30年刑法　　黒田良平

設問1

乙が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面を殴った。徹底的に調査すべき。」と発言した行為について、丙に対する名誉毀損罪（刑法230条1項）が成立しないか。

1(1)　まず、「公然」とは、摘示された事実を不特定又は多数人が認識し得る状態をいう。これは、事実摘示の直接の相手方が特定かつ少数人であっても、その者らを通じて不特定又は多数人に伝播する可能性があれば認められる。

立証OK

(2)　乙の発言の直接の相手方は、保護者3名とA高校の校長であり、特定かつ少数人である。

しかし、PTA会長である乙が「徹底的に調査すべき。」と発言している以上、学校としては他の教員や生徒に聞き取り調査を行うことになる。かかる調査の過程において、乙の発言内容が他の教員・生徒という多数の者に伝播する可能性がある。

あてはめOK

また、PTA役員会に出席した保護者3名がうわさ話等により、他の多数の保護者に乙の発言内容を伝播させる可能性もある。

(3)　したがって、「公然」に当たる。

これの立証は？

2(1)　次に、本罪の保護法益は人の名誉的名誉であるため、「事実を摘示」とは、人の社会的評価を低下させるおそれのある具体的事実を摘示することをいう。

立証OK

(2)　A高校の2年生の数学を担当する教員は丙だけであるため、子の顔を殴ったとされている2年生の数学を担当する教員が丙であることが、校長・教員・生徒・保護者において推知することができる。

おしいが OK

そして、丙がこの子の顔面を殴ったという具体的事実の摘示は、丙が暴行罪(208条)に当たる行為を行ったということを摘示するものであるため、丙という人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、「事実の摘示」に当たる。

3.　本罪は抽象的危険犯であるため、「人の名誉を毀損した」とは、人の社会的評価を低下させるおそれのある状態を発生させたことで足り、現実にこれを低下させたことまでは必要とされない。そうですけど、本件では現実的な危険を生じさせたことが認められていたかが

そうすると、上述の1.2の要件に該当する以上、丙という「人の名誉を毀損した」といえる。

4.　もうすこし具体的に　乙には、伝播可能性や事実摘示についての認識・認容があるため、故意(38条1項本文)が認められる。

5.　乙は、丙に対する恨みを晴らすという動機に基づき上記発言に及んでいる以上、正当行為(35条)としての違法性阻却は認められない。

別にいらないかな

6.　以上より、乙には、丙に対する名誉毀損罪が成立する。

設問2

1. 小問(1)

「実行行為」でいいのでは

(1)　まず、甲が、事実7以降、崖近くで転倒して意識を失っているZの救助を一切行わなかったという不作為が、殺人罪(199条)の「殺す行為」に当たるかが問題となる。

ア、不作為であっても、作為との構成要件的同価値性が認められれば、実行行為たり得る。

これがイコールではないのでは？作為との等価性は共は③の到達の手が不足

そして、構成要件的同価値性が認められるためには、①作為義務及び②作為の可能性・容易性が必要である。

イ、甲とZは親子であるので、民法730条により相互扶助義務がある。

また、山道脇の駐車場には街灯がなく、夜になると車や人の出入りがほとんどな~~かった。~~く、Zが転倒し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Zが見えない状態であった。~~この様な状況下においては~~、丙は既にその場から立ち去っているため、上記の様な状況下においては、Zが崖下に転落することを防止するための作為に及ぶことができる者は甲しかいなかった。そうすると、Zの生命は甲によって排他的に支配されているといえる。

これは力がなければ力の手が不足、だから実行行為とは言えない

以上より、甲には、自動車の中にZを連れていくなどしてZの落下を防止する作為義務があるといえる。(①充足)

そして、甲が自動車の中にZを連れて行くなどすれば、Zが崖から落下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(②充足)。

設問2は、(1)(2)共に詳しつつ
自分の立場を述べるものです 手をつけてください

ウ、したがって、甲の上記不作為は殺人罪の「殺す」行為に当たる。

(2) 次に、「実行に着手」(43条本文)は、法益侵害の現実的危険性が惹起された時点において認められる。

Zは、意識がはっきりとしておらず、崖に向かって~~歩き出して~~~~おり~~ 10m歩き出しており、次に目覚めた時に同じ様に歩き出せば~~与~~崖から転落するおそれが高い。この様な状況下において~~は~~、甲の上記不作為はZの生命という法益侵害の現実的危険性を惹起するものであるから、「実行に着手」したといえる。

どこの段階で「着手あり」とするのか?

