

日本国憲法 60 年

現状と展望

〔座談会〕 憲法 60 年——現状と展望

明治大学教授

高橋 和之 〈司会〉

大阪大学教授

棟居 快行

近畿大学教授

佐藤 幸治

東京大学教授

蟻川 恒正

はじめに

高橋 本日はお忙しい中、お集まりくださいましてありがとうございます。今年の5月3日には、日本国憲法施行60周年を迎えます。そこで『ジュリスト』では、記念の特集号を企画しました。その企画の中の1つとして憲法研究者の皆さんに、憲法60年の運用を踏まえた現状分析と今後の展望について論じてもらいたいということで、今日お集まりいただいた次第です。

最初に出席者をご紹介いたします。佐藤さんは現在の憲法学界のトップリーダーの一人で、人権論、憲法訴訟論、統治機構論等々、憲法学のあらゆる分野で学界をリードされてきました。また、学界外でも精力的にご活躍され、政府の行政改革や司法制度改革の審議会等においても、中心的なメンバーとして議論をリードされてきたことは周知のと

問題がどのように見えているのか、興味をそそられる点です。

以上のようにお三方それぞれが、戦後の日本国憲法の展開の中で、時間的・空間的に異なる位置から憲法研究をされてこられたもので、日本国憲法の現状と展望についても、異なった像を結んでおられるのではないかと拝察いたします。それを論じていただこうというのが、今日の趣旨だと理解しております。進行役は私、高橋が務めさせていただきますことになりました。よろしくお願いたします。

早速、テーマの中身に入っていきたいと思えます。とりあえず、今日の議論の筋道と言いますか、柱を次のように設定させていただきます。憲法60年を振り返って、将来を展望するということです。90年代以降に当てはまるので、焦点を90年代以降に当てることにしたいと思います。と言いますのは、90年代以降に日本国憲法を取り巻く環境が大きく、かつ急激に変わってきているという印象を持つからです。統治機構の領域では政治改革に始まり、省庁再編、地方分権に代表される行政改革、司法制度改革と、欠陥ぎ早に政治日程にのぼり、それぞれの改革が現在も進行中と行ってもよいでしょう。

また、人権との関連でも、これは人権だけでなく行政改革との関連もあります。行政手続法の制定、情報公開法の制定、個人情報保護法の制定へと進んできましたし、インターネットの発見、通信と放送の融合の問題など、各種人権論に重大なインパクトを与える状況が産み出されてきており、もちろん、その変化の意味をとらえるには、90年代以降を憲法60年の歴史の中で位置付けるという作業も必要でしょうから、そういう観点から60年全体の流れを視野に入れた議論をしていただくと結構ですが、焦点は90年代以降に置いていただければと思います。

そこで、まず最初に90年代以降の変化をどうとらえるのか、その変化の原因・性格等についての総論的な議論をしていただきます。これが1の柱になります。次いで、その総論

たかはし・かずゆき氏



的な議論を踏まえ、それが憲法現象やそれを分析する憲法学にどのようなインパクトを与えているのか、あるいは与えていくと考えられるかということを、IIの柱として統治機構の分野、そしてIIIの柱として人権論の分野に分けて議論をしていただきたいと思います。それぞれその分野について、皆さん各々がどのような変化を重視するのか、なぜその変化を重要と考えるのか等をお出しいただくと、興味深い議論になるのではないかと期待しております。

I 90年代以降の憲法状況の特徴

高橋 それでは、最初に総論的な問題提起を。佐藤さんからお願いできますか。

佐藤 私が日本の社会に何か大きな変化はない変調といったものが生じつつあるのではないかと考えたのは、1980年代の半ばごろからです。そして1989年11月のベルリンの壁の崩壊で冷戦構造が終焉し、それとともにグローバル化が顕在化してきました。さらに、日本のバブル経済の崩壊です。大きな時代環境の変化を痛感せざるを得ませんでした。

こうした事態の展開に伴って、従来の日本

の仕組み・やり方では、激動する時代環境に日本はうまく適応できないのではないかというところが、社会・国家のいろいろな分野で感じ取られるようになっていったように思われます。改革ないし変化というものに消極的であった日弁連、その会長に中坊公平さんが就任し、1990年に司法改革宣言を行ったのは、私には極めて象徴的な出来事であったように思われます。そして政治改革、行政改革、地方分権推進、司法改革等々の様々な改革が進められていくわけですが、これらの改革はもろろ日本国憲法と深い関わりを持つものであるとして、憲法学にとっても容易ならざる状況を迎えたと認識せざるを得ませんでした。

1996年10月の日本公法学会では、「日本国憲法50年」ということで、戸部信喜先生と伊藤正己先生の記念講演がありました。これらの講演は『公法研究』59号（1997年）に掲載されており、戸部先生は「人権論50年を回想して」と題して、大変滋味に富むお話をなされました。その冒頭で、「きわめて重要だと思われる2つのこと」に言及されました。1つは、戦後日本の憲法学が、戦前までの自由主義的・立憲主義的学風のゆえに弱体化した。美濃部・佐々木兩博士の憲法学の復活をもってスタートしたこと、そしてその学識が門下生たちに受け継がれていく中で、岡博士の国家法人説や明治憲法の残滓がみられる理論が乗り超えられ、新しい憲法学の基礎が固められて多様な展開をみせるに至ったこと、です。もう1つは、こうした自由主義的・立憲主義的憲法学の前に、新憲法に対して必ずしも好意的でなかった保守政権が大きく立ちあがったこと、そういうこととの関連で自由主義的・立憲主義的憲法学は「批判的学ないし抵抗の学としての性格」を強めざるを得なかったこと、です。

「憲法学と憲法裁判」と題する伊藤先生の講演も大変印象深いものでした。先生は、戦前の憲法学と比較しての戦後の憲法学の特質について言及されるときにも、憲法学と憲法裁判との乖離は大きく、その乖離をなくすること

はそう簡単ではないことについていろいろお話しになりました。

このお2人の先生の学をお話を拝聴しながら、これまでの「批判的学ないし抵抗の学」としての憲法学は、進められつつある諸改革に対してどう対応していくのだろうか、憲法学と憲法裁判との乖離がそう簡単に解消されないのだとしたら一体どうすればよいのだろうか、などと、興味深く、しかし同時に重い気持ちで受け止めておりました。

公法学会のことについていえば、1994年10月の学会における行政学の西尾勝さんの「議院内閣制と官僚制」と題する報告も、強い印象を残すものでした。この報告も『公法研究』57号（1995年）に掲載されていますが、「憲法学界での議論は……壇上議院と内閣の關係に関心を集中させていて、任命職の行政官（官僚・行政職員）から構成されている官僚制に對する統制の問題をほとんど完全に無視している点が遺憾に思われる」と学界の動向を厳しく批判するものでした。もちろん受け止める方はいろいろあるところですが、当時のコンテクストの中で、憲法学に對し大きな課題を投げかけるものと受け止めた次第です。

◆政治の復興

佐藤 私は立憲派で、憲が関と関係するというようなこともそれまでほとんどなかったのですが、1995年に行政改革委員会（情報公開部会）の専門委員として情報公開問題に關係することになりました。どういう運命のめぐり合わせか、これがきっかけとなって、1995年には中央銀行研究会、さらには行政改革會議の委員となり、その延長線で1999年には司法制度改革審議会の委員に就任して司法制度改革にも關係することになりました。全く思いもしなかったことですから、戸惑いもし、どのような考え・スタンスで取り組むべきかについて思い悩むことも少なくありませんでした。もちろん個別的な問題にはそれぞれ固有の技術的・実践的な課題がありますが、結局のところ、「日本国憲法の原点」、あるいは「日本国憲法の心」といってもよいのかもし

せんが、そういうものをベースにして考えていくしかないと思われました。

では、「日本国憲法の原点」あるいは「日本国憲法の心」とは何かということになります。国が、まず1つとしては「政治の復興」です。国民主権、国会、内閣、地方自治等々に横断的に関わってくる視点です。2つには「個人の尊重・人権の保障」、3つには「法の支配の孤充」、4つには「平和主義」。こういうと、従来から「日本国憲法の基本原則」として語られてきたことで、何の変哲もない話ということになりますが、日本国憲法は過去の歴史からどのような教訓を汲み取り何を実現しようとしたのか、現在我々が置かれている状況の中で、いわば「初めにかえて」反省し、行政改革や司法制度改革等の方向・中身を考えてみようと思っただけです。

なぜ「政治の復興」という視点からとらえようとしたかですが、明治憲法体制下の我々の経験との関連です。言うまでもなく明治憲法体制は、統治権を総握する天皇の下での責任制限分立の体制でした。そしてその中にあって、行政に非常に大きな比重が置かれ、行政がいかに他の権力、特に政治から守るかという観点が強かった。立法については帝國議會の協賛を要し、司法については大法官の名で裁判所が行うということですが、行政についてはいわば天皇親政で、國務各大臣が輔弼しその責を負うという体制であり、内閣も内閣総理大臣も勅令上のもので、しかも内閣総理大臣は各大臣の「首班」にとどまるものでした。滝井一博さんの指摘しておられることですが、これは、1882（明治15）年に憲法調査のためヨーロッパに向かった伊藤博文が、特にオーストリアのロレンツ・フォン・シュタインのドで行政の重要性を学び、憲法と行政とのつながりを強く意識するようになった、その成果の反映とみられます。

もっとも、伊藤は、いずれ政党が発達し、議會を中心とする国民参加の立憲政治が展開していくだろう、むしろそれはそれでよいという見方をしていたようです。これに對し、

目次

はじめに

I 90年代以降の憲法状況の概観

- ◆政治・行政・司法の諸改革が目指したもの
- ◆「政治の復興」をどう理解すべきか
- ◆現況状況を要するキーワード
- ◆安保と9条
- ◆「執政」概念登場の背景
- ◆総合戦略の形成の場
- ◆統治の主体と客体の間で
- ◆裁判員制度を例にして
- ◆統治機構の領域で注目される動向

II

- ◆政治改革・行政改革の検証
- ◆何を目標すべきか
- ◆制度設計へのスタンス
- ◆執政概念の含意

III

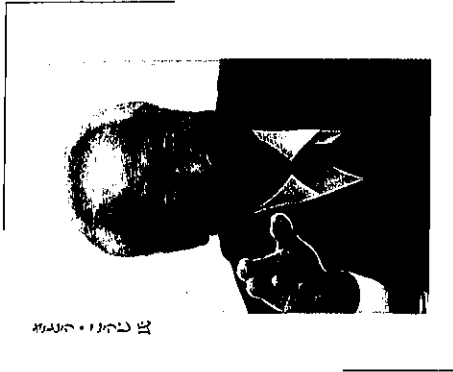
- ◆人権の領域で注目される動向
- ◆制度原理的思考とその対抗思考
- ◆専門職の統制
- ◆ワンパーソン・ワンヴァートの意味
- ◆制度と人権の関係
- ◆Hの丸・君が代問題にどう向き合うか

おわりに

伊藤の政敵ともいべき山県有朋、この山県は明治憲法が制定された1889（明治22）年に欧米への巡察旅行をしています。山県は、官僚制中心の国家体制、官僚制国家を強く意識していた。やや単純化していえば、この伊藤が、明治憲法体制の展開を彩っていくことが、明治憲法体制の展開を彩っていくことになり。三谷太一郎さんは、明治憲法下の権力分立は、立憲の厳格なもので、ある国家機関が他の国家機関を圧倒して、かつての憲府のように天皇を代行する国家機関となる可能性を封殺しようとし、政党内閣は立法と行政の両機能を連結する機能を持つため、それを排除しようとした、とおっしゃっています。

行政については天皇親政であったと言いましたが、それは本来的に立憲主義と親政関係をはらんでいます。そして、天皇を輔弼する

高橋 佐藤氏



国路各大臣の集まりである内閣がまとまりを欠き、各省割拠主義的傾向を持っていたらと云える。当初は伊藤らの明治の元勳たちが内閣を仕切っていた。また、結局は政党が誕生し、政党内閣制が生まれた。それが内閣を仕切っていく局面も生じた。しかし、力のある元勳たちも去り、原敬の暗殺などを契機に政党政治もおかしくなり、政治は次第に衰弱し、残ったのは行政、つまり官です。その行政、官も、その実態は各省割拠主義体制であり、その官（特に陸軍省など）も部分部分に解体していく。あの思わぬ戦争も、こうした政治の衰弱と権力の部分部分への解体の中で生じたのではない。

日本国憲法は、まさにこうした悲劇的経験への反省の上でできたもので、何よりも国民主権の下での「政治の復権」を目指した。それが、国会や内閣等に関する憲法の定め方に反映されているのではない。

さて、その日本国憲法の下での実際の姿、いわゆる戦後システムは何であつたかです。戦前の行政システムは基本的にそのまま残りました。政党のほうも55年体制ができると同一政党が支配し、政権交替が起きず、政と官との密着した姿が現出しました。内閣制度、

地方自治制度、行政訴訟制度等々の中身に立ち入ってみると、戦前の考え方を引きつづけていると思われ、戦前も決して少なくありません。昭和30年代の憲法改正の動きなどは別として、この昭和30年代には戦前の総動員体制の所産である口実法の見直しを検討。あるいは司法制度の在り方を根本的に見直すといった臨時司法制度調査会の活動などもあったのですが、実現せず、高度経済成長の進展とともに、日本の社会はうまくいっているのだから、制度のことなど難しいことをする必要はないということになっていきました。むしろ、例えば、官主導体制のメリットが強調されたり、「アメリカガ新社会の暗い影」が喧伝されたりしました。憲法からみれば、権居さんの言葉を借りれば、「見える憲法」と「見えない憲法」の二重構造が進んでいったのです。ところが、1990年ごろを境に、なすべきことをなさなかった結果の問題が一気に噴き出してきて、恒題を果たせと迫られた、そんな思いを強くします。

◆政治・行政・司法の諸改革が目指したもの
佐藤 1997年12月に出された行政改革会議最終報告には、次のような一節があります。「われわれの取り組むべき行政改革は、もはや局部的改革にとどまり得ず、日本の国民になお色濃く残る統治客体意識に伴う行政への過度の依存体質に訣別し、自律的個人を基礎とし、国民が統治の主体として自ら責任を負うればならない」。最終報告は、こうした考え方を基本において、内閣機能の強化・内閣総理大臣の指導性の強化と中央省庁の再編を柱とする行政改革に関する様々な提言をしたわけです。委細については、次のIIの箇所の議論に譲りたいと思います。

この最終報告は司法制度改革の不可欠性も訴えていましたが、2001年6月に出された司法制度改革審議会意見書は、行政改革会議最終報告と同じように統治客体意識からの脱却の必要を訴えつつ、「法の精神、法の支配がこの国の血内と化」すことを願って、次のよう

に述べています。「今般の司法制度改革は、これら諸々の改革を憲法の下で立つ基本理念の1つである「法の支配」の下に有機的に結び合わせようとするものであり、まさに「この図のかたち」の再構築に関わる一連の諸改革の「最終のかなめ」として位置付けられるべきものである」。意見書は、こうした考え方を基本において、改革のための様々な提言をしたわけですが、その要綱は、私流にやや象徴的に言えば、司法（正義）へのユビキタス・アクセス社会の実現とよりバランスのとれた統治システム構築ということではないかと考えます。委細については、次の目次IIIの箇所に議論を譲ります。

こうした改革について、憲法の観点からは不十分である、あるいは憲法の考えているところとは違う、という批判があり得るだろうし、また実際にあるところでも、しかしながら、このたびの改革は、私などより若い世代である権居さんの言われる「見えない憲法」を可視化・改訂して普遍性の高い「見える憲法」に近づけようとするものであり、あるいは、ここにはおられませんが、松井茂記さんの言われる、「ほっておいてくれ」の憲法学から「みんなで一緒にやろうよ」の憲法学へ、の方向に沿って少し進もうとするものである（もっとも、私は松井さんの言われるプロセス憲法観には必ずしも賛同するものではありませんが）、ということには申し上げておきたいと思えます。

もちろん私は、憲法の中心的作用は、政治権力の創設と統制にあると思っています。そして、統治主体意識に基づく国民の国政への関心で、政治改革、行政改革などは、「政治のフォーラム」の活性化を通じて、政治権力の創設とともに政治権力の統制を図ろうとする狙いを持つものだと理解しています。もう1つは、「司法のフォーラム」を通じての政治権力の統制です。「正義へのユビキタス・アクセス社会」の実現を通じて、自律的個人の生を助けることと一と一と体制の取を向ける、また、そうした観点から政治の行き過ぎをチェックする。

従来の憲法学からは、「司法のフォーラム」の拡充・強化は比較的理解していただきたやすいのではないかと思います。政治のフォーラムの活性化による政治権力の統制という面については、警戒心が先立って、やや理解されにくいのではないかと、思ったりしております。しかし、後者の意義も決して軽視されてはならないと思っています。

ただ、根本的な改革で制度をいじりますと、実施の段階でいろいろな問題が生じ、また、付随的に、予想もしなかったようないろいろなこと——良い事も、また悪い事も——が生じて参ります。1990年代に始まった様々な改革は、うまくいっているものもあれば、そうとは言えないものもあり得るわけ、全体的な整合性の点で問題を発生せしめ、そのことが諸改革に対しトータルに否定的な評価を生み出しかねない、そうした微妙な時期にあるのかもしれないと思ったりしています。既にお話ししてきたように、私は今の日本国憲法の下でやるべきことはいっぱいあるし、やらなければならないと思っていますが、憲法改正への動きがあったりして、事態は複雑です。改革で生み出された制度の下で、日本の外交戦略や科学技術の推進の仕方など、果たして所期のとおりになっているのか。マスメディアの真の権力世帯力が少し衰えてきているのではないかと指摘もある中で、心配したら切りありません。しかし何もしなければよいかというと、何もしなければ社会・組織は地盤し、腐敗していくことは歴史の教えるところではあります。

いろいろな余計なことも申しただけかもしれませんが、憲法学における「批判」「抵抗」の役割は依然として重要だと思います。冒頭に紹介した芦部先生の講演の趣旨を汲み取って言えば、「創る」「構る」の役割も重要なのではないかと思うのです。これからの日本の憲法が、こうした2種類の役割をどのように果たしていくか、今までとはいきさか違った局面にあることは誰かなように思われます。

高橋 佐藤氏は、1980年代末に大きな変化

他方で9条を高く掲げるといふスタンスが通しなくなりました。つまり、安保自身の中身がどんどん改定されて、いままでによって我が国の安全というように限定してとらえられなくなりました。一体どこまでお付き合いをしようのかという話になっていきますし、それが今日の集団的自衛権という話に、当然つながっているわけです。

他方で、そうした安保へのライラライも含んでいるのかもしれませんが、9条改定論がほとんど人の関心を失いつつあるかもしれないという意味も込めて、ある種のリアリティを一を持つ必要があります。このように、冷戦が終わったことと、安保と9条の抱き合わせ的な我々の特異な思考形式が終わった、あるいは終わりを余儀なくされたということは、当然結び付いていると思います。言い片された俗な言い方で恐縮ですが、図式的な思考というものが、思考停止がでなくなると、代わりに、口々変わる目まぐるしい変化の中の安全保障外交を独自に考える必要があり、それは是非々々であるわけです。

◆「執政」概念登場の背景
棟居 数年前に「ジュリスト」の座談会で、9条に焦点を終った座談会をされました（高橋和之ほか「座談会」憲法9条の過去・現在・未来」ジュリ1260号（2004年）7頁以下）。そのときに私の友人の安全顧問さんが、軍事・外交は「招待勘定」だということを言っていて（同48頁）、高橋さんを驚かせたかもしれないと思います。そうした外交の本質である現実主義が、9条とセットにならざるを得ないということだろうと思います。そこで外交を中心にした「執政」ということになりました。従来、思考を停止してきたものを活動させるときに、「執政」という「行政」にあらざる上位の概念が必要であることを（中）発見するという機運が生じたわけですが、

もちろん冷戦の終焉というものは、それだけに影響をとどめるものではありません。何より、まず55年体制が突き崩されるということにつながったわけですから、それまでは言うまで

もなく、政権交代こそないが、野党的な利益も含めた調整利が完成されていきました。先ほど政治と行政が一体と申しましたが、政治の中で与党も野党も一体化し、全員が調整のテーブル、つまりパイを分けるテーブルに揃っているという奇妙な合同作業が成立していたわけです。前提として高度経済成長が、パイが大きくなることによって、順番が早いか遅いかだけの差で、いずれは全員に何がかが回ってくるということだったわけですから、表面的には対決を避しつつ、実際には調整というモデルが成立したわけですね。

しかし、それが55年体制の終焉とともに不可能になりました。しかも先ほども言いましたように、外交面でもクイックな対応、臨機応変な外交戦略を余儀なくされました。内政ももちろんです。そうした意味を込めて、対決型のモデルが構想されたわけですね。これが当然、政治改革というものにつながり、制度改革につながったわけですね。ただし、これは、対決型モデルというところで本来意識されていたような、マニフェストをそれぞれ掲げて選択をしていくというところには、必ずしもなっていないし、さらには、学界の有力な考え方としては、対決型モデルの延長上に国民内閣制的な、つまりどちらの党首を内閣総理大臣にするかという選択を、ここから高橋さんをはじめ、口指したと思いますが、そこまで延長上につながるようなきれいな対決型モデルが、そもそも政治改革で構想されていたかどうか。もともと小選挙の選挙制度改革止まりだった可能性もあります。つまり、見てくれを新しくするけれど、中身は極力温存するという日本的なやり過ぎしの可能性もあったかと思いますが、もちろん何かしなればいけない、冷戦が終わって、55年体制も終わる、あるいは終わらなければいけないということとは、みんなもよく分かっていたのですが、それが政治改革という現に行われた改革と、うまく整合していたかどうかというのは、今日この時点で多少は検証可能かもしれませんね。

◆総合戦略の形成の場

高橋 途中でさえぎって申し訳ありませんが、いま棟居さんから、政治を復権すると言うけれども、復権すべき政治とは一体何なのかという形で、佐藤さんに問題が返されたという気がします。その点について、佐藤さんがどういうお考えなのか、まずお話しただけです。

佐藤 いま棟居さんがおっしゃったように、戦後の政治体制、特に55年体制は、一兄と野党が激しい対決構造をみせてはいたましたが、実は行政各部の官僚が国民のよく見えないところで議員と取引という調整をやりながら、他面から言えば議員が官僚に依存しつつその能力を使いながら、内閣が展開されてきたようなところがある。高度経済成長、さらにはバブル経済ですから、いずれどこかで収支は合わなければならないことだったのでしよう。いつか、数カ月で代わろうがそれで何も困らない、司（つかさ）、司で事が処理されていく、それが理想的な国家社会だ、といった雰囲気さえ一時あったように思います。これも棟居さんがおっしゃったように、政治は受け身のてよいのだということであれば、このような政治状況は、結局、国民の意識というか、生活感覚の然らめたとことで、とりたてて批判すべきことではないということなのかもしれません。冷戦構造は非常に危険な面を持っておりまして、日本にとっては安全保障や厳しい外交問題はアメリカに任せて、経済問題に専念できるという側面を持っていた。しかし冷戦構造の終焉は、日本が経済問題に専念できた環境がなくなったということの意味するものであり、高度経済成長の終わり、バブル経済の崩壊は、安易な収支の辻褄合わせを許さないということを意味しています。行政改革会議のころ、400兆円の財政赤字で大赤字だということだったので、現在赤字は800兆円に及ぶと言われています。司、司でやっていけば、自ずから事はうまく処理されるというような生易しい状況ではない。

そうすると、国の状況を正確に把握しつつ、国として進むべき方向を見定め、それを実現するための様々な手立てを講じていかなければならない。そのためには、まずは国として総合戦略を立て、総合調整力を発揮できる仕組みを考えなければなりません。仕組みを削ったからといって、直ちに期待どおりになるというわけではなく、そこが大変難しいところですが、そういう工夫をしなくては事始まりません。

私は政治改革には直接携わっていませんから詳しいことは知りませんが、その政治改革を含めての一連の改革は、総合戦略、総合調整の力を持った政治、より具体的にいう能力を持った内閣を創設しようとする試みだったのではないかと思います。政治改革の次に行政改革がきて、内閣機能の強化・内閣総理大臣の指導性の強化ということになったのは、そういう流れであったと思います。

高橋 私も基本的にはそういう流れで理解していますが、その前に、総合戦略を誰が担うかという問題があったのではないかと思います。戦後の憲法学は、政治の主体は議会だという考え方でして、総合戦略が必要だというようになっても、やはり議会を中心にして、議会がそれをやっていくかなければいけないというように考えました。それが1つの行き詰まりの原因ではなかったかと思っています。ですから議会ではなく、行政のほうでそれやっていくべきだということとちえ方が必要になっていったのではないかと考えています。私自身は、そういう観点から研究したので、佐藤 そうですね。最初に西尾さんの学会報告に触れましたが、官僚制を一方的に批判しようというのではなく、官僚制を適切に統制しつつその知恵・能力を活かせるような、そういう力と仕組みが国として必要だという趣旨に理解しています。そういう力・仕組みがないと、結局、各省割拠主義に陥ってしまうと思います。かつては大蔵省が一定の総合調整力を発揮していたようなところがありますが、大蔵省も行政各部の1つにつきませんから、その力

には限界がある。例えば予算や公務員数などについて、大蔵省でやろうとすると、結局、一律削減というふうになってしまう。そうすると、やはり国民の支持を力の源泉とする内閣に期待しなければならぬということになります。高橋さんの国民内閣論はまさにそういう方向を指そうとしたものではなにかと受け止め、行政改革の際にそうした高橋さんのお考えに随分勇気づけられました。横山 だが、これも批判の等として一言だけ申し上げます。一般的な可能性ですが、やはり1990年代に、逆に宿題が押し寄せて、改革が逆を向いている可能性もあると思うのです。いまお二方がおっしゃったのは、やはり向がしか集権的なイメージがあると思うのです。議会ではなく内閣だと。

私が先ほど外界の変化に対する適応と言いましたが、行政レベルで言うと、私は「行政化」と呼んでいます。つまり、いま大学が独立行政法人というか、国立大学法人になるというのは、現象面では1つの切捨てかもしませんが、もう現場に任せていくという発想があるわけです。ある種の市場原理で、大学行政についての情報は、現場の機関がいちばん正確に把握できるわけですから、権限をそこを下ろして分散していけば、最も的確にそれに対してリアクトできるわけです。こういうように、むしろ分散型ネットワーク型の行政というのが、時代の変化に適合的ですので、それを「小さな政府」という標語で呼んでいるはずなのです。

ですから執政という考え方を前面に出すとか、国民内閣制的な、あるいは政策決定という集権的な発想は、本当は1980年代までにクリアされていなければならない話なのです。どうも1990年代に違う方向性のものが一層出てくるという感じが、私の直感で見えなくもないです。相い議論で恐縮です。

高橋 いえ、私の議論は、集権的というイメージではないのです。行政改革が狙ったのも民

営化と地方分権ですから、これもいま横居さんが言われたオートポイエーシスの発想と矛盾はしないだろうと思うのです。分権化していったら、国がやるべきものは必要最小限にしよう。それを「小さな政府」と言いかどうかはまた別の問題になると思いますが、政府の役割をもう少し考え直そうという意味で、政府でしかやれないことは何かということ、きちんと再構成しようということだろうと思うのです。その上で政府が担う役割に見合った組織構造を創っていくという発想ではないかと思っています。

そのときに議会と行政との役割分担として、総合戦略というのがあります。どんなに分権化していても、全体のまとまりが自己創出されると集権するわけにはいかないでしょうから、全体をまとめるものが必要となります。それを「総合戦略」と言っているわけで、別に集権的な戦略を考えるわけではありません。そういう意味での総合戦略ということ、それを議会がやるのに適しているか、行政がやるのに適しているかという、そういう問題ではないかと思っています。

佐藤 おっしゃるとおりだと思います。行政改革の前提には、行政のスリム化ということがありました。行政改革会議の最初の会合で、橋本総理（当時）は、「21世紀の国家として担うべき機能・役割を明確にして欲しい。その前提でいろいろなことを考えて欲しい」と言われ、最終報告も、「まず何よりも、肥大化し硬直化した政府組織を改革し、重要な国家機能を有効に遂行するにふさわしく、簡素・効率的・透明な政府を実現する」とうたっています。当時、行政改革会議とは別に、地方分権推進が取り組まれており、情報公開法の制定も視野に入っておりしました。ですから、一方的に無権化を口指したものではありません。しかし、結果が意図どおりになっていないか、現状はどうか、はまた別の話で、そこは批判の余地が大いにあり得るだろうと思います。「巨大官庁」を生み出してしまったのではないかと……。

