

# 秋合宿判例ゼミ用資料

(2013 年度)

- 2～7コマ目では、判例ゼミを行います。参加者は、事前に本資料を通読しておいてください。
- 時間がない場合でも、最低限、以下の最高裁判例は、全文を通読してください。

- ① 剣道受講拒否事件(最判平成 8 年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁)
- ② 児童扶養手当(奈良事件)訴訟(最判平成 14 年 1 月 31 日民集 56 卷 1 号 246 頁)
- ③ 参議院議員定数訴訟(最大判平成 21 年 9 月 30 日民集 63 卷 7 号 1520 頁)

- 余裕のある場合は、下級審の判断、合宿要項に記載された参考書の該当部分やそれらに掲載された参考文献を参照してください。

## I 剣道受講拒否事件

(最判平成 8 年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁)

**《全文》****【文献番号】 27815212**

進級拒否処分取消請求事件  
神戸地裁平三（行ウ）第一三号  
平5・2・22第二民事部判決  
原告 小林邦人  
右法定代理人親権者父 小林哲男  
同母 小林みさ子  
原告 米村雅雄  
右法定代理人親権者母 米村京子  
原告 石和利昭  
右法定代理人親権者母 石和和子  
原告 岡本拓郎  
右法定代理人親権者父 岡本隆志  
同母 岡本玲子  
右原告ら訴訟代理人弁護士 吉川正昭  
同 坂本文正  
同 野口勇  
同 佐々木健  
被告 神戸市立工業高等専門学校長 村尾正信  
右被告訴訟代理人弁護士 俵正市  
同 重宗次郎  
同 苅野年彦  
同 草野功一  
同 坂口行洋  
同 寺内則雄  
同 小川洋一

**主 文**

- 一 原告らの請求をいずれも棄却する。
- 二 訴訟費用は原告らの負担とする。

**事実及び理由****第一 請求の趣旨**

被告が原告らに対し平成三年三月二五日付けでした進級拒否処分をいずれも取り消す。

**第二 事案の概要**

被告は、信教上の理由により体育における剣道実技の履修を拒絶した原告らについて、体育の単位を認定せず、原告らに対して第二学年への進級を拒否する旨の処分をした。そこで、原告らは、被告が、信教上の信条に反するために参加できない原告らに剣道実技の履修を強制し、それを履修しなかった原告らに代替措置を採らずに欠課扱いをして体育の単位を認定せず、原告らを原級に留置する処分までするのは、信教の自由を侵害するものであり、信条による不当な差別を禁じて教育の機会均等をうたった教育基本法三条、九条一項、憲法一四条に違反し、ひいては原告らが神戸市立工業高等専門学校（以下「神戸高専」という。）の学生として教育を受ける権利や学習権を侵害するもので違憲違法であると主張して、右各処分の取消しを求めた。

**一 前提事実（処分の存在及びそれに至る経緯等）****1 当事者及び処分の存在等（当事者間に争いが無い。）**

（一）原告らは、いずれも平成二年四月一〇日に神戸高専に入学し、後記の処分当時、原告小林邦人は電気工学科に、同米村雅雄は応用化学科に、同岡本拓郎は機械工学科に、同石和利昭は電子工学科の各第一学年に、それぞれ在籍していた者であり、被告は、同校の校長である。

（二）被告は、平成三年三月二五日、原告らに対し、神戸高専の第二学年に進級させない措置（以下「本件処分」という。）をした。

**2 処分に至る経緯等**

（一）神戸高専においては、進級の認定を受けるためには当該学年において習得しなければならないとされている科目の全部について不認定のないことが必要である（学業成績評価及び進級並びに卒業の認定に関する規程（以下「進級等認定規程」という。）一二条）。そして、科目が不認定とされるのは、科目担当教員が、生徒の学習成績（学習態度及び出席状況等の総合評価）と試験成績とを総合して一〇〇点法で評価した学業成績（進級等認定規程五条）が五五点未満の場合である（進級等認定規程八条）。そして、不認定が一科目でもあるため進級を認定されない者は、原級措置とされ、その学年の授業科目全部を再履修することとなる（進級等認定規程一四条）。

なお、休学による場合のほか、連続して二回原級にとどまることはできず（進級等認定規程一五条）、校長は、連続二回原級に留め置かれた者に退学を命じることができる（退学に関する内規、神戸市立工業高等専門学校学則

(以下「学則」という。) 三一条)。(当事者間に争いが無い。なお、〈書証番号略〉)

(二) 神戸高専において、保健体育(以下、単に「体育」という。)は、全学年において必修科目とされ、各学年につき二単位ずつ割り当てられている。

同校では、平成二年度から第一学年の体育の課程の種目の中に剣道を取り入れた。剣道は、同年度において、クラスにより、第一学年の前期又は後期のいずれかに実施されたが、剣道には、いずれのクラスにおいても、各期のうち七〇点が配分され、したがって、その配分の割合は、第一学年の体育全体の三五パーセントを占めていた。(〈書証番号略〉、被告本人尋問の結果)

(三) 原告らは、いずれも「エホバの証人」と呼ばれるキリスト教信者であり、聖書中の「できるなら、あなたがたに関する限りすべての人に対して平和を求めなさい。」「彼らはその剣をすきの刃に、その槍を刈り込みばさみに打ち変えなければならなくなる。国民は国民に向かって剣を上げず、彼らはもはや戦いを学ばない。」などの教えに基づき、絶対的平和主義の考えを持ち、格技に参加すべきではないと確信していた。そこで、原告らは、剣道を実技種目とする体育の授業時間について、当初の準備運動には参加したものの、その後の剣道の実技については、武道場の隅で自主的に見学するだけで、参加しなかった。

学校側では、原告ら及びその保護者に対し、剣道の実技を受講するよう説得したが、原告らはこれを受け入れるに至らなかった。(〈書証番号略〉、原告小林邦人及び被告各本人尋問の結果)

(四) 原告らは、前述のように剣道の実技に参加しなかったことなどから、平成二年度の剣道を含めた第一学年における体育全体の成績について五五点未満(原告小林邦人は四二点、同米村雅雄は五二点、同岡本拓郎は五〇点、同石和利昭は四四点)と評価され、いずれも体育の単位が認定されなかった。

そこで、学校側は、進級認定会議を経て、原告らを含む六名の体育不認定者に対する救済措置として剣道の補講を実施したが、原告らがこれを受講しなかったため、被告は、平成三年三月二五日、前記規程に基づき、原告らを第二学年に進級させない旨の措置をした。

(〈書証番号略〉、被告本人尋問の結果)

## 二 争点

本件の主な争点は、(1) 本件処分は司法審査の対象になるかどうか、(2) 本件処分は行政処分かどうか、(3) 本件処分が違法かどうかであるが、(3)の前提として、1 剣道を必修としたことの可否、2 被告が原

告らの体育の単位を認定しなかったことの可否、3 被告が原告らに対し代替措置を採らなかったことの可否、が問題になる。

## 第三 争点に対する判断

一 1 被告は、高等専門学校校長が学生を従前の学年に留置するかどうか及びその前提となる単位を認定するかどうかは、一般市民法秩序と直接関係のない教育上の措置であり、かつ、高度の教育的、専門的評価に関する措置であって、司法審査の対象とはならず、本件訴えは不適法であると主張する。

2 しかし、本件処分は、原告らを神戸高専の第一学年に留め置くもので、それ自体は学校の内部処分であっても、それにより、原告らは、第一学年の授業科目全部を再履修することになるだけでなく、第二学年における教育を相応しい時期に受けることができなくなるなどの不利益を受けるのであり、このような不利益は、単に学校内部の問題にとどまるものではないから、一般市民法秩序と直接の関係の有するといえることができる。また、その処分の前提となる単位の認定をするかどうかの点についても、後記のとおり、一科目でも単位不認定のあることが、そのまま本件処分に直接結びつくものである以上同様である。

3 したがって、本件処分は、一般市民法秩序と関係のない教育上の措置として自律的に処理すべき事項とはいえず、司法審査の対象とならないという被告の右主張は採用できない。

## 二 本件処分は行政処分かどうかについて

1 被告は、本件処分(但し、被告は、原級留置処分と称している。)は行政処分に当たらないと主張する。

2 しかし、この措置によって、原告らは前述のような不利益を受けることになり、原告らは神戸高専において本来予定されていた時期に第二学年の教育を受ける権利を制約されたのであるから、本件処分は行政処分であると解するのが相当である。

## 三 本件処分が違法かどうかについて

1 原告ら及び被告は、本件処分について、それぞれ次のように主張する。

### (一) 原告ら

(1) 憲法二〇条一項は、信教の自由を保障している。神戸高専の学生も又信教の自由を含む基本的人権を享有するものであり、これらの人権は、教育の場においても尊重されなければならない(教育基本法一条)。

(2) 憲法が保障する信教の自由には、内面的な信教の自由だけでなく、信仰告白の自由、宗教儀式の自由、宗教結社の自由、宣伝布教の自由等が含まれる。このような内容を有する信教の自由を保障することは、公権力によってこれらの自由を制限されることなく、それらを理由にいかなる不利益

をも課してはならないことを意味している。

信仰の自由が内心にとどまっている場合にはその保障は絶対的であるが、そのような場合だけでなく、信仰に基づいて国法上義務づけられた行為その他の行為を行うことを拒否した場合にも、その法的義務が実質的にみて重大な公共の利益に仕えるものであったり、あるいは、それによって他人の人権を制限する結果をもたらすものでない限り、これに対してなんらかの不利益を課すことは、信教の自由の侵害として許されない。

(3) 国家行為と信教的信条や信仰告白とが低触衝突する場合、当該国家行為の違憲審査基準として 1 国家行為の高度の必要性（信教の自由を侵害してでも強行されなければならないほどの必要性、それが実質的な公共の利益を実現するため必要不可欠なものか否か。）、2 代替性の有無（仮に国家行為が高度の必要性に基づくものであっても、それが同じ目的を達成するために代替性のない唯一の手段か否か。）、3 国家行為による侵害の性質及び程度、侵害される宗教上の利益の重要性の程度の比較衡量、4 その他当該宗教的行為自体が他の国民の権利を侵害するものか否か、の各要件が審査検討されるべきである。

(4) 本件について右の各要件を検討すると、次のとおりである。

1 体育履修の目的は「各種の運動を合理的に実践し、運動技能を高めるとともに、それらの経験を通して、公正、協力、責任などの態度を育て、強健な心身の発達を促し、生涯を通じて継続的に運動を実践できる能力と態度を育てる。」（学習指導要領）ことであるが、このような目的から、剣道実技強要の必然性は導き出せない。現に、神戸高専においても平成二年度までは剣道がカリキュラムに組み込まれていなかったのである。神戸高専は、工業専門学校として工業等の技術を重んじているのであって、警察学校でも体育学校でもない。また、参考とすべき高等学校学習指導要領においては、従来必修とされていた格技が選択制に変更されることになったことからみても剣道実技の履修の必要性は認められない。

したがって、原告らの信教の自由を制約する国家行為の高度の必要性は認められない。

2 原告らは、被告に対し、再三再四剣道実技拒否の理由を説明するとともに、剣道実技に代わる代替授業の実施を求めてきたが、被告は一顧だにできなかった。因みに、東京、大阪、奈良など全国の高専、高等学校では代替措置により、進級卒業を認めている。また、原告らは剣道実技には参加しなかったものの、級友の行う剣道実技を見学していたのであるから、身体上の障害を理由として実技に参加できず見学していた人に準じて評価すべきである。このような場合、見学の実績があれば、後日当該見学者にレポートの

提出を求め、少なくとも科目認定に差し支えない何らかの評価を与えるのが通例である。原告らの一部の者は、剣道実技見学の後自主的にレポートを作成し提出しようとしたが、その受領さえも被告に拒否され、そのため、他の者はレポートを提出しなかった。

したがって2の代替性も存する。

3 本件処分は当該学年の全授業科目の再履修を要求するものであり、体育以外、比較的優秀な成績で単位取得した科目まで再履修を課せられる無駄と余分な教育費の支出、時間の空費という著しい不利益、更に来春同一の理由で再度体育科目が欠点とされる蓋然性（原告らの剣道実習拒否の理由が、信教上の確信に基づく以上、再度第一学年の課程を履修したとしても、再び留年する可能性は極めて大きい。）も高く、そうすると連続して二回原級にとどまることはできないとの定めにより退学を余儀なくされるという不利益を受けることが考えられる。

被告は、留年を前提として、六五点のうち五五点以上獲得するよう努力すればよいというが、それは配点のうち八五パーセント（平成二年度の電気工学科の第一学年学業成績によれば、八五点以上獲得した学生はいない。）以上獲得しなければならないことになり、自らの信教を貫徹できるのはずば抜けた運動能力の持ち主だけということになり、背理である。

また、武道を強要されることは、原告らの宗教信条に反し、著しい良心の呵責を受けることになる。

剣道を行わないという信念は、「エホバの証人」の教え（聖書の原則）の基本原則から派生したものであり、信仰の重要な内容を形成している。剣道実技不受講は、原告らの信仰生活全体から帰結されるものであり、それを認めないことは、原告らの信教の自由を全面的に否認することに等しい。したがって、剣道履修の義務づけは、宗教的禁止事項を行わせて、原告らに戒律を侵させることを要求することになる。本件で、剣道の実技を原告らに義務づけることは、原告らに対して極めて重大な自由の抑圧をもたらすことになる。原告らは、進級するために信仰に反して剣道実技を受講するか、それとも、信教の自由を実践して剣道実技を拒み、進級拒否という不利益を甘受するか、厳しい選択を迫られてしまうのである、よって、原告らの信教の自由は根本的に侵害されているといわなければならない。

以上のことに加えて、本件での神戸高専の措置は、道場で座って見学していた原告らを、剣道実技に参加していなかったもの（欠席）として扱い、もって体育の単位を認定せずに信教の自由を拒否したものである。したがって、被告の本件処分は原告らの信仰を高度に侵害したものである。

したがって、3については、原告らの受けた不利益は大きいといえることができる。

4 原告らが剣道実技を拒んだとしても、クラスとして剣道の授業を行うことができなくなったとか、他の学生が正当な理由なく実技を拒否して收拾ができなくなったという事実は少しもない。また、他の学生が身体上の理由以外の理由で、体育の授業を受けられないということを教師に申し出た例はなく、原告らが宗教上の理由から剣道実技を行わないことについて、他の学生たちが原告らのことを悪く言ったり、うらやましがったりしていない。平成四年度に、剣道実技を行わなかったエホバの証人の学生が数名進級したが、それでも他の学生達の間には混乱や教育上の弊害が生じていない。このように、弊害が存在しないことは、信教上の理由で格技のできない学生・生徒に対して救済策を実施している他の高等学校・高等専門学校においてもいえることである。

(5) 以上のとおり、神戸高専において剣道の履修を強制する高度の必要性はなく、また、剣道でなくても同じ目的を達成することは可能であり、本件処分によって侵害される宗教上の利益は重大であり、原告らが剣道実技の履修を拒んだことが他の国民の権利を何ら侵害するものでないのであるから、いずれにしても、本件処分は違憲というべきである。

(6) 一般論として、教育機関において、ある科目につき単位を認定するかどうかは、担当者の極めて専門的かつ教育的な価値判断に属する行為であることから、専門的、教育的な領域において裁量権が認められるが、その裁量権の行使に逸脱又は濫用があると認められるときには、右単位の不認定が違法とされる。裁量権の制約の最大のものは憲法の規定であり、行政行為一般の違憲審査は、本来、法律による行政の原理の下で、司法審査の方法ないし限界である行政裁量論に優先してなされるべきであって、違憲審査を行政裁量の下位に従属させてはならない。

神戸高専において、平成二年四月から体育科目の中に剣道が取り入れられたが、かねてよりエホバの証人の学生らが本校に多数入学して来ることに懸念を抱いていた被告は、右剣道を体育科目に採り入れることにより、エホバの証人の学生たる原告らを神戸高専から排除しようと企図し、あるいは排除することになってからもその方が望ましいものであると認識して、予想通り原告らが剣道実技の履修を拒むや、表面上は、繰り返し説得活動を継続していたとしても、原告らが聖書の教えを遵守する以上翻意は望むべくもないということを知悉しつつ、原告らのひたむきな代替措置を求める声に対し、他校で広く行われている代替授業が眼中になく、これを安易に拒み、原告らが体育科目について欠点しか獲得できない状況を作出し、その結果剣道実技未了という不作為に比して、余りにも均衡を欠く留年処分をしたものであって、これは被告に与えられた裁量権の著しい逸脱濫用といわざるを得ない。

(二) 被告

(1) 神戸高専における剣道の授業は、学校教育法、同法施行規則に従い、高等専門学校設置基準、高等学校学習指導要領を参考にして、体育の授業のなかの一種目として取り入れたものである。このように、高等学校においても必修である格技の種目として選択することができ、健全なスポーツとして大多数の一般国民に広く受け入れられている剣道を体育の授業の中の一種目として行うことを決定した神戸高専の措置には何ら裁量権の逸脱も濫用もない。

(2) 原告らは信教上の理由から格技を拒否しているという。

しかし、剣道は、体育の内容として、敏捷性、巧み性の育成、瞬発力の育成、持久力の育成、正しい姿勢の育成などの身体的な側面及び気力の育成、集中力と決断力の育成、礼儀の育成、自主的精神の育成などの社会的態度発達の側面における優れた体育効果を持ち、また、格技と分類されてはいるが、竹刀を使って行うスポーツであり、こんにち剣道を日本刀を使用するための武技などと考えている者はいない。こんにちの戦闘における個人装備の武器は銃であるし、個人間の格闘のためであれば、柔道やレスリングなど徒手のより有用な武技がある。

このような剣道を原告らがその信教に基づいてどう評価するかは、原告らの自由であるが、そのような評価は一般には通用しないものであり、前記高等学校学習指導要領等にも体育の内容として相当なものとして剣道が挙げられており、このことは、剣道が体育の内容として相当であることを公に認知しているものといえることができる。

公教育を行っている被告に対し、原告らの特定の信教を押しつけ、公教育のあり方を曲げることは許されることではない。

(3) 剣道の授業は宗教的には無色の行為であるから、それを行うことが憲法二〇条二、三項の宗教上の行為に参加を強制したり宗教教育、宗教的活動を行うことにはならないことはいうまでもない。

また、原告らがその信教上剣道をどう評価するかは自由である。原告らはその信教上の理由によって剣道の授業を受けなかったために、体育の授業の総合評価において所定の点数に達せず、進級できなかったまでである。被告は、原告らが進級できるよう誠意をもって再三説得を試みたが、原告らの信教上の自由に干渉したことはない。

原告らに対する措置をもって信教の自由を保障した憲法二〇条に違反するとは全く理由がない。

(4) 逆に、原告らを信教上の理由によって、授業につき特別扱いすることは、公教育を行っている被告が学生の信条によって差別扱いすることになり、憲法一四条、教育基本法九条二項に違反することになる。

(5) 原告らの信教の自由に関する考え方は、基本的に信教の自由がどの

ような場面においても全く制約を受けないとの誤った前提に立つものである。確かに、信教の自由も、内心にとどまっている限りは、何の制約も受けられないものである。しかし、信教の自由も、外部に表出され、何らかの行動を伴うようになると、他人の人権や諸種の義務等との緊張・衝突関係を生じ、それによってある程度の制約を受けることは、当然に予定されていることであり、その制約は基本的人権に内在する制約である。このことは、日本国憲法一二条に「・・・又、国民はこれ（この憲法が国民に保障する自由及び権利）を濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負う。」と規定され、同一三条に「・・・生命、自由及び幸福追及に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で最大の尊重を必要とする。」と規定されていることから明らかである。

本件の場合においても、原告らがどのような宗教を信仰するかは、全くの自由であり、被告も、原告らに対しエホバの証人の信者であることを止めるように強制しているわけでもなく、剣道の授業の受講を強制したこともない。ただ、学校で勉学を継続し、単位を取得し、進級していくためには、そのルールを守るべきであり、そのルールに反して剣道の授業の受講を拒否すれば、それによって発生する効果、すなわち、受講を拒否した部分について学業成績の評価が〇点になるという不利益は、当然自らがその責任において負担する筋合いのものである。要するに、原告らの主張は、信教の自由を根拠にすれば何をしても許されるという、到底受け入れられない極めて偏った議論である。

(6) 神戸高専は、地方公共団体の設置する学校であって、そこでは公教育が行われており、また、高等専門学校は、深く専門の学芸を教授し、職業に必要な能力を育成することを目的としており、義務教育ではない。

なお、学校教育はその性質上、定額の予算をもって、定数の教職員により、現行法制下で予め編成された教育課程によって、集団的教育を行っているものであることを考慮する必要がある。

神戸高専は義務教育を実施するものではないから、学生は授業を受けない自由、進級しない自由、退学の自由を有している。他方、被告は、学生に対し、授業を受けないために、授業科目の履修について到達度が不十分と評価した者の単位を認定しない措置、進級を認定しない措置、学校教育法施行規則一三条三項各号に該当する学生に対し退学処分をする権限を有している。

原告らが信教上の理由により特定授業の受講を拒否することは自由であるが、その結果、現行法制下で単位不認定、進級不認定の結果を招来するもの、まことにやむを得ない結果である。教育を受ける機会是与えられたが、原告らがそれを拒否したのであり、その責めは原告らが負うべきものであ

る。

(7) 原告らは代替措置を講ずべきことを主張するが、被告としては次の理由からこれに応じるわけにはいかない。

1 原告らを信教上の理由で特別に扱うことは、公立学校において信教上の理由で学生を差別扱いすることになり、逆に平等取扱いの原則や宗教教育の禁止の精神に反する結果となる。

2 代替措置を講ずることは、予算、教員数の関係から困難であるとともに、個人的理由により代替措置をすることを認めるときは、学生から、他の場合にも代替措置を認めよという要求を生む結果となる。

また、体育は、体を動かすことによって教育効果を上げる授業であるから、病気でないのにレポートをもってこれに代えることはできない。

3 明白かつ現実に教員の指導、説得に従わない学生に対し、他の学生同様単位を認定するときは、学生全体に対する規律の維持ができなくなる。

教育は、一定の規律の下でその効果を上げ得るのであり、集団教育の中で規律が無視されると、教育はその効果を上げることができなくなる。

(8) 原告らは、宗教上の寛容をいうが、現在の法制下、公立学校たる神戸高専で原告らに対し、既に詳述した理由から単位を認定できないことは、まことにやむを得ない措置である。

逆に、原告らは、公立学校の集団教育の場で、指導拒否の悪例を他の学生に公示し、神戸高専の秩序と教育効果に悪影響を与えていることを省みない。

被告は、これに対し辛抱強く再三誠意をもって説得し、補講まで用意するとともに、原告らの規律違反に対して何らの懲戒処分を行っていない。このことは、被告の寛容の態度の表れというべきである。

2 ところで、学年制を採っている神戸高専において、学生の進級は、学生が当該学年において習得すべき事項を習得したと認定された場合に認められるものである。このような成績の評価に関連する判断は、高度に技術的な教育的判断であるから、その判断は、直接教育に携わっているものの教育的、技術的な裁量に任されているものと解するのが相当である。

したがって、校長がする進級拒否処分は、進級の要件の有無の判断が全く事実上の根拠に基づかないと認められる場合であるか、あるいは教育的な見地からみて社会観念上著しく妥当を欠き判断権者に任された裁量の範囲を超えるものと認められる場合を除き、判断権者の裁量に任されているものと解するのが相当である。そして、原告らが主張する諸要素は、この処分について校長に裁量権の逸脱又は濫用があるかどうかの判断の諸要素の一部として考慮するのが相当である。

3 剣道を必修と定めたことについて

(一) 原告らは、信教上の信念によって格技の実習に参加することができないと確信している原告らに対して被告が格技の実習への参加を強制したため、原告らの信教の自由が侵害されたと主張する。

憲法二〇条に規定されている信教の自由は、基本的な人権として、内心にとどまる限りその保障は絶対的なものといわなければならない。

しかしながら、本件のようにそれに基づいて法的義務や社会生活上の義務の履行を拒絶するなどそれが外形的行為となって社会生活と関連を有する場合には、宗教に対し中立的な一般的法義務による必要最小限の制約を免れることができないこともまたいうまでもない。

ところで、神戸高専が原告らに対して剣道実技の履修を求めたのは、同校においては、体育は必修とされており、その体育において一年時に履修すべき種目のひとつとして剣道が選択されていたからである。そこで、神戸高専では、どのような根拠に基づいて、学生に対し剣道実技を必修として課しているのかについて検討する。

(二) 証拠によれば、神戸高専における授業科目及び単位数について、次の各事実が認められる。

(1) 高等専門学校においては、高等専門学校を所轄する文部大臣（学校教育法七〇条の一〇、六四条）は、その教育課程の大綱として高等専門学校設置基準（以下「設置基準」という。）を定めているほかは、高等学校における学習指導要領に相当するものは存在せず、これを各高等専門学校で具体的に展開していく際の参考とするため、昭和四三年三月に行政指導という形で示された高等専門学校教育課程の標準（以下「教育課程の標準」という。）及び昭和五一年七月二七日に出された「高等専門学校の設置基準及び学校教育法施行規則の一部を改正する省令について」という文部省大学局長通達（以下、併せて「通達等」という。）があるにすぎない。

設置基準において授業科目として列挙されている体育の種目中に柔道、剣道等の格技も掲げられているが、そのいずれを採用し、それに対してどの程度の点数を割り当てるべきかを定めた規程は、右設置基準はもちろん、教育課程の標準や大学局長通達の中にも存在しない。（〈書証番号略〉、被告本人尋問の結果）

(2) 神戸高専においては、かねてから剣道の実施を検討していたが、舞子台の校舎には武道場が整備されていなかったため、昭和六〇年ころから武道場を設備する計画があったものの、平成元年度までは剣道の授業は行われていなかった。神戸高専は、平成二年度に従前の舞子台から学園都市の新校舎に移転することになったが、新校舎では武道場が整備され剣道の授業が可能になるので、同年度から体育の一種目として剣道実技を実施することにした。（〈証拠番号略〉、被告本人尋問の結果）

(3) 神戸高専では、武道場の実施計画に着手した昭和六二年度以降、入試説明会において、新校舎移転後は格技を実施することを明らかにし、被告が阪神間の各中学校を学校紹介等のために訪問した際にもそのことを説明してきた。また、平成二年度から同校の学生募集入学願書類にも、同年度から剣道の授業を実施することを掲載した。（〈書証番号略〉）

(三) 以上の事実によれば、第一に、高等専門学校において一般科目として体育を必修することは、設置基準に基づくものであり、本件高専において、体育を必修としたことも設置基準に合致するものと認められ、この点について、特に違法不当な点を窺うことはできない。

(四) 次に、その体育の種目のひとつとして剣道を選択したことが違法か否かをみるに、必修科目である体育の授業の教育内容をどのようにするかについて、教師に完全な自由を認めることができないのはいうまでもないが、他方、教育的な見地からの専門的価値判断が必要な行為であるから、一定の範囲内で教師側の裁量が認められることも否定できない。

また、前記認定事実によれば、高等専門学校において、体育の種目として何を採用すべきか、その採用した種目に対しどの程度の点数を割り当てられるかについては、各高等専門学校の自主的判断に委ねられているものと解することができる。

(五) これに対し、学校教育法四三条、同法施行規則に基づいて文部大臣が告示した現行の昭和五三年の高等学校学習指導要領（以下「現行要領」という。）においては、格技は、主として男子に各学年で一つを選んで指導するものと規定し、現行の高等学校学習指導要領の特例により、それによってもよいとされる平成元年の高等学校学習指導要領（以下「新要領」という。）には、種目の選択の際には武道かダンスのどちらかを含むようにすることが規定され、また、現行要領と新要領のいずれにも格技（武道）の種目のひとつとして剣道が規定されている。（〈書証番号略〉）

(六) このように、高等専門学校と高等学校との間において、履修すべき教育課程の内容等につき文部大臣の指針に差が見受けられるのは、普通教育を行う高等学校に対し、設置された歴史も新しく、かつ、科学技術の絶えまない進展を常に取り入れていかなければならない高等専門学校の教育課程については、具体的かつ詳細な指導要領を不変のものとして定めるよりも、その大綱を示し、その中で各学校毎に時代に即応した適切な指導を行うことができるようにし、もって、高等専門学校教育の充実を図ろうとしたものであると考えられる。このように、文部省の指針に差が見受けられるとしても、体育等の一般科目については、高等学校と高等専門学校との間で、後期中等教育における普通教育を行うという点では共通のものと考えられるから、その内容面において、高等学校の学習指導要領に定められているところを、高

等専門学校において参考とすることも決して誤りではない。

(七) 前述のとおり、高等学校においても格技(武道)を選択することができるように定められているうえ、剣道は、それ自体宗教と全く関係のない性格を有し、健全なスポーツとして大多数の一般国民の広い支持を得ているのは公知の事実であるから、その剣道を、文部大臣から示された教育課程の標準を参考にして必修科目とした神戸高専の措置自体には、何ら裁量権の逸脱を認めることはできない。

なお、原告らは、現行要領では格技は必修となっていたが、新要領では必修科目でない取扱いができるようになったので、この改正には十分留意すべきであると主張する。しかし、そもそも、高等学校学習指導要領は高等専門学校においても参考とすることが誤りでないというにすぎないのであるから、高等専門学校において高等学校学習指導要領の変更内容をそのまま取り入れなかったからといってその措置が直ちに違法になるものではない。

(八) また、前記認定事実によれば、神戸高専においては、従来は剣道の授業は行われておらず、平成二年度から新たに採用されたものではあるが、これは、神戸高専においては、剣道導入の意思はあったものの剣道の道場がなくそれを行うことができなかつたところ、武道場のある新校舎に移転して剣道の授業が可能になったためであるから、このことをもって、「エホバの証人」を嫌悪して特に剣道を必修としたということはできず、他にエホバの証人を嫌悪したと認められるような特段の事情も窺うことができないから、神戸高専において必修科目の体育の種目として剣道を選択したことに裁量権の逸脱又は濫用があったということではできない。

#### 4 体育の単位を不認定としたことについて

(一) 本件においては、前述のとおり、原告らの体育の単位が認定されなかつたことが、本件処分に至った重要な要件になっている。

そして、原告らは、その信じる「エホバの証人」の教義に従って、格技をスポーツとして許容することはできず、たとえ学校の体育の種目としてでも参加すべきでないと考え、剣道の授業の際に準備体操にだけ参加し、その後の剣道実技には参加せず、武道場の隅で自主的に見学していたところ、結果として第一学年の体育の単位の認定を受けられなかつたものである。

ところで、高等専門学校の教育課程において、ある科目について単位を認定するかどうかは、教科担当者の極めて専門的かつ教育的な価値判断に属する行為であって、その見地から担当者に相当に広い裁量権が認められていると解されるが、その裁量権の行使に逸脱又は濫用があると認められるときには、右単位の不認定が違法とされることはいうまでもない。

そこで、体育の単位不認定に関して、格技の実習に参加しなかつた理由が宗教上の信条に基づく場合にも、特別の扱いをせずに通常の不参加と同様の

扱いをすることが、裁量権の逸脱又は濫用に当たるといえるかどうかの問題となる。

(二) 証拠によれば、神戸高専における体育の成績の評価方法及び原告らの体育の成績等について、次の各事実が認められる。

(1) 神戸高専においては、体育の授業は、四人の体育担当教員によって分担して実施されている。そして、その学業成績の評価は、その体育担当教員に委ねられているが、平均点が七〇点前後になるようにして教員間の統一を図っている。(〈書証番号略〉、被告本人尋問の結果)

(2) 同校においては、体育の学習成績の評価方法として、実施した全ての種目において合格点を取らなければ体育の単位が認定されないという評価方法を採らず、平素の受講態度も考慮に入れたうえで、全種目の合計点が合格点に達していれば体育の単位が認定される「総合評価方式」を採用している。

したがって、同校においては、剣道を受講しなくても、他の種目で努力をすれば、合格点を取ることが可能であった。(〈書証番号略〉、被告本人尋問の結果)

(3) 原告らは、授業時間当初の準備運動には参加したものの、その後は教員による「剣道はスポーツの一種である。」という説得にもかかわらず、剣道の実技に参加せず、自主的に道場内で見学した。なお、体育担当教員の説得の中には、剣道実技を履修しなければ単位を認定できないという趣旨の強い口調のものもあった。

そこで、体育担当教員は、一時限目は出席の扱いにして、そこで行った準備運動について五点の評価を与え、二時限目は欠席として扱った。(〈書証番号略〉、原告小林邦人及び被告各本人尋問の結果)

(4) 神戸高専における平成三年度の一年生のうち、剣道の受講を拒否した学生は一五人いたが、そのうち一〇人が体育で合格点を取得した。(〈書証番号略〉、被告本人尋問の結果)

(三) 以上の事実を総合すれば、原告らは、自己の信教上の信条を貫くためには剣道の実習に参加することができないという立場に置かれており、その剣道実技を受講しなければ体育の単位の認定が難しくなるということになるから、神戸高専が原告らに対して剣道実技の履修を求めることは、格技を禁ずる教義に反する行動を求めるのと事実上同様の結果となり、そのため、原告らの信教の自由が一定の制約を受けたことは否定することができない。

また、原告らは、実習にこそ参加していないが、準備体操までは一緒に行い、その後も、自主的にではあるが剣道の実技を見学していたところ、剣道実技に参加しなかつたものと判断され、体育全体の点数が不足し、体育の単位が不認定となり、その結果、進級さえもできず、さらには退学処分を受け

る可能性もあるという重大な結果が発生しているということができる。

(四) しかし、前述のとおり、剣道の履修義務自体は何ら宗教的意味を持たず、信教の自由を制約するためのものでもないうえ、神戸高専における体育科目の担当者は、体育の成績を評価するに当たり、剣道の実技への参加を拒否したという理由だけで直ちに体育の単位を不認定としたわけではなく、剣道実技への参加を拒否したため、剣道については、準備体操についてだけ五点（第一学年全体でみると二・五点）と評価し、現実に参加していない剣道実技について評価しなかったために、その一年間における授業や試験に基づく体育の点数の合計が五五点に達せず、総合評価の結果、体育の単位が認定されなかったというにすぎない。このように、体育担当者は、現実に参加しなかった剣道実技について評価しなかったというにすぎず、このことについて、剣道実技の受講拒否に対してことさら不利益を課したものと評価することはできない。

また、被告が必修科目として原告らに履修を求めたのは、その由来はともかく、現在においては健全なスポーツとして大多数の一般国民の広い支持を得ている剣道であるから、兵役又は苦役に従事することを求めたような場合と比べ、その信教の自由に対する制約の性質は全く異なるものであるとともに、その制約の程度は極めて低いといわざるを得ない。

さらに、神戸高専においては単位認定の方法として総合評価方式を採用しているため、原告らが神戸高専において第一学年で予定されているその他の種目（その割り当てられた点数の合計は六五点である。）について約八割の点数を獲得すれば単位の認定を受けることができたのであり、このことはかならずしも容易なことではないものの決して不可能なことではなく、現に平成三年度において、第一学年の剣道実技の受講を拒絶した一五人のうち三分の二に当たる一〇人が体育の単位を得た（この一五人のうちには、平成二年度に剣道実技の受講を拒絶して体育の単位が不認定となり第一学年に原級留置となった学生が原告らを含め五人いたが、そのうち三人が剣道実技の受講を拒否したにもかかわらず体育の単位を認定されている。）ことが認められるから、この被告の措置が原告らの信教の自由に与えた制約の程度はそれほど高いわけではないということができる。

(五) 原告らは、神戸高専において体育に当てられていた授業時間は全部で六〇時間であり、そのうち剣道の講義が行われた時間は平成三年度で一〇時間、同二年度で六時間であり、そのうち剣道に関する講義及び準備運動には原告らも参加していたのであるから、この被告の措置（処分）は不利益措置として余りにバランスを欠くと主張する。しかし、ある年に剣道の授業が現実には何時間行われるかは授業が行われる曜日と祝祭日との関係や学校行事との関係で異なってくるものであり、現実の授業時間と配点割合が異なって

いるからといってその間にバランスを欠くということとはできず、また、独立して意味を持たない準備運動や剣道の講義について時間数に相当する評価をしないからといってバランスを欠くということとはできない。

原告らは、宗教というものはそれを奉じる者にとっては、自己の拠って立つ基盤、生存そのものに匹敵する重要性を有するものであり、その宗教的信条に反する行為を行わせられることはその信仰者にとっては堪え難い苦痛で、過去の歴史をみても、宗教的信条に反する行為をするよりは死を甘んじて受けてきた人々がいるのであり、そして、このように何かをしてはならないという宗教的信条は同様の宗教的信条を同程度に有する者でなければ理解しがたいものであるから、そうでない他の人々が感じる尺度で、「当該行為は普通に行われているのだから、宗教的信条からあくまでもできないというのはおかしい」といつてしまうことは、宗教上の少数派は多数派の考えるところや社会通念ないし社会常識なるものに従わなければならないことになり、憲法が保障したはずの信教の自由は日本においては享受できないことになってしまい許されないと主張する。

しかし、本件では、原告らの内心の自由である信仰心が問題とされているのではなく、学校という一つの社会において、原告らの宗教的信条に基づく行為と、他者の行為との調整が問題とされているところ、宗教的信条に基づく行為の自由も、社会生活上、その権利に内在する制約を免れないのであるから、原告らの主張は理由がない。

(六) (1) 逆に、剣道の実技に参加していないにもかかわらず、信教の自由を理由として、参加したのと同様の評価をし、又は、剣道がなかったものとして六五点を基準として評価したとすれば、宗教上の理由に基づいて有利な取扱いをすることになり、信教の自由の一内容としての他の生徒の消極的な信教の自由と緊張関係を生じるだけでなく、公教育に要求されている宗教的中立性を損ない、ひいては、政教分離原則に抵触することにもなりかねない。教育基本法九条一項に定める宗教に関する寛容等も、あくまで、この宗教的中立性を前提とするものであり、宗教に教育上の理由に対して絶対優先する地位を認めるものでない。

(2) 原告らは、剣道の点数について、剣道実技を行った他の学生たちの剣道の平均点と同じ点を与えよとか、剣道実技を行った学生たちのうちの最低の人の点と同じ点を剣道の点数として与えよと主張しているのではなく、剣道実技を欠席扱いにして〇点にすることは避けて代替措置などして、少なくとも単位認定可能な最低点を与えることはできるはずだと主張しているにすぎず、このような措置が剣道をすることで苦しんだわけではない他の宗教ないし無宗教の他学生と比較して有利になるわけではないと主張する。

しかし、通常なら行われぬ特別の取扱いをして単位を認定するのである

から、このこと自体有利な取扱いであることは否定できない。

(3) また、原告らは、政教分離原則は、いわゆる制度的保障の規定であって、間接的に信教の自由の保障を確保しようとするものであり、国家は宗教的に中立であることが要求されるが、国家と宗教との完全な分離は実際上不可能に近く、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生じるから分離といっても国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的及び効果に鑑み、そのかかわり合いがわが国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものと解すべきであるから、憲法二〇条三項にいう宗教的活動とは、その目的が、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮して社会通念に従って客観的に判断して宗教的意義を持つと評価でき、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉になるような行為に限られると解すべきところ、信教上の理由に基づいて剣道実技への参加を拒否した原告らの体育の点数について、剣道実技に参加していないにもかかわらず、参加したのと同様の評価をし、又は、剣道がなかったものとして六五点を基準として評価することは、その目的は、原告らの信教上の自由を擁護しつつ、しかも神戸高専における体育の設置目的に適うものであって、的を得た措置というべきで、その効果は原告らの信教を援助、助長、促進し又は他の学校に圧迫、干渉を加えるものとは認められないから、政教分離原則に反しないと主張する。

確かに、原告らの体育の単位を認定すること自体が宗教的意義を持つわけではなく、神戸高専が原告らの体育の単位の認定に際して剣道実技を履修したのに準じて評価したとしても、それが直ちに政教分離原則に反することになるわけではないことは原告らが主張するとおりである。しかし、原告らがその信じる宗教の根幹部分の実践として剣道実技の履修を拒否しているにもかかわらずそれを履修したのに準じて評価するとすれば、その宗教の実践に助力しているという評価もあながち不自然ということではできず、政教分離原則と緊張関係にあることを否定することはできない。仮に、受講していない剣道実技に対して履修したのに準じて評価することが政教分離原則に反しないと評価されたとしても、だからといって、逆に、そのような政教分離原則と緊張関係にある行為をすべきことが義務付けられるということではできず、緊張関係を回避するためにそのような行為をしなかったことについて裁量権の逸脱又は濫用があったということもできない。

