

分析と批評 大阪高判令和4年10月14日
—裁判所をめぐる「対話」の問題—

中央大学法学部教授（憲法学）橋本基弘

はじめに

参議院通常選挙が終わるたびに、定数不均衡訴訟が提起される。選挙権の平等には、数的なものも質的なものも含まれると最高裁が判断して以来、質的な平等をめぐる議論は、いまだ収束する気配が感じられない。「人口に比例して議員定数が配分されるべきである」、あるいは「投票価値に較差はないのが原則である」との解釈を最高裁が取っていないからである。

その結果、議員定数不均衡訴訟は、裁判所と国会の間のキャッチボールに終始してしまう。そこに国民の選挙権の発想が入り込む余地はない。最高裁の関心は、選挙権ではなく、制度のあり方に向けられてきたのではないか。国民から投げ入れられたボールを国会と裁判所で回しているようでもある。延々とゴールが先送りされるマラソンを見ているかのようでもある。

議員定数不均衡訴訟は、公選法の選挙訴訟をベースにしてはいるものの、その骨格は、裁判所が判例の中で形成してきたものである。ここでは、むしろ個別の選挙、あるいは個別の選挙権ではなく、選挙制度全体のありようが争われている。個々人の選挙権の価値が希釈化されているとか、影響力に違いがあることなど副次的な論点に過ぎないのではないかと思わされることもある。最高裁判決が出されるたび、国民の選挙権はないがしろにされたまま、次の訴訟に引き継がれる。

ここで見る大阪高判令和4年10月14日（以下「本判決」という）¹は、同年7月10日に実施された、参議院議員定数不均衡訴訟における議員定数不均衡を争ったものである。本稿に与えられた課題は、本判決を最高裁判例の流れの中に位置づけ、その意義と問題点を祖述することである。

1. 事実の概要と争点

(1) 事実の概要

本件は、令和4年7月10日施行の参議院議員通常選挙（以下「本件選挙」という。）について、滋賀県選挙区、京都府選挙区、大阪府選挙区、兵庫県選挙区、奈良県選挙区及び和歌山県選挙区の各選挙人である原告らが、本件選挙における定数配分が憲法に違反し無効であるから、これに基づき施行された本件選挙の上記各選挙区における選挙も無効であると主張して提起した選挙無効訴訟である。

判決によると、令和3年9月登録日の選挙人数に基づき、本件定数配分規定の下での選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の較差を計算すると、その選挙人数が最少の福井県選挙区を1とした場合、最多の神奈川県選挙区では3.019、大阪府選挙区では2.869、兵庫県選挙区では2.390、滋賀県選挙区では1.805、奈良県選挙区では

1 Lex/DB 文献番号25593613

1. 777、京都府選挙区では1. 649、和歌山県選挙区では1. 256となっていた。

また、本件選挙当日の選挙人数に基づき、上記較差を計算すると、議員1人当たりの選挙人数が最少の福井県選挙区を1とした場合、最多の神奈川県選挙区では3. 03、大阪府選挙区では2. 87、兵庫県選挙区では2. 39、滋賀県選挙区では1. 82、奈良県選挙区では1. 78、京都府選挙区では1. 65、和歌山県選挙区では1. 25となっていた（いずれも小数点第3位以下四捨五入）。

(2) 原告の主張

これに対して、原告は、「憲法56条2項、1条、前文1項第1文は人口比例選挙を要求している。本件定数配分規定は、令和3年9月登録日の選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の最大較差が3. 019となっていたものであって、上記の人口比例選挙の要求に反しており、憲法98条1項により無効である。」と主張している。

また、「参議院議員選挙の定数配分規定の合憲性について、従前の判例は、①当該定数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡が、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態（いわゆる違憲状態）に至っているか否か、②上記の状態に至っている場合に、当該選挙までの期間内にその是正がされなかったことが国会の裁量権の限界を超えるとして当該定数配分規定が憲法に違反するに至っているか否かという判断枠組みを採ってきたとされる」ところ、「上記①が肯定されれば当該定数配分規定は憲法98条1項により無効とされるべきであり、更に上記②の判断を要するとする点は不当である。また、選挙の違法性判断の基準時は選挙時であるから、選挙後の立法府の検討過程は上記判断における考慮要素にならず、従前の判例もそのように判断していた。

