

講義録レポート

講義録コード

20-11-9-503-02

講 座	司法試験講座	セミナー	新司法試験 「2010年本試験合格・不合格再現答案分析会」 (公法系)
目標年	2011年合格目標 新司法試験		
用 途	☒ 個別DVD ・ ☐ 集合DVD ☐ WEB通信 ・ ☐ カセット通信 ・ ☐ DVD通信 ・ ☐ 資料通信 ・ ☐ DL通信		

収録日	2010年 9月 19日			
講師名	公法系：山本亘先生	内 訳	板書枚数	0枚 ※レポート含まず
			補助レジュメ枚数	54枚
			その他()	0枚

授業構成	公法系 120分		
実施テスト	有 ・ ☒ 無		
対応テスト	<ミニテスト>	() 第	回
	<答練・演習>	() 第	回
使用教材	●新司法試験 2010年本試験 合格・不合格再現答案分析会		
配布教材	●教材(テキスト・問題集) ()		
	●補助レジュメ () _____ 枚	講義録添付 (有 ☒ 無)	
	●その他 () _____ 枚	講義録添付 (有 ☒ 無)	
備考			

新司法試験 2010 年本試験 合格・不合格再現答案分析会

公法系

CONTENTS

平成22年度論文式試験問題公法系第1問	3
講師室監修答案	9
合格者Aさん再現答案	13
合格者Bさん再現答案	17
合格者Cさん再現答案	21
不合格者Dさん再現答案	25
平成22年度論文式試験問題公法系第2問	27
講師室監修答案	35
合格者Aさん再現答案	39
合格者Bさん再現答案	43
合格者Cさん再現答案	47
不合格者Dさん再現答案	51

平成 22 年度新司法試験論文式試験問題

公法系 第1問(配点:100)

市町村長は、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（公職選挙法第 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（総収容人数は 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、生活保護受給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 社に正規社員として 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、正規社員としての採用を目指して、正規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、シェルターに帰らなくなり、正規社員への途も得られず、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には Y 市内のビルの軒先で寝た。

201*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

質問しに、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、最近体調も思わしくなかったが、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、貧困ばかりでなく、生命や健康さえも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・カフェを「居住地」として、Y市長から委任（生活保護法第19条第4項参照）を受けている福祉事務所に生活保護の認定申請を行った。

Y市は、財政上の問題（生活保護のための財源は、国が4分の3、都道府県や市、特別区が4分の1を負担する。）もあるが、それ以上にホームレス【参考資料3】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嫌って、インターネット・カフェやビルの軒先を「居住地」あるいは「現在地」とは認めない制度運用を行っている。そこで、Y市福祉事務所長は、Xの申請を却下した。Xは、たまたまインターネット・カフェで見ていたニュースで、自分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ことを知った。その自治体は、インターネット・カフェやビルの軒先も「居住地」あるいは「現在地」と認めている。そこで、Xは、Y市福祉事務所長の却下処分に対して、自分と同じ状況にある人の保護を認定している自治体もあることなどを理由に、不服申立てを行った。しかし、不服申立ても、棄却された。

Y市は、衆議院議員総選挙における選挙区を定める公職選挙法別表第1によれば、市全域で1選挙区と定められている。Xは、住民登録が抹消された年の10月に行われた衆議院議員総選挙の際に、選挙人名簿から登録を抹消されたために投票することができなかった。このような事態は、従来から、ホームレスの人たちなどの支援活動を行っているNPOから指摘されていた。そして、それらのNPOは、Xの住民登録が抹消された年の10月に行われた衆議院議員総選挙よりも7年前に行われた200*年8月の衆議院議員総選挙の際に、国政選挙における「住所」要件（公職選挙法第21条第1項、第28条第2号及び第42条第1項のほか、同法第9条、第11条、第12条、第21条、第27条第1項参照）の改正を求める請願書を総務省に提出していた。

Xは、無料法律相談に行き、生活保護と選挙権について弁護士に相談した。

〔設問1〕

あなたがXの訴訟代理人として訴訟を提起するとした場合、訴訟においてどのような憲法上の主張を行うか。憲法上の問題ごとに、その主張内容を書きなさい。

〔設問2〕

設問1における憲法上の主張に関するあなた自身の見解を、被告側の反論を想定しつつ、述べなさい。

【参考資料 1】住民基本台帳法（昭和 42 年 7 月 25 日法律第 81 号）（抄録）

（目的）

第 1 条 この法律は、市町村（特別区を含む。以下同じ。）において、住民の居住関係の公証、選挙人名簿の登録その他の住民に関する事務の処理の基礎とするとともに住民の住所に関する届出等の簡素化を図り、あわせて住民に関する記録の適正な管理を図るため、住民に関する記録を正確かつ統一的行う住民基本台帳の制度を定め、もつて住民の利便を増進するとともに、国及び地方公共団体の行政の合理化に資することを目的とする。

（国及び都道府県の責務）

第 2 条 国及び都道府県は、市町村の住民の住所又は世帯若しくは世帯主の変更及びこれに伴う住民の権利又は義務の異動その他の住民としての地位の変更に関する市町村長（特別区の区長を含む。以下同じ。）その他の市町村の執行機関に対する届出その他の行為（次条第 3 項及び第 21 条において「住民としての地位の変更に関する届出」と総称する。）がすべて一の行為により行われ、かつ、住民に関する事務の処理がすべて住民基本台帳に基づいて行われるように、法制上その他必要な措置を講じなければならない。

（市町村長等の責務）

第 3 条 市町村長は、常に、住民基本台帳を整備し、住民に関する正確な記録が行われるように努めるとともに、住民に関する記録の管理が適正に行われるように必要な措置を講ずるよう努めなければならない。

2 市町村長その他の市町村の執行機関は、住民基本台帳に基づいて住民に関する事務を管理し、又は執行するとともに、住民からの届出その他の行為に関する事務の処理の合理化に努めなければならない。

3 住民は、常に、住民としての地位の変更に関する届出を正確に行なうように努めなければならない。虚偽の届出その他住民基本台帳の正確性を阻害するような行為をしてはならない。

4 （略）

（住民の住所に関する法令の規定の解釈）

第 4 条 住民の住所に関する法令の規定は、地方自治法（昭和 22 年法律第 67 号）第 10 条第 1 項に規定する住民の住所と異なる意義の住所を定めるものと解釈してはならない。

（住民基本台帳の備付け）

第 5 条 市町村は、住民基本台帳を備え、その住民につき、第 7 条に規定する事項を記録するものとする。

（住民基本台帳の作成）

第 6 条 市町村長は、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。

2, 3 (略)

(住民票の記載事項)

第7条 住民票には、次に掲げる事項について記載（前条第3項の規定により磁気ディスクをもつて調製する住民票にあつては、記録。以下同じ。）をする。

一 氏名

二 出生の年月日

三 男女の別

四 世帯主についてはその旨、世帯主でない者については世帯主の氏名及び世帯主との続柄

五 戸籍の表示。ただし、本籍のない者及び本籍の明らかでない者については、その旨

六 住民となつた年月日

七 住所及び一の市町村の区域内において新たに住所を変更した者については、その住所を定めた年月日

八 新たに市町村の区域内に住所を定めた者については、その住所を定めた旨の届出の年月日（職権で住民票の記載をした者については、その年月日）及び従前の住所

九 選挙人名簿に登録された者については、その旨

十～十四 (略)

(選挙人名簿の登録等に関する選挙管理委員会の通知)

第10条 市町村の選挙管理委員会は、公職選挙法（昭和25年法律第100号）第22条第1項若しくは第2項若しくは第26条の規定により選挙人名簿に登録したとき、又は同法第28条の規定により選挙人名簿から抹消したときは、遅滞なく、その旨を当該市町村の市町村長に通知しなければならない。

(選挙人名簿との関係)

第15条 選挙人名簿の登録は、住民基本台帳に登録されている者で選挙権を有するものについて行なうものとする。

2 市町村長は、第8条の規定により住民票の記載等をしたときは、遅滞なく、当該記載等で選挙人名簿の登録に関係がある事項を当該市町村の選挙管理委員会に通知しなければならない。

3 市町村の選挙管理委員会は、前項の規定により通知された事項を不当な目的に使用されることがないように努めなければならない。

【参考資料2】生活保護法（昭和25年5月4日法律第144号）（抄録）

(この法律の目的)

第1条 この法律は、日本国憲法第25条に規定する理念に基き、国が生活に困窮するすべて

の国民に対し、その困窮の程度に応じ、必要な保護を行い、その最低限度の生活を保障するとともに、その自立を助長することを目的とする。

(無差別平等)

第2条 すべて国民は、この法律の定める要件を満たす限り、この法律による保護（以下「保護」という。）を、無差別平等に受けることができる。

(最低生活)

第3条 この法律により保障される最低限度の生活は、健康で文化的な生活水準を維持することができるものでなければならない。

(実施機関)

第19条 都道府県知事、市長及び社会福祉法（昭和26年法律第45号）に規定する福祉に関する事務所（以下「福祉事務所」という。）を管理する町村長は、次に掲げる者に対して、この法律の定めるところにより、保護を決定し、かつ、実施しなければならない。

一 その管理に属する福祉事務所の所管区域内に居住地を有する要保護者

二 居住地がないか、又は明らかでない要保護者であつて、その管理に属する福祉事務所の所管区域内に現在地を有するもの

2 居住地が明らかである要保護者であつても、その者が急迫した状況にあるときは、その急迫した事由が止むまでは、その者に対する保護は、前項の規定にかかわらず、その者の現在地を所管する福祉事務所を管理する都道府県知事又は市町村長が行うものとする。

3 第30条第1項ただし書の規定により被保護者を救護施設、更生施設若しくはその他の適当な施設に入所させ、若しくはこれらの施設に入所を委託し、若しくは私人の家庭に養護を委託した場合又は第34条の2第2項の規定により被保護者に対する介護扶助（施設介護に限る。）を介護老人福祉施設（介護保険法第8条第24項に規定する介護老人福祉施設をいう。以下同じ。）に委託して行う場合においては、当該入所又は委託の継続中、その者に対して保護を行うべき者は、その者に係る入所又は委託前の居住地又は現在地によつて定めるものとする。

4 前三項の規定により保護を行うべき者（以下「保護の実施機関」という。）は、保護の決定及び実施に関する事務の全部又は一部を、その管理に属する行政庁に限り、委任することができる。

【参考資料3】ホームレスの自立の支援等に関する特別措置法（平成14年8月7日法律第105号）

(抄録)

(目的)

第1条 この法律は、自立の意思がありながらホームレスとなることを余儀なくされた者が多数存在し、健康で文化的な生活を送ることができないでいるとともに、地域社会とのあつれきが生じつつある現状にかんがみ、ホームレスの自立の支援、ホームレスとなることを防止するための生活上の支援等に関し、国等の果たすべき責務を明らかにするとともに、ホームレスの人権に配慮し、かつ、地域社会の理解と協力を得つつ、必要な施策を講ずることにより、ホームレスに関する問題の解決に資することを目的とする。

(定義)

第2条 この法律において「ホームレス」とは、都市公園、河川、道路、駅舎その他の施設を故なく起居の場所とし、日常生活を営んでいる者をいう。

公法系第1問 講師室監修答案

第1 生存権（憲法25条）について

1 設問1

(1) 生活保護法の違憲性

生活保護法19条は、「居住地」、「現在地」という要件を定めている。このような要件は、この要件に該当しないことによって、国民であるにもかかわらず健康で文化的な最低限度の生活が保障されない者が現れることを意味し、「すべて国民」に生存権を保障した憲法25条1項に反し、違憲である。

(2) Y市の生活保護法運用の違憲性

ア 仮に生活保護法自体は合憲であったとしても、Y市がインターネット・カフェ、ビルの軒先を居住地或いは現在地と認めない運用をしていることは、憲法25条1項に反し、違憲である。

イ のみならず、他の地方公共団体においては、インターネット・カフェやビルの軒先を居住地・現在地と認めて、生活保護の認定をしている。これは、法によって、全国一律平等に保障されるべき生活保護受給権について、異なる運用をし、地域的差異を設けることを意味し、不合理な差別として憲法14条1項に違反し、違憲である。

(3) 生活保護の認定申請を却下したことの違憲性

仮に、生活保護法自体が合憲であったとしても、ホームレスの自立の支援等に関する特別措置法(以下、「自立支援法」という。)の趣旨を斟酌せず、「居住地」又は「現在地」がY市にないとして、生活保護の認定申請を却下したことは、憲法25条1項に反

し、違憲である。

2 設問2について

(1) 生活保護法の違憲性に対して

ア 反論

そもそも、憲法25条は、プログラム規定にすぎず、生活保護法が憲法25条1項に違反するということは想定されない。

また、仮に憲法25条に法的権利性を認めるとしても、生活保護法19条は憲法25条1項に反しない。すなわち、生活保護法が居住地要件を課したのは、原則としてその居住地の地方公共団体が保護の責任を負うとして、地方公共団体間の責任の所在を明らかにするためである。これとは別に現在地要件を課したのは、居住地が明らかでないとして、たらいまわしにされ生存権の実現がなされない事態を防ぐためのものであって、これにより、生活保護を受けられない者が現れるとはいえず、憲法25条の生存権を実効的に保障するものであり、なんら法令違憲となることはない。

イ 自己の見解

憲法25条1項はそれ自体が裁判上実現可能な具体的権利性を有するとはいえないものの、これを具体化する法律があれば、具体的な権利となるのであって、25条は、国に立法、予算を通じて生存権を実現すべき法的義務を課していると解する(抽象的権利説)。

