

令和4年(行コ)第10号 マスク着用義務不存在確認等請求控訴事件

控訴人 福地裕行

被控訴人 白糠町

準備書面 (1)

令和4年8月8日

札幌高等裁判所第3民事部 御中

控訴人訴訟代理人弁護士 南 出 喜 久 治

同 弁護士 木 原 功 仁 哉



(被控訴人の令和4年6月27日付け控訴答弁書について)

第一 総論

- 一 すべて否認ないし争ふ。
- 二 被控訴人は、控訴人が控訴理由書で詳細な主張をしてゐるのに対して、この控訴答弁書でも具体的な認否反論をしてゐない。
- 三 特に、原判決が控訴人の原審における法律上の主張の適示を行はず判断を回避したのと同様に、被控訴人もその認否を回避し続けてゐるのであつて、控訴人の原審におけるすべての主張及び当審での控訴理由書の主張に対して明らかに争はないものと評価されるべきである。
- 四 以下においては、控訴答弁書での主張に個別적으로対応して反論を行ふ。

第二 各論

一 第2の2 (2) について

- 1 被控訴人のここでの主張には矛盾がある。本件申合せが処分ではないとした上で、全員協議会が「法的拘束力を持つ議決を行う権能を有する会議体ではない」としながらも、「本件申合せは出席した議員全員で合意したことを示す」として、合意を契機とした拘束力を肯定し、それを根拠として議長の処分に正当性があるとしてゐるからである。
- 2 つまり、控訴人を含む議員全員で合意したとの点は否認するものの、それが多数決によつて決議された事項が規範性を持ち、今後はその規範に従ふべきことを強制する趣旨としての「処分性」が認められることになる。
- 3 仮に、この処分が、全員協議会の決議に基づくものか、あるいは、議会運営委員会の決議によるものであらうが、同様に規範性と法的拘束力が認められることになる。
- 4 また、「行訴法3条2項にいう「処分」とは、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうちその行為によつて直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう」との被控訴人が引用する判例（昭和39年10月29日最高裁判所第一小法廷判決）からしても、控訴人もまた国民であつて、この処分が「直接」に国民である控訴人の「権利義務を形成」したものであることは明らかなのである。
- 5 さらに、控訴人の控訴理由書の第二の五（処分性について）において主張したとおり、行政事件訴訟法第3条第2項では、「この法律において「処分の取消しの訴え」とは、行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為（次項に規定する裁決、決定その他の行為を除く。以下単に「処分」という。）の取消しを求める訴訟をいう。」として、同法での「処分」とは、「行政庁の処分」と「行政庁の・・・その他公権力の行使に当たる行為」のことであつて、「処分」

＝「行政庁の処分」＋「行政庁の・・・その他公権力の行使に当たる行為」となつてゐるのであるから、全員協議会及び議会運営委員会において多数決による決議を行つて規範的な拘束力を定立する行為は、前掲判例の示した「狭義の処分」に該当しなくても、「その他公権力の行使に当たる行為」を含む「広義の処分」に該当するのである。

三 第2の2 (3) ないし (5) について

- 1 ここでの被控訴人の主張も、前記二で指摘したと同様に、争点を回避した摘まみ食ひの主張に過ぎない。
- 2 これに対する控訴人の反論も、前記二のとほりであつて、被控訴人は、前述したとほり、控訴人の控訴理由書の主張に対して、具体的な認否反論をなさないのである。
- 3 なお、確認の利益については、本件申合せは、議会が解散されるまで現職議員に適用されるものであつて、各会期毎の期限付きのものではないことから、申合せの効力には継続性、現在性があるので、確認の利益があることは明らかである。