しかし、最高裁令和2年（行ツ）第78号同年11月18日大法廷判決・民集74巻8号2111頁（以下「令和2年大法廷判決」という。）は、判例変更をする旨明示せず、判例変更の理由を示すこともなく、問題とされた選挙より後の立法府の検討過程において選挙区間における較差の是正を指向する姿勢が失われるに至っていないことを考慮し、問題とされた定数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡は違憲状態にあったとはいえない旨判断した、その法論理は成り立たず、上記基準時についての判例変更は不当である。したがって、上記基準時については、令和2年大法廷判決に拘束されず、従前の判例により本件選挙時と解すべきである」と主張している。

(3) 裁判所の判断

①判断の枠組みについて

大阪高裁は、本件のような参議院定数不均衡訴訟における判断の枠組みを次のように述べている。

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

合理性を有するものである限り、それによって投票価値の平等が一定の限度で譲歩を求められることになっても、憲法に違反するとはいえない。

憲法が二院制を採用し衆議院と参議院の権限及び議員の任期等に差異を設けている趣旨は、それぞれの議院に特色のある機能を発揮させることによって、国会を公正かつ効果的に国民を代表する機関たらしめようとするところにあると解される。このような選挙制度の仕組みを定めたことが、国会の有する裁量権の合理的な行使の範囲を超えるものであったということとはできない。しかしながら、社会的、経済的変化の激しい時代にあつて不断に生ずる人口変動の結果、上記の仕組みの下で投票価値の著しい不平等状態が生じ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、国会の裁量権の限界を超えるると判断される場合には、当該定数配分規定が憲法に違反するに至るものと解するのが相当である。

上記の憲法の趣旨を実現し、投票価値の平等の要請と調和させていくかは、二院制の下における参議院の性格や機能及び衆議院との異同をどのように位置付け、これをそれぞれの選挙制度にいかん反映させていくかという点を含め、国会の合理的な裁量に委ねられており、参議院議員につき衆議院議員とは異なる選挙制度を採用し、国民各層の多様な意見を反映させて、参議院に衆議院と異なる独自の機能を発揮させようとする事とも、選挙制度の仕組みを定めるに当たって国会に委ねられた裁量権の合理的行使として是認し得るものと考えられる。

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

②具体的な検討

(i) 較差の評価

ア 平成27年改正により、数十年間にわたり5倍前後で推移していた選挙区間の最大較差が3.08倍(平成28年選挙当時)にまで縮小したが、これにより直ちに投票価値の不均衡の問題が解消したということとはできない。国民の意思を適正に反映する選挙制度が民主政治の基盤であり、投票価値の平等が憲法上の要請であることに鑑みれば、ある選挙区における国会議員1人当たりの選挙人数が、他の選挙区のもの3倍を超えているという不均衡は、軽視することができないものであり、上記の縮小後の水準の較差にもなお大きな問題があるというべきである。

イ 参議院議員及び衆議院議員の選挙に関する累次の最高裁判所大法廷判決は、投票価値の平等が憲法上の要請であること及びその重要性を繰り返し判示してきたところ、参議院議員選挙における選挙区間の最大較差は、衆議院議員選挙におけるものを上回る状況が続いてきた・・・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はいえないこと、参議院議員選挙の選挙区を定めるに当たり都道府

県の意義や実体等を考慮要素とすることは憲法上の要請であるとはいえないこと、人口の都市部への集中による都道府県間の人口較差の拡大が続いていること等を考慮すれば・・・数十年間にわたり継続してきた5倍前後の選挙区間の最大較差を正当化するには十分でなくなっており、都道府県を選挙区の単位とする方式を改めるなどの選挙制度の仕組み自体の見直しが必要となっていたことは、平成24年大法廷判決及び平成26年大法廷判決の判示のとおりである。

