

〈資 料〉

地方議会における議員に対する 不利益措置の司法審査対象性

——憲法学の観点からの鑑定意見書——

小 林 武

（公刊にあたってのはしがき） 本稿は、現在、岐阜地方裁判所（民事第2部合議係）に係属中の損害賠償請求事件（2006年12月5日提訴。平成18年（ワ）第892号）につき、原告側弁護士団に需めに応じて、2007年9月3日に、同地裁に提出した意見書である。

本件「中津川市議会における発声障がいをもつ議員へのいじめ損害賠償請求事件」では、発声機能を喪失した市議に対する議会の処遇の是非が問われている。

すなわち、岐阜県中津川市議会の小池公夫議員は、一期目の2002年に、癌で声帯を切除して発声障害を抱えることになり、それ以降、議会においては自書した文書を他人に代読してもらう方法による発言をすることが認められるよう、求めてきた。しかし、市議会は、これを許可せず、二期日に当選して以降も、パソコンによる音声変換装置を用いてする発言しか認めなかった。

その後、小池市議の人権救済の申立てを受けた岐阜県弁護士会が、代読を認めるべしとの勧告を出したが、市議会は、委員会での代読は認めたものの、本会議での一般質問については、パソコンしか認められないとして代読を拒否しつづけた。そのため、同市議は、このような中津川市議会の措置、とりわけ、2006年12月1日の本会議で、同市議の代読発言を保障することを求めた決議案が否決されたことにつき、決議案に反対した市議および議長（ならびに市）を相手取って、国家賠償の請求に及んだ次第である。

いうまでもなく、何人も、その言論の自由を、憲法 21 条 1 項により保障されている。とりわけ、議員の議会における表現活動は、主権者たる住民の知る権利に応え、また、議会制民主主義を正常に運用するための根幹をなすものとして、その十分な確保が実質的にはからなければならない。とすれば、本件の中津川市議会のとった措置は、議員の権利を侵害し、議会制民主主義を自ら危くする愚挙であるといわざるをえない。この懸念は、すでに多くの人々の注目するところとなっており、メディアも、新聞のほか、テレビが、『声の壁』と題して本件を取り上げた 1 時間のドキュメント番組を、2007 年 5 月 27 日（深夜、中京テレビ）、6 月 17 日（深夜、NNN）、6 月 30 日（昼、中京テレビ）と、知る限りで 3 度にわたって放映するところとなっている。

しかし、被告側は、本案の審議に入る必要がない、との見地に立つ。すなわち、いわゆる「部分社会」の法理に拠って、議会における措置は議会の内部規律にもとづいて処理されるべきであり、本件は司法審査になじまない、というのである。ここにおいて、この訴訟は、その入口に一大争点をもつことになった。

私は、「部分社会」論はそれ自体成り立ちがたい法理であり、地方議会における係争は議会の自律権を考慮して司法判断されるべきものであるところ、議員の権利救済を求める本件は、当然に司法審査の対象となる、と考える。

以下の意見書は、そのような見解を綴って裁判所に提出したものであるが、わが国に自由と民主主義を回復し発展させることに資する判決の出されることを心より願って、ここに公刊する次第である。

（2007 年 9 月 22 日 記）

追記 本意見書ではほとんど論じていないが、このケースが提起しているもうひとつの重要なテーマは、言語の権利の問題である。原告は、「代読」という方法による表現を望んだのであるが、被告の側は、最後までこれを全面的には認めなかった。しかし、人は、表現の方法を選ぶ自由を有しており、各人の言語使用の権利は、人の基本的権利として、本来憲法によって保障されているはずのものではなかろうか。—— こうした、いわば「言語権」の解明が、ひきつづきとりくむべき課題であることを書き留めておく。

目 次

はじめに

I 本件訴えの具体的争訟性の確認

- 1 本件訴えは「法律上の争訟」に該する
- 2 原告は憲法上の権利を侵害されている

II 「部分社会」論に対する評価

- 1 最高裁判例は、田中少数意見型「部分社会」論とは距離を置いている
- 2 「部分社会」論は最高裁判例型のもので日本国憲法とは相容れない

III 地方議会の自律性と本件の訴え

- 1 議院とは同置できないが強く保障されるべきである
- 2 議会自律権は議員の権利の司法的救済と両立する

IV (付説) 立法不作為国賠訴訟の成否の問題と本件訴えとの関係

はじめに

本意見書は、岐阜県中津川市議会において、発声障害をもつ議員への差別的
不利益措置（いじめ）がなされたことに対する損害賠償請求の事案（2006〔平
成18〕年12月5日提訴。平成18年（ワ）第892号中津川市議会における発
声障害がいを持つ議員へのいじめ損害賠償請求事件）にかんし、この措置が司法
審査の対象となるものであるか否かについて憲法学上の検討を加えることを課
題とする。

訴状等によれば、事案の経過は、要点、次のごとくである。

岐阜県中津川市会議員である原告は、2002（平成14）年10月、下咽頭癌の
ため声帯を切除した（身体障害者等級3級）ことにより、発声機能を喪失し、
その後、代用音声を得るべく食道発声の訓練を受けているものの、他人が聴き
取れる程度の発声はできない状態となった。そこで、原告および原告の所属市
議団は、議事運営委員会（議運）に対し、文書による一般質問を認めてほしい
旨申し出たが、議運は、口頭での発言が原則であり、原告の質問は許可できな
いとした。これにより、原告は、委員会において質問や発言をすることができ
なくなった。

