

論文式試験問題集
[憲法・統治]

[憲法・統治]

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

I市は、東北地方にある人口5万人程度の小規模な市である。同市には地方自治法に基づくI市議会が存在し、同議会には条例に基づいて20人の市議会議員が存在する。I市議会の市議会議員であるA及びBは、いずれも令和2年12月に行われた選挙において当選した者である。

令和3年4月、I市議会の教育民生常任委員会は、視察旅行への委員の派遣を発案し、I市議会議員長に対して同視察旅行への承認を求めた。これを受けた同議長は、同委員会の所属議員全員に対して出張命令を発した。これに対して同委員会委員でもあるAは、「財政難である当市において、この視察旅行の必要性には疑問がある。」等と述べ、欠席願を提出した上で同視察旅行を欠席した。これに対しI市議会運営委員会は、Aに対して厳重注意処分（注：I市議会条例に基づくもの。）の決定をし、I市議会議員長は同決定を前記条例に基づいて公表した（以下、「本件処分①」という。）。

他方、上述の経緯について、Bは地元紙からのインタビューを受けた際「議会は馴れ合いばかりでAへの懲罰は甘すぎるが、Aはこれにも不服なようだ。反省のポーズくらいすればいいものを、Aはサル未満だ。」等と発言をした。これに対してI市議会は、Bの発言はI市議会議員としての品位を著しく欠くものとして、Bに対して地方自治法に基づいて23日間の出席停止の懲罰を科した（以下、「本件処分②」という。）。I市議会条例では、議員の出席停止処分がなされた場合には、停止の間の日数分の議員報酬が減額されるものと定められており、Bも同条例に基づき停止期間中の議員報酬が減額された。

〔設問１〕（配点：２５点）

Aは、本件処分①は違法であり、自身の名誉を毀損するものであるとして、I市に対して国家賠償法に基づき慰謝料等の支払を求める訴えを起こした。

この事案において裁判所は本案判決をすべきか否かを検討せよ。なお、本案判決をすべきと考える場合には、いかなる点について考慮すべきかを併せて論ぜよ。

〔設問２〕（配点：２５点）

Bは、本件処分②が違法であるとして、I市に対して処分の取消を求めるとともに、減額された議員報酬等の支払を求める訴えを起こした。

この事案において、裁判所は本案判決をすべきか否かについて検討せよ。

2021年11月7日

担当：弁護士 井口賢人

参考答案
[憲法・統治]

第1 設問1

- 1 Aは、本件処分①が違法であるとして、I市に対して国家賠償請求を行っているが、本件処分①はI市議会の決定でなされたものであるから、その当否を裁判所が判断することは可能か。司法権の範囲との関係で問題となる。
- 2 (1) 司法権は憲法76条1項によって裁判所に属しているところ、司法とは具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによってこれを裁定する国家作用であると解する。これを受けて裁判所法3条第1項は、裁判所の裁判の対象を、原則として「法律上の争訟」と定めている。前記司法の意義から、「法律上の争訟」とは、当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られるものと解する。
- (2) この点、本件の訴えは、Aが、本件処分①によって自身の名誉が毀損されたとして、I市議会に対して損害賠償を求めるものであるから、具体的な権利義務の存否に関する紛争であり、かつ法令の適用によって解決することができるものであり、法律上の争訟性を欠くものではない。
- 3 (1) しかしながら、地方議会は、地方自治の本旨（憲法92条）に基づいて自律的な法規範を有するものであり、議会の議員に対する懲罰その他の措置については、議会の内部規律の問題にとどまる限り、その自律的判断に委ねられるべきであり、司法審査が及ばないのでは

ないか。

- (2) この点、Aの訴えは、議会の決定である本件処分①の効力を直接争うものではなく、その当否を前提問題として国家賠償請求権の成否の判断を求めるものであってまさに司法の問題であるといえるから、司法審査の対象であると考ええる。
- (3) もっとも、司法審査が及ぶとしても、議会の行った措置がその内部規律の問題にとどまる限り、裁判所は議会の自律的判断を尊重しなくてはならず、請求の前提問題になっている場合には、議会の判断を前提として請求の当否を判断すべきと解する。
- 4 本問についてみるに、本件処分①は地方自治法に基づく懲罰処分ではなく、条例に基づく嚴重注意処分に留まるものであって、Aに対して何らかの法的効力を及ぼすものではない。また、本件処分①は条例に基づく手続で行われており、殊更にAの名誉を毀損する態様で行われたものでも無い。加えて、地方議会議員の活動の当否は、最終的に選挙によって評価されるべきものであり、本件処分①について司法が当否を判断すべき必要性も低い。
- 以上からすれば、本件処分①の当否は、なおI市議会の内部規律の問題にとどまるものと評価すべきであるところ、裁判所は、国家賠償請求の成否の前提問題として、その当否を判断する場合、I市議会の判断を前提としなくてはならない。
- 5 よって、裁判所は、Aの訴えに対して本案判決をすべきであるが、請求棄却判決をすべきである。

第2 設問2

- 1 Bは、本件処分②が違法であるとして、I市に対して同処分の取消を求めているが、本件処分②はI市議会の決定でなされたものであるから、その当否について裁判所が判断することは可能か。司法権の範囲との関係で問題となる。
- 2 (1) Bの訴えが司法審査の対象になるか否かについて、「法律上の争訟」については第1の2(1)に記述した解釈が妥当する。
- (2) 本問についてみるに、本件処分②は、公権力による処分であって処分性を有するものであり、これに対する取消を求めることは抗告訴訟であり、減額された報酬を求めるのは実質的当事者訴訟であり、いずれも法律上の争訟性を有するよう思える。
- 3 (1) しかし、前述の通り地方議会は、地方自治の本旨に基づいて自律的な法規範を有するものであり、議会の議員に対する懲罰その他の措置については、議会の内部規律の問題にとどまる限り、その自律的判断に委ねられるべきであるから、例外的に司法審査の対象にならないのではないかとと思われる。
- (2) この点、地方議会は地方自治の本旨により自律性を有する。しかしながら、本件処分②のような出席停止処分は、対象となる議員に対し議員活動の中核である議会参加を一時的に停止させるものである。これは、地方自治の本旨の中核である住民自治に基づく議員活動を阻害するものであるから、議会の自律性のみを強調するのは妥当ではない。
- また、前述の通り地方議会議員の活動の当否は、最終的に選挙によ

