

権利実現と救済

— 較差是正訴訟の検討から (三・完)

目次

- はじめに
- 一 アメリカ選挙法と投票価値の平等
- (二) アメリカ選挙法と投票価値の平等
- (1) アメリカの選挙権・概説
- (2) 選挙権と投票価値の平等
- (二) アメリカにおける投票価値の平等と司法判断
- (1) 投票価値の平等と司法判断適合性
- (2) 一人一票原則の確立と救済
- (3) その後の判例の変遷
- 小括—以上前号

嘉
藤
亮

二 その他の選挙法分野における司法の対応—以下本号

(一) 少数派の投票希釈

(1) 投票権法第五条

(2) 投票権法第二条

(二) ゲリマンダリング

(1) 政治的ゲリマンダリング

(2) 人種的ゲリマンダリング

(三) 選挙の管理執行

小括

三 日本における投票価値の平等と救済

(一) 問題の所在

(二) アメリカにおける選挙権と救済—まとめ

(1) 実体法の側面

(2) 救済法の側面

(三) 日本法における選挙権と救済—検討

(1) 実体法の側面

(2) 救済法の側面

おわりに

二 その他の選挙法分野における司法の対応

前章では、投票価値の不平等が直接問われた事例を概観してきた。ここでは、一人一票原則の憲法保障に基づき、徹底した権利実現の方策がとられてきた。それでは選挙法その他の領域において、裁判所はどのような態度をとっているのだろうか。以下では、投票価値の平等（および選挙権それ自体にかかわるもの）以外の選挙法分野における状況を概観する。

(一) 少数派の投票希釈

先に見てきたように、⁽¹⁾アメリカでは、主にアフリカ系アメリカ人を対象として、長らく投票における人種差別が続いてきた。これへの対応の一環として、一九五七年と六〇年、そして六四年に制定された市民権法には投票に関する規定が置かれた。⁽²⁾一九五七年法は、司法省内に市民権部を、そして市民権侵害を調査する市民権委員会を創設し、他方で、司法長官は、修正一五条に違反した差別的な投票実務の是正を求める訴えを連邦裁判所に提起することができるとされた。⁽³⁾一九六〇年法では、人種的少数派に対する投票差別を行う州において有権者登録を実施させるため、連邦裁判所が投票審判官（*voting referee*）を任命できるものとし、また連邦裁判所による有権者登録の確認制度等が導入されている。⁽⁴⁾一九六四年法は、主に公的施設や政府サービスを受ける上での差別を禁じたものであるが、投票に関しても、識字テストの濫用の禁止や、小学六年生程度の識字能力を合格基準とすること、そして些細な形式上の記載ミスでも申請を受理することを求める規定が盛り込まれていた。⁽⁵⁾しかし、これら立法的措置は、総じて実効性に乏しいものと受け止められていた。

そうした折、市民権運動が最盛期を迎えた一九六五年に制定されたのが投票権法であった。⁶⁾投票権法は第二条において、「あらゆる州や政治的下部機関は、人種や肌の色に基づき、合衆国民の投票権を否定し、あるいは低減させるために投票資格や投票要件、又は基準、慣行若しくは手続を課し、あるいは適用してはならない」と規定し、投票における人種差別を禁じた。さらに、より積極的に人種に基づく投票差別を解消させるため、同法第五条は指定された地域が「投票資格や投票への要件、または投票に関する基準、慣行若しくは手続」を変更する際に、「人種に基づき投票権を否定し、あるいは低減させる目的を有せず、又はそのような効果を有しない」ものであるとの DC 連邦地方裁判所による宣言判決か、司法省による事前承認を得ることを求めた。このとき第五条は時限的な規定であったが、その後、対象地域を拡大させつつ、継続的に延長措置が取られていった。

以降、投票に際して人種の少数派を如何にして平等に扱うべきかどうかの問題は、主にこれら投票権法の規定に関する事件の審理を通じて検討されてきた。

(1) 投票権法第五条

前述の通り、投票権法第五条は、あらゆる投票上の施策の変更の際して連邦による事前承認を求めたが、如何なる行為が事前承認を要するものであるかどうかは必ずしも明らかではなかった。他方、投票権法によって、特にアフリカ系アメリカ人の投票人口が増加したことに対し、南部を中心とした州は、彼らの投票それ自体は否定しないものの、例えば、区割りの操作、選挙区制から全域選挙制への変更、公務員の選挙制から任命制への変更、あるいは立候補要件の加重等を行うことによって、彼らの投票力を希釈しようとした。⁷⁾ Allen v. State Board of Election は、⁸⁾こうした状況に対して投票権法が、そして司法がどのように対処しうるのかが問われたものであった。本件は、ミシシッピ州とバージニア州において提起された事件を併合して審理したものであり、原告はカウンティ理事の選出方法（選挙区制

から全域選挙制へ)の変更、カウンティ教育長の任命方法(選挙制から任命制へ)の変更、無所属立候補への変更要件の加重、および識字が困難な者への支援を指示する通知の発出行為が投票権法第五条に規定する事前承認に服するものであるとの宣言判決と、当該承認を得るまでこれら規定の執行を差し止めるインジャンクション等を求めた。連邦地裁が第五条の事前承認の対象事項該当性を否定したため、原告が上訴した。

そこで、投票権法は「投票における人種差別を我が国から排斥する連邦議会の強固な意図を実行に移したものである。それはしばしば人種に基づき市民の投票権を否定してきた行為に対する強力な救済を新たに提供した」として、連邦最高裁は、本件で問題とされた州の行為がすべて第五条の事前承認に服するものと解した。^⑩特に、選挙制度の変更に関して最高裁が述べるに、「投票権は投票の完全な禁止と同様に、投票力の希釈によっても影響を受けうる。人種の少数派たる有権者は、一つの選挙区において多数派となりうるであろうが、カウンティ全体においては少数派である。ゆえに、この種の変更は、彼らの投票を禁ずると同様に、彼らの望む候補者を選出する能力を否定しうる」として、人種の少数派の投票希釈が投票権法に違反するものであることを明確にした。結論として、最高裁は地裁判決を破棄し、第五条の遵守が確保されるまで、州法の規定等の更なる執行を差し止めるインジャンクションを発令するよう指示して事案を差し戻している。^⑪

Allen 判決は、第五条が適用される行為が投票行為そのものや、投票の実施に関わる変更にとどまらず、非常に幅広く及ぶものと解される端緒となった。^⑬また、これまで第五条に基づく事前承認の申請数はそれほど多くなかったが、Allen 判決以後はその数が一挙に増加することとなる。^⑭さらに、投票権法の目的との関係では、第五条は「少数派の投票希釈を防止するための武器」^⑮として機能し、投票希釈への司法上の救済の途を拓いたものと評価されている。

他方、Allen 判決は、どのような選挙手続が少数派に対する差別を構成するかどうかを判断する基準を確立させ

たものではなかったが、後の *Beer v. United States* ⁽¹⁶⁾ において、「不後退 (non-retrogression) の原則」が基準足りうることを示した。本件は、*New Orleans* シティの議会議員の選挙区割りについて、当該シティが司法長官への事前承認を申請したが、二回にわたって拒否されたため、当該区割案が人種に基づき投票権を否定し、あるいは制限するものではないとの宣言判決を求めて、当該議会の議員らが DC 連邦地裁に提訴したものであった。地裁は、五つの選挙区のうち二つにおいてアフリカ系アメリカ人が多数派となり、また登録有権者の数においても一つにおいて多数派となる区割案が彼らの投票力を最小化させるものであるとして請求を退けた。⁽¹⁷⁾

これに対して、連邦最高裁は、「第五条の目的は、常に、選挙権の実効的な行使に関して人種的小数派の地位の後退を導くような投票手続上の変更がなされないようにすることである」と述べた。⁽¹⁸⁾ そして、これまで当該シティにおいてアフリカ系アメリカ人が議員となることがなかった経緯を踏まえ、「選挙権の実効的な行使に関して人種的小数派の地位を高める議席配分が、第五条の意味に含まれる人種に基づく投票権の希釈や低減の『効果』を有するとはいえない。ゆえに我々が結論付けるに、新たに作成された改善的な議席配分は、それ自身が連邦憲法に違反するほどに人種や肌の色に基づく差別とならない限り、第五条に違反しない」として、地裁判決を破棄して事案を差し戻したのである。

連邦最高裁は、差別的意図と後退の意図を区別し、第五条は後者のみを問題とするという解釈を提示したことがあったが、連邦議会は、差別的意図を含むものとする改正を行って軌道修正を図っている。⁽¹⁹⁾ このようにして、第五条は選挙における人種差別の解消に向けた強力な手段として機能し、その目的に向けて司法も議会も提携して対処してきた。しかし、その後、州の側もかつてのように積極的かつ明示的に少数派を排除するような施策を展開することがなくなってきたこともあって、二〇一三年に至り、事前承認制度が、州の自律性、州間の平等性、ひいては連邦主義を

損なうものとして違憲と判示されるに至っている。⁽²²⁾

(2) 投票権法第二条

投票権法第二条は、選挙における人種差別を一般的に禁じた規定である。人種差別を阻止することを目的とする点で、第五条と類似点を有する。双方を比較して「第五条が少数派の有権者の地位が悪化するのを防止する盾であるのに対して、第二条は彼らの選挙上の地位を改善させることができる法的な剣である」と評価される所以である。前述のように、第五条の事前承認制度が利用できない今日においては、更にその重要性は高まっているといえよう。

第二条に関する紛争では、主に選挙制度そのものが問題とされる。例えば、全域選挙制度においては、そもそも少数派の代表が選出されにくい。また、複数議席を配分する選挙区を設置した場合でも、小選挙区ほどは少数派からの代表選出の可能性は高くならない（さらにゲリマンダーの問題もある（後述））。そのため、こうした選挙区制度そのものが少数派の投票力を希釈するものであるかどうかの問題が提起されたのである。しかし当初、一人一票原則に関する事例において、こうした問題点が指摘されたこともあったが、連邦最高裁がこれを正面から検討することはあまりなかった。⁽²⁴⁾

この点、White v. Regester⁽²⁵⁾において、一選挙区に複数議席を配分する選挙制度が人種差別的であると認定されるようになる。テキサス州の区割委員会は小選挙区と複数議席選挙区の併用からなる議席配分を行ったが、選挙区間の人口が不平等であること（最大偏差九・九%、最大較差約一対一・一）、そして二つのカウンティ（BeckerとDallas）における複数議席選挙区が少数派の投票力を希釈するものであるとして四つの訴訟が提起され、併合して審理された。連邦地裁は請求を認容して新たな区割りの作成を求めたが、直近の選挙については、現行のまま実施するものとし、ただ前述の二カウンティについては小選挙区制に変更するよう命じた。⁽²⁶⁾ 被告側が上訴する。連邦最高裁は、選挙区間の

人口較差について、被上告人側が立証を十分に尽くしていないとして請求を退けた。他方で、少数派の投票力の希釈については、テキサス州における人種差別の歴史、特にメキシコ系アメリカ人への差別の現状等について検討した上で、「全体の状況」⁽²⁷⁾から判断し、当該選挙制度が人種の少数派を政治参加から排除しているとの地裁の認定を是認している。⁽²⁸⁾

その後、連邦最高裁は第二条違反について差別的意図を求めるような判断を示したことから、連邦議会は一九八二年の投票権法改正によって、第二条が差別的結果をもたらす行為を禁ずることを明確にした。⁽³⁰⁾

Thorburg v. Gingles は、⁽³¹⁾ノースカロライナ州議会の選挙区割りがアフリカ系アメリカ人の代表を選出する能力を損なっているとして修正一四条、一五条および投票権法第二条違反が主張され、改正後の第二条に基づく投票希釈の認定基準が問題となったものである。連邦最高裁は、複数議席選挙区による投票力の希釈を認定する前提条件として原告側が立証すべきこととして「第一に、少数派団体が、小選挙区で多数派を形成するほどに十分な規模を有し、かつ地理的にまとまっていること。第二に、少数派団体が政治的に結束していること。第三に、多数派たる白人が…通常、少数派の好候補者を破ることができるほど十分に組織的な投票をしていること。」⁽³²⁾の三要件を提示した。これらの基準に基づき、投票権法第二条違反を認定した連邦地裁に対し、最高裁は一部について違法を認定せず、その限りで地裁判決を破棄している。

Gingles 判決のような投票希釈に対する司法の姿勢や、より積極的に少数派への人種差別の解消を目指す動きを背景として、一九九〇年代の選挙区割りにおいては、少数派が多数派を形成する選挙区 (majority-minority district) が多く創設されるようになる。この点、どの程度までこのような選挙区を創設する義務を負うのが問題となるが、その方向性を示したのが *Johnson v. De Grandy* 事件であった。⁽³³⁾ 本件は、フロリダ州議会の選挙区割りがアフリカ系アメ