原告が2003年4月に再選された後、所属市議団が、議運に、代読により原告が発言できるよう申し入れ、また、原告がホワイトボードに記載する方法での発言を認めるよう提案したが、議運は、いずれの方法も認めなかった。その後、2004年9月、議運は、パソコンによる音声変換装置を利用するの発言を認める申し合わせをした。これに対し、原告は、代読による発言を認めるよう求めたが、議運は、まずは原告がこの装置を利用できるよう自助努力をすべきだとして、代読の方法を認めなかった。

ところが、2005年11月、岐阜県弁護士会が、原告による人権救済の申立てにもとづいて中津川市議会および議運に対し、市議会および委員会において代読での発言を認めるよう勧告すると、議運は、本会議における一般質問については、最初の質問がパソコンにより、再質問は代読の方法によることを決定した。また、委員会における発言についても、あらかじめ準備できるものはパソコンによるが、そうでないものは委員会または副委員長にメモをわたして代読で発言することを承認した。

これにより、同年12月、原告は3年半ぶりに、所属する文教消防委員会において、副委員長の代読で発言することができた。しかし、議運は、一般質問の最初の質問は、パソコンの音声変換装置の操作を事前に準備できるとして代読を認めなかった。原告はパソコンが上手に使えないが、ただ、もともと、よほど堪能な人でもそれを使って丁々発止のやりとりをすることは無理であるといわなければならない。そのため、原告の所属する市議団は、一般質問の最初の質問にも代読を認める内容の「市会議員の発言保障に関する決議案」を提出したが、2006年12月の本会議で、賛成5：反対27で否決された。

そこで、原告は、決議案に反対した市議27名と市議会議長および中津川市を相手取り、それぞれ民法709条および国家賠償法1条1項にもとづいて損害賠償の請求に及んだものである。

——以上要記した事実経過については、冒頭に述べたとおり訴状等に拠ったものであるから、被告側からは異論もありえようが、本意見書で中心的にとりあげようとするのは、被告中津川市（以下、「市」）が、本訴請求の「根本的欠陥」として挙げている憲法的論点である。

すなわち、被告は、地方議会における議決は、当該地方議会内部の秩序の中で判断されるべきであるとの、いわゆる「部分社会」論にもとづき、本件訴えは司法審査の対象にならないとし、議員の議案に対する態度表明は、政治的判断にとどまり裁判所の介入を求めるべき事柄ではない、と主張している（被告市準備書面（1）2～14頁）。

本意見書では、こうした被告側主張をとりあげ、以下、本件訴えの司法審査対象性について、できるだけ立入った検討を加えておきたい。

I 本件訴えの具体的争訟性の確認

1 本件訴えは「法律上の争訟」に該る

本件訴えは司法審査になじまないとする被告の主張をとりあげるにあたって、まずもって、それが裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に該るものであることを確認しておきたい。もっとも、この点は、被告も争っていないところであるが、本意見書では、後の行論と深く関係する。

通説によれば、「司法」とは、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」であり、より厳密に定義すれば、「当事者間に、具体的な事件に関する紛争がある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基づき、一定の争訟手続によって、紛争解決の為に、何が法であるかの判断をなし、正しい法の適用を保障する作用」であるといえることができる（参照、芦部信喜『憲法（第4版）』（岩波書店、2007年）320頁以下）。その中核にある「具体的な争訟」という要件（具体的事件性または事件性の要件）が、実定法上は、上記の「法律上の争訟」として表現されているのである。

そして、この「法律上の争訟」とは、判例上、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否にかんする争いであって、かつ、②法の適用によってこれを終局的に解決することができるものに限られる、とされている（警察予備隊違憲訴訟〔最大判1952（昭和27）.10.8民集6巻9号783頁〕、より明確に定式化したものとして、教育勅語合憲確認訴訟〔最三判1953（昭28）.11.17行集4巻11号2760

頁))。これらを嚆矢として、以降の判例に踏襲されている(その代表的なものは、最判1959〔昭29〕、2.11民集8巻2号419頁、最判1966〔昭41〕、2.8民集20巻2号196頁、「板まんだら」訴訟・最三判1981〔昭56〕、4.7民集35巻3号443頁など)。

上記の①と②の要件は、事件・争訟によっては区別して考えるのが適用な場合もあるが、①が当該生活関係に適用される法規範の存在を前提にしていることの中に、②の法を適用して解決しようという要件が含まれているといえる。つまり、前者の要件を満たす紛争は同時に後者をも充足させるわけであるから、権利侵害が主張された場合、裁判所は原則として当該紛争に司法審査を及ぼしてその解決をはかるべきであり、こうした理解は、裁判を受ける権利(憲法32条)の保障に應えるものであるといえる。そして、本件の訴えがこの要件を具えたものであることは明らかで、被告もこの点は争っていない。

(付言するに、日本国憲法はアメリカ合衆国憲法〔3条2節1項〕とは異なり、裁判所の権限を「事件・争訟」(cases/controversies)に限定していないことから、司法の観念自体は、立法・行政との関係における任務分担として決めるものであり、国民の裁判を受ける権利との関係とは区別すべきもので、具体的事件性は司法権発動の要件とはならない、とする見解も近時出されている〔たとえば、高橋和之「司法権の観念」『講座憲法学』6(日本評論社、1995年)13頁、同『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、2005年)339頁〕。しかし、具体的審査制を採用した日本国憲法について、「事件・争訟」の概念を採り入れて解釈することは、不適切とはいえない。)

