

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

参議院議員定数不均衡訴訟においても，裁判所は①最大較差が憲法上許

されない程度に達しているか、②較差是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<sup>20)</sup>。

- 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、較差是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、較差是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。

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」<sup>21)</sup>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、まず許容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よう。

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」ことになるのであろうか。①の判断を空洞化させ、②の審査において国会の「やる気」を評価することが判断枠組みの継承といえるのかどうか。いささか疑問が残るところである。

#### (イ) 審査の水準

##### (a) 平等原則の考え方

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

昭和58年判決では、憲法が「投票価値の平等を選挙制度の仕組みの決定における唯一、絶対の基準としているものではなく、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くして、その裁量により衆議院議員及び参議院議員それぞれについて選挙制度の仕組みを決定することができるのであつて、国会が具体的に定めたところのものがその裁量権の行使として合理性を是認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はいなくなっている」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<sup>22)</sup>。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って議員一人の存在は参議院の方が大きい。いわゆる「ねじれ現象」が容易に生じるのは、定数と選挙方法にも起因する。憲法はこの現象を衆議院の優越によって克服することを予定したが、法律案の再議決に要する3分の2以上の多数が常に獲得される保障はない。

しかし、これは、むしろ参議院の役割や機能が変化したのではなく、本来予定されていた現象が現れるようになったというべきではなかろうか<sup>23)</sup>。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)」<sup>24)</sup>が顕現してきたことを意味している<sup>25)</sup>。問題は、「抑制と協働」を稼働させるのは有権者である国民以外にない。そのとき、選挙権がもつ影響力に偏りがあったり、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、憲法のテキストそれ自体に基盤をもつものである」と述べている。また、只野雅人「参議院の機能と両院制のあり方」ジュリスト1295号44頁(2010年)も参照。また、毛利透「参議院の存在意義」法律時報90巻5号18頁は、参議院改革は統治システム全体の改革の中でしか論じられないのではないかと指摘する。

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

25) 工藤達郎「判例批評」民商法雑誌154巻3号126頁(2018年)。

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

(c) 昭和58年大法廷判決の先例としての価値

昭和58年大法廷判決は、衆議院と参議院では、役割と性格が異なると考えていた(最高裁は、連邦制国家における上院のイメージを描いてたのであろう)。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<sup>28)</sup>。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る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って担保される。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「選挙制度は今ままでよいか—『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年大法廷判決は、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年大法廷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年大法廷判決のような理解も十分成り立つところではある<sup>29)</sup>。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はなはだ疑問がある。

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、劣後されうるとの判断枠組みが採られている」ことを指摘し、「こうした枠組みが好ましいと考える」と述べている。問題は、「しかるべき理由」の提示と説得力にあるのかもしれない。また、上田健介「『全国民の代表』と選挙制度」論究ジュリスト05号65頁も「二院制を前提に民意の反映および統合のあり方を考える以上、権限における衆議院の優越に相応して、参議院の代表法を柔軟に捉える一憲法定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—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。

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だし難く」との説示により強化され、令和2年大法廷判決にも受け継がれている。したがって、昭和58年大法廷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」<sup>30)</sup>。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<sup>31)</sup>。問題となる国家行為が憲法に違反するか否か、違反するとしてその効果はどうかではなく、一定の国家行為を促し、義務付ける

30) 千葉勝美・前掲注12), 151頁。

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

こともまた違憲審査権能に含まれると最高裁が自己認識したからである。

これは、一定の期日までに作為を求め、これを怠った場合国家行為の効力を否定する「将来効判決」とは異なる手法である。将来効判決の重点は国家行為の効力に置かれているが、警告判決のポイントは一定の行為が行われるかどうかには置かれている。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」<sup>32)</sup>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<sup>33)</sup>。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出来る」。

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<sup>34)</sup>」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ろうか。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ない。

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、制度の抜本の見直しを求めていた。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むところがある。

