

参議院「一票の格差」「違憲状態」判決について

櫻井智章

一 はじめに

- (1) 本稿の目的と概要
- (2) 本判決の概要

二 最大格差

- (1) 従来の判例との関係
- (2) 最大格差の問題か？
- (3) 違憲の主観化

三 合理的期間

- (1) 合理的期間論
- (2) 違憲警告判決
- (3) 次回通常選挙

四 おわりに

- (1) 「首尾一貫性」の要請としての
《読み替え》の可能性
- (2) 法改正の行方

「常に善を欲し、常に悪を為す、
あの力の一部です。」

一 はじめに

(1) 本稿の目的と概要

本稿は、最高裁判所平成二四年十月一七日大法院判決⁽²⁾（以下「本判決」という）について検討を加えるものであるが、単なる判例評釈ではなく、評釈の域を超えた内容になった個所もあることを最初に断っておかなければならない。

本判決は、参議院の《一票の格差》問題⁽³⁾について《違憲状態》との判断を下し、前年の衆議院についての「違憲状態」判決（最大判平成三三年三月二三日民集六五卷二号七五五頁、以下「平成二三年判決」という）と併せて、衆参ともに「違憲状態」という事態に至ったということで、新聞等でも大きく扱われた判決である。重要な判決であることは疑いの余地がないが、従来の判例との整合性や違憲判断のあり方など、検討すべき事柄は多いと思われる。今後多くの判例評釈が公表されることが予想されるが、本稿筆者なりの問題関心から、本判決について検討を加えてみるものである。

《一票の格差》問題については、リーディングケースである最大判昭和五一年四月一四日民集三〇卷三号二三頁（以下「昭和五一年判決」という）以来、①投票価値の不平等、②是正のための合理的期間の経過、という二つの要件がそろって初めて憲法違反（違憲）と判断する、という判例法理が確立している。従って、本稿では、衆参の相違も念頭に置きつつ、まず投票価値の不平等（最大格差）の問題について検討し（二）、次いで合理的期間に関する問題について扱う（三）。最後に、参議院議員選挙法のあり方に関する議論に対する本判決の影響について検討することによって締めくくることがする（四）。本来、判例評釈であれば、通例の書式に従って、「事案の

概要」「判決の要旨」「評釈」の順に記述すべきものとも思われるが、「事案の概要」については、従来の一連の訴訟と顕著な相違があるわけではないので省略する。「判決の要旨」についても、膨大な量があるので、以下に概要のみを簡略にまとめるにとどめて大幅に省略し、本文中で適宜引用することとする。

(2) 本判決の概要

本判決では、「1」の部分で本件訴訟の内容が、「2」の部分で、原審の認定した事実として、参議院議員選挙法の改正経緯が、最大格差やそれに対する最高裁判決も含めて書かれている。その上で「3」の部分で、参議院に関するリーディングケースである最大判昭和五八年四月二七日民集三七卷三号三四五頁（以下「参議院昭和五八年判決」という）以降の一連の諸判例の「趣旨」として、『一票の格差』問題に対する一般論が述べられる。もともと、「昭和三二年の参議院議員選挙法及び同三五年の公職選挙法の制定当時において、このような選挙制度の仕組みを定めたことが、国会の有する裁量権の合理的な行使の範囲を超えるものであったということはできない。しかしながら、社会的、経済的変化の激しい時代にあつて不断に生ずる人口変動の結果、投票価値の著しい不平等状態が生じ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、国会の裁量権の限界を超えると判断される場合には、当該議員定数配分規定が憲法に違反するに至るものと解するのが相当である」と述べる件は、従来の判例に沿った表現を残しつつも、近時の最高裁判例に特徴的な判断方法（制定当初は合憲だった法律が、その後の事情の変更によって違憲になるという判断方法⁽⁴⁾）に引きつけたものと解する余地がある。

以上の一般論に続いて、「4」の部分で、平成三二年七月二一日施行の参議院議員通常選挙（選挙区）における『一票の格差』問題が検討される。その上で、一対五という最大格差について、「投票価値の不均衡」は「もはや

看過し得ない程度に達しており、これを正当化すべき特別の理由も見いだせない以上、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていたというほかはない」との判断が下される。もつとも、その理由は、「4」の(1)から(3)で様々な事情が述べられたうえで、「これらの事情を総合考慮すると」というだけであり、なぜそのような判断になったのかは全く判然とせず、検討を要する課題となっている。ただし、「4」の(2)の部分で、従来の諸判例において各種の個別意見で述べられていた見解をも採り入れて、参議院昭和五八年判決から距離をとろうとしていることは少なくない意味を持つであろう。

他方、このような《違憲状態》との判断に続いて、「本件選挙までの間に本件定数配分規定を改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えるものとはいえず、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ではない」との判断が下される。その理由として、最大判平成二年九月三〇日民集六三卷七号一五二〇頁（以下「平成二年判決」という）による問題の指摘が選挙の約九か月前のことであり、同判決の中で選挙制度の仕組み自体の見直しには相応の時間を要すると述べられていたこと、参議院において平成二年判決の趣旨を踏まえて制度改革に向けての検討が行われていたこと「などを考慮すると」と述べられている。この点も検討を要する課題である。

以上のように「憲法に違反するに至っていたということではない」との結論が採用されながらも、続く「5」の部分で、「単に一部の選挙区の定数を増減するにとどまらず、都道府県を単位として各選挙区の定数を設定する現行の方式をしかるべき形で改めるなど、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを内容とする立法的措置を講じ、できるだけ速やかに違憲の問題が生ずる前記の不平等状態を解消する必要がある」と改正の必要性が指摘されている。

最後に、「6」の部分で、「本件定数配分規定が本件選挙当時憲法に違反するに至っていたということはできないとした原審の判断は、結論においては認めることができる」として、上告棄却という結論になっている。

二 最大格差

(1) 従来判例との関係

本判決は、傾向としては、「厳格な評価」がされるようになったと位置づけられている近時の三つの判例、即ち、最大判平成一六年一月一四日民集五八卷一号五六頁（以下「平成一六年判決」という）、最大判平成一八年一〇月四日民集六〇卷八号二六九六頁（以下「平成一八年判決」という）、及び平成二二年判決の延長線上に位置するものであることは間違いないが、《違憲状態》という判断を下したという点において、これらの判例とはやはり質的に異なると言わなければならない。

本判決で最も注目を集めると予想されるのは、一対五という最大格差で「投票価値の不均衡」が「看過し得ない程度に達して」いる、とした点であろう。本稿でもまずこの点から検討することとする。

従来、参議院については、一対五・八五で「合憲」との判断⁽⁶⁾、一対六・五九で「違憲状態」との判断⁽⁷⁾が下されており、最高裁は一対六を目安にしているのではないかと一般に考えらえ（て批判され）てきた。実際、リーディングケースである参議院昭和五八年判決（一対五・二六）をはじめとして、従来の判例においては、五倍を超えても「合憲」（「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたとするには足らない」⁸参議院昭和五八年判決）と判断されてきたところである。したがって、従来の諸判例との整合性が問題とされなければならぬ。

もつとも、衆議院についても、従来は一對二・九二で「合憲」との判断、一對三・一八で「違憲状態」との判断⁽⁹⁾が下されており、一對三を目安にしているのではないかと一般に考えられ（て批判され）てきたが、平成三年判決においては「違憲状態」との判断が下されている。しかし、この点については、選挙制度の大幅な改革（平成六年）、更に最大格差が二倍以上にならないようにすることを立法者自身が定めた衆議院議員選挙区画定審議会設置法三条一項の存在（「立法者の自己拘束の論理」⁽¹⁰⁾）により、従来⁽⁸⁾の先例との相違を説明することは可能であると考えられる。

それに対して、参議院については、どのような説明が可能であろうか。本判決においては、「平成一六年、同一八年及び同二年の各大法廷判決において……投票価値の平等の観点から実質的にはより厳格な評価がされるようになってきたのも、較差が五倍前後で推移する中で……長年にわたる制度と社会の状況の変化を反映したものにほかならない」と指摘されている（以下【説明】と表記する）。本判決もその延長線上に位置づければ、ここに最高裁判所が厳格な判断に踏み切った理由が表明されていると考えるべきであろう。

この【説明】と、その少し前に述べられた「国会の合理的な裁量に委ねられているところであるが、その合理性を検討するに当たっては、参議院議員の選挙制度が設けられてから六〇年余、当裁判所大法廷において……基本的な判断枠組みが最初に示されてからでも三〇年近くにわたる、制度と社会の状況の変化を考慮することが必要である」とを併せ読むと、「制度と社会の状況の変化」が重要な役割を果たしている⁽¹¹⁾と理解することができる。そうした「制度と社会の状況の変化」として、本判決が「4 (1)」の箇所⁽¹²⁾で明示的に指摘している事情は、次の二点（あるいは三点）である。これが従来⁽¹³⁾の判例との相違を説明する十分な理由となり得るか、以下順次検討する。

①選挙制度の変遷による衆参選挙制度の類似性

参議院昭和五八年判決以来、『参議院の独自性』ということで、「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、衆議院よりも大きな格差が是認されてきたが、平成六年の衆議院議員選挙法の改正の結果、衆参の選挙制度が類似したもの（「同質的な選挙制度」＝本判決）となり、衆議院と対比して、参議院について投票価値の平等（人口比例）の要請を緩和する根拠が薄弱となった、という論拠が挙げられる。

そもそも衆議院に関する改正によって、参議院に対する最高裁判所の判断のあり方が変化するというのは奇妙な印象を与えるものである。しかし、『参議院の独自性』ということで、両院議員の選出方法を異ならせることによって両院制の趣旨を活かそうとし、参議院議員（選挙区選出議員）に事実上都道府県代表としての意味を持たせることを是認し、その結果生じる大きな格差についても是認してきたのである。両者が類似したものとなってくれば、そのような参議院議員の選挙制度を維持し続けることの合理性が失われるというのは、ありうる論拠であると考えられる。実際、「国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由」として、平成二年判決においても例示的に掲げられていた「参議院の独自性」という表現が本判決からは消え、むしろ「参議院議員の選挙であること自体から、直ちに投票価値の平等の要請が後退してよいと解すべき理由は見いだし難い」と述べられているところである。

しかし、この論拠では、厳格な態度を示しつつも一対五・〇六で合憲と判断した平成一六年判決、一対五・一三で合憲と判断した平成一八年判決との相違を説明することはできない。また、平成二三年判決の位置づけも問題となりうる。平成二三年判決と本判決を都道府県の憲法的意義を低く評価するという連続性の面で理解するこ

とも可能である。しかし、両院議員の選出方法を似たものとする一因でもあった一人別枠方式を平成二三年判決が否定したことは、むしろ《参議院の独自性》を復活させる方向に有利に働く変化であると言える⁽¹⁾ことのできるものである。

②政治状況の変化による参議院の役割の増大

法廷意見においても各種の個別意見においても、従来とは異なり、参議院の役割が増大したことが述べられている。増大した役割に見合うだけの強い民主的正統性が要請されるようになった、という論拠である。

衆参ともに自民党が多数を制していた時代とは異なり、俗に「ねじれ国会」と呼ばれる事態が常態化している近時の政治状況において、参議院の役割が従来とは異なっていることは確かである。しかし、そうした変化は憲法や憲法附属法の改正によってもたらされたものではなく、完全に政治状況の変化によるものである。そして、このような政治状況は、本来的に憲法が当然に想定している事態であると言わなければならない（そもそも政權交代もなく衆参ともに同一の政党が多数を占め続けるという事態の方が想定外であると言わなければならない）。そうであるとするならば、衆議院と「ほぼ等しい権限」（本判決）を有する《強い参議院》という指摘自体は尤もであるとしても、変化の指摘として述べられているならば、最高裁判所が従来は参議院の役割を軽視していたとも受け取ることのできる、むしろ問題を孕む見解であると言わざるを得ない。