なお、訴えが「法律上の争訟」であるものの、事柄の性質上裁判所の審査に適さない、いわゆる「司法権の限界に該るものがありえ、それらには司法審査は及ばない。ただ、この点で、論理の組み立てとして、最高裁判例(富山大学単位不認定事件・最三判1977〔昭52〕、3.15民集31巻2号234頁)は、裁判所法という「一切の法律上の争訟」とはあらゆる法律上の係争を意味するものではなく、「司法権の限界」に該るものはそもそも「法律上の争訟」に含まれない、としている。しかし、「法律上の争訟」は、先述のごとく、およそ法規範にかかわる具体的な紛争を意味するものであるから、一切の法律上の係争がそこに含まれるとした上で、「司法権の限界」に該るものを除外する、という論理こ

そ妥当とされよう。

さて、被告は、本件訴訟について、統治行為論で処理されるべき余地があることをほのめかしつつ、「部分社会の法理」が妥当して司法審査の対象にはならない事案である等、主張する。本件を統治行為論のケースとして扱うことの無理は明らかであるから、ここで触れないこととし、部分社会論の検討に進もうと思うが、それに先立ち、原告が侵害されていると主張する権利は、憲法上の——言語権とも呼ぶべき——権利であることを論じておきたい。

2 原告は憲法上の権利を侵害されている

発声障害をもつ原告の市議会における発言機会を保障しようとせず、あまつさえこれを制限する措置（原告は、これを「いじめ」ととらえている）は、以下の点において、原告の憲法上の権利を侵害するものといえる。この点は、訴状的的確な解明をおこなっているところであり、ここでは、それを岐阜県弁護士会・同人権擁護委員会が中津川市議会・同議事運営委員会に宛てた 2005 年 11 月 16 日付『勧告書』等を参考にしつつ敷衍しておこう。

まずもって、議員の発言の機会を十分に確保せず、制限することは、憲法 21 条の保障する表現の自由の制約・侵害に該するものであることはいうまでもない。しかも、ここで問題となるのが議員の政治的言論であるだけに、それは住民の主権者としての意思を反映させ、また知る権利に応えるべき役割をもつ。これを制約し、実質上封殺することは、地方自治の本旨の中核をなす住民自治の原則に違背し、ひいては民主主義の議会をとおしての実現を不可能にしてしまう。

ついで、こうした政治的意見表明の権利が、ここでは、発声に障害をもつ原告について、それをもたない人との関係で不平等に取り扱われており、平等権侵害が問題とされる。原告にパソコン音声変換装置による発声を求めるのは、原告はこれをうまく使えないこと、また、より本質的にはこの装置は熟練者にとっても対話用には不向きなものであることからすれば、実質上発言をまったく、ないし不十分にしか認めないことを意味する。しかも、それは、すぐにも実現可能な「代読」という方法を否定して原告に求めているものである点、

まことに合理性に欠ける措置であるといわざるをえない。原告は、ここにこの措置の差別性を見出し、それが「いじめ」にあたるものと指弾しているのである。なお、念のために付言するなら、発声障害をもつ議員にのみ代読を認めることは不当な優遇措置であるとの観方は、成り立ちがたい。憲法 14 条の定める平等は、形式的平等から出発しつつも、現代においては実質的平等を志向し、そのためになされるべき合理的差別措置を許容し、さらには要請しているものと解されるからである（下級審裁判例であるが、在宅投票制廃止違憲訴訟の札幌高判 1978（昭 53）、5、24 高民集 31 条 2 号 231 頁も同旨の見解に立つ）。

そして、発声に障害をもつ人はそれを補うための方法を選択する自由を有しているはずであるにもかかわらず、これを認めないのは、その人格的生存にかかわる問題であって、自己決定権（13 条）の侵害を惹起するものといえよう。なお、障害者基本法 3 条が、「すべて障害者は、個人の尊厳が重んぜられ、その尊厳にふさわしい生活を保障される権利を有する。」（1 項）、「すべて障害者は、社会を構成する一員として社会、経済、文化その他あらゆる分野の活動に参加する機会が与えられる。」（2 項）と定めているのも、以上の憲法上の理を法定法律上具体化したものである。

以上のような憲法上の権利については、その確保・実現をはかる措置を執ることこそが要請されており、その制約が許されるのは、確保・実現の措置を執った場合に生ずる支障が明白かつ現在のもので、発言権保障の重要性を上廻る場合に限られるといえよう。最近の最高裁判決（精神障害の人のための在宅投票制を設けていない公職選挙法をめぐる立法不作為違憲訴訟・最一判 2006〔平 18〕、7、13 判時 1946 号 41 頁）が示した、「国には、国民が選挙権を行使することができない場合、そのような制限なしには選挙の公正の確保に留意しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められるときでない限り、国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執るべき責務があるというべきである」との法理は、ここにも妥当する。

