

平成30年司法試験再現答案

刑事系科目

第1問 刑法

整理番号	ランク
1	A
2	—
3	—
4	—
5	—
6	—

平成 30 年度刑法

設問 1

1 乙が PTA 役員会で発言した行為に名誉棄損罪（刑法 230 条 1 項、以下法令名省略）が成立しないか。

2 「公然と」とは不特定又は多数人に向けて行うことをいい、特定かつ少数人に対して行う場合であっても、それらの者を通じて不特定又は多数人に伝播する可能性があるときには「公然と」にあたる。

本件では、乙は、A 高校の PTA 役員会において発言している。同役員会は乙を含む保護者 4 名と A 高校の校長だけであるから、特定かつ少数人であるといえる。しかし、同役員会は PTA 役員の意見に対して校長が対応するという性質のものであるから、PTA 役員の発言が校長を通じて他の教員等に伝播するのは予定されているものといえる。本件では現に乙の発言を受けて、A 高校の校長が丙やその他の教員 25 名全員に暴力を振るったとの話が広まっていることから明らかである。

よって、乙の発言行為は「公然と」行ったといえる。

3 「事実を摘示」とは、本罪の保護法益が人の社会的名誉であることから、人の社会的評価を低下させるような事実を摘示することをいう。ここでいう「事実」は真実ものだけでなく、虚偽のものも含まれる。

本件では、乙は「2 年生の数学を担当する教員がうちの子を殴った。徹底的に調査すべきである。」と発言している。乙の発言内容は、教員が生徒に暴力を振るったというものであるから、教員としての社会的評価を低下させるような事実であるといえる。そして、これは甲が嘘をついたことによる虚偽のものであるが、本罪の「事実」にあたる。

よって、乙の発言行為は「事実を摘示」したといえる。

4 「人の名誉を毀損した」とは、本罪が抽象的危険犯であることから、個人の社会的評価が低下する危険が生じたことをいう。そして、個人の特定については、不特定又は多数人が認識しうる程度に特定されていなければならない。

本件における乙の発言内容は「2 年生の数学を担当する教員がうちの子を殴った。」というものであるが、ここでは個人名は挙げられず「2 年生の数学を担当する教員」とされていることからすれば、不特定又は多数人にとって丙と特定できないように思われる。しかし、A 高校の 2 年生の数学担当教員は丙だけであったことから、乙の上記発言により不特定又は多数人も丙のことであると特定できるといえる。そして、乙の子を殴ったという事実の摘示により丙の教員としての社会的評価は低下する危険が生じたといえる。

よって、「人の名誉を毀損した」といえる。

5 乙は上記行為の危険を認識しつつあえて行っているので、客観的構成要件該当事実の認識・認容である故意があるといえる。

6 以上より、甲には名誉棄損罪の構成要件が該当するが、甲には公益を図る目的がない

ことから、230 条の 2 によって違法性が阻却されることはない。

7 また、仮に乙が相当な資料根拠に基づいて真実性を誤信していたとしても、公益を図る目的がない以上、責任が阻却されることもない。

8 したがって、乙に名誉棄損罪が成立する。

設問 2

1 甲が乙の救助を一切行うことなく、その場からバイクで走り去った行為につき不作為の殺人未遂罪（199 条、203 条）が成立しないか。

(1) 不真正不作為犯については、罪刑法定主義に反しないかが問題となりうるが、条文上作為犯に限定することが明示されていない以上、不作為犯も含まれるものと解されるので、罪刑法定主義には反しないといえる。もっとも、不作為犯の範囲は作為犯と同価値のものに限られる。

そこで、不真正不作為犯の実行行為が認められるには、①作為義務、②作為可能性・容易性、③作為義務に違反することが必要である。①については、法令、契約及び先行行為、因果経過の排他的支配、又は事実上の保護の引受け等の事情を総合考慮して、作為犯と同価値の作為義務があるかを判断すべきである。

(2)ア 本件では、甲は乙の子であるから、子として乙を扶助する義務がある。そして、乙は軽傷であるものの、崖下の岩場に転落する危険がある状態にあるから、死亡の危険が生じていた。甲が駐車場で乙を発見した時点で同駐車場には乙以外には甲しかおらず、同駐車場が町外れの山道脇にあること、及び乙を発見したのは午後 10 時 30 分頃という夜遅い時間であったことからすれば、甲以外の人が同駐車場に来る可能性も低いいため、甲が乙の死の因果経過について排他的支配を有していたといえる。

以上の事情を考慮すれば、甲には、乙を安全な場所に移動させて死の危険を防ぐ作為義務があったといえる（①充足）。

イ 甲は、乙が崖近くで転倒した時点で同駐車場に駐車中の乙の自動車の中に乙を連れて行くなどすることは容易にできたことから、甲には作為可能性・容易性があった（②充足）。

ウ にもかかわらず、甲は乙の救助を一切行うことなく、その場からバイクで走り去っているため、上記作為義務に違反したといえる（③充足）。

エ よって、甲に不作為の殺人罪の実行行為が認められる。

(3) 甲は乙が転倒した場所のすぐそばが崖になっており、崖下の岩場から乙が転落する危険があることを認識していたことから、上記実行行為について認識しつつ、あえて行っているから故意があるといえる。

(4) よって、甲には不作為の殺人未遂罪が成立する。

2 これに対し、①甲には不作為の殺人罪の実行行為にあたるほどの作為義務はない、又は、②甲には殺人罪の故意がない、との理由で保護責任者遺棄致傷（218 条、219 条）が成立するにとどまるとの反論が考えられる。

(1) ①の反論は、不作為の殺人罪の実行行為としての作為義務と保護責任者遺棄罪等の作

為義務は異なることを前提とする主張であるが、いずれの罪も人の生命を保護法益とするものである以上、作為義務の程度が異なることは困難であるから、両罪の区別は殺意の有無によるべきである。

よって、①の反論は認められない。

(2) ②の反論は、両罪の区別は殺意の有無であることを前提としつつ、甲には乙の死亡について認容がなかったことから、殺人罪の故意がないと主張するものである。

確かに乙は軽傷であり、甲は乙から顔を殴られ叱責されたことを思い出し、乙を助けるのをやめようとしたことからすれば、積極的に甲の死亡を認容していたとは言い難い。しかし、甲は乙が崖下の岩場に転落する危険があることを認識しており、崖下の岩場に転落することが通常死亡する高度の危険を有することからすれば、甲は乙が死亡する高度の危険が生じていること、及び甲がその高度の危険を除去できる排他的地位にいることを認識しつつ、あえて救助しないものとしているのであるから、乙の死亡について認容があったものといえる。

