

地方議会議員の発言権と表現の自由

——中津川市議会代読拒否訴訟をめぐって——

岡田俊幸

- I はじめに
- II 中津川市代読拒否訴訟に関する二つの判決
- III ドイツの判例・学説
- IV 日本国憲法の解釈
- V 結語

I はじめに

いわゆる中津川市議会代読拒否訴訟は、多岐にわたる論点を含むものであり、この訴訟に含まれる諸論点については、すでに多くの研究者によって考察が加えられてきたところである^①。そして、中津川市議会代読拒否訴訟を検討した多くの学説が指摘するのは、障害をもつ人に対する「合理的配慮」という観点の重要性であり、筆者は、この点についてまったく異論はない。また、中津川市議会代読拒否訴訟の控訴審判決である名古屋高等裁判所平成二四年五月一日判決^③(以下、「高裁判決」という。)が「今後の市議会運営上参考となる貴重な裁判例である」^④点にも疑いの余地はない。筆者は、これらの点に加えて、表現の自由の人的保護範囲という視点からもこの訴訟は重要な論点を含んでいると考えている。中津川市議会代読拒否訴訟の一審判決である岐阜地方裁判所平成二二年九月二二日判決^⑤(以下、「地裁判決」という。)は、地方議会議員は「表現の自由や自己決定権(障害補助手段を使用する自由や障害補助手段選択の自由を含む。)を有するものと解される」と判示した。また、高裁判決も、「地方議会議員は、憲法で定められた地方公共団体の議事機関である地方議会(憲法九三条一項)の構成員として、当該地方公共団体の住民による直接選挙で選出され(同条二項)、議事本会議や委員会等における自由な討論、質問・質疑等を通じて、当該地方公共団体の住民の間に存する多元的な意見や諸々の利益を、当該地方公共団体の意思形成・事務執行等に反映させる役割を担っているのであるから、地方議会の議員には、表現の自由(憲法二二条)及び参政権の一態様として、地方議会等において発言する自由が保障されていて、議会等で発言することは、議員としての最も基本的・中核的な権利とすべきである。」と判示した。やや単純化して言えば、地裁判決及び高裁判決に従うと、憲法二二条一項の保障する「表現の自由」は、

地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているということになる。しかし、憲法二二条一項は、地方議会議員に対して地方議会において発言する自由を保障していると言えるのだろうか。筆者は、憲法二二条一項が地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈論に疑問を禁じ得ない（もつとも、地裁判決及び高裁判決の示した解釈論がまったく成立する余地のない不合理な考え方ではないことは、後述する。）ので、本稿において、上記の解釈論に絞って若干の考察を加えることにした。

以下、まず、上記の考察に必要な範囲に限って中津川市代読拒否訴訟の一審判決及び控訴審判決の内容を確認する（Ⅱ）。つぎに、日本国憲法の解釈論を今後本格的に展開するための準備作業として、連邦議会及び市町村議会における議員の発言権に関するドイツの判例・学説を多少なりとも詳しく紹介・検討する（Ⅲ）。そして、ドイツの判例・学説を踏まえて、日本国憲法の解釈論として地方議会における議員の発言権が憲法上どのように位置付けられるか、について、筆者の考えを―大雑把なものにとどまるが―示したい（Ⅳ）。

本稿は、事案の解決と切り離す形で地裁判決及び高裁判決の示した解釈の一部を取り出して純粹に理論的見地から考察を加えるものであり、障害をもつ人の権利の保障を實際にどのように実現・充実させていくかという実践的な視点を欠くものであるとお叱りを受けるかもしれない。筆者は、障害をもつ人の権利の保障も従来の基本権理論との整合性を確保しつつ構築するほうが、長期的には好ましいと考えており、本稿はこのような観点から書かれている。筆者は、障害をもつ人の権利の保障を後退させようとする意図を有するものではなく、それ故、もっぱら理論的側面に焦点を当てる本稿の考察方法にご理解をいただくようお願いする。

II 中津川市代読拒否訴訟に関する二つの判決

(一) いわゆる中津川市代読拒否訴訟は、高裁判決に記載されている「事案の概要」によると、次のような事案である。一審原告は、中津川市議会議員を務めていたところ、その在職中、手術により喉頭を切除し、自らの肉声で言することが困難になったため、市議会において第三者の代読による発言を求めた。しかし、中津川市議会及びその構成員である被控訴人(一審被告)議員らは、平成一五年から同一九年までの約四年間、本会議や委員会において、第三者の代読による発言を一部認めただけで、音声変換装置を用いて発言するよう求め、また、一審被告(被控訴人)らは、一審原告が平成一八年一二月定例会の本会議に提出した「市議会議員の発言保障に関する決議案」(以下「本件決議案」という。)に反対票を投じ、その結果、中津川市議会は、本件決議案を否決した。一審原告は、一審被告市及び被控訴人議員らが、一審原告が求めた第三者の代読による発言方法を認めず、音声変換装置による発言を強制するなどし、かつ、中津川市議会には、市議会の各議員が自由活発な討論をすることが可能な環境を整備する積極的な作為義務があり、その義務の履行にあたり、代読という代替手段を選択した一審原告の意思を最大限尊重すべき義務があるのに、これを怠り、その結果、一審原告の市議会における表現の自由、発声障害を有する障害者の議会における発言方法を決定する権利、平等権及び市議会議員としての参政権等を侵害され、精神的苦痛を被ったとして、一審被告市に対しては国家賠償法一条一項により、中津川市議会議員である被控訴人議員らに対しては民法七〇九条、七一九条により、連帯して、慰謝料一〇〇〇万円とこれに対する本件決議案が否決された平成一八年一二月一日から支払済みまで民法所定年五分の割合による遅延損害金の支払を求めた。

岐阜地方裁判所は、一審原告の主張する加害行為の一部に、議会へ参加する権利（参政権）の侵害があるとして、一審原告の一審被告市に対する請求のうち、慰謝料一〇万円とこれに対する平成一八年二月一日から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の限度でこれを認め、その余の一審被告市に対する請求を棄却した。以下、地裁判決の内容を、表現の自由に関連する部分に限定して確認する。

まず、原告の主張のうち、表現の自由に関及した部分は、次のとおりである。

① 「自律的法規範を持つ社会又は団体の内部の問題に司法審査が及ばない場合があるとしても、それは、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場合に限定される。

原告は、被告議員らによる一連の加害行為により、一市民として、また市民の代表としての表現の自由を侵害され、障害者が代替手段を自ら選ぶ権利、すなわち自らのあり方を決める権利（自己決定権）をも侵害された。被告議員らによるこれらの行為は、同時に、議員の自由な発言を前提とする議会制民主主義を脅かす行為であり、また市民の知る権利を侵害する行為でもある。

したがって、本件の被告らの行為が、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的問題などとは到底いえず、司法審査が及ぶことが明らかである。」

② 「地方議会議員は住民の直接選挙により選出された代表者であり、憲法上、議員が議会において発言することは当然に保障されており、この発言は、政治的言論の最たるもので、民主主義の実現、運営に不可欠のものであるから憲法二二条一項により保障される。

さらに、憲法二二条一項は、『一切の表現の自由』と規定し、自己の意思を外界へ表現する手段又は方法を決定す

る自由をも当然に保障していると解すべきである。特に、意思表出手段に障害を持つ者にとっては、表現内容のみならず、表現手段をも保障しなければ、表現活動そのものが否定されることになる。」

「地方議会における議員の発言の自由は、上記のごとく重要な憲法上の意義を有しているうえに、個人の尊厳を實現するための根幹をなすものでもあるから、その制約については、極めて厳格な合理性が求められるものというべきである。具体的には、かかる発言の自由に対する制約は、発言の自由が持つ上記価値と比較してもなお保護すべき重要な目的があり、かつ、制約の程度は必要最小限でなければ、違憲、違法となるとすべきである。」

これに対して、被告側は、次のように反論した。

① 「地方議会は、地方公共団体の重要な案件に対する審議議決機関であり、憲法が定める議会制民主主義の理念及び住民自治という地方自治の本旨から当然に、同議会における議事運営については議会の自主性、自律性が尊重されなければならない。」

地方自治法は、議会が自律的に行為、判断をし、議会の運営に関して議会の自主性を尊重する目的で、一〇九条の二において『条例において議会運営委員会を設置することができる。』と規定しており、議員に対して、その身分を奪うが如き処置についてはともかく、議員の発言の手段、方法はもちろんのこと、委員会及び本会議における議事進行について広く議会の自主性に委ねられているのであって、司法審査の対象とはならない。」

② 「原告の議会において発言する権利は憲法二二条一項が直接保障するが、議会において代読という方法に発言するという個別具体的な発言方法についてまで同条項が直接的に保障しているものではない。」

岐阜地方裁判所は、次のように説示した。

「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っても、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。なぜならば、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（最高裁判所昭和三五年一〇月一九日大法院判決参照）。そして、一般に市議会の運営に関する事項は、まさにそれに該当すると解される。

もつとも、本件における原告の主張中には、原告が障害者である故に議会へ参加する権利（参政権）を害されたという趣旨のものがあつて、これについては、憲法の採用する国民主権原理に照らし、単なる議会の内部規律の問題に留まるものとはいえないから、裁判所の審判権が及ぶものと解するのが相当である。

この点、原告は、『被告議員らが、原告の一市民として、また市民の代表としての表現の自由を侵害し、障害者が代替手段を自ら選ぶ権利、すなわち自らのあり方を決める権利（自己決定権）をも侵害したことは、一般市民法秩序と直接の関係を有しない団体の内部的な問題にとどまらないから、司法審査の対象となる。』旨主張し、確かに、原告は、表現の自由や自己決定権（障害補助手段を使用する自由や障害補助手段選択の自由を含む。）を有するものと解される。