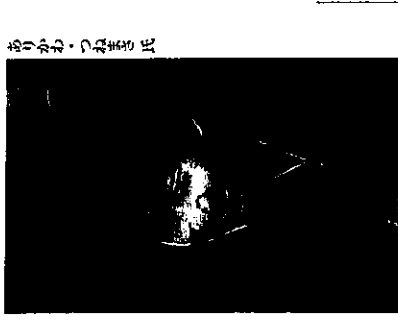
◆統治の主体と客体の間で
高橋 横山さんには、こうした議論はどのよう

に見えているのでしょうか。
横山 佐藤さんの初めのお話の中で、「批判の学」と「構築の学」をどう均衡を取るかという、非常に大きな問題が提起されました。確かにこれまでの戦後の憲法学の主流は、「批判の学」、「抵抗の学」であり、憲法学者が日本の政治の現実に関わりようとするときは、ほぼ圧倒的に抵抗者として振る舞うという姿勢を取ってきました。そのことには充分以上の理由があったと考えられますが、佐藤さんが、行政改革や司法制度改革に対して、その理論的な支柱として現実に関わっていかれたことは、戦後憲法学の中で画期的なことだと思います。

これらの改革に佐藤さんがどういう構えで臨むかを伺ったというのは、私などには想像も及びませんが、非常に大変なお考えをされたと思います。そのときに佐藤さんが、日本国憲法の原点に立ち戻って考えているという構えを取ろうとされたことは、「批判の学」と「構築の学」の関係を考える上で、極めて貴重な態度であられたと思います。

戦後日本社会が、佐藤さんが言われたように、国民が統治の客体意識に創まれていたとすれば、憲法学として、国民に、そこからの脱却を求めなければいけない。その限りで、この改革に憲法学者がある程度コミットすることは必要です。しかし、どこまでもコミットしていくとすれば、それはまた別の問題を引き起こすことになると思います。そのときに、佐藤さんは、今の憲法の原点を失わないという位置を取られて、諸改革の枠内でできることはなされた。日本国憲法の枠内でできることはまだいくらでもあるはずだ、という基本線に立って行動されたわけです。これは非常に綱渡りだとは思いますが、そういう形で「批判の学」と「構築の学」のバランスを取られようとしたことに、敬意を表したいと思います。綱渡りですから、非常に困難な営みであると思えます。

そこで1点だけ、私からお伺いしたいこと



高橋 肇氏

は、誰かに統治客体意識というのが、長く日本の国民に染み着いていたとすると、染み着いていた時代が戻ったなら戻っただけ、そこから脱却するためには、時間を必要とするだろうと思えます。佐藤さんは、「統治の客体」を脱して、「統治の主体」へという提案を示されるわけですが、客体でなければ主体とは限らないようにも思われます。私の考えでは、「統治の客体」と「統治の主体」の間に、いわば「統治の批評者」と呼ぶべき地位があるのではないかと考えます。

すなわち、統治の主体になれば、これまで主体だった人々とともに、あるいは、それらの人々から奪って、自ら責任を引き受けなければならなくなるわけですが、その一歩手前のところで、統治を担っている人々の行動を監視し批評することによって責任をとらせるという地位があります。この地位をまずはやっていく必要があるのではないのでしょうか。いきなり主体として国民に責任を分担させる一歩前のところで、責任をとらせるという位置に立たせることによって、政治の在り方あるいは国民の意識の在り方を変えるという段階が、1つあってもよかったですのではないかと、う感じを持っております。

◆裁判員制度を例にして
蛭川 例えば、裁判員制度というのは、国民を裁判権の主体の一部に取り込むことになるものであると思いますが、これをどう考えればいいのか。裁判員も、私の言う「統治の批評者」として位置付けることができなだらうか。すなわち、裁判に国民を参加させるのではなく、国民を、いわば裁判の公権の延長上において、間近で裁判権の発動を監視し、批判権力を批判する、という位置に立たせるものとして、裁判員制度をいままからでも位置付け直すことはできないかなどと考えている次第です。

佐藤 先ほど申し上げたように、私は根っからの書斎派で、本当に苦痛でした。しかし何かの運命のいたずらでこうなつた以上、微力を尽くすしかないと思ひ定めました。憲法学で「構築」の面もあっていいのではなどと偉そうなことを言いましたが、ご指摘の「批判」の視点を「構築」と表裏一体だと思っています。現実を知れば知るほど、ここがおかしい、あそこがおかしい、なぜこういふことが、書斎生活では到底底からないことを含めていつはあるわけです。しかし、自分1人の疑問や意見だけではどうにもならないところがありますし、自分の行動がどういふ結果を生むことになるのかについての不安もあります。現実にはコミットすると、そういう悩み・苦しみがつまみ、といいます。さきやかな経験にすぎませんが、そしていまでは貴重な経験だと思っています。まず、「学問」と「権力」との関係はどの国でも、いつの時代でも微妙なものであるのだらうことを実感させられました。

ところで、司法制度改革審議会のとき、なぜそう急いでいろいろなことをやらうとするのか、子どものころから教育して、その成長の上で初めてこういうことを考えさせるべきではないか、といった趣旨の意見がありました。それに対して、日本国憲法が施行されて既に50余年経っている、いろいろなことをやる政治的基盤はあるはずではないか、また、制

度が変われば国民の意識も変わり、子どもの法教育についても真剣に取り組みきつかけになるのではないかと、といった反応があり、本能的な制度改革へとつながっていきました。

蛭川さんは特に裁判員制度について言及されましたので、それについて簡単に触れておきます。国民の司法参加については、密議会のヒヤリングにおける佐々木義さん、三谷太一郎さんの政治史・政治思想史の観点からのお話が印象に残っているのですが、古代ギリシャまで遡る「人類全体の巨大な歴史的経験の蓄積」があり、民主政治の基盤となる「公共精神の学校」(J・S・ミル)として欧米に定着してきたものです。日本でも1928(昭和3)年から1943(昭和18)年にかけて陪審制が行われ、戦後の裁判所法でも「刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」(3条3項)とあるのですが、ようやくここにきて裁判員制度としてその「宿題」を果たそうということだと理解しています。

国民に負担をかけるわけですが、「国民の司法」を確立するには避けて通ることはできない課題だと考えています。ヒヤリングで三谷さんは、およそプロには多かれ少なかれ一種のシビリアン・コントロールが必要だと言われましたが、我々はプロの能力・自律性を大事にしていかなければなりませんけれども、国民がプロの活動に関心をもち、一緒に考える場があつて然るべきです。裁判員制度は、陪審制と違って、国民が職業裁判官と一緒に考えて、結論を出す場です。法令の解釈などは職業裁判官の専権であり、有罪・無罪の決定及び刑の決定については裁判官と裁判員が共に審議して行うというものです。裁判員における様々な事柄について、常識に基づき批判的な眼を持って評議に臨んでいただければよいのです。

蛭川 蛭川さんの意見に絶賛されて言うと、いま言われた「客体から主体へ」という転換は、フランス革命のときに起きたときと似ています。つまり、それまで統治の客体であつた人民が主権者になる。つまり、一気にプーブル

主権になつてしまふ。「国民」概念がない中でも、人民というのはそれまでの支配そのものによつて客体として、いわば王様が構築されてしまつたわけですから、一挙にひっくり返してしまふわけではないかという、客体から主体へという一足跳びがあつたのです。もともと、この人民主権はすぐ中和化されて、まさに議会制、代表制に置き換えられたわけです。つまり、今日まで続く議会制民主主義というもの、蛭川さんがおっしゃる統治の批評者のスタンスに国民を置いていると、もし言えたとすれば、同様に裁判員制度についても、彼らが人民主権的に自分で権力を行使するのではなく、横からのコントロールだと見えなくないでしょうか。いま佐藤さんがおっしゃつたようなシビリアン・コントロールという言葉が、議会の行政に対するコントロールと同じような意味合いにおいて言えるのかも知れない。そうすると、そんなに悲観しなくてもというか、危機感を持たなくても、主体という名において、せいぜいのところ批評者だということにうまく回っているだけなのかもしれません。それは楽観的すぎるのでしょうか。

蛭川 2つのことを言いたいと思います。1点目は、そう言うものの裁判員は、単に批評するだけではなく、実際に判決を下す、すなわち、事実認定をして有罪無罪を決し刑の量定も行うという形で、権限を行使するわけですが、これは明らかに主体であり、実際に何らかの責任を追及されるということではないですが、権限のあるところに責任ありという意味では、責任を負わなければならない立場に就かされているわけですね。これを単に批評者として性格付けることはできないと思います。

もう1点は、シビリアン・コントロールだと言われましたが、一般論として、もちろんシビリアン・コントロールは重要ですし、不可欠でありますが、しかし、だからといって、それほど頼れるものなのかな。すなわち、プロフェッショナルの権力行使が、確かに硬直化しやすいとして、何とかしなければいけ

ないとしても、何とかする仕方が、素人、非専門家家に任せることで、本当にプロフェッショナルがすることよりも良い結果をもたらすと言えるのかというの、実はシビリアン・コントロールのこともその局面である軍事の領域においてさえもそう簡単に行えることではないのか。政治家のほうで戦争を誘発し、軍事官僚のほうで現場の職業的専門的合理性からより適切な判断に至るとい場合が世界の歴史の中で少なくなかったのではな

いかということからも、そのような危険を抱くわけですね。

高橋 1つ確認させてください。蛭川さんは統治者と被治者という二分論の中間に批評者という立場を考へることではないかと言われ、それはそれで面白いのですが、制度論として、批評者というのはどのように制度化することを考へているのですか。それともそれは制度ではなく視点の問題だというのは、統治者でも批評者の視点は持ち得るし、被治者でも批評者の視点は持ち得るでしょう。裁判員として参加し、ある面では主體的、統治者になるのですが、しかし、視点としては批評者の視点を持つことは可能だと思います。それとも、そうではなくって批評者という視点を制度化することを考へているのでしょうか。

蛭川 裁判員制度は間もなく動き出しますから、いまからどれだけのことが新たにできるかは分かりませんが、専門家である裁判官が白らの責任を裁判員に拡散させるよりは口が責任をとり、素人である裁判員は自ら責任をとるよりは裁判官に責任を全うさせる、という制度に、なお修正できる余地がないのかどうか。

佐藤 国民の司法参加の形態を考へる際、アメリカの陪審制のようなものをいう声もあったのですが、そこでは、裁判員のインストラクションが非常に重要とはいへ、事実認定に基づく有罪・無罪の決定は素人である陪審員にゆだねられる。日本の場合、それを導入するとすると憲法解釈上いろいろと議論する

に必要があるだけでなく、いかなりそれを國民に受け入れてもらえるだろうかということに
なり、意見書の表現によれば、「広く一統の國
民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働
し、裁判官の決定に主體的、実質的に関与
することができず」裁判員制度を、というこ
とにわたったのである。そして「裁判官又は裁判
員のみによる多数で被告人に不利な決定をす
ることはできないようにすべきである」とい
うことになりました。おっしゃるように、裁
判員の責任ということもありますが、他方、
参加していただく以上、意味のあるものにし
なければならぬという面もあります。裁判

くプロに責任が跳ね返る方向に持っていくべきだと思います。

しかし、責任というときに、地盤の整理と世論が直接相対峙して、いわゆる世論の支持を受けるのは、別の意味でおかしな責任の有り様です。行政に話を戻すと、住民参加や利害関係人参加と言いつて、現場の行政が参加手続で民意を調査していき、後で住民に「あなた様があの時OKと言ったのではないかと」と責任を被せていく。「オートボイエイゼン化」という分散化した行政では、責任から行政が解放されてしまふ危険性があり、他方でプロの責任が問われにくくなるという問題があります。

その逆に、高橋さんなどがおっしゃっている執政という形で、統治の中核部に責任を全うする形で、各党の幹部に責任を全うしていただく、これは全然違います。堀川さんは「責任」という概念をキーワードにする、その責任を集約していく仕組みのほうがよる、とお考えですか。つまり、住民参加や利害関係人参加についても、裁判員について、先ほどおっしゃったのと同じように危険性を見出しておられるのですか。

堀川 それはまた別の問題です。

高橋 裁判員というのを統治主体ととらえるべきなのかどうかということだと思います。いま橋田さんは参加だとはという言い方をされたのですが、鎌川さんは、何となく、これから行う裁判制度とは非常に責任が重くなっている、統治主体となるという制度化ではないか、ということらえ方をされているのかと思います。

蜂川 それは司法制度改革審議会自体が、
高橋 主体になるというのが是議の問題で、別
に権力者になるという意味で言っておられる
わけではないと思います。司法制度改革で裁
判官制度を創った目的の1つは、参加してい
ってコントロールすること、もう1つは、も
う1つは、参加することによって、国民に裁判に関
心を持ってもらう、問題意識を持ってもら
う、自分たちの問題だということを知らせてもら
う、こういう2つの目的があったのだらう
と思います。そういう目的で裁判官制度を

創ったのだと理解しています。

蛭川 確かに字面を言えば、主体ではなく主客体意識という位置付けを、司法制度改革審議会には与えていたのかもしれませんが、だとしたらなおさら、主体ではなく主主体意識を高めるだけだと言いがたながら、実は主体にしているということが問題なのではないかと思います。

高橋　そういう面があるかもしれませんが、近
 所川　何人という数の問題とは全く別に、責任
 の所在をはっきりさせた制度設計は、なお修
 正可能であるのかどうかです。

棟原 平野龍一さんなどがずっと言ってきた当
 事者主観的なそういうモデルが、なかなか現
 実化していないわけです。

佐藤 この問題は、従来の刑事裁判はどうであ
 るかと受け止めるか、問題があったとすれば
 今後どうすればよいのか、といった観点から
 も考える必要があると思います。自白に寄
 りかかる調査裁判ではないか、伝聞法則が形
 式化していないか、被疑者の取調べ過程が不
 透明ではないか、等々の批判があったところで
 是がら、裁判員制度の導入とも関連付けな
 がら、新たな準備手続の創設、連日の開廷に
 対応する、直接主義・口頭主義の実質化（公判
 の活性化）、弁護側等々の整備等を求め、そ
 うした方向で法制的整備が行われました。

「公平な裁判所」の英訳は impartial tribunal となっていて、陪審などを想定させるものがありまして、いづれにせよ、公平な裁判を確保するために、裁判員の選任には周知な手続が用意され、そうした裁判員と職業裁判官とが一緒になって評議することによって、よりよい結果が生まれると想定されているわけです。

裁判員は、無罪の推定とはどういうものかも含め、被告人や被害者の権利について具体的に真実に考える機会を持つことになること、意識は決して少なくないと思います。自由で公正な社会を最終的に支えるのは、国民自身をおいてないのです。

榊原 佐藤さんの法原理部門という、まさに当
事者主義的な司法観を咀嚼しようとしてきた者
としましては、若干軋合しない感じはあります。
佐藤 既に述べたように、直接主義・口頭主
義の実質化（公判の活性化）を意図しているわ
けで、より当事者主義的になると思っています。

II 動向

高橋 議論は既に統治機構の問題に入っている感ですが、棟居さん、問題提起をお願いできますか。

◆政治改革・行政改革の検証

榎原 もうだ いふ出ています。私は、統治機構において1990年代以降にどのような変動を来したか、それを憲法あるいは憲法学上側からどう受け止めたかという点で見る場合に、政治改革、行政改革という大きな2つが現れてしま、逆モーションや相殺的な「改草」が運廃されて、全体の総がぼやけてきていると思います。

しかし、21世紀も明けて何年も経っていますので、いわば検証の時期に入っていると思います。つまり、政治改革、行政改革が何を目標し、うまくいったのかということです。その検証抜きで改革などの話になるはずがない。いまはそういう段階だと思います。政治

改革というときに、政権交代という、これは別に人為でどうこう言うべきものではないし、政権交代していないからといって、あれこれ言う話ではないと思いますが、対決型になっているかという、『ジュリスト』でこのような時評論は馴染まないと思いますが、実際の対決のレベルはお粗末と言わざるを得ないでしょう。原理原則での対決や大きな世界観での対決など、我々が何となく思いついてきた二次政党的な対決図式にそれそれかがボジションを取っていない。いわゆる二次政党と言えるところから分かりますが、自民、民主両方とも図式に乗り得ていません。ただ、利害調整的な政治と行政が合体していた1980年代までの調整型の政治は、小選挙区制の導入もあって、命脈も尽きていたでしょうが、どこを刺された烙印で終わったのだらうかと思えます。

私が先ほど使った言葉ですが、「よき公共空間をいかに創出するか」の考察が伴わないと、制度いじりだけの政治改革ではもともとうまくゆくはずもないのです。「創るのも憲法の仕事だ」と佐藤さんがおっしゃいました、が、いちばん議論の出にくい「創る」作業は、よき公共空間をいかに創るかということです。憲法学界でも対決的な二次政党化に持っていく政治改革は批判もありましたが、暫定的に期待を持って見守る向きもかなりあったので内閣制的な発想も生きてくるということもあ

ったはずですが。この政治改革が、現実の政治でうまくいったかいかは、直接ここでの話題ではありません。ただ、それが日本国憲法の本来の理念に照らしてどうだったかとか、そもそも憲法が日本国憲法あるいは我々の立憲主義の側面において、その余地の上で政治改革なるものがうまく芽を出せたのか、という我々サイドの憲法学的検証は、やる余地はあるのだらうかと思えます。

1990年代の政治改革には、本来は3つのや

1に、冷戦後の複雑化した国際政治において、政治家がいかに機動的にその決定を下しているか。第2に、グローバル化の下で、それまでの派閥同然なものやめ、またその現業的な行政もやめるということで、「小さな政府」を創っていくというの、政治改革のテーマの1つだったでしょう。さらに第3に、これはちょっと夢物語の面もまだありますが、ネット社会の下での「インターネット型の民主主義」がもし可能だとすれば、新たな情報化社会の下で、政治がそれにとどう対応するか。これも政治改革の隠れたテーマだったかも知れません。

しかし、いま挙げた3つのどれにも、政治改革はうまい答えを出せていない。現実には政治がうまくいく、いかにいというレベルではなく、いわば制度レベルというか、憲法レベルにおいて、そもそも不適合だったかと思えます。要するに選れてきた「対決型」であって、もはや次のステージに世界情勢が移っているときに、1周遅れ2周遅れで対決型のものを待たし出してよいとしても、もちろん実際には対決のやり得ない、それは駄目だからなり得ないということかと思えます。

◆何を指すべきか
標語「国民内閣制」がその処方箋になるかどうかということですが、私はその正反對に政治改革で、よき公共空間、良きアリーナをつくるためには、古いし、異論もある「一般意志」を埃を払ってまた持ち出すべきだと思います。議会にこそ執政的な政策決定の中核と役割を、なお抱かせるべきで、そうでなければ政治改革とながらないと思っています。内閣・行政は、むしろ法執行機関としての位置付けを明確化する。行政をスリム化する云々は、全くそれとは別の同時進行の話です。もちろん、行政は分散化し事項ごとに自律化、すなわちオートポイエーシス化して、半官半民化した独立行政法人や完全に民間化したものを下に置きながら、しかし効率性や成果の面で正当性を調達していく、あるいは現場の

利害関係人の参加で正当性を勝手に調達していくという、極度に分権化した行政が、近未来想定されます。

しかし、そうではなくて議会で一般的な原理原則、その選択にあくまでこだわるというの政治改革の本来の道筋の1つとしては、あり得べきものではないか。そして、二次政党云々というのは、そちらを指向していたのではない。つまり、国民内閣制のような、政策決定を我々が票を投じて行うのではなく、原理原則に投じることをしてきた。誰に対して、何に対して投票しているのかというイメージの問題ですが、やはり議会の原理原則の選択に我々は投票し、あくまで多数党を選ぶことに投票していた、内閣の構成はその結果にすぎない。それを内閣を中心に考えると、結局、議会での原理原則の定立という、一般意志が逆に必然でなくなりましたから、成果主義と簡単にすり替えられて、実は民意をちゃんと調達していない、支持を受けていない内閣であっても、成果が華がってうまくいければいいということになりかねない。大げさに言う、執政がどこからか検証されないという宙に浮いた存在になりかねない。ですから政治改革について、私はいろいろな意味で方向性がチグハグだと思えます。もちろん目指したものが一般意志だとすればの話ですが、今はどうもそちらのほうに行っていない。また、憲法序の節も、その点に問題を感じていないのではないのでしょうか。

行政改革ですが、こちらはちらで3つの課題があったかと思えます。つまり、第1に、多義的ですが「小さな政府」、第2に、「執政」という単なる法執行ではないものを目指すということ。それから、私の言葉かもしれませんが、第3に、情報集約的な行政です。情報集約と行うと、いわゆるデータという感じで、おしる知恵です。つまり、佐藤さんのような専門家がたくさん使った行政の意味なもの、責任を問われにくいという意味で宙に浮いた執政の1つの秘密兵器になって

いますが、経済財政諮問会議みたいなやり方です。そういう情報、知識、知恵、専門性を集約して、独自の正当性基礎を得よう行政が現象しています。

これらが仮に現代の要請だったとして、それに対する行政システムを行政改革が生んだかという、「巨大官庁」が登場しています、戦艦大和がさしたる戦果もなく、あっさり沈むようなことになっていないか。また、「情報・知識」をツールとし、規制はしないが情報で正当性を確保していくというやり方は、結局、「執政」が議会から、したがって国民から自律化していくというプロセスにほかならないのではないかと。だとすると、改革という名において、我々からほとんど遠く離れた行政であるといえるか。だとしても、それはいいか。最後に、「政治の復権」と佐藤さんが言われたことに絡ませていただきますが、ある種、政治というのはミスマネージングな言葉です。この1票で何でも白紙の上に絵が描けるというイメージを与えてしまう。しかし、そんなことはあり得ません。特にこれだけグローバル化され、既定されて、しかもスピードを要求される冷戦が終わったあとの時代において、政治の縮尺は非常に小さくなっていきます。所与の環境やグローバルエコノミーなどに、どううまく対応していくかという、我々の間の技術的な対応力の比率が高まり、問題の核心が政治的な「あれか、これか」の判断ではなく、「いかに」ということに移っています。そういうときに国民に白紙で絵が描けるような政治というイメージ自体が、やや夢を過剰に売りすぎている今のロー・スクールみたいなところがある、しかし実際の政治の役割は小さい。執政がそういった専門的な、そして世界の環境に即応できるといふ成果主義で答えを出し、こうした民主的コントロールの効きにくい権力に対する国民の側の最後の砦は、まさに人権であるというほうが、収まりはいいかもしません。

司法改革についてはペンディングにさせていたかと思えます。1990年代のポスト

冷戦期のグローバルエコノミー、あるいはIT革命や環境などの中で、政治改革、行政改革、それぞれ果たすべきものを果たさなかった、あるいはそもそもその方向性がかがなものであったかという話をさせていただきます。

◆制度設計へのスタンス

高橋 棟居さんのお話を伺っていて、語改革は成功しなかった、あるいは、もともと間違った方向を目指したのではないかという非常にベシスティックなプレゼンテーションだ、という印象を持ったのですが、棟居さん自身が、あるべき公共空間と考えているのはどういふものですか。

棟居 私は批評者、批判者というスタンスに徹しています。出てきたものに対して諷をするような役割でよろしいのではないかと。「一般意志」ということはもちろん申しましたよ。

高橋 それでは、やはり「底知の憲法学」の延長線上であるのだろうかという気がするのです。

佐藤さんのスタンスは、私と同じく制度設計をやっていくのだということをお考えだろうかとも思います。どんな制度でも現実には創られたものには、多少少なからず妥協の痕跡ですから、理想的なものではあり得ない。制度を創るといいうことは限定するということですからね。

[illegible]

棟居　ですから、内閣機能の強化などではなく、法執行機関に徹する。その分、議会での

表舞台で何を選ぶか。いずれにせよ、そんなにバラ色の絵などはあり得ないですけど。

高橋 議会でそういうことをやるというのは、戦後日本においては、遅れてきたところか、既に完全に破綻してしまった構想ではないですか。

棟屋 一匹もやっていないのですから、破壊などとはしてはいらないではないですか。むしろルソー的なものに対する逆法學全体のアレルギーがあるわけで、ルソー的なものをシュミット的なものにすぐにつなげてしまって、その対峙に対して我々の一種の恐怖心のようなものがあって封印している。そのぐらゐな護送船団的、調整的、多元的なケルゼンというのか、そちらのほうが安全牌ということでしょう。

高橋 でも比較法的に見れば、ルソー的ではない
いいシステムを採っている所はたくさんあります
すね。イギリスにせよ、アメリカにせよ、ド
イツもそうでしょう。そういう所がいろいろ
な試みをやっているわけですね。

榎居 もちらんそうなのですが、1990 年以降に、みんな「きあ、どうするのだ」というわけですから、どこかにお平本があるわけではありませぬね。

高橋 しかし、その試みは破綻したということでは
 ですか。ある理想があって、その理想と比較
 するとと駄目だというのは簡単な話でいいので
 すが、そうではないで、従来のものよりどれ
 だけだけ良くなるかというのが各国の問題だと思
 っています。だから、日本が戦後ずっとやってき
 きたシステムをどうしたらかという話だと
 思います。それが提示されない、議論が進
 まないと恐ろしい。従来やってきたのも駄目、
 そこから変えようとしても駄目、それではど
 うするののかという話です。日本の戦後の憲法
 学は、「批判的憲法学」を重視していたので、
 いろいろな人が提案する制度設計をどんどん
 批判していく。そういう提案が政府からなま
 るていくことが多かったからというところもあ
 ります。でも、それでは憲法学は、半分しかや
 っていないような気がするのです。

棟原 憲法学といふか、法社会学、法解釈学が、
今までのような概念の自己展開みたいなもの
とはおよそ異なる、むしろ矢張的な、經驗的
な手法に当然変わってきているわけです。つま
まりトライ・アンド・エラーです。ですから、
法解釈論が解釈論にとどまらず、こういう憲法
のことろを例えれば佐藤さんはしておられる。
そのうえで、司法権などの制度設計を変えて
みたいよう、と提言されているわけで、これ
はまさに大がかりな社会実験をされている。
新しい改革というのは、当然それ自体トライ・
アンド・エラーではありませんか。ですから、
別に批判がけしからんなどということではな
合によっては元に戻す。では、何か別があ
るのかと考える必要はないわけだ、とあえぞ元
に返るのが原則でしょう。本当の元には戻れ
ないのでしょうが、つまりトライ・アンド・
エラーなのです。

高橋 まさくにトライ・アンド・エラーで、従来
ののでは対応できないと考えたから、トライで
新しいことをやろうとしているのだからと思
います。こういうことをトライしたらどうで
すかということを生半派している、それが
すべてを解決する問題とは誰も思っていない。
いま直面している問題を少しも解決して、
一歩でも前進しようという、ブラグマティッ
クな態度だと思つたのです。当然、トライがエ
ラーになることもある。

横屋 言葉の問題をしてもいいがない。私の
スタースタートラインは、改革と呼ばれる一連のもの
において、外在的な変化が非常にモチベー
ションとして大きかったと思います。つまり、
冷戦が終わるとか、グローバルエコノミーと
か、そういう外側から、それに対する処方
箋などはないわけで、実際にすぐ変えなけれ
ばいけないかどうかとも分かんなかったわけで
す。しかし、このままでは駄目だということ
で。

佐藤 いま棟居さんは外在的変化、外圧と言われましたが、日本の社会の内在的な変化が求めたところもあるのではないのでしょうか。

冒頭に1980年代半ばごろから日本の社会の調子が何か基本的に変わり始めたのではないかと感じました。それはいろいろな面についてですが、社会学者マーチン・トロウは高等教育の進学率15%をエリートからマスへ、就学率50%をマスからユニバーサルへの段階移行の指標とし、それに伴う葛藤と変革の問題を示しましたが、まさに我々はその過程を経験してきたことです。桜居さんも、大学で教えておられて、その変化を実感されたことでしょう。

棟居　もちろんそれは内在的変化もありまうよ
ね。

佐藤　そうです。日本の社会の内在的変化も大きいと思う。

櫛居 それに例えば、教育改革と称するものが、果たしてポイントを突いているかという点、全然別の話なのです。

佐藤 それは別ですが、何もしなければそれでよかったかというと……。

高橋 もしポイントを突いてないと思うのなら
ば、どうしたたいいかという議論ではありませんか。そうしないと全然生硬的な議論にな
らないと思います。

棟居 すみません、生産的な議論はできません。
佐藤 司法制度改革も、決して外圧によるもの
だけではない。1980年代半ばを過ぎたころ、
司法試験の合格者500人ほどではもう駄目だ

ということを経営者の目で見えろという感じがした。そして、それが、協賛が始まった。そして、1990年、あの日弁連が司法改革官を出すのです。司法制度改革は、総裁が求めたからとか、アメリカの圧力だとか、いろいろ言われましても、内容的なものがあったことは無視してはならないと思います。

概居 それはもっと前に対応しておくべきものも、そこまで持ち越されていたということがあるでしょうね。だから、すべてが単なる外的環境の変化の帰結というのは、私のモデルは単純化しすぎているとは思いますが、要す

るに環境とマッチしていない改革の可能性もあるわけですが。社会全体ですべて改革のアイデアを温めてきたので、今は改革はやりやすいのです。しかし、今それをやるときは時期かどうかというのは、全然別の話です。