よって、②の反論は認められず、甲には殺人罪の故意がある。

3 以上より、甲には不作為の殺人罪が成立する。

設問 3

1 甲には無関係の丁を救助する義務は認められないので殺人未遂罪は成立しないとの主張は、甲には不作為の殺人罪の実行行為としての作為義務が認められないことを理由とするものである。これに対し、甲は丁を乙と誤認していたことから、不作為の殺人罪の作為義務があったということができないか。

2 不真正不作為犯の実行行為としての作為義務の考慮要素は上述の通りであるが、実行行為の違法性の本質が、行為の社会倫理規範違反にあることからすれば、作為義務の考慮要素は行為者の立場に立った一般人の認識を基準として判断すべきである。

3 本件では、甲は、同駐車場に丁が倒れているのを発見したが、丁は体格や着衣が乙と似ていたこと、同駐車場に乙の自動車が駐車されていたこと、夜間で同駐車場には街灯がなく暗かったことなどから、甲と同じ立場にいる一般人でも丁を乙と誤認する可能性が十分にある状況であった。そのため、甲の作為義務の考慮要素としては、乙が倒れているのを甲が発見したものとして考えるべきであり、甲は乙の子である以上、親に生じた危難について救助する義務があるので、甲に作為義務が認められることになる。にもかかわらず、甲は救助を行わず走り去っているから作為義務違反がある。

4 よって、甲には不作為の殺人未遂罪が成立する。

以上

H30年司法試験刑事系第1問再現答案

設問1

1 乙がPTA役員会で発言したことについて、名誉毀損罪（刑法（以下略）230条1項）が成立しないか。

2（1）ア まず、「公然と」とは、摘示された事実を不特定または多数人が認識しうる状態をいう。摘示の直接の相手方が特定かつ少数の人であっても、その者らを通じて不特定または多数人へ伝播するときは、公然性が認められる。なぜなら、本罪における「名誉」とは、人の外部的名誉すなわち、人についての事実上の積極的な社会的評価をいうが、伝播することによっても人の外部的名誉は害されるからである。

イ 本件において、たしかに乙は、PTA役員会で発言したのみであり、同会の出席者は、保護者4名と校長という特定かつ少数である。しかしながら、PTA役員会で問題とされたことは、学校の教員等多数人で共有されることが通常である。ましてや問題とされた内容が教員の学生に対する暴力という学校内の教員と学生間の問題となれば、より一層情報共有されるのが通常である。現にA高校の教員全員に話が広まっている。

また、教員が生徒に暴力を振るったという事実は、当該高校に子供を通わせる保護者にとって重要な関心事である。そのため、保護者及びその親族等で共有されることが当然予想され、不特定ないし多数人に共有されることが考えられる。

ウ 以上より、乙の発言は、PTA役員会の出席者を通じて不特定または多数人に伝播するものである。したがって、「公然と」といえる。

（2）ア また、「事実の摘示」において、摘示される事実は、それ自体として、本罪の保護法益である人の社会的評価を低下させるような事実でなければならない。

イ 本件において、丙が甲に対し暴力を振るったという、教員の学生に対する暴力の事実は、それ自体として丙の教員としてまた人としての事実上の社会的評価を低下させる事実である。

ウ したがって、「事実の摘示」が認められる。

（3）「名誉を毀損した」とは、人の社会的評価を害するおそれのある状態を生じさせたことをいう。本罪は抽象的危険犯であるところ、名誉が具体的に侵害されたことは要しない。

本件において、丙が甲に対し暴力を振るったという事実は、学生の模範的存在であるべき教員としてあるまじき行為である。そのため、丙の社会的評価を低下させるおそれのあるものである。

したがって、「名誉を毀損した」といえる。

3（1）では、230条の2により故意が阻却されないか。

（2）まず、丙の甲への暴行は、暴行罪という犯罪行為に関する事実であるところ、230条の2第2項により、公共の利害に関する事実とみなされる。

（3）また、「真実であることの証明」について、230条の2は、訴訟法的規定であり、その実体法上の違法性阻却事由は、証明可能な真実性である。

そして、故意の認識対象は、構成要件該当事実および違法性阻却事由不存在の事実である。そこで、上記違法性阻却事由に錯誤、すなわち相当な根拠に基づき真実であると誤信した場合には、違法性の意識の可能性を直接喚起するような事実の認識を欠くため、故意が阻却されうる。

本件において、乙は、自らの息子である甲から、丙から暴力を振るわれたと打ち明けられたうえ、現に甲の顔を腫れていた。したがって、相当な根拠に基づき真実であると誤信したといえる。

(4) もっとも、乙は、丙に対する個人的な恨みから発言しているのであり、公益を図る目的はなかった。

(5) したがって、故意は阻却されない。

4 よって、乙は、名誉毀損罪の罪責を負う。

設問2 (1)

1 甲が、乙の救助をせずその場から走り去った行為について、以下に述べる理由により、不作为による殺人未遂罪が成立する。

2 (1) そもそも、実行行為とは、構成要件的结果発生の実現的危険性を有する行為をいう。そして、不作为によっても、人の死亡という現実的危険性が惹起され得るところ、不作为も実行行為足りうる。

もっとも、あらゆる不作为に実行行為性を認めると処罰範囲が不明瞭になり、自由保障の観点から妥当でない。

そこで、不作为が作為の実行行為と同視しうる場合、すなわち、作為義務が存在し、作為可能性、容易性が認められる場合に限り実行行為が認められる。

(2) 本件において、たしかに、乙が転倒して意識を失ったのは、乙自身が急いで石につまずいたためであり、甲の行為は何ら関与していない。しかし、甲は、意識を失って倒れている乙に対し声をかけている。これにより、乙は意識を取り戻し、崖に向かって歩き出し、崖近くで再び転倒し意識を失っている。意識を失った者は意識を取り戻した際、意識がはっきりせず突然歩き出すことも当然ありうる。そこで、甲は、乙の意識確認をする際に、乙が崖に近づかないようにする配慮する必要があるが、それを怠った点に、先行行為が認められる。

