

「違憲の主観化」について

大石和彦

- 1 “From the Big Sleep to the Big Heat”
- 2 “The Big Heat” の背景
 - i) 参議院選挙区選出議員選挙定数配分規定をめぐる判例の動き
 - ii) 衆議院小選挙区選出議員選挙区割規定をめぐる判例の動き
- 3 検討
 - i) “subjektiv” の意味
 - ii) 行為規範化または脱「規範の規範」化の理由
- 4 「理論志向の衰退」の産物または人権救済の障害か？

1 “From the Big Sleep to the Big Heat”¹⁾

ドイツの連邦憲法裁判所が開発した特殊な判断類型の一つとして、判決主文では当該法令を違憲無効とはしないものの、「判決理由のなかで憲法上の重大な疑義があることを宣言し、立法府にその改廃を強く要請したりあるいは立法府が放置しておくに近い将来に違憲無効の事態を招くことが避けられない」²⁾とする、いわゆる「違憲警告（アピール）判決」と呼ばれる手法があることは、夙に日本でも知られている。それらドイツの警告判決の中には、法令が違憲無効だとの判断に到達するためのハードルとして、当該法令が憲法に抵触していること（法令が違憲無効だとの判断に到達するための唯一の要件として普通想定されてきたのはこれであろう。）という第1の要件のみならず、上記抵触状

1) Philip P. Frickey, *From the Big Sleep to the Big Heat : The Revival of Theory in Statutory Interpretation*, 77 MINN. L. REV. 241 (1992).

2) 野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣 1995）278頁。

態に至ったこと、あるいは上記抵触状態が未だ改善されないままであることを立法者の責めに帰すべきかどうか（立法者が違憲状態を認識可能であったか、既に立法者自身の手で違憲状態解消のための法改正を済ませておくことが期待可能であったか、など）という第2の要件を付加したと解さざるを得ないものが見られる。イプセン（Jörn Ipsen）がその著書³⁾の中で、この第2の新奇な要件を、第1の「客観的（objektiv）」要件との対比で「主観的（subjektiv）」要件と呼び、さらに複数の警告判決の間に共通して見られる上記（完全に違憲無効といえるための要件として第1のみならず第2の要件の充足をも要求する）傾向を「違憲の主観化（Subjektivierung des Verfassungsverstoßes）」と呼んだのは1980年のことである。

ドイツにおける上記の状況は、日本でも永田秀樹が1981年の論文⁴⁾で紹介している。その際、永田は上記第1要件に相当するものを「客観的な憲法上の瑕疵」、第2要件に相当するものを「立法者の主観的態度」と呼び、後者をも問題とする点に警告判決の特徴を見出した。さらに、日本の投票価値較差是正訴訟⁵⁾における「合理的期間」論の中に、ドイツでイプセンが指摘した上記傾向と共通の特徴を見出し、イプセンの上記用語に「主観的（な）要素」、「違憲の主観化」といった訳を当てた安念潤司の論文⁶⁾が公開されたのが1988年のことである。

内外に、少なくともある程度共通して見られる上記傾向は、もちろん研究対

3) JÖRN IPSEN, RECHTSFOLGEN DER VERFASSUNGSWIDRIGKEIT VON NORM UND EINZELAKT, 138ff (1980).

4) 永田秀樹「西ドイツにおける法律の憲法判断の方法」大分大学経済論集33巻3号(1981)1頁[23頁]。

5) 当時衆議院議員選挙においては「中選挙区制」と通称されてきた一種の大選挙区制が採用されていたため、較差是正のための法改正が、一方の選挙区の定数を「1増」、もう一方の選挙区のそれを「1減」するなど、各選挙区の定数を変更する形で行われていた関係で、「定数不均衡訴訟」とか「定数は正訴訟」、あるいは単に「(議員)定数訴訟」などと呼ばれていた。

6) 安念潤司「いわゆる定数訴訟について(三)・(四)」成蹊法学26巻(1988)39頁・27巻(1988)131頁。

象として重要であろうし、興味深いものでもある（他ならぬ本稿筆者も本気でそう思っているからこそ本稿を書いている。）。だが、上記のイブセンの著書や日本の論文が発表された80年代から、さらには90年代にかけての日本において、上記傾向を表すための「主観」という用語は、ドイツの憲法裁判（特に警告判決）をめぐる堅実な研究⁷⁾の中にたまたま現れることはあっても、少なくとも現在と同程度に広く行き渡っていたとはいえないように思われる。ところが今世紀に入ってしばらくすると、この、もともとドイツ由来のジャーゴンまたはそれと同旨で「主観」という語を用いる例は、研究論文ばかりか、学生向けの読み物、テキスト類においてまで登場するほどメジャー化している（数的にはむしろ「爆発」と表現すべきか。⁸⁾）。

7) 「違憲の主観化」に言及する90年代の日本の業績としては、宮地基「西ドイツ連邦憲法裁判所による規範統制判決の展開と機能」神戸法学雑誌39巻4号（1990）939頁〔特に1014頁以下および1024頁以下〕、岡田俊幸「立法者の予測に対する裁判的統制」法学政治学論究14号（1992）67頁〔68頁〕がある。

8) 時間的制約の中、管見に属する範囲で「違憲の主観化」または同旨の事象を「主観」（またはそれとの対比で「客観」という語を用いて表記しているもの）に限り以下に機械的にあげた（従って、それらの言葉を用いていなくても実質的に同旨事象を扱う論稿を含めれば、数はもっと増えるであろう。）。不尽、誤解等については予めご寛恕を請う次第である。

投票価値較差をめぐる近時の最高裁判例の動きを検討する中、「違憲の主観化」に言及するものとして、毛利透（判評）民商142巻4・5号（2010）58頁〔69頁以下〕、宍戸常寿「一票の較差をめぐる『違憲審査のゲーム』」論ジュリ1号（2012）41頁〔46頁以下〕、櫻井智章「参議院『一票の較差』『違憲状態』判決について」甲南法学53巻4号（2013）61頁〔74頁以下〕、上田健介（判評）新・判例解説Watch12号（2013）35頁〔38頁〕、新井誠「参議院議員選挙区選挙の『一票の較差』判決に関する一考察」法学研究87巻2号（2014）133頁〔140頁〕、田原睦夫（編著）『裁判・立法・実務』（有斐閣2014）〔109頁以下ではインタビューの大貫裕之が「国会の主観的な対応」という語を用いている他、117頁でも「違憲の主観化」について言及されている。〕、篠原永明（判評）法学論叢175巻5号（2014）109頁〔125頁〕、棟居快行「選挙無効訴訟と国会の裁量」レファレンス2014年11月号5頁〔23頁以下〕、同「参議院議員定数配分をめぐる近時の最高裁判例」レファレンス2015年7月号1頁〔20頁〕、渡辺正（判評）六甲台論集法学政治学篇62巻2号（2016）131頁〔137頁〕、只野雅人「選挙権と投票価値の平等—権利・制度・統治機構—」憲法問題27号（2016）29頁、山本真敬「立法裁量の『判断過程統制』論、その後」早法92巻2号（2017）133頁〔147

