



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	対話的違憲審査の理論 : 法の支配と憲法的対話の融合
Author(s)	佐々木, 雅寿
Citation	新世代法政策学研究, 19, 1-107
Issue Date	2013-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52462
Type	departmental bulletin paper
File Information	19_1.pdf



対話的違憲審査の理論 —法の支配と憲法的対話の融合—

佐々木 雅 寿

目 次

第 1 部 対話的違憲審査理論

I 視点の設定

II 対話的違憲審査理論

第 2 部 日本における憲法的対話の現状

III 最高裁と国会や政治部門との対話の可能性

IV 最高裁と地方公共団体との対話の可能性

V 対話の必然性

VI 対話における国民等の役割

第 3 部 対話的違憲審査理論のコロラリー

VII 違憲審査の民主的正当性

VIII 司法積極主義の再評価

IX 違憲判決の効力

X 国会や政治部門の憲法上の義務

XI 最高裁と国会や政治部門とのダイナミックな関係

XII 対話の対象

第 4 部 対話的違憲審査理論が要請する諸制度

XIII 裁判制度に求められるもの

XIV 国会や政治部門に求められるもの

XV 国民等に求められるもの

おわりに

第 1 部 対話的違憲審査理論

I 視点の設定

1 従来の視点

これまでの日本における違憲審査に関する議論の立て方は、最高裁と国会との関係を、最高裁の違憲判決の時点を基準時として、時間の流れを止めて、最高裁と国会との関係を静態的に論じる傾向を示していた¹。最高裁の憲法判断はなぜ国会の判断に優位するのか、また、違憲審査は民主的正当性を有しうのか等の議論は、最高裁と国会との関係を静態的に捉え、憲法問題に関する最高裁の判断と国会の判断のうちどちらが正しいのかという、「最高裁か国会か」といった二者択一的な思考の傾向が強かった。そして、最高裁の憲法判断が正しい答えに到達するためにはどのような方法をとるべきか、あるいは、最高裁の憲法判断が民主的正当性をもつためにはどのような判断方法が適切か等の議論は、有権的憲法解釈権を最高裁が有することを前提に、主に、最高裁は何をどのように判断したかまたは判断すべきか、に焦点を当ててきた。

このような従来の議論は、憲法秩序を維持し、人権保障や憲法的価値を実現する主要な役割は最高裁が担うという前提に立っていると考えられる。言い換えるならば、最高裁は人権保障の主体であるが、国会は人権侵害の主体で、人権保障の役割を担わないといった前提があったと考えられる。このような前提に立つと、違憲審査と民主主義との緊張関係が過度に強調されたり、また、最高裁の人権保障機能への過度の期待や逆に過度の失望が生まれやすい。

2 対話理論による新たな視点の提示

それに対し、人権保障は、最高裁と立法府や政治部門との対話という相互作用により実現するという視点から違憲審査を捉える対話理論が、近年比較憲法において注目されている。対話理論は、人権保障は最高裁による違憲判決という 1 つの点によって実現するのではなく、主に、最高裁と立法府や政治部門との対話という一連のプロセスの中で実現するものと捉

える。換言すると、最高裁と立法府や政治部門との関係を、時間の流れの中で、ダイナミックな相互作用として動態的に捉える視点である。

このような新たな視点は、近年では主に、カナダにおける対話理論が強く影響しているため、次に、カナダで提唱されている対話理論について簡単に触れる。

3 カナダにおける対話理論

カナダにおいては、違憲審査の民主的正当性の積極的根拠の 1 つとして、憲法上の人権に関する違憲審査により最高裁と立法府との「対話」と呼ぶことのできるダイナミックな相互作用が発展し、かかる対話は民主的過程を否定するのではなくそれを促進するというのが、有力学説とカナダ最高裁により指摘されている。カナダにおける対話理論の提唱者であるホッグ（Hogg）教授は、「対話という語は、カナダ最高裁の判決は、通常、立法府の応答を可能にする余地を与え、立法府からの応答も通常は示される」ことを表現するために用いている。カナダにおける対話理論をより具体的に示すと、カナダ最高裁の違憲判決の多くは、立法目的ではなく立法手段を違憲とし、立法府が判決後に対応することができる余地を与えており、立法府は立法手段を違憲と判断された法律の立法目的を維持しつつ、それを新しい合憲的な手段で達成できるように法改正することができ、これにより最高裁と立法府との対話が成立し、最後の言葉は、多くの場合、最高裁ではなく立法府が述べることができる、という議論である²。

この対話理論は、カナダにおいては、憲法上の人権に関する違憲審査と立法府との関係を理解する支配的なパラダイムとなっている。しかしこの理論は、裁判官に対して、ハード・ケースをどのように判断すべきかについて示唆を与える理論ではない。この理論は、違憲審査の民主的正当性に関する従来の憲法理論が行き詰まりに達していることを前提に、従来とは異なる問い、すなわち、ことによると不完全な裁判所の判決を修正したり、その判決に応答するために、立法府や社会が利用可能な選択肢は何かとい

¹ 佐々木雅寿「裁判官の独立とその正当性」『法学教室』232号65頁（2000年）67頁。

² 佐々木雅寿「カナダにおける裁判所と立法府の対話」『法学雑誌』54巻1号15頁（2007年）参照。

う問いを検討する³。対話理論を支持するローチ (Roach) 教授は、司法積極主義に対抗すべきは、立法府積極主義および裁判所の判決を制限したり覆したりすることの民主的責任を立法府が引き受けることであると主張する⁴。

対話理論は、違憲審査の民主的正当性に関する議論に新たな地平を開拓したが、この理論のみでは、その難問を解決することはできない。しかし、対話理論によって、違憲審査の民主的正当性に対する疑念を一定程度和らげることは可能となる。

4 対話理論の広がり

カナダの対話理論はイギリスの学説にも影響を与え⁵、また、アメリカにおいても、主に1990年代後半以降、対話理論に類似する多様な憲法理論が提唱され⁶、憲法に関する対話理論は、近年、いたるところで主張される傾向が増している⁷。タシュネット (Tushnet) 教授は、「対話」という比喩は、1997年にカナダのホッグ教授らが最初に用いて以来、それが広く普及したと指摘する⁸。しかし、対話理論には様々な種類のものがありうることに注意する必要がある。

(1)「弱い型の違憲審査 (weak-form constitutional review)」との関係

対話理論は、比較憲法の観点においては、「弱い型の違憲審査」との関係で語られることが多い。タシュネット教授によれば、アメリカの違憲審査は「強い型 (strong-form) の違憲審査」であり、そこでは、最高裁があ

る法律を違憲と判断すれば、最高裁は具体的な事案において当該法律の法的効力を否定し、先例拘束性により、下級裁判所は具体的な事案において同じように当該法律の法的効力を否定する⁹。そして、強い型の違憲審査においては、違憲審査の民主的正当性が常に問題視される。

そこで、その問題に対処するために20世紀末に作り出されたのが「弱い型の違憲審査」である。それは、裁判所の違憲審査とそれに対する立法府の対応方法とを結合させる制度であり、様々な類型がある。違憲審査に関しては、法律の違憲性等に関する宣言をするが当該法律の法的効力に何ら影響を与えないものや、違憲の法律の効力を一時的に停止するもの等がある。立法府の対応の仕方にも、裁判所によって違憲とされた法律を再度制定する方法や違憲とされた法律を若干修正する方法等、多様なものがある¹⁰。それらの組み合わせにより、弱い型の違憲審査にも、非常に弱いものから、比較的強いものまで、いくつかの類型があり、ニュー・ジーランド、イギリス、カナダで弱い型の違憲審査が採用されている¹¹。

タシュネット教授は、カナダを弱い型の違憲審査の中で最も強い制度に位置づける。その理由は、カナダ憲法の一般的人権規定に相当する「権利および自由に関するカナダ憲章」(以下「人権憲章」という。)に、適用除外条項と呼ばれる33条の規定¹²があるためである。この規定により、連邦議会および州議会は、人権憲章2条または7条から15条が規定する権利や

⁹ *Ibid.*, at 321.

¹⁰ *Ibid.*, at 322.

¹¹ *Ibid.*, at 322-326.

¹² 第33条〔憲章の適用除外〕 (1)連邦議会または州の立法府は、連邦議会の法律または州の立法府の法律において、この憲章の第2条または第7条から第15条の規定にもかかわらず、当該法律またはその1つの条項が適用されると、明示的に宣言することができる。

(2)本条に基づき有効な宣言がなされた法律もしくはその1つの条項は、当該宣言で指摘されたこの憲章の条文がないものとして適用される。

(3)第1項に基づいてなされた宣言は、それが施行されてから5年後、または、当該宣言においてそれよりも早い日が定められていた場合はその日に、失効する。

(4)連邦議会または州の立法府は、第1項に基づく宣言を再度行うことができる。

(5)第3項は、第4項に基づく再度の宣言に対しても適用される。

³ 佐々木・前掲注(2)41-42頁。

⁴ K. Roach, *The Supreme Court on Trial* (Irwin Law, 2001) at 296.

⁵ 岩切大地「イギリス貴族院のA判決に関する一考察」『総合政策論集(東北文化学園大学総合政策学部紀要)』6巻1号169頁(2007年)182頁参照。

⁶ See C. Bateup, “The Dialogic Promise Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue” (2006) 71 Brooklyn L. Rev. 1109.

⁷ *Ibid.*, at 1109.

⁸ M. Tushnet, “The rise of weak-form judicial review” in T. Ginsburg & R. Dixon eds., *Comparative Constitutional Law* (Edward Elgar, 2011) 321 at 332 note 15. Tushnet教授は、Hogg教授らの最初の対話論文を1995年としているが、それは1997年の間違いである。

自由を、憲法上有効に制限ないしは否定することができる。この条項は、人権憲章がカナダ憲法の伝統である議会主権を損なう等の理由でその制定に反対していた州の同意を得るための政治的妥協の産物である。適用除外条項は、さまざまな政治的理由のため、実際に使用されることは多くはないが、憲法上の人権保障を不完全なものにすると批判されている。しかし、この条項は、人権に関する裁判所の判断を最終的なものとするのではなく、人権問題に関し議会にも重要な役割を演じさせるための制度であり、人権問題に関し裁判所と議会とが対話することを可能としている¹³。そしてタシュネット教授は、弱い型の違憲審査の利点の1つとして、一方で、裁判所が立法府に対して、憲法の規定に関する裁判所の理解を示すことを認めつつ、他方で、立法府が、裁判所の見解を踏まえつつも、自身の理解に基づき最終的な対応をすることを承認する、裁判所と立法府との対話をあげる¹⁴。

このように、対話理論は弱い型の違憲審査に親和的であると理解される傾向がある。しかし、カナダの場合、適用除外条項の援用に否定的な政治的風土が作られてきたため、この条文の重要性は相対的に低くなっている。そこで、人権の一般的制約条項である人権憲章1条¹⁵が人権憲章の下での対話の主要な道具であると以下のように理解されている。すなわち、①人権憲章1条は、司法府は司法府として、また、立法府は立法府として対話に望むことを要請し、司法府と立法府とがそれぞれ独自のかつ補足的な役割を果たすことを求めている、②適用除外条項を援用しなくても、裁判所と立法府との対話は可能であり、実際、人権憲章1条の下で対話が発展してきた、③カナダにおいて対話を実際に生み出すものは、人権憲章1条の

もとで認められた裁判所が解釈した権利に正当化できる合理的な制約を課す立法府の能力である¹⁶。適用除外条項を援用することなく、人権憲章1条の下での対話が可能であれば、それは、カナダにおいても強い型の違憲審査における対話も実現していることを意味する。

そうであれば、たとえ強い型の違憲審査においても、憲法が保障する人権に対し、立法府が一定の制約を課することが認められている憲法の下では、最高裁と立法府との対話は実現可能であると理解することができる。特に、裁判所が、立法目的を合憲としつつも、立法手段を違憲と判断し、かつ、憲法上許されうる他の立法手段が存在しうるのであれば、対話は実現可能といえる¹⁷。

(2) ディパートメンタリズムとの関係

近年、アメリカでは、三権が同等の憲法解釈権を有するとするディパートメンタリズムと司法府が最終的権威であるとする司法優越主義との対立が指摘されている¹⁸。ディパートメンタリズムは、憲法典を最上位に置き、三権それぞれに独自の領域を確保しつつ、三権による憲法構築を基本的枠組みとし、動態的視座から憲法を把握する議論であり、現代社会における三権の役割を積極的に認めるものである¹⁹。このようなディパートメンタリズムは、憲法解釈において司法府と政治部門との相互作用を通じてより良い憲法の発展を目指す対話理論にも親和性があると指摘されている²⁰。

なるほど、三権それぞれに憲法的価値の実現に関する独自の役割を認め、動態的視座から憲法保障を把握する基本的視点は対話理論と類似性をもつ。また、上記の弱い型の違憲審査、すなわち、最高裁の違憲判断に法的

¹³ Tushnet, *supra* note 8 at 325.

¹⁴ *Ibid.*, at 326.

¹⁵ 第1条「権利・自由の保障とその制限」「権利および自由に関するカナダ憲章」は、法で定められ、自由で民主的な社会において明確に正当化することができる合理的制約にのみ服することを条件に、この憲章で規定する権利および自由を保障する。この条文の下での違憲審査に関しては、佐々木雅寿「カナダ憲法における比例原則の展開—『オークス・テスト (Oakes Test)』の内容と含意—」『北大法学論集』63巻2号356[1]頁(2012年)参照。

¹⁶ 佐々木・前掲注(2)45頁。

¹⁷ 佐々木・前掲注(2)45-46頁。

¹⁸ 大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優位主義—憲法解釈の最終的権威をめぐって—」『帝京法学』25巻2号103頁(2008年)106頁。安西文雄「憲法解釈をめぐる最高裁判所と議会の関係」『立教法学』63号61頁(2003年)参照。

¹⁹ 大林・前掲注(18)131頁。

²⁰ 大林・前掲注(18)134-135頁。

拘束力がなく、それに反する立法府の対応も法的には可能な制度における対話は、ディパートメンタリズムにかなり接近すると理解しうる。

しかし、すでに指摘したように、カナダにおける対話の主要形態は、人権憲章 1 条の下での対話であり、そこでは、具体的事案におけるカナダ最高裁の違憲判決には法的拘束力が伴うことを前提に、最高裁が違憲とした立法手段以外のより制限的でない他の手段を再度制定することにより立法府が違憲判決に対応するという意味の対話が行われている²¹。つまり、カナダにおける対話の主要形態は、強い型の違憲審査における対話である。言い換えると、カナダでは、主に、最高裁が憲法の有権的解釈権を有するという法の支配を前提とした対話が行われているのである。そうであれば、対話理論は常にディパートメンタリズムと親和的であると評価することはできない。

5 本稿の視点と目的

本稿は、日本国憲法のもとにおける違憲審査を、法の支配の要請を重視しつつ、対話理論によって把握する新しい視点を提示することを目的とする。つまり、本稿は、強い型の違憲審査における最高裁と国会や政治部門との憲法的対話に関する新しい理論の提示を試みるものである。

(1) 法の支配

法の支配に関しては、近年、様々な角度から検討が加えられている²²が、本稿では、法の支配の規範的要請内容に焦点をあてる。この点、芦部教授は、法の支配を、専断的な国家権力の支配（人の支配）を排斥し、権力を法で拘束することによって、国民の権利・自由を擁護することを目的とする原理と捉え、法の支配の内容で重要なものとして、憲法の最高法規性の観念、権力によって侵されない個人の権利、法の内容・手続の公正を要求する適正手続、権力の恣意的行使をコントロールする裁判所の役割に對す

²¹ 佐々木・前掲注(2)43-44頁。

²² 最近の議論状況については、渡辺康行『法の支配』の立憲主義的保障は『裁判官の支配』を超えうるか—『法の支配』論争を読む—長谷部恭男他編『岩波講座憲法1』(岩波書店・2007年)53頁等参照。

る尊重をあげる²³。また、高橋教授は、法の支配は、法が執行機関により忠実に執行されることを要求し、それが実現されるために必要なものとして、法の制定権と執行権との分離、すなわち、法に服すべき権力が自己の服すべき法を自ら制定してはならない、および、法の執行機関と法的争いの裁定機関の分離、すなわち、法執行者が法に従っているかどうかにつき争いが生じた場合、執行者自身がそれについて判断してはならない、をあげる²⁴。これをより具体的に示すと、権力が法に服するという意味での法の支配を実現するためには、第1に、権力が自己の服すべき法を自ら制定するということであってはならず、第2に、法に服したかどうかの最終的な判断権は法に服すべき本人に与えられてはならないのである²⁵。

これらの議論をふまえ本稿では、日本国憲法の下での法の支配の規範的要請内容として、①すべての国家機関は憲法の規定に従わなければならない(憲法98条)、②三権の国家機関は自身の行為が憲法に適合するかどうかについて憲法解釈権を有するが、国家行為の合憲性は最終的に最高裁が有権的に判断すべきである(憲法81条)、③原則として、すべての国家行為は最高裁の違憲審査を免れてはならない(憲法81条)、④最高裁の憲法判断も事後的に他の国家機関や国民から何らかのチェックを受けるべきである、をあげる。

(2) 憲法的対話

本稿は、上記の意味の法の支配を前提としつつも、憲法保障、すなわち、人権保障および憲法的価値の実現は、最高裁の違憲審査のみによって実現するとは考えず、最高裁と国会や政治部門との対話という相互作用²⁶によ

²³ 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法 第5版』(岩波書店・2011年)13-14頁。

²⁴ 高橋和之『現代立憲主義の制度構想』(有斐閣・2006年)142-143頁。

²⁵ 野中俊彦他『憲法 I 第5版』(有斐閣・2012年)34頁(高橋和之担当)。

²⁶ 畑尻剛「憲法訴訟における立法府と裁判所との協働—立法事実の変化とその対応をめぐる—」『日本法学』72巻2号301頁(2006年)は、憲法上問題のある状況に対応するのは、「立法府か裁判所か」ではなく、「立法府も裁判所も」という裁判所と立法府との協働という視点が重要であることを指摘する(329頁)。

り実現するとの視点²⁷から違憲審査を捉える。具体的には、人権保障や憲法的価値の実現は、最高裁による違憲審査という 1 つの点によって実現するのではなく、①法律の制定過程における憲法論議(国会の第1次的対応)、②最高裁による当該法律の違憲審査、③最高裁の憲法判断(主に違憲判決)に対する国会による当該法律の改正等の事後的対応(国会の第2次的対応)、④最高裁による改正後の法律の違憲審査、⑤それらの過程における国民等による憲法論議の動向等の一連の相互作用のプロセスの中で実現すると捉える。言い換えると、最高裁と国会や政治部門との関係を、時間の流れの中で、ダイナミックな相互作用として動態的²⁸に捉える視点である。

そして、このような視点のもと、法の支配の要請と憲法的対話の要請との調整を図りつつ、最高裁と国会や政治部門との関係、国会での憲法論のあり方、違憲審査の方法、国民等の憲法問題に対する態度等を再検討し、対話的違憲審査理論の概要を提示することが本稿の目的である。

²⁷ 安西・前掲注(18)99頁は、「憲法規範は、統治の一部門のみによっては完全に実施されがたいことがあり、複数の部門の協力によってはじめて完全実施の可能性が生ずるという認識をもつことが必要なかもしれない。」と述べる。尾形健「文化的な生活を実現する途」『ジュリスト』1422号67頁(2011年)74頁は、「憲法25条をめぐる具体的実現は、その実体的価値をふまえつつ、基本的には、司法府と政治部門との『協働』関係によって遂行されるべきではないか」と結論づける。また、土井真一「憲法判断の在り方」『ジュリスト』1400号51頁(2010年)59頁は、「基本的人権をはじめとする憲法的価値と善き政策の調和が、最高裁判所の違憲審査権の行使のみによって実現し得るものではなく、憲法上の機関相互における対話が必要であること」を指摘し、土井真一「法の支配と違憲審査制」『論究ジュリスト』02号160頁(2012年)167頁は、「最高裁が政治部門との対話(ダイアログ)の中で憲法判例の展開を図ることが多くなってきている点」を指摘する。しかしこれまでの日本の学説は、対話という現象の性格や意義等を必ずしも十分かつ的確に捉えてはいない。

²⁸ 大石眞「違憲審査機能の分散と統合」大石眞他編『各国憲法の差異と接点』237頁(成文堂・2010年)は、違憲審査制のあり方について、主として憲法保障の観点から動態的に総合的な考察を加え、単に裁判所による違憲審査の制度を取り扱うのではなく、統治システム全体における違憲審査機能の在り方に着目して、法律案の起案・提出、議決、施行という、時系列に即した検討を行う。しかし、裁判所の違憲判決後の国会の対応は検討の対象とはなっていない。

そこで以下では、対話的違憲審査理論の概要を示し、その具体的なイメージを得てから、憲法的対話が日本において実際に行われていることを最高裁の判例分析により示し、続いて、対話的違憲審査理論のコロラリーを説明し、最後に、その理論が要請する諸制度を検討する。

Ⅱ 対話的違憲審査理論

1 対話的違憲審査理論の概要

対話理論は多様で異なる内容を含みうる開かれた理論である。しかし、本稿では、強い型の違憲審査における対話理論として、以下の内容の対話的違憲審査理論を提示する。その基本的視点は、違憲審査は法の支配の重要な要素であり、最高裁の違憲判決は他の国家機関を憲法上拘束するが、憲法保障、すなわち、人権保障や憲法的価値の実現は、最高裁の違憲判決のみで実現するのではなく、最高裁と国会や政治部門との対話といった相互作用により実現される、というものである。

「対話」という語は、最高裁の違憲判決は、国会や政治部門の事後的対応を可能にする余地を与え、違憲判決後には国会や政治部門からの対応が示されるという、最高裁と国会や政治部門との間の相互作用を表現するものとして用いる。

最高裁が国会や政治部門の対応を求め、対話を促す方法にはいくつかの種類がありうる。第1は最高裁の多数意見による違憲判決である。これは国会や政治部門の事後的な対応を憲法上要求するものである。この中でも、違憲無効判決と、違憲ではあるが当該国家行為の効力を無効とはしないいわゆる事情判決の手法とでは、国会や政治部門へのインパクトは異なりうる。第2は、最高裁の多数意見が、結論は合憲であるが、理由中で法律等の違憲状態を指摘する方法である。定数訴訟における不均衡の程度は違憲状態ではあるが法改正に必要な合理的期間内であるため結論は合憲とする方法がこれにあたる。第3は、最高裁の多数意見の結論は合憲であるが、法律等の違憲の疑いを示唆して、国会の自主的な法改正を促すものである。これには補足意見の中で違憲の疑いを示すものも含まれる。第4は、最高裁の多数意見は合憲判断であるが、反対意見が違憲判断を示して法改正を要求するものがある。違憲の疑いの示し方にも、強い指摘と弱い示唆とがあり、国会の自主的な法改正を求めるやり方も、強い要請と弱い示唆があ

る。国会等の対応を求める強さを基準にすると、上記第1が1番強く第4が1番弱いといえる。いずれのタイプであっても、法律等の違憲性に関する判断や指摘は十分な理由を示す必要がある。

最高裁の違憲判決を受けた後の国会や政治部門の対応にもいくつかのタイプが考えられる。第1は「服従型」で、国会や政治部門は、最高裁の違憲判決に従い、法改正等を行うものである。その場合、国会が独自の憲法解釈を展開することなく、単に最高裁の判断に従うやり方と、国会で憲法論を展開しつつ最終的に最高裁の判断に合意するやり方が考えられる。第2は「拡張型」で、国会や政治部門は、基本的に最高裁の違憲判決に従うが、法改正を行う際、違憲判決の内容を超える範囲で法改正を行うものがある。国会が独自の憲法解釈をふまえてそのような法改正する場合もあれば、憲法論ではなく技術的な理由で法改正の範囲を違憲判決の内容よりも広げる場合もある。第3は、「対向型」で、国会が最高裁の違憲判決に同意できない場合にとりうるものである。上記の法の支配の内容から、国会は最高裁の違憲判決を直接的に覆すことは憲法上許されない。しかし、例えば、違憲とされた法律とは異なる立法目的で、別な立法手段を用いて、実質的に違憲とされた法律に類似する法律を制定することや、実質的に最高裁の違憲判決の射程を狭める内容の法律を制定することが考えられる。この場合、国会としては独自の憲法論を十分に示す必要がある。

ここで理想的な対話のプロセスをモデルとして示すと、①国会がある人権制約的な法律を制定する際、国会審議の中でその合憲性の理由とそれを支える立法事実等を示して当該法律を成立させる、②その法律の合憲性が最高裁の違憲審査に服する場合、国はその法律の合憲性について主張・立証する、③最高裁は、立法目的を合憲としつつも、人権制約の範囲が広すぎるとの理由等で立法手段を違憲とする違憲判断を示す、④国会は、最高裁の違憲判決をふまえ、独自の憲法論議を経て、当該立法目的を維持しながら、人権制約の範囲がより狭い新たな立法手段を採用する法改正を行う、⑤その後、改正された法律が最高裁の違憲審査に服し、必要であれば判例変更もあり得る、⑥上記の一連の流れを国民等が注視し、最高裁判所裁判官の国民審査、国政選挙、世論形成等によって国民等の憲法意識を最高裁、

国会や政治部門に示す、となる。このような対話の一連の過程の中で、人権保障や憲法的価値が実現すると考えるのが対話的違憲審査理論である²⁹。

本稿の対話的違憲審査理論が対象とする対話には3つの位相がある。第1は、最高裁と国会や政治部門との対話、第2は、違憲審査における対話であり、ここには、最高裁と国との対話、憲法訴訟を提起する当事者としての国民等と国との対話、当事者としての国民等と裁判所との対話がある、第3は、社会における憲法に関する対話である。このことから、対話の主な主体として、最高裁、国会、行政府、さらには、国民等の私人をあげることができる。

2 対話的違憲審査理論の要請

次に、対話的違憲審査理論が要請する内容を以下簡単に示す。まず、最高裁に対する要請としては、対話をより効果的に進めるために、憲法判断をする際、①最高裁は、原則として、立法目的の重要性や手段の有効性を支える立法事実等を慎重に審査し、一定の場合、国会がその問題にどのようにまたどの程度の時間をかけて対応したのか等、国会の対応の具体的内容も考慮することができる、②違憲性の客観的判断と違憲判決の効力の決

²⁹ この対話のプロセスに類似する発想は、戸松教授がすでに戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣・1993年）323頁で以下のように指摘している。「司法審査を媒介として、議会と裁判所の間には、対抗関係と補充関係との二つの相互作用が生み出されることになる。…最高裁判所を、最終の憲法の番人として受け止めることはできよう。しかし、最高裁判所による違憲の判断が、憲法価値についての文字どおりの最終決定となるわけではないことにも注意を向けなければならない。ある法律が違憲であると最高裁判所により判断されたとき、その裁判書は、国会に送付されることになっており（最高裁判所裁判事務処理規則14条）、それを受けて、国会は、当該法律の改廃を行うことが予定されているのである。国会は、最高裁判所の判断に応諾することも、対抗することも可能である。対抗の要素を含んだ法律の改正に対して、最高裁判所がさらに自己の判断を加える場合があることも予定されている。こうして、相俟立する二つの統治機関の間で、そこに社会の様々な関係要因を絡ませながら、憲法価値の実現が図られることになっている。そこには、憲法価値をめぐる十分な論議が尽くされることが求められ、そうであれば、憲法の意図する民主制の統治機構がよく機能しているといえることができるのである。」。

定とを区別し、違憲判断はより積極的に示すべきであるが、その際も、立法目的ではなく立法手段を違憲とする等、国会の事後的対応の余地を残すよう努力すべきである、③違憲判決を出す場合も、違憲＝無効という等式に常に従う必要はなく、違憲確認判決や将来効判決等を活用する等、国会の事後的対応を促すような違憲判決の効力を柔軟に創造すべきである、④違憲判決の内容は、国会や政治部門に対するインパクトが弱いものから強いものまで多様であるが、対話の初期段階では、国会や政治部門の自律的対応に期待し、国会や政治部門に対するインパクトが弱い判断内容を用いることが正当化される場合もあるが、最高裁による対話の要請に国会や政治部門が十分応えない場合にはインパクトがより強い判決内容が要請される、⑤上記④とは逆に、人権救済の高度の必要性等から、対話の初期段階から最高裁が国会や政治部門に対する強いインパクトのある違憲判決を示し、迅速な対応を強く要請することも正当化される場合もある、⑥違憲判決を出す場合も、理由を詳細に示し、可能な範囲で、違憲性を回避するための指針を示すよう努力すべきである、等があげられる。

