁。

6) 最高裁平成12年9月6日大法院判決、最判民集54巻7号1997頁。井上典之・民商法雑誌124巻6号。公職選挙法14条、別表第三の参議院(選挙区選出)議員の議員定数配分規定の合憲性。西川知一郎「公職選挙法14条、別表第三の参議院(選挙区選出)議員の議員定数配分規定の合憲性」法曹時報54巻1号

7) 最高裁平成16年1月14日大法院判決。最判民集58巻1号56頁。常本照樹「公職選挙法14条、別表第三の参議院(選挙区選出)議員の議員定数配分規定の合

は5倍前後で推移してきたが、最高裁は、その都度不均衡是正のための努力を促したものの、違憲(違憲状態の確認を含む)判断は行わなかった。しかし、平成24年大法院判決¹³⁾は、定数配分規定を違憲とは判断しなかったが、「参議院議員の選挙であること自体から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さず、都道府県が政治的に一つのものまとまりを有する単位として捉え得ること等の事情は数十年間にわたる投票価値の大きな較差が継続する理由としては十分なものとはいえない」として、都道府県をベースにした定数配分の限界を指摘した。

国会においては、平成24年大法院判決を受けて公職選挙法が改正された。すなわち、4選挙区にわたり4増4減の定数再配分が行われると同時に、附則において「平成28年通常選挙に向けて、選挙制度の抜本的見直しについて引き続き検討を行い、結論を得るものとする」旨の規定が置かれることになったのである。平成25年の通常選挙時には最大格差が4.77倍に縮小している。

⑤ 平成26年大法院判決の警告

だが、平成25年通常選挙については、平成26年大法院判決が次のような「憲性」民商法雑誌131巻1号112頁など参照。様々に分岐した多数意見と6名の裁判官による反対意見の展開がその後の参議院定数不均衡訴訟に大きな影響を及ぼしたと考えられる。平成16年判決は、この問題に関する一つの分岐点であった。

8) 最高裁平成18年10月4日大法院判決。最判民集60巻8号2696頁。野中俊彦「公職選挙法(平成18年法律第52号による改正前のもの)14条、別表第三の参議院(選挙区選出)議員の議員定数配分規定の合憲性」民商法雑誌136巻3号348頁、木下智史、ジュリスト平成18年度重要判例解説1332号6頁など参照。

9) 最高裁平成21年9月30日大法院判決。最判民集63巻7号1520頁。上田健介「参議院議員定数配分規定の合憲性」ジュリスト平成21年度重要判例解説1398号8頁など参照。

10) 最高裁平成24年10月17日判決。最高裁判所裁判集民事241号91頁。工藤達郎「参議院議員選挙と投票価値の平等：参議院議員選挙無効請求事件(判例詳解2)」論究ジュリスト4号92頁など参照。

判断を示している¹¹⁾。

殊に、昭和58年大法院判決は、上記の選挙制度の仕組みに関して、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、政治的に一つのまとまりを有する単位として捉え得ることに照らし、都道府県を各選挙区の単位とすることによりこれを構成する住民の意思を集約的に反映させ得る旨の指摘をしていたが、この点についても、都道府県が地方における一つのまとまりを有する行政等の単位であるという限度において相応の合理性を有していたことは否定し難いものの、これを参議院議員の各選挙区の単位としなければならぬという憲法上の要請はなく、むしろ、都道府県を各選挙区の単位として固定する結果、その間の人口較差に起因して上記のように投票価値の大きな不平等状態が長期にわたって継続している状況の下では、上記の都道府県の意義や実体等をもって上記の選挙制度の仕組みの合理性を基礎付けるには足りなくなっているものといわなければならない。

として、一步踏み込んだ「提言」を行うまでに至ったのである。これは、昭和58年判を決実質的に変質させる説示であった。判決に関わった、千葉裁判官は、これを「国会に対し早期の是正の責務を生じさせるもの」との理解を示している¹²⁾。問題となった国家行為の憲法適合性の判断ではなく、他の国家機関に対する要望、もしくは義務の存在を確認することも裁判所の権限に属するというのである。この理解に従うと、次に争われる定数訴訟は、この責務が十分果たされたかを問題とすることになる。これはまた、

11) 最高裁平成26年11月26日大法院判決、最高裁判所裁判集民事248号69頁。斎藤一久「平成25年参議院議員選挙無効訴訟(最新判例演習室/憲法) 法学セミナー721号110頁など参照。

12) 千葉勝美「違憲審査 その焦点の定め方」(2017年) 151頁。

後に述べるような「審査基準の主観化」「合区」の導入

◎ 平成27年公職選挙法改正と「合区」の導入

一方、参議院に設置された選挙制度協議会(選挙制度の改革に関する検討会の下に設置された)は、議員一人当たりの人口の少ない選挙区を合区して定数を削減し、人口の多い選挙区に配分する旨の座長案を示し、協議会が行ったが各会派の意見は一致を見なかった。これを受けて各会派での検討が進められたところ、人口の少ない選挙区について合区を導入することを内容とする①「4県2合区を含む10増10減」の改正案と②「20県10合区による12増12減」の改正案とにおおむね集約され、同年7月23日、上記の各案を内容とする公職選挙法の一部を改正する法律案がそれぞれ国会に提出された。上記①の改正案に係る法律案は、選挙区選出議員の選挙区及び定数について、鳥取県及び島根県、徳島県及び高知県をそれぞれ合区して定数2人の選挙区とするとともに、3選挙区の定数を2人ずつ減員し、5選挙区の定数を2人ずつ増員することなどを内容とするものであり、その附則7条には、平成31年に行われる通常選挙に向けて、参議院の在り方を踏まえ、選挙区間における議員1人当たりの人口の較差の是正等を考慮しつつ選挙制度の抜本的な見直しについて引き続き検討を行い、必ず結論を得るものとするとの規定が置かれていた。

いわば妥協的な解決によって、抜本的改正を先送りする内容であった。平成27年改正によって、最大較差は3.08倍にまで縮小した。

◎ 平成29年大法院判決

平成27年改正に対しては、平成29年大法院判決が判断を下している。同判決は、合区というこれまでもではない選挙手法が争点となった点でも注目された。同判決は、おおむね次のような説示を行った¹³⁾。

13) 最高裁平成29年9月27日大法院判決、裁判集71巻7号1139頁。平成29年判決については、齋藤憲「平成28年参議院選挙と投票価値の平等」法学教室2018年3月号44頁、青木誠弘「参議院議員選挙として初の合区が導入された定数配分規定の合憲性」新判例Watch20巻55頁(2017年)、中丸隆「公職選挙法14条、

具体的な選挙制度の仕組みを決定するに当たり、一定の地域の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する観点から、政治的に一つのまとまりを有する単位である都道府県の意義や実体等を一つの要素として考慮すること自体が否定されるべきものであり、とはいえず、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は、このような要素を踏まえた選挙制度を構築することが直ちに国会の合理的な裁量を超えるものとは解されない。

本件選挙は、平成26年大法院判決の言渡し後に成立した平成27年改正法による改正後の本件定数配分規定の下で施行されたものであるところ、同法は、従前の改正のように単に一部の選挙区の定数を増減することとせず、人口の少ない選挙区について、参議院の創設以来初めての合区を行うことにより、都道府県を各選挙区の単位とする選挙制度の仕組みを見直すことをも内容とするものであり、これによって平成25年選挙当時まで数十年間にもわたり5倍前後で推移してきた選挙区間の最大較差は2.97倍（本件選挙当時は3.08倍）にまで縮小するに至ったのである。

この改正は、長期間にわたり投票価値の大きな較差が継続する要因となっていた上記の仕組みを見直すべく、人口の少ない一部の選挙区を合区するというこれまでにならぬ手法を導入して行われたものであり、これによって選挙区間の最大較差が上記の程度にまで縮小したのであるから、同改正は、前記の参議院議員選挙の特性を踏まえ、平成24年大法院判決及び平成26年大法院判決の趣旨に沿って較差の是正を図ったものとみることができるとする。また、平成27年改正法は、その附則において、次回の通常選挙に向けて選挙制度の抜本的な見直しに

別表第3の参議院（選挙区選出）議員の議員定数配分規定の合憲性」最高裁判所判例解説70巻8号191頁など参照。

ついて引き続き検討を行い必ず結論を得る旨を定めており、これによって、今後における投票価値の較差の更なる是正に向けての方向性と立法府の決意が示されるとともに、再び上記のような大きな較差を生じさせることのないよう配慮されているものといえることができる。

そうすると、平成27年改正は、都道府県を各選挙区の単位とする選挙制度の仕組みを改めて、長年にわたり選挙区間における大きな投票価値の不均衡が継続してきた状態から脱せしめるとともに、更なる較差の是正を指向するものと評価することができる。合区が一部にとどまり、多くの選挙区はなお都道府県を単位としたまま残されているとしても、そのことは上記の判断を左右するものではない。

以上のような事情を総合すれば、本件選挙当時、平成27年改正後の本件定数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡は、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったものとはいえず、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたということとは違くない。

平成29年判決はきわめて理解が難しい判決であると思う。本判決は、平成24年判決から28年判決へと継承されてきた、較差是正のため抜本的な改正を求める姿勢を後退させたようにも読める。一方で、次の選挙までに改正が行われないならば、より強い判断を示すことを留保したものと解釈する学説もある¹⁴⁾。しかし、本判決の判断枠組みは、平成24年、26年判決と

