

2018（平成30）年度 法学既修者入学試験（2月試験）出題趣旨
【刑法】

一 構成要件該当性（傷害致死）

1 実行行為

甲が「Vの両肩を両手で突いた行為」は、「人の身体に向けられた有形力の行使」であり、刑法208条の「暴行」にあたります。Vを殺害する故意はないので、殺人の実行行為とは言えないでしょう。

2 結果

Vは、「電車の車体右側と同ホームとの間に下半身を挟まれて圧迫され、胸腹部圧迫による大動脈離断により即死」しており、「傷害」と、それに基づく「死」が生じています。（刑法205条傷害致死結果）

3 因果関係

本問では、結局のところ、①Vが3.5メートルも吹っ飛んで線路上に転落した点、②容易に危険を回避できた5番線の方に退避しようとして落ちたホームに戻ろうとした点、をどう見るかが問題となります。

（1）条件関係

「その行為がなければ結果はなかったであろう」時に条件関係が認められるが、本事例の場合、甲がVを突かなければ、Vの転倒・線路への転落もなく、入ってきた列車とホームに挟まれて死亡することもなかったのだから、条件関係はあります。

（2）相当性

相当説は、因果関係を肯定するための要件として、条件関係の存在に加えて、結果発生の相当性（経験的通常性）を要求する立場です。現在のところ、主として折衷説と客観説とが対立しています。行為時に存在した事情について、客観説はすべての事情を判断基底に入れるのに対し、折衷説は行為者が特に知っていた事情及び一般人が認識しえた事情のみを判断基底に入れる点で異なりますが、行為後に発生した事情について、一般人が予見しえた事情のみを判断基底に入れる点では共通しています。

本事例の場合、「①Vが酩酊している事実」、「②突いた場所からホームの端まで3.5メートルであった事実」等の行為時の事情には、一般人が認識しえないような特殊なものはありませんから、折衷説でも客観説でも、同様に判断基底に入ります。行為後の事情については、上述の通り折衷説と客観説との間に処理の差はなく、一般人の予見しえた事情だけが判断規定に入ることになります。「③ Vが後方に転倒し、勢い余って線路上に転落すること」、は線路までの距離は3.5メートルとやや長い（上記②）ですが、Vが酩酊していた事実（上記①）を考慮すると

予想の範囲内であると言え、「④ 転落直後に電車が入ってくることも、到着のアナウンスがあった直後なのだから、当然に一般人は予想できたところですが、「⑤ Vが5番線の方に退避せず、転落したホーム側から引き揚げてもらおうとすること」についても、酩酊した状態で転落した者の行動としては十分予想の範囲内であり、引き揚げようとした取り巻きの行動は、一般人の普通の反応を示すものでしょう。

以上を総合して相当性を判断すると、5番線側に逃げなかった点は痛恨のミスということではあるにしても、異常というほどのものではなく、経験的に通常といえる範囲にあり、Vの死は十分に行為時の一般人の予測の範囲内であるから、相当性は認められるでしょう。

(3) 客観的帰属

近年では、上述の相当説とは別に、刑法における因果関係の問題は、自然科学的事実(条件説)や経験的通常性(相当説)ではなく、結果を被告人の行為に帰属させることが許されるかという法的問題であるとし、①危険の創出(被告人が法的に許されない危険を創出したか)、②危険の実現(被告人の創出した危険が結果に実現したか)という二基準を用いて「客観的帰属」の可否を論じる客観的帰属論も有力となっており、山口教授のように、相当性判断の中に、これらの要素を織り込む相当説論者も増えています。

1. (死の) 危険の創出

本問の場合、電車が入ってくる直前だったことを考えれば、線路上に転落すれば、死の危険が飛躍的に高まることは明らかなので、問題は、ホームの端までの3.5メートルという距離をどう見るかですが、危険創出を認める考え方のほうが多いだろうと思います。「Vが酩酊している状況を考えて、ふいに突けば、後方に転倒することはほぼ確実だし(現に甲もここまでは予想している)、転びようによっては、線路に転落することも十分あり得、電車到着直前の線路上に転落すれば、一般に死の危険は認められるから、危険創出はある」ということになるでしょう。これに対し、女子学生に「立ったままの姿勢で、足も踏み出さず、はずみもつけずに」肩を突かれたくらいで成人男性が3.5メートルも後退することは通常ありえないとみれば、危険創出なしという主張もできなくはなさそうですが、Vが酩酊していた点が苦しいところでしょう。

