

暴行罪における暴行概念と心理的作用の評価（上） -ドイツ刑法における暴行概念をてがかりに-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2019-09-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 上野, 純也 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/20373

暴行罪における暴行概念と心理的作用の評価（上）

——ドイツ刑法における暴行概念をてがかりに——

Der Begriff der Gewalt und die Bewertung der psychischen Einwirkung

博士後期課程 公法学専攻 2015年度入学

上 野 純 也

UENO Junya

【論文要旨】

わが国の暴行罪の成否に関し、わが国の判例はこれに限定を加えず、暴行概念を広く解釈する傾向にある。とりわけ判例は、暴行の内容である「有形力の行使」が人の身体に接触をしない場合、すなわち、いわゆる非接触型の暴行についても、これを暴行概念に含むとの判断を下している。

このような判例による広い暴行概念に対して、わが国の学説においては暴行罪にいう「暴行」の概念がどのような内容であるか、つまり暴行概念に関する議論がなされている。そして、そのような暴行それ自体の処罰を予定するわが国の暴行罪がどのような性格を持つ犯罪であるかにつき、かつてから議論がなされている。しかしながら、このような暴行概念の限界付けの議論について、学説上は必ずしも統一的な理解が得られてはいない状況であると考えられる。

本稿は、特に有形力の心理的作用に着目をして、暴行概念について考察するものである。上巻においては、非接触型暴行や暴行の心理的作用について触れた判例を整理すると共に、わが国の暴行概念に関する学説上の議論を踏まえ、わが国の暴行罪の性格を分析する。そして、わが国の暴行罪が意思侵害をも考慮することの背景として、ドイツ刑法の *Gewalt* 概念を継承したと考えられる点について沿革的な観点から分析をする。

【キーワード】 暴行罪，有形力の行使，身体に対する罪，比較法，ドイツ刑法

【目次】

- I. はじめに
- II. 暴行概念に関するわが国の判例の状況
 - II-1. 非接触型の暴行に関する判例
 - II-2. 心理的苦痛・心理的圧迫に言及する裁判例
 - II-3. わが国の判例の立場に関する若干の分析
- III. わが国の暴行概念の意思侵害犯的性格とその沿革
 - III-1. わが国における暴行概念に関する議論の概観
 - III-2. 身体接触の要否と非接触型暴行
 - III-3. 暴行概念の拡大化とその限定
 - III-4. 判例の立場の再分析と暴行概念の多元的性格（以上、本号）
- IV. ドイツ刑法における Gewalt 概念と暴行概念
 - IV-1. 暴行概念に関する比較法的検討の意義
 - IV-2. ドイツの判例による Gewalt 概念の理解
 - IV-3. 強要罪に関するドイツの学説上の議論と Gewalt 概念
 - IV-4. 小括
- V. 若干の考察
 - V-1. わが国の暴行概念の特性
 - V-2. 心理的作用を根拠とした事例の再検討
- VI. おわりに

I. はじめに

わが国の刑法においては、人の身体を侵害する犯罪の基本類型として、身体に対する侵害により傷害結果が発生した場合について傷害罪（204条）を、傷害結果なく身体を侵害する罪として暴行罪（208条）¹を規定している。そして、これらの罪における行為として通常想定されるものが「暴行」である。

わが国の暴行概念については、かつてから傷害罪との関係性の文脈において議論がなされてきた。すなわち、一方で傷害未遂罪の規定を持たないわが国の刑法体系において、「人を傷害するに至らなかった」との文言をもって規定される暴行罪が、傷害罪の未遂犯規定としての役割を持つ可否かに関して、他方で暴行罪の結果的加重犯としての傷害罪が認められる可否かに関して、議論が

¹ 208条「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは、2年以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。」

展開されてきている²。とりわけ前者においては、わが国の208条が「傷害未遂罪」として規定されていない以上、暴行行為それ自体が処罰の対象とされているとすれば、そこにおける保護法益が果たしてどのような内容であるのかに関する議論が展開されているのである³。

そして、このような傷害罪との体系的な連関の議論を受け、わが国の暴行罪における暴行の概念の内容とはいかなるものであるのかについても議論が展開されてきている⁴。すなわち、学説上「人の身体に対する不法な有形力の行使」⁵として定義される暴行には、どのような行為が当たるのか、との論点である。殴る、蹴るといった典型的な行為のほか、身体接触を伴わない行為や、催眠術の施用などのような言葉の意味を用いて心理的な作用を及ぼす行為も暴行概念に包摂されうるのか。あるいは、身体に接触をした作用が傷害結果発生危険をもつことが必要であるのか。このように様々な行為類型との関係で、暴行概念の内容が問題とされてきている。

本稿はこのような複雑な議論状況にある暴行罪の暴行概念に関して、とりわけ暴行概念との関係で問題となる非接触型暴行の諸事例を中心に、わが国の判例・学説の状況を踏まえた上で、わが国の刑法に大きな影響を与えるドイツ刑法における Gewalt 概念に関する議論を検討の素材とし、考察するものである。

さしあたり以下では、本稿で検討の対象とする非接触型暴行による暴行罪の成否が問題となった判例をとりあげ、判例実務における非接触型暴行の処理を概観することとする。

II. 暴行概念に関するわが国の判例の状況

II-1. 非接触型の暴行に関する判例

わが国の暴行概念について考察するにあたり、本章では、わが国における暴行罪の成否が問題となる判例を概観する。とりわけ本稿では、行為者の行為が被害者の身体に接触をしなかった、いわゆる非接触型の暴行に関する事例とそこにおいて各事例で問題となる行為がどのような根拠で暴行に該当すると判断されたかを検討の対象とする⁶。さしあたり以下では、わが国における非接触型暴行に関する最高裁判例及び下級審裁判例について参照する。

² 井田良『講義刑法学・各論』（有斐閣，2016年）55頁以下，松原芳博『刑法各論』（日本評論社，2016年）45頁以下及び55頁，橋本正博『法学叢書 刑法各論』（新世社，2017年）65頁以下及び70頁，高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（成文堂，2018年）43頁以下，西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂，2018年）44頁以下。

³ 井田・前掲註（2）53頁，松原・前掲註（2）47頁，橋本・前掲註（2）58頁，西田・前掲註（2）39頁参照。

⁴ 小暮得雄〔団藤重光編〕『註釈刑法 第5巻 各則（3）』（有斐閣，1965年）99頁以下，渡辺咲子〔大塚仁編〕『大コンメンタール刑法 第10巻〔第2版〕』（青林書院，2006年）489頁以下，井田・前掲註（2）54頁，橋本・前掲註（2）59頁以下，高橋・前掲註（2）43頁以下参照。

⁵ 小暮・前掲註（4）99頁，渡辺・前掲註（4）489頁。

⁶ 紙幅の都合上，本稿では非接触型の暴行の諸事例に限定して取り扱うが，これに対しわが国の判例は，（その接触の程度がわずかであっても）身体の接触がある場合には，傷害発生危険がなくとも暴行罪という暴行と認定するものもみられる。例えば，大判昭和8年4月15日大刑集12巻427頁。

