

ドイツ刑法典228条の「良俗違反性」をめぐる動向

——決闘事件に関する最近の判例を中心に——

盧 家 儀*

要 旨

本稿では、主に決闘事件に関する近年のドイツ判例を手がかりとして、判例の立場と学説の状況を整理・分析することにより、同意傷害の可罰性について考察を展開した。ドイツ刑法典228条の「良俗違反性」の解釈と適用について、近年、ドイツ連邦通常裁判所は、決闘事件において、従来の判例に沿って法益侵害の重大性を基準としながらも、ドイツ刑法典231条を援用して「危険の段階的拡大」という集団力学的な視点を新たに考慮してきた。しかし、判例の論説が一貫していないため、判断結果の予測は困難であるといわざるをえない。このような背景のもとで、本稿は、同意傷害の可罰性につき、今後の日本と中国の問題解決のために示唆を提供することを目的として、ドイツの現行法と判例を踏まえ、決闘事件を中心に、ドイツ刑法学にとって可能な解決策を紹介、検討したものである。

目 次

はじめに

I 判例の実態

II BGHの立場と学説の状況

III 可能な解決策

おわりに

はじめに

「承諾をする者に不法はなしえない」との法諺があるように、承諾に基づく行為は原則的に犯罪とはならないとされてきた。しかし、特に傷害罪の領域において、このような原則に例外なく従うことは難しい。例えば、ドイツにおいては、刑法典228条¹⁾は承諾に基づく傷害行為の不可罰性の例外

を定めている。これについては、「良俗違反性」の判断基準が明確ではなく、ドイツ基本法103条2項²⁾の明確性の原則に反するゆえに憲法違反であるという主張がすでに1960年代からあるものの³⁾、しかし、憲法に適合するような解釈の可能性が広く認められており、そのために、学説上も実務上も多くの解釈の試みがなされている⁴⁾。

他方、日本と中国では、ドイツ刑法典228条のような同意傷害に関する明文の規定は存しないが、しかし、実務でも、同意傷害がすべて処罰されるというわけでも、反対に、すべてが処罰されないわけでもない。同意傷害を処罰する判例として、中国では、2004年の「曾勁青、黄劍新保険詐欺、故意傷害案」⁵⁾、日本では自動車事故保険金詐欺事件（最決昭和55年11月13日刑集34頁6号396頁）がある一方で、日常生活の中で、承諾に基づくタトゥー、整形手術などの傷害行為は常に許容されている。つまり日本と中国のいずれの国においても、同意傷害行為の中に、可罰的な行為と不可罰の行

* ロ カギ 法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程

2023年9月29日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 只木 誠

第2推薦査読者 曲田 統

為が存するのであり、問題は、その境界線をどのように設定すべきかということである。この問題をめぐっては、長年にわたり議論が続いており、まだ明確な結論は出されていないといえよう⁶⁾。特に、日本において、「社会的相当性」により同意傷害の不可罰性を制限するという有力な見解に対して、ドイツの「良俗違反性」という判断基準と同様に、「社会的相当性」という概念の曖昧さも問題視されている。他方で、「広義の危険な余暇活動の分野での現代的発展、適応症に基づく治療医学と顧客志向の強化との輪郭の曖昧さ、そして、社会的に受容できると思われるものの多様性が広がり続けていることに鑑みれば」⁷⁾、同意傷害の可罰性の限界がなおさら明らかにされなければならないことになるであろう。

近年、ドイツ連邦通常裁判所（以下、「BGH」と称する）は、決闘事件について、いくつかの判決・決定を下した。同意傷害の事例群のうちの1つとして、決闘事件においても、228条の解釈と適用が問題となる。しかも、これらの判例において、BGHは従来の判例の路線を若干変更したように思われ、学説においても議論を引き起こしている。

過去のドイツ判例の立場を簡潔にまとめると、以下のとおりである。すなわち、1990年までは「礼儀公式（Anstandsformel）」という基準が採用されており、1953年、BGHは決闘事件において、228条（当時226条a）を狭く解釈すべきとして、いわゆる「礼儀公式」を用いて、「良俗違反性」を、「公正かつ正当な考えを有するすべての人の礼儀心に反する」か否かにより判断した⁸⁾。その際に、行為の目的・動機は、良俗違反性の判断において顕著な役割を果たし、それ以降何十年にもわたって、とりわけ傷害行為で追求された目的の如何が決定的な基準となっていた。したがって、この考え方は、「目的アプローチ」とも呼ばれている⁹⁾。

そして、それ以降、2010年まで、判例は法益アプローチへと接近した。BGHは1991年、脱獄幫助事件において、良俗違反性は傷害行為の軽微性を

理由として考えられない、との判断を下した。なお、本件傷害行為の目的（脱獄）は、まさに法秩序によって受容できないものの、本件における良俗違反性の検討には含まれなかった¹⁰⁾。これは、裁判所が法益とその損害をより一層重視するように変化したことを意味すると思われる。その後、BGHは2003年、ヘロイン注射致死事件において、礼儀公式を持ち出したが、「現在の、一般的に認められた、かつ、疑う余地のない価値観」に従えば、違法薬物の消費それ自体の良俗違反性は認識できなかったとした¹¹⁾。他方で、本件行為の良俗違反性の判断においては、「すべての重要な事情を、先見の明があるように客観的に考慮する際、被害者が麻薬の投与によって死の具体的な危険にさらされる」か否かということが決定的であるとした¹²⁾。さらに2004年、BGHはSMプレイ致死事件において、礼儀公式を完全に捨て去り、SM行為自体の良俗違反性を未解決のまま棚上げにしながら、最終的に実現した具体的な生命の危険を理由として、本件行為の良俗違反性を肯定した¹³⁾。いずれの事件においても、BGHは216条¹⁴⁾の立法者評価を引き合いに出している。

さらに、より最近の他の判例においては、事前に差し迫った危険の重大性が問題となるアプローチは共有されているが、特に決闘行為について、「典型的な危険の段階的拡大（Eskalationsgefahr）」という新たな検討すべき側面が現れた。

上記の問題意識と判例状況を踏まえ、本稿は同意傷害の可罰性の問題に取り組む。しかし、この問題は複雑であり、異なる国や社会の法秩序に応じてそれぞれ考慮すべきだけでなく、また、決闘行為のほかに、ドーピングや医的侵襲などの様々な事例群に及ぼすため、各事例群の特徴に応じてそれぞれ検討する必要があると思われる。以下、本稿では、同意傷害の可罰性につき、今後の日本と中国の問題解決のために示唆を提供することを目的として、決闘事件という事例群を中心に、BGHの立場とそれに対する学説の状況を整理した

うえで、ドイツ刑法学にとって可能な解決策を紹介、検討していく。

I 判例の実態

1. 2013年少年集団抗争事件¹⁵⁾(以下、「2013年決定」と表記)