14) これらの評価については、上田健介「公職選挙法14条、別表第3の参議院（選挙区選出）議員定数配分規定の合憲性」判例時報2377号148頁、とくに152頁注(14)を参照。肯定的評価としては、棟居快行「平成28年参議院選挙と『一票の較差』」ジュリスト平成29年度重要判例解説8頁。否定的評価としては、多田一路「参議院選挙における一部合区後の定数配分規定の合憲性」新・判例Watch22巻憲法No.421頁。また、合区などによる定数再配分を「弥縫策」とする木内裁判官意見に賛同するものとして、松本和彦「参議院定数不均衡訴訟」判例セレクトMonthly法学教室448号123頁参照。

はまったく異なっているのではないかとの疑問は消えない¹⁵⁾。仮に最高裁の判断枠組みが変更されたのであれば、このような姿勢の妥当性が問われる。結論に合わせて枠組みを変えたと評されてもやむを得ないところがある。

平成24年、26年判決で最高裁は、提言もしくは警告までしながら抜本的改正を求めていた。その答えが4県を2つの選挙区にまとめる「合区」であったとしたならば、肩透かしの感は否めない。

このような疑問は、令和2年11月18日においてどのように解消されたのであろうか。以下、この点について分析しよう。

(2) 最高裁令和2年11月18日大法廷判決

① 争点

令和元年7月21日施行の参議院議員通常選挙(以下「本件選挙」という。)について、東京都選挙区ほか40選挙区の選挙人である上告人らが、公職選挙法14条、別表第3の参議院(選挙区選出)議員の議員定数配分規定が憲法に違反し無効であり、これに基づき施行された本件選挙の上記各選挙区における選挙も無効であると主張して提起した選挙無効訴訟が本件である¹⁶⁾。

② 判旨

(ア) 多数意見

多数意見はまず、次のように述べ、これまでの判断枠組みを維持するこ

15) 審査基準について、これまでの枠組みを変更しているのではないかとの指摘は、工藤達郎「公職選挙法14条、別表第3の参議院(選挙区選出)議員の議員定数配分規定の合憲性」判例批評・民商法雑誌154巻3号523頁においても指摘されている。

16) 現段階(2021年5月3日)で手に入る判例解説として、小林直三「平成30年改正後の議員定数配分規定による参議院選挙における定数不均衡訴訟最高裁判決に関する一考察」WLJ判例コラム第233号1頁。斎藤一久「2019(令和元)年参議院選挙と投票価値の平等」法学教壇488号52頁(2021年)。

とを明らかにしている。

憲法は、選挙権の内容の平等、換言すれば、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等、すなわち投票価値の平等を要求していると解される。しかしながら、憲法は、国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させるために選挙制度をどのような制度にするかの決定を国会の裁量に委ねているのであるから、投票価値の平等は、選挙制度の仕組みを決定する唯一、絶対の基準となるものではなく、国会が正当に考慮することができ他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものである。それゆえ、国会が具体的に定めたところがその裁量権の行使として合理性を有するものである限り、それによって投票価値の平等が一定の限度で譲歩を求められることになっても、憲法に違反するとはいえない¹⁷⁾。

その上で、憲法が採用する二院制の観点から、選挙制度の設計には、国会における裁量が広く認められるとこのこれまでの姿勢を確認する。

上記の憲法の趣旨(二院制の採用の趣旨)を実現し、投票価値の平等の要請と調和させていくかは、二院制の下における参議院の性格や機能及び衆議院との異同をどのように位置付け、これをそれぞれの選挙

17) しかし、よく考えてみると、この昭和58年判決以来の説示が何を意味しているのかは判然としない。投票価値の平等は制度の選択における一要素だとしていられるのであれば、平等選挙の原則を語ることも自体あまり意味がない。選挙権を権利としてとらえた場合、各有権者の権利に重さの違いがあっても、それは制度選択の結果であると考えられる制度論に違和感を感じるのには、制度を権利に優先する考え方への居心地の悪さゆえのことであろう。高橋和之「立憲主義と日本国憲法 第4版」(2017年)306頁は、「選挙権は、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」としつつ、「定数不均衡は選挙権(公選15条)そのものの侵害だということになる」と述べている。

制度にいかんにか反映させていくかという点を含め、国会の合理的な裁量に委ねられており、参議院議員につき衆議院議員とは異なる選挙制度を採用し、国民各層の多様な意見を反映させて、参議院に衆議院と異なる独自の機能を発揮させようとする事とも、選挙制度の仕組みを定めるに当たって国会に委ねられた裁量権の合理的行使として認し得るものと考えられる。また、具体的な選挙制度の仕組みを決定するに当たり、一定の地域の住民の意思を集中的に反映させるといふ意義ないし機能を加味する観点から、政治的に一つのまとまりを有する単位である都道府県の意義や実体等を一つの要素として考慮すること自体が否定されるべきものであるとはいえず、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、このような要素を踏まえた選挙制度を構築することが直ちに国会の合理的な裁量を超えるものとは解されない。

そして、平成29年判決を受けて改正され、本件訴訟の争点となっている平成30年改正について、以下のような判断を行った。以下、少し長くなるが引用する。

同法は、総定数を増やした上で、選挙区選出議員については、平成27年改正による4県2台区を維持したまま、埼玉県選挙区を2人増員することを内容とするものであった。平成27年改正により導入された台区は、総定数を大幅に増やす方法を探ることにも制約があった中、半数改選という憲法上の要請を踏まえて各選挙区の定数を偶数で設定しつつも選挙区間の較差を縮小することを可能にするものであったが、その対象となった県における投票率の低下及び無効投票率の上昇と台区との関連性を指摘し、その解消を強く望む意見も存在した。このような状況の下、平成28年選挙施行後、参議院改革協議会の下に設置された選挙制度に関する専門委員会において、一票の較差、選

挙制度の枠組み、議員定数の在り方、選挙区の枠組み等について議論が行われ、台区制度の是非や、都道府県を単位とする選挙区に代えてブロック選挙区を導入すること等の見直し案についても幅広く議論が行われた。しかしながら、選挙制度改革に関する具体案について各派の意見の隔たりは大きく、一致する結論を得ることができないまま、本件選挙に向けて平成30年改正法が成立したものである。このような経緯もあり、同法の内容は、選挙区選出議員に関する従来からの選挙制度の基本的な仕組み自体を変更するものではないが、上記のとおり台区の解消を強く望む意見も存在する中で、平成27年改正により縮小した較差を再び拡大させないよう台区を維持することとしたのみならず、長らく行われてこなかった総定数を増やす方法を探った上で埼玉県選挙区の定数を2人増員し、較差の是正を図ったものである。その結果、平成27年改正により5倍前後から約3倍に縮小した選挙区間の較差(平成28年選挙当時は3.08倍)は僅かではあるが更に縮小し、2.99倍(本件選挙当時は3.00倍)となった。今回の通常選挙に向けて選挙制度の抜本的な見直しについて引き続き検討を行い必ず結論を得る旨を規定していること等を指摘した上で、平成27年改正は、長年にわたり選挙区間における大きな投票価値の不均衡が継続してきた状態から脱せしめるとともに、更なる較差の是正を指向するものと評価することができるとし、このような事情を総合すれば、平成28年選挙当時の選挙区間における投票価値の不均衡は、違憲の問題を生ずる程度の著しい不平等状態にあったものとはいえないと判示した。本件選挙は、同判決の言渡しの後成立した平成30年改正法における本件定数配分規定の下で実施されており、その投票価値の不均衡については、同判決の判示した事情も踏まえた検討がされるべきである。

平成28年選挙後に成立した平成30年改正法の内容は、結果として、選挙区選出議員に関しては1選挙区の定数を2人増員する措置を講ずるにとどまっている。他方、同法には上記附則のような規定が設けら

れておらず、同法の審議において、参議院選挙制度改革について憲法の趣旨にのっとり引き続き検討する旨述べたが、その中では選挙区間における較差の是正等について明確には言及されていない。国民の意思を適正に反映する選挙制度が民主政治の基盤であり、参議院議員選挙については直ちに投票価値の平等の要請が後退してもよむべき理由は見いだしがたく……憲法の趣旨等との調和の下に投票価値の平等が実現されるべきことは平成29年大法院判決等でも指摘されているのであるから、立法府においては、今後も不断に人口変動が生ずることが見込まれる中で、較差の更なる是正を図るとともに、これを再び拡大させずに持続していくために必要となる方策等について議論し、取組を進めることが求められているところ、上記のような平成30年改正において、こうした取組が大きな進展を見せているとはいえない。

しかし、多数意見は、次のように述べて、本件改正法を合憲と判断したのであった。

前記のような平成30年改正の経緯及び内容及び内容を踏まえると、同改正は、参議院議員の選挙制度について様々な議論、検討を経たものも容易に成案を得ることができず、合区の解消を強く望む意見も存在する中で、合区を維持して僅かではあるが較差を是正しており……参議院選挙制度改革に際しては、憲法が採用している二院制の仕組みなどから導かれる参議院が果たすべき役割等も踏まえる必要があるなど、事柄の性質上慎重な考慮を要することに鑑みれば、その実現は漸進的にならざるを得ない面がある。そうすると、立法府の検討過程において較差の是正を指向する姿勢が失われるに至ったと断ずることはできない。

以上のような事情を総合すれば、本件選挙当時、平成30年改正後

の本件定数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡は、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったものとはいえず、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたというところはきない¹⁸⁾。

