

# 目 次

はしがき i

本書の使い方 iv

## 刑 法

<b>第1編 刑法総論</b>	<b>2</b>
1 基本的構成要件	2
2 違法性	14
3 責 任	26
4 修正された構成要件	30
5 罪数論	46
<b>第2編 刑法各論</b>	<b>48</b>
1 個人的法益に関する罪	48
2 社会的法益に関する罪	104
3 国家的法益に関する罪	112

## 刑事訴訟法

1 捜 査	122
2 公訴・公判	172
3 証拠法	206
4 公判の裁判	246

判例索引 252

# 本書の使い方

## 問題ランク

**A**は学習初期から必ず押さえてほしい基本的な問題を、**B**はそれ以上のレベルの問題を表します。  
1 周目は**A**だけを、2 周目は**B**を中心に問題を解いていくと学習を効率的に進められます。

【左側：問題】

【右側：解答】

## チェックボックス

解き終わったらチェックして日付を記入しましょう。

## 通し番号

単元ごとの通し番号です。「今日は何番まで」等、目標設定にお役立てください。

## 問題文

基本・重要論点を順序立てて端的に問う内容となっています。

## 条文表記

(220 I ②)は、220 条 1 項 2 号を表します。

アガルトの総合講義 1 問 1 答		刑事訴訟法	
<input type="checkbox"/>	/	107. <b>A</b>	場所に対する令状で身体を捜索することができるかについて説明しなさい。
<input type="checkbox"/>	/	108. <b>B</b>	逮捕に伴う捜索・差押え(220)の要件について説明しなさい。
<input type="checkbox"/>	/	109. <b>A</b>	逮捕に伴う捜索・差押えを無令状で行うことができる根拠について説明しなさい。
<input type="checkbox"/>	/	110. <b>A</b>	逮捕に伴う捜索・差押えの時間的限界(「逮捕する場合」(220 I 前段)の意義)について説明しなさい。
<input type="checkbox"/>	/	111. <b>A</b>	逮捕に伴う捜索・差押えの場所的限界(「逮捕の現場」(220 I ②)の意義)について説明しなさい。

  

107.	住居に関するプライバシーと身体に関するプライバシーは別個のものであるし、身体を捜索する場合には人身の自由に対する。制約も観念されるため、原則として許されないが、妨害行為がなされた場合には、令状の効力(又は「必要な処分」として、当然にこれを排除することができる。そこで、捜索・差押場所にいる者が捜索・差押えの目的物を隠匿したものと認められる場合(そのように疑うに足りる相当な理由がある場合)を除き、許されないと解する。
108.	①「第199条の規定により被疑者を逮捕する場合」、「現行犯人を逮捕する場合」又は「第210条の規定により被疑者を逮捕する場合」 ②「必要があるとき」 ③「逮捕の現場」
109.	相当性説(判例?合理性説、蓋然性説)＝逮捕の現場には証拠の存在する蓋然性が高いので、合理的な証拠収集手段として認められたとする。 緊急処分説＝被逮捕者の抵抗を制圧し、逃亡を防止し、同時に現場の証拠の破壊を防止するための緊急の必要性から無令状捜索・差押えが認められたとする。
110.	相当性説＝逮捕の時点が逮捕場所に証拠が存在する客観的蓋然性に影響を及ぼすことはないから、逮捕の現実的可能性がある限り、その時間的前後関係を問わず、広い範囲で認められる。具体的には、③逮捕行為の着手前、④逮捕行為完了後を問わないし、⑤仮に逮捕行為に失敗し、被疑者が逮捕に着手した場所から逃走した後も、その場所において、捜索・差押えが可能である。 緊急処分説＝証拠隠滅等を防ぎ、証拠を保全する緊急の必要性を理由として、無令状による捜索・差押えを許容するものであるから、原則として同時並行性(厳格な時間的接衝性)を要求する。具体的には、④逮捕行為の前は、被疑者がその場に現在し、かつ、着手が現実に見込まれる(着手直前)という厳しい条件が必要であるし、⑤逮捕が完了し、被逮捕者による証拠隠滅等の危険性が失われた場合には、それ以降の捜索・差押えもできない。また、③被疑者が逃亡した場合も、捜索差押えはできない。
111.	相当性説＝捜索差押許可状を請求すれば許容されるであろう関連性のある相当な場所的範囲をいい、一般的には、逮捕現場の管理者のその同一の管理権が及ぶ範囲内の場所であるとされ、逮捕行為に着手した地点から逮捕行為が完了した地点までの全ての場所においても捜索・差押えをすることができるとされる。 緊急処分説＝被疑者の身体又は直接の支配下にある場所に限る。ただし、緊急処分説からも、共犯者などの第三者による証拠隠滅が行われる危険性がある場合には、当該場所でも捜索・差押えをすることができると解する立場がある。

