

選挙訴訟に関する若干の問題

——1976年4月14日最高裁判決を素材として——

前 田 寛

目 次

- 一 はじめに
- 二 選挙訴訟の合法性
 - (一) 否定説（消極説）
 - (二) 肯定説
 - (三) 私 見
- 三 違憲無効判決によって生ずる混乱及びその回避の方法
 - (一) 学説・判例の見解とその検討
 - (1) 学 説
 - (2) 判 例
 - ① 昭和48年東京高裁判決
 - (二) 昭和51年最高裁判決
 - (1) 多数意見
 - (2) 岡原昌男等5裁判官の反対意見
 - (3) 岸盛一裁判官の反対意見
 - (三) 昭和51年最高裁判決の検討
 - (1) 多数意見
 - (2) 岡原昌男等5裁判官の反対意見
 - (3) 岸盛一裁判官の反対意見
 - (4) 40日条項
 - (5) 可分説，不可分説

四 おわりに

一 はじめに

公職選挙法(以下、公選法とする)別表第一は、衆議院議員の選挙区および議員数を定め、公選法別表第二は、参議院議員のそれを定めている。さらに、衆議院議員については、公選法別表第一の末尾に更正規定が設けられている(訓示規定)が、参議院議員については、このような規定は設けられていない。

昭和30年代以降、人口の都市集中化現象が著しくなり、農村部の過疎化と都市部の過密化に伴う議員定数不均衡の問題に対して、衆議院議員の定数については、昭和39年と50年の二度、部分的・不十分ながら——定数増、分区という方法で——是正されたが、参議院議員の定数については、まだ一度も是正されていない⁽¹⁾。人口状態の変化に応じて公選法別表を改正するのは、本来、国会の責務であるが、国会が頼りにならない(国会の怠慢の)ために、このような事情に批判的な都市部の選挙人は、公選法 204条の選挙訴訟⁽²⁾を利用して⁽³⁾、議員定数配分規定(公選法別表)が違憲(憲法14条等)であることを理由に当該選挙の効力(無効)を争う訴訟を提起してきたのである。

しかし、公選法 204条の選挙訴訟でこのような主張をすることが許されるか

注(1) 詳しくは、拙稿「議員定数不均衡是正に関する若干の問題」・『徳山大学論叢』14号32頁以下を参照されたい。

(2) この訴訟は、民衆訴訟の一種であると解されている(田中真次「議員定数の選挙区への配分の不平等と選挙の効力」・『判例評論』177号15頁、座談会「議員定数違憲判決をめぐる」・『ジュリスト』617号23頁の伊藤正己氏の発言、田口精一「議員定数の不均衡是正と選挙訴訟」・『法学研究』50巻1号81頁、林田和博『選挙法』132—134頁・法律学全集5・有斐閣・昭和33年など)。行政事件訴訟法5条によると民衆訴訟とは、「国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟で、選挙人たる資格その他自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起するもの」(傍点筆者)と定められており、同法42条によると、民衆訴訟は、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り」提起することができると定められている。

(3) 公選法 204条の選挙訴訟は、本来、選挙の管理執行上の瑕疵の是正を目的とした制度であり、定数配分規定自体の違憲を理由として選挙の無効を争う訴訟を予想した制度ではないが、現行訴訟上、他に適切な訴訟が見当たらないので、公選法 204条の選挙訴訟を利用して、このような訴訟を提起しているのである。

否か、違憲無効判決を下した場合、その後始末をどうするのか、さらに、定数配分規定を可分と解するのか、不可分と解するのかというような問題について学説・判例上⁽⁴⁾ に対立がある。

本稿は、このような問題について若干の検討を試みるものである。

二 選挙訴訟の合法性

定数不均衡の問題は、前述のように公選法 204条の定める選挙の効力に関する訴訟（選挙訴訟）として争われている。しかし、そもそも公選法 204条の選挙訴訟で選挙法（公選法別表が定める定数配分規定）自体の違憲を理由として選挙の無効を争うことが可能か否か——選挙訴訟の合法性——については、当初から議論の存するところであり検討しておく必要がある。

公選法 204条は、衆議院（参議院）議員の選挙の効力に関し異議がある選挙人又は公職の候補者は、都道府県選挙管理委員会（参議院全国区は中央選挙管理会）を被告とし、高等裁判所に訴訟を提起しうる旨を定め、同法 205条は、「選挙の規定に違反する」ことがあるときは「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合」に限り、裁判所はその選挙の全部又は一部の無効を判決しなければならない旨を定めている。

さらに、選挙無効の判決が下された場合、これを行うべき事由が生じた日から40日以内に再選挙を行うべき旨を定めている（公選法109条 4号、34条 1項）。

そこで、右訴訟の結果、若し、公選法の規定（別表）自体が違憲無効とされた場合、違憲無効とされた別表によって再選挙を行うことは許されず、また、再選挙までの40日以内に別表の改正を行う必要がある——公選法34条 6項によると、衆議院議員（参議院議員）再選挙の告示後、投票日までに20日（参議院は23日）を置かなければならないので、改正のために残された期間は20日（参議院は17日）である——が、この短期間内に別表の改正を行うことは事実上不可

注(4) なお、本稿で考察する訴訟手続面においては、衆議院と参議院とを同様に扱うことが可能であると解されるので、両者を区別して扱っていない。

能である。この結果、選挙は無効となり、また、再選挙も事実上不可能となり、「收拾すべからざる混乱⁽⁶⁾」を招来することになる。

このようなことから、公選法 204条の選挙訴訟では、定数配分規定自体の違憲を理由として選挙の無効を争う訴訟を提起することはできないのではないかと、という疑問が生じるのである。

(一) 否定説(消極説)

公選法 204条の選挙訴訟制度本来の趣旨からすれば、否定説(消極説)も勿論成立するわけで、学説・判例上——最高裁判決における意見、補足意見、反対意見ではあるが——、また、予てから被告の選挙管理委員会(以下、選管委とする)側から主張されている。

この説の論拠は、形式的・実質的に様々であるが、①公選法 204条の選挙訴訟制度本来の立法趣旨を忠実に守って、同法204条、205条の規定を厳格に解釈し、若し、右訴訟の結果、公選法の規定(別表)自体の違憲無効の判決が下されることになれば、国会の立法による是正をまたなければ選管委は適法な再選挙を行うことはできず、(前述のように「收拾すべからざる混乱」を生じるので)、本来、このような訴訟は認められない——却下——とする考え方(否定説)と②公選法204条、205条の規定を拡張解釈し、このような訴訟自体は認められるが、仮りに、右訴訟の結果、公選法の規定(別表)自体の違憲無効の判決が下されることになれば、前述のように「收拾すべからざる混乱」を生じるので、選挙無効の判決を下すことができない——棄却——とする考え方(消極説)との二つに大別できる。

