

## 事情判決の法理

——議員定数不均衡問題の解決に向けて（2）——

君塚 正臣

## はじめに

議員定数不均衡問題については、参政権の差別的付与である以上、裁判所は厳格審査で臨み、安易な例外を認めるべきではない<sup>1)</sup>。だが、その憲法判断を直截に行えば、選挙以来の立法、条約の承認、予算の可決、内閣総理大臣の指名などに影響し、全てを遡及させれば大いなる混乱を招きかねない。通常の抗告訴訟で争う途はなかなか見出し難い<sup>2)</sup>。公職選挙法 219 条は、選挙訴訟における事情判決<sup>3)</sup>を禁じている。このような環境の中、最高裁は他の憲法訴訟では見られない積極的な法形成を行った<sup>4)</sup>。行政事件訴訟法 31 条の制定時には「こういう形で適用されるということは全然念頭にはなかった」が、これ「そのものを持ってくるわけにいけないので、31 条が一般的な法理をあらわしているのだということ」<sup>5)</sup>、法令の規定を違憲と判断しつつも、そのことを直ちに法令の規定の執行に対する効力の否定に結び付けない手法<sup>6)</sup>を編み出したのである。つまり、最高裁は、この問題に対して、行政事件訴訟法の定める事情判決そのものではなく、あくまでも事情判決の「法理」を用いることで、対応しようとしたのである。

しかし、この、事情判決の法理に従った司法判断は、一見すれば、終局性<sup>7)</sup>

のない判決のようであり、問題の究極的解決にならないこの手法が司法権の応答として適切かという問題もある。そして、訴訟の実態も、定数は正のための法改正を立法府に示唆するものと性格付けられるべきものである<sup>8)</sup>。果たして、このような手法は憲法上も許されるのだろうか。この点を確認しつつ、違憲状態の是正をなさしめるのにこのような判決手法が妥当なのかを検討し、大きな憲法問題に対処する司法的判断の分析の一助としたい。

## 1 事情判決から事情判決の法理へ

まず、事情判決の法理の元となる事情判決とは何か<sup>9)</sup>。行政法学の専門用語であり、同じ公法学でも憲法学界には意外と馴染みがないので、ここではその分析から始めることとしたい。

事情判決とは、行政行為を基礎として現状が変更され、そこに新たな事実的及び法律的秩序が形成されると、この既成事実を取消判決によって覆滅させることが公共の福祉に反することもあり、訴訟法のレベルで、既成事実を尊重し、取消しによる私人の利益の保護よりも公共の福祉の優先を図るために用意された制度である<sup>10)</sup>。そして、「処分や裁決が違法であるにもかかわらず」、「本案について審理した結果、原告の」「請求に理由があっても、これを棄却する」判決のことである<sup>11)</sup>。

明治憲法時代の 1890 年制定の行政裁判法は、事情判決の規定を有していなかった。しかし、その必要性は早くから主張され、1932 年の、行政裁判法及訴願法改正委員会の答申に関わる行政訴訟法案 174 条は、その規定を置いていた<sup>12)</sup>。同規定は、行政事件一般に適用があるものではなく、既成の施設等が覆滅されることを適当でないとして定められたものである<sup>13)</sup>。そして、それは行政裁判所を前提とした制度であった<sup>14)</sup>。

行政訴訟法案 174 条は結局、戦前には日の目を見なかったが、戦後、通常司法裁判所においても行政裁判は民事裁判とは異なるとの姿勢から 1948 年に行

政事件訴訟特例法が定められると、事情判決制度はその11条に採用された。同法は、司法省民事局内で第3次案まで作成されたところで、司法法制審議会より答申があり、法制局案に纏められるも、総司令部の了解が得られず、取敢えず「日本国憲法の施行に伴う民事訴訟法の応急的措置に関する法律」が制定され、これが施行されている間に法案の検討が進められる中、1947年10月22日案で一旦事情判決制度がなくなり、11月11日案で「公共の福祉」の文言を加えて復活したものである<sup>15)</sup>。復活とは言いながら、除外施設や、損失補償をなさしむる判決をなし得る旨の規定を定めず、損害賠償の請求を妨げない旨の規定を置くに留められたこと、特定の訴訟類型に限定せず、行政処分取消し・変更に関わる訴訟一般に適用され得る規定としたことが、戦前の法案との違いであった<sup>16)</sup>。この法律はなお不明確さを残したと評され、裁判所は、これを不当に拡張解釈する傾向が生まれた<sup>17)</sup>。そこで、1962年の行政争訟制度の全面改正、行政事件訴訟法制定の際に、事情判決の要件を加重明確化し、原告救済の意を示して、現行の条文になったものである<sup>18)</sup>。

現行の行政事件訴訟法31条1項は、「取消訴訟については、処分又は裁決が違法ではあるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分又は裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を棄却することができる。この場合には、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない」と定めており、裁判所は主文で、処分又は裁決が違法であることを宣言して、請求を棄却することができるとするものである。2項は、「裁判所は、相当と認めるときは、終局判決前に、判決をもつて、処分又は裁決が違法であることを宣言することができる」、3項は、「終局判決に事実及び理由を記載するには、前項の判決を引用することができる」とする。1項の規定内容は、行政事件訴訟特例法11条の解釈上の疑義を除去したものであるが、「思想的にはより行政訴訟法案の規定に近い方向で事情判決の要件を定めたも

のであると言い得」るものである<sup>19)</sup>。こういった立法の沿革からも、或いはこの規定の文言自体からしても、この規定は「通常の権利保護の主観訴訟を眼中において、原告の利益と公益との調整をはかったものであることは明らかである」<sup>20)</sup>。そして、瑕疵の治癒や違法行為の転換の原理と比べて、適用し易い面もあり得る<sup>21)</sup>のか、その後の適用事例の大部分は、関係者が広範囲に及ぶ土地区画整理法、土地改良法の換地処分に関するものであった<sup>22)</sup>。

但し、この制度が、行政事件訴訟法 31 条 1 項によって創設されたもののなのか、当然の法理の確認規定なのか、については争いがある。一般の瑕疵の治癒や補正<sup>23)</sup>、違法行為の転換等によってカバーできない、本来ならば取り消すべき領域をカバーするものならば注意規定とは読めない<sup>24)</sup>。事情判決を必要とする事情は行政訴訟の独占物ではなく、民事でも、このような規定がない分、権利濫用の一般理論によってかなりこれに近い結果を導き得ると解せ<sup>25)</sup>、そう考えるなら、「事情判決制度は権利濫用の理論の公法的実定法化といえよう」<sup>26)</sup>。これに対し、阿部泰隆は、行政事件訴訟法の事情判決制度の存在基盤は行政行為の公定力や執行力によるものであり、権利濫用の理論と一致するものではなく、「事情判決制度は法の創設による特別規定と思われる」と結論付けている<sup>27)</sup>。

以上のことは、事情判決という手法をどこまで活用すべきに関わろう。確かに、事情判決制度は、折角完成させた建造物を破壊させるなどせず、他方で違法と宣言して事後に警告を発する効果はある。しかし、これをあまりに積極的に活用すると、その分野では法治主義の原則が形骸化する恐れ<sup>28)</sup>がある点、警戒が必要である<sup>29)</sup>のは確かであろう。このことは、行政指導が乱発されてきた日本で、行政処分を行う際に事前手続が不備で違法な処分がなされたことと関連があろう<sup>30)</sup>。公共の福祉の概念を、判例は拡大解釈し過ぎているとの指摘もある<sup>31)</sup>。行政処分の瑕疵が軽微あることを重視して、安易に事情判決がなされてきたという指摘もある<sup>32)</sup>。また、裁判所は、自ら公益・私益の比較衡量を行い、行政庁の判断が示されていないところが、職権取消行為に対す

る司法判断とも異なっており、裁判所の行政的判断ではないかとの批判もある<sup>33)</sup>。総じて、事情判決制度は外国に例のない特異な制度であり、しばしば法治主義の点でも欠缺のある制度のように評されている<sup>34)</sup>。このため、事情判決及び行政事件訴訟法 31 条 1 項に対して、合憲限定的解釈が必要であるとの主張<sup>35)</sup>や、抗告訴訟の対象範囲の拡大や執行停止の要件の緩和、行政行為の「瑕疵の治癒」や「転換」の理論を適用できるときは適用するなどの主張<sup>36)</sup>が導かれているのである。

ところで、行政事件訴訟法 38 条では、取消訴訟についての様々な条項が取消訴訟以外の抗告訴訟について準用するとされているにも拘らず、31 条は挙げられていないため、無効等確認訴訟にはこれが準用されていない。だが、無効も取消しも瑕疵の程度の差に過ぎず、出訴期間遵守と不服審査経由の要否という救済制度の観点から区別されるものであって実体的な差がないこと、無効という極端な瑕疵であっても、既成事実が積み重ねられた結果、それを覆滅する方が公の利益を害することがあり得ることから、無効確認訴訟でも事情判決を下す余地はあると解されている<sup>37)</sup>。以上のような懸念とは逆ベクトルとも言える、事情判決の拡張である。土地区画事業における換地処分判決でも、事業は完了していないが、20 年にも亘って利用関係が形成されていることが重視され、事情判決とすることは行訴法 31 条 1 項に含まれる一般的な法の基本原則に従って可能としたのである<sup>38)</sup>。そうになると、創設規定ゆえに厳密に限定的に読まねばならないということはなく、縛りは緩み出し、そこには行政法、公法の一般原則があるのではないかとの考えに傾くことが生じよう。

そして、この制度に、公法の一般原則を見出し、議員定数不均衡訴訟で、違法を宣言すると共に請求を棄却する判決が生まれたのである<sup>39)</sup>。公職選挙法 219 条 1 項により、行政事件訴訟法 31 条は準用できない。美濃部達吉の終戦直後の日本国憲法の概説書において、「選挙に関する訴訟」が一つの節を構成しており<sup>40)</sup>そこでは、「選挙の管理執行が法律に違反し且つ其の違反が選挙の結果に異動を及ぼす程度に重要性を有することを主張するものでなければな

らぬ」<sup>41)</sup> などとし、「正常の員数よりも多数又は少数の議員を選挙したばあいには、其の選挙の全体が無効である」<sup>42)</sup> と記載されているのだが、美濃部が、そして多分に当時の殆どの公法学者が、いわゆる議員定数不均衡訴訟などは夢にも思っていなかったであろうと推察できる。裁判所は、立法者や初期の解釈者の思惑を超えて、このような訴訟を謂わば創造したということなのである。

しかしながら、選挙無効請求には大義はあっても、それをまともに認めると公共の福祉に反すると最高裁は考えたのであろう<sup>43)</sup>。このため、法律解釈上の矛盾は認めつつ、それは、通常取消訴訟と選挙訴訟の形態の違いから、行政事件訴訟法 31 条の要件、内容をそのまま後者に「準用」できないことからの「排除」であって、その法理の援用まで積極的に排除したわけではない、ということの説明しようとした<sup>44)</sup> ものと言えよう。類推適用と言っても、選挙の無効は宣言されず、損害賠償もなく、ほかの救済もなく、「次の総選挙までに違憲の法律の改正をするだろうという期待があるだけ」である<sup>45)</sup>。このため、「事情判決の法理」はあくまでも「法理」であって事情判決そのものではない。「超法規的判断」<sup>46)</sup> と言えるかもしれない。だが、判決は、事情判決制度の重要な要素である原告の利益の実質的保障の側面が全く欠けており<sup>47)</sup>、このような理解には無理があるという批判も根強いものがある<sup>48)</sup>。雄川一郎の分析のように、これは、「公職選挙法上の選挙訴訟という形式を借りて、その中に憲法上の平等の侵害に対する抗告訴訟の実質を」有するものなのかもしれない<sup>49)</sup>。また、「判例によって創造された特殊の選挙訴訟とでもいうことになる」、「一種の無名抗告訴訟と解される」とも評価している<sup>50)</sup>。原則だけに頼りつつ、具体的な実定法の縛りを擦り抜けた印象も強いものである。

行政事件訴訟法の解釈、行政法の法治主義原理に基づく堅い解釈という観点からすれば、最高裁が、珍しく、「こんな無理」をしながら却下判決を避けたものだと言えそうである<sup>51)</sup>。それでもなお、この手法が採られ、こと議員定数不均衡訴訟については、少なくともこの手法を用いて違憲宣言を行うことへの批判は少ない。ただ、肯定論も、積極的に賛成しているというよりは『法

