

統治機構の機能維持と司法審査

—憲法 53 条違憲国賠訴訟など近時の事件を中心に—

神 橋 一 彦

- I はじめに
- II 岩沼市議会事件—地方議会議員の懲罰—
- III 憲法 53 条違憲国賠訴訟—国会召集決定の不作为—
- IV おわりに

I はじめに

I 憲法によって創設された政治部門（立法、行政、さらに地方自治を含む。）¹⁾について、それが何らかの憲法違反や機能不全の状態にあるということを主張する訴え（抗告訴訟、当事者訴訟、国家賠償請求訴訟など）が提起され、当該訴えについて、司法権の（内在的）限界なども含む訴訟法上の制約や司法審査の限界が問題となるとき、そのような制約について裁判所はどのような判断や対応をすべきか。またそのような訴えについて、仮に出訴ないし司法審査の途²⁾を拡大するとするならば、どのような方策が考えられるか。本稿は、こ

1) ここでいう「政治部門」とは、独立の法原理機関としての裁判所との対比で用いられる概念である（佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（2020年、成文堂）623頁以下）。

2) 国家賠償法1条1項に基づく国家賠償請求訴訟については、一般にその法律上の争訟性が否定されることはないが（その意味で、通常、司法権の限界、すなわち法律上の争訟性、さらに訴訟法上の制約は問題となることはないが）、後にもるように（Ⅲ参照）、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が、一定の職務上の法的義務に違背していたとしても、当該職務上の法的義務が、個別の国民（原告）との関係で負担するものでなければならないということが求められる（いわゆる「第三者関係性」）。この第三者関係性は、実体法上の国家賠償請求権の成立要件の1つであるが、職務上の法的義務の違背や当該公権力の行使の違法に関する実体審理の前提として、抗告訴訟における訴訟要件と類似の役割を果たすことになる点で、ここでいう「訴訟法上の制約」に類似したものといえる。その意味で、本文では「訴訟法上の制約」、

のような問題を立て、若干の考察を試みるものである³⁾。

これまで論じられてきた憲法訴訟のうち、基本権（基本的人権）保護がかかわるものについては、当該基本権の保護範囲などをめぐる実体法上の解釈問題のほか、救済手段に関する訴訟法（救済法）上の問題につき、さまざまな議論が展開されてきた（基本権訴訟論、実効的基本権保障論など⁴⁾）。これに対して政治部門の機能不全に関しては、私人の権利利益が直接には関わらない事案が多く、客観訴訟（民衆訴訟・機関訴訟）が法律に定めのあるものに限定されている現行法令（行政事件訴訟法42条）の下では、最終的には国家賠償請求訴訟や住民訴訟の活用が考えられないではないにせよ、直截な形で訴えの俎上に載せられることが比較的少なかったといえる。しかし、そのような現状が、三権分立全体との関係も含めた司法のあり方として妥当か否かについては、当然、議論の余地があるところである。すなわち、司法による基本権保護については、そもそも（実体的）基本権にはしかるべき救済が伴うべきであるにもかかわらず、とりわけ行政訴訟の場面において、訴訟法上の規定が障壁となってそれが十分に実現していないのではないかという、いわゆる「訴訟法の留保」という問題が指摘されているところ、それと同様の問題が、司法の役割と統治機構の機能保障との関係でも指摘できるのではないかということである。

2 (1) 本稿筆者がこのような点に注目するきっかけとなったのは、地方議会議員の出席停止の懲罰（地方自治法135条2号）の取消訴訟につき、従来の判例を変更し、その法律上の争訟性を認めた岩沼市議会事件大法廷判決（最大判令和2年11月25日民集74巻8号2229頁一以下「令和2年最大判」という。）である。

この事件における訴えは、出席停止の懲罰の対象となった議員が、出席停止に伴い条例に基づき減額された議員報酬の支払請求を目的とする点において、

「出訴ないし司法審査の限界」と表記した。したがって、ここでいう「司法審査」には、国家賠償請求訴訟における職務上の法的義務の違背、ないし当該公権力の行使の違法に関する審査が含まれる。

- 3) 統治機構の機能不全などを主張する訴訟として住民訴訟があるが、本稿では検討の範囲外とする。
- 4) 棟居快行『人権論の新構成』（1992年、信山社）285頁以下、同『憲法学の可能性』（2012年、信山社）153頁以下、笹田栄司『実効的基本権保障論』（1993年、信山社）など。また、本稿筆者の見解として、神橋一彦『行政判例と法理論』（2020年、信山社）45頁以下参照。

原告の個人的な権利利益の保護救済を求めるものであったが、他方において、地方議会における出席停止の懲罰の濫用と、それに伴う議会の機能不全の是正という公益の回復をも求めるものであった。そして同判決は、当該訴えの法律上の争訟性を肯定したが、そこでの直接の論拠は、当該議員の議員報酬請求権という財産上の権利利益との関係（その意味において、一般市民法秩序との一定のかかわり）ではなく、出席停止の懲罰が、議事参与権という議員としての権限・権能を制約するものという点であった。出席停止の懲罰の法的効果をストレートに捉え、処分性、ひいては取消訴訟の法律上の争訟性を認めたとはいえるが、そうだとすると、かような訴えは、取消訴訟という主観訴訟の形式によりながら、その実質において機関訴訟たる性格をも有するものとみることができ⁵⁾⁶⁾、その限りで、同判決は、従来の「法律上の争訟」の概念を何らかの形で拡張したものとイえる。そして、そのような概念の拡張に着目し、これを機に、今まで（固有の資格としての）行政主体相互間や、あるいは行政機関相互間の紛争ということで法律上の争訟性が否定されてきたような訴えについて、出訴ないし司法審査の途を拓く何らかの方策を模索する議論が出てくることになろう。

(2) 現にそのような理解に立ち、①出席停止の懲罰取消訴訟のように、実質的には機関相互間の争訟としても捉えられるものについて、令和2年最大判と同様に、主観訴訟（抗告訴訟、当事者訴訟、さらには国家賠償請求訴訟）の枠内で、出訴ないし司法審査の途を拓くことが可能かどうかという問題が提起されるとともに、②令和2年最大判は、議員の権限・権能の保護という、ある種の公益の実現を目的とする訴えにつき法律上の争訟性を認めたものと捉え、それを1つの梃子として、従来から公益・私益二分論に立脚した訴訟目的を根拠に

5) 神橋一彦・行政法研究37号(2021年)197頁〔204頁以下〕参照。

6) 西上治は、地方議会議員の出席停止の懲罰の無効確認を求めた訴えに関するもので、令和2年最大判によって判例変更された最大判昭和35年10月19日民集14巻12号2633頁〔山北村議会事件〕につき、この事件は、「議会に出席し、議員として意思表示を行うという議員なる機関に与えられた権限の侵害の有無が争点なのである」として、同一の行政主体内の機関相互間の争訟である「典型的機関訴訟（権利権限型）」として位置づけている（西上治『機関争訟の「法律上の争訟」性』（2017年、有斐閣）41頁以下）。これらの点も含め、令和2年最大判については、神橋一彦「地方議会議員に対する懲罰と司法審査——岩沼市議会事件大法廷判決と今後の展望」大貫裕之ほか編『行政法理論の基層と先端——稲葉馨先生・亙理格先生古稀祝賀論文集』（2022年刊行予定、信山社）において、拙稿注5）公表以降に出された論稿なども踏まえ検討している。本稿は同論文の続編をなすものである。

法律上の争訟性を判断し、さまざまな点で批判の対象とされてきた宝塚市パチンコ規制条例事件最高裁判決（最（三小）判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁〔宝塚判決〕）の判例変更と、あわせて同判決を前提に法律上の争訟性が否定されてきた行政主体相互間の訴訟（とりわけ地方公共団体が原告となって国を被告とする訴訟）についても、裁判実務において法律上の争訟性を承認する途を探ろうとする議論もみられるところである⁷⁾。

本稿は、主として上記①の方向で、統治のプロセスに関わる法的問題について司法審査を拡大する可能性を模索、検討するものである。

(3) さらにこのような統治機構の機能不全について、最高裁は、とりわけ選挙権に関し、その権利としての性格を重視し、違憲や違法を主張する訴えにつき、出訴の途を柔軟に認めてきたことが指摘されている。

すなわち、国会の議員定数配分の不均衡については、公職選挙法204条の選挙の効力に関する訴訟においてその違憲を争うことを認めてきたほか（最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁⁸⁾）、在外国民選挙権については、衆議院議員選挙において選挙権を行使する権利の確認訴訟を認めるとともに、国家賠償の請求も認容して注目されたところである（最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）。このことから、最高裁は、議会制民主主義の根幹にかかわる訴訟について、ある程度柔軟に司法的救済の途を認めてきたといえる。その意味で、令和2年最大判も、出席停止の懲罰が恣意的に濫用されることによって、「憲法にその設置の根拠を有する議事機関」（判決の表現）である地方議会の議事運営が歪められるということは、統治機構の一部をなす地方自治（住民自治）の正常な運営を著しく妨げるものであるという認識を背景に、その匡正のため、地方議会の自律的決定に司法が介入する可能性を留保するという判断をしたものとおもわれる。そうだとすると、最近第1審判決が出て注目された憲法53条後段違憲国賠訴訟も、国会の召集という国会の活動方法にかかる重要事項を問うものであるが、これも——近時の憲法研究者の表現によれば——

7) この方向を強く打ち出すのは、人見剛の諸論稿である（人見剛「判批」判例時報2476号（2021年）11頁、同「『法律上の争訟』に関する宝塚判決（最判平成14年7月9日）の呪縛——辺野古抗告訴訟那覇地裁判決（令和2年11月27日）の問題点」法学セミナー2021年5月号55頁など）。

