

## 衆議院議員定数不均衡大法廷判決

立教大学教授 原田一明

最高裁平成30年12月19日大法廷判決

平成30年(行ツ)第153号選挙無効請求事件  
民集72巻6号登載予定、裁時1715号15頁

### 【論点】

衆議院小選挙区選出議員の選挙区割規定が憲法14条1項等に違反するか。

(参照条文) 憲14条1項・15条1項・3項・43条1項・44条・公選13条1項・別表第1

### 【事件の概要】

本件は、平成29年10月22日に施行された衆議院議員総選挙について東京都第2区等の選挙人（上告人）らが、本件選挙区割りに関する公職選挙法の規定は、一人一票の投票価値の平等を要求する憲法14条等に違反して無効であるとして提起した選挙無効訴訟の最高裁大法廷判決である。本件選挙当日における選挙区間の選挙人の最大較差は、鳥取県第1区と東京都第13区との間で、1対1.979であり、選挙区間の較差が2倍以上となる選挙区は0であった。なお、平成29年総選挙に対しては、16件の訴訟が各高裁に提起されたが、違憲状態判決は、名古屋高裁判決（原田一明・法教453号137頁）のみで、その他は合憲判決であった。

### 【判旨】

（請求棄却）（i）憲法は、「投票価値の平等を要求している」が、「投票価値の平等は、選挙制度の仕組みを決定する絶対の基準ではなく、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」。「選挙制度の合憲性は、これらの〔地域の面積、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状況などの〕諸事情を総合的に考慮した上でなお、国会に与えられた裁量権の行使として合理性を有するといえるか否かによって判断され」。このような国会の「裁量権を考慮してもなおその限界を超えており、これを是認することができない場合に、初めてこれが憲法に違反することになるものと解すべきである。」

（ii）「本件区割規定に係る改正を含む平成28年改正法及び平成29年改正法による改正は、平成32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一つであるアダムズ方式により行うことによって、選挙区間の投票価値の較差を相当程度縮小させ、その状態が安定的に持続するよう立法措置を講じた上で、同方式による定数配分がされるまでの較差は正の措置として、各都道府県の選挙区数の0増6減の措置を探るとともに選挙区割りの改定を行うことにより、上記のように選挙区間の人口等の最大較差を縮小させたものであって、投票価値の平等を確保するという要請に応えつつ、選挙制度の安定性を確保する観点から漸進的な是正を図ったものと評価することができる。」

「平成24年改正法から平成29年改正法までの立法措置によって、旧区画審設置法3条2項が削除されたほか、1人別枠方式の下において配分された定数のうち議員1人当たりの人口の少ない合計11県の定数をそれぞれ1減ずる内容の定数配分の見直しや、選挙区間の投票価値の較差を縮小するための選挙区割りの改定が順次行

われたことにより、本件選挙当日における選挙区間の選挙人数の最大較差が……〔1対1.979に〕縮小したものである。加えて、本件選挙が施行された時点において、平成32年以降10年ごとに行われる国勢調査の結果に基づく各都道府県への定数配分をアダムズ方式により行うことによって1人別枠方式の下における定数配分の影響を完全に解消させる立法措置が講じられていたものである。このような立法措置の内容やその結果縮小した較差の状況を考慮すると、……本件選挙区割りが憲法の投票価値の平等の要求に反するものとなるということはできない。」

なお、本件には、2倍未満であることを違憲状態とする林景一裁判官、宮崎裕子裁判官の各意見、違憲とする鬼丸かおる、山本庸幸裁判官の各反対意見が付されている。

### 【解説】

本件多数意見は、1人別枠方式を将来的には完全に廃止し、当面は、0増6減の措置によって、最大較差を2倍未満に縮小した平成28年・29年の公選法等改正などの立法措置を受けて、投票価値の平等に違反する状態（最大判平成27・11・25民集69巻7号2035頁）が解消されたとして、本件選挙区割り規定を、投票価値の平等に反しないと判断した。

そもそも投票価値の平等とは、人口移動により選挙区間の有権者数の変化に伴って生ずることから、選挙区という「制度的なるもの」と関連づけて考えられ、権利それ自体の平等が直接に問われているわけではない。つまり、特定選挙区の選挙の効力を争う選挙無効訴訟では、平等な選挙権という要素のみならず、選挙区などの「選挙権特有の制度との関わり」（只野・後掲73頁）が考慮されることになる。ここでは、平等な個人による代表という要請と、それだけでは汲み取れない社会の多様性（非人口的要素への配慮）を、いかに選挙区に反映させるかなどの諸要素が総合的に考慮されているのである。

その際に、本件多数意見では、投票価値の較差は正のために国会がどれほど努力をしたかに配慮する立法裁量論（参議院定数配分判決の補足意見2、最大判平成16・1・14民集58巻1号56頁）を踏まえた判断がなされている。確かに、従来の最高裁判決でも、立法内容（定数配分規定）だけを審査するのではなく、是正のための合理的期間の有無など、立法府の裁量権行使のあり方をも考慮した判断が行われてきたことは周知の通りである。

しかし、立法内容の憲法適合性審査に際して、国会の努力という主觀的因素に重きをおいて裁量権の当否を判断することが果たして妥当なのか、まずは、選挙区間の人口較差が国民の権利を侵害しないとする理由が厳しく問われるべきとの批判は本件多数意見に対しても妥当するように思われる（泉・後掲174-175頁、林裁判官の意見、鬼丸裁判官の反対意見も参照）。

なお、山本裁判官の反対意見では、人口流入地域と人口流出地域がほぼ固定されている状況においては、投票価値の平等を「唯一かつ絶対的な基準」とすべきで、「人口の急激な移動や技術的理由など」によって、較差が許容されるのは「せいぜい2割程度」と主張されている。さらに、宮崎裁判官の意見は、1対1を超える較差部分（0.979）についても、未だに残る1人別枠方式=人口少数県への配慮といった合理性のない要素は、精密に切り分けられるべきで、その上で、選挙時点での投票価値の平等を厳密に検討することの重要性が、説得的に説かれている。参考とすべき考え方である。

【参考文献】只野雅人『代表における等質性と多様性』、泉徳治『一步前へ出る司法』。

## 平成28年参議院選挙と「一票の較差」

### ▶ 最高裁平成29年9月27日大法廷判決

(平成29年(行ツ)第47号:選挙無効請求事件)

(民集71巻7号1139頁、判時2354号3頁、判タ1443号31頁)

#### 事実の概要

本判決は、いわゆる「合区」導入後はじめて行われた平成28年7月施行の参議院通常選挙に対する選挙無効訴訟の最高裁判決である。平成27年7月の公職選挙法改正（平成27年法律60号）。同年11月5日施行。以下「平成27年改正法」という）により、それまで都道府県単位の選挙区（各偶数配分）であったものが、「鳥取県及び島根県」選挙区、「徳島県及び高知県」選挙区という「合区」が導入され、「4県2合区を含む10増10減」によって、選挙区間における議員1人当たりの人口の最大較差（「選挙区間の最大較差」）の是正が図られた。その結果、平成22年10月実施の国勢調査結果による選挙区間の最大較差は1対2.97となった（本件選挙当時の選挙区間の最大較差は1対3.08）。このような状況下で平成28年参議院通常選挙は行われたが、その東京選挙区ならびに神奈川選挙区についての選挙無効訴訟の一審・東京高判平成28・11・2（判時2316号33頁2事件）は、「本件選挙当日の最大較差が1対3.08であるという投票価値の不均衡は、投票価値の平等の重要性に照らしながら看過し得ない程度にあり、平成27年改正によっても、これを正当化すべき特別の理由も見いだせない以上、違憲の問題が生ずる投票価値の著しい不平等状態を解消するには足りなかつたものといわざるを得ない」として違憲状態を指摘しつつ、「国会の裁量権の限界を超えるものということもできない」として合憲判決を下した。

#### 判旨

上告棄却。

(i) 都道府県を単位とすることについて 「平成24年大法廷判決及び平成26年大法廷判決は、……都道府県という単位を用いること自体を不合理なものとして許されないとしたものではない。」

(ii) 平成27年改正による合区の導入について 「この改正は、……これまでにない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、……平成24年大法廷判決及び平成26年大法廷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。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、……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うことができる。」

(iii) 本件不均衡は違憲状態とはいえない 「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はできない。」

違憲状態に至っているとする木内道祥裁判官意見、違憲を宣言し事情判決の法理によるべきであるとする鬼丸かおる裁判官反対意見、全国平均の有権者数の8割以下しか有権者のいない選挙区の選出議員は身分を失わせるべきであるとする山本庸幸裁判官反対意見などがある。

#### 解説

##### 1 平成24年判決における都道府県単位見直しへの言及

本判決以前の、合区の導入により3倍前後にまで最大較差が縮小されるにいたるまでの判例の展開は、次のようにあった。まず、平成22年7月選挙時点での最大較差は1対5.00であったが、同選挙に対する選挙無効訴訟の最大判平成24・10・17（民集66巻10号3357頁）は、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」に至っていることを認めながら、立法裁量の限界を超えて合憲とした。しかしながら同時に、「都道府県を単位として各選挙区の定数を設定する現行の方式をしかるべき形で改めるなど、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを内容とする立法的措置を講じ、できるだけ速やかに違憲の問題が生ずる前記の不平等状態を解消する必要がある」とし、選挙制度の仕組みそのものに踏み込んだ改正の必要を説いた。

##### 2 平成26年判決における「司法権と立法権との関係」への言及

この平成24年判決を受けて、平成24年11月16日に公職選挙法の一部を改正する法律案が成立したが、その内容は平成25年7月施行の選挙に向け4選挙区で定数を4増4減するものであり、制度の仕組み自体の見直しには踏み込んでいなかった。ただし、その附則には、同28年に施行される通常選挙に向けて、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、結論を得るものとする旨の規定が置かれていた。平成25年選挙時点で最大較差は1対4.77であった。これに対して最大判平成26・11・26（民集68巻9号1363頁）は、平成24年判決同様に「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」を認めながら、「当裁判所大法廷は、これまで、①当該定

数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡が、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っているか否か、②上記の状態に至っている場合に、当該選挙までの期間内にその是正がされなかつたことが国会の裁量権の限界を超えるとして当該数配分規定が憲法に違反するに至っているか否かといった判断の枠組みを前提として審査を行ってきており、こうした判断の方法が採られてきたのは、憲法の予定している司法権と立法権との関係に由来する」という判断枠組みを、参議院通常選挙についての投票価値の平等を争う訴訟においてはじめて提示した（同様の枠組みは、衆議院総選挙をめぐる同様の訴訟では最大判平成25・11・20民集67巻8号1503頁においてはじめて採用されており、26年判決も25年判決を引用している）。そして同判決は、「②……を判断するに当たっては、単に期間の長短のみならず、是正のために採るべき措置の内容、そのために検討を要する事項、実際に必要となる手続や作業等の諸般の事情を総合考慮して、国会における是正の実現に向けた取組が司法の判断の趣旨を踏まえた裁量権の行使の在り方として相当なものであったといえるか否かという観点に立って評価すべきものと解される」としていた。以上を踏まえた同判決の結論は、「国会における是正の実現に向けた取組が平成24年大法廷判決の趣旨を踏まえた国会の裁量権の行使の在り方として相当なものでなかったということは……できない」というものであった。

平成26年判決は、従来の枠組みのうち、①違憲の問題が生じる程度の較差の著しい不平等が存在する場合であっても、②選挙までには是正されなかつたことが国会の裁量権の限界を超えるかをさらに判断する、という二段構えの②の段階を実際には主眼として、「憲法の予定している司法権と立法権との関係」を持ち出していた。その結果、「国会における是正の実現に向けた取組」が、直近の司法判断（これは要するに一つ前の選挙についての最高裁大法廷判決において出された注文のことである）を踏まえた裁量権行使として相当とみなしうるかという一点に、裁量統制のポイントが絞られることになる。これはすなわち、一つ前の選挙についての最高裁の注文を今回の選挙までに国会がどう誠実にこなそうとしたかを②で判断するということであり、最高裁の誘導に乗って進んでいるかぎり、②で裁量権の逸脱をいわれる心配は国会としても抱く必要はない。平成26年判決が描いた「司法権と立法権との関係」は、かくして司法が度重なる大法廷判決を通じて立法を誘導しながら制度を漸進させるものであった。

### 3 本判決の意義

以上の判例の展開、ならびに1対3という最大較差への減少という前提条件から素直に予想した判決の内容は、本判決自身よりもむしろ違憲状態判決を下した前出の一審東京高裁判決の方であろう（なお平成28年選挙に対する各地の高裁判決計16件は、本件一審判決などの違憲状態判決10件と、本件最高裁判決と同様の合憲判決6件に分かれていた）。1対3にまで較差が改善されたのは、この間の最高裁判決によるところが大きく、国会の自発的な是正努力によるとは言い難かったので、違憲状態判決で今後の努力

を担保しておくことが今回の判決にも要請されたところであった。ところが本判決は、平成26年判決の枠組みであればそこを主眼にしたであろう②の段階ではなく、その手前の①の段階で、違憲状態でさえないとして合憲の結論を下した。たしかに最大較差が1対3にとどまる点を見れば、「著しい不平等」を否定することも可能であろう。しかしながら、判旨(ii)で述べているように、本判決は平成27年改正法の附則が平成31年選挙までの「選挙制度の抜本的な見直し」を予定していることなども考慮に入れているのであるから、むしろ②の段階において合憲（違憲状態であるものの立法裁量の逸脱はない）という判断を下すほうが、筋が通るはずである。論旨の順番としても、判旨(ii)で立法裁量を論じたのちに判旨(iii)で違憲状態でなかつたとするのは逆転している。

この点、本判決が平成26年判決の枠組みから早くも離脱したなどということはない一応説明することは可能である。すなわち、立法者を誘導するという平成26年判決の狙いが思いのほか功を奏し、較差それ自体の数字がもはや違憲状態と概にはいいにくいところまで一挙にやってきたことから、本判決はあえて端的に満点の合憲判決（違憲状態ではない）を下すことによって、立法者自身による次回選挙までのさらなる是正の約束の遵守を促した、と理解することもできる。①で端的に合憲とするほうが将来の立法裁量の統制に有利であり、「司法権と立法権との関係」としてうまく機能するのであれば、②の段階まで進むまでもない。このように、平成26年判決の枠組みをうまく使いこなしている本判決は、過去の立法に対する違憲合憲の判定から、将来に向けた立法者の行為準則の提供を通じた、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。さらにいえば、本判決において、平成26年判決の①と②を合わせたような、過去・現在・将来にわたる継続的な立法裁量統制の視座が確立されたという見方もありうるであろう。平成26年判決の枠組みが、なお従来の判例の整理を表したことにより過去の立法裁量の後追いの統制のようであったのに対して、本判決は①の段階の活用により、さらに「司法権と立法権との関係」に立脚した平成26年判決の枠組みの可能性を広げたということになる。もっとも、判旨(i)でわざわざ都道府県を選挙区の単位とすることの合理性に言及しなおしていることなども合わせれば、参議院の選挙制度の立法裁量の統制からむしろ退避する端緒となる素地を本判決が有している可能性も、否定しがたいところではある。

### [参考文献]

- 松本和彦・法教448号123頁
- 棟居快行・レファレンス65巻7号1頁
- 毛利透「憲法訴訟の実践と理論(9)——投票価値較差訴訟の現状と課題」判時2354号134頁
- 只野雅人・論ジュリ24号198頁

# 投票価値較差訴訟の諸論点

山本真敬

## 1 序

本稿に与えられたテーマは投票価値較差訴訟の諸論点であるが、まず「諸論点」として何を想定すべきか。最高裁は、近時、「①定数配分又は選挙区割りが……諸事情を総合的に考慮した上で投票価値の較差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っているか否か、②上記の状態に至っている場合に、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかつたとして定数配分規定又は区割規定が憲法の規定に違反するに至っているか否か、③当該規定が憲法の規定に違反するに至っている場合に、選挙を無効とすることなく選挙の違法を宣言するにとどめるか否か」という「判断の枠組み」に従って審査を行ってきたと述べている<sup>1)</sup>。そこで本稿も、一応（後述5参照）①～③を諸論点と考え、この諸論点につき直近の最高裁判決<sup>2)</sup>も踏まえ近年の判例法理の整理を行い、若干の検討を行う。なお、紙幅の関係で判決および学説の引用・紹介は必要最小限にとどめざるを得なかった点につき、ご海容を乞う。

## 2 違憲状態か

### (1) 制度の合理性と最大較差

まず論点①について。投票価値較差訴訟の判例法理では、選挙制度の仕組み自体の審査と、その仕組みの下で「国会が具体的に定めたところ」の選挙制度の審査の2段階構造がとられている<sup>3)</sup>。前者では（例えば、中選挙区制や小選挙区制そのものに対する審査）、国会の裁量の範囲内かが問われ、後者では（例えば、定数配分や区割基準・区割規定に対する審査）、「国会が具体的に定めたところ」が裁量権行使として合理性があるか審査される<sup>4)</sup>。

投票価値の平等に関しては、国会が「衆議院議員の選挙につき全国を多数の選挙区に分けて実施する制度を採用する場合」、議員定数や区割の決定に際して選挙人数と議員定数（議員1人あたりの選挙人数）が「最も重要かつ基本的な基準」とされる一方で<sup>5)</sup>、投票価値の平等は非人口的要素と「調和的」に実現されるべきであり、非人口的要素の考慮は、それが「国会が正当に考慮することのできる」「政策的目的ないし理由」による限り国会の合理的な裁量権の行使として是認される

1) 最大判平成25・11・20民集67巻8号1503頁(1522頁)(2013年判決〔衆〕)、最大判平成27・11・25民集69巻7号2035頁(2059-2060頁)(2015年判決〔衆〕)。また、最大判平成26・11・26民集68巻9号1376-1377頁(2014年判決〔参〕)参照。

2) 最大判平成30・12・19裁判所ウェブサイト(2018年判決〔衆〕)、最大判平成29・9・27民集71巻7号1139頁(2017年判決〔参〕)。

3) 宍戸常寿「一票の較差をめぐる『違憲審査のゲーム』」論ジュリ1号(2012年)44頁。

4) 衆院につき、最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁(245、247頁)(1976年判決〔衆〕)および最大判平成11・11・10民集53巻8号1704頁(1718、1720頁)(1999年判決〔衆〕)。参照、安念潤司「いわゆる定数訴訟について(2)」成蹊法学25号(1987年)85頁、山本真敬「1人別枠方式をめぐる判例の『整合性』」早稲田法学会誌64巻1号(2013年)232頁以下。他方、参院の判例法理では両者の区別は明瞭ではない。参照、最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁(394頁)(1983年判決〔参〕)、最大判平成8・9・11民集50巻8号2283頁(2286頁)(1996年判決〔参〕)。

5) ただし、投票価値の平等は「一定の制度を選択した立法者にとっての自己拘束の原理」に過ぎないと指摘されてきた。参照、安念・前掲注4)89頁、棟居快行「選挙無効訴訟と国会の裁量」レファレンス766号(2014年)12-13頁。

(審査枠組Ⅰ)。しかし、正当な政策的要素の考慮の結果であっても現実に生じた不平等が一定の程度を超える場合は「もはや国会の合理的裁量の限界を超えている」と推定され、正当化事由なき限り違憲状態となる(審査枠組Ⅱ)<sup>6)</sup>。そして2000年頃までは、専ら審査枠組Ⅱが審査の焦点であった<sup>7)</sup>——ただし最高裁は当該推定が働くことになる最大較差の数的基準を明示したことはないが<sup>8)</sup>。

他方、近時は審査枠組Ⅰが決め手となっている。1人別枠方式が違憲状態とされたのも、人口の少ない地域に配慮するために「殊更にある地域(都道府県)の選挙人と他の地域(都道府県)の選挙人との間に投票価値の不平等を生じさせるだけの合理性があるとはいひ難い」として、審査枠組Ⅰで制度自体の合理性が否定されたからである<sup>9)</sup>。参院でも、「都道府県を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投票価値の大きな不平等が長期にわたって継続していると認められる状況の下では、上記の〔都道府県を選挙区の単位とする〕仕組み自体を見直すことが必要になる」として<sup>10)</sup>、審査枠組Ⅰで制度の合理性が否定され違憲状態とされた。このように2011年判決・2012年判決では(後の2014年判決・2015年判決も)選挙制度の合理性(審査枠組Ⅰ)が焦点とされている。この審査の重点変化は判決文にも表れており、近時は審査枠組Ⅱの判示が見当たらない。

