

三八

二〇一四年二月一四日施行の衆議院議員総選挙について、東京都と神奈川県複数の選挙区の選挙人らによる、公職選挙法一三条一項及び別表第一並びにこれに基づく各選挙区における選挙を無効とする訴えに対して、憲法の投票価値の平等の要求に反し、憲法上要求される合理的期間内における是正がなされておらず、憲法一四一条項等に違反するものと言えるか(消極)

横浜国立大学 教授 君塚正臣

選挙無効請求事件、最高裁判二七(ツ)二五三三号、平二七・一一・二五大法院判決、上告棄却、判時二二八一号二〇頁、民集六九卷七号二〇三五頁登載

【事実】二〇一四年(平成二六)年二月一四日施行の衆議院議員総選挙について、東京都第二区、同第五区、同第六区、同第八区、同第九区及び同第一八区並びに神奈川県第一二区及び同第一五区の選挙人である上告人らが、衆議院小選挙区選出議員の選挙の選挙区割りに関する公職選挙法の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など主張して選挙無効訴訟を提起した。

二〇一二年改正前の衆議院議員選挙区画定審議会設置法三条は、選挙区の区割りの基準につき、一項で、各選挙区の人口の均衡を図り、各選挙区の人口のうち、その最も多いものを最も少ないもので除して得た

数が二以上とならないようにすることを基本とし、行政区域画、地勢、交通等の事情を総合的に考慮して合理的に行わなければならないものと定めるとともに、二項では、各都道府県の区域内の選挙区の数は、過疎地域に対する配慮、定数の急激な減少への配慮等も重要であるとの国会での審議の際の説明を経て、各都道府県に予め一を配当して、残余の小選挙区選出議員の定数を人口に比例して各都道府県に配当する、いわゆる「一人別枠方式」を定めていた。

二〇〇九年総選挙選挙当日における選挙区間の選挙人数の最大較差は、高知県第三区と千葉県第四区との間で二・三〇四倍であったところ、最高裁は、この選挙について、二〇一一年に、区割基準のうち一人別枠方式に係る部分とそれに基づく選挙区割りは憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたが、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とはいえず、憲法一四一条一項等には違反しないと判示しつつ、できるだけ速やかに旧区割基準中の一人別枠方式を廃止すべきだと判示した。これを受けて、二〇一二年一月に上記設置法三条二項の規定を廃止する改正がなされたが、同法成立と同じ日に衆議院の解散がなされ、同年の総選挙は旧区割基準のまま実施された。最高裁は、翌年、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とはいえず、旧区割規定が憲法違反ということとはできないとした上で、国会においては今後も新区画審設置法三条の趣旨に沿った選挙制度の整備に向けた取組が着実に続けられていく必要があると判示した。二〇一三年六月に具体的な選挙区割りの改定を内容とする〇増五減の公職選挙法の改正がなされ、この結果、二〇一〇年国勢調査の結果による選挙区間の人口の最大較差は一・九九八倍となるものの、二〇一四年一月一日現在の住民基本台帳などを基準とすれば最大較差は二・一〇九倍となり、較差二倍以上の選挙区は一四選挙区に及んでいた。

当該選挙は、こういった状況の下、定数四七五人のうち二九五人が小選挙区選出議員、一八〇人が比例代表(全国一區)選出議員として選出される小選挙区比例代表並立制で実施された。本件選挙当日における選挙区間の選挙人数の較差を見ると、選挙人数が最も少ない選挙区(宮城県第五区)と比べて、選挙人数が

最も多い選挙区(東京都第一区)との間で二・一二九倍であり、その他一二の選挙区との間で較差が二倍以上となっていた(なお、本件選挙当日において、東京都第一区、鳥取県第一区、同第二区、長崎県第三区、同第四区、鹿児島県第五区、三重県第四区、青森県第三区、長野県第四区、栃木県第三区及び香川県第三区の一選挙区は各選挙区間の選挙人数のそれぞれ二倍以上となっていた)。本件選挙の合憲性をめぐり高裁判決のうち、四判決は本件選挙区割りを合憲としたが、一三判決においては、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にあったとされ、特にそのうち一判決は、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として、本件区割規定は憲法の規定に違反するに至っており、本件選挙の違法を宣言すべきだが、事情判決の法理を適用して選挙は無効としなかった。本件一審は、「本件選挙時においても、投票価値の較差を生ずる構造的な問題は解消されておらず、本件選挙時における較差の存在を考慮すると、本件選挙区割りは、なお憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にあったものといえるべきである」としながら、「漸次的な見直しである〇増五減等の措置が実現し一定の前進があり、その後も是正の実現に向けた取組が継続していること、〇増五減等の措置が完了した平成二五年六月二四日から本件選挙までの期間は約一年六か月であるが、前記の根本的な見直しのために残された作業は、一人別枠方式により配分された選挙区数がそのまま維持されている都道府県の選挙区数すなわち議員定数について再配分の方式を定め、それに従って都道府県の選挙区数を決め、区画審の審議・勧告を経たうえで、各選挙区割りを定めるといえるものであり、この間にこれを行うことは必ずしも容易ではないことなどを考慮すると、本件選挙時までに平成二三年大法院判決が求めている是正が実現しなかったことについて、国会における取組が立法裁量権の行使として相当なものでなかったとまではいえず、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はいえない」としており、多数派の一二判決の一つに属する。

そこで原告らは、原審判決を破棄し、本件選挙の上記各選挙区における選挙無効を求めたものである。

【判旨】 本件上告を棄却する。上告費用は上告人らの負担とする。

「憲法は、選挙権の内容の平等、換言すれば投票価値の平等を要求しているものと解される。他方、投票価値の平等は、選挙制度の仕組みを決定する絶対的基準ではなく、国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的のない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」。

「具体的な選挙区を定めるに当たっては、都道府県を細分化した市町村その他の行政区画などを基本的な単位として、地域、面積、人口密度、住民構成、交通事情、地理的状况などの諸要素を考慮しつつ、国政遂行のための民意の的確な反映を実現するとともに、投票価値の平等を確保するという要請との調和を図ることが求められている。よって、選挙制度の合憲性は、これらの諸事情を総合的に考慮した上でなお、国会に与えられた裁量権の行使として合理性を有するといえるか否かによって判断されることになり、国会がかかる選挙制度の仕組みについて具体的に定めたところが、上記のような憲法上の要請に反するため、上記の裁量権を考慮してもなおその限界を超えており、これを是認することができない場合に、初めてこれが憲法に違反することになるものと解すべきである。」「以上は、衆議院議員の選挙に関する」「累次の大法院判決の趣旨とするところであって」「これを変更する必要は認められない」。

「本件選挙区割りにおいては、上記○増五減の措置における定数削減の対象とされた県以外の都道府県について旧区割基準に基づいて配分された定数の見直しを経ておらず、一人別枠方式を定めた旧区割設置法三条二項が削除された後の新区割基準に基づいた定数の再配分が行われていないことから、いまだ多くの都道府県において、そのような再配分が行われた場合に配分されるべき定数とは異なる定数が配分されていた。」「そして、こ

のような投票価値の較差が生じたことは、全体として新区割設置法三条の趣旨に沿った選挙制度の整備が実現されていたとはいえないことの表れといわなければならない。

以上のような本件選挙時における投票価値の較差の状況やその要因となっていた事情などを総合考慮すると、平成二五年改正後の平成二四年改正法による選挙区割りの改定後も、本件選挙時に至るまで、本件選挙区割りはお憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にあったものといわざるを得ない」。

しかし、「その是正は国会の立法によって行われることになるものであり、是正の方法についても国会は幅広い裁量権を有しているので、裁判所が選挙制度の憲法適合性について上記の判断枠組みの下で一定の判断を示すことにより、国会がこれを踏まえて自ら所要の適切な是正の措置を講ずることが、憲法上想定されている」。そうして見ると、「一人別枠方式を含む旧区割基準に基づいて定められた旧選挙区割りについては、前掲最高裁判成一九九六年六月一三日大法院判決までは憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っていないとする当審の判断が続けられており、これらが憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っているとする当裁判所大法院の判断が示されたのは」「平成二三年三月二三日であり、国会においてこれらが上記の状態に至っていると認識し得たのはこの時点からであったといわなければならない」。

そして、これは「制度の仕組みの見直しに準ずる作業を要するものといえ、立法の経緯等にも鑑み、国会における合意の形成が容易な事柄ではないといわざるを得ない。」「そうした中で、まず憲法の投票価値の平等の要求に反する状態の是正が最も優先されるべき課題であるとの認識の下に法改正の作業が進められ、」「上記改定の時点では平成二二年国勢調査の結果に基づく人口によれば最大一対一・九八八まで縮小しており、前回の平成二四年選挙時に最大一対二・四二五で二倍以上の選挙区が七十二選

挙区に及んでいたのと比較すると、一定の縮小がみられ、平成二三年大法院判決から「二回の法改正を経て、旧区割設置法三条二項の規定が削除されるとともに、直近の平成二二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二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」たことなどに鑑みると、「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では、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は断ずることはできない」。

「重複立候補制に関して定めた公職選挙法八六条の二及び九五条の二の規定が憲法一四一条一項等の憲法の規定に違反するものではなく、また、衆議院議員総選挙のうち小選挙区選挙の無効を求める訴訟において比例代表選挙の仕組みの憲法適合性を問題とすることができないことは」「平成二一年判決の」「判示するところであるか、又はその趣旨に徴して明らかである」。

櫻井龍子裁判官、池上政幸裁判官の意見 「その後の人口変動により同較差が二倍を僅かに超えることが予見されるものであったとしても、衆議院に解散制度があり、」「合理的な裁量の範囲内にある。」「本件選挙時における鳥取県と東京都との議員一人当たりの選挙人数と比較しても、その較差は一・八二〇倍であり、これを宮城県と東京都の間と比較すると一・三六七倍であって、都道府県間の定数較差は、いずれも二倍を相当程度下回っている。」「上記○増五減」以外の都道府県について新区割基準に基づいた定数の再配分が行われていないからといって、そのことが「最大較差が二倍を超えた主な要因」ということはできないもので、そのこと自体が国会による立法裁量権の行使として憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にあるということではできない」。

千葉勝美裁判官の補足意見 「人口の少ない地方の実情を国政に届ける地方選出議員の存在が重要であるとしても限度があり、」「憲法上の平等の観点から要請される

人口比例原則に明らかに反する程度まで許容することの合理性は、説明できないところとなっている。」

鬼丸かおる裁判官の反対意見 「衆議院議員の選挙における国民の投票価値につき、憲法は、できる限り一対一に近い平等を基本的に保障している。」「国会が平成二三年三月二三日に投票価値の平等に反する状態にあることを認識し得てから本件選挙までの間に、三年八か月が経過し、」「同日以降に衆議院において少なからぬ法案が可決されてきた状況に照らすと、」「国会が司法の判断の趣旨を踏まえて適切に衆議院議員の定数配分や選挙区割りの是正に取り組んだならば、上記期間内に、憲法の投票価値の平等の要求するところに沿った定数配分や選挙区割りの是正を行うことは可能である。」「是正は国会の急務であって、立法裁量権に配慮しても、合理的期間を緩やかに解することは許されるべきではない。」「これら」を総合考慮すると、事情判決の制度の基礎に存する一般的な法の基本原則を適用して、本件選挙が違法であることを主文において宣言することが相当である。」

大橋正春裁判官の反対意見 「平成二三年大法院判決において憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っている」とされた旧選挙区割りには本件選挙区割りによっても違憲状態が解消されたことにはならず、したがっ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もので、本件選挙区割りは憲法の規定に違反すると考えるものであり、また本件では事情判決の法理を適用すべき事情はなく、本件選挙区割りに基づいてなされた本件選挙は本判決確定後六か月経過の後に無効とする。」「平成二四年改正法及び平成二五年改正法」は「後の人口動向から次の選挙時にはこれが二倍を超えることは相当の確度で予想され」「現に本件選挙当日における選挙人の最大較差は二倍を超え」ており、「問題の根本的解決に向けての立法院の真摯な努力を前提にした上での当面の是正策であると評価することはできず、合理的期間の経過の判断に際して考慮すべきものではなく、」「現在までに既に四年八か月も経過していることを考慮すれば、合理的な期間が経過している。」「六か月以内には是正措置が採られた場合には、特別法による選挙が衆議院を解散した上での通常選挙によるか等の具体的方法についての選択肢はあるものの、憲法一四条に適合する新たな選挙区割りに基づいた選挙をすることで本件選挙を無効とすることによる混乱は回避することが可能である。」

木内道祥裁判官の反対意見 「平成二三年大法院判決において、違憲状態の主要な原因である一人別枠方式の廃止と新基準による選挙区割規定の改正という、行うべき改正の方向が示されており、改正の内容についての裁量権はこの範囲に限定されて」おり、「本件区割規定は、違憲の瑕疵を帯びる。」「選挙区割規定が違憲であるにもかかわらず、選挙が繰り返し行われ」た「今回の衆議院議員総選挙は、従来の選挙区割りを基本的に維持して行われたものであり、その全てについて違法の宣言にとどめることはできない。」「選挙区割りが違憲状態か否かの判断基準は、区割規定（定数配分規定）が『全体として違憲の瑕疵を帯びる』（昭和五一年四月一日大法院判決³、同六〇年七月一七日大法院判決⁴）か否かについてのものである。」「これに対し、ここで問題となる無効とする選挙区の選定の規律は、違憲判断の及ぶ範囲を一定程度制限するという司法権に委ねられた権能の行使についてのものである。」「具体的にどの範囲で選挙を無効とするか」は、本件では、「衆議院としての機能が不全となる事態を回避することと投票価値平等の侵害の回復のバランスの観点から、投票価値の較差が二倍を超えるか否かによって決するのが相当である。」「宮城県第五区、福島県第四区など「の二二の選挙区については選挙無効とされるべきであり、その余の選挙区の選挙については、違法を宣言するにとどめ無効とはしないこととす

べきである。この一二選挙区について選挙が無効とされると、その選挙区から選挙人が選出し得る議員はゼロとなるが、これは、選挙を無効とする以上やむを得ないことであり、較差を是正する法改正による選挙が行われることにより回復されるべきものである。」

【評釈】 議員定数不均衡問題が争われて久しい。既に公選法二〇四条を用いる争訟を違憲違法と解する空気はなく、重大な人権侵害である選挙権侵害に違憲宣言判決すらできないことはむしろ疑問であり、最も用い易い選挙訴訟の援用は許容されたとの前提で論評する¹⁾。

一 最高裁は中選挙区制時代から長く合憲となる基準を最大較差三倍としてきたと言われ、緩すぎるとの批判を浴びてきた。しかし、最高裁は近年、二倍少々の最大較差であってもこれを違憲状態と評価している。これは議席の六割強を占める小選挙区部分に関する部分についてであり、櫻井・池上意見がその意図とは逆に示す通り、比例代表部分で緩和されることを考えても、ということであるから、暗黙の合憲性判断基準は俄然厳格化している。本件判決ではこの二裁判官以外は違憲状態と判断した。これは、主権原理の抽象性は盾にできず、差別の対象の選挙権が民主主義・立憲主義の根幹であるという認識、代表を選出する権利はできる限り対等であるべきであるとの要請が厳しいものとの認識が深まったためであろう。なお、人種や門地の問題でもないこの問題は憲法一四条ではなく、一五条の問題と言うべきである。²⁾

以前から言われてきたように、合憲性判断基準としての「二倍」に憲法上の根拠は希薄であろう。選挙権が憲法の基本である民主主義・立憲主義の根幹であるとすれば、その侵害、不平等はおよそ許されず、本来、一人一票が基本である。³⁾これが現在、圧倒的に有力である。司法審査基準としても厳格審査基準が当然であり、やむにやまれぬ目的と必要最小限度の手段（較差）であること

を国側が示すべきである。今回、ヘアー式最大剰余法により一八増一八減の是正が可能だったとの指摘もある。

また、定数不均衡のように、人口比例が第一原則であつて違憲か否かがある程度数理的に示せる問題では、裁判所が、ごく簡単に、ゲリマンダーを廃しつつシミュレーションして、より較差が狭まるとすれば、現状が必要最小限度ではないことが容易に示せる。また、最大較差が二倍を超えているということは、最小選挙区の近隣選挙区との合区と最大選挙区の分区分で数字上は較差がなお減少する段階にあり、現状の違憲性を示すことにもなる(ならば、「二倍」を合理的期間の経過の一般的目的安とすることも可能である。数年後の選挙時にこれが容易に表出するのは、真摯な是正がなかつた微憑である)。小選挙区での過剰な議席を比例区で調整した形跡もなく、参議院選挙区で大都市部に配慮した形跡もなく、全体として過剰代表を過疎地域に偏在させていることから、意図的な不平等選挙と認定できよう。

二 合理的期間は経過したか。本判決に至る高裁判決の多くはこれを肯定したが、本判決多数は否定した。多数意見は、政治家の自己の利益に基づく激しい抗争を乗り越える国会での調整の困難さに配慮したが、二〇一一年判決が一人別枠方式を改めよと判示した以上、これを改めて各都道府県に基礎的な定数を配分することなどは直ちに可能である(その後、都道府県内の衡平な分区分に難渋するとしても。また、選挙権の平等に向け、都道府県を跨いだ選挙区を設定することはさらに困難だとしても)。国会は、全ての都道府県についてこれを行うことを達成できなかった。要求は、行政区画と自然境の何れを優先するか、それよりも数的平等の達成を優先するかのレベルではない。満点の区割り辛抱強く待つものでもない。そうであれば、一人別枠方式を是正する合理的期間は、国会の順調な審議の期間と考えれば足り、「定数を削減される選挙区選出の議員を説得して国会対策委

員長が走り回つて」^⑬ いる時間を待つ必要もなく、一度衆議院の解散があつたとしても想定外の事象でもなく、三年余の間には合理的期間が経過したと考えるべきではないか。二倍以内という緩やかな基準が妥当するならば、かえつてそれを達成できる合理的期間は短くて足りる。だが現実には、不平等状態を長期継続させ、人口比例という大原則が蔑ろの小手先の微修正が繰り返され、抜本解決がなされない不安定と不信と混乱が続いている。選挙権が民主主義や立憲主義の根幹であることに鑑み、違憲であるときには原則としてその宣言は必要である。違憲警告判決という意味としての合理的期間論が立法院に対する統制として、限界があるというのが本事例の教訓ではないか。多数意見ではなく、総じて反対意見の三裁判官の方向に賛成したい。

三 では、立法院の細やかな努力を最高裁はどう採点し、どこまで添削すべきか。反対意見はここで袂を分かつ。この中では最も穏健な鬼丸意見は、事情判決の法理を用いて選挙そのものを無効とはしなかつた。最大較差が二倍強程度であり、答案提出がやや遅れているレベルでは先例準拠のあり得る選択である。が、それを超えて選挙無効(答案の書き直し)を求められるか、求めたときに何が生じることを覚悟するか、が問題である。

この点、大橋意見の選挙無効論はすつきりする。判決から六カ月待つというのも、一人別枠方式の是正には十分な期間であろう。しかし、まず容易に思いつく疑問は、なぜ六カ月なのか、その算定を司法権ができるのかという点である。一人別枠方式の是正のような明快な違憲状態ではないときも含め、一般的に選挙無効を宣告できるかも疑問もある。実際、国会が期間内に是正を怠れば、主原因が参議院にあつても、衆議院が消滅し、その後、法律の制定などが基本的にできないことをどう考えるか。それとも、衆議院比例区部分は有効か。「総」選挙では、投票者はあるべき選挙結果も踏まえて性質の全

く異なる選出方法に二票を使い分けるところ、その意図せざる結果をどう受け止めるか。司法権が、過去の事案の趣旨的解決を任務とするところ、純粹な将来効判決が可能かは微妙である。無効なら、選挙時に遡るのが理論的には正しかろう。だが、遡つて無効となれば、混乱は極めて甚大である。緊急集会を活用するとの主張かもしれないが、異常事態であるとともに、参議院でも議員定数不均衡判決が二度重なれば国会そのものが消滅する危険すらある。ならば本件では事情判決に戻ろうか。

木内意見は、この点、一部選挙区の選挙のみを無効とするので、混乱は最小限に留まろう。過小選挙区の議席を奪わず、過剰選挙区を無効としている点でも、議会に是正を促進させる方法である。しかし、選挙無効の訴えは基本的には当該選挙区選挙について提起されるものであり、この前提となる可分論を否定して公選法別表不可分論を採れば一体として無効であつて、過剰選挙区の一部が無効との論理を導き出すことは難しい。しかも、無効とする選挙区の種類は司法の裁量になり易く、議会構成を容易に操作できる懸念もある。数字として「二倍」を示しているが、なぜ二倍かという最初の疑問に立ち戻る。是正後解散総選挙を誘導するのであれば、無効となる選挙区が一二程度では、政権が歪んだ議席配分に支えられていなければならないほど焼け石に水である。そうなれば、一人一票原則に立ち戻り、可能な限りの是正をせず過剰な代表を選出している選挙区は全て無効とするのが筋論であろうが、ならば無効の範囲が膨大となり、かつ、全国的視野で見れば、較差の低い選挙区が無効となりながら高い選挙区が有効のままという矛盾も生じるであろう。当該小選挙区で落選し比例区で復活当選した者の方が議員であり続けるという矛盾も気になる。

このほか、判決に従つて立法のできる真の合理的期間が経過した時点で、当該選挙の効力を将来に向けて無効とするという意味での将来効判決という手法も提唱でき

ようが、過去の事件の解決を本務とする司法権がこの種の判断を下せるのかという根本的な疑問がある。だが、もし、木内意見のように、混乱を回避するために無効とする選挙区の選別が可能であれば、無効期間も司法が合理的に示せようし、法的判断を示しながら具体的な事件の解決を行わない事情判決の法理の使用(重要な人権である選挙権の侵害ゆえ許され、全くの創造ではなく、既存の法令に予定された様式を拡張したもの)を最小限に留めるといふ観点から、一考に値するのかもしれない。

救済法は難しく、全てを矛盾なく解決することは困難であるのが議員定数不均衡問題であり、それを逆手にとって根本解決がなされてこなかったとも言える。本選挙時の情勢では、鬼丸意見のような事情判決の法理を用いる結論でもやむを得ないか。但し、踏み込めば、是正が容易であることを判決中に示しつつ、それが可能な選挙区の選挙をある時点から無効とし、遡及しないような手法もあり得たかもしれない。そもそも事情判決の法理が使えるのであれば、これを最小の範囲と期間でのみ用いることが、司法の作用として可能であろうし、裁判所の例示する区割りより較差の少ない別表改正を行うべく別表を無効とし、衆議院であれば速やかに解散をすることも可能かもしれない。木内意見、大橋意見等の理論的精密は必要であり、不可分論・過剰選挙区選挙将来の無効を模索したい。違憲宣言判決で国会を「叱る」ことでもなお助かざれば、(現小選挙区部分の)全国一区の強制総選挙が最終手段かもしれない。

比較の容易な隣接選挙区との対比で、より較差の縮小できる選挙を実施できるなら、隣接選挙区は相対的に過剰代表であり、これを無効とする手法もあり得よう。

四 小選挙区比例代表並立制や重複立候補制については、最高裁は簡単に斥けている。選挙制度の選択は一般に立法裁量とされ、議院内閣制の下院が政権選択のため小選挙区制を主とする制度を選択することは合理的であ

るし、定数不均衡と一党支配を忌避するために比例代表制を加味することも同様であろう(併用制でなく並立制ではやや小選挙区の過剰感もないではないが、勿論違憲と宣告すべきものでもない。なお、フランス式の小選挙区二回投票制は「総」選挙と言えるか、やや疑問がある)。関連して言えば、異なる代表原理を模索すべき第二院の選挙で、地方区四五のうち三二がいわゆる一人区(小選挙区)で、同一選挙に異質の選挙制度が混在し、定数不均衡も限度を超えている方にむしる憲法上無理がある。ブロック制(中選挙区が定数七以上の大選挙区制で一貫することが望ましい)などへの根本是正が求められていよう。多くの都道府県議会も類似状況にある。