②衆議院で較差が二倍未満となることを基本とする旨の区割りの基準が定められたこと

これが重要な変化であるかは疑わしい。そもそも設けられたのは平成六年のことであるし、しかも衆議院に関してである。投票価値の平等に関する「国民の意識の変化」などという趣旨であるならば、もはや検証も反証もしようがない。この変化に意味を見出そうとすれば、次のような見解が考えられる。即ち、従来、参議院に關す

る最大格差の許容限度は衆議院の二倍と考えられていた（衆議院…一対三、参議院…一対六）。衆議院が一対二未満にまで引き下げられた以上、参議院も二倍の一対四未満となった、という見解である。この見解は、現行制度の枠内では最大格差を四倍未満に抑えることはできないのであるから「現行の選挙制度の仕組み自体の見直し」が必要になってくる、という説明を可能にするので一見もつともらしく見える。しかし、平成六年以降の合憲判決との相違を説明できるのか、という問題もさることながら、そもそも理論的には何ら根拠のない見解を最高裁判所が採用したと理解すべきであろうか。更にその前提として、衆議院について投票価値の平等を国会自身が重視している以上、「同質的な選挙制度」で「ほぼ等しい権限」を有する参議院についても投票価値の平等を重視すべきだということであるならば、①及び／又は②に還元可能なものであるように思われる。③とせずに②とした所以である。

以上①②（及び②'）はともに、それ自体としては尤もな論拠であるとしても、従来の判例との相違を直接的に説明するだけの十分な理由とは言い難い。平成二三年判決においては、一人別枠方式を激変緩和措置と位置づけ、新しい制度の定着・安定的運用という変化を指摘することによって従来の合憲判断と矛盾をきたすことなく『違憲状態』という結論を導いた。本判決も、それに倣って前掲①②（及び②'）の変化を指摘することによって従来の合憲判断と矛盾をきたすことなく『違憲状態』という結論を導こうとしたのだとすれば、それは成功しているとは言いがたい。従って、平成二三年判決と同様の手法は採られていないと考えるべきであろう。そこで、明示的には述べられていない「変化」をも探求して、判例を合理的に読解することが採られるべき方途であると考えられる。そうした「変化」として、次の三点（③④⑤）が考えられうる。

③ 最高裁判所の態度の変化

近時の判例の動向に鑑みれば、『一票の格差』問題に対する最高裁判所の態度が厳しいものに変わった、という点を重要な変化として挙げることに異論はないであろう。本判決も、平成一六年判決・平成一八年判決・平成二一年判決について、「判断枠組み自体は基本的に維持しつつも、投票価値の平等の観点から実質的にはより厳格な評価がされるようになってきた」と指摘しており、藤田宙靖も最高裁の「変化の胎動」の「代表例」として、この『一票の格差』問題を挙げているところである。⁽¹³⁾

しかし問題は、言うまでもなく「なぜ態度が変わったのか」ということである。この点では、投票価値の平等を重視する各種の個別意見や下級審の諸判例の存在も「伏流水」⁽¹⁴⁾として無視することはできないかもしれない。

実際、本判決においては、都道府県の位置づけ等のように、従来の判例において各種の個別意見で述べられていた見解が採用されている個所も存在するのである。また、近時の最高裁判例における「違憲審査の活性化」が語られ、その背景として司法制度改革の影響が指摘されることがあるように、「立法・行政に対する司法のチェック機能の充実・強化の必要」を説いた司法制度改革の影響も考えられる。とはいえ、こうした問題は検証が不可能とまでは言わないとしても著しく困難なものであり、本稿ではこれ以上立ち入らない。

④ 人口の都市部偏在の常態化⁽¹⁵⁾

参議院昭和五八年判決以来、不断に生ずる人口変動を（いつ）どのような形で選挙制度に反映させるか、についても国会の裁量に委ねられてきた。今後の人口変動が予測できない過渡期の段階では、「政治における安定の要請」を考慮して、特に参議院においては「国民の利害や意見を安定的に国会に反映させる」ために「長期にわたって固定」すること、即ち是正措置を講じないことも合理的な立法政策と評価できたかもしれない。しかし、「人

口の都市部への集中による都道府県間の人口較差の拡大が続き」人口の都市部偏在が恒常化した段階においては、もはや常態化した格差を放置することは許されない、という論拠である。実際、本判決においても、「長期にわたって固定」することも許されるという従来の判例理論について「ほぼ一貫して人口の都市部への集中が続いてきた状況の下で、数十年間にもわたり投票価値の大きな較差が継続することを正当化する理由としては十分なものとはいえなくなっている」と述べられているところである。

⑤立法者の怠慢

近時の最高裁判決（平成一八年判決、平成二一年判決）において改正を要請する判断を下していたのにもかかわらず、立法者が真摯な対応を怠ってきたことが、本判決の《違憲状態》という判断につながったという見解である。実際、本判決においては、「前回の平成一九年選挙についても、投票価値の大きな不平等がある状態であって、選挙制度の仕組み自体の見直しが必要であることは、平成二一年大法院判決において特に指摘されていたところである。それにもかかわらず、平成一八年改正後は上記状態の解消に向けた法改正は行われることなく、本件選挙に至ったものである」（強調は引用者）という事情が重要な考慮要素とされているのである。

もっとも、これら③④⑤の理由も、本判決において《違憲状態》との判断が下された説明としては、あり得る説明だとしても、五倍の格差でも「合憲」と判断してきた従来の判例（特に、厳格な態度を示しつつも一対五・〇六で合憲と判断した平成一六年判決、一対五・一三で合憲と判断した平成一八年判決）との相違を説明しうるかは、なお検討を要する課題である。ここでは一旦視点を変えてみることにする。

(2) 最大格差の問題か？

五倍の格差でも「合憲」と判断してきた従来の判例との相違を説明しうるのか。判例を整合的に理解しようと

すれば、次の二つの方向性があり得る。

(a) 黙示的な判例変更が行われた

黙示的な判例変更が行われ、格差に関する数値的な限界が厳格化された、という考え方である。この見解によれば、基準がどこまで引き下げられたのか（一対五までか、それとも①②で見たように一対四までか）という問題も重要であるが、この点と関連して、いつ引き下げられたのか、という問題も、判例を整合的に理解するためには検討が求められる。判例変更は本判決で行われたのか、それより以前に既に行われており実質的には違憲状態との判断が下されていたと考えるべきなのか（この問題は「合理的期間（相当期間）」の判断にも関わってくる）。平成一六年判決以降指摘されている評価の「厳格」化の意味内容も含めて検討が必要とされるであろう。

このような見解もありうると考えられるが、本判決はあくまで従来判例について「基本的な判断枠組みとしてこれを変更する必要は認められない」と述べているのであるから、別の説明が可能であるならば、そちらを追求すべきであると考えられる。

(b) 最大格差は決定的ではない

先の【説明】においても「較差が五倍前後で推移する中で」と、「五倍」という最大格差に関する数字が登場している。しかし、そこである「五倍」という数字に大きな意味はないのではないかと、という考え方である。即ち、本判決においても、「五倍前後」の格差という点よりもむしろ、そのような格差が「長期にわたって継続」してきただけにもかかわらず立法者が改正を怠っていたという点にポイントがあったのではないかと、という理解である。

この(b)の観点から本判決を理解すると次のようになる。即ち、選挙制度の構築は国会の合理的な裁量に委ねられる。そして「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」、結果として生じた大きな格差も是認さ

れてきた。しかし、「制度と社会の状況の変化」(前掲①②)により、当初は合理性を有していた現行の選挙制度も、もはや合理性を喪失している。こうした合理性を喪失した選挙制度の下での大きな格差は是認し得ない。

何倍が「大きな格差」であるかを理論的に確定することはできないとしても、五倍が大きな格差であることには疑いの余地がない。このような格差を是正しないという選択肢もはや許されない(同④)。そして、この格差は現行制度の微修正では是正できない以上、「選挙制度の仕組み自体の見直し」が必要となってくる。その旨の指摘を平成一八年判決・平成二一年判決において行っていたにもかかわらず、立法府が真摯な対応を怠ってきた(同⑤)。故に、《違憲状態》という判断に至ったのである。

以上のように考えれば、最大格差は大きな役割を果たしていない、という観点から本判決を理解することが可能である(平成一六年判決以降の評価の「厳格」化の内実も、現行選挙制度の合理性に疑問を呈することになった点に求められる)。そして、「合憲」との判断を下してきた従来の判例と異なる決定的な点は前掲⑤、即ち最高裁が改正を要請したにもかかわらず立法府が真摯な対応をしなかったという点だということになる。

こうした視点から回顧的に眺めれば、従来の判例においても、決定的であったのは、最大格差が何対何になったかという点よりも、立法府が是正のための努力をしたか、それとも漫然と放置していたか、といった立法者の姿勢ではなかったのか。問題とされていたのは、最大格差ではなく立法者の態度ではなかったのか。このように理解するならば、従来の判例とも整合的に理解することが可能になるのではないか。¹⁷⁾

従来《一票の格差》問題においては、何対何までなら合憲か、というかたちで最大格差が中心的な問題として扱われてきたことは事実である。実際、最高裁の一連の判例の結論から一応の目安(先述のように、衆議院で一对三、参議院で一对六)を読み取り、それに対して「一对二」等の基準を対置して、主として批判されてきたと

ころである。また、各種の個別意見においても数値的な基準を掲げようとする見解が表明されてきたし、調査官解説においても重要な論点として扱われてきた。最高裁が明確な基準を示さないことが批判されることも、しばしばであった。

しかしながら、最高裁自身が「何対何までなら合憲」という数値的な基準を明示的に示したことはない、という事実は、既知のこととはいえ、やはり改めて指摘する価値がある。従来の判例においても、最大格差の問題は実は大きな役割を果たしていなかったのではないか、といった視角から捉えてみると、それに相応しい読み方も可能になってくる。昭和五一年判決をはじめとする一連の判例は、非常に懐の深いものである。

そもそも合憲性の基準を、(例えば何対何を超えれば違憲という形で)数値化すること自体の問題は古くから指摘されてきたのである。即ち、そのようなことをすれば、立法者は平等を実現することよりも、数値化された基準内に収めることに励むようになる、という問題である。⁽¹⁸⁾日本の歴史を見れば、まさにその通りになったと言わざるを得ない。今回についても、抜本的改革ではなく、衆議院について〇増五減、参議院について四増四減という、とりあえず違憲状態を解消するための弥縫策が検討されている(そして実際に衆議院解散直前に成立した)⁽¹⁹⁾ことが、その証左である。最高裁が明言したわけでもないにもかかわらず、最大格差の問題こそが重要問題であるかのように扱ってきた結果、このような事態を招いているとしたら、皮肉なことであると言わざるを得ない。⁽²⁰⁾

(3) 違憲の主観化

他方で、問題とされていたのは最大格差ではなく立法者の態度ではなかったのか、という理解は、「違憲性」というものを、客観的に憲法に違反(規範内容に抵触)する状態としてではなく、立法者に対する非難可能性とし

て捉えることを意味する（「違憲の主観化」）。このような理解には、例えば「本来客観的であるべき違法判断自体を主観化するものとして批判することができよう」という批判が存在するところである。⁽²¹⁾しかし問題は、そもそも《違憲性》というものを客観的なものとして理解すべきか、という点にある。旧来の刑法学においては、違法性の本質論が議論されてきた。それに対して、憲法学においては違憲性の本質論が議論されたことはなく、当然に客観的なものと考えてきただけではないのか。「行為」に着目するか「結果」に着目するか、主観的要素をどのように位置づけるか、こういった課題を検討することは、「結果不法」的な思考の憲法学と「行為不法」的な思考の行政法学の架橋、国家賠償法における過失と違法性の関係や「職務行為基準説」の位置づけ、違憲国賠訴訟における違憲・違法判断のあり方、更に「結果」ではなく「行為の理由」に着目する長谷部恭男の「切り札としての人権」論⁽²²⁾、等々の問題にかかわってくる重大な問題であると考えられる。