このように2011年判決以降、最高裁は制度の合理性を審査で重視しているが、最大較差(が2倍未満であること)にも何らかの意味があるよう見える。2011年判決は選挙区間の人口の最大較差

が2倍未満になるよう区割すべき旨定める(旧)区画審設置法3条1項が「合理的な基準」であると述べ、その後の判決も同旨を定める(現行)区画審設置法3条1項の趣旨に沿った選挙制度の整備が実現されたかを重視しているからである<sup>11)</sup>。2018年判決も、導入予定のアダムズ方式による定数配分は較差2倍を超えた場合に区割改定される仕組みであることや、同方式による定数配分導入までの措置として較差2倍未満となるよう区割改定がなされ、最大較差が2倍を超える選挙区が初めて存在しなかったという「立法措置の内容やその結果縮小した較差の状況」をもって、(現行)区画審設置法3条1項の趣旨に沿った選挙制度の整備が実現されていたとして違憲状態としなかった<sup>12)</sup>。しかし、較差の程度ではなく制度の合理性を審査するという論理からすれば、2018年判決宮崎意見のように較差2倍未満でも制度の合理性があるか否かを審査することになるはずである。だが、2018年判決の多数意見はそれを行わない。制度の合理性と較差のいずれが決定的なのか。

参院につき、2017年判決の焦点も都道府県を選挙区の単位とする仕組み自体の見直しの有無であった。2017年判決多数意見が合憲とした一部合区は、少数意見の指摘するように制度の合理性が未だ欠けるとも言える。また2017年判決が合憲とした最大較差約3倍も、判決が引き続き「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」と述べており、投票価値の平等の要請が2012年判決や2014年判決と比して後退したとしても<sup>13)</sup>、恒常的に許されるかは明確でない<sup>14)</sup>。こちらも制度の合理性と較差のいずれが決定的なのか。

6) 審査枠組Ⅰ・同Ⅱの語は、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』(日本評論社、2013年) 194-195頁に拠った。駒村は、審査枠組Ⅰ・Ⅱは「表裏の関係ないし連続した関係にある」という。なお、参院につき国会が採用した「合理的」な選挙制度の仕組みの下では、衆院と比べ投票価値の平等の要求は「譲歩を免れない」(参照、宍戸・前掲注3) 44頁)。

7) これは最大較差で制度の合理性が判るという考え方によるものであり得る。参照、毛利透「投票価値較差訴訟の現状と課題」判時2354号(2018年) 140頁、山本・前掲注4) 236頁以下。

8) 毛利・前掲注7) 136頁、櫻井智章「参議院『一票の格差』『違憲状態』判決について」甲南法学53巻4号(2013年) 520頁。

9) 最大判平成23・3・23民集65巻2号755頁(779頁)(2011年判決[衆])。参照、棟居・前掲注5) 14頁、駒村・前掲注6) 198頁、篠原永明「判批」法学論叢175巻5号(2014年) 117頁、山本・前掲注4) 259頁以下。

10) 最大判平成24・10・17民集66巻10号3357頁(3368-3369頁)(2012年判決[参])。

11) 2倍未満とする旨の法律の定めが合憲性審査となり得る憲法上の根拠が説明されていないことにつき、毛利・前掲注7) 135頁以下。

12) なお、未導入のアダムズ方式の区割基準を参照することの問題性につき、2018年判決宮崎意見を参照。また、その中長期的な「お墨付き」効果につき、同判決林意見を参照。

13) 参照、只野雅人「判例詳解」論じュリ24号(2018年) 203-204頁、上田健介「判批」判評716号(2018年) 5-6頁、横尾日出雄「参議院議員定数不均衡訴訟に関する最高裁の判断と参議院選挙制度改革について」中京ロイヤー29号(2018年) 36-37頁。投票価値の平等が要求される程度が衆院・参院で異なるとすればその理由は何かという問題は、引き続き残されている。

## (2) 「当座の措置」としての制度の合理性？

では、最高裁が2017年判決および2018年判決で合憲という結論に至った決め手は何か。2017年判決は、違憲状態か否かの判断に際し、改正公選法が判例の趣旨に沿って合区という「これまでにない手法」を導入した結果較差が縮小し、また附則で選挙制度の抜本的見直しにつき「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」を示すとともに大きな較差を再度生じさせない配慮がされていると述べており、これは立法者の努力を評価したのだという理解が多い<sup>15)</sup>。2018年判決も、アダムズ方式および同方式導入までの是正措置の採用という立法者の努力を評価したとも理解し得る。

もっとも、違憲状態か否かの判断で立法者の努力を評価する場合、違憲状態の有無の段階では憲法と法律の規範内容の抵触を審査し合理的期間論で立法者の努力を審査するという従来の枠組みに比して、「違憲の主觀化」の程度がヨリ大きい。すなわち、憲法の投票価値の平等という規範内容と公選法の区割という規範内容との抵触を確認し、かつ合理的期間内の立法者の努力が存在しないときに違憲とする従来の枠組みでは、規範内容間抵触が憲法と法律の各実体内容だけから判断されるステップが一応存在する。これに対し、違憲状態の判断において立法者の努力を評価する場合、規範内容間抵触の有無の判断に立法者の努力という変数を混入することで憲法および法律の各実体内容の意味が直ちに相対化されることになる。そのことの問題性をどう考えるべきかが改めて問われる<sup>16)</sup>。

他方、次のようにも考えられないだろうか。2017年判決のいう「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」状態は、都道府県を選挙区の単位とする仕組みを抜本的に見直すものでもなく、較差も相当縮小したとはいえた大きい。しかし、この状態は改正公選法の前記附則を見ると暫定的なものとされており、抜本的見直しの貫徹ではないとしても従来の枠組みから一步踏み出したこと自体が、2012年判決のいう「短期的な改善の努力の限界を説明する根拠」と言えるので違憲状態としない。最高裁が「当座の措置」としての合理性が現行制度にあると判断したと理解するのである<sup>17)</sup>。2018年判決も前記立法措置が「漸進的な是正」であると明示しており、アダムズ方式導入までの是正措置に「当座の措置」として合理性があるとしただけにも見える。確かに、合憲の決め手が「当座の措置」としての暫定的合理性と理解することも立法者の努力と理解することも「立法者の努力」の定義次第では同義と言える。しかし、「違憲の主觀化」が回避されるべきならば、立法者の努力による正当化という理解を可能な限り控える必要があろう。

既に、制度の合理性を暫定的に（「当座の措置」として）認めるという取扱いは、2011年判決が行っている。1人別枠方式には制度としての合理性ではなく選挙制度改革のための「方策」としての時限的合理性があるだけだという2011年判決の判示は、1人別枠方式の合憲性が初めて争われた1999年判決では語られていない「後出しジャンケン」であった。しかし、2017年判決および2018年判決が制度の時限的合理性を最高裁として予め示したものと言えるならば、2倍ぎりぎりの較差にとどめる仕組みも一部合区も「おのずからその合理性に時間的な限界がある」ことになる<sup>18)</sup>。

このように理解した場合はその時間的限界がいつ到来するか問題となるが、最高裁判決からはそ

14) 毛利・前掲注7) 142頁、工藤達朗「判批」民商154巻3号（2018年）522頁、只野・前掲注13) 205頁、多田一路「判批」新・判例解説Watch22号（2018年）24頁。参議院議員選挙法制定時の最大較差（2.62倍）は、同法が都道府県を選挙区の単位とする仕組みであり、その仕組みからの離脱が求められている現在、比較対象になり得るか問題が残る。

15) 毛利・前掲注7) 142頁、工藤・前掲注14) 522-523頁、只野・前掲注13) 204頁、齊藤愛「判批」法教450号（2018年）46-47頁、中丸隆「判解」ジュリ1514号（2018年）89頁。

16) 参照、毛利透「判批」民商142巻4・5号（2010年）462頁、工藤達朗「判例詳解」論ジュリ4号（2012年）96頁。合理的期間論では立法者の努力が正面から問われており、違憲状態の判断でも立法者の努力を問う場合、評価の仕方次第では違憲状態の判断で評価した立法者の努力を合理的期間論で二重評価することになり得る（さらに選挙無効か否かの判断でも立法者の努力を評価すれば三重評価になり得る）ので、各判断段階で何を考慮要素とすべきか問題となる。

17) 千葉勝美「司法部の投げた球の重み」法時89巻13号（2017年）6頁も本文と同旨だろうか。「当座の措置」の語は、2018年判決につき述べる宍戸常寿「読むということ」法教461号（2019年）1頁に拠った。

18) 従って、後出し故に違憲状態判決にとどまった2011年判決と異なり、今後の判決で時間的限界の切迫が示される場合、その超過は直ちに違憲となり得る（千葉・前掲6頁）。

れは見出せない。2015年判決千葉補足意見の言うように、それは更なる「憲法的状況の変化」次第であり得る。こう理解すれば投票価値較差訴訟以外の領域で最高裁が事情の変化を重視する（あるいは都合よく用いる）こととも平衡が合うが、これが現時点の最高裁流の「対話」なのだろうか<sup>19)</sup>。

### 3 違憲か

#### (1) 合理的期間論の再構成

次は、本稿冒頭の②の論点。1976年判決は、漸次的な事情の変化により違憲状態に至った場合はその起算点が確定困難であるところ、人口異動が不斷に生じ、かつ区割および定数配分の頻繁な変更が実際的でも相当でもないので、合理的期間内の是正がない場合に初めて違憲とすると述べた。

この合理的期間論は是正のための時間的猶予と理解されていたが<sup>20)</sup>、近時の判決では合理的期間論は単なる時間的猶予ではない。2011年判決では合理的期間の経過の有無の判断につき違憲状態の立法者による認識可能性の生じた時点が重視された。2011年判決の違憲状態判断の根拠は人口の漸次的異動でなく1人別枠方式自体の合理性に関する規範的評価の変化であり<sup>21)</sup>、人口異動による違憲状態の場合と比べ合理的期間の起算点も長さもヨリ不明確とならざるを得ない。従って国会も違憲状態の発生を認識し得ず、是正の期待可能性も無いからであろう。しかし、国会のは是正の期待可

能性を合理的期間の考慮に入れることは、まさに「違憲の主觀化」を促進する<sup>22)</sup>。さらに本稿冒頭に挙げた「判断の枠組み」の②では、(a)「単に期間の長短のみならず」、(b)是正すべき措置の内容、(c)そのために検討すべき事項、(d)必要となる手続や作業、そして(e)「等」の諸般の事情を総合考慮して「国会における是正の実現に向けた取組が司法の判断の趣旨を踏まえた裁量権の行使の在り方として相当なものであったといえるか」を審査するとして、最高裁は合理的期間論において時間という考慮要素の比重を大幅に低下させ、立法者の「取組」を評価する「違憲の主觀化」を行うことを正面から宣言した<sup>23)</sup>。

時間的要素から立法者の行態統制へのこの重点移動が、違憲状態の有無の判断における漸次的な人口異動から制度の規範的評価への着目点の変化に対応するものだとすれば、立法者の行態という従来とは異なる要素に焦点が当たるのも奇異ではないかもしれない<sup>24)</sup>。しかし最高裁は、「憲法の予定している司法権と立法権の関係」の観点から「これまで」冒頭①～③の「判断の枠組み」に従って審査してきたと述べ、従来は時間的要素が中心的意義を占めていた合理的期間論を立法者の行態統制の場へと「再構成」したのである<sup>25)</sup>。

そして、この再構成に伴う違憲状態判決および合理的期間論の機能変化も指摘されている。すなわち、2013年判決・2014年判決・2015年判決は、裁判所が違憲状態と判断すれば「国会はこれを受

19) 毛利・前掲注7) 140頁注脚は、「最高裁はむしろあえて不明確な判決を示すことで国会との対話を試みようとしている」と指摘する。

20) 櫻井・前掲注8) 527頁以下、篠原・前掲注9) 120頁。もっとも、安念潤司「いわゆる定数訴訟について(3)」成蹊法学26号(1988年)56頁以下は、時間的要素以外の要素（違憲状態の認識可能性等の立法者の主觀的事情）を考慮することに「さほど理論上の支障があるとは思われない」としていた。なお参院では、1996年判決が從前違憲状態と判断されていないことを相当期間経過判断の考慮要素の1つとしているが、これは参院では違憲状態となる較差の程度が1996年判決で初めて判明したからであり、以下で述べる意味での違憲状態の認識可能性とは事情は異なる。

21) 棟居・前掲注5) 14、23頁、篠原・前掲注9) 120頁。また参考、浅野博宣「合理的期間論の可能性」浦部法穂先生古稀記念『憲法理論とその展開』(信山社、2017年) 166頁。

22) 篠原・前掲注9) 121頁。憲法と法律の各規範内容の抵触の有無の判断で立法者の努力を評価する場合や、憲法と法律の規範内容間の抵触に加えて立法者の努力の欠如がある場合に違憲とする（合理的期間論）場合、立法者の非難可能性（努力の欠如）に法律の合憲性を依存させる「違憲の主觀化」が生じるとされる（安念潤司「いわゆる定数訴訟について(4)」成蹊法学27号〔1988年〕162頁以下参照）。他方、例えば、違憲宣言を行った上で無効とするかは立法者の努力の有無次第で判断する場合のように、違憲判断の後で判決の効力を判断する際に立法者の努力を評価することは「違憲の主觀化」ではない。なお、いかなる事態までが「違憲の主觀化」に含まれるかという問題は、慎重に検討する必要があろう（参考、山本真敬「『主張可能性の統制(Vertretbarkeitskontrolle)』と『違憲の主觀化』」下関市立大学論集62巻2号〔2018年〕37頁以下）。

23) 棟居・前掲注5) 23-24頁、毛利・前掲注7) 140頁、篠原・前掲注9) 121頁。

24) 棟居・前掲注5) 19頁。

25) 浅野・前掲注21) 166頁。棟居・前掲注5) 17頁は「換骨奪胎」、毛利・前掲注7) 139頁は「意味変化」、篠原・前掲注9) 121頁は「変容」という。多数意見に対し、木内裁判官（ただし、2017年判決では態度の変化が見られる）や鬼丸裁判官は、合理的期間論（相当期間論）では時間的要素のみ考慮し、判決の効力の論点で立法者の努力を評価する。

けて是正を行う責務を負」い、「司法の判断の趣旨を踏まえた」合理的期間内の是正が「憲法上要求される」という<sup>26)</sup>。このように立法裁量に質的制約<sup>27)</sup>を課す違憲状態判決は、その機能として「違憲状態判決により国会に義務を課し、そして、その義務の履行を、従わなければ違憲判決という制裁を課すという威嚇により国会に強制する」<sup>28)</sup>。最高裁は「『違憲状態判決の効力』として具体的な立法義務ないし是正義務を新たに登場させた」<sup>29)</sup>と言えるであろう。しかし違憲状態判決は形式的には合憲判決であり、「対話」という観点からのみならず、理論的にも、この「効力」をどう位置付けるべきか問題となろう<sup>30)</sup>。

## (2) 具体的な考慮要素

次に、②で各判決が挙げた考慮要素を検討する。まず前記(a)は、直前の違憲状態判決を起算点とするものと、それが違憲状態判決か区割改定なのか明確でないもの(2015年判決)がある。(b)および(c)に関して(ただし、特に衆院はどの事項が(c)に係るものか明確でない)、衆院は1人別枠方式を廃止し最大較差2倍未満となるべく定数配分および区割を見直すという是正内容が「合意の形成が容易な事柄ではない」と評され、参院は都道府県を単位として選挙区を定める方式を見直すというは是正内容の検討に「相応の時間を要する」と評された。(d)は、制度の見直しに準ずる作業、あるいは参院各会派協議による改正および制度設計の方針策定を踏まえた具体的な改正案の立案という過程での諸々の手続や作業が必要とされた。最後に(e)として、選挙日までに取られた措置の内容、選

挙日までおよび選挙日後の国会の審議動向、最大較差の動向、選挙制度の抜本的改革が同時に議論されていたことが挙げられている。

これら判決からは、多数意見は立法者の「取組」につき違憲判断を回避する方向でのみ評価しているように見える。特に2013年判決は、1人別枠方式の廃止および区割基準改正ならびに区割改定という必要な2つの作業のうち後者が選挙時までに完了せず、最大較差が拡大していても、選挙制度の抜本的改革が併せて議論されたことや、本来の任期満了時に区割改定がなされたという選挙後の事情を踏まえると「漸次的な見直し」・「一定の前進」であることを理由に違憲としなかった——多数意見の挙げる事情は評価が分かれるものであったにもかかわらず<sup>31)</sup>。

このように最高裁多数意見は、選挙後の事情や国会の具体的な政治情勢を“国会に有利になるよう”考慮している。加えて、最大較差に関しても最大較差の拡大は否定的に取り上げず(2013年判決)その縮小は肯定的に取り上げており(2015年判決)、これら判決の考慮要素の取り扱いからは、“とにかく国会が一步でも前進した”と言えそうな場合は違憲としないという思考法を読み取り得ると思われる<sup>32)</sup>。もっとも、選挙後の事情に関しては、2014年判決および2015年判決では2013年判決ほど重視されていないよう見える。これは選挙後の事情は直接の考慮要素ではなく間接的な事情として参酌されるにとどまる整理された(2014年判決千葉補足意見参照)からであろう。

26) 2014年判決では是正のないことが「裁量権の限界を超える」との表現だが、その場合も違憲となる以上衆院の「憲法上要求される」という表現と同義であろう。

27) 佐々木雅寿「衆議院小選挙区制の下での最高裁と国会との継続的対話」高見勝利先生古稀記念『憲法の基底と憲法論』(信山社、2015年) 774頁。

28) 渋野・前掲注21) 178、187頁。毛利・前掲注7) 139頁は、この点を捉え「最高裁は、違憲状態判決を実質的にほぼ違憲判決化したといえよう」と指摘する。

29) 棟居・前掲注5) 15頁。また参考、工藤達朗「判批」平成27年度重判(2016年) 9頁、佐々木・前掲注27) 778頁、毛利・前掲注7) 140頁。

30) 渋野・前掲注21) 178頁以下、堀口悟郎「判批」法セ738号(2016年) 120頁は肯定的に捉える。なお、いわゆるアピール判決(*Appellentscheidung*)は、現在は法律は憲法に抵触していない(合憲)ものの、違憲が差し迫るがゆえに新規規律に向け努力すべきことを裁判所が立法者に指示するものであるが(*Senja Kreutzberger, Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts, 2007, S.213*)、この立法者への指示は違憲の発生までの期間は拘束力がないとされている(a.a.O., S.221)。

31) 参照、只野雅人「違憲状態判決の『重み』」法時86巻1号(2014年) 2頁。

32) 高見勝利「『政治のヤブ』からの退却」世界852号(2014年) 135頁は、2013年判決の「判断の枠組み」②につき「考慮要素の評価如何では『違憲状態』が無限に継続する事態をも容認しうる」と懸念していた。各考慮要素の取扱いは明瞭とはいはず、段階②の「ブラックボックス」化の危険がある(篠原・前掲注9) 126頁)。

#### 4 無効か

最後は、本稿冒頭の③の論点だが、最高裁の多数意見が③に立ち入ったのは30年以上前の判決が最後であり<sup>33)</sup>、近時③がいかに考えられているのか不明ゆえ簡単な言及にとどめる<sup>34)</sup>。1976年判決の論理は、定数配分規定は一体不可分ゆえに規定全体が違憲となるが、選挙を全部無効とすると議員が存在しなくなるため必要な公選法改正がなし得ず、他方仮に一部選挙区のみ無効すると、同じ違憲の選挙で選出されたにもかかわらず有効・無効の選挙区が分かれ、また無効とされた選挙区の議員が不在のまま衆院が活動する異常な状態となるので、「かえつて憲法の所期するところに反する」がゆえに事情判決の法理を用いて選挙無効としない、というものだった。

