

司法審査と立法裁量論

安西文雄

- 一 はじめに
- 二 学説上の立法裁量論の整理
- 三 立法裁量論の問題点
- 四 判例上の立法裁量論の検討
——定数訴訟を素材に——
- 五 おわりに

一 はじめに

一、日本国憲法は今年、施行五〇周年を迎えた。この憲法の下で採用された司法審査制も半世紀の歴史を経たことになる。この歴史のなかでさまざまな問題が提起され、かつ、憲法理論の側から克服のための取り組みがなされてきた。

ふりかえれば、人権制約の法理としての「公共の福祉」をどのように捉えるのかということが、かつて大きな課

題とされた。とりわけ、人権制約立法に何らかの合理的根拠があれば、それを公共の福祉に該当すると判断し、もって人権制約を致し方ないものとする判断につながる判例のあり方に対しては、学説の側から人権保障の実効性を低下させるものとして批判が投げかけられた。かかる問題状況を克服するものとして、芦部信喜教授、時國康夫判事らの提唱する立法事実論が登場したが⁽¹⁾、それは人権制約立法の目的および手段の双方に関し、法律の基礎になっている社会的事実に基づいて検討を行なおうとするものであった。

こういった立法事実論による克服の試みは、判例においてもある程度取り入れられ、たとえば薬事法判決など⁽²⁾で一定の成果を収めている。ところが近時、別の側面から人権保障の実効性を低めているのではないかと学説上問題視されているものがある。それが本稿で扱う立法裁量論である。

立法裁量論とは何か。実はその捉え方自体が後で扱うように学説上の対立点であるが、ここではこの理論につき立ち入った考察を加えた戸松秀典教授の定義に従い⁽³⁾、「裁判所が法律の合憲性の審査を求められたとき、立法府の政策判断に敬意を払い、法律の目的や目的達成のための手段に詮索を加えたり裁判所独自の判断を示すことを控えること」と捉えておこう。

二、この立法裁量論は、近時最高裁が多用する概念である⁽⁴⁾。それはいろいろの局面で用いられているが、とりわけ人権に関わる制度、つまり人権を実現する側面と人権を制約する側面を含め、諸要素を総合考慮して組み立てられる制度に関わって訴訟が提起されるとき、この概念が判断過程において大きな役割を果たしていることが目につく。まずそういった例をいくつかみてみよう。

第一にあげられる例として、選挙制度がある。これに関しては衆議院定数訴訟のリーディング・ケースとなった昭和五一年最高裁判決が注目される⁽⁵⁾。それによれば、憲法は「両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねている」とし、これに関する司法審査のあり方としては、「国会において通常考慮

しうる諸般の要素をしんしゃくしてもなお、一般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」し、さらにそのような場合「特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断」するとしている。このように、選挙権の平等の重要さということよりも選挙制度の組み立てについての国会の裁量が決め手となつて、比較的緩やかな司法審査のあり方が帰結されていることが注目される。

次にあげられる例として、社会保障制度がある。これに関しては年金と手当の併給禁止規定の合憲性が争われた堀木訴訟の最高裁判決が注目される。⁽⁶⁾ それによれば、憲法二五条の具体化にあたつては「多面的にわたる複雑多様な、しかも高度の専門技術的な考慮とそれに基づいた政策的判断を必要とする」ことなどが指摘され、「したがつて、憲法二五条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられて」いるとされる。これを前提として、立法府の裁量は、「著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事項」であると判断されたのである。ここでもやはり、社会保障制度に関する国会の広い裁量が決め手となつて、緩やかな司法審査のあり方が帰結されている。

第三にあげられるのは、租税制度である。これに関しては、税法の規定が給与所得者に対し著しく不公正な税負担を課しており憲法一四条に反するとして争われたサラリーマン税金訴訟に関する最高裁判決が注目される。⁽⁷⁾ それによれば「租税法の定立については、国家財政、社会経済、国民所得、国民生活等の実態についての正確な資料を基礎とする立法府の政策的、技術的な判断にゆだねるほかはな」いとし、立法裁量を認め、従つて「裁判所は、基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ない」として、緩やかな審査基準を定立する。ここでも既にみてきた例と同様のリーズニングが展開されているといえる。

第四にあげられるのは、相続制度である。これについては非嫡出子の相続分差別を定める民法九〇〇条四号但書の合憲性が争われた訴訟における最高裁決定が注目される。⁽⁸⁾ それによれば、相続制度の「形態には歴史的、社会的にみて種々のものがあり、また、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならない、各国の相続制度は、多かれ少なかれ、これらの事情、要素を反映している」こと、「さらに、現在の相続制度は、……その国における婚姻ないし親子関係に対する規律等を離れてこれを定めることはできない」ことなどが指摘される。そして、「これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているものというほかない」と論ずることによって、立法裁量の存在が論証される。こういった立法裁量の存在、および、「法定相続分の定めは、……遺言による相続分の指定等がない場合などにおいて補充的に機能する規定であること」をとともに考慮し、非嫡出子相続分差別に関する合憲性審査については緩やかな審査基準が導出される。つまり「立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り」合憲である、というわけである。

三、以上いくつかの例をあげて立法裁量論の現実のあり方をみてきた。もちろん立法裁量論が用いられるのはこれらだけではないが、少なくともこれまでみてきた例からすれば、司法府が人権保障の使命を担って立ち入った審査をするという姿からは程遠く、結果的に人権保障の実効性を低くすることになりかねない。ここにかつての公共の福祉論による人権制約と近似した現実が看取される。

このように、公共の福祉と立法裁量論とは、現実的な機能面では共通する面を持つが、本来の理論的性格は異なっている。公共の福祉は、人権と対立する概念である。人権制約の根拠が公共の福祉と捉えられて、それが人権と対置されることとなる。これに対して立法裁量とは、人権に対置される概念、あるいは人権制約の根拠となるも

