

公務員の解散・解職請求権の政令による制限・再論

安 本 典 夫

- 一 はじめに
- 二 解散請求制度の二段階構成と「連署による請求手続」への公職選挙法規定の準用
- 三 非常勤の特別職公務員の解散・解職請求権制限
- 四 まとめにかえて

一 はじめに

(a) 地方自治法二三条二項は、「日本国民たる普通地方公共団体の住民は、この法律の定めるところにより、その属する普通地方公共団体の議会の解散を請求する権利を有する。」と定め、同二項・三項は、同様に議会の議員・長その他の公務員の解職請求権を定めている。そして、同七六条で連署による請求は代表者から行つとされている

（議員等の解職請求にもそれぞれ同様の規定がある）。この代表者となる資格を「日本国民たる普通地方公共団体の住民」よりさらに制限する規定は、地方自治法にはない。しかし、地方自治法施行令¹⁾によって、非常勤特別職公務員も含めてすべての公務員について、請求代表者となる権利が剥奪されている。

それは、地方自治法八五条一項による公職選挙法規定の準用は、「連署による請求手続」にも及ぶとした上で、公職選挙法八九条一項の「連署による請求手続」への準用を前提として、公職選挙法の「公職の候補者」を「請求代表者」と読み替え（地自令一〇八条）、「非常勤特別職公務員の立候補は可」とする規定（公選法八九条一項但書き）の準用除外（地自令一〇九条）をする、という地方自治法施行令の構成によってもたらされた。

(b) しかし、法律に何らの規定もないまま、行政機関の定めた規範の一つである政令によって、解散・解職請求権の一部である「代表者になる権利」が制限され、それが一人だけですべての署名が無効になる、とする判例・実務が、果たして許されるものであろうか。

そのような政令は、委任の範囲を逸脱した無効なものであり、しかもすべての非常勤特別職公務員にそのような権利制限をすることは許されないと、私自身、一九七八年以来論じてきた²⁾。学説の多くも同様の立場にたつ。しかし、それにもかかわらず、判例は変わらない。しかも、最近出された判決（高知地判平成二〇・一二・五裁判長小池明善裁判官）では、後述のように、この問題での論点をまったくとらえないまま、論証抜きに従来の流れが踏襲された。

改めて、解散・解職請求制度の構造に立ち返って検討することが求められている³⁾。

(c) この問題に関わる訴訟は、議会の解散請求、長あるいは議員の解職請求など様々なものに関わって提起されているが、地方自治法・地方自治法施行令の規定は、解散請求を中心とした構成となっており、長・議員その他の解職請求については、それをさらに準用する形をとっている。本稿においては、原則として解職請求に即して論じる。

以下では、まず、解散請求制度の二段階構成（「連署による請求手続」と「解散投票手続」）理解と、第一段階の「連署による請求手続」への公職選挙法規定準用の是非、および公職選挙法規定の準用・読み替えによって公務員の請求代表者資格を剥奪することの是非を検討し、そして、行政立法による恣意的な準用除外によって請求代表者資格の剥奪がさらに広げられたことについて、法論理および現実的妥当性の両面からの検討を行う。

二 解散請求制度の二段階構成と「連署による請求手続」への公職選挙法規定の準用

(一) 「連署による請求手続」への公職選挙法規定の準用をめぐる判例・実務

(a) 解散請求制度は二段階構成（連署による請求手続と解散投票手続）がとられているのではないか。この点についての行政実例には、二様のものがある。

一つは、「地方自治法八五条により解散・解職投票に公職選挙法の届出時間の規定「現二七〇条・筆者注」が準用されているのであるが、この届出時間の規定が請求代表者証明書交付申請の当初から準用されるか」という趣旨の問い合わせに対し、「地方自治法第八五条にいう解散の投票及び解職の投票とは、請求代表者証明書交付の手続に始まる一連の手続をいつ」としたものである（昭和二八・一・二八自丙選発一七号山口県選管宛自治省選挙部長回答）。

しかし、その後、それとは異なる趣旨の行政実例が出されている。「地方自治法の規定による解散又は解職の請求における賛成又は反対の運動は解散又は解職の投票運動と、その前提である署名の収集を成立させ又は成立させ

ない運動とに判然と区別されるべきものであり同法第八五条で準用される公職選挙法第二章の選挙運動に関する規制は、投票運動についてのみ適用するものと解してよいか。」という問い合わせに対して、「お見込みの通り。」という回答がなされた(昭和三二・一一・一八、自丙管発第九〇号、福岡県選挙委員長宛 選挙局長回答)。この回答は、解散・解職投票運動と解散・解職請求の署名運動をこのように明確に分離しつつ、署名収集開始の当初から投票運動はありうるとし、その投票運動については公職選挙法の規定が準用され、署名収集・収集反対運動には公職選挙法の規定は準用されない(公務員も署名収集・収集反対運動は禁止されない、署名収集・収集反対運動の事務所数は制限されない、など)、という趣旨のものである。

このうち、行政実例としては、しばしば昭和二八年行政実例が引用されてきた。これが出された直後の最判昭和二九・五・二八⁴⁾の調査官解説が、昭和二八年行政実例を引用し、「これが地方自治法立案当局の見解であり、地方自治法施行令の規定もそれを前提としている」という趣旨の記述をしたからであろうか。しかし、同行政実例は、届出時間についてのものにすぎず、内容面も含めてより説得的なのは、むしろ後に出された昭和三二年行政実例だろ⁵⁾。

(b)「連署による請求手続」への公職選挙法規定の準用の是非が争われた事件として、神戸地判昭和二九・四・二〇⁶⁾がある。本件は、村長Aについての解職請求署名の効力について、Aの異議申立を却下した選挙管理委員会の決定の取消しを求めて、Aが訴訟を提起したものである。Aの主張は、「請求代表者に、法令上請求代表者になれない村議会議員B、村農業委員会委員Cが含まれており、署名は無効である」というものであった。

それに対して、被告村選管代理人は次のような趣旨の主張をした。連署による請求手続と解職投票手続は別のものである。その解職投票手続に公職選挙法の規定の準用を認めれば八五条一項の解釈を誤って、地方自治法施行令一

一八条は請求代表者の資格を制限した。これは、これは法の委任なくして施行令自体が解職請求代表者たりうる資格を制限したことになり、憲法七三条六号、内閣法二一条の規定に反する⁷⁾。

判決は次のように述べた。被解職請求者と請求代表者とは当初より対立し、その相對立する様相・形態は、立候補した者が互いに相對するそれに酷似し、請求代表者が長等の解職請求をすることは、立候補することに相当する⁸⁾。その点からすれば公務員が請求代表者となることもまた甚だ妥当でない⁹⁾。地方自治法八五条一項が、公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定を八一条二項の規定による解職投票に準用する旨を規定したが、この規定における「解職の投票」とは、解職請求代表者証明書交付申請に始まる一連の手続を指称する。

(c)その直後の最高裁判例が、最高裁がこの立場にたったことを示す判決としてしばしば引用される。もっとも本件は上記の判決とは事案をかなり異にする。

Aらは、村選挙管理委員会から請求代表者の証明書交付を受けて、村長Bおよび村議会議員Cに対する解職請求署名を集め、B・Cについてそれぞれ一、一六三人の署名を集めて選管に提出した。選管は、それぞれ一、〇四八一人、〇六五人が有効として決定・告示をして縦覧に供した。それに対してB・Cは、署名の中には「甲川分水反対」、「乙ダム建設反対」といって集められたものがありそれは詐欺にもとづくものとして無効である、と異議を申し立て、それを受けて選管は、Bについての署名中一七三人、Cについての署名中一七六人分は詐欺にもとづく無効であると決定した。その結果、有効署名数が法定数を割ることとなったため、Aらは同決定の無効確認・取消しを求めて出訴した¹⁰⁾。訴訟において、被告村選管代理人は、請求代表者の一人Dが村農業委員会委員であり、地方公共団体の公務員として解職請求代表者となることができず、したがって、すべての署名は無効である、と抗弁した。

一審判決青森地判昭和二八・一〇・三一¹¹⁾は、次のように述べた。地方自治法八五条一項によれば公職選挙法中普

通地方公共団体の選挙に関する規定は村長および村議会議員の解職請求およびその投票に至る一連の行為に関し準用されるが、地方自治法施行令の諸規定によれば公職選挙法八九条一項但書・二項・三項の規定は準用から除外される。従って国または地方公共団体の公務員は長または議員の解職請求代表者となることができない。村農業委員会委員は村の公務員であり、同委員Dは本件解職請求代表者たり得ず、解職請求者署名簿の署名はすべて法令の定める成規の手續によらない署名として無効となる。こう判示して、判決は、Bについての署名中一七三人、Cについての署名中一七六人分を無効とした選管決定に違法はないとした。

これに対して、Aは次の理由により上告した。選管が資格を確認して代表者証明書を交付・告示したのであり、「法令の定める成規の手續によらない署名」ではない。Dが欠格者であるとしても、無効となるのは同人の収集した署名の範囲に限られる、署名収集の実情では、署名簿に綴りこまれた解職請求代表者証明書等を見る者はまれであるから、署名の全部を無効とすべきではない。

この上告理由を次のように否定して、最判昭和二九・五・二八は原審の結論を支持した。(i) 地方自治法八五条一項によれば公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定は村長・村議会議員の解職請求およびその投票に至る一連の行為に関し準用される。(ii) 地方自治法施行令一六条の二、一三条、一〇九条によれば公職選挙法八九条一項但書・二項・三項の規定は準用から除外される。従って国・地方公共団体の公務員は在職中解職請求代表者となることができない。(iii) 村農業委員会委員は村の公務員であり、同委員であるDは解職請求代表者たり得ない。(iv) Dが解職請求代表者の一人として求めた本件解職請求者署名簿の署名はすべて法令の定める成規の手續によらない署名として無効である。(v) 委員在職中の者が請求代表者の一人として名をつらねている以上、その者が直接しゅう集に従事しなかつたとしてもしゅう集に影響を及ぼす可能性は否定できず、署名はすべて無効となる。(vi) 選挙管理委員会が誤って証明書を付与したとしてもこれにより右委員は請求代表者の資格を取