しかし、現在の小選挙区比例代表並立制の下では、仮に小選挙区選挙につき全部違憲・全部無効となったとしても、比例代表選出議員だけで本会議の定足数を満たす（憲法56条1項）。2015年判決鬼丸反対意見の指摘する通り、人数だけ見れば衆議院の機能が全部無効判決で直ちに失われるわけではない。また違憲の効力をいかに取扱うかは、1985年判決寺田他補足意見や、2013年判決木内反対意見、そして2014年判決大橋反対意見等の如く司法権の裁量——「憲法の予定する司法権と立法権の関係」に基づく裁量——に委ねられると考えれば、同じ違憲の選挙で選出されたにもかかわらず有効・無効が分かれることもあり得るであろう。さらに、一部議員の不存在という事態は無効判決に限らずそもそも議員の死去・辞職等でも生じ得るし、現在は小選挙区選挙が無効とされた選挙区の有権者の意思も比例代表選挙では示されていることから、「異常」さは減ったとも言い得る。1976年判決の前記論旨の前提が現在も等しく妥当するか検討が必要であろう<sup>35)</sup>。

また、近時少数意見で全部違憲・一部無効がしばしば主張されているが、無効の基準をいかに定めるか検討が必要となろう。さらに、小選挙区制の下では無効判決の後の再選挙は定数増ではなく区割改定が必要となるが、2013年判決大橋反対意見が指摘するように、区割のなされ方次第では一部有権者の二重投票の問題も生ずる。これら問題を今後検討する必要があると思われる。

#### 5 結

以上のように近時の最高裁は、違憲状態か否かは合理性が無いとされた制度に（暫定的措置としてあれ）手を付けたか否かという相対的に分かりやすい基準で判断し、違憲か否かは「憲法の予定する司法権と立法権の関係」も踏まえて“柔軟に”判断している。この傾向からすれば、今後も最高裁と国会の「対話」の主たる場は「判断の枠組み」②となるであろうが、このことは違憲状態か否か、つまり憲法の規範内容と法律のそれの抵触の意味が「形骸化」することを意味する<sup>36)</sup>。

確かに「難解で複雑」<sup>37)</sup>な判例法理によって多段階的な「対話」は可能になった。しかし、投票価値較差訴訟を切り開いた1976年判決が、いまや判決で言及されなくなった訴訟の適法性の論点で「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しても、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請」があると述べていたことからすると、「救済の途」の観点から前記「形骸化」は問題ないのだろうか。本稿筆者には未だ充分な考えはないが、公選法204条の判断枠組みの再検討（2013年判決大橋反対意見参照）や同条を前提としない訴訟の検討も必要であるように思われる<sup>38)</sup>。

〔附記〕 本研究はJSPS科研費 JP18K12633の助成を受けたものです。

（やまもと・まさひろ 下関市立大学准教授）

33) 最大判昭和60・7・17民集39巻5号1100頁（1122頁以下）（1985年判決〔衆〕）。

34) 本稿筆者の見解につき詳しくは、山本真敏「終わらない事情」大林啓吾＝柴田憲司編『憲法判例のエニグマ』（成文堂、2018年）161頁以下。

35) 参照、長谷部恭男「投票価値の較差を理由とする選挙無効判決の帰結」法教380号（2012年）40頁。

36) 篠原・前掲注9) 125頁。

37) 宍戸・前掲注3) 49頁。

38) 参照、淺野・前掲注21) 179頁以下、宍戸・前掲注3) 48頁以下、松本哲治「投票価値の平等と事前の救済」阪本昌成先生古稀記念『自由の法理』（成文堂、2015年）393頁以下。

## 参議院議員選挙における一部合区後の定数配分規定の合憲性

【文献種別】 判決／最高裁判所大法廷

【裁判年月日】 平成29年9月27日

【事件番号】 平成29年(行ツ)第47号

【事件名】 選挙無効請求事件

【裁判結果】 上告棄却

【参照法令】 憲法14条1項・15条1項3項・43条1項・44条、公職選挙法14条1項(別表第三)

【掲載誌】 民集71巻7号1139頁、裁時1685号10頁、判時2354号3頁、判タ1443号31頁

LEX/DB 文献番号 25448923

## 事実の概要

2012年に最高裁大法廷は、都道府県を参議院議員の選挙区の単位としなければならないという憲法上の要請ではなく、むしろ、その結果として投票価値の大きな不平等状態が継続している状況の下では、その仕組み自体を見直すことが必要である、としたうえで、選挙区間の一票の較差が最大1対5.00となっていた2010年の参議院通常選挙について、「違憲状態」の判決を出していた(最大判平24・10・17民集66巻10号3357頁、以下、「2012年判決」という)。この判決の1か月後に、いわゆる4増4減を内容とする公職選挙法定数配分規定の改正が行われている。

この判決を受けて参議院に選挙制度の改革に関する検討会が設置され、その下に選挙制度協議会が設置された。

この協議と同時に、2013年の参議院通常選挙についての違憲訴訟が争われ、2014年に最高裁大法廷は、4増4減の措置が都道府県単位の選挙区制度の仕組みを維持して一部の選挙区の定数を増減するにとどまっていることを指摘して、最大較差1対4.77について「違憲状態」の判決を出している(最大判平26・11・26民集68巻9号1363頁、以下、「2014年判決」という)。

選挙制度の改革に関する検討会は、結局、結論が得られず、各会派間の協議の結果、参議院本会議に、鳥取県と島根県、徳島県と高知県をそれぞれ合区とすることを含む10増10減案と、20県を10区に合区することを含む12増12減案が提出され、前者が最終的に成立した。

この公職選挙法の改正(以下、「2015年改正」と

いう)の結果、選挙区間の最大較差は、2016年7月10日に行われた参議院通常選挙当時において、3.08倍であった。原告らは、この改正後の参議院(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るとして、公職選挙法204条に基づく選挙無効訴訟を各高裁に提起した。

各高裁の判断は、違憲状態にあるとするものと、違憲状態ないとするものに分かれていた<sup>1)</sup>。本判決の原審(東京高判平28・11・2判時2316号43頁)は、違憲状態にある、と判示している。

## 判決の要旨

## 1 投票価値の不均衡に対する判断枠組み

参議院の選挙制度は、全国選出議員と地方選出議員とに分けているが、「昭和22年の参議院議員選挙法及び同25年の公職選挙法の制定当時において、このような選挙制度の仕組みを定めたことが、国会の有する裁量権の合理的な行使の範囲を超えるものであったということはできない。しかしながら、社会的、経済的変化の激しい時代にあって不斷に生ずる人口変動の結果、上記の仕組みの下で投票価値の著しい不平等状態が生じ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、国会の裁量権の限界を超えると判断される場合には、当該定数配分規定が憲法に違反するに至るものと解するのが相当である。」

参議院議員について、任期を6年とし、半数改選制をとり、解散がないのは、「参議院にも衆議院とほぼ等しい権限を与えつつ、参議院議員の任期をより長期とすること等によって、多角的か



つ長期的な視点からの民意を反映させ、衆議院との権限の抑制、均衡を図り、国政の運営の安定性、継続性を確保しようとしたものと解される。そして、いかなる具体的な選挙制度によって、上記の憲法の趣旨を実現し、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制度にいかに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いると解すべきである」。

以上は、累次の大法廷判決が基本的な立場として承認してきた。

## 2 選挙区の区域を、都道府県を基礎にすることについて

「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ことも、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は認められる」。

「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るとはいはず、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」。

2012年判決や2014年判決は、参議院議員と衆議院議員の各選挙制度が同質的なものになってきて、参議院の役割が増大していること等を指摘し、都道府県を各選挙区の単位としなければならないという憲法上の要請ではなく、むしろ、都道府県を各選挙区の単位として固定する結果、数十年にわたり5倍前後の大きな較差が継続していた状況の下では、上記の都道府県の意義や実体等をもって都道府県単位という選挙制度の合理性を基礎付けるには足りなくなっていたとしたものである。しかしこれは、「都道府県を各選挙区の単位として固定することが投票価値の大きな不平等状態を長期にわたって継続させてきた要因である」とみたことによるものにほかならず、各選挙区の区域を定めるに当たり、都道府県という単位を用い

ること自体を不合理なものとして許されないとしたるものではない」。

## 3 2015年改正について

この改正で「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」。

この改正は「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い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」から、2012年判決と2014年判決「の趣旨に沿って較差の是正を図ったもの」である。

また、附則で「次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」ている。

この改正は、長年にわたる投票価値の大きな不均衡から脱するもので、「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」。

以上のような事情から、「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はず、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はできない」。

## 判例の解説

### 一 本判決の意義と特徴

本判決は、高知・徳島と、鳥取・島根がそれぞれ一つの選挙区とされた公職選挙法改正後初めて出された最高裁の判断である。

また、これまで参議院議員選挙における一票の格差の問題についても、衆議院と同様に、選挙当時における投票価値の不均衡が、②違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったか否か、という審査と、①それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、国会の裁量権の限界を超えるか、という審査によって、憲法判断がなされてきた。本判決もこの判断枠組みを踏襲しつつ、②の審査において、



投票価値の不均衡が「違憲状態」ではない、として、結局合憲判断を下したものである。

## 二 選挙区割りにおける都道府県単位の問題

本判決は、2012年判決が、「都道府県を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と認められる状況の下では、上記の仕組み自体を見直すことが必要」としていた点について、「各選挙区の区域を定めるに当たり、都道府県という単位を用いること自体を不合理なものとして許されないとしたものではない」とした。これは、都道府県を単位とするような「仕組み自体」の見直しが問題になるのは、約5倍以上に上る投票価値の不均衡状態が長期に継続しているという状況を前に、その仕組みがその状況を固定化する役割を果たしている限りにおいて、である、という認識を示したものといえよう。したがって、この立場からすれば、2つの合区を除いて、依然として都道府県が選挙区の単位となっていても、投票価値の不均衡状態が抜本的に改善されなければ、それほど問題にならない、ということになる。

ただ、本判決はこの認識に至る論理として、「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ない」としているが、これは、本判決自身も言うように、「一定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」を選挙制度に加味する観点のものである。最大判昭58・4・27（民集37巻3号345頁、以下、「1983年判決」という）は、この観点に立って、「参議院地方区選出議員については、選挙区割りや議員定数の配分をより長期にわたって固定」することも、立法政策として許容される、としていたのである。

これに対し、2012年判決は、「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いと解すべき理由は見いだし難い」として、1983年判決が立法政策の中心的なものとして理解した都道府県単位の選挙区制度を、むしろ不平等状態が継続する要因として消極的に捉えたはずであった。

立法政策として許容される、ということと、正当化理由として十分ではない、ということでは、ニュアンスが異なる。地域住民の意思を集約的に

反映するような選挙制度は、本質的に投票価値の平等の要請と矛盾するはずであって、だからこそ、1983年判決はその制度により投票価値の平等の要求が「譲歩、後退」すると認識し、逆に2012年判決はそのような選挙制度は「憲法上の要請」ではない、としていたのではなかったか。投票価値の平等の要求に照らし、それに矛盾する要素を厳格に評価するかしないかでは方向性が異なる。

このように考えると、本判決による2012年判決の読み方は一種の「読み替え」に近いのではないか、という疑念も出てくる。木内意見は、このニュアンスの違いを指摘したものといえ、林意見も同様のものと理解できる。

## 三 投票価値の不均衡の評価

### 1 較差の評価に合理的期間論が浸透？

結局、本判決における都道府県単位の選挙区制度の評価は、投票価値の最大較差がどれほど改善されたかに関わっている。このような脈絡で、投票価値の最大較差が約3倍となった2015年改正が、違憲の問題を生ずる程度の著しい不平等状態にあるか否かが問題となるのである。本判決は、一部の合区を行った2015年改正について、「これまでにない手法を導入して行われた」とし、その結果「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」が約3倍にまで縮小したことを、2012年判決と2014年判決の趣旨に沿った是正である、として高く評価した。そのうえで、2015年改正法の附則7条で、次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、と定めていたことから、これを更なる較差の是正を指向するものとした。本判決は、おおむねこの2点を、違憲状態にない、との判断の根拠にしている<sup>2)</sup>。

上記2点のうちの後者は、国会の将来的対応の問題であって、前記一の④に関わるのではないか、との疑いが生じる。木内意見は、違憲状態としつつ、「選挙制度の抜本的な見直しの実行の着手」がなされており、かつ「次回の選挙までに選挙制度の抜本的な見直しについて必ず結論を得るとする国会の対応」があるから、なお国会の裁量の範囲内である、という判断を④の枠組みでしており、こちらの方が理解しやすい<sup>3)</sup>。他方、千葉勝美は、本判決のこの論理構造をむしろ重いメッセージと見る<sup>4)</sup>。



## 2 衆議院との選挙制度における同質性と較差の評価基準

また、本判決自身も指摘しているが、近年の最高裁は「投票価値の平等の観点から実質的にはより厳格な評価」をしてきたはずである。都道府県単位という「仕組み自体」が問題になるのは、約5倍に上る投票価値の不均衡状態が長期に継続する下で、なのだとすると（前記二）、「厳格な評価」も「選挙区間の最大較差が5倍前後で常態化する中で」の対応に過ぎないのであろうか。だとするとならば、最大較差がどのくらい開きそれがどのくらい続くと、より厳格な評価がなされることになるのか、という疑問が生じることになろう。

この点、約3倍を許容範囲の基準としているようにも見える。2012年判決および本判決は、選挙制度が衆議院と同質的になっていることを指摘するが、これは衆議院において「選挙区間の人口格差が2倍未満となることを基本とする旨の区割りの基準」が定められているとともにらみつなされていた（2012年判決）。とすると、較差について衆議院と同水準で考えなければならないと理解する<sup>5)</sup>こともでき、この場合には3倍基準とはならない。しかし他方で、2012年判決も「衆議院との異同」をどう位置付けるかが国会における合理的な裁量の考慮要素であるとしているので、選挙制度が同質的であっても、必ずしも参議院の基準が衆議院のそれと連動することにはならないという理解もできる。ただし、後者のように理解したとしても、前記1で見たように本判決は、国会が「更なる格差の是正を指向」していることも合わせて、違憲状態でない、としているのであるから、3倍基準であると見るのは早計であろう。なお原審は、1947年の参議院議員選挙法制定時の2.62倍という「当初の最大較差を拡大する方向で乖離することがないよう不斷に立法上の配慮をすべき」であるとし、約3倍の投票価値の不均衡は「投票価値の平等の重要性に照らしなお看過し得ない程度」にある<sup>6)</sup>、として違憲状態を宣言したが、本判決はこのような初期との比較はしていない。

### 四 対話的違憲審査？

本判決に対し、「最高裁が矛を収めたという印象」<sup>7)</sup>を語った研究者もあった。2012年判決、2014年判決が、選挙制度の仕組み自体の見直し

に言及しつつ「違憲状態」を宣言した重みに対し、一応国会は仕組みを見直した。本判決がそれをさしあたり是としたということであるならば、「最高裁と国会との実質的な憲法的対話」<sup>8)</sup>が継続中だということになる。

しかし、政治部門における多数派が、都道府県単位の選挙区を優先し、投票価値の平等を「後退」させるという姿勢を持っている<sup>9)</sup>としたら、その場合にも「憲法的対話」が成立するのだろうか。

#### ●—注

- 1) 同種事案の下級審判決について、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・判例解説 Watch (法セ増刊) 20号 (2017年) 55頁。
- 2) このような考え方は、同日の別事件判決の原審（東京高判平28・10・18判時2316号33頁）にも見られる。上田健介「判批」法教437号 (2017年) 141頁は、違憲状態の判断と合理的期間論が駁別されていないように見える、という。
- 3)もちろん、この「合理的期間論」自体に対する批判もあり得る。山本反対意見はその立場であろう。
- 4) 千葉勝美「司法部の投げた球の重み」法時89巻13号 (2017年) 4頁。
- 5) 櫻井智章「参議院『一票の格差』『違憲状態』判決について」甲法53巻4号 (2013年) 61頁は、すでに同質的であった2006年に合憲判断（最高判平18・10・4民集60巻8号2696頁）がされていることを指摘し、必ずしもそういう理解にはならないとする。
- 6) 青木・前掲注1)は、一連の下級審のなかに、「看過し得ない程度」と「正当化すべき特別の理由」とを別個に検討するものがある、と指摘する。参議院については最大判平8・9・11民集50巻8号2283頁が、当時の投票価値の不均衡について、「到底看過することができないと認められる程度に達していたものというほかはなく、これを正当化すべき特別の理由も見出せない以上」、違憲状態である、と判示していた。
- 7) 只野雅人・毎日新聞2017年9月28日朝刊。
- 8) 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』(三省堂、2013年) 150頁。
- 9) この場合は、佐々木・前掲注8) 209頁にいう「対向する方法」ですらないと思われる。

\* Web版脱稿後に、松本和彦「判批」法教448号 (2018年) 123頁、堀口悟郎「判批」法セ756号 (2018年) 96頁、毛利透「憲法訴訟の実践と理論（第九回）——投票価値較差訴訟の現状と課題」判時2354号 (2018年) 134頁に接した。

立命館大学教授 多田一路



**【編著者】**  
 石川 健治 東京大学法学部教授  
 山本 龍彦 鹿児島大学大学院法務研究科教授  
 泉 徳治 元最高裁判所判事、TMJ総合法律事務所顧問弁護士

**【執筆者】**  
 青井 未帆 学習院大学専門職大学院法務研究科教授  
 遠藤比呂通 弁護士（西成法律事務所）  
 尾形 健 同志社大学法学部・法学院研究科教授  
 畠 智彦 成蹊大学法学部准教授  
 松本 和彦 大阪大学大学院高等司法研究科教授

### 憲法訴訟の十字路——実務と学知のあいだ

2019(令和元)年11月30日 初版1刷発行

編 著 石川健治・山本龍彦・泉徳治  
 発行者 鯉渕 友南  
 発行所 文庫堂 101-0062 東京都千代田区神田駿河台1の7  
 TEL03(3294)4801 振替00120-6-53899  
<https://www.koubundou.co.jp>

表 帷 宇佐美純子  
 印 刷 大盛印刷  
 製 本 牧製本印刷

© 2019 Kenji Ishikawa et al. Printed in Japan

  
 <本出版者著作権管理機関 委託出版物>  
 本書の無断複写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、  
 そのつど事前に、出版者著作権管理機関（電話 03-5244-5088、FAX 03-5244-5089、  
 e-mail: info@copyright.or.jp）の許諾を得てください。  
 また、本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たと  
 え個人や家庭内の利用であっても一切認められません。

ISBN978-4-335-35782-4

て裁判所側から出てくる声としては、多様な権利自由を予め三段階に分類することは困難である、当該権利自由を三段階のいずれに分類するかによってはどうじ結論が決まってしまむし、具体的な事案の性質に応じた法的分析が遮断されてしまう、事件の事実関係は一件一件異なるから、予め基準を設定して機械的にあてはめるということは困難であり、具体的妥当性を持つ結論を導くことにはならない、将来どのような事件が提起されるかわからないのに、違憲審査基準論を判例化すれば、個々の事案に応じた柔軟な対応をすることが妨げとなる、等であろう<sup>(3)</sup>。しかし、裁判所が違憲審査基準論から距離を置こうとする真の理由は、別のところにあると考えられる。

我が国では、議会が内閣総理大臣を選び、内閣が最高裁判官を選び、裁判所の予算案を査定している。最高裁判官の出身母体はほぼ固定しており、弁護士枠と学者枠の五人を除けばいわゆる官僚枠である。弁護士出身者も、憲法訴訟を経験している人から選ばれることは少ない。最高裁判官は、内閣総理大臣、衆参議院議長と各種の国家行事で三権の長として行動を共にする。最高裁内部では長官が人事権を持ち、長官の内部昇進が定着している現状では、最高裁判官の同質性が生じる。裁判官を支える調査官も、キャリアシステムの中に置かれており、下級裁判所の判事から任命され、首席調査官を長とする調査官室に所属している。このような体制の下において、裁判所全体としては、自らも統治機構の一部であるという意識が強くなる。そして、立法・行政府との軋轍は可能な限り避けるのが賢明であるという思考が働き、立法・行政府の裁量をできるだけ尊重し、公権力による規制が著しく不合理であることが明白な場合でない限り、違憲の判断を避けるべきであるという傾向になる。その上、裁判官も調査官も、民事・刑事の通常事件の処理に追われ、憲法問題を振り下げて研究する機会にも乏しい<sup>(4)</sup>。したがって、憲法の民主主義体制の下で司法が担うべき役割についての認識が育ちにくいのである。「総合的衡量による合理性判断の枠組み」は、通常の民刑事件における法律の解釈適用手法の延長線上のもので、裁判官になじみやすいものである上に、何よりも、裁判所にとり、事案にかかるらず立法・行政府の裁量に委ねる余地を常に残しておこうとする誠に都合のよいものである。最高裁が「総合的衡量による合理性判断の枠組み」を判例としている理由は、ここにあると考えられる。