(3) ア、故意とは、構成要件事実の認識・認容をいう。

イ、甲は、気を失って倒れているZが崖下の岩場に転落する危険があることを認識していたから、Zを放置すれば、Zが崖下に落下して死亡する危険性を認識していた。

それにもかかわらず、甲は、Zを助けるのをやめようと考え、Z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のだから、Zが死亡することにつき認容していたといえる。

ウ、したがって、殺人罪の故意が認められる。

(4) 以上より、甲には殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。

2. 小問(2)

(1) 保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場からは、殺人罪を基礎付ける作為義務と保護責任者遺棄等罪を基礎付ける保護責任とでは、その内容が異なると

結論 保護責任との違いはなんですか？ 定義（要件）とあてはめてしっかり分けて下さい

いう反論が考えられる。

すなわち、事実7の時点において、乙の怪我は軽微な傷であり、怪我の悪化により死亡する危険まではなかった。そして、かかる怪我は~~甲~~甲による先行行為によるものでもない。さらに、乙が崖下に落下して死亡するという危険は不確実なものである。

したがって、甲には殺人罪の作為義務までは認められないため、保護責任者遺棄等罪が成立するにとどまるというものである。

(2) しかし、かかる反論は認められない。なぜなら、219条は「よって」という文言が用いられているため、~~218条~~218条には殺人の故意を有する場合は含まれないからである。

設問3 何を言いたいのかわかりにくい…

1. 甲は、丁~~に対して~~丁を救助する作為義務を負わないため、客観的には丁に対する不作為による殺人を実現し得ない。 結局不能犯って何なんですかね？

そこで、不能犯と未遂犯の区別が問題となる。 プリントをもう少しよく読んで下さい

(1) 未遂犯と不能犯の区別は、行為時に一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎として、一般人を基準として判断するべきである。

(2) 本件において、~~一般~~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。そのため、丁が乙であるということを一般人が認識し得た事情として判断の基礎とすることになる。 これは錯誤の問題ですか？

そうすると、Jが乙であるとして判断することになるから、甲には
Jに対する作為義務が認められる。
また、上述した作為は可能かつ容易であった。
したがって、甲は不作為による殺人罪の「実行に着手」した
といえる。
2、　甲はJを乙と誤認しているため、故意が認められる
かが問題となる。
故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらず、あえて行為
に出たことに対する道義的非難にある。
フリがりが 客観と主観が同一構成要件内で符合している限り、故意
あがりが は阻却されない。
本件では、Jと乙は同じ「人」という点で符合しているため、
故意が認められる。
3、　以上より、Jに対する殺人未遂罪が成立する。
以上。

H30 刑法

糸瀬

第1 設問1

1. A高校のPTA役員会で乙が「2年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、丙に対する名誉毀損罪(230条1項)が成立するか。

(1) ア「公然と」とは不特定多数人がその事実を知り得る状態をいうと解する。特定の少数に対する発言でも情報は伝達し拡散される性質を有するため不特定多数人への伝播可能性が認められる場合は「公然と」の要件を満たすと解する。

本件では上記発言は出席者が5名という少人数の役員会で行われているものの、乙は徹底的に調査すべきだと述べ、その発言をうけて校長が教員に聞き取り調査を行った結果A高校の教員全員が上記発言内容を知ることとなっており、不特定多数人に伝播している。よって「公然と」の要件を満たす。

イ「事実を摘示し」とは具体的事実の摘示をすることであり、保護法益である人の社会的評価を害する程度に具体的であることは必要であるが事実の真偽は問題とならないと解する。なぜ?

本件では具体的に丙の名前は出ていないが、2年を担当する数学教員は丙1人であることから、丙が乙の息子に暴力をふるったという具体的事実が摘示されており、これは事実とは異なるものの、「事実を摘示し」たという要件も満たす。

ウ「名誉」とは人の外部的評価を言い「毀損した」とは外部的評価を低下させることをいう。

立派 OK

あっぱれ OK

丙が受けた不利益をもう少し説明できるとよい。
また、本罪は抽象的危険犯なので具体的結果の発生は成立要件ではないことも触れてほしい

教員が生徒に暴力を振ったという事実は、教員の外部的評価を低下させるものであり、「名誉」を「毀損した」といえる。

(2) 乙には故意が認められる。

(3) 公益を図る目的もなく違法性阻却事由も存在しない。

2. 以上より乙の上記行為について丙に対する名誉毀損罪が成立する。

第2設問2.

