

目次

『アガルトの司法試験・予備試験 合格論証集』第2版はしがき
 『アガルトの司法試験・予備試験 合格論証集』発刊に当たって
 『工藤北斗の合格論証集 [刑法・刑事訴訟法]』第3版はしがき
 『工藤北斗の合格論証集 [刑法・刑事訴訟法]』第2版はしがき
 『工藤北斗の合格論証集 [刑法・刑事訴訟法]』はしがきに代えて —なぜ、今「論証」なのか—
 本論証集の使い方

刑 法

第1編 刑法総論

第1章 犯罪論体系

第1. 犯罪の成立要件の検討順序	3
第2. 構成要件	3

第2章 基本的構成要件

第1. 総説	3
第2. 実行行為	3
● 論点 不真正不作为犯	A 3
第3. 因果関係	6
● 論点 択一的競合	C 6
● 論点 仮定的因果関係	C 7
● 論点 因果関係	A 8
第4. 故意（構成要件の故意）	9
● 論点 故意の意味	B 9
● 論点 具体的事実の錯誤	A 9
● 論点 抽象的事実の錯誤	A 10
● 論点 因果関係の錯誤	A 11
第5. 過失（構成要件の過失）	12
● 論点 過失犯の構造	A 12
● 論点 予見可能性	B 13
● 論点 結果回避可能性・結果回避義務	A 14
● 論点 許された危険	C 14
● 論点 信頼の原則	A 15
● 論点 段階的過失	B 16

第3章 違法性

第1. 違法性の本質	17
● 論点 違法性の本質	C 17
● 論点 主観的違法要素	C 17

第2. 違法性阻却の一般原理	18
第3. 正当行為	18
第4. 正当防衛	18
● 論点 侵害の開始時期と終了時期	A 18
● 論点 行為者の主観面と急迫性	A 19
● 論点 相互闘争状況	A 21
● 論点 対物防衛の可否	B 22
● 論点 防衛の意思	A 22
● 論点 「やむを得ずにした行為」(361) (防衛行為の相当性)	A 23
● 論点 過剰防衛の法的根拠 (刑の減免根拠)	B 23
● 論点 防衛行為の一体性	A 24
第5. 緊急避難	26
● 論点 緊急避難の法的性質	B 26
● 論点 防衛行為と第三者	A 27
第6. その他の違法性阻却事由	29
● 論点 自救行為	B 29
● 論点 危険の引受け	C 30
● 論点 同意傷害	A 31
● 論点 錯誤に基づく同意	A 32
● 論点 被害者の推定的同意	C 33

第4章 責任

第1. 総説	34
● 論点 結果的加重犯における重い結果と過失	C 34
第2. 責任能力	35
● 論点 原因において自由な行為	A 35
第3. 責任要素としての故意（責任故意）	36
● 論点 違法性阻却事由の錯誤	A 36
● 論点 誤想（過剰）防衛	A 37
● 論点 違法性の錯誤（法律の錯誤）	B 38
● 論点 事実の錯誤と法律の錯誤の区別	C 39
● 論点 規範的構成要件要素の錯誤	C 39
● 論点 作為義務の錯誤	C 40
第4. 期待可能性	40

第5章 修正された構成要件

第1. 未遂	41
● 論点 実行の着手時期	A 41
● 論点 早すぎた構成要件の実現	A 42
● 論点 不能犯	A 44
● 論点 中止犯の法的性格	A 45
● 論点 結果が発生した場合における中止犯の成否	B 46
● 論点 「自己の意思により」(43ただし書)の意義(任意性の要件)	A 46
● 論点 「中止した」(43ただし書)の意義	A 47
● 論点 中止行為と結果不発生との間の因果関係	B 47

● 論点 予備の中止	C	48
第2. 共犯		49
● 論点 間接正犯の成否	A	49
● 論点 間接正犯の実行の着手時期	B	50
● 論点 間接正犯と錯誤	A	50
● 論点 共犯の処罰根拠論	A	51
● 論点 未遂の教唆	B	51
● 論点 共犯の因果性(幫助の因果性)	A	52
● 論点 承継的共犯	A	53
● 論点 共犯からの離脱(共犯関係の解消)	A	54
● 論点 共謀の射程	A	55
● 論点 共犯の従属性	A	56
● 論点 共同正犯の成立要件(共謀共同正犯論)	A	57
● 論点 共同正犯と正当防衛	A	58
● 論点 共同正犯と過剰防衛	B	58
● 論点 過失の共同正犯	B	59
● 論点 片面的共同正犯	B	60
● 論点 片面的幫助	A	60
● 論点 結果的加重犯の共同正犯	B	60
● 論点 予備の共同正犯	B	61
● 論点 教唆と精神的幫助の区別	B	61
● 論点 連鎖的共犯	B	62
● 論点 中立的行為による幫助	C	63
● 論点 共犯と錯誤	A	64
● 論点 共犯と身分	A	65
● 論点 不作為による共犯	A	66