裁判所が「総合的衡量による合理性判断の枠組み」によつていては、憲法によつて課された司法の役割を果たすことができない。

最高裁は、国会議員定数是正訴訟において、定数配分または選挙区割りにつき国会に大幅な裁量を認めつつも、五回続けて違憲状態判決を出していた<sup>(5)</sup>。しかし、最大判平成二十九年九月二七日民集七一巻七号一一三九頁、最大判平成三〇年一一月一九日民集七一巻六号一一四〇頁に至り、従来の違憲状態・違憲・無効の三段階の判断枠組みをも曖昧にした上、国会の裁量幅をさらに拡大して、最大格差が約三倍（参議院）または約二倍（衆議院）の選挙を合憲と判断した。これで、国会は、憲法の要請する一人一票に向けた動きを停止せらるであろう。

IIの2で紹介した第一小判（都議会議員定数是正事件）は、七増七減を要する議員定数配分規定を都議会の裁量の範囲内のものとして合憲とした。平成二七年国勢調査による人口を基準とするに、六増六減のは是正が必要であるところ、都議会は一増一減の改正をするに至りました<sup>(6)</sup>。

最大決（婚外子相続分差別規定）（注(1)の⑨）は、「総合的衡量による合理性判断の枠組み」を用いつつも、民法の婚外子相続分差別規定を違憲とした。国会内では從来から同規定の削除に対する根強い反対論があつたに

## 《著者紹介》



泉 徳治（いずみ・とくじ）

弁護士（TMI 総合法律事務所）、元最高裁判所判事。「私の最高裁判所論——憲法の求める司法の役割」（日本評論社、2013年）ほか。

渡辺康行（わたなべ・やすゆき）

一橋大学大学院法政学研究科教授、憲法学。「憲法 I 基本権」（共著、日本評論社、2016年）ほか。

山元 一（やまと はじめ）

慶應義塾大学学院法務研究科教授、憲法学者。「現代フランス憲法理論」（信山社、2014年）ほか。

新村 とわ（にいむら・とわ）

成蹊大学法科大学院教授、憲法学者。「流動する『市民』の権利」「講座 人権論 の再定位 3 人権の射程」（法律文化社、2010年）所収）ほか。  
一步前へ出る司法 泉徳治元最高裁判事に聞く  
の再定位 3 人権の射程」（法律文化社、2010年）所収）ほか。

著 者

泉 徳治・渡辺康行・山元 一・新村とわ

発行者

串崎 浩

発行所

株式会社日本評論社

東京都豊島区南大塚3-12-4 (〒170-8474)

電話 03-3987-8631(編集) 03-3987-8621(販売)

振替 00100-3-16 https://www.nippon.co.jp/

2017年1月30日 第1版第1刷発行

著 者

泉 徳治・渡辺康行・山元 一・新村とわ

発行者

串崎 浩

発行所

株式会社日本評論社

東京都豊島区南大塚3-12-4 (〒170-8474)

電話 03-3987-8631(編集) 03-3987-8621(販売)

振替 00100-3-16 https://www.nippon.co.jp/

印 刷

精文堂印刷株式会社

本 手帳

図工ファイブ

表 裝

田中香苗（カルモ・ペサール）

© T.Iizumi, Y.Watanabe, H.Yamamoto, T.Niimura 2017

Printed in Japan ISBN 978-4-535-52219-0

JCOPY <(社) 出版者著作権管理機構委託出版物>

本書の無断複写は著作権法上の例外を除き禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、  
（社）出版者著作権管理機構（電話 03-3513-6909、FAX 03-3513-6909、e-mail: info@jcopy.or.jp）の許  
諾を得てください。また、本書を代理業者等の第三者に依頼して複写して転送することは、デジタル  
化することとは、個人の家庭内の利用であっても、一切認められておりません。

## 《略歴》

1939（昭和14）年1月	福井県立丹生高等学校卒業
1957（昭和32）年3月	京都大学法学部卒業
1957（昭和36）年3月	京都大学法科大学院博士課程修了
同年4月	最高裁判所司法研修所に入所
1963（昭和38）年4月	東京地方裁判所判事補
1966（昭和41）年6月	最高裁判所総務局付
1970（昭和45）年6月	ハーバード・ロー・スクール卒業（LL.M.）
同年7月	最高裁判所人事局付
1973（昭和48）年4月	金沢地方裁判所判事
1975（昭和50）年8月	最高裁判所人事局任用課長兼調査課長
1979（昭和54）年8月	東京地方裁判所判事
1982（昭和57）年10月	東京地方裁判所部総括裁判事
1983（昭和58）年4月	最高裁判所秘書課長兼広報課長
1986（昭和61）年9月	最高裁判所民事局長兼行政局長
1988（昭和63）年2月	最高裁判所民事局長兼行政局長
1990（平成2）年3月	最高裁判所人事局長
1994（平成6）年4月	最高裁判所事務次長
1995（平成7）年7月	浦和地方裁判所判事
1996（平成8）年11月	最高裁判所事務総長
2000（平成12）年3月	東京高等裁判所長官
2002（平成14）年11月	最高裁判所判事（第一小法廷）
2009（平成21）年1月	定年退官
同年2月	東京弁護士会登録
同年3月	TMI 総合法律事務所顧問弁護士

64

92

合理ですね。

186

## 7 「一院制」と「全国民の代表」

——新村 「一院制」の觀点から質問します。日本国憲法では、両院ともに民主的基礎に依る一院制が採用されていますが、参議院が衆議院の「カーブハロジー」となることの問題点も指摘されています。理屈上は、両議院ともに「全国民を代表する選挙された議員」（憲法四二条）から構成されなければならないので、いかなる選挙区制度が採られようと各議員が全国民の代表として行動したならば、何の問題もなじむうことになるはずです。

しかし、選挙区選挙が設けられている以上、選挙区からの選出議員はその選挙区の何らかの利益を代表する、あるいはその選挙区の状況を踏まえた上で対応を期待されているとも考えられます。

泉 選出の方法はそれぞれで異なった方がいいと思います。一方は全国区、もう一方は選挙区にするなど、一院制でそれぞれ特色が出るような形にする方が望ましい感じあります。投票価値の方は、~~両議院~~とも一人一票であるべきだと思います。

——新村 選挙区の分け方などで両院の性格は異なってくると思うのですが、これは投票価値の平等とは矛盾するものではないということですね。

泉 そうです。参議院については、地方代表的な色彩を強くするために、各都道府県に一定数を配分する、そのためには投票価値に較差が生じてもやむを得ない、という考え方方は昔からありました。しか

し、参議院も衆議院と同じく同じ権限を持つております。また、地域間の利益調整に關係するような問題は、国会で議論されている問題の多く一部であり、国会で審議の対象となるのは、集団的自衛権、憲法改正、財政再建、社会福祉等、全国民に等しく影響するテーマがほとんどですから、全国民が平等な投票価値の選挙権を持つべきです。そのような問題を抜きにしても、国民主権に基づく代表民主主義という憲法原理からして、国民は平等な選挙権を保障されるべきだと思います。地方の声を国会に届けるために、地方への定数配分を厚くすべきであるという意見がありますが、過去何十年とそうしてきたにもかかわらず、過疎問題等が一向に解消されず、悪化するだけです。議員を地域代表として捉えるのではなく、全国民の代表として捉え、議員にそういう意識を持たせないと、日本がいぶつな形になると思います。

——新村 反対意見の中にもありましたように、沖縄や北海道などに限っては駐留軍や自衛隊の基地や各自治体の財政事情を考慮すると、都道府県レベルの実情を反映させることにも意味があるのではないかとも思います。

泉 北海道は、これまで投票価値で差別されておりました。1101五年の改正で参議院議員定数が一増加され、ようやく人口に比例するようになりました。北海道の例でも分かるように、何も地域間の均衡を考慮して定数配分を行っているわけではなく、単に過去の配分を引きずっているだけのことです。難しい問題は沖縄でしそうが、沖縄の基地問題等も全国民で考えるべき課題であると思います。

——山元 フランスのパリテについてはどう思われますか。

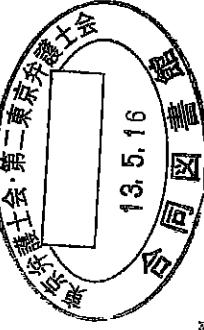
渋谷秀樹（しぶたに・ひでき）

1955年 兵庫県加古川市生まれ

1978年 東京大学法学院卒業

1984年 東京大学大学院法学政治学研究科  
博士課程満期退学  
現在 在立教大学大学院法政研究科(立教法科大学院)教授

主要著書  
『憲法訴訟における主張の利益』(大蔵府立大学経済学部, 1988  
年)  
『憲法キーワード』(有斐閣, 1991年) [共著]  
『憲法訴訟要件論』(信山社, 1995年)  
『リーディング現代の憲法』(日本評論社, 1995年) [共著]  
『日本国憲法を読み直す』(日本経済新聞社, 2000年) [共著]  
『憲法への招待』(岩波新書, 2001年)  
『日本憲法の論じ方』(第2版) (岩波新書, 2010年)  
『日本国憲法』(第5版) (有斐閣, 2013年) [共著]  
『憲法1 人権』(第5版) (有斐閣, 2013年) [共著]  
『憲法2 総治』(第5版) (有斐閣, 2013年) [共著]



憲法(第2版)

Japanese Constitutional Law, 2nd ed.

2007年12月25日 初版第1刷発行  
2013年3月30日 第2版第1刷発行

著者 渋谷秀樹  
発行者 江草貞治

発行所 有斐閣  
〒101-0051 東京都千代田区神田神保町2-17  
電話 (03) 3266-1314 [編集]  
(03) 3265-6811 [営業]  
<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印刷・株式会社有斐閣/製本 大口製本印刷株式会社  
© 2013 Hirotaki SHIBUTANI Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。  
★定価はカバーに表示しております。

ISBN978-4-641-13134-7

TOPY 本著の無断複写(コピー)は著作権法上の例外を除き、禁じられています。  
複写される場合は、そのつど前に、(社)出版者著作権管理機構(電話03-  
3513-6899 FAX03-3513-6873 e-mail:[info@jcopy.or.jp](mailto:info@jcopy.or.jp))の許諾を得てください。

65

表 2-3-2 参議院議員定数配分主要訴訟一覧

最高裁判決	選挙施行日	最大較差	期間の経過	結論
昭和 51年 4月 14日 大法廷判決 民集 30巻 3号 223頁	1972(昭和47)年 12月 10日	1対 4.99 x	約8年 ×	違憲
昭和 58年 11月 7日 大法廷判決 民集 37巻 9号 1243頁	1980(昭和55)年 6月 22日	1対 3.94 ○	約3年半	合憲
昭和 60年 7月 17日 大法廷判決 民集 39巻 5号 1100頁	1983(昭和58)年 12月 18日	1対 4.40 x	約7年 ×	違憲
昭和 63年 10月 21日 判決 民集 42巻 8号 644頁	1986(昭和61)年 7月 6日	1対 2.92 ○	—	合憲
平成 5年 1月 20日 大法廷判決 民集 47巻 1号 67頁	1990(平成2)年 2月 18日	1対 3.18 x	約3年7月 ○	合憲
平成 7年 6月 8日 判決 民集 49巻 6号 1443頁	1993(平成5)年 7月 18日	1対 2.82 ○	—	合憲
平成 11年 11月 10日 大法廷判決 民集 53巻 8号 1441頁 民集 53巻 8号 1704頁	1996(平成8)年 10月 20日	1対 2.309 ○	—	合憲
平成 13年 12月 18日 判決 民集 55巻 7号 1647頁	2000(平成12)年 6月 25日	1対 2.471 ○	—	合憲
平成 19年 6月 13日 大法廷判決 民集 61巻 4号 1617頁	2005(平成17)年 9月 11日	1対 2.171 ○	—	合憲
平成 23年 3月 23日 大法廷判決 民集 65巻 2号 755頁	2009(平成21)年 8月 30日	1対 2.304 x	○ 合憲 * 対等化	合憲

\* ○……許される。×……許されない。

ないとした118)。その後、2回行わたる総選舉についても、最高裁は、合憲判断を示し続けていた119)。ところが、2011年、最高裁は、1人別枠方式は、新選挙制度導入に当たり人口比例のみに基づいて定数配分をした場合に人口の少ない県の定数が急激かつ大幅に削減するので、国政の安定性・連続性の確保を図るためにとられた方策であり、新選挙制度が定着し、安定した運用がされるようになつた段階ではその合理性は失われたとして、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至つたとした120)。

この判決は、「事実上都道府県代表的な意義ないし機能を有する要素を加味したからといって、これによって選出された議員が全国民の代表であるという性格と矛盾抵触することになるもの」ということともできない」とするが、都道府県の代表、すなわち特定地域の代表の機能と全国民の代表、すなわち全体の代表、すなわち性格を整合的に説明する論理は存在しない。国会議員が「全国人民を代表する」と憲法が定める(43条1項)以上、参議院議員も、可能な限り1対1に近づけるべきである。その後、この基準に照らして定数配分規定自体を違憲とした例はないが、1対 6.59 の最大較差を違憲とした例がある121)。

118) 最大判平成11・11・10 民集 53巻 8号 1441頁。

119) 最大判平成13・12・18 民集 55巻 7号 1647頁、最大判平成19・6・13 民集 61巻 4号 1617頁。

120) 最大判平成23・3・23 民集 66巻 2号 755頁。

121) 最大判昭和39・2・5 民集 18巻 2号 270頁。

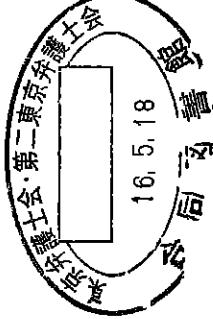
122) 最大判昭和58・4・27 民集 37巻 3号 345頁。

- (主な著書)
- フランス革命の憲法原理——近代憲法とジャコバン主義 (日本評論社、1989年)
  - 人権の普遍性と歴史性——フランス人権宣言と現代憲法 (創文社、1992年)
  - 市民主権の可能性——21世紀の憲法・デモクラシー・ジェンダー (有信堂、2002年)
  - ジェンダーと人権——歴史と理論から学ぶ (日本評論社、2008年)
  - 憲法とジェンダー——男女共同参画と文化共生への展望 (有斐閣、2009年)
  - フランス憲法と現代立憲主義の挑戦 (有信堂、2010年)
  - 比較憲法 (岩波書店、2011年)
  - 憲法から世界を見る——人権・平和・ジェンダー〈講演録〉(法律文化社、2011年)
  - ボジティヴ・アクション——「法による平等」の技法 (岩波新書、2011年)
  - 憲法理論の再創造 (辻村・長谷部恭男編、日本評論社、2011年)
  - 憲法判例を読みなおす (橋口陽一=辻村ほか共著) (日本評論社、2012年)
  - フランス憲法入門 (辻村=櫻坂・藤江共著) (三省堂、2012年)
  - 人権をめぐる十五講——現代の難問に挑む (岩波書店、2013年)
  - 比較のなかの改憲論——日本国憲法の位置 (岩波新書、2014年)
  - 新解説世界憲法集 (第3版) (初信正典=辻村編、三省堂、2014年)
  - 選挙権と國民主権——政治を市民の手に取り戻すために (日本評論社、2015年)
  - 憲法基本判例 (辻村ほか編、尚学社、2015年)
  - 憲法と家族 (日本加除出版、2016年)

憲  
ほん  
法 [第5版]

520  
7.330

2000年4月30日 初版第1刷発行  
2004年3月1日 第2版第1刷発行  
2008年3月31日 第3版第1刷発行  
2012年3月31日 第4版第1刷発行  
2016年4月10日 第5版第1刷発行



著者——辻村みよ子  
発行者——串崎 浩

発行所——株式会社日本評論社  
〒170-8474 東京都豊島区南大塚3-12-4  
電話 03-3987-8621 (販売)  
FAX 03-3987-8590 (販売)  
振替 00100-3-16

印刷——株式会社平文社  
製本——收製本印刷株式会社

Printed in Japan © Tsujimura Miyoko 2016 表紙／鶴井佑二

ISBN 978-4-535-52183-4

（社）出版者著作権管理機構 委託出版物

本書の無断複写は著作権法上の例外を除き禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、（社）出版者著作権管理機構（第三者に依頼してスキャニング等の行為によりデジタル化することは、個人の家庭内の利用であっても、一切認められません。

21判時1321号123頁、⑥) を踏襲しつつ1対6.70について違憲と判断したことに關して1対6程度の基準が容認されたように推測された。この論理については、当然にその合理的な根拠が問われることになった。

定数不均衡の許容基準につき、学説では、1対4を基準とする説（清水謹説や1対2を基準とする説（吉田善明・小林直樹・杉原泰雄説ほか）、1対2の基準を若干緩和しとする説（芦部説）などが主張された。1947年制定当時の格差（人口比で参院1対2.62、衆院1対1.51）や二院制の趣旨からすると、一見参議院の場合は衆議院の基準より緩やかな基準があてはまるようになりますが、1対4説は説得的な根拠に欠ける。参議院定数配分に関する憲法上の要請は半数改選制（偶数定数制）のみで、大幅な人口比例原則の後退は認められないという立場からすれば、衆議院と同じ基準によって1対2を基準とする見解のほうが他の見解より憲法に忠実な解釈といえる。さらに、原則はあくまで1対1であることから、衆議院の場合と同様、技術的に人口比例原則を徹底しうる場合には、たとえ1対2以内でも違憲性を認めうるような厳格な基準を設定することに、憲法理論上妥当性があると考えられる（百選II340頁〔辻村執筆〕参照）。

次に、合理的期間の認定基準については、最高裁1996年判決（⑦）多数意見は、是正に必要な相当期間を具体的に示すことなく合憲と判断した。實際には1992年選舉当時は、1986年選舉時の5.85倍を合憲とした1988年判決から4年、現実に選舉人數比で6倍をこえた1987年から5年弱、6.25倍の1989年選舉から3年を経過しており、これらの期間では違憲ないと判断したこととなる。一方、反対意見は、法律制定時から45年間一度も定数是正されなかつたことを問題にし、最大較差が5倍をこえた状態が定着した「昭和50年代半ばころ以降」の期間を指して「合理的期間をはるかに超えていた」と判断した。

こうして、1996年判決は、6.59倍の較差をはじめて違憲状態と断じたことで注目を集めた。その後、1994年の法改正によって最大較差は1対4.81に縮小し、1995年7月の通常選舉では1対4.97になつたが、最高裁1998（平10）年9月2日大法廷判決（民集52巻6号1373頁、⑧）は、従来の判例を踏襲して合憲と判断した（5人の裁判官の少數意見は、違憲と判断し、事情判決の法理を援用して選挙を有効とした）。さらに、1998年7月の通常選舉（最大較差1対4.98）に関する最高裁2000（平12）年9月6日大法廷判決（民集56巻7号1997頁、⑨）も立法較量の範囲内として合憲判断を下した（河合・遠藤・福田・元原・梶谷の5裁判官の反対意見、および遠藤・福田・梶谷裁判官の追加反対意見がある）。

2001年選舉に関する最高裁2004（平16）年1月14日大法廷判決（民集58巻1号56頁、⑩）も1対5.06の較差を合憲としたが、6人の裁判官が違憲と判断して反対意見を述べた。