- (1) 本件評釈には、衣斐瑞穂「判批」ジュリ一四九号八頁(二〇一六)、工藤達朗「判批」ジュリ臨増一四九二号「平成二七年度重要判例解説」八頁(二〇一六)、佐々木雅寿「判批」法教四三〇号二七頁(二〇一六)、山口邦明「判批」法セミ七三四号三五頁(二〇一六)、堀口信郎「判批」同七三八号二〇頁(二〇一六)、武田芳樹「判批」法セミ増刊「新・判例解説 Watch web 掲載」(二〇一六)、滝川聡史「判批」選時六五巻二二頁(二〇一六)などがある。
- (2) 最大判平二五・三・二三民集六五・二・七五五。
- (3) 最大判平二五・一一・二〇民集六七・八・一五〇三。
- (4) 本件のコンパニオンケースの原審である大阪高判平二七・三・二六判時二二六八・一〇、高松高判平二七・三・二五判例集未登載もそうである。
- (5) 本件のコンパニオンケースの原審である福岡高判平二七・三・二五判時二二六八・二三もそうである。
- (6) 東京高判平二七・三・二五判時二二六八・一六。本件のコンパニオンケースの原審である広島高松江支判平二七・三・二五判例集未登載もそうである。
- (7) 民集六一巻四号一六一七頁。
- (8) 最大判平一一・一一・一〇民集五三・八・一四四一。
- (9) 民集三〇巻三三三三頁。
- (10) 民集三九巻五号一一〇〇頁。
- (11) 今村成和「議員定数配分規定の違憲問題と最高

裁」田中二郎追悼「公法の課題」五一頁、五七頁(有斐閣、一九八五)は、「裁判所のもつ憲法保障機能を重視する」として正当化する。野中俊彦ほか「憲法Ⅱ(第五版)」三二八頁(有斐閣、二〇一二)「野中」も、「違憲状態の確認」の一例であるとす。そして、この種の手法が、表現の自由の重大な侵害については文面審査が認められるというのが通説の見解である。藤部信喜「憲法学Ⅲ(増補版)」三三八頁以下(有斐閣、二〇〇〇)など。そして、国の政教分離違反に対しても、理由中に違憲と宣言することができる筈である。君塚正臣「政教分離と原告適格」榎原猛古稀記念「現代国家の制度と人権」一九四頁(法律文化社、一九九七)。

(12) 高橋和之「定数不均衡違憲判決に関する若干の考察」法学志林七四巻四号七九頁、八三頁(一九七七)、辻村みよ子「権利」としての選挙権「二二四頁以下(勁草書房、一九八九)、松井茂記「日本国憲法(第三版)」四一五頁(有斐閣、二〇〇七)など。

(13) 安念潤司「いわゆる定数訴訟について(二)」成蹊法学二五号六一頁、八八頁(一九八七)、阪本昌成「憲法理論Ⅱ」二九二頁(成文堂、一九九三)、長尾一紘「日本国憲法(第三版)」一七〇頁(世界思想社、一九九七)、渋谷秀樹「憲法(第二版)」二二七頁(有斐閣、二〇一三)、長谷部恭男「憲法(第六版)」一七六頁(新世社、二〇一四)、辻村みよ子「選挙権と国民主権」一一三頁(日本評論社、二〇一五)、松井同右四一六頁など。

(14) 右のほか、戸松秀典「平等原則と司法審査」三二五―三二六頁(有斐閣、一九九〇)、高橋和之「立憲主義と日本国憲法(第三版)」一六一頁(有斐閣、二〇一三)など多数。

(15) 山口・前掲註(一)評釈三七頁。

(16) 和田淳一郎「定数配分と区割り」選挙研究二八巻二二六頁、三七頁(二〇一二)は、衆議院の区割り、唯一番地まで用いて、「練馬区田柄」のうち三丁目一―三番と五丁目一―二〇番だけが東京一〇区で残りが九区であるのは、三丁目八・九番に自衛隊宿舎があるためであると指摘している。ゲリマンダーの疑いはないか。逆に、地番まで分割できるのであれば、全国的にそうすべきである。

(17) 日本国憲法下の最初の総選挙において、一票が

最も軽かった鹿児島二区(川内市、阿久根市など)は、議員一人あたりの人口が一九二〇三七八、最も重かった愛媛一区(松山市、北条市など)が一二七五九一人であり、最大較差は一・五一倍であった。芦部信喜『憲法と議会政』三六六頁(東京大学出版会、一九七二)。較差も比較的小さいが、較差最大の同選挙区が西日本の中小都市を中心とするなど、似た性質を有するとき、この問題は確かにさほど深刻にはならない。

(18) アメリカでも、緊密性(なるべく円形に近いこと)、連続性(飛び地などがないこと)、政治的境界線の尊重、山脈や川などの重要な地理的標識の尊重は重要であると考えられている。See, DANIEL P. TOKAI, ELECTION LAW IN A NUTSHELL, 72-74 (2013).

(19) 君塚正臣『演習 憲法』法教四〇六号一四〇頁、一四二頁(二〇一四)。

(20) 山口・前掲註(一)評釈三八頁は、長く見ても、都道府県への定数配分の是正に一年、その中での区割りの変更は六カ月あれば十分であると述べている。

(21) 戸松秀典『憲法訴訟(第二版)』三五四頁(有斐閣、二〇〇八)。

(22) 戸松秀典『判批』判評三二六号一六頁、一八頁(一九八六)。

(23) これを踏まえた上で、サミュエル・マーマン(長内了訳)『将来効判決』の正当性「比較法研究四五号一一頁(一九八三)」は、この点でも「合理的な例外をとらざるをえない」と述べる。

(24) 但し、純粹な将来効は司法的作用としては「異例のもの」であり、「それだけに強い正当化事由の存する場合でなければならぬ」。佐藤幸治『日本国憲法論』六六八頁(成文堂、二〇一一)。松井・前掲註(12)書一二二頁は広範に認める。芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』三三二頁(有斐閣、一九八二)も許容姿勢であった。

(25) 福田博(山田隆司)『嘉多山宗編』『福田博オーラル・ヒストリー』「一票の格差」違憲判断の真意「一五九頁(ミネルヴァ書房、二〇一六)」は、これを視野に入れても、肯定的に論ずる。フランスの例について、辻信幸『将来効判決に関する一考察』高見勝利古稀記念『憲法の基礎と憲法論』五九三頁(信山社、二〇一五)参照。

(26) 藤田宙靖『一票の較差訴訟』に関する覚え書き「法の支配一七二一八六頁、八七頁(二〇一三)」などが可分論を唱える。前記昭和五一年判決における岡原昌男裁判官ほか五裁判官の反対意見に通じる。

(27) 田中英夫『英米法研究——法形成過程』二二二頁以下(東京大学出版会、一九八七)は、選挙区割りの提示などアメリカの裁判所の様々な司法的救済措置を紹介し、日本法への示唆を行う。

(28) 福田・前掲註(25)書一五七頁同旨。

(29) 藤田・前掲註(26)論文九三頁は、選挙無効判決の効果について、当該選挙区を超えて他の選挙区に及ぼすことも「それなりに合理的な理由がある」と述べている。

(30) 工藤・前掲註(一)評釈九頁。同評釈は、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』七九頁以下(三省堂、二〇一三)に批判的である。最高裁と国会のこの争点での「対話」は、むしろ、鬼教論がダメ生徒を、厳しい編集者が選挙で無能な執筆者を喝倒するイメージと言わべきか。

(31) 田中・前掲註(27)論文二一五—二一六頁は、日本でも最後には、裁判所「自らその是正策を講ずる」べきだと主張する。

(32) 芦部・前掲註(17)三九二頁は、特定の選挙制度を憲法が命じているという説を避けている。ただ、憲法が統治機構の重要部分である選挙制度について、国会に白紙委任したというのも疑問である。上脇博之『政党国家論と憲法学』四三八頁(信山社、一九九九)などは純粋比例代表制を提唱し、松井・前掲註(12)書一四三頁は逆に小選挙区制を推奨するが、共に極論である。衆議院には政権選択のため、一党支配にならない程度に小選挙区制を加味した制度が、参議院や地方議会では大選挙区制を軸とする制度が妥当であり、乖離する制度の主張者には大きな立証責任があるという程度であろうか。

(33) 都道府県議会の議員定数問題については、吉岡易『都道府県議会における議員定数配分の不均衡』大石良雄喜寿記念『日本国憲法の再検討』三四一頁(嵯峨野書院、一九八〇)、藤本富一『地方議会における定数不均衡』北海学園大学学術論集六六号二〇三頁(一九九〇)、仲哲生『地方議会の議員定数不均衡と特別選挙区』高知短期大学社会科学論集六一

号二九頁(一九九一)、和田進『兵庫県議会議員定数不均衡是正の取り組み』神戸大学教育学部研究集録八六集一六一頁(一九九一)、市村充章『都道府県議会の議員選挙における選挙区の設定と定数配分』白鷗法学二〇巻二九頁(二〇一四)、矢戸常寿『地方議会における一票の較差に関する覚書』高見勝利古稀記念『憲法の基礎と憲法論』四一三頁(信山社、二〇一五)、同『地方議会の一票の較差に関する判例法理』地方自治八二二頁(二〇一五)、富田雅裕『都道府県議会の定数不均衡問題に関する考察』世界と議会五七〇号二二頁(二〇一五)など参照。明治維新以降明治憲法下までの沿革については、市村論文三六六頁以下など参照。戦前の経緯については、稲山博司『議員定数規定沿革(上、中、下)』地方自治四三二—四三九頁、四三三—四三九頁(一九八三)、四三八—四三九頁(一九八四)など参照。選挙権の重要性を訴え、その下での厳格審査を一般的に主張しながら、特別選挙区を違憲と明言する憲法学者が殆どいないことは不可解に思える。

〔付記〕本稿は、平成二五年度—二九年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」(課題番号二五三八〇〇二九)による研究成果の一部である。研究途上の二〇一六年五月二二日にアメリカ憲法判例研究会(第三期)にて、吉川智志氏の米判例研究「党派的グリマンダリングの司法判断適合性」に、同年六月一八日に合衆国最高裁判所判例研究会にて、紙谷雅子学習院大学教授の米判例研究「選挙区画変更が人口に関し、最大選挙区と最少選挙区との人口乖離が一〇%以下であるならば、正当性のない区画配分要素が支配的であったことを示す蓋然性を、異議を申し立てた上訴人が立証しないかぎり、違憲とはいえない」に、同月二五日に日米法学会第五三回総会にて、東川浩二「最近のアメリカ選挙法の諸論点」、中村良隆「アメリカ合衆国における選挙区割のプロセスの特色」などに触れ、参考になった。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。また、本稿では、紙幅に鑑み、参考文献は限定的に提示せざるを得なかった点をお詫びする。本テーマについては、詳細には、横浜法学二五巻一号以下の拙稿をご参照頂きたい。

佐藤 幸治 (さとう こうじ)

京都大学教授

〔略歴〕

昭和12年 新潟県で生れる。

昭和36年 京都大学法学部卒業。

京都大学法学部助手、助教授を経て、現在、法学部教授。

〔主要著書・論文〕

「司法審査とデモクラシー」(1)(2) (昭和38年、39年 法学論叢74巻3号、5・6号)

「プライバシーの権利 (その公法的側面) の憲法論的考察」(1)(2) (昭和45年 法学論叢86巻5号、87巻6号)

「違憲判決の効力」(昭和49年 法学論叢94巻3・4号)

「表現の自由」「集会・結社の自由」「通信の秘密」(声部信喜編『憲法II人権』(昭和53年 有斐閣) 所収)

『日本憲法史』(共著) (昭和51年 東京大学出版会)

『注釈日本国憲法(上)(下)』(共著) (昭和59年、63年 青林書院)

『憲法訴訟と司法権』(昭和59年 日本評論社)

『憲法I II』(編著) (昭和61年、63年 成文堂)

『現代国家と司法権』(昭和63年 有斐閣)

『要説コンメンタル・日本国憲法』(編著) (平成3年 三省堂)

『現代国家と宗教団体』(共編) (平成3年 岩波書店)

『ファンダメンタル憲法』(共著) (平成6年 有斐閣)

『注解法律学全集1 憲法I』(共著) (平成6年 青林書院)

事項索引

あ

アクセス権455, 542
旭川学力テスト事件509, 510, 628, 629
朝日訴訟343, 621, 622
アシュワソン判決336
厚木基地訴訟302, 356, 359
アメリカ合衆国憲法6, 8, 19, 35, 44, 65, 294, 383, 550, 644
アメリカ独立宣言443
安条約355

い

委員会153
——中心主義174
イエリネック41, 385, 407
イギリスの憲法18, 80, 443
違憲性の推定371, 517
違憲 (立法) 審査11, 45, 332, 333, 344, 370, 374
違憲判決の効力373
石井記者事件539
伊豆シャボタン公園園地処分事件473
板垣退助66
板まんだら事件496
イタリアの憲法8, 12, 47, 127, 147, 213, 401

現代法律講座 5

憲法 (第三版)

昭和五十六年三月三日 初版
平成元年二月三日 初版第二刷発行
平成二年四月二〇日 初版第三刷発行
平成六年四月二五日 新版第一刷発行
平成七年四月二五日 新版第二刷発行
平成七年四月二五日 新版第三刷発行
平成七年四月二五日 第三版第一刷発行
平成七年四月二五日 第三版第二刷発行

著者 佐藤 幸治
発行者 逸見 慎一

株式会社 青林書院

〒113 東京都文京区本郷六丁目一七
番四号 電話 〇〇—〇一九一六九二〇
振替口座 〇〇—〇一九一六九二〇

印刷・製本 中央精版印刷

©1995 佐藤 Printed in Japan

ISBN4-417-00912-0

委任命令230
井上毅67
違法収集証拠589
イリイ145
岩倉具視66, 67
岩手学力テスト事件510
イン・カメラ・レヴェュー320
インフォワード・コンセント460
会 期157
——制157, 158, 211
——不継続の原則158
会議制6, 207, 208
会計検査院189, 231
戒厳大権49
外国人417
外国に移住する自由418, 555
外在的制約=政策的制約402
外務省スバイ事件322
下級裁判所313, 325
閣 議224, 227
——と司法審査227
革命権5, 51, 383
学問の自由399, 408, 484, 508
確立された国際法規32, 302, 643
家庭裁判所306, 313, 326
加藤高明70, 391
カード—ゾ裁判官514
過度の広汎性の法理523
カベレツティ11
川崎民商事件588, 604
簡易裁判所313, 326
環境権457, 624
勧告的意見45, 294
間接効力説436, 437, 439
間接選挙制112, 137
間接 (代表) 民主制78
完全補償説574
官 吏229, 432
管理化国家9
尾高朝雄97
オープン・シヨップ633
恩 赦232, 257
オンブズマン10
か
う
ヴァージニア権利章典5, 383
「夏のと」事件526
浦和事件328
上乗せ条約287
運用違憲366
え
永久税主義181
営業の自由557, 558, 566
栄 典257, 476
営利的言論518
閣議の自由432, 535
恵庭事件361
エマースン514
「エロス+虐殺」事件522
延命治療拒否460
お
大分県教組人権スト処分訴訟635
大隈重信67, 70
大阪国際空港公害訴訟302, 360, 458
大津事件71
大牟田市電気ガス税訴訟286
公の支配183
公の賠償請求権614
公の破防法事件532, 553
沖縄デー破防法事件532, 553
「押しつけ憲法」論77

うけ、また刑法典の尊属殺重罰規定のように後になって最高裁判所によって違憲無効とされるという例もあるが、これらの法典が日本国憲法所定の立法手続によって成立したものではないという事実は残る。最高裁判所は、明治憲法下の法律は、その内容が日本国憲法の条規に反しない限り、なお法律としての効力を有するとし、そのことは日本国憲法九八条の規定によってうかがわれるとする（三三三（最判昭和三年六月二日））。が、憲法の特性を授權規範性に求めるとすれば、同条にそのような意味を読み込むことは、同条に加重負担を強いるものではなかろうか。後にみるごとく、明治憲法と日本国憲法との間には主権の変動があり、その意味では「革命」があったとみなければならないが、その「革命」は国家の同一性にかかわるようなものではなく、しかも、そのことに加えて、国民の生活のあり方を大きく左右する私法秩序の独自性を基本的に認めている点で明治憲法と日本国憲法とで共通するものがあるのであって、民法典などの引続いての妥当性の根拠はむしろそうした点に求められるべきであらう。

(3) 憲法の前文の効力 憲法典には「前文」が付けられているのが通例である。「前文」の様式や内容には各種のものがあり（単に憲法制定の由来を説くにとどまるものもあれば、フランス第四共和制憲法のように権利章典に該当するものを規定しているものもある）、したがってその法的性質も一律に論じきれないところがあるが、大別して、法的規範性承認説と法的規範性否認説（前文は単に歴史的事実を陳述したにとどまるとか政治的・道徳的理想を表示したにとどまるとされる）とに分かれる。日本国憲法の「前文」は「日本国憲法」という題名の後におかれ、憲法制定の由来・目的および憲法の基本原理・理想に関して述べるかなり詳細なものであるが、そのことから、「前文」は憲法典の一部を構成し（したがって法規規範性を有する）、その改変は憲法改正手続によらねばならないとする点では学説は概ね一致している（さらに、憲法典内部に形式的効力の違いを認める立場からは、憲法制定権力の所在を示し、基本的人権尊重主義など憲法の基本原理・理想をうたう「前文」は一般に憲法改正の限界をなすとされる）。「前文」が法規規範性を有する以上、それに抵触する下位規範

の効力は理論上排除されることになるが（項八（八条））、「前文」がさらに直接の裁判規範性をもつか否かについては肯定説と否定説とに分かれる。否定説は、法規範の中には裁判規範性をもたないものがあるとの基本的前提に立って、「前文」の内容の抽象性・非具体性などを根拠とするが、肯定説もかなり有力で、下級審の判決例の中には肯定説によっているものがみられる（例、長沼訴訟第二審判決たる札幌地判昭和四八年九月七日判七二四頁）。もっとも、否定説も、「前文」が憲法本文の各条項の解釈の基準となることを承認しており、判例もその趣旨のものと解されうるのは注意を要する（例、最判昭和三年六月二日刑集一三卷一三三頁）。

(4) 憲法判例 そもそも判例が法源性を有するか否かについては議論の存するところであるが、既に示唆したように、憲法判例を含めて積極に解さるべきであり（わが国の現行法上、憲法判例は、民事・刑事・行政の各具体的事件の解決に必要な限りにおいてなされる、憲法典に関する解釈にかかわる判例として成立する）、最高裁判所の憲法判決は先例拘束性をもつと解される。それは、日本国憲法の定める司法権がアメリカ流のものと解されるということのほか、基本的には同種の事件は同じように扱わなければならないという公正の概念によるものであり、日本国憲法の解釈論的にいえば、憲法一四条の法の下での平等原則、三二条の裁判をうける権利（ここでの裁判は当然に公正な裁判の意でなければならない）、および憲法三二条の定める罪刑法定主義に根拠する。但し、その場合、先例として拘束力をもつのは、憲法判決中の *ratio decidendi* の部分であって、法律などの合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至る上で直接必要とされる憲法規範的理由づけである点が留意さるべきである。憲法判例については、通常の判例と違った特殊性が考慮されなければならないが、その点については後述する（第三編第二章第三節）。この先例拘束性の原則の下に、最高裁判所は自らの憲法判例に拘束されるとともに、下級審は最高裁判所の憲法判例に拘束される（但し、最高裁判所の判例に下級審が従わないからといって、現行法上破棄される可能性があるにとどまる）。もっとも、その場合、拘束力をもつ

は判決中の抽象理論ではなくて ratio decidendi であること、そのことに関連して下級審は英米法にみられる「区別 (distinction)」を通じて相当の創造性を発揮しうる余地をもつこと、最高裁判所の考え方に変化しないしそのきざしがみられるときはその新傾向を先取りすることが正当化されることがあること、などの点が留意されるべきである。

なお、右のような理解に対しては、憲法の解釈論として、憲法七六条三項に「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」とあることに注目し、さらに裁判所法四条に「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所に拘束する」(第五項)とあること(その反対解釈として、上級裁判所の判例は下級裁判所に対して法的拘束力をもたないとみる)にも言及しながら、判例の法源性に否定的な見解が存する。が、憲法七六条三項にいう「憲法及び法律」には命令・規則・条例などのほか慣習法など不文の法規範も含まれると解するのが一般的であり、またそう解すべきである。裁判所法四条については、先例拘束性の問題と全く無関係とみることもできるし、あるいは、先例拘束性のあることを前提に、ただその事件との関係では下級裁判所を絶対的に拘束する趣旨を明らかにしたものと解することもできないではない。このように、先例拘束性の原則を認めるには、憲法上および法律上の障害はないと解すべきであるが、わが国では、判例法主義の英米法系とは違って制定法主義の国であって、判決も事実上の拘束力をもつにとどまると解するのがむしろ一般的である。けれども、判例法主義と制定法主義といった二分法がそもそも妥当なものか否か、制定法主義であるから先例拘束性は認められないとするのはあまりに図式的な結論ではないか、事実上の拘束力という概念は明確性を欠くところがないか、むしろ事実上の拘束力という概念の下に最高裁判所の示す抽象的な法理論が下級裁判所に対してかえって強い影響力を与えてきたという面がなかったか、といった疑問がある。

ところで、政治部門は、その権能行使にあたってその憲法適合性について判断する権限と義務をもつが、その際憲

法判例にどのような態度をとるべきか。結論的にいえば、国会は、その権能行使にあたってその憲法適合性について判断する際に、憲法判例を考慮すべきではあるが、それに法的に拘束されると考えるのは妥当ではなく、判例の示す憲法解釈は正確であろうとの推定を覆すに足る確信をもつ場合には、「訴訟において違憲とされるかもしれないが、自己の責任で」という立場で行動できると解される。このように国会に対して法的拘束力はないと解される理由は、国権の最高機関にして国の唯一の立法機関である国会(第二)を核とする代表民主制とそこにおける最高裁判所が占めるべき地位・性格に求められる。なお、特定の事件判決で違憲とされた法律自体にまつわる問題については後述する(第三編第三章第五節)。内閣は、「法律を誠実に執行」すべき立場にあるが(第三十條)、最高裁判所によって違憲とされた法律は一般的に執行できない状態におかれると解される。もともと、国会が違憲とされた法律を何らかの理由で廃止する措置をとらなかった場合において、違憲判決以後の各種判例から判断して判例変更の可能性が合理的に予見されるときは、そのことを期待して、テスト・ケースを提供すべく、当該法律を敢えて執行することは憲法上禁止されていると解することはおそらく妥当ではないであろう。また、ある訴訟で違憲とされた法律とは別に国会が同種の法律を独自の判断と責任で新たに敢えて制定したような場合には、内閣は、その法律を執行すべき義務を負うことになると解すべきであろう。

(5) 憲法と国際法 (4) 国際法と国内法との関係 既にみたように、硬性憲法にあっては、「国の最高法規」として、「その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為」の効力を排除する(第六十條)という帰結が導かれる。しかし、これは国内法秩序との関係において考察してのことであって、国際法秩序との関係を視野に入れた場合はどうなるか。

国際法と憲法以下の国内法との関係について、理論上、両者はその妥当根拠において全く次元を異にするところの

めに、別異の取扱いが合理的な関連性をもつかどうか問われることになるが（「合理性」のテスト）、②一四条一項後段の「人種……門地」が「疑わしい範疇」と解する立場からは、法律がこれらの範疇にかかわる場合には、やむにやまれざる政府利益の達成のために、その別異の取扱いが必要不可欠なものであるか否かが厳格に問われる必要があると解される（「厳格な審査」テスト）。「合理性」のテストが妥当する場合には、解釈論的に推定される法律の目的が一応許容可能で、とられる手段が恣意的でなければよいが、③基本的人権の重大な制限を伴う場合や、生まれに着目して不利益が法定され、社会的差別観と結びつくような場合には、法律の目的を厳格に解し、あるいは手段が実質的相当性を有するか否かを厳格に問う必要があると解すべきであらう（「厳格な合理性」のテスト）。

