

2013年合格目標 司法試験

**平成24年本試験
再現答案分析会**

公法系レジュメ

TAC  セミナー 司法試験講座

無断複製（コピー等）・無断転載等を禁じます。

平成 24 年本試験 再現答案分析会・公法系レジュメ
目 次

憲法

問題	1
出題趣旨	3
再現答案 Aさん (140.24 点)	5
Bさん (102.94 点)	9
Cさん (85.43 点)	13

行政法

問題	15
出題趣旨	24
再現答案 Aさん (140.24 点)	27
Bさん (102.94 点)	31
Cさん (85.43 点)	35

<再現答案作成者の論文総合得点・順位>

	論文総合得点	論文総合順位
Aさん	511.17 点	55 位
Bさん	484.21 点	142 位
Cさん	366.78 点	2320 位

平成24年司法試験論文式試験問題 公法系第1問（憲法）

〔公法系科目〕

〔第1問〕（配点：100）

A寺は、人口約1000人のB村にある寺である。伝承によると、A寺は、江戸時代に、庄屋を務めていた村一番の長者によって創建された。その後、A寺は、C宗の末寺となった。現在では、A寺はB村にある唯一の寺であり、B村の全世帯約300世帯のうち約200世帯がA寺の檀家である。A寺の檀家でない村民の多くも、初詣、節分会、釈迦の誕生日を祝う灌仏会（花祭り）等のA寺の行事に参加しており、A寺は村民の交流の場ともなっている。また、A寺は、悩み事など心理的ストレスを抱えている村民の相談も受け付けており、檀家でない村民も相談に訪れている。

A寺の本堂は、江戸時代の一般的な寺院の建築様式で建てられており、そこには観音菩薩像が祀られている。本堂では、礼拝供養といった宗教儀式ばかりでなく、上記のような村民の相談も行われている。本堂の裏手には、広い墓地がある。B村には数基のお墓があるだけの小さな墓地を持つ集落もあるが、大きな墓地はA寺の墓地だけである。

かつては一般に、寺院が所有する墓地に墓石を建立することができるのは、当該寺院の宗旨・宗派の信徒のみであった。しかし、最近では、宗旨・宗派を一切問わない寺院墓地もある。A寺も、近時、墓地のパンフレットに「宗旨・宗派は問わない」と記載していた。村民Dの家は、先祖代々、C宗の信徒ではない。Dは、両親が死亡した際に、A寺のこのパンフレットを見て、両親の遺骨をA寺の墓地に埋蔵し、墓石を建立したいと思い、住職にその旨を申し出た。「宗旨・宗派は問わない」ということは、住職の説明によれば、C宗の規則で、他の宗旨・宗派の信者からの希望があった場合、当該希望者がC宗の典礼方式で埋葬又は埋蔵を行うことに同意した場合にこれを認めるということであった（墓地等管理者の埋蔵等の応諾義務に関する法規制については、【参考資料】を参照。）。しかし、Dは、この条件を受け入れることができなかったため、A寺の墓地には墓石を建立しなかった。

山間にあるB村の主要産業は林業であり、多くの村民が村にある民間企業の製材工場やその関連会社で働いている。20**年に、A寺に隣接する家屋での失火を原因とする火災（なお、失火者に故意や重過失はなかった。）が発生したが、その折の強風のために広い範囲にわたって家屋等が延焼した。A寺では、観音菩薩像は持ち出せたものの、この火災により本堂及び住職の住居である庫裏が全焼した。炎でなめ尽くされたA寺の墓地では、木立、物置小屋、各区画にある水場の手桶やひしゃく、各墓石に供えられた花、そして卒塔婆等が全て焼失してしまった。A寺の墓地は、消火後も、荒涼とした光景を呈している。また、B村の村立小学校も、上記製材工場やその関連会社の建物も全焼した。もっとも、幸いなことに、この火事で亡くなった人は一人もいなかった。

A寺は、創建以来、自然災害等によって被害を受けることが全くなかったため、火災保険には入っていなかった。A寺の再建には、土地全体の整地費用も含めて億単位の資金が必要である。通常、寺院の建物を修理するなどの場合には、檀家に寄付を募る。しかし、檀家の人たちの多くが勤めていた製材工場やその関連会社の建物も全焼してしまったため、各檀家も生計を立てることが厳しくなっている。それゆえ、檀家からの寄付によるA寺の建物等の再建は、困難であった。

この年、B村村長は、全焼した村立小学校の再建を主たる目的とした補正予算を議会に提出した。その予算項目には、A寺への再建助成も挙げられていた。補正予算審議の際に、村

長は、「A寺は、長い歴史を有するばかりでなく、村の唯一のお寺である。A寺は、宗旨・宗派を越えて村民に親しまれ、村民の心のよりどころでもあり、村の交流の場ともなっている。A寺は、村にとっても、村民にとっても必要不可欠な、言わば公共的な存在である。できる限り速やかに再建できるよう、A寺には特別に助成を行いたい。その助成には、多くの村民がお墓を建立しているA寺の墓地の整備も含まれる。墓地は、亡くなった人の遺骨を埋蔵し、故人を弔うためばかりでなく、先祖の供養という人倫の大本といえる行為の場である。それゆえ、速やかにA寺の墓地の整備を行う必要がある。」と説明した。

A寺への助成の内訳は、墓地の整備を含めた土地全体の整地の助成として2500万円(必要な費用の2分の1に相当する額)、本堂再建の助成として4000万円(必要な費用の4分の1に相当する額)、そして庫裏再建の助成として1000万円(必要な費用の2分の1に相当する額)となっている。補正予算は、村議会で議決された。その後、B村村長はA寺への助成の執行を終了した。

〔設問1〕

Dは、今回のB村によるA寺への助成は憲法に違反するのではないかと思います、あなたが在籍する法律事務所に相談に来た。

あなたがその相談を受けた弁護士である場合、どのような訴訟を提起するか(なお、当該訴訟を提起するために法律上求められている手続は尽くした上でのこととする。)。そして、その訴訟において、あなたが訴訟代理人として行う憲法上の主張を述べなさい。

〔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】墓地、埋葬等に関する法律（昭和23年5月31日法律第48号）（抄録）

第1条 この法律は、墓地、納骨堂又は火葬場の管理及び埋葬等が、国民の宗教的感情に適合し、且つ公衆衛生その他公共の福祉の見地から、支障なく行われることを目的とする。

第13条 墓地、納骨堂又は火葬場の管理者は、埋葬、埋蔵、収蔵又は火葬の求めを受けたときは、正当の理由がなければこれを拒んではならない。

平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨 公法系第1問

本問を解くに当たって、何が憲法上の問題であるかについては比較的容易に発見できたのではないと思われる。政教分離原則に関する法科大学院での憲法の授業では、関連判決を正確に理解し、かつ、関連判決の判断枠組みの問題点、事実評価の問題点をも適切に検討し学習することが求められている。本問は、このような学習の中で養成されていることが期待される「考える力」を見ようとする問題である。

まず、設問1では、本問における公金支出が憲法に違反するのではないかと考えるB村の住民から相談を受け、弁護士としてどのような訴訟を提起するかが問われている。ここでは、「(なお、当該訴訟を提起するために法律上求められている手続は尽くした上でのこととする。)」という設問の記載に留意しつつ、この種の訴訟で通常採られている訴訟形式で、かつ最も事案に適したものを指摘することが求められている。なお、ここでは、法律実務家を目指す者のための試験として、訴訟形式の根拠となる条文を号まで特定して記載することが求められる。

訴訟形式に加えて、設問1では、訴訟代理人として行う憲法上の主張が問われている。ここでは、憲法上の主張を問題文に記載された事実関係を踏まえ丁寧に論じることが求められている。そして、設問2では、かかる原告代理人の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、設問1におけるのと同様に問題文の事実関係を踏まえ丁寧に論じることが求められる。なお、原告の主張、被告の反論とも、およそあり得ないような極端な見解を述べ、「あなた自身の見解」では中間の立場を採るといった、技巧に走る答案は求められていない。

本問では、特に、憲法第89条前段の「宗教上の組織若しくは団体」への公金支出の禁止が問題となる。問題文では、C宗及びA寺が宗教法人法上の宗教法人であるか否かについて、あえて記述していない。この点については、「宗教上の組織若しくは団体」の定義を述べつつ、遺族会はこれに該当しないとした箕面忠魂碑・慰霊祭訴訟判決（最判平成5年2月16日民集47巻3号1687頁）や、氏子集団がこれに該当するとした空知太神社訴訟判決（最判平成22年1月20日民集64巻1号128頁）を参考にしながら検討すると、C宗及びA寺が「宗教上の組織若しくは団体」に該当することが肯定されることになる。

憲法第89条前段の問題であるとする、「宗教上の組織若しくは団体」への公金支出は、憲法第20条第1項後段の特権付与の禁止に抵触することにもなり得る。愛媛玉串料訴訟判決（最判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁）は、「宗教上の組織若しくは団体」への玉串料の奉納を憲法第20条第3項の「宗教的活動」の禁止の問題を中心として判断した。神社の例大祭等での玉串料の奉納ではなく、火災で延焼した神社再建への公金支出の問題である本問の場合には、B村の「宗教的活動」と捉えるのか、それともB村によるA寺への「特権付与」の問題と捉えるのか、検討することが求められる。

そして、憲法第89条前段の下で、公金支出の禁止は絶対的禁止なのか、それともその禁止は相対化されるのかが、問題となる。ここでは、憲法第20条第3項における「宗教的活動」の禁止の相対化論とも関係して、どのような判断枠組みを構築するのかが問われる。その際、宗教と関わり合いを持つ国家行為の目的が宗教的意義を有するか否か、その効果が宗教を援助、助長等するか否かを諸般の事情を総合考慮して判断し、国家と宗教との関わり合いが相当限度を超えているとして、問題となった公金支出を合憲とした津地鎮祭訴訟判決（最判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁）、問題となった公金支出を違憲とした愛媛玉串料訴訟判決、そして総合考慮によって私有地の無償貸与を違憲とした空知太神社訴訟判決等、判例動向を踏まえつつ、原告の主張、被告の反論、そして「あなた自身の見解」における判断枠組みを構築

し、一定の筋の通った理由を付して結論を導き出すことが求められている。

A寺への公金支出を正当化するに当たって、B村村長はA寺を「公共的な存在」と位置付けている。しかし、墓地、埋葬等に関する法律上はA寺のDに対する埋葬拒否が「正当の理由」に該当するとしても、B村の村民の誰でもがA寺の墓地に埋葬することを認められるわけではないということから、A寺を「公共的な存在」と位置付けることの妥当性が問題となる。そのような墓地を含めた土地整備費用の助成の合憲性を検討することが求められる。本堂は、A寺が宗教的行為を行う場であるが、他方で一般住民のための場としても利用されている。住職の住居である庫裏は、住居という点にのみ重点を置けば、他の村民の住居と同じ性格のものと位置付けられ得る。他方で、A寺を管掌する僧侶である住職が住むことに重点を置けば、庫裏は単なる住居とはいえず、「宗教上の組織若しくは団体」のための住居と位置付けられ得る。このような複合的な性格を分析しつつ、それぞれへの公金支出の合憲性を個別的・具体的に検討することが求められている。