得するものではない。¹⁵⁾

(d) 解職・解職請求における請求代表者の制限に関する裁判判決・決定は必ずしも多くない。その数少ない中で、唯一の最高裁判決は、そもそも「連署による請求手續と解職投票手續がそれぞれ独立の二段階を構成するかどうか」、「請求代表者に候補者の規定を準用すること自体が違法か適法か」が、当事者によって上告審では争われなかつた事例である(上告理由、¹⁶⁾ に対応するのは、判旨の(v)、(vi)である)。したがって、そこでの「地方自治法第八五条第一項によれば公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定は村長及び村議会議員の解職請求及びその投票に至る一連の行為に関し準用される」という判示も、それ以上に何ら根拠は示されず、先例としての価値をもつとは考え難い。¹⁵⁾

むしろ、その直前の神戸地判昭和二九・四・二〇¹⁶⁾においてこの点が正面から議論された。この点について、同判決は、「被解職請求者と請求代表者との相対立する様相・形態は、立候補した者が互いに相対するそれに酷似し、請求代表者が解職請求をすることは立候補することに相当する」と述べた。

しかしながら、「被解職請求者と請求代表者とは当初より対立する」、「請求代表者が長等の解職請求をすることは、立候補することに相当する」などという表現は、状況の叙述、状況の比喩的な表現としては「ありうる一つの叙述」であるかもしれない。しかし、選挙でも告示前に立候補予定者の間で対立は始まっているが、だからといって法的規制は、法律上、告示前後では異なつた構成がとられている。

したがって、実定法規定にもついで、「両者は一連の同一手續」として定められているかどうかを検討されるべきである。しかし、「法八五条一項のいう『第七六条三項の規定による解散の投票』とは『解職請求代表者証明書交付申請に始まる一連の手續』を指称する」と判例では述べられているにもかかわらず、この命題について、実

定法規定にもとづく論証は一切ない。

こうして、問題は、連署による請求手続と解散・解職投票とが、実定法規でどう構成されているか、であることが明確となった。

(二)「連署による請求手続」への公職選挙法規定の準用をめぐる学説

a) この点についての学説の展開はどうか。

学説の中には、かつては、連署による請求手続と解散・解職投票との関係には触れないまま、公務員には政治活動が制限されていることを根拠として、公務員は請求代表者となりえない、とするかのような見解もあった¹⁷⁾。しかし、今日では、ほとんどの学説が、公務員法上制約がありその制約違反に対して公務員法上の制裁が課されるとしても、それは公務員法制の問題であって、それは解散・解職請求制度での制約とは次元の異なる問題であるとしている¹⁸⁾。

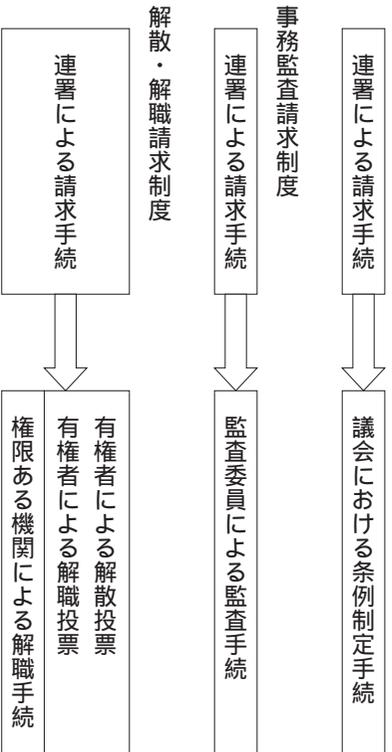
(b)「連署による請求手続」と「解散・解職投票」との関係について、「この両者は異なる二つの段階をなす」とし、その上にたつて、「連署による請求手続」への政令による公職選挙法規定の準用を否定するという理解が、私見も含めて、今日の学説では一般的であるといつてよい。浜川清も「本法八五条一項は賛否投票について公職選挙法の準用を定めるもので、請求についてはないこと、公職選挙法が本来予定していない直接請求権の行使について公務員の被選挙権行使の制限を準用する政令の規定は法律の委任の範囲内にあるか疑問である」とした。太田和紀も、「解散・解職の投票の手続は、選挙管理委員会が投票の期日を告示した時から始まると考えるのが自然」であるとして、「解散・解職投票とは請求代表者証明書交付に始まる一連の手続きをいう」という根拠にもとづく公

職選挙法の規定の準用を批判する。他の学説のほとんども、同様の趣旨である²¹⁾。

他方、実務サイドにたつて書かれた長野士郎「逐条地方自治法「第一次改訂新版」およびその後継書である松本英昭「新版逐条地方自治法」は、やや異なったニュアンスの記述となっている。もちろん、この両書とも、手続段階の二区分論にたち、解散・解職請求制度は「直接請求の手続」と「住民の一般投票手続」（請求の効果の発生に関する手続）とに区分され、前者については地方自治法において一般的規定が設けられ、後者については議会の解散請求に関して地方自治法に一般的規定がおかれるとともに公職選挙法規定の準用がなされている、とした。この理解にたつたとき、「請求手続」への公職選挙法規定の準用の説明は困難となるはずである。そのため、長野は、地方自治法八五条一項についての逐条解説は、もっぱら解散投票手続について述べるにとどめ、連署による請求手続での請求代表者への公職選挙法の準用は、七六条の解説において、準用根拠法規として地方自治法施行令一〇八条をあげるにとどめた²²⁾。しかし、それでは、準用に法律の根拠が示されていない、という批判を免れない。そこで、松本は、地方自治法八五条の解説では同様に解散投票手続に限定して述べつつも、地方自治法七六条の解説では、「請求代表者証明書交付に関わり地方自治法八五条一項および地方自治法施行令一〇八条により公職選挙法八八条・八九条の規定が読み替えて準用される」という趣旨の記述をした²³⁾。しかし、手続段階の二区分論をふまえたとき、なぜそれが準用の根拠規定となるのか、の説明が求められるはずであるが、それはない。

(c) こうして、改めて、地方自治法上の解散請求制度の二段階構成と、それを踏まえた「連署による請求手続」への公職選挙法規定の準用の有無・是非の検討が求められる。

(三) 直接請求の二段階構成
ここで、直接請求制度における手続の二段階構造について、検討する。わが国の直接請求制度は、一般に、次のような二段階構成をとっている。
条例制定改廃請求制度



たとえば条例制定改廃請求の場合、わが国の直接請求制度は、本来の議決機関である議会に対して直接に請求する（条例の発案権をもつ）ということであって、その後の審議・議決は本来の権限を有する議会に委ねられる。議会が否決した場合にはその後有権者の投票にかけるという仕組みを採用しているところもあるが、わが国の場合それはとっていない。ようやく、二〇〇二年地方自治法改正により、議会審議において請求代表者の意見陳述が認められるようになったことである。

同様に、連署によって有効に事務監査請求がなされたら、監査委員が監査を行う。

また、連署により議会の解散、長・議員の解職請求がなされると、それを選出した有権者の投票に付される。副知事・副市町村長その他議会の同意を得て長が選任した役員については、長によって議会に付議され、所定の要件の下で失職する（地自法八六条、八七条）。

このように、わが国現行法制においては、「最終的な決定」は本来の権限機関に委ねられ、「連署による請求」はそれを起動させる手続として構成されている。もっとも、第二段階手続も、直接請求の趣旨が生かされるよう再構築されるのが望ましいと私は考える。²⁶⁾しかし、これも、第二段階を直接請求制度の趣旨に沿っていかに改善するか、という問題であって、第一段階と第二段階が別の段階であることは前提となっている。

(四) 地方自治法の二段階構成

(a) 解散請求制度について、地方自治法も、「連署による請求手続」と「解散投票手続」とを明確に異なる段階として構成している。

地方自治法七六条は、一項で連署による議会の解散請求について、三項で有効な請求があった場合には解散投票に付すことについて定めた。²⁷⁾そして、の連署による請求手続については、同条四項によって、「有権者・有権者数」等の意義について地方自治法七四条五項、署名運動について地方自治法七四条六～八項、七四条の二～七四条の四が準用されることとされた。そして、の議会の解散投票とその結果にもとづく処理については、地方自治法七七・七八条（および七九条）に定めるとともに、地方自治法八五条一項は、三項の規定による解散投票については「政令で特別の定めをするものを除く外、公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定」を準用するとした。

(b) すなわち、「連署による請求手続」は、まず、条例の制定改廃請求に即して地方自治法七四条～七四条の四²⁸⁾に定められている。解散請求における「連署による請求手続」は、独自の規定を若干おきつつも、上記の規定中の七四条五項、同条六～八項、七四条の二丁七四条の四²⁹⁾を準用する(七六条四項)。

これらの規定が準用される場合、「請求者の署名について準用する」という文言が使われている。すなわち、請求のために署名を集める手続についての規定であることが明らかにされている。

(c) 他方、解散投票については、投票結果を受けての処置・解散等の効果など独自の規定をおくとともに(地自法七七～八四条、地方自治法八五条一項は「政令で特別の定をするものを除く外、公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定は、第七十六条第三項の規定による解散の投票」にこれを準用する。)³⁰⁾とした。

七六条三項は、(有効な)「請求があったとき 投票に付」す旨の規定であり、八五条一項は、この七六条三項の解散投票に、公職選挙法の普通地方公共団体の選挙に関する規定を準用するとしている。議員の選出についての本来の機関である有権者の投票にかける場合に、選出のための投票を規律する公職選挙法の規定が準用されるのは、当然である。

(d) こうして構成された「連署による請求手続」と「解散投票手続」は、まず、対象事項が異なる。署名収集手続においては、「解散投票を行うべきかどうか」(すなわち「解散投票という有権者の行為を発動させるべきかどうか」)が対象事項であるのに対し、解散投票手続においては「解散すべきかどうか」が対象事項である。

したがって、手続の法的性格も異なるものとして構成されている。たとえば、運動も、署名運動と投票運動とは理論上も法律上も明確な区別がされており、前者には公職選挙法上の選挙運動の規制に関する規定はまったく準

