

新司法試験

「2010 年・本試験分析速報会」

刑事系・公法系

TAC  セミナー／新司法試験

無断複製（コピー等）・無断転載を禁じます。

200-8400-1011-10

〔第1問〕

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について、具体的な事実を摘示しつつ論じなさい（特別法違反の点を除く。）。

1 V（78歳）は、数年前から自力で食事や排せつを行うことができない、いわゆる寝たきりの要介護状態にあり、自宅で、妻甲（68歳）の介護を受けていたが、風邪をこじらせて肺炎となり、A病院の一般病棟の個室に入院して主治医Bの治療を受け、容体は快方に向かっていた。

A病院に勤務し、Vを担当する看護師乙は、Vの容体が快方に向かっているからは、Bの指示により、2時間ないし3時間に1回程度の割合でVの病室を巡回し、検温をするほか、容体の確認、投薬や食事・排せつの世話などをしていた。

一方、甲は、Vが入院した時から、連日、Vの病室を訪れ、数時間にわたってVの身の回りの世話をしていた。このため、乙は、Vの病状に何か異状があれば甲が気付いて看護師等に知らせるだろうと考え、甲がVの病室に来ている間の巡回を控えめにしていた。その際、乙は、甲に対し、「何か異状があったら、すぐに教えてください。」と依頼しており、甲も、その旨了承し、「私がいる間はゆっくりしててください。」などと乙に話し、実際に、甲は、病室を訪れている間、Vの検温、食事・排せつの世話などをしていた。

2 Vは、入院開始から約3週間経過後のある日、午前11時過ぎに発熱し、正午ころには39度を超える高熱となった（以下、時刻の記載は同日の時刻をいう。）。Bは、発熱の原因が必ずしもはっきりしなかったものの、このような場合に通常行われる処置である解熱消炎剤の投与をすることにした。ところが、Vは、一般的な解熱消炎剤の「D薬」に対する強いアレルギー体質で、D薬による急性のアレルギー反応でショック死する危険があったため、Bは、D薬に代えて使用されることの多い別の解熱消炎剤の「E薬」を点滴で投与することにし、午後0時30分ころ、その旨の処方せんを作成して乙に手渡し、「Vさんに解熱消炎剤のE薬を点滴してください。」と指示した。そして、高齢のVの発熱の原因がはっきりせず、E薬の点滴投与後もVの熱が下がらなかったり容体の急変等が起こる可能性があったため、Bは、看護師によるVの慎重な経過観察が必要であると判断し、乙に、「Vさんの発熱の原因がはっきりしない上、Vさんは高齢なので、熱が下がらなかったり容体が急変しないか心配です。容体をよく観察してください。半日くらいは、約30分ごとにVさんの様子を確認してください。」と指示した。

3 Bの指示を受けた乙は、A病院の薬剤部に行き、Bから受け取った前記処方せんを、同部に勤務する薬剤師丙に渡した。

A病院では、医師作成の処方せんに従って薬剤部の薬剤師が薬を準備することとなっていたが、薬の誤投与は、患者の病状や体質によってはその生命を危険にさらしかねないため、薬剤師において、医師の処方箋が患者の病状や体質に適合するかどうかをチェックする態勢が取られており、かかるチェックを必ずした上で薬を医師・看護師らに提供することとされていた。仮に、医師の処方に疑問があれば、薬剤師は、医師に確認した上で薬を提供することになっていた。

ところが、乙から前記処方せんを受け取った丙は、Bの処方に間違いはないものと思い、処方された薬の適否やVのアレルギー体質等の確認も行わずに、E薬の薬液入りガラス製容器（アンプル）が多数保管されているE薬用の引き出しからアンプルを1本取り出した。その引き出しには、本来E薬しか保管されていないはずであったが、たまたまD薬のアンプルが数本混入していて、丙が取り出したのは、そのうちの1本であった。しかし、丙は、それをE薬と思い込んだまま、アンプルの薬名を確認せず、それを点滴に必要な点滴容器や注射針などの器具と一緒にVの名前を記載した袋に入れ、前記処方せんの写しとともに乙に渡した。

なお、D薬のアンプルとE薬のアンプルの外観はほぼ同じであったが、貼付されたラベルには各薬名が明記されていた。

また、D薬に対するアレルギー体質の患者に対し、D薬に代えてE薬が処方される例は多く、丙もその旨の知識を有していた。

4 A病院では、看護師が点滴その他の投薬をする場合、薬の誤投与を防ぐため、看護師において、薬が医師の処方どおりであるかを処方せんの写しと対照してチェックし、処方や薬に疑問がある場合には、医師や薬剤師に確認すべきこととなっており、その際、患者のアレルギー体質等については、その生命にかかわることから十分に注意することとされ、乙もA病院の看護師としてこれらの点を熟知していた。

しかし、丙から前記のとおりアンプルや点滴に必要な器具等を受け取った乙は、丙がこれまで間違

いを犯したことがなく、丙の仕事ぶりを信頼していたことから、丙が、処方やVの体質等の確認をしなかったり、処方せんと異なる薬を渡したりすることを全く予想していなかったため、受け取った薬が処方されたものに間違いはないかどうかを確認せず、丙から受け取ったアンプルが処方されたE薬ではないことに気付かなかった。また、乙は、VがD薬に対するアレルギー体質を有することを、Vの入院当初に確認してVの看護記録にも記入していたが、そのことも失念していた。

そして、乙は、丙から受け取ったD薬のアンプル内の薬液を点滴容器に注入し、午後1時ころからVに対し、それがE薬ではないことに気付かないままD薬の点滴を開始した。その際、Vの検温をしたところ、体温は39度2分であったため、乙は、Vのベッド脇に置かれた検温表にその旨記載して病室を出た。

乙は、Bの前記指示に従って、点滴を開始した午後1時ころから約30分おきにVの病室を巡回することとし、1回目の巡回を午後1時30分ころに行き、Vの容体を観察したが、その時点では異状はなかった。この時のVの体温は39度で、乙はその旨検温表に記載した。

5 午後1時35分ころ、甲が来院し、Vの病室に行く前に看護師詰所（ナースステーション）に立ち寄ったので、乙は、甲に、「Vさんが発熱したので、午後1時ころから、解熱消炎剤の点滴を始めました。そのうち熱は下がるとは思います、何かあったら声を掛けてください。私も30分おきに病室に顔を出します。」などと言い、甲は、「分かりました。」と答えてVの病室に行った。甲は、Vが眠っていたため病室を片付けるなどしていたところ、午後1時50分ころ、Vが呼吸の際ゼイゼイと音を立てて息苦しうし、顔や手足に赤い発しんが出ていたので、慌ててVに声を掛けて体を揺すったが、明りょうな返事はなかった。

Vは、数年前に、薬によるアレルギー反応で赤い発しんが出て呼吸困難に陥って次第に容体が悪化し、やがてチアノーゼ（血液中の酸素濃度低下により皮膚が青紫色になること）が現れるに至ったが、医師の救命処置により一命を取り留めたことがあった。甲は、その経過を直接見ており、後に医師から、「薬に対するアレルギーでショック状態になっていたので、もう少し救命処置が遅れていれば助からなかったかもしれない。」と聞かされた。このような経験から、甲は、Vが再び薬によるアレルギー反応を起こして呼吸困難等に陥っていることが分かり、放置すると手遅れになるおそれがあると思った。しかし、甲は、他に身寄りのないVを、Vが要介護状態になった数年前から一人で介護する生活を続け、肉体的にも精神的にも疲れ切っており、退院後も将来にわたってVの介護を続けなければならないことに悲観していたため、このままVが死亡すれば、先の見えない介護生活から解放されるのではないかと考えた。また、甲は、時折Vが「こんな生活もう嫌だ。」などと嘆いていたことから、介護を受けながら寝たきりの生活を続けるより、このまま死んだ方がVにとっても幸せなのではないかとも思った。