平成24年司法試験論文式試験 公法系第1問 合格者Aさんの再現答案（公法系140.24点）

第1 設問1

1 まず、Dから相談を受けた弁護士としては、地方自治法242条の
2 2第1項4号に基づく住民訴訟を提起する。それは、本件でのA寺
3 への助成が「法律上の原因」を欠くものとして不当利得返還請求が
4 できると考えるからである。

5
6 2 そして、この住民訴訟において、B村長がA寺に助成として公金
7 を支出したことが、89条前段に反し、ひいては20条1項の「特権
8 の付与」にあたりと主張することが考えられる。

9 (1) 89条前段の「宗教上の組織若しくは団体」とは、宗教的活動の
10 普及を目的とする組織ないし団体をいう。

11 本件では、A寺の檀家の集団は、C宗の普及を目的とする組織
12 ないし団体にあたため、「宗教上の組織若しくは団体」に当た
13 る。

14 (2) そうすると、A寺への助成はA寺の檀家集団を助成すること
15 になるため、89条前段に反するとも考えられるが、一切の宗教団体
16 に対する助成が禁止されることになると、文教施設等に対する助
17 成も許されなくなってしまうため、国と宗教団体との関わり合い
18 については相当とされる限度を超えると認められる場合にのみ
19 89条前段に反するものというべきである。

20 具体的に89条前段に反する場合というのは、当該宗教的施設
21 の性格、A寺に対する助成をすることになった経緯・目的、助成
22 金の額・割合、一般人の評価等を総合的に考慮して判断すること
23 になる。

24 (3) 本件では、確かに本堂は、礼拝供養といった宗教儀式ばかりで
25 なく、初詣、節分会、灌仏会等の行事が行われており、これには
26 A寺の檀家以外の村民も参加しており、村長が言うように、村の
27 交流の場としての役割も持っている。

28 しかし、A寺は江戸時代の一般的に寺院の建築様式で建てられ
29 ており、観音菩薩像が祀られており、実際の役割としてはC宗の
30 活動が行われる場である。

31 また、A寺の墓地は「宗旨・宗派は問わない」とパンフレット
32 に記載されているものの、実際はC宗の典礼方式で埋葬又は埋蔵
33 を行うことに同意した場合のみ、他の宗派の人でも利用できると
34 いう運用がされており、他の宗派を信仰している人にとっては、自
35 己の信仰する宗派の方式に則って埋葬・埋蔵することが非常に重
36 要であることを考えると、上記の運用は事実上他の宗派の人が利
37 用できないことと同視できる。そうすると、この墓地も世俗性を
38 有しないといえる。

39 そして、庫裏は住職の住居であるため、世俗性は有しない。

40 そうすると、本堂、墓地及び庫裏はまさに世俗性を有しない宗
41 教的活動を行うための場所であるといえる。

42 (4) 次に、助成をすることになった経緯は、失火によりA寺の本堂
43 及び庫裏が全焼し、墓地も荒れ果ててしまい、またこの火災によ
44 って檀家も被害を受け生計を立てることが厳しくなっており、各
45 檀家から寄付を集めることも困難である、という事情がある。

46 これは、やむを得ない事情といえる。

ここは、誰が「宗教上の組織若しくは団体」なのかよくわかりませんでした。

この辺の規範は、空知太の判例を意識して創作しました。

しかし、目的としてB村長は、A寺は宗旨・宗派を超えて村民に親しまれ、村民の心のよりどころでもあり、村の交流の場ともなっており、いわば公共的な存在となっているため、できる限り速やかに再建できるように特別に助成を行いたい、というものであるが、上記の通りA寺はまさにC宗の宗教的活動を行う場であることから、この目的は公金の支出を正当化できるものとはならない。

(5) 公金の支出の額としては総額で7500万円と高額であり、全体の修復費用のうち約3割を占めるものであり、高い割合といえる。

(6) A寺に対する一般人の評価としても、DがA寺の墓地に両親の遺骨を埋蔵し、墓石を建立しようとしたところ、上記のような扱いを受けたこと、及び寺という存在に対する評価を考えれば、A寺に対する助成はまさに、C宗を信仰するA寺の檀家たちを助成するものと評価するものと考えられる。

(7) 以上を総合的に考慮すれば、本件の公金の支出というのは、国と宗教との関わり合いとして相当と認められる限度を超えるものといえ、89条前段に反し、ひいては20条1項の「特権の付与」に当たるといふべきである。

よって、本件での公金の支出は違憲・違法であり、「法律上の原因」を欠くため、地方自治法242条の2第1項4号の請求が認められるといふべきである。

第2 設問2

1 被告の反論

(1) 被告としては、原告の上記の主張は空知太事件判決を参考とするものと考えられるが、本件では上記の判例と異なり世俗性が同居する事案であるので、他の政教分離に関する判例と同じく目的効果基準により判断すべきである、と反論することが考えられる。

(2) そして、目的効果基準に照らして89条前段及び20条3項の政教分離の規定に反することになるのは、当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になる場合をいう。そして、この判断の際は、当該行為の行われる場所、行為に対する一般人の宗教的評価、行為者の行為を行う意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等の事情を考慮し、客観的に判断する。

(3) 本件では、本堂は原告も主張するように村民の交流の場としての役割を持っており、C宗以外の村民も、初詣、節分会などの行事に参加しており、またA寺はB村唯一の寺であることも考えると、もはやA寺というのはB村の村民にとっては世俗的な存在となっているといふべきである。

そして、墓地の利用についてもC宗に改宗せよ、というのではなく、あくまで1回的にC宗の方式に則って行われるだけであることから、これだけをもって世俗性がなくなるというものではない。

庫裏については、本堂を利用する上で必要不可欠な存在であるため、本堂と一体のものとして考えるべきである。

(4) 公金の支出の目的は、各檀家の寄付が期待できず、B村長が言

要素を挙げたものの、うまく使えてない気がします。

93 うようにA寺の上記の役割から、できる限り速やかに再建できる
94 ようというものであり、この目的はやむを得ないものであり、か
95 つ、相当なものといえる。

96 また、墓地を含む土地の整備は、先祖の供養という目的であり、
97 これも相当な目的であるといえる。

98 (5) 公金の支出の額としても、全体の3割程度に抑えられており、
99 上記の目的等に照らせば、やむを得ないものであり、多すぎるも
100 のとまではいえない。

101 (6) したがって、本件のA寺への助成による公金の支出は、世俗目
102 的からされたものであり、その効果もC宗を援助、助長するもの
103 でもないため、89 条前段、20 条3項に反せず、合憲・適法なも
104 のである。

全体的にあてはめがかな
り適当です。

105 2 私見

106 (1) 私見としては、原告、被告ともに全体を違憲ないし合憲とする
107 ものであるが、本堂、墓地、庫裏に対する公金の支出はそれぞれ
108 個別的に検討をすべきものであり、すべてを一体的に検討すべき
109 ではない。

110 (2) そこで、まず本堂について検討する。

111 本堂については、被告の主張するようにB村におけるA寺の役
112 割からすると、世俗性が同居する場面であるといえ、目的効果基
113 準より政教分離に当たるか否かを判断すべきである。

114 そうすると、本件ではやはりA寺の本堂が初詣や節分会といっ
115 た世俗的行事が行われる場であり、B村にはA寺が唯一の寺でB
116 村の村民はA寺を利用することになることを考えれば、このA寺
117 の本堂への公金の支出は、一般人の評価としては世俗目的である
118 といえるし、C宗を特別に援助、助長するものとも評価しないと
119 考える。

120 また、その額として 4000 万円と他の2つに対する支出よりも
121 高額であるとしても、割合としては本堂の修復費の4分の1に抑
122 えられており、その額としても相当であるといえる。

123 したがって、本堂に対する公金の支出は政教分離に反せず適法
124 である。

125 (3) 次に、墓地についてはA寺の中にあれば一見して世俗性を有し
126 ないものといえるし、原告の主張通りC宗以外の人が事実上利用
127 できない運用であるといえ、世俗性が同居しないものとして、原
128 告の主張する基準に従って判断すべきである。

129 そうすると、墓地の性格としてはまさに宗教的活動が行われる
130 場と評価される場所であるし、支出に至る経緯はやむを得ないも
131 のとしても、その目的は実質的にはC宗を信仰する人を援助する
132 ようなものである。

133 また、B村の4分の3がA寺の檀家であるとしても、少数派の
134 意見をないがしろにするわけにはいかないため、この事実をもっ
135 て正当化されることにはならない。

136 そして、助成の額も 2500 万円、割合も2分の1と高額となっ
137 ていることからすれば、やはり国と宗教の関わり合いとして相当
138 と認められる限度を超えているというべきである。

したがって、2500 万円の支出については 89 条前段ひいては 20 条 1 項に反し違憲・違法である。

- (4) 最後に、庫裏への支出については、これも住職の住居であり世俗性を有しないものとして、原告の主張する基準に従って判断すべきである。

そうすると、墓地を含む土地の整備に対する助成の場合と同様に、経緯はやむを得ないとしても、その場所の性格としては宗教的活動を行うために必要な場所として世俗性は有せず、目的としても A 寺で C 宗の人のための宗教的活動が行えるようにするためのものであるといえる。

そして、額は 1000 万円と他の 2 つと比べて少額ともいえるが、割合は 2 分の 1 であることを考えれば、相当といえる額を超えているというべきである。

よって、庫裏に対する 1000 万円の支出は国と宗教の関わり合いとして相当と認められる限度を超えているといえ、89 条前段ひいては 20 条 1 項に反し違憲・違法である。

- (5) 以上より、B 村長による公金の支出のうち、墓地に関するものと庫裏に関するものの合わせて 3500 万円の部分に限り 89 条前段、20 条 1 項に反し違憲・違法として無効となり、「法律上の原因」を欠くものとして、地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号の請求が認められるというべきである。

以 上

総合コメント

問題文の少なさに驚きました。

政教分離の問題ということで、主張・反論・私見型で書く場合、書くことがあまりないような気がしたので、原告と被告とで立てる基準を変えることにしました。

全体的に手ごたえのない感じでした。

<答案構成・作成の時間>

構成：30 分

作成：90 分

<使用した参考書>

憲法の急所

憲法解釈の応用と展開

平成24年司法試験論文式試験 公法系第1問 合格者Bさんの再現答案（公法系102.94点）

第1 設問1

1 訴訟形式

B村村長は、A寺へ計7500万円の助成の執行を行っている。そこで、当該執行は違法な行為（地方自治法242条1項）であるとして、B村村長又はA寺に対し、損害賠償又は不当利得返還の請求をA村村長に対して求める住民訴訟（242条の2第1項4号）を提起することが考えられる。

去年の出題趣旨で、訴訟形式を忘れていたことを厳しく指摘されていたので、忘れないよう気を付けた。

2 憲法上の主張

B村村長のA寺への助成は、政教分離規定（憲法（以下略）20条3項、89条）に違反し、違憲であると主張する。

(1) 個人の人格的生存にとって、信教の自由（20条1項）は最も重要な権利である。それにもかかわらず、歴史的に神道以外の宗教や少数者の宗教は十分に保護されてこなかった。そして、国家と宗教が結び付くと、このように重要な権利である信教の自由が侵害される恐れがあるため、憲法は、政教分離原則を規定している（20条3項）。また、89条は政教分離原則を財政面から支える規定である。