政治部門なかでも国会に対する要請としては、⑦立法過程における憲法論議の活性化および法律の合憲性の根拠とそれを支える立法事実等の明確化、⑧違憲判決後の法律制定・改正における憲法論議の活性化および法律の合憲性の根拠とそれを支える立法事実等の明確化があげられる。さらには、国に対する要請として、⑨違憲審査において国が立法事実等を用いて法律等の合憲性を主張・立証する責任等があげられる。

国民等に対する要請として、⑩最高裁の憲法判断や、国会における憲法論議を注視し、選挙等の政治過程でそれに対応するという主権者としての対話への参加、⑪憲法訴訟の当事者として国家行為の合憲性に関する対話に1つの主体としての参加等がある。

このように、本稿が示す対話的違憲審査理論は、(a)人権保障や憲法的価値の実現に関しては、最高裁も国会や政治部門もそれぞれ重要な役割を担っているとの認識を持ち、(b)最高裁がどのような憲法判断を示したのかのみならず、主に最高裁判決の後、国会や政治部門がどのような対応をしたのか、または、しなかったのかにも注目し、(c)国民等の対話への参加をも要請し、それに加え、(d)対話を実質化するために必要な諸制度を提示する等の特徴をもつ。

3 対話的違憲審査理論の性格

先に指摘したように対話理論は多様な内容もちうる。そのため、対話の性格または意義に関しても、大きく分けると以下の3つの立場が考えられる。第1は、対話理論は、裁判官に対してハード・ケースをどのように判断すべきかについて示唆を与える理論ではないというものである。この立場は、対話理論はあくまでも違憲審査の民主的正当性の問題は従来指摘されているほど重大ではないことを示し、必要であれば、正しい答えに到達するための理論は別に用意されなければならないと考える。そうであれば、正解を求めるための従来の理論と対話理論とは両立または補完しあう関係にあるといえる。第2は、対話によって正しい答えに到達することができると考える立場である。これに従うと、対話理論と正解を求めるための従来の理論とは競合的な関係といえる。第3の立場は、上記2つの立場の中間的なもので、①対話の要素をふまえると強い型の違憲審査においてもその民主的正当性の問題は従来指摘されてきたほど重大ではない、②そのため正解を求めるための従来の理論も対話の要素をふまえて修正が必要となる、③憲法問題に関する正解は1つとは限らない可能性を認める、④一連の対話によって正しい答えの群に到達またはより接近する可能性が高まる、というものである。

本稿は上記第3の立場をとる。そのため、本稿が提示する対話的違憲審査理論も、この理論に従えば正しい答えに到達することを直ちに保障するものではない。また、本稿が対話の過程の中で人権保障や憲法的価値が実現するという場合も、何らかの正しい答えを指定し、対話によって当該正解に直ちに到達することを意味しない。本稿が検討対象とするのは、対話の過程の中で一定の人権保障や憲法的価値が実現するという対話の現象であり、そこで実現した人権保障や憲法的価値が正しいか否かではない。対話的違憲審査理論が、それ自体で正しい答えに導くか否かは、今後の検討課題である。

4 本稿の検討対象

先にⅡ1で示した理想的な対話プロセスのモデルでは、国会審議における憲法論議を憲法的対話のスタートとして位置づけ、最高裁の違憲判決にそれに続くものとして捉えた。しかし、国会は、すべての法律案の審議に

において憲法上の問題について検討することは実際にはなく、またその必要もない。また、法律案が作成され国会で法律が成立する要因は、憲法問題への対応に限られるわけではない。中村教授は、法律案がどのような動機で作成されるのかという問題に関し、政府立法について、①国政の執行上必要になるもの、②政府・与党の政策決定に基づくもの、③審議会の答申に基づくもの、④用語の整理を行うもの、⑤裁判所の判断が出たことに基づくもの、という類型化を、また、議員立法については、(a)国会関係の法律、(b)国民的基盤をもった法律、(c)超党派的賛同を得た法律、(d)利益代表的な法律、(e)災害対策関係の法律、(f)特殊事情によるもの、(g)政策の表明をするもの、という類型化を示す³⁰。政府立法に関する上記⑤が示すように、裁判所の違憲判断によって立法が動機づけられるのは、政府立法がつくられる1つの要因に過ぎない。しかし、最高裁と国会や政治部門との対話が最も活性化するのは、最高裁の違憲判決を受けた後の国会や政治部門の対応であると考えられる。

そこで本稿は、対話的違憲審査理論が本来カバーすべき分野の全てではないがその主要な領域と考えられる、最高裁の違憲判決後の国会や政治部門の対応を主な検討対象とする。そのため、本稿は、最高裁の違憲判決が出される前に国会が憲法問題を含みうる法律の改正を行ったもの、最高裁の合憲判決後の国会や政治部門の対応³¹、さらには、下級裁判所の違憲判決に対する国会や政治部門の対応³²等については検討対象としない。それ

³⁰ 中村睦男「最高裁判所の違憲判決に対する立法府の対応」中村睦男・大石真編『立法の実務と理論』197頁(信山社・2005年)199頁。

³¹ この点、外国人の地方レベルの選挙権に関する最3小判H7・2・28民集49・2・639が、許容説あるいはこれに近い立場に立ち、この問題の対応を「専ら国の立法政策にかかわる事柄」としていることは、最高裁が合憲判決の中で国会の何らかの立法的対応を要請したものと理解することも可能かもしれない。

³² 下級審の違憲判決に対する行政府の対応例としては、朝日訴訟第1審判決(東京地判S35・10・19行集11・10・2921)が、生活保護法を憲法25条と一体的に把握したうえで、厚生大臣の処分を実質的に違法＝違憲と判断したことを受けて、判決の翌年の昭和36年の改正(第17次改正)では、生活保護基準は18%の大幅な引き上げがなされ、なかでも日用品費は、705円(昭和35年)から1035円(昭和36年)へと一挙に47%の増額となり、また、生活保護基準算定方式は、マーケット・バスケット方式か

らも今後の検討課題とする。

次に、日本における憲法的対話の現状を検討する。

第2部 日本における憲法的対話の現状

Ⅲ 最高裁と国会や政治部門との対話の可能性

日本においても、最高裁と国会や政治部門との対話の実例や対話の可能性を示す現象がいくつかみられる。このような現象は、法律等の合憲性が問題となっていない場合でも、最高裁が特定の問題について立法的対応を国会に促す場合にもみられる³³。しかし、本稿は、憲法問題に関する対話

らエンゲル係数方式(昭和37年以降)を経て、格差縮小方式(昭和42年)へと改善されていったことがあげられる(中村睦男『論点憲法教室』(有斐閣・1990年)212頁)。下級審の違憲判決に対する国会の対応例としては、堀木訴訟第1審判決(神戸地判S47・9・20行集23・8＝9・711)が、障害福祉年金と児童扶養手当との併給禁止規定を憲法14条に違反し無効であると判断したことを受け、第1審判決後、国会は児童扶養手当法を改正し、上記併給を認める立法措置をとったことがあげられる。しかし、最高裁の合憲判決(最大判S57・7・7民集36・7・1235)後の昭和60年には、再度法改正がなされ、併給禁止が復活した(戸松秀典「障害福祉年金と児童扶養手当との併給禁止」芦部信喜他編『憲法判例百選Ⅱ[第4版]』294頁(有斐閣・2000年)295頁)。また、牧野訴訟の第1審判決(東京地判S43・7・15判時523・21)が、老齢福祉年金の夫婦受給制限規定を憲法14条1項に違反し無効であると判断したことを受けて、夫婦受給制限規定は昭和44年の法改正により撤廃されたことも、下級審と国会との対話の例である(久保田穰「老齢福祉年金と夫婦受給制限」芦部信喜他編『憲法判例百選Ⅱ[第4版]』292頁(有斐閣・2000年)293頁)。

³³ 例えば、代理出産に関する最高裁決定(最2小決H19・3・23民集61・2・619)の多数意見は、代理出産の問題に関しては、「立法による速やかな対応が強く望まれるところである」と説示し、国会の速やかな対応を要請する。死後懐胎子と死亡した父との法律上の親子関係を認めなかった最高裁判決(最2小判H18・9・4民集60・7・2563)の滝井裁判官の補足意見は、「死後懐胎子を始め民法の親子法制が予定していない態様の生殖補助医療によって生まれる子に関する親子法制をどういうものとみるかの検討の上に立って、これに関して速やかな法整備を行うことが求められている」とし、また、今井裁判官の補足意見も、「早期の法制度の整備が望まれる」とし、それぞれ立法府の迅速な対応を求めている。

を検討対象とするため、以下では、法律等の合憲性が問題となった事例を分析する。

1 立法手段を違憲とする違憲審査

(1) 立法手段を違憲とする判断手法と対話の可能性

日本における対話の可能性は、最高裁の法令違憲判決の多くが、問題となっている法律の立法目的は合憲であるが立法手段が違憲であるとする判断手法に見出すことができる。なぜなら、最高裁が立法目的を合憲としつつ立法手段を違憲と判断すれば、判決後、国会は当該法律の目的を維持しつつ、立法手段を修正するという対応が可能で、修正された法律の合憲性は、その後最高裁の違憲審査に服する可能性があるからである。

最高裁の違憲判決後に国会が対応する場合、国会で十分な憲法論議を行わず、単に最高裁の違憲判決に従い必要な法改正を行えば、それは、最高裁の違憲判決に国会が服従するという、最高裁と国会との「形式的な憲法的対話」といえる。しかし、国会が、最高裁の違憲判決をふまえた上で国会の独自の憲法判断を加えて法改正する場合は、最高裁と国会との「実質的な憲法的対話」と評価できる。

以下では、最高裁による法律の立法手段が違憲と判断された例を概観する。

(2) 尊属殺人罪違憲判決（最大判S48・4・4刑集27・3・265）

尊属殺重罰規定である刑法200条の合憲性に関する昭和48年大法廷判決の8名の裁判官による多数意見は、立法目的を合憲としたが、立法手段を憲法14条1項に違反すると判示した。これに対し、6名の裁判官は立法目的を違憲と判断した。多数意見によれば、「尊属を卑属またはその配偶者が殺害することをもつて一般に高度の社会的道義的非難に値するものとし、かかる所為を通常の殺人の場合より嚴重に処罰し、もつて特に強くこれを禁圧しようとする」立法目的を国会が維持しつつ、法定刑を刑の執行を猶予することが可能なものに修正すれば、憲法上の問題を回避できる。すなわち、多数意見は、刑法200条を削除するという国会が必要と考える条文を全面的に否定するようなドラスティックな対応を国会に迫ったのではなく、国会が必要と考える条文をより制限的でない他の方法で実現す

ることを求めたにすぎない。ここには違憲判決後国会がとりうる対応の余地が広く残され、対話の可能性が十分にあったといえる。

この違憲判決に対する国会や政治部門の対応については中村教授が詳細に検討している³⁴。まず、最高検察庁は、判決当日、全国の検察庁宛に、今後は尊属殺人事件についても刑法200条を適用せず199条を適用して捜査および公訴の提起をなし、すでに継続中の事件については罪名および罰条を刑法199条に変更する措置をとるべき旨の通達を出した。また警察庁も、同日法務省と協議のうえ、同日以後、尊属殺人事件については送検段階からすべて刑法199条を適用することを決定した。

法務大臣は、昭和48年5月11日に法制審議会に尊属殺人罪をはじめ尊属加重規定の全面削除を諮問し、同月14日に諮問どおりの答申をえて、法務省案を作成し、5月18日には尊属加重規定の全面削除を内容とする刑法の一部改正案が法務省案どおり閣議決定された。この閣議決定は与党である自由民主党の了承を得ることを条件になされたものであった。自由民主党政務調査会の法務部会の5月25日の会議では、尊属加重規定の全面削除に反対の意見が続出し、最高裁の多数意見は尊属殺人罪の規定そのものを違憲としていない、親を尊ぶという人倫の精神が薄らいでいる現在、全面的に尊属規定を削るのは問題である等の理由から、刑法200条の法定刑の下限を引き下げて有期懲役刑を導入すればよいという意見が大勢をしめ、政府案の国会提出について了承が得られなかった。野党からは、社会党、共産党および公明党の3党から政府案と同じく尊属加重規定の全面削除を内容とする刑法の一部改正案がそれぞれ衆議院に提出されたが、結局、自由民主党の賛成が得られず、改正案をまとめることができなかった。その後、法制審議会は、昭和49年5月29日にも尊属殺重罰規定全廃の答申を出したが、刑法改正案が国会に提出されることはなく、刑法200条は法令集に存在するが、実際には適用されないという不正常な状態が長く続いた。

その後、刑法の表記を平易化することを主たる内容とする「刑法の一部を改正する法律」が平成7年4月28日に成立した際、尊属殺人、尊属傷害致死、尊属遺棄、尊属逮捕監禁の4つの尊属加重規定はすべて廃止された。この法改正の際、最高裁の違憲判決およびその後の尊属傷害致死にかかる

³⁴ 中村・前掲注(30)202-206頁。

合憲判決の理由に照らすと、尊属殺人規定の法定刑の短期を4年ないし5年とする選択肢もあったが、尊属殺の事案については、違憲判決後22年にわたって刑法199条が適用されてきており、新たに刑法199条よりも重い法定刑を設定することは、実質的に刑の引き上げになること、また、短期を4年ないし5年に設定した場合、被告人に酌量すべき点の多いかなりの数の事件について、法定刑の範囲内で事案に即した量刑ができなくなるおそれがあること等をふまえて、刑法200条の削除となった。

中村教授は、このように立法府の対応が違憲判決の22年後まで遅れた理由として、尊属加重規定の当否が、家族観をめぐるイデオロギーの対立に関わる問題であること、最高裁の違憲判決の内容が明確ではなく、尊属殺人罪の規定を単純に廃止するか、尊属殺人罪の刑を軽くして存続させるかの選択を可能にしていたことをあげる。また、昭和48年の違憲判決が出された段階で、政府が尊属加重規定を全面削除する刑法改正案を閣議決定しておきながら、与党の合意が得られないことによって国会に法案を提出できなかったことが立法府の対応が遅れた原因とし、「本来は国会で行われるべき法律の制定・改廃をめぐる重要な議論が国会外のインフォーマルな場で行われることになるのである。尊属殺違憲判決に対して刑法の尊属加重規定をいかに改廃するかは、本来は国会で議論されるべきところであったが、自由民主党政務調査会の法務部会という国会外のインフォーマルな場で議論されたのである。」と議会制の精神から乖離した問題点を指摘する³⁵。

違憲判決後、国会が22年間立法的対応を取らなかった点を捉えて、国会の対応を「放置」³⁶と理解することも可能であろう。その意味で、国会は最高裁との対話の機会を自ら放棄したといえる。しかし、判決当日の最高検察庁および警察庁の対応は、違憲判決に対する迅速な行政府の対応と評価できる。また、判決後2か月以内に、尊属加重規定の全面削除を内容とする刑法の一部改正案を閣議決定した内閣の対応は、違憲判決に迅速に対応しつつも、違憲判決の内容を超えて、独自の判断で、尊属重罰規定の全廃を決定したもので、内閣が最高裁の判断に単に服従しているのではなく、

独自の判断を加えて対応しようとしていたことがうかがえる。さらに、政府案と同じく尊属加重規定の全面削除を内容とする刑法の一部改正案を衆議院に提出した野党3党の対応も、違憲判決に迅速に対応しつつも、違憲判決の内容を超えて、独自の判断で尊属重罰規定の全廃を決定したもので、野党が最高裁の判断に服従しているのではなく、独自の判断を加えて対応しようとしていたことがうかがわれる。その意味では、違憲判決の22年後ではあったが、平成7年の法改正の際、尊属重罰規定を全廃したことは、国会の独自の判断による「拡張型」の対応と評価することもできる。

ただ、22年間国会が対応しなかった点に関し、戸松教授は、議員から刑法200条の改廃にかかる法案を提出することなく、それに向けた議論が議会の場で生じていないという特色を指摘する³⁷。ここにも、国会における憲法論議の不十分さが示されている。

(3) 薬事法違憲判決（最大判S50・4・30民集29・4・572）

本件では、薬局および医薬品の一般販売業の適正配置規制（いわゆる距離制限）の合憲性が争点となった。大法廷による全員一致の意見は、①当該適正配置規制の立法目的は、「一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供給の危険が生じるのを防止すること」、および、「薬局等の一部地域への偏在の阻止によって無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進すること」の2点であり、「それらの目的は、いずれも公共の福祉に合致するものであり、かつ、それ自体としては重要な公共の利益」である、②当該適正配置規制は、「全体としてその必要性和合理性を肯定しうるにはなお遠いものであり、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものである」と判示した。

この違憲判決を受けて、厚生省は判決当日に適正配置条項を削除する薬事法改正法案を国会に提出する方針を決め、同時に、薬事法に基づく都道府県の適正配置条例の適用を中止するよう全国都道府県に通達することにした。その後、違憲とされた適正配置条項は議員立法として成立していたため、国会には衆議院社会労働委員会提案の議員立法として、薬事法の

³⁵ 中村・前掲注(30)205-206頁。

³⁶ 戸松秀典『憲法訴訟 第2版』（有斐閣・2008年）407頁。

³⁷ 戸松・前掲注(29)324頁。

関係規定の削除を内容とする改正案が提出され、昭和50年6月13日に薬事法一部改正法が公布された³⁸。また、違憲とされた薬事法の施行条例である適正配置条例の廃止が各都道府県で行われた³⁹。

中村教授は、本件は、最高裁の違憲判決に対して、内閣と国会が迅速に対応した例であるとしつつも、薬事法の適正配置規制を違憲とする判断は、薬局以外の業種に対する同様の規制についても妥当するかどうかといった憲法論議を国会で行うことなく法案を成立させたことを指摘する⁴⁰。この点、戸松教授も、内閣が議会の与党との間でコンセンサスを形成しやすい違憲判決が最高裁から送られてきたときは、迅速に違憲判決に応諾して、改正法案を国会に上程し、国会はほとんど憲法論議を議会の場でかわすことなく法案を成立させてしまい、最高裁の違憲判決に対して国会が積極的対応をしない傾向を指摘する⁴¹。その意味でこの法改正は、最高裁の違憲判決に国会が服従した例といえる。また、国会は、違憲判決に従うための必要最小限の対応のみを行い、国会で十分な憲法論議を行わないという特徴を指摘することができる。

（4）森林法違憲判決（最大判S62・4・22民集41・3・408）

本件では、共有森林につき持分価額2分の1以下の共有者に民法256条1項所定の分割請求権を否定している森林法186条が憲法29条に違反するか否かが争点となった。

多数意見は、①森林法186条の立法目的は、「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もつて国民経済の発展に資すること」であり、これは、「公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない」、しかし、②分割請求権の制限は右目的と合理的関連性がなく、共有森林の面積、分割禁止の期間のいずれにも制限がないなど、分割禁止の制限は前記目的達成

のための合理性に欠け、必要な限度を超えていることが明らかであるとし、③森林法186条本文は憲法29条2項に違反する、と判示した。

違憲とされた森林法186条を削除する森林法の改正は、判決から約1か月後の昭和62年5月27日に国会で成立し、6月2日に森林法の一部を改正する法律が公布された。これも立法府が違憲判決に迅速に対応した例といえる⁴²。ただ、この法改正においても国会ではほとんど憲法論議を交わすことなく法案を成立させたことが指摘されている⁴³。その意味でこの法改正も、最高裁の違憲判決に国会が服従した例といえる。

（5）郵便法違憲判決（最大判H14・9・11民集56・7・1439）

本件では、郵便法68条、73条が国の損害賠償責任を制限または免除していることが憲法17条に違反するか否かが争点となった。

多数意見は、①同法68条と73条の目的は「郵便の役務をなるべく安い料金で、あまねく、公平に提供することによって、公共の福祉を増進すること」という郵便法1条の目的であり、これは「正当」である、②書留郵便物については、上記「目的を達成するため、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じたにとどまる場合には、法68条、73条に基づき国の損害賠償責任を免除し、又は制限することは、やむを得ないものであり、憲法17条に違反するものではない」が、③「法68条、73条の規定のうち、書留郵便物について、郵便業務従事者の故意又は重大な過失によって損害が生じた場合に、不法行為に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は、憲法17条が立法府に付与した裁量の範囲を逸脱したもので…同条に違反し、無効である」、それに加え、④「法68条、73条の規定のうち、特別送達郵便物について、郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国家賠償法に基づく国の損害賠償責任を免除し、又は制限している部分は、憲法17条に違反し、無効である」と判示した。

この違憲判決を受け、郵便法は、平成14年12月4日に改正法が公布され

³⁸ 中村・前掲注(30)206頁。

³⁹ 川岸令和「違憲裁判の影響力」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』90頁（有斐閣・2012年）97-98頁参照。

⁴⁰ 中村・前掲注(30)206-207頁。

⁴¹ 戸松・前掲注(29)325頁。

⁴² 中村・前掲注(30)218頁。

⁴³ 戸松・前掲注(29)325頁、328頁注(5)。

た。この法改正は、国会が最高裁の違憲判決を「応諾」⁴⁴した例と理解することもできる。しかし、憲法17条は、公務員の不法行為がある場合の規定であるから、債務不履行に基づく損害賠償責任については、本判決の問題とするところではなく、本判決により、憲法17条により規定が一部無効とされたのは、不法行為に基づく賠償責任についてのみである⁴⁵。しかし、改正された郵便法68条は、引受けおよび配達記録をする郵便物について、郵便業務従事者に故意又は重大な過失がある場合の賠償義務を規定したが、ここでは、不法行為責任と債務不履行責任を区別していないのであり、郵便法は、本判決が違憲とした範囲を超えて、改正されている⁴⁶。その理由は必ずしも明らかではないが、違憲判決の範囲を超えた法改正は、最高裁の違憲判決に国会が単に服従したのではなく、国会独自の判断をふまえて違憲判決に対応した拡張型の例であるといえよう。

(6) 在外国民選挙権制限違憲判決（最大判H17・9・14民集59・7・2087）

本件の主な争点は、①平成10年改正（以下「本件改正」）前の公職選挙法は、在外国民に衆議院議員選挙および参議院議員選挙における選挙権の行使を全く認めていなかった点において憲法に違反していたか、②本件改正後の公職選挙法は、その附則8項で在外国民に衆議院小選挙区選出議員の選挙および参議院選挙区選出議員の選挙における選挙権の行使を認めていない点において憲法に違反しているか等であった。

多数意見は、①「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能し著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制

限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作為によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である。」と非常に厳格な違憲審査の判断枠組みを提示し、②「本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものであった」、③本件改正後の公職選挙法に関しては、「遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということはできず、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反する」と判示した。

本判決は、目的審査・手段審査という枠組みを必ずしも明確に使用していないため、本判決が手段違憲の判決であるかどうか明確ではない⁴⁷。しかし、「選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めること」を立法目的として設定し、そのために解決すべき諸問題がある間は選挙権の一定の制限は許されるが、問題が解決された後長期にわたり選挙権を制限し続けることは違憲である旨の判決として本判決を理解するならば、本判決も手段違憲判決と理解することも可能であろう。

本判決の翌年、平成18年6月7日に、違憲とされた公職選挙法附則8項を削除し、衆議院小選挙区、参議院選挙区の議員選挙も在外選挙の対象とする改正法が成立し、同月14日に公布された。この法改正では、単に最高裁判決に対応することのみならず、選挙区選挙も対象となることによって補欠選挙の体制など総選挙・通常選挙と異なる配慮をする必要はないか、選挙の公正を確保しつつ在外邦人の利便性向上の観点から改善できるも

⁴⁴ 戸松・前掲注(36)407頁。

⁴⁵ 尾島明『最高裁判所判例解説民事編平成14年度(下)』598頁、634頁。

⁴⁶ 尾島・前掲注(45)634-635頁。

⁴⁷ 高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」『法曹時報』61巻12号1頁(2009年)19-20頁。高橋教授は、本判決を「目的審査で違憲とした判決と理解するほうがよいのではないかと思う。」と述べる(20頁)。

のではないか等の諸点について検討を行い、あわせて法改正が行われた⁴⁸。これは最高裁の違憲判決に国会が単に服従したのではなく、「最高裁の違憲判断の形式的範囲を超え、選挙権の行使がより容易なようにするために改正」がなされ、「実際に選挙権が行使できることの重要性を強調する最高裁の立場により適合的な形で内閣・国会が応答した」⁴⁹拡張型の例といえる。ただし、在外国民による最高裁判所裁判官の国民審査の問題を放置している点をふまえると、平成18年の法改正は、「限定的な拡張型」と評価すべきであろう。

(7) 小括

このように、最高裁が法律を違憲とした違憲判決の多くは、立法目的を合憲としつつ、立法手段を違憲と判断している。その結果、問題となった法律は全否定されず、立法目的を維持したまま立法手段を修正することにより国会の当初の意図を一定程度実現することが可能となる。このような国会の対応の余地を多く残す判決手法は、対話への誘いと評価できる。

国会の対応には、国会における憲法論議をほとんど行わず、最高裁の違憲判決に単に服従しているものや、必要最小限の法改正しか行わないものもある。しかしなかには、国会の独自の判断で、最高裁の違憲判決を尊重しつつも、違憲判決で求められている範囲を超える法改正を行っている例もある。特に、平成17年の在外国民選挙権制限違憲判決後の内閣と国会の対応は、当該事案との関係では、違憲判決の趣旨を踏まえつつも、政治部門独自の判断を加えた拡張型の対応であり、これは、最高裁と国会との対話が一定程度実質的に行われている例といえよう。ただ、一般的には、国会における憲法論議の不十分性が指摘されており、憲法に関する対話が実質的に行われていると評価することは困難であろう。

⁴⁸ 笠置隆範「公職選挙法の一部を改正する法律」『ジュリスト』1318号23頁（2006年）24頁。

⁴⁹ 川岸・前掲注(39)104頁。

2 衆議院中選挙区制の下での定数訴訟に関する判例

(1) 最大判S51・4・14民集30・3・223

本件では、昭和50年の公職選挙法の改正前、昭和47年12月10日に行なわれた本件衆議院議員選挙の時点において、議員1人当たりの選挙人数の最多選挙区と最少選挙区との較差（以下「最大較差」）が1対4.99であったことの合憲性が問題となった。

多数意見は、①各選挙人の投票の価値の平等も憲法の要求である、②「具体的に決定された選挙区割と議員定数の配分の下における選挙人の投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんじやくしてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべきものであり、このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するほかはない」、③最大格差約5対1が示す選挙人の投票価値の不平等は、「一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているばかりでなく、これを更に超えるに至っているものというほかはなく、これを正当化すべき特段の理由をどこにも見出すことができない以上」、そのような最大格差は、本件選挙当時には、「憲法の選挙権の平等の要求に反する程度になっていた」、④人口の異動等による事情によって「具体的な比率の偏差が選挙権の平等の要求に反する程度となったとしても、これによって直ちに当該議員定数配分規定を憲法違反とすべきものではなく、人口の変動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われない場合に始めて憲法違反と断ぜられるべきもの」である、⑤本件議員定数配分規定は、「憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかった」、⑥本件議員定数配分規定は、本件選挙当時、全体として違憲の瑕疵を帯びる、⑦本件においては、いわゆる事情判決の手法により、「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」と判示した。

岡原裁判官ら5名の反対意見は、本件選挙当時の議員定数配分規定は、千葉県第1区に関する限り、違憲の瑕疵があるので、憲法98条によって無効であり、これに基づく本件選挙もまた無効とすべきものであると説示する。岸裁判官の反対意見は、「本件千葉県第1区の選挙は無効であるが、当

選人4名は当選を失わない」とするが、その際「このような問題は、本来、国会の権限と責任において解決すべきものであり、…裁判所が違憲の判断を示すことによってその是正を国会に期待することができるのであるから、決して、国民の権利の救済にとつて無力なものではない」と説示する。「裁判所が違憲の判断を示すことによってその是正を国会に期待することができる」とする部分は、最高裁と国会との対話を前提としている。

本判決では、本件訴えを不適法却下とすべきとする天野裁判官の反対意見を除く、14名の裁判官が、本件議員定数配分規定を違憲と判断しているため、国会に対するメッセージ性は極めて強いものといえる。