8) 青井未帆「憲法判断をめぐる司法権の役割について」学習院法務研究12号（2018年）32頁以下。

「デモクラシーの空洞化修復」⁹⁾に司法の果たすべき役割が問われている点で、各種選挙権訴訟や地方議会議員の懲罰をめぐる訴訟と軌を一にするものということができよう。すなわち、これを換言すれば、国家の法秩序における、憲法を起点とし、立法作用(法律)を経て、さらに行政作用や司法作用といった法の執行に至る1つの動態のプロセスの中で、主として立法部(国会・地方議会)のあり方につき、選挙から立法部(議会)の活動、そしてさらに次の選挙へと一連のプロセスの機能不全(ないし違憲状態)の匡正に、司法が、権力分立を考慮しつつ、その権限の範囲内でどこまで踏み込むことができるかという問題ということになる。その意味で、選挙権とその行使(議員定数、選挙の投票資格)、議会の活動開始(国会の召集)、議会の運営(地方議会議員の出席停止の懲罰の可否)という問題は、一見別々の問題にみえるが、いずれもかような一連の政治過程のプロセスの中に位置づけることができるのである¹⁰⁾。

3 (1) そして以上のような問題を検討するにあたり手がかりとなるのは、実効的権利救済をめぐる最高裁判例にみられる1つの傾向である。すなわち、行政訴訟の訴訟要件をめぐる従来の最高裁判例をみると、処分性や原告適格について、一定の判断枠組み(いわゆる「従来の公式」)は踏襲しつつも、それを具体的な事件について当てはめたとき、実効的権利救済の観点で妥当ではない結論が導かれる場合、もとの従来の公式に立ち返って、その当てはめに一定の修正を加えるということ(一種の目的解釈¹¹⁾)が行われてきたといえる。

9) 木下智史ほか「連載 FOCUS 憲法Ⅱ【第10回・最終回】座談会 制度形成と権利論、そして『憲法論の居場所』(その2・完)」法学セミナー2021年11月号75頁以下参照[木下智史、村西良太、松本和彦、片桐直人各発言]。

10) 2021年10月に開催された第65回日本公法学会総会は、「現代における権力分立と権力のコントロール」をテーマに行われたが、その中で取り扱われた1つの問題が、行政権と司法権の関係、なかでも行政主体相互間、行政主体内部の紛争に関する司法審査のあり方であった。とりわけ第1部会における西上治報告「客観争訟における法主体の位置づけと機能」などは、本稿の内容に関連するものであるが、同総会直後の本稿執筆時点では、諸報告を掲載した『公法研究』誌が未公開であることをお断りしておく。

11) この点については、現職裁判官からも原告適格との関係で、「一種の逆流解釈」として、「こういう利益が侵害されているのではないか、こんな重大な利益侵害が生じているのではないか、そうだとすれば、こういう利益が根拠法規で考慮されていないわけではないだろう。そのような形で解釈を持ち込んでいくということはあるのではないかと指摘する発言がなされていたところである(小早川光郎編『ジュリスト増刊・改正行政事件訴訟法研究』(2005年)71頁[鶴岡稔彦発言]。またこの鶴岡発言を引用し、原告適格と基本権との関係について論じたもの

その例として、取消訴訟の対象について、判例変更の上、土地区画整理事業計画決定に処分性を認めた遠州鉄道事件大法廷判決（最大判平成20年9月10日民集62巻8号2020頁）が挙げられる。同判決は、施行地区内の宅地所有者等は、事業計画の決定がされることによって、一定の規制を伴う「土地区画整理事業の手続に従って換地処分を受けるべき地位」に立たされるものということができ、その意味で、その法的地位に直接的な影響が生ずるものというべきであるとしているが、そのような「地位」を前提に処分性を導き出した背景には、藤田宙靖裁判官補足意見のいうように、「計画の適法性を、後続の換地処分等個別的処分の取消訴訟においてその前提問題として争うことも可能である」とは言い得るものの、…換地制度という権利交換システムをその骨格とする制度の性質上、実際問題としては、この段階で計画の違法性を理由に個別的処分の取消しないし無効確認を認めることになれば、事業全体に著しい混乱をもたらすことになりかねず、結果的に「事情判決をせざるを得ないという状況が、容易に生じ得る」ことから、「実効的な権利救済を図るためには、事業プロセスのより早い段階で出訴を認めることが合理的であり、かつ不可欠である」という要請がある。そしてかかる解釈は、行政計画の策定にあたって、事前手続による利害調整が不備であるという現状において、「こういった事態を前提として、司法が、その本来の責務に照らしてどのような法解釈を行うのが最も合理的であるかが問われることになる」という認識に基づく目的解釈的手法によるものということになろう。

また同じく取消訴訟における原告適格についても、判例は、法律上保護された利益説の下、いわゆる個別保護利益の判定にあたって、処分の根拠法令において特定の私人の利益を保護する趣旨の規定が存在しなくても、侵害される利益の内容及び性質などに照らして、原告適格の範囲を拡大してきたのである（最（二小）判平成元年2月17日民集43巻2号56頁〔新潟空港訴訟〕などの諸判例、さらには行政事件訴訟法9条2項¹²⁾）。

(2) 以上のような一種の目的解釈の手法が、今回の地方議会議員の出席停止の懲罰取消訴訟の法律上の争訟性を肯定するに当たっても用いられているといえる。すなわち、最高裁は、出席停止の懲罰の処分性を導くに当たり、裁判所

として、神橋前掲書（注4）156頁以下参照。

12) この点に関する本稿筆者の見解については、神橋前掲書（注4）148頁以下参照。

法3条の「法律上の争訟」概念に関する従来の公式（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、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という基準——最（三小）判昭和56年4月7日民集35巻3号443頁〔板まんだら訴訟〕、以下「板まんだら基準」という。）を前提にしていることはうかがえるものの、この基準を議論の冒頭に掲げる宇賀克也裁判官補足意見とは異なり、法廷意見はこれを明示せず、原告たる当該対象議員のいかなる「権利義務ないし法律関係」に関する訴えであるかについては必ずしも明言していない。ただし、法廷意見も出席停止の懲罰の処分としての内容を論じる中で、これが科されると「議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中核的な活動をする事」ができないことを指摘しており、そこでは訴えの法律上の争訟性、さらには出席停止の懲罰の処分性を認めるに当たり、当該議員の議事参与権に焦点を当てたことは明らかである。したがって、その点において、議員個人の権利（本件でいえば議員報酬請求権）よりも、議員たる機関の権限・権能といえるものに正面から焦点を当てた点において、私人の個人的権利利益の保護救済を中心に捉えてきた「法律上の争訟」概念に関する従来の公式（板まんだら基準）の当てはめにおいて、何らかの一定の修正を図ったということができよう。いずれにしても、そこでは板まんだら基準の適用に当たって、従来の公式との偏差をどのように考えるべきか、議員たる機関の権限・権能と議員個人の権利利益とは全く切り離された、無関係のものと考えてよいかについて、なお検討の必要がある。

4 本稿は以上のような①選挙権をはじめとする民主制プロセスの機能不全に対する司法の関わりと②最高裁判例の採ってきた「従来の公式」の当てはめという2つの観点を中心に、とりわけ議会の議員の地位に焦点を当てて若干の考察を試みることにする。

すなわち、最初に岩沼市議会事件にかかる令和2年最大判を素材として、地方議会の議員の地位を中心に地方議会の内部紛争について考察する（Ⅱ）。そして、そこで得られた若干の観点を引き継ぐ形で、国会議員の地位に着目しながら、憲法53条後段に基づく国会召集決定の不作为にかかる国家賠償請求訴訟について考察を行う。

II 岩沼市議会事件——地方議会議員の懲罰——

1 令和2年最大判については、本稿における検討の出発点として、さしあたり下記の点について確認しておきたい¹³⁾。

既に述べたように、令和2年最大判は、出席停止の懲罰の取消訴訟につき法律上の争訟性を認めたが、宇賀裁判官補足意見が板まんだら基準に言及しているのに対し、法廷意見はこの基準を前提にしているとはおもわれるものの、明確な当てはめについては明言を避けている。

すなわち、この点について法廷意見は、「議員は、憲法上の住民自治の原則を具現化するため、議会が行う〔条例の制定改廃など〕上記の各事項等について、議事に参与し、議決に加わるなどして、住民の代表としてその意思を当該普通地方公共団体の意思決定に反映させるべく活動する責務を負うものである」とした上で（法廷意見5(1)イーカッコ内、本稿筆者）、「出席停止の懲罰は、上記の責務を負う公選の議員に対し、議会がその権能において科する処分であり、これが科されると、当該議員はその期間、会議及び委員会への出席が停止され、議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中核的な活動をすることができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる。このような出席停止の懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度に照らすと、これが議員の権利行使の一時的制限にすぎないものとして、その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということとはできない」（同5(1)ウー下線部は本稿筆者）としている。要するに、ここで法廷意見は、出席停止の懲罰の効果、内容について、議員報酬請求権など何らかの個人の主観的権利・利益ではなく、「議員としての中核的な活動」を支える議事参与権という議員たる機関としての権能・権限を制限するものであると述べている。出席停止の懲罰の内容・効果に関するかかる理解が、その取消訴訟の法律上の争訟性を判断するに当たって前提にされており、そのような議事参与権が、さしあたり私人の個人的な権利・利益ではなく、公益を目的とする機関としての権限・権能であると捉えられるとすると、そのような訴えが主観訴訟の枠内に収まるものといえるか、さらには《司法権＝法律上の争訟＝主観訴訟》