まず、否定説の代表的な見解として、昭和47年12月10日施行の衆議院千葉1区選出議員選挙無効訴訟に関し、昭和51年4月14日最高裁大法院判決⁽⁶⁾(以下、昭和51年最高裁判決という)における天野武一裁判官の反対意見は、次のように説いている。

注(5) 昭和39年2月5日最高裁大法院判決 民集18巻2号270頁、判時361号8頁における齋藤朔郎裁判官の意見。

(6) 民集30巻3号223頁、判時808号24頁。

「もともと、同条（公選法 204条——筆者注）による訴訟は、具体的権利義務に関するいわゆる法律上の争訟ではなく、選挙の管理執行機関の公選法規に適合しない行為の是正を目的として、法律により特に裁判所の権限に属せしめられた民衆訴訟（裁判所法 3 条，行政事件訴訟法 5 条，42条参照）の性質を有するものであって、当該選挙が『選挙の規定に違反』し、しかも『選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合に限り、』選挙の全部又は一部の無効を判決しなければならない（公選法 205条 1 項）ものとされていることにより、その限度で許容されるにすぎない訴えである。また、この訴訟は、現行法上、選挙法規及びこれに基づく選挙の当然無効を確定する趣旨のものではなく、選挙管理委員会が法規に適合しない行為をした場合にその是正のため当該選挙の効力を失わせ改めて再選挙を義務づけるところにその本旨があることについても、疑う余地がない。そこで、右訴訟で争いうる『選挙の規定』違反ということも、当該選挙区の選挙管理委員会が、選挙法規を正当に適用することにより、その違法を是正し適法な再選挙を行いうるようなものに限られるのであり、したがって、同委員会においてこれを是正し適法な再選挙を実施することができないような違法を主張して選挙の効力を争うことは許されず、裁判所の審査権もこれに及ばないのである。そして、もし公選法の議員定数の配分規定が違憲であるとすれば、国会の立法による是正をまたなければ選挙管理委員会が適法な再選挙を実施することはできないのであるから、公選法の議員定数配分規定の違憲無効を唯一の理由として、その法の下で行われた選挙の効力を争うことは、現行の公選法が定める前記訴訟の予想するところではない。それゆえ、本件の訴えは、公選法の前記規定の許容する範囲外のものというべきであり、かつ、そのような訴えのために道を開いた実定法規が制定されていない以上は、結局、不適法の訴えとして却下されるほかないことになるのである」と。

さらに、昭和37年7月1日施行の参議院青森地方区選出議員選挙無効訴訟に関し、昭和41年5月31日最高裁第三小法廷判決⁽⁷⁾における田中二郎裁判官の意

注(7) 裁判集（民事）83号623頁。

見は、否定説の論拠について、昭和39年2月5日最高裁大法廷判決⁽⁸⁾(以下、昭和39年最高裁判決という)における斎藤朔郎裁判官の意見の系譜を継ぎ、次のように説いている。

「本件では、公職選挙法 204条の選挙の効力に関する訴訟の手續をふんでいる。これは、いわゆる民衆訴訟の性質を有する訴訟であって、この訴訟で、別表二の定める議員数の配分の違憲無効を主張して争うことができるかどうかとも頗る疑問としなければならない。というのは、公職選挙法 204条の定める選挙の効力に関する訴訟制度は、元来は、選挙の管理執行上の瑕疵を是正することを目的とした制度であって、議員数の配分の違憲の主張のごときものは、全く予想していないというべきだからである。選挙の管理執行上の瑕疵の是正を目的としているために、訴訟の結果、当該選挙が無効ということになれば、同法の定めるところに従って再選挙を行なうことになっており、しかも、この再選挙は、これを行なうべき事由が生じた日から40日以内に行なうべきものとされているのである(同法109条4号、110条2項、34条1項参照)。しかし、若し、右の訴訟の結果、再選挙の根拠となる公職選挙法(別表二)自体の違憲無効が断定されることになれば、まず、その改正が行なわれなければならないことになるが、僅か40日のうちにこれを行なうことは事実上不可能である。そうだとすると、違憲無効の別表二によって、違憲無効の選挙を繰り返すか、改正法の成立するまでの相当の期間、国権の最高機関の一部の存立を否定せざるを得ないこととなる(衆議院についても同じ問題が生ずる可能性があり、場合によっては国会両院の存立が否定され、従って法律の改正自体が行なえない場合の生ずる可能性がないわけではない。)。これらのことを総合して考えてみると、公職選挙法別表二が憲法の平等条項に違反して無効であることの主張のごときは、同法 204条の定める選挙の効力に関する訴訟制度の全く予想していないところであって、同条による訴訟としては、本来、許されないところと解すべきであろう」と。

もっとも、田中意見は、消極説の論拠について、次のように付言している。

注(8) 民集18巻2号270頁、判時361号8頁。

「別表二に基づく議員数の不均衡が各選挙区間における投票価値の平等を損じ、各選挙人の平等権を侵害することを理由とする訴えの途を開くため、右の204条の規定を強いて拡張解釈し、同条による訴訟を認めることが、一つの考え得る方法であるかも知れない。しかし、仮りに同条による選挙無効の判決があったとすれば、叙上のように40日以内に再選挙を行なわなければならないことになるが、再選挙までの僅かの期間に別表二の改正を行なうことは事実上不可能であり、しかも無効と判断された現行法の別表二に基づく再選挙の実施もまた許されないということになれば裁判所としては、別表二が憲法14条に違反するとしても、その違法は、選挙の結果に異動を及ぼさないものとして、選挙無効の主張は、これを排斥するほかはない」と。

消極説の論拠について、さらに、田中真次氏は、昭和48年7月31日東京高裁判決を評釈して、次のように説いている⁽⁹⁾。

「私見が本件選挙を無効にできないとするのは、本件は民衆訴訟であり、この訴訟の判決では行政事件訴訟法第5条にいうように『……法規に適合しない行為の是正』をすることができないからである」、「私見は、選挙区への議員定数の配分の問題は、訴訟における選挙無効の請求を理由あらしめる原因にはなり難く、従って、本判決同様、請求を棄却するよりほかはないものと考えているが、訴を不適法として却下すべきものとは考えていない」と。

以上の否定説（消極説）は、憲法判断の適否（選挙訴訟の合法性・違憲性）の問題と違憲無効判決が下された場合の混乱の問題とを結びつけて、後者（出口）を理由に前者（入口）までも否認しようとする考え方が採られているようである⁽¹⁰⁾。そして、この説は、最高裁判決における少数意見であり、また学説上⁽¹¹⁾も少数説である。

注(9) 田中真次「前掲書」・『判例評論』177号15頁以下。

(10) 野中俊彦「憲法訴訟における『事情判決』の法理——定数不均衡違憲判決を素材として——」・『金沢大学法文学部論集 法学編』25号15—16頁。

(11) 学説上、否文説の代表的見解として、田口精一「前掲書」・『法学研究』50巻1号77頁以下、同「選挙区における議員定数の是正を求める訴」・『法学研究』38巻3号79頁以下がある。