40 問題

解答 41

1 捜 査

## インデックス

現在学習中の部分が一目瞭然です。

## 解答

論文式試験で記載することになる知識をまとめた内容になっています。

## 学説

一般的に判例の立場と評されているものの、それに異を唱える有力な学説が存在している場合に「？」を付けています。



刑 法

# 第1編 刑法総論

## 1 基本的構成要件

- /  /  / 1. **A** 犯罪の成立要件の検討順序について説明しなさい。
- 
- /  /  / 2. **A** 基本的構成要件（刑法第2編「罪」に規定された個々の犯罪構成要件）の構造について説明しなさい。
- 
- /  /  / 3. **B** 実行行為の実質的意義について説明しなさい。
- 
- /  /  / 4. **B** 作為と不作為の意義について説明しなさい。
- 
- /  /  / 5. **B** 不作為犯の種類について説明しなさい。
- 
- /  /  / 6. **A** 不真正不作為犯に実行行為性が認められるかについて説明しなさい。

## 1 基本的構成要件

1. ①まず、形式的・一般的・原則的な判断である「構成要件該当性」を検討し、②次に、客観的・実質的・例外的な判断である「違法性」を検討し、③最後に、主観的・実質的・例外的な判断である「責任」を検討する。
- 
2. ①客観的構成要件要素＝実行行為、結果、因果関係  
②主観的構成要件要素＝故意、過失（一般的主観的構成要件要素）  
③目的（特殊的主観的構成要件要素、争いあり）
- 
3. 法益侵害の現実的危険性を有する行為をいう。
- 
4. そのままでは法益侵害に至らない事態の推移を侵害に向けて変更することが作為であり、一方で、既に法益侵害に向けて推移している事態を変更しないことが不作為である。
- 
5. ①真正不作為犯（条文が不作為の形で規定している犯罪を不作為で実現する場合）、②不真正不作為犯（条文が作為の形で規定している犯罪を不作為で実現する場合）をいう。
- 
6. 法条の根底にあるのは、法益を侵害するなという規範であって、その規範には、禁止規範のみならず、法益を救助せよという命令規範をも含み得るから、不真正不作為犯の実行行為性は認められる場合がある。もっとも、不作為の行為は無限に広がり得ることから、明確性の原則に抵触するおそれがあるため、国民に積極的に法益状態を維持・改善する行為を要求するのは例外的場合に限られるべきである。  
そこで、不真正不作為犯の実行行為性が認められるのは、作為犯との構成要件的同価値性を有する場合（同価値性・同等性の原則）に限定すべきである。具体的には、①作為義務の存在、②作為の可能性・容易性が必要である。なお、①作為義務の有無は、先行行為の存在、事実上の引受け行為、自らの意思等による排他的支配の設定（危険原因の支配）等の要素を考慮に入れて、総合的に判断すべきである。

- / 7. **B** 不真正不作為犯において、どのような場合に因果関係(条件関係)が認められるかについて説明しなさい。
- /
- /

- / 8. **B** 不真正不作為犯の未遂犯処罰の可否(結果回避可能性が認められない場合に、行為者を未遂犯として処罰することができるのか)について説明しなさい。
- /
- /

