

厚生労働科学研究費補助金（循環器疾患・糖尿病等生活習慣病対策総合研究事業）
分担研究報告書

たばこによる健康被害の法的・倫理的評価と国内法の課題の検討
刑法の観点からの受動喫煙に関する考察

研究分担者 岡本 光樹 岡本総合法律事務所 弁護士
谷 直樹 谷直樹法律事務所 弁護士
片山 律 萱場健一郎法律事務所 弁護士

研究要旨：

暴行罪（刑法第 208 条）における「暴行」とは、人の身体に対して向けられた不法な有形力の行使をいう。「有形力」の中には、狭義の物理的な力（力学的作用）に加え、音や光によるもの、熱・冷気・電気等のエネルギー作用によるものも含まれると解されている。臭気や化学的作用についても含まれるとする積極説が学説上多数である。判例は、音による暴行罪成立を肯定し、また、塩をまく行為に関して、「単に不快嫌悪の情を催させる行為といえども」暴行に該当するとしている。「タバコの煙をふきかける行為」についても暴行に該当すると考える学説見解が判例及び学説上多数派の考え方に沿うものと思われる。

傷害罪（刑法第 204 条）における「傷害」とは、判例・通説によれば、身体の生理機能の障害または健康状態の不良な変更と解されている。判例は、その程度について、ごく軽微なものであっても傷害罪の成立を認め、また、身体内部の変化で足り、外見上の変化を要せず、身体的な苦痛を感じるにより健康状態の不良変更が認められれば傷害罪にあたる。また、精神的なストレス等を与えることにより精神的機能を害し、精神的健康を不良に変更することも傷害にあたる解されている。判例・通説の理解を前提とすれば、受動喫煙による急性影響（眼症状、咳、喘鳴、鼻・喉の痛み、頭痛、めまい・嘔吐）及びストレス関連障害等（精神衰弱症、不安抑うつ状態、PTSD、睡眠障害・慢性頭痛症・耳鳴り症等）についても、傷害罪の成立が認められ得ると考えられる。

こうした刑法学上の理解を踏まえて、問題となり得る受動喫煙の具体的な場面を想定し、検討を行った。

【設例】相手の顔に対して直接タバコの煙を吹きかける行為の暴行罪及び傷害罪該当性

【設例】同上、並びに、警察官に対する公務執行妨害罪該当性

【設例】（実例を基に）タバコの煙吹きかけに対する正当防衛の成否

【設例】（実例を基に）職場の受動喫煙のストレスによるうつ病・PTSD 発病事案の暴行罪及び傷害罪該当性

【設例】（実例を基に）マンションの階下住人のベランダ喫煙継続による階上住人の不眠、うつ状態発症事案の暴行罪及び傷害罪該当性

本報告書は、受動喫煙惹起行為に、刑法上の暴行罪・傷害罪が成立し得ることを指摘した。この点について、本報告書は先進的意義を有するものと思料する。

A . 研究目的

これまで受動喫煙（他人のたばこ¹の煙を吸わされることをいう。特にことわらない限り、以下同様。²）に対する社会の捉え方及び法的評価は、従前と昨今とで大きな変化が見られる。

本研究の目的は、そうした受動喫煙に対する社会的・法的評価を踏まえて、刑法上の観点から受動喫煙を捉えなおすことを目的とする。

B . 研究方法

法律条文、法律書籍、法学雑誌、裁判例等に基づき、検討した。

（倫理面への配慮）

本研究は、公開された文書に基づく情報の分析であり、倫理上の問題は発生しない。

C . 研究結果

第1 刑事上の法律条文

刑法において、受動喫煙が対象となり得るものは、暴行罪（刑法第208条）、傷害罪（刑法第204

条）、過失傷害罪（刑法第209条）、公務執行妨害罪（刑法第95条第1項）等が考えられる。

刑法第208条 暴行罪

暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは、二年以下の懲役若しくは三十万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。

刑法第204条 傷害罪

人の身体を傷害した者は、十五年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

刑法第209条 過失傷害罪

1項 過失により人を傷害した者は、三十万円以下の罰金又は科料に処する。

2項 前項の罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。

刑法第95条第1項 公務執行妨害罪

公務員が職務を執行するに当たり、これに対して暴行又は脅迫を加えた者は、三年以下の懲役若しくは禁錮又は五十万円以下の罰金に処する。

第2 「暴行」の意義、及び、判例の状況

暴行罪における「暴行」とは、人の身体に対して向けられた不法な有形力の行使をいう。

「有形力」の中には、狭義の物理的な力（力学的作用）に加え、音や光によるもの、熱・冷気・電気等のエネルギー作用によるものも含まれると解されている。化学的・病理学的・薬理学的作用については、積極説と消極説があるが、積極説が学説上多数である（詳しくは後述する）。

¹ 本報告書では、「たばこ」及び「タバコ」をいずれも同じ意味で用い、たばこ事業法第2条第3号に規定する「製造たばこ」のうち喫煙用に供し得る状態に製造されたものを意味するものとする。

² 屋内又は屋外、至近距離での直接の吹きかけ、室内での臭気の充満・到達など、様々な場面が想定され得る。また、社会生活上において、路上喫煙・歩行喫煙、職場の喫煙室の煙の漏れ、喫煙の残留タバコ煙、喫煙者への付着残留臭、集合住宅でのベランダ喫煙・換気扇下喫煙など、様々な場面で受動喫煙問題が生じている。まずは、そもそも受動喫煙について犯罪が成立し得る可能性があるかといった観点から、特に態様を特定せずに、刑法理論との関係で検討を行った上で、その後「E . 考察 第3」【設例】において刑法上問題となり得る具体的な受動喫煙の態様について論じる。

判例は、傷害の危険性のない場合にも暴行罪の成立を肯定している。「刑法第 208 条第 1 項二所謂暴行ト八人ノ身体ニ対スル不法ナル一切ノ攻撃ヲ包含シ其ノ暴行力性質上傷害ノ結果ヲ惹起スヘキモノナルコトヲ要スルモノニ非ス」と判示して、着衣をつかんでひっぱった事案について暴行罪の成立を認めている（大判昭和 8・4・15 刑集 12 巻 427 頁）。学説上も、これと同様に、傷害の危険性は暴行罪の不可欠の要素ではないと解する見解が通説である（詳しくは後述する）。

暴行罪の成否が問題となった事案で、受動喫煙について解釈上参考となる判例をとりあげる。

音による暴行

最判昭和 29 年 8 月 20 日刑集 8 巻 8 号 1277 頁

【判決文】「刑法二〇八条にいう暴行とは人の身体に対し不法な攻撃を加えることをいうのである。従つて第一審判決判示の如く被告人等が共同して判示部課長等に対しその身边近くにおいてプラスバンド用の大太鼓、鉦等を連打し同人等をして頭脳の感覚鈍り意識朦朧たる気分を与え又は脳貧血を起さしめ息詰る如き程度に達せしめたときは人の身体に対し不法な攻撃を加えたものであつて暴行と解すべきであるから同旨に出でた原判示は正当である。」

拡声器での怒鳴りつけ

大阪地判昭和 42・5・13 下刑集 9 巻 5 号 681 頁

【判決概要】市長の耳もと近くで携帯用拡声器を通じてやにわに大声で「市長」と怒鳴りつけ、左耳部に強い音響を与えた行為について、暴行罪の成立を認めている。

以上のように、判例は、暴行罪の「不法な有形力の行使」に、音によるものも含むと解している。空気を隔てて人に直接作用するタバコ煙についても、「暴行」の態様に該当し得ると考えられる。

塩まき行為

福岡高判昭和 46 年 10 月 11 日刑月 3 巻 10 号 1311 頁

【事案の概要】会社側の立場に立つ従業員組合の被告人が、これと対立する労働組合に所属する女性組合員（以下「A」と表記する。）に対し、「帰れ。」などと怒号を浴びせるなどし、職場から出ようとする A に対し、塩壺を携えて、同女の頭、顔、胸、大腿部などに食塩を数回ふりかけた。