学説の中には、一四条一項後段の列挙事項について、「厳格な合理性」のテストという中間審査基準を基本にして、人種差別のように場合によっては「厳格な審査」テストが妥当すると説くものがある。アメリカの判例理論を参考にしてのものごとくであるが、一四条一項後段の明文上の列挙事項について二分すべき根拠は必ずしも明らかでない。もっとも、列挙事項は、既に示唆したように、過去の悲惨な差別、本人の努力によつてはともならない社会的汚名等々に鑑みてのことであるから、機械的に「厳格な審査」テストをあてはめるのではなく、当該テストが共通して妥当すべき文脈を特定化する努力は必要である。

(2) 具体的事例 (イ) 刑法二〇〇条（尊属殺重罰規定）の例 同規定が第一関門を通過しうるかどうかは疑問の余地がある。実際、既に触れた二五年判決の反対意見は「封建的主従関係と同じ根本原理に立つもの」としたが、多数意見は「夫婦、親子、兄弟等の関係を支配する」「人類普遍の道德原理」に立脚するものとした。多数意見のいうように「人類普遍の道德原理」といえるかどうかはともかく、多数意見はそこから同規定を簡単に合憲とし、第二関門の審査を意識的かつ十分に検討しないきらいがあった。が、その後最高裁判所は、同条の適用が厳しすぎる

とみたのか、亡夫の尊属に対する尊属殺の成立を否認した（（最）判昭和三年二月三〇日（刑集）第一卷二八二頁）。そして四八年判決（（最）判昭和四八年四月四日（刑集）二六五頁）は、「尊属に対する尊重報恩は、社会生活上の基本的道義といへば、……刑法上の保護に値する」として第一関門は通過させつつ、第二関門との関連では、「加重の程度が極端であつて、……立法目的達成の手段として甚だしく均衡を失ひ、これを正当化しうべき根拠を見出しえず、その差別は著しく不合理」として同条を違憲無効とした。

同条をもって、「身分制道德の見地」に立つもので、「個人の尊厳と人格の平等を基本的な立脚点とする民主主義の理念と抵触する」という田中（二）裁判官などの意見をおして、多数意見が第一関門を通過させたことには、依然として疑問が残る。仮に第二関門の問題とみるとして、「親子関係」は、誰でも親であり子であるのだから、「社会的身分」と解することは困難で、「厳格な審査」テストは妥当しないことになる。が、同条は上述の身体の自由の重大な制限であることに鑑み、同条の目的ないし手段の相当性が厳格に問われるべきで、判決のいうように手段として相当性を欠くのみならず、明治憲法下で成立した同条の目的それ自体の観点から合憲性に疑問があるというべきではなかったか。

(ロ) 議員定数不均衡の問題 この問題については既に触れたが（（第三編第二章第三節三））、ここで求められる「投票の価値の平等」は、選挙制度との関連で把握されなければならない。教育・納税額などによる差別禁止と違って、第二関門の問題とみるべきであらう。ただ、選挙権にかかわるものである以上、目的ないし手段の相当性が厳格に問われる必要があり、衆議院の場合については、一票が等しい価値をもつことから出発して、その通りにならない場合には、強い具体的な正当化理由が要求されると解される。

(イ) 家族関係における平等 婚姻適齢に関する民法七三二条、再婚禁止期間に関する民法七三三条については、

著者紹介

長谷部 恭男 (はせべ やすお)

1956年 広島市生まれ

1979年 東京大学法学部卒業

現在 早稲田大学大学院法務研究科教授

主要著作

『権力への懐疑——憲法学のメタ理論』(日本評論社, 1991年)

『テレビの憲法理論——多メディア・多チャンネル時代の放送法制』(弘文堂, 1992年)

『憲法学のフロンティア』(岩波書店, 1999年)

『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論』(東京大学出版会, 2000年)

『憲法の境界』(羽鳥書店, 2009年)

『憲法入門』(羽鳥書店, 2010年)

『憲法のimagination』(羽鳥書店, 2010年)

『憲法の円環』(岩波書店, 2013年)

『憲法の理性』(増補新装版) (東京大学出版会, 2016年)

『憲法の論理』(有斐閣, 2017年)

新法学ライブラリ=2

憲法 第7版

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

著者 長谷部恭男

発行者 森平敏孝
印刷者 山岡景仁
製本者 米良孝司

【発行】

株式会社 新世社

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

【発売】

株式会社 サイエンス社

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

印刷 三美印刷

製本 ブックアート

《検印省略》

本書の内容を無断で複製複製することは、著作権および出版者の権利を侵害することとなりますので、その場合にはあらかじめ小社あて許諾をお求めください。

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

ISBN 978-4-88384-270-4

PRINTED IN JAPAN

1.2.2 近代憲法から現代憲法へ

近代憲法の特徴

近代立憲主義が確立した当初の憲法においては、権利宣言においても、思想・信条の自由、表現の自由、人身の自由、財産権の保障などの個人の権利を国家権力に対して防衛するという色彩が濃く、団体行動の権利や社会権は、ほとんど顧みられていない。また、統治機構の面でも、国民の代表によって制定された法律によって行政権および司法権を厳格に拘束しようとする考え方が強く、立法権そのものを拘束しようとする考え方はあまり見られなかった。さらに、当時は、参政権も納税額や性別によって限定されており、「教養と財産 Bildung und Besitz」を有する市民層という国民の限られた部分の意見が議会に強く反映する構造になっていたことも見逃してはならない。

現代憲法への転換

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

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

次に、憲法による制約の対象についても考え方の変化が見られる。現代社会

1.2 立憲的意味の憲法

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

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

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

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

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

1.2.3 国民主権

主権と**は** 主権ということばの主な用法としては、①国家の統治権を指す場合、②国家の統治権の最高獨立性を指す場合、そして③国家における最高意思、つまり**国政のあり方**を最終的に決定する力を指す場合がある。

統治権**という意味の主権の用例としては、ポツダム宣言8項の「日本国ノ主権ハ、本州、北海道、九州及四国並ニ吾等ノ決定スル諸小島ニ局限セラルベシ」**

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

国民主権の内容

国民主権の原則は、第一に、統治権が主権者である国民自身か、あるいは国民が選挙を通じて直接、間接に組織する機関によって行使されるべきこと、第二に、統治権を行使する機関は、つねにその行使について国民に責任を負うこと、言いかえれば、国民に対してつねに行使の正当性を説明し理由づける責務を負うことを意味する。前者は、国民主権の権力的契機、後者は、国民主権の正当性の契機と言われることがある。

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

主権概念の見直し

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

主権が唯一不可分で無制約であるとの考え方にさほど理由がないとすると、国家という単位で法のあり方を考えることも必然的ではないことがわかる。1.1.4 で述べた法の役割を、国際的な法や組織が効果的に果たすのであれば、

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

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

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

他方で、憲法制定権力は普遍的な政治道徳を内容とする根本規範によって制約されているからこそ、その決定の結果たる憲法は正当性を有するとの立場もあるが (声部 [1983] 等)、そうであれば、憲法が正当であるか否かは、憲法の内容と根本規範とを直接に比較すれば判明するはずである。憲法の正当性の基礎付けという点では、憲法制定権力は余剰概念となる。

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

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

最大判平成27・11・25民集69巻7号2035頁は、平成23年大法院判決を受けて選挙区数の0増5減を内容とする平成24年法律第95号が施行された後の平成26年12月14日の衆議院総選挙での最大1対2.129の投票価値の較差について、平成24年法では多くの都道府県について一人別枠方式を廃止した後の新基準に基づく定数の再配分が行われておらず、較差2倍以上の選挙区が13存在していたことから総選挙施行時の選挙区割りは憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にあったとしたが、国会が一人別枠方式を含む旧基準に基づく選挙区割りが憲法の要請に反する状態にあると認識し得たのが、平成23年大法院判決の時点であったこと、平成24年法が是正の実現に向けた一定の前進と評価し得ること、その後も国会において是正の実現に向けた取り組みが行われていること等と照らして、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（国会による制度改革の結果については12.2.3(3)❖参照）。

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

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

とも立法政策として許されるとき、1977年7月施行の参議院議員選挙当時の最大で1対5を超える較差についても、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等が生じていたとはいえないとした（最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁）。

その後、最大判平成8・9・11民集50巻8号2283頁は、1992年7月に行われた参議院議員選挙当時、選挙人数の最大較差が1対6.59に達していたことをもって、「投票価値の平等の有すべき重要性に照らして、もはや看過することができない」程度に達しており、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等な状態が生じていた」とした。ただ、この不平等状態が相当期間継続してこれに是正する措置が講じないことが立法裁量を超えるものであったとまでは断定しえないとし、結局、本件選挙当時において定数配分規定が憲法に違反していたとは言えないとした。

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

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

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

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

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

第二に、「調整する義務」の内実は何かという問題がある。調整しなければならぬ理由が、個人レベルでも約束を守らない人は他人にも約束を守ってもみならず結局、困るのは自分だということと同じレベルで、国際約束は守らざるえないという話であれば、ことは自己利益についての慎慮（prudence）に関わる問題にとどまるのではなからうか（国際約束を守らないでいると賠償義務を負うことになるから、あるいは国連決議を守らずにいると多国籍軍に攻撃されるからというのにも似た理由づけである）。そもそも、国際法秩序では国際法優位だが国内法秩序では国内法が優位だと認識した時点で、調整「義務」を法的義務として説明する意図は放棄されているとみることとも可能である。国際法学における調整理論については、小寺彰 [2001] 参照。

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

いわゆる在宅投票制度の廃止および復活の不作為が、国会による違法な立法権の行使として国家賠償請求が提起された事件で、最高裁は立法行為の本質的な政治性を理由に、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けない」としている（最判昭和 60・11・21 民集 39 巻 7 号 1512 頁）。もっとも、在外邦人選挙権に関する最大判平成 17・9・14 民集 59 巻 7 号 2087 頁は、この判決の射程を実質的に限定し、立法不作為を理由とする国家賠償請求を認めている。この点については、11.2❖参照。

14.4.7 判例とその変更

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

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

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

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

憲法判例の特殊性

憲法判例の場合、通常の判例とは異なる考慮が妥当する。前述のブランドイス裁判官の意見は、通常の判例であれば、それが誤っていると考える立法府によって変更が可能であるが、憲法判例であれば憲法の改正が必要となるため、より柔軟な判例変更が求められるとする。判例による解決が要求されているのが調整問題の関係であれば、それが「誤っている」こと自体が考えにくい。むしろ、憲法判例には、通常の立法によって変更されるべきでない社会の基本的価値の維持が期待されており、そのため、その実質的内容の持つ説得力を通じて他の国家机关や国民一般の支持を得ることと、はじめに拘束力と実効性を備えることができるものと考えることができると (全農林警職法事件判決 (最大判昭和 48・4・25 刑集 27 卷 4 号 547 頁) に付された田中二郎等 5 裁判官の意見参照)。

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

14.4.8 民主主義と司法審査

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

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

懐疑的な立場を徹底すると、何が国民全体の利益であり、何が多数決でも侵害しえない人権かをあらかじめ知ることはできない。

法実証主義

議会が多数決で投票して、はじめて何が公共の福祉かがわかり、裁判所が判決を下した後はじめて各自の人権の中身がわかる。懐疑主義は、法律や判決のように、はっきりと誰の目にも明らかに見えるものだけが判断の根拠になるという実証主義と結びつく。この場合、議会や裁判所の決定は、それとして受け入れる他はなく、いったん下された決定の善し悪しを評価する独立の判断基準は存在しない。もともと、徹底した懐疑主義は、実証主義をも掘り崩すであろう。

政治的多元主義

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

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

〔主な著書〕

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

けん
憲 法 (第5版)

See P.330

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

著 者——辻村みよ子

発行者——串崎 浩

発行所——株式会社日本評論社

〒170-8474 東京都豊島区南大塚3-12-4

電話 03-3987-8621 (販売)

FAX 03-3987-8590 (販売)

振替 00100-3-16

印 刷——株式会社平文社

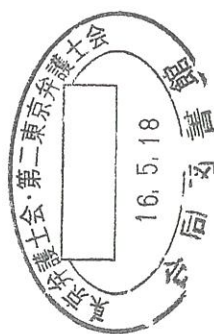
製 本——牧製本印刷株式会社

Printed in Japan © Tsujimura Miyoko 2016 装幀／駒井佑二

ISBN 978-4-535-52183-4

〔JCOPY〕 (社) 出版者著作権管理機構 委託出版物

本書の無断複写は著作権法上での例外を除き禁じられています。複写される場合は、そのつと事前に、(社) 出版者著作権管理機構 (電話 03-3513-6969、FAX 03-3513-6979、e-mail: info@jcopy.or.jp) の許可を得てください。また、本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャン等の行為によりデジタル化することは、個人の家庭内の利用であっても、一切認められておりません。



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

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

次に、合理的期間の認定基準については、最高裁1996年判決(⑩)多数意見は、
是正に必要な相当期間を具体的に示すことなく合憲と判断した。実際には1992
年選挙当時は、1986年選挙時の5.85倍を合憲とした1988年判決から4年、現実
に選挙人数比で6倍をこえた1987年から5年弱、6.25倍の1989年選挙から3年
を経過しており、これらの期間では違憲でないと判断したことになる。一方、
反対意見は、法律制定時から45年間一度も定数は正されなかったことを問題にし、
最大較差が5倍をこえた状態が定着した「昭和50年代半ばころ以降」の期間を
指して「合理的期間をはるかに超えていた」と判断した。

こうして、1996年判決は、6.59倍の較差をはじめて違憲状態と断じたことで
注目を集めた。その後、1994年の法改正によって最大較差は1対4.81に縮小し、
1995年7月の通常選挙では1対4.97になっていたが、最高裁1998(平10)年9月
2日大法廷判決(民集52巻6号1373頁、⑨)は、従来の判例を踏襲して合憲と判
断した(5人の裁判官の少数意見は、違憲と判断し、事情判決の法理を援用して選
挙を有効とした)。さらに、1998年7月の通常選挙(最大較差1対4.98)に関する
最高裁2000(平12)年9月6日大法廷判決(民集54巻7号1997頁、⑨)も立法裁量
の範囲内として合憲判断を下した(河合・遠藤・福田・元原・梶谷の5裁判官の反
対意見、および遠藤・福田・梶谷裁判官の追加反対意見がある)。

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

対意見を述べ、さらに藤田裁判官など多数意見の4人が「次回」選挙までの改
正を促して警告したことで注目された。しかし、次の2004年選挙に関する2006
(平18)年10月4日大法廷判決(民集60巻8号2696頁、⑪)の多数意見は、最大較
差1対5.13の不均衡について合憲と判断した。ここでは、同年6月の「4増4
減」の改正をも拘案して、「今後も……投票価値の較差をより縮小するための検
討を継続することが、憲法の趣旨にそう」と付言した。5人の裁判官が反対意
見を述べて違憲と判断し、4人の裁判官が補足意見を述べた。

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

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

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

説
論

- (87) 『リネシアン・ルーヴエンII』P三二五
- (88) F. RUDE: *Stendhal et la Pensée sociale de son temps*, (Librairie Plon, 1967) p. 264.
- (89) 『リネシアン・ルーヴエンII』P四〇一—四〇二
- (90) 「こんな政府だってひとつの悪です。ただもっと大きな悪を防ぐための悪なんです。……」『同』P一九三
- (91) *Journal V*, p. 53.
- (92) *Théâtre II*, p. 196.
- (93) 『文学論集』『小論』(鈴木昭一郎訳) P三二七
- (94) 『同』P三二八
- (95) こうした無視はスタンダール自身がモデルとしてのドミニク・スタンダールをくりかえしあげるのに反し、メリメの名を一度も記さないからであらう。行政的な問題でも彼は例えばフランシュヴァイク時代の彼自身とマルシアル・ダリュとの思い出をモデルとしてあげる。確かにスタンダールは自己の体験を思いだしたわけだが、小説の舞台のシチュエーションは、恋愛関係でも政治関係でもメリメのものなのである。

PP. 61~90
1987

成文書第25号(1987) ⑤

いづゆる定数訴訟について(二)

⑤ 安 念 潤 司

目 次

- 序
- 第一節 訴の適法性(以上、二四号)
- 第二節 「投票価値」の平等(以上、本号)
- 第三節 合理的期間論
- 第四節 事情判決
- 第五節 小括

第二節 「投票価値」の平等

一 すでに二〇数年を数える定数訴訟の歴史のなかで、五一年判決が最も重大な画期をなすものとして位置づけられていることは改めていうまでもないが、とりわけ、「投票価値」の平等をめぐる議論の状況は、右判決によって根

本的な変化を被ったとされている。この変化の具体的な内容は、一般的な理解によれば、おおむね次のように要約されよう。すなわち右判決以前は、異なる選挙区間の「投票価値」の平等が憲法上要求されているか否かそれ自体が定数訴訟の最大の論点であり、ほとんどの裁判例がこれに否定的であったのに対して、それ以後は、定数配分にあたって「投票価値」の平等が最も重要視されなければならない観点であることについては基本的な合意が形成され、議論の重点はそうした前提の上に立ってかかる原則がいかなる理由に基づいて、いかなる程度に緩和されるかに移ったのである。

もちろん、こうした理解は、大筋においては何ら誤りではない。事実、下級審判決は、五一年判決以前にはほぼ一致して定数不均衡の違憲性を否定していたにもかかわらず、その後は態度を一変して、右判決が示した「投票価値」についての一般論を、措辞のうえでの多少の相違はあれ、例外なく踏襲してきたのである。この判決が下級審に対して、いかに強大な統制力を発揮しているかが知られよう⁽²⁾。ただ、裁判所は、定数訴訟が現れた当初から、「投票価値」という言葉を用いて議論していたわけではない。例えば、筆者の知る限り定数不均衡が選挙無効事由として主張された最初の事例である東京高判昭和三十七年四月一八日行裁例集二三巻四号五一四頁⁽³⁾では、次のような説示がなされている。

「人口の異動があつたにかかわらず、現行法別表一につきなんら変更の措置がとられなかつたからといつて、一選挙区の当選人を零とするように、個々の選挙人の権利をうばつて了うのであれば格別、一般にはただちにそれを以て憲法第一四条にいう国民平等の原則に反し、違憲であるとするのは失当である。けだし、選挙区の当選人の定員数が、第一に選挙人口の多寡に左右されるのはもとより当然であるが、定員数を定める要素はこれにと

とまらず、選挙区域の大小、歴史的沿革、行政区劃別議員数の振合い等さまざまな要素が考慮のうちに入れられて、これを決すべきものであるからである。」

本件では、原告自身も「投票価値」という言葉は使っておらず、ただ、「全国人口と定員の平均比率からすれば該東京都第一区においては、八名か少くとも七名の当選者を決定すべきであつた」のに、わずか四名の当選者を決定したのは「日本国憲法の国民平等、選挙平等の原則に違反」して違法である、と主張したに止まる。これは、本件が今日の定数訴訟と異なつて、立候補者によつて提起され、選挙訴訟としてはいわば伝来型のものに属することとも関係があらう⁽⁴⁾。事実、おそらくは最初の典型的な定数訴訟である東京高判昭和三十八年一月三〇日（行裁例集一四巻二号二一頁⁽⁵⁾）では、原告の主張において、この言葉が次のような文脈の中で用いられた。

「昭和三十七年七月一日に行われた参議院地方選出議員選挙について、『投票の価値』を考察すると、そこには明らかに不平等が看取される。すなわち、別表記載の表によつて鳥取県選挙区と東京都選挙区を比較すると、前者における一票の価値は後者におけるその四、〇八八倍に該当する。」

原告の提出した「別表記載の表」によれば、昭和三十七年七月一日の参議院地方選出議員選挙当時、東京都選挙区の定数は八、有権者の数は五九二万余であり、鳥取県選挙区の定数は二、有権者の数は三六万余であつて、一議席あたりの有権者数に四倍あまりの格差が存したのである。右の主張にいう「投票の価値」が、今日の確立した用語法と同じ意味あい用いられていることはいうまでもない。

ところでこうした用語法は、戦前にもすでに見られたものであるから、右事件の原告がこれといった注釈もないままに一定の語義を前提としてこの言葉を用いているのも、あなたがち不当とはいえない。しかし、これ以後定数訴訟を

象徴するスローガンとなった「投票価値」の平等という言葉も、五一年判決以前の段階に限ってみれば、裁判所の判文中にはあまり見当たらないことに注意する必要がある。例えば三九年判決は、上告人が憲法一四条は「投票の価値の平等」を要請すると主張したのに対して、「議員定数を選挙人の人口数に比例して、各選挙区に配分することは、法の下に平等の憲法の原則からいつて望ましいところであるが、定数配分にあたっては他の幾多の要素を加えることも禁じられていない、と判断した⁽⁶⁾のであるし、最判昭和四一年五月三十一日(裁民八三三六二三五頁、同四九年四月二五日(裁民一一一六四二頁)でも「投票価値」という言葉は用いられていない。下級審では、右の東京高判昭和三七一年四月一八日や同三八年一月三〇日のほか、仙台高判昭和三八年三月二八日(行裁例集一四巻三号四五八頁)も同様である。その意味では、この時期の判決が「投票価値」を憲法上の要請と考えなかったという評価は、厳密には現在の視点からのものといえよう。

このように、定数配分における人口比例主義を主張する有権者の側が、自明の意味内容をもつものとして、ほとんどつねに「投票価値」という言葉を用いてきたのに対して、裁判所がこれと正反対の態度をとっていたことは、「投票価値」がもともと価値中立的な純然たる技術タームたるに止まらず、ある種の戦術的な、あるいはポレーミッシュな性格をもつことを暗示している。その実践的な効能は、おそらく次のようなものであったと思われる。

まず第一に、定数不均衡が何よりも平等原則との関係で問題となる、という論点を明確化できたことである。もとも平等原則は、何らかの比較の視点を設定してはじめて問題化するのであるが、かかる視点は、それが法律上、とりわけ憲法上レヴェラントであるか否かを問わなければ、観察者の自由に設定しうるところであるから、議席あたりの人口に格差が存することもまた一種の不平等であるには違いない。しかし定数不均衡が、選挙人たる資格や個々の

選挙人が投ずる票数そのものの、いわば可視的な差別でないために、「投票価値」という言葉を使わなければ、それがそもそもいかなる点についての不平等であるのか明瞭でなくなるのである⁽⁷⁾。例えば前掲仙台高判昭和三八年三月二八日は、そうした例として理解されよう。

「しかし単純かつ機械的に或る選挙区と他の選挙区間の有権者数(ないし人口)に対する選出議員数の比率をくらべ、その相違を目しもつて法の下に平等の原則に反する選挙権の差別取扱であるとする原告の見解は、にわかに採用しがたく、仮になんらかの意味で差別であると言わざるをえないものとするもそれは憲法一四条が基本的人権一般について禁止する人種、信条、性別、社会的身分又は門地による差別にも、さらに具体的に選挙権に関して四四条に規定する人種、信条、性別、社会的身分、門地の外教育、財産又は収入のいかんによる差別、ないしは以上列挙の事由に準すべき事由によつて差別しているわけではな」い。

ここで裁判所は、定数不均衡がいかなる観点についての差別であるのか理解に苦しみ、またそれが「仮になんらかの意味で差別であると言わざるをえないものとするも」、それをいかなる言葉によつて表現してよいのか困惑していることを率直に表明しているように思われる。逆にいえば、「投票価値」という言葉によつて、元来抽象的な数値でしかない議席あたりの人口に具体的なイメージが与えられ、その不均衡は選挙権の内容たる「投票価値」の平等の住所による差別であるという、明快かつ直截な表現形式をとりうるようになったのである。

第二にさらに一層重要な事柄であるが、「投票価値」の語感からして、その平等が憲法上の要請であるか否かを、とりあえず言葉の具体的な意味あいを探索することなく一般論として問われれば、これを否定するのが極めて困難であることに注意しなければならない。各選挙人の投票のそれぞれについて比較可能な「価値」が觀念されうるとすれ

ば、その平等が憲法の保障のもとにあることは一応自明のことだからである。むしろ、「投票価値」の平等は、選挙権の平等とはほとんど同義であると考えてもよからう⁽⁸⁾。したがって、ひとたび「投票価値」を議席あたりの人口によって表現する用語法が定着すれば、人口比例主義を憲法上の原則と解さざるを得なくなるのは、事柄の当然の帰結であったというはかない。五一年判決以前では人口比例主義に最も近い見解に立つ東京高判昭和四八年七月三十一日(行裁例集二四卷六・七号七二六頁)が、「票値」なる言葉を用いていることは、その意味で象徴的である。