用されていない(後述の、戸別訪問・署名運動の禁止など)。³¹⁾「連署による請求」において、戸別訪問・署名運動は必須の要素であって、それを禁止することがありえないのは当然である。また地方自治法八五条の規定により準用される公職選挙法一三五条～一三七条の三の規定により投票運動を禁止・制限される公務員等も、純然たる署名運動・署名反対運動を行う限りでは、地方自治法上は規制されないと実務上も解されている。³²⁾

また、各手続に関わる訴訟についても、それぞれ異なった構成とされている。「連署による請求手続」における署名に関わる選挙管理委員会の決定を争う訴訟は、地方裁判所または高等裁判所に一四日以内に出訴することなど、行政事件訴訟法の特例の準用が定められている(地自法七六条四項による七四条の二の準用。逆にいえば、特例以外は行政事件訴訟法の規定にしたがって訴訟が進められることとなり、たとえば被告は選挙管理委員会の属する普通地方公共団体となる)。他方、解散投票に関わって選挙管理委員会の決定を争う場合には、公職選挙法にもとづいて選挙管理委員会を被告としてそれぞれ定められた裁判所に訴訟を起すこととなる(地自法八五条一項、公選法一〇三・二〇七条。なお、地自令一〇九条によっても、公選法のこれらの規定は準用除外になっていない)。

(五) 地方自治法施行令中の連署による解散請求・解散投票の規定

(a) 地方自治法施行令も、「連署による解散請求手続」と「解散投票手続」を、一心はそれぞれ別のものとして構成している。

地方自治法施行令は、まず、「条例の制定改廃請求に係る連署による請求手続」について規定している(地自令九一条～九八条の四)。そして、解散請求に関して「条例の制定改廃請求に係る連署による請求手続」の規定を署名について準用するという趣旨の法律の規定(地自法七六条四項)を受けて、地方自治法施行令の上記規定を解散請求に係る「連署による請求手続」にも準用するとし、必要な読み替えをしている(地自令一〇〇条)。

また、解散投票手続に関しては、地方自治法施行令でいくつかの手続の詳細を定めるほか、地方自治法八五条一項の規定にもとじて、公職選挙法（および公職選挙法施行令）の規定の準用・準用除外をすることとし、その場合の読み替えを定めている。その場合、「地方自治法第八十五条第一項の規定により、普通地方公共団体の議会の解散の投票に公職選挙法中普通地方公共団体の選挙に関する規定を準用する場合においては」（地自令一〇八条・二項、一〇九条）と、明らかに解散投票手続への準用であることを明示している。

そして、この準用において公職選挙法の「選挙」といえば、それは「解散投票」をいう（地自令一〇八条二項）。たとえば、戸別訪問の禁止（公選法一三八条）、署名運動の禁止（公選法一三八条の二）が準用されているが、これはもちろん解散・解職投票手続についての規定であって、署名収集に適用されるはずがない。選挙事務所の数について「普通地方公共団体の議員又はその解職請求代表者一人につき、一箇所」と制限した規定（公選法一三一条五号、地自令一〇八条による読み替え）も、請求署名収集段階ではなく、それとは別の解散・解職投票段階に関する規定である。

なお、地方自治法施行令一〇七条は演説会等の開催について、次のように規定している。「普通地方公共団体の議会及びその解職請求代

表者は、左に掲げる施設を使用して、演説会等を開催することができる。」これも請求が有効に成立し、解散投票の段階に至った場合の規定であって、解散請求の署名を集める段階で、議会が議会として演説会等を行うことを特別に保護あるいは規制する趣旨の規定ではない。

(b)ところが、地方自治法施行令は、公職選挙法八九条一項を準用除外にせず（地自令一〇九条、そこでの「公職の候補者」を請求代表者（「普通地方公共団体の議会の解職請求代表者」と読み替えることを定めた（地自令一〇八条）。請求代表者は「連署による解職請求手続」の当初から存在するのであるが、従来の判例は、請求代表者証明手続の当初からこれらの規定が準用されると解し、したがって公務員は解職請求代表者となれないこととされた。ここでは、「連署による解職請求手続」と「解散投票手続」の二段階構成が、実定法律上の根拠もなしに、改変されているのである。

もっとも、地方自治法施行令のこの規定を、「連署による解職請求手続」と「解散投票手続」の二段階構成に適合的に解釈する余地もないではない。それは、解散投票手続開始後、具体的には、「投票の期日の告示」³⁴後は、公務員は解散運動の代表者であり続けることができない旨の規定と解釈することである。しかし、法律の明文の委任なしに、政令の読み替えによって資格を剥奪すること自体、法治主義からは許されない。それに、そうであれば、「公務員たる身分」と「請求代表者の地位」との調整が必要なはずであるが、地方自治法にその規定はない。

(六)「公務員たる身分」と「請求代表者の地位」との調整規定の欠如

(a)公務員が在職のまま「公選による公職」につくことがないように、公職選挙法は様々な調整規定を法律上おいている。

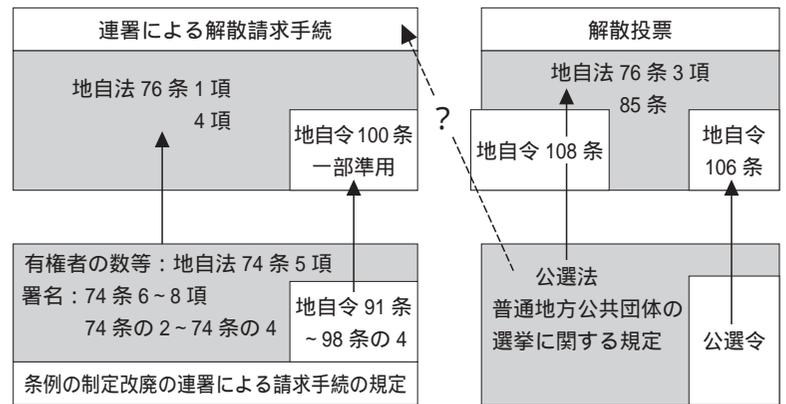


図 1

A 公務員が候補者となつたら、届出の日に公務員を辞したものとみなす（公選法九〇条）。

B 候補者として届出があつた者が公務員となつた場合は、立候補届出は取り下げたものとみなす（公選法九一条）。

C 当選訴訟で当選無効があつた場合等で繰上げ当選となつた者が公務員になつていた場合には、職を辞すかどうか選択し、辞さない場合には当選を失つというように選択を認める（公選法一〇三条）。

立候補して公職につくか、公務員たる地位を確保するか、いずれにせよきわめて重大な身分上あるいは有権者としての権利に関わる問題であり、その扱いは法律によって明確にするべきことは当然である。たとえば非常勤の消防団員の場合、両地位の抵触が生じたときには、消防団員の職を辞したものとみなす、という扱いを望むものは少なくないはずである。また、その方が社会的な衡平観念に合致する。

(b)ところが、「公務員は請求代表者となりえない」という規定を置いていない地方自治法は、当然のことながら、請求代表者が公務員であつた場合の実体的・手続的いずれの調整規定もおいていない。また、地方自治法施行令も、そのような規定をおいていない。地方自治法施行令で定められた「選挙管理委員会による請求代表者の証明」（地自令九一条。地自令一〇〇条により解散請求に準用）は、あくまで「代表者が選挙人名簿に登録された者であるかどうかの確認」のための制度である（地自令九一条二項参照）。

もっとも、代表者としての地位と公務員としての地位の実体的調整規定を法律の委任なしに行政立法で定めうるものでもない。法律がそのような規定をおかなかつたということは、地方自治法が「公務員は請求代表者となりえない」という立法をしていないことの証左でもある。

それにもかかわらず、請求代表者中に公務員が一人でもいれば、その下で集められた署名は「成規の手続によらない署名」として、全署名が無効とされてきた。

これは、法律の規定にもとづかない、解散請求権のいわば「行使後の抹殺」ともいへべきものである。

(七) 政令によって剥奪された権利

(a)このように、公務員が解散・解職請求代表者となる資格を、地方自治法は否定していないにもかかわらず、行政立法にすぎない政令（地方自治法施行令）が否定することは、それは「法律の委任のない命令（行政立法）」といふことになる。

すなわち、行政立法によって「公務員という範疇に属する住民」の「請求代表者になる権利」が剥奪されたのである。

- (b) 請求代表者になる権利は、解散・解職請求権の重要な内容をなす。解散・解職請求権は、
 - 「一」署名をすることによって解散・解職投票をすることを求める権利、
 - 「二」そのための請求代表者となつてすすめる権利、
 - 「三」解散・解職投票をする権利
- よりなる。この「二」が剥奪された、といふことである。

(c) 憲法一五条一項は、国民固有の権利として「公務員の選定・罷免権」を定めている。ただ、これは、あらゆる公務員の終局的任免権が国民にあるという国民主権の原理を説明したものであって、必ずしもすべての公務員を国民が直接に選定・罷免すべきことを意味するものではなく、憲法上明記された公務員の選定・罷免³⁵以外について

は、国民の上記選定罷免権をいかに具体化するかは、公務の種類・性質を考慮して国会が決定すべき事柄であると解されている。⁽³⁶⁾

国民の直接的な罷免の権利について憲法が定めているのは最高裁判所裁判官の罷免（憲法七九条）にすぎないが、上記の憲法一五条の趣旨から、それにとどまることはありえない。憲法一五条を国会が具体化したものが、まさに地方自治法にもとづく、地方公共団体に関する議会の解散請求権、長・議会議員その他一定の公務員についての解職請求権である。

この憲法上の公務員の選定罷免権を具体化した解散・解職請求権（の一部である「請求代表者となつてすすめる権利」）を制限する立法を行政権が行う（本件でいえば、権利を制限する政令を定める）には、法律の委任が必要である。これは、「国会は国の唯一の立法機関」であることを定めた憲法四一条、ならびに七三条六号およびこれを具体化した内閣法一一条から厳しく求められることである。そのような制限を法律の適正な委任なしに行う行政立法は無効となる。⁽³⁸⁾

（八）小括

以上見たように、地方自治法は解散・解職請求制度を、「連署による請求手続」と「解散・解職投票」の二段階に構成し、に公職選挙法の一定の規定を準用することとした。

しかし、地方自治法施行令は、公職選挙法の規定を「連署による請求手続」に準用し、かつ候補者を請求代表者と読み替えることによって、公務員は当初から請求代表者となりえないとした。

