

司 法 試 験

論文過去問  
徹底解析

[系統別] + [年度別]

公法系

憲法・行政法



LEC 東京リーガルマインド 編著

# は し が き

平成 18 年度にスタートした新司法試験は、平成 23 年 5 月の実施で、第 6 回を数えるまでになり、その出題傾向等は、ほぼ固まりつつあります。

旧司法試験と異なり問題文中に事実関係や資料が多く盛り込まれ、これらを短時間で取捨選択しつつ、時間内に答案に仕上げていくことが求められる新司法試験においては、何より、出題された膨大な問題文・資料をスピーディーに処理していくことが重要です。

そこで、本書は、平成 18 年度から平成 22 年度までの 5 年間の新司法試験の問題を詳細に分析し、問題文の重要箇所を強調して目立たせるとともに、上位合格レベルの答案作成のポイントを具体的に示すことによって、確実に時間内に合格レベルの答案を作成する能力を皆様に身に付けていただくように構成いたしました。

さらに、法務省発表の新司法試験関係資料を掲載し、試験委員の出題意図・採点実感とのクロスチェックができるようにいたしました。

本書をご活用いただくことにより、皆様が必ずや新司法試験に合格されるものと確信いたしております。

2011 年 9 月吉日

株式会社 東京リーガルマインド  
LEC 総合研究所 司法試験部

# 本書の効果的活用法

平成22年度  
(2010年度)

## 第1問

本問は社会権、選挙権という人権分野でも若干マイナーな箇所からの出題となりました。関係する判例との違いを意識した論述が求められています。生存権については、条例によって自治体ごとに異なる取扱いをすることの可否に関する判例（青少年保護育成条例に関するもの）、選挙権については、選挙権の行使を制限できる場面を非常に限定的に解した判例（在外邦人が投票できないことの合憲性が問題となったもの）を意識した論述が必要です。

各問題の先頭に、出題傾向、答案作成上の注意等を掲載しています。

新司法試験論文式問題を本試験と同じ形式で掲載しています。答案作成練習にご活用下さい。

### 問題文 (配点：10)

市町長は、個人を単位とする住民票を世帯ごとに編成して、住民基本台帳を作成しなければならない【参考資料1】。生活の本拠である住所（民法第22条参照）の有無によって、権利や利益の享受に影響が生じる。国民の重要な基本的権利である選挙権も、住所を有していないと、選挙権を行使する機会自体を奪われる（公選法第21条第1項、第28条第2号、第42条第1項参照）。また、国民健康保険や介護保険等の手続をするためには、住民登録が必要である。ただし、生活保護法は、「住所」という語を用いておらず、「居住地」あるいは「現在地」を基準として保護するか否かを決定し、かつ、これを実施する者を定めている【参考資料2】。

ボランティア活動などの社会貢献活動を行う、営利を目的としない団体（NPO）である団体Aは、ホームレスの人たちなどが最底辺の生活から抜け出すための支援活動を行っている。団体Aは、支援活動の一環として、Y市内に2つのシェルター（収容人数は100名）を所有している。その2つのシェルターに居住する人たちは、それぞれのシェルターを住所として住民登録を行い、生活保護申請や雇用保険手帳の取得、国民健康保険や介護保険等の手続をしている。

Xは、Y市内にあるB社に正社員として20年勤めていたが、B社が倒産し、突然職を失った。そして、失職が大きな原因となり、X夫婦は離婚した。その後、Xは、C派遣会社に登録し、紹介されたY市内にあるD社に派遣社員として勤め始め、Y市内にあるD社の寮に入居した。しかし、D社の経営状況が悪化したために、いわゆる「派遣切り」されたXは、寮からも退去させられた。職も住む所も失ってしまったXは、団体Aに支援を求めた。そして、その団体Aのシェルターに入居し、そこを住所として住民登録を行った。不定期のアルバイトをしながら、できる限り自立した生活をしたと思っているXは、正社員としての採用を目指して、正社員募集の情報を知ると応募していたが、すべて不採用であった。その後、厳しい経済不況の中、団体Aの支援を求める人も急増し、2つのシェルターに居住し、そこを住所として住民登録を行う人数が200名を超えるに至った。シェルターが「飽和状態」となって息苦しさを感じたXは、シェルターに居なくなり、正規社員への道を得られず、アルバイトで得たお金があるときはY市内のインターネット・カフェを泊まり歩き、所持金がなくなったときはY市内のビルの軒先で寝た。

2011年4月に、Y市は、住民の居住実態に関する調査を行った。調査の結果、団体Aのシェルターを住所として住民登録している人のうち、Xを含む60名には当該シェルターでの居住実態がないと判断した。Y市長は、それらの住民登録を抹消した。

住民登録が抹消されたことを知ったXは、それによって生活上どのようなことになるのかを質問し、市役所に行ったところ、国民健康保険被保険者証も失効するなどの説明を受けた。Xは、胃弱という持病があるし、最近体調も悪くなったが、医療費が全額自己負担になるので、病院に行くに行けなくなった。

住民登録を抹消され、質問ばかりでなく、生命や健康さえ脅かされる状況に追い詰められたXは、生活保護制度に医療扶助もあることを知り、申請日前日に宿泊していたインターネット・カフェ

### 問題文 (重要箇所の強調 ver.)

#### 答案作成上、重要な事実

市町長は、個人を単位とする住民票を世帯ごとに編成して、住民基本台帳を作成しなければならない【参考資料1】。生活の本拠である住所（民法第22条参照）の有無によって、権利や利益の享受に影響が生じる。国民の重要な基本的権利である選挙権も、住所を有していないと、選挙権を行使する機会自体を奪われる（公選法第21条第1項、第28条第2号、第42条第1項参照）。また、国民健康保険や介護保険等の手続をするためには、住民登録が必要である。ただし、生活保護法は、「住所」という語を用いておらず、「居住地」あるいは「現在地」を基準として保護するか否かを決定し、かつ、これを実施する者を定めている【参考資料2】。

ボランティア活動などの社会貢献活動を行う、営利を目的としない団体（NPO）である団体Aは、ホームレスの人たちなどが最底辺の生活から抜け出すための支援活動を行っている。団体Aは、支援活動の一環として、Y市内に2つのシェルター（収容人数は100名）を所有している。その2つのシェルターに居住する人たちは、それぞれのシェルターを住所として住民登録を行い、生活保護申請や雇用保険手帳の取得、国民健康保険や介護保険等の手続をしている。

Xは、Y市内にあるB社に正社員として20年勤めていたが、B社が倒産し、突然職を失った。そして、失職が大きな原因となり、X夫婦は離婚した。その後、Xは、C派遣会社に登録し、紹介されたY市内にあるD社に派遣社員として勤め始め、Y市内にあるD社の寮に入居した。しかし、D社の経営状況が悪化したために、いわゆる「派遣切り」されたXは、寮からも退去させられた。職も住む所も失ってしまったXは、団体Aに支援を求めた。そして、その団体Aのシェルターに入居し、そこを住所として住民登録を行った。不定期のアルバイトをしながら、できる限り自立した生活をしたと思っているXは、正社員としての採用を目指して、正社員募集の情報を知ると応募していたが、すべて不採用であった。その後、厳しい経済不況の中、団体Aの支援を求める人も急増し、2つのシェルターに居住し、そこを住所として住民登録を行う人数が200名を超えるに至った。シェルターが「飽和状態」となって息苦しさを感じたXは、シェルターに居なくなり、正規社員への道を得られず、アルバイトで得たお金があるときはY市内のインターネット・カフェを泊まり歩き、所持金がなくなったときはY市内のビルの軒先で寝た。

2011年4月に、Y市は、住民の居住実態に関する調査を行った。調査の結果、団体Aのシェルターを住所として住民登録している人のうち、Xを含む60名には当該シェルターでの居住実態がないと判断した。Y市長は、それらの住民登録を抹消した。

住民登録が抹消されたことを知ったXは、それによって生活上どのようなことになるのかを質問し、市役所に行ったところ、国民健康保険被保険者証も失効するなどの説明を受けた。Xは、胃弱という持病があるし、最近体調も悪くなったが、医療費が全額自己負担になるので、病院に行くに行けなくなった。

膨大なデータから、合格答案作成に必要なデータを取捨選択することができるよう、問題文及び資料の重要箇所をアンダーラインで強調しました。是非ご参考にして下さい。

## 設問の形式と時間配分

(設問形式について)

1 「人権侵害を受けた個人」の立場から違憲性の主張を展開させ、次に、被告（国・地方公共団体）側の反論も挙げさせたうえで、最後に結論を問うという形式は、前半までの新司法試験と同様です。より細かく見れば、① 2006 年度は、設問 1 で原告の主張、設問 2 で被告の反論、設問 3 で私見という形式であり、② 2007 年度・2008 年度は、設問 1 で原告の主張、設問 2 で被告の反論と私見という形式であり、③ 2009 年度は、設問 1 で「中止命令」についての主張・私見、設問 2 で「尊厳処分」についての主張・私見という形式でしたので、今年度は、①の形式となっています。

2 ただし、論じる分量については、昨年が「中止命令」と「尊厳処分」という 2 つを、それぞれ設問 1 と設問 2 で論じさせるものだったのに対して、今年は、「生活保護」と「選挙権」という 2 つについて、設問 1 で X 側の主張、設問 2 で反論と私見を論じさせるものとなっており、昨年と今年であまり変わらないといえます。このことは、答える「量」が増えたことを考慮して、資料を含めた分量を減らした、とされる 2009 年度の分量が 4 頁であるのに対して、今年の分量が 5 頁であることから窺えます。