結局、本件において代読を認めなかったことは、原告のもつ上記憲法上の諸権利を侵害する違憲の行為にほかならないのである。

なお、原告があくまで代読という方式を選ぼうとしたのは、まさに、「言語」

の特性から出たものであるといえる。すなわち、言語活動の場、とりわけ議会などにおいては、丁々発止のやりとり、つまり、相手に対して間髪を入れずに主張と反論をおこなうことが必要とされる。そのための言語＝表現手段が、何人にも、生きるために保障されていなければなるまい。本件に即していえば、パソコン音声変換装置は、慣れや技術の問題を超えて、こうした機能を果たすには不向きな伝達手段であって、原告の場合、代読こそ、まだしも当事者の意思を可及的に迅速かつ正確に伝達することを確保し、対等に主張と反論を尽くすことのできる、ここでは最善の方法なのである。そして、原告がこの代読に拠ることを望み、またそれを援用したとて議会と委員会の運営に實際上何の支障もないとすれば、それにもかかわらずこの方法を受容しないことは、言語の働かしについての驚くばかりの無理解を示すものといわざるをえないのである。

——言語にかんするこうした特質の考察から、本来、さらに、「言語権」と名付けるべき権利概念の究明へと進むことが期待される（なお、「言語権」についての、今日なお稀な法学的研究として、小嶋勇〔監修〕・全国ろう児をもつ親の会〔編〕『ろう教育と言語権 ろう児の人権救済申立の全容』（明石書店、2004年）、言語権研究会〔編〕『ことばへの権利 言語権とは何か』（三元社、1999年）、鈴木敏和『言語権の構造 英米法圏を中心として』（成文堂、2000年）などがある）。しかし、本意見書では、次の、本論としての「部分社会」論批判へと叙述を移すことにしよう。

II 「部分社会」論に対する評価

1 最高裁判例は、田中少数意見型「部分社会」論とは距離を置いている

被告（市）は、本件訴えは「根本的欠陥」を蔵し、司法審査にはなじまないとする主張を2点にわたっておこなっており、その「第1の欠陥」を指摘するにあたって、いわゆる「部分社会」論を直截に持ち出している。

すなわち、準備書面（1）（2007年2月23日付）において、1960年の板橋区議除名処分事件上告審判決（最大判1960〔昭35〕.3.9民集14巻3号355頁）の田中耕太郎・斎藤悠輔・下飯坂潤夫補足意見を「大いに傾聴に値する」として、それが説く、次のような主張を根拠に、地方議会の議決に司法機関はみだりに介

入すべきではない、という。

——「〔裁判所法3条1項のいう〕『法律上の争訟』は国家秩序に関するものを指し、社会における一切の法規範を網羅するものではないと解すべきである。……刑罰にいたらない懲戒処分に関しては〔地域的および機能的な部分〕社会が規範を自由に立法し、解釈しそうして適用することができ……これについて裁判所は審査権をもっていない。」とするものである。

なお、補足意見は（意見、反対意見も）当然事ながら判例を構成するものではないこと、および、「部分社会」論を主張する田中説が最高裁判決上最初に現われたのはこの判決に先立つ1953年の米内山事件判決（後出）であることからすれば、この準備書面の論旨には、賛否を別にしてもって奇妙の感を禁じえなかったことを、さしあたり付言しておきたい。

さて、「部分社会」論は、被告準備書面がしたごとくに無批判に扱うことができるほど安定した法理ではない。それは、最高裁判例によれば、「一般市民社会の中であってこれとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、その自主的、自律的な解決に委ね」、「裁判所の司法審査の対象には〔し〕ない」旨の定式である（富山大学単位不授与事件・最大判1977〔昭52〕. 3, 15民集31巻2号234頁）。

こうした論理の原型は、1953年の地方議会の除名処分にかんする米内山事件上告審決定（最大決1953〔昭28〕. 1, 16民集7巻1号12頁）における田中耕太郎少数意見にみられる。それは、議員の除名処分をもって、「議会の内部規律の問題として、議会自身の決定に委ねべきものであり、司法権の介入の範囲外にあるもの」とし、その「理論的基礎」を「法秩序の多元性」に求めて、次のようにいう。

「凡そ法的現象は人類の社会に普遍的のものであり、必ずしも国家という社会のみに限られないものである。国際社会は自らの法を有し又国家なる社会の中にも種々の社会、例えば公益法人、会社、学校、社交団体、スポーツ団体等が存在し、それぞれの法秩序をもっている。法秩序は社会の多元性に応じて多元的である。それ等の特殊的法秩序は国家法秩序即ち一般法秩序と

或る程度の関連があるものもあればないものもある。その関連をどの程度のものにするかは、国家が公共の福祉の立場から決定すべき立法政策上の問題である。従って例えば国会、地方議会、国立や公立学校の内部の法律関係について、一般法秩序がどれだけの程度に浸透し、従って司法権がどれだけの程度に介入するかは個々の場合に同一でない。要するに国会や議会に関しても、司法権の介入が認められない純然たる自治的に決定すべき領域が存在することを認めるのは決して理論に反するものではない。そうして、本件の問題である懲罰の事案のごときは正にかかる領域に属するものと認めなければならない。」とするのである。

このような見解に対しては、即座に批判が出されており、同判決に付された真野 毅意見は、田中裁判官の名を挙げて、「法秩序は多元的であっても、一国内の法秩序である限り憲法に特別な規定がない場合には、法律上の争訟はすべて最後には裁判所の裁定に服すべきものである」ところ、同裁判官のごとく「いくら空疎な法秩序の多元性を力説してみたところで、違法な除名処分が裁判所に出訴できないという見解の理論的根拠と〔は〕ならない」と断じていた。