「……公職選挙法別表第二の定めた選挙区別の配分が各選挙区の人口に比べて不均衡なものであることは明らかであり、特に東京区の票の価値(配分議員数の当該選挙区の選挙人数に対する割合と全国総議員数の総選挙人数に対する割合との百分率、以下票値という)四七・二七は全国で最小の票値であるが、これと最大票値の鳥取区との二四〇・〇二との比は一对五・〇八となり……前記「三九年」大法院判決において審理の対象となつた昭和三七年七月一日執行の参議院地方選出議員選挙における両者の比一对四・〇九に比べてその格差が更に開いているのみならず、同じ一票中に他の五・〇八倍……もの価値のあるものがあることは、不均衡の程度がきわめて著しいことを示すものであり、前叙の「不均衡が制度上許容されるべき合理的な限度をはるかに超え、国民の正義感の觀念に著しく反する程度に至れば違憲であるという」基準に照らせば、この一事のみをもつてしても、右別表第二が、今日なお違憲無効のものでないと断定することは困難である……。」

要するに、「投票価値」なる用語はすぐれて実念論的な(realist)色彩を有しており、それ故に、顕著な結論導出的(result-oriented)機能を担っているのであって、特に五一年判決以降は、その戦術的な役割を遺憾なく発揮してきたといえよう。

- (1) 例えば、戸部信吾「議員定数配分規定違憲判決の意義と問題点」ジュリスト六一七号(昭五一)三八頁、千葉勇夫「判例批評」民商法雑誌七六卷一号(昭五二)一〇三頁。
- (2) 「投票価値」の平等に関する論点ではないが、東京高判昭和六一年二月二六日(判時一一八四号三〇頁)は、訴却下を求める被告の本案前の抗弁を退けるにあたって、定数訴訟の適法性は最高裁の判例によつてすでに確定したものであり、その変更は当分の間考えられないのであるから、「定数訴訟毎に同種の主張を繰り返す被告の態度は、法治国における公的委員会の姿勢として疑問というべきではないかと思わざるを得ない」と述べている。確かに、当面動かし難く見える判例法理に対する選挙制の抵抗が、単なる反論のための反論の様相を呈してきているのは事実であろう。しかし、すでに前節で述べたように、定数訴訟の適法性に関しては、理論上の決着がついたわけでは決してないし、実際上はともあれ、法律的には最高裁の判例といえども先例としての拘束力はない以上、こうした見解には疑問が多い。裁判所はあくまでも、当事者の主張に対して理論をもって答えるべきなのであり、事実としての判例の集積を指摘するだけでは、「法治国」の裁判所としての責務を果たしたことはないはずである。
- (3) 東京高判昭和四一年五月一〇日(行裁例集一七卷五号五〇三頁)も、こうした「伝来型」の選挙訴訟で定数不均衡の違憲性が争われた例であるが、原告側が「投票の価値」の不平等を主張したのに対して、裁判所は三九年判決とはほぼ同様の説示をして、「投票価値」という言葉は用いていない。
- (4) この事件の原告は越山康氏である。定数訴訟全般に対する同氏の貢献の大きさはすでに周知の通りであるが、このことはまた、「投票価値」という概念の普及についてもあてはまるであろう。なお、注(3)で挙げた東京高判昭和四一年五月一〇日でも、同氏は原告の訴訟代理人を務めている。
- (5) 宮沢俊義「衆議院議員選挙法」現代法学全集第一五卷(昭四)一八四頁によれば、「もしこの(各選挙区における選挙人の数とその区の議員定数との)比例が各選挙区において著しく異なるとすれば、その場合各選挙人の投票価値は平等であると云

ふことは出来ぬ。むしろそれは一種の不平等選挙制であると云はねばならぬ。

よく知られているように、定数不均衡は何も最近になってはじめて生じたわけではなく、戦前にも広く見られた現象である。この点については、森口繁治「選挙制度論」(昭六)二一九頁以下に具体的な数字に基づく報告がある。同書によれば、第一次総選挙および第二次総選挙(普通選挙が導入されてから第一回目および第二回目の総選挙である、昭和三年二月二〇日と同五年二月二〇日のそのことかと思われる。)当時、都心部の東京一区(麹町、芝、麻布、赤坂、四谷、牛込各区)、二区(神田、小石川、本郷、下谷各区)と、郊外の人口急増地帯であった同五区(荏原、豊多摩各郡、大島、八丈島各支庁管内)、六区(北豊島、南足立、南葛飾各郡)は、定数がいずれも五でありながら、有権者数には次表のような大きな格差があった(ただし、数値は衆議院事務局、第十六回衆議院議員総選挙一覧(昭三)、同、第十七回衆議院議員総選挙一覧(昭五)によって補正してある)。

	第一次総選挙	第二次総選挙
東京一区	一〇一、〇五四	一〇一、一八四
二区	一〇四、三八一	九八、〇七一
五区	一九五、一八二	二三八、六九三
六区	二二一、六四五	二七四、六七三

同書はこの格差について、「第一区、第二区に於ける選挙人と第五区、第六区に於ける選挙人の投票の価値の間に何故に此差異を認めねばならぬか。其理由を説明することは困難である」と述べている(同二二一頁)。

- (6) しかしもとより学説は、三九年判決を「選挙区間における投票価値の平等について消極的な態度をとっている」として評価している(鈴木重武「議員定数をめぐる最高裁判決」法学教室八第二期ノ6(昭四九)二二一頁)。なお参照、林田和博「判例批評」民商法雑誌五一巻五号(昭四〇)八四二—三頁、野中俊彦「議員定数の不均衡と法の下での平等」針生誠吉は

が編、日本の憲法判例(昭四四)二九五—六頁。

- (7) 前掲東京高判昭和三八年一月三〇日も、定数不均衡は憲法一四条一項後段および四四条に規定する差別禁止事由のいずれにもあたらないという。ただし一四条一項前段との関係については明言していない。
- (8) 前掲東京高判昭和四一年五月一〇日は、意識的に否か明らかでないが、原告が用いた「投票の価値」という言葉に代えて、「選挙権の価値」という言葉を用いている。

二 しかし、もともと「投票価値」なる言葉は、運動論上のスローガンに近い性格をもっているから、今日すでに異論の余地なく定着したかに見える用語法にとらわれなければ、そこには様々な意味を読み込むことができる。何が「投票価値」であるかは、結局のところ投票のいかなる点に「価値」を見出すかにかかっており、それは最終的には言葉の与えるイメージの問題に帰着せざるを得ないからである。例えば、前掲仙台高判昭和三八年三月二八日の被告訴訟代理人は、次のように主張して人口比例主義を批判しているが、ここでの「投票価値」の意味づけもまた、言葉のもつありうべき一つのイメージとしては、何ら誤ったものではない。

「定数の不比例は住民団もしくは選挙人団という一定の集団に関する抽象的、観念的概念にすぎず、個々の国民の具体かつ現実の権利とは関係がないので、そもそも法の下での平等の問題とはなりえない。

或る選挙区の議員一人当たりの人口が他の選挙区のそれに比して少ない場合でもその選挙区の有権者は他の選挙区の有権者と同様特定の一人の候補者に一票を投票しうるのであるから選挙人の現実かつ具体の権利としては量的にも質的にもなんらの差異もなく、不平等な取扱とはならない。あるいは住民団、選挙人団というグループとしてとらえ、他の住民団もしくは選挙人団との間に差異があり不平等であると考えたのかも知れないが、そ

うであるとしてもそれは一定の集団に対する抽象的観念的な問題であつて、個々の現実かつ具体の権利とは無関係のものであるから、このような抽象的、観念的な集団の立場の利、不利ということは、そもそも憲法の国民の法の下での平等の範ちゆうに入るものではない。人口一〇〇人で議員一人を選出する甲選挙区と、人口二〇〇人で議員一人を選出する乙選挙区があると仮定する。この場合乙選挙区の住民Bの権利もしくは資格は甲選挙区の住民Aのそれに比し二分の一であるとは考えられない。またAの権利は一〇〇分の一で、Bの権利は二〇〇分の一であるとするのは意味のないことである。ただしAもBも彼等が選挙人である場合に行使する権利は、ともに一人の候補者に対し一票を投ずることであつて現実かつ具体の権利としては全く差異はなく、またABとも彼の投票が候補者を当選させるために働く力はともに完全に一であつて、決して一以上でも一以下の力でもないからである。」

ここでは明らかに、個々の選挙人の投じうる票の数こそが「投票価値」として理解されているのであるから、古典的な不平等選挙が克服され、各選挙人に等しく一票が与えられている限り、平等違反の問題が生ずる余地はない。右の見解においては、憲法の要請としての平等選挙は、形式的な一人一票主義に尽きるのである。しかし、これだけで選挙人の「現実かつ具体の権利」の平等が完全に満たされたといふのは、やはり謬誤の問題に帰着するのである。かりに「投票価値」を、候補者の当選に貢献しうる可能性として定義するならば、これを配分議席あたりの人口によって表現することに格別の妨げはないし、また少なくとも今日では常識にも合致するからである。ただ、このように、「投票価値」という言葉に、複数の意味を累積的に追加していくことが可能だとすれば、そこに、定数配分のレベルをも踏み越えた新たな意味を見出すこともまた可能となる。そのことを示すのが、東京高判昭和四九年四月三

○日（行裁例集二五巻四号三五六頁）である。

「また、投票の価値が大きいといつても、当該選挙人にとってみればその投票によつて最大限一人の候補者の当選をもたらすことができるだけであつて、価値の大きい投票をする選挙区の各選挙人は価値の小さい投票をする選挙区の各選挙人より多数の議員を選出するわけのものではない。いうところの『投票の価値』とは、選挙人の投票する権利の価値を選挙人の側から評価した概念であると解することができる。それは、ひつきよう、選挙人の投票が自己の選出しようとする候補者の当選をもたらす可能性の度合い（逆にいえば、いわゆる死票とならない可能性の度合い）であるといふことができる。したがつて、議員定数と有権者数以外の一切の要因を一定にして考えれば、議員一人あたりの有権者数の多い選挙区における各投票の価値は、その多い選挙区の各投票の価値より大であるといふことができるわけである。」

判旨はまず、選挙人は等しく一票を行使するのだから、いずれにせよ最大限一人の候補者の当選に貢献しうるだけであつて、この点で選挙区間に不平等はないという。これはさきに引用した古典的な見解と同一のものである。しかし判旨によれば、「投票価値」とは結局のところ、「自己の選出しようとする候補者の当選をもたらす可能性の度合い」を意味するのであるから、典型的な不平等選挙を克服しただけで、その平等が全面的に実現されるわけではない。もちろん、「議員定数と有権者数以外の一切の要因を一定にして考えれば」、過疎区の方が右の可能性が高いといえるから、過密区に対して「投票価値」が大きいことになり、したがつてその限りで、人口比例主義は「投票価値」の平等をもたらす。しかし、こうした非現実的な仮定が満足されることは実際上ありえないから、「投票価値」は各選挙区における議員定数と有権者数との割合をもつて表わすことができる、という原告の主張自体が疑問視されるの

である。判決は、選挙区を異にする選挙人について投票の価値を比較するには、「単純な算術的比例数値」のみによることができないとして、立候補者の多寡によって右の可能性に相違が生ずる場合をその一例として挙げるのであるが、こうした不平等を克服するには、選挙区制度そのものを廃棄し、さらに「死票とならない可能性」を極大化しようとするれば、最終的には比例代表制を導入する以外ないことはいうまでもない⁽³⁾。

さて、以上の叙述は次のように要約することができよう。すなわち、「投票価値」はいくつかの意味上の層からなる概念であり、それぞれの意味に対応する制度上の段階を踏んで、次第にその十全の姿を実現していくものと解することができる。すなわちその第一は、複數投票制や等級選挙制が廃止されて、少なくとも同一の選挙区内では、すべての選挙人が候補者の当選に等しく貢献し得るようになる段階⁽³⁾であり、次に多数代表制のもとで、人口比例による定数配分がなされ、異なる選挙区間でも「投票価値」の平等が実現される段階である。しかしこれもいまだ、「議員定数と有権者数以外の一切の要因」、例えば棄権率や落選候補者への投票の可能性を一定のものと仮定しあるいは無視した場合にのみ想定することのできる、いわば限定された意味での平等にすぎないのであって、さらに、「死票とならない可能性」をその定義のうちに取り込めば、多数代表制を変更しない限り、「投票価値」の完全な平等は実現しないこととなる。

このように、「投票価値」は様々な意味のレベルを内包した概念であり、それ故、議論の文脈に応じた多様な用法を許す言葉なのであるが、後に見るように、そのこと自体はこれまでも何人かの論者によって指摘されてきたし、この言葉が厳密に定義された実定法上ないしは講学上の概念ではなく、一種の通俗語である以上当然生じうべき現象である。問題は、こうした意味の重層性が認識されれば、五一年判決以降の定数訴訟で自明視されていた議論の前提

にも疑問が投げかけられるのではないかと、という点にある。すなわち一方で、一般論として憲法が「投票価値」の平等を求めているとすれば、論理的にはその意味レベルのすべてにおいて平等を実現しなければならないから、ついには比例代表制の導入が不可避となるはずであるが、他方では、現行の多数代表制は、「死票とならない可能性」の平等を達成できないにもかかわらず、違憲の疑義を免れているように見える。このことは、「投票価値」のあるレベルの平等が、実は憲法上の要請でないことを客観的には意味するのであり、そうだとすれば、他のレベルでの平等が何故憲法上の要請であるのか、改めて問題化せざるを得ないのである。こうした疑問から、ひいては、人口比例による定数配分という意味での「投票価値」の平等もまた憲法の要請ではない、という論法が生ずることは容易に予測されよう。例えば、野村敏造教授は、各選挙区毎に有権者の投票が計算において形式的に平等に取り扱われれば十分であり、他の選挙区との比較において投票の計算における平等は必要ないとするのであるが、その理由として、完全な人口比例主義はかえってゲリマンダリングに陥る危険があることと併せて、次の点を指摘している。

「その上、全国を通じて投票価値の平等を図るために全国にわたり機械的に斉一な選挙区が画定されたとしても、強制投票制を採択しない限り、偶発的に生ずる棄権率が選挙区毎に異なり、全国を通じて投票価値の平等を得ることはできない。全国を通じて投票価値の平等を得るためには完全比例代表制と強制投票制を採択する以外になく、しかも、この方法によっても端票の処理および小政党の不平等な取扱いにより投票価値の完全な平等は得られない⁽⁴⁾。」

教授によれば、日本国憲法の平等原則もここまでは立ち入ることをせず、比例代表制を採用しなければならない必然性はないのであり、「投票価値の完全な平等」が憲法の命ずるところではない以上、人口比例主義もまた、その実

現に望ましいにはせよ、憲法の命ずるところではないのである。そうすると、人口比例主義に立つ論者が好んで用いる「投票価値」という用語は、顕著な戦術的效果を発揮したと同時に、まさにそれ故に右の点で困難な問題をも引き起こすではなかろうか。次に項を改めて、判例や学説が、この問題にどのように対処してきたかを概観することとしよう。

(1) 行裁例集一四卷三号四六四―四五頁。

(2) 議席あたりの人口で「投票価値」を表現する用語法が以前から存在したのと同様に、比例代表制によってはじめて実現される平等もまた、「投票価値」の問題として語られてきた。例えば、宮沢俊義「衆議院議員選挙法」現代法学全集第一五卷三〇三頁は、比例代表法こそ、「投票価値」が平等な効果をもつことを要請する人格主義に最もよく適合するという。なお参照、美濃部達吉「選挙改正論」同・現代憲政評論（昭五）二五―六頁。

(3) もちろん等級選挙制も、「投票価値」の不平等の一形態として説明されてきた。例えば、吉野作造・普通選挙論（大八）七二頁、森口繁治「選挙法」法律学辞典第三卷（昭一一）一五五―五頁。

(4) 野村敬造「選挙に関する憲法上の原則」憲法講座3（昭三九）一三八頁。もっとも最近の論稿では、野村教授も人口比例主義を憲法の要請と解するものごとくである。同「選挙区、投票の方法」と平等原則「佐藤功先生古稀記念・日本国憲法の理論（昭六一）二〇三頁。なお同論文はいわゆる二対一基準を支持するが、その根拠は理論的というよりも政策的な色彩が濃い（同二二〇頁）。

三 もちろん、右の問題は、「投票価値」の意味を多数代表制におけるそれ、換言すれば、議員定数の比例的な配分によって実現されるそれ、に限定すれば容易に回避することができる。しかし、こうした単なる定義づけによる解決⁽¹⁾は、何よりもまず、「投票価値」という言葉のもつ多義的なイメージ⁽²⁾に反するといえよう。現に、五一年判決におい

ても、「投票価値」の平等とは、「選挙権の内容の平等、換言すれば、各選挙人の投票の価値、すなわち各投票が選挙の結果に及ぼす影響力においても平等であること」を意味するのである。すでに当初から指摘されていたように、右の定義づけは、「少なくとも言葉自体からすると、かなりに包括的であ」⁽³⁾り、単なる定数配分における人口比率に止まらず、さきの東京高判昭和四九年四月三〇日がいう、「自己の選出しようとする候補者の当選をもたらし可能性」ないし「死票とならない可能性」までも含意しているかに見える。ところが最高裁は、立ち入った説明を加えることなく、ただちに問題を次のような限定された形で定式化した。

「〔複数投票制や等級選挙制のような〕顕著な場合はかりでなく、具体的な選挙制度において各選挙人の投票価値に実質的な差異が生ずる場合には、常に右の選挙権の平等の原則との関係で問題を生ずるのである。本件で問題とされているような、各選挙区における選挙人の数と選挙される議員の数との比率上、各選挙人が自己の選ぶ候補者に投じた一票がその者を議員として当選させるために寄与する効果に大小が生ずる場合もまた、その場合にはかならない。」

もちろん、目前の具体的事案の解決を使命とする裁判所に、理論上生じうべきあらゆる問題を視野に入れて裁判することは期待し難いのであるから、定数訴訟が選挙制度の全面的な変革を意図するものではなく、当面の定数配分の不均衡を攻撃するに止まるものである以上、右の定式を非難することはできない。しかし、定数不均衡が「投票価値」の不平等の「一場合」であるにしても、それはまたあくまでも「一場合」にすぎないのであるから、「投票価値」の意味を、もっぱら多数代表制における定数配分の局面のそれに限定して議論しようとするれば、かかる意味限定が何故可能であるのか、少なくとも理論の次元では問題となるはずであり、この点を素通りすれば、再び、さきに紹介

した野村教授の主張のごとき批判を被ることとなる⁽⁴⁾。それにもかかわらず、従来、この問題が突き詰めて議論された形跡は見当たらないようである。ここでは高橋和之教授の所説を紹介して、こうした学説状況の背後にある理論ないし発想の一端を探ることとしよう。

教授の議論もまた、「投票価値」の意味に関する考察から出発する。すなわち、(i)定数不均衡は、憲法上は選挙に関する平等原則違反として理解されているが、選挙に関する平等原則には様々な意味がある、(ii)平等原則の第一の意味は、選挙資格が財産などによって差別されてはならないという「普通選挙」の原則である、(iii)第二の意味は、投票の価値がすべての者について平等でなければならないという「平等選挙」あるいは「一人一票制」(one man, one vote)の原則であり、定数不均衡で問題となるのはこれである。教授はこれらの点を指摘したうえで、平等原則の第三の意味として「投じられた票の価値の平等」を挙げ、これがさらに二つの問題に分けられる、というのである。以下やや長大にわたるが、本稿の問題関心からして逸し難い意味をもつので、煩を厭わず引用しよう。

「第一は、投じられた個々の票の選挙の結果に対する影響力の平等である。しばしば、上述の投票価値の平等と混同されているが(たとえば、昭和五一年判決の原審東京高裁の判決理由がその典型、両者は全く異なるレベルの問題であり、区別を要する。投票価値の平等が実現されているばあいでも、投じられた票の価値の平等は、同一選挙区内では問題とならないが、異なる選挙区間では問題となりうる。たとえば、当選するのに、A選挙区では一〇万票必要であったのに、B選挙区では五万票で足りたというばあい、両者の間では投じられた一票の影響力が異なっている。かかる不平等は、定数の不均衡が原因で生じることが、実際上は多いであろうが、不均衡がなくとも、立候補者数の違いや、棄権者数の違い等によっても生じうるものであり、理論上は、定数不均衡とは異なる問

題なのである。選挙区制をとる以上避けえない不平等であって、憲法がこれを禁じているとは考えられない。逆に、また、かかる不平等が憲法上禁じられていないからといって、投票価値の不平等も禁じられていないということにはならないのである。投じられた票の価値の平等の第二は、個人の票がすべて平等に議席に反映されることを要求するもので、具体的には比例代表制の要求となって現われる。日本国憲法上は、かかる平等は要求されていない⁽⁵⁾。」

ここでは、「投票価値」の重層性が明瞭に描き出されているが、第三の意味での平等が何故憲法上の要求ではないのかという点については、単に結論としてかかる平等が要求されないというに止まり、理由は説明されていない⁽⁶⁾。いうまでもなく、憲法は特定の選挙制度の採用を明文で命じてはいないから、その限りでは、全国を一選挙区としたり、比例代表制を導入したりすることが、立法者に義務づけられているわけではない。しかし他方、特定の選挙制度が明示されていないだけに、かえって、憲法の要請としての「投票価値」の平等が選挙制度のあり方を規制するという論法も十分に成り立つはずであるから、選挙区制および多数代表制をとる限り「投じられた票の価値」の不平等が避け難いという認識は、それ自体としてみれば異論の余地なく正当であるにしても、反対に、現行選挙制度の採用を憲法が命じているわけではない以上、かかる不平等を不可避とする制度が何故憲法上許されるのかを問うことも可能となる⁽⁷⁾。すでに指摘したように、「投じられた票の価値」はここでいう「投票価値」ではないという説明は可能であるにしても、この言葉を用いるか否かが、もはや純粋に用語法の問題に止まることはいうまでもない。両者がともに選挙権の平等に関わることは高橋教授によっても認められている以上、等しく憲法による吟味を経なければならないことにはかわりはないからである。

しかし、さきに述べたように、この点は今日に至るまで、それほど深刻な問題として意識されることのないままに推移した。結論を先取りして言えば、多数代表制の下では人口比例的定数配分による「投票価値」の平等以外実現の余地がないという認識は、同時に、それ以上のレベルの「投票価値」については議論する必要があるという共通の諒解をも生み出したのである。⁽⁸⁾ 和田進教授の次の見解は、こうした諒解をより端的に示すものといえよう。

「ところで、いわゆる『結果価値の平等』には、『個々の投票の選挙に対する影響の平等（投票の力の平等）』と『各選挙人の意思の議会への比例的代表（代表の平等）』という二つの要請を含むといわれるが、『五一年』判決が指摘する投票価値の平等とは、前者＝投票の力の平等という意味であることを確認しておくことは議論を混乱させないために必要である。⁽⁹⁾」

和田教授は右の引用に続いて、前掲東京高判昭和四九年四月三〇日の「投票価値」に関する認識が、右の二つの平等を「混同」したものであって、「投票の力の平等」は個々の選挙人の意思が議会において比例的に代表されることを要請するものではなく、各選挙区間の平等性が確保されていれば、死票が生じても関係ない、という。これは厳密に言えば、「投票の力の平等」の定義を説くものにすぎないが、そこでは、「投票の力の平等」と「代表の平等」との区別に関する用語法上の約束が、現行制度の下では後者は憲法上の問題とはならないという、解釈論上の主張に直結しているのである。以上の状況を多少定式化すれば、従来の議論では、「投票価値」一般ではなく、現実に立法者によって具体化されている選挙制度のもとでの「投票価値」だけが考察の対象とされてきたということもできよう。わが国の法定法制に即して言えば、衆議院についてはいわゆる中選挙区制、参議院については地方区制ないし選挙区制を念頭に置いて検討すれば十分だと考えられたのである。⁽¹⁰⁾ 結局ほとんどの論者は、「投票価値」という言葉の著しい包括性な