ともあれ、《一票の格差》問題も含めて、近時の最高裁判例においては、違憲審査の「活性化」が指摘されうるが、その際の憲法判断のあり方として、次の三つの特徴を挙げることができる。そして、後述のように②については今後の検討に委ねたいが、①③については「違憲の主観化」が重要な役割を果たしているということができ

①事情の変更による違憲判断

このような判断手法の《問題》、及びそこに見られる「違憲の主観化」については、既に別稿で検討した。⁽²⁴⁾

②立法者の自己拘束

立法者自身の基本的決定からの不合理な逸脱・乖離を《憲法違反》と評価する手法である。早くは単独所有の原則から逸脱・乖離する森林法の規定を違憲と判断した判例（最大判昭和六二年四月二二日民集四一卷三三四〇

八頁）が代表的であるが、近年では郵便法違憲判決（最大決平成一四年九月一日民集五六卷七号一四三九頁）を典型例として挙げることができる。国籍法違憲判決（最大判平成二〇年六月四日民集六二卷六号一三六七頁）についても、血統主義という基本的決定からの不合理な逸脱・乖離を問題にしたもの、即ち日本人父の実子であるにもかかわらず国籍取得が妨げられているという事態を問題にしたものと理解することもできる。

《一票の格差》に関する訴訟においても、立法者自身の基本的決定からの不合理な逸脱・乖離を問題としてきたと考えられる例が多数ある。例えば、《合理的期間》を考慮する際に、「五年ごとに、直近に行われた国勢調査の結果によって、更正するのを例とする」との立法者自身の決定が重要な考慮要素とされていた。また、平成二三年判決における「一人別枠方式」の違憲判断においても、最大格差が二倍を超えないようにする基本原則（衆議院議員選挙区画定審議会設置法三条一項）からの不合理な逸脱・乖離が問題とされたと理解することができる。⁽²⁵⁾さらに、「当初の配分」においては人口比例の観点に立っていたことを重視する見解も広く見受けられるところであり、このような見解も、立法者の不作為の怠慢を強調するという意義を有するだけでなく、当初の基本的決定からの不合理な逸脱・乖離を問題とするものと考えることができる。その上、特に参議院については、最大格差の観点からは本来 irrelevant⁽²⁷⁾であるはずの「逆転現象」の問題を重視する見解や、定数四人以上の選挙区のみを検討の対象にする見解が表明されてきた。⁽²⁹⁾これらの見解は、人口比例という基本的決定からの不合理な逸脱・乖離を問題としたもの、即ち「人口比例的な制度を創設する以上は人口に比例させろ」という主張として（のみ）理解することができる。

法律レベルの決定が憲法レベルの決定と矛盾・衝突するが故に憲法違反である、というのは理解しやすい論理である。それに対して、法律レベルの決定と法律レベルの決定という同レベルの決定であるにも拘わらず、《憲法

「違反」という結論を導くためには、相応の説明が必要である。立法者自身の基本的決定からの不合理な逸脱・乖離を《憲法違反》と評価するという手法を、どのように評価し、どのように位置づけるべきか、という問題は、実際に違憲判決が下されている事例が、通常の（単純な）自由権・防御権が問題とされる事案よりも、立法者による内容形成の余地が広く認められる領域で広く見られるだけに、非常に重要な問題だといえることができる。詳細な検討は他日を期したいが、説明の仕方としては二つの方向性が考えられる。

(a) 法律内部にランクの相違を考える方向性

第一に、法律上の基本的決定を（準）憲法的な意義・効力をもつものと考ええる方向性が考えられる。「法制度保障論」⁽³⁰⁾や「制度後退禁止原則」⁽³¹⁾は、こうした見解と位置づけることができるように思われる。前者は法制度レベルでの憲法ランクの保障を認めるものであり、特に森林法違憲判決については、「法制度としての所有権」について説得力ある読解がなされているところである。⁽³²⁾後者は、例えば、「憲法理念は、その法律レベルでの実現の後では、一種の憲法規範的效果をもち、その改廃、他の制度への移行にあたっては、理念の合理的実現という観点からの厳格な根拠づけが要求され、それが十分に示されないかぎり違憲の評価を免れない」⁽³³⁾と説かれる考え方である。このような考え方は、地方自治制度や生活保護制度だけでなく個人情報保護制度・情報公開制度、法人制度など多様な論点に用いられるものである。また、法律内部にランクの相違を考えるのと同様に、憲法内部にもランクの相違を考えるという発想もありうるものであり、「違憲の憲法規範」という問題にも繋がってくる射程の広い考え方だといえることができる。

(b) 「首尾一貫性」の要請

それに対して、もう一つ方向性は、ランクの相違を問題とするのではなく「首尾一貫性（整合性）」の要請こ

それを憲法上の要請と位置づける見解である。選挙制度についても、「首尾一貫性」の要請の問題として捉える考え方が既に指摘されているところである。⁽³⁵⁾立法のみならず司法も含めて、法的決定における「首尾一貫性」の要請は、非常に重要な意義をもつものである。⁽³⁶⁾

以上(a)(b)とともに、理論的根拠について説明を要する問題が数多く残されているだけでなく、射程の広い考え方でもあり、本稿では十分に扱うことができない。

また、こうした問題に対する説明として現在のところ有力に主張されているのは、長谷部恭男の「ベースライン」論と小山剛の「制度準拠審査」(特に立法裁量縮減型)⁽³⁷⁾である。前者は、ベースラインが見出しうる場合の厳格な審査だけでなく、見出し得ない場合(選挙制度、相統制度等)の緩やかな審査についても説明しうる見解であり、判例法理の説明の仕方としては優れた見解であると考えられる。しかし、「論理必然的ではない」(contingentである)⁽³⁹⁾とされるベースラインからの逸脱がなぜ憲法違反となるのか、という本稿の問題意識に答えてくれるものではない。後者は、「立法者による第一次的判断権の行使を受けて、立法者の基本決定との首尾一貫性を検証する」ものであり、比喩的には「日本式庭園を選択した以上、椰子の木を植えるのはおかしい」と説明されるものである。⁽⁴⁰⁾この見解も、厳格な審査が可能になる理由としては理解できるが、なぜ憲法違反となるのかという問題については、おそらくは(b)のように考えるものと思われるが、明確に論じられてはいない。これら両教授の見解についても、本稿では十分に扱うことができず、別の機会に検討を加えたいと考えている。

いずれにしろ、ここで重要なことは、(a)のような思考方法ではなく、(b)のような思考方法をとる場合には、憲法改正ではなく通常の法律改正によって基本原則を変更する可能性が拓けてくるということである。この点については、後に四(1)で再び扱うこととする。

③判断過程統制

《一票の格差》問題に関する近時の最高裁判例に見られる《厳格な判断》への移行の背景に「判断過程統制」を見る見解は多く見られるものである。そしてこの点で重要な役割を果たしてきたのが藤田宙靖裁判官の見解であることも夙に指摘されてきたところであり、藤田宙靖自身「手前味噌ではあるが……徐々に多数意見（法廷意見）の中にも影を落とし始めているように思われる」と述べているところである。⁽⁴³⁾藤田裁判官を含む平成一六年判決の補足意見²で明確に定式化され、平成一八年判決の「多数意見の内容は、従来の判例法理とは趣を異にし、平成一六年判決の補足意見²を取り込んだもの」と同判決の調査官によって評価されている。そして、平成二一年判決及び本判決も、これらの延長線上に位置づけることのできる判決である。

憲法の規定する選挙事項法定主義（四三条二項、四七条）を理由に、立法者に裁量が認められることを出発点とするため、裁量統制が大きな課題となってくる。そして、裁量統制の方法として、従来型の踰越濫用審査方式に不満を感じつつも判断代置には問題があると考える場合、判断過程統制に注目が集まることには十分な理由があると考えられる。

注意すべきは、近時注目を集めているこの「判断過程統制」は、判断の結果ではなく、裁量権行使のあり方、換言すれば、まさに立法者の態度を問題とするものであり、「違憲の主観化」を推し進めるものである、ということである。どのような判断手法を判断過程統制と位置づけるかについて必ずしもコンセンサスが成立していないようにも見受けられるが、少なくとも《一票の格差》問題の領域で「判断過程統制」を主導した藤田裁判官が、平成一八年判決の補足意見において「問われるべきは……立法府が……真摯な努力をしたものと認められるかどうかである」⁽⁴⁵⁾と明確に述べていたことは看過できない意義を有する。この平成一八年判決は、先に見たように調査

官によって「平成一六年判決の補足意見2を取り込んだもの」と評されたものであるが、選挙後の改正をも考慮して「合憲」との判断を下していたのである。《努力によって格差を正当化することはできない》という批判は、それ自体としては非常にもつともであるが、「格差」という客観的要素よりも「努力」という主観的要素に重点があると理解する方が素直であろう。⁽⁴⁶⁾

こうした判断過程統制について、「これまでにみられない新しい考え方」⁽⁴⁷⁾との評価も見られるが、既に昭和五一年判決の判断枠組み自体に、判断過程統制との親近性を指摘する見解も存在するのである。⁽⁴⁸⁾「違憲の主観化」という観点から従来の判例を読み解いていくという方向性はあり得る考え方だといえることができる。

近時の憲法学においては、「判例を内在的に理解する」というタイプの議論が多く見受けられるようになった。ロースクールの影響であることは間違いないであろう。従来のような外在的批判ばかりがなされていた状況と比べると健全な傾向だと考えられる。しかし、その反面、基礎的研究や統治機構論の過少が危惧されるところである。こうした状況にあつて、「違憲の主観化」という問題は、プラグマティックな有用性⁽⁴⁹⁾というだけでなく、「違憲性の本質」という純理論的な検討を求めるものであるとともに、立法手続・立法過程へと注目を促すものでもあることも見逃されるべきではないであろう。⁽⁵⁰⁾ 判断基準が不明確化・ブラックボックス化するという批判がありうる場所であるが、明確な数値的基準を示すことにも、先述のように問題が存在するのである。国会に真摯な努力 (good-faith effort) を求め続けるという方向性も、考え方としてはありうるものである。国会に改善義務 (Nachbesserungspflicht) を負わせ続けるのである。

本判決を含め従来の諸判例を「違憲の主観化」という観点から検討するのは、一つの理解の仕方であると考えられる。しかし、「違憲の主観化」はもともと合理的期間論について指摘されてきたものである。⁽⁵¹⁾ そうであるなら

ば、今まで述べてきたような理解は、合理的期間論の理解にも影響を与えることとなるのではないか。次に合理的期間論の検討に移ることとする。

三 合理的期間

(1) 合理的期間論

従来の判例においては、①投票価値の不等という要件だけでなく、②是正のための合理的期間の経過という要件もそろって初めて憲法違反（違憲）と判断してきた（昭和五一年判決、昭和六〇年判決）^{③2}。①の要件を満たすだけで、②の要件を満たさない場合には、「違憲状態」との判断を下してきた（衆議院昭和五八年判決、平成五年判決、平成二十三年判決、参議院につき、平成八年判決）。もっとも、参議院においては「合理的期間」という表現自体は用いられておらず、参議院五八年判決以降の諸判例において《著しい不平等状態の相当期間の継続》という表現が用いられている（もっとも、例えば平成八年判決における大野正男ら六裁判官の反対意見のように、参議院についても「合理的期間」という表現が用いられることもある）。この表現の違いを参議院に関する具体化と理解するか、^{③3}それを超えて参議院の特殊性が表現されていると理解すべきか、^{③4}はともかくとして、同様の判断枠組みに従っていることは、少なくとも参議院における最初の「違憲状態」判決である平成八年判決においては明らかであった（同判決の調査官解説においては、それぞれ「論点一」及び「論点二」というかたちで論じられている）^{③5}。

