

慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resources

Title	地方議会の議員に対する資格決定処分と執行停止の申立ての利益： 最高裁判所平成29年12月19日第3小法廷決定の検討
Sub Title	Forfeiture of local assembly membership and the legal interest to seek a provisional remedy : 2375・2376 hanrei jiho 176 (supreme court December 19, 2017)
Author	渡井, 理佳子(Watai, Rikako)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.43 (2019. 12) ,p.119- 138
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	http://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20191227-0119

地方議会の議員に対する資格決定処分と 執行停止の申立ての利益

——最高裁判所平成 29 年 12 月 19 日第 3 小法廷決定の検討——

渡 井 理佳子

- I はじめに
- II 平成 29 年決定の概要
- III 本件補欠選挙の効力
- IV 執行停止の申立ての利益と補欠選挙の効力
- V おわりに

I はじめに

地方自治法 127 条 1 項は、地方公共団体の議会の議員が同法 92 条の 2 が定める兼業禁止規定¹⁾に該当するときはその職を失うとし、該当の有無については議会が決定すると定めている。すなわち、地方議会が、地方自治法 92 条の 2 に該当する旨の資格決定処分を行った場合には、当該地方議会の議員はその職を失うことになる。

資格決定処分に不服のある地方議会の議員が、取消訴訟を提起して当該処分を争う際には、あわせて行政事件訴訟法 25 条 2 項により執行停止の申立てをして、仮の救済を求めることになるであろう。資格決定処分の執行停止の申立ては、処分の効力の停止を求めるものであり²⁾、認容されれば、申立人は暫定

1) 地方自治法 92 条の 2 は、地方公共団体の議会の議員は、当該地方公共団体に対し請負契約をする法人の役員等を兼ねることができないとして、関係私企業からの隔離を規定するものである。

的に地方議会の議員としての地位を回復することができる。その一方で、行政事件訴訟法 25 条 1 項により、取消訴訟の提起は処分の効力を妨げないため（執行不停止原則）、裁判所における取消訴訟および執行停止の申立ての審理と平行して、地方議会に欠員が生じたことを理由に、補欠選挙の実施に向けて手続が進む可能性がある。

最高裁判所平成 29 年 12 月 19 日第 3 小法廷決定（以下、「平成 29 年決定」という）³⁾ は、地方議会の議員の資格決定処分の効力停止の後に補欠選挙が行われた事案につき、当該資格決定処分の取消判決を得ても議員の地位を回復することはできないとの判断を示した。この最高裁決定は、5 人の裁判官のうち、2 人の裁判官の反対意見が付されていることから、非常に難しい判断であったといえる。そこで、この平成 29 年決定の事実関係に注目し、公職選挙法（以下、「法」という）、地方自治法、そして行政事件訴訟法の交錯について概観することとしたい。

II 平成 29 年決定の概要

1. 事実関係

X は、平成 23 年 4 月に実施された北海道留寿都村（以下、「Y」という）の村議会議員選挙に当選し、平成 27 年 4 月実施の同議員選挙でも再選を果たして、職務を行ってきた。また X は、平成 12 年 1 月 14 日から平成 28 年 1 月 4 日までの間、建築および土木の設計、施工および管理等を業とする有限会社の唯一の株主であり、代表取締役を務めていた。

Y 議会は、平成 28 年 7 月 14 日付けで、X が地方自治法（平成 28 年法律第 94 号による改正前のもの）92 条の 2 に該当する旨の資格決定処分（以下、「本件失

2) 資格決定処分は、強制執行を伴うものではなく、後続の処分も存在しない。すなわち、処分の執行の停止や処分の続行の停止によっては仮の救済を得ることができないことから、処分の効力の停止による必要がある（行政事件訴訟法 25 条 2 項ただし書）。

3) 最 3 小決平成 29 年 12 月 19 日判例時報 2375・2376 合併号 176 頁。

職処分」という)を行った。Xは、本件失職処分によって議員の職を失ったものとされたことから、これを不服として行政不服審査法4条により北海道知事に対して本件失職処分の審査請求を行った。しかし、平成28年10月28日に、北海道知事がこれを棄却する裁決を行ったことを受けて⁴⁾、同年11月16日に本件失職処分につき行政事件訴訟法3条2項の取消訴訟を提起した。

平成28年12月22日、Y選挙管理委員会は、Xの失職に伴い欠員が生じていたY議会議員の補欠選挙(以下、「本件補欠選挙」という)の実施を決定し、平成29年3月21日に本件補欠選挙を同月26日とする告示をした。本件補欠選挙については、告示の通りに投票が行われ、Xは立候補していなかったためX以外の者が当選した。本件補欠選挙の効力および当選の効力について、法202条1項または206条1項所定の各期間内に、異議の申出がなされることはなかった。