リカ人やヒスパニック系の投票力を希釈し投票権法第二条に違反するとして提訴されたものである（司法省も類似的請求を行い、併合して審理された）。連邦地裁は、特にヒスパニック系が優位となる選挙区がより多く作成可能であったとして、下院につきヒスパニック系の、上院につき双方の少数派の投票力の希釈を認定したが、ヒスパニック系が優位となる選挙区を作成すれば、アフリカ系アメリカ人の地位の後退を招き、双方を同時に救済することが不可能であると、結局、州の区割案は全体のバランスをとったものと評価してその採用を認めた⁽³⁴⁾。

連邦最高裁は、「三要件の存在が認定されたならば、裁判所による関連する状況の検討が完了する、…あるいは三要件の組み合わせが必然的にすべての状況において希釈を立証する」ものとはみなさず、三要件の充足によって投票権法第二条違反を認定するに十分であるとした地裁の判断は誤っていると判示した⁽³⁶⁾。さらに、下院についての判断が「少数派が優位となるコンパクトな選挙区数を合理的に最大化させなかったことを希釈とみなすという投票権法第二条の誤った解釈を反映した」ものであるとし、また、上院について、人口における少数派の割合と、少数派が多数を占める割合がおおよそ一致していたことから第二条違反を認定せず、ただ全体の状況から州の区割案を維持した点は正しいとして、地裁の判断を是認している⁽³⁷⁾。

このように、投票権法第二条については、Gingles判決が示した三要件の充足を前提に、全体の状況から総合判断するという枠組みが提示されているが、その判断は非常に複雑な状況となっている。しかし、それでも少数派の投票の実質的な平等を実現させ、政治過程へ参加する機会を維持するため、どのような選挙区制度が、そして選挙区の形態が望ましいのかについて、多くの困難を抱えつつも司法が積極的に関与してきている⁽³⁹⁾。

(二) ゲリマンダリング

Reynolds 判決に従って、人口が平等な選挙区が実現したとしても、選挙区割りを行う側が、自己の党派に有利となるような形で区割りを行う、あるいは少数派の好む候補者を当選させないような区割りを行うことがありうる。Reynolds 判決ではこうした事態に十分に対応できない。一人一票原則は、あくまで選挙区の人口のみに着目するものだからである。ゲリマンダリングの主張は、これまで投票価値の不平等が主たる争点とされた事例において、散発的に提起されることはあったが、それを正面から検討するものではなかった。⁽⁴⁰⁾以下では裁判所が如何なる基準に基づいて、どのように政治的あるいは人種的なゲリマンダリングに対処してきたのかを概観する。

(1) 政治的ゲリマンダリング

特定政党が選挙上有利となるよう区割りを操作する政治的ゲリマンダリングについては、Davis v. Bandemer⁽⁴¹⁾において正面から検討された。一九八一年に作成されたインディアナ州議会議員の選挙区割りは、小選挙区と複数議席選挙区を組み合わせたもので、選挙区はカウンティやシティの境界を分断して画定されていた。翌年実施された選挙において、得票数自体は民主党が共和党を上回りながらも、議席数は共和党が多数を獲得した。そのため、州の民主党員が平等保護条項違反を主張して州の選挙管理委員や州務長官らを被告とし、区割りの違憲宣言やそれに基づく選挙の実施を差し止めるインジャンクション等を求めて提訴した。連邦地裁は、選挙制度や選挙区の形状、政治的下部機関の境界線への配慮がないこと等につき、一人一票原則や不後退要件では説明がつかないことから、区割りが共和党を有利とさせる意図のもとに行われたものであって、民主党に不利益を与える差別的効果を有するものとして請求を認容した。⁽⁴²⁾被告側が上訴する。

連邦最高裁は、まず政治的ゲリマンダリングの司法判断適合性の検討から始める。この点、*Baker* 判決や *Reynolds* 判決を振り返り、投票権に関する事項の司法判断適合性が認められてきたこと、また、特定の人種集団がその選択する代表を選出する機会を損なわれていると主張される人種差別的な区割りに関する訴訟を扱ってきたことから、これと同様に「州内のそれぞれの政治的集団は、その選択する代表を選出することにつき、他の政治的集団と同様の機会を有すべきである」との請求もまた司法判断適合的なものであると判示した。⁽⁴³⁾ 他方で、平等保護条項に違反する政治的ゲリマンダリングの成立には、特定の政治的集団への意図的な差別と、現実に差別的な効果を有することが立証されなければならないが、そもそも立法部とは区割りにおいて多かれ少なかれ党派の利害を意識するものであり、差別的意図の立証は非常に困難である。⁽⁴⁴⁾ また、連邦地裁は、民主党の投票上の影響力が損なわれていることを立証するのみで足りるとするが、連邦憲法は比例代表制を求めておらず、さらに政党間で厳密に比例的に議席を配分するような区割りがなされなければならないものでもない。⁽⁴⁵⁾ 平等保護条項に違反する差別となるのは、「有権者あるいはその集団の政治過程全体への影響力を継続的に低減させる手法で選挙システムが構築された場合」のみであるとする。⁽⁴⁶⁾ 結論として、地裁の事実認定では、こうした継続性もなく、その要件を満たすに足りないとして判決を破棄した。原告の請求は退けられたが、本判決により政治的ゲリマンダリングへの司法上の救済の途が開かれた。しかし、最高裁は具体的な判断基準について一致した見解を示すことができなかった。

その後、*Vieth v. Jubelirer* において、⁽⁴⁷⁾ 改めて政治的ゲリマンダリングを検討する機会が訪れる。ペンシルベニア州の連邦下院議員選挙の区割法に対して、州の民主党員らが、選挙区間の人口較差（最大一九名）が一人一票原則に違反するものであること、および共和党支配の議会において作成された区割りは政治的ゲリマンダリングに該当すると主張して、州やその他選挙関係職員を被告に、当該区割法の違憲宣言と、それに基づく選挙の差し止め等を求めて提

訴した。連邦地裁は選挙区間の人口偏差をゼロパーセントにすることが可能であったとして、その限りで請求を認容し、州に新たな区割りを求めた。⁽⁴⁸⁾その後、州は新たな区割法を制定し、地裁もこれを適法としたが、原告は改めて同様の主張をした。地裁が原告の請求を退けたため、原告側が上訴した。

連邦最高裁は、*Bandemer* 判決が確たる判断基準を示すことができず、その後一八年にわたって基準の形成に至らなかった点を指摘する。⁽⁵⁰⁾原告は人種的ゲリマンダリングの請求に類似した主張を展開したが、党派的な区割りは日常的に行われること、政党の支持は人種ほど明確には捕捉しにくいこと、連邦憲法は比例代表制を採用していないこと、および全体の得票数と小選挙区での当選は直接的関連性がないこと等からこれを否定している。⁽⁵¹⁾下級裁判所において政治的ゲリマンダリングの主張が認められることがほとんどないこともあって、「政治的ゲリマンダリングの請求を審理するための司法上発見可能で運用しうる基準が出現していない。∴我々は政治的ゲリマンダリングの請求が司法判断適合性を欠き、*Bandemer* 判決が誤っていたと結論付けなければならぬ」と述べて、原告の請求を退けた。

政治的ゲリマンダリングについては、結局それを判断する明確な基準が確立されることがなかったが、こうした状態では、実効的な救済は見込めない。*Vieth* 判決が引用するように、「救済の見込みがあまりない訴訟への招待」と評される所以である。⁽⁵³⁾

(2) 人種的ゲリマンダリング

人種を意識した選挙区割りを行う人種的ゲリマンダリングへ近年になって注目が集まったのは、それが少数派の人種差別の文脈ではなく、前述のように一九九〇年代以降、少数派が優位となる選挙区が増えたことに対して、少数派への実質的な参政権の確保に向けた積極的な措置に疑義が呈されたことによる。その嚆矢となったのが、*Shaw v. Reno*⁽⁵⁴⁾である。ノースカロライナ州において、一九九〇年の国勢調査の結果を踏まえて連邦議会下院議員の選挙区割

りが行われたが、その際に、司法省との事前承認に関するやり取りを経て、二つの少数派が優位となる選挙区を創設し、事前承認も得た。しかしながら、二つの選挙区とも非常にいびつで奇異な形状となっていた。そこで、複数の連邦憲法の規定に違反する人種的ゲリマンダリングであるとして、州知事をはじめとする州の選挙関連の職員を被告として区割りの違憲宣言と当該区割りに基づく選挙の実施の差し止めを、また投票権法の誤った運用を行い、さらに投票権法自体も違憲であるとして連邦の司法長官らを被告として同様の救済を求める訴訟が提起された⁽⁵⁵⁾。連邦地裁は、連邦に対する請求を管轄権の欠如のゆえに却下した上で、少数派を支援して投票権法を遵守することは差別を構成するものではなく、また当該区割りは州全体で白人有権者の不当な過少代表を導くようなものではないとして請求を退けた⁽⁵⁶⁾。原告側が上訴する。

連邦最高裁は、上告人が、「外見上極端に異常であつて、伝統的な区割原則を考慮せず、また十分にやむにやまれぬ正当性もなしに、合理的にはただ、投票のために人種を分離する努力としかみなすことができないう区割法」を問題としており、それゆえに自己の「人種上の偏見なしに：選挙過程へ参加する憲法上の権利」が侵害されていると主張したものと解した⁽⁵⁸⁾。そして、本件のような事案には厳格審査が妥当とした上で述べるに、議席配分は外形が問題となる分野であつて、肌の色以外に共通性の乏しい人種集団の構成員を一つの選挙区に組み入れることは、政治的なアパルトヘイトに類するものである。「それは同一の人種集団の構成員が、その年齢、教育、経済的地位あるいは居住するコミュニティを問わず、同一の思考を有し、同じ政治的利益を共有し、また投票において同じ候補者を好むとの認識を助長させる。我々はこうした認識を：許されない人種的ステレオタイプとして否定している。：こうした観念を存続させることで、人種的ゲリマンダーは少数派優位の選挙区が時に有害であると述べられるまさに人種的ブロック投票のパターンを悪化させるのである⁽⁵⁹⁾」。さらに、こうして選出された公選職員は、彼らの人種的集団にのみ責任を

負うものと認識させられることになり、代表民主制度にとつても有害であるとする。最終的に、「平等保護条項に基づき区割法に異議を申し立てる原告は、当該立法が外見上人種中立的であるが、人種によって異なる選挙区へと有権者を分離する努力以外のなものでもない」と合理的に理解され、またその分離が十分な正当性を欠くと主張することで請求原因を述べている」として、地裁判決を破棄して差し戻した。⁽⁶⁰⁾

このようにして、*Shaw* 判決は人種を考慮した区割りを問題とする途を拓き、人種的ゲリマンダリングの問題が司法上の解決に服するものとされたのである。

但し、*Shaw* 判決が示した選挙区の形状が問題であるとする点について、後の判決において人種を理由として有権者を分離することにあるものと再構成された。⁽⁶¹⁾そこで、選挙区の形状といった伝統的な区割りにおける基準は、そうした人種が主たる動機であることを示す説得的な状況証拠であると判示されている。⁽⁶²⁾

(三) 選挙の管理執行

選挙の実施について、その権限は主に州に委ねられている。連邦議会議員の選挙であっても、連邦憲法は連邦議会に最終的な権限を留保しているものの、「日時、場所、方法は各々の州においてその立法部が定める」と規定している。⁽⁶³⁾さらに、大統領選挙については、選挙人の選定方法を州に委ねている。⁽⁶⁴⁾加えて、選挙の管理執行は地方の事項と解されており、同一州内でも自治体やカウンティでの選挙も含めれば非常に多様である。そのため、こうした地域によって区々な選挙の管理執行に対して、連邦司法がどのように関与することができるのかが問われた事案が *Bush v. Gore* である。⁽⁶⁵⁾共和党候補者ブッシュと民主党候補者のゴアとの間で争われた二〇〇〇年の大統領選挙は、非常に接戦となった結果、フロリダ州の投票結果が帰趨を決した。同州では、得票差一七八四票という僅差でブッシュが多数票を獲

得した。

ここで問題となったのが投票方式である。(前述の通り、他の州でも同様の状態であるが)フロリダ州での投票方式はカウンティによって区々であつて、あるカウンティでは「バタフライ式投票 (butterfly ballot)」と呼ばれるパンチカード式の投票方式が採用されていた。これは、専用の投票台に投票用紙を設置して、専用の棒で候補者を示した箇所穴をあけて投票するというものであつた。しかし、候補者を指し示す箇所が判断し難く誤つた投票がなされるおそれがあること、そして穿孔が不十分だった場合には無効票として扱われることから、非常に問題のある投票方式であつた。他方で、一票ずつ見分することで投票者の意思を確認することが一定程度可能であることから、手作業での再集計によって得票数が変わる可能性があつたのである。⁶⁷⁾