対意見を述べ、さらに藤田裁判官など多数意見の4人が「次回」選舉までの改正を促して警告したことで注目された。しかし、次の2004年選舉に關する2006（平18）年10月4日大法廷判決（民集60巻8号2896頁、⑪）の多数意見は、最大較差1対5.13の不均衡について合憲と判断した。ここでは、同年6月の「4増4減」の改正をも勘案して、「今後も……投票価値の較差をより縮小するための検討を継続することが、憲法の趣旨にそう」と付言した。5人の裁判官が反対意見を述べて違憲と判断し、4人の裁判官が補足意見を述べた。

その後、2006（平18）年法改正後初めての選舉であった2007年選舉時には、最大較差（選舉人數比）は1対4.86であり、これに対して2009（平21）年9月30日最高裁大法廷（民集63巻7号1520頁、⑫）は合憲判決を下した。ここでは10人の裁判官の多数意見が「現行の選舉制度の仕組みの見直しが必要となる」ことを指摘し、5人の裁判官反対意見（中川・那須・田原・近藤・宮川裁判官）のほか、多数意見に与した4人の補足意見（藤田・古田・竹内・金樂裁判官）などもいすれも制度改革の必要を指摘した。

政權交代後初の2010年7月の参議院選舉が、最大較差1対5.0の状態で実施された。これに対して多くの訴訟が提起され、最高裁大法廷2012（平24）年10月17日判決（⑬）が、従来の判断枠組みを踏襲しつつも投票価値の平等を重視し、最大較差1対5の不均衡を違憲状態と判断した。この判決では、従来の1対6基準說を否定する結果になつたものの具体的な許容基準は明示せず、「合理的期間」についても（その語を用いないまま）約9ヶ月間では「国会の裁量権の限界」内で違憲とはいえないとして述べるにとどまつた。また、二院制下の参議院選舉制度の合理性など「参議院の独白性」を重視していた従来の判例理論とは異なつて、衆参両院の制度を「同質的な選舉制度」と指摘し、憲法上の要請を半数改選制に限定する立場から立法裁量論を後退させ、投票価値平等を重視した。

その後、2013年7月の参議院選舉をめぐって、2014（平26）年11月26日に最高裁判決（民集68巻9号1363頁、⑭）が「違憲状態」（合憲）判決を下した。本判決では、新任の5人の裁判官のうち鬼丸・木内・山本の3裁判官がいづれもそれぞれ反対意見を書き、大橋裁判官を加えて反対意見が4人に増え、しかも前内閣法制局長官の山本裁判官が違憲・無効の立場をとつた点で注目される。

---

編集委員会 (五十音順)

青柳 由香  
石崎由希子  
岩崎 政明  
加藤 峰夫  
君塚 正臣

---

横浜法学 第25巻第1号

2016年9月25日発行

編集兼 横浜法学会  
発行者 〒240-8501 横浜市保土ヶ谷区常盤台79-4  
横浜国立大学法学院内

製作 共進印刷株式会社

は「ゲリマンダリングの弊を助長させるおそれがあり、幾つかの「留保を無視して、憲法政治の領域で市民権を主張することは許されない」と論じていた<sup>257)</sup>。小選挙区制については、全ての国会議員は国民代表であるべきとの憲法上の要請に反するという違憲論もあるが、選挙制度の選択は国会の立法裁量にあり、ゲリマンダリングでもなく、定数不均衡でなければ、特に違憲ではないとするのが通説である。しかし、それはどこに居住していても理論的な政治的インパクトが同じであることは必須条件ではあるまいか。参議院および都道府県・指定都市の議会においては、一人区と複数区が並存しており<sup>258)</sup>、言うまでもなく、前者の方が議会構成を大きく左右し、複数区のうちわゆる二人区は、二大政党が議席を分け合う結果になり易く、政治的インパクトがほぼ皆無となる可能性が高いのである。定数不均衡との相乗効果で、小さな県の声はますます国政を左右するものとなっている。決して、大都市部の数の論理が参議院で猛威を振るうので参議院でブレークを、でもない<sup>259)</sup>。参議院にも、また、首長を直接選ぶ地方公共団体の議会にも、小選挙区制を導入する必要性は希薄であり、逆に政党を選ぶ比例代表制を導入する理由も特にないので、一般的な大選挙区制（定数7以上）か、いわゆる中選挙区制（定数3乃至5）で統一すべきであろう。参議院については「中国・四国」や「北関東」などの地域ブロックを選挙区とすることが導かれるようと思われる<sup>260)</sup>。選挙制度の見直しが進んでいるか否かが立法院の検討実態をよく示そう<sup>261)</sup>。

ところで、およそ議員定数不均衡が生じようもない比例区（旧全国区）の存在を、選挙区（旧地方区）における不均衡が参議院以上に生じることの免罪符とする主張がある。2006年判決の那須弘平裁判官の、「選挙区選舉と比例代表選舉は」「一体のものとして設計され運用されている」ので、「全体としての投票価値は、投票価値が均一な比例代表を合わせて一体のものとして計算すべきであって、「最大較差は」513倍ではなく「2.89倍」に収まるという補足意見はその典型である。だが、参政権の平等が選挙の各部に普及ぶ憲法の強い要請であり、また、それを実施することが可能である以上、論外である。

### 3 地方議会選挙に関する特例選挙区等に関する問題

#### （1）判例の変遷

都道府県議会及び（政令）指定都市においても、議員定数不均衡問題は存在する<sup>262)</sup>。原則として全体一区で選挙が行われるその他の市町村区の議会選挙ではこの問題は生じることなく、地方議会の議員定数不均衡問題とは、偏に、

う。仮に合算しても、2.89倍の較差は十分に大きいと考えるべきである。このほか、確かに、参議院が憲法の定めにより半数改選であることは、参議院とは異なる事情であり、その特殊性として認めざるを得ない面もある<sup>263)</sup>。しかし、各選挙区の定数が偶数であることは憲法上の要請でもなく<sup>264)</sup>、このことを理由に最高裁が参議院の倍の較差まで許容してきたように見える<sup>265)</sup>。ことは疑問である。ある選挙区の定数が「3」と「4」を繰り返し、別の選挙区が「5」と「4」を繰り返すような調整も、平等の前には可能である<sup>266)</sup>。そう考えると、選挙区における議員定数不均衡を正当化できる参議院の「特殊性」はほぼ消滅する<sup>267)</sup>。また、「歴史的遠隔、都市と農村との関係、経済、社会その他の要因」、「衆議院、参議院のそれぞれの在り方」などを考え出すと、「何が合理的な差別かを判断することは困難」<sup>268)</sup>になるばかりである。原則に戻り、参議院より定数が少なく、かつ、選挙毎の定数で言えばそのまま半分になることを除き、一人区をやめれば、寧ろ調整は容易な筈である。既に都道府県を単位として構成することは崩壊しているのであって、抜本的な制度改革に基づく定数是正こそが憲法の要請であろう。それ以前に、参議院と同じであるとすれば、なぜ最大較差2倍まで許容できるのかが疑問である<sup>269)</sup>。原点に戻り、1対1原則以外の指針はないものと考えるべきである<sup>269)</sup>。

併せて、判例は「合理的期間」という文言を用いず、衆議院議員選挙についての別表に5年の更正期間が明示されているとの違いと、参議院議員の任期が6年と長いことという参議院の特殊性が動いていよう<sup>270)</sup>が、疑問である。

27面による。若干層の支持と共に、2005年衆議院総選挙（いわゆる郵政選挙）以降の傾向である。

247) 粕谷前掲註35) 論文99頁同旨。

248) 川浦前掲註26) 論文80頁。衆議院について、福本潤也＝小島昌希「中位投票者仮説による公共投資地域間配分の実証分析」土木計画学研究・論文集19巻2号173頁（2002）、堀内＝齊藤前掲註64) 論文36頁以下の分析があるほか、小林良彰「議員定数不均衡による民主主義の機能不全」選挙研究28巻2号15頁、17頁（2012）は、衆議院について、運輸・通信、農林水産、一般行政、地方自治などの予算増額が過剰代表されていると指摘する。

249) 水田岳志「一票の格差」と農業保護水準：1976-2006】国際経済63巻91頁（2012）。

250) 和田前掲註156) 論文27頁。

251) 伊藤ほか前掲註38) 座談会28頁【清水肇八郎】。

252) 野に1984年に、山本前掲註138) II評駁26頁がその可能性を指摘していた。

253) なお、念のため。一般的に道州制は、特に日本憲法を改正せずとも、都道府県を改組するものであり、地方自治法の抜本改正で導入できよう。道州が独自の司法管轄を有し、寧ろ包括政府となり、そこから日本国は一部の権限を移譲される構造となる、アメリカ合衆国における連邦制相当のものを導入するとなると、憲法改正が必要になろう。

254) 楠口前掲註214) I書178頁同旨。なお、都道府県が今は現在の形になつたのは香川県が独立した1888年とされ、意外と新しい。八幡和郎『消えた都道府県名の謎』（イースト・プレス、2016）など参照。しかし、練馬区の旧大泉村が埼玉県から東京府に移管されたのが1891年、多摩地区が神奈川県から東京府に移管されたのが1893年、西東京市の旧保谷市が埼玉県から東京府に移管されたのが1907年であるなど、1995年から2013年にかけての東京都町田市と神奈川県相模原市との間の度重なる移管は実際に続いている。日本の都道府県は国家主権を法律で分割したものであって、アメリカの州はおろか、ドイツのラントのような固有の独立性を認めることはできない。

255) 新井前掲註231) 論文21頁は、「一部の県域の住民にのみ自分の都道府県を基盤とする代表選択をできなくさせるのは、どうも納得がいかない」と、投票価値の平等を超えるような論評をしている。2016年通常選挙後の7月26日、橋本聖子自民党参議院議員会長が、合区解消を行った。朝日新聞2016年7月27日朝刊4面。また、同29日に、全国知事会は合区解消の決議を採択した。同29日夕刊14面。しかし、これらは県が平穡に強制できる連邦国家の論理のように思えてならない。

256) 安念前掲註125) 論文74頁。

257) 声部前掲註12) 書298-299頁。初出は国家学会雑誌71巻4号59頁（1957）。

258) 衆議院の小選挙区と参議院のいわゆる一人区はその設置理由が異なり、前者は二大政党制による政権交代を基本とする第一院を作るための基盤として導入されたものであらうし、後者は単に各選挙区に人口比例での定数を分配した結果、たまたま定数2（半数改選）となつただけのものであろう。公職選挙法の規定を見ても、衆議院の小選挙区で当選した議員が辞職などしても、次点候補が繰上げ当選となることはないが、参議院の選挙区で当選した議員が3ヵ月以内に辞職などをしたときは、次点の候補者が繰上げ当選となる（97条2項）。一人区であっても例外ではなく、1998年参議院議員通常選挙後に富山選挙区で実際にそのような事態が発生している。また、「参議院議員の任期が終わる年の54日前の日（その年において第2期間の初日から参議院議員の任期が終わる日の54日前の日（その後に国会が開会されていた場合は、当該通常選挙の期日の公示の日の直前の国会開会の日）までにこれを行いうべき事由が生じた場合は、補欠選挙を行わず、通常であれば次点の候補を任期3年で当選とすることとしている（33条の2第4項）。こののような点で「小選挙区」とは微妙に異なる。しかし、全体的に見て、その効果が、参議院の一人区が小選挙区とほぼ同じであることは言うまでもない。

259) 旧聞に属するが、1986年、中曾根政権下の衆参同日選挙の自民党圧勝を素材に、辻村前掲註49) 書285頁は同様の指摘を行う。

260) 早くも、1984年には「南九州と北九州という程度の刻み」の提案がある。篠原ほか前掲註52) 座談会15頁【内田健一】。

261) 松原前掲註195) 評駁21頁。

262) 辻村前掲註49) 書242頁。

263) 小林前掲註189) 評駁21頁。川浦前掲註26) 論文82頁同旨。声部前掲註99) 書79頁もその余地はあると述べる。

264) 吉川前掲註195) 評駁4頁。

265) アメリカの上院議員は任期6年で2年ごとに3分の1ずつ改選であるため、定数1、1、0を繰り返している。このことからすると、このように選挙毎に定数が異なることを認めることがおよそ不可能もしくは困難とは思えず、投票価値の平等のためであるなら、十分検討の余地がある。しかし、このような制度を実施すると、選挙の度に自己の支持する党派に有利な選挙区に居住地を移す「選挙ジギシ」を興奮してしまうと反論もある。だが、これまでにも立ったものではなく、この議論を認める上とおよそそ構欠選挙はできないことになる。仮にそれが認識されても、法技術的に投票を制限するが、罰則を設けるかなどにより対応すれば足りよう。

266) 市川正人「基本講義憲法」243頁（新世社、2014）、長尾前掲註53) 評駁41頁同旨。

267) 上田章＝浅野一郎「憲法」446頁（ぎょうせい、1993）【浅野】。

- 268) 只野前掲註194) 許可 6頁。
- 269) 横尾前掲註241) 論文 47頁も「可能な限り1対1に近づけることを原則」とすべきとするが、「最大で2対1を限度」とするとも述べる。中川登志男「参議院の選挙制度に関する一考察」専修法研論集51号1頁、33-34頁(2012)は、2倍超は違憲だが、それでも採用した選挙制度によっては違憲となり得、「ブロック制や大選区制や比例代表制を探る場合は、」「1.1倍や1.2倍といった1倍台前半の最大格差で収まるはずである」と指摘する。
- 270) 常本照樹「議員定数判決の展開」法教学室212号94頁、100頁(1998)。
- 271) この問題については、仲哲生「地方議会の議員定数不均衡と特例選挙区」高知短期大学社会科学論集61号29頁(1991)、市村光章「都道府県議会の議員選挙における選舉区の設定と定数配分」白鷗法學20卷2号9頁(2014)、宍戸常寿「地方議会における一票の較差に関する覚書」高見勝利古稀記念「憲法の基底と憲法論」413頁(信山社、2015)〔以下、宍戸前掲註271〕I論文、と引用し、同「地方議会の一票の較差に関する選舉区の設定と定数配分」白鷗法學20卷2号9頁(2014)、宍戸常寿「地方議会における一票の較差に関する覚書」高見勝利古稀記念「憲法の基底と憲法論」413頁(信山社、2015)〔以下、宍戸前掲註271〕I論文、と引用し、同「地方議会の議員選挙の定数不均衡問題に関する考察」世界と議会570号22頁(2015)など参照。明治維新以降明治憲法までの沿革については、市村論文36頁以下など参照。戦前の経緯については、稻山尊司「議員定数規定沿革(上、中、下)」地方自治431号89頁、433号39頁(1983)、438号67頁(1984)、定数削減問題については、倉持孝司「地方議会の議員定数問題について」修道法學8卷1号197頁(1985)など参照。
- 272) 宍戸前掲註271) I論文419頁など参照。
- 273) 川岸ほか前掲註121) 書250頁〔藤井樹也〕。
- 274) 富田前掲註271) 論文29-30頁。
- 275) 仲前掲註271) 論文32頁。
- 276) 吉岡易「都道府県議会における議員定数配分の不均衡」大石良雄喜寿記念「日本国憲法の再検討」341頁、350頁(嵯峨野書院、1980)。
- 277) 市村前掲註271) 論文24頁。
- 278) 宍戸前掲註271) I論文420頁など参照。
- 279) 木村卓太「判決」判例評論683号2頁、5頁(2016)。
- 280) 野中後彦「判決」判例評論378号31頁、33頁(1990)。
- 281) 最判昭和59年5月17日民集38卷7号721頁。本件許可には、和田達「判決」ジェリスト820号56頁(1984)、同「判決」芦部信喜ほか編『憲法判例百選II』〔第4版〕332頁(2000)、泉徳治「判決」ジェリスト822号66(1984)、同「判決」季刊実務民事
- 法8号144頁(1985)、同「判決」法曹時報38卷5号1223頁(1986)〔以下、景前掲註281) III許可、と引用〕、同「判決」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事審昭和59年度』212頁(法曹會、1989)、清水睦「判決」法教学室48号84頁(1984)、はやし・しうぞう「判決」(上、下)」時の法令1218号48頁、1219号52頁(1984)、戸松秀典「判決」臨時増刊88号『平成59年度重要判例解説』(1995)、野中後彦「判決」最高裁判所調査官室編『新判例マニュアル憲法I』〔第6版〕222頁(三省堂、2000)、加藤一彦「判決」杉原泰進=野中後彦編『憲法判例百選II』〔第6版〕334頁(2013)などがある。
- 282) 最判昭和62年2月17日判決1243号10頁。本件許可には、長尾一敏「判決」民商法雜誌97卷4号598頁(1988)、吉田善明「判決」成田頼明=機部力編『地方自治判例百選』〔第2版〕68頁(1993)などがある。
- 283) 最判平成3年4月23日民集45卷4号554頁。本件許可には、高橋利文「判決」ジュリスト1004号76頁(1992)、同「判決」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事審平成3年度』268頁(法曹會、1992)、同「判決」法曹時報45卷4号1195頁(1993)、同「判決」ジュリス托増刊『最高裁判所の判例1 公法編』94頁(2003)、戸松秀典「判決」判例評論405号15頁(1992)、和田達「判決」法教学室138号別冊附録「判例セレクト」9119頁(1992)、青野洋士「判決」判例タイムズ821号『平成4年度主要民事判例解説』302頁(1993)、毛利透「判決」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法II』223頁(悠々社、2010)などがある。
- 284) 最判平成元年12月18日民集43卷12号2139頁。本件許可には、日笠完治「判決」法教学室116号102頁(1990)、戸松秀典「判決」民商法雜誌103卷2号263頁(1990)、上田豊三「判決」法曹時報42卷3号70頁(1990)、同「判決」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事審平成1年度』569頁(法曹會、1990)、武永淳「判決」法教学室126号別冊附録「判例セレクト'90」8頁(1991)などがある。関連して、和田進「兵庫県議会議員定数不均衡は正の取り組み」神戸大学教育学部研究集録86集161頁(1991)も参照。
- 285) 最判平成元年12月21日民集43卷12号2297頁。本件許可には、上田豊三「判決」ジュリスト953号90頁(1990)、同「判決」法曹時報42卷5号1266頁(1990)、同「判決」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事審平成1年度』639頁(法曹會、1990)、同「判決」ジュリス托増刊『最高裁判所の判例1 公法編』90頁(2003)、戸松秀典「判決」民商法雜誌103卷2号263頁(1990)、野中後彦「判決」8号280)評駁などがある。
- 286) 戸前掲註271) I論文49頁。
- 287) 最判平成5年10月22日民集47卷8号5147頁。本件許可には、大宮武郎「判決」法學

## 引

## 索

著者紹介  
主要論文

1942年 美城県下館市に生まれる。  
1966年 中央大学法学部卒業。  
1968年 東京大学大学院法学政治学研究科修了。

中央大学法学部助手、助教授を経て、現在、法学部教授。

「立法院の不作為に対する憲法訴願——西ドイツにおける理論と実践——」（『法学新報』73巻1号）

「平等選挙原則の性格と構造」（『公法研究』42号）

「外国人の選挙権」（月刊『法学校室』54号）

「選挙権の法的性格」（『法学新報』96巻11・12号、99巻7・8・9・10・11・12号）

「選挙権の再検討」（『ジュリスト』1022号）

「ドイツにおける政見放送の自由」（『法学新報』103巻2・3・4・5号）

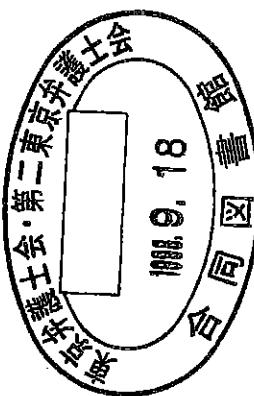
「検閲の法理——ドイツにおける検閲法理を手がかりとして——」（『法学新報』101巻7号、103巻9号）