Xは、本件補欠選挙の告示に先立つ平成29年3月3日に、本件失職処分の取消訴訟を本案として、本件失職処分の執行停止を申し立てた。札幌地裁は、本件補欠選挙の選挙期日の3日前である3月23日に、本件失職処分の効力を第1審判決の言渡し後30日を経過するまで停止することを決定した(以下、「原々決定」という)⁵⁾。Yが抗告したところ、札幌高裁は、Xは本件補欠選挙の投票がされる前に、原々決定によってY村議会議員の地位を暫定的に回復していたのであり、法に基づく異議申出期間が経過したからといってその地位を喪失することはないとして、Yの抗告を棄却した(以下、「原決定」という)⁶⁾。

Yが、原決定に対して許可抗告の申立てをしたところ、札幌高裁がこれを許可する決定をしたため⁷⁾、本件は最高裁の判断をみることとなった。

4) 棄却裁決の全文は、留寿都村議会「議会だより」149号(2016年12月5日)9-16頁に掲載されている。

5) 札幌地決平成29年3月23日判例時報2359号8頁。地方議会の議員が、失職処分を受けたことによって議員としての活動をし得ないことが、行政事件訴訟法25条2項の「重大な損害」に該当することについては、争いのないところであるものと考えられる。

6) 札幌高決平成29年5月29日判例時報2359号6頁。

7) 札幌高決平成29年6月27日判例集未登載。

2. 最高裁判定

最高裁は、原決定を破棄して新たに決定を下した。

(1) 多数意見

3人の裁判官による多数意見は、法に定める選挙または当選の効力は、「法所定の争訟の結果無効となる場合のほか、原則として当然無効となるものではない」とする昭和31年の最高裁判決（以下、「昭和31年判決」という）を引用した⁸⁾。そして、地方公共団体の「議会の議員の選挙及びその当選の効力に関し不服がある選挙人又は公職の候補者は、……法所定の期間内に異議の申出をすることができる場所、本件の事実経過に照らせば、Xは、……異議の申出をすることができたというべきである」ものの、「上記期間内に異議の申出はされなかったというのであるから、本件補欠選挙及び同選挙における当選の効力は、もはやこれを争い得ない」とした。したがって、Xは、本件失職処分を「取り消す旨の判決を得ても、……議員の地位を回復することはできないというべき」ことになる。

続いて多数意見は、Xが本件失職処分を「取り消す旨の判決を得ることによって、本件決定〔本件失職処分〕の時から上記のとおりY議会の議員の地位を回復することができなくなった時までの間における議員報酬を請求し得ることとなるから、……取消しを求める訴えの利益はなお認められるというべきであるが……現時点において、Xはもはや……議員の地位を回復することができない以上、本件決定〔本件失職処分〕の効力の停止を求める利益はないものといわざるを得ない」と結論した。

これにより、本件失職処分の効力を停止するとした原々決定は取り消され、Xの本件申立ては却下すべきとの判断が導かれることとなった。

(2) 補足意見

多数意見には、選挙をめぐる争訟手段の位置付けに関して、山崎敏充裁判官

8) 最3小判昭和31年10月23日民集10巻10号1312頁。

の補足意見が付されている。山崎裁判官は、選挙が、「集合的な行為が段階を経て積み重ねられた結果、当選人の決定に至るという一連の連続した行為であり、さまざまな利害をもつ多数の者の行為の集成という面」があること、また「公職に就く者の地位を発生させるという点で、個人の重大な権利利益に関わるだけでなく、政治的に重要な意味を有する行為」であることをふまえて、選挙の効力を検討する必要があるとする。

続いて、山崎裁判官は、選挙は「通常の行政処分とは異なり、高度の法的安定性を確保する必要性があり、それゆえ選挙の効力を争う方法は限定」されており、法は「法に定める争訟によってのみその効力を争うことができていると解される」ことを考慮すると、「選挙の効力について、例外的にせよ、……法所定の争訟手段を経ることなく、当然に無効とすることには極めて慎重でなければならない」とした。

(3) 反対意見

反対意見は、未だXが議員の地位を回復する余地は失われていないとの見解を示すものである。

①岡部喜代子裁判官の反対意見

岡部裁判官は、原々決定によって本件失職処分の効力が停止されたことにより、Xは議員としての地位を回復していたのであるから、本件補欠選挙の当時、Y議会には欠員は存在せず、したがって「実施する根拠を欠く選挙は本来実施すべきではなかったのであるから、その効力は否定されるべきであり、Y選挙管理委員会は、本件決定〔本件失職処分〕の効力停止決定と不整合な本件補欠選挙による結果を是正するため、同選挙が実施されなかったのと同様の状態にするための手続を行う義務を負う」ものと解するのが相当であるとし、繰上補充による当選人の決定との関係で同趣旨を示した最高裁の平成11年決定（以下、「平成11年決定」という）を引用した⁹⁾。