平成27年改正により上記最大較差は約3倍にまで縮小したが、その縮小後の水準の較差にもなお憲法上大きな問題があるのは前記アのとおりであって、そのような較差が本件選挙当時までに約7年間継続しており、このまま選挙制度の見直しが行われなければ、そのような較差が継続し、常態化することも危惧される。また、平成27年改正後の選挙制度の仕組みは、都道府県を選挙区の単位とする従来の仕組みを基本的に維持しつつ4県2合区の導入による修正を加えたものであるところ、これは、選挙区間の最大較差を大幅に縮小した点に限れば、平成24年大法廷判決及び平成26年大法廷判決の趣旨に沿うものであったものの、4県2合区の措置については、平成27年改正後から本件選挙に至るまで、対象となった4県における投票率の低下及び無効投票率の上昇との関連性が指摘され、全国知事会等の諸団体から早急な解消を求める意見が繰り返し表明され、参議院改革協議会においても合区の不合理を解消すべきであるとの意見が多かったというのであって、上記の4県2合区の導入により、選挙区間の投票価値の較差の是正のための選挙制度の仕組み自体の見直しが目的を達成して終了したとみることはできない。

これらによれば、平成24年大法廷判決及び平成26年大法廷判決で問題とされた平成22年選挙及び平成24年選挙当時と同様に、本件選挙当時においても、（「①憲法が二院制を採用した趣旨を考慮して衆議院と異なる選挙制度を採用し、参議院に衆議院と異なる独自の機能を発揮させようとすることは、国会の裁量権の合理的行使として是認し得るものと考えられることや、②一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、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は、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、国会の合理的な裁量を超えるものとは解されないことが挙げられるとの事情」）は長期間継続している上記水準の選挙区間の最大較差を正当化するには十分でなくなっており、較差の更なる是正のために現行の選挙制度の仕組み自体の見直しが必要となっていたというべきである。

ウ 投票価値の較差の是正に関する立法府の姿勢についてみると、平成24年大法廷判決及び平成26年大法廷判決が、平成22年選挙及び平成24年選挙当時の投票価値の不均衡はそれぞれ違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったと判断し、これを解消するためには都道府県を選挙区の単位とする方式を改めるなどの選挙制度の仕組み自体の見直しが必要である旨を2回続けて明確に判示したことを受けて、平成27年改正法は、4県2合区という新たな措置の導入等により選挙区間の最大較差を5倍前後の水準から3.08倍（平成28年選挙当時）へと縮小した上、附則7条において平成31年に行われる通常選挙に向けて選挙制度の抜本的な見直しについて引き続き検討を行

い必ず結論を得る旨規定したところ、これは、立法府が投票価値の較差の更なる是正を強く指向する姿勢を示したものである。

そして、平成29年大法廷判決は、平成27年改正法における上記の最大較差の縮小という事情に併せて、附則に示された較差の更なる是正を指向する立法府の姿勢を積極的に評価し、平成28年選挙当時の投票価値の不均衡が違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったとはいえない旨判断した。

ところが、平成30年改正法は、1選挙区の定数を2増する措置を講じたにとどまり、附則に上記同様の規定を設けることもなく、同法の審議においてされた附帯決議の中では上記較差の是正について明確な言及がなかったのであって、平成30年改正時点の立法府における投票価値の較差の更なる是正を指向する姿勢は、平成27年改正時点のものより弱まっていたといわざるを得ず、令和2年大法廷判決も、平成30年改正法について、上記較差の更なる是正のために必要な取組が大きな進展を見せているとはいえないと判示した。

