

2018本試験論文刑法 型を使って本多講師はこう書きます

ガイダンス 刑法

【平成30年刑事系第1問】

辰巳専任講師・弁護士 本多 諭 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・YOKOHAMA・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

— Contents —

- ◆ 刑法の一般的な書き方
（合格答案テンプレ講座の「書き方レジュメ」より） 1

- ◆ 刑法の論証例
（合格答案テンプレ講座の「論証例・定義・趣旨レジュメ」より） 7

- ◆ 問題文 9

- ◆ 講師作成参考答案 14

- ◆ 受験生再現答案 18

－ 刑法の一般的な書き方 －

(合格答案テンプレ講座の「書き方レジュメ」より)

第1 刑法の問題点

罪責

構成要件該当性 (各論の論点)

実行行為, 違法性, 責任 (総論の論点)

共犯について (共犯の種類, 共犯特有の論点)

罪数

第2 それぞれの書き方

1 罪責

問題となりやすいもの

① 殺人罪と傷害致死罪, 保護責任者遺棄致死罪などの殺意の有無

この場合は, 結果だけでなく行為態様をも踏まえて考える。例えば, 人が死亡していても, 行為態様が悪質でなければ, 殺人罪だけでなく傷害致死罪も成立しないかを考慮し, 逆に, 人が死亡していなくても, 行為態様が悪質であれば, 殺人未遂罪も考慮する。

ただ, 実際に答案に書くのは, 殺意についての規範を出した上でのあてはめだけである。

② 詐欺罪系の迷い

詐欺罪か横領罪 (あるいは窃盗罪, 恐喝罪等) かで迷った時は, 基本的に欺く行為は, 横領の手段に過ぎないとして, 横領罪 (あるいは窃盗罪, 恐喝罪) で検討する。

③ 業務上横領罪と背任罪 (業務上横領罪だけを書く場合)

業務上横領罪の保護法益は, 「物に対する所有権及び委託信任関係」であり, 背任罪の保護法益は「全体財産及び委託信任関係」であり, 両者は一部重なりあいが認められる。法益侵害が一つであることから両罪が成立する場合は, 重い業務上横領罪が成立する。

そこで, 業務上横領罪の構成要件について検討する。

2 構成要件該当性

(1) 通常の罪責

その罪責の構成要件に該当しているか、端的に示す。

事実を示して、軽く評価する。

例えば、「甲が乙を殴り加療 1 週間の打撲を負わせ、これにより乙の生理的機能が害されたので、傷害罪の構成要件に該当する」等。

(2) 特に構成要件該当性が問題となる罪責

詐欺罪、横領罪、背任罪等は、構成要件該当性が問題となるので、この場合は、それぞれ要件を出して、その要件の説明をして、あてはめる。

※ 正当防衛も要件を出して説明してあてはめることになる。

3 実行行為性、違法性、有責性

- ・ 構成要件該当性を端的に示したら、実行行為性（不作為等）、因果関係、未遂犯・中止犯、違法性（正当防衛等）、責任（故意、過失）、などから問題となるところを検討する。
- ・ 必ず何の議論をしているかを明示する（構成要件、違法性、責任、因果関係）。
- ・ この論点が見つけられるかがポイントであるが、まず上記の問題点を検討し、次に判例が問題としている点から考えることになる。

4 共犯について

- (1) どのタイプの共犯関係か（例えば教唆犯か間接正犯か，教唆犯か共謀共同正犯か）必ず端的に示す。

これが論点になっている事もある。その場合は，最初に共犯関係について論証する。

- (2) 論点

その後，共犯特有の論点を書く。

この場合も，実行行為性（不作為等），因果関係，未遂犯・中止犯，違法性（正当防衛等），責任（故意，過失），等から考えると論点の落としがなくなりやすい。

- (3) 注意点

共犯者相互の論理関係を整合させること。

整合させやすいように（書きやすいように）答案構成で吟味すること。

5 罪数論について

罪数論は判例の具体例で押さえる。

具体的な書き方

① 観念的競合や牽連犯は一言説明する。

乙は20万円の交付を受けた点について、詐欺未遂罪と恐喝罪の共同正犯の罪責を負う（60条，250条，246条1項，249条1項）。そして，両者は，1個の行為が2個以上の罪名にあたるといえることから，観念的競合となる（54条1項前段）。