【判決文】

「検討するに、

（1） 刑法第二〇八条の暴行は、人の身体に対する不法な有形力の行使をいうものであるが、右の有形力の行使は、所論のように、必ずしもその性質上傷害の結果発生に至ることを要するものではなく、相手方において受忍すべきいわれのない、単に不快嫌悪の情を催させる行為といえどもこれに該当するものと解すべきである。そこで、これを本件についてみるに、被告人の前記所為がその性質上 A の身体を傷害するに至ることができるのか否かの判断はしばらく措き、通常このような所為がその相手方をして不快嫌悪の情を催させるに足りるものであることは社会通念上疑問の余地がないものと認められ、かつ同女において、これを受忍すべきいわれのないことは、原判示全事実および前段認定の事実を徴して明らかである。してみれば、被告人の本件所為が右の不法な有形力の行使に該当することはいうまでもない。

(2) 原審証人AおよびBの各供述によれば、右Aは前示のように、被告人からふりかけられた食塩のうち大部分のものはその場で払い落すなどしたものの、なお、一部は頭髮内や着衣の内側等に残留し、そのため多少の肉体的生理的苦痛、ならびに少なからぬ不快嫌悪等の心理的苦痛を受けたことが認められ、同女の受けたこれらの被害は、これを一連の本件経緯に徴すれば、必ずしも軽微とは評価し難いものがあり、他面、被告人は、当初は「お清め」のつもりであつたかも知れないが、Aが振りかえつた後は、腹立ちまぎれに、故意に、塩をふりかけたもので、「お清め」の塩がたまたま同女にふりかかった場合と異なり、所論のように、とるに足らないほど零細な行為で、いわゆる可罰的違法性がなくかつ構成要件に該当しないものとは到底考えることはできないのである。

(3) 古来、わが国において、所論のような、「お清め」の慣習があることは公知の事実であろうが、仮りに被告人の意図が「お清め」のつもりであつたとしても、原判示の経緯等からAにおいて、社会通念上何等これを受忍すべき理由のないことが明らかであるうえ、被告人は、Aに対し、腹立ちまぎれに塩をふりかけたものである以上、もはや慣習に従つたものとも、あるいは暴行の犯意がなかつたものともいうことができない。

以上により、被告人の本件行為が、刑法第二〇八条の暴行罪に該当することが明らかであるから、これと同趣旨に出て、被告人の本件所為について、同法第二〇八条を、適用処断した原判決は相当であり、所論のような法令の解釈および適用を誤つた違法はない。」

このように判例は、塩をまく行為も、暴行に該

当すると解しており、タバコの煙をふきかける行為も暴行に該当するものと考えられる。この判例については、学説上、議論があるので、詳しくは後述する。

第3 「傷害」の意義、及び、判例の状況

傷害罪における「傷害」とは、判例・通説によれば、身体の生理機能の障害または健康状態の不良な変更と解されている³。

判例は、その程度について、ごく軽微なものであっても傷害罪の成立を認めている⁴。

たとえば、判例は、皮下溢血、腫脹・骨折等の打撲痕が認められなくとも、何ら傷が残らなくても、胸部に疼痛を生じさせれば傷害に当たるとする(最決昭和32・4・23 刑集11巻4号1393頁)、すなわち、身体内部の変化で足り、身体の外見上の変化を要せず、身体的な苦痛を感じるにより健康状態の不良変更が認められれば傷害罪にあたるとする。同様に、何ら外傷を与えることなく、全身倦怠(最判昭和26・9・25 刑集53号313頁)、めまい・嘔吐(大判昭和8・6・5 刑集12巻736頁)、意識喪失・失神⁵(大判昭和8・9・6 刑集12巻1593

³ 他方、傷害の意義について、人の身体の完全性を侵害することと解する下級審判例・学説もある。この説によれば、めまいを生じるなどは、傷害に該当としないものとして、上記生理的機能障害説とは、結論を異にすることがあり得る。

⁴ 傷害概念を限定する裁判例(名古屋高金沢支判昭和40・10・14、熊本地玉名支判昭和42・11・10)もあるが、それらは、法定刑の異なる強盗致傷罪や常習傷害罪における「傷害」に関するものであり、「傷害罪」における「傷害」概念とは異なり得ると考えられる。

⁵ 一時的な失神を「傷害」としなかった大決大正15・7・20は、強姦致傷罪の傷害であるので「傷害罪」における「傷害」概念とは異なり得ると考え

頁) 下痢、等を生じさせることも傷害にあたりとされている⁶。

また、精神的なストレス等を与えることにより精神的機能を害し、精神的健康を不良に変更することも傷害にあたりと解されている。精神的健康に関する、精神衰弱症(東京地判昭和 54・8・10 判時 943 号 122 頁) 不安抑うつ状態(名古屋地判平成 6・1・18 判タ 858 号 272 頁) PTSD(富山地判平成 13・4・19 判タ 1081 号 291 頁、東京地判平成 16・4・20 判時 1877 号 154 頁他多数) 睡眠障害・慢性頭痛症・耳鳴り症(最高裁決定平成 17 年 3 月 29 日刑集 59 卷 2 号 54 頁。隣家に面した窓を開け、窓際等にラジオ及び複数の目覚まし時計を置き、1 年半にわたり隣家被害者に向けて朝から深夜までこれらを大音量で鳴らし続けた事案。)も傷害にあたり⁷。

第 4 タバコの煙をふきかける行為が暴行罪に該当すると明示した学説・文献

続刑法判例百選 43 頁(1971 年 1 月発行) 大野真義:大阪大学助教授は、次のように論じている。

「刑法の解釈の上では、(なぐる・ける等の)典型的物理力の行使による有形力のみが暴行概念のすべてではない。例えば、『顔に煙草をふきかける』『痰をはきかける』などの行為も暴行と判断されている。更に、音波・光線・熱・電気・臭気等の

られる。

⁶ 法学教室 344 号 55 頁 2009 年 5 月 1 日発行 井田良:慶應義塾大学教授(井田良『入門刑法学・各論』(2013 年)所収)

法学教室 303 号 93 頁、95 頁 2005 年 12 月 1 日発行 山口厚:東京大学教授(山口厚『新判例からみた刑法〔第 2 版〕』(2008 年)所収)

⁷ 法学教室 303 号 95 頁 2005 年 12 月 1 日発行 山口厚:東京大学教授(山口厚『新判例からみた刑法〔第 2 版〕』(2008 年)所収)

エネルギー的作用や毒物・病原菌・腐敗物・麻醉薬等による化学的作用も一種の物理力であって、それが人体に対する不法な侵害と解されるかぎり、いずれも広い意味の有形力として暴行概念に含まれる。」

第 5 受動喫煙に暴行罪が成立するという解釈の根拠となり得る学説・文献

刑法判例百選 各論[第三版]15 頁(1992 年 4 月発行) 内田博文:九州大学教授も、「化学的作用については積極説が多数である」としている。

また、法学教室 344 号 59 頁(2009 年 5 月 1 日発行) 井田良:慶應義塾大学教授(井田良『入門刑法学・各論』(2013 年)所収)は、次のように論じている。

「暴行にいう「有形力」の中には、狭い意味での物理的な力(力学的作用)に加え、音や光によるもの、熱・冷気・電気等のエネルギー作用によるものも含まれるでしょう。これに対し、化学的・病理学的・薬理学的作用により生理的機能の障害を発生させる場合、たとえば、感染症に罹患させる場合、有毒ガスを吸引させる場合、有毒な薬物をジュースに混ぜて飲ませるような場合に、これを「暴行による傷害」といえるかどうかが問われるのです。この点をめぐっては、積極説と消極説とが対立しています。(略) これまで学説の多くは積極説をとってきたといえましょう。化学的・病理学的・薬理学的作用による場合も、無形的手段ではなく(すなわち、発せられた言葉の意味内容を通じて被害者を心理的に追いつめるという手段によるものではありません)有形力を用いるものであることに変わりないことがその根拠とされて