もっとも、同判決は、そのように判示しつつも、①立法府が平成30年改正法を成立させ、選挙区間の最大較差を3.08倍（平成28年選挙当時）から3.00倍（令和元年選挙当時）へと僅かではあるが縮小させるという結果を出したこと、②立法府において、平成30年改正までに、参議院選挙制度について、成案には至らなかったものの具体的な提案を踏まえた様々な議論、検討がされていたこと、③参議院選挙制度の改革に際しては、二院制の下で参議院が果たすべき役割等を踏まえる必要があるなど事柄の性質上慎重な考慮を要し、その実現は漸進的にならざるを得ないこと等を指摘して、令和元年選挙当時の投票価値の不均衡が違憲状態にあったとはいえない旨判断した。

令和元年選挙後の立法府における投票価値の較差の是正に向けた取組をみると、まず、令和元年選挙後は、上記較差の是正に向けた法改正が行われることのないまま本件選挙に至り、選挙区間の最大較差が3.00倍（令和元年選挙当時）から3.03倍（本件選挙当時）へと僅かではあるが拡大したものであって、上記①のような結果を出していない。

次に、上記②の事情については、参議院改革協議会において、「参議院の在り方」、「参議院議員選挙制度の改革」等の問題が取り上げられ、選挙制度の枠組みに関して、各会派から、都道府県単位の選挙区を維持すべきであるとの意見、選挙区の単位を都道府県に代えてブロック選挙区とすべきであるとの意見、比例代表選挙に一本化すべきであるとの意見等が述べられ、協議がされたことが認められるものの、成案を得るために意見を集約する方向での調整等がされた様子はいかがわらず、参議院憲法審査会においても同様であった。

これは、平成25年選挙後に設置された選挙制度の改革に関する検討会ないし選挙制度協議会及び平成28年選挙後に設置された参議院改革協議会ないし選挙制度に関する専門委員会において、成案を得るために具体的な選挙制度の改革案に基づき意見を集約する方向で調整等がされたのとは異なっており、令和元年選挙後の立法府における議論、検討の状況は、選挙区間における較差の是正のための取組としては具体性の乏しいものにとどまっていたといわざるを得ない。

以上のとおり、令和元年選挙後においては、令和2年大法廷判決が考慮した事情のう

ち、上記①については、法改正による選挙区間の最大較差の縮小という結果を出しておらず、上記②については、令和元年選挙後の立法府における参議院選挙制度に関する議論、検討の状況が、令和元年選挙前のものと比べて、選挙区間における較差の是正のための取組として具体性に乏しいものにとどまっていたのであって、上記③の参議院選挙制度の改革の実現は事柄の性質上漸進的にならざるを得ないという事情を考慮しても、令和元年選挙から本件選挙までに立法府の検討過程において示されていた選挙区間における較差の是正を指向する姿勢は、平成27年改正当時のものと比べて著しく弱まっており、平成30年改正当時のものと比べても明らかに弱まっているというべきである。

本件選挙当時、憲法上大きな問題のある水準の選挙区間の最大較差があり、それが約7年間継続していることを十分に正当化し得る事情があるとはいえなくなっており、その是正のために選挙制度の仕組み自体の見直しが必要となっていたが、立法府における較差の是正を指向する姿勢は平成27年改正当時のものと比べて著しく弱まっており、平成30年改正当時のものと比べても明らかに弱まっているものである。

これらによれば、本件選挙当時の選挙区間における投票価値の不均衡は、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったというべきである。

(ii) 是正のための努力と裁量権

これを前提に、本判決は、上記格差を是正するための努力を検討する。そして、大略次のような判断が示される。

平成29年大法廷判決及び令和2年大法廷判決は、平成27年改正後ないし平成30年改正後の定数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡が違憲状態にあったものとはいえず、各定数配分規定が憲法に違反するに至っていたということとはできないと判断し、いずれも、都道府県を選挙区の単位とする方式を改めるなどの選挙制度の仕組み自体の見直しの必要性について、明確に判示しなかった（なお、令和2年大法廷判決は、令和元年選挙当時において、立法府には、「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」と判示したところ、この判示については、判決理由全体を詳細に検討すれば、引き続き上記の選挙制度の仕組み自体の見直しを含めた検討が求められている旨が示されているものと解されるが、判文自体に上記の選挙制度の仕組み自体の見直しの必要性が明確に記載されているとまではいえない。）。