多数意見は、較差是正のために厳しい姿勢を示すかに見えて、結果として国会の判断を承認している。この姿勢を「合憲に持ち込むために、かなり無理をしている感がある」¹⁹⁾との印象をもたれるのもやむを得ないところがある。平成26年判決のような警告も影を潜め、「改正のための努力を続けほしい」との要望あるいは希望が述べられているにとどまっている。あるいは、「抜本的改革は」成し遂げられたと考えているのであろうか。不透明さが残る判断であった。

(イ) 個別意見

このような多数意見に対しては、実質的に思考枠組みの変更を求める2人の裁判官の意見と本件を違憲と判断すべきとする3人の裁判官の反対意見が展開されている。重要な説示であるので、少し詳しく紹介する。

(1) 三浦守裁判官意見

まず、三浦裁判官は、「結論において多数意見に賛同するが、本件定数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡は、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったものと考えるので、意見を述べる」

18) 最高裁判決においては、これまで違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等などはどの程度なのかを明示せず、結論のみを明らかにする手法がとられてきた。なぜ3対1の較差が許容されるのか、有権者は結論のみ示され、これで納得せよといわれているかの印象がある。ゴールとロードマップを示せないのは権力分立に由来するものであるか。それとも、国会のやる気をそぎたくないとの思いやりからくるものであるか。有権者としては、いささか不可解なところがある。

19) 斎藤一久・前掲注11)・57頁。

とする。その上で、「選挙区間の最大較差が5倍前後から3倍程度に縮小したとしても、そのことによっては、このような投票価値の不均衡が当然に正当化されるというものではない……投票価値の3倍程度という不均衡は、それ自体、1人1票という選挙の基本原則に照らし、また、投票価値の平等が民主権及び議会制民主政治の根幹に関わるものであることに鑑み、なお大きいといわざるを得ない。これは、主権者たる国民の権利行使に関する平等観、公平感の問題といってもよい」との立場を明らかにしている。

同裁判官は、衆議院議員選挙においては、すでに選挙区間の人口格差が2倍未満となるよう求める法改正が行われていることを重視し、参議院においてこれと異なる較差を容認することはできないと指摘する。「参議院について、投票価値の平等という憲法上の要請に関し、数十年を経てなおこのように大きな不均衡が継続していることは、是正されるべき明らかかな不平等状態であり、それを正当化すべき合理的な事情のない限り、違憲の問題を生じさせるといえるべきである」というのである。むろん、都道府県を選挙区の単位とすることには「相応の合理性がある」が、この合理性は「投票価値の平等との調和が保たれているかどうか」によって判断される。そして、定数の偶数配分を前提として、各都道府県に定数を割り振る方法は、すでに「投票価値の不均衡を生じさせる主要な要因となっていることは明らかである。」と述べている。

さらに三浦裁判官は、平成27年改正によって導入された「合区」についても以下のような厳しい見方を示している。

「投票価値の平等を実現する方法として、都道府県という固定的な枠組みを前提としながら部分的な手当てをすることの限界を示すものである。そして、現在の合区に係る県が全国で最も人口の少ない4県であることから、このような措置が、その住民にとって、人口の少ない地方の切り捨てと受け止められることにも理由があり、また、合区

の解消を強く望む意見が多く存在することも、十分理解できるところである。国会が較差の更なる是正を図る上でも、その他の選挙区に関し合区を拡大することについては相당한困難があるものと考えられる。」

法廷意見が述べるように、「合区」を含む平成27年法改正によって、本件選挙当時には、最大較差は3倍程度にまで縮小していた。しかし、三浦裁判官は、この較差が憲法上許容されるかをあらためて検討する必要があると述べる。そして、平成29年判決を受けて行われた、平成30年法改正においても、是正された較差は僅かであり、「較差の更なる是正を指向するものとは到底できないというべきである」と批判する。また、平成30年法改正には、「較差の更なる是正の内容や方向性等を示す規定も存在しない中で」は、「平成30年改正は、これまでの選挙制度の基本的な仕組みを維持して一部の選挙区の定数を調整するにとどまるものであって、現に選挙区間の最大較差は、同改正の前後を通じてなお3倍前後の水準が続いており、その不均衡は、投票価値の平等の重要性に照らし、看過し得ない程度に達していた。また、このような不均衡を正当化すべき合理的な事情も見いだせない。」との結論が示される。

その上で、三浦裁判官は、二段階審査の次のステップに検討を移す。つまり、改正のために必要な合理的期間内が過ぎていくのかどうかを問うのである。そして、「平成29年大法院判決は、平成27年改正が、平成24年大法院判決及び平成26年大法院判決の趣旨に沿って較差の是正を図ったものとみることができるなどとして、選挙区間における投票価値の不均衡が憲状態にあったものとはいえず、当該定数配分規定が憲法に違反するに至っていたということとはできない」との判断を示した。その際、上記の判断について特段の明確な留保を付すこともなく、また、当裁判所として、選挙制度の仕組みの見直しや較差の更なる是正の必要性について、具体的な指摘をすることもなかった」ことから、「国会において、本件選挙までの

間に、本件定数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡が、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったことを具体的に認識する事情があったと認めることは困難であるといわざるを得ない」との結論を導き出している。

(2) 草野耕一裁判官意見

草野裁判官は、「最大較差」の考え方が、定数不均衡の合憲性を論じる指標となり得るのかについて、以下のような問題を提起している。

「最大較差は、最も大きな投票価値を与えられている有権者と最も小さな投票価値しか与えられていない有権者の違いのみに着目した概念であるがゆえに、最も小さな投票価値しか与えられていない有権者がいかに自分が不利益を受けているかを訴えるための指標として用いるのであれば格別、選挙制度全体における投票価値の配分の不均衡を論ずるための指標としてはいささか精度を欠いておりといわざるを得ない。そこで、最大較差を補完する分析概念として、利益配分の不均衡を評価する指標として統計学上広く使われているジニ係数を用いることを考える。」

その上で、ジニ係数を改善する選挙制度のあり方として、自由区割り制度と大ブロック選挙区制度も考えられるが、これらの採用はいずれも国会の裁量に属するものと述べている。また、比例区を廃止したり、現行の偶数配分を改め、奇数配分も可能となるような選挙制度も考えられるが、これもまた裁判所が「その実施を立法府に求めることには問題がある」との認識が示されている。合区を増やすことも考えられるが、しかし「合区には、①対象選挙区の有権者の政治参加意識に悪影響をもたらし、②対象選挙区の間には大きな人口差がある場合、より人口の少ない選挙区の住民に被差別感が生ずるなどの弊害が生ずることがつとに指摘されており、しかも、

合区の対象となる選挙区の多くは過疎化対策に腐心している地域である。これらの諸点を比較衡量すると、合区を増やすことを怠っているがゆえに現行制度は違憲状態にあるとすることが適切な判断であるとはいえない。」との判断が示されている。つまり、このような代替案を検討したとしても、それを国会に求めることは、「国会の運営コストを高める可能性があることからすれば、この方策を十分講じていないことをもって本件選挙時における投票価値の不均衡が違憲状態であるとの判断を直ちに下すことは困難であるといわざるを得ない」との結論が導き出されている。

草野意見はさらに、定数不均衡訴訟のあり方にも言及する。すなわち、本件のような投票価値の較差をめぐる紛争は、「選挙制度全体における投票価値の配分の不均衡を論ずる」争いである以上、具体的な改正の方策を講じていないことが「投票価値の不均衡が違憲状態であるとの判断を直ちに下すことは困難である」との認識につながっている。

このような隘路を抜け出すため、草野裁判官は、「条件付き合憲論」という概念を提案している。「条件付き合憲論」とは、おおむね次のような考え方を指している。

「投票価値の現状における不均衡状態を一応合憲とは認めるものの、投票価値の不均衡が存在することによって一定の人々が不利益を受けているという具体的かつ重大な疑念(以下「不利益疑念」という。)の存在が示された場合にはこれを違憲状態と捉え直すというものである(以下、この考え方を「条件付き合憲論」という)。条件付き合憲論が求める不利益疑念の立証は、決して投票価値の不均衡と一定の人々が被っている不利益の間の因果関係の厳密な証明を求めめるものではない(そのような証明はそもそも不可能であろう)。ただし、問題とされている不利益の発生に影響を及ぼし得る他の要因も考察の対象に加えてもおおむね投票価値の不均衡と当該不利益との間に有意な相関関係が存在することを示すことは必要であり、かつ、それで十分である。」

つまり、現行の定数配分には一応の合憲性が認められるが、この制度を前提にして、投票価値の不均衡が不利益を与えていると主張する有権者がその不利益の立証に成功すれば、これを違憲状態とすると考えるものである。

(3) 林景一裁判官反対意見

林裁判官反対意見は、平成29年判決が「最大較差を約3倍に縮小したことで直ちに合憲という評価ができるとしたのではなく、較差の更なる是正に向けた努力を次回の通常選挙までに行うという方向性と国会の決意をも「総合」して合憲と評価したものである」ととらえている。しかし、以下のように述べて、国会が「抜本的な見直し」を怠っていることを批判する。