きました。積極説が説くように、外部から与えられる有形的手段の中で、化学的・病理学的・薬理学的作用を別扱いする理由は見出しがたいと思われます。(略) 光線を用いて傷害を与えた場合や、焼火箸に触れさせて火傷を与えた場合には、異論なく暴行による傷害にあたとされています。・・・その場合と比較すれば、被害者に有毒ガスを嗅がせて殺したり、・・・することを「暴行」による殺害に含めることもまた、なお可能な解釈の枠内にとどまると考えられるのです。

結論として、前記判例及び上記学説に鑑みれば、タバコの煙は、「臭気」又は「化学的作用」による不法な有形力の行使に該当し、タバコの煙をふきかける行為は、暴行罪に該当すると解される。かかる解釈は、判例及び学説上の多数の見解に合致するものといえよう。

第6 反対説(少数説)の検討⁸

他方、法学教室 358 号 121 頁(2010 年 7 月 1 日発行) 佐伯仁志：東京大学教授は、前記福岡高判昭和 46 年 10 月 11 日判決に対して、次のように論じる。

「少量の食塩を人にふりかける行為は、物理力による攻撃ではなく、その社会的意味を通じた心理的攻撃と解すべきであり、身体への接触の有無を問わず、暴行罪の成立を否定すべきである。人に対してつばを吐いたり、煙草の煙を吹きかけたりする行為も、同様に解されるべきであろう。これらの場合は、侮辱罪の問題として扱われるべき

である。

もっとも、身体に行使された物理力が軽微とはいえ、一定以上の強度を有している場合には、その被害の実質が心理的側面にあったとしても、暴行に当たるといわざるをえないであろう。例えば、いやがらせで塩をまく場合にも、大量の塩でその物理力が軽微とはいえない場合には、被害者の感じた苦痛が主に心理的苦痛にあったとしても、暴行に当たり得るであろう。」

刑法判例百選 各論 [第五版] 10 頁(2003 年 4 月発行) 岡上雅美：新潟大学助教授は、次のように論じている。

「福岡高裁の判決は、端的に『単に不快嫌悪の情を催させる行為』を暴行と解したが、暴行罪は感情に対する罪ではないばかりでなく、・・・このような被害感から暴行概念を導き出そうとする方法論自体が誤りである。暴行罪の罪質は、あくまでも『身体に対する罪』として理解されなければならない。」

「イ傷害結果を生じさせる危険がなく、したがって傷害未遂とはいえないが、身体に直接接触するもの(例、塩を身体にふりかける行為)の類型は、傷害の不能犯を広く『暴行』に取り込もうとするものであるが、法益侵害の具体的危険のまったくない行為は、・・・暴行罪にも含めるべきではないように思われる。」

このように佐伯教授、岡上教授らが指摘するとおり、福岡高裁の「不快嫌悪の情を催させる行為」を広く「暴行罪」で処罰すべきかの如き判決理由には、問題があると考えられる。

しかしながら、岡上教授が述べる、傷害の不能

⁸ 主な学説の状況を末尾に表として添付する。

犯はすべて暴行罪に該当しないとすることのような論理もまた、判例に照らせば、採り得ないものと考えられる。判例（前記大判昭和8・4・15）及び通説は、「性質上傷害ノ結果ヲ惹起スベキモノナルコトヲ要スルモノニ非ズ」と解している（刑法判例百選 各論〔第三版〕14～15頁 内田博文：九州大学教授）。

第7 小括

刑法判例百選 各論 94～95頁（1978年4月発行）山火正則：神奈川大学助教授は、次のように論じている。

「これを解決するためには、やはり暴行罪の保護法益を考慮しなければならないであろう。」

暴行罪の保護法益は、「人の身体が不法に痛めつけられたり、危険にさらされたりしないということの内容とした身体の安全」である。「不法に人の身体を軽んじるような行為を禁止しようとするところにある。」

「暴行罪における暴行について、身体的苦痛というものを全く無視するとすれば、それは正しい態度とは思われない。その意味において、単なる不快、嫌悪を催させるにすぎないような心理的苦痛を与える行為も暴行たりうるとされる・・・見解は、疑問である。心理的苦痛というものを考える場合も、それは、少なくとも身体的苦痛を内容としたものでなければならない。」

「『心理的な不快感や嫌悪感は、肉体的・生理的苦痛とその可能性に伴うものであって、それ（心理的なもの）自体を問題とすべきものではない』とされている（木村栄作「塩まき行為と暴行罪」警察論集二五巻五号一一八頁）」

「人の身体に対する有形力の行使が、その性質上傷害発生の可能性をもたない場合は、・・・その有形力の行使が相手方の身体に直接接触⁹することによって、はじめて身体的苦痛というものが考えられる。」

結論として、福岡高裁の塩まき行為について「暴行罪の成立が肯定されるであろう。」としている。

ここに示された暴行罪の保護法益に基づく理解が、比較的、説得力が高いと考えられる。

なお、前記佐伯教授の議論は、食塩の量が「少量」であるか「大量の塩でその物理力が軽微とはいえない場合」か区別するものであり、前者は「その社会的意味を通じた心理的攻撃」であるから暴行罪に該当しないと、後者の場合は、（必ずしも理由は明らかではないが、）結論として暴行罪の成立をみとめている。この点、「煙草の煙を吹きかけたりする行為」について、佐伯教授の論旨からすれば、「その社会的意味を通じた心理的攻撃」にすぎない場合は暴行罪に該当しないが、「心理的攻撃」にとどまらなると考えれば暴行罪の成立を肯定し得るものとも考えられよう。

D．考察の前提となる事実の確認

まず、考察の前提として、受動喫煙に対する社会的認識の変化について、確認しておく。その上

⁹ 学説では、このように身体接触の要否の問題と傷害の危険性の要否の問題を関連させて論ずる見解（二元説）が、多数説と思われるが、これに対して、このような区別に合理的理由があるかは疑問であるとする見解（法学教室 358号 121頁 2010年7月1日発行 佐伯仁志：東京大学教授）もある。もっとも、二元説は形式的な区別のための区別をしているのではなく、保護法益から検討していることに留意すべきであろう。

で、前記「C．研究結果」に見た刑法学上の議論にあてはめて「E．考察」を述べる。

1) 法令上の変化

我が国の法律レベルでは、健康増進法が、2002年（平成14年）8月2日公布され、2003年5月1日施行された。同法25条は、多数の者が利用する施設の管理者の受動喫煙¹⁰防止の努力義務を規定している。

日本国政府は、平成16年3月9日「たばこの規制に関する世界保健機関枠組条約」（以下「たばこ規制枠組条約」という。）に署名し、平成16年5月19日国会がこれを承認し、平成17年2月27日条約の効力が発生した（外務省ホームページ参照）。同条約全文には、次のように規定されている（外務省訳）。

「この条約の締約国は、
・・・たばこの煙にさらされることが世界的規模で健康、社会、経済及び環境に及ぼす破壊的な影響についての国際社会の懸念を考慮し、
・・・たばこの煙にさらされることが死亡、疾病及び障害を惹き起こすことが科学的証拠により明白に証明されていること、並びに、たばこ製品の煙にさらされること・・・とたばこに関連する発病との間に時間的な隔りがあることを認識し、
・・・次のとおり協定した。」