(1) 最判昭和25年11月9日刑集4巻11号2239頁

本件では被告人が、口論の後に大声で悪口を浴せた上、拳大の瓦の破片を被害者方に投げつけた後、怒鳴りながら、側にあった鍬をふりあげて追かける氣勢を示したので、被害者がこれに驚いて難を避けようと逃げ出し走り続ける中、現場から約20間位離れた畑の中で鉄棒に躓いて転倒し、よって同人の胸背部、右大腿部及左上膊部に通院一週間を要する打撲傷を被らせた、という事案である。本件は傷害の故意の有無及び被告人の追跡行為と被害者の負傷との因果関係が主として問われた事例であるが、本判決においては「被告人の追い掛けた行為と被害者の負傷との間には何等因果関係がないと解すべきではなく、被告人の判示暴行によって被害者の傷害を生じたものと解するのが相当である」(傍点は筆者による)とされている。すなわち、鍬をふりあげながらの追跡行為が暴行行為と認定されている。

(2) 最判昭和29年8月20日刑集8巻8号1277頁⁷

本最高裁判例は、暴行罪の成立につき身体接触の必要性を明示的に否定したものである。プラスバンド用の大太鼓、鉦等を連打し、被害者に「頭脳感覚鈍り意識朦朧たる気分を与え又は脳貧血を起こさしめ息詰まる如き程度に達せしめた」行為について問われた本件では、「刑法208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」として暴行概念が定義されており、身体に直接触れていない音やその振動についても暴行に当たる旨の判断がなされている。

(3) 最判昭和39年1月28日刑集18巻1号31頁⁸

本件の原審⁹では、四畳半の狭い室内において脅す目的で被害者の目の前で日本刀を振り回しているうちに被害者に日本刀が突き刺さった事実につき、「脅すために日本刀の抜き身を数回振り廻す」こと自体が暴行と認定された。これに対し被告人側は、刑法208条にいう暴行が「人の身体に対して不法な攻撃を加えること」であるとしても、本件被告人の行為は(1)被害者の身体に対するものとはいえない、(2)不法なものとはいえない、(3)攻撃とはいえない、との3点の疑問をもって上告をした。しかしながら、本件最高裁判決においては、「原判決が、判示のような事情のも

⁷ 本件の評釈として、大塚仁「判批」警察研究30巻1号(1959年)111頁、桜木澄和「判批」『刑法判例百選』(1964年)96頁、同「判批」『刑法判例百選[新版]』(1970年)188頁、同「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論』(1978年)96頁、吉川由己夫「判解」最判解刑事篇昭和29年度(1965年)224頁、大野真義「判批」『続刑法判例百選』(1971年)42頁。

⁸ 堀江一夫「判解」最判解説刑事篇昭和39年度(1965年)8頁、山火正則「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論』(1978年)94頁、同「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論』(1984年)18頁、内田博文「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論[第3版]』(1992年)14頁、同「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論[第4版]』(1997年)12頁、岡上雅美「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論[第5版]』(2003年)10頁、古川伸彦「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論[第6版]』(2008年)10頁、岩間康夫「判批」『刑法判例百選Ⅱ各論[第7版]』(2014年)10頁。

⁹ 東京高裁昭和36年6月26日刑集18巻1号39頁。

とに、狭い四畳半の室内で被害者を脅かすために日本刀の抜き身を数回振り廻すが如きは、とりもなおさず同人に対する暴行というべきである旨判断したことは正当である」として、被告人側の主張を退け、上告が棄却されている。

以上のような最高裁判例に加え、さらに下級審レベルでも非接触型暴行に関する事例が認められる。

(4) 東京高判昭和30年4月9日高刑集8巻4号495頁

本件は夜間に高速度で進行中の自動車に投石する行為が強盗の実行の着手となりうるかなどが問われた事例であるが、これに並び本件では自動車めがけて投石する行為が208条にいう暴行に該当するかについても判断がなされている。すなわち本件では、「進行中の自動車めがけて手拳大の石塊を投げつけ命中させた」行為は、(命中しなかったとしても)当該自動車に乗車中の人の「身体に対する有形力の行使であり刑法第208条の暴行に該当することもちろんである」とされている。

(5) 仙台高判昭和30年12月8日高刑特報2巻24号1267頁

被害者に対して暴行の意思をもって椅子を投げつけたものの、その椅子が被害者にあたらなかったという事例につき、仙台高裁は「椅子が相手方の体に当らなかった事実は何等暴行罪の成立を妨げるものではない。けだし、暴行とは人に向って不法な物理的勢力を発揮することで、その物理的勢力が人の身体に接触することは必ずしも必要でないと解すべき」とした上、このように被害者を目がけて椅子を投げつけた行為は、被告人に対して「不法の物理的勢力を発揮したもの、即ち暴行をなしたものといひ得る」と判断している。

(6) 東京高判昭和43年11月25日東高刑時報19巻11号230頁¹⁰

被害者を脅すため被告人が日本刀の抜き身を被害者の首ないし胸のあたりに突き付けたところ、被害者が驚いてそれをさけるため、右手でこの日本刀を払おうとして受傷した行為につき、被告人の傷害の故意が問われた本件において、「このような行為はそれ自体、人の身体に対し不法な有形力を行使したものというべく、右行為が刑法第208条所定の暴行に該当することは明らか」として、(被害者が振り払う前の)未だ身体に触れていない日本刀の突きつけ行為であっても、暴行に当たるとされている。

(7) 東京高判昭和56年2月18日刑裁月報13巻12号81頁

本件は、被告人がフォークリフトを運転して被害者に接近し、フォークリフト前部の積載していた鉄製のバケットを被害者に衝突させ、その結果被害者の前腕部に加療約3週間を要する同部位

¹⁰ なお本件は、暴力行為等処罰に関する法律の1条の2における傷害罪が問題となった事案である。

打撲挫傷を生ぜしめた、という事案である。本件では「フォークリフトを同女に向かって走行させ、これを同女に衝突させるかのような氣勢を示しながらその身体に右フォークリフトを近接させた行為は、同女の身体に対する不法な有形力の行使として刑法208条の暴行に該当するものというべきである」として、結果として身体に接触し被害者が受傷した本件においても、接触前の時点の行為それ自体を暴行と認定している。

このように、かつてからわが国の最高裁判例及び下級審裁判例においては、（結果として身体に直接の接触をしていた事例も含むが）接触する以前の身体に迫る行為、すなわち身体に未だ接触をしていない行為であっても、暴行罪にいう暴行に該当する旨¹¹、判断をしてきていることが分かる¹²。

II-2. 心理的苦痛・心理的圧迫に言及する裁判例

もっとも、これらの事例において、各事例における被害者の身体に直接接触していない行為が、何故暴行罪にいう暴行に該当するかについて、判決文中からは必ずしも明らかとされていないものが多い。これに対して、わが国の下級審裁判例においては、（非接触の類型には限定されないものの）結論として、心理的苦痛や心理的圧迫を根拠として当該行為の暴行罪の成否を判断した事例が存在する。これらの下級裁判例において、心理的苦痛・圧迫を加える行為が、どのような根拠から、どのような基準によって暴行罪にいう暴行として認定されているかについて分析をする¹³。