そして、憲法25条の生存権が法律によって具体化されている

50

場合には生存権の具体的権利性を論じることができる。

生活保護法 19 条は、反論にあるように、責任を負担する地方公共団体の振り分けの明確化のために居住地要件を設けた上で、これによりたらい回しにされる不利益のないよう現在地要件を設けたものといえ（同 19 条 2 項参照）、全ての国民に対し、憲法 25 条の生存権を保障しようとするものであるから、合憲である。

55

(2) Y市の生活保護法運用の違憲性に対して

ア 反論

60

(ア) 司法裁判所の違憲審査権は、一定の事件性を前提として、これに適用される特定の法令或いは具体的処分が合憲か、違憲かを判断すべきものであって、法令の運用一般或いは、その運用の実態を憲法判断の対象とすることはできない。

65

(イ) また、Xは 14 条違反をいうものの、仮にこれが運用した結果処分が違憲であるということの意味しているのであるとすれば、地方公共団体には、地方公共団体の独自の予算編成権（憲法 92 条、94 条）が認められており、生活保護の財政の 4 分の 1 は市が負担する以上、予算との兼ね合いで差異が生じたとしても、不合理な差別とは言えない。

イ 自己の見解

この点については、反論のとおり、事件性を離れて、運用一般或いは運用の実態を憲法判断の対象とするべきではなく、ただ、特定の法令或いは具体的処分についての憲法判断にあたり、法令

70

運用の実態が考慮されるに止まるべきであると解する。そこで、Y市の運用が憲法 25 条に反し違憲であるとの主張は認められない。それゆえ、運用について 14 条違反を問題にすべきではない。

(3) 生活保護の認定申請を却下したことの違憲性に対して

75

ア 反論

生活保護の財源を真に必要とされている者にあてるため、二重受給等の不正受給を防ぐため、現在地、居住地要件を厳格に審査する必要がある。また、自らシェルターを飛び出したXは、生活保護を必要とする状況には未だ至っていない。

80

イ 自己の見解

85

ネットカフェやビルの軒先を転々としている場合にその場所を居住地と認めることはできないが、生活保護法が居住地と現在地を別に規定していることや、ホームレス支援法の趣旨からは、これらの場所を現在地と認めることはできる。また、二重受給についても個別に審査すれば足り、現在地の審査を厳格にすることに実質的な関連性はない。さらに、Xは積極的に望んでシェルターを出たわけではなく、その劣悪な環境ゆえにシェルターを離れたに過ぎない。

90

一方、Y市は財政上の理由や市のイメージを守るために、Xの申請却下している。このうち、財政上の理由はさておき、市のイメージを守るというのは生存権を確保することに比して重要な目的ではない。また、仮に、重要性が認められたとしても、Y市としては、宿泊施設の提供や雇用政策によって、ホームレスがホ

95

ームレスでなくなるための努力をすべきであって、生活保護を与えないことによって、市のイメージを守るとするのは目的との間に実質的関連性がない。そこで、Y市がXの生活保護申請を却下した処分は25条1項に反し違憲である。

第2 選挙権について

1 設問1

(1) 公職選挙法等の違憲性

100

「住所」を有しない者につき選挙権を行使できないという定めを置く公職選挙法21条、住民基本台帳法(以下、「住基法」という。)1条、7条9号、10条、15条を放置する立法不作為は、住所を有しない者の選挙権行使を侵害し、憲法15条1、3項に反し違憲である。

105

(2) 住民登録を抹消した処分の違憲性

仮に住所要件が合憲であっても、Y市が、Xの住民登録を抹消したことにより、201*年10月の衆議院議員総選挙において選挙権を行使できなかったことになる点で、同処分は、憲法15条1、3項に反し、違憲である。

110

2 設問2

(1) 公職選挙法等の違憲性に対して

ア 反論

115

(ア) まず、そもそも、法令を改正しないでいるという立法不作為は違憲審査の対象とはならない以上、憲法15条1、3項に反することはない。

120

(イ) また、仮に違憲審査の対象になるとしても、憲法15条1、3項に反するものではない。なぜなら、住所を有しない者に選挙権の行使を認めるならば、確実に本人に投票券が届く保障がなく、仮に本人確認をする制度を採ったとしても、本人を確認できない場合に選挙票を交付しなければ、後日になって本人であったと判明した場合、選挙権行使を制限したことになる可能性もあり、一方交付すれば不正投票が行われる恐れがあり、適当な制度の構築は非常に困難だからである。

125

イ 自己の見解

(ア) まず、立法不作為についても、その違憲合憲につき法的判断は可能であるから、違憲審査の対象にはなると解すべきである。

130

(イ) ただ、選挙制度には国会の裁量が認められている(44条、47条)。そこで、立法不作為が直ちに違憲となるわけではなく、①立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、②国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず③国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合には、立法不作為も違憲となる。

135

本件においては、確かに、住所要件をなくせば、本人でないものが本人と偽って投票することがありうるものの、住所のない者については、投票券を市役所等の窓口で交付することと

140

し、本籍地、氏名、生年月日、最後の住所や、身分証明書の複数呈示により、なお、本人確認をすることは可能である。これ
 ができない場合には、投票券を交付しないとの制度や住所のないものに、市として顔写真付きのカードを発行する等の制度を
 構築し、不正な投票行為を防止しつつ、現在よりも選挙権行使
 が認められない者の数を減らすことは可能であると考えられ、
 ①選挙権自体の行使を制限しなければ、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能ないし著しく困難
 とは認められない。そこで、公選法及び住基法の住所要件の定
 めは、憲法 15 条で保障される選挙権を侵害することは明白で
 ある。

145

150

また、自立支援法の制定や請願によって、国会が改正すべき
 ことは明白であったといえ、②選挙権行使の機会を確保するた
 めには、住所要件の改正が必要不可欠であったといえ、③請願
 の時から、7 年もの長期にわたって改正しなかったのであるあ
 ら、長期にわたって怠ったといえる。

155

したがって、住所要件の改正をしないという立法不作為は 15
 条 1、3 項に反し違憲である。

(2) 住民登録を抹消した処分の違憲性に対して

ア 反論

160

市は、選挙権を行使させないために、住民登録を抹消したわけ
 ではない以上、憲法 15 条 1、3 項に反しない。

なぜなら、住所の認定にあたっては社会通念上客観的に生活の

165

本拠としての実体を具備しているかを基準として判断すること
 とされており、住所は選挙人名簿登録のためのみならず、住民の
 居住関係の公証、国民健康保険、雇用保険、国民年金、児童手当
 等の各種の行政処分の基礎とされるものであって、その認定に Y
 市の裁量の余地はないからである。

イ 自己の見解

170

Y 市が X の住民登録を抹消したことによって、X は 201 * 年
 10 月の衆議院議員総選挙において選挙権を行使できなかったこ
 となる。上記のように住所要件を改正しなかったことが違憲で
 ある以上、その抹消処分によって違憲な法令が適用されることと
 なる。また、住民登録が、選挙人名簿登録のためのみならず、住
 民の居住関係の公証、国民健康保険等の各種の行政の基礎とされ
 るものであったとしても、その認定に裁量の余地を観念すること
 はできる。よって、憲法 15 条 1、3 項に違反し、違憲である。

175

以上

180

公法系第1問 合格者A再現答案

第1 設問1

1 生活保護について

(1) 憲法25条

5 ア YがXの生活保護の認定申請を却下したのは、Xの生活保護を受ける権利（憲法25条）を侵害し、処分違憲である。

イ まず、生活保護を受ける権利は、憲法25条の生存権の一貫として、Xに保障される。

10 ウ 生活保護法19条1項は、1号あるいは2号にあたる場合には、生活保護を決定しなければならないとしている。

15 そして、生活保護を受ける権利は、収入の途絶するなどした危機的状況にある個人に、最低限度の生活を保障してその尊厳を守るとともに、必要な衣食住・医療を受けさせることで生命を守るという重要な役割を果たしている（生活保護法1条参照）。とすれば、1号、2号の解釈にあたっては、その重要性に鑑み、出来る限り広く生活保護を認めるように解するべきである。

エ 居住地（1号）

20 居住地とは、その語義から考えて、恒常的な居住実態があることを要すると解する。るそして、Xは、Y市内のインターネット・カフェやビルの軒先を転々としており、一箇所に定住しておらず、居住地を有しないといえ

る。

オ 現在地（2号）

25 生活保護を受ける権利を出来る限り損なわないため、現在地には、定住の実態を要しないと解すべきである。

30 そして、Xは申請前日にY市内のインターネット・カフェに宿泊しており、少なくとも「現在地」はY市内にあったといえるから、生活保護を受ける要件は揃っていたといえる。

35 カ よって、YはXの申請を認めるべきだったのであり、これを却下したことは、Xの生活保護を受ける権利を違憲に侵害する処分として、処分違憲となる。

(2) 憲法14条

40 ア YがXの生活保護の認定申請を却下したのは、Xの生活保護について、他の自治体の住民との間で差別を生じさせるものとして、処分違憲である。

イ まず、生活保護について差別されない権利は、平等権（憲法14条）の一貫として保障される。

45 ウ そして、生活保護を受ける権利は、出来る限り平等に保障されるべきこと（生活保護法2条）からすれば、特に合理的な理由があるための区別のみが許されると解するべきである。

エ 本件において、他の自治体と違って、Yはいわゆるホームレスに生活保護を認めておらず、不均衡が生じてい

るといえる。

そして、その理由は、財源の問題もあるものの、ホームレスが増加することで市のイメージが悪くなることが主な理由であり、生活保護よりも市のイメージを優先するための差別的取り扱いは、決して合理的とはいえない。
オ 従って本件で、他の自治体のホームレスとXとの間に生じた不均衡は、Xの生活保護について差別されない権利を侵害するものとして処分違憲である。

2 選挙権について

- (1) 住所要件を定める公職選挙法21条1項等は、201*年10月の衆議院選挙においてXが投票できる権利（憲法15条）を侵害するものとして法令違憲である。
- (2) 衆議院選挙においてXが投票できる権利が、憲法15条によって保障されることは明らかである。
- (3) 選挙権が侵害されれば、民主政の過程での自己回復が困難であることからすれば、選挙権の制約は、①目的が選挙の公正を保つためのもので、②制約が目的達成のために必要不可欠であることを要する。

(4) 目的

本件で、住所が自治体でない場合に選挙人名簿から削除されるという仕組みをとるのは、自治体が管理する住民基本台帳を通じて、厳格に選挙人名簿を管理して、二重投票等を防ぐことにある。そして、二重投票等が行われれば、

選挙は公正さを失うのだから、目的が選挙の公正を保つためのものである。

(5) 制約

もっとも、制約については、必要不可欠とはいえない。

二重投票を防ぐのであれば、自治体同士で住民基本台帳の照らし合わせや、選挙人名簿のチェックを行えばいいのであって、住所を有しないものから一律に選挙権を奪うことまでせずとも、十分に選挙の公正は確保できる。

- (6) 従って、住所要件を要求する公職選挙法21条等は、法令違憲である。

なお、公職選挙法が住所要件を要求することの問題点は、NPOによる請願書の提出によって認識されており、それから7年もの間、問題を放置していたのだから、立法不作為も違憲である。

第2 設問2

1 生活保護について

- (1) 憲法25条

ア 反論

生活保護の決定については、さまざまな専門技術的な考慮が必要であり、広範な裁量が認められる。本件ではその裁量を逸脱していない。

イ 私見

- (7) 原告主張の通り、本件で申請を却下したことは処分

違憲にあたる。

(イ) 反論については、以下の通りあたらないと考える。

確かに、立法にあたっては、生存権の内容は不明確であり、その内容の確定には、政策的な考慮が必要である。しかし、処分にあたっては、生存権の内容を具体化した生活保護法等の要件にあたるか否かを判断すれば足りるのであり、ことさらに裁量権を強調する必要はない。

(ウ) 原告主張の通り、生活保護を受ける権利は、個人の尊厳、個人の生命を守るためのものであり、危機的な状況にあるものにとって、最後の頼みの綱という役割を果たしている。従って、要件の判断については、出来る限り生活保護を認める解釈を採らなければならない。

(エ) しかしるに本件では、原告主張の通り、XはY市内に定住しておらず「居住地」(生活保護法19条1号)は有していないといわざるをえないものの、XはY市内のインターネット・カフェやビルの軒先などを転々としているものの、いずれにせよY市内から外には出ていないのであって、Y市内を「現在地」としていると考えられる(生活保護法19条2項)。

従って、本来Yは申請を認めるべきであったのであり、これを却下したのは、Yが本来生活保護の受給とは直接関係ないはずの、「ホームレスの増加による市のイメージ悪化」を避けるためであり、このようなことを理由とす

る処分は、生活保護を受ける権利を充分保障しようとするものとはいえない。

(オ) 従って、本件では、処分はXの生活保護を受ける権利を侵害したものとして、違憲である。

(2) 憲法14条

ア 反論

他の自治体と違う取り扱いをするからといって、平等権の侵害とはならない。

すなわち、二つの異なるものがあつたときに、どちらをどちらにあわせるかは一義的ではないから、本件でY市が他の自治体に取り扱いをあわせるべきとはいえない。

イ 私見

(ア) 原告主張の通り、申請を却下したことは処分違憲にあたる。

(イ) 反論については、以下の通りあたらないと考える。

確かに、二つの異なる取り扱いのどちらをどちらにあわせるかについては、選択の余地が一般的にありうる。しかし、それはいずれもが適法・合憲である場合に限られるのであって、どちらかが違法・違憲であるならば、違法・違憲な方を他方に合わせるべきは当然であり、それをしなければ平等権侵害になる。

