

地方議会議員に対する懲罰と「法律上の争訟」

—出席停止処分に対する司法審査を中心に—

神 橋 一 彦

I はじめに

- 1 問題状況
- 2 本稿の課題

II 岩沼市議会事件の概要

- 1 事実の概要
- 2 第1審判決
- 3 控訴審判決
- 4 問題点

III 司法権の限界

- 1 司法権の内在的限界と外在的限界
- 2 宗教団体の内部紛争と「法律上の争訟」
- 3 司法権の外在的限界と「法律上の争訟」
- 4 岩沼市議会事件との関係

IV 部分社会論

- 1 最高裁判例の部分社会論
- 2 〈原則的取扱い〉のモデル
- 3 昭和35年最大判以前の下級審裁判例
- 4 部分社会論の原型 —田中耕太郎—
- 5 昭和35年最大判（内部規律論）の射程
- 6 出席停止処分取消訴訟の訴えの利益
- 7 出席停止処分の違法性に対する司法審査

V 個別的検討

- 1 昭和35年最大判の先例としての意義
- 2 出席停止処分の処分性（訴訟要件）
- 3 出席停止処分と司法審査の限界（本案）
- 4 「自治的措置に任せ」の意義

VI おわりに

I はじめに

1 問題状況

地方公共団体の議会（地方議会）において、懲罰その他議員に対する制裁措置がなされた場合、その対象となった議員は、これにつき何らかの裁判救済を求めることができるか——この問題めぐっては、地方議会の自律性と裁判所の司法審査との関係で、古くから議論のあったところである。とりわけ近時、この問題をめぐっては、懲罰（地方自治法 135 条）だけでなく、発言中止命令や嚴重注意処分など、係争の原因となる制裁措置も多様化するとともに、注目すべき裁判例もいくつか出されている¹⁾。

いうまでもなく、現行制度の下において地方議会は、一方で、住民代表機関として自主立法権を有する点（憲法 93 条、94 条）で、地方公共団体において国会に類する地位と機能を有しているが²⁾、他方で、その活動の自律性については国法（地方自治法）によって相当程度規律されるところであるから、国会のような憲法上の自律権（憲法 58 条 2 項）が保障されているとは解しがたく³⁾、また議員の地位についても、国会議員について認められる不逮捕特権（憲法 50 条）や発言表決の無答責（憲法 51 条）などのような特権が認められているわけではない（最大判昭和 42 年 5 月 24 日刑集 21 巻 4 号 505 頁）⁴⁾。とりわけ、地方議会の議員の政治活動につき、その自由の保障が必要であるとしても、その法的根拠づけについては、必ずしも明らかではなく、表現の自由その他精神的自由権などの個人的な基本権による見解などがあるが、そこには多分に議論の余地

1) 国家賠償請求訴訟を中心に近時の判例を概観するものとして、今本啓介「国家賠償訴訟と法律上の争訟性—特に地方議会の議会内行為に係る国家賠償訴訟の法律上の争訟について」確井光明・稲葉馨・石崎誠也編『行政手続・行政救済法の展開 西瑛章・中川義朗・海老澤俊郎先生喜寿記念』（2019 年、信山社）399 頁以下参照。なお、この問題に関しては、同論文集刊行直前に出された最（一小）判平成 31 年 2 月 14 日民集 73 巻 2 号 123 頁（後述・Ⅲ）が重要であるが、同事件につき、同論文では原審判決までが取り上げられている。

2) 地方自治法の採用する議会の基本構造について、塩野宏は、自主立法権のほかに「むしろ一般的には、当該地方公共団体の重要な案件に関する最高の審議議決機関であり、その中には立法事項も含むが行政的意思決定も含まれる、というのが、適切な認識であろう」と指摘する（塩野宏『行政法Ⅲ〔第 4 版〕』（2014 年、有斐閣）197 頁、さらに参照、駒林良則『地方議会の法構造』（2006 年、成文堂）168 頁以下）。

3) 駒林前掲書（注(2)）153 頁。

があるであろう⁵⁾。

そして、具体的な係争事件も、上述のように、① 地方自治法 135 条に基づく懲罰（除名・出席停止・陳謝・戒告）⁶⁾の他、② 地方自治法 104 条に基づく措置（議長による議員に対する発言取消命令など）、さらには、③ 条例や当該議会の自律的決定に基づく措置（厳重注意、警告など）が問題となる。そしてそれに対応して、訴訟手段も、① 当該制裁措置の取消しを求める訴え（抗告訴訟）、② 当該措置に対する損害賠償訴訟（国家賠償請求訴訟）がありうるほか、場合によっては、③ 何らかの公法上の法律関係に関する確認訴訟（公法上の当事者訴訟）も考えられる。

このような地方議会議員に対する懲罰については、周知のように、昭和 20 年代から 30 年代にかけて出された 3 つの最高裁判例、すなわち①最大決昭和 28 年 1 月 16 日民集 14 卷 3 号 355 頁（県議会議員除名処分執行停止決定に対する特別抗告事件—米内山決定、以下「昭和 28 年最大決」という。）、②最大判昭和 35 年 3 月 9 日民集 14 卷 3 号 355 頁（区議会議員除名処分取消請求事件—以下「〔昭和 35 年〕3 月最大判」という。）、③最大判昭和 35 年 10 月 19 日民集 14 卷 12 号 2633 頁（出席停止処分取消請求事件、以下「昭和 35 年最大判」という。）が先例として挙げられている。この 3 つの判例は、昭和 28 年最大決において田中耕太郎裁判官少数意見において主張されたいわゆる部分社会論が、昭和 35 年最大

4) 国会との比較により地方議会の法構造を検討するものとして、駒林前掲書（注(2)）143 頁以下。かかる検討には、「国会（各議院）法の法原理や法内容が地方議会の法領域に一特に法の欠缺があった場合に一適用ないし準用しうるかを判断する際の前提条件を成す」という「実践的意味」があるとした上で（153 頁）、駒林は、「地方議員は、国会議員のような議員特権を有さず、また、地方議員の義務の側面をみれば、一般職公務員の有する義務の一部をも負う、いわば国会議員と一般職公務員との中間のような位置づけが指摘できるのではなからうか」と指摘する（150 頁）。また議員の発言責任に関する近時の論稿として、斎藤誠「議員の発言による国家賠償・個人責任と司法審査のあり方」佐藤幸治ほか編『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ—滝井繁男先生追悼論集』（2017 年、日本評論社）219 頁以下参照。

5) この点が問題となった判例として、府中市（広島県）の市議会議員政治倫理条例が定める、いわゆる「二親等規制」にかかる最（三小）判平成 26 年 5 月 27 日判例時報 2231 号 9 頁、および原審で同規制を違憲とした広島高判平成 23 年 10 月 28 日判例時報 2144 号 91 頁がある。これについては、神橋一彦「地方議会議員の議員活動の『自由』とその制限—二親等規制条例違憲訴訟上告審判決について—」長谷部恭男ほか編『自由の法理—阪本昌成先生古稀記念論文集』（2015 年、成文堂）911 頁以下〔神橋一彦「行政判例と法理論」（2020 年 3 月刊行予定、信山社）に所収〕参照。

6) 地方自治法 135 条の沿革等については、地方自治総合研究所監修・佐藤英善編著『逐条研究 地方自治法Ⅱ』（2005 年、敬文堂）670 頁以下参照。

判において法廷意見として採用されるプロセスでもあるが、現在においては、地方自治法135条に基づく懲罰のうち、除名処分取消しの訴えについては「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)にあたるものの、出席停止処分取消しの訴えについては、部分社会の内部規律に関するもの(部分社会論)として、法律上の争訟に当たらず不適法とされるというのが、最高裁判例であるとされ、そこでは上記・昭和35年最大判が引用されている。

これについては、部分社会論なるものそれ自体、その後の富山大学事件最高裁判決(昭和52年・後述)も含め、どこまで法的根拠(とりわけ憲法上の根拠)のある法理なのか疑問であるとともに、司法権の限界をめぐっても、当該訴えそのものが不適法却下とされるべきなのか、それとも訴え自体は適法としたうえで棄却という判断をすべきなのかについて、裁判実務上必ずしも明らかでないものが残されている。

また、地方議会議員の地位・身分そのものは公法上の地位(参政権的な地位・国家機関としての地位)であっても、それに伴う議員報酬請求権は、当該議員個人(私人)に帰属する財産的ないし経済的利益という側面がある。さらに地方議会の一般的な規模からいえば、表決等の議事手続にもつ議員1名のもつ重要性は、百人単位の国会の両議院に比べれば、相対的にかなり大きい。そうだとすれば、地方議会における議員の懲罰は、それが濫用された場合(端的に言えば、多数派の暴走といえる場合)、民主的政治過程、すなわち当該議会の自律そのものを歪めかねないとの危惧もあながち不合理とはいえないようにおもふ。

以上のようなことを考えたとき、除名処分については司法審査が及ぶが(〔昭和35年〕3月最大判)、他方で出席停止処分については、ただ単純に昭和35年最大判を引用し、それにかかわる訴訟(とりわけ取消しまたは無効確認の訴え)は、法律上の争訟に当たらないと論断してよいかどうかは疑問の残るところである。

2 本稿の課題

このような問題がある中、(宮城県)岩沼市議会においてなされた出席停止処分をめぐり、その取消しと同処分によって減額された議員報酬の支払いを請求した訴訟において、第1審判決は、これについてともに「法律上の争訟」該当性を否定し、訴えを却下したのに対して、控訴審判決は、この両方について

これを認め、事件を原審に差し戻す判決を行った(次のⅡ参照)。この事件については現在(2019年11月時点)、最高裁判所に上告中とのことであるが、両判決の間で、いずれも昭和35年最判を先例として引きながら、「法律上の争訟」該当性をめぐる判断が正反対に分かれたことは注目に値する⁷⁾。

周知のように部分社会論やそれに関連する司法権の限界論については、長年にわたりさまざまな議論がなされてきた。その中で、本稿は、この事件を契機として、特に出席停止処分を中心に、改めて地方議会議員に対する懲罰と「法律上の争訟」該当性、さらには昭和35年最大判などにみられる部分社会論そのものの意義について検討を行おうとするものである。そこでまずは、この岩沼市議会事件の第1審、控訴審両判決について概観し、その上で、昭和35年最大判の意義と射程など、本稿において検討すべき問題点を具体的に別出する(Ⅱ)。そしてそれを受けて、それらの問題について個別の検討を行うことにする(Ⅲ以下)。

Ⅱ 岩沼市議会事件の概要

1 事実の概要

この事件は、岩沼市議会議員である原告が、議会運営委員会における発言を理由として、同市議会から23日間の出席停止処分(以下「本件処分」という。)を受けたのに対し、同処分が違憲、違法であるとして、被告・岩沼市に対し、①その取消しを求める(以下「本件請求①」という。)とともに、②地方自治法203条および岩沼市における議会議員の議員報酬、費用弁償及び期末手当に関する条例に基づき、本件処分によって減額された議員報酬等の支払いを求めた(以下「本件請求②」という。)事案である(以下この両者をあわせて「本件各訴え」といふ)。

2 第1審判決

第1審判決(仙台地判平成30年3月8日判例時報2395号45頁)は、次に掲げ

7) 本稿筆者は、本件原告(被上告人)側代理人である十河弘弁護士(仙台弁護士会)の依頼により、この事件について意見書を作成した(2019年9月に提出)。本稿は同意見書をもとに執筆したものであるが、意見書という文書の性格上、必ずしも主張を明確にしなかった論点等がある。本稿は、そのような部分を中心に、見解につき加筆ないし修文を施している。

る【判旨】①において、昭和35年最大判を引用し、出席停止処分の懲罰事由該当性および処分の適否は、法律上の争訟に当たらず、司法審査の対象とはならないとしたうえで、【判旨】②において、本件請求①の訴えは法律上の争訟に当たらず、不適法とし、【判旨】③において、本件請求②の訴えも法律上の争訟に当たらない事項について司法審査を求めるものであるから、不適法であるとした。

【判旨】①「裁判所は、憲法に特別の定めがある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するが（裁判所法3条1項）、自律的な法規規をもつ社会ないし団体において、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るのが相当である場合には、法律上の争訟に当たらず、司法審査の対象とはならないものと解される。

そして、地方議会は、その設置が憲法によって定められ（憲法93条）、会議規則制定権（地方自治法120条）、議員への懲罰権（同法134条1項、135条1項）等が法律で定められている自律的な法規規をもつ団体である上、懲罰処分のうち出席停止処分は、議員の権利行使を一時的に制限するものにすぎないから、懲罰事由該当性及び処分の適否については、地方議会の内部的規律の問題としてその自治的措置に任せるのが相当であって、法律上の争訟に当たらず、司法審査の対象とはならない（最高裁昭和34年（オ）第10号昭和35年10月19日大法廷判決・民集14巻12号2633頁一下線部、本稿筆者。以下同じ。）。

②「したがって、本件処分の取消しを求める訴えは、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」には当たらない事項について司法審査を求めるものであるから、不適法である。」

③「原告の議員報酬等の支払を求める訴えについてみると、…（略）…原告の議員報酬が本件処分の存在を前提として本件条例に基づき減額されたことが認められるが、上記訴えの当否を判断するためには本件処分の適否について判断することが必要不可欠であるところ、…（略）…本件処分の適否は司法審査の対象とならないことに照らせば、上記訴えも、裁判所法3条1項の『法律上の争訟』に当たらない事項について司法審査を求めるものであるから、不適法である。」（下線部、本稿筆者—以下同じ）

3 控訴審判決

これに対し、控訴審判決（仙台高判平成30年8月29日判例時報2395号42頁）は、次に掲げる【判旨】①において、第1審判決と同様、昭和35年最大判に

おける従来の公式を確認する。その上で、【判旨】②において、出席停止処分の適法性は、原則として、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ものであるとする。しかし、【判旨】③、④において、議員報酬の制度上の位置づけに触れながら、出席停止処分が議員報酬の減額につながるような場合には、その懲罰の適否の問題は、憲法および法律が想定する一般市民法秩序と直接関係を有するものとして裁判所の司法審査の対象になるとして、結論としては、本件請求①、②の各訴えともに法律上の争訟性を肯定し、訴えを適法と判断したうえで、本件各訴えを原審に差し戻す判断を行った。

【判旨】 ①「裁判所は、憲法に特別の定めがある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するが（裁判所法3条1項）、自律的な法規規をもつ社会ないし団体において、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るのが相当である場合には、法律上の争訟に当たらず、司法審査の対象とはならないものと解される。