第6章 罪数論

第1. 総説		67
第2. 単純一罪・法条競合		67
第3. 併合罪		67
第4. 科刑上一罪		67
● 論点 「1個の行為」(54I前段)の意義	B	67
● 論点 監禁罪と略取(誘拐)罪の関係	B	67
● 論点 監禁罪と恐喝罪の関係	B	68
● 論点 監禁罪と傷害罪の関係	B	68
第5. 包括一罪		68
● 論点 混合的包括一罪の判断基準	A	68
● 論点 詐欺後の偽造文書行使	B	68
● 論点 詐欺罪と背任罪の関係	B	69
● 論点 横領罪と2項詐欺罪の関係	B	69

第2編 刑法各論

第1章 個人的法益に対する罪

第1. 生命及び身体に対する罪		70
● 論点 自殺関与罪の処罰根拠、実行の着手時期	B	70
● 論点 同意殺人罪における承諾と錯誤	B	71
● 論点 胎児性傷害	C	72
● 論点 傷害の故意	B	72
● 論点 「遺棄」(217等)の意義	A	73
● 論点 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪との区別	B	73
第2. 自由に対する罪		74
● 論点 逮捕・監禁罪の保護法益	A	74
● 論点 監護権者による略取・誘拐罪の成否	B	74
● 論点 住居侵入罪の保護法益	B	75
● 論点 死者の住居権	C	75
● 論点 管理権者の承諾	B	76
第3. 名誉・信用に対する罪		77
● 論点 伝播性の理論	B	77
● 論点 230条の2の法的性格	B	77
● 論点 真実性の証明に関する錯誤	B	78
● 論点 名誉毀損罪と侮辱罪の区別	C	79
● 論点 公務執行妨害罪・業務妨害罪における公務と業務	A	79
第4. 財産に対する罪		80
● 論点 「財物」の意義	A	80
● 論点 財産犯の保護法益論	A	81
● 論点 占有の有無の判断方法	A	82
● 論点 死者の占有	A	83
● 論点 上下主従間の占有(占有の帰属)	A	83
● 論点 封緘物の占有	A	84
● 論点 不法領得の意思	A	85
● 論点 内縁関係と親族間の特例(244)	B	86
● 論点 244条における親族関係は誰と誰との間に必要か	B	86
● 論点 親族関係の錯誤(244)	B	86
● 論点 「暴行又は脅迫」(236I)の意義	A	87
● 論点 「強取」(236I)の意義	A	87
● 論点 事後的奪取意思	A	88
● 論点 「財産上……の利益」(236II)の意義	A	89
● 論点 強盗利得罪における処分行為の要否	A	90
● 論点 事後強盗罪における暴行・脅迫の程度	A	91
● 論点 事後強盗罪における既遂・未遂の区別	A	91
● 論点 居直り強盗	A	91
● 論点 窃盗の機会	A	93
● 論点 事後強盗の予備	B	93
● 論点 事後強盗の共犯	A	94
● 論点 強盗致傷罪における傷害の程度	C	95

