

令和5年3月21日

再チャレンジプログラム 第8～10回（論点総ざらい）

弁護士 春日 尚純

第1 憲法

1 総論

特になし（択一対策で条文は押さえよう）

- ・国民主権の流れ（ナシオン・ブーブル）

ブーブル＝自然権 これを理解しておく

- ・9条は司法試験委員は思想的なのでかなり気を使っている。パズル的な問題が出る。
「説」を抑える。説ででる。

（まとめ）

この2つは必ず抑える。

2 人権

(1) 人権パターン

- ・答案の冒頭に書くべき内容
- ・人権パターンで書くべき5つのポイント

保護範囲⇒制約⇒違憲審査基準定立⇒目的手段⇒手段審査

- ・保護範囲の枠組み
- ・権利制約の枠組み（法令違憲・適用違憲それぞれ）

⇒法令違憲の場合には、罰則受ける地位が侵害になる

⇒適用違憲の場合には、「具体的な処分」が侵害になる。

- ・違憲審査基準の設定枠組み

⑦権利の重要性

⑧制約態様

許可制⇔届け出制

直接制約⇔間接制約

侵害の態様が大きい

類型的規制の必要性（パターナリズム、在監者、公務員、前科）

（⑦消極目的 or 積極目的）

- ・違憲審査基準の内容

①厳格

②中間

③緩やか

・目的審査の枠組み

これを守らなければ発生する危険を考える

(厳格)

①守らないといけない重大な利益か(保護法益の重大性) ②守らなければ具体的危険が発生するか

(中間)

①②のどちらか、あるいは0.5つつでもよい

(正当)

目的のみで見る。

・手段審査の枠組み

①適合的か

役立っているか⇒実効性があるか

②必要性

過剰でないか(やりすぎてないか)

※社会権の答案の型(自由権的側面、請求権的側面)

法令違憲がありえない

・制約は、既存の制度との比較(ベースライン審査)

(2) 人権総論

・外国人の人権享有主体性

キーワード 前国家的権利、国際協調主義

一あてはめ論点の例

入国の自由⇒国家の当然の権利

出国の自由⇒22条1項

・特別権力関係理論(在監者、公務員、未成年者の人権制約の理由)

(違憲審査基準を下げる理由:制約態様)

在監者⇒

公務員⇒15条2項 全体の奉仕者であるから制約が認められる

未成年⇒判断能力が未成熟なため、心身の健全を図る必要がある

コメントの追加 [1]: 1 厳格

実効性+過剰でない+過剰でないあまりない

2 中間

実効性+過剰でない

3 合理性

実効性

コメントの追加 [2]: 既得権侵害型は簡単(自由権的に処理できる)

作為請求権型⇒よこせ!!やってくれ!!

立法不作為系は必ず作っておく。

【書き方】

①保護範囲は同じ

憲法上の権利がある

②国に義務があるのに果たさなかったことが講約

スロープをつける必要があったのにそれを怠った。

(3) 13 条

・保護範囲

→あてはめ論点

⑦プライバシー

①自己決定権

⑦肖像権

・プライバシー権の定義

→制約性の認定

①事実上ほいことがら

②一般的にしられたくないと思った事柄

③しられてない

自己情報コントロール権⇒N システム

②使っていいけど目的外で利用するな

・違憲審査基準の定立（前科情報が知られた場合、指紋押捺）

ここはきっちりまとめる。

⇒指紋だけでは個人は特定できない

前科は知られたくないと思うことが通常であるため、人格的価値が上がる。

(4) 14 条

・合理的区別論の論証

・違憲審査基準の定立枠組み（どうやって厳格にする？緩やかにする？）

(5) 15 条

・選挙権、被選挙権、選挙運動の自由の保障の可否

・違憲審査基準の定立（権利の重要性？緩める理由？）

(6) 19 条

・保護範囲

信条説＝人権の希薄化

・絶対的禁止の内容

①思想保持の禁止

②思想表明の禁止

③思想を理由とする不利益取扱いの禁止

・絶対的禁止に該当するかどうかの判断基準

外部的事実の記載から判断する？君が代らしい。

コメントの追加 [4]: 13 条は 2 パターン

①宴のあとパターン

②自己情報コントロールパターン

コメントの追加 [5]: 理由を一言だけ書く

「人権の希薄化を防ぐ」

コメントの追加 [6]: これも、「類型的規制の

必要性」が高い

色んな人に迷惑がかかるから

規制態様は低くなる

コメントの追加 [7]: 国憲法違憲判決がベース

「自己の努力ではいかんともしがたい事柄」

コメントの追加 [8]: 選挙権全くやってなかった

・違憲審査基準はほとんど中間審査基準

緩める理由は、選挙犯罪

コメントの追加 [9]: 19 条といえば「君が代」

【制約フェーズ】

①絶対的禁止にあたるか

判断方法

あてはめ

⇒絶対的禁止にはあたらないが間接的制約に当たる

- ・間接的制約に該当する場合の審査基準の定立（権利の重要性）

(7) 20 条

- ・宗教的行為の自由の保護
⇒＋宗教は人格的利益に結びつく
- ・違憲審査基準の定立（権利の重要性）
⇒－カルト宗教があるから規制の必要性がある
- ・政教分離違反の論証
- ・目的効果基準の判断枠組み