そして、普通地方公共団体の議会は、憲法93条1項によってその設置が定められ、地方自治法によって、会議規則を設けなければならないことや（120条）、同法及び会議規則等に違反した議員に対して、公開の議場における戒告及び陳謝、一定期間の出席停止並びに除名の各懲罰を科することができること（134条1項、135条1項）などが定められている自律的な法規規をもつ団体であるから、そこにおける法律上の係争については、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るのを適当とし、裁判所の司法審査の対象とはならないというべきである（最高裁昭和35年10月19日大法廷判決・民集14巻12号2633頁参照）。」

②「本件各訴えは、いずれも、普通地方公共団体の議会による議員に対する出席停止の懲罰が違法であることを前提として主張するものであるところ、出席停止は、議員の身分の喪失に関する重大事項というべき除名と異なり、議会への出席を一定期間停止されるだけであって、議員としての活動そのものが制限されたり身分を奪われたりするものではないから、原則として、その適法性は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ものといわなければならない。」

③「もっとも、地方自治法によれば、普通地方公共団体の議員は、当該地方公共団体の住民の選挙により選出され（11条、17条、18条）、条例により定められた定数により普通地方公共団体の議会を構成し（89条、91条1項）、条例で定められた回数招集される定例会及び必要がある場合にその事件に限り招集される臨

時会において(102条)、議案を提出したり、議決に加わったりすることで(112条、116条)、条例を設け又は改廃したり、予算を定めたり、決算を認定するなどの事件を議決しなければならないとされているところ(96条)、このような仕組みは、憲法が、地方公共団体の組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基づいて、法律でこれを定めるものとした上(92条)、地方公共団体には法律の定めるところによりその議事機関として議会を設置し、地方公共団体の議会の議員等は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙するものとしていること(93条)を受けて定められた地方自治の根幹部分をなすものであり、これを担う議員の活動を実効あるものとするため、地方自治法は、普通地方公共団体はその議会の議員に対して議員報酬を支給しなければならないこととしているのであるから(203条1項)、普通地方公共団体の議員は、少なくとも、議会の違法な手続によっては減額されることのない報酬請求権を有しているというべきである。そうすると、出席停止といえども、それにより議員報酬の減額につながるような場合には、その懲罰の適否の問題は、憲法及び法律が想定する一般市民法秩序と直接の関係を有するものとして裁判所の司法審査の対象となるというべきである。」

④「これを本件における出席停止の懲罰(本件処分)についてみると、…(略)…本件条例によって、岩沼市議会議員の報酬は月額36万3000円とされ、出席停止の懲罰を受けた議員に係る議員報酬は、その出席停止の日数分に相当する額が減額されることになっており、現に、控訴人に対する議員報酬も、本件処分を受けて、23日間に相当する27万8300円が減額されていることからすれば、本件処分の適法性という法律上の係争は、もはや議会の内部的な問題にとどまらず、一般市民法秩序と直接の関係を有するものであって、法律上の争訟に当たり、裁判所の司法審査の対象となるといわなければならない。」

4 問題点

このように第1審判決と控訴審判決は、結論が異なることになった。本稿筆者としては、昭和35年最大判を維持するとしても、その射程については限定的に解すべきであり、少なくとも第1審判決のような結論は不当であると考えるが、両判決を通して検討すべき論点として、次のような点が挙げられる。

① 第1審判決は、出席停止処分が裁判所の司法審査の対象とならないこと(【判旨】①)から当然に、給付請求である本件請求②の訴えも「裁判所法3条1項の『法律上の争訟』に当たらない事項について司法審査を求めるものであるから」として不適法であるとしている(【判旨】③)。しかし、請求の前提と

なる法律問題や事実問題について裁判所の司法審査が及ばない場合について、当該請求の訴えそのものまでが不適法（却下）となるか否かについては、議論の余地があるところである。この点は、「司法権の限界」とは何かということとの関係で検討を要する。

② 控訴審判決は、出席停止処分の適法性の問題は「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もの」としつつ、他方で、議員には「議会の違法な手続によっては減額されることのない報酬請求権」があることを前提に、「出席停止といえども、それにより議員報酬の減額につながるような場合には、その懲罰の適否の問題は、憲法及び法律が想定する一般市民法秩序と直接の関係を有するものとして裁判所の司法審査の対象となる」としている。

ここで富山大学事件最高裁判決（最（三小）判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁、最（三小）判昭和52年3月15日民集31巻2号280頁—ただし、前掲・控訴審判決でこの判例は引用されていない。）で用いられた「一般市民法秩序」という用語が出てくる。これは昭和35年最大判の部分社会論をふまえ、「部分社会」の内と外の境界を引く概念であるが、議員報酬請求権は確かに公法上の権利であり、しいて「一般市民法秩序」なるものの中に位置づけるとすれば、一種の財産秩序に関わるものといえるであろうが、出席停止処分は、昭和35年最大判や部分社会論を前提とする限り、依然として部分社会内部の身分にかかわるものであることについては変わりがない。換言すれば、出席停止処分と「一般市民法秩序」との関係は間接的であり、二次的なものである⁸⁾。控訴審判決が、議員報酬請求権に影響をもたらすことをもって、出席停止処分が「一般市民法秩序」に関係するとした判決理由は、本件請求②にかかる訴えが「法律上の争訟」であることを導き出すための苦心の理論構成というべきであり、本件請求②が法律上の争訟であること自体は正当であるとしても、いささか技巧的な印象を免れない。

③ さらにこのことと関係するが、控訴審判決においては、出席停止処分の適法性が司法審査の対象となることは述べられているものの、出席停止処分の効力については何ら言及するところがない。すなわち、本件請求①も②も法律上の争訟に当たるとして適法な訴えとしているが、既に出席停止の期間は終了していることから、もし本件各訴えが法律上の争訟に当たるとするならば、その相互の関係が問題となる。すなわち、出席停止の期間が終了した場合、もは

や出席停止処分がなされたことにより市議会に出席できなかったこと自体を回復することはできないわけであり、そこになお、出席停止処分の取消しを求めるにつき法律上の利益が残るかどうかが問題となる。換言すれば、本件請求②について請求認容判決を得るためには、本件請求①について請求認容判決を受け、出席停止処分の取消しを経る必要があるかという問題があるが、この点について控訴審判決は述べるところがない。さらにいえば、「議会の違法な手続によっては減額されることのない報酬請求権」というものをどのように考えるかという問題も、そこには伏在している。

このようにみえてくると、本件各訴えの適法性（「法律上の争訟」該当性）をめぐっては、いくつかの問題が錯綜しているように見える。すなわち、そこではまず、①「司法権の限界」をめぐって、請求の前提となっている法律問題ないし事実問題に裁判所の司法審査が及ばないということと、当該請求にかかる訴えの適法性との関係が問題となる。そしてそのことを受けてさらに、②裁判所の司法審査の限界について示した昭和35年最大判の意義と射程について検討する必要がある。

以下、これらの点について、章を改めて検討することにしよう。

8) 富山大学単位不認定事件最高裁判決のいう「一般的市民法秩序」について渋谷秀樹は、その不明確性を指摘し、「単位認定行為は一般市民法秩序と直接関係しないとするが、単位の修得によって最終的に卒業または修了が決定されるから、論理は一貫しない。その判定基準は、地方議会の除名のように当該団体の構成員から排除する場合を念頭に置いて、それをより一般化した表現で示そうとしたと想像できるが、一般市民法秩序という基準を大学単位認定に当てはめることに無理がある。」とした上で、「1つの行為の波及効果すなわち事実上の因果関係は果てしなく続き、また効果の衝撃度は人それぞれである。」と指摘する。本稿本文における「出席停止処分と『一般市民法秩序』との関係は間接的であり、二次的なものである」という主張は、出席停止処分の法的連鎖としての議員報酬請求権ということを意味するが、渋谷のいう「1つの行為の波及効果すなわち事実上の因果関係」の一つととらえてよいであろう。なお渋谷は、以上の指摘の上に立って、「学校における単位認定行為等の司法審査については、行為のもつ教育上の専門技術性に着目して、教育上の裁量問題ととらえるべきではないか。教育実施上の措置は自由裁量行為として司法審査の対象に原則としてならないが、例えば、適正手続き違反の外形上の瑕疵、平等原則違反という比較可能な瑕疵、比例原則違反の瑕疵は当然に審査の対象となる。」とする（以上、渋谷秀樹『憲法〔第3版〕』（2018年、有斐閣）654頁以下）。本稿筆者は、後に述べるように、地方議会の出席停止処分も裁量行為としてとらえるべきと考えるが、これも渋谷の以上の指摘と軌を一にするものがあるとおもわれる。

Ⅲ 司法権の限界

1 司法権の内在的限界と外在的限界

裁判所法 3 条 1 項の「法律上の争訟」概念は、日本国憲法 76 条 1 項の「司法権」概念、すなわち裁判所が固有の権限に基づいて審判することのできる対象を指称するものとして⁹⁾、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関する紛争であって（要件①）、かつ、②それが法令の適用により終局的に解決することができるもの（要件②）と解されてきた（最（三小）判昭和 56 年 4 月 7 日民集 35 卷 3 号 443 頁〔板まんだら事件〕—以下「昭和 56 年最判」という。）。

もっとも「司法権の限界」（司法の限界）をめぐることは、かねてより、そこにそれぞれ性格を異にするものが含まれていることが指摘されてきた。その論者の一人である渋谷秀樹は、アメリカの司法審査の研究（高柳賢三）に由来する司法の「本質的制約」と司法府・行政府との衝突を回避するための自己制限である「政策的制約」の区別に対応するものとして、司法には「内在的限界（内的限界）」と「外在的限界（外的限界）」があるとする。そして次のように述べる。

「司法の限界として、具体的には、第 1 に、議員の資格争訟（〔憲法〕55 条）と裁判官の弾劾裁判（64 条）のような憲法が明文で定める限界、第 2 に、国際慣習上の治外法権や条約による制限など、国際法上の限界、第 3 に、国会ないし各議院の自律権に属する行為、行政機関ないし国会の自由裁量に属する行為およびいわゆる統治行為など、法律上の係争ではあるが『事柄の性質上裁判所の審査に適しないと認められるもの』という限界があるとされる。3 つの限界のうち、第 1 の限界は、憲法が自ら定めた例外として、司法の対象から除外したもので、第 2 の限界は、国際法上の例外であり、それぞれに何が具体的に該当するか解釈上の問題は残るものの異論はない。これに対して、第 3 の限界は、司法の本質的制約と政策的制約とに 2 分した場合の政策的制約、すなわち外在的限界（外的限界）に属する。

司法の制約については、司法の定義の中核的要素を構成し司法活動を縛る要件

9) 清宮四郎『憲法 I 〔第 3 版〕』（1979 年、有斐閣）335 頁。

すなわち事件性の要件からはじき出される事案につき裁判所は実体的判断ができないという制約を本質的制約と呼び、この制約から派生する限界を内在的限界(内的限界)と呼ぶべきである。このように解すると、司法の内在的限界には、事件性の要件の項で詳細に述べたものが該当し、司法の限界として取り上げるべきは、司法の政策的制約等から派生する外在的限界となる。¹⁰⁾

そして、以上にいう外在的限界(外的限界)に当たるものとして、「統治の三部門の自律にかかわる行為」「統治の三部門の相互作用」「裁量行為」「統治行為」「部分社会」があり、「部分社会」としては、公的団体(地方議会、国公立大学)と私的団体(宗教団体、私立大学、政党)が挙げられる¹¹⁾。

このような区別に拠りながら、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」はここでの事件性要件を表したもの(すなわち、司法権の本質的な内容を示したもの)とするならば、「司法権の限界」については、「法律上の争訟」該当性という観点から、①ある訴えが、そもそも「法律上の争訟」に当たらないとして司法権の外にあるとされる場合と、②ある訴えが、さしあたり「法律上の争訟」に当たるとしても、その主張の前提となる法律問題ないし事実問題について、裁判所が何らかの理由で審判を行わない場合とに区別することができ、①を「司法

10) 渋谷前掲書(注(8))647頁以下。さらに詳細な検討については、渋谷秀樹「事件性の要件と部分社会論」樋口陽一ほか『現代立憲主義の展開 芦部信喜先生古稀祝賀 下巻』(1993年、有斐閣)159頁以下。

11) 渋谷前掲書(注(8))648頁以下。このように司法権の限界について、「内在的限界」と「外在的限界」に二分する考え方をとる論者として長谷部恭男(本注・後掲)、高橋和之(高橋和之『憲法訴訟』(2017年、岩波書店)32頁以下)などが挙げられる。長谷部恭男は、「司法権の内在的制約」につき、「司法の伝統的な定義から以下のようなさまざまな司法作用の限界が導かれるとされる」としたうえで、かかる制約として「法の適用によって解決できない事項」「自由裁量」「抽象的法律問題」を挙げ、「司法権の外在的制約」につき、「事柄の性格からすると、法律上の争訟と言えるはずなのに、さまざまな理由から裁判所の審査権が及ばない事項」としたうえで、かかる制約として「憲法に例外の定めがある場合」「国際法上の例外」「自律権」「天皇に対する民事裁判権」と並んで「部分社会の法理」「統治行為」を挙げている(長谷部恭男『憲法〔第7版〕』(2019年、新世社)409頁以下)。長谷部は、「司法権の内在的制約」の標準として、第一次的には、「法を適用すること」によって紛争を解決できるものか否かにおいてのごとくであり、自由裁量はその観点から内在的制約とされる(抗告訴訟において、裁量処分であることの一事をもって、訴えが不合法となるものではないことは当然である(行訴法30条))。このように、司法権の「内在的限界」と「外在的限界」の具体的内容については、論者によって一致を見ないが、長谷部においても、「この部分社会の法理は、各部分社会には、内部紛争を解決すべき法は存在するとの前提に立っており、司法権の内在的制約を説くものではない」とされている(412頁)。

権の内在的限界」、②を「司法権の外在的限界」と称することができよう¹²⁾。

このような「法律上の争訟」該当性という観点から司法権の内在的限界と外在的限界についてみたとき、司法権の内在的限界を超える訴えは不適法却下となり、外在的限界を超える（すなわち、司法審査の及ばない事項が前提となっている）請求にかかる訴えは、訴え自体は適法であるが、請求棄却という結論になるのが原則となろう。換言すれば、司法権の外在的限界を超える訴えについては、そこに司法審査の対象とならない事項が含まれていたとしても、訴え自体が当然に不適法となるわけではないということである。さらにいえば、ここにいる内在的限界と外在的限界は、司法権そのものの限界と（司法権が及ぶ場合の）司法審査の限界の区別といってもよいであろう。