しかし、地方議会は、憲法上に定められた地方公共団体の議事機関であり（憲法九三条一項）、憲法の採用する議会制民主主義の下においては、当該地方公共団体における住民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を、その構成

員である地方議会議員の自由な討論を通して調整し、究極的には多数決原理によって統一的な地方自治体の意思を形成すべき役割を担うため、その内部の組織や運営に関する一定の事項について、他の機関等から関与を受けることなく、自律的に決定し、処理する権限(自律権)を有する。そして、議会の運営に関する事項は、議会の内部規律の問題として議会及び議長の裁量に委ねられ、議員の議会本会議や各種委員会における発言の方法等もまた、議会の運営に関する事項に含まれると解される。したがって、議会及び議長が議員の議会での発言方法を制限することによって障害者である議員の表現の自由や自己決定権(障害補助手段を使用する自由や障害補助手段選択の自由を含む。)が制限されたとしても、同議員がこの発言方法等の制限によって障害者である故に議会へ参加する権利(参政権)を害されるなどの特段の事情のない限り、やむをえないものといわなければならない。

そこで、以下、本件訴えを適法とした上で、市議会議員である原告が発声障害者である故に議会へ参加する権利(参政権)を害されたか否かの限度で、本件訴えの当否を判断することとする。」

そして、岐阜地方裁判所(原審)は、本件では、一審原告が主張する加害行為の一部に、上記参政権の侵害があるとして、一審原告の一審被告市に対する請求のうち、慰謝料一〇万円とこれに対する平成一八年二月一日から支払済みまで年五分の割合による遅延損害金の限度でこれを認め、その余の一審被告市に対する請求を棄却した。また、原審は、一審原告の被控訴人議員らに対する損害賠償(慰謝料)請求について、公務員個人は損害賠償責任を負わないとして、いずれも棄却した。

そこで、一審原告は、敗訴部分を不服として控訴するとともに、一審被告市も、敗訴部分を不服として控訴した。名古屋高等裁判所(控訴審)は、次のような判断を示した。

「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。なぜなら、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体にあつては、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（最高裁判所昭和三五年一〇月一九日大法院判決・民集一四卷一二号二六三三頁）。

ところで、地方議会は、憲法上に定められた地方公共団体の議事機関であり（憲法九三条一項）、憲法の採用する議会制民主主義と地方自治、住民自治制度の下において、当該地方公共団体における住民の間に存する多元的な意見及び諸々の利益を、住民の直接選挙によって選出された地方議会議員の自由な討論を通して調整し、究極的には多数決原理によって、地方公共団体の重要事項について統一的な意思を形成するとともに、執行機関の事務を監視、調査等すべき役割を担っており、その役割・機能を適正・円滑に果たすため、その内部の組織や運営に関する一定の事項について、他の機関等から関与を受けることなく、自主的、自律的に決定し、処理する権限（自律権）を有していると解され（法一〇二条ないし一三七条、市議会委員会条例、会議規則）、このような地方議会の運営に関する事項は、地方議会の内部規律の問題として、議会の裁量に委ねられていると解するのが相当である。そして、議員の議会本会議や各種委員会における発言の方法等もまた、上記の議会の運営に関する事項に含まれると解される。

したがって、議会が、議員の発言方法等について規制したとしても、それが議会の内部規律の問題にとどまる限り、裁判所法三条一項にいう『法律上の争訟』にはあたらないといふべきである。」

「しかし、他方、議会の議員に対する措置が、一般市民法秩序において保障されている権利利益を侵害する場合、もはや議会の内部規律の問題にとどまるものとはいえないから、当該措置に関する紛争は、裁判所法三条一項にいう『法律上の争訟』にあたるというべきである。

地方議会議員は、憲法で定められた地方公共団体の議事機関である地方議会（憲法九三条一項）の構成員として、当該地方公共団体の住民による直接選挙で選出され（同条二項）、議会本会議や委員会等における自由な討論、質問・質疑等を通じて、当該地方公共団体の住民の間に存する多面的な意見や諸々の利益を、当該地方公共団体の意思形成・事務執行等に反映させる役割を担っているのであるから、地方議会の議員には、表現の自由（憲法二二条）及び参政権の一態様として、地方議会等において発言する自由が保障されていて、議会等で発言することは、議員としての最も基本的・中核的な権利というべきである。

したがって、地方議会が、地方議会議員の当該議会等における発言を一般的に阻害し、その機会を与えないに等しい状態を惹起するなど、地方議会議員に認められた上記権利、自由を侵害していると認められる場合には、一般市民法秩序に関わるものとして、裁判所法三条一項にいう『法律上の争訟』にあたるというべきである。」

「一審原告は、平成一五年四月二二日に市議会議員に再選された後、同一七年一月二八日まで、市議会議員として市議会での発言の権利、自由を侵害されていたといえる。そのため、一審原告が加害行為として指摘し主張する市議会及び被控訴人議員らの対応のうち、上記期間になされたものとして……認定した一連の対応は、一審原告の市議会議員としての議会での発言の権利、自由を侵害するものとして、違法な行為であったといわなければならない。

そして、上記のように、一審原告は、発声障害者として市議会議員選挙に臨んで当選したのであり、市議会の各議

員も、そのことを認識していたと推認されるから、上記のような市議会及び被控訴人議員らの対応について、一審被告市には、国家賠償法一条一項による損害賠償責任があるというべきである。」

「一審原告は、市議会及び被控訴人議員らの前記一連の対応により、平成一五年四月二三日に市議会議員に再選された後、同一七年一月二八日まで、市議会議員として議会で発言することを一般的に阻害されて、発言の権利、自由を侵害されていたものであり、議会で発言することは、議員として最も基本的、中核的な権利であることからすれば、これにより、一審原告が多大な精神的苦痛を被ったことは明らかとすべきである。」そして、上記の点に加え、「認定した事実経過等に照らせば、一審原告に認められるべき慰謝料の額としては二〇〇万円が相当である。」

高裁判決は、以上のような判断を示し、一審判決を変更し、一審被告市に対し、慰謝料三〇〇万円の支払いを求め、一審原告の本訴請求を容認した。

(二) 渡辺康行は、地裁判決について、「原告のいかなる権利が、いかなる行為(または不作為)によって侵害されたのか、または実効的に保障されていなかったのか、難しい問題を含む訴訟である」とコメントを加えているが、⁶⁾「原告のいかなる権利」が問題となるのかについて、地裁判決は、「障害者である議員の表現の自由」が制約される可能性を認めており、高裁判決も、「地方議会の議員には、表現の自由(憲法二二条)及び参政権の一態様として、地方議会等において発言する自由が保障されて」いると解している。もともと、両判決とも、地方議会における議員の発言権の制約が許されるかどうかの判断枠組みについては、表現の自由に対する制約に対して用いられる厳格な基準を用いるべきであるとの原告の主張を斥けて、地裁判決は、地方議会の自律権を根拠として、議会及び議長が議員の議会での発言方法等を制限することによって障害者である議員の表現の自由が制限されたとしても、同議員がこの発言

方法等の制限によって障害者である故に議会へ参加する権利(参政権)を害されるなどの特段の事情のない限りやむをえないものであると説いているし、高裁判決も、「地方議会が、地方議会議員の当該議会等における発言を一般的に阻害し、その機会を与えないに等しい状態を惹起するなど、地方議会議員に認められた上記権利、自由を侵害している」と認められる場合」に限り議員の発言の制限が違法になると説いている。

筆者は、憲法二二条一項が地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈に疑問をもっている。しかし、学説においては、上記の解釈に賛成の意見を表明するもの、あるいは、上記の解釈は疑う余地のないものとして受け入れるものが多数のようにも見える。⁽⁷⁾ 被告市も、「原告の議会において発言する権利は憲法二二条一項が直接保障する」として、上記の解釈についてまったく疑問を呈していない。そのため、筆者の疑問は的外れかもしれないとも考えたのであるが、筆者と同じ疑問を表明している学説もあり、⁽⁸⁾ 筆者の疑問が的外れではないことは確かかなようである。そして、ドイツの判例・学説に目を向けると、意見表明の自由(基本法五条一項一文)は議会における議員の発言の自由を保護するものではないというのが連邦憲法裁判所の判例であり、多くの学説が連邦憲法裁判所の判例を支持している、という状況を観察することができる。すなわち、ドイツの判例・学説は、憲法二二条一項が地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈論に対する筆者の疑問が的外れではないことを裏付けるものとなっている。そこで、次章(Ⅲ)では、ドイツの判例・学説を多少なりとも詳しく紹介・検討することにした。

Ⅲ ドイツの判例・学説

一 連邦議会における議員の発言権

(二) 地方議会における議員の発言権について検討する準備作業として、まずは、連邦議会における議員の発言権が意見表明の自由(五条一項一文)によって保護されるかどうかを検討する。連邦憲法裁判所は、すでに一九五九年七月一四日の判決^⑨において、「すべての連邦議會議員は各々、議員としてのその地位を侵害する措置、すなわち、憲法に基づいて保障されたその法的地位を損なう措置に対して、連邦憲法裁判所に訴訟を提起する権限を有する(基本法九三条一項一号、連邦憲法裁判所法六三条以下……)。連邦議会において発言する議員の権利は、その憲法上の地位に含まれる。」と説示していたが、一九八二年六月八日の決定(判例①)^⑩において、連邦議会における議員の発言の自由は、基本法五条によって保護されるのではなく、基本法三八条一項二文によって保護されるとの解釈を明確に示した。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。^⑪

「議会における議員の発言の自由は、基本法の特別な諸規定及び諸原則によって保護されているのであって、基本法五条の保護範囲にも、基本法二条の保護範囲にも含まれない。発言の自由の制約の考えられ得る限界は、基本法のこれらの条項からは導かれない。議会における議員の発言の自由は、基本法五条一項が保護しようとしているような、国家に対する市民の自由ではなく、むしろ、議会の任務を遂行するための、民主制において不可欠の権限であり、議員としての地位も本質的に規定するものである。従って、議員の自由な発言は、憲法において規範化された国家任務