空知太の総合考慮は、要素を覚えるべき、なぜならそのままではめにナンバリングするから

(8) 21 条

- ・保護範囲、権利の重要性、違憲審査基準の緩和
 - ・知る自由 反論できる 保証されてない
 - ・報道の自由
 - ・取材の自由 反論できる 保証されてない
 - ・性表現
 - ・営利的表現
 - ・**集団の行動の自由** 21 条
 - ・違憲審査基準の規制態様
 - ・内容規制と中立規制
- 表現の内容に着目⇔時・場所・方法
- ・パブリックフォーラム論（主要な判例も）
- とは、誰でもはいれるところ。

⇒違憲審査基準を厳格にするもの

㊦伝統的パブリック ビラ

㊧機能的パブリック ビラ

㊨指定的パブリック 泉佐野

「表現の方法として効果的なので」⇒伊藤正己のワードは使いやすい

㊩非パブリックフォーラム

- ・名誉毀損的表現の取り扱い
権利制約、プライバシーとの調和
- ・検閲の定義

(9) 22 条

- ・保護範囲（営業の自由）
- ・違憲審査基準（権利の重要性、消極・積極目的規制）

消極は生命・健康・財産

コメントの追加 [10]: 19 条は必ず「間接的制約」

したがって、必ず中間審査基準から始まる。
判例の文言に騙されない。あれはサボってかいてないだけ

コメントの追加 [11]: 多数人が共通の目的をもって一定の場所に集まること

- ・この定義は覚えておくと使いやすい
- ・情報の受け手が発信することができる数少ない手段。
- ・集団行動の自由と集会の自由は、止まってるか移動してるかだけ。定義からみれば同じ
- ・暴徒化理論は重要性をさげ理由としておさえておく。

コメントの追加 [12]: 泉佐野は他で集まることは可能だった。そのため集会の自由は侵害されていない（広島は集会の自由をそれ自体を侵害されている）集会場所を利用する自由が適切である。

このような集会場所を利用する自由は 21 条で保障されないが

市民会館は、一般公衆の集会に供することを目的としているから、21 条はこのような PF を利用する権利も保障する

コメントの追加 [13]: **パブリックフォーラム** は必ずまとめておく

パブリックフォーラムは㊨保護範囲㊩違憲審査基準の厳格化

(10) 23 条

- ・保護範囲（研究、発表、教授の自由）
- ・大学の自治の論点（どういう内容か、どの段階で議論すべきか）

(11) 25 条

- ・保護範囲

- ・違憲審査基準（権利の重要性、規制態様）

基本的には、裁量権があるから厳格になることはなく、中間審査基準がベース。
規制態様は裁量権で下げる

(12) 29 条

- ・保護範囲（私有財産制の保障？）
- 2つ！！！！忘れない！！
- ・権利制約の種類と内容（既得権制約、制度保障制約）

3 統治

(1) 国会

- ・「唯一」の「立法」機関の意味（41条）
- ・委任立法の可否と限界（頻出）

(2) 内閣

(3) 司法

- ・「法律上の争訟」の意義
- ・法律上の争訟に当たるが、事柄の性質上、司法審査に適しないもの
一統治行為論、部分社会の法理（内容、どちらで書くか）

(4) 地方自治

「法令に違反しない限り」（地自 14 条 1 項）

コメントの追加 [14]: 23 条はボロボロを必ず抑える！！

大学は学問研究の中心だから、大学での学問の自由を十分に保障するために大学の自治も 23 条で保障される。その内容は、①人事の自治、②施設管理の自治、③学生の管理の自治である。

大学での学生の集会も、この範囲で認められる。したがって、学問研究・発表のためでなく、①実社会の政治的・社会的活動であり、②それが公開の集会またはこれに準じるものであれば、23 条では保障されない。26 条「教育を受ける権利」旭川ガクテをロンパ作っておく。

コメントの追加 [15]: 森林法判決が言っている。

共有から所有権に戻せないことが制度の核心を侵害しているといえる。ここちゃんと判例見る。

コメントの追加 [16]: 統治は以下の論点を必ず抑える。

コメントの追加 [17]: ここは条文。素読が大事

コメントの追加 [18]: 上だし横出し。徳島市公安条例

第2 行政法

1 行政法概論

(1) 行政裁量

- ・裁量の有無の判断方法
 - ⑦抽象的文言、「できる」⑧受益 侵害 ⑨専門的技術的判断、政策的判断の有無
- ・裁量の逸脱濫用の条文
- ・裁量の逸脱濫用の判断基準（事実誤認、目的違反、比例平等原則違反）
⇒社会通念上著しく妥当性を欠くという評価ワードがよい。
- ・判断過程審査の判断基準（政策的判断、専門技術的判断）
⇒多事考慮、考慮不尽、評価の明白な合理性の欠如

