刑事判例研究 (一)

——刑法第二〇八条の「暴行」——

山火正則

（人に対し、その頭、顔、胸および大腿部に食塩を数回ふりかけた行為が刑法第二〇八条の暴行にあたるとされた事例）

昭和四六年一〇月一一日福岡高裁判決（昭和四六年(う)第七七号暴行事件）刑事裁判月報三巻一〇号一三一一頁

〔事実〕　（本件発生当時、会社側にたつH従業員組合所属の従業員と、会社側に団体交渉を要求し示威運動をしていたF労働組合に所属する被害者Yとの対立が日毎に激しくなって、出勤したYに対し執務に耐え難い、極めて執拗ないやがらせなどが繰り返されていた。本件当日も経理課主任ならびにH従業員組合代議員である被告人X ら二〇名が出勤したYを取り巻いて、「帰れ。」、「出て行け。」、「お前のような者はおらんでいい。」、「一緒にビラまきしたらどうか。」などと怒号して圧迫を加えたので）「Yが、もはやいたたまれずして、やむなく退去しようとするや、Yに対し、立腹し、嫌悪の情を抱いていたXは、同社社員食堂から塩壺を持ち出し、これを携えてYを追いかけ、同社従業員通用口付近において、皮肉の意味で、同女に対して「お疲れさん。」と声をかけて塩をまき始め、自分が呼ばれたものと思い、後ろを振り返りながら、一、二歩引き返したYに対し、腹立ちまぎれに、かまわず、故意に、右塩壺内の食塩を右手につかんで数回ふりかけた（……）。そして、これが、Yの頭、顔、胸、腕および大腿部にふりかかった。」

〔判旨〕　「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Yの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、かつY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に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。」

〔研究〕 一 暴行罪における「暴行」は人の身体にむけられた有形力の行使である。(1) これについては異論はまったく存在しない。問題はこの有形力の行使の内容をどのように理解するかである。ここでとりあげた判決は、(a) それは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、(b) 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であってもよい、とした。このうち、(a)そのものについては問題はないとしてよいであろう。性質上傷害発生に至るようなものでなくとも、人の身体に対する不法な有形力の行使として評価しうるばあいがあるからである。このことはすでに大審院の判例にも示されていたことである。すなわち、「意思相通シ数十名の争議団員ノ先頭ニ立チテ忽チ同駅電車乗場ニ殺到シ相共ニ背後多衆ノ威力ヲ示シ恰モ矢板方面電車ニ乗込マントシ居タル前記Yノ身辺ニ迫リ、…同人ノ被服ヲ摑ミテ引張リ或ハ之ヲ取囲ミテ其ノ電車ニ搭乗スルヲ妨クル等」したという事実に対し、「刑法第二百八条第一項ニ所謂暴行トハ人ノ身体ニ対スル不法ナル一切ノ攻撃方法ヲ包含シ其ノ暴行カ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而シテ人カ電車ニ搭乗セントスルニ当リ不法ニモ其ノ被服ヲ摑ミテ引張リ或ハ之ヲ取囲ミテ身体ノ自由ヲ拘束シ其ノ電車ニ搭乗スルヲ妨クルカ如キハ人ノ身体ニ対スル不法ナル攻撃ニ外ナラサル」ので暴行罪に当るとした（大判昭和八年四月一五日刑集一二巻四号四二七頁）。ここで展開された見解はその後の判例をも支配しているといえる。たとえば、通りがかりの婦女に抱きつき、帽子でその口をふさいだ行為について、「刑法第二百八条に所謂暴行とは、人の身体に対する不法な一切の攻撃方法を汎称すると解すべく」として、暴行罪に当るとしたものもある（名古屋高金沢支判昭和三〇年三月八日高裁特二巻五号一一九頁）。ところで、いまここにあげた二つの判決の事案はいずれも、その有形力の行使が被害者の身体に直接ふれるものであった（なお、昭和八年の大審院判決における上告趣意は「暴行トハ人ノ身体ニ対シ不法ニ攻撃ヲ加フルノ義ニシテ行為ノ対象ハ人ノ身体ナラサルヘカラス被服ノ一部ニ対スル不法ノ攻撃ハ之ヲ破損シタルコトニヨリ器物毀棄罪ノ成立アルモ暴行罪ヲ構成スルモノニ非ス」と主張していた。人の身体に対する有形力の行使は身体そのものに直接加えられなければならないとするのであろう。しかし、被服をつかんで引張るなどすることは、それを通して人の身体に直接有形力の行使をおこなったということができよう。）。したがって、なんらかの程度の身体的苦痛というものを考えうるばあいであった。殴ったり、突いたりするのと同様に、人の身体を侵害したと容易にみとめうるばあいであった。暴行罪における暴行を、人の身体に対する不法な一切の攻撃方法を包含するものであって、性質上傷害の結果を惹起するものでなくともよいとすることによって、具体的事案の解決について、疑問の余地のないものであった。