- / 9. **B** 不真正不作為犯の実行の着手時期について説明しなさい。
- /
- /

- / 10. **B** 不真正不作為犯の成立に「既発の危険を利用する意思」という故意以外の主観的要件を必要とするかについて説明しなさい。
- /
- /

- / 11. **B** 因果関係の構造について説明しなさい。
- /
- /

- / 12. **A** 条件関係の意義及び判断方法について説明しなさい。
- /
- /

7. 不作為とは「一定の期待された作為をしないこと」であって、無ではないから、ある「期待された行為」が存在したならば、結果が発生しなかったであろうという関係が認められれば条件関係がある(期待説)。

もっとも、条件関係とは行為と結果との事実的なつながりの有無自体であるから、作為であれ不作為であれ、およそ結果回避可能性がなければ、条件関係を肯定することはできない。したがって、結果回避可能性が認められる限り、条件関係を肯定することができる。

そして、不作為犯について、作為犯と別に解すべき理由はないから、結果回避可能性が認められるためには、合理的な疑いを超える程度に確実であることを要する(最決平元.12.15)。

8. 否定説=救命可能性がない(証明できない)以上、作為を命じる必要がない(=作為義務がない)ため、未遂犯は成立しない。  
不能犯における具体的危険説=一般人を基準として救命可能性がある場合には、未遂犯が成立する。  
不能犯における(修正された)客観的危険説=結果回避可能性が存在する可能性を客観的に判断し、その存在した蓋然性が高い場合には、未遂犯が成立する。

9. 結果発生危険性が一定程度以上に高まった時点(作為義務違反の不作為が始まっただけでは足りない)をいう。

10. 作為の実行行為について要求されていない主観的要件を不作為で要求することは妥当ではないから、不要である(最判昭33.9.9等)。

11. 事実的基礎(事実的因果関係)と規範的観点(法的因果関係)から判断する。前者を条件関係と呼び、後者を(相当)因果関係と呼ぶ。

12. (1) 意義  
当該行為が存在しなければ当該結果が発生しなかったであろうという関係(「あればこれなし」という関係、仮定的消去公式)をいう。  
(2) 判断方法  
①結果は具体的に記述されなければならない。  
②仮定的事実を付加してはならない(付け加え禁止)。

- /  /  / 13. **B** X YがAの飲物にそれぞれ致死量（100%）の毒薬を入れ、Aがそれを飲んで死亡した場合の処理について説明しなさい。

- /  /  / 14. **B** 死刑が執行される直前、執行官がまさにボタンを押そうとしている時に、死刑囚によって殺された娘の敵を討つため、娘の父親が執行官を押しつけて自らボタンを押し、死刑囚が死亡した場合の処理について説明しなさい。

- /  /  / 15. **B** 行為時に事情が介在した場合の因果関係をいかに判断すべきかについて説明しなさい。

- /  /  / 16. **A** 行為後に事情が介在した場合の因果関係をいかに判断すべきかについて説明しなさい。

- /  /  / 17. **A** 故意（「罪を犯す意思」（38 I 本文））の意義について説明しなさい。

- /  /  / 18. **B** 故意責任の本質について説明しなさい。

13. 修正否定説＝XY共に殺人未遂罪として処断する。  
修正肯定説1＝いくつかの条件の内、いずれかを除去しても結果は発生するが、全ての条件を除けば結果が発生しない場合、全ての条件につき条件関係を認める。したがって、XYいずれにも殺人既遂罪が成立し得る。  
修正肯定説2（合法則的条件関係説）＝行為と結果とが因果法則に従って結びつけられているかを問題とする別の判断公式（合法則的条件公式）を採用すべきとする。したがって、XYいずれにも殺人既遂罪が成立し得る。