いし漠然性を最大限に利用して、ひとまず定数配分における人口比例主義という帰結を引き出し、この成果をそれとして確保したうで、しかも右の包括性の故に「代表の平等」の要否が問題化するや、今度は一転して、「投票価値」の意味限定を行うという論法を、おそらくは無意識のうちにとってきたように思われる。「投票価値」という概念の操作性ないし結論導出的性格は、ここで一層明らかになるといわなければならない。

もちろん、「投票価値」の制度従属的でもないべき性格を、意識的に徹底させようとする議論もある。西ドイツの判例学説に関する知見に基づきつつ、長尾一敏教授は次のように述べている。

「しかし、このような『投票価値の意味に関する前掲東京高判昭和四九年四月三〇日の』把握は、まったくの概念的混乱にもとづくものといわざるをえない。判旨には、わが選挙法制における投票価値を結果価値として把握するが、比例選挙制を採用していないわが選挙法制のもとでは、結果価値の平等はまったく存立の余地のない概念である。死票の存在を制度的に前提とする多数選挙制のもとでは、結果価値の平等は、制度的に存立しえないのである。⁽¹¹⁾」

教授によれば、「投票価値」一般というものは概念されえないのであり、当該選挙システムが多数選挙であるか比例選挙であるかに応じて、「数的価値」または「結果価値」の平等として具体化され、しかも両者相互の関連は必然的・構造的で、この結合を恣意的に改変することはできない、というのであるが、そうした結論がかりに西ドイツ基本法の解釈として成り立ちうるとしても、何故それが日本国憲法下の選挙制度にもあてはまるのかは、必ずしも明らかではない。いずれにせよここでは、「投票価値」の平等が、立法者の制度選択をまっぴらに決めて、その現実的な意味内容を付与されると考えられているものごとくである。「投票価値」についての可能な意味づけの一つを、概念の

「混乱」として論難する態度は、かかる前提に立つてはじめて理解しうるものというはかない。

- (1) 大阪高判昭和五九年一月三〇日(判タ五四一 号一二三頁)が、「各選挙人の投票価値の平等、したがって各選挙区における選挙人の数と選挙される議員の数との比率、各選挙人が自己の選出候補者に投じた一票がその者を議員として当選させるために寄与する効果の平等も、また憲法の要求するところである」と説示するのは、あるいはこうした定義による解決の一例といえようか。
- (2) この多義性はまた、「投票価値」という言葉のあいまいさの表れであると言え換えることもできよう。参照、林修三「国會議員の選挙区別定数の不均衡問題に対する考え方」法律のひろば三四巻五号(昭五五)五頁。
- (3) 樋口陽一「違憲審査における積極主義と消極主義」判例タイムズ三三七号(昭五一)一二二頁。
- (4) 樋口・前掲は、「投票価値」という言葉に内在する包括性を正当に認識したうえで、五一年判決を評価している数少ない例の一つであるが、それでも、五一年判決が、過密区でも候補者が多ければ少ない得票数で当選できるのではないかという問題に触れなかったのは、「賢明であつた」という。しかしそれは、生じうべき問題を単に回避したにすぎない。
- (5) 以上、高橋和之「議員定数配分の不平等」奥平・杉原編、憲法学4(昭五一)一〇五―一六頁(傍点原著)。
- (6) 芦部信喜「議員定数配分規定違憲判決の意義と問題点」ジュリスト六一七号三八―九頁も、投票の「結果価値」の平等は、ワイアール憲法下では、個々の投票の選挙に対する影響の平等(投票の力の平等)ではなく、各選挙における選挙人の意思の議会への比例的代表(代表の平等)を中心として議論され、前者の意味を含めた「結果価値」の平等が平等原則の一つの適用として語られるようになったのは、ボン基本法になってからであり、アメリカでもほぼ同じ傾向が見られることを指摘するが、後者が今日、とりわけ日本国憲法の下で問題化しない理由は、必ずしも明らかにされていない。
- (7) 長尾一弘「選挙制度の選択と立法裁量の限界」比較法雑誌二巻二号(昭五三)四二頁以下。
- (8) この点で興味深いのは、伊藤正己はか「座談会・議員定数違憲判決をめぐって」ジュリスト六一七号二六―七頁の議論である。

る。ここで林修三氏が、立候補者数の多寡および死票と「投票価値」の関係について疑問を提起したのに対して、清水繁八郎教授は、あるいは、泡沫候補が何人出てもその得票は微々たるものだから、毎回の選挙の当落数は一定しているという純然たる経験上の知見で応答し、あるいは、「投票の価値の平等さえ確保してあれば、結果が不平等になることは問いません」と答えている。しかし、教授のいう「投票の価値の平等」が定数配分のレベルでのそれにあらかじめ限定して用いられていることはいうまでもなく、また、結果の不平等が何故問題とならないのかについては、格別の説明はない。

さらに樋口・前掲論文も、「投票価値の平等は、『選挙の結果に及ぼす影響力』そのものの平等というよりは、『選挙の結果に影響を及ぼす可能性』の平等として、理解されるべきである」という。しかもこうした意味限定は、「平等原則が適用される場面を限定することによって、議員定数と有権者数の比率の平等をいっそう強力に主張できる道をえらぶべきではないか」という純然たる戦術的な観点によって基礎づけられているのである。

判例ではこうした論点に自覚的に立ち入って検討を加えるものは少ないが、例えば大阪高判昭和五九年一月二九日(判タ五四一 号一七頁)は次のように述べている。すなわち、国会は人口比例主義を基本とし、その他諸般の事情を斟酌して具体的な選挙制度の構成を決定できるから、「投票価値」の実質的な平等は中選挙区制のもとでも実現しうるものであり、完全比例代表制をとらなければ実現できないというものではない、というのである。もちろん、これだけでは、本文で指摘した問題に対して、理論的な答を出したことにはならない。なお参照、大阪高判昭和五九年一月七日(判タ五四一 号一二七頁)。

- (9) 和田進「議員定数配分における非人口的要素について」神戸大学教育学部研究集録六二集(昭五四)一七頁。
- (10) 注(8)の座談会において雄川一郎教授は、中選挙区制が不合理なのかもしれないが、「それはそれとして、そういう制度のもとでそれでは選挙権者にどういふように投票の価値を配分すべきかという問題が問題とされているのでしょ」(ジュリスト六一七号二八頁)と述べている。

また、五八年衆院判決における中村治朗裁判官の反対意見も、括弧書きの形ながらこの点に論及し、「投票者の一票が議

員の選出に寄与する効果の大小とは、……選挙への関与の度合の大小という一般的、抽象的なものであつて、具体的に特定の選挙区において最下位当選者が何票で当選したかによつて生ずる何人の支持者で一人の議員を当選させることができるかという点での差異とは無関係である」、というが、「無関係」である理由は説明されていない。

- (11) 長尾一敏「平等選挙の原則の性格と構造」公法研究四二号（昭五五）九三頁。同旨、同「選挙に関する憲法上の原則（下）」Law School 一四号（昭五四）九九一〇〇頁。

四 もっとも、「投票価値」の全面的な実現が憲法の要請でない理由について、これまでの学説が十分説得的な解答を示していないとしても、そのことから、さきに紹介した野村教授の主張のごとく、多数代表制の下では人口比例による定数配分が必要でない、という帰結が当然にもたらされるわけではない。右の主張はあくまでも論理的な可能性の一つに止まるのであって、むしろ、選挙制度の定立自体は立法者の裁量に委ねられるとしても、その制度の内では「投票価値」の平等が求められると考える方が、理論的な根拠づけに困難は残るものの、少なくともより常識的であることは否定し難いからである。⁽³⁾問題は、その場合に人口比例主義が、どの程度厳格に貫徹されなければならないか、にある。

この点ではまず、五一年判決が定数不均衡を、複數投票制や等級選挙制と並ぶ「投票価値」の不均衡の一形態として位置づけていたことが想起されよう。すなわち、これら古典的な不平等選挙が、「殊更」に「投票の実質的価値を平等ならしめるものとして憲法に違反することはいうまでもないが、そのような「顕著な場合」ばかりでなく、具体的な選挙制度において各選挙人の投票価値に実質的な差異が生ずる場合には、つねに平等原則との関係で問題を生じ、議員定数の不均衡もその一場合にはかならないのであった。してみれば両者は、差別が「殊更」で「顕著」なものが

否かという、極く感覚的な次元での相違が認められるに止まり、基本的には連続線上にあるものごとくである。したがって、定数不均衡が、古典的な不平等選挙と同様の意味あいでは一人一票の原則に背馳するものだとすれば、定数配分の不均衡による「投票価値」のいかなる「差異」も許されないと考えられよう。そうでなければ、すでに指摘されているように、定数配分の不均衡は、財産による差別ではないものの、住所によって差別された等級選挙制としての実質を依然としてもつ、と考えることが可能だからである。⁽³⁾

しかし右判決は、周知の通り、これほどに自己の論理を徹底させたわけではなく、次のような、有和的ともいうべき一般原則を表明した。

「しかしながら、右の投票価値の平等は、各投票が選挙の結果に及ぼす影響力が数的に完全に同一であることまでも要求するものと考えすることはできない。けだし、投票価値は、選挙制度の仕組みと密接に関連し、その仕組みのいかんにより、結果的に右のような投票の影響力に何程かの差異を生ずることがあるのを免れないからである。」

確かに、判決の説くところは、実際問題としてやむを得ないものであるが、右の説示にいう「何程かの差異」は、複數の選挙区を設ける以上、とれほど注意深く定数を配分しても必ず生ずる若干の人口の偏差を意味するものではない。これまた周知のように、五一年判決は、憲法一四条が選挙権の徹底した平等化を志向するものであることを認めながらも、選挙制度については論理的に要請される一定不変の形態は存在せず、憲法も両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量に委ねている、という理解に立ったため、「投票価値」の平等は、国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的ないし理由との関連において、「調和的に実現されるべき」原則にまで後

退することを余儀なくされたからである。かりに、複数投票制や等級選挙制への回帰が、選挙制度の「仕組みのいかん」以前の問題としてそもそも許されないものとするれば、判決は、「投票価値」の最も基礎的な層については形式的にその完全な平等を求めながら、それよりも上位にある層についてはある程度原則を緩和して、両者を意識的に異なっ

て扱ったといえよう。

これに対して、学説は従来、判例の妥協的な態度を批判してきた。代表的な見解によれば、立法府の裁量は、絶対に先行している「投票価値」平等の原則を補正する限りでしか認められないというのである⁽⁴⁾。ただ、五一年判決の憲法解釈に関する説示はかなり曲折に富んでおり、人口比例原則を大幅に緩和させているように見えながら、同時に、「投票価値」の平等があくまでも憲法上の要求であって、単に国会の裁量権行使の際の一考慮要素にすぎないものではないことを力説している点も看過してはならない。判決が憲法解釈のレベルでは柔軟性に富んだ一般論を提示したのは、具体の事例における原則適用の際の自由度を確保する布石であった、と見ることもできよう。

さて、以上に述べたように、実定選挙制度における定数不均衡の合憲性は、ひとまず立法府の裁量の問題に解消された。もっとも、判旨自身は右の裁量の限界について一般的な基準を明示しているわけではないが、憲法の抽象的な諸条項だけを素材として立法裁量の範囲を定量的に示すことは通常期待され得ないから、五一年判決の説示がこの点で特にあいまいであったとはいえない。注目しなければならないのは、こうした一般的基準に関する沈黙が、通常の事案のような基準定立の技術的困難に由来する消極的なものであるに止まらず、より積極的な含意をもっていたことである。この点は、五一年判決以降の判例を通覧した場合、定数不均衡に関する裁量統制の手法に極めて顕著な特色が窺われることに表れている。具体的にいえば、問題となっている定数不均衡の合憲性が、直接憲法の規定に照らし

てではなく、不均衡を生ぜしめている具体の選挙制度のあるべき原則を基準として審査されているために、憲法が、裁量の幅を実用に堪える程度に限定する基礎に実際上なっていないばかりでなく、理論上もなっていないように思われるのである。すでに述べたように、五一年判決が「投票価値」の平等に関する一般論として説示したところは、柔軟で流動的な要素を多く含んでおり、ただちに定数不均衡の許容範囲について具体的な結論を導くものではないのであった。それにもかかわらず、人口比例主義を最重要の原則として位置づけるという特定の結論が導かれたのは、憲法それ自体の解釈とは異なるレベルでの解釈論がなされたからにはかならない。この点に関する右判決の論法は、要するに次のようなものであった。

(i) いわゆる中選挙区制は、原則として選挙人の意思の反映を確保しながら、少数者の意思を代表する議員の選出の可能性をも残そうとする趣旨に出たものであり、選挙制度の定立における国会の裁量権の範囲内にある

(ii) 全国を多数の選挙区に分け、各選挙区に議員定数を配分して選挙を行わせる制度をとる場合においては、人口ないし有権者数と配分議員定数との比率の平等が最も重要かつ基本的な基準となる

すなわち、中選挙区単記投票制が立法府の裁量の範囲内にあるか否かが、「投票価値」の問題とは一応独立にそれ自体として議論され、その合憲性がひとまず確認されると、今度はこのことが人口比例主義による拘束の度合についての議論の出発点となっているのである。ここでは人口比例主義が、憲法そのものの要請としてよりも、むしろ、憲法が立法府に与えた裁量権行使の結果である中選挙区制の要請として理解されている、という印象が強い。

人口比例主義の制度従属的な性格は、昭和五八年の二つの大法院判決が、参議院と衆議院とで、定数不均衡の違憲性について対照的な態度を表明した事実に一層明確に表れているように思われる。もともと五一年判決も、「投票価

「値」の平等が選挙制度一般を支配する原則であることを認めながら、国会は両議院それぞれについて適切な選挙制度を裁量的に決定することができ、かくして採用された具体的な選挙制度が憲法の選挙権の平等の要求に反するか否かも、「各別に」検討されなければならない旨説示して、等しく定数不均衡が生じていても、両議院の間でその法的評価に相違がありうることを示唆していたのであるが、こうした相違は憲法の条文自体からただちには読み取り難いものであり、右判決自身、いかなる相違がどの程度に生じうるかを具体的に示していたわけではない。この点まず五八年参院判決は、五一年判決の憲法解釈を基本的には踏襲しながらも、参議院地方選出議員選挙について、「投票価値」の平等の要求が「一定の譲歩、後退を免れない」としたのであるが、その理由は次のこときものであった。

- (i) 参議院地方区の定数配分規定は、その制定過程に徴すれば、憲法の半数改選制に依りて、各選挙区を通じその選出議員の半数が改選されることとなるように配慮し、総定数のうちまず二人を四七の選挙区に配分し、残余を人口を基準とする都道府県の大小に応じ、これに比例する形で偶数の定数を配分したものである
- (ii) 公職選挙法は参議院議員の選挙について、衆議院のそれと著しく異なる選挙制度の仕組みを設けているが、この仕組みは、衆議院議員と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もたせようとする意図の下に、全国選出議員には職能代表的色彩をもたせ、地方選出議員には地域代表的性格をもたせようとしたものである
- (iii) 右のような仕組みは、公正かつ効果的な代表方法として合理性を欠くものとはいえず、国会の裁量権行使の範囲内にある
- (iv) 右の仕組みが国会の裁量権の合理的行使として是認しうる以上、その結果として定数不均衡が生しても、そ

れだけで憲法に違反するものではない

この説示だけでは、参議院地方選出議員の選挙における人口比例主義の後退が、憲法の要請であったはずの「投票価値」の平等と何故両立しうるのか、なお十分解明されてはいないようにも思われるが、いずれにせよ判旨が、この点を当初の立法者の制度選択の結果として正当化しようとして努力していることは明らかである⁽⁵⁾。これに対して五八年衆院判決は、一転して、衆議院議員選挙の定数配分における人口比例主義の優位を再確認した。その理由として挙げられているのは、次の諸点である。

- (i) いわゆる中選挙区制は、候補者と地域住民との密接な関係を考慮し、選挙人の多数の意思の反映を確保しながら、少数者の意思を代表する議員の選出をも可能ならしめようとする趣旨に出たものである
- (ii) 現在の定数配分規定の母体となった旧衆議院議員選挙法別表の選挙区別および議員数は、昭和二十一年四月実施の臨時統計調査に基づく人口を議員総定数で除して得られる数である約一五万人につき一人の議員を配分することとしたうえで、その他人口以外の諸般の事情も考慮して定められた
- (iii) 右人口に基づく右制定当時の選挙区間における議員一人あたりの人口の格差は最大一対・五一であった
- (iv) 過去の定数配分規定の改正の経過に照らしても、投票価値の不平等が合理性を有することとなるような選挙制度の仕組みの変更はなされておらず、他に右格差を正当化すべき特別の理由はない

判決の発想の特色はもはや明らかであろう。特に右の(iv)の説示からすれば、衆議院についてさえ、人口比例を原則としないような選挙制度を採用しうるもののごとくである。そこで定数不均衡の憲法性を判断する基準が、何よりも具体的な「選挙制度の仕組み」によって与えられていることはいうまでもない⁽⁷⁾。

もちろん、学説には、第一に、判例が定数配分に於いて立法府に広い裁量を認めていること、さらに第二に、参議院については一層寛大な態度をとっていることに対して批判が強い。しかしこうした批判は、一定の限度ではもとより正当であるにしても、果たして判例法理を圧倒するほどの説得力をもちうるであろうか。まず、不均衡の許容限度についていえば、判例の一般論に従うにしても、当然ながら、衆議院について最大約三倍の格差を、参議院については五倍以上の格差を合憲とするという結論がただちに導かれるわけではない⁽⁹⁾。より厳格な基準を提唱することにも相応のいわれがあるが、学説自身、理論上は「一対一以外にありえないはずの基準を、現実的な配慮によるとはいえ、例えば一対一にまで緩和して、判例に対する批判論としての拠って立つ基礎を、自らある程度掘り崩してきたこと⁽¹⁰⁾」を忘れてはならない。また第二の点についていえば、衆議院と参議院とでは人口比例主義の要請の度合いが異なりうること自体は、多くの学説によって承認されてきたのであるし、さらにより広い理論的文脈から見れば、「投票価値」の平等が、そもそも、具体的な選挙制度に従属するいわば関数のごときものとしてその意味内容が限定または特定され、しかもどこまで意識的にかはともかくとして、学説もまたそのことを承認してきた以上、こうした従属性が、比例代表制か多数代表制かという、選挙制度の最も高い次元での選択に際してばかりでなく、等しく多数代表制のなかに包摂される可能性いくつかの選挙制度の選択の際にも現れることを阻止するのは困難であろう。すなわち、多数代表制のサブ・カテゴリーであるいわゆる中選挙区制と地方区ないし選挙区制が、それぞれ改めて、「投票価値」の平等のあり方を規制する「制度」として観念されるのである⁽¹¹⁾。

かくして「投票価値」の平等は、第一に、多数代表制という立法者の制度選択によって、この言葉に元来含意されていたはずの「死票とならない可能性」の平等の側面が捨象され、第二に、等しく多数代表制を採用するなかでも、

立法者の具体的な制度設計によって、その実現がある場合にはより強く、ある場合にはより弱く要請されるに至ったのであるが、こうした論理を前にすれば、「投票価値」の平等を憲法の要求であることにどれだけの意味があったのか、問い直されなければなるまい。実際、三九年判決といえども、参議院の半数改選制に由来する特殊性を視野に入れて判断をしていたのであるし、人口に比例した定数配分が「望ましいところ」であり、「選挙人の人口比率」が議員数を選挙区に配分する要素の主要なものであること自体は認めていたのであるから、五一年判決との間の連続性が全くないわけでは決していない。また、三九年判決の判断枠組に大筋では依拠しながらも、参議院について五倍程度の不均衡を違憲とする見方がありえた一方、最高裁は五一年判決以降も、参議院についてはますます増大する不均衡を合憲とする態度を堅持しているのである⁽¹²⁾。その意味で、五八年参院判決における横井大三裁判官の意見が、「多数意見では投票価値の平等と選挙制度の仕組みとがどういふ関係に立つのか、必ずしもはつきりしないように思われる」と指摘したうえで、参議院にあつては、「投票価値の平等ということも考慮に入れるべきであろうが、それは、憲法上の要求としてではなく、妥当な選挙制度の仕組みを考える場合の重要な要素であるにとどまる」と述べているのももつともであつたといわなければならない。結局、「投票価値」の平等は、突き詰めていけば、一定の制度を選択した立法者にとっての自己拘束の原理としてしか意味をもたないのではなからうか。そうだとすれば、筆者は、五一年判決の意義が従来過大に評価されてきたと考えざるを得ないのである。

(1) しかし、こうした考え方が理論上可能であること自体は、依然として変わりがない。参照、土屋正三「衆議院議員定数は正判決批判」自治研究六二巻一〇号（昭六〇）二二〇頁。

(2) 例えば、高橋和之「議員定数配分の不平等」憲法学4一一〇頁は、「たしかに、いかなる選挙制度を採用するか……、総定

数を何名にするかなどは、立法政策の問題であらう。しかし、かくして制定された具体的制度は、個々人の選挙権の平等を侵害するものであってはならない、という。なお、東京高判昭和五九年一〇月一九日（行裁例集三五卷一〇号一六九三頁）によれば、「公選法が衆議院議員の選挙についていわゆる完全比例代表制を採用していないことは、……憲法が投票価値の平等を完全に貫徹することを要求するものではないことに基づくものと解され、これをもつて異なる選挙区間における投票価値の平等に関する憲法の要求そのものを否定する根拠とすることはできない」（一七一四―一五頁）。

- (3) 佐藤功「議員定数不均衡違憲判決の問題点」法学セミナー二五五号（昭五一）九頁。筆者の知る限り、定数不均衡の違憲性の理由づけとして、この説明は最も魅力的なものである。ただ、現実存在した等級選挙制が何よりも財産による差別の形態であったのに対して、定数不均衡が住所による差別であることから異論もありえよう。
- ところで、この住所による差別という点に関連して、五八年参院判決における伊藤正己裁判官の補足意見は、憲法一四条一項後段所定の事由による差別についてはいわゆる厳格な基準が妥当するが、そうでない場合には「合理性の推定」がはたらくので、住所地を異にすることによる「投票価値」の較差に関しては、国会の裁量権の範囲が広く、その立法が合理性を欠く恣意的な差別をする場合に初めて違憲になる、という。この見解に対しては、「その基本思想はすぐれた着想に基づく」(戸部信喜「参議院定数訴訟と立法院の裁量」月刊法学教室三四号（昭五八）一〇頁)という評価もなされているが、筆者には疑問がある。まず第一に、違憲の「証明」や「推定」といった類の用語は憲法訴訟論に特有のものであるが、法律問題については立証責任を論ずる余地がない以上、こうした表現は一種の比喩というほかになく、訴訟法上の概念としてのそれと混同される可能性がある(内野正幸「法律の違憲審査における立証責任」戸部信喜先生還暦記念、憲法訴訟と人権の理論（昭六〇）三一七頁以下は、豊富な資料に基づいて、詳細かつ説得的にこの点を論証している。筆者も考え方の大筋だけは示しておいた。参照、拙稿「憲法訴訟の当事者適格について」同三八一頁注(8)）。また第二に、憲法一四条一項後段は、歴史的に差別がなされやすかった事由を例示的に列挙したに止まるものというべく、それ以外の事由による差別であっても人種等

によるそれと同等に不合理な場合も十分ありうるから、明文に掲げられているか否かに過大な意味を担わしめるのは適当でない。問題はあくまでも、当該事由による差別がどの程度の合理性に支えられているかにかかっているのである。