2 “The Big Heat” の背景

i) 参議院選挙区選出議員選挙定数配分規定をめぐる判例の動き

もちろん、上記のような日本におけるメジャー化の背景には、相応の理由があるように思われる。第1の、そしておそらく最も主要な理由としては、平成13年7月29日に行われた参議院選挙区選出議員選挙の選挙区割・定数配分規

(前頁からつづき)

頁以下、浅野博宣「合理的期間論の可能性」門田孝・井上典之（編）『憲法理論とその展開—浦部法穂先生古稀記念』（信山社 2017）155頁 [170頁以下]、渡辺康行「最高裁判所判事としての藤田宙靖」阪口正二郎・他（編）『憲法の思想と発展—浦田一郎先生古稀記念』（信山社 2017）783頁 [797頁]、半血兄弟姉妹の相続分を全血兄弟姉妹の2分の1とする民法900条4号但書の合憲性につき検討する中で「違憲の主観化」に言及する例として新井誠・矢津久純「半血兄弟姉妹の相続分を全血兄弟姉妹の2分の1とする民法900条4号但書規定についての一試論」広島法科大学院論集第13号（2017）101頁 [124頁]、近時の日本の投票価値較差是正訴訟を対象を限定せず、（ドイツの判例・学説の検討を含め）より理論面に関する検討に重心をおくものとして、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂 2005）266頁、大石和彦「立法不作為に対する司法審査」白鷗法学14巻1号（通巻29号）（2007）171頁 [191頁]、堀内健志「最近の憲法学の動向と問題点（二・完）—伝統的公法学研究者からの弁明」人文社会論叢社会科学篇（弘前大学）23号（2010）197頁 [201頁]、櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学51巻4号（2011）145頁 [158頁]、岩切大地「立法行為に対する国賠法を通じた司法審査：裁判所と立法者との関係」立法法学論集45巻1号（2011）31頁 [49頁]、山本龍彦「立法過程の脱『聖域』化—主観的憲法判断瑕疵への注目」法セミ・通巻685号（2012）66頁、藤井樹也「立法者の努力を評価する司法判断」戸松秀典・野坂泰司（編）『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣 2012）406頁以下、入井凡乃「立法者の予測と事後的な正義義務」法学政治学論究96号（2013）343頁 [360頁]、同「事後的な正義義務と新規律義務」法学政治学論究101号（2014）103頁 [125頁注27]、宍戸常寿「立法の『質』と議会による将来予測」西原博史（編）『立法学のプロンティア2立法システムの再構築』（ナカニシヤ出版 2014年）60頁 [69頁以下]、大沢秀介「立法の質と裁判所の役割」川崎政司・大沢秀介（編）『現代統治構造の動態と展望—法形成をめぐる政治と法』（尚学社 2016）388頁 [418頁]、山本真敬「立法裁量の『判断過程統制』の観念について」下関市立大学論集61巻3号（2018）83頁 [97頁以下]、学生向けテキストとしては笹田榮司（編）『Law Practice 憲法（第2版）』（商事法務 2014）29頁 [大石和彦]、木下昌彦（編集代表）『精読憲法判例一人権編』（弘文堂 2018）572頁 [西貝小名都]は「客観的な違憲性」と「主観的な違法（違憲）性」につき対比的に説明する。

定（公職選挙法別表第3）の合憲性（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は5.06倍）に関する最大判平成16年1月14日（民集58巻1号56頁）に付された「補足意見2」（亀山継夫裁判官・横尾和子裁判官・藤田宙靖裁判官・甲斐中辰夫裁判官）に端を発する、いわゆる「立法者の努力を評価する司法判断」⁹⁾を指摘しなければならないであろう。同意見は、「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の疑いが強い」との見解を示しつつ、上記第2要件に相当すると思しき以下を述べた。

「都道府県単位の選挙区制を前提とした現行制度の下で、全体としての定数が減少すれば、最大較差の是正の余地はそれだけ窮屈なものとなること等にかんがみるならば、今回の改正作業にそれなりの合理性が認められることを否定することはできない。その意味において、私たちは、今回の改正の結果をもって違憲と判断することには、なお、躊躇を感じざるを得ない」

ドイツでは、連邦憲法裁判所の発足間もないころから、占領法規の合憲性をめぐる複数の警告判決において、上記第2要件、すなわちそれらを「暫定的なものとして改廃する努力を立法者が誠実に行ったか、あるいは行いつつあるかどうかという……立法者の主観的態度が合憲・違憲判断の尺度とされている」¹⁰⁾（傍点本稿筆者）ことについて、上掲永田論文（1981年）が既に紹介していたし、また投票価値較差は正訴訟における「合理的期間」論の中で、文字通りの「期間」の経過ばかりでなく、違憲状態に達したことを国会が認識可能であったかどうか、国会が較差是正のための法改正を既に済ませておくことが期待可能であったかどうか、国会等関係機関による是正に向けた努力の有無

9) 藤井前掲（注8）。

10) 永田前掲（注4）23頁。

といった要因が問われてきたことが、上掲安念論文（1988年）において既に指摘されていたことも確かである¹¹⁾。だが、参議院選挙区（旧「地方区」）選出議員選挙の定数配分については較差6倍未満であれば最高裁が違憲状態宣告することはあるまいと思われていた当時の日本で、平成16年判決（最大較差5.06倍）において「補足意見2」がもたらした変化の画期性は、それが結論的には合憲判断だという点を差し引いても十分あまりあるものであったし、さらにはその後の判決で、「立法者の努力を評価する司法判断」が多数意見の中へと組み込まれていった点も注目される。すなわち平成16年7月11日参院選挙（最大較差5.13倍）につき最大判平成18年10月4日（民集60巻8号2696頁）が示した合憲判断理由は以下の通りである。

「①平成16年大法廷判決は、本件改正によっても前記のような較差が残り、また、前回 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最大較差が1対5.06となっていたという状況の下で、結論として本件定数配分規定は違憲とはいえない旨の判断をしたところ、本件選挙当時において生じていた上記の最大較差は1対5.13であって、前回選挙当時のそれと大きく異なるものではなかった。そして、前記のとおり、②平成16年大法廷判決の言渡しから本件選挙までの期間は約6か月にすぎず、選挙区間の選挙人の投票価値の不平等を是正する措置を講ずるための期間として必ずしも十分なものではなかったところ、その間、参議院では、平成16年大法廷判決の言渡しの直後である平成16年2月6日に各会派代表者懇談会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たというのである。さらに、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

11) 安念前掲（注6）。さらに『憲法判例百選Ⅱ〔第四版〕』（2000）329頁〔安念潤司〕。

会の下に選挙制度に係る専門委員会を設け、同委員会において、平成17年2月から同年10月まで9回の会合が開かれ、各種の是正案が具体的に検討され、その中で有力な意見であったとされるいわゆる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日に成立した(同月7日公布。平成18年法律第52号)。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に縮小することは当裁判所に顕著である。」(下線およびその番号は本稿筆者)