のではない。人権およびそれを制約する要素、その他諸々の諸要素を総合考慮して制度を構築する際に、その判断をなすのは基本的には立法府であるとする、そして司法府としてはそれを尊重するという形で立ち入った審査を回避する論理なのである。奥平康弘教授の言葉を借りるならば、公共の福祉が人権制約根拠としての「実体論」であるとするならば、立法裁量論は「権力の配分・限界に重点をおく形式論」と捉えられることになる。

(1) 芦部信喜教授によるものとして「合憲性推定の原則と立法事実の司法審査」、「憲法裁判の問題点」などの論文（ともに『憲法訴訟の理論』（一九七三）所収）、時國康夫判事によるものとして「憲法事実」、「憲法訴訟における立法事実論の位置づけ」などの論文（ともに『憲法訴訟とその判断の手法』（一九九六）所収）。

(2) 最大判昭和五〇年四月三〇日、民集二九卷四号五七二頁。

(3) 戸松秀典『立法裁量論』三頁（一九九三）。

(4) 野中俊彦『立法裁量論』『講座憲法訴訟（第二巻）』九三頁以下、九四頁（一九八七）などが指摘している。

(5) 最大判昭和五一年四月一四日、民集三〇卷三三三三頁。

(6) 最大判昭和五七年七月七日、民集三六卷七号一二三五頁。

(7) 最大判昭和六〇年三月二七日、民集三九卷二二四七頁。

(8) 最大決平成七年七月五日、民集四九卷七号一七八九頁。

(9) 奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』一六二頁（一九八八）。

二 学説上の立法裁量論の整理

一、以上、簡略に近時の判例から立法裁量のあり方をみてきた。それでは学説の側では立法裁量につき、どのような理解を示しているのだろうか。

松井幸夫教授、棟居快行教授らが指摘するように、⁽¹⁾立法裁量に対する学説上のアプローチの仕方には、大別すると二つのものがある。

一方のアプローチは、立法裁量を実体的に捉える立場である。すなわち立法裁量とは立法府にゆだねられた自由

な判断の幅、と捉えられるわけである。

この立場の代表的存在として、覚道豊治教授の所説があげられる。覚道教授は、「憲法の分野においても、……法律制度やその他の国家行為を行う上において、国会やそれぞれの国家機関にどの程度自由裁量が認められ、又どの程度それらが憲法に羈束されているかの問題⁽²⁾」が発生しているとして、立法裁量の問題を論ずる。そしてその問題は、「国会が法律で制定しようとするその事項について、憲法がどのような規定を設けているかによって定まると考えるべき⁽³⁾」であるとし、憲法の規定を重視する立場を打ち出す。

この説によると、①ある事柄について憲法が全く規定を設けていない場合には、国会の裁量は広い。しかし全くの自由裁量ではなく、「国民主権や、国際平和維持、或は個人人格の尊重等の憲法全体の精神やその根本原則が或る幅をもって羈束しているのであって、それに反する法律の制定は憲法上許されない⁽⁴⁾」とする。また、②ある事柄について憲法自ら詳細は法律によって定めるとしている場合も、「国会にかなり広い裁量が認められる」が、「憲法全体の原理や、その規定の設けられている趣旨からみて、全く無制限な立法裁量が認められているものではない⁽⁵⁾」。例えば国会議員の不逮捕特権に関する憲法五〇条は、「両議院の議員は、法律の定める場合を除いては、国会の会期中逮捕され⁽⁶⁾」ないと規定しているが、この規定が設けられた趣旨からして「ここという法律に一定の憲法上限界があると考えるべきであり、法律でむやみに例外の場合を拡大し、議員にとくにみとめる身体の自由を全くなきものにするような法律制定は許されないであろう⁽⁶⁾」、と論ずる。さらに、③憲法がいわゆる多義的概念もしくは不確定概念をもって国会の立法行為を規制している場合がある。この場合については、「憲法はかかる言葉によって……一定範囲のわくを定めているにすぎないものと考えられる。従ってそのわくの範囲内では国会が自主的にその法律の内容を選択決定しうる⁽⁷⁾」と捉えるのである。

以上のごとく覚道教授は、立法裁量を憲法の規定から導出し、国会の自由な判断の枠として実体的に捉える立場

をとる。もつとも同教授は立法裁量の認識の方法として、「憲法の規定に基く判断」⁽⁸⁾のほかに、「制定法律の性質による判断」⁽⁹⁾も考察している。「制定法律の性質による判断」とはすなわち、「一般的傾向として、精神的自由の規制は国会の裁量はきわめて狭く、経済的自由の規制はかなり広いということ」⁽¹⁰⁾などである。「しかしその結論は、……むしろ二二条一項や二九条二項などの憲法の規定の仕方から引き出されうるもの」⁽¹¹⁾としているのであるから、やはり憲法の規定を主たる根拠として立法裁量を考える立場と捉えられるであろう。

立法裁量を実体的に捉える立場についてみてきた。立法裁量に関してはもう一つのアプローチがある。それは「立法裁量論を法律の合憲性審査における一手法と位置づける」⁽¹²⁾立場である。

立法裁量をこのように司法審査において捉える立場に立つものの代表的存在として、戸松秀典教授の所説があげられる。既に言及したように、戸松教授は立法裁量につき、「裁判所が法律の合憲性の審査を求められたとき、立法院の政策判断に敬意を払い、法律の目的や目的達成のための手段に詮索を加えたり裁判所独自の判断を示すことを控えること」と捉え、このような立法裁量は「裁判所が法律の合憲性審査に用いる手法、すなわち、一つの裁判法理」⁽¹³⁾であるとする。さらに「立法裁量論と審査基準とは表裏一体をなすもの」⁽¹⁴⁾と把握し、立法裁量論を類型化し、「広い裁量論は単なる合理性の基準、狭い裁量論は厳格な合理性の基準、さらに裁量論不適用の場合は厳格な審査基準に結びつくものとして理解できる」⁽¹⁵⁾と論ずるのである。