(2) 行政立法

- ・法規命令と行政規則の違い 国民の権利義務に関するか
- ・行政規則の種類
裁量基準、

(3) 行政行為 行政の処分（処分性）

- ・行政行為の成立要件 ⑦意思⑧表示 意外と知らない。書いてない。
- ・行政行為の効果 到達した時
- ・公定力の定義（取消訴訟の排他的管轄）
→取消訴訟を経なくても国賠できるか？
違法性の承継（問題点、要件、典型例、判断のコツ）
認められたもの⇒建築確認
認められなかったもの⇒課税
⇒実体面と手続面の併せてみている。しかし、実際は実体面で判断していることがほとんど。つまり、目的が共通しているかは

- ・無効事由の基準
- ・瑕疵がある場合の治癒の可否
ここ軽微な瑕疵とか規範あるので注意
- ・瑕疵がある場合の取消の撤回（定義、効果、根拠の要否）
授益的処分の取消の法律の根拠の要否

(4) 行政指導

- ・定義
- ・指導に従わないことを理由に不利益取扱いできるか？
- ・許認可留保の可否は何条の問題か
- ・行政指導に従わない拒否の意思の表明の程度
真摯且つ明白+従わないことが社会通念上正義の観念に反する特段の事情がない

(5) 行政上の義務履行確保

- ・種類

コメントの追加 [19]: 特に通達が大事

コメントの追加 [20]: 公定力といえば、違法性の承継
・違法性の承継はいきなり定義かかない。
まずは、問題提起から

コメントの追加 [21]: 違法行為の転換もある。

コメントの追加 [22]: 36 条に注意

コメントの追加 [23]: 33 条 真摯且つ明白

- ・代執行の手続 ⇒別紙 1

(6) 行政手続

- ・処分の種類（主要なもの）
- ・条文構造
- ・申請に対する処分手続概要
- ・法 8 条の趣旨
- ・不利益処分の手続概要
- ・行政手続法上の違法がある場合、行政処分の効力は？
審査基準を公表しない場合、理由提示が不十分な場合、公聴会審理が開催されない場合
- ・本案主張の整理⇒別紙 2

コメントの追加 [24]: かならず素説する。

コメントの追加 [25]: 全くない場合は直ちに重大
微妙な時の論証が必要となる。

コメントの追加 [26]: 訴訟要件をばしとやる

コメントの追加 [27]: 例外を抑える。

2 行政救済法

- ・「処分」の定義
 - 法的見解の表示、規範制定行為、中間段階の行為
- ・原告適格
 - 判断基準
- ・訴えの利益
- ・被告適格
- ・出訴期間
- ・無効等確認訴訟（条文、訴訟要件（特に原告適格の要件の整理）、本案要件）
- ・不作為の違法確認（条文、訴訟要件、本案要件）
- ・非申請型義務付け訴訟（条文、訴訟要件、本案要件）
- ・申請型義務付け訴訟（条文、訴訟要件、本案要件）
- ・差止訴訟（条文、訴訟要件、本案要件）
- ・仮の救済
 - 執行停止の条文と要件
 - 仮の義務付けと仮の差止の要件（特に重大な損害の判断）

3 国家賠償法

- なし

第3 民法

1 総則

- ・法律行為とは
- ・意思表示とは
 - 心裡留保、虚偽表示、錯誤取消、詐欺取消の要件と効果
- ・94条2項類推適用、110条との法意併用、重量類推の場面は？
- ・有権代理の趣旨、要件、効果
 - 代理権の濫用
- ・無権代理の要件と効果
- ・表見代理の趣旨、要件、効果
 - 重量適用の場面
- ・条件と期限の違い
- ・時効制度の趣旨
- ・当事者の定義
- ・取得時効の要件と推定

コメントの追加 [28]: 善意無過失の時

コメントの追加 [29]: 善意の時

コメントの追加 [30]: 権原がない時+権限を逸脱したとき

2 物権

(1) 物権総論

- ・177条の第三者の定義（主観的要件も含む）
 - 各種論点
- ・動産の引渡し概念
- ・即時取得の趣旨、要件、効果（効果の例外は？）
- ・占有の定義と要件は
- ・占有の取得原因は
- ・187条の適用場面は？
- ・所有権の符合、混和、加工の定義は
- ・共有の効果（使用、変更、管理、保存行為の可否）

(2) 担保物権

- ・留置権の成立要件
- ・留置権の効果
- ・留置権の消滅事由
- ・抵当権の成立要件
- ・抵当権の効果
 - ・被担保債権の範囲
 - ・目的物の範囲
 - ・物上代位の定義、趣旨、要件、典型例
 - 賃料への物上代位の可否
- ・法定地上権の趣旨、要件

コメントの追加 [31]: 抵当物を所有していること

- ・ 抵当権侵害
 - 妨害排除請求の可否、損害賠償の可否（訴訟物、問題となる要件、あてはめの整理）
- ・ 共同抵当 ⇒ 別紙 3
- ・ 譲渡担保の法的性質