を果たすことに仕える。

基本法は、議会における議員の発言の自由を基本法三八条一項二文によって保障している。議会における発言及び行動の自由のために、憲法は議員に対して基本法四六条の特権を付与している。とくに基本法四六条一項の免責特権条項に基づき、議員は、連邦議会又はその委員会の一において行った表決又は発言を理由として連邦議会以外のいかなる機関によっても責任を問われてはならないが、こうした免責条項は、基本法五条に基づく自由な意見表明の権利において対応するものを有しない。反対に、議員のある発言が、基本法五条の意見表明の自由の限界にとどまっているにもかかわらず、議会の秩序に反し、議長の制裁を受けることになることも、想定され得る。」

この決定は、議会における議員の発言の自由は、基本法五条によって保障されるのではなく、基本法三八条一項二文によって保障されるとの解釈を示した点で重要であるが、この点に加えて、議会における議員の発言の自由の制約は、意見表明の自由の制約に関する枠組み（基本法五条二項）と異なる枠組みによってなされることを明らかにした点においても重要である。

(二) 連邦憲法裁判所一九八二年六月八日決定(判例①) 以前の学説においては、連邦議会における議員の発言は基本法五条の保護を受けるとの解釈も主張されていたが、同決定における連邦憲法裁判所の解釈は、その後、一部の例外を除いて、多くの学説によって支持されている。¹⁴ 例えば、デーゲンハルト (Christoph Degenhart) は、議員の発言権は、基本法三八条一項に基づく自由委任の原則によって根拠付けられるのであって、基本法五条一項のアスペクトによるものではないと説く。何故なら、「議員は、連邦議会において、憲法機関の構成員として発言しているので

あつて、私的な基本権主体として発言しているのではないからである⁽¹⁵⁾。また、クライン (Hans Hugo Klein) も、「議員の発言権は、その憲法上の地位の必要不可欠の構成要素であり、従つて、基本法五条の保護範囲に含まれない」と指摘している⁽¹⁶⁾。さらに、モルローク (Martin Morlok) は、「議員は、公職の保持者である (基本法四八条二項)。この地位と結び付いた諸権利は、国民代表としての連邦議会のための機能保障である。この職務は、独特の憲法上の地位を基礎付ける。議員の諸権利は、職務活動を保護するものであつて、私人を保護するものではなく、それ故に、議員は、その職務活動の枠内においては基本権を援用することはできない。」と指摘するとともに、⁽¹⁷⁾「発言権は、議会の任務を遂行するために不可欠のものとして認められるのであり、議会における発言の自由は、基本法五条一項に含まれない」と説いている⁽¹⁸⁾。

(三) 議員の発言権を、連邦議会の構成員としての議員に認められた「機関としての権利」と捉えることは、訴訟選択に決定的な影響を与える。連邦憲法裁判所は、一九八二年六月八日の決定 (判例①) において、「憲法上の機関争訟手続きにおいて、議員は、その地位と憲法上結び付いたあらゆる権利の侵害を主張することができる (…)。連邦議會議員に対して本会議の討論における意見表明を理由として秩序維持措置を講じることが許されるかどうかは、基本法三八条一項二文に基づく議員の憲法上の地位に属する発言権限に係るものである (…)」と判示している⁽¹⁹⁾。連邦憲法裁判所の考え方に立つと、議員の権利は、基本法九三条一項一号、連邦憲法裁判所法六三条以下に基づく機関争訟手続きの方法によって防禦されなければならない。基本法九三条一項四 a 号は、「何人も、公権力によって自己の基本権の一つ、又は第二〇条第四項、第三三条、第三八条、第一〇一条、第一〇三条及び第一〇四条に含まれている諸権利の一つを侵害されている、と主張して」憲法異議の訴えを提起することができる⁽²⁰⁾と規定し、基本法三八条

を何の制約もなく「基本権同等の権利」として列挙しているが、それにもかかわらず、憲法異議の訴えは、議員の権利を防禦するための手続きとしては使えないことになる。⁽²⁰⁾ もつとも、憲法異議の訴えの訴訟要件と機関争訟手続きの訴訟要件を比較した場合、機関争訟手続きだけしか利用できないことが議員を不利な状況に追い込むものと見ることはできないのであって、憲法異議の訴えと機関訴訟手続きとの選択の問題は、権利保護の欠缺を生じさせるものではないと指摘されている。⁽²¹⁾

二 市町村議会における議員の発言権

(一) 連邦議会における議員の発言権について述べたことは、市町村議会における議員の発言権にも当てはまると言えよう。以下、参考となると考えられる判例を紹介した後、市町村議会における議員の発言権が基本法五条一項一文によって保障されるかどうかについて考察を加えることにしよう。

まず、連邦行政裁判所一九八八年二月一二日決定⁽²²⁾ (判例②) を取り上げよう。原告は、L市の市議会議員であるが、会議中に「L／核兵器のない都市」と書かれた縦約一三センチメートル横約八センチメートルのステッカーを自己の衣服に装着することを希望した。議長は、原告に対して一九八五年一月二八日の会議において三回にわたり注意し、原告がステッカーを取り除けなかったとき、原告を議場から退去させた。一審及び控訴審において、ステッカーを装着する権利の確認を求める訴えは斥けられた。⁽²³⁾ 連邦行政裁判所は、上告を許可しなかったが、市町村議会の議長が議場における秩序を保持するために議員に対して政治的意見を示威するためのステッカーの装着を禁止することが許されるかどうかという問題について、以下のように説示した。

「議員が会議中も自由な意見表明をする自己の権利を失わないことに疑いの余地はなく、この点を上告審の手續きにおいて説明する必要はない。しかしながら、この権利は、議員に何の制約もなく与えられるものではなく、むしろ、会議の円滑な進行が私的な意見表明のために余地を残している限りにおいてのみ与えられる。会議は、他の目的に、すなわち、市町村の意思形成に奉仕するものであるから、議員は、会議中に、市町村の自治の機能能力のために基本法五条一項一文に基づく自己の基本権の制限を甘受しなければならない（なお、この点は、他のすべての会議参加者も同じである。）。この基本権の保護範囲に含まれる意見表明が会議の円滑な進行を妨げる場合には、議会の議長は、このような妨害を、市町村法に基づき議長に付与されている指揮権及び秩序維持権に基づき禁止することができる。市町村法のこれに対応する規定は、控訴裁判所が適切に判示しているように、基本法五条二項の意味における『一般的法律』であり、これは、会議参加者の意見表明の自由を実効的に制約する。」

「議会の議長が、議員のいかなる私的意見表明について、議事秩序を保持するために対処することが許されるのかは、一般的に判断することはできないのであって、むしろ、各々の個別事案の諸事情に基づいてのみ判断することができる。従って、例えば、基本法五条一項一文は、議員に対して、会議中に何時でも自分が希望するすべての主題について発言する権利を与えたものではないが、このことについては何の詳しい理由付けを必要としない。プラカード及び横断幕といった示威的な、口頭によらない表現手段の使用も、一般的に、示威的活動をする議員の基本法五条一項一文に基づく基本権によってカバーされない議事秩序侵害と評価されなければならない。他方、飾りピン及びバッヂ等の装着は同じく基本法五条一項一文の保護範囲に含まれる（…）が、このことにより議事秩序が侵害されない場

合や、自由な意見表明の基本権の有する高いランクに鑑みると秩序維持措置を講じることが正当化されないように思われるほど少ししか議事秩序が侵害されない場合もしばしば生じるのである。何故なら、飾りピン及びバッチは、環境によつては―それが人目に付く程度や、それが具現化しているメッセージによつては―たんにどちらかと言えば偶然に又はついでに気付かれることもよくあることだからである。まさに議員の意見表明から他人に生じる影響が少なければ少ないほど、議長に対応措置を講じる権限を与える、意見表明と議事秩序との深刻な衝突の危険も小さくなる。」

「まさに、この関連においても、市町村議会が、私的な意見を表明し流布させるためのフォーラムではなく、選挙されたその構成員の様々な考え方を発言及び反論、さらにこれに続く投票の方法で市町村の統一的意思に集約し、市町村にこのようにして必要な決定能力及び行為能力を調達する市町村の機関であることに注意を払わなければならない。これに従うと、議員は、会議において議事日程の対象について発言を申し出る場合、基本法において保障された自己の、国家に対する自由権を行使しているのではなく、むしろ、市町村の機関の一部として議員に付与された機関としての権限を行使している(…)。議員の発言権が機関としての権利の性格を有していることは、とりわけ、この権利が市町村の任務の権限の範囲内において、かつ、会議の進行を規律する市町村法及び議会議事規則の手続規定を基準としてのみ存在する点に表れている。」

「原告が装着することを欲しているステッカーは、小さいとは言えない大きさのもので、誰でも会議中にこれに容易に気付くことができる。当該ステッカーは、そのメッセージに目を向けても、抑制的なものとも控えめなものとも評価することはできない」。むしろ、「当該ステッカーの装着は、一九八四年に原告の属する党派によつて市議会に提

出された、L市の管轄地域は核兵器のない地区であると宣言することを求める議案と関連している。この議案は不成功に終わったが、それは、被告が、市は国防に関する事項について権限を有していないことを援用して、これを議事日程に組み込むことを拒否したからである。その後、原告は、直後の諸会議において、争いのあるステッカーの装着を、原告が一九八五年一月二八日に被告により秩序維持措置によってこれを妨げられるまで行つた。それ故、ステッカーの当時の装着及びそれ以後も意図されている装着は、議長職務遂行に対する抗議の継続であり、さらに、原告の属する会派の議案を他の手段によつて、すなわち、私的な意見表明の手段によつて追求し続ける、という意味において理解するほかない。控訴裁判所が、この種の意見表明によつて、静謐と不偏不党性の雰囲気が出され、かつ確保されなければならない会議の秩序が乱される可能性があると考えた場合には、これに異論を述べることはできない。小さいとは言えない大きさのステッカー、バッチ等の使用による意見表明が、議事秩序を乱す性格を備えているとすると、議長が義務に従つた裁量に基づいて対応措置を講じ、その際、会議の具体的妨害に達するかどうかが議長の義務に従つた予測的判断に服している場合に、これに異論を唱えることはできない。」