(1) 事実の概要¹⁶⁾

本件は、2つの対立する少年グループの衝突を背景としている。そのきっかけは、Dに対するLの(重大でなかった)攻撃であったが、当初は、それ以上の暴行が行われない程度に収まっていた。しかし、Dの仲間であるCはこれにひどく怒って、同じグループの他の構成員に、本件現場へ来るように促した。その後、一方のA、B、C、Dを中心としたグループと、もう一方のL、M、N、Oを中心としたグループが現場で対峙することになった。両グループの参加者らは、お互いの悪口の言い合いが激化して身体的な衝突に発展する可能性を認識していた。そこで取り決めにより、参加者らは拳打ちと足蹴りで決着をつけることに同意し、重大な傷害の発生についても了承した。その後、5分ほど続いた相互の暴力行為は、Aのグループが優勢であった。そのような中でMが相手の1人を窮地に追い込んだところ、Aがその仲間を助けるべく、Mを殴打した。その結果、Mは地面に倒れたのち、蹴られて頭蓋骨を打撲したため、入院治療を受けることになった。また、BがNの顔面を拳で激しく殴打した結果、Nは下顎の歯を3本失い、鼻中隔に変位が生じた。さらに、酩酊していたOは、両グループの衝突の初期に殴られてすでに地面に倒れ込み、無防備のままであったが、A、B、Cは複数回にわたりOの頭部と体を足蹴りした。これらの傷により、Oは3日間入院し、そのうち1日は集中治療室に入り、合計14日間就労不能になった。

原審は、危険傷害罪(223条、224条1項4号¹⁷⁾)により、被告人A、B、Cに対して有罪判決を下したが、被告人A、Cは上告した。

(2) 決定要旨¹⁸⁾

BGHは、228条に従い、本件傷害行為は承諾に基づくにもかかわらず良俗に反するとして違法であると判断し、上告を棄却した。その理由はおおむね以下のとおりである。

検討の出発点として、BGHはこれまでの判例と有力な考え方を確認した。すなわち、傷害行為が承諾者の具体的な死の危険を惹起すれば、当該行為の危殆化と、当該行為から生じる危険は、当該行為が原則として良俗違反とされるという程度に達することになる、と[BGH Rn. 9]。しかしこの従来の基準は、228条が想定する状況にすべて対応できるわけではない。BGHの従来の判決においては、傷害行為が複数の参加者間の相互暴行の中で行われたものではなかったため、集団力学的経過(gruppensdynamische Prozesse)の作用、例えば集団内や、対立する集団間の影響による全体的な状況の制御不能性といった事情は、所為につながる危険を評価する際に考慮されなかった[BGH Rn. 11]。しかし、本件において、事前の視点から傷害行為の危険の程度を評価することは重要であり、それは所為の実行に伴う事情によって判断されるものである[BGH Rn. 12]。つまり、具体的な事件において、所為から生じる被害者の身体の完全性や生命に対する危険の程度を限定するような条件のもとで所為が行われたのであれば、傷害は承諾によって正当化されると考えることが一般的であるが、そのような限定条件がなければ、あるいは、重大な傷害を防止することが合意を通じて十分に確実な方法で提供できなければ、傷害行為は承諾に基づくものであっても、原則として良俗に反することになるのである[BGH Rn. 14]。というのは、231条¹⁹⁾のような抽象的危険犯に関連する「集団力学的経過の制御不能性(Unkontrollierbarkeit gruppensdynamischer Prozesse)」という側面は、この種の事件における合意による相互傷害に対する事前評価においても考慮されるべきであるからである。つまり、対立グループ間の暴力による衝

突における傷害行為について、刑法228条を適用して傷害行為の危険性を評価する際には、そのような暴行に典型的につながる危険の段階的拡大を考慮に入れなければならない [BGH Rn. 17]。同時に、本件においては、相互の傷害行為の段階的拡大と、それによって生じた法益の危殆化のかなりの増大を防止するための取り決めと予防措置が欠如していた。「すでに殴られ、有効な自己防衛や反撃がもはやできなくなった参加者に対する傷害の排除が、衝突の前に各グループによって合意されていた」ということは明らかでなかったのである。また、人数の異なるグループが対峙し、人数の少ない側の参加者が重傷を負うという危険が相手側の人数の多さを理由として著しく高まる状況を排除するような取り決めや保障も確認できなかった [BGH Rn. 20]。したがって、対立グループ間の相互傷害において、「参加者の生命と健康という法益に対する危険を、自己決定権を背景として国家が容認できる程度に制限する」というような取り決めとその遵守のための有効な保障がなければ、個々の傷害結果に具体的な死の危険が伴わなかったとしても、被害者の承諾が存してもなお、当該所為は良俗に反するものと判断されることになるのである [BGH Rn. 22]。

2. 2015年フーリガン乱闘事件²⁰⁾ (以下、「2015年判決」と表記)

(1) 事実の概要²¹⁾

被告人らが所属しているフーリガングループは、2008年以来、他のフーリガングループとの決闘を複数回にわたり行っていた。これらの決闘は、主にサッカーの試合を契機として、スタジアムの周辺、または——いわゆる「第3の場所での衝突 (Drittortauseinandersetzungen)」として——試合とは無関係の他の場所で行われた。関係グループ間では、決闘について、「人数の劣る側の承諾がある場合にのみ人数上の不均衡が認められる。女性の参加は禁止される。武器は使用されてはならな

いが、防具の着用は許されている。性器を除き、頭部を含む全身に対して拳打ちや足蹴りは認められるが、履物の着用は軽いものだけとする。地面に倒れて起き上がることができない者、または、その他の方法で決闘への関与を望まない意思を示す者に対しては、攻撃してはならない。対戦相手が全員倒された場合や、一方のグループが逃走した場合、または、敗北を認めた場合に、決闘は終了となる」という暗黙の了解があったが、実際の決闘においては、事前の取り決めを通じて修正されたこともあった。なお、決闘は通常、1分程度か、長くても数分程度で終わるものだった。上記のルールに違反した者への制裁や負傷者への治療を行うために直接介入する審判員は配置されていないが、時には、決闘に参加しない構成員が決闘を監視し、決闘の終了後にルール違反について関係者と討議することがあった。重大な違反があった場合には、違反者は今後の決闘に参加できなくなる可能性があると言われた。これらの条件のもとで、被告人らのグループは決闘を複数回にわたり計画して実行したが、そのうち、2009年10月31日の決闘において、被告人らを含む合計28人が参加し、重大な被害があったことが認定された。この決闘は、約1分20秒間続いた。その際、拳打ちや足蹴りは、倒れている参加者にも加えられ、時には複数人が1人に対して攻撃を加えることもあった。1人の参加者は、決闘開始のわずか数秒後に倒されて出血し、顔面に多数の骨折を負い、集中治療を必要とするに至った。

原審は、被告人らを犯罪団体の結成罪 (129条1項²²⁾) で有罪とし、一部の被告人につき、危険傷害罪の共同正犯 (224条1項4号、25条2項²³⁾) の成立を認めた。

(2) 判決要旨

本件では、危険傷害罪だけでなく、犯罪結社罪に関しても同意傷害の良俗違反性が問題となる。すなわち、犯罪結社罪の成立には、団体の目的または活動が (構成要件に該当し、違法かつ有責な)

「犯罪行為の遂行」に向けられたものであることを要するところ、本件で「犯罪行為」として考えられるのは決闘における傷害行為であり、そこで相手方の承諾の有無および傷害の良俗違反性が問われるのである²⁴⁾。したがって、BGHは次のように228条の解釈を展開している。

従来判例を踏まえ、良俗違反性の存否判断にあたって、「法益侵害の種類と重大性が決定的な要素として考慮されるべき」という基準に従い、承諾者が傷害行為によって具体的な死の危険にさらされた場合に良俗違反性を肯定することは、主に216条から導き出された [BGH Rn. 43]。また、228条を解釈するために、231条の法律の価値判断も援用された。すなわち、重大な結果の発生を客観的処罰条件とする231条の構成要件から、「乱闘や複数人の攻撃への関与が、経験上、重大な結果の危険をあまりにも頻繁に招来し、それ自体すでに処罰に値する不法であるゆえ、社会倫理上非難すべき態度がすでにその関与の中に存在する」と読み取るべきである [BGH Rn. 44]。つまり、合意による喧嘩闘争の参加者が違法かつ有責に231条1項の構成要件を充足したとすれば、——少なくとも、必要な事前の観点からすれば、参加者が少なくとも重大な健康障害の具体的な危険にさらされた事案において——衝突と関連する傷害行為に対する承諾を顧慮する必要がなくなるのである [BGH Rn. 45]。

