

---

---

論 説

---

---

# 弁護士会等強制加入団体における 構成員の思想・信条の自由をめぐる 司法消極主義と積極主義 (1)

中 谷 実

- 一 はじめに
- 二 消極主義のアプローチ  
《消極主義 I》
  - (一) 「訴えの利益がないゆえ、不適法な訴えとして却下」  
アプローチ
  - (二) 「一般市民法秩序と直接関連がないゆえ、  
司法審査の対象とならず却下」アプローチ (以上、本号)

## 一 はじめに

人は、国家という包摂的な権力団体以外に、日常的に、様々な公的、私的な団体——いわゆる部分社会——の構成員として生活している。様々な団体といっても、地方議会やかつての国立大学のような公的な団体、宗教団体、私立大学、会社、労働組合、工場自治会等のような私的な団体もあれば、弁護士会、税理士会、司法書士会のような公益的な団体、さらには政党のように公的機能を果たす団体もあり、その性格も一様でない。そして、その部分社会の中で様々な紛争が生じ、司法に救済を求めることになるが、司法の対応も、また一様でない<sup>1)</sup>。

本稿は、弁護士会、税理士会、司法書士会等の強制加入団体において、団体の行為がその構成員の思想・良心の自由を侵害しないか（そして、その前提として団体の行為がその団体の目的内にあるか）が争われた事件<sup>2)</sup>に焦点を当て、最高裁の法廷（多数）意見、補足意見、反対意見、さらに、下級審に見られる様々な憲法判断のアプローチを、筆者の消極主義、積極主義の枠組<sup>3)</sup>をもって整理・分析し、さらに、各アプローチを支えていると思われる思想や司法哲学<sup>4)</sup>を抽出するとともに、学説の対応<sup>5)</sup>も検討しようとするものである。

本稿は次の事件を対象とする。

#### A 弁護士会<sup>6)</sup>

##### A-1 〈日弁連(会費増額決議)/納入義務不存在確認〉

一般会費を増額する旨の日本弁護士連合会の決議が、同会の目的を逸脱していないか、会員の思想・信条の自由等を侵害していないかが争われ、会費納入義務の不存在確認が求められた<sup>7)</sup>。以下、本件に関する判例の冒頭に〈日弁連(会費増額決議)/納入義務不存在確認〉と記す。左〈〉内、/の左は、訴訟において問題とされた団体の行為、右は訴訟において請求されたことを意味する（以下、同じ）。

##### A-2 〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認、差止、損害賠償〉

日弁連が法律案を国会に提出することに反対する総会決議を行い、同法案反対運動をしたことが、日弁連の目的内か、会員の思想・良心の自由を侵害するかが争われ<sup>8)</sup>、総会決議の無効確認、差止、損害賠償が求められた。以下、本件に関する判例の冒頭に〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認、差止、損害賠償〉と記す。同一の事件であっても、請求されていることに対し判決の対応が異なる時は、別々に扱う（以下、同じ）。

#### B 税理士会<sup>9)</sup>

##### B-1 〈大阪税(特別会費決議)/会費返還〉

税理士会のおこなった会費の増額及び税理士政治連盟への拠出金の交付等

の決議が税理士会の目的を逸脱しているか、会員の思想・信条の自由を侵すかが争われ、会費の返還が求められた<sup>10)</sup>。

B-2 〈南九税(特別会費決議)/(a)納入義務不存在確認、(b)選挙権等停止処分無効確認、(c)選挙権等存在確認、(d)選挙無効確認、(e)損害賠償〉

税理士法改正運動資金として政治団体へ寄付する目的で税理士会のした会員から特別会費を徴収する旨の決議が、税理士会の目的外の行為であるか、会員の思想・信条の自由を侵すかが争われ、特別会費納入義務の不存在の確認、選挙権等の停止処分の無効確認、選挙権等の存在確認、選挙の無効確認、損害賠償等が求められた<sup>11)</sup>。

## C 司法書士会<sup>12)</sup>

### C-1 〈群馬司(特別負担金決議)/債務不存在確認〉

司法書士会のした、「他の司法書士会に対して震災復興支援拠出金を送金するため会員から登記申請事件1件当たり50円の復興支援特別負担金の徴収を行う」旨の決議が、司法書士会の目的の範囲内の行為であるか、会員の思想・信条の自由を害するかが争われ、債務不存在の確認が求められた<sup>13)</sup>。

以下でみるように、強制加入団体における紛争をめぐる判例の流れは、他の憲法分野と比べて必ずしもクリアでなく、これまでの最高裁の先例<sup>14)</sup>とも微妙な関係にあること、また、近年関心を集めている団体の人権享有主体性、私人間効力といった人権総論の議論とも深く関係し、さらには立憲主義における中間団体の位置付けという問題にも遡る<sup>15)</sup>こと等の意味において、本テーマは、今日的、かつ根本的問題といえよう。

なお、本稿は、60年にわたる憲法訴訟の全体像を、できるだけ精密かつ体系的に明らかにしようとする筆者の司極主義、積極主義シリーズ<sup>16)</sup>の一環をなすものでもある。

