

司法試験

---

入門講座(赤木クラス)

全体構造編レジュメ

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 200545

LU20054



LEC 入門講座 (2020) 赤木クラス レジюме (全体構造編)

はじめにー講義の進め方等ー (p.1)

(1) マーカー

種類	チェックの意味	色
解説	最終的に暗記すべき箇所	
問題	①考え方が分かれうる部分 (いわゆる論点)、②「なぜ論点になるのか」という問題の所在など	
理由	いわゆる論点における、お勧めする考え方の理由部分	
結論	いわゆる論点における、お勧めする考え方の結論部分	
他説	いわゆる論点における、お勧めする考え方以外で参考になる考え方	

- ① 復習等でテキストを読む際、頭の使い方が異なってくる。  
解説 = 理解 (納得) して覚える  
解説以外 = (現段階では) 考えて、理解 (納得) する  
但し、暗記に走らない！繰り返すことで自然と身に付く。
- ② 様々な学説ある → 自説 (+判例) 以外は学習対象ではない！

(2) ランク付け

重要度に応じて AA、A、B、C、D  
マーク対策部分 (論文試験での出題頻度低い)  
T マーク等

(3) 復習について

理解 (納得) する  
暗記すべき部分も、暗記の結果を気にしない (人間は忘れる動物)  
何回も繰り返す。焦らず、じっくり。

※ 「一元化」のオススメ→書き込むのはセブンサミット一本に！  
(板書やレジюмеも同様、問題解いての発見なども同様)

<試験に合格するための勉強方法について>

1 基本的な姿勢

- ・まずは全体像 → 今どこを学習しているか意識する。
- ・最低限度でよい (=MAXはテキスト) ので、正確な知識を!
- ・前の方で難しいところも後ろまでやって戻ってくると分かってくる  
→焦らない、
- ・「理解」 (=納得) 中心で! 暗記は後から (復習を繰り返す内に定着)
- ・メモはたくさんとる。板書以外にも。ICレコーダーOK
- ・ライブ講義との関係 → とにかくついていくのが大切!  
(科目代わりから再合流等)

2 復習の仕方

- ・テキスト、板書、レジュメ等の読み返し (講義を思い出しながら、書いてあることが理解できればOK、マーカー部分中心でOK)。
- ・条文もちゃんと読む
- ・解釈論部分は事例・問題点を見た後、理由←→結論、考えながら。  
(可能なら、問題を解く意識で、当事者の主張も想像しながら)
- ・練習問題→テキストの問題チェック部分と判例を使う  
(問題を解く意識で講義→テキスト読み返しが問題解くの直結)
- ・とばせ (=見るな)、ざっと or 一読=読んでもいいけどマーカー部分が中心)
- ・復習回数を目安=次の週の講義までに2回+前の週のものも1~2回  
(コンスタントにペースをつかみたい=1週間のタイムスケジュールを)

## 第2節 基本的人権の保障 (p. 24)

### 一 人権に関する紛争の例

Ex) A は、食肉店を経営し、牛肉の販売を行っていた。このたび、国は、生レバーを飲食店で提供することを禁止する法律を制定し、違反者には罰則を科することとしたが、A は、この法律はおかしいと考え、生レバーをきちんと殺菌した上で、従前どおり販売していたところ、逮捕・起訴されてしまった。

この事例における憲法上の問題点を論ぜよ。

本件は、生レバーを巡る、A と、国家権力との間の紛争。

A としては、刑罰を免れるために、訴訟で、いろいろと主張したいはず。

→生レバーを禁止する法律が、A の営業の自由を侵害している！（法令違憲）

あるいは、A は、生レバー禁止法律に実質的に反しないようにきちんと殺菌しており、この法律は適用されない！（法律の適用によってA の営業の自由が侵害されている、適用違憲）