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

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

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出来る」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ィの違いなど、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、合区される県民は侮辱を受けているに等しい感情をもっていた。そのことが選挙における投票率の低下に直結したとはいいい切れまい。また、合区の手法が徳島・高知、鳥取・島根にのみ適用されていることをどう評価するかについても一考の余地がある。これが「一の地方公共団体にのみ適用される特別法」(憲法95条)であるとはいえないが、都道府県を一つの選挙区の単位として構想されている選挙制度の例外となっていることをどう考えればよいのだろうか。憲法95条にいう「特別法」か否かは、特別法がその地方公共団体に与えるインパクトの程度によるものであるとするならば(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、全体としての較差是正に重きを置いた判断が行われているとあってよい。

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いかなる影響を及ぼしているのかを問題にしない。争われているのは、全体として一つの選挙の合憲性である。言い換えると、この種の訴訟で問われているのは、制度論としての選挙であって、人権論としての選挙権ではない。全体として一つの選挙における較差が争点となる以上、当該選挙全体としての効力が争点であるため、そこには個別の選挙権が視野に入りにくくなっている。これが選挙をめぐる裁判所と国会の「対話」のあ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年判決が求めていた「抜本的な見直し」にはあたらないというのである<sup>38)</sup>。

## (2) 裁判所と国会の対話

### ① 制度論と人権論

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

---

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

結論より、裁判所と国会のやり取りへ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不問にし、いかなる努力が行われたかに審査のウエイトを移した結果、客観的な権利侵害は等閑視される。争われる較差の合憲違憲の判断より、裁判所の誘導に従っているかどうか審査の対象となっている。もはや、許容される較差はどれほどかより、前回の判決から後退していないか、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<sup>39)</sup>。さらにいうと、審査基準②は、較差是正のために必要な「時間」の視点から、実際に行われた「作業」へと視点を移すものとも考えられる。この姿勢転換は、昭和58年判決の枠組みからは相当程度はみ出している。むしろ、なし崩し的に黙示の判例変更が行われ続けているというべきではあるまいか<sup>40)</sup>。

---

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年大法廷判決藤田宙靖裁判官補足意見にもその発想が端的に表れている。もっとも、同判決における藤田補足意見は、4増4減による較差是正を是ととらえているわけではない。

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

司法部と立法部の間で行われる対話には、「抑制型」と「協働型」があるといわれる<sup>41)</sup>。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でもいえようか。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のである。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す

---

12～44頁は、平成26年大法院判決まで継承されてきた審査基準、すなわち①較差が憲法上許されない程度に達しているか、②較差是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当たると批判する。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ーヴン・ブライヤーは、憲法判例の変更に際して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 Bryer, *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<sup>42)</sup>。

### 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なのではなかろうか。

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。それは国会に対する対話となっていたとしても、国民に対する答えにはなっていないのである。「客観訴訟における違憲審査基準の主観化」が招くものは、対話のプロセスから国民を除外することにつながらないのだろうか。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<sup>43)</sup>。

#### 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) を比較的少数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<sup>44)</sup>。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<sup>45)</sup>。

通常の場合では、立法府が行った立法行為には合理性があるとの前提に立ち、明白な裁量権の逸脱濫用が観られない限り、第二次秩序の判断には肯定的な答えが出されるであろう。だが、民主過程そのものが問われている定数不均衡訴訟のようなケースでは、この判断は当てはまらない。定数不均衡訴訟が裁判所に求めているのは、民主過程そのもののゆがみの是正であって、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<sup>46)</sup>。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、矛先をおさめなさい」と聞こえてしまうのは、私だけではないだろう。

私は、較差が生じていない状態が原則であって、1:1からの離脱を許容するならば、その根拠を示す義務が立法府にはあると考えている。選挙制度は、すべての有権者の投票価値が平等になるよう設計すべきであり、較差1:1が出発点でなければならない。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<sup>47)</sup>。

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<sup>48)</sup>。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閣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<sup>49)</sup>。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」にまでに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すると、裁判所の権威に疑念が生じるおそれもある。

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

裁判所と国会の間で行われる「対話」は、それぞれの理性(reason)を示しあい、そのプロセスを国民と共有するものでなくてはならない。「裁判所がその結論をはっきりと、詳細に提供するとき、民主的な討議(democratic dialogue)が促進される」<sup>50)</sup>。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.