3 債権総論

- ・ 債務不履行の要件、効果
 - 安全配慮義務の内容（契約あり、なし）
- ・ 損害賠償の範囲
- ・ 債権者代位権、詐害行為取消権の要件
- ・ 分割債務、不可分債務、連帯債務、保証、連帯保証の違い
- ・ 保証契約の要件
- ・ 債権譲渡の趣旨、要件、効果
- ・ 債権譲渡の対抗要件
- ・ 相殺の趣旨、要件、効果

4 債権各論

- ・ 同時履行の抗弁権の要件、効果、せりあがる場合
- ・ 危険負担の要件、効果
- ・ 贈与の要件、効果
- ・ 売買の要件、効果
 - 契約不適合責任の要件、効果
 - 売買手付の趣旨、要件、効果
- ・ 金銭消費貸借契約の要件（2種類）
 - 準消費貸借契約の要件
- ・ 賃貸借契約の要件、効果
 - 賃貸目的物を譲渡したときの法律関係（賃借人の承諾の要否、登記の要否）
 - 無断転貸があった場合の解除権の制限（規範、特段の事情の内容、典型例）
- ・ 請負契約の要件効果
- ・ 不当利得返還請求権の要件・効果
- ・ 不法行為の要件
- ・ 過失相殺の要件
- ・ 使用者責任の要件

5 親族相続

（根一的な問題をいくつか出題。条文が頭に入っているかを確認）

コメントの追加 [32]: 業務執行性

第4 会社法

1 設立

- ・発起人の定義、権限の範囲
- 定款に記載なき財産引受けの追認の可否
- ・仮払込の判断基準
- ・設立無効事由
- ・52条、53条の違い

2 株式

- ・株主平等原則違反の判断基準、効力
- ・株主への利益供与の要件
- ・株券発行前の譲渡につき、会社が発行を遅滞している時の会社との効力
- ・株式の共有者の権利行使の方法と、権利行使者の決定方法
- ・有利発行の判断基準
- ・募集株式発行前の対抗手段
- ・募集株式発行後の対抗手段

3 機関

- ・株主総会の代理人の資格を株主に限定する規定の有効性、弁護士を代理人とした場合
- ・総会決議取消の訴えにおける特別利害関係人の定義
- ・「重要な財産」の意義 (362条4項1号)
- ・「多額の借財」の意義 (362条4項2号)
- ・取締役会決議に瑕疵ある場合の決議の効力
→ 取締役会決議に瑕疵ある場合の決議の効力
- ・表見代表取締役の問題点、要件、効果
- ・取締役の競業禁止義務の要件
- ・取締役の利益相反取引の要件
- ・取締役会（株主総会）の承認を得なかった場合の利益相反取引の効力
- ・取締役の同意なしに無報酬とすることの可否
- ・423条と429条の違い
- ・423条1項の要件
- ・429条1項の要件

4 計算

コメントの追加 [33]: ②差を設ける区別の目的の合理性

④手段の相当性

ブルドッグソースに関連してくるので上の要件で覚える。

コメントの追加 [34]: ②会社が④株主の権利の行使③財産上の利益

部長が勝手にやった

コメントの追加 [35]: 合理的相当性

コメントの追加 [36]: 任務懈怠の判断順序

①具体的な法令定款違反

②経営判断原則

「決定の過程」と「内容」

過程…調査しているかどうか

内容…内容が不合理か比較衡量（メリットデメリット）

③善管注意義務

⑤監視監督義務

<知ってる場合>

義務があったのに怠った

<知らなかった場合>

<疑いを生じさせる事由を知っていたか>

<なにもしなかった>

なにもしなかった。

④内部統制システム

5 組織再編

- ・「事業」の要件（467条1項）
- ・株主総会の承認を得ない事業譲渡の効力
- ・M&Aのそれぞれの違いを簡単に説明
- ・「公正な価格」の意義
- ・合併無効事由

コメントの追加 [37]: まじでちゃんと覚える。

コメントの追加 [38]: 司法試験ででるときは絶対にこれ

第5 民事訴訟法

1 管轄

- ・移送の条文

2 当事者

- ・定義、判断基準

3 訴訟能力

- ・定義

4 当事者能力

- ・定義
- ・29条の趣旨、要件

5 訴訟物

- ・定義、趣旨

6 処分権主義

- ・定義、根拠、趣旨
- ・一部認容判決の可否
- ・債務不存在確認訴訟の訴訟物
- ・一部請求後の残部請求の可否
- ・一部請求と過失相殺
- ・一部請求と相殺

コメントの追加 [39]: 処分権主義の趣旨から論じるように

7 訴えの利益

- ・定義、趣旨
- ・確認の利益の判断方法

8 当事者適格

- ・定義、趣旨、判断基準
- ・第三者に認めうる場合

一 法人の内部紛争

- ・ 選定当事者

コメントの追加 [40]: みとく

9 二重起訴の禁止

- ・ 趣旨、要件、効果
- ・ 相殺の抗弁がらみの論点（抗弁先行、抗弁後行）

9-2 送達

送達制度の趣旨

ここは穴場。実際に実務上で問題によく出る。ちゃんとみておく。訴訟中の奥さんにわたってしまった判例。

コメントの追加 [41]: こういうのがでる。
当事者に手続保障を尽くさせる点にある。

10 弁論主義

- ・ 定義・趣旨・内容
- ・ 弁論主義第1原則
 - (1) 適用範囲
 - (2) 主要事実・間接事実・補助事実の違い
 - (3) 弁論主義第1原則違反の判断基準
- ・ 弁論主義第2原則
 - (1) 裁判上の自白の定義・効果（要件は定義に含まれている）
 - (2) 「自己に不利益な事実」の解釈
 - (3) 撤回可能性
- ・ 弁論主義第3原則