多数意見が採用した事情判決の手法に関し、調査官は、「多数意見の事情判決の手法によれば、当面国会に対する影響は少ない。しかし、この事情判決は国会に対する一種の警告的な判決であり(注48)、違憲の定数配分規定改正のための猶予期間を与える趣旨のものであると解すると(注49)、一旦事情判決において違憲とされた議員定数配分規定を改正することなくこれに基づいて再度選挙が行われ、これに対し選挙無効の訴訟が提起された場合には、再度事情判決をすることは許されないという考え方が成立する。このような考え方によると、解散を間近にひかえている場合には、事情判決の手法によっても国会及び内閣に与える影響は深刻なものとならざるをえないであろう。」と解説する⁵⁰。上記(注48)は、「元来、この種訴訟は、裁判所による定数配分規定の違憲宣言により立法府に対しその是正をうながさうとするところにその主眼があり、必ずしも選挙自体を無効にすることを直接の目的としているわけではない。」⁵¹と、また上記(注49)は、「法律が当初から違憲な場合にも、立法府に対し是正のための猶予期間を与え当該法律を直ちに違憲としないということも考えられないわけではない。後述の多数意見の採用したいわゆる事情判決の手法は、当該法律を違憲と判断するが、当該法律が次に適用されるまでの間に国会に改正のための猶予期間を与え事実上違憲判断の効果を発生させないという働きを期待したものといえよう。この場合、是正のための合理的期間という観念は、国会に当該法律が違憲かどうかを検討させ法律を改正すべきもの

かどうかを考慮させる(漸次的事情の変化が一時的なものでありもとの状態に戻る蓋然性が強ければ改正を行わないこともありうる。)期間を与えその間は当該法律を違憲としないということであり、これに対し、改正のための猶予期間という観念は、当該法律は違憲であり国会は直ちに当該法律を改正すべきであるが、それまでの間に当該法律が違憲とされることによって生ずる混乱を避けるため、改正のために一定の猶予期間を与えその間は当該法律が違憲とされることから生ずる法律効果を発生させないということであって、両者の意義と効果は異なる。」⁵²と説明する。この調査官解説によると、事情判決の手法は、「当該法律は違憲であり国会は直ちに当該法律を改正すべきである」という強いメッセージ性を有する「警告的な判決」といる。これは、最高裁が国会の対応を強く求める判決と評価できる。

また、多数意見が採用した違憲審査の2つの基準、すなわち、①投票価値の不平等の程度、②合理的期間のうち、前者は、投票価値の不平等が一般的に合理性を有するものとは考えられない程度に達しているときは、国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定され、「このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り」、憲法違反と判断するほかはないというものであり、実際、最大格差約5対1を「正当化すべき特段の理由をどこにも見出すことができない以上」、違憲状態になっていたと判断した。これは、不合理な投票価値の不平等を正当化すべき理由を国が示すべきこと、すなわち、憲法的対話において人権制約の正当化事由を国が示すべき責任を示唆していると理解しうる。

(2) 最大判S58・11・7民集37・9・1243

本件では、昭和50年の公職選挙法の改正後、昭和55年6月22日に行われた本件衆議院議員選挙当時、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1対3.94であり、その合憲性が問題となった。

多数意見は、①最大較差1対3.94が示す投票価値の不平等は違憲状態であった、②昭和50年の公職選挙法改正の結果、最大較差は1対2.92に縮小し、投票価値の不平等の違憲状態は「一応解消されたものと評価すること

⁵⁰ 越山安久『最高裁判所判例解説民事編昭和51年度』129頁、163頁。

⁵¹ 越山・前掲注(50)170頁、注48を参照。

⁵² 越山・前掲注(50)170頁、注49で、168頁の注31を参照する。

ができる」、③本件選挙までに、昭和50年改正法の公布から約5年、施行から約3年半を経たにとどまること等の事情があり、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかったとはいえない、④本件選挙当時、定数配分規定が憲法に違反するものであると断定することはできない、と判示した。多数意見は、その後、「なお、前述のとおり、選挙区間における本件選挙当時の投票価値の較差は憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至っていたものであるから、議員定数配分規定は、公職選挙法別表第1の末尾に、5年ごとに直近に行われた国勢調査の結果によって更正するのを例とする旨規定されていることにも照らし、昭和50年改正法施行後既に約7年を経過している現在、できる限り速やかに改正されることが強く望まれるところである。」と付言する。

この「なお書き」に関し、調査官は、「このなお書きに示された多数意見の見解は、判決の理由としてはやや異質のもののように見えるが、将来再び同種の事件が係属した場合の最高裁判所の判断を予測させるものとしては意味があろう。」⁵³と解説し、最後に「本判決後、間もない昭和58年12月18日に実施された衆議院議員総選挙に係る本件と同旨の訴訟について、最高裁判所は、議員定数配分規定を違憲と判断している（最高裁判所昭和60年7月17日大法廷判決民集第39巻5号1100頁）」⁵⁴という注を付けている。そうであれば、この多数意見は、違憲警告的な判決と理解しうる。

この判決では、本件選挙当時において投票価値の不平等が違憲状態にあったことは、本件訴えを不適法とする藤崎裁判官を除く14人の裁判官の一致するものであった。その意味で、本判決は、14名の裁判官が、国会に対し迅速な対応を比較的強く求めるものであった。また、団藤裁判官の反対意見、中村裁判官の反対意見、谷口裁判官の反対意見、木戸口裁判官の反対意見は、本件選挙当時の議員定数配分規定を違憲とし、横井裁判官の反対意見、安岡裁判官の反対意見は、昭和50年改正当時の議員定数配分規定を違憲とするように、多数意見よりも厳しい立場を示しており、本判決は全体として立法府の対応をかなり強く求めるものとなっている。特に、団藤反対意見、中村反対意見、木戸口反対意見は、将来、事情判決ではなく、

選挙無効判決を出す可能性を示唆し、国会への対応を強く迫るものとなっている。この点、中村反対意見は、昭和51年判決は、具体的事情によっては、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、「例えば議員定数配分規定が憲法に違反するとされながらいわゆる事情判決の法理に従った処理がされた場合には、…右判決後も相当期間かかる改正がされることなく漫然と放置されている等、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っ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思われる（このような無効判決は、国会に対して立法改正を間接的に強制する効力をもつが、もとよりそのゆえをもつてそれが司法権の限界を超えて国会の立法活動に介入するというにはあたらないであろう。）」と説示する。

また、中村反対意見は、本件選挙当時、最大較差は1対3.94に達し、右は国会の裁量権の行使として容認しうる限度を大きく超えており、「かかる結果を正当化すべき事由についての主張立証のない本件においては」、上記格差は、違憲状態になっていたと説示する。この「かかる結果を正当化すべき事由についての主張立証のない本件においては」とする部分は、国の正当化事由の「主張立証」責任を示唆するものとして注目に値する。同様に、谷口反対意見は、本件選挙当時の議員定数配分規定は、「これを正当化する特別の主張、立証のない本件においては」、違憲状態になっていたと述べるが、これも国の正当化事由の「主張、立証」責任を示唆している。

横井反対意見は、①「この種の事件につき議員定数配分規定を全体として違憲とする場合、常にいわゆる事情判決の法理に従った処理をせざるをえない」、②「現在の裁判所としては、議員定数配分規定を全体として違憲と考える場合、それを判決の中で宣言し、国会及び国民の善処を求め続けるのが、司法権のなしうる限界であろうと思う。…本件議員定数配分規定が憲法の要求する平等の原則に反すること、選挙区間における議員1人当たりの人口の較差の最大値が1対2を超えることは許されないことを判

⁵³ 江見弘武『最高裁判所判例解説民事編昭和58年度』484頁、503頁。

⁵⁴ 江見・前掲注(53)508頁、注9を参照。

決において明らかにし、国会と国民の賢明な対応を求めるだけで、憲法が司法に課した任務は十分果たされるものと信ずる。」と説示する。上記②は、対話による憲法保障の考え方に通底するものがある。

(3) 最大判 S 60・7・17民集39・5・1100

本件では、昭和58年12月18日に施行された本件衆議院議員選挙につき、昭和50年の改正後の議員定数配分規定の下、本件選挙当時、選挙区間における議員1人当たりの選挙人数についての最大較差1対4.40の合憲性が争われた。

多数意見は、昭和51年大法廷判決および昭和58年大法廷判決が示した判断枠組みを用いて、①最大較差1対4.40という投票価値の不平等状態は違憲状態に至っていた、②憲法上要求される合理的期間内の是正が行われなかったものと評価せざるを得ない、③本件議員定数配分規定は本件選挙当時違憲であった、④本件議員定数配分規定は全体として違憲の瑕疵を帯びる、⑤本件はいわゆる事情判決の手法により、主文において右選挙の違法を宣言するにとどめ、右選挙は無効としないとするのが相当である、と判示した。

本判決には、4名の裁判官の共同補足意見、木戸口裁判官の補足意見、谷口裁判官の反対意見が付されているが、谷口反対意見も議員定数配分規定を違憲と判断しており、すべての裁判官は違憲判断を示している。したがって、本判決の国会に対する違憲性のメッセージは非常に強いものといえる。

4名の共同補足意見は、①「昭和58年大法廷判決は、…投票価値の較差が憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至っていたことを重視し、議員定数配分規定はできる限り速やかに改正されることが望まれる旨を付言した。それにもかかわらず、その後現在まで右改正は実現していない。そして、右規定の是正のための合理的期間が既に経過していることは、多数意見、反対意見を通じて異論のないところであり、また、本判決の是認する原判決の違法宣言の実質が違憲宣言であることを併せ考えると、右是正の急務であることは、昭和58年大法廷判決当時の比ではない。一日も早く右の是正措置が講ぜられるべきものであることを強調せざるを得ない。」、②「右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みられるときは、選挙は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。」と説示する。上記①は、昭和58年判決のなお書きよりも強く立法府の迅速な法改正を要請している。また、上記①と②を合わせて読むと、最高裁と国会の対話の初期段階では、最高裁の多数意見は立法府に対し法改正の必要性を示しつつも、事情判決の手法により選挙を無効とすることなく立法府への影響をできるだけ少なくするよう努めるが、その後、国会が何も対応しなかった場合、最高裁は、より強く国会の対応を求め、かつ、事情判決以上に立法府への影響力がある期限付き選挙無効判決(将来効判決)を用いる可能性を示唆し、そのことによってさらに強く国会の迅速な対応を求める、といった傾向が見て取れる。

木戸口補足意見は、事情判決的处理には、「裁判所の立場から国会に対し早急に議員定数配分規定の是正を実現することを促す趣旨が込められているものと考え。したがって、国会としては、この点を充分考慮し、速やかに右規定の是正を図るべきである(なお、右是正に当たっては、今後の人口異動の動態をも予測して、少なくとも、改正後5年間位一公職選挙法別表第1末尾参照一は再度の是正を必要としない程度の改正をすることが望まれる。)。本件選挙について前記のような趣旨を含む事情判決的处理がされたにもかかわらず、なお国会が議員定数配分規定の改正を行わないため、同一の違憲の議員定数配分規定に基づき選挙が行われたときは、もはやその選挙につき重ねて事情判決的处理を繰り返すことは相当でなく、この場合は多数意見の指摘するような憲法上若干の不都合が生ずることがあるとしても、原則どおり、当該選挙を直ちに無効とするか、又は少なくとも一定期間経過後に選挙無効の効果を生ずるとの判決をすべきものと考え。」と説示する。これも上記4名の補足意見に類似する意義をもつ。

谷口反対意見は、「違憲の議員定数配分規定の改正は、国会がその責任において行うべきことであり、裁判所に直接その是正措置を期待するが如

きは筋違いである。」「議員定数配分規定の違憲問題については、これを立法した国会が先ず自らの判断による是正策を講ずべきであって、裁判所の違憲判断に俟つというが如きは、決して望ましいことではない。」と説示し、憲法保障においても国会の自主的な対応が強く求められることを示している。これも対話理論と共通の発想といえる。

(4) 最 2 小判 S 63・10・21 民集 42・8・644

本件では、昭和61年の公職選挙法改正後、昭和61年7月6日に施行された本件衆議院議員選挙当時、各選挙区の議員1人当たりの選挙人数につき1対2.92の最大較差（昭和60年国勢調査の速報値による議員1人当たりの人口につき1対2.99の最大較差）が生じており、その合憲性が問題となった。

多数意見は、昭和51年大法廷判決、昭和58年大法廷判決、昭和60年大法廷判決を踏襲し、①(a)本件選挙が依拠した本件議員定数配分規定は、昭和61年の公職選挙法の改正後のものであるが、昭和58年大法廷判決の違憲状態判決、昭和60年大法廷判決の違憲判決に対応して、「国会は、右議員定数配分規定の改正を急務としてこれに取組み、種々の経緯を経て第104回国会において、漸くにして」、8増7減を内容とする昭和61年改正法が成立したこと、(b)衆議院本会議において、同改正法が可決された際、「今回の衆議院議員の定数は正は、違憲とされた現行規定を早急に改正するための暫定措置であり、昭和60年国勢調査の確定人口の公表をまって、速やかにその抜本改正の検討を行うものとする」との決議がされたこと、(c)右改正の結果、昭和60年10月実施の国勢調査の速報値に基づく選挙区間における議員1人当たりの人口の較差が最大1対2.99となったこと、本件選挙当時において、選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の較差が最大1対2.92となっており、また、人口の多い選挙区の議員数が人口の少ない選挙区の議員数よりも少ないといういわゆる逆転現象が一部の選挙区間でみられたことを指摘しつつ、②「本件選挙においては、その当時の右議員1人当たりの選挙人数又は人口の較差及び逆転現象が示す選挙区間の投票価値の不平等が存するものというべきであるが、その不平等は、右昭和61年改正法の成立に至るまでの経緯に照らせば」、違憲状態に達しているとははいえない、③「もっとも、本件議員定数配分規定が違憲とまで

はいえないことと、右配分規定による議員定数の配分が国会の裁量権の合理的行使として適切妥当であるかどうかとは別問題であることはいうまでもなく、昭和60年国勢調査の確定人口の公表をまって速やかに議員定数配分規定の抜本改正の検討を行う旨の前記衆議院決議も、その見地に立ってされたものと理解される。」と説示する。上記②が「昭和61年改正法の成立に至るまでの経緯」を考慮要素としている点は、最高裁の違憲状態判決または違憲判決に対する国会の対応の具体的内容を考慮に入れて合憲判断を示す手法といえる。また、上記③は、憲法上の要請としてではなく、妥当性の観点から、更なる国会の対応を求めている点が特徴的である。これは憲法的対話というより、立法政策に関する対話と位置づけることが可能かもしれない。

島谷裁判官の補足意見は、「選挙権の平等の確保のため、議員定数配分規定の抜本的改正が速やかになされることが強く望まれる」と説示し、国会に対し迅速かつ「抜本的改正」を強く求めている。

奥野裁判官の反対意見は、①「本件選挙当時、選挙区間の投票価値の較差は最大1対2.92に達し、また、いわゆる逆転現象が一部の選挙区間にみられたというのであり、これにつき何ら特別の事情があつたことは明らかにされていないから、憲法の平等の要請に反する投票価値の不平等の状態が存したものとわなければならない。」、②「本件議員定数配分規定は、本件選挙当時、憲法に違反するに至っていたものといわなければならないが、昭和61年の議員定数配分規定改正の経緯、特に右改正が昭和58年大法廷判決及び昭和60年大法廷判決の趣旨を踏まえ緊急の措置として行われたこと、並びに衆議院が昭和61年5月21日の本会議において、昭和60年国勢調査の確定人口に基づき早急に抜本的改正の検討を行う旨を決議していることにかんがみ、かつまた、右定数配分規定の違憲を理由として本件選挙を無効とした場合に生ずる重大な障害を回避すべき公益上の必要があることに省み、本件については、行政事件訴訟法31条1項のいわゆる事情判決制度の基礎にある一般的な法の基本原則を適用し、主文中でその違法を宣言するにとどめ、選挙無効を求める請求は棄却すべきものと考えらる。」と説示する。上記①の「これにつき何ら特別の事情があつたことは明らかにされていないから」は、投票価値の不平等を正当化する「特別の事情」を国が示すべきことを示唆している。また、上記②の部分は、違憲

判決の効力を決定する際に、最高裁の違憲状態判決または違憲判決に対する国会の具体的対応の内容を考慮する手法である。この点、合憲判断を導く要素として国会の具体的対応内容を考慮する多数意見との違いに留意すべきである。

(5) 最大判H5・1・20民集47・1・67

本件では、公職選挙法の昭和61年改正後、平成2年2月18日に施行された本件衆議院議員選挙当時、選挙区における議員1人当たりの選挙人数の最大較差が1対3.18であったことの合憲性が問題とされた。

多数意見は、①本件選挙当時における投票価値の不平等は違憲状態である、②憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかったものと断定することは困難である、と説示した後、③「なお、衆議院本会議において、昭和61年改正法案が可決された際、『今回の衆議院議員の定数は是正は、違憲とされた現行規定を早急に改正するための暫定措置であり、昭和60年国勢調査の確定人口の公表をまって、速やかにその抜本改正の検討を行うものとする。』等との決議がされている。しかし、これは、衆議院が、立法院としての立場で自らの適切妥当な立法権の行使についての決意を表明したものであって、右決議の存在は、本来、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に達していた選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の較差につき憲法の要求する合理的期間内の是正が行われたか否かという法的判断とは次元を異にする問題であるというべきである。」と付言する。上記③は、昭和63年判決の多数意見が、当該決議を含めて昭和61年改正法の成立に至るまでの経緯を考慮して、投票価値の不平等を違憲状態に達しているとまではいえないと判断したことで距離がある。この点、橋元裁判官の反対意見、中島裁判官の反対意見、佐藤裁判官の反対意見は、右決議を考慮し、是正のための合理的期間が経過したと判断する。それらの反対意見は、立法院の対応の仕方を合理的期間の経過を判断するための要素としている。

本判決は、味村裁判官を除く全員が一致して、本件議員定数配分規定が違憲状態になっていると判断しているが、これは最高裁による国会に対するかなり強い法改正の要求といえる。

本件議員定数配分規定は憲法14条1項の規定に明らかに違反すると判

断する園部裁判官の意見は、「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」であり、「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」で、「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ことは、多言を要しない。」と述べる。これは、違憲警告判決の可能性を示し、かつ、違憲警告判決を受けた場合の国会の対応が「憲法上の責務」であることを指摘している。

橋元裁判官の反対意見は、本件選挙について、いわゆる事情判決の法理による処理をすべきとするが、その際、「本件のような定数訴訟は、定数配分規定の違憲宣言を求め、立法院にその是正を促す点に主眼があること、違憲審査制度は、究極において、司法判断を立法院、行政府が尊重しこれに協力することによってその実効性が確保されるべきものであること」を強調する。後者の点は対話理論に類似したものと評価できる。

中島裁判官の反対意見は、①「司法部が、議員定数配分規定違憲訴訟における判断を通して、国会に対し違憲状態にある較差の是正のための自発的な行動を促すためには、その行動の具体的な基準を明示しておく必要があり、それによって法的安定性も確保することができる」等の理由により、「本件においては、較差に対する合憲性の判断基準は原則として1対3未満である旨を明示した処理をすべきである」、②本件は、事情判決的処理をするのが相当であるが、今後、1対3以上の較差が是正されずに合理的期間が経過したまま総選挙が行われ、再度議員定数配分規定違憲訴訟が提起された場合には、もはや今回と同様の処理を繰り返すことは許されず、司法部としては、実効性のある措置を採らざるを得ず、昭和60年大法廷判決における寺田裁判官等4人の裁判官の補足意見及び木戸口裁判官の補足意見にならって、当該選挙を無効とするが、その効力は判決後一定期間内（既に是正のための合理的期間を経過しているので、法改正のための追加的な猶予期間という趣旨で比較的短期間で足りるであろう。）に定数配分規定の是正がされない場合に生じるものとする判決を行うべき」と述べる、上記①は、最高裁と立法院との対話が機能するための条件を指摘する

ものと理解しうる。また、上記②は、仮に立法府の対応が不十分であった場合、事情判決よりも影響力の強い条件付き選挙無効判決（将来効判決）を出すべきことを指摘し、対話の過程で国会の適切な対応を引き出すためには、影響力のより強い条件付き選挙無効判決が必要であることを示唆している。

佐藤裁判官の反対意見は、①「国会は、常に投票価値の平等に留意し、違憲状態になるのを事前に防止すべき責務がある」、②「なお、私は、定数訴訟は違憲宣言訴訟にとどまるべきではないので、将来、このような事態が繰り返される場合には、当該選挙を無効とする判決をせざるを得ないと考える。この点の具体的な措置としては、昭和60年大法廷判決における寺田、木下、伊藤、矢口各裁判官の補足意見において示された構想にならった処理によるべきであろう。」と述べる。上記①は、憲法的価値の実現に裁判所のみならず国会も重要な責務と役割を持つことを示している。上記②は、国会が適切な対応をとらない場合、将来の期限付き選挙無効判決の可能性を示唆し、国会の迅速な対応を強く求めている。

木崎裁判官の反対意見は、①「国会の最大の努力にもかかわらず、最大較差1対2以上となる場合の生じることも予測されなくはなく、あるいは、結果的にそうならざるを得ない特別の事情のある場合もあると思われるが、国会としては、そのような特別の事情は国民に明らかにすべきであり、国民の理解を得られるよう努力を惜しむべきではない。特別の事情が国民の理解し得るものであれば、国会の裁量権の行使によって最大較差1対2未満の限界を超すことがあっても、平等の原則に反するものとはいえないと思われる。（原文改行）しかし、本件に関しては、右に述べたような特別の事情の存在を示す資料を発見することができない」、②「国会が何ら特別事情が存しないのに最大較差1対2以上の状態のまま放置しておいたことは、憲法に違反する状態にあったもの」で、合理的期間は既に経過しており、本件選挙当時における較差は違憲であった、③「合理的期間は、主権者たる国民の立場からいえば、でき得る限り短いほど望ましいというべきであり、一方、国会においては、憲法によって保障された国民の重要な平等の権利を保障するために、また、国会議員自らの選出の基礎を安定させるためにも、他の問題に優先して解決の努力をすべきものと思われる。」、④可分説に賛成するので、「本件の対象となった選挙区の選挙のう

ち、較差が1対2未満のものに関しては、請求を棄却すべきであるが、較差が1対2以上の選挙区の選挙については、当該選挙を無効とした上、昭和60年大法廷判決における裁判官寺田治郎外3名の裁判官の補足意見にならって、相当の期間（一年間）を設け、その期間内に定数は正の行われないときには当該選挙を無効とする趣旨の判決を行うべきものと考ええる。」と述べる。上記①は、最大較差1対2以上となる場合の特別の事情は国会が国民に説明する必要があることを指摘し、国会の説明責任を強調する。これは、違憲審査における国の主張・立証責任を考える際にも参考になる。また、上記③は、投票価値の平等の実現が、他の問題に優先して解決すべき課題であることを指摘する。これは国会がいかなる法律をいかなる順番で成立させるかに関する立法裁量の広狭を考える際、重要な視点である。

小野裁判官の反対意見は、①「議員定数配分規定の是正がなおざりにされ、あるいは是正措置が十分でなかった」これまでの経緯は、昭和61年改正を評価するに当たって無視することはできない、②昭和61年改正法案可決の際、「衆議院本会議において、『今回の衆議院議員の定数は正は、違憲とされた現行規定を早急に改正するための暫定措置であり、昭和60年国勢調査の確定人口の公表をまって、速やかにその抜本改正の検討を行うものとする』との決議がされていることは、国会自身がこの間の事情を十分認識していたことを物語っているものと思われる。右改正は、右の決議からもうかがわれるように、本来されるべき是正を先送りにして、その当時差し迫っていた衆議院議員選挙のみを目的とした、取りあえずの暫定措置であり、弥縫策に過ぎないものとみざるを得ず、国会においては、引き続き改正に取組み、違憲状態の下での選挙という異常事態を回避すべき責務を依然負っていたものといわざるを得ない。」ことを指摘する。上記①、②は、最高裁の違憲判決または違憲状態判決を受けての国会の対応の具体的内容が、違憲判断をする際の考慮要素となっていることを示す。

（6）最1小判H7・6・8民集49・6・1443

本件では、平成4年改正後の公職選挙法の衆議院議員定数配分規定に基づいて、平成5年7月18日に施行された本件衆議院議員総選挙について、本件選挙当時の選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の最大較差が1対

2.82であったことの合憲性が問題となった。平成4年改正法は、平成5年大法廷判決によって違憲状態にあるとされた平成4年改正前の定数配分規定における投票価値の較差を、いわゆる8増9減等により是正することを内容としたものであり、本件選挙は右改正後の最初の総選挙である。

多数意見は、これまでの判例を踏襲し、本件選挙当時、最大較差1対2.82が示すような投票価値の不平等が存在するが、「平成4年改正法の成立に至るまでの経緯に照らせば」、違憲状態とまではいうことができず、本件議員定数配分規定は憲法の選挙権の平等の要求に反するものではないと判示した。高橋・遠藤裁判官の反対意見は、本件議員定数配分規定は憲法に違反すると判断する。

(7) 最高裁判決に対する国会の対応

最高裁判決に対する国会の対応に関し、中村教授は、昭和61年の衆議院議員定数配分規定の法改正の立法過程を詳細に分析した上で、①最高裁の昭和58年の「違憲警告」判決および昭和60年の違憲判決が、法案の準備過程から国会への提出、国会での審議と成立に至るまで国会および内閣に対して大きな影響力を及ぼしていること、②最高裁判決の影響は、合憲か違憲か、当該選挙の効力が無効となるかそれとも事情判決により無効とならないか、という判決の結論だけではなく、判決の理由づけのなかにおける憲法判断および国会や内閣に対する意見の表明、さらには、補足意見での憲法判断や意見の表明にもみられること、③昭和58年大法廷判決は、判決の結論は合憲であったが、判決理由の中で、最大格差1対3.94の不均衡の程度が違憲状態に達しているとは判断したこと、および昭和50年の改正によって最大格差が1対2.92に縮小したことによって投票価値の不平等の違憲状態が一応解消されたと指摘したことから、最高裁が最大格差1対3を基準に違憲・合憲を判断していることが、自由民主党案の作成から法案の成立までの立法過程に影響を与えたこと、④昭和58年大法廷判決が、「なお書き」の中で、定数配分規定は「できる限り速やかに改正されることが強く望まれる」と述べていることは、本判決を「違憲警告」判決として国会や内閣に理解させたこと、⑤昭和60年大法廷違憲判決は、多数意見が事情判決によらず選挙を無効にする場合もあり得ることを明らかにし、さらに寺田長官ら4名の裁判官の補足意見が、選挙を無効にする場合にその効

果を一定期間経過後に発生させるという、いわゆる将来効判決の手法を示したことは、国会および内閣に対していっそう強い影響力を与えたこと、を指摘する⁵⁵。

そして中村教授は、最初の違憲判決である昭和51年判決については、違憲判決の前年に最大格差を1対3以内にする定数は正が行われていたために、立法府は対応する必要がなかったこと、また、昭和60年の違憲判決は、違憲判決の効力に関して、事情判決を繰り返すのではなく、将来効判決の可能性も示唆したことにより、立法府に対して待ったなしの対応を迫るものであったため、1年以内に定数は正のための公職選挙法の改正がなされたこと、さらに、昭和58年の「違憲警告」判決からは2年半が経過したのは、議員定数の是正は国会議員の利害に直接かわり、特に減員区の議員の強い反対にあったことによることを指摘する⁵⁶。

このように、昭和61年法改正の立法過程を見ると、最高裁判決をふまえた国会の対応があり、それは最高裁と国会との対話といえる。

また、参議院議員定数不均衡に関する最大判H16・1・14民集58・1・56の福田裁判官の追加反対意見が、「最高裁判所も、累次の大法廷判決において、衆議院議員の選挙区選挙については最大3倍、参議院議員の選挙区選挙においては最大6倍までの較差の存在を合憲とする判断を重ねてきており、今回もその基本的な傾向は変わらない。」と述べるように、衆議院の議員定数不均衡に関し、最高裁はこれまでおよそ最大3倍までの格差を合憲としてきた。そうであれば、最大判H23・3・23民集65・2・755の多数意見が指摘する、昭和61年の公職選挙法改正、平成4年の同法改正によって、「ある程度較差は抑えられたが、依然として最大較差が3倍に

