

の戦略的手段」として位置づけることや⁽³⁹⁾、その「ショーウィンドウ効果」⁽⁴⁰⁾は、政治的な意義は理解できるものの、規範的な正当化につながらる言説とは言えないだろう。国家戦略特区導入にあたっては特区による「岩盤規制」(省庁や業界団体などが改革に強く反対し、緩和や撤廃が容易にできない規制)の打破が強調されたが、もしそこで「実験」の意義が語られるのであれば、そこでいう「実験」は、あらかじめ特定の「答え」を予定したものであり、experimentではなく demonstration に過ぎない⁽⁴¹⁾。

最後に、上の点とも関わるが、特区制度は規制緩和と不可分の結びついたものであり、その意味で、(国の主導性が強調される国家戦略特区を度外視したとしても)地方公共団体の権限を強めるという意味での規制の強化も必要とする「分権」とは、一定の緊張関係を伴う⁽⁴²⁾。確かに構造改革特区法の下で、地方公共団体による屋外広告物の除却を容易にする特区が認められ、続いてそれが屋外広告物法の改正によって全国展開した例⁽⁴³⁾のように、特区制度が「まちづくり」のための規制強化につながった例などもある。しかしこれらはやはり例外的であろう。一方向的な流れの中に置かれた制度であるため、無原則的な規制緩和につながる危険性が伴っているのである。「規制緩和であらうと規制強化であらうと、基本的に市民・住民に近いところにいる自治体の意思決定が重視されるべきではあるが、一方で自治体の迷走や暴走をチェックするために、住民・市民の側にそれぞれの枠組をきちんと評価する視点を形成することの重要性がますます高まっている」という指摘⁽⁴⁴⁾は正当と思われる。

(39) 八代・前掲注(35)10頁。

(40) 浜田宏一「経済特区の経済的意義」法と経済学機関誌1巻1号(2004年)1-5頁(3頁)。

(41) experimentとdemonstrationの相違について参照、ロバート・P・クリース(青木薫訳)『世界でもっとも美しい10の科学実験』(日経BP社、2006年)69-75頁。

(42) 大田直史「特区制度と地方分権」法律時報84巻3号(2012年)20-25頁(25頁)は、「特区制度はいずれも地方分権を目的とする制度ではなくそのような活用には限界が伴うことに留意が必要であらう」とする。

(43) 窪田亜矢「景観関係の提案」季刊まちづくり9号(2006年)81-83頁(81-82頁)。

(44) 饒庭伸・米野史健・構造改革特区研究会「構造改革特区は『自治体の構造改革』にインパクトを与えたか」季刊まちづくり10号(2006年)70-76頁(74頁)。

7 合理的期間論の可能性

429 (2017/6)

神大

PP155~189

浅野博宣 神大教

I はじめに	IV 合理的期間論の現在と未来
II 合理的期間論の誕生と展開	V おわりに
III なぜ合理的期間か	

I はじめに

最高裁は、投票価値をめぐる一連の訴訟において、憲法の要求に反する程度になっていたとしても直ちに憲法違反とは判断しない、そして、合理的期間内には正が行われない場合に始めて憲法違反と断ぜられるべきである、という法理を創設し、展開してきた。このような法理を合理的期間論と呼ぶことにしよう。

裁判所が憲法の要求に反すると認めたのに憲法違反と判断しないというのは、直ちには理解しづらい法理である。本稿は、このような法理がなぜ採られているのかを検討する。

本稿がこの検討を行うとする理由は、一つには、近年の投票価値訴訟において、合理的期間を経過したかどうかが主要な争点の一つになっているからである。合理的期間論を探るべき理由はつきりすれば、この法理をよりの確に用いることができるのではないかと思われる。

もう一つは、合理的期間論を投票価値訴訟以外の訴訟においても用いる可能性を探ることである。これまでのところ最高裁が合理的期間論を用いたのは、投票価値訴訟に限られている。しかし、同じ選挙訴訟であっても投票価値以外を争う場合や、あるいは、選挙訴訟以外の訴訟の場合でも、合理的期間論を用いることによって適切に解決できる問題があるのではないだろうか。このこと

を考えるためには、まず、投票価値訴訟において合理的期間論が果たしている役割を同定する必要がある。それにより、どのような問題に合理的期間論を用いるのが適切かが明らかになるだろう。投票価値訴訟は、他の憲法訴訟に比べ、高度に理論化された判例法理を育んできたと思われるが、この資産の有効活用を考えても良いのではないだろうか。

本稿の構成は以下の通りである。

Ⅱでは、最高裁が、合理的期間論をどのようにして導入し、展開させてきたのかを検討する。本稿は、この過程を、最高裁は当初は合理的期間論を安定的に運用できていたが、世紀の転換後しばらくしたあたりから運用に綻びが生じ始め、結局、平成25年衆院判決において再構成を試みて現在に至っている、と理解する。

Ⅲでは、合理的期間論について早い時期に提示された二つの学説（違憲の警告・違憲の主観化）に基づいて、Ⅱで見た合理的期間論の展開がなぜ生じたのかを検討する。本稿の理解は、合理的期間論は違憲の主観化を担うものとして出発したが、主観化がいわば全面化することによってその固有の意義を失って動揺し、結局、違憲の警告を目的とするものとして再構成されることになったというものである。

Ⅳでは、合理的期間論についての本稿の理解に基づいて、現在の最高裁の判断枠組みについて評価を試みる。

なお、用語について最初に一言しておく。

慣用的に、憲法の要求に反する程度にある場合を「違憲状態」、その上で合理的期間が経過した場合を「違憲」と呼ぶが、本稿もこの言葉を用いることがある。

また、投票価値の不平等を争う訴訟は「定数（不均衡）訴訟」と呼ばれることが多いが、この言葉は、個々の選挙区に配分された定数の是正によって投票価値平等を実現しえた時期には適切であったとしても、現在では、衆議院の小選挙区制においてはもちろん、参議院の都道府県選挙区においても改選数1の選挙区が多くなくなっており、平等の実現のためには区割りの変更が必要になっていくことから、用語として適切ではないと考える。そこで、投票価値訴訟という言葉を用いる。

投票価値に関する最高裁判例を引用するに際しては、判決年と議院の別によっ

て指示することとし、例えば昭和51年衆院判決というような形で表記する⁽¹⁾。

Ⅱ 合理的期間論の誕生と展開

本稿は、最高裁が合理的期間論の実質を変化させてきたと理解する。変化は、最高裁がどのような特徴を捉えて合理的期間論を適用しているかという点に着目して判例を追っていくと、はっきりと見えてくるように思われる。

1 合理的期間論の誕生

合理的期間論の起源は、昭和51年衆院判決にある。安念潤司によれば、「五年判決において理論上真に画期的な意義をもっていた」のが合理的期間論であり、「判例においてはもとより、学説においても、その先駆的理論と体系的に展開された形跡はなく、したがって定数訴訟の場でこうした法理が採用されるであらうという予測もなされてはいなかった」⁽²⁾。

昭和51年衆院判決は、1972（昭和47）年総選挙に関するものである。多数意見は、議員定数配分規定（1975（昭和50）年改正前の公選法別表第1）における各

(1) 本稿で言及する最高裁判決について、その年月日と判例集の典拠をまとめておくことと以下の通りである。

昭和51年衆院判決	最大判昭和51・4・14民集30巻3号243頁
昭和58年衆院判決	最大判昭和58・11・7民集37巻9号1243頁
昭和60年衆院判決	最大判昭和60・7・17民集39巻5号1100頁
平成5年衆院判決	最大判平成5・1・20民集47巻1号67頁
平成23年衆院判決	最大判平成23・3・23民集65巻2号755頁
平成25年衆院判決	最大判平成25・11・20民集67巻8号1503頁
平成27年衆院判決	最大判平成27・11・25民集69巻7号2035頁
昭和39年参院判決	最大判昭和39・2・5民集18巻2号270頁
昭和58年参院判決	最大判昭和58・4・27民集37巻3号345頁
昭和63年参院判決	第二小判昭和63・10・21民集42巻8号644頁
平成8年参院判決	最大判平成8・9・11民集50巻8号2283頁
平成16年参院判決	最大判平成16・1・14民集58巻1号56頁
平成18年参院判決	最大判平成18・10・4民集60巻8号2696頁
平成21年参院判決	最大判平成21・9・30民集63巻7号1520頁
平成24年参院判決	最大判平成24・10・17民集66巻10号3357頁
平成26年参院判決	最大判平成26・11・26民集68巻9号1363頁

(2) 安念潤司「いわゆる定数訴訟について」(3)成蹊法学26号（1988年）39頁、40頁。

選挙区の議員定数と人口数との比率の偏差は、当該1972年選挙当時には、「憲法の選挙権の平等の要求に反する程度になつていったものといわなければならない」と判断した上で、次のように述べた。

しかしながら、右の理由〔(引用者注)＝上記「比率の偏差」が「憲法の選挙権の平等の要求に反する程度になつていった」という理由〕から直ちに本件議員定数配分規定を憲法違反と断ずべきかどうかについては、更に考慮を必要とする。一般に、制定当時憲法に適合していた法律が、その後における事情の変化により、その合憲性の要件を欠くに至ったときは、原則として憲法違反の瑕疵を帯びることになるというべきであるが、右の要件の欠如が漸次的な事情の変化によるものである場合には、いかなる時点においても当該法律が憲法に違反するに至つたものと断ずべきかについて慎重な考慮が払われなければならない。本件の場合についていえば、前記のような人口の異動は不断に生じ、したがつて選挙区における人口数と議員定数との比率も絶えず変動するのに対し、選挙区割と議員定数の配分を頻繁に変更することは、必ずしも実際のではなく、また、相当でもないことを考えると、右事情によつて具体的な比率の偏差が選挙権の平等の要求に反する程度となつたとしても、これによつて直ちに当該議員定数配分規定を憲法違反とすべきものではなく、人口の変動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われない場合に始めて憲法違反と断ぜられるべきものと解するのが、相当である⁽³⁾。

ここでは、合理的期間論を適用する前提条件として、③「制定当時憲法に適合していた法律」、④「漸次的な事情の変化」による合憲性の要件の欠如、という2点を示されている（以下、「昭和51年理論」と呼ぼう）。③④の条件が満たされる場合に、憲法の要求に反する程度になつていった時点と憲法違反と判断すべき時点との間に隔たりが生じる可能性がある、とされている。

このような昭和51年理論は、その後の一定の期間は安定して適用されていた、と評価できる。このことを衆議院と参議院に分けて確認しておこう。

(1) 衆議院

衆議院については、昭和51年理論がその後も踏襲されたことが容易に看取で

7 合理的期間論の可能性（浅野博宣）

き。昭和51年衆院判決以降で憲法状態を認定した判決のうち3つ目の判決まで（昭和58年衆院違憲判決・昭和60年衆院違憲判決・平成5年衆院違憲状態判決）では、そのいずれにおいても、「もつとも、制定又は改正⁽⁴⁾の当時合憲であつた議員定数配分規定の下における選挙区間の議員一人当たりの選挙人数又は人口の較差が、その後の人口の異動によつて拡大し、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至つた場合には、そのことによつて直ちに当該議員定数配分規定の憲法違反までもたすものと解すべきではなく、人口の異動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されているにもかかわらずそれが行われないうちに、初めて右規定が憲法に違反するものと断定すべきである」という一般論が述べられている⁽⁵⁾。昭和51年理論が確認されていることが分かるだろう。

(2) 参議院

参議院については、まず前提として、投票価値平等との関係では二つの異なる問題があつたことに注意しなければならない。一つは、参議院議員選挙法制定時（1947（昭和22）年）の配分方法（都道府県を単位とする選挙区に、まず定数2を配分した上で、残余を人口を基準に配分する）が投票価値平等に違反していないかという問題であり、もう一つは、制定後の人口異動によつて生じた較差が平等に違反しないかという問題である。前者は、中選挙区下の衆議院については、制定当時は人口に比例して定数が配分されていたので、存在していなかった問題である。

前者の問題は、制定当時の合憲性を問うているのだから、昭和51年理論からいえば合理的期間論は適用されないはずである。実際、昭和51年衆院判決後の最初の参議院判決である昭和58年判決が前者の問題に合憲判断を下すに際して、合理的期間論への言及はない。

(4) 昭和51年理論が「制定当時憲法に適合していた法律」としていたところが「制定又は改正の当時」となっているが、この変化は実質的なものではないだろう。昭和51年判決も、「憲法に適合していた」ことを確認したのは1964（昭和39）年改正についてであつて、公職選挙法制定（1950（昭和25）年）への言及はない（また、公選法別表第1の直接の出发点となった衆議院議員選挙法改正（1947（昭和22）年）への言及もない）。参照、安念・前掲注(2)56頁注(1)。

(5) 民集37巻9号1262頁（昭和58年衆院判決）。なお、3つの判決の文言の間には、実質にかかわらない範囲で、若干の違いはある。

(3) 民集30巻3号248-249頁。

他方、後者の問題は、前者の問題について憲法に適合していたと考えるなら、昭和51年理論からは、合理的期間論を適用しうる事案である。

この点、最高裁が参議院についても合理的期間論を適用したことが一見して明らか、とまではいえない。昭和58年参議院判決においては合理的期間論を用いない可能性も残していたと思われる。だが、実際には、その後の最高裁はその可能性を選択しなかったと考えられる。

昭和58年参議院判決は、まず、参議院議員選挙法制定時の配分方法の問題について「制定当初の人口状態の下においては、憲法に適合したものであった」と判断した。その上で、次に、人口の異動に対応した是正措置が講じられなかったことにより生じた、定数配分の基準及び方法と現実の配分状況との間の齟齬を問題にして、次のように述べた。

人口の異動が生じた結果、それだけ選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が拡大するなどして、当初における議員定数の配分の基準及び方法とこれらの状況との間にそごを来したとしても、その一事では直ちに憲法違反の問題が生ずるものではなく、その人口の異動が当該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、かつ、それが相当期間継続して、このような不平等状態を是正するなんらの措置を講じないことが、前記のような複雑かつ高度に政策的な考慮と判断の上に立つて行使されるべき国会の数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、初めて議員定数の配分の定めが憲法に違反するに至るものと解するのが相当である。

ここで最高裁は「合理的期間」ではなく「相当期間」という言葉を用いている。また、上記引用に含まれていない部分においてであるが、衆議院について「憲法の選挙権の平等の要求に反する程度」としていたところは、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」という言葉を用いている。異なる言葉を用いているのは、同一ではないという意思表示であると理解すべきなのかもしれない。例えば、期間の長短はおそらく最高裁の念頭にあったと考えられる⁽⁶⁾。また、理論的位置づけの違いも読みとれないわけではない。上記引用部分は、相当期間の継続を国会の裁量の限界を判断する上での考慮要素の一つとして位

置づけているように読める。この点、昭和51年衆院判決は、合理的期間論を国会の裁量とは別に位置づけていると理解することもできたので⁽⁷⁾、参議院については、著しい不平等と相当期間を一段階ずつ判断するのではなく、両者を総合的・相関的に考慮して裁量の限界を判断しているという読み方も可能であった。言い換えれば、参議院については、合理的期間論、つまり、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」には達しているが「相当期間」継続していないので憲法違反とは判断しないという判断をする可能性は採用されていないと読むこともできたのである⁽⁸⁾。

確かに、昭和58年参議院判決時点では、最高裁には、参議院については合理的期間論を用いないという選択肢もあったのかもしれない。ただ、実際には、最

(6) 昭和58年参議院判決は「参議院議員の任期を六年としていわゆる半数改選制を採用し、また、参議院については解散を認めないものとするなど憲法の定める二院制の本旨にかんがみ、参議院地方選出議員については、選挙区割や議員定数の配分をより長期にわたつて固定し、国民の利害や意見を安定的に国会に反映させる機能をそれに持たせることとする」とも、立法政策として許容されるところである」(傍点付加)と述べていたし、始めて違憲状態を認定した平成8年参議院判決は、同趣旨の考慮要素を挙げて、立法裁量権の濫越を否定している。

(7) 昭和51年衆院判決は、「投票価値の不平等が、……一般的に合理性を有するものとはとらえてい考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えているものと推定されるべきものであり、このような不平等を正当化するべき特段の理由が示されない限り、憲法違反と判断するはかばかしいというべきである」(下線付加、以下同じ)。「当該事案の」投票価値の不平等は、前述のような諸般の要素、特に右の急激な社会的変化に対応するに於いてのある程度の政策的裁量を考慮に入れてもおお、一般的に合理性を有するものとはとらえてい考えられない程度に達しているばかりでなく、これを更に超えるに至っているものというはかばかしく、これを正当化するべき特段の理由をどこにも見出すことができない以上、本件議員定数配分規定の下における各選挙区の議員定数と人口数との比率の偏差は、右選挙当時には、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度になつていたものといわなければならない」と述べていたので、裁量の限界を「一般的に合理性を有するものとはとらえてい考えられない程度」と「正当化するべき特段の理由」によって判断しており、裁量の限界を超えるときが「憲法の選挙権の平等の要求に反する程度」であると位置づけていたと理解することも可能である。そして、「具体的な比率の偏差が選挙権の平等の要求に反する程度となつたとしても、これによつて直ちに当該議員定数配分規定を憲法違反とすべきものではなく、人口の変動の状態をも考慮して合理的期間内における是正が憲法上要求されたいと考えられるのにそれが行われない場合に始めて憲法違反と断ぜられるべきものと解するのが、相当である。」というのだから、合理的期間の経過という要素は裁量とは別に位置づけているという理解も可能であった。

高裁は、昭和58年参院判決から昭和63年参院判決までは「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」が生じていたとすると、平成8年参院判決が「違憲の問題の限界を超えていたことを否定し、そして、平成8年参院判決が「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」を初めて認めた時には、その上で相当期間の経過を検討し、経過していないとして違憲判断を控えた。段階的な判断を行ったといえるだろう。違憲の問題が生ずることを認める段階と憲法違反と判断する段階を区別するという意味においては、本稿が問題とするところの合理的期間論を採用したと理解して良いと思われる。

2 合理的期間論のゆらぎ

以上見たように、昭和51年理論は、最高裁によって衆参両院について用いられていた。しかし、世紀の転換後しばらくして、その理論によっては説明できないのではないかとと思われる裁判例がいくつか現れる。3つに分けてまとめておきたい。

第一は、投票価値訴訟の中に合理的期間論を維持しているのかどうか明らかではない判決が現れたことである。平成16年・平成18年・平成21年の3つの参院判決がこれにあたる。

平成16年参院判決は、多数意見(9裁判官)が事実と結論のみで、理由づけについては多数を形成できず補足意見1(5裁判官)と補足意見2(4裁判官)に分裂した異常な判決である。しかも、補足意見2は「理由には、当審の先例における多数意見……のそれとは異なるものがある」と述べており、実質的には、従来の多数意見が少数に転落した、投票価値訴訟の歴史における分水嶺となった判決である⁽⁹⁾。

(8) 昭和58年判決当時このような読み方をしていたものとして、野中俊彦「選挙法の研究」(信山社、2001年)第二部第IV論文(初出は1983年)。野中は、「昭和51年判決においては、投票価値の平等に反している状態＝違憲状態をまず確認し、ついで合理的期間を考慮したうえで最終的に違憲と断ずべきか否かが決せられるという、いわば二段階論がとられていると思われる。ところが今回の判決〔＝昭和58年参院判決〕においては、両者がいわば一体的に捉えられ、総合的に違憲か否かが判断されるという論理になっているようにみえる。すなわち、今回の判決は立法の不作為の方に重点をおいて基準を設定しているようにみえる」(174頁)と述べていた。

ただ、昭和51年理論③「制定当時憲法に適合していた法律」・⑤「漸次的な事情の変化」による合憲性の要件の欠如という問題の捉え方では、平成16年参院判決の補足意見1も補足意見2も従来と変わらない。この点は、その後の平成18年・平成21年参院判決も同様である。このような問題の入口の捉え方に変化がないとすれば、合理的期間論が適用されるはずである。

ところが、平成16年判決のうち、補足意見1は合理的期間論を採っていることは明らかであるが、補足意見2は「相当期間」に言及していない。また、平成18年・21年判決は、一般論においては相当期間に言及しているが、しかし、選挙の時点で「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」が生じていたかは明らかにしていない。結論が違憲判断ではないことは明らかであるが、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」が生じていないから合憲という判断なのか、それとも、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」が生じていたが選挙までには是正の措置を講じなかったことが立法裁量の限界を超えたとは断定できないということであるのかが、明らかではなかった。このような不明瞭な状態が続いたあと、平成24年参院判決が明示的に違憲状態判決を下すこととなる⁽¹⁰⁾。

平成18年・平成21年判決については、平成16年判決が理由づけについて多数を形成できなかったのと同様に、単純な合憲判決であるのか違憲状態判決であるのかについて多数を形成できなかったという理解も可能であるかもしれない。

(9) 投票価値訴訟の判例の展開に関する本稿筆者の理解は、教科書類のものであるが、毛利透ほか「リーガルクエスツions憲法Ⅱ(第2版)」(有斐閣、2017年)第3章、憲法判例研究会編「判例ブラクテイス憲法(増補版)」(信山社、2014年)第21章。

(10) 平成26年参院判決は、「参議院議員の選挙における投票価値の不均衡については、平成10年及び12年の前掲各大法廷判決は違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていないとする判断を示し、その後も平成21年大法廷判決に至るまで上記の状態に至っていたとする判断が示されたことはなかったものである」という微妙な言い回しをしているが、つまり、平成16年・18年・21年の3参院判決においては、「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていないとする判断」も「上記の状態に至っていたとする判断」もなされていないということである。

なお、平成26年判決は上記を理由に「国会において上記の状態に至っている」と認識し得たのは「平成24年参院判決時点からであったと認定するのであるが、それ以前から「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていないとする判断」は消失していたのであるから、違憲状態に至っていないということも確信できなかったはずであり、最高裁は国会に対し大甘の認定をしているということになるだろう。

しかし、分裂していたのは、そもそも合理的期間論を維持するかどうかという点であったという理解も可能である⁽¹⁰⁰²⁾。

このように、投票価値訴訟において、合理的期間論が消失したとも思われる裁判例が現れた。

第二は、投票価値訴訟以外の訴訟において、昭和51年理論の前提要件③⑥を満たしていると思われ、それゆえに合理的期間論が適用される可能性があるにもかかわらず、合理的期間論を採らなかつた事例が現れたことである。

近時の最高裁による違憲判断の特徴として、制定や改正当時は合理的であつたとしつつ、社会的環境の変化等を理由として遅くとも当該係争事件の時点までには合理性が失われていた、とする裁判例がしばしば見られることは、既に多くの論者により指摘されている⁽¹⁰⁰³⁾。在外選挙判決⁽¹⁰⁰⁴⁾、国籍法3条違憲判決⁽¹⁰⁰⁵⁾、非嫡出子相続分違憲決定⁽¹⁰⁰⁶⁾、再婚禁止期間違憲判決⁽¹⁰⁰⁷⁾がその例である。これらの判決は昭和51年理論③⑥の条件を認定していると思われるが、しかし、まず違憲状態であるか否かを認定するという手順を採っていないという点におい

(1001) 矢戸常寿「一票の格差をめぐる『違憲審査のゲームJ』」論究ジュリ1号(2012年)41頁は、平成24年参院判決以前の論考であり、参院については平成21年判決までを前提にしたものであるが、平成16年判決補足意見2がいわゆる判断過程統制の手法を導入しそれが平成18年判決・21年判決とつながっていると位置づけた上で、「この手法について注目すべきは、不平等状態の存否と相当期間の経過を二元的に判断するのではなく、むしろ『様々の要素を考慮に入れて時期に適した判断』という形で一元的に国会の裁量権行使を統制する点である」と述べている。

(1002) II 1(b)で述べたように、参議院については、昭和58年参院判決はもと合理的期間論を採っていないかつたという読み方も可能であつた。そのような読み方に立てば、平成16年以降の3判決を昭和58年判決の延長線上に位置づけることもできる。ただ、平成8年参院判決に至る過程において一度は合理的期間論を採用したと見るべきであらうから、この時期に合理的期間論に変化があつたということではできると思われる。

(1003) 櫻井智章「事情の変更による違憲判断について」甲南法学51巻4号(2011年)145頁、矢戸常寿「立法の『質』と議会による将来予測」西原博史編『立法学のプロスペクティブ』立法システム学再構築(ナカニシヤ出版、2014年)。

(1004) 最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁。

(1005) 最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁。

(1006) 最大決平成25・9・4民集67巻6号1320頁。厳密には、本決定それ自体は制定時に合憲であつたと明言していないが、合憲としていた先例を前提としている。