佐藤 改革を行うことはそんなに生易しいことではありません。それぞれの組織なり集団が自分で口分を口分的に、根本的に改革することは、ほとんど不可能に近い。そして改革にはタイミングというものがあって、そのタイミングを逃すと、もう何をやっても動かなくなる。そして場合によってはカダストロフィー……。

高橋 問題に対する正しい処方、改革というのは、ない場合もあるでしょうし、なかなか分らないものだと思います。だから、憲法で考えるべき最も重要なことは、何が正しい処方かというより、向かを処方する場合の方法論みたいな話だと思うのです。どういうシステムでそれをやるのか。どういう内容の改革をやるかではなく、政策決定というシステムでやっていったほうがいいかという議論だろうと思います。

榊原 システムなら検証は不可欠ですね。

高橋 もちろん検証はいいのです。検証で駄目だと言われるのは、それはそれで1つの立場だとも思います。では、どこが駄目、どうという原因で駄目、だからどのようにした方がいいということをおっしゃいます、批判しているだけの憲法学になってしまう。

榊原 私は批判をやっているだけなのです。佐藤 行政改革で苦勞された堀島俊之さん、総務庁の事務次官もされた方ですが、その増島さんはPlan-Do-Seeの重要性を指摘しておられます。制度改革をやるうとする、いろいろな問題が出てくる。そうすると、頭のいい人ほど、まあやらないほうがいいんじゃないかということになる。それだと何もできないう。だから、まずは踏み出す。事前に揃えられるデータは揃えて一生懸命準備はするが、この方向に進む必要があると決心したらまず踏み出す。そしてやりながら評価し、直すべ

きところは直す、そういうサイクルが大事だ、と。ところが、日本の行政はPlanですごくエネルギーを投入するが、Doの段階になるとほとんどみんな関心がなくなり、Seeの段階はチヨロチヨロになってしまふ、とも言っておられます。面白いのは、「完全主義は不完全である」という増島さんの言葉です。完全を期すと、結局、何もできず、不完全のままになる。榊原 全く同感です。だから、逆に言うと、どうして制度で現実に必死にタイアップしようとして、ものすごくラディカルな変化を求めたのかが直視的に理解できないのです。こうした姿勢はある種の制度完全主義ですが、制度の作動力というか、効力というのは、出ているほどないはず。

佐藤 制度が変われば直ちにすべてが変わるなどという単純なことではありませんが、制度が人間の意識やベヘビヤを変えようという面を持つことは否定できない。日本国憲法によって誰かに変わったではありませんか——明治憲法下の性質をいろいろ引きずっているところがあることは、先ほど言いましたが。

榊原 変わるべくして変わらないうちに、まいったものもありませうね。

高橋 それはそれで、なぜつまづいたのかを分析して、これからどう改革していくかという話ではありませんか。

榊原 同じものであっても、もっと時間をかけて内発的に自分たちで立ち上げていっていいのは全然違うはず。だから、二枚舌で都合が悪くなると押し付けられたなどと言って、しかしながら、そう言っている政治家がどうぶり口本憲法に流れているという構造があるわけ。それは正しいとか、いいなどということよりも、手続的な問題もあるのではないですか。プロセス理論に与しないと言われまして、私はその辺では与しますけど。佐藤 丁度、プロセス自体の重要性を否定するものではありません。私は、松井茂記さんの「天体の憲法観からプロセスの憲法観」という「パラダイムの転換」論に与しないだけで、最初に申し上げたように、「絶望的な政治不信」

から脱して「みんなと一緒にやろうよ」という松井さんの視点は大事だと思っているんです。榊原 持っていき方が悪くありません。私の目線が、他の選択肢を示すことによる検証ではなかったというのには、おっしゃるとおりです。つまり私の物言いは、他の選択肢を示しているわけではないのはご指摘のとおりで、優秀という経験的なものではなく、もっと概念的というか、野外的な批判にとどまることは事実です。ただ、統治については、先ほどのような感想を持ちました。感傷かもしれません。

◆執政権論の留意

榊原 先ほど高橋さんの名前が挙げられて、一方で国民内閣制、他方で執政権ということが言われましたが、高橋さんは、国民内閣制を主張される一方、必ずしも執政権論は採られていないようにお見受けしています。そこが、政治改革・行政改革を憲法学として受け止めるときに、非常に重要な分岐点になるような気がしています。高橋さんは、佐藤さんの最初のお話にあった「批判の学」と「構想の学」とほぼ同じ意味で、「抵抗の憲法学」と「制度の憲法学」ということを以前から言われていて、高橋さんが、理念・制度・運用という3段階を仕分けされて、議院内閣制という制度の中での運用として国民内閣制の理念を表現されようとする一方、国民内閣制という形で表現された内閣中心構想を、しかし直ちに執政権論には結び付けていないところが、極めて興味深く感じられます。しかも、その点については、広く誤解が行き渡っているように思われます。つまり、執政権論を採らないからといって内閣中心構想を採らないわけではない、内閣中心構想を採るからといって執政権論を採るわけではない、あるいは、内閣の執政的な作用を認めないわけではないけれども内閣のすることを法の執行と見る、法の執行と見るけれどもそれはいわゆる法律の執行ではない、というのは、高橋さんの伴組んで言う、政治の領域と法の領域の区別という考えに基づいていて、これは同じ1つの現象を政策の展開過程として見るか、それ

とも、法による正当化のプロセスとして見るか、という、見る視点の違いであって、行政権と執政権の関係についても、あくまでも立法権・司法権・行政権の3つがすべてを覆うのであって、執政の権限はあるが、それは立法・司法・行政の権限の中に埋め込まれているのであるという辺りが、未だによく理解されてないだけに、この種の議論をするときには、そこを整理する必要があります。こゝには、責任というのは政治の領域の話になるのではないですか。ご本人に聞いたほうがいいかもしれませんが。

高橋 もちろんそうです。

榊原 その延長上に執政が来るわけですね。

高橋 私は「統治」と呼んでいて、統治という言葉で十分だと思っと思っていますが、統治というのは、例えば内閣に準属しているという理解ではなく、政治のシステムに統治とコントロールという機能があって、統治を内閣と議会の一定の関係を通じて行っているというところな方です。

榊原 その媒体項に責任というのがあるわけですよ。政治の領域の話でしょう。

高橋 そうです。

榊原 その中で執政というのが議會ではなくて、内閣にあるということが、国民内閣制論と平仄が合っているという、その限りでは別に誤解ではないのではありませうか。法の領域という観点から言うと、執政というのはそもそも法的概念ではないわけですね。ただど政治の領域も憲法学の課題なのであって、だからこそ、佐藤さんや高橋さんが「創る」ということをあれだけ強調されるわけでしょう。そうすると、執政権論と国民内閣制というのは、ともに政治の領域の概念ということだと理解しています……。

高橋 執政というと、何となく行政権に專屬的な性格みたいにとらえられてしまうから、私は執政という概念を使わない。憲法学では既に統治という言葉があるの統治を使えばいいと考えているのですが、統治というのは内閣の専断的作用ではなくて、政治の領域にお

ける1つの概念で、その統治を内閣と議会の一定の関係、議院内閣制というメカニズムを使って遂行していくのだととらえています。棟居 政治の領域というときに、一般意志の形成という意味での法を創るのですが、その議会の法的な作助の側面というのは、もちろん政治の側からも表現できるわけですね。議会というものは議院内閣制の片方ではないのですか、政治の領域というメカネが見たときには。

高橋 法を創るというのは政治の役割ですからね。佐藤 法を創るときにはいろいろな情報を集め、戦略的な発想が必要です。

棟居 戦略的なことを議会がやるのか、それとも内閣がやるのか、共同でやるのか。

佐藤 私は、共同でやるのだと思います。高橋 それはそうです。

佐藤 国会と内閣。だから両者を含めて「政治部門（political branches）」と呼ばれるのでしょ。

棟居 もうらちろんおっしやとおりです。私もたぶん誤解をしていると思います。言葉が難しいですね。ただ、執政権論というのは、非常に広く定着して、しかもそれが法的な概念として、73条1号の「国務」、「総理」の辺りに読み込まれたりする。あるいは65条との関係が非常に激しい議論を呼ぶというように、専ら法的な概念構成がなされているが、堀川さんの先ほどの話につなげるとすれば、執政をその义脈に置くこと自体、高橋さんのお考えなどとは全然そぐわないということですね。要するに、いまの普通の執政の扱いは解釈論の扱いですよね。

堀川 はい、そうです。

棟居 憲法解釈論というのは、すべて法の領域の話というわけでもないではありませんか。堀川 そういうわけではありません。

III 人権の領域で注目される動向

高橋 統治の領域で興味深い議論はたくさんと

思いますが、この辺で最後の人権論の分野に話題を移したいと思っています。今度は堀川さんに問題提起をお願いします。

堀川 私は、1990年代以降というよりも、この10年間という形で考えています。人権論に関して、むしろここでも細羅的にこの10年の傾向を概説することはできません。そこで、1つは判例において注目すべき点を取り上げ、もう1つは事象において注目すべき点を取り上げたいと思います。

◆制度準拠的思考とその対抗思考
堀川 判例において私が注目するのは、2004年1月14日の参議院議員選挙の定数配分に關する大法廷判決です（最判平成16・1・14民集58巻1号56頁）。ここでは3つの意見が分岐しました。補足意見1、補足意見2、反対意見ですが、これらはそれぞれに枠組み形成的な意味を持っていて、どれも傾聴に値するものです。

補足意見1は、いわゆる1票の総数が法の下の平等に反していないかどうかを考えるにあたり、まず選挙制度の仕組みという観点に立つわけですね。この仕組みが「複雑かつ高度に政策的な考慮と判断を要するもの」であるとして、投票価値の平等も、その複雑な仕組みの中に位置付けなければならないといわれるので、「投票価値の平等は憲法上の要請であり、できる限り尊重すべきものである」と言われますが、その実質は、投票価値の平等も、「他の政策的目的のないし理由との関連において調整的に実現されるべき」であるということになり、「複雑かつ高度に政策的な考慮と判断」の主体である国会の広い裁量の下に置かれることになりました。これは、いわば制度準拠的思考でとても呼ぶべき枠組みを形成していると思われれます。

すなわち、そこの問題になっている規定の合憲性を、それ自体として審査するのではなく、その規定を、当該規定がその一部を構成するところの中間的な制度の中に位置付け、その制度が、採り得る制度設計の中の1つであるということを確認して、その制度を受け

入れた上で、当該規定の合憲性を審査するという枠組みです。中間的な制度の存在とその性格を所与として、それに準拠した思考をとりまします。その分、合理性の判断は緩やかになります。これは、日本の最高裁が、この10年の中で極めてしばしば採用している違憲審査の基本的な枠組みであるように思われます。

例えば、外国人が東京都の管理職選挙の受験を認められないことをめぐる2005年の大法廷判決（最判平成17・1・26民集59巻1号128頁）においても、この制度準拠的思考は用いられています。管理職への昇任に關してどのような制度設計をするかは答えが1つに決まっているものではないですから、管理職に、公権力の行使に携わる職種と携わらない職種があるとして、その前者を含めた一体的な管理職の任用制度を創ることが許されないわけではない。この一体的な管理職の任用制度を中間的制度として考えると、管理職に昇任すれば、いつかは公権力の行使に携わることもあるかも知れないということになりますから、受験資格を日本国籍に限ることも不合理であるとは言いにくくなります。これが、制度準拠的思考です。

また、もとは1995年に大法廷決定があり（最判決平成7・7・5民集49巻7号1769頁）、2003年・2004年に改めて小法廷判決（最二小判平成15・3・28判時1820号62頁（①事件）、最二小判平成15・3・31判時1820号62頁（②事件）、最一小判平成16・10・14判時1884号40頁）が出た非嫡出子の法定相続分に関する最高裁の判断も、この制度準拠的思考に立脚しています。ここでは、相続制度が中間的制度になります。最高裁は、まず、相続制度を、「歴史的、社会的にみて種々のものがあり」、「相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているもの」というほかない」と述べます。その上で、民法900条4号ただし書の前段は、「被相続人の財産の承継につき多角的に定めを置いている」民法の諸規定の「一つにすぎない」として、

非嫡出子の法定相続分についての規定を、「本件規定を含む法定相続分の定め」、すなわち、中間的制度としての相続制度の中に位置付けます。そして、その「本件規定を含む法定相続分の定め」、すなわち、日本民法の相続制度の基本的性格を、「右相続分に從つて相続が行われるべきことを定めたものではなく、進言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定である」と性格付け、この性格付けを決め手として、嫡出子と非嫡出子で法定相続分に区別を設けても違憲でないことが正当化されると弁証しているのです。

この制度準拠的思考は、日本の最高裁が平等審査に關して採ってきた独自の合理性の基準とでも言うべきものの固有の性格を、部分的にではあれ、実質的に説明する論理を模供しているように思われるものです。最高裁の違憲審査の枠組みの1つの標準形を成しているものであると考えます。

これに対して、補足意見2は、補足意見1が前提にしている「複雑高度な政策的考慮と判断を理由に、……広範な立法裁量の余地を是認してきたことについては、裁量値の平等ができ」ないこととするので、投票価値の平等は、諸考慮要素の中でも特に重きを置かれるべきものであるから、「十分に尊重」されなければならないと主張します。具体的には、考慮すべき事項の中でも、「憲法上直接の保障が与えられる事項」とそうでない事項との間に序列をつけることで、「憲法が裁量権を与えた趣旨に沿って」コントロールしようとするものです。これは、裁量統制を厳格化するという枠組みです。この枠組みは、判例的に見て、行政裁量の統制の論理をそのまま立法裁量の統制にも推し及ぼそうとするものであり、そこをどう説明するかという課題が、これはむしろ学界に託されているように思われますが、裁量統制の厳格化という方針を明確に示したという意味で、これもまた枠組み形成的な意義を担い得るものだと考えられます。

最後に、反対意見です。これは結論から言いますと、国会の正統性（legitimacy）という視点を導くことによって、1票の重みの較差はできるだけ1対1に近づけるのが望ましく、少なくとも1対2を超えないと違憲であるとする命題を定立したものです。従来は、学説においてさえも、1対2とするのはなかなか難しく、まして1対1に近づけるべきだという議論はあまり通りがよくなかった。しかし、この2004年の反対意見を書いた6人は、最高裁判事として、そこを一点に、1対1が原則であるべきだところまで持っていた。その突破を可能にしたものは何かと言うと、私は、権利論ではなくて統治機構論だろうと思うのです。つまり、選挙権の平等という視点から、国会の正統性という視点を重点を移行させることによって、それは可能になったのではないかと思います。反対意見の6人は、ほぼ全員が、国会の正統性ないし正当性という視点を、それぞれの追加反対意見の中に書き込んでいます。例えば、「できるだけ1対1に近づけるべきである」と述べる梶谷玄裁判官の追加反対意見は、「各国民の1票の持つ価値が相違するときには、選出された議員が国民を正当に代表しているとはいえず、その結果構成される議会も国民の代表としての正当性を欠くことになる」と書いています。また、深澤武久裁判官の追加反対意見では、「投票価値の平等は、……国会の正統性の根拠となるものであるから……最大限に尊重されなければならない」とした上で、「人口較差が1対2を超えるときは憲法の許容する枠を超えて違憲となるものと考える」と書かれています。そして、この枠組みも、やはり枠組み形成的な性格を強く帯びていて、2005年の在外日本人の選挙権に関する大法廷違憲判決（最判平成17・9・14民集59巻7号2087頁）（以下「大判平成17年9月14日判決」）に付された福田博裁判官の補足意見に範型的に見られています。

この3つの意見、すなわち、補足意見1、補足意見2、反対意見、の3者は、どれも重要です。第1の補足意見1の枠組みも、単純す

る中間的制度次第では、その他の事情にもよりますが、問題とされる規定が比較的厳格に審査されることになる場合もあります。しかし、制度設計の可能性は多様に開かれているのが普通でしょうから、厳格な判断に至ることはやはり例外的であり、制度準拠的思考は、一般的に言えば、今日お話ししたように、合憲性審査を緩める方向に動く枠組みとして機能することが多いと言えます。また、第3の反対意見の枠組みも、今回のケースに関してはラディカルな問題提起的役割を果たしましたが、そのことの重要性は強調されるべきですが、この場面で立法裁量に働かぬ余地はほとんど認められないということを論証の結果というより前提にしているように見えるところがあるとともに、権利論の土俵自体を放棄する危険を同時にはらんでいっているという点で、やや問題性があるということも言わなければならぬように思われます。その意味で、第2の枠組みが、今後の最高裁において、より伸ばしていかれるべき枠組みだろうと思います。判例の動向としては、大体そんなところですね。

◆専門職の軽視

蠟川 次に、事象としては、特に教育の場面の問題で、1999年の国歌法改正の制定と、2006年の教育基本法の改正を取り上げないわけにはいかないでしょう。しかし、これらは法律自体が憲法上問題だという議論はむしろありませんが、むしろ法律を前提にした運用こそ注目すべきではないか。具体的には、これらの法律を受けて、例えば教育委員会が各学校に乗り込んで行って、起立しなかった教師はどれだけの罰金がかかるかというのを調査する、また歌うときの音量がどうだったかというのを調査する、という形での運用の一部は図られたとも伝えられています。もちろん、いろいろな処分も行われましたし、そのこと自体が問題でもあるのですが、ここでは、あえて、処分というよりも、命令し制裁する権力から、調査し評価する権力へ、という形で、権力の在り方の変質を指摘することができるとは思いません。この点について、この分析の

当否も含めて議論できればと思います。

それから、この問題場面では、子供への価値の注入ということが言われますが、それを教師に負荷をかけることによって行っている、というのを指摘したいと思いますが、つまり、公教育に関して、「基本方針」を策定することは国家によってできるとしても、「基本方針」の「解釈」は、典型的にはそれぞれの学校の職員会議での評議、決定を踏まえて、教育専門職である教師の判断にゆだねられるべき部分があると思われるのですが、そのところを、職務命令だけでなく日常的な調査や評価を通じて掘り崩していくという形で、専門職の軽視という事態が進行しています。専門職の軽視は、ほかの分野での傾向とも相俟って、この10年間の、単に人権状況だけでない時代状況の全体的な基調とも言うべきものではないかと思われます。

高橋 判例の傾向を見る場合には、2004年の参議院の定数不均衡に表われた最高裁の見解が非常に重要であるということ。それから、人権論の領域において注目すべきは国旗国歌の問題です。それに対する対応ですか。権力の側の変化みたいなものが見られるのではないかということ。これが今後、非常に重要な問題になってくるというご指摘だと思っています。

◆ワンバーゾン・ワンヴォートの意味

高橋 最初の定数不均衡のほうですが、3つの見解があって、1番目、2番目はよく分かったのですが、3番目について、学界ではあまり議論していないかったという言い方をされたと思いますけれども、そのことの意味がよく分かっていなかった。学界では1対1が原則だと言われてきたのではないですか。ただ、1対1と言っても正確に1対1にはできませんから、そこからの一定の乖離が正当化できるかどうかという問題設定になり、そこから少なくとも1対2を超えてはならない、超えたら正当化はできないという議論となっていたと思うのです。ですから、出発点は1対1が原則ということであつたのではないのでしょうか。ところ

が、蠟川さんの理解では、1対1という議論は学界ではほとんどなくて、多くは1対2をめぐって議論していたが、それは選挙権の平等という観点から問題をとらえたからではないが、それに対して、国会の最高裁の反対意見はそうではなくて、国会のlegitimacyの問題に場面を移行させたために、1対1という議論が可能になったのではないかということのようですが、その意味がよく分かっていなかったのです。蠟川 従来、学界で1対1までを主張していた学説は、ごく少数説だったと私は思いますけれども。

高橋 少数説ではない。当然1対1というのが基本だったと思います。現実的な考慮から、1対1からの乖離につき、ではどこら辺で線を引くかという、少なくとも1対2というのが、1つの基準になるだろうということだと思っています。私はそう理解しているのです。

佐藤 中選挙区制を前提にしていることですが、判例の立場では1対3ぐらいまでは許容されるということだった。学説は少なくとも1対2を超えない限度という辺りではなかったですね。しかし小選挙区比例代表並立制になって、少し事情が変わってきた……。高橋 いえいえ、中選挙区制のころから1対1が原則だと考えてきた。たとえば、辻村説ははっきりそう言っていた。

蠟川 辻村説ぐらいではなかったですか。辻村みよ子さんは、そのことに孤立感を覚えたはずですよ。

高橋 多数の人が賛成していたのではないですか。憲法学のほうが選挙権の平等からアプローチしていたから、1対2という議論になったが、拠点を国会のデモクラシーの問題に移行させることによって初めて1対1という議論が可能になったと言われたのですが、そのところがよく分かっていなかったのです。どうしてそういうことになるのですか。

蠟川 どうしてでしょうか、まだ充分分析できていませんけれども、反対意見の6人がほぼ揃って国会の正統性ということを書いていて、しかも国会の正統性を書いている人は補足意

そ見1や2の裁判官の中には1人もいない。そうだとすると、まだ状況証拠にすぎないかもしれない。けれども、国会の正統性論への視点の転換が、1対1の立場の支持者を一挙に増やすことを可能にした論理だったと言えるのではないか。

高橋 視点の転換が生じたというより、むしろ学説に1対1を重視する立場があり、それを支持する判事が現れたということではないのでしょうか。

佐藤 駿川さんが今日取り上げられたのは、参議院の議院の場合についての判例ですね。参議院の問題はまた後で触れるとして、衆議院については、1対3でもいいと言っているのかという声ですが、強くなくて来たのではないかと。小選挙区採用のメリットの1つに定数不均均衡解消が挙げられ、衆議院議員選挙区画定審議会設置法が制定されて、今後審議会は人口の最大数差が2以上とならないようにすることを基本と」して選挙区を画定することになったわけですね(3条1項)。そして、1対2をちょっと超えてもおかしいという声が強くなった(もつとも、1990年の大法院判決(最大判平成11・11・10民集53巻8号1441頁)は1対2.31を合憲としませんでした)。

を理論的に正当化するのは何かということですが。

堀川 やはり憲法上の権利の重要性。

高橋 裁量を人権で枠付けようということ。

佐藤 そういうことです。

榊原 権限には義務が内在しているという発想ではないですか。例えば、剣道受講拒否訴訟の大坂高裁判決（平成6・12・22判時1524号8頁）でも、教育機関なのだから、もちろん教育上の広い裁量権限を持っているけれども、それは逆に高度の専門性なるがゆえの裁量権限なのだから、それを適切に行使しなければいけないという論法が用いられています。裁量があるということが、単なる権限の広さの問題でなくて、制約を同時に内包しているということ。

高橋 その制約はどこからくるのですか。人権からではないのですか。

榊原 権限自体、与えられた趣旨からです。なぜその権限が与えられているかということ、高度の専門性なるがゆえにということかと思えます。

高橋 その制度自体の規定からくるということですか。言っていることは同じかと思いますが、私は、制度の目的というのが人権の枠の中に入っていないといけないということだろうと思います。制度の運用は制度の目的に従って行うのだということだろうと思います。

榊原 堀川さんの言われた制度と言っても、憲法外の人権制度ではないでしょう。戸部先生が、「公務員の人権制限の根拠は、憲法が公務員関係の存在と自律性を憲法秩序の構成要素として認めていること」（『戸部信實（高橋和之補訂）「憲法（第4版）」（2007年、岩波書店）105頁—109部附点略）と言われた、あれと同じような発想であって、憲法の体系的な文脈の中で、自ずと制約が人権に最初から内包されているということではないですか。そうだとすれば、よくある従来からのタイプの議論とも言えます。

高橋 人権の制度的把握という考え方ですか。憲法上、制度が予定されているのだから、人

権がその制度の枠内のものとなるのだという考えですね。ドイツのことは私はよく分からな いけれども、ヘーベルレなどの紹介を読ん で感じたのは、そういうことです。ですから日本の人権論はドイツのようになってはいけ ないのではないかと思っているのです。

榊原 ただ、従来、「選挙の公正」を言って戸 別訪問の禁止規定を合憲化してきたり（参照、 最二小判昭和56・6・15刑集35巻1号205頁）、 あるいは「裁判の公正」で法廷傍聴メモの禁 止を一応説明する（最六判平成元・3・8民集 43巻2号89頁）の先例がありますね。こうい う、ミクロコスモスというか、特殊な小さな エリアの中では、人権一般よりも、この空間 を支配する制度目的みたいなものが優先なの だという思考は、判例は以前からやっています。ですから、この10年来的現象で、しかも 何か憲法外の制度の自転現象みたいなものに 人権制約をゆだねていくということではない と思います。少なくとも裁量方として従来の 延長上に置いておかないとも、もし堀川さんの 読みが当たっているとするれば、ある意味で危 険すぎる兆しです。

堀川 憲法外の制度でないわけではないとい うか、相称制度や公務員の管理職の任用制度な どは、憲法の枠内でいろいろなる可能性があり 得て、しかし、その1つを固定した場合に、 それに準拠して思考すると、許容される合理 性の幅が広がるということですから、憲法の 予定する制度と言っているのかどうかは、ち やっと分らないところですが、この10年だけ よっていろいろな形で、先ほども言いまし たように、最高裁の極めて顕著な審判組織にな っているとも言えますが、リベラリ化しつつあ るとも言われる近年の最高裁においても支配 的な傾向であるだろうと思います。

榊原 自然的自由という発想が、もう完全に 消えたということですかね。要するに戦後の 早い時期の「観念的公共の福祉論」の下では、 判例は、自然的自由に対して、公共の福祉と いう一般的な制約法理でガチンコの四つ相撲 を組んで、我々がそれを横からワイワイ言っ

ていたわけですから。それを制度という、それぞ れの特殊な文法で、特殊な空間ごとの処理に 置き換えていき、もはや野原での自然的自由 対公共の福祉という図式は見られないという わけですね。これは、判例における人権論が、 より洗練されてきたということですか。

堀川 悪いことではないと思いますし、プロの 法律家が判断するとき、枠組みとして何か かちとしたものを所与とし、それに準拠し て考えるところは、1つの作法として充分あ り得ると思います。それだけに、裁量を統制 するという作業が憲法論において重要になり、 より口覚的にその理由付けとテクニックとが 探究されなければならない。

高橋 確かに立法裁量をどうコントロールする かというのは、憲法学にとつてのこれからの 非常に重要な課題だという気がします。もう 1つご指摘いただいた教育のほうについてはい かがですか。

◆目の丸・君が代問題にどう向き合うか

榊原 権力が、「規制型権力」と呼ばれる従来 型のいわゆる行政処分的なものでなくて、実 際には教師に対する処分かにつながるもので すが、とりあえずはシンボリックな、つまり マイナスのラベルを貼っていく。単に処分す る不利益だけでなく、あの教師は駄目教師だ、 というような、そのマイナスのシンボルとい う権力側の新たなツールの持つ意味は、非常 に大きいですね。そういうシンボルを操作す るものとして、「環境型権力」と呼ばれること などの矢面に立ちにくい形で、しかくなくなら ぬ環境というか制度というか、ともかくからめ 手で我々の選択肢を狭めてくるわけですね。 それに對して従来型の人権論では十分な対応が にくいわけですね。

高橋 でも去年の9月ごろに行政訴訟で東京 地裁が違憲判決を出しましたね（東京地判平成 18・9・21判時1952号41頁）。事前差止めを認 めたわけですが、あの判決などはどういううふ うに見えますか。

堀川 あの判決は、一方ではなかなか慎重で、

国旗国歌を教育の場で尊重ないし指導するこ とは悪いことではないということと言っている。そこが闇雲に駄目だと言っているとは違っ て重要どころだと思えます。しかし、駄目だ と切るところは、案外単純に、教師の思想・ 良心の自由というのをストレートに持ち出し ていて、少し論理としては弱いのではないかと。 もちろん違憲判断をするためには、思想・良 心の自由ぐらいいを持ち出さなければ難しいと、 いう面もあるでしょうけれども、私などは、 先ほども言いましたように、国家が「基本方 針」を決定し得るとして、その「解釈」をす るのは教育者であり、教育者に裁量の幅を広 く保障すべきだという枠組みで考えています。 その裁量は、先ほど榊原さんも言われたよう に、単に自由だけでなく義務という面もあつ て、私自身は、それを職業という概念で説明 しますけれども、国旗国歌などを行事で行う ときには、教科教育などと違って生徒1人ひ とりに応じたきめ細かい指導が、こういう場 面でこそ求められ、そのときにこそ、また教 師の教育的裁量というものが活かされなけれ ばならない、具体的に言えば、国旗国歌につ いて複雑な心情を抱いている生徒がいること が予想されるようなときに、そういう生徒に 對して教師として何をしなければならぬかを 考えた末に、その生徒の心理的な負担を軽 減するために何らかの行動をとることが教師 の職務の遂行として認められる余地がある、 というようなところにもう少し着眼した論理 でもよかつたかなと思います。公教育におけ る教師の位置に即した論理がもう少しあつて もよかつた。