9) 最1小決平成11年1月11日裁判集民事191号1頁。

岡部裁判官は、多数意見が引用する昭和31年判決は、「選挙を行うべき事由があったことには疑義のない事案に関するもの」であって、補欠選挙の時点で議員の欠員が存在せず、これを行うべき事由がなかった本件とは事案を異にするものであり、また本件失職処分の効力が停止されているにもかかわらず行われた本件補欠選挙には、「重大かつ根本的な手続的瑕疵」があり、この「重大かつ根本的な手続的瑕疵は、選挙についての法的安定性の要請を考慮しても、なお看過し難い」とする。

そこで、「補欠選挙を行う前提を欠くにもかかわらずこれが行われたという重大かつ根本的な手続的瑕疵がある場合には、例外的に、選挙争訟によらなくても、当該補欠選挙の効力は否定されるべきであり、執行停止決定の拘束力により、選挙管理委員会に対し、当該補欠選挙がなされなかったのと同様の状態にするための手続を行う義務を課することが相当」であるとした。

②木内道祥裁判官の反対意見

木内裁判官は、本件失職処分の取消判決によってXは議員の地位を回復することができ、このことは本件補欠選挙について異議の申出をするか否かに関わらないとする。この理由としては、まず第1の前提として、Xが本件失職処分の「違法を争い司法の判断を受ける機会はず確保されなければならない」ことがあるとし、第2の前提としては「一つの議員資格について二人の議員が存する状態は議会の正当性根拠を失わせるものであって許容できない」ことがあるとする。

そして、「議員の資格決定とそれによって欠員が生じたことによる補欠選挙の当選決定は、先行処分と後行処分の関係」にあり、Xが「先行処分である本件決定〔本件失職処分〕を取り消す旨の判決を得た場合には、後行処分である本件補欠選挙はその前提条件を欠くこととなって無効となり、Xが議員の地位を回復することに何ら障害はないというべき」であり、本件失職処分の取消訴訟が行われている以上、本件補欠選挙の効力が確定したことは、本件失職処分の効力を停止した原々決定の効力を覆す理由とはならないとした。

Ⅲ 本件補欠選挙の効力

1. 問題の所在

行政処分の執行停止の申立てを認容する決定が出された場合、その決定は処分をした行政庁その他の関係行政庁を拘束する（行政事件訴訟法32条2項の規定により準用される同条1項）。本件失職処分の執行停止の申立てを認容した原々決定については、Yによる即時抗告がなされ、同じくYによる許可抗告にまで移行したが、執行停止決定に対する即時抗告は、執行停止決定の執行を停止する効力を有するものではない（行政事件訴訟法25条8項）。したがって、本件失職処分の効力を停止した原々決定の拘束力により、Xは、議員の地位を回復しており、本件補欠選挙が実施された時点でY議会に欠員は生じていなかったといえることができる。しかし、本件補欠選挙はそのまま実施され、法所定の期間内に異議の申出がなされなかったため、本件補欠選挙の効力および当選の効力は争い得ないこととなった。

本件失職処分が取り消されたとしても、選挙の効力および当選の効力が法の定める選挙争訟の手段によってのみ無効となるとするならば、Xはもはや議員の地位を回復することはできない¹⁰⁾。そこで、Xが議員の地位を回復するためには、本件補欠選挙および当選の効力を、選挙争訟によらずに無効とみることができるとするのが問題となる。

本件の争点は、本件補欠選挙の当選者の決定により、Xの執行停止の申立ての利益が消滅するかであるが、実質的な争点は、本件の事実関係の下で、本件補欠選挙の効力が当然に無効となるかどうかということにある。

2. 本件補欠選挙と選挙争訟

(1) 補欠選挙の手続

地方議会の議員に欠員が生じた場合、地方議会の議長は、欠員を生じた日か

10) Xと補欠選挙で当選した者が、1つの議席を共有することはできないことを前提とする。

ら5日以内に、都道府県または市町村の選挙管理委員会に対して通知をしなければならない（法111条1項3号）。通知を受けた選挙管理委員会は、繰上補充によって当選人を定めることができない場合には、欠員を補充するために補欠選挙を行う（法113条1項）が、実施の要件は地方議会の議員定数の6分の1を超える欠員が生じたことである（法113条1項、同6号）。Y議会の議員定数は10人であり、Xが失職してから欠員は1人のままで推移していたため6分の1を超えるまでには至っていなかったが、任期満了に伴うY村長選挙の便乗補欠選挙として、本件補欠選挙は実施されることとなった（法113条3項3号）。本件補欠選挙が便乗補欠選挙であったことからすれば、Xは本件補欠選挙の実施時期を予測することが可能であったといえるであろう。

地方議会選挙の場合には、選挙期日の少なくとも5日前までに、選挙を告示することとなっている（法34条6項5号）。選挙を行うべきではないときに、選挙の告示をして選挙を実施してもその選挙は無効であるが¹¹⁾、本件補欠選挙の告示日および立候補届出日は平成29年3月21日であり、原々決定が出される2日前のことであった。本件のように、資格決定処分によって議員の地位を失っていた者が、補欠選挙の告示日以降に執行停止決定によって地位を回復したケースは稀というべきであり、法にはこのような事態についての規定は置かれていない。