また、乙と甲は赤の他人ではなく、親子であるところ、甲は、意識を失った乙を救助することが条理的に求められる。

さらに、乙の転倒場所は、街灯がなく、午後10時30分当時、車や人の出入りがほとんどなかった。そのうえ、草木に覆われており、人通りがあったとしても、山道や駐車場から乙を認識することはできなかった。そのため、乙の存在を認識し、適切な対処をすることができたのは甲のみであった。それゆえ、排他的支配も認められる。

したがって、甲に作為義務が認められる。

(3) また、甲は、17歳の男性であるところ、乙が大の大人であっても、その体を引きずり、または肩を貸して崖から離れた、乙の車などに連れていくことは物理的に可能であった。

さらに、乙甲は、親子であり、そのような行為は心理的にも可能であった。そのため、作為可能性が認められる。

そのうえ、乙を移動させるにあたり、甲に危険があるなどの支障は認められず、作為容易性も認められる。

(4) 以上より、実行行為性が認められる。

3 甲は、作為義務に反し、乙の救助を一切することなく、走り去っている。結果として、乙は崖下に転がり落ち、死亡する危険があったものの、一命をとりとめている。

4 不作為の因果関係が認められるためには、期待された作為がなされていれば結果回避が合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められる関係が必要である。

本件において、甲が、乙を乙の車の中に連れて行くなどすれば、崖下に転落することを確実に防止することができた。

したがって、因果関係も認められる。

5 では、甲に殺人(未遂)罪の故意が認められるか。

たしかに、乙の怪我は軽傷であり、それにより直ちに死亡する危険はなかった。しかし、甲は、乙が転倒した場所が崖に近く、このままでは、崖下に転落する危険があることを認識していた。ましてや、甲は、乙に声をかけた際に、乙が一度意識朦朧と崖に近づいたことを目撃しているところ、転落の可能性がいっそう高いことを認識していた。

また、甲は、現場は人通りがなく、乙の姿も容易には発見できないところ、自己を除いては救助ができないことを認識していた。

それにもかかわらず、甲は、一切の救助を怠りその場を立ち去っているところ、殺人の故意が認められる。

6 以上より、殺人未遂罪が成立する。

設問2(2)

1(1) 保護責任者遺棄致傷罪(219条、218条)と殺人未遂罪はどのように区別されるか。219条は、217条、218条の結果的加重犯であるところ、重い結果について故意のある場合は含まれない。そこで、殺意の有無で区別される。

(2) 本件において、甲は、乙の怪我が軽傷であることを認識していた。このまま放置しても死には至らないことを認識したうえで、放置したと考えられるため、この点について、殺人の故意は認められない。

また、たしかに、甲は、乙が崖下に転落する危険を認識していた。しかし、乙は、甲の父親であり、PTA会長も務める自己管理のできる40歳の男性である。そのため、乙の近くに崖があったとしても、その転落の危険を乙自らが回避することを期待することは不合理でない。

さらに、甲が、乙を救助しなかったのは、うそであることを認めて謝ったのに、乙から顔を複数回殴られて叱責されたことを思い出したため、乙とかかわることを避けたかったからである。そのため、乙が崖から転落することをあえて認容したのではない。

(3) 以上より、甲には殺人罪の未必の故意すら認められない。

2 では、保護責任者遺棄致傷罪(219条、218条)が成立するか。

(1) 乙は、転倒し意識を失っているところ、「病者」にあたる。

(2) また、上述の通り、甲には作為義務が認められるところ、「保護する責任のある者」といえる。

(3) 218条の「遺棄」には、217条と異なり、要扶養者を危険な場所に移転させる移置のほかに、要扶養者を危険な場所に放置する置き去りも含まれる。本件において、甲は、乙を崖近くの転落の危険のある場所に放置し、置き去りにしている。したがって、「遺棄」も認められる。

(4) 甲が乙を崖から離れた車内などに連れて行けば、崖下への転落を確実に防止することができたことから、因果関係も認められる。

3 以上より、保護責任者遺棄致傷罪が成立するととどまる。

設問3

1 客観的には丁が客体であるところ、丁を救助する作為義務が認められないため、不能犯として、実行行為性が認められず、未遂罪すら成立しないのではないか。

これに対し、甲には無関係の丁を救助する義務は認められないとしても、以下の通り、なお殺人罪の実行行為性が認められると反論する。

2 刑法上の行為は、主観と客観の統合体である。そこで、不作為の殺人罪の実行行為性については、行為時に一般人が認識しえた事実および行為者が特に認識していた事実を基礎に、一般人の立場を基準に判断する。

3 本件において、丁の体格や着衣が乙に似ていた。また、近くに乙の自動車が駐車されていた。さらに、夜間で街灯がなく暗かった。そのため、一般人の立場から丁を乙と誤認する。そこで、乙を基準に実行行為性を判断する。

甲は、親である乙に生じた危難については救助する作為義務を負う。また、心理的にも物理的にも作為に出ることが可能であり、特段の支障もないところ、作為可能性・容易性も認められる。

4 したがって、不作為の実行行為性が認められる。以上より、殺人未遂罪が成立する。

以上

設問 1

1. 乙は「2年生の数学を担当する教員がうちの子を殴った」と発言しているがこの行為について名誉毀損罪（刑法（以下略）230条1項）が成立しないか。以下、検討する。

2 検討

（1）ア.「名誉」とは人の外部的な社会的評価のことを言う。そして、名誉毀損罪は抽象的危険犯であるため、具体的な侵害がなくとも一般的に名誉が毀損されるおそれがある場合でも「名誉を毀損した」ということができる。

イ.本件では乙は「2年生の数学を担当する教員」と言い、丙とは直接的には言っていないもののA高校で2年生の数学を担当する教員は丙だけであったものであるため、この発言は丙の名誉を毀損する一般的なおそれがあるものといえる。

よって、「名誉を毀損した」といえる。

（2）ア.では、乙の発言は「公然」となされたものといえることができるか。乙の発言はPTA役員の委員会と言う閉鎖的な場所でなされているため「公然」としたとはいえないのではないか問題となる。

