

〔22〕 参議院（比例代表選出）議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかった次順位の名簿登載者の除名届がされた後欠員が生じ後順位の名簿登載者が繰上補充による当選人と決定された場合に右除名が存在又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選人無効の原因

（平成七年<sup>(9)</sup>第一九号 同年五月二五日第一小法廷判決 破棄自判）  
第一審東京高裁 民集四九卷五号一二七九頁

〔判決要旨〕

参議院（比例代表選出）議員の選挙後に名簿届出政党等から選挙長に対し当選人とならなかった次順位の名簿登載者甲の除名届がされ、その後欠員が生じたため甲より後順位の名簿登載者乙が繰上補充による当選人と決定された場合、甲の除名が存在又は無効であることは、右除名届が適法にされている限り、乙の当選人無効の原因とならない。

〔参照条文〕

公職選挙法（平成六年法律第二号による改正前のもの）一一二条二項、四項、九八条二項、三項、八六条の二第五項、六項、二〇八条、憲法二二条一項

〔解説〕

一 事案の概要

## 1 はじめに

本件は、参議院（比例代表選出）議員の選挙後に欠員が生じた場合の繰上補充による当選人の決定を争う当選訴訟であり（注一）、本来であれば繰上により当選人となるべき名簿登載者Xについて、当該名簿を届け出た日本新党から除名届が提出されたために、選挙会が後順位の名簿登載者Aを当選人と定めたところ、Xが、自己の除名は無効であるから、Aの当選は無効であると主張したものである。

以下の記述においては、平成六年法律第二号による改正前の公職選挙法を「法」という。右改正法は、いわゆる政治改革法案の一つであり、衆議院にも比例代表選挙を導入するなどしたものであつて、現在は参議院（比例代表選出）議員選挙に関する条文の位置がずれるなどしている。

## 2 事実関係

原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

(一) 平成四年七月二六日に行われた参議院（比例代表選出）議員の選挙（以下「本件選挙」という。）に当たり、日本新党は、法八六条の二第一項に基づき、一六人の候補者の氏名及び当選人となるべき順位を記載した名簿を選挙長に届け出た（以下、右名簿を「本件届出名簿」という。）。本件届出名簿の登載順位は、第一位が細川護熙、第二位が小池百合子、第三位が寺澤芳男、第四位が武田邦太郎、第五位がX、第六位が小島慶三、第七位がAであつた（第八位以下は省略）。本件選挙の結果、日本新党の候補者は第四順位までが当選となり、第五順位のXは次点となった。

(二) 日本新党は、平成五年六月二三日、選挙長に対し、文書で、Xが除名により日本新党に所属する者でなくなつた旨の届出（以下「本件除名届」という。）をした。この届出書には、法の規定するところに従い、当該除名の手続を記載した文書及び当該除名が適正に行われたことを日本新党の代表者細川護熙が誓う旨の宣誓書が添えられてい

(22) 参議院（比例代表選出）議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかつた次順位の名簿登載者がされた後欠員が生じ後順位の名簿登載者が繰上補充による当選人と決定された場合に右除名が存在又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

た。

(三) 細川護熙及び小池百合子が同年七月五日公示の衆議院議員総選挙に立候補する旨の届出をしたので、参議院議長は、同日、内閣総理大臣に対し、参議院議員の欠員が生じた旨の通知をした。これを受けて、選挙長は、同月一五日に選挙会を開き、選挙会は、本件届出名簿のうちから、第六順位の小島慶三及び第七順位のAの両名を当選人と定め(以下、Aについての決定を「本件当選人決定」という。)、Y(中央選挙管理会)は、同月一六日にその告示をした。

### 3 原審の判断(注二)

原審は、右事実関係の下において、次のとおり判示して、本件当選人決定を無効とした。

(一) 本件除名届については、日本新党から法定の文書が提出されているから、本件除名届の受理に当たって選挙長のした審査に義務違反があったとはいえず、また、選挙会をした本件当選人決定に係る判断それ自体に過誤があったとはいえない。

(二) しかし、当選訴訟の趣旨、目的が、選挙会の審査と罰則のみによっては必ずしも達成されない選挙秩序の質的な維持、実現を図ることにあることを考慮すると、選挙会の判断それ自体には過誤がなくても、その判断の前提ないしは基礎を成し、かつ、当該選挙の基本的秩序を構成している事項が法律上欠如していると認められ、したがって、選挙会の当選人の決定の効力がその存立の基礎を失い、無効と認めるべき場合には、当選訴訟において当該当選を無効とすべきである。

(三) 参議院(比例代表選出)議員の選挙における政党等による名簿登載者の選定は、いわゆる拘束名簿式比例代表制による選挙機構の必要不可欠で最も重要な一部を構成しているものであって、当選人決定の実質的な要件を成し

ている。したがって、政党等による名簿登載者の除名が不存在又は無効である場合には、有効な除名が存在することを前提としてされた繰上補充による当選人の決定は、その存立の基礎を失い、無効に帰するものと解すべきである。

(四) 政党によるその所属員の除名について、その政党の規則、綱領等の自治規範において、除名要件に該当する事実の事前告知、除名対象者からの意見聴取、反論又は反対証拠を提出する機会の付与等の民主的かつ公正な適正手続が定められておらず、かつ、除名がこのような手続に従わないうでされた場合には、当該除名は公序良俗に反し無効であると解すべきである。前記の日本新党によるXの除名は、日本新党の自治規範である党則の規定に除名について民主的かつ公正な適正手続が定められておらず、かつ、民主的かつ公正な適正手続に従ってされたものではないと認められるから、無効である。したがって、これが有効であることを前提としてされた本件当選人決定は、その存立の基礎を失い、無効に帰するものといふべきである。

#### 4 上告及び参加

Y(中央選挙管理会)が上告。なお、原判決言渡し後の平成六年一月二日に、日本新党及びAが行政事件訴訟法二二条の参加の申立てをし、原審は、参加させる旨の決定をした(注三)。

