

正 本

令和6年(ワ)第30739号 法廷警察権行使に対する国家賠償請求事件

原告 鈴木賢ほか2名

被告 国

原告第一準備 面

令和7(2025)年5月27日

東京地方裁判所 民事第17部合議1係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士(主任) 亀 石 倫

同 水 野 泰

同 井 桁 大

同 加 藤 雄太

同 谷 口 太

同 戸 田 善

原告らは、本書面において、被告提出の令和7年3月31日付け準備書面(1) (以下「被告準備書面(1)」という。) に対する反論を行う。

目次

第 1	本件各命令・処置は、原告らに一定の不作為義務を課す「命令」又は権力的事実行為としての「処置」である	4
1	「命令」及び「処置」の考え方	4
2	本件レインボー柄排除命令は、裁判所法第 7 1 条第 2 項に基づく命令である	5
3	本件バッジ排除命令（清水）は、裁判所法第 7 1 条第 2 項に基づく命令である	7
4	本件パーカー文字排除処置は、裁判所法第 7 1 条第 2 項に基づく権力的事実行為としての処置である	8
5	本件バッジ排除命令（小川）は、裁判所法第 7 1 条第 2 項に基づく命令である	9
	（1）本件再審公判の第 1 4 回期日の休憩時間中における指示について	9
	（2）本件再審公判第 1 4 回期日の閉廷以降の指示について	11
6	小括	12
第 2	国賠法第 1 条第 1 項の違法性に関する被告の主張が具体性を欠くこと等	12
1	序論	12
2	国賠法第 1 条第 1 項における「違法」の意義に係る被告の主張は本件と無関係である	13
3	本件各命令・処置の国賠法上の違法性の評価にあたって、裁判所法第 7 1 条第 2 項に規定された要件に照らした検討を行わない被告の主張は誤りである	15
	（1）職務行為基準説であっても発動要件の有無の検討は不可欠である	15

(2)	職務行為基準説の趣旨は法廷警察権の行使と整合しない	16
(3)	発動要件の有無の検討は公務員にとって必要な義務である	18
(4)	レペタ訴訟最大判も公権力の発動要件の有無を検討している	19
(5)	被告はレペタ訴訟最大判の判断手法を無視している	20
(6)	小括：被告は、本件各命令・処置と裁判所法第71条第2項に規定された要件との関係を明示する必要がある	20
4	被告の主張する当てはめに関する誤り	21
(1)	「中立性、公平性」の意味が不明確である	21
(2)	対立集団との喧騒の可能性に関する主張の矛盾	24
(3)	各バッジ排除命令に関し、以前の経緯を無視することについて	25

第1 本件各命令・処置は、原告らに一定の不作為義務を課す「命令」又は権力的事実行為としての「処置」である

1 「命令」及び「処置」の考え方

法廷警察権を定める裁判所法第71条第2項は「裁判官は・・・法廷における秩序を維持するのに必要な事項を命じ、又は処置を執ることができる。」と定める。ここで「命じ」とは、法制上の用語として、行政機関が特定の人又は団体に対する具体的処分として一定の作為又は不作為の義務を課すことをいう（甲29、甲30・50頁）。また、「処置」とは、法廷の秩序を回復するための、命令の方法によらない事実行為であるところ（甲20・35頁）、そのうち私人の利益や自由の侵害を伴うものは権力的事実行為に該当する（甲30・240頁）。

被告は、本件各命令・処置について、任意の要請であり、命令ではないと主張する¹（被告準備書面(1)5頁、7頁、9頁）。しかし、以下に整理する事実関係からすれば、本件レインボー柄排除命令、本件バッジ排除命令（清水）及び本件バッジ排除命令（小川）は、裁判権又は司法行政権の主体たる裁判長が、傍聴時のレインボー柄の着用禁止という不作為義務又は傍聴時若しくは法廷内の弁護活動時の本件バッジの着用禁止という不作為義務を課す「命令」であること、また、本件パーカー文字排除処置は、原告清水の自由を制約して裁判所職員が本件パーカーの「HAKAMADA」の文字の上に養生テープを貼るという権力的事実行為としての「処置」であることは明らかである。ゆえに、根拠規範である裁判所法第71条第2項の要件を満たさない限り、違法と評価される。

¹ なお、被告は、本件各命令・処置が命令であることを「否認」する。しかし、当然ながら、本件各命令・処置が命令又は権力的事実行為としての処置であること自体は認否の対象となる事実ではなく、基礎となる事実関係に対して客観的に行われる法的評価であるので、被告の準備書面における当該記載は、本件各命令・処置が命令であるという法的評価を「争う」とする趣旨であると理解する。