論点	強盗致死傷罪における暴行・脅迫と負傷・死亡の関連性	A	95
論点	強盗致死傷罪において、死傷の結果に故意ある場合	A	96
論点	強盗殺人罪(傷人罪)の未遂	A	96
論点	財物の占有を確保した後の暴行・脅迫	A	97
論点	「財産上……の利益」(246Ⅱ)の意義	A	99
論点	国家的法益と詐欺	C	100
論点	欺く行為と財産的処分行為との関係	A	101
論点	詐欺罪における処分意思(交付意思)の内容	A	102
論点	三角詐欺	B	103
論点	詐欺罪の成立要件としての財産的損害の有無	A	104
論点	他人名義のクレジットカードの使用	B	105
論点	無銭飲食	B	106
論点	キセル乗車	C	107
論点	自己名義のクレジットカードの使用	B	108
論点	第三者利得と詐欺罪の成否	C	108
論点	恐喝罪における処分行為	B	109
論点	権利行使と恐喝	A	110
論点	「他人の物」(252Ⅰ)の意義(寄託された金銭等)	A	111
論点	非典型担保と横領罪	C	111
論点	盗品(売却代金)の横領	A	112
論点	横領行為の意義	A	113
論点	二重譲渡と横領	A	114
論点	横領後の横領	A	117
論点	横領罪と親族間の特例	B	118
論点	業務上横領と共犯	A	119
論点	銀行取引と財産罪	A	120
論点	背任罪の本質(「任務に背く」(247)の意義)	A	126
論点	図利加害目的	A	126
論点	「財産上の損害」(247)の意義	A	126
論点	二重抵当	A	127
論点	背任罪の共犯(共同正犯)	A	128
論点	横領罪と背任罪の区別	A	129
論点	盗品等関与罪の保護法益と罪質	A	130
論点	被害者への返還と有償処分あっせん罪	A	130
論点	盗品等保管罪(256Ⅱ)における知情の時期	A	131
論点	盗品性を秘して盗品を第三者に売却した場合の処理	B	131
論点	257条1項における親族関係は犯人と誰との間に必要か	A	132
論点	親族関係の錯誤(257Ⅰ)	B	132
論点	不法原因給付(不法契約)と財産罪	A	133

第2章 社会的法益に対する罪

第1. 公共の安全に対する罪	135		
論点	放火罪における建造物の一体性	A	135
論点	「焼損」(108等)の意義	A	135
論点	「公共の危険」(109Ⅱ等)の意義	A	136
論点	「公共の危険」(109Ⅱ等)の認識の要否	A	136

第2. 公共の信用に対する罪	138		
論点	「偽造」(155Ⅰ等)の意義	A	138
論点	名義人の意義	A	138
論点	作成者の意義	A	138
論点	資格(肩書)の冒用の場合における名義人の特定方法	B	139
論点	代理名義の冒用	A	141
論点	名義人の承諾	A	142
論点	「事実証明に関する文書」(159Ⅰ)の意義	B	143
論点	「変造」(155Ⅱ等)の意義	C	143
論点	写真コピーと偽造	A	144
論点	偽造の程度	A	145
論点	虚偽公文書作成罪の間接正犯	B	146

第3章 国家的法益に対する罪

第1. 公務の執行を妨害する罪	147		
論点	公務の適法性	B	147
論点	職務執行の適法性の錯誤	B	148
第2. 犯人蔵匿及び証拠隠滅の罪	148		
論点	「罪を犯した者」(103)の意義	B	148
論点	犯人が自らの蔵匿・隠避を他人に教唆した場合の教唆犯の成否	B	149
論点	共犯者による蔵匿・隠避	B	150
論点	身代わり犯人の出頭(犯人の身柄拘束後の場合)	B	150
論点	犯人が自己の親族に対して蔵匿・隠避を教唆した場合の処理	B	151
論点	共犯者の刑事事件は「他人の刑事事件」(104)に当たるか	B	151
論点	取調べにおいて虚偽の供述をすることは「偽造」(104)に当たるか	B	152
第3. 偽証の罪	153		
論点	「虚偽の陳述」(169)の意味	B	153
論点	犯人が偽証を他人に教唆した場合の教唆犯の成否	B	153
第4. 賄賂の罪	154		
論点	賄賂の罪の保護法益	B	154
論点	「賄賂」(197Ⅰ等)の意義	B	154
論点	「職務に関し」の意義	B	155
論点	収賄と恐喝・詐欺	B	157

付録：構成要件の定義集

刑事訴訟法

第1編 捜査

第1章 総説

第2章 捜査の端緒

論点 告訴を欠く親告罪捜査の可否	B	251
論点 告訴の客観的不可分	C	252
論点 告訴の主観的不可分	C	253
論点 「停止させて」(警職法21)の意義	A	254
論点 承諾なき所持品検査の可否	A	255
論点 無差別一斉検問の可否	C	256

第3章 任意捜査と強制捜査

論点 「強制の処分」(1971ただし書)の意義	A	257
論点 令状なきエックス線検査の可否	A	258
論点 令状なきGPS捜査の可否	A	259
論点 任意捜査の限界	A	260
論点 被処分者の承諾ある強制捜査の可否	C	260
論点 任意同行と実質的逮捕の区別	A	261
論点 任意取調べの限界	A	261
論点 おとり捜査の適法性	A	262