#### 二 上告理由と上告審判決

##### 1 上告理由

##### (一) Yの上告理由の要旨

(1) 第一点 名簿届出政党が名簿登載者についてした除名が不存在又は無効である場合には、これを前提としてされた繰上補充による当選人の決定も無効に帰する旨の原審の判断には、法一一二条二項、四項、九八条二項前段、

〔22〕 参議院(比例代表選出)議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかつた次順位の名簿登載者の除名届がされた後、次員が生じ後順位の名簿登載者が繰上補充による当選人と決定された場合に右除名が存在し又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

三項、八六条の二第六項、二〇八条一項の解釈適用の誤りがある。

(2) 第二点 本件除名が公序良俗に反し無効である旨の原審の判断には、民法九〇条の解釈適用を誤った違法がある。

(二) 参加人ら（日本新党及びA）の上告理由の要旨

- (1) 第一点 原判決には、政党の結社の自由について憲法二二条一項の解釈を誤った違法がある。
- (2) 第二点 原判決には、繰上補充による当選を無効とすべき事由について法の解釈を誤った違法がある。
- (3) 第三点 原判決には、法二〇八条の解釈適用の誤りがある。
- (4) 第四点 原判決には、行政事件訴訟法二二条一項の解釈適用を誤った違法がある。
- (5) 第五点 原判決には、本件除名の効力について民法九〇条の解釈を誤った違法がある。
- (6) 第六点 原判決には、審理不尽の結果、判決に影響を及ぼす事実誤認がある。

2 上告審判決

本判決は、Yの上告理由第一点並びに参加人日本新党及び同Aの上告理由第一点ないし第三点について、大要次のように判示した上、これによればその余の論旨について判断するまでもなく原判決は破棄を免れないとし、自判してXの請求を棄却した。

「このように、法は、選挙会が名簿届出政党等による除名を理由として名簿登載者を当選人となり得るものから除外するための要件として、前記の除名届出書、除名手続書及び宣誓書が提出されることだけを要求しており、それ以外には何らの要件をも設けていない。したがって、選挙会が当選人を定めるに当たって当該除名の存否ないし効力を審査することは予定されておらず、法は、たとい客観的には当該除名が不存在又は無効であったとしても、

名簿届出政党等による除名届に従つて当選人を定めるべきこととしてゐるのである。」

「法が名簿届出政党等による名簿登載者の除名について選挙長ないし選挙会の審査の対象を形式的な事項にとどめてゐるのは、政党等の政治結社の内部的自律権をできるだけ尊重すべきものとしたことによるものであると解される。

……政党等から名簿登載者の除名届が提出されてゐるにもかかわらず、選挙長ないし選挙会が当該除名が有効に存在しているかどうかを審査すべきものとするならば、必然的に、政党等による組織内の自律的運営に属する事項について、その政党等の意思に反して行政権が介入することにならざるを得ないのであつて、政党等に対し高度の自主性と自律性を与えて自主的に組織運営をすることのできる自由を保障しなければならぬという前記の要請に反する事態を招来することになり、相当ではないといわなければならない。」

「参議院議員等の選挙の効力に関するいわゆる当選訴訟（法一〇八条）は、選挙会等による当選人決定の適否を審理し、これが違法である場合に当該当選人決定を無効とするものであるから、当選人に当選人となる資格がなかつたとしてその当選が無効とされるのは、選挙会等の当選人決定の判断に法の諸規定に照らして誤りがあつた場合に限られる。選挙会等の判断に誤りがないにもかかわらず、当選訴訟において裁判所がその他の事由を原因として当選を無効とすることは、実定法上の根拠がないのに裁判所が独自の当選無効事由を設定することにほかならず、法の予定するところではないといわなければならない。……政党等の内部的自律権をできるだけ尊重すべきものとした立法の趣旨にかんがみれば、当選訴訟において、名簿届出政党等から名簿登載者の除名届が提出されてゐるのに、その除名の存否ないし効力という政党等の内部的自律権に属する事項を審理の対象とすることは、かえつて、右立法の趣旨に反することが明らかである。

〔22〕

参議院（比例代表選出）議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかつた大順位の名簿登載者の除名届がされた後欠員が生じた後順位の名簿登載者が繰上位の当選人と決定された場合に右除名が存在し又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

したがって、名簿届出政党等による名簿登載者の除名が不存在又は無効であることは、除名届が適法にされている限り、当選訴訟における当選無効の原因とはならないものといふべきである。」

「前記の事実関係によれば日本新党による本件除名届は法の規定するところに従ってされているといふのであるから、日本新党による被告人の除名が無効であるかどうかを論ずるまでもなく、本件当選人決定を無効とする余地はないものといふべきである。」

### 三 説 明

#### 1 参議院（比例代表選出）議員選挙及びその繰上補充の仕組み

本判決も簡潔に述べているところであるが、参議院（比例代表選出）議員選挙及びその繰上補充の仕組みについて、法の規定がどうなっているかをやや詳しく説明しておく。

#### (一) 参議院（比例代表選出）議員選挙の仕組み

(1) 参議院議員の定数二五二人のうち一〇〇人を比例代表選出議員とする（法四条二項）（注四）。その選挙に関する事務は中央選挙管理会が管理し（法五条一項）（注五）、その議員は全都道府県の区域を通じて選挙する（法一二条二項）。

(2) 参議院（比例代表選出）議員の選挙については、選挙人は、投票用紙に一の名簿届出政党等の名称又は略称を自書しなければならぬ（法四六条二項）。

(3) 参議院（比例代表選出）議員の選挙においては、所属国会議員を五人以上有することその他の要件に該当する政党その他の政治団体は、その名称（一の略称を含む。）並びに所属する者の氏名及びそれらの者の間における当選人となるべき順位を記載した文書（名簿）を選挙長（法七五条）に届け出ることにより、その名簿に記載されている者（名簿登載者）を候補者とすることができる（法八六条の二第一項）。