⁵⁵ 中村・前掲注(30)216-217頁。

⁵⁶ 中村・前掲注(30)219-220頁。この点、戸松教授は、上記昭和51年判決および昭和60年判決について、両判決は「そもそも裁判内容が政治部門の積極的かつ迅速な対応を求めるものでないこともあり、応諾の措置がとられてはいない。また、衆議院議員の定数配分について、その後もいくつかの同種の訴訟が裁判所に登場して論議を呼び、さらに、小選挙区制を導入して、選挙制度の改革がなされたが、そこでは、④と⑤(上記昭和51年判決および昭和60年判決[筆者注])の違憲の裁判に応諾するという方式での政治部門の対応がなされたわけではない。」(戸松・前掲注(36)407頁)と説明する。

近い状況が残されたまま推移してきた」状態は、一連の最高裁判決が示す格差 3 倍を超えないように国会が対応した結果と理解することができる。

（8）最高裁と国会との継続的な対話

中選挙区制の下での一連の最高裁判決と国会の数次の対応を、時間の流れの中で概観すると、以下ようになる。すなわち、昭和50年改正法の下での投票価値の最大較差 1 対 3.94 に関し、昭和58年11月 7 日大法廷判決は、昭和50年法改正により最大格差が 1 対 2.92 に縮小し、それによって投票価値の不平等状態は一応解消されたが、当該選挙当時の最大較差 1 対 3.94 は違憲状態に至っているが、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかったとは断定し難いと判断した。その後、同じ昭和50年改正法の下での最大較差が 1 対 4.40 に拡大したことに関し、昭和60年 7 月 17 日大法廷判決は、当該較差の下での議員定数の配分規定が違憲であると判断した。こうした一連の事態を踏まえ、昭和61年の同法改正において、初めて議員定数の削減を含むいわゆる 8 増 7 減の改正が行われ、この改正により、議員 1 人当たりの人口の最大格差は 1 対 2.99 となった。昭和61年改正法のもとで行われた昭和61年 7 月 6 日の選挙当時の議員 1 人当たりの選挙人数の最大格差 1 対 2.92 に関し、昭和63年第 2 小法廷判決は憲法に反するものではないと判示した。また、同じく昭和61年改正法のもとで行われた平成 2 年 2 月 18 日施行の選挙当時における議員 1 人当たりの選挙人数の最大較差 1 対 3.18 に関し、平成 5 年大法廷判決の多数意見は、議員 1 人当たりの人口の最大格差が 1 対 2.99 となった昭和61年法改正により、投票価値の不平等状態は解消されたが、選挙当時の最大較差 1 対 3.18 は違憲状態であったが、是正のための合理的期間は経過しておらず、定数配分規定を違憲と断定することはできないと判示した。そして国会は、いわゆる 9 増 10 減等を内容とする平成 4 年改正法を成立させ、人口に基づく最大格差が 1 対 2.77 に縮小した。この改正法の下での平成 5 年 7 月 18 日の衆議院議員総選挙当時、選挙人数に基づく最大格差が最大 1 対 2.82 となっていたことに関し、平成 7 年第 1 小法廷判決は違憲状態ではないと判示した。

この一連の流れは、国会による法改正⇒法改正時点では違憲状態は解消されたが、その後の格差を違憲状態とする最高裁の違憲状態判決⇒最高裁の違憲判決⇒国会による法改正⇒最高裁による合憲判決⇒法改正時点で

は違憲状態は解消されたが、その後の格差を違憲状態とする最高裁の違憲状態判決⇒国会による法改正⇒最高裁による合憲判決という、継続的な対話が実際に行われていることを示している。

（9）小括

衆議院の中選挙区に関する一連の判例から以下の点を指摘することができる。すなわち、①最高裁の違憲判決⇒国会による法改正⇒改正法の違憲審査という継続的な対話が行われている、②国会は最高裁の多数意見が示す違憲判決または違憲状態判決には対応する、③国会は最高裁の多数意見が示唆する格差 3 倍という基準を超えないよう対応してきた、④国会は違憲状態を回避するために必要最小限の対応はするが、それ以上の対応には消極的である。

また、最高裁の個別の意見には以下のような特徴がある。多数意見に関しては、⑤事情判決の手法は、「当該法律は違憲であり国会は直ちに当該法律を改正すべきである」という強いメッセージ性を有する「警告的な判決」である、⑥「なお書き」による法改正の要請も違憲警告的な意味がある、⑦最高裁の違憲状態判決または違憲判決に対する国会の対応の具体的内容を合憲判断に結び付ける傾向がある。補足意見には、⑧最高裁と国会との対話の初期段階では、最高裁の多数意見は立法府に対し法改正の必要性を示しつつも、事情判決の手法により選挙を無効とすることなく立法府への影響をできるだけ少なくするよう努めるが、その後、国会が何も対応しなかった場合、最高裁は、より強く国会の対応を求め、かつ、事情判決以上に立法府への影響力がある期限付き選挙無効判決（将来効判決）を用いる可能性を示唆し、そのことによってさらに強く国会の迅速な対応を求める、という対話の過程に即した最高裁の対応があり得ることを示すものがある。反対意見に関しては、⑨将来、事情判決ではなく、選挙無効判決を出す可能性を示唆し、国会への対応を強く迫るものが多い、⑩合理的期間の経過を判断する際、また、違憲判決の効力を決定する際に、最高裁の違憲状態判決または違憲判決に対する国会の具体的対応の内容を考慮するもの、⑪投票価値の平等の実現が他の問題に優先して解決すべき立法府の課題であることを指摘するもの、がある。

3 衆議院小選挙区制の下での定数訴訟に関する判例

(1) 最大判H11・11・10民集53・8・1441

本件では、平成6年の公職選挙法の改正により衆議院の選挙制度が従来の中選挙区制度から小選挙区比例代表並立制に改められた衆議院議員選挙の仕組みに関する規定が憲法に違反するか否かが主な争点となった。

多数意見は、区画審設置法3条2項が定めるいわゆる一人別枠方式は、「人口の多寡にかかわらず各都道府県にあらかじめ定数1を配分することによって、相対的に人口の少ない県に定数を多めに配分し、人口の少ない県に居住する国民の意見をも十分に国政に反映させることができるようにすることを目的とするもの」であるが、同条1項は、他方で、「選挙区間の人口較差が2倍未満になるように区割りをするを基本とすべきことを基準として定めているのであり、投票価値の平等にも十分な配慮をしていると認め」られ、「選挙区割りを決定するに当たっては、議員1人当たりの選挙人数又は人口ができる限り平等に保たれることが、最も重要かつ基本的な基準であるが、国会はそれ以外の諸般の要素をも考慮することができるのであって、都道府県は選挙区割りをするに際して無視することができない基礎的な要素の1つであり、人口密度や地理的状況等のほか、人口の都市集中化及びこれに伴う人口流出地域の過疎化の現象等にどのような配慮をし、選挙区割りや議員定数の配分にこれらをどのように反映させるかという点も、国会において考慮することができる要素というべきである。そうすると、これらの要素を総合的に考慮して同条1項、2項のとおり区割りの基準を定めたことが投票価値の平等との関係において国会の裁量の範囲を逸脱するということはできない。」と判示し、最大較差が2.309倍であったことは、「抜本的改正の当初から同条1項が基本とすべきものとしている2倍未満の人口較差を超えることとなる区割りが行われたことの当否については議論があり得るところであるが」、本件区割規定が憲法14条1項、15条1項、43条1項等に違反するとは認められないと結論づけた。

河合裁判官ら4名の共同反対意見は、本件区割り規定は憲法に違反するが、本件については、事情判決の法理に従うと判示する。福田裁判官の反対意見は、「平等原則を忠実に遵守した選挙区割りを行う中心的責任は、もとより国会自身にある。」ことを強調し、本件選挙には、違憲の瑕疵が

あるが、事情判決の法理により処理すると説示する。国会の責任を強調する点、対話理論に親和的である。

(2) 最3小判H13・12・18民集55・7・1647

本件では、平成12年6月25日施行の衆議院議員選挙において、選挙当時の選挙区間における選挙人数の最大較差が1対2.471であったこと等が憲法に違反するか否かが主な争点であった。

多数意見は、上記平成11年大法廷判決と同旨の判断を示した。それに對し、濱田裁判官の反対意見は、一人別枠方式には「合理的目的ないし理由を見いだすことはできない」と断じ、「本件区割規定は、憲法に違反する」と結論づけ、事情判決の処理を相当とするが、「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。」とし、将来の選挙無効判決の可能性を示唆し、国会の対応を求めている。

(3) 最大判H19・6・13民集61・4・1617

本件では、平成14年に改定された選挙区割りの規定の下、平成17年9月11日に施行された本件衆議院議員選挙当日における選挙区間の選挙人数の最大較差が1対2.171であったことの合憲性が主な争点となった。

多数意見は、上記平成11年の大法廷判決と同旨の合憲判断を示した。

藤田裁判官の意見は、一人別枠方式の合憲性には「重大な疑問」があることを示し、国会に対し一人別枠方式の合理性・存置必要性につき、絶えず再検討を要請する。これは、当該規定の違憲の疑いをかなり強く示し、かつ、国会の対応を比較的強く求めるものといえよう。特に、違憲の疑いに対する衆議院ないし国会からの「具体的かつ十分な説明」が、「同制度の導入時にもまたそれ以後においても」なされてはいないことを強調する点は、違憲の疑いに対し国会がその正当性を絶えず説明する責務があることを示唆する。これは、選挙制度の合憲性に関する、最高裁と国会との継続的な対話を要請しているものと理解できよう。また、藤田意見は、今回の選挙については、合憲説に与するが、「このことは、決して、『1人別枠方式』そのものに内蔵される憲法上の疑念が払拭されたことを意味するものではない。これは、前掲平成11年各大法廷判決及び平成13年第3小法廷

判決において、共に、その違憲を強調する反対意見が付されていたことに鑑みても明らかである。」と述べ、最高裁から国会へのメッセージは多数意見にのみ含まれるのではなく、反対意見を含めたすべての意見全体から読み取る必要性があることを示している。

横尾裁判官の反対意見、泉裁判官の反対意見は、本件区割り規定は違憲であるが、事情判決の手法を採用すべきとする。

藤田裁判官ら4裁判官の見解は、本件区割規定を違憲と判断できないとの多数意見と結論を同じくするが、その理由については、多数意見とは見解を異にする。この見解は、「本件区割規定は、その内容において、憲法の趣旨に沿うものとはいいい難い。」と断じつつも、「もっとも、最高裁判所大法廷は、平成11年11月10日の判決において1人別枠方式に基づく当時の選挙区割りを合憲とし、平成13年12月18日の第3小法廷判決もこれを踏襲した。国会はこれらの判決を前提として行動し、本件選挙もこれに基づいて行われているのであって、本件選挙当時まで1人別枠方式を是正することなく放置した国会の不作为をもって、許される裁量の枠を超えたものと評価することは困難である。このことを考えると、本件選挙当時における本件区割規定を違憲とし、これに基づく本件選挙を直ちに違憲違法であると断定することにはなお躊躇を覚える。(本文改行)しかし、…本件区割規定は、その内容において、本来憲法の趣旨に沿うものとはいいい難いのであり、是正を要するものというべきである。」と説示する。この見解は、当該区割り規定の違憲性を強く示しつつ、法改正を強く要請している。また、過去の最高裁の合憲判決を前提として国会が行動したことを理由に違憲と判断することに躊躇する。ここに、最高裁と国会との対話を考慮する判断が見て取れる。

(4) 最大判H23・3・23民集65・2・755

本件では、平成21年8月30日施行の本件衆議院議員選挙当日における選挙区間の選挙人数の最大較差が1対2.304であったことの合憲性が主な争点となった。

多数意見は、①区画審設置法3条1項が、選挙区間の人口の最大較差が2倍未満になるように区割りをすることを基本としていることは、投票価値の平等に配慮した合理的な基準を定めたものである、②同条2項が定め

る1人別枠方式は、相対的に人口の少ない県に定数を多めに配分し、人口の少ない県に居住する国民の意思をも十分に国政に反映させることができるようにすることを目的とするが、議員は、全国民を代表して国政に参与することが要請されているのであり、相対的に人口の少ない地域に対する配慮はそのような活動の中で全国的な視野から法律の制定等に当たって考慮されるべき事柄であって、地域性に係る問題のために、殊更にある地域の選挙人と他の地域の選挙人との間に投票価値の不平等を生じさせるだけの合理性があるとはいいい難い、③本件選挙時には、1人別枠方式の下でされた各都道府県への定数配分の段階で、各都道府県間の投票価値にほぼ2倍の最大較差が生ずるなど、1人別枠方式が選挙区間の投票価値の較差を生じさせる主要な要因となっていた、④1人別枠方式の意義は、新しい選挙制度を導入するに当たり、直ちに人口比例のみに基づいて各都道府県への定数の配分を行った場合には、人口の少ない県における定数が急激かつ大幅に削減されることになるため、国政における安定性、連続性の確保を図る必要があると考えられたこと、何よりもこの点への配慮なくしては選挙制度の改革の実現自体が困難であったと認められる状況の下で採られた方策である、⑤1人別枠方式は、おのずからその合理性に時間的な限界があるものというべきであり、新しい選挙制度が定着し、安定した運用がされるようになった段階においては、その合理性は失われる、⑥本件選挙前の平成17年の総選挙の時点においては、なお1人別枠方式を維持し続けることにある程度の合理性があったといえることができるが、本件選挙時には、もはや1人別枠方式の合理性は失われていた、⑦加えて、本件選挙時には、選挙区間の投票価値の較差が最大で2.304倍に達し、較差2倍以上の選挙区の数も増加してきており、1人別枠方式がこのような較差を生じさせる主要な要因となっていたのであって、その不合理性が投票価値の較差としても現れてきていた、⑧本件区割基準のうち1人別枠方式に係る部分は、遅くとも本件選挙時には、その立法時の合理性が失われ、それ自体、違憲状態に至っており、本件選挙区割りも、本件選挙時、違憲状態に至っていた、⑨平成19年大法廷判決において、平成17年の総選挙の時点における1人別枠方式を含む本件区割基準及び本件選挙区割りについて、いずれも違憲状態に至っていない旨の判断が示されていたことなどを考慮すると、本件選挙までの間に本件区割基準中の1人別枠方

式の廃止及びこれを前提とする本件区割規定の是正がされなかったことをもって、憲法上要求される合理的期間内に是正がされなかったものということはできない、と説示し、「本件区割基準規定及び本件区割規定が憲法14条1項等の憲法の規定に違反するものということとはできない」と結論づけた。

それに続けて多数意見は、「衆議院は、その権能、議員の任期及び解散制度の存在等に鑑み、常に的確に国民の意思を反映するものであることが求められており、選挙における投票価値の平等についてもより厳格な要請があるものといわなければならない。したがって、事柄の性質上必要とされる是正のための合理的期間内に、できるだけ速やかに本件区割基準中の1人別枠方式を廃止し、区画審設置法3条1項の趣旨に沿って本件区割規定を改正するなど、投票価値の平等の要請にかなう立法的措置を講ずる必要があるところである。」と説示する。

多数意見は結論としては合憲判決である。しかし、多数意見は、当該区割基準のうち1人別枠方式に係る部分は違憲状態であり、選挙区割りも違憲状態にあるため、「事柄の性質上必要とされる是正のための合理的期間内に、できるだけ速やかに本件区割基準中の1人別枠方式を廃止し、区画審設置法3条1項の趣旨に沿って本件区割規定を改正するなど、投票価値の平等の要請にかなう立法的措置を講ずる必要がある」と国会に対し、一定の期間を設定して、立法内容に関し一定の方向性を示しつつ、迅速な対応を求めた。これは、非常に強く違憲性を指摘しつつ、かなり強く法改正を要請するものと評価できる。

竹内裁判官の補足意見は、「我が国の憲法が定める統治機構のあるべき姿を考えた場合、国会の第一院たる衆議院が果たすべき機能、衆議院において国民の意思が政策決定に直接反映されることの必要性、国民の投票価値の平等についての要求の高まり等々を考えれば、第一院たる衆議院の議員を選出する選挙について選挙区間の投票価値の最大較差が2倍を超えている状態に満足し、漫然とこれを常態化させることが許されることはなく、本来、当審による指摘を待つまでもなく、立法府において投票価値の平等の実現に向けた絶えざる努力が求められていることが忘れられてはならない。」と述べ、国民の投票価値の平等についての要求の高まりを、より厳格な投票価値の実現を求める根拠の1つとして捉え、国会が投票価

値の実現に向けた絶えざる努力をすべきことが示されている。ここには、国会には継続的な対応が求められるとともに、国民の平等の要求に応じて国会に要請される対応レベルが少しずつ高くなる可能性も示唆されている。

田原裁判官の反対意見は、「1人別枠方式はその制定当初から憲法に違反していた」とするが、それとの関連で、「国会が、その裁量権の行使に当たり、あえて『投票価値の平等に一定の限度で譲歩を求め』る場合には、積極的にその合理的理由を明示して国民の理解を得る義務が存するといえるところ、次に検討する1人別枠方式を含めて、国会は、従前から、投票価値の平等に譲歩を求めるに足りる合理的理由を積極的に明示することはなかった。」と述べる。これは、憲法の要請に反する立法措置をする場合、国会は国民に対し、積極的にその合理的理由を明示する説明責任があることを示し、かつ、立法過程における国会の憲法に関する説明（第1次的対応）が対話の始まりになりうることを示唆している。また、この説明責任は、裁判所の違憲審査における国の主張・立証責任に発展する可能性もある。

また、同じく田原反対意見は、平成19年大法廷判決における田原裁判官ら4裁判官の見解において違憲判断をすることに躊躇したが、「本件では一步進めて、国会の立法不作為は違憲性を否定し得ないとの意見を述べるに至っている」理由として、①「国会は、国権の最高機関として、また、唯一の立法機関として、…その立法に当たっては、憲法適合性について十全な配慮をなすとともに、立法を制定した後においても、常に立法目的の達成状況を点検し、その目的を達成した後に当該立法を存置することの必要性や存置した場合の憲法適合性の有無等についての検討を加えるとともに、立法制定後の状況の変化を注視し、当該法規の憲法適合性について疑問が生じ、あるいは国会以外のところから疑問が投げ掛けられるに至ったときには、国会自らがその自律的権能を行使して、その憲法適合性を検討すべき責務を負っている」、②平成11年大法廷判決において、「1人別枠方式が憲法に違反するものであるとして5人の裁判官が詳細な反対意見を述べているが、そこでは、違憲論に加えて、過疎地対策としての実効性への疑問や、…その合理性に疑問を抱かせる事実が指摘されていた」、③平成19年大法廷判決における「4裁判官の見解」において、「1人別枠方

式が違憲である由縁について改めて指摘するとともに、1人別枠方式は過疎地域への配慮という意味においても合理性を欠き、また、激変緩和措置としての必要性は失っている旨を指摘し、他に1人の裁判官も詳細な理由を付して1人別枠方式の違憲性を指摘している」、④「本件多数意見が指摘するとおり、本件区割規定において、本件選挙当日において選挙区間の選挙人数の較差が2倍以上となっている選挙区が45区に達するに至った最大の原因は、1人別枠方式にあり、その1人別枠方式のもたらす弊害について、上記のとおり、当審の前掲平成11年11月10日各大法廷判決及び平成19年6月13日大法廷判決における各少数意見において明確に指摘されて」おり、「激変緩和措置としての意味合いは、制度改正から10年も経てば意味をなさないことは…明らかである。」、⑤「国権の最高機関たる国会としては、上記各大法廷判決の少数意見にて指摘された点をも含めて、すべからず1人別枠方式の果たしている意義の検証を含め、1人別枠方式それ自体の見直しに着手してしかるべきであった」が、「国会は、前掲平成19年6月13日大法廷判決の後においても、本件区割規定の不合理性をもたしている最大の原因たる1人別枠方式の意義についての検証作業すら開始するに至っていないのであって、立法機関としてその怠慢は責められてしかるべきである。」をあげ、「以上のような状況からすれば、平成17年総選挙におけるのとは異なり、本件選挙までに1人別枠方式の再検討の着手に至っていない国会の立法不作為は憲法上要求される合理的な正期間を徒過したものといわざるを得ず、したがって、1人別枠方式に基づいて定められている本件区割規定は違憲であるといわざるを得ない」と結論づけ、「本件訴訟においては、無効との結論を留保し、事情判決の法理を適用して、選挙の違法を宣言するにとどめる」とする。

ここからは、(a)国会は、法律の制定時のみならず、その後においても当該法律の合憲性について検討を加える責務を負うこと、(b)当該法律の合憲性に対し最高裁の反対意見等から疑問を投げかけられた場合、国会自らがその自律的権能を行使して、その憲法適合性を検討すべき責務を負うこと、(c)最高裁から立法府へのメッセージは、単に多数意見の結論のみならず、反対意見を含めた最高裁の意見全体に込められていること、(d)最高裁から立法府への要請の仕方として、はじめは、違憲判断を避け、国会の自律的対応を尊重する方法も許されるが、国会が自らの責務を果たさ

ず、適切な措置を取らない場合は、裁判所の対処方法もより厳しいものとなり、違憲判断も許される、といった点を読み取ることができよう。上記(a)(b)は、国会にも法律等の憲法適合性を判断する責任と義務があることを示している。また、上記(b)は、最高裁の反対意見により対話への誘いを受けた場合、立法府が適切に対応すべき責務を負うことが示されている。

宮川裁判官の反対意見は、本件では事情判決的处理をすべきとするが、「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。」と述べる。これは、国会が十分な対応をとらない場合は、事情判決よりもインパクトの強い問題となった選挙区の結果を無効とする選挙無効判決を出す可能性を示している。ここにも、裁判所から立法府への要請の仕方として、はじめは、インパクトの弱い事情判決を用いるが、国会が適切な措置を取らない場合は、よりインパクトの強い部分的選挙無効判決を出す用意があることを明示している。

(5) 小括

多数意見には、①形式的には合憲判決ではあるが、実質的には、違憲状態判断を示しつつ、違憲状態を回避するための法改正に関し、一定の期限を設定し、立法内容に関し一定の方向性を示しつつ、国会の迅速な対応を求めるもので、非常に強く違憲性を指摘しつつ、かなり強く法改正を要請するものがある。意見には、②当該規定の違憲の疑いをかなり強く示し、かつ、国会の対応を比較的強く求めるもの、③最高裁から国会へのメッセージは多数意見のみならず、反対意見を含めたすべての意見全体から読み取る必要があることを示しているものがある。4裁判官の見解は、④当該区割り規定の違憲性を強く示唆して法改正を強く要請し、⑤過去の最高裁の合憲判決を前提として国会が行動したことを理由に違憲と判断することに躊躇する。反対意見には、⑥将来の選挙無効判決の可能性を示唆し国会の対応を求めるもの、⑦(a)国会は、法律の制定時のみならず、その後においても当該法律の合憲性について検討を加える責務を負うこと、(b)当該法律の合憲性に対し最高裁の反対意見等から疑問を投げかけられた場合、国会自らがその自律的権能を行使して、その憲法適合性を検討す

べき責務を負うこと、(c)最高裁から立法府へのメッセージは、単に多数意見の結論のみならず、反対意見を含めた最高裁の意見全体に込められていること、(d)最高裁から立法府への要請の仕方として、はじめは、違憲判断を避け、国会の自律的対応を尊重する方法も許されるが、国会が自らの責務を果たさず、適切な措置を取らない場合は、最高裁の対処方法もより厳しいものとなり、違憲判断も許されることを示すものがある。

平成23年大法廷判決により最高裁から要請された法改正は、検討作業は始められているが、平成24年8月末現在、実現していない。

4 参議院の定数訴訟に関する判例

(1) 判例の流れ

参議院の定数訴訟の先例としては、①最大判S39・2・5民集18・2・270、②最3小判S41・5・31集民83・623が、昭和37年7月1日施行の参議院議員選挙につき、議員1人当たりの選挙人数に最大1対4.088の較差があっても、未だ憲法14条1項に違反するものとはいえないとし、また、③最1小判S49・4・25集民111・41が、昭和46年6月27日施行の参議院議員選挙につき、議員1人当たりの選挙人数に最大1対5.08の較差があっても、それだけでは未だ参議院議員定数配分規定を違憲とすることはできないとしていた。これらの判決は、憲法14条、44条等が議員定数を選挙人数に比例して配分すべきことまで積極的には命じていないとして、投票価値の平等を憲法上の要求と捉えていない⁵⁷。

それに対し、最大判S58・4・27民集37・3・345以降の最高裁の判例は、参議院の定数訴訟において、投票価値の平等を憲法上の要求と位置づける。そして、最大判H16・1・14民集58・1・56の福田裁判官の追加反対意見が指摘するように、最高裁は、累次の大法廷判決において、「参議院議員の選挙区選挙においては最大6倍までの較差の存在を合憲とする判断を重ねて」きた。

そこで以下では、最大判S58・4・27民集37・3・345以降の判例を概観する。

⁵⁷ 村上敬一『最高裁判所判例解説民事編昭和58年度』161頁、171頁、167-168頁参照(最大判S58・4・27民集37・3・345の調査官解説)。

(2) 最大判S58・4・27民集37・3・345

本件では、昭和52年7月10日施行の本件参議院議員選挙当時、選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の最大格差は1対5.26で、いわゆる逆転現象(選挙人の多い選挙区の議員定数が選挙人の少ない選挙区の議員定数よりも少なくなっている現象)がみられ、その合憲性が争点となった。

多数意見は衆議院の定数訴訟に関する昭和51年大法廷判決(最大判S51・4・14民集30・3・223)の一般的判断枠組みをほぼ踏襲し、①選挙権の平等の原則は各選挙人の投票価値の平等をも要求する、②参議院の選挙制度の仕組みの下では、投票価値の平等の要求は、人口比例主義を基本とする選挙制度の場合と比較して一定の譲歩、後退を免れず、本件参議院議員定数配分規定は、その制定当初の人口状態の下においては、憲法に適合したものであった、③人口の異動が生じた結果、選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の較差が拡大するなどしても、「その一事では直ちに憲法違反の問題が生ずるものではなく、その人口の異動が当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせ、かつ、それが相当期間継続して、このような不平等状態を是正するなんらの措置を講じないことが、前記のような複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであることを考慮しても、その許される限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数の配分の定めが憲法に違反するに至るものと解するのが相当である。」、④本件選挙当時の最大格差や、逆転現象が一部の選挙区においてみられたことは、いまだ違憲状態が生じていたとするには足りない、と合憲判断を示した。

宮崎裁判官が同調する伊藤裁判官の補足意見は、多数意見に同意しつつ、「もつとも、その較差はかなり大きいものであり、またいわゆる逆転現象の存在することは、定数配分の立法政策上の不当の問題を生じ、その是正が期待される面もないではないが、その是正はあくまで立法部に委ねられており、この程度の較差にあっては、裁判所が介入してそれを違憲と判断することはできないというべきである。」と説示する。これは、国会に法改正を求めるかなり弱いメッセージと理解できる。

谷口裁判官の意見は、①逆転現象の場合、「通常人の判断をもつてすれ

ば逆転関係が特に顕著に生じているとみられる選挙区については、議員定数の配分の多寡という量的問題を超えてその配分について著しい不平等を生じているというべきであり、そこではもはや投票価値の平等の原理が全く考慮されていない状態になっているといわざるをえない」のであり、「このような場合についても、なお投票価値の著しい不平等の状態を生じさせる程度に達せず、国会の裁量権の許容限度を超えて違憲の問題を招くに至っていないといいうるためには、被上告人側において特段の主張立証を必要とする」、②「特に顕著な逆転関係」が生じている場合につき、「被上告人側において前記特段の主張立証のない本件においては、議員定数の配分について著しい不平等の状態を生じ、国会の裁量権の許容限度を超えていたもの、すなわち憲法違反の状態を生じていたものというべきである。」、③「本件参議院議員定数配分規定の是正問題は、原判示選挙当時未だ国会の裁量判断のための猶予期間内にあつたものと解され、裁判所が右規定を違憲と断ずることは相当」ではない、と述べる。上記①は、被上告人（大阪府選挙管理委員会）に「特段の主張立証」責任を課し、上記②では、「被上告人側において前記特段の主張立証のない本件においては、…憲法違反の状態を生じていた」とし、上記の主張立証責任が果たされない場合の効果として、違憲状態の判断を導く。これは、憲法訴訟における国の主張・立証責任を考える上で非常に参考となる。