↓

こういった主張ができるかどうか？

できるとして、相手方からどんな反論が予想されるか？

そして自分はそれについてどう考えるか？

憲法も、他の科目同様、「当事者目線で主張と反論を考える！」がポイント。

### 二 人権についての学習内容（&検討の順序）

1 裁判（主張反論）を想定する。

2 裁判で勝つための主張を考える

（←裁判になったときの勝訴するための主張とその要件＝他科目の知識を要する）

3 法令違憲か、適用違憲かの見極め

＝法律が憲法違反で無効、とするのか、法律自体は有効だが、本件への適用が憲法違反、とするのか。

(1) 法令違憲の場合

当事者は、「(1)人権に対する(2)制約として(3)正当化されない」と主張するはず。相手方は、これら一つ一つに個別に反論するはず。

① 誰の、どんな人権が問題か？ ……当事者の不満を拾い出せ！

↓ →人権の種類、性質（後述三）

人権の享有主体性（日本の憲法なので日本人はOK。

→外国人や法人は？）

② どのような関係で、何がどのように制約しているか？

↓ →問題文で与えられるが、制約内容、程度は自分で適切に評価。

通常は 私人 v s 公権力…私人同士の場合は？

③ その制約が憲法上、正当化されるのか？

正当化されるには「公共の福祉」（13条）の範囲である必要。

→公共の福祉かどうかの審査基準（正当化要件）とそのあてはめ

※ 訴訟で憲法問題を扱うための要件をクリアしていることが前提となる（憲法訴訟上の問題点）

※ まれに、法律が、統治機構の条文に反していることもあり得る。

(2) 法律は問題ないが、本件ではその法律は適用されないと主張する場合（適用違憲）

→法律を解釈して、本件ではその適用対象ではないと主張

（3類型あり）

※ あくまでも、上記は、モデル的な主張のパターン。

概ね、9割以上の人権の問題は以上で対処可能。

### 三 人権の種類、性質（審査基準とも密接にかかわる）

#### (1) 人権の分類

国家からの自由・・・国家に対し、「妨害するな」と請求する権利  
思想良心の自由、表現の自由、職業選択の自由など

国家による自由・・・国家に対し、「サービスせよ」と請求する権利  
社会権、教育を受ける権利など

国家への自由・・・国家に対し、「こうせよ」と意思を通達する権利  
参政権

#### (2) 人権の具体例 太字は試験で出やすい人権です

##### ① 総括的人権

(a) 個人の尊厳、**幸福追求権**（13条）

(b) **平等権**（14条）

差別の禁止→不合理な区別を禁止

##### ② 精神的自由権

精神的自由権の重要性

・一度侵害されると、民主主義のプロセスでは回復できない  
変な法律ができると、法改正すら難しく。

→選挙で議員を替えても法改正できず、延々人権侵害続く

・精神活動は人間の他の動物と違う高尚な営み

(a) 思想良心の自由（19条）

内心で何を考えようと個人の勝手。ただし、行為として外に  
現れる場合は、一定の制約が許容される（君が代関連）。

- (b) 信仰の自由（20条1項2項）、**政教分離原則**（20条1項3項、89条前段）

歴史的背景

- (c) 学問の自由（23条）

歴史的背景

- (d) **表現の自由**（21条1項）

・・・中核は、「思想良心」を「発表」する自由  
重要性：「自己実現の価値」と「自己統治の価値」

→制約の正当化要件は、厳しくなる。

③ 経済的自由権

精神的自由と違い、いったん侵害されても、選挙で多数派が変われば、法改正によって、回復される可能性がある。

もともと、人間らしい生活をする基盤となる権利（金がなければ・・・）

他方で、社会権保障のために広く制約する必要

→審査基準をさらに精密化

- (a) 職業選択の自由（22条1項）

- (b) 財産権（29条）



④ 社会権

(a) 生存権（25 条）

資本主義の高度化 → 貧富差の拡大 → 個人の尊厳の実質的  
確保

25 条だけからは何を国に言えるか不明（抽象的権利）

(b) 教育を受ける権利（26 条）

子供が成長して、まっとうな大人になるために、大人や国家に  
義務づけ。

＝子供の学習権を十分に保障する、という視点が大事。

(c) 労働基本権（28 条）

資本主義の高度化で苦しめられていたのは労働者。

→労働三権の保障

⑤ 参政権（15 条）

国のリーダーは国民の中から選ぶ（民主主義）

→選ぶには投票による選挙がもっとも合理的（国民の意思に合致）

選ぶだけでなく、立候補の自由も 15 条によって保障

⑥ その他（人身の自由など、18 条、31 条以下）

<憲法について学習をはじめるとの注意点> (p.32)

1 他の法律を前提にする科目

(刑法、民法、刑訴、民訴の大まかな知識は必要)。

→学習は最後の方がよい or 最初にやるにしても他科目やったあと必ず戻れ

行政法と密接不可分＝行政法と連続してやること

+ 2年目で論文を書くときに大いに苦労

2 当事者目線

具体的な訴訟と、当事者の主張・不満をイメージ。

ここがないといつまでも空虚な空中戦、苦手の要因に

<物権的請求権について> (p.39)