①東京高判昭和43年12月19日東高刑時報19巻12号255頁

本件は脅かす目的で被害者の胸の前に包丁の刃先をさし出したところ、同包丁の先端が被害者の胸に突き刺さった事例である。原審では被告人が被害者に対して包丁をさし出した所為は暴行にあらず、被告人には暴行の故意の存在も否定されるべきとして無罪が言渡された。しかしながら、本判決ではこの包丁をさし出した行為が「相当の力を入れ、かつかなりの速度でその左胸をめがけ、それが胸部に刺さるのではないかと一般に危ぶまれるような仕方で突きつけたものと推認せられる」として、相当程度強度で危険と感じられるものであったと認定をしたうえで、「右のような行為は、原判決のいわゆる少なくとも同人の身体に間接的に作用しその身体に苦痛ないし不快を与

¹¹ なお、非接触型の暴行については、暴行の故意との関係から暴行概念に包摂されていると考えられる。すなわち、例えば本稿で取り扱った裁判例（6）のように、日本刀の突きつけのような非接触型行為を暴行とすることにより、未だ接触しておらず、行為者に確実な接触の意思がなくとも、その時点で暴行の故意を認めることができることになる点も注目に値する。

¹² その他、例えば脅かす目的で被害者の数歩手前を狙って投石をした事例として、東京高判昭和25年6月10日高刑集3巻2号222頁など。

¹³ なお、以下で検討する裁判例③、④、⑤などのような、人やその身体に実際に接触をしなくとも判例上暴行罪の成立が認められているその他の事例として、自動車による幅寄せ行為の諸事例も見られる。例えば、東京高判昭和50年4月15日刑月7巻4号480頁など。

えるべき性質の有形力の行使とも認めるに十分で、刑法上暴行としての評価を受けるべき」(傍点は筆者による)とし、結論として、無罪を言い渡した原判決を破棄した。

②福岡高判昭和46年10月11日刑裁月報 3 巻10号1311頁¹⁴

被告人が被害者に対して、その頭、顔、胸及び大腿部をめぐって食塩を数回ふりかけた行為が暴行にあたるかが争点となった事例が本件である。本件行為について208条を適用し処断した原判決に対し、被告人弁護士が控訴趣意にて本件行為は(1) 刑法第208条の「暴行」に該当しない、(2) 零細な行為で違法性が軽微であるので可罰的違法性がなく、同条の構成要件に該当しない、(3) 被告人は本件行為をいわゆる「お清め」の社会的慣行に従って行なうという認識をもって行ったもので違法性がなく、ひいては暴行の故意がないことになるから犯罪は成立しない、との点を主張した。これに対し本判決は、「刑法第208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」とした上で、本件行為が「身体を傷害するに至ることができるも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」、被害者これを受忍すべきいわれのない」ことであって、「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」と判示した。さらに、被害者の身体や衣服の内部に残留した食塩により被害者が「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」とし、「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」ために、本件行為は暴行罪の暴行に該当するとした(引用中の傍点はいずれも筆者による)。

③大阪地判昭和47年 5 月25日刑月 4 巻 5 号1061頁

本件では被告人が被害者に対してその足元に爆竹をおく、あるいは被害者の前方に向けて爆竹を投げ、被害者の近くで爆竹を破裂させた行為について、暴行罪の成否が問われたものである。本件では飛び散った紙片が被害者の身体に付着する程度の接触か、あるいはそもそも接触をしていないに留まるにも関わらず、「いずれもその結果相手方に対して相当の動揺を与えていることは明らかに認められる」(傍点は筆者による)ことを理由として、「いずれも暴行罪に該当するというべきである」としている。

¹⁴ 山火正則「刑法第208条の『暴行』」神奈法 8 巻 3 号(1972年) 65頁、木村栄作「塩まき行為と暴行罪」警察学論集25巻 5 号(1972年) 112頁

④東京高裁昭和51年12月6日東高刑時報27巻12号160頁

本件では、被告人らが被害者に対して襲い掛かるような態度を示したために逃走した被害者を追跡し、背後から被害者に掴みかかった行為につき「暴行罪における暴行は、人の身体に対する有形力の行使をいうのであって、その有形力は、必ずしも相手方の身体に触れることを要するものではなく、いやしくも社会通念上身体に対する実害発生の危険性が大きであって、相手方に強い不安ないし精神的動揺を与えると認められるものであれば、それをもって足ると解すべきであるから、右被告人の一連の行為をもって同女の身体に対する不法な攻撃であると認め、社会通念上実害の発生する危険性が大きく、かつ、相手方に激しい精神的動揺を与える性質のものである」（傍点はいずれも筆者による）と認定して、本件における追跡行為を暴行と認定した原判決を支持した。

⑤大阪高判平成24年3月13日判タ1387号（2013年）376頁¹⁵

本件では、被告人が興奮し、怒っているかのような態度で被害者に30～50 cmの距離まで詰め寄ったことにより被害者が後ずさるという状況が認定されている。そして本件は、その後被告人が同距離を保ち、接触することなく被害者に向かって前進をし続けたところ、被害者が何らかの理由で後方に転倒し、その結果ブロック塀に頭部を強打し、前置不能の外傷性脳損傷を負った、という事例である。原審において傷害罪の成立が肯定されたことに対し、被告人側は「不法な有形力の行使」に該当する行為の不存在を主張したが、本判決はこうに被害者に対して詰め寄っていく行為を「被害者の身体に対する不法な有形力の行使として暴行に該当する」とした原判決の認定を支持した上で、「被害者は、後方を確認する時間的・精神的余裕のないまま、上記の速度で後ずさりすることを余儀なくされたものであって、上記のような速度で、後方確認ができないまま後ずさりをするという行為の不安定さや時間的・精神的余裕のなさ等に鑑みると、被告人の本件行為は、路面が傾斜していたかどうかとか、点字ブロックが存在していたかどうかとかにかかわらず、被害者に対して、路面につまずくとかバランスを崩すなどといった原因により、被害者をして転倒させてけがをさせる危険を有するというべきであるから、直接の身体接触はないものの、傷害罪の実行行為である暴行に当たると認めるのが相当」として原審同様に暴行を手段とした傷害罪の成立を認めた。

以上のように、非接触型暴行の諸事例においては、「苦痛ないし不快」、「不快嫌悪の情」、「強い不安ないし精神的動揺」、「時間的・精神的余裕のなさ」などと言及し、身体接触のない行為により被害者に生じる心理的苦痛や心理的圧迫を理由として、暴行と認定していると読める事例がわが国の判例には見られるのである。

¹⁵ 神馬幸一「判批」刑ジャ38号（2013年）73頁、本田稔「判批」法セ708号（2014年）123頁、古川原明子「判批」龍法47巻2号（2014年）189頁。

Ⅱ-3. わが国の判例の立場に関する若干の分析

以上のように、わが国の判例においては身体接触のない行為それ自体が暴行罪という暴行に該当する旨、認定をした事例が見られている。例えば前述の最高裁判例（3）によれば、狭い室内で日本刀を振り回す行為は「とりもおさず同人に対する暴行というべきである」とし、身体に接触しない行為であっても、それ自体を暴行としているのである。すなわち判例は、このような非接触型暴行の事例でみられるとおり、従来から身体の接触を暴行罪成立の必須の条件とはしていないと考えられる¹⁶。