## 注

1) 部分社会に対する司法のあり方の両極のアプローチは、県議会議員除名処分に関

する執行停止決定が問題になった米内山事件（最大決昭和28年1月16日民集7巻1号12頁）における田中少数意見と真野意見に見ることができる。前者は、「凡そ法的現象は人類の社会に普遍的のものであり、必ずしも国家という社会のみに限られない」、「国際社会は自らの法を有し又国家なる社会の中にも種々の社会、例えば公益法人、会社、学校、社交団体、スポーツ団体等が存在し、それぞれの法秩序をもっている。法秩序は社会の多元性に依じて多元的である」として、司法の自制を示唆する。他方、後者は、法秩序の多元性を肯定するものの、「その団体と構成員間又は構成員相互間に法律上の紛争を生じた暁には、その団体相応の自主性に従って一応の処置を講ずるにしても、なお法律上の争訟が解決しない限り、終局的にはすべて裁判所に出訴して裁判を受けることを得るものと言わなければならぬ」、「法秩序は多元性であっても、一国内の法秩序である限り憲法に特別の規定がない場合には、法律上の争訟はすべて最後には裁判所の裁定に服すべきものである」とし、司法の積極的な介入を説く。

- 2) 会社、労働組合、地方議会、大学、宗教団体、工場自治会等については、以下、適宜扱う。
- 3) 消極主義、積極主義という概念は、現実を記述する概念として、また、あるべき司法像を記述する概念としても用いられ、定義も一様でない。本稿では、現実を記述し、分析するための道具として用いる。中谷実編著『憲法訴訟の基本問題』20頁（1989）参照。各判例のアプローチを分類する枠組として、筆者は、まず、消極主義と積極主義の2分法を用い、これをさらに細分する。これまで筆者は、国家行為の合憲性、すなわち、法令の合憲性、その適用の合憲性が問題になる場合を念頭において定義してきたが（この場合の定義については、これまでと変わらない）、本稿において扱う私人間における憲法問題にも対応すべく、枠組を次のように修正する。

《消極主義Ⅰ》 国家行為の合憲性が争われる場合は、訴えを事件性を欠くとして却下すること等、本案判断に入らず、訴えを斥けるアプローチと定義する。私人間の行為の合憲性が争われる場合は、訴えを法律上の争訟でないとして却下すること等、本案判断に入らず、訴えを斥けるアプローチが、これに該当する。

《消極主義Ⅱ》 国家行為の合憲性が争われる場合は、本案判断に入るが、法律レベルの判断で処理したり、憲法訴訟の当事者適格を欠くとしたりすることにより、憲法判断に入らないで事件を処理するアプローチと定義する。私人の行為の合憲性が争われる場合は、本案判断に入るが、憲法問題に触れずに処理するアプローチが、これに該当する。このアプローチは、憲法問題を提起した者に有利な結論となる場合（ $\alpha$ タイプ）と、そうでない場合（ $\beta$ タイプ）にわかれる。

《消極主義Ⅲ》 国家行為の合憲性が争われる場合、憲法判断に入り、法令を合憲として（もしくは合憲であることを前提として）法令を適用し、処分の取消請求

等や無罪の主張を斥けるアプローチと定義する。私人の行為の合憲性が争われる場合は、私人の行為に合憲判断をし、訴えを斥けるアプローチが、これに該当する。

《積極主義 I》 国家行為の合憲性が争われる場合は、違憲判断が見られるあらゆる場合から後述の《積極主義 II》、《積極主義 III》のアプローチを除いた、いわゆる合憲限定解釈や適用違憲のアプローチと定義する。私人の行為の合憲性が争われる場合は、問題とされた私人の行為に対して違憲の判断をし、訴えを認容するアプローチが、これに該当する。

《積極主義 II》 国家行為の合憲性が争われる場合は、実質的に法令に違憲判断をするものの、事情判決のように最終的には訴えを斥けるアプローチと定義する。私人の行為の合憲性が争われる場合は、私人の行為に対して実質的に違憲と判断するが最終的には訴えを斥けるアプローチが、これに該当する。

《積極主義 III》 国家行為の合憲性が争われる場合は、法令に違憲判断をし、法令を違憲、無効とする場合と定義する。私人の行為の合憲性が争われる場合、この枠組は用いない。

- 4) 司法哲学という概念のもとに、筆者は、議会制民主主義において違憲審査権をもつ司法権をどのように位置づけるべきかという大局的なスタンス、訴えを裁判所に取り込むべきか否か、憲法判断に入るべきか否か、個々の審査アプローチや救済の方法等のあり方等の判断に内在する司法自身の抱く役割観や憲法解釈観を考えている。
- 5) 学説は、当然のことながら、筆者の目についた主要なものに限られる。
- 6) 弁護士法によると、弁護士の使命は、「基本的人権を擁護し、社会正義を実現すること」(1条1項)とされ、「弁護士は、前項の使命に基き、誠実にその職務を行い、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力しなければならない」(同2項)とされる。弁護士となるには、入会しようとする弁護士会(後述)を経て、日本弁護士連合会(日弁連)に登録の請求をしなければならない(9条)。弁護士会は、地方裁判所の管轄区域ごとに設立しなければならない(32条)、弁護士会の目的は、「弁護士及び弁護士法人の使命及び職務にかんがみ、その品位を保持し、弁護士及び弁護士法人の事務の改善進歩を図るため、弁護士の指導、連絡及び監督に関する事務を行うこと」とされ(31条1項)、弁護士会は法人とされる(同2項)。弁護士会は、弁護士及び弁護士法人の事務その他司法事務に関して官公署に建議し、又はその諮問に答申することができる(42条2項)。全国の弁護士会は、日弁連を設立しなければならない(45条1項)、日弁連の目的は、「弁護士及び弁護士法人の使命及び職務にかんがみ、その品位を保持し、弁護士及び弁護士法人の事務の改善進歩を図るため、弁護士、弁護士法人及び弁護士会の指導、連絡及び監督に関する事務を行うこと」(同2項)とされ、日弁連は、法人とされる(同3項)。