原告も私見も目的効果基準で論じようかと迷ったが、あてはめだけで違いが表現できるか不安だったので、両方で判断枠組みを変えてみた。

(2) 重要な人権である信教の自由を保障する政教分離原則の目的からすれば、地方公共団体と宗教の分離は厳格に解すべきである。したがって、地方公共団体の行為が政教分離原則に反するかは、①目的が世俗目的か、②その効果が援助、助長、圧迫に当たるか、③宗教との間に過度の関わり合いが認められるかについて検討すべきである。

ア 本堂再建について（4000万円）

A寺はC宗という宗教の末寺である。A寺の本堂は、江戸時代の一般的な寺院の建築様式で建てられており、そこには、信仰の対象たる観音菩薩像が祀られていることからすれば、A寺は、宗教施設としての意義を有している。このような宗教施設を再建させることは、C宗を守るためと考えられ、世俗目的とはいえない（①）。また、助成の金額が4000万円、人口1000人のB村にとって一人あたり4万円という多額のものであることからすれば、C宗を援助助長しているといえる（②）。このような多額の助成からは、B村とC宗との間の過度の関わり合いが認められる（③）。以上からすれば、本堂再建への助成は、政教分離原則に反する。

とにかく、ここからは、事実をひっぱり、評価することが勝負だと思ったので、できる限り事実を拾うようにした。

イ 土地全体の整地について（2500万円）

A寺は、前述のようにC宗の宗教施設である。そして、C宗の信徒ではないDがA寺の墓地に両親の遺骨を埋蔵し、墓石を建立する場合、C宗の規則では、C宗の典礼方式で埋葬又は埋蔵を行うことに同意しなければならない。C宗の信徒ではない者にとって、このような条件は受け入れることはできない。そうすると、このような墓地は、C宗の者でなければ埋蔵等ができない場所であり、C宗の宗教色の強い墓地であると評価できる。このような性格を有する墓地を含む土地の整地は、世俗目的とはいえない（①）。また、2500万円という多額の助成は、C宗の援助、助長となり（②）、過度の関わり合いが認められ

金額が分けて書いてあったので、本堂、墓地、庫裏と分けて検討すべきというメッセージだと思い、分けて論じることにした。

47 る (③)。
48 ウ 庫裏再建について (1000 万円)
49 庫裏は、住職の住居である。そうであれば、自然災害とはい
50 え、個人の住居の再建に 1000 万円という多額の助成をすること
51 とは一般的には考えられない。したがって、庫裏再建への助成
52 は、世俗目的ではなく (①)、C 宗の住職であるから特別に助成
53 したとして、C 宗の援助、助長となり (②)、過度の関わり合
54 いが認められる (③)。
55 エ したがって、A 寺への助成 7500 万円すべてについて、政教
56 分離違反し、「違法な行為」といえる。

57 第2 設問2

58 1 判断枠組みについて

- 59 (1) 被告としては、国家と宗教との関わりを完全に分離することは
60 不可能であるから、①目的が宗教的意義を有するか、②その効果
61 が援助、助長、圧迫、干渉とならないかを総合的に判断すべきで
62 あると反論する。
63 (2) 確かに、原告の主張するように、信教の自由は、個人の人格的
64 生存に不可欠であるから、最大限保障されるべき重要な人権であ
65 る。そして、政教分離は、このような信教の自由を保障するため
66 に制度として保障されている。したがって、政教分離は、厳格に
67 審査されるべきである。

68 しかし、他方で、被告の指摘するように、国家と宗教の完全な
69 分離は難しい。特に、価値観が多様化し、複雑な社会構造となっ
70 ている現代社会においては、宗教団体に対しても、他の団体と同
71 じように社会的給付が必要となる。

72 したがって、被告の主張する判断枠組みである、①目的が宗教
73 的意義を有するか、②その効果が援助、助長、圧迫、干渉となら
74 ないかについて、厳格に審査すべきと解する。

75 2 本堂再建について

76 (1) 反論

77 A 寺は B 村にある唯一の寺であり、B 村の全世帯 300 世帯の内
78 その 3 分の 2 にあたる 200 世帯が A 寺の檀家であることからする
79 と、A 寺では、初詣、節分会等 C 宗とは関係のない行事が行われ、
80 その檀家でない村民の多くも参加しており、宗教的意義の薄い場
81 所である。また、A 寺では悩み事等心理的ストレスを抱えている
82 村民の相談を受け付けており、檀家ではない村民も相談に訪れ、
83 世俗的意義を有する施設となっている。したがって、このような
84 施設に助成する目的は宗教的意義を有さず (①)、その効果は援
85 助助長とならない (②)。

86 (2) 私見

87 確かに、原告の主張するように、A 寺の本堂には、信仰の対象
88 たる観音菩薩像が祀られていることからすれば、A 寺は、宗教施
89 設としての意義を有しているといえる。

90 また、花祭り等の仏教にとって宗教的意義を有する行事が行わ
91 れていることからそのようにいえる。

92 しかし、被告の主張するように、A 寺には初詣や節分会等の季

原告、反論、私見と、事
実の振り分けが難しかっ
た。

節の行事ばかりでなく花祭り等、宗教的意義を有する行事にも、宗旨宗派を超えて、檀家でない村民の多くが参加しており、行事の宗教的意義は高くないといえる。そして、本堂は、村民の悩みごとの相談の場として村民の心のよりどころとなっており、公共性の高い場所となっている。このように必要不可欠な場所を再建する目的は、公民館の再建等と同種の意義を有し、宗教的意義を有するものとはいえない (①)。また、4000 万円という多額の助成ではある。しかし、本堂は、失火による火災で全焼し、寄付を募るべき檀家の村民も勤め先の製材工場や関連会社が全焼し、生計を立てることが厳しい状況においては、村民が集う本堂を再建するにはB村からの助成が必要不可欠である。以上の状況からすれば、助成の効果は、特定の宗派であるC宗を援助、助長するものではなく、また、他の宗教の圧迫、干渉となる効果を有しないものとする (②)。

したがって、本堂再建への助成は、政教分離に反せず、合憲である。

3 土地全体の整地について

(1) 反論

墓地は、亡くなった人の遺骨を埋蔵し、故人を弔うためばかりでなく、先祖の供養という人倫の大本といえる行為の場であり、A寺の墓地は、「宗旨・宗派」を問わないとしており、C宗にこだわらない世俗的な場所である。このような場所に助成を行うことは、その目的が宗教的意義を有するとはいえず、その効果が援助、助長するものとはいえない。

(2) 私見

確かに、原告の主張するように、C宗の信徒ではない者がA寺の墓地に埋蔵等する場合、C宗の典礼方式で埋葬又は埋蔵を行うことに同意しなければならない。また、墓地埋葬法では埋葬等を「正当の理由」がなければこれを拒んではならないとされており (13 条)、最近では、宗旨、宗派を一切問わない寺院墓地があることから、A寺が「宗旨・宗派を問わない」とパンフレットに記載していたからといって、それだけで、宗教的意義を有さないとはいえない。

しかし、前述のようにA寺の本堂は、公共的な場となっている。そして、B村には大きな墓地はA寺の墓地だけであり、そのA寺の墓地は火災によって荒涼とした光景を呈していることからすれば、B村民の公衆衛生の見地から、早急に整地させる必要性が高く、それがB村村民全体の利益である。それにもかかわらず、檀家から寄付を募ることはできず、整地をするにはB村の助成が必要不可欠である。そうであれば、助成は、宗教的意義を有するものとはいえない (①)。また、B村民全体の利益と考えれば、必要な費用の2分の1の負担をしても、C宗への援助助長、圧迫、干渉とはいえない (②)。

したがって、土地の整地に対する助成は政教分離に反せず、合憲である。

4 庫裏について

墓地埋葬法をどのように使っているかわからず、記憶もあいまいである。このあたりは、あまり説得的でない記述になってしまったと思う。

時間がない中で、説得的な論述をするのが難しかった。

最後の方は、時間がなくて、薄い記述になってしまった。

(1) 反論

A寺自体が公共性のある場所であるから、その管理者たる住職の住居についても公共性があり、政教分離に反しない。

(2) 私見

原告の主張するように、失火という災害が原因とはいえ、個人の住居に1000万円の助成をするというのは、一般的には考えられない。また、本堂や墓地と異なり、公共性もない。したがって、庫裏への助成は、その目的が宗教的意義を有し(①)、その効果はC宗への援助、助長となっている(②)。

したがって、庫裏への助成は、政教分離に反し、違憲である。

以上

総合コメント

最初、政教分離にとまどった。ただ、違憲審査基準に終始せず、あてはめを具体的に考えろというメッセージだろうと考え、落ち着いて、できるだけ事実を引っ張るように心がけた。

<時間配分>

答案構成：30分

答案作成：90分

<使用した参考書・問題集>

行政法：事例研究，事案解析の作法

民法：事例演習教材

会社法：事例演習教材

民訴：解析

刑法：事例演習教材

刑訴：ロースクール刑訴，事例演習刑事訴訟法

平成 24 年司法試験論文式試験 公法系第 1 問 不合格者 C さんの再現答案 (公法系 85.43 点)

第 1 設問 1

1 B村の住民であるDは、B村によるA寺への助成（以下、「本件助成」という。）が政教分離原則（憲法（以下略）20 条 1 項後段、3 項、89 条）に反するとして、B村に対し、B村村長に損害賠償請求をすることを求めることが考えられる（地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号）。

問題文で聞かれていることなので、住民訴訟がよく分からなくても、とりあえず書くことに。

2 政教分離原則は、国家と宗教との厳格な分離を要求している。したがって、目的が宗教的でなく（世俗目的であり）、効果が特定の宗教等に対する援助、又は圧迫等にならず、かつ、過度のかかわり合いでない場合に限り、政教分離原則に反しない。

原告側の適切な規範が思いつかず、とりあえず規範をひねり出す。

3 A寺は、C宗の末寺であり、まさしく宗教団体であるところ、A寺に本件助成をするのは、一般的・外形的にみて宗教的意義を有する目的があるといえる。そして、本件助成がA寺、ひいてはC宗に対する援助となる。

また、A寺が宗旨・宗派を問わず無条件で墓地への埋葬等を受け、正当な理由なく拒絶していないならば格別（墓地、埋葬等に関する法律 1 条、13 条参照）、A寺は、希望者がC宗の典礼方式で埋葬又は埋蔵を行うことを条件としており、これを公共施設と同様に解することはできない。事実、Dは、A寺の当該条件を受け入れることができずに、A寺の墓地に墓石を建立しなかったのである。しかも、人口約 1000 人程度にすぎないB町において、土地全体の整地に 2500 万円、本堂再建に 4000 万円、庫裏再建に 1000 万円、合計 7500 万円もの大金を助成していること、それがA寺の再建費用の約 3 分の 1 にも上る割合であることからすれば、これがB町とA寺ひいてはC宗との過度のかかわり合いとなるものといえる。