以上のように立法裁量論については二つの捉え方があるが、両者は密接に関連しあうものと思われる。つまり、実体的に立法院の自由な判断の幅が認められる事項であるから、その事項が司法審査に持ち込まれた際、立法院としては立法院の判断を尊重して立ち入った審査を控えることになる。立法裁量につき、実体において捉えるか司法審査において捉えるかは、そもそも二者択一的に考えるべきではなく、上記のように両者を架橋し関連させて把握することが妥当であろう。⁽¹⁶⁾

二、こうして立法裁量論につき実体において捉える立場と司法審査において捉える立場を架橋し、かつ、実体としての立法裁量があるからこそ、司法審査においても立法裁量の尊重につながると考えるならば、ではなぜ実体としての立法裁量が認められるのか、その根拠が問われることになる。

先にみた覚道教授の立場は、憲法の条文を主たる根拠に立法裁量を認めるものであった。しかし条文が決定的な決め手となるものであろうか。例えば「法律で定める」という憲法の規定から立法裁量を導出することに対しては強い批判が投げかけられている。戸波江二教授の論ずるように、⁽¹⁷⁾「『法律で定める』とは、通説的理解のように、当該事項について憲法で定めずに法律に委任し、あわせて法律という法形式で規定することを要求したものと解すべきであり、それを超えて、『法律で定める』という規定に立法裁量を特別に認める趣旨を読み込むことは、理論的にも実際のにも不当」だと思われるのである。従って立法裁量を認める根拠としては、憲法の規定というよりはむしろ、「その領域の性格上、さまざまの立法が特に必要とされ、そして立法者の専門的ないし政策的判断が特別に尊重されるという事情が認められるからである」⁽¹⁸⁾と考えるべきであろう。

まとめてみよう。当該領域あるいは制度の性格を根拠として、そこにおける立法に関し立法府の判断に自由な幅が認められる（実体における立法裁量論）。そうであるがゆえに、その領域の事柄が憲法訴訟で争われたとき、司法府としては立法府の判断に敬意を払い立ち入った審査を控えることになるわけである（司法審査における立法裁量論）。

(1) 松井幸夫「立法裁量論と憲法四七条および表現の自由」島大法学三二巻二号五九頁以下、六二―七〇頁（一九八八）、棟居快行「立法裁量」ジュリスト一〇三七号二〇一頁以下、二〇一頁（一九九四）。なお木原正雄「立法裁量論に関する一考察」早稲田法学会誌四二巻一三二頁以下、一三四頁（一九九二）は、「立法裁量」と「立法裁量論」とを区別することによって、二つのアプローチを区別しようとする。また、これと異なった分類法を提示するものとして、大貫裕之「『立法裁量』の一考察」新正幸・鈴木法日児編『憲法制定と変動の法理』四九一頁以下（一九九一）参照。

- (2) 覚道豊治「憲法における自由裁量の概念」阪大法学四〇・四一号八八頁以下、八九頁（一九六二）。
- (3) 覚道・前出注（2）九二頁。
- (4) 覚道・前出注（2）九三頁。
- (5) 覚道豊治「立法裁量と行政裁量」公法研究四一号一七一頁以下、一七七頁（一九七九）。
- (6) 覚道・前出注（2）一〇〇頁。
- (7) 覚道・前出注（2）九四頁。
- (8) 覚道・前出注（5）一七六頁。
- (9) 覚道・前出注（5）一七七頁。
- (10) 覚道・前出注（5）一七八頁。
- (11) 覚道・前出注（5）一七八頁。
- (12) 松井・前出注（1）六四頁。
- (13) 戸松秀典『立法裁量論』三頁（一九九三）。
- (14) 戸松・前出注（13）五九頁。
- (15) 戸松・前出注（13）三〇、三一頁。
- (16) 戸波江二「違憲審査権と立法裁量論」憲法理論研究会編『違憲審査制の研究』一三七頁以下、一四四頁（一九九三）は、「立法裁量論が独自の意味をもつとすれば、違憲審査基準がゆるやかか厳格かということから立法裁量の広狭を導き出すのではなく、論理を逆転させて、特定の領域における立法裁量の存在をまず認定し、そのうえで、そこでの人権規制立法についてはゆるやかな違憲審査基準が適用される、と説くことが必要かつ有用」であると主張する。
- (17) 戸波・前出注（16）一四三頁。なお、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』一七〇頁（一九八八）も参照。
- (18) 戸波・前出注（16）一四三、一四四頁。

三 立法裁量論の問題点

一、以上、学説上の立法裁量論をみてきた。そこにおいて注意すべきことは、たとえば立法裁量を認めるにしても、憲法のコントロールが及ぶことを当然の前提としてのことである。立法裁量を実体的に捉える覚道説⁽¹⁾に關してみるならば、たとえば憲法が何らの規定をおいていなくとも、「憲法全体の精神やその根本原則」によるコント

ルールを認めている。また、立法裁量を裁判法理として捉える戸松説においても、「公選法の規定——たたとえば、同法一三八条の戸別訪問禁止規定——について、憲法四七条が立法府に立法を命じていることを根拠に、裁判所は、合憲性の統制ができない、別言すれば、立法府に完全な裁量を与えられている、と説くことが正しいことであろうか」という問題が提起され、それについて、「国会は、憲法四七条のもとで裁量を与えられているにしても、他の憲法二一条などの憲法規定の制約を受けるのであって、その裁量の統制を行うのは、司法審査制の下で、司法権の権限である」と論じられている。