(4) 原告らは、本件は、宗教上の良心と世俗的義務との衝突という点で良心的兵役拒否と国家の徴兵制度との関係に類似し、国家の存立に関わる基本的な義務である国防のための兵役義務を宗教上の理由から免除した場合に

も政教分離に反するとされていくらいであるから、必要性の乏しい格技の履修について宗教上の良心から履修できない原告らに特別の配慮をしたとしても政教分離原則に反することはないと主張する。

しかし、兵役義務と高等専門学校における剣道の履修義務とを同様にみることが相当でないのは前に述べたとおりである。また、良心的兵役拒否の場合は兵役義務の履行を強制しないということにつきるのに対し、本件の場合には、剣道履修の履行を免れただけでなく、それにもかかわらず剣道実技を履行したのに準じて評価をするようにということまで求めているのであるから、なおさら比較するのに相当な事例ということではできない。

(七) また、必修科目である剣道実技を履修しなかったにもかかわらず、剣道実技について点数を与えることになると、学校側において、履修拒絶が宗教上の理由に基づくものかどうか判断しなくてはならなくなるが、そうすると、必然的に公教育機関である高等専門学校が宗教の内容に深くかかわることになり、この点でも、公教育の宗教的中立性に低触するおそれがある。

なお、原告らは、宗教を個人の究極的関心事にかかわる心情及び体験と定義して、宗教かどうかの判断を高等専門学校が行うことは排除すべきであると主張するが、そうすると、宗教の定義よりも、より個人の内面に深く立ち入って、その心情が妥協を許さないものかどうかの判断を学校側にさせることになるから、このような見解は採用することはできない。

(八) 以上のように、原告らの受けた信教の自由に対する制約は、必要やむを得ないものであったと認められるから、被告がした原告らの体育の単位不認定の措置には、裁量権の逸脱を認めることはできない。

#### 5 代替措置等について

(一) 原告らは、神戸高専では、教務内規において、学習成績は「学習態度、出席状況等を総合して評価するもの」とし、「科目担当教員は、必要に応じてレポート・・・等の成績を試験成績に加えることができる。」とし、教育的配慮を生かした柔軟な対応を採ることができるようになっていたのに、信教上の理由で剣道実技を履修することができない原告らの剣道の履修及び体育の単位認定に際し、体育担当教員がこれを活用しない態度を一貫して示したことは違法であると主張する。

(二) 証拠によれば、格技に対する代替措置等について、次の各事実が認められる。

(1) 原告ら及びその保護者は再三にわたり格技以外の代替種目の履修又はレポートの提出等の代替措置の実施を神戸高専に申入れたが、同校では剣道実技の補講は実施したものの、原告らが参加できるような代替措置は採らず、原告らが自主的に提出した剣道のレポートも受領しなかった。(〈書証番号略〉、原告本人尋問の結果)

(2) 神戸高専では、病気その他の身体上の理由によって体育実技に参加できない場合には、見学やレポート提出などによって体育の単位を認定してきた経緯があった。(被告本人尋問の結果)

(3) 全国の高等学校や高等専門学校の中には、宗教上の理由等に基づいて格技に参加しなかった者について、見学、レポート、ランニング又はサーキットトレーニング等の代替措置を実施して体育の単位を認定したところが少なからず存在するが、それらの学校において、参加しなかった格技や代替措置についてどのような評価をして単位を認定されたかは必ずしも明らかではない。(〈書証番号略〉)

(三) しかしながら、そのような代替措置をとることも、前述のように、剣道に参加していないにもかかわらず参加したのに準じて扱うと同様に、信教の自由を理由とする有利な扱いであり、さらに、代替措置の実施、安全確保等に人員や予算の確保が必要となることなどから、これらの代替措置をとらない限り違法であるということとはできない。

前記認定事実によれば、神戸高専においては身体上の理由によって体育実技に不参加の学生には見学等によって単位を認定しており、信教上の理由による不参加の場合も同様の扱いをすべきでなかったかが問題となるが、身体上の理由によってそもそも体育実技に参加したくても参加することができない場合とそうでない場合とで異なった取扱いをするのは、合理的理由に基づくものということができる。

また、格技の代替措置を実施し体育の単位を認定した他校については、その代替措置に対してどのような評価をしたのか必ずしも明らかでないので、他校の措置をもって直ちに参考にはできない。

このように、被告が、原告らに対して、代替措置を採らなかったことが、違法であるということとはできない。

#### 6 本件処分の違法性について

(一) そこで、本件処分に裁量権の逸脱又は濫用があったかどうかについて検討する。

証拠(〈書証番号略〉、被告本人尋問の結果)によれば、本件処分について、前記認定事実のほか、次の各事実が認められる。

(1) 神戸高専における平成二年度の学年成績評価の結果、原告らを含む六名の剣道受講拒否者が体育の授業科目の単位が認定されなかった(原告らの体育の総合評価の評点が合格点未満であった。)ので、平成三年三月一四日に開催された第一次進級認定会議において、剣道受講拒否者に対し剣道の補講を実施することを決定した。

(2) 剣道の授業の補講は、平成三年三月一八日及び一九日に実施され、

剣道実技の履修を拒否した六名のうち一名が参加したが、原告らを含む残り五名は参加しなかった。

(3) 平成三年三月二三日、第二次進級認定会議が開催され、補講を受けた一名は進級したが、補講を受けず体育の単位が認定されなかった原告らを含む五名の進級は認定されないことになり、この結果を受けた被告が原告らの第二学年への進級の不認定を決定した。

(二) 前述のとおり、神戸高専においては、被告の裁量権の行使の際の基準を定めた内規があり、被告が進級の認定をするためには、一科目でも不認定の科目があつてはならないとされている。この内規自身に特段違法な点も認められないところ、被告は、右内規に定める手続に従い、二度にわたって進級認定会議を開催し、原告らの体育の単位を認定するについて慎重な手続をとったうえ、原告らの体育の単位が認定されず、その単位不認定とする体育担当教員の判定が相当であると確認したうえで、本件進級拒否処分をしたのであるから、この被告の処分に裁量権の逸脱又は濫用を認めることはできず、本件進級拒否処分にも何ら違法な点はない。

(三) 原告らは、神戸高専において、「進級及び卒業の認定は進級、卒業認定会議の審議を経て校長がこれを決定する。」、「学校は、教育上必要があると認めるときは、学生に対し懲戒を加えることができる。」と規定し、進級拒否及び退学処分について校長の権限としているのは、進級、卒業の認定あるいは退学処分が学校内規等により機械的に処理されるのを避け、具体的な事案に即して、学生の学習権を侵害しないよう、校長以下の教員の慎重な検討に委ねて、その最終的な責任・権限を校長に求める趣旨のものであるのに、

被告は、学則ないし規定という学校側の管理必要上一方的に定められたにすぎないものを原告らに対して漫然と機械的に適用し、明らかにその裁量権を逸脱したものである旨主張する。

しかし、被告は、これらの規定を漫然と適用したのではなく、これらの問題を慎重に検討するために、二回にもわたる進級認定会議を開催して教員の意見を集約し、十分に審議したうえで、本件処分に至ったものであるから、漫然と処分をしたという原告らの主張は理由がない、また、剣道拒否及びそれに対して優遇措置をとった場合に他の学生間に広がる不公平感や動揺なども決して軽微なものということとはできず、本件処分が要考慮事項を考慮しなかったということもできない。

(四) さらに、神戸高専は義務教育を行う学校ではないところ、原告らは自らの自由意思で入学したのであるから、その入学した神戸高専の存立及び活動等を保護するための内部規律によって、原告らの権利も一定の制約を受けるのはやむを得ないということができる。また、前記認定事実によると、

被告は入学の説明等に際して、原告らを含む受験希望者らに対し平成二年度から剣道が必修になることを周知させる措置をとっており、原告らはそれを承知のうえ入学したのであるから、なおさら体育の単位不認定に関する原告らの信教の自由に対する不利益の程度は低いといえることができる。

原告らは、高専、高等学校における教育は法律上の義務教育ではないものの進学率が九五パーセントを超える国民レベルの普通教育になっているから、原告らに高専に入学しない自由の行使を求めるのは不当であり、また、原告らが入学前に神戸高専の剣道について知っていたことがらというのは、体育の科目に剣道が採り入れられたことだけであり、信教上の理由であっても剣道実技拒否が許されず、他の種目や見学、レポート提出等の代替措置が認められず、実技をしないなら剣道の評価はほぼ〇点になってしまうというおおよそ宗教的不寛容かつ教育的無配慮に直面するなどとは考えてもいなかったのであるから、剣道実技が採り入れられたのを知っていたから制約の程度が低いということとはできないと主張する。

しかし、右に述べたとおり、神戸高専において剣道が必修になることを周知させる措置を採っており、かつ、単位の認定につき学校側に幅広い裁量が認められる以上、入学後における学校側の配慮にどのような期待を持っていたかということとは直接意味を有するものではないから、原告の主張は採用することはできない。

(五) 以上を総合すると、必修科目である体育の種目として剣道を採用したこと、その評価の割合を定めたこと等は、指導要領の大綱を示し、その中で各学校毎に時代に即応した適切な指導を行うことができるようにし、もって、高等専門学校教育の充実を図ろうとした趣旨にそうものであって、その趣旨を貫徹するため原告らの信教の自由が受けた前記不利益と比べて著しい不均衡があるということとはできない。

(六) 以上のとおりであって、原告に対しレポートその他の代替措置を講ずることなく行った一連の被告の措置ないし行為が、原告らの信教の自由をある程度制約したことは否定できないものの、信教の自由全体、特に公教育の宗教的中立の要請から見ると、決して許容できない措置であったということまではいえない。

#### 7 平等原則違反について

前述のとおり、被告は、原告らの信条によって特別扱いをしなかったものであり、そのような特別扱いをしなかったことに合理性がないわけではないから、本件処分が平等原則に反するということができない。

#### 8 教育を受ける権利について

原告らは、原告らが学生として憲法二六条や教育基本法三条に基づく教育を受ける権利、さらには、信教の自由を含む精神的自由の人権を十分尊重さ

れたうえ、公正、平等な教育上の評価を受け、進級し、各学年の教育を受けることができるという内容を持った学習権が認められているが、被告が代替種目の履修を認めずにした本件処分によってその学習権が侵害されたと主張する。

確かに、憲法二六条が子供の学習権を規定しているのは原告らの主張するとおりであり、また、教育はその権利の充足を図りうる立場にある者の責務と解される。

しかし、そのことから、教育内容を誰がどのように決定するかが当然に導き出されるわけではなく、高等専門学校における教育内容は、前述のとおり、国の定める大綱に従って教師が裁量的に決定すべきものである。

そして、神戸高専においては、裁量権の逸脱及び濫用もなく、教育内容が適正に決定され運用されているのであるから、そのために、不利益が生じたとしても、学習権が侵害されたということとはできない。

9 また、被告がエホバの証人の多数の入学を懸念していたと認め又は推認するに足りる証拠はなく、他にも本件処分が違法であることを窺わせるに足りる証拠はない。

#### 第四 結論

よって、原告らの本訴請求はいずれも理由がないからこれを棄却し、訴訟費用の負担につき行政事件訴訟法七条、民訴法九三条一項本文、八九条を適用して、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 辻忠雄 裁判官 吉野孝義 裁判官 北川和郎)



**《全文》****【文献番号】 27827021**

進級拒否処分取消請求控訴事件、退学命令処分等取消請求控訴事件

大阪高裁平五（行コ）第一五号、平五（行コ）第一六号

平6・12・22第一一民事部判決

控訴人 小林太郎

右法定代理人親権者父 小林哲男

同母 小林みさ子

右訴訟代理人弁護士 吉川正昭 坂本文正 野口勇

被控訴人 神戸市立工業高等専門学校長 村尾正信

右訴訟代理人弁護士 俵正市 重宗次郎 荻野年彦 草野功一 坂口行洋

寺内則雄 小川洋一

**主 文**

（第一五号事件）

原判決を取り消す。

被控訴人が控訴人に対し平成三年三月二五日付で控訴人を第二学年に進級させないこととした処分を取り消す。

（第一六号事件）

原判決を取り消す。

被控訴人が控訴人に対し平成四年三月二三日付で控訴人を第二学年に進級させないこととした処分を取り消す。

被控訴人が控訴人に対し平成四年三月二七日付でした退学命令処分を取り消す。

（訴訟費用）

訴訟費用は、第一、二審とも被控訴人の負担とする。

**事 実**

第一 当事者の求める裁判

一 控訴の趣旨

主文同旨

二 控訴の趣旨に対する答弁

本件控訴をいずれも棄却する。

控訴費用は、被控訴人の負担とする。

第二 当事者の主張

一 請求原因

1 当事者

控訴人は、平成二年四月一〇日、神戸市立工業高等専門学校（以下、「神戸高専」という。）に入学し、電気工学科に在籍していた者であり、被控訴人は、神戸高専の校長である。

2 処分

（一）被控訴人は、平成三年三月二五日、控訴人に対し、控訴人を第二学年に進級させないとの処分（以下、「本件第一次進級拒否処分」という。）をした。

（二）被控訴人は、平成四年三月二三日、控訴人に対し、控訴人を第二学年に進級させないとの処分（以下、「本件第二次進級拒否処分」という。）をした。

（三）被控訴人は、平成四年三月二七日、控訴人に対し、同月三日をもって神戸高専から退学を命ずるとの処分（以下、「本件退学命令処分」という。）をした。

3 本件各処分の違法性

（一）神戸高専では、学生の進級認定は、進級認定会議の審議を経て、校長がこれを決定することになっており、この認定基準の一つとして、進級できるのは当該学年において修得すべき科目に不認定のないこととされ、校長は、連続して二回原級に留め置かれた学生に対しては、退学を命ずることができるとされている。

そして、神戸高専では、学業成績は各科目とも一〇〇点満点により評価し、五五点未満の当該科目は不認定とされ、また保健体育科目は、全学年において必修科目とされている。

（二）控訴人の成績通知表によると、控訴人の最初の第一学年の保健体育科目の成績は四二点であり、本件第一次進級拒否処分により履修した第二回目の第一学年の保健体育科目の成績は四八点であり、いずれも体育科目は不認定とされた。

右最初の第一学年の保健体育科目の配点の三五パーセントに当たる部分を剣道が占めているが、右保健体育科目の成績は、控訴人が剣道実技への参加を拒んだと判断されて、剣道実技の準備運動に参加したことを除いて、剣道の成績評価を零点とされたためであり、第二回目の第一学年の保健体育科目は、前期が剣道と水泳、後期は球技等であって、右前期の配点割合は、剣道

が七、水泳が三で、剣道の準備運動への配転は右剣道の配点の一四分の一であったところ、控訴人がやはり剣道実技への参加を拒んだと判断されて、右前期の成績を二六点、後期の成績を七〇点と評価され、平均四八点とされたものである。

(三) 控訴人は、「エホバの証人」であるキリスト教信者であって、聖書の中の教えを基に、あらゆる格闘技は、防御用といわれるものであっても攻撃に用いられることがあり、武力に頼ることは最善の方法ではない、聖書は自衛手段を全て禁止してはいないが、自衛手段を行使するより、事前に十分注意を払って危険な事態に遭遇しないよう配慮することの方が適切であるとの信条を持ち、これは控訴人の信仰の根幹部分をなすものであって、控訴人は、この信教上の理由から、格闘技に当たると考える剣道実技に参加することを拒否したものである。

(四) 控訴人は、このように剣道実技への参加を拒否したが、その準備運動は行い、その後は、武道場で正座して他の学生の剣道実技を見学していたほか、担当教授に対し、再三、不参加の理由を説明し、終始、剣道実技への参加に代わる措置（以下、「代替措置」という。）の履修を申し出あるいはレポートの提出を願い出たが、全く聞き入れられず、自主的にこれを作成して提出しようとしたが、これも受領を拒否された。

(五) 本件各処分は、憲法二〇条、二六条、一四条の各保障規定及び教育基本法三条一項に反する違法なものである。

すなわち、神戸高専は、公立の五年制の工業高等専門学校であって、文部省の告示による学習指導要領はないが、第三学年までは、高等学校指導要領によって運営されており、右指導要領によれば、体育履修の目的は、「各種の運動を合理的に実践し、運動技能を高めるとともに、それらの経験を通して、公正、協力、責任などの態度を育て、強健な心身の発達を促し、生涯を通じて継続的に運動を実践できる能力と態度を育てる」ものであるから、体育学校とは異なる神戸高専において、控訴人に剣道実技への参加を強いる必然性ないし高度の必要性はなかった。そして、神戸高専では、身体上の理由で体育実技のできない学生に対し、見学等の代替措置を認めて評点しているが、控訴人が、前述のように、代替授業の実施を求め、レポートの提出を申し出たのに対し、被控訴人はこれを一顧だにしなかった。控訴人は、神戸高専が剣道を保健体育科目に採用したことを批判しているわけではなく、控訴人の剣道実技への不参加によって、神戸高専の教育秩序を混乱させるものとは考えられないし、現に混乱させてはいない。他方、神戸高専において、控訴人が進級し、卒業を果たすためには、剣道実技を履修しなければならず、これは控訴人の前記信仰の根幹部分に抵触するため、これを受入れることができないのであるから、控訴人に剣道実技の履修を義務づけることは、控訴

人に棄教を迫ることであって、憲法で保障された信教の自由を侵し、平等原則に反するものである。

また、控訴人は、学生として、憲法二六条、教育基本法三条に基づき、神戸高専において教育を受ける権利を有するから、神戸高専は、控訴人の学習権を保障するため、控訴人に対し、信教の自由を含む精神的自由を十分に尊重し、公平で平等な教育上の評価を行って、各学年における学習をさせなければならないところ、自己の信条に反するため、剣道の実技を行えないが、他の学習の機会を求め続ける控訴人に対し、代替授業の履修を一切認めず、欠課扱いをして保健体育科目を欠点と評価し、被控訴人が、控訴人を二度にわたって原級に留め置いたばかりか、控訴人に対し、本件退学命令処分をしたことは、控訴人が神戸高専において教育を受ける権利、学習権を侵すものであるから、信条による教育上の不当な差別を禁じ、教育の機会均等を謳った教育基本法三条に反する違法なものである。

(六) 本件各処分については、被控訴人の裁量権の逸脱がある。

前述のように、進級認定及び退学の処分は、進級認定会議等の審議を経て、校長である被控訴人の権限とされているが、右各処分をする際の被控訴人の教育裁量の目的は、学校内規等の機械的な適用を正して、学生の精神的自由や学習権を最大限保障するためのものである。ところが、被控訴人は、控訴人が剣道実技に参加しなかったという事実だけをもって、二回の本件各進級拒否処分を行い、平成三年度の成績が単位取得不認定となった保健体育の点数を加えても平均点が九〇点（順位一位）である控訴人が「学力劣等で成業の見込みのない者」に当たらないことは明らかであるにもかかわらず、二回の進級不認定者は退学させるという内規を機械的に適用して、控訴人に対し、本件退学命令処分をしたものであって、被控訴人は、その教育的裁量を大きく逸脱して、本件各処分をしたものである。

4 よって、控訴人は、被控訴人に対し、本件各処分の取消しを求める。

二 被控訴人の本案前の主張

1 本件各進級拒否処分と司法審査

高等専門学校は、深く専門の学芸を教授し、職業に必要な能力を育成することを目的とし、授業科目の単位の認定は、担当教授の評価を基礎として、最終的には校長が行うことになっていて、このような単位の認定は、学生が当該授業科目を履修し、履修効果が相当程度に達したことを確認する教育上の措置であって、当然に、一般市民法秩序と直接の関係性を有するものではない。さらに、右単位の認定は、高度の教育的、専門的判断を伴うものであるから、被控訴人が行った本件各進級拒否処分は、司法審査の対象となりえない。

## 2 本件各進級拒否処分の行政処分性

被控訴人は、控訴人に対し、第一回目の進級ができないことを口頭で告知してはいるが、控訴人が第一回目に進級できなかったのは、体育の単位が認定されなかったことに伴う教育上の措置であって、被控訴人の行政処分は存在しない。また、被控訴人は、平成四年三月二三日、進級認定会議を経て、控訴人を第二学年に進級させない決定（判定）をしているが、神戸高専の学業成績評価及び進級並びに卒業の認定に関する規程（以下、「進級等規程」という。）一五条では、休学による場合のほか、連続して二回原級にとどまることはできないと規定されているから、被控訴人の右進級させない決定は、控訴人に対する本件退学命令処分の前提としての意味しかなく、この決定によって、控訴人の権利義務を直接形成し又はその範囲を確定するものではない。したがって、本件第二次進級拒否処分は行政処分とはいえない。

### 三 請求原因に対する認否

1 請求原因1（当事者）の事実は認める。

2 同2（処分）（一）、（二）の事実は否認し、同（三）の事実は認める。

3 同3（本件各処分の違法性）（一）の事実は認める。

同（二）の事実のうち、体育科目のうち剣道種目への配点が100点中の三五点であったこと、控訴人の最初の第一学年の体育科目の成績が四二点であり、第二回目の第一学年の体育科目の成績が四八点であって、いずれも体育科目は不認定とされたこと、控訴人が剣道実技の前の準備運動（10分間）は行ったが、剣道実技の受講を拒んだことは認める。

同（三）の事実は知らない。

同（四）の事実のうち、控訴人の剣道実技の受講拒否に対して、代替措置及びレポート提出を認めなかったことは認める。

同（五）の事実は争う。

### 四 本件各処分の適法性

#### 1 教育課程の編成、単位の認定及び進級

（一）文部省は、かねて「高等専門学校教育課程の標準」（以下、「高専教課標準」という。）を示していたが、文部省大学局長通達「高等専門学校設置基準及び学校教育法施行規則の一部を改正する省令について」（昭和五一年七月二七日文大技第二五五号）では、高等専門学校の教育課程の編成については、各学校の自主性を尊重し、その創意、工夫を十分に活かすこととされ、同時に、教育課程の編成や授業科目の内容を検討する際には、右高専教課標準を参考とすることが適当であろうとされている。

右高専教課標準によれば、体育科目の目標は、（1）自己の体力に応じて自主的に各種の運動練習を適切に行う能力と態度を養い、体力の向上を図る

とともに、健全な精神を養う、（2）各種運動についての科学的な理解に基づき合理的な練習方法によって運動技能を高めるとともに、生活における体育の意義についての理解を深め、社会生活を健全かつ豊かにする能力と態度を養う、（3）運動における競争や共同の経験を通じて公正な態度を養い、自己の最善を尽くし、相互に協力する精神を養い社会生活における望ましい行動のしかたを身につけさせることとされ、科目内容として、徒手体操、器械運動、陸上競技、格技（柔道、剣道、弓道、すもう、レスリング）、球技、水泳、スキー・スケート、体育理論が挙げられている。

（二）神戸高専を所管する神戸市教育委員会は、「神戸市立工業高等専門学校学則」（昭和三八年教育委員会規則一〇号）を制定し、その第四章教育課程等において、保健体育は必修科目とされ、単位数を各学年毎に二単位としている。

（三）進級等規程によれば、学業成績は100点法により評価し、五五点未満は不認定とする、当該学年において修得すべき科目に不認定のある者は進級の認定がされない、休学による場合のほか、連続して二回原級にとどまることはできないと規定されており、同校の「退学に関する内規」（以下、「退学内規」という。）では、連続二回原級に留め置かれた者を退学処分の対象者とする規定されている。

#### 2 剣道の授業

（一）保健体育の授業科目の編成は、前記のとおり、各学年の単位を二単位とするほかは、神戸高専の自主性に委ねられているところ、神戸高専は体育の授業の一種として剣道を採用したが、剣道は、前述のように高等学校でも必修となっている格技の種目であり、健全なスポーツとして大多数の一般国民に広く受け入れられているものである。

（二）剣道の授業は、道場の広さと担当の教員の数から、第一学年の前期に履修するクラスと後期に履修するクラスに分けて実施され、授業は50分を一単位とし、必要単位は二単位であるから100分の授業を行い、授業の初めの10分間は準備体操を行った。なお前期、後期を通じた体育の授業内容は、大別すると、剣道、水泳、球技その他である。

#### 3 剣道授業の実施の入学前における周知

神戸高専は、昭和六二年度から、同校を受験する生徒の存学する中学校の校長、進学担当教員、生徒・保護者に対し、神戸高専では平成二年度から体育科目として剣道の授業を行う機会あるごとに説明し、「平成二年度学生募集入学願書類」の入学案内の教育課程の注に「武道館の新設に伴い、格技を体育授業にとり入れる」と記載し、控訴人など平成二年度の合格者に合格発表時に渡した「入学のしおり」の指定教材器具一覧表には「剣道面下」が記載されており、控訴人は、合格者招集日に、保護者と登校して、

剣道面下を購入している。また、右合格者招集日には、控訴人にも「学生便覧」が配付され、それには、神戸高専の前期学則や進級等規程が掲載されている。さらに、控訴人とその保護者は、入学に際して、在学中は高等専門学校教育の本旨を体し学則その他の諸規則を守ることを誓約している。

このように、控訴人は、神戸高専において剣道の授業があることを承知して受験し、入学を許可され、同人の自由意思で、義務教育ではない神戸高専に入学した者であるから、控訴人は、神戸高専の成績評価方法に基づいて評価、進級が行われることに異議をいえない在学関係が設定されているものである。

#### 4 成績評価と控訴人の履修状況

(一) 進級等規程では、成績の評価は学習成績と試験成績を総合して学期末に行う、学習成績は学習態度、出席状況等を総合して評価する、学年成績の評価は各学期末の成績を総合して行うとされている。保健体育科目の配点一〇〇点のうち、剣道の配点は三五点であった。体育の授業は四人の教員が担当し、その学習成績評価は、担当教員に任されているが、平均点を七〇点前後となるよう統一を図っている。学習成績評価は、実施された全ての種目に一定の点数をとる必要がなく、受講態度も考慮に入れて、全種目の合計点が合格点である五五点以上あればよい総合評価方式を採用している。

したがって、剣道の科目を受講しなくても、他の種目で努力すれば、合格点をとることが可能であり、因みに、平成二年度の一年生の体育の成績をもとに、これらの学生が剣道を受講しなかった場合を想定しても、合格点をとった者は二四三名中五九名（約二五パーセント）あり、剣道を受講しなければ、体育の点数をあげるため、他の種目においてさらに努力すると考えられるから、右合格点取得学生は増えると推定できる。現に、平成三年度の一年生で剣道の受講を拒否した一五人のうち一人（約六七パーセント）は、体育科目に合格している。

(二) 控訴人は準備運動には参加するが、担当教員の説得にもかかわらず、頑なに剣道実技の受講をせず、許可なく道場内で実技の見学をした。

そこで、一時限目は出席扱い、二時限目は欠席扱いとし、準備運動はそれ自体独立の意味をもたず、単独に評価すべきものではないが、控訴人に有利に考慮して五点（学年単位では二・五点）と評価した。

#### 5 控訴人への説得と救済措置の実施等及び退学処分の手続

(一) 被控訴人は、平成二年度において、控訴人の保護者など剣道の受講を拒否している学生の保護者に対し、教務主事、学生主事、体育担当教員をして、四回、体育授業としての剣道の意義及びこのままではこれらの学生が留年必至の状況にあることを説明し、特別救済措置として剣道の補講を行うので参加するよう説得をし、受講拒否学生に対しても、授業への参加及び補講

への参加を説得し、さらに、進級認定会議で控訴人の体育科目の単位が認定されなかったときも、補講をすることを決定し、合計六回の補講の機会を与えたが、控訴人は、これに全く参加しなかった。

(二) 平成三年度においても、神戸高専の前記関係者とクラス担任は、平成二年度と同様に、控訴人など剣道の受講を拒否する学生とその保護者に対し、剣道の授業に参加するよう説得をし、同年度の第一次進級会議の結果、控訴人など単位不認定者に対し剣道の補講に参加するよう説得をしたが、控訴人は剣道の授業及び補講にも参加しなかった。

(三) そこで、平成四年三月二三日に開かれた平成三年度の第二次進級会議において控訴人の体育の総合評価の点数が四八点であったため、被控訴人は、控訴人の第二学年への進級について不認定の決定をした。同日、神戸高専の表彰懲戒委員会が開かれて、控訴人の退学処分が相当であるとの決議がされ、これが被控訴人に答申され、被控訴人は、同月二七日、控訴人に対し、退学命令書を手渡しして、本件退学命令処分をした。

#### 6 剣道の授業と信教の自由

体育としての剣道の授業は、学生の身体面の育成及び社会的態度の育成から見て、優れた教育効果をもったスポーツであり、それゆえに、前記高専教課標準や学習指導要領によって、体育科目の内容として相当なものとして剣道が挙げられているのであって、控訴人が剣道をどのように評価、認識するかは自由であるが、控訴人の剣道に対する評価は、一般社会に通用するものとはいえない。

控訴人が神戸高専において教育を受けるためには、控訴人は、そのルールを守るべきであるから、剣道の受講を拒否してその学業成績を得られないことによる責任は控訴人が負担すべきものである。被控訴人は、控訴人の信教の自由に干渉したことはなく、むしろ、進級できるよう誠意ある説得も試みたのである。

かえって、被控訴人が、控訴人の信教上の理由をもって、剣道の授業について、控訴人を特別に取り扱うことは、公教育を行っている被控訴人が信条によって学生を差別扱いすることになり、憲法一四条、教育基本法九条二項に反し、また、エホバの証人という特定の宗教の信者にだけ剣道実技の受講を免除することは、右宗教に対する援助、助長、促進に当たり、やはり憲法二〇条に反する。さらに、剣道の受講の免除を認めるとすると、被控訴人は、受講拒否の理由について判断しなければならなくなるが、それは公教育の宗教的中立性を損なうものでもある。

#### 7 本件各処分と教育を受ける権利の侵害

神戸高専は、神戸市の設置する学校であるが、義務教育を実施するものではなく、控訴人など神戸高専の学生は、授業を受けず、進級をせず、退学を

する自由を有する一方、神戸高専は、学習到達度が不十分と評価した者に対し、単位を認定せず、進級を認めず、学校教育法施行規則三条三項の各号に該当する学生に対し、退学処分をする権限を有しているのであるから、本件処分は、控訴人の教育を受ける権利を侵害するものではない。

#### 8 代替措置

控訴人が剣道の受講を拒否するのに対し代替措置を講じることは、信教上の理由で控訴人を特別に取り扱うことになり、これは憲法の平等原則や宗教教育の禁止の精神に反する。また、この代替措置をとるとしても、そのためには、控訴人の授業拒否の理由が宗教上のものであるか否かを判断することは不可能である。

代替措置をとることになると、その措置について指導、監督を担当する教員を配置しなければならないが、神戸高専の予算、教員数の関係から、そのようなことは不可能であったから、代替措置を講じることは困難であったものであり、また、体育の授業は、体を動かすことによって教育効果をあげる授業であるから、病気でもないのに、レポートの提出をもって体育実技に代えることはできない。

控訴人のように、個人的理由によって受講を拒否し、教員の指導、説得に従わない学生に対し、その授業に代わる措置をとり、単位を認定すると、学生から他の場合にも代替措置の要求を生む結果となり、また学生全体に対する学校の規律が維持できなくなり、集団教育はその効果をあげることが不可能となる。

9 以上のとおりであるから、被控訴人が控訴人を進級させないとした本件各決定（判定）

が、仮に行政処分にあたるとしても、本件各進級拒否処分及び退学命令処分は、適法なものであり、また、被控訴人において、その裁量権を逸脱、濫用したものではない。

#### 五 本件各処分の適法性の主張に対する反論

##### 1 入学前における剣道授業の実施の周知

高等専門学校教育は、高等学校と同様、制度的には義務教育ではない。しかし、高校進学率が九五パーセントを超えている現状からは、国民一般の意識では、義務教育と同視されている。そして、高等専門学校及び高等学校では、体育の種目として格技を採用しており、控訴人が神戸高専に入学した当時、信教上の理由から格技の授業を拒否できることが公に認められている高校や高専は、控訴人の通学及び受験可能な範囲にはなかったから、控訴人が後期中等教育を受けようとする限り、その信仰を棄てなければならないのであるから、控訴人が自由意思で神戸高専に入学したことを理由に、格技の授業を拒否できないという被控訴人の論理は、控訴人の信教の自由に対する重

大な差別を容認するものである。

さらに、神戸高専は、入学前に、格技が必修になったことを伝えただけで、格技を受講しなかった場合の学校の対応や不利益の程度について控訴人に知らせてはいなかった。そして、これまで神戸高専に在学したエホバの証人の学生のうち進級拒否や退学処分を受けた者がいなかったから、控訴人が体育の一種目である格技を行わないことが原因で本件各処分を受けることを予想できなかったのは当然である。

したがって、義務教育でないこと、控訴人が自由意思で神戸高専に入学したことをもって、本件各処分が適法であるとはいえない。

##### 2 剣道を受講しなかったことと本件各処分との因果関係

体育の配点一〇〇点のうち剣道の配点は三五点であり、控訴人が行った準備体操には二・五点が採点されているから、控訴人が単位の認定を受けるためには、他の体育種目でとりうる最高の点数は六七・五点のうち五五点以上（約八一・五パーセントの点数以上）をとらなければならない。これでは普通の運動能力以上の能力を持った学生でなければ、剣道実技を受講しないで、体育の単位の認定を受けることは不可能であるから、控訴人が剣道実技の受講を拒否したことと本件各処分との間には因果関係がある。

##### 3 履修拒否の理由の判断と公教育の中立性

信仰上の理由で授業を受けるのを拒否している場合、その学生の主張に合理的な理由があるか否かの判断においては、その宗教の意義、教義及び当該授業との関連性を一応審査することで足り、学生の信仰の内面に立ち入ることなく、一般的、概括的な調査で、学生の主張の真偽及び当否を十分に判断することができるものであるから、被控訴人が右の程度において拒否理由の真偽及び当否の判断をすることは、公教育の中立性に抵触するものではない。

現実に、控訴人は、担当教員等に対し、剣道実技を行うことがエホバの証人の教義と相容れないことを詳細にかつ具体的に繰り返し説明していたから、それによって、被控訴人は、控訴人が宗教上の理由で剣道実技ができないことを十分認識できていた。

#### 第三 証拠

証拠関係は、原審及び当審の証拠関係目録記載のとおりである。

## 理 由

#### 第一 本件各進級拒否処分と司法審査

神戸高専は、深く専門の学芸を教授し、職業に必要な能力を育成する（学

校教育法七〇条の二)、一般市民の利用に供される公の教育施設であって、一般市民法秩序と直接関わりのない同校の内部的な問題については、法令に格別の規程がない場合であっても、右施設の設置目的に沿って、これを自律的に処理する権能を有するものであるから、右のような内部的な問題に関する係争は、司法審査の対象とはならないというべきである。しかし、係争事項が単に学校の内部問題にとどまるのではなく、それが学生の権利又は法律上の利益に直接かつ重要な関係を有する場合は、右係争事項については、司法審査の対象となると解すべきである。

そして、本件は、神戸高専の学生である控訴人が、被控訴人のした本件各進級拒否処分及び退学命令処分の取消しを求めているものであるが、まず、高等専門学校では、大学のようにいわゆる単位制によらず、学年制を採用しており、高等専門学校設置基準(以下、「設置基準」という。)一三条、一四条が定める授業科目、授業総時数を学年に配当して編成し、学生は各学年の課程の修了認定を経て、上級学年に進級できるものである(設置基準一五条及び施行規則七二条の五で準用する設置基準二七条)。したがって、学生が当該学年において履修すべきものとされた授業科目について修得したこと、認定が受けられないと、同学年の課程の終了認定を受けられず、進級できないこととなり、配当された授業科目の修得認定は、上級学年への進級の前提となっているのであるから、単に、当該授業科目を履修し、履修効果が相当程度に達したことを確認する教育上の措置にとどまらないものである。それゆえに、授業科目の修得不認定すなわち進級させない決定は、学生に対し、上級学年における授業を受ける機会を延期させる効果を有するものである。さらに、神戸高専の退学に関する内規によれば、休学による場合のほかは、連続して二回進級できなかった学生は、退学処分の対象者とする定められている(争いが無い)から、連続した二学年度における授業科目の修得不認定は退学処分の前提要件を構成するものでもある。

これらの事実に基づけば、神戸高専を含む高等専門学校における、学生に対する退学処分はもとより、進級させない処分も、ともに学生が一般市民として、公の教育施設である高等専門学校において授業を受け、これを利用する権利を侵すものであるから、本件各処分は司法審査の対象となるというべきである。

## 第二 本件各進級拒否処分の行政処分性

高等専門学校において学生を進級させない処分が単なる教育的措置ではなく、学生が高等専門学校という教育施設を利用する権利に制限を加えるものであることは、右第一において判断したとおりであるから、本件各進級拒否処分は行政事件訴訟法三条にいう行政処分に当たる。

また、被控訴人は、被控訴人が控訴人に対し行った第二回目の進級させな

い決定(判定)

は、控訴人に対する本件退学命令処分的前提としての意味がなく、この決定によって、控訴人の権利義務を直接形成し又はその範囲を確定するものではないと主張するが、被控訴人が控訴人に対し行った第二回目の進級させない決定(判定)は、控訴人の前記権利を制限するものであり、このような拘束力の形成を前提として、本件退学命令処分が行われたのであって、その各処分の目的や効果を異にするから、右第二回目の進級拒否処分も、独立の行政処分であると解せられる。

## 第三 各当事者及び本件各処分

控訴人が、平成二年四月一〇日、神戸高専に入学した学生であり、被控訴人が同校の学校長であること、被控訴人が、校長として、本件各処分をしたことは、当事者間に争いが無い。

控訴人は、小学生のころから電気に関することに興味があり、電気に関する知識及び技術を修得したいと希望して、神戸高専に入学し、同校の電気工学科の第一学年に在籍していた学生である(控訴人(原審))。

## 第四 本件各処分に至る経過

### 一 控訴人の信仰

「エホバの証人」は、聖書全体が靈感を受けて記された神の言葉であると信じ、自分たちのすべての信条の基準として聖書に固く従うという信仰を持つ者であるが、控訴人の両親は、控訴人が幼少のころから「エホバの証人」であり、控訴人も小学校に入学する前から、集会に出席したり、両親から聖書に基づいた教育や生活訓練を受け、小学校五年生のとき、控訴人の両親は控訴人の年齢を考えて躊躇したが、控訴人の強い希望によって、控訴人も「エホバの証人」となった(甲六、控訴人(原審)、以下、甲、乙号各証及び供述は、いずれも原審の一三号事件の甲、乙号証及び供述を指し、原審の二一号事件のものは、それを特記する)。

### 二 神戸高専における進級認定及び退学に関する定め

高等専門学校において学年制がとられていることは、前記第一で述べたとおりであって、神戸高専の進級等規程によれば、学生が上級学年への進級の認定を受けるためには、当該学年において修得しなければならない科目の全部について不認定のないことが必要であり、右科目の学業成績が一〇〇点法で評価して五五点未満であれば、その科目は不認定となる、学業成績は、科目担当教員が学習態度(学習態度、出席状況等を総合したもの)と試験成績を総合して、学期末に評価する、学年成績は、原則として、各学期末の成績を総合して行うと定められており、学期は前期と後期に分けられている(争いがない事実、甲三、乙一七、)。

また、神戸高専の進級等規程では、休学による場合のほか、学生は、連続

して二回同じ学年にとどまることはできず、学則及び退学内規では、校長は、該当する学生に対し、退学を命ずることができることとされている（争いのない事実、甲三（二一〇号事件）、乙五）。

したがって、神戸高専の学生が、必修科目の一科目でもその学業成績が五五五点未満であれば進級はできず、これが連続して二回続けば、校長は、この学生に対し、退学を命ずることができることとなっているものである。

