

2020司法試験 合格答案テンプレ講座 5月ガイダンス

本試験過去問から答案の型を学べば
途中答案のリスクは大きく減らせます

ガイダンス

平成30年刑事系第1問（刑法）

辰巳専任講師・弁護士 本多 諭 先生

辰巳法律研究所

TOKYO・OSAKA・KYOTO・NAGOYA・FUKUOKA

— Contents —

◆ 問題文	1
◆ 法務省発表の出題趣旨	6
◆ 平成30年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）	10
◆ 講師作成参考答案	16
◆ 合格者再現答案	20
◆ 配点表	23

表2

論文式試験問題集

[平成 3 0 年刑事系科目第 1 問]

【刑事系科目】

【第1問】（配点：100）

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つつ答えなさい。

【事例1】

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
2 高校のPTA会長を務める父乙（40歳）と二人で暮らしていた。

3 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
4 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
5 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、
6 丙先生から顔を殴られた。」とうその話をしたところ、乙は、その話を信じた。

7 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
8 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
9 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
10 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
11 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
12 学を担当する教員は、丙だけであった。

13 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
14 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、
15 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
16 接触することを禁止された。

17 【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
18 は除く。）。

19 なお、乙には、公益を図る目的はなかったものとする。

【事例2】

20 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
21 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。

22 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
23 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
24 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、このまうそを
25 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
26 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
27 責した。

28 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
29 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。
30 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
31 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。

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。

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。

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】

【法務省発表の出題趣旨】

本問は、(1)設問1で、A高校のPTA会長である乙が、同高校のPTA役員会において、「2年生の数学を担当する教員(丙)がうちの子(甲)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いて、名誉毀損罪の成否を検討させ、(2)設問2で、夜間の町外れの山道脇の駐車場において、負傷して倒れていた父親の乙を救助しなかった甲の不作为について、殺人未遂罪及び保護責任者遺棄等罪が成立すると主張する上での各理論構成を検討させ、さらに、(3)設問3で、同所において、甲とは無関係の丁が負傷して倒れていた場合に、その丁を救助しなかった甲の不作为について、殺人未遂罪が成立すると主張する上での理論構成を検討させることにより、刑事実体法及びその解釈論の知識と理解を問うとともに、具体的な事実関係を分析し、その事実に法規範を適用する能力並びに論理的な思考力及び論述力を試すものである。

10 (1) 設問1について

本問では、乙の罪責について、丙に対する名誉毀損罪の成否を検討することになる。そこで、同罪の客観的構成要件である「公然」、「事実の摘示」、「人の名誉」及び「毀損」という各構成要件要素について、事実を指摘して具体的に論じる必要がある。

まず、「公然」の意義について、判例の見解では、不特定又は多数人が認識し得る状態をいうとされているところ、公然性が認められるためには、不特定又は多数人が現実に摘示内容を認識することを必要とせず、認識できる状態に置かれれば足りることを的確に指摘する必要がある。

その上で、乙がA高校のPTA役員会において、これに出席していた校長及び保護者3名に対し、丙に関する悪評を伝えた行為に公然性が認められるかが問題となる。判例の立場によれば、摘示の相手方が特定かつ少数人であっても、その者らを通じて間接的に不特定又は多数人へと伝播する可能性がある場合には、人に対する社会的評価を低下させる危険を生じさせることから、公然性を肯定できることを論じることになる。もっとも、「公然」とは、文理上、結果の公然性ではなく、行為の公然性を意味するものであることや、伝播させるかどうかという相手方の意思により犯罪の成否が左右されるのは不当であることなどを理由として、伝播性の理論を否定し、摘示の直接の相手方が不特定又は多数人であることが必要であるとする見解に立って論じることが可能である。

本問において、乙が摘示した直接の相手方は、PTA役員会に出席していた校長及び保護者3名という特定かつ少数人にとどまるものの、これらの出席者は、多数人であるA高校の生徒の保護者らの代表者であって、同役員会における協議結果等を他の保護者や教員ら同高校関係者に伝達・連絡することが当然予定されている。そのような場において、乙が「徹底的に調査すべきである。」などと発言して、丙の暴力行為を糾弾することは、出席者である校長又はPTA役員を介して、同高校内における事実調査や噂話により、同高校関係者等の不特定又は多数人に伝播する可能性が十分あり得ることに着目すれば、伝播性の理論を肯定する立場からは、公然性が認められることになる。他方、伝播性の理論を否定する立場からは、摘示の直接の相手方が特定かつ少数人にとどまることから、公然性は認められないことになる。

次に、「事実の摘示」、「人の名誉」及び「毀損」の各構成要件要素についても、それぞれの意義を正確に押さえつつ、本問における乙の発言について、具体的事実を指摘して、それらの要件充足性の検討を行う必要がある。その際、A高校2年生の数学を担当する教員は丙だけであつたことから、「2年生の数学を担当する教員」という発言が、特定の対象者に対する事実の摘示で

あることを論じるほか、教員である丙が生徒である甲の顔を殴ったという事実を摘示することは、高校教員という職業的地位に鑑み、法的保護に値する社会的評価を害するに足りる行為といえることを論じる必要がある。

他方、乙の発言について公然性を否定した場合には、PTA役員会の出席者であった校長による聞き取り調査を通じて、A高校の教員らに丙の悪評を広めた点を捉えて、乙に、校長の行為を利用した名誉毀損罪の間接正犯あるいは校長との共同正犯や教唆犯が成立しないかについても更に検討する余地がある。

そして、主観的要件として、名誉毀損罪の故意の有無を検討する必要があるところ、乙において、丙の名誉を毀損する意図や目的まで有していたかどうかに関わりなく、自らのPTA役員会における発言によって、丙の社会的評価を低下させるおそれがある事実を不特定又は多数人に伝播させることの認識、認容があったと認められることを簡潔に指摘する必要がある。

なお、乙は、丙が甲に暴力を振るったことが真実であると誤信しているが、そもそも、乙には、公益を図る目的がなかったことから、刑法第230条の2の適用は問題とならない。また、PTA役員会における乙の発言については、教員の生徒に対する暴力行為を保護者として糾弾する行為として、刑法第35条の正当行為に該当するか否かを検討する余地はあるが、乙は、丙に対する個人的な恨みを晴らそうという目的から、PTA役員会での発言に及んでいることを考慮すれば、乙の行為に社会的相当性は認められず、正当行為には該当しないものと考えられる。