(4) 参議院（比例代表選出）議員の選挙においては、各名簿届出政党等の得票数により、いわゆるドント式の比例計算で当選人の数を定め（法九五条の二第一項、二項）、名簿の順位に従い、その数に相当する数の名簿登載者を当選人とする（同条三項）。なお、このように名簿登載順位によって当選人を決定する方式は、一般に「拘束名簿式比例代表制」と呼ばれている。

(5) 当選人が定まったときは、選挙長は当選人の氏名その他選挙の次第を中央選挙管理会に報告し（法二〇一条の二第一項）、中央選挙管理会はこれを告示する（同条二項）。

(二) 繰上補充の仕組み

(1) 参議院（比例代表選出）議員の欠員が生じた場合に、当該議員の名簿に係る登載者が当選人とならなかった者があるときは、選挙会（法八一条二項参照）を開き、その者の中から、名簿の順位に従い、当選人を定める（法一一二条二項）。

(2) 参議院議員が衆議院議員等の公職に立候補の届出をする、その日に参議院議員たることを辞したものとみなされ（法九〇条）、その旨が参議院議長から内閣総理大臣に通知され（国会法一一〇条）、さらに、内閣総理大臣↓自治大臣↓中央選挙管理会↓選挙長という経路で順次通知がされる（法一一一条一項二号、二項）。これによって、右(1)の繰上補充がされる。

(3) 繰上補充に際しては、名簿登載者が当選人とならなかった者につき除名により当該名簿届出政党等に所属する者でなくなった旨の届出が、文書で、欠員が生じた日の前日までに選挙長にされているときは、これを当選人と定めることができない（法一一二条四項において準用する九八条二項前段）。右の文書（除名届出書）には、当該除名の手続を記載した文書及び当該除名が適正に行われたことを代表者が誓う旨の宣誓書（除名手続書及び宣誓書）を添え

〔22〕 参議院（比例代表選出）議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかった次順位の名簿登載者の除名届がされた後、欠員が生じた後順位の名簿登載者が繰上補充による当選人と決定された場合に右除名が存在又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

なければならぬ(法二二条四項において準用する九八条三項において準用する八六条の二第六項)。除名届出書、除名手続書及び宣誓書の様式も定められている(平成六年自治省令第四一号による改正前の公職選挙法施行規則一二条の第三項、別記三三号様式の一一、二三号様式の一二(注六))。

(4) 除名が適正に行われたことを代表者が誓う旨の右宣誓書において虚偽の誓いをした者は、中央選挙管理会の告発を待って、一〇万円以下の罰金に処せられる(法二三八条の二)。当選人がその選挙に関して右虚偽宣誓罪により刑に処せられたときは、その当選人の当選は、無効となる(法二五一条)。

## 2 除名が存在又は無効である場合の当選人決定の効力

### (一) 選挙会における審査事項

まず、仮に本件除名が無効であるとした場合に、選挙長が本件除名届出の受理に当たってした審査に義務違反があったか、また、選挙会をした本件当選人決定の判断自体に過誤があったかということが問題となる。

(1) 既に見たように、参議院(比例代表選出)議員の名簿登載者の除名について選挙長に提出することが要求されているのは、除名届出書、除名手続書及び宣誓書のみである(法二二条四項、九八条三項、八六条の二第六項)。選挙長としては、これらの文書が真正に作成され、その記載事項が満たされていれば、それ以上に除名の存否や効力について審査することなく、除名の届出を受理しなければならず、除名届が受理されれば、選挙会は、「除名……の届出が……されている」ものを当選人と定めることができない(法二二条四項、九八条二項前段)ことになる。すなわち、選挙長及び選挙会の審査は、形式的な事項にとどまるものとされているのであって、この形式的な事項の審査に誤りがない限り、選挙長の審査に義務違反があったとはいえず、また、選挙会をした当選人決定の判断に過誤があったともいえないのである。本判決は、この点について、右のような法の規定によれば、「選挙会が当選人を定め

るに当たって当該除名の存否ないし効力を審査することは予定されておらず、法は、たとひ客観的には当該除名が存在し又は無効であったとしても、名簿届出政党等による除名届に従って当選人を定めるべきこととしているのである」とする。この限りでは、原判決の判断もこれと異なるものではない(注七)。

(2) もっとも、右の宣誓書は、「当該除名が適正に行われたことを代表者が誓う旨の宣誓書」である(法八六条の二第六項)から、選挙長は、除名が「適正に」行われたかどうかを審査しなければならないのではないかとこの疑問を生じないではない。しかし、この宣誓書の提出は、除名が適正に行われたことを具体的に証明させることまではせず、代表者に宣誓をさせることによって代替するという趣旨のものであることが明らかであり、また、宣誓の内容が真実であることの担保は、虚偽宣誓に対して刑罰が課され(法二三八条の二)、これによって有罪となった代表者の当選を無効とする(法二五一条)ことによって図られている。したがって、右の点を根拠として選挙長に実質的審査の義務が課されていると解することは、到底できないであろう。この点は、比例代表制度の導入時における国会での議論を見ても明らかであると思われる(注八)。

## (二) その立法趣旨

右のように、法が名簿届出政党等による名簿登載者の除名について選挙長ないし選挙会の審査の対象を形式的な事項にとどめていることの立法趣旨について、本判決は、「政党等の政治結社の内部的自律権をできるだけ尊重すべきものとしたことによるものであると解される」とする。

## (1) 政党とその内部的自律権

最大判昭和四五・六・二四民集二四卷六号六二五頁(いわゆる八幡製鉄政治献金事件)が判示するように、「憲法は政党について規定するところがなく、これに特別の地位を与えていないのであるが、憲法の定める議会制民主主義

〔22〕

参議院(比例代表選出)議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかつた大順位の名簿登載者の除名届がされた後、後順位の名簿登載者が繰上補充による当選人と決定された場合に右除名が存在し又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

