

判例研究

刑事判例研究 (1)

中央大学刑事判例研究会

相手方と向かい合って立った状態で一定の距離を保ったまま前進し、相手方を後ずさりさせる行為が傷害罪の実行行為としての暴行に当たるとされた事例

秋 山 紘 範

〔大阪高等裁判所平成二十三年(う)第一三五五号、平成二十四年三月一三日第一刑事部判決、判例タイムズ一三八七号三七六頁〕

【事案の概要】

本件被害者とAはコンビニエンスストアの駐車場において自転車同士(被害者自転車はタクシー)が接触したか否かで口論となっていたが、被告人はその仲裁に入ろうとしたところ被害者から喧嘩腰の態度を示されたため、Aの夫Bの制止を振り切り、「興奮して

怒っているような態度で、向かい合っている被害者に対し、腕を少し曲げた状態でもほぼ届くような距離（約三〇ないし五〇センチメートル）にまで近付こうとした。被害者は、被告人と向かい合ったまま、被告人の勢いに押されるようにして後ずさりし、上記タクシー側面につかつたが、更に後ずさりした。一方、被告人は、被害者とはほぼ同程度の距離を保ちながら（ただし、被害者がタクシーにつかつた後は距離が少し開いた）、被害者に向かつて歩いて前進した。被害者は、このように後ずさりするうち、駐車場脇のブロック塀から約二二〇センチメートルの地点において、何らかの理由により後ろ向けに倒れ込み、同ブロック塀で頭部を強打して本件傷害を負った。

【判決要旨】

破棄自判（ただし量刑不当に関する職権判断。上告）。

「このような被告人の本件行為によって、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ふべきであるから、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である。」⁽¹⁾

【研究】

1 序論

本件は、被告人が被害者と向かい合った状態で前進し、被害者を後ずさりさせた行為が、傷害罪の実行行為としての暴行にあたるか否かが争われた事案である。傷害罪は、暴行罪の規定が「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったとき」としていることから、基本的には暴行罪にいう「暴行」が存在することを要するものである。⁽²⁾ しかしながら、いかなる行為が「暴行」に該当するかについては判例理論の集積があるものの、学説においてはそれに対する批判も強いところである。また、仮に判例理論を支持するとしても、本件のような具体的事実関係のもとで傷害罪の成立を認めるか否かも検討の余地がある。従って本稿では、傷害罪の実行行為たる暴行の意義について、判例と学説の状況を整理した上で、本件の事情をみながら本判決の意義について検討を加えることとする。

2 非接触型類型の裁判例と学説

そもそも、刑法では多岐にわたる条文で「暴行」あるいはこれに類する文言が用いられているが、それらすべての「暴行」が同一の意味に解されているわけではない。その中で暴行罪・傷害罪の実行行為としての「暴行」はいわゆる狭義の暴行、すなわち「人の身体に対する不法な物理力の行使」⁽³⁾であるとされている。そして、裁判例においては、不法な有形力が被害者の身体に接触しない場合についても暴行が認められており、このような事例群は非接触型の類型として論じられている。

最高裁判例としては、四畳半の室内で拔身の日本刀を振り回す行為(結果としてそれが被害者に刺さり死亡するに至った)

が問題となった最高裁昭和三九年一月二八日第三小法廷決定刑集一八卷一号三一頁が非接触型類型の代表的なものであり、当該行為が暴行にあたるとする原審の判断は正当であるとしている。下級審裁判例としては、暴行罪の成立を肯定したものととして東京高裁昭和二五年六月一〇日判決高刑集三卷二号三二二頁、仙台高裁昭和三〇年一月二八日判決高刑特二卷二四号一二六七頁、東京高裁昭和五〇年四月一五日判決刑月七卷四号四八〇頁、東京高裁平成一六年一月二一日判決東高刑時報五五卷一〇二二号一〇七頁などが存するところであり、他方で否定するものとしては広島高裁昭和三三年三月二五日判決判時一一九号二六頁、東京地裁昭和三五年六月一六日判タ一〇五号一〇三頁などが挙げられる。