(2) 設問2について

本問では、甲の罪責について、①殺人未遂罪が成立するとの立場と、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場の双方の主張・反論に言及しつつ、最終的に自説としていかなる結論を採るのかを論じる必要がある。

まず、①不作為による殺人未遂罪が成立するとの立場からは、作為犯と対比して構成要件的に同価値と評価できるか否かについて、作為義務と作為可能性の観点から判断すべきであることを指摘する必要がある。

作為義務については、その発生根拠と内容を指摘・検討した上で、本問において、甲と乙が親子関係にあることを前提に、甲が本件駐車場で倒れている乙を発見した後、自らが乙に声を掛けたことにより、意識を取り戻した乙が崖近くまで歩いて転倒した様子を見ていること、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乙が転落するおそれがあったところ、当時、本件駐車場には、車や人の出入りがほとんどなかった上、乙が転倒した場所は、草木に覆われており、山道及び本件駐車場からは倒れている乙が見えなかったことなどの事実に触れつつ、先行行為や事実上の引受け、さらには、排他的支配性や危険の創出等の発生根拠の充足性について論じる必要がある。

また、作為可能性については、その要件としての必要性を簡潔に指摘した上、本問において、乙が崖近くで転倒した時点で、甲は、本件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して、乙が崖下に転落することを確実に防止することを容易に行うことができたことから、作為の可能性・容易性が認められることを論じる必要がある。

そして、不作為犯の実行の着手時期についても、その判断基準を示した上で、本問において、甲が、乙が崖近くで転倒していることを認識しながら、乙の救助を行わないことを決意した時点、又は、その決意の表れとして本件駐車場から走り去った時点、あるいは、乙が崖下に転がり落ちて重傷を負った時点で、実行の着手を認めることができることを指摘する必要がある。

さらに、甲に殺人未遂罪が成立するためには、主観的要件として殺意が認められる必要がある

ことから、その点に関する甲の認識内容について、事実を指摘して具体的に論じなければならない。

次に、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場からは、まずは、前提として、保護責任の意義及び不作為による殺人未遂罪における作為義務との異同を論じつつ、本問において、甲に、乙に対する保護責任が認められることを指摘する必要がある。

その上で、殺人未遂罪と保護責任者遺棄等罪の区別の基準について、判例・学説に照らし、殺意の有無という主観面による判断要素や、重大な先行行為の有無や危険の程度といった客観面による判断要素を検討すべきであることを、その理由にも言及しつつ論じる必要がある。

本問において、主観面による判断要素に照らせば、甲は、乙が崖近くで転倒した時点で、乙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おそれがあることを認識した上で、乙を助けることをやめようと考えたのであるから、抽象的には、乙が死亡する危険性があることを認識・認容していたものといえる。もっとも、この時点で、乙の怪我の程度は軽傷であり、その怪我により乙が死亡する危険はなかったのであるから、甲に殺意があったと認定するためには、乙が死亡する具体的危険性、すなわち、崖近くで転倒している乙が、再び意識を取り戻すなどした後、何らかの原因により、崖から約5メートル下の岩場に転落し、頭部等を岩に強打することによって即死するか、あるいは、仮に即死に至らなかったとしても、瀕死の重傷を負うことになり、そうなった場合、車や人の出入りがない夜間の山道において、第三者の救助を得ることなく死亡するという危険が現実化することを認識したことが必要である。ただし、甲に殺意が認められるとしても、客観面による判断要素を考慮して、甲が乙に声を掛けた先行行為自体は死の危険性が乏しい、あるいは、乙の怪我が軽傷であって、崖下への転落の危険も抽象的なものととどまるとして、殺人未遂罪の成立を否定する余地はある。

以上を踏まえ、甲の罪責について、自説の立場として、いかなる結論を採るのかについて、反対説の立場からの反論を意識しつつ、その理由付けの補強や再反論を論じていくことが肝要である。

(3) 設問3について

本問では、甲は、客観的には、乙に対して救助の作為義務を負っている一方で、主観的には、(乙と誤認された)丁に対して救助の作為義務を負っていると誤信しているところ、甲に殺人未遂罪が成立すると主張する上での理論構成を論じる必要がある。

同罪の成否が問題となる対象として、故意犯の成否は、認識された事実を前提に検討されることから、丁の近くで現実には倒れている乙ではなく、丁の代わりに存在すると誤信されている乙であることを的確に指摘する必要がある。

次に、危険の判断方法として、存在すると誤信されている(その意味で、現実には存在しない)乙を不救助により殺害することはできないことから、いわゆる客体の不能が問題となるところ、作為犯における未遂犯と不能犯を区別する基準に関する学説に照らして、甲の不作為に殺人の実行行為性が認められないかを検討することになる。

例えば、甲は、丁の体格や着衣が乙に似ていたこと、本件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、丁を乙と誤認している上、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、抽象的危険説からは、甲が認識していた事情を基礎として危険性が認められることになり、具体的危険説からは、一般人が認識し得た事情を基礎として危険性が認められることになる。他方、客観的危険説からは、行為時に存在した全ての事情を基礎とすれば、丁はあくまで丁であって、危険性は認められ

1 ないことになるが、修正された客観的危険説に立つと、同駐車場には丁以外にも負傷した乙が倒
2 れており、甲が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のであるか
3 ら、かかる仮定的事実の下で、危険性が認められる余地があるということになる。そこで、自説
4 の立場を論じた上で、その危険の有無について結論を導き出す必要がある。

5 そして、自説の立場を前提に、甲に殺人未遂罪が成立すると主張するため、主観面、すなわち、
6 殺意の存在についても言及する必要がある。本問では、現実には丁が存在し、甲は、その丁を、
7 乙と誤認しながらも客体としては認識していたという事情があるため、具体的事実の錯誤（客体
8 の錯誤）として捉えれば、丁に対する故意が肯定され、現実に存在した丁を対象とする殺人未遂
9 罪が成立することになる。これに対して、具体的事実の錯誤（客体の錯誤）として捉えない場合
10 は、甲には、丁の代わりに仮定された乙に対する故意が肯定され、その意味で、乙を対象とする
11 殺人未遂罪が成立することになる。その場合、具体的事実の錯誤（客体の錯誤）として捉えない
12 理由が論じられるべきである。

