

将来効判決、積極的な司法的救済、可分論、そして

——議員定数不均衡問題の解決に向けて (3) ——

君塚 正臣

はじめに

議員定数不均衡問題について、事情判決の法理が究極的解決にならない¹⁾との認識の下、最高裁判決の少数意見などにおいて、宣言判決もしくは将来効判決に触れるものが散見されるようになってきた。最高裁の苛立ちをよく示している。このことは、合理的期間内、事情判決の法理と最低2度の訴訟²⁾を経て漸く国会が動くかもしれない程度だということを示すものでもある。

問題は、これらの手法が憲法上可能なかという点と、実際に是正をなさしめるのに有効なのかという点にある。議員定数不均衡訴訟の原告は、特定の議員の当選を無効にすることが究極的目的なのではなく、今後の定数是正を速やかになさしめることが目的なのであるから、将来の選挙のための配分の提示こそが本当の希望なのである³⁾。だが、判決が司法権の作用であることに鑑みれば、「裁判所は、紛争の解決に直接・間接に資する場合でなければ、訴訟をとりあげるべきでない」⁴⁾筈である。最高裁判決もまた、本来、「事例判決」なのであって、本質的には「法理判決」ではない筈である⁵⁾。他方、「御苦心の結果」事情判決が下っても「実体は何もない」⁶⁾、つまりは、国会に対して法的強制力がないとの批判もあった。そもそも、原告の訴えは無い物ねだりだっ

た側面は否定できない。その中で、どのような司法的救済が可能なのか、日本国憲法下の裁判所という機関に議員定数不均衡問題にいかなる対応ができる権能があるのかは、事情判決の法理の向こう側にある難問と言えよう。

そこで、実効的司法判断が希求されることになるのであるが、裁判所の為す救済 (remedy) には、損害賠償的救済、原状回復的救済、強制的救済、宣告的救済の 4 つが通常挙げられる⁷⁾。そして、その中から何れを選択するかは、権利者に対して具体的事案に応じてどのような救済手段を与えるのが適切か、という裁判所の判断作用に関わる問題であって、実体法とも手続法とも次元を異にするとされる⁸⁾。だが、議員定数不均衡問題での苦闘を経て、裁判所が「権利」性を判定しながら、その救済に無関心ということは許されるものではなく、従来型の訴訟類型に拘泥することなく、そこには裁判所による救済形成の問題に積極的に取り組む必要性が生じてきたとも考えられる⁹⁾。そして、従来の同訴訟の到達点が、選挙全体を違憲とするが事情判決の法理を用いて選挙自体は無効としないという現状に鑑みれば、合憲的状态への回帰を懇願する者は、政治部門が開き直ればおよそ是正がされないという壁の前で一旦立ち竦み、そして新たな一歩を歩み出さねばなるまい。その方向性として、学説の中からは、訴訟の提起された選挙区の選挙を無効とする方法、選挙全体を無効としてしまう方法、選挙を差し止める方法、裁判官自らが定数表を作成する方法など、立法府の怠慢もしくは妨害を阻止する方法が思考されている¹⁰⁾。

ただ、そこでは、憲法上許容される救済方法が示されなければならない。憲法が裁判所に与えたのは魔法の杖ではなく「司法権」なのであり、自ずと限界はあるのである。それを忘れずに、今日、憲法状況を歪めている元凶とも言うべき、議員定数不均衡問題を解決する方法・手段を探して行こうと思う。まずは、しばしば提案される将来効判決という手法が可能か、から検討を始めたい。

1 将来効判決

(1) 判例の考え方

将来効判決とは、議員定数不均衡訴訟においては、違憲と判断された定数配分規定が国会では正されないまま選挙が行われたときに、一定期間経過後には選挙の効力を否定するという判決手法を指す¹¹⁾。

判例によれば、議員定数不均衡が違憲であるとき、公職選挙法の一体としての別表全体がそうだということになる。このため、裁判所は、別表全体を違憲しつつも選挙全体を無効とはできないので、事情判決の法理を用いるのである。例えば、1973年の東京高裁判決¹²⁾は、「公職選挙法第205条第1項によれば選挙に関し訴訟の提起があつた場合において、選挙の規定に違反することがあるときは、裁判所は選挙の結果に異動を及ぼす虞のある場合に限つて、その選挙の全部または一部の無効の判決をしなければならない」が、「再選挙は、これを行なうべき事由が生じた日から40日以内に行うべきものとされており（同法第109条第4号、第34条第1項）、本件の場合公職選挙法（別表第2）の改正を行うには再選挙の告示後投票日までには少くとも23日間の期間を置かなければならないから（同法第34条第6項）、改正のために残された期間は17日間に過ぎず、この期間内に改正を行うことは事実上不可能であり、しかも違憲の疑いがあると判断された現行法の別表第2に基づく再選挙は許されるべきではなく、現行法上他に執るべき方法は考えられないのであるから結局本件選挙の違法は、選挙の結果に異動を及ぼす虞がないものと解すべきであり、前示法条に該当しないものとして原告の本件選挙の無効の主張はこれを排斥するほかない」などと判示した。選挙の無効を宣言するのはおよそ無理、ということである。

だが、事情判決のままでは、果たして国会が是正を行うものか、確信が持てない。そこで、違憲の判断を立法・行政上の行為に反映させる方法の一つとして、将来無効の裁判の方法が可能か¹³⁾が考えられてきたのである。

衆議院議員総選挙の将来効判決の可能性に関しては、寧ろ、最高裁の方が動

いたと言ってよい。1983 年判決¹⁴⁾において、団藤重光裁判官反対意見は、事情判決とは「憲法上の諸利益の較量による一種の司法政策ともいべきものであつたと理解されるべきであ」としており、裏を返せば、政策的判断でいつでもやめられることを示唆したものである。同判決の中村治朗裁判官の反対意見は、「違憲の議員定数配分規定に基づいて行われた選挙も当然に無効となるものではなく、その旨を宣言する裁判によつて将来における議員資格喪失の効果を生ずるものと解すべきであり、公職選挙法 204 条所定の選挙無効の訴訟によつてこのような裁判を求めることができるものと解するのが相当である」と述べている。また、木戸口久治裁判官も、「議員定数配分規定が違憲と判断される場合、同法 205 条 1 項の規定に従つて、常に右議員定数配分規定に基づいて行われた選挙を将来に向かつて無効とする判決をすべきものではなく、行政事件訴訟法 31 条 1 項のいわゆる事情判決の制度の基礎にある一般的な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」点に言及していたのであった。

更には、1985 年判決¹⁵⁾における寺田治郎裁判官ほか 4 裁判官の補足意見が、「是正措置が講ぜられることなく、現行議員定数配分規定のままで施行された場合における選挙の効力については、多数意見で指摘する諸般の事情を総合考察して判断されることになるから、その効力を否定せざるを得ないこともあり得る。その場合、判決確定により当該選挙を直ちに無効とすることが相当でないと思われるときは、選挙を無効とするがその効果は一定期間経過後に始めて発生するという内容の判決をすることも、できないわけのものではない。ただし、議員定数配分規定の違憲を理由とする選挙無効訴訟（以下「定数訴訟」という。）は、公職選挙法 204 条所定の選挙無効訴訟の形式を借りて提起することを認めることとされているにすぎないものであつて（昭和 51 年大法廷判決参照）、これと全く性質を同じくするものではなく、本件の多数意見において説示するとおり、その判決についてもこれと別個に解すべき面があるのであり、定数訴訟の判決の内容は、憲法によつて司法権にゆだねられた範囲内において、右訴訟を認め

た目的と必要に即して、裁判所がこれを定めることができるものと考えられるからである」とまで述べ、遂にはそのような手法の可能性に、はっきり言及するに至ったのである。

1993年判決¹⁶⁾では、園部逸夫裁判官は以下のような意見を示している。「現行法の下では、」定数訴訟の場合は、選挙管理委員会によるべき法律の規定そのものが違憲無効とされるのであるから、当該選挙の無効判決を下すのみでは不十分といわなければならない。すなわち、選挙無効判決に併せて、国会に対して、速やかに議員定数配分規定の改正をすることを義務付ける判決をするか、あるいは、当該選挙管理委員会が判決の趣旨に従って再選挙を施行するために必要かつ具体的な方策を示すのでなければ、当該定数訴訟を提起した当事者の権利の救済に何ら資することにはなら」ず、それは「可分説による場合も同様である」。そこで、「現行の定数訴訟においては、裁判所は、議員定数配分規定の全体について合憲性の有無を客観的に判断するにとどめ、違憲と判断される場合でも、それを無効としないこととするのが妥当であると考ええる。したがって、定数訴訟の主たる目的は、係争の議員定数配分規定の違憲性について、将来に向かって警告的判断を下すことにありと解する。右の警告的判断がされた場合、国会は、憲法上の秩序を適正に維持するため、これに速やかにかつ誠実に対処して、その憲法上の責務を果たすべきものである」として、将来効判決的判断に賛同した。また、参議院議員通常選挙に関する1996年判決¹⁷⁾でも、園部裁判官は、この自らの意見を引用しつつ、「将来に向かって警告的判断を下し、」較差の速やかな是正を図るよう促す」べきだと述べている。

参議院議員通常選挙に関する2004年判決¹⁸⁾における、福田博裁判官ほか6裁判官の反対意見が、「次回平成16年に行われる参議院議員選挙以降、現行の選挙制度が基本的に維持された形で選挙が行われるのであれば、選挙区選挙については、今後は定数配分規定の違憲を理由に、選挙の無効を宣言すべきもの」と述べたのは、判決時点以降の効力をなくすものではないものの、次の選挙に対する警告と言える意見である。また、衆議院議員総選挙に関する

2011 年判決¹⁹⁾でも、宮川光治裁判官が、事情判決の法理による処理を妥当とする反対意見の最後に、その際には、「さらに、今後、国会が速やかに 1 人別枠方式を廃止し、選挙権の平等にかなう立法的措置を講じない場合には、将来提起された選挙無効請求事件において、当該選挙区の結果について無効とすることがあり得ることを付言すべきである」と述べた例がある。