他方、甲は、長年連れ添ったVを失いたくない気持ちもあった上、Vが死亡すると、これまで受け取っていた甲とVの2名分の年金受給額が減少するのも嫌だとの思いもあった。

このように、甲が、これまでの人生を振り返り、かつ今後の人生を考えて、これからどうするのが甲やVにとって良いことなのか思い悩んでいた午後2時ころ、乙が、巡回のため、Vの病室の閉じられていた出入口ドアをノックした。しかし、心を決めかねていた甲は、もうしばらく考えてからでもVの救命は間に合うだろうと思い、時間を稼ぐため、ドア越しに、「今、体を拭いてあげているので20分ほど待ってください。夫に変わりはありません。」と嘘を言った。

乙は、その言葉を全く疑わずに信じ込み、Vに付き添って体を拭いているのだから、Vに異状があれば甲が必ず気付くはずだと思い、Vの容体に異状がないことの確認はできたものと判断し、約30分後の午後2時30分ころに再び巡回すれば足りると思え、「分かりました。30分ほどしたらまた来ます。」とドア越しに甲に言って立ち去った。

6 乙が立ち去った後、甲がVの様子を見ると、顔にチアノーゼが現れ、呼吸も更に苦しうに見えたことなどから、甲は、Vの容体が更に悪化していることが分かった。

甲は、しばらく悩んだ末、数年前にVが同様の症状に陥って助かった時の前記経験から、現時点のVの症状ならば、速やかに救命処置が開始されればVはまだ助かるだろうと思いつつも、事態を事の成り行きに任せ、Vの生死を、医師等の医療従事者の手にではなく、運命にゆだねることに決め、その結果がどうなろうとその運命に従うことにした。

その後、甲は、乙の次の巡回が午後2時30分ころに予定されていたので、午後2時15分ころ、検温もしていないのに、検温表に午後2時20分の検温結果として38度5分と記入した上、午後2時30分ころ、更に容体が悪化しているVを病室に残して看護師詰所に行き、乙に検温表を示しながら、「体を拭いたら気持ち良さそうに眠りました。しばらくそっとしておいてもらえませんか。熱は下がり始めているようです。何かあればすぐにお知らせしますから。」と嘘を言ってVの病室に戻っ

た。

7 乙は、他の患者の看護に追われて多忙であった上、甲の話と検温表の記載から、Vの容体に異状はなく、熱も下がり始めて容体が安定してきたものと信じ込み、甲が付き添っているのだから眠っているVの様子をわざわざ見に行く必要はなく、午後2時30分ころに予定していた巡回は行わずに午後3時ころVの容体を確認すれば足りると判断した。

午後2時50分ころ、甲は、Vの呼吸が止まっていることに気付き、Vは助からない運命だと思って帰宅した。

午後3時ころ、Vの病室に入った乙が、意識がなく呼吸が停止しているVを発見し、直ちに、Bらによる救命処置が講じられたが、午後3時50分にVの死亡が確認された。

8 その後の司法解剖や甲、乙、丙及び他のA病院関係者らに対する事情聴取等の捜査の結果、次の各事実が判明した。

(1)Vの死因は、肺炎によるものではなく、D薬を投与されたことに基づく急性アレルギー反応による呼吸困難を伴うショック死であった。

(2)遅くとも午後2時20分までに、医師、看護師等がVの異変に気付けば、当時のA病院の態勢では直ちに医師等による救命処置が開始可能であって、それによりVは救命されたものと認められたが、Vの異変に気付くのが、それより後になると、Vが救命されたかどうかは明らかでなく、午後2時50分を過ぎると、Vが救命される可能性はほとんどなかったものと認められた。

なお、本件において、Vに施された救命処置は適切であった。

(3)VにE薬に対するアレルギーはなく、VにE薬を投与してもこれによって死亡することはなかった。

なお、BのVに対する治療方針やE薬の処方及び乙への指示は適切であった。

(4)E薬用の引き出しには数本のD薬のアンプルが混入していたが、その原因は、A病院関係者の何者かが、D薬のアンプルを保管場所にしまう際、D薬用の引き出しにしまわず、間違えて、E薬用の引き出しに入れてしまったことにあると推測された。しかし、それ以上の具体的な事実関係は明らかにならなかった。

刑事系第1問 講師室監修答案

第1 甲の罪責

1 甲が、虚偽の体温を記入した2時15分の時点において、救助を求める行為をしなかった不作為につき、Vの死亡結果が発生しているので、殺人罪（刑法199条）あるいは保護責任者遺棄致死罪（218条、219条）が成立しないか。

(1) 実行行為 法益保護の観点から、不作為であっても、作為による構成要件実現と同価値性を有する場合には犯罪の実行行為性が認められるところ、作為との同価値性は、(7)法的作為義務および(4)作為可能性に基づいて判断する。

そして、不作為の場合における殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の区別が問題になるところ、両罪は、保護法益が異なる（前者は「生命侵害」であり、後者は「生命・身体に対する危険」と解する。）ため、両者は「法的作為義務」の内容・程度（作為との同価値性）及び「故意」によって区別される。

(7) 作為義務 作為義務の有無及びその内容・程度は、①被害者との関係、②先行行為の存否、③法益に対する排他的支配の有無及び程度等を総合的に考慮して判断し、より高度の作為義務が認められる場合には、殺人罪が成立する。

①甲は「Vの妻」として、民法上の扶助義務（民法752条）を負っていた。②確かに、後述のように乙・丙の誤投薬という過失による先行行為が存在する。しかし、甲は、午後2時ころ、乙に対して「夫に変わりはありません」などと積極的に嘘を言うことによって、Vの救助を遅らせて容態を悪化させており、当該行為は甲自身の先行行為と評価すべきである。

③看護師乙が30分ごとに乙の病室を巡回することになっていたことは、排他性を否定する方向に働く事情である。しかし、Vの病室は「個室」であった上、事件当日の午後2時ころ、甲は、積極的に上記②の嘘を言うことによって、午後2時30分ころまでの約30分間、完全に2人きりの状況を作り出し、Vの生死を排他的に支配していたと言える。

したがって、甲には、遅くとも2時15分の時点において、救助を求めるべき法的義務が発生しており、当該義務の不履行は、Vの生命に対する現実的危険性を生じさせるものであるから、より高度の作為義務であるといえ、保護責任者遺棄致死罪ではなく、殺人罪の作為義務が発生した。

(4) 作為可能性 甲は、Vの容態悪化をナースコールで知らせ、またはナースセンターに行くなどして、Vの救助を求めることが可能かつ容易な状況にあった。

よって、甲の当該不作為は、殺人罪の実行行為にあたる。

(2) 結果 Vは、D薬を投与されたことに基づく急性アレルギー反応により死亡した。

(3) 因果関係 不作為犯の場合の因果関係は、期待される一定の作為があれば、十中八九、その結果が発生しなかったと言える場合に認めることができる。本件では、「午後2時20分」までに医師、看護師等がVの異変に気づいていれば、その救命措置によってVが救命されたと言えるところ、上述のように、甲には、遅くとも2時15分の時点において作為義務を認めることができることから、その時点で甲がVの救助を

求めていけば、十中八九、Vの死亡結果は発生しなかったであろうと言え、因果関係が認められる。

- 50 (4) 故意 甲は、乙が立ち去った2時ころの時点で、以前の経験から、Vのアレルギー反応を放置すれば手遅れになる恐れ（＝死の現実的危険）を認識しながら、「Vの『生』『死』を…『運命にゆだねる』ことに決め」（＝認容）ており、殺人の犯意を生じたと言える。2時15分の時点まで、この犯意は継続していたと言えるので、不作為の時点における結果の認識、認容が認められ、殺人罪の未必的故意が認められる。

- 55 (5) よって、甲にはVに対する殺人罪（199条）が成立する。

第2 乙の罪責

乙は、Vに対する業務上過失致傷罪あるいは業務上過失致死罪（211条1項前段）の罪責を負うか。

- 60 1 乙がアンプルの薬名を確認せずに点滴を開始した行為（作為）について

- (1) 業務性 業務とは、人が社会生活上の地位に基づき反復継続して行う行為であり、人の生命身体等に危害を加えるおそれのあるものをいうところ、点滴行為は、看護婦という社会生活上の地位に基づいて反復継続して行われ、これを怠ると薬の副作用やアレルギー反応によって人の生命を侵害する危険性がある行為であることから、「業務」に当たる。