(1007) 最大判平成27・12・16民集69巻8号2427頁。

て、違憲状態判断と違憲判断の分離という意味での合理的期間論を採用しているとはいえない。

昭和51年判決も要件③⑥を満たす場合は必ず合理的期間論を適用しているといるわけではないので、これらの判決で合理的期間論が用いられなかったことが直ちに矛盾を生み出したというわけではない。また、これらの事案では事情の変化によって違憲状態になつただけでなく合理的期間も経過していると裁判所は評価したので、合理的期間論にわざわざ言及しなかつたと説明することもできるだろう。ただ、そのような説明、つまり、なぜ合理的期間を用いないのかという説明を裁判所がこれらの事案で行わなかつたということは、昭和51年理論を、合理的期間論の支えとしては、不安定化させたといえるのではないだろうか。

第三は、逆に、昭和51年理論を満たしていないのではないかと思われる事案において、合理的期間論が用いられたことである。

平成23年衆院判決がそれである。1994(平成6)年の選挙制度改正において新たに制定された衆議院議員選挙区画定審議会設置法(以下、区画審設置法)は、小選挙区の区割りについて、まず各都道府県に1を配分した上で(いわゆる1人別枠方式)、残りの小選挙区選出議員の定数を各都道府県に人口に比例して配分し、そして、各都道府県内の区割りを行うこととしていた。平成23年衆院判決は、1人別枠方式について、その意義は「新しい選挙制度を導入するに当たり、直ちに人口比例のみに基づいて各都道府県への定数の配分を行った場合には、人口の少ない県における定数が急激かつ大幅に削減されることになるため、国政における安定性、連続性の確保を図る必要があると考えられたこと、何よりもこの点への配慮なくしては選挙制度の改革の実現自体が困難であつたと認められる状況の下で採られた方策であるというところにあるものと解される」とし、立法時の合理性を否定まではしなかつたが、「おのずからその合理性に時間的な限界があるものというべきであり、新しい選挙制度が定着し、安定した運用がされるようになった段階においては、その合理性は失われるものというほかはない」と判断した。そして、遅くとも2009(平成21)年選挙時においては、立法時の合理性は失われたとし、区画審設置法の区割基準のうち1人別枠方式に係る部分、及び、公選法の具体的な選挙区割りについて、憲法の

投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたとした。その正否をもちだしている。結論としては、「憲法上要求される合理的期間がされなかったものということはできない」と判断した。

このように平成23年衆院判決は合理的期間論を用いているが、51年提条件③⑥を満たしていたかといえば、③「制定当時憲法に適合して」とはいえるであろうが、しかし、⑥「合理性の欠如が『漸次的な事情の異なるものである』とはいえないものではないだろうか。1人別枠方式は、その過により合理性を失ったが、それは事情の変化によるものではない。その合理性に『時間的な限界』があったからである。⑥は満たされていないべきではないだろうか。実際、これまでの違憲状態を認定した衆院判決については前提条件③⑥が語られていたが、平成23年判決においては、その点言及がない。

3 合理的期間論の再構成

昭和51年判決が③⑥を手がかりに導入した合理的期間論は、③⑥を根拠なく適用されたり適用されなかったりすることで、その支えを失って不成立としていたように思われる。そのような混乱状況を経て、合理的期間論を用いたと位置づけられるのが平成25年衆院判決である。少し長いが、本稿にとって非常に重要なものなので、引用しておこう。

衆議院議員の選挙における投票価値の較差の問題について、当裁判所大法廷はこれまで、①定数配分又は選挙区割りが必要な諸事情を総合的に考慮した上で投票価値の較差において憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っているか否か、②上記の状態に至っている場合に、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかったとして定数配分規定又は区割規定が憲法の規定に違反するに至っているか否か、③当該規定が憲法の規定に違反するに至っている場合に、選挙を無効とすることなく選挙の違法を宣言するにとどめるか否かといった判断の枠組みに従って審査を行ってきた。こうした段階を経て判断を行う方法が採られてきたのは、単に事柄の重要性に鑑み慎重な手順を踏むというよりは、憲法の予定している司法権と立法権との関係に由来するものと考えられる。すなわち、裁判所において選挙制度について投票価値の平等の観点から憲法上問題が

7 合理的期間論の可能性〔浅野博宣〕

あると判断したとしても、自らこれに代わる具体的な制度を定め得るものではなく、その是正は国会の立法によって行われることになるものであり、是正の方法についても国会は幅広い裁量権を有しており、上記の判断枠組みのいずれの段階においても、国会において自ら制度の見直しを行うことが想定されているものと解される。換言すれば、裁判所が選挙制度の憲法適合性について上記の判断枠組みの各段階において一定の判断を示すことにより、国会がこれを踏まえて所要の適切な是正の措置を講ずることが、憲法の趣旨に沿うものというべきである。このような憲法秩序の下における司法権と立法権との関係に照らすと、上記①の段階において憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っている旨の司法の判断がされれば国会はこれを受けて是正を行う責務を負うものであるところ、上記②の段階において憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかったといえるか否かを判断するに当たっては、単に期間の長短のみならず、是正のために採るべき措置の内容、そのために検討を要する事項、実際に必要となる手続や作業等の諸般の事情を総合考慮して、国会における是正の実現に向けた取組が司法の判断の趣旨を踏まえた立法裁量権の行使として相当なものであったといえるか否かという観点から評価すべきものと解される¹⁶⁶。

ここでは、昭和51年理論の要件③⑥は持ち出されていない。その後、参議院についても平成26年参議院判決が同様の判断を示している¹⁶⁷。

III なぜ合理的期間か

IIで見たように、最高裁は合理的期間論を変化させながら用いてきたと考えられる。その経緯は、当初③⑥の要件を満たす事案に直面して合理的期間論を創出した裁判所が、その後、③⑥を満たしている事案であっても合理的期間論を使う必要はないと考えたり、また、③や⑥の要件を満たしていない事案でも

(166) 民集67巻8号1522-3頁。

(167) 平成26年参議院判決では平成25年衆院判決の③に当たたる部分が述べられていないが、参議院については、最高裁がこれまで合理的期間を経過したと判断した事案がなかったとめと考えられる。参照、平成26年参議院判決調査官解説（岩井伸晃・市原義孝・法曹時報68巻6号122頁）注18。

使うべきであると判断したりして、結局、③⑥を放棄して新たな合理的期間論を提示した、とみることもできる。

もちろん、昭和51年衆院判決それ自体が、要件③⑥を満たす場合は当然に合理的期間論が適用されるといつていたわけではないし、また、要件③⑥を満たさない場合は合理的期間論の適用はないといっているわけでもないで、その意味ではⅡ2で検討した事例が直ちに昭和51年理論と矛盾しているとはいえない。ただ、そんなことをいえば③⑥は意味を失ってしまうだろう。合理的期間論が恣意的なことが全くの行き当たりばったりになってしまいうだろう。合理的期間論が恣意的な理論でないためには、安定的に適用されることが必要であろう。そして、安定して適用されるためには、なぜ合理的期間論を用いるのかという点からその適用が定礎されることが必要ではないだろうか。

では、なぜ合理的期間か。この点については、最高裁自身も昭和51年判決で説明していたところである。最高裁は、「人口の異動は不断に生じ、したがって選挙区における人口数と議員定数との比率も絶えず変動するのに対し、選挙区割と議員定数の配分を頻繁に変更することは、必ずしも実際のではなく、また、相当でもない」といつている。「人口の異動は不断に生じ、したがって選挙区における人口数と議員定数との比率も絶えず変動する」というのは、推測するに、③制定当時憲法に適合していた法律が④その後における事情の変化によりその合憲性の要件を欠くに至つたとしても、その「事情の変化」が逆向きに生じ再び合憲性の要件を満たすというような事象を考慮しているのだろう⁸⁰。また、「選挙区割と議員定数の配分を頻繁に変更することは、必ずしも実際のではなく」とは、「事情の変化」に対応して区割り・定数を変更することが政治的な意味を含めて困難な作業であるという趣旨だろう。また、「相当でもない」とは、区割り・定数の頻繁な変更が政治的安定性を損なう可能性があるという点で、また、区割り・定数の変更が選挙結果に直結するために政治的恣意が入りやすい頻繁な変更はその危険性を高めるという点で望ましくないことなどを意味しているのだろう。

ただ、このような昭和51年判決の説明は、なぜ合理的期間論を採用のかを一

⁸⁰ 平成5年衆院判決は、合理的期間の経過を判断するに際して、「人口の異動は絶えず生ずるものである上、人口の異動の結果、右較差が拡大する場合も縮小する場合もあり得る」と述べている。

読して明らかにしているとはいえないように思われる。たとえば、将来のある時点で憲法の要求に反する程度ではなくなる可能性があるとしても、選挙時点で反していたのであれば憲法違反なのではないだろうか。現時点では瑕疵が治癒しているとか、将来その可能性が高いとかいう認定がなされているわけではなく、単なる可能性があるというに過ぎないのに憲法違反という判断を控えるべきなのはなぜだろうか。また、憲法の要求に反しているのであれば、それを是正することが「実際の」か「相当」にかかわらず、憲法違反ではないだろうか。最高裁の説明は、少なくとも不十分であると思われる。

この点について、学説の側からは、合理的期間を説明する理論が提示されてきた。ここでは、代表的な二つの学説について、検討しておきたい。一つは野中俊彦による違憲の警告という理解であり、もう一つは安念潤司による違憲の主観化という理解である。

1 違憲の警告

野中の違憲警告論は、昭和51年衆院判決が下されると即座に提示された。まだ違憲状態判決が昭和58年衆院判決で現実化する前である。当時の西ドイツの憲法裁判所に関する、野中の研究蓄積がそれを可能にした。

野中は、昭和51年判決以前に執筆を終えていた論文で、「合憲が違憲無効かの二者択一的判決形式では、いかに裁判所が工夫をこらしても、立法府の権限を尊重し、かつ憲法秩序の無用な混乱を避けつつ他方では法律の違憲的部分を排除することがむずかしいと考えられる場合」すなわち「違憲状態が立法府の不作为の部分について存在し、法律全体を無効にするよりもむしろ立法府による不作为部分の治癒がなされる方がより好ましい結果を生むような場合、あるいは排除された法律に代えて直ちに新たな立法がなされなければ憲法秩序に重大な影響が生じるが、即座の立法が期待できず、その間空白期間が生じるような場合」に西ドイツの憲法裁判所が考へ出した違憲性確認判決・違憲警告判決という手法について、分析を加えていた。野中によれば、違憲性確認判決とは、「主文において法律の違憲性を確認するが、無効とは宣言しない方式」、違憲警告判決とは、「主文においては法律の違憲性を確認することもしないで憲法訴訟を棄却するが、判決理由の中で違憲性の確認ないし違憲性の強い疑義を表明し、立法府に対して改廃の義務があることを強く警告する方式」である⁸¹。

昭和51年判決が下されると、野中は、直ちに、合理的期間のくだりは「西ドイツの憲法裁判所が同様のケースにおいて採った立場を連想させる」と反応して、違憲警告判決の例を引いた²²⁰。そして、昭和58年違憲状態判決については、「違憲状態にあることを確認し（実質的違憲判断）、しかし違憲とは断じない（形式的合憲判断）、そして立法府に警告を発する（違憲警告）」という点において、西ドイツの違憲警告判決と共通しており、「実質的違憲判断」と形式的合憲判断を整合させる法理が『合理的期間』論である²²¹と分析した。

つまり、なぜ合理的期間論を採用のかといえば、違憲状態を認定しつつ違憲判断を先送りすることによって、違憲と判断することがもたらす帰結を避けつつ、立法府に対して改正を促す警告を与えるため、と考えることになるだろう。

2 違憲の主観化

安念が課題としたのは、「定数配分規定が憲法の何らかの条項に反すると認められたにもかかわらず、合理的期間内であれば違憲とはならず合憲の状態を維持できるのは何故か」²²²という問いに対して「理論的根拠」を与えることになった。

安念は、「合理的期間の実質がすぐれて主観的な色彩を帯びるのではないか」という推測を立て、下級審判例や被告の主張における合理的期間論を検討し、そこに、立法者の合憲性に関する認識可能性、是正の難易、是正のための努力などの、主観的事実が現れていることを実証した。そして、合理的期間の判断が主観化する傾向を踏まえ、「憲法と法律の規範内容相互間の抵触」と「違憲それ自体」とを区別し、規範内容相互間の抵触は違憲の必要条件ではあっても十分条件ではないと理解する可能性、違憲それ自体が主観化する可能性、すな

²²⁰ 野中俊彦「西ドイツにおける違憲判決の方法」〔『憲法訴訟の原理と技術』（有斐閣、1995年）第XIV論文（初出は1976年）〕。引用箇所は、271頁、291頁。

²²¹ 野中・昭和51年度重判12頁、15頁。

²²² 野中・昭和51年度重判21頁、26頁。ただし、野中は、昭和58年衆院判決が合理的期間を未だ経過していないと判断して最初の違憲状態判決となったことについては、強く批判していた。「私は率直にいう『合理的期間』論にかなりの魅力を感じ、その正当な出番を見たかったのであるが、本件〔＝昭和58年衆院判決〕ではいかにせん出番が過ぎた」。

²²⁴ 安念・前掲注(2)42頁。

7 合理的期間論の可能性（浅野博宣）

わち、合理的期間論を違憲の主観化として理解する可能性が提示されることになる。

安念自身は必ずしもこのような方向を肯定的に捉えていたわけではなかったが、可能性として、なぜ合理的期間論を採用のかといえ、違憲判断は主観的になさなければならないため、と答える考え方が提示されたことになる。

3 「違憲の主観化」の全面化と「違憲の警告」への純化

合理的期間論の説明としては、違憲の警告・違憲の主観化以外にもありうるかもしれないが、とりあえずはこの二つの考え方を手がかりとして、第一節で検討した裁判例の展開をどのように理解できるかを検討することしよう。

(1) 誕生期

まず、Ⅱ1でみた、昭和51年理論が踏襲されていた時期においては、判例の言説の中には合理的期間論を違憲警告として理解しうる手掛かりも、違憲の主観化として理解しうる手掛かりもいずれも認められるが、違憲の主観化として理解することがより適合的であると思われる。

要件③④⑤を違憲の主観化から説明しようとするならば、③制定当時憲法に適合していた法律が④その後における事情の変化によりその合憲性の要件を欠くに至ったという点を要件とするのは、最高裁が問題を立法の不作為として把握しようとしていたことを示していると理解することもできる。つまり、合理的期間論は国会の作為義務の懈怠を認定できるかどうかにかかわるものと位置づけられる²²³。

また、昭和51年衆院判決が、合理的期間を認める理由として「選挙区割と議員定数の配分を頻繁に変更することは、必ずしも実際的ではなく、また、相当でもない」と述べていたことも、立法行為の期待可能性がないからという意味に理解することができる。昭和58年衆院判決は、「実際のでも相当でもない」点を敷衍して、「国会が速やかに適切な対応をすることは必ずしも期待し難いこと」（傍点付加）と述べている。

合理的期間の経過に関する判断についても、昭和58年衆院判決が、合理的期間が経過していないという判断に至る考慮要素の一つとして「本件選挙当時、

²²³ 戸波江二「立法の不作為の違憲確認」〔講座憲法訴訟 第1巻〕（有斐閣、1987年）355頁、368頁。

選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差の最大値が前記大法院判決〔＝昭和51年衆院判決〕の事案におけるそれを下回っていること」が挙げたのは、立法者が違憲状態を認識可能であったかどうかを考慮したとみることができだろう。平成8年参院判決が「昭和六三年一〇月には、前記一対五・八五の較差について、いまだ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とするには足りない」という前掲第二小法廷〔＝昭和63年参院判決〕の判断が示されており、その前後を通じ、本件選挙当時まで当裁判所が参議院議員の定数配分規定につき投票価値の不平等が違憲状態にあるとの判断を示したことはなかった」点を挙げているのも、同様である。

ただし、合理的期間論を違憲の主観化として理解することへの障得となる例もある。例えば、平成5年衆院判決が、「なお、衆議院本会議において、昭和六一年改正法案が可決された際、『今回の衆議院議員の定数は正は、違憲とされた現行規定を早急に改正するための暫定措置であり、昭和六十年国勢調査の確定人口の公表をまわって、速やかにその抜本改正の検討を行うものとする。』等との決議がされている。しかし、これは、衆議院が、立法院としての立場で自らの適切妥当な立法権の行使についての決意を表明したものであって、右決議の存在は、本来、憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に達していた選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差につき憲法の要求する合理的期間内の是正が行われたか否かという法的判断とは次元を異にする問題であるといふべきである。」と述べたのは、決議が抜本改正を約束した国勢調査の確定値公表日(1986年11月10日)から約3年3か月後の選挙(1990年2月18日)までの間に改正しなかったとしても合理的期間を経過したとはいえないことを弁明しようとするものであるが、合理的期間論を主観化から区別しようとする態度が伺われないわけではない。また、個別意見の中には、中村治朗裁判官の昭和58年衆院判決反対意見のように、合理的期間論は「国会の不作為責任それ自体、ひいてはこれとの関連における国会の故意又は過失の有無を問題とするものではなく、したがって、議員定数配分規定が憲法違反の状態にあることに對して十分の認識を有しなかつたことにつき国会に咎められるべき点があつたかどうかは本来右の判断とは直接の関係はないのである」と述べるものもある。

他方、合理的期間論を違憲警告という観点から理解することについては、どうであらうか。

判例にその手がかかりを認めることは可能である。最初の違憲状態判決である昭和58年衆院判決で、多数意見は、「できる限り速やかに改正されることが強く望まれるところである」と付記した。その後の、違憲状態判決においても、法改正を促す文章を付すのが通常である^{四〇}。

ただ、要件③④については、合理的期間論を違憲警告の観点から理解した上で上手く説明することは難しいように思われる。野中が違憲警告の手法に着目したのは「合憲か違憲無効かの二者択一的判決形式では、いかに裁判所が工夫をこらしても、立法院の権限を尊重し、かつ憲法秩序の無用な混乱を避けつつ他方では法律の違憲的部分を排除することがむずかしいと考えられる場合」であって、要件③④とは異なる着眼点である。

また、そもそもの問題として、合理的期間＝違憲警告という理解に関しては、当初から野中自身が「しかしそれにしても最高裁判決が、後半において『事情判決』の法理を持ち出すことができながら、なおそれ以前の段階において違憲性の発生に『合理的期間』という新たなクッションを設けたことは、それが本件に限らず一般的な性格を与えらるるものであるだけに、気にかかると点なのである」^{四一}という疑問を呈していた。投票価値訴訟において違憲判断の結果を避けつつ立法院に警告を行うということであれば、昭和51年判決は事情判決という法理を生み出したのであり、それに重ねて合理的期間という法理が果たして必要であるのか明らかとはいえない。

以上の検討を踏まえ、最高裁の判例には違憲警告・違憲の主観化いずれの要素も現れているが、最高裁がどのような点に着目して合理的期間を適用したのかという観点から捉えられた裁判例の変化を説明しようとする場合には、この時期の合理的期間論は違憲の主観化によって導かれていたと理解することが、より適合的であるように思われる。

(2) ゆらぎ期

次に、Ⅱ2で見た昭和51年理論では説明しづらい裁判例が現れた時期は、最高裁はどのような理由で合理的期間論を用いたり、用いなかったりしたのであろうか。

四〇 平成5年衆院判決にはこのような警告文はないが、選挙時の定数配分が既に改正されていた事案であったためだろう。

四一 野中・前掲注②330頁。

観的な違憲判断（違憲状態判断）がなかったために、違憲判断を主観化するとしても合理的期間論は不要であったと考えることができる。

これに対して、平成 23 年衆院判決については、その合理的期間論を違憲の主観化として説明することは難しいのではないだろうか。

平成 23 年判決が違憲状態を認定したのは、③制定当時憲法に適合していた法律が④その後における事情の変化によりその合憲性の要件を欠くに至ったという点ではなく、そもそもその合理性に時間的な限界があったということであった。国会が合理性に時間的な限界がある法律を定め、その時間的な限界が訪れたということを経験所が認定した場合に、さらに加えて国会の主観的な要素を問う必要があるだろうか。これに肯定的に答えることができなければ、平成 23 年衆院判決の合理的期間論を違憲の主観化から説明することは難しいであろう。

さらに、参議院について平成 24 年判決が合理的期間論を復活させたことについて、同様である。平成 24 年参議院判決が違憲状態を認定したのは、較差が拡大したからではない。較差自体は大きく変化していないが較差が長期化するなかで、それを正当化する理由がもはやないところに求められている。そのような違憲状態判断に続いて、国会の主観的要素を問う必要があるのか。主観的要素を問うための仕掛けとして、合理的期間論を用いる必要があるのか。

これら二つの判決で合理的期間論を用いたことは、違憲の主観化とは異なる観点からそれを説明することを必要とすることになったと思われる。それが、平成 25 年衆院判決である。

(3) 再構成期

平成 25 年判決が、違憲警告という観点から合理的期間論を正当化しようとしたことは、容易に理解できるだろう。すなわち、段階を経て判断を行う方法が採られているのは、「裁判所において選挙制度について投票価値の平等の観点から憲法上問題があると判断したとしても、自らこれに代わる具体的な制度を定め得るものではなく、その是正は国会の立法によって行われることになるものであり、是正の方法についても国会は幅広い裁量権を有して」いるためであるとされ、ゆえに、「憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っている旨の司法的判断がされれば国会はこれを受けて是正を行う責務を負う」という帰結が導かれている。

IV 合理的期間論の現在と未来

これまでの検討により、本稿は、最高裁の合理的期間論を、当初は違憲の主観化という観点に導かれて誕生し、しかし、立法裁量の結論のみを客観的に見る審査が失われたことで違憲の主観化の場としてはその独自の意義を失うこととなったが、違憲の警告という役割が与えられて復活した、と理解する。本節では、現在の合理的期間論はこのように再構成されていると理解した上で、最高裁によるその用い方をどのように評価すべきを検討する。

1 国会の義務履行確保のための段階的な判断枠組み

平成 25 年衆院判決は、合理的期間論を、段階的な判断枠組みの一部として位置づけている。段階的な判断枠組みの一部として合理的期間論を用いることについて問わなければならないのは、いち早く合理的期間論を違憲警告として理解した野中が提示していた疑問であると思われる。すなわち、野中は、「『事情判決』の法理を持ち出すことができながら、なおそれ以前の段階において違憲性の発生に『合理的期間』という新たなクッションを設けたことは、それが本件に限らず一般的な性格を与えられうるものであるだけに、気にかかるところである」と指摘していた。つまり、違憲判断の帰結を回避しつつ立法府に対して是正を促すという目的であれば、そのためには事情判決という手段で足りるはずであるが、それに加えて合理的期間という判断枠組みを採ることが必要であろうか。あるいは、合理的期間論があるのなら、事情判決は不要ではないか。

この点、平成 25 年衆院判決は、最高裁の 3 段階の判断の枠組みを、「憲法の予定している司法権と立法権との関係に由来するもの」と説明している。最高裁によれば、「裁判所において選挙制度について投票価値の平等の観点から憲法上問題があると判断したとしても、自らこれに代わる具体的な制度を定め得るものではなく、その是正は国会の立法によって行われることになるものであり、是正の方法についても国会は幅広い裁量権を有しており、上記の判断枠組みのいずれの段階においても、国会において自ら制度の見直しを行うことが想定されているもの」である。

このような説明は十分に説得的であらうか。最高裁は、「いずれの段階にお

まず、平成16・平成18・平成21の参院3判決における変化について。

合理的期間論が違憲の主観化によって導かれていたとするとすれば、この時期に合理的期間論を維持しているのか明らかでなくなっただけでなく、違憲を主観的に判断するという方向性が放棄されたからであろうか。

そうではない。むしろ正反対である。この時期の参院判決は、立法者の多様な主観的事情を考慮している。違憲の主観化はむしろ顕著である。

改めて考えてみると、違憲の主観化は合理的期間論を必然的に伴うわけではない。合理的期間論が違憲の主観化として語られた前提には、違憲状態の判断が客観的に行われているということがあったと思われる。この前提が、合理的期間論を違憲の主観化として浮かび上がらせたこととなった。平成16年以降の参院3判決で失われたのは、この前提である。