衆議院総選挙を無効としたことで注目された 2013 年広島高裁判決²⁰⁾は、「定数訴訟の判決の内容は、憲法によって司法権に委ねられた範囲内において、定数訴訟を認めた目的と必要に即して、裁判所がこれを定めることができると考えられるのであるから、本件選挙について、無効と断ぜざるを得ない場合には、裁判所は、本件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将来効判決をすべきであると解される」と述べた。その翌日、広島高裁岡山支部も、「既にこれらの議員によって組織された衆議院の議決を経た上で成立した法律等の効力にも問題が生じ、今後における衆議院の活動も不可能となり、本件区割規定等を憲法に適合するように改定することさえできなくなるという憲法が所期しない著しく不都合な結果を招くことになるから、このような解釈は採用し得ない。本件選挙訴訟は、将来に向かって形成的に無効とする訴訟である公職選挙法 204 条に基づくものであることにかんがみれば、無効判決確定により、当該特定の選挙が将来に向かって失効するものと解するべきである」とした²¹⁾。将来効判決の可能性に賛同する判断は、最高裁の少数意見の枠を超え、下級審の判決理由の中で示されるようになった。

そして、衆議院総選挙に関する 2015 年判決²²⁾でも、大橋正春裁判官が、反対意見において、「平成 23 年大法廷判決において憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っているとされた」以上、「本件選挙区割りには憲法の規定に違反すると考えるものであり、また本件では事情判決の法理を適用すべき事情はなく、本件選挙区割りに基づいてなされた本件選挙は本判決確定 6 か月経過の後に無効とする」として、日数を挙げての将来効を示した例がある。これは、いわゆる「1 人別枠方式」の是正が最高裁によって示されてから「既に 4 年 8

か月も経過していることを考慮すれば、合理的な期間が経過している」ということが大きく、「憲法 14 条に適合する新たな選挙区割りに基づいた選挙をすることで本件選挙を無効とすることによる混乱は回避することが可能である」として、選挙のやり直しを求めるものであった。

このようにして、議員定数不均衡事案において、最高裁の少数意見が将来効判決に言及することや、下級審がそれを判示することは、日常的なこととなっている。大法廷判決の本文に組み込まれてこそいないが、それも間近なのではないかと思わせる光景が展開されているのである。

(2) 通説的見解

将来効を判決について、学説はどう考えてきたか。まず、大前提として、通常司法裁判所の判決は当該事件を解決するものであるため、基本的に遡及的 (retroactive) なものである²³⁾のに対して、立法府の扱うものは、将来の社会一般に適用されるものであるので、将来的 (prospective) なものと言える²⁴⁾。つまり、司法判断が将来効を有することは一般的には認められない。付随的違憲審査制の下では、判決は当事者にのみ遡及するのが基本である²⁵⁾。通常の司法裁判所を前提にすれば、「判決の効力を将来から発生させること」「は許されないはずである」²⁶⁾。特に刑事実体法については鉄則であり、救済制度が適切に用意されていることが寧ろ要求されよう²⁷⁾。

だが、「いずれの場合も、合理的な例外をとみなざるをえない」²⁸⁾。そして、立法権が、既に取得された権利、例えば契約上の権利を制限するとしても合憲だと思われる²⁹⁾ように、通常司法裁判所の判決が将来効を有することは、アメリカでも当該事案にのみ遡って適用して事案を解決する司法作用の例外として認められる場合があるとされ、第 1 に、当事者に全く適用されず、将来の事件についてのみ適用される純粋将来効型、第 2 に、判決が当該事件の当事者にのみ適用される、限定型不遡及的変更、第 3 に、判決が当該事件の当事者及び「判例遡及の原則の範囲内に含まれるものとして上に説明した事例のうち、若干の

事件の当事者について適用される」準限定型不遡及的変更があるとされる³⁰⁾。

このようなアメリカ法理解を受けてか、芦部信喜も、「判決の将来効 (prospective effect) の法理を準用して、別表の違憲判断の効力を当該選挙の効力に直接結びつけないことにするとともに、「再選挙執行の事実上の不可能性を理由に『選挙の結果に異動を及ぼさない』旨の判決を下すことも、公選法が予想しない異例の訴訟を処理するためには許されてよいのではないかと主張した³¹⁾。そして、このような際には、「合憲となりうるための計数基準」「判決で示しておくことが必要である」と指摘していた³²⁾。この点、日本の最高裁が、様々な要素を考慮して議員定数不均衡の合憲性を判断してきたことに鑑みれば、合憲・違憲の線引きが不明確では、その後により強力な判決を下す際にも国会の強い反発が生じ、混乱の極みとなる危険もあろう³³⁾。しかし、事後の改正を誘導すべく、定数配分例を示すのが最早端的な方法だという含意がそこにはあった。戸松秀典も、「議員定数不均衡訴訟という訴訟の特殊性と国法秩序の維持を担う司法権の役割とを基盤として、司法部門、とりわけ最高裁判所が実際に将来無効の裁判を行うことだとするのが適当である」とする³⁴⁾。ただ、これが「とりわけ最高裁判所が創設可能な領域の事項であるから」であるが、一定期間とは具体的にどこに設定するかが問題だと指摘するものである³⁵⁾。

ただ、将来効判決は、選挙執行の差止請求という形で議員定数不均衡が争われるアメリカでは適切な救済法であっても、衡平法 (equity) の伝統もなく、既に行われた選挙の無効を求める訴訟がなされる日本では、採用できないとする意見が強いのではないかと、芦部は述べる³⁶⁾。しかし、事情判決が「一般的な法の基本原則に基づくもの」と言えるのなら、アメリカの「将来効判決の理論の趣旨と共通するものを見出すことができる」とも述べるのである³⁷⁾。

実際、アメリカの連邦最高裁は、1969年に、「憲法第3章の事件または争訟の中で、当該訴訟の当事者について適用のない法原則を宣言するのは、とくに、それが新しい原則の宣言でない場合、きわめて異例なことである」³⁸⁾と述べ、純粹将来効に対する否定的な姿勢を緩めた³⁹⁾。1976年になると、連邦選

挙管理委員会の任命が違憲になされたことを認定しつつ、「両委員会がこれまで行った処分や決定の効力に及ぶものではなく」、「したがって、これらの行為については事実上の効力が認められる」とした上で、同委員会に判決の言い渡しから30日間に限って選挙「法の実体規定に基づいて事実上活動する」ことが認められた⁴⁰⁾。このことは、アメリカでの定数是正訴訟にも及び、1972年判決でも、定数配分規定が違憲であるとしても、「1971年選挙が無効となり、再選挙が命じられなければならないもの」という結論が導かれるものではなく、「われわれはこれらの選挙に介入しない」と判示した⁴¹⁾のである⁴²⁾。現在のアメリカでは、純粋将来効判決は「まぎれもなく存在している」⁴³⁾。

芦部は更に、「将来効判決といっても、種々の類型がある」⁴⁴⁾と指摘した。アメリカでは、「新しいルールを当該事件に適用せず、判決後一定期間を経てから適用する旨を示す prospective-prospective holding という手法（ここでは仮に「二重将来効判決」と訳す）のほかに、unconstitutionality in future と呼ばれる判決手法（ここでは仮に「違憲性将来効判決」と訳す）を用いる裁判例も現れている」⁴⁵⁾と述べるのである。共に、違憲判決の効力が一定期間経過後に発生するものであるが、後者は、違憲とされた法令は一定期間経過後に一定の方式で改正されるべきだという警告を含むだけでなく、裁判所によって助言されたプログラムないしガイドラインに沿って立法部（又は執行部）が一定の具体的措置を構ずれば、先に違憲とされた法令は救済されること、及び、その件を将来審査する管轄権を裁判所が保有することが判決に示されるという特徴を有するという⁴⁶⁾。

ただ、これには、事情判決が下された後、国会が定数是正を行わないまま総選挙が施行され、新たな訴訟が提起された後に選挙無効判決を下すことができるとすれば、選挙を無効としても憲法に適合する公職選挙法の改正が必要だからなどとする、事情判決の法理援用の理由がかえって希薄になってしまうという批判があり得よう⁴⁷⁾。だが、この例外的手法は、「無効の効果を一定期間経過後に発生させる内容の判決であるから、」それまでに「国会において違憲の定数配分規定で選出された議員全員参加のもとで公選法改正作業を行うことが

できるというメリットがある」と芦部は評価し、以上のような手法を支持した⁴⁸⁾。

松井茂記も、アメリカでは、差止めを命じる裁判所の権限は衡平法に基づく権限として認められてきたが、日本にはそのような伝統が欠如しており、日本の裁判所はそのような権限を有しないと解されてきたと指摘する⁴⁹⁾。しかし、明治憲法ではなく、日本国憲法下の裁判所が同様のものかは疑問であるとし、その 76 条が司法権を裁判所に付与したということは、適切な救済の権限をも付与したと解すべきであると主張する⁵⁰⁾。この点で、行政事件訴訟法が差止めなどの予防的救済の訴訟を定めていないことが懸念されるが、これは無名抗告訴訟として訴えることを否定するものではなく、消極的に解することはできないほか、当該裁判所の固有の救済権限に含まれ、裁判所は当然適切な救済を与えることができるべきであるとする⁵¹⁾。この立場からすれば、憲法 76 条の解釈から、当然に、当該事案に必要な限りでの各種将来効判決が下されることは、推奨されることはあっても違憲と評価されることはないことになろう。松井は、「純粹の要望型」や、一定の時間が経過すれば当該事案が違憲となるとする「将来的違憲判決」の存在を指摘するのである⁵²⁾。佐藤幸治も、「国民の権利・自由の保護にとって必要とみなされる場合には、違憲無効の効果が一般的に遡及することもありうると解すべきであろう」⁵³⁾とする。ただそうであれば、純粹な将来効は、司法の作用としては「異例のもの」であり、「それだけに強い正当化事由の存する場合でなければならない」⁵⁴⁾ことになるであろう。