そもそも合憲的に制定された法律が後発的な事情変更によって違憲へと転化する場合には、原始的に違憲である場合と同様に考えて、裁判所は直ちに違憲と断じてよいものなのか、という問題、換言すれば、後発的な事情

変更により違憲状態が発生した場合、第一次的に是正すべき権限を有しかつ責務を負うのは立法府ではないか、という問題がある。考え方としては二つありうる。

(a) 後発的な事情の変更があつたとしても、特定の時点（基準時）で立法がなされたものと考えて、その法律の内容が憲法に適合するか否かについてのみ判断するという考え方（この見解からは「違憲性判断の基準時」が重要な問題となってくる）。

(b) 制定（又は改正）当初から憲法違反の法律を制定していたのであれば、合理的期間について論じるまでもなく違憲という評価を行うとしても、後発的な事情変更によって違憲に転化する場合には、立法者（議会）に是正のための一定の猶予期間（*Erie*）を与える、という考え方。

最高裁は、少なくとも『一票の格差』問題に関しては、昭和五十一年判決以来(b)の考え方を採用してきた。参議院については、平成六年改正後、平成七年に施行された選挙に関する平成一〇年判決において、「〔A〕投票価値の著しい不平等状態を生じさせる議員定数配分規定の制定又は改正をしたこと、あるいは、〔B〕その後の人口異動が右のような不平等状態を生じさせ、かつ、〔C〕それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する何らの措置も講じないことが、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであることを考慮してもその許される限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数の配分の定めが憲法に違反するに至るものと解するのが相当である」と定式化されている。⁽³⁶⁾ この定式について、「〔AあるいはB〕かつC」と理解する見解も⁽³⁷⁾見られるが、従来の判例を踏まえれば当然に「Aあるいは（BかつC）」と理解すべきものであり、⁽³⁸⁾原始的に違憲である場合と後発的に違憲となる場合とが明確に区別されている。こうした「合理的期間（相当期間）」論についても、従来様々な批判がなされてきたが、考え方としてはありうるものであ

る。そして、この合理的期間の経過という要件について、法律の内容ではなく、立法者の非難可能性を前提とした行為義務違反を問題とするものであるため、主観的違憲要素と捉える考え方が表明されてきたのである。

参議院についても、先述のように、①投票価値の不平等、②合理的期間の経過（相当期間の継続）という二要件を検討するという判断枠組みが、少なくとも平成八年判決では採られていた。しかし、平成一八年判決、平成二一年判決においては、こうした二段階の判断枠組み自体は踏襲しつつも、①格差が許容限度内か、②合理的期間（相当期間）の範囲内か、についての判断を示すことなく合憲という判断を下していた。そのようになった理由としては、合憲という結論だけで一致し、理由づけの分裂した平成一六年判決のような格好のつかない判決を避けるために、「結論としての合憲判断の最大公約数となる考え方を集約して判示しようとしたことに由来するものであるとの見方ができよう」⁽⁶⁰⁾との説明が調査官によって示されている。

実践的にはそうした理由が重要だったのかもしれないが、理論的に考えれば別の理由が考えられる。即ち、平成一八年判決においては、判断過程統制の影響を受けて、評価の対象は、もはや格差ではなく、立法者の態度へと重点が移動していたのである。このことは選挙後の改正を考慮したことにより何よりも表れている。実際、「この手法〔判断過程統制の手法〕について注目すべきは、不平等状態の存否と相当期間の経過を二元的に判断するのではなく、むしろ「様々な要素を考慮に入れて時期に適した判断」という形で一元的に国会の裁量権行使を統制する点である」⁽⁶¹⁾と評されているところである。本稿筆者なりに表現すれば、従来は最大格差という客観的違憲要素とともに、合理的期間の経過という主観的違憲要素をも検討するものであったのに対して、平成一八年判決以降、主観的違憲要素一元論へと移行したものと捉えることができる。「参議院定数訴訟に関する平成一六年大法廷判決から平成一八年大法廷判決、平成二一年大法廷判決へと至る流れは、最高裁による立法者の努力を評価する司法

判断が、合理的期間論にとどまらず、客観的な違憲状態の判断にも及んでいる⁽⁶²⁾のである。

そして、こうした変化に伴い、合理的期間論自体にも変化が見られる。従来は合理的期間（相当期間）の起算点は違憲な状態が発生した時だとされていた。即ち、「選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に達した時から」（衆議院昭和五八年判決、平成五年判決）、「選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が到底看過することができないと認められる程度に達した時から」（平成八年判決）とされていた。⁽⁶³⁾このように、その時点を「判然と確定することはできない」としつつも、起算点については言及されていた。

それに対して本判決においては、起算点についての言及すらない。起算点が不明であれば、当然のことながら合理的期間（相当期間）の長さもわかりようがない。ただ「違憲」という結論が回避された理由として、(i)平成二一年判決による問題の指摘が選挙の約九か月前のことであり、同判決の中で選挙制度の仕組み自体の見直しには相応の時間を要することが述べられていたこと、(ii)参議院において平成二一年判決の趣旨を踏まえて制度改革に向けての検討が行われていたこと、「などを考慮すると」と述べられているだけである。これは立法者に対する非難可能性を問題としていふと言いがたい。従来の「合理的期間（相当期間）」論になお残されていた客観的要素が今や完全に消失してしまっている。そうであるならば、ドイツの違憲警告判決のように正面から猶予期間と位置づけた上で、端的に「いつまでに改正すべきか」を主題化して扱う方が建設的ではないか、と考えられる。

(2) 違憲警告判決

《違憲状態》判決は、初めて採用された衆議院昭和五八年判決以来、現状ではまだ憲法違反であるとは言えない

(noch verfassungsmäßig) が、このまま放置していれば違憲になると警告し、立法者に対して改善・是正を促す(「できる限り速やかに改正されることが強く望まれるところである」＝衆議院昭和五八年判決)ものであり、既にしばしば指摘されているように、ドイツ連邦憲法裁判所のいわゆる違憲警告判決(Appellentscheidung)⁽⁶⁵⁾に比することが出来る。違憲警告判決が活用された典型的事例が、まさしく制定時に合憲であった法律が後発的な事情の変更によって違憲になる、というケースであった。⁽⁶⁶⁾

そもそも「このような《警告》が許されるのか」といった問題⁽⁶⁷⁾についてもあまり議論が見受けられないが、日本においては、別の問題がある。即ち、下級審がこうした「違憲状態」判決を行うと、結論は請求棄却であるため、「違憲状態」という評価を受けたにもかかわらず、国(都道府県選挙管理委員会)側は上告できないという、いつもの問題⁽⁶⁸⁾が発生することとなる。全国で多数の訴訟が提起されるので下級審の判断が分かれたとしても最高裁まで事件が辿り着くという事情、更に原告側が上告することが通例であるという事情のため、現在のところ問題が顕在化していないだけである。また、下級審が《違憲状態》判決という「違憲警告判決」を行っても、現に国会においては重視されていないし、最高裁自身も、合理的期間の判断に当たって、下級審において「違憲状態」との判断が下されていたという事情は考慮していない。つまり、下級審の行う《違憲状態》判決は、意味な「警告」となっていないだけでなく、最高裁判所で憲法問題を争う機会を奪う可能性をもっているのである。要するに、「伏流水」として最高裁判所の判断に間接的に影響を与えることはありうるという程度の意味はあるとしても、端的に有害無益であるといえることができる。

そもそも《一票の格差》問題を扱う訴訟においては、具体的事案に即した判断が必要なわけでもなければ、実際になされているわけでもない。また、最大格差や国会の法改正のあり方を問題とするため、原告に固有の事情

が結論を左右するわけでもない。本判決において最高裁が「原審の適法に認定した事実」として記載するものは、すべて「裁判所に顕著な事実」（民事訴訟法一七九条）であり、下級審による事実認定がなければ裁判が不可能なわけでもない。判例評釈風の本稿が「事案の概要」を省略しても実際に書けている所以でもある。

更に、選挙から時間が経てば経つほど影響の大きい違憲判決（特に違憲無効判決）が出しにくくなるという現実的な考慮も重要であろう。加えて、現行制度では、最高裁判決から次の選挙まで時間が無いという問題がある。現在すでに問題となっているように、最高裁が「警告」を発する趣旨の判決を行ったとしても、次回選挙までに改正を実現するだけの時間的余裕がないのである。実際、本判決においても平成二十一年判決から約九か月しか時間がなかったという事情が、「違憲」という結論を回避する論拠の一つとなっているし、厳格な判断の先駆けと位置づけられる平成一六年判決（結論としては「合憲」であったが、「違憲とする考え方又は合憲とすることに疑問を提起する考え方が多数を占めるに至った」⁽⁶⁹⁾と評される）の後にも時間が無いということで改正に至らずに選挙に突入している。そして、時間的余裕のなかったことが平成一八年判決において合憲との判断に至る一つの論拠として挙げられている。また、本判決から次回通常選挙までも約九か月しか残されていないのである。

以上のような問題点を鑑みれば、最高裁判所を第一審とする新たな訴訟制度を構想するというのは考慮に値する問題ではなからうか。人事官の弾劾裁判（国家公務員法九条）や最高裁判所及び高等裁判所の裁判官の分限事件（裁判官分限法三条二項一号）のように、最高裁判所が第一審の裁判は現に存在するのである。

そもそも当初から異論の強かった公職選挙法二〇四条の借用ことが最善であるとは考えられない。現在では争われることはなくなったが、適法性にはやはり議論の余地がありうるところである。また、事情判決の準用を明示的に排除している公職選挙法（二一九条一項）の規定にもかかわらず、『事情判決の法理』（『行政事件

訴訟法三一条一項の基礎に含まれている一般的な法の基本原則」＝昭和五一年判決判決要旨三）の適用という、いかにも苦しい説明にも問題がないわけではない（このような解決方法が採用されたことの歴史的な意義を否定するものではないとしても）。更に、客観訴訟において権利侵害を争い、権利侵害を争いながら最大格差を問題にする、という具合に、そもそも訴訟の基本的な性格すら曖昧な状態になっているという事態をこのまま放置しておいてもよいのであろうか。

もっとも、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきである」という憲法上の要請」（昭和五一年判決）から公職選挙法二〇四条に基づく訴訟を適法としてきた最高裁判所の見解からすれば、『一票の格差』問題を争う手段を奪ってしまうことはできない。また、現状を見れば明らかのように、国会の自浄作用は全く機能していないのであり、裁判所が違憲審査権によつて是正すべき局面であるということもできる。

そうであるならば、最高裁判所を第一審とする新たな訴訟制度を構想するというのは、検討に値する議論であると考えられる。

ともあれ、違憲警告判決に話を戻すと、やはり問題となってくるのは、このような判決手法と『司法権』との関係である。この点の検討の詳細は他日を期すこととしたいが、詰めが甘いことは自覚しつつも、現在考えているところを簡単に示しておきたい。即ち、従来の司法権論は、圧倒的に民事訴訟をモデルにしたものであったといえることができる。戦後日本の司法権論にとって最初の大きな課題（そして現代においてもなお重大な課題）が行政事件の位置づけであったことや兼子一学説のプレゼンス等がそうした原因として考えられる。しかし、刑事訴訟の裁判が司法権であることは当然の前提とされてきたのであるから、刑事訴訟をも視野に入れた『司法権』