このような平成29年大法廷判決及び令和2年大法廷判決の判断及び判示を考慮すれば、国会において、本件選挙までの間に、本件定数配分規定の下での選挙区間における投票価値の不均衡が、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態にあったことを具体的に認識することができたとはいい難い。

したがって、本件選挙までの期間内に、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態の是正がされなかったことをもって国会の裁量権の限界を超えるものとはいえず、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたということとはできない。

2. 分析と批評

(1) 分析

①判断の枠組み

(a) 令和2年11月25日最高裁大法廷判決

本判決は、参議院定数不均衡訴訟における最高裁判決を丹念にたどりつつ、最終的には令和2年11月25日最高裁大法廷判決に依拠した判断を下している。きわめて手堅い論理の進め方であると言える。

国会は、平成29年大法廷判決を受けて、4県の合区を維持し、埼玉選挙区を2人増員する改正を行った。その結果、最大格差は2.99倍（選挙当時は3倍）にまで縮小している。最高裁大法廷令和2年判決²は、この改正に対する判断であった。

本判決の分析に有益であると思うので、以下その大略を紹介する。

「国民の意思を適正に反映する選挙制度が民主政治の基盤であり、参議院議員選挙については直ちに投票価値の平等の要請が後退してもよいと解すべき理由は見いだしがたく・・・憲法の趣旨等との調和の下に投票価値の平等が実現されるべきことは平成29年大法廷判決等でも指摘されているのであるから、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。」

「前記のような平成30年改正の経緯及び内容等を踏まえると、同改正は、参議院議員の選挙制度について様々な議論、検討を経たものの容易に成案を得ることができず、合区の解消を強く望む意見も存在する中で、合区を維持して僅かではあるが較差を是正しており・・・参議院選挙制度の改革に際しては、憲法が採用している二院制の仕組みなどから導かれる参議院が果たすべき役割等も踏まえる必要があるなど、事柄の性質上慎重な考慮を要することに鑑みれば、その実現は漸進的にならざるを得ない面がある。そうすると、立法府の検討過程において較差の是正を指向する姿勢が失われるに至ったと断ずることはできない。

(b) 本判決の特徴

令和2年大法廷判決は、国会の取り組みを「大きな進歩を見せているとはいえない」としながら、「立法府の検討過程において較差の是正を指向する姿勢が失われるに至ったと断ずることはできない」として、合憲判断を下した³。

2 令和2年11月18日 民集 第74巻8号2111頁。

3 本判決に関する評釈には以下のものがある。原田一明「令和元年参議院選挙と『一票の較差』」令和3年度重要判例解説8頁、斉藤一久「2019（令和元年）参議院選挙と投票価値の平等」法学教室2021年5月号52頁、吉川智志「令和元年参議院通常選挙における平成30年改正後の定数配分規定の合憲性」新・判例 Watch(2021年)4月号47頁、

これに対して、本判決は、「本件選挙当時、憲法上大きな問題のある水準の選挙区間の最大較差があり、それが約7年間継続していることを十分に正当化し得る事情があるとはいえなくなっており、その是正のために選挙制度の仕組み自体の見直しが必要となっていたが、立法府における較差の是正を指向する姿勢は平成27年改正当時のものと比べて著しく弱まっており、平成30年改正当時のものと比べても明らかに弱まっているものである」と述べ、令和2年大法廷判決の枠組みを用いながら、一步踏み込んだ判断を示している点に特徴がある。

令和2年大法廷判決が対象とした較差は、2.99倍（選挙当時は3.00倍）であったから、本判決は、3倍を超える較差は許容できないと判断したのかもしれない。もちろん、他の判決と同様に、なぜ3倍超の較差が許されないのかについての明快な理由が示されているわけではない。これは、本判決も言及している、憲法判断に関する3つの考慮要素、すなわち、①較差、②改正のための努力、③参議院の特殊性から、合わせ技一本で判断する姿勢によるものであろう。

