

令和4年(行コ)第10号 マスク着用を義務付けた処分の取消等請求控訴事件

控訴人 福地裕行

被控訴人 白糠町

控訴理由書

令和4年5月25日

札幌高等裁判所第3民事部2係 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

(目次)

第一 序論.....	3
第二 総論.....	3
一 裁判所法第3条第1項と司法消極主義.....	3
二 部分社会論とその変遷.....	4
三 一般団体法秩序.....	6
四 部分社会論の違憲性について.....	6
五 処分性について.....	11
六 違法性について.....	13
1 処分ないし措置の違法性.....	13
2 国立感染症研究所の見解の変更.....	13
3 エアロゾル感染の意味するもの.....	14
4 マスク着用等の奨励の違憲性.....	15
5 白糠町議会が行ふべき感染予防対策について.....	16
6 処分ないし措置の不法行為性.....	17
七 確認の利益について.....	17
第二 各論.....	17
一 争点(2)ア(本件請求①から③までについての訴訟要件充足性(処分性))について.....	17
1 本件請求①及び②について.....	17
2 本件請求③について.....	19
二 争点(1)(本件請求④から⑥までが司法審査の対象となるか)について.....	19
1 判断枠組みについて.....	19
2 本件請求④及び⑤について.....	21
(1) 本件退去命令及び本件発言禁止命令の具体的性質、程度について.....	21
(2) 上記アについて.....	24
(3) 上記イについて.....	25
(4) 上記ウについて.....	25
(5) 上記エについて.....	26
(6) 上記オについて.....	26
(7) 上記カについて.....	27
3 本件請求⑥について.....	27
三 争点(5)(本件請求⑥の原告の被告に対する損害賠償請求権の存否)について.....	28
別紙 判例一覧表.....	30

第一 序論

- 一 原判決には、以下に述べるとおり、重大な事実誤認、判断の遺脱、理由不備、理由齟齬、法令適用の誤りの違法があるので破棄されるべきである。
- 二 原判決の事実摘示では、控訴人の主要な事実上及び法律上の主張を欠落させ、さらには、控訴人の主張に対応する被控訴人らの認否の摘示をも欠落させた上で、これらに関する判断をすべて回避するなど、事実上及び法律上の主張の摘示の誤り、摘示の欠落及び判断の回避があり、それに起因して理由不備等の違法があることから、当審においては、原判決の事実摘示の結果をそのまま援用して陳述することはできない。
- 三 従って、控訴人は、あくまでも原審での控訴人の訴状及びすべての準備書面のとおりであると陳述するものである。
- 四 なお、以下においては、「第二 総論」として、原判決の判断に対する総論的な主張を行ひ、「第三 各論」において、原判決の個別的な判断に対応した具体的な主張を行ふものである。

第二 総論

一 裁判所法第3条第1項と司法消極主義

- 1 (1) 裁判所法第3条第1項は、「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」と規定し、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて「一切の法律上の争訟」を審判の対象と規定するが、およそすべての法律的な紛争は、「法律上の争訟」であつて、「一切」の「争訟」とされてゐるのであるから、「争訟」の概念に限定はないはずである。
- (2) 裁判所が法律上の一切の争訟を裁判する権限があるのであれば、国民には、法律上の一切の争訟について裁判を提起できる権利（訴権）が認められてゐるのであつて、それが憲法第32条で定める裁判を受ける権利として保障されてゐることになる。
- (3) ところが、司法消極主義は、一切の争訟事象の一部を司法権の範囲外とする見解であつて、これには憲法上に全く根拠がなく、違憲の思想であつて、しかも、裁判所法第3条第1項にも違反する違憲違法の見解に支配された判例が、これまでいくつも累積されてきた。
- (4) このやうにして最高裁判所が司法消極主義によつて司法権の範囲から除外してきた事象としては、俯瞰的に観察して分類すれば、およそ次の3つの類型が存在する。
- 2 (1) 第一の類型は、「統治行為論」の類型であつて、これは、「国家統治の基本に関する高度な政治性」を有する国家の行為については、法律上の争訟として裁判所による法律判断が可能であつても、高度の政治性ある事柄に関しては司法審査の対象から除外するといふ司法消極主義の理論のことである。

- (2) この類型に属する判例としては、裁判所法第3条第1項に関する主なものとして、新しいものの順で列挙した別紙「判例一覧表」（以下「一覧表」といふ。）の判例番号の⑬⑲⑳㉑㉒の判例である。
- 3(1) 次に、第二の類型としては、「部分社会論」の類型であつて、これは、国家の全体社会の中で個別的に存在する思想、宗教、学術の団体、議会などの自律性が尊重される組織や団体の内部規律に関する事項などについては、法律上の争訟として認められる事案であつても、司法審査をしないといふ司法消極主義の理論のことである。
- (2) この類型に属する判例としては、一覧表の①②③⑤⑧⑨⑩⑪⑫⑬⑭⑮⑱⑲⑳㉑㉒㉓㉔㉕㉖の判例である。
- (3) しかし、この部分社会論についても憲法上の根拠がなく、むしろ、裁判所法第3条第1項の明文に明らかに違反するものであるため、判例①によつて判例㉑が変更されるなど、部分社会論自体を維持することができなくなつたことを意味してゐる。
- 4(1) 最後に、第三の類型としては、「民衆訴訟」の類型であり、これは、行政事件訴訟法第5条及び同第42条に定められてゐるとほり、特別に法律の定めがない限り提起できないものである。裁判所法第3条第1項でも、「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」として、「法律上の争訟」ではなくても「その他法律において特に定める権限を有する。」ので、非訟事件手続法などの権限を有してゐる。また、「法律上の訴訟」として、特別に法律に定めのある民衆訴訟としては、選挙無効・当選無効の争訟（公職選挙法第202条以下）、住民訴訟（地方自治法第242条の2）、最高裁判所裁判官国民審査無効訴訟（最高裁判所裁判官国民審査法第36条）であり、直接的な利害関係のない立場で国又は公共団体の機関の行為の是非を求める訴訟の類型である。
- (2) そして、この類型に属する判例としては、一覧表の④⑥⑦⑱⑲㉑㉒の判例である。

二 部分社会論とその変遷

- 1 本件は、司法消極主義における第二の類型、すなはち、部分社会論に属する事案であつて、具体的には、(1)地方議会の事案（①②③⑪⑲㉑㉒）、(2)宗教団体の事案（⑤⑧⑨⑩⑫⑬⑭⑮⑱⑲⑳㉑㉒）、(3)教育機関の事案（㉓㉔）及び(4)政党（㉕）の事案に分類される。
- 2 そして、これらのいづれにも共通するのは、「法律上の争訟」を否定する根拠として、「一般市民法秩序」といふ曖昧な概念を持ち出してゐることである（㉑㉒㉓㉔）。
- 3 つまり、「一般市民法秩序」論によつて、「法律上の争訟」を否定する論理は、(1)地方議会の事案（㉑）、(2)宗教団体の事案（㉒）、(3)教育機関の事案（㉓）及び(4)政党（㉕）の事案などの一部社会論に共通したものであつて、政党だけに特化し

- た理論ではないのである。
- 4 しかも、「部分社会」といふ憲法上の根拠のない概念を持ち出してゐるのは、一覽表の判例㉓のみである。
 - 5 また、部分社会論とは、国家の全体社会の中で個別的に存在する思想、宗教、学術の団体、議会などの自律性が尊重される組織や団体の内部規律に関する事項などについては、法律上の争訟として認められる事案であつても、司法審査をしないといふ司法消極主義の理論のことであるが、この部分社会論については憲法上の根拠が全くなく、現在では、部分社会論といふ言葉すら次第に使はれなくなり、判例①によつて判例㉗が変更されるなど、部分社会論自体の破綻を認めざるをえなくなつたのである。
 - 6 つまり、地方議会に関する昭和35年10月19日最高裁判所大法廷判決（民集第14巻12号2633頁）（一覽表の判例㉗）は、令和2年11月25日最高裁判所大法廷判決（民集第74巻8号2229頁）（一覽表の判例①）によつて変更されたのは、地方議会の事案において、除名以外は除外されるとする判例㉗を変更して、「団体法秩序」に関する争訟はすべて「法律上の争訟」として点にあり、政党の事案である判例㉘に言及することは余事記載になるので判示されることがなかつただけである。
 - 7 しかし、地方議会の事案に関する判例㉙でも、「一般市民法秩序」の概念によつて「法律上の争訟」を否定したものの、判例①によつて、この論理は破綻したことになる。除名のみは、これまで「一般市民法秩序」に関する争訟としてゐたものの、それ以外の処分についてもこれを「法律上の争訟」と認めるのであれば、これは、まさに「一般団体法秩序」といふ内部問題の争訟である。そのため、これらの内部問題は「一般市民法秩序」における争訟とは言へず、この論理自体を放棄する以外には論理的整合性を保つことができなくなつたのである。
 - 8 そもそも、「一般市民法秩序」といふ概念は極めて曖昧なものである。(1)地方議会、(2)宗教団体、(3)教育機関及び(4)政党などの部分社会は、一般団体法秩序を規律する「団体法」が適用される領域であつて、市民法が適用される「一般市民法秩序」の領域ではない。
 - 9 それゆゑ、団体法の適用領域での争訟は、原則として団体法で対処されるものであつて、市民法で対処されるものではない。ところが、団体法の領域に属する争訟の一部について「一般市民法秩序」に属する争訟として認めること自体に矛盾があるのである。従つて、部分社会論において、「一般市民法秩序」を議論することの矛盾と曖昧さの原因はここにあるのである。
 - 10 つまり、団体法が適用される部分社会領域における「法律上の争訟」は、「一般市民法秩序」とは本来は無縁であつて、専ら「一般団体法秩序」の紛争なのであつて、「一般市民法秩序」の概念を持ち出して「法律上の争訟」ではないとし、一般団体法秩序での争訟であることも排除して、司法権の対象から排除するのは、論理が破綻してゐるのである。
 - 11 市民法は、個人間の合意によつて規範が形成されるのに対し、団体法は、合意してゐない者があつても多数決原理で規範が形成される点に顕著な相違があり、市民法と団体法とを一律に論じられないのは当然であるとしても、団体法秩序における

「法律上の争訟」は、民法、会社法、一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（平成18年法律第48号。以下「一般法人法」といふ。）などにおいても、訴訟類型まで規定してその争訟性の存在を認めてゐるのである。