（2）選挙争訟の手續

選挙の結果を不服として提起する選挙争訟には、選挙の効力に関する争訟と、当選の効力に関する争訟がある¹²⁾。選挙の効力に関する争訟は、選挙そのものの効力について争うものであるのに対し、当選の効力に関する争訟は、選挙は有効であることを前提に、選挙会における個々の当選人の決定が違法であるとして、その効力を争うものである¹³⁾。したがって、本件では選挙の効力に

11) 田中真次『選挙関係争訟の研究』（日本評論社、1966年）95頁。

12) 田中・前掲注11）6頁。

13) 林田和博『選挙法』（有斐閣、1958年）156-157頁。

関する争訟の提起を考えることになる。

地方議会の議員の選挙について、選挙の効力および当選の効力に関し不服がある選挙人または公職の候補者は、選挙の日から14日以内に当該選挙に関する事務を管理する選挙管理委員会に対して異議の申出をすることができる（法202条1項・206条1項）。異議の申出に対する決定について不服がある者は、都道府県の選挙管理委員会に審査を申し立てるほか、当該都道府県の選挙管理委員会を被告として、高等裁判所に選挙訴訟を提起することもできる（法203条・207条）¹⁴⁾。異議の申出が、告示の日から14日を徒過してなされた場合には、当該異議の申出は不適法なものとして却下されるため¹⁵⁾、本件においては選挙争訟を提起する機会は失われている。しかし、本件補欠選挙が、選挙争訟を経ずとも当然に無効といえるのであれば、再選挙（法110条）を行うことが考えられる。

(3) 選挙争訟の本質

選挙の効力について、異議の申出をすることができるのは、選挙人または公職の候補者である（法202条1項・206条1項）。異議の申出には、行政不服審査法の一部の規定の準用があるが、同法15条の審理手続の承継の規定は準用されていない（法216条）。したがって、異議申出人が死亡した場合には、相続人であったとしても異議申出人の地位を承継することはできない。この理由は、選挙争訟が客観争訟であることによるものといえよう。すなわち、選挙争訟は、異議申出人や選挙訴訟の原告個人の権利利益とは関わりなく、行政の適正な運営の確保を目的として提起するものである。

選挙争訟にあたっては、選挙人または公職の候補者の権利利益が侵害されている必要はなく、公益上の見地からそれらの者に争訟の提起が認められている

14) 行政事件訴訟法5条は、客観訴訟のうちの民衆訴訟のひとつに選挙訴訟を挙げている。民衆訴訟は、原告の個人的な権利利益とは関わりなく、行政の適正な運営の確保を目的とする訴訟類型である。

15) 安田充・荒川敦編『逐条解説公職選挙法（下）』（ぎょうせい、2009年）1561頁。

に過ぎない。このため、選挙人が異議の申出をする場合でも、問題の選挙においてその者が投票をしたことは要件にはなっていない¹⁶⁾。したがって、Xが、自らの法的利益の救済を求めて争訟に訴える場合には、実際にXが行ったように、本件失職処分についての主観争訟である審査請求および取消訴訟をまず考えることになる。

3. 選挙の効力をめぐる先例

(1) 選挙の無効

異議の申出の審理において、選挙が無効であると判断されるのは、選挙に選挙規定への違反があり、選挙結果に異動を及ぼす虞がある場合である（法205条）。法は、選挙が当然無効となる場合について規定を置いてはいないが、法が定める無効の要件を満たしていることは当然無効を考える上での前提になるといえよう。

まず、最初の要件である選挙規定への違反とは、選挙の管理執行に関する規定違反のことを意味するが、これは選挙の自由公正が著しく害された場合をも含むものと解されている¹⁷⁾。本件では、本件補欠選挙の告示がなされた後の原々決定によって、Y議会の欠員が存在しなくなったという特殊な事情があった。そこで、Y選挙管理委員会が、そのまま本件補欠選挙を実施せざるを得ないと考えたことは、当然であると評価する見解もある¹⁸⁾。確かに、選挙管理委員会は、執行停止決定がいつ出されたのかを把握し得る立場になく、法には既に告示された選挙の撤回に関する規定は置かれていない。しかし、法には、告示日を選挙の実施についての判断基準日とするという規定も設けられていない¹⁹⁾。そこで、いったん告示がなされれば、必要性を欠く選挙でも実施しな

16) 江見弘武「選挙関係訴訟の諸問題」鈴木忠一・三月月章監修『新・実務民事訴訟法講座 10（行政訴訟Ⅱ）』（日本評論社、1982年）193頁、199頁。

17) 田中・前掲注11）64頁。

18) 佐々木泉顕・岸本明大「平成29年決定判批」判例地方自治435号（2018年）4頁、8頁。

19) 平成29年決定匿名コメント判例時報2375・2376合併号（2018年）176頁、177頁。

ければならないとまでいうことはできないであろう。また、選挙の告示がなされて以降は、選挙規定への違反は問わないとする根拠も見出せないため、本件補欠選挙には選挙規定への違反があったというべきである。