高橋 堀川学才判決（最六判昭和51・5・21刑 集30巻5号615頁）で最高裁が国も一定程度 教育内容の決定に關与できると言っているわ けですから、国旗国歌の指導そのものが許さ れないとは言いつづらいいところがあると思いま す。国旗国歌はいまだには法律になっていま すし、どこの国にもあるものですから、それ口 体を違憲とはなかなか言えない。しかし、そ の教育を通じて国家が内心にまで介入してく

り先ほどの東京地裁が思想の自由というのをかなり素朴に出していたわけですが、ああいう自然の自由論みたいな第4の選択肢というのは、平成16年判決のどの裁判官も採らなかったわけですね。

そうすると、先ほどの平成16年判決の3つの図式で、日の丸・君が代の話を何とか処理しようとしたときに、どういうことになるか。特に最後の反対意見です。要するに民主主義というのはそもそもこういうものなのではないか、あの「そもそも論」を学校に移し替える、たぶん公教育というのはそもそもこうなると、たぶん公教育のときに、先ほど高橋さんが言われたみたいな、価値の押し付けはいいけないという話が出てくるのか。それとも逆に憲法意識だ、日の丸忠誠だとなり、日の丸・君が代が日本国憲法の価値を体現していて、そういうものを排他的に学ばせることになりはしないか。つまり、こうした公共的な価値と整合しない余剰な価値を家庭から持ってくるなどとなって、まさに公民教育が公教育の目的だということにいくのであれば、平成16年判決の反対意見の民主主義というハードな理屈が、日の丸・君が代事件でどちらに有利に作用するかは微妙です。あの場合はもう1対1という我々にいちばん望ましいのが出てくる。たけれども、教育現場の場合に全く正反対に、つまり押し付けてはいけないという側にも与するし、逆に押し付けていい、それが教育なんだという側にも及び得るから、かなり不安定な議論かもしれない。

蠅川 全くそうなのです。
棟居 平成16年判決の補足意見の2番目でした。立法裁量論ですけれども、これを日の丸・君が代事件に移植すると、要するにちゃんと考慮すべき事項を考慮しているのかということになる。この場合は教育委員会なり校長なりですが、そうした人が教育機関として現場の教師に対して、こういう×を付けるみたいな。「お前、義務を果たしていないから駄目じゃないか」ではなくて、もっとほかのやり方はなかったのか。例えば外回らせて、

形成し得なかったという意味でのマイナスのサンクションを加えるという面が強いのか、あるいは言われたように態度を形成したからご褒美をあげるよというプラスのサンクションを加えるという面が強いのか、どちらなのですか。

なぜそういうことを言うかというと、先ほど言ったような2つの切り方をすると、一定の態度を強制したとすればこれは許されないけれども、そうでなくて、一定の態度を示したらご褒美をあげるよというやり方をしたら、これは許されるかもしれない。そこら辺の切り方をどう考えるのか。蠅川さんがいちばん専門的に考えておられると思いますので、是非、お聞きしたいのです。

蠅川 規制の文脈と給付の文脈によって、問題状況は少し違っている、私も思います。ただ、教育の場面は人を導いていく場面ですから、ご褒美をあげるだけだからといって何が規制の文脈よりもより緩やかに許されるようになるというのを、いちばん考えてはいけません。教育の場面ではないかということなんです。

棟居 シンボリックな、規制的でない環境的な権力手法と違っていいでしょうが、それが教育の場でも露骨に表われ得るということなんです。ある行為を禁ずることは、その分、他を禁ずることで否定していることになる。そういうメッセージ性を同時に含んでいる。日の丸・君が代問題というのも、毎年春に花粉症みたいに繰り返される不愉快な問題で、しかもなかなか思考の上での突破がないというので、蠅川さんの先ほどの絵が新しい視座を救ってくれているかもしれないと思います。

その前に、平成16年判決の3つの思考パターンが示されましたが、あれをそれぞれ日の丸・君が代に移し替えたときに、奇妙なことに氣付きます。つまり、単純に自由の文脈で処理しようとする議論は（選挙権の事案だという事柄もあつたでしょうが）、あの平成16年判決の意見の中には1つもないわけですね。つまり

向が、ちょうどいまいち合体しつつある状況なのだろうと思います。そういうところで愛国心教育が重要だという話になってきて、教育基本法の改正にまでつなげたのです。

その愛国心教育の中の1つの大きな素因として、今後も国旗国歌が問題になってくるのだろうと思います。国旗とはどういうもので、国歌とはどういうものを教えてはいけないのかということとは言えないだろう。日本の国家の歴史的形成の成り立ちはこの国で、日本国家という共同体が承継した価値はこういうもの、ですということを知識として教えることは、ある程度許されざるを得ない。ただ、一定の価値を押し付けたり、すり込みだすることにはやめてはいけない。そういう意味で価値中立的な教育でなければいけないと思います。より具体的な問題としては、まさに卒業式・入学式において起立して歌うことを拒否した場合に、処分できるかどうかという形で問題が出てくるわけですね。

この場合、蠅川さんはアメリカのパートネット判決を研究されたから、そういうのを頭に置いて考えておられるのだからというように、どこで線を引くのがいいのかわからないこと。私は、価値中立的な形で教育すること自体は認め、その上で、思想・良心に反する行為を積極的に行わせない、禁止するということではいけないか考えるのです。思想・良心が命ずる行為を行わせない、禁止するということの場合、思想・良心に反する行為を積極的に行え、思想・良心が命ずる行為を行わせない、禁止するということではいけないか、それだけではないし、限界を超えているのかという気がしています。

もう1つは、今後、生徒に対して愛国心教育をやった場合に、要する態度を呼び取ったかどうかという評価の対象になるという答弁をされている。どういう態度をとったからプラスに評価されるのかよく分からないけれども、ここでの評価というのは期待されたような態度を

ることは阻止しなければならぬ。どこかで線を引かなければいけないが、判決は思想・信条の自由で線引きを試みたということだろうと思います。考え方としては、教育するとしても、できるだけ内容中立的に行うべきであり、教育の主体決定については国の関与を認めるが、主題をどう扱うかについてはユーザーポイントにまで立ち入ってはならないというのが1つの線引きの仕方かなと考えているのです。そういう口で見て、政府の作っている学習指導要領自体は非常に抽象的に書いてあって、観点中立的と理解し得るが、それを具体化した東京都の通達が観点中立的性を踏み越えてしまったために思想・信条に反するという判断になったのではないかと考えています。観点中立的という点を専門家である教育者の裁量を認めると読み替えることも可能だとは思いますが、私自身は裁量にゆだねる前に、観点中立的かどうかのせめぎ合いを突き詰めてみるべきではないかと考えたのです。

そうすると、判決の書き方として、教育すること自体はよいという書き方にならざるを得ないし、また、その限度を思想・信条の自由でチェックしたというのは非常に重要ではないかと思っています。

教育基本法が改正されて、愛国心という言葉は使われないけれど、愛国心教育をやっていくという方向を打ち出していますね。その場合に、なぜそういうことが必要になったかという、1つは伝統主義的な、戦後抑えつけられてきた日本国民のアイデンティティというものを、もう1回取り戻したいということがあるのだから、それだけでなく、おそらく最初のころで出てきた国際化の中で、特に経済などは国境がないわけですからどんどん広がっていく。そうすると、心理的反動として自分のアイデンティティは何かという問題意識が出てくるのだからと思います。経済の普遍的拡大に対抗する形で、自己の所属する文化の特殊性をとなえ、自己のアイデンティティを確立、確認したいという欲求ですね。その向方、超現代的な傾向と復古的な傾

その分、日の丸・君が代の現場に立ち合わせないで隠れて済ませて、うまいやり方、校庭もいるわけです。何で、うまいやり方、しないのか。剣道受審拒否事件で学生の側に立って裁判所が言ったみたいな考えは、教師の側にはどうして言えないのかという話に、たぶん立法政策論を採った補足意見2の思考形式式となってきました。

これに対して、蛭川さんが制度準備的と言われた補足意見1だと、この日の丸・君が代事件では、要するに教育という制度は阿そやという話になるのかね。教育なんだから思想の自由といった自然的自由なんというのは、そのまま成立するわけないでしょうというふうに、教育の中に取り込まれることによつて審査基準が緩んでいく、そういうのがいちゃばんありそうなのか、今までもよくあったパターンです。この補足意見1というのとは、そう置き換えてみると、別に新しくも何ともないというか、公務員制度と労働基本権とかでやってきたあれかなと思います。蛭川さん、教育ではこの3つのうちでどれがいいですか。

佐藤 蛭川さんのご意見をお聞きする前に、私の意見を述べて、併せてお考えを伺いたいと思います。この問題は、いわゆる国家教育権説といわれる国民教育権説との間に生じた不幸な出来事であるように思われます。ごく単純化して言えば、国家教育権説は、国家の後見的な役割を背景に、国家が教育内容を独占的・一元的に決めようとするものだとすれば、国民教育権説は、ある種の硬直した理念に基づいて、子どもたちをもつて教師という教育の専門家集団に信託された存在にとらえようとするものであった。さすがに垣川学判決は、いずれも「極端かつ一方的」として、国民教育権説は、ある種の硬直した理念に基づいて、子どもたちをもつて教師という教育の専門家集団に信託された存在にとらえようとするものであった。私の子どもが小学校に通っていたところ、後者の考え方も結構強く、「子どもを教師集団に信託された」というけれども、自分には信託したというふうな覚えはないし、どういう手続でそうなったと

えるのか示して欲しい」、などと大学院生と議論したことを思い出してきて。しかし次第に前者の考え方が強まってきて、蛭川さんが取り上げられたようないまの問題状況を迎えている。

私も、尚橋さんが言われたように、国旗国歌自体を違憲とは言いにくいと思います。しかし、それがどうしても嫌だという子ども・親に対して無理矢理強いことは19条の思想・良心の自由を侵すことになると思う。蛭川さんや西原博史さんなどが固うておられるように、思想・良心の自由とは何かを具体的にとらえ、個人が正々堂々と主張できる環境の創出を考えなければならないと思います。制度だとか坂倉とかいうと、一般の国民からは分かりにくい。こういう問題こそ単純明快に、無理矢理強いとはいけないとはっきり言うべきだと思います。

先ほど米、松井さんの言葉を借りて、「みんなで一緒にやろうよ」という視点がこれから、もっと重視されて然るべきだと言いましたが、その際、同時に、「みんなと一緒にやっていたらいけないこと」「みんなと一緒に決めたのだから何が何でも従えと言ってはならないこと」とは何かをより明確にすることが非常に大事だと思います。

蛭川 もし教師に關しても佐藤さんがそう言われるとするとすれば、それは、とても心強く、良心の自由のために、いま苦しい汗を我々は目撃している現場にいるという感じがします。それが通ればいざいざいいと私も思います。ただ、裁判所が受け入れてくれる議論ができるかどうかというところがある、佐藤さんのようなプロフェッショナルであれば、いまのような議論を新陳に受け止めてくださるでしょうが、日本の裁判所が果たしてそうかということ考えると、誰に語りかけるかという場面に応じて、裁判所向けの議論のときには、それを阿らかの形で補う論理も、少なくとも予備的には立てておかなければいけない。ですから、教師の良心の自由と言っても、その良心は、先ほど私が言ったように

な意味で、公教育における教師の職責がいわば教師に強い良心であって初めて、裁判所にも受け入れられる良心の自由の論理に鍛えられ、と言えなくもありません。

佐藤 裁判所に受け入れられるような論理構成が必要なのは否定しません。そして教師の立場に關して言えば、具体的子ども・親の真摯な思想・良心に基づく主張への配慮から、関係の教師が必要適切と考える一定の行動をとることも許容されて然るべきだと思います。蛭川 そもそも自然の自由とか、そういう思考が裁判所に通じにくくなっているのですかね。つまり、良くも悪くも全部制度の文脈の中でしか考えようがない。

蛭川 そうなっていないことを期待しますが、そうなっているかもしれないという。

蛭川 とはいえ、ある意味、そういう制度的思考は人間論の成熟とは言えないですか。

蛭川 成熟と言えないと思います。繰り返しになりますが、制度準備的思考はプロフェッショナルの法律論として一面的にはむしろ必要です。あります。とはいえ、いま佐藤さんが言われたように、そのような成熟した議論の必然性にもかかわらず、これだけは単純に言わなければならないという場面が、それが国旗国歌の問題場面における教師の思想・良心の自由かどうかとはともかく、やはりどこかにはある。

蛭川 それを裁判で言うか政治で言うか、政治と法ということがある。

蛭川 そこを裁判でも、これだけはという場面は、蛭川さんの言われる自然的自由というものが。

蛭川 つまり自然的自由が切り札になるのかという、非常に難しい問い掛けが逆に我々に来ている可能性がある。

蛭川 そう。

佐藤 良心の自由について、その「良心」を、今まで憲法学は総じて何となく内心の領域に閉じ込めてしまったところがあるのではないかと、この感を感じています。蛭川 だからこそ絶対的だと。

佐藤 そうそう。蛭川 踏み絵がその比喩で。

「良心の自由」の侵害だと益々と言うには、ある意味で強い人であることが必要です。先ほどいろいろと議論になりましたが、私の言う自律的個人だとか、あるときは「統治主体」ということにも関係してきます。何か権力というものが外にあって、余計なことをしないで欲しい、松井さんの言う「ほっておいてくれ」と言うことだけでは済まなくて、1人の人間として誰れないものは誰れないと堂々と主張するということ、何かに分かれていく、フワッとしたものと閉じ込められていく、というようなのと闘っていくか……。

もう所定の時間とはつきに過ぎていきますから、司法改革のものについて論及する時間はありますが、ここで司法改革につなげてくるのです。1人ひとりの個人の真摯な生き方、生きざまを助ける法曹が身の周りにいて、司法全体がもっと頼りがいのあるようにしたい、と。

蛭川 ただ、この明ける助け方が、最近では、先ほど出たように、裁量論とか、あるいは制度に絡めて裁判所が使いがちな制度論を逆手にとって、何とかここに有利にとか、そういう姑息な手法なわけですね。相手の土俵に乗らないと、正面から思想の自由で勝てるケースなどは少ない。先ほど挙げられたケースなどは特殊なわけで、それも現実の事件では、相手の筋がよくないというか、向こうのエア、一みたないのがたぶんあるわけですね。だから、言うまでもなく裁判は必ず文脈依存적입니다。すると我々が、もしロースクールとか司法改革とかに乗って、より裁判にフレンドリーな憲法解釈論をやっていることとすると、結局、従来の大きな憲法等というか、自然的自由とかそういう大所高所がどんどん矮小化するという逆説がありますね。

高橋 でも、我々はロースクールの授業をやらなければいけないから、判例をたくさん読ま

らないのが、専門家としての法学家ではないのか。問題の「原理的」解決が迫られているように人々が感じているときに、相容れないように見える2つのものを2つながら抱えていくことは、潔くない態度に映ります。突然、そのような態度は、緊張感を失えば、ただの惰性になる。そうならずに、曖昧さに耐えることになる者としての法律家が、今の時代、ますます必要なのはではないか。司法制度改革が、そういう方向に進むことを私としては強く期待したいです。法学部の教師として、私自身も少しでも何かにしていきたいと思えます。楯岡 客体、主体、中間の批評家という3つが、我々のポジションのとおり方として出てきたと思いますが、結局、専門性の中に閉じ籠るというモデル自体が、綻びを良くも悪くも見ているという現実があるわけですが、ですから、我々が媒介として、何かが起きているか、今までのツールで、何ができているのか、あるいは何ができないのか、の諒解を要するとい

とはとても大事なことなのですが、法というものが口頭言語と同じで簡単に考えられると、思われがちであるとするれば、それを受け止める法律家というものの存在が一層重要になる。そういう意味で、法律家、ここでは法曹ではなく、法律家という言葉を使いたいと思います。法律家の養成が大事です。

始めのほうで、柳屋さんが安保と9条の抱き合わせということを言われました。現下の厳しい情勢の下で、これから先もお安保と9条を共存させ続けていくというのは、確かに願の定まらない、すっきりしない態度に見える。この安保と9条の例が私の語の中で適切な題材かどうかは分かりませんが、すっきりしないときには、人はすっきりしたいという願望にとらえられがちです。しかし、すっきりしないことがある中で、すっきりしないの味をどちらかに振り切ったりするのではなく、すっきりしないけれども複雑なものを抱えて、時にはその味に耐えなければなら

高橋 批判が出发点だと思います。批判という
 か問題意識がなければ何もないわけで、批判
 というのがあって、批判をした上で、ではど
 うするかは私は知りませんよというのは困
 だらうということです。

棟原 知らないというのは、自分も被るわけですからね。…昔前の取組ファンみたいに、ワ
イワイ言っていて、最後は強に自分が損する
わけではなくて、そういう一休惑というのが立つ
ところ、批判になるというところでしょ。憲法
と政治との間のとおり方は、いずれにしても
非常に難しい。

佐藤 難しいです。いろいろな関係の仕方があっていいし、また、そうした多様性が大事だと思います。

柳屋 もちろん先生方がどんどん入って、逆に政治をお変えになるのは大いに賛成ですけれども。

おわりに

高橋 非常に面白い議論がいろいろ出ていますけれども、予定していた時間が過ぎてしまいましたので、この辺でとめにしたいと思います。いろいろ論じ残した点もたくさんあります。いろいろありますが、最後にまとめとして、これまでに議論を踏まえて将来の展望を語っていただきたいと思います。嵯川さんからお願いします。

鶴川 私は、法律家を養成することが大事だといふことだけを、ここでは最後に述べたいと思います。先ほど佐藤さんが言われたような法律家であり、また、憲法論で言えば、例えば数量制の論理をしっかりと組み立てられる法律家であり、その両方ができる法律家です。

かつては経済が中心の時代があり、また科学技術が朝光を浴びた時代もあったのに対して、今は、それらと並んで、あるいは、ひとつとするとそれら以上に、法が、社会の中で注目されるようになってきていると言えるかもしれません。もちろん、法が身近になるこ

(No.1334) 2007.5.1-15 ジュリスト

ふななければならない。だから判例がどういふふうにかを分析していくことが、これに考えているかを分かりますが、我々の役割というのは、それを原理にフィードバックして原理的に思考していくということだと思ひます。ですから原理論というのは残らなければならない。ですから。

佐藤 おっしゃるのとおりです。私はコースター・モデルで教えていて、「この判例について君たちはどう思う。そのとおりだと思うか、何かおかしいかと思うところがないか。私はここがこういいたいと思うか」というような質問はよくあります。もちろん、この判決の正確な理解をどうするか、先例との関係はどうか、その射程はどうか、判決の前提となる事実関係の分析を大いに要するにせよ、等々について厳しく言いますが、最後は、それは判決は憲法との関係でどう評価するかの問題は残るわけです。学生は社会人を含む大学院生ですから、それぞれ独自の立場で受け止めてくれると思うし、どう受けとめるかは全く自由ですが、教師として言うべきことは言わなさいといけなさいとは私は思う。学園の自由の保障された高等教育の一環として法科大学院が創られたことの意味を、我々は自ら問いつね続けなければならないと思います。

横田 憲法学のそういう、あえて言えば青々しいスタイルは、もちろん当然残すべきです。

佐藤 そうそう。

林屋 判例と一緒に成熟する必要はないということですかね。

佐藤 成熟と言いかどうかは言葉の問題で、「善き社会」のために関心憲法学でありたい。林屋 それはでも、「批判の学」ばかりでは駄目だということなのですよね。

佐藤 そうです。「批判」ばかりではなく、こ
ういうううすべきだ。こうすることが「善き社会」に
つながっていく、と。それが所期のとおりの
まじくいくかどうか分かりません。だから、そ
の試み、制度についていくと批判があっても
いい。しかしそうしたダイナミズムが、社会
を善くしていくのだ、と信じてない。何も言わ
ない、何もしない、では、何事も始まらない。

◆憲法字の枠を超えて気鋭の研究者が結集！

岩波講座

憲法

全6巻

【監修者】長谷部義男・土井真一・井上達夫
 杉田 繁・西原博史・阪口正二郎

日本国憲法施行六〇年を迎えた今、政治思想、法哲学、政治学、法字の隣接諸科学を専攻する研究者の助力も得て、立憲体制を中心に、憲法問題を原理的に捉え直す。従来の法政治思想の枠を超えた斬新な切り口で一冊特上とい。

第一回 第一巻 【監修者】井上達夫

立憲主義の 哲学的問題地平

A 5冊・上巻B 1 定価(税別)740円

- 【著者】人権論の新展開
 第2巻 森田一三郎と市民
 (定価) 800円(税別)定価 850円
- 【著者】憲法と時間
 (定価) 800円(税別)定価 850円
- 【著者】憲法と政治
 (定価) 800円(税別)定価 850円
- 【著者】憲法と経済
 (定価) 800円(税別)定価 850円
- 【著者】憲法と文化
 (定価) 800円(税別)定価 850円
- 【著者】憲法と教育
 (定価) 800円(税別)定価 850円

◆四半世紀にアツクアツクしたロングセラー

憲法

第四版

【監修者】長谷部義男

加藤利行氏米、著者の圧倒的な支持を得て教科書の定番となつた本書は、京大教授長谷部義男の指導、立憲の情熱等を織り込んで改訂増補。

A 5冊・上巻B 1 定価(税別)740円

〒107-0002 東京都千代田区一ツ橋2-5-5
<http://www.iwanami.co.jp/>

岩波書店

【定価は消費税別25%込みです】

うことが、もはや避けられなくなっていると思われまふ。そういう、批評家ともまた違う、単なるケチを付けるだけの役でもない、そういう役割というものが我々にあるのではないか。つまり、ネット系の野次将軍から評論家程度に、少し格上げしなければいけないかもしれない。コーチまではいかないでしょうけれども——もちろん先生方はコーチどころか監督で頑張っていただろということ——、我々は自分で言葉を発表する人間向けに使い直しながら、新しい文脈の中での言葉の可能性を探っていく。いま、そういう時期ではないか。

もっと別の例によってネガティブな言い方をすると、どうも近代立憲主義の憲法学の武器庫はかなり空になりつつある。あるいは幾りをこの10年で使い切ってしまったっている可能性もある。いまは審判の時期ではないかと思えます。そういう意味では、この座談会に「展望」という問題が付いていますが、私の学問的な貧弱なツールでは展望はちょっと語れない状態で、だからこそ先ほども「代案がない」とお叱りを受けたのですが、私は国家そのものの、あるいは国家と社会の二元論といった、我々の人権論や統治機構論を支えてきた大前提自体がどんどん崩れて、社会や行政が多元化、オートボイエージス化というか分節化している。その中で少しでも個人の尊厳とか民主的な決定をはかってゆくか、新しい文脈の中でどういった制度構想が可能か。これはフールドバックで日々考えていくしかないという、非常に情けない見通ししか、いま持ち得ていない状態です。

佐藤 いまお二人がお話しになられたことに強い共感を覚えます。今日、行政改革の意義、「政治のフォーラム」の活性化の重要性についてお話ししましたが、これからの日本の社会にとってもっと意識深いと思われるのは司法改革なんです。我々の新しい挑戦です。そのためには質量とも豊かな法曹・法律家を養成しようというわけですが、その法曹・法律家はこれまでのように何か別世界に住む速い存在ではなく、一般の国民の身近にあって、国

民に分かりやすい言葉で国民の生活を助けることが期待されている。裁判員制度は、刑事についてですが、法曹をそういう方向へと脱皮せしめる重要なきっかけになると思っています。

それからもう一つ基礎的な事柄ですが、小学校・中学・高校における「法教育」の在り方について本格的な検討が進められています。「みんなで決めるべきことはみんなで決めよう」、しかし「みんなで決めてはならないことは何かを考えよう」、そして独立した1人の人間として生きていく上で必要な社会の仕組みとしてこういうものがある、といったことを予どものころから教えていくということがあります。法律家がそうした場に呼ばれて話を求められたり、模擬裁判のようなことも行われているようです。従来の日本の社会にはなかった、新しい可能性が開かれようとしていきます。それだけに、法科大学院の責任は重大ですが……。

そして文字どおり最後に、法律家が司法の分野だけでなく、企業・行政・政治などの分野にも進出していくことを期待しています。法律家にも多様な人材が求められるのであり、このことは、日本の社会自身のためにも、また、グローバル化に対応していくためにも、極めて重要なことだと思います。

高橋 ありがとうございます。いろいろな観点から、今口、憲法及び憲法学が直面している問題を論じていただきました。いろいろな面で刺激になりました。私の不手際で論ずべくして論じ得なかった、あるいはもう一歩突っ込んで論じてみると面白かったということもあったかと思いますが、論じていただいたものはすべて重要なものばかりであったという気がします。現状把握と今後に向けての課題意識の深化に非常に役立ったのではないかなと思っています。もっと議論を続けたい気持ちではありますが、今日はこの辺でお開きにさせていただきます。ありがとうございます。お忙しい中、本当に長時間ありがとうございました。

(平成19年2月6日収録)

著者紹介

高橋和之（たかはし・かずゆき）

東京大学名誉教授

専攻 憲法学

主な著書として

現代憲法理論の源流（有斐閣，1986年）
国民内閣制の理念と運用（有斐閣，1994年）

憲法判断の方法（有斐閣，1995年）

現代立憲主義の制度構想（有斐閣，2006年）

憲法ⅠⅡ（第5版）（共著，有斐閣，2012年）
体系 憲法訴訟（岩波書店，2017年）



立憲主義と日本国憲法 第5版

Constitutionalism and the Constitution of Japan, 5th ed.