② 併合罪は結論だけ書く。

甲は業務上横領罪の教唆犯（61条1項，253条）と監禁罪，偽計業務妨害罪の共同正犯（60条，220条後段，233条後段）の罪責を負い，これらは全て併合罪（45条前段）となる。

③ かすがい現象は，それぞれの罪責の関係を明確に説明する。

甲には，A方への住居侵入罪（130条前段）と300万円についての窃盗罪（235条），2万円について強盗致傷罪（240条前段）が成立する。また，窃盗罪及び強盗致傷罪は，住居侵入罪と目的と手段の関係にあることから，牽連犯（54条1項後段）となり，住居侵入罪をかすがいとして全体として科刑上一罪となる。

第3 注意点

1 場合分けの仕方

正犯者から書き，人によって場合分けをする。
事実ごとに書いていくこともある。

2 犯罪の分け方

例えば被告人が10分ごとに一発ずつ人を殴った場合など，どこで場合分けしていいか悩んだときは，自分が検察官になったつもりで考える。検察官は，無罪となるような場合にまで立件をすることは，絶対にやりたくないはずである。

3 客観と主観が異なっているとき

客観的な事実と行為者の主観とが異なっているときは，客観から主観へと書く。
その際，「客観的には構成要件に該当する」等と「客観的には」などと入れると書きやすい。

4 規範について

規範を立てるときは，基本的に判例の規範を立てる。

5 あてはめについて

事実を評価して当てはめると高評価。

問題文に出ている事実をどの論点で拾うべきであるかが重要。

問題文に出ている事実を重複してあてはめに使うこともある。

6 殺意の判断基準

犯行の態様（凶器の種類・形状・用法，創傷の部位・程度）。

一 刑法の論証例 一

(合格答案テンプレ講座の「論証例・定義・趣旨レジュメ」より)

■ 刑法総論

☆ 不真正不作為犯

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い、不作為によってもかかる危険性を生じさせることは可能であるから、不作為も実行行為となり得ると考える。

ただ、あらゆる不作為が実行行為に該当するとするのでは、刑法の自由保障機能が没却され妥当でない。

そこで、①作為義務が存在し、②作為の容易性・可能性が認められる場合には、不作為にも実行行為性が認められると解する。

※構成要件との同価値性を入れるのであれば、下の論証を使う。

そこで、①作為義務が存在し、②作為が容易かつ可能であり、③作為によって当該構成要件を実行する場合と同価値と評価できる行為に限り、実行行為性を認めるべきである。

☆ 不作為犯における因果関係

不作為犯における因果関係は、ある期待された行為をしていれば結果が発生しなかったかという点で仮定的判断をいれざるをえない。そこで、期待された当該作為があれば、十中八、九結果の回避が可能であるといえる関係があれば、因果関係が認められると考える。

☆ 客体の錯誤

故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらず、あえて行為に及んだ反規範的意思活動への責任非難である。

そして、規範は構成要件によって与えられているので、構成要件の範囲内で主観と客観が一致していれば、故意責任を問いうる(法定的符合説)。

☆ 故意

故意とは、構成要件該当事実の認識・認容をいい、結果が生じてもやむをえないという未必的なものでも足りると解する。

■ 刑法各論

☆ 真実性の錯誤について

真実だと思って、人の名誉を毀損してしまった。このような真実性の誤信が犯罪成立に対していかなる影響を与えるか？

230条の2は名誉権保護と表現の自由の保障（憲法21条1項）との調和の見地により違法性阻却事由を定めたものと解する。よって、このような真実性の誤信は、違法性阻却事由の錯誤の問題となる。そこで違法性阻却事由の錯誤の場合、責任故意が阻却されないか。

故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらず、あえてそれを乗り越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、この場合の違法性阻却を基礎付ける事実とは「真実であることの証明があったとき」（230条の2第1項）という訴訟法的表現を実体法上の表現に引き直し、証明可能な程度の真実性をいうと解する。具体的には、客観的に確実な資料・根拠に基づいて証明可能な程度に真実であると信じた場合には、責任故意が阻却されると解すべきである。

論文式試験問題集
[平成30年刑事系科目第1問]

[刑事系科目]

1 【第1問】(配点：100)