「多数意見も指摘するように、平成28年選挙以降の国会における較差是正の努力は、『抜本的な見直し』を検討して結論を出すことを法的義務として約束し、最高裁がそれを期待した割には内容が乏しいことは明らかである……私のみどころでは、今回、国会において、様々な見直し案について幅広く議論が行われたとはいえないとしても『抜本的な見直し』による具体的な選択肢に合意するための踏み込んだ検討にまで至った形跡はうかがえず、その結果が平成30年改正という微々たる成果にとどまったと評価せざるを得ない」と述べている。「抜本的な見直し」というレベルでの検討の成果が較差の是正という観点においては何もなく、平成30年改正の結果をもって、最高裁がお合憲であると判断することは、平成29年大法院判決が示した「較差の更なる是正に向けての方向性と立法府の決意」を含めた総合評価を実質的には放棄して、約3倍という較差の維持自体を評価することで、この較差をいわば「底値」として容認し、あとは現状を維持して較差が再び大きく拡大しなければよいというメッセージを送っ

たものと受け取られかねない。これにより、今後の国会における較差是正の努力が止まり、3倍もの較差が継続するような結果となることが懸念される。私はこのような観点から、遺憾ながら、今回は、違憲状態ではあっても結論として合憲という考えには立ち得ないと考えるものである。

ただ、選挙の効力については、「本来は本件選挙の無効を宣言すべきところではあるが、その場合に無効の範囲をどのように考えるかなどの困難な問題があることや、国会の苦慮したあととも考慮して、事情判決の法理によって、違憲の宣言にとどめるとの立場を採ることとしたい」と結論付けている。

(4) 宮崎裕子裁判官反対意見

宮崎裕子裁判官は、合憲性の判断枠組みについては多数意見と考え方を共有しつつ、その適用を厳格に行うべき旨の立場に立っている。そして、以下のように述べて、本件定数配分を違憲であると判断した。

「平成24年大法院判決においても指摘されていたとおり都道府県を選挙区の単位とすることは憲法上の要請ではないことを認識した上で、合区の対象となった4県においては県という行政単位を民意集約の単位としなくても選挙制度として成り立つと判断したことからすると、他の43都道府県も行政単位であるという点では何も変わらない以上、全体として、都道府県単位での民意集約の意義ないし必要性は、それほど強いものではなく、他の単位(平成27年改正では合区がこれに当たりますが、それに限られるものではない。)での民意集約で代替可能であることを国会自身も否定していないと考ええる方が理にかなっている……平成24年大法院判決の判断対象とされた選挙制度と基本構造を同じくするがゆえに、同判決が指摘した意味での都道府県間の人口較

差に起因した投票価値の著しい不平等状態を潜在的には長期にわたって継続して生じさせるメカニズムを内包するものであり、現に同制度の下で行われた2回の選挙では連続して最大較差3倍以上という投票価値の著しい不平等状態が生じたという事実である。平成24年大法院判決を踏まえ、かつ、最大較差3倍は投票価値の著しい不平等であると考える私の立場を前提としてこれらの事実をみる限り、都道府県を単位として住民の意思を集約させることに意義を有するという上記事理には、投票価値の著しい不平等を正当化するほどの合理性がないことは明らかであるといえる。」

また、「合区」についても厳しい指摘がなされている。

「人口最少選挙区のサイズを大きくして最大較差を3倍まで縮小させるための方策として、あえて人口最少県に対象を絞って合区とするという4県2合区制が採用されたものであるという捉え方もでき、その場合には、この合区の採用は、都道府県単位選挙区制の抜本的な見直しを指向するものとはいえないと評価することもできるのである。このような見方に立てば、そもそも平成27年改正法の方向性が維持されたというのみでは、平成24年大法院判決が要請していた抜本的な見直しがされたことにはならない。」

要するに、「平成30年改正は、平成24年大法院判決が要請していた都道府県単位選挙区制の抜本的な見直しの成果とはいえず、基本的に、その制度の基本構造を維持し、継続するものであって……国会が出した『結論』は、平成24年大法院判決が指摘した制度の構造の抜本的な見直しに本格的には手を着けずに問題を先送りするというものであったと評価するほかない」というのである。ただし、宮崎裁判官もまた、選挙の効力については事情判決の手法を用いて、「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、判決主文において上記選挙の違法を宣言するに止めるべきである」と結論付けている。

(5) 宇賀克也裁判官反対意見

宇賀克也裁判官反対意見は、選挙権の平等が民主権原理からの要請であることを前提にして、以下のように述べる。

「憲法は、選挙権の内容の平等、すなわち、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等を要求していることはいうまでもない。しかも、この平等の要請は、極めて強い要請であって、資格制のるように能力に応じた異なる取扱いが正当化されるのは異なり、政治に関する知識や社会経験等を問わず、一定の年齢に達していれば、1人1票を等しく保障しなければならぬ。これは、選挙権の平等が、民主権、民主主義の根幹を成すものであるからである。したがって、投票価値の平等の問題は厳格な司法審査に服さなければならず、選挙権平等原則からの逸脱は真にやむを得ない場合でなければ認められないと考える。もし居住する場所によって1票の価値が異なれば、実質的に居住する場所による複数選挙を認めることになる。それは、憲法14条1項の平等原則に違反すると同時に、平等性を内包した選挙権の侵害という憲法15条1項違反の問題を生ぜしめる。」

そして、「国会が有するこの立法裁量は、憲法の枠内で与えられているものであるから、1票の価値をできる限り等しくするようにするための最大限の努力を前提にした上での裁量であって、1票の価値の平等は、他の諸要素と総合考慮される際の一つの考慮要素にとどまるものではなく、最優先の考慮事項として立法裁量を制約するものと考えられる。」としつつ、「選挙権が民主権の基礎になる極めて重要な権利であることに照らせば、国会は、1票の価値の較差がない状態をアフォルトとして制度設計しなけ

ればならず、技術的・時間的制約から、1票の価値に不均衡が生ずるやむを得ない事情があるのであれば、国会がそのことについて説明責任を負い、合理的な説明がされない場合には、違憲状態にあるといわざるを得ないと考える」として、厳しい姿勢で臨むことを明らかにしている。

このような姿勢から、宇賀裁判官は、参議院選挙における半数改選の要請からくる偶数配分の必要性や都道府県を単位とした区割りについてもその必然性に疑問を呈しつつ、全国民の代表という理念からは、「選挙制度の設計に当たっても、全部又は一部の議員に地域代表的性格を付与するたために1票の価値の均衡を犠牲にすることを許容しないことをも意味している」と考えられる。」と述べている。

本件選挙については、次のような理解が示された上で、違憲であるとの判断が示されている。

「本件定数配分規定については、なお看過し難い投票価値の不公平感があり、かつ、それがやむを得ないものであることについての合理的な説明が国会によってなされていない以上、遺憾ながら違憲状態にあったといわざるを得ないと考える。なお、本件定数配分規定が違憲状態にあったと判断することは、国会の立法裁量を否定し、特定の選挙制度の採用を国会に迫るものではないことを念のため付言しておくこと。選挙区選挙は憲法上の要請ではないので議員総定数全部を全国区の比例代表選挙により選出する制度とすることも可能であるし、選挙区選挙を維持する場合であっても、選挙区をブロック制にすること、合区を増加させること、選挙区選出議員総定数を増加させ1票の価値が小さい選挙区の議員定数を増加させること（参議院議員総定数を増加させる方法のほか、比例代表選出議員総定数を減少させ、その分を選挙区選出議員総定数に振り替える方法もある。）、1人区を設けること等のほか、以上の方法を適宜組み合わせて、国会が立法裁量を行使できる範囲は、票価値の平等の実現に向けて、国会が立法裁量を行使できる範囲は、

決して狭くなくと考える」。

では、違憲審査の第二段階についてはどう考えているのか。宇賀裁判官は、次のように説示する。

「私は、平成29年大法廷判決の結論にかかわらず、平成27年改正により選挙区間の投票価値の最大較差が約3倍まで縮小したことのみをもって違憲状態が解消されたわけではないことを、国会は認識可能であったと考える。なぜならば、平成29年大法廷判決は、選挙区間の投票価値の最大較差が約3倍まで縮小したことのみならず、平成27年改正法附則が、今回の通常選挙に向けて選挙制度の抜本的な見直しについて引き続き検討を行い必ず結論を得る旨を定めており、これによって、今後における投票価値の較差の更なる是正に向けての方向性と立法府の決意が示されたこと等をも指摘した上で、同附則の規定も総合考慮して、違憲状態にないと判断しているからである（なお、前記1ないし6からも明らかなおろ、私自身は、定数配分規定の合憲性を判断するに当たり、立法府の将来に向けた努力の決意を考慮要素とする立場にくみするものではない。）。

ただし、違憲判決の効力として選挙を無効にするかについては、「現時点では違憲を宣言する判決にとどめて、国会の対応を期待し、もはやそのような判決では実効性がないことが明確になれば、無効判決への対応の仕方

も示して無効判決を出すという過程を経ることが適切であると考える。」

以下、令和2年11月18日判決を素材にして、参議院定数不均衡問題における裁判所と国会の対話の問題、そして国民との対話の問題について考えてみたい。

(本学法学部教授)

法学新報 第128巻第5・6号 抜刷
令和3年12月10日発行

論 説

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 (二)

——裁判所と国会, 国民との対話——

橋本基弘

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(三)

