

## 【 憲 法 】

南九州税理士会事件最高裁判決（最判平成8・3・19民集50・3・615）、および群馬司法書士会事件最高裁判決（最判平成14・4・25判時1785・31）を素材として、団体と個人の人権との調整につき考察することを求める設問である。

設問文にあるように、税理士業務を行うためには、税理士は税理士会に入会しなければならない。このように強制加入であること、および公益目的の団体であることにより、八幡製鉄事件（最大判昭和45・6・24民集24・6・625）とは異なった考慮を要する。

強制加入である以上、構成員である会員には、さまざまな思想・信条の者が存在することが予定される。そうだとすれば、税理士会としての活動にも、会員に要請される協力義務にも、限界があることとなる。また政治団体に対して金員の寄付をするか否かは、選挙における投票の自由と表裏をなすもので、個人の政治的思想、見解に基づいて、自主的に判断すべきことである。このように考えれば、特別会費の徴収決議は税理士会の目的の範囲外として無効と判断することができるだろう。

では、設問後段にある復興支援拠出金はどうか。いろいろな考え方が可能であろうが、税理士会として行うことのできる事柄として、目的の範囲内と判断することもできるだろう。

もちろん結論は各人の考え方による。判例を意識しつつ、団体とその構成員たる個人の思想・良心の自由との調整につき、粘り強く考察を展開してほしいところである。

以 上

## 【 民 法 】

問題Ⅰは、取得時効と登記に関するいくつかの判例準則を問う問題である。取得時効完成後の第三者との関係、その後さらに取得時効に必要な期間の占有がある場合について、取得時効の要件を示しつつ、明確に論じられているかが問題となる。

問題Ⅱでは、請負代金債権につき債権譲渡がされ、その対抗要件が具備された場面で、契約不適合責任が問題となる場合に、債権譲受人からの請求に対して、代金債務者である注文者には、複数の反論が考えられる。それらの法律構成が明確に論じられているか問う問題である。

以 上

# 【 刑 法 】

## 〔問1〕

本問は、第1に、いわゆる「同意傷害」について、違法阻却の可否、根拠、要件等に関する理解を問うものである（なお、「法益主体（被害者）の承諾」を構成要件不該当事由と位置づける場合は、違法阻却の問題ではなく傷害罪〔刑法204条〕の構成要件該当性を肯定可能か否かの問題として処理されるべきこととなる）。まず、「ムチ打ち症」が同条にいう「傷害」に当たることを検討し、甲の所為が傷害罪の構成要件に該当することを明らかにしてほしい（実行行為性、因果関係等）。そのうえで、Xが「甲の行為により自己が傷害を負うことについて、承諾していた」事実を指摘し、その承諾が任意かつ真意のものといえるか否か、「自己決定権の尊重」と「刑法による身体の安全保護（パターンリズムに基づく国家刑罰権介入）の必要性」との調整、同意時に予定されていた傷害の程度と実際に生じた傷害の程度、甲の行為の危険性（とくに、生命侵害につながる危険の有無）、甲がXから承諾を得た目的等を考慮して、違法阻却の可否を検討し、結論を示すことが求められる。なお、目的について検討する場合、「甲の」行為を正当化できるか否かを検討するのであるから、「甲がXから承諾を得た目的」を問題とすべきであって、「Xが甲に承諾を与えた目的」を検討するのではないことに注意が必要である。

本問は、第2に、「Bが全身打撲傷を負った」点について、甲の所為に傷害罪が成立するか否かについての検討を求めている。甲の行為とBに生じた傷害結果との間に「Xの足がブレーキペダルから離れた」という介在事情が存在することを踏まえて、因果関係を肯定することができるか否かについて、検討する必要がある。次いで、因果関係を肯定する場合には、行為時に甲はBの存在を認識していなかった（したがって、「Bが傷害を負うことを予見していなかった）事実、甲には「Xだけ」に傷害を負わせる意思しか有していない（Xに加えて他の人に傷害を負わせる意思はない）事実を指摘し、Bとの関係において甲に「傷害罪の故意」を肯定可能か否か、傷害の故意が1つ（Xという1人の人を傷害する意思）しかないのに甲の所為に傷害罪を2個成立させてよいかについて、検討が必要である。故意を肯定するために行為者が認識・予見している必要のある「客体の具体度」（「人」の傷害か、「B」の傷害か）、「故意の個数」について、理由を明示しながら自説を明らかにすることが求められる。Bとの関係において傷害罪の故意を否定する場合には、業務上過失致傷罪（刑法211条）の成否について検討しなければならない（特別法違反の罪は罪責検討の対象から除かれているので、過失運転致傷罪〔自動車の運転により人を死傷させる行為等の処罰に関する法律5条〕の検討は不要である）。

最後に、Xとの関係において成立を認めた罪と、Bとの関係において成立を認めた罪との罪数について、検討することが求められる。

〔問2〕

設問(1)については、罪名「傷害致死罪」、罰条「刑法205条」と、設問(2)については、罪名「傷害罪」、罰条「刑法204条」と、それぞれ記載することが求められる。

