

暴行罪における暴行概念と心理的作用の評価（下）
-ドイツ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: 2020-11-27 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/10291/21251

暴行罪における暴行概念と心理的作用の評価（下）

——ドイツ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。

本稿は、わが国の判例、及びわが国の暴行概念がドイツ刑法の *Gewalt* 概念を継承した余地に関する分析に引き続き、ドイツ刑法の *Gewalt* 概念について、とりわけ BGH 及び BVerfG の判例の変遷を参照しながら、ドイツ刑法学説上の *Gewalt* 概念に関する議論を参照する。特にドイツ刑法の強要罪規定における議論との法比較から、わが国の暴行概念と、わが国の判例によって示される心理的作用の評価について考察するものである。

ドイツ刑法の分析から、暴行概念に関する身体性の維持の観点と、*Gewalt* 概念の中核的要素である強制的作用の内実を明らかにし、暴行概念を「人の身体に対する物理的な強制的作用」と定義した上で、判例による心理的作用の評価を批判的に検討した。その上で、このような心理的作用の評価に代わり、物理的な強制的作用の観点からわが国における暴行概念と、暴行罪に関する具体的事例について再検討した。

【キーワード】 暴行罪，身体に対する罪，強要罪，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，第 51 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 （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

前章のとおり，わが国の判例における暴行概念は，人の身体に対する傷害の危険犯的性格と並んで，意思侵害犯的性格を含むと考えられる⁷⁴。そして，そのような意思侵害犯的性格をもつ理由の 1 つとして，わが国の刑法がドイツ刑法の立法・改正過程の議論を参照し，ドイツ刑法における Gewalt の概念を継受していると考えられるとの指摘について，前章で明らかにした⁷⁵。わが国における暴行概念のあり方⁷⁶を検討する上では，この Gewalt 概念⁷⁷が果たしてどのような意

⁷⁴ 芥川・前掲註 (22) 24 頁以下。

⁷⁵ 芥川・前掲註 (22) 29 頁。

⁷⁶ もっとも，ドイツ刑法における身体に対する罪については，わが国とは条文体系が異なり，この Gewalt の文言はここでは使用されていない。すなわち，もっぱら傷害罪との関係性で独立した暴行罪の規定を置くわが国の刑法典とは異なり，ドイツ刑法はその第 17 編を「身体完全性に対する犯罪行為 (Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit)」とし，223 条以下に傷害罪の諸規定を置くが，ここにおいてはわが国のような暴行罪の規定は存在しない。それゆえ，行為によって傷害結果が発生しなかった場合，ドイツ刑法においては傷害未遂罪が成立することとなる。Vgl. *Detlev Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, §223 Rn. 66.

味内容をもつものであり、何に対する侵害を含意すると考えられるかを比較法的に検討することには充分意義が認められるように思う⁷⁸。

IV-2. ドイツの判例による Gewalt 概念の理解

ドイツ刑法において Gewalt の文言は、強盗罪 (§249 StGB) や誘拐罪 (§234 StGB) など、様々な犯罪の手段として規定されているが、ドイツにおける Gewalt 概念の議論は、とりわけ強要罪に関する事例を中心としてなされている⁷⁹。すなわち、ドイツ刑法 240 条 1 項はその構成要件の行為として「暴行 (Gewalt)」と「重大な害悪の告知を用いた脅迫 (Drohung mit empfindlich Übel)」を規定しているのである⁸⁰。そしてこの強要罪における Gewalt 概念は、とりわけデモ活動や道路の座り込み封鎖に関する判例において詳細に言及されている。以上のことから本稿では、ドイツ連邦通常裁判所 (以下、BGH とする。) 及びドイツ連邦憲法裁判所 (以下、BVerfG とする) の主要な判例、とりわけ、デモ活動に関する事例を中心として取り上げながら、以下の 4 つの段階に区分をしたうえで、ドイツ判例における Gewalt 概念の解釈とその変遷について概観する。

(1) BGH の初期の立場

まずは、ライヒ裁判所 (以下、RG とする)⁸¹ から BGH へと転換した後、BGH が Gewalt 概念

⁷⁷ なお、このような Gewalt の文言はドイツ刑法のみならず、例えばスイス刑法の強要罪 (スイス刑法典 181 条) 等においても用いられている点は参照に値すると考えられるが、本稿では紙幅の余裕がないため、スイス刑法をはじめとしたドイツ刑法以外との法比較については今後の課題とする。暴行概念につきスイス刑法との比較をするものとして、神馬・前掲註 (15) 76 頁。また、傷害概念及び身体に対する罪との関連でスイス刑法との比較をしたものとして、拙稿「傷害概念と人の身体の保護—スイス刑法との比較から—」明大院 50 号 (2018 年) 23 頁参照。

⁷⁸ 佐久間・前掲註 (25) 95 頁、芥川・前掲註 (22) 20 頁以下。

⁷⁹ *Thomas Fischer*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 67. Aufl., 2020, §240 Rn. 8 ff.; *Jörg Eisele*, in: Schönke / Schröder, Kommentar Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, §240 Rn. 3 ff.; *Friedrich Toepel*, in: Kindhäuser / Neumann / Paefgen, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, §240 Rn. 35 ff.; *Arndt Sinn*, in: Joecks / Miebach, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2017, §240 Rn. 29 ff.; *Klaus Dieter Knodel*, Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, 1962, S. 1 ff.; *Heinz Müller-Dietz*, Zur Entwicklung des Strafrechtlichen Gewaltbegriffs, GA., 1974, S. 36 ff.; *Hermann Blei*, Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, NJW 1954, S. 583 ff.; *Rainer Keller*, Strafrecht-licher Gewaltbegriff und Staatsgewalt, 1982, S. 84 ff.; *ders.*, Die neue Entwicklung des strafrechtlichen Gewaltbegriffs in der Rechtsprechung, Jus 1984, S. 109 ff.

⁸⁰ §240 Nötigung

(1) Wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(本条の 2 項以下については省略する。)

⁸¹ 本稿においては、紙幅の都合上、RG における判例の立場については詳細を割愛する。RG の立場としては、本質的に、行為者による身体力の行使 (die Anwendung körperlicher Kraft) が重視されていると考えられる。RGSt 13, S. 49 ff.; RGSt 27, S. 405 ff.; RGSt45, S. 153 ff.; RGSt 56, S. 87 ff.; RGSt 60, S. 157 ff.; RGSt 66, S.353 ff.; RGSt 72, S. 349 ff.; RGSt 73, S. 343 ff. もっとも、RG の最後期の判例においては、行為

について言及した当初の事例を概観し、その初期の立場を明らかにすることとする。

[1] BGH 1951 年 4 月 5 日判決⁸² とその後の判例

BGH 1951 年 4 月 5 日判決の事案は、寝ている女性に突然襲いかかり、暴力を用いずに麻酔剤を与えようとした行為について、強盗未遂罪の成立が問われたというものであった。本件において問題となったのは、被害者に「暴力の使用 (Gewaltanwendung) なく」麻酔剤を用いた行為である。本件行為を Gewalt と認定した BGH は、RG のかつての判例⁸³ を参照しながら、以下のような Gewalt 概念解釈を述べる。すなわち本判決によれば、Gewalt 概念に関しては「行為者が身体的行為を通じて、被侵害者の現実のないし予期できる反抗がその者の身体に対して直接に作用する手段によって抑圧され、あるいは阻害されることの原因が設定されるかどうかが決定的であり、行為者の用いた身体力が重大であったか、もっぱらわずかなものであったかは重要ではない」としており、身体力の程度ではなく、その行為がどのような反抗を抑圧・阻害する作用、すなわち強制作用をもつか、との点とその中心に据えられている。このような観点から本判決は、麻酔剤を与える行為が被害者の神経系統に作用し、その反抗を抑圧・阻害するかとの点をもって Gewalt と認定しているのである⁸⁴。本判決は BGH の Gewalt に対する基本的な姿勢を示すものとして、その後の諸判例⁸⁵ においても支持されている⁸⁶。

もっとも、このような「被害者に生じた身体的強制作用」の基準が、判例における Gewalt 概念を明確にする基準として適切であったかについては、疑問の残るところである。すなわち、その後の BGH の判例においては、例えば自動車の走行中のパッシングや幅寄せ行為⁸⁷、あるいは拳銃による脅迫行為⁸⁸ や追跡を逃れるための警告射撃⁸⁹ についても、「身体的な強制作用」を認め、Gewalt が存在したと認定しているのである⁹⁰。このような意味で、「身体的な強制作用」の基準は、

者の用いた身体力の基準とする立場から、被害者にもたらされた物理的な強制作用を重視する立場へと拡張していると指摘されており、この点で、BGH の初期の立場を明らかにするに RG の判例に焦点を当てる必要があると考えられる。Vgl. *Arndt Sinn*, Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, 2000, S. 151 f.

⁸² BGHSt 1, S. 145 ff.

⁸³ RGSt 58, 98 ff., RGSt 60, 157 ff., RGSt 66, 335 ff., RGSt 73, 344 ff.

⁸⁴ また、本件ではこの他に、化学物質や電流を用いることで被害者の神経系統や肉体に影響を及ぼす行為についても Gewalt の使用 (Gewaltanwendung) に該当すると述べる。

⁸⁵ BGHSt 18, S. 389 ff.; BGHSt 19, S. 263 ff.; BGH GA 1962, S. 145 f.