イ.「公然」とは不特定又は多数の者の前でなされたことを言う。そして、特定かつ少数の者にされたとしてもそれを聞いた相手方が他の者に伝える蓋然性が認められる場合にはこの場合も「公然」といえると解すべきである。なぜなら、特定かつ少数の者に伝えた場合、いかなる場合も「公然」にあたると解するのは「公然」の意義を過度に広げすぎるものと考えられる一方、蓋然性が認められる場合にこれを認めないのは妥当ではないと考えられるからである。

ウ.乙は「徹底的に調査すべきである」と言っているため、その後これを聞いた校長が聞き取り調査を行う事が考えられたものであるため、聞いた者が他の者に伝える蓋然性があったものといえる。

よって、「公然」と行ったものといえる。

以上より、構成要件を充足する。

（3）では、乙の発言は230条の2にあたり、違法性が阻却されないか。

ア.乙の発言は丙の暴行（208条）に関する事実であるため「公訴が提起されるに至っていない人の犯罪行為」にあたり、「公共の利害に関する事実」とみなされる（230条の2第2項）。

イ.しかし、乙は公益を図る目的はなかったものであるため、「目的が専ら公益を図ることにあった」とはいえない。

よって、230条の2により違法性は阻却されず、乙の上記行為には名誉毀損罪（230条1項）が成立する。

設問 2

第1.（1）について

1. 不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場からは以下の説明が考えられる。

2.検討

(1) ア.殺人罪の構成要件は作為の形で規定されているが、これを不作为で実行した場合でも構成要件に該当するか。

イ.この点、不作为でも「人を殺した」と言える場合には不作为によっても構成要件に該当することができると考えられる。具体的には①作為義務が認められ、②かつ作為が可能かつ容易な場合は実行行為性が認められるものと考えられる。

そして、作為義務が認められるかは、身分関係や因果的経過の支配などから判断すべきである。

ウ.甲と乙の関係は子と親であり、身分関係上、甲には乙を助ける義務があった。また、乙が倒れていた駐車場は夜になると車や人の出入りがほとんどなく、また、乙が倒れていた場所は草木に覆われており、山道及び同駐車場からは倒れている乙が見えなかったものであるため、他の者が乙を助ける可能性は低かったものといえる。よって、甲は因果経過を支配していたものといえる。

そして、乙を駐車場内の乙の自動車に運ぶことは可能であり、またそれは容易であった。

以上より、甲には乙を駐車場内の乙の車に連れていくことについての作為義務があったといえる。

乙は崖近くで転倒しており、目を覚ました場合誤って崖に転落する可能性があったものであるため、甲は遅くともバイクで走り去った時点で「実行に着手」(43条)したといえる。

(2) 故意とは構成要件的結果が発生する蓋然性があることを認識しながら行為をすることをいう。

甲は、乙が崖下の岩場に転落する蓋然性があることを認識しながらそのまま救助せず走り去っているものであるため故意もある。

以上より、甲には不作为による殺人罪が成立する。

第2.(2)について

1.保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場からは以下のような反論が考えられる。

2反論

(1) 実行の着手が認められないこと

ア.まず、甲には実行の着手が認められないという反論が考えられる。

イ.実行の着手とは構成要件的結果が発生する現実的危険性を有する行為に着手することを言う。

ウ.本件で乙が崖の近くで転倒していた時点では乙のけがは軽傷であり、このケガにより死亡する危険性はなかった。

また、乙のケガは軽傷であるため、通常、乙が目を覚ました後は崖から離れるものと考えられ、崖下に転落することは通常おこり得ないものであった。

そのため、甲の不作为は乙が崖下に転落する危険性を有するものではなかったのであり、人を死亡させる危険性はなかったものであるから実行の着手は認められない。

エ.よって抽象的危険犯である保護責任者遺棄等罪が成立するにとどまる。

(2) 故意がないこと

ア.次に甲には故意がないという反論が考えられる。

イ.故意とは構成要件該当事実の認識・認容のことを言う。

ウ.甲は乙が崖下の岩場に乙が転落する危険があることを認識していた。しかし、上記のように、通常、乙が目を覚ました場合、崖から離れるものと考えられることから甲も乙が崖下に転落することについて認容はしていなかったものと考えられる。

また、上記のように乙が転倒していた時点では乙のケガは軽傷であり、死亡する危険はなかった。

以上の事実から甲は乙が死亡することについて認容してはいなかったといえる。

よって、甲には殺人罪の故意は認められない。

エ.以上から甲には故意がないため殺人罪は成立せず、保護責任者遺棄等罪が成立するにとどまる。

設問 3

甲に殺人未遂が成立するという構成としては以下のものが考えられる。

1. 不能犯に関して

(1) 「実行に着手」とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為に着手することと言う。そして、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為にあたるか否かは一般人および行為者が特に認識していた事情を基礎に行為の当時に一般人が構成要件的结果が発生する危険性を感じるか否かにより判断する。

(2) 本件では、甲と同じ立場にいる一般人でも丁を乙と誤認する可能性が十分に存在したものであるから、甲には丁に対する作為義務はなかったが、乙に対する作為義務違反を生じさせる危険性があったものといえるため、甲の不作为は構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為にあたる。

よって、甲は「実行に着手」したといえる。

2. 錯誤について

甲は丁を乙であると認識したが、両者については同一の構成要件内で付合するものであるから、甲には故意が認められる。

以上より甲には殺人未遂罪が認められる。

平成30年 司法試験 刑事系科目 第1問

設問1

第1 乙の罪責

1 乙が、A高校のPTA役員会において、「2年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。」と発言した行為につき、名誉棄損罪（刑法（以下略）230条1項）が成立しないか。

(1) まず、同項にいう「公然と」とは、適示された事実を不特定又は多数人が認識しうる状態をいう。

本件において、乙は、PTA役員会でかかる発言をしている。同役員会の出席者は、乙を含む保護者4名とA高校の校長に限られており、不特定又は多数人が出席していたとはいえない。