もっとも、本章で確認したとおり、「暴行を加えた者が」との文言で規定されているわが国の暴行罪について、身体接触のないこれらの行為についても成立が肯定される根拠については、判決文中では必ずしも明らかにされてはいない。そこで本稿では併せて、暴行の存在が認められる根拠として、被害者が回避や逃走をせざるをえなくなるような心理的苦痛・心理的圧迫に言及する下級審裁判例を参照した。すなわちこれら判決においては、被害者に「身体に苦痛ないし不快を与えるべき性質の有形力の行使とも認めるに十分」、「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」、「相当の動揺を与えている」、「強い不安ないし精神的動揺を与えると認められるものであれば、それをもって足る」、「後方確認ができないまま後ずさりをするという行為の不安定さや時間的・精神的余裕のなさ」を与えるなどといった点を考慮した上での判断が下されていることが分かる¹⁷。

なお、本稿で取り扱うこれら諸事例における行為について、これらをわが国の身体に対する罪、すなわち、傷害罪と暴行罪との関係から、傷害の危険性の観点から説明することは十分に可能であるようにも思われる。すなわち、非接触型暴行に関する（1）～（7）のいずれについても（本稿Ⅱ-1.）、一度身体に接触すれば、当然に身体に重大な傷害をもたらす、あるいは傷害をもたらす可能性が非常に高い行為が問題となっている。心理的苦痛・心理的圧迫を理由とした裁判例①～⑤についても（本稿Ⅱ-2.）、例えば裁判例①のように包丁を突きつける行為は、包丁それ自体に身体傷害

¹⁶ 本稿では紙幅の都合上、詳細に取り上げていないが、大審院の時代からこのような判例の態度が見られている。すなわち、例えば大判昭和8年4月15日大刑集12巻427頁は、「身体ニ対スル一切ノ攻撃方法ヲ包含シ其ノ暴行力性質上傷害ノ結果ヲ要スルモノに非ス」として傷害の可能性を否定しており、傷害の可能性がなくとも身体接触がある場合には暴行罪の成立並びに刑法上の暴行概念に該当する旨、示している。また、岡上・前掲註（8）11頁参照。

¹⁷ もっとも、本稿で取り上げた①～④の裁判例における被害者の心理的要素の考慮については、なお慎重に検討する余地があるように思う。これらの事例における判決は、暴行たる「有形力の行使」の内容につき判断したものである点は共通するものの、裁判例①・②においては「身体に苦痛ないし不快を与えるべき性質」や「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」を有形力の行使のもつ（固有の）性質として認定をしている。これに対し、裁判例④は「社会通念上実害の発生する危険性が大きく、かつ、相手方に激しい精神的動揺を与える性質」として被害者に害が生じる危険性と心理的要素の2つを併せて考慮している。さらに裁判例⑤では「後方確認ができないまま後ずさりをするという行為の不安定さや時間的・精神的余裕のなさ等に鑑みると……被害者をして転倒させてけがをさせる危険を有する」として、被害者からの心理的圧迫を傷害の発生の危険の判断要素としているように読める。以上のような点に着目すると、これらの裁判例はそこにおける心理的要素の取り扱いに差異があると考えられる。

の高度な可能性があるのは当然である。また、裁判例④の追跡行為や裁判例⑤の詰め寄る行為については、行為それ自体が直接的な身体傷害の危険性が認められるとはいいたい。しかしながらこれらの行為については、行為者による心理的な干渉を通じて、「被害者自らが危険な行動に及ぶように仕向ける」ことを含めて、傷害発生の危険性が認定されていると考えられる¹⁸。

ただし、裁判例②の食塩をふりかける行為や裁判例③の爆竹を破裂させる行為については、傷害の危険性の観点からのみ説明が可能であるかについては、なお検討の余地があるように思われる。なるほど、食塩であっても例えば目などの粘膜に直接触れれば、微少であったとしても何らかの異常な生理反応を起こす可能性までは否定できないであろう。裁判例③における爆竹も、実際の事例では破裂した爆竹の紙片のみが身体に接触したのみ、ないしはそれが接触すらしていないものであった。しかし、爆竹が肌に接触した状態で破裂するといったであれば、軽微ではあるとしても火傷を負うといったことは想像することができる。さらに、前述した心理過程への干渉も、被害者を危険な行為に仕向けるという点のみならずとも、傷害の危険が全く存在しないわけではないと考えられる。すなわち、傷害罪にいう傷害に精神障害の発症をも含むという現在の通説的立場によるのであれば、そのような心理的苦痛・心理的圧迫を（相当程度の回数・期間に及んで）繰り返すことによって精神障害を惹き起こす可能性が全くないものとはいえないと考えられる¹⁹。

しかしながら、このような行為についても傷害発生の危険のみから暴行罪としての可罰性を基礎づけるとすれば、そこでいう危険は相当程度に低いものとなる²⁰のであり、そのような「ないわけではない」抽象的な危険の一切を暴行罪の処罰の根拠とすることには、なお疑問の残るところである²¹。例えば、知人に対して激励をするために後ろから背中を叩くような行為であっても、相当程度の回数繰り返して行えば、何らかの傷害が発生する危険性は完全には否定できないであろう。そのため、そのような日常的になされうる行為のおよそ大半が暴行と認定されうることになりうる。加えて、このような危険を前提とすると、通常は脅迫の内容とされる「害悪の告知」であっても、

¹⁸ この点については、裁判例④・⑤のいずれの判決文からも明らかである。

¹⁹ 例えば、無言電話や嫌がらせ電話を約3年半、合計1万回以上にも及んでかけ続け、被害者にPTSDを発症させた事例として、富山地裁平成13年4月19日判タ1081号291頁など。本件の評釈として、船山泰範「判批」現刑47号（2003年）58頁。

精神の障害を傷害罪にいう傷害概念に含むか否かの議論については、藪中悠「刑法における傷害概念と精神的障害—オーストリア刑法における議論を中心に—」法政論究97号（2013年）93頁、同「刑法204条の成立過程にみる傷害概念—精神的障害に関する議論を中心に—」法政論究98号（2013年）37頁、同「ドイツ刑法における傷害概念と精神的障害」法政論究99号（2014年）1頁、同「日本刑法における傷害概念と精神的障害」法政論究102号（2014年）1頁、同「刑法における傷害概念と意識障害」法政論究106号（2015）1頁。また、拙稿「傷害罪における精神障害と身体傷害との関係性についての一考察（上）及び（下）—我が国の裁判例を素材に—」明治大学大学院法学研究論集44号（2016年）93頁、46号（2017年）81頁参照。

²⁰ 林幹人『刑法各論〔第2版〕』（東京大学出版会、2007年）59頁、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2015年）38頁。ただし、食塩をふりかける行為については、学説上、後述する傷害危険性説の立場からも暴行罪の成立を否定される場合がある。