二 しかし、このような形で有形力の内容を制限なしに、固

定化しうるであろうか。もし、そうであるとすれば、前述した、(b) 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も暴行罪として、当然みとめられるとしなければならない。暴行罪における暴行について、このようなばあいをもみとめる見解もある。たとえば、小暮教授はつぎのように、のべておられる。「暴行は通常、相手方に肉体的・生理的苦痛をあたえるのを例とするが、かならずしもこれを要件としない。たとえば上掲の投石行為とか唾を吐きかける行為、毛髪の一部を切除する行為などのように、単に不快、嫌悪を催させるにすぎない行為も、なお暴行たりうる。ただし、この種の心理的苦痛をふくめて、なんらかの苦痛をあたえることを要件とすべきであろう。」(小暮法(5)一〇一頁注釈刑)と。

ここで「上掲」とされているのは昭和二五年六月一日東京高裁判決(高刑集三巻二二二頁)をさす。すなわち、「暴行とは人に向って不法なる物理的勢力を発揮することで、その物理的力が人の身体に接触することは必要でない。例えば人に向って石を投じ又は棒を打ち下せば仮令石や棒が相手方の身体に触れないでも暴行は成立する。」というものである。問題を考察するにあたり、ここに例示された「投石行為」を検討することが有意義である。投石して、それが相手に当らなかったばあい、それは暴行罪の暴行の限界を示すものと考えられるからである。小暮教授はこれについて、単に不快、嫌悪を催させるにすぎない行為であり=心理的苦痛をふくむ行為であり、それゆえに暴行罪になると考えられるわけである。しかし、このばあいの投石行為は単に不快、嫌悪を催させるものにすぎないものだろうか。もし、単なる不快、嫌悪を催させるにすぎない行為も暴行罪であるとすれば、たとえば塩を上衣にふりかけるような行為もまた暴行罪であるということになるであろう。しかし、はたしてそのように考えてよいものであろうか。暴行罪であるとして、処罰の前提となる行為として考えうるであろうか。

三 ここで、暴行罪の保護法益を想起する必要がある。いうまでもなく、それは人の身体の安全を保護法益とするものである。その内容は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利益を保護するものである。このように、不法に人の身体を軽んじることを禁止するのが暴行罪の存在の根拠である。ところが、単なる不快、嫌悪を催させる行為のばあい、これは純粋に心理的な、観念的な苦痛を意味するものになってしまう。暴行罪はそのような苦痛を与えることを禁止しようとするものではない。暴行罪の成立要件として心理的苦痛をもふくむというばあいでも、それがまったく身体的なものと関係ないものであってはならない。すくなくとも、身体的苦痛を内容とする心理的苦痛でなければならない。したがって、それは客観的には有形力の行使によって身体を危険にさらしたといえるようなばあいでなければならないであろう。その意味において、沢登佳人教授の指摘に正しい方向性をみとめうる。つぎのようにのべておられる。「確かに、人の数歩前をねらった投