投票結果が僅差であつたことから、州法に基づき自動集計機による再集計がなされ、票差はさらに縮まつた。そこで、ゴア陣営はパンチカード方式が採用されているものを含む四つのカウンティで手作業による再集計を求める不服申立を行い、加えて、州が定める再集計の報告期限を徒過するおそれがあつたことから期日の延長を求めた。これに対して州務長官が、州選挙管理局の勧告を踏まえ、期限内に提出されなかつた再集計結果を受領しない旨を宣言したため、一部カウンティが州務長官を被告として期限後の算入を求める訴訟を州巡回区裁判所に提起し、両候補者もこれに加わつた。裁判所が州の求める期限を維持したために(なお、期限後の報告内容を加味するかどうかは裁量事項とされた)、原告側が控訴して事案は州最高裁に移送された。最終的に州最高裁は、本件が手作業による再集計が必要な場合であつて、また州務長官は原則として再集計結果を無視することはできないとして、新たな期限を設定し、州務長官へ当初の期限後の再集計結果も算入するよう命じた。⁶⁸⁾ ブッシュ側が連邦最高裁へ裁量上訴し、連邦最高裁は、州最高裁の判決が、州議会の判断や州による選挙人の任命を規定した連邦憲法第二章第一条第二項に矛盾するかどう

かの判断を求めて事案を差し戻した。⁽⁶⁹⁾

この間、先に州最高裁が示した期限が到来しており、州選挙管理局は、ここまでの再集計結果を踏まえて最終結果を確定させ、五三七票差でブッシュが勝利した。そこで、ゴア側は期限に間に合わなかったカウンティ等における手作業での再集計を求めたが、州巡回裁判所はこれを退けた。さらにこれを不服として控訴し、事案は再び州最高裁に持ち込まれる。州最高裁は、ゴア側の請求を認めて、州内全域で未だ手作業による再集計を経ていない全ての無効票の再集計を命じた。⁽⁷⁰⁾ ブッシュ側が再び連邦最高裁へ裁量上訴する（州最高裁判決の執行停止も認められた）。

連邦最高裁は、まず大統領選挙について、市民に選挙人を選出する権利はないが、州が市民による投票を選択した場合、その投票権は基本的な権利として連邦憲法の保障を受けるものとする。⁽⁷¹⁾ それを前提に、ここでの問題は、「フロリダ州最高裁が採用した再集計手続が、有権者の恣意的で別異な取り扱いを回避する義務に合致しているかどうか」であるとする。⁽⁷²⁾ しかし、州最高裁は有権者の意図を読み取って集計するよう命じてはいるものの、その平等な適用を確保するための具体的な基準を示していなかった。実際、既に再集計がなされたカウンティにおいても判断が区々となっていたこと、今回の再集計では誰にも投票されていないと判断された無効票を対象とするが、二重投票とされた無効票は対象外とされていること、また集計担当者が特定されておらず習熟していない者が担当することになったこと等から、⁽⁷³⁾ 州最高裁による再集計手続は、「一州裁判官の権限に基づく州全体の再集計という異例な状況において、それぞれの有権者の基本的権利を保護するのに必要な最低限の手続にも至っていない」と判示した。⁽⁷⁴⁾ そして、州が平等保護条項やデュープロセス条項に適合した手続を行うには、追加的に、適法な投票を決定する統一的な基準の設定、それを実施する実務上の手続、関連して生ずる紛争への裁判手続等が必要となる。また、有権者を連邦の選挙過程に完全に参加させるために州議会が望んでいた選挙人の任命に関する連邦法の規定（セーフハーバー条項）の適用を受

けるため、適法な制度を整えるには時間が足りず、結局州最高裁判決は破棄せざるを得ないものとして、⁽⁷⁶⁾ 事案を差し戻した。⁽⁷⁶⁾

本判決の判示事項、特に本判決が示した措置は、つまるところ再集計の停止にはかならず、この点について多くの論者が批判するところである。⁽⁷⁷⁾ また、その後、連邦最高裁が本判決を積極的に引用することはない状況にもある。⁽⁷⁸⁾ 他方で、本判決は、選挙の管理執行に関して連邦司法が介入し、また初めて平等保護条項による分析を適用したものであり、⁽⁷⁹⁾ その意味で画期をなす判決と位置付けられる。実際、特に本件で問題とされた投票機器等に関連した投票技術や、有権者の本人確認制度に関連した事案を中心に、選挙の管理執行に関する訴訟は増加傾向にある。⁽⁸⁰⁾

小括

ここでは、アメリカ選挙法における投票価値の平等以外の分野、具体的には投票権法の規定を通じた投票における少数派差別の解消に向けた司法の対応、そして選挙の実施に関わる領域についての司法の対応を、甚だ不十分ではあるが、簡潔に見てきた。

一般に、投票権は三つの段階に分けて分析が可能であると理解されている。すなわち、個人による投票の段階に関する「参加」、個人の投票が集計されて代表が選出される段階に関する「集合」、そしてより広く統治構造全体からみて、選出された代表が選挙人らの意思を反映した政策形成を行う段階に関する「統治」の三つである。⁽⁸¹⁾ 選挙法を取り巻く理論状況は、特に人種的投票希釈を経て、個人的権利から集団的権利へ移行していく過程と捉えることができる。すなわち、本稿の主たる対象である投票価値の平等の問題は、参加の段階に当たるが、前述の通り、形式的にこれが遵守されたとしても、恣意的な選挙区割りによって特に少数派の代表の選出を阻止することが可能となる。そのため、実効的な代表を確保させる、つまり投票結果も視野に入れた検討が必要となるが、これが集合の段階での問題で

あつて、少数派の投票希釈やゲリマンダリングの問題はこの段階に含まれる。他方で、どのように実効的な代表を確保させるかという段に至れば、その対処方法は無限に存在しうる。自然、そこでは多様な要素を加味しつつ政策的に判断される事項が多くなる。こうした「政治の藪」に深く踏み込むことになるため、裁判所としては無限定に政策判断領域に立ち入ることを抑制するためにも、適切かつ明確な基準を確立する必要性があつた。この点は、「不後退」が基準として成立しえた投票権法第五条に比して、投票権法第二条やゲリマンダリングにおいては特に顕著であつた。⁸³⁾

また、選挙の実施や運営に関する領域も、*Bush* 判決を平等に票を集計される権利を認めたと解すれば、参加の領域に含まれる一方で、選挙の運営そのものには党派的な利害が関係するおそれも指摘されており、その意味では集合の段階に関連する事項でもある。⁸³⁾

総じて、投票権の概念が拡張された集団的権利の領域にあつても、(党派的ゲリマンダリングについては結果的に成功していないが) 何等かの基準を見出して司法的救済の途を拓いてきている状況にある。また、救済の形成においても、投票価値の不平等が問題となる事案と同様に、違法が認定されれば、適切な救済付与に向けて積極的に関与している。ここでは、選挙区割りの変更や代替案の提示、小選挙区制度への移行の命令等、議会判断に踏み込んだ措置が取られる。この意味では、具体的な救済を提示できなかったがゆえに *Bush* 判決は批判されてきたともいえよう。他方で、連邦最高裁が平等な票の集計を確保するために必要なものとして示唆した多数の措置は、この訴訟が非常に政策的、あるいは構造的な分野に踏み込んでいくことの証左でもある。

三 日本における投票価値の平等と救済

これまで、アメリカにおける選挙法に関する議論状況や判例の変遷を概観してきた。そこで、ここから得られた知

見をもとに、日本における較差是正訴訟を取り巻く問題点について若干の検討をしていきたい。

(一) 問題の所在

本稿の主たる関心対象である較差是正訴訟は、衆議院議員および参議院議員の選挙について、選挙区における議員一人当たりの人口ないし有権者数との関係において、選挙区間に不平等があり、これによって有権者間で投票価値に較差が生じ、それが憲法第一四一条一項に定める法の下の平等に違反するものであるとしてその是正を求めるものである。そして当該訴訟はこれまで、公職選挙法に基づき、選挙人または公職候補者等が選挙管理委員会等を被告として高等裁判所に提起する選挙の効力に関する訴訟（選挙無効訴訟 二〇四条）によって遂行されてきた。他方で、公職選挙法に定める選挙無効訴訟を含む選挙関係の訴訟は、「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」民衆訴訟とされる（行訴法第五条）。民衆訴訟の性質をどのように理解するかについては議論があるが、個人の権利利益の保護・救済を直接的目的とするものではないとされるため、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」ものとされている（同第四二条）。選挙無効訴訟においては、「選挙の規定に違反すること」があり、「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合に限り」無効の判決が下される（公選法第二〇五条第一項）。後述の通り、ここにいう「選挙の規定に違反する」とは、選挙手続等に違反した場合を指すものであったが、一九七六（昭和五一）年の最高裁大法廷判決（最大判昭和五一・四・一四民集三〇卷三号二二三頁）が、衆議院議員選挙の選挙無効訴訟において、選挙区間の人口較差に起因する投票価値の不平等の憲法適合性を争うことを認めた（但し、後述）。なお正確には、公職選挙法の別表に記載された議員定数配分規定（小選挙区比例代表並立制以後は、別表の選挙区選出議員の配

分規定)の合憲性を争うことになる。

本判決は較差是正訴訟の途を拓き、定数配分が国会の裁量事項であることを前提として、「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ない」とするが、人口は常に変動するものであるから「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」との判断枠組みを示した。

他方で、公職選挙法が規定する議員定数配分規定が憲法に違反する不平等を生み出している場合、その瑕疵は当該議席配分規定全体に及ぶとの立場をとる。そして、違憲状態を解消するには法改正が必要となるが、議員が一部欠けた状態で法律の制定が行われる等、「憲法の所期するところに必ずしも適合しない結果を生ずる」ため、事情判決の趣旨を「行政事件訴訟法の規定に含まれる法の基本原則」として位置づけ、選挙は違憲であるが無効とせずに違憲宣言をするにとどめて、請求を棄却している。ここから「司法部と立法院とのキャッチボール」が始まる。⁸⁵一九八五(昭和六〇)年の最高裁大法廷判決(最大判昭和六〇・七・一七民集三九卷五号一一〇〇頁)において再び事情判決の法理が適用されて違憲宣言がなされるが、その後は、合理的期間論をベースとして合憲の判断が続いている。⁸⁶

現在の判例法理によれば、違憲状態であっても、合理的期間内に是正が図られなかったとみなされないならば、結論としては合憲判断が下ることとなる。しかし、それでもなお、是正措置が取られなかった場合、配分規定は違憲とされるが、事情判決の法理の適用によって選挙は無効とはされないであろう。問題は、更に十分な是正措置が講じられない場合である。この場合、再度事情判決の法理を適用することになるのか、それとも無効判決を下すことになる

のか、または別の手段を模索すべきかどうかの検討が迫られるのである。

(二) アメリカにおける選挙権と救済—まとめ

(1) 実体法の側面

ここで、改めて本稿で触れたアメリカの投票権を取り巻く状況について振り返ってみよう。アメリカでの投票権に関する議論は、投票権の存否そのものから、選挙区間の人口の過多による投票希釈の問題にも拡大し、その結果、投票権の憲法上の保障は、投票価値の平等をも含む概念となった。前述の分類によれば、参加の領域が拡大し、投票価値の平等をも包含するようになったと捉えることもできよう。投票という行為に関して、それ自身が認められない、あるいは他の者と同等の価値を有しないならば、それが権利として保障された実質を失うためである。

ここでは、一人一票原則に基づき、できる限り人口が平等な区割りが求められ、結果として生じた人口較差については、厳格審査に服し、立法部にその正当化の立証責任が負わされることとなっている(他方で、州議会については一定幅での較差につき、合憲性の推定が認められている。但し日本におけるそれと比較すれば非常に厳格である)。ここでの正当化事由には党派間の利害調整といった政治的な事情は含まれず、実際、違憲判決が出されると、立法部は非常に迅速に改正作業に取り掛かっている。そうした措置を取らない場合には、(具体的な区割の実施を命ずること等) 司法によるより介入的な措置が用意されている。

更に、これを基盤として、投票権の守備範囲は拡大をみせる。投票権法を媒介として、少数派への実質的な代表の確保、すなわち集合の領域に及んだのである。実際に投じた票が他の者と同等の価値を認められ、集計されたとしても、制度的にそれが結果に結びつかないよう操作されるとすれば、これもまた権利の保障を空洞化させるものだ