は政党を無視しては到底その円滑な運用を期待することはできないのであるから、憲法は、政党の存在を当然に予定しているものというべきであり、政党は議会制民主主義を支える不可欠の要素なのである」。参議院〔比例代表選出〕議員の選挙については、このような議会制民主主義の下における政党の役割の重要性を踏まえて、政党本位の選挙制度である拘束名簿式比例代表制が採用されたものであると説明されている(注九)。本判決は、この点を指摘した上で、政党等の内部的自律権について、次のように論じている。

「政党等の政治結社は、政治上の信条、意見等を共通にする者が任意に結成するものであって、その成員である黨員等に対して政治的忠誠を要求したり、一定の統制を施すなどの自治権能を有するものであるから、各人に対して、政党等を結成し、又は政党等に参加し、若しくはそれから脱退する自由を保障するとともに、政党等に対しては、高度の自主性と自律性を与えて自主的に組織運営をすることのできる自由を保障しなければならないのであって、このような政党等の結社としての自主性にかんがみると、政党等が組織内の自律的運営として黨員等に対してした除名その他の処分の当否については、原則として政党等による自律的な解決にゆだねられているものと解される。」

この説示は、本判決の引用する最三小判昭和六三年一月二〇日(裁判集民事一五五号四〇五頁、判時一三〇七号一―三頁、判夕六九四号九二頁。いわゆる共産党袴田事件)(注一〇)とほぼ同趣旨である。

(2) 除名についての審査と政党の内部的自律権

本判決は、政党等の内部的自律権について以上のように考察を加えた上で、「そうであるのに、政党等から名簿登載者の除名届が提出されているにもかかわらず、選挙長ないし選挙会が当該除名が有効に存在しているかどうかを審査すべきものとするならば、必然的に、政党等による組織内の自律的運営に属する事項について、その政党等の

意思に反して行政権が介入することにならざるを得ないのであって、政党等に対し高度の自主性と自律性を与えて自主的に組織運営をすることのできる自由を保障しなければならないという前記の要請に反する事態を招来することになり、相当ではないといわなければならぬ。名簿登載者の除名届に関する法の規定は、このような趣旨によるものであると考えられる。」と判示している。

これに対し、選挙長ないし選挙会に、形式的審査だけでなく、実質的審査の義務を課することが、立法論としては採り得る選択肢であったとする見解もある(注二一)。しかし、そのような立法に対しては、政党等の内部的自律権を軽視するものであるという批判が加えられよう。本判決は、単に法の解釈として、除名についての選挙長ないし選挙会の審査の対象が形式的な事項にとどめられていることを述べるだけでなく、更に考察を加え、それが妥当な立法趣旨によって裏付けられていることを明らかにしているのである。

### 3 除名の不存在又は無効と当選無効の原因

原判決は、前記のように、本件除名届の受理に当たって選挙長のした審査に義務違反があつたとはいえず、また、選挙会をした本件当選人決定に係る判断自体に過誤があつたとはいえないとしながら、そうであっても、選挙会の判断の前提ないしは基礎を成し、かつ、当該選挙の基本的秩序を構成している事項が法律上欠如していると認められ、したがって、選挙会の当選人の決定の効力がその存立の基礎を失い、無効と認めるべき場合には、当選訴訟において当該当選を無効とすべきであるとした(注二二)。

#### (一) 当選訴訟と当選無効の原因

衆議院議員及び参議院議員の選挙については、当選をしなかつた者(参議院比例代表選出議員の選挙にあっては、名簿届出政党等を含む。)で当選の効力に関し不服がある者は、いわゆる当選訴訟を提起することができる(法二〇八条

(22) 参議院(比例代表選出)議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかつた次順位の名簿登載者の除名届がされた後順位の名簿登載者が繰上補充による当選人と決定された場合に右除名が不存在又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

一項)。

当選訴訟とは、選挙が有効であることは前提とした上で、選挙会における個々の当選人の決定を違法として、その効力を争う訴訟であり(注二三)、当選人決定の違法を匡正することを目的とする民衆訴訟的性質のものであると解されている(注二四)。当選無効の原因については、一般的規定はなく、参議院(比例代表選出)議員の選挙について「名簿届出政党等に係る当選人の数の決定に過誤があるとき」が明記されている(法二〇八条二項)だけである。したがって、当選人決定の手續全般についてその違法の重大性について評価する以外はないとされ(注二五)、あるいは、当選無効の原因は、当選人決定に関する諸規定についての選挙執行機関の判断の誤りであり(注二六)、選挙会の決定の適不適を争うものであるとされている(注二七)。従前の判例も、明言してはいないが、それを当然の前提としているものと解される(注二八)。

当選訴訟についての右のような一般的理解によれば、当選訴訟は、当選人を決定するに当たって選挙長ないし選挙会がした審査、判断に法令違背があつた場合に、これを原因として当選を無効とする形成訴訟であり(注一九)、選挙長ないし選挙会がした審査、判断に瑕疵がないにもかかわらず当選を無効とすることは予定されていないと考えるのが、素直な解釈であろう。

仮に、原判決のように選挙長ないし選挙会の審理、判断に過誤がないにもかかわらず当選訴訟によって当選を無効とすべき場合があることを認めると、選挙会としては法令に従つて甲候補者を当選人と決定しなければならぬのに、後に当選訴訟によって甲の当選が無効とされることがあることになり、しかも、選挙会は、そのことを予想し得る場合であっても、みすみす甲を当選人と決定しなければならぬことになる。このような事態については、行政(選挙)実体法による当選の有効、無効という法律効果について、選挙を管理する行政機関に第一次的判断権を