コメントの追加 [42]: 訴訟資料

権利自白

証拠の定義・種類

証拠⇒物証⇒私文書⇒二段の推定

- ・ 釈明の趣旨、条文

コメントの追加 [43]: 権利法律関係を認める
旨の陳述
自白の拘束力はない。

11 証明責任の定義・趣旨・分配基準

12 訴訟の終了

- ・ 訴えの取下げ：定義・趣旨・要件・効果
- ・ 請求の放棄・認諾：定義・趣旨・要件・効果
- ・ 訴訟上の和解：定義・趣旨・要件・効果

コメントの追加 [44]: ここげきよわ

コメントの追加 [45]: ここの論証の当事者、
訴訟物の訴えの利益（時効）

1.3 既判力

- ・定義・趣旨・要件・効果
- ・基準時
- ・客観的範囲
- ・主観的範囲

1.4 共同訴訟（訴訟開始時から当事者が複数の場合）

- ・通常共同訴訟の趣旨、要件、効果
- ・必要的共同訴訟
 - 共同訴訟人の一部がなした上訴等の効力
 - 固有必要的共同訴訟と通常共同訴訟との区別
 - ・総有の場合
 - ・合有の場合
 - ・共有の場合（共有者が原告、被告、相互間）

1.5 補助参加

定義、趣旨、要件、効果

1.6 訴訟告知（53条）

1.7 独立当事者参加

- 趣旨、要件、効果
- 敗訴者の一部のみが上訴した場合の審判の範囲

コメントの追加 [46]: 重複審理の回避

コメントの追加 [47]: ここはでやすい。

第6 刑法

1 総論

(1) 構成要件

- ・不真正不作为犯の実行行為性、因果関係
- ・間接正犯の実行行為性
- ・因果関係の判断
- ・故意の定義
- ・具体的事実の錯誤
- ・早すぎた構成要件の実現（問題提起）
- ・抽象的事実の錯誤
- ・過失の判断

(2) 違法性

- ・正当防衛の要件（Pass）
- ・過剰防衛の処理（どんなパターンがある？）

(3) 責任

- ・原因において自由な行為（問題提起？）
- ・中止犯の要件
- ・不能犯と未遂犯の区別（なぜ問題になる？）

(4) 共犯

- ・共同正犯の成立要件
一過失の共同正犯、承継的共同正犯

・共謀共同正犯

・幫助の要件

・65条の趣旨

真正身分犯

- ① 非→身（非公務員 A が公務員 B に対して収賄を教唆した場合等）
- ② 身→非（公務員 A が非公務員で妻の B に賄賂收受をさせる場合等）

不真正身分犯

- ① 非→身（非常習賭博者 A が常習賭博者 B に賭博の教唆をした場合等）
- ② 身→非（賭博常習者 A が非常習者 B に賭博の教唆をした場合等）

・共犯における中止

解消、実行着手前の離脱、実行着手後の離脱 → 離脱を認定したら中止犯の検討
⇒別紙 4

・罪数

（種類と説明）

⇒別紙 5

コメントの追加 [48]: 責任から必ず導く

コメントの追加 [49]: ① 共同の注意義務
② 共同して実現した
※立場が同じ場合

コメントの追加 [50]: 正犯意思は 3 大要素
① 金銭的分け前
② 重大な役割
③ 関係性

2 各論

- ・傷害罪 (204 条)
- ・同時傷害の特例 (207 条) → 承継的共同正犯との関係
- ・業務上過失致死傷罪 (211 条)
- ・脅迫罪 (222 条 1 項)
- ・逮捕罪・監禁罪 (構成要件、認識の要否)
- ・住居侵入罪 (130 条)
- ・名誉毀損罪の要件 (230 条)
- ・業務妨害罪 (233 条後段、234 条)
 - 公務は「業務」?
- ・窃盗罪 (235 条)
- ・強盗罪 (236 条 1 項)
- ・強盗利得罪 (236 条 2 項)
- ・事後強盗罪 (238 条)
- ・強盗致死傷罪 (240 条)
- ・詐欺罪 (246 条 1 項)
- ・詐欺利得罪 (246 条 2 項)
- ・恐喝罪 (249 条 1 項)
- ・横領罪 (252 条 1 項)
- ・背任罪 (247 条)
 - 背任の共同正犯 (正犯意思の認め方)
- ・盗品関与罪 (256 条) ⇒ 別紙 6
- ・器物損壊罪 (261 条)
- ・現住建造物等放火罪 (108 条)
 - マンションの中のエレベータに火をつけた場合?
- ・非現住建造物等放火罪 (109 条)
- ・建造物等以外放火罪 (110 条)
- ・延焼罪 (111 条)
- ・私文書偽造罪 (159 条)
 - 「偽造」のあてはめ
- ・公務執行妨害罪 (95 条 1 項)
 - 「職務を執行するにあたり」?
- ・わいろ罪 ⇒ 別紙 7
 - ⇒ 「職務に関し」の意義