(二) 肯定説

従来から最高裁判決(多数意見)は、公選法 204条の選挙訴訟について、直接には明確な判断を示さず——この訴訟が合法であるとも違法であるとも言わず——本案審理をしてきた。したがって、この種訴訟の合法性を前提にしている(肯定説を採っている)と解釈できた。もっとも、これらの判例は、結局、定数配分規定の合憲性を認めて原告の請求を棄却しているの、厳密に言えば、肯定説を採っているか否かは明確ではない。

最近、最高裁(昭和51年最高裁判決における多数意見)は、この種訴訟の合法性について、括弧付きではあるが、次のような見解を明示した。

「元来、右訴訟(公選法 204条の選挙訴訟——筆者注)は、公選法の規定に違反して執行された選挙の効果を失わせ、改めて同法に基づく適法な再選挙を行わせること(同法 109条 4号)を目的とし、同法の下における適法な選挙の再実施の可能性を予定するものであるから、同法自体を改正しなければ適法に選挙を行うことができないような場合を予期するものではなく、したがって、右訴訟において議員定数配分規定そのものの違憲を理由として選挙の効力を争うことはできないのではないかと、との疑いがないではない。しかし、右の訴訟は、現行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟であり、これを措いては他に訴訟上公選法の違憲を主張してその是正を求める機会はないのである。およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請に照らして考えるときは、前記公選法の規定が、その定める訴訟において、同法の議員定数配分規定が選挙権の平等に違反することを選挙無効の原因として主張することを殊更に排除する趣旨であるとするのは、決して当を得た解釈ということとはできない」(傍点筆者)と。

以上の論旨については、概ね異論ないが、ただ、公選法 204条の選挙訴訟が「現行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟」であるか否かは、確かに疑問が残る⁹⁹。しかし、ここでは、この問題を検討する余裕はない

注⑩ 芦部信喜「議員定数配分規定違憲判決の意義と問題点」・『ジュリスト』 617号38

ので、今後の検討課題として、次に、学説上、肯定説の代表的な見解を掲げよう。

林田和博教授は、昭和39年最高裁判決を評釈して、次のように説いている⁶³⁾。

「裁判所は憲法98条、81条によって憲法に違反する行為の審査権を認められるものであって、……裁判所は当該選挙が法律の誠実な執行であるか否かを審査するに止まず、憲法に違反する無効の法律(……)に基づいて行われたか否かを審査し、若し前者の場合、選挙は、仮令選挙の管理執行は法律に違反して違法になされたものでなくても、無効であることを判定する権利と義務とを有するものと解さねばならない。法律の改正がただ手続的に困難であり、改正の可能性が少いことをもって、法令又は国家行為の違憲審査請求の訴の適法性を否定し、訴の却下原因となすことは失当である」(傍点筆者)と。

㊦ 私見

公選法 204条の選挙訴訟は、本来、定数配分規定の違憲を理由として選挙の無効を争う訴訟を予想した制度ではないことは確かである。しかし、このことから、直ちに訴えを却下すべきであるという考え方も余りに早計であろう。つまり、「国民主権を宣言する憲法の下において、公職の選挙権が国民の最も重要な基本的権利の一である⁶⁴⁾」、「選挙権は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹をなす⁶⁵⁾」と言われており、また、「投票の結果価値の平等」が憲法原則であると解されている⁶⁶⁾以上、昭和の51年最高裁判決の多数意見が説いているように「国民の基本的権利を侵害す

頁。

なお、本判決における岸盛一裁判官の反対意見が、この種訴訟を抗告訴訟として構成できないか否か問題提起して検討している。この問題に関しては、浜田純一「最高裁判所民事判例研究 12」・『法学協会雑誌』95巻1号225—226頁、高橋和之「定数不均衡違憲判決に関する若干の考察」・『法学志林』74巻4号114—117頁、戸松秀典「議員定数不均衡訴訟判決の検討」・『法律時報』52巻6号20頁を参照されたい。

63) 林田和博「公職選挙法別表第二と憲法第14条第1項」・『民商法雑誌』51巻5号118—119頁。

64) 昭和30年2月9日最高裁大法院判決 刑集9巻2号217頁。

65) 昭和51年4月14日最高裁大法院判決 民集30巻3号223頁、判時808号24頁。

66) 詳しくは、拙稿「前掲書」・『徳山大学論叢』14号36頁以下を参照されたい。

る国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきである」という「憲法上の要請」があることを無視できない。したがって、同判決において岸盛一裁判官の反対意見が説いているように、「この種訴訟に公選法 204条の規定をそのままあてはめることにはもともと無理があり、本来その特質に適合した特別の立法措置が必要とされるのであるが、現行法上そのような措置はとられていない。さればとって、国民の憲法上の基本的権利の侵害に対する救済を拒否することは許されず、裁判所は、現行の法定法を手がかりとして、その救済を実効あらしめの手続を考案しなければならない」（傍点筆者）と解すべきである。

このような観点から公選法 204条の選挙訴訟を考察してみよう。

この種訴訟で選挙が無効になるには、「選挙の規定に違反する」とことと「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合」との二つの要件が必要である。

「選挙の規定に違反する」という意味については、昭和27年12月4日最高裁第一小決廷判決⁽¹⁷⁾が、「選挙管理の任にある機関が選挙の管理執行の手續に関する明文の規定に違反することがあるとき又は直接かような明文の規定は存在しないが選挙法の基本理念たる選挙の自由公正の原則が著しく阻害されるときを指すものと解する」（傍点筆者）と判示している。ここで問題になっている定数不均衡が、選挙の公正を著しく阻害するものであることは明白である⁽¹⁸⁾。

次に、「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合」とは、昭和29年9月24日最高裁第二小法廷判決⁽¹⁹⁾によれば、「その違反がなかったならば、選挙の結果、すなわち候補者の当落に、現実に生じたところと異った結果の生ずる可能性のある場合」をいう。

つまり、憲法原則である「投票の結果価値の平等」が損なわれている違憲の定数配分規定に基づいて行われた現実の選挙における当選人と、「投票の結果価値の平等」が実現していると認められる合憲の定数配分規定に基づいて行わ

注(17) 民集6巻11号103頁。

(18) 芦部信喜「前掲書」・『ジュリスト』617号38頁。

(19) 民集8巻9号1678頁。

れた選挙を想定した場合の当選人とを比較して、その数に相違を生ずる可能性が考えられる場合をいうのであり、「再選挙を行えるかどうか、法律の改正なくして再選挙をしても意味がないというような問題ではない⁸⁰⁾」。したがって、定数配分規定が違憲であるならば、合憲であると考えられる定数配分規定に基づいて行われる選挙の当選人は、現実の選挙における当選人よりも多くなるはずであり、定数配分規定の違憲性が、「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合」に該当することは明白である⁸⁰⁾。