- 7) 日弁連が、昭和 58 年 3 月 12 日の臨時総会において従前の会費月額 6000 円を月額 7000 円に増額する会則改正を議決したところ、原告である会員弁護士が、共済事業繰入額の増加分 100 円を控除した残額の 900 円は、人権擁護委員会活動等弁護士法で定められた被告日弁連の目的を逸脱した活動等により生じた経費負担のためであり、会員の会費の性格及び日弁連の目的と事業活動の限界についての解釈を誤っており、会員の財産権及び思想・信条の自由についての憲法上の保障を無視した無効な決議だと主張し、改正議案に反対をした原告はその納入義務を負担しないことの確認を求めた。
- 8) 日弁連は、昭和 62 年 5 月 30 日に開催された第 38 回定期総会において、当時、自由民主党が国会に提出すべく準備中であった「防衛秘密を外国に通報する行為等の防止に関する法律案」を国会に提出することに反対する総会決議を行った。これについて会員弁護士が、① 日弁連の目的からの逸脱——弁護士会のなし得る行為は、弁護士法 45 条 2 項（前掲注 6）参照）に記された目的を遂行するに必要な範囲内の行為に限定されており、本件法律案のように個人の思想・信条及び政治的立場の相違により大きく意見の分かれる政治上の問題について、総会における多数決で賛成、反対の意思を決定し表明することは、日弁連の目的の範囲を甚だしく逸脱する——、② 憲法 19 条、21 条、22 条違反——総会決議は、本件法律案に反対することを弁護士会の確立した最高の運動方針として採択したものであって、これによって会員に対し一定の解釈、立場を強制し、同決議と見解を異にする会員原告らの思想・信条、言論の自由を著しく侵害し、ひいては結社の自由、職業遂行の自由をも侵害する——を主張した。これに対し、被告日弁連は、① 総会の無効確認を求める訴えは確認の利益を欠き、不適法——総会決議は、被告の機関決定に基づく団体としての意見表明であり、いかなる法律的效果も伴わない事実行為であり、本件決議の内容が原告らの思想・信条に反していても、そこから、多数意見と少数意見との間の意見の対立という事実上の紛争が生ずるに過ぎず、法律上の紛争が発生しているものではなく、原告らと被告との間には、具体的な権利又は法律関係についての法律上の紛争は存在しない——、② 弁護士会自治——日弁連は、弁護士法によって高度の内部的自治権ないし自律権を認められており、本件総会決議は、この自律権に基づき被告の定める手続に従い採択されたものであり、その判断、手続において不公正な点はなく、このような場合には、日弁連の判断、解決を尊重し、司法審査は控えるべき——を主張し、決議無効確認請求の却下を求めた。これに対し、原告は、① に対し、団体の定める運動方針は、団体のみならずその構成員をも法的に拘束するものであり、本件総会決議は、本件法律案に反対することを被告の確立した最高の運動方針として定めたものであるから、被告のみならず原告らを含む被告の会員に対して法的拘束力を有し、原告らが右決議を遵守しなかった場合には懲戒を受けるおそれがある、また、本件総会決議がある限り、被告は、本件

反対運動を推進し、そのための費用を会財政から支出し続けることになり、その結果、原告らの思想・良心の自由を侵害する行為が継続され、仮に原告らが右違法な支出に相当する会費の納入を拒めば、弁護士法 60 条により懲戒を受けるおそれがある、と反論し、②に対しては、弁護士自治は治外法権を意味するものではなく、被告の行為が目的の範囲を逸脱しているか否か、会員の思想・良心の自由を侵害しているか否かという判断は裁判所がなすべき事項であると反論した。

- 9) 現行税理士法によると (以下で扱う事件当時も基本的に同じ)、税理士の使命は、「税務に関する専門家として、独立した公正な立場において、申告納税制度の理念にそって、納税義務者の信頼にこたえ、租税に関する法令に規定された納税義務の適正な実現を図ること」(1 条)とされ、税理士となる資格を有する者が、税理士となるには、日税連 (後述) に備える税理士名簿に登録を受けなければならない (18 条, 19 条 1 項)。そして、「税理士は、国税局の管轄区域ごとに、一の税理士会を設立しなければなら」ず (49 条)、税理士会は法人とされ (49 条 7 項)、その目的は、「税理士及び税理士法人の使命及び職責にかんがみ、税理士及び税理士法人の義務の遵守及び税理士業務の改善進歩に資するため、支部」「及び会員に対する指導、連絡及び監督に関する事務を行うこと」とされる (49 条 6 項)。また、「税務行政その他租税又は税理士に関する制度について、権限のある官公署に建議し、又はその諮問に答申することができる」(49 条の 1) とされる。「全国の税理士会は、日本税理士会連合会を設立しなければなら」ず (49 条の 13 1 項)。日本税理士会連合会 (日税連) は法人とされ (同 3 項)、その目的は、「税理士及び税理士法人の使命及び職責にかんがみ、税理士及び税理士法人の義務の遵守及び税理士業務の改善進歩に資するため、税理士会及びその会員に対する指導、連絡及び監督に関する事務を行い、並びに税理士の登録に関する事務を行うこと」とされる (同 2 項)。なお、日本税理士政治連盟 (日税政) は、各単位税理士会に対応する区域内に設けられた全国 14 の税理士政治連盟 (単位税政連) によって組織された団体であり、「税理士の社会的、経済的地位の向上を図り、納税者のための民主的税理士制度及び租税制度を確立するため必要な政治活動を行うこと」を目的として、昭和 44 年 1 月に日税連の補完的機能を果たす政治団体として組織された。日税政規約 3 条 (昭和 54 年当時) は、日税政の目的について、「日本税理士連合会の方針に副い、税理士の社会的、経済的地位の向上を図るとともに、納税者のための民主的税理士制度および租税制度ならびに税務行政を確立するため、必要な政治活動を行うこと」とする。
- 10) 大阪合同税理士会 (大税会、その後、近畿税理士会の名称となる) は、昭和 54 年 6 月 16 日開催の第 15 回定期総会において、(1) 昭和 54 年度以降の会費を従前の 5 万 1000 円から 5 万 4000 円に増額する、(2) 日税連に対し、会員 1 人当たり会費 8400 円、特別会費 2000 円の計 1 万 400 円の割合による連合会費を納入する、