- 65 (2) 過失行為

ア 予見可能性 肯定される。乙は、Vのアレルギー体質を「失念」しており、Vの「D薬」に対するアレルギー反応による死亡という具体的な因果経過に対する予見可能性がないものの、薬の投与行為は、副作

70 用やアレルギー反応によって患者の生命の危険に関わるものであり、Vもそれを「熟知していた」。よって、「薬」に対するアレルギー症状による死という因果の基本的部分に対する予見可能性があるからである。

- 75 イ 結果回避義務違反 本問では、薬剤師の丙がアンプルの薬名を確認せずにD薬を乙に手渡しているところ、乙は、「丙の仕事ぶりを信頼していた」ために薬名の確認をしなかったものであり、結果回避義務が否定されないか。信頼の原則とも関連して問題となる。

確かに、A病院において、薬剤師が患者に対する薬の適合性等をチェックした上で医師・看護師らに提供するという組織的な態勢が取られていたことは、結果回避義務を否定する方向に働く事情であるが、A病院では、「看護師において自ら」薬剤師の処方についてもチェックする体制がとられており、乙自身もその重要性を「熟知していた」ことから、丙の確認行為を信頼し、自らの確認義務を怠っても良いということにはならない。よって、信頼の原則の適用はなく、乙には、自ら丙から渡されたアンプルの薬名を確認すべき業務上の結果回避義務が認められ、乙はこれに違反した。

- 85 (3) 結果 Vは、D薬に対する急性アレルギー反応という生理的機能障害（致傷）により、死亡した（致死）。

- 90 (4) 因果関係 乙が薬名の確認をした上で点滴をしていけば、VがD薬の投与によって死亡することはなかったから、条件関係は肯定される。もっとも、上記甲の故意行為が介在していることから、因果関係が否定されないか。

まず、薬名を確認しないことは、それ自体が誤投与による生命・身体

の危険をはらむ行為であり、少なくとも致傷との関係では、過失行為の危険性が現実化したと言え、因果関係が肯定される。

致死との関係について、確かに、「妻」という近親者である甲が、積極的に「夫に変わりはありません」などと積極的に嘘をつき、Vの異常に気がつきながら救助行為に出なかったことは、異常な事態であるといえ、因果関係を否定する方向に働く。しかし、本件では、午後2時ころにVの容態を確認しなかったという乙自身の過失行為も介在しているという事情がある。すなわち、確かに、甲は連日、献身的にVの世話をしており、容体の変化を知らせることについて合意もなされていたことから、乙が甲の嘘を信用したのは無理がないとも思えるが、上述のように、Vは高齢であり、事件当日は高熱を出していたことから、容体の急変が十分に考えられ、医師Bも、乙に、「30分ごとに」Vの様子をよく確認すべき旨の指示をしていたことから、乙はVの容体の確認を医療知識のない甲に任せることなく、自ら乙の容体を確認すべき義務があったといえ、乙自身に過失が認められる。そして、乙がVの容体確認を行っていたら、Vは十中八九、死亡しなかったであろうと言えるので、乙との関係では、点滴行為及びその後の容体不確認の危険が現実化したと言え、因果関係が認められる。

(5) よって、業務上過失致死罪が成立し、後述するように、丙との共同正犯(60条)となる。

第3 丙の罪責について

丙は、薬名を確認せずに乙に薬を渡した行為(作為)について、Vに対する業務上過失致傷罪あるいは業務上過失致死罪(211条1項前段)の罪

責を負うか。

1 単独犯として

(1) 「業務」 薬を渡す行為は、薬剤師の地位に基づいて反復・継続して行われ、薬名の確認を怠れば、患者の生命・身体に対する危険性を有するので、「業務」に該当する。

(2) 過失

(7) 予見可能性 肯定される。丙は、Vのアレルギー体質を認識しておらず、D薬のアレルギー反応の発生を具体的に予見することはできなかったといえるものの、薬剤師として薬一般に対する患者のアレルギー反応による死を予見することは可能であったといえるからである。

(1) 結果回避義務違反 丙は、「E薬用の」引き出しから、E薬であると信じてアンプルを取り出していること、A病院では薬を渡された看護師乙に処方と薬を確認すべき組織的態勢になっていたことから、薬に添付されたラベルまで確認すべき義務はなかったのではないかと。信頼の原則とも関連して、問題となる。

この点、丙は自ら、薬の適否やアレルギー体質等の確認を行うべき義務を負っていたにもかかわらず、これを怠った。

仮に丙が当該義務を履行していれば、丙はVのD薬に対するアレルギー体質とE薬処方の適否を慎重に確認しえたはずであり、丙自身あるいは乙がラベルの薬名に注意を払うことができたと言える。したがって、このような場合にまで、信頼の原則を適用することはできない。よって、丙はラベルの薬名を確認すべき義務があったといえ、丙は当該結果回避義務に違反した。

140

(3)結果 Vは、「D薬を投与されたことに基づく」急性アレルギー反応（致傷）によって、死亡した（致死）。

(4)因果関係 条件関係は、肯定される。もっとも、甲の故意行為および丙の過失行為が介在している点が問題になる。

145

まず、丙の過失行為について、確かに、A病院では、看護婦自身が、薬剤師の処方について確認すべきことが明確化されていたものの、それが現実には履行されないことは十分にありえるから、異常な事態であるとは言えず、容体悪化（致傷）との関係で因果関係は肯定され、少なくともVに対する業務上過失致傷罪が成立する。

150

甲の故意行為について、丙自身の過失行為等の介在等の事情がない以上、異常な事態であると言わざるをえず、丙との関係では、Vの死の結果を丙に帰責することはできず、因果関係が否定される。よって、業務上過失致死罪は成立しない。

2 共同正犯として

もっとも、乙との過失の共同正犯（60条）として業務上過失致死罪が成立しないか。

155

(1) 60条の一部実行全部責任の原則の根拠は相互利用補充関係にあることから、過失犯においても、共同義務の共同違反を肯定しうる場合には、共同正犯も肯定しうる。

160

確かに、本問丙の「薬を手渡す」行為と乙の「点滴をする」行為は同時に存在しないことから、共同義務は存在しないとも考えうるが、患者に対する投薬という生命・身体に対する危険を有する場面における薬名の確認は、基本的かつ重要な行為であるから、医師・看護師・薬剤師等

165

は、処方から投与までの一連の流れにおいて、誤投薬を防止すべきべき「共同の義務」を有していたと言える。したがって、乙丙の各行為は、各々の義務に対する違反のみならず、かかる「共同の義務」に対する違反と評価すべきである。よって、共同義務の共同違反が認められる。

(2)結果 VはD薬に対するアレルギー反応により、死亡した。

170

(3)因果関係 肯定される。なぜなら、乙の行為とVの死亡との因果関係は肯定されるところ、乙との共同正犯が成立する以上、丙との関係でも乙自身の過失行為を考慮しうるため、丙にも死の結果を帰責することができるからである。

(4) よって、丙には乙との業務上過失致死罪の共同正犯（60条）が成立する。

以上

175

180

〔第2問〕

次の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

【事例】

1 暴力団A組は、けん銃を組織的に密売することによって多額の利益を得ていたが、同組では、発覚を恐れ一般人には販売せず、暴力団に属する者に対してのみ、電話連絡等を通じて取引の交渉をし、取引成立後、宅配等によりけん銃を引き渡すという慎重な方法が採られていた。司法警察員Pらは、A組による組織的な密売ルートを解明すべく内偵捜査を続けていたが、A組幹部の甲がけん銃密売の責任者であるとの情報や、甲からの指示を受けた組員らが、取引成立後、組事務所とは別の場所に保管するけん銃を顧客に発送するなどの方法によりけん銃を譲渡しているとの情報を把握したものの、顧客が暴力団関係者のみであることから、甲らを検挙する証拠を入手できずにいた。