三 違憲無効判決によって生ずる混乱及びその回避の方法

公選法 204条の選挙訴訟の結果、定数配分規定を違憲と判断した場合には、違憲の定数配分規定によって行われた選挙の効力、再選挙などとの関係で困難な問題（「收拾すべからざる混乱」）を生じることになるが、学説・判例は、そのような問題について、どのように考えているのか——違憲判断の後始末（混乱回避の方法）——を見よう。

（一）学説・判例の見解とその検討

（1）学説

この問題について早くから学説をリードしてきた芦部信喜教授は、昭和39年最高裁判決を評釈して、「選挙の規定違反とは、明文に反することがなくても選挙の自由公正が著しく害された場合を含むと解されているので、……『選挙法令の違憲無効を理由に該法令に基く選挙管理執行行為の違法を主張する請求』を、本件の場合 204条の訴訟として是認することは、許されてよいだろう。しかしながら、……別表第二が改正されなくても、再選挙を行えば選挙の結果に異動が生ずると考えるのは、疑問である。異動を及ぼすおそれの有無を判断するさい、現実にあらわれている結果と対比さるべきものは、……『適憲に改訂された別表に基く選挙でなければならぬ』からである」とすれば、仮り

注⁸⁰⁾ 田中真次「前掲書」・『判例評論』177号15頁。

81) 田中真次「前掲書」・『判例評論』177号15頁。

に、定数配分規定が違憲としても、再選挙までの40日(実際には約3週間)以内に別表の改正を行った上で再選挙を実施することは事実上不可能であるから、結局、定数配分規定の違憲性は、公選法 205条の「選挙の結果に異動を及ぼす虞」がないものとして訴えを棄却するが、同時にアメリカの将来効判決の法理と結びつけて違憲判決を導き出すことができる旨説いている²²⁾。

この説は、選挙を無効としないために裁判所は、「収拾すべからざる混乱」を恐れる必要はなく、将来効判決を理由に違憲判断を示すことができる——違憲判断と選挙無効判決による混乱とを切り離す——という点で、当時としては、きわめて巧妙な解釈であった。

しかし、この説には、「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合」の解釈につき疑問があり——前述のように、定数配分規定が違憲であれば、「選挙の結果に異動を及ぼす」ことになる——、また、芦部教授自身が認めている²³⁾ように、仮りに、定数配分規定が違憲だとしても再選挙の実施は事実上不可能であるから、結局、「選挙の結果に異動を及ぼさない」ので選挙無効判決を下すことができないとするのであれば、この訴訟は、具体的事案の解決(原告の救済)に何ら寄与せず本案審理をする必要性がない²⁴⁾ものとして、違憲判断そのものを回避する可能性があった。

将来効判決の法理(純粹型不遡及的変更)は、「当該事件についても新しい準則を適用せず、在来の判例に従って裁判をし、ただ将来同種の事件を裁判する際には、この判決以後に生じた行為については、これまでの判例によって示された準則に従ってではなく、裁判所がこの判決中に(傍論的に)示した新しい立場に従って裁判する旨を明らかにするものである²⁵⁾」が、我が国の定数配分規定違憲訴訟においては、選挙無効判決によって生じる「収拾すべからざる混乱」を

注22) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』202頁以下・有斐閣・昭和48年及び同「憲法訴訟の理論と技術」・『公法研究』37号47頁の原注(3)。

23) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』203頁。

24) 阿部泰隆「前掲書」・『ジュリスト』617号57頁。

25) 田中英夫「判例の不遡及的変更」・『法学協会雑誌』7・8合併号1010頁。その他、佐藤幸治「違憲判決の効力——将来効の問題を中心に——」・『法学論叢』94巻3・4号182頁以下を参照されたい。

回避する方法が考案されない限り、将来効判決を下すことは困難であろう⁶⁸⁾。

(2) 判例

① 昭和48年東京高裁判決

昭和46年6月27日施行の参議院東京地方区選出議員選挙無効訴訟に関し、昭和48年7月31日東京高裁判決⁶⁹⁾は、昭和39年最高裁判決以来、右判決を踏襲する流れの中で芦部説の影響のもとに新しい解決方法を試みて、次のように説いている。

「5.08倍(……)もの価値あるものがあることは、不均衡の程度がきわめて著しいことを示すものであり、……別表第二が、今日なお違憲無効のものでないと断定することは困難であるというべきであり、国会において近い将来、現情勢に即応して、不均衡を除去するため、何らかの改訂が行われることを期待せざるを得ない」(傍点筆者)と(傍論的に)判示しながら、結論的には、「公職選挙法第205条第1項によれば選挙に関し訴訟の提起があった場合において、選挙の規定に違反することがあるときは、裁判所は選挙の結果に異動を及ぼす虞のある場合に限って、その選挙の全部または一部の無効の判決をしなければならぬと定められている。これを、本件選挙の有効無効の問題について見れば、前示違憲の疑いのある右別表第二を適用して執行された本件選挙についてその手続に違法があるものと解するにしても公職選挙法の定める再選挙は、これを行なうべき事由が生じた日から40日以内に行うべきものとされており(……)、本件の場合公職選挙法(別表第二)の改正を行うには再選挙の告示後投票日までには少くとも23日間の期間を置かなければならないから(……)、改正のために残された期間は17日間に過ぎず、この期間内に改正を行うことは事実上不可能であり、しかも違憲の疑いがあると判断された現行法の別表第二に基づく再選挙は許されるべきではなく現行法上他に執るべき方法は考えられないのであるから結局本件選挙の違法は選挙の結果に異動を及ぼす虞がないも

注68) 阿部泰隆「前掲書」・『ジュリスト』617号58頁、樋口陽一「違憲審査における積極主義と消極主義——衆議院議員定数配分の違憲判決に即して——」・『判例タイムズ』337号11頁。

69) 判時709号3頁。

のと解すべきであり、前示法条に該当しないものとして原告の本件選挙の無効の主張はこれを排斥するほかない」と判示して、原告の請求を棄却した。

このように、本判決は、芦部説を選挙無効訴訟が成立しえない理由づけのみに採用し、将来効判決と切り離して用いている。

なお、本判決の上告審判決である昭和49年4月25日最高裁第一小法廷判決²⁹は、本判の解釈方法について何ら判示せず、昭和39年最高裁判決の見解を踏襲した。

（二）昭和51年最高裁判決

このような判例の流れの後、ついに、昭和51年最高裁判決は、衆議院議員の定数配分規定の平等原則違反を理由とする選挙無効の訴えに対して、画期的な違憲判決を下した。本判決には、8裁判官の多数意見、岡原昌男等5裁判官の反対意見、岸盛一裁判官の反対意見、（及び、前述の天野武一裁判官の反対意見）があり、それぞれ次のような解決方法を示している。