231条との関連で、例えば、危険傷害罪と喧嘩闘争への関与罪との観念的競合において、231条の構成要件を違法かつ有責に実現することは、喧嘩闘争の関与者が231条の立法者評価を軽視したことによるものであり、良俗違反性の肯定に至ることになる。つまり、立法者評価は、「231条の充足に由来する生命と身体に対する危険の増大が、衝突の段階的拡大を防止すべき予防措置によって阻止されるか否か」ということに左右されずに、良俗違反性の判断を根拠づける。その際、承諾に基づく傷害行為がすべて不可罰になるとすれば、同じ

行動が一方では明示的に禁止され、他方では承諾のゆえに許容されるという不可解な矛盾が生じる [BGH Rn. 47]。また、所為結果を基準とすれば、承諾の有効性の判断にとって事前的観点のほうが決定的であるが、重大な結果の発生が事後的にしか認定できない、という矛盾に陥る。さらに、231条の「人の死亡又は重傷害が引き起こされた」という可罰性の制限は231条だけに関連し、良俗違反性の判断に影響を与えないゆえに、上記の解釈はこの可罰性の制限を回避することにはならないのである [BGH Rn. 48]。

なお、231条に基づいてのみ、死傷者側のグループに所属する参加者、ないし226条²⁵⁾(重傷害)の意味での被害者さえも処罰の対象とすることができるから、上記の解釈による良俗違反性の肯定は、「その他の場合に231条の独立した適用範囲がなくなる」という帰結にはつながらない [BGH Rn. 49]。他方で、——たとえ軽傷だけが予想されうとしても、231条1項の構成要件該当性に基づいて傷害行為の良俗違反性が肯定される場合に、承諾が常に（しかも具体的に起こされた危険に左右されずに）考慮されなくなるか否かという問題はさておき——いずれにせよ、本件のように、被害者がおそらくその所為によって重大な健康障害の具体的な危険にさらされる場合、231条の立法者評価に反することにより、228条の良俗違反性が認められる [BGH Rn. 50]。また、なぜフリーガン乱闘が可罰的とされる一方で、同様に危険なボクシングなどの競技が罰せられないのかという問題は、差し迫った傷害の重大性だけに着目するのであればほとんど説明できないが、傷害行為の種類と態様にも関わる法律評価を考慮すれば、このような社会的に容認される身体衝突に関する評価の矛盾は回避できることになる。つまり、喧嘩闘争又は複数人によりなされる攻撃への関与という事案には、これを処罰に値する不法として規制する法規定が存在しているが、個人間の暴力衝突にはこのような規定が存在しないという事実によって、これら

の事案の異なる取扱いはすでに正当化されている [BGH Rn. 54]。最後に、231条の保護法益と、殺人罪や傷害罪の保護法益とは同じものであるが、一方では公共の利益として、他方では個人的利益として保護されている。そのため、231条の援用に対して、「それにより規範目的に含まれない方法で第三者や公共の他の法益に刑法上の間接的な保護を与えることになる」という批判は当たらないのである [BGH Rn. 55]。

3. 2020年少年同士決闘事件²⁶⁾(以下、「2020年判決」と表記)

(1) 事実の概要²⁷⁾

15歳の被告人Rの発案で、15歳のMと、1対1の決闘をすることと、可能な限り多くの支持者を連れてくる(支持者らは直接決闘に関与せず、単にそばで応援するにすぎない: 筆者注)という合意に至った。なお、RとMには、顔面への殴打とそれに伴う傷害結果の発生の可能性を認めつつ、頭部への足蹴りといった重大な傷害を起こしうる行為を避けることについて暗黙の了解があった。取り決められた時間と場所に、R側には少なくとも15人、M側には少なくとも7人が集まった。決闘は、RによるMの顔面への平手打ちないし拳打ちによって開始された。その後、RとMはお互いに殴打した。そのうち、RはMの顔面に少なくとも2回の殴打を加えた(第1段階)。決闘の最中、Rが劣勢になったことから、R側の3人の支持者はRとの合意なしに参戦し、Mに激しい殴打を加えた。その結果、Mは明らかに意識が朦朧としてきていた。その後、Rは傷害の故意をもって、もはや自らを防衛できなくなったMの頭部に対して少なくとも3回の激しい殴打を加えた(第2段階)。Mは、少ししてから、意識を失って倒れ、窒息死するに至った。しかし、Mの死を引き起こす原因となった意識障害がいずれの打撃によって引き起こされたものかは特定できなかった。

原審は、喧嘩闘争への関与罪(231条1項)およ

び傷害罪(223条1項)の観念的競合により、被告人Rに対して有罪判決を下したが、検察は上告した。

(2) 判決要旨²⁸⁾

BGHは、被告人Rの行為に関する原審の判断を一部破棄して差し戻し、Rの行為につき、次のように述べている。

まず、事象の第1段階(1対1の決闘)におけるMに対する被告人Rの傷害行為は違法ではなかった。なぜなら、RとMの双方が、1対1の決闘の中において、顔面と頭部への拳打ちとそれに伴う傷害の結果が生じることを暗黙のうちに想定しており、そしてMは少なくともそのような傷害行為に対する有効な承諾を黙示的に表明したからである。Mは15歳の少年であるとしても、通常、身体の完全性という法益について本件の程度で処分と承諾ができる年齢であるというのである [BGH Rn. 52]。

また、従来の判例と多数説は、承諾者が自身の精神的成熟度と倫理的成熟度に即して、合意に基づく法益侵害の意味と射程を認識し、適切に評価することができれば、承諾能力があるとしている。ただし、侵害が重大であり、侵害の結果が予測困難であればあるほど、承諾能力のための要件は厳しくなるという。このような基準によれば、本件においてMの承諾能力は問題にならない [BGH Rn. 57]。なぜなら、MとRとは同年齢であり、RがMより身体状況が優れているとはいえないため、——特に、以前にMとRの間に身体的衝突が起こることがあったことから——MはこのようなRによる取り決められた打撃の意味と、その打撃から生じうる結果を予想することができたからである。その限りでは、地面に倒れている相手に対してなおさら激しい暴力行為を控えるべきであると、改めて考慮されなければならない。取り決められたルールと暗黙の了解に従った決闘の経過において、相応の防衛と反撃ができていた場合には、重大な傷害や深刻な後遺症は予見されえなかったであろう。したがって、本件において、15歳の被

害者が、同年齢の相手に対して、自身の身体の完全性への一身専属的な(höchstpersönlichen)保護を自己決定的かつ自律的に処分できるということは、その成長につれて高まる成熟度に合致するものであるというのである[BGH Rn. 58]。

また、228条の意味における所為の良俗違反性は、生じた傷害結果の種類と重大性(Gewicht)、および、それに伴う被害者の生命と身体に対する危険の程度を勘案し、事前に測定されうる法益侵害の種類と重大性(Schwere)によって判断されるものである[BGH Rn. 53]。この基準によれば、すべての重要な事情に関する客観的な考察において、承諾者が傷害行為によって具体的な死の危険にさらされると認められる場合、傷害行為はいずれにせよ良俗違反と評価されることになる。ただし、仮に、被害者の身体の完全性や生命に対する危険の程度を制限する条件のもとでその所為が行われるならば、そして、死の危険を伴う重大な傷害を防止することが合意を通じて十分に確実な方法で提供できる場合には、傷害行為は承諾によって正当化される。その際、集団力学的経過の制御不能性から生じる危険の段階的拡大も考慮されるべきというのである[BGH Rn. 54]。