次に法は、選挙規定への違反に加えて、選挙の結果に異動を及ぼす虞があることを無効の要件としている。この要件は、選挙規定への違反がなかったならば、選挙の結果が違うものとなった可能性があることを意味するものである²⁰⁾。本件補欠選挙は、そもそも欠員のない状態で実施された選挙であったため、結果に異動を及ぼす虞の要件は満たしているといえることができる。

これらの要件から判断すると、本件補欠選挙について異議の申出がなされていたならば、その効力は無効と判断されていたものと考えられる。そこで、本件補欠選挙が、選挙争訟の方法によっても無効となるならば、Xの本件失職処分の執行停止を申し立てる利益は消滅していないことになる。選挙の無効をめぐる先例を確認すると、多数意見は昭和31年判決を引用し、岡部裁判官の反対意見は平成11年決定を引用していた。いずれの事案も、本件と同様に先行行為である議員の地位を失わせた失職処分と、後行行為としての当選の効力を争ったものであった。

(2) 昭和31年判決

この事件は、不信任決議によって失職した村長が、その後の村長選挙によって新村長の当選が確定した後に、失職処分である不信任決議の無効確認訴訟を提起したものであり、争点は無効確認訴訟の訴えの利益であった。最高裁は、法に定める選挙または当選の効力は、「法に定める争訟の結果無効となる場合のほか、原則として当然無効となるものではない」とした上で、新村長の当選が確定した以上は、旧村長はその地位に復する余地がなくなるため、訴えの利益は消滅すると判示した。すなわち、昭和31年判決は、選挙争訟によらずに選挙および当選の効力が当然に無効となることを完全に否定するものではない

20) 江見・前掲注16) 205頁。

が、原則としては選挙争訟によらなければならないと判断したものである。

最高裁は、旧村長の地位の回復については、不信任決議の無効確認訴訟とあわせて執行停止の申立てをし、申立てが認容されれば村長選挙は行われなくなるため、救済の上で欠けるところはないとした²¹⁾。なお、判旨は、失職処分
の無効確認訴訟が「是認せらるるためには、上告人は少なくとも同時に新村長の
当選または選挙の効力を争う争訟を争う不服申立の手段を採るべかりしものと
認められる」とする。抗告訴訟と選挙争訟が並立しているとき、選挙の効力に
ついての判断は同一でなければ矛盾を来すことになる。そこで、失職処分が違
法または無効と判断されたならば、それは選挙争訟において選挙無効の原因と
なると考えられるであろう²²⁾。しかし、このケースでは、上告人が抗告訴訟を
提起したタイミングが遅かったことを捉えて、「それまで放置した上告人は……
救済手続を得られなかった結果を甘受するよりほかない」との判断となった。

(3) 平成 11 年決定

この事件では、町議会から除名処分を受けた町議会議員が、同処分の取消訴訟を提起し、同時に執行停止の申立てをしたところ、本件のように執行停止決定が出された。一方で町の選挙会は、執行停止決定に先立ち、繰上補充によって当選者を決定していたため（法 112 条 5 項）、除名処分の執行停止決定が、繰上補充による当選を無効とするものであるかが争われた。

最高裁は、除名処分の執行停止決定によって、町議会議員としての地位が回復されることから、「除名による欠員が生じたことに基づいて行われた繰上補充による当選人の定めは、その根拠を失」い、町の選挙管理委員会は、「効力停止決定に拘束され、繰上補充による当選人の定めを撤回し、その当選を将来に向かって無効とすべき義務を負う」と判示した。したがって、平成 11 年決

21) 神谷昭「昭和 31 年判決判批」法学協会雑誌 75 巻 3 号（1958 年）375 頁、378 - 379 頁。
X が、本件失職処分の取消訴訟を提起し、あわせて執行停止を申し立てたことは、この判示にそったものと評価することができる。

22) 桑原勇進「平成 11 年決定判批」自治研究 76 巻 10 号（2000 年）132 頁、135 頁。

定は、選挙争訟による以外の方法によっても、繰上補充が無効となり得ると判断したものである。

4. 先例の射程

(1) 昭和 31 年判決と平成 11 年決定

選挙争訟によることなく選挙は無効となるのかという点につき、昭和 31 年判決と平成 11 年決定の結論は対照的なものであった。本件の多数意見は、昭和 31 年判決を引用しているが、平成 11 年決定の立場によるならば、先行行為である本件失職処分の効力が停止されていたことから、後行行為である本件補欠選挙の効力は、選挙争訟によらずとも当然に無効となるはずである。そこで、平成 31 年判決と平成 11 年決定の射程をどのように説明するのかが問題となる。