2 宗教団体の内部紛争と「法律上の争訟」

もっとも、司法権の外在的限界を超える訴え、すなわち司法審査の対象とならない事項が前提となっている訴えでも、訴えそのものが「法律上の争訟」に当たらないとして、不適法却下されることがある。その顕著な例が、前述の「法律上の争訟」の要件が問題となっている宗教団体の内部紛争に関する争いである。

宗教団体の内部紛争に関する訴訟をめぐることは、直接に宗教上の地位（例えば住職）の確認を求める訴えのごときは、確認の対象が法律上の地位に当たらないことを理由に、前掲・要件①を満たさず、法律上の争訟には当たらないとされるが（最（三小）判昭和 55 年 1 月 11 日民集 34 卷 1 号 1 頁〔種徳寺事件〕）、寄附金返還請求訴訟という形をとる板まんだら事件のように、さしあたり要件①を（外形的にであれ）満たしている場合（いわゆる「法律上の係争」に当たる場合）においては、前提となる事実問題に司法審査が及ばない（あるいは、そもそも不可能である）ことをどのように扱うかについては争いがある。

この点について昭和 56 年最判は、前掲・要件②を欠くものとして、「法律上の争訟」に当たらないとしたわけであるが、同判決には、寺田治郎裁判官意見があり、同意見は、「このように請求の可否を決する前提問題について宗教上の判断を必要とするため裁判所の審判権が及ばない場合には、裁判所は、当該

12) 本稿筆者も、このような整理を行っている（神橋一彦『行政救済法〔第2版〕』（2016年、信山社）11頁以下参照）。

宗教上の問題に関する被上告人〔原告〕らの錯誤の主張を肯認して本件金銭の給付が無効であるとの判断をすることはできないこととなる（無効原因として単に錯誤があると主張するのみでその具体的内容を主張しない場合、錯誤にあたらぬ事実を錯誤として主張する場合等と同視される。）から、該給付の無効を前提とする被上告人らの本訴請求を理由がないものとして請求棄却の判決をすべきものである」としている。訴訟法の原則からすれば、この寺田裁判官意見のような処理がむしろ原則であるとおもわれるが、あえて同判決が要件②を欠くとした理由は、「信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断」が、形式的には前提問題にとどまるものではあるものの、「本件訴訟の争点及び当事者の主張立証も右の判断に関するものがその核心となっていると認められることからすれば、結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的解決の不可能なものである」という点にある。

また、宗教団体内部における僧籍剥奪処分の無効を前提とした代表役員地位（宗教法人法上の地位）確認請求ならびにその反訴たる寺の建物の明渡請求の訴えについても、「宗教団体内部においてされた懲戒処分の効力が請求の当否を決する前提問題となっており、その効力の有無が当事者間の紛争の本質的争点をなすとともに、それが宗教上の教義、信仰の内容に深くかかわっているため、右教義、信仰の内容に立ち入ることなくしてその効力の有無を判断することができず、しかも、その判断が訴訟の帰趨を左右する必要不可欠のものである場合には、右訴訟は、その実質において法令の適用による終局的解決に適しないものとして、裁判所法3条にいう『法律上の争訟』に当たらない」とされている（最（二小）判平成元年9月8日民集43巻8号889頁〔蓮華寺事件〕¹³⁾）。

このように当該訴えについて、「法律上の争訟」にかかる前掲の要件①を満たしながらも、要件②を満たさないとし、これを不適法却下する板まんだら事件や蓮華寺事件における最高裁の判断は、国家権力（裁判権）と宗教との関係に関わる憲法レベルの考慮に基づくものであって、極めてその射程は限定されたものと考えるべきであろう。

13) 蓮華寺事件最高裁判決については、多数の評釈等が公刊されているが、本稿筆者もかつて若干の論評を行ったことがある（神橋一彦「判批」法学57巻1号（1993年）122頁）。

3 司法権の外在的限界と「法律上の争訟」

このような問題は、ある訴えがさしあたり「法律上の係争」に当たるとしても、その請求の前提となる法律問題ないし事実問題について、裁判所が何らかの理由から司法審査を行わない場合、当該訴えをどのように処理すべきか、という形で一般化される。そして従来、このことは、①政治部門の自律権に基づく行為、②行政機関の裁量行為、③団体の内部事項に関する行為、④統治行為などについて問題とされてきたが、そこでは、（ア）裁判所がそもそも判断を放棄する場合（判断放棄型）のほか、（イ）当該政治部門や団体の決定を有効なものとして受容する場合（判断受容型）、（ウ）立証責任の分配ルールによって処理する場合（立証責任型）などがあるとされている¹⁴⁾。

この点について、従来の判例をみると、仮に前提問題たる法律問題に司法審査が及ばないとしても、当該訴訟が当事者間の権利義務ないし法律関係に関する訴訟である限り、「法律上の争訟」該当性を肯定し、請求を棄却するというのが一般的であったとおもわれる。すなわち、本件第1審判決のように、請求の前提問題に司法権が関与すべきでない事項が含まれるために、当該請求にかかる訴えそのものが「法律上の争訟」に当たらず、不適法却下すべきであるという考え方は、一般には採られていないというべきであろう¹⁵⁾。

現に古くは、衆議院の解散の適法性・効力が問題となったいわゆる最大判昭和35年6月8日民集14巻7号1206頁（苦米地事件）が、昭和27年8月28日に行われた衆議院の解散が法律上無効であることを前提として、衆議院議員の歳費の支払いを求める請求の訴えにつき、同判決は、「衆議院の解散は、極めて政治性の高い国家統治の基本に関する行為であって、かくのごとき行為について、その法律上の有効無効を審査することは司法裁判所の権限の外にありと

14) 安念潤司「司法権の観念」大石眞・石川健治編『憲法の争点』（2008年、有斐閣）250頁。同論文は、板まんだら事件については、「判断放棄型」によって訴えを却下したが、それが唯一の答えではないとする（252頁）。さらに民事訴訟法からの解説として、高橋宏志「審判権の限界」伊藤眞・山本和彦編『民事訴訟法の争点』（2009年、有斐閣）18頁。

15) 安念潤司は、請求の前提問題に司法審査が及ばない事項が含まれる場合、当該請求にかかる訴えも法律上の争訟に当たらないとする考え方に立つものとして、東京地判平成8年1月19日訟務月報43巻4号1144頁を紹介した上で、「ある事項が裁判所の審理判断すべからざるものとされ、したがって司法権の範囲外にされた事例は少なからず存在する。しかし、そうした事項が中心的な争点であるからといって、当該訴訟の全体が法律上の争訟に当たらない（から、訴えを却下すべきである）とされた事例は、上記の宗教団体内部の紛争で宗教上の教義、信仰が問題となったものを除けば存在しない」指摘する。（安念前掲論文（注14）251頁、253頁）。

解すべきことは既に前段説示するところによってあきらかである。そして、この理は、本件のごとく、当該衆議院の解散が訴訟の前提問題として主張されている場合においても同様であって、ひとしく裁判所の審査権の外にありといわなければならない」としつつも、訴えは請求棄却としている。これは、本件請求②と訴訟物（歳費ないし議員報酬請求権の存否）をほぼ同じくしている点で、重要な先例である。

また直近の判例として、地方議会における議員に対する懲罰的措置の違法を理由とした国家賠償請求訴訟に関する、最（一小）判平成31年2月14日民集73巻2号123頁（以下「平成31年最判」という。）がある。この事件は、名張市議会議員である原告（控訴人・被上告人）が、同市議会運営委員会が当該原告に対し行った嚴重注意処分の決定とその公表により、名誉を毀損されたとして、国家賠償法1条1項に基づき、慰謝料等の支払を求めたものである。同最判は、当該措置は「議会の内部規律の問題にとどまるものであるから、その適否については議会の自律的な判断を尊重すべきであり、本件措置等が違法な公権力の行使に当たるものということとはできない」としつつも、当該訴え自体は、「私法上の権利利益の侵害を理由とする国家賠償請求であり、その性質上、法令の適用による終局的な解決に適しないものとはいえないから、本件訴えは、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟に当たり、適法というべきである」として、その適法性を認めている¹⁶⁾。かかる取扱いを前提にすれば、もし仮に本件（岩沼市議会事件）において、出席停止処分の違法を理由に減額された議員報酬相当額の損害賠償や慰謝料請求を求める訴訟を起こしていたとすれば、同様に「法律上の争訟」該当性が肯定されることになったとおもわれる。

4 岩沼市議会事件との関係

以上の最高裁判例などを踏まえると、本件訴えのうち、少なくとも本件請求②の訴え（議員報酬請求の訴え）は、その性質上、法令の適用による終局的な解決に適しないものとはいえないから、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に当たり、適法というべきであろう。したがって、これを不適法却下した第1審判決は妥当ではない。ある訴えを不適法却下するということは、司法が当該訴えについて、終局的な解決を拒否することを意味するが、少なくとも、国家賠償請求訴訟や議員報酬請求訴訟などの金銭の給付訴訟については、仮に司法審査の及ばない事項が前提問題に含まれていたとしても、訴えそのものが

「法律上の争訟」に該当しないという必要はなく、端的に当該請求は成り立たないものとして棄却すれば済むのであって、そこに司法権の自制ないし政策的

16) 同判決の匿名コメントは、次のように述べる。

「…本件のように地方議会の議員が議員としての行為に対する議会の懲罰その他の措置の違法を理由として提起した国家賠償請求訴訟は、それ自体は具体的な権利義務ないし法律関係をめぐる紛争であるため、訴えの適法性が問題となる。…上記の国家賠償請求訴訟は、私法上の権利利益の侵害を理由とする給付訴訟として適法であるのが原則であるが、給付訴訟において司法審査の対象となるか否かが問題となった最高裁判例として、宗教上の教義が問題となった寄附金の不当利得返還請求事件（板まんだら事件）があり、最高裁昭和 56 年 4 月 7 日第三小法廷判決・民集 35 卷 3 号 443 頁、判タ 441 号 59 頁は、訴えそのものが法律上の争訟に該当しないとして不適法却下をしている。もっとも、この事案では、錯誤を理由とする寄附金の不当利得該当性を検討する上で法令の適用による終局的な解決が不可能な宗教上の教義を検討することが不可欠であったため、紛争全体として司法的解決に適しない事案であったと評価し得るものである（同旨の分析をしたものとして、矢野常寿「宗教上の教義に関する紛争と司法権」『憲法判例百選Ⅱ〔第 6 版〕』406 頁参照）。これに対し、地方議会の内部事項の問題は、裁判所が法令を適用して判断を示すことは可能であるものの、議会の自律権を尊重して司法審査を差し控えるのが相当であると捉えられるものであり、これらを同列に論ずるのは相当ではないと考えられる。また、議会の措置が私法上の権利利益を違法に侵害することを理由とする国家賠償請求訴訟においては、議会の自律権は請求の当否を判断する上で必ずしも不可欠の要素ではなく、紛争自体が全体として司法的解決に適しないものではないから、法律上の争訟であることを否定する合理的理由は見だし難い。さらに、請求の当否の前提問題として団体の内部事項の適否が問題となった最高裁昭和 63 年 12 月 20 日第三小法廷判決・集民 155 号 405 頁、判タ 694 号 92 頁（共産党除名処分事件）も、政党が党員に対してした除名処分を前提として党施設の明渡し等を求めた訴訟において、訴えが司法審査の対象となることを肯定している。

以上からすれば、訴訟物そのものが具体的な権利義務ないし法律関係をめぐる紛争であり、その前提問題として団体の内部事項の適否が問題となる場合には、当該前提問題が法令の適用により終局的に解決することができない問題でない限り、法律上の争訟は否定されないものと解するのが相当であるように思われ、議員としての行為に対する地方議会の懲罰その他の措置が私法上の権利利益を違法に侵害することを理由とする国家賠償請求訴訟についても、訴えそのものは適法であると解するのが相当と考えられる。本判決が、本件訴えにつきその性質上法令の適用による終局的な解決に適しないものとはいえないとして適法であると判示したのも思われる。」（判例タイムズ 1460 号 26 頁）

なお過去の下級審裁判例では、①会議中の発言を理由に公開の議場における陳謝および出席停止処分（5 日間）を受けた市議会議員が、これらによって表現の自由や人格権を侵害されたとして提起した国家賠償請求訴訟について、これらの懲罰には司法審査は及ばないとして、訴えそのものを不適法却下した名古屋高判平成 15 年 7 月 17 日裁判所ウェブサイト掲載判例、②市議会議長が、会派代表者である議員を市議会代表者会に招集しなかったことに対して、当該議員がそれにより市議会議員としての活動の機会を奪われたとして提起した国家賠償請求訴訟について、地方議会の自律権の範囲に属し、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な事項に対する市議会議長の判断の適否について司法審査を求める実質を有するものであるとして、訴えを不適法却下した、神戸地判平成 30 年 2 月 1 日裁判所ウェブサイト掲載判例がある。

配慮に基づいて、訴えそのものを不適法として門前払いにする理由はない。

また、この結論が、訴訟物たる当該請求権が公法上のものか私法上のものかによって左右されるものではないことは、前掲・苦米地事件が衆議院議員の歳費請求権という公法上の請求権にかかる訴訟であったことをもってしても明らかである。

Ⅳ 部分社会論

1 最高裁判例の部分社会論

周知のように、部分社会論は、昭和28年最大決における田中耕太郎裁判官少数意見に由来し、〔昭和35年〕3月最大判、そして昭和35年最大判で採用されたものの、その後「やがて消えていく運命にあるかに見えた」（高橋和之）ところ、昭和52年の富山大学単位不認定事件最高裁判決で復活したものである¹⁷⁾。

Ⅲで明らかになったように、司法権の外在的限界を超える事項が前提問題となる訴えは、「法律上の争訟」に当たらないという理解は妥当ではない。そうすると次に問題となるのは、本件訴えのような事件について、部分社会論を採用した昭和35年最大判を引用して判断することの是非である。すなわち、本件第1審判決も控訴審判決も、その理由づけにおいて昭和35年最大判を引用しているが、結論は正反対となっている。したがって、この点を整理、考察するに当たっては、昭和35年最大判の含意と射程について改めて考察する必要がある。同最大判については、既に多数の論攷が公刊されており¹⁸⁾、本稿の指摘もそれらのものと重複するものもあるが、今一度、判決の行論を追いながら、その内容を検証することにしたい。