四 第2の3について

- 1 控訴人は、控訴理由書において、部分社会論が憲法に根拠を持たないものであり、その理論の矛盾と判例の変遷等について詳細に論述した。そして、昭和35年10月19日最高裁判所大法廷判決（控訴理由書の一覧表㉗の判例。以下「一覧表㉗」と言ひ、以後もその例による。）は、令和2年11月25日最高裁判所大法廷判決（一覧表㉑）によつて変更され、その変更の趣旨は、内部規律の問題として裁判所法第3条第1項の「一切の法律上の争訟」の範囲から法的根拠もなく除外してきた「一般市民法秩序」といふ論理を維持しえなくなつたことを示

すものであることを論述してきたのである。

2 それゆゑ、被控訴人が指摘する平成30年4月26日最高裁判所第一小法廷判決（一覽表③）も部分社会論に維持して、内部規律の問題として争訟性から除外するとする論理に矛盾を生じてきたために、論理的には早晚変更されることは必至である。

3(1) なほ、この判例（一覽表③）は、「愛知県議会議長の同県議会議員に対する発言の取消命令の適否は、司法審査の対象とはならない。」とするものであり、その取消命令とは、当該発言について、県知事から、当該議員の発言の中には事実を誤認してある部分があると指摘され、出席議員の中からも、同発言中に不穏当と思はれる箇所があるため、県議会議長において速記録を精査した上で善処すべきであるとの指摘がされ、県議会議長が地方自治法第129条第1項に基づき、当該発言部分を取り消すやう命じたものである。

(2) つまり、この事案は、国会議員に認められる憲法第51条の免責特権が地方議員にも認められるのか否かといふ議論が背景にあり、明確な犯罪行為その他の違法行為でなければ実質的に地方議員にも免責特権を付与する趣旨にて争訟性を否定した救済判例なのである。

(3) なぜならば、いはゆる佐賀県議会事件についての昭和42年5月24日最高裁判所大法廷判決（刑集21巻4号505頁）は、地方議員の免責特権を否定してあるからである。すなはち、同判決（以下「昭和42年最判」といふ。）によれば、「憲法上、国権の最高機関たる国会について、広範な議院自律権を認め、ことに、議員の発言について、憲法五一条に、いわゆる免責特権を与えているからといつて、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。もつとも、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たさせるため、ある程度に自治・自律の権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内の行為に

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べきことは、当裁判所の判例（昭和三〇年（オ）第四三〇号同三五年三月九日大法廷判決、民集一四卷三号三五五頁参照）の示すとおりである。」と説示してゐる。

(4) この事案は、公務執行妨害罪、監禁罪及び職務強要罪などの刑事事件であつて、およそ免責特権の守備範囲外の事件であつて、このやうな犯罪行為に免責特権が付与されないことは当然のことであつた。

(5) ところで、控訴理由書でも言及したとおり、昭和42年最判が引用してゐる昭和35年3月9日最高裁判所大法廷判決（以下「昭和35年最判」といふ。）が、裁判所法第3条第1項で裁判所に「一切の法律上の争訟」の権限があるにもかかわらず、この「一切」を否定して制限する部分社会論を採用してゐるとすれば、司法判断が及ばない多くの争訟の領域を認めることとなつて、司法権限の放棄に等しい違憲の論理なのである。

(6) つまり、部分社会論は、憲法に根拠のない論理であるとともに、裁判所法第3条第1項にも違反するものなのであつて、そのために、昭和42年最判は、昭和35年最判を「原則的に、裁判所の司法審査権の介入が許される」とする判断であると解釈して、裁判所法第3条第1項に違反する部分社会論を原則として否定してゐるものであることに留意されるべきである。

(7) すなはち、昭和42年最判は、「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。」と説示し、地方議会では、「国会と同様の議会自治・議会自律の原則」を認めてゐないとしてゐるのであつて、昭和35年最判を変更し、議会自治・議会自律の原則は、原則として認めないとしたと評価されるのである。

(8) ましてや、憲法は、国及び地方公共団体が国民に対する不利益行為に対しては、特段の例外規定がない限り、例外なく直接に適用されることものであつて、地方公共団体の機関である議会と国民である地方議員との関係についても例外なく適用されるのである。地方議会の場合は例外であるとの特別の