2 次の【事例】を読んで、後記の【設問1】から【設問3】までについて、具体的な事実を指摘し
3 つつ答えなさい。

4

5 【事例1】

6 1 甲(男性、17歳)は、私立A高校(以下「A高校」という。)に通う高校2年生であり、A
7 高校のPTA会長を務める父乙(40歳)と二人で暮らしていた。

8 2 7月某日、甲は、他校の生徒と殴り合いのけんかをして帰宅した際、乙から、顔が腫れている
9 理由を尋ねられ、他校の生徒とけんかをしたことを隠そうと思い、とっさに乙に対し、「数学の
10 丙先生から、試験のときにカンニングを疑われた。カンニングなんかしていないと説明したのに、
11 丙先生から顔を殴られた。」とうそ話をしたところ、乙は、その話を信じた。

12 乙は、かねてから丙に対する個人的な恨みを抱いていたことから、この機会に恨みを晴らそう
13 と思い、丙が甲に暴力を振るったことをA高校のPTA役員会で問題にし、そのことを多くの人
14 に広めようと考えた。そこで、乙は、PTA役員会を招集した上、同役員会において、「2年生
15 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。な
16 お、同役員会の出席者は、乙を含む保護者4名とA高校の校長であり、また、A高校2年生の数
17 学を担当する教員は、丙だけであった。

18 3 前記PTA役員会での乙の発言を受けて、A高校の校長が丙やその他の教員に対する聞き取り
19 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広まった。丙は、
20 同校長に対し、甲に暴力を振るったことを否定したが、当分の間、授業を行うことや甲及び乙と
21 接触することを禁止された。

22

23 【設問1】 【事例1】における乙の罪責について、論じなさい(業務妨害罪及び特別法違反の点
24 は除く。)

25 なお、乙には、公益を図る目的はなかったものとする。

26

27 【事例2】

28 4 丙は、甲及び乙との接触を禁止されていたが、乙に対し、前記PTA役員会での乙の発言の理
29 由を直接尋ねたいと考え、8月某日午後10時に乙を町外れの山道脇の駐車場に呼び出した。

30 乙は、丙と直接話をするに当たり、甲が丙から顔を殴られたことについて、甲に改めて確認し
31 ておこうと思い、甲に対し、「今日の午後10時に山道脇の駐車場で丙と会うことになった。あ
32 の話は本当だよな。」と尋ねた。甲は、乙と丙が直接話合いをすることを知り、このまもうそを
33 つき通すことはできないと思い、乙に対し、うそであることを認めて謝った。乙は、甲がうそを
34 ついていたことに怒り、「なぜ、うそをついたんだ。」と怒鳴りながら、甲の顔を複数回殴って叱
35 責した。

36 5 同日午後10時頃、乙は、自動車を運転して、前記駐車場まで行き、同駐車場に自動車を駐車
37 して自動車から降りると、同駐車場において、既に到着していた丙と向かい合って、話を始めた。
38 そして、丙が乙に前記PTA役員会での乙の発言の理由を尋ねたところ、乙は、「息子もうそだ
39 と認めたので、この話は、これで終わりだ。」と言い、一方的に話を終わらせ、自己の自動車の

1 方に向かって歩き出した。丙は、乙の態度に納得できずに「まだ話は終わっていない。」と言っ
2 て乙を追い掛けたところ、乙は、急いで自動車に乗り込もうとした際、石につまずいて転倒し、
3 額をコンクリートブロックに強く打ち付け、額から血を流して意識を失った。丙は、乙が額から
4 血を流して意識を失ったことに驚き、その場から立ち去った。

5 6 甲は、乙と丙の話合いがどうなったかが気になり、同日午後10時30分頃、バイクを運転し
6 て前記駐車場に向かい、同駐車場で倒れている乙を発見した。甲は、同駐車場に止めたバイクに
7 またがったまま、乙に「親父。大丈夫か。」と声を掛けたところ、これにより乙が意識を取り戻
8 して立ち上がった。乙は、甲が同駐車場にいることには気付かず、自己の自動車を駐車した場所
9 に向かおうとしたが、意識がはっきりとしていなかったため、その場所とは反対方向の崖に向か
10 って歩き出し、約10メートル歩いた崖近くで転倒して意識を失った。

11 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。さらに、
12 乙が転倒した場所は、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乙が見えなかつ
13 た。もっとも、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、その怪我により
14 乙が死亡する危険はなかった。しかし、乙が転倒した場所のすぐそばが崖となっており、崖から
15 約5メートル下の岩場に乙が転落する危険があった。