(3) 大阪合同税理士政治連盟（大税政）に対し拠出金 150 万円を交付する旨の決議をした。その後、日税連に連合会費を納入し、大税政には拠出金 150 万円を交付した。同年度中に、会費 5 万 4000 円を支払った会員が、上記決議のうち、(1)の会費増額決議による 3000 円の増額分の中には、日税連に対する特別会費分 2000 円が含まれており、右増額決議中 2000 円を増額する部分は、会員から特別会費を強制的に徴収するものであったこと、大税会が日税連に納入した連合会費のうちの特別会費に相当する部分及び大税会が大税政に交付した拠出金は、最終的に、大税政の上部団体である日税政に納入され、日税政は、これを特定の政治家に対する政治献金の資金に充てたこと、したがって、(1)の決議のうちの会費 2000 円を増額する部分、(2)の決議のうち特別会費 2000 円を納入するとした部分及び(3)の決議は、違法な政治献金を行う目的でされたか、政治団体である日税政や大税政に対する寄付を行う目的でなされたものであって、大税会の目的を逸脱し、会員個人の思想・信条の自由を侵し無効であると主張し、大税会に対し、右特別会費に相当する 2000 円及び拠出金 150 万円の 1 人当たり分担金相当額 219 円の合計 2219 円を支払うことを求めた。被告大税会は、本件決議は、特定の政治家へ政治献金を行うためになされたものではなく、当時、単位税理士会が日税連に納める会費が会員一人あたり月額 100 円増額される予定であったこと、公共料金等諸物価の上昇により従来の会費では必要経費をまかないきれなくなってきたこと、日税連において、従来、法対策負担金ないし分担金の名目で単位税理士会から徴収していた金員を特別会費として徴収することを決定したことに対応してなされたものであったこと、また、大税会の目的は、法令、会則に明示された目的自体に限局されず、客観的抽象的にみて目的を遂行するうえで直接、間接必要なすべての行為を含むものと解され、大税会が税理士業務の改善進歩に資するため、税理士業務に直接関連する税理士法、商法等の改正に意を用い、法改正運動を含む政治的活動を行なうことは当然その目的の範囲に含まれると反論する。この訴訟（そして、次に扱う南九州税理士会訴訟）の背景には税理士法改正をめぐる当時の日税連、大税会の執行部と会員との間に次のような確執がある。税理士法が昭和 26 年 6 月に制定され、その後数度の改正を経て昭和 39 年に政府提案による税理士法改正案が国会に提出されたが、日税連執行部や全国の税理士会に反対があり、右改正案は、昭和 40 年 6 月に廃案となった。日税連は、昭和 44 年、税理士法改正対策委員会を発足させ、税理士法改正に関する基本要綱作成作業の本格化に伴う右法対策関係費の財源として各単位税理士会から連合会費とは別に一定の賦課金を徴収することとし、昭和 44 年度以降、法対策負担金ないし分担金として金員を納付させていた。日税連は、昭和 47 年 4 月、基本要綱を作成し、議員立法による基本要綱の法案化を目指す活動を行い、昭和 50 年 6 月と 7 月に行われた大税会役員選挙、日税連会長選挙において同一人が右各会の会長に選出された。その後、日税連の執行部の中に、従来の議員立法による基本要綱



の法案化の動きとは別に政府との折衝によって税理士法の改正を実現しようとする動きがでてきたが、これに対し、全国青年税理士連盟等から強力な反対があった……。

- 11) 日税連の会員である南九州税理士会（熊本国税局の管轄する熊本県、大分県、宮崎県及び鹿児島県の税理士を構成員として設立された法人）が、昭和 53 年 6 月 16 日の第 22 回定期総会において、日税連の方針のもと、税理士法改正運動に要する特別資金とするため会員から特別会費として金 5000 円を徴収する、その使途は全額南九各県税政（熊本県、大分県、宮崎県及び鹿児島県の各税理士政治連盟）へ会員数を考慮して配布する旨の決議をした。そして、この右決議に基づいて徴収した特別会費 470 万円のうち 446 万円を南九各県税政へ、5 万円を南九州税理士政治連盟（南九税政。昭和 44 年、税理士の社会的、経済的地位の向上を図り、納税者のための民主的税理士制度及び租税制度を確立するため必要な政治活動を行うことを目的として設立された南九州税理士会に対応する政治資金規正法上の政治団体。日税政の構成員）へ寄付した。南九州税理士会は、本件特別会費を納入しなかった会員税理士を、昭和 54 年、昭和 56 年、昭和 58 年、昭和 60 年、昭和 62 年、平成元年、平成 3 年の各役員選挙において選挙人名簿に登録せず、選挙を実施した。そこで、選挙人名簿に登録されず、役員選挙において選挙権及び被選挙権を与えられなかった原告税理士が、前記決議は税理士会の目的外の行為であり、会員の思想・信条の自由を侵し無効であるとして、(a) 特別会費納入義務不存在確認、(b) 選挙権・被選挙権停止処分無効確認、(c) 選挙権・被選挙権存在確認、(d) 選挙無効確認、(e) 慰謝料の請求を求めた。被告南九州税理士会は、税理士業務の改善進歩に資するための事務の遂行は被告の目的であり、そのために税理士法改正について政治的活動を税理士会がすることは税理士の社会的、経済的地位の向上に直結し、税理士会の目的の範囲内であって、税理士の社会的、経済的地位の向上を図るため必要な政治活動を行うことを目的とする南九各県税政に寄附することも被告の目的の範囲内であると反論した。
- 12) 司法書士法は、同法の目的について、「司法書士の制度を定め、その業務の適正を図ることにより、登記、供託及び訴訟等に関する手続の適正かつ円滑な実施に資し、もって国民の権利の保護に寄与すること」（1 条）とする。司法書士となる資格を有する者が、司法書士となるには、日本司法書士会連合会（後述）に備える司法書士名簿に登録を受けなければならない（8 条）。司法書士は、「その事務所の所在地を管轄する法務局又は地方法務局の管轄区域ごとに、会則を定めて、1 箇の司法書士会を設立しなければならず」（52 条 1 項）、司法書士会の目的は、「会員の品位を保持し、その業務の改善進歩を図るため、会員の指導及び連絡に関する事務を行うこと」とされ（同 2 項）、司法書士会は法人とされる（同 3 項）。「全国の司法書士会は、会則を定めて、日本司法書士会連合会を設立しなければならず」（62