からである。しかし、実際にそれが引き起こされているかどうかを判断し、違法状態への対応としてどのような措置が必要かどうかを探索する作業は容易ではない。それでも何らかの基準を見出し、権利の実効性の確保に向けて模索を続けている途上にあることが見て取れる。

当然、このような司法による関与に懐疑的な者もおり、一人一票原則の確立に際しては、ハーラン判事のような強硬な反対意見もあった。しかし、投票権がすべての権利を保全する役割を果たすものであって、「憲法上保障された権利の否定には司法による保護」が必要との姿勢から、この「政治の藪」の領域に踏み込んだのである。現在において、この原則は広く受け入れられて投票権の一内容として定着している。⁽⁸⁶⁾

(2) 救済法の側面

救済付与の側面に着目すれば、裁判所の対応は違法の是正に向けて非常に強い手法を選択し、積極的に関与している。アメリカ法においては、実体法や手続法と並んで救済法の領域が独自の発展を遂げているが、請求原因(例えば、違法ないし違憲な政府活動)が認定されれば、(当然、当事者も請求するが)その是正のために必要かつ十分な救済が裁判所によって選択される。そこで、必要とされる救済の選択のみならず、選択された救済手法を事案に応じてカスタマイズする点が非常に特徴的である。⁽⁸⁷⁾例えば、投票価値の不平等に対しては、その違法宣言に加えて、違法な区割りに基づく選挙の実施を差し止め、また区割りの改正を命ずるインジャンクションを発令するのが一般的である。それにとどまらず、管轄権を維持して、是正が果たされるまで関与を続ける。また、事案に応じて立法部の対応を待つこともあるが、それ自体は本来的な権限を有する機関による本来的な対応によって是正が図られるかどうか、という意味での救済付与のタイミングを計ったものと位置付けられる。⁽⁸⁸⁾こうした姿勢は、他の選挙法分野においても大きな差異はない。

区割りの改正については当然、立法部への非常に強い介入となるが、それもまた権利実現に向けた必要な措置として肯定される。その結果、投票価値の不平等の是正という課題の解決が全国的に図られていったのである。⁽⁹¹⁾

投票価値の不平等といった投票権侵害に対する救済は、前述のように、選挙実施前のものが主流となっている。この点、司法判断適合性が認められることを前提として、投票権侵害に基づく損害賠償請求の途も閉ざされてはいない。但し、損害賠償を認めることそれ自体は、問題とされた違法行為を是正するものではなく、将来における同種の違法行為を予防する間接的效果を有するにとどまる。⁽⁹²⁾

このような事前の救済付与については、議席配分がなされた段階で、紛争の成熟性が十分に認められるとの判断があるようである。この点、*Bayer* 判決は原告適格に関し述べる際に、以下のように判示していた。すなわち、投票価値が低減されたカウンティに居住する原告らについて述べるに、「連邦裁判所は、…連邦憲法に抵触するとして現実の争訟における訴訟人の法的権利を審理するよう求められない限り、合衆国や州の制定法を無効と宣言しえない。…救済を求める適格性を有すると判示するために、一九〇一年の議席配分による上告人の投票の低減に関する主張が、救済を受けるに値するかどうかを終局的に判断する必要はないであろう。こうした低減が法的に認識しうる損害を生み出すならば、彼らはそれを被った者である。彼らは…政府が法に従って運営されるよう求めるために、すべての市民が保有する権利の主張のみならず、その投票の実効性を維持することについて明確で、直接的かつ十分な利益を主張している…」。⁽⁹³⁾

なお、選挙の結果に疑義がある場合に備え、一般的に、州法は再集計の申立てや、選挙関係訴訟の規定を置いている。また、選挙上の過誤やその悪用（不正投票等）に対応して、司法上の救済方法も定めている。こうしたものには、再集計、無効票の確認等による投票総数の修正、選挙の無効とそれに基づく再選挙、損害賠償請求や刑事罰、および

継続中または将来の選挙の実施を差し止めるインジャンクション等が含まれる⁽⁹⁶⁾。但し、裁判所が再選挙を命ずることは、権力分立上の問題を生じさせるおそれがあり、また「投票メカニズムの安定性と効率性を問うことで、民主的安定性を損なう」ため⁽⁹⁶⁾、最後の拠り所として利用されるべきものとされている⁽⁹⁷⁾。以上のことは、適法な制定法上の選挙枠組みを前提として、その管理執行上の不平等に対処したものである。そのため、投票価値の不平等といった法の枠組みそれ自体が問題となる場合には、前述のような救済方法により対処してきたことになる。

(三) 日本法における選挙権と救済—検討

(1) 実体法の側面

前述のように、公職選挙法に規定する選挙無効訴訟においては、「選挙の規定に違反すること」があり、「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合に限り」、選挙が無効とされる。この「選挙の規定に違反すること」の解釈として、「選挙の管理執行の手続に関する明文の規定に違反することがあるとき」に限定すれば、投票価値が不平等な議席配分規定に基づく選挙の実施が直ちにこれに該当するとはいえない。他方で、一九五二（昭和二七）年の最高裁大法廷判決（最大判昭和二七・二一・四民集六卷一―号一〇三頁）のように、「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」ものと解すれば、適法な訴えということになる。これは、参議院の議員定数配分についての訴えに関する一九六四（昭和三九）年の最高裁判決（最判昭和三九・二・五民集一八卷二号二七〇頁）において示された見解であった。この点、一九七六年最大判は、選挙無効訴訟が「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ことは、決して当を得た解釈ということはできない」として、権利の重要性に鑑みて、また他に司法上の救済の途がなかったことから、こうした請求原因を特に認めたものとしていた（この点は後に再び触れる）。

一九七六年最大判は続く実体判断について、立法部の広い裁量を認めつつも、前述のように、投票価値の平等を「憲法の要求」と位置づけ、当時の較差（一対四九九）を憲法に反するものとした。こうした判断には、*Baker* 判決以降のアメリカでの判例の変遷が色濃く影響しているが、憲法判断に比較的慎重な日本において、憲法の保障を投票価値の平等にまで及ぼし、また、それを争うステージを提供した点において、非常に画期的なものであった。

ここで、実体法の側面について簡潔に述べれば、本稿で概観したアメリカ法の検討を前提とする限り、既に多くの論者が指摘するように、すべての権利を保全する役割を担う選挙権の重要性に鑑みて、一人一票原則に基づき、選挙区間の人口較差はできうる限り平等にすることが求められるであろう⁽⁹⁸⁾。但し、最高裁による投票価値の平等の憲法上の位置づけは必ずしも明確ではなく、それが合理的期間論とも相俟って国会に対して非常に敬讓的な姿勢をもたらしている⁽⁹⁹⁾。

ともあれ、一九七六年最大判に至る経緯としては、適切な時期に法改正がなされなかった結果、投票価値の不平等を生んだことが原因であった。しかし、その後、これまでの司法と立法のキャッチボールにより、漸次、数値上の較差は縮小してきており、また現在では二倍を超える場合には憲法に違反する不平等状態となることが判例としても固まってきた。こうした流れと並行して、法改正の前提として選挙区間の較差が二倍を超えないような区割りが必要となるようになってきた。中選挙区制から小選挙区比例代表並立制へと移行してから、区画審は二倍を超えない範囲

を基準として区割りを検討するものとされ（区画審設置法旧三条一項。二〇一二年改正までは、一人別枠方式も規定されていた（旧三条二項）、議席配分について答申してきた。区画審がこれを厳格に解して運用すれば、判例の基準を満たすことは可能であり、実際そのような対応もとられるようになってきた。しかし、人口の流動性が高い日本においては、比較的短時間でも有意な人口変動をもたらすことが少なくない。二〇一三の法改正では較差が二倍以内にとどまっていたが、一年余り後の二〇一四年総選挙時点では二倍を超える較差となり、二〇一五年最大判はこれをもって未だ十分な是正がなされていないと判示していた。政治的にも弥縫的な対応となりやすく、また Kirkpatrick 判決が指摘していたように、⁽¹⁰⁾ 具体的な数値で許容範囲が示された場合、その提示された数値周辺（ここでは二倍）を目的とする傾向があるがゆえに、こうした事態に陥りやすい。そのため、較差是正のためにより抜本的な解決が求められる。⁽¹¹⁾

(2) 救済法の側面

(i) 事後的な訴訟と事情判決の法理

選挙無効訴訟においては、選挙結果に影響を及ぼすような（憲法違反を含む）違法が認定されれば、当該選挙は無効とされる。そうすると、四〇日以内に再選挙が実施されることになるが（公職選挙法三三条の二第一項）、その間に公職選挙法の議席配分規定の改正を行う必要があり、現実的にそれは不可能であろう。そのため、一九七六年最大判以前は、選挙の結果に異動を及ぼさないとして請求を退けるという手法や、政治問題であるとする考え方もあった。⁽¹²⁾ こうした状況を回避して、憲法判断を行うために、投票価値の不平等に関する主張を認めたことは既にみた通りである。

しかしここで、たとえ法改正が実現可能であっても、その場合、無効とされた選挙区から選出される議員が不

在の状態となり、まさに憲法が所期しない事態となる。そこで案出されたものが事情判決の法理であった。但し、本来的な意味での事情判決は、行政事件訴訟法に基づき、行政庁による処分その他公権力の行使を対象への不服の訴訟である抗告訴訟、とりわけ取消訴訟において、原告の利益と公益との調整として位置づけられるものであり、公職選挙法が明文で事情判決の準用を排除したものであった(第二一九条一項)。また、事情判決においては、後の損害賠償請求等、実質的な権利救済の途が想定されているのに対して、「事情判決の法理」においては、特段そうした措置はなされず、「原告の利益の実質的保障の側面が全く欠けている」⁽¹⁰⁶⁾。

他方で、憲法が保障する投票価値の平等が著しく損なわれている状況に接し、他に争いうる場がない状況で、少なくともその点を裁判上明らかとすべく考案された救済手法の一形態と位置付けて、(事情判決そのものとは異なる「事情判決の法理」として)それを許容することは可能であろう。実際、このようにして開始された司法と立法のキャッチボール⁽¹⁰⁷⁾は、緩やかながらも問題の解消に向けてその着実な歩を刻んできたのである。このような救済措置の一つとして捉えた場合、限られた資源で判断された司法による創造性の発揮と評価することができ、また日本特有の司法のあり方として肯定的に捉える余地があるかもしれない。しかしそれでもその後の対応への問題が残る。そこで事情判決の法理が適用され、違憲宣言がなされたにもかかわらず、国会がなお実効的な較差の是正措置をとらなかつた場合に、改めて事情判決を行うことになるのか、それともより積極的な姿勢に転じて無効判決を出すのか、あるいは別の措置を考案してそれを適用すべきであろうか。

選挙無効訴訟を利用した較差是正訴訟が、「実質的には、選挙無効の訴訟を換骨奪胎して、違法宣言訴訟に変えてしまったもの」⁽¹⁰⁸⁾や、選挙無効の請求が認容されることがないことから「期せずして違憲宣言訴訟の役割を果たしている」と見る見解もある(一九九三年最大判園部意見)。他方で、「この種の選挙訴訟においては常に被侵害利益の回復より

も当該選挙の効力を維持すべき利益ないし必要性が優越するとして、具体的事情のいかんによっては、衡量の結果が逆になり、当該選挙を無効とする判決がされる可能性が存する」(一九八三年最大判中村反対意見)として、具体の状況に応じて、事情判決の法理を適用せず、選挙を無効とする余地を残すものと解する見解もある⁽¹⁰⁾。しかし、選挙を無効とする判決が出されたとしても、較差の是正には国会の立法措置を要するものであり、国会がこれを怠っている場合に裁判所が自ら配分規定を是正する措置を講じない限り、無効の判決それ自体によって問題を終結させることができず、結局違憲宣言にとどまらざるを得ないとの指摘もなされる⁽¹¹⁾。他方で、事情判決の繰り返しのみでは実効的な解決が図れないとの焦燥感もあり、これまで多くの論者によって可分性の理論や、将来効判決といった対応策が検討されてきた⁽¹²⁾。

さらに、選挙を無効とするのみならず、より積極的に救済を図るべきであるとの見解も従来から提唱されてきた⁽¹³⁾。このうち近年のものとして、司法による立法的措置を積極的に求め、中間判決として選挙無効の効力発生時期について一定の猶予期間を与え、その期間を過ぎてもなお判決の趣旨に従った是正がなされていない場合に、最高裁が定数配分規定を自ら提示して、それに従った再選挙を命ずることになる旨を予告する。そして、猶予期間の終了後、改めて口頭弁論を開いて立法部の評価を行い、なお適切な較差是正措置が取られていないと判断した場合には、終局判決の正文において、再選挙実施命令を発するというものである⁽¹⁴⁾。こうした思考は、本稿が見てきたように、アメリカにおける司法による積極的な是正措置としてこれまでも主張されてきているが、それを巧みに日本に導入しようとする試みとして評価できる。