団藤裁判官の反対意見は、本件選挙当時において本件議員定数配分規定は全体として違憲の状態にあり、本件においては、事情判決の手法を採用すると述べる。

（3）最 1 小判 S61・3・27判時1195・66

本件では、昭和55年6月22日に行われた本件参議院地方選出議員（現在の選挙区選出議員）選挙当時、議員1人当たりの選挙人数の最大較差が1対5.37に及んでおり、その合憲性が問題となった。多数意見は、昭和58年大法廷判決を踏襲し、本件選挙当時においては、本件議員定数配分規定がいまだ憲法に違反するに至っていたものとするとはできない、と判示した。それに対し、谷口裁判官の意見は、本件選挙当時、特に顕著な逆転関係が生じており、「このような議員定数配分についての著しい不平等状態は、国会の裁量権の許容限度を超え、憲法違反の状態を生じていた」とする。

（4）最 1 小判 S62・9・24判時1273・35

本件では、昭和57年の公職選挙法改正後、昭和58年6月26日に行われた本件参議院選挙区選出議員選挙当時、各選挙区の議員1人当たりの選挙人数の最大較差が1対5.56に及び、また一部の選挙区間に逆転現象も生じており、その合憲性が問題となった。裁判官全員一致の本判決は、最大格差が1対5.56に拡大し、かつ、いわゆる逆転現象も一部の選挙区の間に生じていても、「それだけではいまだ違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたとするに足りない」とし、「本件選挙当時においては、いまだ本件議員定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとするとはできない。」と判示した。

（5）最 2 小判 S63・10・21判時1321・123

本件では、昭和61年7月6日に行われた本件参議院議員選挙当時、各選挙区の議員1人当たりの選挙人数の最大較差が1対5.85に及んでおり、その合憲性が問題となった。多数意見は、昭和58年大法廷判決を踏襲し、最大格差が1対5.85に拡大したことだけでは「いまだ違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたとするに足りない」と判示した。奥野裁判官の反対意見は、「投票価値の平等が憲法上の要請であることからすれば、選挙区間の投票価値の較差は、いかに非人口的要素を考慮しても、最大1対5程度を限度とすべきである。」と説示し、本件議員定数配分規定は、本件選挙当時、憲法の投票価値の平等の要求に反し違憲と断ぜられるべきもので、本件については、事情判決の法理を適用すると述べる。

（6）最大判 H8・9・11民集50・8・2283

本件では、平成4年7月26日の本件参議院議員選挙当時、選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の較差は最大1対6.59に達しており、その合憲性が問題となった。

多数意見は、本件選挙当時、最大格差は1対6.59に達しており、違憲の問題が生ずる程度の投票価値の著しい不平等状態が生じていたものといわざるを得ないが、右較差が右の程度に達した時から本件選挙までの間に国会が本件議員定数配分規定を是正する措置を講じなかったことをもってその立法裁量権の限界を超えるものと断定することはできず、本件議員

定数配分規定は、本件選挙当時、憲法14条1項に違反するに至っていたものと断ずることはできないと判示した。後者の立法裁量権の限界に関する判示について、調査官は、「到底看過することができないと認められる程度に至ってから6年未満であることに加えて、これまで最高裁が違憲の問題が生ずる程度の不平等状態にあると説示したことがなかったことがかなり重要な考慮要素とされているように思われる。」⁵⁸と解説する。ここでは、最高裁の多数意見が過去に国会に対し、違憲の疑いについてのメッセージを伝えていなかったことが、違憲判断を躊躇わせる要因となっている。これは最高裁と国会との過去の対話の内容をふまえて、違憲判断を躊躇したものと理解する。

園部裁判官の意見は、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し、国会が自主的に違憲状態にある議員定数配分規定を改正して、較差の速やかな是正を図るよう促すこと」であり、「裁判所は、当該選挙に適用された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、その無効を宣言しないこととするのが妥当である」との見解を示す。ここには、最高裁の違憲判断の後の国会の対応という対話が構想されている。また、その対話には、違憲無効判決ではなく、違憲性に関する将来に向かっての警告的判断が有効であることも示されている。また、園部意見は、平成6年の法改正により違憲状態が回避された場合でも、「将来にわたる一定の指針を示す」必要があれば、違憲の警告的判断を出す実益があることを認める。ここからは、最高裁と国会との対話には、現実の違憲状態のみならず、将来の違憲状態を回避するための対話も認められるとの視点がある。

大野裁判官ら6名の反対意見は、本件定数配分規定は本件選挙当時において違憲とされるべきものであるが、いわゆる事情判決の法理による処理が相当であるとする。

本判決では、個別意見を含めて15名の裁判官全員が本件選挙当時、1対6.59の最大格差を違憲状態と判断した。これは多数意見が結論として合憲であったとしても、非常に強い違憲性の指摘であり、国会に対する強いメ

ッセージ性がある。しかし、本件選挙後の平成6年6月29日に、いわゆる4増4減の法改正が行われ、最大較差は1対4.99（同年9月の選挙人名簿登録者数による）に縮小したため、最高裁の強いメッセージに対する国会の具体的な対応はみられなかった。

（7）最大判H10・9・2民集52・6・1373

本件は、平成7年7月23日に施行された本件参議院議員選挙に関する定数訴訟である。平成6年の参議院議員定数配分規定の改正（以下「本件改正」）は、平成2年10月実施の国勢調査による人口に基づく選挙区間における議員1人当たりの人口の較差が最大1対6.48に達していたのを是正する目的で、参議院議員の選挙制度の仕組みに変更を加えることなく、直近の平成2年の国勢調査結果に基づき、できる限り増減の対象となる選挙区を少なくし、かつ、逆転現象を解消することとして、7選挙区で改選議員定数を4増4減したものである。その結果、右国勢調査による人口に基づく最大較差は1対4.81に縮小し、逆転現象は消滅することとなった。その後、改正後の本件定数配分規定の下において、人口を基準とする右較差は、平成7年10月実施の国勢調査結果によれば最大1対4.79に縮小し、また、選挙人数を基準とする右較差も、本件改正当時における最大1対4.99から本件選挙当時における最大1対4.97に縮小した。本件においては、平成6年改正時点における合憲性が主な争点となった。

多数意見は、「議員定数配分規定の制定若しくは改正の結果、又はその後人口の異動が生じた結果、各選挙区間における議員1人当たりの選挙人数又は人口の較差が生じ、あるいは、右較差が拡大するなどして、当初における議員定数の配分の基準及び方法と現実の配分の状況との間にそごを来したとしても、その一事では直ちに憲法違反の問題が生ずるものではなく、当該選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせる議員定数配分規定の制定又は改正をしたこと、あるいは、その後の人口異動が右のような不平等状態を生じさせ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する何らの措置も講じないことが、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであることを考慮して

⁵⁸ 川神裕『最高裁判所判例解説民事編平成8年度(下)』677頁、715頁。

もその許される限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数の配分の定めが憲法に違反するに至るものと解するのが相当である。」という判断枠組みを示し、本件改正の結果残った較差が示す投票価値の不平等は、「到底看過することができないと認められる程度に達しているとはいえず、本件改正をもって、その立法裁量権の限界を超えるものとはいえない」のであり、本件選挙当時において本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとする 것도できない、と判示した。

本判決には、本件改正における国会の裁量権の行使は合理性を是認できるものではなく、本件定数配分規定は憲法に違反するとする 5 名の裁判官の反対意見が付されている。尾崎・福田裁判官の追加反対意見は、「平成 8 年大法廷判決に至るまでの過程で、当裁判所がいまだ違憲の問題が生ずる程度に達していないとしたのは、国会の国権の最高機関としての責任感と自己矯正能力に期待し、司法権の行使を謙抑した結果にすぎず、決して従前の高い最大較差をすんで容認する趣旨ではなかったものであり、平成 8 年大法廷判決は、あまりに長く国会の不作为が継続したので、やむなく改正する必要を示すため違憲状態であるとの判断をせざるを得なかったものと解せられる。」と説示する。ここには、対話の初期段階で、国会の独自の対応に期待できる場合、最高裁は謙抑的であることが許されるが、国会の自主的対応に期待できなくなった段階では、最高裁はより厳しい判断を示し、国会の法改正を強く促すことが要請されることを示している。これは、最高裁と国会との対話の過程において、国会の対応次第で、最高裁がとるべき判断内容が変化しうること示している。このような考えは、①司法消極主義から積極主義への変化を対話過程における国会の対応の仕方でも説明するものであり、②最高裁の判決内容が特定の立法を要請するようなものであったとしても、対話過程の内容に応じて許される場合があることを示唆し、③三権の適正なバランスの具体的内容は対話過程の内実で変化しうることをも示唆している。

(8) 最大判 H12・9・6 民集 54・7・1997

本件では、平成 10 年 7 月 12 日に施行された本件参議院議員選挙当時の選挙人数を基準とする最大格差 1 対 4.98 の合憲性が主な争点となった。

多数意見は、本件定数配分規定は、本件選挙当時において、憲法に違反

するに至っていたものとすることはできないと判示した。それに対し、5 名の裁判官の反対意見は、本件選挙には、憲法に違反する定数配分規定に基づいて施行された瑕疵があるが、事情判決の法理により主文において本件選挙の違法を宣言するとどめるのが相当であると説示する。福田裁判官の追加反対意見は、「国会は参議院議員選挙における投票価値の平等が損なわれていくのを 47 年間も放置し、かつ、その後行った是正の程度も甚だ微温的かつ不十分であり、その背後には違憲立法審査権を持つ司法の長年にわたる極めて寛容な対応があったことも明らかである」と述べ、最高裁の憲法判断の在り方と国会の対応の在り方が密接に関連していることを指摘する。また、同追加反対意見は、投票価値の平等の徹底について国会自身が消極的であることは極めて明らかであり、また、議院内閣制の下にある行政はこの問題について乏しい影響力しか持ち得ない中であって、「最高裁判所が定数訴訟について示す判断のみが国民の投票価値の平等を実現し得るみち」であり、「この問題について国会自身の改革努力に期待できる時期は過ぎたといっても過言」ではなく、「民主主義の基本である投票価値の平等の問題については、司法と立法府が鋭く対立することとなっても、憲法により与えられた違憲立法審査を行う権限を適切に行使し、立法府の『広範な裁量』を認める考えを改めることこそが、現在正に、最高裁判所に求められている」と述べ⁵⁹、政治部門の対応との相関関係で最高裁の違憲審査権の行使の在り方を決める考え方を示す。遠藤裁判官の追加反対意見および梶谷裁判官の追加反対意見は、違憲性を回避するための方策を例示する。

(9) 最大判 H16・1・14 民集 58・1・56

平成 12 年の公職選挙法改正（以下「本件改正」）により、参議院議員の総定数は 10 人削減して 242 人となり、いわゆる逆転現象は消滅したが、平成 7 年 10 月実施の国勢調査の結果による人口に基づく選挙区間の議員 1 人当たりの人口の最大較差は 1 対 4.79 で、本件改正前と変わらなかった。本件は、平成 13 年 7 月 29 日施行の本件参議院議員選挙当時、選挙区間の議員 1 人当たりの選挙人数の最大較差が 1 対 5.06 であったことの合憲性が

⁵⁹ 梶谷裁判官の追加反対意見も、同様の考えを示している。

問題となった。

多数意見（15人中9人）は、「本件改正は、憲法が選挙制度の具体的な仕組みの決定につき国会にゆだねた立法裁量権の限界を超えるものではなく、本件選挙当時において本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとするとはできない。」と判示したが、その理由づけは、補足意見1（5人）と補足意見2（4人）に分かれた。

補足意見1は、従来の判例理論に沿って合憲判断をしたが、結論を導く際、平成12年改正は、定数削減に当たり、最高裁の一連の判決を考慮しつつ、逆転現象の解消と較差拡大の防止を図るために行われたものであり、これにより逆転現象が消滅したことも考慮する。これは、国会が一連の最高裁判決を考慮して法改正をしたことを合憲判断を導くための考慮要素とする手法といえる。

島田裁判官の補足意見1の追加補足意見は、「今後も続くであろう人口の大都市集中化により、最大較差が拡大していくのは避けられない傾向にあることを思えば、立法府としては、投票価値の平等の重要性にかんがみ、制度の枠組み自体の改正をも視野に入れた抜本的な検討をしておく必要がある。」と述べ、選挙制度の枠組み自体の改正の必要性を国会に示す。

補足意見2は、「立法当初の選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の較差からはあまりにもかけ離れた較差を生じている現行の定数配分は、合憲とはいえないのではないかと疑いが強い」とし、更に、「改めて繰り返すまでもなく、今回の改正もまた、定数配分をめぐる立法裁量に際し諸考慮要素の中でも重きを与えられるべき投票価値の平等を十分に尊重した上で、それが損なわれる程度を可能な限り小さくするよう、問題の根本的解決を目指した作業の中で、のぎりぎりの判断に基づくものであったとは、到底評価することができない。したがって、例えば、仮に次回選挙においてもなお、無為の裡に漫然と現在の状況が維持されたままであったとしたならば、立法府の義務に適った裁量権の行使がなされなかったものとして、違憲判断がなさるべき余地は、十分に存在するものといわなければならない。」と、次回の選挙に関して違憲判決の可能性があることを強く示した。これは、違憲の疑いを強く示し、国会の対応を強く求めるものといえる。

亀山裁判官の補足意見2の追加補足意見は、従来の立法府の対応に問題

があったことを指摘しつつ、「本件に関しては、従来の当審の判例にも責任の一端があったという側面がないではない。すなわち、従来の多数意見は、立法府に広い裁量権を認めつつ、選挙権平等の要請の充足の有無を結果としての選挙区間の最大較差の数値によってのみ判定していると受け取られるような判断過程を示してきたため、立法府としては、最高裁判例からそのような趣旨で許容限度を読み取って、その数値以下に最大較差を収めれば足りるとしてきたものといえないでもないものであって、そうであるとすれば、最近の改正による現状について直ちにこれを違憲とすることには、この点からもちゅうちょを感じざるを得ない。」と説示する。これは、最高裁が憲法の要請する条件を適切に示せば、最高裁と国会との間に適切な対話が機能しうることを示唆している。

6人の裁判官による反対意見は、「本件定数配分規定は、憲法上の選挙権平等の原則に大きく違背し、憲法に違反するものであることが明らかである」とする。福田裁判官の追加反対意見は、今回は事情判決を出すか、「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」とし、国会の対応が不十分であれば、それに対する最高裁の判断の厳しさも増すことを示している。これもかなり強く国会の対応を求めるものである。梶谷裁判官の追加反対意見も「本件のような違憲状態が将来も継続するときには、選挙の無効を宣言すべきである」と述べるが、選挙制度を合憲とするための手段についても示唆を与えている。

深澤裁判官の追加反対意見は、「現在の仕組みの中では憲法の定める法の下での平等の許容する最大較差を超えることが技術的に避けられないとするならば、民主政治の根幹をなす選挙権の平等を保持するために、現在の選挙の仕組みにこだわらず、その変更も含む抜本的な検討がされるべきである。都道府県単位の選挙区と偶数配分は、憲法上の要請ではなく、投票価値の平等を損なってまで維持されるべき制度ではないのである。」と述べ、現行選挙制度の変更も含む抜本的な検討を国会に要請する。また、「本件改正においては、較差の減少を立法目的とした積極的な検討をしたとは認められない。投票価値の不平等が、かくも広く長期にわたって改善されない現状は、事情判決を契機として、国会によって較差の解消のための作業が行われるであろうという期待は、百年河清を待つに等しいといえる。したがって、本件において選挙無効の判決をすることが違憲立法審査

権の適正な行使であるといわざるを得ないのである。」と説示する。これは、対話の初期段階では、国会の対応に期待して事情判決を下すことが認められるが、国会の対応が長期間不十分なままであれば、最高裁がより厳しい判決を出すことが許されることを示し、対話過程における国会の対応に応じて、最高裁の対応もより厳しいものに変化しようとの視点が示されている。

濱田裁判官の追加反対意見は、本件はいわゆる事情判決の法理に従うが、「今後も上記の違憲状態が是正されないまま参議院議員選挙が繰り返されることを防ぐために、当審としては、諸外国の一部の憲法裁判所制度で採用されているように、違憲状態にある議員定数配分を一定期間内に憲法に適合するように是正することを立法府に求め、そのように是正されない定数配分に基づく将来の選挙を無効とする旨の条件付宣言的判決の可能性も検討すべき」とつけ加える。ここにも、国会の対応が不十分な場合、より厳しい判決内容を考案すべきであるとの姿勢が示されている。

滝井裁判官の追加反対意見は、「投票価値に不平等が生じたとき、それが技術的要請や公正かつ効果的に代表を選出するという制度を作る上で避けられないものであって、正当な裁量の結果であるというのであれば、そのことが信託者たる国民の前に明確な形で呈示されるべきものである」と述べ、投票価値の平等原則から離れる場合、国会は国民に対してその正当化根拠を示すべきことを指摘し、さらに、選挙制度の改正問題について裁量権の限界がある場合、「司法機関は、そのことを明示し、立法における指針を明らかにすべきであって、これを示してこなかったことが立法機関のこのような重要な国民の憲法上の権利にかかわる問題についての緩慢で弥縫的とも解さざるを得ないこれまでの対応を助長する結果になったことは、否定し得ない」と述べ、立法府の対応の不十分さの原因の1つに最高裁の判決の書き方に問題があったことを示す。後者は、最高裁が法改正の指針をより具体的に示していれば、国会はより適切に対応できたとするものであり、対話が機能するための条件を示すものと理解できる。

この判決は、結論においては合憲判断ではあるが、多数意見を述べた9人の裁判官のうち4人が、本件定数配分規定に違憲の疑いが強くあり、現状のままでは次回選挙以降違憲となりうる旨の補足意見2を付し、6人の裁判官が違憲の反対意見を述べている。これは、国会に対する強い違憲性

のメッセージである。調査官も、本判決は、「参議院（選挙区選挙）議員選挙における選挙区間の人口較差は正に向けた早期取組みを国会に求めた判決として、重要な意義を有するものである。本判決においては、参議院の選挙制度の見直しに当たり検討すべき問題点の指摘、検討も行われており、これらを踏まえて国会で十分な議論が尽くされることが望まれよう。」⁶⁰と解説する。

（10）最大判H18・10・4民集60・8・2696

本件では、平成16年7月11日に施行された本件参議院議員選挙における選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の最大較差が1対5.13となっていたことの合憲性が争われた。この判決は、平成16年大法廷判決の9人の裁判官による多数意見は最大格差1対5.06を合憲としたが、4人の裁判官による補足意見2が、将来における違憲判決の可能性を示し、かつ、6人の裁判官による反対意見が違憲判断を示した後、当該定数配分規定が改正されることなく平成16年7月11日に施行された本件選挙における上記最大格差の合憲性が争われたため、注目を集めた。

10人の裁判官による多数意見は、基本的には従来の判例と同じ判断枠組みを採用し⁶¹、①平成16年大法廷判決は、前回選挙当時の最大格差1対5.06を違憲とはいえない旨の判断をし、本件選挙当時の最大較差1対5.13はそれと大きく異なるものではなかったこと、②平成16年大法廷判決から本件選挙までの期間は約6か月にすぎず、投票価値の不平等を是正するための期間として必ずしも十分なものではなかったこと、③その間、参議院では、平成16年大法廷判決直後である平成16年2月6日に各党派代表者懇談会

⁶⁰ 福井章代「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」ジュリスト編集室編『最高裁時の判例V』30頁（有斐閣・2007年）32頁。

⁶¹ 谷口豊「公職選挙法（平成18年法律第52号による改正前のもの）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」ジュリスト編集室編『最高裁時の判例VI』27頁（有斐閣・2010年）28頁は、「本判決の多数意見は、基本的には従来の判例法理を踏襲するものであり、公職選挙法の定める現行の参議院議員選挙制度は、国会にゆだねられた立法裁量の合理的な行使として是認し得るものであるとしたものである。」と説明する。

の下に協議会を設けて定数較差の是正についての議論を行い、同懇談会において、同年6月1日、同年7月に施行される本件選挙までの間に是正を行うことは困難であることなどから、本件選挙後、次回選挙に向けて、定数較差問題について結論を得るように協議を再開する旨を申し合わせ、これを受けて、本件選挙後、参議院議長は同年12月1日に参議院改革協議会の下に選挙制度に係る専門委員会を設け改正案を検討し、いわゆる4増4減案に基づく公職選挙法の一部を改正する法律案が国会に提出され、平成18年6月1日に成立し、同改正の結果、平成17年10月実施の国勢調査結果の速報値による人口に基づく選挙区間における議員1人当たりの人口の最大較差が1対4.84に縮小したことを指摘し、「これらの事情を考慮すると、本件選挙までの間に本件定数配分規定を改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えたものと断ずることはできず、したがって、本件選挙当時において、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとすることはできない。」と結論づけた。多数意見はそれに続き、「なお、上記の公職選挙法改正は、上記の専門委員会において、平成16年大法廷判決の多数意見の中に従来とは異なる厳しい姿勢が示されているという認識の下に、これを重く受け止めて検討された案に基づくものであることがうかがわれるところ、そのような経緯で行われた上記の改正は評価すべきものであるが、投票価値の平等の重要性を考慮すると、今後も、国会においては、人口の偏在傾向が続く中で、これまでの制度の枠組みの見直しをも含め、選挙区間における選挙人の投票価値の較差をより縮小するための検討を継続することが、憲法の趣旨にそうものというべきである。」と付言する。

上記③は、参議院が平成16年大法廷判決を受けて、法改正の努力をしたことを考慮し、合憲判断を導いているが、これは、対話の過程を重視したものといえよう。また、多数意見が強調した「投票価値の平等の重要性を考慮すると、選挙区間における選挙人の投票価値の不平等の是正については、国会において不断的努力をすることが望まれる。」および「なお書き」が示す「投票価値の平等の重要性を考慮すると、今後も、国会においては、人口の偏在傾向が続く中で、これまでの制度の枠組みの見直しをも含め、選挙区間における選挙人の投票価値の較差をより縮小するための検討を継続することが、憲法の趣旨にそうものというべきである。」との部分は、

国会に対して更なる検討を要請するものといえる。また、なお書きが指摘する、参議院の専門委員会が「平成16年大法廷判決の多数意見の中に従来とは異なる厳しい姿勢が示されているという認識の下に、これを重く受け止めて検討」したことは、最高裁と国会との対話がある程度成立したことを示している。

このように多数意見は、最高裁からの法改正の要請を受けた参議院が、真剣に対応しようと努力し、少なくとも、本件選挙後に一応の対応をしたことを重視して、合憲判決を出した。これは、最高裁と国会との対話が必ずしも十分ではないが行われ、それが、法律の合憲判断に影響した例と位置づけることができる。また多数意見は、合憲判決を出しつつも、国会による検討の継続を求めており、一度限りではなく、継続的な対話を要請している。多数意見は、「基本的には従来判例法理を踏襲するもの」であるが、「全体として、立法裁量についてより厳格な立場をとるべきであるとした16年判決の補足意見2の立場を取り込んだものという評価も可能であるように思われ」、また、本判決は、結論的には合憲判断ではあるが、「参議院議員の定数配分に関する立法府の裁量の在り方について従来判例とは異なる方向性を示した16年判決の内容を一步進めたものと評価することもできるものであり、重要な意義を有するといえよう」⁶²。

藤田裁判官の補足意見は、これまでの立法府の対応が不十分であったことを指摘し、現状が続けば違憲判決もありうることを強調する。今井裁判官の補足意見は、本件においても「違憲との判断をする余地も十分ある」と述べ、違憲性の疑いを投げかけて国会に制度の「抜本的な改革」を強く求める。那須裁判官の補足意見は、「一般的には、是正措置を執るための時間との相関関係で、短期間には是正措置を講じた場合には『当面の応急措置』でも足りるが、時間が長く掛かればそれだけ較差を縮小させるための抜本的な対応が要請される」ことを指摘する⁶³。国会の対応の具体的内容に応じて必要とされる相当期間の長さが変化するとの考えは示唆に富む。

本判決には5名の裁判官の反対意見が付されているが、いずれも、本件定数配分規定を違憲とすべきであるが、事情判決の法理により処理すべき

⁶² 谷口・前掲注(61)28頁。

⁶³ 津野裁判官の補足意見は基本的に那須補足意見に賛同する。

とする。滝井裁判官の反対意見は、「参議院においても2倍を超える較差が生じるような方法を選ぶことは本来的に正当性を持ち得」ず、「もし、それを正当化する理由があるとすれば国会においてそれを国民に理解し得るように提示し、その司法審査が可能なようにすべきものである」と述べる。ここには、憲法の平等原則から離れる場合、国会にはその正当化理由を国民に示し、裁判所はその正当化理由について違憲審査すべきことが示されている。泉裁判官の反対意見は、違憲性を回避する方策を示しつつ、違憲の結論を示している。

この判決は、結論は合憲であるが、多数意見のみならず反対意見も、参議院の選挙制度の抜本的改革を強く求めている。ただ、どのような内容の制度を構築すべきかについては、国会に一定の裁量が残されていると解される。そのため、国会の主体的対応をふくめた実質的な憲法的対話の余地を残しているといえよう。

(11) 最大判H21・9・30民集63・7・1520

本件では、平成19年7月29日施行の本件参議院議員選挙当時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1対4.86であったことの合憲性が主な争点となった。最高裁の平成16年大法廷判決を受けて、いわゆる4増4減案に基づく公職選挙法の改正が平成18年に行われ（以下「本件改正」）、その結果、平成17年10月実施の国勢調査結果による人口に基づく選挙区間における議員1人当たりの人口の最大較差は1対4.84に縮小した。また、本件改正後の本件定数配分規定の下で施行された本件選挙当時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は1対4.86であった。

10人の裁判官による多数意見はまず、昭和58年大法廷判決以降の累次の大法廷判決の趣旨は、「基本的な判断枠組みとしてこれを変更する必要は認められない」としつつも、最大較差1対5前後が常態化する中で、平成16年大法廷判決および平成18年大法廷判決は、「上記の判断枠組み自体は基本的に維持しつつも、投票価値の平等をより重視すべきであるとの指摘や、較差是正のため国会における不断の努力が求められる旨の指摘がされ、また、不平等を是正するための措置が適切に行われているかどうかといった点をも考慮して判断がされるようになるなど、実質的にはより厳格な評

価がされてきている」ことを指摘する。そして、①参議院では、平成16年大法廷判決中の指摘を受け、当面の是正措置を講ずる必要があるとともに、その後も定数較差の継続的な検証調査を進めていく必要があると認識されたこと、②本件改正はこうした認識の下に行われ、その結果、最大較差は1対4.84に縮小することとなったこと、③本件選挙当時の最大較差は1対4.86で、本件改正前の議員定数配分規定の下で施行された前回選挙当時の最大較差1対5.13に比べて縮小していること、④本件選挙の後には、参議院改革協議会が設置され、同協議会の下に選挙制度に係る専門委員会が設置されるなど、定数較差の問題について今後も検討が行われることとされていること、⑤現行の選挙制度の仕組みを大きく変更するには、相応の時間を要し、本件選挙までにそのような見直しを行うことは極めて困難であったことを考慮し、「本件選挙までの間に本件定数配分規定を更に改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えたものということとはできず、本件選挙当時において、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとするとはできない」と結論づける。ここでは、最高裁判決を踏まえた国会の対応が合憲判断を導く要素として考慮されている。これも対話の過程を重視したものといえよう。

多数意見は、その直後、「しかしながら、本件改正の結果によっても残ることとなった上記のような較差は、投票価値の平等という観点からは、なお大きな不平等が存する状態であり、選挙区間における選挙人の投票価値の較差の縮小を図ることが求められる状況にあるといわざるを得ない。ただ、前記2(4)の専門委員会の報告書に表れた意見にもあるとおり、現行の選挙制度の仕組みを維持する限り、各選挙区の定数を振替える措置によるだけでは、最大較差の大幅な縮小を図ることは困難であり、これを行おうとすれば、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しが必要となることは否定できない。このような見直しを行うについては、参議院の在り方をも踏まえた高度に政治的な判断が必要であり、事柄の性質上課題も多く、その検討に相応の時間を要することは認めざるを得ないが、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かんがみると、国会において、速やかに、投票価値の平等の重要性を十分に踏まえて、適切な検討が行われることが望まれる。」と説示する。