なお、以下では訴状又は被告準備書面(1)で記載済みの事実関係も含んで記載しており、下記2ないし5において、本準備書面で新たに主張する事実には下線を付す。

2 本件レインボー柄排除命令は、裁判所法第71条第2項に基づく命令である

本件福岡地裁判決期日において、原告鈴木が福岡地方裁判所の第101号法廷に入ろうとした際、同裁判所の職員2名は、裁判長上田の包括的な指示を受けて、レインボー柄を含む衣服等を着用したり、レインボー柄の携行品を所持する者の入廷を制限するため、傍聴席の入り口を塞ぐ形で立っていた。当該裁判所職員は、レインボー柄のマスクを付け替えさせるための白色マスク、及び、衣服等におけるレインボー柄等を隠すためのガムテープを所持していた。そして、傍聴しようとする者を全て、入り口に立ち止まって並ばせた上で、一人ひとり順番に、全身の服装及び携行品を隈なく確認していった。マスクや衣服にレインボー柄を発見した際は、「レインボー柄を隠すか、着用をやめるかしなければ、法廷に入ることはできません。」などと述べていた。

原告鈴木に対しても同様に全身のチェックをした結果、職員は本件靴下のレインボー柄を発見し、原告鈴木に対し、レインボー柄をガムテープで隠さなければ入廷を認めない旨伝えた。また、原告鈴木が、誰の指示でこのような服装チェックを行っているのか職員に尋ねたところ、「裁判体の指示である」と答えた。原告鈴木は、レインボー柄を本件靴下の内側に丸める形で隠したところ、職員は再度本件靴下の着用様態をチェックし、初めて原告鈴木の入廷を認めるに至った。

このような職員の指示に従わずに入廷した傍聴人はいなかった。服装チェック及び原告鈴木との一連のやりとりは、原告鈴木をして、「仮にレイン

ボー柄を隠さずに服装チェックを無視して入廷を試みれば、力づくで退廷させられるだろう。傍聴するにはやむなく指示に従う他ない。」と感じさせるものであった。なお、服装チェック及び原告鈴木との一連のやりとりにおいて、裁判所職員から、これらの対応が任意の協力要請であるという旨の発言は一切なかった。

以上のとおり、裁判所職員による服装チェックは、傍聴希望者の意向を確認することなく強制的に行われたものであり、その様態は、それを無視して傍聴人が入廷することを不可能とする方法で行われていた。また、裁判所職員からレインボー柄を隠さなければ入廷を認めない旨の発言や、それが裁判体の指示である旨の発言があった。他方で傍聴人をして必ず従わなければならないと認識させないための配慮や、任意の協力要請である旨が説明されるということもなかった。そして実際に、原告鈴木含め傍聴人全員が裁判所職員の指示に従っていた。以上を踏まえれば、当該裁判所職員による一連の対応は、裁判長上田の意思に基づき、傍聴人がレインボー柄を着用して傍聴に臨むことを厳格に禁止したものであった。よって、そのような対応の一環として行われた一連の原告鈴木に対する指示（本件レインボー柄排除命令）は、裁判長上田による、傍聴をする際にレインボー柄を着用することを禁止するという不作為義務を課すもので、行政法学上の命令であることは明らかである。

なお、最終的に原告鈴木が自らレインボー柄を隠したことは、本件レインボー柄排除命令が任意の協力を求める要請に過ぎないことを意味しない。原告鈴木は、本件レインボー柄排除命令によって本件靴下をそのまま着用し続けることが禁止されたと理解したため、不服ながら、レインボー柄の着用禁止という不作為義務を課す命令に従ったのである。

3 本件バッジ排除命令（清水）は、裁判所法第71条第2項に基づく命令である

本件再審公判の第14回期日において、原告清水が傍聴するために静岡地方裁判所の第202号法廷に入ろうとしたところ、土屋管理官を含む裁判所職員による服装・所持品検査が行われた。傍聴しようとする者は、全員、法廷の前の廊下に一列に並ばされ、メモ用紙とペン以外の所持品を全て職員に預けるように指示された上で、服の上から体を触られ、ポケットの中に何も入っていないことも確認して、服装・所持品検査が終了すると入廷が許可された。原告清水の順番になると、土屋管理官は原告清水が本件バッジを着用していることを認識し、裁判長國井に対して電話又は無線で連絡した。そこで裁判長國井は、土屋管理官に対して、本件バッジ等袴田事件の関係するよう見えるものを一律に排除するよう指示したため、土屋管理官は原告清水に、本件バッジを取り外すよう指示した。原告清水は、なぜ取り外す必要があるか土屋管理官に尋ねたところ、土屋管理官は「裁判体の判断である。」と答えた。原告清水はさらに、「バッジを外さなければどうなりますか。」と尋ねたところ、土屋管理官は「入廷できません。」と答えた。このやりとりを経て、原告清水は自ら本件バッジを取り外すに至った。当該やりとりにおいて、原告清水は、「要請の範囲を超え、裁判所の強い意志に基づく強権的なものである。」と感じていた。土屋管理官ほか裁判所職員から、本件バッジを着用しないことは任意の協力要請であるという旨の発言は一切なかった。

以上のとおり、土屋管理官らによる服装・所持品検査は、それを無視して傍聴人が入廷することを不可能とする極めて厳重な様態で行われていた。特に原告清水に対しては、土屋管理官が裁判長國井の意向に沿う形で、裁判体の判断に基づくことを明示しながら、本件バッジを外さなければ入廷できないと明確に述べて、本件バッジを取り外さなければならない旨の