- (4) 野中俊彦「議員定数裁判の最近の動向」ジュリスト六八〇号（昭五三）八三頁、同「選挙に関する憲法上の原則」公法研究四二号六五―六六頁。
- (5) この点については、松田聡子「判例研究」上智法学論集二七巻一号（昭五九）一九一頁以下で、立ち入った検討がなされている。
- (6) この点は、東京高判昭和五四年六月一三日（判時九三三三〇一六頁）において、より明快に述べられている。それによれば、「一般に議員定数の配分は、その有する機能等に応じて一定の配分原則に基づいてなされているべきはすのものであるから、「投票価値」の平等が保障されているか否かも、右の「配分原則」との関連において検討されるべきであり、地域代表的性格を有する参議院地方区の場合には、人口比例以外の「配分原則」に拠ったとしてもあながち不合理とはいえない、というのである。もっとも右判決は、それに続いて、臨時法制調査会の答申や所管大臣の提案理由の説明を引いて、参議院地方区もまた、人口比例を「配分原則」としていたと認めている。
- (7) 野中俊彦「参院定数不均衡合憲判決についての若干の考察」判例時報一〇七七号（昭五八）八頁、渡辺良二「議員定数訴訟に関する二つの最高裁判決」法と政治三五巻一号（昭五九）一一七頁、高橋和之「定数不均衡訴訟に関する判例理論の現況と問題点」月刊法学教室四二号（昭五九）九八―九九頁。その後の判例でも、例えば、大阪高判昭和五九年一月二七日（行裁例集三五巻一一号一八四六頁）は、衆議院について人口比率が定数配分の最も重要な基準となることは、「公選法制定の過程及び衆議院議員が国民代表的性格を有することに鑑みて明らかである（傍点筆者）」、という。
- (8) すでに多くの指摘があるが、かなり徹底した見解の一例として、辻村みよ子「選挙権」大須賀明ほか編、憲法判例の研究（昭五七）一七八―一九頁を挙げておく。

- (9) いわゆる二対一基準が格別理論上の根拠をもたないことは、すでにしばしば指摘されているので、ここでは特に触れないが、一人が二票をもつことになるという説明は、抽象的な算術上の比をやや擬人化する態がないではない。この基準が、「自己が一票しか持っていないのに他人はその倍の二票を持つと同じ結果になるようなことは我慢できない」という素朴な気持ち（東京高判昭和六一年二月二十六日判時一一八四号三〇頁（四〇頁））に支えられていることは否定できない。

- (10) 筆者は、人口比例主義の適用に関する限り、参議院の第二院としての性格とか、衆議院のカーボン・コピー化の回避といった、甚だあいまいな用語法による印象論では、両議院の間に差等を設ける根拠にはならないと考える。また、参議院の半数改選制も右の根拠にならないことについては、松田・前掲論文のほか、声部・前掲論文・月刊法学教室三四号一一二頁、吉田善明「参議院定数訴訟最高裁判決を読んで」法律のひろば三六巻七号（昭五八）三五—六頁、山本浩三「判例批評」民商法雑誌八九巻六号（昭五九）八五八頁、等参照。しかし、例えば、高野真澄「参議院議員定数最高裁判決について」ジュリスト七九四号（昭五八）一七頁は、「参議院の場合、その代表の内容と機能に何らかの独特の要素を持たせようとする憲法の意図はないわけではなく、その限りにおいて参議院選挙制度の特殊性を全く考慮外に置くことはできず、人口比例の基準を多少とも緩和して考えることは許されるであらう」という。もちろん右論文も現状の不均衡を正当化しているわけではない。

- (11) したがって、立法者による制度選択を前提として「投票価値」の不平等の違憲性を判断する限り、現行制度よりも一層定数配分の不均衡が甚だしくなり、あるいは人口比例主義がほとんど無視されるような制度であっても憲法に違反しないという見解が登場するのは当然である。参照、佐藤功「参議院地方区の議員定数不均衡」法学セミナー二九三号（昭五四）一九—二〇頁。右論文によれば、第一に、参議院について地方区的な制度を定める場合には、全地方区の定数をアメリカ上院のように一律同数としても違憲ではないが、第二に、現行制度はそこまでは徹底せず、妥協的な性格を有しており、二人区は半数改選制の要求として本来人口と無関係に定数を二としたのであるから、人口比率は問題とならないが、四人以上の区に

ついては人口比率を考慮した以上、定数不均衡が憲法上の問題となりうる。なお参照、久保田きぬ子「参議院地方選出議員定数訴訟に対する第二の最高裁大法廷判決について」判例時報一〇七七号五十六頁。

- (12) 五一年判決以前の段階で、この点に着目して、極端な不平等が生ずるといえる限度を数量的な基準として提示する可能性を指摘したものとして、樋口陽一「選挙区議員定数の不均衡と平等原則」昭和四九年度重要判例解説（昭五〇）七—八頁がある。

- (13) 参照、最判昭和六一年三月二七日（判時一一九五号六六頁）。

筆者紹介（執筆順）

松原雅典	成蹊大学法学部教授
安念潤司	成蹊大学法学部助教授
長谷部由起子	成蹊大学法学部教授

成蹊法学 第25号

1987年3月31日 発行 非売品
編集 成蹊大学法学会
(会長 谷川 久)

発行所 東京都武蔵野市 成蹊大学法学会
吉祥寺北町3-3-1

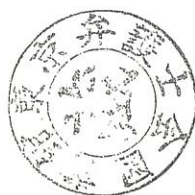
印刷・製本 大日本印刷株式会社

憲法理論

四
鳥谷 1998
鳥谷 / 田中 1998
P 234

阪本昌成 著

成文堂



証号 35 第 甲

〇〇条の尊属殺人罪に関し最高裁(刑大判昭四五・二・二五)は、「先例に照らし、その合憲性は明らか」であること、「法定刑を如何にするかは、立法の当否の問題」であることを指摘した。

これに対して、学説は、尊属殺重罰規定等が一条に違反するか否かについて、ながく対立を示してきた。

合憲説のなかには、立法者不拘束説にたつて、列挙事由のいずれにも該当しないことを理由とするもの、卑属もやがては尊属となって、結局は、平等な保護を受ける点を指摘して、差別ではないとするもの、加害者たる卑属の背倫理性を考慮することは人類普遍の道德原理であつて合理的な対処であるとするもの等がみられた。

これに対して違憲説のなかには、法定減輕(刑二六)と酌量減輕(同条六)を用いても、執行猶予の要件を満たさない法定刑があまりに過度であることを理由とするもの(手段違憲説)、先天的な特性である「尊属/卑属」という区分のもとで、卑属を特に不利益に処遇することが不合理であるとするもの(立法上の分類違憲説)とがあつた。

昭和四八年の最高裁大法廷判決(刑大判昭四八・四・四)は、刑法二〇〇条を合憲と判断した原審判決につき、破棄目判に及び、右条規を違憲であると判断した。違憲とする理由については、一派に分かれ、多数意見のうちの多数派は、尊属に対する尊重報恩が社会の基本的道義であるとみて、この種の自然的情愛または普遍的倫理の維持は刑法上の保護に値する正当な立法目的であるとし、さらに、この立法目的にとって尊属・卑属の分類が合理的関連性を有すると承認しながら、死刑または無期懲役という立法手段(法定刑)の不合理を違憲判断の決め手とした。これに対して、多数意見の少数派は、立法目的自体が不合理な旧家族制度的倫理観に立脚することを指摘して、一条違反である、と説いた。

以上のような多数意見に対して、反対意見は、①親子関係は社会的身分に該当しないこと、②子殺しのように他に強く非難さるべき類似の行為類型があることは本件と無関係であること、③法定刑を如何に定めるかは立法府の

裁量であることを強調した。

[229]

(一) 尊属殺規定の立法目的自体が違憲と判断さるべきであつた 右判決の多数意見の多数派が依拠した刑法二〇〇条の法定刑の不合理さは、同条を違憲とする論拠としては極めて薄弱であつた。

右の意見のいうように、立法目的が正当であり、しかもその目的達成のための分類も整合的であるとする以上、刑法一九九条の法定刑に比べて二〇〇条が重罰を用意するのは合理的であり、その間の法定刑の不均衡をどの程度とするかの判断は立法府の裁量に属すると考えるのが正当である(立法府の裁量逸脱は、著しく不合理であることが明白な場合に限られるはずである)。右の意見を踏襲する限り、法定刑の不相応でない尊属傷害致死罪規定、尊属遺棄罪規定等は、合理的な根拠をもつと判断されることになる(尊属傷害致死に関する刑二六刑二五二条六号三九四)。

尊属殺規定の違憲性は、次のいずれかの筋道で説かれるべきであつた。

第一。家族(親子、兄弟、夫婦等)または親子(尊属・卑属)といった紐帯の保護を本来の立法目的として、その法益を侵害する者を等しく処罰対象とすべきであつたにもかかわらず、刑法二〇〇条の採用した分類が「尊属を殺害した卑属」にとどまる点で不合理な過小包摂であること(立法上の分類の違憲性)。

第二。さもなくば、「尊属の卑属に対する法的・道義的責任」違背を不問としたまま、「卑属の尊属に対する尊重報恩に反する行為」の背倫理性だけを処罰の対象とする立法目的自体が、不合理な選択であること(立法目的の違憲性)。

二 地域に基づく分類——議員定数不均衡訴訟

[230]

(一) 議員定数不均衡は「形式的平等」によつて判断さるべきである 日本国憲法は、「公務員の選挙について

は、成年者による普通選挙を保障する」(三項)と定め、普通選挙制を明文保障しているのに対して、平等選挙制に関しては明文規定を欠く。

「平等選挙制」とは、「一人一票、一票等価」(one person one vote, one vote one value)を実現している選挙制度をいう。

平等選挙制保障の根拠を、実質的平等観になつて一四条の平等原則規定に求めるか、それとも、形式的平等観になつて選挙人資格の平等を定める四四条但書に求めるか、見解の分かれるところである。

この点の論争に関して、本書はこう考える。

先の「212」でふれたように、一四条一項前段が形式的平等を、後段が実質的平等を保障するよう国家に義務づけているものと、本書は理解した(これに対して、通説は、一四条一項全体が形式的平等を合理的範囲内で修正する平等観になつての理解していることについても、「212」でふれた)。

四四条但書は、一四条一項前段の特別法的規定であり、選挙人資格の付与に関して、選挙人の判断能力、財産、社会的身分等の差異を捨象した形式的平等観を示しながら、「日本国継保者であり、かつ、一定年齢以上の人であれば、何人も一人として数えられ、一人以上には数えられない」という「限定的形式的平等」の実現を国家に義務づけているのである。この形式的平等観を受けて、公職選挙法二六条は、「投票は、各選挙について一人一票に限る」と、投票数についても、形式的平等を定めたのである(もし、投票数や投票価値の平等実現を一四条に求めるとすれば、「重要な差異に応じた立法上の処遇」が許されることになって、四四条但書がない限り、納税額に応じた制限選挙すら合憲とされかねない)。

さて、選挙人資格の平等、投票数の平等が一四条一項前段・四四条但書によって根拠づけられるとしても、各人の票が同等の重みをもつという「投票価値の平等」(一票等価)はどうであるか。

この「投票価値の平等」は、実質的平等の実現問題である、とみられるのが通例である。それは「一人一票という形式的平等が実現されたにもかかわらず、選挙の結果をみると、一人の代表を選出するに要する投票数に地域的な格差をみると、選挙権の内容・実質に不平等がある」とする思考からくるものと思われる。

議員定数不均衡問題は、実質的不平等でもなければ、結果的不平等でもない(投票価値の平等を「結果価値の平等」と表現する論者もみられる。しかしながら、地域間格差を、ルールを適用した後に生ずる不公正、つまり、「結果の平等」問題とみることはできない。なぜなら、議員定数不均衡訴訟においては、適用されるルールそのものの不平等が問われているからである)。

代表選出過程は、①最大限の人数が選挙人資格を付与されるべきこと(普通選挙制)、②各人の政治的選好には等しい影響力を与えられるべきこと(平等選挙制)、という「民主政治」の原点のうえに成立する(憲法理論上)。このうち、②については、「すべての成人は一票を持ち、しかも一票以上持つべきでない、とかりに前提するならば、……各人の票は同等の重みを持つべきである、というのがこの原理の論理的帰結となるはずである」(「町・リリス著、平等」五九頁)。すなわち、投票価値の平等は、形式的平等の要請からの帰結である。とすれば、選挙区選挙制という地域的区分を設定する場合であっても、一四条一項前段・四四条但書は、one vote one valueの実現を国家(国会)に義務づけていると解されるべきであつて、「投票価値の平等」について、一四条の後段、なかでも「合理的な区別であるか」という問い方によって解決されてはならないのである。

この問題に関し、学説のなかには、四七条が「選挙区法律制度」に言及しながら、選挙区制そのものを予定している以上、選挙権の平等は、各選挙区への参加が均等に保障されていることで満たされるとする見解もみられる。しかし、それは正しくない。四七条が、一四条一項前段・四四条但書によって拘束されているのである。

(二) 最高裁は参議院の定数配分につき衆議院とは不均衡の許容程度が異なると考えている 公職選挙法二〇

人の投票が選挙結果に及ぼす影響力においても等しいという投票の価値の平等をも要求している。

②議員定数、選挙区、投票の方法は、法律で定められるのであって、その具体的決定は、合理的に是認できる範囲内で、国会の裁量に委ねられている。

③定数配分の最も重要かつ基本的な基準は人口数であるが、それ以外の要素をどの程度考慮し、具体化するかについては、客観的基準があるわけではなく、国会の合理的な裁量の範囲内か否かによって決するほかない。

④本件での定数不均衡(最大最小比二対五)は、合理性を有するものとは考えられない程度に達しており、それを正当化すべき特段の理由を見出すことはできず、選挙権の平等の要求に反するものといわざるをえない。

⑤違憲判断は、人口変動状態をも考慮して、合理的期間内における是正が憲法上要求されているにもかかわらず国会がそれを行わない場合にはじめて下されるべきである。

⑥公選法別表一に五年ごとの更正規定があるにもかかわらず、昭和三九年以降八年間改正されず、その間に著しい較差の増大がみられた以上、憲法上要求されている合理的期間内における是正がなされなかったものとみてよく、違憲である。

⑦選挙区割り・配分が、総議員数と関連しており、各選挙区と相互に有機的に関連して不可分一体をなしている以上、問題の公選法上の定数配分規定は、不平等をきたしている部分のみでなく、全体として違憲である。

⑧もっとも、違憲と判断した場合の判決の効力につき、当初より無効であると憲法九八条一項が一義的に決定しているわけではない。「違憲し無効」とされるのは、憲法違反の結果を防止・是正するに適切だからであって、その防止・是正にとって資するところがなく、不当な結果を生ずる場合には、「違憲し無効」とされる必要はない。本件において違憲し無効とすれば、定数改正作業に入らざるべき国会の存在自体が否認され憲法秩序の是正にとつ

て不当な結果となるであらう。

⑨そこで、本件のごとき場合、行政事件訴訟法三二条一項の「事情判決」に含まれる法の基本原則の援用により、選挙を無効とする不当な結果を回避するのが妥当である。そこで、主文で本件選挙の違法を宣言しながら、上告人の選挙を無効とする旨の判決を求める請求を棄却する。

以上の五一年判決には、(ア)投票価値の平等を憲法一四一条一項、一五一条一項、四四一条但書等に根拠づけている点、(イ)立法改正に要する合理的期間を徒過した国会の不作為を違憲と判断していると思われる点、(ウ)公選法の定数配分規定を可分的に違憲としなかった点、(エ)公選法二一九条が行政事件訴訟法三二条の適用を除外しているにもかかわらず、行訴法三二条の根底にある「法の基本原則」という不文の法理によって「違憲であるが無効ではない」と結論した点に特徴がみられる。

[233] (四)五一年判決以降は「許容される較差」、「合理的期間内」を中心に論争されてくる。昭和五〇年の公選法改正によって、人口の最大較差は二対一・九二となった。ところが、はやくも五五年の総選挙での較差は二対三・九四に拡大した。この選挙の無効請求訴訟での高裁判決(昭和五五年二二・二三)が較差二対二を超える場合には全体として違憲であると判断したのに対して、最高裁(昭和五八年二四・三頁)は、昭和五〇年の法改正によって不平等状態は解消しており、その後違憲状態にあったものの、合理的期間内に是正がなされなかったとはいえない、と結論した。

選挙人の最大較差二対四・四〇に達した昭和五八年の総選挙について最高裁(昭和五九年九〇・七二頁)は、既に違憲状態にあったにもかかわらず、本件選挙時まで何らの是正がなされなかったことは、憲法上要求される合理的期間を徒過しており、定数配分規定は全体として違憲の瑕疵を帯びると判断した。ただし、五一年判決同様、違憲ではあるが無効とはされなかった。

その後、昭和六十一年の、いわゆる八増七減の公選法改正(六増七減)によって、最大較差は一对二・九二となった。同年に実施された選挙の合憲性に関し、最高裁(憲判昭和六三・一〇・二)は、右の法改正によって、投票価値の不平等は一応解消され合憲である、と判断した。

平成二年に施行された選挙において選挙人数の最大較差が一对三・一八となったことの合憲性について、三つの高裁判決が異なる判断を示したのに対して(東京高判(平成三二・二・八判)は、著しい不平等状態が生じているとまではいえないとして合憲の判断を、大阪高判(平三・五・二七判時)は、不平等の程度および合理的期間の徒過(国勢調査の公表以来三年が経過したこと)を総合的に考慮して違憲の判断を、さらに、広島高判(平成三・九・一〇判)は、投票価値の較差は違憲状態にあるものの、その是正のための合理的期間内にあるとして選挙無効の請求を棄却した)、最高裁(憲判平成五・一・二〇)は、五一年判決以降の先例を踏襲しながら、合理的期間内を徒過しておらず違憲ではない、と判断した。

右にみた一連の最高裁判決は、許容されない最大較差や合理的期間について、客観的な数値を示しているわけではない。おそらく、最高裁は、国会の裁量的判断が人口以外の技術的な諸要素に及ばざるをえないと認められる以上、客観的な数値を示すことが困難とみたものと思われる(もともと、補足意見や反対意見のなかには、許容される較差について一对二や一对三という具体的数値をあげるものもある。なお、平成四年には「九増一〇減」の公選法改正がなされ、最大較差は一对二・七七となった)。

(五)衆議院の定数配分は厳格な人口比例が求められる 定数配分の客観的な数値として、有力な学説は一对二をあげる(現代的憲法三三三頁以下)。最高裁判例は、既にふれたように、客観的な数値をあげないものの、一对二・九二を不平等ではないとしていることからすれば、一对三を限度としているかのように受け取ることも不可能ではない。

ところが、一对二や一对三という数値が、合理的基礎をもっているわけではない。たしかに、一人が二票もつ状

態は、複数投票制または等差投票制を想起させるために、明らかに不平等という感覚を人びとに与えるであろう。しかしながら、もともと形式的平等を徹底化してきた選挙権については、選挙区選挙制の技術的要素を考慮に入れるにしても、投票価値を一对一とすることこそ、定数配分の出発点でなければならない。選挙権の平等について、実質的平等か、それとも、限定的形式的平等か、を問うことなく、一对二であれば不合理ではない、とする議論は避けるべきである。

この点の思考の順序は次のようであればならない。

①平等選挙制は、限定的形式的平等観のもとで、ある資格を満たすすべての人をone personと数えながら、one voteを保障することを意味する。選挙権は、統治される人びとが統治過程や統治者に対して等しい影響力を与える唯一最大の機会である(憲法理論上)。選挙権に関しては、何人も一人として数えられ(一票を与えられ)、しかも、一人以上に数えられてはならない(一票以上の影響力をもつてはならない)。

②国会は選挙権付与や選挙区の法定に関して、広範な裁量をもつことなく、右の限定的平等観によって縛束され、「数の平等」を実現すること、すなわち、選挙区制を採用するにしても、定数配分にあたっては、原則として、一对一という一票等価を実現するよう義務づけられる。これが、一四条一項前段、四四条但書の意である。そのためには、議員の総定数を総人口(選挙人数)で割る「最大剰余法」によって、都道府県別定数が配分されなければならない(小選挙区制のもとでは、特に、各選挙区の有権者数を可能な限り平均有権者数に近づけることが必要となる)。

③国会は、次のような要素を考慮に入れてはならない(田中泰夫「定数配分不平等に対する批判」)。ア)選挙区が広大になりすぎた運営上の不便さ、イ)単なる歴史的・伝統的・地理的要因、ウ)都市と農村との利益の均衡、エ)経済的利益集団を代表させること。ただし、国会は、選挙の管理責任との関連上、非人口的要素たる地方公共団体を選

学区の基本単位としてよい。

今後の分析は、投票価値が「一対一（一票等価）」でなければならないことを前提としつつ、考慮にいてよい非人口的要素と考慮してはならない要素とを振り分けて、「一対一」からの離脱の許容範囲を求めることに向けられなければならない。

第四節 優先処遇と平等

[235] (一) 集団的特性を無視して平等は語れない？ 先の「[22]」でふれた「疑わしき分類」は、個人aと個人bとの処遇の差異が、集団Aや集団Bにたまたま彼らが所属していることに起因しているかも知れないことを警戒しているのである。この判断方法に依拠した場合、平等または差別なる概念は社会集団の意識または役割の反映物であり、集団的特性を無視して個々人の平等を語れない、ともいえる。集団的特性を平等判定方法として重視する見方を「**集団志向的平等観**」と呼ぶことにしよう。

これに対して、伝統的思考枠組みは、あくまで個人の功績・真価と、法的処遇との相応関係について平等を論じてきた。これを「**個人志向的平等観**」と呼ぶことにしよう。

このふたつの平等観は、相矛盾する局面をむかえる。

(二) 集団的平等観は、差別されてきた集団に対する積極的な救済を要請してくる 平等とか差別といった概念は、集団別の法的処遇を比較対照してはじめて浮かび上がるとすれば、一定集団が「法の下での平等」の主体または単位となる、と理解できなくはない。

歴史的に差別されてきた少数派集団（たとえば、アメリカにおける黒人、スペイン系、アメリカ・インディアン等）が、平等権の主体であるとするれば、当該集団が、たとえ今日では法的差別を受けていないとしても、歴史的差別の後遺症に対する補償を国家に対して請求し、実質的平等または結果の平等への権利を要求できるのではないかと、とも主張されてくる（被差別少数派は、実質的平等または結果の平等の実現を、差別に手を貸してきた多数派、社会、国家に請求できる）。

アメリカでは、この主張の影響を受けて「積極的差別是正行為」(affirmative action) が実施されてきている。「積極的差別是正行為」とは、①少数派集団に一定割合の公営住宅を留保すること、②就職または昇進のさいに少数派集団を優先すること、③ロー・スクールやメデイカル・スクール等の専門学校への入学判定のさいに少数派集団を優遇すること等を通して、同集団の社会的地位を向上させるための連邦政府や州政府の施策をいう。

ところが、この施策は、差別―被差別の因果関係や個人の功績・メリットを重視しないまま、ある少数派集団に属している事実に基づいて、限られたリソースを優先的に分配するために、多数派集団からは人逆差別であり、平等保護違反である」と非難され、全米に論争をよぶこととなった。

[236] (三) 優先処遇の合憲性は、司法審査基準と結びつけて論議された この論争に関しては、次のようなさまざまな立場がある。

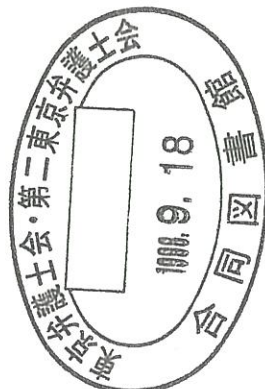
①人種、肌の色といった特性を有する人びとが、集団として「法の下での平等」または平等権の主体となることは、理論上、ありえない。これらの「集団」の一員であるという事実から、歴史的差別の後遺症に対する補償請求という権益が発生することはない（「個人志向的平等観」にできる立場）。

②人種差別のごとき平等問題領域は、集団的属性に対する社会一般の評価と切り離せない。したがって、集団的特性に国家が配慮することはいたしかたない。とはいえ、国家の諸施策が、積極的差別是正という良性的目的

著者紹介

1942年 茨城県下館市に生まれる。
 1966年 中央大学法学部卒業。
 1968年 東京大学大学院法学政治学研究科修了。
 中央大学法学部助手、助教を経て、現在、法学部教授。