平成30年司法試験の採点実感（刑事系科目第1問）

1 1 出題の趣旨、ねらい

2 既に公表した出題の趣旨のとおりである。

3

4 2 採点方針

5 本問では、比較的長文の具体的事例について、甲及び乙の罪責やその理論構成を問うことによ
6 り、刑法総論・各論の基本的な知識と問題点についての理解の程度、事実関係を的確に分析・評
7 価し、具体的事実法規範を適用する能力、結論の妥当性や、その結論に至るまでの法的思考過
8 程の論理性、論述力等を総合的に評価することを基本方針として採点に当たった。

9 すなわち、本問は、設問1で、A高校のPTA会長である乙が、同高校のPTA役員会におい
10 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
11 言した行為について、乙の罪責を問うものであるところ、行為態様や危険が及ぶ法益等に着目し、
12 名誉毀損罪の成否が問題になることを的確に判断し、同罪の構成要件要素を検討した上で、問題
13 文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめを行うことになる。また、設問2では、夜間の町外
14 れの山道脇の駐車場において、負傷して倒れていた父親の乙を救助しなかった甲の不作为につい
15 て、殺人未遂罪が成立すると主張する場合の理論構成及び保護責任者遺棄等罪が成立すると主張
16 する場合の理論構成をそれぞれ検討させつつ、結論として甲の罪責を問うものであるところ、両
17 罪の区別において問題となり得る論点を的確に指摘して検討し、さらに、両罪の各構成要件要素
18 について必要な範囲で検討を加え、問題文に現れた事実を丁寧に拾い出して当てはめを行うこ
19 になる。さらに、設問3では、同所において、甲とは無関係の丁が負傷して倒れていた場合に、
20 その丁を父親である乙と誤認しながら救助しなかった甲の不作为について、殺人未遂罪が成立す
21 ると主張する上での理論構成を問うものであるところ、同様に、問題となり得る論点を的確に指
22 摘した上、問題文に現れた事実を拾い出して検討することになる。

23 いずれの設問の論述においても、各事例の事実関係を法的に分析した上で、事案の解決に必要な
24 範囲で法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に摘示しつつ法規範に当てはめて妥当
25 な結論や理論構成を導くこと、さらには、それらの結論や理論構成を導く法的思考過程が論理性
26 を保って整理されたものであることが求められる。ただし、論じるべき点が多岐にわたることか
27 ら、事実認定上又は法律解釈上の重要な事項については手厚く論じる一方で、必ずしも重要とは
28 いえない事項については簡潔な論述で済ませるなど、答案全体のバランスを考えた構成を工夫す
29 ることも必要である。

30 出題の趣旨でも示したように、設問1では、事例1における乙の罪責について、丙に対する名
31 誉毀損罪の成否を検討するに当たり、同罪の客観的構成要件である「公然」、「事実の摘示」、「人
32 の名誉」及び「毀損」という各構成要件要素について、事実を指摘して具体的に論じることが求
33 められていた。この点、「公然」の意義について、不特定又は多数人が認識し得る状態をいうとす
34 る判例の見解を正確に指摘し、乙が事実を直接摘示したA高校の校長及び保護者3名というPT
35 A役員会の出席者が、特定かつ少数人であることを認定した上、摘示の直接の相手方が特定かつ
36 少数人である場合に、伝播可能性の理論を肯定して公然性を認めるか否かについて、その理由を
37 含めた検討を加え、本問の具体的事実関係において当てはめを行う必要があった。また、「事実の
38 摘示」、「人の名誉」及び「毀損」についても、それぞれの意義を区別して正確に指摘した上、本
39 問の具体的事実について当てはめを行う必要があった。さらに、誰の名誉に関する事実の摘示で

あるかという特定性についても問題となることを指摘し、本問への当てはめを行うことが求められていた。そして、名誉毀損罪の主観的要件である故意について、上記の客観的事実に対する認識、認容があったことを簡潔に指摘する必要がある。

設問2では、事例2における甲の罪責が問われていることから、問題文の(1)及び(2)の問い掛け、すなわち、①殺人未遂罪が成立するとの立場と、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場の双方の主張・反論に言及しつつ、最終的に自説としていかなる結論を採るのかを的確に論じる必要があった。したがって、上記(1)及び(2)を小問形式と捉えて、それぞれの理論構成を別個に論じただけにとどまり、自説としての結論の論述を欠く答案については、出題の趣旨に沿うものではないこととなる。

①殺人未遂罪が成立するとの立場からの理論構成においては、作為義務について、その発生根拠及び成立要件を明確に論じて、本問の具体的事実についての的確に当てはめを行う必要があった。また、作為可能性については、その必要性を簡潔に指摘した上、問題文に現れた具体的事実関係において、それが認められることを述べる必要があった。不作為犯の実行の着手時期についても、その判断基準を示した上で、本問において、いずれの時点で甲に不作為による実行の着手を認めることができるかを指摘する必要があった。さらに、殺意についても、甲が立ち去った時点での客観的状況の認識に加え、その後の危険の現実化に関する甲の認識内容を具体的に論じる必要があった。

一方、②保護責任者遺棄等罪にとどまるとの立場からの理論構成においては、まずは、同罪と殺人未遂罪の区別を論じる前提として、保護責任の意義及び成立根拠、作為義務との異同を論じつつ、本問において、甲に保護責任が認められることを指摘する必要があった。その上で、殺人未遂罪との区別の基準について、殺意の有無という主観面による判断要素や、重大な先行行為の有無、危険の程度といった客観面による判断要素を検討すべきであることを論じた上、本問において、殺人未遂罪の成立を否定する根拠を指摘する必要があった。そして、最終的な自説の立場として、保護責任者遺棄等罪にとどまるとの結論を採る場合には、同罪における客体、行為及び故意といった、保護責任以外の各構成要件該当性についても論じる必要があった。