### 三 神戸高専における保健体育科目及び剣道種目の授業

1 高等専門学校の授業科目は一般科目と専門科目に分けられ、この科目については、前述のような設置基準が定められていて、一般科目である保健体育科目は、全学年において必修科目となっており、五年間で一〇単位、各学年に二単位づつ配当され、一単位の体育科目の授業は、五〇分間を一時間の授業時間として、年間三〇授業時間行われるから、二単位の授業は、年間六〇授業時間行われることになり、神戸高専では、具体的には連続して二時間（一〇〇分）の授業時間を年間を通じて行うものであった。

体育科目の授業において、どのような種目を採用するかについては、高専教課標準において、そこに掲げた体育授業の目標に沿うものとして、各種の運動種目と体育理論を示していたが、法的な拘束力はなく、その後は、この標準も各高等専門学校の教育内容に創意、工夫を生かせるよう弾力的なものとされ、各高等専門学校は、右標準をも参考にしながら、体育種目を選択、採用し、当該種目をどの学年のどの学期に実施するかを決めることができることとなっている（以上、乙一、二、一七、被控訴人）。

2 控訴人が神戸高専に在学当時、高専教課標準には、体育種目の格技として柔道など四種目のほか剣道が例示されており、神戸高専では、平成二年四月に、武道場の整備のできていなかった旧校舎から武道場の整備された新校舎に移転する予定であったことから、遅くとも昭和六二年ごろには、丁度、控訴人が入学した平成二年度以降、第一学年の体育の種目として他の種目のほかに、格技として剣道を採用し、第一学年の六クラスを三クラスずつ二つに分け、それぞれ前期又は後期に剣道の授業を履修させる計画を立てていた。

その授業は、主として、剣道の心構え、剣道と日常生活との関連、技の成り立ち、用具の安全な取扱などを逐次説明したあと、準備体操をした後、剣道の実技を行うものであった。

剣道の授業の配点は、前期又は後期の体育科目の配点一〇〇点のうち七〇点が当てられたから、第一学年の体育科目の点数一〇〇点のうち、三五点が配点された。そして、神戸高専では、各クラスの学生の取得する点数の平均点が約七〇点となるよう採点されている（以上、甲一二、乙一七、被控訴

人、控訴人（原審））。

3 なお、前記高専教課標準では、保健の授業について、その学習目標を掲げ、その内容として、人体の生理、人体の病理、精神衛生、労働と健康・安全、公衆衛生が挙げられ、その留意事項が示されているところ、神戸高専では、独立して保健の授業は行われていないが（被控訴人）、それはともかく、被控訴人は、各体育種目の授業の中で、それが講じられていると供述する（控訴人の供述の一部（原審）にもある）。しかし、その授業が右標準が示すような保健の授業目的、内容や留意点と具体的にどのように関連しているかを認めうるだけのものはなく、さらに、体育の授業の際に行われる保健の受講に対する評価が、保健体育科目の評価にどのように含まれているかを認めうる証拠はない。

### 四 平成二年度における控訴人の剣道実技の参加拒否と神戸高専の対応

1 前認定のように、神戸高専では、平成二年度から体育授業の種目として剣道を行うことは既定のことであったから、被控訴人は、平成元年秋以降の中学校に対する入試説明会その他の機会に、神戸高専では平成二年度から剣道の授業を行うことを説明し、受験者に対して交付する学生募集・入学願書類にも同じことを記載していた（ただし、教育課程の説明欄外末尾の注記中に、なお書で、格技を体育授業に取り入れたというもの）。これは、被控訴人が、かねてから、他の高等学校において、信仰上の理由で生徒が格技を拒否している事実を知っていたところ、神戸高専において予告なく剣道の授業を実施すると、入学してくる学生のうちで、同様に信仰上の理由で格技に参加しない学生に不満が起こることを予想し、これの混乱を未然に防ぐことも、右中学校に対する説明や願書類に記載した理由の一つであった（乙三、被控訴人）。

2 控訴人は、エホバの証人として、前認定のように、聖書が説くところに固く従うという信仰を持ち、中学時代から、聖書中の「できるなら、あなたがたに関する限りすべての人に対して平和を求めなさい。」「彼らはその剣をすきの刃に、その槍を刈り込みばさみに打ち変えなければならなくなる。国民は国民に向かって剣を上げず、彼らはもはや戦を学ばない。」という教えに基づき、格技には参加せず、見学とレポートの提出をもってこれに代える措置を受けていた。そこで、神戸高専に入学した控訴人は、剣道は、現在はスポーツ性を取り入れてはいるが、なお武闘性を否定できないと信じ、このような剣道の実技に参加することは自己の宗教的信条と根本的に相容れないとの信念のもとに、入学直後までまだ剣道の授業が開始される前の平成二年四月下旬ごろ、他のエホバの証人である学生三名とともに、体育教官室に行き、四名の体育担当教員に対し、宗教上の理由で剣道実技に参加できないことを説明し、他のレポート提出等の代替措置を認めていただきたい

と申し入れたが、右教官らは、「学校のいうことを聞かないのなら出ていってしまえ」、「学校のいうことを聞いて剣道をするか学校を替わるか、二、三日中に決めて来い」などと言って、これを即座に拒否した。さらに、控訴人は、実際に剣道の授業が行われるまでに、体育担当の教員に同趣旨の申し入れを繰り返したが、教員からは、剣道実技をしないのであれば欠席扱いにするとされた（控訴人（原審、当審））。

3 そして、被控訴人は、控訴人らが剣道実技への参加ができないとの申し出を知っていることを知って、同年四月下旬ごろ、体育担当の教員と協議して、これらの学生に対し、剣道実技に代わる代替措置をとらないことを決めた（被控訴人）。

4 控訴人のクラスでは、平成二年度の前期の体育種目は、剣道と水泳であって、まず剣道から履修することとなっていた（水泳は季節的な問題もある）。

そこで、剣道の授業は、平成二年四月末ごろから始められた。実際の授業は、授業開始のチャイムが鳴る前に、学生は教室で服装を着替えて、チャイムが鳴るころには、武道場に集合し、まずサーキットトレーニングをする。この間に担当教員が来て、学生のサーキットトレーニングが終わったところで、学生を集め、保健、体育又は剣道に関する講義をした後、学生に準備体操をさせ、そのあと、剣道実技を指導するというのが通常の内容であった。右講義と準備体操に費やされる時間は、剣道の授業時間である一〇〇分のうちの約三〇分程度であった（以上、被控訴人（二一〇号事件）、控訴人（原審））。

控訴人は、右前期の剣道の授業では、服装を替え、サーキットトレーニングをし、講義を聞き、準備体操までは行ったが、前記信仰上の理由から、剣道実技には終始参加しなかった。そして、他の学生が剣道実技を行っている間、最初の時間に担当教員から指示を受けたとおり、道場の隅で正座をして（なお、教員は、正座をして、足が疲れたら足を崩してもよいと言っている）、レポートを作成するために、予め用意してきていた用紙に剣道実技の授業の内容を記録していて、その記録内容は、竹刀の構造、使用方法とその危険性、防具の付け方、実技における構え、技、竹刀の打ち方、足の運びといったように詳細な観察によるものであった。そして、控訴人は、右授業の後、右記録に基づき、レポートを作成して、次の授業が行われるより前の日に、体育担当の教員にそれを提出しようとしたが、その受領を拒否された（甲一六の1ないし5、控訴人（原審））。

5 右剣道の授業を担当した教員は、控訴人の剣道実技への参加はないものとして欠席扱いとした。神戸高専では、それまで実験の授業と同様に、体育科目のうちの一つ目でも合格点に達しない場合は、体育科目の履修があった

ものとは認めていなかったが、これでは、控訴人のように格技に参加しない場合は、体育科目については不認定となる可能性があるため、被控訴人と体育担当教員は、右前期の剣道の授業が全部終了した後の平成二年九月、協議して、体育科目のうちの一つ目が仮に合格点がとれなくても、他の種目の得点と総合して合格点が取得できればよいこととする方針に変更した。したがって、平成二年一〇月末における控訴人の前期の保健体育の成績評価は留保された（甲一七、乙八、一七、被控訴人）。

その他、体育担当教員又は被控訴人は、控訴人ら剣道実技へ参加しない学生に対し、代替措置はとらないことを告げて、参加するよう説得を試みたことがあり、被控訴人も含めて、控訴人らのような学生の保護者に対しても、少なくとも三回は、同様の説得を試み、剣道実技に参加しなければ留年することは必至であり、代替措置はとらないこと、あるいは留年してもなお参加しないのであれば留年させること自体も問題であるという学校側の方針を説明した。これに対し、右保護者からは、合計四回、代替措置をとってほしいとの陳情があったが、学校の回答は、代替措置はとらないということであった。その間、被控訴人と体育担当教員等関係者は協議して、剣道実技への不参加者に対する特別救済措置として、剣道実技の補講を行うこととし、二回にわたって、これへの参加を当該学生又はその保護者に勧めたが、控訴人は、これに全く参加しなかった（甲一三の1ないし8、乙八、一七、被控訴人、控訴人（原審））。

6 このようにして、体育担当教員は、控訴人の剣道実技の履修については、これを欠席扱いとし、控訴人が行った準備体操に対しては、剣道種目を一〇〇点満点として五点（学年成績としては二・五点）と評価し、第一学年に控訴人が受けた他の体育種目の評価と総合して四二点と評価した。これをもとに、平成三年三月一四日、被控訴人、教務主事、学生主事、学科主任、学年主任、学級担当、教科担当の教員で構成する第一次進級認定会議が開かれ、会議において、控訴人ほか五名の学生について、体育の成績が認定できないこととされ、同時に、これらの学生に対し、剣道実技の補講を行うことを決め、その後これを実施したが、控訴人ほか四名はこれに参加しなかった。そこで、同月二三日に開かれた第二次進級認定会議において、進級等規程により、控訴人ほか四名の学生について進級させないこととし、これを受けて、被控訴人は、進級等規程に基づき、同月二五日、控訴人及びその保護者に対し、口頭で、控訴人を原級留置（進級させない）とすることを告知した（本件第一次進級拒否処分、甲七の1、一七、乙八、一七、被控訴人、争いのない事実）。

7 なお、控訴人の体育の成績が四二点であったことは、右に認定したとお

りであるが、その欠課時数は六授業時間であり、右体育の成績を加えた平均点は八二・六点で、四〇名のクラス中四番の成績順位であり、右体育と点数で評価されていない工業実験（ただし、評価は優である）以外の点数の平均は約八五・七であり、授業態度も真摯なものであった（甲七の1、被控訴人（原審））。

五 平成三年度における控訴人の剣道実技の参加拒否と神戸高専の対応

1 平成三年度においても、第一学年の体育科目の授業は、平成二年度と同じく、控訴人は、前期の最初において、剣道種目の授業を受けなければならなかったが、控訴人が、前記信仰上の理由から、剣道種目の授業において、剣道実技には参加せず、それ以外の準備体操などは行い、実技の行われている間は、道場でこれを見学して記録していたこと、体育担当の教員及び被控訴人ら神戸高専側の方針は、控訴人ら剣道実技の受講を拒否する学生も剣道実技の授業を受けなければならず、これに代わる代替措置はとらないというもので、従前と変わりのなかったことは、前認定の平成二年度の状況と全く同じであった（乙八、一七、被控訴人、控訴人（原審））。

2 平成三年度においても、四月に剣道実技への不参加を表明している控訴人ら学生とその保護者に対して説得が行われ、一月にも右学生に対し説得が行われたが、控訴人は、剣道実技をすることを拒否した（乙八、一七、被控訴人、控訴人（原審））。

そして、体育担当教員は、平成二年度と同様の評価方法によって、控訴人の剣道種目の評価と平成三年度の第一学年において控訴人が受けた他の体育種目の評価とを総合して四八点と評価した。この評価をもとに、平成四年三月一三日、神戸高専の第一次進級認定会議が開かれ、控訴人ほか四名について、体育の成績を不認定とするとともに、これらの学生に対し、剣道実技の補講を行うことを決め、その後これを実施することを予定したが、控訴人ほか四名はこれに参加しなかった。そこで、同月二三日に開かれた第二次進級認定会議において、進級等規程により、控訴人ほか四名の学生について進級不認定とされた（本件第二次進級拒否処分）。

次いで、同日、神戸高専の表彰懲戒委員会（乙一九（二一号事件））が開催され、控訴人ほか一名について退学の措置をとることが相当であると決定し、両名に対し、自主退学の意思があるか否かを確認し、被控訴人は、同月二七日、自主退学をしなかった控訴人に対し、同月三日をもって退学を命ずる本件退学命令処分を告知した（以上、乙八、一七、被控訴人）。

被控訴人の本件退学命令処分は、控訴人が二回連続して原級に留め置かれたこと（退学内規）、すなわち「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」（学則三一条（2））に該当するとの判断をもとに行われたものである（甲一、乙五、被控訴人）。

3 なお、右認定のように、控訴人の体育の成績は四八点であったが、平成三年度の控訴人の成績は、この点数を含めて平均点が九〇・二点であり、右体育と点数をもって評価されていない工学実験（ただし、評価はAである）を除く全科目の平均点は約九三・五であり（甲五〇）、控訴人の授業態度が不良であったと認めうる証拠はない。

第五 控訴人の剣道実技授業への不参加と本件各処分との因果関係

被控訴人は、神戸高専では少なくとも、平成二年度、平成三年度において、保健体育科目については、学年で履修すべき体育種目を全体として総合評価するのであるから、控訴人のように、剣道種目について合格点がとれない場合でも、他の種目について努力すれば、保健体育科目において修得認定を受けることができると主張し、確かに抽象的にはその可能性を否定することはできない。

しかし、前第四の認定事実によれば、平成二年度及び平成三年度における控訴人の剣道種目の点数は三五点の配点中二・五点であるから、控訴人が保健体育科目で修得認定を受ける（五五点以上を取得する）ためには、残る配点が合計六五点である他の各体育種目において五二・五点すなわち右他の各体育種目の点数をいずれも一〇〇点満点とすると各約八〇点をとらなければならないこととなる。さらに、神戸高専では、保健体育科目の点数は平均値を約七〇点辺りになるよう採点しており、実際にも、平成二年度の控訴人のクラス四〇名の保健体育科目の点数は、ほぼそのような分布を示しており、八五点以上の者はなく、八〇点ないし八四点の者が四名（一割）、七五点ないし七九点及び七〇点ないし七四点の者が各九名、六五点ないし六九点の者が六名、六〇点ないし六四点の者が一〇名であって、控訴人ほか一名以外には、六〇点未満の者はいなくて（甲一二）、八〇点未満の者が九割を占めているのである。

そして、被控訴人も、剣道実技の授業に参加しない学生は、神戸高専が体育科目についての修得認定について前記総合評価制を採用しているから認定される可能性はあるが、実際に認定を受けることは難しいと予想できていた（被控訴人）。

これらの事実によれば、剣道以外の体育種目の受講に特に不熱心であったと認めうる証拠のない控訴人がさらに努力をすとしても、平成二、三年の両年度において、右のような剣道種目の評点を受けながら、保健体育科目の合格点である五五点以上を獲得することは、実際には、殆ど不可能であったということができ、既に認定したように控訴人が剣道実技に参加しなかったため、剣道種目について右のような評点を受けたのであるから、控訴人が受けた右剣道種目の学習評価を前提とする限り、控訴人の剣道実技への不参加と平成二年度、平成三年度の保健体育科目の不認定及び本件各処分との間

には因果関係があるといわなければならない。

確かに、平成三年度において、控訴人と同様に剣道実技の受講を拒んだ学生一五名のうち〇名が、体育課目の修得認定を受けてはいるが（被控訴人）、控訴人が他の体育種目の受講において不真面目であったと認めうる証拠のない本件においては、右認定事実のみで、右因果関係があるとの判断を左右するに足りるものとはいえない。

## 第六 本件各処分は違法性

### 一 問題点の整理

本件各処分が適法であるか否かを判断するに当たって、本件において当事者間で争点となっている問題点を整理してみる。

控訴人は、神戸高専が体育科目の一種として剣道を採用したこと自体が違法であるとは主張しておらず、また、生徒あるいは学生の競技会等では剣道はスポーツ競技として行われていることは周知のところであり、前述のように、高専教課標準においても体育の種目として掲げられていること、剣道には、身体的な体育効果も期待できること（乙七）からすると、少なくとも学校の授業として行われる剣道は、控訴人が考えるほど武闘性の強いものではなく、柔道などと同様にスポーツの一種として授業が行われているというべきである。

次に、弁論の過程において、控訴人は、剣道の授業の準備体操をしているにもかかわらず、これに対し二・五点という低い評価が与えられ、保健体育科目を不認定とされていることを合理的でないと主張しているかに窺えるところもあるが、学習の修得度の評価については、その評価の基本となる客観的な事実の把握に大きな誤りがなく、その評価が明らかに著しく公平を欠いていない以上、その評価は、それが教育専門的・技術的なものであり、定量的なものでない性質上、原則として、評価をする教員の裁量に委ねられているものであり、本件においても、剣道の授業はスポーツとして行われるのであるから、剣道の授業において剣道実技を行うことの意義は大きく、控訴人はこの剣道実技に参加しなかったものであるから、右評点が著しく不合理、不公平であるということとはできない。

むしろ、控訴人が本件各処分が違法であると主張するところは、要するに、神戸高専の教育においても信仰の自由は保障されるべきであるから、控訴人が信仰上の理由から剣道実技への参加を拒否したのに対し、神戸高専は右剣道実技に代わる何らかの代替措置をとるべきであるところ、その措置を講じないまま、被控訴人が本件各処分を行ったことが違法であるというものである。そして、神戸高専が控訴人に対し右代替措置をとらなかつたことは前認定のとおりである。

この控訴人の主張に対し、被控訴人は、剣道実技はスポーツであり、控訴

人がこの授業を拒否することは自由であるが、それによる不利益は控訴人が受けるべきで、神戸高専としては代替措置をとる必要がなく、信仰上の理由で剣道実技の授業を拒否する控訴人に対し代替措置をとることは、教育基本法のいう平等取扱や宗教教育禁止の原則（政教分離原則）に反することとなり、また教員の指導、説得に従わない控訴人の授業不参加を認めることになるが、それでは学生全体の規律が維持できない、神戸高専では現実に代替措置をとるだけの予算及び人的余裕がなく、不可能であったなどと主張しているものである。

このようにみえてくると、本件において、本件各処分が適法であったを否かに関する争点は、神戸高専において、控訴人に対し、代替措置をとるべきであったかどうか収斂されるのである。

そこで、以下、これについて検討する。

### 二 代替措置を講ずることの必要性の有無

1 前認定のように、控訴人は、神戸高専に在学していたのであるから、その在学関係にあることから、控訴人は、神戸高専において必修とされた授業科目を受講する義務があり、学校の秩序を乱す行動をしてはならないものであるが、他方、控訴人は、「エホバの証人」であって、その信仰上の理由から、剣道実技の授業を受けることができなかったというものである。

そして、前記第四認定の事実によれば、控訴人が剣道実技への参加を拒否する右理由は、真摯なものであり、控訴人にとって、内心の信仰の核心的部分と密接に関連するものであるということが出来る。

2 ところで、憲法が保障する信教の自由は、それが内心の信仰にとどまる限りは、これを制約することは許されないが、信仰が外部に対し積極的又は消極的な形で表される場合に、それによって他の権利や利益を害するとき、常にその自由が保障されるというものではない。そして、このような場合には、信教の自由を制約することによって得られる公共的利益とそれによって失われる信仰者の利益について、それぞれの利益を法的に認めた目的、重要性、各利益が制限される程度等により、その軽重を比較考量して、信教の自由を制限することが適法であるか否かを決すべきである。

したがって、本件においては、神戸高専が控訴人に対し剣道実技に代わる代替措置をとらなかつたことによって保持しうる公共的な利益と控訴人が剣道実技の受講を拒否したことによって受けなければならなかつた不利益、すなわち本件各処分との軽重を比較考量することとなる。

3 高等専門学校については文部省告示の学習指導要領はなく、その第三学年までについては高等学校指導要領が参考にされており（乙二、弁論の全趣旨）、この高等学校指導要領における体育科目の履修の目標は、各種の運動を合理的に実践し、運動技能を高めるとともに、その経験を通して、公正、

協力、責任などの態度を育て、強健な心身の発達を促し、生涯を通じて継続的に運動を実践できる能力と態度を育てることとされている（甲一〇）。

そして、前認定の事実によれば、体育科目は必修科目ではあるが、学生が履修すべき種目は、右目標に沿って、それぞれの高等専門学校の実情に応じて、各校が選択採用できるものであって、高等教課標準では、格技については剣道以外に四種目が掲げられ、さらに、右高等学校指導要領では、それまで主として男子生徒には武道（柔道と剣道）を履修させることとされていたが、平成元年三月一五日の文部省告示第三六号の高等学校指導要領では、各学校は、武道かダンスのいずれかを採用できることとされ、武道は必ず履修しなければならないものではなくなった（甲九、一〇）。

そうすると、神戸高専において体育科目として剣道種目を採用したことに不合理なところはなく、深く専門の学芸を教授し、職業に必要な能力を育成する高等専門学校であっても、高等学校の生徒と同年令の高等専門学校の学生にとって、体育科目の履修の重要性は否定できないが、その目的から見て、剣道実技の修得がなにもものにも代え難い必要不可欠なものであって、剣道実技をせず、代替措置では体育の教育効果をあげることができないとまでいうことはできない。

4 確かに、神戸高専における教育は、義務教育ではなく、学生がその自由意思によって入学してくるものではあるが、神戸市が前記設置目的に従って設置した公の教育施設であって、広く授業その他施設の利用について門戸を開放しているから、神戸高専は、入学を認められた学生に対して、右設置目的に沿って可能な限り、予定されている授業を受けるなど施設利用について十分な機会を与えるための教育的配慮をする義務があり、これが教育基本法一条、二条及び右設置目的の趣旨にかなうものであると解せられるから、義務教育でないからといって、右教育的配慮をする必要がないということとはできない。

また、神戸高専は平成二年度の入学について、同年度から体育科目の一種として剣道種目を採用したことを関係中学校や生徒の保護者に説明しており（前認定）、控訴人の保護者は、入学に際して剣道の面下（面の下の頭に被る布）を購入しているが（控訴人（原審）

）、右に述べたところから、このように神戸高専が剣道種目の実施について関係外部に周知させ、控訴人が面下を購入したからといって、右教育的配慮を不要とする事情とはいえず、控訴人が予め剣道実技の受講を承諾していたものともいえない。

なお、剣道の面下は、神戸高専が学生に対し、入学前に、指定日時に販売場所である同校の体育館で購入するよう指定した教材教具の一つで（乙四）、控訴人の保護者は、他の教材教具とセットになって袋に入れて販売さ

れていた面下を購入したものである（控訴人（原審））。

5 神戸高専が、控訴人に対し、剣道実技に代わる代替措置をとらなければならないとした場合に、その措置の内容及び実施方法については、前記体育科目履修の目的が実現できる範囲内で、右教育的配慮として、神戸高専の裁量において採用決定することができるものであるが、控訴人に対しこの代替措置をとった場合に、控訴人が剣道実技を受講する場合に比較して、担当教員等の負担が多少増加することはあっても、それ以外に、被控訴人が主張するように、神戸高専における教育秩序が維持できないとか学校全体の運営に看過できない重大な支障を生ずるおそれがあったと認めうる証拠はない。

なお、ある高等専門学校においては、控訴人のような学生に対し、レポートの提出又は他の運動をさせる代替措置を採用している学校もある（被控訴人）。

むしろ、被控訴人は、控訴人が入学してくる以前に、信仰上の理由で、格技の授業を拒否する学生が入学してくることを予想しており（被控訴人）、神戸高専においてこれが現実化すると、即座に、体育教員は、控訴人に対し、剣道実技の拒否は認めないことを明確に表明し、被控訴人も同様の方針を明らかにし、また、控訴人及びその保護者からの代替措置をとってほしいとの申し出に対しても、終始これを拒否して、控訴人やその保護者に対して、剣道実技を受講するようあるいはさせるよう説得し、剣道実技の補講以外の措置をとらなかった（前認定）のであるから、控訴人について、右教育的配慮としての代替措置をとる必要性があるか否かについて、それを決定する権限を有する被控訴人が、十分にその検討を尽くしてはなかった可能性が高いといわざるを得ない。被控訴人は、救済措置として剣道実技の補講を実施又は予定したと主張するが、補講とはいえ、それは剣道実技であるから、宗教上の信条に基づいて剣道実技の授業への参加を拒んでいる控訴人にとっては、代替措置というに値しないものである。

6 控訴人は、信仰上の理由で剣道の授業を拒否し、消極的な形で控訴人の信仰を外部に対し行動に示しているのであるが、控訴人にとって、この拒否行為は控訴人の信仰の核心的部分と密接不可分とされているものである（前認定）。そして右拒否は、神戸高専の教育方針と相容れず、控訴人は本件各処分を受けたわけで、本件各進級拒否処分は、控訴人が第一学年で学んだ各科目及び体育科目の剣道実技以外の種目の学習を無に帰せしめて、再学習を余儀なくさせる効果を持つものであり、被控訴人の考えでは、本件各処分について裁量の余地はなく、連続二回の進級不認定は退学処分につながるというのである（被控訴人、前認定）。してみると、剣道実技の受講を拒否することによって、神戸高専において教育を受けようとする控訴人が被る不利益は極めて大きく、本件退学命令処分は、控訴人を神戸高専から排除し、右教

育を受ける機会を全く剥奪する処分にほかならないから、これによって控訴人が被る不利益が余りにも甚大なものであることは明白である。

7 そうすると、右3ないし6の認定事実及び判断を総合し、前2で述べたように、神戸高専の教育施設としての公共的な利益と控訴人が失う利益とを比較考慮すると、本件の場合には、被控訴人は、信仰上の理由で剣道実技の授業に参加しない控訴人に対し、代替措置をとることについて法的、実際の障害がない限り、その教育的配慮に基づき、剣道実技の授業に代わる代替措置をとるべきであったといわなければならない。

### 三 代替措置をとることについての法的、実際の障害の有無

1 憲法二〇条三項の定め（政教分離）を受けて、教育基本法九条二項は、公立学校が特定の宗教のための宗教教育をし、宗教活動することを禁じており、被控訴人が控訴人に対し右代替措置をとることは、宗教上の理由による控訴人の剣道実技の授業への不参加を、結果として、承認することを前提とするものである。

しかし、前述のように、代替措置をとる目的はあくまでも、可能なかぎり控訴人が神戸高専において信教の自由を侵されない状況の下で教育を受ける機会を保障しようというものであって、その措置も、控訴人の受講拒否に対して、他の学生に比して有利な学習条件を設けることが求められているのではなく、被控訴人が前記体育科目の教育目標、教育効果や他の学生との公平等を考慮しつつ、教育的配慮として行う裁量に委ねられているのである。したがって、この裁量が適切に行使されれば、代替措置によって控訴人に対し特に有利な地位を付与することにはならず、身体上の理由等で体育実技に参加できない学生に対し代替措置を講じる場合と実質的に径庭のないものであって、右代替措置が宗教的色彩を帯びるものではないことはもとより、被控訴人が代替措置を採用、実施したからといって、控訴人が信奉する宗教（エホバの証人）を援助、助長又は促進する効果あるいは他の宗教の信仰者や無宗教者に対する圧迫や干渉の効果を生じる可能性はないというべきである。

さらに、被控訴人は、控訴人に対し剣道実技の受講拒否を認めるとすると、その拒否理由を判断しなければならないが、これは公教育の宗教的中立性に反するとも主張する。しかし、被控訴人が行うべき拒否理由についての判断は、教育者としての十分な経験を有する教員であれば、控訴人がいうところの理由が単なる怠学のための口実であるか否か、控訴人の説明する宗教上の信条と剣道実技の受講拒否との関連性についてそれなりの合理的根拠が認められるか否かといった程度の調査をもって必要にして十分であり、それ以上に当該宗教の教義、内容に立ち入った審査を必要とするものではなく、また、すべきものでもないのであるから、右程度の調査をすることが公教育

の宗教的中立性に反するとはいえない。

そして、神戸高専の体育担当教員及び被控訴人は、控訴人の拒否理由について調査するまでもなく、エホバの証人である学生が格技の授業をその信仰上の理由から強く拒否することを事前又は事後に十分に知っていたものである（前第四認定の事実、被控訴人）。

したがって、被控訴人において、宗教上の理由による控訴人の剣道実技の授業への不参加に対し、代替措置をとることが、右憲法及び教育基本法の規定あるいはその趣旨に反し又は憲法一四條（公平原則）に反するものではないから、被控訴人が右代替措置をとることには、法的な障害があったとはいえない。

2 被控訴人は、神戸高専の予算、教員数から、控訴人に対し代替措置をとることができなかつたと主張するが、これまでもしばしば述べたように、被控訴人が控訴人に対しどのような内容の代替措置を採用するかは、その裁量によるものであって、当裁判所において、特定の代替措置を前提としてそれが障害となるものであったか否かを判断することはできないから、被控訴人がいかなる代替措置を前提として右主張をしているのか必ずしも明らかでない本件においては、仮に右主張の事実が認められたとしても、これをもって、被控訴人が代替措置を講じることに実際上の障害があったということとはできない。

被控訴人は、剣道実技が体を動かして学習する授業であるから、代替措置もそのような学習内容のものでなければならないという考えを持っているが（被控訴人、弁論の全趣旨）、仮にそうであるとしても、予算や教員数の制限を考慮しつつ、できる範囲で柔軟に対応し、次善の方策を講じることが全く不可能であったとは考えられない。被控訴人が、教育的配慮の一環として、右のような学習以外の代替措置について慎重な考慮をしたと認めうる証拠はなく、却って、既に認定したように、被控訴人は、平成二年度、三年度において、剣道実技の受講拒否を認めないの方針を頑なに維持し、代替措置の可否についてはそもそも頭から検討の俁外に置いていたものである。

そうすると、被控訴人が控訴人に対し剣道実技に代わる代替措置を講じるについて、実際上の障害があり、これを実施できなかったという被控訴人の主張は、採用することができない。

### 第七 まとめ

以上の認定及び判断によれば、本件においては、被控訴人は、信仰上の理由で剣道実技の授業に参加できないという控訴人に対し、その教育的裁量を適切に行使して、右授業に代わる代替措置をとる必要があり、この代替措置をとることにおいて、法的にも実際上も障害があったとはいえないところ、被控訴人は、代替措置を全く講じないまま、評価された控訴人の体育科目の

不認定を基に、控訴人に対し、本件各進級拒否処分をし、連続二度にわたって進級できないことを理由に、控訴人が学業劣等で成業の見込みがない学生に該当すると判断して、控訴人に対し、本件退学命令処分をしたのであるから、被控訴人は、本件各処分をするに当たって、その処分理由及び処分の必要性の判定において行使されるべき裁量権を著しく逸脱して本件処分をしたものであり、したがって、本件各処分は違法であるというべきである。

#### 第八 結論

叙上のとおりであって、控訴人の本件請求は理由があり、これを認容すべきであるから、これと異なる原判決は正当ではなく、本件控訴は理由がある。

よって、原判決を取消して、控訴人の請求を認容し、訴訟費用の負担につき行訴法七条、民訴法九六条、八九条を適用して、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 島田禮介 裁判官 大石貢二 裁判官 岩谷憲一)

## 《全文》

【文献番号】28010410

進級拒否処分取消、退学命令処分等取消請求事件

最高裁判所平成七年（行ツ）第七四号

平成八年三月八日第二小法廷判決

上告人 神戸市立工業高等専門学校長

被上告人 小林邦人

## 主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

## 理 由

上告代理人依正市、同重宗次郎、同荻野年彦、同坂口行洋、同寺内則雄、同小川洋一の上告理由について

一 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

1 被上告人は、平成二年四月に神戸市立工業高等専門学校（以下「神戸高専」という。）に入学した者である。

2 高等専門学校においては学年制が採られており、学生は各学年の修了の認定があって初めて上級学年に進級することができる。神戸高専の学業成績評価及び進級並びに卒業の認定に関する規程（以下「進級等規程」という。）によれば、進級の認定を受けるためには、修得しなければならない科目全部について不認定のないことが必要であるが、ある科目の学業成績が一〇〇点法で評価して五五点未満であれば、その科目は不認定となる。学業成績は、科目担当教員が学習態度と試験成績を総合して前期、後期の各学期末に評価し、学年成績は、原則として、各学期末の成績を総合して行うこととされている。また、進級等規程によれば、休学による場合のほか、学生は連続して二回原級にとどまることはできず、神戸市立工業高等専門学校学則（昭和三八年神戸市教育委員会規則第一〇号。以下「学則」という。）及び退学に関する内規（以下「退学内規」という。）では、校長は、連続して二回進級することができなかった学生に対し、退学を命ずることができること

とされている。

3 神戸高専では、保健体育が全学年の必修科目とされていたが、平成二年度からは、第一学年の体育科目の授業の種目として剣道が採用された。剣道の授業は、前期又は後期のいずれかにおいて履修すべきものとされ、その学期の体育科目の配点一〇〇点のうち七〇点、すなわち、第一学年の体育科目の点数一〇〇点のうち三五点が配点された。

4 被上告人は、両親が、聖書に固く従うという信仰を持つキリスト教信者である「エホバの証人」であったこともあって、自らも「エホバの証人」となった。被上告人は、その教義に従い、格技である剣道の実技に参加することは自己の宗教的信条と根本的に相いれないとの信念の下に、神戸高専入学直後で剣道の授業が開始される前の平成二年四月下旬、他の「エホバの証人」である学生と共に、四名の体育担当教員らに対し、宗教上の理由で剣道実技に参加することができないことを説明し、レポート提出等の代替措置を認めて欲しい旨申し入れたが、右教員らは、これを即座に拒否した。被上告人は、実際に剣道の授業が行われるまでに同趣旨の申入れを繰り返したが、体育担当教員からは剣道実技をしないのであれば欠席扱いにするとされた。上告人は、被上告人らが剣道実技への参加ができないとの申出をしていることを知って、同月下旬、体育担当教員らと協議をし、これらの学生に対して剣道実技に代わる代替措置を採らないことを決めた。被上告人は、同月末ころから開始された剣道の授業では、服装を替え、サーキットトレーニング、講義、準備体操には参加したが、剣道実技には参加せず、その間、道場の隅で正座をし、レポートを作成するために授業の内容を記録していた。被上告人は、授業の後、右記録に基づきレポートを作成して、次の授業が行われるより前の日に体育担当教員に提出しようとしたが、その受領を拒否された。

5 体育担当教員又は上告人は、被上告人ら剣道実技に参加しない学生やその保護者に対し、剣道実技に参加するよう説得を試み、保護者に対して、剣道実技に参加しなければ留年することは必至であること、代替措置は採らないこと等の神戸高専側の方針を説明した。保護者からは代替措置を採って欲しい旨の陳情があったが、神戸高専の回答は、代替措置は採らないというものであった。その間、上告人と体育担当教員等関係者は、協議して、剣道実技への不参加者に対する特別救済措置として剣道実技の補講を行うこととし、二回にわたって、学生又は保護者に参加を勧めたが、被上告人はこれに参加しなかった。その結果、体育担当教員は、被上告人の剣道実技の履修に関しては欠席扱いとし、剣道種目については準備体操を行った点のみを五点（学年成績でいえば二・五点）と評価し、第一学年に被上告人が履修した他の体育種目の評価と総合して被上告人の体育科目を四二点と評価した。第一

次進級認定会議で、剣道実技に参加しない被上告人外五名の学生について、体育の成績を認定することができないとされ、これらの学生に対し剣道実技の補講を行うことが決められたが、被上告人外四名はこれに参加しなかった。そのため、平成三年三月二三日開催の第二次進級認定会議において、同人らは進級不認定とされ、上告人は、同月二五日、被上告人につき第二学年に進級させない旨の原級留置処分をし、被上告人及び保護者に対してこれを告知した。

6 平成三年度においても、被上告人の態度は前年度と同様であり、学校の対応も同様であったため、被上告人の体育科目の評価は総合して四八点とされ、剣道実技の補講にも参加しなかった被上告人は、平成四年三月二三日開催の平成三年度第二次進級認定会議において外四名の学生と共に進級不認定とされ、上告人は、被上告人に対する再度の原級留置処分を決定した。また、同日、表彰懲戒委員会が開催され、被上告人外一名について退学の措置を採ることが相当と決定され、上告人は、自主退学をしなかった被上告人に対し、二回連続して原級に留め置かれたことから学則三一条に定める退学事由である「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に該当するとの判断の下に、同月二七日、右原級留置処分を前提とする退学処分を告知した。

7 被上告人が、剣道以外の体育種目の受講に特に不熱心であったとは認められない。また、被上告人の体育以外の成績は優秀であり、授業態度も真しなものであった。

なお、被上告人のような学生に対し、レポートの提出又は他の運動をさせる代替措置を採用している高等専門学校もある。

二 高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであり、裁判所がその処分の適否を審査するに当たっては、校長と同一の立場に立って当該処分をすべきであったかどうか等について判断し、その結果と当該処分とを比較してその適否、軽重等を論ずべきものではなく、校長の裁量権の行使としての処分が、全く事実の基礎を欠くか又は社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超え又は裁量権を濫用してされたと認められる場合に限り、違法であると判断すべきものである（[最高裁昭和二八年（オ）第五二五号同二九年七月三〇日第三小法廷判決・民集八巻七号一四六三頁](#)、[最高裁昭和二八年（オ）第七四五号同二九年七月三〇日第三小法廷判決・民集八巻七号一五〇一頁](#)、[最高裁昭和四二年（行ツ）第五九号同四九年七月一九日第三小法廷判決・民集二八巻五号七九〇頁](#)、[最高裁昭和四七年（行ツ）第五二五号同五二年一月二〇日第三小法廷判決・民集三一巻七号一一〇一頁](#)参照）。しかし、退学処分は学生の身分をはく奪する重大な措置であり、学校

教育法施行規則一三条三項も四個の退学事由を限定的に定めていることからすると、当該学生を学外に排除することが教育上やむを得ないと認められる場合に限って退学処分を選択すべきであり、その要件の認定につき他の処分の選択に比較して特に慎重な配慮を要するものである（前掲[昭和四九年七月一九日第三小法廷判決](#)参照）。また、原級留置処分も、学生にその意に反して一年間にわたり既に履修した科目、種目を再履修することを余儀なくさせ、上級学年における授業を受ける時期を延期させ、卒業を遅らせる上、神戸高専においては、原級留置処分が二回連続してされることにより退学処分にもつながるものであるから、その学生に与える不利益の大きさに照らして、原級留置処分の決定に当たっても、同様に慎重な配慮が要求されるものというべきである。そして、前記事実関係の下においては、以下に説示するとおり、本件各処分は、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えた違法なものといわざるを得ない。

1 公教育の教育課程において、学年に応じた一定の重要な知識、能力等を学生に共通に修得させることが必要であることは、教育水準の確保等の要請から、否定することができず、保健体育科目の履修もその例外ではない。しかし、高等専門学校においては、剣道実技の履修が必須のものとはいい難く、体育科目による教育目的の達成は、他の体育種目の履修などの代替的方法によってこれを行うことも性質上可能というべきである。

2 他方、前記事実関係によれば、被上告人が剣道実技への参加を拒否する理由は、被上告人の信仰の核心部分と密接に関連する真しなものであった。被上告人は、他の体育種目の履修は拒否しておらず、特に不熱心でもなかったが、剣道種目の点数として三五点中のわずか二・五点しか与えられなかったため、他の種目の履修のみで体育科目の合格点を取ることは著しく困難であったと認められる。したがって、被上告人は、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否の結果として、他の科目では成績優秀であったにもかかわらず、原級留置、退学という事態に追い込まれたものというべきであり、その不利益が極めて大きいことも明らかである。また、本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったことは明白である。

上告人の採った措置が、信仰の自由や宗教的行為に対する制約を特に目的とするものではなく、教育内容の設定及びその履修に関する評価方法についての一般的な定めに従ったものであるとしても、本件各処分が右のとおり性質を有するものであった以上、上告人は、前記裁量権の行使に当たり、当

然そのことに相応の考慮を払う必要があったというべきである。また、被上告人が、自らの自由意思により、必修である体育科目の種目として剣道の授業を採用している学校を選択したことを理由に、先にみたような著しい不利益を被上告人に与えることが当然に許容されることになるものでもない。