⁸⁶ もっとも、ドイツの判例がこの時点で従前の「身体力の行使」の基準を完全に捨象したとはいえない。例えば、BGHSt 23, S. 126 ff. は、「特に著しい身体力なく」と言及しながら判断している。Vgl. BGHSt 25, S. 237 ff.; BGH NSStZ 1981, S. 2128 ff.; BGH NSStZ 1982, S. 158 ff.; BGH NJW 1982, S. 182 ff.

⁸⁷ BGHSt 19, S. 263 ff.

⁸⁸ BGHSt 23, S. 126 ff.

⁸⁹ BGH GA 1962, S. 145 ff.

⁹⁰ これらの判例においては、光や音といった神経系統への作用に焦点があてられており、神経系統も人の身体の一部であることを前提として、これらの行為によって不安感や畏怖を生じたことまでも「身体的な強制作用」と認定していると考えられる。Vgl. *Günther Jakobs*, Nötigung durch Drohung als Freiheitsdelikt, Karl Peter FS, 1974, S. 69 ff.; *Sinn*, a. a. O. (Anm. 81), S. 153.

純粋な心理的な強制作用との区別をほとんど不可能とするものになっていたと考えられる⁹¹。

(2) BGH 1969年8月8日判決以降の判例の立場

このように、これまでのドイツ判例の立場が掲げていた身体性の基準が不明確なものとなっている中で、BGH 1969年8月8日判決（いわゆる「Laepple 判決」。以下、「Laepple 判決」とすることがある。）は、BGHの新たなGewalt概念を示すこととなった。

[2] BGH 1969年8月8日判決⁹²

本件は、道路交通事業の値上げについて反対した学生団体が、ケルンの市街電車の線路に座り込んだり立ちふさがったりといったデモ活動を行った事案である。ケルンLGにおいて被告人らには無罪判決が下されたものの、本件上告審においては、強要罪の成立が認められた。すなわち、本件の判決理由においては、「道路交通を封鎖する目的で市街電車の路面に座り込む、ないし立ちふさがる学生らはGewaltによって市街電車の乗客にその車両を停止するよう強要して」おり、これは「身体力の直接的な行使によるのではなく、もっぱらわずかな身体力の行使によって、心理的な決定プロセスに影響を及ぼす」ものであるとされる。そして、このように人が列車の前に立ちだかる場合には、列車の運転手は眼前の人間を故殺することになるという「抵抗のできない強制的行使」が存在するとした。本件は、このような心理的な強制作用を根拠として強要罪の成立を認めたものであると評価できる。

このような本判決の立場に対して、学説からは批判がなされている⁹³。すなわち、Laepple 判決において打ち出されたGewalt概念は、「非実体化された（entmaterialisiert）」、「精神化された（vergeistigt）」Gewalt概念であり、これは立証し得ない、とされたのである⁹⁴。また、このような学説上の批判と同じく、Laepple 判決後のBGH及び下級審裁判所の判決においても、Laepple 判決で示された立場には従おうとしない事例がみられることとなった⁹⁵。Laepple 判決による心理的強制のみを根拠としたGewalt概念への拡張は、判例において必ずしも受け入れられたものではなく、判例の立場は不統一となったと考えられる。

(3) BVerfG 1995年1月10日決定における判例変更

このように、いわゆるLaepple 判決において、Gewalt概念には一度、もっぱら心理的な強制力

⁹¹ *Sinn*, a. a. O. (Anm. 81), S. 153.

⁹² BGHSt 23, S. 46 ff.

⁹³ Vgl. *Harro Otto*, NStZ 1987, S. 212 f.; *ders.*, NStZ 1992, S. 568 ff.; *Rupert Scholz*, Sitzblockade und Verfassung—Zur neuen Entscheidung des BVerfG, NStZ 1995 S. 417 ff.; *Sinn*, a. a. O. (Anm. 81), S. 154 ff.

⁹⁴ Erstgutachten der Unterkommission Strafrechtswissenschaft, in: *Schwind / Baumann u.a.*, Ursachen, Prävention und Kontrolle von Gewalt, Bd. II, S. 885 Rn. 58.

⁹⁵ BGHSt 23, S. 126 ff.; BGH NStZ 1982, S. 158 ff.; OLG Köln NJW 1983, S. 2206 ff.; BayObLG NStZ 1990, S. 281 ff.; LG Münster NJW 1985, S. 815 f.; AG Reutlingen NStZ 1984, S. 508 ff.

をはたらかせる行為までもが包含されることとなった。しかしながら先述のとおり、学説や判例においてこのような解釈が受け入れられたとは言い難い。そして、Laeppele 判決による Gewalt 概念の定義は、BVerfG の 1995 年 1 月 10 日決定において変更されることとなる。

[3] BVerfG 1995 年 1 月 10 日決定⁹⁶

本件は、軍事施設の前で行われた座り込みデモ活動 (Sitzdemonstration) について、強要罪を理由とした有罪判決を受けた原告人らが、ドイツ基本法 103 条 2 項にいう類推禁止違反であるとして抗告した事件である。本件原告人らの行った座り込みデモ活動は、5 人～8 人という少ない人数で、連邦国防軍の関係車両の進行を妨げる目的で座り込みを行ったというものであった。

まず本判決は、人の意思決定や意思活動の自由を侵害する強制作用は、社会生活における多様な行動に含まれ、その全てが不法ないし当罰的な強制ではないことにふれる⁹⁷。そして、先述の Laeppele 判決を引き合いに出しながら、「Gewalt の概念は、一般的な語用において多種多様な意義で用いられるものであり、ここでは規範構造との関連の中で理解されなければならない」とした上で、Laeppele 判決で示された Gewalt 概念の拡張 (すなわち、心理的作用を重視する解釈) は、立法者が本来想定していた Gewalt という構成要件メルクマールがもつ強制作用の限定機能⁹⁸を失わせるものであるとする。Laeppele 判決以前のドイツ判例が要求した身体性の基準は、このように当罰的な強制作用を限界づけるための機能を有し、それゆえ Laeppele 判決を代表とする Gewalt 概念の拡大はドイツ基本法 103 条 2 項の類推禁止に違反すると判断したのである。

(4) その後の BGH 及び BVerfG の判例⁹⁹

もっとも、[3] BVerfG 1995 年決定において示されたのは、Laeppele 判決以降の解釈の拡大が類推禁止違反であるとの点を示したに留まるのであり、刑法上の Gewalt 概念を正当に限定する解釈は必ずしも具体的に明らかとはされてはいない。そのため、ここからはさらに、[3] BVerfG 1995 年決定以降に下された、この立場に従う BGH の代表的な判例を取り上げ、現在に至るまでのドイツ判例における Gewalt 概念の解釈を分析したい。

⁹⁶ BVerfGE 92, S. 1 ff. (=NJW 1995, S. 1141 ff.)

⁹⁷ すなわち、「意思決定及び意思活動の自由は、多数の社会的強制にさらされるものであり、この強制は必ずしも不法とはみなされず、あるいは何ら当罰的ではないものもある」とし、「社会生活における多数の行動様式、例えば教育、仕事あるいは交通といった場面において、場合によっては必要な、場合によっては不可避なものが、刑罰の下に服することになってしまう」とする。BVerfG NJW 1995, S. 1142.

⁹⁸ 先述のとおり、他者の意思決定・意思活動は様々な行為によって抑圧しうるのであり、どのような強制作用をもつ行為が可罰的であるかは法規の文言の日常用語的な意味から、その限界が示されなければならない。よってドイツ刑法の Gewalt の文言の解釈も、日常用語的な意味からみてその明確性が保たれる必要がある。

⁹⁹ また、本稿で取り扱う BGH・BVerfG の判例以外に、上級ラント裁判所 (OLG) においても多数 Gewalt 概念について言及する裁判例が見られている。BayObLG NJW 1993, S. 211 ff.; OLG Düsseldorf NJW 1999, S. 2912 ff.; OLG Frankfurt StV 2007, S. 244.; BayObLG NJW 2002, S. 628 ff.; OLG Köln NJW 2006, S. 3017.; OLG Düsseldorf NJW 2007, S. 3219 f.