設問3では、事例3における甲に殺人未遂罪が成立すると主張する上での理論構成を論じるに当たり、まずは、同罪の成否が問題となる対象を的確に指摘する必要があった。すなわち、甲は、客観的には、乙に対して救助の作為義務を負っている一方で、主観的には、丁を乙と誤認して、その丁に対して救助の作為義務を負っていると誤信しているところ、認識された事実を前提として、丁の代わりに、そこに存在すると誤認された乙が対象となるべきであることを指摘する必要があった。

いずれにしても、甲に殺人未遂罪が成立すると主張する上で、まずは、客観面、すなわち、甲の不作為による殺人の実行行為性を検討する必要がある。そのための危険の判断方法として、そこに存在すると誤信されているにすぎない乙を、不救助により殺害することはできないことから、いわゆる客体の不能が問題となることを的確に指摘し、作為犯における未遂犯と不能犯を区別する基準について、自説の立場を論じた上、本問における危険の有無について結論を導き出す必要があった。そして、自説の立場から危険の存在を認定し、客観面として実行行為性が認められることを前提に、主観面として、自らが特定した対象となる客体に対する殺意の存在についても言及する必要がある。この点、具体的事実の錯誤（客体の錯誤）として捉える場合は、丁に対する故意が肯定されることを、一方、そのように捉えない場合は、丁の代わりに、そこに存在すると誤認された乙に対する故意が肯定されることを論じるべきであった。

1

2 3 採点実感等

3 各考査委員から寄せられた意見や感想をまとめると、以下のとおりである。

4 (1) 全体について

5 本問は、前記2のとおり、論じるべき点が多岐にわたることから、各論点の体系的な位置付
6 けを明確に意識した上、厚く論じるべきものと簡潔に論じるべきものを選別し、手際よく論じ
7 る必要があった。また、問題文に誘導的な記載があるにもかかわらず、論じる必要のない論点
8 を論じる答案や、必ずしも重要とは思われない論点を長々と論じる答案も見られた。

9 本問を論じるに当たって必要とされている論点全てを検討した答案は少数であったが、その
10 少数の答案を含め、総じて、規範定立部分については、いわゆる論証パターンをそのまま書き
11 写すことだけに終始しているのではないかと思われるものが多く、中には、本問を論じる上で
12 必要のない論点についてまで論証パターンの一貫として記述されているのではないかと思われ
13 るものもあり、論述として、表面的にはそれらしい言葉を用いているものの、論点の正確な理
14 解ができていないのではないかと不安を覚える答案が目についた。また、規範定立と当てはめ
15 を明確に区別することなく、問題文に現れた事実を抜き出しただけで、その事実が持つ法的意
16 味を段落論じずに結論を記載するという答案も少なからず見られた。前述のように、論点の正
17 確な理解とも関係するところであり、規範定立を怠らないのは当然として、結論に至るまでの
18 法的思考過程を論理的に示すことが求められる。

19 なお、設問2及び3については、そもそも問題文を誤解したせいか、出題の趣旨を正確に把
20 握できていない答案が相当数見られた。

21 (2) 各設問について

22 ア 設問1について

23 名誉毀損罪の客観的構成要件要素について、それらの意義の理解が不正確な答案が散見さ
24 れた。例えば、公然性の論述において、「不特定又は多数人」が認識し得る状態とすべきところ、
25 単に「不特定多数人」と記載するだけで、「又は」なのか「かつ」なのかが不明瞭な答案
26 が多く見られた。また、伝播可能性に関する論述では、摘示の直接の相手方が特定かつ少数
27 人であることの認定をしていない答案が散見された上、規範なのか当てはめなのかが曖昧な
28 まま、「伝播可能性があれば公然性が肯定される」とだけ指摘して終える答案が相当数あり、
29 伝播可能性の理論を肯定する理由付けについて言及できている答案が少なかった。さらに、「人
30 の名誉」と「毀損」を区別して論じている答案が少なかった上、「毀損」の要件について、同
31 罪を抽象的危険犯であると解しながら、「丙が甲に暴力を振るったとの話が広まった」という
32 結果面を強調し、あたかも具体的な毀損結果の発生が必要であるかのように論じる答案が散
33 見された。

34 主観的要件である故意の点については、全く検討していない答案が相当数あった。また、
35 この点を論じている答案においても、乙が「かねてから丙に対して抱いていた個人的な恨み
36 を晴らそうと思った」ことを故意の内容として指摘するなど、認識・認容の対象となる事実
37 が何かを正確に理解している答案は少なかった。

38 乙における真実性の誤信について、刑法第230条の2の適用の可否を検討する答案が一
39 定数あったが、そもそも、問題文で「乙に公益を図る目的はなかったものとする」と明示し
40 ていることから、本問において、この点を論じる必要はなかった。また、乙における正当行
41 為（刑法第35条）又はその誤想について論じた上、名誉毀損罪の成立を否定する答案が少

1 ならずあったが、本来の出題の趣旨からは外れるため、殊更論じる必要まではなかった。

2 イ 設問2について

3 甲の罪責について、問題文の(1)及び(2)の問い掛けを小問形式であると誤って捉え、それぞ
4 れの立場からの理論構成を論じただけで完結してしまい、最終的に自説としていかなる結論
5 を採るのが論じられていない答案が散見された。また、自説として、一応の結論を論じて
6 いる答案においても、上記(1)又は(2)で論じた反対の立場に対する反論や自説の理由付けの補
7 強に関する論述が不十分である答案が目立った。

8 また、本問の解答を、刑法の自由保障機能や罪刑法定主義との関係に触れる紋切り型の論
9 証パターンを用いて、不真正不作為犯の処罰根拠から書き始める答案が数多く見られた。こ
10 れらは、本問の事案内容に即し、何を厚く論じるべきかを考えていない、あるいは、理解で
11 きていない答案と言わざるを得なかった。

12 不作為による殺人未遂罪の作為義務の発生根拠については、総じて、甲に作為義務が成立
13 する要件を示した上で、本問に現れた具体的事情を拾い上げてこれに当てはめることができ
14 ている印象であったが、中には、規範定立と当てはめに齟齬を来している答案が散見された。
15 さらに、甲が乙に嘘を付いたことを先行行為として指摘する答案もあり、先行行為や排他
16 的支配といった要件を基礎付ける具体的事情についての理解が不十分な答案も少なからずあ
17 った。