上掲下線部①は、法改正の必要性が高まったとの認識を国会が持つことが不可能であったと、また②は「平成16年大法廷判決の言渡しから本件選挙までの期間」に法改正を行うことが現実には期待不可能であったといたいのであろう。また②の後の部分では、選挙後も含め各種会議で法改正に向けた検討を行い、しかも較差を4.84倍に縮小するという結果を出してもいたこと、以上ひっくるめていえば上記第2要件にかかわる諸々の「主観的」要因が勘案された結果、合憲と結論づけられている。同様の「主観化」傾向は、平成19年7月29日実施の参院選挙(最大較差4.86倍)をめぐる最大判平成21年9月30日(民集63巻7号1520頁)の以下部分にも見られる。

「参議院では、……平成16年大法廷判決〔本稿筆者注：「補足意見2」と思われる。〕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。本件改正は、こうした認識の下に行われたものであり、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に縮小することとなった。また、本件選挙は、本件改正の約1年2か月後に本件定数配分規定の下で施行された初めての参議院議員通常選挙であり、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であったところ、この較差は、

本件改正前の参議院議員定数配分規定の下で施行された前回選挙当時の上記最大較差1対5.13に比べて縮小したものとなっていた。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。そして、現行の選挙制度の仕組みを大きく変更するには、後に述べるように相応の時間を要することは否定できないところであって、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といわざるを得ない。」

その後の平成22年7月11日実施の参院選挙区選出議員選挙をめぐる最大判平成24年10月17日（民集66巻10号3357頁）は、同選挙当時の投票価値の較差（最大較差5.00倍）が違憲状態に至っていたと判断したことに加え、都道府県をそのまま各選挙区とするという、参院選挙区選出議員選挙においてそれまで採られてきた基本方式をしかるべき形で改めるなどの抜本改正の必要性を警告した点でも注目されたが、以下引用の通り、同判決においても「違憲の主観化」傾向が明らかに表れている。

「……人口の都市部への集中による都道府県間の人口較差の拡大が続き、総定数を増やす方法を採用することにも制約がある中で、このような都道府県を各選挙区の単位とする仕組みを維持しながら投票価値の平等の実現を図るという要求に応じていくことは、もはや著しく困難な状況に至っているものというべきである。このことは、……平成17年10月の専門委員会の報告書において指摘されていたところであり、前回の平成19年選挙についても、投票価値の大きな不平等がある状態であって、選挙制度の仕組み自体の見直しが必要であることは、平成21年大法廷判決において特に指摘されていたところである。それにもかかわらず、平成18年改正後は上記状態の解消に向けた法改正は行われることなく、本件選挙に至ったものである。これらの事情を総合考慮すると、本件選挙が平成18年改正による4増4減の措置後に実

施された2回目の通常選挙であることを勘案しても、本件選挙当時、前記の較差が示す選挙区間における投票価値の不均衡は、投票価値の平等の重要性に照らしてもはや看過し得ない程度に達しており、これを正当化すべき特別の理由も見いだせない以上、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていたというほかはない。

もっとも、当裁判所が平成21年大法廷判決においてこうした参議院議員の選挙制度の構造的問題及びその仕組み自体の見直しの必要性を指摘したのは本件選挙の約9か月前のことであり、その判示の中でも言及されているように、選挙制度の仕組み自体の見直しについては、参議院の在り方をも踏まえた高度に政治的な判断が求められるなど、事柄の性質上課題も多いため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こと、参議院において、同判決の趣旨を踏まえ、参議院改革協議会の下に設置された専門委員会における協議がされるなど、選挙制度の仕組み自体の見直しを含む制度改革に向けての検討が行われていたこと（なお、本件選挙後に国会に提出された……公職選挙法の一部を改正する法律案は、単に4選挙区で定数を4増4減するものにとどまるが、その附則には選挙制度の抜本的な見直しについて引き続き検討を行う旨の規定が置かれている。）などを考慮すると、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るものとはいえず、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたということとはできない。」

投票価値較差是正訴訟における最高裁の従前の判断枠組につき、違憲状態に達しているかどうかの判断の後、違憲状態に達しているとすれば、それが（衆院旧中選挙区制および現小選挙区選出議員選挙をめぐる判例用語でいうところの）「合理的期間」を超えて放置されているといえるかどうかという2段階の判断で選挙区割（および定数配分）規定の合憲性を判断してきたと見る一般的な理解からすると、上掲の連続する2つの段落のうち、1つ目の段落が前者、2つ目の段落が後者に相当すると思われる（2つ目の段落中に「相応の時間」と

いう語が見られる。)が、ここでは第2段落のみならず第1段落における違憲状態の判断に際しても、国会が問題を認識可能であったか、是正に向けた作業が可能とするための十分な時間があったかどうか、といった「主観的」事情が実質的には考慮されている。つまり従来「合理的期間」論に見られた「主観化」傾向が、その前段階の違憲状態かどうかの判断にまで及んでいるように見える¹²⁾。

ii) 衆議院小選挙区選出議員選挙区割規定をめぐる判例の動き

一方、衆院小選挙区選出議員選挙の選挙区割規定（公選法別表第1）の合憲性をめぐる近時の判例においても相変わらず、「主観的」要素は「合理的期間」論の中に健在である。すなわち、平成21年8月30日総選挙当時の衆議院議員選挙区画定審議会設置法3条が採用していた「1人別枠方式」およびそれに基づく選挙区割規定（最大較差2.304倍）が違憲状態に達していると断じたことで大いに注目された最大判平成23年3月23日（民集65巻2号755頁）ではあったが、以下の通り「合理的期間内には是正がされなかったものということとはできない」として、同方式を採用していた当時の区割規定を最終的に違憲と判断することは見送られた。

「……平成19年6月13日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、……いずれも憲法の投票価値の平等の要求に反する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

12) 平成25年7月21日実施の参院選挙区選出議員選挙（最大較差4.77倍）に関する最大判平成26年11月26日（民集68巻9号1363頁）における、違憲状態だが定数配分規定が憲法に違反するに至っていたということとはできないとの判断、および4県2合区を含む10増10減の改正後行われた平成28年7月10日の参院選挙区選出議員選挙（最大較差3.08倍）に関する最大判平成29年9月27日（民集71巻7号1139頁）における違憲状態とはいえないとの判断にも同様の傾向が見られる。

かったことをもって、憲法上要求される合理的期間内には是正がされなかったものということとはできない。」

直近の合憲判断を理由に、違憲状態に至ったものと国会が認識してから当該判決までに、是正のための十分な時間（つまりは是正の期待可能性）がなかったとの説示である。

さらに平成24年12月16日施行の衆議院諸選挙区選出議員選挙（最大較差2.425倍）をめぐり最大判平成25年11月20日（民集67巻8号1503頁）は、従前の判例の判断枠組につき、「衆議院議員の選挙における投票価値の較差の問題について、当裁判所大法廷は、これまで、①定数配分又は選挙区割り前記のような諸事情を総合的に考慮した上で投票価値の較差において憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っているか否か、②上記の状態に至っている場合に、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して定数配分規定又は区割規定が憲法の規定に違反するに至っているか否か、③当該規定が憲法の規定に違反するに至っている場合に、選挙を無効とすることなく選挙の違法を宣言するにとどめるか否かといった判断の枠組に従って審査を行ってきた。」と整理した上（それらのうち①が違憲状態に至っていたかどうかの判断、②がいわゆる「合理的期間」論、③が事情判決の法理に相当することは一見して明らかである。）、特に②につき以下のように述べていることが、本稿の観点からは注目される。