本件において、RとMは同年齢であり、身長もほぼ同じであった。両者の間には、重傷を回避するために特に頭部への足蹴りは避けるという暗黙の了解があった。防衛能力と準備があり、決闘の前に身体傷害がなかった15歳の少年同士の間で本件のような傷害行為が始まったことについて、法的に要請された考察によれば、重大な健康障害も具体的な死の危険も予想されなかったことになる。したがって、被告人RがMの顔面と頭部に加えた拳打ちは、良俗に反しないものである。その限りでは、本件の事実、他の判例と比較することはできないのである[BGH Rn. 55]。

本件において、支持者を呼び寄せることは異なる結論を導くものではない。なぜなら、支持者の決闘への介入は事前に取り決められなかったから

である。確かに、例えば本件のように、Rの支持者らからみてRが劣勢になっている状況において、そのような介入は想定できる典型的な集団行動(危険の段階的拡大)であった。しかし、支持者がその場にいることは、危険を段階的に緩和する可能性をも秘めている。つまり、支持者を集めることは(危険の段階的拡大または緩和という：筆者注)「2つの意味がある(doppelrelevant)」ため、対立グループの決闘の場合とは異なり、228条の良俗違反性を根拠づけるためには不十分である。確かに集団力学的経過の中で支持者が介入せざるをえないと感じて介入する危険は生じうる。しかし、支持者が決闘相手を監視することや、決闘の規則の遵守を確保すること、または他の者を引きとめることができるため、支持者の存在は決闘の危険を緩和する可能性もあるのである[BGH Rn. 56]。

したがってBGHは、本件事象では、被告人Rにおいては基本犯が正当化されるため、第1段階での傷害行為の構成要件該当性を受け継ぎ、当初から傷害致死罪(227条)を理由として処罰される可能性はないと判示している[BGH Rn. 59]。

4. 2021年受刑者同士決闘事件²⁹⁾(以下、「2021年決定」と表記)

(1) 事実の概要³⁰⁾

被告人Aと被害者Gは、同じ刑務所の別々の建物において刑に服していた。2人の間には以前からトラブルがあったため、身体的な衝突が迫っていることは、すべての受刑者にとって明らかなことであった。同刑務所が開催したスポーツ試合は本件決闘の契機になった。先にスポーツコートに入ったGはAを待っていた。他の受刑者から「今GがAと喧嘩したいんだ」と聞くと、AはGへ走り寄った。その後、2人は殴り合ったが、どちらが暴力による対決を始めたかはもはや特定できなかった。対決が始まって間もなく、AはGの頭部を激しく殴打した(第1段階)。なお、この殴打がもたらしたGの頭部への強い衝撃により、多量の

出血を伴う脳底部の血管損傷が生じたことが、Gの死因となった。その後、Gは、地面に倒れて後頭部を強打したものの、しばらくの間は戦う力がまだ少し残っていたことから、AのTシャツを掴んで反撃しようとした。そのため、Aは、また、Gの顔面に一発の拳打ちを加えた。そして、自らの勝利を確信するために、Aは、Gの額に強い足蹴りを加え、それによって、自分が履いているスニーカーの底の模様をGの額に残した（第2段階）。

原審は、Aに対して傷害致死（227条1項）を理由とする有罪判決を下した。当該判決に対して、被告人Aが上告した。

(2) 決定要旨

BGHは、原審の判断を一部破棄して差し戻し、被告人Aの行為につき、次のように述べている。

AとGは、出会った時に、相互の打撃、特に顔面、頭部や体への拳打ちとそれに応じた傷害の結果を暗黙のうちに想定していた。つまり、Gはこのような傷害行為に対して、有効な承諾をAに黙示的に与えたのである〔BGH Rn. 8〕。承諾能力のあるすべての法益主体は、このような程度で自らの身体の完全性という法益を処分することができる。これは、刑務所に収容されている受刑者にも適用されるのである〔BGH Rn. 9〕。

良俗違反性の判断基準について、BGHは、本件においても、近年の判例の意見を支持している。すなわち、傷害行為の良俗違反性は、生じた傷害結果の種類と重大性、および、それに伴う被害者の生命と身体に対する危険の程度を勘案し、事前に測定されうる法益侵害の種類と重大性によって判断される〔BGH Rn. 10〕。被害者の身体の完全性や生命に対する危険の程度を制限する条件のもとでその所為が行われるならば、そして、死の危険を伴う重大な傷害を防止することが合意を通じて十分に確実な方法で提供できる場合には、傷害行為は承諾によって正当化される。その際、集団力学的経過の制御不能性から生じる危険の段階的

拡大も考慮されなければならない〔BGH Rn. 12〕。そこで、BGHは、本件事象の第1段階におけるAの傷害行為を良俗に反しないものとしている。なぜなら、防衛能力と防衛準備のある非武装の成人受刑者同士が起こす相互の傷害行為の開始の時点において、法的に要請された考察によれば、重大な健康障害も具体的な死の危険も予想できなかったからである。その限りでは、本件は他の事案とは同視できないとしている〔BGH Rn. 13〕。

また、他の受刑者がその場にいたとしても、それによって結論が変わることはない。なぜなら、これらの受刑者の介入について、AとGの間に合意がなかったからである。確かにそのような介入は、刑務所内の闘争においては想定できる行動であろう（危険の段階的拡大）。しかし、保護され、かつ警備員がコントロールしている刑務所の領域内で他の者が居合わせることは、危険を段階的に緩和する可能性を孕んでおり、したがって（危険の段階的拡大または緩和という：筆者注）2つの意味をもっているからである。しかも、ファーストエイダーによる即時の救助、および救助隊への迅速な通報は保障されている。刑務所内の身体的な衝突は確かに懲戒処分の対象となりうる。しかし、このような秩序法上の禁止は、合意に基づく傷害行為の枠外にしか言及しておらず、（傷害行為の実質的な評価を必要とする：筆者注）良俗違反性を肯定するためには十分ではないのである〔BGH Rn. 14〕。

しかし他方で、対戦相手が地面に倒れたことと、少なくともそれにもかかわらず足蹴りを加えたことは、行為事象の切れ目を意味している（つまり、相手が地面に倒れる前と倒れた後の被告人の傷害行為は別々に評価されるべきである：筆者注）。したがって、地面に倒れてすでに敗北していることが明確な相手に対するさらなる攻撃は、承諾によってカバーされなくなった。なぜなら、暗黙のうちにのみ与えられた承諾がこのようさらなる攻撃までに及ぶことがありえず、そればかりか、地

面に横たわっている相手への（本件では激しい）攻撃は、いずれにせよ良俗に反することになるからである [BGH Rn. 15]。

II BGHの立場と学説の状況

1. BGHの立場

(1) BGHの論証アプローチ

Knauerによれば、228条の良俗違反性をめぐる最近の議論は、狭い意味で刑法解釈論のアプローチに非常に限定されており、歴史的考慮、法現実的考慮と法哲学的考慮をほとんど除外したことになる³¹⁾。というのも、現在、この議論は、参加者の法益の危殆化がどのようにして「自己決定権を背景として国家が許容できる程度」に制限されるべきかについて、現行法からのみ命題を出すことが可能と考えられるという点に結論を見出しているからである³²⁾。これをもって、BGHは、良俗違反性を判断するに際して、狭い意味での刑法解釈論以外の考慮をほぼ完全に放棄し、刑法内部だけで216条と231条の立法者評価を用いて解決しようとしているように見える³³⁾。ただし、これは228条を解釈するための法発見にとって十分に確実な根拠となるか否かについては、また熟慮が必要であると思われる³⁴⁾。