与えず、これに代えて裁判所に選挙についての行政的権能を与えるものであるという批判が妥当するであろう。

これに対し、原判決は、当選訴訟が設けられている趣旨について、法一条に規定する法の目的を実現し、法の定める選挙秩序を維持するため、当選訴訟を通じて、選挙長ないし選挙会による審査及び罰則のみによっては必ずしも達成されない選挙秩序の実質的な維持・実現を図ることにあると説示しているが、そのような解釈は、実定法の規定から当然に導き得るものではないし、さらに、選挙長ないし選挙会の判断自体には過誤がなくても、当該選挙の基本的秩序を構成している事項が法律上欠如していると認められる場合には、当選訴訟によつて当選を無効とすべきであるとするのは、実定法の根拠なしに裁判所が独自の当選無効事由を設定するものとのそしりを免れないように思われる。

(二) 前提となる私人の行為が不存在又は無効である場合の行政行為の効力

原判決は、この点に関する論拠の一つとして、次のように言う。私人の行為であつても、それが公的性質を有すると認められるほどに行政行為と深い関連性を有し、当該行政過程において占める位置が重要なものであつて行政行為の実質的要件を構成しているものと認められる場合において、私人の行為が不存在又は無効であるときは、行政行為がそれ自体に行政庁の判断過誤等の瑕疵がなくても、行政行為は無効であると解すべきである、と。

確かに、私人の公法行為が行政行為の前提である場合に、私人の公法行為が不存在又は無効であるときは、当該行政行為は、前提を欠き、原則として無効となるという見解が有力である(注二〇)。しかし、ここで問題となる私人の行為とは、申請、公務員の退職願、道路位置指定処分についての承諾等の「公法行為」であつて、純然たる私法上の行為をいうものではない。行政行為の前提となつている私人の私法上の行為が不存在又は無効である場合には、私人の有効な行為が存在することがその行政行為の要件となつているのであれば、要件を欠く行政行為として違法

(22)

参議院(比例代表選出)議員の選挙後に名簿届出政等から当選人とならなかつた次順位の名簿登載者の除名届がされた後欠員が生じ後順位の名簿登載者が繰上補充による当選人と決定された場合に右除名が存在又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

になるというだけのことであり、いわゆる先行行為の不存在・無効の問題とは異なるであろう。

本件除名について考えると、「私人の公法行為」とみられるのは「除名の届出」であるが、本件において届出自体が不存在又は無効であるとみる余地はない。したがって、原判決のいうような先行行為の不存在・無効の問題ではなく、除名の届出が有効に存在しているも除名自体は不存在又は無効である場合に、選挙会をした本件当選人決定が違法となるかという問題になるのであるが、既に検討したように、選挙会のような当選人決定については、選挙会には名簿届出政党から届け出られた名簿登載者の除名が有効に存在していることの審査権はないのであるから、行政機関が審査権を有しないそのような事由が当選人の決定という行政行為の効力要件であるとは、到底解されないであろう。

### (三) 名簿登載者の選定と当選人決定の実質的要件

原判決は、さらに、参議院（比例代表選出）議員の選挙における政党等による名簿登載者の選定は、いわゆる拘束名簿式比例代表制による選挙機構の必要不可欠で最も重要な一部を構成しているものであって、当選人決定の実質的な要件を成しており、したがって、政党等による名簿登載者の除名が不存在又は無効である場合には、有効な除名が存在することを前提としてされた繰上補充による当選人の決定は、その存立の基礎を失い、無効に帰するものと解すべきである、と判示する。

(1) 参議院（比例代表選出）議員の選挙においては、政党による名簿登載者の選定及び除名が極めて重要な意味を有し、その適正が担保されるべきことはいうまでもないところである。したがって、名簿登載者の除名が不存在又は無効であるにもかかわらず、被除名者を当選人と定めることができないうことが、好ましい事態とはいえないことまでは、肯定すべきであろう。しかし、だからといって、有効な除名が存在することが当然に当選人決定の

法的な要件になるとはいえないのであって、要件であるかどうかは実定法がどのように定めているかで決まるべきものである。

(2) 原判決は、虚偽宣誓に対する罰則があることに加えて、名簿登載者の選定に関して受託取賄罪が設けられている(法二二四条の三)ことから、名簿登載者の選定が当選人決定の実質的な要件をなしていることが明らかであると言う。しかし、虚偽宣誓に対する罰則は、宣誓の内容が真実であることを担保しようとするものであり、その反面、宣誓が適式に行われればそれ以上は国家権力が政党の内部問題に介入しないという立法政策を示すものであるということができる。また、受託取賄罪が設けられているのは、名簿登載者の選定が賄賂によって左右されないように罰則をもって担保しようとするものである(さらに、法二五一条により、取賄罪で有罪となつた者が当選人であるときは、その当選は無効となる。)が、その担保があることを支えとして、選定機関の代表者が名簿登載者の選定が適正に行われたことを宣誓すれば(法八六条の二第二項六号)、それ以上は国家権力が介入しないこととするという趣旨に理解することができよう。なお、法は、名簿登載者の選定手続及び除名手続以外にも各種の宣誓書の提出を要求しており、これらの宣誓が真実に反する場合には、選挙長がこれを知ったときに名簿の登載の抹消等の措置を講ずべきこと(法八六条の二第五項前段、九項)、違反した政党に対する投票が無効とされることなどを規定している(法八八条二項三号、九五条の二第二項)が、名簿登載者の選定手続及び除名手続についてはそのような規定がない。これも、名簿登載者の選定と除名については国家権力が介入しないという立法政策を示すものであるといえるであろう。

(3) 原判決は、さらに、選挙人の政党の選択は名簿登載者及びその順位をも考慮してされるものであるから、投票後にされる除名は選挙人の意思を無視することになると言う。投票後にされる除名にそのような側面があること

〔22〕

参議院(比例代表選出)議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかつた次順位の名簿登載者の除名届がされた後欠員が生じ後順位の名簿登載者が繰上補充による当選人と決定された場合に右除名が存在し又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