3 被上告人は、レポート提出等の代替措置を認めて欲しい旨繰り返し申入れていたのであって、剣道実技を履修しないまま直ちに履修したと同様の評価を受けることを求めていたものではない。これに対し、神戸高专においては、被上告人ら「エホバの証人」である学生が、信仰上の理由から格技の授業を拒否する旨の申出をするや否や、剣道実技の履修拒否は認めず、代替措置は採らないことを明言し、被上告人及び保護者からの代替措置を採って欲しいとの要求も一切拒否し、剣道実技の補講を受けることのみを説得したというのである。本件各処分の前示の性質にかんがみれば、本件各処分に至るまでに何らかの代替措置を採ることの是非、その方法、態様等について十分に考慮するべきであったということができ、本件においてそれがされていたとは到底いうことができない。

所論は、神戸高专においては代替措置を採るにつき実際的な障害があったという。しかし、信仰上の理由に基づく格技の履修拒否に対して代替措置を採っている学校も現にあるというのであり、他の学生に不公平感を生じさせないような適切な方法、態様による代替措置を採ることは可能であると考えられる。また、履修拒否が信仰上の理由に基づくものかどうかは外形的事情の調査によって容易に明らかになるであろうし、信仰上の理由に仮託して履修拒否をしようという者が多数に上るとも考え難いところである。さらに、代替措置を採ることによって神戸高专における教育秩序を維持することができないとか、学校全体の運営に看過することができない重大な支障を生ずるおそれがあったとは認められないとした原審の認定判断も是認することができる。そうすると、代替措置を採ることが實際上不可能であったということではできない。

所論は、代替措置を採ることは憲法二〇条三項に違反するとも主張するが、信仰上の真しな理由から剣道実技に参加することができない学生に対し、代替措置として、例えば、他の体育実技の履修、レポートの提出等を求めた上で、その成果に応じた評価をすることが、その目的において宗教的意義を有し、特定の宗教を援助、助長、促進する効果を有するものということではできず、他の宗教者又は無宗教者に圧迫、干渉を加える効果があるともいえないのであって、およそ代替措置を採ることが、その方法、態様のいかんを問わず、憲法二〇条三項に違反するということができないことは明らかである。また、公立学校において、学生の信仰を調査せん索し、宗教を序列化して別段の取扱いをすることは許されないものであるが、学生が信仰を理由

に剣道実技の履修を拒否する場合に、学校が、その理由の当否を判断するため、単なる怠学のための口実であるか、当事者の説明する宗教上の信条と履修拒否との合理的関連性が認められるかどうかを確認する程度の調査をすることが公教育の宗教的中立性に反するとはいえないものと解される。これらのことは、[最高裁昭和四六年（行ツ）第六九号同五二年七月一三日大法廷判決・民集三一巻四号五三三頁](#)の趣旨に徴して明らかである。

4 以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、体育科目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、二年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って学則にいう「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に当たるとし、退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。

右と同旨の原審の判断は、正当として是認することができ、原判決に所論の違法はない。その余の違憲の主張は、その実質において、原判決の右判断における法令の解釈適用の誤りをいうものにすぎない。また、右の判断は、所論引用の各判例に抵触するものではない。論旨は採用することができない。

よって、行政事件訴訟法七条、民訴法四〇一条、九五条、八九条に従い、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

(裁判長裁判官 河合伸一 裁判官 大西勝也 裁判官 根岸重治 裁判官 福田博)

Ⅱ 児童扶養手当（奈良事件）訴訟  
（最判平成 14 年 1 月 31 日民集 56 卷 1 号 246 頁）

**《全文》****【文献番号】 27828072**

児童扶養手当資格喪失処分取消請求事件

奈良地裁平成六年（行ウ）第一号

平成六年九月二八日判決

原告 原田由美

被告 奈良県知事

代理人 川口泰司 岸上温幸 前川典和 西川裕 西仲光弘 ほか一〇名

**主 文**

- 一 被告が、原告に対し、平成五年一〇月二七日付けでした児童扶養手当受給資格喪失処分を取り消す。
- 二 訴訟費用は被告の負担とする。

**事実及び理由****第一 請求の趣旨**

主文同旨

**第二 事案の概要**

本件は、原告が、婚姻（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。以下、右のような事情を「事実婚」という）によらないで児童（以下、右の児童を「婚姻外の児童」という）を懐胎、出産し、その児童を監護し、被告から児童扶養手当の支給を受けていたところ、被告が、右児童の父が右児童を認知したことを理由として児童扶養手当受給資格喪失処分（以下「本件処分」という）をしたため、原告が被告に対し、婚姻外の児童が父から認知されたときは児童扶養手当を支給しないと規定している児童扶養手当法（以下「法」という）施行令（以下「施行令」という）一条の二第三号末尾の括弧書（以下「本件括弧書」という）は、法の下での平等を定めた憲法一四条に反し、無効であるなどと主張して、右規定に基づく本件処分の取消しを求めた事案である。

**【児童扶養手当法（昭和三六年法律第二三八号）】**

一条（目的）

この法律は、父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給し、もって児童の福祉の増進を図ることを目的とする。

**二条（児童扶養手当の趣旨）**

1 児童扶養手当は、児童の心身の健やかな成長に寄与することを趣旨として支給されるものであって、その支給を受けた者は、これをその趣旨に従って用いなければならない。

2 児童扶養手当の支給は、婚姻関係を解消した父等が児童に対して履行すべき扶養義務の程度又は内容を変更するものではない。（昭和六〇年法律第四八号により追加）

**三条（用語の定義）**

この法律において「児童」とは、一八歳未満の者又は二〇歳未満の者で政令で定める程度の障害の状態にある者をいい（一項）、「婚姻」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含み、「配偶者」には、婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある者を含み、「父」には、母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあった者を含むものとする（三項）。

**四条（支給要件）**

都道府県知事は、ア父母が婚姻を解消した児童（一項一号）、イ父が死亡した児童（一項二号）、ウ父が政令で定める程度の障害の状態にある児童（一項三号）、エ父の生死が明らかでない児童（一項四号）、オその他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの（一項五号）のいずれかに該当する児童の母ないしその養育者がその児童を監護するときは、その母等に対し、児童扶養手当を支給する（一項）。右の規定にかかわらず、父と生計を同じくしているとき（二項六号）、母の配偶者に養育されているとき（二項七号）等に該当するときは、児童扶養手当を支給しない（二項）。

施行令一条の二（法四条一項五号の政令で定める児童）

一号 父（母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあった者を含む。以下次号において同じ。）が引き続き一年以上遺棄している児童

二号 父が法令により引き続き一年以上拘禁されている児童

三号 母が婚姻（婚姻の届出をしていないが、事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。）によらないで懐胎した児童（父から認知された児童を除く。）

四号 前号に該当するかどうか明らかでない児童

なお、法制定当時、衆参両議院社会労働委員会は、政府は、本制度の実施にあたっては、その原因のいかんを問わず、父と生計を同じくしていないすべての児童を対象として、児童扶養手当を支給するよう措置すべきことを附帯決議している（〈証拠略〉）。

【本件処分経緯等】（この事実は当事者間に争いが無い。）

一 原告は、婚姻（事実婚を含む）によらないで原田裕二（以下「本件児童」という）を懐胎し、平成二年一月一日に出産し、現在、本件児童を監護している。本件児童は、平成五年五月二日、その父である開本邦夫により認知された。

二 原告は、平成三年一月八日、奈良県桜井市長に対し、本件児童を対象児童として児童扶養手当認定請求書を提出し、被告から受給資格が認定され、児童扶養手当認定通知書の交付を受け、同年二月分から児童扶養手当が支給されていたところ、被告は、原告に対し、平成五年一月二七日付けで、本件児童が認知をされたため本件括弧書により平成五年五月二日に児童扶養手当の受給資格が消滅したとして、児童扶養手当資格喪失通知書を交付した。原告は、本件処分を不服として同年一月八日、被告に対し、異議申立てをしたが、被告は、平成六年一月五日付けで右申立てを棄却する決定をした。

【争点】

本件の争点は、主として本件括弧書が、法の下での平等を定めた憲法一四条に違反するか否かの点である。

《原告の主張》

一 憲法一四条違反

1 父母が法律婚を解消した児童との不平等

父母が法律婚を解消した児童につき父に扶養義務（民法八七七条一項）があることは、父に認知（同法七七九条）され遡及的に父子関係が生じた（同法七八四条）児童の場合と同じである。しかるに、父母が法律婚を解消した児童の監護者に児童扶養手当が支給される（法四条一項一号）のに対し、認知された事実婚外の非嫡出子の監護者に児童扶養手当が支給されないのは、法の下での平等を定めた憲法一四条に違反するから、本件括弧書は、無効である。

婚姻外の児童は、一般的に法律婚を解消した家庭の児童に比して劣悪な生活環境の下で養育されており、父の認知があったとしても、生活環境が改善される可能性は僅かであり、認知を理由に児童扶養手当の支給を打ち切るのには不合理である。もっとも、父が認知後一年以上遺棄していれば児童扶養手当が支給されることになる（施行令一条の二第一号）が、これは父母が法律婚を解消した児童と比較して明らかに不合理な差別である。

2 認知された事実婚（内縁）の児童との不平等

母が児童を懐胎した当時事実婚（内縁）関係にあった児童については、父母が事実婚関係を解消した後に児童が認知された場合でも、当該児童の監護者に対して児童扶養手当が支給されるのに、認知された婚姻外の児童には児童扶養手当を支給しないのは明らかに不合理な差別であり、憲法一四条に違背する。

二 条約違反

本件規定括弧書は、「世界人権宣言」二五条二項、「子供の権利宣言」一条、「市民的及び政治的権利に関する国際規約」（昭和五四年条約第七号、いわゆるB規約）二四条一項（児童の権利の平等）、「児童の権利に関する条約」（平成六年条約第二号）二条一項、「女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約」（昭和六〇年条約第七号）一六条一項d号に違反する。

三 児童扶養手当法違反

法は前記のとおり児童扶養手当の支給要件（四条一項一号ないし四号）を、ア父母が婚姻を解消した児童、イ父が死亡した児童、ウ父が政令で定める程度の障害の状態にある児童、エ父の生死が明らかでない児童とし、そして同条五号でその他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるものと規定して、政令に右アないしエ以外の支給要件を委任しているが、法一条の目的と衆参両議院社会労働委員会の附帯決議に照らせば、婚姻外の児童が認知されたとしても父と生計を同じくするわけではなく、父母が婚姻を解消した場合と何ら異なるところはないから、認知されたことをもって支給要件を欠くとする本件括弧書は明らかに法の委任する範囲を逸脱するものである。

《被告の主張》

一 憲法一四条違反について

以下の理由により、本件括弧書は合理性を有し、憲法一四条に違背しない。

1 婚姻外の児童については、認知以前のその扶養状況は母によるもののみであるが、父が認知すると、児童を扶養する義務を負う者が新たに登場するという児童にとってより好ましい事情が発生する。

2 父母が離婚した場合も、婚姻外の児童を父が認知した場合も、父が児童に対して扶養義務を負うことには何ら差異はないが、児童の福祉を図るという立法趣旨の下に、ある児童は、父母が離婚した結果、生活環境の変化を受ける状況を想定し、また、ある児童は、もともといわゆる母子家庭であったのが、新たに父が現れて扶養するものが増えたという状況を想定し、その間の状況が異なることに着目して、父の認知という観点からではなく児童の観点から、児童扶養手当の支給対象に関し差異を設けることには、合理性があ

る。

3 父の認知に伴い受給資格を喪失するとしているのは、父が認知により児童を扶養するとの意思表示を行ったものと解し、民法上の扶養義務の履行を見守るべきであるという観点からである。認知により扶養義務を負う父が登場するという児童にとって好ましい状況が発生し、婚姻外の児童に父ができたのであるから、第一義的には、その父が扶養義務を果たし、それによって児童が養育されることが、その児童の福祉にとっても好ましいことと考えられる。このような場合に児童福祉手当の支給を継続するとすれば、逆に、認知した父の扶養責任の放棄につながりかねない。

認知を受けて一旦受給資格を喪失したとしても、父が子を一年以上遺棄している場合には、法施行令一条の二第一号により再び児童扶養手当が支給される。この規定の存在からも、婚姻外の児童が認知を受けたか否かという一応の基準を示しつつ、「父が扶養をしているか否か」というその実態にも着目して、婚姻外の児童の児童扶養手当の支給が考慮されているのである。

児童扶養手当は全額公費で賄われているのであるから、右に述べたように、第一義的には新たに父として認知した者に児童の扶養義務を果たさせて、これを見守り、仮にこれが果たされず、遺棄の状態になった場合には、改めて手当の支給を再考することが、社会的にも合意の得られる範囲である。

4 施行令一条の二第三号は、いわゆる「行きずり」による懐胎によって出生した児童のように血縁上の父が不明な場合を想定したもので、法四条一項四号の「父の生死が明らかでない児童」に準じる場合として類型化されたものであり、父母が婚姻を解消した場合の児童の境遇と婚姻外の児童との境遇とは相当異なるものである。そして、父の生死が明らかとなり、事実上、児童に対する扶養の可能性が生じた段階で支給対象から除外されることとの均衡上、婚姻外の児童も父から認知されることにより父からの養育の可能性が生じることにより、支給対象から除外されることとしたものである。なお、血縁上の父が判明している場合には「事実上婚姻関係と同様の事情にある場合」として扱われることが予測できる。

5 事実婚の解消の場合は、同居あるいは定期的な訪問、仕送り等父に一定の責任のある状態が従前存在していたことが前提となるから、この意味で認知の有無にかかわらず、離婚した家庭と同様の状況にある。これに対し、婚姻外（未婚）の母については、こうした責任のある者の存在が分からない状態であって、母は自らの選択によって児童の養育を引受けることとしたのであって、事実婚状態を解消した母子家庭との間に一定の差異があることは明らかである。

6 以上のとおり、本件括弧書は、父に認知された婚姻外の児童と父母が婚姻（事実婚を含む）を解消した児童との間の生活状況の違いに着目して設けられたもので、父に認知された婚姻外の児童と父母が婚姻を解消した児童とを不当に差別するものではなく、相当の合理性がある。

二 条約違反について

原告の主張を争う。

三 児童扶養手当法違反について

原告の主張を争う。

第三 争点に対する判断

当裁判所は、以下の理由により、本件括弧書は、法の下での平等を定めた憲法一四条に反し、無効であると考えたものである。

一 憲法一四条一項は、「すべて国民は、法の下に平等であつて、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において差別されない。」と規定している。これは、合理的な理由なくして差別されないことが、個人の尊厳に立脚する民主的社会的の不可欠の要件であるとの考慮によるものと考えられ、法の下での平等は、憲法の最も重要な基本原理の一つといえることができる。

前掲のとおり、法一条は、「この法律は、父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給し、もって児童の福祉の増進を図ることを目的とする。」と定めているところ、当事者間に争いが無い本件処分の経緯等を照らせば、本件児童は、婚姻外の児童であったため、血縁上の父により認知された結果、本件括弧書により、その児童扶養手当の支給が打ち切られたものであって、法四条一項一号の規定により、婚姻（事実婚を含む）を解消した母に監護されるときに児童が児童扶養手当の支給を受けるのに比して差異があることは明らかである。

そして、母が本件児童を懐胎した当時、血縁上の父と母とが法律上の婚姻をしていたかどうかや事実婚の関係にあつたかどうかは、本件児童において自ら選択することが不可能であり、その出生により決定される事柄であるから、前記の差異は、本件児童の立場から見れば、その社会的な地位又は身分により経済的関係において差別的な取扱を受けたことになる。

もっとも、児童扶養手当は、憲法二五条の規定の趣旨を実現する目的をもって設定された社会保障法上の制度であり（[最高裁判所昭和五七年七月七日大法廷判決民集七卷一二三五号九七六頁](#)参照）、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委ねられているから、手当の支給対象者の決定も広い裁量に委ねられており、法の委任により手当の支給対象者を政令により定める際にも、

その委任の範囲内で広範な裁量が認められ、一定の差異が生じたとしても憲法一四条違反の問題は起らない筈であるとの見解も考えられないではない。しかし、法が前記の目的のもとに、その支給要件を法四条一項のとおりに定め、同項五号において「その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」とした上、法施行令一条の二でその支給要件を定めた以上、その支給要件が何ら合理的理由がない不当な差別的取扱をするような内容であるときは、当該支給要件を定めた施行令は、裁量の範囲を逸脱したもので、憲法一四条の定める法の下での平等に直ちに違反するというべきである。

すなわち、一旦、法の委任の下に、政令で法四条一項一ないし四号に準ずる状態にある児童に該当する要件を定立した以上は、その定立にあたり裁量の余地があるとしても、これが何ら合理的理由なくして不当な差別的取扱をするような内容であってはならないことは当然であり、これをその裁量の範囲内とする余地はない。そして、このような差別的取扱を受けた者は、これが違憲・無効であることを主張して、その救済を求めることができると解するのが相当である。

二 そこで、以下、前記の差別的な取扱が合理的な理由に基づくものか否かを検討する。

#### 1 扶養義務（民法八七七条）と児童扶養手当について

民法によれば、父が非嫡出子を認知（民法七七九条）した場合には出生に遡って親子関係が生じ（同法七八四条）、父は児童に対して扶養義務（同法八七七条）を負うことになる。しかし、児童扶養手当法によれば、児童扶養手当は、ア児童の父母が法律婚を解消した場合、イ児童が認知された後、父母が事実婚を解消した場合、ウ父母が事実婚を解消した後、児童が認知された場合のいずれの場合にも、父は扶養義務を負うにもかかわらず、これが支給されることになっている。これに対し、ア児童の父母が事実婚関係にあるが、父からの認知がない場合は、民法上扶養義務を負う父は存在しないことになるが、児童扶養手当は支給されず、また、イ児童が母の配偶者に養育されている場合は、当該配偶者には児童に対して扶養義務はないが、児童扶養手当は支給されない（法四条二項七号）。これらの点に加え、前記の法一条の目的や法二条二項が「児童扶養手当の支給は、婚姻関係を解消した父等が児童に対して履行すべき扶養義務の程度又は内容を変更するものではない。」と定めていることなどを考慮すると、法は、父親不在の家庭の経済状態という事実に着目して、児童扶養手当の支給要件を設けているものであって、その支給と扶養義務を有する父が存在するか否かということとの間に必ずしも関連性を持たせていないというべきである。

したがって、児童に扶養義務者たる父が現れたからといって児童扶養手当

の支給を打ち切るとは法の趣旨にも反し、この点は、婚姻外の児童と婚姻（事実婚を含む）を解消した母に監護される児童との取扱を異にする合理的な理由とはなり得ない。

2 被告は、法は、父母が婚姻（事実婚を含む）を解消した場合に児童が生活環境の変化を受けることを想定し、これを緩和するという考えにたつて児童扶養手当を支給するのに対し（〈証拠略〉）、父が認知した場合には児童を扶養する義務を負う者が新たに登場するという児童にとってより好ましい事情が発生することを考えて児童扶養手当の支給を打ち切るのだから、本件括弧書は合理性を有すると主張する。

なるほど、法が、児童の生活環境の悪化を捉えて、これを支給要件としたと見る事ができれば、認知されたことは児童にとって好ましい事情が発生したといえることができる。

しかし、法一条の目的や、法四条一項一ないし五号の支給要件を見れば、例えば同項三号は、当初から父が障害の状態にある場合も考えられるから、法は、児童の生活環境の悪化のみを捉えてその支給要件としているものではないことが明らかである。また、この点で認知されたことを児童にとってより好ましい事情として見るのは、要するに、婚姻外の児童のうち、認知された児童と認知されていない児童とを比較することに帰するところ、既に述べたとおり、本件においては、認知された婚姻外の児童と婚姻（事実婚を含む）を解消した母に監護される時の児童とを比較して、その間の差別が合理的であるか否かを検討しているのだから、右の「事情の好転」を直ちに本件差別の合理性の根拠とすることはできない。

右の「事情の好転」が本件差別の合理性の根拠となるとすれば、それは、婚姻外の児童が認知された結果、婚姻（事実婚を含む）を解消した母によって監護される児童よりも、社会的、経済的に見てより良好な状態になることが必要と考えられるけれども、一般的にいつて、婚姻外の児童が認知されたからといって、婚姻（事実婚を含む）を解消した母に監護される児童に比較して、社会的、経済的に恵まれた生活環境で養育されるとは考えることができず、そのような事実関係を認めるべき資料もない。婚姻外の児童が認知されたということは、右児童と父との間に法律上の親子関係が生じる結果、扶養義務を負う父が存在するとの点で父母が法律婚を解消した児童と同じ状態になるにすぎないし、事実婚を解消した父がその解消の前後を問わず児童を認知した場合とも同様な状態といえることができる。したがって、被告の右主張は採用できない。

3 被告は、婚姻外の児童に父が現れたのであるから、児童の福祉の観点及び児童扶養手当が全額公費で賄われていることからして、第一義的には、その父に扶養義務を果たさせるべきであり、仮に、このような場合、児童扶養

手当を支給すると、逆に、認知している児童を扶養しようとする父の扶養責任の放棄につながりかねないと危惧されることを差別の理由として主張する。

しかし、右の理由からすると、父母が法律婚を解消した児童の場合や事実婚を解消した父がその解消の前後を問わず児童を認知していた場合も、その父に扶養義務を果たさせるべきであり、婚姻（事実婚を含む）の解消を支給要件の一つとすることには問題があるということになるから、右の主張は当を得ない。

なお、父母が婚姻の届出をしている場合、離婚の届出はないが事実上離婚状態にある母に監護される児童は、父が一年以上遺棄しないと児童扶養手当の支給を受けられない取扱がされていると認められる（「証拠略」）ところ、右の児童に比して、婚姻外の児童が認知されたときにも児童扶養手当を支給することは、婚姻外の児童をかえって厚く保護することにならないかとの疑問につき検討を加える。しかし、この点は、事実婚を解消した母に監護される児童と婚姻外の児童との差別に影響を及ぼすものではない上、法一条、三条三項、四条一項一号に照らせば、法律婚の父母が事実上離婚状態にあるとき、母に監護される児童に児童扶養手当が支給されると解することは十分に可能であり、前記の取扱は、行政能率等の観点から、支給要件の認定を容易かつ明確にしようとの要請によるものと考えられるので、前記の疑問は当裁判所の判断を左右するものではない。

4 被告は、認知されてから父が引き続き一年以上遺棄している場合（法施行令一条の二第一号）には児童扶養手当が支給されることとなるから、たとえ認知された時点で扶養手当の支給を受けることができなくなっても合理的であると主張する。しかし、父母が法律婚を解消した児童の場合や事実婚を解消した父がその解消の前後を問わず児童を認知していた場合には、そのような事実を問われることなく直ちに児童扶養手当が支給されるのに対し、認知された婚姻外の児童は少なくとも一年間その支給を受けることができず、さらに、遺棄という事態までにならないと児童扶養手当の支給を受けられないのであるから、当該差別を合理的なものということとはできない。

5 被告は、父の認知に伴い受給資格を喪失するとしたのは、認知により父が児童を扶養する旨の意思表示を行ったことになるから、こうした民法上の扶養義務の履行を見守るという観点からであると主張する。しかし、認知は、父が当該児童を自己の子と認める制度であり、これに伴い父に扶養義務が生ずることにはなるが、認知したことが直ちに父による児童の現実の扶養に結びつくとは限らず、特に強制認知（民法七八七条）の場合には右のような意思表示があったといえないことが明らかである。しかも、婚姻を解消した父が、扶養義務を果たし、扶養料を支払っていても児童扶養手当の支給が

打ち切られることはないのであるから、婚姻外の児童を認知した父がその扶養義務を果たし、扶養料を支払ったからといって児童扶養手当の支給を打ち切るのは合理的とはいえない。

ところで、法四条四項は父母が婚姻（事実婚を含む）を解消した児童につき、その解消した日の属する年の前年における父の所得が政令で定める額以上であるときは、児童扶養手当を支給しないと定めている。この規定から見ると、児童扶養手当を支給するか否かは、父母が婚姻（事実婚を含む）を解消した児童については父の収入を、婚姻外の児童については認知を、各基準としているもので、これは、後者の場合には、前者の場合以上に父の生活状況の把握が困難であることなどのため、父の経済的援助の意思を推測させる認知を基準としたものであるとも一応考えられないことはない。しかし、法四条四項は現在施行されておらず、現段階で右立法があることを前提として判断すべきには問題がある上、前記のとおり、認知をもって父の経済的援助の意思を推測できるとすることはできず、同項がそのただし書きにおいて「父が日本国内に住所を有しないこと、父の所在が長期間明らかでないことその他の特別の事情により母又は養育者が父に当該児童についての扶養義務の履行を求めることが困難であると認められるときは、この限りでない。」と定めていることに照らせば、婚姻外の児童につき、その父の収入や扶養義務の履行可能性を全く問うことなく、認知されたことのみで児童扶養手当の支給をしないと定めることは不合理というほかはない。

6 被告は、施行令一条の二第三号は、いわゆる「行きずり」による懐胎によって出生した児童のように血縁上の父が不明な場合を想定し、法四条一項四号の「父の生死が明らかでない児童」に準じる場合として類型化されたものであるから、父により認知がされ、父が明らかとなった場合に支給を打ち切るのは合理的であると主張する。しかし、婚姻外の児童には、ア母が児童を懐胎したときに事実婚の状態とまではいえないが血縁上の父が判明している場合とイ右の意味での父も不明である場合の二つの場合があると考えられる。そして、右イの場合には同号に準じるといえるが、右アの場合には、当初から血縁上の父が判明しているのであるから、父の生存が確認されたというより、法律上扶養義務を有する父が存在しないという点で、父母が事実婚を解消した認知されていない児童に類似するといえることができるから、右の主張は失当である。

7 結局、認知された婚姻外の児童に対する本件差別を合理的であるとする理由を見出すことはできない。

三 以上のとおり、父母が婚姻（事実婚を含む）を解消した児童につき児童扶養手当を支給するのに対して、婚姻外の児童が認知された場合には児童扶養手当を支給しないということにつき何ら合理的な理由を見出すことはでき

ず、右差別は明らかに不合理なものというべきであり、本件括弧書は法の下  
の平等を定めた憲法一四条に違背する。

#### 第四 結論

以上の次第で、婚姻外の児童につき、児童が認知されたことにより児童扶  
養手当の支給対象外とする本件括弧書は、父母が婚姻を解消した児童及び事  
実婚を解消した後に父から認知された児童に比較して婚姻外の児童をその社  
会的な地位又は身分により経済的關係において明らかに差別するものであ  
り、右差別は合理的な理由によるものとはいえないから、法の下での平等を定  
めた憲法一四条に違背し、無効というほかない。したがって、その余の争点  
につき判断するまでもなく、本件括弧書に基づく本件処分は当然に違法であ  
る。

よって、本件処分は違法であるからこれを取消し、訴訟費用の負担につ  
き、行政事件訴訟法七条、民訴法八九条を適用して主文のとおり判決する。

(裁判官 前川鉄郎 井上哲男 近田正晴)

**《全文》****【文献番号】 28010303**

児童扶養手当受給資格喪失処分取消請求事件

大阪高裁平六（行コ）七四号

平7・11・21民二部判決

**判 決**

《住所略》

控訴人奈良県知事 柿本善也

右訴訟代理人弁護士 川村俊雄

右指定代理人 山元裕史 ほか一三名

《住所略》

被控訴人 甲野花子

右訴訟代理人弁護士 三住忍

同 多田実

同 福井英之

**主 文**

- 一 原判決を取り消す。
- 二 被控訴人の請求を棄却する。
- 三 訴訟費用は、第一、二審とも被控訴人の負担とする。

**事実及び理由****第一 当事者の申立****一 控訴人**

主文同旨

**二 被控訴人**

- 1 本件控訴を棄却する。
- 2 控訴費用は控訴人の負担とする。

**第二 事案の概要**

事案の概要は、原判決一〇頁一行目の「主として」から二行目の「違反するか」までを「本件処分が適法であるか」と改め、控訴人及び被控訴人の各主張に次のとおり付加するほか、原判決の「事実及び理由」中の「第二事案の概要」欄に記載のとおりであるからこれを引用する。

**一 控訴人の主張**

1 本件括弧書は、施行令一条の二第三号の一部にすぎず、同号は、全体として法四条一項五号による委任に基づき認知されない婚姻外の児童を保護対象者として児童扶養手当を支給する旨を定めた規定である。

そして、本件処分は、法四条一項所定の支給要件のいずれにも該当しなくなったためにされたものであるから適法である。

本件括弧書のみを無効とすることは、その実質において父から認知された婚姻外の児童を監護する母にも手当を支給すると言う別個の支給要件を定めた規定を創設するものである。しかし、裁判所が、自ら児童扶養手当の支給要件を創設し、その要件が存することを前提として、本件処分を取り消すことは政令制定権者の権限を侵すものであり、司法の限界を超え、許されない。

2 児童扶養手当を支給する保護対象者として父から認知された婚姻外の児童という類型を規定していない施行令一条の二は、次に述べるとおり憲法一四条一項に違反するものではない。

（一）児童扶養手当は、憲法二五条の規定の趣旨を実現するために設けられた社会保障制度であるから、具体的にどのような制度を設けるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられている。そして、社会権の保障がもともと実質的平等の実現を志向するものであり、そこに立法府の広い裁量を認めざるを得ない以上は、憲法一四条一項の平等原則の適用に際しても立法府の裁量を尊重すべきである。

そこで、施行令一条の二が父から認知された婚姻外の児童を保護対象として児童扶養手当を支給する旨規定していないことが憲法一四条一項に違反するかどうかを判断するについては、右のような規定を設けなかったことが著しく合理性を欠き明らかに裁量権の逸脱・濫用と見ざるを得ないものであるかどうか、その結果として何ら合理的理由のない不当な差別的取扱いをするものであるかどうかという観点から判断されなければならない。

（二）法は、四条一項一号ないし四号に限定した場合により、児童の父の状態に着目して基本的な保護範囲を画しているところ、右各号における「父」には、婚姻外の児童の父を含まないから、法は、婚姻外の児童を保護対象者とするかどうかは政令制定者の裁量にゆだねていると解される（法が婚姻外の児童を保護対象者とするを当然の前提としていないことは、法四条一項五号が「その他父と生計を同じくしていない児童で政令で定めるもの」な

どの規定をしていないことからもうかがうことができる。) 。そして、法四  
条一項一號ないし四號は、児童の「生活環境の悪化」を児童扶養手当の支給  
の重要な指標としているが、婚姻外の児童は、当然に「生活環境の悪化」が  
あるということも、同項一號ないし四號に準ずる状態にあるともいえない。  
したがって、婚姻外の児童を一律に保護の対象外とすることも裁量の範囲内  
ということもできるところ、父の生死が明らかでない場合(四號)に準じて  
支給対象とするものの、四號の場合には父の生存が明らかになったときには  
保護対象とされないこと、法律上婚姻している父母が別居するなどのために  
児童が父と生計を同じくしない場合は児童扶養手当の支給要件に含まれない  
こと等との均衡などを考慮して、婚姻外の児童につき認知の有無という客観  
的指標によって保護対象者とするかどうかを画することも合理的であって、  
裁量権の範囲内である。

(三) 児童扶養手当は、児童を監護する母等に対して支払われるものである  
から、婚姻外の児童と婚姻により懐胎した児童を比較して、本件処分が憲法  
一四條一項に違反するかどうかを論ずることは、受給資格者(被控訴人)の  
権利義務と直接関係のない事情をもって本件処分の違法をいうものであって  
失当である。

## 二 被控訴人の主張

1 施行令一条の二第三号は、「(イ)母が婚姻によらないで懐胎した児童  
について支給する。(ロ)前項の規定にかかわらず児童が父から認知された  
場合には支給しない。」という規定と同内容であって、本件括弧書は、実質  
的には右の(ロ)項のような制限規定である。このことは、施行令制定の経  
過としては、衆参両院の社会労働委員会の附帯決議を受けて、まず、婚姻外  
の児童を支給対象とすることを決定した上で、支給制限を検討しているこ  
と、法は「父と生計を同じくしない児童」「母子家庭の児童」を保護の目的  
としているところ、婚姻外の児童は、法が保護を予定している母子家庭の児  
童に該当するのに、本件括弧書はこれを制限する趣旨の規定であることから  
明らかである。本件括弧書を違憲無効とすることは、右制限規定の解除であ  
るから、裁判所の権限に属する。

2 (一) 施行令は、衆参両院の社会労働委員会の附帯決議を受けて制定され  
たものであるから、附帯決議の内容に拘束され、これと無関係に広範な裁量  
権があるものではない。法の趣旨、目的及び右の附帯決議に照らすと、認知  
された婚姻外の児童のみを児童扶養手当の支給対象から除外することは、立  
法(政令制定)に当たっての裁量権の範囲を逸脱する。

(二) 法四條一項一號ないし四號が「生活環境の悪化」に着目して児童扶養  
手当の支給要件を規定したものではないことは、児童が生まれながらにして  
父と生計を共にしていない場合であっても児童福祉手当が支給される場合が

あることから明らかである。法は、父の実質的不在・母子家庭に着目して  
要件が定められているのであるから、本件括弧書には合理性がない。

(三) 本件括弧書があることにより、認知された婚姻外の児童については父  
母が離婚した嫡出子と異なり児童扶養手当が支給されないこと、児童扶養手  
当が支給されなくなることが認知を受けることの実事上の障害となり、認知  
請求権を害している。本件括弧書はその意味で非嫡出子全体を嫡出子と差別  
するものである。

なお、児童扶養手当は、児童を監護する母等に支給されるのであるが、そ  
れは、母等が児童のために児童に代わって受領するものであって、児童のた  
めのものであるから、児童を基準として差別の合理性を検討すべきである。

## 第三 証拠《略》

### 第四 当裁判所の判断

一 1 被控訴人は、本件処分が本件括弧書を根拠規定としてされたものであ  
ると主張する。その趣旨は、本件括弧書は、法四條二項ないし四項と同様の  
独立の児童扶養手当支給の消極要件を定めたものであり、本件処分は、この  
消極要件に該当するものとして本件括弧書を根拠規定としてされたものであ  
ると理解することを前提とするものと解される。

2 児童扶養手当は、法四條一項各号のいずれかに該当する児童の母がその  
児童を監護するとき、又はその児童の母以外の者がその児童を養育するとき  
に、その母又は養育者に対して支給されるものである(法四條一項)が、そ  
の児童が同條二項各号のいずれかに該当するときは、その児童には支給され  
ず(同條二項)、また、母又は養育者が同條三項各号のいずれかに該当する  
ときには、その母又は養育者には支給がされず(同條三項)、法九條ないし  
一一條に規定する事由に該当する事由があるときには、児童扶養手当の全部  
又は一部の支給が停止されるものとされている。

このような法の規定を見ると、法四條一項は、児童扶養手当の支給の積極  
要件を定め、同條二項及び三項が、その消極要件を定め、法九條ないし一一  
條が支給制限事由を規定したものであること、法四條一項各号は、児童扶養  
手当支給の積極要件の一つである支給対象となる児童を定めたものであるこ  
とは明らかである。そして、施行令一条の二は、法四條一項五号の委任を受  
けて制定されたものであるから、同條各号も、それぞれが児童扶養手当の支  
給対象となる児童を定めたものということができる。そうすると、施行令一  
條の二第三号も、本件括弧書を含め全体として同條の他の号と同様に、児童  
扶養手当の支給対象となる児童を定めた規定であって、それ自体の中に、児  
童扶養手当の支給対象となる児童を規定するほか、消極要件までも規定して  
いるものと解することはできない。

この点、被控訴人は、施行令一条の二第三号は、「(イ)母が婚姻によら

ないで懐胎した児童について支給する。(ロ)前項の規定にかかわらず、当該児童が父から認知された場合には、支給しない。」という規定と同一であり、本件括弧書は右規定の(ロ)項に当たり、消極要件を規定したものである旨主張し、たしかに、本件括弧書があることによって、児童扶養手当が支給されるかどうかという結論においては、被控訴人の主張のような規定がある場合と同一の結果となる。しかし、前述のとおり、施行令一条の二は、児童扶養手当支給の積極要件中の支給対象児童を規定した四条一項五号の委任を受けたものであるから、法四条一項一号ないし四号に準ずる支給対象児童を規定したものであって、消極要件を規定することは、委任の範囲を超えると解されることから、被控訴人主張のように解することはできない。

3 以上に述べたとおり、施行令一条の二第三号は、本文と括弧書という二つの規定ではなく、一体として母が婚姻によらないで懐胎した児童であって父から認知されていないものを児童扶養手当の支給対象とすることを定めた規定である。

したがって、本件括弧書が独立した児童扶養手当支給の消極要件を規定したものであること、本件処分は、本件児童が本件括弧書の規定する扶養手当受給の消極要件に該当するに至ったことを理由としてされたものであることを前提とする被控訴人の主張は、その前提を欠くこととなり、その主張は、ひっきょう、婚姻によらないで懐胎した児童であって父に認知されたものを児童扶養手当の支給対象とする規定をおかないという立法ないし政令制定の不作为を違法とするものに帰する。

しかし、施行令一条の二第三号のうち本件括弧書のみを取り出して、それを無効とし、本件括弧書の無効を理由として本件処分を取り消すことは、一体として母が婚姻によらないで懐胎した児童であって父から認知されていないものを児童扶養手当の支給対象とすることを定めた施行令一条の二第三号の規定の趣旨に反し、法四条一項各号(施行令一条の二各号を含む。)が児童扶養手当の支給対象として規定してない母が婚姻によらないで懐胎した児童であって父から認知されたものについても児童扶養手当の支給対象に含める法律又は政令が存在するものとし、そのような法律又は政令を適用して本件処分を取り消すことと同一の結果となり、立法府又は政令制定者の権限を侵すこととなるから許されない。

4 以上要するに、本件処分は、本件児童が、法四条一項各号に規定する支給対象児童のいずれにも該当しなくなったためにされたものというべきところ、本件児童が認知されたことにより施行令一条の二第三号に規定する児童に該当しなくなったことは当事者間に争いがなく、弁論の全趣旨によると、法四条一項各号が規定するその他の支給対象児童のいずれにも当たらないことが認められるから、本件処分は適法である。

二のみならず、本件括弧書(婚姻によらないで懐胎した児童で父に認知されたものを支給対象としないこと)は、次の1ないし4で説示するとおり、憲法一四条一項等に違反するものではないと解され、被控訴人ないし本件児童につき本件括弧書に規定する事由が生じたこと(本件児童が施行令一条の二第三号に規定する児童に該当しなくなったこと)は当事者に争いがなければ、その点からも本件処分は適法である。

1 児童扶養手当は、憲法二五条の規定の趣旨を実現する目的をもって設定された社会保障上の制度であるが、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おり(最高裁昭和五一年(行ツ)第三〇号同五七年七月七日大法廷判決・民集三六卷七号一三五頁参照)、どのような児童を児童扶養手当の支給対象とするかは、立法府の裁量の範囲に属する事柄と見るべきである。もっとも、憲法一四条一項は合理的理由のない差別を禁止しているから、憲法二五条の規定の要請にこたえて制定された法令において、支給要件等について何らかの区別が設けられている場合に、それが何らの合理的理由のない不当な差別的取扱いであるなど立法府の合理的な裁量判断の限界を超えていると認められるときには、憲法一四条一項違反の問題が生ずるというべきである。

したがって、本件括弧書が、憲法一四条一項に違反するかどうかは、父に認知された婚姻によらないで懐胎した児童を児童扶養手当の支給対象としないことにつき何ら合理的理由がないなど、立法府にゆだねられた合理的な裁量判断の限界を超えるかどうかという観点から判断されるべきである。

2 法は、「父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給することにより、児童の福祉の増進を図ることを目的」としているのであるが(法一条)、すべての父と生計を同じくしていない児童を児童扶養手当の支給対象とするという政策を採用せず、法四条一項各号に該当する児童のみを支給対象としていることは、法一条、四条一項の文理上明らかである(なお、前述の衆議院及び参議院の社会労働委員会の各附帯決議は、右委員会の希望を表明したものにすぎず、何ら法的な効力を有するものでないことは、附帯決議の性質上明らかである)。そして、同項五号は、政令で指定する児童につき、同項一号ないし四号に規定する児童に準ずる児童とするほか特段の制限を付していないから、同項一号ないし四号に規定する児童に準ずる児童の中から児童扶養手当の支給対象となる児童の類型を指定することを政令制定者の裁量にゆだねているというべきである。