論というものが本来的に要請されていたはずであり、またそうすることにより新しい展望が開けてくるのではないか。⁽⁷⁰⁾ 刑事訴訟において有罪／無罪の判断は「法的判断」であるが、有罪が認定された後の量刑の判断においては多分に「合目的性の判断」が行われており、特に執行猶予を付けるか否かは完全に「合目的性の判断」であるということが出来る。同様に、憲法訴訟においても、合憲／違憲の判断は「法的判断」であるとしても、違憲であることが認定された後は、「合目的性の判断」が行われると考えるのである。つまり、違憲性が認定された後は、違憲性を除去するために最適な手段は何か、という合目的性の判断（非訟的判断）が行われると考えるのである。⁽⁷¹⁾ 現行法体系に適合した《救済法》を構想・探究するのであれば、このような方向性がありうるのではないかと考えられる。

実際、昭和五一年判決においても、「憲法に違反する法律は、原則としては当初から無効であり、また、これに基づいてされた行為の効力も否定されるべきものであるが、しかし、これは、このように解することが、通常は憲法に違反する結果を防止し、又はこれを是正するために最も適切であることによるのであって、右のような解釈によることが、必ずしも憲法違反の結果の防止又は是正に特に資するところがなく、かえって憲法上その他の関係において極めて不当な結果を生ずる場合には、むしろ右の解釈を貫くことがかえって憲法の所期するところと反することとなるのであり、このような場合には、おのずから別個の、総合的な視野に立つ合理的な解釈を施さざるをえないのである」⁽⁷²⁾と述べて、《事情判決の法理》を採用したのである。裁判所は違憲性を除去するための多様な選択肢の中から最も目的を実現できると考える手段を選ぶことができる。《事情判決の法理》による解決も、歴史的にはそのような手段であったと考えられるが、現在においても最適な手段であるかは大きな疑問の余地がある。⁽⁷³⁾ 違憲警告や違憲確認にとどめ、立法者と協働して違憲性を除去するというのも一つの方策である。更に、

昭和六〇年判決における寺田治郎裁判官ら四裁判官の補足意見で述べられていたように、「選挙を無効とするがその効果は一定期間経過後に始めて発生するという内容の判決」をするという選択肢もありうるというべきである（もつとも、このような判決に対して立法者が不十分な対応をした場合に問題が生じかねないので、運用には慎重な考慮が要請される）。このような点までも視野に入れた《司法権》論というのも、それ自体として大きな検討課題であるが、例えば以下の二点のような問題が付随的に派生してくる。

第一に、合目的性の判断は“*clausula rebus sic stantibus*”に服する。管轄権の留保という方式も含めて、判決後に事情が変更し事態に適合しなくなった場合の対応については、立法論的に検討の余地のある課題である。

第二に、実効的な「警告」を行うためには明確な期限を定めた方が効果的である。実際、ドイツの違憲警告判決においては、初期の判例においてすら「現行の立法期が終わるまで」等といった明確な期限が付されていた⁽⁷⁴⁾。それに対して、日本においては「合理的期間（相当期間）」という不明確な期限しか示されておらず、いつまでに改正をしなければならないかが明確ではない。警告のあり方についても検討の余地があるものと思われるが、違憲警告判決（及び将来無効判決）における「猶予期間」を考えた場合に、現行の会期制度、特に会期不継続の原則の下で上手く「猶予期間」を設定することができ得るであろうか、という問題が浮上してくる。⁽⁷⁵⁾「立法期」制の導入という課題についても真剣に検討する必要があるように思われる。

(3) 次回通常選挙

「違憲状態」との判断を下した本判決の残した大きな問題は、次回の通常選挙について、間違いなく同様の訴訟が提起されるはずであるから、その際に最高裁判所はどのように判断するのか、という問題である。最高裁が要請するような抜本的な改正がなされていけば問題はないが、その可能性は低いというべきであろう。

衆議院に関する平成二三年判決によれば、『一票の格差』問題についてはともかくとして、少なくとも「一人別枠方式」を改正しない限り、次回の総選挙に関して、「違憲」判決が下される可能性は極めて高いものであった。⁽¹⁷⁾その意味で、「国会に対して制度改革の明確な指針」⁽¹⁸⁾を与えるものであったといえることができる。それに対して、衆参ともに『違憲状態』に陥ったということで、この平成二三年判決と並んで議論されることの多い本判決においては、『違憲状態』との結論に至った理由がわかり難いため、国会がどのようにに対応すべきかが判然としない。

① 何ら改正がなされない場合

本判決において最高裁が要請しているのは「単に一部の選挙区の定数を増減するにとどまらず、都道府県を単位として各選挙区の定数を設定する現行の方式をしかるべき形で改めるなど」の『抜本的な改革』であり、そのためには「相応の時間」が必要である。⁽¹⁹⁾何ら改正がなされないまま次回通常選挙に突入したとしても、実際に違憲判決となるかどうかすら、実は定かではなかったというべきであろう（要請した改正の内容が異なる以上、「相当期間」の判断も従来とは異なるという考え方は十分にあり得る）。そもそも先述のように、最高裁の判断から次の選挙までの時間が短いという根本的な問題点がある。抜本的な改革に向けての真摯な努力がなされていると認められるのであれば、違憲判決にはならない可能性も十分に存在したように考えられる。

② とりあえずの弥縫策を講じた場合

他方、とりあえずの弥縫策を講じたとしても、「合憲」という判断になるわけではない。制定当初は合理的であった現行選挙制度も現在では合理性を喪失しているのであり、そのような合理性を喪失した制度の下で不可避的に生じている大きな格差こそが問題なのであり、とりあえず五倍の格差を解消すればよいという考え方は根本的に誤っていると考えるべきであろう。こう考えるならば、衆議院解散の直前になされた四増四減改正が最高裁の

要請を満たすものとは考えられない。

本判決のようなわかり難い理由づけに基づく警告であれば、立法者としても、最高裁判所の要請を満たすために最低限なすべきこと（いつまでに何をすべきか）がわかり難いのではなからうか。結果として、従来通り、とりあえず次の選挙での違憲判断を避けるためだけの弥縫策に走らしてしまうこととなるのではないか。五倍という格差こそが問題であり、とりあえずその格差を解消させれば十分であるという「旧弊に従った判断を機械的に繰り返⁽⁸⁰⁾」さざるを得ないことになってしまうのではないか。「立法府自らが基本的にとり考え、将来に向けてどのような構想を抱くのかについて、明確にされることのないままに、単に目先の必要に応じた小幅な修正が施⁽⁸¹⁾」されるだけになってしまうのではないか。

参議院は六年任期で解散がないため「安定性・継続性」を特徴としており、任期が短く解散もあるため目先の利害に囚われがちな衆議院に対して、長期的な視野・展望からの判断が期待されているといえること⁽⁸²⁾ができる。そのような参議院が、三年ごとの選挙によってその度に憲法判断に晒されるという事態になっている。長期的な視野・展望からの判断を期待される参議院が、むしろ自分自身の選挙制度について次の違憲判断を避けるために、とりあえずの弥縫策を採ってしまうようになっていくという状況である。《一票の格差》是正を目指して毎行われる提訴、そしてそれに応じる厳しい内容の最高裁の判断が、むしろ抜本的な改正を妨げているのだとしたら、これほど皮肉な事態はないと言わざるを得ない。

本判決は《抜本的な改革》を要請しており、それには「相応の時間」が必要である。ドイツの違憲警告判決では、時間を要する改正が必要な場合に、「次の次の立法期の終わりまで」という長期の猶予期間を設けた例もある（BVerfGE 39, 169 [1951]）。猶予期間を設けることは、(a)期限を過ぎれば「違憲」となるという圧力によって、

先述のように警告を実効的なものとするという意味があるとともに、(b)期間内であれば「なお合憲」であることの意味する。改革を行うためには期限を切ることが必要であるという点において(a)の意味で期限を定めることは是非とも必要であると思われるが、それだけではない。三年ごとの選挙、その都度の訴訟と憲法判断、次の違憲判断を避けるためのとりあえずの弥縫策、といった非生産的なループが繰り返されて抜本的な改革が先送りされているという日本の現状では、(b)の意味でも明確な期限を設けることが重要ではないか、と思われるのである。期限を設定することが真剣に検討されるべきであると考えられる。この度の四増四減改正に際し、平成二八年の通常選挙に向けて「抜本的な見直しについて引き続き検討を行い、結論を得るものとする」との附則が定められている。⁽⁸³⁾これは、衆議院の任期を基準とした一立法期にほぼ相当する期間であり不合理なものではない。この「立法者の自己拘束」を根拠に、次回の訴訟（平成二五年通常選挙に対する訴訟）では「なお合憲」としつつ、平成二八年の常会の終了を期限とするという方法が考えられてよいと思われる。判決時からの時間は短いかもしれないが、本判決からは十分な時間があり、まして「選挙制度の仕組み自体の見直し」を要請した平成二一年判決からは十分すぎる時間である（本判決の須藤正彦裁判官の反対意見は、平成一八年一〇月頃を起算点とするがこの見解によっても十年弱の期間である。先のドイツの判例における長期の猶予期間もほぼ十年弱であり、不相当に長いわけでもないと考えられる）。こうした解決法が現実的ではあるまいか。

都道府県代表に徹するわけでもなく、人口比例に徹するわけでもない中途半端な選挙制度を続ける国会と、投票価値の平等を要請しつつも衆議院ほど強くは要請されないという中途半端な判例理論を展開してきた最高裁判所が対峙するという膠着状況の下で、参議院改革は遅々として進まず、最高裁内部の個別意見や下級審の裁判例による言わば「突き上げ」を受けて、ついに一歩踏み出してしまった感がある。抜いてしまった矛をどのよう

納めるのか。最高裁自身が自縄自縛に陥った感も漂う。「議員定数の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機能をそれに持たせることとする⁽⁸⁴⁾ことも、立法政策として合理性を有する」(平成八年判決)として、是正のための合理的期間(相当期間)についても衆議院よりも長いものとしてきた従来の判例理論は、「ほぼ一貫して人口の都市部への集中が続いてきた状況の下で、数十年間にもわたり投票価値の大きな較差が継続することを正当化する理由としては十分なものとはいえなくなっている」と自ら否定してしまった以上、この論拠を次の機会の使うことはできなくなってしまうている。

衆議院については、投票価値の平等が「最も重要かつ基本的な基準」とされているから、最高裁判所としても厳格な態度で臨むべきであるし、また臨むことができる。それに対して、参議院については基本コンセプト自体が定まっていない状況である。衆参ともに《違憲状態》となったが、今後待ち受ける困難は全く異なる。平成二四年一二月の衆議院議員総選挙に対する訴訟に対して最高裁判所はどのように対応するのか。衆議院については対応が容易であるが、対応次第によっては、翌二五年七月の参議院通常選挙に対する訴訟の際にますます自らの首を絞めることとなりかねない。《違憲状態》との判断を下すのであれば、もう少し警告が実効的になるような工夫が必要だったのではなからうか。国会との抜き差しならない対立を回避したいとの判断があるのかもしれないが、最高裁判所には、どのような法的・政治的混乱が起ころうとも、その責任はすべて怠慢な国会にあると開き直って、肅々と違憲無効判決を下すという最終手段が残されているのである。⁽⁸⁵⁾その限りで、最終的には裁判所側に分のある対立だというように思われるが、これは当事者ではないからこそ言うことのできる考え方に過ぎないのであろうか。

いずれにせよ、本稿の立場からすれば、すべては今後の国会の態度次第ということになる。ただし、その際に

求められるのは、真摯な努力 (good-faith effort) であって、努力をした素振りを見ればそれなりに評価してくれるのではないか、という甘い考えは通用しないことは言うまでもない (この点で、立法者の態度に疑問を呈する各種の反対意見は傾聴に値する)。必ず訪れる次回の訴訟において、この度の四増四減改正を評価するというかたちで矛を納めるのが最悪な対応であるように思われる。