さらに同条約第8条第1項には、次のように規定されている（外務省訳）。

「締約国は、たばこの煙にさらされることが死亡、

¹⁰ なお、健康増進法における「受動喫煙」の定義は、「室内又はこれに準ずる環境において、他人のたばこの煙を吸わされることをいう。」とされている。

疾病及び障害を引き起こすことが科学的証拠により明白に証明されていることを認識する。」

このように、2004年には国も受動喫煙の有害性を明確に認めている。

2) 受動喫煙に関する科学的・医学的知見

厚生労働省健康局長通知「受動喫煙防止対策について」（健発第0430003号・平成15年4月30日）において、次のように記述された。

「受動喫煙による健康への悪影響については、流涙、鼻閉、頭痛等の諸症状や呼吸抑制、心拍増加、血管収縮等生理学的反応等に関する知見が示されるとともに、慢性影響として、肺がんや循環器疾患等のリスクの上昇を示す疫学的研究があり、IARC（国際がん研究機関）は、証拠の強さによる発がん性分類において、たばこを、グループ1（グループ1～4のうち、グループ1は最も強い分類。）と分類している。さらに、受動喫煙により非喫煙妊婦であっても低出生体重児の出産の発生率が上昇するという研究報告がある。」

また、同様の記述が、その後の健康局長通知（健発0225第2号・平成22年2月25日）及び（健発1029第5号・平成24年10月29日）においても、繰り返されている。

厚生労働省健康局長要請「喫煙と健康問題に関する検討会」報告書37頁には次のように記述されている。

「たばこ煙にはタバコの成分やその成分が喫煙により熱分解および熱合成によって物理的・科学的に多様な化合物が約4000種類含まれ、それらのうちガス相には約500種類が存在すると報告されている。環境中たばこ煙はほとんどが副流煙によ

るもので、時間経過とともに環境中の様々な要因との物理・化学反応により変化を起こす。また、約 4000 種類の化合物の中には多くの有害物質や 60 種類の発がん性物質が知られており、それらは主にニトロソアミン類や多環性炭化水素であるといわれている。」

また同報告書 174 頁、200 頁、251 頁には次のように記述されている。

「これまでに確実な受動喫煙関連疾患が 9 種（虚血性心疾患、肺がん、副鼻腔がん、急性下気道感染症（小児）、気管支喘息の発病と悪化（小児）、慢性呼吸器症状（小児）、中耳炎（小児）、低体重出生、乳幼児突然死症候群）、可能性のある受動喫煙関連疾患が 5 種（子宮頸がん、気管支喘息の悪化（大人）、呼吸機能低下、自然流産、認識と行動の障害）同定された。」「調査研究が進むにつれて受動喫煙関連疾患はさらに増える可能性がある。」

アメリカ合衆国保健福祉省 2006 年「The Health Consequences of Involuntary Exposure to Tobacco Smoke: A Report of the Surgeon General」(「公衆衛生総監報告書 たばこ煙への不随意曝露の健康影響」¹¹⁾ 11 頁には、次のように記述されている。

「Major Conclusions

3. Exposure of adults to secondhand smoke has immediate adverse effects on the cardiovascular system and causes coronary heart disease and lung cancer.

4. The scientific evidence indicates that there is no risk-free level of exposure to secondhand smoke.」

「主要な結論

¹¹ 英語原文

<http://www.surgeongeneral.gov/library/reports/>

日本語訳（国立がんセンター提供）

<http://www.ncc.go.jp/jp/who/sg/index.html>

3. 間接喫煙への成人の曝露は、心血管系に直接的な有害影響を及ぼし、冠動脈心疾患や肺がんを引き起こすものである。

4. 科学的証拠によると、間接喫煙へのすべてのレベルの曝露にリスクが伴うことを示唆している。」¹²

3) 受動喫煙が他者危害であるとの認識の普及

厚生労働省「21世紀のたばこ対策検討会 討議内容のまとめ」(平成10年8月)には、「分煙の必要性については、全委員が一致した。分煙は、受動喫煙により非喫煙者に起こりうる健康への悪影響を排除するための措置であり、自己責任において喫煙する場合でも、他者に危害を与えないことが大原則である。」と指摘された。

厚生労働大臣宛て厚生科学審議会の意見具申「今後のたばこ対策の基本的考え方について」(平成14年12月25日)では、「受動喫煙についても、最近の知見によると、本人による喫煙の場合と同様の事実が指摘されている。これは、喫煙していない他者の健康への悪影響を及ぼすもの(他者危害)であり、たばこ対策を推進することは、この

¹² Researchers have thus concluded that exposure to secondhand smoke can cause DNA damage and genetic mutations. For DNA-damaging carcinogens, the occurrence of permanent mutations implies that there is no level of exposure that does not pose a risk. (64 頁) 参照

The evidence for underlying mechanisms of respiratory injury from exposure to secondhand smoke suggests that a safe level of exposure may not exist, thus implying that any exposure carries some risk. For infants, children, and adults with asthma or with more sensitive respiratory systems, even very brief exposures to secondhand smoke can trigger intense bronchopulmonary responses that could be life threatening in the most susceptible individuals. (65 頁) 参照

視点からも正当化される。」とされた。

厚生労働省「受動喫煙防止対策のあり方に関する検討会 報告書」(平成 21 年 3 月 24 日)には、「喫煙者の喫煙の自由や権利が主張されることがあるが、喫煙者は自分の呼出煙、副流煙が周囲の者を曝露していることを認識する必要があるとともに、喫煙者の周囲の者が意図せずしてたばこの煙に曝露されることから保護されるべきであること、受動喫煙というたばこの害やリスク(他者危害)から守られるべきであることを認識する必要がある。」とされた。

なお、同報告書は、厚生労働省健康局長通知「受動喫煙防止対策について」(健発 0225 第 2 号・平成 22 年 2 月 25 日)及び同「受動喫煙防止対策の徹底について」(健発 1029 第 5 号・平成 24 年 10 月 29 日)にも添付され、繰り返し、周知が図られている。

このように厚生労働省の検討会等において、受動喫煙が他者危害であると、繰り返し確認されている。

4) 受動喫煙に対する苦痛意識

厚生労働省「分煙効果判定基準策定検討会報告書」(平成 14 年 6 月)には次のように記述されている。

「体の粘膜が、たばこ煙、特に副流煙に暴露することによって生ずる刺激症状として、咳、喘鳴、鼻症状(くしゃみ、鼻閉、鼻汁、かゆみなど)、眼症状(痛み、流涙、かゆみ、瞬目など)、頭痛などが挙げられる。また、鼻咽頭反射を介する呼吸抑制も認められる。これらの粘膜刺激による反応は、主流煙よりも副流煙の影響がより強く、特に副流煙のニコチン濃度により影響の強さが左右される。

また、これらの症状はたばこ煙への曝露時間が長くなるほど強くなり、常習喫煙者よりも非喫煙者の方がより強い反応を示すことも明らかにされており、他人のたばこからの煙への迷惑感、不快感の原因となりうる。」

「総理府が 1988 年に行った「健康と喫煙問題に関する世論調査」・・・喫煙に関する意識では、「人が吸うたばこを迷惑と覚えることがあるか」の問いに対しては、「よくある」が 26.5%、「たまにある」が 38.3%で両者を合わせて 64.9%の人が迷惑に感じていた。性・年齢別では、女性(76.0%)が男性(51.6%)より多く、特に 20～40 歳代の女性は 80～82%と高率であった。この中には喫煙している人も含まれており、特に 1 日の喫煙本数が 10 本未満の人は、その 54.9%の人が「迷惑と覚えることがある」と回答していた。また吸ったことの無い人に限ると 79.8%の人が迷惑に感じていた。」

「以上 3 つの調査をまとめると、喫煙率は一般国民全体で 33%とほぼ変わらず、職場での調査では 45.2%とやや高い。喫煙を不快に感じたり、迷惑に感じたりする割合は、非喫煙者の女性で最も高い傾向が見られ、いずれもおおよそ 80%の値であったが、職場ではやや低く 63%であった。また、非喫煙者だけでなく、喫煙者であっても、他人の喫煙を不快に感じたり、迷惑に感じたりする者が 30%近くいることにも注目する必要がある。迷惑に感じる事は、煙やにおい等の感覚的なことが最も多く、次いで健康面の心配、火事、焼け焦げの心配であり、受動喫煙に対する対策を多くの人が求めていることがうかがえる。」