13) この部分は、神橋前掲論文（注6）でも述べたところを敷衍したものである。

という三項図式に必ずしも当てはまらない訴訟の取扱いを板まんだら基準との関係でどのように考えるかという、宝塚判決以来の重い課題につながることになる。

したがって、大法廷が全員一致で出席停止の懲罰取消訴訟の法律上の争訟性という結論では一致しつつも、板まんだら基準との関係について明示的な言及を行わなかったのは、行政主体やその機関（機関担当者も含む。）が提起する訴訟について、とりわけ板まんだら基準①の「権利義務ないし法律関係」をどのように構成するか、ひいては原告の立場は、果たして私人（個人）としてのそれか、あるいは議員たる機関としてのそれかということについて議論の余地があるからであろう。

2 (1) このようにみえてくると、令和2年最大判をうけ、地方議会の議員の地位については、それを担う個人と議員たる機関との関係に焦点を当てて、今一度検討してみる必要がある。換言すれば、議員の議事参与権の制限という点に焦点を当てる同最大判の下で、出席停止の懲罰取消訴訟に何らかの「主観訴訟」の要素があるか、そしてあるとすればそれは何かということである¹⁴⁾。とりわけ、個人（私人）については、憲法上の基本権の保障が及ぶことは当然としても、国家機関（ないしその立場で行う公務員）の行為については、国家内部の行為であり、基本権の保障は及ばないという一応の見立てを前提に、この点をどのように考えるかが問題となる。

14) 令和2年最大判の調査官解説は、「出席停止の懲罰議決の取消訴訟は、当該懲罰を受けた議員が、行政処分である出席停止の懲罰議決の取消しを求める主観訴訟であると考えられる」とする。その上で、「出席停止の懲罰議決によって、当該議員は、その期間、会議等に出席できなくなるから、その権利を制約するものであることは明らかであるところ、このように制約される議員の権利や権限の性質の検討は、これが司法審査の対象となるか否か、すなわち外在的制約があるか否かを検討するに当たり、その制約の程度を因するという観点からされるものである。したがって、出席停止の懲罰議決により制約される議員の権利又は権限には、私人としての権利の行使といった側面のみならず、住民からの負託を受けた立場にあることも勘案すべきであるとはいっても、訴訟の性質との関係では、飽くまで当該議員個人の権利義務に関する紛争であることを前提とした上で、その制約の程度が大きいことをいうものであると考える」としている（荒谷謙介「最高裁判所判例解説」法曹時報73巻10号(2021年)229頁・注(30)）。この点は、後に述べる「議員活動の自由」の制約との関連で述べられたものであるが、同最大判が、「当該議員個人の権利義務に関する争い」であり、その点で板まんだら基準を前提に法律上の争訟性が認められたものであることを示唆するものといえる。

(2) ある個人（私人）が、①選挙に立候補し、②選挙の結果、公選の議員に就任し、③議員としての活動を行うという一連のプロセスを考えたとき、(a)除名処分によって議員たる地位・身分を喪失する場合と(b)出席停止により議員としての権限・権能の行使が制限される場合は、それぞれ②と(a)、③と(b)が対応関係にあることになる。①については、参政権の範疇に属するものとして個人的公権（公職就任権）にかかわるものとみることができ、②についても、議員たる地位・身分については行政主体の機関としての側面はあるものの、議員たる地位に基づき種々の権利義務が発生することを考えれば、当該議員個人に帰属する地位・身分という側面もある。その意味で、議員個人と機関たる議員の接点がこの②にあることになる。これに対して、③の議員としての活動については、(a)一般的な私人の政治活動と変わらない領域と(β)議員の職務権限にわたる領域（その中核が議会の議事手続への参与ということになる。）に分けられることになろう。

確かにこのように考えると、議員の議事参与権は、議員たる機関の有する権限・権能であるとはいえるものの¹⁵⁾、議員個人（私人としての議員）とまったく切り離されたものとして観念することが妥当かということが問題となる。すなわち、地方議会の議員が、1つの機関であるとしても、そこには当然のことながら、一般の行政機関とはかなり異なる特殊な点がある。すなわち、一般の行政機関において、機関担当者の意思が法的な効果を有するのは、法律がそのような効果を認めているからだとする、そこでは機関担当者個人の意思（意

15) 判例は、国会議員についてであるが、「国会議員が、立法、条約締結の承認、財政の監督等の審議や国政に関する調査の過程で行う質疑、演説、討論等」（質疑等）について、それが「国家意思の形成に向けられた行為」であることを前提に、「質疑等は、多数決原理による統一的な国家意思の形成に密接に関連し、これに影響を及ぼすべきものであり、国民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を反映させるべく、あらゆる面から質疑等を尽くすことも国会議員の職務ないし使命に属するものであるから、質疑等においてどのような問題を取り上げ、どのような形でこれを行うかは、国会議員の政治的判断を含む広範な裁量にゆだねられている事柄とみるべき」としている。そしてここでは、「質疑等の内容が個別の国民の権利等に直接かかわること」も起こり得るところであり、「国会議員が個別の国民の権利に対応した関係で法的義務を負うこともあり得ないではない」ということが前提になっている（最（三小）判平成9年9月9日民集51巻8号3850頁）。ここでの国会議員の質疑等は、国会議員という機関（職）にある公務員の行為であり、その「裁量」の範囲内か（すなわち、国会議員たる機関の遵守すべき行為規範や注意義務に違背するものでないか）どうかがか問題になっている（それだからこそ、国家賠償法1条1項が適用されているといえる）。

思形成の自由)は独自の意味をもたないということになる。これに対し、議会の議員は、間接民主制の下では国会も地方議会も含め、議会という国民ないし住民を代表する合議制機関の一員たる機関と位置づけられ、議会において行われた発言などの行為は、立法過程という法過程の中に位置づけられるものである¹⁶⁾。しかし他方で、自由委任に基づく代表という議員の性格に鑑みれば、その内容については、基本的に(事実上はともかく)法的な拘束はない。すなわち国民の代表者たる議員は、「もっぱら自己の良心にのみ拘束される」¹⁷⁾ことにも留意しなければならない¹⁸⁾。

さらに、国家機関(機関担当者たる公務員)の行為に基本権の保障があるか否かについては議論の余地のあるところであるが、一般の行政機関の行為については、その点につき基本的に否定的に解されよう。しかし、地方議会における議員の活動は、議会の内外における公開の場における討論、言論を通じ、住民とのコミュニケーションを行うものであるとすれば、それは議員個人の表現の自由と不可分のものである。そうだとすると、「議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中核的な活動」そのものはさしあたり議員という機関の行為であるとしても、それを支える基盤は、議員の政治活動の自由であり、その保障の根拠はさしあたり憲法21条に求められるということになるであろう¹⁹⁾。

16) この点の重要性については、神橋前掲論文(注6)において、新正幸の「法現象としての立法過程論」(新正幸『立法過程と立法行為』(2017年、信山社)103頁以下、さらに同『憲法と立法過程』(1988年、創文社))に依拠して論じたところである。

17) 清宮四郎『憲法I〔第3版〕』(1979年、有斐閣)69頁。

18) 地方議会の自律性については、「議事機関は、意思決定をその本来の職責とするものであるから、他からの拘束を受けない自由と、他からの介入関与を受けない独立性が保障されなければ、たとい意思決定を行ったとしても、その意思は議事機関自身のものではなく、他からの借物又は強制によるものとなって、議事機関としての存在意義が失われ、その存立の根拠を欠くことになる」のであり、その点においては国会と地方議会に差異はないという指摘がある(松澤浩一『議会法』(1987年、ぎょうせい)158頁。調査官解説は、地方議会の自律性を説明するにあたり、この松澤の見解を引用する(荒谷前掲解説(注14))197頁)。さらに進んでいうならば、かかる地方議会の自律性は、それを構成する議員の独立性(自由委任)を必須の前提とするといえよう。

19) 飯島淳子は、選挙民と議員のつながりという Proximité の原理と「距離」の原理との「交差点」に位置する議員像、すなわち、「『議員は、選挙区という地理的に限定された『地域』に自らの正当性の基盤を置いて活動する一方、議会内で選挙区の利益擁護と院内政治グループの活動を通じて国民総体の意思表明に資する』存在であること、そして『議員と選挙人相互のコミュニケーションこそが、熟議空間と統治空間を接合する《medium》である』」とする榎塚康江

3 (1) そして最高裁も、市議会議員の2親等以内の親族が行う市と請負をすることに対する規制が問題となった事件において、議員の政治活動の自由について憲法21条との関係に言及している（最（三小）判平成26年5月27日判例時報2231号9頁〔府中市議会議員政治倫理条例事件〕）。しかし、同判決は、議員の政治活動の自由が憲法21条1項の保護領域との関係でどのように位置づけられるかについて、必ずしも一般論を展開しているわけではない²⁰⁾。すなわち、同判決は、この事件の控訴審判決や原告がこだわりを見せた憲法21条と憲法15条とのかかわり（当該事件で問題となった二親等規制と参政権とのかかわりという問題）には全く触れるところがない。したがって、ここでもし何らかの形で「議員活動の自由」を定式化するとすれば、議員の職務上の権限行使としての活動を核心として（令和2年最大判における議事参与権はその中核ということになる）、その周辺に位置づけられるさまざまな活動（主として公論の形成を目的とする言論や住民、有権者等とのコミュニケーション）の自由が含まれることになろう（もとより、議員活動のすべてが憲法21条の保障範囲に入るか否かは別論である）。そして、そのような政治活動の基盤には、その人の信用や社会的評価といった当該個人の人格的要素があるのではないかとおもわれる。確かにこの段階に至ると、私人一般について保障される表現の自由との差異は相対化されることになるが、とりわけ、公選の議員については、最終的には選挙