三 一般団体法秩序

- 1 部分社会論が根拠とした「一般市民法秩序」といふ曖昧な概念に依拠して、裁判所法第3条第1項の「法律上の争訟」から除外してきた事例に関する判例法は、その論理破綻を生み、司法消極主義からの脱却ないしは修正を余儀なくされてゐるのである。
- 2 それは、「一般市民法秩序」に拘泥すると、これとは別の法律秩序である「一般団体法秩序」における紛争を審判対象から排除してしまふことになつて、司法の自殺ないしは司法権の放棄といふ事態に陥つてしまふからである。
- 3 しかし、これまで多くの判例の中には、「一般団体法秩序」に関する争訟について、当然に「法律上の争訟」であると明確に肯定したものがあつた。たとへば、昭和47年11月9日第一小法廷判決（民集26巻9号1513頁。以下「昭和47年最判」といふ。）がある。
- 4 この昭和47年最判の裁判要旨には、「学校法人の理事会または評議員会の決議が無効であることの確認を求める訴は、現に存する法律上の紛争の直接かつ抜本的な解決のため適切かつ必要と認められる場合には、許容されるものと解すべきである。」と記載されてゐるので、原判決の引用は必ずしも誤りではないが、この判決文の中では、「明文の準用規定を設けていない法人についても、商法二五二条を類推適用することは必ずしも許されないことではないと解すべきである。」と説示し、学校法人にも旧商法第252条（現行会社法第830条第1項）の株主総会等の決議不存在または無効の確認の訴を認めてゐる点に重点がある。
- 5 つまり、昭和47年最判は、権利能力なき社団についても、旧商法第252条（現行会社法第830条第1項）の株主総会等の決議不存在または無効の確認の訴が一般的な団体法理として認められることを述べてゐる。
- 6 しかも、学校法人の事案であるから、まさに部分社会論の領域なのであつて、この昭和47年最判は、部分社会論自体を否定してゐる判例と言へる。

四 部分社会論の違憲性について

- 1 (1) 原判決は、結論において、過去に最高裁判所が採用してきた部分社会論を漫然と無批判に追従して支持するものであるが、前述のとほり、この部分社会論は、憲法上に根拠を持つものではなく、むしろ、憲法に違反してゐることについての理解が完全に欠けてゐる。
- (2) 裁判所法第3条第1項には、「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する。」として、「一切の法律上の争訟」を裁判すると規定してゐるにもかかわらず

、その「一切」の文言に反して、司法審査の領域を部分社会論によって限定することは、日本国憲法第13条、第14条、第31条及び第32条によって複合的に保障される「公正、平等の手續によつて保障される国民の裁判を受ける権利」を侵害するものである。

2 ところで、この部分社会論は、判例において、次のやうな変遷がある。

(1)① まづ、昭和29年2月11日最高裁判所第一小法廷判（民集第8巻2号419頁。判例一覽表⑩）では、「裁判所法三条によれば「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する」ものであり、ここに「法律上の争訟」とは法令を適用することによつて解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいうのである。本件村議会の予算議決は、単にそれだけでは村住民の具体的な権利義務に直接関係なく、村長において、右議決に基き、課税その他の行政処分を行うに至つてはじめて、これに直接関係を生ずるに至るのであるから、本件村議会の予算議決があつたというだけでは、未だ行政処分はないのであり具体的な権利義務に関する争訟があるとはいえず、従つて裁判所法三条の「法律上の争訟」に当るとすることはできない。」と説示した。

② これは、裁判所法第3条第1項の「争訟」について、予算議決が行政処分ではないことを理由として争訟に当たらないとの理由で否定したものであつて、争訟の概念定義の問題である。

(2)① ところが、昭和35年3月9日最高裁判所大法廷判決（民集第14巻3号355頁）から、「一切の法律上の争訟」の「一切」を制限して否定する部分社会論が登場する。

② これによると、「地方自治法（一三四条、一三五条および一三七条）に基き議員の懲罰として行われる除名は、議員たる身分を剥奪する処分であつて、その処分に対し違法を理由として除名処分の取消を求める訴は、判決による除名処分の取消によつて除名処分のなかりし状態に復帰し、もつて、剥奪された議員たる身分の回復を図ることを目的とするものに外ならないのである。」として、「除名」だけについて争訟性を肯定するだけで、それ以外の議会での争訟は除外されることとなつた。

③ 部分社会論は、裁判官田中耕太郎らによつて編み出された違憲思想の論理であり、この判決の補足意見として次のとおり部分社会論の弁解を述べてゐる。「裁判所法第三条が原則として「一切の法律上の争訟」を裁判する権限を裁判所に与えているところから、以上のべた見解に反対する説があるかもしれない。しかしこの条文にいう「法律上の争訟」は国家法秩序に関するものを指し、社会における一切の法規範を網羅するものではないと解すべきである。」と。

④ つまり、部分社会論は、憲法上に根拠を持たない裁判官田中耕太郎らの私見であるとしたのである。

(3)① そして、それ以後は、この部分社会論が定着し、昭和35年10月19日最高裁判所大法廷判決（民集第14巻12号2633頁。判例一覽表⑰）では、「司法裁判権が

、憲法又は他の法律によつ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、裁判所法三条の明定するところであるが、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ら意味ではない。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。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。（尤も昭和三五年三月九日大法廷判決一民集一四卷三号三五五頁以下一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つて、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。従つて、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相当とするのである。）」と説示された。

② つまり、これまでは、「争訟」に該当しないとしてみたものを、「争訟」に該当するが、例外として司法裁判権の対象外におくことを相当であるとするとして、「一切」からの「除外」される事項があるとしたのである。

(4)① そして、昭和41年2月8日最高裁判所第三小法廷判決（民集第20卷2号196頁。判例一覧表②）では、「司法権の固有の内容として裁判所が審判しうる対象は、裁判所法三条にいう「法律上の争訟」に限られ、いわゆる法律上の争訟とは、「法令を適用することによつて解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう」と解される（昭和二九年二月一日第一小法廷判決、民集八卷二号四一九頁参照）。従つて、法令の適用によつて解決するに適さない単なる政治的または経済的問題や技術上または学術上に関する争は、裁判所の裁判を受けうべき事柄ではないのである。」との判例が続いた。

② しかし、ここでは、政治的または経済的問題や技術上または学術上に関する争に限定されてをり、議会、政党、その他の部分社会のすべてを除外するとはしてゐなかつたのである。

(5)① さらに、昭和56年4月7日最高裁判所第三小法廷判決（民集第35卷3号443頁。判例一覧表②）では、「裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法三条にいう「法律上の争訟」、すなわち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つて、かつ、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に限られる（最高裁昭和三九年（行ツ）第六一号同四一年二月八日第三小法廷判決・民集二〇卷二号一九六頁参照）。したがつて、具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争であつても、法令の適用により解決するのに適しないものは裁判所の審判の対象となりえない、というべきである。」と説示するものが現れた。

② これは、除外される争訟（紛争）がどのような事象なのか、どのような基準

なのかが全く不明な抽象的なものであり、その曖昧さこそが裁判を受ける権利を侵害してゐるのである。

(6)① そして、令和2年11月25日最高裁判所大法廷判決（民集第74巻8号2229頁。判例一覧表①）によつて、昭和35年10月19日最高裁判所大法廷判決（民集第14巻12号2633頁。判例一覧表⑦）が変更される。

② これによると、「出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきであるものの、裁判所は、常にその適否を判断することができるというべきである。したがって、普通地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否は、司法審査の対象となるというべきである。これと異なる趣旨をいう所論引用の当裁判所大法廷昭和35年10月19日判決その他の当裁判所の判例は、いずれも変更すべきである。」と説示された。

③ なお、この判決における裁判官宇賀克也の補足意見は、次のとおりであつた。

「私は、法廷意見に賛成するものであるが、地方議会の議員に対する出席停止の懲罰の司法審査について、補足して意見を述べることにする。

1 法律上の争訟

法律上の争訟は、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つて、かつ、②それが法令の適用により最終的に解決することができるものに限られるとする当審の判例（最高裁昭和51年（オ）第749号同昭和56年4月7日第三小法廷判決・民集35巻3号443頁）に照らし、地方議会議員に対する出席停止の懲罰の取消しを求める訴えが、①②の要件を満たす以上、法律上の争訟に当たるとは明らかであると思われる。

法律上の争訟については、憲法32条により国民に裁判を受ける権利が保障されており、また、法律上の争訟について裁判を行うことは、憲法76条1項により司法権に課せられた義務であるから、本来、司法権を行使しないことは許されないはずであり、司法権に対する外在的制約があるとして司法審査の対象外とするのは、かかる例外を正当化する憲法上の根拠がある場合に厳格に限定される必要がある。

2 国会との相違

国会については、国権の最高機関（憲法41条）としての自律性を憲法が尊重していることは明確であり、憲法自身が議員の資格争訟の裁判権を議院に付与し（憲法55条）、議員が議院で行つた演説、討論又は表決についての院外での免責規定を設けている（憲法51条）。しかし、地方議会については、憲法55条や51条のような規定は設けられておらず、憲法は、自律性の点において、国会と地方議会を同視していないことは明らかである

3 住民自治

地方議会について自律性の根拠を憲法に求めるとなると、憲法92条の「地方自治の本旨」以外にないと思われる。「地方自治の本旨」の

意味については、様々な議論があるが、その核心部分が、団体自治と住民自治であることには異論はない。

また、団体自治は、それ自身が目的というよりも、住民自治を実現するための手段として位置付けることができよう。

住民自治といっても、直接民主制を採用することは困難であり、我が国では、国のみならず地方公共団体においても、間接民主制を基本としており、他方、地方公共団体においては、条例の制定又は改廃を求める直接請求制度等、国以上に直接民主制的要素が導入されており、住民自治の要請に配慮がされている。

この観点からすると、住民が選挙で地方議会議員を選出し、その議員が有権者の意思を反映して、議会に出席して発言し、表決を行うことは、当該議員にとっての権利であると同時に、住民自治の実現にとって必要不可欠であるといえることができる。もとより地方議会議員の活動は、議会に出席し、そこで発言し、投票することに限られるわけではないが、それが地方議会議員の本質的責務であると理解されていることは、正当な理由なく議事を欠席することが一般に懲罰事由とされていることから明らかである。

したがって、地方議会議員を出席停止にすることは、地方議会議員の本質的責務の履行を不可能にするものであり、それは、同時に当該議員に投票した有権者の意思の反映を制約するものとなり、住民自治を阻害することになる。

「地方自治の本旨」としての住民自治により司法権に対する外在的制約を基礎付けながら、住民自治を阻害する結果を招くことは背理であるので、これにより地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象外とすることを根拠付けることはできないと考える。

4 議会の裁量

地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象としても、地方議会の自律性を全面的に否定することにはならない。懲罰の実体判断については、議会に裁量が認められ、裁量権の行使が違法になるのは、それが逸脱又は濫用に当たる場合に限られ、地方議会の自律性は、裁量権の余地を大きくする方向に作用する。したがって、地方議会議員に対する出席停止の懲罰の適否を司法審査の対象とした場合、濫用的な懲罰は抑止されることが期待できるが、過度に地方議会の自律性を阻害することにはならないと考える。」

- ④ この裁判官宇賀克也の補足意見は、部分社会論が実質的に違憲であることを述べているのであり、それは、「法律上の争訟は、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に限り、とする当審の判例（最高裁昭和51年（オ）第749号同昭和56年4月7日第三小法廷判決・民集35巻3号443頁）に照らし、地方議会議員に対する出席停止の懲罰の取消しを求める訴えが