「上記②の段階において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いえるか否かを判断するに当たっては、単に期間の長短のみならず、是正のために採るべき措置の内容、そのために検討を要する事項、実際に必要となる手続や作業等の諸般の事情を総合考慮して、国会における是正の実現に向けた取組が司法の判断の趣旨を踏まえた立法裁量権の行使として相当なものであったといえるか否かという観点から評価すべきものと解される。」

平成25年判決が以上の判断枠組を当該事案にあてはめていうところは以下の通りである。

- ① 「本件旧区割基準中の1人別枠方式に係る部分及び同方式を含む同区割基準に基づいて定められた選挙区割りについては、前掲最高裁平成19年6月13日大法廷判決までは憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っていないとする当審の判断が続けられており、これらが憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っているとすると当裁判所大法廷の判断が示されたのは、平成23年3月23日であり、国会においてこれらが上記の状態にあると認識し得たのはこの時点からであったというべきである。」
- ② 「これらの憲法の投票価値の平等の要求に反する状態を解消するためには、旧区画審設置法3条2項の定める1人別枠方式を廃止し、同条1項の趣旨に沿って平成22年国勢調査の結果を基に各都道府県への選挙区の数すなわち議員の定数の配分を見直し、それを前提として多数の選挙区の区割りを改定することが求められていたところである。その一連の過程を実現していくことは、多くの議員の身分にも直接関わる事柄であり、平成6年の公職選挙法の改正の際に人口の少ない県における定数の急激かつ大幅な減少への配慮等の視点から設けられた1人別枠方式によりそれらの県に割り当てられた定数を削減した上でその再配分を行うもので、制度の仕組みの見直しに準ずる作業を要するものということができ、立法の経緯等にも鑑み、国会における合意の形成が容易な事柄ではないといわざるを得ない。また、このような定数配分の見直しの際に、議員の定数の削減や選挙制度の抜本的改革といった基本的な政策課題が併せて議論の対象とされたことも、この問題の解決に向けての議論を取れんさせることを困難にする要因となったことも否定し難い。そうした中で、平成22年国勢調査の結果に基づく区画審による選挙区割りの改定案の勧告の期限を経過した後、まず憲法の投票価値の平等の要求に反する状態の是正が最も優先されるべき課題であるとの認識の下に法改正の作業が進められ、1人別枠方式を定

めた旧区画審設置法3条2項の規定の削除と選挙区間の人口較差を2倍未満に抑えるための前記0増5減による定数配分の見直しが行われたものといえる。

このような上記0増5減による定数配分の見直しの内容を現に実施し得るものとするためには、1人別枠方式の廃止及び定数配分と区割り改定の枠組みを定める法改正の後、新たな区割基準に従い区画審が選挙区割りの改定案の勧告を行い、これに基づいて新たな選挙区割りを定める法改正を行うという二段階の法改正を含む作業を経る必要があったところ、前者の改正を内容とする平成24年改正法が成立した時点で衆議院が解散されたため、平成23年大法廷判決の言渡しから約1年9か月後に施行された本件選挙は従前の定数と選挙区割りの下において施行せざるを得なかったことは前記のとおりであるが、本件選挙前に成立した平成24年改正法の定めた枠組みに基づき、本来の任期満了時まで、区画審の改定案の勧告を経て平成25年改正法が成立し、定数配分の上記0増5減の措置が行われ、平成22年国勢調査の結果に基づく選挙区間の人口較差を2倍未満に抑える選挙区割りの改定が実現されたところである。このように、平成21年選挙に関する平成23年大法廷判決を受けて、立法府における是正のための取組が行われ、本件選挙前の時点において是正の実現に向けた一定の前進と評価し得る法改正が成立に至っていたものといえることができる。

もとより、上記0増5減の措置における定数削減の対象とされた県以外の都道府県については、本件旧区割基準に基づいて配分された定数がそのまま維持されており、平成22年国勢調査の結果を基に1人別枠方式の廃止後の本件新区割基準に基づく定数の再配分が行われているわけではなく、全体として新区画審設置法3条の趣旨に沿った選挙制度の整備が十分に実現されているとはいえ、そのため、今後の人口変動により再び較差が2倍以上の選挙区が出現し増加する蓋然性が高いと想定されるなど、1人別枠方式の構造的な問題が最終的に解決されているとはいえない。しかしながら、この問題への対応や合意の形成に前述の様々な困難が伴うことを踏

まえ、新区画審設置法3条の趣旨に沿った選挙制度の整備については、今回のような漸次的な見直しを重ねることによってこれを実現していくことも、国会の裁量に係る現実的な選択として許容されているところと解される。また、今後の国勢調査の結果に従って同条に基づく各都道府県への定数の再配分とこれを踏まえた選挙区割りの改定を行うべき時期が到来することも避けられないところである。」

- ③ 「以上に鑑みると、本件選挙自体は、衆議院解散に伴い前回の平成21年選挙と同様の選挙区割りの下で行われ、平成21年選挙より最大較差も拡大していたところではあるが、本件選挙までに、1人別枠方式を定めた旧区画審設置法3条2項の規定が削除され、かつ、全国の選挙区間の人口較差を2倍未満に収めることを可能とする定数配分と区割り改定の枠組みが定められており、……前記のような考慮すべき諸事情に照らすと、国会における是正の実現に向けた取組が平成23年大法廷判決の趣旨を踏まえた立法裁量権の行使として相当なものでなかったということはできず、本件において憲法上要求される合理的期間を徒過したものと断ずることはできない。」

①では国会における違憲状態の認識可能性、②では是正作業の難度（是正の期待可能性）および是正に向けたこれまでの努力とその成果（「本件選挙までに、1人別枠方式を定めた旧区画審設置法3条2項の規定が削除され、かつ、全国の選挙区間の人口較差を2倍未満に収めることを可能とする定数配分と区割り改定の枠組みが定められて」いたこと）、③では「合理的期間を徒過したものと断ずることはできない」との結論が述べられている。

上掲安念論文（1988年）は、「合理的期間論から一切の主観的な要素を排除して、客観化を徹底することもできないではない。しかしそのためには、おそらく合理的とされる期間を一律に一例えば、改正法の制定から五年というように一定める必要がある」¹³⁾と述べていたが、むしろ近時の最高裁は、「合理的期間内における是正がされなかったといえるか否かを判断するに当たっては、単

に期間の長短のみならず、是正のために採るべき措置の内容、そのために検討を要する事項、実際に必要となる手続や作業等の諸般の事情を総合考慮し」た評価を行うべきとする、安念のいう合理的期間論の「客観化」とは正反対の「主観化」傾向を、一般的判断枠組（それは、判例変更されない限り、当該事件を越えて、後の事案¹⁴⁾においても繰り返し確認されることになる。）の中で明示したわけである。