(1) 意義

①物権に対する円満な支配が、②妨害され、又はそのおそれのあるときに、妨害事実の支配者に対し、あるべき状態の回復等を請求する権利。

(2) 趣旨

民法に明文はないが、以下の理由から認められる。

- ① 物権は直接支配する権利（自己の意思だけで支配できる権利）であるが、自力救済が禁止されている以上、妨害等がある場合は、その除去を相手方に請求でき、相手が履行しない場合は国家権力を通じて実現される必要がある。
- ② 占有にすら占有訴権が認められる（197～200）こととの均衡

(3) 類型・要件

物権的返還請求権（典型は「返せ」）

- ① 物権を有すること（Ex 所有権）
- ② 相手方が占有すること

物権的妨害排除請求権（典型は「妨害物をどける」）

- ① 物権を有すること（Ex 所有権）
- ② 相手方が物権を妨害していること

物権的妨害予防請求権（典型は「持って行くな」「妨害が起きないように措置をせよ」）

- ① 物権を有すること（Ex 所有権）
- ② 相手方が妨害の恐れのある事実を支配していること

<民法の学習上の注意点>

- 1 問題の解き方を踏まえて学習すること。  
→当事者目線での主張・反論、要件効果の意識
  
- 2 条文と判例を重視（学説に入り込むな）。
  
  
- 3 メリハリつける（範囲が膨大）

<商法の概略・補足> (p.46)

紛争当事者の一方または両方が、商売人である紛争の解決ルール。  
民法の特別法。

商売＝取引を多数、反復継続して、儲ける (少なくとも収支均等以上)

↓

取引は迅速に。外観を重視

(1) 商法総則・商行為法

商売人が当事者である場合の、民法の特別ルール

Ex) A 商店 →→ B 商店

靴を100足売ったが、5足穴が空いていた。

→民法だと、B商店は、契約から10年経つまで、替えの5足を渡せといえる

↓しかし

過去のトラブルに長期間巻き込まれるのは商売上よくない

→商法526条では、検査を義務づけ、期間も制限

(2) 手形・小切手法

商売人が使用する手形・小切手に関する特別ルール

Ex) A商店は、B商店から100万円分の商品を購入したが、現金がなかったため、3か月後に支払うことを約束した「約束手形」をB商店に振り出した。

→手形には「BのAに対する100万円の金銭債権」が乗っている。

Bは、これを第三者に売却・裏書(実質は債権譲渡)することができ、その手続は民法の面倒な手法をとらなくてもよい。

(3) 会社法

商売人の典型である「会社」に関するルール。会社にも4種。

一人で営業するより、たくさんの人に出資してもらって会社にしてやった方が、たくさんお金儲けができる。

↓

会社の一生（生まれてから死ぬまで）のルール。

+会社内部の紛争を想定したルール

+会社とその取引先の紛争を想定したルール

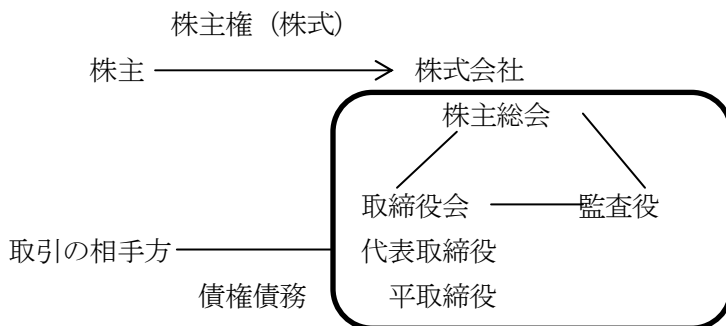
Ex) A,B,C の3人は、それぞれ出資して、中古車の仕入・販売を行う X 株式会社を立ち上げた。立ち上げる際にどんなルールがある？

A,B,C の3人は、X 株式会社として仕入・販売を代表するために、A を代表取締役を選定した。選定に際してどんなルールがあるか？

A は、X 株式会社とは別に Y 株式会社を立ち上げ、X 社のノウハウで X 社と競業する自動車販売業をはじめた。B,C はどういう手法がとれるか。 等々

会社にはたくさんの人がかかわる。みんなが **HAPPY** であればいいが、みな思惑も違う、不満を持つ者が出てくる。その不満を持つ者（多くは少数派、債権者）が、その段階段階で、どういった手法をとれるか、を中心に考えていくとよい。