って評価されるべきものであるが、出席停止処分はその前提となる活動自体を制限するものであって極めて強度の処分である。加えて、出席停止処分によって議員活動が制限される場合、当該議員の報酬や歳費に対する付随処分がなされる場合も多く、権利の回復の為に前提となる処分の当否について、直接、司法審査の対象とすべき必要性が高い。

他方で、出席停止処分の懲罰の適否の判断については、議会の裁量を前提に、その適否を判断することとなるため、出席停止処分の適否を司法審査の対象にしたとしても、過度に地方議会の自律性を阻害するものとまではいうことができない。

(3) 以上の点に鑑みるに、地方議会が行った出席停止処分については、議会の内部規律の問題ということができず、司法審査の対象になるものと解する。

4 これを本問についてみるに、本件処分②は地方自治法に基づく出席停止処分（地方自治法135条1項3号）であり、I市条例に基づく報酬減額処分を伴うものである。上述の通り、これらは直接に司法審査の対象とする必要性が高いものであり、議会の内部規律の問題とはいえないものであるから、Bの訴えは司法審査の対象になる。

5 よって、Bの訴えについて、裁判所は本案判決をすべきである。

以 上

2021 年 11 月 7 日

担当：弁護士 井口賢人

予備試験答案練習会(憲法・統治)採点基準表

受講者番号

	小計	配点	得点
〔設問1〕	(25)		
○問題提起	<20>	2	
・「法律上の争訟」の意義, あてはめ		3	
・いわゆる部分社会論への言及		3	
・いわゆる部分社会論についての検討		2	
・名誉毀損の成否の判断において議会の自律的判断を尊重することへの言及		4	
・その他あてはめ		4	
結論		2	
○裁量点	<5>	5	
〔設問2〕	(25)		
○問題提起	<20>	2	
・「法律上の争訟」の意義, あてはめ		3	
・いわゆる部分社会論への言及		4	
・議員の出席停止処分に対し司法審査が及ぶか否かに関する検討		6	
・本件へのあてはめ		3	
結論		2	
○裁量点	<5>	5	
合 計	(50)	50	

憲法・統治 解説レジュメ

第1. 出題の趣旨

本問は、司法権の範囲に関する論点のうち、司法権の限界（外在的限界）の意義と具体的な適用を問う問題である。

設問1、設問2のいずれも直近の最高裁判例をモデルとした設問であるが、特に後者については判例変更が行われたものであるため試験委員の関心も高いものと思われる。本問を通じてこれらの判例の存在だけでも押さえておいて欲しい。

予備試験においては憲法の統治分野の知識を問う論文式試験が複数回出題されているものの、出題頻度は多くはない。もっとも、司法権の範囲に関する問題は、予備試験・本試験のいずれでも出題可能性があり、かつ典型論点であって正答率も一定以上であることが予想されるため、統治分野であるといっても決して疎かにしてはならない論点である。

第2. 設問1

1 司法権の範囲について

(1) 法律上の争訟について

憲法は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」(憲法76条1項)と定めている。この点、司法権に関しては、伝統的に、具体的な争訟について法を適用し、宣言することによってそれを裁定する作用であると解釈されており、裁判所法3条1項はこの趣旨を受けて、裁判所は「一切の法律上の争訟を裁判し」と規定している。

法律上の争訟とは、一般に“①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、②それが法律を適用することにより終局的に解決することができるもの”と解釈されている。

本件のような地方議会における懲罰の事案の場合、同要件への適合性は肯定される事案であり、いわゆる内在的限界の問題ではない。問題になるのは後記のいわゆる部分社会論である。但し、外在的限界を論ずる前提になるので答案上の言及は必要であると思われる。なお、内在的限界が問題になる場合については、宗教法人内部の紛争等が典型事例であるので、本問と併せて復習をしておいて欲しい。

なお、これらの点に関する多数説的な理解を整理すると、次の通りである。なお、典型事例を付記しているが、個別の事案や争い方によって変わり得るので、あくまでも参考程度のものであって欲しい。

< I > 法律上の争訟性に関する議論（内在的制約）

- ①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって
→警察予備隊違憲訴訟、技術士国家試験合否判定訴訟等
- ②それが法律を適用することにより終局的に解決することができるもの
→「板まんだら」事件等

＜Ⅱ＞司法権の限界に関する議論（外在的制約）

（A）自律権に属する行為

→警察法改正無効事件（国会）等

（B）自由裁量行為

→伝統的にこのように整理されているが、実際には司法審査の埒外と判断するのではなく、立法裁量を広く認める方向性の議論で用いられている（議員定数不均衡訴訟、堀木訴訟等）

（C）統治行為

→砂川事件等

（D）部分社会論（典型は、議会と大学）

→後述の昭和35年判決のほか、富山大学事件、共産党袴田事件等

（2）いわゆる部分社会論について

訴訟のうち、法律上の争訟に関する要件を充足する場合であっても、なお司法審査の及ばない領域があるとされる場合（司法権の限界）があり、その一例がいわゆる部分社会論である。いわゆる部分社会論とは、団体の内紛一般について、自律的な法規範を持つ団体の内部事項は、当該団体による当該規範の自律的な執行に委ねられ、裁判所による司法審査の対象にならないとする議論である。

部分社会論の射程範囲については極めて難しい議論であるが、判例における肯定事例は地方議会や国立大学の事案（富山大学事件昭和52年3月15日）であるので、具体例を押さえておくのが良いと思われる。

なお、いわゆる部分社会論について現在では、包括的に司法権を排除するのではなく個別の団体ごとに人権保障の根拠や内容から司法権の介入が可能か否かを検討すべきと考えられている。答案においていわゆる部分社会論を用いる場合であっても、金科玉条のようにこれを用いるべきではなく、どうして司法権が及ばないのかということについて丁寧な論証を心がける必要がある。