の主張に依拠しながら、「議員と住民とのコミュニケーションが、民主政にとって、果たして、また、どのような法的意味を持ちうるものとして設計され、運用されているかを把握すること」に焦点をあてて問題の検討を行っている（飯島淳子「議員と住民とのコミュニケーション」法学83巻3号（2020年）1頁〔2頁以下〕）。ただし、そこでの《medium》の意味については糠塚の論稿の中に「議員の身体をmediumとする」という表現がみられるものの、その点が必要しも明らかではないとする（3頁・注（6））。本稿は、今のところこの点について立ち入って論じる準備がないが、《medium》としての議員は、機関として法的には位置づけられるとしても、実際の活動の場面では、個人としての議員の思想・良心、さらにはその発現たる表現を媒介にせざるを得ないという点において、基本権（憲法21条）との結節を見出すことができないかという試論を提示するものである。したがって、この憲法21条が保障する「政治活動の自由」は、議員以外の者も含む国民一般が享受する自由権とさしあたり差異はないものということになる。

20) この点につき、最高裁判決の主眼は、地方議会の立法裁量を広く認めるという点にあり、仮に何らかの形で、原告が主張する憲法21条に関わるものがあつたとしても、制限は合憲であるとして、それ以上、本質論に深入りする意義を認めないと考えたのではないかと推測される（神橋一彦「地方議会議員の議員活動の『自由』とその制限」同前掲書（注4）289頁以下参照）。

を視野にいたれた有権者の評価なども相俟って、そのような人格的な要素が、政治的言論（議会の会議における議員としての発言も含む。）の説得力、伝播力に影響を及ぼすことになるかと捉えるべきであろう。

(2) ここで地方議会議員の議員活動についてまとめると、①議員活動の中核は議会における議事への参与であり（議事参与権）、その限りにおいて、議会を構成する機関としての行為ということになるが、②住民代表としてなされる住民との間のコミュニケーションなど、表現の自由の保障（憲法21条）が及ぶ場面があり、③最終的には日常の議員活動を視野に入れると、当該議員の信用や社会的評価といった個人的、人格的な要素がその基盤にあることになる。要するに、議員活動の中核は、議会における議事参与権の行使であるとしても、その基盤の少なくとも一部には、議員個人につき憲法21条によって保障された（言論、表現、コミュニケーションに関する）政治活動の自由があるといえる。

したがって、令和2年最大判において、議員の出席停止の懲罰取消訴訟が、従来の公式である板まんだら基準を前提になお「当該議員個人の権利義務に関する争い」（主観訴訟）であるとすれば、それは議員の議事参与権の基盤に当該議員の議員活動（政治活動）の自由（さらには当該議員の人格）がある点に、その根拠が求められるべきであろう。

そして以上述べたような議員としての権限・権能と議員個人の議員活動（政治活動）の自由との関係は、基本的に国会議員についても妥当するものと考えられる。

Ⅲ 憲法53条違憲国賠訴訟——国会召集決定の不作為——

1 以上、地方議会議員の懲罰に関する訴訟を素材として、地方議会議員の法的地位、すなわち機関としての特殊性や議員個人（私人）としての立場につき、若干の考察を行った。

本稿が検討の課題とする統治機構の機能不全という問題に関する近時の訴訟として、国会議員である原告らが、その他の国会議員とともに、平成29年6月22日、内閣に対し、憲法53条後段に基づき、衆議院及び参議院の臨時会の召集を要求したところ、それから98日が経過した同年9月28日まで臨時会が召集されなかったことにつき、内閣は合理的な期間内に臨時会を召集すべき義務があるのにこれを怠ったものであり、その結果、原告らは臨時会において

国会議員としての権能を行使する機会を奪われたなどと主張して提起した国家賠償請求訴訟がある²¹⁾。この訴訟は、那覇地裁、東京地裁、岡山地裁に提起され、既に各事件とも、第1審判決が出揃っている（那覇地判令和2年6月10日判例時報2473号93頁〔以下「那覇地判」という。〕²²⁾、東京地判令和3年3月24日D1-Law.com判例体系判例ID28291238〔以下「東京地判」という。〕²³⁾、岡山地判令和3年4月13日D1-Law.com判例体系判例ID28291593〔以下「岡山地判」という。〕）。本稿ではそのうち、原告の主張に比較的正面から応答した那覇地判を中心に紹介する。

2 那覇地判の判旨は以下の通りである（以下、判旨に付した①以下丸番号は、それぞれ「判旨①」などという形で引用する）。

(1) 召集決定義務と召集決定不作為の司法審査対象性 憲法53条後段に基づく召集要求に対する不作為が司法審査の対象になるかが問題となる。この点については、被告・国側が統治行為論を援用して、そもそも司法審査の対象とならないと主張しているところ、那覇地判は次のように判示し、憲法53条後段に基づき内閣には「召集の要求がされてから合理的期間内に臨時会を召集する義務」があるとし、司法審査対象性を肯定する（この点は、岡山地判も同様である）。

① 「内閣は、国会の臨時会の召集を決定する権限があり（憲法53条前段）、

21) 東京地裁には、国家賠償請求訴訟とともに、併せて確認訴訟が提起されている。具体的には、主位的請求として、「内閣は、原告が、次に、参議院の総議員の4分の1以上の1人として、連名をもって、議長を経由して内閣に対して臨時会の召集の決定を要求した場合に、20日以内に臨時会を召集することができるようにその召集を決定する義務を負うこと」の確認、予備的請求として、「次に、参議院の総議員の4分の1以上の1人として、連名をもって、議長を経由して内閣に対して臨時会の召集の決定を要求した場合に、20日以内に臨時会の召集を受けられる地位を有すること」の確認を求める訴えである。東京地判は、いずれの訴えも機関訴訟であって、その提起を許す法令の規定は見当たらないとして、不適法却下している。本稿では、主として国家賠償請求訴訟について検討を行う。

22) 那覇地判に関する論文、評釈として、高作正博・関西大学法学論集70巻1号（2020年）69頁、志田陽子・法と民主主義550号（2020年）50頁、宮村教平・速報判例解説〔27〕（法学セミナー増刊）（2020年）37頁、毛利透・法学教室2021年1月号125頁、村西良太・令和2年度重要判例解説（ジュリスト1557号）（2021年）18頁、奥村公輔・法学セミナー2021年2月号124頁、長谷部恭男・判例時報2490号（2021年）132頁などがある。

23) 東京地判に関する評釈として、奥村公輔・法学セミナー2021年8月号134頁がある。

議院の総議員の4分の1以上の要求があれば、臨時会の召集を決定しなければならない(同条後段)。憲法53条前段の規定に基づく内閣による臨時会の召集は、それ自体、内閣が時々刻々動く政治状況・政治情勢、審議すべき事項等を勘案した上で、召集の可否及び召集時期を定めてこれを行うものであり、高度の政治性を有するものであることは否定できない。しかしながら、憲法53条後段に基づく内閣の臨時会の召集については、議院の総議員の4分の1以上の要求がある場合において、内閣が憲法上の要請に基づき行う必要があるものであって、これは単なる政治的義務と解されるものではなく、憲法上明文をもって規定された法的義務と考えられる。また、憲法53条後段は、議院の総議員の4分の1以上の要求があった場合に内閣に臨時会の召集を義務付けるものの、その召集時期については何ら定めを置いていないが、召集の要求がされてから合理的期間内に臨時会を召集する義務があると解される(被告もこのこと自体は否定しないものと解される…(中略)…)

そして、憲法53条後段に基づく臨時会の召集要求がされた場合に、内閣が臨時会の召集を合理的期間内に行ったかどうかについては、合理的期間の解釈問題であって、法律問題といえるのであるから、法律上の争訟として、裁判所がこれを判断することが可能な事柄であるといえる。ところで、憲法53条後段に基づく適法な召集要求があった場合、内閣としては、臨時会の召集を行う憲法上の義務を負うものであるところ、例えば、通常国会の開催時期が近接しているとか、内閣が憲法53条前段に基づき独自に臨時会を開催するなどの特段の事情がない限り、同条後段に基づく臨時会を召集する義務があるのであって、上記のような特段の事情の有無を考慮する以外に、臨時会を召集するかしないかについて、内閣に認められる裁量の余地は極めて乏しいものと考えられる。また、臨時会の召集決定を行うべき時期についてみても、内閣は、憲法53条後段に基づく適法な召集要求があり、臨時会の召集が憲法上一義的に義務付けられている以上、仮に被告が主張するとおり、臨時会の召集時期の決定について政治的要素を考慮するなどの裁量を残す余地があるとしても、召集をしないという判断が原則としてできない以上は、召集時期に関する裁量も必ずしも大きいものとは考えられない。そうすると、内閣の臨時会の召集が高度に政治性の高いものであるとしても、憲法53条後段に基づく内閣の臨時会の召集決定については、憲法上の規律が比較的明確であり、仮に内閣の裁量が認められるとしても限定的なものといえる。

…(中略)…

したがって、憲法53条後段に基づく内閣の臨時会の召集決定は、昭和35年 最判〔最大判昭和35年6月8日民集14巻7号1206頁〕にいう「直接国家統治の基

本に関する高度に政治性のある国家行為」又はそれに準じるものとはいえず、司法審査の対象外であるということとはできない。」（カッコ内および下線部、本稿筆者。以下同じ。）

② 「…憲法 53 条後段に基づく内閣の臨時会の召集決定は、「議院の総議員の 4 分の 1 以上の要求」という同条の規定する要件を満たした場合には、内閣が臨時会の召集決定を行う憲法上の義務を負うものであり、仮に内閣がこの義務を履行しない場合（不当に召集が遅延した場合を含む。）には、憲法 53 条後段の趣旨すなわち少数派の国会議員による国会の召集要求の途を開け、少数派の国会議員の意見を国会に反映させるという趣旨が没却されるおそれがあるのであって、そのような事態が生じる場合には、議院内閣制の下における国会と内閣との均衡・抑制関係ないし協働関係が損なわれるおそれがあるというべきであるから、司法審査の対象とする必要性が高いというべきである。」