(ii) 主観訴訟と事前的訴訟の可能性

以上は、これまでの判例法理、すなわち選挙無効訴訟において、投票価値の不平等が看過できない著しい程度に至

り、かつそれが継続しており、合理的期間内に国会がその是正措置を講ずることができなかつたために議員定数配分規定は違憲であったが、事情判決の法理により請求を棄却して選挙を無効とはしない、という一連の判断枠組みを前提として、事情判決に代替し、実効性のある判決による終結の在り方を検討したものであった。選挙無効訴訟の枠組みの範囲内で、司法による創造性ある救済形成を求めるものであるが、一九七六年最大判の判示に基づけば、その他の訴訟形式によることも否定されないであろう。一九七六年最大判の判例法理によれば、事情判決によって請求を退けられることとなるため、より直截に選挙を差し止める、あるいは法改正を義務付けるよう求めることも考えられる。これらはとりわけ事後の手法たる選挙無効訴訟ではなく、主観訴訟と捉えた上で、事前の手法を模索するものである。⁽¹⁴⁾ 投票価値の不平等が「国民の基本的権利を侵害する国権行為」(一九七六年最大判)である以上、主観訴訟として構成することも検討に値する。

いままし検討すれば、選挙無効訴訟は、各選挙区を管轄する都道府県の選挙管理委員会(又は中央選挙管理会)を被告とし、その管理執行上の過誤を原因として選挙の無効を求めるものである。その構成としては、選挙の効力に関する不服の訴訟として抗告訴訟の性質を有するものともいえる。⁽¹⁵⁾

この点、一九七六年最大判の岸反対意見は、本件の訴訟を、「選挙人として当該選挙区に属する有権者全体のための救済を求めると同時に、原告自身が選挙人として受けた権利侵害の救済を求めるものと解されるのであって、民衆訴訟的な面のほかに抗告訴訟的な面をも併せもつ特殊な訴訟形態である」とし、「行訴法を手がかりとして、この種訴訟の正確にふさわしい手続を案出するのが適当」と述べる。そして、「選挙を、選挙の公示にはじまり当選人の決定にいたる一連の手続を全体として一個の行政処分としてとらえるか、あるいは、右の一連の行為の最終段階として選挙会が決定し選挙管理委員会が告示する当選決定を行政処分としてとらえ、これに対する抗告訴訟」を提起する案を提示

する。さらに、「配分規定そのものを抗告訴訟の対象としてとらえること」も提案し、その場合に、「配分規定による具体的な選挙の施行によって平等選挙権の侵害が現実化したものとして原告適格を肯定する」との考え方を示していた。

前述の通り、一九七六年最大判が投票価値の不等の主張を選挙無効訴訟において認めたが、その論旨について、そもそもこうした主張が公職選挙法二〇四条の解釈上可能であるという考え方であることも可能である。他方で、権利の重要性と司法上の救済の途を拓く必要性から、「便宜上二〇四条の枠組みを借用して争うことを許すのである」との解釈も成り立ち、「訴訟の本体は民衆訴訟ではなく、あくまで具体的権利の救済である」とも理解できる。⁽¹⁶⁾ そうであるならば、「選挙の事前差止めをねらった訴訟や損害賠償の訴訟が提起されたとき、民衆訴訟を理由に却下もしくは棄却するなら論旨が一貫しない」との批判が妥当である。⁽¹⁷⁾

また、最高裁自身が、そして多くの論者が認めているように、較差是正訴訟としての選挙無効訴訟は、あくまでも投票価値の不等を争う手段としてその訴訟形式を借りたものであるとすれば〔借用訴訟⁽¹⁸⁾〕、そして他に適切な手段がありうるのであれば、それが主観訴訟であっても許されるのではないだろうか。

確かに、日本法はアメリカ法のような救済法を知ることなく、その経緯に照らしてインジャンクシヨンのような非常に柔軟かつ強力な救済手法を構想する余地がほとんどない。しかし、アメリカの経験が示すのは、権利侵害に対して適切な救済が用意されるべき点にある。具体的な手段はそれぞれの国において発展してきた手法、司法がなしうる範囲内で検討すべき事柄である（ただしそれはアメリカ型の救済手法の導入を否定するものではない⁽¹⁹⁾）。事後的な選挙の無効を求める訴訟では、たとえ瑕疵ある枠組みであっても、それ自体は瑕疵なく示された民意を覆すことになりかねない。そうであるならば、事前にそうした状態を作出しない方がより適切な救済といえるのではなからうか。⁽²⁰⁾

こうした試みは、既に一九七〇年代において散見され、無名抗告訴訟として衆議院議員選挙の議員定数改正案の国会提出義務の確認を求めるもの⁽¹²⁾、内閣を被告とした総選挙施行の差し止めを求めるもの⁽¹³⁾、選挙管理委員会を被告とする選挙事務の執行の差し止めを求めたもの⁽¹⁴⁾、国を被告とした選挙の差し止めを求めたもの等があるが、選挙人たる資格に基づき提起した民衆訴訟と解され、こうした訴訟の提起を認める法律の規定が存しないことから不適法として却下されている⁽¹⁵⁾。

この点、民衆訴訟としての差し止めの訴えではあるが、事前の訴訟について最高裁が判断したものがある⁽¹⁶⁾。本件は、国を被告として、行政事件訴訟法第五条の民衆訴訟として、差し止めの訴えの趣旨を類推して内閣による天皇への選挙の施行の公示に係る助言と承認をすることの差し止めと、各都道府県の選挙管理委員会へ選挙事務の管理を差し止めるよう求めるとともに、義務付けの訴えの趣旨を類推して内閣が国会へ適正な議席配分を行った法律案を提出することの義務付けを求め、それを本案として仮の差し止めと仮の義務付けの趣旨の類推から、前記行為の仮の差し止めと仮の義務付けを求めたものである。最高裁は、原告の請求通り民衆訴訟と捉え、原告の求めるような訴訟は法定されておらず、不適法として請求を却下した。最高裁は民衆訴訟が法律上の争訟ではないことを前提としていたが、同時に「法定の訴訟類型である選挙無効訴訟において無効原因として主張し得る事由の範囲の解釈とは事柄の性質を異にするものである」と述べていた。こうした見解を一九七六年最大判の判示と整合的に理解するとすれば、選挙権の内容たる投票価値の平等性の重要性と、司法上の救済手続の要請から、選挙無効訴訟の形式を借りて争うことを認めしたが、それは民衆訴訟としての選挙無効訴訟の枠内で争うことを認めたにすぎず、事情判決の法理等はあくまで救済の側面のみに限られた特殊な処理ということになるうか。しかし、そうであつても選挙権の侵害を理由とするこうした訴訟自体が当然には法律上の争訟から外れたものとは言えないであらう⁽¹⁷⁾。

さらに他の手法としては、例えば、抗告訴訟ではなく当事者訴訟に拠ることも考えられよう。この点、二〇〇五年の在外邦人選挙権制限違憲訴訟の最高裁大法廷判決（最大判平一七・九・一四民集五九卷七号二〇八七頁）は、予備的に請求された在外国民たる原告らが選挙権を行使する権利を有することの地位確認について、「今後直近に実施されることになる：選挙において投票することができず、選挙権を行使する権利を侵害されることになるので、そのような事態になることを防止するために：「在外国民の小選挙区での投票を認めなかった公職選挙法の規定」が違憲無効であるとして、当該各選挙につき選挙権を行使する権利を有することの確認をあらかじめ求める訴えであると解することができる」とする。そして、確認の利益に関しては、法律上の争訟に当たることを前提として、「選挙権は、これを行使することができなければ意味がないものといわざるを得ず、侵害を受けて後に争うことによっては権利行使の實質を回復することができない性質のものであるから、その権利の重要性にかんがみると、具体的な選挙につき選挙権を行使する権利の有無につき争いがある場合にこれを有することの確認を求める訴えについては、それが有効適切な手段であると認められる限り、確認の利益を肯定すべきものである。」として当該確認の訴えの適法性を認めた。本件は投票権そのものが否定された事案であるが、選挙権の内容が、その行使のみならず、投票価値の平等性までも保障しているものと解すれば、これと別異に扱い、排除するものとは解されないのではないだろうか。④ 実際、一九七六年最大判はそれを認めており、(当然のことながら)憲法違反にまで至る投票価値の不平等が選挙の無効原因であることを前提として、事情判決の法理の適用の可否についての検討を行っていたのである。

さらに確認の利益について、二〇〇五年最大判は権利の重要性に着目していたが、これは当事者訴訟特有の必要な要素ではなく、本件特有の考慮事項であると解される。⑤ 但し、当該判決の理は投票価値の不平等の事例にも及ぶものと解することもできよう。

こうした手法が選択可能ならば、被告は国とされ、ここにおいて本来的な是正権限を有する者を相手に訴訟を遂行可能となる。また、二〇〇五年最大判の場合に類似して、直近の選挙において選挙権を憲法適合的に行使する地位、あるいは端的に公職選挙法の議席配分規定の違憲を確認するといった訴訟提起の手法が考えられる。⁽⁸⁾さらに、確認の利益について、まず前述のように、この場合での選挙無効判決に基づく再選挙は事実上不可能であるため、救済手法としては十分ではなく、訴訟選択の適切性は認められるのではないか。そして、具体的な選挙について投票価値が等しい選挙権の行使を求めるものであつて、議席配分規定の改正によつて投票の実質的な価値は決せられ、それを変更することなく選挙が実施されることになるのであるから、対象の選択および紛争成熟性は満たされるであろう（この場合、改正時の議席配分の違法性が問題となる）⁽⁹⁾。

請求を認容する判決が出されれば、選挙の実施前に、公職選挙法の議席配分規定の違憲性が確定する。その意味で、選挙無効訴訟において事情判決の法理が適用された場合の違憲宣言と類似のものといえる。しかし、実質面をみれば、事後の選挙無効訴訟における違憲宣言が、過去の選挙の無効と、当時の議席配分の違憲性を認めて以降の是正を求めるのに対して、事前的な確認訴訟での判決は、未だ実施されていないが将来実施される選挙での違憲な議席配分の利用を予防する効果を有する⁽¹⁰⁾。権利の性質を考慮しても、どちらが有効適切な救済手法であるかは明確であるように思われる⁽¹¹⁾。

そして、判決中に、他の何等かのありうる手法を提示できれば、それを実行せずに選挙を行った場合、今度は選挙無効訴訟において事情判決の法理に依拠することなく、選挙を無効とする手段をとることができる（ただし、事情判決の法理は、選挙実施まで猶予がない場合に提起された選挙無効訴訟において利用される可能性が残るであろう）。ここにおいて、両者の訴訟の役割分担も図られるであろう⁽¹²⁾。加えて、こうした判決の手法は、インジャンクション類

似の効果が期待できるものでもある。

おわりに

本稿が扱ったような実効的な権利の実現について、ここで問われているのは、現行の国家作用における司法の役割のそのものである。本稿が概観してきたアメリカでの対応はこれを端的に示すものであった。

現代社会において、司法の最低限の役割が市民の権利の保護にあるとすれば、加えて投票価値の平等性の維持が憲法上保護すべき利益に含まれるとするならば、司法はより積極的に請求を認める判決の発出を志向すべきである。

「然るべき救済手段を与え争訟の適正な解決をはかる作用も当然に『司法権』の内実をなす」ものだからである。⁽¹⁵⁾ 本稿が示すものは、訴訟の多層構造に一つの層を加え、「屋上屋を架す」ものに過ぎないかもしれないが、より実効的な救済形成の発展のため、一つの選択肢として検討の素材を提供することができたならば望外である。本稿では、主に司法と立法との関係での司法上の救済の役割に着目した。そこで、司法と行政でのその検討が次なる課題である。

本稿の執筆に当たっては、カリフォルニア大学アーバイン校のヘイゼン (Richard L. Heszen) 教授に多くの「助言を」教示いただいた。多大なるご厚意への感謝の念をここに記しておきたい。

注

- (1) 拙稿「権利実現と救済—較差是正訴訟の検討から—」(神奈川法学四九巻一—二—三号(二〇一七年)三〇九頁以下参照)。
 (2) 71 Stat. 634 (1957).