〔4〕 BGH 1995 年 7 月 20 日判決¹⁰⁰

本件は、アウクスブルクにおけるクルド人デモ活動の禁止判決に不満を持った被告人らが高速道路上で封鎖行為に及んだというものである。前述の〔2〕や〔3〕の事例と同様、本件の行為も道路上に留まることによる封鎖行為であったが、本判決は特にこの封鎖行為の強制作用について詳細に述べた点が重要であると考えられる。本件判決は被告人らの封鎖行為によって、多数の車両が前方への進行を妨げられた点を問題とした。そして、〔3〕 BVerfG 1995 年決定を引き合いに出し、被告人らの直前に停車した一列目の車両については、被告人らに対する心理的強制（すなわち、無理に前進すれば被告人らを殺害することになるという心理的な障害）が認められるのみと述べた。しかしながら、この一列目の車両に続く、二列目以降の後続車両については、一列目の車両が停止していることを理由として、「この運転手らは、たとえ心理的強制の影響が及んでいなかったとしても、自身は走行を継続することはできない」¹⁰¹として、物理的な障害の存在を認定した。

すなわち、いわゆる渋滞二列目判例（die Zweite-Reihe-Rechtsprechung）と呼ばれる本件判決は、本件封鎖行為によって進行を妨げられた一列目の車両ではなく、その一列目の車両が停止することを利用して、二列目以降の車両の運転手に対して物理的強制を与えた点について Gewalt を用いた強要罪の成立を認めた¹⁰²のである。

〔5〕 BGH 1995 年 7 月 27 日決定¹⁰³

前述の判例〔4〕と同事案のデモの参加者である他の被告人について、さらに BGH の決定が存在する。本決定の判決理由においても判例〔5〕と同様、デモ活動のために高速道路上を封鎖した行為につき、「被告人は、後続車両の運転手を約 30 分以上その進行を妨げる目的で、ともにデモ活動をする者らによって既に構築された自動車による障壁を利用した」と認定した。その上で、「被告人らはなるほど道路に立っている『のみ』であるが、既に構築された自家用車による障壁を利用し、それによって身体的に作用する強制を加え、よって渋滞した自動車の前進を妨げた」として、本件行為を物理的な強制作用を伴う Gewalt であると認定している。本件においても、道路上に多数の人間が立ちふさがる、あるいは座り込む行為について、後続車両について物理的な障壁が存在する旨の立場を採用していると考えられる。

¹⁰⁰ BGHSt 41, S. 182 ff. (=NJW 1995, S. 2643 ff.)

¹⁰¹ 本判決では、「BVerfG の判例による制限、すなわち、単にその場に存在すること (bloße Anwesenheit) の結果たるもっぱら心理的な強制は Gewalt 概念の要請を満たすものではなく、それゆえこれは本件の事例形相をなすものではない」として、心理的強制によって Gewalt を認定することはできない旨述べている。BGHSt 41, S. 184.

¹⁰² BGHSt 41, S. 184 f. もっとも、本判決のこのような理由付けに対しては、様々な学説上の反応が見受けられる。とりわけ、本件において二列目以降の車両に対して認定された物理的障害の評価については、BVerfG の述べる「身体力の行使」の役割とは明らかに異なっているとの指摘がなされている。Arndt Sinn, Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011-1 BvR 388/05, ZJS 2011, S. 284.

¹⁰³ BGH NJW 1995, S. 2862 ff.

もっとも、判例〔4〕及び〔5〕は、Gewaltの認定にあたり被害者方に生じた物理的障害を主として問題としており、〔3〕BVerfG 1995年決定による「身体力の行使」という要素の役割について、明らかに異なった理解をしていることが指摘されている。すなわち、〔3〕BVerfG 1995年決定は、Laeppele判決による心理的な障壁を排除するのみならず、行為者が何らかの身体力を行使すること（例えば路面へ赴くことや路面へと座ること）を基準としていた。しかしながら、判例〔4〕及び〔5〕においてこの「身体力の行使」は、（一列目の）車両が単にその場に存在することと認定されているが、ここでは〔3〕BVerfG 1995年決定で要求されたような「身体力の行使」はこれには認められない。判例〔4〕及び〔5〕以降、この「身体力の行使」というGewalt概念の要素の内実についても議論が交わされることとなった。

〔6〕BVerfG 2001年10月24日決定¹⁰⁴

〔3〕BVerfG 1995年決定以降、純粹に心理的な強制作用のみを根拠とするGewaltの認定はなされていないものの、かつてからGewalt概念の要素とされてきた「身体力の行使」については、必ずしも一致がみられてはいなかったと考えられる。そして、この「身体力の行使」という要素について、今一度詳細に述べたのが判例〔6〕BVerfG 2001年決定である。

本件は、反核エネルギーデモ活動を目的とした、核燃料再処理施設の敷地の正門の前での25～30人の集団による封鎖行為、及び当該施設へ進入するために高速道路を封鎖させた行為が問題とされたものである。とりわけ前者の施設の正門の封鎖行為については、本件行為者らの内10人程度が、自らの腰に鎖を結び合い、その鎖の端を正門の支柱に直接つないで立っていた、という事案であった¹⁰⁵。

本決定は特に〔3〕BVerfG 1995年決定を引き合いに出し、本件核燃料再処理施設の正門の封鎖行為をGewaltと評価した点について、憲法上の異議が唱えられることはないと判示する。とりわけ、本件行為者の施設正門の封鎖行為については、「門の前にその身体が単に存在したこと、及びそれによって自動車の運転手に生じた、デモ活動者を傷害ないし殺害する危険を理由として停止しないしは引き返すという心理的強制に留まるものではない。これに加えて、デモ活動者ら自身を利用した、すなわち、人々の腰の位置にかけられた金属の鎖を正門の両支柱に結び付けることによって、身体力の行使がなされた」と認定している¹⁰⁶。

¹⁰⁴ BVerfGE 104, S. 92 ff.

¹⁰⁵ なお、本件は複数の憲法抗告に対する決定であるが、その対象の1つであるシュヴァンドルフ区裁判所（AG）においては、本件行為者らの行為につき、「Gewalt概念にとって本質的であるのは意思決定ないし意思活動を侵害する強制作用であり、これには、行為者がわずかな力の行使のみによって単に心理的な決定過程に影響を及ぼし、それによって被強要者に対して乗り越えがたい強制を加える場合も、このGewalt概念に含まれる」と言及されている。これに対し抗告人らは、「当該判決におけるGewalt概念の解釈は、103条2項に違反する。単なる座り込みデモ活動と比較して、本件の鎖でつなぐに過ぎない状況は、封鎖された車両運転手に生じた強制作用という、第一義的には心理的な本性と何ら異なるところはない」とし、暴力によらない抵抗であることを主張している。

いわゆる人の鎖事例（Menschen-Anketten）などと呼ばれる本決定においては、先述のドイツ判例〔4〕〔5〕とは異なり、人が車両等の面前で単にその場にいるだけでなく、その人々が金属の鎖によって相互に結びついていることを取り上げて、「身体力の行使」を認定している。すなわち、本決定は被害者に乗り越えがたい物理的障壁が存在していることのみではなく、この物理的障壁を作出するために、何らかの身体力が行使されることが必要であると捉えていると考えられる¹⁰⁷。本決定の判断は人が単にその場に居る行為について身体力の行使を認定しなかった〔4〕渋滞二列目事例とは異なり、何らかの（わずかな）身体力の行使がなされ、これが物理的障壁を作出する場合に *Gewalt* と認定した〔3〕BVerfG 1995年決定に従った理解であると考えられる。この意味で、〔4〕渋滞二列目事例と本決定は、とりわけ「身体力の行使」の機能の理解の点では、見解が異なるものであるように思われる。

〔7〕BVerfG 2011年3月7日決定¹⁰⁸

本件も〔4〕、〔5〕、〔6〕の判例と同様、座り込み封鎖行為が問題となった事例であり、本件はイラク戦争への抗議を目的として、ドイツ国内のアメリカ軍舎の進入路において座り込みをしたとの事案である。本決定は判例〔3〕の決定を引き合いに出しながら、〔4〕の渋滞二列目判例によって示された *Gerwalt* 概念の根拠付けの正当性について言及するものである。

まず本決定は、〔3〕BVerfG 1995年決定と〔4〕渋滞二列目判例とを比較し、事案の差異を説明する。すなわち、〔3〕BVerfG 1995年決定は「二者間での人的関係（デモ活動者—車両搭乗者）」を前提とするが、渋滞二列目判例は「多数者間での人的関係（デモ活動者—一列目の車両運転手—二列目以降の車両運転手）」に対する行為が評価の対象であったとの点を指摘する¹⁰⁹。

その上で、〔4〕渋滞二列目判例が、一列目の車両を利用することで後続車両に対する物理的障壁を作出したと認定した点につき、ドイツ刑法 25 条 1 項 2 文を援用し、間接正犯による *Gewalt* を用いた強要行為を認定したのである。すなわち、一列目の車両の運転手は、デモ活動者らの生命・身体への侵害に直面するとともに、「デモ活動者らの意思に従い、後続車両の意思活動の自由を混乱に陥れる」といった法的ジレンマ状況にあったことを述べる。いわば一列目の運転手は、デモ活動者らの生命・身体と後続車両の意思活動の自由との衝突状況に陥っており、この一列目の運転手には違法阻却的緊急避難として違法性が阻却される余地があるとする。加えて、本決定はこのような正当に行為する者であっても、間接正犯の行為道具となりうる点も認める。よって本決定は、このような正当に行為する行為道具を通じた間接正犯を認め、〔4〕渋滞二列目判例における二列目

¹⁰⁶ 本件のもう 1 つの論点である高速道路上で自動車を停止させる行為についても、「自動車の集団を停止させ、両車線と車道外側線上にいる参加者の用いた自動車の滞留は、身体力の行使による強制力をもった障害の作出にあたる」とした上で、「この物理的障壁を乗り越えることは、それに逆らおうとする人々に対して自傷のリスクを生じさせていた」との認定をしている。

¹⁰⁷ *Simm*, a. a. O. (Anm. 102), S. 286.

¹⁰⁸ BVerfG NJW 2011, S. 3020 ff.