2005年10月20日 初版第1刷発行
2010年5月20日 第2版第1刷発行
2013年9月20日 第3版第1刷発行
2017年3月30日 第4版第1刷発行
2020年4月15日 第5版第1刷発行

著者 高橋和之
発行者 江草貞治

郵便番号 101-0051
東京都千代田区神田神保町2-17
株式会社 有斐閣
電話 (03) 3264-1314 (編集)
(03) 3265-6811 (営業)
<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印刷・株式会社理想社／製本・大口製本印刷株式会社
© 2020, TAKAHASHI Kazuyuki. Printed in Japan
落丁・乱丁本はお取替いたします。

★定価はカバーに表示しております。

ISBN 978-4-641-22784-2

JCOPY 本書の無断複写(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、そのつど事前に(一社)出版者著作権管理機構(電話03-5244-5088, FAX03-5244-5089, e-mail:info@jcopy.or.jp)の許諾を得てください。

時 2294 号 29 頁は、「一律に制限していることについてやむを得ない事由があるといふことはできず」違憲であるとしながら、国賠法上の違法とはいえないとして控訴を棄却し、判決は確定している。

普通選挙の原則は、すべての成人に等しい選挙権を与えることまで要求するものではなく、複数選挙（特定の選挙人には複数の投票権を与える制度）や等級選挙（選挙人をいくつかの等級に分け、等級ごとに代表者を選ぶ制度で、等級ごとの選挙人あるいは代表者の数の違いから実質的な不平等が生じる）は許されるとされた。これを否定したのが平等選挙の原則であり、これにより選挙人は平等な選挙権をもつことになった。なお、「成人」（「成年者」）は、選挙権に関しては、2015 年の公選法改正により「満 20 年以上」から「満 18 年以上」に改められ（9 条）、2016 年 7 月の参議院通常選挙で初の適用をみた。

戦後、日本の選挙制度もこの平等選挙の原則の下につくられた。ところが、その後地域間の人口変動により、選挙区間の選挙人数あるいは定数の違いから、定数 1 あたりの選挙人数（または人口）に不均衡が生ずるという問題が生じた。これは、結果的には複数選挙や等級選挙を認めるのと同じであり、憲法上許されないことである。そこで最高裁も、定数不均衡には一定の許容限度があると判決した。その際、最高裁は、不均衡を憲法 14 条の平等権の侵害の問題であると捉えた（最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 巻 3 号 223 頁）。しかし、選挙権は、日本国憲法においては概念上当然に、相互に平等な内容を有するという意味を内包しているのではなからうか。そうだとすれば、定数不均衡は選挙権（憲 15 条）そのものの侵害だということになる。つまり、選挙権は、その価値が相互に等しいものと最初から想定されており、選挙制度が価値の不平等を生み出せば、その制度は選挙権を制約するものであり、その制約が必要不可欠として正当化されない限り違憲となると考えるべきなのである。

論者の中には、選挙権の価値の平等は、代表者をもつことの平等まで保障するものだと言張る者もいる。この考えからすると、選挙制度としては比例代表制でなければならず、たとえば小選挙区制は違憲だという主張となろう。しかし、比較法的に見ても、小選挙区制をとる民主政国家は少なく（イギリス、アメリカ等）、日本国憲法がそれを否定していると解すべき根拠はない。選

挙権の価値の平等は、代表者の選出にあたり、自己の投票が平等にカウントされることまでを要求するのみで、自己の票が現実的に代表されることまで要求するものではないと解すべきである。

秘密選挙

秘密投票とは、誰に投票したかが秘密にされる投票方法をいう。

19 世紀の中頃までは、有権者は自己の投票に責任をもつべきだという考えの下に公開投票や記名投票が広く行われていたが、公正な選挙を確保しがたいことに気づき、秘密投票が一般化した。判例は、当選や選挙の効力を争う訴訟においても、不正投票者や無権利投票者が誰に投票したかを証言させたり調査したりすることは許されないとする（最一判昭和 25 年 11 月 9 日民集 4 巻 11 号 523 頁）が、詐偽投票などの選挙犯罪の刑事手続においては許されると述べている（最三判昭和 23 年 6 月 1 日民集 2 巻 7 号 125 頁）。しかし、学説は、選挙の公正を理由に安易に投票の秘密を制約すべきでないとする見解の方が強い。

自由選挙

自由選挙とは、投票しない自由を認め、棄権に対し罰金等の制裁を科さない制度をいう。憲法に明文の規定はないが、現行選挙法はこれを採用しており、憲法上の要請とするのが通説である。しかし、強制投票制度が憲法上まったく許されないかどうかは議論のありうところである。

直接選挙

直接選挙とは、投票人が直接代表者を選ぶ制度をいい、投票人がまず選挙人を選び、選挙人が代表者を選ぶ間接選挙と区別される。

アメリカ大統領の選挙が間接選挙の例とされ、今日でも国民（投票人）が直接選ぶのは大統領選挙人にすぎないという制度は維持されているが、民主主義の進展とともに選挙人は投票人の多数意思に拘束される（命令的委任）という事実上の慣行が成立し、投票人が直接大統領を選ぶのとはほぼ同じに機能している。日本国憲法には国会議員の直接選挙を定めた明文はないが、43 条の「選挙された議員」とは、今日の国民主権の下では、当然「直接選挙された議員」と解される。もっとも、すべての議員が直接選挙でなければならぬわけではなく、その中心が直接選挙であれば、周辺の部分に間接選挙が取り入れられても必ずしも違憲とはいえないであろう。なお、たとえば地方議会の議員が国会議員を選出するような制度は、間接選挙とは区別して「複選制」と呼ぶが、この場合の地方議員は国会議員の選挙のために選ばれているわけではないから、これにより選ばれた国会議員を「選挙された議員」ということはできないであろう。

憲 法 1

参議院議員定数配分規定の合憲性

最高裁平成 18 年 10 月 4 日大法院判決

(平成 17 年(行ツ)第 247 号選挙無効請求事件)

(民集 60 巻 8 号登載予定, 判タ 1229 号 73 頁)

〈事実の概要〉

2000 年公職選挙法改正は、参議院議員の総定数を計 10 名削減して 242 名とした。このうち選挙区選出議員定数を 6 名削減するに当たっては、定数 4 人の選挙区の中で人口の少ない 3 選挙区の定数を 2 名ずつ削減し、いわゆる逆転現象を解消したが、選挙区間の議員 1 人当たりの人口の最大較差（以下、「最大較差」）は、改正前と変わらず、1 対 4.79 であった。改正後の定数配分規定に基づいて行われた 2001 年参議院選挙について、最高裁（最大判平成 16〔2004〕・1・14 民集 58 巻 1 号 56 頁。以下、「04 年判決」）は、結論において、定数配分規定を違憲とはしなかったものの、このまま推移すれば選挙区定数配分規定の不均衡が憲法に違反するとの認識を示す裁判官が多数を占めた。

参議院は、04 年判決を受けて、定数較差問題に関して協議を進めたが、結局、定数配分規定が改正されないまま、2004 年参議院選挙（以下、「本件選挙」）が施行された。本件選挙当時、選挙区間の最大較差は、1 対 5.13 に達しており、東京都選挙区の選挙人である X ら（原告・上告人）は、公職選挙法（平成 18 年法律 52 号による改正前のもの）14 条・別表第 3 の参議院選挙区議員定数配分規定（以下、「本件定数配分規定」）が憲法 14 条 1 項等に違反し無効であると主張して選挙無効訴訟を提起した。

原審（東京高判平成 17〔2005〕・5・18 判例集未登載）が、X らの請求を棄却したため上告。

〈判 旨〉

上告棄却。

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も要求している」が、「憲法は、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、どのような選挙制度が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ことになるのかの決定を国会の裁量にゆだねており、投票価値の平等は、参議院の独自性など、国会が正当に考慮することが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。

現行の参議院議員選挙制度は、「憲法が二院制を採用した前記の趣旨から、参議院議員の選出方法を衆議院議員のそれとは異ならせることによって参議院の実質的内容ないし機能に独特の要素を持たせようとする意図の下に、参議院議員を全国選出議員ないし比例代表選出議員と地方選出議員ないし選挙区選出議員とに分け、後者については、都道府県が歴

史的にも政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し、政治的に一つのまとまりを有する単位としてとらえ得ることに照らし、都道府県を構成する住民の意思を集約的に反映させるという意義ないし機能を加味しようとしたものであると解することができる。また、上記の仕組みは、憲法 46 条が参議院議員については 3 年ごとにその半数を改選すべきものとしていることに応じて、各選挙区を通じてその選出議員の半数が改選されることになるように配慮し、各選挙区に偶数により定数配分を行うこととしたものと解することができる。こうした参議院議員の選挙制度の仕組みは、憲法の趣旨に照らし合理性を欠くものとはいえない。

「議員定数配分規定の制定又は改正の結果、上記のような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たこと、あるいは、その後の人口の変動が上記のような不平等状態を生じさせ、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、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量の権限に係るものであることを考慮しても、その許される限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数配分規定が憲法に違反するに至る」。

現行の選挙制度の仕組みの下では選挙区間における議員 1 人当たりの人口較差の是正を図ることは容易でないこと、04 年判決の後、参議院では、定数較差の是正についての議論が行われ、法改正の結果、選挙区間における議員 1 人当たりの人口の最大較差が 1 対 4.84 に縮小したことなどの事情を考慮すると、「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たものと断することはできず、したがって、本件選挙当時において、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとすることはできない」。

藤田出靖、中斐中辰夫、津野修、今井功、那須弘平の各裁判官による補足意見、横尾和子、滝井繁男、泉徳治、才口千晴、中川了滋の各裁判官による反対意見がある。

〈解 説〉

1 最高裁は、1983 年以来、参議院の議員定数配分についても、憲法上の要請である投票価値の平等の拘束が及ぶことを認めつつ、「参議院の独自性」を強調して、投票価値の不平等について、衆議院よりも緩和された基準によって判断してきた（最大判昭和 58〔1983〕・4・27 民集 37 巻 3 号 345 頁。以下「83 年判決」）。1 対 6.59 に及ぶ最大較差についても、い

まだ是正のための「相当期間」が経過していないとして違憲状態判決を出すにとどまった1996年判決(最大判平成8〔1996〕・9・11民集50巻8号2283頁)を受けて、参議院については、1対6までの較差は容認されるとの観測もあったが(西川知一郎〔判解〕曹時54巻1号290頁)、04年判決は、最高裁がより厳しい姿勢をとっていることを示した。同判決の多数意見のうち、従来の最高裁判決の枠組みに従って、合憲との結論を出した裁判官はわずか5名にすぎず、国会が何らの是正措置を講ずることなく推移すれば、違憲判決が下されることが強く示唆されていた(野中俊彦〔判批〕法教286号9頁)。

本判決が04年判決と比べて、より「安定的な」合憲判決となった原因としては、本件選挙後に行われた4増4減による一定の是正が「立法府が真摯な努力を続けつつあることの、一つの証」(藤田補足意見)であると積極的に評価されたことが大きい。もっとも、多数意見に加わった裁判官のうち、甲斐中裁判官が、現行の定数配分について、「投票価値の著しい不平等状態」であるとしているのに加え、今井裁判官も、「許容される限界」との認識を示しており、抜本的是正が行われなければ、合憲判断が再び揺らぐ可能性もある。

異常に拡大した参議院選挙区の較差については、従来とは異なる計測方法も試みられている。横尾裁判官は、2以上の配当基数の選挙区相互間の較差を指標とすべきとの見解を04年判決以来表明しており、本判決では、この指標によって最大較差が1対3.01となる本件定数配分規定を憲法14条違反と断じている。また、那須・津野両裁判官は、参議院議員選挙の投票価値を論ずるに当たって、選挙区選挙だけではなく比例代表選挙における投票の影響力を加味して判断するという手法を提唱する。しかし、比例代表区と選挙区の選挙は、それぞれ1票が投じられる別々の選挙であって、それらを合算して投票価値の平等を論じなければならない必然性はなく、かつ、この計算手法によっても3倍近い較差が生じているのに、なお「憲法の許容する範囲内」と論ずるのであれば、「較差の許容限度を緩やかに捉える理由づけに新たなものを加えた」(安西文雄〔判批〕法教196号28頁)にすぎない。

2 参議院における議員定数不均衡をめぐる最大の争点は、5倍を超える較差すら憲法上容認される根拠とされる「参議院の独自性」とは何かである。最高裁は、83年判決以来、憲法が二院制を採用していることから、参議院議員を衆議院議員とは異なる選出方法で選出する必要があり、「一つの政治的まとまりを有する単位としての都道府県」を構成する住民の意思を集約的に反映させるという意義・機能を加味することにも合理性があり、このために投票価値の平等が一定程度損なわれることも許されると説明してきた。また、憲法が半数改選を定めることから、各選挙区に偶数の単位で議員定数を配分する必要があることも、人口に比例した定数配分を困難とする原因として指摘される。しかし、都道府県単位の選挙区制や選挙区定数の偶数配分は、公職選挙法上の定めにもすぎず、これら法律上の制約によって憲法上の要請である投票価値の平等からの乖離が正当化されることはないはずである。

そこで、最高裁は、現行の選挙制度を単なる法律上の定めから「憲法の趣旨」を踏まえたものに高める努力をしている。すなわち、憲法42条(二院制)・43条(「全国民の代表」)・47条(議員定数、選挙区等を法律事項とする)の諸規定を通じて、参議院選挙区選出議員に「都道府県代表」的性格を与えることも「憲法の趣旨の具体化」として合理化され得るとするのである。憲法が二院制をとることを重視して、参議院を地域代表議会とすることも可能とする学説もあるが(佐藤幸治ほか・ファンダメンタル憲法170頁〔中村睦男〕)、国会議員の一部に地域代表的性格付けを与えることについては、43条にいう「全国民の代表」としての性格と矛盾するとの疑問が付きまとう(辻村みよ子〔判批〕憲法百選II〔第4版〕331頁)。これについては、「全国民の代表」の意義を、「選挙人の指図に拘束されることなく独立して全国民のために行動すべき使命を有するものであることを意味」するとして、「都道府県代表的な意義ないし機能」を加味することと「全国民の代表」性は矛盾しないとの説明もある(川神裕〔判解〕曹時51巻2号560頁)。しかし、仮にこの立場に立ったとしても、投票価値の平等が憲法上の要請であることは否定できず、現行の配分規定がはらむ著しい不平等の正当化には成功していない。

他方、「全国民の代表」の意義には、議員が選出母体による命令的委任の禁止に拘束されないとする禁止的規範意味のみならず、現実の国民の意思ができるだけ議会に反映されなければならないとする積極的規範意味があると説かれることから(樋口陽一・憲法1〔現代法律学全集〕152頁)、参議院議員の一部が都道府県単位を基礎に選出されることも、「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」手段として、正当化される余地もあるかもしれない。しかし、国民の政治的意思の多様性は、平等に表明された政治的意思の結果として示されるべきものであって、多様性を作り出すために、投票価値の平等を犠牲にして選挙制度を構築することは本末転倒とすべきである(むしろ、「全国民の代表」であることから、議員1人当たりの選挙区人口も等しいことが要請されると考える余地もある〔渡辺良二・近代憲法における主権と代表241頁〕)。

3 都市部への人口集中と地方の過疎化は更に加速しようとしている。参議院選挙区における定数不均衡問題が現行の枠組みの中ではもはや解決不可能なことは、最高裁の側では広く認識されつつあるものの、国会が自主的に抜本的な制度改革に乗り出すことも考えにくい。参議院選挙区選挙における定数不均衡問題は、日本における違憲審査権の行使をめぐる限界事例となっていくかもしれない。

(参考文献)

本文中に掲げたもののほか、常本照樹〔判批〕民商131巻1号112頁、福井章代〔判解〕曹時58巻11号3591頁。

さのしたととし
(木下智史 関西大学教授)

参議院議員定数配分規定の合憲性

1946年8月26日第3号印刷物認可
2011年6月1日発行(毎月1回1日発行)
SEKAI
岩波書店
2011
June
1000000

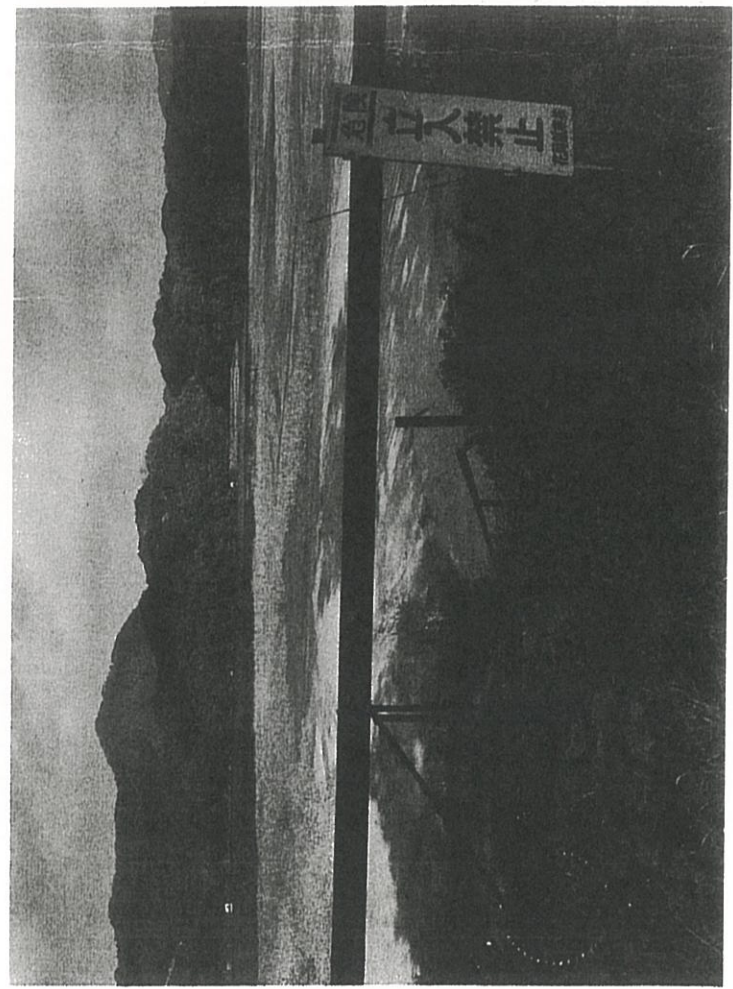
世界6

東日本大震災・原発災害特集 原子力からの脱出

特集

柳澤桂子・孫正義・小出裕章・水口憲哉
春名幹男・川内博史・河野太郎 ほか

板垣雄三 中東の新・市民革命と日本



甲第45号証

おとふに、一、二、三、四、五、六、七、八、九、十、十一、十二、十三、十四、十五、十六、十七、十八、十九、二十、二十一、二十二、二十三、二十四、二十五、二十六、二十七、二十八、二十九、三十、三十一、三十二、三十三、三十四、三十五、三十六、三十七、三十八、三十九、四十、四十一、四十二、四十三、四十四、四十五、四十六、四十七、四十八、四十九、五十、五十一、五十二、五十三、五十四、五十五、五十六、五十七、五十八、五十九、六十、六十一、六十二、六十三、六十四、六十五、六十六、六十七、六十八、六十九、七十、七十一、七十二、七十三、七十四、七十五、七十六、七十七、七十八、七十九、八十、八十一、八十二、八十三、八十四、八十五、八十六、八十七、八十八、八十九、九十、九十一、九十二、九十三、九十四、九十五、九十六、九十七、九十八、九十九、一百

世界2011/6 (123/5)

【表】「一票の格差」に関する最高裁判決

衆議院				
判決日時	対象の選挙日	最大格差	結論	
1976(昭51)年4月14日(大)	1972年12月10日	4.99倍	違憲	
1983(昭58)年11月7日(大)	1980年6月22日	3.94倍	違憲状態	
1985(昭60)年7月17日(大)	1983年12月18日	4.40倍	違憲	
1988(昭63)年10月21日(二)	1986年7月6日	2.92倍	合憲	
1993(平5)年1月20日(大)	1990年2月18日	3.18倍	違憲状態	
1995(平7)年6月8日(一)	1993年7月18日	2.82倍	合憲	
1999(平11)年11月10日(大)	1996年10月20日	2.31倍	合憲	
2001(平13)年12月18日(三)	2000年6月25日	2.47倍	合憲	
2007(平19)年6月13日(大)	2005年9月11日	2.17倍	合憲	
2011(平23)年3月23日(大)	2009年8月30日	2.30倍	違憲状態	

参議院				
判決日時	対象の選挙日	最大格差	結論	
1983(昭58)年4月27日(大)	1977年7月10日	5.26倍	合憲	
1986(昭61)年3月27日(一)	1980年6月22日	5.37倍	合憲	
1987(昭62)年9月24日(一)	1983年6月26日	5.56倍	合憲	
1988(昭63)年10月21日(二)	1986年7月6日	5.85倍	合憲	
1996(平8)年9月11日(大)	1992年7月26日	6.59倍	違憲状態	
1998(平10)年9月2日(大)	1995年7月23日	4.97倍	合憲	
2000(平12)年9月6日(大)	1998年7月12日	4.98倍	合憲	
2004(平16)年1月14日(大)	2001年7月29日	5.06倍	合憲	
2006(平18)年10月4日(大)	2004年7月11日	5.13倍	合憲	
2009(平21)年9月30日(大)	2007年7月29日	4.86倍	合憲(?)	

※(大)=大法廷、(一)=(二)=(三)=第一・二・三小法廷
※最大格差=選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の最大格差(衆議院小選挙区制、参議院選挙区制、選挙区間の人口の最大格差(衆議院小選挙区制))

ところが日本では、国会議員の選挙について、他の立憲民主主義諸国ではあり得ない規模の大きな格差が、長年にわたって続いてきた。その原因は、国会議員が公職選挙法で自らの選挙区割りをするというしくみにある。

都市への人口集中によって一票の格差が拡大し続けるにもかかわらず、地方出身の現職議員にとっては「痛みを伴う改革」であるが故に、国会は自発的な格差是正に消極的であった。かくなる上は、一票の格差の是正を司法の場に求めるほかない。そこで近時は、ほぼ通常選挙が実施されることに、一票の格差について最高裁が判断を示すことになっている【表参照】。

最高裁判決で拓かれた「一票の格差」の新局面

最高裁判決は、一票の格差は違憲状態にある。一人別枠方式の是非に踏み込んだ。較差数値の検討をこえて「投票の平等」の実現をうながす画期的なものだった。

本年三月三日、最高裁大法廷は、二〇〇九年に実施された衆議院議員総選挙について、一票の較差が投票価値の平等に反していたものの、是正に必要な合理的期間が経過していないため、公職選挙

法等の規定を違憲とまでは判断しない、との判決(以下、本判決)を下した。

しかし、東日本大震災によって世情厳然とする中での言説しであったという事柄も含め、本判決の意義はまだ十分に理

解されていないようである。

本判決は、衆議院小選挙区制の下ではじめての違憲状態判決である。これまで一票の較差問題に対する最高裁の取り組みは消極的だと批判されてきたが、本

判決では最高裁判事一五人のうち実に四人が、この較差が許容されないとの立場を明らかにしており、確かに「最高裁は変わった」と評価すべきであろう。

本判決には、合理的期間論や選挙運動の制限等の多くの問題が含まれているが、

この小論では、投票価値の平等に関する論点に絞って、これまでの判例法理と比較しながら、本判決の内容を紹介、検討することにした。

■一票の較差と従来の判例法理

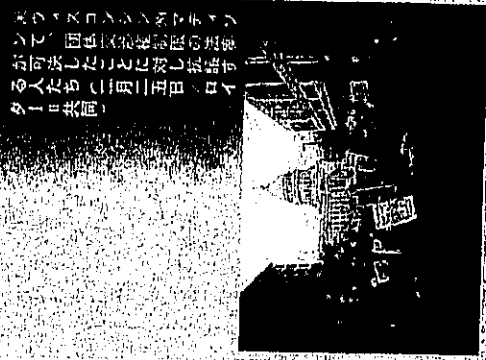
一票の較差とは、選挙区ごとの人口数

または有権者数(選挙区に配分された議員が複数である場合は、その定数で先の人口数・有権者数を割った数)の不均衡によって、選挙人一人当たりの「投票価値」に不平等が生じることである。全国を複数の選挙区に分割する選挙制度を採用する以上は、こうした較差が生じることは、ある程度まで必然である。

最高裁判決で拓かれた「一票の格差」の新局面

米国に広がる民主主義の崩壊と寡頭政治の台頭 金 克 美

中学校教科書採択——第三次教科書攻撃は終止符を打つか 伊 藤 義 文



123
大(10)

124
大(10)

一九七六年判決は、次のようにして、選挙区割り等に関する国会の裁量を尊重する姿勢を示した。まず、投票価値の平等はもちろん憲法上の要請ではあるが、選挙制度の目標である「公正かつ効果的な代表」の中で調和的に実現されるべきである。当時の衆議院中選挙区制は、様々な非人口的要素、とりわけ「人口の都市集中化」を、区割りに際して考慮することが許される制度である。そして非人口的な要素が増えれば増えるほど、投票価値の平等との調整はますます複雑になるから、「一般に合理性を有するものとはどういって考えられない程度」の不等がない限り、区割り等は違憲とならない。

この判決は約五倍の最大較差を違憲とした点で確かに画期的ではあったが、「対一」という明確な数値基準によって、国会の裁量を枠づける憲法学の通説とは、論理を異にするものであった。そのため一票の較差問題は、むしろ混沌を深める結果となった。

かつては、衆議院では対二、参議院

では対六までの最大較差が許容されるといわれたが、これは判例法理の正確な表現ではない。最高裁は国会の裁量行使を後追いでその合理性を判断するだけで、あらかじめ数値基準を導くための論理を持ち合わせていなかったからである。そして国会が最低限の定数は正を行った場合には、少なくともその直後の選挙に對して違憲判断を控えるよう、最高裁は自らを追い込んでしまったのであった。

■国会のコントロールの強化

一票の較差の抜本的是正は、リクルート事件以降の政治改革のテーマの一つでもあった。政府の第八次選挙制度審議会は、一九九〇年四月、小選挙区での一票の較差を対二未満とする基本原則を打ち出している。

ところが地方出身の現職議員の反発に配慮して、自民党は同年二月、まず都道府県に一議席を配分し、残る議席を人口比例で配分するという「一人別枠方式」を提唱した。

その結果、一九九四年に成立した衆議院議員選挙区画定審議会設置法（以下、

設置法）は、最大較差を「対二未満とするのが原則であるが（三条一項）、同時に一人別枠方式を採用する（二項）」という区割基準を定めた。この方式は人口の少ない県に過剰な議席を配分する機能を有するから、公職選挙法の区割規定はその成立当初から二倍を超える最大較差を抱え込んでしまった。

この較差に関して、最高裁は一九九九年、第一に国会が自ら立てた区割基準が合憲か、第二に区割基準に従って区割りとなされたかの二段階で、国会の裁量行使が合理的だったかどうかを判断した。

第一段階では一人別枠方式の合理性が争われたが、最高裁はこれまでの様々な考慮要素に加えて、過疎化現象の考慮、反映も国会の裁量に属するとまで明言して、一票の較差を合憲としたのである。

こうした判例法理に対しては、早くから最高裁内部でも批判があった。そして司法制度改革の進展と時を同じくする形で、依然五倍近い最大較差を抱える参議院について、従来の判例法理を内側から克服する試みが登場する。二〇〇四年に、

合憲派を構成した九名の判事のうち四名が、国会が考慮すべき要素を適切に考慮し調整する努力をしているかどうか、司法が厳しく監視すべきだと主張したのが、それである。

このように考えれば、一票の較差問題とは、非人口的要素の考慮がどこまで許されるかという問題、さらにはそうした要素の考慮を許す選挙制度のしくみそれ自体の問題にまで行き着かざるを得ない。

そこで最高裁は二〇〇六年に、選挙制度の見直しを含めた検討を行うよう国会に求めたが、この希望が事実上無視されていた二〇〇九年には、ついに速やかに選挙制度を見直すよう迫るに至ったのである。この判決は、「なお大きな不平等が存する状態」と明言した点で、暗黙のうちに違憲状態を指摘したものと読むべきであろう。

こうした、国会に対するコントロールを強化する傾向は、もちろん衆議院にも及ぶ。二〇〇七年には四人の判事が、一人別枠方式という制度のしくみは過疎地対策として認められず（この点は一九九九

年の五人の判事の反対意見も同意）、小選挙区制導入に伴う激変緩和措置だとしても二〇〇二年時点にはその必要が失われていたとの「見解」を示した。

■核心は一人別枠方式の否定

本判決は、一見したところ従来の判例法理を維持しているが、仔細に分析すると、投票価値の平等へ力点を移していることがわかる。

最高裁は、都市集中化の評価・反映を含むいくつかの非人口的要素を、国会が考慮して良い事由として挙げることを止めた。そして「一般に合理性を有するものとはどういって考えられない程度」というこれまで用いてきた修飾を省いて、国会の裁量行使は端的に合理的でなければならないことを明確にした。

具体的な判断の核心はもちろん、一人別枠方式の評価である。本判決はまず、設置法三条の区割基準が不可分一体のものではないことを前提に議論を進め、二〇〇七年の「見解」と同じく、二つの正当化理由に検討を加える。

まず過疎地対策という理由は、全国民

の代表（憲法四三条一項）からみて、不平等を生じさせるだけの合理性がない。したがってこの方式には、小選挙区制導入時に国政の安定性・連続性を確保し、選挙制度改革を実現させるために必要だったという理由しかない。してみれば、小選挙区制の定着によってこの方式の合理性は失われる。そして最高裁は、二〇〇五年時にはまだ合理性が残っていたとして二〇〇七年判決との平仄を合わせた上で、いまや一人別枠方式さらには一票の較差は違憲状態にある、と結論づけたのである。

こうした本判決の特徴は、平等原則を大土段から振りかざすのではなく、最近の最高裁が彫琢してきた技巧的テクニックを総動員した点にある。例えば、対一の原則は投票価値の平等に配慮した合理的な基準であるが、一人別枠方式はそうではないとして、後者のみが違憲とされている。こうした部分違憲の手法は、最高裁が国籍取得に関して婚外子を差別する国籍法の規定を違憲とした際にも用いられていた（二〇〇八年六月四日大法廷判

送。

このように最高裁は区割基準全体を違憲とせず、区割規定を違憲状態と判断するための足がかりとして、一対二の原則を残した。

しかし国会が、「一人別枠方式なくして一対二の原則を採用したはずがない」という場合には、こうした処理は司法による国会の意思の纂奪として許されないはずである。換言すれば、最高裁は、国会が合理的意思をもって行動するはずだ、という想定に立つ。しかもそれは国会の裁量を保護するためではなく、逆に現実の立法に含まれている不合理な部分を切り捨てるためである。こうした手法は、ドイツという首尾一貫性（Stimmigkeit, Systemgerechtigkeit）のコントロールにも類似している。

さらに本判決は、一人別枠方式は当初は合憲であったが、時の経過により違憲となったとする。この論理は、国会の政策判断を正面から否定しない点で裁判所と国会の摩擦を小さくするものであって、まさに一票の較差に関する累次の判例で

編み出された手法でもある。

■全国民の代表の再構築を

本判決で独り合憲論を守った古田判事は、一人別枠方式は過疎地対策として合理性を有しており、しかもこれまでの最高裁自身もそれを全国民の代表に反しなと認めてきたはずだ、と批判した。この点は、一九九九年や二〇〇七年の少数派の判事、本判決では須藤判事の補足意見や田原判事の反対意見が、説得的な再批判を提供している。

そもそも一人別枠方式は、宮城県に配分される議席を増やした反面、富山・石川・和歌山・鳥取・宮崎五県にそうした効果を生まなかったことからわかるように、人口の少ない県を常に優遇するわけではなく、過疎地対策としても有効ではない。過疎地対策は重要な政策課題だが、他の政策課題との関連で、なぜこれだけを選挙で優遇して良いのか説明が付かない、という問題点もある。

さらにいえば、この文脈での過疎地対策は「過密の軽視」（一九九九年の福田判事の反対意見）であり、「全国民の代表」に

課せられた国民統合作用をかえって妨げるように思われる。本判決は、第八次選挙制度審議会の答申の実現を、二〇年かけて求めるものであるが、それは翻って一人別枠方式が「過疎地出身の政治家対策」、実質的には当時の自民党内部での対策にすぎなかったことを、改めて露呈したものであろう。