その後、最高裁は、1960年の村議会議員出席停止処分事件上告審判決（最大判1960〔昭35〕、10.19民集14巻12号2633頁）において、法秩序の多元性論を下敷きにつつ次のような判断を示した。すなわち、「自律的な法規範をもつ社会ないし団体に在っては、当該規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがあり」、「本件における出席停止の如き懲罰はまさにそれに該当する」。もっとも、「議員の除名処分の〔場合〕は、議員の身分の喪失に関する重大事項で、単なる内部規律の問題に止らないから」司法裁判の権限内の事項となる、としたのである。

つまり、この判決は、田中説の影響下にありながらも、田中説が懲罰の種類を問わずそのすべてについて司法権の介入を認めないものであるのに対して、懲罰のうち除名処分は内部規律の問題にとどまらぬとして、それを他のものとは区別する、いわゆる「内部・外部関係二元説」に立ち、同説に重大な修正を加えたものであった。そこで、田中裁判官は、ここでも斎藤・下飯坂両裁判官の同調を得て補足意見を書き、多数意見のように除名と出席停止とを区別し

て考えるべきでなく、両者はともに裁判権の対象外にあるものと解すべく、その理由は米内山事件大法廷決定理由中の田中裁判官の少数意見のとおりであると主張していた。

しかしながら、最高裁は、1977年の富山大学単位不授与事件（前出）で、この1960年10月19日判決法廷意見を「参照」し、次のように判示して、最高裁型の「部分社会」の論理を定式化したのである。

——「大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究とを目的とする教育研究施設であって、その設置目的を達成するために必要な諸事項については、法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的、包括的な機能を有し、一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成しているのであるから、このような部分社会である大学における法律上の係争のすべてが当然に裁判所の司法審査の対象となるものではなく、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題は右司法審査の対象から除かれるべきものである」というのがそれである。

そして、この内部・外部関係二元説にもとづく最高裁型「部分社会」論が、それ以降の判例の採るところとなっている（地方議会関係の争訟について、後に事例をとりあげる）。要するに、判例は、法秩序の多元性という、それ自身は万人の承認することのできる認識に立ちつつ、被告準備書面が金科玉条のごとくに扱う田中説がいうような、団体の内部事項を一般的・包括的に司法審査から排斥する「純粹」型の部分社会論は、これを一貫して採用していないことが判明するのである。

ただ、さらに進んで、そもそも「部分社会」論は、上記のような最高裁判例型のものでも、日本国憲法の下では成り立ちえない法理であるといわなければならない。この点を、項を改めて述べることにしよう。

2 「部分社会」論は最高裁判例型のものでも日本国憲法とは相容れない

「部分社会」の法理については、すぐあとに述べるように、学説は、これをこぞって批判している。多元的法秩序の存在というそれ自体は疑う余地のない

事実についての認識から直ちに解釈論上の結論を導き、司法審査の限界、つまりは国民の裁判を受ける権利の限界を設定してゆく、その論理の、法律論として耐えがたい粗さが、疑問と危惧を抱かせるがゆえである。わが国最高裁が編み出した判例法理の中で、最も彫琢に欠けたもののひとつといえるのではないだろうか。

もっとも、「部分社会」の理論は、戦前から、「法の担い手」は誰か、「法」とは何かといった法の本質論にかかわって法理學上主張されてきたものとされる（田中耕太郎の他、美濃部達吉、末広厳太郎らによって。〔参照、佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）160頁以下〕）。その明治憲法下で、この説は、とくに国家権力の統制に対する学問の自由および大学の自立と自律を主張する文脈で刑事被告人の側から主張されていた（たとえば、河合栄治郎事件において）。つまり、裁判所が治安維持法を適用しようとするのを阻止するために「部分社会」論が持ち出されたのである。こうした用い方と、今日、裁判による日本国憲法の適用を排除するためにこれを持ち出すのでは、法理の構造は同じであっても、人権確保の要請に対して正反対の役割を果たすことになる（参照、樋口陽一『憲法（改訂版）』（創文社、1998年）191頁）。

そのため、日本国憲法の下において、司法審査を限界づけるためにこの法理を用いることの誤りはきわめて明白である。部分社会においても、その紛争が「法律上の争訟」であって訴訟救済の必要がある限り、国民の裁判を受ける権利にもとづいた出訴につき、裁判所は審査をする義務を負う（憲法32条、76条1項および裁判所法3条1項）。なるほど、部分社会が存在すること、またその内部的な紛争が司法審査になじみにくいものであることは誰しも否定できないところであるが、それは、司法審査の範囲の広狭の差を生じさせる要因になりこそすれ、その否定を導くものではない。こうした、憲法上の国民の裁判を受ける権利に無理解なことが、この法理の根本的な問題点である。

それに加えて、裁判例（下級審を含む）が、地方議会、国公立大学のほか、私立大学、宗教団体、工場自治会、弁護士会、政党等々、多様で異質な諸団体につき、それらを一括りにしてこの法理を及ぼしていることに、学説はおしなべて批判的立場をとる。すなわち、当然ながら、それぞれの団体の目的、性質

(たとえば、強制加入か任意加入かの区別)・機能はもとより、その自律性・自主性を支える憲法上の根拠も、宗教団体(20条)、大学(23条)、政党(21条)、労働組合(28条)、地方議会(93条。地方自治法134条～137条参照)などで異なるので、その相違に即し、かつ、紛争や争われている権利の性質等を考慮に入れて個別具体的に検討しなければならないのである(代表的に、芦部・前掲書329頁参照)。