1. (1)について の立場

~~(1)~~ 甲が乙の救助を一切行うことなくその場から去った行為について不作為の殺人未遂罪(199条, 43条)が成立する立場からは、不作為の殺人未遂罪(199条, 43条)と保護責任者遺棄致傷(218条)の作為義務~~は同一であり~~、と「保護する責任」の内容は同一のものであり、殺意の有無によりどちらの罪で問擬すべきかを決するところ、本問においては甲に乙への殺人の故意が認められるとして不作為による殺人未遂罪が成立すると主張する。

え、そうかしら? 不作為殺人の立場でもこれは意見が分かれそう。

2. (2)の立場

一方、甲には保護責任者遺棄致傷(218条)が成立するにとどまるとの立場からは、不作為による殺人罪において要求される作為義務よりも「保護する責任」の方が軽く、本件においては甲に対し

不作為における殺人未遂罪の~~先発~~作為義務及び~~殺意~~殺人の故意は認められないとして保護責任者遺棄致傷罪（218条）の成立を主張すると考えられる。

もう少し具体的に部分し作為義務の有無、等価値性の判断

3．私見

サイドでも書いてあってもよい

(1)ア実行行為とは構成要件的結果発生の現実的危険を有する行為をいう。不作為~~によっても~~でも作為と構成要件的同価値性を有している場合には不作為が実行行為にあたると解する。具体的には①作為義務の存在②作為可能性がある場合に不作為が実行行為にあたる。作為義務の存否は、法令先行行為契約等を前提とした排他的支配や保護の引受けを考慮する。

これはイコール作為義務

また、~~不~~作為の殺人罪の作為義務と保護責任者遺棄等罪の「保護する責任」は同一であると解する。なぜならば保護法益が両罪とも人の生命身体と同一であり、区別は主観面、すなわち~~故意~~殺意の有無で判断する方が基準として明確であるからである。

ちゃんと主張した方が？

これはそうかもしれないが、甲は17才の高校生です。これだけで作為義務あり、というのは…

(3)ウ本件では甲は乙の子であり乙に対して扶助義務（民法730条）を負っている。そして~~甲は~~乙が転倒した場所は夜間の人や車の出入りが少なく駐車場の利用者から見えない位置である。

そうすると、甲が救助しなければ乙が確かに救助してもらえる可能性は低く、法令と排他的支配が認められるため、甲は乙を転落した場所から軽傷を負う危険のない場所へ移動させる義務が生じていたといえる(①充足)。そして男性が男性1人を引きずるなどして移動させることは可能であるし、バイクで人通りのある場所まで行き救助の助けを求めることも容易であったといえるため作為可能性も認められる(②充足)。

エ 以上より作為との同価値性が認められ、不作為の実行行為として認められる。

(2) 故意とは結果発生の認識認容をいう。

本件では甲は乙が死亡することを積極的に意図してはいないものの、崖から約5メートルという高さ下の岩場~~という頭~~転落すると生命~~の危険や身~~の危険が及びかねない状況を認識していたにもかかわらず、乙を助けるのをやめようという意思をもって~~立ち去って~~現場を去っている。これは乙が転落死する可能性を認識しながらも認容しているといえ、未必の故意が認められる。

どの時点で?

(3) 以上より甲は不作為の殺人の実行に着手したといえ、これを「遂げなかった」場合にあたるので不作為の殺人罪未遂罪(199条;203条)が成立する

第3設問3.

1. 甲には丁を救助する義務は認められないとのので殺人未遂罪は成立しないという主張に対して、甲に同罪が成立すると反論するには以下の主張を行うべきである。

(1) 前述の通り不作為の実行行為が認められるためには①作為義務②作為可能性が必要である。

本件では甲と丁は無関係であり客観的には作為義務は認められないものの、甲は丁と乙を勘違いしており、主観的には作為義務が認められる。どちら意味ですか？

そして、実行行為は行為時点を基準として一般人が認識し得た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎に判断すべきである。何を判断するのですか？

本件では、丁と乙は一般人でも誤認する可能性が十分あり、甲は丁を乙と誤認していた。そうすると、親である乙との関係では乙を救助すべき作為義務を負っている以上、誤認した丁との関係でも作為義務を負っていたと解するべきである。そして、作為可能性も前述認められる。

以上より実行行為性は認められる。主体？

(2) 本件では丁と乙を誤認しているが、故意は反対動機の形成可能性があったにもかかわらずあえて行為に及んだことに対する非難可能性であることから、構成要件内で重なり合う範囲においては故意が認められる。

H30 刑法	学生ID	氏名 馬岡 愛

第1、設問1

1、乙が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き名誉毀損罪（刑法（以下略する）230条1項）の成否を検討する。

2、「公然と」とは、不特定又は多数人が摘示された事実を認識しうる状態をいう。そして、摘示された事実の相手方が特定又は少数人であっても、それが多数人に伝播可能性がある場合には「公然と」に当たる。