18 同罪の実行の着手時期については、作為義務に関する論述の結論と合わせて、「乙は死亡し
19 ていないから未遂となる」とするのみで、同罪が成立する具体的な時点を特定しない答案が
20 多かった。他方で、未遂犯であるにもかかわらず、因果関係について、しかも、どの「結果」
21 との間の関係かも曖昧なままに長々と論じている答案が多数あった。これらは、論証パター
22 ンが無自覚に書き出したものと思われるが、仮に未遂犯においても結果の発生を必要とする
23 見解に立つのであれば、殺人未遂罪が問われている本問では、甲の不作為と乙が死亡する危
24 険との間の因果関係を検討すべきであった。

25 同罪の殺意については、甲が乙を放置したまま立ち去った時点で殺意を認める答案が多か
26 ったが、反対説の立場から、甲において、乙が死亡することの認容の有無のみで殺意を判断
27 している答案が散見された。

28 他方、保護責任者遺棄等罪に関しては、前提となる保護責任の有無・内容について丁寧に
29 検討できている答案も一定数あったが、その検討を全くしないまま、いきなり殺人未遂罪と
30 の区別の基準を論じる答案が相当数あった。また、同罪と保護責任者遺棄等罪の区別の基準
31 について指摘するものの、その理由付けまで丁寧に論じられている答案は少数であった。

32 ウ 設問3について

33 対象となる客体について、近くに倒れていた乙と解しているように受け取れる答案も見ら
34 れ、全体として、これを明確に指摘できている答案は少なかった。

35 また、甲の不作為について、客観面での殺人の実行行為性を検討することなく、客体の錯
36 誤の問題と捉えて、主観面のみを検討する答案が相当数あった。一方で、実行行為性が問題
37 になることには気付いたものの、不能犯の理論の応用であることを自覚的に検討できている
38 答案が少なかった。更に言うと、不能犯論を論じる際、具体的危険説を採りながら、甲が誤
39 信していた事情のみを指摘するなど、抽象的危険説に立つかのような当てはめをしている答
40 案もあり、学説の理解が不十分と思われる答案も見られた。

41 (3) その他

例年指摘しているところではあるが、文字が乱雑で判読しづらい答案や基本的用語の漢字に誤記のある答案が散見された。また、文章の補足・訂正に当たって、極めて細かい文字で挿入がなされる答案も相当数あった。時間的に余裕がないことは承知しているところであるが、採点者に読まれるものであることを意識して、大きめで読みやすい丁寧な文字で書かれることが望まれる。

(4) 答案の水準

以上を前提に、「優秀」「良好」「一応の水準」「不良」と認められる答案の水準を示すと、以下のとおりである。

「優秀」と認められる答案とは、本問の事案を的確に分析した上で、本問の出題の趣旨や採点方針に示された主要な問題点について検討を加え、成否が問題となる犯罪の構成要件要素等について正確に論述するとともに、必要に応じて法解釈論を展開し、問題文に現れた事実を具体的に指摘して当てはめを行い、設問ごとに求められている罪責や理論構成について論理的に矛盾のない論述がなされている答案である。

「良好」と認められる答案とは、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について指摘し、それぞれの罪責について論理的に矛盾せずに妥当な結論等を導くことができているものの、一部の問題点について検討を欠くもの、その理論構成において、主要な問題点の検討において、理解が一部不正確であったり、必要な法解釈論の展開がやや不十分であったり、必要な事実の抽出やその意味付けが部分的に不足していると認められるものである。

「一応の水準」と認められる答案とは、事案の分析が不十分であったり、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点について一部論述を欠いたりするなどの問題はあるものの、論述内容が論理的に矛盾することなく、刑法の基本的な理解について一応ではあるものの示すことができている答案である。

「不良」と認められる答案とは、事案の分析がほとんどできていないもの、刑法の基本概念の理解が不十分であるために、本問の出題の趣旨及び前記採点の方針に示された主要な問題点を理解できていないと認められたもの、事案に関係のない法解釈論を延々と展開しているもの、問題点には気付いているものの結論が著しく妥当でないもの、論述内容が首尾一貫しておらず論理的に矛盾したり論旨が不明であったりしているもの等である。

4 法科大学院教育に求めるもの

刑法の学習においては、刑法の基本概念の理解を前提に、論点の所在を把握するとともに、各論点の位置付けや相互の関連性を十分に整理し、犯罪論の体系的処理の手法を身に付けることが重要である。

また、これまでも繰り返し指摘しているところであるが、判例学習の際には、結論のみならず、当該判例の前提となっている具体的事実を意識し、結論に至るまでの理論構成を理解した上、その判例が述べる規範の体系上の位置付け及びそれが妥当する範囲について検討し理解することが必要である。

今回の論文式試験では、事案の解決のために問題となる論点とそうでない論点の見極めが重要であったが、問題となる論点自体の体系的な位置付けについての整理が不十分なまま、論証パターンを無自覚に記述するため、問題とならない論点についてまで長々と論じる答案が目についたことから、事案の全体像を俯瞰して、事案に応じて必要な論点について過不足なく論じるための法的思考能力を身に付けることが肝要である。

- 1 このような観点から、法科大学院教育においては、まずは刑法の基本的知識及び体系的理解の
- 2 修得に力点を置いた上、判例学習等を通じ具体的事案の検討を行うなどして、正解思考に陥らず
- 3 に幅広く多角的な検討を行う能力を涵養するとともに、論理的に矛盾しない、事案に応じた適切
- 4 で妥当な結論やその理論構成を導き出す能力を涵養するよう、より一層努めていただきたい。

平成30年論文式試験刑事系第1問

＝ 講師作成参考答案 ＝

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わき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を
21 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 実とは、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、高校の教員である丙が生徒である甲を殴ったと
11 いう事実は、高校教員という職業的地位に鑑みれば、法的保護に値
12 するに足りる社会的評価を害するおそれのある行為といえ、当該要
13 件も満たす。

14 従って、構成要件を満たす。

15 第2 故意について

16 次に乙の故意について検討するに、故意は、構成要件該当事実の
17 認識・認容をいう。

18 乙は丙への恨みを晴らそうと思い、PTA役員会で「2年生の数
19 学を担当する教員がうちの子の顔を殴った」と発言し、その発言に
20 よって当該事実を多くの人に広めようと考えている。そこから、乙
21 には、丙の社会的評価を低下させるおそれがある事実を不特定多数
22 又は多数人に伝播させることの認識・認容があったといえる。