(2) 国賠請求に関する判断 国賠請求については、「国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである」とする最高裁判例（最（一小）判昭和 60 年 11 月 21 日民集 39 卷 7 号 1512 頁〔在宅投票事件〕）が前提とされる。すなわち、そこでは①職務上の法的義務の存在（以下「国賠要件①」という。）と、②その義務が個別の国民（被害者）に対して負担しているという意味での第三者関係性（以下「国賠要件②」という。）が要求されることになる²⁴⁾。

(ア) 国賠要件①について（召集決定義務の存在）

③ 「…憲法 53 条後段は、「いづれかの議院の総議員の 4 分の 1 以上の要求があれば、内閣は、その召集を決定しなければならない。」と定めており、この規定の趣旨は、前記のとおり、少数派の国会議員による臨時会の召集要求を認め、内閣ではなく少数派の国会議員の主導による議会の開催を可能にするという趣旨に基づくものと解され、その文言からも、内閣は憲法 53 条後段に基づく要求を受けた場合、臨時会を召集すべき憲法上の義務があるというべきである。」

24) この 2 つの要件を中心に国賠法 1 条 1 項の違法について論じるものとして、藤田宙靖『新版・行政法総論（下）』（2020 年、青林書院）219 頁参照。

(イ) 国賠要件②について(召集決定義務の第三者関係性)

④ 「しかし、内閣が、憲法 53 条後段に基づき、臨時会召集の要求を行った個々の国会議員に対して、憲法上、臨時会召集の義務を負担するものかどうかは、同条後段の文言上からは必ずしも明らかでない。この点、国会議員には憲法上、歳費請求権(憲法 49 条)、不逮捕特権(憲法 50 条)、発言表決の無答責(憲法 51 条)といった権利が認められるところ、これらの権利に係る条文は、いずれも「両議院の議員」を主語としており、文言上も、議員としての具体的権利を定めていることが明らかであるが、憲法 53 条後段はそのような規定となっておらず、ほかに憲法上、個々の国会議員に内閣に対する臨時会の召集要求権を認める趣旨の明文の規定は見当たらない。また、憲法 53 条後段は、「議院の総議員の 4 分の 1 以上」の召集要求に対して内閣が臨時会の召集をしなかった場合の具体的効果について規定しておらず、内閣に臨時会の召集を強制することができる旨をうかがわせる規定も存在しない(ただし、このことをもって、憲法 53 条後段に基づく内閣の臨時会の召集義務が単なる政治的義務にとどまるものと解することはできない)。そして、憲法 53 条後段は、「議院の総議員の 4 分の 1 以上の要求」がある場合に内閣に臨時会の召集を義務付けているところ、その文言からは、「議院の総議員の 4 分の 1 以上の召集要求」があった場合に、内閣に臨時会を召集するべき憲法上の義務が生じるものと解するのが自然であって、それを超えて、「議院の総議員の 4 分の 1 以上の召集要求」があった場合において、内閣が、当該召集要求をした個々の国会議員に対し、臨時会を召集する(国賠法 1 条 1 項の)職務上の法的義務を負担することまでを規定したものはただちにはいえない。なお、臨時会の召集要求をした「議院の総議員の 4 分の 1 以上」の国会議員総体について、憲法上、内閣に対する臨時会の召集要求権を観念した上で、内閣は、召集要求をした「議院の総議員の 4 分の 1 以上」の国会議員総体に対し、臨時会を召集する(国賠法 1 条 1 項の)職務上の法的義務があると解する余地もあるが、この場合において、内閣が召集要求をした国会議員に対し、国賠法 1 条 1 項に基づく損害賠償義務を負うと解するならば、結局、個々の国会議員に対する内閣の臨時会の召集義務を認めたことと同一の結果となる。」

⑤ 「…仮に内閣が本件召集要求を行った国会議員に対してのみ国賠法 1 条 1 項所定の損害賠償義務を負うと解した場合には、召集要求を行った国会議員と行っていない国会議員とを区別することとなるが、いずれの国会議員も「国民の代表」(憲法 43 条 1 項)として基本的には同一の地位ないし役割(多様な国民の意向を汲みつつ国民全体の福祉の実現を目指して行動することなど)を

有することに照らすと、臨時会の召集が適法に行われないう全国会議員にとって共通の出来事について、召集要求をした個々の国会議員に対してのみ、国賠法1条1項に基づく損害賠償を認めるというのは、いささか不自然の感を否めない。そして、国賠法1条1項は、民法709条と同様、公務員が故意または過失により違法に国民の権利利益を侵害して、国民が具体的な損害を被ったという場合に、その損害を賠償させることにより、被害者である国民が被った具体的な損失を回復させることを目的とするものと考えられるところ、憲法53条後段所定の召集要求がされたにもかかわらず、内閣が当該召集要求に従わずに臨時会を召集しなかったというような場合において、当該召集要求をした国会議員が被る不利益ないし損失というものは、臨時会における自由な討論等を通じて「全国民の代表」としての国会議員の役割を果たすことができなくなるというものであり、こうした臨時会を開催されることによる国会議員としての利益は、極めて政治的な性格を有するものであって、国会議員の個人的な利益（私益）ではなく、国民全体のための利益（公益）といえるものである。…（中略）…そして、前記のとおり、内閣に臨時会の召集を強制することができる旨をうかがわせる規定も存在していないことからすると、国賠法1条1項に基づく損害賠償を認めることによって、事実上、内閣に対し、臨時会の召集を間接的に強制する結果となることも憲法上は予定されていないものと考えられる。」

⑥ 「以上によれば、仮に原告らが主張するとおり、個々の国会議員が憲法53条後段の規定に基づき内閣に対して臨時会の召集要求権を有するものと解したとしても、これは、国会議員の内閣に対する主観的請求権として、それが履行されない場合に国に対する損害賠償請求権に転化するという性質のものであるとはいえない。そうすると、内閣は、憲法53条後段所定の召集要求があった場合において、臨時会を開催すべき憲法上の義務を負うとしても、当該義務は、国賠法上、個々の国会議員に対する職務上の義務であるということとはできないから、憲法53条後段に基づく臨時会の召集要求に対する内閣の召集決定については、国賠法1条1項の適用上、違法と評価する余地はないものというほかない。」

3 (1) 以上が那覇地判の判旨である。要するに、(i)憲法53条後段に基づく臨時会の召集要求を受けた場合、内閣には臨時会を召集すべき憲法上の義務があり（判旨①）、それは国賠法1条1項に基づく責任の成立要件（違法）にかかる「職務上の義務」にも該当するが（判旨③、国賠要件①）、(ii)そのような義務は個別の国会議員との関係で負うものではない（判旨④以降、国賠要件②）と

し、結論的には、「合理的期間」の徒過（国賠要件①）についても判断をせず、請求を棄却するものとなっている²⁵⁾。しかしながら、この那覇地判については、次に挙げるような、今後、議論を進める上での重要な指摘を含んでいるといえる。

第1点は、憲法53条後段に基づく臨時会の召集要求を受けた場合、内閣には臨時会を召集すべき憲法上の義務があることを明言した点である²⁶⁾²⁷⁾。こ

25) 国賠法1条1項の「違法」をめぐるっては、周知のように、公権力発動要件欠如説と職務行為基準説という2つの考え方が（少なくとも判例においては）ある。那覇地判が基準として引用した在宅投票事件最判の基準（国賠要件①②）は、もともと立法不作為の事件において示されたものであって、立法行為という国家賠償においては特殊な領域に属する事件において、国賠法1条1項の「違法」について一般的な公式を立てたことの是非については、批判や疑問のあったところである（この点に関連し、立法行為における国家賠償法1条の「違法」概念については、宇賀克也・小幡純子編著『条解国家賠償法』（2019年、弘文堂）188頁以下〔宇賀克也〕参照）。国賠要件①（職務上の義務違反）についても、厳密にいうならば、そこでは当該国家行為の違法（客観的要素、すなわち公権力発動要件欠如説において「違法」とされる部分）と、それを行った公務員の職務上の注意義務違反という要素（主観的要素、すなわち公権力発動要件欠如説において「故意・過失」とされる部分）があるが、本件において、内閣に召集決定義務違反という客観的な違法が認められた場合、それ以上に内閣（ないしその構成員など）について主観的要素が問題になること（すなわち、召集決定義務違反は認められるものの、内閣などに職務上の注意義務違反はないといった事案）は、想定しにくいようにおもわれる。

26) 村西前掲評釈（注22）18頁、毛利前掲評釈（注22）125頁。

27) 臨時会召集義務違反の法的責任については高作前掲論文（注22）が詳細な検討を行っているが（84頁）、「義務履行の強制方法がないことは、法的責任性を否定する理由にはならない」という点には特に留意すべきである。すなわち、法的義務についてその履行を強制する手段（強制執行や刑罰など）がないことは、ただちにそれが政治的責任にとどまる（すなわち政治的の不当の問題であって、法的評価の対象にならない）ということの意味するものではないし、法的責任と政治的責任が必ずしも排他的な関係にあるわけではないことも同論文の指摘するとおりである（97頁）。

すなわち、本稿の立場からこれに若干の補強をするとすれば、臨時会召集の決定が法的義務であるということの帰結は、「憲法53条後段の要求があったときは、内閣は合理的期間内に臨時会召集の決定をしなければならない」という行為規範に対する違反、すなわち合理的期間内に臨時会の召集の決定を行わないことは、法的に「違法」と評価されることであって、そのような評価を受け、それに対しどのような措置が取られるかは別次元の問題である。本件についていえば、憲法53条後段により内閣に国会の召集決定義務が生じるということから、召集決定を行うことは、内閣という機関の義務であると同時に、内閣という合議制機関を構成する国務大臣（公務員）の義務でもあり、その違反は、内閣（それを構成する大臣たる公務員）の職務上の義務違反であり、国家賠償法1条1項の「違法」概念を構成する国賠要件①に該当することになるのである。