## 行

アセス権	218
旭川学力テスト事件	210, 310, 315
朝日事件	298, 304, 436
アフアーマティヴ・アクション	152
安保条約	73
象教科書検定事件	210, 314
違憲確認判決	171, 477
違憲警告判決	477
違憲だが有效	438
板まんだら事件	438
一事不再議	374
一事不再理の原則	253
一項・二項分離論	292
一般的な法務	182
一般的法務	187
委任命令	407
訴えの利益	435
憲庭事件	468
憲庭訴訟	72
愛媛・玉串料事件	206
エホバの証人創道拒否事件	191
IRAの原則	30
大阪地蔵像事件	205
大島・サラリーマン税金事件	155
大津事件	421
公の支配	502
親の教育権	313
会期制	361
会期不能論の原則	361
外見的立憲主義	5
外国人と基本権	91
外国人への選挙権	163
外国人の出入国の自由	94
閣議	400
著者	中尾一郎
発行者	高島国男
世界思想社	中尾一郎

## 河川附近地制限令事件

川崎民商事件	248
環境権	302
閣僚民主制	38
完全分離説と限定分離説	194
官吏	406
議院内閣制	397
議院の自律的機能	386
議員の懲罰	387
機関委任事務	530
機関訴訟	431
権利の自由	175, 428
規則制定権	418
基本権の国際的保障	79
客觀訴訟	203, 431, 461
客觀的規範	149
客觀的法規	193
行政訴訟	235
教授の自由	209
行政権	393
行政裁判所	9
行政訴訟	461
行政手続き	243, 248, 250
強制投票制	175
強制の要機	186
行政の中立的運営	221
京都府学連事件	135
券証責任	472
許容	164
緊急逮捕	245
禁止	164
近代憲法	77
棄治者(の基本権)	110
具体的争訟	430
國の教育行政権	372
國の債務負担	496
國の私法行為	467
君主	4



日本国憲法 [第3版]

1987年8月10日 初版発行  
1998年3月20日 2版発行  
定価はカバーに表示しています

著者  
高島国男

会期制  
会期不能論の原則  
外見的立憲主義  
外国人と基本権  
外国人への選挙権  
外国人の出入国の自由  
閣議

著者  
中尾一郎

河川附近地制限令事件  
川崎民商事件  
環境権  
閣僚民主制  
完全分離説と限定分離説  
官吏  
議院内閣制  
議院の自律的機能  
議員の懲罰  
機関委任事務  
機関訴訟  
権利の自由  
規則制定権  
基本権の国際的保障  
客觀訴訟  
客觀的規範  
客觀的法規  
行政訴訟  
教授の自由  
行政権  
行政裁判所  
行政訴訟  
行政手続き  
強制投票制  
強制の要機  
行政の中立的運営  
京都府学連事件  
券証責任  
許容  
緊急逮捕  
禁止  
近代憲法  
棄治者(の基本権)  
具体的争訟  
國の教育行政権  
國の債務負担  
國の私法行為  
君主

京都府左京区岩倉南森町56 〒606-0031  
電話 075(72)36506(代)  
振替 0100-6-2908

© 1987 K. NAGAO Printed in Japan  
落丁本はお取替えいたします  
(共同印刷工業・藤沢製本)  
ISBN4-7907-0643-5

「絶対的平等」の觀点からすれば、考慮に入れるに至るが許される非人口的因素は、行政区画のみである（参照、九二条）。学説の多数および判例は、相対的平等説をしめ、定数配分の主要な決定要素が人口的因素であるとしたを認めながらも、非人口的因素を考慮に入れるに至る原則的に可能とする。

ちなみに、最高裁判五一年判決は、「投票価値の平等は、各投票が選挙の結果に及ぼす影響力が數字的に完全に同一であるに留まつてはならない」としておこなわれた。それは「原則として、国会が正当に考慮するに至る他の政策的目的ないし理由との関連において選択的に実現されたべきもの」であるとする。そして、「考慮すべき」非人口的因素として、面積の大小、人口密度、住民構成、交通事情などを列挙する。

リのうちに、相対的平等説は、投票価値の不平等を正当化するにあり、改修とはしない。歴史的には、選挙の相対的平等という考えは、アメリカにおいては人種差別を正当化すべく作用し（文字テストの導入）、ドイツにおいては階級差別を正当化すべく作用した（三級選挙権）に至り留連する必要がある。

- [52]-7
- (3) 投票価値の不平等の限界基準については、学説の多くは最大格差一対一を基準とするが、リリードらの一対一の数字には根拠がない。法技術上可能な限り一対一に近くなければならぬとするが、
- もともと法技術上の問題は少なくてなく、実質的には両者の間に大きな距離はなじむと思われる。

最高裁判例においては、投票価値の不平等の限界基準は、立法院が形成した選挙制度の「仕組み」によって決定されるのであり、直接選挙に付けて確定されるのはならない。

最高裁は、リのうちの觀点から、參議院議員定数について最大格差一対五・一六を達成せしめられたから（最高裁判昭和五八・四・一七）、衆議院議員定数については最大格差一対三・九四を「適度状態」に認めた（最高裁判昭和五八・一・一・七、ひ[註]）。

ちなみに、最高裁は、最大格差一対四・四〇にまで拡大した衆議院議員定数不均衡を含む定数分配規定について、「憲法の選挙権の平等の要求に反し、過度に偏重するほかない」としたが、本件選挙の効力については、事務辨決の法理を用

いて「無効としたるに付するのが相当である」とした（最高裁判大O・七・一七）。

なお、地方議会（都議会）議員定数の不均衡問題については、最大格差一対七・四五を公職選挙法一五一条七項の選挙権の平等の要請に反するとしている（最高裁判五九・五・一七、ひ[註]）。

最高裁判例のうちの立派な立派なは、①憲法四十七条を選挙立法の裁量委任条項とみなすといい、②審査基準として、「合理性」の基準、「即位性の原則」をひきいどらねばなるが、いずれも改修せしめて（ひ[註]・ひ[註]）。

- [52]-8
- (4) 定数不均衡は、公職選挙法一〇四条の選挙無効訴訟で争われるに多い。

選挙無効訴訟については、ひの論点に留意する必要がある。

(a) 配分規定は全体として不可分一体なのか、個々の選挙区に付けて可分のかについては争いがある。判例・通説は不可分説をとる。可分説も有力である。

(b) 定数分配に「過度状態」が生じても、ただちに当該分配規定が無効されるわけではない。分配規定を是正するために必要な判断の期間（合理的期間）経過後にはじめて無効されるのである（最高裁判昭和五八・一・一・七、ひ[註]）。すでに過度状態に達してからも、これが「合理的期間」を超過してからもには「過度警告辨決」が下されるに至る（ひ[註]）。

(c) 配分規定が無効された場合に付しても、それがいつまでに付されれば無効と認定されるわけではなく。つまに示す五年辨決は、リのうちの場合、これが「事務辨決」の法理（行政事件訴訟法三三一条）に付されてから「一般的な法の基本原則」に付し、「選挙区全体に付せられることは無効」といふとする（ひ[註]）。

事務辨決のうち、届け規定の是正がなされなければ最初の選挙が行なわれ、新たな公職選挙が選出された場合、裁判所はなじむ事務辨決の法理を適用すべきであつた。必ず適用しなければならぬといふ見解（必要的適用説）も有力であるが、学説の多数は必ずしも適用する必要はないものとする（教養的適用説）。裁判所は、場合によつては当該選挙区の選挙を無効にする（即時無効や段階的無効）かやれやしないと解かれた。

ちなみに、新たな救済方法として、裁判所が必ずしも定数再配分を持しなら、または全国を一選挙区として、改正が

## 議員定数配分の不均衡

和田 進

### I はじめに

衆参両議院議員選挙における各選挙区への議員定数の配分が、定数1人当たりの人口数比で不均衡を生じていることは憲法違反であり、当該選挙は無効であるとする訴訟が1960年代に入って提訴されるようになった。この定数訴訟に対して、最高裁判所は当初、「議員定数を選挙区別の選挙人の人口数に比例して配分すべきことを積極的に命じている規定は存在しない」「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」であるとして、定数配分における人口比例原則を憲法上の要請であるとはいひなかつた（最大判昭和39・2・5 民集18巻2号270頁）。しかし格差が約5対1にまで拡大した1972（昭和47）年の衆議院議員選挙に対する定数訴訟において、最高裁判所は1976（昭和51）年、違憲判断を下した。

判決は、「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とどまらず、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もの」であり、このことは「憲法の要求するところである」と明確に判示するに至つた（最大判昭和51・4・14 民集30巻3号223頁）。

### II 1976（昭和51）年判決における投票価値の平等の把握の2側面

1 選挙権の平等を単に各種制限の撤廃による「普通選挙」の実現にとどまらず、選挙権の内容の平等=投票価値の平等を要求しているととらえる最高裁判決は、その根拠を次のように展開する。①「選挙権は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹をなすものであり」「基本的な政治的権利」であるとする、選挙権それ自体の民主主義論からの把握を基本に据えた上で、②「およそ選挙における投票

という国民の国政参加の最も基本的な場面においては、国民は原則として完全に同等視されるべく、各自の身体的、精神的又は社会的条件に基づく属性の相違はすべて捨象されるべきであるとする理念」に基づく「平等原理の徹底した適用としての選挙権の平等」と把握する。そして、「憲法14条1項に定める法の下の平等は、選挙権に関しては、国民はすべて政治的価値において平等であるべきであるとする徹底した平等化を志向するものであ」と、法の下の平等原則の適用において、「合理性」を基準とする、他の諸領域との差異を指摘していた。

2 ところが他方で、判決は、憲法は選挙に関する事項は法律で定めるべきものとし、「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」おり、「投票価値は、選挙制度の仕組みと密接に関連し、その仕組みのいかんにより、結果的に……投票の影響力に何程かの差異を生ずることがあるのを免れないから」「投票価値の平等は……数字的に完全に同一であることまでも要求するもの」ではないとした。さらに判決は、「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かつ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、考慮されしかるべき要素は、少くない」として、非常に広範な非人口的要素を認めていた。

3 こうして判決は、投票価値の不平等問題の判断基準を「国会が正当に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是認することができるもの」かどうかという「国会の合理的裁量の限界」問題とし、人口比例原則を相対化させたのであった。1976（昭和51）年判決の1と2の2つの側面のどちらを重視するかにより、定数配分格差に対する憲法判断は異なることになる。1976年判決以後の最高裁判決は、第1の側面を事實上等閑視し、国会の裁量的判断を優先させているといえる。

### III 格差の違憲性の基準

いかなる選挙制度を採用するかをはじめ、国会の裁量事項を広範に認める1976年判決の枠組みでは、どの程度の格差が違憲と判断されるかは一義的には決定できないことになる。最高裁判所は、衆議院について、格差2.92倍を合憲とし（1988〔昭和63〕年第二小法廷判決）、格差3.18倍を違憲としている（1993〔平成5〕年大法廷判決）。参議院については、格差5.85倍を合憲とし（1988〔昭和63〕年第二小法廷判決）、格差6.59倍を違憲としている（1996〔平成8〕年大法廷判決）。最高裁判所

は、中選挙区単記投票制下の衆議院については格差3倍、参議院については格差6倍を1つの基準としているかのようであるが、論理的説得的説明は存在しない。

衆議院議員選挙方法については、1994年に小選挙区比例代表並立制が導入され、衆議院議員選挙区確定審議会設置法において格差が2倍以上に「ならないようにすることを基本とし」と定められた。

しかし、格差2倍を超える選挙区が少なからず存在することに対して、最高裁判所は、同様の判断枠組みを用いて合憲と判断している（最大判平成11・11・10民集53巻8号1441頁、最大判平成19・6・13民集61巻4号1617頁）。また格差5倍を超える参議院について、2004年の大法廷判決は合憲と判示したが、6名の反対意見が付されたことが注目される（最大判平成16・1・14民集58巻1号56頁）。

#### IV 投票価値の平等とは

1976年判決は投票価値の平等を「各投票が選挙の結果に及ぼす影響力における平等」と説明しているが、投票結果の価値の平等について語る場合、「個々の投票の選挙に対する影響の平等（投票の力の平等）」と「選挙人の意思の議会への比例的代表（代表の平等）」の2つのレベルがあることに注意される必要がある（芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』[1981] 312頁）。定数訴訟で問題にされているのは「投票の力の平等」のレベルの問題であるが、現実に投票された個々の投票の価値が平等であることを要求しているものでもない。現実に投票された個々の投票の選挙結果に及ぼす影響力は、立候補者の数や質、投票率などの各種要因によって影響されるからである。ここで問題にされている「平等」は、「選挙の結果に及ぼす影響力」そのものの平等というよりは、《選挙の結果に影響力を及ぼす可能性》の平等として、理解されるべきである（樋口陽一『司法の積極性と消極性』[1978] 122～123頁）。すなわち投票価値の平等とは、選挙権の平等原則たる「1人1票の原則（one man, one vote）」を単に数のレベルの形式的平等性にとどめるのではなく、具体的選挙制度における投票価値の可能性の平等を要求するものである。それは端的に人口比例原則として表明されるのである（厳密には有権者数に比例するものと考えられるべきであるが、この論点は省略する）。したがって、理論的原則的には格差は1対1が要請されることになる。

そもそも選挙権の平等がなぜ要求されるのであろうか。それは1976年判決が語ったように「国民の国政へ

の参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹をなすもの」であるからだという、選挙権の実態的把握がその根底にあることが確認されなければならない。選挙権については、個人に付着するさまざまな属性はすべて捨象されて、「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」が要求されるのである。すなわち、選挙権の平等原則は、いわゆる「合理性の基準」によってはその合憲性を判定しえないのである。憲法14条1項の一般的平等原則とは別に44条の規定が設定されているのは、そうしたものとしてとらえられなければならない。

#### V 選挙制度に対する憲法的要請

1976年判決は国会の「裁量事項」である具体的選挙制度の仕組みによって、人口比例原則が相対化されることを承認した。確かに憲法は、「選挙に関する事項は、法律でこれを定める」（47条）としているが、そこにはいくつかの憲法規範的要請が存在することが確認されなければならない。一口に「選挙制度」といっても、そこには代表方法の問題から選挙運動のあり方に関する問題まで、立候補資格の問題、投票方法の問題、選挙区割りと定数配分の問題、当選者の決定方法の問題などなど各種のレベルの問題が存在しており、それらを一義的に決定することが困難なところから、憲法は具体的選挙制度の決定を立法府に委ねたのであるが、そのそれぞれのレベルにおいて憲法の規範的要請が存在している。この憲法の規範的要請のなかで、その基本におかれることは、国民代表原理（43条）、表現の自由（21条）、そして選挙権の平等原則（44条）であるが、重要なことはこれらの要請が、公権力の形成と行使に関する根本原則である国民主権原理の直接の具体化としての意味を有しているという点である。

そして議員定数配分不均衡の問題を考察するにあたっては、単に平等原則の領域に限定するのではなく、国民主権—国民代表原理—平等原則という3層の構造のなかに位置付けて考察することが要請されることになるのである（なお、地方議会議員選挙においては、国民主権—地方自治—住民代表—平等という4層構造となる）。

#### 〈参考文献〉

- 本文中に掲げたもののほか
- 辻村みよ子『権利としての選挙権』[1989]
- 和田進『国民代表原理と選挙制度』[1995]
- 憲法判例百選II〔第5版〕所収関係論文

（わだ・すすむ=神戸大学教授）

著者紹介  
長谷部 崇男 (はせべ やすお)

1956年 広島市生まれ  
1979年 東京大学法学部卒業  
現在 早稲田大学大学院法務研究科教授

主要著作

- 『権力への懐疑——憲法学のメタ理論』(日本評論社, 1991年)  
『テレビの憲理論——多媒體・多チャンネル時代の放送法制』(弘文堂, 1992年)  
『憲法学のフロンティア』(岩波書店, 1999年)  
『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論』(東京大学出版会, 2000年)  
『憲法の境界』(羽鳥書店, 2009年)  
『憲法入門』(羽鳥書店, 2010年)  
『憲法のimagination』(羽鳥書店, 2010年)  
『憲法の円環』(岩波書店, 2013年)  
『憲法の理性』[増補新装版] (東京大学出版会, 2016年)  
『憲法の論理』(有斐閣, 2017年)

新法学ライブラリー 2  
**憲 法 第7版**

初版	1996年11月10日	◎
2版	2001年2月10日	◎
3版	2004年3月25日	◎
4版	2008年2月25日	◎
5版	2011年3月10日	◎
6版	2014年12月25日	◎
7版	2018年2月25日	◎
第2刷	2018年5月25日	◎

著者 長谷部崇男

発行者 蔡平敏孝  
印刷者 山岡景仁  
製本者 米良孝司

【発行】 株式会社 新世社

〒151-0051 東京都渋谷区千駄ヶ谷1丁目3番25号  
編集 ☎ (03)5474-8818(代) サイエンスビル

【発売】 株式会社 サイエンス社

〒151-0051 東京都渋谷区千駄ヶ谷1丁目3番25号  
営業 ☎ (03)5474-8500(代) 振替 00170-7-2387  
FAX ☎ (03)5474-8900

印刷 三美印刷 製本 ブックアート  
《検印省略》

本書の内容を無断で複写複製することは、著作者および出版社の権利を侵害することになりますので、その場合にはあらかじめ小社あて許諾をお求めください。

ISBN 978-4-88384-270-4

PRINTED IN JAPAN

サイエンス社・新世社のホームページのご案内  
<http://www.saisensu.co.jp>  
ご意見・ご要望は  
[shin@saisensu.co.jp](mailto:shin@saisensu.co.jp)まで。

70

## 1.2.2 近代憲法から現代憲法へ

### 近代憲法の特徴

においても、思想・信条の自由、表現の自由、人身の自由、財産権の保障などの個人の権利を国家権力に対して防衛するという色彩が濃く、団体行動の権利や社会権は、ほとんど顧みられていない。また、統治機構の面でも、国民の代表によって制定された法律によつて行政権および司法権を嚴格に拘束しようとする考え方がある。さらに、当時は、参政権も納税額や性別によって限定されており、「教養と財産 Bildung und Besitz」を有する市民層という国民の限られた部分の意見が議会に強く反映する構造になつていたことを見逃してはならない。

**現代憲法への転換** 教養と財産を持つ人々による政治という考え方から、できるだけ多くの人々が国政に参加すべきだととの考え方への転換が行われたのは、ヨーロッパにおいても19世紀後半から20世紀はじめにかけてのことになります（その背景には、主要各国の軍事戦略の転換がある）。この点については、長谷部 [2016] 第4章参照）。そして、選挙権の拡大とともに、國家が大衆の要求に応ずる必要が生じたこと、また他方で、社会主義思想が、近代憲法の保障する人権が単に形式的な自由と平等を保障するにとどまり、真に人間らしい生活を保障する役割を果たしていないとの主張を広めるに従つて、国家の任務と限界に関する考え方も大きな変化をとげた。

ドイツのワイマール憲法やフランス第四共和政憲法など、第一次大戦以降にヨーロッパ諸国で制定された諸憲法の権利宣言においては、従来の個人レベルの自由権と並んで、集会の自由・結社の自由のような集団的基本の自由権、労働者の団結権・団体交渉権・争議権のような労働基本権が保障される他、最低生活の保障や勤労権、教育権など、実現のために国家の積極的な介入を要するような権利もうたわれている。日本国憲法も、これらの点で例外ではない。また、権利宣言として成文化された権利のカタログに示されない領域でも、国家には、景気変動や経済成長の調整、社会資本の整備など、積極的な役割が期待されている。

次に、憲法による制約の対象についても考え方の変化が見られる。現代社会

においては、国家権力とそれ以外の社会的権力、つまり大企業や政党、労働組合、私立大学などの違いは絶対的なではなく相対化しており、したがってこれら社会的権力の行為も憲法による直接あるいは間接の制約の対象にすべきとの見解が主張されている。

**統治機構への影響** 以上のような近代憲法から現代憲法へ、言いかえれば、夜警国家から福祉国家への国家観の変容は、統治機構の面でも重大な変化をもたらしている。

まず、福祉給付行政による行政裁量の拡大は、議会立法による行政権の厳格な拘束という法の支配（1.2.5 参照）の理念を後退させる状況を生み出した。また、政府の活動領域の拡大は、政府が産業界や労働界をはじめとする社会内さまざまな利益集団と協議する必要を生み出し、国会を通じて国民の利益が一元的に代表されるとの近代憲法の建前に反して、多様で個別的な利益が政府と直接に交渉する特権を得る状況をもたらしている。