、①②の要件を満たす以上、法律上の争訟に当たることは明らかであると思われる。法律上の争訟については、憲法32条により国民に裁判を受ける権利が保障されており、また、法律上の争訟について裁判を行うことは、憲法76条1項により司法権に課せられた義務であるから、本来、司法権を行使しないことは許されないはずであり、司法権に対する外在的制約があるとして司法審査の対象外とするのは、かかる例外を正当化する憲法上の根拠がある場合に厳格に限定される必要がある。」との説示によつて明らかなのである。

⑤ この宇賀論理は、議員に対する不利益処分である懲罰と懲罰以外の処分とを峻別し、懲罰のみを法律上の争訟とする根拠を示してゐないし、この論理からは峻別の論理は到底導き出せないのである。この事件が懲罰事案であつたことによる判断の制約があつたために言及されてゐないだけである。

⑥ ましてや、控訴人の令和4年 月 日付け控訴の趣旨変更申立書で述べたとほり、懲罰手続によらずして実質的に懲罰と同等の不利益処分を行つた本件が法律上の争訟として司法権の審査対象が排除するとすれば、憲法第32条違反に同法第31条違反が加へられることになるのであつて、本件が裁判所法第3条第1項の「争訟」として認められることは当然のことなのである。

3(1) ところで、部分社会論において慣用語として用ゐられ、原判決も用ゐた「一般市民法秩序」といふ概念については、その明確な定義がなされてゐない曖昧なものである。

(2) つまり、国民の一般社会において個人と個人との間で適用される「一般市民法秩序」と、部分社会とされる団体内部で、団体と構成員との間で適用される「団体法秩序」とは理論的には一応の区分はできる。前者（市民法）は、意思の合致を必要とするのに対し、後者（団体法）は、多数決原理が導入されるといふ点で相違があるからである。しかし、団体法であつても、会社法や一般法人法などにおいて、構成員が団体の内部事項に対して団体に対して提訴できることを認めてをり、その限度において司法審査の対象となるのであるから、「一般市民法秩序」と「団体法秩序」とを司法審査の対象において峻別することは不可能であることを認識せざるを得ない判断から判例が変更されたのである。

(3) そもそも、「一般市民法秩序」が何を意味するのかわからない。最高裁もその概念定義をしてゐないのであつて、このやうな曖昧な概念により法的救済が可能な範囲を判断することは極めて恣意的であり、憲法第13条及び第31条から導かれる明確性の原則に違反することから、このやうな判例自体が「違憲の判例」に他ならないのである。

五 処分性について

1 処分性に関して引用されることが多い昭和39年10月29日最高裁判所第一小法廷判決（民集第18巻8号1809頁。以下「昭和39年最判」といふ。）と同判例が引用する昭和30年2月24日最高裁判所第一小法廷判決（民集第9巻2号217頁。以下「昭和30年最判」といふ。）は、いずれも「行政事件訴訟法」（昭和37年法律第139号）につ

- いてのものではなく、廃止された「行政事件訴訟特例法」（昭和23年法律第81号）に関するものであることに留意されるべきである。
- 2 行政事件訴訟特例法第1条は、「行政庁の違法な処分取消又は変更に係る訴訟その他公法上の権利関係に関する訴訟については、この法律によるの外、民事訴訟法の定めるところによる。」とあり、上記2つの判例は、この第1条の解釈のものである。
 - 3 昭和39年最判では、「行政事件訴訟特例法一条にいう行政庁の処分とは、所論のごとく行政庁の法令に基づく行為のすべてを意味するものではなく、公権力の主体たる国また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たまた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ものであることは、当裁判所の判例とするところである（昭和二八年（オ）第一三六二号、同三〇年二月二四日第一小法廷判決、民集九卷二号二一七頁）。」とし、昭和30年最判でも、「行政事件訴訟特例法が行政処分取消変更を求める訴を規定しているのは、公権力の主体たる国又は公共団体がその行為によつて、国民の権利義務を形成し、或はその範囲を確定することが法律上認められている場合に、具体的行為によつて権利を侵された者のために、その違法を主張せしめ、その効力を失わしめるためである。従つて、特例法にいう行政処分はこのような効力を持つ行政庁の行為でなければならない。」と説示してある。
 - 4 行政事件訴訟特例法第1条の「行政庁の違法な処分」といふのは、上記2つの判例のいふ「行政庁の処分」、「行政処分」であり、これが行政事件訴訟法第3条第2項の「行政庁の処分」として引き継がれたのである。
 - 5 そして、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。
 - 6 それゆゑ、「行政庁の処分」＝「処分」ではないのであつて、上記2つの判例は、「行政庁の・・・その他公権力の行使に当たる行為」について判断されたものではないのである。昭和39年最判は、行政事件訴訟法が施行された昭和37年10月1日以後のものであるが、あくまでもこれは行政事件訴訟特例法第1条についての判断なのである。
 - 7 従つて、昭和39年最判に基づいて、「行政庁の処分」についてのみを主張しても、それは、控訴人が取消等を求める「処分」とは、行政事件訴訟法第3条第2項の「処分」であつて、「行政庁の・・・その他公権力の行使に当たる行為」としての「行為」なのである。
 - 8 平成18年7月14日最高裁判所第二小法廷判決（民集第60巻6号2369頁。以下「平成18年最判」といふ。）の判決文によれば、「本件改正条例は、旧高根町が営む簡易水道事業の水道料金を一般的に改定するものであつて、そもそも限られた特定の者に対してのみ適用されるものではなく、本件改正条例の制定行為をもつて行政庁が

法の執行として行う処分と実質的に同視することはできないから、本件改正条例の制定行為は、抗告訴訟の対象となる行政処分には当たらないというべきである。」とあるが、ここでの「行政処分」とは、行政事件訴訟法第3条第2項の「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。）」のうちの「行政庁の処分」であつて、「その他公権力の行使に当たる行為」を含む「処分」のことではないのである。

- 9 以上により、控訴人が主張する処分とは、議会固有の立法行為以外の権限である議会の行政行為のことであつて、それは「行政庁の処分」のみならず、「その他公権力の行使に当たる行為」に該当する議会運営委員会の協議決定や議長の本件処分を含んでゐるのである。

六 違法性について

1 処分ないし措置の違法性

- (1) 控訴人は、控訴の趣旨第二項及び第三項で指摘する「処分」の意味を前記五のとほりの意味として主張してゐるのであり、また、これらの「処分」が処分性を満たすが否かにかかはらず、その処分ないしは措置等の行為の違法性について主張してゐるのである。
- (2) それゆゑ、処分性を満たさないので違法性がないとする原判決の判断は、理由不備ないしは理由齟齬も甚だしいものがあるのである。
- (3) それゆゑ、仮に、控訴の趣旨第二項及び第三項の処分に処分性が認められないとしても、違法性は認められるので、控訴の趣旨第五項は当然に認容されるべきでものである。
- (4) そもそも、議会運営委員会及び全員協議会の協議によつて、マスク着用を義務付けすることの科学的根拠は存在しないのであつて、そのやうな非科学的なものを強要することは違法なのである。
- (5) 控訴人は、原審の訴状において、マスク着用が武漢ウイルス感染防止に有効であるとする科学的根拠が存在せず、有用性も安全性も否定されることを主張してきたのであつて、それを強要することは義務なくことを行はせる公務員職権濫用罪（刑法第193条）に該当する犯罪的違法行為であると同時に、非科学的行為を強要すること自体に違法性があると主張してきたが、最近になつて、やうやくその糊塗が証明された。

2 国立感染症研究所の見解の変更

- (1) 国立感染症研究所（所長・脇田隆字。以下「NIID」といふ。）は、令和4年3月28日に、「新型コロナウイルス（SARS-CoV-2）の感染経路について」と題する以下の見解を公表した（甲6）。

<https://www.niid.go.jp/niid/ja/2019-ncov/2484-idsc/11053-covid19-78.html>

「人は、咳、くしゃみ、会話、歌、呼吸などの際に、鼻や口からさまざまな大きさや性状をもった粒子を空中に放出する[1-5]。粒子はその大きさや

含まれる液体の量によって空中での振る舞いが異なる。液体を含んだ大きな粒子は、放出されてから数秒から数分以内に落下するが、小さな粒子や乾燥した粒子は、空中に数分から数時間にわたって浮遊する[2-5]。従来、これらの粒子については大きさや性状に応じて飛沫やエアロゾルと呼ばれてきた[4,5]。

SARS-CoV-2は、感染者の鼻や口から放出される感染性ウイルスを含む粒子に、感受性者が曝露されることで感染する。その経路は主に3つあり、①空中に浮遊するウイルスを含むエアロゾルを吸い込むこと（エアロゾル感染）、②ウイルスを含む飛沫が口、鼻、目などの露出した粘膜に付着すること（飛沫感染）、③ウイルスを含む飛沫を直接接触したか、ウイルスが付着したものの表面を触った手指で露出した粘膜を触ること（接触感染）、である[1,2]。」

- (2) しかし、①のエアロゾル感染は、令和元年初めの武漢ウイルス騒ぎが始まった当初から指摘されてきたが、これまでNIIDは、当該ウイルスの感染経路として、上記②の飛沫感染と上記③の接触感染のみを認め、①のエアロゾル感染を意図的に認めてこなかったが、突如として、3年後の令和4年3月28日になって、①のエアロゾル感染を第一順位の感染経路として認めたのである。
- (3) このやうな見解の変更を行つたことと理由として推測されるのは、本堂毅氏（東北大学大学院理学研究科）ら8名の研究者及び医師らが令和4年2月1日付けで提出したNIIDへの公開質問状『「SARS-CoV-2の変異株B.1.1.529系統（オミクロン株）について（第6報）」の空気感染（エアロゾル感染）に関わる記述への公開質問状」（甲7）

<https://web.tohoku.ac.jp/hondou/letter/>

に対する同月7日付けのNIIDの回答書が余りにも曖昧で実質的な回答拒絶であったことから、NIIDとしては、このままでは事後に厳しい科学的批判を受けることになるとの保身的判断により、遂に観念して、エアロゾル感染をやつと認めたといふことである。これは、余りにも遅きに失した発表であり、これまで被告国と共謀して意図的に発表を遅らせたとしか考へられないものである。

3 エアロゾル感染の意味するもの

- (1) NIIDは、当初からエアロゾル感染（空気感染）が感染経路の主流であることを認識しながら、あへて虚偽の発表をし続けたのは、飛沫感染防止策としてのマスク着用、接触感染防止策としての手指消毒といふ政府の誤つた方針を虚構で固めて権威付けるためのものであつて、極めて悪質である。
- (2) マスク着用と手指消毒を奨励しても、感染拡大が止まらないことの矛盾が露呈したことから、遂に科学的知見に基づいて、これまでの虚偽の発表を訂正せざるを得なくなつたといふことである。
- (3) ウイルス感染防止のためには、三密（密閉、密集、密接）を避けることが最も有効であるとすれば、エアロゾル感染を防ぐために必要なことは、「換気」のみであつて、マスク着用と手指消毒などは全く意味がない。