四 おわりに

以上、主として「違憲の主観化」という観点から、本判決について検討してきた。最後に、本判決が《違憲状態》判決という結論を採用したことの影響について検討することで締めくくりたい。

(1) 「首尾一貫性」の要請としての《読み替え》の可能性

《違憲状態》判決は、先述のように、ドイツ連邦憲法裁判所の違憲警告判決に比することができると考えられる。違憲警告判決は、なお合憲 (noch verfassungsmäßig) という判断を下す一方で、立法者に対して改善を求めるものである。こうした判決手法は、日本の《違憲状態》判決 (あるいはその前提となる「合理的期間」論) が、立法者への過剰な配慮、過度の自己抑制として批判されることが多かったように、「司法の自己抑制 (judicial self-restraint)」の現れであると評価することも可能である⁽⁸⁶⁾。しかし、立法者への (しばしば詳細な) 指示が立法者の形成の自由 (Gestaltungsfreiheit) を制約するものであるという観点からも問題が指摘されうところである⁽⁸⁷⁾。

《違憲状態》判決である本判決についても、この点について検討してみることが欠かせない視点である。

本判決においても、「単に一部の選挙区の定数を増減するにとどまらず、都道府県を単位として各選挙区の定数を設定する現行の方式をしかるべき形で改めるなど、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを内容とする立法的

措置」を講じ「不平等状態を解消する」ことが要請されている。もちろん具体的な選挙制度のあり方についてまで詳細な指示をするものではなく、むしろ、個別意見も含めて具体的な内容形成は大幅に立法者に委ねていると表面上は読むことができる。しかし、その全体的な論旨は強い投票価値の平等（人口比例）の要請によって彩られている。

学説上は、衆議院については投票価値の平等（人口比例）が強く要請されるが、参議院については、投票価値の平等は憲法上の要請ではない（従って例えば、アメリカ合衆国の上院のように人口に拘わらず各州二名ずつというような制度も許容される）という見解も有力に主張されているところである。⁽⁸⁸⁾このような見解は、参議院議員選挙法について憲法が明示的に定めていること以外は衆議院と同じでなければならないと考えるのではなく、憲法が明示的に述べていない以上は議院に制度設計が委ねられているという理解に基づくものである。どちらの理解も成り立ちうるものであるから、本判決が、後者の理解に基づく幅広い制度設計を否定する趣旨であるならば、十分に立法者の形成の自由を強く制約するものであると言うことができる。それだけでなく、人口比例を前提とすれば抜本的改革といっても自ら限界があることに鑑みれば、参議院の抜本的改革に大きな足枷を課すものである。

この点で一考に値すると思われるのが、参議院の《一票の格差》に関する従来の一連の判例を、先に二(3)②(b)で検討した「首尾一貫性」の要請の観点から理解する可能性である。即ち、本判決も含め、投票価値の平等（人口比例）を要請してきた従来の諸判例を「人口比例的な制度を創設する以上は人口に比例させろ」という趣旨として理解する方向性である。つまり、投票価値の平等（人口比例）の要請は、あくまでも現行選挙制度との関係での判断に過ぎない、換言すれば、人口比例的な制度を改めることは憲法改正ではなく通常の法律改正で可能で

あり、しかも人口比例的でない制度を創設するのであれば人口比例は要請されない、と理解するわけである。⁽⁸⁹⁾ 判決でも問題とされたのは、人口比例に従った当初の基本的決定からの、漫然とした放置による不合理な逸脱・乖離である、という考え方である。

参議院においても投票価値の平等（人口比例）の要請を強く説いている多くの個別意見や、毎次の調査官解説からすると困難な解釈であることは否定できないが、先に二(1)①で見たように、選挙制度如何によつて裁判所の判断が異なってくる可能性はありうる。安念潤司は判例を分析したうえで「結局、「投票価値」の平等は、突き詰めていえば、一定の制度を選択した立法者にとつ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」と早くから指摘していたところである。⁽⁹⁰⁾ 実際、二(3)②(b)で見たように、立法者自身の基本的決定からの逸脱・乖離を問題としていりしか位置づけることができない論拠も存在するのである。

最高裁の諸判例自体からすれば、このような理解が可能であるように読める個所も、このような理解を否定するかのように読める個所も存在するというのが実際のところである。⁽⁹¹⁾ 本判決をはじめ近時の判例についても、明確な理念・方針も示さないままに大きな格差を放置していることこそを問題にしていると読むこと、逆に言えば、参議院のあるべき姿について明確な理念・方針を示したうえで判断であれば、人口比例主義は妥当しないと読むことも不可能ではないと思われる。

いずれにしろ、国会は、自己の独自の判断として、《参議院については投票価値の平等は要請されない》という見解に基づいて、広い視野から参議院のあるべき姿について検討することも許されると解するべきである。本稿筆者が期待するのは、むしろそうした広い視野からの抜本的な改革の検討である。そして、このような《読み替え》「Umdeutung」こそが、現状の膠着状況から脱出する道筋を切り拓くものと考ええる。⁽⁹²⁾

(2) 法改正の行方

今回の《違憲状態》判決により、早期に改正をしなければ次の機会には違憲判決が下される可能性がありうる（もつとも、先述のように、実際に違憲判決となるか否かは定かではない）。その際に選挙無効となるか、事情判決の法理によって無効を回避するかどうか、という点も興味深い点であり、衆議院ともども多くの関心はこの点に集まるものと思われるが、本稿筆者の関心はそこにはない。むしろ、今回の《違憲状態》判決によって、次の違憲判決を避けるために、とりあえず違憲状態を解消するためだけの改正が行われ、それですべてが終わったことになってしまふことを最も懸念するものである。

選挙制度をどのようにするかという決定は、国会議員自身の身分にかかわる問題であるから、そもそも国会議員に委ねることが適切ではない領域である。一般に、選挙事項法定主義を根拠に立法裁量を広く認める最高裁判例には批判が強いが、本来《裁量》とは、詳細な指示を与えて雁字搦めにしてしまうよりも、行為者の合目的な判断に委ねた方がより良い結果を導きうるが故に認められるものである。とするならば、そもそも選挙事項法定主義として、選挙事項に関する決定を大幅に国会に委ねていること自体が問題である。そうであるならば、解決策は二通り考えられる。

①選挙事項法定主義を改め、選挙事項に関する決定については国会に委ねない。

②憲法典に選挙事項に関する事項を詳細に規定し、立法者の裁量を狭める。

いずれにしろ憲法改正なしには実現不可能な課題である。特に②に関して言えば、立法裁量にせよ行政裁量にせよ、そもそも合憲／違憲（合法／違法）問題しか扱うことのできない裁判所による統制に期待をかけ過ぎである。裁判所による統制を強化しようとする試みには学問的には頭が下がるが、行政裁量を狭めるのであれば、国

民代表議会の定める法律によって詳細に規定するというのが筋であろう。同様に、立法裁量を狭めたいのであれば、憲法典に詳細に規定するというのが筋であろう。とするならば、憲法改正までも視野に入れた議論をする土壌が日本には存在しないことは、残念なことであると言わなければならない。

そもそも選挙制度は、どのような改正をするのであれ、有利になる政党、不利になる政党が登場するのであり、総論的にも合意を得られにくいものである。たとえ、総論レベルで合意ができたとしても、各論レベルになると具体的な議員の当落にかかわってくるため、反対が強くなってくる。微修正であれば簡単というわけでは決してなく、各論的な議論であればあるほど反対も強くなり、改正に膨大なエネルギーを必要とするものである。本判決の結果、『一票の格差』是正のための弥縫策に議論が終始し、それにエネルギーを使い果たしてしまった結果、抜本的な改革が遠のいてしまうことが、本稿筆者の何よりも懸念することである。衆議院解散直前のどさくさに四増四減改正という中途半端な改正をしてしまったため、本稿筆者の懸念がますます現実化しつつあるように思われる。こうした懸念が杞憂で終わるように、抜本的な改革が行われることを切に願うものである。

他方で、本判決を契機として、抜本的改革が待ったなしで要請されるようになったという点はやはり重要である。「長期にわたって固定」することも許される、という不作為・放置を正当化する論拠を改めたことも本判決の大きな意義である。本判決を契機に、参議院の抜本的改革が進むことを願うものである。そのためには、本判決を「五倍」の最大格差を違憲と判断した判例としてではなく、現行選挙制度の合理性の喪失を宣告した判例として理解することが何よりも重要である。その上で、先述のように、次回の訴訟（平成二五年通常選挙に対する訴訟）では「なお合憲」としつつ、「平成二八年の常会の終了を改正の期限とする」という方法が現実的な解決策であると考えられる。

- (1) ゲーテ『ファウスト』第一部（一三三五六行）のメフィストフェレスの言葉を引用した Max Weber, Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, in: ders., *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Bd.1 (1920), 8. Aufl. 1986, S.191-2 [大塚久雄訳『プロテスタンティズムの倫理と資本主義の精神』岩波文庫、三四四頁]を参照。
- (2) 同種の事件が複数あるが、本稿では平成二三年（行ツ）第五一号事件に関する判決について扱う。執筆時には裁判所のHP及びLEX/D Bのほか、裁判所時報一五六号一頁、官報号外二六五号（平成二四年二月六日）に登載。校正時に判例時報二一六号三頁、判例タイムズ一三八号八九頁、判例地方自治三六二号一六頁。
- (3) 『一票の格差』問題については、従来憲法学の世界では「議員定数不均衡」と呼ばれることが多かったが、参議院ではともかく、衆議院については、小選挙区制の導入（平成六年）により、定数は常に一であり、議員定数の不均衡が問題となっているわけではない。したがって、本稿では、衆参両方に妥当し、かつ世間一般でも広く用いられている「一票の格差」という言葉を用いることとする（また、引用の場合を除き、最高裁の用いる「較差」ではなく、一般に通用している「格差」を用いる）。なお、大沢秀介編『確認憲法用語三〇〇』（成文堂、平成一〇年）七八頁「二二・議員定数不均衡」（櫻井智章）も参照。
- (4) この点につき、櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学五一巻四号（平成二三年）一四五頁以下。
- (5) 判例の動向については、平成一六年判決、平成一八年判決における評価の「厳格」化という理解は「根柢の曖昧なもの」であり、平成二一年判決がこれら二判決につき「厳格な評価」をするようになったと「有権的に確定」したのであり、最高裁の態度変化は平成二一年判決において生じた指摘する、毛利透「判批」民商法雑誌一四二巻四・五号六二・五頁をも参照。
- (6) 最二判昭和六三年一〇月二一日判時一三二一十一号二二三頁：「いまだ違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたとするに足りない」（二四頁）。
- (7) 最大判平成八年九月一一日民集五〇巻八号二二八三頁（以下「平成八年判決」という）：「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」（二九二頁）。
- (8) 最二判昭和六三年一〇月二一日民集四二巻八号六四四頁：「国会において通常考慮し得る諸般の要素をしんしゃくしてもなお一般に合理性を有するものとは考えられない程度に達している、とまでではいふことができない」（六六三頁）。既に最大判昭和五八年一一月七日民集三七巻九号一二四三頁（以下「衆議院昭和五八年判決」という）が昭和五〇年改正後の一対二・九

二」という格差につき「投票価値の不平等状態は……一応解消されたものと評価することができる」(一二六四頁)と述べていた。

- (9) 最大判平成五年一月二〇日民集四七卷一号六七頁(以下「平成五年判決」という)……「投票価値の不平等状態は、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至っていたものというべきである」(八六七頁)。

- (10) 渡辺康行「判批(平成二三年判決)」判例評論六七号一五頁。立法者自身の基本的決定からの不合理な逸脱・乖離を《憲法違反》と評価する判例は珍しくなく、後に二(3)②で検討する。