結局、なぜ3倍を超えると違憲状態なのかを説明するのではなく、「3倍以内ならいいではないか」、ということ①～③で説明したということなのであろうか。3倍を超える較差は違憲である、との結論を説明するための論理とでもいえよう。

(2) 批評 裁判所と国会との対話？

①違憲状態と合憲判断

本判決は、令和2年大法廷判決の中に、さらなる改正を求める判断がなければ、国会においても「努力のしようがない」との結論を導き出しているようにも読める。「最高裁判決が指摘していないのだから、較差が放置されてもやむを得ない」とも解釈できる。これは、3.00を超える最大較差が認められるにもかかわらず、これを放置したのは、令和2年大法廷判決に従ったからである、ということになるのではないか。もし、この読み方が正しければ、本判決が合憲判断を下した理由は、令和2年大法廷判決にあるということにならないだろうか。

もちろん、これは少々穿った見方であろう。国会は、「裁判所の説示をできる限り踏まえて、較差是正に取り組んでいる」と、裁判所は信じている。国会の方も「是正の努力を裁判所が認めてくれる」と信じている。このような信頼関係が両者の間にあるのかもしれない。ただし、両者の間に、到達点が共有されているわけでない。「立法府における較差の是正を指向する姿勢は平成27年改正当時のものと比べて著しく弱まっており、平成30年改正当時のものと比べても明らかに弱まっているものである」理由（の少なくとも一つは）令和2年大法廷判決にあるとも言える。

安念潤司「参議院定数不均衡訴訟の来し方」論究ジュリスト36号(2021年)216頁、小林直三「平成30年改正後の議員定数配分規定による参議院選挙における定数不均衡訴訟最高裁判決に関する一考察」WLJ判例コラム第233号1頁。拙稿「参議院定数不均衡問題をめぐる最高裁判決令和2年11月18日判決について(一)(二)」法学新報128巻3・4号、5・6号(2021年)など。

この読み方は、「較差を是正する姿勢が弱まった」にもかかわらず、最高裁判決がその「判文自体に上記の選挙制度の仕組み自体の見直しの必要性が明確に記載されているとまではいえない」ことを根拠にして、裁量権の逸脱はなかった、と判断したことからも補強できる。その点で、本判決は、令和2年大法廷判決を忠実すぎるほど踏襲していると見ることができる。

③参議院定数不均衡訴訟における最高裁の役割

(a)最高裁のスタンスと下級審判決

結局、最高裁判決がこの問題の鍵を握っている。しかしながら、最高裁の姿勢自体が一定していない。参議院の地域代表的性格を強調したかと思えば、「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はいえないこと、参議院議員選挙の選挙区を定めるに当たり都道府県の意義や実体等を考慮要素とすることは憲法上の要請であるとはいえないこと」と言ってみたり、さらには、「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」と言ってみたり、そこに一貫した論理は見られない。

昭和58年(1983年)判決から40年が経過して、社会のありようも激変している。それゆえ、この非一貫性はやむを得ないのかもしれない。人口の変動、交通をめぐる環境、通信手段などの変化を見極めながらの判断にならざるを得ないのも理解できる。しかし、選挙権の平等は、普通選挙の原則と同じく、社会状況の変化によって影響を受けるような要素ではないのではなかろうか。

(b)国会の裁量と優先順位

(1)裁量論の実態

選挙制度の形成において、国会には憲法上認められた裁量があり、裁判所は、その裁量を前提にした判断を行わざるを得ない、という点は、たしかに理解できる。しかし、上記の三つの考慮要素を頼りに、選挙権の較差を検討する以上、違憲判断は出てきそうにない。よほど甚だしい較差が認められないならば(考慮要素①)、考慮要素②の努力も、③の参議院の特殊性も決め手にはならないであろう。