しかし、適示の直接の相手方が特定かつ少数の者であったとしても、その者らを通じて不特定又は多数人へと広がっていく場合には、なお「公然と」にあたる。同役員会の出席者である保護者は、PTA役員として学校と保護者とのかけ橋としての役割をも有しており、教員と生徒の関係については重大な関心を持っていると考えられるところ、同役員会での乙の発言について、他の保護者に話す可能性が十分に認められる。また、校長についても学校の長としての地位を有しており、実際にその地位に基づき他の教員への聞き取り調査を実施するなど、多数人へと乙の発言が伝播することが考えられた。

したがって、乙の発言は、「公然と」なされたといえる。

(2) 「事実を適示」とは、人の社会的評価を低下させるような事実の適示のことをいい、「人」は自然人のほか法人等を含むが、特定されていることを要する。

本件における乙の発言は、「2年生の数学を担当する教員」として丙の名前は明示されていないが、A高校2年生の数学を担当する教員が丙だけだったことに照らすと、「人」は丙に特定されていた。

また、適示された事実は、教員が生徒を殴ったということを内容とし、指導方法としては許容されないものであるから、丙の社会的評価を低下させるものであるといえる。

したがって、乙は、「事実を適示」したといえる。

(3) そして、上記の通り、乙の発言によって、丙の社会的評価を低下させるおそれが認められることから、乙は、「人の名誉を棄損した」といえる。

(4) また、乙は、公益を図る目的を有していなかったことから、230条の2第1項による免責も認められない。

(5) 以上より、乙のかかる行為につき、名誉棄損罪（230条1項）が成立する。

設問2(1)

第1 甲の罪責

1 甲が、乙の救助を一切行うことなく、その場からバイクで走り去った行為につき、不作为による殺人未遂罪（203条、199条）が成立しないか。

(1) かかる甲の行為につき実行行為性が認められるか。199条は、「人を殺した」という作為を処罰するかたちをとることから、不作为が実行行為たりうるか問題となる。

ア この点について、実行行為とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をいい、不作为でもかかる危険が認められる場合、すなわち作為との同価値性が認められる場合には実行行為たりうる。

作為と不作为の同価値性は、作為義務があるのにこれに違反し、作為可能性・容易性が認められる場合に肯定される。作為義務の有無は、法令、契約、先行行為、排他的支配や保護の引き受けによって判断する。

イ まず、甲乙は親子関係にあって、法令上甲乙は相互に扶助する義務（民法730条）があった。

そして、乙が転倒した場所は、草木に覆われており、山道及び駐車場からは倒れている乙が目視できず、駐車場自体も町外れの山道脇にあって、街灯もなく夜になると車や人の出入りがほとんどなかった。そのため、甲以外の者による救助の可能性は限りなく低く、乙の法益は甲によって排他的に支配されていた。

したがって、甲には乙を救助する作為義務が認められる。

ウ また、乙が崖近くで転倒した時点では、乙の怪我の程度は軽傷であり、甲が乙を乙の自動車の中に連れていくなどすれば、乙ががけ下に転落することを確実に防止することができたし、甲は、それを容易に行うことができた。

エ 以上より、甲は乙を救助するという作為義務があったのにこれを怠り、また作為可能性・容易性も認められるところ、作為と不作为の同価値性が認められ、199条の実行行為が認められる。

(2) そして、上記の通り甲の行為には、人の生命を侵害するという199条の構成要件的结果発生の現実的危険性が認められるところ、実行の着手が認められる。

もっとも、乙は一命を取り留めており結果が発生していないから、未遂にとどまる。

(3) また、甲は、がけ下の岩場に乙が転落する危険があることを認識しており、故意も認められる。

(4) 以上より、かかる甲の行為につき、不作为による殺人未遂罪（203条、199条）が成立する。

設問2(2)

第1 殺意が認められない

1 不作为による殺人罪と保護責任者遺棄等罪は、いずれも不作为の態様が共通しており、同遺棄致死罪とは殺意の有無によって区別される。

そのため、本件においても、甲に殺意が認められないならば、不作为による殺人未遂罪が

成立せず、保護責任者遺棄等罪にとどまる。

2 殺意とは、人が死亡するという結果についての認識認容である。

本件において、甲は、乙の様子を見ていたが、同時点における乙の怪我は軽傷であった。また、乙が崖下に転落する危険を認識していたが、駐車場のすぐそばであって特別に柵を設けるといった対策がとられていないなかったことに照らせば、落下することによって生命に対する危険が生じるような崖であるとは認識していなかったといえる。そして、甲が乙を発見した際には、乙は意識を失っていたものの、甲の声掛けによって容易に一時的に意識を取り戻しており、甲としても、時間の経過によって乙が再び意識を取り戻すと考え、生命に対する危険が生ずるとは認識していなかったと思われる。

したがって、甲に、殺意は認められない。

3 以上より、甲に不作為による殺人未遂罪が成立せず、保護責任者遺棄等罪にとどまる。

設問 3

第1 甲が、丁を乙と誤認して救助を一切行うことなく、その場からバイクで走り去った行為につき、殺人未遂罪（203条、199条）が成立するとの反論

1 かかる反論が認められるためには、甲に殺人罪の実行行為が認められることを要する。

(1) 実行行為とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為をいう。刑法は一般人に働きかけて犯罪を抑止しようとするものであるから、その実行行為性は行為者が認識していた事情及び一般人が認識し得た事情を基礎として、行為の時点に立って、一般人の観点から構成要件的结果発生の現実的危険があったといえるかにより判断する。

(2) 本件において、甲は、丁を乙と誤認しており、救助義務を負う乙を救助することなく放置したと認識している。また、一般人においても、丁を乙と誤認する可能性が十分に存在していた。そのため、甲が救助義務を負う乙を救助することなく放置したという事情が、構成要件的结果発生の現実的危険について判断する基礎となる。

そして、不作為の実行行為性は、作為と不作為の同価値性が認められ、構成要件的结果発生の現実的危険性があるときに認められる。具体的には、作為義務があったのにこれを怠り、作為可能性・容易性が認められるときに肯定される。

上記事情を前提とすると、甲乙は親子関係にあって、甲は乙を救助する義務を負っていたのにこれを怠っている。また、甲が乙の救助ができなかったというような作為可能性・容易性が否定されるような事情もない。

(3) したがって、かかる甲の行為には作為と不作為の同価値性が認められ、丁の死亡という構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為であったといえるため、殺人罪の実行行為が認められる。