16 7 甲は、バイクから降りて、乙に近づいて乙の様子を見ており、乙の怪我が軽傷であること、乙
17 が転倒した場所のすぐそばが崖となっており、崖下の岩場に乙が転落する危険があることを認識
18 していた。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連れ
19 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
20 易に行うことができた。

21 しかし、甲は、丙から顔を殴られたという話がうそであることを認めて謝ったのに、乙から顔
22 を複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考え、乙の救助を一切行
23 うことなく、その場からバイクで走り去った。

24 8 その後、甲が自宅に到着した頃、乙は、意識を取り戻して起き上がろうとしたが、崖に向かっ
25 て体を動かしたため、崖下に転がり落ち、後頭部を岩に強く打ち付け、後頭部から出血して意識
26 を失った。この時点で、乙の怪我の程度は重傷であり、乙が意識を失ったまま崖下に放置されれ
27 ば、その怪我により乙が死亡する危険があった。

28 9 同日午後11時30分頃、乙は、意識を取り戻し、自己の携帯電話機で119番通報を行い、
29 臨場した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た。

30
31 【設問2】 【事例2】における甲の罪責について、以下の(1)及び(2)に言及しつつ、論じなさい
32 (特別法違反の点は除く。)

33 (1) 不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場からは、どのような説明が考えられるか。

34 (2) 保護責任者遺棄等罪(同致傷罪を含む。)にとどまるとの立場からは、不作為による殺人未
35 遂罪が成立するとの立場に対し、どのような反論が考えられるか。

36
37 【設問3】 【事例2】の6から9までの事実が以下の10及び11の事実であったとする。

38
39 10 甲は、乙と丙の話合いがどうなったかが気になり、同日午後10時30分頃、バイクを運転
40 して山道脇の駐車場に向かい、同駐車場で意識を失って倒れている丁を発見した。丁は、甲と
41 は無関係な者であるが、その怪我の程度は重傷であり、そのまま放置されれば、その怪我によ

1 り死亡する危険があった。

2 甲は、丁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、
3 夜間で同駐車場には街灯がなく暗かったことから、丁を乙と誤認した。

4 11 甲は、重傷を負った乙が死んでも構わないと思いつつ、乙と誤認した丁の救助を一切行うこ
5 となく、その場からバイクで走り去った。その後、丁は、意識を取り戻し、自己の携帯電話機
6 で119番通報を行い、臨場した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
7 一命を取り留めた。

8 なお、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。また、
9 同駐車場には、丁以外にも負傷した乙が倒れており、甲は、乙の存在に気付いていなかったが、
10 丁を救助するために丁に近づけば、容易に乙を発見することができた。

11

12 この場合、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
13 主張に対し、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、甲に同罪
14 が成立すると反論するには、どのような構成が考えられるかについて、論じなさい。

【MEMO】

平成30年論文式試験刑事系第1問

＝ 講師作成参考解答 ＝

Memo

P.1 設問1

2 第1 名誉毀損罪の構成要件について

3 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
4 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、丙に対
5 する名誉毀損罪が成立しないか（刑法（以下略）230条）。以下
6 構成要件について検討する。

7 2 「公然と」について

8 「公然と」とは、不特定または多数人が知りうる状態のことをい
9 う。事実の摘示を受けた直接の相手方が特定の数人であって、他の
10 者に伝播して結局不特定多数人が知りうる可能性がある場合も含
11 むと解する。

12 本件では、乙の発言の直接の相手方は、保護者3名とA高校の校
13 長の4名で、特定かつ少数人数ではある。しかし、乙は「徹底的に調
14 査すべきである」と発言しており、聞き取り調査をすれば他の教員
15 などに、丙が生徒の顔を殴ったといううわさが広まるおそれがある。

16 従って、他の者に伝播して不特定多数人が知りうる可能性がある
17 といえ、同構成要件を満たす。

18 3 「事実を摘示」について

19 「事実の摘示」とは、本罪の保護法益が人の外部的名誉であるこ
20 とから、人の社会的評価を低下させるに足りる事実を告げること
21 をいい、内容の真実性は問われない。

22 乙の発言は、「丙」と明示されていないが、A高校の2年生の数
23 学を担当する教員は丙だけであるので、A高校の教員や保護者から
P.2 は、被害者は特定されている。また、教員が生徒を殴ったという事
2 実事は、傷害罪（204条）に該当する可能性があるものであるので、
3 教員の社会的評価を低下させるに足りる事実といえる。また、乙が
4 発言した内容は、虚偽の事実であるが、内容の真実性は問われない
5 ため、同構成要件を満たす。