このような姿勢は、つまるところ、選挙権の制度設計において、まずは国会の裁量を優先し、人口要素を加味して判断する姿勢に由来している。まず平等選挙の原則が定められ、その枠の中で制度設計が行われるという姿勢ではない。「自分たちの選べ方は、自分たちで決める」と考える点で、国会と裁判所の姿勢は共通している。その上で、「これはさすがに看過できない」ほどの較差が生じているときにのみ違憲状態の確認を行う。そして、「次の選挙までに努力してね」とメッセージを送る。これが参議院定数不均衡訴訟の現実なのではないか。国会と裁判所の対話は、これでいいのかもしれない。しかし、自分の議席が危うくなるような選挙制度の改革を国会自身に期待することはできない。

(2)ゴールラインとスタートライン

法原理部門としての裁判所は、平等選挙という憲法上の原則から出発すべきなのではないだろうか。平等選挙の原則は、「一人一票」を数的にも質的にも要求している。ゴールを示せないのなら、スタートラインを示すべきなのではないか。参議院定数不均衡訴訟に対して、モヤモヤするものを感じるのは、実は、スタートラインがはっきりしないところ

にあるのではないだろうか。数的にも質的にも「一人一票」（人口比例原則）から出発し、そこからどこまで離れられるのかを問うべきである。ゴールの分からないマラソンは、見ているだけで疲れてしまう。そのみならず、国会も裁判所も疲弊しないであろうか。

③判例法理に足りないもの

(a) 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の評価へと視点を移してきたように思われる。この傾向は、本判決にも見て取れる。だが、問われているのは、選挙権の侵害であって、制度設計の巧拙ではない。裁判所が介入すべき問題は、制度設計それ自体ではなく、主権者である国民の権利救済なのではなかろうか。

もちろん、選挙権は、人権論と統治論を架橋する権利であるから、制度改革の視点は欠かせない。選挙権侵害は、立憲主義国家において、国会行為の正当性そのものに関わる問題でもある。国会が「国権の最高機関」であり、「唯一の立法機関である」（41条）ゆえんは、代表者が「正当に選挙された」（前文）事実由来する。選挙で選ばれた議員が「全国民の代表」であるにふさわしい選挙制度が求められているのではないだろうか。

この点に関して、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⁴。One person One voteの原則は国家行為の正当性の根拠でもある。

(b) 判断基準の主観化

繰り返しになるが、最高裁は、参議院定数不均衡問題に対して、二段階審査基準を用いてきた。しかし、今これが「主観化」している。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⁵。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⁶。さらにいうと、審査基準②は、較差是正のた

4 Philipp Pettitt, On The People's Term, 170 (2012).

5 工藤達朗「公職選挙法 14 条、別表第 3 の参議院（選挙区選出）議員の議員定数配分規定の合憲性」判例批評・民商法雑誌 154 巻 3 号 523 頁は、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。

6 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

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⁷。どれほどの努力が払われたか、あるいは払われようとしたかを問うのである。

従来、これまで衆議院議員定数不均衡訴訟において用いられてきた「合理的期間論」は、①許されない較差があること、②その較差を認識している（できた）こと、③較差是正を行う期間があったことから構成されてきた。しかし、その内実は、「然るべき期間において、然るべき努力が払われたか」、あるいは「較差是正のための努力を行うだけの期間があったか」を問題とするものであった。これに対して、判断基準の主観化は、期間の問題から、行為（作為）の問題へと視点を移す。これは、おそらく「合理的期間」の起算点と期間について、その不明確さが指摘されてきたことへの応答であろう。衆議院議員定数不均衡訴訟と異なり、参議院定数不均衡訴訟は、考慮すべき変数も多いことから、期間ではなく、行為に焦点を合わせたのかもしれない。

(c) 司法部と立法部の対話

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⁸。この区別に従うと、本判決は、令和2年11月25日最高裁大法廷判決と同じく「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、令和2年判決と同様に、これは、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。