このように学説上論じられている立法裁量論は、当然のことながら、憲法が立法裁量の上位にあり立法裁量をコントロールするものと把握している。これに対し判例にみられる立法裁量論は、すべてがそうであるとはいわないにしても、憲法が立法裁量をコントロールするという捉え方をしていないものがあるのではないか、という疑いが持たれる。

二、この問題点を敷衍するために、第一に、立法裁量という概念のあり方を問題にしてみたい。既に指摘したごとく、公共の福祉は人権制約の根拠であるが、立法裁量是人権制約の根拠ではない。ある領域における制度など——例えば選挙制度、社会保障制度、租税制度、相続制度——の仕組みにつき、立法府が人権に関わる要素もその他の要素も総合考慮して決定する際、そこに判断の自由な幅が認められること、従ってその制度に関わる訴訟が提起されたときには、司法府としては、立法府の判断が裁量の枠内にある限りそれを尊重すること、が意味されているのである。

このように、立法府が人権も含めた諸要素を総合的に考慮し、その裁量によって制度を構築するとなれば、実体としての立法裁量においては、人権は総合的に考慮される諸要素のうちで重要ではあるがそのなかの一つ、という位置づけを受けることになりかねない。

つまり、学説が憲法のコントロールの下に立法裁量がおかれると捉えている——他稿で既に言及したことであるが、⁽³⁾憲法が立法裁量の上位に位置するという意味でこれを「憲法優位型思考」とよぶこととしたい——のに対し、現実の実務においては、立法裁量の下位に人権ないし憲法上の価値をおき、裁量において考慮される一要素にすぎないものとしてこれを扱ってしまう——これも他稿で言及したことであるが、⁽⁴⁾立法裁量が憲法の上位に位置するという意味で「立法裁量優位型思考」とよぶこととしたい——危険があるわけである。さらに展開すれば、実体における立法裁量論がこのようなものであるなら、立法裁量に関わる事柄が訴訟で争われたとき、司法審査としては立法裁量の下におかれてしまった憲法上の価値にさほど着目せず、単に立法裁量の合理性を審査する、ということになる危険が生ずるのである。

三、立法裁量に関わる問題点を敷衍するために、第二に、日本的な法観念において、法の支配 (rule of law) が確固としたものとして定着しているか否かを問題にしてみたい。

一般に指摘されるごとく、⁽⁵⁾西洋における法の支配は王権に対する法の優位という形で具現した。「国王は、いかなる人の下にもあるべきではない。しかし神と法との下にあるべきである。なぜならば、法が国王を作るのだからである」。⁽⁶⁾さらに、この王権に対する法の優位は、国家権力に対する憲法の優位という形をとる。立法裁量（実体的に捉えたもの）といえども国家権力の一つにすぎないから、法の支配の貫徹した社会においては、立法裁量に対する憲法の優位が帰結されるはずである。

では、日本においてはどうか。もちろん日本国憲法は九八条一項で最高法規性を宣明しており、法の支配の観念に基づいていることは疑いない。しかし現実の法観念、とりわけ司法院における法観念には、必ずしも法の支配、憲法の優位を貫いているとは思われないものがある。その典型として、立法裁量以外の領域のことがらではあるが、マクリーン事件に関する最高裁判決を⁽⁷⁾みてみよう。

この事件は、在留期間中に政治活動をしたことなどを理由に法務大臣によって在留期間更新不許可の処分を受けた外国人が、当該処分を争ったものである。判決は、外国人の政治活動の自由に憲法の保障が及ぶにつき、「わが国の政治的意思決定又はその実施に影響を及ぼす活動等外国人の地位にかんがみこれを認めることが相当でない」と解されるものを除き、その保障が及ぶ」と解する。このように外国人にも政治活動の自由という人権を原則として保障するものの、「外国人に対する憲法の基本的な人権の保障は、……外国人在留制度のわく内で与えられているにすぎない」とし、「在留の可否を決する国の裁量を拘束するまでの保障、すなわち、在留期間中の憲法の基本的な人権の保障を受ける行為を在留期間の更新の際に消極的な事情としてしんしゃくされないことまでの保障が与えられているものと解することはできない」としたのである。

この判決に対しては、在留期間中の政治活動の自由という人権行使が更新不許可の根拠となるのでは萎縮的效果が及ぶのではないか、という実際の見地からの批判がある。⁽⁸⁾ それももちろん重要な点であるが、法論理の点からして別の問題点があると思われる。要約すれば判旨は、外国人の人権は在留制度の枠内のものにすぎず、在留可否を決する国の裁量を拘束するものではない、という。これを構造的に捉えれば、在留制度に関わる法務大臣の裁量の下位に外国人の人権がおかれる、ということになる。さらに展開すれば、在留制度に関わる法務大臣の裁量は国家権力の一つであり、外国人の人権は憲法上の価値であるから、国家権力の下位に憲法上の価値をおくという論理構造をとることになる。国家権力といえども憲法によってつくられたものであるから、憲法のコントロールの下におかれるはずだ、という法の支配の論理とは異質な法観念が、この判決から看取されるのである。

このようにみると、立憲主義の法観念、つまり国家権力は憲法によってつくられたものであり、そうであるがゆえに憲法の下におかれ憲法のコントロールに服するという観念は、現実には遺憾ながら貫徹していないのではないかと思われる。その結果、マクリーン事件判決にみられるように、憲法上の人権が国の裁量の下におかれると

いう事態が生じるのである。かかるあり方からすると、あるいは立法裁量が憲法の上に位置してしまうという立法裁量優位型思考が実際の判例においてとられうるのではないか、という危惧が頭をもたげてくる。そしてまさにそういった事態が疑われるのが、選挙制度に関する立法裁量を扱う事案、すなわち議員定数訴訟に関する判例のあり方である。