14. 付け加え禁止説＝条件関係肯定  
合法則的条件関係説＝条件関係肯定  
論理的关系説（付け加え肯定説）＝条件関係の判断自体が「行為者が法の期待通りふるまっていれば」というある種の仮定を前提としており、付け加え禁止とは単に考慮される仮定的な事情を限定するものにすぎない。そこで、仮定的消去公式という条件関係判断の公式を維持しつつ、当該行為が行われなかったとしても同一の結果が生じるとみられるときは、条件関係は認められないと解することによって、条件関係を肯定する（この見解によれば、仮定的消去公式は結果回避可能性に帰一することとなる）。

15. 因果関係は、結果発生の実質的危険を有する実行行為が結果を引き起こしたことを理由に、より重い刑法的評価を加えることが可能なほどの関係を認め得るかという法的評価の問題である。そして、具体的な事案ごとに妥当な帰責の範囲を画するためには、行為時に存在するあらゆる事情を判断資料に取り込まなければならない。そこで、行為当時における全ての客観的事情及び行為後における事情でも行為当時に経験法則上予見可能な事情を基礎として、行為の危険性が結果となって現実化したか否かを基準として判断する。

16. 因果関係は、結果発生の実質的危険を有する実行行為が結果を引き起こしたことを理由に、より重い刑法的評価を加えることが可能なほどの関係を認め得るかという法的評価の問題である。そこで、行為の危険性が結果となって現実化したか否かを基準とし、①行為の危険性と、②介在事情の結果発生への寄与度を重視すべきである。

17. 故意犯は過失犯よりも、より重い道義的非難に値するが、それは行為者の反規範的人格態度に求められると考えられ、かかる態度は犯罪事実の認容があってはじめて認められる。したがって、犯罪事実の表象（認識）に加え、結果発生を認容（結果が発生してもかまわないと思いつつ行為した）することが必要である（認容説（判例？最判昭23.3.16））。

18. 犯罪事実の認識・認容によって、規範に直面し、反対動機が形成できるのに、あえて犯罪に及んだことに対する道義的非難をいう。

- / **19. B** 構成要件的事実の錯誤の種類について説明しなさい。  
 /  
 /

- / **20. B** 具体的事実（同一構成要件内）の錯誤の種類について説明しなさい。  
 /  
 /

- / **21. A** 甲はAを殺すつもりでピストルを発射したところ、ねらいがはずれて側にいたBに当たり、Bが死亡した。この場合に、(1)Bに対する殺人罪の故意を認めることができるか、(2)Aに対する殺人未遂罪の故意を認めることができるかについて説明しなさい。

- / **22. A** 抽象的事実の錯誤の処理について説明しなさい。  
 /  
 /

- 19.** ①具体的事実（同一構成要件内）の錯誤、②抽象的事実（異なる構成要件間）の錯誤をいう。

- 20.** ①客体（目的）の錯誤＝行為者が意図した客体とは別個の客体について、行為者が意図した客体であると誤信して侵害した場合  
 ②方法（打撃）の錯誤＝行為者のとった具体的手段がその予見した客体からはずれて、別の客体の上に結果が発生した場合  
 ③因果関係の錯誤＝侵害に至る因果経過に錯誤がある場合

- 21.** (1) 故意責任の本質は、犯罪事実の認識（認容）によって、規範に直面し、反対動機が形成できるのに、あえて犯罪に及んだことに対する道義的非難である。そして、犯罪事実は、刑法上構成要件として類型化されており、かつ、各構成要件の文言上、具体的な法益主体の認識までは要求されていないと解されるから、行為者が認識・認容した事実と発生した事実とが構成要件内において符合していれば故意は認められる。したがって、具体的事実の錯誤については、故意は認められる（最判昭53.7.28等、法定的符合説（抽象的法定符合説））。  
 (2) 上記のように、故意の対象を構成要件の範囲内で抽象化する以上、故意の個数を問題としないから、故意は認められる（数故意犯説、最判昭53.7.28）。