2 最大判昭和35年10月19日（以下、「昭和35年判決」という。）

（1）事案の概要

Xらは、Y村議会の議員であったが、ある条例案について反対の立場をとった。これによって条例案可決に賛成の議会多数派は、可決に必要な特別多数を獲得できない情勢となった。そこで、議会多数派は、Xらが議会を混乱に陥れているとしてXらの出席を3日間停止すべきとの動議を可決させ、その結果、Xらは出席停止の懲罰に付された。

これに対してXらは、前記懲罰動議が村議会規則の規定に違反して無効であるとして、その無効確認及び取り消しを求めた。

第一審（新潟地裁）は訴えを却下し、第二審（東京高裁）も出席停止期間が経過していて訴えの利益が無いことなどを理由に控訴棄却。

（2）最高裁判決

上告棄却

「司法裁判権が、憲法又は他の法律によってその権限に属するものとされているものの外、一切の法律上の争訟に及ぶことは、裁判所法三条の明定するところであるが、ここに一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争という意味ではない。一口に法律上の係争といっても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の特質上司法裁判権の対象の外におくを相当とするものがあるのである。けだし、自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在つては、当該

規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがあるからである。本件における出席停止の如き懲罰はまさにそれに該当するものと解するを相当とする。(尤も昭和35年3月9日大法廷判決—民集14巻3号355頁以下—は議員の除名処分を司法裁判の権限内の事項としているが、右は議員の除名処分の如きは、議員の身分の喪失に関する重大事項で、単なる内部規律の問題に止らないからであつて、本件における議員の出席停止の如く議員の権利行使の一時的制限に過ぎないものとは自ら趣を異にしているのである。従つて、前者を司法裁判権に服させても、後者については別途に考慮し、これを司法裁判権の対象から除き、当該自治団体の自治的措置に委ねるを適当とするのである。) されば、前示懲罰の無効又は取消を求める本訴は不適法というの外なく、原判決は結局正当である。」

(3) 解説

地方議会の議員に対する懲罰については、重いものから順に除名、出席停止、公開の議場における陳謝、戒告の4種類がある(地方自治法135条参照)。地方議会議員に対する懲罰が司法審査の対象となるかについて、これ以前の判決においても最高裁は除名処分については司法審査の対象となることを認めていた。

かかる状況において、本判決は、出席停止処分については司法審査が及ばないという新たな判断をしたものであり、部分社会論を形成したものとしても位置付けられている判決である。

本判決は、出席停止処分については司法審査が及ばないとする理由を、団体の内部規律の問題として自治的措置に任せるべきであるからとしている。

司法審査による権利利益の実現と、団体における自治的措置とを比較衡量したものとも考えられよう。その場合、前者にどのような利益があるのか、後者はどのような根拠に基づく規範で、どの程度尊重されるべきなのかということについては、個別の事案ごとに検討されなければならないのではないと思われる。

本判決において、除名処分と出席停止処分において何故、判断が違うのかということについての言及もなされているが、これも前述の考え方に立てば、前者の利益が後者を上回るかどうかで判断したものと整理できるであろう。

なお、本判決の結論は、法律上の争訟に当たらないために訴えを却下するという立場であり、このために後述の各判例では法律上の争訟性が問題となっているので、ここも確認して欲しい。

3 最判平成31年2月14日(名張市議会事件)

(1) 事案の概要

Xは、Y市議会の議員であるが、Y市議会常任委員会の視察旅行について、Xは「Y市の財政状況等に照らしてこれを実施すべきでない。」旨を判断して欠席したところ、Y市議会運営委員会はXに対して嚴重注意処分の決定をし、Y市議会議長は同決定にかかる通知書を記者らの同席する議長室にて朗読した。

これに対してXは、同行為によって自身の名誉が毀損されたとして、Y市に対して国家賠償法1条1項に基づき、慰謝料等の支払いを求めた。

第一審はXの請求を棄却したが、原審(名古屋高裁)は、Xの請求が法律上の争訟に当たることを前提に、名誉毀損を認定し、Xの請求を一部認めた。

(2) 最高裁判決

原審のY敗訴部分を破棄(当該部分のXの控訴を棄却)

「本件は、被上告人が、議会運営委員会が本件措置をし、市議会議長がこれを公表したこと（本件措置等）によって、その名誉を毀損され、精神的損害を被ったとして、上告人に対し、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を求めるものである。これは、私法上の権利利益の侵害を理由とする国家賠償請求であり、その性質上、法令の適用による終局的な解決に適しないものとはいえないから、本件訴えは、裁判所法3条1項という法律上の争訟に当たり、適法というべきである。」

「もっとも、被上告人の請求は、本件視察旅行を正当な理由なく欠席したことを理由とする本件措置等が国家賠償法1条1項の適用上違法であることを前提とするものである。普通地方公共団体の議会は、地方自治の本旨に基づき自律的な法規範を有するものであり、議会の議員に対する懲罰その他の措置については、議会の内部規律の問題にとどまる限り、その自律的な判断に委ねるのが適当である（最高裁昭和34年（オ）第10号同35年10月19日大法廷判決・民集14巻12号2633頁参照）。そして、このことは、上記の措置が私法上の権利利益を侵害することを理由とする国家賠償請求の当否を判断する場合であっても、異なることはないというべきである。」

「したがって、普通地方公共団体の議会の議員に対する懲罰その他の措置が当該議員の私法上の権利利益を侵害することを理由とする国家賠償請求の当否を判断するに当たっては、当該措置が議会の内部規律の問題にとどまる限り、議会の自律的な判断を尊重し、これを前提として請求の当否を判断すべきものと解するのが相当である。」