²¹ 古川・前掲註（8）11頁。

(精神的なショックを含めると) 傷害結果の発生が稀有とはいえなくなると考えられる²²。

以上参照してきたとおり、判例は「一切の攻撃方法」を暴行概念に含めるとする、広い暴行の理解をしていると考えられる。このような判例による理解に対しては、暴行概念が無限定に広がることの批判が学説上向けられており、どのような基準から暴行罪の成立を認めるかについては学説上の議論がなされている²³。とりわけ、本稿で取り扱った裁判例①～⑤の判断において見られる「心理的要素」が、もっぱら行為の客体における主観的な要素、すなわち「被害者による被害の認識」であるとするのであれば、これらを考慮に入れることは暴行罪の性格を著しく歪めることになるため妥当ではない、との批判が学説からなされているところである²⁴。そこでさらに、判例が認めるような心理的苦痛・心理的圧迫の存在を基準として暴行概念を捉えることにつき、学説上の議論を参照する必要があると考えられる。

Ⅲ. わが国の暴行概念の意思侵害犯的性格とその沿革

Ⅲ-1. わが国における暴行概念に関する議論の概観

前章で参照したとおり、わが国の判例上は非接触型の暴行、すなわち人の身体に接触をしない行為類型も暴行罪にいう暴行に該当するとの立場が示されている。このような判例の立場も含め、わが国の学説においても、この刑法上の暴行概念についてはかつてから議論がなされている²⁵。本章では、まず従来の学説における暴行概念に関する議論を概観した上で、判例上認められている非接触型暴行の事例における行為の被害者に与える心理的要素が、学説上どのように評価されているかを明らかにする。

暴行概念の内容に関しては、大別して以下の2点について争いがある²⁶。すなわち、1点目とし

²² 芥川正洋「暴行罪における「暴行」概念の史的展開：立法・学説史にみる『暴行』の多元性」早誌67巻1号(2016年)4頁。

²³ 野村稔「暴行罪・傷害罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 各論』(日本評論社, 1996年)37頁。

²⁴ 野村・前掲註(23)37頁。

²⁵ 暴行罪にいう暴行概念に関して検討するものとして、沢登佳人「暴行・脅迫の意義」日本刑法学会編『刑法講座第5巻 各論の諸問題』(有斐閣, 1984年)226頁、齋野彦弥「暴行概念と暴行罪の保護法益」成蹊28号(1988年)437頁、佐久間修「暴行の意義と刑法の解釈」夏目文雄先生古希記念論文集『刑事法学の新展開』(中部日本教育文化会, 2000年)89頁、増井敦「暴行罪における暴行概念と傷害致死罪」産法40巻3・4号(2007年)1頁、原田保「暴行罪の成立範囲：唾かけ事件有罪判決を契機に」愛学54巻3・4号(2013年)83頁、近藤和哉「暴行罪の再検討：『暴行結果』の承認と接触概念の再設定」神奈法47巻2号(2014年)221頁、芥川・前掲註(22)1頁、只木誠「狭義の『暴行』概念について」山口厚・佐伯仁志・今井猛喜・橋爪隆編『西田典之先生献呈論文集』(有斐閣, 2017年)243頁。

²⁶ なお暴行概念の分類に関しては、学説上はかつてからこの他に、いわゆる「暴行概念の相対性」によって暴行が区別されている。すなわち、「有形力の行使」の概念(=暴行概念)は構成要件ごとに区別される相対性をもつものであり、人または物に対するものである最広義の暴行、人に向けられたものである広義の暴行、人の身体に対するものである狭義の暴行、人の身体に向けられ、人の反抗を抑圧する、ないし反抗を著しく困難にする程度のものである最狭義の暴行、の4つに分類できるとされる。西田・前掲註(2)40頁、

て、その有形力の行使が身体に接触する必要があるかどうかとの点、2点目として、(特に身体接触をしない場合に) 傷害の危険性をもつかどうかとの点である²⁷。そして、この2点のそれぞれにつき「必要説」と「不要説」が対立する、という構造となっている。これらの論点に際しては、まず、これらのいずれかの必要性のみで暴行概念を決する説、すなわち、もっぱら身体接触の有無で暴行概念を決定する説(以下、「身体接触必要説」とする)、及びもっぱら傷害発生の危険の有無による説(以下、「傷害危険必要説」とする)がわが国の学説上は主張されている。さらに、このような一元的な基準を主張する説に加えて、わが国の学説ではこの2点の双方を考慮に入れ、接触と危険のいずれか一方が存在すれば暴行と認める説(以下、「二元説」とする)も主張されている。これら3説はいずれも、身体接触と傷害発生の危険のいずれか、又は双方を判断基準として暴行概念に限定を加える立場であると考えられる²⁸。

わが国の判例は、先述のとおり暴行概念を非常に広範に理解し、これに限定を加えようとする意識はあまり見られない²⁹のに対し、学説においてはこのような理解によって暴行概念が無限定になることのないよう限定を加えることを目的として、それぞれの説が主張されている。身体に接触をし、且つ傷害の危険を生ずる行為であればいずれの説によっても当然暴行と認められることに異論は無いように思われるが、問題となる行為にいずれかの要素がかける場合については、結論が分かれることになるのである。

Ⅲ-2. 身体接触の要否と非接触型暴行

このような学説上の議論がある中で、本稿の検討の対象である非接触型の暴行について判断するにあたっては、身体接触の要否の点が第一に決定的である。先述のとおり、わが国の学説では暴行罪の成立のためには有形力が身体に接触することを必要とする身体接触必要説が主張されている³⁰。本説はわが国の208条を人の身体に有形力が接触したという結果犯として捉え、有形力が直接身体に作用しなかった場合、すなわち非接触型の暴行の場合には(不可罰の)暴行未遂とする。

高橋・前掲註(2)43頁。これに対し、暴行を3分類するものとして、山火・前掲註(14)69頁、平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977年)166頁、斉藤誠二『刑法講義各論Ⅰ〔新訂版〕』(多賀出版、1979年)309頁など。すなわち、この「相対性」による暴行概念の4分類については、単にその行為の客体と程度といった異なる基準を並列する分類となっており、体系上の問題があるとされる。さらに齋野・前掲註(25)442頁、原田・前掲註(25)86頁以下参照。

²⁷ 学説の対立状況と、論理的に想定しうる説につき詳細に検討するものとして、原田・前掲註(25)87頁以下。

²⁸ 原田・前掲註(25)92頁。また原田によれば、これに加え論理的には、身体接触と傷害の危険の双方の存在を基準とする説(危険接触説)や、暴行概念に何らの制限を加えない説(無限定説)があり得ることになるが、これらの立場は少数に留まるとされる。危険接触説を採用するものとして、國田武二郎「暴行罪における暴行概念の再構成」笠原俊宏編『日本法の論点第2巻』(文眞堂、2012年)42頁。判例同様に拡張された暴行概念を採用する見解として、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』(成文堂、2015年)38頁以下。

²⁹ 岡上・前掲註(8)10頁。

³⁰ 山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣、2010年)44頁、松原・前掲註(2)47頁。

とりわけ本説は208条がその文言において「暴行を加えた」、「傷害するに至らなかった」と規定する点に着目するものであると考えられる³¹。また本説は、わが国の暴行罪の保護法益を（傷害の危険から区別された）「身体の安全」と解する一般的な理解を背景としている³²。しかしながら本説に対しては、有形力が偶然身体に接触しなかった場合、例えば相手が暴行を首尾よくかわした場合などには暴行未遂となり不可罰となる点で批判³³が向けられている³⁴。