これは、政令が、法律の委任の範囲を超えて、憲法一五条の国民の「公務員の罷免権」を具体化した地方自治法の解散・解職請求権の不可欠の一部である「請求代表者となつて解散・解職請求を進める権利」を一定の住民（公

務員たる住民）から剥奪するものであって、そのような政令は無効である。

三 非常勤の特別職公務員の解散・解職請求権制限

（一）問題の所在

行政立法たる地方自治法施行令は、このように、「連署による請求手続」に公職選挙法の関係規定を準用し、かつ、公職選挙法八九条一項の「当該選挙の」公職の候補者を「普通地方公共団体の議会の解散請求代表者」と恣意的に読み替える（地自令一〇八条）ことによって、法律の委任の範囲を逸脱したのであるが、問題はそれにとどまらない。

地方自治法施行令は、公職選挙法八九条一項の規定の本則を準用しながら、同規定の但し書きによる例外規定を（同項二号を除き）準用除外とした（地自令一〇九条）。そのため、公務員の中で、公職選挙法上は在職のまま議会の議員選挙等の候補者となることのできる数多くの非常勤特別職公務員が、請求代表者になる資格を奪われた。

こうして、地方自治法施行令は、地方自治法にも公職選挙法にもない権利制限を創設したのである。行政立法に過ぎない政令によって、このような権利制限をすることは、憲法四一条に違反しているのではないか。

まず、現行法令の規定を見ることとする。

（二）公職選挙法上の候補者となるべき者の制限

（a）公職選挙法八九条一項の規定は、次のようになってい（傍線は筆者による）。

第八十九条 国若しくは地方公共団体の公務員又は特定独立行政法人 若しくは特定地方独立行政法人 の役員若し

くは職員は、在職中、公職の候補者となることができない。ただし、次の各号に掲げる公務員は、この限りでない。

- 一 内閣総理大臣その他の国務大臣、内閣官房副長官、内閣総理大臣補佐官、副大臣及び大臣政務官
- 二 技術者、監督者及び行政事務を担当する者以外の者で、政令で指定するもの
- 三 専務として委員、顧問、参与、嘱託員その他これらに準ずる職にある者で臨時又は非常勤のものにつき、政令で指定するもの
- 四 消防団長その他の消防団員（常勤の者を除く。）及び水防団長その他の水防団員（常勤の者を除く。）
- 五 地方公営企業等の労働関係に関する法律 第三条第四号に規定する職員で、政令で指定するもの

この公職選挙法八九条一項但書きに係る三号の「政令で指定するもの」は、公職選挙法施行令九〇条二項において、次のように定められている。

法第八十九条第三号の規定によつて、在職中、公職の候補者となることが出来る者は、予備自衛官 並びに臨時又は非常勤の国若しくは地方公共団体の公務員（国家公務員法 又は地方公務員法 に規定する短時間勤務の官職を占める者を除く。）で次に掲げる者とする。

- 一 委員長及び委員の名称を有する職にある者で別表第二に掲げる者以外の者
- 二 顧問、参与、会長、副会長、会員、評議員、専門調査員、審査員、報告員及び観測員の名称を有する職にある者並びに統計調査員、仲介員、保護司及び参与員の職にある者
- 三 前二号に該当する者以外の地方公共団体又は特定地方独立行政法人の嘱託員

上記一号で、除外されている委員は、別表第二で下記のようなものがあげられている。

公正取引委員会委員長及び委員、中央選挙管理委员会委员、国家公安委员会委员、公害等調整委员会委员長及び委員、公安審査委员会委员長及び委員、船員労働委員会委員、中央労働委員会委員、衆議院議員選挙区画定審議会委員、教育委員会委員、選挙管理委員会委員、監査委員、人事委員会委員、公平委員会委員、地方公共団体の公安委員会委員、都道府県労働委員会委員、農業委員会委員、収用委員会委員、漁業調整委員会委員（広域漁業調整委員会の委員を除く。以下同じ。）、内水面漁

場管理委員会委員、固定資産評価審査委員会委員

ただし、これには左記のような備考が付されている。

この表中農業委員会委員、漁業調整委員会委員及び内水面漁場管理委員会委員は、市町村の議会の議員及び長の選挙以外の公職の選挙の場合に限るものとする。

(b) いささかややこしいが、次のようになる。

公職選挙法八九条一項は、国・地方公共団体の公務員等は在職中公職の候補者となることができなかつつ、ただし書きで、いくつかの例外をおいた。その中には、いくつかのタイプの特別職公務員がある。すなわち、内閣総理大臣、国務大臣その他の国家行政を担当する特別職公務員（同項一号）、非常勤消防団員（同項四号）は在職中公職の候補者となることが出来る。さらに、臨時または非常勤の委員等で政令で指定する者も公職の候補者になれるとされている（同項三号）。

この三号の「政令で指定するもの」の規定を受けて、公職選挙法施行令九〇条二項はいくつか列挙した。その中に、「委員長及び委員の名称を有する職にある者で別表第二に掲げる者以外の者」という規定がある（同項一号）。すなわち、別表第二に掲げられた特定の委員を除いて、臨時または非常勤の委員は、在職中公職の候補者となることが出来る。

在職のまま候補者となることができないものとして別表第二があげたものには、公正取引委員会委員、中央選挙管理委員会委員、国家公安委員会委員などがあるが、その中に、農業委員会委員も掲げられている。ただし、農業委員会委員については「市町村の議会の議員及び長の選挙以外の公職の選挙」に限るとされている（備考）。逆にいえば、農業委員会委員は、「市町村の議会の議員・長の選挙」には在職中候補者となることが出来る。

これを図示すれば、図2のようになる。

(c) ところで、公安委員会委員、労働委員会委員、収用委員会委員などいくつかの委員会委員を除いて、非常勤の特別職公務員は、在職のまま公職の候補者となることができる。公職選挙法八九条一項の規定を準用し、「公職の候補者」を「請求代表者」とシンプルに読み替えれば、これらの者は、在職のまま「請求代表者」となることを妨げられない。

(三) 地方自治法施行令による非常勤特別職公務員の代表者資格剥奪

(a) しかし、地方自治法施行令一〇九条は、議会の解散投票に準用されることとなっている公職選挙法普通地方公共団体の選挙に関する規定のうち、準用しない規定を列挙した。その規定中には次の文言がある。

「第八十九条第一項ただし書(同項第一号に関する部分を除く。)、第二項及び第三項」。

これをそのままあてはめれば、八九条一項二号「技術者、監督者及び行政事務を担当する者以外の者で、政令で指定するもの」を除いて、公務員は議員の解職請求代表者となることができる。

そのため、委員・嘱託員等の非常勤の特別職公務員、非常勤消防団員などは、在職のまま公職選挙法上は公職の候補者に(農業委員は、市町村議会議員・市町村長の候補者に)なることができるにもかかわらず、地方自治法施行令によって、議会の解職請求代表者となることは否定されることとなる。すなわち、公職選挙法八九条一項二号のものを除いて、非常勤の特別職公務員を含め、すべての公務員が、在職中「解職・解職請求の代表者」となることができないと解釈された(図3参照)。

こうして、公職選挙法にはまったくない資格制限の構図が、地方自治法施行令によって創設されたのである。

一般に、ある法律Aが、他の法令Bの規定を準用しつつ、それに法律Aで要件を付加してより狭い枠を設定することは、まったく不可能とはいえない(立法のあり方としては、それは準用の形をとるべきではなく、独自の立法を行うべきであるが)。

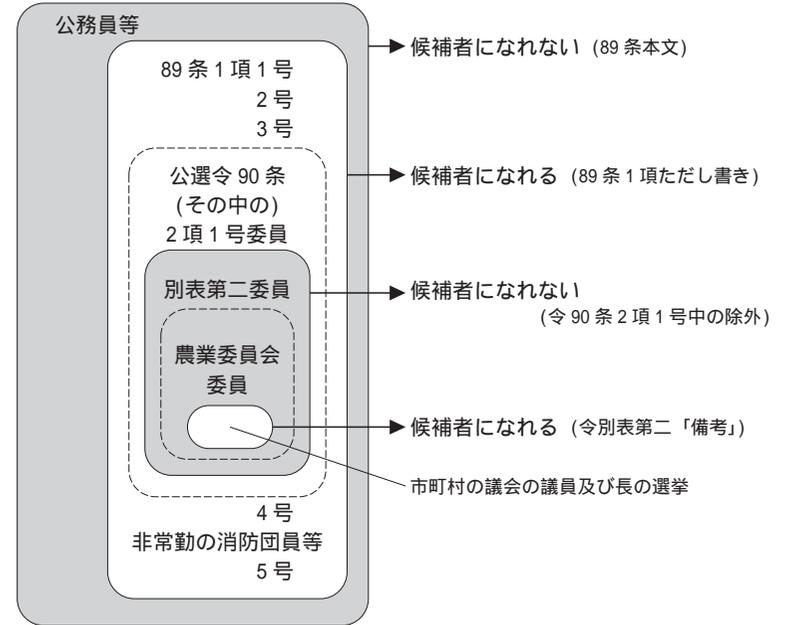


図2

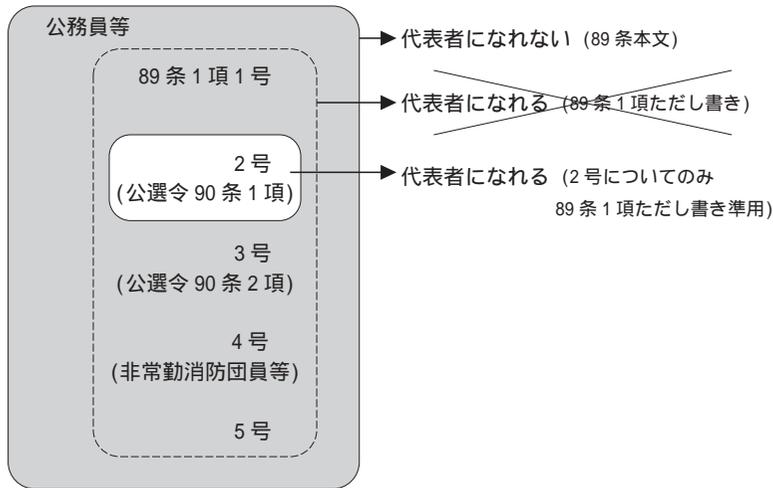


図3

しかし、国民・住民が有する権利を制限するとき、他の法令の規定を準用、あるいは準用除外をしつつ、新たな制限を政令で付加することは、行政立法による権利制限の創設であって許されない。これは、憲法四一条・七三条六号および内閣法一条からくる当然の法理である。法律の規定による具体的委任のないまま権利制限を創設した政令は、法律の委任の範囲を逸脱するものとして、無効となる⁴³⁾。