石とか、人の脚下に向けたピストルの発射とか、相手の肌スレスレの所でとめる拳の突きや脚の蹴りとかは、暴行になると解するのが妥当であろう。しかしこの原理を無制限に適用することは正しくない。たとえば、たんつぼを相手の周辺にはきかけるとか、相手の行動を妨げる目的で相手方の着衣や腕をつかむ真似をするとか、脇の下をくすぐったり婦人の乳房や男の股間部をつかむふりをしていやがらせるとかは、それだけでは暴行にならず、実際に相手の身体への接触を要すると解すべきである。また身体に向けた投石や狙撃であっても身体から相当離れていて通常相手方にさしたる恐怖を感ぜしめないようなものも、暴行とはいえぬ。結局、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、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と解すべきである。したがってまた、暴行が相手に与える苦痛は必ずしも生理的苦痛のみに限らず心理的苦痛をも含むと解すべきである。」（沢登佳人・「暴行・脅迫の意義」刑法講座5 二三一頁）ここで結論的に心理的苦痛をも含むとされているので、誤解を生じやすいという批判もある（木村栄作・「塩まき行為と暴行罪」警察学論集二五巻五号一一八頁）。しかし沢登佳人教授の主張の意図するところは、客観的に人の身体を危険にさらすようなばあいの主観的側面としての心理的苦痛をさしているものと理解される。したがって、ここでいわれている心理的苦痛は単なる不快、嫌悪というような心理的苦痛ではない。人の身体の安全に対する侵害を基礎とした心理的苦痛である。それでは沢登佳人教授を批判された木村栄作氏の見解はどのようなものであろうか。つぎのようにのべておられる。「刑法二〇八条の暴行は、人の身体に対する不法な攻撃をいうのである。その可罰性の限界は、あくまで身体的苦痛とその発生可能性に求めるべきである。そして、身体的苦痛は、肉体的なものみならず生理的なものであってもよい。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、それ自体を問題とすべきものではないと考える。」（木村・前掲一一九頁）。これは心理的苦痛というばあいに、身体的苦痛をその内容としたものをさすべきであるという主張である。沢登佳人教授の見解と結局同じものである。

四　暴行罪の成立に苦痛を必要とするというばあい、身体的苦痛というものをなんらかの意味において前提としなければならないことが理解された。したがって、この問題を、図式的に総括すると、つぎのようになるであろう。㈠　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つものであるばあいは、たとえそれが相手方の身体に直接接触しなくても、暴行罪は成立する。(2)　このばあい、なんらかの身体的苦痛をみとめうるからである。心理的苦痛といったばあいでも、身体的苦痛を内容とするそれを考えうるからである。そして、客観的には、人の身体を危険にさらした、人の身体の安全を侵害したといえるからである。㈡　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ばあいは、それが相手方の身体に直接接触することがなければ、暴行罪は成立しない。このばあい、身体的苦痛を考えることはできないからである。その有形力の行使が相手方の身体に直接接触することによって、はじめて身体的苦痛というものが考えられるからである。その有形力の行使が人の身体を侵害したとみとめうるからである。ただ、このばあいに有形力の行使が相手方の身体に接触したかどうか、身体的苦痛をみとめることができるかどうかについては、具体的に詳細に吟味しなければならない。有形力の形態、接触の態様などを考慮することによって。たとえば、前掲昭和八年四月一五日の大審院判決のように、電車に搭乗するのを妨害するために、被服を引張ったばあいは、相手方の身体への接触を肯定できよう。しかし、塩を上衣にふりかけたにすぎないようなばあいは否定されるであろう。

五　このように考えてくると、本件事案について暴行罪の成立をみとめることは可能である。具体的問題に対する判決の結論は正しい。しかし、その理論的根拠については疑問がある。この研究の最初にかかげたように、判決の理由が(a)から(b)へと展開されたことは誤まりというほかない。

さらにそれだけにとどまらず、それは暴行罪の成立を拡大する可能性があるともいえる。有形力の行使は性質上傷害の発生に至ることを要するものではないとすることは、それでよい。しかし、それが単に不快、嫌悪の情を催させる行為でもよい、とはいえない。このばあいは有形力の行使が相手方に接触することが必要である。これによって、はじめて人の身体の安全を侵害したことになる。

六　暴行罪における暴行について、一般的におこなわれている見解は苦痛という被害者の主観的側面をあまりにも強調しすぎているように思われる。このことは「暴行」の範囲を画することについて、混乱をもたらすことにもなりかねない。前述したように、暴行罪の保護法益とのかかわりのうえに、苦痛というものも考えられなければならない。それは人の身体に対する有形力の行使が、その相手方の身体を痛めつけた、危険にさらしたという客観的側面の内容として、考えられなければならない。

(1)　これは牧野博士が刑法における暴行概念をつぎのように四種に区別して以来、確立された(牧野・刑法各論昭和二五年三一頁)。すなわち、「(1)　最も広い意義においては、暴行は有形力の行使のすべての場合を包含するので、財物に対する場合もこれにはいる。例えば、第百六条に規定せられる騒擾罪においてはそうである。この場合においては、損壊放火というような行為も亦騒擾における暴行である。