この喪失は、平成16年判決の補足意見2と昭和51年衆院判決を対比すること、ではっきりと理解することができる。すなわち、昭和51年衆院判決は、投票価値の平等という憲法上の要求と選挙制度の仕組みに関する国会の裁量とを共に認めた上で、裁量審査の在り方として、「投票価値の不平等が、国会において通常考慮しうる諸般の要素をしんしやくしていてもなお、一般的に合理性を有するものとはとうてい考えられない程度に達しているときは、もはや国会の合理的裁量の限界を超えている」と述べたが、その趣旨は、「国会において通常考慮しうる（＝国会が実際に考慮したかを問うことなく、考慮することが可能な）諸般の要素をしんしやくしても（＝裁判所が推測して考慮しても）」という意味に理解するべきかと思われる。実際の国会の裁量行使過程を問うことなく、裁量の客観的な結果のみに基づいて、違憲状態を判断しようとしたといえるだろう。実際には最大較差の値が違憲状態判断の主要な指標であった。そのような違憲状態判断の上に合理的期間論が置かれることになったので、そこが主観化の場になった。

これに対して、平成16年判決の補足意見2は、その理由づけが「当審の先例における多数意見……のそれとは異なるものがある」と述べた上で、審査の在り方として「結論に至るまでの裁量権行使の態様が、果たして適正なものであったかどうか、例えば、様々の要素を考慮に入れて時宜に適した判断をしなければならぬのに、いたずらに旧弊に従った判断を機械的に繰り返しているといったことはしないが、当然考慮に入れるべき事項を考慮に入れず、又は考慮す

7 合理的期間論の可能性（浅野博宣）

べきでない事項を考慮し、又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がなされていないか、といった問題は、立法府が憲法によって課せられた裁量権行使の義務を適切に果たしているかどうかを問うものとして、法的問題の領域に属し、司法的判断になじむ事項として、違憲審査の対象となり得るし、また、なされるべきものである」と述べている。つまり、国会の実際の活動に即して判断しようとしたのであり、国会の主観的要素もそこに含まれて判断されることになる。

平成18年・平成21年の参院判決が、結果としての較差の数値だけによって判断していないことは明らかである。

つまり、違憲の主観化のための合理的期間論という観点から考えると、平成16年判決以降の参院3判決においては、違憲の主観化がいわば全面化したために、合理的期間論はそのための独自の存在意義が失った、と理解すべきではないかと思われる。この点は、安念が既に予言していたことであった。「『違憲の主観化』が徹底すれば、違憲宣言の暫定的猶予にせよ合理的期間論にせよ、もはやそれらは主観的なものとして純化された違憲性判断の中に吸収され尽くし、それ独自の存在意義を失うに至ることはいうまでもない」¹⁷³。

なお、そもそも参議院については、II 1 (2) で既に検討したように、平成16年判決以前においても合理的期間論を採っているのか一見して明らかとまではいえなかったが、この点も、もともと投票価値平等を後退させていた区割り・配分が人口の異動によってさらに不平等になった参議院地方選挙区の場合には、もともとは投票価値平等であった区割り・配分が人口の異動によって不平等になった衆議院中選挙区制下の事実と異なり、違憲状態を客観的に認定できるのかが明らかではなかったことが理由であると考えば、同様に理解できるところである。

次に、投票価値訴訟以外の訴訟において社会的環境の変化を理由として違憲判断を下しながら、合理的期間論を用いなかった裁判例が現れた点についてであるが、これらも同様に理解することができるだろう。つまり、合理的期間論を探らなかつたのは、違憲の主観化を否定したからではなく、前提としての客

¹⁷³ 安念潤司「いわゆる定数訴訟について(4)」成蹊法学27号（1988年）131頁、164頁。

いても」国会が制度の見直しを行うことが想定されているというが、言い換えれば、国会に制度の見直しを促すという機能において重複しているということではないだろうか。そうだとすればまさに野中が懸念していた通りであって、合理的期間論と事情判決の法理のいずれかは余計だということになるのではないだろうか。

言い換えれば、最高裁の段階的な判断の枠組みが有意義なものであるためには、各段階における裁判所の判断が、単なる繰り返しではなく、異なる役割を与えられていることが必要ではないだろうか。違憲状態判決が「国会はこれを受けて是正を行う責務を負うものである」とするならば、違憲判決はそれ以外の異なる役割を担っていることが必要であろう。

本稿は、この点を、違憲判決は、違憲状態判決が国会に課した義務についてその履行を確保するという役割を負うと理解すべきではないかと考える。つまり、裁判所は、違憲状態判決により国会に義務を課し、そして、その義務の履行を、従わなければ違憲判決という制裁を課すという威嚇により国会に強制する。このような違憲状態判決と違憲判決という二つの判断形式を可能にするところに、合理的期間論の意義があるのではないかと思われる。

これは本稿の突飛な思い付きでは必ずしもなく、最高裁の判断内容に即して理解したつもりである。最高裁は、合理的期間を経過したかどうかを判断するに当たっては、「単に期間の長短のみならず、是正のために採るべき措置の内容、そのために検討を要する事項、実際に必要となる手続や作業等の諸般の事情を総合考慮して、国会における是正の実現に向けた取組が司法の判断の趣旨を踏まえた立法裁量権の行使として相当なものであったといえるか否か」という観点から評価すべきものと解される」(傍点付加)というが、その趣旨は、司法が課した義務に国会が従っているかどうかによって判断するということと理解できるように思われる。また、平成25年衆院判決以降の最高裁判決(平成25年・平成27年衆院判決、平成26年参院判決)が、違憲状態判決が下された時点を、合理的期間の始期と明言するわけではないが、合理的期間の経過の判断にあたって確認し考慮に入れていることも、合理的期間の判断は違憲状態判決によって課された義務に国会が反したかどうかであると考えれば理解しうるところである。つまり、違いを殊更に強調して言うならば、違憲状態判決が憲法の要求に反しているかという問題であるとするれば、違憲判決は司法の要求に反し

ているかどうかという問題である。最高裁は、段階的な判断の枠組みを、「裁判所において選挙制度について投票価値の平等の観点から憲法上問題がある」と判断したとしても、自らこれに代わる具体的な制度を定め得るものではなく、その是正は国会の立法によって行われることになるものであり、是正の方法についても国会は幅広い裁量権を有して」いることに求めているが、それは違憲無効判決を直ちに下すべきでない理由であろう。事情判決、そして違憲状態判決という段階を設けた理由については、最高裁は、もう一歩踏み込んで、裁判所が国会に是正を求めても従わない場合がありうるから、というべきだったのではないだろうか。

このように理解すると、平成25年判決が違憲判決(事情判決)の次の段階として位置づけた、選挙無効判決についても同様に考えることができるように思われる。選挙無効判決は、当該選挙を判決時から将来に向かって無効とし当該選挙区選出の議員の身分を喪失させるものであるが、裁判所が国会に課した「是正を行う責務」との関係では、裁判所が代わって是正を実現できるものではなく、国会が自ら是正を行うことを間接的に促すものにすぎない。したがって、選挙無効判決についても、国会が違憲状態判決にも違憲判決にも従わない場合に議員の身分を喪失させるという威嚇によって、立法府に対して義務の履行を確保するための方法であると位置づけることができる。

つまり、最高裁の段階的な判断枠組みは、裁判所が「自らこれに代わる具体的な制度を定め得るものではない」ということを前提として、しかし、裁判所が義務づけても国会が自ら是正しない場合を考慮して、裁判所が義務を課すことと、憲法違反と判断すること・選挙を無効とすることを切り離し、それにより、裁判所が課した義務に従わなければ違憲判断によって選挙の正当性を剥奪するという威嚇、さらには、選挙無効判決によって係争選挙区の選出議員から議員身分を剥奪するという威嚇を可能にするものと理解することができるのではないだろうか。

2 選挙無効よりも公選法無効を

合理的期間論は、違憲状態判決と違憲判決という二つの判断形式を可能にし、違憲状態判決で国会を義務づけ、違憲判決という威嚇によってその義務を履行させようとするものである。さらに、最高裁は、事情判決の法理によって、違

憲判決と選挙無効判決とを分離し、選挙無効判決という威嚇によって国会の義務履行をより確保しようとしている。

もし最高裁の判断枠組みをこのように理解できるとして、これを肯定的に評価できるだろうか。合理的期間論を適切に用いているといえるだろうか。

肯定的な理解も可能であろう。裁判所と立法府との間の微妙な関係に即して慎重に練り上げられた枠組みといえるかもしれない。この枠組みによって、裁判所は、なかなか対応しない立法府に対して粘り強く対応することができ、徐々にその成果を得つつあると評価すべきなのかもしれない。

しかし、本稿は、合理的期間論を違憲警告として用いるのであれば、合理的期間を経過したと判断した場合は、公選法について無効判決を下すこととし(選挙については事情判決を行う)、そのような判断の効果として、判決以降は当該公選法によっては選挙を実施できなくなる(つまり、そのままでは次回選挙を実施できなくなる)と解することが、より目的に対して適格的ではないかと考える。

これは、違憲警告という論理に素直な考え方である。違憲警告は、憲法に違反していれば無効が原則であるところを、国会自らが公選法を改正することが望ましいことを理由に、まずは違憲状態判決を行うというのであるから、国会がそれに従わないというのであれば、原則に帰って公選法を違憲無効と判断することになるはずである。

また、これは新しいアイディアでもない。例えば、芦部信喜は投票価値訴訟のごく初期、昭和51年衆院判決以前に、このような可能性を提案し検討していたように思われる。

区割り・配分規定が憲法違反であるとしても、その是正をどのようにして実現するかは、投票価値訴訟が開始された当初から最も悩ましい問題の一つであった。それは、公選法上の選挙訴訟において投票価値を争うことができるのかという、入口の問題と関わっていた。選挙訴訟は行政事件訴訟法上の民衆訴訟に当たり、民衆訴訟は「法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」(42条)ものであるが、法律が定める救済方法によっては救済できないのであれば「法律に定める場合」とはいえないのではない。例えば、昭和39年参院判決斎藤朔郎意見は、次のように述べていた。「公職選挙法二〇四条の訴訟は、本来は、選挙の管理執行上の過誤を是正することを目

7 合理的期間論の可能性〔浅野博宣〕

的とする制度であると考ええる。さればこそ、右訴訟の結果による再選挙は、これを行うべき事由が生じた日から四〇日以内に、行わなければならないとされている(公職選挙法一〇九条四号、一一〇条二項、三四条一項 [= 現行33条の2第1項] 参照)。本件別表二が違憲無効と認められた場合に、果して四〇日という短期間内に、別表の改正が行われることを、期待できるであろうか。それができるならば、無効の選挙をくり返していくより仕方がない。右二〇四条の規定を合理的な範囲内で拡張解釈することは差し支えないとしても、国会と裁判所との間において、裁量判断にいくちがいの生じるおそれの多分に存する問題についてまで、司法的解決を与えんとすることは、拾収すべき混乱を招来するものと思う。かように考えてくると、右二〇四条の訴訟で、本件事案におけるような請求を求めることの合法性に、私は強い疑問をいだく。」

芦部はこの斎藤意見を批判して次のような提案を行っている。

このように、現行法にもとづく再選挙の実施が不可能だとすれば、裁判所としては、別表第二が憲法一四条に違反するとしても、その違法は「選挙の結果に異動を及ぼさない」と解さざるをえないのではなかろうか。いささか乱暴な議論かもしれないが、約三週間の期間に別表第二の改正が行なわれ、それが東京都選出の参議院議員再選挙に適用されることを予想して判決することが——理論的にはともかく——実際には不可能を強いることになる以上、裁判所が、本件のような異例の訴訟を処理するため、「選挙の結果に異動を及ぼさない」と判断することも、許されてよいように思われるが、どうであろうか。もし許されたとすれば、斎藤意見のいう「収拾すべからざる混乱」を回避することもできよう。ただ、この解釈によれば、裁判所が「かりに違憲としても……」というような前提のもとに、選挙の平等の意味について判断するのを避けることを認める結果になるが、しかし、裁判所は政治的混乱が起こることを恐れる必要はないのだから、問題の重要性にかんがみ、別表第二の合憲性を進んで判断すべきであり、もし違憲だということになれば、選挙は無効にならなくても、国会は判決の趣旨にしたがってすみやかに立法措置を講じなくてはならなくなろう。違憲判決の効力が、このように prospective であることは、少しも差し支えない^四。

ここで芦部が提案しているのは、選挙については「選挙の結果に異動を及ぼさない」(公選法205条参照)のだから無効とはしないが、しかし、区割り・定

数配分規定（公選法別表第二）についてはそれはそれを憲法違反と判断するという判断手法である。そして、その公選法違憲判断の効力を将来に向かって走らせようとしている。

芦部の提案について注意すべきは、違憲判断の対象が、選挙ではなくて、公選法であるところである。違憲判断の効力が prospective であるべきかが論じられているのも、公選法を憲法違反とする判断の効力について、である。つまり、ここで芦部が構想していたのは、選挙を無効とはしないが、公選法を違憲無効と判断し、その公選法無効の効果を将来に向かって走らせる、という趣旨の裁判ではなかったかと思われる。公選法が判決時点から将来に向かって無効になるがゆえに、「国会は判決の趣旨にしたがってすみやかに立法措置を講じなくてはならなくなる」というのであろう。

芦部の提案に対する裁判所の反応としては、下級審でそれを受け入れた例もある。東京高判昭和 48・7・31 行集 24 巻 6・7 号 726 頁は、選挙を無効としなかったものの、「右別表第二が、今日なお違憲無効のものでないと断定することとは困難である」と宣言した。これに対して、最高裁の場合は、公選法の違憲判断を行った例はあるが、無効判断を行ったことはしない。ただ、その可能性を否定してきただけでもないと思われる。昭和 51 年衆院判決は、公選法の当然無効（選挙の当然無効を含む。選挙により選出された議員がすべて当初から議員としての資格を有しなかったこととなる。）と選挙の将来的無効（当該特定の選挙が将来に向かって失効する）を可能性として検討し、前者は「明らかに憲法の所期しない結果を生ずる」、後者は「憲法上決して望ましい姿ではなく、また、その所期するところでもない」として退けているが、公選法の将来的無効については言及がない。同判決は、いわゆる事情判決の法理により、選挙については、選挙無効の請求は棄却しつつ選挙が違法である旨を主文で宣言するという裁判方法を採用したが、公選法については、理由において憲法違反であることを認定したが、公選法は無効であると宣言することは避けている⁶²⁹。そして、昭和 51 年衆院判決以降は、選挙無効（事情判決に止まるか選挙無効判決に踏み込むか）に関心が集中し、公選法無効は視野から外れてしまった⁶³⁰。

その後、芦部自身が、昭和 51 年衆院判決で事情判決の手法が示されると、「今

⁶²⁹ 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973 年）202-3 頁。

7 合理的期間論の可能性（浅野博宣）

回の多数意見の方がこの訴訟の解決策としてははぐれていくということができようか⁶³¹と記すことになる。公選法の「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある場合」（205 条）の解釈については批判的な意見が多く⁶³²、芦部もそれが苦しい解釈であることはとも自認していたところであったからである。ただ、この撤回は、選挙を無効としないという帰結をどのように理論構成するかという部分であって、もともと芦部の力点は裁判所が公選法を違憲と判断するところにあるように思われる⁶³³。

また、佐藤幸治は、1985 年の論文で、「裁判所としては、公職選挙法二〇四条の訴訟で、選挙は無効としないが、定数配分規定は将来に向かって全体とし

⁶³⁰ 昭和 51 年衆院判決多数意見が公選法の有効無効を確定しなかったことは、岡原昌男ら 5 裁判官の反対意見が、「上告人は、右配分規定の違憲無効を理由としてこれに基づく本件選挙を無効とすることを求めているのであって、本件選挙が右配分規定に違反して行われた瑕疵のあることを理由としてその無効を求めているのではないから、順序として先ず右配分規定の効力の有無を判断すべきではなかったかと思われる。」と批判していたところである。この点、高橋和之は、多数意見には政治的な配慮があったのだらうと推測している。「定数不均衡違憲判決に関する若干の考察」法学志林 74 巻 4 号（1977 年）79 頁。

⁶³¹ 投票価値不平等の文脈で「将来効」といえば、「選挙を無効とするがその効果は一定期間経過後に始めて発生するという内容の判決」（昭和 60 年衆院判決・寺田治郎ら 4 裁判官の補足意見）を意味するのが現在では通常になっている。しかし、本文引用部分で芦部が prospective としたのは公選法無効の効果を裁判時以降に働かせるという趣旨であったし、佐藤幸治が「違憲判決の効力——将来効の問題を中心に」法学論叢 94 巻 3・4 号（1974 年）182 頁（『現代国家と司法権』（有斐閣、1988 年）所収）も同様の意味で用いている。佐藤論文は、芦部の提案を採用した東京高判昭和 48・7・31 に触発されて、昭和 51 年衆院判決以前に執筆されたものである。

⁶³² 例外的に公選法無効を明確に意識していたものとして、平成 5 年衆院判決における園部逸夫意見がある。ただし、園部は、その選択肢よりも、違憲の宣言にとどめるべきことを主張した。なお、園部は公選法を違憲無効と宣言した東京高判昭和 48・7・31 の担当裁判官の一人である。

⁶³³ 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981 年）345 頁。

⁶³⁴ 例えば、田中真次・判評 177 号（判時 715 号）128 頁。ただ、解釈として無理があるとしつつ、芦部の狙いには肯定的であった。

⁶³⁵ 芦部は「公選法 204 条の訴訟で、定数配分規定の違憲判断と選挙無効の結論とを直結させない判決方法」（芦部・前掲注 634 頁）を模索していたのであり、つまり、真の狙いは「定数配分規定の違憲判断」であった。なお、投票価値訴訟における救済方法についての芦部の模索については、本稿が参照した時期以降を含めて、高見勝利「芦部憲法学を読む——統治機構論」（有斐閣、2004 年）第 4 章第 7 節。

て違憲無効と宣言し、配分規定を改正しないままに選挙が行われようとした場合、選挙差止め請求があればそれに応えて③の方法〔＝選挙差止め法〕を用いるという覚悟を決め、その趣旨を何らかの形で明らかにするというものもあるかもしれない。その場合、国会として法改正のできない事情があれば、結局、参議院の緊急集会において暫定的な法改正を行いそれにより総選挙を施行するということにならざるを得ない。⁶⁰⁾という提案を行っていた。

公選法無効という手法が有力な論者によって提唱されながら一般化しなかった理由は、例えば、違憲判決の効力という一般理論との関係をどのように考えるのか等の理論的な課題や、もし公選法無効判決により公選法を執行できないとすると実際に公選法の改正が間に合わないければ選挙できないということになるがそれによってのか等の実質的な課題が考慮されたからであろう。

ただ、芦部や佐藤がこの方法を論じていた時代に比べると、現在では、それらのハードルはかつてほど高くないとも考えられる。最高裁の法律違憲判断に対して法適用機関がその適用を差し控えた事例は現在では既に複数あり、最高裁が公選法を違憲無効と判断すれば選挙管理委員会がその部分の執行ができなくなると主張することはそれほど奇異ではなくなっているように思われる。違憲判決の効力論に関しては、一般的効力が個別的効力かという二択によって答えを導く考え方は既に克服されていると思われる。また、選挙訴訟は、選挙管理委員会が訴訟当事者であり、また、選挙無効判決があればその効力が訴訟当事者を超えて一般的に及ぶのであるから、違憲判決の効力論がそもそもストレートに妥当するわけではないだろう。他方、実質的な課題についても、合理的期間論と組み合わせられることによって、大きな問題ではなくなっていると思われる。つまり、いきなりの公選法無効判決によって残りの任期中に改正しなければならぬという問題ではなく、まず裁判所が違憲状態判決を下したことが前提になっていて、にもかかわらず国会が是正の義務を怠っていると裁判所が判断した場合に公選法無効判決が下されるというのであれば、違憲状態判決から考えれば次の次の選挙が実施できなくなる可能性があるというに過ぎないのだから、どこまで配慮すべきであるのか疑問であろう。さらに、現在の選挙制度は衆参いずれも選挙区選挙と比例代表選挙の並立制であり、もし選

⁶⁰⁾ 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）296頁。

7 合理的期間論の可能性（浅野博宣）

選挙選挙が実施できないとしても、比例代表選挙は可能であるから問題はないと考えるのは、さすがに割り切りすぎであろうか。改正のための時間的猶予が十分にあり、かつ、改正しない場合の帰結が予告されているときに、もし国会が改正しなかったのであれば、予告されていた帰結を国会の意思であると思ふべきということも、それほど飛躍した論理ではないように思われる。

公選法を無効とする判断を行い次回選挙はその公選法に基づいては実施できなくなるという手法が可能であるのなら、本稿は、そのような手法の方が、現在の最高裁の判断枠組みよりも、より適切であると考ええる。

その理由は、一つには、国会の義務履行を確保するという点では、公選法無効の手法がより強制性が高いと思われるからである。憲法上の正当性を剥奪すること（事情判決）や一部選挙区の選出議員が失職すること（選挙無効判決）よりも、選挙を実施できなくなるという方が、立法者に及ぼす迫力は強いのではないだろうか。

ただ、より根本的な理由は、「司法権と立法権との関係」の観点からである。平成25年衆院判決は「司法権と立法権との関係」から合理的期間論を正当化した。また、「司法権と立法権との関係」から考えた場合に、現在の最高裁の判断枠組みの最大の問題点は、選挙無効判決の可能性を残しているという点にあると思われる。選挙に関する訴訟は、広い意味での選挙の一部として捉えた上で評価を加える必要がある⁶¹⁾。選挙による決定に終局性が確保されなければならないことは、民主主義の要請であらう⁶²⁾。もちろん選挙の実施過程において瑕疵が生じた場合に裁判所が事後的に選挙を無効にするなどの措置を採ることは必要であるが、選挙以前から明らかであった点を選挙後に裁判所が瑕疵であると判断して選挙を覆すこと、しかも機械的に適用できるとは到底いえない基準によって覆すことを認めるのは、民主主義にとって致命的な欠陥ではないだろうか。日本の場合、内閣総理大臣は国会議員の中から選出され議員の身分がその在職要件でもあること⁶³⁾を想起すれば、この欠陥はよく理解できるだろう。

⁶¹⁾ Steven F. Huefner, *Remedying Election Wrongs*, 44 Harv. J. on Legis. 265 (2007).