(四) 非常勤の特別職公務員の解散請求権制限の実質的正当性の欠如

(a) これまで、解散・解職請求代表者に非常勤の消防団員、農業委員会委員、町産業振興協議会委員など非常勤の特別職地方公務員が含まれていたため、「成規の手続によらない署名」として、「有効署名0」とされたことが、しばしばある。

このような扱いに、実質的正当性があるか。検討しておこう。

(b) これらの特別職の中で、農業委員会委員は、歴史的経過から、複雑な側面をもつ⁴⁴⁾。

戦後改革の中で、市町村農地委員会・都道府県農地委員会が、農地改革の大事業を農民自身の力をも動員しながら行うために、そして農業調整委員会が、食糧の「供出制度」を農民の理解と協力の下に進めるために設置され、いずれも委員会委員の選挙制がとられた。この両委員会と農業改良委員会の三者が統合されて一九五一年に農業委員会が創設された（農業委員会法・昭二六法八八）⁴⁵⁾。

市町村の農業委員会は、その役割の大きな部分は農業振興の諸施策推進などであるが、農地法にもとづく農地の権利移動の許可、農業経営基盤強化促進法にもとづく農用地利用集積計画の決定等法令事務を執行しており、市町村の行政機関である。他方、都道府県農業会議⁴⁷⁾、全国農業会議所は、それぞれ都道府県および国の認可法人とさ

れている。

農業委員会委員の身分は非常勤の特別職地方公務員となっている（農委等法四三条三項）。委員には、選挙で選ばれる委員（選挙委員⁴⁸⁾）と、市町村長が選任する委員（選任委員）がある。

農業委員の選挙について、農業委員会等に関する法律自体がいくつかの立候補制限をおき、公職選挙法八九条を準用していない（農委等法八条四項・五項、一一条⁴⁹⁾）。したがって、現に地方公共団体の議会の議員または長である者は、農業委員会委員に立候補でき、当選しても兼務できる（地自法九二条、一四一条参照）。また、現に農業委員会委員である者は、市町村議会の議員および長の選挙には立候補することができ、また兼職することもできる。ただし、都道府県議会議員および都道府県知事の選挙には立候補することができず（公選法八九条、公選令九〇条・別表二）⁵⁰⁾、立候補したら、農業委員会委員を辞したものとみなされる（公選法九〇条⁵¹⁾。

不必要に複雑な面はあるが、少なくともいえることは、農業委員会委員は、農民自身による農地等の管理に重要な役割を果たすことが期待され、あわせて市町村議会議員・市町村長等と兼ねることもできるとされ、その意味で積極的な行動が期待されている。このような農業委員会委員のもつ住民としての権利、解散・解職請求権を減殺することは、農委等法の予定する地域民主主義の推進という実質的な面からみても、法の趣旨に沿うものではない。

(c) 非常勤の消防団員については、既に論じたことがあるのでごく簡単にふれるにとどめる⁵²⁾。

消防団とは、従来からあった消防組・警防団などを、第二次世界大戦後再編し、消防組織法（昭三三法二二六）によって地方公共団体に附属する消防機関としたものである。通常は、常勤の消防職員ではなく、一般の住民として他の職業に就いている非常勤の消防団員で構成されている。消防団員は、市区町村長によって任命された消防団長が、市区町村長の承認を得て任命する（消防組織法二二・二三条）。非常勤の特別職公務員である（地方公務員法三

条三項五号。

二〇〇八年現在、ほぼ全ての市町村に消防団が設置されている（大阪府では存在しない市町村もある⁽⁵⁴⁾）。

消防団員には、給与・俸給ではなく報酬が支払われ、活動時に日額単位で一定金額の手当が与えられる。ところにより異なるが、きわめて低額の年報酬（年額数万円、数百円）と活動ごとの活動手当（出勤一回当たり数百円、数千円）が市町村から支給されるにすぎない。予算の関係上、どれだけ活動参加しても一定回数の上限を超えた場合は無報酬で行うこともある。一旦受領した報酬も、団運営費として納めるといふ形がとられているところも多い。消防団活動は奉仕精神をもって行うもの、とされている。

特別職公務員とするのは、活動に一定の法的根拠を与えるためと、活動に伴って負傷や事故などが起こった場合に公的保険で対応するためという意味が大きい。

消防団員の数は減少を続けている⁽⁵⁵⁾。特に農村部では、若年層が少なくなり、少ない若年層も勤務の関係で地元での消防団活動が困難となってきた。他方、常備消防は一部事務組合などにより広域化しているため、火災時の初期消火、大規模災害時の地域防災活動等での地元密着の消防団の活動が、逆に期待される状況になってきている。こうして、二〇歳代・三〇歳代の人には、半ば「義務的な」形で、あるいは「是が非でもお願いする」形で消防団員になることが求められている。

このような消防団員に対して、住民の権利として重要な解散・解職請求権の制限をすることに、正当性はいささかも見られない。そのみか、このような形で直接請求権を制限することは、地域の防災力向上のための互助・共助の体制の推進を妨げるものとなる。

(d) 今日、住民の意見を反映させて行政・政治を行うため、各地方公共団体は様々な委員会、審議会、協議会、

懇話会、フォーラム等々を設置し、多方面からの住民の参加を求めている。それには、恒常的なものもあれば、時限的なものもある（これらは、法制上の位置づけは附属機関となる⁽⁵⁶⁾）。中には開店休業のようなものもないではない⁽⁵⁷⁾。それらの委員、専門員、調査員、嘱託員、相談員、講師等々の形で、多くの人々が、多様な形で関わっている。これらすべて、非常勤特別職公務員となり、請求代表者にはなれないこととなるのか⁽⁵⁸⁾。

そもそも、地方公務員に該当するかどうかが明確ではない。その判断のメルクマールは、通常次の三点にあるといわれてきた⁽⁵⁹⁾。

事務の性質（従事している事務が地方公共団体の事務）

任用の性質（地方公共団体の権限ある機関によって地方公共団体の公務員として任用）

報酬の性質（地方公共団体より勤労の対価としての報酬を受けている）

現実には、どのようなものが非常勤特別職公務員とされているか。それは、地方公共団体の定める非常勤職員についての「報酬及び費用弁償条例」からアプローチすることができる⁽⁶¹⁾。たとえば、徳島県「特別職の職員の報酬及び費用弁償に関する条例」および「特別職の職員の報酬及び費用弁償に関する条例施行規則」は非常勤の特別職公務員を列挙している⁽⁶²⁾。これを見ると、その種類の多様性、広範性に驚かされる。もともと、条例・規則でそのように具体的に列挙するのはきわめて例外である。多くの地方公共団体は、条例が適用されるべき非常勤職員として、行政委員会である教育委員会委員、人事委員会委員など一定のものについては条例で明記しつつも、それ以外には「附属機関の構成員その他非常勤の職員」、「前各号に掲げる者以外の特別職に属する者」、「前各号以外の非常勤の職員」などと包括的に定め、市長または任免権者が具体的に決定することとしている。したがって、条例・規則を見ることによって「非常勤特別職公務員」の範囲が明確になるわけでもない。

また、単なるボランティアでの参加の場合は報酬等は支払われず、したがって非常勤特別職公務員とはならない。

たとえば同じ地域防災指導員といっても、報酬を支払わないところ（伊東市など）、非常勤職員の勤務条件を適用するところ（東京都中野区など）など、地方公共団体によっても違いがある。

いずれにせよ地方公共団体の事務に関して、委員等の委嘱を受け、若干でも報酬を支給されたら、前記の要件に当てはまり非常勤特別職公務員ということになりそうである。

(e) しかしながら、個別に審議会委員、あるいは嘱託その他の依頼をするとき、依頼する側も、それによって非常勤特別職公務員となって、直接請求権の行使の制限が課せられるということを意識していることはまったくない、というのが実情である。もちろん、そのことを告知して依頼することは皆無であるといつてよい。

しかし、直接請求権の行使の制限が課せられる地位を依頼するのであれば、それを告知しなければならぬのは当然である。それなしにこれらの住民参加制度を構築し、住民に参加を求めてきたのであるから、これらの者に直接請求権の行使の制限が課せられるとしたら、すべての地方公共団体は重大な信義則違反を行ってきたということになり、場合によっては国家賠償請求の対象ともなる。

このように、きわめて多様で広範な参加をしている住民がそのような地位に置かれている、とされたとき、すべての地方公共団体の運営への打撃と生じる混乱は計り知れないものがある。

これは、地方自治法が予定したものととは到底いえない。

(f) さらに、直接請求制度自体の運営に限っても、きわめて困難が生じる。

そもそも、解散・解職請求署名が集められた後に、その署名の有効性審査が行われるのは、本来は、「選挙権を有していない者の署名が混入していないか」、「偽筆がないか」などの個々の署名の有効性審査が念頭におかれた制

度であるはずである。

しかし、この段階で、そもそも請求代表者になりえない者が代表者中にいたということと、すべての署名が無効（すなわち「有効署名の〇」とされる。しかも、この「請求代表者になりえない」とされている者は、上に見てきたように、一般市民にはおよそ分かりようのないものが少なくない。

もし、このように外縁のあいまいな非常勤の特別職公務員について請求代表者たることを否定するのであれば、事前の判定を求める制度が不可欠である。しかも、事前に請求代表者としての活動を否定するのであるから、これは法律上の制度として構築しなければならない。しかし、地方自治法は、まったくこのような制度をおいていない。^⑤ここからも、地方自治法が請求代表者についてのこのような実質的制限をおく意図をもっていないことは明らかである。