——裁判所と国会，国民との対話——

橋本基弘

はじめに——視点

1. 判例と立法の推移（以上，前号）
2. 参議院議員定数不均衡訴訟における裁判所と国会の対話
おわりに——展望（以上，本号）

2. 参議院議員定数不均衡訴訟における裁判所と国会の対話

(1) 審査基準

① 判断の枠組みとは何か

(ア) 二段階審査論

以上のような判例の推移を踏まえ，令和2年判決の意義を解明しよう。その際，最高裁が憲法判断を行う上での審査の枠組み（審査基準，二院制に対する視点，最高裁の要求に対する国会の答え方）と違憲審査制に対する姿勢の2点から考察することが有益であると思う。以下，詳しく述べる。

参議院議員定数不均衡訴訟においても，裁判所は①最大較差が憲法上許

されない程度に達しているか、②較差は正のための取り組みの内容（是正のための期間が十分であったか、その期間内に然るべき努力がなされたか）から憲法適合性を判断する姿勢を明らかにしている。ただし、①と②の關係は、必ずしもはつきりしない。これまでの判決からすると、この姿勢は次のABの2つに分けることができる²⁰⁾。

- A) ①が満たされたとき（すなわち、憲法上許容されない較差が生じているとき）、②の審査に進み、憲法適合性を判断する（すなわち、較差は正のための期間や取り組みがなされているか）、つまり①⇒②の場合。
- B) ①を判断するために②を判断する（すなわち、較差は正の取り組みとその成果から、憲法上許容されない較差が生じているかを判断する）、つまり②⇒①の場合もある。

令和2年判決は、①についての判断を行わず、「以上のような事情を総合すれば」と述べていることからすると、Bの類型に属するように考えられる。①と②の關係は、総合的に判断を行う場合の検討項目となっているようである。Bでは、最大較差の許容性は数値の問題に還元しつくされな

い。

このような判断枠組みは、どれほど較差が拡大すれば違憲となるのかという問題ではなく（あるいはそれにとどまらず）、較差があることを前提にして、それを縮小しようとする努力があれば合憲判断を行うという「判断基準の主観化」²¹⁾傾向を物語っている。最高裁が指し示す方向での努力がな

20) 工藤・前掲注15), 523頁, 上田健介・前掲注14), 152頁。

21) 山本真敬「投票価値較差訴訟の諸論点」法律時報91巻5号15頁。山本がいう「違憲の主観化」は「判断基準の主観化」とどのような關係にあるのかはつきりとはしないが、最大較差を指標として、まず許されない較差が生じているかどうかの検討に重きが置かれていないという意味では共通の概念であるといえる。

されていれば、さしあたりは違憲とはいえないとの姿勢が確立し始めている。令和2年判決もまた、主観化された基準によって判断されている。ここでは「合理的期間」の考え方もなく、立法不作為の考え方も登場しない。少しでも努力の跡が見えれば、それを是認しようとする姿勢とでもいえようか。

しかし、後にも述べるように、このような姿勢の転換は、はたして昭和58年判決の枠組みを「維持した」ことになるのであろうか。①の判断を空洞化させ、②の審査において国会の「やる気」を評価することが判断枠組みの継承といえるのかどうか。いささか疑問が残るところである。

(イ) 審査の水準

(a) 平等原則の考え方

一方で、二段階審査の水準には厳格化がみられるともいえる。昭和58年判決で用いられた二段階審査理論からすると、その適用は、ケースが重なるにつれ厳しくなってきたように思われる。近時は、立法裁量を狭める方向で機能しているケースが多い。その際ポイントとなるのが平等選挙の原則の取り扱いである。

昭和58年判決では、憲法が「投票価値の平等を選挙制度の仕組みの決定における唯一、絶対の基準としてしているものではなく、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やくして、その裁量により衆議院議員及び参議院議員それぞれについて選挙制度の仕組みを決定することができるのであつて、国会が具体的に定めたところのものがその裁量権の行使として合理性を是認するものである限り、それによつて右の投票価値の平等が損なわれることとなつても、やむをえないものと解すべきである」と割り切っていた。この説示に対する違和感はその後の憲法学説による批判にも表れている。

近時の判決は、「参議院議員の選挙であること自体から直ちに投票価値の平等の要請が後退してよといと解すべき理由は見いだし難く、都道府県が

政治的に一つのまとまりを有する単位として捉え得ること等の事情は数十年間にわたり投票価値の大きな較差が継続する理由としては十分なものとはいえなくなっている」というように、その比重に大きな変化がみられるようになってきている。本判決においてもこの姿勢は維持されている。参議院選挙の特殊性（半数改選、偶数配分）からただちに平等選挙の要請を緩和させることが否定されている。

(b) 参議院の役割論

このような最高裁の姿勢の背景には、実際の政治における参議院の役割の変化があるといわれる²²⁾。憲法は、法案審議において両院に同じ役割を割り当て、しかも衆議院に比べて少ない定数を半数ずつ改選するため、院内の多数派形成にとつて議員一人の存在は参議院の方が大きい。いわゆる「ねじれ現象」が容易に生じるのは、定数と選挙方法にも起因する。憲法はこの現象を衆議院の優越によって克服することを予定したが、法律案の再議決に要する3分の2以上の多数が常に獲得される保障はない。

しかし、これは、むしろ参議院の役割や機能が変化したのではなく、本来予定されていた現象が現れるようになったというべきではなかろうか²³⁾。言い換えると、憲法に組み込まれた、両院間の「抑制と協働 (constitutive counter-balancing and collaboration)」²⁴⁾が顕現してきたことを意味している²⁵⁾。問題は、「抑制と協働」を稼働させるのは有権者である国民以外にない。そのとき、選挙権がもつ影響力に偏りがあつたり、較差があ

22) 工藤・前掲注15), 519頁。

23) 只野雅人「両院制と選挙制度」論ジュリスト05号70頁は、「『強い』参議院は、単に一定の政治的与件の帰結ではなく、憲法のテキストそれ自体に基盤をもつものである」と述べている。また、只野雅人「参議院の機能と両院制のあり方」ジュリスト1295号44頁(2010年)も参照。また、毛利透「参議院の存在意義」法律時報90巻5号18頁は、参議院改革は統治システム全体の改革の中でしか論じられないのではないかと指摘する。

24) Alison L. Young, Democratic Dialogue and the Constitution, 164(2017)。

25) 工藤達郎「判例批評」民商法雑誌154巻3号126頁(2018年)。

るならば、選挙権は正当性を欠き、その結果として行われる国家行為の正当性も否定される²⁶⁾。衆議院と参議院の間で、1票のもつ影響力の違いがあることを説明するのは難しい。衆議院で求められる投票価値の平等と参議院のそれが異なることは、投票の影響力の観点からは決して正当化されないのである。この観点からすると、令和2年大法廷判決が「憲法は、選挙権の内容の平等、換言すれば、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等、すなわち投票価値の平等を要求していると解される」と確認していることの意義も明らかになる。憲法が予定する統治のメカニズムを稼働させるのは主権者であるとの認識がそこにある²⁷⁾。

(c) 昭和58年大法廷判決の先例としての価値

昭和58年大法廷判決は、衆議院と参議院では、役割と性格が異なると考えていた(最高裁は、連邦制国家における上院のイメージを描いていたのであろう)だが、これは両院の関係については当てはまっても、そのことがただちに選挙権のあり方に影響を及ぼすものではない。参議院に地域代表としての性格を認めたとしても、それが1票のもつ影響力の違いを正当化するわけではない²⁸⁾。そして、参議院議員定数不均衡訴訟の本質は、この点をめぐ

26) 国家行為の正当性は、有権者たる国民が国政に対して等しい影響力を行使できることよってのみ認められるとす、フィリップ・ペティットの主張が想起されるべきである。有権者が等しく選挙権を認められることや、その行使を妨げられないこと、あるいは一人に1票を配分することにとどまらず、その影響力が等しいものでなければ国家の正当性を認めることはできない。この見解によると、「正当に選挙された」とは、1票の影響力が等しい条件で行使されていることよって担保される。Phillip Pettit, On The People's Term, 170(2012)。One person One voteの原則は国家行為の正当性の根拠でもある。

27) 他のいい方をすると、参議院選挙のあり方は、下院たる衆議院の選挙のあり方との相関関係の中でのみ考えることができるのであるから、衆議院に対する参議院の特殊性論という議論の立て方は不自然さをぬぐい切れない。選挙制度は「総体として」検討すべき事柄である。この点について示唆するものとして、上神貴佳「選挙制度は今のままでよいか—「総体としての制度改革」—」論 研究ジュリスト33号39頁。

争いでもあったといえるだろう。昭和58年大法院判決は、参議院の特殊性から選挙権のあり方を考える点で、論理の飛躍があったことは否めない。最高裁は、その後もこの判決を先例として引いているものの、これら判決が昭和58年大法院判決を先例として参照するのは判断の枠組みだけであって、参議院の性格論ではない。このことに気づいてか、最高裁は、参議院の地方代表的性格論を早々と捨ててしまっている。

もちろん、単一国家における上院の位置づけには様々な形があってもよいはずで、昭和58年大法院判決のような理解も十分成り立つところではある²⁸⁾。それは国会における制度選択の結果であって、裁判所が口出しをする事柄ではないのかもしれない。しかし、日本国憲法の規定は、衆参両院を区別することなく、平等選挙を要請している。議論としては、平等選挙の要請を満足させる限度で上院の位置づけを定めるという方向でなければ