指示が行われた一方で、任意の協力要請である旨の説明は一切行われていなかった。よって、このような指示（本件バッジ排除命令（清水））は、裁判長國井が土屋管理官を介して、原告清水に対して、本件バッジを着用して傍聴に臨むことを禁止するという不作為義務を課したもので、行政法上の命令であることは明らかである。

なお、最終的に原告清水が自ら本件バッジを取り外したことは、本件バッジ排除命令（清水）が任意の協力を求める要請に過ぎないことを意味しない。原告清水は、本件バッジ排除命令（清水）によって、本件バッジを着用し続けることが禁止されたと理解したため、やむなく本件バッジを取り外して、着用禁止という不作為義務を課す命令に従ったに過ぎない。

4 本件パーカー文字排除処置は、裁判所法第71条第2項に基づく権力的事実行為としての処置である

上記3において記載した土屋管理官を含む裁判所職員による服装・所持品検査中、原告清水が土屋管理官とのやりとりを経て本件バッジを取り外す際、土屋管理官が本件パーカーの「HAKAMADA」の文字を発見した。土屋管理官は、原告清水に対し、「HAKAMADA」の文字が見える状態では入廷することができないと述べて、本件パーカーを脱ぐよう指示した。原告清水が、本件パーカーの下のTシャツにも「HAKAMADA」の文字が入っている旨を伝え、土屋管理官は、別の裁判所職員をして養生テープを持って来させ、一方的に「HAKAMADA」の文字の上に養生テープを貼り始めた。この時、「HAKAMADA」の文字を隠すことは任意の協力要請であることを原告清水に説明したり、原告清水が了承するかを確認したりといったことはなかった。一枚貼ったのみでは「HAKAMADA」の文字が透けたことから、土屋管理官は複数枚重ねて養生テープを「HAKAMADA」の文字の上に貼り付けた。原告清

水は、抵抗することはできないと考えて、なされるがままテープを貼り終わるのを待った。

以上のとおり、本件パーカー文字排除処置は、それを無視して傍聴人が入廷することを不可能とする極めて嚴重な服装・所持品検査の一環として、「HAKAMADA」の文字が見える状態では入廷することができないことを明示し、原告清水の意向を顧みることなく、土屋管理官らにより一方的に行われたものである。よって、このような土屋管理官を含む裁判所職員による対応は、裁判長國井の意向に基づき、本件パーカーの「HAKAMADA」の文字が見えない状態にするために原告清水の自由を制約したものであり、権力的事実行為としての処置であることは明らかである。

なお、被告は、原告清水が本件パーカーの「HAKAMADA」の文字を隠すことを了承したと主張するが、結果的に原告清水がテープの貼り付けに応じたという外形的行動は、原告清水の同意を意味しない。原告清水は、傍聴にあたり「HAKAMADA」の文字を隠すという権力的事実行為に対し、不服ながら抵抗しなかったに過ぎない。一般的にも、公的機関の職員がそのままでは入廷することができないことを告げた上で、衣服にテープを貼るという処置を行おうとする際に、内心は不服であったとしても、傍聴を強く希望する場合には、その場で異を唱えたり、手で払う等物理的に抵抗したりすることなく、なされるがまま従うということはむしろ当然である。原告清水が養生テープの貼り付けに対し明示的な拒絶をしなかったことは、貼り付けに対して任意に了承したことはない。

5 本件バッジ排除命令（小川）は、裁判所法第71条第2項に基づく命令である

（1）本件再審公判の第14回期日の休憩時間中における指示について

本件再審公判の第14回期日の休憩時間中、裁判長國井から弁護団に

対し、本件バッジを近くで見せるよう指示がなされた。弁護人の一人が裁判長國井に本件バッジを外して見せると、裁判長國井は、弁護団のうち、原告小川を含む本件バッジを着用する者に対して、本件バッジを取り外すよう指示した。かかる指示は、取り外さなければ出廷を認めないもので、行政法学上の命令であったといえる。

この点について、被告準備書面(1)第1、3(3)ア(エ)（被告準備書面(1)10頁）記載の事実については、裁判長國井が原告小川を含む弁護人に対して上記指示を行うにあたり、公正な裁判の実現という観点から、デモンストレーションで裁判が左右されたと言われることがないように、メッセージ性のあるものについては、裁判の中立性を保障するために外すべき、という旨の発言があったという限りで認める。かかる発言が「説明」にとどまり、バッジを外す旨の「要請」であったという評価は争う。かかる指示及び発言は、法廷警察権の行使としての命令である²。

なお、かかる命令の後も原告小川が本件バッジを着用し続けたことは、それが命令であるという評価に影響するものではない。当該命令により原告小川を含む弁護人には、法廷における弁護活動において本件バッジの着用が禁じられるという不作為義務が生じ、原告小川以外の弁護人は不服ながら本件バッジを取り外した。その一方で、原告小川は法廷警察権の行使として違法であると考え、命令に従うことを拒絶して本件バッジを取り外すことはしなかった。これに対し裁判長國井として、当該不作為義務の履行を強制する手段（退廷命令及びその執行等）を執らなかつただけである。命令によって課せられた義務の不履行に対して強制手段を執らなかつたとしても、前提となる命令が命令でなくなるわけではない。