- (1) 覚道豊治「憲法における自由裁量の概念」阪大法学四〇・四一号八八頁以下、九三頁（一九六二）。
- (2) 戸松秀典『立法裁量論』一二〇―一三頁（一九九三）。
- (3) 安西文雄「立法裁量論と参議院選挙区における投票価値の平等——参議院定数訴訟、最高裁大法院平成八年九月二一日判決をめぐって——」法学教室一九六号二六頁以下、二八頁（一九九七）。
- (4) 安西・前出注（3）二九頁。
- (5) 例えば、大木雅夫『日本人の法観念——西洋的法観念との比較』第三章（一九八三）参照。
- (6) イギリスのブラクトンの言葉である。大木・前出注（5）六二頁に引用。
- (7) 最大判昭和五三年一〇月四日、民集三二巻七号一二二三頁。
- (8) 江橋崇「外国人の政治活動の自由——マクリーン事件上告審判決」昭和五三年度重要判例解説一八頁以下、二〇頁（一九七九）。

四 判例上の立法裁量論の検討

——定数訴訟を素材に

一、議員定数訴訟の判例論理においては、先にみたごとく立法裁量論が重要な位置づけをしめている。しかし、その立法裁量論が本来あるべきあり方を示していない、つまり憲法のコントロールに服していないのではないかという問題は、多くの論者によってくり返し指摘されてきたことである。

例えば高橋和之教授は、参議院定数訴訟に関する昭和五八年最高裁判決⁽¹⁾において、「国会は、……その裁量により衆議院議員及び参議院議員それぞれについて選挙制度の仕組みを決定することができるのであって、国会が具体

的に定めたところのものがその裁量権の行使として合理性を是認しうるものである限り、それによって……投票価値の平等が損なわれることになっても、やむをえない」という論理が展開されていることなどを指摘し、かかる論理は「選挙制度についての国会の裁量を投票価値の平等に優先させ」るものであるとする。そして、「現行選挙制度の枠内で投票価値の平等を考えるとという発想に立っている」のであって、「投票価値の平等の枠内で選挙制度の採用についての裁量を考えるという発想とは逆の立場⁽²⁾」であると批判する。

また野中俊彦教授も、やはり参議院定数訴訟に関する昭和五八年最高裁判決を評した論稿のなかで、「選挙制度の選択についての立法裁量が投票価値の平等の要求よりも優先させられるべきことが、述べられている」とし、「投票価値の平等の要求と選挙制度に関する立法府の裁量とでは、憲法上はむしろ前者が優越すると思われるので、後者のために前者が譲歩を強いられるということは原則としてはあつてはならない⁽³⁾」と批判する（なお、野中教授は同様の批判が衆議院定数訴訟に関する昭和五一年最高裁判決にも当てはまる、としている⁽⁴⁾）。

さらに辻村みよ子教授も参議院定数訴訟を扱った論稿のなかで、かかる訴訟には「選挙権の平等原則と選挙制度に関する立法裁量との優劣にかかる問題」があるとし、判例理論には「前者より後者を優先させる傾向⁽⁵⁾」があると批判的に指摘する。

先に本稿では、憲法上の価値と立法裁量との優先劣後関係につき、憲法上の価値が優位するか、立法裁量が優位するかという対立軸から、憲法優位型思考と立法裁量優位型思考との対立があるとした。さらに、理論としては憲法優位型思考が妥当であると考えられるが、法の支配、憲法の優位の法観念が必ずしも貫徹されていない日本の法観念の下では、ときに立法裁量優位型思考になってしまう傾きがあるのではないか、という点も指摘した。いまみた三名の論者の指摘は、主として参議院定数訴訟に関するものであるが、まさに判例が立法裁量優位型思考をとっているとする批判を展開するものであった。

確かに参議院定数訴訟においては、立法裁量がたいそう広く認められている。しかし立法裁量論が判決のリーズニングにおいて重要な役割を果たしている点では、衆議院定数訴訟も同様である。本稿では衆議院と参議院の定数訴訟に関する最高裁（大法廷）判決を検討することによって、そこにおける立法裁量論がいかなる構造を持つものかを、とりわけ憲法優位型思考か立法裁量優位型思考か、そのいずれによっているのかという視点から考察してゆきたい。

二、衆議院定数訴訟に関する昭和五一年最高裁判決は、この問題に関するリーディング・ケースであることはもちろん、参議院を含め、およそ定数訴訟に関する基本的な判断枠組みを提供する重要な判決である。

これ以前の最高裁（大法廷）判決として、参議院定数訴訟に関する昭和三九年判決⁶がある。それは、「憲法一四條、四四條その他の条項においても、議員定数を選挙区別の選挙人の人口数に比例して配分すべきことを積極的に命じている規定は存在しない」と判示することにより、投票価値の平等は憲法上の要求ではないとする立場を示すものであった（もつともこの判決は、投票価値の平等の実現が法の下の平等の見地からして「望ましい」、という立場はとっている）。

これに対して昭和五一年判決は、判決理由「一（一）」の部分において、「選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票の価値の平等もまた、憲法の要求するところである」という立場を明らかにし、そのことによって画期的な意味を持つ判例となった。ところがこの判決は、その理由「一（二）」の部分で、憲法は「両議院の議員の各選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量にゆだねている」とし、「投票価値の平等は、……国会が正当に考慮することのできる他の政策的目的ないしは理由との関連において調和的に実現されるべきものと解さなければならぬ」と判示している。

こうして、判決理由「一（一）」で高らかに憲法上の要請であると宣言された投票価値の平等が、「一（二）」で低めら

れてしまっているようにみえる。これをどのように解したらよいのであろうか。実は別の訴訟、つまり昭和五二年に行なわれた参議院議員選挙に対する定数訴訟（これが昭和五八年最高裁判決に至る）の過程で、上告人らは上告理由においてこの点に言及し、「一(一)」と「一(二)」との間には「矛盾点」があると指摘している。⁽⁷⁾