- (3) 74 Stat. 89 (1960).
- (4) 78 Stat. 241 (1964).
- (5) See Chandler Davidson, *The Voting Rights Act: A Brief History*, in *CONTROVERSIES IN MINORITY VOTING* 7, 13 (Bernard Grofman and Chandler Davidson ed. 1992). 有権者登録官等、選挙関係の職員側の抵抗もあったようである。しかし、一九六四年までに、南部では投票年齢に達したアフリカ系アメリカ人の三八%が有権者登録を認められており、数値的には低率にとどまるものの、以前と比較すれば相当な増加であった。See Daniel H. Lowenstein et al., *ELECTION LAW CASES AND MATERIALS* 45 (6th ed. 2017).
- (6) 79 Stat. 437 (1965).
- (7) See Davidson, *supra* note 5, at 27.
- (8) 393 U.S. 544 (1969).
- (9) *Id.* at 548.
- (10) See *id.* at 565-566, 569-571.
- (11) *Id.* at 569.
- (12) 一部上告人は、既に実施された選挙の無効と、改正前の規定に基づく再選挙の実施を命ずるよう求めてもいたが、本件において第五条の適用の可否は明確とはいえず、投票権法の意図的な無視とは言い難いこと、また、差別の意図や効果について判断されなかったこと等から最高裁はこれを否定した。See *id.* at 571-572.
- なお、ハーラン判事は一部反対意見において、第五条は、第四条と合わせて解釈されるべきであり、第四条の目的を達成する限りで連邦による介入を認めたものであると主張して、選挙に関する州の政策判断全般に介入するような拡大的な解釈に反対していた。See *id.* at 582-586 (Harlan J. concurring in part and dissenting in part).
- (13) 例えは、併合による自治体の区域や投票所の変更 (Perkins v. Matthews, 400 U.S. 379 (1971))、あるいは議会議員選挙区の区割り (Georgia v. United States, 411 U.S. 526 (1973)) 等、事前承認が必要なきのや判示やれはる。See also Drew S. Days III, *Section 5 Enforcement and the Department of Justice*, in *CONTROVERSIES IN MINORITY VOTING* *supra* note 5, at 52, 55.
- (14) See Lowenstein, et al., *supra* note 5, at 219.
- (15) Davidson, *supra* note 5, at 28.
- (16) 425 U.S. 130 (1976).

- (17) See *Beer v. United States*, 374 F. Supp. 363 (1974).
- (18) *Beer v. United States*, supra note 16, at 141.
- (19) *Id.*
- (20) See *Reno v. Bossier Parish School Board*, 528 U.S. 320 (2000).
- (21) See 52 USCS §10304 (c).
- (22) See *Shelby County v. Holder*, 570 U.S. 529 (2013).
- (23) *Lowenstein et al.*, supra note 5, at 260.
- (24) ジョージア州の上院議員の選出方式が問題とされた事例において、「複数議席選挙区での議席配分枠組みが、故意であれ何であれ、特定の事件の一定の状況に基づき、投票人口の人種的あるいは政治的集団の投票力を最小化し、または否定するように機能することありうる」とするも、それが具体的に主張・立証されていなくとした。*Fortson v. Dorsey*, 379 U.S. 433, 439 (1965)。また、インディアナ州議員の複数議席選挙区での選出方式が問題とされた事例において、「*Fortson* 判決を引用しつつ、「我々は、複数議席選挙区が人種的あるいは政治的集団の投票力を希釈し、または否定するように違憲に機能するとの立証責任を異議申立人が負うと主張してきた」とし、その立証が不十分であるとして請求を退けた。*Whitcomb v. Chavis*, 403 U.S. 124, 144 (1971)。なお、ゲリマンダーについては次節で改めて概観する。
- (25) 412 U.S. 755 (1973)。
- (26) See *Graves v. Barnes*, 343 F. Supp. 704 (1972)。
- (27) *White v. Register*, supra note 25, at 769.
- (28) 差戻し後、地裁は更に他の複数議席選挙区の適法性について検討し、一九七四年の選挙において七つの選挙区について小選挙区で実施することを命じた。See *Graves v. Barnes*, 378 F. Supp. 640 (1974)。
- (29) *Mobile v. Bolden*, 446 U.S. 55 (1980)。本件は、アラバマ州 *Mobile* シティの全域選挙制度による理事の選出に関して、それがアフリカ系アメリカ人の投票力を希釈し、修正一四条、一五条および投票権法第二条に違反するものとして提訴されたものである。判事の見解は複数に分かれたが、連邦最高裁は、投票権法第二条の文言が修正一五条と異なるところがないとして、その同一性を確認した上で、「修正一五条は「人種、肌の色、あるいは従前の奴隷的境遇に基づき」、政府が投票の自由を意図的かつ差別的に否定し、または低減させることを禁ずる」と判示した。*Id.* at 65。そのため、原告は差別的意図を立証する必要があるが、本件においてはそれが十分になされていないとして、原告の請求を認容して小選挙区制による選挙を命じた地裁判決、そしてこれを是認した控訴裁判所

の判決を破棄して事案を差し戻した。

- (30) See 52 USC §10301 (a).
 - (31) 478 U.S. 30 (1986).
 - (32) *Id.* at 50-51.
 - (33) 512 U.S. 997 (1994).
 - (34) See *De Grandy v. Wetherell*, 815 F. Supp. 1550 (1992).
 - (35) *Johnson v. De Grandy*, *supra* note 33, at 1011.
 - (36) See *id.* at 1011-16.
 - (37) *Id.* at 1022.
 - (38) See *id.* at 1023.
 - (39) この点、どのような選挙区を創設することが救済に資するののかという問題も残す。この点、影響力ある選挙区 (influence district) や、乗り入れ選挙区 (crossover district) (中村良隆「投票権法二条と小選挙区における少数者 (マイノリティ) の過半数要件」比較法学四五巻三号一七二頁以下参照。) の創設が認められるかどうかの問題にもなる。
 - (40) 本稿注24参照。党派のゲリマンダリングに関し、コネチカット州議会の議席配分が問題となった *Gaffney v. Cummings* (412 U.S. 735 (1973)) において、連邦最高裁は「州が政党の投票力に従って当該政党の政治的権力を公平に配分しようとし、そして非常に寛容な制限内で、そうすることに成功した場合、司法の利益は最も後退すべきである」と述べていた。 *Id.* at 754.
- 人種的ゲリマンダリングに関し、*Gomillion v. Lightfoot*, 364 U.S. 339 (1960) は、「シティの区域変更がアフリカ系アメリカ人を違法に排除したものであることを認めていた。また、*Wright v. Rockefeller*, 376 U.S. 52 (1964) では、人種に基づく区割りであったとの立証に失敗したと判示された。
- さらに、*United Jewish Organizations, Inc. v. Carey*, 430 U.S. 144 (1977) は、「白人以外の者の代表選出を可能とするために区割りを行ったが、それがユダヤ教徒のコミュニティを分断したことから、人種を考慮した選挙区割りが修正一四条および一五条に違反すると主張されたものである。連邦最高裁は、投票権法の目的達成のために人種を考慮することは禁じられないこと、人種的な偏見に基づくものではないこと等を根拠に請求を退けていた。
- (41) 478 U.S. 109 (1986).
 - (42) *Bandemer v. Davis*, 603 F. Supp. 1479 (1984).

- (34) *Davis v. Bandemer*, supra note 41, at 124.
- (44) See id. at 127-129.
- (45) See id. at 129-130.
- (46) Id. at 132.
- (47) 541 U.S. 267 (2004).
- (48) *Vieth v. Pennsylvania*, 195 F. Supp. 2d 672 (2002).
- (49) *Vieth v. Pennsylvania*, 241 F. Supp. 2d 478 (2003).
- (50) *Vieth v. Jubelirer*, supra note 47, at 278-279.
- (51) See id. at 284-290.
- (52) Id. at 281.
- (53) Samuel Issacharoff et al., *THE LAW OF DEMOCRACY* 886 (rev. ed 2002).
- (54) 509 U.S. 630 (1993).
- (55) 別途、党派的なリメンタリズムをめぐりする訴訟も提訴されたが、*Bandemer* 判決に基づき、請求は退けられた。Pope v. Blue, 809 F. Supp. 392, affirmed, 506 U.S. 801 (1992).
- (56) *Shaw v. Barr*, 808 F. Supp. 461 (1992).
- (57) *Shaw v. Reno*, supra note 54, at 642.
- (58) Id. at 641.
- (59) Id. at 647-648.
- (60) Id. at 649. 差戻し後、地裁は投票権法の遵守が、非常に重要な利益の達成に必要なものであるとして区制法を合憲とした。Shaw v. Hunt, 861 F. Supp. 408 (1994). 他方、差戻し告審において連邦最高裁は、投票権法上、少数派優位の選挙区の作成が求められているわけではなく、またその目的との厳密な関連性が認められないとして、地裁判決を破棄して一つの選挙区につきそれを無効とした。
- (61) *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899 (1996).
- (62) *Miller v. Johnson*, 515 U.S. 900 (1995).
- (63) *Bethune-Hill v. Virginia State Board of Elections*, 137 S. Ct. 788 (2017).
- (64) U.S. Const. Art I §4, cl. 1.

- (64) U.S. Const. Art II §1, cl. 2.
- (65) See 3 Eugene McQuillin, *THE LAW OF MUNICIPAL CORPORATIONS* §12: 2, at 81-83 (3d ed. 2012).
- (66) 531 U.S. 98 (2000).
- (67) See Lowenstein et al., *supra* note 5, at 376-378; Richard L. Hasen, *THE VOTING WARS* 11-19 (2012).
なお、二〇〇二年に制定されたアメリカ投票支援法 (*The Help America Vote Act* 52 U.S.C. §20901 et seq.) により、投票機器等の最低限の基準が定められ、また投票機器等の改善や新規購入に連邦の補助が交付されるようになった。そのため、本件で問題になったような、旧式あるいは不便な投票機器の問題は概ね解消されつつあるようである。See id. at 399.
- (68) *Palm Beach County Canvassing Board v. Harris*, 772 So. 2d 1220 (Fla. 2000).
- (69) *Bush v. Palm Beach County Canvassing Board*, 531 U.S. 70 (2000).
- (70) *Gore v. Harris*, 772 So. 2d 1243 (Fla. 2000).
- (71) See *Bush v. Gore*, *supra* note 66, at 104-105.
- (72) *Id.* at 105.
- (73) See id. at 105-109.
- (74) *Id.* at 109.
- (75) See id. at 110.
- (76) 差戻し後、州最高裁は、連邦最高裁判決に従って、州議会が連邦法の適用を意図して州の選挙法を制定していたが、連邦最高裁が示す最低限の基準を満たす用意がなかつたとして、請求を退けた。Gore v. Harris, 779 So. 2d 270 (Fla. 2000).
- (77) See Jesse H. Choper et al., *CONSTITUTIONAL LAW CASES, COMMENTS, AND QUESTIONS* 1604 (12th ed. 2015).
- (78) See Richard L. Hasen, *The Untimely Death of Bush v. Gore*, 60 Stan. L. Rev. 1, 3 (2007).
- (79) See Lowenstein et al., *supra* note 5, at 394.
- (80) See Richard L. Hasen, *Election Law's Path in the Roberts Court's First Decade: A Sharp Right Turn but with Speed Bumps and Surprising Twists*, 68 Stan. L. Rev. 1597, 1630 (2016).
この点、訴訟の増加は、瑕疵ある選挙が増加したところにより、本判決により、選挙後に当該瑕疵を主張する手段がなくなり、これが認識されなかったことに起因するとの指摘もなされる。See Richard L. Hasen, *Beyond the Margin of Litigation: Reforming U.S. Election Administration to Avoid Electoral Meltdown*, 62 WASH. & LEE L. REV. 937, 958-59 (2005); Steven Huefner, *Remedying*

