

第1 設問1について

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を殴った。徹底的に調査すべきである。」と発言した行為につき、名誉毀損罪（刑法（以下、法令名を省略する。）230条1項）が成立しないか。

2 同罪の成立には、①公然と事実を摘示し、②人の名誉を毀損したことが必要である。

（1） まず、「公然と事実を摘示」したといえるか。

ア 「公然」とは、摘示された事実を不特定多数又は多数の人が認識し得る状態に置くことをいう。もっとも、特定少数人に対する事実の摘示であっても、それらの者を通じて不特定多数者が摘示内容を知りうる可能性がある場合には、「公然」の要件を満たすといえる。

また、「事実」とは、その内容が真実であることは要しない。

イ 本件では、乙はPTA役員会において、乙を含む保護者4名とA高校の校長という特定少数人に対してのみ、上記発言をしている。しかし、役員会で教員の暴行事件をA高校の校長が知れば、その後に調査が行われることは当然想定され、A高校の教員への聞き取り調査の結果、教員ら全員が乙の上記発言内容を認識している。また、教員の暴行事件という内容から、保護者の間でも好機目にさらされ、噂として広まる可能性の高いといえ、乙は不特定多数人が認識しうる状態に置いたといえる。

ウ よって、「公然と事実を摘示」したといえる。

（2） 次に、「名誉を毀損した」といえるか。

ア 「名誉を毀損」するとは、人の社会的評価を低下させることをいうところ、社会的名誉が害されたかの判断は困難であるから、現実には名誉が侵害されていなくても、人の社会的評価を低下させるような事実を公然と摘示すれば、「名誉を毀損」したといえる。

イ 本件での乙の発言においては、特定人の名称や呼称は含まれていない。

しかし、A 高校で2年の数学を担当しているのは丙のみであるから、乙の「2年生の数学を担当する教員」という発言によって丙は特定されている。そして、教員が生徒を殴るという事実は、その教員の評判や教員としての適格性を低下させるものであり、実際に丙が授業を行うことを禁止されていたことからしても、丙の社会的評価を低下させるものであったといえ、このような事実を公然と摘示している。

ウ よって、「名誉を毀損した」といえる。

3 そして、乙は、丙の社会的評価を低下させるおそれのある事実を、役員会において摘示することにより、その後の調査等を通じて不特定又は、多数人に伝播させる認識・認容があったといえ、故意（38条1項）は認められる。

4 乙が、本件行為を行ったのは、個人的な恨みによるものであり、公益を図る目的はないため、230条の2第1項の適用はない。

5 以上より、乙の上記行為に名誉毀損罪が成立し、乙はかかる罪責を負う。

第2 設問2について

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、殺人未遂罪（203条、199条）が成立しないか。

（1） まず、殺人罪の実行行為が認められるか。不作為の実行行為性がみとめられるかが問題となる。

ア この点、実行行為とは、構成要件的結果発生の現実的危険性を有する行為をいうところ、不作為によっても法益侵害は可能であるから不作為であっても実行行為たりうる。もっとも、自由保障の見地から不作為による実行行為は制限的に解すべきであり、作為による実行行為と同価値を有する場合、具体的には、①当該構成要件的結果発生を防止すべき法律上の作為義務を有する者が、その義務に違反し、②その作為義務が可能かつ容易であるにもかかわらず、それを怠った場合に認められる。

また、法的作為義務の有無は、法令、先行行為、慣行等を基礎に、被害

者の法益の維持及び存続が行為者に具体的かつ排他的に依存するか否かを総合的に判断する。

イ 本件では、乙は甲の父であるから、甲は乙に対し法令上扶助義務（民法730条）を負っている。そして、乙が倒れてい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く、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、倒れている乙を発見することは困難であった。このような状態を鑑みると、甲以外に乙の存在に気付く者はおらず、乙にはすぐそばの崖から転落するおそれがあったため、乙の生命という法益の維持・存続は甲に排他的に依存していたといえる。よって、甲には、乙を救助する法的義務が存在し、甲はこれに違反している（①充足）。

また、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つ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、甲はこれを容易に行うことができた。しかし、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おり、作為が可能かつ容易であるにもかかわらず、これを行わなかったといえる（②充足）。

ウ したがって、甲による上記不作為は殺人罪の実行行為にあたる。

（2） また、実行の着手（43条）とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を惹起した時点で認められるところ、甲が、転落すれば死亡する危険のある崖のそばに転倒した乙を放置してその場を去ろうとした時点で、乙死亡の現実的危険性が惹起されたといえる。よって、殺人罪の実行の着手は認められる。

もっとも、乙は搬送先の病院で一命を取り留めており、死亡結果は発生していないため、殺人未遂罪の客観的構成要件が認められる。

（3） では、甲に同罪の故意が認められるか。

ア 故意とは、構成要件的结果発生の認識・認容をいい、人の死亡結果を生

じさせる高度の危険性を有する行為をそのような行為と認識しつつ当該行為に及んだ場合には、殺人の故意が認められると解する。

イ 甲は、乙が崖下に転落し、甲が死亡する危険性を認識していたにも関わらず、乙を助けるのをやめようと考え、乙の救助を一切行うことなくその場から去ったのであるから、殺人の故意が認められる。