立表 ok

本件では、PTA役員会の出席者は乙を含む保護者4名とA高校の校長のみの特定少数人であるが、役員会での内容は通常その他の保護者や教員に伝わる可能性が高い。また、実際に乙の発言を受けてA高校の校長は教員に聞き取り調査を行い、A高校の教員全員に丙が暴力をふるったという話が広がっているから、これが生徒や外部の不特定多数人に伝わる可能性は充分にある。

したがって「公然と」に当たる。

あてはめ ok

3、「事実を摘示」とは、人の社会的評価を低下させるに足る具体的事実を摘示することをいい、ここでの事実は真実である必要はない。

立表 ok

本件では、[乙の発言は甲のうそに基づくもので真実ではないが、これは不合]「2年生の数学を担当する教員」という丙だけに特定できる発言をし、生徒を殴るという丙の教師としての社会的評価を低下させるに足る具体的事実を摘示しているから これに当たる。

あてはめ ok

4、「名誉を毀損」とは、人の外部的名誉すなわち社会的評価が毀損することをいう。

立表 ok

ここでの毀損は名誉毀損罪が抽象的危険犯であることにかんがみ、実際に社会的評価が低下することまでは要さず、そのおそれがあれば足りる。

	学生ID	氏名

本件では、上述の通り、教師である丙が生徒を殴ったという、丙の社会的評価を低下させるに足る事実が摘示されているから、「名誉を毀損」したといえる。 実際に結果が生じていることに触れても良かったかも。

5、 もっとも乙は甲のうそを真実だと思っているから故意(38条1項)が認められないのではないか。

故意とは結果発生の認識認容をいう。そして上述の通り、名誉毀損罪における「事実を摘示」の「事実」は真実であることを要さない。そのため乙が甲が真実であると誤信していたとしても当該事実を摘示する認識がある以上乙に甲に故意が認められる。

6、 また、乙に公益を図る目的はなかったとされているから、230条の2は問題とならない。

7、 以上より、乙に名誉毀損罪が成立する。

第2、設問2

1、(1)不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場について

(1) まず、殺人罪(199条)は作為の形で規定されているから不作為によっても ~~不真正不作為犯である~~ ~~そこで~~実行行為性が認められるかが問題となる。

ア、~~不作為であっても~~ 実行行為とは結果発生の現実的危険を有する行為をいい、不作為であっても作為の実行行為と同視できる程度の類型的危険が認められれば、実行行為性が認められる。

~~その上で~~ 具体的には、作為義務と作為の可能性・容易性を前提として作為義務に違反した場合には、結果発生の現実的危険性が認められ、当該不作為に実行行為性が認められる。そして、作為義務の有無は法令や先行行為排他的支配等の事情から総合的に判断する。 かっけで、最近は「等価値性」は要件に挙がらないのか…

	学生ID	氏名

1、本件についてみると、乙は自ら石につまずいて転倒しているから甲による先行行為は認められない。しかし甲が声を掛けたことにより意識を取り戻して反対方向の崖に向かって10メートルほどすすんで転倒してしまっている。甲は乙の子であるのだから、親族として扶け合う義務を負っている以上（民法730条）、危険な方向へ進んだ乙を助ける法律上の義務がある。また、乙が転倒した場所は、草木に覆われ山道や駐車場からは倒れている乙が見えないような場所であり、駐車場も街灯がなく、夜になると車や人の出入りがほとんどないとされているから、甲が乙を助けないかぎり他に助けることができる人はいなかったといえ、甲に排他的支配が認められる。~~したがって~~そうすると乙が崖に落ちないように作為甲に乙を助ける義務があったといえる。

排他的支配があるとなぜ作為義務につながるのか？説明が必要。

そして、甲は乙を駐車場に駐車中の自動車に連れていくなどして上記作為義務をとることが容易であり可能であったといえる。

にもかかわらず甲は乙の救助を行うことなくバイクを走らせていたから上記作為義務に違反して~~いるから~~おり、殺人罪の実行行為が認められる。

(2) もっとも乙死亡の結果は発生していないから未遂となる（43条）

(3) 甲は乙に近づいて乙の様子を見て~~いたから~~おり、乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっていて、5メートル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が、乙から被救護段られ叱責したことを思い出して、あえて乙を助けるのをやめようと考えている~~ので~~。そのため甲には乙が崖下へ転落し死亡する危険があることを認識し認容していたといえ不作為の殺人について故意が認められる。