（株式会社を巡る人間関係）



<学習上の注意点>

- 1 とにかく条文を参照せよ！→めんどくさがると苦手に
- 2 イメージしづらいが、不満を持つ者の視点！（講義で触れる）
- 3 メリハリつける

<刑法の体系補足> (p.52)

四 犯罪の成立要件（刑法の体系）

1 はじめに（犯罪の成否の検討の仕方）

(1) 3段階で検討する！

歴史的な知恵から、犯罪が成立するかどうかは、大きく3段階に分けて検討する。

∵ 個人の尊厳、自由主義からして、生命や自由を奪うことになる刑罰権が発生するか否か（犯罪の成否）の判断は、極めて正確性が求められるため

↓

犯罪とは、構成要件（第1段階）に該当する、違法（第2段階）かつ有責（第3段階）な行為である。

(2) 検討対象は、犯罪者が行った「行為」

→客観面（外に現れた事実）と、主観面（行為者の内心）とに分けて、検討する。

2 刑法の体系の概略

① 第1段階（構成要件。Tbと略す人が多い）

まず、当該行為が、形式的に、条文の定める犯罪類型に該当するか否かを検討する。この犯罪類型のことを、構成要件という

Ex)Aは、ナイフでBの腹部を刺し、Bを死亡させた

→人ごと、行為ごとに、最も重い罪から考える（論文解くときの最も大事な視点）。本件だと殺人罪が最も重い罪となり得る。

この場合、「人を殺した」という類型（刑法199条）に該当する行為をしたか否かを検討する（まずは検察官のつもりで重く考える。次に後に弁護人の側で軽く主張できないか（傷害致死にできないか等）、を考え、争点があれば最後は裁判所のつもりで判断する）。

窃盗罪なら、「他人の財物を窃取した」という類型に該当する行為か否かを検討する。

→構成要件に該当する行為は、違法性（第2段階）及び責任（第3段階）があるものと推定される。

② 第2段階 (違法性。Rw と略す)

構成要件に該当するとしても、行為当時の個別具体的な事情によっては、違法性がないとして、犯罪が成立しないこともある。

Ex)A が B の腹部をナイフで刺したのは、B が金属バットで A に殴りかかってきたためであり、A は、あくまで、自分の身を守るためであった。

→正当防衛と評価できる場合は、違法性がなく(「違法性が阻却される」、という)、犯罪は成立しない。

∴ 個別具体的な事情から、違法性を阻却する事由があるか否かを、第2段階では検討。

※ 違法性の有無を判断する際、結果のみに着目して違法性を考えるか(結果無価値論という)、行為と結果の両方に着目して違法性を考えるか(行為無価値論・結果無価値2元論が正式名称であるが、略して「行為無価値論」ともいう)で、大きく刑法の考え方が別れる。論理矛盾注意。

③ 第3段階 (責任。S と略す)

構成要件に該当し、違法性を阻却する事由がないとしても、行為者に関する個別具体的な事情によっては、行為者を非難できないこともあり得る。

Ex)A は、B をナイフで刺して死亡させたが、その当時、A は高度の精神病に罹患しており、善悪を判断する能力がなかった。

→責任能力がない、等と評価できる場合は、責任がなく(「責任が阻却される」という)、犯罪は成立しない。

∴ 個別具体的な事情から、責任を阻却する事由があるか否かを第3段階では検討。

以上は、単独犯・既遂の故意犯を念頭に置いているが、この修正もある(共犯、未遂犯、過失犯)。

しかし、どの犯罪も、以上の3段階をクリアすると、成立する。



### 3 刑法で学習する内容

#### 第1部 刑法総論

あらゆる犯罪に共通する、「構成要件」、「違法性」、「責任」を、原則的な犯罪形態である「単独犯・既遂犯」を念頭に学習する。

次に、構成要件の修正形式であるが、多くの犯罪に共通する、「共犯」・「未遂」等を学習する。

#### 第2部 刑法各論

第1部の刑法総論の理解を元に、個別の犯罪類型（構成要件）を学習する。

刑法総論の体系を補充、修正する内容の学習である。

個人的法益に対する罪（Ex 殺人、窃盗、強盗など）

社会的法益に対する罪（Ex 放火、偽造など）

国家的法益に対する罪（Ex 偽証、賄賂など）





**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2020 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU20054