(3) 有力説の批判

だが、前述のように、過去の事件の解決が「司法権」の本質であるのだとすれば、原理論として疑問であるとの批判があり得ることは想像に難くない。将来効判決とは、いわば将来の現象を予想し、その場合の予告を行うものであり、「司法」の作用に適うものではないのではないかとの疑いもある。この例外的手法が法理論として何を根拠に許されるのか、との疑問である。

議員定数不均衡判決を想定すると、公職選挙法別表を一体のものと考え、選

挙自体を無効とすることは、既になされた選挙についてはできないので、対象は今後の選挙ということになるだろう。つまりは、将来に向かって選挙を無効とすることである⁵⁵⁾。まず、このようなことが、事案の解決を本務とする司法権の作用として可能なのが問題である。そして、仮に将来効判決が可能なのだとして、無効の時点はどこに置くか、そもそも裁判所が自由にその時点を設定できるのかという疑問もある⁵⁶⁾。それには政策的配慮が伴う⁵⁷⁾。即ち、法理論的ではないということである。また、仮にそれができるとしても、その時点で該当する議員がいなくなり、衆議院の場合は総選挙を行わねばならなくなるが、どのように選挙法を定めるのか、参議院の緊急集会により暫定的な法改正を行う⁵⁸⁾ということによいか、などの問題が生じるのである⁵⁹⁾。以上のような重要な点について、柔軟な解決を言うばかりで、憲法上適切な解決が示されていないという通説的見解には不安を感じるころではある。

また、この手法に対しては、日本の最高裁のこれまでの姿勢を思えば、このような方法を採用するくらいなら、立法的解決に期待する方が早いのではないかとの批判もある⁶⁰⁾。要は、司法権による選挙法の改正なのであり、理論的な問題もさることながら、果たして日本の最高裁が適切な区割りを示し、新たな選挙の執行を指揮するだろうかという疑念である。それよりは、最高裁には「司法権」に徹してもらい、厳しい基準での違憲判決を繰り返しつつ、世論の後押しで国会自身が是正を行うのを待った方が、最終的にはよりよい解決に到達するという考えが生じないでもない。

但し、自らが議席という利益を有し、総じて多数派ほどその利益を享受する構造の議会のメンバーが、そのような改革を实践するものではないことは、理屈としても、また、経験則としても明らかであるという反論は十分に予想できる。フランスで、2008年の憲法改正によって、憲法院が法律の合憲性を事後審査するQPCの導入し、そこでは将来効判決が出せるようになったとの紹介がある⁶¹⁾。しかも、改正は、「事後的審査の導入から一足飛びに、将来効判決が導入されてしまった感が否めない」⁶²⁾ほどの性急さであった。そして、

2013 年末までに 26 件の将来効判決が示されている⁶³⁾。猶予は平均して 10 カ月弱のようである⁶⁴⁾。それがなされるのは、「即時の廃止をすることで、関係する制度そのものが消滅してしまい、いくなれば合憲的に適用可能な要素もすべて適用できなくなり、法的空白が生じることを回避することが考慮され」た⁶⁵⁾とき、と言えようか。このような判決が下されることは、かなり実効性があるように見える。そして、このような手法は、個別的効力を前提とする付随的違憲審査制度では、「その判決の効力は多様であり得たはずであ」り、「無理な限定解釈や一部違憲判決などよりも、望ましい」との評価がなされている⁶⁶⁾。つまり、日本でも可能であったし、望ましいというわけである。

だが、このような手法は、やはりむしろ抽象的違憲審査制度とマッチするものであり、通説の見解群が、例外として認められる理由と範囲を慎重に探してきたことこそ、傾聴に値しよう。やはり、仮定の事案に対する指図は司法権の判断に馴染まない。この意味では、過去の事件の解決について万策尽き、重要な憲法上の権利について例外的に憲法判断を行うだけでは救済が不可能であるとき、将来確実に発生する事件を典型的に解決する回答を用意しておくことができるか(繰り返されるが審理を免れるケースに類するものか)、ということのように思われる。これがあくまでも例外的解決であるとするれば、他に日本の裁判所が可能な解決手段が皆無であることを証明すべきである。これを探ることが先行する課題だと思われる。

2 司法によるより積極的な解決方法

(1) 積極的な司法的救済

まず、裁判所が新たな選挙区割りを提示し、それに基づいて直ちに選挙をやり直すという直截的な方法は可能であろうか。これが可能であれば事態は一気に解決に向かい、将来効判決などは極めて迂遠な方法だということになる。

アメリカでも、以前、議員定数不均衡問題は政治問題だとして、裁判所は一

切の判断を示さないとした判決⁶⁷⁾があった⁶⁸⁾。これは、違憲宣言判決をしても、議会在従わず、これに対する有効なエンフォースメントの手段がなければ、虚しい確認判決は避けるべきとの考えによるものであるが、憲法上の重要な権利の回復の実効性の点で問題があるとして、アメリカの裁判所は、これを脱し、違憲状態を除去するための司法的救済措置を講ずる途を採ったのである⁶⁹⁾。日本のように憲法81条が明文で規定するのではなく、判例によって付随的違憲審査制が確立され、「司法権」解釈において現在では日本と共通性が疑う余地のないアメリカで可能であるのだから、日本でも可能なのではないか、というのがその示唆するところとなろう。

このような直截的な方法は幾つかあるとされる⁷⁰⁾。第1は、次の選挙まではこれまでの区割りによって行うことを許容するが、新議会は選挙法の改正のみを行う権限を有するとし、改正後直ちに選挙をやり直す方法である。第2は、新しい選挙区割りが制定されるまでは全体を一選挙区とする選挙を行う方法である。そして、原則として採られるべきとされる第3の方法は、裁判所自らが選挙区割りを定め、新たな選挙区割りを定める法律が制定されるまではこれによる方法である。

日本では、これは、アメリカの裁判所の衡平法の権限に基づくものであり、成文法国でもある日本の裁判所に期待できるものではないとの批判も多い。しかし、この手法の主唱者である田中英夫は、これが英米法の歴史的淵源を有することは確かではあるが、「こういう救済手段を裁判所が案出して行くことが、司法作用の本質に反するものとして許されないと考えるべきか否かの問題」である⁷¹⁾し、判例による法形成機能という点では先例の拘束性など、英米法と大陸法の質的差異はなくなっており⁷²⁾、日本でも、借家法⁷³⁾や利息制限法⁷⁴⁾の有名な判決が示すように、法文の素直な読み方や立法趣旨とは異なる解釈を裁判所がなすことは許容されていると指摘する⁷⁵⁾。そして、「先行規範および救済規範上のルールに基づいて個々の事件に関し具体的な救済措置を講じて行く際には、一般性をもつ基準」のみならず、「借地法9条ノ2、9条ノ3、民法

258 条、907 条、958 条ノ 3 など」によっており、議員定数不均衡問題を「政治的問題」であるが故に「司法判断に適しないという立場をとる」のでなければ、救済の余地はあると述べるのである⁷⁶⁾。そして、日本では、議員数を現行通りとする、大選挙区制か小選挙区制かというような基本的な選挙制度には手をつけず、どのような行政区画を単位とするかも議会の採った立場を尊重する、区割りにはできるだけ自然的・歴史的的条件を考慮して地理的一体性のあるものを目指してゲリマンダリングを避ける、という方針の下、裁判所「自らその是正策を講ずる」べきだとするのである⁷⁷⁾。そして、その区割りが実情に合わないと国会が判断したときには、合憲の範囲内で自ら区割りを行えばよいとも述べている⁷⁸⁾。田中に加勢すれば、「大陸法」的な空気の残る刑事司法の問題であった高田事件最高裁判決⁷⁹⁾において免訴の判断を捻出した日本の裁判所が、議員定数不均衡問題を解決するのに適切な解決方法を、法律以下の条項にないとの理由で、およそ示せないのは不可思議だと言えるのである⁸⁰⁾。

しかし、この方法は、公職選挙法 204 条の訴訟とは別の訴訟によってなされなければなるまいが、どのような訴訟になるのか、五里霧中の感も強い⁸¹⁾。また、日本国憲法 43 条 2 項や 47 条の規定に照らし、「いささかドラスティックにすぎないかの印象もぬぐいきれない」⁸²⁾。強大な大統領権限が存在する国の例⁸³⁾とは異なる配慮が必要かもしれない。具体的事案の解決として、唯一の解決であれば、このような大胆な救済方法も正当性を有しようが、日本の場合、不均衡が著しくなったがために、そして、選挙区割りに関する原則が複雑である（例えば、衆議院の小選挙区の場合、ゲリマンダーを避けるべく、県単位は崩さないのが原則であろうが、それがどこまで絶対のものなのかは突き詰められていない）がために、あるべき区割りを唯一のものとして示せなくなっているという問題もある。大原則を覆すだけの正当性を有する区割りの提示に、裁判所が成功するかは、実は疑わしい。また、司法の暫定案と異なる内容の法改正を国会が行う相当の時間的余裕を与えなければ、日本では非現実的であり、「収集のつかない混乱」すら生じる危険もあろう⁸⁴⁾。裁判所は選挙区割りのプロでもないのである。加えて、

日本の衆議院の選挙制度は小選挙区比例代表並立制であり、重複立候補といわゆる復活当選が認められているため、違憲の選挙区の選挙を無効にしても、既に、小選挙区では当選できなかった候補が比例代表部分で当選しており、救済を行えという決定に迫力が生まれえないという障害もある⁸⁵⁾。復活当選者の議席の方が安泰、という逆転現象も見え隠れする。芦部は、むしろ将来効判決との組み合わせで用いる方が実際的であると述べている⁸⁶⁾が、現行選挙制度を前提とする限り、その感覚も解らないではなかった。