² 念のため付言するに、当該命令は、本件バッジ排除命令（小川）には含まれず、本件の直接的な争いの対象ではない（訴状20頁）。

(2) 本件再審公判第14回期日の閉廷以降の指示について

本件再審公判第14回期日の閉廷直後、法廷内において、裁判長國井はなお裁判官席に座った状態で、次回以降の期日においては、本件バッジを着用せずに出廷するよう指示した（本件バッジ排除命令（小川））。

これを受けて原告小川は、後日、本件バッジの着用を認めることを求める旨の「バッジを外す指示に対する意見書」（甲18）を提出した。これに対し裁判長國井を含む裁判体は、検討の上、弁護人である原告小川を含め、本件バッジを着用した状態での入廷を認めないこととし、静岡地裁の書記官を通じて、原告小川を含む弁護人にその旨電話で連絡した。そこで、原告小川は、やむなく、本件バッジを着用せず、本件再審公判の第15回期日及び判決言渡期日に出廷した。この一連のやりとりにおいて、裁判長國井から、本件バッジを着用しないことは任意の協力要請であるという旨の発言や説明は一切なかった。

以上のとおり、本件バッジ排除命令（小川）は、法廷内で、本件再審公判第14回期日の閉廷直後に裁判官席に座った状態で行われていること、指示の内容も次回期日においては本件バッジを着用せずに弁護活動を行うよう求めるものであること等からすれば、原告小川に対し、次回期日以降における本件バッジの着用を禁止するという不作為義務を課す命令と優に認められる。そして、原告小川が本件バッジの着用を認めるよう求める意見書を提出したのに対して、裁判長國井を含む裁判体が改めて本件バッジを着用した状態での入廷を認めない旨を明示的に原告小川に伝達したという事後的な事情は、本件バッジ排除命令（小川）が不作為義務を課す命令であるという評価を一層根拠付ける。客観的に法廷警察権の行使としての命令と評価すべき状態で指示を行い、事後的にも本件バッジを付けた状態での入廷を認めないことを明示しておきながら、

これが任意の要請にとどまるという評価は成り立つ余地がない。

なお、最終的に原告小川が本件再審公判の第15回期日及び判決言渡期日において本件バッジを着用しなかったことは、本件バッジ排除命令（小川）が任意の協力を求める要請に過ぎないことを意味しない。原告小川としては、本件バッジ排除命令（小川）は、法廷警察権に基づく命令として、原告小川による弁護活動時の本件バッジの着用を禁止するという不作為義務を課す法的性質のものであると理解したため、やむなく当該義務を課す命令に従ったに過ぎない。

6 小括

以上から、本件レインボー柄排除命令、本件バッジ排除命令（清水）及び本件バッジ排除命令（小川）は、傍聴時のレインボー柄の着用禁止という不作為義務又は傍聴時若しくは法廷内の弁護活動時の本件バッジの着用禁止という不作為義務を課す「命令」であること、また、本件パーカー文字排除処置は、原告清水の自由を制約して裁判所職員が本件パーカーの「HAKAMADA」の文字の上に養生テープを貼るという権力的事実行為としての「処置」であることは明らかである。本件各命令・処置につき命令ではなく任意の要請であるとする被告の主張は成り立たない。

第2 国賠法第1条第1項の違法性に関する被告の主張が具体性を欠くこと等

1 序論

被告は、本件における国賠法第1条第1項にいう違法性の判断基準として、原告と同じく、レペタ訴訟最大判（最大判平成元年3月8日民集第43巻2号89頁）を引用し、「法廷警察権の目的、範囲を著しく逸脱し、又はその方法が著しく不当であるなどの特段の事情がない限り、国賠法1条

1 項の規定にいう「違法はない、と設定するが、その当てはめにおいて、抽象的に裁判長上田及び裁判長國井について「法廷警察権の趣旨、目的に則り、適切にこれを行使」した、との評価を述べるのみであって（被告準備書面(1) 1 4 頁、1 6 頁）、裁判所法第 7 1 条第 2 項の要件との関係を何ら明らかにすることなく、ごく簡単に国賠法第 1 条第 1 項の適用上違法でない」と結論付ける。

しかし、これは判例の表層的な理解に基づく主張であり、判例を正しく理解するものではない。

2 国賠法第 1 条第 1 項における「違法」の意義に係る被告の主張は本件と無関係である

被告は、国賠法第 1 条第 1 項にいう「違法」の意義について、各判例を引用しながら、①「国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背すること」、②「公務員が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく、漫然と当該行為をしたと認め得るような事情がある場合に限り、違法の評価を受けるべき」、③「上訴等の訴訟法上の救済方法によって是正されるべき瑕疵が存在するだけでは足りず、当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認め得るような特別の事情があることが必要」、④「このことわりは、非訟的性格を有する職務行為等、広く裁判官の職務行為一般に妥当する」などと主張する。