(4) したがって不作為による殺人未遂罪が成立するといえ~~る~~そうである。

2、~~(2)~~これに対し、(2)保護責任者遺棄等罪（218、219条）にとどまるとの立場からは、

	学生ID	氏名

甲は乙殺人についての故意がなく（1）不作為による殺人未遂は成立しないとの反論が考えられる。

しかし上述した通り、乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっており、崖から約5メートル下の岩場に転落する危険があることを甲が認識していたこと、意識がはっきりとしていない状況で5メートルもの~~しかも打ち所が悪ければ死もする可能性の高い危険な~~高さからごつごつして危険な岩場に転落すれば頭などを打ち死亡する危険があることは容易に想像できることを考慮すると、甲は乙が崖から転落し死亡~~しも~~する可能性があることを認識し、それでもよいと思って乙の救助を行わなかったという認容も認められる。故意以外にも、保証責任者が成立するとの立場から主張できることがあるのでは？

そのため甲に乙殺人についての故意がないとの反論は認められない。

3、以上から甲には（1）不作為による殺人未遂罪が成立する。

第3、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から殺人未遂罪は成立しないとの主張は、甲には作為義務がなく、その義務に反である不作為の実行行為が認められないとの主張である。

では甲に作為義務はなく実行行為性は認められないのか。甲と同じ立場にある一般人でも丁と乙を誤認する可能性が十分に存在したとされていることから、~~親せ~~実行行為性の判断基準が問題となる。このつながりがよくわからない

2、実行行為とは結果発生の現実的危険を有する行為をいい、実行行為性が認められるか~~の判断基準~~は、行為当時、一般人が認識し~~た~~た事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎として、行為の時点に立って、一般人の立場から危険の実現が可能かどうかにより

	学生ID	氏名

判断する。

本件についてみると、甲はJの体格や着衣が乙に似ていたこと、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からJと乙を誤認してJを自分の父親であると認識している。~~そして~~また甲と同じ立場にいる一般人でもJを乙と~~誤認~~誤認する可能性が十分に存在したとされている。そうすると、一般人及び行為者が甲が認識し~~ゆ~~えた~~事情~~判断の基礎とすべき事情は自分の父親を救助する作為義務があるかという点についてである。

そして、親に生じた危難について子は親を救助する義務を負うとの立場を前提にすると、甲には作為義務が認められる。

3、したがって上記のような構成をとると甲に殺人未遂罪が成立する。

以上

乙に対する作為義務にあるということ？
結局、誰に対する殺人未遂が成立しているのですか？

刑法 1430

新司カコモン　藤井 宏平

第1問

[設問1]

第1. 乙の罪責

1. 名誉毀損罪の成否

乙がA高校のPTA役員会で、丙が甲に暴力を振るったという趣旨の発言をした行為について、名誉毀損罪（刑法230条1項）が成立するか。

(1)「公然と」とは不特定多数者に対してということである。

乙は、A高校のPTA役員会で乙を含む保護者4名とA高校の校長だけに発言しており、不特定多数者に対しといえないのではないか。

この点、特定少数者に対してであっても それらの者から事実の噂が伝播していくならば、同罪の保護法益である人の社会的信用を同様に害するので「公然と」にあたると解する。

乙は上述したように特定少数者に対し発言をしている。

しかしA高校の校長が丙の暴力問題についてその他の教員に聞き取り調査を行った結果、A高校の教員25名全員に丙が甲に暴力を振るったとの話が伝播していた。25名というのは多数であるから、乙は「公然と」上記発言をしたということができる。

(2) 乙は「事実を摘示」したといえるか。乙は丙という名前は出していないが、A高校2年生の数学を担当する教員は丙だけであり「2年生の数学を担当する教員がうちの子の頬を殴った」という発言で十分に丙が甲を殴ったという「事実を摘示」したということができる。

(3) 名誉毀損罪は抽象的危険犯であるから，実際に「人の名誉」が「毀損」されたことまでは必要ない。

(4) よって，乙の上記発言行為は名誉毀損罪の構成要件に該当する。

(5) 乙には，公益を図る目的はなかったのであるから230条の2第1項は適用されない。また，丙は私立高校の教育であり公務員でないから同条第3項も適用されない。

よって，乙には名誉毀損罪が成立する。

[設問2] 甲の罪責

第1. (1)の立場

1. 殺人罪の成否

甲が乙の救助を一切行うことなくその場から去った~~行為~~という不作為について不作為の殺人罪(199条)が成立するか。

不作為の殺人罪が成立するには，①作為義務，②作為の可能性・容易性が必要である。理由も簡単に触れられてよい

そして，保護責任者遺棄罪(218条前段)との区別のために殺意が必要である。

(1) 作為義務

実行行為性

甲が乙を救助すべき作為義務があったか否かは，法令や危険源の排他的支配を考慮して判断する。

730条の扶助義務では?