(2) 差止請求訴訟

下級審の中には差止請求訴訟を模索したものがある⁸⁷⁾。これは、裁判所が、当該行為ないしその根拠法令等が違憲であることを根拠に、その執行を差し止めることを命じる裁判である⁸⁸⁾。行政事件訴訟としての差止請求訴訟については、2004年の行政事件訴訟法改正により、規定された。高橋和之は、選挙を差し止めると同時に、国会が直ちに改正しないなら、裁判所の定める配分表に基づいて選挙を命じる方法を提唱する⁸⁹⁾。ほかの方法がなければ、この途を採ると「覚悟を決め、その趣旨を何らかの形で明らかにすることもありうる」とする見解⁹⁰⁾もある。野中俊彦は、不備な法律に基づく処分を取消しないし無効確認の訴えの提起の可能性に言及し、不備な立法に基づいて行われた処分を捉え、その取消しないし無効を主張することは可能だと主張している⁹¹⁾。もし、選挙の前にこのようなことが可能であれば、差止めを求める訴訟ということになるか。このような訴訟が可能であれば、現行行政法の解釈発で、上述の積極的な司法的救済に近い効用を発揮できることになる。

だが、多くの訴訟は、主として民事訴訟性を理由に却下されてきた。憲法訴訟としての差止請求訴訟は、裁判所によって受け入れられることが容易ではなかった⁹²⁾。違憲状態の是正を裁判所が主体的に行うのか、政治部門が行うのかという、憲法秩序形成の根本問題にも関わっており、政治部門に期待する折、裁判所に委ねるべきという選択があり得る⁹³⁾。「社会的相当性」を認めること

が困難であった上、「新しい訴訟類型」を承認すべきかどうかの議論も不十分であった⁹⁴⁾。もしも選挙無効訴訟が認められるのであれば、さほどの実益もない、という指摘もある⁹⁵⁾。差止請求訴訟を無限定に認めることなどには、やはり日本の政治状況の下では非現実的であるとの懸念がある⁹⁶⁾。積極的な司法的救済が困難であると同程度に、この方法も困難を伴おう。

(3) 義務付け・違憲確認訴訟

当該訴訟で争点となっている法令の規定や処分合憲性について、裁判所が違憲であることを宣言するものの、それらの効力は否定しない、違憲確認の訴訟が考えられている。付随的違憲審査制である以上、訴訟当事者が専ら違憲の確認のみを求める訴訟提起の方法は認められない。あくまでも、訴えの提起の要件である事件訴訟性を充足している場合に、裁判所が何らかの理由で違憲・無効を言い渡すのが適当でないと判断したときに、この手法が使える可能性がある⁹⁷⁾。その意味では、事情判決に近い効用を有することになる。

野中俊彦は、立法不作為の違憲確認ないし宣言を求める訴訟を、無名抗告訴訟として提起する可能性に言及する⁹⁸⁾。野中は、議員定数不均衡問題は立法によってしか解決できず、立法義務違反か立法の不作為の違憲が争われているものであることを指摘する⁹⁹⁾。また、松井茂記も、「従来のような法的救済では、適切な救済を図ることが困難」であれば、「違憲確認・執行差止めを求める訴訟として提起されるべきである」と主張する¹⁰⁰⁾。最高裁がそうするときには、裁判書正本を内閣や国会に送付するということが確保されていなければならぬという指摘¹⁰¹⁾もある。正規の法令違憲判決だという意味があろうか。

実際、下級審の中には義務付け訴訟を模索したものがある¹⁰²⁾。だが、実際の訴訟は、主として民事訴訟性を理由に却下された。この手法はしかし、裁判所が違憲確認の裁判を下しても、それが当該訴訟・事件の解決に直接結び付かない限りは、裁判所の違憲の警告か傍論、要は憲法上の単なる見解表明に留まり、具体的な憲法秩序の形成に至らないという難点があろう¹⁰³⁾。実際、事情

判決によっても定数不均衡の是正を行わない国会に対し、裁判所が違憲のみを宣言する判決を求めることは、実践的には殆ど意味がないであろう。

(4) 損害賠償請求訴訟

更に、下級審の中には損害賠償請求訴訟を模索したものがある¹⁰⁴⁾。著名な、在宅投票制度違憲訴訟¹⁰⁵⁾などと異なり、国会が配分規定を改正してこなかった不作為を問題にしたものである¹⁰⁶⁾。学説の中にも、この道筋を提唱するものもある¹⁰⁷⁾。衆議院総選挙に関する1976年最高裁判決¹⁰⁸⁾において、国家賠償請求の余地はあるのではないかと、との示唆がなされていた。この方法は、訴訟の途中で衆議院が解散された場合に、憲法判断がなされないことを阻止する効用がある¹⁰⁹⁾。千葉4区の選挙民による訴訟では、定数不均衡は正直後の1976年総選挙当時、同区の一票の価値は人口比で兵庫5区の3.71倍であった。しかし、東京地裁は、1977年、国会議員に対する訴えをその免責特権を理由に斥け、国に対する訴えも、「再改正のために通常考えられる合理的期間を未だ経過していないことを合わせ考えると、本件議員定数規定をもつて、その違憲とせられることの蓋然性が何びとも顕著であるとは、未だ認められない」として訴えを斥けたのである。

だが、いわゆる在外邦人選挙権訴訟¹¹⁰⁾において、国家賠償請求は認められ、国外に住所を有する日本国民に、国政選挙の選挙区選挙の投票権を認めていないことは違憲とされた。そうであれば、議員定数不均衡訴訟において何故、国家賠償請求の途が閉ざされるのであろうかとも思える¹¹¹⁾。このときの在外邦人には、比例区のみ投票権、つまりは国内の国民平均の半分（選出できる定員で考えれば、約40%）の投票権が付与されていたのに対し、1972年の千葉4区有権者は兵庫5区有権者の約20%しか投票権を付与されていなかったのであり、ならば、通常の議員定数不均衡訴訟において国家賠償請求訴訟ができないと考える理由はない。もし、選挙訴訟によっても選挙無効の判決が期待できないのであれば、多額の賠償を勝ち取り続ける方が国会にはボディブローのように効

くと考えられなくもない。選挙訴訟において違憲状態で合理的期間が経過しなければ裁判所は「違憲」と宣言しないのに対し、国賠訴訟においては、仮に歴代国会議員の過失が認定されない、つまりは本請求が通らない直前の段階とは、国会が違憲と認識すべき段階であるから、合理的期間が経過するのを待つまでもなく¹¹²⁾、裁判所が「違憲」と宣言する筈であるから、インパクトもあろう。難点は、選挙のやり直しを求められないことと、インパクトを求めて原告を集めれば集めるほど、原告の数だけ訴訟費用がかかるということであろう。

念のために付言すれば、法令違憲判決が、当該法令の不備を指摘するものであることに鑑みると、「立法の不作为」とは特殊な概念ではなく、不完全さの延長だと考えられる¹¹³⁾。そうであれば、「救済手段の性質に起因する問題が存在し、決して最善の選択肢とはいえない」が、不備・不足のある公職選挙法別表に向け、「法秩序維持機能の一つとして用いる可能性」¹¹⁴⁾として、国家賠償請求訴訟は議員定数不均衡是正を求める場合でも活用できる筈である。だが、立法の不作为の違憲確認には障害がある¹¹⁵⁾。通常の議員定数不均衡訴訟では、立法不作为の司法審査を広く認めていたのに対し、国家賠償請求訴訟については、在宅投票制度違憲訴訟の最高裁判決が先例となってしまったため、その後の緩和をもってしても、実際の出訴を躊躇させていると言えよう¹¹⁶⁾。

なおかつ、議員定数不均衡訴訟などでは、損害の立証が要件とされる中、損害額の主張立証が難しいことも指摘できる¹¹⁷⁾。在外邦人選挙権訴訟の賠償額の算定があまりに低く、具体的争訟を成立させるための象徴的金額に過ぎず、実態としては抽象的違憲審査とも思えるものとなったことも、印象的である。より多くの判決は、公務員である国会議員の「故意又は過失」がないと認定し、原告敗訴に終わった。そうであるならば、議員定数不均衡訴訟の多くも同じ轍を踏み、インパクトも弱く、人知れず終わる危険もある。6年後までに最高裁判決を得られれば足りる参議院や、準じて地方議会では、衆議院と異なり、この方法は無用と言ってよい。そして、国家賠償請求は選挙そのものを無効にするものではなく¹¹⁸⁾、将来に向けてそのような宣告を裁判所にさせることでも

きないのであるから、国会に是正を強制することが目的であるのであれば、やはり欠点である。つまり、そもそも原告の狙いと得られる判決との間に齟齬があるのである¹¹⁹⁾。もし、選挙無効訴訟が認められるのであれば、国賠訴訟は、地裁の当座の判断を仰ぐ意味がある程度に留まり、迂遠な方法であるとの指摘できる¹²⁰⁾。結局、この方法による訴訟は「立法者に適憲的な状況をつくり出させるための副次的方途＝バイパス」¹²¹⁾という性格に止まることは否めず、実際の訴訟においても避けられていったのである。

これらの訴訟類型の提唱が、その所期の目的を完遂できたとは言い難い。事情判決の限界である、国会に法改正をさせることができないという状況を打開できないか、日本国憲法の規定する「司法権」の枠を超えているのではないかと懸念を払拭できなかったと言えよう。

3 可分性の法理

これまでの主張は、選挙区割りによる選挙区相互は関連していることを起点に、選挙を選挙区毎に考えることはせず、公職選挙法の別表は一体であるとする不可分説に立つものであり、一般的にこれが妥当であるとされてきた¹²²⁾。事情判決の法理を行き止まりとする通常選挙訴訟以外の途を模索した、上述の様々な主張についても、やはりその前提は一体としての選挙を前提としたものに思える。しかしながら、不可分論に立ち、公職選挙法別表を改正しようとすると、100以上の選挙区の境界が変更を余儀なくされる危険があり¹²³⁾、裁判所が個別に検討していけば、極めて困難であり、政治的な訓練を受けていない裁判官にとって、一定の期間に最適な区割りを提示することは難問と言うほかない。ならば、判例・通説の述べてきたとおり、公職選挙法別表は不可分一体のものなのか、一部のみを違憲として、一部の選挙のみを違憲とすることはできないものであろうか。これが素朴な疑問である。