- (11) 最大判平成一一年一月一〇日民集五三卷八号一四四一頁(以下「平成一一年判決」という)における河合伸一ら四裁判官の反対意見は、各都道府県にまず定数二を配分し、残余を人口に比例して配分する参議院の配分方式と衆議院の一人別枠方式を「類似する制度」と指摘する(平成一六年判決における泉徳治裁判官の反対意見、平成一八年判決における滝井繁男裁判官の反対意見も参照)。もつとも、参議院の配分方式に関するこのような理解に対しては、市村充章「参議院議員選挙地方区ノ選挙区の定数配分はどのように計算されたか」議会政策研究会年報四号(平成一一年)六五頁以下、大石和彦「参議院地方区をめぐる立法者の当初理解と最高裁の認識との間」白鷗大学法科大学院紀要創刊号(平成一九年)一八七頁以下をも参照。

- (12) 平成一一年判決及び最大判平成一九年六月一三日民集六一卷四号一六一七頁。

- (13) 藤田宙靖『最高裁回想録』(有斐閣、平成二四年)一〇四頁以下。

- (14) 山口進「宮地ゆう『最高裁の暗躍』(朝日新書、平成二三年)第四章の表現。

- (15) 多くの文献の中から特に、宍戸常寿「最高裁と『違憲審査の活性化』」法律時報八二卷四号(平成二二年)五七頁以下、滝井繁男「わが国最高裁判所の役割をどう考えるか」同五〇頁以下、土井真一ほか「違憲審査制と最高裁の活性化」論究ジュリスト二号(平成二四年)一六〇頁以下。より広い視野からの検討として、見平典「違憲審査制をめぐるポリティクス」(成文堂、平成二四年)特に一七九頁以下。

- (16) 参照、中岡小名都「判批(平成二二年判決)」法学協会雑誌一二八卷五号二四〇頁以下。

- (17) 櫻井・前掲(注4)「事情の変更による違憲判断について」一六五頁において、「一連の定数不均衡訴訟に関する最高裁の判例理論を最も統一的に説明できるのは、実はこの「主観的違憲要素一元論」ではないかとすら思われる」と指摘したことが

ある。

(18) Kirkpatrick v. Preister, 394 U.S. 526, 531 (1969) を参照。

(19) 平成二四年法律九四号・九五号（官報号外二五四号、平成二四年一月二六日）。

(20) 平成一六年判決における亀山継夫裁判官の補足意見²の追加補足意見では、更に、その原因を最高裁側に求め、そのことを理由に違憲判断を下すことに「ちゅうちょを感じざるを得ない」と述べている。負のスパイラルとしか言いようなない状況である。

(21) 松本哲治「在外日本国民選挙権訴訟判決の射程」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開・下巻』（信山社、平成二四年）三四二頁。

(22) 神橋和彦「行政訴訟の現在と憲法の視点」ジュリスト一四〇〇号（平成二二年）四五六頁。同「行政救済法における違法概念と憲法規範」法学教室三八六号（平成二四年）九五頁以下をも参照。

(23) 長谷部恭男「国家権力の限界と人権」（平成六年）同『憲法の理性』（東京大学出版会、平成一八年）六三頁以下、特に七七頁以下。櫻井智章「基本権論の思考構造（一）、完」法学論叢一五五卷三号（平成一六年）一〇九頁以下、同六号（同年）九四頁以下をも併せて参照。

(24) 櫻井・前掲（注4）「事情の変更による違憲判断について」一四五頁以下、一六五頁以下。また、藤井樹也「立法者の努力を評価する司法審査」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、平成二四年）四〇六頁以下をも参照。

(25) 平成一一年判決の調査官解説は、まさしくこのような理解を否定していた。大橋寛明「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成一一年度（下）』七三七頁。

(26) 例えば、厳格な判断の先駆けと位置づけられる平成八年判決における大野正男ら六裁判官の反対意見、尾崎行信裁判官の追加反対意見を参照。「せめて、当初の立法趣旨に従った定数配分に改正すべき」と指摘する平成一八年判決における泉徳治裁判官の反対意見や「立法当時の理念」の失念について述べる本判決における田原睦夫裁判官の反対意見も参照。昭和五一年判決において既に、当初は「ほぼ二倍以下にとどめることを目的」としていたことが指摘されていた（民集三〇卷三号二四七頁）。参議院昭和五八年判決においても、人口の異動による「当初における議員定数の配分の基準及び方法」との齟齬が問題とされていた（民集三七卷三号三五三頁）。

- (27) 村上敬一「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和五八年度』一九一・二頁、川神裕「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成八年度（下）』七〇・二三頁。参議院昭和五八年判決における大橋進裁判官の補足意見をも参照。
- (28) 早くは参議院昭和五八年判決における谷口正孝裁判官の意見（谷口裁判官は、中選挙区制時代の衆議院についても逆転現象を問題としていた。衆議院昭和五八年判決における反対意見参照。平成八年判決における大野正男ら六裁判官の反対意見も「民主主義の基本にも触れる質的不平等」として重視する。
- (29) 代表的には園部逸夫の見解を挙げることができる。特に平成八年判決における同裁判官の意見を参照（民集五〇巻八号二一九五頁以下、園部逸夫『最高裁判所十年』有斐閣、平成一三年、九四頁以下）。近時では、横尾和子裁判官がこうした見解を主張する（平成一六年判決における補足意見²の追加補足意見、平成一八年判決における反対意見）。
- (30) Carl Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), in: ders., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, 1958, S.140ff, bes. S.160ff. [佐々木高雄訳「ワイマル憲法における自由権と制度的保障」時岡弘編『人権の憲法判例（第三集）』（成文堂、昭和五五年）二八一頁以下、特に三〇五頁以下）、石川健治『自由と特権の距離（増補版）』（日本評論社、平成一九年）特に三一頁以下、六三頁以下、一六二頁以下。
- (31) 近時の肯定的見解として、棟居快行「生存権と「制度後退禁止原則」をめぐって」（平成二〇年）同『憲法学の可能性』（信山社、平成二四年）三八九頁以下、否定的見解として、松本和彦「生存権」小山剛・駒村圭吾編『論点探究憲法』（弘文堂、平成一七年）二二三頁以下。なお、老齡加算廃止に関する判例（最三判平成二四年二月二八日民集六六巻三号二二四〇頁）は制度後退禁止原則のような「立場を必ずしも採用していないことがうかがわれる」と評されている（判時二二四五号四頁）。石川健治「財産権①」小山・駒村編・前掲『論点探究憲法』二〇〇頁以下、同「法制度の本質と比例原則の適用」LS憲法研究会編『プロセス演習憲法（第四版）』（信山社、平成二三年）二九一頁以下。
- (32) 山下健次「地方自治」横田耕一ほか『現代憲法講座・上』（日本評論社、昭和六〇年）三〇〇頁。
- (33) Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* (1951), in: ders., *Weg zum Rechtsstaat*, 1979, S.1ff. [川添利幸「紹介」バッホーフ《違憲の憲法規範》（昭和二八年）同『憲法保障の理論』（尚学社、昭和六一年）一〇九頁以下）。櫻井智章「戦後ドイツにおける基本権論の展開の出発点」初宿正典先生還暦記念『各国憲法の差異と接点』（成文堂、平成二二年）四二七八頁をも参照。
- (34)

- (35) 例えば、渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法政研究七六卷三号（平成二十一年）二六六頁以下、同「平等原則のドグマティック」立教法学八二号（平成二十三年）三二頁、同「井上典之報告をめぐる質疑応答」企業と法創造七卷五号（平成二十三年）一五六頁、宍戸常寿「最高裁判決で拓かれた「一票の格差」の新局面」世界八一八号（平成二十三年）二四頁。クラウス・ギュンター（マンフレッド・フーブリヒト訳）「首尾一貫性の規範的概念」産大法学三八卷三・四号（平成二十一年）七頁以下。基本権論との関係については Simon Bula, Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit und seine Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik, in: *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 6/2008, S.585ff.
- (36) 長谷部恭男「国家による自由」（平成二十五年）同・前掲（注23）『憲法の理性』一二八頁以下、特に一三五頁以下、同「国籍法違憲判決の思考様式」（平成二十一年）同『憲法の境界』（羽鳥書店、平成二十一年）六三頁以下、同「立法者の基本権内容形成義務とベースライン論」（平成二十一年）同『統・Interactive 憲法』（有斐閣、平成二十三年）三八頁以下、同『憲法（第五版）』（新世社、平成二十三年）一七七頁、二九七頁、四一七頁。
- (37) 特に、小山剛「憲法上の権利」の作法（新版）（尚学社、平成二十三年）一七三頁以下。アメリカ型「違憲審査基準論」に対するアンチテーゼとしてのドイツ型「三段階審査」に関する著書として理解されることの多い本書について、その「ポイント」「精髓」は「制度準拠審査」にあると指摘する、山本龍彦「三段階審査・制度準拠審査の可能性」法律時報八二卷一〇号（平成二十二年）一〇一頁以下をも参照。
- (38) 長谷部・前掲「立法者の基本権内容形成義務とベースライン論」四三頁注①。
- (39) 小山・前掲『憲法上の権利』の作法一七四頁、一八三頁。
- (40) 藤田・前掲（注13）『最高裁回想録』二五五頁以下に個別意見が掲載されている。
- (41) この点も含め、山本真敬「藤田裁判官の「判断過程統制」の検討」早稲田大学大学院法研集一三八号（平成二十三年）二〇一頁以下を参照。
- (42) 藤田・前掲『最高裁回想録』一〇九頁。同一一二三頁も参照。
- (43) 谷口豊「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成一八年度（下）』一〇五三頁。同一〇五七頁にも同旨。
- (44) 民集六〇巻八号二七〇六頁、藤田・前掲『最高裁回想録』二六三四頁。平成二十二年判決の補足意見でも同旨が述べられている（民集六三巻七号一五二九三〇頁、藤田『最高裁回想録』三〇三頁）。
- (45)

- (46) 毛利透「判批」佐藤幸治Ⅱ土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』（悠々社、平成二年）一二三頁における平成一八年判決の評価と毛利・前掲（注5）「判批」七〇頁を対照。
- (47) 福井章代「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成一六年度（上）』三五頁。
- (48) 駒村圭吾「選挙権と選挙制度」法学セミナー六八三号（平成三年）六六頁。村上敬一「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和五八年度』一八六頁をも参照。
- (49) 最大格差が何対何にまで拡大すれば違憲状態となるのか、合理的期間の長さとはどれくらいなのか、いつから客観的違憲状態になったのか、といった理論上・実際上の困難な諸問題を「解消」という利点をかつて述べたことがある。櫻井・前掲（注4）「事情の変更による違憲判断について」一六五―一六六頁。
- (50) 主観的違憲瑕疵論のポテンシャルに注目する文献として、山本龍彦「立法過程の脱「聖域」化」法学セミナー六八五号（平成二四年）六六頁以下。また、駒村圭吾「立法行為の違憲審査」小山Ⅱ駒村編・前掲（注31）『論点探究憲法』三二―一頁以下をも参照。
- (51) 参照、安念潤司「いわゆる定数訴訟について（三）（四）」成蹊法学二六号（昭和六三年）三九頁以下、特に五八頁以下、同二七号（同年）一三一頁以下、特に一六二頁以下。既に、村上敬一「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和五八年度』一八九頁が、そのように解釈されうる可能性を示唆していた。
- (52) 最大判昭和六〇年七月十七日民集三九卷五号一一〇〇頁（以下「昭和六〇年判決」という）。
- (53) 村上敬一「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和五八年度』一八九頁。
- (54) 川神裕「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成八年度（下）』七〇五―一六頁。
- (55) 川神・同六九九頁以下。
- (56) 最大判平成一〇年九月二日民集五二卷六号一三七三頁（一三七九頁）。「A」・「C」は引用者。
- (57) 河島太郎「参議院定数訴訟における最高裁判例の最近の展開」レファレンス六八四号（平成二〇年）六八頁注⑬。しかも、平成一二年判決（最大判平成一二年九月六日民集五四卷七号一九九七頁、二〇〇一頁）で登場したものと捉えており、二重に問題である。
- (58) AとBの判断基準は同一であるが、Bの場合にはCの要件も加わって初めて違憲となる。西川知一郎「判解」『最高裁判所判