結局、「部分社会」論は、その機能において人権保障の要請と逆行し、その論理において粗雑さが際立ったものであるといわざるをえず、日本国憲法下では成り立ちがたいものとして、最高裁はこれをすみやかに判例理論から除くべきであろう。

そして、とりわけ地方議会については、「部分社会」論の思考方法に即したとしても、被告が依拠する田中外3裁判官補足意見(前出・最大判1960〔昭35〕3.9)のごとくに、それを「学校、社会、クラブ」と並置することは、法解釈論的構成としては余りに無分別である。地方議会は、国家から「ある程度の独立を維持」しているにせよ、それと機関的關係をもつ公的機構として、上記列挙のものとは峻別されなければならないのである。

敷衍するに、地方議会は、「法律の定めるところにより」設置される組織(議事機関)であって(憲法94条、92条)、それを受けた国法(地方自治法)が、その組織および運営について細を穿って定めている(同法第6章議会(89条～137条))。とくに、地方議会は、会議規則の制定を義務づけられ(120条)、また、委員会にかんする条例は同法の委任を受けて制定され(111条)、そして、懲罰にかんする事項も会議規則の中で定められる(134条2項)。すなわち、これら会議規則等は、国家法の系列の中に位置づけられているのである。

こうしてみると、地方議会における法律上の争訟と司法審査の關係は、「部分社会」論でなく、地方議会の自律性をいかに評価するかという観点から論じられるべきであろう。

Ⅲ 地方議会の自律性と本件の訴え

1 議院とは同置できないが強く保障されるべきである

地方議会の自律権能については、憲法はこれを明記していないが、それは93条の定める議事機関性の中に含意されていると考えることができる。「地方議会が意思決定権限を有する合議体である以上、自律的な意思決定を行うのに最小限必要な自律機能を具備することは、地方自治法の規定をまつまでもなく当然のこと」（駒林良則『地方議会の法構造』〔成文堂、2006年〕12頁）だからである。

いいかえれば、地方議会は、「一般的に言って、ある組織が独立の会議体である以上、その組織は会議体の運営にかんする手続準則を、それに違反する行為に対する制裁措置をも含めて、独自に決定しうる」（大石 眞『議院律権の構造』〔成文堂、1988年〕51頁）という理を土台としつつ、まさに、「地方自治の本旨」の一基本内容である団体自治の理念に底礎された組織であって、地方自治体の長の権力との関係において、また国の、とりわけ立法権、行政権との関係において自律的機能をもつといえる。そして、この自律権の範囲は、憲法によって定まるものであって地方自治法の規定に尽きるものではないことを、当然ながら確認しておきたい。

他方、もとより、地方議会の自律権は、国会の議院のそれと同一ではなく、地方議会を議院を縮小した相似形ととらえて、その自律権を説明することは正しくない。すなわち、憲法は、規則制定権および議院懲罰権（58条2項）、また、議員の不逮捕特権（50条）、免責特権（51条）などを明文で定めているのにひきかえ、地方議会については、これらの規定を置いていない。

ただ、議院にかんしてこれらを定めているのは、国政の統治構造においては、主権者国民を代表するものとして国権の最高機関であり、またしたがって立法機能を独占する機関である国会の属性（憲法41条）に即して、議院の自律権およびその構成員の特権を明記したものであって、地方議会とのその構成員についてそれらを否定する趣旨ではない。（なお、地方自治法の規定を根拠に、と

くにたとえば、120条、134条、176条4項～7項に定めるような仕組みは議院の規則についてはありえないとし、そのことから自律権のあり方は議院と地方議会とは本質的に相違しているとする論じ方がなされるが、妥当とはいえない。地方自治法の当該規定が日本国憲法下での地方議会の自律権を正当に具体化したものであるか否かの検証が必要とされるのである。）

地方議会の場合、その自律権は、前述のとおり団体自治にもとづくものであって、何より国との関係、つまり国の各権力からの自律ないし自立を意味するものとしてとらえることができる。同時に、地方議会は、国会と異なり、ともに住民代表である首長と、民主主義的代表者としての地位を分任している。この地方自治の統治構造における二元的代表制、ないし、いわゆる首長制が重要な考慮要素となる。こうした事情をふまえて、憲法93条の定める議事機関の意味内容を憲法解釈によって確定することになるが、それをおとして、地方議会・議員についても、上記の自律権・特権を基本的に肯定する余地を見出すことができる。

この点で、最高裁は、免責特権にかんする事案で、「〔国會議員について〕憲法51条に、いわゆる免責特権を与えているからといって、その理をそのまま直ちに地方議会にあてはめ、地方議会についても国会と同様の議会自治・議会自律の原則を認め、さらに、地方議会議員の発言についてもいわゆる免責特権を憲法上保障しているものと解すべき根拠はない。もっとも、地方議会についても法律の定めるところにより、その機能を適切に果させるため、ある程度に自治・自律の機能が認められてはいるが、その自治・自律の権能が認められている範囲の行為についても、原則的に裁判所の司法審査権の介入が許される」と説示したことがある（佐賀県議会事件・最大判1967〔昭42〕.5.25民集21巻4号505頁）。