¹⁰⁹ BVerfG NJW 2011, S. 3021.

以降の車両への物理的障壁を根拠とした Gewalt の認定につき、基本法 103 条 2 項の類推解釈の禁止には違反しないと判断したのである。以上のような点から〔3〕 BVerfG 1995 年決定と〔4〕 洪滞二列目判例における立場が相互に矛盾するものではないと結論付けているのである。

(5) 小括 —ドイツ判例の変遷と Gewalt 概念—

ここまで参照したドイツ判例の Gewalt の解釈と、その意義について簡潔に分析する。

判例〔1〕 BGH 1951 年判決¹¹⁰以降、BGH は Gewalt 概念を次第に拡大する立場にあったと考えられる。その結果、〔2〕 Laepple 判決はもっぱら心理的な決定プロセスへの作用を理由とした Gewalt 概念の解釈を示した。しかしながら、この理解は〔3〕 BVerfG 1995 年決定において、類推禁止原則に違反するとして破棄され、その後、BGH 及び BVerfG の判例においては、とりわけ類推禁止に違反しないような、日常用語的な意味に基づく文言の理解を前提として Gewalt 概念の要素を検討する姿勢がみられるようになったのである。

ドイツ判例の変遷からわが国の暴行概念の解釈について得られる示唆の第 1 点は、とりわけ Laepple 判決の立場が変更された点にあると考えられる。すなわち、〔3〕 BVerfG 1995 年決定が Laepple 判決の示した心理的作用のみによる Gewalt の認定を違憲と判断した点が、注目に値すると思われる¹¹¹。なぜならば、ここにおける議論はドイツ刑法において構成要件として規定される Gewalt がどのような性質であるか、すなわち、物理的作用である必要があるのか、もっぱら心理的作用によるものでも良いのか、との点を論ずるものであり、「暴行」の文言について心理的作用を含むかが問題となっているわが国の暴行概念の議論とも通ずる点があるからである。

もっとも、〔3〕 BVerfG 1995 年決定の内容及び射程に関しては、学説においても活発に論争が交わされたことが確認される¹¹²。但し、以下の 3 つの点においては概ね見解の一致がみられたと言ってよいであろう。すなわち、① Gewalt 概念は 2 つの構成要素からなる—すなわち、身体力の行使 (körperliche Kraftentfaltung) と物理的な強制 (physischer Zwang) である、② 強制が単に人の身体がその場に存在することによるもので、被強要者への強制作用が、もっぱら心理的な本性的なものであるに過ぎない場合には、Gewalt は否定されなければならない、③ 力の行使は、もっぱら人の身体がその場に存在することに代替するものであり、「力の行使」という要素では不十分である、との 3 点であった¹¹³。そして、とりわけこの (身体) 力の使用という Gewalt 概念の要素に関しては、その後の判例〔4〕・〔5〕と、判例〔3〕及びこれを踏襲した判例〔6〕における身体性

¹¹⁰ BGHSt 1, S. 145 f., vgl. Sinn, a. a. O. (Anm. 81), S. 152.

¹¹¹ わが国の (狭義の) 暴行についても、通常、「有形力」ないし「物理力」の行使と定義される。そして、この「有形力の行使」としての暴行概念を解釈する上では、日常的な語用に基づく解釈が必要とされると考えられる。

¹¹² Vgl. Walter Gropp / Arndt Sinn, in: Joecks / Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Bd. 3, 1. Aufl., 2003, §240 Rn. 38 ff.

¹¹³ Sinn, a. a. O. (Anm. 102), S. 284.

の理解は、とりわけ物理的障壁が単にその場に留まるだけで認められるかの点で異なっていた¹¹⁴。このような判例の不一致について判例〔7〕は、事例の前提が異なる点や渋滞二列目事例でなされた解釈を間接正犯の理論を引き合いに出すことで説明が加えられていたのであった¹¹⁵。

しかしながら、判例〔7〕において言及された判例〔3〕と判例〔4〕・〔5〕との理解をいわば「調和させる」試みは、必ずしも成功したと評価することはできないとの指摘がなされており¹¹⁶、本決定の理解にはその一部において批判がなされている¹¹⁷。特にこれらの批判が指摘するのは、「身体力の行使」や「物理的強制ないし障害」といった *Gewalt* 概念の要素の意味内容や機能について、ドイツ判例においてはなお明確に定義付けられていない、というものである¹¹⁸。

以上のような判例の分析から見出されたこのような *Gewalt* 概念の要素について、本稿ではさらにドイツ刑法学説上の議論を参照し、さらに検討をしたい。

IV-3. 強要罪に関するドイツの学説上の議論と *Gewalt* 概念

判例における暴行概念の変遷と同様に、ドイツ刑法学説においても、この *Gewalt* の範囲に関する議論がかつてから交わされている。以下では、ドイツ刑法の *Gewalt* 概念に関する学説を大別して4つに分類した上で、それぞれの学説について検討し、*Gewalt* 概念の中核的要素とはいかなるものであるのか分析を進めることとする。

(1) 「広義の」*Gewalt* 概念を主張する立場

ドイツ刑法においてもっとも「広義の」*Gewalt* 概念を唱えるものとして、Knodelの学説が参照される¹¹⁹。Knodelは以下のように *Gewalt* を定義する。すなわち、「*Gewalt* は、被強要者によって実際になされた、ないしは切迫したと予期される反抗を、その者の同意無く、その意思形成あるいは意思活動を不可能にさせること（*vis absoluta*）や、重大な害悪を現代的に告知することを通じて、その者の意思決定の自由を奪うことで、抑圧すること」とするのである。そして、このKnodelの見解に追従し、いわゆる「精神化された（*vergeistet*）あるいは非実体化された（*entmaterialisiert*）*Gewalt* 概念」を支持する学説が主張されている¹²⁰。これらの見解は、とりわ

¹¹⁴ Sinn, a. a. O. (Anm. 102), S. 285.

¹¹⁵ BVerfG NJW 2011 S. 3021 f.

¹¹⁶ Sinn, a. a. O. (Anm. 102), S. 285 f.

¹¹⁷ Tarik Arabi / Louisa-C. Muschik, Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 7.3.2011-1 BvR 388/05, famos Juni 2011, S. 5.

¹¹⁸ Sinn, a. a. O. (Anm. 102), S. 285 f.; Arabi / Muschik, a. a. O. (Anm. 117), S. 5 f.

¹¹⁹ Knodel, a. a. O. (Anm. 79), S. 59 ff.

¹²⁰ Eisele, a. a. O. (Anm. 59), Vor §234, Rn. 6, 8.; Rolf Dietrich Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 152.; ders, Strafbare Nötigung durch Versperren des Fahrwegs?, GA 1996, S. 557.; Herbert Tröndle, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. Materialles Recht, GA 1973, S. 320 ff.

けドイツ判例〔2〕Laepple判決において採用されているようなGewalt概念と同様の理解であり、もっぱら心理学的な要素によってGewaltを定義している点で、「精神化説」ないし「心理学的Gewalt概念」ということができるであろう。

しかしながら、〔3〕BVerfG 1995年判決が違憲判断を下したとおり、このGewaltの文言について基本法103条2項に定められる類推禁止原則違反となる解釈を避ける為には、もっぱら心理的に作用する強制までをもGewalt概念に包含することは妥当ではないと考えられる¹²¹。すなわちこの立場は、とりわけ刑事政策的関心から、処罰の間隙を埋めるために身体性連関を捨象し、個人的自由を実現するための多くの要件について、想定しうるすべての侵害の受け皿機能（Auffangfunktion）を持たせるよう主張するが¹²²、このような機能はわずかなものであるばかりか¹²³、判例の分析を基礎とする限り、憲法上の明確性原則や、さらには刑法の体系にも違反するものであると考えられる¹²⁴。

（2）「狭義の」Gewalt概念を主張する立場

「広義の」Gewalt概念、すなわち精神化説に対する立場として、RGがかつてから要求してきた「身体性」の要素を重視する、いわば「身体性説」ないしは「古典的Gewalt概念」が主張されている¹²⁵。すなわちこの見解は、行為者における「身体力の行使」との要素や、被害者における身体的強制作用に着目し、Gewalt概念を限定的に理解する立場である。もっともこの立場においては、個々の主張者がGewalt概念の限定方法について多様な理解を示しており、何らかの身体性を要求するという共通点¹²⁶はあるものの、その主張内容は統一的ではない。本稿ではとりわけこの見解をさらに2つに分類し、検討することとする。

（2）-1. 身体力行使の要素を強調する立場

例えばBergmannは、Gewaltを「人の身体あるいは物に対するあらゆる直接的作用であって、人の身体や物に対し、その物質あるいは機能に侵害を加え、あるいは人の身体的健在性（das körperliche Wohlbefinden）を減弱するもの」と定義付ける¹²⁷。特にBergmannは人の身体的健在性

¹²¹ Sinn, a. a. O. (Anm. 81), S. 156 f.

¹²² Knodel, a. a. O. (Anm. 79), S. 48.

¹²³ Alfred Bergmann, Das Unrecht der Nötigung, 1983, S. 88 ff; Sinn, a. a. O. (Anm. 79), S. 156.