第4章 被疑者の身柄確保

論点 出頭要求と逮捕の必要性	B	263
論点 現行犯逮捕	A	264
論点 準現行犯逮捕	A	264
論点 現行犯逮捕と共同正犯	B	265
論点 逮捕前置主義	A	266
論点 事件単位の原則	A	267
論点 付加してされた勾留請求の可否	A	269
論点 違法逮捕に基づく勾留請求の可否	A	270
論点 一罪一逮捕・一勾留の原則	A	271
論点 再逮捕・再勾留禁止の原則	A	273
論点 別件逮捕・勾留	A	274
論点 取調受忍義務の有無	A	275
論点 余罪取調べの可否及び限界	A	276

第5章 証拠の収集・保全

論点 領置の適法性	B	277
論点 捜索・差押え対象の特定性	A	278
論点 特別法違反の罪名の記載	B	279
論点 捜索差押許可状執行中に宅配された物の捜索	A	280
論点 令状の事後呈示の可否	A	281
論点 令状執行と「必要な処分」(2221、111)	A	282

論点 包括的差押えの可否	A	283
論点 捜索・差押え時の写真撮影の可否	A	285
論点 場所に対する令状による捜索の範囲	A	286
論点 逮捕に伴う捜索・差押え	A	288
論点 緊急捜索・差押えの可否	B	290
論点 別件捜索・差押えの可否	A	290
論点 強制採尿	A	291
論点 強制採血	B	292
論点 嚔下物の差押え	B	293
論点 写真撮影・ビデオ撮影	A	294
論点 秘密録音	B	296
論点 被告人に対する取調べの可否	B	297
論点 被告人に対する余罪の取調べ	B	298

第6章 捜査に対する被疑者の防御

論点 「捜査のため必要があるとき」(39III本文)の意義	A	299
論点 余罪捜査を理由とする接見指定	B	300
論点 初回接見	A	301
論点 面会接見	B	302

第2編 公訴の提起

第1章 公訴提起の基本原則

論点 一罪の一部起訴	B	304
論点 公訴権濫用論	C	305

第2章 公訴提起の手續

論点 訴因の特定	A	306
論点 共謀の日時・場所の特定の程度	A	308
論点 起訴状一本主義と訴因の特定	B	309

第3章 公訴提起の効果

第4章 訴因と公訴事実

論点 訴因変更の要否	A	310
論点 縮小認定の可否	A	311
論点 過失の態様の変化と訴因変更の要否	B	312
論点 訴因と罪数	B	313
論点 訴因変更の可否(公訴事実の同一性)	A	314
論点 訴因変更の時間的限界	B	315
論点 公判前整理手續後の訴因変更の可否	B	315
論点 中間訴因が介在する場合の訴因変更の可否	B	316
論点 訴因変更命令義務	A	317
論点 訴因変更命令の形成力	B	318
論点 訴因維持義務	B	318

第5章 訴訟条件

論点 訴訟条件存否の判断基準	B	319
----------------	---	-----

● 論点	訴訟条件の追完	B	320
● 論点	不適法訴因への変更の可否	B	321
● 論点	適法訴因への変更の可否（訴因変更による訴訟条件の追完の可否）	B	321

第3編 公判手続

第1章 迅速な裁判

第2章 公判の準備

第3章 公判手続

第4編 証拠法

第1章 証拠法総説

● 論点	厳格な証明の要否	B	323
------	----------	-------	---	-----

第2章 証拠調べ手続

第3章 証拠の要件

● 論点	写實的証拠	A	325
● 論点	写しの証拠能力	B	326
● 論点	科学的証拠方法	B	327
● 論点	悪性格の立証	A	328
● 論点	伝聞非伝聞の区別	A	329
● 論点	精神状態の供述	A	330
● 論点	メモの伝聞性	A	331
● 論点	321条1項2号前段の列挙事由は制限列挙か例示列挙か	A	332
● 論点	「国外にいる」（321 各号）の意義	B	333
● 論点	321条1項2号前段における特信情況の要否	A	334
● 論点	相反供述又は実質的不一致供述	A	334
● 論点	特信情況（321 ②後段）の判断方法	A	335
● 論点	「前の供述」（321 ②後段）の意義	A	335
● 論点	実況見分調書の証拠能力	A	336
● 論点	実況見分調書（検証調書）における指示説明部分（再現写真）の証拠能力	A	337
● 論点	捜査機関の囑託に基づく鑑定書（鑑定受託者の鑑定書）	A	339
● 論点	私人（非捜査機関）の作成した実況見分書面	A	340
● 論点	再伝聞の証拠能力	B	340
● 論点	「同意」（326）の法的性質	B	341
● 論点	「証明力を争う」「証拠」（328）の範囲	A	342
● 論点	自白法則の根拠	A	345
● 論点	反復自白の証拠能力	B	347
● 論点	任意性のない第三者の供述（自白）の証拠能力	B	348
● 論点	補強証拠に関する諸問題	B	349
● 論点	違法収集証拠排除法則	A	350
● 論点	違法性の承継	A	351
● 論点	毒樹の果実	A	351