(二) つぎに、投票・開票管理委員会の名誉職委員に任命された者(異議申立人)が、選挙に関する職務を遂行している間、「原子力? いいえ結構です。」というメッセージの書かれたバッチを装着しないことを拒否したため、ニードラクセン地方選挙法七条五項違反を理由として異議申立人に過料を科した一九八二年七月一日ツェレ上級地方裁判所判決に向けられた憲法異議の訴えに関する連邦憲法裁判所一九八五年一〇月二三日決定⁽²⁴⁾(判例③)を取り上げよう。連邦憲法裁判所は、同決定において、ツェレ上級地方裁判所判決が基本法五条一項一文に基づく異議申立人の基

本権を侵害すると判断したが、この判断の過程において、自己の意見を自由に表明する基本法五条一項一文において保障される権利には、バッチの装着による意見表明も含まれること、ニードーザクセン地方選挙法一三条四項の規定は基本法五条二項の意味における「一般的法律」であること、しかし、この規定を本件のような事案に適用することができるとした上級地方裁判所の解釈は基本法一〇三条二項に合致しないことを指摘している。

(三) さらに、市町村議会議員に表決において棄権の投票をすることを法律によって禁止することがバイエルン州憲法の諸規範に適合するかどうかを判断したバイエルン憲法裁判所一九八四年七月二三日判決⁽²⁵⁾（判例④）は、「バイエルン州憲法一一〇条一項一文に基づいて、バイエルンのすべての住民は、自己の意見を、言語、文書、印刷物、図画又はその他の方法により自由に表明する権利を有する。この基本権は、意見表明をしない自由も保障している（…）。そうだとすると、表決において『賛成』又は『反対』によってのみ投票することを市町村議会議員に命じることは、バイエルン州憲法一一〇条一項の保護範囲に触れている。」と説示した。もともと、同判決は、結論として、棄権の禁止を定めるバイエルン州市町村法の規定は、意見表明の自由の基本権に制約を課すことができる「一般的法律」に当たり、バイエルン州市町村法の規定は意見表明の自由の基本権（バイエルン州憲法一一〇条一項）に反しないと判断している。

(四) 学説においても、一方において、「市町村議会の会議は、その時々の議題に関する議決を引き続いて行う意思形成に仕えるものであるので、議員は（…）会議中―市町村の自治の機能能力のために―基本法五条一項一文に基づく自己の基本権の制約を甘受しなければならない」との指摘がある。⁽²⁶⁾ この指摘は、地方議会における議員の発言権が基本法五条一項一文によって保障されるとの解釈を前提としている。また、「市町村議会議員は投票の時点で棄

権の形式における意見表明を原則的に否定されているのであるから、棄権の禁止は何よりもまず意見表明の自由の保護範囲に關係している」と説く見解もある。²⁷⁾

しかし、多くの学説は、基本権解釈論の見地から、これらの見解に批判的である。例えば、ミュラー (Andreas Müller) は、市議会議員による、政治的メッセージの書かれたステッカーの装着に関する連邦行政裁判所一九八八年二月一二日決定 (判例②) の事案について、この事案の原告は、議員という高権の担い手であつて、その役割において自由権の保持者ではなく、もっぱら機関の権能の保持者であるから、本件において基本法五条一項一文の基本権は適用されないと説いている。ミュラーによると、この事案においては、「議員の権利の地位法上の範囲」が問題であつて、「基本法五条一項一文の枠内における基本権によつて保護された、国民としての法的地位」が問題となつていない。議員の発言の自由に「地位法上保護された次元を割り当て、基本権によつて保護された次元を割り当てなかつた」連邦憲法裁判所一九八二年六月八日決定 (判例①) を踏まえると、この事案において、議員は、市民としての自己に帰属する個人の権利を援用しているのではなく、その機関としての性質に基づいて帰属している権利を援用しているのであるから、個々の議員が基本権を持ち出すことができるとは考えられない。議員が基本権によつて保護された意見表明の自由を援用することができるとする考えは、内部法領域で活動する地方自治体の機関又はその一部は基本権に典型的な危険状況にあるわけではなく、むしろ、合議体の構造を有する機関の構成員として行動していることを全く理解していない。²⁸⁾

また、ホフマン (Jochen Hofmann) は、表決において賛成又は反対によつて投票することを議員に求めることが (意見表明の自由を保障する) バイエレン州憲法一一〇条一項の保護範囲を制約するものであるとしたバイエルン州憲法裁

判所一九八四年七月二三日判決(判例④)の説示について、そもそもこの事件においてバイエルン州憲法の定める主観的な個別的な基本権が審査基準となり得るかは疑問であると批判している。⁽²⁹⁾ ホフマンは、次のように主張する。市町村議会議員の権利及び義務は、地方自治体の憲法上の機関の一部としてのその特別の地位から明らかになる。基点となるのは、国家の諸制度との関係においてすべての市民に適用される主観的公権の地位ではなく、むしろ、もっぱら地方自治体の名誉職の保持者に適用される「職務法」又は「機関の権利」である。機関又はその構成員の法的地位の侵害は個人の権利ではなく、機関としての権利に影響を与えるものであるとする考え方に立つと、結合点となるのは、バイエルン州憲法の基本権部分の個人的権利ではなく、機関としての地位を根拠付ける(客観的)憲法の諸規範(地位規範)である。そうだとすると、バイエルン州憲法裁判所は、バイエルン州憲法一一〇条一項(及び、信仰及び良心の自由を保障する一〇七条一項)の基本権規範を援用してはならなかったはずであり、連邦憲法裁判所一九八二年六月八日判決(判例①)を踏まえると、州議会議員の棄権の権利はバイエルン州憲法一三条二項によってのみ保障されるのであり、バイエルン州憲法一一〇条一項の保護範囲にもバイエルン州憲法一〇七条一項の保護範囲にも含まれないことを起点とすべきであった。そして、連邦憲法裁判所一九八二年六月八日判決(判例①)の説示するように、議員の発言権は議会の任務を遂行するための不可欠の権限であり、議員の地位を本質的に規定する権限であること、さらに、議員の発言権は憲法において規範化されている国家任務の遂行に奉仕するものであることを踏まえて、バイエルン州憲法一三条二項から棄権の権利が地位権として導き出せるかどうか、この地位権が市町村議会議員にも帰属するかどうかを問題とすべきであった、と。

ガイス(Max-Emanuel Geis)も、基本法五条一項一文を機関としての権利である議員の発言権に適用することに反

対の見解を述べているが、その理由は次のとおりである。³⁰ まず、個人を「国家」の領域又は「非国家」の領域に配置するという考え方を前提とすれば、市町村議会議員は、国家と対峙し、国家による個人の自由な領域に対する侵害に對してその「消極的地位」を基本権の助けを借りて防禦する個人の地位にあるわけではなく、むしろ、市町村議会の一部である議員は国家の「一部」であり、このことは、議員の発言権に基本法五条一項一文が適用されない論拠となる。加えて、連邦憲法裁判所は、個人の「国家」又は「社会」へのたんなる配置のみならず、議員の具体的活動の意味及び目的も考慮に入れているが、裁判所にとって決定であるのは、意見表明の可能性と議員の地位との不可分性である。基本法三八条一項二文は基本法五条一項の特別法ではなく、解釈論上全く異なる起点を有するものであり、基本法五条一項は補充的にも適用されない。このことは、議員が議員としての自己の権利をめぐって他の国家機関と争う場合、「原則としてすべての人に適用される基本権の主観的侵害に對して防戦する何人 (Jedermann)」として国家と対峙しているわけではないことから明らかになる。議員の権利は、議員に對して、議会における人格の發展を目的として認められるものではなく、立法府の任務遂行を確保しようとする「機能保障」である。このような考え方の筋道は、地方議会における発言権にも転用することができる。市町村議会、郡議会及び地区議会は地方レヴェルの議会、固有の意味における「立法権」ではなく、むしろ、執行権の機関であると理解されるようになって³¹いるが、基本法二八条一項二文及びバイエルン州憲法一条四項からして、市町村の代表機関の存在が権力の民主的正当化の原理と密接不可分に結び付いていることに疑問の余地はない。発言権の意味と目的は「団体の意思形成に寄与する」ことであり、発言権はこのために不可欠である。発言権は、市町村の高権的権限の民主的正当化に仕えるものであり、その意味と目的に照らすと、個人の自己実現に仕えるものではない。

そして、ガイスは、このような考え方に立つと、事案の解決に当たっては、具体的な意見表明が市町村議会議員の職務領域に根ざすものかどうかのみが決定的であり、その判断に際して、意見表明の内容及び意見表明により追求される目的を考慮しなければならぬと指摘し、この判断枠組みに依拠して過去に判例で問題となった事案を検討する。まず、投票・開票管理委員会委員による「原子力? いいえ結構です」という政治的な内容のバッチの装着が意見表明の自由の基本権によって保護されたとした連邦憲法裁判所一九八五年一〇月二三日決定(判例③)について、純粹な「領域配置」論によると、投票・開票管理委員会委員は、国の作用の担い手であり、地方自治体の名誉職の保持者であるから、基本権保護を受けないという考え方も成立し得るが、投票・開票管理委員会委員の公的作用は、国の内部領域における政治的意思形成に内容的に関与する点にあるのではなく、むしろ、選挙手続の合法性を監視する点にあることを考えると、この政治的意見表明は「国の領域」に含まれるものではなく、むしろ、それは国の作用を行使する「機会に」行われたものであり、それ故、基本法五条一項一文の保護範囲に含まれる、と指摘している。また、市議会議員による、政治的メッセージの書かれたステッカーの装着に関する連邦行政裁判所一九八八年二月一二日決定(判例②)の事案について、この意見表明は、議員としての職務の枠内においてなされたものではないので、基本法五条一項を援用することができない傍聴人の意見表明と異なる判断がなされるべきではない、と指摘し、市議会議員による、政治的メッセージの書かれたステッカーの装着は基本法五条一項一文の保護範囲に含まれると主張している(このように考えると、連邦行政裁判所一九八八年二月一二日決定は、市議会における議員の発言権が基本法五条一項一文によって保護されると解した判例ではない)。