3 問題のテーマについては、「憲法では、従前から新しい領域の素材を提示する慣例」（2009 年度・採点実態）がなされているところ、今年は、「最近の社会問題が素材」とされています。なお、2009 年度は、遺伝子研究という先端技術に関する学問的自由への制約、2008 年度はインターネット上の有害情報に対するフィルタリング、2007 年度は宗教団体による施設建設に反対する周辺住民との利害調整、2006 年度は、たばこの包封容器への警告文表示の義務付けがテーマとなっていました。これらは、実態に社会で生じ、問題となっているものであり、「問題の存在を感じることは、憲法に関する専門的な知識を後にもして理解できることと思われ、純粋な素材にとっても問題の所在の把握は難しくない」（2009 年度・採点実態）と、出題者は考えているので、今後もこのようなテーマが続くでしょう。普段から、新聞や雑誌等で興味・関心を広げておくことが大事です。

(時間配分について)

本問の論じる分量は、昨年が「中止命令」と「尊厳処分」という 2 つを、それぞれ設問 1 と設問 2 で論じさせるものだったのに対して、今年は、「生活保護」と「選挙権」という 2 つについて、設問 1 で X 側の主張、設問 2 で反論と私見を論じさせるものとなっており、昨年と今年であまり変わらないといえます。このことは、答える「量」が増えたことを考慮して、資料を含めた分量を減らした、とされる 2009 年度の分量が 4 頁であるのに対して、今年の分量が 5 頁であることから窺えます（なお、2007 年度・2008 年度は 8 頁です）。

したがって、答案作成時間を多めに確保しておくべきです。問題分析と答案構成は 30 分程度で終わらせましょう。

LEC 東京リーガルマインド 司法試験 系統別・年度別 論文過去問徹底解析 公法系

318

設問形式の分析及び時間配分の注意点を示しました。

LEC 専任講師が、合格レベル答案に達するために求められる論述内容を詳細に解説しました。法務省発表の出題趣旨との対照により、多面的な問題分析が可能です。

合格答案のポイント

## 合格答案のポイント

【出題の趣旨】

① 本問では、原告側、被告側、そして「あなた自身」と、三つの立場での見解を展開することが求められる。その際、三つの立場を憲法構成上の都合から余りに断絶的に展開することは適切ではない。三つの立場それぞれが、判例の動向及び主要な学説を正確に理解していることを前提としている。その上で、判断材料に関する検討、そして事業の内容に即した個別・具体的に検討を行うことが求められる。

② 今年度の論文式問題のテーマは、貧困と権利の現実的保障である。本問で権利の現実的保障を検討する際、事業としてかきこえるのは住所である。

③ 一つは、言わば構造的な問題も一つとして、自助努力を尽くしても「健康で文化的な最低限度の生活」を維持することが困難な状況に陥っている人々の生活保護の問題である。具体的には、生活保護法が「住所」ではなく、「居住地」「現在地」を有する者を保護の対象としているにもかかわらず、生活の本拠を有しない者からの生活保護申請を拒否した処分をめぐる憲法上の問題である。ここで問われているのは、立法裁量論の問題ではない。また、ここで問われているのは、「文化的」に「最低限度」であるか否かではなく、言わば「生存」そのものに关わる問題である。なお、自治体による別業

(設問 1 について)

- 1 本問は、X 側の主張を論じるものですが、「X の立場に立つてどれだけの確かな主張を行うことができるかが問われる」（2009 年度・ヒアリング）ので、「およそ通らないような」「主張」は、思いいついても答案には書かないようにしなければなりません。
- 2 本問では「生活保護」と「選挙権」が問われています。「生活保護」に関しては、まず、生存権（憲法 25 条）について論じるべきでしょう。生活保護を受ける権利が憲法上保障されるのか、生存権の法的性質が問題になります。この点、プログラム規定説、抽象的権利説、具体的権利説の対立がありますが、本問では生活保護法によって具体化されているといえますので、抽象的権利説、具体的権利説のいずれかであれば、X 側の主張としては可能だと思われます。
- 3 「生活保護」に関しては、問題文中に、X と「全く同じ状況にある人にも生活保護を認める自治体がある」という記載があるので、平等権（憲法 14 条）についても論じるべきでしょう。ここでは、自治体によって扱いが異なっていることが問題になります。憲法 94 条がある以上自治体による差異は憲法が当然予定しているという判例（最判昭

LEC 東京リーガルマインド 司法試験 系統別・年度別 論文過去問徹底解析 公法系

323

## 答案構成（平成 22 年度 第 1 問）

第 1 設問 1 について

1 申請権を憲法上の違憲性

(1) 25 条違反

生存権の法的性質：抽象的権利→生活保護法によって具体化

↓

Y 市の制度適用

→申請用下処分は X の生存権を侵害

↓

法 19 条 1 項 1 号の「居住し」、2 号の「現在地」の意義が問題

↓

・生活保護法は生存権を具体化

→すべての国民に最低限度の生活を保障

・ホームレス自立支援法

→ホームレスを対象外とする解釈は不当

↓

Y 市の運営

→生活保護法の趣旨に合致せず

↓

申請用下処分は違憲

(2) 14 条違反

生活保護法は生存権を具体化

→すべての国民に最低限度の生活を保障

→自治体による異なる取扱いが原則として不合理な差別

↓

Y 市以外の自治体

→インターネットカフェ等を居住地または現在地と認める運用

↓

Y 市の運用は不合理な差別

↓

申請用下処分は違憲

2 住民基本台帳法 15 条 1 項等の違憲性

住民基本台帳法 15 条 1 項、公職選挙法 21 条 1 項

→台帳記録簿者による選挙人名簿登録消す

→X の選挙権（憲法 15 条 1 項）を侵害

↓

LEC 東京リーガルマインド 司法試験 系統別・年度別 論文過去問徹底解析 公法系

326

全ての問題で答案構成（平成 18 年度は「答案構成 詳細版」）を作成しました。合格レベル答案の骨格をイメージしてください。

## 優秀レベルの答案 (平成22年度 第1問)

### 第1 設問1

#### 1 申請拒否処分の不憲性

##### (1) 25条違反

憲法25条1項は、「すべて国民は健康で文化的な最低限度の生活を営む権利を有する」と規定し、生存権を保障している。

生存権はそれ自体では具体的な給付を請求することができない抽象的権利であるが、生活保護法によって、生活保護受給権として具体化されている。申請却下処分は、右受給権を否定するものであるから、受給権ひいては生存権を侵害する。

生活保護法(以下「法」)19条1項2号は、所管区域内に現在地を有する者に対して、保護を決定し、かつ、実施しなけられなければならないと規定している。Xはインターネットカフェやビルの軒下で寝泊りしているが、Y市内から出ておらず、Y市内に現在している。

生活保護法の居住地や現在地という用語は、特に定義が無い以上、民法の解釈を元に考えるべきである。民法22条は住所を生活の本拠と定義しており、同法23条は住所の代わり居所という概念を用意している。このことからすると、居住地という用語は、住所または居所という考えられる。

居所は住所ほど固定的ではないが、一定程度継続してそこに暮らすことが必要であると考えられるので、ネットカフェやビルの軒下を転々としている場合はそこを居所とみなすことはできない。もっとも、現在地は民法に参考になる規定が無いため、生活保護法の趣旨を踏まえて独自に解釈する必要がある。この点について、生活保護法は、生存権を具体化する法律であるから、すべての国民の最低限度の生活を保障することが目的であり、それは法1条からも明らかである。またホームレス自立支援法があるように、ホームレスは社会的弱者として一般的に認知されており、25条の精神を実現するために、ホームレスの保護を除外するような法解釈は妥当

「生存権が問題になっていることを示している」

「生存権侵害を争う場合には、具体的立法の不備を争うか、又は、具体的立法に基づく処分(給付)が不十分な生存権を侵害するものであるとして争うか、いずれであるかを明確にすること、この書き方であれば、処分の違憲性を争うことが明確である」

「ネットカフェや軒下が居住地といえるか、について、民法の規定や、生活保護法の趣旨、ホームレス自立支援法の存在を踏まえて検討している姿勢は評価できる」

各問題(平成18年度を除く)に優秀レベルの答案を掲載しました。加えて、平成21年度・22年度については、合格者の再現答案も掲載しております。

各答案にはサイドコメントを付し、答案の優れている点・改善すべき点を記載しています。

## 再現答案 (平成22年度 第1問 306位相当)

### 第1 設問1

#### 1 憲法25条違反

Xは、Y市福祉事務所長が行ったXの生活保護認定申請の却下処分取消訴訟(行政事件訴訟法3条2項)を提起し、この訴訟の中で、Y市福祉事務所長の当該処分がXの生存権(憲法25条)を不当に制約し、違憲である旨主張することが考えられる。

(1) まず、Xの生活保護を受ける権利は、生命や健康さえ脅かされる状況にあるXにとってまさに最低限の生活をするために必要なもので、生存権として保障される。

もっとも、かかるXの権利は、Y市に対して生活保護を要求する積極的権利である。この点、憲法25条は、その文言が不明確であることから、個人の生存権の積極的側面を具体的に保障した規定ではなく、これを具体化する法律によって初めて具体的権利となる抽象的権利を定めたものと解する。