昭和35年最大判の多数意見は、次のように述べる。

「…司法裁判権が、憲法又は他の法律によってその権限に属するものとされているものの外、一切の法律上の争訟に及ぶことは、裁判所法3条の明定するところであ

17) この間の最高裁判例の概観は、高橋前掲書（注(11)）90頁以下。

18) 近時、地方自治における法律の留保に関する日独比較という文脈も含め、部分社会論について検討するものとして、渡邊互『法律の留保に関する比較研究』（2019年、成文堂）267頁以下（第12章 補論Ⅱ：部分社会の法理の再構成）がある。

あるが、ここに一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争という意味ではない。一口に法律上の係争といつても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の特質上司法裁判権の対象の外におくを相当とするものがあるのである。ただし、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在っては、当該法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るからである。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のと解するを相当とする。（尤も昭和 35 年 3 月 9 日大法院判決—民集 14 卷 3 号 355 頁以下—は議員の除名処分を司法裁判の権限内の事項としているが、右は議員の除名処分の如きは、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であって、本件における議員の出席停止の如く議員の権利行使の一時的制限に過ぎないものとは自ら趣を異にしているのである。従って、前者を司法裁判権に服させても、後者については別途に考慮し、これを司法裁判権の対象から除き、当該自治団体の自治的措置に委ねるを適当とするのである。）」

この多数意見（以下、上記下線部を「内部規律論」という。）は、田中耕太郎、斎藤悠輔、下飯坂潤夫 3 裁判官の補足意見に示された見解に沿ったものであるが、これに対して、河村大助、奥野健一両裁判官の意見が付されており、判決の形成過程において理論的に深刻な対立があったことが窺える。この対立は、田中耕太郎裁判官が主唱した部分社会論が登場する昭和 28 年最大決、さらに昭和 35 年最大判の約半年前に出された〔昭和 35 年〕3 月最大判における激しい理論的対立の延長線上にあるものである。その意味で、昭和 35 年最大判の多数意見は、その間に指摘されたさまざまな理論的問題点に、いわばフタをして成立したものと評することができる。すなわち、同最判多数意見は、昭和 28 年最大決以降、田中耕太郎裁判官（昭和 25 年 3 月 3 日の最高裁判所裁判官就任と同時に最高裁判所長官）が最も極端な部分社会論を頑強に主張する中で、訴訟法上の具体的論点を棚上げした形で、出席停止処分（3 日間）については、「法律上の争訟」に当たらないという、司法権の（内在的）限界＝「法律上の争訟」該当性という最も高次のレベルで妥協的な結論を行ったといえる。したがって、昭和 35 年最大判について語るとき、およそこのことを度外視することは許されまい。このことに鑑み、以下においては、そのような結論に至る中で不問に付された問題について、具体的に指摘する。

2 〈原則的取扱い〉のモデル

かかる考察に当たり、ここではまず、昭和35年最大判をひとまず度外視して、本件訴え（とりわけ本件請求①）を通常の行政処分の場合と同じ法理を適用した場合（以下、これを〈原則的取扱い〉という。）、どのような結論になるか検討する。その上で、そのような〈原則的取扱い〉という一つのモデルとの偏差の中で、昭和35年最大判を検討することとしたい。

本件各訴えについて、〈原則的取扱い〉を適用すれば、さしあたり次のような命題が、ひとつの結論として考えられる。

① 出席停止処分は、地方自治法135条1項3号に基づく「行政庁の処分」であり、処分行政庁は、当該市議会である（この場合、当該市議会が「処分行政庁」となることにつき、最（三小）判昭和26年4月28日民集5巻5号336頁）。したがって、出席停止処分取消しの訴え（本件請求①）は、処分取消訴訟（行訴法3条2項）ということになる（出席停止処分の処分性）。

② もっとも、出席停止処分取消しの訴え（本件請求①）については、出席停止期間終了後においてなお訴えの利益が存続するかという問題（換言すれば、出席停止処分の取消しを求めるにつき法律上の利益がなお存在するか）という問題がある。つまり、本件の場合、本件請求②（議員報酬請求）の前提として、本件請求①（出席停止処分の取消請求）が必要かという問題（出席停止処分の公定力が議員報酬請求に及ぶか）である。本件の場合、岩沼市の「議会議員の議員報酬、費用弁償及び期末手当に関する条例」6条の2が「第2条の規定にかかわらず、地方自治法第135条第1項第3号に規定する一定期間の出席停止の懲罰を受けた議員に係る議員報酬を減額するものとし、減額する額は、第3条第3項の規定を準用する。」と規定しているところ、本件処分の取消しにより、議員報酬の減額を免れるという法律上の利益があると解することができる（行訴法9条1項括弧書き）¹⁹⁾。

③ 議員報酬支払請求の訴え（本件請求②）は、公法上の当事者訴訟（行訴法4条後段）である（「法律上の争訟」該当性—この点については、Ⅲにおいて論じた）。

④ これら本件各訴え（とりわけ本件請求①）において、出席停止処分の違法性がその前提として問題となる（本案審理の問題・司法審査の限界）。

3 昭和 35 年最大判以前の下級審裁判例

実は、昭和 22 年の地方自治法施行後、昭和 35 年最大判以前において（当時においては、行政事件訴訟特例法が適用される。）、地方議会における懲罰決議に対する取消しまたは無効を求める訴えに関する判例は少なくない¹⁹⁾。多くは除名決議の取消しを求めるものであるが（最高裁大法廷判決としては、次のⅢ 3 (1)で後述する昭和 28 年最大決、〔昭和 35 年〕3 月最大判の 2 件がある。）、出席停止決議（京都地判昭和 24 年 11 月 16 日行政裁判月報 20 号 189 頁、同控訴審・大阪高判昭和 26 年 4 月 23 日例集 2 巻 6 号 917 頁、青森地判昭和 29 年 10 月 6 日例集 5 巻 10 号 239 頁）や公開議場における陳謝（旭川地判昭和 29 年 12 月 2 日例集 5 巻 12 号 301 頁——同判決においては、出席停止決議の取消しも争われ、認容されている。）の取消しを求める訴えに関するものもある。これらの判例においては、出席停止期間や会期の終了、さらには追加的に除名処分を受けたことなどによって訴えの利益が消滅したとするものもあるが、議会の自律権や内部規律を理由に訴えを却下したものは見当たらない。

その点で興味深いのは、昭和 35 年最大判の調査官解説が、「若し、議員の懲罰が、戒告・陳謝・短期の出席停止に止まるならば、それは純粹の内部規律の問題として、裁判所の介入を斥けるだけの理由があるといえるであろう。とこ

19) 昭和 35 年最大判における河村大助裁判官意見は、Ⅳ 7 で引用するように、「懲戒処分の当然無効を主張する上告人〔＝原告〕は何時にても現在の報酬請求権等につき直ちに権利保護を請求し得るものであるから、本訴確認の訴はその利益がないものというべく、これと同趣旨に出た原判決は正当である」として、懲罰決議無効確認の訴えにつき、その利益を否定している。このような河村裁判官意見の考え方を前提とすると、処分が当然無効の場合、当該処分の無効を前提とする現在の法律関係の訴え（この場合、議員報酬支払請求の訴え）をすべきであるが、逆に処分が当然無効ではない場合については、当該処分の取消しの訴えについて、訴えの利益は消滅しないと解されることになろう（同意見は、取消しの訴えについては、当時存在した訴願前置を満たしていないとして、結論として不適法とし、結論において多数意見と同じとしている）。

20) この時期の判例の概観については、『続行政事件訴訟十年史』（1972 年、法曹会）440 頁。またこれを沿革的にみると、戦前において、地方議会における議員に対する懲罰決議は、そもそも行政裁判所への出訴事項とされず、司法裁判所の管轄も及ばないと考えられていたこと、またさらに、法令上も懲罰は 5 日以内の出席停止に限られていたため、司法救済の必要性がそれほど強く感じられなかったことが指摘されている。しかし、戦後、行政訴訟についても概括主義が採用され、かつ、地方自治法 135 条 1 項が、出席停止期間を一定期間と定めるにとどめ、また除名も認めたことから、これらの決議に対する抗告訴訟が多数提起されるに至ったとされる（宇賀克也「判批」自治研究 63 巻 11 号（1987 年）129 頁以下〔後掲注(41)で引用する佐賀地判昭和 61 年 9 月 5 日に関するもの〕参照）。

ろが、現行法のように、公選議員の除名処分まで認めるとすれば、それは、もはや内部規律の問題を超え、市民法秩序につながる問題といわざるを得ないのではないかと思われる」という田中二郎の所説²¹⁾を紹介した後、次のように述べていたことである。

「しかし、このような考え方に対し、同じく懲罰でありながら除名と出席停止とで区別するのはおかしいという意見もあり得るであろう。下級裁判所の判決で、本判決の多数意見のような区別をしているのは見たこともなく、出席停止も等しく訴訟の対象になるものとしているようである。本判決でも、河村大助、奥野両裁判官は、除名と出席停止とで区別する理由はないとされる。」²²⁾

このように、地方議会における懲罰決議に対する訴えについては、地方議会の自律権との関係で学説上種々議論はあったものの、昭和35年最大判の結論が、必ずしも違和感なく受け止められたわけではなかったことが窺える²³⁾。

4 部分社会論の原型 ―田中耕太郎²⁴⁾―

まず、そもそも除名処分を含む懲罰処分が、「行政庁の処分」(旧行特法1条、行訴法3条2項)に該当するかという問題(処分性の問題)がある。この点について、昭和28年最大決における田中耕太郎裁判官少数意見は、除名処分とその他の処分の区別を否定し、一括して処分性を否定する。

「…要するに地方議会の懲罰に関しては、議会自体が最終の決定者であること国会

21) 田中二郎「行政処分の執行停止と内閣総理大臣の異議―青森県議会議員の除名処分をめぐる問題を中心として―」(初出・1953年＝昭和28年)『行政争訟の法理』(1954年、有斐閣)197頁。

22) 田中真次「最高裁調査官解説」『最高裁判所判例解説 民事篇 昭和35年度』380頁。

23) 宇賀前掲評釈(注(20))は、出席停止ないし除名の決議に対する抗告訴訟が認められるかについて、①地方議会議員に対する懲罰一般につき、司法審査を否定するもの(昭和28年最大決における田中耕太郎少数意見など)、②除名処分のみならず、出席停止処分も含めて、司法審査の対象とするもの(昭和20年代の下級審裁判例)、③除名決議は司法審査の対象となるが、出席停止決議は、原則として、裁判権に服しないとするもの(昭和35年最大判の立場)、という大別して3つの説があることを指摘する。

24) 最高裁判所裁判官としての田中耕太郎に焦点を当てた近時の論稿として、尾形健「不撓の自然法論者―田中耕太郎」渡辺康行ほか編『憲法学からみた最高裁判所裁判官70年の軌跡』(2017年、日本評論社)49頁以下がある。

の場合と同様である。仮りに多数者が横暴に振舞い、事実として懲罰の事由の存否が疑わしい場合に懲罰に附し又は情状が軽いのに比較的重い制裁を課したような事情があったとしても、それは結局事実認定裁量の問題に帰し、従ってその不当は政治問題たるに止まり、違法の問題ではないのである。

この点に関し、懲罰の種類が戒告、陳謝、一定期間の出席停止の場合と除名とを区別し、前の種類のもののみを内部規律とする説があるが、この説は、全然理論的基礎を欠くものである。…」

「次に除名が行政事件訴訟特例法の行政庁の処分の中に包含せられるや否やの点に関しても一層の検討が必要である。議会は執行機関ではなく、議決機関であり、それが行政処分をなすことは、執行機関たる知事の職務権限に属する。かような行政処分の相手方は個々の住民である。地方議会が行政庁として住民と関係に立つ場合は考え得られない。なお地方議会の決議が外部に対して効力を有するものでなく、従ってこれを行政処分といい得ず、又議会を行政庁といい得ないことは従来学説判例の一般に認めているところである。果してしからばこのことは除名を含む懲戒の決議に関しても理論上同様でなければならぬのである。」

除名処分の処分性については、既に最（三小）判昭和26年4月28日民集5巻5号336頁がこれを認めていたが、上記・田中裁判官少数意見は、それすらも否定するものである²⁵⁾。昭和28年最大決においてかかる結論と同様の立場にたつものとして、栗山茂裁判官反対意見があるほか、懲罰議決を一種の政治問題と位置づけ、除名処分取消訴訟は「法律上の争訟」に当たらないとする小林俊三裁判官補足意見²⁶⁾があったが、さすがにこのような極論は、その後も

25) そしてそのよって立つところは、同少数意見に示された、次のような司法権の限界論ないし極端な司法消極主義である。

「要するに裁判所は国家やその他の社会の中に『法の支配』を実現する任務を負担するものであるが、それが関係し得る事項には一定の限界がある。それは社会の性質によって一様ではない。第一に国家は行政庁の裁量処分の不当には介入し得ないこと勿論である。第二に単に不当の問題に委ねられないで法規の制約が存する場合においても、法規の要件を充足するや否やが当該社会の自主的決定に一任されている場合には、それに介入することができない。そうして本件の場合はこの第二の場合に属するのである。裁判所が関係する法秩序は一般的のものに限られ、特殊的のものには及ばないのである。もし裁判所が一々特殊的な法秩序に関する問題にまで介入することになれば、社会に存するあらゆる種類の紛争が裁判所に持ち込まれることになり、一方裁判所万能の弊に陥るとともに、他方裁判所の事務処理能力の破綻を招来する危険なきを保し得ないのである。裁判所は自己の権限の正しい限界線を引かなければならない。」

容れられることはなかった。ただ、ここで改めて注意すべきは、そもそも田中裁判官の部分社会論は、その根拠を、国家法秩序をも相対化する「法秩序の多元性」なるものに求めていることである。以上引用の部分に先立って、同少数意見は、次のようにいう。

「以上の結論の理論的基礎としては、これを法秩序の多元性に求めなければならない。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的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さる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られなければならない。」

田中裁判官のかくのごとき思想の含意については、従前からさまざまな論評がなされてきたが、要するにこれを取えて極論すればケルゼンの純粹法学的にいうならば一日本国という国の中に、国法秩序の根本規範（Grundnorm）とは別個の根本規範を有する複数の法体系を認めるに等しいのであり²⁷⁾、相互そ