2. 危険の実現

「容易に回避できる5番線側に退避しなかった」被害者の過失をどうみるかの問題ですが、①これは、回避方法があったことを意味しているだけで、結果発生 of 直接的な原因とは言えない、②この過失行為を死の直接の原因とみたとしても、この過失行為は、電車の進入直前に線路上に転落させられるという異常事態に動転していたことによるのだから、甲の行為によって誘発されたものといえる、以上の二点を考慮すると、結局、Vの死は甲の行為の危険が実現したものと言えるでしょう。

(4) 判例

近年の判例は、行為後に被害者の過失行為が介在した場合でも、その過失が被告人の行為によって「誘発された」場合には、因果関係を認める（最決平4.12.17夜間潜水事件，最決平15.7.16監禁・暴行から逃れようと逃走した被害者が高速道路に進入して車にはねられた高速道路横断事件など）傾向にあります。

4 故意

傷害致死の故意は、暴行の故意で足りるとというのが判例です。責任原理の観点から、致死結果について過失を要求する多数説に立っても、本事例では、傷害については未必の故意があり（転んで怪我をさせるくらいは仕方ないとは思っていた）、電車が入ってくる直前のホームで、酔漢を突いた点を考えると、致死結果の予見可能性もあったと言えるでしょう。

二 違法性（正当防衛の成否）

1 急迫不正の権利侵害

(1) 「急迫不正」とは、権利侵害が現になされているか、間近に迫っていることを言い、権利侵害は、必ずしも犯罪行為とまでいえる必要はなく、保護に値する生活利益一般に対する不法な侵害であれば足ります。

(2) では、本問の場合、何に対する侵害があったのでしょうか。

1. 「馬鹿女」等々の暴言

これは、公然、甲を侮辱する行為であり、甲の名誉への侵害にあたります。Vが教育関係者であり、発端が甲の服装と頭髪だったことから、Vの正当行為の可能性を考えた人もいるかも知れませんが、このような衆目の中で批判する必要はないし、発言の侮辱的表現を考えると、客観的にも教育的発言とは言えず、V本人にもその意図はないと考えるほかないので、正当行為性は、わざわざ検討する必要もないでしょう。

2. ①甲の後頭部を掌で2・3回突き、②甲を蹴ろうとし、③後方から抱き付いた行為

いずれも、暴行（人の身体に向けられた有形力の行使）であり、甲の身体への侵害です。

3. 「胸を驚つかみにした」行為

これは、ただの暴行ではなく、強制わいせつとまで言えるかはともかくとして、客観的にも、Vの主観においても、「性的侵襲」であることは明らかであり、甲の性的自由への侵害と言えます。

(3) 以上のとおり、Vによる甲の名誉・身体・性的自由への侵害が継続中だったのであり、急迫不正の侵害があったことになります。

2 防衛の意思

(1) 結果無価値論の立場は、防衛意思を不要とし、偶然防衛も認めますが、人の行為の評価としてのみ違法という判断はありうるとして、違法判断に行為者の内心の考慮を持ち込む行為無価値論の立場は、正当防衛の成立のためには防衛の意思が必要とし、こちらが通説判例となっています。但し、一切の不純物のない純粋な防衛意思でなければならないとする立場は殆どなくなり、現在では「防衛に名を借りて侵害者に対し積極的に攻撃を加える行為は、防衛の意思を欠く結果、正当防衛のための行為と認めることはできないが、防衛の意思と攻撃の意思とが併存している場合の行為は、防衛の意思を欠くものではないので、これを正当防衛のための行為と評価することができる」（最判昭50.11.28）として、防衛意思と併存できる程度の攻撃意思の存在は許容するのが一般的です。

(2) 本事例では、甲はVの言動に憤激してはいますが、これは甲の立場としてはまったく当然の感情であり、そのみが動機ではなく「このまま受け身でいたのでは、このうえ何をされるかわからないとの思い」も併存している（むしろ主たる動機とも言えそうです）から、防衛の意思は認められるでしょう。

3 広義の相当性

(1) ここでも、結果無価値論は「やむを得ずにした」という法の文言から、法は必要性のみを求めているとして、相当性不要説に立ちますが、通説は、必要であればすべて許されるわけではなく、できるだけ侵害の少ない方法を採用すべきであるとの観点から、必要性に加えて相当性を要求します（必要最小限度の原則）。もっとも、通説の考える必要性は後述のようにかなり緩やかに判断されますが、相当性不要説は必要性をかなり厳格に行い（そこまではする必要はあったのか）、通説が相当性判断の中で行う内容にまで踏み込んでいるようですから、実際上は、それほど大きな結論の差は生じないと言えるかもしれません。以下では、一応、必要性と相当性に分けて検討します。