これを本件についてみると、国民の生活保護受給権は生活保護法19条により具体化されている。よって、XはY市に対して生活保護を要求する権利を有するといえる。

(2) そうだとすると、Y市福祉事務所長の当該処分はXのかかる生存権を不当に制約するものか。

ア この点、Xのかかる生存権は、Xの生活状況に鑑みればまさに人間としての最低限度の生活をするために必要なものであることから、当該処分がXの生存権を不当に制約しているか否かは厳格に判断すべきである。そこで、当該処分が重要で、その手段が目的と実質的関連性を有するといえる場合には合憲とするものと解する。

イ これを本件についてみると、当該処分の目的は、主としてホームレスなどが市に増えることで市のイメージが悪くなることを防ぐことにある。かかる目的は、ならん住民の生活上の利益とは関係がないもので、重要とはいえない。また、仮に目的が重要でも、インターネット・カフェやビ

「生存権が問題となっていることを示している」

「違憲審査基準について、抽象論に終始せず、事案を踏まえて書くことができる」

「自分なりに事情を評価できている」

合にのみ違法となると解する。これを本件についてみると、ホームレスの人たちの支援を行っているNPOは以前、国政選挙の「住所」要件の改正を求めた請願書を従務者に提出していたことから、国会も「住所」要件の改正の必要性を認識していたといえる。また、一定の期間も経過している。選挙権は上記のとおり非常に重要な権利である。以上より、本件での国政選挙上の違法性はありえない。同法に基づき損害賠償請求訴訟の提起は認められる。

以上

### 【講評】

- ★ 違憲審査基準を導く論述が若干、抽象的である印象を受ける。ただ、生存権侵害について、Y市長の処分目的、ホームレスが増えることで市のイメージが悪くなることを防ぐことにある、という点を述べたうえで、その不合理性を論じており、説得的である。
- ★ 「住所」要件を定める公職選挙法の定めが選挙権侵害になるのではないか、という法令違憲が問題となることを検討している点は評価できる。なお、公職選挙法を合憲としつつ、国家賠償法上違法という評価をしている点は論理矛盾ではないか、と思われるが、選挙権侵害が問題となった平成17年の判例を意識した論述をしている点が評価され、減点にはならなかったのではないかと、と思われる。

■第1問単独で評価した場合、200位前後の優秀答案。

再現答案(平成21年度・22年度)には、全体講評を付すとともに、答案ごとの推定順位を明記しました。

資料

資料 平成22年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

【公法系科目】

〔第1問〕

① 今年度の論文式試験のテーマは、貴州と権利の現実的保障である。本問で権利の現実的保障を検討する際に、事業としてかきを得るの住所である。

② 一つは、言わば法的保障の同一性によって、自由努力を尽くしても「健康で文化的な最低限度の生活」を維持することが困難な状況に陥っている人々の生存権保障の問題である。具体的には、生活保護法が「住所」ではなく、「居住地」「居住権」を有する者を保護の対象としているにもかかわらず、当分の権利を有しない者からの生活保護申請を拒否した処分をめぐる憲法上の問題である。ここで問われているのは、立法裁量の問題ではない。また、ここで問われているのは、「文化的」「最低限度」であるが否かではなく、言わば「生存」そのものにかかわる問題である。なお、自治体による制約の合理性に関しては、それを要した先例（最判昭和33年10月15日）があるが、その先例と本問の事案とは異なることを踏まえて検討する必要がある。

③ もう一つは、選挙権（投票権）に関する問題である。公職選挙法第9条第1項で規定する選挙権の行使の要件を満たし、かつ、同法第11条第1項で定める選挙権の消滅の要件に当たらずとも、選挙人名簿の登録が住民基本台帳に登録されている者について行われる（第9条第2項第1条第1項）ので、住所を失うと選挙権を行使する機会を奪われることになる。ここでは、選挙権（投票権）の意義をどのように考えるのか問われる。

④ 選挙権を行使できないということは、選挙権の事実上保障されていないことを意味する。国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をするにやむを得ない理由があるといえる。ためには、「やむを得ない理由がある」といえる。そのためには、選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ない程度に害し（阻害）であると認められる場合）である。また、選挙権を行使できなかったことに基づく国家賠償請求についても、上記前提が前提となる。選挙権に即した具体的な検討することが求められる。

⑤ 本問では、原告側、被告側、そして「あなた自身」と、三つの立場での見解を展開することが求められる。その際、三つの立場を客観構成上の割合から余りに戦略的に展開することは適切ではない。三つの立場それぞれが、判例の動向及び主要な学説を正確に理解していることを前提としている。その上で、判断枠組みに関する検討、そして事案の内容に即した個別的・具体的に検討を行うことが求められる。

⑥ 設問1では、原告側は一定の筋の通った主張を、十分に行う必要がある。

⑦ 設問2では、「被告側の反論を想定しつつ」検討することが求められている。「想定」される反論を書くパートでは、反論の憲法上のポイントだけを挙げればよい。そこでは、反論の内容を詳細に書く必要はない。反論の結論的な内容は、「あなた自身の見解」のパートで述べよう。

⑧ 設問3では、原告・被告双方の主張内容を十分に踏まえて、「あなた自身」の結論及びその理由を書くことが求められる。

⑨ いずれにしても、問われているのは理由の論理力である。

〔第2問〕

① 本問は、A村の村長が行った村有土地の安値売却に付いて、村民Bらが提起することが予想される訴訟について、A村の顧問弁護士との立場から論じさせるものである。問題と資料から基本的な事実関係を把握し、地方自治法や同法施行令の趣旨を踏まえた上で、住民訴訟の訴訟要件等を検討するとともに、本案における違法事由、つまり本件土地売買契約の違法性を論じる力を試すものである。住民訴訟及び財務会計法にかかわる細かな知識を問う趣旨ではなく、住民訴訟による住民自治及び財政規律、行政契約の公正性及び透明性、地方公共団体の財政的経済性、地方議会の議決の民主性といった基本的な考え方を、案文や与えられた判例から読み取り、事案に即した具体的な解釈論として展開する力を試すものである。

② 設問1は、住民訴訟の基本的な利用条件について、具体的に検討させる趣旨の問題である。住民訴訟、特に、いゆゆ4号請求に関して、基本的な理解を確認するものである。住民訴訟の利用条件のうち、例えば、監督請求前段という要件に関しては、住民監督請求を行っていない村民Bが本件で住民訴訟の原告になることができるのかを検討する必要がある。また、住民訴訟が当該地方公共団体における住民による提起が要求

法務省発表の新司法試験関係資料を全て掲載し、重要部分にアンダーラインを引きました。

平成22年度

資料

えらる問題点や、それを解決する方策の可能性を具体的に検討しようとする答案を相当数見られた。しかし、選挙権という重要な権利が問題になっているので（憲法第9条の第1項）でその重要性を重くするなどとするので、目的論的な検討なく安易に認容している答案も多く、逆に、「選挙権は権利である」と同時に公的な義務」と位置付けるだけで、安易に制約を合意する答案も意外に多かった。

エ 上記のような厳格な審査を義務付けるには、合憲性判断の枠組みを選挙権及び投票権の憲法上の位置付けからしっかりと検討することが必要であるが、選挙権の重要性を「国民主権」「開明民主制」からきちんと述べてある答案が少なく、「表現の自由の自己規制の価値」「表現の自由と同様、政治的意見を表明する権利」など、表現の自由の重要性から論議する答案が意外に多かった。

オ 選挙権の行使が認められたことについて、立法不作為の違法性を理由とする国家賠償請求訴訟の可能性に全く言及しない答案も相当数にあった。立法不作為による国家賠償請求に類した答案でも、在外邦人選挙権論議問題を提起した答案はまれであり、最高裁判所6年11月2日判決（在外投票制廃止訴訟）のみに基づいて検討する答案が多かった。

在外邦人選挙権論議訴訟では、国民の選挙権の行使を可能にするための所要の問題をどうとら

えている点によって国民が選挙権を行使することができない場合の立法不作為の憲法適合性の問題と、立法不作為が国家賠償法上違法性の評価を受けるための要件という問題を区別して検討しているが、この二つの問題の区別を意識しない答案が多く見られた。

立法不作為の国家賠償法上の違法性に関して、本問では、「7年前に改正を求める請願書を総務省に提出していた」という事案であり、在外邦人選挙権論議判決の事案とは異なっていることから、そのことを踏まえて検討することが求められる。しかし、これらの点について具体的に検討する答案は、ほとんどなかった。

3 今後の法科大学院教育に求めるもの

憲法上の問題を検討するに当たっては、判断枠組みの構築と当該事案における個別的・具体的に検討が必要不可欠である。法科大学院では、審査基準（三段論）を載るものとともに、それらの内容の正確な理解（問題点を含めて）を学生に深めさせる教育が求められる。また、先例において判例の検討と問題を十分に認識し、基本判例は、判例原文に照らして検討する必要がある。そして事実認定・事実評価の問題点を個別的・具体的に理解・検討することが求められる。

資料 平成22年新司法試験の採点実感等に関する意見（行政法）

1 出題の趣旨

別表公表している「出題の趣旨」を、参照いただきたい。

2 採点方針

採点に当たり重視していることは、法的な論議に関係、分かつ、かつ、受験生の思考の跡を採点者が追うことができるような文章を書いているか、という点である。決して知識の量に重きを置いているわけではない。