(2) 危険の段階的拡大（客観的な基準）

上記のいずれの事件においても、BGHは、出発点として、「228条の意味での傷害行為の良俗違反性は、生じた傷害結果の種類と重大性、および被害者の生命と身体に対する危険の程度を勘案して、事前に測定されうる法益侵害の種類と重大性によって判断される」という一般的な判断基準を明らかに強調している。そして、承諾者が傷害行為によって具体的な死の危険にさらされる場合に良俗違反性を肯定することは、主に216条（要求に基づく殺人）から導き出されるとしている。ただし、それまでの事案と異なり、2013年決定と2015年判決において、傷害行為は複数の参加者間で行われたものであった。したがって、BGHは、2013年決

定から、231条（喧嘩闘争への関与）の保護目的を援用して、このような抽象的危険犯に関連する集団力学的経過の制御不能性という新たな側面を、合意に基づく相互傷害に対する事前評価においても考慮すべきとしている。つまり、対立グループ間の暴力的衝突における傷害行為について、228条を適用して傷害行為の危険性を評価する際に、そのような暴行行為につながる典型的な危険の段階的拡大を考慮に入れなければならないというのである。結論として、2013年決定によれば、対立グループ間の相互傷害において、参加者の生命法益と健康法益に対する危険の程度を自己決定権の背景のもとで国家が容認できる限度に制限する取り決めと、その遵守のための有効な保障がなければ、個々の傷害結果に具体的な死の危険が伴わなかったとしても、被害者の承諾があってもなお、当該所為は良俗に反することになる。

そして、2015年判決は2013年決定の説明を強化するものである。2015年判決によれば、合意に基づく喧嘩闘争の参加者が違法かつ有責に231条1項の構成要件を実現した場合には、——少なくとも、必要な事前評価の観点から、参加者が少なくとも重大な健康障害の具体的な危険にさらされた事案において、——衝突と関連する傷害行為に対する承諾を顧慮する必要がなくなり³⁵⁾、「231条の充足に由来する生命と身体に対する高まる危険性が、衝突の段階的拡大を防止すべき予防措置によって阻止されうるか否か」に左右されず、良俗違反性の判断が根拠づけられることになる。

2020年判決と2021年決定も、「被害者の身体の完全性や生命に対する危険の程度を制限する条件のもとで所為が行われるならば、そして、死の危険を伴う重大な傷害を防止することが十分に確実な方法で合意を通じて提供できる場合には、傷害行為は承諾によって正当化される。その際、集団力学的経過の制御不能性から生じる危険の段階的拡大も考慮されなければならない」として、「集団力学的経過の制御不能性」の視点を認めている。た

だし、この2つの事件において、BGHは、2013年決定と2015年判決との区別を意識しつつ、対立グループの決闘の場合と異なり、支持者の存在は、危険の段階的拡大または緩和という2つの側面において意味をもっており、228条の良俗違反性を根拠づけるためには不十分であるとしている。

(3) 所為の目的や動機（主観的な基準）

上記の4件の事件において、良俗違反性の判断にあたって、ほとんど目的や動機というような主観的な基準は考慮に入れられなかった。他方で、2019年の間接的臨死介助事件³⁶⁾において、BGHは、被告人の目的を考慮して、「具体的な事案において、薬物の投与に伴う危険が死にゆく人の苦痛を克服するといった是認できる目的によって補われる」場合には、「強い」薬物の投与行為さえも良俗に合致する可能性があるとしている³⁷⁾。つまり、この2019年判決によれば、傷害行為それ自体は良俗に反するとみなされるものであるとしても、行為者の目的が納得できる、かつ、社会によって容認できるものであり、このような消極的評価を埋め合わせることが可能な場合には、良俗違反性の判断においては、法益侵害の重大性のみならず、行為者の目的も考慮されるべきであることになる³⁸⁾。

それに対して、本来的には消極的に評価される行為の目的がどのような範囲で法益侵害の重大性と並んで傷害行為の良俗違反性の判断に影響を与えうるかは、BGHによって明らかにされていないとEschelbachは指摘している³⁹⁾。一部の学説によれば、いずれにせよ、傷害行為がその他の犯行の予備、促進、実施や隠匿のために行われるのであれば、その良俗違反性は肯定されることになる⁴⁰⁾。しかし、BGHはこの立場を支持していないと思われる。特に、両フリーガングループが喧嘩闘争を目的として相互の傷害行為を行ったという2015年判決の事案について、BGHは、「社会的な観念、または、所為で追求される目的は、承諾が重大な法益侵害に関連しながらもなお承諾の正当化効果

が認められることを導き出すことしかできず、……（逆に）良俗違反性の認定と、その認定による、同意傷害行為の可罰性を根拠づけるためには、社会的な観念、または、所為で追求される目的は援用できない⁴¹⁾と明示している。したがって、BGHによれば、消極的に評価される行為の目的は、所為の良俗違反性を根拠づけるものにはならないであろう。

2. 学説の状況

(1) 231条の保護法益

多くの論者は、231条の保護法益に対するBGHの言及を納得できないものとしている。例えば、Zöller、Lorenzによれば、231条の保護法益は、身体的な衝突によって特定の程度で危険にさらされる人の生命と身体の完全性の維持に対する一般的公共的利益である。つまり、同条は——たとえ間接的に個人的法益を保護するとしても——主として処分可能性のない集団的法益を対象としているため、同条に関する承諾というものについては最初から考慮できないことになる⁴²⁾。

(2) 体系的解釈に対する違反

また、Morgensternは体系的解釈の観点から231条の援用に反対している。すなわち、231条を取り入れるとすれば、重大な傷害結果の発生とは無関係に、合意に基づく決闘がすべて危険な傷害行為と評価できるようになることから、もはや231条の適用範囲は残っていないことになり、これは的外れであるというのである⁴³⁾。しかも、仮に低い刑罰威嚇をもつ231条に定められた抽象的危険を理由として、承諾があってもなお具体的な傷害行為が良俗違反と認定され、223条以下のより高い法定刑をもって威嚇されるならば、これは体系的解釈に違反することになり、立法者が設けた可罰性の制限（231条の客観的処罰条件）も無意味になるとしている⁴⁴⁾。

体系的解釈に対する違反という批判に対して、Rennickeは反論を展開している。Rennickeによれば

ば、224条（危険傷害）1項4号においては、「他の関与者と共同して」傷害を行うことが、生命の危険化などの他の危険を孕んだ行動態様と並列されており、つまり、深刻な法益危険化とされていることから、集団による喧嘩闘争の特別な危険はすでに刑法において認められていることになる⁴⁵⁾。しかし、このような反論には賛同できない。224条の危険傷害の法定刑（6月以上10年以下の自由刑、比較的軽い事案では3月以上5年以下の自由刑）と223条の一般的な傷害の法定刑（5年以下の自由刑又は罰金刑）とを比較すれば、224条に該当する所為は、必ずしも、223条に該当する所為より法益危険化の程度が高いとは限らないことは明らかである。しかも、224条の法定刑の範囲はかなり広く設定されていることから、224条に該当する所為の危険性については、生命を危険化するほど高い程度から、軽傷に終わる低い程度まで想定されているといえよう。