厚生労働省健康局長要請「喫煙と健康問題に関する検討会」報告書「新版喫煙と健康」(2002 年 6

月 10 日発行)178～179 頁には次のように記述されている。

「中小規模の職場における日常的な受動喫煙に対して多少なりとも迷惑感を覚える非喫煙者は 74.6%に及んでいる。」「非喫煙者に引き起こされる“迷惑(annoyance)”感は・・・多彩な自覚症状を呈することが広く知られている。」

日常的な ETS 曝露の影響として自覚症状有訴率は、「非喫煙者の割合が男性では 37.2%、女性では 90.7%という結果」が示されている。

5) 受動喫煙に関する民事上の判例の変遷

1987 年～2002 年の主要な受動喫煙に関する民事裁判の判決は、受動喫煙による被害は、比較的軽微な急性影響や嫌悪感や不快感であって、受忍の範囲のもの、などとしていた。

しかし、2004 年以後の判決は、受動喫煙による肺がん等の慢性疾患のリスクの増加を認めつつ、急性影響や精神的肉体的苦痛について、受忍限度論を採用せず、慰謝料(損害賠償)請求を認める傾向にある。(詳細は、当研究班の昨年度分担研究報告書 85 頁「受動喫煙に関する訴訟・判例等の検討」参照。)

平成 24 年 12 月 13 日 名古屋地裁判決は「タバコの煙が喫煙者のみならず、その周辺で煙を吸い込む者の健康にも悪影響を及ぼす恐れのあること、一般にタバコの煙を嫌う者が多くいることは、いづれも公知の事実である。」と判示している。

E. 考察

前記「C. 研究結果」に見た刑法学上の議論及び、前記「D. 考察の前提となる事実の確認」に

見た受動喫煙に関する認識を踏まえて、考察を述べる。

第 1 受動喫煙の刑法「暴行罪」該当性

1) 「暴行」の定義

刑法第 208 条暴行罪における「暴行」とは、人の身体に対して向けられた不法な有形力の行使をいう。

2) 傷害の危険性の要否

判例・多数説は、傷害の危険性のない場合にも暴行罪の成立を肯定する。

そもそも、「間接喫煙へのすべてのレベルの曝露にリスクが伴う(2006 年米国公衆衛生総監報告書¹³)ことからすれば、受動喫煙は傷害の危険性を伴い得るものであり、この点、暴行罪成立は何ら妨げられない。

3) 暴行の方法

「有形力」の中には、狭義の物理的な力(力学的作用)に加え、音や光によるもの、熱・冷気・電気等のエネルギー作用によるものも含まれると解されている。臭気や化学的作用についても含まれるとする積極説が学説上多数である。

判例は、暴行罪の「不法な有形力の行使」に、音によるものも含むと解している。空気を隔てて人に直接作用するタバコ煙についても、「暴行」の態様に該当し得ると考えられる。

4) 判例・学説・法解釈

判例(福岡高裁)は、塩をまく行為に関して、「単に不快嫌悪の情を催させる行為といえども」暴行

¹³ 受動喫煙曝露は、DNA を損傷し、遺伝子の変異を引き起すため、すべてのレベルの曝露にリスクが伴うことが示唆されている。また、喘息その他の呼吸器疾患の者への受動喫煙曝露はごく短時間でも、命に関わる場合があるとされている。

に該当するとしており、この理由部分には学説上、批判はあるものの、結論としては当該判例を支持する学説が多数である。

暴行罪の保護法益は、「人の身体が不法に痛めつけられたり、危険にさらされたりしないということ」を内容とした身体の安全である。「不法に人の身体を軽んじるような行為を禁止しようとするところにある。」と解されている。

単なる不快、嫌悪を催させるにすぎないような心理的苦痛のみを与える行為については、暴行罪の成立を否定すべきだが、肉体的・生理的苦痛(身体的苦痛)を伴う場合には暴行罪の成立を肯定すべきと説える学説見解が有力である。

「タバコの煙をふきかける行為」は、上記判旨によれば勿論、暴行罪に該当し得ると考えられる。また、受動喫煙による急性影響として、眼症状、頭痛、咳、喘鳴、鼻症状、等が挙げられ、受動喫煙がしばしばこうした肉体的・生理的苦痛を伴うことからすれば、上記学説上の考え方においても、暴行罪が成立し得ると考えられる。

さらに、国が受動喫煙は他者危害であると繰り返し発表している近年の状況からすれば、受動喫煙惹起行為は、不法に人の身体を軽んじるような行為と捉えることが可能であり、これに暴行罪を適用することは、人の身体が不法に痛めつけられたり、危険にさらされたりしないようにという暴行罪の保護法益に合致する法解釈と考えられる。

第2 受動喫煙の刑法「傷害罪」該当性

刑法第 204 条傷害罪における「傷害」とは、判例・通説によれば、身体の生理機能の障害または健康状態の不良な変更と解されており、判例によれば、その程度について、ごく軽微なものであっても傷害罪の成立を認めている。

身体内部の変化で足り、身体の外見上の変化を

要せず、身体的な苦痛を感じるにより健康状態の不良変更が認められれば傷害罪にあたりとされている。

このことからすれば、受動喫煙による急性影響、すなわち、眼症状(痛み、流涙、かゆみなど)、頭痛、咳、喘鳴、鼻・喉の痛み、めまい・嘔吐、等についても、そうした身体的変化が立証されれば、傷害罪の成立が認められ得るものと考えられる。

また、受動喫煙が反復継続的になされた場合で、被害者が精神的健康を害し、精神衰弱症、不安抑うつ状態、PTSD、睡眠障害・慢性頭痛症・耳鳴り症等が生じた場合も、傷害罪が成立し得ると考えられる。

第3 受動喫煙に関する具体的な場面を想定した検討

ここまで受動喫煙一般に関する抽象的な犯罪成立の可能性を論じたが、以下では、問題となり得る受動喫煙の具体的な場面を想定した検討を行う。

【設例】

AはBと口論になり、かねてよりBが受動喫煙を苦痛に感じ嫌っていることを承知して、腹立ちまぎれに、敢えてBの目の前で喫煙し、さらに、Bの顔に対して直接にタバコの煙を吹きかけ、Bは、咳こむとともに、眼の痛み及びのどの痛みを生じた。

【結論】

Bの急性症状が立証されれば、Aは傷害罪に該当する。

Bの急性症状が立証されない場合であっても、Aは暴行罪に該当する。

【検討】

前記福岡高判昭和46年10月11日によれば、「相手方において受忍すべきいわれのない、単に不快嫌悪の情を催させる行為といえども」暴行に該当

するとされており、Aの行為は、Bにおいて「受忍すべきいわれのない、不快嫌悪の情を催させる行為」であるから暴行罪に該当する。

暴行罪の成立に、「相手方に与える苦痛」として単なる心理的不快感や嫌悪感それ自体では足りず、肉体的・生理的な身体的苦痛とその発生可能性を要するとする学説¹⁴（前記山火・木村参照）によれば、Aの行為は、Bにおいて肉体的・生理的な身体的苦痛が現に発生しており、またAもそのことをあらかじめ認識・認容していたのであるから、暴行罪に該当する。

なお、暴行罪の成立に、「その社会的意味を通じた心理的攻撃」では足りないが、「行使された物理力が軽微とはいえず、一定以上の強度を有している」ことを要するとする見解（前記佐伯参照）によれば、（必ずしも論者の結論は判然としないが）受動喫煙の有害性と急性影響を「一定以上の強度」の物理力と解すれば、暴行罪が成立し得るであろう。

判例・通説によれば、「傷害」とは、身体内部の変化で足り、身体の外見上の変化を要せず、身体的な苦痛を感じるにより健康状態の不良変更が認められれば傷害罪にあたとされているから、本件Bの身体的な変化は「傷害」にあたる。

暴行罪（208条）と傷害罪（204条）とは、結果的過重犯の関係と解されており（判例・通説）傷害の故意が無い場合であっても、暴行の故意さえあれば、傷害罪が成立する。したがって、Aが、Bに身体的症状・急性症状が発生するであろうこ