3 答案に求められる水準

① 本件において提起されることが見込まれる住民訴訟に関しては、①村長と地方自治法第24条第2項第1項

にいう「普通地方公共団体の長」として「違法」「財産の一部分」（又は「契約の締結」）をしたとされることについて、A村の「執行機関又は職員」（本件ではB）を被告として、この点においてA村が互に對して有する相互関係の法的性質を十分に認識し、その内容の（義務付け訴訟）であることが押さえていられるかどうか、その他、主要な論点（Bについての出題趣旨の遵守、Cについての「住民」要件の充足、Dについての「住民監督請求前段」の充足）への回答がふまえて、優等な答案であるかどうかを判定する際の目安とした。

住民訴訟制度についての受験者の一般的な理解の程度を考慮し、上記の点については、上記の全ての要素に明確に答えていなくても、おおむねの理解ができていることがあれば、優秀又は良好な答

平成22年度

# 目 次

## 平成 18 年度 (2006 年度)

第 1 問 .....	1
第 2 問 .....	27
資 料 .....	57

## 平成 19 年度 (2007 年度)

第 1 問 .....	65
第 2 問 .....	99
資 料 .....	129

## 平成 20 年度 (2008 年度)

第 1 問 .....	139
第 2 問 .....	179
資 料 .....	207

## 平成 21 年度 (2009 年度)

第 1 問 .....	219
第 2 問 .....	255
資 料 .....	298

## 平成 22 年度 (2010 年度)

第 1 問 .....	309
第 2 問 .....	341
資 料 .....	379

平成 18 年度  
(2006 年度)

# 第 1 問

本問は、特定の意見を表現することが強制された場合の憲法上の問題点について、たばこの包装紙という事案について問うものです。商品回収や包装変更を、自社の費用で義務付けられることへの対応として、国家賠償請求と憲法 29 条 3 項に基づく損失補償請求の 2 つを検討することになります。



# 問題文

(配点：100)

たばこ専売制度が廃止されたのに伴い、1984年に「我が国たばこ産業の健全な発展を図り、もって財政収入の安定的確保及び国民経済の健全な発展に資することを目的」として、たばこ事業法が制定された。その第39条は、製造たばこに「消費者に対し製造たばこの消費と健康との関係に関して注意を促すための大蔵省令で定める文言を、大蔵省令で定めるところにより、表示しなければならない」と規定した。それを受けて、1985年に制定されたたばこ事業法施行規則第36条は、「注意表示」文を「健康のため吸いすぎに注意しましょう」と定めた。1989年の同施行規則の改正により、「注意表示」文は、「あなたの健康を損なうおそれがありますので吸いすぎに注意しましょう」と改められた。

2000年に厚生省（当時）事務次官通知等により開始された国民健康づくり運動としての「健康日本21」は、たばこの危険性に関する十分な知識を得た上で選択することができるよう、情報の提供を強化すること等を求めている。2002年には、学校、劇場、官公庁施設など多数の者が利用する施設の管理者は、その利用者について受動喫煙を防止するために「必要な措置を講ずるよう努めなければならない」（第25条）と規定する健康増進法が制定された。

たばこによる健康、社会及び環境に与える影響に対する取組は、1970年以来WHO（世界保健機関）によっても行われてきている。2003年5月、WHO第56回総会は、喫煙による健康被害の防止を目的として、たばこの需要の減少に関する措置等への国際協力を定める「たばこの規制に関する世界保健機関枠組条約」を全会一致で採択した。同条約の締約国は、条約の発効から3年以内に、①たばこ製品の包装及びラベルに、たばこ使用による有害な影響を記述する健康に関する警告を付し、かつ、②その警告文の大きさは主たる表示面の50%以上を占めるべきであり、主たる表示面の30%を下回るものであってはならない等、規制の実施措置を採るよう求められている（同条約第11条）。日本政府は、2004年3月に同条約に署名し、第159回国会における承認を経て、同年6月に受諾書を寄託した。

「たばこの規制に関する世界保健機関枠組条約」の発効は2005年2月27日であるが、内容を先取りして対応した国も多い。我が国も、2003年11月にたばこ事業法施行規則第36条を改正した。それによって、同施行規則別表第一及び第二に掲げる合計8つの、従前よりは具体的な内容の「注意表示」文<sup>注</sup>の中から選んだものを、たばこ製品の容器包装の主要な面の面積の30%以上の大ききで記載することが義務付けられた。

注 「注意表示」文の一例：「喫煙は、あなたにとって肺がんの原因の一つとなります。疫学的な推計によると、喫煙者は肺がんにより死亡する危険性が非喫煙者に比べて約2倍から4倍高くなります。」

なお、諸外国の中には、「喫煙は人を殺す」等のより直接的な表現を用いた警告文や肺の病巣等の写真が入った警告文の記載を義務付けている国もある。

その後、200\*年に成年者を対象として実施された「喫煙と健康問題に関する実態調査」で

は、全回答者の84.5%が喫煙と肺がんの関係を認識していたが、心臓病との関係については40.5%、脳卒中との関係については35.1%にとどまっている。さらに、たばこに依存性があることを知っていた人は51.8%である。

そこで、これまでの経緯のほか、この調査結果も踏まえて、同年、製造たばこの容器包装への「注意表示」についての関連規定を廃止し、独立した法律である「製造たばこの警告表示に関する法律」（以下「警告表示法」という。）が制定された（資料1及び2参照）。

警告表示法は公布後直ちに施行されることとされており、同法施行前に製造されたたばこ製品に関する特段の経過措置は設けられていない。

警告表示法施行後1年間で、国内におけるたばこ製品の販売量は、直近3年間の平均に比べて約30%減少した。喫煙者に対するアンケート等によって、販売量減少の主たる原因は、新たに義務付けられた警告文にあることが明らかになっている。

### 〔設 問〕

1. あなたがたばこ会社であるT社から依頼を受けた訴訟代理人であった場合（T社からの相談内容については、資料3参照）、損害を回復するためにどのような訴えを起こしますか。2つの訴えを挙げなさい。そして、訴訟代理人として、警告表示法に対して憲法に基づいてどのような主張を行うか、述べなさい。
2. あなたが国側の代理人として請求の棄却を求める場合、上記の主張に対応して、憲法に基づいてどのような主張を行うか、述べなさい。
3. 設問1及び2で提起された憲法上の争点について、あなた自身はどのように考えますか。あなたと異なる考え方を批判しつつ、あなたの結論とその論拠を述べなさい。

### 資料1 製造たばこの警告表示に関する法律

#### （目的）

第1条 この法律は、たばこが健康に及ぼす重大な影響等にかんがみ、たばこを購買しようとする者がたばこの健康に及ぼす危険性に関する十分な知識を得た上で選択することができるようにすることによって、たばこによる疾病及び死亡を低減し、受動喫煙がもたらす害を排除若しくは減少し、未成年者の喫煙を防止し、並びに喫煙によって生じる社会的費用を抑制することを目的とする。

#### （定義）

第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 たばこ たばこ属の植物をいう。
- 二 製造たばこ たばこの葉を原料の全部又は一部とし、喫煙用、かみ用又はかぎ用に供し得

たばこ専売制度が廃止されたのに伴い、1984年に「我が国たばこ産業の健全な発展を図り、もって財政収入の安定的確保及び国民経済の健全な発展に資することを目的」として、たばこ事業法が制定された。その第39条は、製造たばこに「消費者に対し製造たばこの消費と健康との関係に関して注意を促すための大蔵省令で定める文言を、大蔵省令で定めるところにより、表示しなければならない」と規定した。それを受けて、1985年に制定されたたばこ事業法施行規則第36条は、「注意表示」文を「健康のため吸いすぎに注意しましょう」と定めた。1989年の同施行規則の改正により、「注意表示」文は、「あなたの健康を損なうおそれがありますので吸いすぎに注意しましょう」と改められた。

2000年に厚生省（当時）事務次官通知等により開始された国民健康づくり運動としての「健康日本21」は、たばこの危険性に関する十分な知識を得た上で選択することができるよう、情報の提供を強化すること等を求めている。2002年には、学校、劇場、官公庁施設など多数の者が利用する施設の管理者は、その利用者について受動喫煙を防止するために「必要な措置を講ずるよう努めなければならない」（第25条）と規定する健康増進法が制定された。

たばこによる健康、社会及び環境に与える影響に対する取組は、1970年以来WHO（世界保健機関）によっても行われてきている。2003年5月、WHO第56回総会は、喫煙による健康被害の防止を目的として、たばこの需要の減少に関する措置等への国際協力を定める「たばこの規制に関する世界保健機関枠組条約」を全会一致で採択した。同条約の締約国は、条約の発効から3年以内に、①たばこ製品の包装及びラベルに、たばこ使用による有害な影響を記述する健康に関する警告を付し、かつ、②その警告文の大きさは主たる表示面の50%以上を占めるべきであり、主たる表示面の30%を下回るものであってはならない等、規制の実施措置を採るよう求められている（同条約第11条）。日本政府は、2004年3月に同条約に署名し、第159回国会における承認を経て、同年6月に受諾書を寄託した。