選挙を違憲と判断して、その効力を否定する。少なくとも、ある期限までに是正を行わ

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。

7 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）12～44頁は、平成26年大法廷判決まで継承されてきた審査基準、すなわち①較差が憲法上許されない程度に達しているか、②較差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あたると批判する。本稿もまたこの見方に与するものである。憲法判例が変更されるには、裁判所法上の手続が必要であることはいうまでもなく、それ以上に、変更の合理性が国民に示される必要がある。合衆国最高裁判所判事のスティーヴン・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らうか。本判決もこの問題を引きずっている。

8 Alison I Young, Democratic Dialogue and the Constitution, 156-7 (2017)

ないと、効力が否定される。これによって、較差のある選挙権が救済される。これが本筋なのではあるまいか⁹。

また、もし、実のある対話が可能であるなら、それは、許される較差を裁判所が示し、その枠の中で選挙制度を練り直す、という方法しかないのではないか。許される較差を示すことが困難であれば、まずは較差ゼロから出発する以外ないのではなからうか。繰り返すことになるが、ゴールラインからではなく、スタートラインから考えるべきなのではないか。

(d) 国民不在の論理

本判決が、令和2年大法廷判決に依拠していることから、そこには「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、そこに意識されてはいない¹⁰。

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、最高裁は、これに答えていない。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。

この点、本判決は、令和2年大法廷判決とは異なり、定数配分規定が許されない較差をもたらしめている点を確認している。しかし、先にも述べたように、考慮要素②と③から、違憲判断を見送っている。ここには、令和2年大法廷判決と同じく、国民の選挙権への配慮はない。

おわりに

この点で、わが国の最高裁は、合衆国最高裁判所の姿勢と対照的である。合衆国最高裁判所は、民主プロセスをいかに健全化させるかに力点を置いた判断を続けてきた。さらにいうと、合衆国最高裁判所における憲法解釈、合衆国における憲法学説のかなりの部分は、憲法を軸に、裁判所が民主性の維持発展にいかに寄与できるのかに費やされてきたとすら

9 かつて、最高裁判事経験者との点について話をしたことがある。最高裁は端的に選挙無効を言い渡すべきなのではないかと質問したところ、それが筋だと思いと答えておられたことが記憶に残る。司法権である以上、定数不均衡をめぐる政治に関わるより、法的な判断に限定した姿勢を取ることが本来のあり方なのではあるまいか。

10 最高裁判決、とりわけ憲法に関する判決は、紛争当事者に対する答えを超えて、国民一般に波及する。最高裁判所もある意味で憲法裁判所である以上は、このことを踏まえた判断が必要なのではなからうか。対話という視点から言うと、裁判所と原告との対話もあり、裁判所と被告（ここでは選挙管理委員会を通じた国）との対話もある。さらに、判決を通じた、裁判所と一般の国民との対話も考慮する必要がある。Conrad Hubner Mendes, *Constitutional Courts and Deliberative Democracy* (2013)。

いえる¹¹。それが、「表現の自由の優越的地位論」（わが国では「二重の基準」として単純化されているが）や表現内容規制に対する厳格審査などに表されている。

裁判所の任務は、立法府と駆け引きを行うことではない。民主制が主権者意思を反映し、誰の投票権も蔑ろにされず、また誰かの投票に従属させられることもないよう、裁判所としての見識（judicial reason）を示すことこそが、その任務なのではないだろうか。参議院定数不均衡訴訟を見ていると、裁判所は政治の領域に足を踏み入れているとしか思えない。しかも、その顔は主権者国民の方を向いていない。

延々と続くキャッチボールを見させられる代わりに、プレーヤーとしての国民がゲームに参加できる仕組みを整えるべきなのではないか。裁判所が国民に背を向けるとき、法の支配は衰退し、力の支配が迫り来る。

11 その代表が John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (1980) である。この著作は、わが国の憲法理論にも多大な影響を与えており、また、最高裁の判例理論にも少なからず影響を与えているはずであるが、民主プロセスの健全化の側面では、なぜか黙殺されてきた。