3 検討

i) “subjektiv” の意味

ところで、本稿における肝心のキーワード、「主観 (subjektiv)」という言葉の意味につき、現段階の本稿筆者の可能な範囲で、以下考えてみたい。

上述のようにイプセンが、憲法と当該法令との間の抵触問題をめぐる立法者への帰責可能性という（いくつかの警告判決が前提にしていると考えられる、新奇な第2の）要件を「主観的」と形容したのは、憲法と当該法令との間の抵触という（法令をめぐる違憲無効判断に到達するため普通想定されてきた唯一の）要件を「客観的 (objektiv)」と形容して対比する文脈においてであった。このイプセンの用語には、刑法学における「主観的違法要素」と「客観的違法要素」という用語を彷彿とさせるものがあることは確かだ。刑法学でいう主観的違法（より正確には構成要件）要素の例としては、偽証罪（刑法169条）成立のためには記憶に反することを知りつつ虚偽を述べるという証人の内心的経過が、強制わいせつ罪（同176条）成立のために性的欲望という内心的傾向が、さらに通貨偽造罪（同148条）成立のため「行使の目的」が要件とされること

13) 安念・前掲（注6）成蹊法学26巻66号。

14) 平成25年判決が「合理的期間」論につき述べた上記判断枠組を用いた後の最高裁判例として、平成26年12月14日施行の衆議院小選挙区選出議員選挙（最大較差2.129倍）当時違憲状態であったが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とした最大判平成27年11月25日（民集69巻7号2035頁）。さらに同判断枠組は、参議院選挙区選出議員選挙をめぐる事案である最大判平成26年11月26日（前掲注12）にも用いられている。

などがあげられてきた。さらに、特に目的的行為論に立つ論者¹⁵⁾からは、従前は責任（有責性）の要素とされてきた故意もまた、（上記の各論的個別事例が「特殊的主観的違法要素」であるのに対し）「一般的主観的違法要素」として位置付けるべきものと主張された。いずれにせよ、刑法学上いわれる「主観的違法要素」における「主観的」とは、内面的（内心的）、逆に「客観的違法要素」における「客観的」とは、外面的という意味と理解しておいて、とりあえずは差し支えなさそうである。では、法令をめぐる違憲無効判断に到達するための「客観的」／「主観的」要件という用語も、刑法学にいう「客観的」／「主観的」違法要素という用語と同様、外部的／内心的、という意味だと考えて、果たして良いのだろうか。

イプセンがその著書の中、「明白説と違憲の主観化」という題が付された節¹⁶⁾の中で、「主観化傾向」を示す警告判決の具体例として取り上げているのは以下のA～Cの3件である。同じ節で「客観的（objektiv）」という言葉を用いているのは3箇所（うち最初の2箇所は以下A事件、最後の1箇所はC事件に言及する中で）だが、そのうち2箇所目で、違憲無効判断のための「客観的要件（objektiven Tatbestandssite）」の意味するところが、憲法判断対象たる「規範（Norm）」（日本語で「法令違憲」というときの「法令」と憲法との間の抵触の意であるということが明示されており、残りの2箇所も文脈上、同旨で用いられているものと解される。一方、同じ節で“subjektiv”またはその派生語（Subjektivierung；subjektivierend）が用いられているのは、節の表題中の「主観化」を除き、本文中次の①～⑤の箇所である。

A：BVerfGE 16, 130（1963）¹⁷⁾

申立人主張は、1961年連邦議会議員選挙の際の選挙区割（連邦選挙法別表）が基本法38条1項が定める平等原則に違反するというもの。これ

15) 例えば木村龜二／阿部純二（増補）『刑法総論〔増補版〕』（有斐閣1978）202頁以下。

16) Ipsen, anm.3, 138ff.

に対し連邦憲法裁判所は、現段階（1963年言渡し当時）では区割が違憲であることは明白であるから、立法者は現下の立法期間中にこれを是正する義務を負うものの、1961年選挙当時、今日こうなることを十分確実に予測することは不可能であったから、選挙の時点で既に無効であると判断するに足る程度にまでその違憲性が明白であったとはいえないと結論づけた。

イプセンはこのうち特に「明白 (Evidenz)」という用語に着目し（この節の上記表題は「明白」という用語で表された連邦憲法裁判所のこのような考え方を念頭に置くと思われる。）、同用語を通じ連邦憲法裁判所は、区割規定が選挙当時既に違憲無効であるといえるための要件として「客観的」なそれと並び、①当該法令が違憲であることが立法者にとって明白に認識可能であったことを第2の「主観的」要件としていると解さざるを得ない旨コメント¹⁸⁾。

B : BVerfGE 21, 12 (1966)¹⁹⁾

当時の取引高税法の下、担税業者間の担税格差は基本法の下で許されざる不平等に当たる旨申立人が主張した憲法異議。かつて同法は担税業者間の負担の格差解消のための具体的調整措置の定立権限を連邦政府の定める行政立法に委任していたが、同法の委任規定は1958年、連邦憲法裁判所²⁰⁾によって基本法80条1項に違反するとの理由で無効とされていたため、その後調整措置は立法者自身が行わざるを得なくなっていたが、格差調整のための法改正が完遂されないまま判決の日をむかえた。連邦

17) 本件の邦語紹介として、宮地・前掲（注8）993頁以下、『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社2003）481頁 [加藤一彦]。本件とは別の後の同種事件の紹介として永田・前掲（注4）26頁、安念・前掲（注6）成蹊法学27号135頁以下、野中・前掲（注2）281頁以下。

18) Ipsen, anm.3, 138.

19) 邦語紹介として安念・前掲（注6）成蹊法学27巻151頁以下、野中・前掲書（注2）284頁。

20) BVerfGE 7, 282.

憲法裁判所によれば、当時の担税上の格差は違憲であるものの、同法改正には専門的知見に照らした熟慮のための十分な時間が必要であり、また拙速な改正は経済に重大なダメージを与える可能性があること等に鑑みれば、1958年から今日（1966年）までの期間は十分とはいえないとして、法を無効とすること自体は回避されたが、早期の改正を行うよう警告。

イプセンは上掲判決を②「非難可能な立法者の行態 (vorwerfbares Verhalten des Gesetzgebers)」の存在を、違憲無効判断のための第2の要件としているという意味で「主観化傾向 (subjektivierende Tendenz)」が見られる例として引用した上で、同判決は、③法令の違憲を立法者の責に帰すことができる可能性という主観的要件を前提としていると考えられる旨指摘²¹⁾。

C：BVerfGE 34, 9 (1972)

連邦法律と州（ラント）法律の間の競合的所管事項に関し、基本法に74a条が追加挿入された（1792年3月20日公布）。ところが同日公布された、公務員の給与等に関する連邦法律は、74a条所定の立法手続を経ることなく制定されていた。これにつき連邦憲法裁判所は、法律を無効とするためには、立法手続上の瑕疵が明白でなければならない、本件法律の制定手続上の瑕疵は本件判決を機に専ら将来に向けて明確化されたのであるから、立法者は遅滞なく瑕疵を治癒すべきであると警告した。

イプセンは、立法の内容ではなく手続上の瑕疵にかかわるケースの中にも「違憲の主観化傾向」(④)を示す例があるとして本件を紹介した上（具体的にどのような点が「主観化傾向」といえるのかについての説明は④ではなく次の⑤の箇所でなされている。）、⑤違憲無効判断のための要件として、「客観的憲法違反」に加え、「非難可能な立法者の行態」を第2の要件として加えているという意味で「主観化傾向」を示している

21) Ipsen, anm.3, 139.