「これを本件についてみると、＜中略＞（本件措置等は）、被上告人の議員としての行為に対する市議会の措置であり、かつ、本件要綱に基づくものであって特段の法的効力を有するものではない。また、市議会議長が、相当数の新聞記者のいる議長室において、本件通知書を朗読し、これを被上告人に交付したことについても、殊更に被上告人の社会的評価を低下させるなどの態様、方法によって本件措置を公表したものとはいえない。以上によれば、本件措置は議会の内部規律の問題にとどまるものであるから、その適否については議会の自律的な判断を尊重すべきであり、本件措置等が違法な公権力の行使に当たるものということとはできない。したがって、本件措置等が国家賠償法1条1項の適用上違法であるということとはできず、上告人は、被上告人に対し、国家賠償責任を負わないというべきである。」

（3）解説

本件は、地方議会が行った処分について、処分そのものの効力を争う（厳重注意処分なので法的効力そのものはない。）のではなく、これを前提とした国家賠償請求訴訟という形で、当否を争った事案である。本判決以前の裁判例では、本判決のような立場をとるものが多かったが、一部には法律上の争訟性を欠くとして却下するものもあった。

この点、昭和35年判決で問題になったのは出席停止処分であるところ、厳重注意処分はこれよりも軽いことが明らかであるので、同判決の趣旨からすれば内部的規律に任せるべきものと考えられそうである。

しかし、昭和35年の事例が、議会内部の処分である出席停止処分そのものを争ったのに対し、本件は国家賠償請求訴訟の形式を採っている。損害賠償請求権の存否に関する訴えは、明らかに法律上の争訟性を有するものであるし、国家賠償法上の違法性等の要件を充たすか否かは純粋に司法審査の範疇であるから、厳重注意処分の当否が前提として問題になっているにせよ、これを司法審査の対象外とするのは難しいと思われる。

かかる状況において本判決は、請求自体は法律上の争訟性を有し、司法権が介入できることを示しながら、名誉毀損の成否の前提となっている厳重注意処分等の当否について、議会の自律的な判断を尊重するものとして、請求棄却の判決を導いている。

本件が請求自体を不適法却下とするのではなく、本案判決をするにあたり、議会の判断を尊重するという手法を採っていることは押さえておいて欲しい。

4 本問について

本問は、名張市議会事件をモデルとした出題であるが、市側の公表措置の経緯等、事実関係を若干修正している。

解答においては、上記の解説で述べた通り下級審では争いがあった点なので、まずはAの訴えが法律上の争訟に当たることについて論じて欲しい。

その上で、法律上の争訟に当たるとした場合、昭和35年判決のように議会の自律的判断は尊重しなくて良いのかという疑問に対し、名誉毀損の判断において、議会の自律的判断を尊重する必要があるということについて記述をして欲しい。なお、名張市議会事件と同様の立場を採った場合、解答としては請求棄却になるので、訴えの却下としないように気を付けて欲しい。

第3. 設問2

1 最大判令和2年11月25日（岩沼市議会事件）

(1) 事案概要

Xは、Y市議会の議員であるが、Y市議会の議会運営委員会において行った発言が問題視され、Y市議会から23日間の出席停止処分の懲罰を受けた。Y市には、出席停止処分期間中の議員報酬を減額するとの条例があり、Xはこれに基づいて23日間分に相当する議員報酬を減額された。

Xはこれを不服として、出席停止処分の取り消しと、減額分の議員報酬の支払いを求めた。

第一審（仙台地裁）は、Xの訴えを不適法として却下したが、原審（仙台高裁）は、昭和35年判決を参照しつつ議員報酬の減額を伴う場合にはその適否は司法審査の対象となるとして、第一審判決を取り消して差し戻した。

(2) 最高裁

上告棄却（原審の判断を維持）

「憲法は、地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則として、その施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則を採用しており、普通地方公共団体の議会は、憲法にその設置の根拠を有する議事機関として、住民の代表である議員により構成され、所定の重要事項について当該地方公共団体の意思を決定するなどの権能を有する。そして、議会の運営に関する事項については、議事機関としての自主的かつ円滑な運営を確保すべく、その性質上、議会の自律的な権能が尊重されるべきであるところ、議員に対する懲罰は、会議体としての議会内の秩序を保持し、もってその運営を円滑にすることを目的として科されるものであり、その権能は上記の自律的な権能の一内容を構成する。」

「（普通地方公共団体の議会の）議員は、憲法上の住民自治の原則を具現化するため、議会が行う上記の各事項等について、議事に参与し、議決に加わるなどして、住民の代表としてその意思を当該普通地方公共団体の意思決定に反映させるべく活動する責務を負うものである。」「出席停止の懲罰は、上記の責務を負う公選の議員に対し、議会がその権能において科する処分であり、これが科されると、当該議員はその期間、会議及び委員会への出席が停止され、議事に参与して議決に加わるなどの議員としての中核的な活動を行うことができず、住民の負託を受けた議員としての責務を十分に果たすことができなくなる。このような出席停止の懲罰の性質や議員活動に対する制約の程度に照らすと、これが議員の権利行使の一時的

制限にすぎないものとして、その適否が専ら議会の自主的、自律的な解決に委ねられるべきであるということとはできない。そうすると、出席停止の懲罰は、議会の自律的な権能に基づいてされたものとして、議会に一定の裁量が認められるべきであるものの、裁判所は、常にその適否を判断することができるというべきである。」「したがって、普通地方公共団体の議会の議員に対する出席停止の懲罰の適否は、司法審査の対象となるというべきである。これと異なる趣旨をいう所論引用の当裁判所大法廷昭和35年10月19日判決その他の当裁判所の判例は、いずれも変更すべきである。」

(3) 解説

本判決は、昭和35年判決を変更し、地方議会議員に対する出席停止処分についても司法審査の対象になるとする判断をしたものである。かかる判断の理由について、地方議会の懲罰が自律的な権能の一内容であり、尊重されるべきものであるとしつつ、出席停止処分が、地方議会議員の中核的な活動を制限するという強度の処分であることに鑑み、これも司法審査の対象になるとの判断をしたものである。