● 論点	違法収集証拠を証拠とすることの同意	B	352
● 論点	違法収集証拠排除の申立適格	B	352
● 論点	私人が収集した違法収集証拠	B	353
● 論点	共同被告人の供述	B	354

第5編 公判の裁判

第1章 実体的裁判と形式的裁判

● 論点	択一的認定	A	357
● 論点	余罪と量刑	B	358

第2章 裁判の効力

● 論点	一事不再理効が及ぶ範囲	A	359
● 論点	免訴の一事不再理効の有無	C	360

刑法判例索引

361

刑事訴訟法判例索引

365

本論証集の使い方

1 論証のインプット

筆者が本論証集の読者として想定しているのは、予備校の基礎講座などで各科目の基本知識を身につけている受験生です。もし、本論証集を手に入れている読者の皆さんで、まだ当該科目を学習していないという方は、まず個々の論点に関する判例・学説を理解し、知識を身につけることから始めてください。



個々の論証は、最高裁判例がある場合には、最高裁判例に従って、最高裁判例がない場合には、下級審判例や通説に従って記述しています。参考として、サイドコメントに、(裁)判例の年月日と百選掲載判例については百選番号【百選Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ〇〇】と表記)、また最高裁判所判例解説(調査官解説)を参照している場合にはその該当箇所も付記しています(最判解〇〇篇〇〇年〇〇頁と表記)。

司法試験では、判例・通説の立場に従って論述することが求められますので、基本的には本論証集の立場に従ってインプットしてもらえれば結構です。



個々の論点の判断枠組み(規範)や理由付けの部分(ゴシック体にして強調してあります。)にマークをしておき、その部分を中心として、ザッと流し読んでください。覚えようとせず、何度も何度も流し読みを繰り返すことによって、自然と論証が残像として残っていく状態になるのが理想です。

なお、注意しておかなければならないのは、論証を丸暗記する必要はないということです。判例が用いている判断基準(規範)などは正確に再現できることが望ましいですが、細かい言い回しやニュアンスなどは当然自分なりにアレンジしていただいで結構です。

論証が残像として残っていく状態とは、理由付けや判断基準(規範)などの論証の核となる部分がパッと頭に浮かび、それを自分の言葉を用いて、論理的に並べることができるようになることです。ある程度しっかりと記憶すべきは骨組の部分で、それに肉付けをして文章化する段階は、かなり自由度が高いと思ってもらえればよいでしょう。



どのような事案で論証を用いればよいのか分かりにくいものについては、当該論点の問題となる典型事案を記載しています。

ただし、当該論証を用いるべきかという判断能力の養成は、主に問題演習によるものですので、本格的な訓練は本論証集ではなく、市販の問題集や、予備校の

論文講座を用いて行ってください。

また、頻出論点の論証については、【短文】バージョンを記載している場合があります。

当該問題で記述しなければならない論点の数や、当該問題における当該論点の比重等を考え、【短文】バージョンを用いてください。

なお、論証中カッコでくくっている部分がある論点がありますが、これは反対説であったり、判例を敷衍している学説であったりと基本的に省略が可能な部分を意味しています。

2 論証のアウトプット

はしがきにも記載したように、どの問題でも、本論証集掲載の論証をそのまま貼り付けられればよいというわけではありません。まずは、①事案分析において、典型事案、典型論点と異なる問題だと確認できた場合には、論証をマイナーチェンジするなどして、個別具体的な事案に対応する形でアウトプットする必要があります。



また、仮に、典型事案、典型論点だと確認できた場合でも、問題に応じてアウトプットすることが必要です。仮に、その問題で問題となる論点が他にもたくさんあり、その論点の比重が相対的に軽いといった場合に、フルスケールで論じる必要はありません。例えば、理由付けを短くする、問題提起を省くなどして分量の調整をしてください。



論証とは、法解釈についての判例・学説(自説)の正確な理解を、答案に表現するためのツールですので、暗記して貼り付けて解答が導き出されるようなものではなく、あくまでも個別具体的な事案処理のパーツになるにすぎないということ肝に銘じておいてください。