2 では、甲に殺人罪の故意が認められるか

(1) 甲は、丁を乙と誤認して、乙が死亡することにつき認識認容していたにすぎないから、甲の行為の客体である丁との関係で故意が認められるかが問題となる。

この点について、故意責任の本質は、規範に直面して反対動機の形成が可能であったのに、あえて行為に及んだことに対する非難であり、主観と客観とが同一構成要件内において符合する限りではなお規範に直面したといえるので、故意は認められると解する。

(2) 本件において、甲は、不作為によって乙を殺すつもりで丁に結果を生じさせているが、乙も丁もおよそ人であるという点では、殺人罪の構成要件内において符合している。

したがって、甲には、丁に対する殺人罪の故意が認められる。

3 もっとも、甲は先述のとおり殺人罪の実行に着手したものの、丁死亡という結果は生じていないから、未遂罪が成立する。

4 以上より、かかる甲の行為には殺人未遂罪（203条、199条）が成立するとの反論ができる。

以上

平成 30 年 司法試験 刑法 田代航大

第 1 設問 1

1 乙が A 高校の PTA 役員会でした発言について、乙に名誉毀損罪(刑法(以下略)230 条 1 項)が成立しないか。

2(1) 本件で、本罪の客体である「人」はいかなる者か。

本罪の保護法益は、個人に対する社会的評価である。よって、ここでの「人」は、個人つまり、特定人を示す。

本件において、乙の発言内容は、A 高校 2 年の数学担当教員を対象としており、抽象的・不特定の範囲の者を示すようにも思える。しかし、A 高校 2 年の数学担当教員には、丙という特定人しかいない。また、そのことを調べるのは容易であり、同委員会にいた A 高校の校長だけでなく、他の保護者 3 名にとっても、発言内容の対象が丙であると特定されているといえる。

よって、本罪の客体たる「人」は、丙である。

(2)次に、乙の発言は、「公然と事実を摘示し」、丙の「名誉を毀損」するといえるか。

ここでの「公然」は、不特定・多数人に知られうる状態で足りる。そして、本罪の保護法益である個人に対する社会的評価は、伝播されても害されるので、不特定性の判断は、毀損された名誉の内容に応じ、伝播可能性を加味してもよい。また、多数か否も、毀損された名誉の内容や毀損程度に応じて、相対的に決する。

本件において、乙の発言内容は、丙が生徒を殴ったという「事実を摘示」するものである。そして、それは、208 条の暴行罪を犯したということを意味し、当然、丙の「名誉を毀損」するものといえる。

また、丙は、公務員ではないが、私立高校の教師であり、一般的に、優れた人格を持つ模範的存在であることが求められるといえる。その丙が、暴行罪を犯したことを知ると、特に保護者は、自分の子を守るためにも、保護者間で情報共有を図ることが、十分考えられる。そして、校長は、学校の信用低下を避けるべく世間への公表をためらうようにも思われるが、生徒や他の教師に聞き取り調査を行い、乙の発言内容がそれらの者に知れ渡ることも十分考えられる。現に、丙が甲に暴力を振ったとの噂が A 高校教師 25 名全員に広まっており、それを裏付けている。よって、乙の発言は、保護者 3 名と校長に対するものであるが、伝播可能性を有し、不特定に向けられたものといえる。

さらに、乙の発言は、丙に暴力教師というレッテルを貼るものであり、教師としての信頼を失い、職をも失いかねない程の内容である。よって、丙の名誉を毀損する程度としては、極めて大きい。したがって、乙の発言は、保護者 3 名と校長に対するものであるが、その内容と、毀損程度からすれば、多数人に向けられたものといえる。

以上より、乙の発言は、「公然と」なされたといえる。

(3)以上より、乙の行為は、本罪の構成要件に該当する。

2 また、乙は、個人的な恨みを晴らすために、発言したのであって、目的の公益性を欠き、230条の2第1項・2項により違法性は阻却されない。そして、乙は、目的の公益性が欠くことを認識しており、かつ、乙は、甲の一方的な意見のみを信じており、確実な資料等に照らし、真実性の誤信に相当な理由があるとは到底いえないことから、責任故意も阻却されない。

3 以上より、乙に本罪が成立する。

第2 設問2

1 (1)の立場

(1)この立場から、甲が町外れの山道脇の駐車場から立ち去った行為について、不作為による殺人未遂罪(203条、199条)が成立しないか、検討する。

(2)まず、本罪の客体である「人」は、乙である。

(3)そして、本罪は、作為形式の犯罪であり、不真性不作為犯である。そこで、本罪における不作為の実行行為性が問題となる。

ア. そもそも、実行行為とは、構成要件の結果発生の実現的危険性を有する行為を意味する。そこで、不真性不作為犯においても、その危険性を有し、作為と構成要件的に同価値といえれば、当該不作為に実行行為性が認められる。よって、作為義務違反、作為可能性・容易性、結果発生の実現的危険があれば、実行行為性を肯定できると解する。特に、作為義務の有無は、先行行為性、排他的支配性、その設定や危険の引受け、法律上又は事実上の社会継続的保護関係、といった要素から判断する。

イ. 本件において、乙が転倒して気を失ったのは、乙が丙との会話を一方的に終え、急いで自動車に乗り込もうとしたという、乙自身の帰責事由に基づくものである。よって、乙の死の危険の発生原因は、甲の帰責事由に基づかないとして、甲に先行行為性が認められないようにも思える。しかし、本件で、乙の死の実現的危険が発生したのは、同駐車場において、乙が、甲の声掛けに気づき、崖に向かい歩いて、崖付近で再度転倒した時点だといえる。なぜなら、乙の怪我は軽傷で、それ自体から死の危険はないが、崖から転落死する危険があったからである。その危険は、甲が、乙に「親父。大丈夫か。」と声を掛けたことが原因として発生している。転倒している親を心配して、声を掛けること自体には何ら帰責性はない。しかし、声を掛けるのであれば、それにより崖に近づかないよう配慮すべきである。甲は、その配慮を怠っている点に一定の帰責性があることから、甲に先行行為性が認められる。あるいは、甲の声掛けにより、乙の死に対する危険の引受けがなされたともいえる。