両者の事実は、先行行為である失職処分と後行行為である当選の決定という同じ構造でありながら、昭和 31 年判決の後行行為である当選は選挙の結果であったのに対し²³⁾、平成 11 年決定の当選は繰上補充によるものという違いがあった。平成 11 年決定の事案では、新たに選挙が実施されていないため、選挙争訟においては繰上補充による当選の効力を争うことになる。選挙が実施されていない以上、選挙の有効性を争うことはできないため、選挙争訟において主張すべきは、選挙会による当選人の決定の違法である。この主張が認容されるためには、選挙争訟において失職処分が違法であると判断されなければならないが、学説上、失職処分の適法性は選挙争訟の審査の対象にはならないと解されてきた²⁴⁾。

審査対象の問題については、最高裁も、参議院の比例代表選挙の拘束名簿登載者に関して、選挙後に政党から選挙長に除名届が出されていたケースで、同様の判断を示している。この事件は、後に選挙会が除名となった登載者を飛び

23) 神谷・前掲注 21) 378 頁は、村長選挙において新たな民意が示されたことにより、不信任決議の当否は村民によって判断されたものとする。

24) 林田・前掲注 13) 133 頁、150 頁。平成 29 年決定の木内裁判官の反対意見も、この点を指摘する。

越して下位の者を当選人と決定したため、除名となった登載者が当選無効訴訟（法 208 条）を提起して争ったものであるが、最高裁は、除名届が適法になされている限り、下位の名簿登載者の当選無効の原因とはならないと判示した²⁵⁾。

繰上補充がなされた場合、失職した議員にとっては、失職処分の取消訴訟と執行停止の申立てのみが議員の地位を回復するための手段であり、選挙争訟によって救済を得ることは不可能となっている。繰上補充では、先行行為である資格決定処分から当選人が決定するまでに、最長で 25 日間しかなく（法 111 条 1 項 3 号、112 条 8 号）、平成 11 年決定の場合には、先行行為である除名処分からわずか 4 日後に当選の決定がなされていた。そこで、繰上補充による当選の決定によって執行停止の申立ての利益が消滅してしまうとすれば、除名された地方議会議員が地位を回復する機会は確保できないことになる²⁶⁾。昭和 31 年判決と平成 11 年決定が異なる結論となったのは、このような救済手段の違いによるものであったことが指摘されている²⁷⁾。

（2）資格決定処分と救済手段

昭和 31 年判決と平成 11 年決定の結論から導かれるのは、まず、地方議会議員の地位を回復するためには、選挙争訟の提起とは別に、先行行為である失職処分などの資格決定処分の適法性は、主観争訟の方法によって争っておかなければならないということである。具体的には、抗告訴訟の方法によることになる。

このとき、先行行為から時間を経ずに後行行為である当選の決定がなされる場合には、救済の機会を確保する必要性から、失職処分に対する執行停止の申

25) 最 1 小判平成 7 年 5 月 25 日民集 49 卷 5 号 1279 頁。

26) 桑原・前掲注 22) 138 頁。

27) 桑原・前掲注 22) 137-138 頁。谷口誠「平成 29 年決定判批」行政判例研究会『平成 29 年行政関係判例解説』144 頁（ぎょうせい、2019 年）149 頁は、昭和 31 年判決は選挙についての法的安定性の観点からの原則を述べたものであるのに対し、平成 11 年決定は事後の救済手続の確保の観点から例外を示したものであるとする。

立ての利益は消滅しない。換言すれば、選挙争訟の方法によって救済を求める時間的な余裕が確保されていない場合に限り、選挙の効力および当選の効力について当然無効の余地が生じるというのが、先例の立場ということができる。

5. 平成 29 年決定

平成 29 年決定に、昭和 31 年判決と平成 11 年決定のいずれの論理が及ぶのかについては、本件失職処分を争うための手段をふまえながら、当然無効とする余地を考えることになる。多数意見と反対意見では、救済のあり方についての理解が異なっていた。

(1) 多数意見

多数意見は、昭和 31 年判決を引用し、X が村議会議員選挙の効力について異議申立てをせず、後行行為である当選の効力をもはや争うことができない以上、執行停止の申立ての利益は消滅したものとした。この背景には、山崎裁判官の補足意見にも指摘があるように、選挙の特質に鑑みた法的安定性の要請がある²⁸⁾。X の救済手段としては、選挙争訟の方法があり、そこでは先行行為である本件失職処分の適法性とは関わりなく、単純に Y 議会に欠員があったのかどうかを検討すれば足りることから、平成 11 年決定のような制約は存在していなかった。すなわち、多数意見は、X が選挙争訟を提起することは可能であり、かつそれによって十分に救済が図られることから、平成 11 年決定とは事案が異なると解したものである²⁹⁾。