平成21年6月1日、Pらは、甲らによるけん銃密売に関する証拠を入手するため、A組の組事務所であるアパート前路上で張り込んでいたところ、甲が同アパート前公道上にあったごみ集積所にごみ袋を置いたのを現認した。そこで、Pらは、同ごみ袋を警察署に持ち帰り、その内容物を確認したところ、「5/20 1丁→N.H 150」などと日付、アルファベットのイニシャル及び数字が記載された複数のメモ片を発見したため、この裁断されていたメモ片を復元した〔捜査①〕。

さらに、同月2日、Pらは、甲が入居しているマンション前路上で張り込んでいたところ、甲が同マンション専用のごみ集積所にごみ袋を置いたのを現認した。なお、同ごみ集積所は、同マンション敷地内にあるが、居住部分の建物棟とは少し離れた場所の倉庫内にあり、その出入口は施錠されており、誰でも出入りすることが可能な場所にあった。そこで、Pらは、同集積所に立ち入り、同所において、同ごみ袋内を確認したところ、「5/22 1丁→T.K 150」などと記載された同様のメモ片を発見したため、このメモ片を持ち帰り復元した〔捜査②〕。

Pらが復元した各メモ片の内容を確認したところ、甲らが、同年5月中に、10名に対して、代金総額2250万円で合計15丁のけん銃を密売したのではないかと嫌疑が濃厚となった。

2 その後、Pらは、更なる内偵捜査により、A組とは対立する暴力団B組に属する乙が、以前に甲からけん銃を入手しようとしたものの、その代金額について折り合いがつかずにけん銃を入手できなかったため、B組内で処分を受け、甲及びA組に対して強い敵意を抱いているとの情報を入手した。

そこで、Pは、同年6月5日、乙と接触し、同人に対し、もう一度甲と連絡を取ってけん銃を譲り受け、甲を検挙することを手伝ってほしい旨依頼したところ、乙の協力が得られることとなった。この際、Pは、乙に対し、電話で甲に連絡をした際や直接会って話をした際には、甲との会話内容をICレコーダーに録音したいこと、さらに会話終了後には、引き続き、乙にその会話内容を説明してもらい、それも併せて録音したい旨を依頼し、乙の了解を得た。

同月7日午前11時ころ、乙は、乙方近くのE公園において、自らの携帯電話から甲の携帯電話に電話をかけ、甲に対し、「前には金額で折り合わなかったが、やはり物を買入したい。もう一度話し合いたいんだ。」などと言い、甲から、「分かった。値段が張るのはやむを得ない。よく考えてくれよう。」などの話を引き出した。乙の近くにあったPは、この会話を乙の携帯電話に接続したICレコーダーに録音し、さらに、同会話終了後にされた「自分は、平成21年6月7日午前11時ころ、E公園において、甲と電話で話したが、甲は自分にけん銃を売ることについての話合いに応じてくれた。明日午後1時ころ、F喫茶店で直接会って更に詳しい話合いをすることになった。」という乙による説明も録音した〔録音①〕。

翌8日午後1時ころ、待ち合わせ場所のF喫茶店において、甲と乙は、けん銃の譲渡について話合いをした。その際、甲と乙は、代金総額300万円でけん銃2丁を譲渡すること、けん銃は後日乙の指定したマンションへ宅配便で配送すること、けん銃の受取後、代金を直接甲に支払うことなどを合意するに至った。隣のテーブルにいたPは、このけん銃譲渡に関する会話をICレコーダーに録音し、さらに、甲が同店を立ち去った後にされた「自分は、平成21年6月8日午後1時ころ、F喫茶店で甲と直接話合いをした。甲が自分にけん銃2丁を300万円で売ってくれることになった。けん銃2丁は宅配便で、りんごと一緒に自分のマンションに配送される。代金300万円は後で連絡を取り合って場所を決め、その時渡すことになった。」という乙による説明も録音した〔録音②〕。

3 翌9日以降、Pらは、乙がけん銃を受け取ったことを確認し次第、甲をけん銃の譲渡罪で逮捕し、関係箇所を捜索しようと考え、度々乙と電話で連絡を取り、甲からけん銃2丁が配送されてきたか否か確認を続けた。しかし、同月14日午後9時ころ、Pらは、乙が電話に出なくなったことから不審に思い、乙の生命又は身体に危険な事態が発生した可能性があることからその安全を確認するため、

乙方マンション管理人立会いの下、乙方に立ち入ると、乙が居間において、頭部右こめかみ付近から出血した状態で死亡しているのを発見した。乙の死体付近にはけん銃2丁が落ちており、その近くには開封された宅配便の箱があり、その中を確認するとりんごが数個入っていた。また、机上には乙の物とみられる携帯電話1台があった。Pらは、甲によるけん銃譲渡の被疑事実について、裁判官から搜索差押許可状の発付を得た上で、発見したけん銃2丁及び携帯電話1台を押収した。さらに、Pらは、押収した乙の携帯電話の発信履歴や着信履歴を確認したが、すべて消去されていたため、直ちに科学捜査研究所で、消去されたデータの復元・分析を図った〔捜査③〕。その結果、頻繁に発信履歴のある電話番号「090-7274-△△△△」が確

認され、さらにこの契約者を捜査すると丙女であることが明らかとなった。なお、Pらは、乙方では遺書等を発見できず、押収したけん銃2丁には乙の右手指紋が付着していたものの、乙が死亡した原因を自殺か他殺か特定できなかった上、捜査の必要から、乙死亡についてマスコミ発表をしなかった。また、宅配便の箱に貼付されていた発送伝票の発送者欄には、住所、人名及び電話番号が記載されていたが、捜査の結果、それらはすべて架空のものであることが明らかとなった。

4 翌15日午後7時ころ、Pらが乙の携帯電話を持参して丙女方を訪ねると、丙女は、当初は乙を知らないと供述したものの、Pらが乙の携帯電話の電源を入れ、丙女の携帯電話番号の発信履歴が頻繁にあったことを告げると、ようやく、乙と約2年前から交際していたことを認め、乙から、今回警察の捜査に協力していることやそのためにA組の甲からけん銃を譲り受けることを打ち明けられていたなどと供述した。そのような事情聴取を継続中に、突然、乙の携帯電話の着信音が鳴った。Pらは、着信の表示番号が以前に乙から教わっていた甲の携帯電話番号であったので、甲からの電話であると分かり、とっさに、丙女から、電話に出ること及び会話の録音についての同意を得た上で、丙女に電話に出てもらうとともに、乙の携帯電話の録音機能を使用して録音を開始した。すると、甲と思われる男の声で、「もしもし、甲だ。物届いただろう。約束どおりりんごと一緒に届いただろう。300を早く支払ってくれよ。」との話があり、丙女が、乙が死亡してしまったこと、自分は乙の婚約者であることを告げると、甲と思われる男は、「婚約者なら乙の代わりに代金300万円を用意して持ってこい。物は約束どおり届いたはずだろう。」などと強く言ってきた。Pがメモ紙に代金は警察が用意するので待ち合わせ場所を決めるようにと記載して示すと、丙女は、その記載に従って、「分かりました。代金は、乙に代わって私が用意します。待ち合わせ場所を指定してください。」などと言い、同月17日に甲とF喫茶店で待ち合わせるようになった。Pは、電話終了後、乙の携帯電話の録音機能を停止して再生し、丙女と甲と思われる男の会話内容が録音されていることを確認した〔録音③〕。

5 同月17日午後3時ころ、丙女がF喫茶店に赴いたところ、甲が現れたので、Pらは、甲をけん銃2丁の譲渡罪で緊急逮捕した。

甲は勾留後、否認を続けたが、検察官は、本件けん銃2丁、甲乙間及び甲丙女間の本件けん銃譲渡に関する〔録音①〕、〔録音②〕及び〔録音③〕を反証した捜査報告書〔資料〕、丙女の供述等を証拠に、同年7月8日、甲をけん銃2丁の譲渡罪で起訴した。