条1項)、同会の目的は、「司法書士会の会員の品位を保持し、その業務の改善進歩を図るため、司法書士会及びその会員の指導及び連絡に関する事務を行い、並びに司法書士の登録に関する事務を行うこと」(同2項)とされ、日本司法書士会連合会は、「司法書士又は司法書士法人の業務又は制度について、法務大臣に建議し、又はその諮問に答申することができる」(65条)とされる。

- 13) 群馬司法書士会が、阪神大震災により被災した兵庫県司法書士会に3000万円の復興支援拠出金を送金するために会員から登記申請事件1件当たり50円の復興支援特別負担金の徴収を行うとの決議をし、その後、兵庫県司法書士会に3000万円の拠出金を送金したところ、会員の司法書士が、本件拠出金の寄付は司法書士会の目的の範囲外の行為であって総会決議は無効であり、また強制加入の公益法人が本件拠出金を調達するため会員に負担を強制することは義務なき行為の強制であって公序良俗に反するとの主張の他、法律に基づかずに会員の財産権を侵害し、本来的には「やりたいものがやる」筋合のものを強制することは思想・信条の侵害を侵害する等主張し、債務の不存在の確認を求めた(その他、臨時総会招集手続の瑕疵、決議内容の不明確性、決議手続の瑕疵も問題とする)。被告税理士会は、①法人の権能力、行為能力は、法律や定款に定めた目的だけに限定されるのではなく、この目的を遂行するのに相当な全ての事項に及び、公益法人であっても、法人の運営費を捻出するための収益事業を含むことすら認められている、②被告の行為能力を「会員の指導及び連絡」に限定すれば、共済事業や親睦活動まで禁止されてしまうことになる、③司法書士は、日常的に、不動産の権利変動に要する重要な書類や供託のために現金を預かることを業務とするのであるから、国民から、司法書士は絶対に不正を行わないという信頼を獲得していなければならず、そのために、司法書士は、常に生活基盤を確立し、品位を保持しなければならない等主張し、被害を受けた兵庫県司法書士会の会員を支援するための拠出金の支出は、被告司法書士会の目的にそう行為であり、何ら目的外行為に当たらないと反論する。
- 14) ①民間企業による特定政党への政治献金が会社の権能力の範囲内かが争われた八幡製鉄政治献金事件における最大判昭和45年6月24日(民集24巻6号625頁)、②労働組合の方針に反して市議会議員選挙に立候補しようとした組合員を処分することが組合の統制権内にあるかが争われた三井美唄労組事件における最大判昭和43年12月4日(刑集22巻13号1425頁)、③労働組合員の組合費納付義務の有無が争われた国労広島地本組合費請求事件における最3判昭和50年11月28日(民集29巻10号1698頁)等。特に①判決。
- 15) 木下智史『人権総論の再検討』(2007)引用の諸論文参照。
- 16) 詳しくは、拙稿『司法消極主義と積極主義——視点の設定——』南山法学25巻2号85頁(2001)参照。

## 二 消極主義のアプローチ

### 《消 極 主 義 I》

これは、訴えを、本案判断に入らずに、不適法な訴えとして却下するアプローチである。

#### (一) 「訴えの利益がないゆえ、不適法な訴えとして却下」アプローチ

##### A 概 要

これは、訴えを、確認の利益が存在しない、もしくは、過去の手続関係の確認は訴えの利益を肯定できないとし、不適法として却下するアプローチである。これは、結果的には団体勝訴の意味あいをもつ。

##### B 裁 判 例

(1) S-61.2.13〈南九税(特別会費決議)/(b)選挙権等停止処分無効確認、(c)選挙権等存在確認、(d)選挙無効確認〉熊本地判昭和61年2月13日<sup>1)</sup>(判時1181号37頁、②→H-4.4.24福岡高判、③→H-8.3.19最3判)は、(b)の選挙権等停止処分無効確認の請求について、原告会員が「求めている確認の対象は、いずれも過去の法律関係の確認にほかならない」、「訴訟制度が現存する紛争を公権的に解決する制度であることからすれば、過去の権利、法律関係や手続の確認を求める訴えは原則として許されない」という。そして「過去の権利、法律関係や手続の確認を求めているようにみえても、結局は現在の権利、法律関係の確認を求めているものと解される余地がある場合で、かつ、原告がそのような確認を求める法律上の利益があるような特段の事情がある場合は」例外的に訴えの利益を肯定すべきであるが、「原告は右特段の