(2)　次に、暴行は人に対するものであることが必要とせられている。職務妨害罪の場合における暴行がまさにそれで、この場合においては、必しも人の身体に加えられる有形力たるを要しないけれども、人に対して為された

行為たることを要するのである。……第百九十五条に規定せられる場合についてもそれが考えられる。(3) 更に狭くは、有形力が人の身体に加えられることを必要とするので、傷害罪に関する第二百七条及び第二百八条における暴行の語はこの意義のものである。(4) 最後に、暴行は人の反抗を抑制する程度のものたることを必要とすることがある。第二百三十六条及び第二百三十八条に規定せられる強盗及び準強盗の場合における暴行と第百七十七条に規定せられる強姦の場合における暴行とがそれである。」このように考えることは現在ではほぼ通説になっているといわれている（団藤・刑法綱要各論 昭和三二年 三三八頁）。しかし、このように暴行概念を四種に区別していることに対して二点において疑問がある。その第一はこのように四種に区別することじたいについて、すなわち区別の方法についてである。その第二はかりにこのような区別をみとめたとして、その(4)類型内部に存在する疑問である。この第二の点については、すでに大塚教授も指摘されておられる（大塚・刑法の基礎知識（福田共著）昭和四一年 二一一頁以下、同・刑法各論上 昭和四三年 六九頁注(一)）。第一点について。(1)類型から(3)類型までみると、これは有形力の行使の対象を基準として区別されていることがわかる。ところが、(4)類型についてはそうではない。暴行の程度を基準としている。しかし、ある事柄を区別するばあい、区別の基準は同じものでなければならない。そうでなければ、事柄を区別することはできない。(4)類型を(1)～(3)類型と並列的に区別することはできない。(1)～(3)類型のいずれかの中に含めるべきである。さて、それではどの類型に含めるべきか。(4)類型において考えられている強盗罪、強姦罪などの暴行はいずれも強取、姦淫のための手段とされているものである。人の身体に対して加えられる暴行そのものが問題なのではない。強取、姦淫の目的のために、その相手を目標とした暴行である。したがって、それは人にむけられたものでなければならないが、人の身体に加えられることを要しないものである。すなわち、(4)類型における暴行は(2)類型のばあいとして考えられるべきである。

なお牧野博士の区別された(4)類型内部に存する疑問については、前掲大塚教授の所説を参照されたい。

ようするに、刑法における暴行概念は有形力の行使の対象によって、つぎのように区別することができる。すなわち、(1) 人にむけられると物にむけられるとを問わず、すべての有形力の行使、(2) 人にむけられた有形力の行使、(3) 人の身体にむけられた有形力の行使に。そして、つぎに各犯罪特別構成要件の特質に応じて、その程度を具体的に考慮すべきである。

(2) このように考えることについては反対がある。宮本博士はつぎのようにのべておられた。「暴行を加へといふ

については、例えば投げた石が相手方に中らなくとも、中てる積もりで投げた以上は暴行を加へたものであるといふ説があるが、暴行傷害に関する刑法の規定は一般に結果を重視する客観主義的なものだと解する通説の立場からいへば、斯かる解釈は無理であろう。」（宮本・刑法大綱昭和一〇年二八四頁）また、平野教授もつぎのようにのべておられる。

「厳密にいえば、暴行罪も、身体に対する侵害の結果の発生が必要なのであって、石があたらなかったときは、頭の真上をとんでいった場合でも暴行とすることはできないであろう。」そして、前掲昭和二五年六月一〇日の東京高裁判決について、疑問であるとされる（平野・「刑法の基礎」法学セミナー一九九号七七頁）。両者とも暴行罪の結果を重視されての立論である。しかし、有形力の行使が現実に相手の身体に接触する結果を強調するのは疑問である。たとえば、判例はつぎのばあいに暴行罪に当るしている。イスをふりあげて投げつけられたので机をたてにしてこれをよけ、接触しなかったばあい（仙台高判昭和三年一二月八日高裁特二巻二四号一二六七頁）。人が乗車している自動車に手拳大の石塊を投げつけ命中させ、窓ガラス二ケ所を破壊したばあい（東京高裁昭和三〇年四月二日高刑集八巻四号四四九頁）。このようなばあいに、有形力の行使が相手方の身体に直接接触しなかったことを理由に、人の身体が侵害されていないとすることはできないであろう。