(五) 以上の叙述によつて、ドイツの判例・学説においては、連邦議会及び市町村議会における議員の発言権は、

議会の意思形成に寄与するためになされるものである限り、基本法五条一項一文（意見表明の自由）によって保護されていないとの解釈が支配的であることが明らかになったと思われる。ただし、判例の一部にこの解釈と異なる解釈をしたものがあること、さらに、一部の学説でこの解釈と異なる見解が唱えられていることも、併せて指摘しておきたい。

IV 日本国憲法の解釈

(二) それでは、日本国憲法二一条一項の解釈として、地方議会における地方議会議員の発言の自由は表現の自由によって保障されていると言えるだろうか。結論としては、筆者には、地方議会における地方議会議員の発言の自由は表現の自由（憲法二一条一項）によって保障されるというように、敢えてドイツの判例及び学説（の多数）とは異なる解釈をしなければならぬ理由が見出せなかった。以下において筆者の考えを述べることにしたいが、残念ながら、現在の筆者には、地方議会における議員の発言権の憲法上の位置付けについて本格的な考察を行う準備も能力もないので、以下の叙述は、筆者の考えの筋道を大雑把に示すにとどまるものである。

従来の日本の学説において、国会における議員の質疑権及び討論権は、「議員の権能」⁽³²⁾であると解されてきたことからすると、地方議会における議員の発言権も議員の権能であると解するのが従来の解釈との関係で整合的であり、実際、このような解釈がなされてきた。⁽³³⁾ 筆者には、このような解釈を変更する理論的根拠は見出せない。そこで、「議員の権能」の性質を有する地方議会議員の発言権が表現の自由によっても保護されるかどうかが問題となる。あ

る教科書の説明を引用すると、「立法権を含む公権力は、基本権主体の利益のために、当該規定の定める作為・不作為等の行態を義務づけられ、また基本権主体は自らの意思により、公権力に対して当該作為・不作為を請求する力を認められる」というのが「基本権関係」であるが、このような基本権関係は、「公権力とそれに服する者の間で一般的に成立する」³⁴。「従来、①基本権が妥当しない権力関係がありうるのではないか、②私人相互間および私法上の主体としての国家・公共団体と私人との間でも基本権が妥当するのではないか、が議論されてきた」³⁵が、筆者の見るところ、従来の学説において、公権力を行使する者が公権力を行使する際に「基本権に拘束されるのは当然であるとして——基本権によって保護されるとは考えられてこなかったと思われる」³⁶。従来の憲法理論・基本権理論からすると、地方議会議員は公権力の担い手であって、地方議会議員が、その権能の行使に際して、「公権力とそれに服する者の間で」妥当する基本権によって保護される、と考えることは困難である。地方議会における議員の発言権は「議員の権能」であって、地方議会議員が、その権能の行使に際して、「公権力」と「それに服する者」との関係に適用される基本権によって保護されるとは筆者には考えられない。

(二) 言うまでもないが、地方議会議員の発言の自由が表現の自由(憲法二二条一項)によって保障されていないということとは、地方議会の発言の自由が何らの憲法上の保護を受けないということを意味するものではない。議員の発言権は議員の地位に基づく権利であり、かつ、その性質は機関としての権利であることを前提とした場合であっても、議員の発言権が憲法上の保護を受けることがあり得るからである。しかしながら、地方議会における議員の発言権の憲法上の位置付けについて、従来の学説において必ずしも十分に明らかにされてきたとは言えない³⁷。したがって、この点について立ち入った考察を加える必要があるが、筆者は、現時点では、地方議会議員の発言の自由は、憲法九三

条一項によって地方議会議員の権能の一つとして保障されていると解するのが妥当ではないかと考えている。憲法九三条一項は、「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する。」と定め、同条二項は、「地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が、直接これを選挙する。」と定めている。憲法九三条一項の「議事機関」とは、「多数人の合議によつて團體の意思を決定する機関」³⁸をさす。憲法九三条二項により、地方公共団体の議会は、住民によつて直接選挙された議員で構成されることを求められているから、通常は「多数人」が「議員」であることに疑いの余地はない。そして、「合議体の意志決定は、そこでの討論の結果成立するはずである」³⁹から、「議事機関」として設置される地方議会においては、合議体の意思決定の前提としての討論は、議会の構成員である議員によつてなされることが予定されているはずである。そうだとすると、議員に対しては、討論に関与するための諸権能が付与されていなければならないはずであり、その一つとして地方議会議員に対して地方議会における発言権が付与されていなければならないはずである。合議体の構成員に発言権が付与されていない状態で合議体としての意思形成はなされるとはおよそ考えられない。そうだとすると、地方公共団体に「議事」機関として議会の設置を求めた憲法九三条一項は、地方議会の構成員である議員に対して地方議会における発言権を付与したものと解することになるはずである。憲法九三条一項は、文言上はつきりと議員の発言権について規定しているわけではないが、憲法九三条一項の「議事」という文言は、地方議会の構成員である地方議会議員に対して地方議会における発言権を付与する趣旨を含蓄していると考えることができるのではないだろうか。⁴⁰

(三) ところで、議会における議員の発言権は基本権によつて保護されておらず、議員の地位に基づく議員の権限

として根拠付けられるとの解釈は、ドイツにおいては、訴訟選択と表裏一体の関係にあり、この解釈は、議員の権利を防禦するためには、機関争訟手続きを利用しなければならぬことを帰結する。もつとも、すでに述べたように、ドイツにおいては、この解釈は権利保護の欠缺を発生させるものではないと理解されている。これに対して、日本においては、議員の発言権は基本権によつて保障されているとの解釈を否定することは、訴訟の適法性の否定に直結するという意味において、議会における議員の発言権の憲法上の根拠に関する解釈論は、ドイツと異なり、権利保護の欠缺という深刻な問題を生じさせる可能性がある。地裁判決においても、また高裁判決においても、表現の自由は地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈論が訴訟の適法性を論証する文脈で登場していることに注意が必要である。両判決が地方議会における議員の発言権の憲法上の位置付けについて敢えて踏み込んで新しい解釈を示したのは、訴訟の適法性の問題を克服して本案の判断に入るための一つの方策であると推測したとしても間違っていると言えないだろう。かりにこの推測が正しいと仮定して、まず原則論を言えば、訴訟の適法性の問題は、地方議会における議員の発言の自由を基本権保護の対象に組み入れることによつて打開するのではなく、最高裁の示した「法律上の争訟」の概念やいわゆる部分社会論における判断枠組みを再構築することによつて克服するの筋であるという批判が説得的であるように思える。しかし、限られた時間の中で具体的事件に対して一定の結論を示さなければならぬ「現場」の裁判官に対して、最高裁の解釈がすでに強固に構築されている領域において最高裁の判例理論を再構築した上で事件を解決しろというのは、おそらく無理な注文であろう。そうだとすると、地裁判決及び高裁判決が、訴訟の適法性の問題を克服するために、地方議会における議員の発言権の憲法上の根拠という、最高裁の判例が固まっていない論点について一工夫して新しい解釈論を打ち出したことは、最高裁判例との全面衝突を

避けつつ具体的事件を妥当な結論に導くための実践的な智慧として一定の積極的な評価を与えるべきである（あるいは、下級審の裁判官としての苦渋の選択として容認すべきである）ようにも思われる。すでに見たように、ドイツにおいても、議会における議員の発言権が基本権（意見表明の自由）によっても保護されるとする解釈を主張する学説も一部で唱えられており、地裁判決及び高裁判決の示した解釈論がまったく成立する余地のない不合理な考え方ではないことは確かであるから、なおさらである⁽⁴¹⁾。しかし、—結論が二転三転して申し訳ないのであるが—憲法及び基本権の基礎理論まで遡って考えると、表現の自由（憲法二二条一項）が地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈には、やはり疑問が残ると言わざるを得ない⁽⁴²⁾。

V 結語

本稿において筆者が行った主張は、事案の解決から離れて理論的に考察する限りにおいては、地裁判決及び高裁判決が示した解釈とは異なり、地方議会における議員の発言の自由は表現の自由（憲法二二条一項）によっては保障されていない、と解釈するべきではないか、ということに尽きる。言うまでもないが、地方議会における議員の発言の自由が表現の自由によって保障されていないということは、地方議会における議員の発言の自由が憲法上の保護をまったく受けないということを意味するものではない。筆者は、すでに述べように、現時点では、地方議会における議員の発言の自由は憲法九三条一項によって地方議会議員の権能の一つとして保障されている、と解するのが妥当ではないかと考えている。上記の解釈論を前提とした場合、それでは中津川市代読訴訟の事案はどのように解決されるべき

なのか。この肝心の問題について自説を開陳しないまま本稿を閉じるのは無責任であるとの批判を受けそうである⁽⁴³⁾が、残念ながら、現在の筆者には、この問題を十分に論じる準備が整っておらず、この問題の検討は筆者の今後の課題とさせていただきます⁽⁴⁴⁾。