思うにこの点については二つの捉え方がありえよう。判決理由「一(二)」は、国会には立法裁量があり、その裁量において投票価値の平等のみならず立法政策上の諸要素を調和的に実現すべきであるとしている。ここにみられる思考のあり方は、立法裁量の方が投票価値の平等の上位にあり、立法裁量において考慮される諸要素のうちの、重要ではあるが“one of them”という位置づけを投票価値の平等に与えるものである。

判決理由「一(二)」が以上のように解されるとして、では「一(一)」はどうであろうか。ここにおいては投票価値の平等が憲法上の要求である旨が示されている。この判示をもとに、もし憲法優位型思考をとるならば、かの上告理由の指摘するように「一(一)」と「一(二)」とは矛盾する。「一(一)」において憲法上の要求であるとされる投票価値の平等は、立法裁量の上位に位置し、それを枠づけするものであるはずなのに、「一(二)」においては立法裁量の下で考慮される一要素に落とされてしまっているからである。

これに対し、もし立法裁量優位型思考をとるならば、つまり、憲法上の要請であるといつても立法裁量の下にあつて総合考慮される諸要素に含まれるものにすぎず、ただ立法裁量において立法政策上の要素よりも重く考慮されるにすぎないという立場をとるならば、判決理由の「一(一)」は「一(二)」と矛盾しない。むしろ「一(一)」から「一(二)」へと一貫した論理が展開されているとみることができることになる。

判決理由は、特段の事由のない限り一貫した論理が展開されているとみるのが原則である。従つてこの判決は、立法裁量優位型思考をとっていると考えられることになる。

このように把握するとき、はたしてこの昭和五一年判決は、参議院定数訴訟に関する昭和三九年判決と質的に異

なった論理となっているのが問題となる。

昭和三十九年判決は、投票価値の平等を憲法上の要求とは認めなかった。そうであるからこそ、国会がその裁量の下で投票価値の平等の他に諸要素を総合考慮して、選挙制度の仕組みを決定できると判断した。投票価値の平等を憲法上の要求とは位置づけられないならば、それをこのように立法裁量の下におくのはすなおなことである。また、立法裁量には「選挙権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別」という枠があるという判決中の指摘も、憲法の枠というより、むしろ社会常識からの極端な逸脱は許されないという趣旨の枠として理解される。

これに対し昭和五一年判決は、投票価値の平等を憲法上の要請として認めた。憲法優位型思考をとれば、この判決は昭和三十九年判決と質的に異なったものになったはずである。投票価値の平等が憲法上の価値として認められた以上、昭和三十九年判決のように立法裁量の下で考慮される一要素にすぎないものではなく、立法裁量のむしろ上位に位置し裁量の枠づけをするものとなる。そして較差の許容限度としても、昭和三十九年判決のように社会常識からの逸脱で考えるものではなく、投票価値の平等の意味から考えるもの、すなわち一人が実質的に二票持つことは許されないという意味で、少なくとも一対二に至る較差は許容されないという立場がとられることになったであろう。

ところが昭和五一年判決は、投票価値の平等を憲法上の価値と認めつつ、立法裁量優位型思考をとった。このような思考のあり方をとる限り、投票価値の平等を憲法上の価値と認めるか否かは判決論理において質的な差異をもたらさない。憲法上の要請であろうと立法政策上の要請であろうと、ともに立法裁量の下で総合考慮される要素である点では変わらないからである。ただ、考慮要素としての重みに量的な違いが生ずるにすぎない。つまり、立法政策上の要素よりも憲法上の要素の方が比較的に重いことにはなる。⁽⁸⁾

しかも判決理由をみると、投票価値の平等は、都道府県、選挙区のまとまり、政治における安定の要請などと

「調和的に」実現されるとしており、憲法上の要請であつても立法政策上の要請のために譲歩を強いられることを認めている。そうだとすると、憲法上の要請の方が立法政策上の要請より重いといつても、その違いはそれほど隔絶したものではないことになる。

このようにみえてくると、昭和三十九年判決と昭和五一年判決とは、前者が投票価値の平等を憲法上の価値と認めず後者が認めたという点から、本来ドラスティックな違いがあるはずであるのに、現実の判決論理としては質的な違いはないことになりはしないだろうか。違いがあるにしてもそれは量的な違い、つまり昭和五一年判決の方が投票価値の平等という考慮要素の重みが比較的に重い、そしてその結果として投票価値の較差の許容限度がある程度限定された、というにとどまると思われる。

三、さて昭和五一年判決は、投票価値の平等が「選挙権の平等の要求に反する程度となつたとしても、これによつ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、……合理的期間内における是正が……行われない場合に始めて憲法違反と」なるという立場をとる。すなわち較差が許容限度を超えることのみならず、許容限度を超えてから起算される合理的期間が徒過したことという要件が具備されてはじめて違憲判断に至るわけである。

判例はかかる合理的期間論をとるが、これについては疑問が多い。較差が許容限度を超え、従つて平等の見地からして合憲性の要件を欠くことになるのに、なぜ合理的期間内であれば違憲とされないのか。較差の許容限度を超えた場合、違憲状態であるといわれるが、その用語法を用いるならば、「違憲状態ではあるが違憲ではない」というのはどういふことなのか疑問である。⁽⁹⁾

思うに判例は、ここで立法裁量優位型思考をベースにして、二重の裁量構造をとっているのではなからうか。すなわち、まず選挙制度の決定に関する国会の裁量が認められる。この裁量の下で投票価値の平等の要請のほか、

諸々の立法政策的要請が総合考慮され、選挙区割、定数配分が決定される。もし人口が変動しないならば、この立法裁量に合理性があるか否かにより合憲または違憲の結論が帰結されることになる。