- (4) マスク着用が必要であるとする見解であつても、それは飛沫感染防止のために必要であるとするのであるから、相手に飛沫しない距離が保たれ、声の大きさなどを控へた配慮をすれば、マスク着用は必要ではなくなり、エアロゾル感染の懸念がない屋外や換気の行き届いた場所であれば、マスク着用は不要といふことになる。
- (5) つまり、特に、三密状態であつても、頻繁な会話と相互接触を予定してゐない場所の場合は、換気さへ徹底されてゐるならば、マスクも手指消毒も感染予防のための有効性はないのである。
- (6) 討論会、観客との一体感を演出するライブなどのやうに、多人数による会話や発声による飛沫と相互の接触を予定しうる場所であれば、飛沫感染と接触感染の可能性があることになるが、電車、乗り合ひバス、飛行機などの公共交通機関や、映画館などのやうに、多人数による会話や接触が予定されてゐない場所では、飛沫感染と接触感染の可能性は極めて少なく、エアロゾル感染を防ぐために「換気」がなされてゐれば感染予防としては充分であつて、マスク着用と手指消毒は全く意味がないことになる。
- (7) また、エアロゾル感染の防止のためには、マスクは全く無力である。アクリル板による遮蔽やフェイス・ガードなども全く無力である。マスクの荒い編み目では、超微粒のエアロゾルやウイルスは簡単に素通りする。大魚を捕まへる漁網でプランクトンは捕獲できないのである。
- (8) 飛沫感染を防止するためには、発言者の多い集会においても、密接状態で飛沫がかかる特別な場合は別として、飛沫がかからない距離を保つてゐるのであれば、マスク着用は不要であり、エアロゾル感染防止のために必要なことは一にも二にも換気であつて、必要換気量である1人当たり $30\text{m}^3/\text{h}$ を確保すれば足りるのである。

4 マスク着用等の奨励の違憲性

- (1) マスクの着用は、国民生活においては極めて非日常的な行為である。その非日常的な行為を永続化させ日常化させることは、健全な心身の状態を蝕むのであるから、たとへそれが一時的に必要であると判断された場合であつても、できる限り非日常的な状態が早期に解消させることが国家の保健衛生行政に求められてをり、被告国には、その義務がある。
- (2) ところが、被控訴人は、エアロゾル感染を意図的に否定し続け、飛沫感染と接触感染のみに固執してきた非科学的な政策によつて、最も多い感染経路であるエアロゾル感染を無視しながらも換気の奨励を行つてきた。もし、エアロゾル感染を否定するのであれば、換気は不要になり、マスク着用と手指消毒だけでよいことになる。にもかかはらず、それでも「密閉」を避けて「換気」を奨励してきたのは、やはりエアロゾル感染を認めてゐたことになるといふ大きな矛盾を犯し続けてきたことになる。
- (3) 被控訴人は、国民生活において、非日常的なものを奨励し続けてはならない。すみやかに日常性を取り戻す政策を奨励しなければならない義務があるにもかか

- はらず、武漢ウイルス騒ぎが起こってから、いち早くマスク着用を奨励し、それを益々強化し、同調圧力を利用して事実上の義務化を定着させてきたのである。
- (4) そのため、国民の社会生活は、マスク不着用の者を周囲の者が白眼視し、同調圧力に乗じて社会からマスク不着用の者を排除する傾向が強まり、労働環境においても、解雇、配置転換、減給などの不利益処遇が公然と行はれてゐることを黙認し続けてきたのである。
 - (5) 多数の者による同調圧力を容認する思想は、多数決原理による民主主義を根拠とするものとされるが、このやうな形骸化した民主制は、ワイマール憲法の民主制度が、「大衆の喝采」こそが民主制の神髄であるとしたナチスの独裁制を生んだのと同様に、マスク着用を容認する「大衆の喝采」によつて、いまや、わが国は「暴力国家」へと変容してゐるのである。
 - (6) これにより、マスク不着用による健康な生活を営まうとする原告らを含む多くの国民は、健康で文化的な最低限度の生活を営む権利（憲法第25条第1項）を侵害され、被告国は、それを保障すべき義務（同条第2項）に違反し、さらに、生命、自由及び幸福追求をに対する国民の権利を国政の上で最大の尊重をなすべき義務（同第13条後段）にも違反するとともに、マスク着用を容認する者とマスク不着用の原告らとを不合理に差別するものであつて、これらは、法の下での平等（同第14条）に違反してゐるのである。
 - (7) 以上により、マスクやフェイス・ガードの着用、アクリル板の遮蔽、手指消毒などの奨励は、エアロゾル感染には全く無力かつ有害であり、極めて非科学的であつて、全面的かつ全事象的なマスク着用の奨励は直ちに中止し、原則としてマスク不着用の奨励へと政策の転換がなされなければならないのである。

5 白糠町議会が行ふべき感染予防対策について

- (1) これまで説明してきたことからすれば、白糠町議会の議場においてなすべき感染防止対策としては、一にも二にも「換気」である。これがエアロゾル感染（空気感染）対策であり、これに尽きるのである。
- (2) また、飛沫感染については、発言者の飛沫が直接に議場に居る者にかかることのないソーシャル・ディスタンスが確保され、アクリル板の設置などで問題はない。そして、接触感染においても、アルコール消毒などが励行されてゐるので、これも問題はないのである。
- (3) つまり、前述したとほり、マスクもアクリル板もフェイス・ガードも、エアロゾル感染防止には全く無力であり、白糠町議会の議場では、換気を徹底的に励行すればよいのであつて、議員にマスク着用を奨励することは、非科学的な「マスク信仰」に他ならないのである。
- (4) マスク着用を不要とすることは、国際的に認知されてきてゐる傾向にあり、アメリカの南部フロリダ州の連邦地裁が公共交通機関でのマスク着用義務を違法と判断してゐるのであつて（甲8）、白糠町も、正確な科学的知見に基づいて、感染防止対策を行ふ義務があるのであつて、非科学的なマスク着用信仰は捨て去らなければならないのである。

6 処分ないし措置の不法行為性

- (1) 以上により、本件における議会運営委員会及び全員協議会の協議決定並びに議長による令和3年7月5日に議場に入場したマスク不着用の控訴人に対して告知した退場処分及びマスクを着用して再入場した控訴人に対して告知した発言禁止処分には、違法性があり、不法行為が成立する。
- (2) それゆゑ、控訴の趣旨第五項の損害賠償請求は認容されるべきである。

八 確認の利益について

- 1 控訴人の令和4年 月 日付け控訴の趣旨変更申立書における変更後の控訴の趣旨第二項の3及び第三項の3の確認請求は、行政事件訴訟第4条の「公法上の法律関係に関する確認の訴え」であり、確認の利益があることは当然のことである。
- 2 また、控訴の趣旨第四項については、控訴人が白糠町議会議員として、原則として議場に出席して発言する権利があることは当然であるとしても、マスク不着用を理由として退場処分及び発言禁止処分がなされ、それが議会運営委員会の協議決定に基づくとしておこなうことからして、マスク着用義務を実質的に強制されておこなう状況において、「マスク不着用」の前提でこれらの権利があることの確認の利益があることも多言を要しないところである。
- 3 特に、本件における議会運営委員会及び全員協議会の協議決定並びに令和3年7月5日の議長の処分は、訴状の第三の一で主張したとおり、白糠町の議場が、新型インフルエンザ等対策特別措置法第75条に基づく新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令（平成25年制令第122号。以下「施行令」といふ。）第11条の「施設」には該当しないにもかかわらず、白糠町議会の議場にも適用があるとする誤った解釈によつて、施行令第12条第6号（マスクの着用その他の新型インフルエンザ等の感染の防止に関する措置の入場者に対する周知）に基づき、同条第7号（正当な理由がなく前号に規定する措置を講じない者の入場の禁止）ができるとの違法な解釈によつてなされたものであるから、このやうな違法な措置が繰り返されないためにも、控訴人がマスク不着用で議会に出席し発言できる権利があることの確認を求めるべき利益が存在するのである。

第二 各論

一 争点(2)ア（本件請求①から③までについての訴訟要件充足性(処分性)）について

1 本件請求①及び②について

- (1) 原判決は、まづ、「本件請求①及び②について」以下のとおり説示した。

「ア 原告は、本件請求①において、町議会の全員協議会と一体の処分主体としての議会運営委員会が、本件請求のにおいて、町議会の議長が、それぞれ、令和2年3月3日、原告に対し、マスクの着用を義務付ける「処

分」(行訴法3条2項)をしたと主張する。

上記前提事実によれば、町議会は、令和2年3月3日、その議会運営委員会において、マスクの着用を含む感染対策についての方針を確認し、その後の全員協議会において、マスクの着用を含む感染対策について申合せを行った(本件申合せ)ものと認められる(前提事実(2)ア(ア)、(イ))。

議会運営委員会は、議会の運営に関する事項、議会の会議規則等に関する事項及び議長の諮問に関する事項に関する調査を行い、議案、請願等を審査することを目的として、法109条1項に基づき設置された委員会であり、全員協議会は、議案の審査又は議会の運営に関し協議又は調整を行うための場として法100条12項に基づき設置されたものであるから、両者は別個の法的根拠に基づく独立した会議体である。

上記認定事実のとおり、本件申合せの主体は全員協議会であって、この点に関し、議会運営委員会及び全員協議会が一体として何らかの行為を行ったとか、町議会の議長が何らかの行為を行ったとは認められないから、議会運営委員会又は議長が何らかの「処分」を行った事実は認められない。

したがって、本件請求①及び②は、取消を求める対象となる「処分」が存在しないから、その余の点について判断するまでもなく不適法である。

イ なお、本件請求①について、原告は、全員協議会による本件申合せを「処分」と主張するものと解する余地もある。

しかしながら、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、その行為によっ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(最高裁昭和39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809頁参照)。上記のとおり、全員協議会はあくまでも町議会の議案の審査又は議会の運営に関し協議又は調整を行うための場であり、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ことからすれば、本件申合せは出席した議員全員で合意したことを示す事実上のものであって、これを法的に強制することは予定されていない。そうすると、本件申合せは、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には該当しない。

したがって、本件申合せは「処分」とはいえないから、いずれにしても、本件請求①及び②は不適法である。」

(2) 上記アについて、原判決は、議会運営委員会及び全員協議会の協議に処分性がないとしたが、前記第一の五で主張したとほり、「処分」の概念の解釈を著しく誤ったものである。

(3) また、上記イにおいても同様であり、原判決が引用する最高裁昭和39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809頁(昭和39年最判)は、「行政事件訴訟特

例法一条にいう行政庁の処分」についての判断であつて、少なくとも行政事件訴訟法第3条第2項の「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。）」の処分概念のうちの「行政庁の処分」に限定されたものであつて、「その他公権力の行使に当たる行為」を含む「処分」のことではないのである。