(五) 小括

以上に見てきたように、公職選挙法が、在職のまま公選による公職の候補者となることを認めている特別職公務員についても、地方自治法施行令は、その規定の準用除外をするという形で、解散・解職請求代表者となることを否定した。これは、公職選挙法も定めていない制限を政令で新たに創設したものであり、明らかに委任の範囲を逸脱し、法的効力を持ち得ない。

これによって、地域の管理を自ら担ったたとえば非常勤の消防団員、農業委員会委員、町産業振興協議会委員等から代表者資格を剥奪することは許されない。

特別職公務員の中には、例えば地方公共団体の長その他請求代表者とすることが適切でないものもありえようが、きわめて広範で多種多様な、非職員との区別も明らかでない非常勤の特別職公務員について、事前の判定制度もな

いまま、事後にすべての署名を無効とすることは、解散・解職請求制度自体を大きく損傷するものである。法律の委任なしに、このような形で代表者資格を一定の住民から剥奪し、解散・解職請求制度自体を損なう行政立法は、無効である。

四 まとめにかえて

(一) 本論文の結論

(a) 憲法一五条一項は「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である。」と規定した。これは法律によつて具体化される。そして地方公共団体に即していえば、「選定する権利」については憲法自ら一定の規定をおき、これを地方自治法、公職選挙法などによつて、そして「罷免する権利」については、最高裁判所裁判官の罷免を除いて地方自治法等によつて具体化した。地方自治法の定める解散・解職請求権は、まさにそれにあたる。

(b) 地方自治法は、解散・解職請求制度について、他の直接請求制度と同様、二段階構造をとつた。すなわち、「連署による請求手続」と、選出機関である選挙権を有する住民による「解散・解職投票手続」である。そして、連署による請求手続については、同様の手続をもつ条例制定改廃請求制度の「連署による請求手続」を準用しつつ構成した。そして「解散・解職投票手続」については、公職選挙法の地方公共団体に関する選挙手続の規定を準用しつつ構成した。

(c) このような法構造の下で、単なる行政機関の定めた規範にすぎない政令によつて、「連署による請求手続」について公職選挙法の規定を準用して公務員の解散・解職請求権を制限する規定を創設することは、地方自治法の委任の範囲を逸脱し、憲法四一条、七三条六号に反し、かつ内閣法一一条によつて内閣に与えられた権限を超えるものであり、このような政令は無効である。

(d) 公職選挙法は、公務員たる地位と公職の選挙の候補者たる地位の重なる調整を、慎重に、適切な形で行う仕組みを構築した。しかし、地方自治法施行令にもとづいて、行政実務・判例は、一律機械的に、集められた署名を「有効署名0」という形でしか扱うこととしていない。本来、重要な地位の調整は法律でしかできないはずであるが、それを地方自治法がまったく規定していないことは、地方自治法がそもそも両者が相容れないという法制をとっていないことの証左である。

(e) とところで公職選挙法は、公務員について一般的に在職のまま公選による公職の候補者となることを否定しながら、特別職公務員の多くについてはその制限を除外している。しかし、地方自治法施行令は、その除外規定を準用しないとして、これにも解散・解職請求代表者となることを否定した。これは、公職選挙法も定めていない制限を政令で新たに創設したものであり、(c) で述べたと同様に、このような政令は法的効力を持ち得ない。

(f) これによつて、地域の管理を自ら担うたたとえば非常勤の消防団員、農業委員会委員、町産業振興協議会委員たちの地方自治法上の自治を担う行為をこれまで否定してきたのであり、今後、多くの積極的な自治への関与者の法律上の自治活動を否定することとなるだろう。これは、地方自治の進展にとつてきわめて大きな障害をつく

るものである。

しかも、非常勤の特別職公務員はきわめて多種多様であり、どこからがそれにあたり、どこまでが非公務員なのかの区分はまったく明らかでない。今日、すべての地方公共団体は、住民の多様な参加の場を創設してきた。その中には低額ではあれ参加について報酬を支給するものも少なくない。その場合、その地位についた者は非常勤の特別職公務員となるが、それにすべて解散・解職請求代表者の地位を認めないとするのは、今後の住民参加を妨げるだけでなく、現在の参加システムを大きな混乱に陥れることとなる。これは地方自治法の予定するところではない。

(g) しかも、それに該当するかがあまいなものについては、事前に判定すべきものであり、それは事前の解散・解職請求権の制限にあたるため法律でしか定めることができない。しかし、地方自治法はそのような定めをおいていない。このことは、地方自治法が、非常勤の特別職公務員の解散・解職請求権を制限することをとっていないことの証左である。

(二) 高知地判平成二〇・一一・五(裁判長小池明善裁判官)とその問題点

(a) 高知地判平成二〇・一一・五は、以下の事件に関するものである。高知県東洋町議会議員に対する解職請求における請求代表者六人について請求代表者証明書が東洋町選挙管理委員会によって交付され(二〇〇八年三月十七日)、有権者の三分の一を超える一、二四人の署名が集められたところ、地方自治法七四条の二第一項第一号(選挙人名簿との照合)に基づき、署名簿すべてを無効とする選挙管理委員会の決定がなされた(五月二日)。その決定に対する異議申し立てに対して選挙管理委員会は棄却決定をした。その理由は、請求代表者中一人が農業委員会委員

であり、したがって、これは「法令の定める成規の手續きによらない署名」である、というものであった。その棄却決定の取消を求めて訴訟が起こされた。

(b) 本論文で見たように、本件での検討すべき論点は次の通りであった。

地方自治法施行令が「連署による請求手續」にも公職選挙法の規定を準用して公務員の請求代表者資格を剥奪していると解釈することは、「解散・解職投票手續」に限って公職選挙法の規定を準用し、その詳細を政令に委任している地方自治法八五条一項の委任の範囲を逸脱して権利制限を定めたものではないか。

在職のまま町議会の議員選挙の候補者となるのが公職選挙法上はできる農業委員会委員が、なぜ議員の解職請求代表者となることができないのか。「非常勤の特別職公務員」が請求代表者になれないとした地方自治法施行令は、公職選挙法にもいずれの法律にもない権利制限を、行政立法により創設したものであり、憲法四一条に違反していないか。

高知地裁判決の論旨は次のようなものであった。

解職請求と解職投票は一連の手續の中で密接に関連するものであって、解職請求手續の瑕疵は解職投票にも及び、適正手續の要請は等しく及ぶべきものであり、このような観点から、地方自治法八五条一項は、解職投票手續のみならず、解職請求手續についてもその適正を図るため公職選挙法の関係規定の準用を認めた規定であると解するのが相当である。

公務員たる地位を利用して署名収集をすると解職請求手續の適正が損なわれてしまうのであり、地方自治法施行令の各規定はかかる弊害を防止するために公職選挙法の準用除外規定を、読替規定において、公務員が解職請求代表者となれないことを定めた。解職請求代表者となることと非常勤公務員として地方行政に参加する

この二者択一を迫られる点についても、解職請求手続の適正を図る観点からやむをえない。

(c) この判決は、本件で問題とされている論点について、法論理的検討をまったく行っていない。

について 解職投票手続のみならず解職請求手続についても適正手続が要求されることは、いうまでもない。しかし、そのことは、「地方自治法八五条一項が解職請求手続についても公職選挙法規定の準用を認めた」ことの論拠にはなりえない。地方自治法は、解職投票手続については公職選挙法の関係規定を準用することにより、そして解職請求手続については地方自治法制度自らのうちに、それぞれ制度を構築することによって、適正手続の要請を充たそうとしたのである。それにもかかわらず、政令にすぎない地方自治法施行令が、独自に解職請求手続に公職選挙法の規定の準用をしているとすれば、それは法律の委任の範囲を逸脱するものでないか、ということが問われているのである。

について ここでの論点は、「単なる行政立法にすぎない政令で、地方自治法はもちろん公職選挙法にもないような非常勤地方公務員の請求代表者資格制限を創設することが許されるか」ということである。しかし、高知地裁小池コート判決は、そのことを一切論じないまま、論証抜きに「請求手続の公正のためには非常勤公務員の資格制限はやむをえない」という主観的な政策論を論拠としてあげているにすぎない。(しかも、その政策論は、非常勤特別職公務員の実態をまったく認識していないものである。)

これでは、残念ながら、「裁判官による裁判判決」の名に値しないとわざるをえない。

(d) 本訴訟は、上告され、最高裁第一小法廷で審理された後、本年六月四日に大法廷に回付された。この問題の論理をきちんと踏まえた判決が出されるのを期待している。

(三)さらなる検討課題

(a) なお、この問題の検討の中で、さらなる検討課題がいくつか出てきた。

その一つは、地方自治法施行令の準用、準用除外、読み替えの複雑な組み合わせにより、理解のきわめて困難な法制度が創設されている、ということである。本稿で見たような奇妙な規範が数十年まかり通ってきたことも、その極端な分かりにくさと無縁ではない。国民に対する規範が、一般の国民にとっては見えないものとなっている。これは、内容以前に、それ自体が法治主義に対する危険な挑戦であるといえるべきではないか。

「準用・準用除外による法制度構築」には限界があるといえるべきだろう。そのさらなる解明が求められている。

(b) 解散・解職請求制度自体にとっても、検討しなければならない点がいくつかある。連署による請求手続の「署名数」要件については、地方自治法の改正によって改善された。これによって、実際の発動可能な制度となってきた、といえよう。

他方、解散・解職投票についてはどうか。解職投票については、逆に、少数派排除に濫用されないような措置も検討されるべきではないか。たとえば定数五人の選挙区で六人が立候補し、獲得投票数六分の一強で当選した議員(したがって同議員の支持に回らなかった投票数は六分の五弱)が、投票数の二分の一の解職賛成票で解職されてよいか。