これに対し、有形力の身体接触の観点については、これを不要とする説（以下、「接触不要説」とする）も主張されている³⁵。すなわちこの説によれば、有形力は必ずしも接触する必要はなく、有形力の行使が傷害を引き起こす危険をもつことが必要とされるのである³⁶。本説は、条文上の「傷害するに至らなかった」を「危険が生じるに留まった」と読み替えることを論拠としているものである。もっともこの理解によると、身体接触があるが傷害の危険のない行為、例えば傷害が生じない程度の態様で叩く行為や胸ぐらを掴む、抑え付けるなどの行為については暴行に入らないことになるという点について批判が向けられている³⁷。

ところで、接触不要説に対しては、非接触型暴行を暴行概念に含むことは暴行罪の保護法益である「身体の安全」を「身体の安全感」に、そして人の身体への危険を人の身体への「危険感」へと拡張することになる、との点で批判されている。しかしながらこの批判は妥当であるとは考え難い。例えば殺意をもって発砲された銃弾が被害者の身体の近くを通り過ぎるに留まった場合、接触をしなかったことを理由に「生命の危険は生じなかった」として殺人未遂罪を不成立とするとは考え難い³⁸。この点からすれば、（傷害未遂としての）暴行罪と殺人未遂罪で接触の要否を異にする合理的な根拠はないように思われる³⁹。そして、先述のとおり接触必要説によれば被害者が首尾よく攻撃をかわした場合に不可罰となる点で、結論においても疑問が残る。以上のことから、身体接触の要否については、接触不要説が妥当であると考えられる⁴⁰。故に、非接触型暴行も暴行概念に含ま

³¹ 只木・前掲註（25）245頁。

³² 松原・前掲註（2）47頁。

³³ 中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣，2015年）15頁，林・前掲註（20）59頁，高橋・前掲註（2）46頁。
また、接触必要説にはさらに、被告人が被害者に対して有形力を行使するつもりはなく、当てないつもりだったと弁解する場合に、故意の認定が困難となる点も批判がなされる。斎藤信治『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣，2014年）21頁，只木・前掲註（25）245頁。

³⁴ このほか、原則として接触必要説に立脚しながら、非接触型の暴行につき、傷害の故意のある場合には暴行罪の成立を認める見解も存在する。西田・前掲註（2）41頁。

³⁵ 大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（2005年）35頁，斎藤（誠）・前掲註（26）331頁。

³⁶ 野村・前掲註（23）38頁。

³⁷ 斎藤（信）・前掲註（33）21頁，只木・前掲註（25）245頁。

³⁸ 原田・前掲註（25）99頁。

³⁹ 根拠となるのは208条における暴行を「加えた」といった形式的な語義に留まるものと思われる。原田・前掲註（25）99頁。

⁴⁰ 暴行概念に関するわが国の学説上も、有形力が人の身体に接触するか、接触しない場合には傷害発生の危険がある場合に暴行とする二元説が多数説であると考えられる。只木・前掲註（25）245頁。

れるべきである⁴¹。

Ⅲ-3. 暴行概念の拡大化とその限定

暴行概念の判断として身体接触を必須とせず、非接触型暴行をも暴行概念に含むとする場合、何らかの有形力を人に対して向ければ、その時点で暴行罪が成立するため、暴行概念は非常に広く理解されることになり兼ねない。そこで、非接触型暴行を含めて暴行概念を理解する立場からは、暴行概念の拡大化を防ぐために、限定のための様々な根拠が主張されている⁴²。

まずは、非接触型暴行の限定根拠として、傷害の危険の発生を基準とする立場が主張される。この立場をとる説としては、身体接触の有無に関わらず、暴行罪の成否について傷害の危険を一元的に必要とする傷害危険必要説と、接触と危険のいずれか一方が存在すれば暴行と認める二元説⁴³がこれにあたる。この2つの説は、とりわけ「身体接触があるが傷害の危険が存在しなかった行為」において結論が異なることになる⁴⁴が、非接触型の暴行については、いずれも傷害の危険の発生が暴行であるか否かの判断基準となる点では共通する⁴⁵。

これとは異なり、傷害の危険以外の要素をも考慮することで、暴行罪の成立範囲の拡大を限定する立場がある。例えば、相手方に心理的苦痛や激しい精神的動揺を与えるかのような種類の行為であれば暴行であるとする見解が存在し、この見解によれば、被害者が実際に苦痛を感じる必要はないとされる⁴⁶。しかしながら、行為の客体における主観的な要素を考慮に入れるこの見解については、暴行概念を限定する要路として適切でない旨の批判が向けられているところである⁴⁷。また、

⁴¹ もっとも、西田・前掲註(2) 41頁は、非接触型暴行の全てを暴行ではないとするのは妥当でないとして、接触必要説を前提としながらも傷害の故意の有無によって暴行罪の成立を判断する。さらに、松原・前掲註(2) 48頁は、本稿で取り扱った裁判例②につき、身体に接触した本件における塩まき行為についても、その物理的作用の侵害性が可罰的違法性の程度に至らないことを理由として暴行罪の成立に疑問を投げかけ、本件行為は塩の接触による物理的作用ではなく、塩をかける行動を通じた軽蔑意思の表明が処罰理由であることから侮辱罪の成否を問題とする。よって、接触の要否が暴行概念のすべてを直ちに決定するわけではない。

⁴² 神馬・前掲註(15) 75頁以下。

⁴³ 本説によれば、有形力の行使が人の身体に接触したが、およそ傷害の危険が認められない行為、例えば、つばを吐きかける行為や食塩を振りかける行為なども暴行となる。小暮・前掲註(4) 101頁参照。

⁴⁴ すなわちここで結論に差異が生じるのは、例えば傷害危険のない状態で叩く行為や、抑え付ける行為、汚物を投げつける行為などである。傷害危険必要説によればこのような行為は、傷害の危険が認められない以上は暴行とされないことになるが、二元説によれば傷害の危険が無くとも身体に接触する以上、暴行とされる。

⁴⁵ もっとも、傷害の危険によって暴行概念を判断する場合、暴行罪を具体的危険犯とみなすか、抽象的危険犯とみなすかについては議論のあるところである。原田・前掲註(25) 100頁以下、只木・前掲註(25) 245頁参照。特に、暴行罪を抽象的危険犯とするものとして、高橋・前掲註(2) 46頁。

⁴⁶ 例えば沢登・前掲註(25) 232頁は、「結果的には相手の身体に直接作用しない物理力の行使であっても、客観的にみて作用する危険が極めて大でありかつ作用した場合の生理的苦痛が極めて大であることを予測されるために、非攻撃者に著しい恐怖心を起こさせるものは暴行となると解すべき」としており、その物理力の行使が客観的にみて苦痛をもたらすものであるかどうかによって暴行を定義付けていると考えられる。また、小暮・前掲註(4) 101頁、中森・前掲註(33) 15頁以下参照。