6 4 「人の名誉を毀損した」について

7 「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
8 ら、人の社会的評価を低下させる恐れのある状態を発生させたこと
9 で足り、現実にこれを低下させたことまでは必要としない。

10 上述したように、教員が生徒を殴ったという事実は、傷害罪（2
11 04条）に該当する可能性があるものであるので、丙の社会的評価
12 を低下させるおそれのある行為といえ、当該要件も満たす。

13 従って、構成要件を満たす。

14 第2 故意について

15 1 乙は「丙が甲の顔を殴った」という虚偽の事実を真実と誤信して
16 発言していることから、真実性の錯誤が認められる。230条の2
17 は違法性阻却事由を定めたものと解されるため、このような真実性
18 の誤信は、違法性阻却事由の錯誤の問題となり、責任故意が阻却さ
19 れないか。

20 2 故意責任の本質は、規範に直面したにもかかわらず、あえてそれ
21 を乗り越えて行為に及んだことに対する道義的非難である。この場
22 合の違法性阻却を基礎付ける事実とは「真実であることの証明があ
23 ったとき」（230条の2第1項）という訴訟法的表現を実体法上

P.3 の表現に引き直し、客観的に確実な資料・根拠に基づいて証明可能な程度に真実であると信じた場合には、責任故意が阻却されると解すべきである。

3 本件では、乙は、甲の話なんらの調査することなく信用しているため、客観的に確実な資料・根拠に基づいて証明可能な程度に真実であると信じた場合とはいえない。従って、責任故意の阻却は認められない。

よって、丙に対する名誉毀損罪が成立する。

9 設問2 小問(1)

10 第1 不真正不作為犯の実行行為

11 1 甲は、意識を失っている乙の救助を一切行っていないため、甲の当該不作為が殺人未遂罪（199条、203条）を構成すると考

12 えるためには、以下のように説明することになる。
14 2 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い、不作為によってもかかる危険性を生じさせることは可能であるから、不作為も実行行為となり得ると考える。ただ、あらゆる不作為が実行行為に該当するとするのでは、刑法の自由保障機能が没却され妥当でない。そこで、①作為義務が存在し、②作為の容易性・可能性が認められる場合には、不作為にも実行行為性が認められると解する。

21 3 本件では、乙は甲の父親であるため、甲には乙に対する扶助義務がある（民法730条）。また、乙が倒れていた駐車場は、山道脇にあり、街灯がなく、時刻も午後10時30分頃と夜であり、車や人通りがほとんどなかった。そして、乙が転倒した場所は草木に覆

P.4 われ、山道及び駐車場からは倒れている乙が見えなかった。そのため、甲以外に乙を救助することはできず、甲には排他的な支配があるといえる。そのため、①は肯定される。

5 甲は乙を乙の自動車の中に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できたし、甲はそれを容易に行なうことができたため、②も認められる。

8 従って、殺人の実行行為が認められる。

9 第2 因果関係について

10 1 次に、甲の不作為と乙の転落との間に因果関係が認められるであろうか。

12 不作為犯における因果関係は、ある期待された行為をしていれば結果が発生しなかったかという点で仮定的判断をいれざるをえない。そこで、期待された当該作為があれば、十中八、九結果の回避が可能であるといえる関係があれば、因果関係が認められると考える。

17 2 甲が乙を発見した時点では、乙の怪我は軽傷であり甲が死亡する可能性はなかったといえる。そのため、乙を崖のそばから移動させ、車に乗せるなどすれば十中八、九結果の回避が可能であるといえる。

よって、因果関係も肯定される。

21 第3 故意について

22 1 故意（38条1項本文）とは、構成要件該当事実の認識・認容をいい、結果が生じてもやむをえないという未必的なものでも足りると解する。

P.5 2 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いたにもかかわらず、乙を助けるのをやめようと考えている。そして、人が崖から約5mの下

3 の岩場に転落した場合、頭などを強く打ち付けて死亡する可能性もあることから、甲は乙が崖下に転落して死亡

6 しうることを認識・認容し、結果が生じてもやむをえないと考えて
7 いたといえる。
8 よって、故意も認められる。
9 以上から、甲には、不作為の殺人未遂罪が成立する。