- (59) 例解説民事篇平成一〇年度(下)』七二一頁以下、七二八頁。昭和五一年判決の調査官解説によって明確に述べられていた点である。越山安久「判解」『最高裁判所判例解説民事篇昭和五一年度』一五二―一三頁。
- (60) もっとも、平成二一年判決においては様々な修飾語がなくなり表現が簡潔になっている。この点を最高裁の態度変化の表れとみる、毛利・前掲(注5)「判批」一六五―一七頁をも参照。本判決も平成二一年判決の表現を基本的に踏襲している。谷口豊「判解」『最高裁判所判例解説民事篇平成一八年度(下)』一〇五八頁。平成二一年判決についても同趣旨の説明がなされている。鎌野真敬「判解」法曹時報六三巻七号一六九三頁。
- (61) 穴戸常寿「一票の較差をめぐる「違憲審査のゲーム」」論究ジュリスト一七号(平成二四年)四七頁。「」内は引用者。
- (62) 藤井・前掲(注24)「立法者の努力を評価する司法審査」四一―一二頁。
- (63) 平成二三年判決においては、人口の変動という事実状態の変化による違憲への転化ではなく、一人別枠方式の位置づけという法的評価の変更を理由とする違憲への転化であるため、本文では除外した。そもそも両者を区別すべきかは、それ自体一つの問題である。Rupp von Brünneckの論文を含め後掲注(66)をも参照。人口の変動による格差の拡大ではなく、「制度と社会の状況の変化」による現行選挙制度の合理性の喪失を問題とした本判決は、従前の「違憲状態」判決よりも平成二三年判決に類似していると考えられ、合理的期間論の変化は既に平成二三年判決で生じていたと言うべきかもしれない。参照、篠原永明「判批」法学論叢一七一巻二号一五二頁以下。
- (64) 早くは、野中俊彦「衆議院議員定数大法院判決の意義と問題点」ジュリスト八〇六号(昭和五九年)二五―六頁、近時では例えば、長谷部恭男「投票価値の較差を理由とする選挙無効判決の帰結」法学教室三八〇号(平成二四年)三九頁注(8)。
- (65) 多くの紹介文献があるが、文献も含め、宮地基「西ドイツ連邦憲法裁判所による規範統制判決の展開と機能」神戸法学雑誌三九巻四号(平成二年)九三九頁以下、特に九九〇頁以下、穴戸常寿「憲法裁判権の動態」(弘文堂、平成一七年)二六〇頁以下、特に二八四頁以下。そもそも「違憲の主観化」は、違憲警告判決との関連で主張されたものであった。Jörn Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, S.132ff.; 安念・前掲(注51)「いわゆる定数訴訟について(四)」一二二頁以下。永田秀樹「西ドイツにおける法律の憲法判断の方法」大分大学経済論集三三巻三号(昭和五六年)一〇六頁以下が既に指摘していた。
- (66) 違憲警告判決の《古典》Wiltraut Rupp von Brünneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appel-*

lieren? (1970, in: dies, *Verfassung und Verantwortung, gesammelte Schriften und Sondernoten*, 1983, S.221ff. ほか) 事例に「共通 (gemeinsam)」の特徴として指摘していた (S.240-1)。野中俊彦「西ドイツにおける違憲判決の方法」(昭和五一年) 同『憲法訴訟の原理と技術』(有斐閣、平成七年) 二九四頁に訳出されている。日本では「合理的期間」論について立法者への過度な敬讓であるとして拡大適用を戒める論調が強いにもかかわらず、櫻井・前掲(注4)「事情の変更による違憲判断について」一六四頁において、むしろ国籍法違憲判決が猶予期間を与えていなかった点を問題としたのは、このような問題意識が背景にあつたからである。安念・前掲(注51)「いわゆる定数訴訟について(三)」四八・九頁をも参照。

(67) 何よりも、前掲の Rupp von Brinneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?* を参照。

(68) 初宿正典「若手靖国住民訴訟控訴審判決と違憲審査権の行使」ジュリスト九七九号(平成三年)三九頁以下。高橋和之「憲法判断回避の準則」(昭和六二年) 同『憲法判断の方法』(有斐閣、平成七年) 六五頁注(7)をも参照。

(69) 平成一八年判決における甲斐中辰夫裁判官の補足意見(民集六〇巻八号二七〇九頁)。実際、平成一六年判決においては、多数意見を構成した九裁判官のうち四裁判官が現状のままでは次回選挙は違憲となりうる旨の補足意見(補足意見2)を付し、六裁判官が違憲という反対意見を付していたのであり、数の上では一〇対五で合憲説を上回っていた。

(70) この点は、櫻井智章「行政と司法の理論的区分に関する試論」大石眞先生還暦記念『憲法改革の理念と展開・上巻』(信山社、平成二四年) 一二五頁以下に対して、高井裕之教授(大阪大学) から頂いたコメントから示唆を受けたものである。以下の「法的判断」(法的思考様式にもとづく判断)と「台目的性の判断」(目的・手段思考様式に基づく判断)についても、同拙稿を参照。

(71) 竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力」三月月号先生古稀祝賀『民事手続法学の革新・中巻』(有斐閣、平成三年) 六八八頁が既に述べていた考え方である。また、砂川市空知太神社事件(最大判平成二二年一月二〇日民集六四巻一号一頁)に即して論じる、蟻川恒正「実体法と手続法の間」法律時報八二巻一号(平成二二年)八五頁以下をも参照。そして何より、佐藤幸治「基本的人権の保障と救済」(昭和六〇年) 同『現代国家と司法権』(有斐閣、昭和六三年) 二五七頁以下が参照されるべきである。

(72) 民集三〇巻三号二二三頁(二五〇頁)。強調は引用者。

(73) 多くの指摘が見られるが、例えば、今関源成「参院定数不均衡最高裁判決」ジュリスト一二七二号(平成一六年)九五頁を

参照。

- (74) BVerfGE 16, 130 (142) [ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第二版〕』（信山社、平成一五年）四八一頁以下（加藤一彦）：25, 167 (188) [同二三〇頁以下（渡辺中）：33, 1 (43) [同二六六頁以下（室井力）等参照。もちろん、「相当な期間内に」というように、「明確な期限を示さなぐものもある（BVerfGE 23, 242 [258]）。
- (75) 平成五年判決における佐藤庄市郎裁判官の反対意見は「国会の二つの会期をもつて足りるとすべき」と指摘する（民集四七卷一号一一四頁）が、事後的な評価の基準としてはありうるとしても、事前に猶予期間を設定するに際しては不確定な要素が多すぎる。
- (76) 大石眞「憲法問題としての「国会」制度」（平成一〇年）同『憲法秩序への展望』（有斐閣、平成二〇年）一六五頁以下、一七九頁以下、同「立法院の機能をめぐる課題と方策」佐藤幸治先生古稀記念論文集『国民主権と法の支配・上巻』（成文堂、平成二〇年）三二三頁以下、大山礼子『日本の国会』（岩波新書、平成三年）一二四頁以下。
- (77) 解散直前に改正が行われたが、総選挙は改正前の規定に基づいて行われた。この点に関する最高裁の判断も注目されるが、本稿では立ち入らない。
- (78) 長谷部恭男「一人別枠方式の非合理性」ジュリスト一二四八号（平成二年）五五頁。
- (79) 平成二年判決の法廷意見で述べられていた点であるが、本判決でも、櫻井龍子裁判官、金築誠志裁判官、千葉勝美裁判官の各補足意見で述べられている。
- (80) 平成一六年判決の補足意見2（民集五八卷一六九頁、藤田・前掲（注13）『最高裁回想録』二五七頁）。
- (81) 平成二二年判決における藤田宙靖裁判官の補足意見（民集六三卷七号一五二九頁、藤田・前掲『最高裁回想録』三〇二頁）。既に平成一六年判決の補足意見2（民集五八卷一七〇一頁、藤田・前掲『最高裁回想録』二六〇頁）にも同じ表現が見られる。
- (82) 参議院の将来像を考える有識者懇談会「参議院の将来像に関する意見書」（平成二二年四月二六日）I (3)。
- (83) 公職選挙法の一部を改正する法律（平成二四年法律九四号）附則第三項。
- (84) 既に参議院昭和五八年判決において「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機能をそれに持たせる」と述べていることも、立法政策として許容される」と述べられていた。

- (85) 藤田・前掲『最高裁回顧録』一一五頁をも参照。
- (86) Rupp von Brünneck, a.a.O. (Anm.66), S.235ff.
 かった問題の検討として、例えは Otto Bachof, Der Richter als Gesetzgeber? (1977), in: ders., a.a.O. (Anm.34), Wege zum Rechtsstaat, S.344ff.「石川敏行訳『立法者としての裁判官』比較法雑誌一二巻一号(昭和五三年)八三頁以下」を参照。
- (87) 伝統的には、伊藤正己ほか「議員定数違憲判決をめぐる」ジュリスト六一七(昭和五一年)号二八頁(久保田きぬ子)、佐藤功「参議院地方区の議員定数不均衡」(昭和五四年)同『憲法問題を考える』(日本評論社、昭和五六年)一〇三頁以下。教科書・体系書では、例えば、大石眞『憲法講義Ⅰ(第二版)』(有斐閣、平成二年)九五頁、尾吹善人『憲法教科書』(木鐸者、平成一年)一〇三頁。また、佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院、平成七年)一一六七頁(もっとも平成二三年に出版された『日本国憲法論』成文堂、には類似の記述は見られない)、初宿正典『憲法2(第三版)』(成文堂)一九〇一頁(旧版よりトーンダウンが見られる)、松井茂記『日本国憲法(第三版)』(有斐閣、平成一九年)一四三頁、四一五頁をも参照。改革論としての試論的提言として、高見勝利「憲法の視点から見た参院選挙制度改革」(平成二三年)同『政治の混沌と憲法』(岩波書店、平成二四年)一八四頁以下。個別意見では、参議院昭和五八年判決における横井大三裁判官の意見。
- (88) 大石眞「選挙制度の原理的諸問題」比較憲法学研究二二号(平成二二年)一四頁。アメリカ上院方式も違憲ではないとしつつ、人口比例を採用した限りで現行選挙制度の合憲性を問題とする、佐藤功・前掲(注88)「参議院地方区の議員定数不均衡」が今なお示唆に富む。
- (89) 安念潤司「いわゆる定数訴訟について(二)」成蹊法学二五号(昭和六二年)八九頁。また、浅野博宣「投票価値の平等について」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点(第二版)』(有斐閣、平成二二年)四六〇一頁をも参照。
- (90) 穴戸常寿も平成二一年判決時点で「なお不透明である」と評価する。穴戸・前掲(注61)「一票の較差をめぐる」違憲審査のゲーム」四六頁。本判決について、上田健介・後掲(追記)を参照。
- (91) 恒常的な「ねじれ国会」によって顕在化した「強い参議院」に対して、二(1)②で見たように、強い権限に見合うだけの民主的正統性を要求するのは妥当な方向性であるとは考えられない。むしろ、民主的正統性を低下させることによって、参議院の強い権利主張を封じる方が適切であると考えられる。高見・前掲(注88)「憲法の視点から見た参院選挙制度改革」を参照。

〔追記〕 校正時に、榎透「判批」法学セミナー六九七号一二八頁、上田健介「判批」新・判例解説 Watch 憲法 No. 65 (TKC ローラ イブラリー) に接した。