心理的苦痛ではなく、身体的苦痛を理由として暴行罪の成立を認める見解⁴⁸も主張されるが、この見解によると非接触型暴行につき身体的苦痛をどのように考慮に入れるのかが不明である点につき、指摘がなされている⁴⁹。

さらに、暴行罪の成立を認めるに際して、苦痛ではなく、他の要素を考慮に入れる学説も主張されている。すなわち、傷害の危険のある場合に加えて、身体の外形的自由、すなわち行動の自由の侵害を必要とする説⁵⁰、相手方の意思活動の制圧を必要とする説⁵¹、心理学上のパーソナル・スペースの不可侵性に基づき、「身体的領域」の侵害を暴行とする説⁵²、身体接触のほかに「物理的・病理的・感情的な刺激性」並びに被害者に対する「直接的な支配」を問題とする説⁵³などが主張されている。これらの説が主張される背景には、わが国の暴行罪の規定をもっぱら傷害未遂罪と理解することが出来ない、という点にある⁵⁴。すなわち、わが国においては傷害罪とは独立した暴行罪の規定が設けられており、その上、その刑の上限が2年以下である暴行罪規定を、もっぱらその上限が15年まで予定されている傷害未遂罪として位置づける場合、法定刑の上限が著しく相応しない、とするのである⁵⁵。そのような根拠から、これらの立場は暴行罪における保護法益を傷害の危険によってのみ導かれる「身体の安全」から若干拡大させ、しかしながらかつてから批判される「身体の安全感」のような主観的なものにまで拡大をしないように考慮しているものと考えられる⁵⁶。

⁴⁷ 精神的苦痛を判断要素とする説に対しては、とりわけ、当該行為が暴行と言えるかという客観的評価において、被害者の主観的要素を考慮する点について批判されている。増井・前掲註(25)11頁。同様に、古川原・前掲註(15)210頁は、背後からの攻撃などのように相手方が行為に気付いていない場合や、相手方が生後1か月の乳児であった場合に暴行と認定できない点を指摘する。

もっとも、精神的苦痛を含めた苦痛を基準とする説も、例えば沢登・前掲註(25)232頁のとおり、現に被害者が苦痛を感じることもまでを要件としているのではない。本説は行為の客観的評価として、一般に苦痛を感じうるような態様であるかを問題としているのであるから、このような批判が妥当であるかについては疑問が残るところである。ただし、いずれにせよ「苦痛」という要素を行為の客観的な評価基準とするが故に判断が困難である点については、増井・前掲註(25)12頁の指摘のとおりであるように思う。また、神馬・前掲註(15)75頁参照。

⁴⁸ 山火・前掲註(14)65頁以下。

⁴⁹ 増井・前掲註(25)12頁、神馬・前掲註(15)76頁。

⁵⁰ 齋野・前掲註(25)449頁。

⁵¹ 佐久間・前掲註(25)101頁。

⁵² 増井・前掲註(25)16頁以下。

⁵³ 只木・前掲註(25)262頁。

⁵⁴ 神馬・前掲註(15)77頁。

⁵⁵ 原田・前掲註(25)103頁は、傷害の具体的危険を有する場合には傷害未遂に内包された暴行の部分が、抽象的危険を有する場合には(単純な)暴行が暴行罪として処罰されることになるとする。傷害罪との関係性から、傷害の危険のみによって暴行概念を判断することの妥当性に疑問が残るとしても、だからといって直ちに傷害の危険以外を考慮することが妥当であるとまではいえないと考えられる。

⁵⁶ 神馬・前掲註(15)76頁。

Ⅲ-4. 判例の立場の再分析と暴行概念の多元的性格

(1) わが国の判例の立場の再分析

学説上の議論を参照した上で、改めてわが国の暴行概念に関する判例を再度分析する。

本章で取り上げた判例について、「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こさしめ息詰まる如き程度に達せしめた」行為（最高裁判例（2））、狭い室内で日本刀を振りまわす行為（最高裁判例（3））、椅子を投げたが命中しなかった行為（下級審裁判例（5））、日本刀を目前に突きつける行為（下級審裁判例（6））の場合は、傷害発生の危険を根拠として暴行と認定されたと考えられ⁵⁷、この点で判例は、必ずしも明示してはいないものの、人の身体に対する危険犯的な性格を持つ暴行を認めていると解される⁵⁸。

しかしながら判例の理解によれば、暴行罪の成否につき傷害の危険のみに直目して判断しているとは考え難い面が存在する⁵⁹。例えば塩を振りかけた行為（下級審裁判例②）や近距離で爆竹を破裂させる行為（下級審裁判例③）について、判例は「単に不快嫌悪の情を催させる行為」や「相手方に対して相当の動揺を与え」る行為であって、傷害の危険はおよそないか、あったとしても非常に低いものであり、また、身体に接触した際にごく軽微な作用しか持たないであろう行為についても、暴行と認定しているのである。本件のような塩まき行為や爆竹を破裂させる行為は、それ自体から傷害が発生するような危険がほとんど（あるいは全く）認められるものではなく、心理過程に干渉し、意思を侵害したことに可罰性の中核が求められていると解することができる⁶⁰。すなわち判例は、傷害の危険が発生せずとも、相手方の意思活動を侵害するような、意思侵害犯的な性格を持つ暴行罪の余地をも認めていると解することができる⁶¹。

(2) わが国の暴行罪の沿革と「暴行」概念

このようにわが国の暴行概念が多元的な性格を持つ理由として、わが国の現行刑法の制定過程における文言の変更に際して、ドイツ刑法の影響を受けていることが指摘されている⁶²。すなわち、旧刑法において用いられた「殴打」から現行刑法の「暴行」へと条文上の文言が変更された点⁶³、及びドイツ刑法改正における「暴行 (Gewalt)」概念を受容した点⁶⁴が指摘されている⁶⁵。

⁵⁷ 芥川・前掲註（22）31頁以下。

⁵⁸ 芥川・前掲註（22）32頁、只木・前掲註（25）249-250頁。

⁵⁹ 橋本・前掲註（2）59頁以下も、「暴行罪は、物理力行使から身体を守る意味があり、傷害の危険を要求することは保護の範囲が狭すぎるであろう」とし、判例の理解によれば「その性質上当然に傷害の結果を引き起こすものである必要はない」とする。さらに、橋本は本稿における裁判例②の塩を投げつけた行為を引き合いに出し、「傷害の危険と暴行とを直接的に結びつけることはできないように思われる」とする。

⁶⁰ 佐久間・前掲註（25）93頁、芥川・前掲註（22）34-35頁。

⁶¹ 芥川・前掲註（22）35頁。

⁶² 芥川・前掲註（22）20頁以下。

⁶³ わが国の現行刑法の制定過程における議論については、芥川・前掲註（22）5頁以下が詳しい。

⁶⁴ 佐久間・前掲註（25）90頁以下、芥川・前掲註（22）20頁。

すなわち、旧刑法はその第3編「身体財産ニ対スル重罪軽罪」の第1章「身体ニ対スル罪」、第2節「殴打創傷ノ罪」において、299条以下の規定を置いている⁶⁵。この旧刑法における「殴打創傷」の文言としては、学説上は「殴打して創傷する」ことであると理解されており⁶⁷、手段として「殴打」の文言が、傷害結果として「創傷」の文言が用いられていたと考えられる。しかしながら、この「殴打」を文字通りの「殴る」・「打つ」として限定的に解釈する点については学説上批判がなされ、学説・判例ともに、この「殴打」の解釈を拡張するに至ったと考えられる⁶⁸。