学説においては、暴行が成立するためには有形力が身体に接触することを必要とする接触必要説⁽⁴⁾が有力に主張されているが、有形力の身体接触を必ずしも必要としない接触不要説も支持を集めている。もつとも、接触不要説においても無限定に暴行の成立を肯定するのではなく、「暴行」該当性が否定される限界付けに関して接触不要説の中でも種々の見解が主張されている。そこでは、「傷害の結果発生⁽⁵⁾の具体的危険を生じさせる行為⁽⁵⁾」、あるいは「人の身体に対する物理力の行使であつて、乱暴・無礼な行為として、普通人にショックを与えようとする場合⁽⁶⁾」、「身体的・生理的苦痛の惹起は必要であり、単に心理的な不快感・嫌悪感を催す程度⁽⁷⁾のもの⁽⁷⁾は除かれる」等々の基準が立てられているほか、「暴行概念の限定は、絶対的軽微性に基づく可罰的違法性の不存在⁽⁸⁾（構成要件不該当）によるべき⁽⁸⁾」、あるいは「処罰に値する程度のものに限定する実質的解釈が要求される⁽⁹⁾」など、実質的判断を要求する見解も唱えられているが、いずれにせよ学説においては接触不要説における暴行の限界付けについて見解の一致をみていない。

接触必要説は有形力が命中したか否かという客観的一律的基準によって判断するため、その限りで安定性が担保さ

れるという利点はあるが、しかし攻撃が相手の身体間際を通過した場合や相手が攻撃を回避した場合を一律に不可罰にするという結論の妥当性には疑問が呈されている⁽¹⁰⁾。従って、判例と同様に有形力が身体に接触することは必要としないと解するのが相当といえるが、身体に命中しなかった有形力について無限定に暴行の成立を肯定することは明らかに妥当性を欠く。そこで接触不要説に立った上でどのように暴行の成立を制限するかが問題となるが、前掲昭和三十九年決定の調査官解説では、「およそ暴行罪を処罰せんとする趣旨は、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といふべきであるから、いやしくも被害者の五官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、ここにいう有形力に包含せしめて差支えないものと解すべきである⁽¹¹⁾」としている。このように「不快ないし苦痛」といった基準を据えることに対しては、保護法益の法益性・要保護性と被害者による被害の認識とは問題の次元が異なる⁽¹²⁾とか、暴行罪該当性は客観的評価であるところ、心理的苦痛という主観的要素を判断資料とすれば困難が生じる⁽¹³⁾、あるいは身体的苦痛の可能性が必要であるとすると非接触型の場合にはいかなる形で苦痛が生じるのか、また身体的苦痛の可能性が現実の身体的苦痛と評価される点について疑問がある⁽¹⁴⁾との批判が存するところである⁽¹⁵⁾。しかし、暴行罪における暴行概念は必ずしも身体的・物理的危険ばかりではなく、心理的圧迫についても捕捉しているという側面があるため、基準としては一定程度の抽象性を備えることはやはり免れ得ないであろう。

もつとも、前記判例および裁判例を概観してみると、暴行の成否は抽象的な基準を一律に適用しているのではなく、あくまでも具体的な行為態様の如何を慎重に吟味した上で結論を下していると評価することが可能であろう。行為の暴行該当性を肯定した前掲最高裁昭和三十九年決定では、四畳半という狭い室内で日本刀という鋭利な凶器が振り回さ