10 設問2 小問(2)

11 第1 保護責任者遺棄致傷罪(218条, 219条)について
12 これに対し、甲は保護責任者遺棄致傷罪にとどまるとする見解か
13 らは、作為義務が否定される、故意が否定されるという2つの反論
14 が考えられる。以下、詳述する。

15 第2 作為義務が否定されることについて

16 1 不作為による殺人罪と保護責任者遺棄等罪(218条)について、
17 前者は結果犯であるのに対し、後者は危険犯であるため、両者を同
18 様に解することは妥当でない。殺人罪の作為義務と、保護責任者遺
19 棄致傷罪の「置き去り」とは程度が異なり、殺人罪の作為義務が認
20 められるためには、生命に対する危険が「置き去り」より切迫して
21 いる必要がある。そして、殺人罪の実行行為の程度に達しない場合
22 は、殺意があっても殺人罪を構成せず、保護責任者遺棄罪が成立す
23 るにとどまることとなる。

P.6 2 本件では、甲は乙に直接手を出していないため、法益侵害の危険
2 を生じさせたものではない。また、乙の死の危険は、怪我によるも
3 のではなく、崖下に転落することによりはじめて現実化されるもの
4 であり、間接的なものであり、崖下に転落する可能性のある段階で
5 は、いまだ死の危険が切迫しているとまではいえない。

6 従って、甲は、殺人罪の作為義務までは認められず、実行行為の
7 程度に達しないため、保護責任者遺棄等罪にとどまると反論する。

8 第3 故意が否定されること

9 1 前述したように、故意とは、構成要件該当事実の認識・認容して
10 いることをいう。

11 2 乙は、甲の怪我が軽傷であることしか認識していない。また、転
12 落する危険があることは認識しているものの、転落により乙が死亡
13 する危険性までは認識・認容していない。

14 従って、殺人罪の構成要件該当事実の認識・認容まではないため、
15 故意は否定されると反論する。

16 設問3

17 第1 不作為の実行行為

18 1 甲には無関係の丁を救助する義務が認められないので、殺人未遂
19 罪(199条, 203条)は成立しないと主張は、甲の不作為が、
20 被害者を丁とする殺人罪の実行行為と認められない不能犯とする
21 ものである。そこで、甲に、丁に対する作為義務が認められるかが
22 問題となる。

23 2 実行行為とは、法益侵害の現実的危険性を有する行為をいうところ、
P.7 殺人罪における作為義務は、人を死亡させる現実的危険性を除
2 去するために期待される行為をする義務があるものをいう。そして、
3 実行行為は、主観と客観の総合体であるから、作為義務の存否も行
4 為時に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
5 情を基礎として、一般人を基準に判断すべきである。

6 3 本件で、「親に生じた危難については、子は親を救助する義務を
7 負う」という立場を前提にすると、甲は乙については救助すべき義
8 務を負う。そして、一般人は丁を乙と誤認する可能性があり、甲も
9 丁を乙と認識していることから、丁は甲の親である乙であるとする
10 事情を基礎として判断することになる。

11 以上を基礎事情とすると、甲の子である乙には、丁について作為
12 義務を肯定することになる。

13 第2 故意について

14 1 もっとも、甲は丁を乙と誤認していることから、故意責任（38
15 条1項本文）を問えるか、具体的事実の錯誤が問題となる。

16 2 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
17 に及んだ反規範的意思活動への責任非難である。そして、規範は構
18 成要件によって与えられているので、構成要件の範囲内で主観と客
19 観が一致していれば、故意責任を問いうる（法定的符合説）。

20 3 本件では、甲の主観は乙に対する殺人であり、発生した結果は丁
21 に対する殺人未遂であるため、いずれも「人を殺す」という同一の
22 構成要件には一致している。

23 従って、甲は丁に対する殺人罪の故意が認められる。

P.8 第3 結語

2 以上から、上記の構成により、甲に殺人未遂罪が成立すると反論
3 することができる。

4 以 上

平成30年論文式試験刑事系第1問

— 受験生再現答案 —

Memo

P.1 第一 設問1について

2 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
3 子の顔を殴った」と発言したことにつき、名誉毀損罪（刑法23
4 0条1項）が成立しないか。