「たばこの規制に関する世界保健機関枠組条約」の発効は2005年2月27日であるが、内容を先取りして対応した国も多い。我が国も、2003年11月にたばこ事業法施行規則第36条を改正した。それによって、同施行規則別表第一及び第二に掲げる合計8つの、従前よりは具体的な内容の「注意表示」文注の中から選んだものを、たばこ製品の容器包装の主要な面の面積の30%以上の大きさと記載することが義務付けられた。

（注）「注意表示」文の一例：「喫煙は、あなたにとって肺がんの原因の一つとなります。疫学的な推計によると、喫煙者は肺がんにより死亡する危険性が非喫煙者に比べて約2倍から4倍高くなります。」

なお、諸外国の中には、「喫煙は人を殺す」等のより直接的な表現を用いた警告文や肺の病

菓等の写真が入った警告文の記載を義務付けている国もある。

その後、200\*年に成年者を対象として実施された「喫煙と健康問題に関する実態調査」では、全回答者の84.5%が喫煙と肺がんの関係を認識していたが、心臓病との関係については40.5%、脳卒中との関係については35.1%にとどまっている。さらに、たばこに依存性があることを知っていた人は51.8%である。

そこで、これまでの経緯のほか、この調査結果も踏まえて、同年、製造たばこの容器包装への「注意表示」についての関連規定を廃止し、独立した法律である「製造たばこの警告表示に関する法律」（以下「警告表示法」という。）が制定された（資料1及び2参照）。

警告表示法は公布後直ちに施行されることとされており、同法施行前に製造されたたばこ製品に関する特段の経過措置は設けられていない。

警告表示法施行後1年間で、国内におけるたばこ製品の販売量は、直近3年間の平均に比べて約30%減少した。喫煙者に対するアンケート等によって、販売量減少の主たる原因は、新たに義務付けられた警告文にあることが明らかになっている。

#### 〔設 問〕

1. あなたがたばこ会社であるT社から依頼を受けた訴訟代理人であった場合（T社からの相談内容については、資料3参照）、損害を回復するためにどのような訴えを起こしますか。2つの訴えを挙げなさい。そして、訴訟代理人として、警告表示法に対して憲法に基づいてどのような主張を行うか、述べなさい。
2. あなたが国側の代理人として請求の棄却を求める場合、上記の主張に対応して、憲法に基づいてどのような主張を行うか、述べなさい。
3. 設問1及び2で提起された憲法上の争点について、あなた自身はどのように考えますか。あなたと異なる考え方を批判しつつ、あなたの結論とその論拠を述べなさい。

## 設問の形式と時間配分

### (設問形式について)

立場を明確にさせたうえで、主張を展開させ、双方の主張を挙げさせたうえで結論を問うという形式です。公法系の場合、解答の枠が明確に定められているので、答案を書き始める前に構成をしっかりと作ることが必要です。設問1において、本来であれば指摘すべき憲法上の論点を落としてしまうと、設問2・設問3の解答にも影響してしまうことになります。もちろん、後から設問1の答案に論点を追加することもできますが、読み手に与える印象を良くするためには、答案を書き始める前に、どのような憲法上の論点が問題となりえるか、そのうち、どこまでを答案上で検討するか、しっかりと決定しておかなければいけません。

### (時間配分について)

資料の読み込みは10分程度で終わらせることができるでしょう。答案構成が大事ですので、20分ほどかけて、じっくりと答案構成をするべきです。

憲法上の論点をどこまで拾うかによって、答案の長さは変わりますが、本問では、比較的長い答案になると思います。原告としては、よほど「筋の悪い」主張でない限りは、できるだけ多くの論点を挙げるべきだからです。1つの目安としては、旧司法試験の2倍程度、すなわち、2500～3600字程度は書くべき問題です。答案構成を30分以内に終わらせれば、時間内に書き終わることが可能でしょう。

# 資料（重要箇所の強調 ver.）

\_\_\_\_\_ 答案作成上、重要な事実

平成  
18  
年度

## 資料 1 製造たばこの警告表示に関する法律

（目的）

第1条 この法律は、たばこが健康に及ぼす重大な影響等にかんがみ、たばこを購買しようとする者がたばこの健康に及ぼす危険性に関する十分な知識を得た上で選択することができるようにすることによって、たばこによる疾病及び死亡を低減し、受動喫煙がもたらす害を排除若しくは減少し、未成年者の喫煙を防止し、並びに喫煙によって生じる社会的費用を抑制することを目的とする。

（定義）

第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 たばこ たばこ属の植物をいう。
- 二 製造たばこ たばこの葉を原料の全部又は一部とし、喫煙用、かみ用又はかぎ用に供し得る状態に製造されたものをいう。
- 三 会社 日本たばこ産業株式会社をいう。
- 四 特定販売業者 自ら輸入をした製造たばこの販売を業として行う者として、たばこ事業法による登録を受けた者をいう。
- 五 卸売販売業者 製造たばこの卸売販売（消費者に対する販売以外の販売をいう。）を業として行う者として、たばこ事業法による登録を受けた者をいう。
- 六 小売販売業者 製造たばこの小売販売（消費者に対する販売をいう。）を業として行う者として、たばこ事業法による許可を受けた者をいう。

（警告文表示）

第3条 会社又は特定販売業者は、製造たばこを販売の用に供するために製造し、又は輸入した場合には、当該製造たばこを販売する時までに、当該製造たばこの最小容器包装に、消費者に対し製造たばこの消費と健康との関係に関して警告するため、第4条及び第5条で定めるところにより、一般警告文及び特別警告文を表示しなければならない。

- 2 卸売販売業者又は小売販売業者は、前項の規定により製造たばこの最小容器包装に表示されている文言を消去し、又は変更してはならない。
- 3 会社又は特定販売業者は、第1項の規定に違反して製造たばこを販売してはならない。
- 4 卸売販売業者又は小売販売業者は、第1項の規定に違反して販売された製造たばこを販売し、又は販売の目的で貯蔵してはならない。第2項の規定に違反して同項の文言が消去され、又は変更された製造たばこについても、同様とする。



## 合格答案のポイント

(設問1について)

1 損害を回復するための2つの訴えとしては、まず、国家賠償請求訴訟を思いつくでしょう。もう1つが思いつかないかもしれませんが、「損害の回復」ということで金銭的な請求でなくてはならないため、取消訴訟や無効確認訴訟では不十分です。ここでは、財産権に関する有名な判例である「河川附近地制限令事件(最大判昭43.11.27)」を思い出して欲しいところです。この判例では、財産権を制約する個別法律において補償規定が存在しない場合に、被害者が直接に憲法の規定(29条3項)に基づいて損失補償を請求できるか否かが問題となり、最高裁は、直接に29条3項に基づく損失補償請求を認めました。国家賠償請求と損失補償請求の2つを挙げます。

2 次に、警告表示法の憲法上の問題点を挙げていきます。

損失補償が問題となる以上、①財産権(29条)が制限されていることと、「補償の要否」を論じる必要があります。この点、制限が特定人を対象としており、受忍限度を超える程度の強度のものである場合には補償を要すると解する説があり、T社としてはこの立場から補償が必要であると主張します。

次に、国家賠償請求においては、本件規制が違憲であると主張する必要があります。②表現の自由への侵害を中心に主張すべきでしょう。「喫煙者は、早死にする。」

### 【出題の趣旨】

① 本問は、製造たばこの包装容器に警告文の表示を義務付ける立法措置が講じられたことによって特定販売業者に生じた損害について、その回復のために考えられる二つの訴えを挙げさせ、各訴えに関する憲法上の主張について、原告側、国側、それぞれの立場から論じさせることにより、憲法上の争点を浮き彫りにさせた上で、各争点についての解答者の見解と論拠を述べさせるものである。

④ 設問1では、まず、損害を回復するための訴えとして、国家賠償法に基づく国家賠償請求と、憲法第29条第3項に基づく損失補償請求とを挙げることになる。本問では損害を回復するための訴えを尋ねており、法律関係の確認訴訟は解答として不十分である。

⑤ 次に、原告訴訟代理人の主張として、国家賠償請求に関しては、本法律の違憲性、具体的には、消極的表現の自由、営業の自由、財産権等との関係を論ずることになろう。また、損失補償請求に関しては、憲法第29条第3項による直接請求の可否、補償の要否等が問題となろう。

③ 本問における核心的な問題は、他者の意見を記載することを強制され

## 答案構成 詳細版 (平成 18 年度 第 1 問)

### 第 1 設問 1 について (T 社からの主張)

#### 1 損害を回復するための訴え

損害を回復するための訴えとしては、国家賠償請求訴訟と損失補償請求訴訟の 2 つがある

- (1) 国家賠償請求訴訟：警告表示法の制定という立法行為が国家賠償法上「違法」と評価されるか

→警告表示法が憲法上の人権を侵害する違憲な内容であった場合、そのような内容の法律を制定する行為は当然に「違法」であり、「過失」も認められる

- (2) さらに、警告表示法について「違法」との評価が出来ない場合でも、経過措置なく、たばこ事業者に対して在庫の回収・処分と作り直しまで命じることは

①特定人を対象とし、②財産権の本質を害する程度の強度の制約にあたる

↓

もっとも、警告表示法には、何ら損失補償の定めがない

→法律上に定めがなくても、憲法 29 条 3 項を根拠として、直接裁判所に対して損失補償を請求することができる

(理由) 財産権保障の趣旨、補償すべき損失額は金銭的評価で明確

#### 2 警告表示法と消極的表現の自由

警告表示法は、消極的表現の自由を侵害する

本件は、私人に対して、国家が定めた一定内容の表現を強制する規制

↓

人権侵害の程度が著しい、表現内容に関わる規制

「明白かつ現在の危険」の基準を採用すべき

- ①近い将来、実質的害悪を引き起こす蓋然性が明白であること
- ②その実質的害悪が重大であり、かつ、その発生が時間的に切迫していること
- ③当該規制立法が害悪を避けるのに必要不可欠であること