もし、選挙の全部無効でなく、事情判決でなく、将来効判決でもなければ、選挙について可分論に立ち、当該訴訟で争われている選挙区のみを無効にするという手法が考えられよう¹²⁴⁾。不可分論に固執すれば、任期満了をもって国会が機能を停止するとの見解¹²⁵⁾もある。不可分であるが故に最高裁は事情判決の法理を用いてきたが、もしも、可分であるとすれば、違憲の選挙区のみについて選挙無効を宣言すればよいことになるからである¹²⁶⁾。ならば、柔軟かつ、最小限の痛みをもって事案は解決できよう。具体的には、選挙無効判決は、民衆訴訟の代表例である公職選挙法 204 条の選挙の効力に関する訴訟によって生じる。そして、それが行訴法 32 条の取消判決の第三者効力の問題を生じさせる。取消しの効果が及ぶ先が原告についてのみとはならない、というのが民事訴訟とは異なる点である¹²⁷⁾。

1976 年判決における岡原昌男裁判官 (のちに長官) ほか 5 裁判官の反対意見は、定数配分規定は可分的であり、定数規定が違憲であれば、公職選挙法 205 条によって選挙の無効が争われた当該選挙区のみを無効にするべきというものであった。かなり以前から、この立場に立つ少数意見は存在したのである。

同意見は、「選挙区割、議員総定数及びその配分などの決定」が「著しく合理性を欠き、憲法の要請に反するような事態に立ち至つた場合は、司法による判断を免れ」ず、裁判所は、「かつて憲法 37 条 1 項に基づく迅速裁判の要請に反する刑事被告事件について、下級審が、憲法に保障する迅速な裁判をうける権利は侵害されているが、刑訴法にその救済規定がないから如何ともし難いと結論したのに対し、当裁判所は、憲法の要請にこたえるためには、刑訴法上これに対処すべき具体的な規定がなくても、免訴という審理打ち切りの非常救済手段をとるべきであるとした」¹²⁸⁾ ように、「憲法上国民の重要な基本的権利である選挙権の平等を争うについては何等かの途をひらくのが妥当であり、それには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述べた。

しかし、同意見は、事情判決の法理に至る多数意見には反対し、「本件にお

いては、原審の確定した事実によれば、議員一人当たりの選挙人数は、千葉県第一区では381,217人であつて、その全国平均150,243.66人に対し253.73パーセントにあたり、すなわち、投票価値の点からみると、千葉県第一区においては、2人半の選挙人によつてようやく、全国の選挙人の平均1人分の選挙権を行使しうるにすぎないのであるから、このような投票価値の偏差は、いかに他の考慮要素をしんしゃくしても、とうてい合理性があるものとは認められない。しかも、その原因たる人口の過密化は絶えず進行し、本件選挙の相当以前から投票価値不平等の違憲の瑕疵を帯びるに至つていたものと推認できるのであるから、それが合理的期間内に是正されなかつたものと認めるほかなく、したがつて、本件選挙当時の議員定数配分規定中千葉県第一区に関する部分は違憲の瑕疵があつたものといわざるをえない」のであり、かつ、「一部選挙区について投票価値不平等の違憲の瑕疵があるとしても、」「必然的に他の選挙区全部について違憲の瑕疵を来すものとは考えないのである」。まさに「昭和39年」「及び昭和50年」「の議員総定数及びその配分規定改正の際には、右の関連性に対する全国的配慮は見られず、人口の激減した選挙区にはなんら手を触れることなく、専ら人口の激増した選挙区のうちの一部についてのみ議員定数の増加及び選挙区の分立の措置を講じ、その増加した議員数を加えた数をもつて公選法4条の議員総定数としたものであつて、先ず議員総定数を確定してから、それを各選挙区に公平に配分し直したものではない」のだから、「立法府もまた、右配分規定改正の際には、一部の選挙区だけを切り離して手直しをすることが可能である」。結果、「当時の議員定数配分規定は、千葉県第一区に関する限り、憲法14条1項、3項、15条1項、44条但し書に規定する選挙権平等の要求に反し違憲の瑕疵があるので、憲法98条によつて無効であり、したがつて、これに基づく本件選挙もまた無効とすべき」としたのである。

同判決の岸盛一裁判官反対意見もユニークな立場を採つた。可分論を前提に、「本件千葉県第一区選挙は無効であるが、当選人4名は当選を失わないと考えるものであ」つた。それは、過剰選挙区は、例えば「1名を過剰に配分

している点で、かつ、その限度で違憲であり、過少選挙区は、例えば「定数 1 名を配分している積極面は違憲でないが、1 名に限定しているという消極面が」「その限度で違憲となる」ので、これ以外の当選人については、「各その限度においてはこれに基づく選挙の結果の効力をそのまま維持させるのが、憲法に適合する範囲において可能な限り選挙人の選挙意思の実現をはかるゆえんである」ことが理由である。これ「によつて、選挙の無効・当選人の議員資格の喪失を不当に拡大することを防止することにもなるのである」とも述べている。

1985 年判決¹²⁹⁾における谷口正孝裁判官反対意見も、やはり、選挙を無効とするところに突き進んだ。そこでは、「憲法に違反する議員定数配分規定は、憲法 98 条により無効の法規のはずであり、その無効の議員定数配分規定に基づいて行われた選挙は本来無効と宣言されるべきものである。にもかかわらず、前記の如く事情判決的処理をすることは、極めて例外的な場合にのみ許されるべきものであり、「違憲の議員定数配分規定について、早期・適切な是正を期待した国会がその挙に出でずして荏苒として時を過し、違憲の議員定数配分規定により選挙が繰り返し行われ、裁判所がこれに対しその都度、事情判決的処理をもつて応待するということになれば、それは正に裁判所による違憲事実の追認という事態を招く結果となることであつて、裁判所の採るべき途ではない」と述べる。そして、「個々の訴訟において裁判所が無効と宣言した選挙区選挙のみが無効となるのである」とした上で、「昭和 51 年大法廷判決における岸裁判官の反対意見に」については、「当該選挙区において選出すべき議員数が異なる状態での再選挙を想定すれば、選挙の結果に異動を及ぼす可能性を否定できないばかりでなく、この論理によれば、配分議員数が過大な選挙区については、一個の選挙について人的一部無効を認めることになるから、この見解に賛成することはできない」と批判し、「それぞれの選挙区については、違憲の瑕疵が選挙の結果に異動を及ぼす場合に初めてその選挙の効力を否定すべき」だとしたのである。それは、「議員定数配分規定の違憲を理由とする選挙無効訴訟を公職選挙法 204 条の規定に乗せて認める立場」「を認めた以上、論

理の筋を通すべきである」からなのであった。

衆議院議員総選挙に関する 2001 年判決¹³⁰⁾でも、濱田邦夫裁判官反対意見は、「諸般の事情に照らし、いわゆる事情判決の法理に従い、本件選挙を違法と宣言するにとどめ、これを無効としないのが相当であるが、今後も上記の違憲状態が是正されないまま衆議院議員選挙が繰り返されるならば、近い将来にはこれを無効と宣言せざるを得ない場合があるものと考える」と述べている。

衆議院議員総選挙に関する 2015 年判決の木内道祥裁判官の反対意見は、「295 の選挙区のうち」「最も選挙人数の多いのは東京都第 1 区（選挙当日で 49 万 2025 人）であり、」そ「の選挙人数の 2 分の 1 を下回る」宮城 5 区、福島 4 区など「12 の選挙区については選挙無効とされるべきであり、その余の選挙区の実選挙については、違法を宣言するにとどめ無効とはしないこととすべきである。この 12 選挙区について選挙が無効とされると、その選挙区から選挙人が選出し得る議員はゼロとなるが、これは、選挙を無効とする以上やむを得ないことであり、較差を是正する法改正による選挙が行われることにより回復されるべきものである」として、選挙無効に踏み込んだ。純粋な可分論とは異なり、不可分だが選挙の一部無効が可能であるとして、法廷はその選挙区を選択ができて、寧ろ過剰代表区¹³¹⁾を無効とした点が興味深かった。

憲法学界でも、通説であった芦部信喜は、公選法別表の一体性、不可分性を前提に議論を組み立ててきた。だが、選挙全体を一括して考えず、各選挙区の実選挙毎に判断できるとすれば、問題は解決するのではないか。芦部は、アメリカの憲法判例で確立した「可分性 (separability or severability) の理論」を議員定数不均衡問題に適用するのであれば、投票価値が過少となった選挙区の有権者から提起され、その瑕疵がある選挙区についてのみ再選挙を行えば足りるので、常に定数増を伴う是正が講じられる結果になろうと、通説らしからぬ大胆な解決に向けて歩を進めたのである¹³²⁾。

選挙無効判決が違法性を確認する効果を有し、裁判所も広く区割り全体の合憲性を判断することなどからして、行政法学者で元最高裁判事の藤田宙靖も、

選挙無効判決の効果について、当該選挙区を超えて他の選挙区に及ぼすことも「それなりに合理的な理由がある」と述べている¹³³⁾。また、行訴法33条1項が準用されるため、「判決を現実的に実効性あるものとするべく関係行政機関が行動すべき法的義務を課す」という意味での拘束力が生じると考えられる¹³⁴⁾。そう考えると、最高裁が「選挙無効判決をすることについての法理論的・実質的障害は、さほどのものではない」と言うのである¹³⁵⁾。加えて、我々はい、最も過大代表区との比較で不平等を語るが、例えば、隣接する相対的に優遇された選挙区との対比において、境界線を工夫することでより平等にできるとの主張は可能である。仮にそうであれば、優遇された選挙区の当選者は少なくとも相対的に憲法違反であるとして当選を無効にするなどにより、相対的平等の枠組みに乗り易い判決手法が採れるようにも思われることも指摘しておきたい。