事情につき何ら具体的主張をしないし、本件訴訟記録を精査しても、これを肯認するに足るべきものを見出し難」く、「いずれも過去の法律関係の確認を求めるもので、しかも、訴えの利益を肯認することができない」とし、不適法な訴えとして却下とする。(c)の選挙権等存在の確認についても、「いずれも過去の権利関係の確認に外ならない」とし、不適法な訴えとして却下とする。(d)の選挙無効確認についても、「被告の役員の任期は原則として約2年」「であって、昭和60年5月9日実施の被告の役員選挙後、直近の定期総会」「も終了し」、「訴えの利益は当然に消滅している」、「各役員選挙の無効確認を求める訴えは、いずれも過去の手続関係の確認を求めるもので、しかも、訴えの利益を肯認することができない」とし、不適法な訴えとして却下とする<sup>2)</sup>。

(2) H-4.1.30〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認〉東京地判平成4年1月30日(判時1430号108頁)は、原告会員の総会決議の無効確認請求について、「本件総会決議は、その内容からみるに、本件法律案の国会提出に反対する旨の団体としての意見を表明しているに過ぎないものであって、単なる事実行為に過ぎず、このような法律案に対する一定の意見ないし意思を宣明すること自体によっては、対内的にも対外的にも何らの法律上の効果を形成するものでな」く<sup>3)</sup>、「本件総会決議の無効の確認を求める法律上の利益を認めることはできない」とし、不適法な訴えとして却下とする。

(3) H-4.12.21〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認〉東京高判平成4年12月21日(自由と正義44巻2号101頁、①→H-4.1.30〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認〉東京地判)は、控訴人会員の主張——法人の決議が単なる事実行為に過ぎない場合であっても、総会決議の無効を確認する法律上の利益がある場合がある——について、「決議が法律上の効果、すなわち、何らかの権利義務に変動を生じさせるようなものではなく、単なる事実行為に過ぎないときは、それによって何らかの紛争が生じるにいたったとしても、決議は紛争について事実上の原因をなしているに過ぎないものであるから、決議についての効力の確認が、現在の紛争を、法律上、抜本的に解決し得る関係にある

ということはできず、確認の利益を認める余地はない。決議によって生じた紛争が多岐にわたり、判決をもって決議の効力を確認することによって紛争の解決が期待できるとしても、事実上の関係に過ぎないものである以上確認の利益を認めることができない」とし、棄却する。

(4) H-10.3.13〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認〉最2判平成10年3月13日(自由と正義49巻5号213頁)は、決議無効確認請求について、ほとんど何も述べずに原審を肯定する。

### C このアプローチを支える思想

#### (1) 団体の構成員への積極的コミット

S-61.2.13〈南九税(特別会費決議)/(b)選挙権等停止処分無効確認, (c)選挙権等存在確認, (d)選挙無効確認〉熊本地判は、上記のように本案に入らずに訴えを斥けたが、同一の事件である S-61.2.13〈南九税(特別会費決議)/(a)納入義務不存在確認, (e)損害賠償〉熊本地判では、後述のように団体の統制権を限定し、構成員に強くコミットしている。

#### (2) 団体の統制権への積極的コミット

H-4.1.30〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認〉東京地判, H-4.12.21〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認〉東京高判とも、上記のように不適法な訴えとして斥けたが、前者と同一の事件である H-4.1.30〈日弁連(法案反対決議/差止, 損害賠償)東京地判, 後者と同一の事件である H-4.12.21〈日弁連(法案反対決議)/差止, 損害賠償〉東京高判, 特に後者は、団体の統制権に積極的にコミットしている。

#### (3) 司法哲学

S-61.2.13〈南九税(特別会費決議)/(b)選挙権等停止処分無効確認, (c)選挙権等存在確認, (d)選挙無効確認〉熊本地判は、訴訟の入口で斥けたが、同一の事件である S-61.2.13〈南九税(特別会費)/(a)納入義務不存在確認,

(e) 損害賠償) 熊本地判では、本案に入り、強くはないとしても違憲判断が見られる。両判断に整合性がないように見えるが、訴えの利益なしとした前者の判断は、やむをえないように思われる。他方、H-4.1.30〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認〉東京地判、H-4.12.21〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認〉東京高判は、ともに、不適法な訴えとして却下した。それぞれの事件に対応する H-4.1.30〈日弁連(法案反対)/差止、損害賠償〉東京地判、H-4.12.21〈日弁連(法案反対決議)/差止、損害賠償〉東京高判でも、訴えに対し消極的な対応をしており、より整合性が見られる。

#### D このアプローチをめぐって

##### (1) 弁護士会

H-4.1.30〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認〉東京地判、H-4.12.21〈日弁連(法案反対決議)/決議無効確認〉東京高判については、後述の H-4.1.30〈日弁連(法案反対決議)/差止、損害賠償〉東京地判、H-4.12.21〈日弁連(法案反対決議)/差止、損害賠償〉東京高判についてのコメントを参照。

##### (2) 税理士会

S-61.2.13〈南九税(特別会費決議)/(b)選挙権等停止処分無効確認、(c)選挙権等存在確認、(d)選挙無効確認〉熊本地判については、後述の S-61.2.13〈南九税(特別会費決議)/(a)納入義務不存在確認、(e)損害賠償〉熊本地判についてのコメントを参照。