の一般原則』として一般化することには反対し」ながら、「消極的な形で受け入れたうえ、」限界点を探る観方が「支配的である」<sup>52)</sup>というのが行政法学界の概況と言ってよいであろう。では、どのように事情判決の法理が謳われ、定着してきたのか、次に観察してみることにしたい。

## 2 事情判決の法理に基づく判決

### (1) 肯定的多数意見

議員定数不均衡問題が最高裁で最初に争われたのは、1962年参議院議員通常選挙についての1964年判決<sup>53)</sup>のときである。まず、前提として、議員定数不均衡問題において、学説の中には、何故統治行為論<sup>54)</sup>を採らないかを言明すべきであり、問題にすべきとするものもある<sup>55)</sup>が、最高裁は、一見明らかに採ることも考えられないではない統治行為論を採らず<sup>56)</sup>、司法審査についての裁量的権限説を採ったと見ることができる<sup>57)</sup>。また、アメリカでも議員定数不均衡訴訟を憲法的制度訴訟の一つとして捉える向きもある<sup>58)</sup>が如く、選挙制度改革を伴う司法判断は、本質的に裁判所が行うべきでないとする説<sup>59)</sup>も存在したが、多数とはならなかった。およそ法律問題たり得ない「政治の藪」だという当初の予測とは異なり、「観念的に恐れられていたほどには“政治的”(非法的)であるわけのものではな」かった<sup>60)</sup>のであり、統治行為論の強調する論拠の一つが民主政の原理<sup>61)</sup>であることからしても、議員定数不均衡訴訟においては統治行為論の出番ではなかったと言うべきであろう。このため、およそ憲法判断の余地がないとする方向は、当初から遮断されたことになる。

1962年参議院議員通常選挙の議員定数不均衡の訴えに対して、東京高裁は、翌年、「選挙訴訟の適法な請求原因としては、当該選挙が、選挙の規定に違反する違法なものであることを主張すれば足りるのであり、被告主張の如き『選挙の規定に違反する』という事由に当る個々の具体的事実、専らその請求を理由あらしめるための要件であつて、なんら訴の適法要件ではないと解するの



が相当である。このことは、公職選挙法第 204 条、第 205 条第 1 項の文理解釈、並びに右各規定の立法趣旨に照らし、自ら明白というべきである」として、訴えそのものも斥けた<sup>62)</sup>。だが、その上告審である最高裁は、そのまた翌年に、訴訟の形式要件不備を理由に却下することをせず、「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つて、議員数の配分が選挙人の人口に比例していないという一事だけで、憲法 14 条 1 項に反し無効であると断ずることはできない」などとして実体判断を行い、原告の請求自体は斥けたが、他面、公職選挙法 204 条による訴えという方法を認めたのである。

同判決において最高裁は、訴訟の適法性や統治行為論などには触れず、4.088 倍の最大較差が立法裁量の内にあるとして定数配分を違憲としなかったため、このような手法が許容されるか否かという点は多くの人に見過ごされ、訴訟手続上の問題は大きな争点とはならなかった<sup>63)</sup>。合憲判断の下でこのことを第一投としたのが最高裁の深慮遠謀だとすれば、高度に政治的な戦略とも思えるが、却下判決では冷たいと思われるのを恐れた勇み足とも考え得るものであり、その真意は今となっては藪の中である。このような判断は、違憲判断が直截的に働けば選挙は無効となるが、そうであれば、憲法の所期しない結果をもたらすので、これを回避するため、行政事件訴訟法 31 条の事情判決制度を「一般的な法の基本原則」を媒介として援用したものと解されよう<sup>64)</sup>。訴訟は、民衆訴訟の性格を有し、選挙制度の適切な是正を目指すものであった<sup>65)</sup>。このような手法は、「実質的には、選挙無効の訴訟を換骨奪胎して、違法宣言訴訟に変えてしまったもの」であり、「事情判決の法理に依拠したのは、まさに、選挙無効訴訟を生かすための最高裁の苦心の策だったのである」<sup>66)</sup>。

最高裁は、衆議院議員総選挙に関する 1976 年判決<sup>67)</sup>では、当該選挙の最大較差 4.99 倍を違憲としながら、「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つて、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、かえつ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つて憲法の所期するところに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」と述べた。次に、本選挙についても、「右規定が憲法に違反し、したがつてこれに基づいて行われた選挙が憲法の要求に沿わないものである」「からといつて、右規定及びこれに基づく選挙を当然に無効であると解した場合、これによつて憲法に適合する状態が直ちにもたらされるわけではなく、かえつて、右選挙により選出された議員がすべて当初から議員としての資格を有しなかつたこととなる結果、すでに右議員によつて組織された衆議院の議決を経たうえて成立した法律等の効力にも問題が生じ、また、今後における衆議院の活動が不可能となり、前記規定を憲法に適合するように改正することさえもできなくなるという明らかに憲法の所期しない結果を生ずるのである。それ故、右のような解釈をとるべきでないことは、極めて明らかである」と判示したのである。

そして、「この訴訟による場合には、選挙無効の判決があつても、これによつては当該特定の選挙が将来に向かつて失効するだけで、他の選挙の効力には影響がないから、前記のように選挙を当然に無効とする場合のような不都合な結果は、必ずしも生じない」が、「選挙無効の判決によつて得られる結果は、当該選挙区の選出議員がいなくなるというだけであつて、真に憲法に適合する選挙が実現するためには、公選法自体の改正にまたなければならないことになりはなく、更に、全国の選挙について同様の訴訟が提起され選挙無効の判決によつてさきに指摘したのとほぼ同様の不当な結果を生ずることもありうる」とする。そして、「そこで考えるのに、行政処分の適否を争う訴訟について的一般法である行政事件訴訟法は、31条1項前段において、当該処分が違法であつても、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合にお

いては、諸般の事情に照らして右処分を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認められる限り、裁判所においてこれを取り消さないことができることを定めている。この規定は法政策的考慮に基づいて定められたものではあるが、しかしそこには、行政処分の取消の場合に限られない一般的な法の基本原則に基づくものとして理解すべき要素も含まれていると考えられるのである。もつとも、行政事件訴訟法の右規定は、公選法の選挙の効力に関する訴訟についてはその準用を排除されているが（公選法 219 条）、これは、同法の規定に違反する選挙はこれを無効とすることが常に公共の利益に適合するとの立法府の判断に基づくものであるから、選挙が同法の規定に違反する場合に関する限りは、右の立法府の判断が拘束力を有し、選挙無効の原因が存在するにもかかわらず諸般の事情を考慮して選挙を無効としない旨の判決をする余地はない。しかしながら、本件のように、選挙が憲法に違反する公選法に基づいて行われたという一般性をもつ瑕疵を帯び、その是正が法律の改正なくしては不可能である場合については、単なる公選法違反の個別的瑕疵を帯びるにすぎず、かつ、直ちに再選挙を行うことが可能な場合についてされた前記の立法府の判断は、必ずしも拘束力を有するものとはすべきではなく、前記行政事件訴訟法の規定に含まれる法の基本原則の適用により、選挙を無効とすることによる不当な結果を回避する裁判をする余地もありうるものと解するのが、相当である。もとより、明文の規定がないのに安易にこのような法理を適用することは許されず、殊に憲法違反という重大な瑕疵を有する行為については、憲法 98 条 1 項の法意に照らしても、一般にその効力を維持すべきものではないが、しかし、このような行為についても、高次の法的見地から、右の法理を適用すべき場合がないとはいいいきれない」とした。

そうして最高裁は続けて、「本件について考えてみるのに、本件選挙が憲法に違反する議員定数配分規定に基づいて行われたものであることは上記のとおりであるが、そのことを理由としてこれを無効とする判決をしても、これによつて直ちに違憲状態が是正されるわけではなく、かえつて憲法の所期するところ

ろに必ずしも適合しない結果を生ずる」のであり、「これらの事情等を考慮するときは、本件においては、前記の法理にしたがい、本件選挙は憲法に違反する議員定数配分規定に基づいて行われた点において違法である旨を判示するとどめ、選挙自体はこれを無効としないこととするのが、相当であり、そしてまた、このような場合においては、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、当該選挙が違法である旨を主文で宣言するのが、相当である」と判示し、いわゆる事情判決の法理を用いて、違憲であるとの判断をしながら選挙そのものは有効としたのである。

このような方針は、その後の判決でも踏襲されている。例えば、同じく衆議院議員総選挙の違憲判決である、1985年判決<sup>68)</sup>でも、「また、議員定数配分規定そのものの違憲を理由とする選挙の効力に関する訴訟は、公職選挙法204条の規定に基づいてこれを提起することができるものと解すべきである」の一文があるだけで、その根拠として先例を引用して終わっており、事情判決の法理の可否は最早論点ではないとの不動の姿勢を最高裁は示したのである。

## (2) 批判的少数意見

だが、このような事情判決の法理による判決には、反対する少数意見が長く付されていた<sup>69)</sup>。1962年参議院議員通常選挙についての1964年判決には、早速、このような判断に反対する斎藤朔郎裁判官（検察官出身）の意見が付いている。斎藤意見は、まず、「多数意見が、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る」が、「例外の場合」「には違憲問題が生じ、したがって右別表の無効を認める場合のあることを示唆している点に、私は危惧を感じる」とする。多数意見は、砂川事件最高裁判決<sup>70)</sup>の「『一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて』」といつているのも同様な考え方」だとして、結論に賛同した。しかし、「かりに、公職選挙法別表2が憲法の平等条項に違反することによつて、選挙が無効と認められた場合

には、如何なる事態が発生するかを考えてみるに、『その究極の結果は、国民から現在の立法機関を奪つてしまい、しかもそれに代る新しい立法機関を選出する方法もなく、ついに国家の機構の破滅を招来』しかねない。参議院の半数改選議員の選挙が全部無効となるような事態が発生すれば、国会の機能は全く停止されてしまう」し、「そもそも、公職選挙法 204 条の訴訟は、本来は、選挙の管理執行上の過誤を是正することを目的とする制度であり、「本件別表 2 が違憲無効と認められる場合に、果して 40 日という短期間に、別表の改正が行われることを、期待できるであろうか。それができなければ、無効の選挙をくり返していくより仕方がない。右 204 条の規定を合理的な範囲内で拡張解釈することは差し支えないとしても、国会と裁判所との間において、裁量判断にいちがいの生じるおそれの多分に存する問題についてまで、司法的解決を与えんとすることは、拾収すべからざる混乱を招来するものと思う。かように考えると、右 204 条の訴訟で、本件事案におけるような請求を求めることの合法性に、私は強い疑問をいだく」として、この点については多数意見とは異なる判断をしたのである。

参議院の 1966 年判決<sup>71)</sup>における田中二郎裁判官（行政法学者出身）の意見も、これを継ぐものと考えられる。意見は、「多数意見が説示しているように、『立法府である国会の権限に属する立法政策の問題であつて、議員数の配分が選挙人の人口に比例していないという一事だけで、憲法 14 条 1 項に反し無効であると断ずる』ことはでき」ず、違憲判断は、「国会が、憲法の趣旨を没却してその裁量権を濫用し、全く恣意的に議員数の配分を行なつたことが客観的に一見明白であることを理由とする場合に限られるべきである」という、原告不利な前提で議論を始めている。

そして、「公職選挙法 204 条の選挙の効力に関する訴訟」は「いわゆる民衆訴訟の性質を有する訴訟であつて、この訴訟で、別表 2 の定める議員数の配分の違憲無効を主張して争うことができるかどうかとも頗る疑問としなければならない。というのは、公職選挙法 204 条の定める選挙の効力に関する訴訟制度は、

元来は、選挙の管理執行上の瑕疵を是正することを目的とした制度であつて、議員数の配分の違憲の主張のごときものは、全く予想していない」と述べる。主たる理由は前述の斎藤裁判官とほぼ同じであり、「再選挙は、これを行なうべき事由が生じた日から40日以内に行なうべき」ことになるが、それ「は事実上不可能であり」、「違憲無効の別表2によつて、違憲無効の選挙を繰り返すか、改正法の成立するまでの相当の期間、国権の最高機関の一部の存立を否定せざるを得ないこととなる（衆議院についても同じ問題が生ずる可能性があり、場合によつては、国会両院の存立が否定され、従つて法律の改正自体が行なえない場合の生ずる可能性がないわけではない。）」のであり、「本来、許されないとところと解すべきである」として、この訴訟類型を利用することを否定したのであった。