23 従って、故意が認められる。

P.3 なお、乙は、丙が甲に暴力をふるったことが真実であると誤信しているが、そもそも、乙には公益を図る目的がなかったことから、230条の2の適用は問題とならない。

よって、丙に対する名誉毀損罪が成立する。

設問2

第1 殺人未遂罪について

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、甲の当該不作为が殺人未遂罪（199条、203条）を構成すると考えるためには、以下のように説明することになる。

2 不真正不作为犯の実行行為について

まず、不真正不作为犯の実行行為が問題となるが、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、不作为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、不作为も実行行為となり得ると考える。ただ、あらゆる不作为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、不作为にも実行行為性が認められると解する。

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、甲が本件駐車場で倒れている乙を発見した後、自らが乙に声をかけたことにより、意識を取り戻した乙が崖近くまで歩いて転倒した様子を見ていた。そして、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乙が転落する恐れがある危険な場所であった。そこから、甲の先行行為により、乙は危険な場所に移動したといえる。

加えて、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。乙が転倒した場所は草木に覆われ、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。

甲は、乙が崖近くで転倒した時点で、乙を乙の自動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。

3 実行の着手時期について

次に実行の着手時期であるが、実行の着手とは、犯罪構成要件の実現に至る現実的危険性を含む行為を開始することをいうため、同時期に実行の着手時期が認められる。

本件では、甲が、乙が崖近くで転倒している事を認識しながら乙の救助を行わないと決意し、本件駐車場から走り去った時点で、甲の救助は現実的に不可能となっている。そのため、同時期に殺人罪の実現に至る現実的危険性を含む行為を開始したといえる。

以上から、甲が本件駐車場から走り去った時点で、甲に殺人の実行行為が認められる。

4 殺意について

P.5 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の下の方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しうることを認識・認容していたといえる。

6 よって、殺意も認められる。

7 以上から、甲には、不作為の殺人未遂罪が成立すると説明する。

8 第2 保護責任者遺棄致傷罪（218条、219条）について

9 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
10 らは、作為義務が否定される、仮に作為義務が肯定されたとしても
11 殺意が否定されると反論することになる。

12 第3 甲の罪責について

13 1 では、甲は殺人未遂罪の罪責を負うか、保護責任者遺棄致傷罪に
14 とどまるのか、作為義務と殺意について以下検討する。

15 2 作為義務について

16 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 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ことになる。

8 3 殺意について

9 次に、殺意の有無について検討する。

10 確かに、甲は、乙が崖下の岩場に転落するおそれがあることを認
11 識・認容した上で、救助することをやめようと考えており、抽象的
12 には乙が死亡する危険性があることを認識・認容していたといえる
13 ようにも思える。

14 しかし、この時点では、乙は、甲の怪我が軽傷であることしか認
15 識していない。また、転落する危険があることは認識しているもの
16 の、転落により乙が死亡する程度の危険があり、そうなった場合、
17 車や人の出入りがない夜間の山道において、第三者の救助を得るこ
18 となく死亡するという危険があることまでは認識・認容していない。

19 従って、殺人罪の構成要件該当事実の認識・認容ではないため、
20 殺意は否定されることになる。

21 4 以上から、甲の罪責は、保護責任者遺棄致傷罪となる。

22 設問3

23 第1 不作為の実行行為

P.7 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
2 罪（199条、203条）は成立しないとの主張は、甲の不作為が、
3 被害者を丁とする殺人罪の実行行為と認められないとするもので
4 ある。そこから、いわゆる客体の不能が問題となり甲の不作為に殺
5 人の実行行為性が認められるか、未遂犯と不能犯の区別の基準が問
6 題となる。

7 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。そ
8 して構成要件は、社会通念を基礎とした犯罪類型であり、行為は、
9 主観と客観の総合体であるから、行為者が特に認識していた事情お
10 よび一般人が認識しえたであろう事情を基礎として、行為時におい

て一般人が法益侵害の危険性を感じる場合に実行行為性が認められる。

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事情を基礎として判断することになる。

以上を基礎事情とすると、甲の子である乙には、丁について作為義務が肯定されるため、一般人が法益侵害の現実的危険性を感じる場合といえる。

よって、甲には殺人罪の実行行為性が認められる。

第2 故意について

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条1項本文）を問いえるか、具体的事実の錯誤が問題となる。

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）。

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」という同一の構成要件には一致している。

従って、甲は丁に対する殺人罪の故意が認められる。

第3 結語

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することができる。

以 上

平成30年論文式試験刑事系第1問

－ 合格者再現答案 －

刑事系 **118.49** 点 ランク **A**

(※刑事系合計得点です)

Memo

P.1 第1問

2 設問1

1 乙がPTA役員会にて教員が甲の顔を殴ったことを発言したこと
2 により名誉毀損罪(230条1項)が成立することが考えられるので、
3 以下検討する。

4 2(1)「事実」とは、名誉毀損罪の保護法益が人の外部的名誉である
5 ことから、人の社会的信用を低下させるに足る事実をいう。

6 (2)この点、乙の発言はあくまで2年生の数学科担当教員が暴行を
7 行ったことを指摘するのみで、丙であることを特定してはいない
8 から丙の名誉を害さないとも思える。しかし、2年生の数学科担
9 当教員は丙しかいないのであり、またPTA役員と校長はそれが丙
10 を指していることを用意に理解できるのであるから、この点は問
11 題とならない。

12 (3)丙が甲を殴ったというのは、教員という生徒を指導すべき地位
13 にあるものが生徒に暴行を働いたというあるまじき行為であって、
14 丙の社会的信用を低下させるものである。故に、「事実」にあたる。

15 3(1)では、「公然と…摘示し」といえるか。「公然と」といえるに
16 は不特定多数人に対して事実を摘示することを言うが、乙の発言
17 はPTA役員の4名と校長という特定の少数人にしか伝わってい
18 ないことから本要件を充足しないとも思える。

19 (2)特定少数人に対してのみ事実を摘示した場合であっても、それ
20 らのものを介して不特定多数人に伝播することはあり得、この場
21 合には人の外部的名誉は侵害されることになる。そのため、特定
22 少数人を通じて不特定多数人に伝播する危険がある場合にも「公
23 然と…摘示した」にあたると考える(伝播性の理論)。