解される旨指摘²²⁾。

上記のうち自ら「主観」の意味するところを具体的に語らない④は除き、①～③および⑤を見ると、刑法総論上の犯罪成立要件のうち、責任（または有責性）の箇所が出てくるアイテムに通ずると思われる部分が目に付くことは確かである。例えば①は違法の認識の可能性に似ているし、②③⑤は、行為者に対する非難可能性としての責任そのものに似ているといえなくはないように思われる。そして、「違法は客観的に、責任は主観的に」という標語の下、責任を行為者の心理的要因ととらえていたかつての考え方に照らせば（さらに、ここでの行為者が「立法者」という統一的意思の主体ではなく、議員としての地位を持つ自然人の集まりであるというギャップを度外視して、ここで「主観的」とはあくまで一種の比喩なのだと考えれば）、上記①～⑤にいう“subjektiv”またはその派生語が「内面的」を意味すると考えることに支障は無いのかもしれない。しかしながら本稿ではあえて、“subjektiv”の意味のポイントが別のところにある可能性を提起したい。

いうまでもなく“subjektiv”は“Subjekt”という名詞の形容詞形であるが、“Subjekt”には「主観」の他、「主体」という意味がある²³⁾。この観点から、もう一度上掲①～③および⑤を見直すと、そのすべてに「立法者」という行為（懈怠）者が現れている。また②および⑤には、主観的違憲要素の意味するところとして、「非難可能な立法者の行態」の存在という共通の語彙が見られる。つまりそれら2箇所という「主観化傾向（subjektivierende Tendenz）」とは、ドイツの連邦憲法裁判所が下したいくつかの警告判決が、立法そのものの違憲性のみならず、行為の主体（Subjekt）である立法者に対する非難可能性をも、憲法判断に当たって勘案する傾向、別のいい方をすれば、憲法判断に際して、

22) IPSEN, anm.3, 140.

23) 「権利」という意味で“subjektives Recht”という時の“subjektiv”は、ある主体（Subjekt）をめぐる、の意味であることにつき、小山剛『憲法上の権利』の作法（第3版）』（尚学社2016）147頁。

立法の内容（が憲法に抵触するかどうか）のみならず、立法者という主体（Subjekt）の行態（作為または不作為）まで評価対象に加える傾向という意味なのではないだろうか²⁴⁾。

刑法や不法行為法は、人間の《行為》を対象とする規範であり、H. L. A. ハートがいう「1次ルール」に当たる²⁵⁾。これに対し憲法の中でも特に人権規定は、本稿の文脈では、ちょうど民法90条が法律行為の内容的限界を定めているのと同じように、下位《規範》（法律）の内容的限界を定める、ハートの言葉でいえば「2次ルール」（ルールを対象とするルール）の一つである「変更のルール」（法律の変更すなわち新規制定または改正の際に人権の不当な侵害をしないという内容的拘束を定めているという意味で）としての側面を持っている²⁶⁾。イプセンが上掲3件の警告判決の中に見出した「主観化」の意味するところのポイントがむしろ、憲法という規範に照らして行われる評価の対象の推

24) イプセンが取り上げた判例のうちBに関する、他の学者による評釈（Christoph Böckenförde, *Verfassungsinterpretation oder fiskalische Rücksichten?*, DöV 1967, 157）もまた、同判決が本来、法律の合憲性を審査すべきところ、「立法者の行態（Verhalten des Gesetzgebers）」もが審査対象の中にまぎれ込んでいる点を批判している。

25) 1次ルールが行為にかかわるものであることについては、H. L. A. ハート／長谷部恭男（訳）『法の概念〔第3版〕』（ちくま学芸文庫 2014）140頁以下、ハートが刑法と同様、不法行為法をも義務賦課ルールに含めて観念していることについては同書60頁以下、そこでいう義務賦課ルールがすなわち1次ルールであることについては同書141頁。

26) 2次ルールおよびその中の「変更のルール」については、ハート・前掲（注25）140頁以下および159頁以下、ハートが立法者に立法権能を付与するルールと、私人に法律行為の権能を付与するルールとともに「変更のルール」と見ていることについては同書162頁以下。なお、ドゥオーキン（Ronald Dworkin）によれば「ルール」と「原理」とは区別されるべきであり、憲法上の権利規定は後者に含められようが、ハートは上記箇所（162頁）において、同書128頁で語った憲法上の権利規定を「変更のルール」に含めて理解していると思われる。

これら1次ルールと2次ルールの区別につき大石・前掲（注8）2007年論文、新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社 2010）181頁以下、大石和彦「『立法不作為に対する司法審査』・再論—それでも規範は二種なのか？—」立教法学82号（2011）30頁、同「『憲法判断の対象』としての《規範》と《行為》：『義務賦課規範』・『権能付与規範』区別論の観点から」筑波ロー・ジャーナル11号（2012）25頁。

移（立法を対象として、その内容が憲法に抵触していないかどうかの審査から、立法者という主体の行為を対象とした審査への推移）にある、つまり、行為を評価対象とする規範という意味で、刑法を「行為規範」と呼ぶなら、本来行為規範でないはずの憲法が行為規範化しているという点にあると考えた場合、違憲判断に際しての2要件が、刑法という行為規範に照らした評価における「主観的」、「客観的」どちらの要素に似ているかという問題は、さほど重要ではない（五〇歩百歩）といわざるを得ないだろう。

本稿の上記のような見地を、より具体的に理解してもらうため、日本の投票価値較差是正訴訟の「合理的期間」論の中に「主観化」傾向を見出した安念論文の以下議論を振り返ろう。安念いわく、

「合理的期間論から一切の主観的な要素を排除して、客観化を徹底することもできないではない。しかしそのためには、おそらく合理的とされる期間を一律に一例えば、改正法の制定から五年というように一定める必要がある……。」

しかし、仮にそのような「客観化を徹底」した判例変更が行われたとしても、改正作業に必要な一定期間（「例えば、改正法の制定から五年」）、既に違憲状態に達しているはずの公選法別表1または別表3を違憲無効とはせず、国会に時間的猶予を与えること自体既に、国会にどの程度の時間を与えてやれば法改正が期待可能となるか、という問題なのだとなれば、やはり結局のところ、期待可能性さらには国会に対する非難可能性という「主観的」要件に照らした問題の外に出ることはできないのではないだろうか。より重要なのは、「合理的期間」論の中に客観的要素とともに主観的要素が混入しているのではなく、「合理的期間」論自体が全体として、行為規範的、という意味で「主観的」な点である、というべきではないだろうか。