そして、そのような違法と評価される行為を行ったことにつき、それが政治的に批判の対象となり、内閣不信任決議や問責決議などを通じ、政治責任の不履行として追及されるというこ

の点は、憲法学説において、一般に承認されているところであるが、その位置づけについては、国会の活動法のうち「会期の開始」に関するものとして、「他律的開会」「自然的開会」「自律的開会」の3種のうち、「日本国憲法は、国会の『召集』を天皇の国事行為としているから、他律的開会制である」としつつ、「ただ、臨時会については、内閣による召集決定のほか、一院の議員の4分の1以上による召集要求制度があって、実質的に自律的開会とおなじ効果のものが取り入れられているが、なお『召集』手続が要求される」²⁸⁾などと説かれている²⁹⁾。すなわち、旧憲法が完全な他律的開会制をとっていたこととの対比においても、臨時会の召集決定は、国会の権能という、統治機構の運営の根幹に関する重要事項であるといえよう³⁰⁾。

とは、当然のことながらありうところであろう（この点に関連し、立憲主義の担保としての「責任政治の原理」につき、「法的責任」、「政治的責任」、「社会的責任」を挙げて論ずるものとして、大石真『憲法概論I』（2021年、有斐閣）40頁以下参照）。もっとも、憲法53条後段に関しては、その違反（召集決定不作為が違憲であること）やそれに関する内閣の責任を主張し、追及するのは、通常、国会における少数派であるから、国会の自律的作用の範囲内で実効性のある責任追及を期待することがほぼできないところに、問題の深刻さがあり、それだけに、司法の役割が問われることになる。この点については、後掲注32）参照。

28) 小嶋和司『憲法概説』（1987年、良書普及会（2004年、信山社））417頁以下。その他、近時のものとして、樋口陽一『憲法〔第4版〕』（2021年、勁草書房）361頁以下、佐藤前掲書（注1））489頁、長谷部恭男編『注釈日本国憲法（3）』（2020年、有斐閣）659頁以下〔土井真一〕、長谷部恭男『憲法講話』（2020年、有斐閣）308頁など。

29) 憲法53条後段成立の経緯と趣旨については、高作前掲論文（注22））70頁以下、長谷部前掲評釈（注22））133頁参照。清宮前掲書（注17））には、1949年、第2次吉田内閣のときに、要求より2ヶ月たってから召集した例があげられているほか（228頁以下）、長谷部・同評釈によれば、過去において、実際の召集期日が召集要求を行った日または召集要求書に指定された期日より大幅に遅れる事例があり、佐藤栄作内閣時代の177日後（1970年）、小泉純一郎内閣時代の80日後（2005年）、さらに安倍晋三内閣時代の75日後（2015年）、98日後（2017年＝本件）の例があり、このような場合は、「議員による召集要求は拒否され、憲法53条前段により内閣が職権で臨時会を召集したものとみるべきであり、こうした事例は本規定の趣旨を没却するものであって、本条に違反していると考えられる」とされる（134頁。さらに、このことを明言する長谷部前掲書（注28））『憲法講話』308頁参照）。

30) さらに、憲法53条の臨時国会召集問題にかかる近時の論稿として、原田一明「近年の国会運営をめぐる諸課題」立教法学102号（2020年）46頁以下がある。原田によれば、現行の制度は、「他律的開会制を前提として…自律的集会の要素も加味した比較法的にも珍しい召集制度」であるとされる。そして、「臨時会の召集時期については、憲法上明示されていないことからすれば、第一次的には、国会の召集権者である内閣の責任ある判断に委ねられている」としても、「学説の多くは、召集時期について、ある種、合理的な制約があることは当然の要請だとするのであり、その意味で個別的な内閣の対応が適切であったか否かについては別途、検討が必要とされることになる」とする（49頁）。原田論文の問題関心は、臨時会召集時期を国会法など法

第2点は、憲法53条後段に基づく内閣の臨時会召集決定が履行されない場合、「少数派の国会議員による国会の召集要求の途を開け、少数派の国会議員の意見を国会に反映させる」という同条後段の趣旨が没却されるおそれがあるとした上で、「そのような事態が生じる場合には、議院内閣制の下における国会と内閣との均衡・抑制関係ないし協働関係が損なわれるおそれがあるというべきであるから、司法審査の対象とする必要性が高いというべきである」として、召集決定が憲法上の義務であるということ踏まえ、その不履行（すなわち義務違反＝違法）について司法審査の対象とする必要性が高いことを認めた点である。

結局のところ、本判決は、本件訴えについて、憲法は、国賠訴訟によって内閣に対し臨時会を間接的に強制する結果となることを予定していないとしているものの（判旨⑤）、現時点での下級審裁判例としては、評価に値する内容を含んでいるとおもわれる。というのも、本判決は、裁判所が、国賠訴訟を通じ、内閣に対し臨時会の召集決定を強制することは否定しているものの、およそ裁判所（司法）による介入が憲法上許されないとしているのではないからである（統治行為論の否定もこの文脈に属する）³¹⁾。またこの「司法審査の対象とする必要性が高い」という点が、憲法53条後段の空文化、死文化のおそれに

律で定めることの可否、国会法によって自律的開会制に改めることは可能かといった制度改革を念頭においた憲法論の基礎的検討にある。

31) 村西前掲評釈（注22）19頁（関連して、村西良太「少数派・反対派・野党会派」法律時報2018年5月号25頁以下参照）。本件における統治行為論の適用に対する詳細な批判として、高作前掲論文（注22）94頁以下参照。宮村前掲評釈（注22）は、「与党党首＝内閣総理大臣の政治的権限が強化された現状の議院内閣制では、政治部門による権限行使とそれに相応する責任の連関構造が十分に機能していない場合、裁判所による矯正が求められよう」とした上で、「議院による質問権などへの応答は内閣の統制として重要となる上に、憲法53条後段に基づく臨時会召集要求は、国会としての活動を自主的に再開させるだけでなく、その機会を議会内少数派にも保護するため、より一層重要となる」とする（39頁）。

なお、那覇地判は、「憲法53条前段の規定に基づく内閣による臨時会の召集は、それ自体、内閣が時々刻々動く政治状況・政治情勢、審議すべき事項等を勘案した上で、召集の可否及び召集時期を定めてこれを行うものであり、高度の政治性を有するものであることは否定できない」とする（判旨①）。しかし、内閣が臨時会の召集決定に当たって「勘案」する要素として挙げるものうち、「審議すべき事項」の整理（開会の準備）という点はありえないではないにせよ、「時々刻々動く政治状況・政治情勢」を勘案してよいかどうかは、従来の学説などからすれば問題であろう。すなわち、「高度の政治性」というときに、召集決定（開会）の判断を行う際に考慮される要素の政治性と開会がもたらす波及効果の政治性とは、両者区別されるべきものとおもわれる。

関わるものであり、まさに統治機構の本質的な（ないし極めて重要な）ことがらに関わるということに特に留意が必要である³²⁾³³⁾。

そのことを踏まえると、憲法 53 条後段に基づく臨時会召集決定の不作为に対する司法審査を行うとすれば、どのような訴訟が可能かという点が問題となる。その点について那覇地判自体においては、特に言及するところがない。それはやむをえないとしても、「司法審査の対象とする必要性が高い」ものについて、全く訴えの可能性がないというのは妥当ではあるまい。一般に憲法 81 条の定める「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限」は、同 76 条の司法権の行使に付随したものと解されているが、仮に現時点において、行政事件訴訟法上の訴訟手段の中で有効適切な訴えを見出すことが困難である場合³⁴⁾、あるいは仮にあったとしても並列的に、憲法

32) 議院自律権のうち議院運営自律権との関係で、小嶋和司がしばしば言及した次のようなイタリアの例は、本稿で扱う問題に直接関わるものではないにしても、議会の活動と行政権との関係に関わるものとして、改めて想起されるべきである。

「議院が、その権能行使のあり方について自ら決定する権能で、この権能の重要性は、それが制約された場合を考えれば明らかとなる。たとえば、1925 年のファシズム・イタリアに『政府首長 (capo del governo)』という機関が立法・行政・司法の三権を統括するものとして創設され、その権能のひとつとして、政府首長の同意なき事項は両議院の議事日程に載せないこととされた。これは、表面的には議事日程作成手続の制約にすぎないけれども、これによって、議院は、憲法で保障された権能すら、その行使のために政府首長の同意を要することとなった。内閣不信任決議上呈のごときは不可能で、権能は存しても、みずからの意思では発動しえず、これが議院のあるべき姿を制約して、憲法体制を歪めること言うまでもなかろう。」（小嶋前掲書（注 28）404 頁、同『憲法講話・第 5 回 議院自律権』法学教室 1981 年 2 月号 12 頁、同『憲法学講話』（1982 年、有斐閣）91 頁）

ちなみに、この政府首長による議事日程承認権は、政府主席たる政府首長の権能と大権に関する 1925 年 12 月 24 日の法律（Attribuzioni e prerogative del capo del governo, primo ministro segretario di Stato, L.24 dicembre 1925, n.2263-N.2531, in Gazz. Uff., 29 dicembre, n.301）6 条 1 項に規定されたものである（井口文男『イタリア憲法史』（1998 年、有信堂）141 頁、Santi Romano, Corso di diritto costituzionale, 4^a ed., 1933, pp.192）。

小嶋の上記著作においては、憲法 53 条後段に違反する状態が生じた場合の効果等について言及するところはないが、国会の召集決定の不作为が、議会の活動以前の段階にかかわるものであることを考えると、行政権の議会に対する影響力行使としては上記の例に並ぶ強力なものということもできよう。

33) 村西前掲評釈（注 22）は、本件における「憲法判断を示す立論のあり方」として、訴訟形式の選択の問題（後掲注 34）とともに、「本件不召集は、議院内閣制の最低限の機能条件を破壊してしまう」ということを挙げる。