は、原判決のいうとおりである。しかし、元来、拘束名簿式比例代表制の選挙制度は、個々の候補者ではなく、政党を選択するものなのであるから、むしろ、その政党から除名された者が名簿にとどまって、その政党に対する投票によって繰上補充の当選人とされる方が、選挙人の通常の意味に反するとも考えられる。それに、名簿登載者を考慮しての投票という要素を強調しすぎると、除名が無効である場合だけでなく、除名が有効であっても、投票後の除名によって名簿から外すのは選挙人の意思に反するという議論にまで発展してしまうことになりかねない。

(4) また、原判決は、拘束名簿式比例代表制が立法化された際の国会の論議をみると、法は、政党がその規則等において除名要件並びに民主的かつ公正な除名手続を具体的に定め、それに従って除名が行われることを当然の前提としているものというべきであるとし、国会の会議録を引用する。しかし、この会議録によると、発議者の答弁は、各政党において定められている除名の手続に従って行われたものが適正であるというものであって、原判決のいうような厳格な手続を要求しているわけではない(註三二)。むしろ、その政党で定めた除名の手続に従っていれば「除名が適正に行われた」ことになるというのが、立法者の意思であると解されるのである(註三三)。

#### (四) 本判決の見解

本判決は、以上の論点のすべてに触れているわけではないが、選挙会等の判断に誤りがないにもかかわらず裁判所がその他の事由を原因として当選を無効とすることは、「法の予定するところではな」く、「このことは、名簿届出政党等から名簿登載者の除名届が提出されている場合における繰上補充による当選人の決定についても、別異に解すべき理由はない」とし、名簿登載者の除名に関する前記立法の趣旨にかんがみれば、「当選訴訟において、名簿届出政党等から名簿登載者の除名届が提出されているのに、その除名の存否ないし効力という政党等の内部的自律権に属する事項を審理の対象とすることは、かえって、右立法の趣旨に反することが明らかである」とした。した

が、「名簿登載者の除名が不存在又は無効であることは、除名届が適法にされている限り、当選訴訟における当選無効の原因とはならない」ことになる。

#### 4 その余の論点について

日本新党によるXの除名届が法の規定するところに従ってされていることは、原審の適法に確定するところであるから、本判決の見解によれば、Xの除名が無効であるかどうかを論ずるまでもなく、Aを当選人とする決定を無効とする余地はないことになる。そこで、本判決は、日本新党によるXの除名が無効であるかどうかという論点に立ち入ることなく、原判決を破棄し、自判してXの請求を棄却したのである。

したがって、その余の論点は本判決の関知するところではないが、解説者として、若干付言しておきたい。

#### (一) 除名の有効要件と司法判断

原判決は、政党がした黨員の除名を無効とする事由として、①除名の決定に至る意思形成過程の重大な瑕疵、②除名の手続を定める自治規範違背、③民主的かつ公正な適正手続の不制定及び不遵守の三点を挙げる。このうち本件で問題になったのは③であるが、このような無効事由が、実定法の定めによることなしに、一般的な団体理論から導き出せるかどうかが問題となろう。

原判決は、③の点を無効事由とする理由として、第一に、名簿登載者に対する除名が民主的かつ公正な手続に従ってされることが選挙秩序の一部をなしており、当選訴訟においてこれに照らして除名の効力を判断することが法の趣旨・目的に合致すると判示するが、この点については、前記3でこれとは異なる本判決の見解を解説したところである。

原判決は、次に第二の理由として、名簿登載者についてする除名は、国会議員の選定過程の最も重要な一部にか

(22) 参議院(比例代表選出)議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかつた次順位の名簿登載者の除名届がされた後順位の名簿登載者が続上補充による当選人と決定された場合に右除名が不存在又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

かわる公的ないしは国家的性質を有し、単に政党の内部事項にとどまるものではないから、民主的かつ公正な適正手続によってこれを行うことは、政党の遵守すべき公序というべきであり、その不遵守は、政治的批判の対象ないし政治責任の問題であるにとどまらないとして、前掲最三小判昭和六三・一二・二〇を引用する。しかし、政党が名簿登載者を除名することによって繰上補充の対象者に異同を生ずる場合には、それが公的ないし国家的秩序とかわりがあることはもちろんであるが、それはあくまでも、政党が組織内の事項について自律権を行使したことから派生する結果にすぎないものであるとも考えられよう。

なお、原判決の引用する前掲最三小判昭和六三・一二・二〇(注三)は、「したがって、政党が黨員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る」としている。この判決は、政党が被除名者に対して党施設である建物の明渡しを求めた事件に関するもので、本件で原判決が問題とする「公的ないし国家的秩序」について触れるものではなく、訴訟物が一般市民法秩序と直接の関係を有しないときは「法律上の争訟」とはいえず、裁判所の審判権が及ばないとしたものであると解される(注四)。したがって、この判旨を本件に直ちにあてはめることはできないが、右判決と整合させると、黨員の除名が当選訴訟の訴訟物と直接の関係を有するのであれば、これについて裁判所の審判権が及ぶものと解することになる。しかし、そうであっても、既に検討したところによれば、有効な除名の存否は当選訴訟の訴訟物と直接の関係を有しない(直接の関係を有するのは、有効な除名届の存否)ものと解すべきであるから、結局、本件除名の効力いかんは、当選訴訟における裁判所の審理の対象とはならないと考えるべきことになる。

右判決は、さらに、前記の引用部分に続いて、「(政党の)処分が一般市民としての権利利益を侵害する場合であっても、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、適正な手続に従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」と説示する<sup>三三五</sup>。しかし、この説示は、除名が訴訟物と直接の関係を有することを前提とするものであり、その前提を採り得ないこと、前記のとおりである。

したがつて、政党と被除名者との間で除名の効力を争う(そして、法律上の争訟性のある)訴訟においては、最三小判昭和六三・一二・二〇の右説示が妥当するが、当選訴訟である本件訴訟についてこの説示するところを適用する余地はないものといふべきであらう。