このような意見はその後も続き、衆議院に関する1976年判決での、「判例が各選挙区における議員定数配分の違憲を理由とする選挙無効の請求を公選法204条の訴訟ですることに合法性を認めたのは、法の解釈を誤つたものであり、したがつて、その限りにおいて判例を変更する必要がある」とする天野武一裁判官反対意見、参議院の1983年判決<sup>72)</sup>や東京都議会の1984年判決<sup>73)</sup>における藤崎万里裁判官反対意見によつて、そのような主張は示されている。たまたまであろうか、検察官、外交官、行政法学者出身者が続いた。

同調するように、平賀健太元札幌地裁所長（法務官僚出身）が、1982年に、「法律の許容しない訴を受理して違憲審査権を行使するということは、訴訟法の認めるなんらかの訴の名称と形式を借りただけの、その実質は、直接に法律の違憲無効であることの宣言を求める訴を適法な訴として受理して、その法律の憲法適合を審査することと異るところはないのではないだろうか」<sup>74)</sup>、「裁判所は、単なる『憲法上の要請』や『憲法上の精神』を根拠に、法律を違憲無効とすることはできない」<sup>75)</sup>、「自ら法律を制定し、改廃する権限は、裁判官にはあたえられていない」<sup>76)</sup>などと批判して、この手法に端的に疑問を呈した。1992年には、岡原昌男元最高裁長官（検察官出身）により、やはり事情判決は公選法219条の明文規定に反するほか、国会が是正を行わなければ司法の権威

が失われるなどの問題があり、「一部の選挙区の全議員が当選無効」とな「つても、選挙法改正その他の議会の活動は、他の選挙区から選出された議員によって、なんら支障なく進めることができる」とする批判がなされていた<sup>77)</sup>。

しかし、このような反対意見は数少なく、かつ次第に影を潜めてきた。退官後に上記見解を示していた岡原元長官も、最高裁判事時代には、1976 年判決における、「千葉県第 1 区に関する限り違憲無効であつて、これに基づく同選挙区の本件選挙もまた、無効とすべきものである。したがつて、本件上告は理由があり、これと見解を異にする原判決を破棄し、本件選挙の無効を求める上告人の本訴請求を認容すべき」との結論に達した共同の反対意見において、「現行法上選挙の無効を争う点で類似している公選法 204 条の訴訟の形態を用いることができるとした多数意見は、そのまま同調しうる」との判示をしていたのであり、最高裁の裁判官による法廷での意見としては、事情判決の法理反対論は非常に数が限られる。これらの裁判官の見解は、「公選法の解釈としては、かえってその方に説得力があるようにも見える」が、多数意見の方が「裁判所のもつ憲法保障機能を重視」していると評価できようか<sup>78)</sup>。また、公選法 204 条の選挙訴訟は、同じく違法に行われた国会議員選挙の結果を排除、是正する 208 条の当選訴訟と比べれば、選挙を無効として改めて投票手続からやり直すものであり、「選挙訴訟は再選挙を目的とするものといえないではない」<sup>79)</sup> のであった。実際に再選挙が可能かどうかは、「国会の権限と責任において解決すべき問題」であり、定数不均衡が選挙訴訟で争えないと言うのは「選挙訴訟を設けた本来の趣旨に沿わない」と言えた<sup>80)</sup>。要は、以上の反対意見等は、行政法の条文の忠実な解釈ではあるが、憲法・統治構造上の大局から見たとき、法廷内でも多くの賛成を得られるものではなかったということである。

田中二郎と同じく、行政法学者出身の最高裁判事であった藤田宙靖も、退官後、「裁判官にとっては、まず何よりも、目の前にある当事者間の現実の争いについて、そのいずれかに軍配をあげるこそが究極の課題」である<sup>81)</sup> として、「法の一般原則が引き合いに出されるのも、基本的にはあくまでも、目



の前の具体的な事件について『最も適正な解決』をもたらすための一手段に過ぎない<sup>82)</sup>とし、最高裁が判例変更を減多にせず、事案の区別をして先例とは一見異なる判断をすることを肯定的に語っている<sup>83)</sup>。ここで藤田が挙げた例は、公務員の政治活動を巡り、猿払事件最高裁判決<sup>84)</sup>と一見異なる判断を下した堀越事件最高裁判決<sup>85)</sup>と、(第1次)メイプルソープ写真集事件最高裁判決<sup>86)</sup>とは一見異なる判断を下した第2次メイプルソープ写真集事件最高裁判決<sup>87)</sup>という、一般的に言えば憲法判例に属するものである。別の観点から見れば、事実認定、次に法令の解釈で解決できる事案で、不必要な憲法解釈はしないという趣旨も含まれていると思われる。このことは、少なくとも、精神的自由や参政権、憲法14条1項後段列举事由の差別などの事例でない限り、憲法判断回避の準則と呼ばれてきたものは法理であるという観点<sup>88)</sup>から同意できる。そうであれば、議員定数不均衡事件において、結局、選挙無効を認めず、原告の請求を斥けるのであれば、憲法判断は不必要ではあるのだから、事情判決の法理を排除するのが筋のようにも思えるが、興味深いことに、最高裁時代の藤田はそのような立場に与した判断を下していない。逆に言えば、行政法理論の一貫性や事案の解決を超えて、事情判決の法理はそこまで浸透したということであろう。斯くの如く、事情判決の法理は議員定数不均衡事件において定着したと言えよう。

### 3 学説の評価

#### (1) 反対論

以上のような判例の動向に対して、学説でも事情判決の法理に否定的見解は存在した。この手法はある意味、法治主義に反する、諸外国にも類例のない手法である<sup>89)</sup>。そして、違憲とは宣言したいが選挙は無効にしたいくないとの裁判所の配慮の結果である。選挙訴訟では選挙無効の後に再選挙が予定されているのに対し、事情判決の法理に従った再選挙なし、即ち救済なしの判断は、憲



法 98 条 1 項の法意に沿うものではなく<sup>90)</sup>、定数は正は国会によってしかなされ得ず、選挙無効判決をなす意味が失われ、結局、議員定数不均衡に基づく選挙無効の訴訟を同法は予定していないことは明らかなからである<sup>91)</sup>。最高裁に少数意見があったように、学界にも反対論があっても不思議ではなかった。

行政法学者の雄川一郎は、公職選挙法は、「同法上の選挙訴訟や当選訴訟について、」行政事件訴訟法 31「条の準用をしていないのは当然と言うべきであ」と強く述べ<sup>92)</sup>、事情判決の法理を認めた最高裁判決は「形式的に見れば、矛盾を含むことは明らかなである」<sup>93)</sup>と主張した。「個別的瑕疵」と「一般性をもつ瑕疵」が「法律上異質の瑕疵であるというのであれば、公職選挙法上の選挙訴訟において後者の瑕疵をも争い得るということに無理があるし、また法律上同質のものであるというのであれば、行政事件訴訟法 31 条を準用しないのは前者の瑕疵を争う場合に限られるということが無理になる筈である」などとする<sup>94)</sup>。そして、「また何よりも、当選訴訟を公職選挙法による選挙訴訟と認め、また行政事件訴訟法 31 条 1 項前段の規定を法政策的考慮に基づいて定められたものとしながら、同法が選挙訴訟について準用を排除している行政事件訴訟法 31 条の規定そのものに含まれる法の基本原則を適用するというのは、いかに『高次の法的見地』からといっても、いかにも無理な論理であって、解釈論としてはそのままには成立し得ない」と厳しく批判したのである<sup>95)</sup>。更に、学説の中には行訴法 31 条が、行政行為の取消しにより公共の福祉を害するときは、それとの調整から自由に取り消せないという「一般的な考え方」を明示したものとする考えもあるが、この問題として説かれてきたのは職権取消し、行政庁の取消権の行使に関する理論ではなかったかとの疑問を呈する<sup>96)</sup>。仮に、この手法が例外的に認められるとしても、「処分取消の結果が公の利益に著しい障害を生ずることだけではなく、原告の権利の保護ないし回復のために処分取消に代替する有効な方法があり得ること、また原告としてもそれらの方法によって満足ないし我慢することが相当と考えられるような場合」でなければならないが、議員定数不均衡訴訟の事実関係はそうではなく、判例は

支持できないと結論付けたのであった<sup>97)</sup>。

田口精一は、公選法 205 条 1 項による選挙訴訟について、「選挙が各選挙区を単位として施行されるものであるから、選挙訴訟の対象として争われるのは、特定の選挙区、開票区」「などにおける集合的な行為としての選挙の効力」を争うべきものであるところ、議員定数不均衡訴訟のようなものは、「議員定数の改訂がなされない限り、再選挙をいくたびくり返したところで、不均衡の結果はぬぐいきれないものであり、しかも再選挙は、これを行うべき事由が生じた日から 40 日以内に施行しなければならない」のだから、「現行の公選法のもとでは、初めからこれを予想もしていなかったものと考えざるを得ない」し、このことは「選挙訴訟」が「当該選挙区施行の選挙に関し、その権限を有する選挙管理委員会を被告として、その執行の違法を理由に提起すべきもの」としていることから明らかだと述べる<sup>98)</sup>。同様に、選挙管理委員会には当事者能力がない<sup>99)</sup>、選挙管理委員会での瑕疵を是正する途のないものを公選法 204 条訴訟で取り上げるのは違法である、という見解<sup>100)</sup>もある。この見解は更に、同委員会が訴訟費用の負担をすることも理解できないとしている<sup>101)</sup>。

田中真次も、選挙を無効として 40 日間のうちに再選挙を行うことは、その間に公選法別表の改正が必要となるものの、それは困難であり、それまで当該選挙区の議員を欠員とすることは疑問であり、現行の選挙訴訟制度では解決できないとし、主張自体失当で、請求は棄却するよりほかはないとしていた<sup>102)</sup>。久保田きぬ子も、この「問題を裁判所において争うことに決して反対するものではない」としつつも、「限界がある」のであり、「究極的には、国会の問題であり、『投票箱』の問題である」と述べている<sup>103)</sup>。林修三も、公選法 204 条訴訟の提起を不適法と述べて憚らなかった<sup>104)</sup>。

1976 年最高裁判決の天野裁判官反対意見以来、この種の意見は散見されている<sup>105)</sup>。事情判決とは、言ってみれば、「裁判所は、定数配分が違憲である旨の確認判決は行うが、違憲状態の是正は議会に任せ、議会が何も措置しない場合、あるいは措置をしてもそれが裁判所の眼から見て違憲状態を解消したとは

いえない場合でも、裁判所が是正措置を命ずるということはしないものとする立場」<sup>106)</sup>に立っているものと思われる。以上の否定的学説は、選挙訴訟による議員定数不均衡の訴えを不適法とする方向を導いていたように思われる。

これらの説は、事情判決が法治主義の原則の例外的制度を厳格に限定的に行っているか、拡張的適用ではないかとの疑問を伴っていた<sup>107)</sup>。事情判決自体が法治主義の例外的なものであるから、適用は限定的であるべしとの批判が強かった<sup>108)</sup>。また、別表全体が違憲である以上、当該選挙区選挙のみが無効ということはできず、また、不均衡が著しく、訴えがなされた選挙区在住の国民がかえって国民代表を送り出せなくなることは矛盾である<sup>109)</sup>ことも、こういった判決手法を是認する消極的理由とされてきたように思われる。抗告訴訟により訴えるのが本来であるということであろう<sup>110)</sup>。事情判決の法理を注目すべき英知と認めつつ、安易な拡大適用を戒めるものだったと言えよう。

## (2) 肯定論

しかし、学説の多くは当初から、事情判決の法理を認めつつも、1976 年判決の指摘するような「結果」は生じないとする肯定的な空気が支配的になり、はっきりした「否定的な見解は少ない」状況にあった<sup>111)</sup>。特に異論を唱えない多数は消極的賛成だったと言えよう。

まず、以上のような反対論に対しては、まず、田中真次の言うような選挙無効による混乱とは、「専ら立法院たる国会において処理すべき事項に係る」ものであり、そうであるにも拘らず、国会が「何もなさないであろうか等」という点をその余の国家機関において忖度または喋々すること自体、「司法権」が『政治のしげみ』に自ら踏み込むことにはかならず、「最も政治的であるとの誹りを免れない」ものだとする越山康の批判がある<sup>112)</sup>。この種の批判は、統治行為論や憲法判断回避の準則についても言われたものである。「司法権」の要件の細かい議論というよりは、憲法判断なしはあり得ないとする批判であろう。

越山のような訴状を纏める側から見れば、当時、このような「訴訟は、現

行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であり、これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はないのであ」<sup>113)</sup> った。事情判決に至る選挙訴訟のルートが閉ざされれば、そもそもこの問題で裁判所に憲法判断を仰ぐ途はなくなるという危惧があった。また、選挙訴訟が客観訴訟、民衆訴訟の典型ではあるものの、主観的利益の不存在が要件となっているわけではなく、主観的権利の救済の機能も有しており、主観的運用に異を唱える必要もない<sup>114)</sup> との主張もされた。原告としては選挙訴訟を選択でき、本来ならば選挙無効を求めるものの、裁判所としては解決に窮するならば、事情判決の法理に逃げ込むことを否定はしない、ということであろう。