- (1) 川崎和代・井上英夫編『代読裁判——声をなくした議員の闘い』（法律文化社、二〇一四年）に収録された諸論文のほか、他の箇所でも引用する文献を除き、次の文献がある。井上英夫「障害をもつ人の社会参加の拡大と参政権保障の発展」井上英夫・川崎和代・藤本文朗・山本忠編『障害をもつ人々の社会参加と参政権』（法律文化社、二〇一一年）一一九頁以下、植木淳「発声障害のある議員のための発言保障——中津川代読拒否訴訟（名古屋高裁）意見書——」北九州市立大学法政論集三九卷一・二号合併号（二〇一一年）五三頁以下、川崎和代『障害をもつ人の参政権保障をもとめて』（かもがわ出版、二〇〇六年）七〇頁以下、同「障害者の参政権保障——発声障害を持つ議員の発言保障をめぐって」法律時報七八卷一一号（二〇〇六年）七〇頁以下、同「裁判を通じた参政権保障の闘い」井上ほか編『社会参加』注(1)一四一頁以下、西村武彦・秀嶋ゆかり「中津川市議会における障害者議員への差別事件——岐阜地裁二〇一〇（平成二二）年九月二二日判決——」国際人権二三号（二〇一二年）八五頁以下、三宅裕一郎「発声障害をもつ議員の発言方法を選択する自己決定権」法学セミナー六九四号（二〇一二年）一二八頁（榎透・永山茂樹・三宅裕一郎『判例ナビゲーション憲法』（日本評論社、二〇一四年）一六頁以下に収録）。
- (2) 例えば、川島聡「中津川代読拒否訴訟一審と国際人権法・コメント——岐阜地裁二〇一〇（平成二二年）九月二二日判決——」国際人権二三号（二〇一二年）九二頁以下、同「発声障害の議員と発言方法の規制」新・判例解説 Watch 国際公法 No.22（二〇一二年）（新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊）一二号（二〇一三年）二八一頁に収録）、武川眞固「障害のある人の発言保障と参政権保障の課題——「中津川代読拒否訴訟」を通して——」高田短期大学紀要二二号（二〇一三年）一七頁以下。なお、青柳幸一「障害をもつ人の憲法上の権利と『合理的配慮』」筑波ロー・ジャーナル四号（二〇〇八年）

五五頁以下（同『憲法学のアポリア』（尚学社、二〇一四年）三〇三頁以下に収録。）も参照。

(3) 判例時報二二六三号（二〇一二年）一〇頁以下。

(4) 判例自治三六九号（二〇一三年）一二頁の匿名「コメント」。また、判例時報二二六三号（二〇一二年）一〇頁の匿名コメントは、高裁判決を「今後の市議会運営上参考になる裁判例」と評している。

(5) 判例時報二〇九九号（二〇一一年）八一頁。

(6) 渡辺康行「憲法は判例の動き」平成二二年度重要判例解説（ジュリスト一四二〇号、二〇一一年）三頁。

(7) 川崎和代「議員活動における『障害者の完全参加と平等権』」法律時報八一巻四号（二〇〇九年）八〇頁以下（八三頁）は、「議員の発言権は、『表現の自由』、自己および住民の『参政権』として保障されている憲法上の権利なのである」と説く。また、同「発声障害をもつ議員の発言保障」法律時報八四巻二一号（二〇一二年）六五頁以下（六六頁）は、高裁判決について、「議員の発言権をこのように憲法に根拠を持つ重大な権利と認定した点は、まず評価されなければならない。議員の発言権については、『議員たるの資格に基づいて認められている権能』であって必ずしも権利としてとらえない見解もみられる。しかし高裁が、かくも明確に『議員としての最も基本的・中核的権利』と位置づけたことによって、一審被告らの……発言は、一審原告に対する悪質な人権侵害行為であることが明確になったと評価できる。」と指摘している。三宅裕一郎「発声障害をもつ議員の参政権と自己決定権」法学セミナー六七四号（二〇一一年）一二四頁（榎透ほか・前掲注(1)一二三頁以下に収録）は、「本件は、発声障害をもつ議員が議会における発言方法に対する規制について争ったという意味では、表現の自由の問題としての側面を併せもつ。」と指摘する。井上武史「議会代読拒否訴訟控訴審判決」法学教室三八九号別冊付録『判例セレクタ二〇一二〔I〕』（有斐閣、二〇一三年）一〇頁は、高裁判決について、議員の「議会での発言の権利、自由」は、「表現の自由および参政権を根拠とする、議員としての『最も基本的・中核的な権利』と認定されている」との解説をしているが、とくに批判的なコメントはしていない。

なお、平成一七年一月一六日付けの岐阜県弁護士会人権擁護委員会勧告書（平成一六年（人）第二七号。川崎ほか編・前掲注(1)一六九頁以下に抜粋が収録されている。）は、次のように述べている。

地方議会議員の発言権と表現の自由（岡田）

七三（三三五）

「市議会議員の市議会における発言は、地方自治の本旨である住民自治を実現すべく、市政が住民の意見や声を反映したものとするための最も有効かつ重要な手段であり、また、その発言の保障は単にその議員の発言権の問題にとどまらず、住民にとつても、議員が市議会で市長や行政の姿勢を問いたずら状況を傍聴したりすることで、住民意思を形成するのに重要な情報を提供する。このように、市議会における発言は、地方自治の根幹をなすものであり、民主主義の実現・運営に不可欠なものである。また、委員会での発言は、委員会が現在の地方自治では実質上の議論の場となっていることからして、市議会における発言の同様の意義を持っている。」

従つて、市議会や委員会における発言は、最たる政治的言論といえるものであり、憲法二一条の表現の自由により保障されており、営利的言論や私的言論と比べ、その制限は極めて厳格に審査されるべきものであり、その制限が許されるのは、その合理性のみならず、必要最小限度の制限であるか否かが厳格に検討されるべきである。」

岐阜県弁護士会人権擁護委員会勧告書は、議員の発言権が憲法二一条により保障される根拠として、市議会や委員会における発言が「最たる政治的言論といえるもの」であることを挙げており、注目に値するが、市議会や委員会における発言が「最たる政治的言論といえるもの」であることが、どうして市議会における議員の発言が憲法二一条によって保障されるという根拠となるのかについては、もう少し丁寧に説明することが求められよう。また、二〇〇八年五月二六日付けの「中津川市議会における発声障がいをもつ議員へのいじめ損害賠償請求事件訴訟を支援する決議」（自由法曹団二〇〇八年五月研究討論集三）は、「地方議会の議員が議会で発言することは表現の自由として保障される」と主張しているが、そのように解釈する理由はとくに示されていない。

(8) 小林武「議会の自律権と司法審査」川崎ほか編・前掲注(1)六六頁以下(六八頁)は、「本件のような事案における議員の地位は、本件で主張されたような、表現の自由、自己決定権、平等権、参政権といった市民的権利・自由の享有主体としてのそれではなく、まさに議員に保障された権限を担う者としてのそれであると考えるべきであろう。すなわち、議員の発言の自由・表決の自由などは、もとより表現の自由や参政権に定礎されたものであるとはいえず、議員としての特権の範疇に入るものである。」と論じている。また、上田健介「議会代読拒否損害賠償請求事件」法学教室二七七号別冊付録『判例セレクト

二〇一一「I」(有斐閣、二〇一二年)八頁は、「議員が公的権限の行使に關し憲法上の権利を主張しうるか」との「疑問も生じる」と指摘し、表現の自由(憲法二二条一項)は地方議会において発言する自由を地方議會議員に保障しているとの解釈論に疑問を呈しているようにも読める。

(9) BVerfGE 10, 4 (10 f.).

(10) BVerfGE 60, 374. この判決については、武永淳「議会における議員の発言の自由—アーベライン事件」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第二版)』(信山社、二〇〇三年)四八七頁以下による紹介・解説がある。

(11) BVerfGE 60, 374 (380).

(12) *Nobert Achterberg, Die parlamentarische Verhandlung, 1979, S. 123*は、「会議における議員の発言の制限は、「発言者の憲法上の対抗的権利」すなわち、「議員関係においても適用される自由な意見表明の基本権にも、議員の地位の一部に数えられ得る発言権にも」衝突する」と説いていた。また、*Hans Trojmann, Parlamentsrecht des Deutschen Bundestages, 1977, § 40 Rn. 6*は、「一方において、「憲法上の視点からは、発言権は、議員の地位権の一部であり、それ故、何人もこれを侵してはならないことが確認されなければならない。」と指摘しつつ、他方において、「議員が発言権を行使した場合、その遂行について、基本法五条で定められた自由な意見表明の基本権が適用される。この基本権は、基本法五条二項によつてのみ制限が課せられるのであり、連邦議会における自由な意見表明の権利の、議事規則又は議長によるその運用を手段とした憲法上の限界を越えたあらゆる制約は、「違憲であろう。」と説いていた。

(13) アハターベルク (*Nobert Achterberg*) は、注(12)で紹介した自説を変更せず、「国民の福利を心がけるべきである国民の代表者が、まさに議会におけるこの職務において、あらゆる国民に帰属する、自由な意見表明の基本権を否定されるのは」疑問であるように思われると指摘し、連邦憲法裁判所一九八二年六月八日決定が示した解釈を批判している (*Nobert Achterberg, Zum Rechtsnatur parlamentarischer Rügen — BVerfGE 60, 374, JuS 1983, S. 840 (842).*)。

(14) 本文で紹介する学説のほか、学生向けの司法試験対策演習書においてなされた解説として、次のようなものがある。 *Ino Augsburg / Steffen Augsburg / Thomas Schwabenbauer, Klausurtraining Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2016, S. 172*は、「基本法五