れたのであり、仮に被害者に刺さらなかったとしても当該行為がそもそも傷害結果を発生させる極めて高い危険性を有していたものであることは疑いない。また、前掲東京高裁昭和二五年判決、前掲仙台高裁昭和三〇年判決については、それぞれ石と椅子という命中すれば十分に傷害結果を発生させ得る物を被害者に向けて投げつけていたものであり、これらの行為は暴行としての評価に足るだけの危険性を具備しているといえる。加えて、前掲東京高裁昭和五〇年判決では、被害者車両に自車で幅寄せ行為を行ったものであり、たとえ行為者は意図していなかったとしても、自動車同士が接触したならば交通事故によって重大な結果を惹き起こし得ることは明白である。そして、前掲東京高裁平成一六年判決は、自動車での幅寄せ行為及び進路妨害行為のほかに停止車両に対する足蹴り等が存在したが、幅寄せや進路妨害の危険性は前述の通りであり、また足蹴り等については、判決理由の中で論じられているように、「車両の運転席に現に人がいるのに、それに面したフロントガラスやドアガラスを割ることは、ガラス自体にたとえ飛び散らないような特殊な加工がなされていたとしても、打撃を加えた人体や物体がそのまま車内に影響を及ぼすことがあり、それ自体で車内の人間の身体に危険が及ぶ行為といえる」のである。

その一方で、前掲広島高裁昭和三二年判決および前掲東京地裁昭和三五年判決では、被害者を追跡した結果転倒して生じた傷害（致死）について暴行の成立が否定されているが、これら裁判例の結論もまさに一律な基準の適用ではなく、具体的事案の検討により得られたものであることは注意しなければならない。前掲広島高裁昭和三二年判決では、「もとより他人を追跡する場合においても、その目的態様の如何によつては、追跡行為そのものが暴行に該当することもあり得る」ことは認めつつも、「被告人が刑法にいわゆる逮捕に相当するような強力違法な有形力を行使する意図であつたと認めることはできない」として無罪としたのである。また、前掲東京地裁昭和三五年判決について

は、暴行の存在を認めるに足りるだけの証拠による証明がなかったのであるが、その判決理由の中で東京地裁は、追跡行為を暴行と認める諸判例⁽¹⁷⁾は、「暴行と認める追跡行為自体に逃走者をして危害を予想させるような言動とか、兇器を携帯するなど、客観的に相手の身体に危害を加える意思を推定させるに足る事実を伴うか、或いは既に暴行を加えられ、引き続き暴行を加えられることを避けるべく逃走した者を追つて、これをして逃げ場を失わしめるような場合に、これらの追跡を暴行と解している」と論じている。従つて、従前の下級審裁判例においても、暴行の認定においては具体的な行為態様や行為者の主観面を検討した上で結論を導いてきたと評価することができるであらう。

3 本判決についての検討

原審および本判決の採用する事実認定によれば、「被告人が、険しい顔つきで、右手を被害者の胸元の方に伸ばしながら、被害者に約三〇ないし五〇センチメートルの距離まで接近し、後ずさる被害者に同程度の距離を保ちながら追つていき、被害者の体がタクシーにぶつかった後も、右手を伸ばすことはやめたものの、引き続き、手が届く程度の距離を保ちながら、後ずさつていく被害者を追つていった。その際の被告人の前進速度は、走るより遅いが普通に歩くよりは速い速度であり、被害者の後退距離は、直線距離で三・九六メートルであった」とされている。そして、当該行為は「被害者をして転倒させてけがをさせる危険を有する」ものであると判断されている。

しかしながら、かかる本判決の法的評価については、先行評釈において批判的に検討されている。即ち、危険の現実化という観点からは、本判決において被害者は「何らかの理由により」転倒したとしか事実認定が行われておらず、被告人の行為に内在する危険が因果関係において現実化したと明言していないにもかかわらず、結果を被告人に帰属