26) 小林俊三裁判官補足意見は次のようにいう。

「懲罰に関する事項について、議会在一種の政治作用として自からの力によって決定する除名、出席停止、陳謝、戒告等の区別度合は、第三者としてその地方政治の圏外に立つ裁判所が、法律の解釈適用によつて解決するに全く適しない事項であり、またこれを行っても、現実に根ざし且つその地方人民の納得する判断に到達することができるかどうか困難な事項である。反対の見解の理由に、多数決の行過ぎということを挙げるであろうが、懲罰の決定の不当は、時に社会の批判の対象となる場合があるにしても、その是非は現在の多数決原理に従う民主政治の在り方としてはやむを得ないところであつて、裁判所がこれらの部分に介入することは、政治に巻き込まれる危険な事とはいえない。ただ、議会の懲罰の決定が憲法に違反したような場合は、争訟の性質の面からいっても、裁判所がこれに関与して解決のできる事項であるのみならず、また裁判所の本来の任務として取り上げなければならない事項なのである。」

れぞれが独立した法体系をなすものということになろう。そうだとすれば、部分社会とは、そもそも「一般市民法秩序」とは独立した法体系ということもできるから、「一般市民法秩序」との接触をもって、内部規律か否かという区別をすること自体、当該部分社会を「一般市民法秩序」という国法秩序の下に位置づけることになり、田中裁判官の部分社会論からすれば、それは背理以外の何物でもないということになるのであろう²⁷⁾。そのような独自の信条を当該事件の合議の場で、田中裁判官がどこまで頑強に主張したかは明らかではない

27) これは一つの極論であって、実際には当該部分社会と国法との関係は、国の立法政策によることは昭和28年最大決における田中耕太郎裁判官少数意見も認めるところである。しかし結局のところ、田中は〔昭和35年〕3月最大判における田中耕太郎・斎藤悠輔・下飯坂潤夫裁判官補足意見においても、「各社会はその存立のために自らの秩序をもち、必要があれば懲戒等の制裁によってこれが実現を保障できなければならない。懲戒権はその社会に内在する権限である。」として、除名処分についてすら裁判所の権限の範囲外であるという説に固執し、それは半年後の昭和35年最大判に至るも変わることはなかった。昭和28年最大判における田中耕太郎裁判官少数意見が、田中がそれ以前に説いていた部分社会論との間にかかなりの差異があること、さらに最終的に判例において採られた部分社会論も田中耕太郎裁判官少数意見とは異質なものであったことについては、既に甲斐素直が詳細に指摘しているところである(甲斐素直「いわゆる『部分社会の法理』について」法学紀要36号(1994年、日本大学法学部法学研究所)319頁以下(とりわけ326頁以下)参照)。

28) このように「法秩序の多元性」を理由に部分社会論を説く田中において、公益法人、会社、学校、社交団体、スポーツ団体などと同列に、地方議会がこの「部分社会」に位置づけられているのは、どのような根拠によるものであったかが問題となる。ここで田中の雄大深淵なる法哲学について、詳細に立ち入ることは本稿のなしうところではないが、その大著『世界法の理論』の一章を見る限り、「国家万能の思想」が打破され、主権思想が没落する中で、「法律形成の分散」の傾向が発生し、「…地方的には国家の一部たる地方団体が其れ其れ国家社会内に於ける別個の社会を構成し自主的法を有するに至った」ことが指摘される(田中耕太郎『世界法の理論 第1巻』(1932年、岩波書店)111頁以下)。そしてさらに次のように述べる。

「…国家内に特別の目的を有する所の、職業的、営利的、科学的、文化的、宗教的の諸団体が発生し、是が亦自己の社会に特有なる規約を定め成員が之に準拠して行動するを要し、是に法規たる性質を認めざるを得ざるに立ち至った。此等の諸範囲内に行はるる規律は其の本質に於て在来の法律学上の概念、即ち単に羅馬法的契約の法理にては説明することが不可能なるものであり、之に法たる性質を認めざるを得ぬ。国家内における府県市町村の如き地方団体、其の他の公共団体の内部に於ける条例、規則は勿論のこと、今日に於ては公益法人、営利法人たる会社、相互保険会社、産業組合の如き私法人の定款は勿論、法人に非ざる団体の規則例へば労働協約…就業規則…政党、学会又は倶楽部の規則、家族団体の内部に於ける家憲、更に進んでは或る場合には大衆を相手方とする契約締結の際に用ひらるる普通契約條款…、殊に保険会社に於て用ひらるる普通保険約款の如きものにまで法たる性質が認められんとするに至った。此等の方は皆其の各の社会に固有なるものであり、其の社会生活の必要より発生し、決して国家の如き権力者が外部より之れを与ふるものではない(公益上の見地よりする国家の監督は別論である)。」(112頁以下)

が、その主張が強烈な反発を招いたことは、他の裁判官の個別意見から窺い知ることができる²⁹⁾。

5 昭和35年最大判(内部規律論)の射程

このようにみえてくると、判例のとり部分社会論における〈内部規律の問題か否か〉、〈除名処分とそれ以外の処分〉の区別についても、「一般市民法秩序」にかかわるものか否かなどと、一応の説明がなされるものの、やはり田中裁判官の主張する極論との間に成立した一種の妥協の産物であるというべきであろう。結局、「法律上の争訟」該当性という最高次のレベルで事案が処理されたため、昭和35年最大判において、この出席停止処分の処分性などは正面から論じられることはなかった。そのためもあり、今日において、出席停止処分など除名処分以外の懲罰については、行政内部における自律的關係に関するものとして、判例はその処分性を否定しているとの整理がなされることがある³⁰⁾。

したがって、昭和35年最大判の内部規律論の一つの帰結は、出席停止処分は内部行為であり、「行政庁の処分」には当たらないという、処分性否定論である可能性がある。しかしこの点については、「司法権は、元来、市民法秩序の維持をその使命とするものであって、一切の法律關係に対し当然に介入し得るように考えてはならないのではないかと思う」とし、「市民法秩序」の外にある行為(例えば、大学の秩序を紊乱した者に対する懲戒処分)については、自由裁量の問題というよりも、「裁判所の介入し得べきところではない」とする田中二郎にあって、(昭和35年最大判以前の主張ではあるが)「議会の内部的紀律に属する問題については、裁判所は、裁判権そのものを有せず、従ってまた執行停止を命ずることもできない、というふうに考える余地を生ずる」としつつ、他方においては、「併し、私は、現行法の地方議会の懲罰事件のすべてを議会の内部紀律の問題だと主張するだけの勇気を持たない。若し、議員の懲

29) その最も激烈な表現は、真野裁判官意見の次のような主張にみられる。

「人の作つた法は所詮神の作り給える法には及ばない、という中世紀的な教権万能思想に胚胎しそれと糸を引く彼の自然法やネオ自然法を信奉し、あげくの果てには『自然法に反する憲法の規定は無効である』とまで公然と言明する自信と理性と勇気を持合せない限り、今や独立した日本国に生起するすべての法律問題は、悉く日本国憲法の源泉に遡りそこから出発して検討を、加えなければならないことは言うまでもない。」

30) 高橋滋・市村陽典・山本隆司 編『条解行政事件訴訟法〔第4版〕』(2014年、弘文堂)56頁〔高橋滋〕。

罰が、戒告・陳謝・短期の出席停止に止まるならば、それを純粹の内部規律の問題として、裁判所の介入を拒けるだけの理由があるともいえるだろう。ところが、現行法のように、公選議員の除名処分まで認めるとすれば、それは、もはや内部規律の問題を超え、市民法秩序につながる問題といわざるを得ないのではないかと思われる」としていた。除名処分は、当該議員の地位・権利を剥奪するものであるが、出席停止処分は、その権限の「一時的」停止に過ぎないというのが昭和 35 年最大判の整理であろうが、当時、出席停止処分が裁判権に服することについて消極的な立場を採る論者にあっても、その処分性を一律に否定するという見解は、必ずしも一般的ではなかったといえる。

6 出席停止処分取消訴訟の訴えの利益

出席停止処分が「行政庁の処分」であり、取消訴訟の対象になるとすれば、出席停止処分の期間終了後（ないし当然失職後）、当該取消訴訟の訴えの利益は消滅するか否かという問題が生ずる。この点については、昭和 35 年最大判当時、行政事件訴訟特例法の下において、地方議員の除名処分取消訴訟係属中に議員の任期が満了した場合、処分取消訴訟の訴えの利益が消滅するか否かについて、「本訴は除名議決の取消によって議員たる身分の回復を求むものであること明白であるから、議員たる身分に随伴して派生する報酬請求権等を考慮して、これがため既に任期満了した者に対し議員たる身分の回復を認めることは許されないものと解すべきである」などとして、これを否定していた（〔昭和 35 年〕3 月最大判、さらに最（二小）判昭和 27 年 2 月 15 日民集 6 卷 2 号 88 頁）。しかし、周知のように、このような考え方については批判が強かったため、行政事件訴訟法は、9 条 1 項括弧書きの部分の規定することにより、処分の効力が消滅した後であっても、その取消しによって回復すべき法律上の利益が残存する場合には訴えの利益が肯定されることを明確にした³¹⁾。

7 出席停止処分の違法性に対する司法審査

昭和 28 年最大決における田中耕太郎裁判官少数意見は、「勿論議会の内部関係の問題に司法権が全然関係しないのではない。この関係のある方面は地方自

31) 高橋他編前掲書（注(11)）310 頁〔定塚誠・澤村智子〕、除名処分取消訴訟の訴えの利益につき、板垣勝彦『地方自治法の現代的課題』（2019 年、第一法規）172 頁。

治法によって定められている。又憲法に規定する法の下における平等の原則のごとき議会の内部関係にも関係をもつ。ただ同法 132 条 133 条その他同法及び会議規則に違反し懲罰を科すべきものなりや否や又如何なる種類又は程度の懲罰（戒告，陳謝，出席停止又は除名，出席停止の日数）を科すべきやは，議会が終局的に定むるところによるものである」と主張し，その根拠を「法秩序の多元性」に求めた上で，「地方議会の懲罰に関しては，議会自体が最終の決定者である」としている。要するに，同少数意見によれば，議会の懲罰決定は，法律問題にかかわるが，議会が最終決定権者であり，裁判所はその取消しや無効とする権限を有さず，他の訴訟の形態（損害賠償請求訴訟など）をとったとしても，あたかも宗教上の争点が問題となっている場合のごとく，懲罰決定の違法性について完全に審査を放棄する（審査できない）とするものであろう³²⁾。このような田中裁判官少数意見（さらには，栗山裁判官反対意見の同旨の主張）に対しては，真野毅裁判官意見が次のような批判を展開している。

「言いかえれば，議会は，自由勝手に，専恣我儘に議員を懲罰することができるのではなく，一定の抽象的な既存の規準に照らし，議員のある具体的行為がそれに該当する場合においてのみ懲罰することを得るに過ぎないのである。すなわち，議会は法に違つてのみ懲罰ができるのであるから，法に遵わない場合には違法の問題を生ずることは自明の道理である。懲罰が裁量の領域に止まる限りは，地方自治の問題でありもとより違法の問題とはならないが，懲罰が法の規準に遵わない限りにおいては，それが『政治問題』であるとしても，同時に違法の法律問題となるわけである。例えば，（一）人違いで議員が懲罰された場合，（二）懲罰の事由が存在しなかった場合，（三）憲法上言論の自由が保障されている範囲内の言論をしたのかかわらず，多数派の賛同する原案に反対したがために懲罰された場合，（四）懲罰の基本法である会議規則そのものが違憲無効であるか又は法令に違反し無効であるのに，それを適用して懲罰をした場合のごときは，明らかに懲罰が違法である顕著な事例といえることができる。されば，懲罰には違法の問題を生じないとする見解は，認識不足から生れる独断であると言わなければならない。」

32) 昭和 28 年最大決における栗山茂裁判官反対意見も，「国又は地方公共団体の議事機関がその議事の円滑な遂行のためにする内輪の紀律の問題はたとい除名であってもその自主性の擁護のために内輪だけで処理せしむべき性質のものなのである」と主張するが，同じ趣旨であろう。

以上のような論争は、昭和 35 年最大判においても続き、同最判における河村大助裁判官意見は、次のように述べる。

「地方議会議員の懲罰決議は上告人の主張する如く議員としての報酬、手当、費用弁償の請求権等に直接影響するものである以上、その懲罰処分の適否及び右請求権等の争いは単なる議会の内部規律の問題に過ぎないものと見るべきではなく、裁判所法 3 条の『法律上の争訟』として司法審査の対象になり得るものと解するを相当とする。」またこのことは、その懲罰処分が除名処分であると出席停止の処分であることにより区別される理由はない。けだし残存任期一ばいの出席停止ということもないとはいえず、実質的には除名処分と異ならない場合もあり得るのみならず、停止の期間が短いからといって訴訟の対象にならないと解すべきではないからである。従って多数意見には到底賛同出来ない。

しかしながら、上告人の本訴は第一に本件懲罰決議の当然無効を主張してその無効確認を求めているのであるが、その懲罰決議は現在の権利または法律関係でないばかりでなく、上告人が訴の利益として主張する地方議会議員として有する報酬、手当等の請求権確保の目的を達するために、本訴無効確認の訴が適切有効な手段となるものでないことは明らかである。すなわち懲戒処分の当然無効を主張する上告人は何時にても現在の報酬請求権等につき直ちに権利保護を請求し得るものであるから、本訴確認の訴はその利益がないものというべく、これと同趣旨に出た原判決は正当である。」

ここで河村裁判官が、報酬等の請求権に言及していることは注目に値する。さらに、奥野健一裁判官意見は次のように述べる。

「本件懲罰議決の無効確認を求める訴は出席停止期間が既に経過しているから現在においては訴の利益がないのみならず、過去の法律関係の無効の確認を求めるものであって理由なく、また、予備的請求として決議の取消を求める訴は地方自治法 255 条の 2 の訴願裁決を経っていないから不適法である。従って本件上告は理由がない。

多数意見は本件懲罰議決は、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体の内部規律の問題として自治的措置に任せるべきものであって司法裁判権の対象の外におくを相当とする旨判示する。しかし、地方公共団体の議会のした議員除名の懲罰議決が裁判所の裁判の対象となることについては既に当裁判所の屢次の判例の示すところであり、懲罰議決が議員の除名処分であると出席停止の処分であるとに