被告人甲は、第一回公判期日において、「自分は、乙に対してけん銃2丁を譲り渡したことはない。」旨述べた。その後の証拠調べ手続において、検察官は、「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間及び甲丙女間の会話の存在と内容」を立証趣旨として、前記捜査報告書を証拠調べ請求したところ、弁護人は、不同意とした。

〔設問1〕下線部の〔捜査①〕から〔捜査③〕の適法性について、具体的事実を摘示しつつ論じなさい。

〔設問2〕【事例】中の捜査報告書の証拠能力について、前提となる捜査の適法性を含めて論じなさい。

【資料】

捜 査 報 告 書

平成21年6月18日

〇〇県〇〇警察署
司法警察員 警視

P 殿

〇〇県〇〇警察署
司法警察員 巡査部長

K ㊟
甲

被疑者

(本籍、住居、職業、生年月日省略)

上記の者、平成21年6月17日、銃砲刀剣類所持等取締法違反被疑事件の被疑者として緊急逮捕したものであるが、被疑者は、乙及び丙女との間で電話等による会話をしており、その状況を録音したICレコーダー及び携帯電話を本職が再生して反訳したところ、下記のとおり判明したので報告する。

記

1 平成21年6月7日午前11時ころ～午前11時5分ころ、電話による通話等

(1)乙「もしもし、乙ですが、この間は申し訳なかったね。」

「やはり、物必要なんだ。前には金額で折り合わなかったが、やはり物を購入したい。もう一度話し合いたいんだ。」

甲「今更何言ってるの。物って何のことよ。」

乙「とばけないでくださいよ。×××のことですよ。」

甲「前は、高過ぎるとか、ほんとに良い物なのかとか、うるさかったじゃない。うちのは××××とは違うんだよ。」

乙「悪かったね。やはりどうしても欲しいんだ。助けてほしい。」

甲「分かった。うちの回転×××の×××は物が良いので、値段が張るのはやむを得ない。よく考えてくれよ。」

乙「よく分かったよ。明日1時に前回と同じF喫茶店でどうだい。」

甲「分かった。明日会おう。」

ここで、甲乙間の会話が終了し(なお×××部分は聞き取れず)、引き続き、乙の声で、

(2)乙「自分は、平成21年6月7日午前11時ころ、E公園において、甲と電話で話したが、甲は自分にけん銃を売ることについての話合いに応じてくれた。明日午後1時ころ、F喫茶店で直接会って更に詳しい話合いをすることになった。」との話が録音されていた。

2 同月8日午後1時ころ、F喫茶店における会話等

(1)乙「お久しぶり。この前は悪かったね。」

甲「だから、この間の条件で買ってあげればよかったんだよ。うちの条件は前回と同じ、1丁150万円、2丁なら×××××、物がいいんだからびた一文負けられないよ。」

乙「分かったよ。それでいいよ。物どうやって受け取るんだい。」

甲「うちのやり方は、直接渡したりはしないんだ。そこでバクられたら、所持で逃げようないからね。あんたのマンションへ宅配便で送るよ。りんごの箱に入れて、一緒に送るから。受け取ったら、×××渡してくれよ。場所はまた連絡する。」

乙「それでいこう。頼むね。」

ここで、甲乙間の会話が終了し(なお×××部分は聞き取れず)、引き続き、乙の声で、

(2)乙「自分は、平成21年6月8日午後1時ころ、F喫茶店で甲と直接話合いをした。甲が自分にけん銃2丁を300万円で売ってくれることになった。けん銃2丁は宅配便で、りんごと一緒に自分のマンションに配送される。代金300万円は後で連絡を取り合って場所を決め、その時渡すことになった。」との話が録音されていた。

3 同月15日午後7時15分ころ～午後7時20分ころ、電話による通話

甲「もしもし、甲だ。物届いただろう。約束どおりりんごと一緒に届いただろう。300を早く支払ってくれよ。」

丙女「私は、乙の婚約者の丙女です。乙は死んでしまいました。」

甲「ええ。死んだ。本当かよ。どうして死んだんだ。××か。」

丙女「分かりません。でも、遺書はありませんし、近くにけん銃が落ちていました。」

甲「それはお気の毒だ。でも物は届いたんだろう。それなら、あんたが代わりに300万円払って

くれ。」

丙女「そんなお金は持っていません。」

甲「婚約者なんだろう。婚約者なら乙の代わりに代金300万円を用意して持ってこい。物は約束どおり届いたはずだろう。」

丙女「分かりました。代金は、乙に代わって私が用意します。待ち合わせ場所を指定してください。」

甲「本当に用意できるのか。それじゃあ。明後日の17日午後3時、F喫茶店に金を持ってきてくれ。××には言うなよ。」

丙女「分かりました。必ず行きます。」

ここで甲丙女間の会話が終了した（なお××部分は聞き取れず）

刑事系第2問 講師室監修答案

第1 設問1

1 捜査①の適法性について

(1) ごみ袋を持ち帰った点につき、無令状でなされた差押（強制処分）として、違法か。強制処分と任意処分の区別が問題となる。

強制処分とは、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現行為する行為など、特別の根拠規定がなければ許容されることが相当でない手段を意味する。

本問において、ごみ袋は、不要物として排出され、その占有権を放棄したものと認められるから、管理権や占有権に対する制約の程度は軽微なので、強制処分にはあたらず、占有取得部分について任意捜査の性質を有する221条の「遺留物」の領置として適法に行いうる。

(2) もっとも、任意捜査であっても、適正手続の要請（憲法31条）から、無制限に許容されるのではなく、(7)必要性・緊急性なども考慮した上、(i)具体的状況のもとで相当と言える場合に適法となるものと解する。

本件は、(7)「暴力団」による「けん銃」の「組織的密売」という取締の必要性が高く、社会的にも重大な事件の捜査であること、Pらはいまだ証拠を入手できていなかったこと、5月中だけで、すでに「10名」に対し、代金総額「2250万円」、合計「15丁」ものけん銃が売られた可能性が高く、捜査の必

要性・緊急性が認められる。(i)また、「公道上」に置かれた「ごみ袋」につき、プライバシーを保護すべき必要性は低いから、これを持ち帰ることの相当性も認められる。よって、適法である。

(3) また、メモ片を復元行為について、新たな法益侵害はないので、押収物についての「必要な処分」として、222条1項、同法111条2項により適法になしうる。

2 捜査②の適法性について

(1) 捜査②では、①と異なり、Pらが、メモ片を入手するために、無令状でごみ集積所に立ち入っている点につき、無令状でなされた「搜索」（強制処分）として、違法ではないか。上述の基準により判断する。本件において、ごみ集積所は「マンションの敷地内」にある以上、マンション管理者の管理権が及んでおり、その出入口が「施錠されておらず」、事実上、「誰でも出入り可能」であったとしても、それは入居者等の便宜を図るためのもので、マンション居住者以外の部外者が立ち入ることは想定されていないと言える。よって、倉庫内に立ち入ることは、マンション管理者の意思を制圧し、その管理権という重要な権利を制約する行為であるから、無令状でなされた「搜索」として、違法である。

(2) そして、メモ片の持ち帰りおよび復元は、倉庫への立ち入り行為と密接に関連する行為であるから、②の捜査は全体として違法となると解する。

3 捜査③の適法性について

無令状でなされたデータの復元・分析行為は、適法か。押収物についての「必要な処分」(刑訴法222条1項, 同法111条2項)として適法か。「必要な処分」とは、押収の目的を達成するのに必要かつ相当な処分をいうと解する。

暴力団A組は、電話連絡等を通じての取引の交渉という方法を探っていたことから、けん銃を譲り受けた乙の携帯電話の着信履歴、発信履歴を復元して、事件の手がかりを得る高度の必要性がある。

また、乙はすでに死亡していて、そのプライバシーを保護すべき要請は高くなく、科学捜査研究所という専門機関において復元を行っているため、相当性も認められるから、捜査③は、「押収物」である携帯電話についての「必要な処分」として、適法性が認められる。