#### 注

- 1) 冒頭の S-61.2.13 の表記は、昭和 61 年 2 月 13 日を意味する。「C このアプローチを支える思想」以下の記述において、本判決を、S-61.2.13〈……/……〉熊本地判のように略す。なお、H- は平成を意味する。以下、他の判例も同じ。
- 2) 判決は、昭和 60 年の役員選挙の無効確認請求については、「右選挙において選挙された役員は、本件口頭弁論終結時（昭和 60 年 6 月 27 日）において、その任期途上にあると推認され」、「司法審査の権限が及ぶ」とするが、公選法 205 条 1 項の規

弁護士会等強制加入団体における構成員の思想・信条の自由をめぐる司法消極主義と積極主義 (1)

定の2要件——当該選挙の管理及び執行につき「選挙の規定に違反」し、かつ、「選挙の結果に異動を及ぼす虞がある」という要件——を援用し、「選挙の実施に際しての規定違反がなかったら、即ち、原告に選挙権・被選挙権があったなら、昭和60年度役員選挙の全部又は一部において、実際の当落と違った結果の生ずる可能性」が論理的可能性ではなく具体的可能性として証明されていないとして棄却する。

- 3) 判決は、控訴人の主張——本件総会決議によって、原告ら会員はこれを遵守すべき義務を負うことになり、遵守しないときは懲戒処分を受けるおそれがある——について、「このような将来の懲戒のおそれを理由に確認の利益を基礎づけることが許されるかどうかとも問題であるが」、「被告において、本件法律案の国会提出に反対するという団体としての一定の意見を表明する決議がされたからといって、当然に会員個々人がすべて右意見を遵守し、これと異なる意見を表明し活動することができなくなるという趣旨ないし効力までを有すると解することはできない」という。

## (二) 「一般市民法秩序と直接関連がないゆえ、 司法審査の対象とならず却下」アプローチ

### A 概 要

これは、訴えを法律上の争訟とするが、自律的法規範をもつ団体内部の係争は一般市民法秩序と直接関連のない限り司法審査の対象とならないとして——いわゆる「部分社会」の法理を用い——却下するアプローチである。これは、結果的には、団体勝訴の意味あいをもつ。

### B 裁 判 例

(1) S-63.2.4〈日弁連(会費増額決議)/納入義務不存在確認〉大阪地判昭和63年2月4日(判時1305号94頁, ②→H-1.2.28大阪高判)は、原告会員の主張——会費増額の改正決議は無効であり、改正議案に反対の議決権行使をした原告はその納入義務を負担しない——について、被告弁護士会の主張——本件訴訟は裁判所法3条にいう法律上の争訟に該当しないゆえ不適法として却下されるべき——を斥けるものの<sup>1)</sup>、「法律上の係争といっても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の性質上裁判所の司法審査の対象外に置く

のを適当とするものもあるのであって、例えば、一般市民社会の中であってこれとは別個に自律的な法規範を有する団体内部における法律上の係争の場合は、それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない問題にとどまる限り原則として当該団体の自主的・自律的な判断・解決に委ねるのを適当とし、当該団体の自主的・自律的な判断・解決が団体自体の定める手続規定に従って適正になされている以上、その団体の判断・解決が相当か否かを裁判所の司法審査の対象とすることはできず、裁判所はその判断・解決が適正なものであるとしてこれを尊重しなければならない」という。そして、「弁護士法は被告にもまた、憲法 21 条が社会的団体一般に保障していると解される内部的自律権以上の、その組織運営及び活動に関し、一切の国家機関からの監督を受けることがないという高度の自治権ないし自律権を付与している」、「したがって被告がその目的を達成するために行う諸事業の経費を支弁するための源資となるべき一般会費を従前の月額 6000 円から月額 7000 円に増額する旨の会則 95 条の改正案が手続上適法に議決された以上」、「右改正案の議決が相当であるか否かについては裁判所の司法審査の対象とすることはできず、裁判所は右議決が適正なものであるとしてこれを尊重しなければならない」、「明白に被告の目的から逸脱した活動をするために使用されることが確実な特別会費（会則 95 条の 3）の徴収等が被告総会で議決された場合、会員弁護士はその納入義務を負わないというべきであり、その限度で裁判所の司法審査の対象となりうる場合がないわけではない」「が、本件は会則 95 条の一般会費の増額であり、かつ、原告が納入義務の不存在を主張する会費 900 円部分が原告指摘の委員会活動費用に充てられることが確実であると認めることもでもない」とし、会費を支払う義務を認め、原告の請求を棄却する。

(2) H-1.2.28〈日弁連(会費増額決議)/納入義務不存在確認〉大阪高判平成元年 2 月 28 日<sup>2)</sup>(判タ 703 号 235 頁、①→S-63.2.4 大阪地判)は、控訴人会員の主張——本件議決の可否は裁判所の司法審査の対象とすることができず、控訴人の財産権及び思想・信条の自由等を侵害し違憲である——について、



「弁護士に課せられた職責を全うするためにその職務の独立性を確保すべく、弁護士及び弁護士会」「に極めて高度の自治を認め」、「裁判所を含む国家機関による弁護士及び弁護士会に対する監督を一切認めていない弁護士法の精神に鑑み、明白に違法であるとはいえない本件議決の当否については司法判断を控えるべきであるとした原判決の判断」を正当とする。また、弁護士法は憲法 77 条 1 項に違反し無効であり、したがって弁護士会の会則も無効であるとの控訴人の主張については、「憲法 77 条 1 項をもって弁護士に関する事項についてこれを法律で定めることを禁止したものと解することはとうていできず、弁護士に関する事項一般について定めた弁護士法は憲法の右条項に違反するものではない」として棄却する。