- Election Wrongs*, 44 Harv. J. on Legis. 265, 267 n. 14. (2007).
- (82) See Pamela S. Karlan, *The Right to Vote: Some Pessimism About Formalism*, 71 Tex. L. Rev. 1705, 1707-1720 (1993). 邦語文献としては、さしあたり、倉田玲「ゲリマンタリングと合衆国の投票権法制(下)」立命館法学二六九号(二〇〇〇年)四六一-四八頁、安西文雄「選挙権の平等にかかわる多層構造」長谷部恭男他編『現代立憲主義の諸相 下』(有斐閣二〇一三年)七〇五頁以下(特に七〇六-七一一頁)を参照されたい。
- (82)むしろ、参加の段階に位置付けられる古典的な基本的権利の枠内で検討するのが困難であったことから、Gingles判決のような曖昧な基準となったとも評価されている。See Heather K. Gerken, *Understanding The Right to an Undiluted Vote*, 114 Harv. L. Rev. 1663, 1673 (2001). See also Richard H. Pildes, *Principled Limitations on Racial and Partisan Redistricting*, 106 Yale L. J. 2505, 2520 (1997).
- (83) Karlanは、Bush判決も人種的ゲリマンタリングと同様に、個々の有権者の利益保護というよりは、構造的な平等保護の事例であったと述べている。Pamela S. Karlan, *Nothing Personal: The Evolution of the Newest Protection from Shaw v. Reno to Bush v. Gore*, 79 N.C. L. Rev. 1345, 1364 (2001).
- (84) 選挙無効訴訟を検討するにおいて、民衆訴訟を含む客観訴訟と司法権ないし法律上の争訟との関係性を考究する必要があるだろう。但し、較差是正訴訟としての選挙無効訴訟の特殊性にも鑑み、本稿では立ち入らない。近年の議論状況については、さしあたり村上裕章「客観訴訟と憲法」行政法研究四号(信山社二〇一七年)一一頁以下を参照されたい。
- (85) 千葉勝美「違憲審査—その焦点の定め方」(有斐閣二〇一七年)三頁以下参照。他方、国会が最高裁の判断を軽視するか弥縫策で応じる中、最高裁が自らの判決を前提に国会が行動しているものと想定しながら、より踏み込みつつも抜き差しならない対立を回避するように次の判断を示さざるを得ないことから、国会と最高裁間での「違憲審査のゲーム」とも指摘される。宍戸常寿「一票の較差をめぐる『違憲審査のゲーム』」論究ジュリー号(二〇一二年)四一頁以下参照。
- (86) 一九七六年および一九七九年の総選挙については、その後衆議院が解散されたことにより最高裁の判断は示されなかった。一九八〇年の総選挙に関する一九八三年の最高裁大法廷判決(最大判昭和五八・一一・七民集)においては、最大較差三・九四倍について、違憲状態とするが、法改正から五年を経過しても未だ合理的期間が経過していないとして合憲判断を下している。そして、本文の通り、一九八三年の総選挙については前述の一九八三年最大判以後も是正が図られていないことから違憲とし、事情判決の法理を適用して請求を棄却した。一九八六年の総選挙については(最大較差二・九二倍)、同年の法改正によって是正が図られたとしてこれを合憲とするも(昭和六三・一〇・二二民集四二巻八号六四四頁)、一九九〇年の総選挙については(最大較差三・一八倍)、違憲状

態ではあったが、前回の国勢調査から三年余りであり、合理的期間が未だ経過していないとして合憲と判断した(最大判平五・一・二〇民集四七卷一七頁)。以降、合憲の判断が続く(最判平七・六・八民集四九卷六号一四四三頁(最大較差二・八二倍)、最大判平一・一・一・一〇民集五三卷八号一四四一頁(最大較差二・三〇九倍)、最判平一三・一・二一・一八民集五五卷七号一六四七頁(最大較差二・四七二倍)、最大判平一九・六・二三民集六一卷四号一六一七頁(最大較差二・二七一))。二〇〇九年の総選挙に関しては、一人別枠方式がもはや合理性を失ったとしてこれを違憲とするも、合理的期間内には正が図られたわけではないとする。その後も、同様に是正措置が取られなかったわけではないとして合憲判断が続いている(最大判平二三・三・二三民集六五卷二七号七五五頁(最大較差二・三〇四倍)、最大判平二五・一・一・二〇民集六七卷八号一五〇三頁(最大較差二・四二五倍)、最大判平二七・一・一・二五民集六九卷七号二〇三五頁(最大較差二・二一九倍))。

(87) なお、合理的期間論については、非常に柔軟な運用がなされており、それもまた別個の問題とされる。六戸・前掲注八五参照。

(88) See *Lowenstein et al.*, supra note 5, at 103. なお、一人一票原則への懐疑的見解について、See, generally, Geoffrey R. Stone et al., *CONSTITUTIONAL LAW* 783 (8th ed. 2017). 他方、州議会の側でも、「最高裁によって無効とされてきた平等人口基準の境界線付近に留まることにより、その区割りを「違憲とされる」危険にさらすことを望まないがゆえに、人口に基づく議会選挙区への深刻な異議は相対的に稀となりうる」。Id.

(89) See I. Dan B. Dobbs, *LAW OF REMEDIES, DAMAGES-EQUITY-RESTITUTION* 1 (2nd ed. 1993). また拙稿「アメリカ行政法における『救済』観念の基層」神奈川法学四四卷一(二〇二二年)九六頁以下参照。

(90) こうした救済形成には、アフリカ系アメリカ人に対する別学制度を違憲とし、別学解消のために個別具体的な施策の実施を命じる等、積極的かつ継続的な裁判所による関与を認める契機となった *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) 以後のいわゆる公共訴訟あるいは制度改革訴訟の発展が影響していることが指摘される。

また、*Baker* 事件 (*Baker v. Carr*, 369 U.S. 98 (1962)) が審理され、判決が出されたときは、現実の別学解消の実施を巡って激しい争いがあった時期であり、当時の判事の思考には *Brown* 判決が大きく影響していることが指摘される。See Guy-Uriel E. Charles & Luis Fuentes-Rohwer, *Reynolds Reconsidered*, 67 Ala. L. Rev. 485, 499-500 (2015).

(91) *Reynolds* 判決を受けて、一九六八年の中頃までには、三七の州が連邦議会議員選挙区の区割りの改定を行い、うち州の平均値から一〇%逸脱するものは九つの州のみであった。さらに、二四もの州が5%以内にとどまっていたとされる。また、州議会でも同様に、三〇以上の州で平等人口原則に従った改定がなされた。See Choper, et al., supra note 77, at 1564 (quoting Roberts McKay,

Rapportment: Success Story of the Warren Court 67 Mich. L. Rev. 223, 229 (1968).

最近の国勢調査(二〇一〇年)に基づく区割りの状況については、See Lowenstein at el, supra note 5, at 104. これが参照とする 2010 Redistricting Deviation Table, National Conference of State Legislatures (Jan. 23, 2012) によれば、少数の例外を除きほとんどの州議会の選挙区間の最大偏差は一〇%以内に収まっている。

(92) See Huefner, supra note 80, at 285.

(93) Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 204-208 (1962).

(94) Bush 事件で見たように、接戦の場合には、自動的に再集計が求められるような規定を設ける州も少なくない。See e.g., Daniel Tokaji, *The Paperless Chase: Electronic Voting and Democratic Values*, 73 Fordham L. Rev. 1711, 1817-36 (Appendix B) (2005).

(95) See Huefner, supra note 80, at 277-278.

(96) Id. at 296.

(97) See id. See also Lowenstein et al., supra note 5, at 463. 再選挙を命じるべき場合として、一般的には、投票手続が投票結果の信頼性へ合理的な疑義を生じさせるに十分な数の適法票を必然的に排除していた場合、あるいは正式な投票結果が投票結果の信頼性へ合理的な疑義を生じさせるに十分な数の無効票を算入していた場合、が挙げられる。See Huefner, supra note 80, at 306.

Huefner は、これまで具体的な救済付与に関する基準が制定法上必ずしも明確にはされてこなかったとして、本文のような懸念から再選挙が命じられる場合を、「①不正投票、過誤あるいは不可抗力が、自由な有権者の選好が正確に集計されるのを阻み、②その結果、正式な投票結果が有権者の意思を正確に反映したものと信頼することができず、③信頼できる投票結果が再選挙の実施以外の手法では決定できないときに限定すべき」とする。See id. at 319.

(98) 例えば、辻村みよ子『憲法【第五版】』(日本評論社二〇一六年)三二六頁、長谷部恭男『憲法【第六版】』(新世社二〇一八年)一七八頁等参照。

(99) この点は、遡れば一九七六年最大判の岡原他反対意見、一九八八年最大判奥野反対意見、近年では鬼丸判事の二〇一五年最大判の反対意見や二〇一三年最大判での意見、二〇一一年最大判の宮川反対意見、二〇〇七年最大判の泉反対意見等でも示された立場である。なお、二〇〇七年最大判の藤田意見は、『二倍未満の基準』自体は満たされている場合であったとしても、合理的な必要が認められないにもかかわらず一票に一票を超える価値を与えることを意図するような制度が存在するとき、これをなお投票価値の平等の要請を満たしているとする理論的な根拠は、おおよそ見出し難い」との見解を表明していた。

他方で、選挙区割りには、その名の通り、地理上に線を引く作業であって、不可避的に地域的事情を反映するものでもある。飯島淳

子「区画・区域・土地」地方自治七九一号四―五頁参照。また、「公正かつ効果的な代表」という要請を念頭に置くと、数値的な平等性のみが絶対的基準とはいえないともいえる。芦部信喜「議員定数配分規定違憲判決の意義と問題点」ジュリ六一七号四二頁(一九七六年)以下、同『憲法学Ⅲ 人権各論(一) 増補版』(有斐閣二〇〇〇年)七四頁参照。しかし、一人一票原則を基礎として、公正かつ効果的な代表を実現することもまた可能であろうし、これが *proportion* という代表の段階の問題ともいえる。日本の選挙法制において両者の価値の均衡を図るものとして、安西・前掲注八一参照。また、選挙権の性質について、辻村みよ子「選挙権と国民主権」(日本評論社二〇一五年)七五―一五二頁参照。

いずれにせよ、本文で述べるように、その権利の性質を考慮すれば、違憲審査基準としては厳格なものが求められよう。審査基準について、君塚正臣「参政権の制約と司法審査基準・合憲性判断テスト」横浜法学二五巻一号(二〇一六年)五一頁以下、同『司法権・憲法訴訟論 下巻』(法律文化社二〇一八年)一六六頁以下参照。

(100) 宍戸常寿・前掲注八五、四六頁以下参照。その意味では、基準の定立が不十分ともいえる。君塚・前掲注九九参照。

(101) *Kirkpatrick v. Preisler*, 394 U.S. 526, 531 (1969). また拙稿「権利実現と救済―較差是正訴訟の検討から(一)」神奈川法学五〇巻二号(二〇一八年)二六頁以下参照。

(102) 二〇一五年最大判の千葉補足意見、一九九三年最大判の橋元反対意見、中島反対意見および小野反対意見等は、一時的な弥縫策にとどめることなく、抜本的な定数の是正の措置を講ずることを求めていた。この点、二〇一七年の衆議院議員選挙区画定審議会設置法の改正により、議席配分について、いわゆるアダムズ方式が採用された(第三条第二項)。これによって、これまで以上の較差是正が見込まれ、最高裁の現在の基準を十分にクリアする状況が期待されるが、今後でもできる限り投票価値の平等な選挙区を求める訴えが提起されることもまた同様に予想される。

(103) この点、選挙の結果に異動を及ぼさないとして請求を退けるという手法も提唱されていた。芦部信喜「議員定数配分規定違憲判決の意義と問題点」ジュリ六一七号(一九七六年)三七頁、佐々木雅寿「衆議院定数不均衡訴訟違憲判決」論ジュリ一七号(二〇一六年)五四頁以下参照。

(104) 雄川一郎「国会議員定数配分規定違憲訴訟における事情判決の法理」『公法の基本問題』(有斐閣一九八四年)二八七―二八八頁参照。また、和田英夫「衆議院議員定数違憲判決とその問題点」判時八一一号七頁は、「違憲の既成事実の事後追認」になりにかかないとして拡大的な利用に消極的のようである。

(105) 塩野宏『行政法Ⅱ(第五版補訂版)』(有斐閣二〇一三年)一九五頁。

(106) 阿部泰隆「議員定数配分規定違憲判決における訴訟法上の論点」ジュリ六一七号(一九七六年)五九頁は、「既成事実の尊重を理

由とするものではなく、選挙無効判決によって生ずる将来の混乱防止を理由とするものであるから、事情判決の通常の適用事例とは異なり、それに新しい類型を加えたものとする。

また、事情判決の法理の許容性について、阿部・前掲五九頁、雄川・前掲注一〇四、二九六―二九七頁、今村成和「議員定数配分規定違憲問題と最高裁」法七三五六号八二頁、棟居快行「選挙無効訴訟と国会の裁量」レファレンス平成二六年一月号二六頁も参照されたい。

(107) これを「対話」と捉えるものとして、佐々木雅寿「対話的違憲審査の理論」(三省堂二〇一三年)九八頁以下、同「衆議院小選挙区制の下での最高裁と国会との継続的対話」岡田他編「憲法の基底と憲法論」(信山社二〇一五年)七五五頁以下参照。但し、ここでの対話において、送り手側の労苦は察するに余りあるようにも思われる。棟居快行「参議院議員定数配分をめぐる近時の最高裁判例」レファレンス平成二七年七月号三〇頁参照。

(108) 今村成和「議員定数配分規定の違憲問題と最高裁」『公法の課題』一五七頁(一九八五年)七〇―七二頁

(109) 藤田宙靖『最高裁回顧録』(有斐閣二〇一二年)一一一頁参照。

(110) 雄川・前掲注一〇四、三〇〇―三〇一頁。また、一九八三年最大判の横井反対意見も同旨。

(111) 詳細には触れないが、一部の選挙区のみを無効とする可分性の理論については、田中英夫「定数配分不平等に対する司法的救済」ジュリハ三〇号四一頁以下、樋口陽一「違憲審査における積極主義と消極主義」判タ三三七号六頁以下(一九七六年)、阿部泰隆・前掲注一〇四頁、高橋和之「定数不均衡違憲判決に関する若干の考察」法学志林七四巻四号一〇三頁以下(一九七七年)等参照。

また、選挙を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である将来効判決については、芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣一九八一年)三〇五頁以下、君塚正臣「将来効判決、積極的な司法的救済、可分論、そして―議員定数不均衡問題の解決に向けて―」(三)『横浜法字二五巻三号(二〇一七年)一頁以下、同『司法権・憲法訴訟論 上巻』(法律文化社二〇一八年)四七〇頁以下等参照。

判決の実効性を確保することについて、アメリカではエクイティ上の訴訟における判決、特にインジャンクションは、对人的なものであるが、被告に対し具体的な手法で一定の行為を求めるものである。そしてその判決の実効性は、裁判所侮辱(contempt)によって担保される。すなわち、判決に従わない場合、裁判所は判決に従うまで被告を拘留し、あるいは制裁金を課すことができる。See *Dobbs*, supra note 89, at 186-187. 裁判所侮辱には民事的なものと刑事的なものがあるが、前者については更に判決の不遵守によって原告側に生じた損害の賠償と、将来の判決の遵守を確保するための間接強制としての制裁金に、また後者については、過去の不服従に対する罰金と判決の遵守が実現されるまでの間の拘留に分類される(さらに、法廷の秩序維持に関する刑事制裁もある)。

See Elaine W. Shoben et al., REMEDIES CASES AND PROBLEMS, 291 (2nd ed. 2007).