(3) 評価の矛盾について

他方で、231条の援用を根拠づけるために、BGHは、「行為者の同じ行動が、一方では明示的に禁止されているが、他方では与えられた承諾の結果として許される」ことが矛盾であると論じているが⁴⁶⁾、Rostalskiによれば、BGHは自然の活動と規範論的な行動を混同していることになる⁴⁷⁾。すなわち、外部からみて1つの活動であるとしても、複数の犯行を遂行した場合に、規範的にはまさに複数の行動であり、つまり、行動規範の違反数が純粋に法的に行為者の犯行数を決定することから、各行動は法的に別々に評価されるべきであるということが認識されていないというのである⁴⁸⁾。

(4) 危険の段階的拡大について

v. Heintschel-Heineggは、「死の危険を伴うような重大な傷害の防止が合意を通じて十分に確実な方法で確保できなければ、傷害は、承諾に基づくものであっても原則として良俗に反するべきである」という2013年決定と2015年判決の立場に賛成しているように見える⁴⁹⁾。逆に、特に2020年判決

に対して批判の意見を加えている。v. Heintschel-Heineggは、まず、2020年事件における「黙示的に至った」合意がどのようにして単に暗黙のうちになされるのか、それがどのように立証されるかは、依然として不明であると指摘している⁵⁰⁾。特に少年間で行われる決闘においては、通常、「ルール」が事前にじっくりと討論されることはなく、少なくとも、本件で、2人の間で取り決められたルールの遵守も保障されてはいなかったのである⁵¹⁾。また、本件においては、相互の傷害行為の段階的拡大と、同時に、それにより生じた法益危険化のかなりの増大を排除する具体的な取り決めや予防措置が欠如しており、すでに激しく殴られてもはや有効な防御や反撃ができなくなった相手に対する攻撃も排除されなかった⁵²⁾。しかも、その他の者を決闘に関与させないための取り決めや保障もまた欠如しており、かつ、人数の不均衡のゆえに人数の劣る側の参加者にあっては重傷を負う危険が著しく高かった⁵³⁾。本件衝突の実際の展開から、具体的な闘争状況での危険の段階的拡大が如何に制御されないまま増大するように作用したかがわかることから、良俗違反性が認められるべきであるとしている⁵⁴⁾。

他方で、Zöller, Lorenzによれば、社会心理学の研究において、集団力学的経過の一般的な危険増大効果は明確には証明できず、むしろ、集団力学が危険を制限するように作用しうことは証明されている⁵⁵⁾。なぜなら、グループの名誉が重要であるとの認識がグループ内で共有されるなか、グループの組織とそれに連なる構成員の自尊心はルールの遵守を促し、そのために、各グループの構成員が審判員の務めを担当することもあるからである⁵⁶⁾。このような見解も、2020年判決と2021年決定において「2つの意味」という形で、BGHによってある程度で示されているといえよう。

Ⅲ 可能な解決策

1. 有効な承諾の存否

承諾の有効性を肯定するには、承諾の一般要件が充足されなければならない。これは、228条が定める所為の良俗違反性を検討する前提でもある。もっとも、第I章で整理した事件において、承諾の一般要件の充足はほとんど暗黙のうちに承認されたといえようが、疑いのないところでは必ずしもない。とりわけ下記の2つの要件には注意を払うべきであろう。すなわち、一方で、承諾者には重大な意思の瑕疵があってはならず、他方で、所為は承諾の範囲内で行われなければならない。

まず、重大な意思の瑕疵に基づく承諾は無効となる。Zöller, Lorenzもこの点を指摘している。例えば決闘に関するルールの状況が誤認されれば、つまり、決闘を行う両者の間に取り決めが実際に存在しないにもかかわらず、傷害行為の危険の程度を制限する取り決めがあると誤って想定した場合や、傷害行為の危険を制限する取り決めは確かにあったが、決闘の最中になってもその取り決めに従う覚悟を参加者全員がもっていると誤って判断した場合にも、意思の瑕疵が生じうる⁵⁷⁾。つまり、決闘において、暴力的衝突の進行の危険を確実に評価できない者の承諾は、重大な意思の瑕疵を理由として無効となるおそれがあるのである⁵⁸⁾。

また、所為は承諾の範囲を越えてはならない。例えば、2020年判決の事案において、RとMの間には、重大な傷害は避けるということについて暗黙の了解があったのみであり、Rのさらなる暴行に対してMは承諾を与えていないと考えられる以上、Mがもはや実質的に防衛できない状態に陥った時点から、Rのさらなる暴行は明らかにMの承諾の範囲を越えたものになるといえよう。また、2021年決定の事案においても、被告人の所為が承諾の範囲を越えたおそれがあると考えられるのである。このように、有効な承諾の存在が否定されれば、228条における良俗違反性の存否を検討する

前提すら欠如しているため、良俗違反性はもはや問題にならないが、逆に、有効な承諾の存在が確認されれば（承諾の有効性や存否が不明な場合、「疑わしきは被告人の利益に」という原則に従って有効な承諾の存在を認めるという可能性も含めて）、次に、所為の良俗違反性の判断に入ることになる。

2. 所為の良俗違反性の判断

(1) Hardtungの衡量アプローチ

228条の解釈について、Hardtungは、まず、「良俗」という言葉それ自体の意味は「基本的倫理的道徳的行動規範」としてしか理解できないゆえ、輪郭があいまいであり、このような行動規範の具体化のためには役に立たない、としている⁵⁹⁾。したがって、「良俗」という言葉は、228条において、「特定の場合」に、承諾に基づく傷害行為を違法と評価するという可能性を残すものとして機能するにすぎず、その「特定の場合」については、体系的解釈や歴史的解釈により詳しく確定されなければならないという帰結が導き出されるのである⁶⁰⁾。

Hardtungによれば、すべての行動規範(Verhaltensnorm)は、規範の定立者が、当該行動の「不利益(Nachteilen)」と「利益(Vorteilen)」を相互衡量し、衡量の結果に基づいて禁令や許可(または命令)を決定することによって作られるものである。行動規範の特徴は、具体的な視点に関してのみ、禁令や許可を宣告することにある。例えば、特定の投石について、仮に投石の方向に人がおらず、窓ガラスしかない場合に、器物損壊の視点では禁止されるが、傷害の視点では許可される。したがって、228条においても、衡量する前に、どのような視点が「不利益」と「利益」として衡量へ取り入れられるかを明確にすべきである⁶¹⁾。帰結として、Hardtungは228条の衡量規則を、「被害者の承諾に基づいて傷害を行った者は、その所為が、それに内在する法的に認められる利益を達成するために必要ではなかった場合、または、それ

に対して均衡を失する、重大な健康障害の具体的な危険を創設した場合にのみ、違法に行動した」⁶²⁾ というようにまとめている。

まずは「衡量において重要な不利益」についてである。223条以下は、個人的身体の完全性という個人的法益に対する不利益（キズ、痛みなど）を妨げるためにのみ、そこに記載された所為を禁止している。被害者の承諾に基づく場合、法秩序は例外的に、他人の自然な身体の完全性に対する不利益をもはや、個人的身体の完全性という個人的法益に対する不利益としてみなさず、この所為を許可する。つまり、承諾はこの場合、例外的な効果を引き起こしたのである。そこで、228条はこのような例外に対する「例外の例外」を設けると解されることができる。つまり、関連事件において、法秩序は、本来は例外効果をもたらす承諾があるにもかかわらず、例外的に個人的身体の完全性という個人的法益に対する不利益が存在するとして、まさにそのために223条以下により所為を禁止している。すなわち、個人的身体の完全性という個人的法益に対する不利益のみが、衡量において重要な「不利益」として価値をもつのである⁶³⁾。