\*\*\*\*\*

※上記両設問の問題文において、「甲の行為は何罪の構成要件に該当するか。」と記載すべきところ、「Aの行為は何罪の構成要件に該当するか。」と記載するミスがありました。お詫びいたします。「A」の行為についての罪名および罰条を解答した場合も、「正解」としました。

\*\*\*\*\*

設問(3)は、いわゆる「折衷的相当因果関係説」の主張する判断基底の設定方法について、①同説の根拠、および、②考えられる同説に対する批判についての理解を問うものである。①については、刑法の行為規範性の強調、刑法による一般予防目的達成との調整、行為時に存在した特殊事情の客観的利用可能性を考慮する必要性等に依拠した根拠づけが、主張されている。②については、客観的帰責と主観的帰責の混同、「違法(一般人基準)なき責任(行為者基準)」の承認に帰着する、真実に目をつぶることになる等の批判が展開されている。①②いずれについても、(いわゆる「予備校本」ではなく)刑法体系書の折衷的相当因果関係説に関する記述で、確認してほしい。

以上

# 【民事訴訟法】

趣旨

1

法律効果が発生するため、法律が適用されるためには、その前提となる事実が確定される必要がある。しかし、証拠調べの結果事実の存否が不確定、真偽不明（ノンリケット）の場合が出てくる。

このような場合にも裁判所は判断を拒否するわけにはゆかないので、これを可能にするための仕組み、概念が必要である。これが証明責任である。

通説、実務は、証明責任を、法適用の前提となる事実が真偽不明のときにその法適用に基づく法律効果が発生しないとされる、そのような当事者の負担とみる。事実の真偽不明が直接法規不適用に結び付くと考えるので、「法規不適用説」と呼ばれる。

これに対し、「証明責任規範説」は、法適用の前提となる事実が存在するときに法が適用されるのであり、その存否が不明の場合には、法（実体法）が適用とされるか不適用とされるかを決定するための規範としての証明責任規範がこれを指示するとみる（松本＝上野 450～451 頁、新堂 604 頁、高橋上 519～520 頁。もっとも、そのニュアンスには若干の相違がある）。

証明責任規範説は、本来、法適用の前提となる事実が存在するときに法が適用される（訴訟上の証明を離れても権利は実在するのだから）のであるにもかかわらず、「事実の証明」を法の適用に結びつけているとして法規不適用説を批判し、実体法規のほかに証明責任規範という規範の存在を措定するわけである（「証明責任規範が実体法の裏側に存在すると考えると理論的に通りがよい」と高橋上 519～520 頁はいう）。

しかし、法規不適用説は実体法規を裁判の場面における裁判規範としての機能からとらえていると考えれば、これが、訴訟上の証明を離れても権利は実在するという原則と矛盾するということとはできないこと、証明責任規範説は、明文の証明責任規定や法律上の推定規定が存在しない場合には真偽不明の事実は不存在として扱うというが、明文の証明責任規定とされるものはわずかであり（たとえば、新堂 613 頁は、民 117 条 1 項、自賠 3 条ただし書を挙げるが、いずれにせよまれである）、實際上、証明責任規範説適用の結果は法規不適用説と（さほど）異なることを考えると、現時点では、あえて観念的かつ難解な証明責任規範説を採る意味は乏しいのではないかと考えられる（伊藤 381～382 頁、クエスト 263～264 頁）。理論的な説明の方法の相違という感が強い議論と思われる（新堂 604 頁、高橋上 519～520 頁は、証明責任規範説を採ったほうが証明責任論をより弾力的、発展的にとらえうるというが、具体的にどのような意味においてなのかは、今一つ定かでない）。

証明責任は結果責任だが、普通の民事訴訟では、真偽不明の状態のままで終わる事実は多くはなく（原告本人訴訟で証拠に乏しい事案など）、むしろ、証明責任の所在

が当事者、裁判所にとっての主張立証や審理の進め方の基準、行為規範となるという側面のほうが、機能としてははるかに大きい。この行為規範としての側面を、結果責任としての証明責任（客観的証明責任）と区別して、主観的証明責任と呼ぶことがある。

裁判所がどの程度の心証を形成すれば証明の対象となる事実が存在するものと扱ってよいかに関する程度を証明度というが、これについては、見解が分かれている。

通説・判例は、「通常人が疑いをさしはさまない程度の高度の蓋然性」が必要であるとする（最判昭和50・10・24民集29巻9号1417頁、百選5版57事件〔ルンバール事件〕）。もっとも、この判決の読み方は必ずしも一様ではなく〔高橋下42頁の注(18)〕、また、この事案では実際には相当程度の蓋然性が満足されているにすぎないという見方もある〔松本＝上野440～441頁〕）。

これに対し、証拠の優越性で足りるとする考え方も学説では有力である（新堂571～573頁等）。新堂説は、根拠として、刑事訴訟とは異なる民事訴訟の性格、高度の蓋然性説では誤判率が高まること、基準としての明確性、立証活動の活性化の各視点を挙げる。