↓

- ・本件規制の目的は「たばこを購入しようとする者に対して、健康に及ぼす危険性を伝える」ことにあるが、そもそも、現状でも喫煙者の多くは、そのリスクを承知の上で喫煙を続けているのであって、包装紙に警告文を載せても健康被害は止まらない
- ・たばこの危険性を広く認知させるための方法としては、本件規制のような包装紙への警告文表示の方法は迂遠。政府が広報活動を行う方が直裁的
- ・制裁として、営業停止処分や罰金刑までも定められており、やりすぎ

#### 3 警告表示法と営業の自由

警告表示法は営業の自由を侵害する

営業の自由に対する規制



平成 22 年度  
(2010 年度)

# 第 2 問

本問は、住民訴訟で請求している内容についての理解，訴訟要件を論じること，また，村が保有する財産の売り渡し契約の有効性について，会議録中に挙げられた地方自治法，施行令の規定に沿って検討すること，さらに，議会が賠償請求権を放棄することの適法性について，2つの判決の背景にある考え方の違いを説明すること，が求められました。

例年通り，誘導はついているものの，住民訴訟，という普段勉強していない分野からの出題であったこともあり，問題点の把握に時間がかかった受験生が多くいました。

# 問題文

(配点：100)

〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、2：4.5：3.5]

A村は、人口が昭和30年には約5000人であったが、年々減少し、平成20年には約2400人にまで落ち込んでいる。その間、過疎地域の指定も受け、村の財政は極めて厳しい状況が続いている。こうした状況下で、A村は、人口減少対策・過疎対策として、A村の保有する土地(10区画)(以下「本件土地」という。)を、希望者を募って平成21年4月20日に売却した。本件土地は、近隣市の中心部まで自動車で30分程度の通勤圏に位置している。前年にもA村は売却を試みたが、相場並みに価格を定めたところ、1区画に応募があったのみであり、この1区画についても契約の締結に至らなかった。そこで今回は、下限の価格を定めずに、「分譲価格と条件は購入希望者と直接相談させていただきます」という内容を記載した村民向けチラシ、近隣市町村における折り込みチラシ、新聞広告、現地看板などにより広報を行い、10区画すべてをそのとおりに売却した。成約価格は結果として、最も高い区画で560万円、最も安い区画で400万円、全区画の売却価格の総額は4800万円であった。購入者の中には、側溝部分など、一部の土地対価について支払を免除された者も多数存在する。また、購入者の中には、A村の部長の弟や売却担当部局職員の子も含まれていた。さらに、村内の利便性を欠く地区に住む者による買換えが、複数見られた。

ある週刊誌に、本件土地の売買に疑惑があるとする記事が掲載されたことを契機として、村民B及びCは、平成22年3月19日に地方自治法第242条による住民監査請求を行った。B及びCは、本件土地は慎重に時間を掛ければより高価で売却できる物件であったにもかかわらず、性急に破格の安値で売却した村長Eの措置は、村の財政を悪化させ、村の財産を無駄遣いするものであり、また、このような財産の処分のために必要な議会の議決を欠くことのほか、本件土地の売買は村関係者の身内に便宜を図るものであり、売却の方式や相手方の選定に関して公正を欠くことを主張した。しかしA村の監査委員は、B及びCの請求には理由がないと判断し、その旨を同年4月23日にB及びCに通知した。そこでB及びCは、Eによる本件土地の売買契約の締結によって、A村が売却価格と時価との差額分(約3200万円)の損害を被ったとして、Eに損害賠償を求めるための住民訴訟を提起しようとしている。このうちCは、同年5月1日にA村から転出しており、現在は他の市に住んでいる。また、村民Dは、住民監査請求を行っていないが、B及びCが提起を検討している住民訴訟に原告として加わろうとしている。

他方、A村議会の議員の一部は、Eは、平成19年に村長に就任して以来、厳しい環境の中でA村の財政再建に貢献してきた功労者であるし、必ずしも裕福ではないことから、村がEに損害賠償を請求するのは適切でないと主張して、B、C及びDの3名(以下「Bら」という。)の動きに反発している。これらの議員は、Bらの請求を認容する一審判決が出された場合には、控訴した上で、Eに対する村の損害賠償請求権を放棄する議会の議決を行うことを検討し始めている。A村はこれまで行政訴訟を提起された経験がないことから、Eは、急きょ、そうした訟務に詳しい顧問弁護士Fと同村の総務課職員G、H及びIとで、対応策を検討する会議(以下「検討会議」という。)を

平成22年5月6日に開催することとした。検討会議の中では、職員から様々な疑問、質問、課題が提示されたため、弁護士Fが、その整理・検討を任されることとなった。

【資料1 検討会議の会議録】を読んだ上で、弁護士Fの立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、地方自治法施行令の抜粋を【資料2 関係法令】に、また関連する裁判例を【資料3 議会による請求権放棄に関する裁判例】に、それぞれ掲げるので、適宜参照しなさい。

#### 〔設問1〕

Bらが提起することが予想される住民訴訟を具体的に示して、これをBらが適法に提起できるかどうかについて検討しなさい。

#### 〔設問2〕

Bらによる住民訴訟が適法とされる場合には、Eが本件土地の売買契約を締結したことの適法性が争点になると考えられる。この契約締結の適法性について、詳細に検討しなさい。

#### 〔設問3〕

Bらの請求を認容する一審判決が出されて、A村議会が請求権を放棄する議決を行う場合を想定して、以下の小問に答えなさい。

- (1) 【資料3】に挙げた二つの判決の間で、地方議会による請求権放棄の議決の適法性に関して考え方が分かれた点を説明しなさい。
- (2) その上で、これらの判決の考え方をそれぞれ当てはめた場合、本件で村議会議員が検討している請求権放棄の議決の適法性についてはどのように判断されることになるか検討して、自らの意見を述べなさい。

# 問題文（重要箇所の強調 ver.）

答案作成上、重要な部分

A村は、人口が昭和30年には約5000人であったが、年々減少し、平成20年には約2400人にまで落ち込んでいる。その間、過疎地域の指定も受け、村の財政は極めて厳しい状況が続いている。こうした状況下で、A村は、人口減少対策・過疎対策として、A村の保有する土地（10区画）（以下「本件土地」という。）を、希望者を募って平成21年4月20日に売却した。本件土地は、近隣市の中心部まで自動車で30分程度の通勤圏に位置している。前年にもA村は売却を試みたが、相場並みに価格を定めたところ、1区画に応募があったのみであり、この1区画についても契約の締結に至らなかった。そこで今回は、下限の価格を定めずに、「分譲価格と条件は購入希望者と直接相談させていただきます」という内容を記載した村民向けチラシ、近隣市町村における折り込みチラシ、新聞広告、現地看板などにより広報を行い、10区画すべてをそのとおりに売却した。成約価格は結果として、最も高い区画で560万円、最も安い区画で400万円、全区画の売却価格の総額は4800万円であった。購入者の中には、側溝部分など、一部の土地対価について支払を免除された者も多数存在する。また、購入者の中には、A村の部長の弟や売却担当部局職員の妻も含まれていた。さらに、村内の利便性を欠く地区に住む者による買換えが、複数見られた。

ある週刊誌に、本件土地の売買に疑惑があるとする記事が掲載されたことを契機として、村民B及びCは、平成22年3月19日に地方自治法第242条による住民監査請求を行った。B及びCは、本件土地は慎重に時間を掛ければより高価で売却できる物件であったにもかかわらず、性急に破格の安値で売却した村長Eの措置は、村の財政を悪化させ、村の財産を無駄遣いするものであり、また、このような財産の処分のために必要な議会の議決を欠くことのほか、本件土地の売買は村関係者の身内に便宜を図るものであり、売却の方式や相手方の選定に関して公正を欠くことを主張した。しかしA村の監査委員は、B及びCの請求には理由がないと判断し、その旨を同年4月23日にB及びCに通知した。そこでB及びCは、Eによる本件土地の売買契約の締結によって、A村が売却価格と時価との差額分（約3200万円）の損害を被ったとして、Eに損害賠償を求めるための住民訴訟を提起しようとしている。このうちCは、同年5月1日にA村から転出しており、現在は他の市に住んでいる。また、村民Dは、住民監査請求を行っていないが、B及びCが提起を検討している住民訴訟に原告として加わろうとしている。

他方、A村議会の議員の一部は、Eは、平成19年に村長に就任して以来、厳しい環境の中でA村の財政再建に貢献してきた功労者であるし、必ずしも裕福ではないことから、村がEに損害賠償を請求するのは適切でないと主張して、B、C及びDの3名（以下「Bら」という。）の動きに反発している。これらの議員は、Bらの請求を認容する一審判決が出された場合には、控訴した上で、Eに対する村の損害賠償請求権を放棄する議会の議決を行うことを検討し始めている。A村はこれまで行政訴訟を提起された経験がないことから、Eは、急きょ、そうした訟務に詳しい顧問弁護士