(4) よって、甲には殺人未遂罪が成立する。

2 これに対し、保護責任者遺棄罪（218条）が成立するに留まるという立場からは、不作为による殺人未遂罪と保護責任者遺棄罪の区別が㉞法的作為義務（保護責任）の程度と㉟殺意の有無により判断すべきという点からの反論が考えられる。

(1) ㉞について

殺人未遂罪に比べ、保護責任者遺棄罪の法定刑が軽いことから、後者における法的作為義務の方が前者よりも広く認められると解される。

たしかに、甲と乙は親子関係にあり、先述の通り排他的支配状況が認められる。もっとも、本件で乙が意識朦朧となるほどの怪我を負った原因は、乙が丙に追いかけられ転倒したことにあり、その時点で丙が乙を救助することは可能であり、一次的な救助義務は丙にあるといえる。そして、その後に乙を発見した甲には二次的な作為義務があるにすぎず、このような甲の作為義務は不作为による殺人罪を成立させる程強いものとは言えず、保護責任者遺棄罪に留まるとの反論が考えられる。

(2) ㉟について

まず、崖のそばに乙を放置したからといって、崖下に転落するとは限らず、さらに転落したとしても、死亡するとは限らないため、甲の行為は乙の死亡結果を生じさせる高度の危険性を有するものとはいえず、そのような行為と認識しつつ、当該行為に及んだとしても殺人の故意は認められないとの反論が考えられる。

また、甲の行為が乙の死亡結果を生じさせる高度の危険性を有するとしても、甲は乙に叱責されたことを思い出し、乙を助けるのをやめようと考えた野であるから、積極的に乙の死亡結果を認容していると評価することはできないとの反論が考えられる。

3 私見

(1) ㉑について

たしかに、乙が負傷した原因は甲ではなく、丙にあるものの、崖の近くに移動したのは、甲が乙に声をかけたことにより、乙が意識を取り戻し歩き出したことにある。そうだとすると、崖からの転落については甲の行為もその一端を担っていると評価でき、右行為は先行行為にあたりうる。

よって、甲には不作為の殺人罪を成立させるに足りる、法的作為義務を負っていたが、これに違反したといえる。

(2) ㉒について

まず、甲の行為は乙の死亡結果を生じさせる高度の危険性を有するか否かについては、失神し崖の近くに転倒している以上、意識を取り戻した際にふらつくことや、正常な判断ができず崖に向かって動いてしまう可能性は十分あるといえる。また、崖下が岩場となっているため、打ちどころによっては、転落により人の死亡結果を生じさせる高度の危険性を有するといえる。

次に、殺意の判断においては、人の死亡結果を発生させる危険性がある行為と、そのような行為としての認識があれば足り、積極的な結果の認容までは不要であると解する。

よって、甲は乙の死亡結果を生じさせる高度の危険性を有する行為を、そのような行為として認識しており、結果発生を消極的に認容していたといえるため、殺意が認められる。

(3) 以上より、甲には乙に対する殺人未遂罪が成立し、甲はかかる罪責を負う。

第3 設問3について

- 1 甲に丁に対する殺人未遂罪が成立すると主張するためには、丁の救助を一切行うことなくその場から去った行為が不作为による殺人罪の実行行為といえる必要がある。もっとも、甲と丁の間にはなんらの特殊な人的属性が認められず、丁の重症につき全くの無関係である甲には法的作為義務が認められない（①不充足）ため、甲の行為には、犯罪が成立しえないようにも思われる。

そこで、不能犯と未遂犯の区別が問題となる。

- （1） 不能犯と未遂犯の区別は、実行行為性の問題であり、実行行為とは、特定の構成要件に該当する法益侵害の現実的危険性を有する行為をいう。そして行為は、主観と客観の両方から成り立っているため、客観的事情に加え、行為者の主観的事情も考慮されるべきである。

そこで、上記の区別は、一般人が認識しえ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見地から行為の危険性の有無を判断すべきである。

- （2） 本件では、一般人からしても、丁の体格や着衣が乙と似ており、夜間で同駐車場には街灯がなく暗かったことから、丁を乙と誤認する可能性は十分に存在しており、この認識を基礎として行為の時点に立って判断すると、乙は甲の父であり、親に生じた危難については子が親を救助する義務を負うため、甲には法的作為義務あるにも関わらず、これに違反したといえる（①充足）。そして、119番通報するなどして、救助することは可能かつ容易であったにも関わらず、これを怠ったといえる（②充足）。

よって、甲には不作为による殺人罪の実行行為が認められ、上記行為の開始時点で、実行の着手が認められる。

- （3） そして、丁は一命を取り留めており、結果は発生していない。

- （4） 以上より、殺人未遂罪の客観的構成要件は認められる。

- 2 もっとも、甲は、丁を乙と誤認しているところ、故意が認められるか。

具体的事実の錯誤の処理が問題となる。

(1) そもそも、故意責任の本質は、反規範的人格態度に対する道義的避難であり、規範は構成要件の形で一般人に与えられている。そこで、行為者が認識した事実と現実に発生した事実が同一構成要件内で符合する限り、規範に直面しえたといえ、故意が認められる。

(2) 本件では、乙も丁も「人」であるから、「人を死亡させた」という点で一致する。

よって、構成要件的故意も認められる。

3、以上より、甲には殺人未遂罪が成立する。