よって区別すべき理論上の根拠はない。のみならず、行政事件特例法の適用にあたっては懲罰議決はこれを行政処分と解し、これを行う議会は行政庁と解するを相当とすることは当裁判所の判例（昭和 26 年 4 月 28 日第三小法廷判決）とするところであり、一般に行政庁の処分の違憲、違法の問題について裁判所が裁判権を有することは憲法 81 条、裁判所法 3 条によつて明白であるのみならず、地方自治法 255 条の 2 によれば地方公共団体の機関の処分により違法に権利を侵害されたとする者は訴願裁決を経て裁判所に出訴することができる旨を規定しており、地方公共団体の議会のした懲罰処分を除外すべき趣旨は窺われないしその処分が除名処分の如き重大事項であるときは裁判所の裁判の対象になるが、出席停止処分の如き重大でない事項は裁判所の裁判の対象にならないとするが如き区別を設ける趣旨も窺えないのである（ただ出席停止処分は停止期間の経過により訴の利益を失う場合が多いというに過ぎないのである）。従つて本件出席停止の懲罰処分は司法裁判権の対象にならないとした多数意見には賛成できない。」

以上の各個別意見の指摘を要約すれば、次の点にまとめられる。

- ① 除名処分と出席停止処分との区別は、程度の差であつて、理論的に区別することはできない。
- ② 懲戒処分が議会の内部規律の維持を目的とするものであるとしても、その濫用はありうところであつて、少なくともそのような場合は違法であり、法律問題である。
- ③ 議員報酬請求権については、権利保護の利益があり、それに関する訴訟は、法律上の争訟に当たる（現に、昭和 35 年最大判の事案において、原告は、議員報酬請求権の確保を目的の一つとしている）。

昭和 28 年最大決においては、田中耕太郎、栗山茂、真野毅、小林俊三の 4 裁判官が、出席停止処分の司法審査の問題について個別意見を述べ（齋藤悠輔裁判官意見はこの問題には言及していない）、〔昭和 35 年〕3 月最大判においては、部分社会論を説いた田中耕太郎、齋藤悠輔、下飯坂潤夫 3 裁判官補足意見（昭和 35 年判決における同 3 裁判官補足意見において引用）が付されているものの、昭和 35 年最大判において、この問題に関する個別意見は、上記の 2 裁判官の意見にとどまる。この間、7 年を経過しているが、最終的に昭和 35 年判決の多数意見という形で取りまとめがなされたということであろう。要するに、昭和 35 年最大判は、以上指摘されたような問題にいわばフタをする形で、

部分社会論に基づく内部規律論で「法律上の争訟」該当性を否定したものである。そして、本件第1審判決は、このような昭和35年最大判に最も忠実な形でその結論を導いたと評することができる。

V 個別の検討

以上の検討を踏まえ、本件訴えも含め出席停止処分に対する司法審査に関する個別論点について、若干の検討を行う。

1 昭和35年最大判の先例としての意義

このようにみえてくると、昭和35年最大判の「法律上の争訟」否定論は、判決の根拠を具体的に説明することを回避する、極めてナタの大きい大雑把な議論であるということになる。

すなわち、取消訴訟において処分性や原告適格を欠く訴えは、不適法として却下されるが、かかる訴えは、何らかの意味で「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」に当たらないともいえるであろう³³⁾。しかし、そこでそのような訴えについて、当該訴えは「法律上の争訟」に当たらないから不適法であるというのではなく、処分性なり原告適格を欠くから不適法だということの意味の一つは、確立された行政事件訴訟法(昭和35年当時において、行政事件訴訟特例法)の制度の下で、当該訴えにおける権利保護利益の欠如などについて、当該事件にかかわる関係法令などにも言及しつつ、具体的にその根拠を説明する点にあるとおもわれる。したがって、そのような制度があるなかで、敢えてそれとの関係に触れず、ただ単に「法律上の争訟」該当性を欠くと結論づけるのは、そのような具体的な根拠に対する説明責任を放棄するに等しいのではないかと考えられる。

まさに本件訴えでは、その点が問題となったのであって、①出席停止処分の処分性とそれに付随する問題(訴えの利益の存否など)、②出席停止処分の違法性に対する司法審査の有無および程度といった、行政事件訴訟法などとの関係でいわば「中間項」として存在するチェックポイントをすべて無視して通過

33) 「法律上の争訟」と抗告訴訟の訴訟要件との間の関係については、浜川清ほか編『行政の構造変容と権利保護システム』(2019年、日本評論社)76頁以下〔西田幸介〕参照。

し、ただ単に「法律上の争訟」該当性を欠くがゆえに、訴えを却下するという結論に至るのはいかにも説得力を欠くのではないかとおもわれる³⁴⁾。まさに、本件第1審、控訴審両判決におけるある種の混乱も、このような昭和35年最大判多数意見の立論に起因するものとおもわれる。本稿が、〈原則的取扱い〉をモデルとしてひとまず立て、それとの偏差を分析するという手法をとったゆえんもこの点にある。

2 出席停止処分の処分性(訴訟要件)

出席停止処分の処分性については、既に述べたように、昭和35年最大判の後、一般には、行政組織内部における自律的關係にかかわるものとして否定されている。しかし、昭和35年最大判自体、出席停止処分が「議員」の権利の一時的制限であることを認めており、制限の対象となる権利が一般の「私人」としての権利(富山大学事件で問題となった学生としての地位は、「私人」の営造物を利用する権利である。)でないという点においては、除名処分も同じであるから、除名処分と出席停止処分との区別は——「身分」(地位)の剥奪か、「身分」に派生する権利の制限かという点で——相対的である。その点で、地方自治法135条に定める懲罰のうち、少なくとも、除名処分(4号)・出席停止処分(3号)と戒告(1号)・陳謝(2号)との間には一線が引かれる可能性はある

34) 常岡孝好は、昭和56年最判が示した「法律上の争訟」概念に関する2要件(Ⅲ1参照)と部分社会論との関係につき、「論理的には、この2要件を充足すれば『法律上の争訟』となり部分社会の内部問題であるとしても司法権が及ぶというA説…と、2要件とは無関係に、従って2要件が充足されたとしても、憲法が保障する結社の自由等や憲法の保障する自治権のゆえに司法権が及ばないとするB説…がある」とした上で、B説に立つ論者は昭和35年最大判を好意的に評価するが、「B説に対しては、2要件を充足し『法律上の争訟』といえるものが、司法審査が拒絶され従って『裁判を受ける権利』が否定されるまでに強度に結社の自由等や憲法の保障する自治権が尊重されなければならない根拠についてさらに詳細な説明が必要であると思われる。なぜなら、上記の場合に『法律上の争訟』として司法権が及ぶとして本案審理に入った上、団体の自律権を尊重した(実体的及び手続的)本案審査の手法(たとえば裁量濫用審査)を施すことも可能だからである。一足飛びに司法審査の拒絶という結論に達する前に、こうした自律権を尊重した本案審査の手法では適切ではないことを説明する必要がある。仮にB説に立脚しても、本判決の結論が正当化されるか疑問無しとしない。それは、地方議会が会議規則という自治・自立のための規範を持つとしても、会議規則は国家法とは別個の部分社会独自の規範というわけではない。それは地方自治法に根拠を有する法規範ですでに国家法の一部を構成しているものと解されるのである。そうだとすると会議規則の実現は『内部規律の問題』にとどまらなといえよう。」と指摘する(常岡孝好「地方議会議員の懲罰と司法権」磯部力ほか編『地方自治判例百選〔第3版〕』(2005年、有斐閣)121頁)。

う。³⁵⁾。したがって、昭和 35 年最大判以前、出席停止処分の処分性が否定された例は見当たらないこと、またそれが報酬請求権に結びつきうることを考えれば、これを一律に否定することはもちろん、長期と短期に分けて判断することも妥当ではないとおもわれる³⁶⁾。出席停止期間の長短などの点は、もし仮にこれを考慮するとしても、出席停止処分の裁量審査における考慮要素(例えば比例原則との関係など)として位置づければ足りるのではないかとおもわれる³⁷⁾。

3 出席停止処分と司法審査の限界(本案)

出席停止処分が「行政庁の処分」であり、抗告訴訟の対象になりうるとすれ

35) 昭和 35 年最大判以前に陳謝議決の取消しについて処分性を認めた下級審裁判例があるが(Ⅳ 3 で取り上げた旭川地判昭和 29 年 12 月 2 日)、その実質的根拠は必ずしも明らかではない。戒告や陳謝の場合、それ自体は 1 回限りの事実行為であり、それ以上議員の権利制限が付随するものでないのであれば、処分性が認められないということになる。

さらに懲罰ではないが、県議会議長の議員に対する発言の取消命令の適否が司法審査の対象となるか否かが問題となった最(一小)判平成 30 年 4 月 26 日判例時報 2377 号 10 頁は、次のように述べて、これを否定する。

「普通地方公共団体の議会の運営に関する事項については、議会の議事機関としての自主的かつ円滑な運営を確保すべく、その性質上、議会の自律的な権能が尊重されるべきものであり、地方自治法 104 条は、普通地方公共団体の議会の議長は、議場の秩序を保持し、議事を整理する旨を規定し、同法 129 条 1 項は、議会の会議中、同法又は会議規則に違反しその他議場の秩序を乱す議員があるときは、議長は、発言を取り消させ、その命令に従わないときは、その日の会議が終わるまで発言を禁止し又は議場の外に退去させることができる旨を規定している。このような規定等に照らせば、同法は、議員の議事における発言に関しては、議長に当該発言の取消しを命ずるなどの権限を認め、もって議会が当該発言をめぐる議場における秩序の維持等に関する係争を自主的、自律的に解決することを前提としているものと解される。」

その上で同判決は、「県議会議長により取消しを命じられた発言が配布用会議録に掲載されないことをもって、当該発言の取消命令の適否が一般市民法秩序と直接の関係を有するものと認めることはできず、その適否は県議会における内部的な問題としてその自主的、自律的な解決に委ねられるべきものというべきである」としている。ここで発言取消命令は、一種の行政機関(議会)の内部行為と捉えられているが、これも地方自治法 135 条 1 項の懲罰との間に一線が引かれるべきであろう。

36) 常岡前掲評釈(注(34))は、同所で引用した A 説に立った場合(すなわち、昭和 35 年最大判の事案についても「法律上の争訟」に当たるという立場に立った場合)、「(1) 本判決〔=昭和 35 年最大判〕自体が認めるように、一時的にせよ、議員の『権利行使』が制限されており、(2) しかも地方自治法 134 条 2 項を受けて制定された会議規則があり、それは議員に対して外部効果を及ぼすものであると解され…、その 88 条に照らして本件出席停止処分の適法・違法の判断が可能であり、従って、2 要件が満たされ『法律上の争訟』に該当し司法権が及ぶと解される」とする。

ば、懲罰決議に関する地方議会の自律性は尊重しつつも（その意味で、「部分社会論」の含意は肯定しつつも）、裁量権の濫用踰越については、本案において司法審査が及ぶと考えるのが穏当である³⁷⁾。その場合、地方議会の裁量が広く認められ、司法審査の密度もそれに連動することが考えられるが、例えば上述(Ⅳ7)の昭和28年最大決における真野裁判官意見が指摘するような極端な事例の場合は、裁量権の逸脱濫用が認められ、違法ということになるであろうし、そこまで至らないものであっても、裁量権（ないしは自律権）の逸脱濫用として違法と評価されうる事案はあるはずである³⁹⁾。

現に、現在の最高裁判例が、地方議会の懲罰その他議員に対する不利益な措置について、（あたかも宗教問題が前提となった訴えにおけるがごとき）判断完全放棄型の内部規律論（完全な司法権不介入の方針）を採っているかは、疑問である。この点については、嚴重注意処分という措置が国家賠償請求訴訟の問題となった、前掲・平成31年最判が次のような判断を行っていることが注目される。

①「普通地方公共団体の議会は、地方自治の本旨に基づき自律的な法規範を有するものであり、議会の議員に対する懲罰その他の措置については、議会の内部規律の問題にとどまる限り、その自律的な判断に委ねるのが適当である（最高裁判昭和34年（オ）第10号同35年10月19日大法院判決・民集14巻12号2633頁参照）。そして、このことは、上記の措置が私法上の権利利益を侵害することを理由とする国家賠償請求の当否を判断する場合であっても、異なることはないといふべきである。」

②「したがって、普通地方公共団体の議会の議員に対する懲罰その他の措置が当該議員の私法上の権利利益を侵害することを理由とする国家賠償請求の当否を判断するに当たっては、当該措置が議会の内部規律の問題にとどまる限り、議会の自律的な判断を尊重し、これを前提として請求の当否を判断すべきものと解す

37) ただし、出席停止の期間が短期だからといって、重大性を欠き、裁量権が広く認められるとは限らないとおもわれる。例えば、仮に出席停止が3日間であったとしても、議会を二分する重大事件について議決が行われようとしているときに、反対派を弾圧する目的が明らかな出席停止処分が行われた場合、期間の長短にかかわらず、懲罰権（自律権・裁量権）の濫用ということもありうるであろう。

また、出席停止処分に処分性を認めた場合、差止訴訟（さらには仮の差止め）の対象となることが考えられるが、出席停止処分について議会の自律権に基づく裁量権が大きいとすれば、訴訟要件や本案勝訴要件を満たす可能性は低いとおもわれる。

るのが相当である」。

③「これを本件についてみると、本件措置は、被上告人が本件視察旅行を正当な理由なく欠席したことが、地方自治の本旨及び本件規則のっとり、議員としての責務を全うすべきことを定めた本件要綱〔注：名張市議会議員政治倫理要綱〕

38) 昭和 35 年最大判以前の下級審裁判例には、次のような判示をするものがある。

① 福岡高判昭和 25 年 9 月 11 日行集 1 巻 6 号 860 頁（出席停止 16 ヶ月の懲罰決議の取消しを求めた事案—本文において言及したもの）

「議会が懲罰事犯に対しいかなる程度の罰を課するかは議会の自律権に基く裁量行為ではあるけれども、事は公益的乃至政策的考慮に基くものでなく、特定議員の公法上の権利の得喪に関するものであるから法秩序の内自法制的限界があるものである。地方議会に関しては法規上出席停止につき期間の定めがなく正に会議規則中にその定めをなすべき事項であるが、地方議会にも地方自治法第 119 条において会期不継続の原則が定められておるからこの原則の根本精神（後の会期は前の会期と同一の議員より成っておっても会期異るごとに別の意思をもち得べきものとみなさるゝこと）に鑑み出席停止の期間はその会期と睨み合わせて決すべきである。」