### C このアプローチを支える思想

#### (1) 団体の構成員へのコミット

見られない。

#### (2) 団体の統制権へのコミット

##### (a) 弁護士自治の尊重

S-63.2.4〈日弁連(会費増額決議)/納入義務不存在確認〉大阪地判は、「日本弁護士連合会は弁護士法に基づき設立された弁護士及び弁護士会を会員とする法人である。弁護士は基本的人権を擁護し社会的正義を実現するという使命のもとに、職務遂行上時として裁判所・法務省その他の国家機関と対峙しその過誤を是正すべき職責を担うものであり、その職責を全うするために、いかなる国家機関からも身分上もしくは職務上の監督を受けることがなく、弁護士自身の団体である各地の弁護士会及び被告のみが個々の弁護士の指導監督を行い得るという徹底した弁護士自治が弁護士法によって保障されている。そして個々の弁護士が国家機関の監督を受けなくとも被告または弁護士会が国家機関の監督に服することになると弁護士自治の保障が没却される」という<sup>3)</sup>。

(b) わが国においては法律が裁判所規則に優越する効力を有し、弁護士法は憲法 77 条に違反しない

H-1.2.28〈日弁連(会費増額決議)/納入義務不存在確認〉大阪高判は、控訴人会員の主張——弁護士に関する事項を法律により定めることは憲法 77 条に違反する——について、「裁判所規則制定権の規定はアメリカのそれに倣ったものではあるが、その解釈に際してはアメリカにおける沿革等に拘束されるものではなく、憲法の他の条項とも<sup>〔マ〕</sup>併せて合理的に解釈されなければならない」、「憲法 77 条 1 項には『訴訟に関する手続』が掲げられているが憲法 31 条の規定との関係上刑事訴訟手続についてはその全てを裁判所規則で定めることは許されず、被告人の重要な利益に関する事項等については法律の定めを要すると解すべきであるし、弁護士についても、その職責」に鑑みるときは、少なくともその資格、職務等については法律によって定め、裁判所の監督に服せしめないのが憲法に精神に合致する」、「弁護士を司法の一機関とみて弁護士に関する規制も裁判所が司法の自治権に基づいて定めるべきであるとの制度は、わが国の憲法の採用するところではな」く、「憲法 41 条において国会を国権の最高機関であって国の唯一の立法機関であるとしていること等わが国の法体系から考えると、英米法における沿革にかかわらず、わが国においては法律が裁判所規則に優越する効力を有する」という。

### (3) 司法哲学

S-63.2.4〈日弁連(会費増額決議)/納入義務不存在確認〉大阪地判, H-1.2.28〈日弁連(会費増額決議)/納入義務不存在確認〉大阪高判とも、部分社会論を援用しており司法自製の司法観が窺える。

## D このアプローチをめぐって

### (1) 弁護士会

H-1.2.28〈弁(会費増額決議)/会費納入義務不存在確認〉大阪高判が原審の

援用した部分社会論を肯定し、司法審査の対象とならないとしたことについて、「一般会費増額の当否について裁判所が司法判断を控えたこと、また、弁護士法の憲法 77 条違反の主張を斥けたことは、ともに妥当」と評価するが、部分社会論自体への疑問を呈し、「むしろ、団体の自律事項についての司法判断適否の問題は、一般市民法秩序とのかかわりを基準とするのではなく、団体構成員の権利・利益の侵害の程度と、当該団体の自律性や係争措置の専門性・技術性の程度との比較をととして個別的に決定されるべきである」、「本件でも、『部分社会』論を採ることなく、弁護士会の国法上も保障されている『極めて高度の自治』を理由に、その議決については司法審査が排除される旨を直截に結論することが正しかったのではないか」、「弁護士にかんする事項でも資格・職務・身分等については、法律で定められるべきであるとするのが通説であり、判旨に異論はない」<sup>4)</sup>とのコメントがある。

#### 注

- 1) 判決は、「原告の本訴請求は、昭和 58 年 4 月 1 日以降原告が被告に納入すべきであるとされた被告会則 95 条所定の会費月額 7000 円のうち 6100 円を超える部分 900 円の納入義務がないことの確認を求める請求であって、被告の昭和 58 年 3 月 12 日臨時総会において議決された被告会則 95 条の改正決議が有効か否かの問題はその前提問題にすぎず、右改正決議の無効確認を訴訟物とするものでもないから、本件訴訟が裁判所法 3 条 1 項にいう法律上の争訟に当たらないものであるということとはでき」ない、という。
- 2) 2 審において、原告は、弁護士に関する事項は憲法 77 条によって最高裁判所規則により定められるべきものであり、国会の定める法律によることはできず、弁護士法に委ねたことは明らかに憲法 77 条に違反すると主張した。
- 3) 判決は、「原告の本訴提起の真の目的は、弁護士法の定める被告の目的から逸脱していると原告が判断する、原告指摘の被告の人権擁護委員会活動等を中止させ、ひいてはその活動資金に充てられるべき被告会員弁護士納入の会費の減額ないし高額化阻止を図ろうとするものであると認められるが、その目的を達成するためには、原告において、今後も同意見の会員弁護士とともに被告内部において粘り強い説得、協議による働きかけ等を積み重ね、被告の機構改革等を行うことによって右目的を達成することが本道であり、それが不可能なわけではなく、またこのような被告内部における自主的解決こそが本件紛争の性質及び弁護士自治尊重の見地から妥当」という。

- 4) 小林武・法学セミナー 35 巻 2 号 111 頁 (1990)。