英米法系の国々では証拠の優越性説が採られており、その理論的根拠としては、高度の蓋然性説では誤判率が高まるということが最も大きいのかと思われる（大村雅彦＝三木浩一編『アメリカ民事訴訟法の理論』〔商事法務〕142～174頁）。

もっとも、実際に法廷を傍聴してみると、日本のそれとアメリカのそれに極端な差までは感じられずまた、日本の実務でも証拠の優越性によっている場合があるのではないかとの指摘もある。

また、日本を含め大陸法系の国々でも、証明責任の転換ないし証明度の軽減のためにさまざまな規定・概念・理論が存在し、これらにより、高度の蓋然性説を採った場合の問題は相当に緩和されているともいえる。

以上を踏まえれば、「証拠の優越性よりは高いが、通常人が疑いをさしはさまない程度の高度の蓋然性よりは低い、相当程度の蓋然性」をとることも考えられ、実際、実務の伝統的な感覚はそのようなものかもしれない。

答案としては、以上の要旨が記されていれば、ことに多数説による正確な定義ができていれば、相当の点数が与えられる。

## 2

Yは、既判力の消極的作用により、貸金債務の不存在を基礎付ける事由（すなわち、Xの不当利得を基礎付ける事由）のうち前訴基準時前のものに基づく主張はできないから、基準時後の新たな事実（通常はそのような事実があれば強制執行が行われるまでの間に請求異議の訴え〔民執35条〕を提起するので、かなり教室設例的な事由となるが、たとえば敗訴後強制執行までの間に弁済を行ったなど）を主張しない限り、請求が棄却される。作用類型については、「訴訟物が矛盾関係にある場合」と解するのが通説である。

# 【刑事訴訟法】

## 【出題意図】

### 序

設問1・2共に、「捜査機関又はその依頼を受けた捜協力者が、その身分や意図を秘して犯罪を実行するように働き掛け、相手方がこれに応じて犯罪の実行に出たところで現行犯逮捕等により検挙する」捜査手段であるため、囮捜査の問題である(最決平成16年7月12日刑集58巻5号333頁)。任意処分である限り、捜査手段は刑訴法に明文の規定を要しないが(法197条1項但書)、囮捜査についてはまさに刑訴法に規定がない。囮捜査は、被処分者に対して働き掛けをした者の身分・意図等に錯誤を生じさせてはいるものの、罪を犯す行為自体は被処分者が自由意思に基づいているのであるから、強制処分ではなく、任意処分だと解される。

### I 設問1について

若干の変更をしてあるが、上記平成16年最決と類似の事案である。同最決では、「通常の捜査方法のみでは当該犯罪の摘発が困難である場合に、機会があれば犯罪を行う意思があると疑われる者を対象に囮捜査を行うことは、刑訴法197条1項に基づく任意捜査として許容されるものと解すべきである」と判示しているが、任意捜査の一般的要件である必要性・緊急性等に鑑み相当か否かという基準を加重し、「機会提供型」であることを適法性判断=相当性判断に用いている(尚、機会提供型であっても、執拗な態様での囮捜査については相当性を欠くとするのが通説である)。

本問では、丹念な捜査の結果でも、X<sub>1</sub>の所在が不明であり、X<sub>1</sub>からの連絡方法が公衆電話からの架電に限られていたことから、まさに通常の捜査方法では摘発が困難であり、必要性の高い事案である。また、X<sub>1</sub>が犯意を既に固めていて捜査機関は機会を提供したに過ぎず、X<sub>1</sub>は少しの躊躇もせずに応じているので、執拗な働きかけもなかった。

以上の点に鑑み、法197条1項本文に基づく任意捜査として適法である。

### II 設問2について

X<sub>2</sub>はAの強い圧力を受けたWからのほたらきかけがある迄は、覚醒剤犯罪の意図が全くなかったのであるから、いわゆる犯意誘発型の囮捜査である。犯意誘発型の囮捜査は、通説では違法とされるが、犯罪を実行すること自体は自身の自己決定であり、捜査機関・捜査協力者の囮捜査によって動機の点に錯誤が生じたに過ぎない。そこで通説は任意捜査であると捉えつつ、犯意のなかった者に敢えて犯意を生じさせて摘発することには必要性が欠け、任意捜査としての相当性を認められないとする。尚、実務上、犯意誘発型の囮捜査がなされることは稀有であるが、銃器対策課の警察官が捜

査協力者に強い圧力を加えた結果、外国人船員に銃器持ち込みと譲渡の犯意を生じさせたことが判明した事案においては、当該捜査方法の違法性が指摘されている(札幌地決平成 28 年 3 月 3 日判時 2319 号 136 頁)。

本問における X<sub>2</sub>への捜査方法は以上の観点から、犯意誘発型の違法捜査だったと見るべきである。

#### 参考文献

川出敏裕『判例講座刑事訴訟法[捜査・証拠篇]・第 2 版』237～249 頁

古江頼隆『事例演習刑事訴訟法・第 3 版』192～203 頁

以 上