規定は存在しないのである。

(9) 特に、本件は、佐賀県議会事件と同様に、犯罪行為が行はれた事案である。すなわち、控訴人には、一般の国民と同様に、マスク着用の法的義務がないにもかかわらず、公務員である白糠町議会議長が、その職権を濫用して、控訴人にマスク着用を強制して義務なきことを行はしめ、控訴人がマスク不着用で議会に出席して発言する議員としての権利の行使を妨げたのであるから、明らかに公務員職権濫用罪（刑法第193条）が成立してゐることは明白なのである。

(10) それゆゑ、本件では、議会自治・議会自律の原則が否定され、内部自律の問題であるとか、一般市民法秩序などを持ち出すことのできる一部社会論が適用される余地はないのである。

4(1) また、本件退去命令及び本件発言禁止命令は、地方自治法第129条第1項に基づく処分として告知されたものではなく、同項に藉口して行はれた議長の職権濫用による犯罪的な違法処分なのである。

(2) そもそも、本件退去命令及び本件発言禁止命令は、地方自治法第129条第1項が予定してゐる議長権限からは遙かに逸脱したものであり、同項の要件を満たすものでないことは、控訴理由書で主張したとおりであつて、この処分は、本来であれば懲戒手続を付されるべき案件なのであるが、これを議長がその手続に付することなく違法に処分したのである。

(3) これが懲戒手続を経てなされた処分であつても、令和2年11月25日最高裁判所大法廷判決（一覧表①）は、これの争訟性を肯定したのであるから、ましてや懲戒手続に基づかない適正手続違反の違憲違法な本件の議長処分は、それ以上に違法性が大きい処分であるから、その争訟性が肯定されることは当然のことなのである。

(4) また、本件退去命令及び本件発言禁止命令は、地方自治法第129条第1項の議長権限を逸脱し、これに藉口しただけの違憲違法の処分であるから、地方自治法第129条第1項の処分ではない。

- (5) 従つて、全員協議会あるいは議会運営委員会の決議の方針が変更されない限り、その効力は継続してあるもので、一過性の処分ではなく、継続性、現存在性が認められるので、確認の利益は当然に認められるのである。

五 第2の4について

- 1 マスク不着用での出席・発言権の確認請求は、違法なマスク着用を求める全員協議会及び議会運営委員会の決議によるマスク着用を強制する方針が撤回されない限り、本件処分が繰り返される恐れがある。
- 2 それゆゑ、この確認請求権は、今後におけるマスク着用の強制と不利益処分を回避させるための妨害予防請求権に基づくものである。

六 第2の5について

- 1 前述のとおり、控訴人は、公権力の行使に当たる白糠町議会議長による公務員職権濫用罪に該当する故意の犯罪行為によつて損害を被つたのであるから、白糠町は国家賠償法第1条第1項の責任を負ふのである。
- 2 それゆゑ、本件処分が仮に処分性を満たさないとしても、違法行為であることは明らかなのであつて、争訟性の問題とは無関係なのである。
- 3 被控訴人は、平成31年2月14日最高裁判所第一小法廷判決（一覧表②）を引用するが、この事案は、議員に対する厳重注意がなされたに過ぎず、それが「特段の法的効力を有するものではないという事情」の下にあつた事案である。しかし、本件は、退去命令及び発言禁止命令によつて控訴人の議員活動が現実的に妨げられて、その行動が強制的に制約された法的効力を有するものであるから、この判例の守備範囲外にあるものである。
- 4 原判決は、本件賠償請求を司法審査の対象となると判断したのである。そうであれば、その論理的帰結として、争訟性を認めたことになるのである。従つ

て、公務員職権濫用罪による違法行為に基づく控訴人の損害賠償請求権は当然に肯定されなければならない。