しかし、①に係る各判例は国会議員の立法行為に関する事例、②に係る各判例は種々の行政処分や公証行為の事例、③に係る各判例は検察官による公訴提起や裁判官による争訟の裁判に関する事例、④の根拠として挙げられる大阪高判昭和 6 2 年 2 月 2 4 日訟務月報 3 4 卷 2 号 2 2 1 頁は裁

判官による搜索差押許可状発付に関する事例であり、本件とは事案類型が異なる。

また、①に係る各判例では②③④に相当する判示はなく、同様に、②に係る各判例では①③④に相当する判示、③に係る各判例及び上記昭和62年大阪高判では①②に相当する判示はない。つまり最高裁は、事案類型ごとに適切と考える解釈論を示しているのであり、あたかも①→②→③→④という論理展開により、裁判官の職務行為一般について国賠法上違法と評価される余地が極めて限定されるかのような被告の主張は、判例を正しく理解するものではない。

法廷警察権の行使と国家賠償請求の関係について論じたものとして、被告はレペタ訴訟最大判とその調査官解説に言及するものの、同最大判も、①②③に係る各判例及び上記昭和62年大阪高判のいずれも引用していない。この点について宇賀教授は、法廷警察権の行使の事例には、③の中で挙げられる最判昭和57年3月12日民集36巻3号329頁の射程が及ばないことを明確に指摘している（甲31・133頁～134頁³）。

以上のとおり、被告が主張する①②③④は、法廷警察権の行使についての国賠法第1条第1項にいう「違法」が問題となっている本件とは無関係な議論であり、本件において先例とすべきはレペタ訴訟最大判に限られる。

³ 「法廷警察権は、適正かつ迅速な裁判の実現に資するために裁判長に付与された権限であり、裁判と密接な関係を有することはいうまでもないが、裁判それ自体とは異なり、判決相互の抵触・審級制度との関係等、裁判の国家賠償法上の適法を考える際に考慮しなければならない要素は、法廷警察権の国家賠償法上の違法について、直接的には問題とする必要はない。」とする。

3 本件各命令・処置の国賠法上の違法性の評価にあたって、裁判所法第71条第2項に規定された要件に照らした検討を行わない被告の主張は誤りである

被告は、上記①②③④の主張に続いてレペタ訴訟最大判の一部を引用して本件に適用されるべき判断基準を設定するが、その当てはめにおいては本件各命令・処置が裁判所法第71条第2項に規定された要件を満たすものであるか否かについて言及すらされていない。これは、被告がレペタ訴訟最大判において採られている具体的な判断の手法を理解していないことに起因した誤りである。以下詳説する。

(1) 職務行為基準説であっても発動要件の有無の検討は不可欠である

被告が上記①②③の主張で引用する各判例は、国賠法上の「違法」の意義について、公務員として職務上尽くすべき注意義務を懈怠したことをもって国賠法上の違法と解する説（いわゆる「職務行為基準説」）を採用したものとして分類されるものであるが、一方で、公権力発動要件の欠如をもって国賠法上の違法と解する説（いわゆる「公権力発動要件欠如説」）も極めて有力に主張されているところである。

実際に、問題となった公権力の根拠規範に照らして、当該公権力の発動がその要件を満たさず違法であったことをもって国賠法第1条第1項の違法性を認めた判例も存在し（最判平成3年7月9日民集45巻6号1049頁、最判平成16年1月15日民集58巻1号226頁、最判平成17年4月19日民集59巻3号563頁）、これらは公権力発動要件欠如説を採用したものと考えられている。

被告があえて職務行為基準説に親和的な各判例を引用したことから、被告はレペタ訴訟最大判が示した判断基準を同説に引きつけて理解しようとしていると思われる。しかし、職務行為基準説的に理解したとして

も、問題となっている公権力の行使について明確に発動要件が法定されているのであれば、国賠法上の違法の評価において、当該発動要件を無視できるものではない。この点に被告の主張の誤りがある。

(2) 職務行為基準説の趣旨は法廷警察権の行使と整合しない

そもそも、職務行為基準説の原義を踏まえれば、本件のように法廷警察権の行使が問題になる事案において同説が採用されなければならない必然性はない。

すなわち、職務行為基準説は当初、刑事事件における無罪判決の確定により起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が国賠法上も違法となるかが争われた事案（最判昭和53年10月20日民集32巻7号1367頁）や、裁判官による争訟の裁判が上訴、再審等によって取り消されるべきものである場合に当該裁判が国賠法上も違法となるかが争われた事案（最判昭和57年3月12日民集36巻3号329頁）において用いられたのであるが、その主眼は、客観的法秩序違反をもって国賠法上の違法と捉え、無罪判決や、裁判が上訴等によって取り消されることにより直ちに国賠法上も違法と考える説を否定することにあつた（甲32・474頁）⁴。これらのケースでは、訴訟法規に基づく手続の中で無罪判決が確定していたことにより、各公権力の行使が客観的に違法であったことが前提となっており、かかる客観法違反と区別して職務行為基準の違反を問うことが事案の解決に適していたものと考えられる（最判昭和57年の調査官解説である甲34・213頁以下では、国賠法上の違法の解釈にあたって、訴訟法規が上訴制度及び再審制度を