(2) 必要性

通説判例では、正対不正の関係であるから、「他に方法がない」（緊急避難）ことまでは要求されず、ある程度緩やかに解されるとして、反撃することが権利防衛上ひとつの合理的手段であると考えられる限り、必要性は肯定されるとするのが一般的です。本事例では、甲は、①何度も、現場を去ることによってVの侵害を回避しようとし、さらに、②Vの取り巻きに制止を求めることによって、平和的に回避しようとしたが、いずれも効果しないばかりか、Vの侵害は次第にエスカレートしてきた（名誉→身体→性的自由)のだから、有形力の行使による反撃は必要だったと言えそうです。全力で逃げ去ることによってVの侵害を回避することは可能だったかもしれませんが、帰宅が遅れて少しでも早い電車に乗る必要のあった甲に、そこまで不利益を甘受しなければならない理由はないでしょう。また、電車の到着や第三者の制止が入るまで受

け身でいろというのも、何らとがめられるところのない甲にそこまで隠忍することを要求するのは不当としかいいようがないでしょう。このあたりが補充性原則の強く支配する緊急避難と異なるところです。

(3) 手段の相当性

ここでも、正対不正の関係だから、絶対的法益均衡（緊急避難）ではなく、「著しい不均衡がない」程度でよいとするのが判例通説です。その際、現に生じた侵害利益と保全利益の均衡を考慮するのではなく、一般的な行為の危険性レベルでの侵害性を考慮（「現に死んだ」ことではなく、「一般的に死ぬほど危険な行為だったか」を考慮）し、その程度の行為を以て反撃することが社会的相当性を持つかを検討するのが、行為無価値論に立つ通説判例の手法と書いていいでしょう。

本事例では、Vによる名誉・身体・性的自由の侵害に対し、甲の反撃によって、結果的にはVの生命が奪われているから、甲の反撃は均衡を失っており、相当性が認められないのではないかが問題となるわけです。この点、①結果的にはVは死亡しており、それは因果関係の箇所で検討したとおり、必ずしも経験的通常性の範囲外とまではいえないが、発生確率自体としては、相当に低いものと言える、②甲の行為自体に注目すれば、相手の両肩を突くというのは、胸を驚つかみにされた女性の対応としてごく普通であり、Vがそれまで甲に対してなしていたものと比しても、それを上回るものではなく、社会的相当性の範囲内であるということができそうです。問題は、それが電車の進入直前であったという点にあります。線路まで3.5メートルもあり、はずみをつけたりせずに立ったままの姿勢で突きとばしたにすぎないという点も考慮すれば、死に至る危険は低い行為であったと言えるから、相当性の範囲内にあったと言いうるでしょう。そうすると、上述のような執拗なVの侵害に対して、平和的回避を試みたが果たせず、一層侵害がエスカレートしてきた段階での窮余の反撃として上記程度の反撃を行うことは、万一の転落・死亡の可能性が皆無ではなかったとしても、社会的相当性の範囲内と言え、相当性がある、すなわち「やむを得ず行った」ものと認められるということになります。出題の参考にした千葉地裁昭62.9.17も、「被告人が前叙の如く酔余のAから執拗に絡まれ、馬鹿女などといわれ、更には手出しまでされたのに対して、時には無視する態度をとり、時には言い返し、時には手出しされるのを払いのけ或はやり返すなどし、かつ周囲の者らに助けを求めても笑うなどするばかりで、誰一人としてこれに応じてくれないなかでも、自らの方からは積極的な行動に出たという形跡の窺えない経過の中においてAを突く事態にまで至ったことにつき、それでもなお被告人の対処の仕方にその刑責を問う余地があるかの如くにいうのは、酒に酔って公衆に迷惑をかける行為の防止等に関する法律四条をまつまでもなく、公共の場における日常生活上の法理に悖ることとなるものといわざるを得ず、前示いうところの論によって、被告人の所為が相当性を有し、またやむを得ないものであったことが左右され得るものではない。」としています。

これに対して、本事例では相当性を否定する論理も、十分ありうると思います（上記判例で、現に検察官も主張しています）。ポイントとしては、上記相当性肯定論が、突く行為を「それ自体として」大した暴行ではないと論じるのに対して、電車進入直前のホームでの行為という背景事情を重視することになります。そして「確かにVにも落ち度はあるが、だからと言って命まで奪われるいわれはない」という発想で論じていくことになるでしょう。そして、①はずみをつけずに突いたとは言っても、電車の到着間際のホームで、線路から3.5メートルの場所で酔漢を突くのは、やはり危険すぎる行為である、②突く方向を考えると、他のより危険の少ない反撃を行うことも可能であった（できれば具体的に示したいところですが）、として手段の相当性は認められないと結論することになるでしょう。なお、相当性を否定すれば、当然、過剰性の認識の判断を経て、過剰防衛、または過失犯へと進んでいくこととなりますので、こちらで書いている答えは、これらの記述を総体として評価することになります。

以上