(ウ) 本件において、他の自治体はXのようなホームレスに

140

対しても生活保護を認めているのにも関わらず、YはXに対して生活保護を認めておらず、生活保護について不平等が生じているといえる。

145

そして、Yは主に「ホームレスの増加による市のイメージダウン」を憂慮して、憲法25条違反の運用しているのであり、そのような不平等を合理化するような理由はないといわざるをえない。

(I) したがって、Xの生活保護を受ける権利について差別的に取り扱われないという権利は、Yの処分により違憲的に侵害されたといえる。

150

2 選挙権について

(1) 反論

二重投票等は、住民基本台帳を通じて、厳格に管理された選挙人名簿によってしか防げないのであって、住所を有しない者の選挙権を認めないことはやむをえない措置である。

155

従って、住所要件を要求する公職選挙法21条等は、法令違憲ではない。

(2) 私見

ア 以下の通り、被告の反論が正しいと考える。

160

イ 選挙権は、一度侵害されれば、民主政の過程がそもそも機能しなくなるものであり、その制約には慎重でなければならない。従って、特に厳格な基準を採用し、①目

的が選挙の公正の確保にあり、②制約が選挙の公正を確保するために必要不可欠な場合に限って合憲と解する。

165

ウ 目的

本件で、住所要件を要求する公職選挙法21条は、住民基本台帳によって選挙人名簿を管理することで、二重投票等を防ぐことにあり、これが選挙の公正を狙うものであることは明らかである。

170

エ 制約

原告主張の通り、論理的には、選挙人名簿の突合せ、自治体同士の住民基本台帳の照らし合わせにより、一人が一つの選挙権しか持たないという状況を作り出すことは不可能ではない。

175

しかし、1億もの有権者がいる場合に、重複がないかどうかをチェックすることは、その手間が膨大であり、事実上不可能である。

従って、住所要件を要求する公職選挙法は、二重投票を防止するため、必要不可欠な制約をするに留まると解する。

180

オ 以上より、公職選挙法21条等は合憲である。

また、合憲である以上、立法不作為を論じる余地もない。

以上

公法系第1問 合格者B再現答案

【設問1】

1 憲法25条に基づく主張

(1) XはY市長から住民登録抹消を受けたことにより国民健康保険の被保険者としての資格を失い、さらにY市福祉事務所に生活保護受給申請を却下されたため、必要な医療を受けることができず、貧困に陥って生命・健康をも脅かされるに至った。これは、以下に詳述するように、憲法25条に保障される生存権を侵害する処分違憲である。

(2) 25条の法的性質

憲法25条は、国民に最低限度の生活を保障している。憲法11条及び13条が国民の基本的人権や権限を保障する趣旨から、25条は単なる理念規定ではなく、それ自体が具体的な請求権の根拠となるものとする。少なくとも、法律により25条の趣旨が具体化された場合、それに基づいて国民が請求権が生じると解すべきである。

(3) 住民登録抹消処分の違憲性

ア 本件では、Y市長はXの住民登録を抹消し、もって被保険者の地位を失わせている。憲法25条より、このような結果を生じさせる処分は慎重にされるべきであるところ、本件事情の下では、Xが形式的に登録された住所と異なる居住実態を有していたとしても、このような生存権侵害を行うことは許容されない。

イ すなわち、本件では、Xが居住実態を違えているのは、失職により家を退去させられ、団体Aのシェルターも手狭となってしまったからであり、Xには帰責性はない。また、住民に関する事務の処理（住民基本台帳法1条参照）は自治体ごとにされるところ、Xは依然としてY市内で生活しているものであり、Xの住民登録を全く実態を欠くものではない。

以上の事情からすると、Xは登録の届出（住民基本台帳法3条1項）やそれに準ずる義務違反をしたとまでいえないから、このようなXの住民登録を抹消し、被保険者の地位を失ったことは25条に違反している。

(4) 生活保護申請却下処分の違憲性

ア 本件では、Y市福祉事務局長は、インターネットカフェなどを居住地として認めず、Xの生活保護申請を却下することで、Xに必要な生活保護を与えていない。以下述べるように、これは憲法25条及びこれを具体化した生活保護法の趣旨に反して生存権を侵害している。

イ 上記却下処分は、生活保護法19条4項の委任に基づいてされている。法1条が恒続の程度に応じて必要な保護を与えることを目的とし、法2条が無差別平等の保護を保障することから、この委任の趣旨は、困窮者に生活保護を与えることを前提として、そのための事務の便宜・効率化のために細目を委ねるにすぎないものと解すべきである。

しかるに、本件では、Y市福祉事務局長はXの困窮状況を考慮することなく、財政問題や市のイメージという無関係の理由に基づいて要件を解釈し、Xの申請を却下している。これは上述する委任の趣旨に反し、ひいては憲法25条の権利を違法に侵害する処分違憲たるを免れない。

2 憲法14条違反に基づく主張

Y市福祉事務局長がした生活保護申請却下処分は、インターネットカフェなどを「居住地」（生活保護法19条1項1号）に含まないという判断に基づきされている。しかし、他の自治体ではXと同様にインターネットカフェ等に居住する者にも生活保護を与えるところがある。このように、Xが他の自治体と異なる扱いを受け、そこに合理的理由がなければ、前述した却下処分は憲法14条に違反するものである。

3 選挙権侵害についての主張

(1) 公選法21条1項、28条2号及び住民基本台帳法15条1項の規定は、選挙権の資格となる選挙人名簿を住民基本台帳法の記録に基づいて作成するものと定めており、これにより選挙権行使（住所）要件を課すことで、住所を有さない者の選挙権を制約している。このような「住所」要件に基づく選挙制度法制は、憲法15条1項が「国民固有の権利」

として保障する選挙権を侵害するものであり、以下述べる理由により法令違憲である。また X について住民登録を抹消することで選挙権をなく奪した点は、15 条との関係でも処分違憲となる。

(2) 制度の合憲性評価

ア 違憲審査基準

制度形成においては一定の裁量があることは認められるが、15 条の保障する選挙権は主権者たる国民が政治過程で関与する基礎であり、ひいては憲法上の権利保障の基礎となる極めて重要な権利である。よって、その制約につながる法制度は、特に厳格に審査される必要がある。

具体的には、①やむを得ない目的のために、②目的達成のため必要不可欠な手段であるといえる場合は限り、制約は正当化されることになる。

イ 現行制度の評価

(ア) そこで①現行制度の目的について見るに、公選法が住所要件を定めるのは、選挙人名簿を作成する事務上の便宜（住民基本台帳法1条参照）と推測される。しかし、このような目的がやむを得ないものとは到底いえない。

(イ) 続いて、②制約手段について検討するに、現行公選法は「住所」を基準に選挙人名簿を作成するが、その他にもある時点の居住地で選挙人を確定することも可能であるから、事務処理目的との関係でも、住所を基準とすべき必然性は存在しない。

また、住所を基準とすることを前提としても、事務処理目的からすれば住所を有さない者の選挙権を否定すべき理由は見出せず、別途住所を有さない者に選挙権を付与する制度を設けることは可能であり、これを怠って選挙権を剥奪することは合理的理由はない。

ウ 以上より、現行公選法の制度は選挙権を不当に侵害しており、違憲といえる。

(3) 処分違憲

選挙人名簿は選挙区の単位で定められなければならないところ、X は長年 Y 市に居住しており、住所を失ったのも X の責めに帰すことができない事由に基づくものであるから、このような X から住民登録抹消を通じて選挙権を奪うことには理由はなく、処分違憲とされなければならない。

(4) 救済手段

ア 以上のように現行公選法制度は違憲であるから、これに基づいてされた 201 * 年の衆議院議員総選挙は無効とされるべきである。

イ また、現行公選法の上記不備については NPO から 7 年以内で請願が提出されており、改正の機会があったにもかかわらず 7 年ごわたり放置されてきたものである。これは、国会が違憲状態の解消を怠ったものであるから、国賠法上違法となり、X は国に対して国賠を請求することができる（国家賠償法1条）。

【設問2】

1 憲法25条違反の点

(1) 25条の法的性質

まず、被告からは、憲法25条は抽象的な規定であり、裁量の余地が大きい社会保障について定めるものであるから、いわゆるプログラム規定としてそれ自体請願権の根拠とならず、行政が広範な裁量の元で生存権保護の手段を決定できるとの主張がなされる。

たしかに、25条は他の規定と比べて抽象的文言であり、権利保護に当たっても裁量の必要があるから、それ自体が具体的請願権を生じさせると見ることは困難である。しかし、25条を完全な理念規定と見ることは憲法11条・13条の趣旨に反することは X の言うとおりであり、法律によって25条の趣旨が具現化されれば、法律を通じて生存権が保障され、これに基づいて国民が請願権を生じるものと解すべきである。

(2) 住民登録抹消処分について

95

ア 住民登録抹消された点について、被告としては、これはXが居住実態を欠く場所を住所として登録していたため、住民についての正確な登録のための必要措置（住民基本台帳法3条）、として行われたにすぎず、保険資格の住民登録に基づいてされることが社会保障政策上の裁量権行使として合理的である以上、上記措置の結果としてXが保険を失うこともやむを得ないものであると反論することが考えられる。

100

確かに、住民登録に基づき保険資格を定めること自体は不合理ではなく、Y市長の処分も形式的には法の要件に基づいてされているから、Xへの処分は直ちに違憲とはいえない。しかし、国民健康保険制度として25条の趣旨が具現化されている以上、Xはこれを不当に奪わない権利を有しているから、住民登録抹消の法的適正処理の必要が生じ分見出せない場合には、25条の権利を侵害するものとして違憲となるものとする。

イ そこで本件抹消処分について検討する。

105

被告が主張するように、Xは住所登録地たるA団地シェルターでの居住実態を欠いている。しかし、Xが言うように、これはXの生活苦や不景気によるシェルターの飽和のためではなくされたものであり、Xの居住実態もY市内である点では登録地と著しく異なるものではないから、住民基本台帳法の目的との関係でこれを抹消すべき急い必要までは認められない。むしろ、同法が「住民の利便」の増進（法1条）をも目的とすることからは、不況や派遣切りという社会的事象に基づき一時の住居として用意されたシェルターのよう

110

な住所地については、居住実態との乖離があっても柔軟に取り扱うことが法の目的かなうともいえる。

さらに、Y市は、昨今の経済状況やシェルターの意義などについて十分認識した上で、シェルターの居住実態を調査し、Xらが困窮することを承知でXら60名の住民登録を抹消したものであるから、これはXら困窮者への狙い撃ち的処分と評価することができる。

115

ウ 以上より、Y市長のした住民登録抹消処分は、適正処理の必要生に基づくものとは評価

できないから、憲法25条の生存権を侵害するものとして違憲とされるべきである。

(3) 生活保護権却下処分について

120

ア 被告としては、「居住地」の認定は生活保護法19条4項の委任に基づく裁量によるものであり、また財政上の制約というやむを得ない理由もあるから適法であると主張しうる。

125

しかし、生活保護は憲法25条の趣旨を「最低限度の生活を保障する」（法1条）のための生活保護支給として具現化したものであり、法19条1項及び2項のうえで住民登録ではなく「居住地」や「現在地」を基準で要保護者を定めていることから、生活保護は全ての困窮者に与えられるべきであることを前提し、それを最も効果的にしよう「居住地」「現在地」の管理者が保護支給をすることを想定し、そのため法19条4項の委任されているものと解すべきである。このような趣旨に反して、生活保護を支給しないために申請を却下することは、憲法25条及び生活保護法に具現化されたXの権利を侵害することとなる。

130

イ そこで本件の却下処分を見ると、Y市福祉事務局長は、XがY市内に居住しているにもかかわらず、それがインターネットカフェやビルの軒下であるという理由だけでこれを「居住地」と認めない。これは上述した法の趣旨に合致しない、生活保護を必要とする困窮者がインターネットカフェなどで反主まいを余儀なくされている実情をすれば、これらの居住実態と合わせて生活保護を認めないY市の運用は法の趣旨に真向から反するものである。

135

よって、前記却下処分は憲法25条及びこれを受けた生活保護法19条4項の委任の趣旨に反し、違憲たるを免れない。財政上の理由も本件では適切ではないし、市のイメージのためホームレスを排斥するという目的に至っては、25条の趣旨を否定するものであり、極めて問題のある理由付けであって到底許容されない。

2 憲法14条違反の点

憲法14条は合理的な理由に基づく区別を許容するものであるから、地方自治の観点から自治体ごとの相違は憲法上予定されたものとして直ちに14条違反とはいえないものの、そこでは

140

区別の合理的理由を要する。しかるに、前記の通り、居住地の認定についてY市の運用には合理的理由がないから、このような運用に基づく処分は他の自治体との関係で憲法14条違反となる。

3 選挙権侵害の点

(1) 違憲審査基準

145

被告は、憲法44条は選挙人の資格について法律で定めると規定しており、また選挙制度の形成には政策的側面があるから裁量の要請が強く、従って選挙制度については国の広範な裁量を前提として穏やかな審査がされるべきであると主張しうる。