Fと同村の総務課職員G、H及びIとで、対応策を検討する会議（以下「検討会議」という。）を平成22年5月6日に開催することとした。検討会議の中では、職員から様々な疑問、質問、課題が提示されたため、弁護士Fが、その整理・検討を任されることとなった。

【資料1 検討会議の会議録】を読んだ上で、弁護士Fの立場に立って、以下の設問に答えなさい。

なお、地方自治法施行令の抜粋を【資料2 関係法令】に、また関連する裁判例を【資料3 議会による請求権放棄に関する裁判例】に、それぞれ掲げるので、適宜参照しなさい。

#### 〔設問1〕

Bらが提起することが予想される住民訴訟を具体的に示して、これをBらが適法に提起できるかどうかについて検討しなさい。

#### 〔設問2〕

Bらによる住民訴訟が適法とされる場合には、Eが本件土地の売買契約を締結したことの適法性が争点になると考えられる。この契約締結の適法性について、詳細に検討しなさい。

#### 〔設問3〕

Bらの請求を認容する一審判決が出されて、A村議会が請求権を放棄する議決を行う場合を想定して、以下の小問に答えなさい。

- (1) 【資料3】に挙げた二つの判決の間で、地方議会による請求権放棄の議決の適法性に関して考え方が分かれた点を説明しなさい。
- (2) その上で、これらの判決の考え方をそれぞれ当てはめた場合、本件で村議会議員が検討している請求権放棄の議決の適法性についてはどのように判断されることになるか検討して、自らの意見を述べなさい。

## 設問の形式と時間配分

### (設問形式について)

行政法の論文式試験は、過去4回とも行政事件訴訟法上の訴訟について問うものでしたが、今年は、地方自治法上の住民訴訟（もちろん、行政事件訴訟法にも民衆訴訟という形で住民訴訟の規定はあるといえます）について問うものとなった点が大きな変更点です。また、設問についても、過去4回は、おおむね、設問1が訴訟要件、設問2が実体法上の適法性を問うという形式でしたが、今年は、設問1が訴訟要件、設問2・3が実体法上の適法性となり、また、初めて、設問ごとの配点が明示されました。そして、二つの異なる結論の裁判例を比較・検討させるという形式（設問3）も初めての出題です。

なお、設問が増えたことから、問題文全体の分量はやや少なめとなっています（2010年度は7頁。これに対して、2009年度・2007年度は8頁、2008年度は6頁、2006年度は10頁です）。

### (時間配分について)

配点の割合が、設問1：設問2：設問3＝2：4.5：3.5と明示されています（前述のように、公法系で設問ごとの配点が明示されたのは初めてです）。

仮に、設問割合と同程度の比率で分量を書くとすると、問題検討と答案構成に40分かけた場合は、答案作成にかけられる時間は、設問1が16分、設問2が36分、設問3が28分となります。

小問が2個ある設問3よりも、設問2の方が多くの時間をかけなければならないので、小問があるために時間がかかりがちな設問3に多くの時間をかけないように気をつけましょう。

## 【資料1 検討会議の会議録】

総務課長 G: 我が村は本当に小さな所で、これまで村を相手に村民が行政訴訟を起こした例など全くありませんでした。今回の B らの動きは驚きなのですが、聞くところでは、B らは弁護士にも相談しながら訴訟の準備を進めているようですので、村としても、対応方針を立てておく必要があります。今日は、行政訴訟に通じた顧問弁護士の F 先生にも出席いただきました。初回の会合ですので、この際、疑問に思っている点を率直に出してください。

職員 H: 村の行った売買に、それとは関係のない B らが裁判を起こすことなんてできないと考えていました。B らは売買で損をしたわけでもないし、一体どういった権利や利益を根拠にして訴えを起こすつもりなののでしょうか。聞くところでは、住民訴訟という特別の制度があるようですが、それであれば利用できるのですか。

職員 I: 住民訴訟という特別の制度があるとしても、だれでも無条件に住民訴訟を起こせるわけではないですよね。今回の B らは適法に住民訴訟を起こせるのですか。

職員 H: B や C の行った監査請求では、違法な契約によって村の土地がたたき売りされて、村が損をした点を問題にしているようですね。住民訴訟では B らは 4号請求 で行く意向だというわけです。

総務課長 G: それは、地方自治法第 242 条の 2 第 1 項各号に挙げられた 4 つの請求のうち、第 4 号に規定された請求をするという意味ですね。F 先生の方で、B らが今回の売却に対して、どういった訴えを起こしてくるのか、4号請求の具体的な内容を示してもらえると参考になります。その上で、B らが提起する訴えが適法かを、B、C 及び D のそれぞれについて検討していただけますか。

弁護士 F: 分かりました。それでは、B らが提起するであろう訴訟について、その具体的内容と適法性を記したペーパーを、早速用意いたします。

総務課長 G: よろしくをお願いします。次に、裁判になったとして、本件土地の売却のいかなる点が違法になるのか、この点の議論に移りたいと思います。本件土地の時価をどのように計算するかという問題もありますが、村としては、適正な対価を得て本件土地を売却したと考えています。ですから、契約の締結には議会の議決は不要であるという立場です。しかし、この点について、B らは争っていますので、F 先生に御検討をお願いしたいと思います。

弁護士 F: 議会の議決というのは、地方自治法第 96 条第 1 項第 6 号、第 237 条第 2 項に規定された議決のことですね。このほか、第 96 条第 1 項第 5 号も議決を定めています



## 合格答案のポイント

(設問1について)

- 1 本問は、「予想される住民訴訟」と「B」「C」「D」の原告適格という4つを論じなければなりません。しかし、配点は全体の20%にすぎません。そこで、できるだけ簡潔に「こなれた論述で事実を法文にあてはめ」ることが必要です。
- 2 「予想される住民訴訟」については、総務課長Gが「地方自治法第242条の2第1項各号に挙げられた4つの請求のうち、第4号に規定された請求をするという意味ですね。F先生の方で、Bらが今回の売却に対して、どういった訴えを起こしてくるのか、4号請求の具体的な内容を示してもらえると参考になります。」と発言しています。

### 【出題の趣旨】

- ① 本問は、A村の村長Eが行った村有土地の安値売却に対して、村民Bらが提起することが予想される訴訟について、A村の顧問弁護士の立場から論じさせるものである。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、地方自治法や同法施行令の趣旨を読み解いた上で、住民訴訟の訴訟要件等を検討するとともに、本案における違法事由、つまり本件土地売買契約の適法性を論じる力を試すものである。住民訴訟及び財務会計法規にかかわる細かい知識を問う趣旨ではなく、住民訴訟による住民参加及び財政統制、行政契約の公正性及び透明性、地方公共団体の財務の経済性、地方議会の議決の民主性といった基本的な考え方を、条文や与えられた判決から読み取り、事案に即した具体的な解釈論として展開する力を試すものである。
- ② 設問1は、住民訴訟の基本的な利用条件について、具体的に検討させる趣旨の問題である。住民訴訟、特に、いわゆる4号請求に関して、基本的な理解を確認するものである。住民訴訟の利用条件のうち、例えば、監査請求前置という要件に関しては、住民監査請求を行っていない村民Dが本件で住民訴訟の原告になることができるのかを検討する必要がある。また、住民訴訟は当該地方公共団体における住民による提起が要求されるが、この点で、他の市に転



## 第 1 設問 1 (以下、特記なき限り条文は地方自治法。)

## 1 4号請求の具体的内容

- (1) Bらが提起することが予想される住民訴訟は、242条の2第1項4号の住民訴訟である。この訴訟は、地方公共団体の健全な財政運営を確保するために認められたものである。

4号請求は、「当該職員・・・に損害賠償・・・の請求をすることを・・・職員に対して求める請求」であり、地方公共団体の職員又は地方公共団体が行った行為が不当に安価な場合であったりする場合に、当該職員等に金銭を賠償させることによって、公共団体の財政の健全化を図るものである。

本件においてこれをみるに、Bらは、村長Eが本件土地を破格の安価で売却して、A村の財産を減少させたことを理由に住民訴訟を提起しようとしている。これは、適正価格で本件土地を売却した場合の土地の価格を回復するための訴訟なので、4号請求に該当する。

- (2) したがって、Bらの要求を達成するには242条の2第1項4号の住民訴訟を提起するのが適切である。

## 2 Bらの原告適格

- (1) 242条の2第1項は、「普通地方公共団体の住民は、前条第一項の規定による請求をした場合」と規定しており、前条第1項の規定は住民監査請求を指すので、住民訴訟は住民監査請求を行ったものしか提起できない。これは、住民訴訟提起の濫用を防止するためである。