また、行政法学者の阿部泰隆は、一部の選挙区に違憲性があっても、平均的な選挙区では直ちに違憲の瑕疵があるものではなく、極端な較差が認められたからこそそのような選挙区選挙民の訴えを認めたのであろうと述べ、選挙無効判決を推進する¹³⁶⁾。高橋和之も、まず、アメリカと日本では事情が異なり、アメリカの判例は参考にならないとした上で、可分か不可分かは何が定数は正をし易いかの決め手ではなく、それならば、他の諸問題の結論を合わせて適切な方を選べばよいのであって、違憲判決を受けた国会が改正に失敗したケースまで考えれば可分論が妥当だと指摘していた¹³⁷⁾。野中俊彦も、このような高橋の考えに共鳴できる部分があると述べている¹³⁸⁾。

だが、果たしてこれらの立場は成り立つのであろうか。これらの手法の最大の問題点は、選挙の不可分性は譲れないというやや原理的な問題もさることながら、何よりも、違憲となった選挙区に限って代表がいなくなってしまうことにある¹³⁹⁾。憲法上の権利が低減された選挙区ほど、その憂き目に遭うという矛盾を抱える点にある。とは言え、参議院については、半数改選であり、選挙無効としても、残り半分の議員は最低限残ることもあり、「参議院の緊急集会ではだめですか」¹⁴⁰⁾という意見もある。更にこれに対しては、ならば1976年

判決の「岸意見式の方が現実的だ」¹⁴¹⁾との反論もなされている。

そして、1976年判決の岸裁判官の意見に対しては、選挙が無効であるにも拘らず当選が失われないというのは矛盾であるし、仮に選挙は定数不足の限度において無効としても、選挙時には改正法はないのであるから、あるべき定数に対する不足分の実体がなく、無効宣言は無意味だとの批判がある¹⁴²⁾。岸意見を進めれば、「当該選挙区の当選人のあるべき数」を裁判所が宣言できることになるが、それが可能であれば、別の選挙区の当選人も宣言できることになり¹⁴³⁾、過剰代表選挙区の当選を一部または全部無効にできることになる。遠藤比呂通は、岸意見を肯定的に捉え、過剰に配分させた当選決定を主観的権利侵害訴訟である抗告訴訟で争うのが「最も事態に合致している」と述べる¹⁴⁴⁾。このような判断を、不可分論を前提にしつつも過剰選挙区に向けて将来効に限定して行ったのが、2015年判決の木内道祥裁判官反対意見という構図である。

しかし、これらの主張の帰結は、選挙が全て終わってから選挙のルールを自由に変えられることに等しい。定数に変更されるならば、各政党の選挙戦略は変わる筈である。そして、このような処理は、小選挙区制の下では非常に行い難く、特定の選挙区を大選挙区として扱うことは、その制度趣旨に根本から抵触し、まして裁判所がこれを変更することは大いに疑問である。

瑕疵ある部分の定数過少区からしか訴訟が生じないことを思えば、可分論に立つと、これに定数を配分し、つまりは総定数を増やすことでしか解決はできないことになる¹⁴⁵⁾。特に、参議院について、1対1原則を貫いたとき、その定数はかなりのものになる恐れが大である。しかし、一般論として、総定員を法廷が勝手に増やすわけにもいくまい。比例区の定数を減らすというのでは、定数不均衡から奇貨を得てきた多数派の思う壺なのである。また、選挙の度に最高裁が一部選挙区の結果を無効にしたところで、国会が無視すれば是正はなされず、また是正を困難にする状況を最高裁が助長しているとも言えなくない。かと言って、訴えの起きない、過剰代表の選挙区の方を無効にすることは難しい。そうであれば、選挙は不可分であるとの原則に戻るべきであり、効果

の点から考えても、もしも事情判決の法理を前面に出しても解決とならないときには、劇葉ながら、選挙全体を無効として、残った院もしくは最高裁自身が一体としての選挙区割りの（少なくとも違憲である範囲の。より必要最小限という意味では、最低限の過剰代表選挙区の）やり直しの途を模索すべきように思える。違憲であれば無効という原則に戻る、救済は個別だが、法令違憲は法令違憲であるべきであり、重要な人権の侵害ならば最後は躊躇すべきではないのではなからうか。根本的解決から「逃げるは恥だが役に立つ」場合でもない。但し、最終兵器として、という注意書きは必要である。

おわりに

「近時の判例が国会のコントロールを重視する傾向に展開してきている」とすれば、「違憲確認ないし違憲警告の方向で純化を図るべきであろう」し、「義務づけ訴訟や差止訴訟等の可能性を再検討すべき段階に来ているよう」である¹⁴⁶⁾。一周回って、選挙不可分論の下、もしも事情判決をもってしても国会が定数は正を怠るのであれば、違憲判決の本来の姿である、法令や政府の行為を無効にするという判断を模索することが本筋であろう。ただ、この方法は最後の手段であり、最低でも衆議院の選挙区選出部分もしくは参議院ではその約半分を一旦消滅させる混乱を伴う。このため、これを行う際は、事情判決の法理を被せ、判決以前の議会の決定は無効としないようにすべきである。そして、より穏健には、裁判所は、少なくともより均衡的な区割りがあることを示せば現行の区割りは違憲なのであるから、このことを宣言しつつ、また、国会の定めた選挙制度の原則のうち、憲法に抵触しないものを尊重しつつ、この区割りを例示しながら、少なくともこれから外れた法令は違憲¹⁴⁷⁾であるとして、国会がこれよりも均衡的な法改正を行わない限り、示した区割りの下で暫定的に次の選挙を行うことを命じるのが、妥当かつ実効性ある解決なのではないかと思われる。その意味では可分論にも一理あったのかもしれない。そして、この場面での例

示は何ら違法でない。立法の不作为の解決は、不備のある法令の、上位法である憲法による不備のない解釈への命令なのであり、これが「司法権」の作用として十分に可能で実効的な解決手段であると思われる。

「朝書いたものを夕方変え」るのを「法の支配」とは言えないし、「少数者の基本的人権をつぶしてもいいとはならない」が、「最初の多数決で決めるということがそもそも今の日本の選挙制度ではなくなっている」状況も「法の支配」ではない¹⁴⁸⁾。歪んだ「民意」は、議員定数不均衡の上に成り立ち、これを蔑ろにできる国会が、最低限の立憲的ルールも蔑ろにしている現状を見逃すべきではない。確かに、議員定数不均衡問題の解決、究極的には公職選挙法の改正は、一面、法政策の問題である¹⁴⁹⁾。だが、やはりそれは、具体的事件・争訟において、憲法に違反しないよう、法令を糺すことであり、法の問題としてはこれが優先課題である。まさに、法の支配（或いは、実質的意味での法治主義）の受容があってこそ、最高裁による議員定数不均衡問題の終局的解決が可能になる¹⁵⁰⁾。但し、最高裁自身も、憲法が最高裁に与えた権限を守ることも肝要である。本稿はその方法を模索し、これを提案するものである。

- 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 卷 1 号 51 頁 (2016)、同「事情判決の法理—議員定数不均衡問題の解決に向けて (2)」横浜法学 25 卷 2 号 1 頁 (2016) 参照。
- 2) 井上典之「判批」判例評論 459 号 22 頁、25 頁 (1997)。
- 3) 奥平康弘「法と政治の“はざま”」法学セミナー 348 号 8 頁、11 頁 (1984)。
- 4) 田中英夫『英米法研究 1—法形成過程』204 頁 (東京大学出版会、1987)。
- 5) 藤田宙靖「最高裁判例とは何か」横浜法学 22 卷 3 号 287 頁、294 頁 (2014)。
- 6) 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、16 頁 (1976) [久保田きぬ子]。
- 7) 佐藤幸治『現代国家と司法権』141 頁 (有斐閣、1988)。
- 8) 同上 262 頁。
- 9) 同上 141-142 頁同旨。

- 10) 同上 294-295 頁。
- 11) 杉原泰雄編『新版体系憲法事典』613 頁(青林書院、2008)[糠塚康江]。
- 12) 東京高判昭和48年7月31日行集24巻6=7号726頁。本件評釈は省略する。
- 13) 戸松秀典『憲法訴訟』〔第2版〕359頁(有斐閣、2008)。
- 14) 最大判昭和58年11月7日民集37巻9号1243頁。本件評釈は省略する。
- 15) 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。
- 16) 最大判平成5年1月20日民集47巻1号67頁。本件評釈は省略する。
- 17) 最大判平成8年9月11日民集50巻8号2283頁。本件評釈は省略する。
- 18) 最大判平成16年1月14日民集58巻1号56頁。本件評釈は省略する。
- 19) 最大判平成23年3月23日民集65巻2号755頁。本件評釈は省略する。
- 20) 広島高判平成25年3月25日判時2185号36頁。本件評釈は省略する。
- 21) 広島高岡山支判平成25年3月26日判例集未登載。本件評釈は省略する。
- 22) 最大判平成27年11月26日民集68巻9号1363頁。本件評釈は省略する。
- 23) 関連して、君塚正臣「判例の拘束力—判例変更、特に不遡及的判例変更も含めて」横浜法学24巻1号87頁(2015)参照。
- 24) サミュエル・マーミン(長内了訳)「『将来効判決』の正当性」比較法研究45号111頁(1983)。日本でも、民事の法律行為の遡及効について論じた、深川裕佳「相殺の遡及効と将来効について」明治学院大法学ジャーナル21号171頁(2006)がある。
- 25) 佐藤幸治『日本国憲法論』668頁(成文堂、2011)。
- 26) 芦部信喜『憲法』〔新版補訂版〕351頁(岩波書店、2000)。同書第6版(高橋和之補訂)390頁(2015)も同じ。
- 27) 佐藤前掲註25)書668頁。
- 28) マーミン前掲註24)論文111頁。
- 29) 同上112頁。
- 30) 同上114頁。
- 31) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』332頁(有斐閣、1981)。
- 32) 芦部前掲註26)書351頁。同書第6版(高橋補訂)390頁も同じ。
- 33) 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、104頁(有斐閣、1987)。
- 34) 戸松前掲註13)書360頁。