しかし人口の漸次的な変動によって投票価値の較差が許容限度を超えた場合にはどうか。判例によれば立法裁量において考慮される要素の一つとして、「選挙区割と議員定数の配分を頻繁に変更することは、必ずしも実際のではなく、また、相当でもない」ということがある。つまり現在の定数配分が投票価値の不平等状態、つまり違憲状態に至っているにしても、そのことと、選挙制度の頻繁な変更は実際のでも相当でもないという立法政策的要請とが総合考慮され、いかなるタイム・スケジュールで是正するかにつき、さらに国会の裁量がある、というのが判例の立場であると思われる。⁽¹⁰⁾このように憲法上の価値である投票価値の平等の上位に、二重の裁量が位置するという構造であるため、第一次の裁量において較差が違憲状態であるとしても、第二次の裁量の枠内であるならば——つまり違憲状態を是正するための国会のタイム・スケジュールに関する裁量の枠内にあるならば——、合理的期間内であるとして違憲判断はなされないということになるのではなかろうか。

四、さて、昭和五一年判決の論理は、その後の衆議院定数訴訟に関する最高裁判決に受け継がれていった。しかもこれら累次の判例において論じられていることからして較差の許容限度および合理的期間につき、判旨において数値的に明示されてはいないものの、判例がいかなるものを想定しているかある程度推測ができるようになり、較差の許容限度は三倍程度、合理的期間が五年程度であろうとみられるようになってきた。とりわけ較差の許容限度については、最高裁平成五年判決⁽¹¹⁾が較差一对二・九二は許容限度内、一对三・一八は許容限度を超えるものと判断したことで、許容限度は三倍という含意がかなり強く示されるようになった。

判例は、較差の許容限度および合理的期間について数値的な限界を持っていたとしても明示しないのか、それともそもそも持っていないのかは明らかではない。しかし、少なくとも三倍弱までの較差は許容され、かつ許容されない較

差に至ったとしても何年間かは違憲と判断されない、という論理は判例として確定している。

しかし、これはどこから導出されるものなのだろうか。判例の言葉によれば、立法裁量には「合理性」という限界があるとしている。その合理性の具体化として較差の許容限度および合理的期間が捉えられるのであるが、ではそもそもその合理性は何に由来するのかが問われるのである。

憲法優位型思考によるならば、立法裁量を枠づけるのは憲法上の価値と位置づけられた投票価値の平等であり、それにもとづく合理性ということになる。そして投票価値の平等の重要性に鑑みれば、合理性といっても厳しい合理性と把握されるはずである。

しかし判例は、現実には立法裁量優位型思考をとった。この思考のあり方をとる限り、立法裁量を枠づけるのは投票価値の平等ではないのではなからうか。投票価値の平等は立法裁量の下で考慮される一要素にすぎず、裁量の上位にあつてそれを枠づける位置にないからである。従つていかなる意味における合理性かが疑問として浮上する。昭和五一年判決をみると、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しゃくしてもなお、一般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」か否かを重要な判断の基準としている。これは社会通念上非常に不合理と考えられるか否かを問う立場ではなからうか。つまり合理性は憲法の解釈から導出されるというより、むしろ社会通念に関する最高裁の受けとめ方（投票価値の平等の趣旨も勘案しているとはいえようが）に由来する、といえるように思われるのである。

五、さて、参議院の定数訴訟についてはどうか。投票価値の平等は憲法上の要請であると認めた昭和五一年判決の後の最高裁（大法廷）判決として、昭和五八年判決⁽¹²⁾と平成八年判決⁽¹³⁾とがある。これらは衆議院に関する場合と若干のくいちがいはあるものの、⁽¹⁴⁾基本的な論理構造は同じであるといつてよいように思われる。

すなわち、選挙制度の仕組みの決定は国会の裁量にゆだねられる。その立法裁量の下で考慮される諸要素の一つ

としてももちろん投票価値の平等があるが、それ以外にも諸々の要素がある、というあり方は参議院の場合であつても衆議院と同じである。参議院選挙区の場合特徴的なことは、立法裁量において考慮される諸要素のうちに、「憲法が参議院議員は三年ごとにその半数を改選すべきものとしていることに応じて、各選挙区を通じその選出議員の半数が改選されることとなるように配慮」すること、および「選挙の仕組みについて事実上都道府県代表的な意義ないし機能を有する要素」を含め、較差の許容限度をかなり緩和していることである——平成八年判決からして、許容限度は六倍程度ではないかと推測されよう⁽¹⁵⁾。

投票価値の平等に対して大幅に譲歩を強いているこれら二つの要素のうち、まず「事実上都道府県代表的な意義ないし機能を有する要素」は、憲法上の要請ではなく、たかだか立法政策上の要請にすぎない。では、半数改選制に依じて各選挙区の定数を偶数にしている点はどうであろうか。何名かの論者が指摘しているように、⁽¹⁶⁾確かに半数改選制は憲法上の要請であるが、それは参議院議員全員についての半数改選を求めるにとどまる。総議員についての半数改選にとどめず、各選挙区について半数改選にすることは、もはや憲法上の要請ではなく立法政策上の要請と捉えられよう。

このようにみると、投票価値の平等という憲法上の要請に対して、立法政策上の要請を持ち出すことによつて大幅な譲歩を強いていることが理解される。本来、憲法上の要請は立法政策上の要請の上位に位置するはずであるから、立法政策上の要請は憲法上の要請に対して譲歩を強いることはできないはずである。⁽¹⁷⁾であるのに、現実の判例においては立法政策上の要請を根拠に憲法上の要請に対し譲歩を強いている。立法裁量の下に組み入れられた憲法上の要請は、その本来的な位置づけを失った結果、立法政策上の要請と調整を強いられるまで弱体化するのであろうか。