判例が議員定数不均衡を違憲としつつ、選挙を無効とせず、事情判決の法理を用いてきたのには、公職選挙法の別表（定数配分規定）が、定数配分という性格上、不可分一体性を有する<sup>115)</sup> ため、全体として違憲となるという前提があり、事情判決の法理を肯定する学説の多くもまた、まず、選挙区割りを定めた公職選挙法別表の不可分性を前提としている。和田英夫は、法治主義の下では、違法な行政は取り消されるべきであるから、こういった手法は例外的なものであり、安易な拡大には賛成できない<sup>116)</sup> としながらも、「与野党の全国的な選挙対策の方針の下で選出されてくる議員全体にかかわる国会議員の定数配分問題にあっては、可分よりも不可分の事案とみるべき」だと論じ<sup>117)</sup>、全国的な定数配分問題であり、かつ、訴訟当事者も当該選挙区の選挙を無効とすればよい趣旨ではないものであることを根拠に不可分論を採った<sup>118)</sup>。千葉勇夫も、議員の総数を人口にほぼ比例となるように配分・編成した沿革があり、通常は、全国的配慮の下では是正がなされるべきものであること、訴訟構造上も、可分説によると、過剰代表選挙区からの訴えは事実上ないので、過少配分違憲と表裏一体をなしている過剰代表違憲の判断の機会を失うという不都合が生じることなどから、選挙区割り不可分論を肯定した<sup>119)</sup>。もし、可分論に立ち、過少選挙区の選挙を無効とすれば、差別を受けてきた当該選挙区民の選挙権が剥奪されたも同然となるという矛盾もあった<sup>120)</sup> からでもあろう。

そして、事情判決を積極的に認めてよいとする判例の考えの背景にあるもう一つの考えは、国法秩序の大原則からして、憲法違反の法令は原則として当初無効であるが、そうなることに基づいてなされた行為の効力も全て否定されるのが筋であるが、これを避けねばならないという点にあらう<sup>121)</sup>。

今村成和は、1976 年判決時点では事情判決をすべき場合ではない、という主張に反論する形で、「選挙無効の判決をしても、これによつては、当該選挙区選出議員がいなくなるだけで、直ちに違憲状態が是正されるわけではない」中で、「選挙を無効とすることには、もともと特段のメリットがあるわけではない。この場合の事情判決は、それを踏まえてのことなのだから、無効とすることによって国政の上に多少ともマイナスの影響を生ずることがあれば、はかりは容易に事情判決の方に傾くだろう」と述べている<sup>122)</sup>。そして、過少代表の選挙区選出議員の当選を無効とするのは「本末転倒」であるとも述べた<sup>123)</sup>。更に、「選挙を無効にすることの取り柄は、敢えていえば、公選法改正のための起爆剤たることにしかないのだから、そのためには、選挙の違法を宣言するだけで足りる」とも述べている<sup>124)</sup>。「定数は正は、他の選挙区にも及んでいるのだから、その施行は、次の総選挙の時から一斉に行われるのが望ましく、特定の選挙区についてのみ、判決があったからとはいえ、繰上げ実施することが、妥当かどうかは疑わしい」し、「再選挙は、もとの選挙とは全く別個のものであり、もとの選挙における選挙人団の意思を、瑕疵のない形で再現するものではないのだから、もともと次善の策に過ぎないものである。したがって、本件のように、もとの選挙の当選人の当選を失わしめることに合理的根拠のない場合には、取るべき手段とは思えない」と断言する<sup>125)</sup>。浜田純一や遠藤比呂通も同様に、過少選挙区の選挙民が訴えを起こすと、その選挙区の代表がいなくなるというのは矛盾であると指摘していた<sup>126)</sup>。何れも、理不尽な結果を避けるための事情判決はやむなしとする主張である。

樋口陽一は、「多数意見が苦心して自由な発想を論理づけようとした点は、高い評価があたえられてしかるべき」<sup>127)</sup> だとし、「実質的には私権保障型のも

のとして構成し」たもの<sup>128)</sup>であって、「きわめてつよく憲法判断積極主義の方に傾いている」<sup>129)</sup>と評価したほか、中谷実はこれを「積極主義」に<sup>130)</sup>、戸松秀典も「準積極主義」に分類している<sup>131)</sup>。戸波江二も、「国会の判断を尊重しつつ違憲判決を下すための一つの手法として、支持できる」<sup>132)</sup>とした。これらは、何よりも、憲法判断、特に参政権の欠缺に対する憲法判断は積極的であるべきであることを基本に、選挙無効は無理でも憲法判断を求める、或いは、折角、違憲判断を行おう最高裁に反対する必要はないとする主張と言えようか。

区割り不可分論に従い、選挙全体が違憲となれば、議員が最初から議員としての資格を有さなかったことになる筈であり、結果、その議員によって組織された議院の議決を経て成立した法律等の効力に問題が生じよう。また、当該議院の今後の活動が不可能になるほか、別表を憲法違反でないように改正することもできず、憲法の所期しない結果を生じてしまうという点である<sup>133)</sup>。

当該公職選挙法別表が憲法14条違反で無効となったとしても、公職選挙法34条に定める再選挙を行うまでの40日間に、別表を改正することは殆ど不可能であり、その際に別表を破棄して全国を一区とする選挙を行う方法も、現行法の建前や、訴訟が特定の選挙区の選挙の無効を争って提起されていることに鑑みると、難しい<sup>134)</sup>。再選挙の実施が困難であれば、裁判所は、別表の違法は「選挙の結果に異動を及ぼさない」との結論にならざるを得ないのかもしれない<sup>135)</sup>。この混乱を避けようとして編み出されたのが事情判決の法理であり、それは、「違憲性について判断すること自体の正当性ないし利益にかかわっている」<sup>136)</sup>「すぐれて便宜的な手法」<sup>137)</sup>とも言えた。芦部説は、違憲だが請求棄却とせざるを得ないが、そのことによって、裁判所はかえって安心して違憲判決を下せるお墨付きを与えられたと言えようか<sup>138)</sup>。

結局、議員定数不均衡を争う途としては、選挙訴訟、不可分論、そして事情判決の法理が、三位一体のものとして学界で広く支持されるところとなった。「いかにも、選挙の規定違反の事由に該当する個々の事実、訴えの適法要件と考えるべきではないであろう。また、選挙の規定違反とは、明文に反するこ



とがなくても、選挙の自由公正が著しく害された場合を含むと解されているので、原告が準備書面（第2）でいう『選挙法令の違憲無効を理由に諸法令に基づく選挙管理執行行為の違法を主張する請求』を、本件の場合204条の訴訟として是認することは、許されてよい<sup>139)</sup>とする芦部信喜の見解が学界の総意と言うべきか。芦部はまた、公職選挙法204条の訴訟が再選挙の実施の可能性を前提にするものであり、定数配分規定が違憲無効とされてこれを改正しなければ適法な再選挙を行うことができない場合のみを予定する制度ではない、ということも指摘している<sup>140)</sup>。このあたりにも、事情判決の法理を避雷針として是認した雰囲気が漂うのである。事情判決の法理は「一種の便法」<sup>141)</sup>、「違憲状態の確認」の一例<sup>142)</sup>であるが、特に違憲宣言判決の便法であった。国会に対し、「いかにして、警告し、説得するか、という、いわばいささか異質な方法」<sup>143)</sup>なのである。別の言い方をすれば、「一種の将来効判決」<sup>144)</sup>とも言えた。

事情判決の法理については、「一種の違憲確認判決ないし一種の将来効判決を行い、政治部門の憲法上の責任を明確にした」との評価もある<sup>145)</sup>。しかし、同法理は、振り返って見ても、議員定数不均衡訴訟のみに使われる特殊なものとし、他にも汎用しようとする主張は殆どなく、理論的でない疑いがかかる。あくまでも、司法的に解決困難となった議員定数不均衡問題において、「現行訴訟制度における違憲・違法即無効（ないし取消し）という一義的な判決方法の不備を補うために、法創造的に両者を切りはなす判決方法を見出し、それを『事情判決』の形を使って説明したことにはかならない」のであった<sup>146)</sup>。超法規的措置が許されるのは、「憲法の所期しない結果」を避けるためであった<sup>147)</sup>。或いは、これを放置して憲法の番人たる信頼を崩さないで、立法府との対立関係を直ちに生じさせない手法の下で、しかし違憲の判断を国会に突きつけたとも言えなくはない<sup>148)</sup>。だが、無効判決の方が構成に「風穴をあけてしまう」という意味で「強力」であるにも拘らず、選挙無効判決を回避するのは、司法の立法に対する暫定的な礼讓であるという説明もある<sup>149)</sup>。そうであれば、参政権保障に反する違憲状態であるから、より積極的な救済を求める理論構成を



行うべきではなかったか。事情判決は可能である、というのが憲法学説としても定着していると言ってよいが、実は、積極的にこの手法の合憲性・合法性を克明に説明する論考はあまり見当たらず、法理論的な論争の影は、実は薄かったように思えた。事情判決の法理は、積極的には支持できないとしても、違憲判断を裁判所にさせるためには、積極的には否定できない、という忸怩たる思いが通説的見解にはあるように見えるのは、気のせいだろうか。

#### 4 事情判決の法理を超えられるか？

このように考えてくると、事情判決の法理を是認する通説・判例も、このままでは磐石ではないように思われる。何よりも、事情判決の法理には、事件の解決を行うという「司法権の本質と矛盾しないだろうか」<sup>150)</sup>との疑問がある。日本国憲法76条の「司法権」の定義からしても、裁判所の違憲判断の効果も当該訴訟の枠内に止まるものであるべきであり、抽象的規範統制訴訟のようなものは認められていない<sup>151)</sup>。しかし、事情判決の法理に基づく司法判断は、限りなく抽象的規範統制に近い性格を帯びている。ならば、なぜこのような手法が許されるのかとの疑問も生じるであろう。事情判決の法理の利用は、法治主義に反する裁判所の判断であるとも言える。これについては、以前は、立法義務違反であることを国会に示している分、国会に対するインパクトは強いのだと言えなくもなかった<sup>152)</sup>。しかし、事情判決を繰り返せば、国会が是正を怠るのを黙認する逆効果も視野に入れねばなるまい<sup>153)</sup>。国会は最小限の是正をしてよしとし、それ以上のインパクトを裁判所が与えられないという苦難が待っていたとは、予想外の「あの頃の未来」であった。このことから、繰返しは認められないとする説<sup>154)</sup>もあるほどである。

そこで、定数不均衡を是正して議席を再配分し、具体的権利・利益の擁護をおよそ行わないのであれば、寧ろ無用な憲法判断をしない方が筋ではなかったか、との疑問<sup>155)</sup>もないではない。従来の事情判決否定論は、謂わばこれに沿

う説であろう。しかし、この立場は、些細な法規定や行政法理論などに束縛され過ぎており、民主主義社会で最も重要な人権だと言えなくもない参政権の偏在についての憲法判断に至る途を絶ってしまうのは本末転倒である、という批判を浴びよう。事情判決の法理を用いることの有力な根拠である、選挙結果に異動を及ぼすか恐れがあるかどうかは当該選挙の瑕疵の齎す結果の問題であり、後続の選挙の実施が可能かどうかとは無関係であるという批判<sup>156)</sup>もある。

では、事情判決の法理の援用をどのように正当化できようか。それはやはり、参政権という重要な人権の侵害の場面で違憲判決は避けられないということと、付随的違憲審査制との葛藤の中で認められるとするのが妥当であるように思われる。仮に、議員定数不均衡問題を解決するための十分な実定救済制度がなかったとしても、表現の自由の侵害の際の文面違憲判決に準じ、国の政教分離違反に際して裁判所が違憲の判断を行いながら訴えを斥ける<sup>157)</sup>手法があり得ることを踏まえ、選挙権侵害という重大性に鑑み、原告の訴えを却下した上で、違憲宣言を行ってもよい<sup>158)</sup>と考えるのである。これは、棟居快行の主張する基本権訴訟論<sup>159)</sup>に通じる。基本権訴訟の「含意は、当事者の裁判を受ける権利の実現として、ないしは主張されている個々の実体的基本権それ自体に内在するものとして、事実にあつた救済の方法を創造することが、司法権に対して憲法上も要請されているという観点である」<sup>160)</sup>。