⁶²⁾ 選挙による決定が終局的であることが民主主義の要請であるということは、選挙における政策的争点について敗者は服従し沈黙しなければならないという意味ではない。むしろ、敗者が異論を唱え続けられるからこそが民主主義の基礎をなす。しかし、選挙の対象そのもの、すなわち、誰が当選したのかという点について、いつまでも争うことができることは、選挙を無意味なものにし、民主主義を崩壊してしまう危険がある。

選挙によって決定するという民主主義を確保するためには、選挙実施以前から存在する瑕疵については事前に取り除くことができる仕組みを設けておく必要がある。投票価値訴訟の目的を公選法の無効を宣言し将来的に選挙を実施できなくすることに求めようとする提案は、実質的に、選挙の事後訴訟から事前訴訟に転換することを意図するものである。このような理由で、「司法権と立法権との関係」という観点からは、公選法無効を宣言する方法がより優れていると考えている⁴⁰³⁽⁴⁴⁾。

最高裁の判断枠組みが、「司法権と立法権との関係」を配慮しつつ、裁判所が国会に義務を課し、かつ、その義務の履行を確保しようとするものであるのなら、平成25年衆院判決で示された段階的な判断枠組みよりも、違憲状態判決後に合理的期間も経過したと判断した場合には、選挙は事情判決により無効とすることなく、しかし、公選法を違憲無効と判断し、当該公選法に基づいて次回選挙を実施することを禁止することが、その目的により適格的ではないだろうか。合理的期間論は、そのように用いられるべきであると思われる。

V おわりに

本稿は、最高裁が合理的期間論をどのようにして生み出しどのように展開してきたかを検討し、また、現在の合理的期間論に対する評価を試みた。

以上の検討から、「はじめに」で提示した二つの点についてどのような見通しが得られるだろうか。

まず、合理的期間を経過したか否かという判断について。本稿の理解では、

(40) 清宮四郎『憲法I（第3版）』（有斐閣、1979年）309頁。

(41) 本来は、投票価値の問題は選挙の差止め訴訟として争わせることが最も適切であると思う。ただ、最高裁がその方向に踏み出さない現状を考えると、選挙訴訟において公選法無効の判断を行うことが考えられるのではないかと思われる。また、差止め訴訟が認められる場合も、合理的期間論を用いることは検討して良いのではないだろうか。

差止め訴訟の可能性については、参照、松本哲治「投票価値の平等と事前の救済」松井茂記はか編『自由の法理』（成文堂、2015年）393頁。また、この訴訟の可能性については、角松生史教授、國部徹弁護士からご教示を頂いた。ありがとうございます。

(42) もともと投票価値訴訟は将来の選挙のために国会に改正を促すことを目的としていた。最高裁が、違憲状態性・違憲性の判断において選挙時以降の国会の対応を考慮したりするのは、実質的には、事前訴訟として機能させているように思われる。

7 合理的期間論の可能性（浅野博宣）

最高裁の現在の判断枠組みは、合理的期間の経過を、違憲状態判決によって裁判所が課した義務を国会が果たしているかという観点から判断する、ということとである。

このような理解を前提とした場合に、最高裁は具体的な当てはめを適切に行っているといえるだろうか。衆議院について⁴⁰³、平成25年判決・平成27年判決は、1人別枠方式の構造的な問題（平成23年判決が違憲状態と判断した区画設置法3条2項の問題）が「最終的に解決されている」とはいえないとしつつ（平成25年判決。平成27年判決も同旨）、「漸次的な見直しを重ねることによってこれを実現していくことも、国会の裁量に係る現実的な選択として許容されている」（平成25年判決。平成27年判決もほぼ同文）という理由で、合理的期間を経過していないと判断した。

このような当てはめについて、まず確認しておきたいことは、最高裁が、平成23年違憲状態判決後の改正を立法裁量として許容されることを認めても、違憲状態の認定を取り消さなかったということである。違憲状態判断で問われる立法裁量と違憲判断で問われる立法裁量とが異なることが前提とされているのであり、その違いは違憲状態判断では国会が憲法に反したかどうかを問うているのであり、違憲判断では裁判所の違憲状態判断に即して国会が是正義務を果たしているかどうかを問うていっていると理解すべきであろう。したがって、裁判所が違憲状態判決によって憲法上の瑕疵を認定した以上は、その後の法改正を瑕疵の是正義務の実行としては肯定的に評価できたとしても、憲法上の瑕疵が根本的には是正されない限り、違憲状態という認定から後退することはありえない。

では、合理的期間を経過していないという判断についてはどのように評価すべきだろうか。是正義務を漸次的に実現していくことも許されうるといふ最上高裁の論理は、本稿筆者は理屈としては成り立ちえないわけではないと考える。ただ、本当に根本的な是正のために必要な一歩であるのか、それとも、現状を糊塗するごまかしに過ぎないのかを区別する必要がある。そのためには、一回的「最終的」解決が本当に不可能であるのかどうか、また、その改正が「最終的」解決に本当につながっているかどうか明らかにされる必要がある。

(43) 衆議院については、1人別枠方式を違憲状態とした平成23年判決を受けて、2012・2013（平成24・25）年改正が、1人別枠方式を定めていた区画設置法3条2項を削除したが、区割りの改正は一部にとどまり全面的な見直しは行わなかった。

はないだろうか。最高裁もこれらの点を考慮していないわけではないが、なお抽象的であって、より具体的な検証を行うべきであり、また、そのために国会に具体的な立証を求めるべきではないかと思われる。

参議院について、平成 26 年判決が、2012(平成 24)年改正にもかかわらず「制度の仕組み自体の見直し」が為されていないとして、違憲状態判断を維持しつつ、しかし、違憲判断は行わなかったことについても、同様のことがいえよう。

次に、投票価値訴訟以外の訴訟における合理的期間論の利用可能性について。平成 25 年衆院判決が、合理的期間論を含む段階的な判断枠組みを、「自らこれに代わる具体的な制度を定め得るものではなく、その是正は国会の立法によって行われることになるもの」であり、是正の方法についても国会は幅広い裁量権を有して「いる」ということから説明したように、このような場合であれば、違憲警告を可能にする手法として、合理的期間論は検討に値するだろう⁽⁴³⁾。

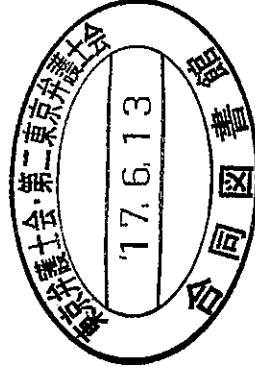
制度に関する立法裁量が認められる場合であっても、これまで最高裁は、部分無効という手法を用いるなどの方法によって、合理的期間論による違憲警告という手法に拠らずに、即時の解決を与えることがあった。このような裁判所の努力は、当事者の救済という面から高く評価すべきであると思う。したがって、そのような裁判所の努力はこれからも続けられるべきことを前提とした上で、投票価値訴訟のように実質的に見て具体的な過去の侵害に対する救済の必要性が問われているわけではない場合や、裁判所の工夫では当事者を直接的に救済することが難しい場合は、合理的期間論を検討する余地があるのではないだろうか。

そして、裁判所が合理的期間論を用いる場合は、国会の義務履行を確保する方法、しかも、「司法権と立法権との関係」から適切と評価できる方法を検討するべきだろう。そのような観点から、合理的期間を経過した場合にどうなるのかを明らかにしておくべきである。その際、裁判所が「自らこれに代わる具体的な制度を定め得るものではない」ということは、合理的期間を経ても国会

(43) 野中俊彦ほか著『ゼミナール憲法裁判』(日本評論社、1986 年) 268 頁(浦部法穂執筆)は、合理的期間論を違憲警告を目的とするものとして理解した上で、暫定的な答えとしてであるが、「[合理的期間]論が働かうるのは、その法律の適用を排除することによって違憲状態を排除しえず、立法府による当該法律の改正を待たなければならない場合だけであろう」と述べていた。

が是正しない場合の具体的な制度を裁判所が国会の意思を推定して仮置きしておくことも許されないということでは必ずしもないように思われる。

救済と権利は結びつきやすく、救済方法が見つからないと権利の存在を否定することになり易い。救済方法の選取肢を充実させておくことは、権利の承認について曇りなく判断するために必要ではないだろうか。



憲法理論とその展開
——浦部法穂先生古稀記念——

2017(平成 29)年 6 月 10 日 第 1 版第 1 刷発行

編 著 門田孝・井上典之
発行者 今井 賢・今井 守
発行所 株式会社 信 山 社
〒113-0033 東京都文京区本郷 6-2-9-102
Tel 03-3818-1019 Fax 03-3818-0344
info@shinzansha.co.jp

出版契約 2017-8069-2-01010 Printed in Japan

©編著者, 2017 印刷・製本／亜細亜印刷・渋谷文庫閣
ISBN978-4-7972-8069-2 C3332 分組 323.340.a005 憲法
8069-01011 : 012-040-005《禁断複製》p. 480

JCOPY (注)山版者著作権管理機構 変化出版物

本書の無断複製は著作権法上での例外を除き禁じられています。複写される場合は、
そのつとで複製し、(社)出版者著作権管理機構(電話 03-3513-6669, FAX 03-3513-6679,
e-mail:info@copycorp) の許諾を得てください。

参議院選挙と投票価値の較差—仙台高裁令和4年11月1日判決の検討

愛媛大学教育学部准教授・中曾久雄（研究分野 憲法）

1 はじめに

2022年に行われた参院選の投票価値の較差問題について、下級審の判断が出揃った。ここでは、違憲状態判決が目立っている（例えば、東京高判令和4年11月14日裁判所ウェブサイト、福岡高判令和4年11月11日裁判所ウェブサイト）。そうした中で、違憲判決を出したのが仙台高裁の判決（令和4年11月1日 裁判所ウェブサイト、以下本判決とする）である。本稿では、本判決を概観しつつ、参議院選挙と投票価値の較差の問題を検討する。

2 参議院の投票価値の較差の判例法理

参議院の投票価値の較差問題について、判例は、参議院の地域代表的性格という特殊性を重視し、投票価値の平等は「一定の譲歩、後退を免れない」とし、大きな投票価値の較差を容認してきた（最大判昭和58年4月27日民集37巻3号345頁）。また、1992年に行われた参議院選挙で6.59倍の最大較差があったことについて、参議院議員を選出する仕組みについて、「事実上都道府県代表的な意義ないし機能を有する要素を加味したからといって、これによって選出された議員が全国民の代表であるという性格と矛盾抵触することになるということもできない」とした。ここでは、違憲の問題が生ずる程度の投票価値の著しい不平等状態が生じていたものといわざるを得ないとしつつも、「選挙区間における議員一人当たりの選挙人数の較差が到底看過することができないと認められる程度に達した時から本件選挙までの間に国会が本件定数配分規定を是正する措置を講じなかったことをもって、その立法裁量権の限界を超えるものと断定することは困難である」とした（最大判平成8年9月11日民集50巻8号2283頁）。その後も、判例は、約5倍の最大較差を合憲としている（最大判平成12年9月6日民集54巻7号1997頁、最大判平成16年1月14日民集58巻1号56頁、最大判平成18年10月4日民集60巻8号2696頁、最大判平成21年9月30日民集63巻7号1520頁）。

ところが、2010年に行われた参議院選挙で5倍の最大較差があったことについて、参議院の意義について、「多角的かつ長期的な視点からの民意を反映し、衆議院との権限の抑制、均衡を図り、国政の運営の安定性、継続性を確保し」たものであり、「これをそれぞれの選挙制度にいかに関与させていくか」という点を含め、国会の合理的な裁量に委ねられている」としつつ、当該最大較差は、「投票価値の平等の重要性に照らしてもはや看過し得ない程度に達しており、…違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていたというほかはない」とした。参議院議員選挙における投票価値不平等を解消するためには参議院議員の選挙制度の仕組み自体の見直しが必要であること、参議院においても

選挙制度の仕組み自体の見直しを含む制度改革に向けての検討が行われていたことなどを考慮して、「本件選挙までの間に本件定数配分規定を改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えるものとはいえず、本件定数配分規定が憲法に違反するに至っていたということとはできない」とした。なお、ここでは、「参議院議員の選挙区の単位としなければならない」という憲法上の要請はなく、むしろ、都道府県を選挙区の単位として固定する結果、その間の人口較差に起因して投票価値の大きな不平等状態が長期にわたって継続していると認められる状況の下では、上記の仕組み自体を見直すことが必要になるものといわなければならない」と踏み込んだ判断が行われている（最大判平成 24 年 10 月 17 日民集 66 卷 10 号 3357 頁）。

また、平成 26 年の最高裁判決においても、4. 77 倍の最大較差について、「平成 22 年選挙当時、本件旧定数配分規定の下での前記の較差が示す選挙区間における投票価値の不均衡は、投票価値の平等の重要性に照らしてもはや看過し得ない程度に達しており、これを正当化すべき特別の理由も見いだせない以上、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていたというほかはない」としつつも、「司法権と立法権との関係を踏まえ、前記のような考慮すべき諸事情に照らすと、国会における是正の実現に向けた取組が平成 24 年大法院判決の趣旨を踏まえた国会の裁量権の行使の在り方として相当なものでなかったということはできず、本件選挙までの間に更に上記の見直しを内容とする法改正がされなかったことをもって国会の裁量権の限界を超えるものということとはできない」とされた。なお、山本庸幸裁判官の反対意見は、「現在の国政選挙の選挙制度において法の下での平等を貫くためには、一票の価値の較差など生じさせることなく、どの選挙区においても投票の価値を比較すれば 1. 0 となるのが原則であると考ええる。その意味において、これは国政選挙における唯一かつ絶対的な基準といって差し支えない。ただし、人口の急激な移動や技術的理由などの区割りの都合によっては 1～2 割程度の一票の価値の較差が生ずるのはやむを得ないと考ええるが、それでもその場合に許容されるのは、せいぜい 2 割程度の較差にとどまるべきであり、これ以上の一票の価値の較差が生ずるような選挙制度は法の下での平等の規定に反」と指摘しており、参議院選挙においても人口比例選挙が妥当する点を明確にした点が注目される（最大判平成 26 年 11 月 26 日民集 68 卷 9 号 1363 頁）。

3 本判決の概観と参議院選挙と投票価値の較差の問題の検討

こうした判例の流れの中で、本判決は以下のように判示する。最大較差が「3 倍を超える選挙区が 3 選挙区に上り、3 倍を超える 3 選挙区の人口が日本国民の 2 割を超える状態となったことは、国会議員の選挙制度の仕組みの具体的決定を原則として国会の裁量に委ねた憲法上の国会の裁量権の範囲を逸脱し、投票価値の平等という憲法の要求に反する著しい投票価値の不平等状態に至っていたものと判断する」、「このような憲法の要求に反する投票価値の著しい不平等状態が国勢調査により令和 3 年 11 月に明らかになったのに、その不平等を全く是正することなく令和 4 年 7 月の選挙に至ったことは、憲法の要求する

投票価値の平等という議会制民主主義の根幹をなす重要な要請について、国会が必要な考慮をしなかったものといわざるを得ず、国会が裁量権を逸脱して憲法上要求される合理的期間内には是正をしなかったものであって、本件選挙の時点における参議院選挙区選出議員選挙の選挙区と議員定数に関する公職選挙法の定めは、投票価値の平等という憲法の要求に違反し、無効であったものと判断する」。その理由として、「令和4年7月の参議院議員選挙は、令和2年10月の国勢調査結果による日本国民人口に基づく議員1人当たり人口の較差が最大の宮城県選挙区で3.031倍となり、令和元年7月の選挙当時は3.00倍であった較差が更に拡大し、東京都と神奈川県を含む較差3倍を超える3選挙区の日本国民が全国民の2割を超える状態となったことが、令和3年11月30日に判明したのに、平成30年改正による選挙区と議員定数を何ら是正することなく行われた」こと、「本件選挙当日の議員1人当たり有権者数の較差も、神奈川県3.030倍（最大）となり、宮城県、東京都を含む3選挙区が3倍を超えていた」ことを挙げる。

このように、本判決は、選挙区間の不平等が投票価値の不平等状態に至り、それが合理的期間内には是正されなかったとするものであった。以下では、本判決の検討を行う。

学説は、衆議院選挙について、1対1を基本原則とする人口比例選挙が厳格に貫かれるべきであるとしつつも¹、参議院の場合、衆議院ほど厳格な人口比例選挙を求めてこなかった²。要するに、学説は参議院選挙における投票価値の較差問題について、一定の譲歩を許容してきた³。

これに対して、本判決は、「二院制の下における参議院の性格や機能を選挙制度にいかんに反映させていくかという点を含め、国会の合理的な裁量に委ねられているが、参議院は衆議院とともに国権の最高機関として適切に民意を国政に反映する責務を負っている。参議院議員の選挙であること自体から、直ちに投票価値の平等の要請が後退してよいという理由はない」とする。このように、本判決が指摘しているのは、選挙における平等の要請について、衆議院と参議院の違いはなく、参議院選挙においても、選挙価値の平等が追求されなければならないということである。

投票価値の平等は、必然的に人口比例選挙を要求するものである。この点について、参議院選挙においても人口比例選挙が妥当すると強力に主張するのは、升永英俊である。升永の主張の骨子は以下の通りである。（Ⅰ）参院選の投票価値の平等の要請が衆院選のそれより後退してよいとする理由はないこと、（Ⅱ）参院選の1票の投票価値の平等の要請の強さと、衆院選のそれは、民意を国政に反映すべき点で、相互に同等であると理解されること、（Ⅲ）憲法59条1項の規定にあるように、参議院と衆議院は、対等に、法律の成立、不成立の最終的決定権を有しているので、投票価値において、衆院選と参院選で較差があってはならないこと、（Ⅳ）投票価値の較差の是正は、議会制民主主義の根幹に関わ

¹ 長谷部恭男『憲法 第8版』（新世社、2022年）179頁。

² 松井茂記『日本国憲法第4版』（有斐閣、2022年）395頁。

³ 芦部信喜『憲法学 III 人権各論(1)〈増補版〉』（有斐閣、2000年）80頁。

り、国権の最高機関としての国会の活動の正統性を支える基本的な条件にかかわる極めて重要な問題であるということ、である⁴。憲法学の観点から、この升永の主張は傾聴に値する。選挙権が議会制民主主義の根幹をなすこと⁵、現実的には参議院と衆議院の選挙制度は同質となり、衆議院では人口較差が2倍未満となっていること⁶、国政での参議院の政治的比重が増していること⁷、を踏まえると、(I)～(III)の主張が明示するように、参議院においても、衆議院と同様に、少なくとも、その最大較差は2倍未満に抑えられるべきであろう（もちろん、可能な限り、1対1に近づけるべきである⁸）。ゆえに、本件のように最大較差が3倍を超えれば、それは端的に違憲と言うべきであろう。

しかも、この升永の主張の意義は、人口比例選挙を主張するにとどまらない。(IV)の主張が明示するように、升永は、投票価値の較差の問題を端的に、統治機構の正統性の問題として論じ、人口比例選挙が国民主権の基礎になることを明らかにした。ここが、升永の主張の独自性である。なお、本判決も「投票価値の平等は、国民主権の下で国会が国権の最高機関としての正統性を有するための基礎であり、議会制民主政治の根幹である」としており、升永の主張に完全に沿うものとなっている。学説は投票価値の較差の問題をもっぱら14条、15条として論じており、統治機構の正統性の問題としては論じていない。その意味で、升永が、人口比例選挙が統治機構論の正統性に関わるということを指摘した点は、学説の間隙を埋めるものであり、今後、投票価値の較差の問題を考える上で重要な意義を有していると言えよう。

参議院において衆議院と同様の人口比例選挙が妥当するとなると、参議院選挙の選挙区割り进行をいかに考えるべきかという問題に突き当たるが、これは都道府県単位の縛りを排除すれば足りる。都道府県という単位はあくまでも1つの政治的なまとまりに過ぎず、これに拘束される理由はどこにもない⁹。平成24年最高裁大法廷判決（最大判平成24年10月17日民集66巻10号3168～3369頁）および平成26年最高裁大法廷判決（最大判平成26年11月26日民集68巻9号1375～1376頁）に沿って、本判決も「都道府県を選挙区の単位とする選挙制度は、都道府県が地方における一つのまとまりを有する行政等の単位であるという限度においては相当の合理性を有するが、そのような憲法上の要請はなく、むしろ都道府県を選挙区の単位として固定する結果、この間の人口の変動により投票価値の大きな不平等状態が長期にわたって継続している状況の下では、その仕組み自体を見直すこと

⁴ 升永の主張は、升永の了承を得て、2023年9月刊行予定の『統治論に基づく人口比例選挙請求訴訟IV』から引用させて頂いた。

⁵ 土井真一「[基調報告]法の支配と違憲審査制」論究ジュリスト2号（2012年）166頁。

⁶ 毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治『憲法II人権 第3版』（有斐閣、2022年）129頁（浅野博宣担当）。

⁷ 佐藤幸治『日本国憲法論 第2版』（成文堂、2020年）449頁。

⁸ 渋谷秀樹『憲法 第3版』（有斐閣、2017年）216頁。長谷部・前掲注（1）179頁、辻村みよ子『憲法〔第6版〕』（日本評論社、2018年）326頁、齊藤愛「平成28年参議院議員選挙と投票価値の平等」法学教室450号（2018年）50頁5参照。

⁹ 君塚正臣『憲法—日本国憲法解釈のために』（成文堂、2023年）405頁。これに対して、都道府県単位が「全国民の代表」に資するという有力な主張がある。新井誠「国会の構成—両院制—」只野雅人編『統治機構I【講座 立憲主義と憲法学 第4巻】』（信山社、2023年）131頁。

が必要である」とする。

このように、参議院においても、投票価値の平等が重視され、人口比例選挙が要求されている。そこでは、投票価値の較差是正のための国会の努力が要求されることは言うまでもないことである。しかも、投票価値の較差是正は、現職の国会議員の利害に直接関わること、選挙制度の構築は基本的には国会の責務であることから、国会の判断に裁判所がどこまで踏み込むことができるのか、という問題がある¹⁰。しかしながら、憲法の統治機構の正統性に関わる投票価値の較差の是正の解決には、裁判所の積極的な関与が必要である。投票価値の較差問題がいかに解決されるのか、今後も注目する必要がある。

¹⁰ 上田健介・尾形健・片桐直人『憲法判例 50！ 第3版（START UP）』（有斐閣、2023年）133頁（尾形健担当）、棟居快行『憲法の原理と解釈』（信山社、2020年）500頁。

【ドイツ連邦議会議員選挙/完全人口比例選挙】

【ドイツ連邦議会議員選挙は、1人1票等価値・選挙(=完全人口比例・選挙)である】

- ① ドイツ連邦議会議員選挙は、(各政党の得票数の全てを全連邦集計の第2票¹⁾により決定し、定数(630 2023 年改正により)の全てが、各政党の第2票の得票数に比例して、各政党に配分される、)1人1票等価値・選挙(=完全人口比例・選挙)である(但し、2023 年改正により)²⁾³⁾⁴⁾⁵⁾。

2021 年ドイツ連邦議会議員選挙の投票率は、77%($\div 46,838,765$ (全有効投票数) $\div 61,168,234$ (有権者数))(Wikipedia 参照 以下、同様)である。

他方、2021 年衆院選・投票率は、56%($\div 58,901,616$ (全有効投票数) $\div 105,320,523$ (有権者数))である。

人口比例選挙のドイツの投票率(77%)と非人口比例選挙の日本の投票率(56%)との間の差異は、甚だ大きい。

- ② 2021 年ドイツ連邦議会議員選挙の結果(定数 598 議席。但し、全 735 議席(超過議席条項/調整議席条項により)):

	得票数	得票率	獲得議席
1 位 SPD	11,949,756 票	25.7%	206
2 位 CDU/CSU	11,173,806 票	24.1%	196
3 位 緑の党	6,848,215 票	14.8%	118
4 位 FDP	5,316,698 票	11.5%	92

(但し、2023 年改正により、超過議席条項/調整議席条項は廃止され、かつ定数が、598 から 630 に変更された。)

- ③ 上記②記載の得票数 1、3、4 位の 3 党が、連立政権(与党)を成立させた:

連立 3 党の第 2 票の総得票率は、**51%** ($\div 24,114,669$ 票 $\langle = 11,949,756 + 6,848,215 + 5,316,698 \rangle \div 46,838,765$ 票 $\langle$ 有効投票数 $\rangle$) である。

- ④ 2021 年ドイツ連邦議会議員選挙をみると、第 2 票の得票数の僅差での**過半数 (51%)** が、与党を決定している。

他方、日本では、2021 年衆院選が非人口比例選挙であるため、**47%** (即ち、半数未満) を得票したに過ぎない自民・公明が、比例選挙＋小選挙区選挙の合計で、衆院議員議席の過半数 (**63%**) を獲得し、かつ議員の過半数で、首相を決定している。

但し、自公 (与党) の得票率は、比例で、**47%** ($\div 27,029,163$ $\langle = 19,914,883$ $\langle$ 自 $\rangle + 7,114,282$ $\langle$ 公 $\rangle \rangle \div 57,465,981$ $\langle$ 総有効投票数 $\rangle$) にすぎない。

即ち、一方で、全連邦集計の 1 人 1 票等価値・選挙 (= 完全人口比例・選挙) のドイツ (但し、2021 年連邦議会議員選挙) では、第 2 票の投票数の**過半数 (= 51%)** を得票した連立 3 政党が、与党であり、

他方で、非人口比例選挙の日本 (但し、2021 年衆院選) では、**過半数得票未達 (= 47%)** の連立 2 政党 (自公) が、与党である。

国家権力 (行政権) の執行者 (首相) の決定方法は、ドイツ (過半数決又は**多数決**) と日本 (半数未満決又は**少数決**) では、**真逆**である。

- ⑤ 日本の比例選挙・選挙区選挙並立制 (参院選) とドイツの第 2 票優先の選挙制度の差異：

[日本]

参院選は、選挙区選挙と比例選挙を並立させる選挙である。全参院議員の定数を 248 人とし、そのうちの 100 人を全国 1 選挙区の完全人口比例選挙で選出し、残余の 148 人を 45 選挙区選挙で選出する (非人口比例選挙のため、全有権

者の41%が、全148人の選挙区選出議員の過半数(=50.1%)を選出する(但し、2022年参院選)。

[ドイツ]

各選挙人が政党を示して投票した第2票を、全連邦で集計し、各政党の得票数とし、**第2票**の各政党の全連邦集計の得票数に比例して、定数(630)(但し、2023年改正により)が各政党に配分される。

即ち、第2票の選挙は、全連邦集計の**1人1票等価値・選挙(=完全人口比例・選挙)**である。

⑥ ドイツ 2023 年改正による超過議席条項／調整議席条項の廃止：

A 各政党は、定数(630 2023 年改正)について、全連邦集計の**第2票**の得票数に比例して、各政党に配分された議席数を獲得する。

B 各選挙人の投票する第1票により、定数 630 人の中の 299 人を、299 個の小選挙区選挙で選出する(脚注²⁾山本 59 頁)。

C 2023 年改正以前は、超過議席条項により、第1票により小選挙区選挙で当選した各政党所属の議員数が、第2票の得票で定数を配分された各政党の議員数を超過した場合、各政党は該小選挙区当選者を加算できた。