- 35) 戸松秀典「判批」判例評論 326 号 16 頁、18 頁 (1986)。
- 36) 芦部前掲註 31) 書 342 頁参照。
- 37) 同上同頁。
- 38) Simpson v. Union Oil Co., 396 U.S. 13, 14 (1969).
- 39) マーミン前掲註 24) 論文 122 頁。
- 40) Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1 (1976).
- 41) Connor v. Williams, 404 U.S. 549 (1972).
- 42) 以上、マーミン前掲註 24) 論文 122-123 頁より引用。
- 43) 以上、同上 123 頁。
- 44) 芦部前掲註 31) 書 358 頁。
- 45) 同上同頁。
- 46) 同上同頁。
- 47) 芦部信喜『人権と憲法訴訟』263-264 頁 (有斐閣、1994)。
- 48) 同上 265 頁。
- 49) 松井茂記『日本国憲法』〔第 3 版〕245 頁 (有斐閣、2007)。
- 50) 同上 245 頁。
- 51) 同上 245-246 頁。
- 52) 同上 122 頁。
- 53) 佐藤前掲註 25) 書 668 頁。
- 54) 同上同頁。
- 55) 佐藤前掲註 7) 書 295 頁。
- 56) 同上同頁。
- 57) 戸松前掲註 13) 書 360 頁。
- 58) 福田博 (山田隆司=嘉多山宗編)『福田博 オーラル・ヒストリー—「一票の格差」違憲判断の真意』159 頁 (ミネルヴァ書房、2016) はこれを肯定する。
- 59) 佐藤前掲註 7) 書 295-296 頁。
- 60) 戸松前掲註 13) 書 360 頁。
- 61) 辻信幸「将来効判決に関する一考察」高見勝利古稀記念『憲法の基底と憲法論』593 頁 (信山社、2015)。
- 62) 同上 601 頁。

- 63) 同上 601-604 頁。
- 64) 同上 604 頁。
- 65) 同上 605 頁。
- 66) 同上 613 頁。
- 67) *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549 (1946).
- 68) 田中前掲註4) 書 204 頁。
- 69) 同上 204-205 頁参照。
- 70) 以下、同上 212 頁参照。
- 71) 同上 213 頁。
- 72) 佐藤前掲註7) 書 119 頁もその方向を示唆する。
- 73) 例えば、最判昭和27年12月25日民集6巻12号1263頁などを指すと思われる。本件評釈には、薄根正男「判批」民商法雑誌36巻4号129頁(1958)などがある。
- 74) 例えば、最大判昭和43年11月13日民集22巻12号2526頁などを指すと思われる。本件評釈には、S・H・E「判批」時の法令662号54頁(1968)、野田宏「判批」金融法務事情531号23頁(1968)、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昭和43年度』841頁(法曹会、1969)、同「判批」法曹時報24巻2号442頁(1970)、広中俊雄「判批」ジュリスト415号86頁(1969)、石川利夫「判批」同433号『昭和43年度重要判例解説』153頁(1969)、西村信雄「判批」法学セミナー154号12頁(1969)、椿寿夫=中川淳「判批」同164号85頁(1969)、吉原省三「判批」判例タイムズ237号59頁(1969)、神田博司「判批」週刊金融・商事判例143号2頁(1969)、高桑昭「判批」民事研修141号30頁(1969)、品川孝次=須田晟雄「判批」上智法学論集12巻2=3号127頁(1969)、尾中普子「判批」日本法学35巻1号127頁(1969)、谷口知平「判批」民商法雑誌62巻3号122頁(1970)、星野英一「判批」法学協会雑誌87巻11=12号99頁(1970)、川井健「判批」ジュリスト増刊『民法の判例』〔第2版〕153頁(1971)、石川利夫「判批」鈴木竹雄=竹内昭夫編『銀行取引判例百選』〔新版〕132頁(1972)、水本浩「判批」法学セミナー205号55頁、207号53頁、208号52頁(1973)、武藤節義「判批」不動産法律セミナー5巻10号49頁(1974)、徴税判例研究会「判批」税40巻2号140頁(1985)、高木多喜男「判批」星野英一=平井宜雄編『民法判例百選Ⅱ』〔第3版〕8頁(1989)、鹿野菜穂子「判批」森島昭夫=伊藤進編『消費者取引判例百選』154頁(1995)、富越和厚「判批」旬刊金融法務事情1433号64頁(1995)、同「判批」同1581号62頁(2000)、遠藤浩「判批」民事研修518号26頁(2000)、河上正二「判批」法学セミナー587号67頁(2003)、大河純夫「判批」星野英一ほか編『民法判例百選Ⅱ』〔第5版新法対応補訂版〕122頁(2005)などがある。

- 75) 田中前掲註4) 書 213-214 頁。
- 76) 同上 214-215 頁。
- 77) 同上 215-216 頁。
- 78) 同上 216 頁。
- 79) 最大判昭和 47 年 12 月 20 日刑集 26 卷 10 号 631 頁。
- 80) 佐藤前掲註7) 書 296 頁も、「裁判所をして『非常救済手段』に訴えざるをえない立場に追い込んだ」と表現している。
- 81) 同上同頁同旨。
- 82) 同上同頁。河北洋介「近年の一票の較差に関する最高裁判決について」名城法学 66 卷 1=2 号 275 頁、291 頁 (2016) も、選挙制度の仕組みを考える一義的な機関が国会であり、このことを尊重すべく、不均衡較差については裁判所の踏み込んだ判断が求められると論ずる。
- 83) 判決により議會を消滅させた例として、松井啓「議會選挙違憲判決——一票の格差に関するカザフスタン共和国の事例」レファレンス 562 号 6 頁 (1997) 参照。
- 84) 芦部前掲註 47) 書 268-269 頁。
- 85) 福田前掲註 58) 書 157 頁同旨。
- 86) 芦部前掲註 47) 書 269 頁。
- 87) 東京地判昭和 51 年 11 月 19 日行集 27 卷 11=12 号 1772 頁、東京高判昭和 52 年 4 月 25 日行集 28 卷 4 号 337 頁など。
- 88) 戸松前掲註 13) 書 362 頁参照。
- 89) 高橋和之「定数不均衡違憲判決の問題点と今後の課題」ジュリスト 844 号 21 頁、29-30 頁 (1985)。
- 90) 佐藤前掲註 7) 書 296 頁。
- 91) 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』83-84 頁 (有斐閣、1995)。
- 92) 戸松前掲註 13) 書 362 頁。
- 93) 同上同頁。
- 94) 越山康「わが法曹グループの論旨」自由と正義 38 卷 5 号 52 頁、56 頁 (1987)。
- 95) 野中前掲註 91) 書 102 頁。
- 96) 芦部前掲註 47) 書 270 頁。
- 97) 戸松前掲註 13) 書 361 頁。

- 98) 野中前掲註91) 書83頁。
- 99) 同上95頁。
- 100) 松井前掲註49) 書126頁。同書417頁同旨。
- 101) 戸松前掲註13) 書362頁。
- 102) 東京地判昭和51年11月16日判時832号3頁など。
- 103) 戸松前掲註13) 書361頁。
- 104) 東京地判昭和52年8月8日判時859号3頁、札幌地判昭和56年10月22日判時1021号25頁、東京地判昭和56年11月30日判タ467号120頁など。第1のものの評釈には、野中前掲註91) 書70頁などがある。2つ目と3つ目の判決の評釈には、藤原利紘「判批」選挙時報31巻3号41頁(1982)がある。
- 105) 最判昭和60年11月21日民集39巻7号1512頁。本件評釈には、中村睦男「判批」ジュリスト855号84頁(1986)、同「判批」法学セミナー375号40頁(1986)、泉徳治「判批」ジュリスト855号90頁(1986)、同「判批」法曹時報38巻4号941頁(1986)、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昭和60年度』336頁(法曹会、1989)、藤井俊夫「判批」ジュリスト臨時増刊862号『昭和60年度重要判例解説』17頁(1986)、釜田泰介「判批」法学教室66号82頁(1986)、長尾一紘「判批」民商法雑誌95巻2号264頁(1986)、同「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕426頁(2000)、野中俊彦「判批」法律時報58巻2号88頁(1986)、内野正幸「判批」法学セミナー374号11頁(1986)、戸波江二「判批」同377号109頁(1986)、同「判批」法学教室77号別冊附録『判例セレクト'86』7頁(1987)、棟居快行「判批」判例評論330号40頁(1986)、田中館照橋「判批」法令解説資料総覧53号130頁(1986)、はやし・しうぞう「判批」時の法令1276号58頁(1986)、小林武「判批」南山法学10巻1号79頁(1986)、宇都宮純一「判批」法学(東北大学法学会)53巻5号619頁(1989)、岡田正則「判批」法学セミナー525号26頁(1998)、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』104頁(三省堂、2000)、新正幸「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第5版〕438頁(2007)、長谷部恭男「判批」宇賀克哉ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕478頁(2012)、大石和彦「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕420頁(2013)などがある。このほか、中谷実「立法の不作為」ジュリスト1037号228頁(1994)、同「立法の不作為をめぐる司法消極主義と積極主義(1、2)」南山法学30巻3=4号67頁(2007)、32巻2号41頁(2008)、西整章「立法不作為と国家責任」法律時報76巻1号50頁(2004)、畑尻剛「立法不作為とその救済方法」法律時報83巻5号63頁(2011)、岩切大地「立法行為に対する国賠法を通じた司法審査—裁判所と立法者との関係」立正法学論集45巻1号31頁(2011)、土井真一「立法行為と国家賠償—2つの最高裁判例を読む」法学教室388号91頁(2013)、君塚正臣