## (二) 本件除名の効力、二二条参加の問題等

日本新党及びAの上告理由は、更に次のように主張する。①日本新党は、本件除名の手続において、Xにあらじめ除名の具体的事由を告知し、弁明等の機会も十分与えたから、原判決が除名の無効事由について判示するところに従つても、本件除名が公序良俗に反するとはいえない。②原判決がこれと異なる判断をしたのは、原審が職権で日本新党を本件訴訟に参加させなかつた審理不尽のためであつて、この措置は、行政事件訴訟法二二条にも違背する。

本判決が否定した原判決の前提理論を肯定する場合には、これらの点は、本件の結論を左右する重要な論点となるべきものであるが、この解説の対象外の問題である。

## 5 本判決の意義

本判決は、拘束名簿式比例代表制の選挙における繰上当選と名簿登載者の除名の効力との関係に関するものであり、その後、衆議院議員の選挙についても拘束名簿式比例代表制が導入されたとはいへ、同種事案が頻発する性質のものではないが、政党の内部的自律権と当選訴訟の関係を論じた点で、政党の内部問題に関する訴訟一般につい

(22)

参議院(比例代表選出)議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかつた大順位の名簿登載者の除名届がされた後、後順位の名簿登載者が繰上位の当選人と決定された場合に右除名が存在し又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

て重要な先例となるものと思われる(注二六)。

(注二) 本件の事件名は「選挙無効」となっているが、本件は、選挙無効訴訟(公職選挙法二〇四条)ではなく、当選無効訴訟(同法二〇八条)である。訴状の事件名の記載は「当選無効」となっており、「選挙無効」は原審が記録の表紙に付けた事件名であるが、その理由は不明である。

(注三) 原判決の評釈等として、田島優子・法律のひろば四八巻四号四八頁、常本照樹・法学セミナー一九九五年五月号(四八五号)七七頁、高橋和之・ジュリスト臨時増刊平成六年度重要判例解説一九頁、滝沢正・判例評論四三七号三五頁(判例時報一五二七号一九七頁)がある。ただし、田島優子氏は、参加人日本新党及びAの訴訟代理人である。また、原判決を掲載する判時一五一三号六〇頁及び判タ八七一号八四頁には、それぞれ(特に後者)詳細な匿名コメントが付されている。なお、(補注)の末尾を参照。

(注三) 周知のように、新進党の結党に伴い、日本新党は参加の申立てをした日の翌日である平成六年二月九日に解党したので、日本新党に当事者能力(参加能力)があるかということが問題になる。Xは、日本新党の参加申立てに対する意見書で日本新党には当事者能力がないと主張した。これに対し、日本新党は、参加申立理由補充書において、常任幹事会が細川護熙を代表清算人を選任して日本新党を当事者とする訴訟等に関する事項を委任しており、本件参加は清算事務の一つであると主張して、常任幹事会議事録の抄本を提出した。民法七三条、七八条、民訴法四五条、四六条によれば、右参加も清算事務の一つであるとして、日本新党の当事者能力(参加能力)を肯定することができよう。

(注四) 参議院の比例代表選挙は、昭和五八年の参議院通常選挙から、それまでの全国区に代えて導入された。

(注五) したがって、参議院比例代表選出議員の選挙についての選挙訴訟、当選訴訟等は、東京高等裁判所の専属管轄とされている(法二二七条)。

(注六) このうち別記二三号様式の一二に定める宣誓書の様式は、「平成何年何月何日上記の機関及び手続により、平成何年何月何日執行の何選挙における下記の名簿登載者に係る除名が適正に行われたことを誓います。」として、政党その他の政治団体の代表者が記名押印するというものであり、この様式に準じて宣誓書を作成すべきものとされている。

(注七) 滝沢・前掲評釈三八頁もこれを支持している。これに対し、高橋・前掲評釈二二頁は、この点にも反対するものであるうか。

(注八) 例えば、法案の発議者の一人である松浦功参議院議員は、「出されました宣誓書について一つ一つ本当であるかどうか政党の内部に立ち入って調べるなどということは、中央選挙管理会に権限があるとは存じておりません。」と答弁し、大林勝臣政府委員(自治省行政局選挙部長)は、「宣誓書を要求しておりますのは、……要件が充足しておるかどうか選挙管理機関においては実際問題としてわからない、わからないからやむを得ず宣誓書をつけていただくというシステムになっておるわけでありませう。……罰則を設けておりましても、選挙管理会当局といたしましては、事実上はその宣誓書がうそであったか本当であったかということとは社会に明るみに出してからでないと実はわからないというのがこれまでの実情でもございます。」と答弁している(第九六回国会参議院公職選挙法改正に関する特別委員会会議録一五号一二頁以下)。

なお、選挙法制研究会・問答式参議院比例代表選挙制度の解説五五頁は、「黨員資格の得喪は政党の内部問題であり、選挙長の職権によってその実態を客観的に把握し得ないものであるから、……政党等の届出にまつことが適当であろう。」とする。

(注九) 現代選挙法研究会・改正公職選挙法の解説一頁、五一頁等

(注一〇) 原告日本共産党が、党の元役員であった被告梶田里見を除名処分にし、それを理由として被告にその居住する党所有の建物の明渡しを求めた事件。被告が除名処分の効力を争ったのに対し、原告は、その点は、政党の内部的自律権に属する事項として、司法審査の対象となり得ないと主張した。最高裁第三小法廷は、本判決と同趣旨の説示をした

(22)

参議院(比例代表選出)議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかつた次順位の名簿登載者の除名届がされた後次員が生じ後順位の名簿登載者が繰上位の当選人と決定された場合に右除名が存在し又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

上、「したがって、政党が党員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っても、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、適正な手続に則ってされたか否かによって決すべきであり、その審理も右の点に限られる」とし、その観点によれば右除名処分は有効であるとして、原告の請求を認容する原判決を維持した。