最高裁は、衆議院について一人別枠方式を速やかに廃止し、最大較差を一対二未満に抑えるよう求めた。そもそも投票価値の平等からすれば、最大較差を尺度とすることも、それを一対二まで許すことも不十分であり、衆議院に関しては、全選挙区間の人口を可能なかぎり近づけることが求められる（須藤判事の補足意見も参照）。参議院の選挙制度改革とも併せて、与野党が協力して「全国民の代表」のあり方を再構築することを、期待したい。

（しと・じょうじ 東京大学大学院法学政治学研究科准教授）

昨秋に誕生したティーパーティ系州知事たちが仕掛ける「ショック・ドクトリン」。労組の団体交渉権、ひいては米国の民主主義そのものが危機にさらされている。

米国に広がる民主主義の崩壊と寡頭政治の台頭……金克美

■始まりはウイスコンシンから
二〇一一年二月一日、ウイスコンシン州マティソンで州知事が予算修正法案を提出した。法案には、赤字予算対策としながら公務員労働組合の団体交渉権の大幅な制限が盛り込まれていた。法案が通れば福利厚生の利益、労働条件に関する交渉などは禁止され、給与の引き上げのみ、それも物価の上昇率に限られた交渉しかできなくなる。そのほかにも、毎年一回投票を行い五〇％以上が組合の必要性を認めないと、組合を存続できなくなる。組合の運営をまかなっている組合費が徴収されているかどうかを組合自身でチェックすることもできなくなる。

知事側は、引き継いだ州の予算赤字が一億二七〇〇万ドル（約一四億円）と向

こう二年間の見込み予算の不足分三六億ドルを補うためとしているが、実際にはこの予算法案の提出前に一つの法人税の減税を認めたため、黒字で終わる見込みだった予算が赤字に転じている。それだけでなく、保守的な医療政策実験に一億二〇〇〇万ドル（約二〇億円）の税の追加支出を認め、また、ミルウォーキーとマティソン間に建設する予定だった高速鉄道建設を否決し、工事に対して連邦政府からつけられた予算八億一〇〇〇万ドル（約六七〇億円）を返上している。知事の提出した赤字予算修正法案は、このような州の予算運営のツケを公務員の解雇や予算削減という形で回しているにすぎない。

労働組合の歴史でみれば、ウイスコンシン州は一九五九年にアメリカで最初に

公務員が団体交渉権を獲得した州である。その同じ州で、まさしくいま、労働者や一般市民の声を代表する組合の団体交渉権の幕がおろされようとしており、ウイスコンシンに引き続き、オハイオやイリノイをはじめ、アメリカ中西部にその影響が広がっている。

■二カ月間の足跡

昨年十一月の選挙に勝利し、二〇一一年一月から就任したスコット・ウォーカー知事が提出したこの予算修正法案は、二月一五日に共和党議員が多数を占める下院を通過した。

法案に反対する人々は、知事に投票した共和党員も、教員の解雇を言い渡されている教職員組合も、またこの法案では除外されている警察や消防の組合も、街

判例
クローズ
アップ

最高裁判所平成29年9月27日
大法廷判決
(平成29年(行ツ)第4号・第10号・
第11号・第32号・第45号・第
54号選挙無効請求事件, 第47号
選挙無効請求事件)
裁時1685号1頁(第4号ほか事件),
民集71巻7号1139頁(第47号事
件)

平成28年
参議院議員選挙と
投票価値の平等

千葉大学教授
齊藤 愛
SAITO Megumi

I. 事実の概要

本件は、平成28年7月10日施行の参議院議員通常選挙について、東京都選挙区及び神奈川県選挙区の選挙人である上告人であるX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は憲法に違反し無効であるから、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である。

II. 判旨(両判決は同内容である。)

「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。それゆえ、国会が具体的に定めたところと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。

憲法が二院制を採用し衆議院と参議院の権限及び議員の任期等に差異を設けている趣旨は、それぞれの議院に特色のある機能を発揮させることによって、国会を公正かつ効果的に国民を代表する機関たらしめようとするところにあると解される。」

「憲法は、二院制の下で、一定の事項について衆議院の優越を認める反面、参議院議員につき任期を6年の長期とし、解散もなく、選挙は3年ごとにその半数について行うことを定めている(46条等)。その趣旨は、立法を始めとする多くの事柄について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ん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。」

「〔上記の〕趣旨に鑑みれば、二院制の下での参議院の在り方や役割を踏まえ、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是認し得るものと考えられる。そして、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。」

「もとより、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く、参議院についても更に適切に民意が反映されるよう投票価値の平等の要請について十分に配慮することが求められるものの、上記のような憲法の趣旨、参議院の役割等に照らすと、参議院議員の選挙における投票価値の平等は、憲法上3年ごとに議員の半数を改選することとされていることなど、議員定数の配分に当たり考慮を要する固有の要素があることを踏まえつつ、二院制に係る上記の憲法の趣旨との調和の下に実現されるべきであることに変わりはないというべきである。」

「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にとどまらず、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、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。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、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

いるものということができる。」

「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できない。」

Ⅲ. 解説

1. これまでの判例の流れ

まず初めに、これまでの参議院議員定数不均衡訴訟をめぐる経緯を簡単に振り返ってみたい。

参議院議員選挙法制定当時は選挙区間における議員1人当たりの人口の最大較差は2.62倍であったが、その後、人口変動により較差は拡大し続け、平成4年に施行された参議院議員通常選挙においては、選挙区間の最大較差が6.59倍に達するに至った。こうした中で、最高裁は、この平成4年選挙につき、参議院選挙について初めて、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した（最大判平成8・9・11民集50巻8号2283頁）。

その後、平成6年改正における7選挙区の定数を8増8減する措置により、選挙区間の最大較差は4.81倍に縮小したものの、平成12年改正における3選挙区の定数を6減する措置及び平成18年公職選挙法の改正における4選挙区の定数を4増4減する措置の前後を通じて、平成7年から平成19年までに施行された各通常選挙当時の選挙区間の最大較差は5倍前後で推移した。これに対して、最高裁は、平成18年10月4日大法院判決（民集60巻8号2696頁、以下「平成18年判決」）で、投票価値の平等の重要性を考慮すると投票価値の不平等の是正について国会における不断の努力が望まれる旨の、平成21年9月30日判決（民集63巻7号1520頁、以下「平成21年判決」）では、当時の較差が投票価値の平等という観点からはなお大きな不平等が存する状態であって、最大較差の大幅な縮小を図るためには現行の選挙制度の仕組み自体の見直しが必要となる旨の指摘をするなど、選挙区間の最大較差が5倍前後で常態化する中で、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するようになっていった。

そして、選挙区間の最大較差が5.00倍であった平成22年選挙の合憲性が争われた平成24年10月17日大法廷判決（民集66巻10号3357頁、以下「平成24年判決」）においては、最高裁は、参議院議員と衆議院議員の各選挙制度が同質的なものとなっており、国政の運営における参議院の役割が増大してきていること、衆議院については投票価値の平等の要請に対する制度的な配慮として選挙区間の人口較差が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こと及び都道府県を各選挙区の単位として固定する結果長期にわたり大きな較差が継続していたなどの長年にわたる制度及び社会状況の変化が見られる現状においては、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もわたり投票価値の大きな較差が継続することを正当化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し、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旨判示するとともに、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内容とする立法措置を講じ、できるだけ速やかに違憲の問題が生ずる上記の不平等状態を解消する必要がある旨を指摘した。

さらに、平成26年11月26日大法廷判決（民集68巻9号1363頁、以下「平成26年判決」）は、平成24年判決を踏襲した上で、平成24年改正法による前記4増4減の措置は、都道府県を各選挙区の単位とする選挙制度の仕組みを維持して一部の選挙区の定数を増減するにとどまり、現に選挙区間の最大較差についてはなお5倍前後の水準が続いていたのであるから、投票価値の不均衡について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を解消するには足りないものであったとした。

これを受けて、国会は、平成27年7月28日、鳥取県及び島根県、徳島県及び高知県を合区して定数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し公職選挙法の改正を行い、その結果、選挙区間の最大較差は2.97倍となったが、平成28年7月10日の選挙の時点では、選挙区間の最大較差は3.08倍となっていた。本判決はこの選挙の合憲性が争われたものである。

2. 二段階の判断枠組み

参議院の議員定数不均衡に関して、最高裁は、これまで、昭和58年4月27日大法廷判決（民集37巻3号345頁、以下「昭和58年判決」）以来、①人口の異動が「当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせ」、かつ、②「それが相当期間継続して、このような不平等状態を是正するなんらの措置を講じないことが……複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであることを考慮しても、その許される限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数の配分の定めが憲法に違反するに至る」との判断基準を採用してきた¹⁾。これは、衆議院の定数問題で昭和51年4月14日大法廷判決（民集30巻3号223頁、以下「昭和51年判決」）において示された二段階の判断基準と基本的に同様のものであると考えられる。本判決では、上記①について「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にあったものとはいえない」とされたため、②については明確には示されていない。しかしながら、本判決において、①を判断する際に、国会が平成26年判決を受けて較差是正に向けて抜本的な改革に着手してきたことや、また、今後も投票価値の是正に向けてさら

1) ただし、平成18年判決、平成21年判決などは、①②の区別なく、一元的に立法裁量の範囲内か否かを判断しているかのようにも見える。市川正人「平成25年参議院議員選挙と『一票の較差』」平成26年度重判解（ジュリ

1479号）9頁。

2) 大石眞『憲法秩序への展望』（有斐閣、2008年）133-134頁。

3) 新井誠「現代選挙法の公理」大石眞＝石川健治編

なる検討を続けていくという方向性を示していることなどの要素が加味されており、そのような意味で、①と②の区別は相対的なものになっているように思われる。

3. 二院制と選挙制度

日本国憲法は、二院制を採用しているが、両院の組織や特徴・意義については多くを語っていない。たとえば、参議院の組織や権限、特徴に関連することとしては、日本国憲法は、任期や3年ごとの半数改選制、衆議院解散中の緊急集会、議決などにおける衆議院の優越などが定められるのみで、参議院の議員の地位、選挙人の資格などについては、衆議院との差異を明示していない。ところで、この両院の組織や特徴、意義は、国政選挙においてどのような制度を採用するかによって大きく決定づけられる。すなわち、選挙人の資格、議員の定数、代表法、選挙区、選挙運動などについてどのような制度を採用するかによって、各院の特質や存在意義の相当部分が決められることとなる。

このように考えると、一方では、国政選挙の基本的事項については、できるだけ多く憲法典に明記しておき、立法者による気まぐれな改変から守った方がよいという考え方も出てくるであろう。しかし、他方では、柔軟な選挙制度の改正を通じて、国政運用の在り方についてもある程度臨機応変に対応できるようにした方が望ましいという考え方もあり得る²⁾。日本国憲法は、国政選挙について、多くの部分を法律（立法裁量）にゆだねるという立場を採っており、国会が統治原理・組織についてもある程度デザインしていくことができるような制度が採られている。

しかしながら、憲法は国会に無制約の裁量を認めているわけではない。たとえば、普通・自由・秘密選挙などの原則は「選挙法の公理」と呼ばれ、民主主義にふさわしい選挙法の原理として憲法が要求するものとされてきた。平等選

挙もそうしたものの一つである。しかし、その内実に関しては、それが理念的であるがゆえ、論者により諸説ある³⁾。平等原則・投票価値の平等に関しても、それを立法裁量を限界づけるものとして捉えるのか、それとも、ただ単に国会が選挙制度を設計するに際して考慮に入れなければならない諸々の要素の一つとしてのみ位置づけるのかなどという点をめぐっては様々であった。

前述のように、日本国憲法は、参議院の組織や特徴についてはそれほど多くの規定を置いていないので、それを超えて、参議院にどのような「特殊性」を帶有させるのか（させないのか）については、国会が選挙制度を通じて設計していくということになる。しかしながら、このような参議院の「特殊性」を創出するような制度設計の中には、投票価値の平等の要請の範囲内で行われ得るものとそうでないものが存在する。たとえば、両院について、年齢などについて異なる選挙人資格を定めたり、代表制や選挙区の大小の選択（小選挙区・中選挙区・比例代表制の選択）をしたりするというのに限れば、投票価値の平等の要請の範囲内で参議院の「特殊性」をデザインすることもできよう。これに対して、たとえば、アメリカ上院型に近いような都道府県代表制度を採用するとすれば、人口比例の原則は、国会が選挙制度を構築するにあたってできる限り考慮されるべき要素の一つに過ぎないものとなってしまふであろう⁴⁾。それでは、日本国憲法は、国会に対して後者のような広い裁量を認めているのであろうか。

4. 立法裁量と投票価値の平等

この点につき、従来の最高裁判例は、国会に対して後者のような広い裁量を認めていたように思われる。たとえば、最高裁は、参議院の定数不均衡が初めて争われた昭和39年2月5日大法廷判決（民集18巻2号270頁）において、人口比例の原則を「法の下に平等の憲法の原則

『憲法の争点』（有斐閣、2008年）186-187頁。

4) 両院制の趣旨や、日本においてアメリカ上院型の選挙制度や間接選挙を導入することの可否などについては、大石・前掲注2)137-142頁や、原田一明「両院制」大石・石川

編・前掲注3)190頁を参照。

からいって望ましいところである」と述べるにとどまっていた。また、昭和58年判決は、「憲法は……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」、「参議院議員については、衆議院議員とはその選出方法を異ならせることによってその代表の実質的内容ないし機能に独特の要素を持たせようとする意図の下に」、全国選出議員については事実上ある程度職能代表的な色彩が反映されることを図り、また、地方選出議員については事実上都道府県代表的な意義ないし機能を加味した選挙制度を採用したとしても、このような選挙制度は「国民各自、各層の利害や意見を公正かつ効果的に国会に代表させるための方法として合理性を欠くものとはいえず」、また、「〔こ〕のような選挙制度の仕組みの下では、投票価値の平等の要求は、人口比例主義を基本とする選挙制度の場合と比較して一定の譲歩、後退を免れない」と判示した。そして、その後も、最高裁は、参議院について非常に大きな投票価値の較差を容認してきた⁵⁾。そこから見受けられるのは、二院制の要請を強調して衆議院と参議院の選挙制度（組織原理）の相違を出すことこそが重要な点であり、人口比例の原則はできる限り満たされていればよい（「できる限りの均等説⁶⁾」）といったような姿勢である。これに対して、学説の多くは、一貫して、投票価値の平等は憲法上の要請であり、立法裁量を限界づけるものであるとする「立法裁量限界説」を採ってきた⁷⁾（ただし、「立法裁量限界説」を採ったとしても、投票価値の平等が他の憲法上の原理と衝突する場合には、その原理との調整を図ることも考えられ得るので、論じ方によっては、結果として、投票価値の平等の要請が後退する可能性もある）。

しかしながら、最高裁は、平成24年判決以降、これまで学説が提唱してきた「立法裁量限界説」に近い形へと徐々にシフトしつつあるよ

うに思われる。たとえば、平成24年判決や平成26年判決は、「〔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はなく、むしろ、都道府県を選挙区の単位として固定する結果……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になる」という旨を述べている。ここでは、いかに国会が参議院に事実上の地域代表的性格を期待したとしても、民主制の根幹をなす選挙権の平等という原則を傷つけることは許されないといったような考え方も看取し得よう。

本判決では、「国会が具体的に定めたところがある限り、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」と述べられるなど、従前の判例にみられる「できる限りの均等説」的な片鱗が見られなくはないものの、一方で、「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だし難く、参議院についても更に適切に民意が反映されるよう投票価値の平等の要請について十分に配慮することが求められる」とも主張されており、基本的には、平成24年・26年判決の立場を踏襲したものと考えられる。

なお、この点につき、本判決に付された山本庸幸裁判官反対意見では、「国政選挙の選挙区や定数の定め方については、法の下での平等（14条）に基づく投票価値の平等が貫かれているかどうかは唯一かつ絶対的な基準」として「あらゆる国政選挙において真っ先に守られなければならないもの」である旨が述べられており、「立法裁量限界説」的な立場が明らかにされている。

5) なお、定数配分において国会が考慮に入れ得る種々の非人口的要素として、これまで最高裁が挙げてきたものとしては、選挙区の大小、歴史的沿革、行政区画別議員数の割り振り、従来の選挙の実績、選挙区としてのまとまり具合、市町村その他の行政区画、面積の大小、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状况などがある（昭和51年判決）。

6) 野村敬造「選挙に関する憲法上の原則」清宮四郎＝佐藤功編『憲法講座(3)』（有斐閣、1964年）138頁。野村教授は、「憲法の要請するところは、議員定数と有権者との比率において、できる限り均等な選挙区を確定することと、各選挙区毎の投票の計算における平等であると思われる」と述べている。

5. 投票価値の平等の要請

さて、このように、学説では「立法裁量限界説」が通説であったが、それでは立法裁量を限界づけるところの「投票価値の平等」の要請の内実をどのように解するかという点をめぐっては、論者によって差異があった。

この点に関して、従来の学説においては、「投票価値の平等」をおおむね1対2以内の較差を要請するものと解する見解が有力であった。たとえば、芦部信喜教授は、選挙法は徹底した人格平等の原則を基礎にしているのので、「投票価値の平等」にいう平等の意味は、一般の平等原則の場合における平等の意味よりも、はるかに形式化されたものであり、「合理性」

という実質的な理由を探求して原則から逸脱を許す限度が厳しく限られるとした上で、一票の重みが特別の合理的な根拠もなく選挙区間で2倍以上の偏差を持つことは、投票価値の平等（一人一票の原則）の本質を破壊することになる⁸⁾と主張した。ここでは、「投票価値の平等」の内容を同定するにあたって、一人一票という本来の数的平等の意味に解されてきた選挙権平等の趣旨が推及されている。そして、この説によれば、非人口的要素は、いかに考慮に値するとはいえ、原則として1対2以上の較差を正当化することはできないということになる（ただし、芦部教授は、定数配分問題を考える際には「公正かつ効果的な代表」を実現することも考慮に入れなければならないとして、参議院の場合は

7) 「立法裁量限界説」を採っていると思われる説は多数あるが、その中のごく一部のみを挙げれば、たとえば、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）324-329頁、355頁、中村睦男『憲法30講（新版）』（青林書院、1999年）77-83頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第4版）』（有斐閣、2017年）173-174頁、佐藤幸治『日本国憲法

論』（成文堂、2011年）213頁、406-409頁など。

8) 芦部・前掲注7)325頁。同『憲法学Ⅲ（増補版）』（有斐閣、2000年）78-80頁。

憲法施行70年の節目に

は せ べ や す お
長谷部恭男 編

論 究 憲 法

憲法の過去から未来へ

●好評・発売中●

A5判並製力バー付
474頁

●3,800円+税

978-4-641-22728-6

論究ジュリスト「憲法」特集に掲載した論文を再構成。日本国憲法成立から今日に至る、憲法上の重要な動き（判例）を理論的に読み解きながら、憲法のこれまでに理解し、これからを考える。

主な目次

- I 日本国憲法へ 長谷部恭男「大日本帝国憲法の制定」／西村裕一「天皇機関説事件」／高田篤「ボツダム宣言の受諾」
- II 最高裁判例をたどる 佐田栄司「砂川事件最高裁判決」／小島慎司「苦米地事件」／君塚正臣「三菱樹脂事件判決」／松本哲治「薬事法距離制限違憲判決」／佐々木雅寿「衆議院定数不均衡訴訟違憲判決」／武田万里子「日産自動車最高裁判決」／山口いつ子「北方ジャーナル事件判決」／西原博史「南九州税理士会事件判決」／阪口正二郎「愛媛玉串料訴訟判決」／安西文雄「郵便法違憲判決」／喜田村洋一「在外邦人選挙権訴訟」／小山剛「住基ネット訴訟判決」／青井未帆「広島市暴走族追放条例事件判決」／常本照樹「国籍法違憲判決」／西村枝美「空知太神社判決」／渡辺康行「君が代・日の丸訴訟」／大河内美紀「堀越事件判決」／中林暁生「婚外子法定相続分違憲決定」／巻美矢紀「再婚禁止期間、夫婦別姓訴訟大法廷判決」
- III 憲法の現況 穴戸常寿「個人情報保護法制」／上脇博之「小選挙区比例代表並立制の導入」／豊秀一「裁判員制度はなぜ生まれたのか」／尾形健「生存権保障の現況」／齋藤愛「表現の自由の現況」／岡村圭吾「7.1閣議決定」
- IV あとがき 憲法の未来／長谷部恭男

有斐閣

〒101-0051 東京都千代田区神田神保町2-17 <http://www.yuhikaku.co.jp/>
Tel: 03-3265-6811 (表示価格は税別。消費税込みの金額が定価です)

「公正かつ効果的な代表」のために真にやむを得ない合理的な理由の存する限りにおいて、衆議院の場合よりも若干の緩和であれば認められる余地もあり得るとも述べている。

これに対して、辻村みよ子教授は、「投票価値の平等」の要請は原則はあくまで1対1を意味すると解さなければならず、たとえ較差が1対2以内であっても、1対1を超える限りは、それを正当化する十分な理由（たとえば端数処理上不可避免的な最低限の不均衡であることなど）が立証されなければならないと主張してきた⁹⁾。

思うに、上記の1対2を許容され得る最大較差とする説は、前述のように、選挙権の数的平等の趣旨をもって「投票価値の平等」の内容を解釈しているが、この点についてはそれほど理論的根拠が明らかではない¹⁰⁾。選挙権という権利の平等という点に鑑みれば、1対1を基本原則とすべきであろう。

本判決は、「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」として、これまでの国会の較差是正に向けての対応や今後の方向性などを考慮しつつ、1対3.08の較差を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ないと判示している。これに対して、山本裁判官が、「どの選挙区においても投票の価値を比較すれば1.0となるのが原則であり」、「人口の急激な移動や技術的理由などの区割りの都合によっては1～2割程度の一票

の価値の較差が生ずるのはやむを得ないと考えるが、それでもその場合に許容されるのは、せいぜい2割程度の較差にとどまるべきである旨の意見を付している。

6. 選挙権は「権利」は「公務」か？

ところで、立法裁量と投票価値の平等の要請との関係をめぐる上述のような諸説の相違は、選挙権の本質を、純然たる「権利」として捉えるか、それとも少なくともその一部に「公務」性を含んだものとして捉えるかといった問題に対する見解の相違に起因するという考え方もある¹¹⁾。しかし、投票価値の平等に関する学説の分かれ目は、権利一元説か権利・公務二元説かのレベルにあるのではないのではないかとと思われる。「権利」といっても、権利の性質は様々であるし、それに対する制約の態様もまちまちである。さらに、投票意思に込められた国政決定への影響力行使は、まさに公務であるがゆえに平等でなければならないと考えることもできる。すなわち、仮に選挙権に「公務」性を認めたとしても、投票価値の平等の要請を限りなく1対1に近づけるべきものと解する帰結も導き得よう。おそらく、奥平康弘教授が指摘するように、学説が「公務」と捉えた側面は、実は選挙制度（あるいは広く統治システム）とつき合わされる運命にある選挙権の特性（権利の内容）を規定する要素であるにすぎないのではないかと考えられる¹²⁾。

（さいとう・めぐみ）

9) 辻村みよ子『「権利」としての選挙権』（勁草書房、1989年）192頁。

10) 長谷部恭男『憲法〔第6版〕』（新世社、2014年）176頁。

11) たとえば、辻村教授は「人民主権」論の立場から、選挙権を、主権行使に参加するすべての市民が自らの意思と利益に基づいて行使する純然たる「権利」と解すべきであるとした上で、本文で述べたような「徹底的平等説」を提唱しており、また、このような立場から、従来の学説を以下のように批判している。すなわち、従来の学説の多くは、選挙権を、選挙人団によって「国民代表」を選出する憲法上の公務

としての要素を含むものと捉えてきたため、投票価値の平等を選挙権の本質から導き出した規範的な要請として理論構成することができず、議員定数不均衡を、権利侵害ではなく、47条についての立法裁量の限界問題として論じてしまうことになるとしている（辻村・前掲注9）155頁以下）。また、このような問題に関する考察として、深瀬忠一「選挙権と議員定数配分」小嶋和司編『憲法の争点〔新版〕』（有斐閣、1985年）162-165頁。

12) 奥平康弘「参政権論」『選挙〔ジュリスト増刊・総合特集88〕』（有斐閣、1985年）12頁。

最判平成 27・1・15 判時 2251 号 28 頁	209
最判平成 27・3・10 民集 69 卷 2 号 265 頁	
.....	45, 211
最判平成 27・3・27 民集 69 卷 2 号 419 頁	474
最大判平成 27・11・25 民集 69 卷 7 号	
2035 頁	201
最大判平成 27・12・16 民集 69 卷 8 号	
2427 頁	181, 255, 502, 503
最大判平成 27・12・16 民集 69 卷 8 号	
2586 頁	115, 182, 499, 505
さいたま地決平成 27・12・22 判時 2282 号	
78 頁	432
東京高決平成 28・7・12 判タ 1429 号 112 頁	
.....	432

注釈日本国憲法 (2)
国民の権利及び義務 (1) §§ 10~24
Japanese Constitutional Law Annotated, Vol. 2

平成 29 年 1 月 30 日 初版第 1 刷発行

編者 長谷部 恭男
著者 岸 令和
駒村 圭吾
阪口 正二
穴戸 常寿一
土井 真一

発行者 江草 貞治
発行所 株式会社 有斐閣

郵便番号 101-0051
東京都千代田区神田神保町 2-17
電話 (03) 6629-8203 (編集)
(03) 3265-6811 (営業)
<http://www.yuhikaku.co.jp/>

印刷 株式会社 精興社
製本 大口製本印刷株式会社

© 2017, Yasuo HASEBE, Norikazu KAWAGISHI, Keigo KOMAMURA,
Shojiro SAKAGUCHI, George SHISHIDO, Masakazu DOI

Printed in Japan

落丁・私丁本はお取替えいたします。

★定価はケースに表示しております。

ISBN 978-4-641-01797-9

JCOPY 本書の無断複写 (コピー) は、著作権法上での例外を除き、禁じられています。複写される場合は、そのつど事前に、(社) 出版者著作権管理機構 (電話 03-3513-6969, FAX 03-3513-6979, e-mail: info@copy.or.jp) の許諾を得てください。

断した。ただし事情判決の法理を援用し、選挙を無効とはしなかった（最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁〈衆議院議員定数不均衡1976年違憲判決〉判例21/）。

判例2 / 〈衆議院議員定数不均衡1976年違憲判決〉193〜209
最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁

A まずそもそも投票価値が不平等である場合、どのようにして裁判所で争えるのか。これまで、投票価値の平等は選挙無効訴訟（公選204条）の中で争われてきた。選挙無効訴訟は、民衆訴訟であって個人の権利救済を目的とした主観訴訟ではないこと、定数配分規定は立法事項であるがその変更のための立法権限を有さない選挙管理委員会が被告になること、そして選挙無効と判断されれば40日以内に再選挙が要請されていることなどから、選挙無効訴訟の利便には疑義もあった。この点、最高裁は、「他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はない」以上、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、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に照らして考えるとき、「議員定数配分規定が選挙権の平等に違反することを選挙無効の原因として主張することを殊更に排除する趣旨である」とすることは、決して当を得た解釈ということとはできない」として、正当性を承認した。最高裁の法解釈を通じて、新しい訴訟類型が作り上げられたといえる。

B 次に投票価値の平等についてであるが、最高裁は、「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とする徹底した平等化を志向するものであり」、憲法は、選挙入資格における差別的禁止にとどまらず、選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票の価値の平等（各投票が選挙の結果に及ぼす影響力の平等）もまた要求すると解するのが相当とする。しかし、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」ではないとする。投票価値は選挙制度と密接に関連しているが、国会は「公正かつ効果的な代表という目標を実現するために適切な選挙制度を具体的に決定することができる」裁量判断権を有しており、投票価値は、「原則として、国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的ないしは理由との関連において調和的に実現されるべきものと解されなければ

ばならない」との立場を示す。そして人口と配議員定数との比率の平等が「最も重要かつ基本的な基準」であるが、「都道府県は、それが従来わが国の政治及び行政の実際において果たしてきた役割や、国民生活及び国民感情の上におけるその比重にかんがみ、選挙区割の基礎をなすものとして無視することのできない要素であり、また、これらの都道府県を更に細分するにあたっては、従来の選挙の実績や、選挙区としてのまとまり具合、市町村その他の行政区画、面積の大小、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状况等諸般の要素を考慮し、配分されるべき議員数との関連を勘案しつつ、具体的な決定がされるものと考えられるのである。更にまた、社会の急激な変化や、その一つのあらわれとしての人口の都市集中化の現象などが生じた場合、これをどのようにに評価し、前述した政治における安定の要請をも考慮しながら、これを選挙区割や議員定数配分にとのよように反映させるかも、国会における高度に政策的な考慮要素の一つであることを失わない」と広く裁量判断の余地を認める。