ところで、法四条一項自体が具体的に規定している児童扶養手当の支給対象である児童((1)父母が婚姻を解消した児童(同項一号)、(2)父が

死亡した児童（同項二号）、

（3）父が政令で定める程度の障害の状態にある児童（同項三号）、（4）父の生死が明らかでない児童（同項四号）は、（イ）父が存在するがその父に児童を扶養することを期待することが困難な類型のうちの一定のもの（（1）、（3））と、（ロ）父が存在しないために父による扶養を受けることができない類型の児童のうちの一定のもの（（2）、

（4））。なお、父が存在するか不明な場合である場合も、児童の扶養という点からは、存在しないのと同視し得る。）について、児童扶養手当の支給対象としたものであることをうかがうことができる。

そして、同項五号の委任に基づき制定された施行令一条の二は、（5）父が引続き一年以上遺棄している児童（同条一号）、（6）父が法令により引き続き一年以上拘禁されている児童（同条二号）、（7）母が婚姻によらないで懐胎した児童（父が認知された児童を除く。）（同条三号）及び（8）前号に該当するかどうか明らかでない児童（同条四号）を児童扶養手当の支給対象とすることを規定しているが、これらも、（イ）父が存在するがその父に児童を扶養することを期待することが困難な類型の児童（（5）、（6））及び（ロ）父が存在しないために父による扶養を受けることができない類型の児童（（7）、

（8））として、支給対象とされたものと解することができる（すなわち、施行令一条の二第三号の規定する児童は、父が存在しないために父が児童を扶養することができない場合である法四条一項二号又は四号に準ずるものとして規定されたものと解することができる。）。

父が不存在の児童については、父の不存在それ自体から「当該児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与する」ために児童扶養手当を支給する必要性が典型的に肯定される場合であるから、（ロ）を指標として、児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲を画することは、それなりに合理的なものである。そうすると、その反面として、父の不存在という指標に該当する事実がなくなった場合（すなわち父が存在するに至った場合）には、他の支給対象児童となる事実がある場合は別として、典型的に児童扶養手当必要性がなくなったものとするのも、それなりに合理的なものといえることができ、立法者の裁量の範囲内に属するものと解される。そして、本件括弧書は、帰るところ父の不存在という指標に該当する事実を規定したものであるところ、右のとおり、そのような指標によって児童扶養手当の支給対象を画することが不合理といえないから、本件括弧書を設けたこと（婚姻によらないで懐胎した児童で父に認知されたものを支給対象としないこと）は、立法府（ないしは政令制定者）の裁量の範囲内に属すると解され、憲法一四一条一項に違反するものとはいえない。

3 本件括弧書が存する結果、母が婚姻によらないで懐胎した児童について児童扶養手当が支給されていた場合に、当該児童が父から認知されたときは、当該児童は児童扶養手当の支給対象とならなくなり、右父が当該児童に対する扶養義務を尽くすと否とにかかわらず、当該児童を監護している母又は養育者は児童手当の受給権を喪失することになる。しかし、同様の結果は、父の不存在を指標としたと解される前記（2）及び（4）の場合にも生ずるものである。すなわち、父が死亡したため、又は父の生死が不明であるとして児童扶養手当が支給されていた場合に、当該児童が養子縁組をしたとき又は父の生存が確認されたときも、その養父ないし生存が確認された父が、当該児童に対する扶養義務を尽くすかどうかにかかわらず、法四条一項二号又は四号の支給対象児童でなくなったことを理由に児童扶養手当の受給権が消滅すると解されるのである。この結果は、当該児童について父の不存在という支給対象児童である要件が欠けたためであって、母が婚姻によらないで懐胎した児童であることにより当該児童、ひいては当該児童を監護する母又は養育者を差別するものではない。

4 また、前記説示に照らすと、条約違反の主張も失当であり、また、本件括弧書を設けたこと（施行令一条の二第三号婚姻によらないで懐胎した児童で父に認知されたものを支給対象としないこと）は、法の委任の範囲内であることも明らかである。

#### 第五 結論

よって、本件処分を取消しを求める被控訴人の請求は、理由がないのでこれを棄却すべきであるから、これと異なる原判決を取消し、被控訴人の請求を棄却することとし、訴訟費用の負担について、行政事件訴訟法七条、民事訴訟法九六条、八九条に従い、主文のとおり判決する。

大阪高等裁判所第二民事部

裁判長裁判官 山中紀行 裁判官 武田多喜子 裁判官 水上敏

## 《全文》

【文献番号】 28070264

児童扶養手当資格喪失処分取消請求事件  
最高裁判所第一小法廷平成8年（行ツ）第42号  
平成14年1月31日判決

## 主 文

原判決を破棄する。  
被上告人の控訴を棄却する。  
控訴費用及び上告費用は被上告人の負担とする。

## 理 由

上告代理人三住忍、同多田実、同横田保典、同福井英之の上告理由について

1 児童扶養手当法（以下「法」という。）4条1項は、児童扶養手当の支給要件として、都道府県知事は次の各号のいずれかに該当する児童の母がその児童を監護するとき、又は母がないか若しくは母が監護をしない場合において、当該児童の母以外の者がその児童を養育するときは、その母又は養育者に対し、児童扶養手当を支給するとし、支給対象となる児童として、「父母が婚姻を解消した児童」（1号）、「父が死亡した児童」（2号）、「父が政令で定める程度の障害の状態にある児童」（3号）、「父の生死が明らかでない児童」（4号）、「その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」（5号）を規定している（ここに規定する場合を含め、法にいう「婚姻」には、婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含むものとされている（法3条3項）。以下、本判決においても同じ。）。そして、児童扶養手当法施行令（平成10年政令第224号による改正前のもの。以下「施行令」という。）1条の2は、法4条1項5号に規定する政令で定める児童として、「父（母が児童を懐胎した当時婚姻の届出をしていないが、その母と事実上婚姻関係と同様の事情にあった者を含む。以下次号において同じ。）が引き続き1年以上遺棄している児童」（1号）、「父が法令により引き続き1年以上拘禁されている児童」（2号）、

「母が婚姻（婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある場合を含む。）によらないで懐胎した児童（父から認知された児童を除く。）」（3号）、「前号に該当するかどうか明らかでない児童」（4号）を規定している。

2 原審の適法に確定したところによれば、上告人は、婚姻によらないで子を懐胎、出産して、これを監護しており、施行令1条の2第3号に該当する児童を監護する母として平成3年2月分から児童扶養手当の支給を受けていたが、同5年5月12日、子はその父から認知されたため、被上告人は、これにより児童扶養手当の受給資格が消滅したとして、同年10月27日付けで児童扶養手当受給資格喪失処分（以下「本件処分」という。）をしたというのである。

3 上記事実関係の下で、原審は、次のとおり判断し、本件処分の取消しを求める上告人の請求を認容した第1審判決を取消して、上告人の請求を棄却した。

（1）施行令1条の2第3号は、「（父から認知された児童を除く。）」との括弧書部分（以下「本件括弧書」という。）を含め、全体として児童扶養手当支給の積極要件である支給対象となる児童を定めた規定であって、本件括弧書が独立した児童扶養手当支給の消極要件を定めたものとはいえない。同号の規定のうち本件括弧書のみを取り出して、それを無効として本件処分を取り消すことは、母が婚姻によらないで懐胎した児童（以下「婚姻外懐胎児童」という。）であって父から認知されていないものを児童扶養手当の支給対象とすることを一体として定めた同号の規定の趣旨に反し、法及び施行令が児童扶養手当の支給対象として規定していない父から認知された婚姻外懐胎児童についても児童扶養手当の支給対象に含める法令が存在するものとし、そのような法令を適用して本件処分を取り消すことと同一の結果となり、立法府又は政令制定者の権限を侵すことになるから、許されない。

（2）のみならず、本件括弧書を設けたことは、憲法に違反するものでもなく、法の委任の範囲内である。法は、法4条1項1号ないし4号に規定する児童に準ずる児童の中から児童扶養手当の支給対象児童の類型を指定することを政令制定者の裁量にゆだねているところ、法4条1項2号及び4号は、父が存在しないため父による扶養を受けることができない類型を定めたものであり、施行令1条の2第3号は、これに準ずるものとして規定されたと解される。父の不存在を指標として児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲を画することは、それなりに合理的なものといえることができ、その反面として、父の不存在という指標に該当する事実がなくなった場合には、典型的に児童扶養手当の支給対象とする必要性がなくなったものとするのも、それなりに合理的なものといえることができる。本件括弧書は、帰するところ父の

不存在という指標に該当する事実を規定したものであり、本件括弧書を設けたことは、立法府ないし政令制定者の裁量の範囲内に属するものと解され、違憲、違法なものとはいえない。

4 しかしながら、原審の上記判断は、是認することができない。その理由は次のとおりである。

(1) 施行令1条の2第3号の規定は、婚姻外懐胎児童を児童扶養手当の支給対象児童として取り上げた上、認知された児童をそこから除外するとの明確な立法的判断を示していると解することができる。そして、このうち認知された児童を児童扶養手当の支給対象から除外するという判断が違憲、違法なものとして評価される場合に、同号の規定全体を不可分一体のものとして無効とすることなく、その除外部分のみを無効とすることとしても、いまだ何らの立法的判断がされていない部分につき裁判所が新たに立法を行うことと同視されるものとはいえない。したがって、本件括弧書を無効として本件処分を取り消すことが、裁判所が立法作用を行うものとして許されないということとはできない。

(2) そこで、政令制定者が施行令1条の2第3号において本件括弧書を設けたことが、法の委任の範囲を超えたものということができるか否かについて検討する。

法は、父と生計を同じくしていない児童が育成される家庭の生活の安定と自立の促進に寄与するため、当該児童について児童扶養手当を支給し、もって児童の福祉の増進を図ることを目的としている(法1条)が、父と生計を同じくしていない児童すべてを児童扶養手当の支給対象児童とする旨を規定することなく、その4条1項1号ないし4号において一定の種類の児童を掲げて支給対象児童とし、同項5号で「その他前各号に準ずる状態にある児童で政令で定めるもの」を支給対象児童としている。同号による委任の範囲については、その文言はもとより、法の趣旨や目的、さらには、同項が一定の種類の児童を支給対象児童として掲げた趣旨や支給対象児童とされた者との均衡等をも考慮して解釈すべきである。

法は、いわゆる死別母子世帯を対象として国民年金法による母子福祉年金が支給されていたこととの均衡上、いわゆる生別母子世帯に対しても同様の施策を講ずべきであるとの議論を契機として制定されたものであるが、法が4条1項各号で規定する種類の児童は、生別母子世帯の児童に限定されておらず、1条の目的規定等に照らして、世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童、すなわち、児童の母と婚姻関係にあるような父が存在しない状態、あるいは児童の扶養の観点からこれと同視することができる状態にある児童を支給対象児童として類型化しているものと解することができる。母が婚姻によらずに懐胎、出産した婚

姻外懐胎児童は、世帯の生計維持者としての父がいない児童であり、父による現実の扶養を期待することができない種類の児童に当たり、施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において婚姻外懐胎児童を法4条1項1号ないし4号に準ずる児童としていることは、法の委任の趣旨に合致するところである。一方で、施行令1条の2第3号は、本件括弧書を設けて、父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象児童から除外することとしている。確かに、婚姻外懐胎児童が父から認知されることによって、法律上の父が存在する状態になるのであるが、法4条1項1号ないし4号が法律上の父の存否のみによって支給対象児童の類型化をする趣旨でないことは明らかであるし、認知によって当然に母との婚姻関係が形成されるなどして世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもない。また、父から認知されれば通常父による現実の扶養を期待することができるともいえない。したがって、婚姻外懐胎児童が認知により法律上の父がいる状態になったとしても、依然として法4条1項1号ないし4号に準ずる状態が続いているものというべきである。そうすると、施行令1条の2第3号が本件括弧書を除いた本文において、法4条1項1号ないし4号に準ずる状態にある婚姻外懐胎児童を支給対象児童としながら、本件括弧書により父から認知された婚姻外懐胎児童を除外することは、法の趣旨、目的に照らし両者の間の均衡を欠き、法の委任の趣旨に反するものといわざるを得ない。

(3) 原判決は、法4条1項2号の「父が死亡した児童」及び4号の「父の生死が明らかでない児童」は、父が存在しないため父による扶養を受けることができない類型を定めたものであり、施行令1条の2第3号は、本件括弧書を含めてこれに準ずるものとして規定されたものであるとし、父の認知によって受給資格が失われるのは、法4条1項2号及び4号により支給対象とされた児童について養父の出現や父の生存の確認によって父の不存在という事実がなくなれば父が扶養義務を尽くすか否かにかかわらず児童扶養手当の支給が打ち切られるのと同様であるとする。しかしながら、上記各号に定める父の死亡や父の生死不明も、単なる法律上の父の不存在ではなく、世帯の生計維持者としての父の不存在の場合を類型化したものということができるのであり、上記各号の場合に養父の出現や父の生存の確認によって世帯の生計維持者としての父の不存在の状態が解消されたとしてその受給資格を喪失させることと、認知により法律上の父が存在するに至ったとの一事をもって受給資格を喪失させることを同一視することはできないというべきである。

そして、このように解することは、事実上の婚姻関係にある父母の間に出生した児童が、事実上の婚姻関係の解消によって法4条1項1号の支給対象児童となった場合において、その後に父の認知があったとしても、その受給

資格に消長を来さないことと整合する。

5 以上のとおりであるから、施行令1条の2第3号が父から認知された婚姻外懐胎児童を本件括弧書により児童扶養手当の支給対象となる児童の範囲から除外したことは法の委任の趣旨に反し、本件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効と解すべきである。そうすると、その余の点について判断するまでもなく、本件括弧書を根拠としてされた本件処分は違法といわざるを得ない。

以上によれば、原審の前記判断には、法令の解釈適用を誤った違法があり、その違法は判決に影響を及ぼすことが明らかである。論旨は、この趣旨をいうものとして理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、前記示示によれば、原告人の請求を認容した第1審判決は、結論において是認することができるから、被告人の控訴を棄却すべきである。

よって、裁判官町田顯の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。

裁判官町田顯の反対意見は、次のとおりである。

私は、多数意見が本件括弧書は法の委任の範囲を逸脱した違法な規定として無効であると解することに、賛成することができない。その理由は、次のとおりである。

多数意見は、法が4条1項各号で規定する児童は世帯の生計維持者としての父による現実の扶養を期待することができないと考えられる児童を支給対象児童として類型化しているものと解し、婚姻外懐胎児童は世帯の生計維持者としての父がいない児童であり、認知によって世帯の生計維持者としての父が存在する状態になるわけでもないから、父から認知された婚姻外懐胎児童を支給対象児童としない本件括弧書は法の委任の趣旨に反し、無効であるとする。

しかし、児童扶養手当の制度は、多数意見も指摘するとおり、死別母子世帯には母子福祉年金が支給されていたところ、生別の場合も、死別の場合と同様、これにより児童の経済状態が悪化することは異ならないので、死別母子世帯との均衡から、生別母子世帯に対しても同様の施策を講ずることを主眼に創設されたものであり、かつ、これと同視することができる状態にある児童である〔1〕父が死亡した児童、〔2〕父が一定の障害の状態にある児童（事故、疾病等により父が障害者となることも少なくない。）及び〔3〕父の生死が明らかでない児童を支給対象児童として明記し、これらに準ずる状態にある児童で政令で定めるものも支給対象児童とすることができるものとしたものである。法が世帯の生計維持者としての父のいない児童すべてを支給対象児童とするものではないことは、その文言上からも明らかであり、また、このことを前提に、法の議決に当たり衆議院の社会労働委員会が、政

府は父と生計を同じくしていないすべての児童を対象として児童扶養手当を支給するよう措置することを求めていること（付帯決議が法的効力を持つものでないことは、いうまでもない。）によっても裏付けることができる。父と生計を同じくしていない児童のすべてではなく、父母の離婚等その児童の経済状態が悪化する特別の事情のある児童に限って児童扶養手当を支給する社会保障立法が、憲法に反するものでないことは、[最高裁昭和51年（行ツ）第30号同57年7月7日大法院判決・民集36巻7号1235頁](#)に照らし明らかである。これを、多数意見のように、法は世帯の生計維持者としての父がいない児童を類型化して支給対象児童としているものと解すると、その一つの典型である婚姻外懐胎児童について、法が4条1項に列記しないことの説明が困難と思われる。

このように解すべきものとすれば、内閣は、法4条1項5号の委任に基づき、政令を定める場合に、婚姻外懐胎児童を支給対象児童とすることを義務付けられているものではない。同号が同項1号から4号までに準ずる状態にある児童として政令に定めるものを支給対象児童とすると包括的、抽象的に定める趣旨は、どのような状態にある児童を同項1号から4号までに準ずる状態にあるとして政令に定めるかを、政令の制定権者である内閣の裁量にゆだねているものというべきである。そして、内閣が婚姻外懐胎児童を支給対象児童として政令で定める場合に、父から認知されたものと認知されていないものとで異なった扱いをしても、別異に扱うことに合理的理由があるなら、なお裁量の範囲内にあるものと解される。同じ婚姻外懐胎児童であっても、父から認知されたものは父に対し扶養請求権を持つのに、認知されていないものにはそのような権利はないから、社会福祉制度の一つである本件児童扶養手当の支給について、認知されていないもののみを支給対象児童とすることも合理的な理由があり、施行令1条の2第3号の括弧書部分が法の委任の趣旨に反するものとは解されない。このように解しても、認知を受けた児童が父から引き続き1年以上遺棄されている場合など、法4条1項2号から4号まで又は施行令1条の2第1号若しくは2号に該当する場合には、婚姻関係にある父母の間で出生した児童と同じ事由に基づき児童扶養手当の支給を受けることができるのであるから、格段の不利益を受けるものともいえない。多数意見は、事実上の婚姻関係にある父母の間で出生した児童が事実上の婚姻関係の解消によって児童扶養手当の支給を受けている場合に、その後の父の認知によって受給資格に消長を来さないのに、婚姻外懐胎児童の場合は父の認知により受給資格を欠くこととなるのは、整合性に欠けるようにいうが、事実上の婚姻関係にある父母の間で出生した児童については、法は、父の認知の有無にかかわらず、父があるものとして法を適用するものと

しているのであるから、認知によって法の適用上新たに父が出現するものではないのに対し、婚姻外懐胎児童の場合は、父の認知によって初めて父があることになるのであるから、受給資格に関し、認知の取扱いが異なっても、整合性に欠けることとなるものではない。

児童扶養手当は、前記のとおり、離婚等により経済状況が悪化した母子家庭等に支給される社会保障としての給付であるから、その運用は、この趣旨に従って行われるべきものであるところ、従前児童扶養手当を受ける事由となっていた受給資格に該当しなくなった場合でも、他の受給資格がある場合には、受給資格喪失処分をすることは許されないものと解するのが相当である。そして、本件のように父から認知を受けたことにより、施行令1条の2第3号の受給資格を欠くこととなった場合には、同条1号に規定する児童に該当する場合があることも十分予想されるから、児童扶養手当受給資格喪失処分の適否を判断するに当たっては、同号等に該当する事由の有無を釈明、審理する必要があるものというべきである。

よって、この点を判断させるため、原判決を破棄し、本件を原審に差し戻すのが相当である。

(裁判長裁判官 井嶋一友 裁判官 藤井正雄 裁判官 町田顯 裁判官 深澤武久)

Ⅲ 参議院議員定数訴訟

(最大判平成 21 年 9 月 30 日民集 63 卷 7 号 1520 頁)

**《全文》****【文献番号】 25451621**

選挙無効請求事件

東京高等裁判所平成19年（行ケ）第30号

平成20年3月27日第14民事部判決

（口頭弁論終結日 平成20年1月31日）

**判 決**

原告 A

原告 B

原告 C

原告 D

原告 E

原告 F

原告 G

原告 H

原告 J

原告 K

原告ら（原告Dを除く。）訴訟代理人弁護士 D

原告ら（原告Aを除く）訴訟代理人弁護士 A

被告 東京都選挙管理委員会

代表者委員長 L

指定代理人 M

同 N

同 P

同 Q

同 R

**主 文**

- 1 原告らの請求を棄却する。
- 2 訴訟費用は原告らの負担とする。

**事実及び理由****第1 当事者の求めた裁判****1 原告ら**

（1）平成19年7月29日に行われた参議院（選挙区選出）議員選挙の東京都選挙区における選挙を無効とする。

（2）訴訟費用は被告の負担とする。

**2 被告**

主文同旨

**第2 事案の概要**

1 本件は、東京都選挙区の選挙人である原告らが、平成19年7月29日に行われた参議院（選挙区選出）議員選挙（以下「本件選挙」という。）

が、平成18年法律第52号（平成18年6月7日公布）によって改正された公職選挙法14条、別表第三による選挙区及び議員定数の規定に従って実施されたところ、この議員定数の規定は、人口分布に比例した配分をしておらず、憲法が規定する代議制民主制、その基礎となる公正な代表を選出する契機である選挙権の平等の保障に反し、憲法14条、44条等に違反し無効であり、この改正規定に基づき実施された本件選挙は無効であると主張し、公職選挙法第204条に基づき、東京都選挙区における本件選挙の無効確認を求める訴訟である。

2 前提となる事実（末尾に証拠が掲記されていない事実は争いが無い事実である。）

（1）原告らは、平成19年7月29日に行われた本件選挙の東京都選挙区の選挙人である。

（2）本件選挙は、平成18年法律第52号（平成18年6月7日公布）によって改正された公職選挙法（以下「公選法」という。）14条及び別表第三に定める選挙区及び議員定数配分（以下、この改正された定数配分規定を「平成18年改正規定」という。）に従って実施された。

（3）別紙「表1—1」（以下「表1—1」というように「別紙」の表示を省略する。）は、平成12年国勢調査人口を基に、当該選挙区の現実の人口数（以下、この数値を「選挙区人口」という。）の多い順に47の選挙区を並べたものであり、選挙区人口の最も少ない鳥取県選挙区と大阪府選挙区とでは、議員1人当たりの選挙区人口が4.7857倍（小数点5桁以下4捨5入。）の較差が生じている。

また、平成17年国勢調査人口による、選挙区間における議員1人当たりの人口最大較差は、大阪府選挙区146万9528人と鳥取県選挙区30万

3506人との間の4.84であり、本件選挙当日の有権者数による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、神奈川県選挙区119万7275人と鳥取県選挙区24万6434人との間の4.86であった（乙1。小数点3桁以降4捨5入）。

平成17年国勢調査人口による、平成18年法律第52号による改正前の議員定数配分に基づく選挙区間における議員1人当たりの人口最大較差は、東京都選挙区157万2075人と鳥取県選挙区30万3506人との間の5.18であった（乙1。小数点3桁以降4捨5入）。

### 3 争点

平成18年改正規定による本件選挙の議員定数の配分は選挙権の平等の保障に反し無効であるか否か。

### 4 原告らの主張

(1) 憲法は、代表民主制を採用し（憲法前文一段、43条1項）、公務員の選定罷免権を国民固有の権利とし（同法15条1項）、普通選挙（同条3項）、平等選挙（同法14条1項、44条）を保障している。

そして、普通選挙制度、平等選挙制度の発展の歴史的経過からすると、選挙権の憲法的保障は、国民の人種、信条、性別、社会的身分、門地、その他具体的能力、資質及び居住地域の差異にかかわらず、形式的に一人一票の保障を要請し、かつ、その内容においても等価性の保障を要求するもの（一票等価）である。

憲法上、個々の国民は個人として尊重され（同法13条）、一人一票制は、個人の尊厳原理を根本原理とし、民主制維持、運営の面においてもそれが発現されなければならない、厳格な遵守が求められている。一般社会における平等への希求の深化に応じ、差別を許容する程度は急速に狭められ、2倍の較差（1人に2人分の投票価値を認めること）は到底認めることができず、可能な限り1対1に近接しなければならないということが、諸外国の例からみても明らかである。

かかる一人一票、一票等価に基づく選挙権の憲法的保障の要請は、国会が選挙区制を有する選挙制度を採用する場合には、各選挙区から選出される代表者（議員）数の配分を均等にすべく、人口分布に比例した配分をなすよう国会の立法権限を羈束している。

(2) しかるに、平成18年改正規定は、表1—1から明らかなように、各選挙区に人口分布に比例した配分をしておらず、憲法が規定する代議制民主制（憲法前文一段、43条1項）、その基礎となる公正な代表を選出する契機である選挙権の平等の保障（憲法第15条1項、14条1項）に反する配分となっており、違憲の評価を免れない。よって、憲法98条に基づき無効とされるべきものであり、平成18年改正規定に基づき実施された本件選挙

は無効である。

(3) このことは次のとおり表1—1によって明らかである。

ア 表1—1は、平成12年国勢調査による人口を基に、人口の多い順に47の選挙区を並べたものであるが、平成18年改正規定による議員定数の配分が、選挙区人口に比例していないことが明らかである。

イ 同表でいう「基準人数」とは、全人口を参議院（選挙区選出）議員の定数146で除して得られた整数値であり、議員1人が代表すべき人口を示す概念である。また、「必要人数」とは、「基準人数」に平成18年改正規定に基づく当該選挙区の配分議員数（以下「法定議員数」という。）を乗じて得られた数値で、当該選挙区における法定議員数により代表されるべき本来の人口数を示している。さらに、「過不足人数」とは、選挙区人口から「必要人数」を引いて得られた数値で、「必要人数」と選挙区人口との乖離の程度が明らかとなる。すなわち、この過不足人数が正の数値であるときは、選挙区人口が必要人数を上回り、当該選挙区において法定議員数によっては代表されていない人口が存在する（以下「代表の欠缺」という。）ことを示すものである。逆に、過不足人数が負の数値であるときは、選挙区人口が必要人数を下回り、当該選挙区において法定議員数により過剰に代表されている人口（以下「過剰代表」という。）が存在することを示している。

### ウ 東京都選挙区の状況

表1—1によれば、東京都選挙区は、選挙区人口が47選挙区の中で最も多い選挙区ではあるが、法定議員数は10人しか配分されていない。

「基準人数」86万9355人（小数点以下切捨て。）に前記「法定議員数」10を乗じた869万3550人（表1—1の「必要人数」欄）の人口が、本来、法定議員数10人により代表されるべき適正な人口数となるが、実際は選挙区人口1206万4101人（表1—1の「人口」欄）が10人の議員で代表されており、その差である337万0551人（表1—1の「過不足人数」欄）は「代表の欠缺」となっている。

この代表されない人口に対し、代表されるべき議員数を適正に配分するならば、法定議員数10人の外に、さらに3.8771人（小数点5桁以下4捨5入。表1—1の「過不足議員数」欄）の議員の配分が必要である。東京都選挙区は、少なくとも4人（表3—1参照）、偶数配分を前提とすると少なくとも2人（表2—1参照）の議員が不足し、「代表の欠缺」が顕著である。

### (4) 人口較差論による検証

ア 表1—1によれば、各選挙区間の議員1人あたりの人口は、最も少ない鳥取県選挙区と最も多い大阪府選挙区とでは、4.7857倍（小数点5桁以下4捨5入。）もの最大較差が生じており、平成18年改正規定は投票票

値の著しい不平等を残存させたままである。

イ また、参議院の特色として1選挙区に偶数配分をすることを前提とすると、選挙区人口を前記「基準人数」で除した数値（以下「配当基数」という。）が2未満の選挙区に対しても議員数として最低定数2を配分せざるを得ないことになる。そこで、人口較差論の中でも、配当基数2以上の各選挙区間の議員1人当たりの人口の較差について論ずるという考え方（[最高裁判所平成10年9月2日大法廷判決](#)（以下「[平成10年大法廷判決](#)」という。）における園部裁判官の意見や[最高裁判所平成16年1月14日大法廷判決](#)（民集58巻1号56頁。以下「[平成16年大法廷判決](#)」という。）における横尾裁判官の追加補足意見参照）に立脚して、議員数が4人以上配分されている選挙区に限ってその各選挙区間の議員1人あたりの人口数を比較しても、4人以上配分されている選挙区間で人口の最も少ない岐阜県選挙区と大阪府選挙区との間で、2.7851倍（小数点5桁以下4捨5入。）の較差が存している。この点からも、平成18年改正規定は、投票価値の著しい不平等を残存させていることは明らかである。

ウ また、参議院議員選挙法（昭和22年法律第11号）による参議院議員選挙における地方選出議員150人の選出のための定数配分においては、数表3に記載のとおり最大剰余法によって配分がされ、平成6年公選法改正において200人の衆議院議員を11の比例区に配分するに際しても同法が用いられるなど、各グループから代表者を選出する方法として最大剰余法は何人もその合理性を認める方法である。そして、この考えに共通するのは、全体の数を代表者の数で割った人数（基準人数）に1人の代表を与えるということである。また、過不足人数は基本人数の1人分を超えてはならないということである。1人分を超えるということは、基準人数の人口に議員が与えられず、誰もいない土地に議員を1人配分したのと同じであるからである。

平成12年国勢調査による人口を前提に過不足議員数をみれば、最高が4.12人で、選挙区のうち3つが3人以上、3つが2人以上、1人以上が12あり、その総数が18（総選挙区中38パーセント）あり、憲法に違反することは明らかである。

これを是正するには、表3—1に記載のとおり、選挙区人口を基準人数で除した比例値に応じて配分し、残余部分を剰余高の順に配分すれば良く、こうすることで、過不足議員数が1人を超えることはなくなる。この場合、1人区、3人区、7人区が生ずるが、3年ごとの選挙における被選挙人が異なることになるが、このことが平等原則に反するものということではできない。これが偶数定数制度の長所を失うものとするれば、表2—1のとおり、偶数配分を前提に最大剰余法を適用し、人口比例原則を重視して配分をすることもできる。しかし、この場合、過不足議員数が1人を超え、議員1人当たり人

口数の最大較差も4.8683になる。

（5）表1—2は、平成17年国勢調査人口に基づき、人口500万人以上の9都道府県（以下「9大道府県」という。）とその他の府県（地方別に区分したもの。以下「7地方」という。）とに区分し、表1—1と同趣旨で作成したものである。

これによれば、9大道府県と7地方とを2つのグループとして比較すると、ほぼ人口が同じ（差は9パーセント）であるのに、7地方は法定議員数が94人で、9大道府県の52人のほぼ2倍（1.8倍）であり、9大道府県は議員1人当たりの人口数もほぼ2倍（1.98倍）である。基準人数で検討すると、9大道府県が24人不足し、7地方が24人超過している。7地方からの選出議員は選挙区選出議員の6割を超えており、定数は正（たとえば、7地方の議員定数を24減とすること。）は、これら多数派議員の反対によって困難であり、参議院議員定数は正がこれまでできなかった理由は7地方への有利な配分にあったことが明らかである。議員定数の是正は「国会では癒すことができない病」といわれており、裁判所が違憲法令審査権を発動し、その違憲であることを宣言すべきである。

（6）議員定数の配分が憲法14条の法の下での平等に違反しているか否かは、定数配分によって生じている不平等が合理的根拠に基づくか否かという問題である。この合理的根拠については、被告に主張・立証責任があるのに、この主張がなく、この問題を回避するために国会の裁量論が利用されている。

平成6年、平成12年の定数配分の改定は、いずれも合理性がないものである。平成6年改定に際しては、早々と抜本的改正は先送りされ、社会党が5減の対象であった鹿児島県選挙区の定数減に反対し、これが実現せず、選挙人数の多い選挙区の議員定数が選挙人数の少ない選挙区の議員定数よりも少ないといういわゆる逆転現象の解消を目標に4増4減がされたに過ぎず、最大最小の格差是正も諦めたものであり、何ら合理性がなかった。

平成12年改定は、公聴会などで国民の意見を聞くこともなくスピード審議の上、定数10人の削減と批判の多かった非拘束名簿式への変更をしたものであり、根拠となるべき立法事実もないのに、党利優先で強行されたものである。

また、平成18年改正規定は、国会が[平成16年大法廷判決](#)に答える形で成立したものであるが、抜本的な改正ではなく、4人区のうち平成17年国勢調査で人口の最も少ない選挙区2つを減員し、大都市圏に各2人増員し、若干の是正をしたに過ぎないものである。

（7）平成17年国勢調査の人口を前提に、配分定数の是正のため、表4—1「基準人数の2倍以上にする合区案」が考えられ、この案は、隣接す

る基準人数2以下の選挙区を合区するものであり、合区の数できるだけ少なくするもので、その結果、選挙区数は34となり、過不足議員数1以上は存在せず、最大格差は1.9370である。また、表4—2「基準人数の6倍を目安にする合区案」が考えられ、これは基準人数の6倍を目安に合区するものであり、1選挙区の配分議員数6人ないし8人が中心になり、選挙区数は19、超過議員数1以上が1つ存在するほかは過不足議員数はなく、最大較差は1.409である。

(8) 被告は、最高裁判所判例を根拠とするが、[平成16年大法院判決](#)においては、多数意見中4名の裁判官から「仮に次回選挙においてもなお、無為のうちに漫然と現在の状況が維持されたままであったとしたならば、立法府の義務に適った裁量権の行使がされなかったものとして、違憲判断がされる余地は十分に存在する」との補足意見が述べられ、立法裁量を認める5名の裁判官の立場からも、立法府としては、投票価値の平等の重要性にかんがみ、制度の枠組み自体の改正をも視野に入れた抜本的な検討をしておく必要があるとの追加意見が述べられている。それにもかかわらず、平成18年改正規定は、時間的には十分な余裕がありながら上記の改定に留まったものであり、再三にわたり抜本的な改革が求められていたとの立法時の社会的要求を斟酌して立法裁量の合憲性を審査すべきである。

被告は、過去の判例が合憲性の審査基準として最大較差を採用していることから、これによるべきである旨主張するが、そこでの対象は議員1人当たりの人口が最大と最小の選挙区の状況だけであり、残りの45の選挙区の状況を見ないものであり、その状況を基準に取り込めないもので妥当な基準ではない。参議院議員の選挙区選挙は3年ごとの選挙を前提に偶数配分が避けられないことから、この格差は数倍程度に大きくなることは避けられないものである。最大較差論は現行制度の是正に役立たない。

(9) 投票価値の平等の憲法的保障は人口比例配分の原則を要請することにある。

表2—1は、現行の都道府県単位の選挙区を維持しつつ、昭和22年参議院議員選挙法による定数配分の際に用いられた配分方法、すなわち、人口比例配分方式（最大剰余法）により、各都道府県に偶数配分を行うという方法を、平成12年国勢調査に基づき、各都道府県に議員数を再配分し、この再配分結果と平成18年改正規定による配分結果との乖離を検証したものである。

表3—1は、現行の都道府県単位の選挙区を維持しつつ、人口比例配分方式（最大剰余法）により、各都道府県に配分を行ったものであるが、この配分に際し、奇数配分も可能として平成12年国勢調査による人口に基づき、各都道府県に議員数を再配分した結果と、平成18年改正規定による配分結

果との乖離を検証したものである。

表2—1、3—1のとおり、現行の選挙区を維持したまま人口比例配分の原則を適用することは可能であり、その結果、表2—1の「平成18年法との比較」に記載のとおり、7都道府県において16人増、8府県で16人減となり、過不足議員数の最大値は東京都の1.8771にまで減少し、過不足議員数が1を超える選挙区は11にまで減少する。このような改正は容易で、平成18年改正規定を設ける際に十分可能であった。

(10) 以上のとおり、平成18年改正規定は、合理的根拠なしに選挙区によって選挙権の価値に不平等を生じさせており、この状態は、憲法前文、13条、14条1項、15条1項、44条但書、47条に違反し無効な立法である。

よって、原告らは、違憲無効な議員定数配分規定である平成18年改正規定に基づいて行われた本件選挙を無効とする判決を求める。

## 5 被告の反論と主張

(1) 憲法は、国会を衆議院及び参議院の両議院で構成するものとし、各議院の権限及び議員の任期等に差異を設けているが、この趣旨は、両議院がそれぞれ特色のある機能を発揮することによって、国会を公正かつ効果的に国民を代表する機関にしようとするところにある。

(2) そして、参議院議員選挙法（昭和22年法律第11号）は、参議院議員の選挙について、議員250人を全国選出議員100人と地方選出議員150人に区分し、地方選出議員については、その選挙区及び各選挙区における議員定数を別表で定め、都道府県を単位とする選挙区において選出されるものとし、憲法が参議院議員を3年ごとにその半数を改選すべきものとしていることから、各選挙区を通じてその選出議員の半数が改選されるように、定数を偶数とし、その最小限を2人とする方針の下に、昭和21年の総人口を定数150で除した数値（基準人数）で各選挙区人口を除し、その結果得られた数値（配当基数）を基準にこれに比例するように2人ないし8人の偶数議員数を配分した。昭和25年に制定された公選法の議員定数配分規定（以下「昭和25年配分規定」という。）は、上記議員定数配分規定をそのまま引き継いだものであり、沖縄返還に伴って昭和46年法律第130号による改正より沖縄選挙区の議員定数2人が付加され総定数が252人になった。

なお、昭和57年法律第81号による公選法の改正により、参議院議員選挙に比例代表制が導入されたが、各選挙人の投票価値に差異がない点においては、従来の全国選出議員選挙と同様であり、地方選出議員は選挙区選出議員と名称が変更された。

(3) 平成6年法律第47号による議員定数配分規定の改正により、参議院

議員総定数、選挙区選出議員の定数を維持したまま、7選挙区で4増4減が行われ、平成12年法律第118号により、参議院議員の定数が242人に減らされるとともに、非拘束名簿式比例代表制が導入された。

平成18年改正規定は、参議院議員の総定数を維持したまま、4選挙区で議員定数を4増4減したものであり、選挙制度の仕組み自体に変更を加えるものではない。

(4) 憲法は、代表民主制を採用し、議員定数、選挙区、投票の方法その他の選挙に関する事項は法律で定めるべきものとしている(43条、47条)。そして、上記のとおり両院制を採用し、両議院にそれぞれ特色ある機能を発揮させ、公正かつ効果的に国民を代表する機関たらしめようとしている。

そうすると、憲法は、投票価値の平等を選挙制度の仕組みの決定における唯一、絶対の基準としているものではなく、どのような選挙制度が国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させることになるかの決定を国会の裁量にゆだねており、投票価値の平等は、参議院の独自性など、国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものとしていると解さなければならない。

それゆえ、国会が具体的に定めたところがその裁量権の行使として合理性を是認し得るものである限り、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、憲法に違反するものではない。(最高裁判所平成18年10月4日大法廷判決(以下「平成18年大法廷判決」という。))。

(5) 参議院議員定数配分規定の合憲性判断基準

ア 前記のような参議院議員選挙制度を前提として、参議院議員の定数配分規定の合憲性を判断する基準については、最高裁判所昭和58年4月27日大法廷判決(以下「昭和58年大法廷判決」という。)がこれを示し、その後もこれに従う判断が続き、最高裁判所平成12年9月6日大法廷判決(以下「平成12年大法廷判決」という。)、平成16年大法廷判決及び平成18年大法廷判決においても、これまでの判例が示した判断基準によるべきことが確認された。

イ 上記判例の示した判断基準は、平成12年大法廷判決によれば、「公職選挙法が定めた参議院議員の選挙制度の仕組みは、国民各自、各層の利害や意見を公正かつ効果的に国会に代表させるための方法として合理性を欠くものとはいえず、国会にゆだねられた立法裁量権の合理的行使として是認し得るものである。そうである以上、その結果として各選挙区に配分された議員定数とそれぞれの選挙区の選挙人数又は人口との比率に較差が生じ、そのために選挙区間における選挙人の投票価値の平等がそれだけ損なわれることとなったとしても、これをもって直ちに議員定数の定めが憲法14条第1項等