150

確かに、選挙制度の形成に当たっては、その公正を図るためにも、一定の裁量を前提とするは合理的な。しかし、Xの主張するとおり、選挙権は国民の権利の基礎となる重大な権利である。そして、本件では選挙権の行使態様ではなく行使そのものが制約されているのであるから、その合憲性については慎重に判断すべきである。具体的には、厳格な合理性の基準すなわち①目的の重要性であり、②手段の目的との関係で実質的合理性を有することが示される必要がある。

(2) 現行制度の合憲性評価

ア 目的

155

公選法が「住所」を基準で選挙人を確定する目的は、選挙の公平・適正（公選法1条）のため、一律の基準をもって選挙資格を定めようとするものであって、これは選挙の性質上重要なものといえることができる。

イ 手段

160

そして、そのための手段として一定の基準を設けることは、選挙資格を確定し、選挙区に基づき選挙人を定めることで不正な選挙調整を一定程度防ぐため必要であるし、その基準を「住所」とすることは、「住所」が住民基本台帳法7条により記録され、その管理の

165

適正が法律上保障されていることからして十分合理的な選択といえる。

しかし、上記目的からしても、一旦「住所」を基準で選挙人名簿を作成した上で、住所を有しないものについて、居住地を基準で別冊にその資格を審査し、対応する選挙区での選挙権を与えることは十分可能であり、個別審査を経る以上、選挙の適正との関係でこれを禁止する理由は見出せない。

ウ 以上より、現行公選法が「住所」要件に基づき選挙人名簿を作成することはそれ自体実質的な合理性を有するが、住所を持たない者に選挙権を認める制度を用意していない点で合理性を欠き、選挙権を不当に制約する法令違憲たるを免れない。

170

(3) 救済手段

ア 選挙無効については、前記より前回の総選挙で住所を持たない者の選挙権が制約されていたといえるが、これらの者に選挙権を認めるには立法措置が必要である。そのためかかったのに選挙権侵害を理由で前回の選挙を無効とすることは、司法権の範囲を超える立法行為と評価されるから認められない。

175

イ 一方、国政請求については、前記のように住所を有しない者に選挙権付与の機会を与えない制度自体が不合理であり、またこれについては7年前の請願で是正の機会があったのに、現行に至るまで是正されなかったものであるから、国政請求も憲法上評価され、損害賠償請求が認められるべきである。

(4) 処分違憲

180

最後に、Xの住民登録抹消については、前記見たとおりXの住民登録抹消は十分な必要性が認められないし、選挙権との関係でもXは昔から現行に至るまで一貫してY市に住んでおり、Y市で選挙権を行使すべき実質を有していたから、このようなXの選挙権を奪う結果となる登録抹消は違憲である。

以上

公法系第1問 合格者C再現答案

設問1について

1 生活保護

(1) 制度運用の違憲性

5 Xとしては、ネットカフェなどを居住地と認めない運用によって、生活保護が受けられず、必ずしも十分な収入もなく、胃弱で病院にもかからなければならないのに保険にも未加入で大きな出費が予想されるXの生存権(憲法25条)を制約するとして違憲であると主張する。

10 具体的には、生存権も、条文上「権利」とされていることから法規範性は認められるものの、その実現には高度の政策的判断を要するから裁判規範性はなく、抽象的権利を定めたにすぎないが、本問においては生活保護法により具体化されており、裁判で争いうる。そしてその違憲審査基準について15 であるが、最低限度の生活を保障する場面においては、国家の裁量は限定的で厳格な合理性の基準によって、より快適な生活に関する場面については国家の裁量は広く、明白性の原則ではんだんする。

20 そして生活保護は、生活に困窮しているものが受けるもので(生活保護法1条参照)前者の場面に関するものであるから、厳格な合理性の基準で判断する。

これを本問についてみる、制度運用の目的の一つは財政上の問題といういわゆる社会保障給付の全般的公平を図るという点にあり、これは、予算は有限であることから重要である。

25 しかしホームレスの増加によるイメージダウン防止は、きわめて抽象的、感情的なものであり重要とは言えない。

また手段としてもネットカフェに住む者などに一切支給しないのではなく、支給額を調整することにより財政上の問題はクリアできるし、そもそもそのようなものたちに生活保護を受けさせなければホームレスにならざるを得ず、かえってホームレスが増加するから、手段と目的の間に実質的関連性があるとは言えないと主張するのである。

(2) 適用違憲

35 仮に制度運用が合憲だとしても、自己に対する却下処分は生存権を不当に侵害するものとして違憲であると主張する。

具体的には、ホームレスの増加という問題については自立の意思がないものに対しての支給を制限すれば足りるところ、Xは自立の意思を有し現に正社員への採用を目指して就職活動を行っている。また財政上の問題についても、Xの上述のような困窮状態にかんがみるとまさに支給が必要な場面というべきであり不支給は生活保護法の精神に反すると主張するのである。

2 選挙権

40 公職選挙法の住所要件によって住所を有しないXは選挙権(15条)が侵害され違憲であると主張する。

45 具体的には、選挙権は国民主権の根幹をなすものであるから、それに関しては厳格な審査基準であるLRAの基準で判断すべきである。

これを本問について見ると、目的は選挙人の適正な管理による二重投票の防止にあり正当である。

50 しかし、かならずしも地方自治法10条1項と同様に住所の要件を硬直的に判断する(住民基本台帳法4条参照)必要ななく、実質的に居住地で判断することが可能であり、より制限的でない他に選ぶ手段は存在するから違憲であると主張するのである。

設問2について

55 1 生活保護

(1) 制度運用の違憲性

原告の主張に対しては、25条1項は救貧政策について、2項は防貧政策について定めたもので、生活保護は生活の自立を図るという防貧政策にあたるから広い裁量に属すると反論する。

60 この点について私は、反論は失当であると考ええる。

なぜならそのように解すると、全てを防貧政策と位置付けることによって生存権の保障が骨抜きになってしまうから、25条1項2項は一体的に1項は生存権保障の理念について、2項は生存権実現の責務について定めたものと解するべきだからである。

65 次に仮に厳格な合理性の基準で判断しても、本問制度運用は合憲であると反論する。

この点について私は、反論が妥当と考える。

70 なぜなら、財政上の問題回避という目的の重要性については争いがないが、ホームレス増加の防止という目的については、ホームレスが増加するに於いてのトラブルが予想されまた良好な住環境の確保は生存権実現の前提といえ、かかる目的も重要といえるし、その手段としてもネットカフェに居住するもの

75 (2) 適用違憲

原告の主張に対しては、Xは居住地の要件を満たさない以上不支給もやむを得ないと反論する。

80 この点について私は、反論は失当であると考ええる。

なぜなら、X主張のような支給の必要性があること、また自立の意思を有するXに支給するのはホームレス自立支援法1条の目的にも合致するし、実際他の自治体ではXと同じような境遇にあるものに対しても支給を行っており、技術的な問題もないというべきだからである。

85 2 選挙権

原告の主張に対して、実質的な判断は事務の煩雑さを生じさせ困難であると反論する。

90 この点について私は、反論は失当であると考ええる。

なぜなら、まず選挙権の重要性からLRAの基準によること、目的が正当であることについて両者には争いはなく、より制限

95

的でない他に選ぶ手段の存在が争点となるところ、そのような実質的な判断については、選挙人の申請にかからしめることによって必ずしも事務の煩雑さを生じさせるとは言えないし、氏名・生年月日などの情報から他の選挙区へ二重に登録されるなどの危険も低いから、形式的な住所要件でなく実質的な居住地要件を要求すれば足りるからより制限的でない他に選ぶ手段が存在するというべきだからである。

100

さらに被告としては、住所要件の不備は立法のかごであるが、立法府には立法裁量があり、違憲とならないと反論する。

この点について、私は、反論は失当であると考える。

105

なぜなら、立法府に裁量が認められてもそれを逸脱すれば違憲となるところ、本問において、15条1項から選挙権保障のために立法義務は明確であり、またホームレスの支援活動を行っているNPOが住所要件の問題点について7年以上前に総務省に指摘し、当然改正の必要性について認識していたというべきだから、改正に必要な合理的期間は経過しておりもはや裁量を逸脱しているというべきだからである。

110

なおこの時の争い方についてであるが、三権分立の観点から立法義務付け訴訟は認められず、確認の利益の観点から立法不作为違憲確認訴訟も認められず、国家賠償請求によるものと思われるが、権力分立の観点から違法性の判断は厳格になすべきで上述の違憲の要件のみならず、立法不作为によって憲法上の権利が侵害され、権利侵害と立法不作为とが密接な関連性が必

115

要であるが本問ではいずれも認められるから、原告の主張は認められるものと思われる。

以上

120

125

130

135

140

145

150

155

160

165

170

175

180

公法系第1問 不合格者D再現答案

第一 設問1

1 選挙人名簿の登録を住民基本台帳に登録された者に限る住民基本台帳法 15 条 1 項は、X の選挙権を行使する機会（憲法 15 条）を奪い違憲であるとの法令違憲の主張が考えられる。

5 まず、X は日本国民として選挙権を有する。そして、選挙権は行使できなければ意味がないので、15 条は選挙権を行使する機会も保障している。よって、X には選挙権を行使する機会が保障されている。

10 もっとも、かかる機会も無制限に認められるものではなく、公共の福祉（12 条後段、13 条後段）による制限を受ける。そして、選挙権に対する侵害が民主制の過程で是正されにくいことに鑑み、選挙権の制限は必要不可欠の目的のため必要最小限の方法によるものに限って合憲と考える。

15 本件では、住民基本台帳法 15 条 1 項により選挙人名簿の登録が住民基本台帳に登録された者に限られているため、住民登録を抹消された X は選挙権行使の機会を制限されている。同項の趣旨は事務処理上の便宜を図ることにあるが、かかる目的は選挙権行使の機会を制限するほどの必要不可欠の目的とはいえない。また、住民登録がない者でも個別に調査して選挙人名簿へ登録することもできるので、一律に選挙人名簿の登録を認めないことが必要最小限の方法とはいえない。よって、同項は違憲である。

20 2 Y 市がインターネット・カフェやビルの軒先を「居住地」あ

25 るいは「現在地」と認めないことが X の生存権（25 条）を侵害し違憲であるとの適用違憲の主張が考えられる。

(1) まず、X は憲法 25 条より健康で文化的な最低限度の生活を営むべく生存権を保障されている。

30 (2) もっとも、生存権も無制限に認められるものではなく、公共の福祉（12 条後段、13 条後段）による制限を受ける。そして、生存権のうち、最低限度の生活の保障については個人の生存に関わるものである以上厳格な審査をすべきである。よって、必要不可欠の目的のために必要最小限の方法による制限のみ許される。

35 本件では、ホームレスが市に増えることで市のイメージが悪くならないようにインターネット・カフェやビルの軒先を「居住地」あるいは「現在地」と認めない制度運用をしている。しかし市のイメージを良好に保つという目的は個人の生存権を脅かしてまで達成すべき目的とはいえず、必要不可欠の目的とはいえない。また、インターネット・カフェやビルの軒先は一切「居住地」あるいは「現在地」と認めないという運用は必要最小限の方法とはいえない。よって、違憲である。

第二 設問2

1 法令違憲の主張に対して

45 (1) 被告側からは、選挙人であるか否かは選挙の公正に関わり重要なので、重要な目的のため実質的関連性ある方法による制

限であれば許されるとの反論が想定される。住民基本台帳法15条1項は選挙人の範囲を正確に定め選挙の公平を図るとい
50 う重要な目的のため、正確性が担保されている住民登録をも
とにすることを定めたのであって、個別的な例外を認めては
正確性に欠けるおそれがあるので、住民登録を要件にすること
は実質的関連性があるとの反論である。

- (2) この点に関して、私は、選挙の公正を重視して被告側の主張
55 する基準を採用すべきだが、実質的関連性がないため住民基本
台帳法15条1項は違憲であると考え。すなわち、選挙人の
範囲を正確に定め選挙の公平を図るとい目的は確かに重要
である。しかし、住民登録を抹消された者も選挙権行使の
機会を保障される以上、これらの者も選挙人名簿に含んで初
60 めて選挙の公正が図られる。とすると、選挙の公正を図るた
め選挙人名簿の記録に住民登録を要求することは目的を達成
するため実質的関連性ある方法とはいえない。よって、違憲
である。

2 適用違憲の主張に対して

- (1) 被告側からは、以下のような反論が想定される。25条の文
65 言は抽象的であり、国に義務を課したのではなく国のなすべ
き施策について指針を定めたプログラム規定にすぎない。と
すると生存権の実現には財政事情を考慮した国の政策的判断
に委ねられており、生存権を制限したとしても、正当な目的
のため合理的関連性ある方法であれば許される。

そして本件では、市のイメージを良好に保つという目的は
70 正当であり、そのためにホームレスが市に増えないようイン
ターネット・カフェやビルの軒先を「居住地」あるいは「現
在地」と認めないという運用も合理的関連性を有する。よっ
て、合憲である。

- (2) この点に関して、私は、25条をプログラム規定と解すべき
75 ではなく、生存権は生活保護法等で具体的権利として保障さ
れている以上、その制限は重要な目的のため実質的関連性あ
る方法によってのみ許され则认为。

そして本件では、市のイメージを良好に保つという目的は
80 住民の転出を防ぎ税収を確保し市を豊かにしていくため重要
といえる。しかし、インターネット・カフェやビルの軒先を
「居住地」あるいは「現在地」と認めずホームレスから選挙
権を奪うことはかえって市の福祉・サービス面におけるイメ
85 ージを下げるので、実質的関連性がないと考える。よって、
かかる制度運用は違憲である。