コメントの追加 [51]: 賄賂はでるとずっと言われている。
賄賂はスタートラインに立てないことが多い。
条文操作を必ず頑張る。

第7 刑事訴訟法

0 捜査の端緒

- ・職務質問の際の有形力行使
- ・所持品検査

1 捜査

- ・強制処分¹の判断枠組み
 - あてはめの類型
 - 実質的逮捕の考慮要素なども確認
- ・通常逮捕、現行犯逮捕、準現行犯逮捕、緊急逮捕の要件
- ・勾留の要件
- ・事件単位の原則
 - 逮捕前置主義の根拠、趣旨
 - 先行した逮捕手続が違法な場合の勾留請求の可否
 - 一罪一逮捕一勾留の原則の定義、根拠
- ・搜索押収
 - ・搜索、押収の定義
 - 差押え、領置、提出命令の違い？
 - ・搜索、差押えが適法になる要件
 - ⇒別紙8
 - ・令状によらない差押えの条文、要件
 - 110条と111条1項の違い
- ・取調べ（供述証拠の収集）
 - ・被疑者の取調べ
 - ・在宅被疑者の取調べ
 - ・身柄拘束被疑者の取調べ
 - ・被疑者以外の取調べ（参考人取調べ）
- ・防御権（特に接見交通権）Pass
 - 接見指定の趣旨・要件・効果

2 公訴

- ・**訴因**とは？（条文は？）
- ・訴因の「明示」（256条3項）

コメントの追加 [52]: 3年おきくらいに出る。

- ・訴因変更の趣旨、種類、要件、論点
 - ・要否と可否

3 証拠

- ・証拠能力の要件
- ・伝聞法則
 - ・伝聞と非伝聞の区別（伝聞そのものに当たらないもの）
 - ・伝聞例外（伝聞には該当するが321条以下の要件を満たすもの）
- ・自白法則
 - 補強法則
- ・違法収集証拠排除法則
 - 違法性の承継・違法収集証拠排除・毒樹の果実の違い

捜査手続1

→捜査手続2

→証拠A

→証拠B

第8 皆さんへのコメント

1 総評

3年間（一部の方は2年間）お疲れさまでした。

このゼミは、司法試験に合格する実をつけるために、最小限の労力で最大の効果を上げること、及び自身で学習するよりも多くの学びを得られることを目的として、実施してまいりました。

ゼミの具体的な内容は、講師である私自身が、学生時代を振り返って「このタイミングで、この事実を教えてくれる人がいてくれたらよかったのに…」と思った事柄を、工夫しながら、余すことなく当初からお伝えして参りました。とにかく「真の実力」をつけてもらうために、テクニックに逃げず、法律家に必要な本質的な要素に真正面から取り組んでもらいたいと考え、取り組んで参りました。

また、ご存じのとおり、司法試験の勉強には、砂山を駆け上がり続けるような努力が求められます。砂山を駆け上がる皆さんの背中を押すのは、簡単なことではないです。私も、どうやったら皆さんの背中を押せるのか、一生懸命考え、真剣に向き合ってきました。その結果、時には皆さんに「苦勞の先取り」をしてもらうために、難易度の高い回もあったと思います。当然、私も「これは難しいだろうな…」と分かりながらお伝えしていたこともありました。

それにもかかわらず、皆さんは苦勞して毎回のゼミ内容を理解し、吸収し、自分のものにしながら、数年間折れずにここまでついてきてくれました。少しハードルが高くとも、見事にそれを乗り越え、ここまでやってこられました。実際、皆さんの答案のクオリティも徐々に良くなってきています。学内の成績にもその成果が現れた方もいらっしゃると思います。教え子らがここまで頑張ってついてくれたことに、講師としても嬉しく思うと同時に、心から敬意を表します。

もちろん、まだ司法試験という最後の関門が残っています。本番では、このゼミで皆さんが苦勞して身に着けた知識やノウハウが、必ず役に立ち、合格の一步となることと信じています。

2 個別のコメント

(別紙1) 義務履行確保の手段 (将来の履行確保)

作為義務	代替的作為義務	⇒ 代執行法
	非代替的作為義務	⇒ (直接強制) → 執行罰
不作為義務		⇒ (直接強制) → 執行罰
金銭債権		⇒ 強制徴収
・ 事後的な制裁…行政罰 (過去の行為に対する制裁)		

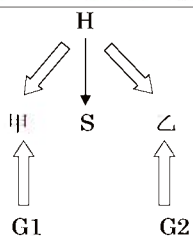
コメントの追加 [53]: 要件が一番大事
代執行の手続き要件である 3 条の戒告、通知は判例上、
処分性が認められている。