¹²⁴ さらにSinn, a. a. O. (Anm. 79), S. 157. は、財産に対する罪の体系によれば、一時的な使用窃盗が当罰的とはみなされていないことに比較し、強要罪におけるGewaltについても、強制作用をもつあらゆる行為が当罰的なものではないとして、刑法条文体系における問題を指摘する。

¹²⁵ Volker Krey, Was ist Gewalt?, 1988, Rn. 120.; Wilfried Küper / Jan Zöpf, Strafrecht Besonderer Teil, 10. Aufl., 2018, Rn. 287 ff.

¹²⁶ 例えばGunther Arzt / Ulrich Weber / Bernd Heinrich / Eric Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl., 2015, Rn. 582. は、Gewaltを「強制が機械により増強されることで著しい肉体的強制にいたる場合に、vis absoluta及びわずかな力の使用を通じた威圧を含めた身体的力の著しい行使を通じて惹起される肉体的な強制（中心領域）」と定義付けている。

¹²⁷ Bergmann, a. a. O. (Anm. 123), S. 116 ff; 123 ff.

に対する作用までもこの Gewalt に包含する点に特徴が表れていると考えられる。

しかしながら、とりわけ Bergmann により主張される Gewalt 概念については、身体的完全性の保護に対する特殊な犯罪とする解釈の正当性について、批判がなされている。すなわち、例えば Bergmann の立場において言及される「人の身体的健在性」は、身体傷害罪 (§223 StGB) において保護される法益であり、強要罪の手段たる Gewalt と傷害罪の手段たる身体虐待 (körperliche Misshandlung) との関係性が不明確となる点である。また、物に対する作用をも包含している点で、Gewalt は身体活動の自由のみならず、多種多様な自由の実現に対する侵襲となるのであり、結局のところ強要罪が意思自由に対する固有の犯罪ではなく、一般的な強制犯罪となる点に批判が向けられている¹²⁸。

また、Keller も「他者を殺害し、身体的に傷害し、著しい期間行動の自由を奪い、あるいは死や身体傷害の現代的・現実的危険をもたらす暴力行為」と Gewalt を定義する¹²⁹とりわけ Keller は、そもそもどれほどに自由が刑法の直接的な法益となりうるのかを問題とし、「自由」という法益の理解から Gewalt 概念の定義を行うのである。すなわち、「自由たる法益と並べたところで、Gewalt 及び Gewalt の禁止の独自の意味が承認されることはないのであれば、このことは、そこにおいて個人の具体的自由が構成される質的に特別な連関が次第に薄れ行くことを意味する。自由とは存在論的に語られるものである。自由とは、すでにあらゆる社会的連関の前になおも存在する利益である」¹³⁰とするのである¹³¹。結論として Keller によれば、Gewalt 概念は「原則的に自由を問題とするような、普遍的に危険な行為態様」といったものを包摂しなければならないとするのである¹³²。

このような Keller の立場も、自由という法益と、それを侵害する Gewalt という行為を、普遍的に危険な行為態様とすることにより、Gewalt 概念を理解するものであった。しかしながら、このような Keller の理解も、自由という法益を普遍的な内容と理解するが故に、構成要件ごとに保護される自由の差異を無視するものであり、Bergmann に対する批判と同じく、強要罪を一般的な強制犯罪と捉える点に批判が向けられているものである¹³³。

ここで取り上げたような身体性を強調する狭義の Gewalt 概念に対しては、Gewalt という構成要件メルクマールの意思強制犯罪としての特徴を失うような理解であるとの点に批判がある¹³⁴。すなわち、この理解によるのであれば、いわば Gewalt を「何らかの自由を奪う行為」と理解され

¹²⁸ Sinn, a. a. O. (Anm. 81), S. 157 f.

¹²⁹ Rainer Keller, Strafrechtlicher Gewaltbegriff, 1982, S. 35 ff.

¹³⁰ Keller, a. a. O. (Anm. 129), S. 129.

¹³¹ このような Keller の自由法益の理解は、Calliess の学説に従うものである。Vgl. Rolf-Peter Calliess, Der Begriff der Gewalt, 1974.

¹³² Keller, a. a. O. (Anm. 129), S. 215.

¹³³ Sinn, a. a. O. (Anm. 81), S. 159.

¹³⁴ Sinn, a. a. O. (Anm. 81), S. 159.

ることになるのであり、他の自由を保護する犯罪の手段と、意思に強制作用をもたらす強要罪の構成要件メルクマールたる Gewalt を明確に区別できなくなる点が問題となると考えられ、妥当なものとはいえない¹³⁵。

(2)-2. 中間的な Gewalt 概念を要求する立場

さらに、身体性基準を用いながらも、先述の (2)-1 の立場よりは Gewalt 概念を広く理解する立場が存在する。すなわちこの中間的な Gewalt 概念は、単に心理的な強制では十分とはされない点で精神化説よりも限定がかけられるものの、他方で、とりわけ被害者に生じた身体的に仲介された強制作用でも十分とする点で、(2)-1 の立場よりは制限が緩められているのである。この立場における身体性の観点はそのため、単に Gewalt の制限的要素であるのではなく、Gewalt 概念の最大範囲を画する基準として理解される¹³⁶。例えば Otto は、Gewalt を「目的とする人物に対して、精神的な（心理的な）もののみならず、身体的な（肉体的な）強制として作用する身体力の使用を一これは必ずしも著しい必要はないが一用いること」とし、「強制が身体的に作用することとは、被害者が具体的な状況において、物理的強制がまったくなくとも、もっぱら著しい力の行使によって、あるいは不当な方法でなされる」と説明する¹³⁷。

この立場の特徴は、まず、身体力の行使という身体性基準を維持しながら、これについて著しく少ないという最小限の要素を必要とする点である。これに加えて、被害者に生じる強制作用に着目し、このような強制作用が「純粋に心理的な」あるいは「第一義的に精神的な」ものでは不十分とし、「身体を介する」ことをさらに条件とする¹³⁸。したがって、この見解によれば判例において問題とされた座り込みデモ活動などについても、Gewalt に包摂されることになるのである。もっとも、身体性を維持し、精神化説の主張のような類推解釈禁止原則に違反する解釈は避けているものの、例えばこの立場が Gewalt に包含する座り込みデモ行為について、素人仲間の並行評価による場合、「法律上の事前知識のない者は、座り込むことに中に暴行を見出すことはできない」との批判がなされている¹³⁹。

(3) 純規範的観点から Gewalt 概念を定義する立場

これまで参照した精神化説及び身体性説の対立、すなわち、精神的な要素を Gewalt に含むかどうかの点を越えて、これとは異なる観点から Gewalt 概念を定義する立場が存在する。すなわち本

¹³⁵ Vgl. Arabi / Muschik, a. a. O. (Anm. 117), S. 5 f.

¹³⁶ Volker Krey / Manfred Heinrich / Uwe Hellmann, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl., 2015, §240 Rn. 368 ff.; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht BT, 2005, §27 I. 2. Rn. 14.; ders, a. a. O. (Anm. 93), NStZ 1987, S. 212 f.

¹³⁷ また、Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 1969, §43 I 1 a (S. 325). は、「Gewalt は、実際になされた、あるいは予期される反抗の抑圧にいたるような、身体的に作用する強制」であるとす。

¹³⁸ Karl Lackner / Christian Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl., 2018, §240 Rn. 10.

¹³⁹ Arabi / Muschik, a. a. O. (Anm. 117), S. 5.

説は、保護法益の詳細な分析を通じて、個人の自由に対する可能な限り包括的な保護を目的として、Gewalt を純規範的に定義付ける説である。例えば Jakobs は、Gewalt を「法によってのみ保証される自由領域の遮断」¹⁴⁰と定義付ける。また、この Jakobs 説に引き続き、Timpe は Gewalt を「被害者の行動の自由に資する法的保証の侵害」と定義付ける¹⁴¹。このような規範的な定義をするため、これらの説によれば、行為者側の身体力の行使といった要素も、そして被害者側の肉体的な強制作用も必要とはされない¹⁴²。

もっとも、規範的な理解から包括的な Gewalt 概念を提示するこの立場に対する、「刑法のインフレーション (Inflationierung des Strafrechts)」ないしは「処罰の肥大化 (Strafbarkeitshyper-trophie)」といった批判を避けるために、Timpe はさらに以下のように述べる。すなわち、Timpe は、強要の被害者が法的に保証される自由の範囲を、「身体や生命、身体的完全性に留まらず、「財産や正当な占有、家屋の不可侵権及び名誉等といった、いずれにせよ保護される地位」とする¹⁴³。そして、このような地位の侵害は身体完全性の侵害と同様、自由に生きるための個人の可能性を激しく制限しうるものと捉える¹⁴⁴。それゆえこの立場は、Gewalt の強度 (Intensität) は、強制によりどのような自由が失われたかの観点から測ることはできない、とする¹⁴⁵。ゆえに、Timpe によれば、惹起の手段・方法はもはや自由侵害にとっては重要ではなく、もっぱら強要の影響と管轄 (Zuständigkeit) の質が重要だということになる。

このようにして、純規範的観点から法的な保証の侵害として Gewalt を位置づける本説は、とりわけ、強要罪における強制手段を体系的・統一的に理解することができるという利点は認められるものの、とりわけドイツ刑法 240 条が構成要件メルクマールとして「Gewalt」と「Drohung」を規定している点との不一致が問題となる¹⁴⁶。すなわち、強要罪が(自由の)法的保証を侵害するものであると理解する場合、そのような強制それ自体は「強要する (nötigt)」という文言に尽きるものであり、「Gewalt」や「Drohung」といった手段が明文で規定されている点を説明することができないのである。また、このような解釈は基本法 103 条 2 項に鑑みても問題がある。すなわち、Gewalt という文言に、人ないし物に対する活動的な侵害及び物理的な侵害との理解が前提となる¹⁴⁷以上、この見解も身体性を Gewalt 概念の要素としない点に問題があると考えられる。加えて、Gewalt が強制に比べてより限定的な文言である以上、本説の主張するような Gewalt 概念の

¹⁴⁰ Günther Jakobs, Nötigung durch Gewalt, H. Kaufmann GS, S. 808.