乙は甲の父であり，甲には扶養義務がある(民法877条1項)。

~~甲が~~乙が転倒した駐車場には，街灯がなく，夜には人の出入りがほとんどないため，乙が偶然誰かに発見されるという

いい分けと思う。書くとしても書き方に工夫をしてみてほしい

可能性は少ない。そして、Zが転倒したのは草木に覆われた場所で山道及び同駐車場からは倒れているZが見えなかった。[甲はZに声を掛けた。そうするとZは意識がはっきりしないまま草木に覆われた場所に転倒して倒れた。]草木に覆われた死角にZが倒れているということを知るのは甲だけであって、意識がなく、崖に落ちるなどの命の危険があるZを甲は~~他者から見えない場所に~~他者から認識されないという排他的な支配をしていたということができる。

したがって甲には作為義務が認められる。

(2) 作為の可能性・容易性

甲はZをその自動車の中に連れて行くなどすることは可能であって容易に行うことができたのであり作為の可能性・容易性が認められる。

(3) 因果関係

Zは死亡しなかったものの、崖下に転がり落ち後頭部を打ち死亡する危険のある状態となった。これは、崖近くで転倒したZを甲が放置したことによって~~生じた~~起こったものということができ因果関係が認められる。

(4) 故意(殺意)

~~Zは~~甲はZを助けるのをやめようと考えて、Zの元を去っている。Zは意識のない状況であって、すぐそばには約5メートルの高さの崖があるところで転倒していた。約5メートルの高さから人が転落すれば死ぬ危険性が十分高いといえる。その状況を

第問

不安な事実の摘示が少し多いきがします。
大切なのはこれをどう評価するかで、評価をしない事実の摘示は不安です

（第問）

甲は認識しながらZの元を立ち去っており、少なくとも甲Zが死んでもかまわないという未必の故意・殺意があったといえる。

(5) よって、Zは最死亡しなかったので、甲の上記行為には殺人未遂罪（203条、199条）が成立する。

第2. (2)の立場

1. 保護責任者遺棄罪（218条前段）の成否

(2)の立場からは甲の立ち去り行為について保護責任者遺棄罪が成立すると主張される。(1)の立場は、不作為犯の構成をとるものであるが、不作為犯は処罰範囲が不当に広がるおそれがあるので保護責任者遺棄罪を優先すべきである。

(1)「保護する責任のある者」とは作為義務と同義であり、甲には上述した通り認められる。

両方成立するなら、こちらを優先すべき

(2)「遺棄」とは移置または置き去りをいう。

他にもいろいろあるだろう

甲はZを崖そばに放置して立ち去っており置き去りにしており「遺棄」が認められる。

(3) Zは後頭部から強く打ち表皮を失っており傷害を負っていたから、甲には保護責任者遺棄致傷罪（219条、218条前段）が成立する。

第3. 私見.

1. 不作為犯構成でも因果関係や作為義務を要求することによって不当に処罰範囲が広がることは防げるから、(1)の立場が妥当である。よって甲には殺人未遂罪が成立する。

第1問

〔設問3〕

第1. 甲の罪責

1. 殺人罪の成否

甲が重傷を負ったZ丁の救助を一切行うことなく立ち去った不作為について不作為の殺人罪(199条)が成立しないか。

甲が重傷を負って倒れている者をZと誤認して立ち去っているため丁に対する放棄(218条1項後段)が認められないのではないか。

主観を実に検討する意味は…??

まず甲の主観において不作為の殺人罪が成立するか検討する。

(1) 作為義務 文章はきちんと書いて下さい 法令や危険源の排他的支配で判断する。

Zは甲の父であり、甲には扶養義務がある(民法877条1項)。

そして倒れているZは、街灯のない夜間の駐車場におり、他者から発見される可能性は極めて低い。Zは~~死の~~怪我が重傷であるため死の危険があり、そのようなZを甲は誰にも見つからない場所で排他的に支配していたといえる。

(2) 作為の可能性、容易性

甲はZのために~~救急車~~救急車を呼ぶ、バイクで~~乗せ~~Zを病院まで運ぶなどすることは可能であり容易であったといえる。

(3) Zは一命を取り留めたため、甲にはZに対する不作為の殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。

2. 錯誤

以上より、甲の主観においては、Zに対する殺人未遂罪が成立するも、甲は客観的には丁を放置して立ち去っている。ここで

故意が認められるか。

故意責任の本質は規範の問題に直面して反対動機の形成が可能であったにもかかわらず あえて行為に及んだことに対する道義的非難である。そして規範は構成要件という形で示されている。