もっとも、このような拡張をしたとしても、条文上「殴打」と規定されている以上、類推解釈までは禁止されることにならざるをえなかったと考えられる。そこで、旧刑法から現行刑法への刑法改正にあたり、この点が推し進められることになる。すなわち、とりわけ明治34年改正刑法草案及び明治35年改正刑法草案においては、傷害罪の規定の文言が「身体傷害ニ因リ」と規定されている⁶⁹。ここでは旧刑法及び明治23年改正刑法草案において存在した「疾病」、「創傷」といった傷害結果に関する文言が「(身体) 傷害」に限定されている。これに加え、手段としての「殴打」の文言が用いられなくなっている。すなわち、34年改正刑法草案の245条は、「暴行ヲ加フルト雖モ……」と規定しており、現行刑法と同様の暴行罪規定が設けられている。

(3) 「殴打」に代わる「暴行」の意義・内容とその根拠

次に、このような現行刑法への改正作業以降、旧刑法下における「殴打」の代替として用いられることとなった暴行罪における「暴行」の概念はどのように解されていたのか参照する必要がある。改正作業下から現行刑法が施行された直後においても、学説においては現在同様、暴行の中心を「有形力の行使」とするとの説明がなされている。旧刑法における「殴打」の文言に対する批判は、それを文言どおり理解した場合、手段たる行為がおよそ「殴る」、「打つ」といった行為に限定されてしまうことにあった。これに対して、「暴行」の文言が用いられることとなった意義は、従来の「殴打」よりも広い手段を認める点にあったと考えられる。しかしながら、このような暴行罪にお

⁶⁵ 特に傷害概念に関するものであるが、旧刑法下における「殴打創傷ノ罪」に関するものとして、藪中・前掲註(19)法政論究98号(2013年)45頁以下、芥川・前掲註(22)8頁以下、また、拙稿「傷害罪における日独の精神の保護の比較について」明大院48号(2017年)113頁以下参照。

⁶⁶ 例えば現在の傷害致死罪に該当する旧刑法299条は、「人ヲ殴打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ処ス」とする。松尾浩也増補解題『増補 刑法沿革綜覧 日本立法資料全集 別巻2』(信山社、1990年)34頁以下参照。

⁶⁷ これに対して、「殴打」と「創傷」をそれぞれ区別する見解も主張されていた。すなわち、井上操「刑法〔明治13年〕述義 第3編(上)日本立法資料全集別巻128」(信山社、1890年〔1999年復刻版〕)60頁以下によれば、後者の「創傷」は殴打によらずに傷を負わせることであると解される。

⁶⁸ 芥川・前掲註(22)11頁参照。

⁶⁹ これに対して、明治23年改正刑法草案においては、例えば288条において「人ヲ殴打シテ其身体若クハ精神ニ疾病、創傷ヲ生セシメ……」として、依然として「殴打」の文言が存在する。内田文昭ほか編著『刑法〔明治40年〕(1)―Ⅲ 日本立法資料全集20-3』(信山社、2009年)187頁以下参照。

ける「暴行」であったとしても、およそ無限定に、どのような行為であっても暴行と認めたということではない。すなわち、ここにおける暴行は「有形力の行使」概念をその内容としていたと考えられる⁷⁰。

しかしながら、ここにおける「有形力の行使」概念は、現代における理解とは異なっていたと考えられる。なぜならば、このように「有形力の行使」概念の下で暴行概念を定義する現行刑法施行直後の学説は、現在の学説では暴行概念に含まれないとする「催眠術」の施用をも暴行概念に包摂しているからである⁷¹。なるほど、催眠術を施用するにあたっては身体に触れることや、言葉がかかること（聴覚への刺激）など、厳密に言えば有形力（物理力）の行使が認められないといえないわけではないかもしれない。しかしながら、そのような催眠術の施用に伴う有形力は、それ自体が傷害の危険をもつものでない場合も想定しうる。このような催眠術の施用までもが暴行に該当すると考えられた当時の学説における解釈は、果たして何に起因するものであるのか。

この点について、当時のわが国の刑法学説が、ドイツ刑法改正作業における Gewalt 概念を受忍したとの指摘がすでになされている⁷²。すなわち、ドイツにおける刑法改正作業においては、催眠術や睡眠薬を用いることで意識を喪失させる又は抵抗不能状態に陥らせる行為であっても、Gewalt 概念に含む旨の定義規定が置かれているのである⁷³。そして、このような Gewalt の文言は、強盗罪、強姦罪、強要罪といった多種の犯罪の手段として規定されているのである。以上のことからすると、被害者の意識を喪失させたり、抗拒不能状態を作出するための薬理的作用・心理的作用、すなわち、催眠術や睡眠薬の利用したりすることを暴行に含むとわが国の学説が理解していた背景には、このようなドイツ刑法における議論の影響を受け、その解釈を受容したと考えることができる、と指摘されている。

(4) 小括

本章で論じたとおり、わが国の判例は人身への危険のみでは説明がつかない、あるいは困難な事例においても暴行罪の成立を認めている。そしてそのような事例では、被害者の意思に対する不当な干渉を理由として、そのような意思侵害の側面をも暴行概念に含んでいる。そして、このような暴行罪における暴行が意思侵害犯的性格を持つに至った背景として、わが国における旧刑法から現

⁷⁰ これに対して、一部の学説は無形的方法による暴行を認めるとしていた。大場茂馬『刑法各論 上巻〔増訂4版〕』（1912年）193頁参照。

⁷¹ 特に、大場・前掲註（70）193頁、泉二新熊『日本刑法論 下巻 各論〔訂正44版〕』（有斐閣、1939年）520頁以下など。しかしながら、現在は催眠術の施用は有形力にあたらないと指摘されている。西田・前掲註（2）40頁、松原・前掲註（2）45-46頁。

⁷² 芥川・前掲註（22）20頁以下参照。

⁷³ 例えば1909年のドイツ刑法予備草案（Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch）の12条4号は、「催眠術、睡眠薬その他の方法で、意識を喪失させ、又は抗拒不能状態に陥らせた場合も暴行である」と規定する。

行刑法への改正過程における文言の変更と、学説におけるドイツ刑法の Gewalt 概念の継受があると考えられる。

もっとも、とりわけわが国の暴行概念の解釈にドイツ刑法の議論の継受があったという歴史的背景が仮に認められたとしても、例えばわが国の学説上、催眠術の施用が暴行概念に含まれなくなったように、解釈の内容が変化することは当然考えられうる。よって、ドイツ刑法における議論を継受した当時の解釈がそのまま現代の解釈にも妥当するかについては、なお慎重に検討するべきであると思われる。そこで、本章で触れた歴史的背景に基づいてドイツ刑法における Gewalt 概念をわが国の暴行罪の暴行概念に援用するとすれば、この Gewalt 概念がいかなる意味内容を持つものであるかを参照する必要があると考えられる。