- 22.** 故意責任の本質は、犯罪事実の認識（認容）によって、規範に直面し、反対動機が形成できるのに、あえて犯罪に及んだことに対する道義的非難である。そして、犯罪事実は刑法上構成要件として類型化されているから、構成要件に実質的な重なり合いが認められる場合には、その限度で反対動機を形成することができる。  
 したがって、構成要件の範囲内で主観と客観が一致することを要求し、構成要件の範囲内での一致がない場合、故意は否定されるのが原則であるが、構成要件の重なり合いが認められる場合には、その範囲で故意を認めるべきである（法定的符合説、最決昭54.3.27、最決昭61.6.9）。なお、かかる重なり合いは、①行為態様と②保護法益の共通性で判断すべきである。  
 cf. 法定刑が同一の場合、客観的に生じた罪が成立すると考えるのが判例（最決昭54.3.27）

- / 23. **A** 因果関係の錯誤の処理について説明しなさい。  
 /  
 /

- / 24. **A** 過失犯の構造について説明しなさい。  
 /  
 /

- / 25. **B** 新過失論を前提に、予見可能性の判断基準及び程度について説明しなさい。  
 /  
 /

- / 26. **B** 新過失論を前提に、結果及び因果経過に対する予見可能性の程度について説明しなさい。  
 /  
 /

- / 27. **B** 新過失論を前提に、結果回避義務の内容の特定方法について説明しなさい。  
 /  
 /

23. まず、因果関係は客観的構成要件に該当する事実であるから、因果関係の錯誤も事実の錯誤の問題として捉えるべきである。

そして、故意責任の本質は、犯罪事実の認識・認容によって、規範に直面し、反対動機が形成できるのに、あえて犯罪に及んだことに対する道義的非難である。そして、犯罪事実は、刑法上構成要件として類型化されており、かつ、各構成要件の文言上、具体的な法益主体の認識までは要求されていないと解されるから、行為者が認識・認容した事実と発生した事実とが構成要件内において符合していれば故意は認められる。

これを因果関係の問題にあてはめると、行為者が事前に予見した因果関係の内容と実際の因果の経過とが構成要件の範囲内で符合している限り、故意を認めることができる。

24. 法律上要求される注意義務を果たしたとしても、なお結果が発生した場合には、社会的相当性を有する行為として違法性を阻却するべきである。また、構成要件は違法類型であるから、かかる場合には、構成要件該当性も否定される。かかる観点から、過失とは構成要件要素であり、客観的結果予見可能性を前提とした客観的結果予見義務違反と、客観的結果回避可能性を前提とした客観的結果回避義務違反（これが実行行為）から成ると解すべきである（新過失論）。

25. (1) 予見可能性の判断基準  
 構成要件の過失の問題であるため、一般人の能力を基準とする（客観説（判例?））。なお、一般人とは、社会一般の通常人ではなく、行為者と同じ立場（地位、年齢、職業等）にある通常人を指す（東京地判平13.3.28）。  
 (2) 予見可能性の程度  
 予見可能性は結果回避義務を基礎付けるためのものであるから、具体的な結果及び当該結果に至る因果経過の基本的部分の予見可能性が必要であるが、一般人をして結果回避へと動機付ける程度の予見可能性があれば足りる（具体的予見可能性説）。

26. (1) 結果回避義務を基礎付ける程度の予見可能性で足りる（新過失論）。  
 (2) 現実に結果発生に寄与した決定的要因が予見可能であることは、必ずしも必要ではなく、ある程度抽象化されたものが予見可能であれば足りる（最決平12.12.20）。

27. 法文に規定がないため、法令・契約・慣習・条理等の様々な根拠から生じ、特に、行政取締法規には種々の注意義務が規定されている。ただし、行政取締法規は行政的な取締りを目的として定められたものであるため、行政取締法規を遵守しているだけで、結果回避義務を果たしたことはない。そこで、行政取締法規の内容を十分参考にしつつ、刑法独自の観点から、真に結果を回避する上で、必要かつ適切な具体的義務を検討するべきである。