したがって、同一構成要件内で、具体的な事実に錯誤があったとしても、同一の規範の問題に直面したという、同一の道義的非難が可能であるから故意は阻却されないと解する。

Jもても同じ人という殺人罪の構成要件であるから、甲の故意は阻却されない。客体の錯誤ということ？

よって、甲には、Jに対する殺人未遂罪が成立する。

以上

（第問）

H30 刑法 司法試験

光岡裕矢

第1 設問1 乙の罪責について

1 乙が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~~問題~~検討する。

(1) 「公然と」とは、不特定または多数人の認識しうる状態のことをいう。

本問において、乙は、上記発言を保護者3名とA高校校長に対してのみしている。そのため、この場合においても「公然と」といえるかが問題となる。

230条が「公然」性を要件としたのは、事実が不特定又は多数人に摘示された場合、さらに広く社会にその悪評が流布される危険があるからである。そのため、伝播して不特定または多数人が認識しうる可能性があれば、「公然」性が認められると解すべきである。 定義OK

本問において、乙は上記発言の後「徹底的に調査すべきである」と発言しているため、PTA役員会後、A高校の教職員に上記発言が認知される可能性が高かった。そのため、乙の発言は、伝播して不特定または多数人が認識しうる可能性があるといえ、「公然と」なされたといえる。

あてはめOK

(2) 「事実の摘示」について、摘示される事実は、それ自体として人の社会的評価を低下させるような事実であり、事実証明の対象となりうる程度に具体的でなければならない。

定義OK

本問において、A高校2年生の数学を担当する教員は丙だけであるから、乙の発言中の教員~~が~~は丙であると特定できる。また、生徒を殴るという~~事実は~~行為は教員として不適切であることから、乙の発言は、丙の社会的評価を低下させる事実についての発言である。したがって、「事実の摘示」にあたる。

あてはめOK

差の方が読みやすい 文字数も減らせるのでは

第問（）

第3問

(3) 「人の名誉を毀損した」とは、人の社会的評価を低下させることをいう。「毀損した」については、本罪が抽象的危険犯であることから、人の社会的評価を~~低下~~害~~する~~するおそれのある状態を生じさせたことをいう。

前述の通り(2(2))、この発言は、丙の社会的地位を低下させるおそれのあるものであるため、「人の名誉を毀損した」にあたる。

(4) Cは、丙に対する個人的恨みを晴らすために、丙が暴甲に暴力を振るったことを多くの人に広めようと考え、当該発言をしている。そのため、丙の社会的地位を低下させるおそれのある事実を公然と摘示することについて認識・認容していたといえる。

(5) Cには、公益を図る目的がなかったのであるから、230条の2による違法性阻却は認められない。

4 よって、Cには名誉毀損罪が成立する。

第2 設問2について

1. 不作為による殺人未遂罪(203条、199条)が成立するとの立場

(1) 甲については、不作為による殺人未遂罪と保護責任者遺棄致傷罪(218条、219条)の成否が問題となるが、まず両罪の区別が問題となる。

219条は、217条と218条の結果的加重犯であり、重い結果について故意のある場合は含まれない。そのため、両罪の区別は殺意の有無により行う。

本問において、甲は、Cが転倒した場合所のすぐそばが崖となっており、崖から約5m下の岩場にCが転落する危険があったことを認識した上で、その場を立ち去っている。このことから、甲には、Cの死亡という結果発生の可能性について認識・認容が認められる。~~よって~~

そこで、殺意が認められるため、殺人罪の成否を検討する。

（第問）

(2) 本問では、不作為の行為により甲で乙死亡という結果を惹起している。殺人罪は作為の形式で規定されていることから、不作為であっても殺人罪の実行行為たりうるかが問題となる。

ア. 実行行為とは、結果発生の現実的危険性のある行為をいうが、不作為でもかかる危険性を惹起することは可能である。しかし、~~全ての~~因果関係の認められる全ての不作為が実行行為にあたるとすれば処罰範囲が無限定となる。そこで、行為の主体を一定の作為義務を負う者に限定し、結果発生を防止しなければならない地位にある者がこれを怠ったとき、実行行為性を認める。また、法は不可能を強いるものでないため、作為可能性と作為容易性も要する。

イ. 作為義務は、先行行為・法令・保護の引受け・排他的支配の有無等諸般の事情を総合的に考慮して判断する。

一応は妥当

甲と乙は父子関係にあるため、甲は乙に対して扶助義務（民法877条1項）を負っている。また、乙が転倒した場所の周囲は街灯がなく夜になると車や人の出入りがほとんどなかった。さらに、乙が転倒した場所は、周囲から発見されにくい所であった。そのため、甲以外に発見される可能性が低く、甲は乙の死亡結果を左右する立場にあったといえる。したがって、甲には、乙を救助する作為義務があったといえる。

先行行為はあるのでは？

また、乙が崖近くで転倒した時点で、乙を自動車の中に連れていくなどすれば、乙死亡という結果を確実に防止できたし、甲にとってもこれを行うのは容易であった。そのため、作為可能性・容易性ももも認められる。