調査官は、本判決は、「多数意見として、立法府に対し、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しについて、速やかな検討を行うことを求めるものとなっている（平成18年大法廷判決の多数意見も、その末尾において付言を行っていたが、『なお、』で始まるものであり、その内容は『今後も、国会においては…これまでの制度の枠組みの見直しをも含め、選挙区間における選挙人の投票価値の較差をより縮小するための検討を継続することが、憲法の趣旨にそう』というものであった〔傍点：筆者〕）。（原文改行）これらの諸点に照らすと、本判決の多数意見は、従来の判例法理の判断枠組みを基本的に維持しつつ、立法裁量についてより厳格に評価すべきであるとした平成16年大法廷判決及び平成18年大法廷判決の方向性を継承し、更に一步を進めたものと評価することができよう。」⁶⁴、「本判決は…現行の選挙制度の仕組み自体の見直しにつき、立法府に対し速やかな検討を行うことを求めた判決として、重要な意義を有するものといえよう。」⁶⁵と解説する。このように多数意見は、平成18年大法廷判決を一步進め、傍論としてではなく、主要な判決理由として、立法府に対して、制度の抜本的改革をより強く要請している。

本判決には、5名の裁判官の反対意見が付されているが、5名とも本件議員定数配分規定を違憲と断じている。那須裁判官の反対意見は、現行の選挙制度の仕組みを前提としつつも、違憲性をできるだけ回避する方法の例を具体的に指摘し、さらに、定数訴訟における違憲判決の主文の在り方について、「事情判決から竿頭一步を進めて、端的に主文で違憲確認をする方法を認めてもよい」とする。那須反対意見は、国会の対応の仕方を考慮して、はじめはぎりぎりの合憲判断、次に、違憲判決、その際も、事情判決よりも厳しい違憲宣言判決を提案する。これも対話の過程に応じて、より緩やかな判決内容からより厳しい判決内容への変化を示している。その際、合憲判断から違憲判断への変化のみならず、違憲判決の内容も、選挙の効力を無効としない事情判決から、主文で、定数が過少なものととめられているという一種の立法不作為の限度において違憲宣言をし、選挙

を無効としない違憲宣言判決というより一步進めた判決内容への変化も見取れる。ここには、違憲判決の効力の面でも最高裁と国会との対話過程を考慮した判決内容の変化が示されている。

田原裁判官の反対意見は、「参議院選挙区制の抜本の見直しの必要性」を強調するが、仮に選挙区制を維持したり、都道府県を選挙区とする制度を維持したとしても違憲性を回避する方法があることを具体的に示し、さらに、「参議院議員の選挙制度の抜本の見直しを行うに当たっては、今日の、選挙区間において4倍を超える人口較差が生じる最大の原因たる、選挙区を都道府県を単位とし、かつ、偶数を配分するという制度を廃止することが大前提となる。その上で、いかなる選挙制度を構築するかは、憲法の関連諸規定及びその趣旨を踏まえた上で、国会が合理的な裁量をもって定めることとなるのである。」と述べ、現行制度の抜本の見直しの条件を示し、さらに、国会に対して以下のような留意事項を示す。すなわち、「なお、国会がその裁量権を行使して選挙制度を構築するに当たっては、少なくとも以下の諸点につき十分に留意することが必要であろう。（原文改行）[1] 二院制たる参議院にふさわしい議員を、全国民を代表する者として選出できる制度であること（原文改行）[2] 現在採用されている衆議院議員選挙制度（1人別枠方式を含む都道府県ごとに更に区割りをした小選挙区制とブロック別比例代表制の併用制）とは異なる方式であること（都道府県に1人別枠を設ける小選挙区制は、地域代表的側面をも有しているので、同制度の存在は、参議院議員の選挙において、都道府県の地域代表を選出することにつき消極の方向で機能する。）（原文改行）[3] 今日の、インターネットを用いることによる情報の質、量を含めたその伝達の即時性、広域性、及び、全国の主要都市間はほぼ同日中に往復できるという充実した交通機関網の存在に十分配慮した制度であること（原文改行）[4] 国民の参政権の基本たる投票権の価値は、でき得る限り平等になるように工夫し、その平等が維持できない場合にも、その較差の程度及びその範囲をできる限り限局するように努力すること。それらの工夫によっても、1票当たりの人口較差が2倍を超える場合には、2倍を超えてでも当該選挙制度を選択する理由について、国民に明示すること（原文改行）[5] 今後の人口動態の変動を視野に入れ、新たに選択された選挙制度が比較的長期間安定的に機能し得ること」。ここではかなり具体的な考慮要素が示され、国会の

⁶⁴ 鎌野真敬「参議院定数訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」『ジュリスト』1395号52頁（2010年）56-57頁。

⁶⁵ 鎌野・前掲注（64）58頁。

立法裁量をかなり制限しているとの印象を受けるが、どのような制度を構築するのかについての裁量はかなりの程度国会に留保されているといえる。田原反対意見はまた、本件選挙における投票価値の平等について、「本件選挙時点においては、各選挙区間における投票価値に著しい不平等が生じるに至っているが、その不平等が許容される合理的な理由が国会から国民に示されたことは一度もない。そして、その著しい投票価値の不平等について、合理的に説明することができない以上、その不平等は、憲法14条の趣旨に反し、違憲状態にあるとの評価を受けざるを得ない」と指摘する。ここには、①国会は投票価値の不平等が正当化できる根拠について国民に説明する義務を負う、②国会はそのような正当化根拠を国民に説明したことはない、③投票価値の不平等について合理的に説明できない、④それゆえ違憲状態にあるとの考えがある。これは、裁判所における違憲審査においても、国が投票価値の不平等の正当化根拠について主張・立証責任を負うが、その責任を果たさない場合違憲と判断されうる、との発想に類似している。田原反対意見も、本件選挙後の国会の対応をふまえて、事情判決という判決の内容を決定する手法をとっている。

近藤裁判官の反対意見は、「抜本的改正の必要性」を指摘し、「なお、明年7月に施行される次回の参議院議員通常選挙までには、最小限の是正措置を講ずることは別として、上記のような抜本的な見直しを実現することは困難であろうが、国会においては、4年後に施行される次々回の参議院議員通常選挙までには、憲法の要求する投票価値の平等を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するために、参議院議員の選挙制度の抜本的見直しを行うことが、憲法の要請にこたえるものというべきである。次々回の選挙もこのような抜本的な見直しを行うことなく施行されるとすれば、定数配分規定が違憲とされるにとどまらず、前記事情判決の法理によることの是非が検討されることになる。」と指摘する。国会の改正作業に、4年間の時間制限を設けたことは、非常に強い法改正の要請という。また、その4年間で国会が適正な法改正を行わなかった場合、事情判決よりも厳しい内容の判決を下す可能性が示されている。宮川裁判官の反対意見は、国会の対応に応じて将来の問題となった選挙区選挙の無効判決の可能性を示唆する。

（12）小括

多数意見には、①結論は合憲であるが違憲状態を指摘するもの、②最高裁が過去に国会に対し違憲性の疑いを指摘していなかったことが違憲判断を躊躇わせる要因となっていることを示唆するもの、③最高裁判決をふまえた国会の対応が合憲判断を導く要素として考慮されているもの、④「なお書き」で選挙制度改革のための検討の必要性を指摘するもの、⑤結論は合憲判決ではあるが、違憲の疑いを指摘し、傍論としてではなく、主要な判決理由として、立法府に対して、選挙制度の抜本的改革の検討をより強く要請するもの、⑥一度かぎりの対話ではなく継続的な対話を要請するもの、がある。上記④と⑤は、多数意見が国会に対して選挙制度改革の検討を求める方法も、はじめは比較的弱く、次第に強く要請する方向で変化することを示す。これは、最高裁の判決に対する国会の具体的対応内容に応じて、すなわち、対話の具体的過程に応じて、相関的に、後の判決内容の厳格さが変化することを示している。

補足意見には、⑦国会にかなり弱く法改正を求めるもの、⑧国会が一連の最高裁判決を考慮して法改正をしたことを合憲判断を導く要素とするもの、⑨選挙制度の抜本的改正の検討が必要であることを示すもの、⑩定数配分規定に違憲性の強い疑いを示し次回の選挙では違憲判決の可能性のあることを強く示し国会の対応を強く求めるもの、⑪最高裁が憲法の要請する条件を適切に示せば最高裁と国会との間に適切な対話が機能しうることを示唆するもの、⑫これまでの立法府の対応が不十分であったことを指摘し、現状が続けば今後違憲判決もありうることを強調するもの、⑬違憲性の疑いを投げかけて国会に制度の抜本的な改革を強く求めるもの、⑭国会の対応の具体的内容に応じて相当期間の長さが変化することを指摘するもの、がある。

意見には、⑮最高裁と国会との対話には、違憲無効判決ではなく、違憲性に関する将来に向かっての警告的判断が有効であり、また、現実の違憲状態のみならず、将来の違憲状態を回避するための対話も認められることを指摘するもの、がある。

反対意見には、⑯対話過程の初期段階で、国会の独自の対応に期待できる場合、裁判所は謙抑的であることが許されるが、国会の自主的対応に期待できなくなった段階では、裁判所はより厳しい判断を示し、国会の法改

正を強く促すことが要請されることを示し、対話過程における国会の対応次第で、最高裁がとるべき判断内容が変化しうることが示唆するもの、⑰国会の対応が不十分であったことの背後に最高裁のきわめて寛容な対応があることを指摘し、最高裁の憲法判断の在り方と国会の対応の在り方が密接に関連していることを示唆するもの、⑱国会の具体的な対応との相関関係で最高裁の違憲審査権の行使の在り方を決めるもの、⑲違憲性を回避するための手段について示唆を与えるもの、⑳初めは、国会の対応に期待して事情判決を下すことが認められるが、国会の対応が長期間不十分なままであれば、裁判所がより厳しい判決を出すことが許されることを示し、対話過程における国会の具体的な対応に応じて、違憲判決の内容もより厳しいものに変化することを示すもの、㉑条件付宣言的判決の可能性も検討すべきとするもの、㉒最高裁が法改正の指針をより具体的に示していれば国会はより適切に対応できた可能性があることを示唆するもの、㉓国会の対応の仕方を考慮して、はじめはぎりぎりの合憲判決、次に、違憲判決、その際も、事情判決よりも厳しい違憲宣言判決を提案し、対話の具体的過程に応じて、憲法判断の結論も、違憲判決の効力も変化しうることが示すもの、㉔違憲性を回避する方法を具体的に示し、また、国会に対して重要な考慮要素を列挙するもの、㉕国会の抜本的改正作業に4年間の時間制限を設け、その4年間で国会が適正な法改正を行わなかった場合、事情判決よりも厳格な内容の判決を下す可能性を示唆するもの、㉖国会の対応に応じて将来の問題となった選挙区選挙の無効判決の可能性を示唆するもの、がある。上記㉖のような考えは、(a)司法消極主義から積極主義への変化を対話過程における国会の対応の仕方ですら正当化するもので、(b)最高裁の判決内容が特定の立法を要請するものであっても、対話過程の内容に応じて許される場合があることを示唆し、(c)三権の適正なバランスの具体的内容は対話過程の具体的内容で変化しうることをも示唆している。

多数意見や個別意見が参議院議員選挙の抜本的改革を強く求めるものであっても、構築すべき制度の具体的内容については、国会に一定の裁量を残していることは、実質的な対話の余地を残していると評価できる。

国会の対応を見ると、参議院の議員定数配分規定の改正に関しては、これまで国会は、多数意見に込められた法改正の要請、個別意見に含まれる法改正の要請、あるいは、多数意見による違憲状態判決をふまえて、最高

裁の明示的違憲判決がなくとも、ある程度自主的に法改正してきたと評価できる。平成8年の大法廷判決は、結論は合憲でも最大格差は違憲状態と判示するが、平成6年改正によって最大較差は1対4.99に縮小したため、平成8年大法廷判決に対する国会の具体的な対応はみられなかった。平成12年改正は、定数削減に当たり、最高裁の一連の判決を考慮しつつ、いわゆる逆転現象の解消と較差拡大の防止を図るために行われたものである。平成18年改正は、最高裁の平成16年大法廷判決を受けて、いわゆる4増4減案に基づく公職選挙法の改正が行われた。このように、参議院の議員定数配分規定の改正に関しては、最高裁の明示的な違憲判決がなくとも、対話が成立していると評価できる。しかし、平成21年大法廷判決により最高裁から要請された法改正は、検討作業は始められているが、平成24年8月末現在、実現していない。

5 国籍法違憲判決（最大判H20・6・4民集62・6・1367）

本判決では、国籍法3条1項が、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された非嫡出子について、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した（準正のあった）場合に限り届出による日本国籍の取得を認め、認知されたにとどまる子と準正のあった子との間に日本国籍の取得に関する区別（以下「本件区別」）をしていることが、憲法14条1項に違反するか否かが争点となった。

多数意見は、①国籍法3条1項の立法目的は、「同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結び付きの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後における日本国籍の取得を認めることとしたもの」であり、その立法目的自体には合理的な根拠がある、②国籍法3条1項の規定が設けられた昭和59年当時、同項の規定が認知に加えて準正を日本国籍取得の要件（以下「準正要件」）としたことには、上記「立法目的との間に一定の合理的関連性があった」が、その後、「我が国を取り巻く国内的、国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっている」、③遅くとも上告人が法務大臣あてに国籍取得届を提出した平成15年当時

には、「本件区別は合理的な理由のない差別となっていたといわざるを得ず、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反するものであった」、④「日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められる」とし、「上告人は、法務大臣あての国籍取得届を提出したことによって、同項の規定により日本国籍を取得したものと解するのが相当である。」と判示した。多数意見は、上記④に関し、「この解釈をもって、裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって国会の本来的な機能である立法作用を行うものとして許されないと評価することは、国籍取得の要件に関する他の立法上の合理的な選択肢の存在の可能性を考慮したとしても、当を得ないものというべきである。」と反対意見に反論する。

泉裁判官の補足意見は、「もとより、国会が、将来において、国籍法3条1項を憲法に適合する方法で改正することは、その立法裁量に属するところであるが、それまでの間は、『父母の婚姻』の部分を除いて同項を適用すべきである。(原文改行) また、『父母の婚姻』の部分を除いて国籍法3条1項の規定を適用することは、憲法の平等原則の下で同項を解釈し適用するものであって、司法が新たな立法を行うものではなく、司法の役割として当然に許されるところである。」と述べる。ここには、最高裁の違憲判決後、国会は違憲判決の趣旨に沿った形であれば、判決内容と異なる立法をすることが憲法上可能であるとの考えが示されている。

那須・涌井裁判官が同調する今井裁判官の補足意見は、「非準正子についても国籍を付与するということになれば、国会において、国籍付与の要件として、準正要件に代えて例えば日本国内における一定期間の居住等の他の要件を定めることもできたのに、その裁量権を奪うことになる」とする議論もあり得ないではない。そうであっても、裁判所がそのような要件を定めていない国籍法3条1項の合憲的解釈として、非準正子について国籍取得を認めたからといって、今後、国会がその裁量権を行使して、日本国民を父とする生後認知子の国籍取得につき、準正要件に代えて、憲法に適合する要件を定める新たな立法をすることが何ら妨げられるものでない

ことは、いうまでもないところであり、上記のような解釈を採ることが国会の立法裁量権を奪うことになるものではない。」と説示する。近藤裁判官の補足意見は、今井補足意見に賛同しつつ、さらに補足説明を加える。

藤田裁判官の意見は、本件上告人のような境遇に置かれている者が、「個別的な訴訟事件を通して救済を求めている場合に、先に見たように、考え得る立法府の合理的意思をも付度しつつ、法解釈の方法として一般的にはその可能性を否定されていない現行法規の拡張解釈という手法によってこれに応えることは、むしろ司法の責務というべきであって、立法権を篡奪する越権行為であるというには当たらないものと考ええる。なお、いうまでもないことながら、国籍法3条1項についての本件におけるこのような解釈が一般的法規範として定着することに、国家公益上の見地から著しい不都合が存するというのであれば、立法府としては、当裁判所が行う違憲判断に抵触しない範囲内で、これを修正する立法に直ちに着手することが可能なのであって、立法府と司法府との間での権能及び責務の合理的配分については、こういった総合的な視野の下に考察されるべきものと考ええる。」と説示する。

今井補足意見と藤田意見には、①最高裁の違憲判決後、違憲判決の趣旨に沿った形であれば、国会が判決内容と異なる立法をすることは憲法上可能である、②このように考えることができるから、仮に、違憲の法律への対処方法に複数の選択肢があったとしても、一定の救済を裁判所が命じて、必ずしも、立法裁量の侵害とはならない、③司法権と立法権との関係を考える場合も、最高裁の違憲判決後の国会の対応の可能性をふまえて考察すべきである、との考えが示されている。このような、最高裁の違憲判決の後でも国会が憲法の枠内で違憲判決の内容と異なる一定の対応が可能であるとする考えは、対話理論の前提であり、その意味で、上記個別意見は、日本に対話理論を導入する可能性を秘めていた⁶⁶。

本判決を受けて、平成20年12月12日、国籍法3条は改正され、①出生後に日本人の親に認知された子の届出による国籍取得について、改正前の国籍法では、日本人の父から認知されていることに加えて、父母が結婚して

⁶⁶ 佐々木雅寿「日本における法の下での平等」『北大法学論集』59巻5号172頁(2009年)190-191頁。

いることが要件とされていたが、改正後、父母が結婚していることという要件が削除され、認知がされていることのみで国籍を取得することができるようになり、②国籍取得の届出に際して、虚偽の届出をした者に対する罰則が設けられた。この改正は最高裁の違憲判決を受けたもので、多数意見の判断をほぼそのまま受け入れたものといえる。しかし、罰則規定の制定は、最高裁の違憲判断をそのまま受け入れた場合の問題点を回避するため、国会独自の判断で追加したものと理解できる。そうであれば、今回の国籍法改正は、最高裁の違憲判断を踏まえつつも、そこに国会独自の判断を加えた拡張型の法改正であり、国会が最高裁に単に服従しているわけではない。これは最高裁と国会との実質的な対話と評価しうる。ただ、罰則規定が設けられた理由が憲法上の理由ではなく技術的な理由と考えられるため、憲法に関する実質的な対話が行われたとは評価しがたい。

これに関連し、国籍法 2 条 1 号が憲法 14 条 1 項に違反するか否かが争われた最 2 小判 H14・11・22 判タ 1111・127 では、結論に直接関係しないが、5 人の裁判官のうち 3 人の補足意見（亀山補足意見、梶谷・滝井補足意見）が国籍法 3 条の違憲の疑いを示唆していたが、国会は何の対応もせず、平成 20 年大法廷違憲判決後、迅速に法改正した。そうであれば、国籍法 3 条に関しては、国会の適切な対応をもたらすものは、最高裁の補足意見で示唆される違憲性の疑いではなく、多数意見の明示的な違憲判決であったといえる。

6 民法 900 条 4 号但書の合憲性に関する判例

(1) 判例の流れ

最大決 H7・7・5 民集 49・7・1789 の多数意見は、この問題に対する広い立法裁量を認め⁶⁷、かつ、緩やかな違憲審査基準を適用して、当該規定を合憲と判断した。それに対し 4 名の裁判官は、それぞれの補足意見で、当該規定の違憲の疑いを指摘して、国会に対して法改正等の対応を弱く求めた。園部裁判官が同調した大西裁判官の補足意見は、違憲性に関する強い疑いを指摘しつつも、国会に対して法改正等の対応を比較的弱く求めた。

⁶⁷ 野山宏「非嫡出子相続分違憲特別抗告事件最高裁大法廷決定」『ジュリスト』1079 号 53 頁（1995 年）56 頁。

また、千種・河合裁判官の補足意見は、法律の合憲性に対する疑いを示唆し、国会に対して法改正等の対応を弱く求めた。それに対し 5 名の裁判官による反対意見は、「本件規定は違憲であるが、その効力に遡及効を認めない旨を明示することによって、従来本件規定の有効性を前提にしてなされた裁判、合意の効力を維持すべきである」とする。

最 1 小判 H12・1・27 判時 1707・121 の多数意見は当該規定を合憲としたが、藤井裁判官の補足意見は、当該規定の合憲性に対する疑問を示唆し、国会の対応を弱く要請した。この判決には、当該規定を違憲無効とする遠藤裁判官の反対意見が付されている⁶⁸。

最 2 小判 H15・3・28 判時 1820・62 の多数意見は当該規定を合憲とするが、梶谷・滝井裁判官の反対意見は、家族関係および相続をめぐる近時の国内外の社会状況の変化をふまえて、違憲の結論を導いている。

最 1 小判 H15・3・31 判時 1820・64 の多数意見は当該規定を合憲とする。島田裁判官の補足意見は、「本件規定が極めて違憲の疑いの濃いものであること」等にかんがみ、「本件規定については、相続分を同等にする方向での法改正が立法府により可及的速やかになされることを強く期待する」と説示し、当該規定の違憲の疑いをかなり強く指摘し、かつ、国会への法改正の要請も、一定の内容を示し、かなり強い形で示している。深澤裁判官の反対意見は、「最高裁判所の違憲判決が社会的に大きな影響を及ぼすことは、その性質上、避け難いところであって、違憲判決の結果、新たな対応をする必要が生じた場合には、関係機関が速やかに適切な措置をとるべきことは、憲法が最高裁判所に違憲立法審査権を付与した当然の帰結というべきものであり、そのことをもって違憲立法審査権の行使が制約されると考えるのは相当でない。」と述べ、違憲判決後の政治部門の適切な対応は、憲法が最高裁判所に違憲立法審査権を付与した当然の帰結であるとの考えを示す。これは最高裁と政治部門との対話を、日本国憲法の枠内で当然の帰結と理解する対話的違憲審査の理論に通底する考えといえる。この判決には、泉裁判官の反対意見もあり、5 名の裁判官のうち 2 名が違憲判断、1 名が強い違憲の疑いを示し、僅差での合憲判決であった⁶⁹。

⁶⁸ 最 1 小判 H12・1・27 家庭裁判所月報 52・7・78 参照。

⁶⁹ 最 1 小判 H16・10・14 判タ 1173・181 には、最 1 小判 H15・3・31 判時 1820・64 の

最 2 小決 H21・9・30 判時 2064・61 の多数意見は当該規定を合憲と判断するも、竹内裁判官の補足意見は、「本件規定は、違憲の疑いが極めて強い」と述べ、「立法府が本件規定を改正することが強く望まれている」とする。今井裁判官の反対意見は、平成 7 年の「大法廷決定の当時は、改正要綱草案に基づく審議が法制審議会において行われており、改正が行われることが見込まれていた時期であった。ところが、法制審議会による上記答申以来十数年が経過したが、法律の改正は行われぬまま現在に至っているものであり、もはや立法を待つことは許されない時期に至っている」と述べ、はじめは立法府による法改正に期待し、あえて違憲判決を避けることも許される場合があるが、立法府が適切な対応をしない場合は、裁判所による違憲判決も必要となるといった視点が見て取れる。

報道によれば、本決定の後、千葉景子法務大臣は、現時点では本件規定は違憲の疑いが強いという補足意見が付されたことにつき、民法改正を強く促す意見として強く受け止めたい旨を述べ、法改正に前向きに取り組む姿勢を示したようであるが、平成 24 年 8 月末現在、国会は民法 900 条 4 号但書を改正していない。

(2) 小括

上記の分析から以下の点が指摘できる。すなわち、①補足意見の中で問題となった法律に違憲の疑いを示す方法にも、違憲の疑いを弱く示唆するものや、違憲の疑いを強く指摘するものがある、②補足意見の中で国会の対応を求めるやり方にも、単に国会の対応の必要性を指摘する比較的弱いものから、法改正を強く求める比較的強いものまである、③上記の諸判決を時系列に観察すると、補足意見は、はじめは立法府の対応を期待して、違憲の疑いの弱い示唆と法改正の弱い要請を示していたが、立法府の対応がなされない場合、違憲性を強く指摘し、法改正を強く要請する方向に変化している。

平成 24 年 8 月末現在、国会は民法 900 条 4 号但書を改正していないため、

補足意見を引用する島田裁判官の補足意見、同平成 15 年判決の反対意見を引用する泉裁判官の反対意見、才口裁判官の反対意見があり、やはり僅差での合憲判決である。

この件については、裁判所と国会との対話は十分に機能していないと評価できる。その理由の 1 つは、平成 7 年の大法廷決定の多数意見が、立法府に広い裁量を認め、その後、最高裁の各小法廷の多数意見もそれに従っているため、最高裁の多数意見はあくまでも広い立法裁量を前提とする合憲判決であると国会が理解しているためと考えられる。そうであれば、民法 900 条 4 号但書に関しては、補足意見による違憲性の疑いの示唆や、法改正の要請、あるいは、反対意見による違憲判断は、国会の対応をもたらす、対話を成立させるには必ずしも十分な効果をもたないと評価できる。やはり、多数意見による明示的違憲判決が対話を開始するためには必要と解される。

7 合憲限定解釈による対話の可能性

札幌税関事件（最大判 S 59・12・12 民集 38・12・1308）の多数意見は、①関税定率法 21 条 1 項 3 号にいう「風俗を害すべき書籍、図画」の「風俗」は「専ら性的風俗を意味し、右規定により輸入禁止の対象とされるのは猥褻な書籍、図画等に限られる」という合憲限定解釈をし、このような解釈が可能である以上、右規定は、「何ら明確性に欠けるものではなく、憲法 21 条 1 項の規定に反しない」、②「関税定率法 21 条 1 項 3 号の『風俗を害すべき書籍、図画』等の中に猥褻物以外のものを含めて解釈するときは、規制の対象となる書籍、図画等の範囲が広汎、不明確となることを免れず、憲法 21 条 1 項の規定の法意に照らして、かかる法律の規定は違憲無効となるものというべく、前記のような限定解釈によって初めて合憲なものとして是認し得る」、と判示した。上記②は合憲限定解釈をしない場合当該規定が違憲になることを明示している。

これに対し、伊藤裁判官ら 4 人の反対意見は、①関税定率法 21 条 1 項 3 号の「風俗を害すべき書籍、図画」等という規定は、不明確であると同時に広汎に過ぎる等から、憲法 21 条 1 項に違反し、無効である、②「風俗を害すべき書籍、図画」等を猥褻表現物に限るとする解釈は、合憲限定解釈の限界を超えるものである、③「表現の自由を規制する法律の規定が明確かどうかを判断するには、より明確な立法をすることが可能かどうか重要な意味を持つと解されるが、多数意見のいうように、同号の『風俗を害すべき書籍、図画』等という規定が猥褻表現物の輸入のみを規制しようと

するものであるとするならば、右規定を『猥褻な書籍、図画』等と規定することによってより明確なものにすることは、立法上容易なはずである。この点からみても、…これに限定解釈を加えることによって合憲とするのは適切でない。」と説示する。

多数意見の上記②の違憲性の警告と、反対意見の上記③を合わせ読むと、合憲限定解釈の判決にも、国会に法改正を要請するメッセージ性が強く現れる場合があることに気づく。しかし、当該規定は、関税定率法21条に規定⁷⁰されていた時も、現在の関税法69条の11の第7号の規定⁷¹でも、改正されていない。したがって、合憲限定解釈で合憲性を維持すると、国会の対応を引き出すことができず、対話が成立しない可能性が高い。

8 検討

日本においても、最高裁と国会や政治部門との対話が一定程度行われていると評価できる。実際、最高裁による違憲判決⇒国会による法改正⇒改正後の法律の違憲審査という対話のプロセスが存在する。そして、日本の対話には以下のような特徴がある。第1に、最高裁は国会や政治部門の対応を要請し、対話を促している。その意味で、最高裁は、国会や政治部門との対話によって、憲法の内容を具体化したり、憲法秩序を維持する必要性を認識していると評価できる。最高裁が対話を促す手法には、①多数意見で違憲判決を出すもの、②多数意見の結論は合憲であるが法律等が違憲状態にあることを示すもの、③多数意見の結論は合憲であるが法律等に違憲の疑いがあることを示すもの、④多数意見は合憲判断であるが、補足意見が法律等の違憲の疑いを示すもの、⑤多数意見は合憲判断であるが、反