他方、大衆の政治参加に伴つて成長した政党組織は、議会内での議員の規律を強め、その結果、政党の領袖からなる内閣による議会の支配を現出した。選挙権者の数が限定されていた近代社会においては、地方の名望家が独自の資金と組織によって当選し、議会内でゆるやかな議員組織を形成していたが、現代の普通選挙制度の下では、政党の政策・組織・資金に頼らない限り、議員の地位を獲得することとはきわめて困難となり、そのため党組織への議員の従属が見られる。

さらに、戦間期から第二次大戦中のファシズムの経験から、立法院による侵害から国民の権利を守る制度が必要だとの方考方が強まり、戦後、多くの国で違憲立法審査制度が導入されることとなつた。

## 1.2.3 国民主権

**主権とは** 主権といふことばの主な用法としては、①国家の統治権を指す場合、②国家の最高独立性を指す場合、そして③国家における最高意思、つまり国政のあり方を最終的に決定する力を指す場合がある。統治権という意味の主権の用例としては、ボツダム宣言8項の「日本國ノ主権ハ、本州、北海道、九州及四国並ニ吾等ノ決定スル諸小島ニ局限セラルベシ」

がある。統治権の最高独立性を示す主権の用例としては、憲法前文3項における「自國の主権を維持し」がある。これに対し、日本国憲法前文で「主権が国民に存する」といわれ、1条で「主権の存する日本国民」といわれる場合には、③の意味の主権が国民に帰属することが述べられている。

**国民主権の内容** 第一に、統治権が主権者である国民自身によって行使されるべきこと、第二に、直接、間接に組織する機関について国民に責任を負うこと、言い換えれば、国民に対してつねに行使の正当性を説明し理由づける責務を負うことを意味する。前者は、国民主権の権力的契機、後者は、国民主権の正当性の契機と言われることがある。

君主主権の下においては、君主自身が統治権のかなりの部分を行使したために、権力的契機と正当性の契機とは重なりあつたが、国民主権の下においては、市民が當時政治に直接に参与することは不可能であるため、両者は乖離し、正当性の側面が強調されることになる。国民主権の原理が、国民の実際の政治参加をどの程度まで要求するかについては、代表制の観念とも関連して議論の対立が見られる（12.1.1参照）。

**主権概念の見直し** 国家の主権および国家における主権は、唯一不可分で最高独立であり、無制約であるという考え方方が伝統的には支配的であった。しかし、実際には、連邦国家のように中央政府と各州政府に統治権が分割されることもあるし、違憲審査制によつて国民を代表する議会の立法権が裁判所によって制約されることもある。また、国際的な慣行や条約によつて国家の行動が制約されることも珍しくない。主権が無制約であるとの考え方には、権力分立や違憲審査など、さまざまなかな制度によって国家権力を制約しようとする近代立憲主義の考え方と正面から対立する。「国民主権」の原理が国民の政治参加を広範に要請するという前提をとつたとしても、そうして政治過程に参加する国民は、さまざまなかな制度の枠組みを乗り越えて無制約に国政を決定しうるわけではない。

主権が唯一不可分で無制約であるとの考え方にはさほど理由がないとする、国家という単位での法のあり方を考えることも必然的ではないことがわかる。

1.1.4 で述べた法の役割を、国際的な法や組織が効果的に果たすのであれば、

国家を単位として社会生活を規律することにかなはずもこだわる必要はない。地球環境の保全や国際平和の維持という公共財は、個々の国家を超えるルールや組織を要求するであろうし、地域ごとの実情に応じた統治権の行使は地方政府への大幅な権限の委譲を正当化するかもしれない。「国民主権」の下で、市民の直接の政治参加をどのような制度的枠組みの下で、どこまで認めるのが妥当かも、1.1.4で述べた法の役割をどのように定めがむかといふ観点から検討する必要がある。そうした観点からすると、国家権力が正直に行使されたか否かは国家行為ごとに個別的に検討されべき問題となり、国家権力を包括的に正当化しようとする主権概念の意義は二次的なものとなる。主権という概念に基づく議論の限界に留意し、この概念にあまり多くのものを読みすぎないようにしなければならない（長谷部[1999]第5章）。

◆憲法制定権力 主権の内容として、しばしば憲法制定権力（pouvoir constituant）の概念が議論される。憲法を制定する権力とそれによって「制定された権力 pouvoir constitué」との区別は、シイエス（Seyès, E.）によって唱えられた（シイエス[1950]第5章。なお、シェミット・憲法理論第8章をも参照）。始源的な憲法制定権力を人民が行使した結果として制定されたからこそ憲法は正当性を有するが、他方で、憲法制定権力 자체は何ものによっても制約されることはなく、手続の点でも権限の点でもより上位の規範によつて拘束されることはないシイエスやシェミットは主張する。

しかし、個人の集合体である人が一貫した意思を表明するために、人民とは何者であり、それがいかなる手続と権限の下でその意思を表明しうるかが定まっている必要がある。たとえ人民全体の集会が人民の意思を表明するとしても、誰が集会の構成員であり、いかなる手續で意思を表明しうるかは定まっている必要がある。憲法制定権力は無制約な始原的権力ではない。

他方で、憲法制定権力は普遍的な政治道徳を内容とする根本規範によつて制約されているからこそ、その決定の結果たる憲法は正当性を有するとの立場もあるが（芦部[1993]等）、そうであれば、憲法が正当であるか否かは、憲法の内容と根本規範とを直接に比較すれば判明するはずである。憲法の正当性の基礎付けという点では、憲法制定権力は余剰概念となる。

要するに、無制約な始原的憲法制定権力という概念は筋の通った概念ではありえず、他方、根本規範によつて制約された憲法制定権力は、憲法の正当性を

選挙制度の大規模な変更に伴う過渡期の激変緩和措置としてのみ合理性を有するのであって、その合理性には時間的限界があり、当該判決で問題とされた平成21年8月30日施行の総選挙においては、一人別枠方式に係る選挙区割り基準およびそれに基づく選挙区割りは違憲状態に達していたと結論づけた。

最大判平成27・11・25民集69巻7号2035頁は、平成23年大法廷判決を受けて選挙区数の0増5減を内容とする平成24年法律第95号が施行された後の平成26年12月14日の衆議院総選挙での最大1対2,129の投票価値の較差について、平成24年法では多くの都道府県について一人別枠方式を廃止した後の新基準に基づく定数の再配分が行われておらず、較差2倍以上の選挙区が13存在していたことから総選挙施行時の選挙区割りは憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にあつたことが、国会が一人別枠方式を含む旧基準に基づく選挙区割りが憲法の要請に反する状態にあると認識し得たのが、平成23年大法廷判決の時点であったこと、平成24年法が是正の実現に向けた一定の前進と評価し得ること、その後も国会において是正の実現に向けた取組みが行われていること等に照らして、憲法上要求される合理的な期間を徒過したものと判断することはできないとした（国会による制度改革の結果については12.2.3(3)♦参照）。

学説では、1対2を許容されうる最大較差とする説が有力に唱えられているが（芦部・憲法139頁）、その理論的根拠はさほど確かなものではない。むしろ、1対1を基本原則とした上で、どのような理由と必要に基づいてこの原則から乖離したかを、政府の側に立証させることで、その合憲性を審査すべきだと考えられる。政府が、議員定数の較差を正当化する十分な理由を示すことができない場合には、違憲とすべきであろう。

なお、参議院議員の地方選出議員（現在の選挙区選出議員）の参議院の特殊性 定数配分について、最高裁は、地方選出議員の選挙の仕組みについて、事实上都道府県代表的であるという性格と矛盾することにはならない。選出された議員が全国民の代表であるという性格と意義ないし機能を有する要素を加味しても、後退ため、投票価値の平等の要求は、衆議院の場合と比較して、一定の譲歩、後退を免れないし、また、参議院については、選挙区割りや定数配分をより長期にわたくて固定し、国民の利害や意見を安定的に国会に反映させる仕組みをとること

とも立法政策として許されるとし、1977年7月施行の参議院議員選挙当時最大で1対5を超える較差にいえないとした（最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁）。

その後、最大判平成8・9・11民集50巻8号2283頁は、1992年7月に行われた参議院議員選挙当時、選挙入数の最大較差が1対6.59に達していたことをもって、「投票価値の平等の有すべき重要性に照らして、もはや看過することはできない」とした。ただ、この不平等状態が相当期間継続してこれを状態が生じていた」とした。ただ、この不平等状態が相当期間継続してこれを是正する措置が講じないことが立法議量を超えるものであつたとまでは断定しないとし、結局、本件選挙当時において定数配分規定が憲法に違反していたとは言えないとした。

さらに最大判平成21・9・30民集63巻7号1520頁は、2007年7月に行われた参議院議員選挙当時、選挙区選出議員にかかる投票価値の最大較差が1対4.86に達していたことについて、最大較差の大幅な縮小をはかるには現行の選挙制度の仕組み自体の見直しが必要であり、それ相応の時間を要するところから、本件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ことはできないとしたが、「國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、投票価値の平等が憲法上の要請であることにかんがみると、国会において、速やかに、投票価値の平等の重要性を十分に踏まえて、適切な検討が行なわれるこれが望まれる」旨を付記している。

最大判平成24・10・17民集66巻10号3357頁は、2010年7月に行われた参議院議員選挙（最大較差5.0倍）について、結論としては同選挙当時における定数配分規定が憲法に違反するに至つていたとはいえないものの、違憲の問題が生ずる程度の投票価値の著しい不平等状態が生じていた旨を判示するとともに、都道府県を単位として各選挙区の定数を設定する現行の方式をしかるべき形で改めるなど、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを含めた立法的措置を講ずる必要性を指摘した。

最大判平成26・11・26民集68巻9号1363頁は、2013年7月に行われた参議院議員選挙（最大較差4.77倍）について、やはり、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあつたとしながらも、平成24年判決後、選挙制度の見

❖国際法学の等位理論 国際法と国内法の関係に関する国際法学の通説は、「等位理論（調整理論）」といわれるもので、国際法秩序では国際法儀位だが、国内法秩序では国内法が儀位し、国際法と国内法が衝突する場合には、当該国家は両者の衝突を解消（調整）する義務を負うとするものである。そこでいって「儀位、劣位」は、効力の上の優劣関係をいうもので、ケルゼンが問題とした授権関係についていわれるものではない（ケルゼン・一般理論 540・43頁）。

国内法と国際法の衝突を解消（調整）する「義務」については、より立ち入りた考察が必要である。第一に、衝突しているのが「原則」なのか「準則」なのかという問題がある。準則同士が衝突する場合には、一方が妥当すれば他方は妥当しない（同じことだが、一方に能えれば他方に背く）ことになるので、たとえば、国際法に即して国内法を改正するなどの調整が必要となる。他方、少なくとも一方が原理であれば、当該原理の解釈適用について、国際的あるいは国内的調整を行うことで多くの場合、事は足りるであろう。

第二に、「調整する義務」の内実は何かという問題がある。調整しなければならない理由が、個人レベルでも約束を守らなければ他人にも約束を守ってもらえない結果、困るのは自分だというのと同じレベルで、国際約束は守らざるえないという話であれば、ことは自己利益についての慎慮（prudence）に関する問題にとどまるから、あるいは国連決議を守らざりにいると多国籍軍に攻撃されるからということになるから、あるいは国連東を守らない人は他にも約束を守ってもらえないもの似た理由づけである）。そもそも、国際法秩序では国際法儀位だが、国内法秩序では国内法が儀位だと認識した時点では、調整「義務」を法的義務として説明する意図は放棄されているところも可能である。国際法学における調整理論については、小寺彰 [2001] 参照。

立法院による立法の不作為は、立法権の行使の態様の一つである立法院の不作為から、それが裁判所によって違憲との評価を受けける可能性は否定できない。迅速な裁判を受ける権利の侵害が問題となつたいわゆる高田事件で、最高裁は、あらゆる点から見て明らかに迅速な裁判を受ける権利を侵害すると認められる異常な事態が生じたときに、「単に、これに対処すべき補充立法の措置がないことを理由として、救済の途がないとするがごときは、右保障条項の趣旨を全うするゆえんではない」とし、非常の救済手段として免訴をいい渡した（最大判昭和 47・12・20 刑集 26 卷 10 号 631 頁）。

いわゆる在宅投票制度の廃止および復活の不作為が、国会による違法な立法権の行使として国家賠償請求が提起された事件で、最高裁は立法行為の本質的な政治性を理由に、「国會議員の立法行為は、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つておる」というごとき、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 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けない」としている（最判昭和 60・11・21 民集 39 卷 7 号 1512 頁）。もっとも、在外邦人選挙権に関する最大判平成 17・9・14 民集 59 卷 7 号 2087 頁は、この判決の射程を実質的に限定し、立法不作為を理由とする国家賠償請求を認めている。この点については、11.2 ❖参照。

#### 14.4.7 判例とその変更

判例の拘束力 ① くに最高裁判所の判例が、法的拘束力を持つか否かと いう点については、前に述べた（1.3.4(2)）。結論のみを繰り返すならば、いわゆる法的拘束力説と事実上の拘束力説とは、最高裁判所の判例が下級裁判所に対して持つ拘束力に関する限り、差異を生じない。判例が裁判所を事実上拘束しているということは、結局 法的拘束力があるということである。他方、判例法とされる英米諸国においても、判例法は成文法と異なって権威ある定式化がなされてもそれは従前の諸判決の内容を記述する意味しか有していないため、新たに発生した個別の事件ごとに状況に応じ背景となる正当化理由にさかのぼる柔軟な判断を許容するとされることに留意する必要がある。

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

先例拘束性原理を支える論理として、アメリカ合衆国では、調整問題の解決 しば言及されるのは、「多くの事柄では、適用される法的ルールが定まっていることは、それが正しく定まることがより重要である」とのブ

ランダイス裁判官の見解である (*Burnet v. Coronado Oil & Gas Co.*, 285 U.S. 393 (1932))。判例の役割が、大多数の当事者が従うべきルールを示し、調整問題を解決することに求められる場合、判例は私人に行動の基準を提供し、その予測可能性を保障すべきであるから、判例を形成した裁判所自身について禁反言のルールがある。判例の変更により多くの利益が生み出されるという確実な保障がない限り判例は変更されるべきではなく、とくに判例に従ったことによる不利益を当事者である私人に課すべきではない。

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

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

---

**14.4.8 民主主義と司法審査**

**公共の権利と憲法上の権利** 議会の代表する社会全体の利益（公共の福祉）と、それに対応する議会と裁判所の役割分担は、相互に密接に関連しており、さまざまな立場からの検討がなされている。とりわけ問題となるのは、公共の福祉と憲法上の権利とが衝突する場合に、政治部門と裁判所は、それぞれいかなる判断を行なうべきかである。裁判所が違憲判断について積極主義をとるべきか、消極主義

をとるべきかが議論されることがあるが、全面的な積極主義も全面的な消極主義も、望ましい選択肢とはいえない。問題はむしろ、いかなる根拠に基づき、いかなる場面において、裁判所が積極的な違憲審査を行うべきかである。以下では、いくつかの議論の筋を紹介する（松井 [1991]、長谷部 [1994]、トロペル [1995]、阪口 [2001]などを参照）。

**法実証主義** 懐疑的な立場を徹底すると、何が国民全体の利益であり、何が多数決でも侵害しない人権かをあらかじめ知ることはできない。議会が多数決で投票して、はじめて何が公共の福祉かがわかり、裁判所が判断を下した後にはじめて各自の人権の中身がわかる。懷疑主義は、法律や判決のようにはっきりと誰の目にも明らかに見えるものだけが判断の根拠になるといふ実証主義と結びつく。この場合、議会や裁判所の決定は、それとして受け入れる他はなく、いったん下された決定の善し悪しを評価する独立の判断基準は存在しない。もっとも、徹底した懷疑主義は、実証主義をも掘り崩すであろう。

**政治的多元主義** そこまで徹底しなくとも、国民全体の利益の中身は、実際に企業や圧力団体など、さまざま私的的利益が議会に反映され、そこでの力関係と交渉・妥協の過程を通じてはじめて判明するものであり、それと独立の判断基準はないという政治的多元主義の立場もある。このように考え方に対応して、裁判所の役割も、人権や正義という超絶的な基準に基づいてこのような利益集団の交渉の結果を覆すことではなく、政治過程が特定の利益集団によって占拠されないように、多元的な利益が議会に反映されることを確保し、多数派－少数派の交代を可能にする条件を整えることに限られることがある。この考え方から、裁判所にとつて、政治参加の機会均等や表現の自由な決定の権利を政治的多数派の決定に对抗して守るべきであるとは言えないことになる。

「国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益」の公正な反映と調整を国会の任務とする最高裁判和60・11・21民集39巻7号1512頁や最判平成9・9・9民集51巻8号3850頁はこうした考え方と親和的である。また、民主的政治過程を利益集団の競合と妥協の場とする考え方によつて経済活動規制に関する

トピックからはじめる  
法学入門

# I

## 1 票の格差

—司法と政治の素敵

九州大学教授  
**南野 森**  
MINAMINO Shigeru

「一強多弱」とも言われる現在の国会。とくに衆議院は与党が3分の2を超える議席を有しており、夏の参院選の結果次第では、安倍政権が憲法改正を発議することも実際に想定される状況にある。ところで、現在の衆議院議員は2014年12月の総選挙で選ばれたのであるが、この選挙をめぐつては、その小選挙区の区割りについて、最高裁が2015年11月に「違憲状態」であるとの判決を出した。

ちなみに、民主党への政権交代をもたらした2009年8月の総選挙についても、最高裁は2011年3月の判決で「違憲状態」としたし、その次の総選挙、つまり自公両党の政権復帰

をもたらした2012年12月の総選挙についても、2013年11月の判決がやはり「違憲状態」としている。

要するに、民主党の鳩山内閣以来、現在の第3次安倍内閣に至るまで、歴代首相はすべて最高裁に「違憲状態」と判断された衆議院（と参議院<sup>1)</sup>）によって指名されてきた、ということになる。

どこかおかしくはないだろうか。

## I 1票の格差とは何か

憲法14条の定める法の下の平等は、「当然に、選挙権が平等に与えられるべきことを帰結する」<sup>2)</sup>。判例・通説によれば、ここでいう選挙権の平等の観念には、数的平等（1人1票）のみならず、「選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票の価値の平等」<sup>3)</sup>も含まれる。そして各選挙人の投票の価値とは「各投票が選挙の結果に対してもつ影響力」<sup>4)</sup>のことであり、これを逆方向から見れば、投票価値の平等とは「議員1人あたりの有権者数の平等」<sup>5)</sup>を意味することになる。

ところが、実際には投票価値は平等ではない。直近の2014年12月の総選挙では、全国の小選挙区のうち選挙当日の有権者数が最も多かったのは東京1区の49.2万人であるが、これは最も少なかった宮城5区の23.1万人の2.129倍である。これが、当該選挙における「1票の格差」の最大値、つまり「最大格差」である<sup>6)</sup>。なお、宮城5区で当選したのは民主党の安住淳議員で、その得票数は64万票であったのに対し、東京1区で落選した同党の海江田万

1) 半数改選の参議院については、2010年選挙について2012年判決が、2013年選挙について2014年判決が、いずれも「違憲状態」と判断した（それ以前の2回の選挙はいずれも合憲）。したがって、厳密に言えば、衆参両院ともに「違憲状態」選挙によって（小）選挙区選出議員が選出されたことになるのは、2013年の参院選以降であり、その状態で内閣総理大臣に指名されたのは2014年の総選挙後に指名を受けた安倍晋三首相（第3次内閣）のみである。

2) 長谷部恭男『憲法〔第6版〕』（新世社、2014年）174頁。

3) 最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁、243頁。

4) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）141頁。

5) 長谷部・前掲注2)174頁。なお、「有権者数」の平等なのか、「人口」の平等なのかは、少なくとも理論的には重要な差があるはずであるが、この点については、赤坂幸一「人口比例と有権者数比例の間」論ジュリ5号（2013年）42頁以下を参照。