しかし、法解釈のルールとして、まずは、現行訴訟制度の解釈を広げて可能であれば、法的安定性や民主的正当性の見地からこれを優先し、司法による手続法の立法ともいえるべき、基本権訴訟などの創造は最後の手段とすべきであろう<sup>161)</sup>。最高裁は、創設するよりは司法創造的でなく、現存する選挙訴訟を拡張解釈して、違憲を宣言する効果を持たせる事情判決の法理を導くことで、より現行法制度に沿った宣言判決に匹敵する判決の在り方を導いたと解せよう。判例が「諸般の事情を総合考察」して事情判決を採用したのは、憲法上の重要な権利を救済することを下位法令が阻害しているのであれば、これを可能とする最低限の合憲限定（拡張）解釈をなすことが手続法においても優

先されるべきだということの表れと捉えることができ、権利の重要性、その侵害の重大さに鑑みて、目の前の事案の解決を超えて裁判所が法的判断を示した一場面と捉えることができよう。つまり、事情判決の法理とは、たまたま公法分野に存在した法理を、以上の大きな目的に向けて拡張的に援用したものなのであろう。定数不均衡訴訟は、現行行政事件訴訟法上、形式的には公選法の選挙訴訟の形を採るものであるが、実質的には選挙権の平等侵害に対する抗告訴訟であり、判例が創造した特殊な訴訟であるが、同訴訟によっては実体法上選挙を無効とすることはできないものである<sup>162)</sup>。事情判決の法理の本質は違憲宣言判決にあり、それに向けて利用可能な手続法を拡張解釈したものである。もしも、具体的救済が無理であるということを是認するならば、この種の手法は肯定できよう。これは、少なくとも、憲法上の重要な人権の侵害や基本原理の逸脱がなされているが、司法権により具体的に当事者を救済することが憲法上できない場合に一般化できるものと思われる。

だが、その先にあるのは、宣言に留める必要や理由がなくなれば、事情判決の法理を用いるべきでないという判断のように思われる。議員定数不均衡事件でも、原告の訴えを受け、選挙無効の判断に進む方向はあり得なかったか。参政権の回復ということを旗頭にすれば、まず事情判決の法理ありきとはならないことも明らかである。元となる事情判決は諸外国に例を見ない制度であり、法原則として裁判上採用できるのか、そして、違法処分取消しに代わり、個人に他の救済方法が存する場合であることを必要としており、公益があるというだけではこの法理の定立は許されないのではないだろうか<sup>163)</sup>。議院の活動に重大な影響と言うが、訴訟の生じたせいぜい20名程度の議員が再選挙終了まで一時議席を失うのみであり、事情判決で臨むような混乱も見当たらない<sup>164)</sup>。以上のことは、事情判決の法理が崩れるだけではなく、三位一体である、選挙訴訟、不可分論やぶさを崩すことも吝かではないとする景色を導こう。樋口陽一もまた、可分論の違憲論を採るか、不可分論によっても当該選挙区の選挙のみの無効にするだけのときに、この法理を援用せねばならないほどの「不当な結果」

を恐れる必要はないのであり、寧ろ、これによって「一般的な法の基本原理」を持ち出す必然性が不明であるなどとして、最高裁の手法に否定的である<sup>165)</sup>。

事情判決の法理の実践的な意味での最大の問題は、違憲を宣言しても、政治部門がこれを無視して全く動かなかったとき、裁判所として二の矢が何ら用意されていないことにある<sup>166)</sup>。補足すれば、短い間隔で衆議院が解散されれば<sup>167)</sup>、訴えはその時点で却下され、最高裁の本案判決に至らないという難点もあり、実際そのような例もある<sup>168)</sup>。立法府が違憲性をよく認識して定数不均衡の是正に前向きなら、このような手法は効果的と言えようが、そのこと自体、立法府の認識次第であるし、そもそも立法府に高い認識があれば、このような違憲状態が継続することはないのである<sup>169)</sup>。議員定数不均衡問題では、過剰代表を送る選挙民とその議席を温存している議員が確実に存在していることは、忘れてはなるまい。最高裁の論理からすれば、そのようなときにも、事情判決を漫然と繰り返すしかない恐れがある<sup>170)</sup>。問題の解決に多大な時間を消費し、投票価値の平等という憲法上の価値実現を遅らせよう<sup>171)</sup>。そして、その事実上の効果もないことを示すことになり、司法の権威を失墜させる恐れがある<sup>172)</sup>。定数不均衡は正に関する最高裁と国会のやり取りを、国会の自律的対応を尊重する「対話的違憲審査」の現れと評する説<sup>173)</sup>もあるが、事情判決の法理の繰返しでは国会の自浄作用は働かないことは最早明らかであり、外科的な手法に期待するしかない段階に至っている感もある。

そして、焦点は、違憲判決が下されたとき、言わばその後始末をどうするかにあると言えよう<sup>174)</sup>。事情判決の法理では、立法府に対する合憲性の統制力が余り働かないという弱点を、司法権が認めてしまったということである<sup>175)</sup>。このようなリスクを背負ってまで、定数配分の不可分性を前提にしてもこの法理を用いない途はあったと思われるところ、何故敢えてこの法理を用いたのか、が問題にされるべきであろう<sup>176)</sup>。判決の真意は、それでも配分規定自体を無効にしたくなかったからではないかとの指摘がある<sup>177)</sup>。芦部説に対しては、立法論での解決事項を不当に解釈論に持ち込む誤りを犯しているとの批判

がある<sup>178)</sup>。そして、事情判決の法理による判断でなければ何故いけないのか、自ずと限界があるのではないか、ということが問われよう。

対案は早くから示されてきた。英米法学者の田中英夫は、事情判決を一步前進と捉え、司法権の本質について口を拭っている憲法学に、早くから激しい批判を加えていた<sup>179)</sup>。そして、公職選挙法 204 条の選挙の効力を争う民衆訴訟は「自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起する」訴訟とは言えず、一選挙区の選挙の無効を争う訴訟でこれを解決しようとするのは矛盾であり、不适当である<sup>180)</sup>と批判する。それでも、この訴訟を前提として議論を進めれば、「一応抗告訴訟と構成して、それに、対象が定数配分の問題であることを考慮して解釈で必要な補正を加えるのが無理が少ない」としている<sup>181)</sup>。

田中は続けて、「裁判所は、原則として、法律の中で違憲な部分」「のみを無効と判示すべきである」が、「その部分が無効だということになるとその法律を制定した目的が達せられないと思われる場合」「には、全体を無効と判示する」ようにするのが「当然の理である」ので、これを議員定数不均衡問題に当てはめれば、「投票価値が低く扱われている選挙区の選挙だけを対象としてその有効無効を論ずるということは（選挙訴訟という形式が選ばれたことに引きずられたという事情があるのだらうという以外には）理解ができない」と批判する<sup>182)</sup>。公職選挙法 34 条による再選挙までに定数の再配分がなされる可能性もほとんどなく、不平等は一向に解消されない<sup>183)</sup>。田中は、よって、これ以外の司法的救済を考えるべきであると主張するのである<sup>184)</sup>。

雄川一郎は、事情判決の法理を認めた最高裁判決を評して、これは「明らかに実体法解釈の考え方」である<sup>185)</sup>とし、「国会の機能を保全するために選挙を無効となし得ないという帰結も、憲法ないし選挙法の解釈として成立しうる一つの理論と言い得る」<sup>186)</sup>と述べていた。判決は、「行政事件訴訟法 31 条に含まれる一般的な法の原則に由来するものではな」く、「事情判決の形式を借りて、定数配分規定の違憲を明らかにし」たもの<sup>187)</sup>と言うことになる。その行政事件訴訟法の選挙無効訴訟を「借用」していることに起因する問題は多

く、そこに遡っての再考も必要だろう。そうすると、公職選挙法による訴えを認めたのは、事情によっては選挙無効まで踏み込むという導火線が存在するという意味にも受け取れるものであった<sup>188)</sup>。

野中俊彦は、事情判決を無視して選挙が行われたときには、「あえて選挙無効判決を下すべきだと思われる。裁判所が立法府になり代って定数は正を行うことは、立法権の侵害となり一般的には許されない」が、ここに至れば「法の支配の大原則に反するものであり」、事情判決を行う理由が消滅し、その責任は基本的に立法府にあるというのである<sup>189)</sup>。そこで裁判所は、「つぎの選挙の差止訴訟の認容と暫定案による選挙の執行を命ずるところまで踏み切ることができる」と言うのである<sup>190)</sup>。

阿部泰隆もまた、定数配分の不可分一体性と憲法の所期ないし結果発生の可能性を前提に、事情判決の法理の援用は認められるとしたが、その前提が崩れている場合には事情判決という手法は認めるべきでないとする<sup>191)</sup>。他面、選挙を全部無効にすると議員が法改正意欲を失うので、増加した定数部分につき補欠選挙を行うのが妥当だとしている<sup>192)</sup>。

最高裁の中では、1983 年最高裁判決の団藤重光裁判官反対意見が、事情判決の法理の適用「は憲法上の諸利益の較量による一種の司法政策ともいうべきものであつたと理解されるべき」だとしながらも、それ「がこのような性格のものである以上、もし将来において、選挙を無効とすることによつて生じるであろう憲法上の不都合よりも、選挙権の平等の侵害という憲法上の不都合の方が上回るような事態が生じるにいたつたときは、もはや選挙の違法を宣言するにとどめることなく、選挙無効の判決をしなければならなくなるのは、当然の理であろう」と述べ、中村治朗裁判官反対意見も、「選挙訴訟においては常に被侵害利益の回復よりも当該選挙の効力を維持すべき利益ないし必要性が優越するとしているわけではなく、具体的事情のいかんによつては、衡量の結果が逆になり、当該選挙を無効とする判決がされる可能性が存することは、当然にこれを認めているものと解されるのである」から、「国会による自発的是正の



可能性が乏しいとみられるような状況の下で更に新たに選挙が行われたような場合を想定すると、その選挙の効力が争われる訴訟において、選挙権の平等に対する侵害の是正の必要性がもはや選挙を無効とすることによつて生ずべき不利益よりも優越するに至っているものとして、当該請求を認容し、選挙無効の判決をすべきものとされる可能性は十分にある」と述べたように、将来効判決が示唆されていた。1985年判決補足意見で言及された、将来効に基づく選挙無効判決である。そうであれば、国会が定数は正のための公選法改正を行った段階で再選挙を施行することになろう<sup>193)</sup>。

これらの積極的な違憲・無効判決への志向に対しては、一旦、国会による是正を待ち、それが不十分である場合との限定があるにせよ、選挙全体を無効にすることについては、無理があるとの批判もあろう。果たして、実際に憲法上無理と決め付けられるのかは、より詳細な検討を要しよう。

なお、補足すれば、参政権の合憲性の実質的担保という意味では、違憲警告判決という意味としての合理的期間論には、立法府に対しての統制としては、ましてや限界があることになろう<sup>194)</sup>。最高裁は、衆議院については、2011年3月23日に「1人別枠方式」の合理性を否定しており、このように最低限の是正策が明らかであるときには、公選法の解釈としても、合理的期間はごく短期間と考えるべきであろう<sup>195)</sup>。確かに、事情判決の法理と合理的期間論とでは機能的には近いものの、もし、ほぼ同じであるならば合理的期間論は否定されることになり、国会が通常考慮する諸般の要素として合理的期間は無視できないとの主張もある<sup>196)</sup>。しかし、その期間がどの程度なのかは曖昧であり<sup>197)</sup>、主観性を帯びるものである<sup>198)</sup>ことは否めない。かつ、違憲状態への突入は通常、早期から予測できるものであり、合理的期間を漫然と待つことは不必要ではなからうか。判例も学説も、定数不均衡については多少の較差でも違憲とするようになりつつあり、基準も明確になりつつあり、だとすれば合理的期間を長期に認める必要がさほどあるようには思えないのである。違憲状態への突入は、速やかに合憲の状態への回復を求める時点であり、是正の方法は限られて



いる。事情判決を経ても是正がなされた場合は、裁判所は選挙無効判決に進むべきであるとの学説<sup>199)</sup>は、事情判決の正当化事由と効果を踏まえれば、首肯できるものである。この意味でも、合理的期間論と機能の近い事情判決の法理を用いる必要はなくなりつつある感が、強いのである。