（1）多数意見

多数意見の論旨を要約すると、次のように三つの部分から成り立っている。

定数配分規定は、不可分であるとの前提に立ち、まず第一に、具体的な訴訟形態を離れた一般論として、法律（定数配分規定）が違憲である場合、それに基づいてなされた行為（選挙）の効力や結果がどうなるのかを論ずる。

すなわち、憲法に違反する法律は、原則として、当初から無効であり、また、これに基づいてなされた行為の効力も否定されるべきものであるという解釈を採ると、「右選挙により選出された議員がすべて当初から議員としての資格を有しなかったこととなる結果、すでに右議員によって組織された衆議院の議決を経たうえで成立した法律等の効力にも問題が生じ、また、今後における衆議院の活動が不可能となり、前記規定を憲法に適合するように改正することさえもできなくなるという明らかに憲法の所期しない結果を生ずる」（傍点筆者）ので、本件には上記のような解釈——当初無効の理論（void ab initio theory）——を採るべきでないことは、極めて明らかであるとする。

注²⁹ 判時737号3頁。

第二に、具体的な訴訟形態である公選法 204条の選挙訴訟——形成訴訟——として考えた場合、選挙の効力や結果がどうなるかを論ずる。

すなわち、「選挙を将来に向かって形式的に無効とする」公選法 204条の選挙訴訟の場合には、選挙無効の判決があっても「これによっては当該特定の選挙が将来に向かって失効するだけで、他の選挙の効力には影響がない」（傍点筆者）が、この場合においても、次のような結果を生ずる。すなわち、④選挙無効の判決によって得られる結果は、当該選挙区の選出議員がいなくなるというだけであって、真に憲法に適合する選挙が実現するためには、公選法自体の改正にまたなければならない。⑤全国の選挙について同様の訴訟が提起され選挙無効の判決によって先の「当然無効」の場合とほぼ同様の不当な結果を生ずることもありうる。⑥仮に一部の選挙区のみが無効とされるにとどまった場合でも、もともと同一憲法違反の瑕疵を有する選挙について、そのあるものは無効とされ、他のものはそのまま有効として残ることになる。しかも、④公選法の改正を含むその後の衆議院の活動が、選挙を無効とされた選挙区からの選出議員を得ることができないままの異常な状態の下で、行われざるをえないことになる。

第三に、結論的に、違憲判断と当該選挙区選挙無効とを切断するための解釈技術として事情判決の法理を援用して、次のように論ずる。

すなわち、上記のような④～⑥の結果は、「憲法上決して望ましい姿ではなくまた、その所期するところでもない」ので、違憲の主張が肯認されるときは常に当該選挙を無効とすべきか否かという問題について、行訴法31条1項前段の事情判決の法理を検討する。すなわち、右規定には、「行政処分取消の場合に限られない一般的な法の基本原則に基づくものとして理解すべき要素も含まれている」。そこで、この原則の適用により、「選挙を無効とすることによる不当な結果を回避する裁判をする余地もありうる」ので、「高次の法的見地」から、この法理を本件に援用して、選挙が違法である旨を主文で宣言するととどめて、選挙自体はこれを無効としない旨判示した。

(2) 岡原昌男等 5 裁判官の反対意見

この説の論旨を要約すると、次のようになる。

すなわち、法規の一部に違憲の瑕疵がある場合、その瑕疵と法規全体との関連度の大小を考察して合理的に解決がつかずならば、その法規についてなるべく憲法違反の範囲を拡大しないように解することが違憲審査の基本的態度であるという立場から、定数配分規定を可分であるとして、一選挙区についての投票価値不平等の違憲は必ずしも他の選挙区について違憲を来さないと考える。したがって、平均的投票価値をもつ選挙区については、他の選挙区において投票価値の不平等が生じたこととは関係なく、依然として憲法の理念に合致しているものと認めることができるから、これらすべての選挙区について一律に違憲であると断定する必要は全くない。

一部選挙区の選挙無効判決が確定した場合、当該選挙区については選出議員を欠くことになるが、衆議院はさしたる支障なく活動でき、残余の議員で構成される衆議院において法改正を進めることができる。その際、再選挙の期間を定める公選法34条は、その適用がなく、合理的な解釈を施すべきである。

以上のような次第で、定数配分規定は、千葉県第一区に関する限り違憲であり、憲法98条によって無効である。したがって、これに基づく同選挙区の本件選挙もまた、無効とすべきものである、と説いている。

このように、可分説により違憲とされる範囲及び違憲判断の対象を限定することによって、千葉県第一区の本件選挙を無効であるとする。

(3) 岸盛一裁判官の反対意見

この説の論旨を要約すると、次のようになる。

すなわち、定数配分規定を可分と考える点は、前述の反対意見と同じであるが、違憲とされる範囲をより限定して、本件配分規定のうち千葉県第一区に関する部分は、その定数配分が過少に限定されている点において、かつ、その限度で違憲なのであるから、同区の選挙は、違憲な配分規定に基づく選挙として違法であり、無効とされるべきものであるが、当選人4名の選挙に関する限りは、その結果としての選挙の効力を維持すべきである。したがって、千葉県第一区の選挙を無効とするとともに、右選挙によって当選した当選人らは当選を

失わない旨の判決をすべきである、と説いている。

このように、可分説により違憲判断の及ぶ範囲を限定し、違憲判断と選挙無効判決によって生ずる混乱を回避する一つの解釈方法を示している。

(三) 昭和51年最高裁判決の検討

(1) 多数意見

多数意見の立論には、様々な角度からの批判があるが、定数配分規定の可分、不可分の論議を別にすると、結局、公選法 204条の選挙訴訟に行訴法31条の事情判決の法理を援用したことであろう。

すなわち、形式的な問題としては、㉞公選法 219条が、選挙無効訴訟に行訴法31条の事情判決を準用することを明示的に排除しているにもかかわらず、本件への援用を肯定していることである⁸⁹⁾。実質的な問題としては、㉜事情判決の法理を援用する前提となっている前述の㉔～㉖の「憲法の所期しない結果」について、多数意見の危惧は杞憂ではなかろうか⁹⁰⁾ということであり、さらに、㉞事情判決制度が安易に拡大使用されることに対する批判⁹¹⁾などである。

次に、これらの問題について検討しよう。

まず、㉞について、多数意見は、「同法の規定に違反する選挙はこれを無効とすることが常に公共の利益に適合するとの立法府の判断に基づくものであるから、選挙が同法の規定に違反する場合に関する限りは、右の立法府の判断が拘束力を有し、選挙無効の原因が存在するにもかかわらず諸般の事情を考慮して選挙を無効としない旨の判決をする余地はない。しかしながら、本件のように、選挙が憲法に違反する公選法に基づいて行われたという一般性をもつ瑕疵を帯び、その是正が法律の改正なくしては不可能である場合については、単なる公選法違反の個別的瑕疵を帯びるにすぎず、かつ、直ちに再選挙を行うことが可能な場合についてされた前記立法府の判断は、必ずしも拘束力を有するもの