3 本論証集（刑事系科目）の使い方

百選番号は、刑法判例百選Ⅰ・Ⅱ（第8版）、刑事訴訟法判例百選（第11版）に依拠しています。



刑事系科目は、重要論点について全く条文がない、あるいは条文からは何も読み取ることができず、ほぼ全てが解釈に委ねられているということも多く（刑法総論など）、他の法系に比較して、「論点」が問われることが多いのが特徴です。そこで、論証を用いる場面も自然と多くなります。

ただ、その代わりとっては何ですが、1問で問われる論点が他の科目より多くなる傾向にありますので、問題によってより論証をコンパクトにする等の工夫が必要になります。

なお、他の法系も同様ですが、典型論点、典型事案であることの確認作業も怠らないようにしてください。特に、刑事系科目の場合には、論点が問われる頻度が高いがために、書くべきではない論点、大展開する必要がない論点についても、ついつい書きたくなってしまうということが起こりがちです。その辺りは、答案作成にあたって十分注意してください。



罪数論などは、当然すべての論点を網羅しているわけではありません。また、これからの判例・学説の展開によって、新しい論点が出てくる、ある論点について新たに判例の立場が明らかになるといったことがあると思います。

ですので、これから先の学習で出会った判例や新しい論点等については、ご自身で本論証集にどんどん追記して行ってください。



論証についてランクを付記してあります。

A：頻出の論証。規範と理由付け（2つ以上）をしっかりと押さえ、問題に応じて、長短自在に操れるようになるべき

B：Aランクに比べれば、出題頻度が下がる論証。規範と理由付け1つを押さえれば十分

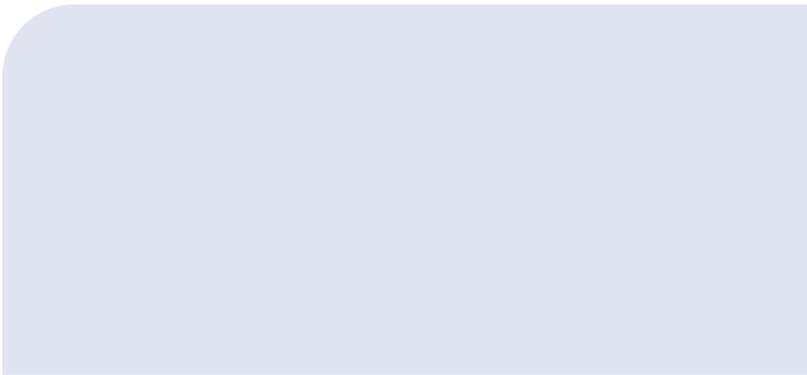
C：時間がなければ飛ばしても良い

本論証集掲載の論証は、重要な論点に関するものに厳選していますが、皆さんの可処分時間に応じて、ランクに基づいた柔軟な学習をしてください。

4 付録：構成要件の定義集の使い方

刑法（特に刑法各論）は、定義から論述を始めることが多いため、本書を利用して各構成要件の定義を確認して頂きたいと思います。

論証と同じく、定義も「このように書かなければいけない」ということはありませんので、適宜ご自身が理解しやすい形で修正して頂き、自分だけの定義集を完成させて頂きたいと思います。



刑 法

第1編 刑法総論

第1章 犯罪論体系

第1. 犯罪の成立要件の検討順序

第2. 構成要件

本節に該当する論点は掲載していませんが、体系を意識して学習することは有益であるため、節名を残しています。

第2章 基本的構成要件

第1. 総説

本節に該当する論点は掲載していませんが、体系を意識して学習することは有益であるため、節名を残しています。

第2. 実行行為

論点 不真正不作為犯

A

論証

【長文】

1 実行行為性 論 司H22,H26,H30,旧H8-1,H16-1,H22-1

まず、作為で規定された犯罪について、不作為による実行行為性を認められるか。

実行行為は犯罪の結果発生の実質的危険を有する行為である。そうだとすれば、このような結果発生の実質的危険を不作為によって実現することは可能である。(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。)

したがって、不作為による行為にも実行行為性を認めることはできる。

しかし、不真正不作為犯の成立要件は法律上明示されていない。にもかかわらず、これを限定しなければ明確性の原則に反

する結果となり、処罰範囲が拡大し、刑法の自由保障機能を害する。

そこで、不真正不作為犯の成立を限定する必要がある。具体的には、不作為に、作為によって当該構成要件を実現することとの同価値性が認められることが必要であると解する。

まず、①行為者に作為義務が認められることが必要である。かかる作為義務の有無は、法令・契約・事務管理・先行行為（危険創出行為）・危険の引受け・排他的支配の設定・社会継続的保護関係等の事情を総合して判断すべきである。②また、法は不可能を強いるものではないから、作為の可能性・容易性も必要であると解すべきである。

