

**2014年度同志社大学大学院司法研究科
前期日程入学試験問題解説
刑事法（刑法）**

第1 解説

第1問は、過失犯における予見可能性の概念と、単純遺棄罪および保護責任者遺棄・不保護罪における各遺棄概念につき、それぞれ基本的理解を問う説明問題である。第2問は、刑法総論中心の事例問題であり、原因において自由な行為、正当防衛、緊急避難が主な論点である。

【第1問】

1 過失犯における予見可能性

過失犯の成立を認めるためには、結果の予見可能性が必要となる。予見可能性の程度について、かつては、結果発生に対する漠然とした危惧感を抱く可能性すなわち抽象的予見可能性で足りるとする見解も有力に主張されたが、現在では、予見可能性はある程度高度のものでなければならないとして、具体的予見可能性を要求する見解が一般的である。その内容は、「特定の構成要件的结果及びその結果の発生に至る因果関係の基本的部分の予見」の可能性であるとされる。ただ、特に客体や因果関係についてどの範囲の事実について予見可能であることが必要かは必ずしも自明ではない。また、予見可能性の判断において、一般人の能力を基準とするか行為者の能力を基準とするかも問題となる。

こうした状況を踏まえて、予見可能性の内容について簡潔に説明することが求められる。

2 刑法217条および218条における「遺棄」

刑法217条および218条の「遺棄」の意義については、① 遺棄を狭義の遺棄と広義の遺棄に分け、前者は要扶助者をより危険な場所に移転させること（移置）を指し、後者は移置のほか要扶助者を危険な場所に置いたまま立ち去る行為（置去り）を含むとした上で、217条の遺棄は狭義の遺棄を意味し、218条の遺棄は広義の遺棄をいうとする見解が有力であるが、② 217条、218条いずれの遺棄も移置のみを指すとする見解、③ 217条の遺棄は作為による移置と置去りを指し、218条の遺棄は、作為のほか不作為による移置と置去りを含むとする見解、④ 217条、218条のいずれの遺棄も、作為による移置とともに、置去りなどの不作為を含むとする見解も主張されている。

こうした状況を踏まえて、遺棄の意義について簡潔に説明することが求められる。

【第2問】

1 甲の罪責について

(1) 構成要件該当性・違法性

甲は、「店の鉄製灰皿（重さ約200グラム）を乙に投げ付け、その結果、乙は左腕に1週間の治療を要する打撲傷を負った」というのであるから、その行為が傷害罪の構成要件に該当することは明らかである。最近の判例（最決平24・1・30刑集66・1・36）も、従前の判例を踏襲し、傷害とは「被害者の健康状態を不良に変更し、その生活機能の障害を惹起」することと定義しているのであるから、1週間の治療を要する打撲傷という比較

的軽微なけがであっても、傷害罪における「傷害」に該当することは明らかである（この点、強盗致傷罪における「傷害」概念の問題と混同しないようにしてほしい）。

違法性に関しては、阻却事由が見当たらない。

(2) 責任

甲は、実行行為当時、「ひどく酒に酔ったため、複雑酩酊という病態に陥り、もはや自分の行動をコントロールする能力が著しく減退してしまっている状態になっていた。」というのであるから、心神耗弱（刑法 39 条 2 項）の状態にあった。答案の中には、甲は心神喪失状態であったとしているものが少なからず見受けられたが、通説・判例によれば、心神喪失とは、事理弁識能力又は行動制御能力（問題文にいう「自分の行動をコントロールする能力」）を欠いた状態であり、心神耗弱とは、これらいずれかの能力が著しく減退した状態であるから、甲が当時心神耗弱状態にあったことは明らかである。

甲は、実行行為当時はそのような状態にあった一方で、日頃から酒癖が悪く、多量に酒を飲むと近くにいる人に暴力を振るう習癖があり、そのため、以前から家族や検察官から酒を止めるように注意されていたにもかかわらず、なおも酒を止めることができず、本件当日も、「酒に酔ってまた他人に暴力を振るうかもしれないが、そうなったらなつたで仕方がない。罰金払えばいいんだ。」などと考え、多量の酒を飲んだため、上記のような心神耗弱状態に至ったというのである。