注89) 田口精一「前掲書」・『法学研究』50巻1号87頁以下、矢野邦雄「選挙区への議員定数配分の不平等と選挙の効力」・『判例評論』210号15頁以下。

89) 特に㉔の理由について、樋口陽一「前掲書」・『判例タイムズ』337号9頁。

91) 和田英夫「衆議院議員定数違憲判決とその問題点」・『判例時報』811号7頁。

とすべきではな〔い〕」と説いている。つまり、裁判所は、通常の選挙訴訟においては、公選法の規定に違反する選挙を常に無効としなければならないが、公選法自体が違憲である場合には、公選法 219条に示された立法者の意思に必ずしも拘束されず、選挙を無効としないことができる、としているのである。

これに対し、天野武一裁判官の反対意見は、「公選法がその 219条において行訴法31条の準用を排除することを定めた選挙訴訟の規定である公選法 204条に準拠して本件訴えを律しうるとする見解に立ちながら、一転してその行訴法 31条の法理を本件の場合に用いる手法を採って怪しまないのである。このような論理の運び方は、それが『憲法の要請』、『高次の法的見地』という視座に由来するものであるにしても、公選法 204条を藉りた訴えに対する裁き方として、およそ忠実な法解釈であるとする事はできない」と説いている。つまり公選法 204条の選挙訴訟で本件のような訴訟を律しうるとしながら、右訴訟について明文で排除されている行訴法31条の事情判決を本件に援用する考え方を厳しく批判しているのである。

確かに、この批判は、公選法解釈上の問題点である。

思うに、立法者は、本来、公選法 204条の選挙訴訟の範疇に、本件のような訴訟を予想していなかったが、前述のように条文の(拡張)解釈によって、この種訴訟を律することができるのである。したがって、通常の選挙訴訟においては、公選法 219条が行訴法31条の事情判決制度の準用を排除しているが、立法者が予想していない本件のような訴訟に対しては、選挙を無効とすることによる「憲法の所期しない結果」を回避するために、法創造的に事情判決制度の基礎にある「一般的な法の基本原則」＝事情判決の法理を援用することもできると解する。要するに、現行の訴訟制度の枠組では処理できない異例の訴訟を現行訴訟制度の枠内で、しかも妥当な形で解決するためには、このような法創造——つまり、既存の事情判決制度を借用して、新たに事情判決の法理を創造する——も許されると思われる⁸⁹⁾。

注⁸⁹⁾ なお、千葉勇夫教授は、公選法 219条の趣旨は「通常の取消訴訟と選挙訴訟との形態の違いから行訴法31条を要件、内容ともにそのままの形で後者に『準用』できない

次に、㊦について見よう。

行訴法31条の事情判決制度は、学説上、法治主義行政の観点から批判もあり、例えば、和田英夫教授は、多数意見が事情判決の法理を援用したことに對し、本件の解決に関する限りは、「やむえないものとして、理解」するが、「憲法訴訟（違憲・合憲）の領域にまで安易に拡大・類推ないし準用することは、一步誤れば、違憲の既成事実の事後追認ということになりかねない」とし、「このような法理を『一般的な法の基本原則』としてひろく、かつ安易に拡大使用することに対しては、……とうてい賛成できない」と述べている⁸³。

確かに、多数意見は、行訴法31条の事情判決制度の基礎にある法理を「一般的な法の基本原則」にまで高めて本件に援用しているが、「もとより、明文の規定がないのに安易にこのような法理を適用することは許されず、殊に憲法違反という重大な瑕疵を有する行為については、憲法98条1項の法意に照らしても、一般にその効力を維持すべきものではないが、しかし、このような行為についても、高次の法的見地から、右の法理を適用すべき場合がないとはいえない」（傍点筆者）として、この法理の一般化ないし安易な類推適用を戒めながら、「選挙を無効とすることによる不当な結果を回避する」ために消極的かつ極めて限定的にこの法理を援用しており、他の事件に對し安易に類推適用される危険性はないものと思われる。

最後に、㊦について、多数意見は、選挙無効判決を下すと㊠～㊤の「憲法の所期しない結果」を生ずることを危惧せざるをえないとして、事情判決の法理を援用している。しかし、この危惧は杞憂であるとして、結局、本件にこの法理を援用することを疑問視する見解もみられる⁸⁴。

そこで、㊠～㊤の理由を検討して見よう。

ことからの『排除』にあり、その法理の援用までも積極的に排除しようとするものではないと解することによってこの矛盾は解消されないであろうか」（同「国会議員選挙における投票価値の平等」・『民商法雑誌』76巻1号111頁）としている。

⁸³ 和田英夫「前掲書」・『判例時報』811号7頁。

⁸⁴ 阿部泰隆「前掲書」・『ジュリスト』617号60頁、樋口陽一「前掲書」・『判例タイムズ』337号9頁、矢野邦雄「前掲書」・『判例評論』210号15頁以下。

㊦㊧㊨の理由は、本件にも該当し、また、公選法204条の選挙訴訟において定数配分規定の違憲を理由とする選挙無効判決が下された場合には、必ず生ずる事態であり問題はない⁶⁸⁾と思われる。次に、㊩の理由について、多数意見は、公選法 204条の選挙訴訟による場合にも、本件のような訴訟が、全国の選挙区の選挙について提起され、それらに選挙無効判決が下された場合を想定して、不当な結果——既に成立した法律等の効力にも問題が生じ、また、衆議院の活動や定数配分規定の改正が不可能となる——を生ずる可能性がある、と説示している。しかし、この見解には、次のような批判もある。

すなわち、公選法 204条の選挙訴訟は、当該選挙の日から30日以内に訴訟を提起しなければならず(同法 204条)、また、実際に訴訟が提起された選挙区の選挙について選挙無効判決が確定するまでは、有効なものとして扱われる。したがって、本判決の時点では本訴訟の出訴期間は既に経過しており、また、昭和47年12月施行の本件衆議院議員総選挙については、本件の千葉1区以外に東京3区(定数3名)、同7区(同5名)、神奈川1区(同4名)、埼玉1区(同4名)の5選挙区(合計20名)から訴訟が提起されているだけである。そこで、仮りに、これら選挙区の選挙がすべて無効とされたとしても、20名の欠員が生ずるだけであり、この程度の欠員では衆議院の活動が不可能になるとは考えられない⁶⁹⁾。さらに、本件の特殊事情として、昭和50年の法改正(法63号)によって既に定数是正は行われているので、新法の施行期日や分区された選挙区(例えば、千葉1区)の選挙について手当てできるなら、新法に基づく再選挙も可能である⁷⁰⁾。したがって、本件においては、事情判決の法理を援用しなければならないほどの「不当な結果」は生じない、という批判である。