6) 一般に報道などでは「格差」という文字が用いられるが、判決文では「較差」と書かれるのが普通である。

7) 選挙当日の有権者数は、大阪19区が30.5万人、北海道1区が49.1万人であった（格差は1.607倍）。

里代表（当時）の得票数は8.9万票であった。つまり、海江田氏は安住氏より2.5万票も多く得票したにもかかわらず、落選となつたのである。ちなみに、この選挙での最少得票数での当選者は大阪19区の丸山穂高議員（維新、5.6万票）で、最多得票落選者は北海道1区の船橋利実氏（自民、10.5万票）であった。

もちろん、当・落選者それぞれの得票数の多寡は、選挙区ごとの有権者の投票行動・投票率や立候補者の数・質など、いずれも偶然の支配しうる多様な事情に影響を受けるものであり、最少得票当選者よりも多く得票した落選者がいること自体を一概に不平等と決めつけることはできない。とはいえ、5万票で当選できる者がいる一方で、10万票でも落選する者がいるという不思議な現象の裏には、選挙区ごとの有権者数に大きな差のあることがやはり一因として存在しているとは言えるだろう<sup>9)</sup>。

いずれにせよ、少なくとも選挙区の有権者数が等しくない時点ですでに投票価値の平等は侵害されているのであり、そうであれば、それは憲法14条違反となりそうである。この点、最高裁はどう判断してきたのだろうか。

## II 最高裁判所の判断

衆議院の選挙制度が現在の小選挙区比例代表並立制になったのは、1996年の総選挙からである。それ以前のいわゆる中選挙区制の時代は、1票の格差がかなり大きく、最大4.99倍に達したことがあった（1972年総選挙）。小選挙区制になってからは、最大でも2.471倍（2000年総選挙）というように、最大格差は小さくなっているが、それでも2倍を下回ったことは

ない。他方、参議院については選挙区で5倍前後の最大格差が続いている。ところが、最高裁が違憲判決を出したのは、衆議院について中選挙区制時代に2度あるのみである<sup>8)</sup>。

最初の違憲判決である1976年判決は、投票価値の平等は憲法上の要請であるとしながらも、しかし憲法はそれを「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」いとして、選挙制度の設計にあたって国会がもつ裁量を広く認めたうえで、「選挙人の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程度に達している」か否かで判断するという、緩やかな基準を打ち出した。

その後、8回の衆院選と9回の参院選について大法廷判決が出ているが、これらの判決群を整合的に理解し、そこから明快な判例法理を引き出すことは、実は難しい。そもそも1976年判決は「投票価値の平等の実現に対する態度を決定し尽くしておらず、むしろ投票価値の平等の理解や合理的期間論の運用等を通じて、より厳しい、あるいはより緩やかな対応を可能にするものでもあった」<sup>9)</sup>からである（合理的期間論については後述）。その結果、たとえば1票の格差が何倍を超えるか違憲となる、というような客観的な基準が示されないまま、選挙のたびに「アドホックな判断」<sup>10)</sup>が示される状況にある。

とはいえ、近年の最高裁は、国会の裁量を狭める方向で判断を下すようになっている<sup>11)</sup>。衆議院については、小選挙区制導入の際に、各都道府県にまず1議席を配分したうえで残る議席を都道府県人口に応じて配分するといいわゆる「1人別枠方式」が採られたが、2009年総

8) 1972年総選挙についての前掲注3)1976年判決、および1983年総選挙（最大格差4.40倍）についての最大判昭和60・7・17民集39巻5号1100頁。

9) 宍戸常寿「一票の較差をめぐる『違憲審査のゲーム』」論ジュリ1号（2012年）41頁以下、43頁。また、同判決が示した姿勢は、緩やかな基準に加え合理的期間論や事情判決法理を採用する「二重三重のガードを固めたものであった」とを指摘する、淺野博宣「投票価値の平等について」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）439頁以下（引用箇所は443頁）も参照。

10) 宍戸・前掲注9)43頁。同論文は、1976年判決を「変

更しないまま発展してきた判例は、投票価値の平等、裁量統制のあり方、合理的期間論、事情判決のいずれから見ても、あまりにも難解で複雑なものとなっている」とも言う（49頁）。

11) その画期となったのが2001年参院選についての最大判平成16・1・14民集58巻1号56頁であったことを明快に指摘するものとして、長谷部恭男ほか「[座談会]選挙制度と政党システムの未来」論ジュリ5号（2013年）9頁以下における高見勝利発言（19頁）を参照。また、安西・後掲注15)も参照。

選挙についての2011年判決<sup>12)</sup>は、これが「投票価値の較差を生じさせる主要な要因」であるとして、「できるだけ速やかに」「廃止し」、「投票価値の平等の要請にかなう立法的措置を講ずる必要がある」とした。そのうえで、同方式を含む区割り基準に基づいて定められた選挙区割りは「本件選挙時において、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っていた」と判断した。また、参議院についても、これまで1度も違憲判決が出たことはないものの、2010年選挙についての2012年判決<sup>13)</sup>は、最大格差が5倍に達していたことにつき「もはや看過し得ない程度」の投票価値の不均衡があり、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」と認定した<sup>14)</sup>。

このように、衆議院については「憲法の投票価値の平等の要求に反する状態」、参議院については「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」という言い回しで、近年の最高裁は、衆議院小選挙区および参議院選挙区の区割りや定数配分のあり方を厳しく非難している。それぞれ、「憲法……に反する状態」、「違憲の……状態」であって、これらを略して一般に「違憲状態」判決と呼ぶわけである。それでは、これは「違憲」判決とはどう異なるのだろうか。

### III 「違憲状態」と「違憲」のあいだ ——「合理的期間」論

「違憲状態」判決と「違憲」判決を分けるのが、「合理的期間」論と呼ばれる、やはり1976年判決で初めて用いられた審査手法である。

衆議院小選挙区についての最初の「違憲状態」判決である2011年判決は、上述の通り選挙当日の格差を「違憲状態」と判断したが、それだけでひと息に「違憲」の結論を出すのでは

なく、次にいわば第2段階の審査として、「憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかったといえるか否か」を検討する。そして結論としては、「本件において憲法上要求される合理的期間を超過したものと断することはでき」ず、したがって区割規定が「憲法の規定に違反するものということはできない」とした。

参議院についても、——多数意見は「合理的期間」の語を用いないが——「違憲状態」か否かの審査の次に、そのような状態が「相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、国会の裁量権の限界を超えると判断される」かを審査し、超えると判断される場合には、「当該議員定数配分規定が憲法に違反するに至る」とする、やはり2段階の審査が行われる。そして2012年判決は、格差が「違憲状態」ではあったものの、「本件選挙までの間に本件定数配分規定を改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えるものとはいえない」として、「本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていた」とは言えないとした。

それぞれの判決が具体的にどのような「合理的期間」審査を行ったかにはここで立ち入る余裕はない<sup>15)</sup>が、「合理的期間の経過については、判例は依然として事情の総合考慮の形で判断しているため、最高裁がどのような判断を下すかを予想することは困難である」<sup>16)</sup>との指摘には注意しておきたい。つまり、第1段階の審査である最大格差に関して仮にある程度客観的な基準が形成されるとしても、第2段階の審査で「総合考慮」がなされるならば、最高裁には結論的に違憲とするか否かのフリーハンドが与えられていることにもなりかねない、ということである。

もう一つ注目したいのは、これらの判決が出

12) 最大判平成23・3・23民集65巻2号755頁。

13) 最大判平成24・10・17民集66巻10号3357頁。

14) その後、2013年参院選についての最大判平成26・11・26民集68巻9号1363頁も、最大格差が5倍未満であった(4.77倍)ものの、同様の言い回しで投票価値の不均衡を違憲状態と判断した。

15) 憲法の学習者にとって、まず、長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ(第6版)』(有斐閣、2013年)所収の諸解

説が出発点になるだろう。合理的期間論については内藤光博解説(154事件)を、2011年判決については安西文雄解説(158事件)、2012年判決については辻村みよ子解説(155事件)を参照。

16) 宍戸・前掲注9)48頁。

17) 長谷部ほか・前掲注11)29頁【高見発言】。

18) 最大判平成25・11・20民集67巻8号1503頁。

19) 2014年6月に衆議院議長のもとに「衆議院選挙制度



たあの国会の対応である。ここでは衆議院についてのみ見ておこう。

2011年判決が出たあと、同判決の趣旨に従うならば1人別枠方式を廃止し新たに区割りを定立し直すべきであったところ、国会は、2012年11月に法文上は同方式を削除するとともに、定数のみ「0増5減」とする公選法の改正を取り急ぎ成立させた。ところがその成立と同時に衆議院が解散されたため、翌月の総選挙は、2011年判決が違憲状態と判断した旧区割規定・定数のままで施行された。その結果、最大格差は前回総選挙よりも拡大した(2.43倍)。言うまでもなくこれらの措置は、2011年判決が求めたものとはほど遠い弥縫策にすぎず、つまり、2011年3月の「違憲状態」判決から2012年12月の総選挙までの1年9か月のあいだ「国会がなんらの是正措置もしなかったということはその結果からして明白」<sup>17)</sup>であると言え、したがってついに最高裁が違憲かつ無効とする判決を出すかもしれないとの観測もあったところである。しかし、最高裁は2013年11月の判決で、格差を「違憲状態」とはしたもののが「合理的期間」論によって結論的には違憲としない判断を下した<sup>18)</sup>。

ところで、2012年総選挙後、2013年判決に至るまでのあいだに、0増5減に基づく新たな区割りが2013年6月に成立したが、これもまた、2011年判決の趣旨に従った根本的な区割りの見直しにはほど遠いものであった。0増5減を具体化するため人口過少の5県の小選挙区数を1ずつ減らしたことはともかく、1人別枠方式で各都道府県に配分された定数を根本から見直さないままに17都県42選挙区の区割りを改めただけのものであったので、2010年国政調査の結果をもとにすると最大格差は1.998倍とかろうじて2倍を切ったものの、2013年3

月末現在の住民基本台帳に基づく総務省試算によれば2.097倍という、要するに新たな区割りを作った時点ですでに2倍を超える最大格差が生じているなど、なんとも不十分な代物であったのである。

そして2014年12月の総選挙は、この不出来な弥縫策に基づいて施行された。2011年3月の判決から実に3年9か月が経過しているにもかかわらず、実質的には1人別枠方式を維持したままで、である。ところが最高裁は、2015年11月の判決において、やはり格差を「違憲状態」としたものの、2011年判決以降上記の2度の法改正が行われていることや、衆議院に選挙制度調査会<sup>19)</sup>が設置され更なる見直しを検討中であることなどを指摘し、「国会における是正の実現に向けた取組が〔2011年判決〕及び〔2013年判決〕の趣旨を踏まえた立法裁量権の行使として相当なものでなかったということはできず、本件において憲法上要求される合理的期間を徒過したものと断することはできない」とした<sup>20)</sup>。

以上からすると、国会は2011年判決を真摯に受け止めていないように見えるだろうし、最高裁もそのような国会の怠慢を2度も連続して「合理的期間」論でいわば「救済」しており、どうも甘すぎるよう見えないだろうか。

## IV 国会と裁判所の駆け引き ——国民は蚊帳の外?

まず、国会はなぜ最高裁判決の趣旨に従い即座に本格的な区割り・定数配分の見直しを行わないのだろうか。これは実に簡単な話で、要するにそのことで不利になる現職議員が存在するからである。1票の格差を是正する方法が立法による(憲47条参照)以上、現職議員の抵抗が

に関する調査会」が設置された。同調査会は、2016年1月に、衆議院議員の定数を10人削減することや、小選挙区の定数配分については「アダムズ方式」を採用し、10年ごとの大規模国勢調査に基づいて都道府県への議席配分を見直すべきこと、中間年の簡易国勢調査の際に2倍を超える格差の選挙区があれば区画の見直しを行うべきことなどを答申した。

20) 最大判平成27・11・25 裁時1640号16頁。なお、本

件選挙についての下級審判決のうち、福岡高判平成27・3・25判時2268号23頁は、2011年判決以後多くの都道府県で1人別枠方式に基づく定数配分が維持されていることを重視し、合理的期間の徒過を認定し違憲判決を下した。同判決については、上田健介・セレクト2015〔I〕(法教425号別冊付録)5頁を参照。

大きければ大きいほど、その是正は小さなものにならざるを得ないだろう。「最高裁の判断のたびに議員の抵抗を乗り越えて小規模な是正を行うというのではなく、何年かに一度、人口に応じた機械的な見直しを肃々と行うような制度が必要だろう」<sup>21)</sup>と指摘される通りである。上述の調査会の答申をめぐるごく最近の政治的対立を見ると、有識者の提言だけではなお不十分であることもよくわかるだろう。

他方で、最高裁が国会に対して甘く見える点については、ことはそれほど単純な話ではない。たしかに、格差を違憲とし選挙を無効とせよ、との主張はわかりやすい。憲法の予期しない混亂が生じるから「事情判決」の法理に依って選挙を無効としない方が良いとの考え方もある——2つの違憲判決がそうであった——が、これに対するは、最高裁の少数意見や学説において、違憲無効判決を出したあとにどうすれば良いか、あるいはどのような違憲無効判決を出せばうまくいくのかについて、種々の検討が積み重ねられつつある<sup>22)</sup>。たとえば、無効判決といつてもすべての議員が一斉に失職したり、彼らがそれまでに携わった立法等の効力に問題が生じるわけではなく、「訴訟の対象となった選挙区選挙における当選人が将来に向かってその地位を失うのであって、その議員がその地位を失うまでも今の最高裁は生ぬるいとも言いたくなるかもしれない。度重なる「違憲状態」判決に対する

そもそも、1票の格差の問題ではないが、第2次大戦中、「翼賛選挙」と呼ばれた1942年4月の総選挙について、1945年3月（1）に選挙無効の判決が大審院で出され、実際に再選挙が行われた例がある<sup>24)</sup>ことからすると、なんとも今の最高裁は生ぬるいとも言いたくなるかもしれない。度重なる「違憲状態」判決に対する

上記のような国会の不十分な対応を見るにつけ、そろそろ、あるいは次の総選挙こそは——2011年判決から5年が過ぎ、まさに3度目の正直となる——違憲無効判決を出すべきだと考えるのも当然である。

他方で、あえて別な視点に注意を促しておくならば、1票の格差をめぐる最高裁の審査は現状では常に事後審査である、という点が重要である。すなわち、「選挙を無効とする判断がなされたとしたら、それは選挙結果を見たうえでの判断」<sup>25)</sup>となるのである。「裁判所が『この議員はちょっとけしからん』と思ったとき、たまたまその議員の選挙区に1票の格差の問題が生じていたら、その選挙区の選挙だけを無効にするなんてことは考えすぎ」<sup>26)</sup>だろうか。荒唐無稽で杞憂であると信じたいが、しかし事実として、「裁判所は後出しができる場所にいる」<sup>27)</sup>のである。少なくとも、司法による1票の格差問題の統制を現状のような選挙無効訴訟による事後審査に限定する限りは、今後、戦後初の違憲無効判決を出すことになる場合、最高裁としては、多方面からの多様な反発と批判に堪えうる説明を判決理由において説得的に展開することが求めされることになるであろう。

国会は、最高裁がこれまでのようにせいぜい違憲状態判決しか出さないだろう、あるいは違憲判決を出しても過去の2例のように事情判決の法理を用いて選挙無効には踏み込まないだろうと高をくくっているのかもしれない。そして最高裁は、国会や内閣と全面的に対決することは、たとえば裁判所に関する立法や予算の改変、あるいはひょっとすると最高裁判事の指名や任命（憲6条2項・79条1項）といった、憲法上政治部門に与えられている権力の「濫用」を引き起こすことになると懼れているのかもし

21) 徳永貴志=砂原庸介「『一票の較差』判決——『投票価値の平等』を阻むものは何か」法セ734号（2016年）60頁以下、66頁。この論文は、計量政治学の視点から、「選挙区間の最大岐差もさることながら、平均値からの偏差に着目しなければならない」ことを指摘（68頁）するなど、これまで憲法学が必ずしも十分に分析を深めてこなかった論点について示唆に富む検討を多く含む。

22) 「選挙無効判決の後始末」については、とりあえず、長谷部恭男「投票価値の較差を理由とする選挙無効判決の帰

結」法教380号（2012年）38頁以下、および同「選挙制度をめぐる諸問題」論ジュリ5号（2013年）4頁以下を参照。また、前掲注11)の長谷部らの座談会もそのような検討を行っている。

23) 2012年判決（前掲注13）に付された田原睦夫裁判官の反対意見。長谷部・前掲注22)「選挙制度をめぐる諸問題」は、この主張について、「選挙無効判決の効力およびその範囲に関する穩当で無理のない見解と言い得る」とする（5頁）。

れない。

このような統治機構同士のいわば駆け引きにおいては、肝心の国民は蚊帳の外に置かれているかにも見える。たしかに、「一票の較差による被害を実感することは難しい」<sup>28)</sup>し、「一票の較差に本気で憤っている一般の有権者に一人も会ったことが〔ない〕」<sup>29)</sup>と言われても驚かない読者は多いだろう。しかし、「ひとりひとりの国民を『完全に同等視』して平等な存在として扱うべきだという、理念的な意味があるので、その観点からして一人一票の原則が重要で基本的な憲法原則であることは譲れない」<sup>30)</sup>ことを忘れてはならないだろう。そのうえで、投票価値の平等という憲法原則をはたして誰が護持しようとしているのか、誰がそこからのらりくらりと逃げようとしているのかを、見極める必要がある。「憲法が政治部門に何を求めるのかを明らかにし、真に必要な場合には決然と対処すること」は違憲審査権限を有する裁判所の責務であって、「またそうした裁判所に対する世論の支持あってこそ成熟した立憲主義国家といえる」<sup>31)</sup>のである。

## おわりに

憲法というと「人権を保障する最高法規」というイメージがまず思い浮かぶかもしれない。それは間違いではないし、たとえば法科大学院で司法試験のための勉学を進めるうえでの憲法論は、その多くが「人権論」である。憲法は「何よりもまず、自由の基礎法」<sup>32)</sup>なのである。

しかし憲法は、それと一緒に、そして自由の基礎法であるためにも、「國家の機関を定め、それぞれの機関に国家作用を授權する」<sup>33)</sup>ことをもその重要な役割とする。「國家の統治の基本を定めた法」<sup>34)</sup>でもあるのである。

1票の格差問題は、選挙権という権利をどのような意味で平等に保障するかという「自由の基礎法」(=人権法)領域の憲法論と、「公正かつ効果的な代表」(1976年判決)を実現するため民主政の制度をどう設計するかという「統治の基礎法」(=政治法)領域の憲法論とが正面から交叉する、そのような意味で本来的な、そして典型的な憲法的論点の一つである。そして、その問題の解決のために違憲審査制が相対的に積極的な関与の姿勢をとり続けているという意味で、日本では例外的と言うべきテーマでもある。さらに、およそ違憲審査制について言えることではあるにせよ、この論点での憲法訴訟においては、裁判所という法部門と国会・内閣という政治部門との、互いに相手の出方を予想しながらの駆け引きが特に大きな意味をもち、したがって両部門の緊張関係や力関係を意識せざるを得ないという意味で、1票の格差問題の究明には、憲法条文の解釈作業のみには収まらない、スケールの大きな理論構想が求められているのである。

「条文には書かれていない本質」を考えることも、憲法学の学修にとっては不可欠である。だからこそ憲法学は難しく、そして面白い、とも言える。

(みなみの・しげる) ■

24) 参照、清永聰『気骨の判決——東條英機と闘った裁判官』(新潮社、2008年)。

25) 内山奈月＝南野森『憲法主義——条文には書かれていない本質』(PHP文庫、2015年) 218頁〔初出は2014年〕。

26) 内山＝南野・前掲注25)219頁。

27) 淺野・前掲注9)439頁。

28) 徳永＝砂原・前掲注21)61頁。

29) 長谷部ほか・前掲注11)20頁〔柿崎明二発言〕。

30) 長谷部ほか・前掲注11)における長谷部発言(20

頁)。なお、「完全に同等視」の表現は、1976年判決の用いたものである。

31) 宍戸・前掲注9)49頁。

32) 芦部(高橋補訂)・前掲注4)10頁。

33) 芦部(高橋補訂)・前掲注4)10頁。

34) 芦部(高橋補訂)・前掲注4)4頁。