平成 22 年度新司法試験論文式試験問題

公法系 第2問(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すぐ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。

【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。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うわさです。

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 : よろしく申し上げます。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モありますが、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が、これは請負契約を念頭に置いた規定ですから、本件では考えなくてもよいでしょう。また、第8号の議決の要否については、Bらは今の段階では問題にしていないので、差し当たり検討の対象から除くことにします。

総務課長 G : これ以外に、契約締結の適法性に関して、遠慮なく、疑問点を出してください。

職員 H : 入札手続を採らなかった点など、契約の手続や内容に様々な違法があるとBらは攻撃していますが、村としてはそのようには考えていません。週刊誌には、契約が不透明だと書かれたのですが、一体何が問題なのですか。

職員 I：職員や議員の中では、過疎に悩む本村で採り得る政策として、やっとのことで買手を見付けて本件土地を売却したのは当然のことではないかとか、現に税収面でも貢献しているではないかという意見が圧倒的です。この売却の何が違法と言われるのか、理解に苦しむところです。

職員 H：先日来、総務課でも、地方自治法第234条や同条第2項に基づく政令を検討し始めたのですが、今回の事案にどのように関連するのか、うまくまとめ切れていません。村がどのような手続によって、どのような内容の契約を締結するかは、当然に村長の裁量で決められると思うのですが。

総務課長 G：契約締結の適法性に関する問題、特にH君が挙げていた条文の解釈が、最も重要な課題になりそうですね。まず、これらの法律や政令の規定のうち本件にかかわるものの趣旨を御説明いただけませんか。その上で、Bらが、本件土地の売買契約の締結のこういった点を違法だと主張してくるか、また、村の側では、契約締結を適法というためにどのような主張をすることが考えられるか、F先生の方で具体的に検討いただき、契約締結の適法性に関するF先生の御意見をお聞かせいただけますと助かります。契約締結の適法性は、何ととっても村の職員にとって最も関心がある点ですので、できるだけ包括的に検討していただけないか。

弁護士 F：それでは、御質問の点について、次回の会合までに、ここは入念に整理しておくこととします。

総務課長 G：お願いいたします。それと、先日もお話ししましたが、議員の間では、Bらの動きに反発する意見が強いのです。週刊誌でたたかれた点が影響しているのかもしれない。

職員 H：ベテラン議員の中には、どこかの会合で聞いてきたようなのですが、Bらが村長の損害賠償責任を裁判に訴えたとしても、さらに、それを認める判決が出されたとしても、控訴した上で、村の損害賠償請求権を放棄する議決を議会が行えば大丈夫だといった意見を説く者もいます。こうした主張が日増しに強くなっている状況です。議会は、こうした議決を適法に行うことが可能なのですか。この点は、議会事務局も心配しています。

職員 I：議決というのは、地方自治法第96条第1項に規定されている議決のことですか。

弁護士 F：ええ、その第10号ですね。地方議会による請求権放棄に関しては、これまで出された裁判例で、判断が分かれています。手元にある二つの判決【資料3】が、その例です。

総務課長 G : 村の請求権がどのような手続によって消滅するのかといった点も、議論する必要がありますが、今の段階では差し当たり、請求権を放棄する内容の議決を議会は適法に行うことができるのか、という点に絞って検討したいと思います。

職員 H : それぞれの判決によって立つ考え方の違いを整理していただけないでしょうか。特に、判決の中で「住民訴訟の制度が設けられた趣旨」といわれているのですが、住民訴訟の制度趣旨と議会による請求権放棄とは、どのように関連するのですか。

職員 I : 私が関心がありますのは、お話のあった二つの判決を本件の事案に当てはめた場合に、どういった判断が予想されるのかという点です。

総務課長 G : いろいろと要望や質問が出ましたが、議決の適法性の問題に関しては、本村の議員にも説明する必要があると考えています。H 君と I 君も申しましたが、二つの判決がそれぞれどのような考え方に立っているのか、そしてそれぞれの判決によれば、今回の案件がどのように判断されるか、住民訴訟制度の趣旨を踏まえて分かりやすく整理していただき、本村議会の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、F 先生の御意見をお聞かせいただけますか。

弁護士 F : 了解しました。早速、両判決の分析を進めまして、課題について検討結果を送らせていただきます。

総務課長 G : お願いばかりで恐縮ですが、よろしくお願いいたします。他に質問がなければ、本日の会議は終了といたします。

【資料 2 関係法令】

○ 地方自治法施行令（昭和 22 年 5 月 3 日政令第 16 号）（抜粋）

（指名競争入札）

第 167 条 地方自治法第 234 条第 2 項の規定により指名競争入札によることができる場合は、次の各号に掲げる場合とする。

- 一 工事又は製造の請負、物件の売買その他の契約でその性質又は目的が一般競争入札に適しないものをするとき。
- 二 その性質又は目的により競争に加わるべき者の数が一般競争入札に付する必要がないと認められる程度に少数である契約をするとき。
- 三 一般競争入札に付することが不利と認められるとき。

（随意契約）

第167条の2 地方自治法第234条第2項の規定により随意契約によることができる場合は、次に掲げる場合とする。

一 売買、貸借、請負その他の契約でその予定価格（貸借の契約にあつては、予定賃貸料の年額又は総額）が別表第五上欄（注：左欄）に掲げる契約の種類に応じ同表下欄（注：右欄）に定める額の範囲内において普通地方公共団体の規則で定める額を超えないものをするとき。

二 不動産の買入れ又は借入れ、普通地方公共団体が必要とする物品の製造、修理、加工又は納入に使用させるため必要な物品の売払いその他の契約でその性質又は目的が競争入札に適しないものをするとき。

三、四（略）

五 緊急の必要により競争入札に付することができないとき。

六 競争入札に付することが不利と認められるとき。

七 時価に比して著しく有利な価格で契約を締結することができる見込みのあるとき。

八 競争入札に付し入札者がいないとき、又は再度の入札に付し落札者がいないとき。

九 落札者が契約を締結しないとき。

2 前項第8号の規定により随意契約による場合は、契約保証金及び履行期限を除くほか、最初競争入札に付するときに定めた予定価格その他の条件を変更することができない。

3 第1項第9号の規定により随意契約による場合は、落札金額の制限内でこれを行うものとし、かつ、履行期限を除くほか、最初競争入札に付するときに定めた条件を変更することができない。

4 前二項の場合においては、予定価格又は落札金額を分割して計算することができることに限り、当該価格又は金額の制限内で数人に分割して契約を締結することができる。

（せり売り）

第167条の3 地方自治法第234条第2項の規定によりせり売りによることができる場合は、動産の売払いで当該契約の性質がせり売りに適しているものをする場合とする。

別表第五（第167条の2関係）

一 工事又は製造の請負	都道府県及び指定都市	250万円	
	市町村（指定都市を除く。以下この表において同じ。）	130万円	
二 財産の買入れ	都道府県及び指定都市	160万円	
	市町村	80万円	

三 物件の借入れ	都道府県及び指定都市	80万円
四 財産の備付け	都道府県及び指定都市	40万円
	市町村	30万円
五 物件の貸付け		30万円
	都道府県及び指定都市	100万円
	市町村	50万円

【資料3 議会による請求権放棄に関する裁判例】

○ 適法とする判決：東京高等裁判所平成18年7月20日判決（抜粋）

「住民訴訟が提起されたからといって、住民の代表である地方公共団体の議会がその本来の権限に基づいて住民訴訟における個別的な請求に反した議決に出ることまで妨げられるべきものではない。本件は、（略）損害賠償請求権（注：長に対する地方公共団体の損害賠償請求権）の発生原因のいかんによって放棄の可否を定めた法令はなく、その放棄の可否は、住民の代表である議会が、損害賠償請求権の発生原因、賠償額、債務者の状況、放棄することによる影響・効果等を総合考慮した上で行う良識ある合理的判断にゆだねられているというほかないのであって、（略）甲町の住民の代表で構成される甲町議会は、本件議案について質疑、討論を行い、民主主義の原則にのっとり、多数決で本件損害賠償請求権を放棄する旨議決したのであるから、本件議決によって本件損害賠償請求権は消滅しており、そのことによって『法治主義に反する状態が続く』ことになるものでもない。」

○ 違法とする判決：大阪高等裁判所平成21年11月27日判決（抜粋）

「控訴人（注：乙市長）は、地自法（注：地方自治法）96条1項10号により、権利の放棄が議会の議決事項とされている以上、乙市議会がした本件権利の放棄の議決は当然有効であると主張する。しかし、（略）①（略）、②控訴人は上記財務会計行為（注：乙市による乙市の外郭団体（以下「本件各団体」という。）への補助金等の支出）は適法であるとして争っていたところ、原審は、上記財務会計行為の一部は違法であると認定し、乙市の本件各団体に対する不当利得返還請求権、乙市長に対する損害賠償請求権をそれぞれ一部認めたこと（本件権利）、③控訴人は、この判決に対して控訴し、控訴審において引き続き上記財務会計上の行為は適法であると主張して争ったところ、当裁判所は平成21年1月21日弁論を終結し、判決言渡期日を同年3月18日と指定したこと、④控訴人は、平成21年2月20日、本件権利の放棄を含む（略）条例を提出し、議会は後記のとおり合理的な理由もないまま本件権利を放棄する旨の決議をなしたこと、⑤控訴人は、平成21年3月4日、弁論再開の申立てをし、当裁判所は、同月11日弁論を再開する旨の決定をしたこと、⑥本件権利は、乙市の執行機関（市長）が行った違法な財務会計上の行為によって乙市が取得した多

額の不当利得返還請求権ないし損害賠償請求権であり、この権利の放棄が乙市の財政に与える影響は極めて大きいと考えられること、⑦議会は、上記権利を放棄する旨の決議をした際、本件と同種の事案（略）等についても、不当利得返還請求権及び損害賠償請求権をいずれも放棄する旨の決議をしたこと、⑧本件権利及び上記⑦の権利を放棄するについて、請求を受けることとなる者の資力等の個別的・具体的な事情について検討された形跡は窺えないことが認められる。

（略）住民訴訟の制度が設けられた趣旨、一審で控訴人が敗訴し、これに対する控訴審の判決が予定されていた直前に本件権利の放棄がなされたこと、本件権利の内容・認容額、同種の事件を含めて不当利得返還請求権及び損害賠償請求権を放棄する旨の決議の乙市の財政に対する影響の大きさ、議会が本件権利を放棄する旨の決議をする合理的な理由はなく、放棄の相手方の個別的・具体的な事情の検討もなされていないこと等の事情に照らせば、本件権利を放棄する議会の決議は、地方公共団体の執行機関（市長）が行った違法な財務会計上の行為を放置し、損害の回復を含め、その是正の機会を放棄するに等しく、また、本件住民訴訟を無に帰せしめるものであって、地自法に定める住民訴訟の制度を根底から否定するものといわざるを得ず、上記議会の本件権利を放棄する旨の決議は、議決権の濫用に当たり、その効力を有しないものというべきである。」

公法系第2問 講師室監修答案

設問1

1 Bから提起することが予想される住民訴訟

Bらは、Eが村長として行った本件土地の売買契約の締結によって、A村の分譲価格と時価との差額分の損害を被ったとして、執行機関である村長Eに対し、個人としてのEに損害賠償を請求することを求めるための住民訴訟を提起しようとしているものと考えられる。これは、地方自治法上の住民訴訟のうち（地方自治法242条の2第1項）、損害賠償請求することを義務付ける請求（4号請求）にあたる。

2 Bらに適当な4号請求訴訟を提起できるか

(1) 4号請求訴訟を適当に提起することができるのは、適当な監督請求を経た住民である（地方自治法242条の2第1項注参）

(2) Bについては、監督請求期間内である平成22年3月19日に適当な住民監督請求をし（地方自治法242条）、今もなおA村の住民であるから、4号請求を提起できる。

(3) Cについては、Bとともに適当な住民監督請求をしておいて、平成22年5月1日にA村から転出し、現住所他の市で住んでいる以上、もはやA村の住民ではない。よって、Cは4号請求訴訟を提起できない。

(4) Dについては、今もなお住民ではあるが、そもそも監督請求を行っていない。よって、Dは4号請求訴訟を提起できない。

設問2

1 本件土地の売買契約の適当性については、検査会議の会議録があるように、①議会の議決を経ている点、②入札手続を採らなかったという点を主な点とする。

2 議会の議決を経ている点について

(1) 地方自治法96条1項6号、237条2項によれば、A村は、原則として議会の議決が必要（例えば、「適当な範囲」なくしてその財産を譲渡することはできない。これは、適当な範囲

によらず、財産価値によって財政上の多大な損失が生じることを防止するとともに、特定人のために財政運営が歪められないようにすることに趣旨がある。

このような趣旨から、適当な範囲とは、通常当該組織の市場価格を基準で考えるべきである。もっとも、財政運営の必要から、市場価格（時価）を下回ること自体が直ちに「適当な範囲」性を失わせるものではなく、「上記趣旨を事実的に考慮して決すべきである。

(2) 本件土地の売却においては、確かに時価を下回る価格で採られている。

ただ、極めて厳しい財政状況の下、人口減少策・過剰策として、本件土地の売却を行っていることから、前年市場並み価格での売却を試みて失敗していることを踏まえると、時価を下回る価格が直ちに「適当な範囲」ではなくなるわけではない。