2 (3)A高校の生徒の保護者に丙の暴行の事実を伝えれば、その情報
3 が他の保護者に対して共有される可能性は十分にある。また、校
4 長はその真偽を確認するため聞き取り調査を行うなどした際に、
5 丙の暴行の事実が不特定多数人に伝わる危険はある。

6 (4)故に、「公然と…摘示し」といえる。

7 4、また、上記行為により乙は丙の「名誉を毀損した」といえる。な
8 お、本罪は抽象的危険犯であるから、実際に丙の名誉が低下したこ
9 とは不要である。

10 5、乙には上記発言により丙の名誉を既存する故意も認められるから、
11 乙の行為は名誉毀損罪の構成要件に該当する。

12 6(1)もっとも、230条の2第1項の適用が適用されないか。この点、
13 本項は正当な表現行為が表現の自由(憲法21条1項)として保障を
14 受けるものであるから、正当行為(35条)として行為の違法性阻却
15 事由を規定するものと考えらるべきである。

16 (2)丙が甲に暴行を働いたという事実は、教師としての適格性に関
17 わり他の生徒にとっても重要な事項といえるから、「公共の利害に
18 関する事実」といえる。

19 (3)しかし、乙は丙に個人的恨みを抱いておりそれを晴らすつもり
20 で発言を行っているし、公益を図る目的はなかったのであるから
21 「その目的が専ら公益を図ることにあった」ということはできな
22 い。

P.3 7, 故に, 乙の行為に 230 条の 2 第 1 項は適用されず違法性が阻却され
2 れないことから, 名誉毀損罪が成立する。

3 設問 2

4 一, 不作為による殺人未遂罪(199 条, 203 条)が成立するとの立場からの
5 立論

6 1, この立場からは, 丙が乙の危機状態を認識しながら駐車場を去っ
7 た行為が不作為による殺人未遂の実行行為に当たるとして, 殺人未
8 遂罪の成立を認めることが考えられる。以下, 詳述する。

9 2 (1) 実行行為とは構成要件の結果発生の現実的危険性を有する行為
10 を指すところ, 不作為によってもその危険性を生じさせることは
11 可能である。もっとも, 処罰範囲を限定するため, ①作為義務お
12 よび②作為の可能性・容易性が認められる場合に不真正不作為犯
13 の実行行為に当たると考える。

14 (2) ア 甲は丙の同居の親族であるが, 子であって民法上の監護義務
15 を有しているわけではない(民法 820 条参照)。もっとも, 親族
16 関係にある以上, 条理上, 相手に生命の危険が生じている場合
17 には保護すべき義務を有していると考えられることができる。

18 イ また, 行為当時の状況から作為義務を認めることもできる。
19 本件では, 乙は自ら駐車場に向かっており, 自らの行為によっ
20 て意識を失った状態にあるから甲が乙の要保護状態の作出に
21 直接寄与したわけではない。もっとも, 乙が駐車場に向かうこ
22 とになったきっかけは, 乙に丙から殴られた旨の嘘をついたか
23 らであって間接的な寄与をなしたものであるといえる。

P.4 ウ そして, 乙の倒れていた駐車場は町外れにあるものであって,
2 行為当時の夜間にはほとんど車と人の出入りがなく, 誰かが乙
3 に気づいて救助する可能性は低かった。また, 乙が倒れていた
4 場所自体も山道, 駐車場から見えにくく甲しか気づいていなか
5 ったのであるから, 甲は乙の生命を支配する排他的地位を有し
6 ていたと考えることができる。

7 エ 以上の事実から, 甲が乙を救助すべき①作為義務を有してい
8 たと考えることができる。

9 (3) 甲は乙を自動車の中に連れて行くなどして, 乙が崖下に転落す
10 ることを防ぐことが可能であったし容易にできたといえる。よっ
11 て, ②作為の可能性・容易性も認められる。

12 (4) 以上より, 乙の不作為は殺人未遂罪の実行行為に当たると考
13 えることができる。

14 3 (1) 甲に殺意は認められるか。殺意とは, 死の結果発生を認識ない
15 し認容していたことをいう。

16 (2) 行為当時に乙が負っていた怪我自体は死に至る程度のものでは
17 なく, これを認識していたとしても殺意が認められるわけではな
18 い。

19 (3) もっとも, 甲は乙が自らの行為によって崖下に転落する危険が
20 あり, またその場合には乙が死に至ることも十分に認識していた。
21 それにもかかわらず, 甲は乙を救助することなくその場を去って
22 おり, 少なくとも乙に死の結果が生じることを認容していたとい
23 うことができる。

P.5 (4) よって殺意があったといえる。

2 4, 甲の不作為により乙に重大な傷害が生じているものの, 死の結果
3 は発生していないから未遂となる。故に, 甲の不作為には殺人未遂
4 罪が成立する。

5 二, 保護責任者遺棄致傷罪(219 条)にとどまるとする立場からの立論

1, 前提として甲の不作为が本罪の構成要件に該当するかの検討を行う。

2 (1) 乙は他人の助けなく行動することができない意識喪失状態に陥っていたから「病者」であったといえる。

(2) 本罪の「遺棄」には不作为による置き去りも含まれる。なぜなら、身分を有するものとの関係においては不作为をも処罰することができるからである。そのため、甲が乙を駐車場に置き去りにしたことも「遺棄」をしたものといえる。

(3) 甲は、一で述べたのと同様の理由により乙を救助する作為義務を有していたから、「保護する責任のある者」であったといえる。また、甲が乙を遺棄したことにより乙には重傷が生じており、「よって人」に傷害を与えたものである。

(4) よって、甲の不作为は本罪の構成要件に該当する。

3 (1) 以上を前提として、保護責任者遺棄致傷罪にとどまるとする立場からは、甲には乙に対する殺意が不作为の時点で欠けていたとの反論を行う。すなわち、不作为による殺人未遂罪と保護責任者遺棄致傷罪は殺意の有無によって区別されるものであるから、この立場から甲に殺意が欠けていたとの反論が必要になる。