確かに、この批判は、本件に関する限り、あたっていると思われるが、本件と全く同種の訴訟が今後も提起されることが予想されるので、裁判所は、本件

注⁶⁸⁾ 野中俊彦「前掲書」・『金沢大学法文学部論集 法学編』25号50頁。

⁶⁹⁾ 阿部泰隆「前掲書」・『ジュリスト』617号60頁、樋口陽一「前掲書」・『判例タイムズ』337号9頁、矢野邦雄「前掲書」・『判例論評』210号15頁以下。

⁷⁰⁾ 阿部泰隆「前掲書」・『ジュリスト』617号61頁、野中俊彦「前掲書」・『金沢大学法文学部論集 法学編』25号40頁。

と同種の訴訟で選挙無効判決を下した場合に起こりうる事態を一般的に考察して³⁸⁾、それを判断材料に加えることも許される——勿論、具体的な事件を離れた一般的な考察だけで判断を下すことは問題である——と思われる。したがって、⑥の理由を考慮に入れて判断を下した多数意見の見解は、妥当なものである。

(2) 岡原昌男等 5 裁判官の反対意見

この説に対する批判として、多数意見の④の理由が該当する。すなわち、公選法の改正（定数は正）などが、選挙を無効とされた選挙区からの選出議員が不在のまま行われざるをえなくなり、当該選挙区にとって不利な法改正がなされないという保障はなく³⁹⁾、結局、かえって「ヤブヘビな結果を招来する⁴⁰⁾」ことになる。

(3) 岸盛一裁判官の反対意見

この説に対しては、学説上「最も妥当かつ常識的なもの⁴¹⁾」であるという見解もみられるが、公選法 204条の選挙訴訟で人的一部無効の判決——すなわち、本件選挙を無効としながら当選人はすべて当選の効力を失わないとする判決——を下すことは、「従来の公選法に関する判例理論ではおそらく認められない異例の解釈⁴²⁾」であり、理論的にうまく説明できない。

注³⁸⁾ 野中俊彦助教授は、「……そこで争われている問題は個人の権利領域を超えて直接統治部門にも影響を与えるものであるから、最高裁の判決には同質の訴訟における同質のものには同質の答えが与えられるべきだ」という意味での首尾一貫性が要求されよう。そのためにはどうしてもこの種訴訟一般を視野に入れざるをえないと思われるのである」（同「前掲書」・『金沢大学法文学部論集 法学編』25号50頁）と述べている。

³⁹⁾ 鶴飼信成教授は、この説に対する批判とともに、この点に関して、「理論的におかしいのは、選挙無効によって資格を失うのは、定数配分が不足であるために選挙無効になったためである。憲法の要求するところは10人の議員であるべきなのに、5人の議員しか当選できないから選挙は無効だというのに、その5人を0にして、比較の見地からいえば多すぎる議員を当選させている選挙区の議員全員で、適宜な選挙法を作らせるということは、理論的には全くつじつまが合わない。いわんや実際にこれらのいわば違憲に多数当選している議員たちの審議と多数決で、合憲的な選挙区議員定数配分規定が生れることを期待できるものであろうか」（同『憲法における象徴と代表』176頁・岩波書店・昭和52年）と述べている。

⁴⁰⁾ 阿部泰隆「前掲書」・『ジュリスト』617号60頁。

⁴¹⁾ 阿部泰隆「前掲書」・『ジュリスト』617号60頁。

⁴²⁾ 芦部信喜「前掲書」・『ジュリスト』617号51頁。

(4) 40日条項

公選法 204条の選挙訴訟の結果、当該選挙を無効とする判決が下された場合には、40日以内に再選挙を行うべきものと定められており(同法 109条 4号, 34条 1項)、しかも、再選挙の告示後投票日までには少なくとも20日(17日)の期間を置かなければならない(同法34条 6項)ので、この短期間に法改正を行うことは事実上不可能である、という技術的な理由——要するに、再選挙の実施が困難であるという理由——が、前述のように裁判所の判断や学説に決定的な影響を及ぼしている。

しかし、このような考え方には、学説上批判もあり⁴³⁾、また、岡原昌男等5等裁判官の反対意見も、再選挙を行う期間を定める公選法34条を、本来、訓示規定であると解し、しかも、右規定は、公選法の規定が合憲有効で直ちに再選挙を行うことが可能な場合を前提としており、「公選法の規定自体が違憲無効であるため選挙が無効となった場合」には適用がない、としている。そして、そのような場合には、「再選挙の期間につき、事の性質上別途に合理的な解釈を施すべき」(傍点筆者)であるとする。

思うに、再選挙の期間について定めた所謂40日条項(公選法34条)は、再選挙を行う事由が生じた場合には、できるだけ早くこれを行えという趣旨を定めた規定であると解する⁴⁴⁾。したがって、もし、40日以内に再選挙を行うことが不可能な事情がある場合——すなわち、上記のように、選挙が憲法に違反する公選法に基づいて行われたために、法改正なくしては再選挙が不可能な場合——には、再選挙自体を禁止する趣旨を定めた規定ではないと解する。

このように解釈すれば、理論上は、40日条項の障害はなくなり、再選挙の途も開かれることになる。しかし、現実には、定数配分規定の改正は、政党(議員)の利害が絡む問題だけに、常に国会が改正に成功するという保障はなく、国会が改正に失敗することもありうる。したがって、裁判所は、そういう場合まで

注43) 野中俊彦「前掲書」・『金沢大学法文学部論集 法学編』25号19頁, 40—41頁, 樋口陽一「前掲書」・『判例タイムズ』337号11頁。

44) 野中俊彦「前掲書」・『金沢大学法文学部論集 法学編』25号19頁, 樋口陽一「前掲書」・『判例タイムズ』337号11頁。

も考慮に入れて、この問題を考えておく必要がある。

(5) 可分説，不可分説

定数配分規定の一部に違憲の瑕疵がある場合に、その規定の一部だけを違憲と解する（可分説）か、規定全体を不可分一体のものとして違憲と解する（不可分説）かの問題は、本判決において多数意見と岡原昌男等5裁判官の反対意見及び岸盛一裁判官の反対意見とを分かち重要な論点になっている。すなわち、可分説を採るか不可分説を採るかによって、「投票の結果価値の平等」の格差許容限度を決定する数理的基準⁴⁶⁾や違憲判断が示される範囲などについて、見解を異にすることになる。

この問題は、理論上は、どちらも解釈可能であり、学説上も見解が分かれている⁴⁶⁾が、次の理由により不可分説が妥当であると思われる。

(i) 芦部信喜教授の紹介によるアメリカの憲法判例で確立した「可分性 (separability or severability) の理論」によれば⁴⁶⁾、「可分か不可分かを判断する基準は、『もし法律の違憲的な部分または違憲的な適用が除去されて