しかし、2023 年改正で、超過議席条項／調整議席条項が廃止された。⁶⁾

そのため、2023 年改正以降、各政党は、第2票での得票数で自らに配分された議員数を超えて、第1票で当選した議員を加算できなくなった。

D 2023 年改正では、各政党につき、第2票で決定する配分議員数を満たすまで、小選挙区候補者の第1票の得票率の高い順で議員として選出される(脚注²⁾山本 59 頁)。

⑦ 第1票(小選挙区選挙)の1票格差の基準は、基本±15%から±10%に、かつ最大で±25%から±15%に、それぞれ変更された。(この点に限り、2026年1月1日に施行):

A 299 個の各小選挙区の人口については、『小選挙区の議員1人当たり平均人口の±10%以内を基本とし、最大で、±15%とする』旨変更された(従来は、それぞれ15%および25%)(この点に限り、2026年1月1日施行)。

B 第1票の、小選挙区選挙の当該1票格差の基準の変更は、定数(630 2023年改正)の、全連邦集計での**第2票**の各政党の得票数に応じての各政党への配分にいささかも影響しない。

換言すれば、第1票の299 個の小選挙区選挙の当該1票格差の基準の変更は、【ドイツ連邦議会議員選挙が、**定数(630 2023年改正)の全て**について、第2票の全連邦集計の1人1票等価値・選挙(=完全人口比例・選挙)であること】に何らの影響も与えない。

II

ドイツ連邦共和国大使館(駐日)は、下記の通り情報公開している⁷⁾:

●「2021年9月26日、第20期連邦議会選挙が実施されました。」

●「選挙制度

(略)

有権者は2票を持ち、第1票を各選挙区の候補者に、第2票を政党に投じます。この**第2票**の得票に比例して、**政党の全議席数**の配分が決まります。」(強調 引用者)

(2023年改正により超過議席条項、調整議席条項が廃止された。)

上記記述は、【ドイツ連邦議会の定数(630 2023年改正)の全てが、全連邦集計の各政党の**第2票**の得票数に比例して、各政党に配分されること(即ち、1人1票等価値・選挙(=完全人口比例・選挙)であること)】を裏付ける。

に比例して各政党に配分される、1人1票等価値・選挙(＝完全人口比例・選挙))である』旨明確に指摘する論文を知らない。

- ④【日本と同じ議院内閣制のドイツの連邦議会議員総選挙の定数(630 2023 年改正)の全てが、全連邦集計の各政党の**第2票**の得票数に比例して、各政党に配分される、1人1票等価値・選挙(＝完全人口比例・選挙))であること】は、重要である。

連邦国家のドイツが、ラント(州)の壁を越えて、連邦議会議員の定数(630)の全てを全連邦集計の第2票の各政党の得票数に比例して各政党に配分する、1人1票等価値・選挙(＝完全人口比例・選挙)を実現している以上、日本が、憲法に従って、現在の**国会議員主権国家(＝主権者の全有効投票数の半数未満の得票率の政党(但し、連立政党を含む)が首相を指名する、非人口比例選挙の国家)**を**国民主権国家(＝主権者の全有効投票数の過半衆の得票率の政党(但し、連立政党を含む)が首相を指名する、人口比例選挙の国家)**に変えるために、ドイツ連邦議会議員選挙を参考例の1つとして検討しない合理的理由はない。

以上

-
- 1) ドイツ連邦議会議員選挙では、1人の有権者は、小選挙区の中で、所属政党を記す候補者宛に投票する第1票と、連邦全体の中で、特定の政党宛に投票する第2票(完全人口比例)の2票を投票する。
 - 2) 山本真敬新潟大学准教授「連邦議会を「小さくする」ための選挙制度の大改正」(ジュリスト July 2023 59 頁) 参照。
 - 3) 大林啓吾・白石隆編『世界の選挙制度』(三省堂 2018) 山本真敬新潟大学准教授執筆「ドイツ」68～69 頁参照。
 - 4) 山岡規雄国立国会図書館海外立法情報課「【ドイツ】連邦選挙法の改正」『外国の立法』No296-1 (2023. 7) 参照。
 - 5) 小林宇宙一橋大学大学院法学研究科博士後期課「超過議席と選挙の平等」(一橋法学 20-3 2021. 11) 参照。
 - 6) 2023 年改正により、「第2票の得票率が5%未満の場合には第2票の議席配分が受けられないとする阻止条項は残るが、小選挙区で3議席以上獲得すれば第2票の配分を得られるとする基本議席条項が廃止された(新4条2項2号)。また、議席増加の主要因である超過議席及び調整議席条項は廃止され、連邦議会議員の法定定数

III

- ① 2024/4/15 以前、筆者は、ドイツは、小選挙区選挙の1票格差の基準は、小選挙区の議員1人当たり平均人口の±15%以内を基本とし、最大でも±25%であると理解していた。

筆者にとっては、定数(598)の残余・299(=598-299)が法的にどう扱われるのか必ずしも明らかではなかった。

山本論文(脚注²⁾ 59 頁)は、「議席は、連邦全体で政党のラント候補者名簿に投じられた第2票の数に比例して各政党に配分され(る)」(強調 引用者)と記述する。同論文は、『議席が定数(598<但し、2023 年改正により 630 に変更>)を意味する』旨明確に記述していないため、筆者は、【定数(598<但し、2023 年改正により 630 に変更>)の全てが、各政党の第2票の得票数に比例して、各政党に配分されること】を明確に認識できなかった。筆者の読解力が十分でないことがその理由である。

- ② しかし、筆者は、各関係論文を繰り返し精読し、かつドイツ連邦共和国大使館の Web 情報を得て、ようやく、2023 年の改正で、ドイツの連邦議会議員選挙が、【定数(630 2023 年改正で、598 から 630 に変更)の全てが、全連邦集計の各政党の**第2票**の得票数に比例して各政党に配分される、1人1票等価値・選挙(=完全人口比例・選挙))であること】を認識できた。

- ③ 2つの山本論文(脚注²⁾および脚注³⁾以外に、ドイツの選挙を調査・分析した論文は、国立国会図書館調査官執筆の論文等が複数ある。

いずれも、複雑・難解で、筆者は、一読して、『ドイツの選挙が、定数(630)の全てについて、全連邦集計の各政党の**第2票**の得票数に比例して、各政党に配分される、1人1票等価値・選挙(=完全人口比例・選挙)である』旨明確に理解できなかった。

寡聞にして、筆者は、『ドイツの選挙は、2023 年の改正により、定数(630 2023 年改正で、598 から 630 に変更)の全てが全連邦集計の各政党の**第2票**の得票数

は、598 から 630 に変更された一方で、630 を超える例外は認められない(新 1 条 1 項)。」(前掲 2) 山本 59 頁)。

- ⁷⁾ ドイツ連邦共和国大使館(駐日)のウェブサイト <https://japan.diplo.de/ja-ja/themen/willkommen/bundestagswahl2017/940798> 参照。

最新判例批評

四八 公職選挙法一四条、別表第三の参議院（選挙区選出）議員の議員定数配分規定の合憲性

関西大学 教授 高作 正博

【選挙無効請求事件、最高裁判平成二六(一)一五五号・一五六号、平成二六・一一・二六大法院判決、判時二二四二二二二頁、民集六八卷九号一三六三頁】

【事実】 本件は、平成二五年七月二一日に行われた参議院議員通常選挙における選挙区選出議員の選挙（以下「本件選挙」という。）について、公職選挙法一四条、別表第三の参議院（選挙区選出）議員の議員定数配分規定は憲法に違反し無効であるとし、東京都選挙区及び神奈川県選挙区の選挙人であるXらが、各選挙区における選挙を無効として提起した選挙無効訴訟の原告審判決である（本件選挙については、全国の高裁・高裁支部に二〇件の同旨の訴訟が提起された）。本件選挙の際の選挙区ごとの選挙人数及び定数配分規定における議員定数に基づく議員一人当たりの選挙人数の最大較差は、四・七七であり、原告らの属する東京都選挙区は四・四七、神奈川県選挙区は三・八二であった。

平成二二年七月一日に実施された参議院議員通常選挙では、選挙区間の最大較差が五・〇〇倍に拡大していた。最高裁判所は、①違憲の問題が生ずる程度の投票価値の著しい不平等状態が生じており、②その解消のため、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを内容とする立法措置を講じる必要があることを指摘した（もつとも、当該選挙まで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るものとはいえず、合憲と判示している。最高裁判平成二四年一〇月一七日本法院判決・民集六六卷一〇号三三五七頁、判時二一六六号・三頁（以下「平成二四年大法院判決」

という。）。また、本件選挙に先立ち、平成二四年一月一六日に公職選挙法の一部を改正する法律案が成立した（平成二四年法律第九四号（以下「平成二四年改正」という。）。これは、平成二四年八月に、本件選挙に向けて当面の較差の拡大を抑える措置として、四選挙区で定数を四増四減する法改正であった。但し、この改正によっても、平成二二年一〇月実施の国勢調査結果による人口に基づく選挙区間の最大較差は、四・七五倍であった。

原判決は、次のように判示した（東京高裁判平成二五年一二月二五日本判決・判時二二二五号八四頁）。①最大較差一対四・七七という「投票価値の不均衡は、投票価値の平等の重要性に照らして看過し得ないものというほかない」。②「本件選挙に向けた選挙制度の見直しを見送り、当面の是正策にすぎない四増四減案に基づく改正を行った国会の対応は、……合理的期間内に是正をしなかったものとして、国会に与えられた裁量権の限界を超えているというべきであり、本件定数配分規定は本件選挙時には憲法に違反するに至っていたというべきである」。③「本件定数配分規定は、その性質上不可分一体のものとして、全体として違憲の瑕疵を帯びると解すべきである」。④「本件選挙の効力については、……いわゆる事情判決の制度（行政事件訴訟法三一条一項）の基礎に存在するものと解すべき一般的な法の基本原則に従い……、本件選挙自体を無効としないこととし、本件選挙が違法であることを主文において宣言することと定めるのが相当である」。原告に対して、原告・被告双方から上告された。

【判旨】 一部破棄自判、一部上告棄却

① 憲法は、「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、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ために選挙制度をどのような制度にするかの決定を国会の裁量に委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、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有するものである限り、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」。しかしながら、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変動の結果、上記の仕組みの下で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、昭和五八年大法院判決以降の参議院議員（地方選出議員ないし選挙区選出議員）選挙に関する累次の大法院判決の趣旨とするところであり、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。

「もつとも、選挙区間の最大較差が五倍前後で常態化する中で、……平成一六年、同一八年及び同二一年の……各大法院判決においては、……選挙制度の仕組み自体の見直しが必要である旨の平成二一年大法院判決の指摘を含め、投票価値の平等の観点から実質的にはより厳格な評価がされるようになっていたところであり、また、平成二四年大法院判決においては、昭和五八年大法院判決が長期にわたる投票価値の大きな較差の継続を許容し得る根拠として挙げていた……諸点につき、長年にわたる制度及び社会状況の変化を踏まえ、数十年間にもわたり五倍前後の大きな較差が継続することを正当化する理由としては十分なものとはいえなくなっている旨の指摘がされているところである」。

② 「人口の都市部への集中による都道府県間の人口較差の拡大が続き、総定数を増やす方法を探ることにも制約がある中で、半数改選という憲法上の要請を踏まえて定められた偶数配分を前提に、上記のような都道府県

を各選挙区の単位とする仕組みを維持しながら投票価値の平等の実現を図るという要求に添えていくことは、もはや著しく困難な状況に至っているものというべきである。このことは、……平成十七年一〇月の専門委員会の報告書において指摘されており、平成十九年選挙当時も投票価値の大きな不平等がある状態であつて選挙制度の仕組み自体の見直しが必要であることは、平成二十一年大法院判決において特に指摘されていたところでもある。

これらの事情の下では、平成二十四年大法院判決の判示するとおり、平成二十二年選挙当時、本件旧定数配分規定の下での前記の較差が示す選挙区間における投票価値の不均衡は、投票価値の平等の重要性に照らしてもはや看過し得ない程度に達しており、これを正当化すべき特別の理由も見いだせない以上、違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていたというほかはない。

③ 最高裁において、合理的期間論が「採られてきたのは、憲法の予定している司法権と立法権との関係に由来するものと考えられる。……当該選挙までの期間内にその是正がされなかったことが国会の裁量権の限界を超えるといえるか否かを判断するに当たっては、単に期間の長短のみならず、是正のために採るべき措置の内容、そのために検討を要する事項、実際に必要となる手続や作業等の諸般の事情を総合考慮して、国会における是正の実現に向けた取組が司法の判断の趣旨を踏まえた裁量権の行使の在り方として相当なものであったといえるか否かという観点に立つて評価すべきものと解される」。

「平成二十四年大法院判決の言渡しから本件選挙までの約九か月の間に、……平成二十四年改正法が成立し、参議院の検討機関において、上記附則の定めに従い、同判決の趣旨に沿った方向で選挙制度の仕組みの見直しを内容とする法改正の上記選挙までの成立を目指すなどの検討の方針や工程を示しつつその見直しの検討が行われてき

ているのであって、……司法権と立法権との関係を踏まえ、……考慮すべき諸事情に照らすと、……国会の裁量権の行使の在り方として相当なものでなかったということとはできず、……国会の裁量権の限界を超えるものということはできない。」

④ 但し、「従来の改正のように単に一部の選挙区の定数を増減するにとどまらず、国会において、都道府県を単位として各選挙区の定数を設定する現行の方式をしかるべき形で改めるなどの具体的な改正案の検討と集約が着実に進められ、できるだけ速やかに、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを内容とする立法的措置によって違憲の問題が生ずる前記の不平等状態が解消される必要があるというべきである」。

【評釈】 一 基本的な判断枠組みと基準の厳格化

(1) 本判決は、参議院選挙区選出議員選挙につき、選挙区間の投票価値の不平等が「対四・七七に至っていた」という事案について、平成二十四年大法院判決に引き続き違憲状態と判断した。本判決における議員定数不均衡の判断枠組みについては、基本的には、昭和五八年の最高裁判決（最高裁昭和五八年四月二七日大法院判決・民集三七卷三三三四五頁、判時一〇七七号三〇頁（以下「昭和五八年大法院判決」という。）以降の枠組みを維持するものである。但し、①投票価値の平等の観点からより厳格な審査が行われるようになっていくこと（最高裁平成一六年一月一四日大法院判決・民集五八卷一五五六頁、判時一八四九号九頁（以下「平成一六年大法院判決」という。）、最高裁平成一八年一〇月四日大法院判決・民集六〇卷八号二六九六頁、判時一九五五号一九頁（以下「平成一八年大法院判決」という。）、最高裁平成二十一年九月三〇日大法院判決・民集六三卷七号一五二〇頁、判時二〇五三号一八頁（以下「平成二十一年大法院判決」という。））。

いう。）、②長年にわたる制度及び社会状況の変化を踏まえて、評価するようになっていくこと（平成二十四年大法院判決）が述べられている（【判旨】①）。

平成一六年から平成二十二年までの大法院判決では、合憲判断を行ってはいないものの、格差は正のため国会における不断の努力を求め、また、不平等是正のための措置が適切に行われているかどうかという点も考慮して判断し、「選挙制度の仕組み自体の見直し」の必要を指摘した。また、平成二十四年大法院判決では、最大格差が五倍であった事案につき「違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態」、即ち、違憲状態に至っていたと判断している。以上から、判例における基準の厳格化傾向を看取することができる。これまで最高裁判所は、基準の明示を回避してきたといえ、「一対六」基準を採用してきたものといえる（最大格差六・五九を違憲状態とした最高裁平成八年九月一日大法院判決・民集五〇卷八号二二八三頁、判時一五八二号三頁（以下「平成八年大法院判決」という。）。しかし、平成二十四年大法院判決に続いて本判決も「一対六」基準を放棄している。

(2) 判例における判断基準厳格化の理由として、以下の点が考えられる。第一に、最高裁判所における裁判官の意見分布及び選挙権理解の変化である。本判決では、違憲状態ではないとして合憲の立場を述べる意見はない。裁判官全員が少なくとも違憲状態であると判断している。その上で、違憲の結論に至る意見が四名の裁判官から出され、そのうち一名の裁判官は、本件選挙を即時無効とする。全面的に合憲とする意見が見られないのは、平成二十四年大法院判決と同様である。他方、平成一六年大法院判決では六名の裁判官、平成一八年大法院判決と平成二十一年大法院判決では五名の裁判官が、それぞれ反対意見を述べていた。司法内部の意見形成の変化は、衆議院の議員定数不均衡訴訟の動向と連動したもの

と解され(「一人別枠方式」に由来する最大格差二・三〇を違憲状態とした最高裁判平成二三年三月二三日大法院判決・民集六五巻二七五頁、判時二一〇八号三頁、最大格差二・四二五を違憲状態とした最高裁判平成二五年一月二〇日大法院判決・民集六七巻八号一五〇三頁、判時二二〇五号三頁)「連動」を指摘する吉川和宏(「判批」判評六五四号(判時二二八七号)二頁参照)、選挙権理解の変化を受けてのものと解される。

第二に、立法院自身の自己拘束の結果と捉えることができる。本判決も指摘するとおり、①「両議院とも、政党に重きを置いた選挙制度を旨とする改正が行われ」、また、選挙区選挙と比例代表選挙との組合せという類似した選出方法が採られており、結果的に「同質的な選挙制度」となっている。また、②衆議院については、「選挙区間の人口較差が二倍未満となることを基本とする旨の区割りの基準が定められている」ことに照らし、参議院についても、「適切に民意が反映されるよう投票価値の平等の要請について十分に配慮することが求められる」。これは、立法院が両議院につき同質的な選挙制度を定めたことで、参議院についても投票価値の平等のさるなる要請を実現するよう自らを拘束することとなる、という「首尾一貫性(立法者の自己拘束)」の論理(渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法政研究七六巻三号(二〇〇九年)二〇頁)によるものと解される(もともと、同様の表現を述べる平成二四年大法院判決につき、この論理は「使われていない」とするものとして、工藤達朗「判例詳解」論究ジュリスト四号(二〇一三年)九六頁)。

司法及び立法の内部からの説明に加え、第三に、両者の「継続的対話」の結果と捉えることが必要である(佐々木雅寿「対話的違憲審査の理論」(三省堂、二〇一三年)、同「衆議院小選挙区制の下での最高裁と国会との

継続的対話」高見勝利先生古稀記念「憲法の基座と憲法論」(信山社、二〇一五年)七五五頁以下)。司法と立法の関係性に原因を探る見方である。本件に即して言えば、最高裁判所による「違憲状態」判断によりメッセーが降せられ(平成八年大法院判決)、国会が平成六年以降数回にわたり定数の調整を行って格差縮小を図ってきた。さらに、格差は正のための不断の努力を求め、「選挙制度の仕組み自体の見直し」の必要を指摘してメッセーを発し続けた。これに対する対応が不十分であるとして、平成二四年大法院判決と本判決で「違憲状態」の判断が為されたのである。抜本的な見直しが必要であれば、次のステップへ進むとする強い意思が示されている。

二 参議院の特殊性への考慮と立法裁量

(1) 違憲状態とどうかにかについては、参議院の憲法上の地位・性格に関連して立法裁量をどの程度認めるかが議論されてきた。本判決は先例の考え方を踏襲し、また、二院制の趣旨にも触れ、どのように具体的選挙制度を形成するかについては、「国会の合理的な裁量に委ねられている」としつつ、「その合理性を検討するに当たっては、参議院議員の選挙制度が設けられてから六〇余年にわたる制度及び社会状況の変化を考慮することが必要」とする。数度にわたる格差是正によりいくらか改善が見られたものの、五倍前後の較差が維持されたまま推移してきたのであり、「制度及び社会状況の変化」を考慮して、なおこの現状を正当化しうる理由があるのであろうか。

本判決は、「参議院議員の選挙であること自体」は、直ちに投票価値の平等の後退を正当化しないとした。参議院には、衆議院と同様に普通直接選挙を通じて民主的正統性が付与され、それ故に強い権限が与えられており、だからこそ民主的な莊嚴を備えることが要請される

という「民主的正統性と権限の相関」(只野雅人「議院制・民主主義と憲法学」全国憲法研究会編「日本国憲法の継承と発展」(三省堂、二〇一五年)二一九頁、同「参議院の機能と両院制のあり方」ジュリスト一三九五号(二〇一〇年)四五頁)からすれば、この判示は適切なものである。昭和五八年大法院判決が較差を許容しうる根拠として挙げていた「選挙制度の仕組みや参議院に関する憲法の定め等」も、「長年にわたる制度及び社会状況の変化」を踏まえると正当化の理由としては十分とはいえないとした。先例の合憲判断の根拠に時間的な限界を認めて立法裁量を統制する試みで、衆議院の議員定数不均衡訴訟の判決と同様の手法という(前掲最高裁判平成二三年三月二三日大法院判決)。

(2) 「選挙制度の仕組み」につき、本判決は、「都道府県の意義や実体等をもって……選挙制度の仕組みの合理性を基礎付けるには足りなくなっている」とした。その際、①「人口の都市部への集中による都道府県間の人口較差の拡大」が続き、②「総定数を増やす方法を探ることにも制約がある」中で、③「半数改選という憲法上の要請を踏まえて定められた偶数配分」を前提に、④「都道府県を各選挙区の単位とする仕組み」を維持しながら投票価値の平等を実現することが困難とした(「判旨」②)。このうち、①は、事実として前提せざるを得ず、③の半数改選も憲法の要請であり、同様に前提とせざるを得ない。②については、選挙制度上の制約であるか財政上の制約であるか等、踏み込んだ判断は示されていない。最高裁が着目したのは④である。①②③を前提に、さらに④をも維持しながら投票価値の平等の実現を図ることは「著しく困難」とされたのである。

もともと、この点については議論があり得る。木内道祥裁判官の反対意見は、見直しが必要とされる選挙制度の仕組みとして、③の偶数配分と④を挙げているからで

ある。確かに、偶数配分制は直接には憲法上の要請といえず、衆議院の小選挙区選挙における「一人別枠方式」のごとく、格差是正を妨げる要因といえる。他方、本判決の多数意見は、偶数配分制を見直しの必要な仕組みとは明示しておらず、また、奇数配分を可能とすれば、選挙時（選挙区単位でなく）における投票価値にばらつきも生じ（前回の選挙では二名の議員を選出し得たのに、次の選挙では一名しか選出できない、というように）、格差是正には結びつかず、さらに、定数を一名とすれば「投票機会の不平等」も生じさせてしまう（工藤・前掲一〇〇頁参照）。都道府県単位では奇数配分としても合区とすることで格差を是正するしかなく、改正の本質は④とするのが本判決の趣旨ではないかと思われる。

(3) なお、参議院の特殊性論に関連し、次の点にも触れておきたい。第一に、昭和五十八年大法院判決が指摘していた都道府県代表・地域代表的性格からの転換である。本判決は、都道府県選挙区の単位としなければならぬ憲法上の要請はなく、また、これが投票価値の不平等を固定化する原因と位置づけた（千葉勝美裁判官の補足意見参照）。また、憲法制定過程において、参議院選挙制度に地域代表的性格を持たせたことはなく、有用多様な人材を確保する意図であったことを指摘するものとして、平成二十二年大法院判決における田原睦夫裁判官の反対意見参照）。地域の声を反映させる必要性は、「全国民の代表」たる国会議員の地位（憲法第四三条第一項）とは整合性を有しない（全国民の代表」と投票価値の平等との関係につき、長谷部恭男他「座談会・選挙制度と政党システムの未来」論究ジュリスト五号（二〇一三年）一八頁以下、上田健介「全国民の代表」と選挙制度」論究ジュリスト五号（二〇一三年）五七頁以下、大林啓吾「一票の格差と選挙制度」論究ジュリスト一三号（二〇一五年）七九頁以下等参照）。以前は、非人口的要素の一つとして考慮されてきた要素が、現在、説得力

を失っているのはなぜか。鬼丸かおる裁判官の反対意見は、「参議院議員選挙法が施行された時期においては、地域情勢や地域住民の声を国会に届ける手段に乏しい実情があった」が、これは既に解消されており、「投票価値の較差を設けるべき合理的理由」とはならないと説明する。時間の経過を考慮した判断で妥当であろう。

第二に、判断基準が厳格化したとはいえず、学説が主張してきた「二対二」基準説との間にはなお隔たりがある。また、選挙権の本質論を踏まえ「二対一」基準説を主張する見解（辻村みよ子教授は、諸外国の動向を分析し、「原則はあくまで二対一であるべきことが示されるといえる」とする。辻村みよ子「投票価値平等」と選挙制度」全国憲法研究会編・前掲二〇五頁（同「選挙権と国民主権」〔日本評論社、二〇一五年〕所収）によれば、人口比例原則を後退させること自体に問題が存することとなる。司法内部の変化に着目するとき、「憲法はできる限り二対一に近い平等を基本的に保障している」と述べる鬼丸かおる裁判官の反対意見、また、「一・〇となるのが原則」とし「二割程度の一票の価値の較差が生ずるのはやむを得ない」とする山本庸幸裁判官の反対意見が重要である。今後、最高裁判所の判断がさらなる厳格化の方向へと向かうのか、その際、投票価値の平等からの後退を正当化しうる事由として何をどの程度考慮するのか等が注目されよう。