とを十分に予見していようといまいと、Aに「暴行」（タバコの煙を吹きかける行為）の事実の認識・認容さえあれば¹⁵、暴行の故意が認められ、傷害罪の成立も認められる。よって、上記設例では、Aは何ら犯罪の故意に欠けることはない。

【設例】

Sは路上で喫煙している際に、警察官Pから職務質問を受けたが、これを拒否しようと考えて、突然、Pの顔に対して、直接にタバコの煙を吹きかけ、Pがこれによって後ずさりしてひるんだ隙に、走り出し、Pから誰何されるも逃走した。PはSを追いかけて、何とかこれに追いついた。Pは、日頃より、受動喫煙をさほど苦痛には感じない体質であり、Pはタバコの煙を吹きかけられたことによる身体症状・身体的苦痛は特に認識していない。

【結論】

判例によれば、Sは暴行罪に該当する。また、公務執行妨害罪も成立し得ると考えられる。

学説によれば、Sは暴行罪に該当すると考えることも、該当しないと考えることも両論可能であろう。これとは別に、公務執行妨害罪が成立すると、成立しないと両論考えられる。

【検討】

前記福岡高判昭和46年10月11日によれば、「相手方において受忍すべきいわれのない、単に不快嫌悪の情を催させる行為といえども」暴行に該当するのであり、上記設例のSの行為は、Pにおいて「受忍すべきいわれのない、不快嫌悪の情を催させる行為」であるから暴行罪に該当する。

¹⁴ かかる見解は、暴行罪を結果犯と解するものとして整理されている（前記刑法判例百選 各論[第五版] 11頁 岡上雅美）。これに対しては、被害者の認識を犯罪の成立要件に入れるべきでないとの主張もある（同・岡上）。心理的苦痛と身体的苦痛の差異は実際不明との指摘もある（齋野彦弥「暴行概念と暴行罪の保護法益」成蹊法学 28号（1988年）445頁）。

¹⁵（故意）刑法第38条3項本文「法律を知らなかったとしても、そのことによって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。」当該行為が、法律上違法であることを意識していなくても、犯罪の故意は認められる。

暴行罪の成立に、「相手方に与える苦痛」として、単なる心理的不快感や嫌悪感それ自体では足りず、肉体的・生理的な身体的苦痛とその発生可能性を要するとする学説（前記山火・木村参照）によって検討する場合、両論考えられるであろう。一般的に受動喫煙は有害性と急性影響が認められることから、たまたまPが苦痛に感じなかったとしても、「肉体的・生理的な身体的苦痛の発生可能性」は存するものとして、Sの行為は、暴行罪に該当すると解することも可能であろう。他方、この場合に、肉体的・生理的な身体的苦痛が無いとして、単なる心理的不快感や嫌悪感と見なして、暴行罪不成立と考える余地もあり得よう。

暴行罪の成立に、「その社会的意味を通じた心理的攻撃」では足りないが、「行使された物理力が軽微とはいえ、一定以上の強度を有している」ことを要するとする見解（前記佐伯参照）によって検討する場合も、両論考えられるであろう。一般的に受動喫煙は有害性と急性影響が認められることから、たまたまPが苦痛に感じなかったとしても、実際にPが後ずさりしてひるんだことをもって、「行使された物理力が軽微とはいえ、一定以上の強度を有している」として、Sの行為は、暴行罪に該当すると解することも可能であろう。他方、この場合に、「その社会的意味を通じた心理的攻撃」にすぎないと見なして、暴行罪不成立と考える余地もあり得よう。

次に、公務執行妨害罪について検討する。

公務執行妨害罪の保護法益は、暴行罪・傷害罪とは異なり、公務（国家作用）の円滑な遂行である。公務執行妨害罪の「暴行」は、公務員に向けられたものであれば必ずしも直接公務員の身体に対して加えられる必要はないと解される等、「暴行罪」の「暴行」概念よりも、広義であると解されている。

保護法益及び法定刑が異なることから、必ずし

も、「暴行罪」の「暴行」概念と一致するものではないものと考えられる¹⁶。

Sの行為は、実際にPの公務の円滑な遂行を妨害しているように、一般的に公務の円滑な遂行を害する危険がある（抽象的危険犯）と考えれば、公務執行妨害罪が成立すると考えられる。他方、上記設例と異なり、何らPがひるむことなく、職務質問を継続したような場合を想定すれば、公務の円滑な遂行を害する危険があるとはいえず、公務執行妨害罪は成立しないと考える余地もあり得よう。

【設例】（2013年11月に実際にニュース報道されたドイツの事例）

女子学生Wは、室内禁煙のナイトクラブで違反して喫煙する男性Mに「ここは禁煙ですよ」と注意した。注意された男性Mは、これに腹を立てて、女子学生Wの顔にタバコの煙を思いっきり吹きかけた。女子学生Wは自分の身を守ろうと反射的にガラスのコップを男性Mに投げ、Mの頭にこぶができた。

男性Mは女子学生Wを傷害罪で告訴し、女子学生Wは正当防衛を主張した。

【結論】

女子学生Wには正当防衛が成立し、無罪。

【検討】

ドイツエアフルト区裁判所は、男性Mがタバコの煙をWに吹きかけた行為は「傷害罪」にあたるとの判定を下し、女子学生Wが防衛手段としてグラスを投げたのは正当であると判断した旨報道されている。

これを日本法で検討した場合、次のように考えられる。

刑法第36条 正当防衛

¹⁶ 本報告書では指摘にとどめ、今後刑法学におけるさらなる検討及び判例の集積を待ちたい。

1項 急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

2項 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

「急迫不正の侵害」行為については、必ずしも犯罪構成要件に該当しない場合であっても、「不正」となり得ると解されている。したがって、男性Mがタバコの煙をWに吹きかけた行為が「傷害罪」にあたるかの判断をしなくても、「不正」の侵害として、正当防衛の成立を肯定し得る。前述のとおり、当該行為は少なくとも「暴行」に該当するので、「不正」の侵害と言えることは明らかであろう。

次に「やむを得ずにした行為」として、防衛行為の必要性と相当性が問題となる。正当防衛は、反撃行為によって生じた結果（グラスによるこぶの傷害）が、侵害されようとした法益より大きくても（タバコの煙吹きかけが仮に傷害に至らない暴行にとどまるとしても）成立し得る。

もっとも、防衛行為が侵害を排除するために必要な限度である必要があるし、既になされた侵害に対しての仕返しの場合は急迫性が認められない。

【設例 -1】（実際の民事裁判及び紛争事例を参考にして事例を設定。）

分煙等がなされておらず自席での喫煙がなされている職場において、非喫煙者Xは、かねてより受動喫煙を苦痛に感じていたが、ある時点から気管支喘息を発病し、さらに喘息による咳・喘鳴症状、頭痛・めまい、鼻汁・鼻の痛み等の症状がだんだんとひどくなって悪化し、上司Yらに診断書を添えて、分煙を求めた。上司Yらは、自席での喫煙

を継続できなくなることを嫌がり、Xの求めを疎ましく思い、Xのいない社内会議の場で、今後分煙の措置をとることなく放置することでXがこのまま体調不良で自ら退職するのを待とうと話した。半年間、Xは、繰り返し、Yらに分煙を求めたが、Yは確たる返答をせず、先伸ばしにして、自席での喫煙を継続した。Xの身体症状はさらにひどくなり、Xは毎日精神的苦痛が蓄積していったが、ある時、YがXに対して「タバコくらいで、つべこべ言うな。」と嘲笑して、Xに直接タバコを吐き掛ける言動を行った。Xは、それまでの肉体的苦痛並びに改善要求に対する職場側の不誠実な対応による心理的ストレスに加えて、このYの言動が直接の引き金となって、翌日からうつ病によって休職するとともに、タバコに対する強い恐怖心によりPTSDを発症した。