ウ したがって、甲が乙を救助せずに立ち去ったことは、殺人罪の実行行為にあたる。

全体としてよく書けていますが
設問は(1)の立場に対し(2)の立場からどのような反論が考えられるか
と聞いています。少し設問からズレているのでは

(3) 本問において、乙死亡という結果は生じていない。

(4) したがって、甲について、殺人未遂罪が成立する。

2 保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場

(1) 以上に対し、殺人罪の作為義務と保護責任者遺棄罪の作為義務は程度が異なるとし、置き去りが客観的に殺人罪の実行行為と同価値とみなされないならば、殺意があっても219条が成立するとの考え方がある。

本問において、甲が乙のもとを立ち去ったとき、乙の怪我は軽傷であり、乙が死亡する危険は低かったといえる。そのため、不作為の殺人罪を問いうるほどの作為義務が生じているとはいえない。そこで、保護責任者遺棄致傷罪(218条、219条)の成否を検討する。

(2) ア. 本問において、甲は乙、額をコンクリートブロックに強くぶつけ、額から血を流して意識を失っている。そのため、甲は乙、扶助を必要とする「病者」~~にあたる。~~にあたる。

イ. 「保護する責任のある者」にあたるか否かは、前述(第2(2)イ)の作為義務が認められるかによる。

前述の判断基準によれば、~~甲は乙は~~甲は乙を救助すべき義務を負っており、その作為容易性・可能性も認められる。したがって、甲は、「保護する責任のある者」にあたる。

ウ. 「遺棄」には、放置と置き去りの2つの意味があり、そのうち置き去りは行為者が離れて、要扶助者を危険な場所に放置することをいう。本問において、乙は崖のすぐそばで転倒していたため、乙が崖から転落する危険があった。そのため、甲が乙のもとを立ち去ったことは、「遺棄」にあたる。

（第問）

1　乙は崖下に転がり落ち、後頭部を岩に打ち付ける重傷を負っている。甲が立ち去ったことと、この傷害結果に因果関係が認められるかが問題となるが、この点については行為の危険性が結果へと現実化したか否で判断する。

本問において、甲の立ち去り行為は乙が崖下に転落する危険のある行為である。乙の負傷は乙の転落によるものであるが、この周囲の状況や乙自身の状態からすれば、崖下に転落するのは不自然ではない。そのため、立ち去り行為自体の危険性が乙負傷という結果へと現実化したといえ、行為と結果の因果関係が認められる。

(3) 甲は上記~~子~~了、イウについても認識・認容をしているため、保護責任者遺棄罪（218条）の故意が認められる。

したがって、保護責任者遺棄致死罪が成立する。

3　甲の罪責　1、2で書いてきたことがあまり関係ないような…

2の立場によれば、甲の立ち去り時点においては乙死亡の危険性は低かった。しかし、乙が転倒した周囲の状況からして、乙が崖下に転落する危険性はその時点においても高く、転落すれば死亡する危険も高い。そのため、2の立場をとっても、甲には殺人罪の作為義務が認められる。

したがって、甲は不作為の殺人罪の罪責を負うと解する。

第3　設問3について

1　殺人未遂罪が成立しないとする立場~~からすれば~~に対し、以下の通り反論する。

2 (1)　殺人未遂罪について、実行行為性が認められるか否かは、第2

この時点でCはもうすで
危険な場所に
いけなかったのでは？

設問5では ガケの近くに移動した
事実はあったもしれない？

(2)の通り判断する。

本問においても、甲とCは父子関係にあり甲はCに対して扶助義務を負っている。また、周囲の状況からして、甲はCの死亡結果を左右する立場にある。したがって、甲には、Cを救助する作為義務があったといえる。

また、甲がTに近づけば容易にCを発見することができたのであり、発見できていれば Cを自動車の中に連れていくなどして、~~C死亡という~~結果Cを救助するのは容易かつ可能であった。

したがって、甲について殺人罪の実行行為性が認められる。

(2) 本問において、C死亡という結果は生じていない。

(3) 甲は、TをCと思い、救助を行わず立ち去っている。そこで、甲には客体の錯誤があり故意が阻却されないか問題となる。

故意責任の本質は反規範的人格態度が看取できる点にある。そして、規範は構成要件ごとに与えられているため、認識事実と実現事実とが構成要件的評価として一致する限度で実現事実にも故意責任を認める。

本問において、Cに対する不作為とTに対する不作為は、殺人罪の構成要件のうち「人」という点で一致しているため、故意責任を認める。

(4) よって、甲には殺人未遂罪が成立する。

3 以上のように反論すると考えられる。

以上

（第問）