## おわりに

事情判決の法理は確かに、単に訴えを全面的に斥けることにせず、選挙権の違憲的侵害を宣言する意味を持っていた。裁判所が、具体的救済に無用の判断を行うことは「司法権」の作用として、一般的には疑問なものである。しかし、二重の基準論<sup>200)</sup>にいう重要な人権である精神的自由、参政権、憲法 14 条 1 項後段列举事由の差別のような場合には、積極的に憲法判断を行うべきである<sup>201)</sup>。具体的救済が不可能であれば宣言的判決が是認されるが、まずは、手続法に瑕疵があればこれを補充的に解釈して重要な人権の救済を行うなど、現行訴訟法制度に沿った形式でなされるべきことが要請される。それが、議員定数不均衡訴訟における事情判決の法理の活用だったと思われるのである。

だが、そもそも、ここで事情判決を用いねばならないとされてきた「公の利益に生じる著しい障害」とは何か<sup>202)</sup>。もし、それが回避できるのであれば、事情判決の法理のようなものを解釈の展開によって捻出する必要はなかったであろう。選挙訴訟、選挙区割りの不可分性、違憲判決の遡及回避などの三位一体性が崩れれば、法治主義や司法権の作用の点で疑念のある事情判決の法理の活用に頼る必要はなくなるであろう。ところが、事情判決の法理は判決時点までの政治的決定を無効にすると混乱が多大に過ぎることを懸念したものであろうが、果たして選挙の一部もしくは全部を無効にしても問題がないとの判断があれば、原則に戻って違憲なものは無効であるから、この法理は無用の長物ということになろう。仮に、選挙時点に遡って選挙を無効にすることは多大な混乱を及ぼすという点を受容するとしても、判決以降の、選挙の成果を無効とす

る、即ち、当選を無効として選挙をやり直すことまでは射程に入れるべきではなかったのではないか、というのが素朴な疑問である。この間に成立した法律などが、もし当初から正当な選挙が行われていれば成立しないのであれば、改正をすればよい筈である。しかし、二院制のため、もう一方の議院がこれに応じないときは、特に、両院の権限が対等な憲法改正の発議や、それに近い法律の制定について、もともと選挙が合憲的に適正に行われていたのと異なる結果になることであり、事後に向かって無効という判決であっても、日本の将来に重大な影響を及ぼすことがあり、これで十分かもなお不安が残る。その可能性があるのかを探ることが、筆者の次の課題である。

- 1) 詳細は、君塚正臣「参政権の制約と司法審査基準・合憲性判断テスト—議員定数不均衡問題の解決に向けて (1)」横浜法学 25 巻 1 号 51 頁 (2016) 参照。
- 2) 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』369 頁 (有斐閣、1995)。
- 3) 池村正道「事情判決制度について」日大法学研究所法学紀要 26 巻 153 頁、154 頁注 2 (1984) が指摘するように、この問題を憲法学の視点から取り上げたものは稀有であり、ほぼ全てが議員定数不均衡問題に絡めてのものと云ってよい。川端和治「事情判決の法理」芦部信喜編『講座憲法訴訟第 3 巻』69 頁 (有斐閣、1987) も、大半がこの問題を論ずるものである。
- 4) 戸松秀典『司法審査制』229 頁 (勁草書房、1989)。
- 5) 伊藤正己ほか「座談会・議員定数違憲判決をめぐって」ジュリスト 617 号 14 頁、29 頁 (1976) [雄川一郎]。
- 6) 戸松秀典『憲法訴訟』〔第 2 版〕352 頁 (有斐閣、2008)。
- 7) これについては、君塚正臣「成熟性・ムートネスの法理—『司法権』要件の動中静的要請」横浜国際社会科学研究所 20 巻 4=5=6 号 13 頁、21 頁以下 (2016) など参照。
- 8) 田口精一「議員定数の不均衡是正と選挙訴訟」慶大法学研究 50 巻 1 号 77 頁、91 頁 (1977)。
- 9) 判決の例は、乙部哲郎「事情判決制度の展開と問題点」神戸学院法学 18 巻 1=2 号 25 頁 (1984)、中村義幸「適用例からみた事情判決制度の諸問題」明治大学短期大学紀要 39 号 45 頁 (1986)、秋山義昭「事情判決」ジュリスト 925 号 196 頁 (1989) など参照。関連して、高木茂樹「庄川事件の諸判決における利益考量と理論構成」久留米法学 58 号 245 頁 (2007) なども参照。

- 10) 塩野宏『行政法Ⅱ』〔第 5 版〕195 頁（有斐閣、2010）。
- 11) 田中二郎『新版行政法上巻』〔全訂第 2 版〕349-350 頁（弘文堂、1974）。このほか、行政不服審査法 40 条 6 項は事情裁決を定めている。同書 261 頁参照。
- 12) 阿部泰隆「事情判決制度」神戸法学雑誌 20 巻 3=4 号 406 頁、407 頁（1971）
- 13) 雄川一郎「国会議員定数配分規定違憲訴訟における事情判決の法理」田上穰治喜寿記念『公法の基本問題』281 頁、283 頁（有斐閣、1984）。
- 14) 同上 286 頁。
- 15) 中村義幸「成立過程からみた事情判決制度の諸問題」明治大学短期大学紀要 38 号 1 頁、10-11 頁（1986）。
- 16) 雄川前掲註 13) 論文 286 頁。
- 17) 阿部前掲註 12) 論文 408 頁。
- 18) 同上同頁。
- 19) 雄川前掲註 13) 論文 287 頁。
- 20) 同上同頁。
- 21) 乙部前掲註 9) 論文 58 頁。
- 22) 塩野前掲註 10) 書 198 頁。
- 23) 阿部前掲註 12) 論文 414 頁は、「瑕疵の遡及的補正」という語を用いている。
- 24) 同上 410 頁。
- 25) 同上 411 頁。
- 26) 同上 412 頁参照。
- 27) 同上同頁。
- 28) しかし、「法治主義具体化法としての」との副題を有する高田敏編『新版行政法』213 頁（有斐閣、2009）〔高橋明男〕も、「行政計画の司法的統制」の解説において、「不法行為責任が生じることと計画変更が客観的に違法であるということは等価ではない。この問題は、多数人の利益がかかわる計画においては、」「行訴法 31 条の事情判決制度の存在も勘案して検討されなければならない」としており、常に法治主義を貫いて違憲・違法であれば無効・取消しの司法判断を是とするわけではないことを示唆している。
- 29) 塩野前掲註 10) 書 200 頁。阿部前掲註 12) 論文 407 頁同旨。
- 30) 阿部同上 410 頁。
- 31) 池村前掲註 3) 論文 163 頁。

- 32) 乙部前掲註9) 論文 60 頁。
- 33) 入江俊郎ほか「座談会・行政訴訟制度の再検討」ジュリスト 105 号 42 頁 (1956) [入江]。
- 34) 中村義幸「事情判決制度・再論」明治大学短期大学紀要 49 号 23 頁、29-30 頁 (1991)。
- 35) 阿部前掲註 12) 論文 413-414 頁。
- 36) 池村前掲註 3) 論文 173-174 頁。
- 37) 石井昇「無効等確認訴訟」法学教室 263 号 44 頁、45 頁 (2002)。
- 38) 例えば、大阪高判昭和 61 年 2 月 25 日判時 1199 号 59 頁。本件評釈としては、福田由貴「判批」成田頼明編『街づくり・国づくり判例百選』82 頁 (1989) などがある。
- 39) 塩野前掲註 10) 書 199 頁。今村成和「議員定数配分規定違憲問題と最高裁」法学セミナー 356 号 77 頁、82 頁 (1984) 同旨。
- 40) 美濃部達吉『日本国憲法原論』355 頁以下 (有斐閣、1948)。
- 41) 同上 359 頁。
- 42) 同上 361 頁。
- 43) 乙部前掲註 9) 論文 76 頁同旨。
- 44) 千葉勇夫「判批」民商法雑誌 76 巻 1 号 97 頁、111 頁 (1977)。
- 45) P Q R「民衆訴訟と事情判決」時の法令 930 号 36 頁、39 頁 (1976)。
- 46) 同上 39 頁。
- 47) 塩野前掲註 10) 書 199 頁。
- 48) 池村前掲註 3) 論文 171 頁。
- 49) 雄川前掲註 13) 論文 291 頁。
- 50) 同上同頁。
- 51) 今村前掲註 39) 論文 82 頁。
- 52) 秋山前掲註 9) 論文 199 頁。
- 53) 最大判昭和 39 年 2 月 5 日民集 18 巻 2 号 270 頁。本件評釈は省略する。
- 54) 君塚正臣「統治行為論再考—《ある》が《ない》」横浜法学 22 巻 1 号 33 頁 (2013) など参照。
- 55) 樋口陽一『司法の積極性と消極性』104-105 頁 (勁草書房、1978)。
- 56) 橋本公亘『日本国憲法』612 頁 (有斐閣、1980)、藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』303 頁 (成文堂、2007) は、この点を特に取り上げている。
- 57) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』204 頁 (有斐閣、1973)。同書は、以下、アメリカの連邦最高裁が議員定数不均衡問題を「政治問題」にしなかったことに好意的である。

- 58) 佐藤幸治『現代国家と司法権』112 頁 (有斐閣、1988) 参照。
- 59) 例えば、田口精一「判批」慶大法学研究 38 巻 3 号 79 頁、84 頁 (1965) など。田口は、下記に示すように、公職選挙法 204 条による議員定数不均衡訴訟は同法が予定しない訴訟であることも、不適法とする根拠にしていた。同「議院定数の不均衡と平等原則」阿部照哉編『判例演習講座憲法』33 頁、39 頁以下 (世界思想社、1971)。
- 60) 奥平康弘「法と政治の“はざま”」法学セミナー 348 号 8 頁 (1984)。
- 61) 芦部信喜「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第 2 版〕22 頁、24 頁 (1971)。
- 62) 東京高判昭和 38 年 1 月 30 日行集 14 巻 1 号 21 頁。
- 63) 野中前掲註 2) 書 312-313 頁。
- 64) 同上 96 頁。
- 65) 越山康=湯川将「議員定数訴訟の訴訟実務」判例タイムズ 650 号 92 頁、93 頁 (1988)。
- 66) 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』51 頁、71 頁 (有斐閣、1985)。
- 67) 最大判昭和 51 年 4 月 14 日民集 30 巻 3 号 223 頁。本件評釈は省略する。
- 68) 最大判昭和 60 年 7 月 17 日民集 39 巻 5 号 1100 頁。本件評釈は省略する。
- 69) 中谷実「わが国における議員定数不均衡をめぐる司法消極主義と積極主義」滋賀大学教育学部紀要人文科学・社会科学・教育科学 40 号 262 (1) 頁、259 (4) 頁 (1990) は、これを「消極主義 I」に類型する。
- 70) 最大判昭和 34 年 12 月 16 日刑集 13 巻 13 号 3225 頁。本件評釈としては、伊藤正己「判批」法学セミナー 47 号 8 頁 (1960)、足立勝義「判批」判例時報 208 号 2 頁 (1960)、佐藤功「判批」同 7 頁、同「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』213 頁 (1963)、同「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第 3 版〕187 頁 (1977)、祖川武夫「判批」判例評論 24 号 6 頁 (1960)、大石義雄「判批」法学論叢 68 巻 2 号 90 頁 (1960)、村上義弘「判批」経済研究 15 号 140 頁 (1960)、林田和博「判批」田中二郎編『行政判例百選』69 頁 (1962)、小林直樹「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』175 頁 (1963)、長谷川正安「判批」名古屋大学法政論集 25 号 121 頁 (1964)、黒田覚「判批」我妻栄編『続判例百選』〔第 2 版〕20 頁 (1965)、林田和博「判批」田中二郎編『行政判例百選』〔増補版〕82 頁 (1970)、長谷川正安「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』〔第 3 版〕208 頁 (1974)、森英樹「判批」法学セミナー 241 号 100 頁 (1975)、近藤昭三「判批」雄川一郎編『行政判例百選 I』124 頁 (1979)、覚道豊治「判批」芦部信喜編『憲法判例百選 II』322 頁 (1980)、栗城壽夫「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』162 頁 (1985)、今井威「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選 II』〔第 2 版〕340 頁 (1988)、上野裕久「判批」上田勝美編『ゼミナール 憲法裁判』〔増補版〕6 頁 (法律文化社、1994)、古川純「判批」同 386 頁、岡