しかし、それも程度問題であって、本件土地の売買のように、土地売却価額総額4800万円に対し、時価との差額分3200万円が生じるというふうに、結果としては全体として時価の6割という価格で売却するというのでは、かえってA村の財政に多大な損失が生じることになってしまう。

さらに、購入者の中には、A村の市長の弟や売却担当副市長の妻も含まれていたことや村民による買換えが複数見られたことを考慮すると、時価を下回る価格で採る行為が作為的なものか怀疑され、特定人のために財政運営が歪められたともいえる。

そうだとすると、本件土地の売却価格は「適当な範囲」ではなく、議会の議決が必要であったということになる。にもかかわらず、議決を経ている点で違法である。

3 入札手続を採らなかったという点

(1) 地方自治法234条1項2項によれば、普通地方公共団体の締結する売買契約は、原則として一般競争入札によるべきとされており、本件土地の売却のように随意契約は、例外的に許容されるにすぎない（地方自治法施行令167条の2第1項）。この趣旨は、機会均等及び競争性を確保することにある。

50

もし、随意契約を一般的に許容すると、普通地方公共団体の特定人とは別の契約を締結し、競争原理が機能せず、適正な価格を形成できないことになってしまう。

(2) そうすると、本件土地の売却は随意契約として許容されるには、地方自治法施行令167条の2第1項各号のいずれかにあたる必要がある。

ア 1号

本件土地の価格は、別表第5の4が定める額を超えているのであたらぬ。

イ 2号

55

本件土地の売却は、「その他の契約でその性質又は目的が競争入札に適さないものをするとき」にあたるか。

本号が例示するところによれば「その性質又は目的が競争入札に適さない」とは、契約を締結するに当たり競争入札の方法によることが不可能又は著しく困難な場合をいうと考えられる。

60

しかし、公共団体の利益増進が認められる限りにおいて上記の場合に限定する必要はない。そこで、当該契約の目的・内容に相応する資力、信用、技術、経験等を有する相手方を選定してその者との間で契約を締結するという方法をとるのが当該契約の性質に照らし、または、その目的を達成する上でより妥当であり、ひいては当該普通地方公共団体の利益の増進につながる場合も含むと解すべきである。

65

ただし、いかなる場合が本号にあたるのか判断するにあたっては、随意契約を限定する法の趣旨を勘案し、個々具体的な契約ごとに、当該契約の種類、内容、性質目的等諸般の事情を考慮して、その合理的な裁量に基づいて判断すべきである。

本件土地の売却においては、A村の保有する財産が私人の手で渡る一方、収入となる対価が時価を大幅に割り込んでいく。また、そもそも本件土地の売却は、人口減少・過疎対策を目的としているのに、村内住民の買換えが複数あったというのである。仮に、その買

70

換えが利便性を欠く場所に住む外民の流出が促立つとしても、更に、購入者の中には、A村の首長の弟や売却担当部局職員の妻が含まれていたことからすると、村関係者の身内に便宜を図る面があったといえ、これは売却の目的こそうものでないのみならず、法の趣旨にも反する。以上の事情から判断すると、本件土地の売却は、「その他の契約でその性質又は目的が競争入札に適さないものをするとき」にはあたらぬ。

75

ウ 5号

財政状態が厳しいということだけでは「緊急の必要」にあたるものでないから、本号にもあたらぬ。

エ 6号

80

本件土地の売却に関しては、前年にもA村は売却を試みたが、相易な州で価格を定めたところ、1区画の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というように、目的を達成できずに終わっている。このような状況下、競争入札を行なったとしても、時価を下回るおそれの大きいことから、競争入札は不利とも考えられる。

85

しかしながら、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ことを踏まえると、競争入札によっても、随意契約よりも高価格がつく可能性が大きい。そうすると、競争入札が一概に不利とまでいえないから、6号にもあたらぬ。

オ 7号

前年の売却の失敗、今回の成約価格からみて、著しく有利な価格で契約を締結することができる見込みがあるといえないから、7号にも該当しない。

カ 8、9号

90

本件土地の売却については、競争入札が行われていないことから、適用の前提を欠く。

(3) したがって、地方自治法施行令167条の2第1項各号のいずれにもあたらぬ。よって、本件土地の契約は違法である。

以上より、本件土地の売却は、議会の議決を経ている点、随意契約とした点の双方において適法であると解する。

95 設問3

1 小問 (1)

(1) 適法とする判決

100 適法とする判決は、①住民訴訟が提起されている場合でもその個別的な請求に反した議決が出ることは可能であるとし、②損害賠償請求権の発生原因によって放棄の可否を定めた法令はないと述べ、③請求権放棄の可否は、議会が放棄することによる影響・効果等を総合考慮した上で行う合理的判断でゆだねられているとしている。

(2) 違法とする判決

105 これに対し、違法とする判決は、①住民訴訟が提起されている場合における個別的な請求に反した議決が出ることは自体否定しないものの、②住民訴訟の制度が設けられた趣旨等から、損害賠償請求権の発生原因によって放棄する議決の可否を制約する可能性を認め、③請求権放棄の可否は、議会の判断に専らゆだねられるのではなく、その判断の合理性について裁判所が審査していくことはできるとしているものと考えられる。

(3) 考え方がちがった点

110 (1)、(2)からすると、考え方がちがったポイントは、住民訴訟の制度趣旨が議会の請求権放棄の議決の制約原理となるか否かということ(②と②')、請求権放棄の合理性の判断について議会に専ら委ねられるか、あるいは裁判所も審査可能か否かということにあるものと思われる(③と③')。これらは、住民訴訟制度における直接民主主義的側面、住民自治的側面及び地方議会議決の位置づけに関する理解の相違に由来するものと考える。

2 小問 (2)

115 (1) 適法とする判決の考え方による場合

この判決による場合、法令上、損害賠償請求権の発生原因によって放棄の可否が制約されず、かつ、請求権放棄の可否は、議会の合理的判断でゆだねられるのである。

したがって、本件で議会議員が検閲している議決は有効とされ、裁判所もその判断の合理性を審査することはできないことになるものと考えられる。

120 (2) 違法とする判決の考え方による場合

この判決によれば、住民訴訟の制度趣旨から放棄の可否が制約され、かつ、請求権放棄の判断の合理性について裁判所が審査することができることになる。

ア 住民訴訟制度の趣旨による制約

125 仮に、Bの提起した住民訴訟において、その請求を認容する判決がでた場合、裁判所がEの行為を違法と認定したということになる。

そもそも住民訴訟制度は、地方公共団体が十分に機能しない場合に住民がこれに代って提訴し、自らの手で違法の回復を図ることに趣旨があることからすると、第一審とはいえ、裁判所がEの行為を違法とする判断をしたにもかかわらず、議会が請求権放棄をするというのは、まさに住民訴訟という制度の趣旨を冒涇きにするものであって違法ということになる。

130 イ 請求権放棄という判断の合理性の有無

本問のケースでは、A村の被る損害は約3200万円であり、人口約2400人程度の村で被災状況が厳しいということからすると、請求権の放棄によってA村の財政に与える影響は著しく大きい。

135 また、議会側が請求権放棄の理由として、Eが厳しい環境の中でA村の環境再建に貢献してきた功勞者であること、必ずしも裕福ではないことを挙げているが、議会がこれらについて個別具体的な事情を検査している形跡はどうかは不明。

違法とする判決が掲げる他のファクターについては必ずしも明らかではないが、本問の準

140

例においてもその合理性を疑われるものとする。

ウ まとめ

以上の検討からすると、違法とする判決の考え方によった場合には、本件で本議会議員が賛成している議決は、住民訴訟制度の趣旨に反するとともに、その判断の合理性にも疑いがあることから、違法という方向になろう。

(3) 自己の意見

145

地方公共団体が十分に機能しない場合に住民がこれに代わって居られ、自らの手で違法の回復を図るという住民訴訟制度の趣旨からすると、基本的には、違法とする判決の考え方を採用すべきと考える。

150

もっとも、住民訴訟制度の趣旨という「地方公共団体が十分に機能しない場合」という点に着目すると、住民訴訟が提起されている場合には、議会を含めて地方公共団体が十分に機能していないと考えられることから、問題の解決を司法の場へ委ね、個別的な請求に反した議決が出ることを否定すべきと考える。

したがって、本件で本議会議長が賛成している議決は違法と考えるべきである。

以上

155

160

165

170

175

180

公法系第2問 合格者A再現答案

第1 設問1

1 具体的な住民訴訟

村長Eが違法・不当に本件土地について財産処分・契約締結・契約履行（地方自治法（以下「法」とする）242条1項）をしたことによって発生した損害3200万円を補填するため、村長Eに対して損害賠償をするようA村に求める訴え（法242条の2第1項4号）。

2 訴訟要件

(1) 適法に住民訴訟を提起できるためには、原告が、①住民にあたり、かつ、②監査請求をしたこと（法242条の2第1項柱書）、③出訴期間の制限を守っていること、が必要である。

(2) Bについて

Bが①住民にあたること、②監査請求をしたことは明らかである。従って、出訴期間の制限（法242条の2第2項1号）にあたらないければ訴訟を提起できる。

(3) Cについて

ア ②監査請求をしたことは明らかであり、③出訴期間についてはBと同様である。

イ 「住民」の解釈

住民訴訟は、違法・不当な地方公共団体の業務執行を監督することで、適正な地方自治を実現するためにあるから、出来る限り、広く訴訟を認めて、地方公共団体の業務執行を是正する機会を確保すべきである。

とすれば、法242条の2第1項柱書が、住民による住民訴訟

の提起を要するとしたのは、地方公共団体と全く無関係な人間により無責任な住民訴訟が行われることを避けるためであるに過ぎないと考え、「住民」要件は緩やかに解すべきである。

具体的には、現在「住民」でなかったとしても、監査請求のときに「住民」であったならば、その後、転出をしたとしても、なお「住民」にあたると解してもよい。なぜなら、監査請求の時点で住民であれば、その後転出したとしても、問題となっている地方公共団体の業務の適否につき、密接な関係を有するに至ったといえるからである。

ウ 本件において、確かにCは訴訟提起時には転出しているが、監査請求のときにはA村に住んでいたものであり、「住民」にあたるといえる。

エ 従って、出訴期間内であれば、Cは訴訟を提起できる。

(4) Dについて

ア ①住民であることは明らかであり、③出訴期間についてはBと同様である。

イ 自分自身では監査請求をしていない者が、監査請求をしたものと一緒にあれば、訴訟を提起できるかどうかの問題となるも否定すべきである。

仮にこれを許すとすれば、監査請求をした者がすべて訴訟から脱退して、監査請求していない者が残った場合には、訴訟の追行が監査請求していない者によってなされることになってしまい不合理だからである。

ウ よって、②監査請求をしていないDは訴訟を提起できない。

第2 設問2

1 議決の要否

(1) 本件土地が適正な対価なく譲渡されたか否か（法96条1項6号、法237条2項）が問題である。

(2) 法96条1項6号、法237条2項の趣旨

これらが適正な対価のない財産の譲渡につき、議会の議決を要するとしたのは、議事機関たる議会の議決という慎重な手続を経ることで、不適切な財産譲渡を防ぎ、もって地方公共団体の財産の流出を防ぐことにありと解される（法2条15項参照）。

(2) Bらの主張

適正な対価とは、財産が有する客観的な価値に照らして、実際の財産譲渡の対価が不均衡でないことをいうと解すべきである。

そして、本件では、①最も安い区画は400万円で売られており、少なくとも最高価格560万円との間の160万円分について安すぎるといえる、②側溝部分など、一部の土地対価について免除がなされており、免除がなされた部分について安すぎるといえる。

上記からすれば、本件土地は非常に安い価格で売られたものといえ、適正な対価のない譲渡であったといえ、議決は必要であった。にもかかわらず、議決はなされておらず、違法である。

(3) A村の主張

適正な対価とは、財産が有する客観的な価値だけではなく、税収の増加など、政策的な目的の実現から考えて、対価が合理的である

ことを指すと解する。

本件では、①かつて相場なみに価格を定めたところ、応募は1区画しかなく、そもそも本件土地の客観的な価値はそれほど高いものではないといえる、②人口減少対策としてなされた売却であり、この目的を達成するためには、多少の値引きはやむをえない。

従って、本件土地は、適正な対価ある譲渡といえ、議決は不要であった。

(4) 私見

法が議決を要求するのは、地方公共団体の財産流出を防ぐためであることからすれば、出来る限り厳格に解し、「適正な対価」は客観的な時価を基準として決すべきと考える。

本件では、①最安値400万円は最高値の560万円より30%近くも安いこと、②側溝につき一部免除がなされていること、③職員の親族と、情実にかからんで安く取り引きがなされたと思われること、④住民による買換えが進んだことからすれば、住民からしても相当に安いと考えられたこと、⑤早急に売却する必要は強くなかったにも関わらず、十分時間をかけずに売却した結果、不利な条件で売却せざるをえなかったと思われること、からすれば、客観的な時価よりもかなり安い値段での売却がなされたものと考えられる。

従って、適正な対価ない譲渡であり、議決が必要であった。にも関わらず議決はなく、違法である。

2 随意契約によったことの適否

(1) 本件では随意契約によって契約がなされているが、随意契約によ

95

ることが施行令167条の2によって許される場合であったかどうか問題となる。

(2) 施行令167条の2の趣旨

随意契約が、入札に比べて競争がなく、不適切な対価で行われやすいことに鑑み、入札を原則として、特別の必要がある場合を除いては随意契約を行わないことで、地方公共団体の財政の健全化を実現するものである。