原告側としては、過度のかかわり合いがある、とひたすら主張するしかないのかなと思い、それらしい事案をピックアップする。

すると、その目的、効果、かかわり合いのいずれにおいても政教分離原則に反するものである。

4 よって、本件助成は、政教分離原則に反し、20 条 1 項後段、3 項、89 条に反する。

第 2 設問 2

1 被告側としては、国家（地方公共団体を含む）と宗教との完全な分離は不可能であり、むしろ不合理な結果となるところ、A寺がいわば公共的な場であることから、本件助成は、その目的、効果に鑑み、その目的が宗教的意義を有せず、その効果もA寺、ひいてはC宗を援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるものとはいえないから、政教分離原則に反しない、との反論が考えられる。

被告の反論で、目的効果基準を意識して争点化。

2(1) 確かに、国家と宗教との完全な分離をすることは不可能であり、むしろ不合理な結果を生ずるおそれもあるところ、一切のかかわり合いを許さないとはできないといえる。

(2) そもそも、政教分離の規定は、国家と宗教とを分離することを制度として保障することで、より信教の自由（20 条 1 項前段）を保障しようとするものである。そして、政教分離原則は、国家の宗教的中立性を求めるものであるが、宗教とのかかわり合いを一切許さないとするものではなく、信教の自由の確保という制度の根本との関係において相当とされる限度を超えるかかわり合いを許さないとするものであると解される。

最近の判例（砂川判決）を意識して私見の規範を定立（目的効果基準を使えない）。

47 (3) 確かに、A寺は、C宗の末寺であり、また、墓地等の提供につ
48 き、希望者がC宗の典礼方式で埋葬又は埋蔵を行うことに同意す
49 ることを条件としており、本件助成がC宗とかかわり合うことを
50 否定することはできないと思われる。

原告側の主張に一定の配
慮を示す。

51 しかし、A寺は、B村の約300世帯のうち約200世帯が檀家と
52 なり、檀家ではない村民の多くも初詣等のA寺の行事に参加して
53 いることや、A寺が悩み事など心理的ストレスを抱えている村民
54 の相談に応じ、檀家ではない村民も相談に訪れていることから、
55 一種の公共的施設としての役割も有しているといえる。また、墓
56 地等の提供は、住民に対する公共の福祉にも資するものであると
57 ころ（墓地、埋葬等に関する法律1条参照）、A寺はB村で唯一
58 の寺であるから、墓地等の提供につき、正当な理由によって拒絶
59 したとしても（同法13条参照）、その公共的施設としての性質が
60 失われるものではない。

61 そして、そのような性質を有するA寺は、不可抗力によって全
62 焼してしまったため、早期に再建する必要があるが、その資金を
63 得ることが困難であり、助成をする必要性が高いものといえる。
64 さらに、A寺への助成金は計7500万円ではあるものの、それは
65 あくまで村立小学校の再建を主たる目的とした助成の一環とし
66 てなされたものにすぎない。そして、A寺の再建資金の半分も出
67 していないのであるから、その割合が多いとまではいえない。加
68 えて、その費用が観音菩薩像の購入資金等に充てられるものでは
69 なく（同像は持ち出されている。）、単に土地や、本堂、庫裏再建
70 のためのものにすぎないのであるから、宗教的意義を有するもの
71 ともいえない。

規範に対応する当ては
めの仕方（考慮要素等）
に自信がなかったが、と
りあえずそれらしいこ
とを書く。

72 したがって、本件助成が、信教の自由の確保という制度の根本
73 との関係において相当とされる限度を超えるものとまではいえ
74 ない。

75 (4) よって、本件助成は、政教分離原則に反しない。

以 上

総合コメント

政教分離は、重要な判例が出ていることは知っていたが、まさか本試験の論文で出るとは思わず（今までは百選掲載判例からの出題だったので）、その使い方等まで対策をしていなかったため、とりあえず守りきろうと四苦八苦しました。なお、政教分離原則違反以外にも、例えば宗教的人格権を主張しなければならないのかなど悩んだ結果、時間ばかりが経過し、結局同原則違反のみを書くことに。

<時間配分>

答案構成：約40分

答案作成：約80分

平成24年司法試験論文式試験問題 公法系第2問（行政法）

〔公法系科目〕

〔第2問〕（配点：100〔設問1〕から〔設問3〕までの配点の割合は、4：4：2）

Pは、Q県が都市計画に都市計画施設として定め、建設を計画している道路（以下「本件計画道路」という。）の区域内に、土地（以下「本件土地」という。）及び本件土地上の鉄骨2階建ての店舗兼住宅（以下「本件建物」という。）を所有して、商店を営業している。Pは、1965年に、本件土地を相続により取得し、本件建物を建築して営業を始めた。本件計画道路に係る都市計画（以下「本件計画」という。）は、1970年に決定され（以下、この決定を「本件計画決定」という。）、現在に至るまで基本的に変更されていない。本件計画によれば、本件計画道路は、延長を1万5000メートル、幅員を32メートルとされ、R市を南北に縦断するように、a地点を起点とし、他の道路（県道）と交差する交差点（b地点）を経由して、c地点を終点とするものと定められている。a地点とc地点のほぼ中間にb地点が位置し、本件土地はb地点とc地点のほぼ中間に位置している。

Q県は、本件計画道路のうちa地点からb地点までの区間については、交通渋滞を緩和させる必要性が高かったため、1975年から徐々に事業を施行した。予算の制約や関係する土地建物の所有者等の反対があり、計画を実現するには長期間を要したが、2000年には道路の整備が完了した。これに対し、本件計画道路のうちb地点からc地点までの区間（以下「本件区間」という。）については、やはり関係する土地建物の所有者等の反対もあって、1970年から現在まで全く事業が施行されておらず、事業を施行するための具体的な準備や検討も一切行われていない。Q県の財政事情が逼迫しているため、事業の施行は財政上もますます困難になっている。

こうした状況において、Q県は、b地点とc地点の間の交通需要が2030年には2010年比で約40パーセント増加するものと推計し、この将来の交通需要に応じるために、本件計画道路の区間や幅員を縮小する変更をせずに本件計画を存続させている。もっとも、Q県が5年ごとに行っている都市計画に関する基礎調査によれば、R市の旧市街地に位置するc地点の付近において事業所及び人口が減少する「空洞化」の傾向が見られ、b地点とc地点の間の交通量は1990年から漸減し、2010年までの20年間に約20パーセント減少している。しかし、c地点の付近で営業する事業者の多くは、空洞化に歯止めを掛けて街のにぎわいを取り戻すために、本件区間を整備する必要があると、Q県に対して強く主張し続けている。こうした地元の主張に配慮して、Q県も、本件区間の整備を進めれば、c地点付近の旧市街地の経済が活性化し、それに伴いb地点とc地点の間の交通需要が増えていくと予測して、上記のように将来交通需要を推計している。

あわせて、Q県は、本件区間を整備しないと、本件区間付近において道路密度（都市計画において定められた道路の1平方キロメートル当たりの総延長）が過少になることも、本件区間について縮小する変更をせずに本件計画を存続させることの理由に挙げている。Q県は、道路密度が、住宅地においては1平方キロメートル当たり4キロメートル、商業地においては1平方キロメートル当たり5キロメートルは最低限確保されるように（これらの数値を、以下「基準道路密度」という。）、道路に係る都市計画を定める運用をしている。本件区間付近は、住宅地及び本件土地のような商業地から成るが、いずれにおいても、本件区間を整備しないと、道路密度が基準道路密度を1キロメートル前後下回ることになるため、Q県は本件計画をそのまま存続させる姿勢を崩していない。

最近になって、Pは、持病が悪化して商店を休業することが多くなった。また、本件建物は、建築から45年以上を経過して老朽化し、一部が使用できない状態になった。そこで、Pは、商店の営業をやめて本件建物を取り壊し、鉄筋コンクリート8階建てのマンションを建築して、自らも居住しながらマンションを経営して老後の生活を送ることを考えるようになった。しかし、このことをQ県の職員に話したところ、「本件土地は、本件計画道路の区域内にあるため建築が制限され（以下、この制限を「本件建築制限」という。）、そのような高層の堅固な建物の建築は認められない。」と言われた。Pは、承服できず、訴訟を提起するために弁護士Sに相談した。Pは、8階建てマンションへの建て替えを第一に要望しているが、もしそれが無理であれば、Q県に対し、本件土地の地価が本件建築制限により低落している分に相当する額の支払を請求し（以下、この請求を「本件支払請求」という。）、本件建物を鉄骨2階建てのバリアフリーの住宅に建て替えることを考えている。

【資料1 法律事務所の会議録】を読んだ上で、弁護士Tの立場に立って、弁護士Sの指示に応じ、設問に答えなさい。

なお、都市計画法及び都市計画法施行規則の抜粋を、【資料2 関係法令】に掲げてあるので、適宜参照しなさい。

〔設問1〕

本件計画決定は、抗告訴訟の対象となる処分にあたるか。本件計画決定がどのような法的効果を有するかを明らかにした上で、そのような法的効果が本件計画決定の処分性を根拠付けるか否かを検討して答えなさい。

〔設問2〕

Q県が本件計画道路の区間又は幅員を縮小する変更をせずに本件計画を存続させていることは適法か。都市計画法の関係する規定を挙げながら、適法とする法律論及び違法とする法律論として考えられるものを示して答えなさい。

〔設問3〕

Q県が本件計画を変更せずに存続させていることは適法であると仮定する場合、PのQ県に対する本件支払請求は認められるか。請求の根拠規定を示した上で、請求の成否を判断するために考慮すべき要素を、本件に即して一つ一つ丁寧に示しながら答えなさい。

【資料 1 法律事務所の会議録】

弁護士 S：本日は、P の案件について基本的な処理方針を議論したいと思います。まず、本件土地の現況はどうなっていますか。

弁護士 T：本件土地は、都市計画法上の近隣商業地域にあります。本件計画がなければ、P が要望している高層の堅固なマンションを建築することに、法的な支障はありません。実際に、本件土地の周辺では、高層の堅固な建物が建築されています。

弁護士 S：しかし、P は Q 県の職員から、本件計画があるために建築が認められないと言われたのですね。

弁護士 T：はい。確かに、都市計画施設の区域内でも、都市計画法第 5 3 条の許可を受ければ、建築が可能です。しかし、鉄筋コンクリート 8 階建てという高層の堅固な建物になりますと、都市計画法が建築制限を定める趣旨から言って、許可を受けることは難しいと思います。そして、建築基準法の制度によれば、本件計画が定めるような都市計画施設の区域内では、都市計画法第 5 3 条の許可を受けていない建物は建築確認を受けられないことになります。

弁護士 S：そうですね。それでは、本件計画が違法なので P の建物は都市計画法第 5 3 条の建築制限の適用を受けないと主張する方向で検討することにしましょう。したがって、P が考えているマンションが、都市計画法第 5 3 条の許可の要件を満たすか否かは、検討しなくて結構です。しかし、1970 年において本件計画決定が違法であったと主張することも、難しそうですね。