さらに、多数意見が、本件補欠選挙に選挙規定への違反があるにもかかわらず、本件補欠選挙の効力を当然無効とみななかった理由としては、X が異議の申

28) 宇佐見方宏「平成 29 年決定判批」自治体法務研究 53 号（2018 年）95 頁、100 頁は、多数意見と反対意見の相違は、選挙という特質性から法的安定性をより重視するかどうかにあると指摘する。

29) 佐々木・岸本・前掲注 18) 9 頁は、本件は法的安定性と司法判断を受ける権利との調和の問題であるとする。

出をしなかったことがあるものと推測できる。Xが、選挙争訟において選挙規定への違反についての判断を仰ぐ機会を自ら失ったとすると、昭和31年決定の表現に倣えば、「救済手段を得られなかった結果を甘受するよりほか」はなく、補欠選挙の効力を検討する上で不利な要素として考慮されてもやむを得ないことになる³⁰⁾。この立場からは、Xの本件失職処分の執行停止の利益が消滅したとしても、それはXの責に帰すものであって、Xの救済に欠けるところはないとみることができる。

(2) 反対意見

岡部裁判官の反対意見は、原々決定の拘束力によりY議会に欠員は生じていなかったことから、本件補欠選挙には重大かつ根本的な手続的瑕疵が認められる結果、当然無効であるとする見解である³¹⁾。平成11年決定が引用されているが、この論理は昭和31年判決の枠組みにおいても成立するものと思われる。

木内裁判官の反対意見は、本件失職処分については、救済手段が必ず確保されていなければならないこと、そして新旧議員が同時に存在してはならないことを前提に、平成11年決定の射程を幅広く捉えて、本件失職処分の取消しによって選挙は無効となるため、執行停止の申立ての利益は消滅しないとする。木内裁判官の立場も、選挙争訟に限定することなく、選挙の効力が当然無効となる余地を認めるものであり、原々決定が出された時期を問わないものである。

30) 湊二郎「平成29年決定判批」法学セミナー増刊速報判例解説23号新・判例解説 Watch (2018年) 57頁、59頁。長内祐樹「平成29年決定判批」判例評論723号(2019年)2頁、5-6頁は、Xの側の争訟手段の不利用を強調する一方で、選挙の適法性の要請、失職処分に関する司法救済の機会の確保の要請について十分な検討を加えないまま、昭和31年判決の射程を及ぼすことには疑問が残るとする。

31) 佐伯彰洋「平成29年決定判批」判例地方自治443号(2019年)15頁、17頁は、補欠選挙を無効であるとするのが、法理論上最も筋の通った判断であるとする。

IV 執行停止の申立ての利益と補欠選挙の効力

1. 執行停止の時期と補欠選挙の効力

本件では、異議の申出によってXは議員の地位を回復できていたと考えられるため、昭和31年決定の射程の範囲内にある事案ということができる。そこで、多数意見のように、選挙争訟による救済が可能ならば当然無効の余地はないとする観点からは、本件失職処分の執行停止決定が出された時点に応じ、Xの執行停止の申立ての利益および本件補欠選挙の効力は、次のように整理ができるものと思われる。

- ①執行停止の時点が告示より前ならば、Y議会に欠員のない状況での補欠選挙の実施は違法であり、昭和31年判決の射程は及ばず、選挙は当然無効となる（山崎裁判官の補足意見）³²⁾。
- ②執行停止の時点が告示後で補欠選挙の実施前であるならば、選挙争訟による救済が可能であるため、異議の申出ができない事情がない限り、当選者の決定によってXの執行停止の申立ての利益は消滅する（昭和31年判決および平成29年決定の多数意見）。
- ③執行停止の時点が補欠選挙後で異議の申出の期間内ならば、異議の申出ができない事情がない限り、当選者の決定によってXの執行停止の申立ての利益は消滅する（②と同様）。
- ④執行停止の時点が補欠選挙後で異議の申出の期間の経過後ならば、救済の手段が確保できないため執行停止の申立ての利益は消滅せず、結果として補欠選挙は当然無効となり得る（平成11年決定、なお平成29年決定の多数意見では、本件の事実関係においてXの救済よりも法的安定性を優先するため、②と同様になる可能性がある）。

32) 深澤龍一郎「平成29年決定判批」法学教室452号（2018年）134頁。

このように、執行停止決定が出される時期によって、Xの救済や当然無効についての考え方が変わるということは、補欠選挙で当選した者にとって不利益が大きく³³⁾、法的安定性からもかえって問題が大きくなってしまうものと思われる。

岡部裁判官の反対意見は、多数意見とは異なり、選挙争訟による救済の余地を重視してはいない。また、木内裁判官は、本件のように補欠選挙が前提条件を欠く場合にまで選挙争訟を提起することを求めるのは無用な負担であるとも指摘する。救済の手段としての選挙争訟は、個人の権利利益の救済を図る争訟形式ではなく、行政の適正な執行を目的とする客観争訟である。選挙争訟によってXが確実に救済されるとしても、客観争訟を主観争訟と同視し、客観争訟に主観争訟の役割を求めることは、制度の運用として適切とはいえないであろう。