この点、判旨からも分かる通り、自律的な権能を尊重するという点と、議員に対する処分の強さを比較して司法審査の対象になると判断しているものであり、本判決は一般市民法秩序との関係性というフレーズは用いていない点についても確認しておいて欲しい。

2 本問について

本問は、岩沼市議会事件をモデルにした問題である。本判決は、昭和35年判決を変更しているものの、地方議会の懲罰権が尊重されるべき自律的な権能の一つであるという昭和35年判決以来の考え方は踏襲している。そのため、答案上もこの点については触れたうえで、議員の中核的活動を一定程度制限する出席停止処分というものをどう考えるのかについて丁寧に論述して欲しい。

なお、実践的な答案としては、一般市民法秩序と関係するか否かという基準を立てて、岩沼市議会事件の原審のような理由付けで答案を書く方法もあると思われる。ただ、形式論のみで答案を書こうとすると、上記の比較衡量のような視点が薄くなりがちである。

重要なのは形式論ではなく、団体の目的・性格に鑑みて自律的な権能を尊重するという点と、制限される権利利益の性格・重要性という点とを比較衡量するという点であるので、こういった視点が論じられるように学習して欲しい。

以 上

【参考文献】

- 芦部信喜『憲法（第四版）』（岩波書店 2007）
- 長谷部恭男『憲法（新法学ライブラリ）（第4版）』（新世社 2008）
- 高橋和之ほか『判例百選Ⅱ（第5版）』（有斐閣 2007）
- 宍戸常寿ほか『憲法学読本（第3版）』（有斐閣 2018）
- 『判例タイムズ』No. 1460 2019. 7月号
- 『判例タイムズ』No. 1481 2021. 4月号

2021年11月7日

担当：弁護士 井口賢人

最優秀答案

回答者 MN 36 点

第1 設問1について

1. 本件処分①についてAはI市に対して国家賠償法に基づき慰謝料の支払いを求める訴訟を起こしたが、裁判所は本案判決をすべきか。

(1) 司法権とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用をいう。そして、「具体的な争訟」とは「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)のことをいい、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、②それが法令の適用により終局的に解決することができるものをいう。

(2) これを本件でみると、本件の原告は自らの政治信条に従って本件視察旅行の参加を拒否したことに対して名誉権を侵害するような処分がなされたとして名誉権への侵害を理由とする損害賠償を請求しているところ、かかる紛争の実態から本件原告の請求は移動の自由や思想信条の自由、すなわち一般市民法秩序において保障される権利の問題といえる。また、法令の適用で終局的に解決しうる。そこで本件の訴えは「法律の争訟」にあたるといえる。

(3) よって本件処分①について裁判所は本案判決をすべきである。

2. では本案判決をするにあたり、裁判所はいかなる点について考慮すべきか。

たしかに裁判所は一切の「法律上の争訟」を裁判する権利を有するが、「法律上の争訟」にあたるにもかかわらず、事柄の性質上、裁判所の審査に適さないと認められる場合がある。

そこで、本件のような団体内の紛争について司法権の限界があるのではないかが問題となる。

(1) 団体の内部的な紛争について、多元的な法的性質を持つ団体を「部分社会」としてひとくくりにし、一般的・包括的に司法審査を否定するようないわゆる部分社会の法理は国民の裁判を受ける権利(憲法32条以下法名省略)や特別権力関係論などとの関係から問題がある。

そこで、それぞれの団体の目的・性質・機能やその自立性・自主性を支え

る憲法上の根拠などの相違に即し、紛争や権利の性質などを考慮して、個別具体的に司法審査の対象となるかを判断するのが妥当と解する。

- (2) これで本件をみると、まず地方議会の自律性の根拠は憲法 9 2 条の「地方自治の本旨」が根拠となる。本件では憲法 9 3 条を根拠とする I 市議会が I 市議会条例に基づき原告 A に対して嚴重注意処分の決定をしており、かかる処分の形式的根拠は妥当である。

たしかに処分の事由やその種類内容が条例で法定されてはいるものの、本件は地方議会の内部秩序の維持という自治的な活動のための処分という性質を有するのであって地方自治法の単なる執行とは異なると解する。

そこで具体的に議員のいかなる行為が問題であり、どの処分を下すのかというような問題は I 市議会の自律的判断に委ねるのが妥当である。

- (3) 以上より裁判所は I 市議会の自律的な判断を尊重し、本件処分①が違法ではないという本案判決をなすことが妥当である。

第 2 設問(2)について

1. 原告 B は出席停止処分が違法であるとして処分の取消と減額された議員報酬等の支払を求める訴えを起こしたが、裁判所は本案判決をすべきか。

- (1) まず本件は上述の「法律上の争訟」にあたるかを検討する。

本件の原告 B は I 市議会条例に基づいてなされた I 市議会による処分に対して処分の取消を求めるものであり、これは懲罰の種類や手続きが法定されており、その性質上、法令の運用によって終局的に解決し得る、当事者間の具体的な法律関係といえるため、「法律上の争訟」にあたる。

- (2) では裁判所は本案判決をすべきであるか。

ア たしかに設問(1)で述べたように、議員に対する懲罰は議会の秩序や適切な議会運営を確保するためになされるという性質を有することから、議会の自律性を踏まえてその判断を尊重すべきである。

イ 一方で、議員は当該地方公共団体の地域の住民による投票によって選ばれ(9 3 条 2 項)、議会にて提案を提出、審議、議決等というような職責を担い、住民自治を具現化する役割を負っている。

すなわち、議員の議会活動は住民の代表として住民の意思を当該地方公共団体の活動に反映させる権能を有するといえる。

そうであるならば、出席停止の処分がなされてしまうということは上述の議員の権能を侵害し、作用させなくすることにあたる。

議会活動ができなくなるということは住民の代表としての職務を十分に果たせなくなるといえる。

(3) 以上よりたしかに議会は自律的な権能に基づいており、一定の裁量が認められるものの、出席停止の処分はその処分の性質や制約が強いということから、司法審査の対象となると解する。