また、一時的な傷害や単にわずかな傷害は、パターンリズムとタブーの観点からの説明のいずれによっても、本人の自己決定の基礎やタブーの利益を永続的に損なうわけではないことから、国家の介入を許す理由がない一方、重大な傷害の場合のみ事情が異なる⁶⁴⁾。これは、立法者が228条を作成する際に去勢や断種、つまり226条（重傷害）1項1号第4種類の傷害結果（生殖能力の喪失）を引き起こす重大な傷害行為の場合をはっきりと認識していたことと、そして、現在の特別規定も去勢や断種と臓器移植や囑託殺人を対象としていることから裏付けられる。特に、死の具体的な危険のある場合に、傷害行為の「良俗違反性」は、216条の立法者評価から導き出される。他方では、身体の完全性に対する重大な損害もおお具体化される必要がある。承諾が存するとしても、法秩序が特

に警戒している領域は、「被世話人が特定の医的措置によって死亡するか、または長期間持続する重大な健康被害を被る危険がある」場合に、世話人がもはや単独でこの医的措置に対して承諾を与えられず、世話裁判所の承認が必要であるという家族法の規定（ドイツ民法典1904条1項1文⁶⁵⁾）にも示されている。ここでいう傷害の重大性とは、刑法においては、その所為を通じて、承諾者にとって「重大な健康障害」が差し迫る程度のものでなければならないのである⁶⁶⁾。

それに対して、この衡量において、承諾者への傷害と同時に生じる他の法益に対する不利益は重要でなく、また、行為者が他の法益侵害を目的としても、その目的はなおさら考える必要がない。また、異なる種類の法益が攻撃される場合だけではなく、複数人において、身体の完全性という同種類の法益が攻撃される場合にも、同様な考察が同じく適切である。例えば、合意に基づく決闘の最中、決闘相手に殴打を加え、同時に、無関係の傍観者にも未必の故意をもって打撃を与えた者は、223条に従って2つの傷害を犯したことになるが、承諾はそのうち前者の傷害行為にのみ関連していることから、良俗違反性の検討において、後者の傷害行為は問題にならない。要するに、228条は、承諾の効果の例外として、承諾者自身の身体の完全性という法益にのみ厳密に焦点を当てなければならないとしているのである⁶⁷⁾。この点は第II章でRostalskiが指摘した評価の矛盾の問題（13頁）にも対応している。

なお、このような危険は具体的な危険でなければならない。この点を説明するために、第II章で引用したMorgensternの指摘と同様に、Hardtungも法定刑による体系的解釈を主張している⁶⁸⁾。

他方では、衡量にとって重要な「利益」として、所為をもって法的に許される目的を追求する行為者と被害者の一方に対する個人的利益が挙げられる。228条において、立法者は、「良俗に反する場合（つまり、これらの「利益」だけでは身体完

全性に対する重大な不利益に優越しない場合)と、「本人の承諾ないし要請により、公共的利益にとって必要な断種や去勢の実施」といった「良俗に即した」場合を念頭に置いたと考えられる。つまり、他者の法益の保護、特に上記の「必要な断種や去勢の実施」において他者の性的自己決定に対する利益は、衡量にとって重要な「利益」としてみなされている。そのような「利益」は、当該本人、つまり元性犯罪者や、少なくとも将来の潜在的な性犯罪者が、その強すぎる性的衝動の喪失により、性的暴行を犯さなくなることにある。また、承諾者自身の身体の完全性という法益の保護も、所為に内在する「利益」として認められているということは自明であるというのである⁶⁹⁾。

衡量の基準について、タブーの思想によれば、34条(正当化緊急避難)⁷⁰⁾の要件が想起され、その所為に内在する「利益」が「不利益」を「著しく優越する」ことが要求されるのであろう。しかし、228条においては、すでに承諾者の利益がある程度の重みをもってその所為を支えるため、その所為に内在する(さらなる)利益が不利益を「著しく優越する」までは要求されるべきではないと思われる。つまり、不法を排除するために、法的に許される利益が、差し迫った重大な健康障害に対して許容できる均衡であるというのは十分である。このような解釈は、立法者の観念に合致している。法秩序には、民法典228条の緊急避難規定⁷¹⁾においてこのような衡量関係が長い間存在し、不利益が利益に対して「均衡を失し」てはならないという定式化が適用されている。また、現在の去勢法2条1項⁷²⁾4号の特別規定も、予想される不利益が目指された利益に対して「均衡を失し」てはならないとしている。なお、臓器移植法8条1項⁷³⁾の特別規定(生体臓器摘出の許容性)は、一般的衡量条項を確かに含まれないが、その具体的規定によれば、提供者の健康が著しく損なわれると予想されない限り、重病の症状を緩和することは「利益」として十分である。必要性の要件は、去勢法

2条1項2号、臓器移植法8条1項1文2号と3号などの特別規定にもみられるとしている⁷⁴⁾。

(2) Hardtung 説の検討および決闘事件への適用

このように、Hardtung の衡量アプローチはドイツ現行法秩序を踏まえ、主に体系的な解釈により説明されているため、説得力がかなり高いといえよう。衡量の結果を明らかにするために、刑法だけでなく、憲法、民法といった現行法に基づく体系的な解釈が重要な手段であり、それでも立法者の評価が不明確な場合に判例と裁判例によって補足されることになる。このアプローチには基本的に賛成するが、若干の検討と補足を加えたい。

まず、規範における原則と例外の理解について、Hardtung は223条以下の禁令を原則として、承諾があるため許容される場合を例外として、228条を例外の例外としてみなしている。しかし、刑法が法益主体のために法益を保護するものだとすれば、法規範の価値決定は、通常、法益主体の主観的な評価を度外視することはできないといえよう。むしろ、主観的な評価に反しても法規範が維持され続けることは例外的な場合に限られるといわざるをえない⁷⁵⁾。つまり、法益主体が有効な承諾を与える場合には、主観的な評価が法規範の価値決定に影響を与えるため、法秩序は原則として、人の自然な身体の完全性に対する不利益が生じるにもかかわらず、傷害禁令を後退させて、身体の完全性という人の個人的法益に対する侵害を否定する。228条は、この原則に対する「例外」として、法益主体の主観的な評価に反しても傷害禁令という法規範を維持し続けるものであるといわなければならない。

また、Hardtung は、具体的な行為に内在する「不利益」と「利益」を衡量の対象として挙げる。そのうち、衡量において重要な「不利益」は個人的身体の完全性という個人的法益に対する不利益であり、重要な「利益」は所為をもって法的に許される目的を追求する行為者と被害者の一方に対する個人的利益である、と。そこで、前者は、重

大な健康障害の具体的危険として具体化されるが、そのような具体的危険が認められない場合の処理は明示されていない。筆者の理解によれば、具体的な傷害行為が引き起こす侵害の危険は「重大な健康障害の具体的な危険」までは想定されない場合に、衡量において重要な「不利益」がもはや存在しないため、衡量自体が不要となり、その傷害所為を通じて追求される利益、ないしその利益が法的に許されるか否かを検討する必要もなくなることになる。この場合、228条という「例外」が問題にならず、直ちに「原則」を適用し、承諾の不法排除効果を認めるのである。

なお、本稿が取り扱う決闘事件において、重大な健康障害の具体的危険を判断する際に、スポーツ競技との区別は回避できず、必然的に問題となると思われる。というのは、決闘は、時として格闘技（ボクシング、空手など）の試合と類似した形で行われるからである。しかも、スポーツ競技としての格闘技における（場合によってかなり激しい）傷害行為は常に容認されるものの、決闘における傷害行為は簡単に許容されることができない。