主要論文 「立法府の不作為に対する憲法訴訟——西ドイツにおける理論と実践——」(『法学新報』79巻1号)
 「平等選挙原則の性格と構造」(『公法研究』42号)
 「外国人の選挙権」(月刊『法学教室』54号)
 「選挙権の法的性格」(『法学新報』96巻11・12号, 99巻7・8・9・10・11・12号)
 「選挙権論の再検討」(『ジュリスト』1022号)
 「ドイツにおける政見放送の自由」(『法学新報』103巻2・3・4・5号)
 「検閲の法理——ドイツにおける検閲法理を手がかりとして——」(『法学新報』101巻7号, 103巻9号)



日本国憲法〔第3版〕

1997年 8月10日 初版発行
 1998年 3月20日 2版発行

定価はカバーに表示しています

著者 長尾 弘
 発行所 高島 国男

世界思想社

京都市左京区岩倉町桑原56 〒606-0031
 電話 075(721)6506(代)
 振替 01000-6-2908

© 1997 K. NAGAO Printed in Japan
 落丁・乱丁本はお取替えいたします (共同印刷工業・藤沢親本)
 ISBN4-7907-0643-5

索引

アセス権	218	河川附近地制限令事件	278
旭川学力テスト事件	210, 310, 315	川崎民商事件	248
朝日事件	298, 304, 436	環境権	302
アフターマティヴ・アクション	152	間接民主制	38
安部条約	73	完全分権説と限定分権説	194
家永教科書検定事件	210, 314	官吏	406
違憲確認判決	476	議院内閣制	397
違憲警告判決	171, 477	議院の自律的機能	386
違憲だが有効	477	議員の懲罰	387
板まんだら事件	438	機関委任事務	530
一事不再議	374	機関訴訟	431
一事不再理の原則	253	棄権の自由	175, 428
一項・二項分権論	292	規則制定権	418
一般的な法義務	182	基本権の国際的保障	79
一般的法義務	187	客観訴訟	203, 431, 461
委任命令	407	客観的規範	149
訴えの利益	435	客観的法規	193
惠庭事件	468	教科書検定	235
惠庭訴訟	72	教授の自由	209
愛媛・玉串科事件	206	行政権	393
エホバの証人創道拒否事件	191	行政裁判所	9
LRAの原則	30	行政訴訟	461
大阪地裁像事件	205	行政手続	243, 248, 250
大島・サラリーマン税金事件	155	強制投票制	175
大津事件	421	強制の契機	186
公の支配	502	行政の中立的運営	221
親の教育権	313	京都府学連事件	135
		拳証責任	472
		許容	164
		緊急逮捕	245
		禁止	164
		近代憲法	77
会期制	361	禁止産者(の基本権)	110
会期不継続の原則	361	具体的争訟	430
外見の立憲主義	5	国の教育行政権	312
外国人と基本権	91	国の債務負担	496
外国人の選挙権	163	国の私法行為	467
外国人の出入国の自由	94	君主	4
閣議	400		

か行

「絶対的平等」の観点からすれば、考慮に入れることが許される非人口的要害は、行政区画のみである（参照、九二条）。学説の多数および判例は、相対的平等説をとり、定数配分の主要な決定要素が人口的要害であることを認めながらも、非人口的要害を考慮に入れることを原則的に可能とする。

ちなみに、最高裁五一年判決は、「投票価値の平等は、各投票が選挙の結果に及ぼす影響力が数値的に完全に同一であることまでも要求するものと考えすることはできない」とし、それは「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」であるとする。そして、「考慮すべき」非人口的要害として、面積の大小、人口密度、住民構成、交通事情などを列挙する。

このように、相対的平等説は、投票価値の不平等を正当化するものであり、妥当とはいえない。歴史的にも、選挙の相対的平等という考えは、アメリカにおいては人種差別を正当化すべく作用し（文字テストの導入）、ドイツにおいては階級差別を正当化すべく作用した（三級選挙制）ことに留意する必要がある。

(3) 投票価値の不平等の限界基準については、学説の多くは最大格差二対一を基準とするが、ここでいう二対一の数字には根拠がない。法技術上可能な限り一対一に近くなければならないとすべきである。

もともと法技術上の問題は少なくとも、実質的には両者の間に大きな相違はないものと思われる。

最高裁判例においては、投票価値の不平等の限界基準は、立法府が形成した選挙制度の「仕組み」によって決定されるのであり、直接憲法によって確定されるのではないとされる。

最高裁は、このような観点から、参議院議員定数については最大格差一対五・二六を違憲とはいえないとしながら（最大判昭和五八・四・二七）、衆議院議員定数については最大格差一対三・九四を「違憲状態」にあるとした（最大判昭和五八・一一・七、〇（初））。

ちなみに、最高裁は、最大格差一対四・四〇にまで拡大した衆議院議員定数不均衡を含む定数配分規定について、「憲法の選挙権の平等の要求に反し、違憲と断定するほかない」としたが、本件選挙の効力については、事情判決の法理を用

いて「無効としないこととするのが相当である」とした（最大判昭和六〇・七・一七）。

なお、地方議会（都議会）議員定数の不均衡問題については、最大格差一対七・四五を公職選挙法一五条七項の選挙権の平等の要請に反するものとしている（最大判昭和五九・五・一七、〇（初））。

最高裁判例のこのような立論は、①憲法四七条を選挙立法の裁量委任条項とみなすこと、②審査基準として、「合理性」の基準、「明白性の原則」をとることによるのであるが、いずれも妥当とはいえない（〇（初）・（初））。

(4) 定数不均衡は、公職選挙法二〇四条の選挙無効訴訟で争われることが多い。

選挙無効訴訟については、つぎの諸点に留意する必要がある。

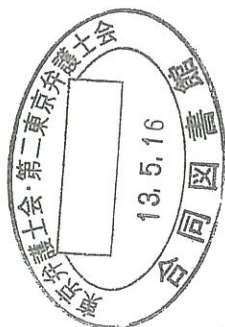
(a) 配分規定は全体として不可分一体なのか、個々の選挙区ごとに可分なのかについては争いがある。判例・通説は不可分説をとる。可分説も有力である。

(b) 定数配分に「違憲状態」が生じても、ただちに当該配分規定が違憲とされるわけではない。配分規定を是正するために必要とされる相当な期間（合理的期間）経過後にはじめて違憲とされるのである（最大判昭和五八・一一・七、〇（初））。すでに違憲状態に達してはいるが、いまだ「合理的期間」を徒過していないときには「違憲警告判決」が下されることがある（〇（初））。

(c) 配分規定が違憲とされた場合においても、それにもついてもこなわれた選挙が当然に無効とされるわけではない。つぎに示す五一年判決は、このような場合、いわゆる「事情判決」の法理（行政事件訴訟法二二条）に含まれている「一般的な法の基本原則」にのっとり、「選挙自体はこれを無効としないこととする」べきものとする（〇（初））。

事情判決ののち、配分規定の是正がなされないままつぎの選挙がおこなわれ、新たな定数訴訟が提起された場合、裁判所はなお事情判決の法理を適用すべきであろうか。必ず適用しなければならないとする見解（必要的適用説）も有力であるが、学説の多数は必ずしも適用する必要はないものとする（裁量的適用説）。裁判所は、場合によっては当該選挙区の選挙を無効とすること（即時無効または期限付無効）ができるものと解される。

ちなみに、新たな救済方法として、裁判所がみずから定数再配分をおこない、または全国を一選挙区として、法改正が



波谷秀樹 (しぶたに・ひでき)

1955年 兵庫県加古川市生まれ

1978年 東京大学法学部卒業

1984年 東京大学大学院法学政治学研究科
博士課程満期退学

現在 立教大学大学院法学研究科(立教法科大学院)教授

主要著書

『憲法訴訟における主張の利益』(大阪府立大学経済学部, 1988年)

『憲法キーワード』(有斐閣, 1991年) [共著]

『憲法訴訟要件論』(信山社, 1995年)

『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社, 1995年) [共著]

『日本国憲法を読み直す』(日本経済新聞社, 2000年) [共著]

『憲法への招待』(岩波新書, 2001年)

『日本国憲法の論じ方(第2版)』(有斐閣, 2010年)

『憲法1 人権(第5版)』(有斐閣, 2013年) [共著]

『憲法2 統治(第5版)』(有斐閣, 2013年) [共著]



憲法(第2版)

Japanese Constitutional Law, 2nd ed.

2007年12月25日 初版第1刷発行

2013年3月30日 第2版第1刷発行

著者

波谷秀樹

発行者

江草貞治

発行所 株式会社 有斐閣

〒101-0051 東京都千代田区神田神保町2-17

電話 (03) 3264-1314 (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

© 2013, Hideki SHIBUTANI. 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あります

ISBN978-4-641-13134-7

【COPY】 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、(社)出版者著作権管理機構(電話03-3513-6868, FAX03-3513-6979, e-mail:info@copy.or.jp)の許諾を得てください。

表 2-3-2 衆議院議員定数配分主要訴訟一覧

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

* ○……許される。×……許されない。

ないとした¹¹⁸⁾。その後、2回行われた総選挙についても、最高裁は、合憲判断を示し続けていた¹¹⁹⁾。

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

ていたとした。しかし、2007年の大法廷判決で、2005年の総選挙の時点の区割基準等について投票価値の平等違反はない旨の判断が示されていたことを考慮すると、2009年の総選挙までの間に1人別枠制度の廃止等の是正がなされなかったことをもって、憲法上要求される合理的期間内には是正がされなかったということではできないとして、結果的に合憲判断を示した¹²⁰⁾。

(ii) 参議院議員の場合 参議院は、国会においては、第二院という位置付けであるが、憲法43条1項の定めによりその議席を占める議員が全国民の代表という点は、衆議院と同じである。ただ、衆議院と違って解散制度がなく、任期が6年間で定められ、また半数改選制がとられるなどの点を考慮して、投票価値の問題を考える必要がある。その際、第二院たる参議院の存在意義も考慮に入れられる。

参議院議員の地方区選出議員について、当初最高裁は、「選挙人の選挙権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別、各選挙区に如何なる割合で議員数を配分するかは、立法府である国会の権限に属する立法政策の問題」であるとしていた¹²¹⁾。そして、1976年に衆議院議員の議員定数について違憲判決を出した後にも、半数改選による偶数配分制の下では、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、後退を免れないとしつつ、人口の異動が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の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、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、国会の裁量的権限の限界を超えたと判断される場合には違憲になるとしている¹²²⁾。

この判決は、「事実上東京都道府県代表的な意義ないし機能を有する要素を加味したからといって、これによって選出された議員が全国民の代表であるという性格と矛盾抵触することになるものということもできない」とするが、都道府県の代表、すなわち特定地域の代表の機能と全国民の代表、すなわち全体の代表という性格を整合的に説明する論理は存在しない。国会議員が「全国民を代表する」と憲法が定める（43条1項）以上、参議院議員も、可能な限り1対1に近づけるべきである。その後、この基準に照らして定数配分規定自体を違憲とした例はないが、1対6.59の最大較差を違憲とした例がある¹²³⁾。

120) 最大判平成23・3・23民集65巻2号755頁。

121) 最大判昭和39・2・5民集18巻2号270頁。

122) 最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁。

118) 最大判平成11・11・10民集53巻8号1441頁。

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

議員定数配分の 不均衡

和田 進

I はじめに

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

判決は、「選挙権の平等は、単に選挙人資格に対する制限の撤廃による選挙権の拡大を要求するにとどまらず、更に進んで、選挙権の内容の平等、換言すれば、各選挙人の投票の価値、すなわち各投票が選挙の結果に及ぼす影響力においても平等であることを要求せざるをえないもの」であり、このことは「憲法の要求するところである」と明確に判示するに至った（最大判昭和 51・4・14 民集 30 巻 3 号 223 頁）。

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

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

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

2 ところが他方で、判決は、憲法は選挙に関する事項は法律で定めるべきものとし、「各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねて」おり、「投票価値は、選挙制度の仕組みと密接に関連し、その仕組みのいかんにより、結果的に……投票の影響力に何程かの差異を生ずることがあるのを免れないから」「投票価値の平等は……数字的に完全に同一であることまでも要求するもの」ではないとした。さらに判決は、「各選挙区の選挙人数又は人口数……と配分議員定数との比率の平等が最も重要かつ基本的な基準とされるべきことは当然であるとしても、それ以外にも、實際上考慮され、かつ、考慮されてしかるべき要素は、少なくとも」として、非常に広範な非人口的要素を認めていた。

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

III 格差の違憲性の基準

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

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

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

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

Ⅳ 投票価値の平等とは

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

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

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

Ⅴ 選挙制度に対する憲法的要請

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

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

〈参考文献〉

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

（わだ・すすむ＝神戸大学教授）

1790 新刊

著者紹介

戸松 秀典 (とまつ ひでのり)

1966年 東京大学法学部卒業

1976年 東京大学大学院博士課程修了 (法学博士)

現在 成城大学法学部教授

主 著 『ブレイク憲法』(弘文堂, 1986年)

『司法審査制』(勁草書房, 1989年)

『憲法講義(2)基本的人権』(共著) (有斐閣, 1979年)



PP 301-350



平等原則と司法審査

——憲法訴訟研究 I——

1990年10月15日 初版第1刷発行 定価 6,180 円

著 者 戸 松 秀 典

発 行 者 江 草 忠 敬

(101) 東京都千代田区神田神保町2-17

発 行 所 株 式 会 社 有 斐 閣

電話 (03) 264-1314(編集)

265-6811(営業)

振替口座東京6-370番

京都支店 (606) 左京区田中門前町44

印刷・株式会社理想社印刷所 製本・牧製本印刷株式会社

©1990, 戸松秀典. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

ISBN4-641-03138-X

事項索引

あ	合衆国憲法修正14条9
い	新しい平等保護原則41, 74, 75, 77, 83, 142, 155, 160 アファーマティブ・アクション236, 274, 290~292, 297, 345
う	萎縮的効果26 一人一票140, 192~194, 206 ERA266, 267
え	ヴァン・デヴァンター裁判官30 ヴィンソン長官173 ウォレン・コート19, 20, 44, 59, 60, 63, 64, 75, 77, 78, 85, 93, 116~ 118, 130, 149, 165, 166, 170, 175, 178, 184, 188, 194, 195, 197, 200~203, 205, 207, 209~ 211, 213, 223, 225, 227, 230, 231, 249 ウォレン長官20, 64, 101, 140, 189, 192 疑わしい (suspect) 規準(型)27, 45~47, 69, 78, 139, 140, 175 疑わしい分類 (suspect classification)47~ 49, 51, 95, 105~108, 113, 114, 127, 128, 130, 131, 137, 138, 146, 155, 161, 162, 203, 245, 257, 258, 270, 325, 326, 337, 339 近似した (less than)106 準 (quasi-) ・106, 109, 113, 114, 116 〔え, お〕
か	外国人についての分類105 解釈主義113 解釈主義・非解釈主義113, 246 過少包含 (under-inclusive)36~39, 103 過多包含 (over-inclusive)37, 38, 103
き	議員定数不均衡(問題)178, 188~190, 192, 245 議員定数不均衡訴訟 (判決)331 参議院317, 322, 330 衆議院316 基本権益規準型45, 52, 53, 69, 77, 89, 137, 140, 155, 175 基本的権益62~64, 141, 161, 162, 325 基本的権利54, 60, 128, 141 基本的利益54, 128 逆差別(問題)273, 291, 292, 345, 350
く	区別をする線 (lines drawn)147
け	経済的不平等174, 178, 194, 205, 216, 219, 231 形式的平等332, 347, 348 厳格な合理性の基準93, 163, 235, 258, 260, 261, 274, 294, 316, 325, 326, 329, 331, 332, 334, 335 ——の意味94 ——の適用102 ——の評価112 厳格な審査基準30, 35, 41, 43, 75, 77, 82 ~84, 87, 88, 93~95, 102, 103, 107, 111, 113, 116, 118, 119, 122, 128, 137, 139, 159, 229, 233, 235, 261, 270, 271, 320, 329, 332, 339 ——の疑わしい規準型47 ——の基礎42 ——の基本権益規準型53 憲法革命43 権利宣言 ヴァージニア州の11 ペンシルヴェニア州の11 マサチューセッツ州の11

の考察方法は、平等原則の究極の価値を追求し、その価値から論理必然的にあらゆる平等問題を解決するというアプローチをとっていないことである。たとえば、「平等原則の内実を歴史的に明らかにする」⁽¹⁸⁾努力をしても、現実の問題を論理的に整然と解決できるような解釈の前提は得られないと思う。「どういふ差別が法の下での平等の原則に反するとされるか」という「問いに対しては、『人間性』を尊重するという個人主義的・民主的理念に照らしてみて、不合理と考えられる理由による差別がそれである、と答えていだろう」⁽¹⁹⁾との説明は、異論の余地なく、また、「差別の理由として不合理であるかどうかは、……一般的にきめられるものではなく、むしろ差別が問題とされている具体的な事項との関連において、きめられるべきものである」⁽²⁰⁾といわざるをえない。そして、具体的な事項との関連で、判断者の価値観に左右される——このことは、平等原則についてだけでなく、およそ憲法訴訟に伴う問題である——から、それをなるべく避けるために、司法審査の過程を法則化する、すなわち、審査基準を形成する必要があるのである⁽²¹⁾。つまり、具体的な問題を解決する過程での法則化を考察することにより、平等原則適用にかかる憲法上の価値を確定していくという、帰納的方法をとることになっている。

(18) 竹内康江「平等原則についての覚書——学説の現況と問題点」法律時報五四卷一〇号一四二頁（一九八二年）は、学説が従来議論してきた「合理性」について批判的に分析し、「平等原則の内実を歴史的に明らかにする」こと、「歴史認識を踏まえた解釈が行われること」を望んでいる（同二五〇頁）。

(19) 宮沢俊義・憲法Ⅱ（新版）（一九七四年）二六九頁。

(20) 宮沢・前出注(19)、二七一頁。

(21) 本章第一節五で述べたように、平等原則は無内容だといえず、また、この原則を適用するときの審査基準の形成を通して、その価値内容が具体化される。

第二項 審査基準の提言

一 本書の第一部において考察したところを参考にして⁽²²⁾、私は、憲法一四条の平等原則適用にかかる司法審査の基準が次のように形成されるべきだと考えている。もっとも、日本国憲法の人権保障規定の仕方が合衆国憲法の場合と異なるばかりでなく、日本国憲法の平等原則の意義や平等原則の適用を求める訴訟の傾向が合衆国のそれと全く同じとはいえないのであるから、合衆国の判例で形成された審査基準をそのまま取り入れるつもりはない。しかし、考え方の基本において合衆国の例を参考にすることにより、前項でみた問題点を解決できるものと思う。

それは、①精神的自由やその他の基本的人権および「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」について、法が差別しているという主張がなされたときは、裁判所は、それが不快な差別にあたるとして、合憲性の推定を排除した厳格な審査を行うべきこと、②差別されたと主張される権利や利益が右の範疇に含まれない場合でも、裁判所は、個別に、事件ごとに、単なる合理性の基準によらない厳格度を増した合理性の基準を採用すべきこと、という手法である⁽²³⁾。この提言の内容について、若干の説明を加えておこう。

①のように、厳格な審査の対象となる差別事由として二つの類型を設定したが、それは、合衆国の判例において、基本的権益にかかわる分類と疑わしい分類との二つの範疇化がなされていることに学んでいる。精神的自由やその他の基本的人権についての差別問題を捉えた第一の類型についてみると、日本国憲法は、思想・良心の自由（二九条）、信教の自由（二〇条）、表現の自由（二一条）というように、精神的自由の保障について合衆国憲法より詳しく個別の条文を設けており、それらの自由に対する差別的取り扱いに対して平等原則の適用が求められる場合、その議論の中心は、それぞれの条文のもとにおける自由の保障の問題となることが多いであろう。しかし、その際、差別の合理性が厳しく問われるという平等原則の要請がそこに強く働くことになる。また、精神的自由以外の基本的

人権についても、たとえば、選挙権の平等な保障、とりわけ、投票価値の平等を実現するときには、同じ要請が働くことになる。もっとも、何が厳格な審査による保障を受ける基本的人権であるのか、という問題がそこに存在する⁽²⁴⁾。この問題に対して、ここでは、個人の尊厳や民主制の擁護という人権保障の基盤をなす原理にたらし、また、二重の基準の法理を適用することによって、基本的人権の具体化がなされることになる、との指摘をするにとどめる⁽²⁵⁾。これに対して、経済的自由や社会権については、私は、原則として、厳格な審査により保障される範疇にあてはまらなとみている。それについては、さらに後述する。

第二の類型は、合衆国の判例における疑わしい分類型に対応するものであるが、日本国憲法では、平等原則を定める一四条一項後段に「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」を明示しているの、それらの事由に基づく分類がこの類型にあたるものと理解することができる。ただし、それらの事由に基づく差別的取り扱いのすべてに対して、裁判所が最も厳格度の強い審査を行うべきというわけではなく、合衆国の判例傾向に現われているように、問題によっては、中間の審査の程度で処理されざるをえない場合もあろう。また、「社会的身分」については、その内容の解釈の広狭によって、問題の処理の仕方が左右されることになる。

これら二つの類型について、なぜ厳格な審査が要求されるのかと問われるであろうが、それは、それらの類型にかかわる差別が「不快な差別」といえるからである。この厳格な審査を引き出す根拠たる「不快な差別」という概念については、後に別個に取り上げて論ずることとする。

②のように、厳格な合理性の基準の適用について提言したのは、基本的に、次のように考えるからである。すなわち、平等原則の適用を求める訴訟のすべてが①の場合に該当するわけではなく、厳格な審査を求める範疇に属さない差別事由や、それに属しても他の要因との結びつきがある場合には、平等原則の実現を別の観点から考えなければ

ならない。そこで②のように考えたのであるが、そこには、単なる合理性の基準を排して平等原則の趣旨をなるべく効果的に実現しようという①の場合と共通の思いがある。そして、厳格な審査に属しない差別事由については、立法府の政策判断に委ねることが妥当とされがちな事由であるため、平等原則の適用が求められると、裁判所は、十分な検討をしないままに合理的差別であると判断しかねないことにも配慮している。それは、生存権をはじめとする社会権や経済的自由にかかわる訴訟について生ずることである。たとえば、老齢福祉年金が夫婦受給制限を設けており、それが老齢者夫婦を単身老齢者と差別しかつ老齢者婦人を個人として尊重しないとして争ったいわゆる牧野訴訟⁽²⁶⁾や、すでに触れた堀木訴訟⁽²⁷⁾などのいくつかの訴訟例について、そこでの争点が、性による差別、社会的身分による差別の範疇に属するということが可能なようであるが、差別的取り扱いをしている法律は、社会福祉立法であり、その領域についての裁判所の合憲性判断には、立法裁量論による手法を用いざるをえないと思われる⁽²⁸⁾。貧富の差による区別、経済的不平等の是正の問題については、政治部門による政策決定に対し司法部門は原則として敬意を払うべきとする立法裁量論の考えは、国家の二つの統治部門相互の関連を通じて、憲法価値を実現し、憲法秩序の維持すなわち憲法保障を行うという理解に立つかぎり、肯認できる考えたと思う。ただし、憲法保障の重い役割を担う司法審査制のもとでは、単純に立法裁量論に依拠することはその制度の意義を損なうことになるので、一定の場合には、単なる合理性の基準よりも厳格度の強い合理性の基準を平等原則の適用において採用すべきと考えるのである。

なお、これら審査基準の提言について、次のことを強調しておきたい。それは、あらかじめ用意された審査基準を訴訟の争点に機械的に適用して問題を解決することを説いているのではない、ということである⁽²⁹⁾。議論の筋からいえば、まず、差別的取り扱いを受けた権益が憲法上いかなる価値のものとして保障されるのかということが確定

論 説

参議院定数不均衡問題をめぐる最高裁大法廷
令和2年11月18日判決について (一)

——裁判所と国会、国民との対話——

橋 本 基 弘

され、次に、その価値序列に基づいて審査基準の厳格度が決定され適用される、ということになるはずである。しかし、実際には、憲法上の強い保障を求める訴訟に直面している裁判所は、救済を求めている権益の価値序列を考慮しつつ、何がしかの審査基準を適用して訴訟を解決しているのであり、権益の価値確定と審査基準の形成とは相互に関連しあっているのである。裁判法理の分析をする者は、権益の価値確定と審査基準の形成とをそれぞれ別個にとりあげ、裁判所の処理の仕方とあるべき処理の仕方とについて、考察することになる。しかしながら、司法審査の手法について一定の法則が見出されない判例傾向のもとでは、望ましい審査の方式を分析者の側でまず提示しなければならないという事情があり、これが日本の憲法訴訟論の一つの特徴である。