弁護士 T：はい。どの都道府県でも、道路に係る都市計画は、高度経済成長期に人口増加と経済成長を前提に定められた結果として増えたのですが、地方公共団体の財政が悪化して、事業が全部又は一部施行されていない計画が残されている状況にあります。Q 県でも、道路に係る都市計画全体のうち道路の延べ延長にして約 50 パーセントが、事業未施行の状態です。そこで、Q 県は、2005 年から、Q 県でも近年進行している少子高齢化による人口減少や低成長経済を前提にして、道路に係る都市計画を全面的に見直すことにしました。見直しの結果、道路の区間や幅員を縮小するように都市計画を変更した例もあります。しかし、本件区間については本件計画を変更せずに存続させることにしたのです。

弁護士 S：では、現時点において本件計画を変更せずに存続させていること、ここでは単に計画の存続ということにしますが、このことが違法といえるかどうかを検討してください。本件計画決定が 1970 年において違法であったという主張は、検討の対象から外してください。それでも、都市計画の存続を違法とした先例はなかなか見当たりませんので、計画の存続を適法とする法律論と違法とする法律論の双方を示して、都市計画法の関係規定を挙げながら、本件の具体的な事情に即して綿密に検討するようにお願いします。

弁護士 T：承知しました。それから、計画の存続の違法性を主張するために、どのような訴えを提起すべきかという問題もあります。

弁護士 S：そのとおりです。最高裁判所は、大法廷判決で、土地区画整理事業の事業計画の決定に処分性を認める判例変更をしましたね（最高裁判所平成 20 年 9 月 10 日大法廷判決、民集 62 卷 8 号 2029 頁）。ただし、都市計画施設として道路を整備する事業は、都市計画決定とそれに基づく都市計画事業認可との 2 段階を経て実施されるのですが、土地区画整理事業の事業計画の決定は、道路に係る都市計画でいえば、事業認可の段階に相当します。

弁護士T：そのためか、Q県の職員は、道路に係る都市計画決定は、この大法廷判決の射程の外にあり、事業の「青写真」の決定にすぎず、処分性はない、と解釈しているようなのです。

弁護士S：私たちとしては、この大法廷判決の射程をよく考えながら、道路に係る都市計画決定の法的効果を分析して、本件計画決定に処分性が認められるかどうか、判断する必要があります。都市計画決定の法的効果を分析する際には、その次の段階に位置付けられる都市計画事業認可の法的効果との関係も考慮に入れてください。綿密な検討をお願いします。

弁護士T：承知しました。本件計画決定に処分性が認められる場合、本件計画の変更を求める義務付け訴訟や、本件計画決定の失効確認訴訟を提起することになるのでしょうか。

弁護士S：いろいろ考えられますが、今の段階では、こうした個々の抗告訴訟の適法性を検討することまでは、していただかなくて結構です。また、本件計画決定の処分性が認められない場合に、どのような訴えを提起するべきかも問題ですが、この点についても、今の段階では、処分性の検討の際に必要な範囲で考慮するだけで結構です。

弁護士T：分かりました。

弁護士S：それで、Pは、絶対にマンションを建築したいという希望なのですか。

弁護士T：強い希望を持っています。建築資金も調達できるとのことです。マンションの設計の依頼まではしていませんが、それは、高い費用を掛けてマンションの設計を依頼しても、法的にマンションを建築できないことになると、設計費用が無駄になるからであって、意欲や財源がないからではありません。ただし、本件建築制限が適法とされる可能性があることは十分承知していて、その場合は、代わりに本件支払請求をすることを要望しています。

弁護士S：そのような本件支払請求が可能かどうかを検討する場合、いろいろな要素を考慮する必要がありますね。Pに有利な要素も不利な要素も一つ一つ示しながら、検討してください。請求の根拠規定やごく基本的な考慮要素も、丁寧に挙げてください。当然ながら、箇条書にとどめないでください。税法に関わる問題もありそうですが、その点は考慮しなくて結構です。

弁護士T：承知しました。

【資料 2 関係法令】

○ 都市計画法（昭和 43 年 6 月 15 日法律第 100 号）（抜粋）

（定義）

第 4 条 この法律において「都市計画」とは、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るための土地利用、都市施設の整備及び市街地開発事業に関する計画で、次章の規定に従い定められたものをいう。

2～4 （略）

5 この法律において「都市施設」とは、都市計画において定められるべき第 11 条第 1 項各号に掲げる施設をいう。

6 この法律において「都市計画施設」とは、都市計画において定められた第 11 条第 1 項各号に掲げる施設をいう。

7～14 （略）

15 この法律において「都市計画事業」とは、この法律で定めるところにより第 59 条の規定による認可又は承認を受けて行なわれる都市計画施設の整備に関する事業及び市街地開発事業をいう。

16 （略）

（都市計画区域）

第 5 条 都道府県は、市又は人口、就業者数その他の事項が政令で定める要件に該当する町村の中心の市街地を含み、かつ、自然的及び社会的条件並びに人口、土地利用、交通量その他国土交通省令で定める事項に関する現況及び推移を勘案して、一体の都市として総合的に整備し、開発し、及び保全する必要がある区域を都市計画区域として指定するものとする。（以下略）

2～6 （略）

（都市計画に関する基礎調査）

第 6 条 都道府県は、都市計画区域について、おおむね 5 年ごとに、都市計画に関する基礎調査として、国土交通省令で定めるところにより、人口規模、産業分類別の就業人口の規模、市街地の面積、土地利用、交通量その他国土交通省令で定める事項に関する現況及び将来の見通しについての調査を行うものとする。

2～5 （略）

（都市施設）

第 11 条 都市計画区域については、都市計画に、次に掲げる施設を定めることができる。（以下略）

一 道路、都市高速鉄道、駐車場、自動車ターミナルその他の交通施設

二～十一 （略）

2 都市施設については、都市計画に、都市施設の種類、名称、位置及び区域を定めるものとするとともに、面積その他の政令で定める事項を定めるよう努めるものとする。

3～6 （略）

（都市計画基準）

第 13 条 都市計画区域について定められる都市計画（中略）は、（中略）当該都市の特質を考慮して、次に掲げるところに従って、土地利用、都市施設の整備及び市街地開発事業に関する事項で当該都市の健全な発展と秩序ある整備を図るため必要なものを、一体的かつ

総合的に定めなければならない。(以下略)

一～十 (略)

十一 都市施設は、土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して、適切な規模で必要な位置に配置することにより、円滑な都市活動を確保し、良好な都市環境を保持するように定めること。(以下略)

十二～十八 (略)

十九 前各号の基準を適用するについては、第6条第1項の規定による都市計画に関する基礎調査の結果に基づき、かつ、政府が法律に基づき行う人口、産業、住宅、建築、交通、工場立地その他の調査の結果について配慮すること。

2～6 (略)

(都市計画の図書)

第14条 都市計画は、国土交通省令で定めるところにより、総括図、計画図及び計画書によつて表示するものとする。

2 計画図及び計画書における区域区分の表示又は次に掲げる区域の表示は、土地に関し権利を有する者が、自己の権利に係る土地が区域区分により区分される市街化区域若しくは市街化調整区域のいずれの区域に含まれるか又は次に掲げる区域に含まれるかどうかを容易に判断することができるものでなければならない。

一～六 (略)

七 都市計画施設の区域

八～十四 (略)

3 (略)

(都市計画の告示等)

第20条 都道府県又は市町村は、都市計画を決定したときは、その旨を告示し、かつ、都道府県にあつては国土交通大臣及び関係市町村長に、市町村にあつては国土交通大臣及び都道府県知事に、第14条第1項に規定する図書の写しを送付しなければならない。

2 都道府県知事及び市町村長は、国土交通省令で定めるところにより、前項の図書又はその写しを当該都道府県又は市町村の事務所に備え置いて一般の閲覧に供する方法その他の適切な方法により公衆の縦覧に供しなければならない。

3 都市計画は、第1項の規定による告示があつた日から、その効力を生ずる。

(都市計画の変更)

第21条 都道府県又は市町村は、都市計画区域又は準都市計画区域が変更されたとき、第6条第1項若しくは第2項の規定による都市計画に関する基礎調査又は第13条第1項第19号に規定する政府が行う調査の結果都市計画を変更する必要性が明らかとなつたとき、(中略)その他都市計画を変更する必要性が生じたときは、遅滞なく、当該都市計画を変更しなければならない。

2 第17条から第18条まで及び前二条の規定は、都市計画の変更(中略)について準用する。(以下略)

(建築の許可)

第53条 都市計画施設の区域又は市街地開発事業の施行区域内において建築物の建築をしようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならない。(以下略)

一～五 (略)

2・3 (略)

(許可の基準)

第 54 条 都道府県知事は、前条第 1 項の規定による許可の申請があつた場合において、当該申請が次の各号のいずれかに該当するときは、その許可をしなければならない。

一・二 (略)

三 当該建築物が次に掲げる要件に該当し、かつ、容易に移転し、又は除却することができるものであると認められること。

イ 階数が二以下で、かつ、地階を有しないこと。

ロ 主要構造部（中略）が木造、鉄骨造、コンクリートブロック造その他これらに類する構造であること。

(施行者)

第 59 条 都市計画事業は、市町村が、都道府県知事（中略）の認可を受けて施行する。

2 都道府県は、市町村が施行することが困難又は不適当な場合その他特別な事情がある場合においては、国土交通大臣の認可を受けて、都市計画事業を施行することができる。

3 国の機関は、国土交通大臣の承認を受けて、国の利害に重大な関係を有する都市計画事業を施行することができる。

4～7 (略)

(認可又は承認の申請)

第 60 条 前条の認可又は承認を受けようとする者は、国土交通省令で定めるところにより、次に掲げる事項を記載した申請書を国土交通大臣又は都道府県知事に提出しなければならない。

一・二 (略)

三 事業計画

四 (略)

2 前項第 3 号の事業計画には、次に掲げる事項を定めなければならない。

一 収用又は使用の別を明らかにした事業地（都市計画事業を施行する土地をいう。以下同じ。）

二 設計の概要

三 事業施行期間

3 第 1 項の申請書には、国土交通省令で定めるところにより、次に掲げる書類を添附しなければならない。

一 事業地を表示する図面

二 設計の概要を表示する図書

三～五 (略)

4 第 14 条第 2 項の規定は、第 2 項第 1 号及び前項第 1 号の事業地の表示について準用する。

(認可等の基準)

第 61 条 国土交通大臣又は都道府県知事は、申請手続が法令に違反せず、かつ、申請に係る事業が次の各号に該当するときは、第 59 条の認可又は承認をすることができる。

一 事業の内容が都市計画に適合し、かつ、事業施行期間が適切であること。

二 (略)

(都市計画事業の認可等の告示)

第 62 条 国土交通大臣又は都道府県知事は、第 59 条の認可又は承認をしたときは、遅滞なく、国土交通省令で定めるところにより、施行者の名称、都市計画事業の種類、事業施

行期間及び事業地を告示し、かつ、国土交通大臣にあつては関係都道府県知事及び関係市町村長に、都道府県知事にあつては国土交通大臣及び関係市町村長に、第60条第3項第1号及び第2号に掲げる図書の写しを送付しなければならない。