このような経緯があるにもかかわらず、甲は心神耗弱の状態にあったとして、刑の必要的減輕（刑法 39 条 2 項）という犯人に有利な法的効果を認めるのは、一般的な法感情に反するといわざるを得ない。そこで、このように実行行為時に心神喪失・心神耗弱の状態にあったとしても、その状態に陥る前の完全責任能力を有していた段階で、犯行の意思決定を行っていた場合には、刑法 39 条 1 項・2 項の適用が排除されるという「原因において自由な行為」の理論が広く支持されている。その理論構成には種々のものがあるが、大別すると、次の二つを挙げることができよう。第 1 は、原因において自由な行為とは、自己を責任能力のない状態に陥れて、これを道具のように利用し犯行を行う形態であり、間接正犯に類似する構造を持つという考え方である。第 2 は、完全責任能力を有する意思決定時に犯行に関する故意が認められ、かつ、これが実行行為時の故意と一貫（連続）している場合には、完全責任能力を有する状態の下で行った意思決定に基づき実行行為が行われたもの（又は、実行行為はその意思決定の実現過程）と評価できるから、刑法 39 条の適用は排除されるという考え方である。

第 1 の考え方に立つと、そもそも実行行為時に心神耗弱状態に止まっている場合には原因において自由な行為の理論が適用されないし、本問の場合には、自己を責任能力に問題のある状態にあえて陥れて犯罪を行おうとしたわけでもないから、いずれにしても原因において自由な行為を適用する余地がない。

それに対し、第 2 の立場に立つと、甲は、① 飲酒開始前の完全責任能力を有する状態で、「酒に酔ってまた他人に暴力を振るうかもしれないが、そうなったらなつたで仕方がない。」という暴行罪の未必的故意を有しており、かつ、それは実行行為当時の暴行・傷害の故意（それは、甲が激怒して鉄製灰皿を乙に投げ付けた行為から容易に窺われる。）と連続性を有するものである上、② そのような未必的故意の下での飲酒行為と実行行為とは因果関係を有するものであることから、原因において自由な行為の理論が妥当し、刑法 39

条2項の適用は排除されることになる。

2 乙の罪責について

(1) 構成要件該当性

乙は、店のカラオケマイクで甲の頭を1回殴り付け、甲に3週間の傷害を負わせるとともに、店のマイクを壊したというのであるから、まず甲に暴行を加え傷害を負わせた点は傷害罪の構成要件に、また、店の所有するカラオケマイクを損壊した点は器物損壊罪の構成要件にそれぞれ該当する。

(2) 違法性

ア 傷害行為について

乙は、突然自己に暴行を加えてきた甲に対し、いわば反撃として傷害行為を行っているのであるから、正当防衛の成否が問題となる。各要件を充足しているか検討しよう。

(ア) 甲は、突然、店の鉄製灰皿（重さ約200グラム）を乙に投げ付けて傷害を負わせ、さらに乙に殴りかかろうとしてきたのであるから、甲の乙に対する「急迫不正の侵害」が存在することは明らかである。

(イ) 他方、防衛の意思が正当防衛の要件として必要か否かについては、学説上の対立があるが、判例は一貫してこれを要求しており、学説の多数もこれを支持している。もっとも、判例・学説とも、防衛の意思として中身の濃いものを要求しているわけではないが、本件の場合、乙は、「このままではまた甲から何をされるか分からない。とにかく甲の勢いを止めなければ。」と考えて反撃行為に出たというのであるから、防衛の意思の存在は明白である。

他方、乙は、甲の突然の侵害行為にむかっとして、すなわち怒りの気持ちとともに反撃行為を行っているので、このような事情が防衛の意思の存否に影響を与えないか一応問題となるが、相手方が突然攻撃してきたことに対し、防衛の意思を抱く一方で怒りの気持ちを持ったとしても、むしろそれは自然なことであるから、防衛の意思の存否に影響を与えないと解すべきだろう。判例も、憤激の情のみならず攻撃の意思についても、防衛の意思と併存し得ると判示している（最判昭46・11・16刑集25・8・996、最判昭60・9・12刑集39・6・275）。

(ウ) 問題は、乙の傷害行為につき防衛行為の相当性が認められるかである。相当性の判断について、判例は、相手方の侵害行為とこれに対する行為者の反撃行為により生じた結果の大小ではなく、あくまでも各行為の危険性の大小を比較し、後者のそれが前者のそれを大きく越えるものでない限り、相当性が認められるとする基本的スタンスに立っていると思われる（最判昭44・12・4刑集23・12・1573等参照）。本件について、この観点から検討すると、① 甲・乙いずれの行為とも、被侵害法益は身体の安全であり、法益面での均衡はとれていること、② 法益侵害行為としての危険性に関しても、甲は最後の局面では素手で殴りかかろうとしているものの、その直前には鉄製灰皿（重さ約200グラム）を乙に投げ付けて腕に傷害を負わせており、その行為を全体として見た場合、カラオケマイクで乙の頭を1回殴るといふ行為が均衡を大きく損ねているとはいえないこと、などの事情を総合すると、相当性も認められよう。