¹⁴¹ Gerhard Timpe, Die Nötigung, 1989, S. 71.

¹⁴² Timpe, a. a. O. (Anm. 141), S. 184.

¹⁴³ Timpe, a. a. O. (Anm. 141), S. 64.

¹⁴⁴ Timpe, a. a. O. (Anm. 141), S. 64.

¹⁴⁵ Timpe のこのような主張は、その背後に、策略 (List) と Gewalt を区別できないとの理解があると考えられる。すなわち、Timpe の立場を前提とすれば、策略的な犯行も、例えば行為者が被欺罔者の真実の保証を侵害する場合に、暴行によるものと評価されうるからである。

¹⁴⁶ Sinn, a. a. O. (Anm. 81), S. 161.

理解は、行為者に不利益な類推となりうる。

(4)「折衷的」Gewalt 概念を主張する立場

これらの説とは異なり、とりわけ古典的 Gewalt 概念の延長線上に、折衷的な Gewalt 概念を主張する立場が存在する。例えば Hruschka は、Gewalt を「被害者に対する物理的強制の直接的行使」として定義付ける¹⁴⁸。Hruschka は Gewalt 概念を「被害者方に対する物理的強制作用の惹起」とした上で、「被害者への物理的作用は必要であるが……十分な前提条件ではな」く、「被害者に対する作用の一定の直接性を要件とする」と説明する¹⁴⁹。そして結論として、Gewalt 概念には、人を閉じ込めることや、それと並び、封鎖行為は「間に割って入る行為」によって道を「物理的に遮断」することが含まれるが、これに対して、車両の面前の人による障壁や、自動車が渋滞するよう仕向けることによって「道徳的障害 (moralisches Hinderniss)」を作出することは含まれない、とする。さらに、Sinn は Gewalt 概念を、「単にそれを被ることを越えて、単にその場に存在する以上の身体力の行使によってなされる、直接的に行使され、物理的に作用する強制」と理解する¹⁵⁰。

これらの説を古典的 Gewalt 概念と区別して分析することには、被害者に強制作用の「直接性」を要求している¹⁵¹という点に加えて、さらに以下の点で意義を有するのである。すなわち、この折衷的立場は、その強制作用が影響を及ぼす人の自由の内実に応じて、「絶対的暴行 (Gewalt vis absoluta)」と「強制的暴行 (Gewalt vis compulsiva ないし nötigende Gewalt)」を区別する点にある¹⁵²。ここにおける「絶対的暴行」とは、自由な意思形成ないし意思活動を単に不可能にするのではなく、意思決定の選択肢を完全に剥脱するような性質のものを指す¹⁵³。それゆえ例えば、麻酔剤を使用する事例は、麻酔剤の効果によってそもそも人の自由な意思決定能力それ自体が奪われており、絶対的暴行に含まれる¹⁵⁴。これに対して、強制的暴行は、いわば「意思を道具とする Gewalt」¹⁵⁵であり、「意思決定の自由を排除するものではなく、単にそれを被ることを越えて、単

¹⁴⁷ Sinn, a. a. O. (Anm. 81), S. 162. はここで、座り込み封鎖行為を Gewalt とみなす国民がわずか 23%、農業者がトラクターによって封鎖行為をする場合を Gewalt とみなす国民がわずか 20%であることをとりあげ、本説の Gewalt 概念の理解が日常的理解からかけ離れていることを指摘する。Vgl. Politische Gewalt und Repression, in: Schwind / Baumann, u. a., a. a. O. (Anm. 94), Bd. IV, S. 41 ff.

¹⁴⁸ Joachim Hruschka, Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten - eine Nötigung?, NJW 1996, S. 160 ff.

¹⁴⁹ Hruschka, a. a. O. (Anm. 148), S. 161 f.

¹⁵⁰ Sinn, a. a. O. (Anm. 79), §240, Rn. 60 ff.; ders, a. a. O. (Anm. 81), S. 202 ff.

¹⁵¹ この点は、Gewalt という文言の日常的理解から、類推解釈禁止に違反しないための要素であると考えられる。

¹⁵² Krey / Heinrich / Hellmann, a. a. O. (Anm. 136), §240 Rn. 368, Rn. 394 ff.; Hruschka, a. a. O. (Anm. 148), S. 162.; Sinn, a. a. O. (Anm. 79), §240, Rn. 60 ff.; Fischer, a. a. O. (Anm. 79), §240 Rn. 9.

¹⁵³ Sinn, a. a. O. (Anm. 79), §240, Rn. 61.; Krey / Heinrich / Hellmann, a. a. O. (Anm. 136), Rn. 393.

¹⁵⁴ このような麻酔剤の使用を絶対的暴行として評価し、Gewalt 概念から除外する本説の理解は、通常の強盗罪とは異なり、昏睡強盗罪を独立して規定するわが国の条文体系とも整合するように思われる。

にその場に存在する以上の身体力の行使によってなされる、直接的に行使される、物理的に作用する強制」であり、なお被害者には意思決定に基づいて行動する余地が残される場合をさすと考えられる¹⁵⁶。

そして、本説は Gewalt 概念につき、前者の絶対的暴行を強制手段として適切なものとは認めない¹⁵⁷。この解釈は、とりわけドイツ刑法 240 条の条文構造から導かれる。すなわち、ドイツ刑法は「Gewalt」及び「Drohung」という手段によって、「行為（Handlung）、認容（Duldung）あるいは不作為（Unterlassung）するよう強制された」と規定している。そのため、絶対的暴行を Gewalt という構成要件要素に包摂するならば、そもそも意思自由を失ったものに対して「行為…を強制する」ことになるのであるから、この意味で絶対的暴行を強要罪の構成要件に包含できないと主張する¹⁵⁸。

このような本説の理解は、とりわけ判例〔2〕Laeppe 判決や精神化説に向けられたような類推解釈禁止原則違反という問題点を回避しながら、強要罪の構成要件メルクマールとしての Gewalt がもつ物理的強制作用の解釈として、Gewalt によって侵害される自由な意思形成・意思活動を正確に捉える点で妥当であるように思われる¹⁵⁹。

IV-4. 小括

以上、本章においてはドイツ刑法における Gewalt 概念の解釈につき、ドイツの判例及び学説上の議論を参照した。ドイツの判例においては、Gewalt のもつ身体性を前提として、その内実が争われたという変遷がみられた。そして、このような判例の変遷と伴に、Gewalt 概念の解釈については、学説上も非常に混迷した状況となっている¹⁶⁰。もっとも、Gewalt 概念の解釈にあたっては、判例〔3〕BVerfG 1995 年決定以降指摘されているとおり、類推解釈禁止原則に反するような理解は認められないと考えられる。それゆえ、(学説によって差異はあるが)身体性の要素を完全に捨象する解釈は妥当ではない。そして、Gewalt という構成要件メルクマールのもつ意思決定への侵害を正確に理解する点で、折衷的 Gewalt 概念が妥当であると考えられる。

¹⁵⁵ Sinn, a. a. O. (Anm. 79), §240, Rn. 61.

¹⁵⁶ Sinn, a. a. O. (Anm. 79), §240, Rn. 62.

¹⁵⁷ Sinn, a. a. O. (Anm. 79), §240, Rn. 61 ff.

¹⁵⁸ Hruschka, a. a. O. (Anm. 149), S. 162 f. また、Hruschka はここで、ヴァイオリンの演奏をやめさせるよう、奏者に強要する事例を挙げる。被害者の自由の観点からすれば、演奏をやめさせるために奏者を打ちのめした場合は、奏者にはなお演奏を続ける自由が残っているが、演奏をやめさせるために奏者の片手を切断した場合、奏者はもはや自由にヴァイオリンを演奏することができず、自由な選択肢それ自体が奪われていると説明する。後者は絶対的暴行と認定するのではなく、身体それ自体を侵害した点から（重）傷害罪によって処罰するべきであるのに対し、自由を侵害する行為としては、被害者がなお演奏を続けるという選択肢が残る前者の行為のみが問題となると考えられる。

¹⁵⁹ Sinn, a. a. O. (Anm. 79), §240, Rn. 61 ff.

¹⁶⁰ Sinn, a. a. O. (Anm. 79), §240, Rn. 62.

