

平成 24 年 夏期セミナー

受験生が世界一受きたい重点講義

～選び抜かれた民/刑事・公法上の重要問題を
題材として～

講師：山口 明先生

(TAC・Wセミナー専任講師)

TAC **W** セミナー 司法試験講座

無断複製（コピー等）・無断転載等を禁じます。

第1 民事編

1 不当利得法と騙取金事例

- (1) 「類型論」は、要件論でなく、効果論である。
- (2) 「騙取金事例」に関する判例には理論がなく、学説もカオス（混沌）の状況に陥っている。
- (3) 民法708条の応用による理論構成のみが、現状打破のカギとなる。

2 二重起訴禁止論

- (1) 「訴訟物」ではなく、「事件」の同一性の有無の問題である。
- (2) 請求の基礎の同一性か、反訴関連性の要件が満たされる場合、事件の同一性を肯定してよい。
- (3) 民訴法142条違反ケースに対しては、訴え却下でなく、強制併合がメインの処理方式となる。
- (4) 同一当事者間における紛争の合一確定による予防法学的効果が、142条の真の狙いである（異なる当事者間において同一の狙いをもつのが、「固有必要的共同訴訟」という判例による法創造スキームである）。

3 補助参加の利益論

- (1) 限定説（旧通説）と拡張説（現多数説か？）の違い
- (2) 「助っ人の余計なおせっかい」を嫌う古典的自由主義と、それを受け容れる社会的連帯主義の争い
- (3) この問題について、判例の腰が引けている（ように見える）ワケ

第2 刑事編

1 実行の着手論

- (1) 行為説と結果説の違い
- (2) 「実行の着手」と「実行行為の開始」を区別するのが、結果説の基本コンセプト
- (3) 結果説でないと旨く説明できない刑法上の重要問題が、散在する。

2 刑法230条の2解釈論

- (1) 団藤旧説登場以前の状況
- (2) 団藤旧説の意義と、それが短期間のうちに「旧説」に成り下がってしまった
(それにも拘らず、受験生の間で、今でも圧倒的に支持されている) ワケ
- (3) 訴訟法的観点からも、二元説を採用するのが無難である。

3 公共の危険論

- (1) 刑法109条2項、110条所定の「公共の危険（の発生）」は、構成要件要素である。
- (2) その意義については、非限定説が正しい。
- (3) 109条2項、110条の罪は、具体的危険犯ではなく、「擬制されない抽象的危険犯」である（このように解して初めて、「公共の危険」の認識内容に係わる刑法上最後に残された難問を解決できる）。

第3 公法編－憲法訴訟論

- 1 ブランダイス第4準則と第7準則の違い（第4準則こそが「憲法判断回避」のルールであり、第7準則は、むしろ「違憲判断回避」のルールと呼ぶべきである）。
- 2 第4準則は、訴訟要件レベルよりも、本案レベルでの適用の方が重要である（以下は、その諸相）。
 - (1) 法律判断先行論
 - (2) 違憲主張の適格論
 - 第三者の人権の援用を可とするのは、付随的審査制に反する異端の法理である。
 - 第三者所有物没収違憲判決は、本当に上記法理を肯認したものか？
 - (3) 憲法94条解釈論
 - 「ナショナル・ミニマム／マキシマム」論は、もう古い（法律先占論の残滓とも言うべき過渡期の理論にすぎない）。
 - 地方分権時代に則した新たな規範定立が、必要である。
 - 大人は、中身（が合憲か否か）で勝負すべし（間違っても、94条で勝負をつけてはならない）。
 - (4) 私人間効力論
 - 「公／私法峻別」論の残滓にすぎない（行政法の世界では、克服済みである）。
 - 間接適用説は、法適用の順序の観点から当然の事理を曲解するミステリアスかつミスリーディングな学説である（私法領域だけでなく、行政法や刑法の領域でも、憲法が間接適用されている）。
 - 間接適用／直接適用のいずれでも、用いる違憲審査基準は異ならないので、大議論を展開すること自体、ナンセンスである。
- 3 第7準則のエッセンスを身に付けることが、合格への要諦である。
 - (1) 合憲限定解釈論
 - 漠然規制法令御用達／過度広範規制法令不許容の法理である（例えて言うと、政治部門は「料理人」、裁判所は「料理評論家」に当たるからである）。
 - 最高裁が、過去に一度も「漠然性の故に違憲無効」判決を下していないワケ
 - 大人は、中身（が合憲か否か）で勝負すべし〔行政当局が漠然法令の合憲限定解釈の仕方を買ったとして、適用違憲（広義）論を展開するときの前提論点にすぎない〕。
 - 判断基準は、本当に一般人でよいのか？（刑法上の規範的要件の場合との不整合）
 - (2) 適用違憲論
 - 「広／狭義」のコンセプトのうち、狭義の方の問題である。
 - 過度広範規制法令に合憲限定解釈を施せないため、その代替法理として編み出された救済スキームである。
 - 最高裁は、その採用に否定的なスタンスを貫いているが、論文試験対策として、その完全マスターが不可欠である。
 - 「適用違憲」と言いながら、単なる法令解釈の論証に陥りがちなので、要注意である（「仮に法令が合憲であるとしても」ではなく、「仮に法令を違憲としないとしても」とのスタンスの下、規制法令の要件に該当することを当然の前提として、当該要件中に「違憲的部分」が含まれていることを要指摘である）。