(エ) なお、乙は、甲の酔いつぶれ方が目に余り、「いい年をして、しょうがねえなあ。」と思わずつぶやいたことから、甲が、これを聞きつけて激怒し、鉄製灰皿を投げ付けるなど

の行為に及んできたという事情が認められる、反撃行為を行う乙の行為が契機となって甲が急迫不正の侵害行為を行ってきたことから、いわゆる自招侵害に当たらないかが一応問題となり得る。しかし、自招侵害の問題は、本来なら正当防衛権を行使し得る場面であるのに、これに先立つ乙の行為ゆえにその権利行使が否定される場合であるが、本件のように、過失によって相手方の急迫不正の侵害を誘発する結果になったにすぎないような場合には、あえて正当防衛権まで否定するまでの必要はなく、一般にも、行為者の過失によって相手方を挑発する結果になったような場合は正当防衛は否定されないと解されているところである。

(オ) 以上によれば、乙の傷害行為については正当防衛が成立するので、違法性が阻却され、不可罰となる。

イ 器物損壊行為について

乙は、店の所有物であるカラオケマイクを用いて甲に反撃し、その結果、マイクを壊してしまっているのだから、これが正当防衛の問題なのか緊急避難の問題なのかが一応問題になるが、現在の通説的見解は、本件のようなケースでは、マイク自体に着目する限り、その所有者には何ら不正な点はないので、「正 vs. 正」の関係にあるから、緊急避難の問題であると解している。そこで、これを前提に緊急避難の各要件を充足しているか検討しよう。

(ア) 正当防衛の項で検討したところによれば、乙に「現在の危難」が存していることは明らかであり、避難の意味も認められる。

(イ) これに対し、緊急避難の場合、避難行為の相当性として、法益権衡と補充性が求められる。

まず、法益権衡の点は満たしているといっていよう。乙が侵害されている法益はその身体であるのに対し、乙が避難行為により侵害している法益はカラオケマイクという財産にすぎないからである。

これに対し、補充性については問題がある。これは、要するに、他に採り得る方法がなかったということが必要というものであるが、問題文を見ると、「当時、カウンター内にはAがあり、カウンター上には、上記マイクのほか、乙の折り畳み傘等も置かれていた。」というのであるから、乙としては、まずは経営者のAに助けを求めることができたし、避難行為に出るとしても、近くに金属製のカラオケマイクよりも、安価で、相手方に与える衝撃度の弱い折り畳み傘も存在していたのであるから、これを用いて避難行為を行えばよかつたのであって、その点からすると、本件では補充性を満たしているとはいえない。

(ウ) そうすると、本件では緊急避難は成立しないといえるが、問題は過剰避難も成立しないと解すべきなのかである。判例の立場は明確ではないが（少なくとも、補充性を著しく逸脱している場合には、判例は過剰避難を認めていない。）、通説は、緊急避難の他の要件は具備しているが、補充性のみ満たしていない場合にも過剰避難の成立を肯定している。本件の場合、補充性を著しく逸脱しているとはいえないので、過剰避難を肯定してよいだろう。

(エ) 以上によれば、乙の器物損壊行為については過剰避難が成立すると解される。

第2 評価のポイント

試験問題の難易度は、法学部の期末試験程度である。したがって、高度な理論的問題や

最新の判例・学説を知っている必要はない。むしろ、刑法に関する基本的な事項について正確に理解することが重要である。

事例問題に関しては、① 構成要件該当性→違法性阻却→責任阻却という犯罪論の体系を踏まえ(ただし、違法性阻却事由や責任阻却事由の存在しないことが明らかな場合には、そのことに触れる必要はないであろう)、構成要件該当性(実行行為、因果関係、故意・過失、未遂、共犯など)、違法性阻却(正当行為、正当防衛など)、責任阻却(責任能力、違法性の意識など)について、それぞれ基本的な内容を理解していること、② 刑法の各則に規定されている主な犯罪の成立要件やその内容を理解していること、③ 事案における行為者の罪責を確定する上で、見解によって結論が分かれるような点や解決方法が複雑な点については、自説を示し、それを事案に当てはめて結論を出すこと、などが求められる。