⁴ 最判61年2月27日民集40巻1号124頁の調査官解説でも、職務行為基準説は、主に裁判官による裁判、検察官・警察官による公訴提起、捜査等につき採られている見解であることが確認されている（甲33・103頁の注4）。

設けていることを強調する。また、甲34・216頁では、「国に損害賠償義務を負担させるに足りるだけの実質的理由があるかどうか」については、「当該手続に当事者がどのような形で参画できるか、不当な裁判の是正のための不服申立制度としてどのような手続が整備されているか」という要素が影響せざるをえないとして、同最判の射程を限定している。)

また、有力な学説として、公権力発動要件欠如説の立場から、職務行為基準説に対して、(i)国賠法の制裁・違法行為抑止・違法状態排除機能が損なわれる、(ii)取消訴訟と国賠訴訟で、違法の判断が分かれる事態が生じるといった問題点が指摘されている(甲35・471頁～474頁)。

このような職務行為基準説の原義、機能及び公権力発動要件欠如説からの問題点の指摘を踏まえれば、職務行為基準説の無批判、無限定の採用は控えるべきである。

例えば、ある公権力の発動が、その時点では完全に正確な事実認定が求められておらず、合理的に入手可能な資料等に基づけば足りるような暫定的処分であって、事後の不服申立てを通じて是正されることが制度上予定されていることは、職務行為基準説を採用する理由になりうる(甲31・57頁～60頁)。

しかし、本件においては、裁判長上田又は裁判長國井が行った法廷警察権の行使としての本件各命令・処置の違法性が問題になるところ、法廷警察権の行使の適否は当該事件の判決の中で示されるものではないのはもちろん、原告らに対して法廷警察権の適法性を争うための不服申立制度は訴訟法上設けられておらず、取消訴訟等の抗告訴訟によることもできないと解されるのであるから、法廷警察権という公権力の行使について制裁・違法行為抑止・違法状態排除機能を有しうるのは国賠訴訟に

限られる。また、法廷警察権の行使については、行使時点以降に時間の経過にしたがって入手可能な資料等が充実するということは想定できず、被告が主張するとおり、裁判の各場面において、当該法廷の状況等を最も的確に把握しうる裁判長により、即応して適切に行使されなければならないからこそ、およそ暫定的な処分であるとはいえない。また、(仮に法廷警察権の行使にあたり裁判長に要件裁量があるとしても) 法廷警察権の行使における裁判長の裁量の広狭と、裁量を逸脱した場合においてもなお国賠法上の違法性を否定すべき理由があるかどうかは無関係である(甲31・134頁)。よって、本件においてあえて職務行為基準説を採用する理由はないというべきである。

(3) 発動要件の有無の検討は公務員にとって必要な義務である

その上で、職務行為基準説を前提としたとしても、国賠法上の違法の有無について、問題となる公権力の発動要件が充足されているかという観点を捨象できる理由はない。事実認定を誤って行われた課税処分の国賠法上の違法に関して職務行為基準説を採用したとされる最判平成5年3月11日民集47巻4号2863号の調査官解説においても、取消訴訟と国賠訴訟において違法は同一でないとする違法性相対論の立場からは、国賠法上の「違法性の有無は、行政処分の法的要件充足性の有無(取消訴訟における違法性)のみならず、被侵害利益の種類、・・・を総合的に判断して決すべきもの」とされている(甲36・377頁)。

合理的に考えても、公権力を行使する公務員にとって、その発動要件の充足を確認することは職務上当然課せられる義務である。とりわけ本件における法廷警察権の行使のように、他の私人の利益が脅かされているような緊急性もなく、名宛人になりうる者の行動が事前に予期できる状況において、具体的な弊害が発生する前に予防措置的に行使される公

権力の行使については、当該公務員にとって発動要件の充足の有無の確認を行うことに何らの障害もない。しかも本件の行使者は裁判官である。判断に必要な時間をかけて法の要件を検討し、その充足の有無を見極めることは極めて容易であった。発動要件の充足を確認することは当然に要請される最低限の義務であり、当該義務の履行の有無をおよそ検討することなく国賠法上の違法の有無を判断できるとは解しがたい。

(4) レペタ訴訟最大判も公権力の発動要件の有無を検討している

この点、本件の先例であるレペタ訴訟最大判においても公権力の発動要件たる裁判所法第71条第2項に配慮した検討が行われており、同最大判は、具体的な当てはめにおいて、職務行為基準説を採用することに対してありうる批判に込えているのである。すなわち、「法廷警察権の目的、範囲を著しく逸脱し、又はその方法が著しく不当であるなどの特段の事情」の検討にあたって、「本件裁判長が法廷警察権に基づき傍聴人に対してあらかじめ一般的にメモを取ることを禁止した上、上告人に対しこれを許可しなかった措置（以下「本件措置」という。）は、これを妥当なものとして積極的に肯認し得る事由を見出すことができない。上告人がメモを取ることが、法廷内の秩序や静穏を乱したり、審理、裁判の場にふさわしくない雰囲気醸し出したり、あるいは証人、被告人に不当な影響を与えたりするなど公正かつ円滑な訴訟の運営の妨げとなるおそれがあったとはいえないのであるから、本件措置は、合理的根拠を欠いた法廷警察権の行使であるというべきである。」としているのであり、「本件措置」が裁判所法第71条第2項の要件を充足しないことを具体的に検討しているのである。実際、宇賀教授は、公権力発動要件欠如説の立場から、上記判示にもかかわらず国賠法上違法としなかったことに疑問を呈し、本件措置を「違法と評価した上で過失の有無を審査すべき」で