28) 連邦制における各州(邦)代表の性格と、単一集権国家における各地方代表の性格を同じと見てよいかどうかとも検討に値する。Federalismは各州を連邦国家における独立の構成単位とみなすが、単一集権国家における地方は国から権限の分担を認められた構成要素である。州が集まり国家を作るか、国家が権限を移譲もしくは委任して(devolution)地方政府が形成されるかには違いがある。N. W. Barber, *The Principle of Constitutionalism*, (2018) p. 207. はたして、日本国憲法が上院たる参議院に地方代表的性格を割り振っていたのかどうか、あるいはそのような考え方を許容したのかどうかにはなほ疑問がある。

29) 小島慎司「選挙権権利説の意義—ブーブル主権説の迫力」論究ジュリスト05号56頁は、「正しい国政のあり方、そこでの第二院の役割についての検討を先行させ、その内部で投票価値の平等が一つの考慮因子としてしかるべき理由に基づいて優先、劣後されうるとの判断枠組みが採られていることを指摘し、「こうした枠組みが好ましいと考える」と述べている。問題は、「しかるべき理由」の提示と説得力にあるのかもしれない。また、上田健介「『全国民の代表』と選挙制度」論究ジュリスト05号65頁も「二院制を前提に民意の反映および統合のあり方を考える以上、権限における衆議院の優越に相応して、参議院の代表法を柔軟に捉える一憲法制定当時の議論が示す通り、間接選挙や職能代表の可能性を認め、投票価値の平等の要請を緩和する一体的解釈をとることは十分に考えられる」とする立場もある。

ならない。立法府による制度選択が先で、平等選挙の要請が後だとの説示は逆立ちした論理といわざるを得ない。

平成8年判決がいう「選挙区への議員定数の配分につき厳格な人口比例主義を唯一、絶対の基準とすべきことまでは要求されないにせよ、投票価値の平等の要求は、憲法14条1項に由来するものであり、国会が選挙制度の仕組みを定めるに当たって重要な考慮要素となることは否定し難いのであって、国会の立法裁量権にもおのずから一定の限界があることはいうまでもない」との説示は、平成24年判決の「参議院議員の選挙であること自体から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く」との説示により強化され、令和2年大法院判決にも受け継がれている。したがって、昭和58年大法院判決が示たとされる「判断の枠組み」は、かなり形骸化されているのではないか。むしろ、実質的には判例変更がなされているとみることができないであろうか。実質的判例変更、あるいは黙示の判例変更が許されるか否かについては後に述べる。

② 判断の姿勢

(ア) 平成24年判決、26年判決による「警告」と29年判決による「合区」の採用

平成24年判決と26年判決は、強い語調で国会による較差是正を求めている。「異例」ともいえるこの説示は、「最高裁による違憲立法審査権の行使ないしそれに付随する作用という性格を有するものである」³⁰⁾。ある意味で、この説示は、最高裁判所の違憲審査権能があらたなフェーズに入ったことを物語っている³¹⁾。問題となる国家行為が憲法に違反するか否か、違反するとしてその効果はどうかではなく、一定の国家行為を促し、義務付ける

30) 千葉勝美・前掲注12), 151頁。

31) 棟居快行・前掲注14), 9頁。「将来に向けた立法者の行為準則の提供を通じて、立法裁量の(次回選挙までの)将来の統制に軸足を移しているともいえよう」との評価は、この新しいフェーズを表している。

こともまた違憲審査権能に含まれると最高裁が自己認識したからである。

これは、一定の期日までに作為を求め、これを怠った場合国家行為の効力を否定する「将来効判決」とは異なる手法である。将来効判決の重点は国家行為の効力に置かれているが、警告判決のポイントは一定の行為が行われるかどうかにか置かれている。先に見た「審査基準の主観化」(なにかしらの努力を行うかどうか)と歩を合わせるように、ここでも、この作為義務の客観的な達成基準(何をいつまでに)が示されていたわけではない。たとえば、「判決日から2年が経過する日をもって最大格差を3倍未満に縮小しなければ、問題となった選挙の効力を否定する」旨の判決とは性質を異にしているのである。

その結果、平成29年判決は、「合区」による較差解消でもこの義務が果たされたとの結論が示される。平成24年、26年判決において示された「評価の実質的な厳格化」が平成29年判決において「プレーキがかかった」³²⁾とも考えられるが、むしろ、そもそも合憲違憲の指標として客観的な数値が予定されていたわけではなく、較差縮小のために必要な作為が行われたなら、とりえずこれを受容しようというのが「警告判決」の本質であったのではないだろうか。

ただ、参議院選挙定数不均衡訴訟全体の推移を見ると、法廷意見に対する個別意見での強い是正の要求がやがて法廷意見となっていたことは指摘しておかなければならない³³⁾。その意味で、定数不均衡訴訟は、法廷意見と個別意見がワセンセットであって、必ずしも結論としての憲法判断が重視されていたわけではないかもしれない。

(イ) 令和2年判決におけるとらえ方
では、本判決はこの警告をどうとらえたのであろうか。次の説示からす

ると、ここでもまた、「判断基準の主観化」が顕著に現れている。

「立法府においては、今後も不断に人口変動が生ずることが見込まれる中で、較差の更なる是正を図るとともに、これを再び拡大させずに持続していくために必要となる方策等について議論し、取組を進めることが求められているところ、上記のような平成30年改正において、こうした取組が大きな進展を見せているとはいえない。

しかしながら、前記のような平成30年改正の経緯及び内容等を踏まえると、同改正は、参議院議員の選挙制度について様々な議論、検討を経たものの容易に成案を得ることができず、合区の解消を強く望む意見も存在する中で、合区を維持して僅かではあるが較差を是正しており、数十年間にわたって5倍前後で推移してきた最大較差を前記の程度まで縮小させた平成27年改正法における方向性を維持するよう配慮したものであるということができるといえる」。

たしかに、5倍前後であった最大較差が3倍前後まで縮小したことは大きな進歩であるといわなければならない。だが「大きな進展を見せているとはいえない」との表現からは、さらに較差是正の努力を求める姿勢が明確に読み取れる。では、最終ゴールはどこか。本判決で問題となった選挙(令和元年7月21日施行)時には、最大較差が3.00倍であったから、ここがゴールだととらえられなくてもやむを得まい。「最大較差1対3は合憲であるが、さらに努力をしてほしい」ということなのだろうか。平成29年判決と同様、「警告判決」が取られなかったことと相まって、令和2年判決もまた「抜本的な見直し」への動機づけを弱めさせることに繋がらないか³⁴⁾ 危惧を覚える。較差が縮小したといても、まだ3倍の差が残っている。ある有権者には他の有権者より3倍の価値をもつ投票権が与えられているという

32) 上田健介・判例時報2377号151頁。

33) 佐々木・前掲注2), 148頁以下参照。

34) 上田・前掲注32)。

現実はいかにもグロテスクではなからうか。この点で、三浦裁判官意見が較差3倍を「看過し得ない程度に達していた」と判断したことを高く評価しなければならぬ。

同裁判官は、また、本件請求を棄却するに際して、平成29年判決が見直しについて「具体的な指摘をすることがなかった」点も指摘する。裁判所の責任というように強い表現は用いていないが、裁判所と国会との対話という点では課題が残ることを明らかにした点もまた記憶にとどめておきたい。

(ウ) 合区のとらえ方

最高裁は、平成26年判決の中で「上記の都道府県の意義や実体等をもつて上記の選挙制度の仕組みの合理性を基礎付けるには足りなくなっているものといわなければならぬ。」として、制度の抜本的見直しを求めている。その結果採用された「合区」制度については、平成29年判決が「具体的な選挙制度の仕組みを決定するに当たり、一定の地域の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する観点から、政治的に一つのまとまりを有する単位である都道府県の意義や実体等とをいえず、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、このような要素を踏まえた選挙制度を構築することが直ちに国会の合理的な裁量を超えるものとは解されない。」と評価したことをどうとらえるのか理解に苦しむところがある。

もちろん、本件で問題となった選挙は「合区」の手法だけではなく、定員の増減によって、全体として較差の是正を図るものではあった。その意味で、平成29年判決もまた本判決も「合区」そのものへの評価を中心に置いたものではない。しかし、「合区」される側に立ったとき、「人口の少ない県だけを対象とした弥縫策に過ぎない」との印象は否定できないのではなからうか³⁵⁾。あるいは、将来的にも「合区」手法によって抜本的な改正が図られることの芽を摘みたくなかったのかもしれない。たしかに複数の

都道府県にまたがり、その境界線を越えて選挙区を構成することは「合区」の発展形であることも否定できないであろう。しかし、そのような改正が志向されていたとしても、今ここで問題となっていないのは、特定4県のみに適用される「合区」であることを忘れてはならない³⁶⁾。まさに「辻褃合わせ」³⁷⁾、「帳尻合わせ」の感が否めないのである。

翻って、本判決を見ると、「合区を維持して僅かではあるが較差を是正しており、数十年間にわたって5倍前後で推移してきた最大較差を前記の程度まで縮小させた平成27年改正法における方向性を維持するよう配慮したものであるということができるとして、平成30年改正法に一定の理解を示している。つまり、最高裁は、最大較差を再度拡大させなかった努力を評価しているのである。したがって、「合区」が及ぼす個別選挙区への