対意見が違憲判断を示すもの、⑥反対意見の違憲判断には、違憲判断の基準、違憲性を回避するための方策、法改正の際の留意事項等を示すもの、等がある。また、多数意見の憲法判断の特徴として、⑦最高裁判決に対する国会の具体的対応を合憲判断を導くための要素として考慮する傾向、⑧最高裁が過去に違憲の疑いを示してこなかったことを違憲判断を躊躇わせる要素と捉える傾向等がある。それに対し、反対意見の中には、⑨最高裁判決に対する国会の具体的対応を違憲判断を導くための要素として考慮する傾向がみられる。さらに、⑩多数意見や補足意見が法律等の違憲の疑いを示す際、初めは弱く示唆し、次第に強く示す傾向、⑪多数意見、補足意見、反対意見等が国会に法改正を求める場合、はじめは弱く法改正の必要性を示唆し、次第に強く法改正を要請するといった傾向、⑫違憲判決の効力についても、はじめは事情判決のように当該選挙を無効とせず、判決のインパクトを和らげる配慮を示すが、国会の対応が不十分な場合、次第に、インパクトの強い、より厳格な内容の判決内容に変える可能性を示す個別意見が多数ある。

第2に、国会の対応には以下のような特徴がある。すなわち、(a)国会は、最高裁の多数意見による違憲判決には、通常は、迅速に対応し、最高裁との対話を行っている、(b)しかし、政治状況等によっては、多数意見からかなり強い法改正の要請があっても対応が進まないこともある、(c)多数意見が法律を違憲状態にあると判断すれば、あるいは、多数意見が法改正の必要性を示せば、結論が合憲でも国会は対応の必要性を強く感じ取ることがある、(d)反対に、多数意見が合憲判決であれば、補足意見が違憲の疑いを示しても、反対意見が違憲判断を示しても、国会は対応しない場合もある、(e)最高裁の明示的違憲判決がなくとも、一連の判例の趣旨をふまえて国会が自主的に法改正する場合もある、(f)国会が最高裁の違憲判断に従う場合も、国会自身の憲法論を自覚的に展開することなく、国会における憲法論議は不十分である、(g)国会は違憲性を回避するための必要最小限の対応しかしない傾向がある、(h)最高裁の違憲判決後に、憲法の枠内で、違憲判決とは異なる立法的対応をすることは憲法上許される等である。

第3に、最高裁の違憲判決に対し、行政府は迅速に対応する傾向が強い。以上をふまえると、日本においては、最高裁が国会と対話を始め、国会

⁷⁰ 平成17年4月1日現在の関税定率法21条7号：「七 公安又は風俗を害すべき書籍、図画、彫刻物その他の物品(次号に掲げる貨物に該当するものを除く。)

八 児童ポルノ(児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律(平成十一年法律第五十二号)第二条第三項(定義)に規定する児童ポルノをいう。)」

の対応を引き出すためには、違憲性の示唆や合憲限定解釈ではなく、多数意見で明示的な違憲判決を出すことがより効果的であるといえる。

IV 最高裁と地方公共団体との対話の可能性

1 最高裁と地方公共団体との対話の実例

空知太神社に関する平成22年大法廷判決（最大判H22・1・20民集64・1・1）の多数意見は、砂川市が、その所有する土地を神社施設の敷地として無償で使用させていることは憲法89条、20条1項後段に違反すると判示し、続いて、①違憲状態の解消には神社施設を撤去し土地を明け渡す以外にも、本件の土地を譲与し、有償で譲渡し、又は適正な時価で貸し付ける等の適切な手段があり得ること、②市長には諸般の事情を考慮に入れて相当と認められる方法を選択する裁量権があることを指摘し、本件利用提供行為の違憲性を解消するための他の手段の存否等について更に審理を尽くさせるため、本件を原審に差し戻した。

この判決を受けて、市の担当者は、判決の2日後の平成22年1月22日から、氏子総代長と協議を始め、このような協議を受けて、砂川市長は、本件利用提供行為の違憲状態を解消するため、問題となっている土地を氏子集団の氏子総代長に適正な賃料で賃貸する方法等の手段を採る方針を策定し、平成22年7月9日の差戻し後控訴審の口頭弁論期日においてこれを表明した。

差戻し後の控訴審判決（札幌高判H22・12・6）は、市長が提案する手段は、本件利用提供行為の違憲性を解消する手段として合理的で現実的なものであり、かかる手段を市長が提案している以上、市長において本件神社物件の撤去及び土地明渡しを請求しないことを、市長の財産管理上の裁量権を逸脱又は濫用するものと評価することはできず、よって、本件利用提供行為の現状は違憲状態ではあるが、市長において、これを解消するために本件神社物件の撤去及び土地明渡し請求をしないことは、地方自治法242条の2第1項3号所定の「財産の管理を怠る事実」には該当しないと判示した。

差戻し後の上告審判決（最1小判H24・2・16判時2146・49）も全員一致の意見で、上記の「本件手段は、本件利用提供行為の前示の違憲性を解消

するための手段として合理的かつ現実的なものというべきであり、市が、本件神社物件の撤去及び本件土地1の明渡しの請求の方法を採らずに、本件手段を実施することは、憲法89条、20条1項後段に違反するものではない」と判示した。

この一連の流れには、①最高裁による違憲判断と違憲状態を解消するための複数の手段の例の具体的な提示、②最高裁判決を受けて市が関係者と協議をして具体的な違憲性解消手段を提案する、③かかる手段の合憲性を再度最高裁が審査し、合憲と判断する、という過程がある。これはまさに、最高裁と地方公共団体との間で、憲法に関する対話が行われた事例であると評価できる。特に、②では、市側が手段選択に関し裁量権を有しており、関係者の意向も考慮しつつ、特定の手段を決定しているため、市側の対応は最高裁の判断に単に服従しているわけではなく、市側の主体的な判断も含まれている。また、③では、市側の対応内容もふまえて合憲と判断している。そのため、この対話は、憲法に関する最高裁と砂川市との建設的な対話の例と評価できる⁷²。

2 合憲限定解釈による対話の可能性

広島市暴走族追放条例（以下「本条例」）の罰則規定の合憲性が争われた最3小判H19・9・18刑集61・6・601では、①本条例16条1項1号・17条・19条の規定を合憲限定解釈した多数意見が、本条例の規定の仕方が適切ではなく、本条例がその文言どおりに適用されることになると、規制の対象が広範囲に及び、憲法21条1項及び31条との関係で問題があることを指摘したこと、②藤田裁判官の反対意見が、より適切な形に条例を改正することは技術的にさほど困難ではないことを理由に違憲判断をして即刻の条例改正を強いるべきことを述べていることをふまえると、本判決にも、地方議会に対する条例改正の要請が含まれていると理解できる。これは、最高裁が広島市との対話を求めたものと解される。

⁷² 愛媛玉串料違憲判決（最大判H9・4・2民集51・4・1673）が下された時の愛媛県知事は、最高裁の違憲判断に従い、知事就任以後公金の支出をしていなかったが、継続すると記者会見で語った（川岸・前掲注(39)105頁参照）。これも最高裁と地方公共団体の対話の1例と解される。

しかし、本条例はこれまで改正された形跡はない⁷³。最高裁の多数意見に「規定の仕方が適切ではなく」と、また、藤田反対意見に「本条例の粗雑な規定の仕方が、単純に立法技術が稚拙であることに由来する」と言われしめ、さらに、調査官にも「本条例は、規制対象を過不足なく記述するという立法技術的観点からは、その配慮に欠けた甚だ拙劣な規定といわざるを得ないように思われる」⁷⁴と指摘されても、広島市は条例改正を行っていない。これも、多数意見による明示的な違憲判決がなければ対話が実現しない例といえる。

3 小括

日本においても、最高裁と地方公共団体との間で実質的な憲法的対話が行われた事例はある。しかし、多数意見が違憲判断を示さなければ、合憲限定解釈をした多数意見が条例改正の必要性を示唆したり、反対意見が違憲判断を示したとしても、地方議会がそれに適切に対応しない事例もある。やはり現状では、対話を確実に実現するためには、多数意見による違憲判決が必要であると解される。

V 対話の必然性

法の支配の要請のもと、最高裁の違憲判決に、他の国家機関が憲法上拘束されることは、人権保障や憲法的価値の実現が最高裁の違憲判決で完成することを意味しない。人権保障や憲法的価値の実現には、最高裁と国会や政治部門との対話という相互作用が不可欠である⁷⁵。この点、衆議院定

数訴訟に関する最大判H5・1・20民集47・1・67の園部裁判官の意見は、最高裁の「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」と述べ、違憲警告判決を受けた場合の国会の対応が憲法上の責務であることを指摘する。また、同判決の橋元裁判官の反対意見も、「違憲審査制度は、究極において、司法判断を立法府、行政府が尊重しこれに協力することによってその実効性が確保されるべきものであること」を強調する。

そもそも、人権の種類や性質によっては、人権保障を裁判所の違憲審査のみでは実現できず、裁判所と国会や政治部門との相互作用によってはじめて実現できるものがある。例えば、生存権を具体的に保障するためには法律が制定される必要があり（国会の第1次的対応）、その法律の違憲審査において、その法律の一部または全部が違憲となれば（裁判所の対応）、人権の性質上、必ず法律の改正等の国会の対応（国会の第2次的対応）が必要となる。このような性質の人権としては、社会権以外にも財産権、裁判を受ける権利、参政権等がある。また、平等権の救済にも、違憲判決後の国会の第2次的対応が不可欠となる場合も考えられる。加えて、参議院定数訴訟に関する最大判H12・9・6民集54・7・1997の福田裁判官の追加反対意見が指摘するように、「憲法の保障する基本的人権は、憲法に『法律による』と記されているか否かを問わず、ほとんどの場合法令によってその内容が具体化されているのが現実」であるのであれば、自由権についてもそれを具体化する法制度が整備されていれば、それに関する違憲判決にも、国会の第2次的対応が必要となる場合もあり得る。さらに、統治規定の場合、国会の第1次的対応がなければ制度そのものが具体化しないため、統治規定に関する違憲判決の後も国会の第2次的対応が不可欠となる。

このように、三権分立を採用する日本国憲法は、はじめから、裁判所と国会や政治部門との対話を不可欠のものと想定していたと理解できる。したがって、違憲審査を検討する際にも、このような対話を自覚的な分析対象とすることは日本国憲法の必然的な要請といえる。

作用を通じて達成されるものであるといえる。」と指摘する。

⁷³ 2012年7月31日に広島市のホームページ (<http://www.city.hiroshima.lg.jp/www/contents/0000000000000/1246440469348/index.html>) で確認した、広島市暴走族追放条例の附則は、「この条例は、平成14年4月1日から施行する。ただし、第19条の規定は、同年5月1日から施行する。」とのみ記載し、改正記録はない。

⁷⁴ 前田巖「広島市暴走族追放条例（平成14年広島市条例第39号）16条1項1号・17条・19条の規定を限定解釈により憲法21条1項・31条に違反しないとした事例」ジュリスト編集室編『最高裁時の判例VI』16頁（有斐閣・2010年）18頁。

⁷⁵ 戸松・前掲注(29)342頁。戸松教授は、「最高裁判所は、憲法の番人であり、憲法問題の最終的審判者だといわれる。しかし、…実際は、憲法問題の最終的決着は、最高裁判所の憲法判断をもって最終となるわけではなく、立法府と司法府との相互

VI 対話における国民等の役割

すでに指摘したように、最高裁と国会や政治部門との対話の契機として、最高裁の違憲判決が重要な意味を持つ。しかし、最高裁の違憲判決を引き出したのは、憲法訴訟を提起した国民等とそれを支えた弁護士等である。その意味で、憲法訴訟の当事者として説得力のある違憲論を展開し、最高裁を含め裁判所を説得し続けてきた国民等と弁護士等は、憲法訴訟における憲法的対話の主要な当事者と位置づけることができる。すなわち、憲法訴訟においては、通常、法律等を違憲であると主張する国民等、それを合憲と主張する国等、双方の意見をふまえて判断する裁判所が、憲法的対話の主要な当事者と考えられるのである。そうであれば、憲法訴訟の当事者としての国民等は、最高裁と政治部門とが憲法的対話を開始するためのスイッチを入れる重要な役割を担っていると評価できる。

以下では、対話的違憲審査理論のコロラリーを明らかにする。

第3部 対話的違憲審査理論のコロラリー

VII 違憲審査の民主的正当性

「違憲審査は民主的正当性を有するか」という問いの立て方は、憲法81条の規定をもつ日本国憲法においては、少なくとも以下の2つの観点から、必ずしも適切かつ十分なものとはいえない。第1に、憲法が民主主権原理を採用し、民主主義を国政の基本原則としつつも、憲法81条が違憲審査権を明示的に規定したことの意義は、最高裁が憲法の観点から民主的判断の誤謬を是正することにあると解される。つまり、違憲審査は、はじめから民主的判断にブレーキをかけるための安全装置として制度設計されていると理解できる。そうであれば、違憲審査は民主主義に反する要素を持つからこそ、その存在意義を有するのである。第2に、違憲審査の民主的正当性に関する従来の議論は、最高裁の判決時を基準に時間の流れを止めて、最高裁と国会との関係を静態的に捉える傾向があった。そこでは、違憲審査と民主主義との緊張関係が過度に強調される可能性がある。しかし、対話的違憲審査理論のように最高裁と国会との関係を時間の流れの中で動態的に捉えると、最高裁の判断が、憲法問題を解決するうえでは、必ずしも最後の言葉とはならない。そうであれば、従来の議論が前提としてきた

違憲審査と民主主義との緊張関係の内実や程度は再検討を迫られる。したがって、仮に、違憲審査は民主的正当性を有するかという問いを再度立てるとしても、また、日本国憲法のもとにおいて違憲審査はどの程度民主主義に反する運用が許されるのかを問う場合も、対話の視点をふまえて再検討する必要がある。

日本国憲法の制度的枠組みの中で、最高裁と国会との関係をダイナミックに捉えると以下のような議論が可能である。すなわち、最高裁が法律の違憲判決を下す際、法律のどの要素が憲法に違反するのかを具体的に示し、国会がかかる違憲の法律を合憲的に改正する際の指針となるものを示す。それをうけて国会は、合憲的に法律を改正するか、新たな法律を制定するか等を判断する。その際、国会は、最高裁の違憲判決の趣旨をふまえつつ、独自の憲法判断に基づいて、違憲判決の内容とは異なる法改正をすることも許されており、違憲判決に服従する以外の選択肢が国会には残されている。そして、国会が最高裁に違憲とされた法律と類似する法律を制定しても、その合憲性はその後最高裁が審査しうるし、必要であれば最高裁が判例変更をする可能性も残されているため、誰が最後の言葉を述べるのかについては確定しない。

このように、対話的違憲審査理論によると、①事後的に国会が対応することのできる余地をできる限り広く残すような配慮をすれば、最高裁の違憲判決は、当該憲法問題に関する最終的決定ではない、②最高裁の違憲判決は、憲法的対話を促進し、国会の更なる対応を引き出すための契機となるため、国会の民主的判断を否定するものではない、さらに、③国会の示す憲法論が説得力を持つものであれば、それをふまえた判例変更の可能性もあり、その場合、国会の民主的判断が最高裁によって肯定されることとなる。加えて、最高裁の判断に対しては、最高裁判所裁判官の国民審査による一定の民主的コントロールが及びうるし、国会の対応に対しても、選挙による直接的な民主的コントロールが及ぶ。このように考えると、かなり迂遠で間接的な要素もあるが、最後の言葉を述べることができるのは最終的には主権者である国民ということになり、違憲審査それ自体は、これまで指摘されてきたほど、民主主義に反するものではないと評価できる。

また、違憲審査の運用の仕方についても以下のような議論が可能である。まず、司法積極主義的な違憲審査権の運用には、国会が独自の憲法論を展

開する立法府積極主義によって対抗することも可能であり、国会の憲法論に説得力があれば、判例変更の可能性もあり、司法積極主義であっても、必ずしも反民主的程度が高いわけではない。次に、司法消極主義的な違憲審査権の運用から積極主義的な運用への変化も、必ずしも反民主的程度が高いとはいえない。すなわち、対話の初期段階では、国会の自主的対応に期待して最高裁が司法消極的な判断を示すが、国会が適切な対応をとらない場合、最高裁が司法積極的な姿勢に変わることは、国会に自主的対応の機会を与えているため、必ずしも反民主的程度が高いとはいえない。加えて、最高裁の違憲判決が、国会や国民の間での憲法論議を活性化する契機となり、憲法問題に関する民主的討議を促進させるという効果も考えられる⁷⁶。

そうであれば、対話の視点から見る違憲審査は、制度それ自体においても、また、その運用においても、民主主義に反する要素は従来指摘されてきたほど多くはなく、かつ、民主主義に反する程度もかなりの程度低いと評価できる。もちろん、対話的違憲審査理論は違憲審査の民主的正当性に関する難問をすべて解決することはできない。しかし、対話的違憲審査理論は、少なくとも、従来指摘されてきた違憲審査の民主的正当性に関する疑義をかなりの程度軽減し、違憲審査権の行使を今以上に積極的にすることを可能にしよう。

VIII 司法積極主義の再評価

戸松教授は、「日本では、一方で、最高裁判所は自己の憲法判断が最終的であることを過大に感じとりその判断を示すことにあまりに慎重となり、他方で、国会は、違憲判決の重さを重視しすぎて、きわめて迅速な応諾をするか、応諾しないで放置するという極端な対応形態を生みだしているということができる。」⁷⁷と指摘する。しかし、対話的違憲審査理論によると、①事後的に国会が対応することのできる余地をできる限り広く残す

ような配慮をすれば、最高裁の違憲判決は、当該憲法問題に関する最終的決定ではなく、②国会は、最高裁の違憲判決の趣旨をふまえつつ、独自の憲法判断に基づいて、違憲判決の内容とは異なる法改正をすることが許されており、違憲判決に服従する以外の選択肢が国会には残されている。

最高裁の多数意見が違憲の疑いを示唆する弱いメッセージに対し国会はほとんど対応しない現状をふまえると、憲法的価値を適切に実現するため、最高裁は、違憲の疑いではなく、明示的な違憲判断を示すことにより、国会との対話を促進する必要がある。その際最高裁は、違憲判断の基準や考慮要素をできるだけ具体的に示し、国会がそれに従って対応することができる指針を示すような判決を出すことも要請される。

そうであれば、最高裁は、現状以上に、より厳格な違憲審査の方法を採用すべきことが要請される。この点、以下で述べるように、最高裁は、原則として、国から示されまたは司法確知した立法事実をふまえた憲法判断が求められるため、現状以上の審査密度が要求されることになる⁷⁸。

また、原則として、政治的インパクトの大きさを考慮して、違憲判決を出すことを躊躇う必要はない。違憲判決の政治的インパクトの大きさは、政治部門の迅速な対応を強く要請する要素にすぎず、事後対応は政治部門の憲法上の責任であるからである。同様に、民法900条4号但書のように複雑な法制度の体系全体を見据えた法改正が必要であることを理由に、違憲判決を避ける必要も原則的にない。無効の効果を伴わない違憲宣言判決や、将来効判決等により、最高裁が当該規定の違憲性を決定し、事後処理を国会に委ねることは対話の促進であり、対話理論からは積極的に評価しうるからである。

最高裁に求められているのは、違憲判決の事後処理全てについて見通しを得た上で違憲判決を出すのではなく、憲法規定の客観的要請、訴訟当事者の司法的救済の必要性、違憲判決により生じ得る混乱等を最小限にする必要性等を考慮して、それらの要請を満たす違憲判決の手法を創造的に考案・採用し、事後の全体的対応を国会や政治部門に委ねることである。

⁷⁶ 木下智史「違憲審査制の意義とその活性化の方向性」『法学セミナー』597号32頁（2004年）34頁。

⁷⁷ 戸松・前掲注(29)342頁。

⁷⁸ これとの関係で、二重の基準論や違憲審査基準論を再構成する必要がある。これは、ドイツ型の3段階審査論とアメリカ型の違憲審査基準論との関係にも関連するが、ここでは問題提起にとどめる。

つまり、最高裁に求められているのは、違憲＝無効という等式から離れて、違憲性の客観的判断と違憲判決の効力や救済方法とを区別し、前者の判断はより積極的に行いつつも、憲法の枠内で国会や政治部門が事後処理を行いやすいような配慮のもと、違憲判決の効力や救済方法を柔軟に決定することである。この点、定数訴訟の最高裁判決が事情判決の手法を採用し、すでに違憲＝無効という等式から離れて、違憲判決の多様な効力を模索しつつあることは、積極的評価に値する。

これに関連して、最高裁の多数意見は、最高裁判決に対する国会の具体的対応を合憲判断を導くための要素として考慮する傾向がある。カナダにおける対話理論の中には、違憲判決の後に国会が改正した法律の合憲性は比較的緩やかに審査する可能性を示唆するものもある。また、違憲審査の判断枠組みの中に国会の対応を考慮するような要素を組み込めば、最高裁の判決に対する国会の具体的対応を憲法判断の考慮要素の1つとすることも許される場合もある。しかし、違憲性の客観的判断と違憲判決の効力や救済方法とを区別する本稿の立場からすると、違憲性の客観的判断の段階では、原則として、できる限り客観的な基準に従って違憲性の判断を行うべきで、「違憲性のラインを少し越えてはいるが、最高裁判例をふまえて国会が努力したから今回は合憲と判断する」といったいわば「努力賞」的判決は許されない。このような場合ベクトルは逆向きになり、「最高裁判例をふまえて国会が努力したとしても、結果的に違憲性のラインを少し越えているのであれば違憲と判断する」と判示すべきである。結果的に違憲性のラインを越えているのであれば、それは最高裁の判決に対する国会の対応の不十分さを示すものと捉え、違憲判決を導く要素とすべきである。それに対し、違憲判決の効力や救済方法を決定する段階では、最高裁の判決に対する国会の具体的対応やその可能性を一定程度考慮して、無効判決、違憲宣言判決、条件付き将来効判決等の選択肢の中からどれを採用すべきかを最高裁が比較的柔軟に決定することも許されると解される。

IX 違憲判決の効力

最高裁の違憲判決の効力に関する通説的見解は、日本の違憲審査制度が付随的違憲審査制であること、法律の存在を最終的に失わせる権限を有するのは国会であるという憲法41条の原則から、個別的効力説の立場に基本

的に立ちつつ、一般的効力説の趣旨を取り入れ、個別的効力といっても、立法府および行政府は最高裁の違憲判決を十分尊重することが要求されると解している。中村教授は、このような通説的見解を妥当とし、立法府は違憲と判断された法律を改廃する義務を負い、行政府もその法律を執行しない義務を負うが、その義務は、違憲判決の直接的帰結として要求されているものではなく、憲法のとる大原則の1つである法の支配によって当然に要求されているものと解する⁷⁹。

本稿は、最高裁の違憲判決の効力を検討する際、具体的訴訟事件の判決主文の効力と判決の理由中における違憲判断の効力とを区別すること、および、違憲とされた法律の実質的効力と法律の改廃に伴う形式的効力とを区別することが重要であると考え。それらをふまえると、対話的違憲審査理論は、最高裁の違憲判決の効力として以下の点を指摘しうる。すなわち、①具体的訴訟事件の当事者に対する判決主文の効力は、原則として、当該当事者にのみ及ぶ。例えば、具体的訴訟事件の判決主文における、被告人を無罪とする判断や、原告の請求を認容する等の判断は、その根拠として理由中の違憲判断があったとしても、当該訴訟当事者にのみ及ぶ。これは通常の判決の効力の問題である。②判決理由中の違憲判断が訴訟当事者にのみ及ぶのか、それとも訴訟当事者を超えて一般的に及ぶのかは、違憲判断の方法に依存する。例えば、ある法律の条文を文面審査したうえで、文面上法令違憲判断を下した場合、その違憲判断の効力は一般的に及ぶと解すべきであろう。反対に、当該事案に特殊な事情をふまえて事例判断として適用違憲判決をした場合、当該違憲判断は当該事案の当事者に対してのみ及ぶと解される。これは、憲法81条の「決定」の含意として構成することができよう。③最高裁は、違憲判決の効力の及ぶ範囲、または、違憲判決の効力の発生時期を、判決の中で自ら決定することができる。これも、憲法81条の「決定」の含意として構成できよう。④ある法律の条文が一般的効力をもちうる形で最高裁により違憲と判断された場合、違憲と判断された当該条文は、原則として、一般的に効力を失うが、法律としての形式的存在を改廃するのは国会の役割である。⑤違憲判決の効力が一般的に及ぶ趣旨と解される場合、立法府は違憲と判断された法律を改廃する義務を

⁷⁹ 中村・前掲注(30)200-201頁。

負い、行政府もその法律を執行しない義務を負う。上記④により違憲と判断された法律はその実質的効力を失い、それを執行することは法的には不可能ではあるが、法律が形式的に存在しているため、このような義務を明示する必要がある。それ以外にも、立法府や行政府には、違憲判決の趣旨に従い適切な対応をする義務が課される。⑥上記⑤の義務は、憲法上の原則である法の支配から要請される憲法上の義務と解される。かかる義務の憲法上の根拠としては、憲法81条、98条1項、99条をあげることができる。この点に関連し、衆議院定数訴訟に関する最大判H5・1・20民集47・1・67の園部裁判官の意見は、最高裁の「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」と述べ、違憲警告判決を受けた場合の国会の対応が憲法上の責務であることを指摘する。

X 国会や政治部門の憲法上の義務

1 法律制定に関する憲法上の義務

憲法上、人権保障が原則であり人権制約が例外であること、また、法律の留保は人権を制約するためには法律による制約を要請することをふまえると、国会は、人権を制約する場合、①法律を制定する憲法上の形式的義務を負い、かつ、②かかる人権制約立法が憲法上正当化される根拠を示す憲法上の実質的義務を負うと解される。

また、財産権、社会権、裁判を受ける権利、選挙権のように法律の制定や制度の構築がなければ人権を行使したり、人権を具体的に保障することができないような人権に関しては、国会はそれらの人権を実効的に保障しうる法律を制定したり、制度を構築する憲法上の義務を負うと解される。

この点に関連し、参議院定数訴訟に関する最大判H16・1・14民集58・1・56における4名の裁判官による補足意見2は、憲法47条の下立法裁量に関し、「何よりもまず、立法府は、選挙制度の在り方について法律によって定めることを憲法上義務付けられているのであり（憲法47条）、ここでの裁量権は、専らこの義務を果たすための手段として与えられているものであることを明確に認識する必要がある。すなわち、立法府に裁量権があるといっても、そこには、『何もしない』という選択をする道はない。言葉を変えていうならば、ここでの立法裁量権の行使については、憲法の趣

旨に反して行使してはならないという消極的制約が課せられているのみならず、憲法が裁量権を与えた趣旨に沿って適切に行使されなければならないという義務もまた付随しているものというべきである。」と説示する。また、衆議院定数訴訟に関する最大判H19・6・13民集61・4・1617の4裁判官の見解も、「国会は、両議員の選挙制度の仕組みを定める権限を有するが（憲法43条、47条）、国会がその権限を行使して、選挙制度の仕組みを定めるに当たっては、憲法の要請する投票価値の平等を実現するように配慮しなければならない、投票価値の平等に反する制度は、合理的な理由のない限り、憲法に違反するといわなければならない。」と述べる。

このことをより一般化すれば、人権の内容を具体化したり、人権行使の前提となる制度を構築する際、国会はそれらの人権を実効的に保障しうる法律を制定したり、制度を構築する憲法上の義務を負うと解される。

2 違憲判決を受けた後の法改正等の憲法上の義務

ある法律が違憲であるとの判決を最高裁が出した場合、国会や政治部門はその判決に従い、法改正等の適切な対応をする憲法上の義務を負うと解される。その際、国会は大きく分けると3つの対応をとることができる。第1は、最高裁の違憲判断に従い、判決の内容に即して法改正を行うものである（服従型）。第2は、最高裁の違憲判決に従い、違憲と判断された法律を改正等しつつも、改正後の法律に必要な他の手段を国会独自の判断で加える方法である（拡張型）。第3は、最高裁の判断に対抗する方法である（対抗型）。最高裁の違憲判決には憲法上の拘束力があるため、国会は最高裁の判決を無視したり、それを直接覆すことは許されない。しかし、国会は最高裁の違憲判決を実質的に回避することはできる。例えば、最高裁がある法律の立法目的と手段をそれぞれ違憲と判断した場合、国会は同じ目的と手段で同じ内容の法律を再度制定することは許されない。しかし、別の立法目的を掲げ、別の立法手段を用いて、違憲と判断された法律に類似する法律を制定することは、最高裁の違憲判決の趣旨が許す限り、憲法上可能となる。このような法律は、「対抗的立法」、または「回避的立法」といえる。この場合、最高裁と国会との実質的な憲法的対話が求められているため、国会は特に十分な正当化理由を十分な立法事実に基づいて示す必要があると解される。