今後の検討課題としたい。

注

(一) 本稿では、以下の条文引用に際しては、地方自治法は「地自法」、地方自治法施行令は「地自令」、公職選挙法は「公選

- 法」、公職選挙法施行令は「公選令」と略称する。
- (2) 室井力・兼子仁編『基本法コンメンタール地方自治法「初版」』（日本評論社 一九七八）「第五章 直接請求」六五頁以下「安本典夫執筆」、安本典夫「非常勤消防団員の解散・解職請求権の制限——法規の準用における読替え等と行政立法の逸脱——」立命館法学三三六号（一九九四）。
- (3) 本論文は、高知地判平成二〇・一一・五のための、そしてその上告審に提出した私の意見書をベースに執筆したものである。
- (4) 民集八巻五号一〇一四頁。
- (5) 『最高裁判事判例解説昭和二十九年版』八一 八二頁「白石調査官執筆」
- (6) 行集五巻四号八七九頁。なお、この事件の執行停止に関する決定が、神戸地決昭和二八・一〇・九行集四巻二二号三四九頁である。
- (7) より正確には、次のような論理である。地自法八五条一項は解職の投票について公選法中普通地方公共団体の選挙に関する規定を準用する旨規定しているに止まり、解職投票には特別の関連を持たない解職請求代表者となりうる資格を制限する趣旨は窺うことができない。長の解職請求手続は、解職請求代表者が連署を得て選管に対し解職請求する手続と、その請求を受けた選挙管理委員会が行う解職投票手続に大別できるのであって、前者の手続は条例制定・監査請求の手続と概ね同一であるから地自法八一条二項により同法七四条四項、七四条の二、七四の四を準用することによって地自法自体の規定ですべて運用ができる構成をとっているのに反し、後者の手続は条例制定・監査請求には相当する手続がなく、同法八五条一項において概ね同一である公選法中普通地方公共団体の選挙に関する規定を八一条二項の解職投票に準用する旨を規定した。公務員の立候補制限に関する公選法八九条の規定は解職投票に関する手続規定とはいえないから、準用する余地は全然ない。地自令一一八条は、法八五条一項の解釈を誤り、準用があるものと考えた結果生じた無効の規定である。法の委任なくして施行令自体が解職請求代表者たり得る資格を制限することができないのは、憲法七三条六号、内閣法一一条の規定に照らして明かである。したがって解職請求代表者になることができる者は選挙権を有する者であれば足る。

- (8) この論理は、行政実例とも明らかに異なるものであって、本判決の創作によるものであろうか。この論理からすると、公務員は署名収集・収集反対運動にも公選法の準用により否定され、署名収集・収集反対運動事務所の数も公選法の準用により制限されるべきだということになる。しかし、これは実務とも異なるものである。なお、長野士郎「逐条地方自治法「第一次改訂新版」」（学陽書房、一九九三）二二四頁以下も、署名収集運動の段階で政治闘争が展開される、と述べているが、これは地自令一〇八条等が公選法を準用して請求代表者の制限をした根拠として述べられているものではない。
- (9) 本判決は、「請求代表者になることができる者の資格制限は、公職の候補者になることができる者のそれよりも強化されている」と述べながらも、それがなぜ正当化されるかについては、判示しなかった。
- (10) 原告側は、選管決定の違法・無効事由として、次のことを主張した。詐偽に基く署名であることを理由とする異議申立は当該署名者のみがなし得るのであって、署名者以外の者のこのような異議申立は無効であり、無効な異議申立を容れてなされた本件決定もまた無効である。解職請求の署名であることを説明して署名を得た。さらに抗弁に対しては、解職請求代表者の中に村農業委員会委員がいてもそれによって解職請求者署名簿の署名を無効ならしめるものではない。
- (11) 行集四巻一〇号二四六八頁。
- (12) 前掲・注(4)
- (13) 上告理由は、請求代表者証明の交付・告示が行政処分であるとしたら、その職権取消しのない（もちろん争訟取消しはない）段階では、それは有効として取り扱われるべきである、という、行政行為の公定力の考え方に沿った主張かと思われる。これに対して、この最高裁判決の論理はどういうものか、判示の限りでは把握できない。
- (14) そのほか、広島地決平成六・四・一（判例集未登載）がある。本件は、議会の解散請求について法定数を上回る署名が集められたため議員が異議を申し出たのに対して、選管が異議申出を棄却する決定を行ったところ、申し出た議員七人が決定の取消訴訟を起こすとともに（請求を行った住民が選管側に補助参加した）、執行停止の申し立てをしたものである。裁判所は、請求代表者中に非常勤消防団員一人、町産業振興協議会委員が一人いることをもって成規の手続によらない署名であり、すべて無効であるとして執行停止を認めた。そこでは、地自令一〇八条、一〇九条が法律の委任の限界を超

えており無効」とする相手方の見解は「直ちには採用できない」としつつ（根拠は述べられていない）、手続の続行により償うべからざる損害を生じるおそれがあり、また停止によって公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれの疎明がないとされた。なお、その後、問題とされた三人を請求代表者からはずして再度の署名が集められ、解散請求が有効に成立したため、訴訟は取り下げられた。

- (15) 本判決の白石調査官解説も、本判決の「判旨」としては「欠格者が一人でも名を連ねている以上、そのことがしゅう集に影響を及ぼす可能性は常には否定しえない」という部分をあげる。もともと、立案当局の見解は、署名の収集に始まる全手続に公選法の規定を準用するといふものであり、本判決もこの見解を是認するものと解される、と付言する（前掲・注（5）八一―八二頁）。しかし、それを否定する見解が上告理由で述べられておらず、その点が争われてなかったため、それを前提とせざるをえなかったにすぎないと思われる。
- (16) 前掲注（6）
- (17) 綿貫芳源『註解地方自治法』（公務職員研修協会、一九七七）一七四頁。
- (18) 同旨・千葉勇夫「住民の直接参加」（雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系8・地方自治』（有斐閣、一九八四）三四五・三五四頁。長野・前掲注（8）二二三頁、松本英昭『新版逐条地方自治法「第四次改訂版」』（学陽書房、二〇〇七）二七八頁も、同様に、レベルの違う問題とする。
- (19) 室井力・兼子仁編『基本法コンメンタール地方自治法「第四版」』（日本評論社、二〇〇一、初版は一九七八）「第五章 直接請求」六五頁以下「安本典夫執筆」、安本・注（2）。
- (20) 杉村敏正・室井力『コンメンタール地方自治法』（勁草書房、一九七九）一七七頁以下「浜川清執筆」。
- (21) 太田和紀『註解法律学全集6・地方自治法』（青林書院、一九九八）一八九頁。千葉・前掲注（18）三四五頁、五四四頁、佐藤竺編著（地方自治総合研究所監修）『逐条研究・地方自治法』（敬文堂、二〇〇二。本書は、地方自治総合研究所編著『逐条研究・地方自治法』、日本評論社・一九八五の後継書である）五九三頁も明確にこの準用を批判する。他方、石津廣司「議会の解散の請求」（古川俊一編著『最新地方自治法講座3・住民参政制度』（ぎょうせい、二〇〇三。本書は、園部逸夫編『実務地方自治法講座3・住民参政制度』（ぎょうせい、一九九〇、同『新地方自治法講座3・住民参政

- 制度』ぎょうせい、一九九六の後継書である）二八二頁、橋本勇「議員及び長等の解職請求」（古川編著・同上）三三六・三三七頁は、このような準用の可否・当否についてはふれていない。
- (22) 長野・前掲注（8）一五八頁、松本・前掲注（18）二二四頁。
- (23) 長野・前掲注（8）二二三頁、二二六頁以下。
- (24) 松本・前掲注（18）二七八頁、二九〇頁以下。
- (25) 坂田期雄『新しい都市政策と市民参加』（ぎょうせい、一九七八）、加藤富子「住民投票制度」（園部逸夫編『実務地方自治講座3・住民参政制度』、ぎょうせい、一九九〇）九八頁以下など。
- (26) 安本典夫「市民立法権の可能性——法律面からの検討」（デビッド・クビアック編『日本にデモクラシーを』かもがわ出版、一九九三）七二頁以下参照。
- (27) 同様に、解職請求についても、次のように定めている。
- 八〇条は議員の解職請求について、一項で連署による請求手続、三項で解職投票
八一条は長の解職請求について、一項で連署による請求手続、二項で解職投票
- (28) これを受けた地自令の規定は、九一条、九八条の四にある。
- (29) 規定内容は次のようなものである。「選挙権を有する者」の定義、総数の五〇分の一の数の告示（地自法七四条五項）、選挙期間中の署名運動の制限（同六項）、署名の委任（同七項）、氏名代筆者の署名（同八項）、署名の証明、署名簿の縦覧、署名数の告示、署名に関する争訟（七四条の二）、署名の無効、関係人の出頭証言（七四条の三）、違法署名運動の罰則（七四条の四）。
- (30) 署名運動の名目による投票運動が行われると規制の対象になるとされる。
- (31) 昭三三・一一・一八行政実例（本文三・四頁参照）。角島靖夫・山本鎮夫『直接請求制度の解説』（ぎょうせい、一九七八）一一四頁以下参照。
- (32) この場合も、解散投票について規定し、それを長・議員の解職投票に準用する形で定めている。その際、「の規定は、普通地方公共団体の議会の議員の解職の投票について準用する。」（地自令一一三条。長の解職投票に関しては地自令

- 一一六条) など、あくまで解職投票の手続であることを明示している。
- (33) 解散投票は、選挙管理委員会が請求の要旨等の告示後六〇日以内にしなければならず、投票の期日の告示は、期日の少なくとも三〇日前(都道府県)または二〇日前(市町村)にしなければならない(地自令一〇〇条の二)。
- (34) こう解した場合でも、次に論じる「非常勤特別職公務員を含むすべての公務員は請求代表者となることができない」という解釈が許されることにはならない。
- (35) 憲法は、国民が公務員を直接的に選定すべき場合(憲法四三条・九三条二項)、国民が直接的に罷免権を認められる場合(同七九条)、および内閣総理大臣、国務大臣、裁判官などについてそれぞれ選定罷免権者(同六条・六七条・六八条・七八条・七九条・八〇条)を規定している。
- (36) 最大判昭和二四・四・二〇民集三巻五号一三五頁、東京地判平成一四・六・一四訟月四九卷一三三二頁(その控訴審判決東京高判平成一四・一〇・三〇LEXDB26410280もそれを維持した)。樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『法釈 日本国憲法・上巻』(青林書院新社、一九八四)三三八―三三九頁。ただし、佐々木高雄「憲法一五条の成立経緯と公務員罷免権」青山法学論集二七卷二号四七―七四頁は、同じ一五条の三・四項に選挙の規定と併せ考えると、一・二項も単なる理念の表明ではなく、「国民固有の権利」として選定・罷免権が憲法によって定められていることを重視すべきであるとす。
- (37) なお、国民の国会議員を罷免する権利については、憲法に規定がないためそれは否定されている、という一般的見解と国民主権の原理から、法律による具体化によって可能であるとする見解(杉原泰雄「国民主権と国民代表制の關係」奥平「杉原編・憲法学」四「七七―八〇頁とがある。樋口・佐藤・中村・浦部・前掲・注(36)三三九頁。時岡弘「公務員の罷免権——国会議員の罷免について」拓殖大学論集一〇号一二頁以下、同二八号一〇七頁以下は、より積極的に、憲法一五条の規定は、国民が直接公務員(特に国会議員)を罷免することが法的に可能であり、しかもこの罷免の権利は放棄することのできない国民の権利である、それと一見矛盾するかのよつな四三条の「全国民を代表する」という代表概念は、法的な意味のないイデオロギーの性格のものであるとする。
- (38) 省令に關してであるが、最判平成三・七・九民集四五卷六号一〇四九頁。