2 因果関係 論 司H22,H26

(1) 不作為犯に因果関係を肯定することができるか。

確かに、何もしないことから法益の侵害が起こるのか、無から有は生じないのではないかという疑問がある。もっとも、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因果関係があると考えてよい。

(2) それでは、かかる関係をどのように判断すべきか。

ア まず、「あれなければこれなし」という条件関係の公式を適用することができない（仮定的判断が入らざるを得ない）以上、条件関係を肯定することはできないのではないか。

確かに、一般に条件関係の判断においては、仮定的な事情を付け加えて判断することは許されない。もっとも、不作為犯においては、期待された作為を付け加えて判断せざるを得ない。そして、期待された作為を付け加えて、結果回避可能性があると認められれば、条件関係を認めることができる。

イ では、どの程度の結果回避可能性があれば、条件関係を肯定することができるか。

不作為犯の因果関係（結果回避可能性）について、作為犯において要求される程度と別異に解すべき理由はないから、作為犯と同等のそれを要求すべきである。

したがって、合理的な疑いを超える程度に（十中八九）**確実**

に結果が回避できたと評価し得なければ、結果回避可能性は認められない。

【短文】

実行行為は犯罪の結果発生の実現的危険を有する行為であるから、不作為によっても結果発生の実現的危険を生じさせることができる以上、実行行為性は認められる。もっとも、自由保障の観点から、不作為による実行行為性が認められる範囲を限定する必要がある。具体的には、構成要件的同価値性を要求すべきである。このような構成要件的同価値性は、①作為義務の有無、②作為の可能性・容易性をもって判断する。

また、因果関係の判断についても作為犯と異に解すべき理由はないから、合理的な疑いを超える程度に（十中八九）**確実に**結果が回避できたと評価し得なければ、結果回避可能性は認められない。

●最決平17.7.4[百選16]参照

第3. 因果関係

論点 択一的競合

C

論証

事例

XYが（意思の連絡なく）Aを殺そうと一本のウイスキーに致死量の毒を入れ、これを飲んだAが死亡した場合。

XYの行為とAの死の結果との間に因果関係が認められるか。因果関係を認めるには、その前提として、行為と結果との間に条件関係がなければならない。

もっとも、本件では、Xの行為がなくてもAは死亡したといえるし、Yの行為がなくてもAは死亡したともいえる。このように考えると、本事例のXYそれぞれの行為と死の結果との間には条件関係がないことになりそうである。

しかし、XYが致死量の半分の毒しか入れていない場合ならば、XYとも条件関係が認められることからして、上記結論は妥当でない。危険な行為をしながら未遂にとどまるのも不合理だからである。

そこで、条件関係の公式を修正し、いくつかの行為のうち、全ての場合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が認められると解すべきである。

このように解すれば、XY双方の行為を除けば結果が発生しないから、条件関係は認められ、妥当な結論を導き得る。

論点 仮定的因果関係

C

論証

事例

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Xによって殺された娘の敵を討つため、娘の父親Aが執行官を押しつけて自らボタンを押し、Xが死亡したような場合。

本事例の場合、条件関係の公式からすると、Aがボタンを押さなくても執行官がボタンを押したのであるから、Aの行為とXの死との間に条件関係がないということになりそうである。

しかし、条件関係は現実には発生した行為と具体的に発生した結果において判断されるべきであり、**仮定的な他の事実を付け加えて判断することは許されないと考える。**

したがって、本事例では、あくまでAがボタンを押さなければ結果は発生しなかったのであり、条件関係は認められる。

論点 因果関係 論 司H22,H26,R2,R5,予H23,H29,旧H4-1,H8-1,H10-1,H11-1,H15-1,H20-1 **A**

論証

【危険の現実化の法理】

死の結果は……という行為と……という行為があいまって発生している。では、……という行為と死の結果との間に因果関係が認められるか。

因果関係は、当該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、**因果関係の存否は、当該行為が内包する危険が結果として現実化したかという観点から決するものと解する。**具体的には、**①行為者の行為の危険性と、②介在事情の結果発生への寄与度**を中心に諸事情を総合的に判断して決すべきである。

※ 行為時の事情の介在の場合には、以下のように論じる。
「因果関係の存否は、実行行為の危険性が結果に現実化したといえるか否かで判断する。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。」