そして、同駐車場には、街灯がなく、8月とはいえ、時刻は22時30分頃であることから、辺りは暗く、山道から乙の発見は困難な状況であった。また、同駐車場は、夜になると車や人の出入りがほとんどなく、第三者が同駐車場に入って乙を発見することも十分に期待できないといえる。さらに、乙が再度転倒した場所は、草木に覆われている。よって、山道からだけでなく、同駐車場に入ったとしても、第三者が乙を確認することは、困難だったといえる。

したがって、甲以外に、救助等の適切な作為を期待できる者がいなかったことから、甲に排他的支配性が認められる。

また、乙が草木に覆われて発見困難という状況は、甲の声掛けにより生じたので、甲が排他的支配性を自ら設定したといえる。

そして、乙と甲は親子であり、甲には、乙との間で社会継続的保護関係があるといえる。

以上より、甲には、乙の救助等の作為義務があり、その履行を怠っていることから、作為義務違反がある。

ウ. また、[事実 7]から、甲に、乙の救助等の作為可能性・容易性があったのは、明らかである。そして、[事実 6 の後段及び事実 8]から、乙の転落死の現実的危険性が生じていたのも明らかである。

エ. 以上より、甲が同駐車場から立ち去った不作為に、実行行為性は認められる。

(4)さらに、甲は、乙の転落死の危険があることを認識していた。そして、甲は乙から叱責されたことを思い出して、乙を助けるのをやめようと考えている。これは、明確に動機を形成した上で、自らの行動を冷静に選択し、立ち去ることを決断したものだといえる。よって、甲には、少なくとも、乙の転落死に対する未必的な認容があったといえる。

したがって、甲には、本罪の故意が認められる。

(5)以上より、(1)の立場からは、甲に本罪が成立することになる。

2 (2)の立場

(1)この立場から、甲の当該不作為について、保護責任者遺棄(致傷)罪(218 条(219 条))の成立にとどまることを以下で述べる。

(2)本罪と殺人未遂罪は、①実行行為性の程度(抽象的危険か具体的危険か。特に、作為義務の程度。)と②殺意の有無、によって区別される。よって、この①②につき、以下で論じる。

(3)①について

ア. まず、甲には、先行行為性が無い又はその程度が低いといえる。(1)の立場からは、乙が同駐車場の崖付近で再度転倒した時点に、転落死の現実的危険性を認めている。しかし、丙との話を一方的に終わらせた直後の転倒時(当初の転倒時)に、その危険が認められることを以下で述べる。このことは、いわゆるクロロホルム事件判例にもある「特段の障害の不存在」という観点を、応用して説明する。

本件において、確かに、乙の当初の転倒時には、崖が近くになく、転落死の危険は無いようにも思える。しかし、前述のとおり、第三者が乙を発見し、救助することを期待できる状況ではなかった。そして、乙が、甲の声掛けにより意識を取り戻した際、意識がはっきりとしていなかったため崖に向かって歩いている。このことから分かるとおり、甲の声掛けの有無を問わず、意識を取り戻せば、脳への衝撃などから、崖付近に歩み寄り、転落死する危険があったといえる。よって、乙の当初の転倒時に、乙が崖付近まで近づき、転落死する危

陰を妨げる「特段の障害」はなかったといえる。つまり、当初から転落死の危険が存在したのである。

また、乙の当初の転倒は、乙自身の帰責によるのは、前述のとおりである。

よって、甲に先行行為性は無い。仮にあったとしても、その程度が低いといえる。

イ. 次に、甲には、排他的支配性が無い、又はその程度が低いといえる。なぜなら、救助等の適切な作為を期待できる者が、甲の他に丙もいたからである。丙は、驚いて同駐車場から離れたに過ぎず、乙の安全が気になって、戻ってくることも十分考えられる。確かに、仮に、丙が、同駐車場に戻ってきたとしても、乙が再度転倒した時、乙は草木に覆われており、同駐車場からも乙の姿が見えない状況だったといえる。しかし、丙は、乙が車で同駐車場に来たことを認識している。よって、丙は同駐車場に戻って、その車を発見でき、そうすると乙がまだ帰っていないことが分かり、辺りを搜索し、乙を発見・救助することが十分考えられる。

したがって、適切な作為を期待できる者が甲の他に丙がいることから、甲に排他的支配性がない、あるいはその程度が低いといえる。

ウ. 以上より、甲の作為義務の程度は低く、殺人未遂罪で要求される程度に達していないといえる。

(4)②について

ア. ここでの殺意は、特に死の結果の認容の側面に限定する。殺意の有無は、行為者の関係、犯行前・中・後の言動や行為者の認識内容などから判断する。

イ. 本件において、甲の行為に、計画性がなかったとは明らかである。また、甲は、乙を目撃した際に、「大丈夫か。」と心配の意を示している。そして、甲が立ち去った動機は、乙から叱責を受けたというものであるが、それは反発心という一時的な感情にすぎない。乙と甲は親子関係にあり、甲は高校2年生と若く、親に反発心を抱くのは何ら不自然でない。甲が、そのような感情だけで、本心から、乙は死んでもよい、と親の死を認容するとは、考え難い。そして、甲は、乙の怪我が軽傷であることを認識しており、軽信とはいえ、乙の自力による危険回避を信じたと考えられる。

ウ. したがって、甲には、乙の死に対する認容がなく、殺意が否定される。

3 以上より、甲には保護責任者遺棄(致傷)罪が成立するにとどまる、と解する。

第3 設問3

1 設問の主張に対する反論としては、不能犯における具体的危険説による構成が考えられる。本件で、丁ではなく、乙との関係で、不真性不作為犯たる殺人未遂罪の実行行為性(特に、その一要素である作為義務)が、甲に認められることを、以下で説明する。

2 そもそも、刑法上の行為は、主観と客観の統合体である。また、刑法には一般人に対する行為規範という側面もある。そこで、実行行為性(ここでは、特に作為義務)の有無は、行

為者が特に認識した事情と一般人が認識し得た事情を基礎に、一般人の立場から判断すると解する。

3 本件で、甲は、同駐車場において、意識を失って倒れている丁を発見している。丁は、甲とは無関係な者であるが、怪我の程度は重傷であり、それを甲は認識している。そして、甲は、丁の体格と着衣が似ていたこと等から、丁を乙と誤って認識している。さらに、甲と同じ立場にいる一般人においても、丁を乙と誤認する可能性が十分にあった。よって、行為者甲の認識と一般人の認識し得たこれらの事情を基礎にすると、丁は乙であると、一般人は判断する。そして、行為者甲は、親乙に生じた危難について、救助義務を負うことが前提なので、甲には本罪の作為義務がある。また、それを履行しておらず作為義務違反があると一般人は判断する。