三 「合理的期間」の判断と本件への適用

(1) 本判決は、「憲法秩序の下における司法権と立法権との関係」を根拠に「合理的期間論」を説明する【判旨】③。このような判断手法は、特定の制度に埋め込まれた権利が問題となる際に、国家行為を違憲ないし無効とするだけでは問題の解決には結びつかず、また、裁判所が自ら具体的な正策を定めうるものではないが故に、その是正を国会の広範な立法裁量に委ねざるを得ないことから説明される（同旨の判断として、前掲

最高裁判平成二五年一月二〇日大法院判決。しかし、このような手法には問題も多い。立法裁量を統制して判断基準の厳格化を図りつつ、合理的期間論で再度広い立法裁量を認めることになれば、司法によるメッセーシの効果は大きく削がれることになる。また、司法と立法の「対話」が重視されることで、投票価値の平等を実現する決断が遅れ、結果的に憲法上の権利の救済が後回しにされるおそれもある。権利の回復を後退させないようにするには、立法裁量にも歯止めが必要となる。この点「改正の方法ないし内容に関する裁量権」と「改正の時期に関する裁量権」とを区別して、立法裁量の広狭の視点から検討する木内道祥裁判官の反対意見が注目される。「改正の方法ないし内容」に関しては、広い立法裁量を認めるとしても、「改正の時期については、違憲状態が長期間にわたって継続することが許容されないことは当然であり、国会の持つ裁量権はごく限られたものとなるはずである」。この観点よりすれば、本判決が様々な考慮要素を挙げるのは適切ではないということとなり、「期間の長短」こそ最も重視されるべきであろう。

(2) 合理的期間論の適用については、次の点が重要である。第一に、合理的期間の基準日をいつの時点とするかという点である。本判決は、国会が違憲状態にあると認識し得たのは「平成二十四年大法院判決の言渡しがされた平成二十四年一月一七日」とした。判決日を基準日とする点で明確に確定しうるメリットがある。但し、この見解では、平成二十二年までの大法院判決において、選挙制度の仕組み自体の見直しが必要とする指摘がされたことや、反対意見が出されていたことの意義が考慮されないこととなる。「憲法秩序の下における司法権と立法権との関係」を強調するのであれば、司法によるメッセーシにより違憲状態に至っていると「認識し得た」時点ではなく、「認識すべき」時点を設定する必要があるのではないか。この点で、「客観的な違憲状態が生じた時」

を基準日とすべきとする大橋正春裁判官の反対意見、「遅くとも平成二一年大法院判決の後、速やかに投票価値の平等の実現に向け選挙制度の仕組みの改革に着手し、法改正を行うべき責務を負った」とする鬼丸かおる裁判官の反対意見、本件選挙までに格差是正がなされなかったことが「違憲状態の解消はできるだけ速やかになされるべきである」という観点からは認めるか否かという問題」とする木内道祥裁判官の反対意見が重要であろう。これらの観点よりすれば、合理的期間の評価も再検討が必要となるものと思われる。

第二に、国会の裁量判断が相当であったかについて、立法過程に立ち入って判断が為されている点である。選挙制度の仕組み自体の見直しには相応の時間を要し、諸々の手続や作業が必要であるが、本件では、①基準日から本件選挙までの期間は「約九か月にとどまる」と、②「改革の方向性に係る各党派等の意見は区々に分かれて集約されない状況にあったこと」、③基準日から本件選挙までの間に平成二四年改正が成立し、本件選挙後も検討が行われてきていることから、「国会の裁量権の限界を超えるもの」ということはできない」と判断された。制度の見直しに要する協議・調整・時間等を重視し、平成二四年大法院判決後の対応を「高く評価されるべき」（千葉勝美裁判官の補足意見参照）とする態度は、「憲法秩序の下における司法権と立法権との関係」からは適切なものと映るのかもしれない。しかし、検討さえ続けていけば、暫定的措置と抜本的改革の先送りを繰り返すものであっても違憲とは評価されないこととなり、格差是正は実現され得ない。制度の仕組み自体の見直しがなされなければ、国会の裁量権を超えるものと解すべきであろう（大橋正春裁判官の反対意見）。また、本判決で、「本件選挙後」の検討が、合理的期間を経過していない事情として考慮されている点にも違和感が残る。選挙時点での違憲性を検討すべき判断において、選挙後

の事情を考慮すべきではなかったのではないか。千葉勝美裁判官の補足意見は、国会における「較差是正の姿勢」の裏付けとなる「間接的な事情として参酌される」と指摘する。取消訴訟における違法判断の基準時については処分時説が判例・多数説である（高田敏編『新版行政法』（有斐閣、二〇〇九年）二九四頁参照）ことと比較すると、投票価値の平等を後退させるほどに重視すべき要素とは考えられない。

四 本判決後に引き継がれる課題

本判決は、選挙制度の仕組み自体の見直しを強く求める判断を示した（判旨）④。千葉勝美裁判官の補足意見が指摘するように、これは、「単なる注意喚起ではなく」、国会に対して「憲法上の責務を合理的期間内に果たすべきことを求めたもの」であり、違憲状態の指摘から合理的期間内での是正義務へと踏み込んだものといえる。これは、次回の選挙の際に格差是正が為されない場合に、さらに一歩踏み込む予示として理解されうる。また、違憲とした後の選挙の有効性については、事情判決の法理の再検討が不可欠となる。同法理について、大橋正春裁判官、木内道祥裁判官が注目すべき見解を述べてはいるが、ここでは触れない。さらに、同法理を採用せず、裁判所が、「経過的にいかに取り扱うかを同時に決定する権限を有する」として無効判断を示す山本庸幸裁判官の反対意見も注目される。これまで検討されてこなかった課題が提示されており、今後の更なる展開が必要であろう（辻村・前掲「選挙権と国民主権」一四九頁以下参照。また、本判決については、岩井伸晃・市原義孝「時の判例」ジュリスト一四七六号（二〇一五年）六六頁以下参照）。

四九

開示請求対象となった行政文書の不存在を理由とする不開示決定の取消訴訟において当該不開示決定時に当該行政機関が当該行政文書を保有していたことの主張立証責任

——沖縄返還「密約」文書開示事件上告審判決

件上告審判決

福岡大学 准教授 井上 禎 男

文書不開示決定処分取消等請求事件、最高裁判二四(行)三三三号、平成二六年法律第六六号による改正前の四(行)三三三号、平二六・七・一四二小法院判決、上告棄却、判時二二四二二五頁

【事実】 上告人ら（一審原告ら・被控訴人ら。以下「Xら」という）は「行政機関の保有する情報の公開に関する法律」（平成二一年法律第六六号）による改正前のもの。以下「情報公開法」としくは「法」という）四条一項に基づき、「琉球諸島及び大東諸島に関する日本国とアメリカ合衆国との間の協定」（昭和四七年条約第二号。以下「沖縄返還協定」という）の締結に至るまでの日本国政府とアメリカ合衆国政府との上記諸島の返還にともなう財政負担等をめぐる交渉（以下「沖縄返還交渉」としくは「本件交渉」という）において、日本が米国に対して当該協定に規定された内容を超える財政負担等を国民に知らせないまま行う旨の合意、いわゆる「密約」があったとして、平成二〇年九月二日に外務大臣に対し、また同日に財務大臣に対し、当該合意にかかる行政文書の開示を請求した。

当該開示請求に際しXらは、外務大臣への開示請求（以下「本件開示請求1」という）にかかる行政文書開示請求書に、文書特定のためとして、米国立公文書館で公開されている前記合意を示す行政文書および関連文書、すなわち原判決（東京高裁平成二三年九月二

著者略歴

寺 本 昌 広 (てらもと・まさひろ)

1965 年 3 月生まれ
 1986 年 司法試験第二次試験合格
 1987 年 東京大学法学部卒業
 1989 年 東京地方裁判所判事補
 1992 年 ハーバード・ロー・スクール修士課程 (LL.M.) 卒業
 1993 年 司法研修所付
 1994 年 外務省総合外交政策局国連政策課、北米局北米第二課外務事務官
 1996 年 在アメリカ合衆国日本国大使館二等書記官
 1997 年 同一等書記官
 1998 年 大阪地方裁判所判事補
 2001 年 釧路地方家庭裁判所北見支部長
 2003 年 法務省民事局参事官
 2007 年 東京地方裁判所判事

逐条解説

新しい信託法〔補訂版〕

2007 年 7 月 1 日 初 版第 1 刷発行
 2008 年 7 月 20 日 補訂版第 1 刷発行

著 者 寺 本 昌 広

発 行 者 大 林 讓

発 行 所 株式 商 事 法 務
 会社

〒 103-0025 東京都中央区日本橋茅場町 3-9-10

TEL 03-5614-5643・FAX 03-3664-8844〔営業部〕

TEL 03-5614-5649〔書籍出版部〕

<http://www.shojihomu.co.jp/>

落丁・乱丁本はお取り替えいたします。

© 2008 Masahiro Teramoto

Shojihomu Co., Ltd.

印刷／横山印刷㈱

Printed in Japan

ISBN978-4-7857-1561-8

*定価はカバーに表示してあります。

るわけではなく、その善管注意義務の内容は、具体的な状況に応じて定めるべきものと解されていること等を考慮し、受託者の善管注意義務については、本条第 2 項の一般的な規定を置くにとどめることが相当であるとの結論に至ったものである。

(忠実義務)

第30条 受託者は、受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならない。

(利益相反行為の制限)

第31条 受託者は、次に掲げる行為をしてはならない。

- 一 信託財産に属する財産（当該財産に係る権利を含む。）を固有財産に帰属させ、又は固有財産に属する財産（当該財産に係る権利を含む。）を信託財産に帰属させること。
 - 二 信託財産に属する財産（当該財産に係る権利を含む。）を他の信託の信託財産に帰属させること。
 - 三 第三者との間において信託財産のためにする行為であって、自己が当該第三者の代理人となつて行うもの
 - 四 信託財産に属する財産につき固有財産に属する財産のみをもって履行する責任を負う債務に係る債権を被担保債権とする担保権を設定することその他第三者との間において信託財産のためにする行為であって受託者又はその利害関係人と受益者との利益が相反することとなるもの
- 2 前項の規定にかかわらず、次のいずれかに該当するときは、同項各号に掲げる行為をすることができる。ただし、第 2 号に掲げる事由にあっては、同号に該当する場合でも当該行為をすることができない旨の信託行為の定めがあるときは、この限りでない。
- 一 信託行為に当該行為をすることを許容する旨の定めがあるとき。
 - 二 受託者が当該行為について重要な事実を開示して受益者の承認を得たとき。
 - 三 相続その他の包括承継により信託財産に属する財産に係る権利が固有財産に帰属したとき。
 - 四 受託者が当該行為をすることが信託の目的の達成のために合理的に必要

と認められる場合であって、受益者の利益を害しないことが明らかであるとき、又は当該行為の信託財産に与える影響、当該行為の目的及び態様、受託者の受益者との実質的な利害関係の状況その他の事情に照らして正当な理由があるとき。

- 3 受託者は、第1項各号に掲げる行為をしたときは、受益者に対し、当該行為についての重要な事実を通知しなければならない。ただし、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる。
- 4 第1項及び第2項の規定に違反して第1項第1号又は第2号に掲げる行為がされた場合には、これらの行為は、無効とする。
- 5 前項の行為は、受益者の追認により、当該行為の時にさかのぼってその効力を生ずる。
- 6 第4項に規定する場合において、受託者が第三者との間において第1項第1号又は第2号の財産について処分その他の行為をしたときは、当該第三者が同項及び第2項の規定に違反して第1項第1号又は第2号に掲げる行為がされたことを知っていたとき又は知らなかったことにつき重大な過失があったときに限り、受益者は、当該処分その他の行為を取り消すことができる。この場合においては、第27条第3項及び第4項の規定を準用する。
- 7 第1項及び第2項の規定に違反して第1項第3号又は第4号に掲げる行為がされた場合には、当該第三者がこれを知っていたとき又は知らなかったことにつき重大な過失があったときに限り、受益者は、当該行為を取り消すことができる。この場合においては、第27条第3項及び第4項の規定を準用する。

第32条 受託者は、受託者として有する権限に基づいて信託事務の処理としてすることができる行為であってこれをしないことが受益者の利益に反するものについては、これを固有財産又は受託者の利害関係人の計算ではならない。

- 2 前項の規定にかかわらず、次のいずれかに該当するときは、同項に規定する行為を固有財産又は受託者の利害関係人の計算とすることができる。ただし、第2号に掲げる事由にあっては、同号に該当する場合でも当該行為を固有財産又は受託者の利害関係人の計算とすることができない旨の信託行為の定めがあるときは、この限りでない。

- 一 信託行為に当該行為を固有財産又は受託者の利害関係人の計算であることを許容する旨の定めがあるとき。
- 二 受託者が当該行為を固有財産又は受託者の利害関係人の計算であることについて重要な事実を開示して受益者の承認を得たとき。
- 3 受託者は、第 1 項に規定する行為を固有財産又は受託者の利害関係人の計算であった場合には、受益者に対し、当該行為についての重要な事実を通知しなければならない。ただし、信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる。
- 4 第 1 項及び第 2 項の規定に違反して受託者が第 1 項に規定する行為をした場合には、受益者は、当該行為は信託財産のためにされたものとみなすことができる。ただし、第三者の権利を害することはできない。
- 5 前項の規定による権利は、当該行為の時から 1 年を経過したときは、消滅する。

(1) 旧法第 22 条第 1 項は、受託者が信託財産を固有財産とし、または信託財産につき権利を取得することを禁止している。この規定の趣旨については、受託者が信託事務を処理するに当たっては、委託者から信託財産の所有権の移転を受けるため、権限を濫用することが懸念されることに鑑みて、受託者の忠実義務、すなわち、受託者は専ら受益者の利益のためにのみ行動すべきであるとの原則を定めたものであるとの解釈が有力である。

しかし、受益者の利益を害するおそれのある受託者の行為は、上記の 2 つの行為に限られるわけではないから、旧法が禁止する対象は狭きに失するのではないかとの問題がある。また、旧法第 22 条第 1 項については、強行規定であって、受益者の承認があるような場合でも禁止の例外は認められないとの解釈が有力であるが、忠実義務に違反する行為が禁止されるのは受益者の利益を保護するためであることからすれば、受益者の利益が害されるおそれのない場合にまで一律に禁止する必要はないと考えられるのであって、旧法のような硬直的な規定および解釈は、かえって受益者の利益に適合しないのではないかとの疑問がある。さらに、旧法には、忠実義務に違反した場合の効果に関する規定も存しない。

第 30 条ないし第 32 条の規定は、旧法のこれらの問題点を踏まえて、受託者

の忠実義務に関する規定を大幅に拡充・整備したものである。

(2) 第30条は、受託者の忠実義務、すなわち、受託者は自己の利益のためではなく受益者の利益のために信託事務の処理その他の行為をすべき義務を負うことに関する一般規定である。

旧法第22条第1項の規定は、その趣旨自体は合理的であるものの、受託者が受益者に対し、信託において最も基本的かつ重要な義務であると考えられている忠実義務を負うことを明確にすることにより、受託者がその権限を濫用して受益者の利益を害するおそれのある行為をすることを防止し、信託制度に対する信頼を確保するという観点からは、個別具体的な行為類型に関する規定（第31条および第32条）を設けるにとどまらず、受託者の忠実義務に関する一般規定を置くことが相当であると考えられるからである（注1）（注2）（注3）（注4）。

（注1） 第30条は、単なる訓示規定としての意義を有するにとどまるものではなく、あくまでも効力規定である。

もっとも、後述するとおり、第31条第1項各号（利益相反行為の禁止）および第32条第1項（競合行為の禁止）の規定は、第30条の規定する忠実義務に違反する受託者の行為のうち、特に典型的と思われる行為類型を具体的・個別的に列挙したものであり、受託者の行為がこれらの行為類型のいずれかに該当する場合には、それぞれ第31条または第32条の規定に従って当該行為の効力が判断されることになるのであって、この両条の規定によっては捕捉しきれない受託者の行為のみが、第30条の一般規定の対象となる。

（注2） 第30条における「忠実」とは、実質的な概念であって、信託行為に当該行為をすることを許容する旨の定めがある場合や、受託者が当該行為について重要な事実を開示して受益者の承認を得た場合等については、受託者が当該行為をすることは受益者との関係において「忠実」に行動していると評価することができる。第30条においては、第31条第2項や第32条第2項のような例外規定を設けていないのは、「忠実」の意味をこのように実質的にとらえているためであって、第30条も任意規定であるとの理解には変わりがない。

（注3） なお、信託法部会においては、受託者の忠実義務を完全に免除することはできないということを明示すべきであるとの意見もあった。

しかし、一方において、信託は、委託者および受益者の受託者に対する信認関係を基

礎とするものであることに鑑みると、受託者の忠実義務を完全に免除するという定めが信託行為に置かれているときには、委託者は信託を設定するという意思をそもそも有していなかったものとみて、信託自体の無効を来すと解するのが合理的であると認められる場合もあろう。また、他方において、委託者と受託者間の契約締結の趣旨・目的によれば、財産管理契約として締結されたことは明白であって、ただ、忠実義務を完全に免除するという定めについて錯誤があると考えられるような場合には、このような定めのみを一部無効として、信託自体は有効と解するのが合理的であると認められる場合もあろう。

そこで、受託者の忠実義務を完全に免除するという信託行為の定めおよびその場合の信託の有効性については、特段の規定を設けることはせず、上記のような解釈に委ねることとしたものである。

(注4) 会社法においても、「取締役は、… 株式会社のため忠実にその職務を行わなければならない。」(同法第355条)として、取締役の忠実義務に関する一般規定が置かれている。

(3) 第31条は、受託者が信託財産のためにする行為に関し、利益相反行為の制限について規定したものである。

(ア) 第1項ないし第3項は、原則として禁止される行為類型およびこれが例外的に許容される要件等に関する規定である。

(a) 第1項各号は、旧法第22条第1項が禁止する対象は狭きに失するという前記(1)の問題意識を踏まえ、形式的な観点から受託者と受益者との利益が相反するおそれのある行為、すなわち利益相反行為に該当するものとして、原則として禁止される受託者の行為類型を、旧法よりも大幅に拡充して具体的に列挙したものである。

まず、第1号は、いわゆる「自己取引の禁止」に関するものであり、前段の「信託財産に属する財産（当該財産に係る権利を含む。）を固有財産に帰属させ」る行為とは、旧法第22条第1項が禁止している「信託財産の固有財産化」および「信託財産に対する固有財産による権利取得」と同義であるのに対し、後段の「固有財産に属する財産（当該財産に係る権利を含む。）を信託財産に帰属させる」行為とは、前段とは逆の場合、すなわち、「固有財産の信託財産化」（例えば、受託者が固有財産として所有する

無価値の動産を信託財産に有償で帰属させること）および「固有財産に対する信託財産による権利取得」をもって、原則として禁止される行為類型として、新たに明文の規定を設けたものである。

- (b) 次に、第2号および第3号は、いわゆる「信託財産間取引等の禁止」について、新たに禁止規定を設けたものである。

このうち、第2号にいう「信託財産に属する財産（当該財産に係る権利を含む。）を他の信託の信託財産に帰属させる」ことは、狭義の信託財産間取引（例えば、受託者が2つの信託を受託している場合において、一方の信託の信託財産である土地を他方の信託の信託財産とし、従前の信託についてされていた信託の登記を抹消して、新たな信託についての信託の登記をすること）を対象とするものであるところ、信託財産間取引においては、受託者が双方の信託の信託事務を処理することになるから、民法第108条の双方代理と類似の性質を有するといえることができる。また、第3号にいう「第三者との間において信託財産のためにする行為であって、自己が当該第三者の代理人となって行うもの」とは、例えば、受託者が代表取締役として会社を代表して信託財産である土地を購入するような場合であるが、この種の行為についても、双方代理と類似の性質を有するといえることができる。そして、民法上、双方代理については、原則として本人に効果が帰属しない無権代理行為になると解されていることに鑑み、第2号および第3号の各行為についても、原則として禁止される行為類型に含めることとしたものである。

- (c) 次に、第4号は、いわゆる「間接取引の禁止」について、新たに禁止規定を設けたものである。これには、例えば、受託者が固有財産で第三者に対して負っている債務の担保として信託財産を提供するような行為が挙げられるが、この場合、受託者自身が利益を得る場合はもちろん、受託者が間接的に利益を得るにとどまる場合（例えば、受託者の配偶者や子が利益を得る場合）についても禁止されるべきであると考えられることから、受託者本人のみならずその利害関係人と受益者との利益が相反する場合についても、原則として禁止される行為類型に含めることとしたものである（注5）（注6）。

(イ) 第31条第2項各号は、形式的には利益相反行為に当たるものの実質的な観点からは受益者の利益を害するおそれのないもの、すなわち、利益相反行為の原則禁止の例外について、これを極めて狭く限定している旧法を改め、より網羅的な規定を設けたものである（注7）。

(a) すなわち、旧法第22条第1項ただし書は、信託財産を固有財産とする行為に限り、かつ、やむを得ない事由があつて裁判所の許可を受けた場合においてのみ、例外的にこれを許容することとしている。しかし、利益相反行為が禁止されるのは、受益者の利益を保護するためであるから、受益者の利益が害されるおそれのない場合には、禁止の例外を認めることが相当であると考えられる。そこで、第1号および第2号は、「信託行為に当該行為をすることを許容する旨の定めがあるとき」（注8）または「受託者が当該行為について重要な事実を開示して受益者の承認を得たとき」（ただし、第2項ただし書により、信託行為に反対の定めがない場合に限る。）（注9）には、第1項で原則として禁止されている利益相反行為が例外的に許容されることを明らかにしている。

(b) もっとも、日常的に行われる取引等のすべてについて信託行為で定めたり受益者の承認を得るのは困難な場合があり得るし、受益者が多数の場合などには、受益者の承認の要件を満たすことは必ずしも容易ではない。そこで、第4号では、「受託者が当該行為をすることが信託の目的の達成のために合理的に必要と認められる場合であつて、受益者の利益を害しないことが明らかであるとき、又は当該行為の信託財産に与える影響、当該行為の目的及び態様、受託者の受益者との実質的な利害関係の状況その他の事情に照らして正当な理由があるとき」という要件を満たす場合にも、禁止の例外を認めることとしたものである（注10）（注11）。

(ウ) 第31条第3項は、受益者の利益保護の観点から、受託者が第1項各号に掲げる利益相反行為をした場合には、第2項各号の例外要件に該当する場合であるか否かにかかわらず、受益者に対し、利益相反行為がされた事実を認識して受託者の行為を事後的にチェックする機会を与えるため、当該行為についての重要な事実を通知すべき義務を負わせることとしたものである。

ただし、①受益者への通知には費用を要するから、受益者が多数存するよう

な場合であってもすべての利益相反行為について常に通知を要するとすることは、かえって受益者の利益を害することになりかねないこと、②日常的に繰り返し行われる利益相反行為（例えば、信託財産に属する金銭の送金に要する必要経費の徴収等）について、そのたびごとに通知をしなければならないとするのでは、信託事務の円滑な処理を害し、受益者の不利益になりかねないこと、③委託者による監督を強化しているタイプの信託においては、受益者への通知が不要であると考えられる場合があり得ること等に鑑み、第3項ただし書において、この通知義務が任意規定にとどまることを明らかにしている。

(エ) 第31条第4項ないし第7項は、利益相反行為の禁止に違反した場合の効果について、受益者の救済を実効的なものとするため、これまでは解釈に委ねられていたところにつき、新たに明文の規定を設けることとしたものである（注12）（注13）。

(a) まず、第4項は、第2項の例外に当たらない第1項第1号の自己取引または第2号の信託財産間取引について、受託者の行為を無効とするものである。これらの取引は、いずれも受託者が単独で行うことができる行為であって、受託者が最も容易に行い得る忠実義務違反の典型的な行為である上に、取引の効果も受託者の内部にとどまるものであって第三者の取引の安全に配慮する必要もないから、これを無効とすることによって、このような行為を抑止し、受益者の利益の保護を重視することとしたものである。

したがって、例えば、受託者が、違法な自己取引によって、信託財産である動産Xを自己の固有財産とし、分別して管理することを止め、自己の財産として管理・処分しようとした場合（これを、「事例1」とする。）を想定すると、この「事例1」において、当該自己取引は無効であるから、受益者は、動産Xが依然として信託財産であり、受託者の固有財産とは分別して管理すべきことを主張できることとなる。