V. 若干の考察

V-1. わが国の暴行概念の特性

前章で参照したドイツ刑法上の Gewalt 概念から得られた示唆を基に、本章ではわが国の暴行概念について考察し、私見を展開することとする¹⁶¹。

(1) 構成要件的行為と条文の解釈

ドイツ刑法との法比較を通じて得られる示唆として、まずは Gewalt 概念解釈における条文上の文言解釈に関する点が注目に値すると考えられる。本稿では、ドイツ刑法における判例・学説上の議論において、とりわけ判例〔2〕Laeppele 判決とこれを覆した〔3〕BVerfG 1995 年決定を中心に、その日常的な解釈を前提とすべきことが共有され、判例と多くの学説において Gewalt 概念に身体性という要素が要求されるに至ったと分析した。ドイツ刑法学説においては、精神化説ないし心理学的 Gewalt 概念の立場からこの身体性を完全に捨象する主張もみられる。しかしながら、犯罪構成要件要素としての Gewalt について、このように日常的な語用から離れた解釈は、国民一般の予測可能性を奪うものであって、許容される解釈とはいえないと考えられる。

この点は、わが国の暴行概念にも共通すると考えられる。なるほど、「乱暴な行い」や「粗暴な行動」といった語用に鑑みれば、わが国の「暴行」という文言それ自体に「有形力ないし物理力の行使」という要素が必然的に予定されているとはいえない¹⁶²。しかしながら、「暴行」の典型的な例としては、殴る、蹴る、といった行為が通常想定され¹⁶³、また、解釈論上、各則の条文構成要件に従い、その犯罪の性質・処罰趣旨から解釈するのであれば、わが国の伝統的な 4 分類という狭義の暴行及び最狭義の暴行は、人の身体に向けられたものであると解釈すべきであろう¹⁶⁴。それゆえわが国の学説は、かつてから暴行概念を「人の身体に対する不法な有形力の行使」¹⁶⁵ないし「他人の身体に対する物理力の行使」¹⁶⁶と定義してきているのである。これに対し、ドイツ刑法上の議論を参照する限り、(もっぱら)心理的な影響力・作用を理由として暴行罪の成立を認めることは、たとえわが国の暴行罪に意思侵害犯的性格を認めたとしても、これは構成要件該当行為であ

¹⁶¹ もっとも、ドイツ刑法においてこのような Gewalt 概念が展開されているとしても、これを直ちにわが国の暴行罪においても受容すべきであるかについては、なお疑問が投げかけられているところである。すなわち、ドイツ刑法において議論されていた Gewalt 概念は、Gewalt が手段として規定されている犯罪における概念として議論されていたものであるが、わが国ではそのような Gewalt 概念を、人の身体に対する攻撃それ自体であるところの暴行罪における暴行概念として受容している点の齟齬が指摘されている。芥川・前掲註 (22) 23 頁以下。

¹⁶² 佐久間・前掲註 (25) 101 頁。

¹⁶³ 西田・前掲註 (2) 39 頁。

¹⁶⁴ 井田・前掲註 (2) 53 頁、橋本・前掲註 (2) 59 頁、佐久間・前掲註 (25) 101 頁以下。

¹⁶⁵ 井田・前掲註 (2) 53 頁、橋本・前掲註 (2) 58 頁。

¹⁶⁶ 西田・前掲註 (2) 39 頁。

るところの「暴行」という文言から導き出される解釈の範囲を越えるものであり、明確性を欠くことになると考えられる。

(2) 有形力の行使と強制作用の評価

もっとも、このように暴行概念から心理的要素を排斥するとしても、ドイツ刑法上の議論を参照する限り、それで暴行概念が明確となったとはいえない。すなわち、暴行概念に身体性を要求することを前提として、さらに中核的要素がどのようなものであるかを明らかにする必要がある。

前章で分析したとおり、ドイツ刑法学説においては、折衷的 *Gewalt* 概念を主張する立場が妥当であると思われる。先述のとおり本説は、身体性の要素を捨象することなく、その上で、*Gewalt* のもつ強制作用についてさらに定義付けているからである。この強制作用に関する分類は、ドイツ刑法 240 条の規定ぶりとも整合する。すなわち、ドイツ刑法 240 条は *Gewalt* を用いることで、被害者にさらに望まない行為、認容、不作為を強いるものであるから、*Gewalt* の文言には、被害者の意思自由の選択肢そのものを奪う絶対的暴行は含まれず、ここにおいては被害者の意思活動を抑圧するような強制的暴行のみが含まれると解釈すべきである¹⁶⁷。

この折衷説の主張は、わが国の強要罪においても妥当する解釈であると考えられる。すなわち、わが国の刑法 223 条は、その構成要件的行為を「生命、身体、自由、名誉若しくは財産に対し害を加える旨を告知して脅迫し、又は暴行を用いて、人に義務のないことを行わせ、又は権利の行使を妨害した」と規定するのである。この点で、もし暴行という文言のもつ意思侵害性が、絶対的暴行、すなわち、強要被害者の自由な意思決定それ自体を奪うような強制作用をもつとすれば、この強制作用は「義務のないことを行わせる」、「権利行使を妨害する」という要素と結びつかないことになると考えられる¹⁶⁸。さらに、このような暴行概念の理解は、わが国の強盗罪規定の体系とも一致する。すなわち、わが国の刑法 236 条及び 238 条は強盗の手段行為として「暴行」の文言が用いられているのに対し、人を昏睡させる行為については 239 条に別途規定されているのである。人を昏睡させる行為は、人の意思決定の選択肢それ自体を奪う行為であり、ドイツ学説における折衷的暴行概念でいえば、絶対的暴行に分類される行為である¹⁶⁹。このような行為が「暴行」による強盗罪等と区別されている点で、本説はわが国の条文体系にも合致する。

以上の考察をまとめると、ドイツ学説における折衷的 *Gewalt* 概念を支持する本説からは、暴行概念の中核的要素は「物理的な強制的作用」と定義付けることになる。

V-2. 心理的作用を根拠とした事例の再検討

以上のような私見から、本稿において取り上げたわが国の最高裁判例・下級審裁判例について、

¹⁶⁷ *Hruschka*, a. a. O. (Anm. 149), S. 161 f.; *Sinn*, a. a. O. (Anm. 79), §240, Rn. 60 ff.

¹⁶⁸ *Hruschka*, a. a. O. (Anm. 149), S. 162 f.

¹⁶⁹ *Johannes Wessels / Michael Hettinger / Armin Engländer*, Strafrecht BT Teil 1, 42. Aufl., 2018, Rn. 446.

再度その内容を検討し、本稿の帰結としたい¹⁷⁰。

本稿でとりわけ問題とした裁判例は、包丁を間近に突きつける行為（裁判例①）、頭や顔などをめがけて食塩をふりかけた行為（裁判例②）、足元や前方で爆竹を破裂させた行為（裁判例③）、被害者を追跡する行為（裁判例④）、後ずさりさせるように迫った行為（裁判例⑤）といった各行為について、心理的苦痛や心理的圧迫に言及した上で、暴行罪の成否を判断したものであった。いずれの行為にあっても、わが国の暴行概念について、身体的作用を捨象し、心理的要素を根拠としてこれを認定することについては、前項で触れたとおり、妥当でない。

もっとも、このような心理的要素を根拠については採用できなくとも、本稿の立場からは、これらの行為が被害者に対して強制を加えたと認定できるのであれば、結論については妥当とする余地がある。そのため以下では、心理的要素に言及した各裁判例について、物理的な強制的作用の行使としての暴行概念から説明が可能であるかを検討する。

まず裁判例①の包丁を突きつける行為は、そのまま前進すれば傷害ないし死亡するというある種の緊急状態をもたらすものであり、本事案においては、前進するという自由な意思決定を侵害する点で物理的な強制作用は認められる。また、裁判例③の間近で爆竹を破裂させる行為は、飛び散った紙片が身体に付着するという点に限らず、爆竹のある方向に進むことそれ自体が不可能ではない（すなわち、絶対的暴行ではない）としても、爆竹が破裂することで自身の前方に進むという意味活動は抑制されており、物理的強制作用（あるいは刺激性¹⁷¹）が認められる¹⁷²。

裁判例④の追跡行為や裁判例⑤の威圧的に迫る行為は、その行為それ自体が傷害の危険を及ぼすほどの物理力をもつとは考え難い¹⁷³。しかしながら、これらの行為については、被害者の行為者の存在する方向に移動するか、あるいはそのままその場に留まれば、行為者に接触し、それ以上の移動を抑制されることになると考えられる。この意味では、これらの事案においては「一定の方向に動くことができなかった」点や「その場から動かざるを得なかった」点で物理的な強制が認定されうるであろう¹⁷⁴。なお、特に裁判例⑤はその判旨によれば、「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

¹⁷⁰ なお、Ⅳで分析したとおり、本稿が支持する折衷的暴行概念は、物理的作用の「直接性」を要求する立場であるが、ここでの「直接性」は他者の介在を排除する意図であると考えられる。そのため、本稿で取り扱った判例・裁判例は、接触の要否に関わらず、行為者と被害者が対面で行われている点で、全て「直接性」が認められると考える。この「直接性」の詳細な検討については、今後の課題としたい。