【設例 -2】

上記設例で、Yが嘲笑やXに直接タバコを吐き掛ける言動を行うことなく、受動喫煙の継続的なストレスによってXがうつ病を発症した場合。

【結論】

設例 -1 のYについては、暴行罪が成立する。直接タバコを吐き掛けた行為と、うつ病・PTSD発症との因果関係が立証されれば、傷害罪も成立し得る。

設例 -2 のYについては、暴行罪の成立については争いがある。未必の故意が認められれば傷害罪が成立し、未必の故意が認められない場合は、過失傷害罪が成立し得る。

【検討】

判例及び通説は、精神的健康に関して、精神衰弱症、不安抑うつ状態、PTSD、睡眠障害・慢性頭痛症・耳鳴り症も傷害にあたるとしている。

Yは、Xが分煙を求めた後も半年間にわたり、受動喫煙を継続し、さらに、Xに直接タバコを吐き掛ける「暴行」（前述のとおり）を行って、Xにうつ病とPTSDを発症させたので、傷害罪が成立

し得る。立証の問題はあるが、行為と結果発生との因果関係も認められ得る可能性がある。

次いで、設例 2 のYについては、Xが分煙を求めた後も半年間にわたり、受動喫煙を継続しているが、これが「暴行」に該当するか問題となる。

前記のとおり、暴行罪の「有形力」には、臭気や化学的作用についても含まれるとする積極説が学説上多数である。すなわち、「化学的・病理学的・薬理学的作用により生理的機能の障害を発生させる場合、たとえば、感染症に罹患させる場合、有毒ガスを吸引させる場合、有毒な薬物をジュースに混ぜて飲ませるような場合に、これを「暴行による傷害」といえるかどうか問われるのです。」
「これまで学説の多くは積極説をとってきたといえましょう。化学的・病理学的・薬理学的作用による場合も、無形的手段ではなく、有形力を用いるものであることに変わりないことがその根拠とされてきました。積極説が説くように、外部から与えられる有形的手段の中で、化学的・病理学的・薬理学的作用を別扱いする理由は見出しがたいと思われまます。」とされている。

この見解に基づけば、暴行罪が成立し得る。暴行罪（208条）と傷害罪（204条）とは、結果的過重犯であるから、Yに「暴行」（Xの受動喫煙を継続する行為）の事実の認識・認容さえあれば、暴行の故意が認められ、傷害罪の成立も認められることとなる。ただし、判例及び学説が、本件のような直接タバコを吐き掛ける態様ではない¹⁷継続的な受動喫煙について、「暴行」と判断するかどうかは明らかでない。

他方、このような場合は、「暴行」ではないと考

¹⁷ 「暴行」の定義が「人の身体対してに向けられた」と解されており、直接タバコを吐き掛ける態様ではない場合に、この要件を肯定し得るかも問題となり得る。

える消極説に立てば、「物理的有形力の行使」ではなく、「無形的方法による」傷害結果の発生と考えられる。そして、YはXを困惑させる意図のもとに行為を行っている訳であるが、それがXに大きな精神的負担となり、その身体に障害が生じる可能性があることを認識しつつ行ったものとして、Yに「未必的故意」があったといえれば、傷害罪が成立する（前掲最高裁決定平成17年3月29日刑集59巻2号54頁の事案に関する奈良地判平成16・4・9及び大阪高判平成16・9・9参照）。

Xの傷害結果の発生について、Yに未必の故意が認められなければ、Yは「過失傷害罪」となる。

【設例】（民事訴訟事例 名古屋地判平成24年12月13日を基にして事例を設定。）

同じマンションにおいて、HとLは、それぞれ階の真上、真下に居住していた。Hは、過去に小児喘息に罹患したことがあり、タバコ煙に対して強い恐怖感があった。Lは毎日、自室のベランダで喫煙し、立ち上がったタバコ煙がHの室内に流入し続けた。マンションの換気システムの構造上、Hが窓を開けていればLのタバコ煙が勢いよくHの居室内に流入し、またHが窓を閉めていてHの居室内に漏れて流入した。Hは、ベランダをビニールシートで覆い、扇風機及び空気清浄器を設置して、室内のタバコの煙を外へ出すなどして、できる限りの措置を講じていたが、効果は十分ではなかった。Hは強いストレスを感じ、ストレスによって帯状疱疹を発症した。HはLに、ベランダでの喫煙をやめるよう繰り返し求めた。しかし、Lはこれを無視して喫煙を継続し、Hはさらなる多大なストレスで、不眠や動悸、うつ状態になる等して精神的に追い込まれた。

Hの不眠、うつ状態等について、犯罪が成立し得るか。

【結論】

暴行罪の成立については争いがある。
未必の故意が認められれば傷害罪が成立し、未必の故意が認められない場合は、過失傷害罪が成立し得る。

【検討】

設例 2と同様に考えられる。

判例及び通説は、精神的健康に関して、精神衰弱症、不安抑うつ状態、PTSD、睡眠障害・慢性頭痛症・耳鳴り症も傷害にあたるとしている。

暴行罪の「有形力」には、臭気や化学的作用についても含まれるとする積極説が学説上多数である。この見解に基づけば、暴行罪が成立し得る。暴行罪（208条）と傷害罪（204条）とは、結果的過重犯であるから、Lに「暴行」（Hへの受動喫煙を継続する行為）の事実の認識・認容さえあれば、暴行の故意が認められ、傷害罪の成立も認められる。ただし、判例及び学説が、本件のような直接タバコを吐き掛ける態様ではない継続的な受動喫煙について、「人の身体対してに向けられた」と判断するかどうかは明らかでない。

他方、「暴行」ではないと考える消極説に立てば、「物理的有形力の行使」ではなく、「無形的方法による」傷害結果の発生と考えられる。

Hにとって大きな精神的負担となり、その身体に障害が生じる可能性があることをLが認識しつつ行ったものとして、Lに「未必的故意」があったといえれば、傷害罪が成立する（前掲最高裁決定平成17年3月29日刑集59巻2号54頁、隣家に面した窓を開け、窓際にラジオ及び複数の目覚まし時計を置き、1年半にわたり隣家被害者に向けて、連日、朝から深夜までラジオ音声及び目覚まし時計アラームを大音量で鳴らし続けた事案において、睡眠障害・慢性頭痛症・耳鳴り症の傷

害罪を肯定¹⁸。）

Hの不眠、うつ状態等の発生について、Yに未必の故意が認められなければ、Lは「過失傷害罪」となる。

第4 可罰的違法性について

構成要件に該当するが法益侵害の程度が極めて軽微な場合には、可罰的違法性の問題として、違法性を阻却する考え方がある。

たとえば、葉煙草一厘事件判決が挙げられる。農家が栽培した葉煙草のうち価格一厘（1円の千分の1、最低通貨単位）に相当するものを自家消費した行為に対する葉煙草専売法の不納付違反事件である。大審院（明治43年10月11日）は、罰金10円を言い渡した二審を破棄して、無罪とした。違法な行為であったとしても実害が極めて微細な所為であれば罪には問えないと解されている。

他方、その後の判例及び諸学説は、可罰的違法性論に対し、消極的、否定的態度を採る傾向にあるとの指摘がある。

受動喫煙の問題との関係で、この論点がどのように位置づけられるのか、どの程度の軽微事案の場合に違法性が阻却され得るのかについては、本報告書では指摘にとどめ、今後の議論に委ねたい。

また、検察官の裁量による起訴猶予処分のあり方についても、今後の議論に委ねたい¹⁹。

¹⁸法学教室 303号 95頁 2005年12月1日発行 山口厚：東京大学教授（山口厚『新判例からみた刑法〔第2版〕』（2008年）所収）

¹⁹ 刑事訴訟法第248条 犯人の性格、年齢及び境遇、犯罪の軽重及び情状並びに犯罪後の状況により訴追を必要としないときは、公訴を提起しないことができる。

F．結論

暴行罪(刑法第208条)における「暴行」とは、人の身体に対して向けられた不法な有形力の行使をいう。「有形力」の中には、狭義の物理的な力(力学的作用)に加え、音や光によるもの、熱・冷気・電気等のエネルギー作用によるものも含まれると解されている。臭気や化学的作用についても含まれるとする積極説が学説上多数である。