第2 設問2について

本問捜査報告書(以下、「捜報」という。)の証拠能力は認められるか。

1 まず、いずれの部分についてもけん銃譲渡罪に関する必要最小限度の証明力を有するので、自然的関連性は認められる。

2 法律的関連性 本問捜査報告書(以下、「本問捜報」という。)は、Kおよび甲、乙、丙らの供述を内容とする書面であることから、伝聞証拠(320条)として証拠能力が否定され、証拠排除されないか。

(1) 320条の趣旨は、供述がなされるまでの記憶・知覚・叙述の各過程に誤りが混入するおそれがあるため、反対尋問権の保障によってその真実性を担保することにあるから、伝聞証拠とは、要証事実との関係で、その内容の真実性の証明が問題となる公判廷外供述を意味すると解する。

伝聞証拠となるか否かは、要証事実との関係で決まるところ、本問で、検察官は、「本問捜報」によって(ア)「甲乙間の本件けん銃譲渡に関する甲乙間および甲丙女間の会話の存在と内容(本問立証趣旨)」を証明し、これによって(イ)(i)甲乙間でけん銃譲渡についての話し合いがなされた事実(捜報1(1)(2)部分)、(ii)甲乙間でけん銃譲渡の合意がなされた事実(捜報2(1)(2)部分)、(iii)甲が乙にけん銃を送付した事実(捜報3部分)を証明することによって、甲の「けん銃譲渡」という罪責を証明するものと考えられる。

(2) Kの録音反訳について。検察官は、本問捜報によって(ア)「甲、乙、丙女の供述内容が存在すること(立証趣旨かつ要証事実)」を証明する必要があるが、この点につき、Kが捜報中に、「Kは「上記のもの…判明したので報告する。」旨供述しているため、上記(ア)の要証事実との関係で、その供述内容の真実性が問題となる。よって、本問捜報は、Kの供述を内容とする伝聞証拠であり、原則として証拠能力が否定される。

もっとも、録音の再生、反訳は、後述のように録音自体が任意捜査である以上、任意捜査として、五官の作用によって物の

95 状態を認識する検証を行う場合（実況見分）にあたるから、本
間捜報は実況見分調書にあたる。よって、321条3項により、
Kが公判期日において証人として尋問を受け、その作成の真正
を供述すれば、伝聞例外として証拠能力が認められうる。

100 (3) なお、録音も、甲らの供述の存在および内容を含むが、録音に
よる記録・再生過程は機械的に正確性が担保されているから、
320条の趣旨が当てはまらず、同条の「書面」あるいは「供
述」にあたらない（非伝聞。）。

(4) さらに、甲らの供述部分が、伝聞証拠にあたらないか。(i)(i)
～(iii)の各事実との関係で、その真実性が問題となるか否かが問
題となる。

105 この点、1(1)および2(1)、3は、(7)「供述が存在する事実」
それ自体によって上記(i)(i)～(ii)の間接事実を推認させるも
のであるから、供述内容の真実性が問題とならず、非伝聞であ
るのに対し、1(2)は、要証事実(i)(i)との関係で、乙の「甲は
自分にけん銃を売ることについての話合いに応じてくれた。」旨
の供述内容の真実性が、2(2)は、要証事実(i)(ii)との関係で、
110 乙の「甲が自分にけん銃2丁を300万円で売ってくれること
になった」旨の供述内容の真実性の証明が問題となるから、伝
聞証拠にあたり、原則として証拠能力が否定される(320条)。
伝聞例外としては、321条1項3号の要件を満たす必要があ
るところ、乙は、甲に恨みを持っており、捜査官に依頼されて
115 供述していることから、乙が甲を陥れようとするのが考えら

れ、嘘をつく危険がないとは言えず、絶対的特信状況が認めら
れない。

120 (5) 以上より、321条3項の要件を満たす限りにおいて、1(2)、
2(2)以外の部分について、証拠能力を認めうる。

3 証拠禁止にあたらないこと

まず、捜報の1(1)、2(1)、3は、それぞれ録音①から③を反訳
したものであるところ、これらの録音行為およびこれに関連する
捜査行為は適法か。

125 (1) ①～③の「録音」は、いずれも、甲の承諾なく行われており、
無令状で行われた強制処分たる「検証」として違法か。思うに、
会話内容の秘密性等のプライバシー権の処分は、会話の相手方
にゆだねられており、当事者の一方の同意がある場合には、プ
ライバシー権は、重要とまでは言えない。よって、強制処分で
はなく、任意捜査である。

130 ①②の録音は、乙の「了解」を得て、また、③の録音は、丙
女の「同意」を得てなされているから、任意捜査にあたる。そ
こで、①～③の各録音行為の適法性について、(7)必要性・緊急
性、(i)相当性の基準によって判断する。

135 (2) 録音①について。(7)設問1で述べた点に加え、会話を録音し
て証拠化する必要性・緊急性が認められる。(i)もっとも、①の
録音は、Pが乙に依頼して、甲から、けん銃譲渡という犯罪行
為についての会話を引き出した上で録音するというおとり捜査
の態様を取っており、相当性が問題となる。この点、領置し

140

たメモ等の記載から、甲は抽象的にけん銃譲渡の犯意を有していたことが認められ、P や乙らは犯罪の機会を提供したにすぎないから、甲の意思の制圧や重要な権利侵害はないので、強制処分ではなく、任意捜査である。しかし、携帯電話にICレコーダーを直接接続しており、プライバシー侵害の程度も高い上、乙は、甲が、二度も譲渡をしぶるような発言をしたにも関わらず、執拗に働きかけて、乙の会話を引き出していることから、手段として相当とは言えない。よって、任意捜査の限界を超え、違法である。

145

150

もっとも、違法収集証拠として排除されるのは、捜査の必要性和適正手続の調和の観点から、(7)令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、かつ、(i)これを証拠として許容することが将来の違法捜査抑止の見地から相当でないと認められる場合であると解する。

155

本問では、(7)甲がもともと抽象的な犯意を有していたとはいえ、甲は、上記乙の執拗な働きかけによって、乙への譲渡についての具体的な犯意を生じさせており、その違法は重大である。(i)Pらは乙を積極的に利用しており、これを証拠として許容すれば、将来、同様の違法捜査が繰り返される危険性が高く、相当でない。

160

よって、捜報1(1)部分の証拠能力は否定される。
(3) 録音②について。(7)必要性・緊急性については①と同様である。(i)「喫茶店」での会話録音であり、秘密性が放棄されてい

165

るので、プライバシー侵害の程度は低く、相当性も肯定される。もっとも、②は、①の録音段階でなされた違法な捜査がなければ存在しえず、①と密接な関連を有するから、その違法性を承継する。

ただ、甲乙間の譲渡の合意自体は、甲自身の自由な意思決定に基づいてなされていることから、(7)重大な違法とまではいえない。

170

よって、捜報2(1)部分について、証拠能力を認めうる。
(4) 録音③について。(7)乙が死亡し、発送伝票からも手掛かりがつかめない状況にあって、甲からの電話に出て録音する以外に、有力な証拠収集手段はなかったといえ、高度の必要性和緊急性が認められる。(i)確かに、Pらは、乙所有であった電話に第三者である丙女を出させ、代金支払いや待ち合わせについての指示を出すなど、詐術的な手段が用いられている。しかし、着信表示番号から、甲からの電話であることを確認して応答させたことに加え、(7)の高度の必要性・緊急性に照らすと、相当性が認められる。

175

180

よって、捜報の3部分について、証拠能力を認めうる。

以上

〔第1問〕

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いと思っている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。

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

住民登録が抹消されたことを知ったXは、それによって生活上どのようなことになるのかを質問し、市役所に行ったところ、国民健康保険被保険者証も失効するなどの説明を受けた。Xは、胃弱という持病があるし、最近体調も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市福祉事務局長は、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市福祉事務局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2001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に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ら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係る市町村長（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係る届出」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係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、住民基本台帳に記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係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) 生活保護法自体の違憲性