- 2 市町村長は、前項の告示に係る事業施行期間の終了の日（中略）まで、国土交通省令で定めるところにより、前項の図書の写しを当該市町村の事務所において公衆の縦覧に供しなければならない。

（建築等の制限）

第65条 第62条第1項の規定による告示（中略）があつた後においては、当該事業地内において、都市計画事業の施行の障害となるおそれがある土地の形質の変更若しくは建築物の建築その他工作物の建設を行ない、又は政令で定める移動の容易でない物件の設置若しくは堆積を行なおうとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない。

2・3 （略）

（都市計画事業のための土地等の収用又は使用）

第69条 都市計画事業については、これを土地収用法第3条各号の一に規定する事業に該当するものとみなし、同法の規定を適用する。

第70条 都市計画事業については、土地収用法第20条（中略）の規定による事業の認定は行なわず、第59条の規定による認可又は承認をもつてこれに代えるものとし、第62条第1項の規定による告示をもつて同法第26条第1項（中略）の規定による事業の認定の告示とみなす。

2 （略）

（監督処分等）

第81条 国土交通大臣、都道府県知事又は指定都市等の長は、次の各号のいずれかに該当する者に対して、都市計画上必要な限度において、（中略）工事その他の行為の停止を命じ、若しくは相当の期限を定めて、建築物その他の工作物若しくは物件（中略）の改築、移転若しくは除却その他違反を是正するため必要な措置をとることを命ずることができる。

- 一 この法律若しくはこの法律に基づく命令の規定若しくはこれらの規定に基づく処分に違反した者（以下略）

二～四 （略）

2～4 （略）

第91条 第81条第1項の規定による国土交通大臣、都道府県知事又は指定都市等の長の命令に違反した者は、1年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する。

○ 都市計画法施行規則（昭和44年8月25日建設省令第49号）（抜粋）

（都市計画の図書）

第9条 （略）

- 2 法（注：都市計画法）第14条第1項の計画図は、縮尺2500分の1以上の平面図（中略）とするものとする。

3 （略）

第47条 法第60条第3項（中略）の規定により同条第1項（中略）の申請書に添附すべき書類は、それぞれ次の各号に定めるところにより作成（中略）するものとする。

- 一 事業地を表示する図面は、次に定めるところにより作成するものとする。

イ 縮尺50000分の1以上の地形図によつて事業地の位置を示すこと。

- ロ 縮尺 2 5 0 0 分の 1 以上の実測平面図によつて事業地を収用の部分は薄い黄色で、使用の部分は薄い緑色で着色し、事業地内に物件があるときは、その主要なものを図示すること。収用し、若しくは使用しようとする物件又は収用し、若しくは使用しようとする権利の目的である物件があるときは、これらの物件が存する土地の部分を薄い赤色で着色すること。
- 二 設計の概要を表示する図書は、次に定めるところにより作成するものとする。
 - イ 都市計画施設の整備に関する事業にあつては、縮尺 2 5 0 0 分の 1 以上の平面図等によつて主要な施設の位置及び内容を図示すること。
 - ロ (略)
- 三 (略)

平成24年司法試験論文式試験問題出題趣旨 公法系第2問

本問は、都市計画施設として道路を定める都市計画の事業が40年以上施行されていない区域内に土地を所有し建築制限を受けているPが、土地上の建物を建て替えることが必要になったために、都市計画を定めているQ県に対し、都市計画の適法性を争い、又は建築制限に対する補償を請求する事案における法的問題について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、都市計画法及び同法施行規則の趣旨を読み解いた上で、都市計画に関する行政訴訟の訴訟要件、本案における違法事由、及び損失補償の要件を論じる力を試すものである。

設問1は、Q県が都市計画を変更せずに存続させていること（以下、単に「計画の存続」という。）の適法性を争うために、Pがどのような行政訴訟を提起できるかを考える前提として、都市計画決定の処分性を検討させる問題である。全体としては、【資料1】に示された土地区画整理事業の事業計画の決定に処分性を認める大法廷判決の論旨をよく理解した上で、都市計画決定の処分性を判断するためのポイントを押さえること、及び、処分性の判断に関わる都市計画決定の法的効果を、後続する都市計画事業認可の法的効果と関係付け、また比較しながら的確に把握することが求められる。

個別に言えば、都市計画決定が権利制限を受ける土地を具体的に特定すること、都市計画決定が土地収用法上の事業認定に代わる都市計画事業認可の前提となること、及び、都市計画が決定されるとその実現に支障が生じないように建築が制限されることを、都市計画法令の諸規定から読み取らなければならない。その際、都市計画決定と都市計画事業認可の関係図書等や法的効果等を比較することを通じて、都市計画決定においては、収用による権利侵害の切迫性が土地区画整理事業の事業計画の決定に伴う換地の切迫性よりは低いことも、併せて考慮することが求められる。大法廷判決が、建築制限について、それ自体として処分性の根拠になるか否かを明言していない点にも、注意を要する。そして以上の考察を踏まえて、権利救済の実効性を図るために都市計画決定に処分性を認める必要性について、都市計画事業認可取消訴訟、建築確認申請に対する拒否処分取消訴訟及び都市計画に関する当事者訴訟など他の行政訴訟の可能性及び実効性を考慮して、判断することが求められる。

設問2は、計画の存続の適法性について、適法とする立場及び違法とする立場の双方から総合的に検討させる問題である。行政法の基本的な考え方、都市計画法の規定、及び本件の具体的な事情を、説得的に結び付けて法律論を展開することがポイントになる。なお、計画の存続を違法とする立場による場合に、Q県が都市計画を変更しなくても、都市計画決定及びそれに基づく建築制限が当然に失効していると解釈されるか否かにまで論及することは、求めている。

計画の存続を適法とする立場からは、行政裁量の存在が重要であるから、都市計画変更決定に関する行政裁量の存否及び幅を、都市計画法の文言、都市計画の性質、及び裁量に関する判例を考慮して、判断することが求められる。そして、Q県がR市の旧市街地の活性化という政策目的を考慮することの適法性を論じることになる。これに対し計画の存続を違法とする立場からは、行政裁量が認められるとしても、裁量権行使の前提となる事実の調査及び認定に過誤があれば、裁量権の行使が違法となり得ること、特に都市計画法は、定期の基礎調査及びそれに基づく計画の変更を定めており、前提事実の再検討による計画の見直しを重視していることを、論じなければならない。そして、Q県による将来交通需要推計が旧市街地の現況及び一般的な人口動向等から乖離している点、その背後に旧市街地の事業者の利益の不当な重視が疑われる点を、指摘することになる。

さらに論じるべき点として、道路密度については、都市計画変更決定に係る裁量基準として採用できるとしても、地域の実態及び個別事情を考慮せずに機械的に基準として適用することが正当かを、検討しなければならない。都市計画の実現までに要する期間については、一般に社会的及び財政的制約から長期に及ぶことに着目した上で、本件に関し、本件計画道路の整備状況やQ県の財政状況の推移等に鑑みて、なお計画の存続が正当化できるかという問題を、論じることが求められる。そして以上の考察を通じて、計画の存続の適法性に関する受験者の見解を説得的に示さなければならない。

設問 3 は、計画の存続を適法と仮定して、建築制限を受ける P に対する損失補償の要否を検討させる問題である。損失補償の根拠として、憲法第 29 条第 3 項の直接適用が可能なことを指摘した上で、補償の要否を判断するための考慮要素として、財産権侵害の重大性、公用制限としての性格、土地利用の現況の固定に当たるか否か等を挙げることが求められる。そして、本件における建築制限の内容及び期間等の事情から、補償の要否を判断しなければならない。

本件の損失補償に関しては、都市計画事業として土地が収用される際には、被収用地が建築制限を受けていないとすれば有するであろうと認められる価格で補償するものとされるため、仮に収用前の時点で補償を認める場合、収用時の補償との関係をどう考えるか、という問題がある。しかし、この点を詳細に論じることは試験時間内では困難なため、設問 3 は損失補償の基本的な根拠及び要件を問う形式にして、配点を下げることにした。

なお、受験者が出題の趣旨を理解して実力を発揮できるように、本年も各設問の配点割合を明示することとした。

MEMO

平成 24 年司法試験論文式試験 公法系第 2 問 合格者 A さんの再現答案（公法系 140.24 点）

第 1 設問 1

1 本件計画決定が「処分」（行訴法 3 条 2 項）に当たるためには、公
権力の主体たる国または公共団体の行う行為のうち、その行為によ
って直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが
法律上認められている、といえなければならない。

具体的には、公権力性、外部効果性、具体的な法効果性があるこ
とが必要である。本件では、このうち公権力性及び外部効果性は認
められるため、本件計画決定が「処分」といえるためには、具体的
な法効果性が認められるか否かによる。

2 都市計画が決定がされ、それが告示されると（都市計画法 20 条 1
項）、その告示のあった日から、その都市計画の区域内では建築物
の建築をしようとする場合には、都道府県知事の許可が必要となる
ため（同法 53 条 1 項）、本件計画決定とその告示によって、その区
域内に住む人に対しては建築制限という法効果が生じることになる。

しかし、この効果自体は一般的抽象的な法効果にすぎず、具体性
を欠くものとして「処分」には該当しないものというべきである。

3 ここで、最判平成 20 年 9 月 10 日大法廷判決（以下、平成 20 年判
決という）は、土地区画整理事業の事業計画の決定に処分性を認め
ている。この平成 20 年判決が処分性を肯定した理由として重要な
点は、①土地区画整理事業の事業計画が決定されて告示がされると、
その後特段の障害がない限り自動的に土地収用裁決まで至り、この
土地収用裁決には処分性が認められること、②この土地収用裁決を
待って争ったのでは、それまでの間に既成事実が積み上げられて、
仮に計画自体に違法性が認められたとしても事情判決（行訴法 31
条 1 項）がされるおそれが高いことから、紛争の実効的解決の観点
から計画の段階で争わせる必要性が高かったことが挙げられる。

4 では、本件計画決定は平成 20 年判決の理由づけによって、処分性
が認められないか。

都市計画決定がされたとしても、その後具体的な事業を行おうと
する場合、施行者となる者が都市計画法 59 条 1 項に基づいて都道
府県知事の認可を受ける必要があり、この認可を受けるためには別
途申請をする必要がある（都市計画法 60 条 1 項）。

そうすると、本件計画決定があれば自動的に収用裁決等の具体的
な処分性を有する行為に至るというわけではなく、間に申請をする
という行為が必要であることから、平成 20 年判決の①の理由づけ
は妥当しない。

むしろ、都市計画法 59 条の認可決定がされた場合、都市計画法
70 条により土地収用法 20 条の事業認可がされたものとされ、都市
計画法 62 条の告示がされると、同法 70 条により土地収用法 26 条
1 項の事業認定の告示があったものとされ、土地収用裁決に至ること
になるため、平成 20 年判決の①の理由づけが当てはまるのは、
この都市計画法 59 条 1 項の事業認可決定であるといえるべきである。

そして、本件計画決定の違法性を争いたい場合、都市計画法 59
条 1 項の事業認可決定には上記の通り平成 20 年判決の理由づけ①
が当てはまり、また土地収用裁決まで待っていては紛争の解決の実