35) 松本和彦・前掲注14), 123頁。

36) ここで述べるには若干の躊躇を覚えるが、私自身、徳島・高知両県で長く生活をし、平成28年7月選挙当時両県で取材した経験からすると、「合区」された都道府県の有権者にはかなりの戸惑いと混乱が生じていた。選挙運動の広域化や未知の候補者に対する周知の困難さ、そもそも文化や言語も異なる隣県同士の微妙なメンタリテイの違いなど、制度全体の設計には反映されてこない要素は限りなく多い。端的に言うところ、合区される県民は侮辱を受けているに等しい感情をもっていた。そのことが選挙における投票率の低下に直結したとはいい切れまい。また、合区の手法が徳島・高知、鳥取・島根にのみ適用されていることをどう評価するかについても一考の余地がある。これが「一の地方公共団体にのみ適用される特別法」(憲法95条)であるとはいえないが、都道府県を一つの選挙区の単位として構想されている選挙制度の例外となっていることをどう考えればよいのだろうか。憲法95条にいう「特別法」か否かは、特別法がその地方公共団体に与えるインパクトの程度によるものであるとするとならば(宮沢俊義・声部信喜補訂『全訂 日本国憲法』(1979年)776頁)、「合区」はこれら4県に対して、大きなインパクトを与えたと考え、住民投票を要求すべき案件であったと解釈することも不可能ではない。「合区」は、一般法たる公選法の個別地域への適用ではないからである。なお参照、木下智史・只野雅人編著『新・コンメンタール憲法 第2版』(2019)727頁(大河内美記執筆)。

37) 拙稿「帳尻合わせ 根本的議論を」徳島新聞2015年8月6日。

インパクトより、全体としての較差是正に重きを置いた判断が行われているといっている。

これは、本件のような選挙訴訟が選挙全体の合憲性や効力を争う手段として、判例によって生み出された、あらゆる客観訴訟であることと無縁ではないかもしれない。この手続では、「合区」がその選挙区の有権者の選挙権にいかなる影響を及ぼしているのかを問題にしない。争われているのは、全体として一つの選挙の合憲性である。言い換えると、この種の訴訟で問われているのは、制度論としての選挙であって、人権論としての選挙権ではない。全体として一つの選挙における較差が争点となる以上、当該選挙全体としての効力が争点であるため、そこには個別の選挙権が視野に入りにも影響を及ぼしている。この点、宮崎裕子裁判官反対意見が「合区」の手法を酷評していることに注目したい。平成24年判決が求めていた「抜本的な見直し」にはあたらなないというのである³⁸⁾。

(2) 裁判所と国会の対話

① 制度論と人権論

議員定数不均衡問題は、公選法上の選挙訴訟に仮託して争われてきた。その具体的なあり方は、裁判所が生み出した判例法理によっている。この判例形成過程において、いつしか裁判所は、侵害されている選挙権の救済から制度自身の合憲性へと視点を移してきたように思われる。争点となっている定数配分が特定の有権者の選挙権の平等を侵害しているかどうかは、争点の奥に隠れてしまっている。救済よりも制度論、合憲か違憲かの

38) 合区された4県に配慮するため、国会は「特定枠制度」を設けた。しかし、このような複雑な選挙制度が何をもたらずか、有権者は冷めた目で見ているのではないか。木に竹を接ぐような改正や縮びの修正は、かえって公正な選挙に背を向けることになりはしないだろうか。芦部信喜・高橋和之補訂「憲法 第7版」(2019年) 315頁。

結論より、裁判所と国会のやり取りへ関心が移っているように思う。その意味では、具体的かつ付随的違憲審査制を旨とした日本国憲法の違憲審査制度に新しいありようを付け加えた訴訟類型が編み出されているようにも思われるのである。

制度形成型訴訟は、国会の立法裁量に対して、憲法はどの程度の枠づけを行っているのかを問題とする。立法裁量に対して選挙権の原則がどこまで制限を課しているのかを問われている。その過程で、裁判所と国会との「対話」が生まれる。この対話を通して、あるべき制度の形成が図られるというのである。

② 判断基準の主観化

これは、二段階審査基準の「主観化」にも現れている。どれほどの較差が開けば違憲となるのかを不問にし、いかなる努力が行われたかに審査のウエイトを移した結果、客観的な権利侵害は等閑視される。争われる較差の合憲違憲の判断より、裁判所の誘導に従っているかどうか審査の対象となっている。もはや、許容される較差はどれほどかより、前回の判決から後退しているか、後退させない努力が払われてきたかに裁判所の関心が移っているのである³⁹⁾。さらにいうと、審査基準^②は、較差是正のために必要な「時間」の視点から、実際に行われた「作業」へと視点を移すものとも考えられる。この姿勢転換は、昭和58年判決の枠組みからは相当程度はみ出している。むしろ、なし崩し的に黙示の判例変更が行われ続けているというべきではあるまいか⁴⁰⁾。

39) 小林直三前掲8頁は、「人権論ではなく制度論となっており」と考えられる」とする。もちろん、判断基準の主観化は今に始まったわけではない。平成21年大法廷判決藤田宙靖裁判官補足意見にもその発想が端的に表れている。もともと、同判決における藤田補足意見は、4増4減による較差是正を是ととらえているわけではない。

40) この点について、升永英俊「統治論に基づく人口比例選挙訴訟Ⅲ」(2021年)

司法部と立法部の間で行われる対話には、「抑制型」と「協働型」と「抑制型」と「協働型」があるといわれる⁴¹⁾。この区別に従うと、本判決は、「協働型」に分類できるかもしれない。平成24年判決での「警告」を受け、国会が較差是正を滞りなく進めているかどうかを裁判所が見守っているともいえるか。自由権侵害が争われる事例とは異なり、制度を前提として、制度の改変によらなければ救済が図れないケースでは、「協働型」対話が有効な場合もある。だが、このようなウエイトのおき方の変化は、また別の問題を引き起こす。定数不均衡訴訟における「救済」が見えにくくなってしまっている。定数不均衡訴訟の目的は、個別の選挙権あるいは個別の選挙における較差の是正ではなく、選挙制度全体のシステムに移行しているため、裁判所に求めた答えと裁判所が出す答えが食い違っているように思える。

もちろん、公選法上の選挙訴訟は、定数不均衡の是正と救済を求める争いを想定していない。また、現在の定数不均衡訴訟は、裁判所が自ら判例で創設した手続であるから、そこには司法部の裁量とも呼ぶべき領域が広く認められよう。この点について、草野耕一裁判官意見は、有権者が被っている「不利益」により着目した争い方ができるのではないかと注目す

12～44頁は、平成26年大法院判決まで継承されてきた審査基準、すなわち①較差が憲法上許されない程度に達しているか、②較差は正のためなら措置も講じていないか、が平成29年判決で理由もなく変更されていることを厳しく指摘し、これが許されない判例変更にあたると批判する。本稿もまたこの見方に与するものである。憲法判例が変更されるには、裁判所法上の手続が必要であることはいうまでもなく、それ以上に、変更の合理性が国民に示される必要がある。合衆国最高裁判所判事のステイヴン・ブライヤーは、憲法判例の変更に際してはいくつもの留意点があると述べ、特に「合衆国最高裁判所は、すでに国民の間で文化となっているような先例を覆すときには特別な注意を要する」(Stephen Breyer, Making Our Democracy Work, pp1512-2 (2010).)。訴訟当事者もまた憲法学者も昭和58年判決の判断枠組みを前提に議論を展開してきたとすれば、平成29年判決は「後出しジャンケン」とみられればもやむを得ないのではなからうか。

41) Alison L. Young, Democratic Dialogue and the Constitution, 156-7 (2017).

べき見解を明らかにしている。これは、制度論あるいは制度の論理から人権論あるいは人権の論理へと視点を戻す提言として受け取ることができ。問題なのは最大較差ではなく、較差を伴う選挙において、希釈化された投票権の行使を余儀なくされる有権者の不利益である。今後、草野裁判官意見の方向での議論が深まることを期待したい。これは、また、次に分析する裁判所と国会の対話の問題にもかかわっている。

仮に、定数不均衡訴訟を純然たる客観訴訟として扱えば、人権論ではなく統治論の領域にある争いとして構成するのであれば、過半数によって国家意思が決められることに注目する組み立て方にも一考の余地がある。たとえれば升永英俊弁護士がいうように「国民の50%が全議員の50%を選出すること」でなければ意思決定の正当性は担保できない。つまり、定数不均衡訴訟とは、人口比例原則からの乖離を是正するための訴えであって、その指導原理は憲法14条1項ではなく、56条2項であるとする考え方にも説得力がある⁴²⁾。

③ 国民との対話

制度改革訴訟あるいは法律による内容形成が問われているケースでは、国会と裁判所のコミュニケーションが不可欠である。その際、誰が何をどこまで判断するのかが問われる。仮に、裁判所が具体的な選挙制度のあり

42) 升永英俊「統治論に基づく人口比例選挙訴訟」(2020年)4頁など参照。ひとつの卓見というべきであらう。人権論として論じた場合、争点は憲法14条1項の解釈、すなわち「区別の合理性」の問題に解消されてしまう危険性をぬぐい切れない。ならば、争点を統治の基本原則としての「正当な」選挙か否かに移すことも十分説得力をもっている。ただ、令和2年大法院判決は、この主張をあっさり退けていく。私は、定数不均衡訴訟は、徹底した人権論として争う方向性に軸足を置きたいと考えている。その上で、令和2年大法院判決草野裁判官補足意見の方向、すなわち、較差によって自分の選挙権が希釈化されている事実を主張することで、選挙権の不平等を争う方向が最善なのではなからうか。

方や選挙区案を提示するならば、法律でこれを定める(47条)とする憲法に違反した判断となる。逆に、国会が「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別」(44条)するような選挙制限を行うような場合、これを黙認することも憲法に背に向けた判断といわざるを得ない。人口比例原則については、両者の中間地点にある問題といえようか。