(注一一) 滝沢・前掲評釈三八頁

(注一二) 高橋・前掲評釈二二頁、滝沢・前掲評釈三八頁は、基本的に原判決の見解を支持している。

(注一三) 林田和博・選挙法一四八頁

(注一四) 自治省選挙部・逐条解説公職選挙法〔改訂新版〕一一一三頁、園部逸夫編・注解行政事件訴訟法五三二頁〔園部〕等。もっとも、地方公共団体の議員及び長についての当選訴訟については広く選挙人に原告適格が認められていること〔法二〇六条、二〇七条〕と対比すると、国会議員についての当選訴訟は、民衆訴訟ではないという見解もあり得るところであり、最三小判昭和二三・六・一五民集二卷七号一三四頁をそのように読むことも可能である。ただ、法二一九条一項は、当選訴訟等の選挙関係訴訟について、民衆訴訟に関する行政事件訴訟法四三条の適用があることを前提として、その特則を定めている〔園部編・前掲書五三五頁以下〔園部〕を参照〕。

(注一五) 林田・前掲書一五六頁。同書は、当選無効の原因として、①当選人決定の方法に関する瑕疵、②得票数算定の違法、③当選人の一身上の資格の認定に関する瑕疵を挙げる。

(注一六) 田中真次・選挙関係訴訟の研究一四五頁以下。同書は、大きく分けて、候補者の得票数の問題と当選人たり得る資格に関する問題とがあるとする。江見弘武「選挙関係訴訟の諸問題」新実務民訴講座10二二頁も同旨。同論文は、当選人決定の手続に関する違法は選挙無効事由であり、当選無効事由となり得るのは当選人決定の内容上の誤りに限られるとする。

(注一七) 自治省選挙部・前掲書一〇九三頁

(注一八) 例えば、最二小判昭和二三・九・二五民集二卷一〇号三四九頁、最三小判昭和二五・五・九民集四卷五号一七二頁。なお、最高裁事務総局・主要行政事件裁判例概観6四二頁以下を参照。

(注一九) 当選訴訟が形成訴訟であること(実体的に無効であることを確認する訴訟ではないこと)は、最二小判昭和二四・三・一九民集三卷三号七四頁の説示からもうかがわれるところである。

(注二〇) 田中二郎・行政行為論三三二頁、同・行政法総論二四九頁。これまでの下級審裁判例も、この見解に従っているということが出来る(最高裁事務総局・続々行政事件訴訟十年史上卷二八二頁以下を参照)。

(注二一) 法案の発議者の一人である松浦功参議院議員は、「各政党においてそれぞれ除名の手続というものは決めておられるはずでございます。その手続に従って行われたものが適正である、こういうふうに考えております。」「ある政党が除名の手続規定があるにもかかわらずその手続を踏まないで特定の方が除名という行為をとったような決定をした、そういうことが外部にわかった場合には正当な除名とは認められない、そういう場合に告発ということがあり得るのじゃないかということをお願いしておるわけでございます。」と答弁している(第九六回国会参議院公職選挙法改正に関する特別委員会会議録一五号一二頁)。

(注二二) 秦豊(当時参議院議員)「拘束名簿式比例代表制に関する一考察(下)」法と政策七号七七頁は、政党法を制定しないで比例代表制を導入することを非難する論旨であるが、「除名の場合、「除名が適正に行われた」とはその政党等の除名手続の記載どおりの手続により除名がなされたというだけのことであって、その除名手続自体がいかに非民主的でないものであっても、それは改正法案では問うところではないとするものである。」としている。

(注二三) (注一〇)を参照。

(注二四) 新堂幸司「審判権の限界」講座民事訴訟2一〇頁以下、一五頁以下、竹下守夫「団体の自律的処分と裁判所の審判権」書研所報三六号三〇頁以下、四八頁以下を参照。

[22] 参議院(比例代表選出)議員の選挙後に名簿届出政党等から当選人とならなかつた大順位の名簿登載者の除名届がされた後順位の名簿登載者が繰上位の当選人と決定された場合に右除名が存在し又は無効であることと後順位の名簿登載者の当選無効の原因

(注二五) 佐藤幸治「司法権と団体内部の紛争(2)」法学セミナー一九八一年一月号一二七頁は、次のように、この判旨に近いことを述べていた。「『結社の自由』の保障中に含まれる内部的規律に関する措置権は、公正な手続によるものでなければならぬという条件付きのものであると解する余地がある。ただ、その場合でも、自律権尊重の趣旨から、裁判所はまず当該措置が結社自体の定める手続的規定に従ってなされたか否かに原則としてその審査を限定すべきものと解される。その手続規定が著しく公正さを欠くとか、手続規定が不存在の場合に限って、裁判所は一定の公正な手続を課しうるとみるべきであるが、ただ、その場合も、具体的に何をもって公正な手続とみるべきかは、結社の目的・性格・機能によって異なりうることに注意されなければならない。」

(注二六) 判例集に本判決の参照条文として憲法二二条一項が掲げられているのは、本判決が「政党」について判示していることを示すものである。

(補注) 本解説の初出(平成七年一〇月発行の法曹時報四七卷一〇号二三九頁)後に現われた本判決の評釈等として、中谷実・法学教室一九九五年一月号(一八二号)八二頁、苗村辰弥・法政研究六二卷二号三四一頁、小林武・南山法学一九九三年三月号一四一頁、山元一・判例セレクト'95(法学教室一八六号別冊付録)一五頁、植村勝慶・平成七年度重要判例解説(ジュリスト一〇九一号)一八頁、高橋和之・ジュリスト一〇九二号五二頁、折目斎・訟務月報四二卷七号一七〇三頁、毛利透・法学協会雑誌一一三卷八号一二四七頁、金子順一・平成七年度主要民事判例解説(判例タイムズ九一三三号)三二八頁、松田聰子・帝塚山学院大学研究論集三一集六〇頁があり、原判決の評釈等として、座談会・訟務月報四一巻一号別冊一八七頁がある。

(近藤 崇晴)