(別紙2) 行政法の本案主張のコツ

- ・ 実体法上の違法 (問題文で違和感のあるところから考える)
 - (1) 条例が根拠法規なら、条例の違法性 (徳島市公安条例事件)
 - (2) 行政立法が根拠法規なら、委任の範囲内かどうか
 - (3) 単純に文言に当たらないこと
 - (4) 裁量の逸脱濫用
 - (5) 処分が 2 つ以上あれば、違法性の承継
- ・ 手続法上の違法
 - 行政手続法の適用範囲内か
 - 範囲内ならば、具体的に何条に違反するのか
 - 範囲外ならば、個別法の手続違反がないか

コメントの追加 [54]: この順番は神

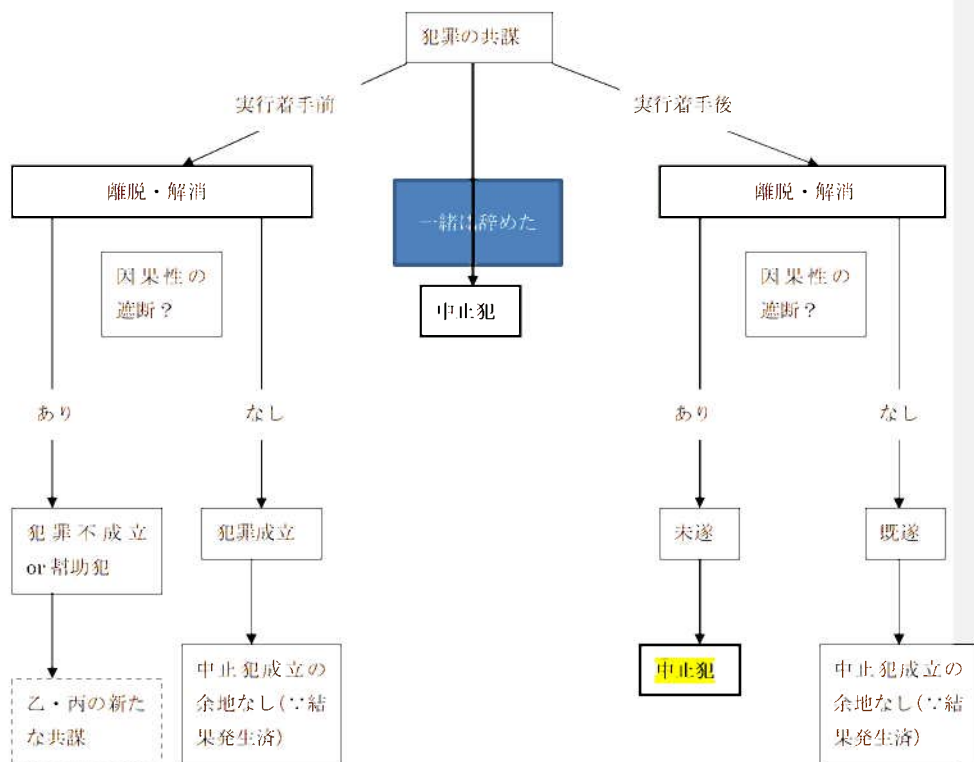
(別紙3) 共同抵当の整理



- ・ H→S : 5000 万円の債権
- ・ G1,G2→S : 各々4000 万円の債権
- ・ 甲不動産価値 : 6000 万円
- ・ 乙不動産価値 : 4000 万円
- ・ H : 1 番抵当権者
- ・ G : 2 番抵当権者

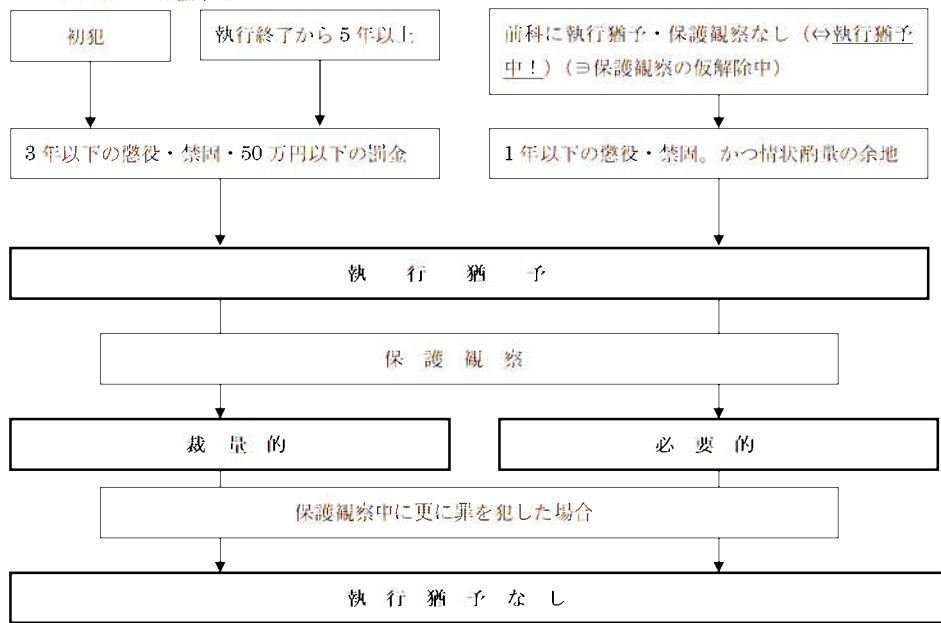
- ① 甲 S・乙 S (392 条の問題)
- ② 甲 S・乙 A (500 条・501 条の問題)
- ③ 甲 A・乙 B (500 条、501 条の問題)
- ④ 甲 A・乙 A (392 条レベルの問題 (判例))
 - (1) 甲・乙を同時配当
 - (2) 甲から先に配当 (異時配当)
 - (3) 乙から先に配当 (異時配当)