- (2) 本件においては、Dは住民であるものの、自ら住民監査請求を行っていないので、本件の住民訴訟を提起することができない。

また、Cは住民監査請求を行っているものの、平成22年5月1日にA村から転出しておりA村の「住民」に該当しないので、本件の住民訴訟を提起することができない。

したがって、本件で住民訴訟を適法に提起するのは、住民監査請求を自らなし、現在まで引き続きA村に住所を有す

◀ 4号請求の中身を説明している答案は少なかった。会議録の誘導に忠実に従っている点が好印象

◀ 住民訴訟の原告適格を制限する趣旨を述べている

## 再現答案 (平成22年度 第2問 公法系 306位相当)

### 第1 設問1 (以下特記なき限り引用条文は地方自治法)

1 Bらは、Eによる本件土地の売買契約の締結によって、A村が売却価格と時価との差額分約3200万円の損害を被ったことを理由に、242条の2第1項第4号に基づき、Eに損害賠償請求訴訟を提起することが考えられる。

2 Bらが適法に提起できるかどうかについて

(1) Bについて

ア まず、住民訴訟(242条の2第1項)を提起するには、当該「普通地方公共団体の住民」であることを要する。そして、かかる「住民」とは「市町村の区域内に住所を有する者」(10条1項)をいうところ、BはA村に居住する者でかかる「住民」にあたる。

イ 次に、Bは242条による住民監査請求を行っており、「前条第1項の規定による請求をした場合」といえる。

ウ さらに、かかるBの監査請求に対し、A村の監査委員は、Bらの請求には理由がないと判断してその旨を通知しているが、これを不服として争おうとしているので、「監査委員の監査の結果」に「不服がある」といえる。

エ また、現在は平成22年5月6日であり、監査委員の監査の結果の通知があった日である平成22年4月23日からいまだ「三十日以内」であり、出訴期間の要件も満たす。

オ 以上より、Bは上記訴えを適法に提起できる。

(2) Cについて

Cは平成22年5月1日にA村から転出しており、A村の「住民」ではなくなっている。よって、Cは上記訴えを提起できない。

(3) Dについて

ア DはBのように242条の監査請求を前置していない。そうすると、242条の2第1項本文の要件を満たさず、上記訴えを提起できないとも思える。

しかし、242条の2第1項本文において、住民訴訟を

◀ 条文に掲げられた要件に沿って、忠実にあてはめができています

◀ 法の趣旨を踏まえ、もっと厚く論じるべきであろう。出題の趣旨でも、ここを具体的に論じることを求めている

◀ 濫訴防止という監査請求前置の趣旨から説得的な論述がなされている

1 ページ

に対する影響は大きいといえる。しかし、上記のとおり、Eの経済状況やA村への貢献度からすると、議会が本件権利を放棄する旨の議決をする合理的理由がある。また、本件では、Eの経済状況やA村への貢献度等の放棄の相手方の個別的・具体的な事情の検討がなされているといえる。かかる事情からすると、当該判決に本件をあてはめても、本件議決は適法となると考える。

以 上

【講評】

★ Cの原告適格の検討が簡潔過ぎる点、施行令167条の2第1項各号のうち、2号該当性の検討が短すぎる点、村の職員の関係者が購入している点への評価が無かった点などが減点ポイントになったと思われるが、全般的には良く書けている。

★ 設問3において、2つの判決の要約と理由の説明がコンパクトにうまくまとまっている。

■第2問単独で評価した場合、第1問よりも少し落ちて400位程度。それでも十分に優秀答案。

## 資料

## 平成22年新司法試験論文式試験問題出題趣旨

## 【公法系科目】

## 〔第1問〕

- ① 今年度の論文式問題のテーマは、貧困と権利の現実的保障である。本問で権利の現実的保障を検討する際に、事案としてかぎを握るのは住所である。
- ② 一つは、言わば構造的問題も一因となって、自助努力を尽くしても「健康で文化的な最低限度の生活」を維持することが困難な状況に陥っている人々の生存権保障の問題である。具体的には、生活保護法が「住所」ではなく、「居住地」「現在地」を有する者を保護の対象としているにもかかわらず、生活の本拠を有しない者からの生活保護申請を拒否した処分をめぐる憲法上の問題である。ここで問われているのは、立法裁量論の問題ではない。また、ここで問われているのは、「文化的」に「最低限度」であるか否かではなく、言わば「生存」そのものにかかわる問題である。なお、自治体による別異の取扱いに関しては、それを合憲とした先例（最大判昭和33年10月15日）があるが、その先例と本問の事案とは異なることを踏まえて検討する必要がある。
- ③ もう一つは、選挙権（投票権）に関する問題である。公職選挙法第9条第1項が定める選挙権の積極的要件を満たし、かつ、同法第11条第1項が定める選挙権の消極的要件に当たらなくても、選挙人名簿の登録が住民基本台帳に記録されている者について行われる（同法第21条第1項）ので、住所を失うと選挙権を行使する機会を奪われることになる。ここでは、選挙権（投票権）の意義をどのように考えるのかが問われる。
- ④ 選挙権を行使できないということは、選挙権が事実上保障されていないことを意味する。「国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならず」「やむを得ない事由があるといえ」るためには、「そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ない著しく困難であると認められる場合」であることが必要である（最大判平成17年9月14日）。
- ⑤ 公職選挙法が上記のような取扱いをしていて、住所を有しない者が投票する仕組みを設けていないことについての「やむを得ない事由」の有無を、事案の内容に即して個別的・具体的に検討することが求められる。また、選挙権を行使できなかったことに基づく国家賠償請求についても、上記判決が示す要件を踏まえつつ、事案に即した具体的検討をすることが求められる。

⑥ 本問では、原告側、被告側、そして「あなた自身」と、三つの立場での見解を展開することが求められる。その際、三つの立場を答案構成上の都合から余りに戦略的に展開することは適切ではない。三つの立場それぞれが、判例の動向及び主要な学説を正確に理解していることを前提としている。その上で、判断枠組みに関する検討、そして事案の内容に即した個別的・具体的検討を行うことが求められる。

⑦ 設問1では、原告側は一定の筋の通った主張を、十分に行う必要がある。

⑧ 設問2では、「被告側の反論を想定しつつ」検討することが求められている。「想定」される反論を書くパートでは、反論の憲法上のポイントだけを挙げればよい。そこでは、反論の内容を詳細に書く必要はない。反論の詳細な内容は、「あなた自身の見解」のパートで書けばよい。

そこでは、原告・被告双方の主張内容を十分に検討した上で、「あなた自身」の結論及びその理由を書くことが求められる。

⑨ いずれにしても、問われるのは理由の説得力である。

## 〔第2問〕

① 本問は、A村の村長Eが行った村有土地の安値売却に対して、村民Bらが提起することが予想される訴訟について、A村の顧問弁護士の立場から論じさせるものである。問題文と資料から基本的な事実関係を把握し、地方自治法や同法施行令の趣旨を読み解いた上で、住民訴訟の訴訟要件等を検討するとともに、本案における違法事由、つまり本件土地売買契約の適法性を論じる力を試すものである。住民訴訟及び財務会計法規にかかわる細かい知識を問う趣旨ではなく、住民訴訟による住民参政及び財政統制、行政契約の公正性及び透明性、地方公共団体の財務の経済性、地方議会の議決の民主性といった基本的な考え方を、条文や与えられた判決から読み取り、事案に即した具体的な解釈論として展開する力を試すものである。

② 設問1は、住民訴訟の基本的な利用条件について、具体的に検討させる趣旨の問題である。住民訴訟、特に、いわゆる4号請求に関して、基本的な理解を確認するものである。住民訴訟の利用条件のうち、例えば、監査請求前置という要件に関しては、住民監査請求を行っていない村民Dが本件で住民訴訟の原告になることができるのかを検討する必要がある。また、住民訴訟は当該地方公共団体における住民による提起が要求

## 司法試験 系統別・年度別 論文過去問徹底解析 公法系

---

2011年9月30日 第1版 第1刷発行

編著者●株式会社 東京リーガルマインド

LEC総合研究所 司法試験部

---

発行所●株式会社 東京リーガルマインド

〒164-0001 東京都中野区中野 4-11-10

アーバンネット中野ビル

☎03(5913)5011 (代 表)

☎03(5913)6336 (出版部)

☎048(999)7581 (書店様用受注センター)

振 替 00160-8-86652

[www.lec-jp.com/](http://www.lec-jp.com/)

---

表紙デザイン●株式会社エディボック

印刷・製本●株式会社サンヨー

---

©2011 TOKYO LEGAL MIND K.K., Printed in Japan

ISBN978-4-8449-1666-6

### 複製・頒布を禁じます。

本書の全部または一部を無断で複製・転載等することは、法律で認められた場合を除き、著作者及び出版者の権利侵害になりますので、その場合はあらかじめ弊社あてに許諾をお求めください。

なお、本書は個人の方々の学習目的で使用していただくために販売するものです。弊社と競合する営利目的での使用等は固くお断りいたしております。

落丁・乱丁本は、送料弊社負担にてお取替えいたします。出版部までご連絡ください。

ISBN978-4-8449-1666-6

C3332 ¥3800E



9784844916666

定価3,990円 本体3,800円 + 税5%  
LD01666



1923332038000

問題文の重要箇所を指摘し

## 長文事例問題への対応力を向上

全ての問題に合格答案とするためのポイントを記載し

## 答案のセルフチェックが可能

法務省発表の関連資料を全て掲載し

## 合格答案作成に必要な情報を網羅

▶ 司法試験の詳細情報はLEC司法試験専用サイトをチェック!

<http://www.lec-jp.com/shinshihou/>

▶ 予備試験受験生の方はLEC予備試験専用サイトもチェック!

[http://www.lec-jp.com/yobi\\_shiken/](http://www.lec-jp.com/yobi_shiken/)