(b) これに対し、第5項は、第4項の対象となる無効の行為について、受益者がこれを追認することができ、追認の効果は、行為時に遡及することとしたものである。上記(a)のとおり、第4項の対象となる取引の効果は受託者の内部にとどまるものである上に、これを無効とするのは受益者の利益を保護するためであるから、受益者自身が望むのであれば、これを追認し

て有効とすることを妨げるべき理由はなく、追認の効果が遡及することとしても、第三者の取引の安全を害するおそれはないからである。

したがって、「事例1」において、受益者が違法な自己取引を追認すれば、動産Xは信託財産から固有財産に移転することとなる代わりに、自己取引に係る対価が信託財産に組み込まれることになる（注14）。

- (c) さらに、第6項は、受託者が、第4項の対象となる無効な行為をした上で、当該行為に係る財産について更に第三者との間で処分等をした場合の効果について規定したものである。

この場合には、信託外の第三者が関係することから、受益者の利益の保護のみならず、取引の安全にも配慮する必要がある。ところで、第4項に規定する自己取引（第1項第1号）または信託財産間取引（第1項第2号）は無効であるから、当該行為の対象となった信託財産は、法的には、依然としてもとの信託の信託財産のままである。そうすると、受託者がこの財産を自己の固有財産として第三者との間で処分その他の行為をすることは、受託者の権限違反行為（第27条参照）と同視することができる（むしろ、同条の権限違反行為の最たるものであるといえる。）。そこで、同条の規定に準じ、受益者は、当該行為（自己取引または信託財産間取引）が違法な利益相反行為であることにつき、当該第三者が悪意（重過失を含む。）であるときは、当該行為を取り消すことができるのに対し、当該第三者が善意無重過失であるときは、当該行為を取り消すことはできないこととしたものである。

したがって、「事例1」において、受託者が違法な自己取引に係る動産Xを更に第三者に転売した場合には、当該第三者において動産Xが違法な自己取引に係るものであることにつき悪意（重過失を含む。）であれば、受益者は、受託者の第三者に対する転売行為を取り消すことができるのに対し（その結果、動産Xは依然として信託財産であることになる。）、当該第三者が善意無重過失であれば、受益者は、もはやこの転売行為を取り消すことはできないことになる（その結果、動産Xは、信託財産から逸出して第三者に移転することになるが、自己取引の部分については、受益者による追認がされない限り無効のままなので、受益者は、転売に係る動産Xの対価が信託

財産であるとの主張をすることができることになる。）（注15）。

- (d) 最後に、第7項は、第2項の例外に当たらない第1項第3号の双方代理的行為および第4号の間接取引の効果について規定したものである。

これらの忠実義務違反行為に関しても、信託外の第三者が関係することから、受益者の利益の保護のみならず、取引の安全にも配慮する必要があるという点において、第6項の対象となる場面と類似の利益状況にある。そこで、第6項の場合と同様に、第27条の規定に準じ、受益者は、当該行為（双方代理的行為または間接取引）が違法な利益相反行為であることにつき、受託者の行為の相手方である第三者が悪意（重過失を含む。）であるときは、当該行為を取り消すことができるのに対し、当該第三者が善意無重過失であるときは、当該行為を取り消すことはできないこととしたものである。

- (e) なお、第6項および第7項の規定による受益者の取消権は、受益証券発行信託の特例として規定する場合（第213条第1項第2号および第3項）を除き、いずれも単独受益者権である（第92条第6号）。

（注5） 信託法部会においては、本条第1項により原則として禁止されるべき利益相反行為の範囲を定めるに当たり、受益者と第三者との利益が相反する場合についても含めるべきかについて議論があったところである。例えば、受託者が第三者に対して信託財産に属する財産を売却するに当たっては、売買代金を決定するにつき、受益者の利益と第三者の利益とが常に形式的には相反することになるところ、このような受託者と第三者との間の行為についても、忠実義務の問題ととらえ、利益相反行為に該当するとして原則禁止されるべき行為類型に当たるものとすべきかという問題意識である。

この点については、様々な意見が出されたが、最終的には、受託者の利益と受益者の利益とが相反する場合をもって受託者の忠実義務（利益相反行為）の問題としてとらえ、受益者の利益と第三者の利益とが相反する場合については受託者の善管注意義務の問題としてとらえることで意見の一致を見た。もっとも、民法上の代理においては、代理人が権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が権限濫用の事実を知りまたは知ることができたときは、民法第93条ただし書の規定を類推適用して、本人に効果が及ばないと解されていることに鑑み、受託者が第三者と取引をする場合にも、受託者が当該第三者の利益を図る目的をもって法律行為をし、この目的を当該第三者が知りまたは知ることができたときは、受託者と当該第三者との間の取引の効果が信

託財産に帰属しないことがあり得ることを否定するものではない。

(注 6) なお、受託者が受益者との間で行う受益権に係る取引についても、受益者と受託者との利益が相反する可能性があるが、①この場合においては、受託者は、信託事務の処理に当たる受託者としての立場ではなく、個人としての立場で受益権に係る取引をするものであること、②受益者は自らの判断で取引に応じるか否かを決定できる立場にあること等に鑑み、契約上の問題が生じる余地があることはともかく、第 31 条における利益相反行為の問題にはならないものと整理している。

(注 7) もっとも、受託者は、信託事務を処理するに当たり、善管注意義務を負うから、第 1 項各号の対象となる行為について、これが忠実義務の観点からは第 2 項各号で許容されることとなったとしても、善管注意義務に基づいて行うことを要することはいうまでもない。例えば、受益者の承認により自己取引を行うことが許容されるからといって、信託財産を不当に低廉な価格で購入することまでが許容されるわけではない。したがって、受託者の行為が、忠実義務の観点からは適法であるとしても、善管注意義務の観点からは違法であると認められる場合には、受託者は、損失てん補責任等（第 40 条）を負うことになる。

(注 8) 第 1 号は、信託行為の定めにより利益相反行為を許容しているときは、私的自治の尊重という観点から、禁止の例外を認めたものである。例えば、グループ企業内の知的財産につき、親会社を受託者とする信託を設定して一括して集中的に管理させるとともに、グループ内の企業が共同で利用することを内容とする信託において、受託者である親会社自身も信託財産である知的財産を利用することを可能とするため、信託契約の中で、受託者となる親会社による当該知的財産の利用を可能にしておくこと等が考えられる。

ところで、第 1 号にいう「信託行為…の定め」があるといえるためには、どの程度の具体的な定めが要求されるのかという問題がある。一般論としていえば、例外として許容される行為が他の行為と客観的に識別可能な程度の具体性をもって定められ、かつ、当該行為について、これを許容することが明示的に定められていなければならない、受益者の承認を得たことによる例外（第 2 号）が認められるためには当該行為について重要な事実を開示することが必要であることに鑑みても、信託行為に単に「自己取引ができる」という程度の定めがあるだけでは足りないというべきである。他方、自己取引を許容する信託行為の定めがあるとしても、実際に受託者が自己取引をするに当たっては、当該受託者は、別途、善管注意義務を負うから、個別・具体的な取引条件まで常に信託行為で明らかにしておくべきものとまではいえないであろう。

(注 9) 第 2 号は、受託者の利益相反行為を禁止するのは、受益者の利益を保護するため

第3章 受託者等 第2節 受託者の義務等（第29条ないし第39条）

であることに鑑みれば、保護の対象である受益者が承認している場合にまで一律に禁止する必要はないことから、禁止の例外を認めたものである。例えば、テナント・ビルを信託財産とする信託において、事前の予測に反してテナントが見つからない場合に、受益者の承認を得て、受託者自身が適正な賃料でテナントとなること等が考えられる。

なお、本号の「受益者の承認」は、受託者の行為よりも前に存することを要する。

(注10) 正当な理由があるか否かは、個別具体的な事情に基づいて判断される事柄ではあるが、正当な理由があるということができる場合としては、次のような例が考えられる。

- ① 信託財産に属する土地が競売に付された場合において、受託者がその固有財産で競落する場合。
- ② 受託者が銀行を兼営している場合において、信託財産に属する金銭を一般の顧客と同一の利率で受託者の固有財産（銀行勘定）に預金する場合（いわゆる自行預金）。
- ③ 信託財産に属するテナント・ビルで、テナントが長期間いない状況にあるときに、受託者が他のテナントと同一の賃料等の条件でテナントとして入居する場合。
- ④ 信託財産に属する金銭をもって市場で有価証券を購入したところ、その有価証券は、偶然、受託者が固有財産で売却したものであった場合。
- ⑤ 信託財産に属する金銭を第三者に送金する必要がある場合において、一般顧客向けの料率またはそれより定額の料率の費用を徴収して送金を実施する場合。

(注11) そのほか、第3号の「相続その他の包括承継により信託財産に属する財産に係る権利が固有財産に帰属したとき」というのは、旧法第22条第2項の規定する例外的趣旨を維持したものである。この場合には、受託者の意図が働かず、受益者の利益が害されるおそれがないからである。

(注12) なお、利益相反行為の禁止に違反した場合の効果については、第4項ないし第7項の規定のほか、信託財産に生じた損失の推定に関する第40条第3項の規定が重要である。第40条第3項の意義および内容については、後記(5)のほか、同項の解説を参照願いたい。

(注13) 利益相反行為の禁止に違反した場合の効果については、受託者の主観的態様（すなわち、故意または過失の有無）を問わない。もっとも、受託者が、別途、善管注意義務に基づく責任を負うものとされるためには、受託者の故意または過失を要するのであって、無過失責任を負うものではない。

(注14) この場合において、動産Xが信託財産から逸出したことに伴う損失が発生していれば、受益者としては、別途、第40条第1項および第3項に基づく損失てん補責任を受託者に追及することが可能である。

(注15) 受益者が、この取消権を行使することができない場合において、さらに、違法な

自己取引を追認すれば、転売に係る対価に代わって、自己取引に係る対価が信託財産に組み込まれることになる。なお、受益者としては、別途、第40条第1項および第3項に基づく損失てん補責任を受託者に追及することも可能である。

(4) 第32条は、受託者が受託者として有する権限に基づいて信託事務の処理としてすることのできる行為を固有財産（または受託者の利害関係人）の計算でする場合に関し、いわゆる競合行為の制限について規定したものである（注16）。

(ア) 第32条の対象となる競合行為としては、典型的には、①信託銀行が受託者である場合において、資金需要のある第三者に対し、信託勘定または固有勘定のいずれからも貸付けが可能であるときに、常に固有勘定から貸付けを行う場合、②信託事務の処理として有価証券を購入することができる場合において、受託者が、自己のために当該有価証券を購入したところ、その価格が値上がりして利益を得たという場合等が考えられる。そして、「受託者は、受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならない。」（第30条）という忠実義務の基本原則に鑑みれば、これらの場合において、受託者として有する権限を固有財産の計算で行使することにより受益者の利益を害することは許されないといわなければならない。

しかし、他方、受託者が有する権限は広範に及ぶことがあり得るから（第26条参照）、受託者として有する権限に基づいて信託事務の処理としてすることのできる行為については、固有財産の計算ですることが一切許されないということになれば（例えば、①の事例において、受託者は、信託銀行であるにもかかわらず、固有勘定からの貸付けは一切許されないということになれば）、受託者の固有財産による取引の機会を不当に奪うことにもなりかねず、当事者の合理的な意思に反し妥当ではないと考えられる。

そこで、第32条第1項は、このような相対立する要請のバランスを図り、受託者が、「受託者として有する権限に基づいて信託事務の処理としてすることのできる行為…を固有財産又は受託者の利害関係人の計算で」すること、および「これをしないことが受益者の利益に反する」ことという2つの要件を満たす場合に限り、当該行為は、原則として、忠実義務に反する違法な競合行為

として禁止されることを明らかにしたものである（注17）（注18）。

（イ）第32条第2項は、利益相反行為の原則禁止の例外に関し第31条第2項について前述したところと同様に、競合行為が禁止されるのも、受益者の利益を保護するためであるから、受益者の利益が害されるおそれのない場合には、禁止の例外を認めることが相当であるとの考えに基づくものである。

そこで、第31条第2項第1号および第2号の規定に準じ、第32条第2項第1号および第2号は、「信託行為に当該行為を固有財産又は受託者の利害関係人の計算であることを許容する旨の定めがあるとき」または「受託者が当該行為を固有財産又は利害関係人の計算することについて重要な事実を開示して受益者の承認を得たとき」（ただし、第2項ただし書により、信託行為に反対の定めがない場合に限る。）は、同条第1項で原則として禁止されている競合行為が例外的に許容されることを明らかにしている（注19）（注20）。

（ウ）第32条第3項の趣旨は、第31条第3項について解説したところと同旨である。

（エ）第32条第4項および第5項は、競合行為の禁止に違反した場合の効果について、受益者の救済を実効的なものとするため、明文の規定を設けることとしたものである（注21）。

競合行為は、受託者が自己の固有財産に効果を帰属させようとするものなので、第1項に該当するものの第2項の例外には当たらない違法な競合行為であっても、当該行為自体は有効であるが、受益者の利益を保護する観点からは、当該競合行為の効果を信託財産に帰属させることが最も効果的であると考えられる。そこで、平成17年法律第87号による改正前の商法のいわゆる介入権の規定（同法第264条第3項）を参考に、受益者は、その選択により、当該行為が信託財産のためにされたものとみなすことができることとしている（第32条第4項本文参照）（注22）。そして、当該行為の効果の帰属先はいずれにせよ受託者であるという信託の特殊性に鑑みれば、上記商法の介入権の行使の効果につき債権的効力を生ずるにすぎないとしていた通説・判例の解釈とは異なり、受益者が第4項本文の権利を行使することにより物権的効力が発生すると解して差し支えないものと考えられる。もっとも、これにより第三者の権利を害する場合には、受益者は、第4項本文の権利を行使することはできない（同項た

だし書)。

したがって、例えば、信託事務の処理として行わなければならない有価証券の購入につき、その機会を奪取して、受託者が自己のための取引として行ったところ、当該有価証券の価格が値上がりしたために受託者が利益を得たというような事例においては、受益者は、その選択により、有価証券の値上り益を含むこの取引の効果が信託財産に帰属するものとみなすことができることになる。これに対し、不動産を賃貸する者が、他者の不動産を信託財産としこれを賃貸することを信託事務とする受託者になった場合において、信託財産のための機会を奪取して、受託者の固有財産に属する不動産を賃貸して利益を得たというような事例においては、賃貸借契約の目的不動産が変更されることになっては賃借人の利益を害することになるから、第 4 項ただし書により、受益者は、この賃貸借契約の効果が信託財産に帰属するものとみなすことはできないことになる。

(注 16) 利害関係人を含めた理由については、第 31 条第 1 項第 4 号について解説したところと同旨である。

(注 17) この 2 つの要件に該当するか否かについては、客観的に判断されるべきものである。この点について、信託法部会においては、競合行為の禁止の対象を合理的に制限するという観点から、例えば、受託者が「自己の利益を図る目的をもって」競合行為をする場合に限り禁止対象とするとの考え方も示された。しかし、忠実義務違反行為の成立要件を受託者の主観的意図にかからしめるのは、基準として不明確になり、かかる主観的意図を受益者の方で立証するのは困難である上に、比較法的にも適当ではない等の意見が大勢を占めたことを踏まえ、受託者の主観的要件を含めて競合行為の違法性を判断する考え方は採用されなかったものである。

(注 18) 後者の要件、すなわち、その行為をしないことが受益者の利益に反するものという要件を満たすか否かについては、当該行為の目的や態様、当該行為が信託財産に与える影響、受託者と受益者との実質的な利害関係の状況、受託者が当該行為をするに至った経緯等を総合的に考慮して判断されることになる。したがって、形式的には前者の要件、すなわち、受託者が受託者として有する権限に基づいて信託事務の処理としてすることのできる行為を固有財産等の計算ですることという要件を満たす行為であっても、実質的に判断すると後者の要件を満たさない行為については、禁止される競合行為には該当しないことになる。

第3章 受託者等 第2節 受託者の義務等（第29条ないし第39条）

例えば、本文中の(4)(ア)の①の事例において、信託銀行が信託勘定と固有勘定の双方からの貸付けを恒常的に行っていることについては委託者も所与の前提として信託契約を締結しているような場合であれば、特段の事情がない限り、このような貸付けは後者の要件を満たさず、違法な競合行為には当たらないものと考えられる。

(注19) 第1号は、私的自治の尊重の観点から禁止の例外を認めたものである。例えば、有価証券の運用を目的とする信託において、受託者が信託銀行であるときは、その固有財産でも有価証券の運用を行うことがあり得るが、この場合に、競合行為として固有財産による運用が一切禁止されることになれば、信託銀行はこのような信託を引き受けることができなくなってしまうため、信託契約の中で、固有財産による運用を可能にしておくといったこと等が考えられる。

また、第2号は、受益者の利益を保護するという趣旨に反しないことから、禁止の例外を認めたものである。例えば、テナント・ビルの運用を目的とする信託において、受託者がその固有財産で隣地にテナント・ビルを所有している場合に、受益者の承認を得て、固有財産であるテナント・ビルにテナントを入れるといったこと等が考えられる。

(注20) なお、第32条第2項は、第31条第2項第4号に相当する例外事由を定めていない。これは、利益相反行為として原則禁止される行為類型を形式的に定めている第31条第1項とは異なり、第32条第1項においては、競合行為として原則禁止されることとなる行為につき、「これをしないことが受益者の利益に反するもの」という実質的な要件を含めて限定していることから、それ以上に、正当の理由といった実質的な観点からの例外要件を定める必要はないと考えられるからである。

(注21) なお、競合行為の禁止に違反した場合の効果についても、第4項および第5項の規定のほか、信託財産に生じた損失の推定に関する第40条第3項の規定が重要である。第40条第3項の意義および内容については、後記(5)のほか、同項の解説を参照願いたい。

(注22) 受益者がこの権利を行使できる期間についても、前記商法の介入権に係る権利行使期間についての規定（同法第264条第4項）を参考に、第32条第5項において、行為の時から1年間と定めている。

(5) (ア) ところで、信託法部会においては、忠実義務との関連で、利益相反行為の制限（第31条）および競合行為の制限（第32条）に加えて、いわゆる「利益取得行為」の制限に関する規定を設けるべきかという問題が、いわゆる「利益吐き出し責任」に関する規定を設けるべきかという問題と合わせて、部会当初から大いに議論された。

ここで、「利益取得行為」というのは、信託財産に損失が生じなくても受託者がその地位を利用して利益を得るという行為を指し、「利益吐き出し責任」とは、受託者がこのような利益を吐き出して信託財産に返還しなければならないという義務を指すものである。旧法においては、あくまでも信託財産に生じた損失に着目し、この損失を信託財産にてん補する義務を受託者が負うという規定があるにとどまるが（旧法第27条）、受託者による権限の濫用を防止して忠実義務の遵守の徹底を図るという観点からは、このような利益取得行為および利益吐き出し責任に関する規定を設けるべきであるとの見解もあり得るところである。

(イ) そこで、「中間試案」においては、①利益取得行為の禁止に関し、

【甲①案】：(a)信託財産を利用して不当な利益を取得する行為（注23）および(b)信託事務の処理に当たって不当な利益を取得する行為（注24）のいずれをも禁止する考え方

【乙①案】：(a)のみを禁止する考え方

【丙①案】：特段の規定を設けないものとする考え方

の3案を併記し、また、②利益吐き出し責任に関し、

【甲②案】：受託者が忠実義務に違反することにより得た利益の額は、信託財産が被った損失の額と推定するものとする考え方（注25）

【乙②案】：受託者が忠実義務に違反する行為をしたときは、受益者は、受託者に対し、その行為によって得た利益を信託財産に返還することを請求することができるものとする考え方（注26）

の2案を併記して、パブリック・コメントの手續に付した。

パブリック・コメントの結果は、①利益取得行為の禁止に関しては、【甲①案】を支持する意見（注27）と【丙①案】を支持する意見（注28）とがほぼ相半ばし、また、②利益吐き出し責任に関しては、【甲②案】を支持する意見（注29）と【乙②案】を支持する意見（注30）とがほぼ相半ばしたほか、【甲②案】にも【乙②案】にも反対し、そもそも規定自体が不要であると意見（注31）も少数ながら存在した。

(ウ) 信託法部会においては、このようなパブリック・コメントの結果をも踏まえ、その後も精力的に審議が続けられた結果、

①利益所得行為の禁止に関しては、受託者の一定の行為が忠実義務の一般規定（第30条）により禁止されることを前提に、明文の規定は設けないものとする（その理由は、(i)「不当な利益」に該当するか否かの判断は困難であり、受託者の行動を必要以上に制約することとなるおそれがあること、(ii)その結果、信託の引受けを躊躇する者が生じ、ひいては、信託の利用を妨げるおそれもあること、(iii)受託者が信託財産を利用して利益を取得した場合には、当該利益は、受託者の主観的意図にかかわらず、信託財産の範囲に関する規定（第16条第1号）に基づき信託財産に属することとなると考えられること、(iv)受託者が信託事務の処理に当たってリベートを収受したような場合には、リベートの収受によって信託財産に損失が生じることが通常であると考えられるから、受益者は受託者に対し信託財産に生じた損失のてん補責任等（第40条第1項および第3項）を追求することができること等によるものである。）、

②利益吐き出し責任に関しては、受託者が忠実義務に関する規定に違反する行為（注32）をした場合には、受託者は、当該行為によって受託者または利害関係人が得た利益の額と同額の損失を信託財産に生じさせたものと推定するとの規定（第40条第3項）を設けるものとする（その理由は、(v)受託者による利益取得行為は、受託者の固有財産で行うものであるため、信託財産に生じた損失を受益者が立証することは困難であると考えられること、(vi)受託者が信託事務の処理に際して固有財産で利益を取得している場合には、信託財産にこれに対応した損失が生じている蓋然性があること、(vii)受託者が受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならないとの規範に違反しているとの状況の下で受託者が利益を得た場合には、受託者が現実の損失の不発生を立証すべきものとするのが公平であること等によるものである。）、

をもって、全員の合意を得るに至ったものである。

（注23）（a）の例としては、信託行為の定めにより信託財産である土地を現状のまま管理する義務を負っていた受託者が、この定め違反して、当該土地の上に賃貸建物を建築して賃料収入を取得する行為などが考えられる。

（注24）（b）の例としては、受託者が、信託事務の処理である土地の売却に当たって、買主からリベートを取得する行為などが考えられる。

（注25）【甲②案】は、受託者の忠実義務違反行為により信託財産にいかなる範囲にわたっ

て損失が生じたかを受益者が立証することは必ずしも容易ではないとの観点から、実損による損失のてん補をさせるとの考え方自体は維持しながらも、損失の額の立証を容易にする規定を設けることとするものである。

(注26) 【乙②案】は、信託制度に内在する利益分配ルールとして、受託者は忠実義務違反行為により利益を得てはならないという不作為債務を負うことを措定し、受託者がかかる不作為債務に違反して損失を上回る利益を得た場合には、かかる利益を信託財産に返還しなければならないこととするものである。もっとも、これまで、受託者の利益吐き出し責任を認めるべきであると主張する学説は、その根拠として、不当利得の問題としてとらえる考え方、準事務管理の問題としてとらえる考え方などが示されてきたところである。この点については、沖野眞巳「IV救済－受託者の『利益吐き出し』責任について」(日本私法学会シンポジウム資料「信託法と民商法の交錯」) NBL 791号44頁以下(平成16年)、能見141頁以下に詳しい。

(注27) 【甲①案】を支持する意見は、(i)(a)(b)のような行為は受託者の受益者に対する基本的な信頼関係に背くものであり、信託の基礎を崩しかねないから禁止すべきであること、(ii)利益取得行為を放置すれば、受託者の権限濫用による利益相反行為につながる危険性があるから禁止すべきであること等を理由とする。

(注28) 【丙①案】を支持する意見は、(i)「不当な利益」の範囲が不明確であるため、受託者に萎縮効果を与え、受益者の利益にも反する結果になること、(ii)受託者が信託財産を利用して取得した利益については信託財産の範囲に関する規定(第16条第1号参照)に基づき信託財産に属することになり、受託者がリベート等を取得することは利益相反行為になると考えることができる上に、忠実義務の一般規定によって捕捉することも可能であるから、特段の規定は不要であること等を理由とする。