- (4) よつて、原判決には、理由不備、理由齟齬、法令及び判例の解釈適用を誤つた違法があるので、破棄を免れないものである。

2 本件請求③について

- (1) 次に、原判決は、「本件請求③について」以下のとおり説示した。

「原告は、本件請求③において、議長は、本件請求1に係る「処分」に基づいた本件退去命令及び本件発言禁止命令を行ったと主張し、これが「処分」であると主張する。

しかしながら、上記説示のとおり、令和2年3月3日に町議会の議会運営委員会が何らかの「処分」を行ったとは認められないし、全員協議会における本件申合せも「処分」には当たらないから、これらの「処分」に基づいて本件退去命令及び本件発言禁止命令が行われたという事実も認められない。

これらの命令は、議長が、法129条1項の議長権限に基づき行ったものと認められる。

よつて、本件請求③は、取消を求める対象となる「処分」が存在しないから、その余の点について判断するまでもなく、不適法である。」

- (2) これについても、前述したとおり、「処分」概念の解釈に誤りがある上、議会運営委員会及び全員協議会の協議に、事実上の拘束力があるとして、これを奨励させる措置もまた「処分」に該当するのである。
- (3) 原判決は、法的義務のないマスク着用を事実上強制することが、公務員職権濫用罪（刑法第193条）に該当するといふ認識が完全に欠落してゐるのである。

二 争点(1) (本件請求④から⑥までが司法審査の対象となるか)について

1 判断枠組みについて

- (1) 原判決は、まづ、「(1) 判断枠組みについて」以下のとおり説示した。

「ア 司法審査の範囲について

裁判所法3条1項にいう一切の法律上の争訟とは、あらゆる法律上の係争を意味するものではなく、その中には事柄の特質上自律的な法規範を有する団体の内部規律の問題として自治的措置に任せるのを適当とするものがある。そして、普通地方公共団体の議会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解するのが相当である（

最高裁平成30年4月26日第一小法廷判決・集民258号61頁参照)。

普通地方公共団体の議会における法律上の係争について、これが司法審査の対象となるか否かについては、団体の目的・性質・機能、その自律性・自主性を支える憲法上の根拠、紛争や争われている権利の性質等を考慮し、個別具体的に考察されるべきであるから、以下、これらの点について検討する。

イ 普通地方公共団体の議会の権能

憲法は、第8章に「地方自治」の章を設けて地方自治を制度的に保障し、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こととしている(憲法92条)。地方自治の本旨とは、その施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則と、国家とは独立した団体である地方公共団体が、その事務を自己の意思と責任において処理すべきものとするいわゆる団体自治の原則をその内容の核心とするものと解され、これらを前提に、普通地方公共団体の議会は、憲法にその設置の根拠を有する議事機関として、住民の代表である議員により構成され(憲法93条)、所定の重要事項について当該地方公共団体の意思を決定するなどの権能を有する(憲法94条)。

こうした憲法の定めにも照らすと、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であるといえることができる。

ウ 普通地方公共団体の議員の役割

普通地方公共団体の議会の議員は、当該地方公共団体の住民の直接選挙により選出され(憲法93条2項)、議会に議案を提出することができ(法112条)、議会の議事については、特別の定めがある場合を除き、出席議員の過半数でこれを決することができるものとされている(法116条)。これらの憲法及び法の規定により、議員は、憲法に規定された住民自治の原則を具現化するため、住民の代表としてその意思を当該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こととなる。

議員が議会に出席し、審議に参加するなどして議場において活動することは、住民自治の実現にとって必要不可欠であり、議員の本質的責務であるといえる。

エ 普通地方公共団体の議会における議長の権限

憲法の地方自治の規定を受け、法は、その104条において、普通地方公共団体の議会の議長に、議場の秩序を保持し、議事を整理する権限を認め、また、129条1項は、議会の会議中、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。こうした規定に照らせば、法は、議員の議場における言動に関して、議長に当該会議における発言の禁止や退去処分などの権限を認めることにより、議会が議員の言動に起因す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予定しているものと解される。

オ 議場における議員の発言の取扱い

町議会における議員の発言は、すべて議長の許可を得る必要がある（本件会議規則50条1項）、その方法や対象にも限定がされ、議長は、これに反する議員の発言を制限することができる（本件会議規則54条、57条）。これらの規定からすれば、議場における議員の発言の方法について、議長がこれを制限することが予定されているものと解される。」

- (2) これらについては、一般論としては認めることができる。
- (3) しかし、このことから、以下の説示を導くことは論理の飛躍である。マスク着用の法的義務がないにもかかわらず、法令の解釈から、これを処分として強制し、あるいは事実上強制することが、これらの法令に基づいて容認する可能性が皆無であることを原判決は認識できておないのである。

2 本件請求④及び⑤について

- (1) 本件退去命令及び本件発言禁止命令の具体的性質、程度について

次に、原判決は、「(2) 本件請求④及び⑤について」以下のとおり説示した。

「上記(1)イからオまでの観点を踏まえ、本件退去命令及び本件発言禁止命令の具体的性質、程度について検討する。

ア 本件退去命令及び本件発言禁止命令は、法129条1項が「その日の会議が終わるまで」に限定する規定を定めていることに照らし、本件会議についてのみ効力が生じるものであるから、これらの命令による原告の議員活動に対する制約は一時的なものにとどまるといえることができる。実際に、前提事実(3)イのとおり、原告は、本件退去命令を受けた後も、そのまま議場にとどまり続け、いったん自ら退場したものの再入場して緊急質問の申立てを行い、これが議会運営委員会に諮られ、本件会議においても取り上げられた上で、採決において否決されるなど、当日の会議の閉会に至るまで本件会議に参加して議員としての活動を継続していたものであり、発言禁止についても、原告が本件会議で予定されていた議案とは関連しない内容について許可を得ずに不規則発言を繰り返し、これを制限されたものにすぎないから、議場において予定されている議員活動への影響は軽微であったといえる。

イ また、本件退去命令は、町議会の議長が、原告に対してマスク着用を求めたにもかかわらず、原告がこれを拒否したことから、議場か

らの退去を求めたものであり、本件発言禁止命令は、原告の着用する口の部分を四角くくりぬいたマスクでは、飛沫対策が不十分であるとして、発言の禁止を命じられたものである(前提事実(3)イ(ウ)、(エ))。これらの命令は、これまでに議会運営の方針として原告も参加した全員協議会において少なくとも3回にわたって確認され、原告を含めた全議員が励行してきたマスクの着用という措置について(前提事実(2)アからカまで)、原告が本件会議において何ら予告なく着用しなかったことを受けて、出席議員から議事進行上支障があるとして動議が提出され、これが可決されたことから、議場の混乱を避けるため、議長の権限による一時的な制限措置として行われたものにすぎず、原告の本件会議における議員としての活動を一律に制限したものとはいえない。

ウ これまで検討した観点からすれば、議会の自律的な権能は、憲法によって保障された地方自治の中核である団体自治の原則を実現する目的で、議事機関としての自主的かつ円滑な運営を確保すべく与えられたものであり、法は議会の自律的な権能を議会運営の面からも担保するため、議会の議長に対し、議場における出席者の発言の方法や対象を制御する権限及び議場の秩序維持のために議員の行動を制限する権能を与えたものといえる。こうした議長による権限行使は、議事機関としての自主的かつ円滑な運営を確保するためのものであり、地方自治の本旨である団体自治の観点から、十分に尊重されるべきである。

他方、同じく憲法によって保障された地方自治の中核である住民自治の原則の観点からすれば、一般的には、住民の意思を反映する手段としての議員の活動に対する制約に対しては慎重に対処すべきであるといえるものの、本件において問題とされているのは、原告が議場内において議長の制止、命令に従わなかったことによる秩序維持のための退去命令及び発言禁止であって、法が本来予定している議長による一時的な制限措置の範囲にとどまるものであり、その影響も軽微であるから、その適否については、専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきものであるといえる。

そうすると、憲法及び法の規定を踏まえて、本件訴訟において争われている権利の性質等について個別具体的に検討しても、本件退去命令及び本件発言禁止命令に係る法的紛争については、議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきものであり、これを司法審査の対象とすることはできない。

エ この点に関し、原告は、マスクを着用しない状態で本件会議に参加しようとしたのは、マスクの着用に関する科学的根拠等を主張し、マスクの着用の強制が住民の生活様式において著しい悪影響を及ぼしていることを訴えることを目的としており、これらの命

令により、マスク着用に対して反対し又は懐疑的な町民の意思を町議会の意思決定に反映させることが不可能となった旨を主張する。

(ア) しかしながら、議会が、議場において議員にいかなる方法で意見表明を認めるかは、議会の運営に関する事項であって、その性質上、議会の自律的な権能が尊重されるべきであり、そのことは、町議会における議員の発言は、すべて議長の許可を得る必要がある(本件会議規則50条1項)、その方法や対象にも限定がされ、これに反する議員の発言は議長が制限することができること(本件会議規則54条、577条)からも明らかである。

(イ) また、原告が町議会の運営方法に異論を持ち、自己の意見を町議会の運営に反映させたいというのであれば、原告も参加する町議会の全員協議会の場等を通じて意見を表明し、議案や動議の提出権(法112条、本件会議規則14条1項、16条)を行使するなど、法が予定する正当な議員活動を通じてその実現を図ることができるのであり、そうした議員活動を行うのが住民からの負託を受けた議員として原告の責務ともいえる。町議会のあるべき運営方法については、住民からの負託を受けている各議員が、それぞれの立場で議論して検証を重ねることが不可欠であって、あえて議論によらない行動による意見表明という方法を採用することは、いたずらに混乱を生じさせ、かかる議論を通じた検証が困難となり、かえって住民の意思を町議会の意思決定に反映することを阻害するものである。

よって、本件退去命令及び本件発言禁止命令によって町民の意思を町議会に反映することが不可能になったとする原告の主張は理由がない。

オ 以上の検討からすると、本件退去命令及び本件発言禁止命令の適否は、専ら町議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきものであり、裁判所における司法審査の対象外であることとなる。

そうすると、本件請求④は、司法審査の対象とならない本件退去命令及び本件発言禁止命令の取消しを求めるものであるから、その余の点について判断するまでもなく、不適法である。

また、本件請求⑤は、行訴法4条に基づく当事者訴訟又は民事訴訟として、原告がマスク不着用で町議会の議場に出席して発言する権利があることの確認を求めるものである。原告が、議員として町議会の議場に出席して発言する一般的な権利・責務があることについては当事者間に争いが生じているものではないから、この点については、確認の利益が認められない。また、「マスク不着用で」とする部分は、町議会の議場内における会議体の運営方法に関して裁判所に判断を求めるものであり、これまでに説示したとおり、議会の

運営方法については専ら町議会の自律性に委ねられるべき問題であるから、同じく司法審査の対象外である。よって、本件請求⑤については、司法審査の対象とならないから、その余の点について判断するまでもなく、不適法である。

カ これに対し、原告は、令和2年最高裁判決を根拠に、そもそも部分社会の法理は採用されるべきではなく、また、仮に部分社会の法理が採用されるとしても、本件の事実関係に照らせば、司法審査の対象とすべきである旨を主張する。