100

(3) Bらの主張

施行令167条の2第1項1号、別表第5の4（財産の売り払い）からすれば、30万円以上の財産譲渡は随意契約によつてはならない。

105

本件では、少なくとも400万円以上の財産が譲渡されており、随意契約によることは出来なかった。

(4) A村の主張

本件は施行令167条の2第1項6号にあたる。

同条項にいう「競争入札に付することが不利」とは、値段の面で不利な場合だけではなく、競争入札によつては、売却がそもそも実現できない場合も含むと解するべきである。

110

本件土地は、かつて買い手がつかなかったことから分かるように、それほど魅力的な土地ではなく、個別に価格と条件を交渉して、交渉を通じて、購入希望者ときめ細やかな対応をしたからこそ売却できたものであり、競争入札によつてはそもそも売却できなかったものである。

115

従って、「競争入札に付することが不利」な場合として、随意契約によることが許されたものである。

(5) 私見

法が随意契約を例外として規定するのは、随意契約によって競争のない価格での譲渡によって、地方公共団体の財政が悪化することを防ぐことにある。

120

とすれば、随意契約によることが出来るのは、いちいち入札手続きに付することが煩雑な少額の売買や、特に競争入札によることができない必要がある場合に限られると解するべきである。

125

本件では、30万円よりも高額の売買であり（別表第5の4）、かつ、競争入札によれば絶対に売却できなかったとみるべき事情もない。

従って、随意契約によって本件土地を売却した点は違法である。

第3 設問3

130

1 小問(1)について

(1) 東京高裁判決（以下「判例1」とする）

判例1は、住民訴訟の趣旨は、裁判所によって地方公共団体の行き過ぎが是正されることにあるということ自体は否定しないものの、裁判所の判断よりも地方公共団体の議会の政策的判断が優先するということを前提として、地方公共団体が請求権の放棄をなしたとすれば、それは有効なものである、と考えている。

135

すなわち、裁判所は、地方公共団体の請求権の放棄の議決の有効性について、判断できないものとしている。

140

- (2) 大阪高裁判決（以下「判例2」とする）

判例2は、住民訴訟の趣旨が、裁判所による地方公共団体の監督にあることを重視して、裁判所の判断を覆して、請求権の放棄をなすには、地方公共団体の判断に充分な合理性がなければならないとしている。

145

すなわち、判例2は、請求権の放棄自体は否定しないが、それには充分な合理的理由が必要であり、裁判所はそれを判断できるし、ひいては議決の有効性についても判断できる、としている。

- (3) 両者の比較

判例1と判例2は、裁判所が、議会の判断の合理性、議決の有効性について判断できるか否か、という点で異なっている。

150

2 小問(2)について

- (1) 判例1からの帰結

判例1からすれば、議会が請求権放棄の議決をなせば、それは有効との帰結になる。

155

- (2) 判例2からの帰結

判例2からすれば、議会が請求権放棄の議決をなせば、その合理性が審査され、議決の有効性が判断される。本件で合理性があるか否かについては、下記の私見と同様である。

- (3) 私見

160

ア 住民訴訟が、裁判所による地方公共団体の業務の行き過ぎを是正して、適正な業務執行を行わせることにあることからすれば、裁判所による判断がなされた以上、それを覆すには充分な合理性

165

が必要である。もっとも裁判所は政策的判断を行うには適しておらず、議会が政策的な判断をして、裁判所と異なる結論を採ることまで否定されるわけではない。

従って判例2の立場が妥当と考える。

170

イ 本件においては、①E村長は長年の功労者であり、たまたま今回うまく行かなかったからといって、それだけをことさら取り上げることは公平とはいえないこと、②E村長は裕福ではなく、請求権は実効性がないこと、③税収の向上など、政策的効果があったことからすれば、本件土地の譲渡は悪質とはいえないこと、からすれば、請求権を放棄することには充分な合理性があると思われる。

ウ したがって、議会が請求権を放棄する議決をすれば、それは有効である。

175

以上

180

公法系第2問 合格者B再現答案

設問1]

1 Bらが提起する訴訟の概要

Bらは、Eがした本件土地の売買契約が違法であるとして、これによりA村に生じた約3200万円の損害についてEに損害賠償請求をすることを求める住民訴訟（地自治法242条の2第1項4号）を提起するものと考えられる。

これは、住民監査請求を経たことを要件に、当該自治体の住民が裁判所に対して地方自治体の損害賠償請求をするように訴え出ることを認めた、いわゆる4号請求である。以下、Bらがこの提起資格を満たすか、検討する。

2 Bらの提起資格の検討

(1) Bの提起資格

Bは現任に至るまでA村の住民であり、地自治法242条の住民監査請求を行った者である。よって、監査請求が理由不十分と判断された本件では、その通知があった日から30日以内に訴訴すれば（地自治法242条の2第2項1号）、同1項の要件も全て満たしているから、適当に4号請求を提起できる。

(2) Cの提起資格

ア 一方、CについてはBとともに住民監査請求をした時点ではA村の住民であるが、提起前の5月1日に転出して住民の資格を失っている。このようなCに、地自治法242条の2第1項が要求する「住民」としての原告適格が認められるか、当該要件がいつの時点で求められるかが問題となる。

イ この点、住民訴訟が本来法律上の争訟であり自治体の法律関係について特異的に正・介入の機会を与えたものであることに着目すれば、同項が住民がこの提起資格を認める趣旨は、かかる特異な介入機会を基礎付けるため、当該自治体で正を求める利益を有する「住民」であることを要求するところにあると解される。

これによれば、住民訴訟という例外的手段を基礎付ける「住民」要件は監査請求に要であり、提起時点で住民でなくなっている者についてはもはや是正のための権利行使を認める必要はないと考えられる。

ウ よって、提起時に住民でなくなったCは住民訴訟を提起できない。

(3) Dの提起資格

ア Dについては、現任に至るまでA村村民であるから住民要件で問題はない。しかし、DはBらの住民監査請求に参加していないところ、このようなDは住民監査請求前置の要求を満たしていないとして提起が認められないのではないか。

イ そこで住民監査請求前置が要求される趣旨について検討するに、これは住民訴訟が住民による自治体の行為への介入を認めるものであることから、その濫用を防ぐために設けられた要件と考えられる。また、監査請求を前置することで、監査委員の報告等に基づく自発的な是正（地自治法242条9項）を促すという目的もうかがえる。

これによれば、住民監査請求が問題とされる請求内容ごとにさすれば上述の趣旨を達成できるから、必ずしも提起者全員が住民監査請求に関与する必要はないといえる。もしこれを反対に解すれば、提起を求めるものが全員固く同一の事実につき重複する監査請求をすることになり、かえって無駄が生じることになる。

ウ よって、Bが住民監査請求をしている本件では、これに基づくBの住民訴訟に参加することにより、Dも適当に提起することができる。

設問2]

1 地自治法96条1項6号、237条2項の議決をしていない点

(1) 地自治法237条2項は、適正な価格なくして自治体の財産を譲渡する場合に法96条1項6号に基づく議会の議決が必要と定めている。

本件では、本件土地を時価より安価で売却したにもかかわらず、この議決を経ないから、

	上記規定に違反するとの主張がされると予想される。そこで、「適正な対価」の解釈が問題となる。
50	(2) 上記規定の検討 地自法237条2項及び96条1項6号が「適正な対価」なくして財産を譲渡する場合に議決を要求する趣旨は、適正でない対価での譲渡行為が自治体の財政を害し、またかかる行為は典型的な不正な動機・目的でされることが多いことと鑑み、議会のコントロールを及ぼす必要があるというところにあると考えられる。 とすれば、ここにいる「適正な対価」とは、時価などから形式的に判断するのではなく、自治体への損害の有無など、実質的にそのようなコントロールを必要とするか否かで決すべきである。
55	(3) 本件についての検討 以上を前提で本件が「適正な対価」での譲渡といえるか検討すると、本件で近隣市の通勤圏にある相応の土地について、価格の下限を定めて募集を行い、結果的に合計して時価より3200万円安価での売却がされているから、適正を欠くとも考えうるところである。
60	しかし、実際には先立つ競争入札で時価を基礎に価格を定めたにもかかわらず、10区画中1区画しか応募がなく、その応募についても売却に至らなかったという事情がある。時価で売却できなかった以上、いかなる価格も適正が明らかでないため、下限を設ける必要により価格を決定することは合理的である。さらに、またA村の国庫売地を鑑みれば、本件土地を
65	そのまま保有するより、これを売却して財政収支や居住者の増加につなげることはA村の利益がない。このような取組はA村に損害を与える危険性も乏しい。 以上より、本件土地の売却は実質的に見て「適正な対価」の範囲でされたといえるから、議決を欠くとしても違法ではない。
	2 地自法234条2項及び施行令167条の2の定める手続によらないと疑われる点
70	(1) 地自法234条2項は、施行令167条の2が定める場合を除き、随意契約により自治体が売買契約を行うことを認めている。本件土地の売買は希望者との間で個別の随意契約によりされており、これは施行令167条の2第1項8号ないし9号の例外により正当化されうると考えられるが、同2項及び3項は最初の競争入札から落札価格を下げるなど、条件変更をしてはならないと定めている。
75	しかるに、本件土地の売買では、当初時価で募集をしていたのに、価格で下限を設けた形で再募集し、もって随意契約により土地を売却したものであるから、この規定に反するという主張もありうる。
80	(2) 上記規定の検討 地自法234条2項が一般競争入札を原則とし、随意契約を制限する趣旨は、一般競争入札がより公正であることから、自治体としてはまずそちらによるべきであるというところにある。そして、これを受けた施行令167条の2は、一般競争入札によることができないようなやむを得ない場合を列挙した上で、かかる場合には目的達成のため公平性で劣る随意契約を例外的に許容するというものである。
85	これを前提で施行令167条の2第2項及び3項の趣旨を考えると、これは先行する一般競争入札の募集価格を不当に高額なものとし、同1項8号・9号の例外要件を厳格に満たして随意契約を行うという脱法行為を防ぐための規定であると考えられる。とすれば、同2項・3項で条件変更が禁止されるのは、先行の競争入札の条件が脱法を疑わせる不合理なものであり、あるいは条件変更が正当な場合に限られるものと解すべきである（このような事情がない場合、1項6号の「競争入札に付することが不利と認められる場合」に該当するものとも考えられる）。
90	(3) 本件についての検討 そこで、本件条件変更が合理的なものといえるか検討する。まず、先行する競争入札の条

95

件について、価格相場を定めておられ、入札の不調は結果的にそうなったにすぎないものといえるから、先ず条件で不合理な点を見定めなければ。

また、価格下限を設けたいという条件変更の点については、一般競争入札で募集が1区画しかなく、結局全区画について売却に至らなかったことから、A村で不利な価格の設定による不利な売却の目的を達せられないので、条件変更までも吃得ないといえる。また、時価で売却できなかった以上、いかなる価格も妥当かは直ちに明らかでないから下限を設けない決定も不合理ではない。

100

以上より、本件土地の随意契約による売却に際しての条件変更は、施行令の趣旨に反するものでなく、違法とはならない。

3 本件土地売却契約内容の違法について

105

(1) 随意契約においても、行政法上の一般原則である、平等原則や信義則が適用される。本件では10区画について固りの交渉に基づき、400万円から560万円までの幅で売却されており、一部土地価格の免除を受けた者もいることから、売却条件につき不平等が生じていること、またA村関係の係や売却担当職員の妻など関係者の身内が相手方となっていることから、平等原則違反の信義則違反契約内容であるとの判断が足りうる。

110

(2) そこで、このような契約内容の違法となるか検討する。まず、平等原則の点について、区画ごとの売却価格相場は、一番大きいものでも160万円であり、これは土地の広さや立地などの条件の相違に基づく範囲にとどまると評価できるし、その相違も個々の交渉に基づいているから、特定人を利用したとの事情もない。また、対価の免除があった点も、側溝部分など利用面での形状等についての免除であるから、特定者に不当な便宜を図ったものではない。よって、本件事務の下では、平等原則違反は認められない。

115

また、売却相手方の選定についても、関係者の身内が相手方に含まれていることは断片的であるが、本年土地売却については、潜在的な需要があると考えられる村民・近隣市町村向けに

チラシや新聞広告、現地看板などで広く宣伝しており、身内ばかりで売却を知らせたというものでないし、現地で関係者ではないA村民の買換えなども見られるところである。よって、本件事務からは、信義則に反するような取扱いされたとはいえない。

【設問2】

120

1 小問(1)について

(1) 両判決の分析

東京高判は、地方公共団体の住民訴訟と独立した「本来の権限」として、住民の代表によって構成される議会が議員の職務放棄をなすいうことを前提として、その放棄の可否は議会の合理的判断で委ねられるとして、議決の手續で問題ない旨を認定した上で議会の議決を是認している。

125

一方、大阪高判は、住民訴訟を行政の是正手段と位置づけ、住民訴訟によって議会の放棄議決が制限されることを前提として、それでもなお議会が議員の職務放棄を放棄するためには「合理的理由」が必要であるとし、裁判所がその合理的理由の判断で答へ込んで判断する形で、合理的理由を否定して議決を認めたものである。

130

(2) 両判決の相違点

以上から、住民訴訟の趣旨について、議会の自発的是正を促す手段であるという理解（東京高判）と、住民で独自の是正機会を保障したものであるという理解（大阪高判）の相違が認められる。