平成 20 年判決との比較を
どこで論じるか迷いまし
た。

事業認可決定には処分
性が認められるという
理由を書こうと思った
のですが、これも書く順
番に悩みました。

効性が確保できないという②の理由づけも同様に当てはまるため、事業認可決定は「処分」といえ、これを争う際に主張することで十分救済することが可能である。したがって、本件計画決定自体を「処分」として取消訴訟で争わせなかったとしても紛争の実効的解決が図られないということにもならない。

仮に本件計画決定自体を「処分」として、取消訴訟で争わせる場合、出訴期間（行訴法 14 条）の制限がかかり、現時点ではこの出訴期間が過ぎてしまっているの、かえって紛争の実効的解決が図られないことになってしまう。

確かに、本件のように本件計画が決定されてから実際の事業が行われずに長年放置されているような場合、争う機会がないとも思われるが、このように考えたとしても、当事者訴訟（行訴法 4 条後段）によって、建築制限がかからないことの確認等を行うことによって個別的に自己の権利を救済する手段は認められていることから、本件で「処分」性を認めなかったとしても酷とまではいえない。

5 よって、本件計画決定は法効果は認められるものの、それは一般的抽象的な効果に過ぎず、具体的な法効果が認められないため、「直接国民の権利義務を形成し又はその範囲を確定することが法律上認められているもの」に該当しないため、「処分」に当たらないというべきである。

第 2 設問 2

1 本件計画を存続させていることが適法であるという法律論としては、本件計画を変更するか否かに関しては広い裁量権が認められており、変更せずに存続させていることはこの裁量の範囲内にとどまる、というものが考えられる。

(1) 都市計画の中で、都市計画区域を指定する際、都市計画法 5 条 1 項によって、自然的及び社会的条件並びに人口、土地利用、交通量その他国土交通省令で定める事項に関する現況及び推移を勘案して、指定するものとされており、この指定というのは専門的・技術的な知識を必要とするものであるから、行政の側に広い裁量権が認められる。

また、都市計画法 6 条では、5 年ごとに現況及び将来の見通しについて調査するものとされているが、この結果を受けて計画を変更するかどうか、同様に専門的・技術的要素を多分に含むため、広い裁量が認められる。

(2) そして、確かに b 地点と c 地点の間の交通量は 1990 年から 2010 年までの 20 年間に 20 パーセントも減少しているものの、本件区間の整備を進めれば c 地点付近の旧市街地の経済が活性化し、それに伴い b 地点と c 地点の交通需要が増えていくと予測されることを考えれば、本件計画を存続させておくことも未だ裁量の範囲内であるといえる。

また、本件計画を維持して、整備しなければ基準道路密度を下回ることになることも、維持しなければならないやむを得ない事由としてあげることが出来る。

(3) したがって、本件計画を変更せず存続させることも、この広い裁量の範囲内の判断であるとするのが、適法とする法律論の論拠

93 といえる。
94 2 次に、違法とする法律論としては、行政の側に裁量権が認められ
95 たとしても、一定の限界が認められ、具体的には基礎とされた重要
96 な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くことと
97 なる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、
98 判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりそ
99 の内容が社会通念に照らし著しく妥当を欠くものと認められる場
100 合には、裁量権の逸脱・濫用が認められ、違法となり、本件ではこ
101 の裁量権の逸脱・濫用が認められる、とするものが考えられる。

102 (1) まず、上記の通り都市計画法 5 条、6 条により行政の側に裁量
103 権が認められるのはその通りであるといえる。

104 (2) しかし、Q 県は b 地点と c 地点の間の交通需要が 2030 年には
105 2010 年比で約 40 パーセント上昇すると推計しているが、実際に
106 は空洞化が進み前述の通り 1990 年からの 20 年間で逆に 20 パー
107 セントも交通量が減少しており、今後、本件区間を整備したとし
108 ても急に交通需要が上昇するとは考えにくく、本件計画を存続さ
109 せていることは、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くもの
110 といえる。

111 また、上記の通り、本件計画を存続させ整備をしなければ基準
112 道路密度を下回ることを、存続させる理由としているが、これは
113 法律上必要とされているものではなく、Q 県における運用にすぎ
114 ないのに、これを理由として長年建築制限を受け続けているとい
115 う事実を無視し、計画の存続の必要があるというのは、他事考慮
116 に当たり、その結果内容が著しく妥当を欠くものであるというべ
117 きである。

118 (3) したがって、本件では裁量権は認められるとしても、裁量の逸
119 脱・濫用が認められ違法となる、というのが違法とする法律論の
120 論拠といえる。

121 3 私見としては、やはり 40 年以上にわたって建築制限が課せられて、
122 本件計画に基づく整備がされる気配がない現状に鑑みて、裁量があ
123 るとしても限界はあると考えるべきである。

124 そして違法とする法律論の論拠にあるように、空洞化が進んでい
125 る現状を考えれば本件区間を整備しただけで交通需要が増えてい
126 く推論をするのは、やはりその評価として合理性を欠くものとい
127 うべきであり、また基準道路密度を存続の理由とすることは逆さま
128 の議論であるというべきであるし、他の区間では見直しがされてい
129 ることとの均衡も考慮すれば、本件事情のもとで計画を変更せずに
130 存続させておくということは、裁量権の逸脱・濫用が認められるも
131 のというべきである。

132 したがって、本件計画を存続させていることは違法と考えるべき
133 である。

134 第 3 設問 3

135 1 本件計画を存続させていることが適法であるとする、P が Q 県
136 に対する本件支払請求が認められるためには、損失補償としての請
137 求が認められる必要がある。

138 2 そして、都市計画法上は損失補償が認められるという規定はない

ものの、憲法 29 条 1 項は、財産権保障の実効性確保の観点から、
憲法 29 条 1 項を直接の根拠規定として損失補償を請求することが
出来るものというべきである。

3 憲法 29 条 1 項に基づく損失補償が認められるためには、特別の犠
牲が認められる必要がある。

具体的には、財産権のはく奪やこれと同視できるような場合には
原則として特別の犠牲が認められ、損失補償が認められるが、これ
に至らない程度の場合には、規制が社会福祉の観点からされたよう
な場合には内在的制約として補償が認められないものというべき
である。

損失補償の規範はかなり
適当です。

本件で、損失補償が認められる方向に働く事情としては、やはり
1970 年の本件計画決定の時から 40 年以上にわたり建築制限を課せ
られていることが挙げられる。他には、最近になって P に持病が悪
化し、商店を休業することが多くなっており、今後はマンションを
経営することで生計を立てようと考えているため、これが認められ
ないとすると、老後の生活が困難になってしまうという事情が挙げ
られる。

一方で、損失補償が認められない方向に働く事情としては、本件
計画というのは本件区間の整備を行うために必要なものであり、建
築制限は公共目的達成のために課せられたやむを得ない規制であ
ること、また建築制限が課せられているとしても建物の高さ制限が
あるだけで、本件建物が老朽化しており建て替えが必要な場合には、
一般的な住居として建て替えることは可能であること、また、都市
計画法自体に損失補償の規定が置かれていないのは、法としてそも
そも損失補償を想定していないということが考えられる。

これらの事情を考慮すれば、確かに長年にわたって建築制限とい
う規制を課せられているものの、公共目的であること及び建物を建
て替えることが可能であることを考慮すれば、いまだ財産権のはく
奪と同視できるような事情はなく、内在的な制約であると考えるべ
きである。

したがって、本件では特別の犠牲は認められないというべきであ
る。

4 よって、P の Q 県に対する本件支払請求は認められない。

以 上

総合コメント

今年は処分性が出るであろうこと、及び都市計画決定は
あやしいと思っていたので、設問 1 を見たときは、来たか、
という感じだった。

しかし、設問 2 と 3 は正直よくわからなかったので、か
なり創作的になってしまった気がする。

<構成・作成の時間配分>

構成：35 分

作成：85 分

<使用した参考書など>

事案解析の作法、事例研究行政法

平成 24 年司法試験論文式試験 公法系第 2 問 合格者 B さんの再現答案（公法系 102.94 点）

第 1 設問 1

1 抗告訴訟の対象となる「行政庁の処分」(行政事件訴訟法(以下略)
3 条 2 項)とは、公権力の主体たる国または公共団体が行う行為の
うち、直接国民の権利義務を形成し、その範囲を確定することが法
律上認められるものをいう。

具体的には、①公権力性、②個別具体的な権利義務の変動がある
か否かで判断する。

2 本件について検討する。

まず、都市計画決定は、契約等と異なり、都道府県の一方的な決
定により、その効果が生じるものであり、公権力性がある(①)。

3 では、②個別具体的な権利義務の変動があるか、土地区画整理事
業の事業計画決定に処分性を認めた平成 20 年の最高裁判例の射程
内かどうかの観点から検討する。

(1) 上記判例は、⑦事業計画の決定によって国民は換地処分をなさ
れ得る地位に立たされること、⑧換地処分を待って取消訴訟を提
起しても事情判決がなされる可能性が高く、実効的な救済のため
には事業計画決定の時点で取消訴訟を提起する必要がある、紛争
の成熟性もあることから、処分性を認めている。

(2)ア まず、都市計画決定の次の段階である都市計画事業 認可の
効果を検討する。事業認可がなされると(都市計画法(以下法)
59 条 1 項)、告示がなされ(法 62 条 1 項)、当該事業地内の土
地について建築制限の効果が生じる(法 65 条 1 項)。そして、
都市計画事業の認可によって、土地収用法の適用により、当該
土地所有者は換地処分をされ得る地位に立たされる(法 69 条、
70 条)。そして、換地処分がなされた後、取消訴訟を提起した
のでは、事情判決により、救済の実効性が低い。また、事業認
可の時点ですでに詳細な図面や図書が作成されており(都市計
画法施行規則(以下規則)47 条、法 60 条 3 項)、計画には具体
性があるから、紛争の成熟性もあると考えられる。

イ 次に都市計画決定の効果について検討する。都市計画決定が
なされると、都市計画区域が指定され(法 5 条)、計画の告示
がなされる(法 20 条 1 項)。さらに、都市計画決定は、国土交
通大臣、都道府県知事にその図書が送付されることとなってい
る(同条項)。これは、都市計画事業の施行者等に都市計画の
内容を知らせる趣旨であり(法 59 条参照)、都市計画決定と事
業認可は連動していると考えられる。それは、法 61 条が、事
業認可の申請手続きが法令に違反せず、都市計画に適合してい
れば原則として認可又は承認される(法 61 条 1 号)ことから
もうかがえる。したがって、都市計画決定により、連動して事
業認可の効果である換地処分なされる地位に立たされるとい
う効果が生じると解される(⑦)。そして、事業認可の施行者
に送付される都市計画決定の図書は、事業認可と同じく詳細な
計画図を要求されており(規則 9 条、法 14 条 1 項)、また、換
地処分がなされてからでは救済の実効性がないことから、計画
決定時点での取消訴訟の提起を認めるべきであり、紛争の成熟
性がある(⑧)。