しかしながら、まず、令和2年最高裁判決は、普通地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否が司法審査の対象となると判示したものであり、本件のような、普通地方公共団体の議会の議長が法129条1項の権限に基づいて議員に対して行う命令について、その判決の射程が直接及ぶものではない。

また、令和2年最高裁判決は、議会に自律権があることを認めたとうえで、その懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度に照らして、出席停止の懲罰が司法審査の対象となる旨判断したものである。当裁判所は、これまでに説示したとおり、団体の目的・性質・機能、その自律性・自主性を支える憲法上の根拠、紛争や争われている権利の性質等を考慮に入れ、個別具体的に検討したうえで、本件退去命令及び本件発言禁止命令については、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から、司法審査が及ばない旨の判断を示したものであり、令和2年最高裁判決の趣旨に反するものではない。

よって、この点の原告の主張は採用することができない。」

(2) 上記アについて

- ① 本件退去命令及び本件発言禁止命令が地方自治法第129条1項に基づくものであることは否認する。
- ② その理由について、控訴人は原審において、この規定の議長権限が法的義務のない行為を強制することを含まないことを主張してゐたのであるが、その主張の事実摘示を遺脱して、判断を回避してゐる点において、理由不備の違法がある。
- ③ 従つて、本件処分は、「その日の会議が終わるまで」といふ限定のないものであつて、そのことが地方自治法第129条1項の処分でないことを意味してゐるのである。
- ④ 原判決は、「原告は、本件退去命令を受けた後も、そのまま議場にとどまり続け、いったん自ら退場したものの再入場して緊急質問の申立てを行い、これが議会運営委員会に諮られ、本件会議においても取り上げられた上で、採決において否決されるなど、当日の会議の閉会に至るまで本件会議に参加して議員としての活動を継続していたものであり、発言禁止についても、原告が本件会議で予定されていた議案とは関連しない内容について許可を得ずに不規則発

言を繰り返し、これを制限されたものにすぎないから、議場において予定されている議員活動への影響は軽微であったといえる。」とするが、控訴人が違法な処分に対して毅然として抵抗する態度と行動を示したことを以て、控訴人の権利侵害がなかつたとか、軽微であるとする判断は、法令の解釈において倒錯したものであると言はざるを得ない。

- ⑤ 控訴人が、覚悟を決めてこの違法処分に対峙して抵抗の態度と行動を示したことについて、そのやうに抵抗できたのであるから「議場において予定されている議員活動への影響は軽微であったといえる。」とすることは、この犯罪行為の違法性を余りにも軽視した判断であつて、到底許されるものではない。
- ⑥ そもそも、原判決は、判決文の中で、マスク着用の法的義務がないこと、それを強要することが公務員職権濫用罪（刑法第193条）に該当することからして、決してこれを強要することは許されないとする原則論を一度も明確に説示したことがない。
- ⑦ このことは、この強制行為が合法であるか、少なくとも軽微な違法行為であると判断してゐることに他ならないのである。

(3) 上記イについて

- ① 原判決は、「本件退去命令は、町議会の議長が、原告に対してマスク着用を求めたにもかかわらず、原告がこれを拒否したことから、議場からの退去を求めたもの」として、議長の処分の犯罪的違法性について全く認定しなかつた。
- ② それどころが、逆に、「議長の権限による一時的な制限措置として行われたものにすぎず、原告の本件会議における議員としての活動を一律に制限したものとはいえない。」と説示して、これが合法であることを説示してゐることになるのであり、法令の解釈適用を著しく誤つてゐるのである。

(4) 上記ウについて

- ① 原判決は、「これまで検討した観点からすれば、議会の自律的な権能は、憲法によって保障された地方自治の中核である団体自治の原則を実現する目的で、議事機関としての自主的かつ円滑な運営を確保すべく与えられたものであり、法は議会の自律的な権能を議会運営の面からも担保するため、議会の議長に対し、議場における出席者の発言の方法や対象を制御する権限及び議場の秩序維持のために議員の行動を制限する権限を与えたものといえる。こうした議長による権限行使は、議事機関としての自主的かつ円滑な運営を確保するためのものであり、地方自治の本旨である団体自治の観点から、十分に尊重されるべきである。」と説示し、一般論を述べるだけであつて、法的義務のないマスク着用の強制が可能であるとする理由を示してゐない点において、これまでと同様に著しい理由不備の違法がある。
- ② さらに、これに引き続いて、「他方、同じく憲法によって保障された地方自治の中核である住民自治の原則の観点からすれば、一般的には、住民の意思を反映する手段としての議員の活動に対する制約に対しては慎重に対処すべきであるといえるものの、本件において問題とされているのは、原告が議場内において議長の制止、命令に従わなかつたことによる秩序維持のための退去命令

及び発言禁止であつて、法が本来予定している議長による一時的な制限措置の範囲にとどまるものであり、その影響も軽微であるから、その適否については、専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきものであるといえる。」として、軽微であると判断されれば、犯罪的違法行為を行ふことが合法化すると説示してゐることは、およそ法治国家の裁判官ではなく、法匪の言説である。

③ そして、「そうすると、憲法及び法の規定を踏まえて、本件訴訟において争われている権利の性質等について個別具体的に検討しても、本件退去命令及び本件発言禁止命令に係る法的紛争については、議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきものであり、これを司法審査の対象とすることはできない。」と説示し、これは、法律上の争訟である本件処分の違憲違法性に関する事案が、「議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきものであり、これを司法審査の対象とすることはできない。」として、根拠のない部分社会論を振り回し、議会の自主、自律のためであれば、違法行為の合法化も可能であると判断したことになるが、そり理由は全く示されてゐない。

④ 前述したとほり、「一般市民法秩序」といふ概念を振り回すとしても、議場内における犯罪行為は、まさに「一般市民法秩序」を破壊するものである。議場において、殺人、傷害事件が発生すれば、当然に司直の手に委ねられるのであつて、それを議会の自主、自律の名の下に、隠蔽されることはあり得ないのである。殺人と傷害の事件も、公務員職権濫用罪の事件も、いづれも一般市民法秩序の領域において立件されるのであつて、一般市民法秩序とか議会の自主、自律の詭弁はまかり通らないのである。

(5) 上記エについて

① ここでの原判決の説示についても、マスク着用の法的義務がなく、それを強要し、それに従はないとして不利益処分を与へることが犯罪的違法行為であり、議会の自主、自律の視点と無関係であることを全く踏まへない空虚で法律的な説得力が全く欠落したものである。

② 控訴人は、白糖町も全国と同様に、法的義務のないマスク着用を同調圧力を利用した事実上の強制がなされてゐることを重く受け止め、自らがマスク不着用によつて議会に出席して発言することによつて町民に正しい法の理解と意識を伝えたいとするのが控訴人の議会での活動であつた。

③ 従つて、「本件退去命令及び本件発言禁止命令によつて町民の意思を町議会に反映することが不可能になつたとする原告の主張は理由がない。」との原判決の判断は、明らかな事実誤認である。

④ それどころか、控訴人の行動が議会から不法に排除されることによつて、マスク着用の法的義務があるとの誤つた情報を発信させることによつて、控訴人の議会及び議会外における活動に甚大が悪影響を及ぼしたことを原判決は全く摘示もせず判断を遺脱したのである。

(6) 上記オについて

① 原判決は、「以上の検討からすると、本件退去命令及び本件発言禁止命令の適否は、専ら町議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきものであり、裁

判所における司法審査の対象外であることとなる。」として、これ以下においても縷々説示するが、これらが理由不備、法令の解釈適用の誤りであることは、これまで主張してきたとおりである。

- ② 原判決は、「原告が、議員として町議会の議場に出席して発言する一般的な権利・義務があることについては当事者間に争いが生じているものではないから、この点については、確認の利益が認められない。また、「マスク不着用で」とする部分は、町議会の議場内における会議体の運営方法に関して裁判所に判断を求めるものであり、これまでに説示したとおり、議会の運営方法については専ら町議会の自律性に委ねられるべき問題であるから、同じく司法審査の対象外である。」とする点は、噴飯物と言はざるを得ない。
- ③ マスク不着用で出席して発言するといふ当然の行為が排除された争訟の事案において、一般論として出席発言の権利を求めてゐるのではなく、マスク不着用で出席発言する権利のあることを確認は、被控訴人が争つてゐることからしても当然確認の利益があるのである。

(7) 上記カについて

- ① ここにおける原判決の知見は、前述したとおり、部分社会論が破綻してゐることを踏まへて、令和2年最高裁判決による変更判決に至つた経緯についての著しい無理解と不見識によるものである。
- ② この令和2年最高裁判決の判断は、懲罰についての判断ではあるが、その論理は懲罰以外の不利益処分、ないしは、本件のやうな懲罰手続によらない実質的な懲罰の不利益処分に適用がないとする説示ではないことからして、その守備範囲は、本件にも及ぶものなのである。

3 本件請求⑥について

- (1) また、原判決は、「(3) 本件請求⑥について」以下のとおり説示した。

「次に、本件退去命令及び本件発言禁止命令の違法性を前提とする国家賠償請求である本件請求⑥が司法審査の対象となるかについて検討する。

この点、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、かかる訴えは、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に当たり、司法審査の対象となるというべきである(最高裁平成31年2月14日第一小法廷判決・民集巻2号123頁参照)。

そうすると、本件請求⑥は、本件退去命令及び本件発言禁止命令の違法性を前提とする国家賠償請求であるから、司法審査の対象となるというべきである。この点の被告の主張は採用することができない。

」

- (2) この点は当然のことであり、これを踏まへれば、本件退去命令及び本件発言禁

止命令ないしは懲罰その他の措置の違法性を前提とする国家賠償請求である本件請求⑥が認容されることは当然のことなのである。

三 争点(5)(本件請求⑥の原告の被告に対する損害賠償請求権の存否)について

1 原判決は、最後に以下のとおり説示した。

「原告は、本件請求①から④に係る処分が国家賠償法上違法であると主張して、被告に対し、慰謝料20万円の損害賠償請求権を有すると主張する。

しかしながら、まず、原告主張の本件請求①から③に係る処分が国家賠償法上違法であるかどうかについて検討すると、本件請求①から③までにおいて原告が主張する処分は、いずれも処分とは認められないことは上記説示のとおりであるから、これらが国家賠償法上違法であるとはいえない。

次に、本件請求④に係る処分(本件退去命令及び本件発言禁止命令)が国家賠償法上違法であるかどうかについて検討すると、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される(最高裁平成31年2月14日第一小法廷判決・民集73巻2号123頁参照)。

本件退去命令及び本件発言禁止命令が、議会の内部自律の問題にとどまり、その解決は専ら議会の自律的、自主的な解決に委ねられるべきものであることは上記説示のとおりであるから、これらが国家賠償法上違法となる余地はない。

よって、この点の原告の主張は採用することができない。」

2(1) しかし、原判決が、「原告が主張する処分は、いずれも処分とは認められないことは上記説示のとおりであるから、これらが国家賠償法上違法であるとはいえない。」とする点は、理由齟齬の違法がある。