さらに本稿の見地からすれば、日本の投票価値較差是正訴訟における最高裁判例が用いてきた、違憲状態に至っているか否か、合理的期間を徒過したかの

2段階判断方式と、例えば再婚禁止期間部分違憲判決（最大判平成27年12月16日・民集69巻8号2427頁）が示した国賠違法判断に至るための要件、すなわち①「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」といえるかどうか、さらに②「国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠」ったといえるかどうかの2段階の判断方式とを、その表面的な類似性から直ちにパラレルなものとして捉え、例えば②に「違憲の主観化傾向」が見られるというのは当を得ない。なぜなら国賠違法判断の際のものさしである国賠法1条1項は、subjektivieren（行為規範化）する以前に最初からsubjektivな（公務員という行為主体の公権力的「行為」を評価対象とする）規範にほかならないからである。また①において単に権利制約が違憲であるにとどまらず、それが「明白」であることまで要求しているのを妥当でないものと直ちに判断することもできない。むしろ憲法判断と行為規範に照らした判断（国賠違法は後者）とは本来異なるものだという本稿の見地からすれば、前者の判断は後者の判断と同じでなくてはならない（明白性要件は不要）という論者の方こそ、両方の判断が同じであるべきことにつき証明責任を負うべきだからである。

ii) 行為規範化または脱「規範の規範」化の理由

再び投票価値較差是正訴訟に関する日本の最高裁判例を対象とした議論へと戻る前に、これまで本稿で検討した結果を手短かに再確認しておく。

ドイツの警告判決における第2要件、さらには日本の投票価値較差是正訴訟における「主観的」要素には、「違法の認識の可能性」や「期待可能性」、さらには行為者に対する避難可能性といった刑法総論上の思考ツールと似た部分がある。しかしながら、より重要なのは、法令の違憲無効判断に必要な2要件のうち「主観的」な方は、刑法上の犯罪成立要件（構成要件該当性・違法性・責任、あるいは主観的・客観的違法要素）のうちのどれに対応するか、ではなく、憲法判断の対象が行為規範である刑法の判断対象に接近すること（憲法

の行為規範化) それ自体である。

では、投票価値較差是正訴訟に関する日本の最高裁判例において憲法の行為規範化傾向が見られるのはなぜか。最高裁自身が最大判平成25年11月20日(民集67巻8号1503頁)において語るところを確認する。

「衆議院議員の選挙における投票価値の較差の問題について、当裁判所大法廷は、これまで、①定数配分又は選挙区割りが前記のような諸事情を総合的に考慮した上で投票価値の較差において憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っているか否か、②上記の状態に至っている場合に、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して定数配分規定又は区割規定が憲法の規定に違反するに至っているか否か、③当該規定が憲法の規定に違反するに至っている場合に、選挙を無効とすることなく選挙の違法を宣言するとどめるか否かといった判断の枠組みに従って審査を行ってきた。こうした段階を経て判断を行う方法が採られてきたのは、単に事柄の重要性に鑑み慎重な手順を踏むというよりは、憲法の予定している司法権と立法権との関係に由来するものと考えられる。すなわち、裁判所において選挙制度について投票価値の平等の観点から憲法上問題があると判断したとしても、自らこれに代わる具体的な制度を定め得るものではなく、その是正は国会の立法によって行われることになるものであり、是正の方法についても国会は幅広い裁量権を有しており、上記の判断枠組みのいずれの段階においても、国会において自ら制度の見直しを行うことが想定されているものと解される。換言すれば、裁判所が選挙制度の憲法適合性について上記の判断枠組みの各段階において一定の判断を示すことにより、国会がこれを踏まえて所要の適切な是正の措置を講ずることが、憲法の趣旨に沿うものというべきである。このような憲法秩序の下における司法権と立法権との関係に照らすと、上記①の段階において憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っている旨の司法的判断がされれば国会はこれを受けて是正を行う責務を負うものであるところ、上記②の段階において憲法上要求される合理的期間内にお

る是正がされなかったといえるか否かを判断するに当たっては、単に期間の長短のみならず、是正のために採るべき措置の内容、そのために検討を要する事項、実際に必要となる手続や作業等の諸般の事情を総合考慮して、国会における是正の実現に向けた取組が司法の判断の趣旨を踏まえた立法裁量権の行使として相当なものであったといえるか否かという観点から評価すべきものと解される。」（傍線は本稿筆者）

②の「合理的期間」論の中に期待可能性に相当するような、行為規範的要素が持ち込まれていることと並んで、あらためて注目されるのは、③の段階でこれまで最高裁が繰り返し援用してきた「事情判決の法理」が本稿の見地から持つと思われる意義である。先に述べたように、憲法は人間の行為を直接コントロールする「1次ルール」ではなく、そうした1次ルールの制定改廃が有効になされるための条件を定める「変更のルール」としての側面を持っている点が、本稿の文脈上は重要である。憲法に違反した法律は無効になるだけであって（下位規範を対象として変更のルールに照らし審査⇒違憲判断⇒無効）、このこと、憲法に違反した法律を制定した人間（国会議員）の行為が国に賠償責任を発生させるか、という行為規範に照らした判断とは、別次元のことだというのが、本稿の基本的な考え方である。ところが先の引用部分では、行為規範の下での連関（人間の行為を対象として行為規範に照らし審査⇒違法⇒刑罰や損害賠償といったサンクション）に含まれる要素（国会という主体の行為を対象にその帰責可能性を審査すること）が②に含まれているという点で、憲法の行為規範化傾向が見られるのみならず、③においては変更のルール違反の下位規範に対して通常なら帰せられるはずの無効という効果が、「事情判決の法理」によって削除されてきた。これは、正確には、憲法の行為規範（1次ルール）化というよりは、脱・2次ルール化といった方が良いかもしれないが、おそらく②における行為規範化と、③における脱「規範の規範」²⁷⁾化は、最高裁自身が自覚しているかどうかは別として、本稿の見地からすれば、連動した現象であるようにも見える。上記のような現下の最高裁の立場に対する賛否はおくとし

て、上記引用のうち特に傍線部に示された最高裁の基本見解こそが、投票価値較差是正訴訟の分野に限定されつつも、今なお主観化（本稿の見地からは、行為規範化または脱「規範の規範」化）傾向が現在進行している主たる要因であると考えられる。

投票価値較差是正訴訟における憲法の行為規範化または脱「規範の規範」化（または両規範の谷間化）の理由をさらに推測してみよう。そのためには、直近の立法改正の後の事情の変化により、既に違憲状態に達する寸前である旨、かなり以前から繰り返し最高裁判例の中で（ただし多数意見中ではなく個別意見中ではあるが）警告を受けてきたにもかかわらず、国会が法改正をしないうちに、ついに最高裁による違憲判断を下されたという点で、投票価値較差是正問題（中でも昭和21年の参議院議員選挙法の制定から最近まで抜本改正がなされなかった参議院選挙区〔旧「地方区」〕選出議員選挙に関する区割・定数配分規定と、衆議院議員小選挙区選出議員選挙の区割をめぐる「1人別枠方式」と類似した面を持つにもかかわらず、投票価値較差是正訴訟における事情判決とは異なり、遡及効を制限した上で民法900条4号但書前段を無効と判断した婚外子法定相続分をめぐる最大決平成25年9月4日（民集67巻6号1320頁）とを比較して考えるのが便利だろう。つまり、なぜ投票価値較差是正訴訟においても将来効判決といった、もっと踏み込んだ判断ができないのであろうか。婚外子の相続分をめぐる紛争の場合、仮に国会が平成25年決定後も民法900条4号但書のうち当時の前段を削除しなかったとしても、裁判所に持ち込まれば、以後は殆どの場合最高裁判例の枠組に従って処理がなされただろう。つまり当該問題解決に向けたラストワードを語る権限は最高裁に留保されていたと考えることができる。これに対し投票価値較差問題については、最高裁が想定する「憲法の予定している司法権と立法権との関係」の下では、ラストワードを語る権限はあくまで国会に留保されているのであって、最高裁は持たない。