(2) 行為当時に乙が負っていた怪我自体は死に至る程度のもではなかったのであるから、これを認識していたとしても乙に死の結果が生じること自体は認識していたとはいえない。また、乙には回復して自らその場を無事に去る可能性もあった。そして、甲は乙に対して「親父。大丈夫か。」と声をかけており、乙を完全に見捨てる意思はなかったといえる。乙を見捨てたことの動機も、嘘をついたことを叱責されたという殺意に至るほどの強いものではない。

(3) 以上の事実からすれば甲に乙に対する殺意があったということはない。

4, 故に、保護責任者遺棄致傷罪が成立するにとどまる。

設問3

1, 甲に殺人未遂罪が成立するとの立場からは具体的事実の錯誤があるに過ぎず犯罪の成立は否定されないとの主張が考えられる。

2 (1) 甲はその認識上、倒れているのが丁ではなく乙であると勘違いして不作为をするに至っている。そのため、故意が欠けるかが問題となる。

(2) もっとも、故意責任の本質は犯罪事実の認識により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出たことに対する道義的非難であるが、犯罪事実が構成要件として抽象化されているから、認識した事実と発生した事実が構成要件の範囲内で符合している限りは故意が阻却されないと考えることになる。

(3) 倒れているのが丁か乙かは客体の錯誤に過ぎず故意を阻却しない。よって、殺人未遂罪の成立は否定されない。

3, なお、殺人未遂罪の成立を否定する立場からは客観的構成要件要素としての作為義務が欠けるとの反論がありうるが、甲は丁に対する救助を怠ったことにより結果として作為義務の対象たる乙をも救助していないのであるから、この点は結論に影響しない。

以上

【配点表】

			配 点
第1	設問1 (20点)		
	1	名誉毀損罪（刑法230条）の成否	
	(1)	「公然と」	
		ア 定義	1
		イ 乙が摘示した直接の相手方は、PTA 役員会に出席していた校長及び保護者3名という特定かつ少数であることの指摘	1
		ウ 伝播可能性の理論の適否	2
		エ あてはめ ・これらの出席者は、A 高校の生徒の保護者らの代表者であること ・乙は「徹底的に調査すべきである」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こと 等	3
	(2)	「事実を摘示して」	
		ア 定義	1
		イ あてはめ ・A 高校の2年生の数学を担当する教員は丙だけであること ・教員が生徒を殴ったという事実は、傷害罪（刑法204条）に該当する可能性のある事実であること	3
	(3)	「人の名誉」を「毀損した」	
		ア 定義	2
		イ あてはめ ・教員である丙が生徒である甲の顔を殴ったという事実の適示は、高校教員という職業的地位に鑑み、法的保護に値する社会的評価を害するに足りる行為であること	3
	(4)	故意	
		ア 定義	1
		イ あてはめ	2
	2	結論	1
第2	設問2 (1) (24点)		
	1	不作為による殺人（刑法199条、203条）について、不真正不作為犯の実行行為	
	(1)	作為との同価値性が必要であることの指摘	1
	(2)	同価値性の判断基準	2
		ア 作為義務	
		(ア) 発生根拠とその内容	2
		(イ) あてはめ ・甲と乙が親子関係にあること ・甲自身が声をかけたことで意識を取り戻した乙が崖近くまで歩き出し、それから転倒した様子を見ていること ・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乙が転落する危険があったこと ・山道脇の駐車場には、夜になると車や人の出入りがほとんどなく、その上、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ったこと 等	6

	イ	作為の可能性・容易性		
		(ア)	要件としての必要性の指摘	1
		(イ)	あてはめ ・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、それを容易に行うことができたこと 等	2
	ウ	結論		1
(3)	不作為犯の実行の着手時期			
	ア	判断基準		1
	イ	あてはめ		2
2	殺意			
	(1)	定義		1
	(2)	あてはめ ・甲が立ち去った時点での客観的状況の認識 ・その後の危険の現実化に関する認識		4
	(3)	結論		1
第3	設問2（2）（16点）			
	1	前提として、保護責任が認められることの指摘 ①保護責任の意義 ②保護責任の成立根拠 ③作為義務との異同		3
	2	殺人未遂罪との区別の基準		
	(1)	殺意の有無という主観面による判断要素 ・乙が死亡する具体的危険（崖下へ転落して即死する、あるいは、瀕死の重傷を負ったうえ、救助が望めずに死に至る危険性）の認識の有無		5
	(2)	重大な先行行為の有無や危険の程度といった客観面による判断要素 ・甲が乙に声をかけた先行行為自体が有する死の危険性の程度 ・乙の怪我の程度 ・崖下への転落の危険の程度		5
第4	自説			
	1	自説の指摘		1
	2	理由		2
	【加點事項】 ※ 自説を論じる場合において、反対の立場に対する反論や自説の理由付けの補強に関する論述が充実している場合には加點する			加點評価 A・B・C
第5	設問3（20点）			
	1	殺人の実行行為性（客観面）		
	(1)	対象となる客体が丁の代わりに存在すると誤認されている乙であることの指摘		2
	(2)	具体的検討		
	ア	客体の不能が問題となることの指摘 ・甲が乙だと誤認している客体は丁であり、そのため、甲の不救助行為によって乙を殺害することはできないこと ・そうだと、甲の不救助行為について殺人の実行行為性を認めることはできないか		2
	イ	規範定立		2

	ウ	あてはめ（自説の立場に必要な事実を指摘して検討していること） ・甲は丁の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、夜間で同駐車場に街頭がなく暗かったことから、丁を乙と誤認したこと ・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 ・甲が丁を救助するために丁に近づけば、容易に乙を発見できたこと	5
	エ	結論	1
2	殺意の存在（主観面）		
	(1)	問題提起 ・甲が丁を乙だと誤認していたことの指摘	2
	(2)	規範定立	2
	(3)	あてはめ	2
	(4)	結論	1
	3	結論	1
第5	【その他加点事項】 ※ 上記【加点事項】以外でも、本問事案解決につき特記すべきものがある場合には、 加点する		加点点評価 A・B・C

基本配点分	合計 80点
加点点評価点	合計 10点
基礎力評価点 (①事例解析能力, ②論理的思考力, ③法解釈・適用能力, ④全体的な論理的構成力, ⑤文書表現力, 各2点)	合計 10点
総合得点	合計 100点

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/>
- 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