条一項一文によって保障されている「一般的意見表明の自由」の保護は、「人的観点においては」、「国家に対する市民」にのみ適用されるのであり、「議員」には適用されないと説いている。議員は、「職務担当者」であり、「その資格において、その職務を行使する場合には基本権によって保護されない」と説明する。また、*Jutta Stender-Vorwachs*, *Prüfungstraining Staats- und Verwaltungsrecht Fälle mit Musterlösungen*, 4. Aufl., 2003, S. 55も、基本法五条一項においては、国家に対する市民の意見表明の自由が保障されているが、議会において議員に認められた発言の自由は、議員が議会の任務を実効的に行使することを可能にすることを目的とするものであり、議員の地位を本質的に規定するもので、民主制に不可欠の権限であること、さらに、議員の発言の自由には基本法四六条の特権が装備されている一方で、議員の発言の自由は、基本法五条一項の意見表明の自由の限界を遵守したとしても、連邦議会議長の制裁によって制限され得ることを指摘した上で、議員の発言権は基本法五条一項によって保護されないと説いている。

- (15) *Christoph Degenhart*, *Staatsrecht I*, *Staatsorganisationsrecht*, 27. Aufl. 2011, S. 252 [Rn. 616].
- (16) *Hans Hugo Klein*, *Status des Abgeordneten*, in: *Josef Isensee/ Paul Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 51 Rn. 31.
- (17) *Martin Morlok*, in: *Horst Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 1998, Art. 38 Rn. 133.
- (18) *Morlok* (Fn. 17), Rn. 144.
- (19) *BVerfGE* 60, 374 (379).
- (20) *Martin Morlok/Lothar Michael*, *Staatsorganisationsrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 286 [Rn. 94] 但、この解釈は、基本法三八条と結び付いた基本法九三条一項四 a 号の「憲法異議の訴えを提起することの可能な権利」とは「市民の政治的権利」を意味するという「体系的・目的論的縮減」であると解説している。
- (21) *Morlok/Michael* (Fn. 20), S. 286 [Rn. 94].
- (22) *BVerwG*, *Beschluss vom 12. Februar 1988 - 7 B 123/87 -*, *juris*; *DVB1*. 1988, S. 792 f.; *NVwZ* 1988, S. 837 f.
- (23) この議員は、仮命令の方法により、市議会の議長が、本案判決まで、当該議員が「L／核兵器のない都市」と書かれたス

テッカーを自己の衣服に装着することを甘受することの確認も求めたようである。コブレンツ上級行政裁判所一九八五年三月一三日決定 (NVwZ 1985, 673) は、この申立を斥けたが、同裁判所は、「たしかに、申立人がその点において基本法五条一項一文に基づく自己の基本権を援用したことは正当である。何故なら、申立人は、ステッカーの装着によって、自分は書かれた内容を追求するに値するもの又は支持に値するものと考えているという自己の意見を表現しようとしているからである。」と判示した（なお、同裁判所は、本件において意見表明の自由の制約は正当化されると判断した）。

(24) BVerfGE 71, 108.

(25) BayVBl. 1984, S. 621 (623).

(26) *Karl-Heinz Rothe*, Gibt es ein Rederecht der kommunalen Mandatsträger?, DÖV 1990, S. 736 (737).

(27) *Eckart Hien*, Zum Stimmhaltungsverbot in den Bayerischen Kommunalgesetzen, BayVBl. 1984, S. 203 (206 f.).

(28) *Andreas Müller*, Der praktische Fall — Öffentliches Recht: Das aktionsfreundliche Gemeinderatsmitglied, JuS 1990, S. 997 (999).

(29) 以下の記述は *Jochen Hofmann*, Rechtsprechungsanmerkung, BayVBl. 1984, S. 747 (749). に基づく。

(30) 以下の記述は *Max-Emanuel Geis*, Zum Recht des Gemeinderatsmitglieds auf freie Meinungsäußerung in der Gemeinderatsitzung — Versuch einer dogmatischen Klarstellung —, BayVBl. 1992, 41 (42 ff.) に基づく。

(31) BVerfGE 32, 346 (361).

(32) 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（一九七九年、有斐閣）は、「議員の特典」（二一七頁以下）と「議員の権能」に分け、後者について、「国会議員には、国会法によって、次のような仕方です、その属する議院の活動に参加する権能が認められている」と指摘し、発議権、質問権、質疑権、討論権、表決権を挙げている（二二三頁以下）。また、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ〔第五版〕』（高見勝利）（有斐閣、二〇一二年）も、「国会議員の特典」（一〇一頁以下）と「国会議員の権能」を分け、「国会議員は、衆議院また参議院の構成員として、議院もしくは国会の活動に参加する権能をもつ。国会法は、国会議員の権能として、次のものを規定する。」と指摘し、議案の発議権、動議の提出権、質問権、質疑権、討論権、表

決権を挙げている(二〇九頁以下)。さらに、例えば、市川正人『基本講義憲法』(新世社、二〇一四年)二九六頁以下、伊藤正巳『憲法〔第三版〕』(弘文堂、一九九五年)四三七頁以下、大石眞『憲法講義Ⅰ〔第三版〕』(有斐閣、二〇一四年)一三九頁以下、阪本昌成『憲法Ⅰ補訂第三版』(成文堂、二〇〇〇年)三五四頁以下、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)四六九頁、渋谷秀樹『憲法〔第三版〕』(有斐閣、二〇一七年)五八六頁以下、辻村みよ子『憲法〔第五版〕』(日本評論社、二〇一六年)三八八頁以下、戸波江二『憲法〔新版〕』(ぎょうせい、一九九八年)三七八頁以下、長尾一紘『日本国憲法〔第三版〕』(世界思想社、一九九七年)三五九頁以下、長谷部恭男『憲法第六版』(新世社、二〇一四年)三四九頁以下も参照。

(33) 西村弘一『地方議会——会議の理論と実際』(学陽書房、一九八一年)六五頁は、議員の発言権を「議員の権限」に位置付けている。また、大出峻郎『地方議会 現代地方自治全集③』(ぎょうせい、一九七七年)六七頁は、「発言権」を「会議において行使し得る権利」と位置付け、「議員の会議において行使し得る権利とは、議会の会期中に、会議が開かれている際に行使し得る権利ということであって、閉会中又は会議が開かれていないときには、これらの権利を行使することができない」ことを指摘し、発言権は「議会の活動に参加する権利」であると性格付ける。

(34) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法Ⅰ』(日本評論社、二〇一六年)四三頁〔宍戸常寿〕。

(35) 渡辺ほか・前掲注(34)四三頁。

(36) 浦部法穂『憲法学教室第三版』(日本評論社、二〇一六年)二一五頁は、次のように説いている。「教師の『教育の自由』というものをとってみれば、ふつうの自由権の観念からすれば、それは、学校の教師がみずからの行う教育について公権力による干渉・制約を受けないという自由である、ということになる」が、「教育を行う学校の教師は、教育を受ける子どもやその親との関係では、まさに公権力そのものなのである」、「つまり、子どもや親の立場からみると、教師は権力そのものであって、決して自由権の担い手たりえない存在なのである」から、「教師の『教育の自由』といわれるものは、憲法上の自由権とは異質の、次元の違ったところでの議論として受けとめなければならない」。「そうだとすると、教育は学問的実践だから教師の『教育の自由』は憲法二三条によって保障されている、という……杉本判决に代表される見解も、いささか怪しいものになってくる。要するに、国民一般に憲法上保障されるさまざまな自由権と同じレベルで教師の『教育の自由』を語ることはで

きないのである。」このような浦部の主張の前提には、基本権は「公権力とそれに服する者の間で」妥当するという、本文で述べた基本権理論が存在することは間違いない。戸松秀典『憲法』（弘文堂、二〇一五年）一三五頁は、「政府は、国民の表現の自由を保障する立場にあり、自らが表現の自由の主体となることはない。これは、二二条から導かれる基本的意味である。」と明確に説いている。

(37) 田谷聰「議会の会議における諸原則」山本信一郎編『議会 新地方自治講座⑥』（ぎょうせい、一九九七年）三七九頁以下（四一二頁以下）は、「議員平等の原則」を説明する際に、「議会内において行使する権限として、議会への出席権、発言権、発議権、動議の提出権、表決権、選挙権、要求権、請求権、異議の申立権、注意喚起権等があり」、すべての平等に認められていると指摘するが、議員の「発言権」の憲法上の根拠については、説明されていない。大出・前掲注(33)六七頁は、「議会は、言論によつて、ことを決する場であるから、議員の発言権は表決権と併せて重要な権利である。議員の発言権は議会において最大限の尊重しなければならない。」と指摘し、また、同書二二四頁は、「議会は、言論の府であるといわれる。これは、議会におけるすべての問題が言論によつて決せられるということである。議会は、議員の言論を通じて地方公共団体の意思を決定する機関であるから、住民の信託を受けた議員がその職責を全うするためには議員の発言が十分に保障されなければならない。」と指摘するが、議員の発言権の憲法上の位置付けについては言及していない。

(38) 法学協会『註解日本国憲法下巻』（有斐閣、一九五四年）一三八九頁。

(39) 宮澤俊義・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）四二〇頁。

(40) 植木淳「発声障害のある地方議会議員の発言保障」平成二四年度重要判例解説（ジュリスト一四五三号、二〇一三年）一二頁以下（一二三頁）も、「憲法九二条一項が議事機関としての地方議会の存在を規定するとともに、同条二項が地方議会議員は住民の直接選挙によつて選出されるべきことを規定していることからすれば、住民の選出した議員の発言機会の保障は当然に同条の要請するものであると考えられる」と論じている。なお、植木は、地方議会の議員には「表現の自由（憲法二二条）……の一態様」として地方議会等において発言する自由が保障されているとする高裁判決の解釈を容認しているようにも見える（少なくとも批判はしていない）が、この点は筆者の考えと異なる。筆者は、議員の発言権は議員の権限であつて、基