34) 村西前掲評釈（注 22）は、「本件不召集の違憲確認を直接的に求める訴訟は、最高裁の判例を前提にするかぎり、不当にも『法律上の争訟』性が否定されるか…、あるいは確認の利益

の維持という観点から、国賠訴訟において、臨時会召集決定不作為の違法を争う途を認める方向で解釈論的な検討がなされるべきであろう³⁵⁾。

そうだとすると、今一度、国賠法1条1項に関する従来の公式の適用に立ち返り、内閣の職務上の義務である臨時会召集決定不作為の違法を争いうる可能性を検討する必要がある。具体的には、国賠責任の成立要件のうち、内閣の召集決定義務の第三者関係性をどのように考えるかという点である。とりわけ、国賠要件①においては、職務上の義務違反という当該「公権力の行使」の違法を中心とする客観的な要素が中心となるのに対し、国賠要件②においては、当該原告の権利利益の保護とのかかわりという主観的な要素が中心となる³⁶⁾。その意味で、国賠要件②は、取消訴訟など抗告訴訟の原告適格や確認訴訟における確認の利益と同様の機能を果たすものといえるであろうし、現に、そのような機能を営んでいるとおもわれる³⁷⁾。そのように考えると、国賠訴訟の法

が否定されるか、いずれにせよ却下の憂き目に遭う可能性が高い。換言すれば、国賠訴訟の活用以外に、本件不召集の違憲確認に適した訴訟形式は存在しない」とする(19頁)。

この点については、注21)で述べたように、東京地裁に提起された訴えでは、召集決定義務などの確認請求が含まれている。確認訴訟については、東京地判が不適法却下の根拠とした行訴法42条の機関訴訟法定主義との関係があるほか、確認の対象をどのように構成するか(将来のいつの時点について、どのような法的地位の確認を求めるか)が問題となろう。

35) 本稿は、国賠要件②の充足について、議員の法的地位に立ち返り、そこには(令和2年最大判の含意も踏まえ)議員の個人的な政治活動の自由や人格的な要素も含めて捉えるべきではないかという「修正」を施した解釈を提示するが、かかる目的解釈の前提には、憲法81条を根拠に、独立の問題として最高裁判所に合憲性の決定を求めること(佐々木惣一『改訂日本国憲法論』(1952年、有斐閣)356頁以下)は困難であるとしても、具体的な係争事件の前提として合憲性の決定(判断)を求めることについては、本件のような場合、柔軟であるべきであるという考えがある。

36) その意味でいうならば、国賠要件②は、「違法」要件の下で論じられるが、損害の帰属の一部を先取りした部分もあるといえる(この点については、反射的利益論の意義なども含め、「損害」要件について解説したものとして、小早川光郎・青柳馨編著『論点体系 判例行政法3』(2016年、第一法規)204頁以下〔横田典子〕、宇賀・小幡前掲書(注25)〕145頁以下〔原田大樹〕、西莚章『国家賠償法コメンタール〔第3版〕』(2020年、勁草書房)811頁以下参照)。

37) この点については、国賠訴訟における反射的利益論との関係で論じられてきたところである(稲葉馨「国賠訴訟における『反射的利益論』」菅野喜八郎・藤田宙靖編『憲法と行政法——小嶋和司博士東北大学退職記念』(1987年、良書普及会)595頁以下参照)。

宮村前掲評釈(注22))は、「問題となる国家行為の違憲性と国賠法上の違法性の区別を前提としつつも、違憲判断を示して違憲状態の除去を狙った判例(「再婚禁止期間事件判決」)がある以上、本件臨時会召集期日の設定の違憲性を検討することも可能であった」とし、その上で、「とくに原告にとって、本件に係る司法判断を得るためには国家賠償請求しか方法が残されていなかったと推測され、『司法審査の対象とする必要が高い』と評価された対象であればこそ、憲

治主義維持機能（法治国的国家責任論的思考、すなわち国家賠償法のもつ制裁機能・違法行為抑止機能・違法状態排除機能（適法状態回復機能）³⁸⁾）という点を考

法適合性と国賠法上の違法の二段階の論証がなされるよう争点化させる余地があったと思われる」と指摘する（39頁）。また、毛利前掲評釈（注22）は、本件においては、「臨時会召集の遅れが合憲であったかについて判断してから、違憲だとしても個々の国会議員の権利は害されていないから請求は棄却するという順番の判断もありえた」とし、本判決は違憲審査の態度として不当とはいえないが、「裁判所で実効的に争う手段が欠けていることを考慮すれば、より積極的に違憲審査に踏み込むという選択肢もありえたといえよう」とする（125頁、同旨、奥村前掲評釈（注22）124頁）。

このような主として憲法学からの指摘は、那覇地判などのように在宅投票事件最判が示した国賠違法の要件（職務行為基準説に属するといつてよいであろう。）を前提にした場合、その具体的な適用において、当該国家行為の客観的違法に関する司法判断がうやむやにされるのではないかという批判であるということができ、その趣旨をストレートに捉えるならば、公権力発動要件欠如説に立ち、当該国家行為の客観的違法について、「違法」要件の下で明確に判断をしたうえで、その他の要素については、故意・過失、さらには損害の要件において判断すべきである（換言すれば、最終的に請求が棄却されるとしても、争点とされた憲法判断については明確に行うべきである）ということになるであろう。

この点に関連して、在宅投票事件最判（さらには那覇地判）の国賠要件を前提に、内閣の国会召集決定の不作为に関する国賠違法の判断手順を整理すると、まず(i)国賠要件①に関し、当該不作为の違法の前提となる国会召集決定義務が法的義務として存在するか否かが問題となる。したがって、仮に、憲法53条後段の解釈論として、国会召集決定を行うか否か自体が、内閣の政治的な裁量に委ねられ、政治責任はともかく内閣に法的責任はそもそもないということであれば、ここで議論は終わりとなるはずである（弁護士会の接見申入れに対して刑務所長の応諾する義務はないとして国賠請求を棄却した例として、最（三小）判平成20年4月15日民集62巻5号1005頁参照）。そしてこの(i)が肯定された場合、次に(ii)国賠要件②に関し、そのような法的義務が原告（召集決定要求を行った国会議員）との関係で負うものかどうか、一応の解釈論上の問題として判断される。さらにそれが肯定された場合、それを踏まえて、(iii)具体的に、当該国会召集決定の不作为が「合理的期間」を徒過したものであるか否かといった事実問題が審理、判断される、という判断過程を通常経ることになるとおもわれる。

このような判断過程を支える（実務上の）理由があるとすれば、「思考の経済」や「司法資源の節約」といった審理効率化の要請が挙げられるかもしれないし、あるいは違法評価の謙抑（宇賀克也「職務行為基準説の検討」行政法研究1号（2012年）41頁）といったことがありうるかもしれない。政治過程の決定を尊重すべき事案（典型的には立法裁量）ではなく、かえって政治過程の機能不全が問題になっている本件のような召集決定の不作为について、裁判所（司法権）が謙抑的ないし消極的な態度をとることについては、上記諸論稿の指摘の通り、批判がありうるであろう。本稿は、そのような指摘も踏まえ、国賠要件②を広く解することによって、当該国家行為（内閣の召集決定不作为）について実体的な司法審査を及ぼす途を拓こうとするものである。

国賠違法の判断枠組み（公権力発動要件欠如説か職務行為基準説かといった観点）が、法治主義維持的な国賠訴訟の運用（例えば〈当該国賠請求は棄却であっても、違法判断はなされた〉といった手法）と具体的にどのように結びつくかについては、今後さらに検討したい。

38) 宇賀克也『行政法概説Ⅱ 行政救済法〔第7版〕』（2021年、有斐閣）431頁以下の表現によ

慮した場合、司法審査の必要性が高いとされた問題について、誰がそれを争うに適しているかという、違憲・違法の主張適格と同様の視点がそこに据えられるべきではないかと考えられる。本件(那覇地判)については、国賠要件①を満たす可能性は認めつつも、国賠要件②を満たさないという一応の結論となったわけであるが、司法審査の必要性が高い憲法問題に関するものであることを前提にするならば、国賠訴訟の法治主義維持機能という観点から、改めて国賠要件②の充足が検討されるべきということになる。

4 (1)この点について一連の3つの判決を通覧すると、そこで問題となっている第三者関係性(国賠要件②)を否定する理由としては、概ね次の3点が挙げられよう³⁹⁾。

①憲法の文言に着目して、(a)個々の国会議員に内閣に対する臨時会の召集要求権を認める趣旨の明文の規定は存在しないこと、(b)憲法53条後段は、内閣が、当該召集要求をした個々の国会議員に対し、臨時会を召集する職務上の法的義務を負担することまでを規定したものではないこと、(c)内閣には臨時会の召集につき法的義務はあるものの、憲法53条後段は、召集要求に対して内閣が臨時会の召集をしなかった場合の具体的効果について規定していないことが挙げられる(那覇地判、岡山地判)。

②国会議員の地位に着目して、いずれの国会議員も「全国民の代表」(憲法43条1項)として基本的には同一の地位ないし役割を有することに照らすと、臨時会の召集が適法に行われまいという全国国会議員にとって共通の出来事について、召集要求をした個々の国会議員に対してのみ、国賠法1条1項に基づく

る。

39) 長谷部前掲評釈(注22)は、那覇地判が本件召集の決定につき、国賠法1条1項の適用上の違法を否定する論拠として、①憲法53条後段の文言、②臨時会を開催されることによる国会議員としての利益は、国民全体の利益(公益)であって、議員の個人的な利益(私益)ではないこと、③国会議員の臨時会召集要求権を国民の選挙権と同列に扱うべき格別の根拠はないことの3点を挙げ、いずれも決定的な論拠とはいえず、これらを組み合わせても結論を支えることは難しいと評する(135頁以下)。