参議院選挙区の場合、投票価値の平等が許容限度を超えた後の猶予期間についても衆議院とは別の考慮がなされ

る。すなわち「選挙区割や議員定数の配分をより長期にわたって固定し、国民の利害や意見を安定的に国会に反映させる機能を……持たせることとする」とを、立法裁量上の考慮要素のなかに入れ、もって猶予期間を衆議院の場合よりも長期にしているのである。別稿で指摘したことであるが、判例は衆議院の場合は「合理的期間」、参議院の場合は「相当期間」というように用語を異にしているが、それは両者の差異を意識してのことであるのかもしれない。

このように参議院の場合、立法裁量上考慮される要素が多岐にわたり、しかも憲法上の要請か立法政策上の要請かによってさほど区別を認められていないため、投票価値の平等がかなり希釈化、相対化されているという状況が現出しているのである。

- (1) 最大判昭和五八年四月二七日、民集三七卷三号三四五頁。
- (2) 高橋和之「定数不均衡訴訟に関する判例理論の現況と問題点」法学教室四二号九五頁以下、九八頁（一九八四）。
- (3) 野中俊彦「参院定数不均衡合憲判決についての若干の考察」判例時報一〇七七号七頁以下、八頁（一九八三）。
- (4) 野中俊彦「参院定数不均衡合憲判決の検討」法学セミナー三四二号一六頁以下、一九頁（一九八三）。
- (5) 辻村みよ子「投票価値の平等と選挙制度」同『権利』としての選挙権」二六九頁以下、二七四頁（一九八九）。
- (6) 最大判昭和三九年二月五日、民集一八卷二号二七〇頁。
- (7) 民集三七卷三号三四五頁以下、三八六、三八九頁に引用。
- (8) 衆議院定数訴訟に関する昭和五一年最高裁判決も、「投票価値の平等が、単に国会の裁量権の行使の際における考慮事項の一つであるにとどまり、憲法上の要求としての意義と価値を有しないことを意味するものではない」と論じている。
- (9) 高橋和之「定数不均衡違憲判決の問題点と今後の課題」ジュリスト八四四号二頁以下、二四頁（一九八五）はこの点を指摘する。なお、安念潤司「定数不均衡と改正の合理的期間」憲法判例百選Ⅱ三三四頁以下、三三五頁（一九九四）は、合理的期間論につき「判例も、選挙区割と議員定数の配分を頻繁に変更することは実際のでも相当でもない、という通俗的な実論を述べるだけで、何ら説得的な説明を試みてこなかった」という。

(10) 参照、安念潤司「いわゆる定数訴訟について（三）」成蹊法学二六号三九頁以下、五六頁（一九八八）。なお安念教授は、戸松秀典「最新判例批評」判例評論三二六号（判例時報一一八〇号（一九八六））一七九頁が、「合理的期間論が『分かりにくい議論』であるのは、『投票価値の平等についての審査基準が、立法裁量論を基盤として打ち出されているためである』』としている点を指摘し、「合理的期間論が、立法裁量の一

分岐をなしているという認識を前提とした立論と解しえよう」（安念・前出、五八頁）。

(11) 最大判平成五年一月二〇日、民集四七卷一号六七頁。

(12) 前出注（1）。

(13) 最大判平成八年九月一日、民集五〇卷八号二二八三頁。

(14) 野中・前出注（3）九頁は、衆議院定数訴訟に関する昭和五一年判決と、参議院定数訴訟に関する昭和五八年判決の「両者の説示には微妙な違いがある」として、次のようにいう。「昭和五一年判決においては、投票価値の平等に反している状態＝違憲状態をまず確認し、ついで合理的期間を考慮したうえで最終的に違憲と断ずべきか否かが決せられるという、いわば二段階論がとられている」のに対し、昭和五八年判決においては「両者がいわば一体的に捉えられ、総合的に違憲か否かが判断されるという論理になっているようにみえる」。

(15) 最高裁昭和六三年判決が較差一对五・八五を許容限度内と判断しており、最高裁平成八年判決が較差一对六・五九を許容限度を超えるものと判断したことによる。参照、安西文雄「立法裁量論と参議院選挙区における投票価値の平等——参議院定数訴訟、最高裁大法廷平成八年九月一二日判決をめぐって——」法学教室一九六号二六頁以下、二八頁（一九九七）。

(16) 例えば、吉田善明「参議院定数訴訟最高裁判決を読んで」法律のひろば三六卷七号三一頁以下、三五〇三六頁（一九八三）、小林武「参議院議員定数の不均衡と司法審査の方法——最高裁第一小法廷昭和六一年判決」南山法学一〇卷四号一四七頁以下、一五六頁（一九八七）など。

(17) 小林・前出注（16）一五六頁。

(18) 安西・前出注（15）三〇頁。

五 おわりに

以上、定数訴訟を素材に立法裁量のあり方をみてみた。法の支配、憲法の優位（最高法規性）が必ずしも徹底していないという法観念を背景にして、立法裁量が憲法上の価値の上位に観念され、憲法によるコントロールを脱してしまおうという構図があるわけである。

立法裁量には実体におけるそれと、司法審査におけるそれとがある。定数訴訟における現実のあり方をみるならば、実体における立法裁量は、考慮要素として投票価値の平等の他に諸々の立法政策的諸要素を加えることができ、かつ、それらを総合して選挙制度の仕組みの具体的決定をなしうる、ということになる。

司法審査における立法裁量は、立法裁量優位型思考をとるとき、立法裁量が憲法のコントロールを受けず、単に社会常識上の合理性の枠内にあるか否かを審査するにとどまるものとなっているように思われる。

かようにみるならば、少なくとも定数訴訟における立法裁量論は憲法上の価値の位置づけに関し重大な問題をはらむものと思われる。すなわち、憲法上の価値が立法裁量をコントロールするのではなく、逆に立法裁量における考慮要素の一つに位置づけられてしまっていること、および、立法裁量の下位におかれた憲法上の価値が立法政策上の要請によって譲歩を強いられていることという、二重の意味における問題である。