その上で、「具体的に決定された選挙区割と議員定数の配分の下における選挙人の投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素を十分に考慮してもなお、一般的に合理性を有するものとはいえず、考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべき」であり、「このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するはかばかしくない」と判断の基準を設定する。そして選挙当時、最大較差約1対5の不均衡につき、「一般的に合理性を有するもの」とはとらえていられない程度に達しているばかりでなく、これを更に超えるに至っているものというほかはなく、これを正当化すべき特段の理由をどこにも見出すことができない」ので、選挙権の平等の憲法上の要求に反する程度になってきたと判断した。なお不均衡を表すには、衆議院議員1人当たりの人口数を基準として当該選挙区の議員1人当たりの人口数の偏差を用いる方法もあるが、最高裁は、選挙区ごとの議員1人当たりの人口数の最大値と最小値の比率、すなわち最大較差として示すこととし、爾後その方式に統一されている。さらに最高裁は、最大較差が何倍を超えると選挙権の平等の憲法上の要求に反する程度になるのかを具体的な数字としては語っていない。

C しかし、最高裁はさらにそうした投票権の平等が侵害される程度になっていても直ちに違憲とはせず、「人口の変動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われない場合

に始めて憲法違反と断ぜられべきものと解する」のが相当と判断する。つまり、さらに立法裁量を尊重し、是正のための合理的期間の経過後初めて投票価値上の不均衡は違憲となるとするのである。最高裁は、本件では8年余にわたって法改正がなされていないことから、合理的期間は経過していると判断した。なお、最高裁は、この是正のための合理的期間がいつ始まり、どの程度続くのか、いつ経過したことになるのか、明示してはいない。ただ最高裁は、当時の公職選挙法が「別表第一の末尾において同法はその施行後5年ごとに直近に行われた国勢調査の結果によって更正するのを例とする旨を規定しているにもかかわらず」という指摘をしているので、5年が一つの目安になると考えていたと解することでもできよう。

D 投票価値の不均衡が違憲であるとして、違憲の瑕疵は定数配分規定の当該部分に限定されるのか、あるいは全体に及ぶのか。最高裁は後者の立場をとった。「選挙区割及び議員定数の配分は、議員総数と関連させながら、前述のような複雑、微妙な考慮の下で決定されるのであって、一旦このようにして決定されたものは、一定の議員総数の各選挙区への配分として、相互に有機的に関連し、一の部分における変動は他の部分にも波動的に影響を及ぼすべき性質を有するものと認められ、その意味において不可分の一体をなす」と考えたからである。この1976年判決には可分と考える反対意見も付されていたが、最高裁はその後も同様の立場を維持し、定数配分規定を不可分一体と解する立場が確定している。

E 最後に選挙の効力が問題となる。一般的な原則に基づけば違憲と判断された国家行為は無効となる。しかし違憲の定数配分に基づく選挙が無効となれば、大混乱が予想される。まず当初無効の考え方をとるとすれば、その選挙によって当選した衆議院議員が資格を失うことになり、その間の衆議院の活動が効力を失うことになるだけでなく、定数配分規定は立法事項であり違憲のそれを是正もできなくなる。次に、この無効を将来に向かって生ずる形成無効と考えても、当該選挙区選出の議員が存在しなくなり、憲法価値を実現するために公選法の改正が必要であること、また全国で同様の訴訟が起こされ違憲無効となれば、当初無効と同様の混乱が生じること、さらに当該選挙区のみ無効と考えても、違憲の瑕疵を帯びた定数配分規定で選出された議員が残り、公選法改正ははじめその後の衆議院の活動が違憲の選挙区選出議員を欠く異常な状態で行われることは、決して憲法上望ましいことではなく所期するところでもない

と最高裁は評価する。

そこで、「選挙を無効とすることによる不当な結果を回避する裁判をする余地」を認め、高次の法の見地から事情判決（行政事件訴訟法31条）の法理を適用することでもできると判断した。より大きな害悪を避けるため、小さな害悪を甘受するという態度である。法律の改正を必要とする投票価値の平等が争われている本件では、公選法が明文で行政事件訴訟法31条の適用を除外している場面（公選219条）と前提がそもそも異なるとする。結果的に最高裁は、選挙を無効とする旨の判決を求める請求を棄却し、当該選挙が違法である旨を主文で宣言した。事情判決の法理の援用については、元来選挙無効訴訟は客観訴訟であり、理論的に事情判決の適用は排除されるであろうが、定数不均衡訴訟は選挙権の平等という主観的利益の実現の場面でもあり、独自の訴訟類型を構成しているとも考えられるので、最高裁が解釈によって法創造を行ったといえるであろう。

F ここに、選挙権の平等をめぐって、①投票価値の平等も憲法上の要請であること、②選挙無効訴訟で投票価値の平等が争えること、③定数配分規定決定の立法裁量を考慮しても合理性を有するとは認められない程度の不均衡は選挙権の平等に反すること、④是正のための合理的期間内に是正がなされなければ違憲となること、⑤定数配分規定は不可分一体であること、そして⑥選挙の効力は事情判決の法理により維持されること、という定数不均衡訴訟における基本的判断枠組みが作り上げられた。概して、最高裁による画期的対応と評価できるのであろう。

(イ) 最高裁の画期的違憲判決に対して、議員の選挙地盤に関わることであるからであろうか、国会の対応は一般的に鈍く、目先の弥縫策で済ませ、抜本的な取組はなかなか進展しなかった。そこで、選挙実施のたびに選挙無効訴訟が提起されることになる。

実は国会は、1976年違憲判決の1年前に公選法を改正し、最大較差を1対2.92に縮小させていたこともあり、最高裁の違憲判決に対して実質的な対応はなされなかったといえる。実際に選挙が無効とされなかったことの負の効果ともいえるかもしれない。しかし、1980年6月22日施行の衆議院議員総選挙の際には最大較差は1対3.94に拡大していた。これに対して最高

裁は、「憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至っていた」としながら、「憲法上要求される合理的期間内における是正がなされなかったものと断定することは困難である」として、結局違憲とは判示しなかった（最大判昭和58・11・7民集37巻9号1243頁《衆議院議員定数不均衡1983年判決》）。国会は最高裁から一種の違憲警告を受けたことになるが、最高裁が広い立法裁量を認めていることが再度明らかになった。定数不均衡の是正のための国会での議論は紛糾し、具体的な成果を得られないうまま次の総選挙を迎えることになった。

(ウ) その結果、1983年12月18日施行の衆議院議員総選挙の際には、最大較差が1対440にまで拡大していた。最高裁は、従前と同様の判断枠組を踏襲し、当該較差は選挙権の平等の憲法上の要求に反する程度に達しており、憲法上要求される合理的期間内の是正が行われなかったとして、再度違憲と判断した。しかし事情判決の法理に再び訴えかけ、選挙の効力は維持した。その際、最高裁は、事情判決の法理の援用について、1976年違憲判決で示した憲法の予定しない不都合を前提にした上で、諸般の事情を総合的に判断している。一方で、従前の人口動態などから較差の漸次的拡大傾向は十分予測可能で、較差の拡大は「決して予期し難い特殊事情に基づく結果」ではなかったとし、その援用への否定的評価を示す。他方、公選法1975年（昭和50年）改正による議員定数配分規定が違憲の状態とされた1983年判決言渡しから当該選挙までの期間、そして投票価値の不均衡の程度という要素を挙げ、その援用認容へと傾くことを示す。（最大判昭和60・7・17民集39巻5号1100頁《衆議院議員定数不均衡1985年違憲判決》）。

さらにこの二度目の違憲判決で注目されるのは、寺田治郎・木下忠良・伊藤正己・矢口洪一4裁判官による補足意見における、いわゆる将来効判決の可能性への言及である。この意見は、多数意見を受ける形で、諸般の事情を総合考察して選挙の効力を否定しなければならぬ場合もあり、その場合に、「判決確定により当該選挙を直ちに無効とすることが相当でない」とみられるときは、選挙を無効とするがその効果は一定期間経過後に始めて発生するという内容の判決をすることも「できないわけではない」と主張する。その理由として、同補足意見は、「定数訴訟の判決の内容は、憲法によって司法権に

ゆだねられた範囲内において、右訴訟を認めた目的と必要に即して、裁判所がこれを定めることができる」と指摘している。裁判所自身による目的合理的な対応の創造可能性を示唆しており、大いに注目される。ただ2016年11月末現在、最高裁が一定期間後に選挙を無効とする将来効判決を下したことはない。

(エ) 二度目の違憲判決が下されたにもかかわらず、国会は相変わらず意見の一致を見ずなかなか公選法改正に至らなかったが、紆余曲折の結果ようやく1986年（昭和61年）5月に成案を見た。その結果、最大較差は、1対2,992に減少した。当該改正法の下で同年7月6日に実施された総選挙をめぐっては、最高裁は選挙権の平等の要求に反するとはいえないと判示した（最判昭和63・10・21民集42巻8号6444頁《衆議院議員定数不均衡1988年判決》）。しかし、当該改正法の規定も、1990年2月18日実施の総選挙の際には、最大較差1対3,181に拡大していた。最高裁は、当該較差について、選挙権の平等の要求に反する程度に至ったとしながらも、その是正のための合理的期間を経過していないと判示した（最大判平成5・1・20民集47巻1号67頁《衆議院議員定数不均衡1993年判決》）。1992年（平成4年）に、国会は公選法を改正し、1990年の国勢調査によれば、最大較差1対2,771に縮小させていた。その改正法の下での1993年7月18日実施の総選挙の際には、最大較差1対2,821となったが、最高裁は、憲法の選挙権の平等の要求に反しないと判示した（最判平成7・6・8民集49巻6号1443頁《衆議院議員定数不均衡1995年判決》）。この一連の判決から、最高裁は、選挙権の平等に関して最大較差1対3を目安として不均衡の憲法上の許容可能性を判断しているのではないかと想定されていた。

(オ) 以上の最高裁の判決は、中選挙区制度を対象にした投票価値の平等の実現を目指したものであった。1993年の総選挙の結果、長期にわたり政権を独占してきた自民党が野党に転じ、新たな政治状況が出現した。選挙制度が改革され、衆議院議員選挙はいわゆる小選挙区比例代表並立制が導入された。小選挙区制では、1選挙区から1名の議員を選出することになるが、それが全国に300区設けられた（公選13条1項。ただし2012年（平成24年）改正以降は295）。なお、比例代表選挙には定員200名が割り振られ（ただし2000

年（平成12年）改正以降は180名）、全国を11の選挙区（ブロック）に分割して政党や政治団体がそれぞれの選挙区で名簿を提出する拘束名簿式が採用された（公選13条2項・86条の2・95条の2）。したがって、この選挙区間の定数不均衡問題も生じ得るが、数が多いこともあり目立った不均衡は生じていない。

この選挙制度改革において、小選挙区の区割りに関して大きな前進が見られた。内閣府に、衆議院議員選挙区画定審議会（区画審）が設置され、内閣総理大臣に選挙区の改定案を勧告することになった（衆議院議員選挙区画定審議会設置法1条・2条）。特に注目されるのが、改定案の作成の基準が明確化されたことである。まず、各選挙区の人口の均衡を図ることが宣言され、最大較差が2倍以上にならないようにすることが基本とされた（同法旧3条1項）。そして、選挙区は都道府県を単位とし、各都道府県に1名を配分した後、残りの定数を人口に比例して配分するとされていた（同法旧3条2項）。つまり、いわゆる1人別枠方式・最大剰余方式が採用された。この基準で作成された小選挙区の区画は、公選法改正直近の1990年10月実施の国勢調査に基づく人口数によれば、最大較差は1対2,137であり、最初から区画審設置法が設定する目標を上回ってしまっていた。

(ウ) 1996年10月20日にこの新しい選挙制度の下で初めて総選挙が実施された。総選挙直近の1995年10月実施の国勢調査に基づく人口数によれば、最大較差は1対2,309に拡大していた。最高裁は、投票価値の平等を憲法上の要請としつつも、選挙区画定における広い立法裁量を承認する従前のアプローチを「変更する要をみない」として踏襲した。そして、選挙区割りにおいて立法裁量の行使にあたって考慮することのできる非人口要素として、「基礎的な要素の一つ」として都道府県を強調し、「人口の都市集中化及びこれに伴う人口流出地域の過疎化の現象」にも言及する。その上で、投票価値の平等との関係で国会の裁量の範囲を逸脱するとはいいえず、また「抜本的改正の当初から同（区画審設置法3）条1項が基本とすべきものとしている2倍未満の人口較差を超えることとなる区割りが行われたことの可否については議論があり得るところであるが」、当該不均衡が一般に合理性を有するとは考えられない程度に達しているとはいいることができないと判示した（最大判平成11・11・10民集53巻8号1441頁《衆議院議員定数不均衡1999年判

決》）。都道府県は、従来、衆議院議員選挙ではなく、むしろ参議院議員選挙の特殊性の根拠とされていた。さらに過疎化も考慮事項として正面から認められるようになった。一般的にあって、1人別枠方式をとると、総定員を最大剰余方式で配分するよりも人口の少ない県に有利となる傾向がある。5名の裁判官の反対意見は、投票価値の平等の原則を強調し、1人別枠方式が多数意見のいう過疎化に必ずしも有利に働いているわけではないことを実証的に論じている。

(キ) 2000年10月実施の国勢調査の結果を受けて、区画審は改定案を勧告し、2002年に公選法改正が実現した（平成14年法律95号）。この改正で、最大較差は1対2,064に縮小したが、それでも区画審設置法が基本としている2倍を超過していた。さらに2005年9月11日実施の総選挙時には最大較差は1対2,171に拡大していた。だが最高裁は、憲法の投票価値の平等の要求に反する程度に至っていたとはいえないとして、合憲の判断を示した（最大判平成19・6・13民集61巻4号1617頁《衆議院議員定数不均衡2007年判決》）。

(ク) しかしその後、最高裁は幾分厳格解釈へと転換してきている。2002年（平成14年）改正法に基づき2009年8月30日に施行された総選挙について、その際の最大較差は1対2,304に達していた。1人別枠方式の定めとその結果の選挙区割りを自覚的に区別する形で投票価値の平等に違反すると主張され、最高裁もそれに応答した。最高裁は、1人別枠方式が中選挙区制から小選挙区制への移行を人口の少ない県に関してスムーズに行わせる激変緩和措置としての機能を果たしており、そうであるがゆえに1人別枠方式の合理性には時間的な限界があるとする。その上で、最高裁は、既に新制度導入後の最初の総選挙から10年以上が経ち、選挙区割りの改定もなされ、その後2回の総選挙も実施されており、当該新制度は定着し、安定した運用がなされるようになっていたと評価する。その評価に基づけば、1人別枠方式の合理性はもはや失われているといえる。したがって、改正後選挙時に、「本件区割基準規定の定める本件区割基準のうち1人別枠方式に係る部分は、憲法の投票価値の平等の要求に反するに至っており、同基準に従って改定された本件区割規定の定める本件選挙区割りも、憲法の投票価値の平等の要求に反するに至っていた」とする。だが、2007年判決ではそのような判断を示

しておらず、「いづれも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はいえず」、本件区割基準規定および本件区割規定が違憲ということではできないと判示した（最大判平成23・3・23民集65巻2号755頁《衆議院議員定数不均衡2011年判決》）。

（ウ）2011年判決を受けて、国会は2012年（平成24年）に、区画設置法3条2項を削除し、小選挙区選挙の議員定数を5つ削減し295とし（緊急是正法）、さらに2013年3月28日の区画審の勧告を受けて、区画の改定を行った。

しかし、2012年12月16日施行の総選挙は、2002年（平成14年）改正法に基づく選挙区割りを実施され（緊急是正法は2012年11月16日に成立したが、同日衆議院は解散されたので、区画の改定は1か月後の総選挙に間に合わなかった）、選挙当時においては、最大較差1対2,425であった。また選挙人数が最小の高知県第3区と比べて較差が2倍以上となっている選挙区は72選挙区であった。高裁レベルでは、違憲状態、違憲・事情判決、違憲無効とする厳しい判断が示されていた。最高裁は、当該選挙区割りは、前回の2009年8月30日施行の衆議院議員総選挙当時と同様に憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にあったとする。しかし、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はいえず、違憲とはいえないと判示した（最大判平成25・11・20民集67巻8号1503頁《衆議院議員定数不均衡2013年判決》）。最高裁は、合理的期間の徒過の判断にあたっては、「単に期間の長さのみならず、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立法裁量権の行使として相当なものであったといえるか否かという観点から評価すべきもの」とする。一方で、旧規定に基づいて総選挙が実施され、較差が拡大していたのであるが、他方で、1人別枠方式の規定の削除および0増5減の定数削減、そして較差を2倍未満に抑える区画の改定がなされたことで、2011年判決に対し国会が憲法価値を実現する方向で取り組み一定の前進を見ている、とする。そして最高裁は、全体として、「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」はできないと判断した。

そうした判断の背景には、「憲法の予定している司法権と立法権との関係」についての最高裁の理解がある。最高裁は、投票価値の平等の是正は国会の自主的な対応によるしかなく、是正の方法も国会の広い裁量権に委ねられているとの前提に立つ。そして、最高裁が想定するのは、裁判所が、選挙制度の合憲性について、①憲法の投票価値の平等の要求に違反しているか、②憲法上要求される合理的期間内における是正がなされなかったか、③違憲と判断する場合、選挙を無効とするかという「判断枠組みの各段階において一定の判断を示すことにより、国会がこれを踏まえて所要の適切な是正の措置を講ずること」という司法権と立法権の総合作用であり、そうした関係が「憲法の趣旨に沿うものというべきである」とされるのである。国会が選挙で選出される国会議員で構成されていることから、自己利益に関して適切に判断できると考えられる場合には、有効な定式であろう。ただ民主的基盤が弱い司法であるがゆえに、民主的過程を強化できるという考え方も成り立つであろう。

（ニ）2014年12月14日施行の衆議院議員総選挙当時において、投票価値の最大較差は1対2,129となっていた。最高裁は、公選法13条1項、別表第1の定める衆議院小選挙区選出議員の選挙区割りは、前回の2012年12月16日施行の衆議院議員総選挙当時と同様に憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にあったが、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はいえず、上記各規定が違憲とはいえないと判示した（最大判平成27・11・25民集69巻7号2035頁《衆議院議員定数不均衡2015年判決》）。本件選挙が2011年判決から2回目の衆議院解散に伴い施行された総選挙であるにもかかわらず、是正のための合理的期間が徒過していないとされたのは、本件選挙が実施されるまでに、2回の法改正を経て、最高裁が問題と指摘していた1人別枠方式を定めた区画設置法旧3条2項の規定が削除されたこと、また直近の2010年国勢調査の結果によれば全国の選挙区間の人口の較差が2倍未満となるように定数配分と選挙区割りの改定が行われたこと、さらに本件選挙時の投票価値の最大較差は前回の2012年総選挙時よりも縮小していたこと、加えて更なる法改正に向けて衆議院に設置された検討機関において選挙制度の見直しの検討が続けられていることを総合考慮して、国会にお

ける是正の実現に向けた取組が2011年判決および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はいえないと最高裁が評価したからである。

とすると、本判決を受けての国会の対応が一層注目されるところである。衆議院議長の諮問機関である「衆議院選挙制度に関する調査会」は、2016年1月14日に、衆議院議員の定数について、小選挙区選出議員を6、比例代表選出議員を4、合計で10削減し、総定数465とする案をまとめ、議長に諮問した。それによると、比例代表選出議員の定数では、東京選挙区で1増加させ、東北・北関東・東海、近畿・九州の各選挙区で1減少させる、1増5減とする。また小選挙区選出議員の定数では、東京都で3、埼玉・千葉・神奈川・愛知の各県で1増加させ、青森・岩手・宮城・新潟・三重・滋賀・奈良・広島・愛媛・長崎・熊本・鹿児島・沖縄の各県で1減少させる、7増13減とする。その上で、定数配分の方式につき、従前の都道府県単位での1人別枠後残りを最大剰余によっていたのに代えて、都道府県の人口比に基づくアダムズ方式を採用する。この方式では、都道府県ごとの最大較差が1対1.62となるとされている。さらにこれまでに区画審は10年ごとの国勢調査（統計法5条2項本文）に基づき勧告していたが、国勢調査10年ごとの都道府県への議席配分を見直し、また5年後の簡易国勢調査（同項ただし書）で2倍以上の較差が生じた場合に都道府県内の選挙区割りを見直すよう求めており、較差是正のための制度的枠組みを取り込むようとしている点でも注目される。それにより、より機動的に較差を2倍以内に抑えることが重視されているといえる。

この諮問案の取扱いをめぐって紆余曲折を経た各党間の交渉の結果、区画審設置法および公職選挙法の改正法が2016年（平成28年）5月20日に成立し、同年5月27日に公布された（法律49号）。まず前者に関しては次のように定められている。人口は日本国民の人口に限定されることになり、また較差については、従前「2以上とならないようにすることを基本とし」としていたところ、その「を基本」を削除し、2倍未満がより強調されることになった（同法3条1項）。そして都道府県別定数配分はアダムズ方式により（同法3条2項）、10年に1度の大規模国勢調査の結果に基づいてのみ行う（同法

4条1項）。この改正法は公布日から施行されるので（改正法附則1条）、新方式は2020年（平成32年）国勢調査から適用されることになる。簡易国勢調査に基づく改定案作成にあたっては、都道府県の選挙区の数は変更せず、較差が2倍以上となったときは区割り改定で対応する（区画審設置法3条3項・4条2項）。公選法の改正では、衆議院議員の定数を小選挙区選出議員で6、比例代表選出議員で4の合計10削減し（公選4条1項）、比例代表の選挙区（ブロック）の定数配分もアダムズ方式により行うことになった（同法13条7項）。さらに小選挙区選出議員定数6減の対象となる県は、2015年簡易国勢調査に基づきアダムズ方式により都道府県別定数を計算した場合に減員対象となる都道府県のうち、議員1人当たり人口の最も少ない都道府県から順に6県とされる（改正法附則2条2項1号）。そして2015年国勢調査に基づく改定案の作成では、将来見込人口を踏まえて次回の2020年国勢調査に基づいて見直しまでの5年間で較差2倍未満となるように区割りを行うことになっている（改正法附則2条3項1号）。比例代表選出議員の定数4減についても、同様に、2015年国勢調査に基づきアダムズ方式により選挙区（ブロック）別定数を計算した場合に減員対象となる選挙区（ブロック）のうち、議員1人当たり人口の最も少ない選挙区（ブロック）から順に4選挙区（ブロック）とされる（改正法附則3条1号）。

区画審設置法旧3条2項が削除されて以降、較差2倍未満という基準しかなくなり、今後の定数配分の仕方に疑念が抱かれていたが、今回改正でアダムズ方式により区割りの基準が明確化された。それによると、各都道府県の小選挙区の数は、各都道府県の人口を小選挙区基準除数で除して得た数（1未満の端数は1に切上げ）となる（小選挙区基準除数とは、その除数により各都道府県の人口を除して得た数（1未満の端数は1に切上げ）の合計が小選挙区選出議員の定数に相当する数と合致することになる除数のことである）（同法新3条2項）。人口の少ない県にも配慮しつつ、投票価値の平等を実現しようとする試みといえよう。10年ごとの大規模国勢調査とその中間で実施される簡易国勢調査によって、定期的に議員定数配分そして区割りが見直されるようになったことは一定の進歩であろう。投票価値の平等の実現のため議員定数を削減して対応することが常態化しているが、日本のような人口の相対的に多

い国における国民代表の適切な数という視点からも議論を深める必要もある。総選挙の度に1票の較差が訴訟で争われること自体好ましいこととはいえず、対処療法的な弥縫策ではなく、投票価値の平等を恒常的に実現する抜本的な改革が国会に求められている。

なお、較差の許容範囲については2倍未満とする立場が一般的であったが(芦部・憲法〔6版〕141頁)、上述のように最高裁も2倍未満を要求するようになっており(戸松・憲法163頁)、また法律もそう改正されていることから、1人1票の原則に忠実に「1対1」を基本にそこからの乖離の厳格な正当化を政府側に求めることが妥当であろう(辻村・憲法〔5版〕326頁、長谷部・憲法〔6版〕176頁、渋谷・憲法〔2版〕217頁)。そして違憲と判断された場合、「定数訴訟の判決の内容は、憲法によって司法権にゆだねられた範囲内において、右訴訟を認めた目的と必要に即して、裁判所がこれを定めることができる」(前掲1985年判決4裁判官補足意見)というプラグマティックな姿勢からすれば、現行の選挙制度の下では選挙無効の結論もあり得るのである。

(2) 参議院議員選挙の場合²⁰⁴⁾

参議院も、衆議院と同様、全国民を代表する選挙された議員で構成される(43条)。選挙が重要な要素である以上、参議院議員選挙においても投票権の平等は求められ、したがって投票価値の平等も問われることになる。ただ参議院議員の場合、任期6年で半数が3年ごとに改選されることになっている点で(46条)、衆議院議員の場合とは異なっている。選挙の形式は、かつては地方選出議員および全国選出議員に分かれていたが、1982年(昭和57年)の公選法改正で、選挙区選出議員および比例代表選出議員に分かれるようになった。全国区および比例代表は全国を1選挙区とするので、投票価値の平等が問題となることはない。したがって、選挙権の平等は地方区および選挙区の選挙をめぐって争われてきた。

(ア) 最高裁は、衆議院議員の定数不均衡問題の場合と、基本的には同じアプローチを採用しているが、概して、衆議院議員選挙の場合よりも参議院議員選挙の場合の方が、人口比例の要素を後退させている。それは、参議院は人口比例を要請される程度の高い下院とは異なる第二院であること、都道府県を単位としていること、そして半数改選ゆえに議席配分が偶数になること

などが要因となっている。戦後直後に制度設計されて以来、地方区または選挙区選出の議員数は150名であり、沖縄返還に伴い2名の増加があった以外¹⁾は、長く変更が加えられることはなかった(1994年公選法改正(平成6年法律47号))。都道府県を単位として、当初は最大剰余方式に偶数配分を考慮して、定数が配分されていた(当初は最大較差1対2.62であった)。人口の大きな移動にもかかわらず、定数配分が長く見直されなかったことから、不均衡が拡大していた。しかし最高裁は、最大較差1対5を超える場合にも合憲の判断を続けてきた(最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁(1977年7月10日施行の通常選挙時の最大較差1対5.26)、最判昭和61・3・27判時1195号66頁(1980年6月22日施行の通常選挙時の最大較差1対5.37)、最判昭和62・9・24判時1273号35頁(1983年6月26日施行の通常選挙時の最大較差1対5.56)、最判昭和63・10・21判時1321号123頁(1986年7月6日施行の通常選挙時の最大較差1対5.85))。

(イ) しかし、1992年7月26日施行の通常選挙時の最大較差が1対6.59に至るに及んで、最高裁は、この不均衡は「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た」と判断した。しかし、最高裁が不平等状態を認定してこなかったことや当該選挙後に公選法の改正が行われ(平成6年法律47号)、最大較差が1対4.99に是正されたことなどから、違憲の問題が生ずる程度の著しい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国会の裁量権の限界を超えるとはいえないと判示した(最大判平成8・9・11民集50巻8号2283頁《参議院議員定数不均衡1996年判決》)。

その後も緩やかな審査が続いていて、合憲とされてきた(最大判平成10・9・2民集52巻6号1373頁(1995年7月23日施行の通常選挙時の最大較差1対4.81)、最大判平成12・9・6民集54巻7号1997頁¹⁾(1998年7月12日施行の通常選挙時の最大較差1対4.98)、最大判平成16・1・14民集58巻1号56頁《参議院議員定数不均衡2004年判決》(2000年(平成12年)改正の公選法の下で2001年7月29日施行の選挙時の最大較差は1対5.06))。

(ウ) だが近年は最高裁も少しずつ厳格に解するようになってきているといえる。すなわち、従来よりも投票価値の平等がより重視されるべきであるとされ、較差は正のため国会における不断の努力が求められ、また、不平等を是正するための措置が適切に行われているかどうかも考慮要素とされるとい

うような変化が見られるようになっていいる。

2004年7月11日施行の通常選挙時の最大較差1対5.13に関して、最高裁は、2004年判決が最大較差1対5.06の議員定数不均衡を違憲としない旨の判断を行い、本件選挙当時の最大較差は1対5.13で前回選挙当時から本件選挙まで異なるものではなかったこと、また、2004年判決の言渡しから本件選挙までの期間は約6か月には過ぎず、議員定数の不均衡を是正する措置を講ずるための期間として必ずしも十分ではなかったこと、さらに、参議院では、その間も定数不均衡の是正についての議論を行い、本件選挙後、4増4減案に基づき公選法改正を実現させ、最大較差を1対4.84に縮小している事情を総合的に考慮すると、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たものと断ずることはできず、本件定数配分規定が憲法違反に至っていたとはいえないとした（最大判平成18・10・4民集60巻8号2696頁（参議院議員定数不均衡2006年判決））。