(2) すなはち、前記二3で指摘したとおり、原判決は、「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、かかる訴えは、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」に当たり、司法審査の対象となるというべきである(最高裁平成31年2月14日第一小法廷判決・民集巻2号123頁参照)。」と摘示して、国家賠償請求は、「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」として、「その他の措置」の違法性(権利侵害性)をも根拠とするものであるとしながら、本件処分が「いずれも処分とは認められない」として、国家賠償法上の違法性を認めないとしたからであ

る。

- (3) 国家賠償請求が認められるのは、その行為に処分性がなくても、事実行為であっても、それに違法性が認められればよいのである。
- (4) 繰り返し述べるが、一般市民法秩序の社会においても、特別団体法秩序の議会においても、義務なきことを行はしめる行為は、脅迫罪、強要罪、公務員職権濫用罪に該当しうる違法行為であるので、団体内での内部規律の問題ではない。議会内で殺人事件が起こった場合と同様に、内部規律の問題として不問に付される問題ではないのである。

判例一覧表

(法律上の争訟(裁判所法第3条第1項)関連のもの)

- ① 令和2年11月25日最高裁判所大法廷判決(民集第74巻8号2229頁)

判決要旨

「普通地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否は、司法審査の対象となる。」(判例㉗の昭和35年10月19日最高裁判所大法廷判決(民集第14巻12号2633頁)を変更)

- ② 平成31年2月14日最高裁判所第一小法廷判決(民集第73巻2号123頁)

判決要旨

- 「1 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である。
- 2 市議会の議会運営委員会による議員に対する嚴重注意処分決定は、議員としての行為に対する市議会の措置であり、市議会の定めた政治倫理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という事情の下においては、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、当該決定が違法な公権力の行使に当たるとはいえない。」

- ③ 平成30年4月26日最高裁判所第一小法廷判決(集民第258号61頁)

判決要旨

「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。」

- ④ 平成26年7月9日最高裁判所第二小法廷決定(集民第247号39頁)

決定文

「本件訴訟は、選挙人が民衆訴訟(行政事件訴訟法5条)である公職選挙法204条の選挙無効訴訟として選挙人たる資格で提起したものであるところ、民衆訴訟は、裁判所法3条1項の「法律上の争訟」ではなく同項の「その他法律において特に定める権限」に含まれるものとして、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」ものとされている(行政事件訴訟法42条)」

⑤ 平成21年9月15日最高裁判所第三小法廷判決（集民第231号563頁）

判決要旨

「宗教法人がその所有する土地の明渡しを求める訴えは、請求の当否を決する前提問題となっている占有者である住職に対する擯斥処分 of 効力を判断するために、宗教上の教義ないし信仰の内容に立ち入って審理、判断することを避けることができないという事情の下においては、裁判所法3条にいう「法律上の争訟」に当たらず、不適法である。」

⑥ 平成17年9月14日最高裁判所大法廷判決（民集第59巻7号2087頁）

在外国民に国政選挙における選挙権に関する訴訟において、東京高等裁判所平成12年11月8日判決が、「本件の各確認請求に係る訴えはいずれも法律上の争訟に当たらず不適法であるとして却下すべきものとし、また、本件の国家賠償請求はいずれも棄却すべきものとした。」との点を破棄して、法律上の争訟であることを認めてゐる。

⑦ 平成14年7月9日最高裁判所第三小法廷判決（民集第56巻6号1134頁）

判決文

「行政事件を含む民事事件において裁判所がその固有の権限に基づいて審判することのできる対象は、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」、すなわち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、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に限られる（最高裁昭和51年（オ）第749号同56年4月7日第三小法廷判決・民集35巻3号443頁参照）。国又は地方公共団体が提起した訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるような場合には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものであって、自己の権利利益の保護救済を目的とするものといふことはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。」

⑧ 平成14年2月22日最高裁判所第二小法廷判決（集民第205号441頁）

判決要旨

「宗教法人がその所有する建物の明渡しを求める訴えは、請求の当否を決定するために判断することが必要な前提問題が宗教上の教義、信仰の内容に深くかかわ

っており、その内容に立ち入ることなくしては前提問題の結論を下すことができないという事情の下においては、法律上の争訟に当たらない。」

⑨ 平成12年1月31日最高裁判所第二小法廷判決（集民第196号427頁）

判決文

「原審は、右事実関係の下において、（一）上告人は当初被上告人の代表役員として旧寺院を占有していたところ、その後を受けた擯斥処分が有効であるとすれば、上告人は、被上告人の代表役員としての地位を喪失し、個人のために旧寺院を占有していることになり、擯斥処分が無効であるとすれば、上告人が引き続き被上告人の代表役員として旧寺院を占有していることになるが、この場合に、上告人において法人の機関として物を所持するにとどまらず、個人のためにもこれを所持するものと認めるべき特別の事情があるときは、個人としての占有をも有していることになる、（二）上告人は、新寺院に転居するまで家族と共に旧寺院に居住しており、その間の旧寺院の占有については、右特別の事情があったといえるが、右転居後の旧寺院の占有については、上告人が被上告人の代表者であるとされる場合において、上告人が被上告人の機関として旧寺院を占有しているにすぎず、右特別の事情は認められない、（三）そうすると、上告人の個人としての占有を認めるためには、上告人に対する擯斥処分が有効であることを確定する必要があるが、右の点を判断するには、宗教上の教義ないし信仰の内容に深く立ち入らざるを得ないから、結局、上告人の本件訴えは、法律上の争訟に該当しないと判断し、これを不適法として却下すべきものとした。三 しかしながら、原審の右二の（二）、（三）の判断は是認することができない。」

⑩ 平成11年9月28日最高裁判所第三小法廷判決（集民第193号739頁）

判決要旨

「宗教法人の代表役員及び責任役員の地位にあることの確認を求める訴えにおいて、紛争の経緯及び当事者双方の主張に照らせば、請求の当否を決する前提問題である住職罷免処分の効力の有無については宗教団体内部における教義及び信仰の内容が本質的な争点となるものであり、これを判断するには、裁判所が宗教上の教義及び信仰の内容について一定の評価をすることを避けることができないという事情の下においては、右の訴えは、法律上の争訟に当たらず、不適法である。」

⑪ 平成6年6月21日最高裁判所第三小法廷判決（集民第172号703頁）

判決要旨

「町議会が議員に対し同人が町所有の土地を不法に占拠しているとして議員辞職勧告決議等をしたことが、同人に対する名誉き損に当たるとして国家賠償を請求

する訴えは、裁判所法三条一項にいう「法律上の争訟」に当たる。」

⑫ 平成5年11月25日最高裁判所第一小法廷判決（集民第170号475頁）

判決要旨

「甲が宗教法人乙の代表役員等の地位にあることの確認を求め、乙が甲に対して所有権に基づき建物の明渡しを求める訴訟において、訴訟が提起されるに至った紛争の経緯及び当事者双方の主張並びに訴訟の経過に照らして、当該訴訟の争点を判断するには、宗教上の教義ないし信仰の内容について一定の評価をすることを避けることができない場合には、甲の地位確認及び乙の建物明渡しを求める訴えは、いずれも裁判所法三条にいう「法律上の争訟」に当たらない。」

⑬ 平成5年9月10日最高裁判所第二小法廷判決（集民第169号629頁）

判決要旨

「宗教法人がその所有する建物の明渡しを求める訴訟において、訴訟が提起されるに至った紛争の経緯及び当事者双方の主張並びに訴訟の経過に照らして、当該訴訟の争点を判断するには、宗教上の教義ないし信仰の内容について一定の評価をすることを避けることができない場合には、右の明渡しを求める訴えは、裁判所法三条にいう「法律上の争訟」に当たらない。」

⑭ 平成5年9月7日最高裁判所第三小法廷判決（民集第47巻7号4667頁）

判決要旨

「特定の者が宗教団体の宗教活動上の地位にあることに基づいて宗教法人である当該宗教団体の代表役員の地位にあることが争われている訴訟において、その者の宗教活動上の地位の存否を審理、判断するにつき、当該宗教団体の教義ないし信仰の内容に立ち入って審理、判断することが必要不可欠である場合には、右の者の代表役員の地位の存否の確認を求める訴えは、裁判所法三条にいう「法律上の争訟」に当たらない。」

⑮ 平成5年7月20日最高裁判所第三小法廷判決（集民第169号319頁）

判決要旨

「宗教法人がその所有する建物の明渡しを求める訴訟において、訴訟が提起されるに至った紛争の経緯及び当事者双方の主張並びに訴訟の経過に照らして、当該訴訟の争点を判断するには、宗教上の教義ないし信仰の内容について一定の評価をすることを避けることができない場合には、右の明渡しを求める訴えは、裁判所法三条にいう「法律上の争訟」に当たらない。」

⑩ 平成5年2月25日最高裁判所第一小法廷判決（民集第47巻2号643頁）

判決要旨

- 「一 民事上の請求として自衛隊の使用する航空機の離着陸等の差止め及び右航空機の騒音の規制を求める訴えは不適法である。
- 二 国が日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約に基づきアメリカ合衆国に対し同国軍隊の使用する施設及び区域として飛行場を提供している場合において、国に対し右軍隊の使用する航空機の離着陸等の差止めを請求することはできない。
- 三 国及びアメリカ合衆国軍隊が管理する飛行場の周辺住民が右飛行場に離着陸する航空機に起因する騒音等により被害を受けたとして国に対し慰謝料の支払を求めたのに対し、単に右飛行場の使用及び供用が高度の公共性を有するということから右被害が受忍限度の範囲内にあるとした原審の判断には、不法行為における侵害行為の違法性に関する法理の解釈適用を誤った違法がある。」

⑪ 平成3年4月19日最高裁判所第二小法廷判決（民集第45巻4号518頁）

判決文（理由）

「上告代理人竹中一郎の上告理由第一点について

裁判所法三条一項の規定にいう「法律上の争訟」として裁判所の審判の対象となるのは、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限られるところ、このような具体的な紛争を離れて、裁判所に対して抽象的に法令が憲法に適合するかしないかの判断を求めることはできないものというべきである（最高裁昭和二七年（マ）第二三号同年一〇月八日大法廷判決・民集六巻九号七八三頁、同昭和六一年（オ）第九四三号平成元年九月八日第二小法廷判決・民集四三巻八号八八九頁参照）。

これを本件についてみるに、本件各訴えは、地方裁判所及び家庭裁判所支部設置規則及び家庭裁判所出張所設置規則の一部を改正する規則（平成元年最高裁判所規則第五号。以下「本件改正規則」という。）のうち、福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の各甘木支部を廃止する部分について、これが憲法三二条、一四条一項、前文に違反するとし、また、本件改正規則の制定には同法七七条一項所定の規則制定権の濫用の違法がある等として、上告人らが廃止に係る福岡地方裁判所及び福岡家庭裁判所の各甘木支部の管轄区域内に居住する国民としての立場でその取消しを求めるというものであり、上告人らが、本件各訴えにおいて、裁判所に対し、右の立場以上に進んで上告人らにかかわる具体的な紛争についてその審判を求めるものでないことは、その主張自体から明らかである。そうすると、本件各訴えは、結局、裁判所に対して抽象的に最高裁判所規則が憲法に適合するかしないかの判断を求めるものに帰し、裁判所法三条一項にいう「法律上の争訟」に当たらないというほかはない。