本権によって保障されているとは考えていない。

(41) 筆者は、地裁判決(及び高裁判決)の示した解釈論は従来の憲法理論・基本権理論との整合性をぎりぎりの範囲で保った巧みな解釈であると考えているが、その理由は、次のとおりである。筆者は、憲法二三条及び二六条に関する二つの解釈論に注目する。一つは、教師の教育権の憲法上の位置付けに関する、「教師の教育権は、国家との関係では職務権限としての性質のほか、人権としての性質をもつ」という内野正幸の解釈論(内野正幸『教育の権利と自由』(有斐閣、一九九四年)一一一頁)である。内野は、次のように説く。「授業実施権をはじめとする教師の教育権については、二つの場面に分けて考える必要がある。第一は、教師が生徒と向きあう場面であり、ここでは、教師の教育権は、もっぱら職務権限となる。第二は、教師が国家権力と向きあう場面であり、ここでは、職務権限としての側面と、人権としての側面をあわせもつ。そうすると、教師の教育権は、基本的に職務権限であるが、人権としての側面も含んでいる、ということになる」(内野・前掲注(41)一一〇頁)。「かりに、一般市民ではなく機関としての地位にもとづいて得られる自由や利益は、およそ人権とはいえない、と考えるのであれば、教師の教える自由は人権ではない、ということになってしまう」が、「これは、人権の定義の問題にすぎない」。「ある利益が価値(たとえば教師の教える自由)について、それは人権である」といえば、そこからなんらかの憲法解釈論上の帰結が当然にでてくるのだろうか」という「問題については、肯定の答えをあたえておきたい。つまり、ある利益が人権であるとするのは、その侵害にたいする裁判的救済の道を保障すべきことが憲法上要請される、とする解釈論的帰結と結びつく、と考えるわけである。裁判的救済のかんずくするような帰結と結びつけるためには、教師の教える自由に入権性を認めようほうがよからう」(内野・前掲注(41)一一三頁)。また、渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1人権(第六版)』(有斐閣、二〇一六年)六一頁(赤坂正浩)も、「ある人の特定の行動が、権利の面と権限の面を合わせもつこともある。たとえば、大学の教師が講義を行うことは、法令や学内ルールで割り振られた仕事(権限)だが、同時に憲法は、大学教師の講義内容を政府が規制することを原則的に禁止して、彼らの研究者としての利益(学問の自由≡権利)を守っている。小・中・高等学校の教師の教育活動についても、程度の差はあれ同じことがあてはまると言われている。」と指摘している。地裁判決を通読すると、地裁判決は、地方議会における議員の発言権は、機関としての権利として議員に帰属する権利≡議員の権限であると捉えつつ、表現の

自由によっても重ねて保護されている、という解釈論を示したと読むべきだと考えられる。かりに地裁判決が上記のような解釈を示したものとすると、地裁判決の示した解釈論は、議員の発言権は、「基本的に職務権限である」が、「その侵害にたいする裁判的救済の道を保障」するために、「人権性を認めたいほうがよからう」という考え方、あるいは、「ある人の特定の行動が、権利の面と権限の面を合わせもつ」場面であるとの考え方に基づくものだと理解することも可能である。このように考えると、地裁判決の示した解釈論は、従来の憲法理論・基本権理論との整合性をぎりぎりの範囲で保ちつつ訴訟の適法性の問題を乗り越えるために練り上げられた巧みな解釈であり、相応の評価を与えられるべきではないかと思われる（ただし、筆者自身は、表現の自由（憲法二一条一項）が地方議会において発言する自由を地方議会議員に保障しているとの解釈は理論的に妥当ではないと考えている）。

また、すでに述べたように、地裁判決が議員の発言権を「機関としての権利」と捉えており、議員の発言権の本籍は「機関としての権利」であるが、議員の発言権は表現の自由によっても重ねて保障されていると解釈していると読むことができるが、地裁が上記のような解釈を示したものとすると、結果として、注(12)において紹介したアハターベルクやトロスマンの見解と同じ型の論証をしているものであると見ることができるとは、原告の一〇〇〇万円の損害賠償請求は、「参政権とコミュニケーション保障という人権の侵害、剥奪に対する代償として当然の請求である」が、「裁判所の認定額はその一〇〇分の一、一〇万円であった。まさに一%判決である。」として、「裁判官の人権感覚のなさに失望したというより、この国の司法の姿に情けない思いがしている」とか、「世界そして日本の障害をもつ人々の人間の尊厳と自己決定・選択の自由の原理の保障という人権発展の大きな潮流におびえながら、なお、『法律論』という衣により、中津川市議会をして自らの空虚な権威を守ろうとする裁判官の姿を見るのである」との否定的評価が示されている（井上英夫「はしがき」井上ほか編・前掲注(1) i頁）。このような評価の妥当性はさておき、筆者にとっては、岐阜地裁の裁判官たち（内田計一、永山倫代、山本菜有子の諸氏）が徒手空拳で探り当てた解釈論（の一部）が結果としてドイツの有力説と同一水準に到達している点において、岐阜地裁の裁判官たちの解釈能力の高さはまさに驚きであり、その中に「自らの空虚な権威を守ろうとする裁判官の姿」を見出すことはできなかった。

(42) なお、高裁判決は、地方議会の議員には、「表現の自由(憲法二二条)」に加えて、「参政権の一態様として」、地方議会等において発言する自由が保障されていると判示した。井上英夫「代読裁判の意義と残された課題」川崎ほか編・前掲注(1)一五二頁以下(一六〇頁)は、「発言する権利を、参政権保障と表現の自由と一体的にとらえているところに大きな意義がある」と高裁判決を高く評価するが、阿部和文「市議会において癌で声帯を切除した議員に対し代読による発言の要請を認めなかったことが議員の発言の権利や自由を侵害する違法な行為であるとされた事例」自治研究九一卷一号(二〇一五年)一二五頁以下(一三七頁)は、「参政権を援用することについては、憲法一五条一項が保障する権利が公務に就任した後の公務遂行までも保障するとの思考は自明ではなく(…)、少なくともより詳細な説示が必要と考えられる」と批判している。筆者は、議員の権限である発言権が参政権という基本権によっても保障されているという解釈は、従来の基本権理論との整合性の点で困難ではないかと考えているが、それに加えて、そもそも高裁判決の言うところの「参政権」とは議員が「議会へ参加する権利」を意味していると読むべきであり、高裁判決は、地方議会における議員の発言の自由を基本権としての参政権によって根拠付けようとしたものではないと考えている。筆者がこのように高裁判決を読む理由は、次のとおりである。地裁判決は、原告が「一市民として、また市民の代表としての表現の自由」及び「障害者が代替手段を自ら選ぶ権利、すなわち自らのあり方を決める権利(自己決定権)」を有することを認めた上で、地方議会の自律権を踏まえて、「議会及び議長が議員の議会での発言方法を制限することによって障害者である議員の表現の自由や自己決定権(障害補助手段を使用する自由や障害補助手段選択の自由を含む。)が制限されたとしても、同議員がこの発言方法等の制限によって障害者である故に議会へ参加する権利(参政権)を害されるなどの特段の事情のない限り、やむをえないものといわなければならない」と説き、「市議会議員である原告が発声障害者である故に議会へ参加する権利(参政権)を害されたか否かの限度で」、本件訴えの当否を判断している。地裁判決は、たしかに「参政権」という言葉を使用しているが、「市議会議員である原告」が「議会へ参加する権利(参政権)」という、「参政権」という言葉が使用された前後の文脈を踏まえて考えると、「参政権」は「市議会議員が議会へ参加する権利」をたんに言い換えただけにすぎず、参政権を基本権としての保障された権利という意味で使用しているとは読めない。高裁判決は、「地方議会の議員には、表現の自由(憲法二二条)及び参政権の一態様として、地方議会等において発言する自

由が保障されて」と判示しているが、高裁判決が地裁判決を踏まえて書かれたものである以上、高裁判決が「参政権」を何の説明もなく地裁判決と異なる意味で用いているとは考えられないので、高裁判決の言う「参政権」も議員が「議会へ参加する権利」を意味している（言い換えれば、高裁判決は、議員の発言権の憲法上の根拠として、基本権として保障される「参政権」を持ち出したわけではない）と読むべきであろう。

(43) 本稿は、障害をもつ人の権利の保障の充実・拡大という視点からすると、良い方向への前進に水を差すものとしてお叱りを受けるかもしれない。しかし、基本権に関する従来の基礎理論を逸脱する可能性のある解釈は、一面において人権保障の前進に資するとしても、別のところで人権保障にとって危険な側面を有する可能性があることを見過ごすべきではない。例えば、かりに憲法二二条一項が地方議会において議員に発言の自由を保障しているとすると、内閣総理大臣は内閣総理大臣としての発言についても表現の自由を援用することできるとする解釈をも肯定することになり兼ねないのではないか、という心配を、筆者は否定できないでいる。内閣総理大臣の「表現の自由」の問題については、蟻川恒正「最高権力者の『表現の自由』」樋口陽一・山口二郎編『安倍流改憲にNOを！』（岩波書店、二〇一五年）一三九頁以下（蟻川恒正「尊厳と身分」〔岩波書店、二〇一六年〕一六九頁以下に収録）が安倍晋三首相の最近の具体的発言を素材として鋭い考察を加えており、大変に参考になる。

(44) 本稿は、もっぱら議員の発言権（の憲法上の位置付け）に焦点を当てて考察しており、障害をもつ人の権利の保障という視点からの考察をすることはできなかった。筆者は、障害をもつ議員の権限行使の実効的保障のために憲法一四条一項を活用する方策を検討しなければならないと考えているが、筆者の考えは、ここでお示しできるほどに十分に練り上げられているわけではない。榎透ほか・前掲注(1)一三二頁は、「本件のような事案でさらに問題となるのは、公職者としての議員の地位を前提としつつ、障害をもつが故に発言方法の選択肢が狭まる個人が、憲法一四条一項の下で自らの自己決定権についてどこまで『合理的配慮』を求めることができるのかという論点でもありそうである」（傍点は、本稿筆者による。）と指摘しており、筆者の検討の方向性が完全に間違っているとは言えないことだけは確かなのである。