また、甲が丁を救助するために近づけば、丁と乙の誤認に気づくが、丁の近くにいる乙を容易に発見できることから、乙の救助という作為可能性・容易性が認められる(と一般人は判断する)。

そして、丁が乙であることを基準に考えると、丁の怪我が重傷で死の危険があることから、乙にも死の現実的危険があると、一般人は判断する。

よって、甲には、本罪の実行行為性が認められる。

4 設問が反論形式なので、以上で検討を終える。

以上

平成 30 年度 司法試験 再現答案

刑法

第 1 設問 1

1 乙が、A 高校の PTA 役員会で、「2 年生の数学を担当する教員がうちの子の顔を殴った。」と発言した行為について、名誉棄損罪(刑法(以下、法典名を省略)230 条)の成立が考えられる。

2 名誉棄損罪の構成要件は、①「公然」と、②「事実を適示」し、人の名誉を棄損したことである。

(1)①については、不特定又は多数人が認識できる状態にあればよい。この公然性は現実の不特定・多数人が認識したことまで求めておらず、伝播可能性があればよい。

本件においては、A 高校の PTA 役員会には乙を含む保護者 4 名と A 高校の校長しかいなかった。しかし、A 高校の校長は、教師が生徒に暴行を加えた可能性があると認識した以上、これが事実であるかを調査するために、A 高校の教師に聞き取り調査を行うなどをする必要がある。したがってこの事実の調査にあたっては、A 高校の他の教師 25 目に、乙が丙を殴ったとされる事項が認識され、あるいは伝播する可能性があったといえる。したがって①を充足する。

(2)②については、具体的に特定の人の社会的評価を低下させるに足りる事実の告知を指す。本件では、「2 年生の数学を担当する教員」と述べているが、A 高校の 2 年生の数学を担当しているのは丙だけなので、乙が丙のことを述べているのは、明らかであった。また、教員が生徒に暴力をふるうことは、刑法上の問題になるとともに、教師を解職させることになるほどの重大な事情であり、人の社会的評価を低下させるに十分な事実である。したがって②も充足する。

(3)したがって、丙には名誉棄損罪が成立する。

第 2 設問 2(1)について

1 不作為による殺人未遂罪のような不真正不作為犯は、構成要件が作為の形式で定められている犯罪を不作為によって実現するものである。ただし不作為による実行行為を安易に認めると、刑法の自由保障機能の軽視につながる。そこで不作為による実行行為性は厳格に絞り、保障人的地位に基づく作為義務と作為可能性・作為容易性が認められる者に限り、不作為の実行行為性が認められる。

2 保証人的地位に基づく作為義務が認められるためには、法律・契約・条理など法的義務が存在していることが前提となる。もっともこれらだけではなく、より実質的に支配可能性、危険の引き受け、排他的支配等の事情も考慮する。

甲は乙の息子であり親子という社会的関係が存在する。また、甲は乙と丙の話し合いがどうなったかが気になり、午後 10 時 30 分頃、バイクを運転して前記駐車場に向かい、倒れている乙を発見し声を掛け、これによって乙は意識を取り戻している。この時に乙が意識を取り戻したことによって、乙は崖から転落危険性が生じており、甲には危険の引き受

けが認められる。したがって、甲には社会的関係、危険の引き受けの存在により保証人的地位に基づく作為義務が認められる。

3 次に、乙が崖近くで転落した時点で、同駐車場に停止中の乙の自動車の中に乙を連れて行くなどすれば、乙が崖下に転落することを確実に防止することができたし、甲はそれを容易にできたので、甲には作為可能性・作為容易性が認められる。

4 したがって甲の行為に不作为の実行行為性が認められる。

本件では、甲は乙が崖下の岩場に転落して死亡するという認識・認容があったので、故意が認められる。ただし、乙が自ら行った 119 番通報によって、救急隊員により救助され、搬送先の病院で緊急手術を受けて一命を取り留めていることから、甲には殺人未遂罪が成立する。

第3 設問 2(2)

1 保護責任者遺棄致死罪にとどまるとの立場からは、遺棄罪が生命・身体への抽象的危険犯であることから、不作为による殺人罪との区別は、殺意の有無と具体的危険の発生によるが、甲には殺意が認められないとの反論が考えられる。

2 故意とは犯罪事実の認識・認容である。本件では、甲はたしかに乙が転倒した場所の近くに崖があり、崖下の岩場に乙が転落する危険があることを認識していた。しかし、甲は乙から顔を数回殴られ叱責されたことを思い出し、乙を助けるのをやめようとしただけであって、乙が崖下に転落し死亡することについてまで認容していたとはいえない。

したがって甲には殺人罪の故意が認められないので、保護責任者遺棄致傷罪が成立するにとどまる。

第4 設問 3

1 甲に殺人未遂罪が成立するかについて、前提としてこの殺人未遂罪は不真正不作为犯であるため、保障人的地位に基づく作為義務、作為可能性、作為容易性が求められる。

保証人的地位については、甲にとって丁は無関係の者であるから、保障人的地位にないとも考えられる。しかし、丁を乙と誤認した上で行動しており、甲と同じ立場にいる一般人でも、丁を乙と誤認する可能性が十分に存在したことから、甲には設問 2(1)と同様に、甲に保障人地位に基づく作為義務が認められる。

また、丁を乙の自動車に運び込むなどの義務は履行可能かつ容易に行うことができた。したがって甲の行為に実行行為性が認められる。

2 次に故意について考える。本件では丁は甲とは無関係な者である。しかし丁を乙と勘違いした上で、乙が死んでも構わないと考えて、その場からバイクで走り去っている。すなわち客体の錯誤があったといえる。客体の錯誤については、同じ構成要件内であれば故意は阻却されないから、同じ人である丁と乙を勘違いしており、同じ構成要件内にあるので、故意は認められる。

3 よって甲の行為に殺人未遂罪が成立する。

以上