注45) 詳しくは、拙稿「議員定数不均衡是正に関する若干の問題」・『徳山大学論叢』15号107頁以下を参照されたい。

46) 可分説を採る者として、座談会「前掲書」・『ジュリスト』617号21—22頁の雄川一郎、久保田きぬ子、林修三、伊藤正己の各氏発言、高橋和之「前掲書」・『法学志林』74巻4号86頁以下などがあり、不可分説を採る者として、和田英夫「前掲書」・『判例時報』811号5頁の原庄(2)、芦部信喜「前掲書」・『ジュリスト』617号47—48頁、野中俊彦「前掲書」・『金沢大学法文学部論集 法学編』25号36頁、千葉勇夫「前掲書」・『民商法雑誌』76巻1号108頁、浜山純一「前書書」・『法学協会雑誌』95巻1号229—230頁などがある。なお、久保田きぬ子教授は、不可分説を採ると「一部の不平等の選挙区存在のため、多数の不平等とはいえない選挙区選挙までがすべて違憲となり、不必要な政治的混乱を招く」（同「衆議院議員定数訴訟に対する東京高裁の合憲判決と違憲判決」・『判例評論』240号9頁）と述べているが、定数配分規定の違憲判断の問題と右規定に基づく選挙の効力の問題とは、別の問題である。つまり、不可分説によると、定数配分規定の一部に違憲の瑕疵がある場合、規定全体を不可分一体のものとして違憲と判断するが、この種訴訟は、公選法204条の選挙訴訟——形成訴訟——として争われており、選挙の効力については、多数意見が説いているように「選挙無効の判決があっても、これによって当該特定の選挙が将来に向かって失効するだけで、他の選挙の効力には影響がないから……選挙を当然に無効とする場合のような不都合な結果は、必ずしも生じない」（傍点筆者）のである。

47) 芦部信喜「前掲書」・『ジュリスト』617号48頁。

しまえば、議会は、残りの有効な部分または有効な適用だけでは満足しなかっただろう、という蓋然性が明白かどうか、つまり、それだけを有効な法として存立させようと意図したかどうか (would have intended) どうか』によるといわれ、「この可分性の理論を公選法の別表の場合に適用して考えると、一選挙区の定数配分でも違憲になれば、国会が、それを除いた部分だけを『有効な法として存立させようと意図しただろう』とは考えられないし、違憲的部分を除去した残りの部分だけで『法律としてfully operative だ』とも解されないで、別表は不可分一体として考えるのが妥当」である。

(ii) 多数意見が説示しているように、「選挙区割及び議員定数の配分は、議員総数と関連させながら、……複雑、微妙な考慮の下で決定され……、……このように決定されたものは、一定の議員総数の各選挙区への配分として、相互に有機的に関連し、一の部分における変動は他の部分にも波動的に影響を及ぼすべき性質を有する」と解される。

すなわち、現行の中選挙区制の下で、しかも、議員総数を変えないで定数は正を行おうとすれば、定数が過小に配分されている選挙区の定数増や分区——例えば、千葉1区(定数4名)は、昭和50年の公選法改正で、千葉1区(同4名)と千葉4区(同3名)とに分区された——だけでなく、定数が過大に配分されている選挙区の定数減や合区——例えば、上述の条件の下では、兵庫5区の定数3名は2名位に減じなければならないが、中選挙区制の建前上、他の隣接選挙区と合区しなければならなくなる——も必要になる。

要するに、現行の中選挙区制の下での定数は制は、定数配分と選挙区割(分区、合区)とが密接に関連しているのである。

(iii) 原告がこの種訴訟を提起した真の目的は、当該選挙区の選挙を無効として再選挙を実施させることにあるのではなく、主として、違憲判断の影響力によって、国会に定数配分規定全体の改正(是正)を迫ることにある⁴⁹⁾。そ

⁴⁹⁾ 田口精一「前掲書」・『法学研究』50巻1号78頁、和田英夫「前掲書」・『判例時報』811号5頁の原注(2)。

ここで、不可分説によると、定数配分規定は「単に憲法に違反する不平等を招来している部分のみではなく、全体として違憲の瑕疵を帯びる」（多数意見）として、規定全体に違憲判断が示される。ところが、可分説によると、違憲判断が示されるのは、定数が過小に配分されている選挙区の選挙についてだけであり、それと密接に関連している定数が過大に配分されている選挙区の選挙については、何らの判断も示されない。したがって、国会も、実際には、違憲判断が示された選挙区についてだけ定数増をして済ましがちなために、可分説を採用すると、こういう安易な解決方法により拍車がかかることになりやすい。

四 おわりに

以上、公選法 204条の選挙訴訟上の論点について、昭和51年最高裁判決を中心に検討を試みた。

右訴訟は、本来、定数配分規定の違憲を理由として選挙の無効を争う訴訟を予想して設けられた制度ではない。しかし、①「投票の結果価値の平等」は憲法原則である、②アメリカ型の違憲審査制が、私権保障型から「違憲状態の下におかれた不特定多数人の人権保障という一種の憲法裁判的機能をも果たすことが期待される⁶⁹⁾」憲法保障型へ変容してきていると言われているが、この点については、我が国でも同様に解すべきである、③「悪い定配分 (Malapportionment) は、立法的な医薬によっては治らない病気である⁶⁹⁾」とさえ言われているこの問題を裁判所が放置しておくことは許されないであろう。

そこで、現行の訴訟制度の枠内で、この問題を処理しようとするれば、既存の法の不備を補うために拡張解釈や法創造（事情判決の法理）が必要になる。勿論、本稿で考察したように、多数意見の見解にも若干疑問は残るが、定数配分規定全体を不可分一体のものとして規定全体に違憲判断を示し、また、違憲判

注⁶⁹⁾ 声部信喜「前掲書」・『ジュリスト』617号37頁。この点に関しては、その他、樋口陽一「前掲書」・『判例タイムズ』337号5頁を参照されたい。

⁶⁹⁾ Lewis, A. : Legislative Apportionment and the Federal Courts. 71 Harv. L. Rev. 1057, at. 1097 (1958).

断と当選挙区の選挙無効とを切断するために、事情判決の法理を援用する考え方は、「憲法の所期しない結果」を回避しながら、実質的には、違憲宣言判決的な機能を営む⁶¹⁾もので、妥当な見解である。

このような苦心の末の解釈論も、結局は、国会の怠慢により生じた結果であり、また、定数は正も、現実には政党(議員)の利害が先行し、現状のままでは、国会自身による完全な解決は、相当困難を伴うと思われるので、立法論的課題として、各政党から独立した中立的な機関である選挙区画定委員会の設置あるいは公選法末尾の更正規定の強化、さらに、欧米の訴訟救済制度を参考にして、定数不均衡が国会で是正されない場合を予想した訴訟救済制度を完備すること⁶²⁾が急務であると思われる。

注61) 阿部泰隆「前掲書」・『ジュリスト』617号59頁。

62) 既に引用したが、岸盛一裁判官の反対意見は、「この種訴訟に公選法 204条の規定をそのままあてはめることにはもともと無理があり、本来その特質に適合した特別の立法が必要とされる」と述べている。その他、芦部信喜「前掲書」・『ジュリスト』617号38頁も参照されたい。