¹⁷¹ 只木・前掲註（25）262頁。

¹⁷² この裁判例①及び③については、私見によるような意思侵害、すなわち物理的強制を認めなくとも、傷害の危険性から説明することは十分可能である。

¹⁷³ 芥川・前掲註（22）35頁。

¹⁷⁴ もっとも、これらの事例の各行為については「被害者を危険な行動に至るように仕向ける」という点に傷害の危険性を認めることができる旨、主張されている。芥川・前掲註（22）35頁、只木・前掲註（25）263頁。しかしながら、とりわけ裁判例⑤の間近に迫る行為によって後ずさりした点について、神馬・前掲註（15）78頁はこのような後ずさり行為が危険を有するかについて疑問を提示するほか、近藤・前掲註（25）88頁は消極的に解している。

てけがをさせる危険を有するというべき」として精神的な圧迫を転倒による危険の判断要素として認定する。しかし、本稿の立場からすれば、このような精神的要素に言及しなくとも、行為者自身が被害者の方へ向うことで、被害者に対して特定の方向への移動を妨げるような物理的な強制を与えていると評価できる¹⁷⁵。

もっとも、本稿の立場からしても、裁判例②における塩をふりかける行為については検討の余地がある。塩が被害者の身体に付着することで、非常にわずかな物理力が行使されているが、この塩をまく行為が乗り越えがたい物理的な強制作用をもたらしているとは評価しがたい¹⁷⁶。とりわけ、この裁判例が述べるように本件行為が「単に不快嫌悪の情を催させる行為」に尽きるとするのであれば、これはもはや物理的強制力のある行為ではないと考えられるのであり、暴行罪と認定することはできない¹⁷⁷。また、このような「不快嫌悪の情を催す」とどまる場合、すなわち、被害者への強制作用が心理的なものである場合には、暴行概念から除外し、他の罪により処断する余地が考えられる¹⁷⁸。

以上、本稿は暴行罪における暴行を「人の身体に対する物理的な強制作用の行使」と定義付けた上で、暴行罪の認定における心理的作用の評価を通じて、暴行概念について再検討した¹⁷⁹。

わが国の刑法上の暴行概念の中核を「物理的な強制的作用」とする本稿は、さらに以下のような点についても解決を提示することができると考えられる。すなわち、わが国の暴行概念の分類に関する問題である。わが国の刑法上の暴行概念は犯罪類型ごとの相対性を認め、かつてから4類型に分けられている¹⁸⁰。しかしながら、最広義、広義及び狭義の暴行については物理力の行使の「客体」によって分類がなされているにもかかわらず、狭義及び最狭義の暴行は物理力の「程度」

¹⁷⁵ なお、このような被害者を（一部）利用した行為については、只木・前掲註（25）252頁以下、及び263頁参照。もっとも、古川原・前掲註（15）210頁以下は「心理的な圧迫が誘発する被害者の行為を直接的な原因とした傷害までも想定して、傷害可能性を考えるべきではない」とする。

¹⁷⁶ また、例えば橋爪隆「暴行罪・傷害罪をめぐる問題」警論72巻11号（2019年）209頁は、とりわけ軽微な物理力の行使として、物理力の行使が認められながらも暴行に該当しない行為として「肩を軽くたたき行為」、「歌を絶唱する行為」などをあげるが、このような行為についても本説によれば、物理的な強制作用が及んでいないとの点から説明することができると考えられる。

¹⁷⁷ 只木・前掲註（25）262頁。

¹⁷⁸ 松原・前掲註（2）48頁は、「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となっているのであるから、むしろ侮辱罪の成否を検討すべきであろう」とする。

¹⁷⁹ もっとも、暴行概念に意思侵害の性格を認めるのであれば、さらに、暴行と脅迫の区別の問題が生じることとなる。すなわち、相手方の意思を侵害することで相手方に危険な行為を取らせることは暴行に限られたことではなく、脅迫にとっても可能であり、本来であれば脅迫の結果として致死傷結果が発生する「脅迫致死傷」と処理すべき事例も傷害致死傷が成立することになりうる。芥川・前掲註（22）38頁。この点については、ドイツにおいても、強制的暴行を認める立場に対してはこのような暴行と脅迫との区別の観点から批判がなされている。Müller-Dietz, a. a. O. (Anm. 79), S. 541 ff. また、佐久間・前掲註（25）99頁以下参照。本稿においては紙幅の関係上、十分に検討を加えることが出来なかったため、今後の課題とする。

¹⁸⁰ 井田・前掲註（2）53-54頁、松原・前掲註（2）48-49頁、西田・前掲註（2）40頁、橋本・前掲註（2）58-59頁。

を問題としており、この4分類については統一的な基準によるものではない¹⁸¹。この点につき私見は、「暴行」の文言のもつ共通要素・本質を「物理的な強制的作用の行使」とすることで、狭義の暴行と最狭義の暴行とを同様の性質のものとして理解することが出来るかと考える¹⁸²。

なお、本稿の立場については暴行罪の意思侵害犯的性格を正面から認める点、還元すれば、意思自由に対する侵害である手段としての暴行と暴行罪にいう暴行を混同している、との批判が考えられる。確かに、本稿で参照したドイツ刑法における Gewalt 概念は強要罪の構成要件メルクマールであり、この強要罪は人の意思形成ないし意思活動の自由に対するものである¹⁸³。故に、従来の分類にいう狭義の暴行と最狭義の暴行を強制的作用の観点から同視する本稿の立場は、暴行罪を自由に対する罪とすることになりかねない。しかしながら、本稿が暴行概念の中核を物理的な強制的作用であると定義付けるとしても、そのことから直ちに暴行罪を人の意思形成・意思活動の自由に対する罪と評価するのではない。暴行概念の中核要素が「物理的な強制的作用」であるとしても、わが国の暴行罪が身体に対する侵害である以上、そこで侵害されるのはあくまで身体利益でなければならない¹⁸⁴。この点につき私見は、個人が身体利益として「人の身体やその周囲の空間を自由にコントロールする利益」¹⁸⁵を有していると考える。この意味で、暴行とはこのような身体利益に対して身体に不当な作用を及ぼす行為¹⁸⁶、すなわち、このような利益に対する物理的な強制的作用の行使であると本稿は考える¹⁸⁷。

¹⁸¹ 原田・前掲註(25)86頁以下。また、橋本・前掲註(2)59頁は、従来の最狭義の暴行に分類される強要罪、強制わいせつ罪、強姦罪などにいう暴行についても狭義の暴行に分類し、3分類を基本とする。

¹⁸² もっとも、従来の4類型が統一的な基準によらない分類であるとしても、直ちにその意義が失われるのではない。暴行概念についてもそれぞれの犯罪の性質・処罰趣旨からその解釈が区別されることありうるのであり、従来の4分類はこれを整理したものであると考えられる。橋本・前掲註(2)59頁参照。本稿の立場によっても、とりわけ「暴行罪にいう暴行」と「手段行為として用いられる暴行」は、侵害する自由の内容や、物理的強制作用の程度によって区別されうると考えられる。

¹⁸³ Vgl. Küper / Zophfs, a. a. O. (Anm. 125), Rn. 286 (S. 185 f.).

¹⁸⁴ また下級審裁判例においては、強要罪における暴行を否定したものの、暴行罪にあたるとしたものが認められる。大阪地判昭和36年10月17日下刑集3巻9・10号945頁。また、佐久間・前掲註(25)103頁参照。

¹⁸⁵ 佐伯仁志「身体に対する罪」法教358号(2010年)120頁、橋爪・前掲註(176)207-208頁参照。

¹⁸⁶ 松原・前掲註(2)47頁参照。松原は、暴行罪固有の保護法益を「身体に不当な物理的作用を及ぼされない」という意味での『身体の不可侵性』とし、本罪を身体の不可侵性に対する侵害犯と理解する。

¹⁸⁷ 本稿で述べてきたとおり、私見は「暴行」という共通の文言が刑法上の多種の犯罪類型に用いられていることを重視し、この観点から暴行罪の暴行概念に関する検討をしたものである。これは、佐久間・前掲註(25)102頁が指摘するとおり、一方で同じ「暴行」の文言を用いながら、わが国の狭義の暴行が身体に対する独立した犯罪の要素として、むしろ例外的なものとして捉えられてきている、との点に対する疑問によるものである。本稿では立法論的な検討は行わなかったが、独立した身体犯としての性格を強調するのであれば、手段たる「暴行」とは異なる文言を使用すべきであるように思う。この点につき、スイス刑法は強要罪等の犯罪類型の手段行為においては「Gewalt」の語を用いるが、身体に対する独立した犯罪としての暴行罪では「Tätlichkeiten」といった異なった文言を使用しており、立法例として参照に値すると考えられる。

Ⅵ. おわりに

本稿の試みは、わが国の裁判例を分析した上で、ドイツ刑法上の *Gewalt* 概念から得られた示唆により、わが国の暴行概念について考察するものであった。もっとも、本稿での検討は、「暴行」という文言に共通する、中核的要素を理解するものに留まった。とりわけ本稿は「人の身体に対する暴行」に議論の対象を限定している。そのため、わが国の最広義の暴行において議論される物に対する暴行や、ドイツ刑法において議論されている第3者に対する暴行¹⁸⁸については、検討することができなかったため、今後の課題としたい。

¹⁸⁸ Vgl. *Dawid Ligocki, Der Drittbezug bei Gewalt*, 2019.