2. よって、本件処分②について取消を求める訴えはもとより、減給処分に対する支払請求についての訴えに対しても、裁判所は本案判決をすべきである。

以 上

最優秀答案

36

第1 設問1について

- 1 本件処分①についてAはI市に対して国家賠償法に基づき慰謝料の支払いを求める訴訟を起こしたが、裁判所は本案判決をすべきか。

(1) 司法権とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用をいう。そして、「具体的な争訟」とは「法律上の争訟」(裁判所法3条1項)のことをいい、①当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、②それが法令の適用により終局的に解決することができるものをいう。

コメントの追加 [K11]: OK

- (2) これを本件でみると、本件の原告は自らの政治信条に従って本件視察旅行の参加を拒否したことに対して名誉権を侵害するような処分がなされたとして名誉権への侵害を理由とする損害賠償を請求しているところ、かかる紛争の実態から本件原告の請求は移動の自由や思想信条の自由、すなわち一般市民法秩序において保障される権利の問題といえる。また、法令の適用で終局的に解決

コメントの追加 [K12]: 概ね正しいです。
ただ、判断の対象が国賠請求権の存否という話は書いて欲しいです。

しうる。そこで本件の訴えは「法律の争訟」にあたるといえる。

(3) よって本件処分①について裁判所は本案判決をすべきである。

2 では本案判決をするにあたり、裁判所はいかなる点について考慮すべきか。

たしかに裁判所は一切の「法律上の争訟」を裁判する権利を有するが、「法律上の争訟」にあたるにもかかわらず、事柄の性質上、裁判所の審査に適さないと認められる場合がある。

そこで、本件のような団体内の紛争について司法権の限界があるのではないかが問題となる。

(1) 団体の内部的な紛争について、多元的な法的性質を持つ団体を「部分社会」としてひとくくりにし、一般的・包括的に司法審査を否定するようないわゆる部分社会の法理は国民の裁判を受ける権利(憲法32条以下法名省略)や特別権力関係論などとの関係から問題がある。

そこで、それぞれの団体の目的・性質・機能やその自立性・自主性を支える憲法上の根拠などの相違に即し、紛争や権利の性質などを考慮して、個別具体的に司法審査の対象となるかを判断する

コメントの追加 [K13]: これ、司法権の限界の話だとすると、本案判決してはならないということになり、上の「本件処分①について裁判所は本案判決をすべきである。」と矛盾します。

なので、上の部分は「法律上の争訟」に当たる、くらいの記述にしておいた方がいいと思います。

のが妥当と解する。

コメントの追加 [K14]: OK

- (2) これで本件をみると、まず地方議会の自律性の根拠は憲法92条の「地方自治の本旨」が根拠となる。本件では憲法93条を根拠とするI市議会がI市議会条例に基づき原告Aに対して嚴重注意処分の決定をしており、かかる処分の形式的根拠は妥当である。

たしかに処分の事由やその種類内容が条例で法定されてはいるものの、本件は地方議会の内部秩序の維持という自治的な活動のための処分という性質を有するのであって地方自治法の単なる執行とは異なると解する。

コメントの追加 [K15]: この理由付けは、もう少し説得的に書いた方がいいと思います。参考答案等を読んでみてください。

そこで具体的に議員のいかなる行為が問題であり、どの処分を下すのかというような問題はI市議会の自律的判断に委ねるのが妥当である。

- (3) 以上より裁判所はI市議会の自律的な判断を尊重し、本件処分

①が違法ではないという本案判決をなすことが妥当である。

コメントの追加 [K16]: H31判例と同じ結論ですね。OKです。

第2 設問(2)について

- 1 原告Bは出席停止処分が違法であるとして処分の取消と減額された議員報酬等の支払を求める訴えを起したが、裁判所は本案判決をす

べきか。

- (1) まず本件は上述の「法律上の争訟」にあたるかを検討する。

本件の原告BはI市議会条例に基づいてなされたI市議会による処分に対して処分の取消を求めるものであり、これは懲罰の種類や手続きが法定されており、その性質上、法令の運用によって終局的に解決し得る、当事者間の具体的な法律関係といえるため、「法律上の争訟」にあたる。

コメントの追加 [K17]: OK

- (2) では裁判所は本案判決をすべきであるか。

ア たしかに設問(1)で述べたように、議員に対する懲罰は議会の秩序や適切な議会運営を確保するためになされるという性質を有することから、議会の自律性を踏まえてその判断を尊重するべきである。

イ 一方で、議員は当該地方公共団体の地域の住民による投票によって選ばれ(93条2項)、議会にて提案を提出、審議、議決等というような職責を担い、住民自治を具現化する役割を負っている。

すなわち、議員の議会活動は住民の代表として住民の意思を当該地方公共団体の活動に反映させる権能を有するといえる。

そうであるならば、出席停止の処分がなされてしまうということとは上述の議員の権能を侵害し、作用させなくすることにあたる。議会活動ができなくなるということは住民の代表としての職務を十分に果たせなくなるといえる。

コメントの追加 [K18]: OK

(3) 以上よりたしかに議会は自律的な権能に基づいており、一定の裁量が認められるものの、出席停止の処分はその処分の性質や制約が強いということから、司法審査の対象となると解する。

2 よって、本件処分②について取消を求める訴えはもとより、減給処分に対する支払請求についての訴えに対しても、裁判所は本案判決をすべきである。

コメントの追加 [K19]: OK

以上

(文字数 1950 字)

採点講評

(2021 年 11 月 7 日 憲法・統治)

第 1 全体について

1 全体の答案の印象について

概ね解説で述べたことと変わりませんが、本問は典型論点ではあるのですが直近の判例が元ネタになっており、これを知らずに上手く答えられなかった人も多い印象です。特に、設問 1 の平成 31 年判例の理解は中々難しいので、こちらが書けていない答案についてはあまり気にする必要は無いです。解説レジュメを読んでおいていただければいいかと思います。

2 採点について

例年、規範定立で半分、あてはめで半分だよという話や、規範定立は知識、あてはめは現場思考だよという話をしており、本問も同様です。

ただ、今年は、現場思考力が問われる度合いがやや低いことと、そもそもの司法権の知識が整理できていない答案が多く見られたので、どちらかといえば配点の比重が、知識寄りになっています。