135

この相違から、東京高判では議会が住民訴訟の結果を受けてもなお独自の是正の必要性を判断でき、議会が住民の代表による以上裁判所はその判断を尊重し、議決手續の瑕疵についての整理する考えるようである。一方、大阪高判の理解からは、一旦住民訴訟で是正が強制された以上、これを覆す議会といえども相応の理由を要し、裁判所がそのような合理的理由があるかもについても整理することになる。

2 小問題について

(1) 両判決に基づき本件を処理した場合の帰結

ア 東京高判に基づく場合

上述の通り、東京高判では議会の議決が尊重され、裁判所はその議決で手続が円滑であったかどうかについてのみ判断することになる。よって、本件においても、議会の放棄の是非について討議した上で、多数決で適法な議決を行えば、その効力が認められることになる。

イ 大阪高判に基づく場合

これに対し、大阪高判では議会が住民監査請求を認められ、議員の職務権を放棄するためには合理的な理由が必要とされるから、議決をした時点で直ちに適法とされることはいふまでもなく、本件では大阪高判の事案と異なり、請求を受けるEは十分な資力を有していないこと、本件土地売買以外に放棄する請求権があるわけではないこと、適法な補助金支出という経費負担の適法性ではなく対価が十分であったという消極的財産支出であってA村でも収入や村の振興という利益が認められる事案であること、EにはA村への大きな功績があることなどの相違があるから、大阪高判の枠組に従っても、本件の放棄議決には合理的な理由があるとして適法とされる余地が十分にある。

(2) 私見

ア いずれの見解が妥当か

この点私は、大阪高判の見解が妥当であると考える。

確かに、東京高判の言うように、議会は住民の代表で構成され、地自治に基づいて独自に是非について決定する権利を有するから、それも尊重で値する。しかし、地自治は法律上の争訟の例外として住民監査請求を認め、住民が独自に是正を求める機会を保障しているのである。そして、地自治法242条の2第1項は、住民監査請求を経た上で同242条9項に基づき議会に要求される「必要な措置」がとられなかったことに不服がある場合にも住民

監査請求を認めており、議会が積極的是正を要求する手段として住民監査請求を位置づけている。にもかかわらず議会による独自の放棄を軽々に認めることは、このような法の趣旨を没却することになる。

イ 結論

よって、上述のように、本件でも大阪高判に従い、議決が合理的理由があるかどうかを検討する必要がある。

上述の通り、本件では大阪高判の事案と異なり、放棄議決を正当化する十分な理由があると考えられる。しかし、敗訴理由によっては、議決が正当化されない可能性がある。例えば、新たな事実が明らかとなり、契約内容が平等原則・信義則違反があり、それによってEや関係者が利益を得ているという理由で敗訴した場合では、Eの責任を免除する理由が否定され、放棄議決が適法でなくなることも考えられる。

以上

公法系第2問 合格者C再現答案

設問1について

5 BCは、Eによる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視していることから、EがA村に対して負う損害賠償債務をA村として追及するよう求めるという住民訴訟(地方自治法(以下断わりなき限り同法をあげる)242条1項4号)を提起するものと思われる。

10 まずBについては、住民監査請求も経て、現在もA村の住民であるし監査結果が明らかにされてからまだ30日が経過していないから(242条の2第2項1号)Bによる住民訴訟の提起は適法である。

これに対してCはA村から転出し現在A村の住民ではないから原告適格を欠くと言わざるを得ないからCによる住民訴訟の提起は違法である。

15 次にDについては、自ら住民監査請求を行っておらず、住民主張の正当性について慎重な判断をするために監査請求の前置を要求した方の趣旨にかんがみ、Dの住民訴訟の提起は違法である。
設問2について

1 議決

20 237条2項、96条1項6号は財産譲渡一般について議決を必要としているのではなく適正な対価なくしてなされた譲渡についての譲渡に議決を必要としておいるから、本問では適正な対価があったかが問題となる。

思うに、同条項の趣旨は地方公共団体ひいては住民の犠牲の

25 もと財産を不当に流出させ第三者の利益を図ろうとするのを可及的に防止する点にあるから適正な対価とは、必ずしも相場価格ではなく、需要がある限度での最高額付近をさすと解する。

30 これを本問についてみると、譲渡の相手方がA村の部長の弟や、売却担当部局職員の妻など不自然なところはあるが、前年相場価格を定めて売りに出したところ、1区画も成約に至らなかったことからある程度安価で売り出さざるを得ず、需要がある範囲での最高額付近というべきであり、それが客観的に見て極めて安いなどの特段の事情なき限り適正な対価があるから議決は不要である。

よってこの点については違法はない。

35 2 入札手続き

本問では随意契約によって村有地を売却しているが、これは234条1項・2項、地方自治法施行例167条以下に反しないか。

40 同条項の趣旨は地方公共団体の財産は究極的には住民の財産であるから、出来るだけより優位な条件での売却を図り住民の財産が不当に流出することを防ぐ点にある。

とするならば、かかる趣旨及び規定の文言からは一般競争入札が原則であり、随意契約によるには地方自治法施行例167条の2の要件を満たす必要がある。

45 これを本問についてみると、本件における随意契約では地方自治法施行例167条の2の要件をいずれも満たさない。

50

この点、前年に売り出しても買い手が現れなかった以上地方自治法施行例167条の2第1項8号、9号に実質的に該当するとして随意契約も適法であるように思えるが、本件における売買は側溝部分の代金を免除するなどから前年よりも当然安価で売りに出していると言えるが、これは地方自治法施行例167条の2第2項、3項に反するからやはり随意契約の要件を満たさないというべきである。

55

以上から、随意契約で村有地を売却した点については違法があると考ええる。

設問3について

1 (1)について

60

適法とする判決は、住民訴訟が提起されたからと言って、住民の代表である地方公共団体の議会がその本来の権限に基づいて住民訴訟における個別的な請求に反した議決に出ることまで妨げられるべきものではないということを理由としていることから、これは住民訴訟が地方公共団体における損害賠償請求権などの財産関係の早期確定のための行動をとるよう動機づけるためのものでしかないということを重視する考え方に基づくものである。

65

これに対して違法とする判決は、権利の放棄を認めることは損害の回復など違法行為の是正の機会を放棄するに等しく住民訴訟を無に帰せしめるものであるということを理由とするから、これは住民訴訟を責任追及が懈怠されなれ合いになるのを

70

防止するための制度であることを重視する考え方に基づくものである。

このように両判決は、住民訴訟の機能のうち何について重視するのかによって、結論を異にしているのである。

2 (2)について

75

(1) 適法とする判決

適法とする判決に従うと、かかる判決は放棄を制限する明文がない以上放棄は自由であることをいうものだから、本件における放棄も当然適法であり、その当否は住民が選挙を通じて判断するしかない。

80

(2) 違法とする判決

これに対して違法とする判決に当てはめると、この場合も当然違法であるようにも思える。

85

しかし、かかる判決は、権利の内容、財政に与える影響、放棄の理由などを検討したうえで議決権の濫用だから違法であるとしているのであり、放棄は当然に違法とするものではない。

90

そこで本件においても放棄が議決権の濫用と認められるかについて検討すると、前年の売却で買い手がつかなかった以上ある程度安価で売却するのはやむを得ない。またEは平成19年に就任して以来、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く債務の弁済可能性も高くない。加えて過疎に悩むA村で採りうる政

策として、やっとのことで買い手を見つけて本件土地を売却したのであり、現に税収面でも貢献している。

以上から、売却価格がきわめて安価であり、税収面を鑑みても、それを大きく上回るだけの損失をA村に与えたなどの特段の事情なき限り、放棄の議決は濫用とは言えず、適法である。

以上

140

145

150

155

160

165

170

175

180

公法系第2問 不合格者D再現答案

第一 設問 1

1 Bらは、Eに対して3200万円の損害賠償を請求することをA村に対して請求する住民訴訟（地方自治法242条の2第1項4号）を提起することが考えられる。すなわち、違法な契約により村の土地が不当に廉価で販売されたため村に3200万円の損害が生じており、A村は契約を締結したEに対して3200万円の損害賠償請求権を有する。しかるにA村がこれを行行使しないので、Bらが、Eに対して損害賠償を請求することをA村に対して請求する住民訴訟を提起することが考えられる。

2 では、かかる訴訟は適法に提起できるか。

(1) まず、適法な監査請求（242条1項）を経ていなければならない（242条の2第1項はしら書き）。本件では、B及びCは平成22年3月19日に住民監査請求を行っている。しかしDは住民監査請求を行っていないので、かかるDも住民訴訟の原告適格を有するか否かが問題となる。

この点、住民監査請求を前置した趣旨は、まず監査委員による監査により地方行政の適法性を確保し迅速な解決を図ろうとした点にある。とすると、いったん別の者が適法な住民監査請求をしている以上、住民監査請求をしていない者も原告適格を有する。

とすると、B及びCが住民監査請求をしている以上Dも原告適格を有する。

(2) 次に、「住民」にのみ原告適格が認められる。そしてB及び

DはA村の住民だが、Cは同年5月1日に転出している。かかる場合も原告適格が認められるか。

この点、242条の2の趣旨は、地方行政に密接な利害関係を有する住民に地方行政の適法性確保の機会を保障した点にある。とすると、転出した者はもはや当該地方公共団体に密接な利害関係を有するとはいえないので、原告適格を有しない。

よって、転出したCには原告適格が認められない。

3 以上より、B及びDは、Eに対して3200万円の損害賠償を請求することをA村に対して請求する住民訴訟を提起できる。

二 設問 2

1 Eが契約を締結したことは適法か。

(1) まず、議会の議決（96条1項6号、237条2項）を経ていないが、適法か。

96条1項6号及び237条2項は、財産を適正な対価なくして譲渡する場合に議会の議決を要求するが、その趣旨は住民を代表する議会の議決を要求することにより住民の意向を反映する点にある。そして、確かに財産の対価が一義的に定められない場合もあり価格について裁量を認めるべき場合もあるかもしれないが、土地の場合は時価による評価が可能であり、村有地であっても不動産鑑定士等による時価評価が可能である。とすると、ある程度一義的に適正な対価が定められるので、価格について裁量を認めるべきではない。よって、

客観的に適正な対価を欠く場合には議会の議決が必要である。

50 本件では、売却価格と時価の間に 3200 万円もの差額が生じており、客観的に適正な対価を欠くといえる。よって議会の議決が必要であり、議決を経ない E の契約締結は違法である。

55 (2) また、234 条 2 項は随意契約は政令で定める場合のみ許されんとする。これを受けて施工令 167 条の 2 第 1 項各号が随意契約によることができる場合を定める。本件はいずれかにあたるか。

ア まず同 1 号について、市町村の財産の売払いは 30 万円の範囲内において規則で定める額を超えない場合は随意契約によることができるが、本件では最も安い区画で 400 万円であるのであたらぬ。

60 イ 次に 6 号について「競争入札に付することが不利」といえるか。

65 この点、本件では前年に相場並みに価格を定めたところ 1 区画も契約締結に至らなかったという事情があり、「競争入札に付することが不利」といえるとも思える。しかし、価格を下げれば必ずしも競争入札が不利とはいえない。234 条 2 項の趣旨は、市場原理を導入しできるだけ高く公正な価格における取引を実現する点にある。とすると、以前入札による契約締結に至らなかったというだけではいまだ公正な価格における取引を放棄するだけの理由があるとはいえない。

70 よって、本件では、いまだ「競争入札に付することが不利」とはいえない。

75 ウ また、他号で本件があてはまるものはない。よって、本件は各号いずれにもあたらぬ、随意契約によることはできない。しかるに随意契約により契約を締結しているので、違法である。

2 以上より、E の契約締結は違法である。

第三 設問 3

1 (1)について

80 (1) 適法とする判決は議会に広い裁量を認めるが、違法とする判決は裁量の範囲を限定する点で判断が分かれている。

85 (2) すなわち、適法とする判決は、放棄の可否は議会が損害賠償請求権の発生原因等を総合考慮して行う良識ある合理的判断にゆだねられているとして、議会の判断に裁量を認める。これは議会が住民代表であることを重視し、放棄の可否も住民代表たる議会が決定できるとするものである。

90 これに対して違法とする判決は、一定の事情の下で放棄の議決を議決権の濫用として無効とする。これは議会に放棄の判断について裁量を認めながらも、住民訴訟の趣旨を没却する場合には裁量の限界を超えると議決を無効とするものである。

2 (2)について

(1) まず適法とする判決をあてはめると、議会に広い裁量が認

95

められ、本件において放棄の議決を適法にできることになる。
すなわち、議会は住民代表である以上放棄の可否は議会にゆだねられているので、議会がEの貢献を考慮してした放棄の議決は適法である。

100

105

110

115

- (2) これに対して、違法とする判決をあてはめても、議決は適法であるとする。すなわち、違法とする判決では、権利の放棄が財政に与える影響、敗訴を予期して放棄がなされたという経緯、放棄に合理的理由がないこと、相手方の特定がなされていないことが指摘されている。しかし本件では、確かに賠償額は3200万円と大きくひっ迫したA村の財政に与える影響は大きい、A村議会はあくまでもEの行為が適法であると考えて放棄するのであり敗訴を予期してなされたわけでもない。また、Eは長年A村に貢献してきたこと、裕福でないEに賠償請求するのが妥当でないことを考慮したことが合理的理由がないとはいえない。よって、違法とする判決をあてはめても本件では放棄の議決は適法とされ则认为る。

120

125

130

135

140

145

150

155

160

165

170

175

180