【相当因果関係説（折衷説）】

構成要件は社会通念から処罰すべき行為を類型化したものであるから、構成要件要素たる因果関係の判断においては、行為者に責任を帰属させるのが社会通念上妥当な結果だけを選び出すべきである。

したがって、**社会通念上通常その行為からその結果が発生することが相当と認められる場合に因果関係の存在を認めるのが妥当**である。

そして、**基礎事情は一般人が認識し得た事情と行為者が特に認識していた事情**であると解する。一般人からみて偶然的結果でないものを基礎事情から排除することはできない。また、構成要件は責任類型でもあるから、**行為者にとって偶然的事情でないものを帰責の範囲から除外する必要もない**からである。

●最判解刑事篇平成16年度144頁参照

第4. 故意（構成要件の故意）

論点 故意の意味 **B**

論証

故意の成立には、犯罪事実の表象に加え、結果発生を認容することが必要であると解すべきである。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初めて認められるものだからである。

論点 具体的事実の錯誤 論 司H30,予H24,旧H5-2 **A**

論証

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、認識した内容と発生した事実がおよそ構成要件の範囲内で符合していれば犯罪事実の認識があったと考えられ、故意が認められる**と考えられる。

また、こ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、**故意の個数は問題にならないと解する。**

●最判昭53.7.28【百選I42】

●最判昭53.7.28【百選I42】

【短文】

(構成要件の)故意とは、構成要件該当事実の認識であり、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、認識した内容と発生した事実がおよそ構成要件の範囲内で符合していれば構成要件該当事実の認識があったと考えられ、故意が認められる。

なお、故意の対象を構成要件の範囲内で抽象化する以上、故意の個数は問題にならない。

論点 抽象的事実の錯誤 論 司H27,予H23,H28,R5

A

論証

1 故意責任の本質は犯罪事実の認識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、(構成要件該当事実の認識がなければ反対動機の形成可能性がなく、原則として故意は阻却されるということになる。

ただし、) **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、そのような場合には、その限度で故意責任を問うことができると考える。このような実質的重なり合いの有無については、**①両罪の行為態様、及び②被侵害法益の共通性をもって判断すべきである。**

2 この点について、**法定刑が全く同一の場合**はどう処理すべきかが問題となるも、**客観的に実現した方の犯罪を認めるべきである。**なぜなら、重なり合う限度では、客観的構成要件該当事実に対して故意犯としての責任非難が可能であるのに対して、主観的に実現しようとした方の犯罪を成立させれば、構成要件に該当する客観的事実はないのにこれを認めることとなり、罪刑法定主義に反するおそれがあるからである。

※ 近時学説では、①軽い罪のつもりが重い罪の結果になった場合と②重い罪のつもりが軽い罪の結果になった場合では問題の所在が異なるとの指摘がある。すなわち、①は38条2項によって重い罪で処断することができないことは明らかであるところ、ここでは軽い罪の客観的構成要件の実現があるか否かが問題となっているのであって、故意の問題ではないとするものが有力である。もつとも、判例は、①の場合も軽い罪の「故意が成立し同罪が成立する」と説示している(最決昭54.3.27、最決昭61.6.9【百選143】)。なお、②に関する最高裁判例はまだない

●最決昭61.6.9【百選143】

●最決昭54.3.27

論点 因果関係の錯誤 論 司R2,予H23,R1,R5,旧H15-1

A

論証

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、犯罪事実の認識によって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、現に発生した事実と行為者の認識した事実が構成要件の範囲内で符合していれば、規範の問題に直面しており、反対動機を形成することができるから、故意責任を問い得ると考える。

これを因果関係の問題にあてはめると、**事前に予見した内容と実際に進行した結果との不一致が相当因果関係の範囲内にある(危険の現実化が認められる)限り故意を阻却しないと考えることになる。**

※ 遅すぎた構成要件実現(ヴェーパーの概括的故意)が問題となる事例(大判大12.4.30【百選115】)では、客観的な因果関係が肯定されていることが前提となる点に注意

※ 早すぎた構成要件実現については **論点** 早すぎた構成要件の実現(42頁)を参照

●最決平16.3.22【百選164】参照

●最判解刑事篇平成16年度176～182頁

【短文】

因果関係は構成要件要素であるところ、事前に予見した内容と実際に進行した結果との不一致が相当因果関係の範囲内にある(危険の現実化が認められる)場合には、規範の問題に直面しており、反対動機を形成することができるから、故意責任を問い得る。