判例は、音による暴行罪成立を肯定し、また、塩をまく行為に関して、暴行に該当するとしている。「タバコの煙をふきかける行為」についても暴行に該当すると考える学説見解が判例及び学説上多数派の考え方に沿うものと思われる。

傷害罪(刑法第204条)における「傷害」とは、判例・通説によれば、身体の生理機能の障害または健康状態の不良な変更と解されている。判例は、その程度について、ごく軽微なものであっても傷害罪の成立を認め、また、身体内部の変化で足り、外見上の変化を要せず、身体的な苦痛を感じることににより健康状態の不良変更が認められれば傷害罪にあたるとする。精神的なストレス等を与えることににより精神的機能を害し、精神的健康を不良に変更することも傷害あたると解されている。判例・通説の理解を前提とすれば、受動喫煙による急性影響及びストレス関連障害等についても、傷害罪の成立が認められ得ると考えられる。

本報告書は、受動喫煙惹起行為に、刑法上の暴行罪・傷害罪が成立し得ることを指摘した。

刑法学上、この問題を取り上げて詳細に検討したものは、従前特に見当たらず、本報告書は先進的意義を有するものと思料する。

今後、刑法学上²⁰及び実務上さらなる検討及び議

²⁰ 筆者ら実務家弁護士の立場からは、判例及び多数学説を中心に検討を行った。少数学説・反対有力学説についても検討・言及は行ったが、少数

論がなされることを期待したい。また、犯罪成立の限界事例や犯罪不成立事例等の検討についても、今後の検討及び議論を待ちたい。

実務において刑事法を適用できるか否か、適用すべきか否かについては、個別具体的な事案ごとに警察・検察・裁判所の判断に委ねられている²¹。本報告書が検討の際の一助となれば幸いである。

G．健康危険情報

なし

H．研究発表

1. 論文発表 なし
2. 学会発表
 - 1) 片山律: ミニシンポジウム 「タバコ規制と社会変動」. 日本法社会学会 2015年5月10日
 - 2) 弁護士岡本光樹. 「受動喫煙被害に関する訴訟とその法的評価」. 日本公衆衛生学会 2014年11月5日

I．知的財産権の出願・登録状況

なし

説等の網羅的な検討や各判例・各学説の当否を論じることは、刑法学者の役割に期待したい。

²¹ 関係当局には、あくまで公正妥当な法解釈に基づいた運用がなされるよう期待する。別件逮捕・勾留等の適正手続に反する悪用がなされてはならない。こうした問題は、刑事訴訟法及び他の犯罪にまたがる一般的な問題で、本報告書の目的からは逸れるが、弁護士の立場からはそうした適正手続に反する運用がなされるべきでないことは付言しておく。

(参考) 塩まき判決(福岡高判昭 46.10.11)に関する主な学説

学説の概要	主張者	論旨	批判等
傷害の危険性 必 要説	京藤 ²² 岡上 ²³ 野村	傷害を生じる危険のない食塩のふりかけ 行為は暴行罪から除くべき。 傷害の不能犯。暴行罪の保護法益の観点 からもまた不能犯。	判例(大判昭和8・4・15)・通 説と異なる少数説。 【批判】暴行罪は傷害未遂に尽 きない「身体の安全」それ自体 を保全するもの。
心理的苦痛・不快 感説	福岡高判昭 46.10.11 大塚、堀江 24、小暮	「受忍すべきいわれのない、単に不快嫌 悪の情を催させる行為といえども」暴行 に該当する。 被害者の身体を不当な有形力による侵害 から保護しようとするところにあるか ら、被害者の五感に直接間接作用して不 快ないし苦痛を与えるべき性質のもので あるかぎり、暴行として差支えない	【批判】単なる不快、嫌悪を催 させるにすぎないような心理 的苦痛を与える行為も暴行た りうるとされる見解は、疑問で ある(山火ほか)
著しい恐怖心 説	沢登 ²⁵	被攻撃者に著しい恐怖心を起こさせるも のは暴行となる。啖を吐きかけるとか汚 物を浴びせかけるとかは、暴行となりう る。	【批判】著しい恐怖心は、肉体的 ・生理的苦痛の危険からであ り、心理的苦痛というのは誤解 を生じやすい(木村)
肉体的・生理的苦 痛及びその発生可 能性説	木村 ²⁶	塩の一部が頭髮内や着衣の内側に残留し たという状態は、生理的苦痛を与えた。 つばを顔面にはきかける行為も、心理的 な不快感ではなく、生理的な不快感。	
身体的苦痛及びそ の発生可能性説	山火 ²⁷	単なる不快、嫌悪を催させるにすぎない ような心理的苦痛を与える行為も暴行た りうるとされる見解は、疑問である。少 なくとも身体的苦痛を内容としたもので なければならない。	【批判】身体に接触しない行為 が何故身体的苦痛と評価され るのか。結局、被害者の安全感 という内面的心情価値を保護 法益としている(齋野)

²² 京藤哲久「暴行の概念」芝原邦爾編『刑法の基本判例』(1988年)97頁

²³ 岡上雅美『刑法判例百選Ⅱ各論〔第5版〕』(2003年)10頁

²⁴ 最高裁判例解説刑事編昭和三九年度 10頁 堀江一夫調査官

²⁵ 沢登佳人「暴行・脅迫の意義」日本刑法学会編『刑法講座(5)』(1964年)232頁以下

²⁶ 木村栄作「塩まき行為と暴行罪」警察論集二五巻五号 119頁

²⁷ 山火正則 神奈川法学 8巻3号(1973年)65頁以下、『刑法判例百選Ⅱ各論〔第2版〕』(1984年)19頁

意思活動の自由の制約 説	佐久間 ²⁸	意思制圧の側面をもたないものは、暴行概念から排除。	【批判】暴行と威力、暴行と脅迫の境界を曖昧にするものであって採り難い(島田、古川)。「行動の自由」は異質的法益で支持しがたい(山口)
行動の自由の制約 説	齋野 ²⁹	傷害の危険性のない有形力の行使は、外形的作用を問題とすべきであり、被害者の身体的自由、即ち行動の自由を奪うものである限り暴行となりうる。大量の塩であって目・粘膜の炎症を起こす危険が無い限り、暴行罪を構成しない。	
一元説 ³⁰ 接触型 限定説	平野	暴行を「接触型」に限定。 この見解は傷害の危険の要否について明確でないが、特に言及されていないから、おそらく要求しない(山口)	【批判】傷害の危険の惹起をも処罰すべき。日本刀を接触させず振り回して手元が狂った事例を過失致死罪とすることは、結論として妥当でなく、傷害致死とすべき(島田)
物理力の強度によって区別する説	佐伯	少量の食塩の場合は、社会的意味を通じた心理的攻撃と解すべきであり、侮辱罪の問題。身体に行使された物理力が軽微とはいえ、一定以上の強度を有している場合には、暴行に当たる。	
可罰的違法性によって限定する説	島田 ³¹	他人の肌にペンキをかける行為も、被害者の身体の不可侵性が害されており、処罰に値する。可罰的違法性の絶対的軽微性の議論があてはまる。	

以上

²⁸ 佐久間修「暴行の意義と刑法の解釈」上野達彦ほか編『刑事法学の新展開 夏目文雄先生古稀記念論文集』(2000年)101頁

²⁹ 齋野彦弥「暴行概念と暴行罪の保護法益」成蹊法学 28号(1988年)449頁

³⁰ なお、本報告書では、あまり議論に立入らなかったが、接触の要否と傷害の危険の要否は、異なる論点ではあるが、二元説と一元説の対立の文脈で密接な関連性を有する。

³¹ 伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』(2007年)39頁以下〔島田聡一郎〕