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。

すなわち、Y市は、ホームレスが増えると市のイメージが悪化することを理由に、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ところ、これは生活保護を必要とするホームレスの生存権を侵害するもので、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。

本件のXは、Y市内のインターネット・カフェや、Y市内のビルの軒先で寝ていることから、少なくとも「現在地」はY市にある。このように生活保護法が定める要件を満たすのに、生活保護認定をしないことは、憲法25条1項が保障する生存権を侵害し違憲である。

2 設問2について

(1) 反論

ア 生活保護法の合憲性

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 運用違憲という主張について

(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。

(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。

ウ 生活保護認定申請を却下した処分の合憲性

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。

(2) 私見

ア 生活保護法の合憲性

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。

イ 運用について

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。

ウ 処分違憲について

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。

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い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憲法 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

「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 条に反し違憲である。

(2) 住民登録を抹消した処分の違憲性

仮に上記住所要件が合憲であったとしても、Y市が、Xの住民登録を抹消したことにより、2011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 条に反し、違憲である。

2 設問 2 について

(1) 反論

ア 住民要件の合憲性

(ア) まず、そもそも、法令を改正しないという立法

不作為は違憲審査の対象とはならない以上、憲法 15 条に反することはない。

(イ) また、仮に違憲審査の対象になるとしても、憲法 15 条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。

イ 住民登録抹消処分の合憲性

Y市としては、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。

(2) 私見

ア 住民要件を改正しないことの違憲性

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。すなわち、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。

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可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ものである。

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。

そこで、住所要件の改正をしないという立法不作為は 15 条に反し違憲である。

イ 住民登録抹消処分の違憲性

Y市がXの住民登録を抹消したことによって、Xは2011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。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 条に違反し、違憲である。

以上

〔第2問〕

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主張して、B、C及びDの3名(以下「Bら」という。)の動きに反発している。これらの議員は、Bらの請求を認容する一審判決が出された場合には、控訴した上で、Eに対する村の損害賠償請求権を放棄する議会の議決を行うことを検討し始めている。A村はこれまで行政訴訟を提起された経験がないことから、Eは、急きよ、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わけです。
- 総務課長G：それは、地方自治法第242条の2第1項各号に挙げられた4つの請求のうち、第4号に規定された請求をするという意味ですね。F先生の方で、Bらが今回の売却に対して、どういった訴えを起こしてくるのか、4号請求の具体的な内容を示してもらえると参考になります。その上で、Bらが提起する訴えが適法かを、B、C及びDのそれぞれについて検討していただけますか。
- 弁護士F：分かりました。それでは、Bらが提起するであろう訴訟について、その具体的内容と適法性を記したペーパーを、早速用意いたします。
- 総務課長G：よろしくお願いします。次に、裁判になったとして、本件土地の売却のいかなる点が違法になるのか、この点の議論に移りたいと思います。本件土地の時価をどのように計算するかという問題モありますが、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るませんので、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、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ど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、何とい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でしょうか。

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

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：私に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ないでしょうか。

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ある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、予定賃貸借料の年

- 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ときに限り,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
	市町村	40万円
四 財産の売払い	都道府県及び指定都市	50万円
	市町村	30万円
五 物件の貸付け		30万円
六 前各号に掲げるもの以外のもの	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、議会在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①

第1 設問1について

1 予想される住民訴訟

Bらは、先立つ監査請求において、違法な契約によりA村の土地が売却されAに損害が生じたと主張しているの、損害賠償の請求をすることを求める義務付け請求（地自§242の2Ⅰ-④ 4号請求）を提起すると予想される。

具体的には、村長Eが違法な契約を締結してA村に3200万円の損害を与えたとして、Aに対し、Eへ損害賠償を請求することを求める義務付け請求である。

2 Bらが適法に提起できるか

(1) B、C、D共通の訴訟要件

ア B及びCは、平成22年3月19日に住民監査請求（地自§242）を行っているの、監査請求前置の要件を満たす（地自§242の2Ⅰ柱書）。一方、Dは監査請求前置の要件をみたさない。

イ A村監査委員は監査請求に理由のない旨の通知を平成22年4月23日に通知しているの、その通知から30日以内であれば出訴期間の要件を満たす（地自§242の2Ⅱ①）。

ウ 義務付け訴訟では、村長としてのEに被告適格が認められる（地自§242の2Ⅰ④）。本問のように地方公共団体の長個人に対する請求を求める訴えである場合でも、義務付け訴訟の段階では、執行機関と長個人との間に利害の対立はないの、Eに被告適格を認めても支障はない（地自242の3Ⅴ参照）。

エ 「当該職員」とは、242条が財務会計行為を対象としていること

から、当該訴訟において問題となっている財務会計上の行為を行う権限を法律上本来的に有するとされる者をいう。Eは、村の財産を管理・処分する権限があるので（地自§149-⑥）、当該職員に当たる。

(2) 原告適格について

ア 住民訴訟における原告適格

普通地方公共団体の住民に原告適格が認められるところ（地自§242の2Ⅰ）、原告適格は口頭弁論終結時に判断される（行訴§7、民訴§243Ⅰ、253Ⅰ④）。そうすると、口頭弁論終結前に住民でなくなった者に原告適格は認められない。

イ Bは、住民監査請求をし、現在もAの村民であるの、原告適格が認められる。Cは、住民監査請求後、Aから転出し他の市の住民となっているの、原告適格は認められない。Dは、住民監査請求をしていないの、訴訟を提起することはできない。

3 まとめ

Bによる訴えは適法だが、C及びDの訴えは違法である。

第2 設問2について

1 法令の趣旨

(1) 議会の議決について

地方自治法237条2項及び同法96条1項6号は、適正対価によらない譲渡による普通地方公共団体の多大な損失防止や特定の者のために財政の運営が歪められることの防止にあり、適正対価によらない財産の譲渡等を必要性和妥当性を議会の判断に委ねた規定である。

(2) 一般競争入札と随意契約について

50

地方自治法234条及び同法2項に基づく地方自治法施行令（以下、「政令」という。）167条の2第1項は、普通地方公共団体の締結する売買契約の方法について、原則として一般競争入札により、例

55

2 B及びAの主張

60

(1) Bの主張

Bは、①適正対価によらない譲渡における議会の議決を欠くことを（地自96Ⅰ-⑥、237Ⅱ）、②本件については例外的に随意契約

65

(2) Aの主張

これに対し、Aは、①適正な価格で売却したため議会の議決が不要であること、②実質的には適法な随意契約であること、③裁量権の範囲内の売却であることを主張する。

3 契約締結の適法性

(1) ①議会の議決について

ア Aの本件土地売却価格総額4800万円と時価との差額分3200万円が生じているので、本件売却が適正な対価といえるかが問題と

70

なる。

イ 上記議会の議決の趣旨によると、適正な対価でない場合とは、財政に多大な損失を与える場合や特定の者のみのために譲渡された場合をいうと解する。

75

ウ 本件についてみると、極めて厳しい財政状況の続いていたAは、前年に相場並みの価格で本件土地の売却を試みたものの、応募はわずか1区画のみであり、契約締結に至っていなかった。このように本件土地の売却が困難な状況下で、財政状況の厳しいA村の状況を打開するためには、時価を下回ってしまうことは許容されるべきである。

80

もっとも、本問では、結果として、売却価格の総額4800万円に対して、時価との差額が3200万円も生じており、その差額は著しく大きい。これは、Aの財政に多大な損失を与えるものといえる。

85

また、最も安い区画は400万円である一方、最も高い区画は560万円というように、価格差が160万円もある。このことを、Aの部長の弟や売却担当部局職員の妻も購入者に含まれていたことを併せ検討すると、安い区画は特定の者のみのために譲渡された場合と推認することもできよう。