これは、地方議会に、「国会と同様の」自律権を認めるいわれはなく、その具体的内容は「法律の定める」ところに委ねられる、と説いたものである。この、自律権の具体化を立法府の広い裁量の問題であるとした点には同感できないが、最高裁が、51条の理を「そのまま直ちに」ではなく、それを地方自治の理念に即して地方議会にあてはめることを否定していない点には、十分な留

意を払っておきたいと思う（これにつき、駒林・前掲書1頁以下の考察を参照）。

2 議会自律権は議員の権利の司法的救済と両立する

地方議会の自律権と司法審査の関係を考えるあたり、国会の議院の自律権につき、確認をしておこう。すなわち、それは、各議院が内閣・裁判所など他の国家機関や他の議院から監督や干渉ないし抑制を受けることなく、その内部組織および運営等にかんし自主的に決定することのできる機能をいう、と定義されるのが通例である。そして、その機能は、議院が内部組織や所属議員の身分上の問題について自主的に決定する組織自律権、議院の権能行使のあり方や議事運営の方法にかんする運営自律権および財政自律権に分類される。司法権との関係では、そのうち議員の身分上の扱いや議事運営が議員の権利とかかわって問題になる場合、その司法審査の可否が論じられるのである。

この点は、地方議会にかんしても同様であって、前述のとおり、自治・自律の権能がその性質に即して認められる。それを前提としたうえで、地方議会内で生じた問題が「法律上の争訟」にあたるものであって、訴訟救済の必要がある限り、議員の権利保障の観点からこれを司法審査の対象にしなければならぬ。すなわち、これは、地方議会の自律権の弱さのゆえではなく、権利保障の要請によるものである。

なお、これにかんして、先に取り上げた米内山事件最高裁判決における田中少数意見は、議会の内部関係の係争は司法権の介入の範囲外としつつ、それが違憲の問題にあたる場合には裁判所は関与すべきであるとする（同判決における小林俊三補足意見も同旨）。しかし、司法権は、違憲の問題のみならずすべての法律上の争訟を対象とするものであるところから、この論旨は、同判決の真野毅裁判官意見が指摘するとおり、妥当でない。ただ、この論旨からも、議会の懲罰の決定が憲法違反の問題を生じているような場合にはとりわけ明瞭に司法審査の対象になる、ということができよう。

以上の事柄を、本件に即して論じておきたい。原告が議会において受けた措置は、懲罰ではないが、いずれにせよ議員の権利行使を酷く妨げるものであった。それによって被った損害の賠償を求める訴えは、「法律上の争訟」成立の

2 要件（既述のごとく、①当事者間の権利義務ないし法律関係の存否にかんする争いであって、②法の適用によってこれを終局的に解決することができるもの）に該当することは明らかである。とすれば、原告の求める権利の救済は、議会の本件措置を仮に内部規律の問題ととらえる見地に立ったとしても、議会の意思が議員の権利に、その司法的救済を受けさせないまでに優越したものであるとはとうてい解することはできないから、これが司法審査の対象とされるべきことは論をまたない。

しかも、本件の措置に至る中津川市議会の決定手続の法構造は、次のごとくである。

すなわち、中津川市議会は、地方自治法 109 条の 2 項および中津川市議会委員会条例（昭和 31 年 10 月 19 日条例第 22 号）4 条にもとづき、議会運営委員会（議運）を設置している。その議運の担当する事項は、同法 109 条の 2 第 4 項 1 号の定めるとおり、議会の運営にかんする事項であり、そして、議運においては「議会運営委員会に関する申し合わせ」（平成 4 年 3 月 23 日議会運営委員会決定）を定めている。また、市議会本会議の決定は、地方自治法 120 条の命ずるところにより制定された中津川市議会会議規則（昭和 39 年 8 月 19 日議会規則第 1 号）第 8 章（77 条～87 条）によりなされている。

つまり、会議規則や委員会条例は、国家の法ら独立した市独自の自律的法規範とはいいがたく、憲法上の地方自治保障の原理からすればその合憲性に強い疑問が投げかけられるものでありながら、地方公共団体の組織および運営を詳細に規律している現行地方自治法に従った法規範として、国法の一部を形作っているのである。とすれば、「部分社会」論の論理を仮に念頭に置いたとしても、原告に向けてなされた措置は、地方自治法に根拠を有する、ないしそれに連結したのものとして、除名のような議員の身分を喪失させる措置でなくとも、すでに内部規律の問題にとどまるものではない、ということができよう（参照、常岡孝好「地方議会議員の懲罰と司法権」地方自治判例百選〔第 3 版〕〔有斐閣、2003 年〕121 頁）。

このようにして、本件訴えは、「法律上の争訟」に該当するものとして司法審査の対象になることを認め、本案審理に入ったうえで、議会の自律権につい

て、これを尊重し、これに配慮した審理がなされることが適切であるといえよう。本件請求には証拠調べの必要すらないとする論調は、乱暴の極みであるといわざるをえない。

IV （付説） 立法不作為国賠訴訟の成否の問題と 本件訴えとの関係

被告（市）は、原告の訴えに「第2の欠陥」があるとして、いわゆる立法不作為を理由とする国家賠償請求訴訟の裁判例にもとづく議論を、多くの頁を割いておこなっている（準備書面（1）5～14頁）。しかし、とくにその前半部分（ア）は、本件訴えといかに関係を有するのか、理解に窮するところであり、率直に言って、被告側の勘違いではないかと思われる。