(注29) 【甲②案】を支持する意見は、(i)受益者は、受託者の忠実義務違反行為について無効の主張(第31条第4項参照)や介入権的な権利の行使(第32条第4項参照)をすることによって、利益吐き出し責任と同様の利益を享受することができること、(ii)吐き出すべき利益の範囲が不明確であるため、受託者の行動を必要以上に萎縮させ、結果的に受益者の利益を害することになること、(iii)信託財産に実損がない場合でも受託者の利得の返還を認めるとすれば、受益者に予期しない利益が与えられることになり、信託制度ゆえの特別な監督規制というだけではその法的性格の説明が難しいこと等を理由とする。

(注30) 【乙②案】を支持する意見は、(i)英米法では利益吐き出し責任が認められており、受託者の忠実義務違反行為を予防し信託制度に対する信頼を醸成するためにも導入すべきであること、(ii)現実には委託者または受益者の承諾なしに不当な利益取得行為が行

われているとは思われないから、利益吐き出し責任が規定されても実務上支障が生ずることはないこと、(iii)理論的根拠としては、端的に、受託者は委託者または受益者との信認関係に基づき利益を信託財産に帰属させなければならないという債務を負担していると考えればよいこと等を理由とする。

(注31) この意見は、(i)吐き出すべき利益の範囲が不明確であるため、受託者が不測の責任追及にさらされ過大な負担を強いられることになる可能性があり、実務に影響を及ぼすこと、(ii)現行の損害賠償や不当利得等の制度によって対処できること、(iii)このような規律を導入すべき立法事実が我が国に存在するかは極めて疑問であること等を理由とする。

(注32) なお、後述するとおり、第40条第3項における忠実義務違反行為には、競合行為の禁止に違反する行為のみならず、利益相反行為の禁止に違反する行為、さらには忠実義務に関する一般規定に違反する行為も含まれる点において、会社法第423条第2項の規定（役員等の株式会社に対する損害賠償責任に関する損害の推定規定）とは異なり、受益者の保護に厚くなっている点にも留意されるべきである。

（公平義務）

第33条 受益者が2人以上ある信託においては、受託者は、受益者のために公平にその職務を行わなければならない。

(1) 本条は、受託者の公平義務、すなわち、1つの信託に複数の受益者が存する場合においては、受託者は、信託事務の処理に当たり、これらの受益者を公平に扱わなければならないことを規定したものである。

(2) ところで、旧法には、公平義務に関する明文の規定が存在しない。しかし、受託者が公平義務を負うことは、英米法では確立されている原則であり（注1）、我が国においても、担保付社債信託法には公平義務に関する規定が存するところであって（注2）、信託において受託者が公平義務を負うことについては、解釈上争いのないところである。そもそも、受託者は、各受益者に対して、等しく信託事務遂行義務（第29条第1項）を負っているのであるから、受益者の一方のみを有利に扱うような事務処理をすることは許されず、各受益者を公平に扱うべきものと考えられる。そこで、受託者が公平義務を負うことを

【編著者略歴】

村 松 秀 樹
 平成11年 4 月 東京地裁判事補
 平成13年 4 月 法務省民事局付 (この間信託法の立案を担当)
 平成20年 4 月 東京地裁判事補
 平成21年 4 月 静岡地家裁判事
 平成23年 4 月 法務省民事局付
 平成26年 7 月 法務省民事局参事官
 平成30年 2 月 法務省民事局商事課長
 平成30年 8 月 法務省民事局民事第二課長
 令和 3 年 7 月 法務省民事局総務課長

概説 信託法

2023年 7 月12日 第 1 刷発行

編著者 村 松 秀 樹
 著 者 富 澤 賢一郎
 鈴木 秀 昭
 三木原 聡
 発行者 加 藤 一 浩

〒160-8519 東京都新宿区南元町19
 発 行 所 一般社団法人 金融財政事情研究会
 編 集 部 TEL 03(3355)1713 FAX 03(3355)3763
 販売受付 TEL 03(3358)2891 FAX 03(3358)0037
 URL <https://www.kinzai.jp/>

DTP・校正:株式会社友人社/印刷:株式会社日本制作センター
 ・本書の内容の一部あるいは全部を無断で複写・複製・転載すること、および
 磁気または光記録媒体、コンピュータネットワーク上等へ入力することは、法
 律で認められた場合を除き、著者および出版社の権利の侵害となります。
 ・落丁・乱丁本はお取替えいたします。定価はカバーに表示しております。

ISBN978-4-322-13981-5

受託者の注意義務の基準となる「善良な管理者の注意」とは、その職業や地位にある者として通常要求される注意を意味する。受託者が専門家である場合には、専門家として通常要求される程度の注意をもって、信託事務を処理しなければならぬこととなる。また、実際にはそのような能力がないのに、自らには高い能力があると受託者が表示したため、委託者が受託者との間であえて信託契約を締結した場合には、受託者は、その表示した能力に応じた注意をもって信託事務を処理しなければならぬこととなる（すなわち、この場合には、その受託者は、通常、要求される注意よりも高度な注意をもって信託事務を処理しなければならぬこととなる。）。

もともと、受託者の注意義務の基準は、私的自治の尊重の観点から、信託行為の定めにより加重・軽減することができるとされている（29条2項ただし書⁴。もともと、受益証券発行信託においては、注意義務の軽減は認められていない（212条1項）。また、信託会社についても、同様である（信託業法28条2項参照。）。

この善管注意義務の規定に違反したか否かは、受託者の行為時を基準時として判断される。受託者が善管注意義務を怠ったと認められる場合には、受託者は、損失填補等責任（[28] 参照）を負う。

3 【旧信託法との関係】

これは、旧信託法20条の規定の趣旨を踏襲している。

4 【旧信託法との関係】

旧信託法の下でも、受託者の注意義務に関する規定は、任意規定であるとの解釈が有力であったが、法文上、その趣旨が明らかであるとはいえない難かった。そこで、現行信託法においては、規定の明確化を図るという観点から、29条2項中にただし書（「信託行為に別段の定めがあるときは、その定めるところによる注意をもって、これをするものとする。」）を設けて、受託者の注意義務に関する規定が任意規定であることを明らかにしている。もともと、ただし書の文言（「定めるところによる注意」）から明らかとなっており、受託者が信託事務の処理をするに当たって何らの注意を行う必要がないとすること（注意義務の完全な免除）はできない。これは、信託事務の遂行を委ねたにもかかわらず、その職務につき、全面的に何らの注意もすることを要しないという状態を認めることがあまりに不自然であることによるものである。したがって、信託行為の定めにより、そもそもある行為又は事務を信託事務ではないとすること（それによって注意を払う必要をそもそもなくしてしまうこと）は可能である。

〔20〕 忠実義務

1 総論

受託者は、受益者のために信託財産に属する財産の管理・処分をはじめとする信託事務を処理する者であるから、信託事務の処理その他の行為をするに当たって、受益者の利益を犠牲にして、自己又はその利害関係人の利益を図ることが禁止される。

これが忠実義務であり、信託法は、その趣旨を明らかにするため¹、受託者の忠実義務に関して、次のとおり、詳細な規定を設けている。なお、忠実義務と善管注意義務との関係については、[19] 脚注2を参照されたい。

2 忠実義務に関する一般規定

受託者は、受益者のため忠実に信託事務の処理その他の行為をしなければならない（30条）。

忠実義務は、受託者が負う各種の義務の中でも極めて重要な義務であるから、受託者が忠実義務を負うことについては、法文上、明確にされていることが望ましいと考えられる²。そこで、信託法においては、受託者の忠実義務に関する一般規定³を置いている。

なお、受託者が「忠実」に信託事務の処理その他の行為をしているか否かについては、信託行為の定め等に基づいて実質的に判断される⁴。したがって、信託行為の定めで受託者がその行為をすることが許容されている場合やその行為を受託者がすることについて受益者の事前の承認がある場合などに

1 【旧信託法下での取扱い】

旧信託法の下では、受託者が忠実義務を負うことは、旧信託法22条1項によって規定されているという見解が有力であったが、文言上はその趣旨は必ずしも明らかであるとはいえない難かった。

Q&A 信託法

—信託法・信託法関係政省令の解説—

2007年11月15日 発行

編者 佐藤 哲治
発行 株式会社 ぎょうせい

本社 東京都中央区銀座7-4-12 (〒104-0061)

本部 東京都杉並区荻窪4-30-16 (〒167-8088)

電話 編集 03-5349-6619

営業 03-5349-6666

URL: <http://www.gyosei.co.jp>

印刷 ぎょうせいデジタル(株)

※乱丁・落丁本はおとりかえいたします。 ©2007 Printed in Japan

ISBN978-4-324-08281-2

(5107259-00-000)

[略号: Q & A 信託法]

第2節 受託者の義務等（第29条～第39条）

Q3-12 受託者の義務

Q 受託者が受益者に対して負う信託法上の義務としては、どのようなものがあるのか（法第3章第2節）。

Answer

受託者が受益者に対して負う信託法上の義務については、法第3章第2節に規定されているところ、具体的な受託者の義務の主なものは、次のとおりである。

① 善管注意義務

信託事務を処理するに当たっては、自己の財産に対する場合と同一の注意では足りず、より高度の注意をもつてしなければならない義務（法第29条第2項）

② 忠実義務

自己の利益ではなく、受益者の利益のために行動すべき義務（法第30条）

③ 公平義務

一つの信託で受益者が複数ある場合には、受益者を公平に取り扱わなければならない義務（法第33条）

④ 分別管理義務

受託した信託の信託財産と固有財産や他の信託の信託財産を分けて管理しなければならない義務（法第34条）

⑤ 委託先の選任・監督義務

信託事務の処理を委託した場合には、委託先である第三者を選任・監督しなければならない義務（法第35条）

⑥ 報告義務

信託事務の処理の状況等についての報告をしなければならない義務（法第36条）

⑦ 帳簿等の作成、報告、保存及び開示義務

帳簿等の作成、報告、保存及び開示をしなければならない義務（法第37条、第38条）

⑧ 他の受益者の氏名等の開示義務

受益者が複数の信託における他の受益者の氏名等の開示をしなければならない義務（法第39条）

表：受託者の義務の主なもの

受託者の義務（法第3章第2節）
信託事務遂行義務と善管注意義務（法第29条）
忠実義務（法第30条、第31条、第32条）
公平義務（法第33条）
分別管理義務（法第34条）
信託事務処理の委託先の選任・監督義務（法第35条）
信託事務処理状況の報告義務（法第36条）
帳簿等の作成、報告、保存、開示義務（法第37条、第38条）
他の受益者の氏名等の開示義務（法第39条）

産に損失を与えないものであっても禁止され、これに違反した受託者は、取得した利益を受託者(信託財産)に返還しなければならない。新法の検討過程において、利益取得行為の禁止の明文化が見送られ、利益吐き出し責任が信託財産の損失推定にとどめられたことは、後者の利益配分としての忠実義務には慎重な姿勢がとられたことを意味しているといわれる。

(2) 「忠実に」の判断

受益者のため「忠実に」といえるかどうかは、実質的・具体的に判断される。この点で、31条で制限される利益相反行為(狭義)が抽象的・形式的・類型的に受益者の利益をもつばらとすることと矛盾する状況に受託者が置かれる行為を対象とするのと異なる。すなわち、31条の場合には、抽象的・形式的・類型的に利益相反となる行為が禁止され(31条1項)、それらの行為が具体的・実質的・個別的に望ましい行為であるときはその禁止が解除される(同条2項)。言い換えれば、例外的な禁止解除による実現とセットになった抽象的・形式的・類型的な利益相反行為の禁止である。これに対し、30条の場合は、特定の行為の禁止規定の形式をとっておらず、31条で2段階に分けられた判断構造をまとめた形となっている。

したがって、第1に、31条に書き尽くされていない抽象的・形式的・類型的利益相反行為(たとえば、信託財産間の間接取引、受託者の利害関係人との間の信託財産の取引——ただし、31条1項各号の拡大解釈ないし類推解釈の余地がある)については、31条2項の禁止解除の判断を取り込んで、30条の忠実義務違反該当性が判断される。

第2に、32条の競合行為についても考え方は同様であるが、32条の場合には、類型を個別列挙しているわけではなく、一般的要件となっている(32条1項)ため、該当する場合を想定しにくい。

第3に、抽象的・形式的・類型的利益相反行為ではない行為も、30条の忠実義務違反となりうる。典型例が、受託者が許されない利益を取得する行為ないし不当に利益を得る行為である。受託者は、受益者の1人としてか、あるいは、信託事務処理に伴い、費用償還・前払(本来信託財産で負担すべき費用の求償)、損害賠償(信託財産で負担すべき補・賠償)、報酬(受託者の信託事務処理という役務提供の対価)等の信託法で許容された項目でしか、信託財産から利益を得ることができない。したがって、それ以外の信託財産からの金銭その他の財産の取得は31条1項1号の禁止に該当する(たとえば、信託財産をもつばら自己の利益のために利用

22) 吉永・前掲注1)143～147頁。

23) 寺本昌・118頁注2、村松ほか・93頁注4およびその本文。

するなど)。これに対し、信託財産からではなく、信託事務処理に伴い第三者から固有財産で利益を得る場合にその利益取得に正当な理由がない、あるいは不当な利益取得と評価されるとき(たとえば、信託財産の取引にあたり第三者たる相手方からリベートを得るなど)は、30条違反に該当する(40条3項は、30条に反する不正な利益取得がありうることを前提とする)。金銭その他の財産の取得以外にも、たとえば、実績作りのために第三者との間で信託財産につき不必要に取引を繰り返すなど、もっぱら受託者の利益のための行為は、30条違反に該当する。これらの場合は、信託財産の不利益のもとに受託者の利益を図る実質をもつ行為である。

受託者が固有の立場で利益²⁰⁾を取得する行為には、信託事務処理により得た情報の不当な利用行為がある。たとえば、信託で取得する予定の株式を固有財産で先行取得し、信託での購入によって株価が上昇したときに売却して利益を得る行為や、逆に、信託から売却する予定の株式を固有財産でも保持している場合に、信託からの売却により株価が下落する前に、固有財産から先行売却し損失を免れる行為である。これも本条違反となる。不当性をいかに判断するかが問題であるが、取引通念に照らして判断されることになろう。この例の場合、(インサイダー的性格を置いて)信託事務処理として予定された株式の購入や売却に影響がなく、信託財産に不利益はないようにも見えるが、信託財産での購入や売却の価額に不利な影響を与える可能性もある。

信託事務処理にあたって、信託財産から得る受託者報酬とは別に、相手方から報酬や手数料を取得する場合(たとえば、不動産の売買につき、相手方たる第三者から不動産仲介手数料を取得するなど)には、適切な役務の対価として許容される場合がありうるが、その場合も透明性の確保という観点からの問題はあり得る。

受託者の利益取得行為については、たとえば、証券取引を特定の証券会社に集中することで手数料の割引や有用な情報の提供といった利益を、信託財産とともに固有財産でも受ける場合など、信託財産に何らの不利益も(その可能性さえも)

24) 情報の利用という場合、信託事務処理で得た顧客情報等の情報を第三者に対して売却するといった形の利用と、その情報に基づいて新たに取引行為をする場合があるが(利益相反研究会編『金融取引における利益相反(各論編)』別冊NBL129号(商事法務・2009)85～86頁・100～101頁(道垣内私人))、前者は当該情報を取引の密体とするもので信託財産自体の処分とみることができよう。

25) 情報を利用しての取引行為については、信託業法29条1項3号(後述、本条7)、利益相反研究会編・前掲注24)85～89頁参照。また、固有財産で得られた情報の信託での利用を含め、情報の利用全般につきセミナー(2)・159～163頁も参照。

26) セミナー(2)・152～157頁、利益相反研究会編・前掲注24)78～83頁参照。

最決昭和63・7・18判集42・6・861	1016
●平成2～27年	
最判平2・11・8判時1372-131	303
最判平5・1・21民集47-1-265	631
大阪地判平5・10・6判時1512-44	734
最判平8・3・5民集50-3-383	508
東京地判平8・6・20判時1578-131	988
最判平9・1・20民集51-1-1	251
大阪高判平10・1・29税務訴訟資料230-271	734
最判平10・3・24民集52-2-433	472
最判平11・1・29民集53-1-151	31
最判平12・2・29民集54-2-553	694
東京地判平13・2・1判時1074-249	265
大阪高判平13・11・6判時1775-153	175, 197, 681, 799, 802
最判平14・1・17民集56-1-20	37, 44, 79, 127, 679, 752
東京地判平14・7・26判時1212-145	168, 175
最判平14・9・26税務訴訟資料252順号9205	734
最判平14・10・22刑集56-8-690	1017
最判平14・11・5民集56-8-2069	40
神戸地判平15・3・12判時1818-149	174
最判平15・12・11民集57-11-2196	508
最判平16・7・1民集58-5-1214	303, 828
東京地判平16・8・27判時1890-64	265, 266
最決平16・12・16金法1744-56	799
東京高判平17・1・18金判1209-10	988
大阪高判平17・3・30判時1901-48	174, 176
大阪地判平17・7・21判時1912-75	265, 276
大阪地判平18・7・12判時1963-88	174
最判平18・7・20民集60-6-2499	31
最判平18・12・14民集60-10-3914	699
最判平21・1・22民集63-1-228	631
最判平21・4・17民集63-4-535	437
東京地判平21・6・29判時2061-96	175, 815
名古屋高金判支判平21・7・22判時2058-65	803
大阪高判平22・5・14金法1935-59	210, 214
東京地判平22・5・27判時2083-148	70
大阪地判平22・7・14判時2093-138	124
最判平23・11・17判時2136-30	167
大阪地判平23・12・9判時2141-50	173, 175, 214
最決平24・10・15刑集66-10-990	1016
大阪地判平25・3・7判時2190-66	174
大阪地判平25・3・29判時2194-56	174, 176
最判平25・4・16民集67-4-1049	295
最判平26・2・25民集68-2-173	489
最判平26・6・5民集68-5-462	699
最判平26・12・12判時2251-35	489
最判平27・2・19民集69-1-25	833

[編著者]

道垣内弘人 東京大学大学院法学政治学研究科教授

[著者]

大村 敦志 東京大学大学院法学政治学研究科教授
 沖野 眞已 東京大学大学院法学政治学研究科教授
 角 紀代恵 立教大学法学部教授
 加毛 明 東京大学大学院法学政治学研究科准教授
 佐伯 仁志 東京大学大学院法学政治学研究科教授
 佐久間 毅 同志社大学大学院司法研究科教授
 菱田 雄郷 東京大学大学院ビジネス科学研究科教授
 弥永 真生 筑波大学大学院法学部法学科教授
 山下 純司 学習院大学法学部法学科教授

条解 信託法

2017(平成29)年12月15日 初版1刷発行

編著者 道垣内 弘人

発行者 鯉 潤 友 南

発行所 株式会社 弘文堂

101-0062 東京都千代田区神田藤河台1の7
 TEL 03(3294)4801 振替 00120-6-53909
<http://www.koubundou.co.jp>

印刷 三美印刷株式会社

製本 牧製本印刷株式会社

© 2017 Hiroto Dogauchi, et al. Printed in Japan

【JCOPY】(社)出版者著作権管理機構 委託出版物

本書の無断複写は著作権法上での例外を除き禁じられています。複写される場合は、そのつと事前に、(社)出版者著作権管理機構 (電話03-3513-6969, FAX 03-3513-6979, e-mail: info@jcopy.or.jp) の許諾を得てください。
 また本書を代行業者等の第三者に依頼してスキャンやデジタル化することは、たとえ個人や家庭内の利用であっても一切認められておりません。

ISBN978-4-335-35707-7

生じない場合に、なお許されない行為となるかが問題となる。個々の注文においては、大半が信託財産の取引で一部が固有財産の取引である場合も、逆の場合もあるが、全体としてみれば、むしろ信託財産もそれによって利益を受け、取引通念に照らしても不当とは判断されない行為であるから、許容されることになる(31条2項4号参照。40条3項においても反証が可能な場面といえよう)。誘引の可能性を考えると、この場合も透明性の確保の問題はなお存在するように思われる。²⁸⁾

第4に、第三者の利益を図る行為については、受益者の利益と第三者(受益者・受託者・受託者の利害関係人以外の者)の利益が相反する行為(たとえば、信託財産の廉価売却や信託に不利な契約条件での売却など)は善管注意義務の類型であると整理されたが、抽象的・形式的・類型利益相反行為を対象とした2段階の規律の対象となる利益相反行為類型の規律からは排除されたとどまり、受益者の利益を犠牲にして第三者の利益を図るものと評価される行為の30条の忠実義務違反該当性まで排除されるものではない。第三者の債務の担保のために無償で信託財産を担保に供する行為や、信託財産に関する情報を第三者に提供する行為があげられる。³⁰⁾

第5に、以上にまたがるものであるが、受託者の主観面において、受託者が、受益者の利益ではなく自己や第三者の利益を図る目的で行う行為は——代理であれば代理人の権限濫用行為となる——、30条の忠実義務に反する行為となる。

第6に、31条および32条との関係で、受託者の行為が31条1項や32条1項に該当する場合は両条の問題であり、この両条によって捕捉しきれない行為のみが30条の一般規定の対象となると説明される。³¹⁾ただし、ある行為のある側面のみが31条や32条の対象となっている場合に、他の側面についての30条の適用が排除されるわけではない。たとえば、受託者の利害関係人の第三者に対する債務を担保するため信託財産に属する財産を担保に提供する行為について、信託行為で許容する旨が定められている場合に、当該担保設定行為は31条2項1号により同条1項4号の禁止の及ばない行為となるが、その担保設定にあたり利害関係人からリベートを得ていたり、あるいは、信託にとつては必要のない行為であって当該第三者や当該利害関係人の利益を図る目的で行われたときは、リベートの取得や、

27) 前掲・注9)、注20)およびそれぞれの本文を参照。

28) セミナー(2)・157～159頁(ただし、自己の利益を図ることが誘引になるとしても、信託に不必要な取引をすることは善管注意義務の問題と整理されている)参照。

29) 寺本昌・124頁注5、125頁注7参照。

30) 能見・81頁。

31) 寺本昌・118頁注1、田中・212頁。

32) 沖野・前掲注2)483頁。

そのような第三者図利目的・意思の行為である点は、本条の忠実義務違反となりうる。

第7に、受益者との間の行為が問題となりうる。受益権(あるいはその担保権・質権)を信託財産や固有財産で取得する行為、受益者との間の信託財産や固有財産の売買等、受益債権と固有財産で受益者に対して有する金銭債権を相殺する行為、受益者が受託者の支出した信託事務処理に必要な費用を償還する債務を負担する行為などである。受託者が、受益者の利益のため忠実に信託事務処理や一定の固有の事務処理行為をしなければならぬという義務の射程の問題である。新法のもとでは、受益者が、債権者として(受益債権の場合とそれ以外の債権の場合があり、後者については、信託債権の場合と受託者の固有財産のみで履行責任を負う固有債権の場合とがある)、あるいは取引相手方として、登場する場合、一般の第三者の範疇として扱われる。たとえば、受益債権と受託者の固有財産の金銭債権との相殺は、信託財産責任債務である債務と固有財産で有する債権との相殺の問題である。受益者からする相殺は22条の問題となる。受託者がする相殺は、善管注意義務および忠実義務の観点から判断されるが、相手方が受益者であることによつて特別の規律となるわけではない。³³⁾受益権の取引については受益権に関する情報が受託者に偏在している可能性が高く、情報提供が受託者に要請されうるが、忠実義務の問題ではないと解される。また、受益者が受託者を信頼し、あるいは受託者に依存して、自らと受託者の取引に同意をしている場合には、受託者は、そのような信頼や依存関係を濫用してはならないが、それともまた忠実義務の問題ではないと解される。信託事務処理費用等の受益者による債務負担は明文で可能であると定められている(48条5項)。同規定には忠実義務との関係でそれが抑制されるわけではないことを示す意味もある。

(3) 受益者の利益専一と受益者の最善の利益

旧法下の学説において、一般的な忠実義務は「受託者はもっぱら信託財産(受益者)の利益のためにのみ行動すべきである」と定義されている。³⁴⁾「もっぱら……の

33) 受益者から固有財産で受益権を取得する行為につき、寺本昌・125頁注6、セミナー(2)・117～125頁参照。旧法下、固有財産で受益者に対して有する金銭債権の担保のために受益権につき担保権の設定を受ける行為や、信託契約の解除・信託の終了後の相殺等が問題となり、忠実義務違反の問題にはならないとされた例に、大阪高判平13・11・6判時1775-153がある。

34) 寺本昌・95頁注7参照。

35) 受託者が固有の資格において受益者との間で行う取引(特に受益権の取得)に関する分析として姜・前掲注1)412～414頁参照。

36) 四宮・231頁、能見・75～76頁。なお、UTC(アメリカ統一信託法)802条(a)が、“solely in the interests of the beneficiaries”として利益専一の概念を示していることも参照。