の規定に違反して選挙権の平等を侵害したものとすることはできない。すなわち、このような選挙制度の仕組みの下では、投票価値の平等の要求は、人口比例主義を最も重要かつ基本的な基準とする選挙制度の場合と比較して、一定の譲歩を免れない。また、社会的、経済的変化の激しい時代にあつて不断に生ずる人口の異動につき、それをどのような形で選挙制度の仕組みに反映させるかなどの問題は、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断を要求するものであつて、その決定は、種々の社会情勢の変動に対応して適切な選挙制度の内容を決定する責務と権限を有する国会の裁量にゆだねられているところである。したがつて、議員定数配分規定の制定又は改正の結果、上記のような選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせたこと、あるいは、その後の人口異動が上記のような不平等状態を生じさせ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する何らの措置も講じないことが、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであることを考慮してもその許されざる限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数配分規定が憲法に違反するに至るものと解するのが相当である。」というものである。

ウ そして、かかる基準によれば、選挙制度定立後に生じた人口異動による投票価値の不平等状態についての憲法適合性の判断においては、〔1〕人口の異動の結果が「選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせた」かどうか判断されなければならない、これが肯定される場合に、さらに、〔2〕「それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する何らの措置も講じないことが、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであることを考慮してもその許される限界を超える」かどうか判断されることになる。平成18年大法廷判決においても、上記判例基準によるべきである旨が判示されており、平成12年大法廷判決が確認した判例の基準は、本件改正後の公職選挙法に基づき実施された参議院議員選挙に関する訴訟において否定されるものではない。

(6) 参議院議員定数配分規定の合憲性

ア 平成18年改正規定により、参議院の選挙区選出議員の定数は4選挙区で4増4減され、平成12年国政調査による選挙区間の議員1人当たりの人口の最大較差は1対4.78、本件選挙当日の選挙区間の有権者数の最大較差は1対4.86であった。そこで、この最大較差にみられる投票価値の不平等が違憲の問題を生じる程度に達していたか否かについて検討する。

イ 前記のとおり、参議院議員の選挙制度の仕組みは公選法の制定当初から同一であり、かかる選挙制度の下においては投票価値の平等の要求は、人口比例主義を基準とする選挙制度の場合と比較して一定の譲歩、後退を免れないものであるところ、選挙制度の下における選挙人間の投票価値の不平等が憲法の要求する投票価値の平等の要請を満たしているか否かは、前記の「投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせ」たか否かの判断基準によるのが相当というべきである。そして、この点を判断するに当たっては、それが「複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであること」が考慮されるべきであり、参議院選挙区選出議員の選挙制度の仕組みを維持する以上、投票価値の不平等を是正するには技術的限界があり、比例代表選出議員選挙については各選挙人の投票価値は平等であることも考慮されなければならない。

ウ 一連の最高裁判決は、投票価値の不平等の程度の憲法適合性を最大較差を指標として判断している。

まず、昭和52年7月施行の参議院議員選挙に関する[昭和58年大法廷判決](#)は、問題とされた選挙当時の最大較差が1対5.26であり、いわゆる逆転現象が一部の選挙区にみられた事案であったが、許容限度を超えて違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等が生じていたとするには不足ないと判断した。その後も最大較差1対5.37であった昭和55年6月施行の参議院議員選挙に関する[最高裁判所昭和61年3月27日判決](#)、最大較差1対5.56であった昭和58年6月施行の参議院議員選挙に関する[最高裁判所昭和62年9月24日判決](#)、最大較差1対5.85であった昭和61年7月施行の参議院議員選挙に関する[最高裁判所昭和63年10月21日判決](#)は、いずれも違憲の問題が生じたと認めるに足りないとしている。なお、平成元年7月に施行された参議院議員の選挙当時の最大較差は1対6.25であったところ、東京高等裁判所は平成元年10月25日、同選挙の無効請求事件において請求棄却の判決をし、最高裁判所は、上記判決に対する上告事件につき、平成2年4月20日上告棄却をしている。そして、[最高裁判所平成8年9月11日大法廷判決](#)は、最大較差が1対6.59に至った平成4年7月施行の参議院議員選挙について初めて違憲の問題が生じる程度の投票価値の著しい不平等状態が生じていたとしたものであるが、「昭和61年7月6日施行の参議院議員選挙当時における選挙区間の議員一人当たりの選挙人数の較差が1対5.85であったことは前記のとおりであるが、その後の較差の拡大による投票価値の不平等状態は、上記較差の程度、推移からみて、上記選挙後でその6年後の本件選挙より前の時期において到底看過することができないと認められる程度に至っていたものと推認することができる」とし

て、最大較差1対5.85であった昭和61年7月施行の参議院議員選挙については、到底看過することができないと認められる程度の著しい不平等状態に至ってはいなかったとしている。さらに、[平成10年大法廷判決](#)は、最大較差1対4.97であった平成7年7月施行の参議院議員選挙について、投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度に達しているとはいえない旨判示している。最大較差1対4.98であった平成10年7月施行の参議院議員選挙についての[平成12年大法廷判決](#)、最大較差1対5.06であった平成13年7月施行の参議院議員選挙についての[平成16年大法廷判決](#)、さらに最大較差1対5.13であった平成16年7月施行の参議院議員選挙についての[平成18年大法廷判決](#)も、同様に判示している。

エ 以上の一連の最高裁判所判決に照らせば、最大較差が1対4.86であった本件選挙においては、投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度に達しているとはいえないことは明らかである。

以上のとおりであるから、本件選挙の東京都選挙区選挙が無効であるとす  
る原告らの主張には理由がないから、選挙無効の判決を求める本件請求は棄  
却されるべきである。

### 第3 当裁判所の判断

1 前提事実、証拠（甲21、22、31の1ないし5、34）及び当裁判所に顕著な事実によれば、参議院議員選挙制度、その改正経緯の概要は、以下のとおりと認められる。

（1）参議院議員選挙法（昭和22年法律第11号）が制定されたことにより、参議院の議員定数は250人とされ、うち100人が全都道府県を通じて選出される全国選出議員、その余の150人が地方選出議員とされ、その選挙区及び選挙区における議員定数が別表で定められたが、選挙区は都道府県を単位とし、各選挙区ごとの議員定数の配分については、憲法46条が参議院議員は3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、全選挙区を通じてその選出議員の半数が改選されるように、定数をその最小限を2人とする偶数とし、昭和21年国勢調査による当時の各選挙区人口に比例するように、2人ないし8人の偶数の議員数を配分した。この定数配分においては、選挙区間における議員1人当たりの人口には最大1対2.62の較差が生じていたが、これは2人区における最小人口の鳥取県と最大人口の宮城県との間で生じたもので、偶数配分制をとることから不可避であった（数表3参照）。昭和25年配分規定は、参議院議員選挙法の議員定数配分規定をそのまま引き継いだものである。

昭和45年には、沖縄県の本土復帰に伴い、同県を選挙区とする議員2人

が増員され、総定員は252人となり、昭和57年には、拘束名簿式比例代表制が導入され、比例代表選出議員は全国選出議員と同じく全都道府県を通じて選出され、地方選出議員が選挙区選出議員と名称を改められた。

(2) 平成6年には、初めて選挙区間で定数の是正がされた。選挙区のうち4人配分の埼玉、神奈川、2人配分の宮城、岐阜がそれぞれ2人ずつ増員される一方、北海道が8人から4人に4人減、兵庫、福岡がそれぞれ6人から4人に2人減となり、いわゆる逆転現象はなくなり、平成2年国勢調査の人口による最大較差が神奈川選挙区と鳥取選挙区との間では正前は6.48あったものが4.81に縮小した。平成12年には、拘束名簿式比例代表制を改め非拘束名簿式比例代表制が導入されるとともに、議員定数を252人から242名に10名減員し、比例代表選出議員を100人から96人に、選挙区選出議員を152人から6人減の146人とした。この減員は、定数4人の選挙区のうち選挙区人口の少ない岡山、熊本及び鹿児島が、それぞれ2人減員した結果、平成6年改正以降に生じていた逆転現象が解消したが、すでに生じていた人口の最大較差4.79に影響する定数の増減はなく、この較差はそのまま残された。

平成13年7月29日に施行された参議院議員選挙における選挙人数を基準とする最大較差は1対5.06であり、[平成16年大法廷判決](#)は、この選挙の効力につき判断したものである。

(3) [平成16年大法廷判決](#)において、選挙施行当時の参議院(選挙区選出)議員の定数配分規定が憲法14条1項に違反するものではないと判断されたが、6名の裁判官の反対の意見があったほか、4名の補足意見において、「仮に次回選挙においてもなお、無為の裡に漫然と現在の状況が維持されたままであったとしたならば、立法府の義務に適った裁量権の行使がなされなかったものとして、違憲判断がなされるべき余地は、十分に存在する」との判断が示されたことを受けて、平成16年2月6日、参議院議長が主宰する各会派代表者懇談会の下に、「参議院議員選挙の定数較差問題に関する協議会」を設置し、5回にわたり協議が行われた。しかし、同協議会が同年7月に施行される参議院議員選挙までの間に定数較差を是正することは困難であり、本件選挙後に協議を再開すべきであるとの意見が大勢であった旨の報告書を提出し(甲31の5)、同年6月1日、各会派代表者懇談会において、選挙後に次回選挙に向けて定数較差問題について協議を再開する旨の申合せがされ、定数配分が改められないまま同年7月の参議院議員選挙が施行された。そして、参議院議長は同年12月1日に参議院改革協議会の下に専門委員会(選挙制度)を設置し、同委員会において、平成17年2月24日から同年10月21日まで9回の会合が開かれた。同委員会においては、

[1] 最大較差5倍を超える、また近い将来に超えるおそれがある選挙区を

含めて是正を図る定数の4増4減案(最大較差の対象となる東京、千葉を各2人増員し、定数を10人、6人とし、そのため定数4人の栃木、群馬を各2人減員し、最大較差は神奈川と鳥取に生ずる4.759とするもの。)、

[2] 最大較差4倍前半まで解消を図ることを考慮し、6増6減(上記案の増減に加え、さらに神奈川を増員、福島を減員とするもの。最大較差は大阪に生ずる4.755。)、8増8減(さらに大阪を増員、岐阜を減員するもの。最大較差は北海道に生ずる4.71。)と順次、最大較差を生ずる選挙区に増員するため4人区を2人減員するとの案で、14増14減(さらに北海道、兵庫、福岡を増員、長野、宮城、新潟を減員。最大較差は東京に生ずる4.13。)まで含めて検討する案、

[3] 較差は4倍未満とすべきであり、それには選挙区定数の増減だけでは相当の困難を伴うので合区を検討する、具体的には最小人口の鳥取県を隣接県と合区する案の3通りの是正案が検討され、さらに、全国を10程度のブロックに分けて選挙区とするブロック案も検討された。同委員会は、平成19年の選挙に向けての当面の是正策としては上記4増4減案を有力な意見であるとする報告(甲34)を参議院議長宛にし、この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(平成18年法律第52号)、平成18年改正規定による定数配分による本件選挙が施行されるに至った。

(4) 上記のとおり、平成18年改正規定による選挙区、定数配分は、最大較差が5倍を超えないことを目標に行ったものであり、それまでも参議院議員選挙法(昭和22年法律第11号)が制定されて以降、選挙区(地方)選出議員選挙は、沖縄県が選挙区に加わったほか、各都道府県を単位とする選挙区を設け、昭和21年の国勢調査時の総人口7311万4136人が平成12年の国勢調査の総人口1億2692万5843人へと大きく変動し、各選挙区人口にも変動がありながら、議員定数の配分は、当初の配分数をいわゆる逆転現象の解消や最大較差が5倍を超えないことを目安に是正されてきたものである。

そのため、平成12年国勢調査による総人口を議員数146で割った人数(基準人数)に1人の各選挙区代表である議員を与えるという基準で平成18年改正規定による定数配分を検討すると、表1-1の「基準人数」による検討欄のとおり、不足議員数の最大が大阪選挙区の4.12人で、選挙区のうち東京、神奈川が3人台の不足、愛知、北海道、兵庫が2人台の不足、1人台の不足が埼玉、福岡の2選挙区で生じ、これに対し1人台の過剰が10選挙区で生じており、基準人数の1人以上の過剰があるのは全部で18選挙区に及ぶことになる。また、平成12年国勢調査による人口に基づき、各選挙区の議員1人当たりの人数につき、最小の鳥取の人数に対する

倍率でみると、表1—1の「議員1人当たりの人数・最小との倍率」の欄のとおり、4倍台が最大の大阪（4.7857）を含む5選挙区、3倍台が10選挙区、2倍台が14選挙区で、29選挙区が2倍以上となっている。同じことを、平成17年国勢調査による人口に基づいてみると、表2—2のとおり、4倍台が最大の大阪（4.8418）を含む6選挙区、3倍台が9選挙区、2倍台が14選挙区で、29選挙区が2倍以上となっている。これらの数値をみると、平成18年改正規定による定数配分が選挙区人口に比例したものではない配分となっていることが明らかである。また、平成17年国勢調査人口に基づき、人口500万人以上の9大都市府県とその他の7地方に2分し、両グループ間で基準人数を基に過不足議員数をみると、表1—2によれば、9大都市府県と7地方とでは、人口が9都道府県が9パーセント上回っているのに、法定議員数は7地方が94人で、9大都市府県52人の約1.81倍あり、9大都市府県は議員1人当たりの人口数（平均値）は128万4981人であり、7地方の64万8393人の約1.98倍に当たることになる。基準人数による過不足議員数をみると、9大都市府県が24人不足し、7地方が24人超過している。

(5) 他方、昭和25年配分規定に用いられたと同様の方法で、平成12年国勢調査のよる各選挙区人口に従い、現行の選挙区、偶数配分を前提に配分した表2—1によれば、過不足数の1人以上（いずれも2人未満）となる選挙区が11選挙区（過剰が5選挙区、不足が6選挙区）に留まることとなり、このような比例原則に即した定数配分が可能であったということが出来る。もっとも、そのためには16増16減の議員定数の大幅な変更が必要であり、しかも、表2—1によれば、議員1人当たりの選挙区人口による最大較差は茨城選挙区と鳥取選挙区の間で4.8683となり、最小人口の選挙区との比較で、4倍台が茨城を含む5選挙区、3倍台が15選挙区、2倍台が13選挙区あり、合計33選挙区で2倍以上となっており、表1—1と対比すれば、平成18年改正規定と比べ最大較差の値は同程度で、2倍以上の較差の生ずる選挙区数はさほどの差異はないが幾分増加することとなる。

2 憲法は、国会の両議院の議員を選挙する国民固有の権利につき、選挙人の資格における人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入による差別を禁止するとどまらず、選挙権の内容の平等、換言すれば、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等、すなわち投票価値の平等をも要求していると解するのが相当である。他方、憲法は、国会の両議院の議員の選挙について、議員は全国民を代表するものでなければならないという制約の下で、議員の定数、選挙区、投票の方法その他選挙に関する事項は法律で定めるべきものとしている（43条、47条）。また、憲法は、国会を衆議院と参議院の両議院で構成するものとし（42条）、各議院

の権限及び議員の任期等に差異を設けているところ、その趣旨は、衆議院と参議院とがそれぞれ特色のある機能を発揮することによって、国会を公正かつ効果的に国民を代表する機関たらしめようとするところにある。そうすると、憲法は、投票価値の平等を選挙制度の仕組みの決定における唯一、絶対の基準としているものではなく、どのような選挙制度が国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させることになるのかの決定を国会の裁量にゆだねており、投票価値の平等は、参議院の独自性など、国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものとしていると解さなければならない。それゆえ、国会が具体的に定めたところとその裁量権の行使として合理性を是認し得るものである限り、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、憲法に違反するとはいえない。

前記の参議院議員の選挙制度の仕組みは、憲法が二院制を採用した前記の趣旨から、参議院議員の選出方法を衆議院議員のそれとは異ならせることによって参議院の実質的内容ないし機能に独特の要素を持たせようとする意図の下に、参議院議員を全国選出議員ないし比例代表選出議員と地方選出議員ないし選挙区選出議員とに分け、後者については、都道府県が歴史的にも政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し、政治的に一つのまとまりを有する単位としてとらえ得ることに照らし、都道府県を構成する住民の意思を集約的に反映させるという意義ないし機能を加味しようとしたものであると解することができる。また、上記の仕組みは、憲法46条が参議院議員については3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になるように配慮し、各選挙区に偶数により定数配分を行うこととしたものと解することができる。このような憲法の趣旨等に照らすと、公職選挙法が定めた参議院議員の選挙制度の仕組みは、国民各自、各層の利害や意見を公正かつ効果的に国会に代表させるための方法として合理性を欠くものとはいえず、国会の有する立法裁量権の合理的な行使の範囲を逸脱するものであるということとはできない。

このように、公職選挙法が採用した参議院議員についての選挙制度の仕組みが国会にゆだねられた裁量権の合理的行使として是認し得るものである以上、その結果として各選挙区に配分された議員定数とそれぞれの選挙区の選挙人数又は人口との比率に較差が生じ、そのために選挙区間における選挙人の投票価値の平等がそれだけ損なわれることとなったとしても、これをもって直ちに上記の議員定数の定めが憲法の定め違反して選挙権の平等を侵害したものとする事はできない。

そして、社会的、経済的変化の激しい時代にあつて不断に生ずる人口の変

動をどのような形で選挙制度の仕組みに反映させるかなど問題は、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断を要するものであって、その決定は、種々の社会情勢の変動に対応して適切な選挙制度の内容を決定する責務と権限を有する国会の裁量にゆだねられている。したがって、議員定数配分規定の制定又は改正の結果、上記のような選挙制度の仕組みの下において投票価値の平等の有すべき重要性に照らして到底看過することができないと認められる程度の投票価値の著しい不平等状態を生じさせたこと、あるいは、その後の人口の変動が上記のような不平等状態を生じさせ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであることを考慮しても、その許される限界を超えると判断される場合に、初めて議員定数配分規定が憲法に違反するに至るものと解するのが相当である。（以上、[平成18年大法院判決](#)参照）。

3 そうすると、選挙区選出（地方選出）議員については、その選挙区及び各選挙区における議員定数は、都道府県を単位とする選挙区とし、憲法が参議院議員を3年ごとにその半数を改選すべきものとしていることから、各選挙区を通じてその選出議員の半数が改選されるように、議員定数を偶数とし、その最小限を2人として長年にわたって運用されてきたものであり、このような選挙制度は参議院が国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させることになるよう立法すべく国会にゆだねられた裁量に基づき形成、維持されてきたものである。鳥取県の人口が昭和21年国勢調査において55万7429人、平成12年国勢調査では61万3289人、平成17年国勢調査では60万7012人と変化したものの、最も選挙区人口が少なく、このような鳥取選挙区に対しても2人を配分することから、長年、最大較差の対象とされてきたものである。そして、表1—1及び2—2のとおり、本件選挙における議員1人当たりの人口の最大較差は鳥取県選挙区と大阪府選挙区間の4.7857（平成12年国勢調査）あるいは

4.8418（平成17年国勢調査）であり、この投票価値の不平等状態は、投票価値の平等という憲法上の要請の重要性に照らし、憂慮すべき状態にあるといわなければならないが、上記のとおりこのような較差が生じる理由や投票価値の平等の実現に向けての議員定数の配分を変更する法改正の経緯に照らせば、これをもって到底看過することができない程度にまで至っているものと認めることはできない。

4 原告は、表1—1のとおり平成18年改正規定による各選挙区への議員配分が公平の原則に適うものではなく、過不足人数から明らかな「代表の欠缺・過剰代表」の状態からすれば、投票価値の著しい不平等があり、憲法の要請に反していることが明らかであると主張する。

平成18年改正規定は、同表が示す過不足人数から明らかなとおり、各選挙区の選挙区人口に比例した議員定数の配分となっておらず、選挙区間における選挙人の投票価値の較差が広範に相当程度存在し、各選挙区の住民間に相当の不平等が生じているといえることができる。また、投票価値の平等という極めて重要な憲法上の要請があり、参議院議員の選挙区、定数配分は当初の制度が設けられてから約60年が経過し、その間の人口の変動がもたらした上記のような不平等状態が相当期間継続しているといえるのに、上記1記載の是正がされたにとどまるということもできる。

しかし、これは参議院選挙区（地方）選出議員選挙制度の具体的な仕組み、特に、選挙区を都道府県単位とすること、各選挙区に偶数の定数配分をすることを維持し、議員総定数を増やさないことを前提として（むしろ、議員総定数は10人、うち選挙区選出議員数は6人、減少した。）、制度が運営されてきたことの結果でもあり、参議院の独自性など国会が正当に考慮することができる政策的目的ないし理由によるものともいえるのである。また、議員定数を比例配分するとの観点に立ち、平成12年国勢調査による各選挙区の人口により偶数配分を前提に、いわゆる最大剰余法によって配分すれば、各選挙区の議員定数は、表2—1に記載のとおりとなるが、議員1人当たりの選挙区人口をみると、平成18年改正規定による場合と同程度の最大較差（4.8683）は残されることになる上、4倍台5選挙区、3倍台15選挙区を含む33選挙区が2倍以上となり、平成18年改正規定による場合とさほどの差異はないが、幾分増加する。このようにみると、選挙区人口に応じて議員定数を比例配分し、各選挙区間での最大較差を小さくし、過不足議員数が1以上の選挙区をできるだけ少なくするためには、参議院議員選挙制度の抜本的な改正を要することがうかがわれるけれども、投票価値の平等等の憲法上の要請を可能な限り実現し、かつ、両院制の長所を生かし、参議院を国民の利害や意見を適正、効果的に反映するものにするためにはどのような具体的制度が望ましいかは、まさしく、国会の裁量に委ねられたところであり、定数を必ず偶数で配分することをやめることにより投票価値の平等の実現を図る措置が講じられていないとしても、それは、複雑かつ高度な政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限内のものである。

そうすると、投票価値の平等も参議院のあり方につき考慮できる他の政策目的等との関連で調和的に実現されるべきものと解さなければならないことは前記のとおりであって、上記の不平等が到底看過することができない程度に至っているとまで認めることは困難である。

そして、前記のように、[平成16年大法院判決](#)を受けて最大較差の縮減のため4増4減の改正がされたこと等の国会のこの問題に対する対応やその経

緯を斟酌すれば、上記本件選挙までに平成18年改正規定の限度でしか是正措置が講じられてこなかったことが、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立って行使されるべき国会の裁量的権限に係るものであることを考慮しても、その許される限界を超えているとまで判断することは困難である。

したがって、原告らの主張はいずれも採用することができない。以上によれば、原告らの請求は理由がない。

5 よって、原告らの請求を棄却することとし、訴訟費用の負担につき、行政事件訴訟法7条、民事訴訟法61条、65条1項を適用して、主文のとおり判決する。

東京高等裁判所第14民事部

裁判長裁判官      裁判官      裁判官

別紙「表1—1」

別紙「表1—2」

別紙「表2—1」

別紙「表2—2」

別紙「表3—1」

別紙「数表3」

別紙「表4—1」

別紙「表4—2」



Copyright (C) 1999-2013 TKC Corporation All Rights Reserved.  
LEX/DBインターネットに関する知的所有権その他一切の権利は株式会社TKCおよび情報提供者に帰属します。

## 《全文》

【文献番号】 25441254

選挙無効請求事件

最高裁判所大法廷平成20年（行ツ）第209号

平成21年9月30日判決

## 主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人らの負担とする。

## 理 由

上告人兼上告代理人山口邦明，同森徹，上告人野々山哲郎，同土釜惟次，同國部徹の各上告理由について

1 本件は，平成19年7月29日施行の参議院議員通常選挙（以下「本件選挙」という。）について，東京都選挙区の選挙人である上告人らが，公職選挙法14条，別表第3の参議院（選挙区選出）議員の議員定数配分規定は憲法14条1項等に違反し無効であるから，これに基づき施行された本件選挙の上記選挙区における選挙も無効であると主張して提起した選挙無効訴訟である。

2 原審の適法に確定した事実関係等の概要は，次のとおりである。

（1）参議院議員選挙法（昭和22年法律第11号）は，参議院議員の選挙について，参議院議員250人を全国選出議員100人と地方選出議員150人とに区分し，全国選出議員については，全都道府県の区域を通じて選出されるものとする一方，地方選出議員については，その選挙区及び各選挙区における議員定数を別表で定め，都道府県を単位とする選挙区において選出されるものとした。そして，各選挙区ごとの議員定数については，定数を偶数としてその最小限を2人とする方針の下に，昭和21年当時の人口に基づき，各選挙区の人口に比例する形で，2人ないし8人の偶数の議員数を配分した。昭和25年に制定された公職選挙法の参議院議員定数配分規定は，以上のような選挙制度の仕組みに基づく参議院議員選挙法の議員定数配分規定をそのまま引き継いだものであり，その後，沖縄返還に伴って沖縄県

選挙区の議員定数2人が付加された外は，平成6年法律第47号による議員定数配分規定の改正（以下「平成6年改正」という。）まで，上記定数配分規定に変更はなかった。なお，昭和57年法律第81号による公職選挙法の改正により，参議院議員選挙についていわゆる拘束名簿式比例代表制が導入され，各政党等の得票に比例して選出される比例代表選出議員100人と都道府県を単位とする選挙区ごとに選出される選挙区選出議員152人とに区分されることになったが，比例代表選出議員は，全都道府県を通じて選出されるものであって，各選挙人の投票価値に差異がない点においては，従来の全国選出議員と同様であり，選挙区選出議員は従来の地方選出議員の名称が変更されたものにすぎない。

（2）選挙区間における議員1人当たりの人口の最大較差は，参議院議員選挙法制定当時は1対2.62（以下，較差に関する数値は，すべて概数である。）であったが，その後，次第に拡大した。平成6年改正は，平成4年7月26日施行の参議院議員通常選挙当時には1対6.59にまで拡大していた選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の最大較差を是正する目的で行われたものであり，前記のような参議院議員の選挙制度の仕組みに変更を加えることなく，直近の平成2年10月実施の国勢調査結果に基づき，できる限り増減の対象となる選挙区を少なくし，かつ，いわゆる逆転現象を解消することとして，参議院議員の総定数（252人）及び選挙区選出議員の定数（152人）を増減しないまま，7選挙区で議員定数を8増8減した。上記改正の結果，上記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6.48から1対4.81に縮小し，いわゆる逆転現象は消滅することとなった。その後，上記改正後の議員定数配分規定の下において平成7年7月23日に施行された参議院議員通常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4.97であった。

（3）平成12年法律第118号による公職選挙法の改正（以下「平成12年改正」という。）により，比例代表選出議員の選挙制度がいわゆる非拘束名簿式比例代表制に改められるとともに，参議院議員の総定数が10人削減されて242人とされた。定数削減に当たっては，改正前の選挙区選出議員と比例代表選出議員の定数比をできる限り維持する方針の下に，選挙区選出議員の定数を6人削減して146人とし，比例代表選出議員の定数を4人削減して96人とした上，選挙区選出議員の定数削減については，直近の平成7年10月実施の国勢調査結果に基づき，平成6年改正の後に生じたいわゆる逆転現象を解消するとともに，選挙区間における議員1人当たりの選挙人数又は人口の較差の拡大を防止するために，定数4人の選挙区の中で人口の少ない3選挙区の定数を2人ずつ削減した。上記改正の結果，いわゆる逆転

現象は消滅したが、上記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4.79であって、上記改正前と変わらなかった。

(4) 平成12年改正後の参議院議員定数配分規定の下で平成13年7月29日に施行された参議院議員通常選挙(以下「前々回選挙」という。)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は1対5.06であった。[最高裁平成15年\(行ツ\)第24号同16年1月14日大法廷判決・民集58巻1号56頁](#)(以下「平成16年大法廷判決」という。)は、その結論において、前々回選挙当時、上記定数配分規定は憲法に違反するに至っていたものとするはできない旨判示したが、同判決には、裁判官6名による反対意見のほか、漫然と現在の状況が維持されるならば違憲判断がされる余地がある旨を指摘する裁判官4名による補足意見が付された。

[平成16年大法廷判決](#)を受けて、参議院議長が主宰する各会派代表者懇談会は、「参議院議員選挙の定数較差問題に関する協議会」を設けて協議を行ったが、平成16年7月に施行される参議院議員通常選挙(以下「前回選挙」という。)までの間に定数較差を是正することは困難であったため、同年6月1日、同選挙後に協議を再開する旨の申合せをした。これを受けて、前回選挙後の同年12月1日、参議院改革協議会の下に選挙制度に係る専門委員会が設けられ、同委員会において、現行の選挙制度の仕組みを維持しつつ、〔1〕較差5倍を超えている選挙区及び近い将来5倍を超えるおそののある選挙区について較差の是正を図るいわゆる4増4減案、〔2〕4倍前半まで較差の是正を図ることを考慮し、その選択肢として14増14減まで含めて検討する案のほか、〔3〕較差を4倍未満とするため現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを検討する案など、各種の是正案が検討されたが、本件選挙に向けての当面の是正策としては、上記の4増4減案が有力な意見であるとされ、同案に基づく公職選挙法の一部を改正する法律(平成18年法律第52号)が平成18年6月1日に成立した。同改正(以下「本件改正」という。)の結果、平成17年10月実施の国勢調査結果による人口に基づく選挙区間における議員1人当たりの人口の最大較差は、1対4.84に縮小した。また、本件改正後の参議院議員定数配分規定(以下「本件定数配分規定」という。)の下で施行された本件選挙当時の選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の最大較差は、1対4.86であった。

なお、上記の専門委員会の報告書に表れた意見によれば、現行の選挙制度の仕組みを維持する限り、各選挙区の定数を振り替える措置により較差の是正を図ったとしても、較差を1対4以内に抑えることは困難であるとされている。また、同報告書においては、本件選挙に向けての較差是正の後、参

議院の在り方にふさわしい選挙制度の議論を進めていく過程で、定数較差の継続的な検証等を行う場を設け、調査を進めていく必要があるとされた。

3 憲法は、選挙権の内容の平等、換言すれば、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等、すなわち投票価値の平等を要求していると解される。しかしながら、憲法は、どのような選挙制度が国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させることになるのかの決定を国会の裁量にゆだねているのであるから、投票価値の平等は、選挙制度の仕組みを決定する唯一、絶対の基準となるものではなく、参議院の独自性など、国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものである。それゆえ、国会が具体的に定めたところがその裁量権の行使として合理性を是認し得るものである限り、それによって投票価値の平等が一定の限度で譲歩を求められることになっても、憲法に違反するとはいえない。

上記2(1)において指摘した参議院議員の選挙制度の仕組みは、憲法が二院制を採用し参議院の実質的内容ないし機能に独特の要素を持たせようとしたこと、都道府県が歴史的にも政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し一つの政治的まとまりを有する単位としてとらえ得ること、憲法46条が参議院議員については3年ごとにその半数を改選すべきものとしていること等に照らし、相応の合理性を有するものであり、国会の有する裁量権の合理的な行使の範囲を超えているとはいえない。そして、社会的、経済的変化の激しい時代にあつて不断に生ずる人口の変動につき、それをどのような形で選挙制度の仕組みに反映させるかなど問題は、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断を要するものであつて、その決定は、基本的に国会の裁量にゆだねられているものである。しかしながら、人口の変動の結果、投票価値の著しい不平等状態が生じ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、国会の裁量権の限界を超えると判断される場合には、当該議員定数配分規定が憲法に違反するに至るものと解するのが相当である。

以上は、[最高裁昭和54年\(行ツ\)第65号同58年4月27日大法廷判決・民集37巻3号345頁](#)(以下「昭和58年大法廷判決」という。)以降の参議院(地方選出ないし選挙区選出)議員選挙に関する累次の大法廷判決の趣旨とするところでもあつて、基本的な判断枠組みとしてこれを変更する必要は認められない。

そして、当裁判所は、[昭和58年大法廷判決](#)以降、参議院議員通常選挙の都度、上記の判断枠組みに従い参議院議員定数配分規定の合憲性について判断してきたが、平成4年7月26日施行の参議院議員通常選挙当時の最大較差1対6.59について違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じ

ていた旨判示したものの、いずれの場合についても、結論において、各選挙当時、参議院議員定数配分規定は憲法に違反するに至っていたものとするとはできない旨判示してきたところである。しかし、人口の都市部への集中が続き、最大較差1対5前後が常態化する中で、[平成16年大法院判決](#)及び[最高裁平成17年（行ツ）第247号同18年10月4日大法院判決・民集60巻8号2696頁](#)においては、上記の判断枠組み自体は基本的に維持しつつも、投票価値の平等をより重視すべきであるとの指摘や、較差是正のため国会における不断の努力が求められる旨の指摘がされ、また、不平等を是正するための措置が適切に行われているかどうかといった点をも考慮して判断がされるようになるなど、実質的にはより厳格な評価がされてきているところである。

4 上記の見地に立って、本件選挙当時の本件定数配分規定の合憲性について検討する。

参議院では、前記2（4）のとおり、[平成16年大法院判決](#)中の指摘を受け、当面の是正措置を講ずる必要があるとともに、その後も定数較差の継続的な検証調査を進めていく必要があると認識された。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。

以上のような事情を考慮すれば、本件選挙までの間に本件定数配分規定を更に改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えたものということではできず、本件選挙当時において、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとするとはできない。

5 しかしながら、本件改正の結果によっても残ることとなった上記のような較差は、投票価値の平等という観点からは、なお大きな不平等が存する状態であり、選挙区間における選挙人の投票価値の較差の縮小を図ることが求められる状況にあるといわざるを得ない。ただ、前記2（4）の専門委員会

の報告書に表れた意見にもあるとおり、現行の選挙制度の仕組みを維持する限り、各選挙区の定数を振替える措置によるだけでは、最大較差の大幅な縮小を図ることは困難であり、これを行おうとすれば、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しが必要となることは否定できない。このような見直しを行うについては、参議院の在り方をも踏まえた高度に政治的な判断が必要であり、事柄の性質上課題も多く、その検討に相応の時間を要することは認めざるを得ないが、国民の意思を適正に反映する選挙制度が民主政治の基盤であり、投票価値の平等が憲法上の要請であることにかんがみると、国会において、速やかに、投票価値の平等の重要性を十分に踏まえて、適切な検討が行われることが望まれる。

6 以上の次第であるから、本件定数配分規定が本件選挙当時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した原審の判断は、是認することができる。論旨は採用することができない。

よって、裁判官中川了滋、同那須弘平、同田原睦夫、同近藤崇晴、同宮川光治の各反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官藤田宙靖、同古田佑紀、同竹内行夫、同金築誠志の各補足意見がある。

裁判官藤田宙靖の補足意見は、次のとおりである。

私は、多数意見に同調するが、先に[平成16年大法院判決](#)における補足意見2（以下「16年判決補足意見2」という。）及び[平成18年大法院判決](#)（多数意見3項掲記の平成18年10月4日判決）における私の補足意見（以下「18年判決補足意見」という。）において述べたところに鑑み、以下の補足をしておくこととしたい。

1 立法府は、両院の定数配分を含む選挙制度の在り方につき法律によって定めるに当たり（憲法47条）、多様な政策的要請を踏まえ、適正な裁量を行う義務を負っており、この義務に反して、例えば、変転する社会情勢等を考慮に入れ時宜に適した判断をしなければならないのに、慢性的に旧弊に従った判断を維持し続けるとか、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮すべきでない事項を考慮し、あるいはさほど重要視すべきではない事項に過大の比重を置いた判断をしているような場合には、憲法によって課せられている義務に適った裁量権の行使を行わないものとして、憲法違反との司法判断を受けてもやむを得ないものというべきである。参議院選挙区選出議員の選挙における定数配分の在り方に関していうならば、従来の我が国の立法においては、憲法により保障された基本的人権の一つである投票価値の平等についての配慮が必ずしも充分であったとはいえず、また、これを是正するためにその間行われた諸改正においても、この問題につき立法府自らが基本的にどう考え、将来に向けてどのような構想を抱くのかについ

て、明確にされることのないままに、単に目の必要に応じた小幅な修正が施されて来たに止まるという憾みを否定することができないのであって、このような状態が漫然と維持されるならば、そのような状況下で行われた選挙については、議員定数配分規定が違憲であるとの判断がされる可能性は充分にある。以上は、16年判決補足意見2及び18年判決補足意見において述べたとおりである。

2 このような見地に立って、本件で問題とされている議員定数配分規定の合憲性についてみるならば、問われるべきは、[平成16年大法院判決](#)以後本件選挙までの間に、立法府が、定数配分をめぐる立法裁量に際し、諸々の考慮要素の中でも重きを与えられるべき投票価値の平等を十分に尊重した上で、それが損なわれる程度を、二院制の制度的枠内にあっても可能な限り小さくするよう、問題の根本的解決を目指した作業の中でのぎりぎりの判断をすべく真摯な努力をしたものと認められるか否かであるといわなければならない。そして、本件において問題とされているいわゆる4増4減案に基づく公職選挙法改正については、多数意見も指摘する[平成16年大法院判決](#)以後の立法府内での検討作業の経緯等に照らし、あくまでもそれが「当面の」是正策として成立させられたものである限りにおいては（つまり、今後の更なる改善の余地が意識的に留保されており、また改善への意欲が充分に認められる限りにおいては）、その段階において許される一つの立法的選択であると評価することもできないではなく、問題の根本的解決に向けて、立法府が真摯な努力を続けつつあることの一つの証であるとする見方も、不可能ではなかった。これが、[平成18年大法院判決](#)当時の状況である。

しかし、いうまでもなく、いわゆる4増4減による改正が、表向きはともかくとして実質的に改革作業の終着駅となり、しかもそれが、最大較差5倍を超えないための最小限の改革に止めるという意図によるものであったとするならば、問題の重要性、そしてその解決に向けての国民に対する責任につき、参議院ないし国会がどの程度真摯に考えているのかについて改めて疑いが抱かれることになることは、18年判決補足意見の末尾において既に指摘しておいたとおりである。本件選挙は、この法改正の後初めて行われた選挙であるから、現時点において改めて、上記のような見地から、この4増4減措置等についての評価がなされなければならないことになる。

3 参議院において、4増4減措置の導入が、少なくとも表向きは差し当たり暫定的なものとされていたことは、その後選挙制度に関し参議院改革協議会が4回にわたって開かれ、その第3回会議（平成20年6月9日）には、「参議院改革協議会専門委員会（選挙制度）」が設置されていること（当審に顕著な事実）からも推認される。他方でしかし、同専門委員会が第1回目の会議を開いたのは、その半年後の同年12月19日になってようやくのこ

と（同）であり、しかも、（公にされている限りでは）そこで実質的な検討が行われた気配は窺われぬ。このことは、その後開催された同専門委員会の諸会議においても基本的に同様であって、要するに参議院は、先の4増4減措置の導入後現在に至るまで、およそ3年間にもわたって、更なる定数は正につき本格的な検討を行っているようには見受けられないのである。そして、それが何故であるか、更なる定数は正にはどのような理論的・実際的な問題が存在し、どのような困難があるために改革の前進が妨げられているのか等について、参議院は、国民の前に一向にこれを明らかにしようとはしていない。

4 投票価値の平等という見地からする限り、最大較差4倍超という数字をもってなお平等が保たれているということは、本来無理な強弁というべく、それにもかかわらずこれを合憲であるというためには、それを許す合理的な理由の存在と、それについての立法府自らの国民に対する明確な説明、及び問題解決に向けての絶えざる真摯な努力が必要であるといわなければならない。そして、このような見地からするとき、参議院における上記のような状況をもって、なおこれを立法府の義務に適った裁量の枠内にあるものと認めることができるか否かについては、正直なところ、甚だ心もとないものがあるといわざるを得ず、先のいわゆる4増4減措置についても、その導入の真意につきいささかの疑念を抱かざるを得ないところではある。こういった意味において、本件選挙当時既に本件定数配分規定が違憲というべき状態にあったと考える余地も無いではない。ただ、少なくとも本件選挙が行われた当時においては、いわゆる4増4減措置自体につき、なお、その後の本格的改正作業に向けての暫定的な措置としての位置付けを認め得るものであったこと、また、誠に遅々たる歩みであるとはいえ、参議院において、[平成16年大法院判決](#)の趣旨等をも踏まえ選挙制度の改革に向けての前進をなお続けようとの気運が消失してしまったとまで見ることはできないこと等に鑑みるならば、参議院における上記のような検討状況についての憲法的判断は、今後の動向を注意深く見守りつつ、次回の参議院議員通常選挙の時期において改めて行うこととするのも、現時点では一つの選択肢であろうかと考える。