憲法が求める選挙の原則と憲法が認める国会の裁量との間で、裁判所は、選挙制度や方法の選択を国会に任せ、裁判所はこれを観察するスタンスを取ってきた。そこにゴールが示されているわけではない。目的地点に到達したかどうかではなく、見えないゴールに到達するような試みが(実際に)なされたかどうかを問うのである。違憲審査基準の主観化は、このような文脈で展開されている。ここには、改革の具体的方策を示すことや到達すべきゴールを示すことによって、裁判所と国会との間に求められる均衡を保とうとする狙いが想定されているのかもしれない。

しかし、このようなスタンスは、平成24年判決にいう「抜本的な見直し」の要求と矛盾する。平成29年判決と本判決からこの言葉が消えたことは、判決を受け取る国会にとっても大きな意味をもつ。裁判所のスタンスが定まらない以上、国会は「やっていると大きい感」を出すことで抜本的な見直しを先送りすることも許される。林裁判官反対意見が明確に指摘するように、「現状を維持して較差が再び大きく拡大しなければよい」というメッセージを送ったものと受け取られかねない」危険性を含んでいる。

最高裁のこのようなスタンスには「国民」の視点が決定的に欠けている。対話の相手は国会なのだろうか。近時の判例を見たとき、訴訟当事者たる原告に向けたメッセージは「請求を棄却する」という結論だけにとどまっている。訴訟当事者の背景にいる膨大な有権者の権利は、そこに意識されていない。

最高裁が問題を制度論に移行させるにつれて、投票価値が希釈化された有権者の利益は争点から抜け落ちるようになってしまったとはいえないだ

ろうか。ここには利害関係者としての「国民」が不在である。原告が求めたのは、「最大較差3対1は選挙権の価値が希釈され、違憲ではないか」に対する答えであった。しかし、最高裁の答えは、「国会が努力しているから見守ろう」である。ここには国民との「対話」は存在しない。違憲審査制度における対話は、裁判所と国会との間で完結するものではない。定数不均衡問題を憲法問題として提起した有権者を「対話」の中に組み込まないことには、裁判所の役割は果たされていない。

翻って考えると、法律による内容形成が必要な事例において、裁判所は国会と対話を行いつつ、制度の改革を促し、権利を実現する役割を担わなければならない。選挙訴訟のような客観訴訟においても、訴訟を起こすのは有権者たる国民であるから、裁判所は国民に対する答えを提示する義務がある。その際、「較差を縮小すべく国会は努力をしている」という立法部の主観的要素は、権利の救済とはさしあたり関係がない。それは国会に對する対話となっていたとしても、国民に對する答えにはなっていないのである。「客観訴訟における違憲審査基準の主観化」が招くものは、対話のプロセスから国民を除外することにつながるのだろうか。宇賀克也裁判官反対意見がいくつも述べるように、「定数配分規定の合憲性を判断するに当たり、立法府の将来に向けた努力の決意を考慮要素とする立場」には、このような落とし穴が待っている⁴³⁾。

④ 裁判所の判断(reason)と国会の判断(reason)

裁判所と国会が対話によって権利の実現を図ろうとすると、両者の判断には性質上の違いがなければならぬ。国会においては、多くの利害関係者間の調整と妥協、政治的思想に基づく取引を経た意見集約(aggregation)が図られるが、裁判所では「裁判所外のアクターや原告によって提起された法律問題(disputes of law)を比較的少数の裁定者によって解決

43) 工藤・前掲注15)、523頁は、平成29年判決における判断基準①②の相対化が「裁判所という国家機関の性格を考えると疑問の余地がないわけではない」とする。

する」ことが求められている⁴⁴⁾。国会には、なぜそのような制度を採用するのかを理由をもって審議を行い、その理由を国民に示す義務がある。裁判所には、そのような理由に基づいて国会が一定の制度を採用したことに合理性があるのかどうかの判断が求められる。これは、ジョセフ・ラズのいう「第一次秩序 (the first order)」と「第二次秩序 (the second order)」の関係から両者の「熟慮 (deliberation)」の関係を説く考え方でもある⁴⁵⁾。通常のケースでは、立法府が行った立法行為には合理性があるとの前提に立ち、明白な裁量権の逸脱濫用が観られない限り、第二次秩序の判断には肯定的な答えが出されるであろう。だが、民主過程そのものが問われている定数不均衡訴訟のようなケースでは、この判断は当てはまらない。定数不均衡訴訟が裁判所に求めているのは、民主過程そのもののゆがみのみは正であって、国民が聞きたいのは、その答え以外にはない。裁判所は国会とは対話しているが、国民には背を向けていないだろうか。宇賀裁判官反対意見は、この点を鋭く指摘している。

投票価値に3倍の較差があることがなぜ容認されるのか。3倍の較差は、投票の影響力の較差ではないのか、較差が生じていない1:1の関係からの離脱がなぜ容認されるのか、容認されるならば、その理由は何か。容認されないなら、裁判所はどのような救済を提供できるのか。国民が待っているのは、その答えなのではなかろうか⁴⁶⁾。残念ながら、令和2年判決に

44) Conrado Hubner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*, 65-66 (2013).

45) Alison L. Young, *supra*, 165-6 (2017).

46) 本稿の課題ではないが、私は、投票価値は1対1が原則であると考えている。都道府県の枠を前提にするのでは、この要請が実現できないのなら、大選挙区制やプロクク制の採用も検討すべきである。「合区」という、特定の地方公共団体に犠牲を強いて数合わせをする方法ではなく、より説得的で、国民を納得させる制度選択を行うべきである。本判決がそのような方向へ国会を誘導しようとする暗示しているのなら、おそらく次期通常選挙が大きな分水嶺となるのではなかろうか。

その答えを見つけておくことはできなかつた。結論はともかく、裁判所にはreasonを示してほしい。本判決が「国会も努力をしているから、矛先をおさめなさい」と聞こえてしまうのは、私だけではないだろう。

私は、較差が生じていない状態が原則であって、1:1からの離脱を許容するならば、その根拠を示す義務が立法府にはあると考えている。選挙制度は、すべての有権者の投票価値が平等になるよう設計すべきであり、較差1:1が出発点でなければならぬ。これを前提にして、都道府県や市町村あるいは地域ブロックなどの枠を加味しつつ、どこまでの較差が許容できるのかを検討すべきであって、逆ではない⁴⁷⁾。

この点、私は、政治哲学者のフィリップ・ペティット (Philip Pettit) が、普通選挙の原則は、国家の正当性にかかわる問題だととらえていることに強く惹かれている。国家の正当性は、市民が等しい影響力をもった投票権を等しく配分されていること以外に担保手段はないとペティットは断言する⁴⁸⁾。国家に向けて、市民一人ひとりが平等な影響力をもったコントロール権を行使できるからこそ、政治社会の中で不当な支配から逃れて生きていくことができる、という。日本国憲法前文にいう「正当に選挙された」とはこのことではないのだろうか。投票価値の較差の問題は、投票の質的平等の問題にはとどまらない。それは、国家の正当性の問題に他ならない。

47) 辻村みよ子「『権利』としての選挙権と『投票価値平等』」明治大学法科大学院論集14号83頁, 106頁「選挙権が主権者の権利である以上、可能な限り1対1に近づけることが憲法上要請されるといわざるをえない。とすれば、たとえば1対2以下でも、その合理性が立証されない限り連憲問題は生じうると考えるのが妥当であろう」と述べる。このような見解は、憲法学説においても有力になりつつある。牧野力也「『一票の較差』の違憲審査基準に関する考察」筑波法政54巻51頁, 71頁も参照。

48) Philip Pettit, *On People's Terms*, 166-7 (2012).

おわりに——展望

参議院選挙は来年(2022年夏)にも実施される。参議院は、令和2年判決を受け、参議院改革協議会を設置することで一致したとの報道に接した⁴⁹⁾。どのような改革が行われるのか注視したい。しかし、「抜本的な見直し」にまで至らない改革が行われた場合、また較差の合憲性が争われ、令和2年判決と同じような判断が繰り返されると、裁判所の権威に疑念が生じるおそれもある。

また、判断枠組み(もしくはその改変)やそれに基づいて行われている判断が国民に向けての語りかけではなく、最高裁内部もしくは法律専門家の共同体に向けられているにとどまる場合、判決の内容や意味はことさらに複雑化し、国民の目による批判可能性を封じ込める結果にもなりかねない。個別的・付随的違憲審査制である以上は、目の前にある事件の解決が何より優先されるべきことは認めなければならない。だが、最高裁大法官判決が選挙権侵害を裁定する場合、その説示は国民に向け、国民が理解可能な内容としてトリックを用いて示されるべきではなからうか。

裁判所と国会の間で行われる「対話」は、それぞれの理性(reason)を示しあい、そのプロセスを国民と共有するものでなくてはならない。「裁判所がその結論をはっきりと、詳細に提供するとき、民主的な討議(democratic dialogue)が促進される」⁵⁰⁾。その際、裁判所に求められる理性は、国会の理性ではない。それは政治的な思惑や利益から行われる調整や妥協とは異なる。政治的判断を枠づけする憲法論でなくてはならない。

(本学法学部教授)

49) 毎日新聞 2021年4月11日朝刊 <https://mainichi.jp/articles/20210410/ddm/005/010/073000c>

50) Alison L. Young supra 223.