田信弘「判批」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕176頁（1996）、手島孝「判批」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第4版〕364頁（1999）、倉持孝司「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅰ』34頁（三省堂、2000）、笹田栄司「判批」同84頁、松田幹夫「判批」『国際法判例百選』212頁（2001）、森英樹「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第5版〕372頁（2007）、古川純「判批」同434頁、土井真一「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』298頁（悠々社、2010）、高井裕之「判批」同323頁、鈴木陽子「判批」武蔵野短期大学研究紀要24号73頁（2010）、今村哲也「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕312頁（2012）、浦田一郎「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕360頁（2013）などがある。このほか、ジュリスト臨時増刊194の2号『砂川事件上告審判決特集』（1960）、恒藤恭「最高裁判決の欠陥と矛盾」法律時報32巻2号10頁（1960）ほか多数、同「平和憲法と最高裁の使命」世界170号20頁（1960）、佐藤達夫「砂川判決小見—憲法議会の論議と対照して」法律のひろば13巻2号4頁（1960）ほか多数、高辻正己「最高裁の砂川判決」時の法令339号1頁（1960）、高柳賢三「憲法随想（5）」同340号27頁（1960）、林修三「砂川判決をめぐる若干の問答（上、下）」同343号23頁（1960）、344号51頁、毛利与一『「砂川事件」判決に対する問題点』自由と正義11巻2号18頁（1960）、綜合法学19号「特集・砂川判決について」（1960）、橋本公亘「砂川判決と憲法の解釈」思想428号119頁（1960）、海野普吉「なぜ憲法9条2項の解釈を避けたか」同31頁（1960）、橋本公亘ほか「15対0への疑問—砂川事件最高裁判決をめぐる—」中央公論75巻2号72頁（1960）、風早八十二「砂川事件最高裁判決の本質」前衛164号16頁（1960）、盛秀雄「砂川裁判における憲法法理の諸論点」大阪府立大経済研究12号27頁（1960）、和田英夫「憲法九条裁判の軌跡」法律時報45巻14号41頁（1973）、中村睦男「砂川事件」法学セミナー218号1646（1973）、石埼学「ロー・クラス 再考 砂川事件（第1-3回）」法学セミナー643号32頁、644号49頁、645号44頁（2008）、内藤功「砂川事件違憲判決がうきばりにした日米同盟の実像」前衛841号160頁（2009）、同「砂川刑特法裁判の今に活きる意義」法と民主主義489号44頁（2014）、篠田英朗「国際法と国内法の連動性から見た砂川事件最高裁判決」法律時報87巻5号32頁（2015）、蟻川恒正「憲法21条裁判としての9条訴訟」同38頁、長谷部恭男「砂川事件判決における『統治行為』論」同44頁、高見勝利「法／最高裁／統治」同50頁、小沢隆一「砂川事件最高裁判決は集团的自衛権容認の根拠となるか」法と民主主義499号36頁（2015）、布川玲子「砂川事件と田中耕太郎最高裁長官」愛知学院大学宗教法制研究所紀要55号169頁（2015）などもある。

71) 最判昭和41年5月31日集民83号623頁。

72) 最大判昭和58年4月27日民集37巻3号345頁。本件評釈は省略する。

73) 最判昭和59年5月17日民集38巻7号721頁。本件評釈は省略する。

- 74) 平賀健太「一人一票・一票同値(1)」判例時報1024号3頁、4頁(1982)。
- 75) 同上7頁。
- 76) 同上8頁。
- 77) 岡原昌男「投票価値平等の理論」ジュリスト1003号82頁、85頁(1992)。
- 78) 今村前掲註66)論文57頁。
- 79) 矢野邦雄「判批」判例評論210号11頁、13頁(1976)。
- 80) 同上同頁。
- 81) 藤田宙靖「最高裁判例とは何か」横浜法学22巻3号287頁、291頁(2014)。
- 82) 同上292頁。
- 83) 同上293頁。
- 84) 最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁。本件評釈としては、尾吹善人「判批」ジュリスト臨時増刊590号「昭和49年度重要判例解説」26頁(1974)、中義勝「判批」同131頁、S・H・E「判批(上、下)」時の法令877号53頁、878号50頁(1974)、竹下英男「判批」季刊労働法94号72頁(1974)、浦山太郎「判批」教育委員会月報26巻8号11頁(1974)、香城敏磨「判批」法曹時報27巻11号86頁(1975)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和49年度』165頁(法曹会、1977)、吉川基道「判批」月刊労働問題205号122頁(1975)、松岡浩「判批」慶大法学研究48巻9号84頁(1975)、室井力「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕10頁(1977)、同「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』23頁(1985)、同「判批」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第4版〕46頁(1999)、大久保史郎「判批」法学セミナー269号105頁(1977)、吉川経夫「判批」警察研究48巻4号44頁(1977)、井上祐司「判批」平野龍一編『刑法判例百選Ⅰ』18頁(1978)、中谷実「判批」法セミ増刊『憲法裁判』94頁(1983)、手島孝「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』212頁(1985)、安念潤司「判批」塩野宏ほか編『公務員判例百選』142頁(1986)、同「判批」法学教室213号65頁(1998)、藤田達朗「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕173頁(1994)、大沢秀介「判批」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕23頁(1996)、釜田泰介「判批」同224頁、樋口陽一「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第4版〕30頁(2000)、渋谷秀樹「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル・憲法Ⅰ』112頁(2000)、小山剛「判批」同166頁、高橋和之「判批」高橋ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第5版〕32頁(2007)、野坂泰司「判批」法学教室331号89頁(2008)、青井美帆「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕30頁(2013)、晴山一穂「判批」自治総研416号1頁(2013)などがある。このほか、今村成和「猿払事件—最高裁の違憲審査はいかにあるべきか」法律時報44巻10号28頁(1972)、石黒克巳「全通猿払事件—表現の自由



と公務員の政治活動」法学セミナー 202 号 124 頁 (1972)、江橋崇ほか「猿払事件」同 204 号 179 頁、山本博「全通猿払事件の概要と上告審での争点」労働法律旬報 813 号 31 頁 (1972)、同「猿払事件—違憲訴訟へのアプローチ」法学教室 122 号 94 頁 (1990)、「特集・政治活動の自由」法律時報 46 巻 3 号 8 頁 (1974)、「特集・政治活動三事件大法廷判決」判例時報 757 号 3 頁 (1974)、高柳信一「労使関係における市民的自由について—最高裁 (三菱樹脂・全通猿払) 判決を踏えて」労働法学研究会報 1071 号 1 頁 (1974)、沼田稲次郎ほか「座談会・基本的人権を無視する最高裁の体質を批判する—全通猿払事件・徳島郵便局事件・総理府統計局事件判決」労働経済旬報 28 巻 948 号 8 頁 (1974)、阿部照哉「公務員の政治活動の制限—猿払など 3 事件の最高裁判決を契機として」ジュリスト 579 号 14 頁 (1975)、山内一夫「政治的行為の禁止を合憲とした猿払事件の最高裁判決について」同 21 頁、「特集・公務員の政治的活動の自由—猿払事件最高裁判決について」法学セミナー 233 号 2 頁 (1975)、「特集・公務員の政治活動」法律のひろば 26 巻 1 号 6 頁 (1975)、村上健「猿払事件最高裁判決 (回顧と展望)」日本労働法学会誌 45 号 126 頁 (1975)、有泉亨ほか「座談会・公務・公共部門の労働観と基本権—最高裁全農林事件・猿払事件判決」季刊労働法 95 号 94 頁 (1975)、「特集・最高裁判所と市民的自由」労働法律旬報 872 号 18 頁 (1975)、菊池高志「公務員政治活動禁止と刑事制裁の合憲性」労働判例 212 号 27 頁 (1975)、同「公務員の政治的中立性」神奈川法学 10 巻 2=3 号 197 頁 (1975)、安達拓二「公務員の政治活動禁止は合憲—猿払事件判決」現代教育科学 18 巻 1 号 105 頁 (1975)、中村睦男＝常本照樹『憲法裁判 50 年』100 頁以下 (1997)、大久保史郎「猿払事件と芦部信喜先生」ジュリスト 1169 号 80 頁 (1999)、樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす』〔改訂版〕90 頁以下 (1999)、野中俊彦「憲法を読む 3—判例を〈流れの中で〉読む (2) —猿払事件」法学教室 247 号 15 頁 (2001)、駒村圭吾「憲法的論証の型—猿払基準—利益衡量審査 (狭義の比例性審査) の居場所」法学セミナー 679 号 62 頁 (2011)、阪口正二郎「猿払事件判決と憲法上の権利の『制約型』類型」論究ジュリスト 1 号 18 頁 (2012)、青柳幸一「猿払基準の現在の判決への影響」法学教室 388 号 4 頁 (2013)、山田隆司「『55 年体制』と猿払事件、八幡製鉄事件 (上) —猿払事件」法学セミナー 710 号 36 頁 (2014) などとも参照。

- 85) 最大判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 巻 12 号 1337 頁。本件評釈として、加藤健次「判批」法と民主主義 474 号 68 頁 (2012)、嘉門優「判批」立命館法学 345=346 号上巻 282 頁 (2012)、長谷部恭男「判批」長谷部ほか編『憲法判例百選 I』〔第 6 版〕32 頁 (2013)、岩崎邦生「判批」ジュリスト 1458 号 72 頁 (2013)、同「判批」法曹時報 66 巻 2 号 251 頁 (2014)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇平成 24 年度』463 頁 (法曹会、2015)、木下智史「判批」法学セミナー増刊『新・判例解説 Watch』13 号 13 頁 (2013)、三宅裕一郎「判批」法学セミナー 698 号 130 頁 (2013)、松宮孝明「判批」同 699 号 145 頁 (2013)、前田雅英「判批」警察学論集 66 巻 3 号 167 頁 (2013)、中山和久「判

批」労働法律旬報 1791 号 61 頁 (2013)、西片聡哉「判批」国際人権 24 号 134 頁 (2013)、蟻川恒正「判批」世界 840 号 188 頁 (2013)、太田航平「判批」中大法学新報 120 巻 3=4 号 451 頁 (2013)、山岸喜久治「判批」宮城学院女子大学研究論文集 117 号 1 頁 (2013)、宍戸常寿「判批」ジュリスト臨時増刊 1466 号『平成 25 年度重要判例解説』23 頁 (2014)、薄井一成「判批」同 60 頁、松原芳博「判批」同 161 頁、工藤達朗「判批」法学教室 401 号別冊附録『判例セレクト 2013-1』5 頁 (2014)、長岡徹「判批」法と政治 64 巻 4 号 299 頁 (2014)、四方奨「判批」同志社法学 67 巻 7 号 153 頁 (2016) がある。このほか、君塚正臣「国家公務員法違反事件鑑定意見書」横浜国際経済法学 19 巻 1 号 89 頁 (2010)、蟻川恒正「国公法 2 事件最高裁判決を読む (1、2)」法学教室 393 号 84 頁、同 395 号 90 頁 (2013)、木村草太「公務員の政治的行為の規制について—大阪市条例と平成 24 年最高裁 2 判決」法律時報 85 巻 2 号 74 頁 (2013)、大久保史郎「国公法 2 事件上告審判決と 2 つの負の遺産」同 3 号 1 頁 (2013)、「小特集・国公法 2 事件上告審判決の検討」同 5 号 54 頁 (2013)、「特集・国家公務員の政治的活動の制限—最高裁判決を受けて」労働法律旬報 1790 号 6 頁 (2013)、駒村圭吾「さらば、香城解説!?—国公法違反被告事件最高裁判決と憲法訴訟のこれから」法学セミナー 698 号 46 頁 (2013)、青柳幸一「公務員の政治的行為の自由をめぐる判例変更」明治大学法科大学院法学 13 号 25 頁 (2013)、棟居快行「人権制約法理としての公共の福祉論の現在—最高裁判決における近時の展開を踏まえて」レファレンス 760 号 5 頁 (2014)、「ミニ・シンポジウム 4・国公法 2 事件最高裁判決の批判的考察と今後の展望」法の科学 45 号 153 頁 (2014)、宇賀克也「国家公務員の政治的行為の制限 (1-3)」自治実務セミナー 53 巻 7 号 38 頁、8 号 42 頁、9 号 46 頁 (2014)、中富公一「国公法 2 事件最高裁判決は何を変更したのか—有機的統一体論を中心に」岡山大学法学会雑誌 63 巻 4 号 598 頁 (2014)、大河内美紀「公務員の政治的意見表明—堀越事件判決を受けて」論究ジュリスト 13 号 48 頁 (2015) などもある。