以上のとおりであるから、原審が本件各訴えを右「法律上の争訟」に当たらないとした判断は、正当として是認することができる。所論は憲法三二条違反をいうが、原審が本件各訴えを右「法律上の争訟」に当たらないと判断したことが憲法三二条に違反するものでないことは、最高裁昭和二三年（れ）第五一二号同二四年三月二三日大法廷判決・刑集三卷三号三五二頁、同昭和三年（オ）第一九五号同三五年一二月七日大法廷判決・民集一四卷一三号二九六四頁の趣旨に徴して明らかである。

所論のその余の違憲の主張は、原審の右判断に誤りがあることを前提とするものであって、その前提を欠く。論旨は、採用することができない。

同第二点について

不適法な訴えでその欠缺を補正することができないものである場合には、口頭弁論を経ないで判決をもって右訴えを却下することができる（民訴法三七八条、二〇二条参照）ところ、本件各訴えは、前記のとおり裁判所法三条一項にいう「法律上の争訟」に当たらないものであるから、不適法な訴えでその欠缺を補正することができないものに当たるといふべきである。したがって、原審が本件各訴えにつき口頭弁論を開く措置を探らなかったことに所論の違法があるということとはできない。

所論違憲の主張も、その実質は、原審が口頭弁論を開かなかったことの違法を主張するものにすぎず、失当である。論旨は、採用することができない。」

⑱ 平成元年9月8日最高裁判所第二小法廷判決（集民第157号519頁）

判決要旨

「甲が乙宗教団体から受けた擯斥処分によりその僧侶たる地位を喪失したか否かが、自己が乙の被包括宗教団体である丙の代表役員及び責任役員の地位にあることの確認を求める甲の請求の前提をなしている場合において、右処分の効力の有無が紛争の本質的争点をなすとともに、その効力についての判断が訴訟の帰すうを左右する必要不可欠のものであり、しかも、右処分事由の存否すなわち甲の言説が乙の教義及び信仰を否定する異説に当たるか否かの判断が乙の教義、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右処分の効力の有無を判断することができないときは、右訴訟は、裁判所法三条にいう「法律上の争訟」に当たらない。」

⑲ 平成元年9月8日最高裁判所第二小法廷判決（民集第43卷8号889頁）

判決要旨

「具体的な権利義務ないし法律関係に関する訴訟であつても、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つており、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すうを左右する必要不可欠のものである場合には、右訴訟は、裁判所法三条にいう法律上の争訟に当たらない。」

⑳ 昭和63年12月20日最高裁判所第三小法廷判決（集民第155号405頁）

判決文

「政党の結社としての自主性にかんがみると、政党の内部的自律権に属する行為は、法律に特別の定めのない限り尊重すべきであるから、政党が組織内の自律的運営として党员に対してした除名その他の処分の当否については、原則として自律的な解決に委ねるのを相当とし、したがって、政党が党员に対してした処分が一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、裁判所の審判権は及ばないというべきであり、他方、右処分が一般市民としての権利利益を侵害する場合であつても、右処分の当否は、当該政党の自律的に定めた規範が公序良俗に反するなどの特段の事情のない限り右規範に照らし、右規範を有しないときは条理に基づき、適正な手続に則つてされたか否かによつて決すべきであり、その審理も右の点に限られるものといわなければならない。」

㉑ 昭和56年4月7日最高裁判所第三小法廷判決（民集第35巻3号443頁）

判決要旨

「訴訟が具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争の形式をとつており、信仰の対象の価値ないし宗教上の教義に関する判断は請求の当否を決するについての前提問題にとどまるものとされていても、それが訴訟の帰すうを左右する必要不可欠のものであり、紛争の核心となつている場合には、該訴訟は、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあたらぬ。」

㉒ 昭和55年4月10日最高裁判所第一小法廷判決（集民第129号439頁）

判決要旨

「宗教法人における特定人の住職たる地位の存否が同人の当該宗教法人における代表役員、責任役員たる地位の存否の確認を求める請求の当否を判断する前提問題となつている場合には、裁判所は、当該宗教法人の教義等に照らして同人が住職として活動するのにふさわしい適格を備えているかどうかなどその宗教団体内部で自治的に決定せらるべき事項について判断するものでない限り、右住職たる地位の存否について審理判断する権限を有する。」

㉓ 昭和52年3月15日最高裁判所第三小法廷判決（民集第31巻2号234頁）

判決要旨

「大学における授業科目の単位授与（認定）行為は、一般市民法秩序と直接の関係有するものであることを肯認するに足りる特段の事情のない限り、司法審査の対象にならない。」

②④ 昭和41年2月8日最高裁判所第三小法廷判決（民集第20巻2号196頁）

判決文

「司法権の固有の内容として裁判所が審判しうる対象は、裁判所法三条にいう「法律上の争訟」に限られ、いわゆる法律上の争訟とは、「法令を適用することによつて解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう」ものと解される（昭和二九年二月一日第一小法廷判決、民集八巻二号四一九頁参照）。従つて、法令の適用によつて解決するに適さない単なる政治的または経済的問題や技術上または学術上に関する争は、裁判所の裁判を受けうべき事柄ではないのである。国家試験における合格、不合格の判定も学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為であるから、その試験実施機関の最終判断に委せられるべきものであつて、その判断の当否を審査し具体的に法令を適用して、その争を解決調整できるものとはいえない。」

②⑤ 昭和41年1月13日最高裁判所第一小法廷判決（集民第82号21頁）

判決文

「裁判所法三条が裁判所の権限事項としている「法律上の争訟」とは、原判決のごとく、法規の適用によつて解決し得べき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をいうものと解すべきであり、また、検察審査会の議決が申立人または第三者の具体的な権利義務ないし法律関係に対して直接の影響を与えるものでないことは、検察審査会法四一条の規定の解釈上疑いを容れないところである。」

②⑥ 昭和39年4月21日最高裁判所第三小法廷判決（集民第73号317頁）

判決文

「所論の大衆訴訟の意味は明らかでないが、原判決のいわゆる民衆訴訟とは、個人の具体的な権利義務に関係のない訴訟であつて、本来法律上の争訟に関するものではなく、憲法上当然には裁判所の権限に属しない訴訟であり、従つて、法律の規定によつてはじめて許される訴訟をいうものと解されるところ、区長選任行為について法律に訴訟を許す旨の特別の規定の存在しないことは原判示のとおりであるから、原判決が法律に特別の規定がない故をもつて、本訴を不適法としたのは正当である。」

②⑦ 昭和35年10月19日最高裁判所大法廷判決（民集第14巻12号2633頁）

判決文

「思うに、司法裁判権が、憲法又は他の法律によつ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、裁判所法三条の明定するところであるが、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。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、裁判にまつを適當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。（尤も昭和三五年三月九日大法院判決—民集—四卷三号三五五頁以下—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つて、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。従つて、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當とするのである。）」

㊸ 昭和35年7月6日最高裁判所大法院決定（民集第14卷9号1657頁）

決定要旨

「戦時民事特別法第一九条第二項、金銭債務臨時調停法第七条に従い、純然たる訴訟事件についてなされた調停に代わる裁判は、右第七条に違反するばかりでなく、同時に憲法第八二条、第三二条に照らし違憲たるを免れない。」

裁判官下飯坂潤夫の補足意見

「なお、附言するが、固有の司法裁判権の対象となるのは、前示にいわゆる「法律上の争訟」である。ここに法律上の争訟とは法の適用上権利義務又は法律関係が相反する関係において対立していることを意味する。従つて、実体法上の権利義務が定められておらず、裁判によつて、あらたに権利又は法律関係が形成される場合は法律上の争訟に属せず、いわゆる非訟事件である。そしてこの場合に裁判所のなす裁判は固有の意味の裁判ではないのであつてこの裁判に関しては公開主義、直接主義、口頭主義は行われない。」

㊹ 昭和35年6月8日最高裁判所大法院判決（民集第14卷7号1206頁）

判決文（衆議院解散の統治行為論）

「わが憲法の三権分立の制度の下においても、司法権の行使についておのずからある程度の制約は免れないのであつて、あらゆる国家行為が無制限に司法審査の対象となるものと即断すべきでない。直接国家統治の基本に関する高度に政治性

のある国家行為のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であつても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局、三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手続上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべきものである。」

⑩ 昭和34年12月16日最高裁判所大法廷判決（刑集第13巻13号3225頁）

判決要旨

「八 安保条約の如き、主権国としてのわが国の存立の基礎に重大な関係を持つ高度の政治性を有するものが、違憲であるか否の法的判断は、純司法的機能を使命とする司法裁判所の審査に原則としてなじまない性質のものであり、それが一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外にあると解するを相当とする。

九 安保条約（またはこれに基づく政府の行為）が違憲であるか否かが、本件のように（行政協定に伴う刑事特別法第二条が違憲であるか）前提問題となっている場合においても、これに対する司法裁判所の審査権は前項と同様である。

一〇 安保条約（およびこれに基づくアメリカ合衆国軍隊の駐留）は、憲法第九条、第九八条第二項および前文の趣旨に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは認められない。」

⑪ 昭和29年2月11日最高裁判所第一小法廷判決（民集第8巻2号419頁）

判決文

「裁判所法三条によれば「裁判所は、日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判し、その他法律において特に定める権限を有する」ものであり、ここに「法律上の争訟」とは法令を適用することによつて解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいうのである。本件村議会の予算議決は、単にそれだけでは村住民の具体的な権利義務に直接関係なく、村長において、右議決に基き、課税その他の行政処分を行うに至つてはじめて、これに直接関係を生ずるに至るのであるから、本件村議会の予算議決があつたというだけでは、未だ行政処分はないのであり具体的な権利義務に関する争訟があるとはいえず、従つて裁判所法三条の「法律上の争訟」に当るといふことはできない。」

⑫ 昭和28年4月15日最高裁判所大法廷判決（民集第7巻4号305頁）

判決文

「わが現行法制の下にあつては、ただ純然たる司法裁判所だけが設置せられているのであつて、いわゆる違憲審査権なるものも、下級審たると上級審たるとを問わず、司法裁判所が当事者間に存する具体的な法律上の争訟について審判をなすため必要な範囲において行使せられるに過ぎない。すなわち憲法八一条は単に違憲審査を固有の権限とする始審にして終審である憲法裁判所たる性格をも併有すべきことを規定したものと解すべきではない。」

③ 昭和27年10月8日最高裁判所大法廷判決（民集第6巻9号783頁）

警察予備隊の設置並びに維持に関する一切の行為の無効確認請求

判決文

「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない。けだし最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異るところはないのである（憲法七六条一項参照）。」