Ⅺ 最高裁と国会や政治部門とのダイナミックな関係

最高裁と国会や政治部門との関係もダイナミックな相互作用の中でとらえる必要がある。この点に関して、国籍法違憲判決（最大判H20・6・4民集62・6・1367）における泉裁判官の補足意見、今井裁判官の補足意見、近藤裁判官の補足意見、藤田裁判官の意見には、①最高裁が違憲判決をした後、国会は最高裁の違憲判決の趣旨に沿った形であれば、判決内容と異なる立法をすることが憲法上可能である、②このように考えることができるから、仮に、違憲の法律への対処方法に複数の選択肢があったとしても、一定の救済を最高裁が命じても、必ずしも、立法裁量の侵害とはならない、③司法権と立法権との関係を考える場合も、最高裁の違憲判決の後の国会の対応の可能性をふまえて考察すべきである、との考えが示されている。

最高裁と国会や政治部門との関係をダイナミックに捉える場合、以下の点を指摘しうる。第1は、最高裁が国会との対話を促す手法として、(a)最高裁が違憲判決を出すこと、(b)最高裁が合憲判決を出す際、違憲性に対する疑い等を示し、国会に自主的な法改正を促すこと、(c)最高裁が違憲判決を出す際、違憲判決の政治的インパクトを和らげ、判決後国会が適切に対応するための余地を確保するため、違憲無効の効力を停止したり（違憲宣言判決等）、期限付きまたは条件付き将来効判決を出すこと、(d)最高裁は国会との対話の初期段階に、あえて合憲判決を出し、国会の自主的対応に期待すること、反対に、(e)最高裁は国会との対話の初期段階に、あえて違憲判決を出し、国会の迅速な対応を求めること、等がある。

第2に、対話理論の効果として、(ア)最高裁は、最高裁が過去にどのような判決を出し、国会がそれに対してどのように対応してきたのか、すなわち、最高裁と国会との対話の具体的内容を考慮して、憲法判断することも許される場合もあるが、上記Ⅷで指摘した点に留意する必要がある、(イ)最高裁は、国会に対して事後的な対応の余地を残しておけば、違憲判断を示しつつ、それに加えて、一定の立法的対応を国会に要請しても、憲法上許容される場合がある、(ウ)違憲の法律の対処の仕方に複数の選択肢がある場合であっても、最高裁が一定の救済を命じることも憲法上許容される場合がある、(エ)最高裁の判決内容が立法権の侵害となりうるのかの判断は、固定的に判断されるべきではなく、最高裁と国会との対話の一連の過程の中で相関的に判断されるべきである、等を指摘しうる。最後の(エ)

に関し補足すると、最高裁が一定内容の法律制定を国会に要請したり、または、一定の救済を命じることが常に立法権の侵害と考えるべきではなく、例えば、最高裁が国会との対話の初期段階において、国会の自主的対応に期待し、国会の対応について広汎な裁量を残したにも関わらず、国会が適切な対応を十分にとらない期間が経過し、黙過することのできない憲法違反の状態が発生した場合、最高裁は国会に対して一定の方向性を示して対応を求めることも憲法上許容される場合があると考えられる。つまり、一定内容の判決が常に立法権の侵害となると考えるのではなく、対話の過程の中に位置づけて評価することが可能なのである。

Ⅻ 対話の対象

対話的違憲審査理論は、憲法保障が最高裁と国会や政治部門との対話によって実現すると考える。そのため、かかる対話の対象は、人権問題に限定されず、憲法に関するすべての問題が、原則として、対話の対象となり、対話によって憲法保障を実現すべきことになる。そうであれば、憲法の統治規定に関する多くの分野が、現行制度の下、裁判所の違憲審査から免れていることは、法の支配の原理のみならず、対話理論からも、問題とされなければならない。この問題は、日本国憲法の下において、抽象的違憲審査制の制度がどの範囲で許されうるのかという問題と関連するが、ここでは問題点の指摘にとどめる。

第4部 対話的違憲審査理論が要請する諸制度

Ⅻ 裁判制度に求められるもの

1 対話を促進するための手法

最高裁は、今後、対話を促進するための手法を現状以上に採用することが求められる。かかる手法には、①立法目的ではなく立法手段を違憲とする判断方法、②立法手段を違憲とする場合、何がどのような理由で違憲となるのかについて説明し、可能な場合、違憲性を回避するための手段について何らかの指針を示す必要性、③憲法訴訟における人権の救済方法に関し、合憲補充解釈も含め、現状よりも多くの救済の手法を考案・採用する必要性、④違憲確認判決（違憲≠無効）や将来効判決等、違憲判決の効力

に関しても多様な手法を考案・採用する必要性等がある。いずれにしても、最高裁の憲法判断については、現状よりもより詳細な理由づけが求められる。この点、最高裁判決を理解するうえで有用な情報や説明等を調査官解説に語らせるのではなく、判決文で語るように、現状を修正する必要もある。

2 違憲審査における主張・立証責任

日本では、違憲審査における主張責任や立証責任について必ずしも十分な議論が行われているとはいえない。その理由の1つは、法律の合憲性は裁判所の職権事項であり、通常の民事裁判におけるような主張・立証責任は妥当しないと考えられているためと解される⁸⁰。しかし、対話的違憲審査理論は、憲法訴訟において、国が法律等の合憲性を主張・立証することを最高裁と国との対話の重要な要素と考え、そのような国の対応を強く要請する。したがって、違憲審査における国の主張・立証責任についても対話理論の観点から再検討が迫られる。

通説的な学説が唱えるアメリカ型の違憲審査基準論では、合理性の基準が適用される場合は法律の違憲性を主張する側がその主張・立証責任を負い、厳格な合理性の基準または厳格審査基準が適用される場合は、国が法律の合憲性の主張・立証責任を負うことになると考えられる。そこには、人権制約の認定と制約の正当性審査とを区別する視点はない。

しかし、日本国憲法の場合、一方で、人権保障が原則であり人権制約が例外であること、人権制約の合憲性を支える立法事実等は国会や政府がほぼ独占していること、他方、法律には合憲性の推定が働くことと解されていることを総合すれば、違憲審査を、少なくとも、①人権制約の有無の判断と、②人権制約の正当性の判断の2段階に分け、①の段階では人権制約を主張する当事者がその主張・立証責任を負い、②の段階では人権制約の正当性を主張する当事者および国が主張・立証責任を負うと考えるべきであろう⁸¹。

⁸⁰ 林屋礼二『憲法訴訟の手続理論』(信山社、1999年)149-162頁参照。

⁸¹ 佐々木雅寿「ヨーロッパ人権保護条約、カナダ人権憲章および日本国憲法における人権制約原理」石部雅亮他編『法の国際化への道』205頁(信山社、1994年)219頁。

この点、衆議院定数訴訟の最大判S51・4・14民集30・3・223の多数意見が採用した、①投票価値の不平等の程度、②合理的期間という違憲審査基準のうち、①は、投票価値の不平等が一般的に合理性を有するものとは考えられない程度に達しているときは、国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定され、「このような不平等を正当化すべき特段の理由が示されない限り」、憲法違反と判断するほかはないというものであり、実際、最大格差約5対1を「正当化すべき特段の理由をどこにも見出すことができない以上」、違憲状態になっていたと判断した。これは、不合理な投票価値の不平等を正当化すべき理由を国が示すべきことを示唆している。実際、最大判S58・11・7民集37・9・1243の中村裁判官の反対意見は、本件選挙当時、最大格差は1対3.94に達し、右は国会の裁量権の行使として容認しうる限度を大きく超えており、「かかる結果を正当化すべき事由についての主張立証のない本件においては」、上記格差は違憲状態になっていたと説示する。これは、「主張立証」という概念を用いて国の正当化事由の「主張立証」責任を示すものとして注目に値する。同様に、谷口裁判官の反対意見は、本件選挙当時の議員定数配分規定は、「これを正当化する特別の主張、立証のない本件においては」、違憲状態になっていたと述べるが、これも国の正当化事由の「特別の主張、立証」責任を示している。また、参議院の定数訴訟の最大判S58・4・27民集37・3・345の谷口裁判官の意見は、①逆転現象の場合、もはや投票価値の平等の原理が全く考慮されていない状態になっているといわざるをえないのであり、「このような場合についても、なお投票価値の著しい不平等の状態を生じさせる程度に達せず、国会の裁量権の許容限度を超えて違憲の問題を招くに至っていないといいうるためには、被上告人側において特段の主張立証を必要とする」、②「特に顕著な逆転関係」が生じている場合につき、「被上告人側において前記特段の主張立証のない本件においては、議員定数の配分について著しい不平等の状態を生じ、国会の裁量権の許容限度を超えていたもの、すなわち憲法違反の状態を生じていたものというべきである。」、③「本件参議院議員定数配分規定の是正問題は、原判示選挙当時未だ国会の裁量判断のための猶予期間内にあつたものと解され、裁判所が右規定を違憲と断ずることは相当」ではない、と述べる。上記①は、被上告人(大阪府選挙管理委員会)に「特段の主張立証」責任を課し、上記②では、上記の主張

立証責任が果たされない場合の効果として、違憲状態の判断を導く。さらに、参議院定数訴訟の最大判H18・10・4民集60・8・2696における滝井裁判官の反対意見は、「参議院においても2倍を超える較差が生じるような方法を選ぶことは本来的に正当性を持ち得ない」が、「もし、それを正当化する理由があるとすれば国会においてそれを国民に理解し得るように提示し、その司法審査が可能なようにすべきものである」と述べ、憲法の平等原則から離れる場合、国会にはそれを正当化する義務があり、その正当化根拠を国民に示し、裁判所はその正当化根拠について違憲審査すべきことを示している。これも、国の主張・立証責任を示唆している。

もっとも、法律の合憲性は裁判所の職権事項であるとの観念、および、違憲審査の機能には客観的な憲法秩序の維持も含まれるとの理解を前提にすれば、法律の合憲性を、主張・立証責任が果たされたかどうかという点のみで決めることは容認できないであろう⁸²。その意味で、日本における違憲審査の主張・立証責任の問題は、通常の民事裁判におけるそれとは異なる性質をもつことは否定できない。

しかし、ここで具体的事実に基づく付随的違憲審査の利点を想起する必要がある。具体的事実に基づく憲法判断に必要な要素は、少なくとも、争点の明確化、争点に対する十分な議論、必要な司法事実と立法事実等の資料の収集等であると解される⁸³。これらの要請をより確実に実現するためには、上記のように訴訟当事者等に主張・立証責任を課すことが必要かつ有効であると解される。

そこでいう主張・立証責任は、主に、憲法問題に関し自己の主張を展開するいわば争点形成・展開責任と、司法事実や立法事実を提出するいわば証拠提出責任であると考えられる。ただし、かかる主張・立証責任を果たさないことのみに基づいて法律の合憲性が決せられるわけではなく、結論は裁判所の判断に委ねられる。つまり、ここでの主張・立証責任は、裁判所の憲法判断を、より多くの具体的事実に基づき、十分な議論をふまえた、説得力のあるものにするための補助的責任または協力責任と解すること

⁸² 林屋・前掲注(80)155頁。

⁸³ 佐々木雅寿「勧告的意見の可能性」高見勝利他編『日本国憲法解釈の再検討』323頁（有斐閣、2004年）336頁参照。

ができよう⁸⁴。このように理解すれば、付随的違憲審査の利点を十分に発揮することができると考えられる。ただし、対話理論からすると、国の主張・立証責任は、人権制約が憲法上許される理由を国民に示す説明責任といった性質も備えていることにも注意を要する。

このように考えれば、ひとたび人権制約が認定されれば、当該法律等は、訴訟手続上、一応違憲性の推定を受けるため、いかなる厳格度の審査を行うにしても、裁判所は人権制約の正当性を支える立法事実等をふまえて判断すべきで、立法事実の存在を推定することは、原則として、許されないと解される。緩やかな審査が行われる場合でも、国は立法事実等を提出する義務を負い、裁判所は提出されまたは司法確知した立法事実等をふまえて憲法判断すべきことになる。違憲審査の緩やかさは、立法事実の存在を推定することにより実現すべきものではなく、立法事実が人権制約を正当化するかどうかの立法府の判断に対して敬讓を示すことによって実現すべきであると考えられる⁸⁵。

いずれにしても、憲法訴訟における国の主張・立証責任を明確にする判例法や法整備が要請される。

3 私人間の憲法訴訟に対する国の訴訟参加

私人間の訴訟で法律の合憲性が争われた場合、これまで国はそれに関与することはほとんどなかった。しかし、対話的違憲審査理論は、かかる私人間の憲法訴訟においても、最高裁と国との対話の必要性から、何らかの形で国の訴訟参加を要請する。

この点、「国の利害に係のある訴訟についての法務大臣の権限等に関する法律」の4条が、「法務大臣は、国の利害又は公共の福祉に重大な関係のある訴訟において、裁判所の許可を得て、裁判所に対し、自ら意見を

⁸⁴ 林屋・前掲注(80)155頁参照。このことはまた、当事者にとって不意打ちとなる裁判所の憲法判断を避けるという意味もあり、裁判を受ける権利の内容にも関連する。憲法判断に必要な立法事実等に関しては、両当事者からの意見等をふまえて裁判所が最終的に判断すべきものと考えられる。

⁸⁵ そもそも立法事実が存在しない場合は緩やかな審査を行っても合憲性を支持できないと解される。

述べ、又はその指定する所部の職員に意見を述べさせることができる。」と規定し、私人間の訴訟においても、国が意見を述べることが認められている。戸松教授は、憲法秩序の形成にかかわる憲法訴訟は、4条のいう「国の利害又は公共の福祉に重大な関係のある訴訟」にあたりと説明する⁸⁶。しかし、この制度は憲法訴訟においてあまり活用されていないようで、わずかに、森林法違憲判決（最大判S62・4・22民集41・3・408）の時に、国が最高裁判所に森林法186条を合憲とする意見書を提出している例がみられる程度である⁸⁷。

私人間の憲法訴訟において、当事者にとっては立法事実論の展開等につき困難な場合があることが予想されるから、国（法務大臣）が意見を述べることを認めるこの制度は、憲法訴訟にとって意義のあることであり、この制度の有効な活用が期待されている⁸⁸。しかし、この制度でも、国の訴訟への関与は権利ないし義務とされておらず、したがって、法律の合憲性が問題となった私人間の民事訴訟で、国が制度的に合憲性の審査に関与する機会が保障されているわけではない⁸⁹。

そこで、私人間の憲法訴訟において国が関与するための制度の構築が求められる。この点、アメリカでは、私人間の訴訟に対する国の関与が法律によって定められており、そして国の関与の正当化根拠は、国が憲法問題については当事者とみなされることにある。また、ドイツでは、憲法裁判所による集中型の違憲審査制がとられているために、一般に当事者対立型の訴訟構造にはなっていないが、連邦やラントの関係機関が意見を述べる制度が定められており、実際に連邦憲法裁判所の判決形成にあたって重要な寄与をしており、ドイツの違憲審査制の実際でも、さまざまな公的機関が意見陳述を行い、判決内容を高めていることが指摘されている⁹⁰。また、カナダには、憲法訴訟における連邦および州の法務総裁の訴訟参加制度が

ある⁹¹。

具体的な制度としては、戸松教授が、①憲法上の争点の適正な判断のために、国側に主張・立証の機会を与えることが必要であると考えられるときには、行政事件訴訟法23条、38条に定める行政庁の訴訟参加の趣旨の類推により、裁判所のイニシアティブにより担当行政庁に当該訴訟の係属を告知し、その行政庁が参加を欲する場合にはこれを許可して、その機会を与える、②この手続は、最高裁判所の規則制定権の行使により設ける、ことを提言する⁹²。

いずれにせよ、私人間の憲法訴訟において国が関与するための制度の構築が強く求められる。

4 憲法訴訟における関心を持つ私人の参加

憲法訴訟においてその憲法問題に関心を持つ私人が何らかの形で訴訟に参加することは、国民等を含めた対話を求める対話的違憲審査理論からも要請される。この点、アメリカにおける「裁判所の友（アミカス・キュリイ）」のような制度を設け、種々の法人や団体等が憲法訴訟に参加して意見を述べる機会を与えること⁹³、または、カナダにおける照会制度で利害関係を有する私人や団体が裁判所において自己の主張を提出する制度⁹⁴等が参考となろう。

5 統治規定に対する違憲審査の要請

現行制度では、付随的違憲審査の範囲をかなり狭く捉えているため、結果として、多くの統治規定に関する憲法問題は裁判所の違憲審査を免れている。しかし、統治規定も裁判所と国会との対話が強く求められる分野である。また、I 5(1)で示した法の支配の②国家行為の合憲性は最終的に最高裁が有権的に判断すべきである、③原則として、すべての国家行為は最高裁の違憲審査を免れてはならない、からすると、憲法の統治規定も最

⁸⁶ 戸松・前掲注(36)94頁。

⁸⁷ 戸松・前掲注(36)94頁。戸波江二「国の関与しない違憲判決？」『法学教室』166号59頁(1994年)59頁。

⁸⁸ 戸松・前掲注(36)94頁。

⁸⁹ 戸波・前掲注(87)59-60頁。

⁹⁰ 戸波・前掲注(87)61頁。

⁹¹ 佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』（有斐閣、1995年）24-27頁。

⁹² 戸松・前掲注(36)95頁。

⁹³ 戸松・前掲注(36)95頁、戸波・前掲注(87)64頁参照。

⁹⁴ 佐々木・前掲注(91)28-29頁参照。

高裁の違憲審査に服する必要がある。

そこで、法の支配と対話理論の要請として、統治規定に関する憲法問題を裁判所の違憲審査に服させる制度が要請される。その場合、現行の制度が前提とする、憲法上の司法権＝事件性の要件＝法律上の争訟といった関係を見直し、憲法上の司法権の範囲をある程度拡大し、抽象的違憲審査に一定程度類似した訴訟形態を模索する必要がある。ここでは、勧告的意見の制度⁹⁵が、対話の手段として有効に機能しうること、また、それは法の支配の要請と位置づけることができることを指摘するにとどめる。

また、この問題との関連で、統治行為論の再評価が必要となる。先にあげた法の支配の②国家行為の合憲性は最終的に最高裁が有権的に判断すべきである、③原則として、すべての国家行為は最高裁の違憲審査を免れてはならない、からすると、統治行為論を認めることができるかどうかは再検討が必要となる。また、仮に統治行為論を認めたとしても、対話的違憲審査理論からすると、最高裁が最終的判断を主権者たる国民に委ねた場合、国会がその立場を国民に説明し、国民がそれに対して明示的に意思表示をする機会が与えられなければならないとの要請が働くため、統治行為を認めた判決の後の政治プロセスも引き続き検討する必要がある。

XIV 国会や政治部門に求められるもの

対話的違憲審査の理論は、人権保障や憲法的価値の実現に関する国会や政治部門の役割も重視するため、国会や政治部門に対しても以下のような要請をする。

1 立法過程における憲法論議の活性化

立法過程における国会の憲法論議の活性化と法律の合憲性根拠の明確化は、憲法的対話にとって非常に重要である。ある法律を制定する際に憲法問題が取り上げられる場合、法案提出者はその合憲性根拠を示し、国会はどのような根拠に基づいて当該法律を制定させたのかについて、できるだけ明確にすることが求められる。その際、国会は、できる限りその時に利用可能な立法事実に関するデータを示しつつ、審議する必要がある。仮

⁹⁵ 佐々木・前掲注(83)参照。

に憲法問題に関する議論で合意が得られない場合でも、各議院の多数派は、どのような立法事実に基づき、どのような理由で当該法律の合憲性を承認したのかにつき、国民にできる限り明らかにしなければならない。これが、憲法に関する対話の始まりであり、国会による第一次的対応となる。特に、人権制約的な法律の制定においては、国会での人権制約に関する実質的憲法論議が不可欠となる。

この点、衆議院定数訴訟の最大判H19・6・13民集61・4・1617における藤田裁判官の意見は、「いわゆる『1人別枠方式』が、投票価値の平等を修正するだけの合理的な理由を持つものであるかについては、…それ自体重大な疑問が抱かれるにもかかわらず、このような疑問に対する具体的かつ十分な説明は、同制度の導入時にもまたそれ以後においても、衆議院ないし国会からなされてはいない」と指摘し、違憲の疑いに対し国会がその正当性を説明する責務があることを示唆する。また、衆議院定数訴訟の最大判H23・3・23民集65・2・755における田原裁判官の反対意見は、「国会が、その裁量権の行使に当たり、あえて『投票価値の平等に一定の限度で譲歩を求め』る場合には、積極的にその合理的理由を明示して国民の理解を得る義務が存するといえるところ、次に検討する1人別枠方式を含めて、国会は、従前から、投票価値の平等に譲歩を求めるに足る合理的理由を積極的に明示することはなかった。」と述べ、憲法の要請に反する立法措置をする場合、国会は国民に対し、積極的にその合理的理由を明示する責任があることを示している。さらに、参議院定数訴訟の最大判H18・10・4民集60・8・2696における滝井裁判官の反対意見は、「参議院においても2倍を超える較差が生じるような方法を選ぶことは本来的に正当性を持ち得ない」が、「もし、それを正当化する理由があるとすれば国会においてそれを国民に理解し得るように提示し、その司法審査が可能なようにすべきものである」と述べ、憲法の平等原則から離れる場合、国会にはそれを正当化する義務があり、その正当化根拠を国民に示し、違憲審査権を行使する裁判所はその正当化根拠について審査すべきことを示している。加えて、参議院定数訴訟の最大判H21・9・30民集63・7・1520の田原裁判官の反対意見は、本件選挙における投票価値の平等について、「本件選挙時点においては、各選挙区間における投票価値に著しい不平等が生じるに至っているが、その不平等が許容される合理的な理由が国会から国民に示され

たことは一度もない。そして、その著しい投票価値の不平等について、合理的に説明することができない以上、その不平等は、憲法14条の趣旨に反し、違憲状態にあるとの評価を受けざるを得ない」と指摘し、国会は投票価値の不平等が正当化できる根拠について国民に説明する義務を負うことを強調する。

現状の国会での審議を見ると、法律の合憲性の根拠となる立法事実等を明示的に示して法律の合憲性を十分に議論する傾向は決して十分とはいえない。

2 違憲審査における国の主張・立証責任

上記XIII 2で指摘したように、違憲審査において、国が問題となっている法律の合憲性を支持する議論を尽くすことは、当該法律の合憲性に関する最高裁と国との対話と位置づけることができる。そのため、違憲審査において、国が、国会や政府が保有する立法事実や審議録等を用いて、合憲性の根拠を主張・立証する責任等が導かれる。そのための法整備等が必要となる。

3 違憲判決後の法律制定・改正における憲法論議の活性化

対話的違憲審査の理論は、違憲判決後の国会での法律改正等の際にも憲法論議の活性化と改正法の合憲性根拠の明確化も要請する。国会は、最高裁に違憲とされた法律を改正等する際、立法目的の重要性や手段の有効性を示す立法事実等を示し、かつ、当該改正法案が合憲と考えられる根拠を示しつつ、審議を進める必要がある。これは国会による第2次の対応である。

XV 国民等に求められるもの

1 一般的要請

私人としての国民等は、国会や裁判所等における憲法論議を注視し、選挙、最高裁判所裁判官の国民審査、さらには世論形成等の場面で、裁判所や国会の憲法論の是非について自らの意見を表明することが望まれる。またそのために必要とされる諸制度の整備も要請される。

国民の意識と最高裁の姿勢との関係に関連するものとして、大沢教授は、

最近の最高裁が、全体として活発で「躍動」しているという印象を与えるものとなっている要因として、①司法制度改革を求める声の影響、②裁判員制度の影響、③憲法裁判所導入論の影響をあげる⁹⁶。①の要因は、国民等の憲法に関する意識が最高裁の憲法判断に影響を及ぼす可能性を示している。

実際、参議院定数訴訟に関する最大判H16・1・14民集58・1・56の深澤裁判官の追加反対意見は、「国民の投票価値の平等についての意識が高くなった」こと等を根拠に、最大格差1対2の厳しい基準を提示する。また、参議院定数訴訟に関する最大判H18・10・4民集60・8・2696の滝井裁判官の反対意見は、最大格差が5倍を超える状態が、「選挙価値の平等という憲法上の要請と調和すると考えることは国民の常識と合致するとは到底思えず、この較差は国民の平均的意識や法感情からみて既に許容限度を大きく超えているものといわざるを得ない」と述べ、国民の常識や法感情を援用する。さらに、衆議院定数訴訟に関する最大判H23・3・23民集65・2・755の竹内裁判官の補足意見は、「国民の投票価値の平等についての要求の高まり」を、重要な考慮要素とする。

このように、最高裁の補足意見や反対意見が、国民の憲法に関する意識を考慮要素の1つとして憲法判断をする場合がある。そうであれば、国民が最高裁や国会の動向を注視し、その声を憲法訴訟や政治過程に反映させることは、一定の効果があると解される。

そうであれば、裁判過程に国民の声を反映させる一定の手続、例えば、裁判所の友や利害関係者の訴訟参加等の制度を通じて、関心を持つ国民等が憲法訴訟に参加する方法も今後検討すべき課題となる。

2 憲法訴訟の当事者としての要請

上記VIで指摘したように、憲法訴訟の当事者としての国民等には、憲法訴訟における憲法的対話の重要な当事者としての役割に加えて、違憲判決を導き最高裁と国会や政治部門との憲法的対話のスイッチを入れる重要な役割もある。有意義な憲法的対話を実現するためには、憲法訴訟の当事

⁹⁶ 大沢秀介「司法積極主義とわが国の最高裁」大石真他編『各国憲法の差異と接点』287頁（成文堂・2010年）295-297頁。

者としての国民等には、弁護士等の援助を受け、より専門的な知識と考慮が求められる。加えて、最高裁による不必要な合憲判決を回避し、有意義な憲法的対話のスイッチを入れるためには、どのような憲法訴訟をどのような時期に提起すべきか、どのような憲法論を提起すべきか等につき、戦略的な視点もふまえて、より実践的な考慮も必要となる。

おわりに

本稿がその概要を粗描した対話的違憲審査理論は、日本国憲法の基本的枠組みに適合的な理論ではあるが、憲法的対話について考えられうる多様な理論の1つに過ぎない。

本稿の対話的違憲審査理論は、最高裁と国会や政治部門との関係を、時間の流れの中でダイナミックな相互作用として動態的に捉え、憲法保障は、最高裁の違憲審査という1つの点のみで実現するのではなく、最高裁と国会や政治部門との対話という一連の相互作用のプロセスの中で実現する考える。

対話的違憲審査理論の第1の効果は、司法・立法・行政という三権の適正なバランスの具体的内容は一連の対話過程の具体的内容に応じて相関的に変化しうるとの視点の提示である。同理論によれば、三権の関係もダイナミックに変化しうるものとして捉える必要がある。第2は違憲審査に対する効果であり、①最高裁が司法積極主義的に違憲審査権を行使することは憲法的対話を促進するため正当化されうる、②最高裁が司法消極主義から積極主義へ変化することも対話の具体的内容により正当化されうる、③最高裁による違憲判断の示し方、違憲判決の効力、人権の救済方法等が現在よりも多様化しうる、等が考えられる。第3に国会や政治部門に対する効果として、(a)人権保障や憲法保障は、最高裁のみの責務ではなく、国会や政治部門の責務でもあることの再認識、(b)そのことにより国会における憲法論議の活性化の可能性等があげられる。最後に社会に対しては、国民等も憲法問題を自覚的に考える機会が増えるという効果が考えられる。

日本国憲法は、憲法問題に関して最高裁と国会や政治部門との対話を要請している。そして、日本においても最高裁と国会、政治部門、地方公共

団体との対話が実際に行われている。その中には、本稿の理論的要請に適合的な対話もあれば、それに反するものもある。しかし、これまでの学説は、対話という現象の性格や意義等を必ずしも十分かつ的確に捉えてはいない。

今そこにある対話を、対話として正しく認識し、対話をより適切な方向へと導き、憲法保障をより適確に実現するためには、対話理論は不可欠であると解される。そして本稿は、そのためのファースト・ステップである。

※ 本研究はJSPS 科研費24530017の助成を受けたものである。