多数意見は、参議院議員選挙制度の抜本的改革を行うためにはある程度の時間的余裕が必要となることを一つの理由として、本件選挙当時の本件定数配分規定を必ずしも違憲とはいえないものとしたが、いうまでもなくそれは、そのことを口実に、立法府が改革のための作業を怠ることを是認するものではない。仮に、早期の結論を得ることが困難であるというならば、その具体的な理由と作業の現状とを絶えず国民に対して明確に説明することが不可欠なのであって、それを欠くままに徒らに現状を引き摺るようなことがあるとするならば、立法府自らの手による議員定数は正措置に向けての残され

た期待と信頼とが遂に消失してしまう事態を招くことも、避けられないというべきであろう。

裁判官竹内行夫の補足意見は、次のとおりである。

私は、多数意見に同調するものであるが、その5項において触れられている現行参議院議員選挙制度の仕組みの見直しについての適切な検討に関して、私の意見を補足して述べておきたい。

多数意見が指摘するとおり「このような見直しを行うについては、参議院の在り方をも踏まえた高度に政治的な判断が必要」であるところ、そのような政治的判断を行うに当たっては、投票価値の平等の重要性を踏まえつつも、単なる議員定数配分上の数の問題としてではなく、国会を国権の最高機関として位置づけて二院制を採用した憲法の下における国家の統治機構の在り方にかかわる問題として、広い観点から、これを検討する必要がある。国会が、憲法の定めたところの趣旨にのっとり十分にその機能を発揮することが、国民生活にとり重要であると考えからである。

憲法は、二院制を採用し、衆議院と参議院がそれぞれ特色のある機能を発揮することを予定している。憲法43条は、両議院とも全国民を代表する選挙された議員により組織されるもの（国民代表原理）と定めている。そして、投票価値平等の理念は、衆議院議員選挙のみならず参議院議員選挙においても妥当するが、憲法が二院制を採用した趣旨からして、選挙の仕組みにおける選出基盤に関する理念が両議院の間で同じでなければならないということはなく、異なって当然である。衆議院議員選挙については、「各選挙区の選挙人数又は人口数（中略）と配分議員定数との比率の平等が最も重要かつ基本的な基準とされるべき」（[最高裁昭和49年（行ツ）第75号同51年4月14日大法廷判決・民集30巻3号223頁](#)）であるとされ、厳格な投票価値の平等が求められているところであるが、他方、参議院議員選挙制度の仕組みについては、国民各層の種々の利害や考えを公正かつ効果的に吸収する多角的民意反映の考えに基づいて、厳格な人口比例主義以外の合理的な政策的目的ないし理由をより広く考慮することは、二院制の趣旨に合致するものである。

以上は[昭和58年大法廷判決](#)以来の累次の当審判例の趣旨とするところであり、これらの判例法理が認めるように、憲法は投票価値の平等を要求しているが、それが参議院議員選挙制度の仕組みを決定する唯一、絶対の基準となるものではない。私は、衆議院議員の選挙においては、人口に基づいて議員定数を配分することが重視されることが当然であると考え、参議院も同様の厳格な人口比例原理を選出基盤とした議員により構成するとすれば、参議院は「第二衆議院」ともいうべきものとなりかねず、憲法が採用した二院制の趣旨が損なわれる結果になることを危惧する。むしろ参議院議員の選

出基盤が衆議院議員のそれと異なる要素を有することによって、両院あいまって、国会が総体として公正かつ効果的に国民を代表する機関たり得ると考えられるのである。国民の利益は複雑で、意見は多様であるため、人口の多寡を基準にした選出基盤だけでは多様な民意が十分反映されない。一例を挙げれば、人口が集中した大都市地域と人口の少ない地方の間では、異なった問題があり、異なった解決策が求められることも少なくない。今日の日本においては、全国をカバーする交通網や情報網は著しく発達したものとなったが、大都市と地方の種々の面における不均衡の問題はむしろより深刻になったという指摘も見られ、国政と地方の関係に関する問題意識や地方分権に関する議論が高まっているのが現状である。多種多様な問題に対応して国土のバランスの取れた発展を期するためには、地方の実情と問題意識に通暁した者が国政に参画することが必要であるが、人口の多寡により定数配分が定められる仕組みにおいては、国会議員が国民全体の代表者であるとしても、人口の少ない地域の問題意識を国会に十分反映させることには実際上困難を伴う。単純な人口比例原理の問題点を補う仕組みを設けることには十分な合理性があり、人口比例原理により選出される議員から成る衆議院とそれとは異なる選出基盤をも併せて用いる参議院とがあいまって、多様な民意を二院制の国会に反映させることができるとされてきているのである。

ところで、現行の参議院議員選挙制度の仕組みにおいて、比例代表選出議員の選挙に関しては、1人1票の価値の原則が実現している。投票価値の平等との関係で問題となるのは選挙区選挙についてである。多数意見が指摘するとおり、選挙区選挙に関する現行の選挙制度の仕組みの下においては、最大較差の大幅な縮小を図ることは困難な事情がある。これは、憲法46条が参議院議員の任期を6年とし、その半数を3年ごとに改選することを求めていることと関係がある。現行制度においては、半数改選を実現するため都道府県単位の各選挙区に偶数の定数配分（最小限2人）を行っているが、投票価値の平等化のための措置として、仮にこれを奇数配分（最小限1人）にして、平成12年10月実施の国勢調査による人口に基づき最大剰余方式により定数配分を行うとすると、47選挙区のうち15選挙区の定数が1人となる。この場合、これら15県の選挙人は6年に一度しか投票し得ないこととなり、これは3年ごとに選挙が行われる定数2人以上の選挙区の選挙人の半分しか投票機会がないことを意味するが、このような絶対的不平等が許容されるとは思えない。

また、選挙区が都道府県単位とされていることには、累次の当審判決が触れたとおりのそれなりの合理性が認められる。都道府県は普通地方公共団体として地方自治を担い、我が国の政治や行政の実際において重要な役割を果たしているものであり、都道府県単位の選挙区制は、長年にわたる慣行として

国民の間において定着しているといえよう。もちろん、都道府県単位の選挙区制は憲法に定められたものではなく、唯一、絶対の選択肢でもないが、国政と地域を結ぶその機能は重要であり、それに代わり得るもので国民が受入れられる選挙区制を見いだすことは、決して容易ではない。

このように、都道府県単位の選挙区に偶数（最小限2人）の定数を配分する現行の参議院議員選挙制度の仕組みは、合理性を有しているのであるが、現行の定数配分の仕組みを前提とした場合、投票価値の平等という観点からは、較差の縮小が求められている状況にある。投票価値の平等の重要性を踏まえながら、憲法が二院制を採用した趣旨や参議院の独自性を損なうことがないような選挙制度の見直しを実現することは、容易ならない課題であるといわざるを得ない。投票価値の平等の重要性については今更何言を要しないが、選挙制度自体を見直すとするれば、単なる数字上の定数配分の是正ではなく、憲法が国権の最高機関である国会につき二院制を採用している趣旨を踏まえた統治機構の在り方についての検討が求められる。それ故にこそ、参議院の在り方を踏まえた正しく高度の政治判断が必要とされるのである。

参議院議員の定数配分については、国会においても参議院の在り方を踏まえた抜本的な検討の必要性が指摘され、何度か是正措置が執られたところであるが、参議院の在り方にふさわしい代表基盤とは何か、参議院の場合に投票価値平等の原則が譲歩を求められるとして、憲法が二院制を採用した趣旨も含め、これを正当化する他の政策的目的ないし理由として国会は何を考慮しているのか、といった基本的な諸点について、国民の理解が進んでいるとは見受けられない。これらの諸点について一朝一夕に結論を得ることは困難であろうが、国会が憲法によってゆだねられた立法裁量権を行使して選挙制度の仕組みを検討するに当たって、これらの点に関する論点を国民に広く明らかにしつつ検討を加え、衆議院とは異なった参議院の在り方にふさわしい選挙制度の仕組みの基本となる理念を速やかに提示することが望まれる。

裁判官古田佑紀は、裁判官竹内行夫の補足意見に同調する。

裁判官金築誠志の補足意見は、次のとおりである。

私は、多数意見に賛成するものであるが、本件選挙における投票価値の較差の現状が憲法上いかに評価されるべきかについて、私の見解を述べておくこととしたい。

1 憲法は、両議院の議員の任期と参議院議員の半数改選制を自ら定めるほかは、議員の定数、選挙人及び被選挙人の資格、選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項について、挙げて国会の立法にゆだねているから（43条ないし47条）、これらの事項をいかに定め、どのような形態の選挙制度を採用するかに関し、国会が広範な裁量権を有していることは明らかであり、選挙制度を決定するに当たって、投票価値の平等が唯一、絶

対の基準となるものではないことも当然である。

しかし、投票価値の平等は、すべての有権者が国政選挙に対して平等な権利を持ち、その意味において国民の意見が国政に公正に反映されることを保障する憲法上の要請であるから、国会が選挙制度を決定するに際して考慮すべき単なる一要素にすぎないものではなく、衆議院のみならず参議院においても、選挙制度に対する最も基本的な要求として位置付けられるべきものである。最高裁判平成6年（行ツ）第59号同8年9月11日大法廷判決・民集50巻8号2283頁が、投票価値の平等は憲法14条1項に由来するものであり、国会の立法裁量権にもおのずから一定の限界があることを指摘しているように、このことは、これまでの当裁判所判決の趣旨とするとところであったと考えられる。多数意見が、投票価値の平等は、参議院の独自性など国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものであると説示している部分も、これを前提とした上で、投票価値の平等を重視する余り、他の面でバランスや合理性を欠く選挙制度となることは適当でないとの趣旨を述べたものと解される。

2 一般に、憲法の平等原則に違反するかどうかは、その不平等が合理的根拠、理由を有するものかどうかによって判定すべきであると考えられているが、投票価値の平等についても、基本的には同様の考え方が妥当すると思う。投票価値の較差については、その限度を2倍とする見解が有力であるが、2倍に達しない較差であっても、これを合理化できる理由が存在しないならば違憲となり得る反面、例えば二院制の在り方からする十分な理由があれば、2倍を超える較差が合理的裁量の範囲内とされることもあり得ると考えられるから、2倍は理論的、絶対的な基準とまではいえないように思われる。しかし、2倍という数値は、常識的で分かりやすい基準であり、国会議員選挙における投票価値の平等といった、全国民に関係する、国政の基本にかかわる事柄について、基準の分かりやすさは重要であるから、著しい不平等かどうかを判定する際の目安としては重視すべきであると考えられる。

また、これまでの当裁判所の判例においては、議員定数配分規定の全体を不可分一体のものとしてその効力の有無が判断されてきており、私もそれが正しいと考えるが、そうした形で判断する以上、選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の最大較差だけでなく、全国的な較差の広がり状況も判断要素とするのが相当である。

なお、比例代表をも加えて投票価値を算定するという、多数意見3項掲記の平成18年10月4日大法廷判決における那須裁判官の補足意見は、大変傾聴すべき見解であるが、選挙区選挙における投票価値の較差のみをもってしても憲法14条1項違反の問題が生ずるとしてきた従来の判例の態度には、十分な理由があると思われる。しかし、投票価値に地域的な較差のない

比例代表の存在を、1回の参議院議員通常選挙において各有権者が行使し得る権利の総体という観点から、選挙区選挙における投票価値の不平等を一定程度埋め合わせる要素として考慮することは、当然許されるものと思う。

3 本件選挙当時において、選挙区間の最大較差は、目安と考えるべき2倍をはるかに超えて4.86倍にも達していた。全国的な較差の状況については、様々な指標の採り方があるが、差し当たり原判決が認定しているところによって平成17年国勢調査に基づき人口500万人以上の9大道府県とそれ以外の38府県との比較を見ると、人口では前者が9%上回っているのに、本件改正後の議員数は前者が52人、後者が94人であって、議員1人当たりの平均人口にほぼ2倍の較差が生じていたから、本件選挙当時においても、人口ちゅう密地域とそれ以外の地域との間に大きな較差があったことが推認される。このような較差状況は、投票価値の著しい不平等状態に当たると認めざるを得ず、これを憲法上合理的範囲内として是認するためには、よほど強い明確な理由が存在しなければならない。

半数改選制は、衆議院に比較し相対的に安定性、継続性を重んじようとした参議院に特有の憲法上の要請であり、これとの関係で奇数区を設けないこととしている点も含めて、投票価値の平等に譲歩を求めるやむを得ない理由になると考えるが、この要請を満たしつつ、投票価値の著しい不平等を生じさせないような制度設計を行うことは、現在の参議院議員選挙の枠組みを固定的に考えなければ可能であるので、上記のような大きな較差を正当化するには足りない。

選挙区間の平等な定数配分の実現を妨げている大きな要素として、衆議院に比べて議員総数が少ないことに加えて、そのうちの相当数を比例代表に割り当てていることと、都道府県を選挙区選挙の単位としていることがある。現行のように選挙区選挙と比例代表の2本建てとするかどうか、議員総数を何人としそれを選挙区選挙と比例代表にどう配分するか、選挙区割りをどう定めるかは、いずれも参議院の性格決定に関係するところがあり、正に立法府の裁量に属する。しかし、前述のように、この裁量には限界があるのであり、国会は、投票価値の著しい較差をもたらさないように裁量権を行使すべき責務を有している。都道府県が、その長い歴史からも政治的、経済的、社会的に独自の意義と実体を有していることは否定できず、これを選挙区選挙の単位とすることの結果として、投票価値にある程度の不平等が生じることが合理性を欠くものではないと認めてよいが、我が国の参議院は、連邦制国家における上院のような存在ではなく、組織原理を衆議院と全く異にするものではないのであるから、都道府県代表的意義という理由をもって較差を合理化することには、憲法上限度があるというべきである。

結局、参議院議員の選挙においては、衆議院に比較すれば、投票価値の不

平等を緩やかに考えてよい要素はあるものの、上記のような著しい不平等の存在を長期にわたって合理化できるほどの根拠は見だし難いといわなければならない。大幅な較差縮小のための立法措置が不可避である。

4 多数意見が指摘するとおり、現行の選挙制度の仕組みを維持し、各選挙区の定数を振り替える措置による是正では、較差を4倍以内とすることすらできないのであって、大幅な較差縮小を実現するためには、選挙の仕組み自体の抜本的な見直しが必要とされる。そして、こうした制度の見直しは、二院制の下における参議院の役割、在り方を踏まえ、それにふさわしい、バランスの取れたものであることが求められるから、国会に対して、この判決の趣旨に沿った法改正の立案・審議のため、一定の時間的猶予を認めざるを得ず、本件選挙までの間に本件定数配分規定を更に改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えたものとまでいうことはできないものであり、今直ちに違憲判断をすることは相当でない。

裁判官中川が滋の反対意見は、次のとおりである。

私は、本件定数配分規定は憲法に違反するものであり、本件選挙は違法であると考える。その理由は次のとおりである。

1 多数意見は次のとおり述べる。〔1〕憲法は、選挙権の内容の平等、換言すれば、議員の選出における各選挙人の投票の有する影響力の平等、すなわち投票価値の平等を要求していると解される。〔2〕しかしながら、憲法は、どのような選挙制度が国民の利害や意見を公正かつ効果的に国政に反映させることになるのかの決定を国会の裁量にゆだねているのであるから、投票価値の平等は、選挙制度の仕組みを決定する唯一、絶対の基準となるものではなく、参議院の独自性など、国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において、調和的に実現されるべきものである。それゆえ、国会が具体的に定めたところがその裁量権の行使として合理性を是認し得るものである限り、それによって投票価値の平等が一定の限度で譲歩を求められることになっても、憲法に違反するとはいえない。

私は、以上の点については賛成するものである。したがって、国会の定めた本件定数配分規定が国会の裁量権の行使として合理性を是認し得るものであるかどうかが問われなければならない。

2 多数意見は、参議院議員の選挙制度の仕組みは、憲法が二院制を採用し参議院の実質的内容ないし機能に独特の要素を持たせようとしたこと、都道府県が歴史的にも政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し一つの政治的まとまりを有する単位としてとらえ得ること、憲法46条が参議院議員については3年ごとにその半数を改選すべきものとしていること等に照らし、相応の合理性を有するものであり、国会の有する裁量権の合理的な行使の範囲を超えているとはいえないとする。そして、社会的、経済的変化の

激しい時代にあつて不断に生ずる人口の変動につき、それをどのような形で選挙制度の仕組みに反映させるかなどの問題は、複雑かつ高度に政策的な考慮と判断を要するものであつて、その決定は、基本的に国会の裁量にゆだねられているものであるとした上、本件選挙当時において選挙区間における議員1人当たりの選挙人数の最大較差が1対4.86であつたとしても、国会において定数較差の問題について今後も検討が行われることとされていること、現行の選挙制度の仕組みを大きく変更するには相応の時間を要するから本件選挙までにそのような見直しを行うことは困難であつたこと等の事情を考慮すれば、本件選挙までの間に本件定数配分規定を更に改正しなかつたことが国会の裁量権の限界を超えたものということではできないとして、本件選挙当時において本件定数配分規定が憲法に違反するに至つていたものとすることはできないとする。

確かに、現行法制下での参議院議員の選挙制度は、創設された当初から、都道府県を選挙区とし、半数改選制への配慮から、各選挙区につき、最小限を2人とする偶数の議員定数を配分する制度を採用してきているところ、このような都道府県単位の選挙区設定及び定数偶数配分制には上記のような一定の合理性を認めることができる。しかし、憲法は二院制と3年ごとの半数改選を定めているにすぎず、都道府県単位の選挙区設定及び定数偶数配分制は憲法上に直接の根拠を有するものではない。そして、参議院議員の定数配分については、その後当初の人口分布が大きく変わり、それに伴う人口比例による配分の改定が適宜行われなかつたこともあつて、最大較差1対6.59まで拡大したこともあり、そのような較差は、当審判決により、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態と判断された。ところが、その後2回にわたる定数改正があつたにもかかわらず、本件選挙当時にはなお1対4.86の最大較差があつたものである。上記1〔1〕のとおり、投票価値の平等を憲法の要求であるとする以上、そのような較差が生ずる選挙区設定や定数配分は、投票価値の平等の重要性に照らして許されず、これを国会の裁量権の行使として合理性を有するものということではできないと解すべきである。このような較差が生じている不平等状態は違憲とされるべきものと考えられる。

3 以上によれば、本件定数配分規定は違憲であるが、国会による真摯かつ速やかな是正を期待し、事情判決の法理に従い本件選挙を違法と宣言するとどめ、無効とはしないものとするのが相当である。

裁判官那須弘平の反対意見は、次のとおりである。

1 国民が議会構成員を選挙するについては、1人1票の原則を基本とすべきであるから、ある選挙人に与えられる投票の価値が他の選挙人に与えられる投票の価値の2倍以上となる事態は極力避けなければならない。この理

は、憲法14条（法の下での平等）、15条3項（普通選挙の保障）及び44条ただし書（議員選挙における差別禁止）の各規定から当然に導かれるものであつて、憲法47条が議員選挙に関する事項を法律に委任しているからといて、特に変更を受けるものではない。多数意見が「累次の大法廷判決の趣旨とするところ」として要約する基本的な判断枠組みは適切なるものであるが、この枠組み自体は上記1人1票の原則を否定するものではなく、むしろこれを当然の前提としていると解される。この前提に立つと、今回の訴訟で問題とされている選挙区間の投票価値の最大較差1対4.84ないし4.86という数値が1票の価値の不平等を示すものでこそあれ、平等を裏付けるものではあり得ないという判断に行き着くのはむしろ当然のことである。

2 それでは、選挙区間の投票価値に上記の較差があるからといて、直ちに「違憲」という結論を導き出してよいかという点、問題はそれほど単純ではない。

私は、これまでの多くの訴訟の中で投票価値の較差を示すものとして用いられてきた数値が平等・不平等の実態を適正に反映しているか、また、その較差を是正する具体的・現実的な方法として何が考えられるかについて、根本に立ち戻って点検する必要があると考える。そのための一つの手法として、考察の対象を選挙区だけに限定せず、比例代表選挙の定数にも広げることが考えられる。すなわち、

（1）参議院議員の選挙において、各選挙人は選挙区選出議員を選ぶのに1票、比例代表選出議員を選ぶのに1票と、二つの投票を行う。参議院議員選挙における各選挙人の政治的意思は、この二つの投票行動が相まって表明されるものとなっている。選挙区選挙と比例代表選挙は決して無関係な2個の選挙がたまたま同時に行われるというものではなく、被選挙人の定数（選挙区146人、比例代表96人）、選出母体となる区域（選挙区は都道府県単位、比例代表は全国を通じ一つ）等についてそれなりの関係づけをし、一体のものとして設計され運用されている。選出された議員も、選挙区から選出された者であると比例代表から選出された者であるとを問わず、ひとしく参議院の構成員として何らの区別もなく立法活動に携わることになる。したがって、参議院議員選挙における投票の価値を考えるのに、選挙区における投票と比例代表における投票とを一体のものとして見て、両者を総合して計算することはごく自然なことである。

（2）比例代表選挙は全都道府県を通じて一つの単位として投票が行われるから各選挙人の投票価値に差はない。したがって、これを選挙区選挙の投票価値と合わせて計算すれば、選挙区選挙だけの場合に比べて較差はかなり緩和されたものとなる。詳細は[平成18年大法廷判決](#)（多数意見3項掲記の平

成18年10月4日判決)における私の補足意見の中で指摘したとおりであるから省くとして、結論だけ見れば、前回選挙では、最も投票価値の低い東京都を1とした場合、最大較差は鳥取県の2.89であった。本件選挙について同様な方法で計算すると、最も投票価値の低い神奈川県を1とした場合、最大較差は鳥取県の2.83となる。この較差は前回よりわずかに縮小しているが、投票価値の平等という点で問題であることに違いはなく、この較差を少なくとも1対2未満に収める必要があることは前述のとおりである。

3 最大較差が1対2未満の範囲内に収まることが望ましいとしても、参議院議員選挙における現行の選挙制度の仕組みを前提とする限り、較差の大幅な縮小を図ることが難しいという問題はこれまでの参議院議員選挙をめぐる訴訟でしばしば指摘されてきた。しかし、視野を比例代表の定数にまで拡大し、最大較差についても比例代表を合わせて計算すると、状況はかなり変わったものとなる。

例えば、比例代表の定員16名分を減じて、これを定員が過少な選挙区に順次振り替えることができれば、参議院議員の定数全体はそのままでも、選挙区と比例代表とを合わせて計算した投票価値の最大較差は一定程度縮小する。これに加えて、平成12年改正で減員となった10名を復活させこれを選挙区の定員に振り向ければ、更に事態は改善する。その際、各選挙区について最低2の定数を配分しつつ、これを超える定数については奇数配分も可能とした上で(これにより各選挙区の増員数が常に偶数でなければならないという窮屈さを回避できる)、奇数定員の選挙区について偶数定員の選挙を行う回と奇数定員の選挙を行う回を交互に組み合わせ、かつ全国の選挙区を総体としてみたときに奇数選挙区選挙が一方に偏らないように分散させる等の方法を加味して、全体として憲法46条の「3年ごとに議員の半数を改選する」との要請を満たすことも可能であり、これらの策を動員することで、比例代表を合わせた投票価値の最大較差を1対2.2程度にまで縮小することが可能となる。

4 私は、[平成18年大法院判決](#)において、比例代表を合わせて計算しても最大較差は1対2.89であり、これが違憲領域に近接していると認められることを前提としつつ、「憲法の許容する立法の裁量権の範囲内に辛うじて踏みとどまったもの」として、結論的には憲法違反を否定する多数意見に賛同した。この判断は、対象となった選挙が[平成16年大法院判決](#)から6か月しか経たない時期に行われたこと、その間に参議院が定数較差問題に関する協議会を発足させるなどは正に向けて具体的で真摯な対応を執り結果として平成18年6月の4増4減の本件改正が実現したこと等の経緯を重視したことによるものであった。

これに対し、本件選挙については、本件改正が[平成18年大法院判決](#)における上記判断に織り込み済みであって再度評価の材料とすることは相当でなく、他に、国会の審議に見るべき進展があったとか、進展に向けた真摯な努力が重ねられたという形跡も見受けられない。そして、現行の選挙制度の仕組みの下でも、比例代表をも含めた全体の選挙の最大較差を相当程度縮小させる方法がないとはいえないことは、上記3に述べたところから明らかである。

してみると、本件選挙については、適切な対応がなされることなく1対2をはるかに超えて1対3に近い大幅な較差が残されたまま実施された点において、憲法の違反があったと判断せざるを得ない。

5 本件のような選挙定数訴訟において、憲法違反と判断された場合の主文の在り方については、[最高裁昭和49年\(行ツ\)第75号同51年4月14日大法院判決・民集30巻3号223頁](#)で確立された判例に倣い、主文で請求を棄却しつつ、当該選挙が違法である旨を宣言するいわゆる事情判決にとどめる考え方が有力である。しかし、事情判決といっても、請求全部を棄却するものであることに相違はなく、直接、立法府に改正を促す法的効果を持つものでもない。しかも、元来、公職選挙法204条の定める訴訟類型には本件のような違憲を理由とする定数訴訟を含むことは予定されておらず、その上、事情判決の適用も排除される中で、最高裁が法的救済の必要性を重視する立場から、あえて一般法理を適用して示した判断が上記昭和51年大法院判決であって、同判決は実質的には違憲確認ないし違憲宣言判決に近いものであると見ることができる。以上の来歴を念頭において、本件訴訟の本質を直視すれば、事情判決から竿頭一步を進めて、端的に主文で違憲確認をする方法を認めてもよいのではないかと考える。その場合には、原告の主張の眼目が定数配分の違憲について判断を求める点にあることをも考慮し、違憲確認の対象を定数過少が争われている当該選挙区に関する定数配分規定に絞り、かつ、定数が過少なものととどめられているという一種の立法不作為の限度において判断すれば足り、選挙自体を無効とするまでのことはないと考えられる。定数の過少が問題とされる選挙区について、当選者に投票した選挙人のせつかくの政治的意思表示を無に帰し、いったん当選者とされた被選挙人を何の落ち度もないのに国政の場から排除することは、本件訴訟が目的とする範囲を超えて無用な混乱を来すことにもなる。そこで、選挙無効の訴えの中に含まれると解される違憲確認を求める部分に着目し、主文において本件定数配分規定のうち東京都選挙区の議員数を10人ととどめたままである点につき違憲である旨を確認するとともに、これを超える選挙無効の請求については「その余の請求を棄却する」等の文言により一部認容判決である趣旨を明らかにするのが相当であり、そうすることが違憲法令審査権を有する最

高裁判所の職責を尽くす途にもつながると考える。

裁判官田原睦夫の反対意見は、次のとおりである。

私は、多数意見と異なり、本件定数配分規定は憲法に違反するものであって、本件選挙は違法であると考えている。

#### 1 投票価値の平等の憲法上の意義

国民が選挙権の行使によって国政に参加できることは、民主主義国家の基本原則であり（憲法前文、43条1項）、その参政権は、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別されてはならない（憲法44条ただし書）ことはもちろんのこと、その選挙権を行使する地域（居住地）によって、投票価値に較差を生じさせることは、原則として投票権の平等を侵害するものであって、憲法14条1項、15条1項、3項、43条1項、44条ただし書、47条に違反するものというべきである。国会が国権の最高機関（憲法41条）たる由縁は、国会を構成する議員が、かかる国民の平等な参政権の行使によって選出され、全国民を代表することによるものである。

もっとも、私も、多数意見が述べるように、憲法は、投票価値の平等を選挙制度の仕組みの決定における唯一、絶対の基準としているものではないことは是認するものである。しかし、多数意見が述べる「投票価値の平等は、参議院の独自性など、国会が正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものである」とする点には賛成できない。国民の参政権の実現たる選挙における投票の価値の平等は、選挙制度や地政学的な配慮をも加えた上での技術的な諸問題から一定の譲歩を迫られざるを得ないことはあり得るものの、それは、選挙制度を構築する上で、最も重視されるべき要素であって、他の政策的目的ないし理由との間で調和的に実現されるべきものにとどまるのではない（[最高裁平成6年（行ツ）第59号同8年9月11日大法廷判決・民集50巻8号2283頁](#)における大野正男裁判官外5名の反対意見、[最高裁平成9年（行ツ）第104号同10年9月2日大法廷判決・民集52巻6号1373頁](#)における尾崎行信裁判官外4名の反対意見、[最高裁平成11年（行ツ）第241号同12年9月6日大法廷判決・民集54巻7号1997頁](#)における河合伸一裁判官外4名の反対意見参照）。

#### 2 参議院の組織及びその議員の選挙制度と憲法

憲法は、参議院の構成に関しては、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織するものとし（43条1項）、任期を6年として3年ごとに議員の半数を改選する（46条）こと以外は、その定数（43条2項）、議員及びその選挙人の資格（44条本文）、選挙区、投票の方法その他議員の選挙に関する事項（47条）は、法律でこれを定めるものとし、その具体的な規律

は、国会の合理的な裁量に委ねている。

国会が、憲法により認められた立法上の裁量権を行使し、参議院の組織、選挙制度を構築するに当たっては、連邦制国家における二院制とは異なり、単一国家における二院制の意義、憲法上衆議院の優越が認められ、参議院には、解散がなく、その議員の半数を3年ごとに改選する制度が設けられたことの趣旨を踏まえた参議院の位置付け等の諸点を十分に考慮し、また、憲法上の要請たる国民の投票権に係る投票価値の平等を、いかなる政策的要素の下にいかなる程度まで修正することが許されるかについて厳密な較量がなされるべきものである。そして、国会は、参議院の組織、選挙制度について立法をした後においては、その後の我が国の経済構造を含む社会情勢の変化、人口動態等、その政策選択の基礎を成した社会的な事実関係の変動を常に注視し、既存の参議院の組織や選挙制度がその変動に十分に対応し得ているか否かを機会あるごとに検証し、その変動の程度が、立法当初あるいはその後の改正法制定時に想定されていた限度を超えていると認められるに至った時は、その新しい事態に対応すべく、参議院の組織や選挙制度の見直しを継続的に行っていくべき義務を憲法上負っているものと解される。そして、社会構造の変化や人口動態が、立法当初あるいはその後の改正法制定当時の想定と著しく異なるに至り、その結果、既存の組織と憲法の定める二院制の理念との間に大きな乖離が生じ、あるいは、既存の選挙制度が国民の国政への参政権の根幹を成す投票権の平等を著しく害するに至った場合には、国会は、かかる事態を解消するに足る合理的な施策を伴う立法を行うべき義務を負っているものというべきである。

そして、国会が、上記の目的に沿う法改正を行うに必要と認められる合理的な期間を経過した後においても、何らの措置を採ることなくその事態を放擲し、あるいは、国会が採った立法措置が上記の事態を解消するには程遠い当面の弥縫策としか評し得ないものである場合には、憲法によって認められた立法権の適正な行使を、国会が正当な理由なく怠るものといわざるを得ず、そのような状態にある組織や選挙制度は違憲状態に陥っていると評価せざるを得ないのであり、そのような違憲状態にある選挙制度の下で施行される参議院議員選挙は、違法との評価を受けることとなる。

#### 3 従前の参議院議員の選挙制度とその議員の配分

##### (1) 参議院議員選挙法（昭和22年法律第11号）

憲法の制定を受けて制定された参議院議員選挙法（昭和22年2月に公布）は、参議院議員の定数250人を全国選出議員100人と地方選出議員150人に区分し、全国選出議員については、全都道府県の区域を通じて選出するものとする一方、地方選出議員は、その選挙区及び各選挙区における議員定数を別表で定め、都道府県を単位とする選挙区において選出するもの

とし、憲法46条が参議院議員は3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、各選挙区の定数は偶数とし、昭和21年4月26日現在の人口に基づき、各選挙区の人口に比例する形で2人ないし8人の議員数を配分した。その結果、選挙区間における議員1人当たりの人口の最大較差は、宮城県選挙区と鳥取県選挙区間の2.62倍であった（なお、較差が2倍を超える選挙区は合計12存した。）。

ところで、同法制定過程における帝国議会の審議記録を見ると、全国選出議員は、「専ら学識経験ともに優れた、全国的な有名有為の人材を簡抜することを主眼と致しますと共に、職能的知識経験を有するものが、選挙される可能性を生ぜしめることに依つて、職能代表制の有する長所を採り入れむとする狙ひを持つ」（昭和21年12月4日、第91回帝国議会貴族院における大村清一内務大臣の法案説明（同議事速記録5号61頁））ものと位置付けられていた。なお、この立法過程では、全議員を全国から選出するとの選挙制度の可否についても議論されている。

他方、地方選出議員の意義について、憲法制定過程における政府の説明は、「形式的ニ言フ地方代表、精神的ニ地方ヲ代表スルノデハアリマセヌ。・・・此ノ地方代表的ナ考ヘ方ト云フ考ハ、・・・国ヲ現スヤウナ人材ハ地方的ニ搜シタガ、・・・其ノ地方的ノ判断ニ依ツテ搜シガ、色々な制限モ離レテ却テ公正ナ結果ガ得ラレルノデハナカラウカ」、「固ヨリ地域代表ト云ウ言葉ヲ以テ致シテ居リマスル選挙ハ、実ハ地域代表デハナイノデアツテ、選挙ノ方便トシテ地域的ニ区切りヲ付ケテ国家全体ヲ現ス者ヲ選ビ出スト云フコトニ過ギナイデアリマス」（昭和21年9月20日、第90回帝国議会貴族院「帝国憲法改正案特別委員会」における金森徳次郎内務大臣の発言（同議事速記録18号7頁、27頁））というのであり、また、上記参議院議員選挙法の審議における政府の答弁では、「参議院に於て審議をする際に於きまして、地方の実情に精通して居る議員が加はつて居ることも望ましいことだと考へるのであります」、「外国の第二院に付きましては、州を代表するとか、地域を代表すると云ふやうな考へ方があるかと思ふのであります。我が国の参議院に於きましては、地域代表と云ふ意味の思想は、是は採ることが出来ないものと思ふのであります、唯地域代表的性質と云ふやうなことを私も時々申上げて居りますが、是は地方の事情に詳しい人に出て貰ふと云ふ趣旨で申上げて居るのであります（す）」（昭和21年12月5日、第91回帝国議会貴族院「参議院議員選挙法案特別委員会」における大村清一内務大臣の答弁（同議事速記録2号10頁、17頁））というのであって、参議院議員選挙法において設けられた地方選出議員は、決して都道府県の住民の利益を代表するものではなく、国会が広く地方の実情を把握し、また、有用な多種、多様な人材を参議院議員として確保するには、各地

方の選挙区から選出する途を設けることが望ましい、と位置付けて設けられた制度であることが明らかである。

同法制定当時、上記のような趣旨で各地方区が設けられたことは、その当時の通信、交通事情を顧みれば容易に理解できる。公刊されている資料によれば、同法が施行された昭和22年当時の我が国の通信事情は、戦災や戦時中の整備不良等によって大きく乱れた後の復興過程であり、電話普及率も低く、郵便事情も交通網の整備の遅れもあって遅配続きの状況にあった。また、交通網はというと、航空路は米軍占領下で全く利用できず、現在、入手し得る昭和22年6月の国鉄列車ダイヤによれば、ようやく一部復活した急行列車を利用して、東京－大阪間11時間50分、東京－博多間28時間50分、東京－鹿児島間35時間40分、東京－青森間21時間、青森－函館－札幌間14時間30分という状態であった。

国会が予算審議権や立法権を適正に行使するには、我が国各地の状況を十分踏まえる必要があるところ、上記のように通信、交通網が未整備であった同法制定時においては、各地方の実情を弁えた人材の選出という趣旨から地方区を設け、人口比例配分をしつつも、半数改選制を確保すべく各都道府県に偶数の議員を割り付けたものである。その結果、上記のとおり12選挙区で投票価値の較差が2倍を超え、最大較差は2.62倍となった。同法は、上記のとおり、憲法の制定を受けて、その施行前に第1回参議院議員選挙（昭和22年4月20日施行）を行うべく制定されたものであるが、間もなく施行される憲法の定める理念を具体化すべく制定されたものであって、その選挙制度及び選挙区に係る議員定数の配分は、憲法施行後においては、国会に認められた合理的な裁量権の行使の範囲内として承認されるべきものであることはいうまでもない。

## （2）公職選挙法の制定

昭和25年に制定された公職選挙法は、参議院議員選挙法の議員定数配分規定をそのまま引き継いだ。なお、同法の衆議院議員定数配分規定（別表第1）には、「本表は、この法律施行の日から5年ごとに、直近に行われた国勢調査の結果によって、更正するのを例とする」旨の規定が設けられたが、参議院議員定数配分規定（別表第2）には、同様の規定は設けられなかった。その理由は、今日では必ずしもつまびらかではないが、（1）に記載した立法経緯から明らかとなっており、地方選挙区選出の議員は、当該地方住民の代表ではなく、広く有為の人材を地方からも求め、また、中央に対応する意味での地方の実情に精通している人材を選出するための方法として設けられたものであるところから、各地方の住民の代表として選出する場合に求められるような厳密な人口比例配分原則によることは、必ずしも適さないと考えられたことによるものと忖度される。

この配分規定のうち選挙区選出議員の定数配分は、昭和46年に沖縄復帰に伴って沖縄県選挙区の議員定数2人が付加された外は、参議院議員選挙法制定以来、後述の平成6年の定数は正までの47年間改正されることはなかった。

#### (3) 昭和57年の拘束名簿式比例代表制の導入

昭和57年法律第81号による公職選挙法の改正により、従来の全国選出議員制度に替えて、拘束名簿式比例代表制が導入された。

同制度は、全国選出議員については、個人本位の選出制度を廃止し、一定の要件を満たす政党等がその名称、候補とすべき者の氏名及びそれらの者の間における当選人となるべき順位を記載した名簿を提出して、その名簿登載者を候補者とするものである。

同改正案は、参議院議員の提出によるものであり、その提案理由として、〔1〕参議院全国区制について、参議院にふさわしい人をより得やすい制度とすることが必要であること、〔2〕全国区制は、有権者にとっても候補者の選択が著しく困難であり、多くの候補者にとって膨大な経費を要すること、〔3〕政党が議会制民主主義を支える不可欠の要素となっており、また、国民の政治的意思形成の媒介として重要な機能を果たしていること、が挙げられていた。

ところで、前記のとおり、参議院議員の地方選出議員は、各地方の代表ではなく、参議院議員選挙法制定当時の交通、通信網の未整備の状況を踏まえて、全国選出議員と共に各地方から地方の実情に詳しい全国民を代表する議員を選出すべきものとされたものであるから、全国選出議員制度が見直されるに際して、当然に地方選出議員制度についても、その選出制度が設けられた趣旨に立ち返って検討がなされてしかるべきであった。殊に、同制度が設けられた当時に比して、全国の交通網は、羽田と主要都市間の航空路が開設され、新幹線も既に全線開通していた山陽新幹線に加えて、同年には東北新幹線が盛岡まで開通するなど格段に整備され、また、電話のほぼ全世帯への普及、ファックスの利用など、通信網も著しく発展しており、地方選出議員制度が設けられた時点とは異なり、地方からの選出議員によらなくても中央に対応する意味での地方の状況を十分に把握できるようになっていたのである。また、その間、我が国の産業構造は第一次産業から第二次、第三次産業へと比重が大きく移動し、それに伴う人口の都市集中によって、上記改正前の昭和55年6月22日に施行された参議院議員通常選挙の際の地方区間の議員1人当たりの選挙人数の最大較差は、1対5.37にも達していたにもかかわらず、その是正措置については、何らの検討も加えられてはいない。

#### (4) 平成6年の改正

平成6年法律第47号による公職選挙法の改正は、平成4年7月26日施

行の参議院議員通常選挙施行時の選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の最大較差が、1対6.59にまで拡大していたのを緩和することを目的としてされたもので、参議院議員の総定数は従前のままとして、選挙区選出議員を4県で各2人増加し、他方、北海道で4人、2県で各2人減員するものであった(8増8減)。その結果、直近の国勢調査の結果に基づく人口基準の最大較差は、1対6.48から1対4.81に縮小はしたものの、依然として4倍を大きく超えていた。また、その改正過程においても上記の参議院議員選挙法制定時に選挙区選出議員制度が設けられた趣旨が没却され、選挙区選挙は都道府県代表的な性格のものであるとし、各都道府県に2人の定数を割り振ることを当然の前提として論議されていて(平成2年7月31日付け、選挙制度審議会の「参議院議員の選挙制度の改革及び政党に対する公的助成等についての答申」参照)、各都道府県に2人の定数を割り当てることにより、選挙区間において投票価値に著しい較差が生じることとなるが、その政策目的は何か、それは投票価値の平等に著しい不均衡をもたらしてでも実現するに値するものなのか、投票価値の不均衡を是正するために長期的にはどのような方策があるのか等について、検討された形跡は窺えないのである。