なお、国賠訴訟においては、利益侵害や損害として何を主張するかによって、裁判所の判断も左右されることがありうる。このことを踏まえ、さしあたり本稿では、それぞれ個別の事件(訴え)についての論評ではなく、内閣の召集決定義務の第三者関係性(国賠要件②)に関する一般的な考え方について、検討を行うこととする。

損害賠償を認めるというのは妥当ではないということが挙げられる（那覇地判，岡山地判）。

③国会召集決定不作為により生ずる被侵害利益の内容・性質（主として公益・私益二分論）に着目して、(a)国会議員として有する権限，すなわち国会召集決定の要求権のほか，召集されるべき臨時会において行使することが可能であった議案発議権，動議提出権，質問権，質疑権，討論権および表決権は，国会議員という国の機関として付与されたものであり，それ自体は，直接的には，公益を図ることを目的とするものであるから，そのような権限の侵害は，原告個人に法律上保護された利益の侵害には当たらないこと（東京地判）⁴⁰，あるいは，もう少し包括的に，(b)臨時会における自由な討論等を通じて「国民の代表」としての国会議員の役割を果たすことができなくなるとしても，それは国会議員の個人的な利益（私益）ではなく，国民全体のための利益（公益）であるといったことが挙げられる（那覇地判，岡山地判）。

(2) 以上が，内閣の国会召集決定義務が認められ，仮に国賠要件①を一応充たす可能性があるとしても，国賠要件②の充足を否定する下級審裁判例の論拠である。ここで，憲法 53 条後段違反を国賠訴訟において争うとすれば，国賠要件②についてどのように考えるべきかについて検討する。

まず前提として，憲法 53 条後段の趣旨が，少数派の国会議員による国会の召集要求の途を拓くということであるとすれば（那覇地判・判旨②），召集決定の不作為を争う適格を有する者として限定されるのは，実際に召集要求を行った国会議員ということになる。そして，憲法 53 条後段によれば，臨時会の召集を決定する権限が内閣にあることは明らかであるが，問題は，その前提となる「議院の総議員の 4 分の 1 以上の要求」の法的位置づけである。この点につき，議員の召集要求は，内閣の職権たる召集決定権限の発動の端緒となるにとどまり，内閣の召集決定義務に対応する形で個々の国会議員に「臨時会の召集要求権」のような権利を認めたものではないという理解もありうる。那覇地判

40) 東京地判は、「国家賠償法 1 条 1 項に基づく損害賠償請求の成否」という争点として，まず「損害の有無」から判断し，そこで述べられている機関行為論，公益・私益二分論に基づき，「法律上保護された利益」を否定し，国賠請求棄却の結論に至っている。したがって，国賠要件②の充足の問題としてこのことを論じているわけではないが，那覇地判，岡山地判が述べる国賠要件②を否定する理由と共通するものがあるので，ここで取り上げた。

(上記判旨④)は、そのような考え方に立つものと考えられる。しかし、「臨時会の召集要求権」といっても、内閣には合理的期間内に召集決定を行う義務があるとすれば、これに対応して、国会議員には、臨時会の召集要求につきこれを適切に扱うこと(合理的な期間内に国会召集の決定を行うこと)を求める一種の手続的地位(ないし利益)があると考えらるべきであろう。そう解さなければ、国会議員の臨時会召集要求は、単なる陳情や申出の類いと同じことになる。

そして、国会議員が臨時会の召集要求をする場合、要求する国会議員においては、そこで何らかの政治的主張や政策の実現を企図していると考えるのが通常であるところ、それに対して合理的期間が過ぎても内閣において召集決定がなされない場合、国会議員個人は、議案発議権、動議提出権、質問権、討論権などの議員としての中核的活動を行うことができないということになり、そのことは、最終的には在任中の議員活動の評価にもつながることになる。確かに、国会議員が国会においてこれらの議員としての権限を行使すること自体は、全国民の代表としての公益実現のためになされるものであるとしても、上記のように議員個人の政治活動が、国会という場においては、立法過程という法過程を構成する行為となることを考えれば、召集決定の不作为によりそのような位置づけが妨げられることによって、国会議員個人の人格的な利益の侵害(国会議員ないし政治家としての評価、信用などの低下など)や精神的損害を受けることになると構成することは不可能ではないとおもわれる。その意味でいえば、国賠要件②の第三者関係性を判断する際に、安易に公益・私益二分論に依拠することは妥当ではない⁴¹⁾。

41) 長谷部前掲評釈(注22)136頁。この点について、高作前掲論文(注22))は、「国会議員には、国民の知る権利、自由な言論、参政権等に仕えながら国民全体の福祉を実現するために様々な権限が認められており、本件不行使は、それらの権限の行使を妨げ、『議會制民主主義の核心』である議会における政府の説明責任の原則から実効性を奪ったものであると解される」として、この点が国家賠償法1条1項における損害と評価されるとする(104頁)。本稿は、国賠要件②(職務上の義務の第三者関係性)について、議員の権限・権能の基礎の1つとして、議員の「政治活動の自由」など人格的ないし個人的な要素があるのではないかという立論を行ったが、これは地方議会議員の懲罰取消訴訟と同様、そこには議員の個人としての権利利益につながるものがあると構成する観点に基づくものである。このような観点からすると、損害については、当該議員の精神的な損害などが、主張としては親和的というべきかもしれない。

Ⅳ おわりに

以上、統治機構の機能不全に対し、裁判所（司法）がどのような形で関与すべきかについて、若干の考察を行った。

憲法によって創設された統治機構の本質にかかわる機能不全や違憲状態に関して、最高裁は——そこに一貫性があるか否かはともかく——既存の訴訟制度（ないし従来の公式）を柔軟に（またかなり大胆に）運用、判断し、少なくとも出訴ないし司法審査の途を拓いてきた実例があると同時に、そのような姿勢は今後も引き続き期待される。またそのような流れの中で、地方議会議員の出席停止の懲罰取消訴訟に法律上の争訟性を認めた令和2年最大判も捉えることができるし、その延長線上で、憲法53条違憲国賠訴訟のごとき事案も検討することができるのではないかと考えられる。裁判の場において、判例がとってきた従来の公式の当てはめを目的解釈的に修正し、一定の結論を導くことについては、場合によっては、その理由づけや根拠につき若干不分明なものを伴うことはありうる（これは、裁判が通常、裁判官の合議によることからくる、やむを得ない点でもあるとおもわれる）。また、国家賠償請求訴訟に法治主義維持の最後の砦の役割を求めることになれば、国賠訴訟の過重負担という問題もあるであろう。しかしながら要は、裁判所（とりわけ最高裁）がそのような一種の「力技」を取るか否かは、そこで提起された問題の重要性、深刻度をどの程度捉えているかにかかっている。

そのような状況の中、本稿が、現下の問題をめぐる議論に対し、多少なりとも方向を示すことができれば幸いである。

【後記】「法」とは、「ルールを用いて人々の行動を規制する社会的仕組」であるとし、「法律が人々の行動を規制するためには、人々が法律を自己の行動に自ら適用したり、警察官や裁判官が法律に基づいて一定の決定をしたりすることを通じて、法律が人々によって実際に用いられなければならない。言い換えれば、法律は社会の中で誰も何もしなくても自動的に作用するものではなく、人々が実際に法律を持ち出して、それに基づいて行動しなければ、法律は社会の中で作用できない」とされる。これは、「社会現象としての法の存在形態や作用、および法と他の社会現象との因果関係を経験科学の方法を用いて解明しようとする社会科学の一分野」たる法

社会学の基本的視座であるが(村山眞維・濱野亮『法社会学〔第3版〕』(2019年, 有斐閣)2頁), 立法や政治も含めた広い意味での「法の動態」の担い手に議会(国会・地方議会)の議員も含まれるとするならば, そもそも議員の政治活動とは何か(これには議員活動の自由だけではなく, その評価や世論の形成など民主主義的な過程への影響も含む。)ということについて, 解釈論のレベルでも考慮, 勘案すべきではないかというのが, はなはだ不十分なものではあるが, 本稿の問題意識の根底にはある。おそらくこの点は, 事実の認識と実践にかかわる解釈との関係にも関するものとおもわれるが, 本稿ではこの点について立ち入ることはできない。濱野亮先生には, 2004年に本稿筆者が立憲大学に赴任して以来, 学問的な話題のみならず, 広く社会一般についても議論にお付き合いいただいている。聞き上手の先生からすれば, 私の話はいささか床屋談義の類いであったとおもわれるが, せめて本稿が, 先生の学問的なご興味, 関心に多少なりとも接点のあるものであれば幸いである。

なお本稿は, JSPS 科研費 21K01155 の助成を受けた研究の一部である。また, 本稿の内容については, 第10回「憲法訴訟の実務と学説」研究会(2021年12月12日, 同研究会については, 法律時報2021年4月号89頁参照。)において報告の機会をいただいた。ご参加の実務家, 研究者の皆さまからいただいたご教示に感謝の意を表したい。

さらに, 再校段階(2022年1月28日)で, 憲法53条違憲国賠訴訟のうち, 岡山地裁に提起された訴えにつき, 広島高裁岡山支部は, 2022年1月27日, 控訴を棄却したとの報道に接した。今後, 2月21日に東京高裁, 3月17日に福岡高裁那覇支部において控訴審判決の言い渡しが予定されているとのことで, 本稿が刊行される頃(2022年3月)には, 3つの地裁に係属していた事件すべてについて, 控訴審判決が出揃うことになるとおもわれる(以上につき, 朝日新聞デジタル2022年1月26日掲載記事「憲法53条『死文化』の危機, 3つの高裁判決に注目」(豊秀一編集委員)などによる)。