答案の講評で、知識面の不足を指摘されている場合は、解説よりも基本書をよく読んで復習するようにしてください。

3 結論点について

結論点については、設問 1・設問 2 のいずれもモデル判例と同じ結論を採っている答案に結論点を付けています。

というのも、今回の問題は、最高裁判所判例をモデルにしているため、実務家登用試験としては、これ以外の結論を採るのはかなり難しいだろうと思うためです（勿論、他説もありうるのですが、限られた時間の中で最高裁判例を批判して別の立場を採るのは難しいですし、狙ってやるべきものでもありません。）。もっとも、違う結論を採っていても理由付けがしっかりしていれば裁量点で調整をしていますので、実際にはそこまで影響は無いです。

4 行政法と民訴の話

ところで、解説講義ではついつい当然のことのようには扱ってしまいましたが、本問を正確に理解するには、多少、行政法と民訴の知識が必要かもしれません。恐らく、行政法と民訴の知識不足だろうなという答案が一定数みられました。

私の頭も年々タコ壺化してしまっており、解説では完全に抜け落ちてしまっていました。本レジュメではその辺りの話を少し補足いたします。

第2 設問1について

1 憲法の話

解答の順序としては、法律上の争訟性（内在的制約）→部分社会論（外在的制約）という順番になると思うのですが、これらのどちらかを欠いている答案，混同している答案，或いは規範定立はしたのにあてはめが消えてしまった答案が非常に多かったです。これは、この論点の基本中の基本なので、しっかり復習するようにしてください。

また、設問文で「本案判決をすべきと考える場合には、いかなる点について考慮すべきかを併せて論ぜよ。」とあるにもかかわらず、「本案判決をすべき。」で終わっている答案が結構ありました。設問文に対応する部分には、点数が振られていることは明らかなので、きちんと誘導に乗るようにしてください。

非常に多かったのは、「一般市民法秩序に関わる場合は司法判断が可能」という規範を立てて、中身の議論をしてしまう答案です。中身の議論というのは具体的には「財政難であるにもかかわらず視察旅行などけしからん、Aの言っていることは正しい。なのに処罰を受けるなんてとんでも無い話で、Aの名誉を害している。よって一般市民法秩序と関わる。」みたいな答案です。これ、本っ当に多かったんですが、誤りだと思います。

ちなみに、この議論に、さらに言論の自由やら移動の自由やらを持ってきて、大上段な議論を展開する答案も一定数ありました。憲法の答案であるからといって、必ずしも人権を使わなければいけない訳ではないですよ（本問は統治ですし。）。

このような記述についてですが、そもそも一般市民法秩序云々の規範が、地方議会の議論で使えるのかはよく分かりませんし（最高裁は、この類型では使っていません）、学説からも定義が曖昧で規範として機能していないという批判がかなり強いところです。ただ、受験生として使いやすい規範であることは間違いなく、気持ちは分かるので、これを使うこと自体の当否は一旦措くことにしましょう。

さて、この規範は「司法審査が及ぶかどうか」という訴訟要件の議論です。要するに裁判をやっていいかどうかの議論です（厳密には、訴訟要件は訴訟成立の要件ではなく、判決の要件ですが。）。

そうすると、内容に入ったらダメですよ。「内容に入って良いの？ 悪いの？」という、内容についてフラットな議論をしているときに、「内容が酷いから、やってもいい。」というロジックはあり得ないですよ。

一般市民法秩序云々が出てきたのは富山大学事件です。同事件の判旨を見て欲しいのですが、単位授与（認定）行為というのが、どういう行為なのかという形式面の議論をしているだけです。「こんだけちゃんとやった学生なら、単位あげた方がいい

いよね。」とか、「こんなダメ学生なら、単位もらえなくて当然だよね。」とか、そういう中身の議論はしていません。

というか、裁判所がこういう中身の話にしゃしゃり出てくると、大学の単位認定という内部システムが機能しなくなる（落第した生徒がみんな訴訟を起こしてくるかもしれない。）ので、中身にタッチしないために、わざわざ生み出したロジックが部分社会論ですよね。そう考えると、訴訟要件の議論でAの欠席の当否を論じたらダメではないでしょうか。

また、これは減点対象にはしていませんが、Aの言った「財政難なのに視察旅行なんて無駄だ。」を鵜呑みにするスタンスも、法律家としては危険だと思います。みなさん、“地方議会とか行政が無駄遣いばかりしている”という何となくのイメージ（バイアス）に引っ張られていませんか。Aはそれっぽいことを言っているだけで、実は家でモンハンをやりたかっただけかもしれませんよ。法律家を目指す以上、両方の意見を聞いて（或いは、証拠を見て）、事実認定をする意識を持ってください。

2 行政法の話

解説講義でも説明したのですが、設問1と設問2は、「処分そのものを直接争っているか否か。」が全然違います。この点に気づけている答えは極めて少なかったと思います。

これが“何故違うのか”，もっといえば“設問1はどうして国賠なのか？”という疑問に答えるには行政法の知識が必要です。解説ではきちんと触れませんでしたでしたが、本問について行政法の観点からの話をしようと思います。

さて、ある行政機関の行為の違法性が問題になっているときに、前提処分を争う必要があるのか否かという議論があります。

例えば、公務員であるXが免職処分を受けたときに、取消訴訟を起こさずに、免職処分の無効を前提として、公務員の地位確認請求訴訟をすることはできるでしょうか。

これは、民間企業の場合は可能です。実務的には解雇無効を前提に、従業員としての地位確認と、解雇期間中の賃金請求（いわゆるバックペイの請求）をします。

しかしながら、公務員の場合、こういった処分の違法性は取消訴訟のルートで争うことに制度上統一されているため、まずは免職処分の取消訴訟をやらなければなりません（取消訴訟の排他的管轄論）。