あったとしているが、かかる指摘は、上記判示が法廷警察権の発動要件に照らして本件措置を評価した判示であるという理解を前提としている（甲 31・134 頁）。

レペタ訴訟最大判の事案において、メモを取ることを認めないという公権力の行使については、当該公権力の行使の主体が裁判官であり、緊急性もなく事実関係の予期が困難ではないという状況から、当該裁判官にとって判断に必要な時間をかけて法の要件を検討し、その充足の有無を見極めることが極めて容易であったために、最高裁は判断代置的に、公権力発動要件の充足性の有無を具体的に検討しているのである。

（５）被告はレペタ訴訟最大判の判断手法を無視している

しかしながら被告は、「法廷警察権の趣旨、目的に則り、適切にこれを行使」したという抽象的な評価を述べるのみで、裁判所法第 71 条第 2 項の要件との関係を何ら明らかにしない。

すなわち、レペタ訴訟最大判を参照して、表面的には同最大判の判断基準を設定しつつも、当てはめの段階では同最大判の判断手法を無視し、独自の理解に基づく主張を行っているのである。

（６）小括：被告は、本件各命令・処置と裁判所法第 71 条第 2 項に規定された要件との関係を明示する必要がある

以上のとおり、本件における具体的な判断の手法について、被告の主張は誤りである。原告は、レペタ訴訟最大判の正確な理解に基づき、第 1 に本件各命令・処置が裁判所法第 71 条第 2 項の要件を充足しえないことについて、具体的な事情をもとに詳細に主張し、それを踏まえて第 2 に、国賠法上の違法の審査として、裁判長上田又は裁判長國井が、裁判所法第 71 条第 2 項に定められた「裁判所の職務の執行を妨げ、又は

不当な行状をする者」という要件を満たす可能性が皆無であるにもかかわらず、本件靴下のレインボー柄、本件バッジ及び本件パーカーの文字を排除することありきで客観的な事実評価を行わず、観念的なリスクを過大評価したことを指摘し、本件各命令・処置が違法であると主張している。

一方被告は、裁判所法第71条第2項の要件との関係を何ら明らかにすることなく、国賠法第1条第1項の適用上違法でない結論付けるのみである。

両者の最大の違いは、裁判所法第71条第2項の要件充足性の有無を具体的に検討するか否かである。これまで述べてきたとおり、本件の唯一の先例であるレペタ訴訟最大判は、先行して要件充足性の有無を具体的に検討しており、被告の理解が誤りであることは明らかである。

被告としては、まず、本件各命令・処置が裁判所法第71条第2項の法廷警察権の行使の要件を充足すると考えるのか、充足しないと考えるのかを明示しなければならない。仮に被告がかかる主張を怠り続けるならば、裁判所は、被告の主張態度を踏まえ、裁判長上田及び裁判長國井の法廷警察権の行使が裁判所法第71条第2項の要件を満たさずに行われたことを認定することで、国賠法の制裁・違法行為抑止・違法状態排除機能を実現しなければならない。

4 被告の主張する当てはめに関する誤り

(1) 「中立性、公平性」の意味が不明確である

被告は、レペタ訴訟最大判の示した判断基準を用いるものの、その理解を誤った主張を行いつつ、本件各命令・処置について「法廷警察権の目的、範囲を著しく逸脱し、又はその方法が著しく不当であるなどの特段の事情」がないことの直接的な理由として、①本件レインボー柄排除

命令については、「レインボー柄の服装や携行品は、本件福岡事件の原告らに対する連帯と支持を表明するものと見ざるを得ないところ、これを着用ないし携行することは、前記アの本件福岡事件の事案の内容に照らし、裁判所に対する中立性、公平性に疑念を抱かせることになりかねず、ひいては同事件原告らと対立する考えを有する者等との間の喧噪にもつながりかねない」こと、②本件バッジ排除命令（清水）、本件パーカー文字排除処置及び本件バッジ排除命令（小川）については、「本件バッジ及び本件パーカーは、これらに記載された文字列に照らし、本件静岡事件の被告人の無罪を訴え、被告人を支持することを表明するものと見ざるを得ないところ、これらを着用することは、前記アの本件静岡事件の争点に照らし、裁判所に対する中立性、公平性に疑念を抱かせることになりかねないものであり、ひいてはそうした疑念を抱く者等との間の喧噪にもつながりかねない」ことを挙げるが、いずれもおよそ具体性に欠ける主張である。「裁判所に対する中立性、公平性に疑念」を抱くのは誰であるのか、どのような意味で中立性、公平性が害されるのか、被告がいう喧噪が惹起される具体的な可能性を裏付ける事実はあるのか等、その趣旨を読み取ることができない。