させるのは矛盾であり、あるいは「本件判決文は、何か直観的な意味での危なさ（不安感）だけが曖昧に説明されているだけ」⁽¹⁹⁾であるとの指摘がある。⁽²⁰⁾

確かに、被害者が後ろ向けに倒れ込むというのはまさに被告人が詰め寄ったことで後ずさりしなければ起こり得なかったことは明らかであり、被告人が詰め寄らなければ被害者は転倒しなかったという条件関係は存在している。また、本件被害者の負った傷害は全治不能の右急性硬膜下出血、外傷性くも膜下出血、脳挫傷、頭蓋底骨折等であり、発生した結果としては極めて重大なものであることも事実である。しかし、如何に重大な結果が発生したとしても、行為との間の因果関係が否定されるのであれば結果を行為者に帰属させることはできないのであって、因果関係の判断は結果の帰属を追認するために存在するものではない。殊に、危険の現実化という考えが支持を集めている今日においては、実行行為が有している結果惹起の危険性をこそ吟味することが求められているのであるから、本判決の結論を支持するとしても、まさにそのような観点のもとでの批判に耐え得る検討を試みなければならない。即ち、被告人の行為がまさに傷害の危険を有したものであることを積極的に論じていく必要がある。

ところで、かねてより裁判所は、侵害行為の判断にあたって、被害者・加害者双方の年齢差や体格差などを考慮の対象としてきた。この点、正当防衛の成否が争われ、暴力行為等処罰法違反及び銃刀法違反となった事件であるため事案を異にするものではあるが、例えば最高裁判平成元年一月一三日第二小法廷判決刑集四三卷一〇号八二三頁は防衛行為の相当性が問題となった事案であるが、そこでは「年齢も若く体力にも優れたAから、「お前、殴りたいのか。」と言って手拳を前に突き出し、足を蹴り上げる動作を示されながら近づかれ、さらに後ずさりするのを追いかけて目前に迫られたため、その接近を防ぎ、同人からの危害を免れるため、やむなく本件菜切包丁を手に

取ったうえ腰のあたりに構え、「切られたいんか。」などと云ったというものであって、Aからの危害を避けるための防御的な行動に終始していたものであるから、その行為をもって防衛手段としての相当性の範囲を超えたものということはできない」と判示されている。ここで注目すべきは、菜切包丁を腰のあたりに構えて脅す、という示兇器脅迫罪の構成要件に該当する行為の違法性を阻却せしめる程度に、Aの行為は不正な侵害として判断されたということである。つまり、三〇代の男性が暴行する旨の告知をし、手拳を構えて蹴る動作をしながら接近して後ずさりさせる行為は、中高年の男性が刃物を構えて害を加える旨告知する行為と比較して、著しく均衡を欠くものではないと判断されているのである。本判決が「当時、被害者は六一歳、被告人は三〇歳」と両者の年齢に言及している点や、「両者は身長差や体格差はさほどなかった」としつつも、被害者は「年齢等に照らすと、被告人よりも体力的に劣ると考えられる」と述べているのは、こうした総合考慮に基づく行為の危険性判断を行っているものと解される。

そこで本件について見るに、被告人が「興奮して怒っているような態度で、向かい合っている被害者に対し、腕を少し曲げた状態でもほぼ届くような距離（約三〇ないし五〇センチメートル）にまで近付こうとし」、被害者が後ずさりしてタクシーにぶつかつた後も「被害者とはほぼ同程度の距離を保ちながら（中略）、被害者に向かつて歩いて前進した」という行為は、前掲東京地裁昭和三五年判決が「逃走者をして危害を予想させるような言動とか、兇器を携帯するなど、客観的に相手の身体に危害を加える意思を推定させるに足る事実を伴う」追跡行為は暴行と認められるとする基準に合致すると言える。即ち、被告人の主観面如何はともかくとしても、相手に届くほどの距離に拳を構えて詰め寄るが如き行為は、客観的には被害者の身体に危害を加える意思を十分に推認させるものであろう。⁽²¹⁾⁽²²⁾