5 2(1) 名誉毀損罪は人の外部的名誉を保護法益とする。名誉毀損罪
6 は、①「公然と」②「事実を摘示」したこと、③人の名誉を毀
7 損したことで成立する。

8 (2) まず、「事実を摘示」につき、「うちの子の顔を殴った」旨発
9 言しており、具体的な事実を摘示している。

10 そして、顔を殴るという行為は、暴行罪（刑法208条）等
11 に該当する違法な行為である。また、社会通念上も不当な行為
12 とされるから、人の名誉を毀損するに足りる具体的事実を摘示
13 したといえ、「事実を摘示」にあたる（②充足）。

14 (3) では、「公然と」事実を摘示したといえるか。公然と事実を
15 摘示したというためには、不特定または多数者に対し、事実の
16 摘示がなされなければならない。

17 ア この点、乙が直接に事実を摘示したのは、PTA役員会出
18 席者である保護者3名とA高校の校長の4名である。

19 4名では多数とはいえない。また、PTA役員会出席者は、
20 PTA役員ないしそれに準ずる者に限られると推察される
21 ところ、事実の摘示の相手方は特定されている。

22 そうだとすれば、公然性を満たさないとも思える。

23 イ しかしながら、行為者が直接に不特定または多数に対し事
P.2 実を摘示した場合と、行為者の発言により噂として広まって
2 結果として、不特定または多数に事実が伝わった場合とで、
3 被害者の名誉が毀損される程度は変わらない。

4 したがって、行為者が直接に事実を摘示した相手は、特定
5 かつ少数であっても、当該事実が不特定または多数に伝播す
6 る可能性がある限り、「公然」性の要件を満たす（伝播性の
7 理論）。そして、かかる可能性は、行為者が被害者の近親者
8 等に事実を摘示し、かつ他言を禁じた場合等、特段の事情が
9 ない限り、肯定されると考える。

10 ウ 本件において、直接に乙から事実の摘示を受けたPTA役
11 員会の出席者は、丙の近親者等ではなく、また、乙は他言を
12 禁じていない。実際、教員25名という多数に対し、伝播
13 していた。

14 したがって、公然性を満たす（①充足）

15 (4)ア さらに、「人の名誉を毀損した」といえるか。この点、名
16 誉毀損罪は抽象的危険犯であるから、現実には名誉が毀損され
17 たことは要しない。ただし、「人」とは特定人でなければな
18 らず、東京都民や九州人のような、幅のある表現では、原則
19 として③の要件を欠く。

20 イ 本件では、「2年生の数学を担当する教員」とのみ指摘し、
21 丙という特定人の名前を指摘していない。

22 しかしながら、名誉毀損罪の保護法益が人の外部的名誉で
23 ある以上、人の外部的名誉の毀損のおそれがあれば良いから、

P.3 直接または間接に事実の摘示を受けた者の既知の事実をも考慮できる。

この点、A高校2年生の数学を担当する教員は丙だけであった。そして、PTA役員会の保護者やA高校の教員は、かかる事実を知っていたと考えられるから、「2年生の数学を担当する教員」は丙と特定できる。

ウ したがって、特定性を満たし、③が認められる。

(5) 故意（刑法38条1項）もある。

3 よって、乙は名誉毀損罪の罪責を負う。

第二 設問2について

1 小問(1)

(1) 甲に不作为による殺人未遂罪（刑法199条、203条）が成立すると説明するには、いかに説明すべきか。

(2)ア これに関し、不真正不作为犯の成否について、刑法の法益保護機能の観点からはこれを肯定するのが望ましい。一方、刑法の自由保障機能の見地から、不当に処罰対象が拡大するのを防ぐ必要がある。

そこで、①作為義務のある者が、②作為可能性・容易性が認められるにもかかわらず、当該作為を怠った場合には、作為と構成要件的に同価値といえ、不真正不作为犯が成立する。

イ 作為義務は、法令、契約、条理により一般的義務が認められ、かつ、具体的状況の下当該作為を行うべき義務が認められることを要する。

P.4 まず、甲は乙の子であるところ、法令上、子は親を救助すべき義務がある（民法735条1号、730条）。

そして、乙が倒れていたのは山道脇の駐車場である。この点、山道脇の駐車場には、街灯がなく、人の出入りもなかったため、通行人が乙を発見して救助する可能性は低かった。そして、乙が転倒した場所は草木に覆われていたため、なおさら通行人が乙を発見する可能性は低かった。そうだとすれば、甲は乙の法益を支配していたといえる。