(22) 本書の第一部、特に、第二章、第三章をみよ。

(23) これについて、私は、判例解釈——判例評論二三五号一三頁（判例時報八九三号）（一九七八年）、同二五四号二四頁（判例時報九五四号）（一九八〇年）——においてすでに指摘した。

(24) 中村教授は、私の右の提言を基本的に支持されつつ、「ただ、『基本的人権に対する差別』の内容をより具体化し、どのような基本的人権が問題になっているかによっても区別する必要があるものと考えている」（中村睦男「法の下での平等と合理的差別」公法研究四五号三三頁（一九八三年）と述べる。それに対する私の答は、以下に述べるとおりである。

(25) 前述したように（本節第一項三）、それ以上の具体化は、判例をととして登場する具体的事項との関連で考察するのが適当である。

(26) 東京地判昭和四三年七月一五日行裁例集一九巻七号一一九六頁。

(27) 前出注(17)。

(28) それについて、戸松秀典「憲法訴訟と『立法府の裁量』の理論——アメリカにおける社会福祉訴訟をめぐって」成城法学二二四二頁（一九七八年）で触れた。

(29) 私の右の提言に対して、「まるで判コで押したみたい」な解説と指摘されたが（奥平康弘『基本的人権』における『差別』と『基本的人権』の『制限』——『法の下での平等』を考える」名古屋大学・法政論集一〇九号二五八頁（一九八六年）、私が「判コ」に等しい審査基準を求めているのではないことをここで念のために述べている。

二 判例の動向にてらして、右の審査基準の提言が裁判所によって受け入れられるものか、次に検討しなければならない。本来、審査基準の構築ということは、判例の動向から離れて、観念的に考察することが許されない性格をもっている。また、実際の判例傾向とはおよそかけ離れた裁判法理を提言して、判例がそれに向かうべきと力説しても現実味がない。それゆえ、私の提言と判例傾向との近接性は、重要な関心事である。

まず、最高裁判所は、審査基準を構築して、憲法訴訟を処理する意図をもっているのかどうかということに関心を向けなければならない。すでにみたように、平等原則の適用との関連では、審査基準が形成されているとはいえないという一般的傾向を示してはいるが、わずかながら厳格な合理性の基準に該当すると思われる審査基準によって違憲判決を下しており、それを基礎にして発展させようとするといえるのである。また、審査基準の構築ということは、平等原則の適用の場合だけでなく、広く憲法訴訟のあらゆる領域で求められることであり、その観点からみると、最高裁判所の判例が審査基準と全く無縁な法理で訴訟に対処しているとはいえず、むしろ、判例の方向は、審査基準をしたいに意識するようになってきているといえることができる。たとえば、経済的自由の規制立法については、よく知られているように、立法目的が積極的政策の規制であるか、消極的警察的規制であるかによって、審査の厳格度合を分けており、さらに、厳格な合理性の基準のもとに、違憲判決⁽³⁰⁾を下しさえしている。また、表現の自由の規制の場合についても、最高裁判所は、「表現の自由に制約を加える場合に一般に必要とされる厳格

参議院定数不均衡問題をめぐる

最高裁大法廷令和2年11月18日判決について(一)

——裁判所と国会、国民との対話——

橋本基弘

はじめに——視点

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

はじめに——視点

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

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

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

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

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

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

(イ) 平成8年大法廷判決

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

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

1:5.37

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

4) 最高裁平成8年9月11日大法廷判決

「憲法は、法律家同士の契約ではなく、一般人の交わした文書だ (The Constitution of the United States was a layman's document, not a lawyer's contract.)」と述べたのは、FDルーズベルト大統領であった¹⁾。法律家共同体間でしか理解できないような法律論は、やがて国民の憲法への意識を摩耗させていく。判決とは、紛争当事者へのメッセージにとどまらない。とりわけ憲法判例は、憲法解釈に関する国民へのメッセージでなければならぬ。その点で、参議院定数不均衡訴訟をめぐっての一連の最高裁判決には、何か足りないように思う。

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

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

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

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

1. 判例と立法の推移

(1) 判例の推移

① 昭和58年大法廷判決

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

(ア) 昭和58年大法廷判決

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

憲法は、右の投票価値の平等を選挙制度の仕組みの決定における唯一、絶対の基準としてしているものではなく、国会は、正に考慮することのできる他の政策的目的のないし理由をもしんじやくして、その裁量により衆議院議員及び参議院議員それぞれについて選挙制度の仕組みを決定することができるのであつて、国会が具体的に定めたところのものがある限り、それがその裁量権の行使として合理性を是認するものである限り、それによつて右の投票価値の平等が損なわれることとなつても、やむをえないものと解すべきである。

人口の異動が当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせ、かつ、それが相当期間継続して、このような不平等状態を是正するなんらの措置を講じないことが、前記のような複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立つ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

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

もっとも、平成8年判決は、『本件選挙当時、右の不平等状態が相当期間継続し、これを是正する何らの措置も講じないことが、前記のような国会の裁量的権限に係るものであることを考慮してもその許される限界を超えていたと断定すべき』場合に当たらないとして、結果的に合憲判断を下している。平成8年判決の段階で、最高裁は、衆議院議員選挙と同じ判断枠組みによって、参議院定数不均衡問題を処理する方向にあったといえよう。すなわち、最高裁は、昭和58年判決を前提にしても許される較差には限度がある。ただし、違憲状態が違憲判断につながるには立法府における不作為の態様を参酌すると述べたのであった。この二つの判決が、参議院議員選挙定数不均衡訴訟における違憲審査の枠組みを作り上げた。その結果、参議院定数不均衡の許容限度は、最大較差1.6であるとの理解が広がった⁵⁾。

(ウ) その後の展開

④ 平成24年大法廷判決

最高裁は、参議院通常選挙が実施されるたび平成12年⁶⁾、16年⁷⁾、18年⁸⁾、21年⁹⁾と、定数不均衡訴訟についての判決を下してきた。この間最大較差

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

6) 最高裁平成12年9月6日大法廷判決、最判民集54巻7号1997頁。井上典之・民商法雑誌124巻6号。公職選挙法14条、別表第三の参議院(選挙区選出)議員の議員定数配分規定の合憲性。西川知一郎「公職選挙法14条、別表第三の参議院(選挙区選出)議員の議員定数配分規定の合憲性」法曹時報54巻1号
7) 最高裁平成16年1月14日大法廷判決。最判民集58巻1号56頁。常本照樹「公職選挙法14条、別表第三の参議院(選挙区選出)議員の議員定数配分規定の合

は5倍前後で推移してきたが、最高裁は、その都度不均衡是正のための努力を促したものの、違憲(違憲状態の確認を含む)判断は行わなかった。しかし、平成24年大法廷判決¹⁰⁾は、定数配分規定を違憲とは判断しなかったが、『参議院議員の選挙であること自体から直ちに投票価値の平等の要請が後退してよいと解すべき理由は見いだし難く、都道府県が政治的に一つのまとまりを有する単位として捉え得ること等の事情は数十年間にわたり投票価値の大きな較差が継続する理由としては十分なものとはいえない』として、都道府県をベースにした定数配分の限界を指摘した。

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

⑤ 平成26年大法廷判決の警告

だが、平成25年通常選挙については、平成26年大法廷判決が次のような

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

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

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

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

判断を示している¹¹⁾。

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

として、一歩踏み込んだ「提言」を行うまでに至ったのである。これは、昭和58年判を決実質的に変質させる説示であった。判決に関わった、千葉裁判官は、これを「国会に対し早期の是正の責務を生じさせるもの」との理解を示している¹²⁾。問題となった国家行為の憲法適合性の判断ではなく、他の国家机关に対する要望、もしくは義務の存在を確認することも裁判所の権限に属するといっているのである。この理解に従うと、次に争われる定数訴訟は、この責務が十分果たされたかを問題とすることになる。これはまた、

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

12) 千葉勝美「違憲審査 その焦点の定め方」(2017年) 151頁。

参議院定数不均衡¹³⁾をめぐる最高裁大法院令和2年11月18日判決について(一)(橋本)

後に述べるような「審査基準の主観化」につながる考え方でもあった。

◎ 平成27年公職選挙法改正と「合区」の導入

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

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

◎ 平成29年大法院判決

平成27年改正に対しては、平成29年大法院判決が判断を下している。同判決は、合区というこれまでにない選挙手法が争点となった点でも注目された。同判決は、おおむね次のような説示を行った¹⁴⁾。

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

具体的な選挙制度の仕組みを決定するに当たり、一定の地域の住民の意思を集約的に反映させるといふ意義ないし機能を加味する観点から、政治的に一つのまとまりを有する単位である都道府県の意義や実体等を一つの要素として考慮すること自体が否定されるべきものであるとはいえず、投票価値の平等の要請との調和が保たれる限りにおいて、このような要素を踏まえた選挙制度を構築することが直ちに国会の合理的な裁量を超えるものとは解されない。

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

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

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

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

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

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

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

はまったく異なっているのではないかとの疑問は消えない¹⁴⁾。仮に最高裁の判断枠組みが変更されたのであれば、このような姿勢の妥当性が問われる。結論に合わせて枠組みを変えたと評されてもやむを得ないところがある。

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

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

(2) 最高裁令和2年11月18日大法廷判決

① 争点

令和元年7月21日施行の参議院議員通常選挙（以下「本件選挙」という。）について、東京都選挙区はか40選挙区の選挙人である上告人らが、公職選挙法14条、別表第3の参議院（選挙区選出）議員の議員定数配分規定が憲法に違反し無効であり、これに基づき施行された本件選挙の上記各選挙区における選挙も無効であると主張して提起した選挙無効訴訟が本件である¹⁵⁾。

② 判旨

(ア) 多数意見

多数意見はまず、次のような述べ、これまでの判断枠組みを維持するこ

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

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

とを明らかにしている。

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

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

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

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

制度にいかんにか反映させていくかという点を含め、国会の合理的な裁量に委ねられており、参議院議員につき衆議院議員とは異なる選挙制度を採用し、国民各層の多様な意見を反映させて、参議院に衆議院と異なる独自の機能を発揮させようとすることも、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。

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

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

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

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

れておらず、同法の審議において、参議院選挙制度改革について憲法の趣旨にのっとり引き続き検討する旨述べる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がたく……憲法の趣旨等との調和の下に投票価値の平等が実現されるべきことは平成29年大法院判決等でも指摘されているのであるから、立法院においては、今後も不断に人口変動が生ずることが見込まれる中で、較差の更なる是正を図るとともに、これを再び拡大させずに持続していくために必要となる方策等について議論し、取組を進めることが求められているところ、上記のような平成30年改正において、こうした取組が大きな進展を見せているとはいえない。

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

前記のような平成30年改正の経緯及び内容等を踏まえると、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……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、立法院の検討過程において較差の是正を指向する姿勢が失われるに至ったと断ずることはできない。

以上のような事情を総合すれば、本件選挙当時、平成30年改正後

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

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

(イ) 個別意見

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

(1) 三浦守裁判官意見

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

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

19) 斎藤一久・前掲注11)・57頁。

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) 草野耕一裁判官意見

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

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

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

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

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

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

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

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

(3) 林景一裁判官反対意見

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

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

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

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

(4) 宮崎裕子裁判官反対意見

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

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

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

また、「合区」についても厳しい指摘がなされている。

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

要するに、「平成30年改正は、平成24年大法院判決が要請していた都道府県単位選挙区制の抜本的な見直しの成果とはいえず、基本的に、その制度の基本構造を維持し、継続するものであって……国会が出した『結論』は、平成24年大法院判決が指摘した制度の構造の抜本的な見直しに本格的には手を着けずに問題を先送りするというものであったと評価するほかない」というのである。ただし、宮崎裁判官もまた、選挙の効力については事情判決の手法を用いて、「選挙を無効とする旨の判決を求める請求を棄却す

るとともに、判決本文において上記選挙の違法を宣言するに止めるべきである」と結論付けている。

(5) 宇賀克也裁判官反対意見

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

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

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

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

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

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

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

決して狭くないと考える」。

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

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

ただし、違憲判決の効力として選挙を無効にするかについては、「現時点では違憲を宣言する判決にとどめて、国会の対応を期待し、もはやそのような判決では実効性がないことが明確になれば、無効判決への対応の仕方」も示して無効判決を出すという過程を経ることが適切であると考ええる。」

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

(本学法学部教授)

論 説

参議院定数不均衡問題をめぐる最高裁大法廷
令和2年11月18日判決について (二)

——裁判所と国会、国民との対話——

橋 本 基 弘

論 説

参議院定数不均衡問題をめぐる 最高裁大法廷令和 2 年11月18日判決について(二)

——裁判所と国会、国民との対話——

橋 本 基 弘

はじめに——視 点

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

2. 参議院議員定数不均衡訴訟における裁判所と国会の対話

(1) 審査基準

① 判断の枠組みとは何か

(ア) 二段階審査論

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

参議院議員定数不均衡訴訟においても, 裁判所は①最大較差が憲法上許

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

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

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

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

20) 工藤・前掲注15)、523頁、上田健介・前掲注14)、152頁。

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

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

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

(イ) 審査の水準

(a) 平等原則の考え方

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

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

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

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

(b) 参議院の役割論

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

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

22) 工藤・前掲注15)、519頁。

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

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

25) 工藤達郎「判例批評」民商法雑誌154巻3号126頁(2018年)。

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

(c) 昭和58年大法院判決の先例としての価値

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

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

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

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

もちろん、単一国家における上院の位置づけには様々な形があってもよいはずで、昭和58年大法院判決のような理解も十分成り立つところではある²⁹⁾。それは国会における制度選択の結果であって、裁判所が口出しをする事柄ではないのかもしれない。しかし、日本国憲法の規定は、衆参両院を区別することなく、平等選挙を要請している。議論としては、平等選挙の要請を満足させる限度で上院の位置づけを定めるという方向でなければ

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

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

参議院定数不均衡問題」に関する最高裁大法院令和2年11月18日判決について(二)(橋本)

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

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

② 判断の姿勢

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

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

30) 千葉勝美・前掲注12), 151頁。

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

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

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

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

(イ) 令和2年判決におけるとらえ方

では、本判決はこの警告をどうとらえたのであろうか。次の説示からす

32) 上田健介・判例時報2377号151頁。

33) 佐々木・前掲注2)、148頁以下参照。

ると、ここでもまた、「判断基準の主観化」が顕著に現れている。

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

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

たしかに、5倍前後あった最大較差が3倍前後まで縮小したことは大きな進歩であるといわなければならない。だが「大きな進展を見せているとはいえない」との表現からは、さらに較差是正の努力を求める姿勢が明確に読み取れる。では、最終ゴールはどこか。本判決で問題となった選挙(令和元年7月21日施行)時には、最大較差が3,00倍であったから、ここがゴールだととらえられてもやむを得まい。「最大較差1対3は合憲であるが、さらに努力をしてほしい」ということなのだろうか。平成29年判決と同様、「警告判決」が取られなかったことと相まって、令和2年判決もまた「[抜本的な見直し]への動機づけを弱めさせることに繋がらないか」³⁴⁾危惧を覚える。較差が縮小したといっても、まだ3倍の差が残っている。ある有権者には他の有権者より3倍の価値をもつ投票権が与えられているという

34) 上田・前掲注32)。

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

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

(ウ) 合区のとらえ方

最高裁は、平成26年判決の中で「上記の都道府県の意義や実体等をもつて上記の選挙制度の仕組みの合理性を基礎付けるには足りなくなっているものといわなければならない」として、制度の抜本的見直しを求めている。その結果採用された「合区」制度については、平成29年判決が「具体的な選挙制度の仕組みを決定するに当たり、一定の地域の住民の意思を集約的に反映させるという意義ないし機能を加味する観点から、政治的に一つのまとまりを有する単位である都道府県の意義や実体等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。」と評価したことをどうとらえるのか理解に苦しみところがある。

もちろん、本件で問題となった選挙は「合区」の手法だけではなく、定員の増減によって、全体として較差の是正を図るものではあった。その意味で、平成29年判決もまた本判決も「合区」そのもののへの評価を中心に置いたものではない。しかし、「合区」される側に立ったとき、「人口の少ない県だけを対象とした弥縫策に過ぎない」との印象は否定できないのではなからうか³⁶⁾。あるいは、将来的にも「合区」手法によって抜本的な改正が図られることの芽を摘み取ったのかもしれない。たしかに複数の

都道府県にまたがり、その境界線を越えて選挙区を構成することは「合区」の発展形であることも否定できないであらう。しかし、そのような改正が志向されていたとしても、今ここで問題となっているのは、特定4県のみに適用される「合区」であることを忘れてはならない³⁷⁾。まさに「辻褄合わせ」。「帳尻合わせ」の感が否めないのである³⁸⁾。

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

35) 松本和彦・前掲注14)、123頁。

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

37) 拙稿「帳尻合わせ 根本的議論を」徳島新聞2015年8月6日。

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

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

(2) 裁判所と国会の対話

① 制度論と人権論

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

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

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

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

② 判断基準の主観化

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

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

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

司法部と立法部の間で行われる対話には、「抑制型」と「協働型」があるといわれる⁴¹⁾。この区別に従うと、本判決は、「協働型」に分類できるかもしれない。平成24年判決での「警告」を受け、国会が較差是正を滞りなく進めているかどうかを裁判所が見守っているともいえるか。自由権侵害が争われる事例とは異なり、制度を前提として、制度の改変によらなければ救済が図れないケースでは、「協働型」対話が有効な場合もある。

だが、このようなウエイトのおき方の変化は、また別の問題を引き起こす。定数不均衡訴訟における「救済」が見えにくくなってしまっている。定数不均衡訴訟の目的は、個別の選挙権あるいは個別の選挙における較差の是正ではなく、選挙制度全体のシステムに移行しているため、裁判所に求めた答えと裁判所が出す答えが食い違っているように思える。

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

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

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

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

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

③ 国民との対話

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

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

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

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

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

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

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

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

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

④ 裁判所の判断 (reason) と国会の判断 (reason)

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

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

する」ことが求められている⁴⁴⁾。国会には、なぜそのような制度を採用するのかを理由をもって審議を行い、その理由を国民に示す義務がある。裁判所には、そのような理由に基づいて国会が一定の制度を採用したことに合理性があるのかどうかの判断が求められる。これは、ジョセフ・ラズのいう「第一次秩序 (the first order)」と「第二次秩序 (the second order)」の関係から両者の「熟慮 (deliberation)」の関係を説く考え方でもある⁴⁵⁾。

通常のケースでは、立法府が行った立法行為には合理性があるとの前提に立ち、明白な裁量権の逸脱濫用が観られない限り、第二次秩序の判断には肯定的な答えが出されるであろう。だが、民主過程そのものが問われている定数不均衡訴訟のようなケースでは、この判断は当てはまらない。定数不均衡訴訟が裁判所に求めているのは、民主過程そのもののゆがみは是正であって、国民が聞きたいのは、その答え以外にはない。裁判所は国会とは対話しているが、国民には背を向けていないだろうか。宇賀裁判官反対意見は、この点を鋭く指摘している。

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

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

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

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

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

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

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

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

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

おわりに——展望

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

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

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

(本学法学部教授)

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

50) Alison L. Young *supra* 223.

最高裁判所大法廷 御中

令和 5 年 10 月 6 日

「一票の重み」は人権であり、かつ統治でもある

専修大学法科大学院教授 棟居 快行

1 衆議院および参議院の議員定数につき、投票価値をめぐる「一票の重み」の意味するところを、以下に私見なりの浅い理解のかぎりで述べたく存じます。

2 これまで「一票の重み」の意味するところにつき、憲法研究者の末席に位置する私としては、有権者国民一人一人の人権としての「平等選挙権」の問題であると考えてきました。

3 すなわち私としては、日本国憲法 14 条 1 項の平等保障、同 15 条 1 項の「国民固有の権利」としての公務員の選定罷免権、同条 2 項の公務員の「全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない」という位置づけだけをみて、「平等選挙権」を、もっぱら人権としての憲法上の規定であると考えてまいりました。

4 この点につき、日本国憲法 14 条と 15 条を合わせて、いわゆる「平等選挙権」、すなわち人権としての「一票の重み」を捉えることは、条文の立ち位置に忠実な憲法解釈として、改める必要はないと考えます。

5 しかしながら、同 15 条の選挙権の条項が、日本国憲法第三章「国民の権利及び義務」に条文を有しているからといって、ただちにもっぱら人権として平等選挙権を理解すべきであるという必然性は、もとより生じません。

6 この事柄は、選挙権が国民一人一人の権利であると同時に、公務でもあるという、当然の前提了解からも、認めうる次第であります。

7 以上の次第により、冒頭にも記しましたように、「一票の重み」は人権であり、かつ統治でもある、と思うに至りました。

8 当然のことながら、統治という視点から改めて「一票の重み」を考えますと、以下の条文がその中心をなすと思うと存じます。

9 すなわち、日本国憲法は「第四章 国会」の 43 条 1 項で「両議院は、全国民を代表す

る選挙された議員でこれを組織する」とし、つづいて同 44 条は、「両議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める。」としております。

10 これらの統治の条文においては、国民代表である国会議員は、日本国憲法 43 条 1 項が「両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する」と述べられていますが、これはもとより人権の条文である日本国憲法 14 条、15 条と、いわば表裏として、一体をなしていると言い得るところであります。

11 いうまでもなく、選挙によって国民代表と見なされることが可能なほどに、衆議院の小選挙区および参議院の選挙区ごとの投票価値が、実質的に平等でなければなりません。

12 この事柄からは、「一票の重み」が、投票価値における平等不平等の判断を、1 対 2 を基準として捉えるよりも、むしろ、1 人 1 票の実質的実現として、1 対 1 を基準としなければ、「全国民の代表」と言えないことが、明白な事実となると存じます。

13 憲法原理の根源的論点であるところの国民主権の行使の方法として、代表民主制と直接民主制とがあり、直接民主制を取り込んだ代表民主制として、半代表という言い方もあります。

14 しかしながら、国民主権・国民代表を前提とするかぎり、投票価値の平等は、直接民主制の場合だけの要請ではなく、代表民主制や半代表制であっても、当然に、1 対 1 の投票価値の平等でなければならないと、思われます。

15 この観点から今一度、投票価値の平等について違憲判決を下した昭和 51 年 4 月 14 日の最高裁大法廷判決を読みますと、すでに以下のように述べておられます。

16 すなわち同判決は、①「およそ選挙における投票という国民の国政参加の最も基本的な場面においては、国民は原則として完全に同等視されるべく、」…②「このような平等原理の徹底した適用としての選挙権の平等は、…各選挙人の投票の価値…においても平等であることを要求せざるをえない」、と述べ、違憲判決を下されたわけです。

17 同判決①は、国民主権の国民が、国民代表であるところの議員を、選挙で投票することは、国民の「国政参加」そのものであること、それゆえに、国民間の「完全な同等」が必要であることを、述べておられます。

18 同判決②は、①の国民間の「同等視」を、「平等原理」と言い表しました。

19 そして同判決の②は、国民間の同等視、すなわち国民間の平等原理から、選挙権の平等を導き、しかも、選挙権の平等は「投票価値の平等」をも要請する、と帰結したわけです。

20 以上の判例理論からすれば、投票価値の平等は、1対1の要請を意味することに他ならないと、思われます。

21 その際に、同判決は、右の①で、国民主権や国民代表から理屈だてを出発しておられます。

22 この事柄からいたしますと、有権者の投票価値の平等は、あくまで右の②の選挙人（すなわち有権者）の段で言われている、一つの結果の論でありまして、そのためには、その前提としての①が重要であると思われます。

23 要するに、昭和51年判決は、国民主権、およびその民主主義における具体化としての代表民主制から論をなし、違憲判決を導かれたものにほかなりません。

24 同判決を拝読しますかぎり、「一票の重み」は人権でありますとともに、統治でもあることとなりましょう。同判決に従いますと、初発の論点は日本国憲法の統治の仕組みにこそある、と考えざるを得ないと、思う次第です。

(以上)