結論は迷ったが、誘導は
肯定して欲しそうと読
んで、肯定にもっていく
ようにした。とにかく、
条文はできるだけ挙げ
て、仕組み解釈の姿勢を
アピールしようと考え
た。

規則をどのように使う
のか分からなかったが、
全く触れないよりは、間
違って、考えたことを
少しは見せようと思い
書いた。

47 以上からすれば、都市計画決定は、前述判例の射程内にある
48 といえ、②個別具体的な権利義務の変動があると考える(②)。

49 4 よって、都市計画決定には処分性がある。

50 第2 設問2

51 1 適法とする法律論

52 (1) Q県は、都市計画を変更する「必要が生じたとき」には、遅滞
53 なく変更しなければならない(法21条1項)。

54 都市計画は都市の健全な発展と秩序ある整備を図るための土
55 地の利用等を目的としてなされるものであり(法4条)、行政の
56 専門的技術的判断が必要であるから、「必要が生じたとき」か否
57 かの判断には、行政の広範な裁量を要する。もっとも、裁量権の
58 逸脱・濫用があれば、違法となる(30条)。

59 (2)ア 本件についてみると、確かに、Q県が5年ごとに行っている
60 都市計画に関する基礎調査によれば、c地点の付近において事
61 業所や人口が減少する「空洞化」の傾向がみられ、b地点とc
62 地点の間の交通量は20年間に20パーセントも減少している。
63 しかし、c地点での事業者の多くは、空洞化に歯止めを掛けて
64 街のにぎわいを取り戻すために本件区間を整備する必要がある
65 と強く主張している。そうであるとすれば、Q県としては、
66 整備によって経済が活性化し、交通需要が増えるため、「必要
67 が生じたとき」に当たらないと判断することは、著しい不合理
68 があるとはいえず、裁量権の逸脱、濫用があるとはいえない。

69 イ また、本件区間を整備しないと、本件区間付近において道路
70 密度が過少になる。すなわち、Q県は、本件区間を整備しない
71 と基準道路密度を1キロメートル前後下回ることになること
72 から、他の地域との比較からも「必要が生じたとき」に当たら
73 ないと判断することは、著しい不合理があるとはいえず、裁量
74 権の逸脱、濫用があるとはいえない。

75 2 違法とする法律論

76 (1) 都市計画の変更に一定の裁量を要するとしても、法21条は、
77 変更する「必要が生じたとき」の判断の際、一定の調査結果を前
78 提としており、調査結果によって変更の必要が生じたときは「遅
79 滞なく」変更しなければならないとしている。これは、客観的な
80 データにより、裁量を狭くし、迅速な変更を促す趣旨である。そ
81 こで、「必要が生じたとき」とは、判断の時点で変更の必要が生
82 じたときを指すものと解する。

83 (2) そうすると、本件において、確かに現在、空洞化が生じていた
84 としても、整備によって経済が活性化し、交通需要が増える可能
85 性は否定できない。しかし、b地点とc地点の間は、1970年から
86 現在まで40年以上も全く事業が施行されておらず、事業を施行
87 するための具体的な準備や検討も一切行われていない。さらに、
88 Q県の財政事情が逼迫しており、事業の施行が財政上困難となっ
89 ているという状況からすれば、そもそも、整備を進める見通しが
90 立っていない。したがって、整備によって経済が活性化し、交通
91 需要が増えるという判断は合理性がない。Q県が本件計画を変更
92 せずに存続させようと判断した時点で、交通需要の増加は見込め

時間が切羽詰まってしま
まい、違法か適法かの結
論を書くか、最後まで書
くかで迷ったが、最後ま
で書ききることが優先
と思って、あえて結論は
切ってしまった。

道路密度の意味が何度
読んでも分からなかつ
たので、とりあえず、適
法の法律構成で使えそ
うな事情だけひっばつ
た。

あまり、うまく解釈でき
なかったが、時間がない
ので、時間をかけずに次
にいくことを考えた。

なかったのであるから、「変更の必要が生じたとき」にあたりと
解すべきである。

そうすると、遅滞なく変更しなかったQ県の行為は、違法であ
る。

第3 設問3

- 1 Q県の行為が適法である場合、Pは、Q県に対し、憲法29条3項
に基づく損失補償請求をすることが考えられる。
- 2 損失補償請求が認められるためには、①財産権の、②特定人に対
する③特別犠牲と考えられるほど強度の犠牲があることが必要で
ある。
- 3 本件において、都市計画が変更せずに存続することにより、建築
制限が課され、Pは所有物である本件土地を自由に使用収益するこ
とができなくなっている。したがって、財産権に対する損失である
(①)。
- 4 もっとも、建築制限は、本件計画道路の区域内にある土地すべて
にかかるため(法53条1項)、Pという特定人に対する制限とはい
えない。
- 5 さらに、Pは、8階建てのマンションは建築できないが、鉄筋2
階建てのバリアフリー住宅に建て替えることはできるのであり、特
別犠牲と考えられるほど強度の犠牲があるとはいえない。
- 6 以上より、PのQ県に対する本件支払請求は認められない。

以 上

誘導には箇条書きにと
どめず、いろいろな要素
をと書かれていたが、時
間がなく、検討が不十分
となってしまった。

総合コメント

設問3が書ききれず、物足りない答案になってしまっ
た。

<時間配分>

答案構成：30分

答案作成：90分

<使用した参考書・問題集>

行政法：事例研究、事案解析の作法

民法：事例演習教材

会社法：事例演習教材

民訴：解析

刑法：事例演習教材

刑訴：ロースクール刑訴、事例演習刑事訴訟法

139
140
141
142
143
144
145
146
147
148
149
150
151
152
153
154
155
156
157
158
159
160
161
162
163
164
165
166
167
168
169
170
171
172
173
174
175
176
177
178
179
180
181
182
183
184

平成24年司法試験論文式試験 公法系第2問 不合格者Cさんの再現答案 (公法系 85.43点)

第1 設問1

1 本件計画決定が、抗告訴訟の対象となる処分に当たるか、都市計画決定が「処分」として処分性が認められるか検討する（行政事件訴訟法3条2項参照）。

2 処分性があるというためには、公権力の主体たる国又は公共団体の行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律により認められていることを要する。すなわち、①公権力性、②直接性、③具体性、④法的效果があることを要するといえる。

3 法的效果について

都市計画決定につき、都市計画は、都市計画決定の告示があった日から効力が生じるとされ（都市計画法（以下略）20条1項、3項）、道路に係る都市計画決定により（11条1項1号）、建築物の建築が許可制となる（53条1項、54条）。これは、いわゆる建築の自由に対する制約となるものである（④）。

誘導文にあることを、とりあえず書いておくことに。

また、都市計画事業認可につき、市町村又は都道府県等は、認可等を受けることで、都市計画事業を施行することができるとされ（59条1項から3項、60条、61条）、都市計画事業認可の告示後においては、建築等が許可制となり、制限を受けることとなり（62条、65条1項）、しかも同制限等に違反すれば措置命令を受け（81条1項1号）、それが刑罰により担保されている（91条）。そのみならず、土地計画事業認可は、土地収用法上の事業認定とみなされ（69条、70条1項）、土地を収用される地位に立たされるという点で（④）、土地区画整理事業の事業計画決定と異なることはないというべきである（最大判平成20年9月10日参照）。

どのような出題趣旨か分からなかったが、何となく適当に理由をつけて弁護士の立場（処分性の肯定）に引き付ける。

4 そして、都市計画の図書の計画図は、権利者が区域内に含まれるか否かを容易に判断することができなければならないとされ（14条1項、2項7号、同法施行規則9条2項）、事業認可の申請書にも図面を添付しなければならないとされているところ（60条1項、3項、同法施行規則47条）、都市計画区域内の土地権利者等を特定することを予定しているものといえる（②③）。

規範にあげた以上、一応、適当に当てはめをしておく。

さらに、都市計画決定や事業認可は、市町村や都道府県等の公共団体が一方的に定めるものであり（4条1項、14条、59条、60条、61条参照）、公権力性も認められる（①）。

5 よって、本件計画決定には、処分性が認められる。

適法とする法律論とは何を意味するのか悩んだ挙句、自信がないなか、裁量論に引き付けて書いてみることに。

第2 設問2

1 適法とする法律論について

(1) 都市計画の変更は、都市計画に関する基礎調査（6条1項）、又は政府が行う調査の結果（13条1項19号）、都市計画を変更する必要が明らかになったときに変更するとされるところ（21条1項）、それは円滑な都市活動の確保や良好な都市環境を保持するためなど（13条1項11号参照）、専門的技術的判断を必要とし、都道府県又は市町村に広範な裁量が認められる。したがって、変更しないことが著しく不合理であることが明白でない限り、違法ということはできない。

(2) c地点で営業する事業者の多くからの要望もあり、本件区間の

整備を進めれば、c地点付近が活性化し、それに伴い交通需要が増加していくと予測しているのであるから、単に現在の人口の減少をもって計画を変更しなければならないとまではいえない。また、基準道路密度を商業地のままで存続する必要があることに鑑みても、計画変更しないことが、著しく不合理であるとまではいえない。

自信がなく、当てはめも控え目になる。

(3) よって、計画の存続は適法である。

2 違法とする法律論について

適法とする法律論と同様。

(1) 都市計画の変更は、上記一定の場合に「当該都市計画を変更しなければならない。」とされているのであって(21条1項)、変更を義務付けている。しかも、「遅滞なく」とされ、即応を求めているところ、都道府県又は市町村に裁量が認められるとしても(要件裁量)、計画を変更しないことに合理的理由がなければならないといえる。したがって、変更しないことに合理的理由がない限り、違法となる。

(2) c地点付近では、事業所および人口が減少しており、b地点とc地点の間の交通量は、1990年から2010年までの20年間に約20%も減少しているのであるから、都市計画決定を変更しなければならないといえる。また、たとえ将来の交通需要の増加を予測しているとしても、そもそも本件計画が高度経済成長期に人口増加と経済成長があることを前提にしており、現在は少子高齢化による人口減少や低成長経済であるため、その前提に欠けるのであるから、これをもって合理的理由ということはできない。

(3) よって、計画の存続は違法である。

第3 設問3

1 PのQ県に対する本件支払請求につき、憲法29条3項に基づく損失補償として、請求することが考えられる。

2 損失補償が認められるためには、それが特別犠牲といえなければならない。

3 ①本件建築制限は、計画区域内に課される一般的な制限であり、特定性に欠ける。②また、建築制限は、所有権そのものを喪失するものではなく、間接的な制限にすぎない。③さらに、内在的な制約にすぎない。

よって、特別犠牲とはいえず、本件支払請求をすることはできない。

時間切れに。とりあえず最低限「憲法29条3項」と「特別犠牲」という文言程度は書いて、まさしくの途中答案だけは避けよう。

以上

総合コメント

全体的に、当てはめも薄く、書き負けている感じに。昨年の問題等に比べれば簡単であると思われるが、本番では悩んで自信がなかったこともあり、書くことに躊躇して考えてばかりで、事案のピックアップ・評価がおろそかになってしまった。

<時間配分>

答案構成：約40～50分(答案を書いている途中でも答案構成をしている。)

答案作成：約70～80分