よって、適正な対価ではなく、議会の議決が必要である。

(2) ②随意契約について

90

ア Aは、本件土地を一般競争入札によらずに、購入者との個別の契約によって売却している。そこで、本件については例外的に随意契約に

95

イ 上記随意契約が例外的に認められる趣旨からすると、随意契約が許容されるのは施行令167条の2第1項各号に形式的にあたる場合に限定されると解するべきである。

ウ 本件では、まず、施行令167条の2第1項1号については、別表第5の4が定める額を超えることは明らかであるので、該当しない。

2号についても、本件土地の売却については関係がない。

100

5号については、厳しい財政状態が続いていたことから、「緊急の必要」があったかが問題になる。ただ、この「緊急の必要」というのは、災害時等で競争入札によると時期を失し、あるいは契約の目的を達することができない場合を指すものと考えられるから、財政状態が厳しいということだけでは「緊急の必要」にあたるものではない。

105

6号については、競争入札に付することが不利なのか問題になる。今回の売却の前年に相場価格並みの価格を定めて売却を試みたが、応募は1区画あったのみで、それも結局、契約の締結に至らなかったことからすると、競争入札にしても相場価格を割る可能性が高く、不利なようにも思われる。しかし、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から、広く情報提供すれば、競争入札にしたほうが高い価格となる可能性もあるのだから、競争入札が不利であると断ずることはできない。よって、6号にもあたらない。

110

7号については、前年の売却の試みが成功していないことからすると、随意契約によっても、著しく有利な価格で契約を締結することができるまではいえない(現実の結果もそうではなかった。)。よって、7号にも該当しない。

115

8, 9号については、本件の売却の前提として競争入札が行われてはいないので、該当しない。

以上より、施行令167条の2第1項のいずれにもあたらないので、本件の随意契約は違法である。

120

(3) ③Eの裁量権について

ア 売却価格に下限を定めず、側溝部分の対価支払い免除といった売却方法をとっているが、その結果、時価との著しい差額が生じるばかりか、本来であれば支払われるべき対価の一部が収入されないものであるから、裁量を逸脱している。

125

イ のみならず、Aの部長の弟や売却担当部局職員の妻も購入者に含まれていたというのであるから、契約の相手方の選定に関し、公正も欠く。

ウ よって、裁量権の逸脱濫用がある。

第3 設問3について

130

1 小問(1)について

(1) 住民訴訟の制度が設けられた趣旨

住民訴訟は、地方自治の本旨に基づく住民参政の一環として、住民に対しその予防又は是正を裁判所に請求する権能を与え、もって、地方財務行政の適正な運営を確保することを目的としている。

135

(2) 地方議会による請求権放棄の議決の適法性

ア 上記趣旨からすると、地方議会による請求権放棄の議決が適法か否かの判断は、当該議決が、住民訴訟により認められる地方自治の本旨たる住民自治に反するか否かが基準となる。

140

イ 適法とする判決は、請求権を放棄する議案について、住民の代表たる議会で、質疑、応答がなされており、当該議案を民主的に議決して

145

ウ これに対し、違法とする判決は、一審敗訴後し控訴審の判決が予定されていた直前に議決がなされ、決議をする合理的な理由がなく、放棄の相手方の個別的・具体的な事情の検討を検討せずに請求権を放棄する決議をしていることから、この議決には住民の代表である議会における討議がされていないため、住民自治に反するため、違法となった。

2 小問(2)について

150

(1) 適法とする判決

AのEに対する損害賠償請求権は、時価と売却価格との差額3200万円の不法行為に基づく損害賠償請求権である。時価との差額は明確な損害であり、また、人口約2400人のA村にとっては高額である。

155

しかし、Eは裕福ではなく、高額な損害賠償を負担させてしまうと、Eは村長の職を全うすることができず、厳しい環境の中でAの財政再建に貢献してきたEによる、さらなる貢献が期待できず、逆にAにとって不利益な結果となる。

本件売買はわずか10区画のみであることも考慮すると、請求権放棄の議決は適法である。

160

(2) 違法とする判決

請求権放棄の議決は控訴後なされたが、控訴審の弁論終結後になさ

165

れたものではないこと、Aの財政状況は極めて厳しく、3200万円は高額でAの財政に対する影響は大きい。

しかし、本件請求権放棄の議決は、Aの財政再建に貢献してきたEが、今後もAのために貢献することにつながるので、決議をする合理的理由がある。また、裕福でないEが3200万円もの高額な損害賠償を負担することになってしまう。

170

また、職員や議員の中では、本件土地売却は当然のことであるという意見が圧倒的であることから、議決に際し、住民の代表である議員も放棄に賛成すると考えられる。

そうすると、議決に際し、請求権放棄を具体的に討議すれば、住民訴訟の趣旨が没却されず、違法な財務会計上の行為の放置等があったとはいえず、議決は適法となる。

以上

175

180

公法系第2問 講師室監修答案②

設問1

1 Bらが提起することが予想される住民訴訟

Bらは、Eによる本件土地の売買契約の締結によって、A村が売却価格と時価との差額分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。地方自治法上定められている住民訴訟のうち（地方自治法242条の2第1項）、これは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らが適法に4号請求訴訟を提起できるか

(1) 4号請求訴訟を適法に提起することができるのは、監査請求を経た住民である（地方自治法242条の2第1項柱書）

(2) Bについては、平成22年3月19日に住民監査請求をし（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とともに住民監査請求をしてはいるが、平成22年5月1日にA村から転出し、現在は他の市に住んでいる以上、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、監査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法性については、検討会議の会議録にあるように、①議会の議決を経ていない点、②入札手続を採らなかったという点を主に検討する。

2 議会の議決を経ていない点について

(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なければ、「適正な対価」なくしてその財産を譲渡することはできない。これは、適正対価によらない財産譲渡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、適正な対価とは、通常は当該財産の市場価格を基準に考えるべきである。もっとも、財政運営の必要性から、市場価格（時価）を下回ること自体が直ちに「適正な対価」性を失わせるものではなく、上記趣旨を実質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成約されている。ただ、極めて厳しい財政状況の下、人口減少対策・過疎対策として、本件土地の売却を行っていることから、前年に相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「適正な対価」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、土地売却価格総額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は、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村の部長の弟や売却担当部局職員の子も含まれていたことや村内の利便性を欠く地区に住む者による買換えが、複数見られたことを考慮すると、時価を著しく下回る価格設定

には作為的なものが推認され、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、「適正な対価」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、議決を経ていない点で違法である。

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、機会均等及び経済性を確保することにある。もし、随意契約を一般的に許容すると、普通地方公共団体が特定人とはばかり契約を締結し、原理が機能せず、適正な価格を形成できないこととなるのである。

(2) そうすると、本件土地の売却が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

イ 2号

本件土地の売却を想定する規定ではない。

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

のではないから、本号にもあたら

エ 6号

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、競争入札を行ったとしても、時価を下回るおそれ大きいことから、競争入札は不利とも考えられる。

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はいえないから、6号にもあたら

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はいえないから、7号にも該当しない。

カ 8, 9号

本件土地の売却については、競争入札が行われてはいないことから、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

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

設問3

1 小問(1)

(1) 適法とする判決

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に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にゆだねられているとしている。

(2) 違法とする判決

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に出ること自体は否定しないものの、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) 考え方が分かれた点

(1)、(2)からすると、考え方が分かれたポイントは、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。

2 小問(2)

(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は制約されず、かつ、請求権放棄の可否は、議会の合理的判断にゆだねられるのである。したがって、A村議会が請求権放棄の議決をなした場合、その放棄は有効とされ、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。

(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は制約され、かつ、請求権放棄の判断の合理性について裁判所は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

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わって提訴し、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骨抜きにするものであって違法ということになる。

イ 請求権放棄という判断の合理性の有無

140

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人程度の村でかつ財政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。

145

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村の財政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討している形跡はうかがえない。

150

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、本問の事例においてもその合理性は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、A村議会による請求権放棄の議決は、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。

155

(3) 自らの意見

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提訴し、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。

160

もっとも、住民訴訟制度の趣旨にいう「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

165

場合には、議会を含めて地方公共団体が機能していない以上、問題の解決を司法の場に委ね、個別的な請求に反した議決に出ること自体を否定すべきではないかと考える。

以上

170

175

180