② 福岡高判昭和 30 年 4 月 25 日行集 6 巻 4 号 1038 頁（除名処分の取消しを求めた事案）

「…少なくとも地方議会の懲罰処分はそれが違法のものである限り司法裁判所にその審査は正を求め得るものと解するのが相当である。／もともと、議会は、その性質・機能上、広範な自主自律性を認むべきことは前述の通りであって、議員の懲戒についても、いやしくも法律条例に照して懲罰すべき議員の行為がある限り、之に対して如何なる懲罰を科するかは原則として議会の自由裁量の範囲に属するものであり、従ってその当否を裁判所が云為することは出来ないものと解すべきであろう、が然し乍ら、当該行為に対比してこれに科せられた懲罰が社会観念上著しく妥当を欠く場合には、最早自由裁量の範囲を脱した違法の処分として裁判所はこれが取消を為し得るものと考える…。」

①、②の裁判例はともに、地方議会の懲罰処分について、議会の自律権に基づく裁量行為とはしつつも、そこでは、裁量権の逸脱・濫用について、司法審査が及ぶとしている（なお、②は除名処分に関する事案であるが、当該判示部分は、除名処分とそれ以外を区別しない、懲罰処分一般について述べているものである）。このように、昭和 20 年代、30 年代初頭までの裁判例は、地方議会の懲罰処分（一般）を裁量行為として位置づけ、それを前提にその司法審査を論じていたことがうかがえる。現在の地方議会は、昭和 20 年代、30 年代のそれとは、状況を大きく異にしており、本稿のテーマに関してもそのことを踏まえ、地方議会と裁判所との関係を考えるべきであるが（特に、自律権の具体的な限界など）、少なくとも訴訟の入口である訴訟要件については、基本的にこのような昭和 35 年最大判以前の考え方（原則的な取扱い）に立ち返るべきであろう（安念潤司「地方議会議員の懲罰と司法審査」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ〔第 6 版〕』（2012 年）317 頁は、昭和 35 年最大判につき、「判旨の説示はごく簡単であって、地方議会の自律権の根拠と程度について立ち入った検討を加えていない」として、「除名はもとよりその他の懲罰も、地方自治法に根拠を有する処分であって、判旨のいう単に『自律的な法規範』に基づく行為ではない」こと、『「重大事項」と『単なる内部規律の問題』との境界は流動的であって、例えば、長期の出席停止、ことに会期ごとにその全期間を出席停止とする処分は、実際上の効果において除名とさしたる違いがない』ことなどを挙げ、「そうだとすれば、本件以前の下級審を中心とする裁判例の、いわば素直な対応にこそ汲むべきものがあつたといえよう」とする）。

2条2号に違反するとして、議会運営委員会により本件要綱3条所定のその他必要な措置として行われたものである。これは、被上告人の議員としての行為に対する市議会の措置であり、かつ、本件要綱に基づくものであって特段の法的効力を有するものではない。また、市議会議長が、相当数の新聞記者のいる議長室において、本件通知書を朗読し、これを被上告人に交付したことについても、殊更に被上告人の社会的評価を低下させるなどの態様、方法によって本件措置を公表したものとはいえない。」

④「以上によれば、本件措置は議会の内部規律の問題にとどまるものであるから、その適否については議会の自律的な判断を尊重すべきであり、本件措置等が違法な公権力の行使に当たるものということとはできない。」

すなわちこの判決も、①の部分で昭和35年最大判を引用し、「議会の議員に対する懲罰その他の措置については、議会の内部規律の問題にとどまる限り、その自律的な判断に委ねるのが適当である」とする。

ただし、そこではいかなる場合が「議会の内部規律の問題にとどまる」ということについては、若干含みがあるようにおもわれる。すなわち、上記・昭和35年最大判は、その背景にある田中裁判官らの補足意見などからすれば、出席停止処分（すなわち、除名処分以外）は、当然に（いわばカテゴリー的に）

39) 昭和35年最大判以前の下級審裁判例をみると、出席停止期間が極めて長期にわたる場合（例えば16か月—前掲注(38)・福岡高判昭和25年9月11日の事例のごとし）があり、もしかような事案が生じた場合、除名処分と実質的に同視しうる場合として、司法審査の対象とすることは可能であろう。またこの他に、過去においては、会期を超える出席停止の懲罰を違法とした事例、前の会期の行為に対して次の会議で懲罰を科すことを違法とした事例などがあったが（依藤夫『地方自治法』（1975年、有斐閣）184頁・注(8)参照）、このような事例についても、裁量権の濫用・踰越に当たる可能性がある。もっとも、現在の地方公共団体の議会の会議規則においては、出席停止処分について期間等の制限（日数制限、次会期不継続）が設けられているのが通例であり、かつてのような極端な事例は想定しにくいであろう（例えば、横浜市民会議規則第113条は、「出席停止は、7日をこえることができない。」と規定し、岩沼市議会会議規則第154条は、「出席停止は、その会期を超えることができない。ただし、数個の懲罰事犯が併発した場合又は既に出席を停止された者についてその停止期間内に更に懲罰事犯が生じた場合は、この限りでない。」と規定する）。仮にこれら会議規則の定める手続規定に違反した場合まで、昭和35年最大判を引用して、出席停止処分に対する不服の訴えを不適法却下することは妥当ではないであろう。

したがって、現状において、懲罰決議において裁量権の逸脱・濫用が現実的に最もありうるとすれば、昭和28年最大決・真野裁判官意見のいう「憲法上言論の自由が保障されている範囲内の言論をしたにもかかわらず、多数派の賛同する原案に反対したために懲罰された場合」などであるとおもわれる。

司法裁判権の対象（司法審査の対象）から除かれるということになろう。換言すれば、「議会の内部規律の問題」に当たるか否かがさしあたり〈絶対的区別〉として論じられているようにみえる。しかし、このような判断については、判決当時においても、福岡高判昭和25年9月11日（注(27)）の事件のように、16ヶ月の出席停止でも同様に考えてよいのか、もしそのような出席停止についても訴訟提起が許されないとすると、「除名について必要とする議員3分の2以上の出席と4分の3の同意を得難い場合に、過半数で足りる出席停止の議決をし、実質上除名と同じ結果を得ようとする場合も出てきそうである」とする疑問が、最高裁調査官から提示されていたところである⁴⁰⁾。また、昭和35年最大判の当該事件における出席停止処分の期間が「3日間」であったことを踏まえば、同最判が「本件における議員の出席停止の如く議員の権利行使の一時的制限にすぎないもの」と述べている部分の「本件における議員の出席停止」という表現は、〈本件において係争の対象となった3日間の議員の出席停止〉という当該懲罰行為を指し、それが「3日間」という比較的短期であるがゆえに「一時的制限」と述べていると解する余地もある。そうなると、同最判も、出席停止処分を長期（例えば、16ヶ月）と短期（本件のような3日間）とに区別しているとも捉えられる。仮にこの部分が、一般論を述べたものであり、〈本件で問題となっている議員の出席停止は、（一般的に）議員の権利行使の一時的制限にすぎないもの〉という含意するものであったとしても、このような表現のあたりに、多数意見が形成される際の微妙な妥協が反映されているとみることが可能であろう。いずれにせよ、「議会の内部規律の問題」に属するか否かは多分に〈相対的区別〉であるというべきであって、議員の地位身分そのものの喪失に関わる除名処分以外が、当然に「議会の内部規律の問題」に属する（すなわちこの場合、裁判所は違法性について一切司法審査を行わず、いかなる場合であっても議会の決定を受容する。）ということにはならないとおもわれる⁴¹⁾。

現にこの平成31年最判も、上記引用の③において、問題となった当該嚴重注意処分が、名張市議会議員政治倫理要綱の行為規範違反に対する措置として行われたこと、それは「特段の法的効力を有するものではない」ということを挙げた上で、「議会の内部規律にとどまるもの」としている。このような判断

40) 田中前掲調査官解説（注(22)）380頁。

からすれば、当該措置が「議会の内部規律」にとどまるか否かは、当該措置の法的な位置づけ（地方自治法に規定されたものか、あるいは当該議会の自主的な規範に基づくものか）、法的効果の有無などによって決まってくるとも考えられるし、同判決のいう「議会の内部規律の問題にとどまる」か否かを、より実質的に〈議会の内部規律の問題として処理してよいか否か〉と捉え、嚴重注意処分のような法的効果を有さないものであっても、およそ事実の基礎を全く欠くような極端な事例については、「議会の自律的な判断を尊重」するに値しないとして、（国家賠償請求訴訟であれば、国家賠償法1条1項の適用上）違法ということになることも考えられる。

このように考えると、「議会の内部規律の問題」にとどまるものに当たるか否かという判断そのものが、実は司法審査の一部であるとみることもできる。換言すれば、「議会の内部規律の問題にとどまる」という限定が、〈議会の自律

41) 昭和35年最大決が「本件の事情の下でかつ3日間の出席停止に限った判断」であったと解する可能性があると指摘するものとして、中嶋直木「地方議会議員の懲罰と司法審査」宇賀克也ほか編『行政判例百選〔第7版〕』（2017年）301頁参照。昭和35年最大判以降、出席停止処分の違法性が争われた事件として、次のようなものがある。

① 甲府地判昭和38年10月3日行集14巻10号1860頁（除名処分取消請求）

この判決は、「およそ、法律上の争訟中には、事柄の性質上司法裁判権のおよばぬものとするのを相当とする領域のあることは一般に是認されているところであるが、地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰議決も特にそれが著しく長期間におよぶものでない限り右裁判権の対象の外にあるものと理解するのを相当とする。けれど、地方公共団体の議会のような自律的団体にあっては、その措置を純然たる内部規律の問題として当該団体に任せるのを相当とし、これに裁判所が介入することを適当としないからである。」とした上で、「特に本件についてみると、原告らの主張するとおりの事実関係としても、被告市議会の議員である原告らの受けた出席停止の期間は、最長7日間、最短1日間にすぎないから、これをもって除名処分と同日に論ずることはできず、従って右懲罰処分の取消しを求める本訴は、不適法といわねばならない」としている。ここでは、出席停止処分が当然に司法審査の対象となるものではないという立場をとっていることが注目される。

② 佐賀地判昭和61年9月5日行集37巻9号1115頁（出席停止処分取消請求）

この判決は出席停止処分（30日）についてのものであり、その後17日、1日の各出席停止処分が行われたものの、その後出席停止処分は行われていないことから、「除名処分と法的に同視すること」はできないとしている。しかし同事件において、原告は、議員報酬請求権の確保については特に主張していない（なお、宇賀前掲評釈（注（20））は、この判決に関する評釈であり、出席停止処分に対する抗告訴訟の可否、問題点一般について論及する）。

③ 函館地判平成28年8月30日判例時報2331号12頁（出席停止処分無効確認請求）

この判決は、3日間の出席停止処分の無効確認請求について、昭和35年最判を引用の上、訴えを不適法却下している（同判決については、今本啓介「判批」自治研究95巻2号（2019年）132頁参照）。

的判断を尊重することが妥当とされる場合)の言い換えであるということもできるのではないか。そして、もしそうだとすれば、昭和35年最大判の現在における先例としての意義は、〈地方議会の議員に対する懲罰その他の措置に対する司法審査に当たっては、原則として当該議会の自律的判断が尊重される〉ということの意味するにとどまることになる。

4 「自治的措置に任せ」の意義

さらに、上述の「内部規律の問題」に止まるか否かに関連することであるが、昭和35年最大判のいう「けだし、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在つては、当該法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るからである。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のと解するを相当とする」という判示をどのように解するかも問題となる。

地方議会が住民代表からなる立法機関であることから、そこに一定の自律、自治が認められるべきことについては異論のないところである。現に、会議規則の制定(地方自治法120条)のほか、近年では政治倫理などの観点から、当該地方議会独自に議員の行為規範を定め、その違反に対する措置を設ける例(平成31年最判の嚴重注意処分もその例である。)も少なくない⁴²⁾。したがって、そこにおいては、議員が遵守すべき行為規範(第一次規範)とその違反に対する懲罰等の制裁という二段構えの構造がみてとれることになる。そうすると、この昭和35年最大判のいう「自律的な法規範」をもつ社会における「当該法規範の実現」とは何かが問題となるが、ここにいう「当該法規範」を議員の行為規範(第一次規範)と捉えたとすれば、それに対する制裁が懲罰であり、それに対する再審査としての司法審査は、除名処分以外の懲罰にあっては存在しないということになる。しかし、そこにいう「当該法規範」は地方自治法134条1項にいう「この法律並びに会議規則及び委員会に関する条例」であるから、「自律的な法規範」に限られるわけではないことは明らかである。自律的な法規範の実現」と〈法規範の自律的な実現〉とは異なるはずであるが、そのあたりが自律的規律論の下であいまいにされてきた(ないしは、すり替えられてきた)憾

42) 注(5)で挙げた府中市議会議員政治倫理条例の定めるいわゆる二親等規制などが挙げられよう。

みがある⁴³⁾⁴⁴⁾。いずれにしても、議会による懲罰については、裁判所による救済がなければ、およそそれ以上の自治的措置による救済・是正は存在しない。本件控訴審判決が議員報酬請求権に関する争いを媒介に一般市民法秩序に関連付け、本件訴えを自律的規律論の制約から解放しようと試みたのも、このような背景に基づくものといえよう⁴⁵⁾。

VI おわりに

このように地方議会議員の出席停止取消し・議員報酬請求の訴えを、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」に該当するか否かという形で処理することに——とりわけ、現在の行政事件訴訟法などの訴訟制度との関係において——説得的な論拠があるとはいえない⁴⁶⁾。そもそも地方議会議員の地位や権利は、国家の統治機構（地方政府）の機関としてのそれであるから、本来、一般市民

43) 昭和28年最大決における栗山裁判官反対意見は、公務員に対する懲戒処分と議員の懲罰との違いを挙げ、議員の懲罰については、「国又は地方公共団体の議事機関がその議事の円滑な遂行のためにする内輪の紀律の問題はたとい除名であってもその自主性の擁護のために内輪だけで処理せしむべき性質のものなのである」という認識を示しているが、本文で述べた「あいまいさ」は、かかる認識の延長にあるものといえる。

44) 前掲注(35)で挙げた最（一小）判平成30年4月26日における議長の発言取消命令のごときは、議員の議事における発言をめぐる議場における秩序維持等に関する係争（一種の議員の職務上の義務違反に対する制裁）については、これをもって最終的な自主的、自律的解決とするという位置づけであろう。すなわち、そこに一応の完結した「自治的措置」の存在を認めることができる。