#### (5) 平成12年の改正

平成12年法律第118号による公職選挙法の改正は、議員定数の削減(比例代表選出議員4人、選挙区選出議員6人)と、比例代表選出議員選挙を従来の拘束名簿式比例代表制から非拘束名簿式比例代表制に変更するものである。

選挙区選挙に関しては、選挙区選出議員定数6人の削減に伴い、3県で各2人の定数が削減された。しかし、同法改正の際にも、平成6年の改正時と同様、選挙区選出議員選挙の位置付け等についての基本的な論議がされた形跡は窺えない。

#### (6) 平成18年の改正

平成18年法律第52号による改正は、多数意見にて紹介されているように、当審の平成16年大法廷判決を受けて行われたものであるが、平成19年の本件選挙に向けた当面の是正策として策定されたものである。その検討過程においては、選挙区間の較差を是正する措置として、改正法として成立した4増4減案のほか、14増14減案(最大較差は1対4.13となる。)まで他に4案が存したが、選挙区に対する改正法による影響が一番小さい4増4減案が採用された。その結果、平成17年国勢調査結果に基づく議員1人当たりの人口基準の最大較差は、1対4.84になるに至った。なお、その改正法においても議員1人当たりの人口の較差が1対4を超える選挙区が6、1対3を超え1対4までの選挙区が9存し、また、議員定数4人

以上の選挙区間で議員 1 人当たりの人口の較差が 1 対 2 を超える選挙区が 8 (うち 1 対 2.5 を超える選挙区が 4, 最大で 1 対 2.81) 存するのであって、人口規模の大きい選挙区間においても議員 1 人当たりの人口の較差が無視し得ない状況に至っていることが認められる。

#### (7) 小括

以上、参議院議員選挙法制定以後の選挙区選挙制度に関する改正経緯を通覧したが、選挙区選挙に関しては、昭和 22 年の参議院議員選挙法制定以後、戦後の復興、経済成長の下で、同法制定時に比して我が国の社会、経済構造は著しく変革し、また、人口動態も大きく変動し、それに伴い各選挙区間の人口基準の最大較差は、同法制定当時に比して大きく拡大し、既に昭和 37 年 7 月 1 日施行の参議院議員通常選挙時において 4 倍を超えるに至っていたにもかかわらず、その制度の見直し作業は長らく放置され、選挙区選挙制度についての改正が行われるのは、制度発足以来、実に 47 年を経た平成 6 年まで待たなければならなかったのである。しかも、平成 6 年の 8 増 8 減の改正たるや、前記のとおり、選挙区選挙制度の根本問題に立ち入ることなく、また、投票価値の較差が 4 倍を超える事態が生じていることを是認し得る理由について何ら検討することなく、取りあえず最大較差を 5 倍以下に抑えるための施策として採用されたにすぎなかったのである。また、その後の選挙区選挙制度に関する平成 12 年、平成 18 年改正も、憲法の定める二院制の意義や参議院議員選挙法において選挙区選挙制度が採り入れられた趣旨について根源的な検討を加えることなく、既存の選挙区選挙制度への影響をできるだけ抑止しつつ較差を 5 倍以下に抑えるべく改正がされたものと解さざるを得ないのであって、それらの改正は単なる弥縫策であるとの評価を受けてもやむを得ないものといえる。

### 4 参議院選挙区制の抜本的見直しの必要性

#### (1) 選挙と投票価値の平等

1 に記載したとおり、投票権の平等の要請は、憲法の基本的な理念に基づくものであると理解する限り、選挙制度を検討するに際しては、その制度における技術的なあるいは地政学的な関係上、選挙区間に投票価値の不平等が生じ得るとしても、その較差は、でき得る限り 1 に近づけるよう努力すべきものであり、その較差が 2 を超える場合には、その較差が生じるについての合理的な理由が明らかにされなければならないものというべきである。

#### (2) 現行の選挙区選挙制度が設けられた趣旨

昭和 22 年に制定された参議院議員選挙法が採用した選挙区選挙は、3 (1) に記載のとおり、憲法 43 条に定める全国民を代表する議員を選出する手段として、当時の交通、通信手段の未整備を踏まえ地方の実情を国会に反映させるには、地方の実情を知悉した人材を選出する必要があると

の発想の下に設けられた制度であるから、交通、通信手段が整備され発達し、あるいは、各種の情報伝達手段が充実し、国会議員が国民の声を博く入手し、それを反映する方法が整った時点においては、その制度制定時の立法趣旨に遡って、その制度を抜本的に見直すべく検討がされてしかるべきである。

また、参議院議員選挙法では、前述のとおり、人口を基準とする選挙区間の最大較差は、2.62 倍となっていたが、それは、上記の制度趣旨から選挙区を都道府県に割り当て、かつ、半数改選制の趣旨から偶数を割り当て、人口比例配分した結果、上記の較差を生じたというのであり、かつ、較差が 2 倍を超えるのは合計して 12 選挙区で、それ以外はすべて 2 倍以内に収まっていたのであって、その較差の程度は、当該選挙制度を選択した趣旨からして是認し得る範囲内にとどまっていたものといえる。

#### (3) 現行の選挙制度と選挙区間の投票価値の平等

多数意見が述べるように、現行の「都道府県単位の選挙区」と「偶数配分」の制度を維持し、かつ、選挙区選出議員の総定数を現行程度に止める限り、各選挙区の定数を振替える措置により較差の是正を図ったとしても、較差を 1 対 4 以内に抑えることは困難である。

しかしながら、上記の各要素は、前述のとおりいずれも憲法上の要請ではなく、また、定数の点はともかくとして、その余の点は参議院議員の選挙制度を検討する上での所与の要件でもない。まず、選挙区選出議員制度自体、前記のとおり当初全国選出議員制度が設けられる下で、当時の通信、交通事情を踏まえれば、全国的に有名有為の人々を求めるほか、地方での有名有為の人々を求めることにも意義があるとして設けられた制度である。しかし、インターネットに代表される情報伝達手段が高度化した今日では、地方在住の有為な人材が広く全国に知られている例は、枚挙に暇がないほど存するのであって、全国区に替わって設けられた比例選出制度のほかに選挙区選出議員制度を存立する必要性は、少なくとも制度が設けられた当時に比すればはるかに小さくなっている。

また、3 (1) で検討したとおり、参議院議員選挙の選挙区が都道府県を単位として定められたのは、中央に対応する意味での地方の実情に通じた有為な人材を求める方法の一つとして定められたものにすぎず、決して都道府県の代表を選出する趣旨で設けられたものではないのであるから、選挙区制を維持するとしても、都道府県を選挙区として維持すべき必然性は全く存しないのである (選挙区制度の見直しの一環として、一部の合区案が主張されているが、従前の選挙区制に引き摺られた弥縫策的な案という側面はぬぐえない)。また、仮に都道府県を選挙区とする制度を維持するとしても、半数改選制の故をもって必ず選挙区選出議員数を偶数にする必要はない (選挙

区選出議員数を奇数にした場合の不都合については、これまでも指摘されているが、例えば、参議院議員の定数242人中半数の121人は比例区で、残余の121人は選挙区で選出するものとし、3年ごとにその一方の議員の選挙を行うこととすれば、選挙区選出議員が奇数であっても特段の不都合は生じない。仮に、かかる方式を採れば、最大剰余法を用いると、最大較差は1対2.46（鳥取県と山口県）で、2倍を超えるのは10県にとどまる。また、かかる選挙制度を採れば、3年間の時間差が生じるとはいえ、投票価値が完全平等である比例代表選挙と選挙区選挙の較差を平均して評価することも正当化され、そうすると、上記の最大較差は2倍を下回ることとなる。）。

参議院議員の選挙制度の抜本的見直しを行うに当たっては、今日の、選挙区間において4倍を超える人口較差が生じる最大の原因たる、選挙区を都道府県を単位とし、かつ、偶数を配分するという制度を廃止することが大前提となる。その上で、いかなる選挙制度を構築するかは、憲法の関連諸規定及びその趣旨を踏まえた上で、国会が合理的な裁量をもって定めることとなるのである。

なお、国会がその裁量権を行使して選挙制度を構築するに当たっては、少なくとも以下の諸点につき十分に留意することが必要であろう。

〔1〕二院制たる参議院にふさわしい議員を、全国民を代表する者として選出できる制度であること

〔2〕現在採用されている衆議院議員選挙制度（1人別枠方式を含む都道府県ごとに更に区割りをした小選挙区制とブロック別比例代表制の併用制）とは異なる方式であること（都道府県に1人別枠を設ける小選挙区制は、地域代表的側面をも有しているため、同制度の存在は、参議院議員の選挙において、都道府県の地域代表を選出することにつき消極の方向で機能する。）

〔3〕今日の、インターネットを用いることによる情報の質、量を含めたその伝達の即時性、広域性、及び、全国の主要都市間はほぼ同日中に往復できるという充実した交通機関網の存在に十分配慮した制度であること

〔4〕国民の参政権の基本たる投票権の価値は、でき得る限り平等になるように工夫し、その平等が維持できない場合にも、その較差の程度及びその範囲をできる限り限局するように努力すること。それらの工夫によっても、1票当たりの人口較差が2倍を超える場合には、2倍を超えてでも当該選挙制度を選択する理由について、国民に明示すること

〔5〕今後の人口動態の変動を視野に入れ、新たに選択された選挙制度が比較的長期間安定的に機能し得ること

## 5 本件選挙における投票価値の平等

本件選挙時点での議員1人当たりの選挙人数の較差は、最大は鳥取県と神

奈川県の1対4.86であるが、それ以外に4倍を超えるのは大阪、北海道、兵庫、東京、福岡の5選挙区に及び、また鳥取県を基準として3倍を超えている選挙区は15選挙区に及んでいる。また、議員1人当たりの選挙人数較差が3倍を超える地域をみると、鳥取、島根、高知、福井、徳島の5選挙区（その選挙人数の合計は約307万人）に対し、上述の神奈川、大阪、北海道、兵庫、東京の5選挙区（その選挙人数の合計は約3387万人）に達するに至っているのである。

このように選挙区間の最大較差はもちろんのこと、全選挙区の2割を超える選挙区間で最大較差が3倍を超えており、その3倍を超える選挙区の選挙人数の合計は全選挙人数の32.65%に達しているのである。

これだけ多数の選挙人の投票の価値が、上記鳥取外4選挙区の投票の価値よりも3分の1以上劣位に評価される（逆にいえば、鳥取外4選挙区の選挙人（その合計は前述の約307万人で全選挙人数の2.96%）の投票の価値が、神奈川外4選挙区の選挙人（その合計は、前述の約3387万人で全選挙人数の32.65%）の投票価値の3倍に評価されることになる。）だけの合理的理由は全く見いだせないのである。

また、選挙区選挙の定数中過半数を選出するのに必要な選挙区数とその選挙区の選挙人数を計算すると、47選挙区中最も議員1人当たりの選挙人数が少ない鳥取選挙区から数えて29位までの選挙区の定員で、選挙区選出議員の総数の過半数を選出することができるが、その選挙人数は全体の33.3%にとどまる。すなわち、選挙人全体の3分の1の投票で選挙区選出議員の過半数を選出することができるのであって、かかる点からみても、投票の価値の不平等さは顕著である。

このように、本件選挙時点においては、各選挙区間における投票価値に著しい不平等が生じるに至っているが、その不平等が許容される合理的な理由が国会から国民に示されたことは一度もない。そして、その著しい投票価値の不平等について、合理的に説明することができない以上、その不平等は、憲法14条の趣旨に反し、違憲状態にあるとの評価を受けざるを得ないのである。

## 6 本件選挙の違法性

（1）従前の最高裁判所大法廷判決による問題点の指摘

参議院議員通常選挙において、選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の最大較差が4倍を超えたのは、昭和37年7月1日実施の選挙からであって、その後の前記の選挙制度の改正にもかかわらず、本件選挙までの45年間、最大較差が4倍以下にとどまったことは一度もない。国民の参政権たる選挙の投票価値が4倍を超えることを合理化するに足る政策目標などは見いだすことはできず、かかる状態は、違憲状態にあるものと解さざるを得ない。

そうした中で、昭和52年7月10日施行の参議院議員通常選挙（選挙区間の選挙人数の最大較差は1対5.26）の効力が争われた訴訟に係る[最高裁昭和54年（行ツ）第65号同58年4月27日大法廷判決・民集37巻3号345頁](#)において、団藤重光裁判官が違憲であるとの反対意見、谷口正孝裁判官が違憲状態にあるとの意見を述べるに至った。

次に、平成4年7月26日施行の参議院議員通常選挙（選挙区間の選挙人数の最大較差は1対6.59）に係る[最高裁平成6年（行ツ）第59号同8年9月11日大法廷判決・民集50巻8号2283頁](#)の多数意見は、同選挙時における選挙区間の投票価値の不平等は、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態が生じていたものと評価せざるを得ないとしながらも、なおその是正措置を講じなかったことをもって、立法裁量権の限界を超えるものではないとして合憲としたが、前記のとおり大野正男裁判官ほか5名の反対意見があり、その反対意見においては、選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の最大較差の問題だけではなく、付加選挙区（定数2に人口比に応じて定数を2の倍数増加された選挙区）間の平等の確保の問題が論じられ、また、個別の反対意見において、投票価値の平等の確保の観点からの選挙区選挙の制度についての見直しを含めた検討の必要性が指摘されるに至っていた。

その後も上記選挙後に施行された各参議院議員通常選挙に係る各最高裁判所大法廷判決において、上記反対意見と同様の観点からの反対意見や補足意見、殊に現行の選挙区選挙制度の抜本的な見直しを指摘する意見が、詳細に述べられている。

## （2）国会の立法不作為の違法

国会は、憲法により認められた立法裁量権を適正に行使すべき責務を有しており、本件のごとき選挙制度に関しては、社会情勢の変化に対応して、制度自体の改変をも含めてその是正につき、常に意を払うべき責務が存在する。

殊に憲法との関係については、1に記載したとおり国会が国権の最高機関たる由縁が、国会を構成する議員が国民の平等な参政権の行使たる選挙によって選出されることによるものであることからすれば、国会は、選挙における投票価値の平等の確保については格段に意を払うべきものであるところ、前記のとおり、既に昭和37年施行の参議院議員通常選挙時において、選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の較差が最大1対4.09と4倍を超えていたにもかかわらず、平成6年の公職選挙法の改正まで32年間、較差是正のための立法措置を全くとらなかったため、その不作為は責められてしかるべきである。また、上記平成6年の改正やその後の平成18年の改正は、いずれも選挙区間の投票価値の較差を若干減少させるものであったものの、前記のとおり、単なる弥縫策にすぎないと評さざるを得ないものである。

しかも、前記のとおり平成4年の参議院議員通常選挙に係る平成8年の大法廷判決では、多数意見においても、本件選挙当時の較差は違憲の問題が生ずる程度の不平等状態が生じていたものと評価せざるを得ないとし、また6名の裁判官が違憲であるとの反対意見を表明しているのである。

かかる最高裁判所大法廷判決がされた以上、国会は、同判決を受けて、参議院の憲法上の位置付けをも踏まえた上で、既存の選挙制度を抜本的に見直し、国民の投票価値の平等をできる限り実現し、憲法上の違法評価を受けるおそれのない制度を、立法をもって構築すべき法的責務を負うに至ったものというべきである。もちろん、4において述べたような選挙制度の抜本的な見直しを、短期間で成し遂げることは困難であって、その見直しには相当程度の期間を要するのであり、その間、見直しに係る立法がされないことは、即違法との評価を受けるものではない。

しかし、上記平成8年判決から本件選挙まで10年以上の期間を経過しているにもかかわらず、その間、上記のとおり、平成18年の公職選挙法の改正では、選挙区の議員定数を一部分見直すことによって選挙区間の投票価値の較差を若干低減させる弥縫策をとったにとどまり、選挙制度の抜本的改正に着手されることなく推移してきたのであって、このように長期間、選挙制度の抜本的改正を怠り、違憲状態を放置してきた国会の対応は、国会に与えられた立法に係る裁量権を合理的に行使すべき責務を怠るものとして、違法であるとの評価を受けざるを得ないものである。

## 7 まとめ

以上のとおり、何らの合理的理由もなく4倍を超える投票価値の較差が多数の選挙区において生じるという違憲状態が長期間にわたって生じ、かつ、その解消のためには選挙制度の抜本的改正が必要であることが最高裁判所大法廷判決によって指摘されたにもかかわらず、その後10年以上かかる改正がされないままの状態の下で施行された本件選挙は、憲法に反する違法な選挙制度の下で施行されたものとして無効であるといわざるを得ない。

しかし、本件選挙によって選出された議員への影響や、本件選挙後の平成19年11月30日、参議院に参議院議長の諮問機関として参議院改革協議会が設置され、選挙制度改革を含む較差是正について抜本的に検討することとされていることにかんがみ、本件では事情判決の法理を適用して、本件選挙を違法と宣言するにとどめるのが相当である。

裁判官近藤崇晴の反対意見は、次のとおりである。

私は、多数意見と異なり、本件定数配分規定は本件選挙当時憲法に違反するに至っていたものとする。その理由は、次のとおりである。

### 1 憲法適合性の判断枠組み

いわゆる参議院議員選挙の定数訴訟において、[昭和58年大法廷判決](#)以降

の累次の大法廷判決の多数意見は、参議院議員定数配分規定の憲法適合性を判断する基本的な判断枠組みとして、多数意見の3項に摘記されているように判示してきた（ただし、[平成16年大法廷判決](#)においては多数意見ではなく「補足意見1」）。私は、この基本的な判断枠組みは、一般論として承認してよいと考える。〔1〕参議院は、第二院ではあっても、国権の最高機関である国会を構成し（憲法41条、42条）、全国民を代表する選挙された議員で組織するとされる（憲法43条1項）のであるから、参議院についても投票価値の平等が要求されるのは当然であり、〔2〕しかし、憲法が二院制を採る以上、民意を多角的に反映させるという目的を達成するために、選挙制度についても、衆議院のそれとは異なる独自性を追求することが要請されるものというべきだからである。〔3〕要は、この両者のバランスが取れているかどうかであって、これによって憲法適合性の判断をすべきことになる。

## 2 本件定数配分規定の憲法適合性

このような観点によって本件選挙について見ると、本件定数配分規定の下における選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の最大較差は、1対4.86に及んでいた。この数値は、投票価値の平等がほぼ実現されているといえる最大2倍未満の較差を著しく逸脱するものであり、異なる選挙区間の選挙人の投票価値の平等を大きく損なうものであったといわなければならない。

このように大きな較差を生じた要因は、参議院議員の選挙制度について、参議院議員の任期を6年とし、3年ごとに議員の半数を改選するという憲法46条の要求するところのほか、法律によって、参議院議員の総定数を242人、そのうち選挙区選出議員の定数を146人とし、各都道府県をそれぞれ1選挙区として各選挙区に偶数によって定数配分をするという仕組みが採られていることにある。このような仕組みを前提とする限りは、我が国の現在の人口分布の下では選挙区間における上記の最大較差を4倍以内とすることは不可能だからである。

このような選挙制度の基本的な仕組み自体には、国会が正当に考慮することができる政策的目的ないし理由が備わっているものといえることができる。すなわち、第二院である参議院については議員総定数を衆議院のおよそ半数とし、その約6割を地域代表的性格を有する選挙区選出議員の定数に充て、残りの約4割を全国単位で選出される比例代表選出議員の定数に充てることにより、衆議院議員の選挙制度と相まって民意の多角的反映の実現に資するものとする。現在の都道府県制には、明治22年に現在の都府県割と同じ3府43県制（北海道は別格扱いであった。また、東京府から東京都に変わったのは昭和18年である。）が確立して以来120年に及ぶ歴史があり、選挙区を都道府県単位にすることには、地方制度に関する国民の社会通

念に深く根ざした一定の合理性があること、半数改選の制度は、参議院の構成を衆議院のそれに比べてより安定的なものとする機能を果たし得ると考えられることなどである。

しかしながら、これらの政策的目的ないし理由自体は国会が正当に考慮することができるものであるとしても、これを実現しようとするならば、現状では、選挙区間における上記の最大較差を4倍以内に収めることすら不可能であって、本件選挙においては前記のとおり最大較差が実に1対4.86に達していたのである。これだけの較差があるにもかかわらず憲法の要求する投票価値の平等が実現していると評価することは到底できないし、また、他の政策的目的ないし理由との関連において投票価値の平等を調和的に実現するためには、投票価値の平等がこの程度に損なわれることになっても、これが国会による裁量権の行使として合理性を是認し得るものであるとも、考えにくいところである。

したがって、私は、従前の大法廷判決における一般論としての基本的な判断枠組みの下においても、本件選挙当時、本件定数配分規定によって投票価値の著しい不平等が生じていたものというほかなく、本件定数配分規定は全体として憲法14条1項に違反していたものとする。この点に関する論旨は理由がある。ただし、本件選挙のうち提訴に係る選挙区の選挙を無効とするのではなく、いわゆる事情判決の法理により、選挙無効の請求を棄却するとともに、判決主文において上記選挙の違法を宣言することと定めることが相当である。

## 3 平成16年・平成18年大法廷判決との関係

上記のように本件定数配分規定が違憲であるとする事と、[平成16年大法廷判決](#)及び[平成18年大法廷判決](#)（多数意見3項掲記の平成18年10月4日判決）との関係について、私の考えるところを述べておきたい。

本件選挙は、いわゆる4増4減を内容とし、平成18年6月7日から施行された本件改正後の本件定数配分規定によったものであるが、本件改正前の定数配分規定によった直前2回の参議院議員通常選挙における選挙区間の議員1人当たりの選挙人数の最大較差について見てみると、平成13年7月29日施行の前々回選挙においては1対5.06であり、平成16年7月11日施行の前回選挙においては1対5.13であった。すなわち、いずれも本件選挙における前記の最大較差4.86を上回っていたのであるが、[平成16年大法廷判決](#)は前者につき、[平成18年大法廷判決](#)は後者につき、いずれも、選挙当時において定数配分規定が憲法に違反するに至っていたものとするとはできないとした。

しかし、[平成16年大法廷判決](#)において、多数意見のうち4人の裁判官による「補足意見2」は、平成12年改正にそれなりの合理性が認められるこ

などを理由に、前々回選挙当時の定数配分規定について、今回は違憲とまではいえないが違憲に近い状態であるとの見解を示したものであり、また、6人の裁判官による反対意見は、これを違憲とした。

次に、[平成18年大法廷判決](#)において、10人の裁判官による多数意見は、〔1〕[平成16年大法廷判決](#)の言渡しから前回選挙までの期間が約6か月にすぎなかったこと、〔2〕前回選挙後に、いわゆる4増4減を内容とする本件改正がされ、選挙区間における議員1人当たりの人口の最大較差が1対4.84に縮小したことなどを考慮すると、前回選挙までの間に定数配分規定を改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えたものと断ずることはできないとした。そして、国会においては投票価値の較差をより縮小するための検討を継続することが憲法の趣旨に沿うものであると付言した。また、5人の裁判官による反対意見は、これを違憲とした。

すなわち、[平成16年大法廷判決](#)と[平成18年大法廷判決](#)は、結論は合憲ではあるが、決して国会の裁量権行使の合理性を積極的に是認したのではなく、投票価値の平等を十分に実現するための法改正を行う時間的余裕が乏しい中で選挙の直前又は直後に行われた定数配分規定の改正に一定限度の評価を与え、更に国会に対して参議院議員選挙制度の仕組みを根本的に見直すことを求めることによって、当該選挙における定数配分規定を直ちに違憲とはしなかったものといえることができるのである。

前回選挙後にされたいわゆる4増4減を内容とする本件改正は、根本的な見直しには程遠い弥縫策と評するほかないものであって、[平成16年大法廷判決](#)と[平成18年大法廷判決](#)の多数意見を前提としても、本件選挙当時の本件定数配分規定を違憲とする余地は十分にあると考えられる。私は、前々回選挙についても、前回選挙についても、5倍を超える較差を生じていた当時の定数配分規定は、前記の基本的な判断枠組みの下であっても、憲法14条1項に違反していたものと考え、[平成16年大法廷判決](#)と[平成18年大法廷判決](#)の多数意見を前提としても、本件定数配分規定を違憲とすることが、必ずしも実質的にこれと抵触するものではないと考えるものである。

#### 4 抜本的改正の必要性

参議院議員の選挙制度の上記のような基本的な仕組みは、昭和22年に制定された参議院議員選挙法において既に採用されていたものであるが、その当時においては、選挙区間における人口を基準とする最大較差は1対2.62にとどまっていた。最大較差が2倍を超えてはいたが、上記のような国会が正当に考慮することができる政策的目的ないし理由との関連において、投票価値の平等も調和的に実現していたものと評価することができる。しかし、その後の人口変動に伴い、人口ないし選挙人数が改選議員1人当たりの全国平均をはるかに下回る県が増加したことによって、最大較差を4倍

以内に収めることすらできなくなったのである。すなわち、参議院議員の選挙制度の基本的な仕組みとして前記の諸点のすべてを維持する限りは、これらの政策的目的ないし理由との関連において投票価値の平等を調和的に実現することは不可能となったものというべきである。これを解決するためには、参議院議員の選挙制度の基本的な仕組みのうち、例えば選挙区割りの見直しなど、憲法の要求する点以外の点について見直しを行い、これを抜本的に改正することが不可避であると考えられる。

なお、明年7月に施行される次回参議院議員通常選挙までには、最小限の是正措置を講ずることは別として、上記のような抜本的な見直しを実現することは困難であろうが、国会においては、4年後に施行される次々回の参議院議員通常選挙までには、憲法の要求する投票価値の平等を他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現するために、参議院議員の選挙制度の抜本的見直しを行うことが、憲法の要請にこたえるものというべきである。次々回の選挙もこのような抜本的な見直しを行うことなく施行されるとすれば、定数配分規定が違憲とされるにとどまらず、前記事情判決の法理によることの是非が検討されることになろう。

裁判官宮川光治の反対意見は、次のとおりである。

#### 1 私の反対意見の要旨

衆議院及び参議院の各議員を選挙する権利は、国民主権を実現するための、国民の最も重要な基本的権利である。人口は国民代表の唯一の基礎であり、投票価値の平等は憲法原則である。したがって、法律により選挙区や定数配分を定めるには、人口に比例して選挙区間の投票価値の比率を可能な限り1対1に近づけなければならない。憲法が参議院の役割について示すところは、衆議院に対する抑制・均衡・補完の機能を通じて、国会の審議を慎重にし、これによって衆議院と共に、国民代表機関たる国会を万全たらしめることに尽きる。そのような参議院の役割・独自性などを十全に機能させるべく、選挙制度を構築するに際し、国会が正当に考慮できる事柄があり得るとしても、選挙区間の投票価値の最大較差が2倍を超えることがないよう、その範囲で考慮すべきものである。なお、憲法は、参議院議員に都道府県代表としての機能を求めている。そうした政策目的により、投票価値の平等を上記以上に後退させることが許されるというのは、根拠のない主張である。人口の移動、都市化、産業構造の変化という戦後我が国社会が遭遇した大きな変容に対応して、国会は、小手先の弥縫策ではなく、奇数配分区の設定、行政区にとらわれず大規模な区割りを試みる等、選挙制度を抜本的に改革すべきであったのであり、そのような試みは、遅くとも、平成6年の公職選挙法改正時ころまでに実現すべきであった。国会の無為により長きにわたり続いている1票の価値の大きなゆがみは、我が国の政治の活力と時代適応

能力を減殺し、また、政治の正統性への疑念をも招来している。

多数意見は、本件改正によって、本件選挙時の最大較差は前回選挙当時の最大較差1対5.13から1対4.86に縮小し、さらに、本件選挙の後には、参議院改革協議会が設置されるなど、今後も検討が行われることとされているとし、なお存する投票価値の大きな不平等状態を解消すべく現行選挙制度の仕組み自体の見直しに向けて、適切な検討が行われることが望まれると付言した上、本件定数配分規定は、本件選挙当時、憲法に違反するに至っていたとはいえないとしている。私は、この多数意見には賛成できない。私は、本件定数配分規定は、本件選挙当時、違憲無効の状態にあったと考える。そして、事情判決の法理により、主文において本件選挙が違法である旨を宣言するとともに、将来、選挙無効請求事件において、選挙結果を無効とすることがあり得ることを付言すべきものとする。

以上の私の意見は、累次の最高裁判所大法廷判決において、反対意見を述べてきた少なからぬ数の先輩裁判官たちの意見と趣旨において同じである。それら反対意見の系譜に連なり、今日の時点で、私が、特に付言したいことを、以下に述べる。

## 2 基本的な権利としての選挙権と平等原則

憲法は、前文において「主権が国民に存することを宣言」し、「国民は正当に選挙された国会の代表者を通じて行動」すること、「国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使」と規定する。これらの規定は、国民主権を宣明し、これを議会制民主制により実現することを表している。衆議院及び参議院の議員を選挙することは、国民の固有の権利であり（15条1項）、国民主権を実現するための最も重要な基本的権利である。そして、憲法において両議院の議員の選挙に対する国民の権利がこのように位置付けられていることを踏まえると、憲法は、近代選挙の5原則である、普通選挙（15条3項、44条ただし書）、平等選挙（14条）、自由選挙（21条）、秘密選挙（15条4項）、直接選挙のすべてについて、要請していると理解できる。憲法は、両議院の定数（43条2項）、両議院の議員及びその選挙人の資格（44条本文）、選挙区、投票の方法その他両議院の選挙に関する事項（47条）について法律で定めることとしているが、国会の立法裁量は、以上の憲法原則に従う限りで認められるものである。

主権者国民の権利の実現という観点から考えると、投票価値は可能な限り平等でなければならない。人口は、国民代表の唯一の基礎である（フランス1793年憲法21条）。人がどこに住んでいるかによって投票の効果が異なることを、正当化する理由は存在しない。人口こそが、議席配分の出発点であり、かつ決定的な基準である。これこそが、平等保護条項の明確で断固

とした要請である（レイノルズ事件についての1964年アメリカ合衆国連邦最高裁判所判決法廷意見）。したがって、法律により選挙区や定数配分を定めるに当たっては、人口に比例して、選挙区間の投票価値の比率を可能な限り1対1に近づけなければならない。

## 3 考慮することができる政策的目的について

（1）多数意見は、[昭和58年大法廷判決](#)以降の累次の大法廷判決の趣旨を、基本的判断枠組みとして踏襲している。その第1の枠組みは、投票価値の平等は憲法上の要請であるが、それは、国会が選挙制度の仕組みを決定するに際しての唯一、絶対の基準ではなく、正当に考慮することができる他の政策的目的ないし理由との関連において調和的に実現されるべきものであり、〔1〕憲法が二院制を採用し参議院の実質的内容ないし機能に独特の要素を持たせようとしたこと、〔2〕都道府県が歴史的にも政治的、経済的、社会的にも独自の意義と実体を有し一つの政治的まとまりを有する単位としてとらえ得ること、〔3〕憲法46条が参議院議員については3年ごとにその半数を改選すべきものとしていること等に照らすと、参議院議員の選挙制度の仕組みは、相応の合理性を有し、国会の裁量権の合理的な行使の範囲を超えているとはいえない、というものである。

（2）二院制に関し、比較制度的に見ると、二院制における第二院には、いくつかの類型がある。連邦制国家における第二院（上院）は、連邦の各構成国（州）を代表する。例えば、アメリカの上院は、建国時の歴史的経緯から、各州から2人ずつ選出される任期6年の議員により組織されている（アメリカ合衆国憲法1条3節〔1〕、修正17条1項）。ドイツの連邦参議院は、ラント（州）政府が任命するラント政府の構成員により構成され、各ラントは少なくとも3票の票決権を有し、人口が一定以上のラントは、4票、5票、6票の票決権を有する（ドイツ連邦共和国基本法51条1項、2項）。他方、イギリスや我が国の旧憲法下の帝国議会のような、民選によらない貴族院型のものがある。また、民選による場合でも、フランスの元老院の議員は、地方公共団体の代表として間接選挙により選出される（フランス第5共和国憲法24条3項）。地方政府の首長や地方議会議員との兼職が認められており、選挙人団は地方議会の代表が多数を占めている。

我が国憲法における二院制は、これらとは異なる、二院制度の民主制的発展型ともいべき独自のものである。両院とも、直接普通選挙によって選出される議員によって組織され、議員は全国民を代表する（43条）。憲法が、衆議院の議員の任期は4年とし、衆議院解散の場合は、その任期満了前に終了すると定める（45条）一方、参議院の議員の任期は6年とし、3年ごとに議員の半数を改選すると定めていること（46条）、両院議員の兼職を禁止していること（48条）、法律案は、憲法に特別の定めがある場合を

除いては、両議院で可決したときに法律となるとしていること（５９条１項）、衆議院が解散されたときの参議院緊急集会を定めていること（５４条２項）等を踏まえると、憲法が参議院の存在理由としていることは、異なる時期や方法で表明された国民の多様な意思を反映して審議を慎重に重ね、かつ深めることにより、衆議院に対する抑制・均衡・補完の機能（一院制が陥りやすい多数派の横暴・審議の形骸化を阻止し、補正するという政治的効用もある）を果たし、これによって衆議院と共に、国民代表機関たる国会を万全たらしめることであると考えることができる。さらに、付加すると、解散等により衆議院が機能しない時に、国民の代表機関を確保することがある。

憲法において参議院の在り方として考えていることは、以上に尽きる。憲法は、参議院議員を地域代表とすること、都道府県代表とすることを何ら要請していない。そうしたことを憲法が想定しているという議論は、根拠なき思い込みにすぎない。

参議院においては、長期的・総合的な視点から国政上の諸問題に対応すること、衆議院のみでは十分に代表されない国民各層の利益や意見を代表し反映すること、非政党的な色彩の多種多様な意見が反映されること等が望ましい（参議院制度研究会「参議院のあり方及び改革に関する意見」昭和６３年）。そうした、参議院に期待される役割を果たすことを可能とするために、選挙制度上の工夫を試みることは、それが可能であるならば、必要なことでもある。しかし、そうした試みは、投票価値の平等を侵さない限りにおいて、具体的には、最大較差１対２の範囲において検討されるべきものである。そして、その範囲であろうと、較差が生ずることについては、試みの合理性が吟味されるべきである。

（３）都道府県を選挙区の単位とすることは、昭和２２年２月公布の参議院議員選挙法（昭和２２年法律第１１号）によって地方選出議員の選挙区として採用された。選挙区ごとの議員定数については、２人以上の偶数とし、昭和２１年当時の総人口を地方選出議員の総定数１５０で除して得られた数字で各選挙区の人口を除し、その結果得られた数値を基準とし、いわゆる最大剰余方式により議員数を配分したのであるが、都道府県を選挙区の単位とし偶数配分した結果、最大較差は既に１対２．６２に達していた。当初から、違憲状態にあったというべきである。もっとも、参議院議員選挙法は、憲法が昭和２１年１１月３日公布された直後の状況において、選挙権の意義及び投票価値の平等の重要性に対する認識がまだ十分に浸透していなかった状況の下で、かつ短期間に制定されたのであり、スタートとしては、やむを得ない内容であった。しかし、その後においては是正されるべきものであった。

その後、戦後経済の復興、我が国社会の構造変化が進み、人口構成が大きく変化する中で、上記区割りとは定数配分では投票価値の不平等状態は悪化する

る一方であったのであるから、国会としては、相当以前において、抜本的な見直しを行うべきであったというべきである。

（４）１選挙区に２名以上の偶数を割り当て、３年ごとの改選を維持する限り、現在の都道府県単位の区割りでは限界があり、最大較差を４倍以下とすることは不可能である。小手先の手直しではなく、抜本的に制度を改正しなければならない。

憲法４６条は、参議院議員の任期は６年とし、３年ごとに議員の半数を改選すると定めている。その意味は、議員総数を偶数とし、３年ごとにその半数を改選するということであり、憲法は、各選挙区に議員を偶数配分し３年ごとにその半数を改選することまでを求めてはいない。確かに、人口過少地域において、全国比例代表選出議員の選挙は３年ごとに行われるとしても、選挙区選挙は６年に１度しか行われないうこととなれば、その選挙区の選挙人については投票の機会が均等でなく、制度としては望ましいものであるとはいえない。しかし、それらの選挙区の選挙人の１票の価値が数倍であるという、侵すことが許されない平等原則に反した事態を解消するには、やむを得ないことというべきである。例えば、１人、３人、５人、７人等という奇数配分を容認し、基準人数により人口に比例した議員数を計算し、四捨五入等の工夫をして配分議員数を算出すれば、計算上（１人の選挙区が１５区前後、３人の選挙区が６区前後、５人、７人の選挙区が各１区程度生ずるが）、最大較差は１．５以下に収まり、投票価値の不平等は、抜本的に改善する。その場合、１人の選挙区を隣県と合区し、２人、あるいは３人の選挙区とするという方法を採用すれば、３年ごとの投票の機会を確保することができる。また、奇数配分をした場合、全国比例代表選挙と選挙区選挙を３年ごとに交互に実施することとする方法を採用することによっても、投票の機会を均等にすることができる。

他方、憲法は、行政区を選挙区とすることを求めてはいないのであるから、都道府県単位ではなく、人口を基礎にブロック分けを検討することが考えられる。なお、将来、道州制が導入されることとなっても、参議院議員選挙区の区割りを道州単位で行う必要はない。そして、仮に選挙区の区割りが道州単位に沿ったものとなるにしても、人口比例原則は堅持されなければならない。

４ 国会が是正措置を講じなかったことについて

平成４年７月施行の参議院議員選挙時には、最大較差が１対６．５９にまで達し、国会は４７年という長い年月を経て、平成６年、選挙区選挙の定数は正に踏み切ったが、それはいわゆる８増８減であり、平成１２年改正は６減、平成１８年改正は４増４減という、弥縫策に終わり、いずれも最大較差１対４．８前後とする程度のものにすぎなかった。遅くとも、国会は、平成

6年改正時において、投票価値の不平等状態を抜本的に改善する制度改革を行うべきであったが、無為のまま今日に至っている。こうして長きにわたり続いている1票の価値の大きなゆがみは、本来、議員選出に結び付くべき投票行動が活かされず、膨大な数の死票が生じているに等しい状況をもたらしているものであり、その状況は、我が国の政治の活力と時代適応能力を減殺し、また、政治の正統性への疑念を招来している。

多数意見は、第2の基本的判断枠組みとして、人口の変動の結果、投票価値の著しい不平等状態が生じ、かつ、それが相当期間継続しているにもかかわらずこれを是正する措置を講じないことが、国会の裁量権の限界を超えると判断される場合には、当該議員定数配分規定が憲法に違反するに至るものと解するのが相当であるとしている。そして、結論において、本件選挙までに本件定数配分規定を更に改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えてはいないと判断している。

私は、60余年にわたる国会の不作為を、裁量権の行使の範囲にあるものとして容認することは到底できない。

#### 5 むすび

以上により、私は、本件定数配分規定は、本件選挙当時、違憲無効の状態にあり、いわゆる事情判決の法理により、原判決を変更し、上告人らの請求を棄却するが、主文において本件選挙が違法である旨を宣言すべきであると考え。そして、さらに、今後、国会が、抜本的改革に要する合理的期間経過後においても、改革しない場合は、将来提起された選挙無効請求事件において、当該選挙区選挙の結果について無効とすることがあり得ることを付言すべきものとする。

(裁判長裁判官 竹崎博允 裁判官 藤田宙靖 裁判官 甲斐中辰夫 裁判官 今井功 裁判官 中川了滋 裁判官 堀籠幸男 裁判官 古田佑紀 裁判官 那須弘平 裁判官 涌井紀夫 裁判官 田原睦夫 裁判官 近藤崇晴 裁判官 宮川光治 裁判官 櫻井龍子 裁判官 竹内行夫 裁判官 金築誠志)