従って、被告人の本件行為はこのような事実関係のもとで行われたものであり、それによって被害者は「走るより

遅いが普通に歩くよりは速い速度」で後方確認ができないまま後ずさりをする」ことを余儀なくされたと認定されているのである。本件行為が暴行に該当すると評価された所以は、年齢差や被告人の態度といった、まさに客観的な事実によるものである。単に「詰め寄る」という行為の類型性に囚われず、個別具体的な事例状況に鑑みれば、本件行為が「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」ものであると判断されたのは十分に理由のあることだと思われる。

なお、被告人の主観面の問題として、果たして暴行の故意があったか否かという問題も存在する。本判決では「被害者に対して直接手や足で殴ったり蹴ったりしないように気を付けながら」詰め寄ったという点が量刑事情として考慮されているが、果たしてこれが量刑事情に留まるものであるかという指摘もある。⁽²³⁾ もっとも、本件事案では、被害者が自転車側面にぶつかっても被告人はなおも前進したとの事実認定がされている。タクシーにぶつかるまでは暴行の故意なしと評価する余地もあるが、⁽²⁴⁾ 後方確認できないまま後ずさりして被害者が現にタクシーにぶつかるという事態に直面してもなお詰め寄ったという部分については、被害者が更に何かにつかり、あるいは躓くことによつて傷害を負うという結果の発生について、一切の認識・認容がなかったとするのは困難であろう。

5 判決の射程

本判決は、非接触型の暴行の一類型について暴行の成立を認めたものであり、従来の判例の流れに即したものである。もっとも、その結論は具体的な行為態様や行為時の状況に基づいたものであり、事例判断の域を出るものではな

い。従って、本判決をもって、詰め寄る行為が一般に傷害の危険を有すると評価することはできない。むしろ、行為に内在する危険が現実化したものであると評価するにあたって、具体的な事案の性質を吟味した上で判断を下す必要性が再確認されたものと言えるであろう。

- (1) なお、神馬幸一「判批」刑事法ジャーナル三八号七四頁及び古川原明子「判批」龍谷法学四七卷二号（二〇一四年）一九三頁によれば、本件は平成二五年三月一九日に上告棄却され、確定している。
- (2) もっとも、いわゆる「暴行によらない傷害」も判例・学説において認められていることは周知の通りであるが、本件の射程外であるためここでは詳論しない。
- (3) 大谷實『刑法講義各論（新版第五版）』（二〇一九年）三七頁。
- (4) 山口厚『刑法各論（第二版）』（二〇一〇年）四四頁。
- (5) 大谷・前掲注(3) 三八頁。傷害の危険がおよそない場合に暴行罪が成立することには疑問があるとするのは、林幹人『刑法各論（第二版）』（二〇〇七年）五九頁。また、「接触の有無による暴行の限定」には否定的だが、「身体への影響力ないし物理的な傷害の危険の有無によって限定すべきである」とするのは山中敬一『刑法各論（第三版）』（二〇一五年）三八頁。
- (6) 斎藤信治『刑法各論（第四版）』（二〇一四年）二二頁。
- (7) 曾根威彦『刑法各論（第五版）』（二〇一二年）二四頁。
- (8) 高橋則夫『刑法各論（第三版）』（二〇一八年）四六頁。
- (9) 前田雅英『刑法各論講義（第七版）』（二〇二〇年）三五頁。
- (10) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論（第七版）』（二〇一八年）四一頁。
- (11) 堀江一夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和三九年度一〇頁。
- (12) 岡上雅美「暴行の意義」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅱ（第五版）』（二〇〇三年）一一頁。
- (13) 増井敦「暴行罪における暴行概念と傷害致死罪」産大法学四〇巻三・四号（二〇〇七年）一一頁以下。また、心理的苦痛

は本来軽犯罪法でカバーされるべき領域であったと指摘するのは、岩尾敬¹¹梅崎進哉「暴行罪に関する一考察」久留米大学法学三〇号（一九九七年）一六七頁以下。

(14) 増井・前掲注(13) 一二二頁。

(15) また、古川原・前掲注(1) 四七九頁以下は、身体的苦痛と精神的苦痛を明確に分けることは困難であると共に、心理的圧迫を判断要素に組み入れることによって処罰範囲が不当に拡大・縮小され得ることになり、「暴行が人間関係に左右されることにつながる」として、接触不要説を批判する。