「立法の不作為の合憲性を争う訴訟について—在宅投票制度違憲訴訟の再考」横浜国際社会科学研究所 21 巻 6 号 11 頁 (2017) などもある。

- 106) 小林武「立法の不作為に対する国家賠償請求訴訟」南山法学 4 巻 2 号 21 頁、33 頁(1980)。
- 107) 野中前掲註 91) 書 84 頁。
- 108) 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。
- 109) このことは、例えば、国家賠償請求をした第 1 次家永教科書裁判 (最判平成 5 年 3 月 16 日民集 47 巻 5 号 3483 頁) が本案審理に至ったのに対し、行政事件訴訟法の抗告訴訟で争った第 2 次家永教科書裁判 (最判昭和 57 年 4 月 8 日民集 36 巻 4 号 594 頁) が、学習指導要領が既に改定されているとして本案審理に入れなかったという差がある。原告全面敗訴は違いないが、このことが、第 3 次訴訟 (最判平成 9 年 8 月 29 日民集 第 51 巻 7 号 2921 頁) での一部請求認容に繋がったと言えよう。君塚正臣「演習 憲法」法学教室 411 号 150 頁 (2014) も参照。
- 110) 最大判平成 17 年 9 月 14 日民集 59 巻 7 号 2087 頁。本件評釈には、新井誠「判批」法学セミナー 612 号 74 頁 (2005)、土本武司「判批」捜査研究 54 巻 10 号 127 頁 (2005)、米沢広一「判批」ジュリスト臨時増刊 1313 号『平成 17 年度重要判例解説』7 頁 (2006)、木村琢磨「判批」同 50 頁、只野雅人「判批」法学教室 306 号別冊附録『判例セレクト 2005』6 頁 (2006)、野坂泰司「判批」同 315 号 77 頁 (2006)、同「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第 6 版〕324 頁 (2013)、浜川清「判批」法律時報 78 巻 2 号 84 頁 (2006)、下山憲治「判批」法学セミナー 614 号 121 頁 (2006)、古田啓昌「判批」同 615 号 30 頁 (2006)、山崎栄一郎「判批」法律のひろば 59 巻 2 号 63 頁 (2006)、赤坂正浩「判批」判例評論 572 号 9 頁 (2006)、吉田尚弘「判批」判例タイムズ臨時増刊 1215 号『平成 17 年度主要民事判例解説』74 頁 (2006)、佐久間健吉「判批」同 288 頁、杉原則彦「判批」法曹時報 58 巻 2 号 279 頁 (2006)、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 17 年度』603 頁 (法曹会、2008)、早坂禰子「判批」法令解説資料総覧 289 号 77 頁 (2006)、小山剛「判批」受験新報 659 号 20 頁 (2006)、同「判批」660 号 16 頁、村田尚紀「判批」関西大学法学論集 55 巻 6 号 135 頁 (2006)、内藤光博「判批」専修ロージャーナル 1 号 147 頁 (2006)、岡田順太「判批」東北文化学園大総合政策論集 5 巻 1 号 239 頁 (2006)、木村草太「判批」法学協会雑誌 124 巻 6 号 234 頁 (2007)、鈴木秀孝「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成 17 年』64 頁 (ぎょうせい、2007)、青木誠弘「判批」筑波法政 46 号 199 頁 (2009)、土井真一「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』300 頁 (悠々社、2010)、越智敏裕「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第 6 版〕442 頁 (2012) などがある。このほか、長谷部恭男ほか「鼎談・在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリスト 1303 号 2 頁 (2005)、木村将成「憲法の『行為規範』化か」日本大学大学院法学研究年報 36

号23頁(2006)、井上典之「立法不作為からの権利救済」法学セミナー631号77頁(2007)、岩切大地「立法行為に対する国賠法を通じた司法審査—裁判所と立法者との関係」立正法学論集45巻1号31頁(2011)、毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論究ジュリスト1号81頁(2012)、土井前掲註105)文献などがある。

- 111) 内野正幸「『法律上の争訟』とその周辺概念」高見勝利古稀記念『憲法の基底と憲法論』689頁、694頁(信山社、2015)同旨。
- 112) 青木前掲註110)評釈215頁。
- 113) 君塚前掲註105)論文21頁。
- 114) 青井未帆「選挙権の救済と国家賠償法」信州大学法学論集9号115頁、119頁(2007)。
- 115) 野中前掲註91)書76頁。
- 116) 松井前掲註49)書102-103頁。
- 117) 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、92-93頁(1988)。
- 118) 大石和彦「『立法不作為に対する司法審査』再論」立教法学82号130頁、162頁(2011)。
- 119) 藤原前掲註104)評釈49-50頁。
- 120) 野中前掲註91)書102頁。
- 121) 小林武「立法の不作為に対する国家賠償請求訴訟・続」南山法学6巻2号23頁、41頁(1982)。
- 122) 松井前掲註49)書417頁など。
- 123) 佐竹寛「公正の原理と議員定数再配分」中大法学新報97巻7=8号1頁、11頁(1991)。
- 124) 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、87頁(2013)。
- 125) 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、97頁(1977)。
- 126) 戸松前掲註13)書222頁。
- 127) 藤田前掲註124)論文91-92頁。
- 128) 最大判昭和47年12月20日刑集26巻10号631頁。本件評釈には、橋本公亘「判批」ジュリスト臨時増刊535号『昭和47年度重要判例解説』18頁(1973)、庭山英雄「判批」同143頁、同「判批」ジュリスト527号134頁(1973)、田宮裕「判批」法律時報45巻5号8頁(1973)、時武英男「判批」判例評論172号38頁(1973)、米田泰邦「判批」判例タイムズ287号81頁(1973)、熊本典道「判批」同95頁、S・H・E「判批(上、下)」時の法令813号52頁、814号57頁(1973)、伊藤栄樹「判批」警察学論集

将来効判決、積極的な司法的救済、可分論、そして

26 卷 2 号 217 頁 (1973)、時國康夫「判批」法曹時報 25 卷 5 号 134 頁 (1973)、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 47 年度』255 頁 (法曹会、1974)、光藤景皎「判批」法学セミナー 222 号 118 頁 (1974)、青柳文雄＝安富潔「判批」慶大法学研究 48 卷 8 号 87 頁 (1975)、松本時夫「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 3 版〕124 頁 (1977)、野中俊彦「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第 3 版〕143 頁 (1977)、同「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』154 頁 (1985)、野上修市「判批」法学セミナー 265 号 65 頁 (1977)、高窪貞人「判批」別冊判例タイムズ 7 号 (香取久義編)『刑事訴訟法の理論と実務』308 頁 (1980)、三井誠「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 5 版〕126 頁 (1986)、岡部泰昌「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選 I』〔第 2 版〕226 頁 (1988)、村井敏邦「判批」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 6 版〕114 頁 (1992)、根本博愛「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法裁判』〔増補版〕224 頁 (法律文化社、1994)、中村英「判批」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第 2 版〕168 頁 (1996)、白取祐司「判批」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 7 版〕126 頁 (1998)、安藤高行「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選 II』〔第 4 版〕264 頁 (2000)、日笠完治「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル 憲法 II』200 頁 (三省堂、2000)、荒木伸怡「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 8 版〕126 頁 (2005)、安藤高行「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選 II』〔第 5 版〕268 頁 (2007)、堀江慎司「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義 憲法 II』166 頁 (悠々社、2010)、田中開「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 9 版〕130 頁 (2011)、大日方信春「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 II』〔第 6 版〕262 頁 (2013) などがある。

- 129) 最大判昭和 60 年 7 月 17 日民集 39 卷 5 号 1100 頁。本件評釈は省略する。
- 130) 最判平成 13 年 12 月 18 日民集 55 卷 7 号 1647 頁。本件評釈は省略する。
- 131) 木内裁判官が挙げているのは、宮城 5 区 (選挙人数は選挙当日で 23 万 1081 人) のほか、福島 4 区、鳥取 1 区、鳥取 2 区、長崎 3 区、長崎 4 区、鹿児島 5 区、三重 4 区、青森 3 区、長野 4 区、栃木 3 区、香川 3 区である。
- 132) 芦部前掲註 31) 書 337 頁。
- 133) 藤田前掲註 124) 論文 93 頁。
- 134) 同上同頁。
- 135) 同上 94 頁。
- 136) 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、56 頁 (1976)。
- 137) 高橋前掲註 125) 論文 104 頁以下。

- 138) 野中前掲註91) 書342頁。
- 139) 佐藤前掲註7) 書295頁。
- 140) 伊藤ほか前掲註6) 座談会31頁〔伊藤正己〕。
- 141) 同上同頁〔林修三〕。
- 142) 矢野邦雄「判批」判例評論210号11頁、14頁(1976)、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、65-66頁(有斐閣、1985)。
- 143) 鈴木法日見「判批」法学55巻5号86頁、90頁(1991)。
- 144) 遠藤比呂通「判批」法学協会雑誌103巻3号189頁、199頁(1986)。
- 145) 野中前掲註91) 書342頁。
- 146) 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)。
- 147) このことは、参政権侵害が厳格審査であり、手段審査が必要最小限の手段の実施側証明責任という仕組みであるが故に可能なことである。このことから、中間審査基準の活用はお勧めできない。君塚正臣『性差別司法審査基準論』133頁以下(信山社、1996)、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巻2号1頁(2008)など参照。
- 148) 福田前掲註58) 書149-150頁同旨。
- 149) 戸松秀典「司法の政策形成機能」芦部編前掲註33) 書227頁、238頁以下。
- 150) 大沢秀介『司法による憲法価値の実現』66頁(有斐閣、2011)同旨か。

〔付記〕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。また、脱稿後に、泉徳治(聞き手渡辺康行ほか)『一歩前へ出る司法』170-189頁及び238-249頁(日本評論社、2017)に触れた。議員定数不均衡問題は、謂わば「40年来の親の仇」の感覚がある。これにて3部作完結とするが、投票権の平等は立憲主義の枢要であり、適切な司法的解決を求めたい。

〔付記2〕円谷峻名誉教授が2月25日に亡くなられた。謹んでご冥福を祈ります。