被告の主張を善解するならば、裁判に関係する全ての者が、裁判所に対して中立公平に行動する義務を負っており、当該義務の不履行に対しては法廷警察権の行使が許容される、という趣旨とも思われる。しかし、裁判所法第71条第2項が定める法廷警察権の行使の要件は「法廷における裁判所の職務の執行を妨げ」ること、又は「不当な行状をする」ことであり、「裁判所に対して中立性、公平性を欠くこと」は要件として定められていない。特に、本件バッジ排除命令（小川）については、名宛人である原告小川は本件再審公判において弁護人という立場にあるのであるから、裁判所に対して中立公平であるということとはあり得ない。弁

護人による弁護権は、あくまでも被告人の利益の擁護のために行使し、裁判所に対して妥協しないことが刑事訴訟において不可欠であり（訴状 28 頁以下）、「裁判所に対する中立性、公平性」は弁護権の制約の根拠には決してなり得ないものである。

被告の主張の別の理解としては、原告らの行動に起因して、裁判所が中立公平な判断ができなくなる可能性が生じたこと、又は、裁判所の判断自体は中立公平であるとしても、一般市民をして裁判所の判断が中立公平でないという疑念を抱かせる可能性が生じたことをもって、法廷警察権の行使が許容されるという趣旨とも思われる。しかし、それらの可能性が裁判所法第 71 条第 2 項の定める要件との関係でどのように位置づけられるのかは、やはり被告の主張からは不明確である。また、本件靴下、本件バッジ及び本件パーカーの客観的様態は訴状記載のとおりであるところ、これらによって上記の可能性が生じるというのであれば、被告は、「外的事象による影響を受けやすく中立性公平性を保持することができない、その職務を遂行する素質を著しく欠く裁判官」を想定し、又は、「極めて些細な外的事象により裁判官の判断は歪むものだと考える偏った社会観を持つ一般市民」を想定していると解される。かかる想定は、およそ常識的とはい言い難く、中立性公平性を保持するという観点において十分な素質を有する裁判官や、良識的な社会観を持つ一般市民を想定すれば、本件靴下等に上記の可能性は認められないことは明らかである。

既に主張するとおり（訴状 22 頁以下。特に 24 頁。）、裁判所法第 71 条第 2 項の趣旨は、真に裁判所の職務の執行を妨げるリスクや、不当な行状といえるような問題性が存在したのかという判断が、裁判官による主観的・抽象的な判断にならないように、明確に法廷警察権の行使の要件を設定することにある。被告が「裁判所に対する中立性、公平性」

という点を重視するのであれば、上記「特段の事情」の判断にあたって重要なメルクマールとなる裁判所法第71条第2項の要件との関係で、「裁判所に対する中立性、公平性」はどのように位置づけられ、どの程度具体的なものでなければならないのか、背景にある法律論を明らかにする必要がある。現状においては、法律の条文に基づいた議論をしているとは言い難く、もっともらしい価値観を脈絡なく主張しているに過ぎない。

(2) 対立集団との喧騒の可能性に関する主張の矛盾

被告は、原告鈴木が着用していた本件靴下について、本件福岡地裁訴訟の「原告らと対立する考えを有する者等との間の喧騒にもつながりかねない」として、対立集団との喧騒の可能性を「特段の事情」を否定する要素としている（被告準備書面(1)14頁）。にもかかわらず、原告の主張に対する反論として、「一方当事者ないしその支援者と対立すると想定される者が集団を形成しているか否か、そうした対立をうかがわせる活動を表立って行っているか否かなど（レインボー柄に反発する対立集団の存否等）といった事情が法廷警察権行使の可否ないし当否を左右するとは解されない。」とも主張しており（同14頁以下）、ここでは対立集団の存否等が法廷警察権行使とは無関係であるとしている。対立集団が存在しなければ喧騒の可能性は存在しないはずで、一読して明らかな矛盾であるが、念のため指摘する。本件靴下の着用により「法廷における裁判所の職務の執行を妨げ」る具体的可能性がないという原告の主張に対して、反論に窮しているものと解される。

(3) 各バッジ排除命令に関し、以前の経緯を無視することについて

被告は本件バッジ排除命令（清水）及び本件バッジ排除命令（小川）について、第13回期日「以前の公判期日の経過が当該要請に係る法廷警察権行使の可否ないし当否を左右するとは解されない」と主張する（被告準備書面(1)17頁）。

しかし、裁判長が法廷警察権の行使にあたって、それ以前の期日での経緯を考慮すべきであるのは当然であるし、そうでなければ「裁判の各場面において、その都度、これに即応して適切に行使」することはできないはずである。第13回期日以前は本件バッジの着用により何ら訴訟運営に支障がなかったにもかかわらず、第14回期日に至って唐突に本件バッジを排除したことの合理性について、被告は正面から説明できないのである。

以 上