したがって、甲には、乙を乙の自動車に連れて行く等の作為をすべき義務があった（①充足）。

ウ そして、乙を乙の自動車の中に連れていくことを、甲は容易に行うことができた（②充足）。

エ したがって、殺人未遂罪の実行行為が認められる。

(3) では、故意（刑法38条1項）が認められるか。

ア この点、乙が転倒した場所のすぐそばが崖になっており、崖から約5メートルの岩場に転落する危険があった。そして、甲は、このことを認識していた。

人が約5メートルも下に転落した場合には、死亡する危険がないとはいえない。さらに、下の地面が岩場であるから、固い地面といえ、さらに死亡する危険が増す。しかも、乙は転倒により額という人体の枢要部に怪我をしていたのだから、崖下に転落した場合には、この傷と相まって死亡する危険もあった。

P.5 イ このようなことからすれば、甲に少なくとも未必の殺意が認められる。

(4) 甲に殺人未遂罪が成立すると説明するには、このような説明が可能である。

2 小問(2)

6 (1) 甲の不作为が、保護責任者遺棄致傷罪（刑法218条，21
7 9条）にとどまるとの立場からは、以下のような反論が可能で
8 ある。

9 (2) まず、刑法199条の文言は、「人を殺した」となっている
10 ところ、作為のみを規定しているから、不真正不作为犯は否定
11 すべきであるとの反論である。

12 (3) つぎに、殺人罪に不作为犯が認められるとしても、未必の殺
13 意は認められないから、殺人罪の故意はない。そして、殺人罪
14 の作為義務と保護責任は同一であり、両罪は故意のみが異なる
15 ところ、保護責任者遺棄致傷罪にとどまる旨、反論する。

16 ア この点、未必の殺意があるというためには、乙が不注意に
17 より崖から転落することを認識、認容していなければならない
18 いる。すなわち、不作为の殺人未遂罪は、被害者の行為を利用
19 するもので、間接正犯形態で犯すことになる。

20 しかしながら、乙が崖から転落する可能性は高いとはいえ
21 ない。したがって、乙の不注意を支配、利用しているとはい
22 えず、殺人未遂罪の間接正犯たりえない。

23 イ そして、甲が乙を発見した時点においては、乙の怪我は軽
P.6 症であり、その怪我から死亡する危険はなかった。甲はこの
2 ことを認識していた。

3 ウ したがって、甲に殺意はなく、保護責任者遺棄罪の故意に
4 とどまる。

5 (4) 以上のような反論ができる。

6 第3 設問3について

7 1 甲に殺人未遂罪が成立すると主張するためには、どのような構
8 成が考えられるか。

9 2(1) この点、作為義務の有無については、一般人が認識しえた事
10 情、および作為者が特に認識していた事情を基礎に判断すべき
11 である。

12 そして、甲と同じ立場の一般人でも、丁を乙と誤認する可能
13 性が十分にあった。また、甲は丁を乙と誤認した。

14 そうだとすれば、乙と誤認した丁を救助すべき義務が、甲に
15 は認められるというべきである。

16 (2) そして、丁を救助するために丁に近づけば、容易に乙を発見
17 でき、乙を救助できた以上、作為可能性、容易性も認められる。

18 (3) 以上の構成による。

19 以 上

辰 巳 法 律 研 究 所

東京本校：〒169-0075 東京都新宿区高田馬場4-3-6
TEL03-3360-3371（代表） ☎ 0120-319059（受講相談）
<http://www.tatsumi.co.jp/>

横浜本校：〒221-0835 神奈川県横浜市神奈川区鶴屋町2-23-5 銀洋第2ビル4F
TEL045-410-0690（代表）

大阪本校：〒530-0051 大阪市北区太融寺町5-13 東梅田パークビル3F TEL06-6311-0400（代表）
京都本校：〒604-8187 京都府京都市中京区御池通東洞院西入る笹屋町435
京都御池第一生命ビルディング2F TEL075-254-8066（代表）

名古屋本校：〒450-0003 名古屋市中村区名駅南1-23-3 第2アスタービル4F
TEL052-588-3941（代表）

福岡本校：〒810-0001 福岡市中央区天神2-8-49 ヒューリック福岡ビル8F
TEL092-726-5040（代表）

岡山校：〒700-0901 岡山市北区本町6-30 第一セントラルビル2号館 8階
穴吹カレッジキャリアアップスクール内 TEL086-236-0335