給料の請求がある場合も同じです。免職処分（の効力）を取り消さない限り、行政行為は有効であることが前提になります（公定力と言われます。）。そのため、免職処分自体を先に消さなければ「免職は有効（であることが前提なの）だから、給料なんか払えません。」と言われておしまいです。

ちなみに、これをひっくり返すために、行政行為の“無効”という議論が出てくるのですが、これはまた別の話です。

では、免職によってショックを受けてしまったX2さんが、「復職なんかする気は無いが、ショックだったので損害賠償してください。」といった場合はどうでしょうか。

これは、処分の“適法性”を争っているだけで、“効力”を争っている訳ではないので、取消訴訟を起こさなくても良いということになっています。ちゃんと判例もあります（最判昭36.4.21／「行政処分が違法であることを理由として国家賠償の請求をするについては、あらかじめ右行政処分につき取消又は無効確認の判決を得なければならないものではない」）。

設問1と設問2が違うことや、設問1のモデル判例が、わざわざ国賠を使っているのは背景にそういう事情があります。恐らく、設問1の事案で、処分①に対して直接に取消訴訟を出したら、請求が却下されているはずです（部分社会論なのか、訴えの利益なのかは別として。）。

この説明がよく分からなかった方は、行政法の知識不足だと思いますので、基本書を読み直すようにしてください。基礎知識なので必ず書いてあります。

3 民訴の話

設問1では、訴訟要件の話と、本案の話がごっちゃになっている答案もかなりありました。

これは民訴の話でもありますが、そもそも訴訟として取り扱っていいのか（訴訟要件）という話と、中身の話（本案の話）は別問題です。部分社会論のところで、裁量権の濫用の議論をしている答案がかなりありましたが、裁量権の濫用云々は本案の話ですから誤りでしょう。

ちなみに、訴訟要件の議論でダメな場合は、訴訟却下になります。本案判決は、請求認容と請求棄却です。本問では問題になりませんが、受験生が誤りやすいところなので気を付けてください。

4 小括

そういった訳で、この問題は、行政法やら民訴の知識が前提になっている（或いは、知っている方が深く理解できる。）ので、実は結構、奥が深いぞということになります。初学者の方で、下四法まで手が回ってないから、そんなのは知らんという方は気にしないでください。ただ、法律問題を検討するときに、他の法律の知識が前提として必要になってくることはよくあるので、その点は頭の片隅に置いておいてください。

解説のときはこんなちゃんとした説明はしませんでした。べつ別に、行政法のこと忘れてたわけじゃないんだからねっ！

第3 設問2について

こちらは上述の通り処分を直接争っているケースであり、まさに部分社会論の話になります。

この点については、解説講義で話した通りで、判例変更があったので覚えておいてねということと、判決の補足意見までしっかり読むとすごく勉強になるよという話です。雑なようですが、本問はこれに尽きます。

さて、上の行政法の議論がこっちにも出てくるのですが、答案の中に、取消訴訟はダメだけど、報酬の請求は一般市民法秩序と関わるから司法権が及ぶというものが少数ですが見られました。

これは上の行政法の議論を読んでももらえれば分かると思うのですが、Bの請求というのは、必ず取消訴訟をセットにしないとダメなので（報酬請求だけだと出席停止処分の公定力が消えません。）、そういう結論には意味が無い（そういう結論は採れない。）ということになります。

ですので、報酬請求＝一般市民法秩序に関わるというロジックを使う場合は、両方とも司法審査の対象内という結論にしなければなりません。

ところで、逆に取消訴訟だけで報酬請求が無い場合はどうなるでしょうか。この場合、出席停止期間が終わっている場合には（通常訴訟の場合、訴訟提起してから第1回期日が入るまでで1～2カ月空きますので、通常は出席停止期間が先に終わってしまいます。）、取消訴訟の訴えの利益が無くなると考えられています。そういう訳で本問においてこの2つの請求は不即不離です。

こちらは、あまりひねった要素が無いので、設問1と比べると全体的に出来が良かったような気がします。逆に、設問1で悩み過ぎて、設問2が途中答案になっているような場合は、その分点数を損しています。

試験時間は短いので、難問で止まるくらいならば、分かる問題を解いた方がいいということを覚えておいてください。

第4 その他

本答練には初学者の方や、答練を受けたことが無い方が一定数いることは把握しており、形式的なミス（誤記等）について、見つけた人についてはコメントを入れています。また、例年一定数いらっしゃいますが、答案にスペースを空けると、場合によっては不正答案になるので、きちんと詰めるようにしてください。

第5 最後に

以上が本問の採点で感じたことです。細かい採点基準は、私の頭の中にしか無いため、採点に微妙なズレが生じている可能性があります。2～3点の違いはご容赦ください。

毎年共通の話をしていますが、ざっくりした目安をいうと、20点未満の答案は知識面でも問題がある答案です。20点～25点くらいが中程度の答案で、一応、私の出題の意図は一通りさらってくれたかなという感じです。25点以上は、知識面はだいたいOKであてはめのところでもう一歩足りなかった答案、30点オーバーの答案はそもそも少数ですが、概ね私が欲しかった解答を網羅しているものです。

こちらも毎年共通ですが、本問は統治ですので実力が発揮できなかった方もあまり気にしなくて大丈夫です。特に初学者の方は、全く気にする必要がありません。最初からいい起案ができる人というのは殆どいませんし、単に合格する上では、そんな一握りの天才になる必要性はありません。

予備試験合格は、ロースクール卒業と同じくらいのレベルという建前なので、結構レベルは高いですし、その前提で採点していますから厳しい結果が返ってくるのは当然です。多くの合格者も通る道ですから、ダメでも気にしてはいけません。

質問は随時受け付けますから、メールを頂ければ回答します。皆様の合格を祈念しております。

以 上

司法試験予備試験答案練習会 2021年11月7日分 得点分布表

憲法・統治

出席者 43名 平均点 18.6点

分布	人数
0	0
1～5	3
6～10	8
11～15	4
16～20	10
21～25	9
26～30	4
31～35	4
36～40	1
41～45	0
46～50	0