そして、2007年7月29日施行の通常選挙時の最大較差1対4.86について、最高裁は、本件選挙は、2006年公選法改正（平成18年法律52号）の約1年2か月後に施行された初めての参議院議員選挙であり、従前の最大較差1対5.13から1対4.86に縮小していること、本件選挙後に、参議院改革協議会が設置され、その下に選挙制度に係る専門委員会が設置されるなど、定数較差の問題について今後も検討が行われることになっていることなどの事情を考慮すれば、本件選挙までの間に本件定数配分規定を更に改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えたものということはできず、本件選挙当時において、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとすることはできないとした（最大判平成21・9・30民集63巻7号1520頁（参議院議員定数不均衡2009年判決））。最高裁は、2009年判決で、参議院議員の選挙制度の構造的問題およびその仕組み自体の見直しの必要性を指摘するに至っている。

さらに、2010年7月11日施行の通常選挙時の最大較差1対5.00について、最高裁は、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至っていたが、本件選挙までの間に上記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ず、上記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ではできないとした。2009年判

決で参議院議員選挙の構造的な見直しを指摘したのが、当該選挙の約9か月前にすぎず、抜本的な改革を実現するには時間的余裕がなかったことが要素となっている。最高裁は、国会による可能な限り速やかな違憲の問題を生じる不平等状態の解消を訴えている（最大判平成24・10・17民集66巻10号3357頁（参議院議員定数不均衡2012年判決））。

2013年7月21日施行の通常選挙時の最大較差1対4.77に関して、最高裁は、投票価値の不均衡は2012年（平成24年）改正後も違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったが、上記選挙までの間に更に上記規定の改正がされ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ず、憲法に違反するに至っていたということではできずと判示した。参議院議員選挙における投票価値の不平等状態の解消には、抜本的な改革が求められているところ、2012年判決の指摘を踏まえて2016年の選挙での新しい制度導入に向けて議論が展開されているところであることを斟酌した形になっている（最大判平成26・11・26民集68巻9号1363頁（参議院議員定数不均衡2014年判決））。

(7) このように参議院議員選挙においても、ようやく投票価値の平等が重視されるようになってきた。ただ都道府県を単位にした選挙区選挙では定数を増加させることなく投票価値の平等を実現するのは困難であろう。そこで新たに導入された試みが注目される。それは、2015年（平成27年）7月に成立した（8月5日公布）公選法の一部改正により2016年の通常選挙から適用された。新しい制度では、鳥取および島根の両県、徳島および高知の両県が、合区による区域の変更がなされ定数も4名（改選では2名）減少させ、また宮城・新潟・新潟・長野の各県では定員を2名（改選では1名）減少させ、逆に北海道・東京都・愛知県・兵庫県・福岡県では定員をそれぞれ2名（改選では1名）増加させ、全体では10増10減を図っている。その結果、1票の較差は、4.75倍から2.97倍に縮小されることになった。これまで長く都道府県を選挙区の単位とする体制が採用されてきたが、今回初めて2県を合わせて一つの選挙区とすることが試みられた。この合区の試みは、選挙運動の在り方や選挙の管理執行体制の整備などの課題への対応によって、今後の選挙制度全体へ及ぼす影響も大きいと予想される。

参議院議員選挙での投票価値の平等を実現するためには、まさに構造改革が求められているが、その際、二院制の意義、特に日本国憲法は第二院の議員をも選挙された全国民の代表と想定し(43条1項)、かつ、かなり強力な権限をもつ第二院として参議院を設置している点を考慮する必要があるだろう。

(3) 地方議会選挙の場合

(7) 地方自治体の議会の選挙においても、選挙権の平等が憲法上要請されるし、公選法で人口比例の原則が謳われている(公選15条8項)。最高裁は、衆議院議員選挙の場合とおおむね同様のアプローチを取っている(例えば東京都議会議員選挙に関する最判昭和59・5・17民集38巻7号721頁)。ただし公選法は地方議会議員選挙の場合、「特別の事情があるときは、おおむね人口を基準とし、地域間の均衡を考慮して定めることができる」と人口比例からの逸脱を明示的に認容している(公選15条8項ただし書)。東京都議会議員選挙において、全選挙区では最大較差が1対745、特別区の区域の選挙区では最大較差が1対515であった点について、最高裁は、都心部においては昼間人口が夜間常住人口の数倍ないし十数倍に達し、それだけ行政需要が大きいことなどを考慮しても、投票価値の不平等を正当化する特別の理由にはならないとする。そして都議会は部分的な改正に終始し、深刻な較差を長年放置したので、是正のための合理的期間も経過していると判示した(前掲最判昭和59・5・17)。

(4) また公選法は、都道府県議会議員選挙に関して、1966年1月1日時点で議会が設置されていたことを条件に、ある区域の人口が当該都道府県の人口を当該都道府県の議会の議員の定数で除して得た数の半数に達しなくなった場合においても、「当分の間」当該区域を1選挙区とできるとする特別選挙区の設置を認めている(公選271条)。最高裁によると、特別区の設置の許容性は、「当該都道府県の行政施策の遂行上当該地域からの代表確保の必要性の有無・程度、隣接の郡市との合区の困難性の有無・程度等を総合判断」して決せられ、「当該都道府県行政における複雑かつ高度な政策的考慮と判断を必要とする」から、特別区の設置の合理性は都道府県議会の裁量権の合理的行使としては認められるかによる。そして公選法を、当該区域の人口

が議員1人当たりの人口の半数を著しく下回る場合に特別選挙区を認めない趣旨と解釈する(最判平成元・12・18民集43巻12号2139頁、最判平成5・10・22民集47巻8号5147頁など)。そして最高裁は、東京都議会が千代田区を特別選挙区として存置したことを適法としている(最判平成7・3・24判時1526号87頁)。

そして、同じ東京都議会議員選挙に関して、最高裁は、特別選挙区を除いた最大較差1対215、特別選挙区を含んだ最大較差1対395は、合理的な裁量権の行使の範囲内とする(最判平成11・1・22判時1666号32頁、また千葉県議会議員選挙に関する最判平成12・4・21判時1713号44頁も参照)。最近も同様の傾向である(東京都議会議員選挙に関して、最判平成27・1・15判時2251号28頁参照)。

このように最高裁は、地方議会選挙の場面では、特別選挙区の存置の適法性を緩やかに判断するので、それを含むと投票価値の不均衡は拡大することになるが、それにも寛大な傾向がある。地方の諸事情が投票価値の平等という憲法上の価値に優越するかのように見えるのは、地方議会議員は全国民の代表性を欠くからであらうか。

7 その他

国民年金法に基づく障害福祉年金と児童扶養手当法に基づく児童扶養手当との併給禁止が争われた堀木訴訟で、一審神戸地裁は、公的年金を受けることができ地位を社会的身分と解し、「手当法の与える手当の受給という利益の面において、公的年金を受けることができる地位にある者を然らざる者の間にあって」差別しているとして、憲法14条1項に違反すると判断した(神戸地判昭和47・9・20行集23巻8号9号711頁)。これに対して、最高裁は、この分野における立法府の広い裁量を是認し、併給禁止により、障害福祉年金を受けることができ地位にある者とそのような地位にない者との間に児童扶養手当の受給に関して区別が生ずるとしても、「身体障害者、母子に対する諸施策及び生活保護制度の存在などに照らして総合的に判断すると」、その区別は合理的理由のない不当なものとはいえないとした(高裁の判断を支持した(最大判昭和57・7・7民集36巻7号1235頁《堀木訴訟》。→§25)。

判例
クローズ
アップ

最高裁令和2年11月18日大法院判決
令和2年(行ツ)第28号等選挙無効請求事件、同第78号選挙無効請求事件
第28号等：裁時1756号20頁
第78号：判タ1480号62頁

2019(令和元)年
参議院議員選挙と
投票価値の平等

名古屋大学准教授
齋藤一久
SAITO Kazuhisa

I. 事実の概要

本件は、2019(令和元)年7月21日施行の参議院議員通常選挙について、東京都選挙区等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は憲法に違反し無効であるから、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である¹⁾。

2015(平成27)年の公職選挙法改正(以下では、改正年度を入れた「改正法」と略す)により10増10減の定数は正が行われ、鳥取県と島根県、徳島県と高知県の合区が導入された前回選挙が争われた2017(平成29)年の最高裁大法院判決(最大判平成29・9・27民集71巻7号1139頁)では、最大較差3.08が合憲とされていた²⁾。本件では、2018(平成30)年改正法により合区が維持され³⁾、2増の定数は正が行われた選挙が争われているが、選挙時の最大較差は3.00となっていた。

1) 上告人らの主張については、升永英俊『統治論に基づく人口比例選挙訴訟』『統治論に基づく人口比例選挙訴訟Ⅱ』(日本評論社、2020年)参照。本判決の評釈として吉川智志「判批」TKC Watch 憲法No.184、高裁判決に関する評釈・論考として、「[特集]2019年参院選における投票価値較差(1)~(4)」判時2454号133頁以下[新井誠]・2455号108頁以下[只野雅人]・2456号125頁以下[升永英俊]・2459号150頁以下[安西文雄](いずれも2020年)参照。

2) 齋藤愛「平成28年参議院議員選挙と投票価値の平

本件と争点を共通にする選挙無効訴訟が全国の高等裁判所及びその支部に提起され、本件原審を含む16件の判決が下されているが、札幌高裁及び高松高裁が違憲状態と判断した以外は、すべて合憲と判断している。

II. 判旨(両判決は同内容)

上告棄却。

(1) 投票価値の平等と国会の裁量

「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。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」。

憲法が二院制を採用する趣旨は、「それぞれの議院に特色のある機能を発揮させることによって、国会を公正かつ効果的に国民を代表する機関たらしめようとするところ」にあり、都道府県を選挙区の単位とすることは国会の合理的裁量の範囲を超えない。しかし、「社会的、経済的変化の激しい時代にあって不断に生ずる人口変動の結果」、参議院議員の選挙制度の仕組みの下で「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

等」法教450号(2018年)44頁以下参照。

3) 比例代表において、特定枠として政党が優先的に当選する候補者に順位をつけた名簿をつくり、個人名の得票に関係なく、名簿の順に当選が決まる仕組みを導入した。2019年の参議院選挙では、自民党から特定枠で当選した議員のうち、1名は6年前の同選挙で高知県選挙区から当選した議員であり、もう1名は事実上、島根県選挙区選出議員の後任候補である。

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」。

(2) 参議院選挙と都道府県

「憲法は、二院制の下で、一定の事項について衆議院の優越を認める反面、参議院議員につき任期を6年の長期とし、解散もなく、選挙は3年ごとにその半数について行うことを定めている（46条等）。その趣旨は、立法を始めとする多くの事柄について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ん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是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」。

(3) 国会の取組と本件定数配分規定の評価

「平成29年大法廷判決は、平成27年改正法附則7条が次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が、「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附帯決議がされたが、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いと解すべき理由は見いだし難く、……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年大法廷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」。

しかしながら、「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出来る。また、参議院選挙制度の改革に際しては、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」。

ようなものとするかについては国会の裁量であり、都道府県を単位として選挙区を設定している以上、較差はある程度容認される余地もある。このように国会の立法裁量がある中、投票価値の平等をどこまで貫徹できるかが衆議院・参議院の議員定数不均衡訴訟の中心的な争点となる。

2. 判断枠組み

両議院の議員定数不均衡訴訟の判断枠組みとしては、①定数配分または選挙区割り憲法の投票価値の平等の要求に反する状態（違憲状態）か、②違憲状態の場合、合理的期間内における是正がされなかったため違憲か、③違憲の場合に、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、である⁵⁾。

最高裁大法廷判決において、参議院議員選挙については、②の段階で違憲ではないとされた判決が3件存在する⁶⁾。本件は、合憲判決ということもあり、①の段階の審査で終了しているが、3裁判官の反対意見は②及び③まで言及している。

3. 投票価値の平等

憲法に1人1票が明示されているわけではないが、最高裁によれば、憲法14条1項、15条1項・3項、44条ただし書から、一票の持つ影響力、すなわち投票価値の平等が要請されるとする。これは、衆議院の議員定数不均衡が初めて違憲とされた1976（昭和51）年の最高裁大法廷判決（前掲注5）最大判昭和51・4・14）以来、先例となっている。

このように1票の有する価値も平等であるとする、その較差は2倍未満でなければならない⁷⁾。しかし、すでに見たように、最高裁では、過去に最大較差5.85を合憲（最判昭和63・10・21判時1321号123頁）とし、最大較差6.70

を違憲としたことから、最大較差6程度が相場としては存在していると考えられていた時期もあった。最高裁は具体的な数値は明示しておらず、これは本判決の判示にあるように、投票価値の平等を「選挙制度の仕組みを決定する唯一、絶対の基準」としては見えていないからであり、他の政策的目的ないし理由との関係で、「一定の限度で譲歩を求められること」も許されているとしている。

しかし、本判決では最大較差3.00であるだけでなく、三浦裁判官の意見にあるように、最大較差2.9を超える選挙区が4つもあり、選挙人数の合計も全体の約21.9%にも上っていることからすれば、大きな偏りがあり、違憲状態と言わざるを得ない。

4. 参議院の独自性

従来、参議院選挙については、都道府県を基礎とする地域代表的な性格が強調されていた。たとえば1983（昭和58）年の大法廷判決（最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁）では、「参議院議員については、衆議院議員とはその選出方法を異ならせることによってその代表の実質的内容ないし機能に独特の要素を持たせようとする意図の下に、……〔地方選出議員については〕都道府県が歴史的にも政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し一つの政治的まとまりを有する単位としてとらえることに照らし、これを構成する住民の意思を集約的に反映させるという意義ないし機能を加味しようとしたものであると解することができる」（括弧内筆者）としていたのである。

しかし、2012（平成24）年大法廷判決では、明示的な判例変更なしに⁸⁾、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はなく」、むしろ「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

4) 土屋武「平成29年衆議院議員総選挙と投票価値の平等」法教464号（2019年）47頁以下参照。

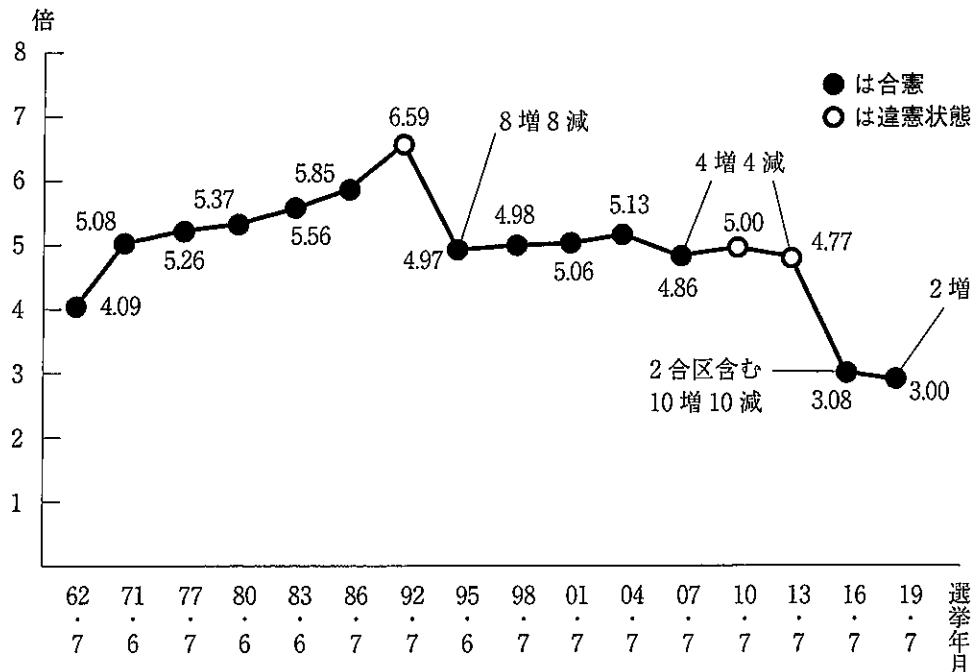
5) 1976（昭和51）年の衆議院議員定数訴訟大法廷判決（最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁）以来の判断枠組みについて、2013（平成25）年の衆議院議員定数訴訟大法廷判決（最大判平成25・11・20民集67巻8号1503頁）が簡潔にまとめている。山下真敬「投票価値較差訴訟の諸論点」法時91巻5号（2019年）13頁以下を合わせて参照。

6) 衆議院選挙では②の違憲状態が5件、③の段階での

違憲が2件あるが、無効とされたことはない。参議院選挙では、広島高岡山支判平成25・11・28訟月61巻7号1495頁が③の段階で、違憲無効と判断している。

7) 辻村みよ子は、「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」が、「憲法理論上妥当である」と指摘する（同『憲法〔第7版〕』（日本評論社、2021年）330頁）。

参議院選挙における較差と最高裁大法廷判決



「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ことはできない」。

なお裁判官林景一、同宮崎裕子、同宇賀克也の各反対意見、裁判官三浦守、同草野耕一の各意見がある。

Ⅲ. 解説

1. これまでの判例の流れ

参議院選挙は選挙区選挙と比例代表選挙からなり、本件で問題となっているのは選挙区選挙である。参議院の選挙区選挙は都道府県単位で実施されているが、これは1947（昭和22）年に制定された参議院議員法（1950〔昭和25〕年に公職選挙法に統合）にさかのぼる。当時は、地方区と全国区から選出されるものであったが、地方区については都道府県を単位とする選挙区が設定され、半数改選制を踏まえ、各選挙区に定数2を配分し、残りを人口比例で配分する方式を採用していた。

当初の最大較差はすでに2.62倍であり、その後、とりわけ1950年代から1970年代にかけての高度経済成長期における都市部への人口流入により、選挙区間の較差が広がった（最高裁大法廷で争われた較差については上のグラフ参照）。

それにも関わらず、定数は正などの選挙制度改革が実施されず、結果として1992（平成4）年の参議院選挙では最大較差6.59にまで達したのである。当該較差が争われた1996（平成8）年の最高裁大法廷（最大判平成8・9・11民集50巻8号2283頁）では、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等」、すなわち違憲状態であるとされた。

その後、8増8減の定数は正により、1995（平成7）年の選挙では最大較差4.97倍に縮小し、それ以降は5倍前後で推移していたが、2012（平成24）年に最高裁大法廷（最大判平成24・10・17民集66巻10号3357頁）は最大較差5.00倍を違憲状態と判断した。これを受けて4増4減の定数は正が行われたが、2014（平成26）年の最高裁大法廷判決（最大判平成26・11・26民集68巻9号1363頁）は、最大較差4.77倍を再び違憲状態と判断した。すでに述べたように、2017（平成29）年の最高裁大法廷判決は、最大較差3.08を違憲状態ではないと判断し、本件では最大較差3.00が争われた。

以上の数字だけを見れば、最大較差6.59から3.00まで下がり、本判決の合憲判断は一見、問題ないように思えるかもしれない。しかしながら、1人1票の原則から投票価値の平等が要請されるとすると、最大較差は2倍未満であるべきと考えられ、また2017（平成29）年の衆議院選挙の最大較差が1.979であったことからすると⁴⁾、較差は未だ大きいと言える。他方、本判決も述べるように、参議院の選挙制度をどの

にわたって継続していると認められる」とし、都道府県単位の見直しを求めるという大きな転換が見られた。これは2014（平成26）年大法廷判決にも引き継がれ、「従来の改正のように単に一部の選挙区の定数を増減するにとどまらず、国会において、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の具体的な改正案の検討と集約が着実に進められ、できるだけ速やかに、現行の選挙制度の仕組み自体の見直し」をすべきであるとされた。

それにも関わらず、2017（平成29）年大法廷判決は「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えない」として、一歩後退した内容となった。

本判決は、2017（平成29）年判決の判決文をそのまま引き継いでいるが、結局のところ、2012・2014（平成24・26）年判決と、2017（平成29）年判決との関係性は不明確のままとされている⁹⁾。

5. 立法者の取組（努力）の評価

本来、選挙時における現状を審査の対象とすべきであるが、2017（平成29）年大法廷判決は、2015（平成27）年改正法附則7条が「平成31年に行われる参議院議員の通常選挙に向けて、参議院の在り方を踏まえて、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。」と規定した点など、選挙実施後の立法者の取

組、将来に向けての決意を合憲判断における重要な考慮要素としている。

本判決では、このような附則が設けられていないことなどについて、2018（平成30）年改正法は「大きな進展を見せているとはいえない」と評価しており、2012・2014（平成24・26）年の最高裁大法廷判決の方向性からすれば、違憲状態と判断される余地も十分にあったと考えられる。しかし、「平成27年改正法における方向性を維持」していること、参議院の選挙制度改革の実現には「漸進的にならざるを得ない面がある」ことから、「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」としている¹⁰⁾。

両院議員定数不均衡訴訟においては、国会と司法の間で「対話」¹¹⁾ないし「キャッチボール」¹²⁾がなされていると説明されるが、本判決では、何も応答せず（球を投げ返さず）、相手に正対しているだけの姿勢が評価されており、加えて応答し始める（球を投げ返す）まで時間がかかっていることも擁護しており、これでは林裁判官反対意見にあるように、「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ず、大きな疑問が残る。

このような立法者の努力について、最高裁大法廷では2の判断枠組みで検討した②の段階で評価すべきであるが、①の段階で評価するのが最近の傾向である。しかし、2012・2014（平成24・26）年判決の方向性において、国会が約束した「抜本的な見直し」について厳格に判断し、①の段階での客観的な違憲性について検討がなされるべきである。

6. 合区の問題と今後の改革

合区については、導入後、合区となった県の

8) 憲法分野における最高裁の明示的な判例変更として、宮城県岩沼市議会の議員に対する出席停止処分が争われた最高裁大法廷判決（最大判令和2・11・25裁時1757号3頁）が最近の事例として挙げられるが、同判決は「これと異なる趣旨をいう所論引用の当裁判所大法廷昭和35年10月19日判決その他の当裁判所の判例は、いずれも変更すべきである。」と明示している。

9) 元最高裁裁判官の千葉勝美は、2014（平成26）年判決が都道府県単位の選挙制度自体の見直しを求めたとするのは「誤解」であり、2017（平成29）年判決は改めて2014

（平成26）年判決の趣旨を「確認」しただけと指摘している（同「司法部の投げた球の重み」法時89巻13号〔2017年〕4頁）。

10) 三浦裁判官の意見では、このような評価を重視することは①の段階の「客観的な不平等状態の評価」とは言い難いとする。

11) 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）参照。

12) 千葉勝美『違憲審査』（有斐閣、2017年）7頁以下参照。

13) 新井・前掲注1）137頁。また同「〈田舎と都会〉の憲

投票率の低下など、様々な問題が生じた。本判決は「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」との評価しかしていないが、肯定的な評価を与えているとは捉え得る。合区に対しては、43都道府県の選挙民と、合区になっている4県の選挙民との間に、合理的でない別異取扱いが生じているとし、合区の固定化が「地域住民間の分断の発生を煽り『全国民代表』を集約する議会の危機につながる要素になる」などの批判¹³⁾も学説上、有力に唱えられており、今後、さらに合区を増やすか、都道府県の枠を超えたブロック制にするかなど、抜本的な参議院選挙改革の見直しの中で検討されるべき課題である。

なお憲法改正によれば、参議院選挙における較差、そして合区の問題も一気に解決し得る。自民党は改憲4項目の一つとして、47条1項につき以下のような改正案を提案しているが¹⁴⁾、まずは抜本的な参議院選挙改革の見直しが必要であり、安易に憲法改正によって片付けるべきではない¹⁵⁾。

両議院の議員の選挙について、選挙区を設けるときは、人口を基本とし、行政区画、地域的な一体性、地勢等を総合的に勘案して、選挙区及び各選挙区において選挙すべき議員の数を定めるものとする。参議院議員の全部又は一部の選挙について、広域の地方公共団体のそれぞれの区域を選挙区とする場合には、改選ごとに各選挙区において少なくとも1人を選挙すべきものとすることができる。

前項に定めるもののほか、選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。

※ 下線部が追加部分

7. おわりに

衆議院・参議院の議員定数不均衡訴訟をめぐる大法廷判決は長文化し、かなり複雑な内容になってきている¹⁶⁾。本判決を理解するには、過去の判例をかなり遡らなければならない状況であり、高裁でさえ大法廷判決を「誤解」しているとの指摘も元最高裁判判官からなされているところである¹⁷⁾。

しかし、元東京大学の行政法の教授であった宇賀克也裁判官の反対意見は、憲法学説が従来から主張している内容をベースに論じられ、すっきりとした論理で構成されている。すなわち選挙権の平等は国民主権、民主主義の根幹を成すものであり、それゆえ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ない。たとえ立法裁量があるとしても、最優先の考慮事項として立法裁量を制約する。国会は一票の価値の較差がない状態をデフォルトとして制度設計しなければならず、合理的な説明がなされない場合には、違憲状態である。結論として、本件は違憲である（今回は無効としないが、国会の対応次第で今後は無効判決もあり得る）とする¹⁸⁾。当該反対意見と比較すると、やはり最高裁の論理は、先例との整合性の上で、合憲に持ち込むために、かなり無理をしている感があるのではないだろうか。それはもはや「対話」や「キャッチボール」ではない。本判決は、国会への「忖度」であると位置づけざるを得ないであろう。

（さいとう・かずひさ）

法学」法時93巻1号（2021年）23頁以下参照。

14) 自民党案の解説として、根本匠『憲法をブラクティカルに変える』（中央公論新社、2020年）参照。これに対する反対論として、伊藤真「自民党が提示した合区解消改憲案」法学館憲法研究所報21号（2019年）56頁以下参照。

15) 紙面の都合で検討できないが、草野裁判官の意見において、新しい視点からの検討がなされており、注目される。

16) もっとも判決文の長文化及び複雑化は、ドイツの連邦憲法裁判所でも生じている。

17) 千葉・前掲注9)4頁。筆者は、「誤解」というよりも、

最高裁大法廷判決のわかりにくさが原因であると考えている。

18) 2の判断枠組みの②における合理的期間論は憲法学においても受容されているところであるが、宇賀裁判官の「合理的期間の経過の有無は、国家賠償請求訴訟における過失の有無の判断においては問題にならざるを得ないが、選挙無効訴訟においては、違憲状態にあれば、合理的期間の経過の有無を問わず、違憲と判断してよいのではないか」という問題提起については、憲法学として、原点回帰的に改めて問い直す価値があるだろう。

特集

トピックからはじめる
法学入門

I

1 票の格差

——司法と政治の索敵

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、この選挙をめぐる、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、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¹⁾）によって指名されてきた、ということになる。

どこがおかしくはないだろうか。

I 1票の格差とは何か

憲法14条の定める法の下での平等は、「当然に、選挙権が平等に与えられるべきことを帰結する」²⁾。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」³⁾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」⁴⁾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」⁵⁾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⁶⁾。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6.4万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、落選となったのである。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⁸⁾。

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倍に達したこともあった（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⁸⁾。

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」⁹⁾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れば違憲となる、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」¹⁰⁾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¹¹⁾。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ういわゆる「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」ことを指摘する、浅野博宣「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¹²⁾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「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¹³⁾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¹⁴⁾。

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徒過したものと断ずることはでき」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¹⁵⁾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」¹⁶⁾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は、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) 矢野・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

たあと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」¹⁷⁾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「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¹⁸⁾。

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 倍とかなり 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¹⁹⁾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ずることはできない」とした²⁰⁾。

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に見えないだろうか。

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 年判決以降も多くの都道府県で 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粛々に行うような制度が必要だろう」²¹⁾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乱が生じるから「事情判決」の法理に依って選挙を無効としない方がよいとの考えもある——2つの違憲判決がそうであった——が、これに対しては、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²²⁾。たとえば、無効判決といっ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に〔議員〕として関与した法律等の効力には影響を及ぼさない」²³⁾との主張もある。

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²⁴⁾ことからすると、なんと今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——2011²⁵⁾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るとしたら、それは選挙結果を見たうえで判断」²⁵⁾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、その選挙区選挙だけを無効にするなんてことは考えすぎ」²⁶⁾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」²⁷⁾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ら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かと恐れているのかもしれない。

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、「選挙区間の最大較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ぬ」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穏当で無理のない見解と言え得る」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」²⁸⁾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〕」²⁹⁾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」³⁰⁾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」³¹⁾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強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」³²⁾なのである。

しかし憲法は、それと同時に、そして自由の基礎法であるためにも、「国家の機関を定め、それぞれの機関に国家作用を授権する」³³⁾ことをもその重要な役割とする。「国家の統治の基本を定めた法」³⁴⁾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「統治の基本法」(=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とは収まらない、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、清永聡『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) 浅野・前掲注9)439頁。

28) 徳永＝砂原・前掲注27)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) 穴戸・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。