この点、構造的インジャンクシヨンの文脈において、地方政府とその議会の議員個人に対する裁判所侮辱による制裁等の是非が問題とされることがある。ニューヨーク州 *Yonkers* シティにおける公営住宅の建設が人種的少数派の地域に集中していたことに端を発する人種分離解消のための構造的インジャンクシヨンの事件において、連邦地裁はシティ側の違法を認定した。その後シティが分離解消に向けた政策を実施することを内容とした同意判決が出されたが、シティ側がこれを履行せず、関連する条例の制定を命ずる更なる裁判命令が出されたものの議会はこれに反対する決議をした。そのため、地裁は改めて期限を定めて条例制定を命じ、遵守されなかった場合には、裁判所侮辱として、シティにつき一〇〇ドル、以降履行されるまで一日毎に倍額となる制裁金を、そしてシティ議会議員につき条例が可決されるまで一日五〇〇ドルの制裁金に加えて議会出席の時以外は拘留することを通告した。しかしながら、議会は四対三で条例案を否決してしまつた。See *United States v. City of Yonkers*, 856 F.2d 444, 447-450 (1988)。地裁は裁判所侮辱を認定したが、シティおよび反対票を投じた議員側が即時上訴を行った。第二巡回控訴裁判所は、同意判決については議会を含むシティ側が合意していたこと、そして地裁が判決内容の実現に向けてシティ側に十分な時間を与えていたこと等から、裁判所侮辱が基礎とするもとの判決にも、それに続く裁判所侮辱の認定についても地裁の判断に裁量の濫用はないとした。See *id.* at 450-455。また議会在同意判決を承認した以上、議員はこれに拘束されるものであつて、その不遵守は裁判所侮辱に該当すること、議員に判決内容の実現を求めることが修正一条に違反するものではないこと、さらにシティ自体も当該判決に拘束されること等の判示を行ったが、ただシティに対する制裁金の額については、それが過大となりすぎるため、一日の最高額を一〇〇万ドルに修正した。See *id.* at 455-460。被告側が上訴し、このうち議員による上訴と執行停止が認められる(その後、二名の議員が賛成にまわつたため)条例案自体は可決された。連邦最高裁は、判決に服すべきはシティであつて議員は個人的な責任を問われていないこと、免責特権の趣旨は地方政府の議員に関しても考慮されるべきであること、シティそのものへの財政的圧力のみでも議員個人が条例制定に向けた行動をとることが十分に期待されること、裁判所の裁判所侮辱の権限行使は判決の遵守を達成するために必要最低限とすべきこと等判示した。See *Spallone v. United States*, 493 U.S. 265, 273-281 (1990)。結論として、地裁はまずシティのみに対して裁判所侮辱の手続を進めるべきであつたとし、議員に対する裁判所侮辱の部分の判決を破棄した。See *id.* at 281。多くの論点を含むものの、アメリカにおいては国等にも判決内容の実現手段として間接強制が利用可能とされている。選挙無効訴訟において間接強制制の導入を検討するものとして、山岸敬子「選挙無効訴訟・事情判決・間接強制」法科大学院論集一九号(二〇一七)四七頁以下参照。こうした裁判判決上の義務の履行確保については、インジャンクシヨンの救済との統一的な検討を要する、他日を期したい。(112) 選挙の差し止めや、裁判所自ら定数表を作成する手法等が提案されてきた。佐藤幸治「現代国家と司法権」(有斐閣一九八八年)

二五七頁以下、

(113) 千葉・前掲注八五、四一頁。また将来効的な選挙無効判決との組み合わせで、法改正までの間に裁判所による暫定的な定数再配分にに基づき選挙を施行させる手法等もアメリカを参照した同様の考え方によるものと思われる。田中英夫「定数配分不平等に対する司法的救済」ジュリ八三〇号（一九八五年）四一頁以下、高橋和之「定数不均衡違憲判決の問題点と今後の課題」ジュリ八四四号（一九八五年）二一頁以下、芦部信喜「衆議院定数違憲判決の意義と是正案」法教六四号（一九八六年）一三頁以下等参照。

(114) 近年の提案として、松本哲治「投票価値の平等と事前の救済」松井茂記他編『自由の法理』（成文堂二〇一五年）三九三頁以下参照。

(115) 塩野・前掲注一〇五、二六七頁参照。藤田宙靖「一票の較差訴訟」に関する覚え書き」法の支配一七一九号九一頁は、「判決以後將來に向かつてのみ無効の効果をもたらす形成的効果」に鑑みれば、選挙無効訴訟は抗告訴訟に相当するとする。

(116) 従来からの見解である。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」法教四二九号九七頁（一九八四年）。また、同旨として、例えば千葉・前掲注八五、五頁参照。また、遡れば一九七六年最大判岡原他反対意見、近年では二〇一五年最大判千葉意見や、二〇一三年最大判木内反対意見等においてもこうした見解が示されている。

(117) 高橋・前掲注一一三、一〇二頁。なお、立法法の不作為による国家賠償請求訴訟も選択肢としてあり得る。実際、本案の請求は退けられたものの、訴訟そのものは許容されている（最大判平一七・九・一四民集五九卷七号二〇八七頁）。但し、こうした手法は前述のアメリカでの議論と同様に、間接的な効果に留まり、補充的に利用されることになろう。また、野中俊彦「憲法訴訟の原理と技術」（有斐閣一九九五年）七〇頁以下参照。

(118) 例えば、千葉・前掲注八五、五頁参照。

(119) 一九八三年最大判の横井反対意見は、常に事情判決の法理に依拠せざるを得ないと述べた際、アメリカと日本の司法制度の相違を指摘し、「既存の実定法の解釈に工夫を加えることよつて対応するほかない」とする。本稿が志向するのも、まさにこの方向性である。さらに、「憲法の想定する司法権が、アメリカのそれと異なり、国会に対峙する救済の場面において強く手を縛られたものか」どうか、という司法権の根本問題に遡ることになる。山元一「判批」判例セレクト二〇一四年「I」（二〇一五年）三頁。

(120) 実際、原告が求めているのは、違憲な状態の解消であり、先に述べたように、選挙の無効を求める訴えはそのために「借用」されたツールに過ぎない。越山康他編「一票の価値」（教育社一九八五年）参照。なお、「司法による一票の格差問題の統制を現状のような選挙無効訴訟による事後審査に限定する限りは、今後、戦後初の違憲無効判決を出すことになる場合、最高裁としては、多面からの多様な反発と批判に堪えうる説明を判決理由において説得的に展開することが求められることにならうであろう」。南野森「一票

- の格差」法教四二七号(二〇一六年)一一二頁。
- (121) 東京地判昭五一・一一・一六訟月二二卷一 一〇二五八八頁、その控訴審の東京高判昭五二・四・二五訟月二二卷一 一〇二六〇八頁等。
- (122) 東京地判昭五一・一一・一九訟月二二卷一 一〇二五九八頁等。
- (123) 東京地判昭五一・一一・一九行裁例集二七卷一 一一二二号一七七二頁、千葉地判昭五一・一一・二九訟月二二卷一 一〇二六一〇頁、千葉地判昭五四・一一・一訟月二六卷一 一〇一一頁等。
- (124) 東京地判昭六二・一〇・七訟月三四卷四号六八四頁等。
- (125) その他、無名抗告訴訟としての立法不作为の違憲確認なし宣言を求める訴訟も提案されている。野中・前掲注一一七、八三頁。
- (126) 最決平二四・一一・三〇訟月六〇卷一 一〇七九頁。
- (127) 大貫裕之・平成二五年重要判例解説ジュリ臨増一四六六号(二〇一四年)五〇頁、北見宏介・判例セレクト二〇一三 [II] (二〇一四年)一〇頁参照。なお、本案についても同様の理由で不適法とされている。東京地判平二六・一一・二二 LEX/DB23505796、その控訴審東京高判平二六・一一・一七 LEX/DB23505794 (上告不受理)。
- 一九七六年最判の判示のこうした理解が固定化されるとすれば、克服すべきはそのような状況を招いている同判決の判断枠組みそのものかもしれない。
- (128) 大貫・前掲注一二七、五〇頁参照。
- (129) 塩野・前掲注一〇五、二六二頁参照。
- (130) 法令の規定そのものが違法・違憲であり、それによって原告の権利利益が侵害されていると認められるにもかかわらず、その正は立法部によってのみ実現されるとすれば、司法部が有する違憲立法審査権が十分に機能しているとは言えないであろう。この点でも、少なくとも、原告の法的地位を侵害するがゆえに、法令の規定が違法であるとの消極的な確認は、権力分立原則にも適合的である。山本隆司「在外邦人選挙権最高裁大法廷判決の行政法上の論点」法教三〇八号(二〇〇六年)三〇頁参照。さらに、当事者訴訟における確認訴訟による法令を争うことの適否について、中川文久「行政訴訟としての『確認訴訟』の可能性」民商一三〇号六卷二号(二〇〇四年)九九三頁以下、野口貴公美「行政立法の違法を争う確認訴訟」行政法研究第一一〇号(信山社二〇一五年)四二頁以下、春日修「当事者訴訟の機能と展開」見洋書房二〇一七年)一〇六頁以下も参照されたい。
- (131) 二〇〇五年最大判が、「即時確定の利益を認めるには不安定性・抽象性が高く、…『権利の重要性』を根拠に即時確定の利益を認めた」(山本・前掲注一三〇、三〇頁)ものと解するならば、較差是正訴訟としての公法上の確認訴訟についても同様に考えられる

であろう。

(132) 行政事件訴訟における救済方法と確認訴訟の機能について、下山瑛二『現代行政法学の基礎』（日本評論社一九八三年）一九九頁以下参照。

(133) この点、参議院議員の通常選挙において、選挙区選出議員が人口に比例して配分された法律に基づいて投票することができる地位にあることの確認を求めた事件につき、東京地判平二七・一一・一四LEXDB253323は、原告の主張を実現させるには新たな立法措置が必要であること、そして国会による選挙制度の決定前に裁判所が「あるべき基準を設定し、有権者がそのような選挙制度や基準の下で投票することができる地位にあることを確認するようなことは、三権分立の趣旨に反するものとして、憲法上許されない」と述べ、法律上の争訟に該当しないと請求を却下している。しかし、本文で述べたように、こうした訴訟が裁判所の権限を超えた法律上の争訟に該当しないとすれば、法令の違法・違憲を争う訴訟はおよそ法律上の争訟に該当しないことになりはしないだろうか。

(134) なお、当事者訴訟において選挙の差し止めを求める、ということもありえようが、この点は今後の検討に委ねたい。ただしこの場合、仮の救済の可否も検討対象となろう。当事者訴訟における仮処分について、山田健吾「行政訴訟における仮の救済」岡田正則他編『現代行政法講座Ⅱ 行政手続と行政救済』（日本評論社二〇一五年）二六一頁以下参照。

(135) 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣一九八八年）二七七―二七八頁。