- 86) 最判平成 11 年 2 月 23 日判時 1670 号 3 頁。本件評釈として、只野雅人「判批」法学セミナー 538 号 103 頁 (1999)、藤井樹也「判批」法学教室 234 号別冊附録『判例セレクト '99』9 頁 (2000) などがある。
- 87) 最判平成 20 年 2 月 19 日民集 62 巻 2 号 445 頁。本件評釈として、西土彰一郎「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』3 号 19 頁 (2008)、豊田彦彦「判批」法学セミナー 641 号 123 頁 (2008)、榎透「判批」同 643 号 118 頁 (2008)、森英明「判批」ジュリスト 1374 号 88 頁 (2009)、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例 6 平成 18～20 年』20 頁 (2010)、同「判批」法曹時報 62 巻 9 号 189 頁 (2010)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成 20 年度』94 頁 (法曹会、2011)、市川正人「判批」ジュリスト臨時増刊 1376 号『平成 20 年度重要判例解説』18 頁 (2009)、木村草太「判批」法学教室 342 号別冊附録『判例セレクト '08』7 頁 (2009)、南部篤「判批」判例評論 599 号 13 頁 (2009)、内田義厚「判批」別冊判例タイムズ 25 号『平成 20 年度主要民事判

- 例解説』270頁（2009）、伊藤繁「判批」『行政関係判例解説平成20年』178頁（ぎょうせい、2010）、井口文男「判批」岡山大学法学会雑誌60巻1号161頁（2010）、田代正彦「判批」法政法学27号49頁（2010）がある。このほか、君塚正臣「性表現規制のゆるやかな変化として—最高裁第2次メイプルソープ写真集事件判決の影響」新聞研究681号50頁（2008）などもある。
- 88) 君塚正臣「憲法判断回避の『法理』について」横浜国際経済法学14巻1号1頁（2005）など参照。
- 89) 野中前掲註2）書352頁。
- 90) 初宿正典『憲法2』〔第3版〕185頁（成文堂、2010）。
- 91) 安念潤司「いわゆる定数訴訟について（1）」成蹊法学24号181頁、187頁（1986）。
- 92) 雄川前掲註13）論文287頁。
- 93) 同上289頁。
- 94) 同上289-290頁。
- 95) 同上290頁。
- 96) 同上291-292頁。
- 97) 同上294頁。
- 98) 田口前掲註59）論文39-41頁。田口前掲註8）論文83頁でも、選挙訴訟による議員定数不均衡訴訟は、「法律が新たにこれを認める特別な争訟制度を採用しない限り、不適法なもの」であるとの立場を動かしていない。
- 99) 正木通「国司法権の限界に関する一考察—定数訴訟に関連して」九州国際大学論集法経研究3巻3号42頁、51頁（1992）。
- 100) 青木一男「国会議員定数配分規定の違憲問題の基本点について」ジュリスト680号89頁、91頁（1978）。
- 101) 同上98頁。
- 102) 田中真次「判批」判例評論177号13頁、15頁（1973）。
- 103) 久保田きぬ子「参議院地方選出議員定数訴訟に対する第2の最高裁大法廷判決について」判例時報1077号3頁、6頁（1983）。
- 104) はやし・しうぞう「判批（4）」時の法令1210号44頁、47頁（1984）。
- 105) 越山安久「判批」ジュリスト617号62頁、64頁（1976）参照。
- 106) 田中英夫『英米法研究1—法形成過程』203頁（東京大学出版会、1987）。
- 107) 野中前掲註2）書305頁参照。

- 108) 野中俊彦「議員定数不均衡と選挙の効力」民商法雑誌 93 巻臨時増刊号 I 310 頁、319 頁（1986）参照。
- 109) 佐藤前掲註 58) 書 289 頁同旨か。
- 110) 川岸令和ほか『憲法』（第 4 版）247-248 頁（青林書院、2016）〔藤井樹也〕参照。
- 111) 川端前掲註 3) 論文 79-80 頁。
- 112) 越山康「ある憲法訴訟にみる実務と学説—いわゆる事情判決の法理の援用にいたる道程において」ジュリスト 756 号 123 頁、124 頁（1982）。
- 113) 矢野前掲註 79) 評釈 13 頁。
- 114) 安念前掲註 91) 論文 197 頁。
- 115) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』332 頁（有斐閣、1981）。
- 116) 和田英夫「衆議院議員定数違憲判決とその問題点」判例時報 811 号 3 頁、7 頁（1976）。
- 117) 同上 5 頁。
- 118) 同上同頁。
- 119) 千葉前掲註 44) 評釈 107 頁。
- 120) 平賀健太「一人一票・一票同値（2）」判例時報 1026 号 3 頁、4 頁（1982）。
- 121) 相川貴文「衆議院議員定数訴訟判決」帝塚山大学論集 51 号 53 頁、64 頁（1986）など。
- 122) 今村前掲註 66) 論文 68-69 頁。
- 123) 同上 69 頁。
- 124) 同上同頁。
- 125) 同上 70 頁。
- 126) 浜田純一「判批」法学協会雑誌 95 巻 1 号 219 頁、230 頁（1978）、遠藤比呂通「判批」法学協会雑誌 103 巻 3 号 189 頁、198-199 頁（1986）。
- 127) 樋口前掲註 55) 書 114 頁。
- 128) 同上 115 頁。
- 129) 同上 117 頁。
- 130) 中谷前掲註 69) 論文 249（14）頁。
- 131) 戸松前掲註 6) 書 417-418 頁。
- 132) 戸波江二『憲法』（新版）207 頁（ぎょうせい、1998）。
- 133) 佐藤前掲註 58) 書 288-289 頁、芦部前掲註 115) 書 338 頁。

- 134) 芦部前掲註 57) 書 202 頁。
- 135) 同上同頁。
- 136) 安念前掲註 91) 論文 198-199 頁。
- 137) 同上 200 頁。
- 138) 野中前掲註 2) 書 321 頁。
- 139) 芦部前掲註 57) 書 202 頁。
- 140) 芦部前掲註 115) 書 308 頁。
- 141) 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 1 号 41 頁、49 頁 (2012)。
- 142) 野中俊彦ほか『憲法Ⅱ』〔第 5 版〕318 頁 (有斐閣、2012) [野中]。
- 143) 和田前掲註 116) 論文 6 頁。
- 144) 佐藤幸治『日本国憲法論』669 頁 (成文堂、2011)。
- 145) 佐藤前掲註 58) 書 289 頁。
- 146) 野中前掲註 2) 書 306 頁。
- 147) 同上 352 頁。
- 148) 戸松前掲註 6) 書 353 頁。
- 149) 川端前掲註 3) 論文 92 頁。
- 150) 田中前掲註 106) 書 205 頁。
- 151) 藤田宙靖「『一票の較差訴訟』に関する覚え書き」法の支配 171 号 86 頁、90 頁 (2013)。
- 152) 野中前掲註 2) 書 101 頁。
- 153) 大沢秀介『憲法入門』〔第 3 版〕112 頁 (成文堂、2003) 同旨。
- 154) 川端前掲註 3) 論文 98-100 頁参照。
- 155) 田中前掲註 106) 書 205 頁。
- 156) 今村前掲註 66) 論文 66 頁。
- 157) この手法は、国の政教分離違反の際に奨励されよう。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』194 頁 (法律文化社、1997)。
- 158) 実際、長尾一紘『日本国憲法』〔第 3 版〕477 頁 (世界思想社、1997) は、最大判昭和 58 年 11 月 7 日民集 37 卷 9 号 1243 頁を「違憲警告判決」と評価する。
- 159) 棟居快行『人権論の再構成』288 頁 (信山社、1993)。

- 160) 棟居快行『憲法学の可能性』159頁（信山社、2012）。
- 161) 君塚正臣「司法権定義に伴う裁判所の中間領域論—客観訴訟・非訟事件等再考（3・完）」  
横浜法学23巻3号111頁、146頁注567（2015）。
- 162) 雄川前掲註13）論文283頁。
- 163) 矢野前掲註79）評釈15頁。よって、事情判決の法理は、民衆訴訟には用いられないとする。
- 164) 同上同頁。
- 165) 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337号2頁、9-10頁（1976）。
- 166) 川岸ほか前掲註110）書250頁〔藤井樹也〕。
- 167) 関連して、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380号38頁（2012）が指摘するように、区割りが決定されるまで内閣の衆議院解散権は制約されるという議論がある。最高裁がその解散を違憲無効とするかは考えにくい  
が、その投票価値較差を理由に提起される訴訟において、これを理由に選挙を無効と  
するかは別である。同論文39頁。
- 168) 越山＝湯川前掲註65）論文93頁。
- 169) 戸松前掲註6）書353頁。
- 170) 佐藤前掲註58）書289頁。
- 171) 戸松前掲註4）書231頁。
- 172) 野中前掲註2）書102頁。
- 173) 佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013）。
- 174) 野中前掲註2）書321頁。
- 175) 戸松前掲註6）書352-353頁。
- 176) 野中前掲註2）書350頁。
- 177) 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74巻4号79頁、110-  
111頁（1977）。
- 178) 越山前掲註112）論文124頁。
- 179) 田中前掲註106）書205頁。
- 180) 同上206頁。
- 181) 同上207頁。
- 182) 同上同頁。



- 183) 同上 211-212 頁。
- 184) 同上 212 頁。
- 185) 雄川前掲註 13) 論文 295 頁。
- 186) 同上 296 頁。
- 187) 同上同頁。
- 188) 山田哲史「判批」法学セミナー増刊『新・判例解説 Watch』15 号 11 頁、14 頁 (2014)。
- 189) 野中前掲註 2) 書 382-383 頁。
- 190) 同上 383 頁。
- 191) 阿部泰隆「議員定数配分規定違憲判決における訴訟法上の論点」ジュリスト 617 号 55 頁、59 頁 (1976)。
- 192) 同上 61 頁。
- 193) 芦部信喜『人権と憲法訴訟』265 頁 (有斐閣、1994)。
- 194) 戸松前掲註 6) 書 354 頁。公選法別表の更正規定からそれは 5 年が限度であるとの考えがある。安念潤司「いわゆる定数訴訟について(3)」成蹊法学 26 号 39 頁、52-53 頁 (1988) 参照。
- 195) 篠原永明「判批」法学セミナー増刊『新・判例解説 Watch』17 号 35 頁、38 頁 (2015) 同旨。
- 196) 戸松秀典「判批」判例評論 326 号 16 頁、17 頁 (1986)。
- 197) 芦部信喜『憲法学Ⅲ』〔増補版〕69 頁 (有斐閣、2000)。
- 198) 安念前掲註 194) 論文 58 頁。
- 199) 市川正人『基本講義憲法』242 頁 (新世社、2014)。
- 200) 詳細は、君塚正臣「二重の基準論の根拠について」横浜国際経済法学 16 卷 1 号 1 頁 (2007)、同「二重の基準論の意義と展開—『二重』は『三重』ではない」佐藤幸治古稀記念『国民主権と法の支配下巻』31 頁 (成文堂、2008)、同「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学 17 卷 2 号 1 頁 (2008)、同「二重の基準論とは異質な憲法訴訟理論は成立するか—併せて私人間効力論を一部再論する」横浜国際経済法学 18 卷 1 号 17 頁 (2009)、同「司法審査基準—二重の基準論の重要性」公法研究 71 号 88 頁 (2009) など参照。
- 201) これに対して、佐々木雅寿「昭和 51 年衆議院議員定数不均衡違憲判決の背景」大阪市立大学法学雑誌 62 卷 3-4 号 1 頁、41 頁 (2016) は、「実質的な憲法保障型の独立審査的で抽象的もしくは準抽象的な違憲審査権を行使することも、憲法上必ずしも禁止されていない」と論及するが、あくまでも、原則が崩れるのはこのような重要な人権故の特別則であると考えるべきである。

202）藤田前掲註 151）論文 88 頁。

〔付記 1〕 本稿は、平成 25 年度-29 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 25380029）による研究成果の一部である。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。なお、「本件評釈は省略する」とある場合、本誌 25 巻 1 号掲載の拙稿の該当判例を参照されたい。同論文中注 53）の上田勝美編の文献の書名は、『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕の誤りでした。注 281）引用の戸松評釈は、戸松秀典「判批」ジュリスト 臨時増刊 838 号『昭和 59 年度重要判例解説』13 頁（1985）でした。お詫びして訂正致します。また、注 74）の文献に、青木誠弘「判批」宮崎産業経営大学法学論集 23 巻 1 = 2 号 119 頁（2015）を追加します。

〔付記 2〕 本誌 25 巻 1 号刊行後の議員定数不均衡に関する判決としては、千葉県議会における最大較差 2.51 倍を合憲とした最判平成 28 年 10 月 18 日判例集未登載や、10 月から 11 月にかけて、各高等裁判所が 2016 年参議院議員通常選挙について違憲状態もしくは合憲と判断した諸例がある。