(16) この点について詳細は後掲注(21)を参照。

(17) 最高裁昭和二五年一月九日第一小法廷判決刑集四卷第一一〇号二二九九頁、大審院大正八年七月三十一日判決刑録二五輯八九九頁、東京高裁昭和三年五月九日判決高刑集一〇卷三三〇一頁。

(18) 本田稔「判批」法学セミナー七〇八号（二〇一四年）一二三頁。

(19) 神馬・前掲注(1) 七八頁。

(20) また、本件結果を暴行結果と評価する根拠が薄弱である、被害者がぎりぎりの心理状態にまで一気に追い詰められたとはわかには信じがたいため被害者の後ずさりを被告人に帰責するのにも疑問がある、また、自説からは被告人に暴行の故意を肯定し得るかにも疑問があるとするのは、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——神奈川法学四七巻二号（二〇一四年）八七頁以下。

(21) なお、本件行為は「一般に人を畏怖させるに足る性質のもの」（最高裁昭和三五年三月一八日第二小法廷判決刑集一四巻四号四一九頁）であると言えるから、脅迫罪としての性質も有していると評価できる。この点、確かに現行刑法には「脅迫致傷罪」は存在しないが、両罪が密接不可分であり類似するものであると考えるならば、実際には暴行罪と脅迫罪を厳密に区別することはできないという結論にも至り得るであろう。暴行と脅迫の類似性を指摘するものとして、只木誠「判批」法律時報一五八八号二三七頁。更に、只木誠「狭義の「暴行」概念について」山口厚ほか編『西田典之先生献呈論文集』（二〇一七年）二五七頁以下では、脅迫からの傷害結果事例に検討が加えられており、本判決についても被害者の行為を利用した間接正犯として構成する理論的可能性を認める。また、暴行罪には意思侵害犯としての側面があるとし、被害者の心理経過を経た人身危険の事案として本判決を分析するのは、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― 早稲田法学会誌六七巻一号(二〇一六年)一頁。これに対して、「暴行と脅迫との区別をあいまいにしないため」に接触必要説に立つのは、山口・前掲注(4)四四頁。

- (22) 暴行罪における暴行とは「パーソナル・スペース」の侵害であるとの試論を展開するのは、増井・前掲注(13)一六頁以下。このような暴行概念の理解を共有して本判決を分析するものとしては、例えば以下のようなものがある。本件被告人の行為は「身体的接触がないものの、身体に近接する領域への物理的な侵襲と評価することは十分に可能」とするのは、橋爪は、法各論の悩みどころ 第一七回 暴行罪・傷害罪について「法学教室四四五号(二〇一七年)一一九頁(もつとも、橋爪は、被害者の行為を利用した暴行を観念することも可能であるとする)。また、本件被告人の行為は「被害者の私的な直接的支配領域に対する深刻な物理的侵襲といえ、暴行と評価することが可能」であるとし、このような行為の継続性と、被害者の高度の転倒リスクから、本件では暴行と評価するのが一層容易であるとするのは、小林憲太郎「刑法判例と実務」第四三回 暴行・傷害罪の周辺― 判例時報二四〇五号(二〇一九年)一一五頁以下。

(23) 神馬・前掲注(1)七八頁。

- (24) もつとも、筆者は、タクシーにぶつかる以前の本件態様の行為にも当然に暴行の故意は認められるものと解するが、それは、当該行為については脅迫としての性質も、パーソナル・スペースの不当な侵害としての性質も、いずれも優に認められるところであり、被告人は当然に自己の行為のそのような性質を認識していたものと考えられるからである。

(大東文化大学法学部非常勤講師)