- (39) 準用されている公選法の立候補制限規定は、このほか、同法八六条の八第一項(公選法一一条一項、一一条の二、二五二条、政治資金規正法二八条)によって成年被後見人、禁固以上の刑に処せられその執行を終るまでの者、選挙犯罪により罰金刑が確定して五年間は被選挙権を有しないとされた者などの立候補制限)、八八条(投票管理者、開票管理者、選挙長・選挙分会長の立候補制限)がある。
- (40) 特別職公務員の定義については、国家公務員法二条三項、地方公務員法三条三項参照。地方公務員法上の特別職公務員には、後で出てくる委員および委員会の構成員で臨時または非常勤のもの、非常勤消防団員などが含まれる。
- (41) 長野・前掲注(8)二三四頁、松本・前掲注(18)二七八頁は、このことを強調する。
- (42) 上記「二六」において詳述した。
- (43) 歴史的流れについては、全国農業会議所編『農業委員会等制度三十年史』(一九八五)、全国農業会議所編『農業委員会等制度五十年史』(二〇〇五)、農林水産省経営局構造改善課監修『改訂・農業委員会法の解説』(全国農業会議所、二〇〇五)、満川元親『戦後農業団体発展史』(明文書房、一九七二)などを参照した。
- (44) 農地委員会は、もともとは一九三八年農地調整法にもとつて創設された諮問機関であったが、一九四五年に農地改革実施機関として改組された。また、一九四七年に食糧管理法施行規則改正により食糧調整委員会がおかれ、一九四八年施行の食糧確保臨時措置法により農業調整委員会となった。
- (45) 農業改良普及事業(農業改良助長法)の推進のため(同時に、戦前からの農業会の約四万人の技術者の一部分の受け皿として)、農林事務次官通達(昭三三・八「協同農業普及事業に関する都道府県および地区の機構と任務の概要」)を受けて都道府県条例によって設置された(満川・前掲注(43)一五三頁以下)。改良委員の任免は知事が行った。
- (46) 農地改革の一応の終了、供出制度の機能縮小(および限時法である食糧確保臨時措置法の失効)、そしてドッジライン下の行政改革の中で、これら三つの委員会が統合されて、市町村農業委員会、都道府県農業委員会が創設され、さらに、一九五四年に都道府県農業委員会は都道府県農業会議へと再編され、同時に全国農業会議所も創設された。法律名も「農業委員会等に関する法律」(以下「農委等法」といつ)となった。
- (47) 原則として市町村農業委員会委員会の会長および各種農業団体代表・学識経験者等が会議員となっている。

- (48) 選挙は公選法に基づいて市区町村の選挙管理委員会の管理により行われる。選挙権・被選挙権は、区域内に住所を有し一定規模以上の農地の耕作を営む者またはその同居の親族・配偶者等で、二〇歳以上のものが有する。
- (49) 一般職国家公務員は「公選による公職の候補者となることができない」(国公法一〇二条二項。同様の規定は国会職員法、国会職員法にもある)ため、農業委員会選挙の候補者となることもできないが(国公法における「公選による公職」の定義については人規一四 五)、その違反は国公法上の制裁を受けるにとどまり、農業委員会委員の立候補受付拒否事由とはならない。地方公務員は自己の属する地方公共団体の区域内で公の選挙・投票における投票勧誘運動が禁止されており(地公法三六条二項。「公の選挙」の定義はないが、農業委員会委員選挙は含まれると解されている。地方公務員関係研究会編著『解釈通覧・地方公務員関係法「全訂」』(総合労働研究所、一九八八)一四二頁)、ここでは農業委員会委員選挙への立候補は事実上制約されるが、その違反は地方公務員法上の制裁を受けるにとどまり、農業委員会委員の立候補受付拒否事由とはならない。現に衆議院議員・参議院議員である者は、農業委員会委員の候補者となることができ。ただし、兼職は禁止されているので(国会法三九条)、当選した場合議員たる職を辞したものとみなされる(農委等法一条、公選法一〇三条一項。繰上補充等による当選の場合は選択の余地あり。同一項)。
- (50) 農林水産省経営局構造改善課監修・前掲注(43)六九・七〇頁。
- (51) 『O&A』(たなひきゅう)の「農業委員会」の運営実務「四四」(全国農業会議所、二〇〇五)四四頁。
- (52) 市町村議会議員・長と都道府県議会議員・知事とでなぜ扱いが異なるか、また現に都道府県議会議員・知事が農業委員会委員に立候補する場合と、農業委員会委員が都道府県議会議員・知事に立候補する場合とでなぜ扱いが異なるか、あまり合理的な一貫した説明は見出すことはできない。複雑な歴史的経過のもたらしたものであろう。
- (53) 安本・前掲注(二)一四頁以下参照。
- (54) <http://ja.wikipedia.org/wiki/%E6%9C%A9%E6%96%B9%E6%96%B9%E6%96%B9>参照。
- (55) 京都府では、昭和二〇年代には約四万人であったものが、平成一〇年には一九、八五七人、同一年代は一八、五二〇人となっている。「京都府消防団活動活性化プラン」(二〇〇八・一一)
<http://www.pref.kyoto.jp/shobo/resources/1229575451502.pdf>, visited 26 May 2009. 参照。
- (56) もっとも、地自法二〇二条の三にもかかわらず、設置が条例にもとづいていないものも少なくない。
- (57) 広島地決平成六・四・一前掲注(14)の事例でも、問題となった町産業振興協議会は、過去一年間会議はなく、委員は実際には報酬を受けていなかったという。
- (58) 従来、特別職に入るかどうかが問題となり、結論として入るとされたものとして、次のような例もある。
非常勤の公民館長(行実昭二六・三・一 地自公発第五一号)、失業対策事業等に従事する者(解釈例規昭三二・九・一 一職発第七二二号)、学校医(行実昭二六・二・六 地自乙発第三七号)、畜業技術普及員の委嘱を受けた養蚕農業協同組合の職員(行実昭二六・三・一 四 地自公発第八三三号)、民生委員(行実昭二六・八・一七 地自公発第三六〇号)。
松本・前掲注(18)二七八頁は、これらすべてに代表者資格を否定する趣旨である。
- (59) 地方公務員関係研究会編著・前掲注(49)一三三頁。
- (60) 各地方公共団体は、職員(常勤の職員および再任用短時間勤務職員)に適用する職員給与条例のほか、非常勤職員に適用する報酬・費用弁償条例を定めて、それに基づいて報酬等を支払っている。これは、非常勤職員には勤務日数に応じて報酬支給、費用(交通費等)弁償をしなければならず(地自法二〇三条の二第一〜三項)、報酬・費用弁償の額・支給方法は条例で定めなければならない(同四項)、条例で定めることなしに報酬等の支給はできない(地自法二〇四条の二)からである。
- (62) 附属機関の委員その他の構成員として、消費生活審議会、男女共同参画会議、スポーツ振興審議会などの委員等、その他の非常勤の職員として、消防学校講師、育児休業等サポート嘱託員、自治研修センター特別講師、農業大学校非常勤講師、排水機場看守員、県立学校非常勤調理員、県文化の森文化推進員、速記嘱託員その他多くのものが列挙されている。
- (63) 地方自治法は、連署による請求は代表者を通じてなされるべきことを定めたが(地自法七四条一項、七四条の二第一項)、「請求代表者証明 制度は政令(地方自治法施行令)により創設された」(地自令九一条。法律にないこのような制度を政令で創設することは法治主義に反するのであり、この制度自体に疑問はある。制度を認めるとしても、制度運用上はきわめて形式的なもの(例：代表者の選挙権の有無の判断等)にとどめるべきであるが(室井・兼子編・注(19)六八・六九頁「安本執筆」)、実務上は、条例の制定改廃請求の場合には「条例の制定改廃請求内容が条例の規定事項でないもの、地

方税等の徴収に関するもの等に係る場合には、代表証明書を交付しないことができる」として、実質審査できるものとしてい
る（松本・注（18）（二二三頁））。いずれにせよ、これは代表者資格のない者からの証明書申請をチェックするものとして
考えられている。そうであれば、非常勤特別職公務員が代表者になりえないとしたら、この段階でチェックするべきこと
となる。もしそれを見落として証明書を交付したら、「瑕疵ある交付」になるのか。代表者証明書の交付・不交付が、そ
れによって署名を収集することの可否という法効果をもたらすとしたら、それは「行政処分」とも構成されよう。もっ
とも、法律の根拠なしに行政処分を行なえるものではない。ただ、仮に行政処分と構成した場合、瑕疵ある証明書交付の
効力を否定するには、職権取消しか、行政争訟によらなければならないこととなる。そうすると、選管が、職権取消し
しないで署名の有効性を否定することは、それ自体が瑕疵ある行為となるだろう。なお、現に議員である者に対し、その
ことを知らずに地方公共団体の常勤の職員に任用する発令行為があったときは、当該発令行為が当然無効とはならず
「*もちろん、議員の地位を当然に失つものでもない。筆者注」、直ちにいずれかを辞することが必要とされている（松本・
注（18）（二三四頁））。両立しない身分・地位が重なった場合には、本人の意図を踏まえた調整手続が不可欠である。