45) 議員報酬は地方自治法203条1項に基づくものであるが、同法203条3項に基づく費用の弁償として、議員が定例会等の会議に出席した場合に定額の費用弁償を支給する条例の規定について、最高裁判例は、「上記会議はいずれも法に定められたものであって、議員の重要な活動の場であり、そこへの出席に伴い、その職責を十全に果たすための準備、連絡調整及び移動等の費用を含む、常勤の公務員にはない諸雑費や交通費の支出を要する場合があり得るところである」としている（最（三小）判平成22年3月30日判例時報2083号68頁）。議員報酬と生活給との関係は議論のあるところであろうが、少なくとも違法な懲罰によって議員報酬が減額されることになれば、議員の職責を十分に果たすこと自体が危ぶまれることは、当然であろう。またこのことは、議員報酬の支給形態（月額制か否かなど）によって異なるものではないと解されるが、本件訴えの場合、「議会議員の議員報酬、費用弁償及び期末手当に関する条例」により、月額制を採っており、それを前提に出席停止処分の場合には減額するという方式をとっているため、出席停止処分が議員報酬請求権に関係することは明らかである。現状分析も含め、議員報酬に関する最新の文献として、辻陽『日本の地方議会』（2019年、中公新書）150頁以下参照。同書も、議員報酬は国会議員の歳費とは種々の点で性格が異なるとしつつも、「生活保障的な側面」も認められるとする（151頁）。

法秩序における地位とは言い難いものがある⁴⁷⁾。したがって、主観訴訟によりこれを救済することについては(除名処分も含め)原理的な問題があったはずであるが、部分社会論を前提にしつつ、出席停止処分と一般市民法秩序とを

46) 部分社会論における「部分社会」なるものの一部は、地方議会議員の懲罰のほか、国立大学における学生に対する単位認定や懲戒処分(退学処分を除く。)のごとく、かつて「公法上の特別権力関係」とされていたものと重なるものがある(この点については、田中二郎『新法行政法上巻〔全訂第2版〕』(1974年、弘文堂)93頁以下)。最高裁判例や下級審裁判例は、かつてこの特別権力関係論を援用していたが、その後、特別権力関係の一例とされた在監関係においても、これによらず、人権制約の可否・程度の問題として論じていることは周知のところである(最大判昭和45年9月16日民集24巻10号1410頁、最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁)。そして現在、裁判例において、この特別権力関係論を援用するものはまず皆無であるといつてよい。このように領域、分野ごとに応じた特殊な規律というものは、かつても存在したし、現在も存在しているが、特別権力関係論が判例上の援用をみなくなったのは、現行憲法の下でその理論的な妥当性が学説上厳しく批判されたこと、在学関係のように公法上の関係に止まらず、私法上において同様の関係があるものについては、「部分社会論」がその受け皿になったということ(その背景には、在学関係が「権力関係」というよりも一種の契約関係とみることが可能であるとする認識もあろう。)もあるが、さらに見逃すことができないのは、「特別権力関係」といった包括的な概念では、領域や分野ごとに異なる特殊な法的規律を合理的に説明できなくなったことが挙げられよう(このことは、各法分野において、旧憲法時代に比して、格段に法令による規律の密度が向上したことも関連している。以上の点については、藤田宙靖『行政法総論』(青林書院、2013年)68頁以下参照)。換言すれば、特別権力関係は、(教育法、公物营造物法、刑事施設における処遇に関する法など)それぞれの個別法領域(特殊法)へと解体・分解されていったといえるわけである(兼子仁『行政法総論』(1983年、筑摩書房)39頁以下は、この「特殊法」概念を「現代の各特殊社会関係ごとに特有な法論理の体系」と理解する)。その意味で、部分社会論も、そこに含まれている多種多様な個別領域を一律・統一的に包摂することは困難であり、結局は、特別権力関係論と同様の運命をたどっていくべきものとおもわれる。同旨の疑問は、以前から指摘されてきたところである(佐藤幸治「『部分社会』と司法権」同『現代国家と司法権』(1988年、有斐閣)178頁)。

近時の既説書などを繙くと、佐藤幸治は、「議員たる地位は一般市民として享受しうる地位とはいい難いが、地方議会議員の地位が実定法上保護され、除名は地方議会からの排除という重大な事柄であり、その紛争の深刻さと相まって、除名には司法権が及ぶとしつつ、それ以外の懲罰には原則として及ばないとするのは、地方議会の自律権を考慮すれば、妥当なもの」とした上で、地方公共団体を地方政府とみる立場からは、団体の内部的事項にかかわる問題というよりも、国会と同日に論じることとはできないとしても、政治部門の自律権の問題に準じて考えるべきであるとする(佐藤幸治『日本国憲法論』(2011年、成文堂)594頁)。これに対して、渋谷秀樹は、昭和35年最大判に触れた後、「このような理解〔＝内部規律論〕には、地方議会は統治機関であって、そもそも部分社会といえるかという疑問がある。この論理をとると、国会議員の除名処分も司法審査の対象となりうる。国会の議院自律権が議員の処分に対する司法審査を排除するのであれば、国会議員と地方議会の議員との異同に基づき判断すべきである…。地方議会の議員が住民代表の地位を有することを考えると、すべての懲戒処分を司法審査の対象とすべきである」とする(渋谷前掲書(注(8))653頁)。

つなぐ細い1本の蜘蛛の糸が「議員たる身分に随伴して派生する報酬請求権」(〔昭和35年〕3月最大判の用語)であった。しかし、部分社会論における一般市民法秩序とのかかわりとは、当該部分社会からの放逐ということと解するとすれば、かかる説明は——昭和35年最大判を前提とする限りやむをえないとはいえ——やはり技巧的であるといえよう。既に述べたように、また古くから指摘されてきたように、除名処分と出席停止処分との間には、議員の権利(権限)への制約という点で質的な差異はなく、そこに自律権=裁量権が認められるとしても、逸脱・濫用のおそれはあるわけであるから、そのことを考えれば、議員に対する懲罰の慎重確保の観点も含め、それら処分に対する不服の訴えについては、「法律上の争訟」該当性を認め、司法審査の途を拓くべきとおもわれる。

また本件訴えについて考えるにあたり、昭和35年最大判を前提するとしても、今日においてその射程は限定されたものではないかということにつき、これを別の観点からもみることができる。すなわち、以上縷々述べたように、昭和35年最大判自体が、その事案を前提に田中耕太郎裁判官の極端な部分社会論をいわば丸める形で多数意見を形成した形跡が見られる。そうだとすると、昭和35年最大判の一般的に見える判示も、当該事案を前提にしたものであって、その射程は限定されるべきという理解も十分ありうるところである。とりわけ近時、「判決による司法判断は、全て具体的な事実を前提にしてそれに法を適用して事件を処理するために、更にはそれに必要な限度で法令解釈を展開するものであり、常に採用する法理論ないし解釈の全体像を示しているとは限らない」ということが強調され、多年にわたって公務員の政治的自由に対する広範な制約について合憲性の根拠とされてきた猿払事件大法廷判決(最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁)の一般的法理(少なくとも、「特定の政党を支持する政治的目的を有する文書の掲示又は配布をしたという行為について、本件罰則規定に違反し、これに刑罰を適用することは、たとえその掲示又は配布が、非管理職の現業公務員でその職務内容が機械的労務の提供にとどまるものにより、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、職務を利用せず又はその公正を害す

47) 雄川一郎は、旧行政事件訴訟特例法時代において、地方議会の議員が、「わが国法上、その地位を保持すべき市民的な権利を有しているかは問題」であるとし、懲罰議決を特例法1条にいう行政処分と解し、抗告訴訟の対象となりうるとする判例の態度には疑問があると指摘していた(雄川一郎『行政争訟法』(1957年、有斐閣)80頁)。

る意図なく、かつ、労働組合活動の一環として行われた場合であっても憲法に違反しない、としており、本件罰則規定の禁止する『政治的行為』に限定を付さないという法令解釈を示しているようにも読めなくはない」同判決の判示）が、判例変更を経ずして、事案の区別により適用に差異が生ずるという事案に接し（最（二小）判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁、最（二小）判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1722 頁、とりわけカッコ内引用は両判決における千葉勝美裁判官補足意見）、判決後すでに 60 年を経た昭和 35 年最判について、仮にこれを維持するとしても、判示そのものの理解はもちろん、事案の差異を問わず、一般的にこれを適用することは、（平成 24 年の 2 判決が、判例変更の作法という点で問題が残ることはさておき）妥当性を欠くのではないかとおもわれる。

そしてこの点に関連して、渋谷秀樹が、既に四半世紀前、次のように指摘していたことが想起される。すなわち、渋谷によれば、「部分社会論で問題となる事項を訴訟要件レベルに封じ込めて処理すべきか、本案レベルまで広がりのある問題に考えて処理すべきかという」問題につき、後者であるとすれば、部分社会論の問題は、事件性の要件の守備範囲を超えることになるとした上で、その際の「政策的考慮要因」の一つとして「紛争解決という観点」を挙げる。

「…紛争解決という視点から見ればどうであろうか。事件性の他の構成要素をすべて充たす事案であるにもかかわらず訴訟要件レベルで決着をつけるということは、すでに現実的・具体的になっている紛争の解決をもう一度当事者に委ねることになる。そうすると当該紛争は全く解決されない膠着状態に陥り、実質的に『自力救済』の推奨となるので、私人の『裁判を受ける権利』、さらには【判例 1】〔＝昭和 28 年最大決〕で真野裁判官が指摘するように『法治主義』そのものが空洞化することになりかねない。【判例 1】において、田中耕太郎裁判官の指摘する実質的根拠、すなわち『裁判所万能の弊』および『裁判所の事務処理能力の破綻』も、紛争解決の必要のない事案は他の事件性の構成要素を充足していないとして排除できるであろうからあまり説得力はないと思われる。」

そしてその上で、次のように結論づける。

「部分社会に関する紛争で訴訟物以外が前提問題として実質的争点となっている場合には、訴訟要件レベルで処理するよりも本案レベルで処理すべきではなかろうか。そのように解する方が、事件性の要件をめぐる『統治行為論』ないし『政

治的問題』に関する判例の基本的立場との整合性、またそこで行われている審理の内容・方法さらには政策的考慮要因からみても妥当な結論が得られるように思われるからである。」⁴⁸⁾

昭和35年最大判や田中耕太郎の部分社会論については、今まで数多くの論攷で分析、批判がなされてきた。その点、本稿は、岩沼市議会事件を契機に従来の指摘を改めて検証するものであり、その域を基本的に超えるものではない。いずれにしても、現在、地方議会の内部規律に関わる出訴事件は増加しているが⁴⁹⁾、本件下級審判決においてみられるような裁判実務上の混乱に鑑みると、——部分社会論によって阻害されてきた、地方議会の機能や法的位置づけとの間の関係の検討も含め——昭和35年最大判の現在における先例としての是非や射程について、改めて理論的に検討、整理することが、喫緊の課題であると考ええる。

【付記】 本稿で取り上げた部分社会論と「法律上の争訟」の問題は、本稿筆者にとって最初の公刊論稿である蓮華寺事件最高裁判決（平成元年）の判例評釈（1993年、本稿・注（13））以来、その後学界に大きな波紋を投げかけた宝塚市パチンコ店規制条例事件最高裁判決（平成14年）など「法律上の争訟」をめぐる別次元の問題と並んで、長く興味をもってきたテーマである。渋谷秀樹先生の『憲法訴訟要件論』（1995年、信山社）が刊行されたのは、本稿筆者が前任校である金沢大学に奉職した翌年のことであるが、同書からは、ほぼ同じころに刊行された笹田栄司教授の『実効的基本権保障論』（1993年、信山社）などとともに、行政法の諸問題にも深くかかわる司法権論などについて数多くのことを学ばせていただいた。折から当時、本稿筆者は、行政救済法の講義（行政法第二部）を担当していたが、全体の冒頭で、行政訴訟法の憲法的基礎としての「法律上の争訟」概念

48) 渋谷前掲書（注(10)）177頁以下（とりわけ179頁以下）〔『憲法訴訟要件論』243頁以下〕。

49) 以上言及した地方自治法135条1項の懲罰議決（注(41)）所掲の裁判例のほか、除名処分適法性が争われ、原告の請求が認容された近時の例として、名古屋高判平成25年7月4日判例時報2210号36頁〔同判決については、板垣前掲書（注(31)）170頁参照〕、嚴重注意処分（平成31年最判）、議長議員に対する発言取消命令（注(35)）、市議会代表者会に招集しなかったこと（注(16)）のほか、市議会の幹事長会及び各派代表者会への出席、発言権が認められなかったこと（東京地判平成29年8月10日判例地方自治435号18頁）、時間制による質問時間の制限（東京地判平成28年6月30日判例タイムズ1439号153頁）、肉声で発言することが困難になった議員が第三者の代読による発言を求めたところ、パソコンの利用を強制したこと（名古屋高判平成24年5月11日判例時報2163号10頁）などがある。

や司法権の限界論に時間を割き、少し立ち入った説明を行う方法は、その頃からのものであり、それは今も続いている。

たまたま昨年(2019年)夏、急な話から岩沼市議会事件について若干の意見を述べることとなり、再び部分社会論と「法律上の争訟」について考える機会を得た。そして、それをあわせて、今回の渋谷先生退職記念号のテーマとさせていただいた次第であるが、本稿執筆に当たり先行諸業績を読み返す中、渋谷先生の大著『憲法』において展開された司法権の限界論が、行政法的な問題点への目配り、慎重な配慮の下に叙述されていることを改めて学ばせていただいた。憲法と行政法との融合ということについては、常々言われてきたものの、それを研究や教育の場で実践することは容易なことではない(これは他分野との接点一般に言えることでもある)。そしてそのことは本稿筆者も強く認識しているつもりであるが、先生はそれを一貫して追求してこられた。本稿は、当該テーマにつき限られた範囲で論じたものにすぎないが、渋谷先生の広範な学問的貢献のうち、特に上記の点を特筆して敬意を表しつつ、感謝を込めてここに献呈させていただきたい。

(2019年12月)

なお初稿段階で、岩沼市議会事件控訴審判決に関する評釈として、御幸聖樹「判批」判例評論731(判例時報2424)号2(164)頁(2020年1月)に接した。

(2020年1月)