(別紙4) 共犯からの解消・離脱



(別紙5)

1. 執行猶予・保護観察



2. 執行猶予の取消

	必要的取消	裁量的取消
猶予期間内	禁固以上・執行猶予なし	罰金
猶予言渡前	猶予言渡前に犯した他の罪について、 禁固以上・執行猶予なし	—
保護観察の条件違反	—	○
猶予言渡前に発覚	猶予言渡前に犯した他の罪について、 禁固以上 (但し、5年以上前ならばこれに当たらない)	猶予言渡前に犯した他の罪について、 禁固以上・執行猶予あり

↓ ↓

禁固以上の刑の執行猶予の取消 → 他の禁固以上の刑の執行猶予も取り消される！

(別紙6) 盗品関与罪

(1) 盗品等無償譲受罪 (1項)

『無償譲受』…盗品等を無償で自己の物として取得する行為をいう。

⇒盗品の引渡がなければ本罪は不成立 (※追求権説)

(2) 盗品等運搬罪 (2項)

『運搬』…委託を受けて盗品等の所在を移転する行為をいう。

(3) 盗品等保管罪 (2項)

『保管』…委託を受けて本犯のために盗品等の占有を受けて管理する行為をいう。

(4) 盗品等有償譲受罪 (2項)

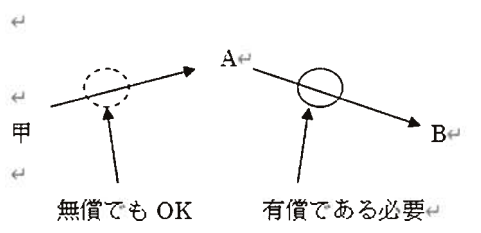
『有償譲受』…売買・弁済などの対価によって盗品等を実際に取得する行為をいう。

(5) 盗品等有償処分あっせん罪 (2項) ※この対価の交付につき、詐欺罪は不成立。 ※当然の結果。

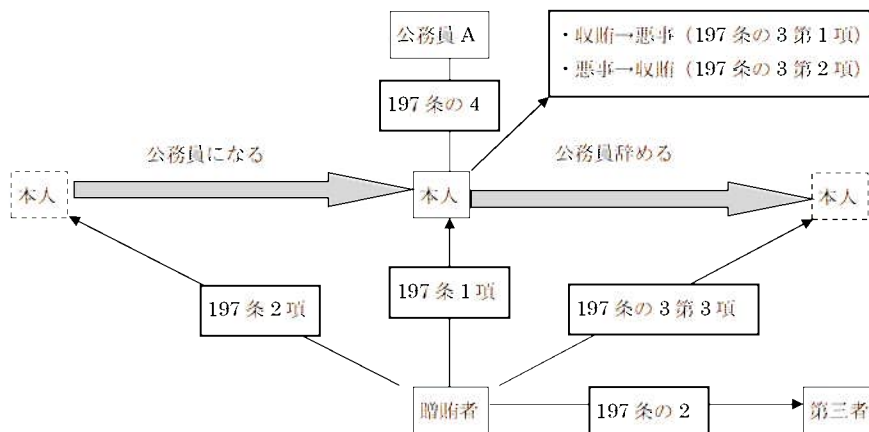
『有償処分あっせん』…盗品の有償での処分行為の媒介・周旋をいう (話持ちかけたら成立)。

→あっせん者に金銭が支払われるかは問わない。

☆盗品等有償処分あっせん罪



(別紙7) 賄賂罪のイメージ図



197条1項：単純収賄罪、受託収賄罪

2項：事前収賄罪

197条の2：第三者収賄罪

197条の3：加重収賄罪 → 3項：事後収賄罪

197条の4：あっせん収賄罪

(別紙8) 捜索・差押段階で検討すべき事項

1. 捜索段階

「場所」にあるかどうか（＝管理権の及ぶ範囲か）

…物理的に「場所」にある→原則：管理権が及ぶ

例外：（第三者の物）→①管理権が及ぶか、②証拠存在の蓋然性

2. 差押段階

『物』の該当性（被疑事実との関連性＋差押の必要性。218条1項、222条1項、99条1項）

→それが他人の物であっても、差し押さえられる！