そこで、Xの本件失職処分執行停止の申立ての利益と本件補欠選挙の効力を当然に無効とする是非を検討する上で、異議の申出をしなかったことをXにとって不利な事情とするのは、客観訴訟の本質に照らしてそぐわないものと思われる。Xが、救済の手段を尽くしたかどうかを問うならば、異議の申出をしなかったことではなく、本件失職処分執行停止の申立てをする十分な時間的ゆとりがあったことを、いかに評価するかになるであろう³⁴⁾。

救済手段についての先例の考え方は、執行停止決定のタイミングによって揺れ動くものであり、昭和31年判決と平成11年決定のどちらの射程が及ぶかの判断は、非常に複雑なものとなっている。このことから、岡部裁判官の反対意見のように、瑕疵の重大性だけに注目して、選挙争訟以外にも選挙が無効と

33) 長谷川佳彦「平成29年決定判批」民商法雑誌154巻5号（2018年）240頁、247頁は、④のケースで平成11年決定に従った処理を認めることに関しては、選挙や当選者の地位が本件の場合以上に不安定になると指摘する。

34) Xが、札幌地裁に執行停止を申し立ててから原々決定が出されるまでは、20日間を要していた。Xが、本件失職決定の取消訴訟の提起と同時に執行停止の申立てをしていたとすると、本件補欠選挙の告示よりも3ヶ月前には本件失職決定の効力は停止されていたことになり、本件補欠選挙は実施されなかったと推測することができる。

なる場合があり得るとすることが考えられる³⁵⁾。本件補欠選挙が無効であるかどうかの判断は、Xがいかなる救済手段を行使したのかによって変わるものではないことがこの理由である。

2. 選挙の瑕疵

3人の裁判官による多数意見は、本件補欠選挙の効力は選挙争訟によって争わなければならないことを原則とした。しかし、他の2人の裁判官からは、それぞれ異なる見解により、選挙を実施する原因を欠いている選挙は、選挙争訟によらずとも無効になるとする反対意見が出された。

個別の事案につき、先例との関係をどのように解するのか、そして選挙の瑕疵に注目するにしても、何が重大かつ根本的な瑕疵であるのかについては、引き続き慎重な検討が必要である。抜本的な解決策としては、失職処分に対する争訟提起期間が徒過する前や争訟の係属中は、補欠選挙等による当選人の定めをすることはできないとの規定を法に設けるべきであるとのことが主張されている³⁶⁾。確かに、法的安定性を確保し、失職決定を受けた者の救済の機会を図る上では、立法による解決が図られるべきであるといえよう。さらに、このようにした場合においても、長期にわたって地方自治体の長や地方議会の議員が欠けた状態が生じ得ることから、資格決定処分を争う訴訟についても選挙訴訟や当選訴訟のような早期決着を図るための制度を設ける必要性が指摘されている³⁷⁾。

35) 岡野誠樹「平成29年決定判批」は、選挙争訟との関係では、執行停止が「手続保障と選挙の特殊性との微妙なバランスを保つために特に重要性を帯びるフェーズ」であり、「そこでの司法判断を無視することは、マクロのレベルでの制度的前提を破壊」するものと評価されることをもって、平成29年決定の各意見の中では岡部裁判官の反対意見を支持している。

36) 南博方原編著・高橋滋ほか編『条解行政事件訴訟法』（弘文堂、第4版、2014年）883頁〔山本隆司〕。

37) 野呂充「平成29年決定判批」ジュリスト1531号（2019年）52頁、53頁。

V おわりに

法の定める選挙争訟は、客観争訟である。すなわち、法律上の争訟（裁判所法3条）には該当しないことから、法によって個別に根拠が置かれているものである。そこで、平成29年決定の事案において、Xが選挙争訟を提起していれば救済されたのは事実であるが、それはあくまでも客観訴訟によって行政の適正な運営が確保された結果ということになる。Xの立場にある議員が、自らの救済を図る上では、法と行政事件訴訟法の定める救済制度をいかに調整すべきかが問われており、平成29年決定をもってしても未だ多くの議論の余地がある。

平成29年決定の多数意見は、本件補欠選挙の当選が確定したことをもって、Xが本件失職処分の執行停止を申し立てる利益を否定した。しかし、本件失職処分の取消訴訟については、Xが本件失職処分時から議員の地位を回復できなくなった時までの間の議員報酬を請求し得るとして、訴えの利益は消滅していないとの判断となった。そこで、本件失職処分の取消訴訟の中で、本件補欠選挙の効力が無効と判断されるのかどうかにつき、裁判所の判断が注目されていたが、Xが訴えを取り下げたことにより、本件は終結している³⁸⁾。

38) 留寿都村議会「議会だより」155号（2018年5月21日）18-19頁。