この、立法作用（作為、不作為）の違憲を国賠法1条1項の「違法」をとおして争う訴訟（不作為に代表させて「立法不作為国賠訴訟」と呼ばれる事が多い）は、訴えの成立につき障害の少ない損害賠償請求訴訟の形式を選んで、判決文中において立法不作為の違憲を認定させ、それが実質的に国会に対して立法を促すインパクトを期待して、当該立法の作為により（あるいはその不作為により）損害を受けたとする国民により提起されるものである。

すなわち、これは、立法作用という、議会が国民に対してなした意思形成とその表示作用の違憲を国民が争うものであって、同じ議会の措置であっても、本件のように議会内における議会構成員に対する行為が問題になる事案とは全く別個のものである。そのことは、最高裁が、前者の国賠訴訟については、立法（ないしその不作為）それ自体の違憲性と、個々の議員の行態の国賠法上の違法性とを区別する論法で対処しているのに対し、後者の議会内部の係争には、これまで述べてきた「部分社会」論をもって処理してきたことから判明する。前者の事案にかんする最高裁の昭和60年判決（後出）が「田中ら補足意見の考え方をそのまま踏襲していることは明らか」だとの指摘は、やはり解しがたい、それで、参考のために、立法不作為国賠訴訟について、判例の推移を中心に、若干解説的な叙述をしておくこととする。

すなわち、このタイプの訴訟で顕著な事例が見られるようになったのは、1970年代半ば頃であり、以降、下級裁判所は、多くこれに積極的に対応してきた。しかしながら、最高裁は、1985年、在宅投票制の事案につき、作為・不作為を問わず立法作用に対する国賠訴訟の成立それ自体を原則的に否定する判断を示した（最一判1985〔昭60〕、11.21民集39巻7号151頁。以下、「昭和60年最判」）。つまり、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというとき、容易に想定しがたいような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない」としたものである。

その後の裁判例は、ほぼこぞってこれに従うようになった。ただ、そこにいう「例外的な場合」を緩やかに適用することで、あるいは、その射程距離を限定的に解して同判決の拘束を免かれることで、立法不作為の違憲・違法を肯定する判決も登場した（それぞれ、関釜訴訟山口地裁下関支部判決〔1998（平10）、4.27判時1642号24頁〕およびハンセン病訴訟熊本地裁判決〔2001（平13）、4.27判時1748号30頁〕）。また、「基本的に」同判決の判断に従うとして違法を否定しつつも、そこで争われた公選法が違憲状態にあるとしたものも出されていた（筋萎縮性側索硬化症〔ALS〕訴訟東京地裁判決〔2002（平14）、11.28判タ1114号93頁〕）。

こうした流れを受けて、2005年に、大法廷は、在外国民の選挙権行使を制限していた公選法の規定につき、違憲性・違法性をともに肯定して訴え認容の判示をしたのである（最大判2005〔平17〕、9.14民集59巻7号2087頁。以下、「平成17年最判」）。その一般的な判断枠組みは、昭和60年最判の職務行為基準説（違憲性・違法性二元論を導く）を踏襲しつつ、「例外」の場合の判断にかんじて、「立法の内容又は立法不作為が、国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」がそれぞれにあたる、と要件を大きく緩和させたのである。

そして、精神障害をもつ人の在宅投票制度の事案をめぐる上告審判決（最一判2006〔平18〕、7.13判時1946号41頁）は、平成17年最判後において選挙権行

使の機会確保をめぐる立法不作為について判断した初めての最高裁判決であるが、違憲・違法の結論を出さなかったものの、平成 17 年最判の上記判断基準を明示的に踏襲している。このことは、同最判が在外選挙制度の特殊性を即した事例判決ではなく、昭和 60 年最判を実質的に判例変更したものであることを告げるものといえよう。

—— 以上の判例の流れに照らすと、昭和 60 年最判は、すでに変更を受けた過去の裁判例に過ぎず、それでもなお今日これに依拠して論じるのであれば、その格別の理由が示されなければなるまい。それを示さない主張は意味をもたないものと思われる。

なお、上記の事柄とは別に、被告（市）がとりあげた、地方議会議員辞職勧告決議事件の裁判例（東京地裁八王子支判 1991 〔平 3〕. 4. 25 判時 1396 号 90 頁）は、本件訴えの司法審査適合性を考えるについて有益な事例である。この判決は、「部分社会」論の枠組みを用いつつ、当該決議は議員の私人としての行動を問題としたもので、議会の自律権の範囲外でなされており、私権としての名誉権にかかわり、純然たる内部規律の事項とはいえ一般市民法秩序にかかわるものであるとして、司法審査に踏み切っている。「部分社会」論を採らない小見とはその点で見解を異にするが、結論には同意することができ、参照されるべき価値を有しているといえる。

以上、発声障害をもつ原告が中津川市議会議員として同市議会において受けた処遇（いじめ）について損害賠償を求める本件訴えは、これを実質的な本案の審理へと進めることに何の支障もない。「法律上の争訟」としての要件を充足した本件訴えにつき、憲法上の根拠をもたない偏狭な「部分社会」論により司法審査の道を封じることは、国民の裁判を受ける権利に対する重大な侵害に他ならない。憲法の番人たる裁判所が、一刻も早く実質審理を進め、住民代表者の発言権・言語権を回復し、それをとおして主権者住民の知る権利と参政権を確保する判断を示されるよう、衷心より願って筆を擱く。