27) 清宮四郎『憲法 I 〔第三版〕』（有斐閣 1979）16頁は、「憲法の性格の主要な一面」を、「規範の規範」、「法の法」である点に見出したが、ハートのいう「2次ルール」（中の「変更のルール」）と置き換えてもかまわない。

そうだとすれば、最高裁にできることは、国会自身による改正に向けた行為（「努力」）をその都度評価し、さらなる改善に向け間接強制を繰り返す以外に選択肢は無い（「合理的期間」徒過後の議員の地位の剥奪というサンクションを付加することにより行為規範化を徹底するという方途も間接強制である点にかわりはない。）。また、結局のところ、そもそも投票価値較差是正訴訟が争われる舞台は、客観訴訟の例である公選法204条所定の選挙無効訴訟であり、実質的中身は原告自身の権利をめぐる主観訴訟だといっても、有権者一人一人が受けるダメージは、無視し得るとまでいわないが、その正体は実は個人々人レベルの権利の侵害というよりは、公憤に限りなく近いものがあることは否定し難いであろうし、民法900条4号但書前段によって婚外子が被ってきた不利益と比較した場合、「人権救済」の緊要度にはやはり差があると感ずる向きもあり得るところだろう。もちろん、それが個人の権利というよりは公益に限りなく近いものだとしても、投票価値の平等の重要性は何人も否定し難いであろう。問題は、個人の権利というよりは公益に近いものをめぐる争いというものが、現行憲法が予定する立法権と司法権との間の権限配分の下、裁判所の出番といえるのか、である。

4 「理論志向の衰退」の産物または人権救済の障害か？

以上本稿では、違憲無効判断へと至るため、当該法令の憲法への抵触に加え、立法者に対する帰責可能性という第2の新奇な「主観的」要件を加えることが意味するところにつき、不十分ながら検討したが、それに対する評価は述べないできた。

安念論文が、法理論的（dogmatisch）に筋の通った説得的な理由をとともなくことなく内外の判例の中に現れたそれを、「理論志向の衰退」または専ら実際上の便宜論と表現したのはまことにもっともだと思われる。また、今のところ日本では、それは投票価値較差是正訴訟という限られた分野に限定されているけれども、違憲無効判断へと至るためのハードルを追加することは、人権の司法救済にとって余計な障害物を増やすだけの有害無益なものでしかないのでは

ないか。以下本稿では、これらの懐疑論にすべて答えるだけの用意はないが、基礎的な最低限の試論のみ、述べておきたい。

もう一度、参議院選挙区選出議員選挙定数配分規定の合憲性に関する最大判平成16年1月14日（民集58巻1号56頁）「補足意見2」に立ち戻ろう。

「一般に、何らかの国家機関がその権限を行使するに当たって裁量権が与えられるということは、いうまでもなく、その権限をほしいままに行使してよいということの意味するわけではなく、法が、そのような裁量権を与えた趣旨に沿った権限行使がなされるのでなければならない。そして、本件で問題となる立法府の裁量についていえば、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。言葉を換えていうならば、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。」（傍線は本稿筆者）

もちろん上掲判決当時、選挙区割、各選挙区への定数配分含め、参議院議員の「選挙制度の在り方について法律によって定め」られてはいた。したがって、上記引用部分が「明確に認識する必要がある」としている立法府の「義務」の内容とは、婚外子相続分規定に関する上掲平成24年決定の言葉を借りて言えば、立法を取り巻く諸事情は「時代と共に変遷するものでもあるから、その定め合理性については、……憲法に照らして不断に検討され、吟味されなければならない」ということになろう。なお、ここでは立法者に課せられた法律の事後改善義務の根拠は憲法47条という事項限定的な規定に求められているが、

一般的には憲法のどの条項に求めたら良いのだろうか。保護の必要性が特に高い憲法上の権利（合衆国の憲法判例や学説がいう意味での“fundamental rights”）が、制定後の事情変更を経て現時点での合理性が疑われる立法によって制約されている状況を、現在の立法府による新たな（事情変更を踏まえた上での）判断を経ないまま放置することの問題性に焦点を当て、立法府による改善の懈怠を対象とした違憲判断という方策の意義を強調するのがカラブレージ（Guido Calabresi）²⁸⁾である。権利制約性という法令の《内容》面で違憲なのではなく、現在（事情変更後）の立法府による判断という《手続（過程）》を経ていないから違憲だというのである。カラブレージは、上記手法を立法権委任禁止（nondelegation）の法理と通底するものと見ている²⁹⁾。つまり日本国憲法でいえば41条（「国会中心立法の原則」）がこれに当たることになる。ということは、41条（の「精神」または「趣旨」）違反問題と人権条項違反問題とは別個独立に考えて行けば良いのであって、一方に照らした違憲性が一定の閾値に達しなければ、もう一方に照らした違憲性に関する最終判定ができないといった従属関係には本来無いはずである（その意味で、またその限りにおいて、従前の判例が語ってきた合理的期間論には十分な理論的根拠があるようには思えない）。むしろ人権条項に照らして違憲とまでいい切るには躊躇されるケースにおいても、古い立法の合理性を「不断に検討」し「吟味」する立法府の義務の懈怠（すなわち憲法41条の「精神」または「趣旨」に反する程度）が著しい場合、再び平成24年決定の言葉を借りて言えば、その「いずれか一つを捉えて、本件規定による法定相続分の区別を不合理とすべき決定的な理由とし得るものではない」にしても、両者「総合的に考察すれば」違憲というケースも想定し得るのではないか。その発明者の原意はさておき、「合理的期間」論に対して学理的に見て濁りの無い形で再交付することが可能な位置づけがある

28) Guido Calabresi, *The Supreme Court, 1990 Term—Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 HARV. L. REV. 80, 103-105 (1991).

29) *Id.*, at 119-120.

とすれば、それは、以上のようなもの（「規範の規範」の中での主観的要件の再定位）となるのではないか。

もちろん、上記のような判断手法は、違憲状態（第1要件）判断と合理的期間（第2要件）判断という、そうでなくても総合考慮志向の強い日本の最高裁判例がせつかく示した分節的な判断方式とは対極の、諸事情の総合考慮という混沌へと向かわせるのではないかという疑問もあろう。その点含め、本稿筆者の今後の課題としたい。

（おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授）