ドイツの判例と支配的な意見は、スポーツ競技における傷害を承諾の事例として扱っている。つまり、スポーツ競技への参加は、その性質上、そのような競技が伴う傷害への承諾を含むから、その承諾はまず、ルールに従った行為によって生じる傷害に、そして、過失による軽微なルール違反によって惹起されうる傷害にも及ぶ。例えば、熱中、興奮、不注意、眠気、不完全な技術、または身体的コントロールの欠如に起因する、かつ、あらゆる参加者が予想している傷害のことである。それに対して、承諾は故意または重大な過失によるルール違反には及ばない⁷⁶⁾。これに対して、Stegmüllerが、「このような承諾解決策の枠内では、所為の良俗違反性の問題はまったく生じえない」と指摘している。すなわち、一方では、競技者がルールに従って行動した場合、あるいは軽過失によるルール違反が生じた場合には、たとえ傷

害が深刻であったとしても傷害行為は承諾により正当化され、他方では、故意または重大な過失によるルール違反が身体傷害をもたらす場合には、有効な承諾が存在しないため、不法は阻却されえないことになる⁷⁷⁾。結局、いずれの場合も、所為の良俗違反性の問題は実際には生じないが、判例は、例えば、意図的なルール違反が傷害につながる場合など、行為の良俗違反性を肯定することもある⁷⁸⁾。確かに、原則として、故意または重大な過失によるルール違反の場合は良俗違反性の検討より前の段階で、有効な承諾の存在が否定され、承諾の不法阻却効果さえも考えられず、228条の良俗違反性はなおさら問題にならない。しかし、具体的な事案において、参加者が故意または重大な過失によるルール違反による傷害に対して明示的に有効な承諾を与えた場合、または、上述のように、承諾の有効性や存否が不明であれば、「疑わしきは被告人の利益に」という原則に従って有効な承諾の存在を認める場合は、引き続き、所為の良俗違反性の存否を検討する必要がある。

この点について、ドイツの判例は、スポーツ競技は参加者がその力量と技巧を較量する場面であるが、殴り合い（Prügelei）は敵意から生まれ、経験によれば生命や身体に対する重大な危険につながる身体上の衝突であるとして、両者は比較できないものとした⁷⁹⁾。そして、競技が、許容される意味での「スポーツ」として認められるために、判例は、一定の機会の平等、参加者の現実的な防御可能性と保障措置を求めつつ、既存のスポーツ競技ルールと、協会による組織的な運営をその徴表としている⁸⁰⁾。しかし、このような保障措置や競技ルールが、「重大な健康障害の具体的危険」を事前にできる限り排除するために設置されるものにすぎないとすれば、これらの要件も実際に、単にその具体的危険が存在しないということを確認するために求められることになる。ただ、公認されたスポーツ競技ルール、および協会による組織的な運営が存することは、当該競技が国、社会や

団体から承認を得るために、競技性を損なわない上に、「重大な健康障害の具体的危険」を抑えるように、関連団体が長年の検討と実践を経て当該ルールを導き出してきた。特に、例えば、危険性の高い競技は通常、ルールに従って審判とリングドクターのコントロールのもとで行われなければならない。これらの措置に鑑みれば、当該競技において「重大な健康障害の具体的危険」が否定される可能性が比較的高いといえよう。要するに、スポーツ競技における傷害行為についても決闘事件と同様に、まず参加者の承諾を確認し、そして衡量において重要な「不利益」として、「重大な健康障害の具体的危険」の存否を審査するが、その具体的危険がなければ、衡量が不要になり、参加者の承諾が不法を阻却し、良俗違反性が問題にならない、ということになる。逆に、当該競技において「重大な健康障害の具体的危険」の存在が認められるとすれば、衡量により良俗に反すると判断される可能性も考えられる。つまり、スポーツ競技と決闘事件とを同様に扱うことができる限り、スポーツ競技に関する上記の理解も、決闘事件に適用する可能性がある。

すなわち、決闘への参加は、その性質上、そのような決闘に伴う傷害への承諾を含む。その承諾はまず、ルールに従った行為によって生じうる傷害に、そして、過失による軽微なルール違反によって惹起されうる傷害にも及ぶ。それに対して、

承諾は故意または重大な過失によるルール違反には及ばない。原則として、故意または重大な過失によるルール違反の場合、有効な承諾の存在が否定され、228条の良俗違反性は問題にならないが、例外的に重大なルール違反により良俗違反性を肯定する余地もある。そして、衡量において重要な「不利益」として、「重大な健康障害の具体的危険」の存否は審査されるが、その際に、一定の機会の平等、参加者の現実的な防御可能性と保障措置、そして、既存のスポーツ競技ルールと、協会による組織的な運営といった点は重要な参考要素になる。それらの要素が備えていれば、「重大な健康障害の具体的危険」が否定される確率ははるかに高くなる（表）。

したがって、決闘において、(ア)参加者の承諾が故意または重大な過失によるルール違反に及ばない場合に、①行為者が故意または重大な過失によるルール違反により傷害行為を行ったことが判明されれば、有効な承諾が存在しないとして、不法は阻却されえない。他方、②行為者がルールに従って、または、過失による軽微なルール違反により傷害行為を行ったことが判明されれば、この決闘の条件（ルールの内容、審判やリングドクターの設置など）のもとで同種の傷害行為において「重大な健康障害の具体的危険」を審査することになる。審査により、例えば、決闘双方の年齢と体力が近く、人数が同じく、かつ、道具の使用が禁

表 決闘における良俗違反性の肯否

参加者の承諾の範囲	(ア) 故意または重大な過失によるルール違反に及ばない		(イ) 故意または重大な過失によるルール違反に及ぶ		
	①行為者が故意または重大な過失によるルール違反により傷害行為を行った	②行為者がルールに従って、または、過失による軽微なルール違反により傷害行為を行った			
重大な健康障害の具体的危険なし	有効な承諾が存在しないため、不法は阻却されえない	良俗に反しない		良俗に反しない	
重大な健康障害の具体的危険あり		法的に許される利益なし ⇒良俗違反	法的に許される利益あり ⇒良俗に反しない	法的に許される利益なし ⇒良俗違反	法的に許される利益あり ⇒良俗に反しない

(出所) 筆者作成

止され、脆弱な身体部位を保護するための防具が装着された場合、その具体的な危険がないと認定されれば、良俗違反性が直ちに否定されるが、例えば、被害者の体格や体力が行為者よりもかなり劣っていた場合、決闘双方の人数が異なった場合、または、危険性の高い道具が使われた場合など、その具体的な危険があると認定されれば、次の利益に関する審査を行うことになる。それに対して、具体的な事案において、(イ)参加者の承諾が故意または重大な過失によるルール違反による傷害に及ぶ場合、行為者がいずれにせよ傷害行為を行ったことが判明されれば、この決闘の条件のもとで同種の傷害行為において「重大な健康障害の具体的危険」の存否を判断することになる。同様に、この判断結果により、良俗違反性が直ちに否定されるか、あるいは、次の利益に関する審査を行うことになる。

次に、衡量において重要な「利益」、すなわち、所為をもって法的に許される目的を追求する行為者または被害者に対する個人的利益を明らかにするために、行為者と承諾者の目的と意図（その所為を通じて追求する利益が法的に許されるか否か）が考慮される。Rostalskiによれば、良俗違反性にとって決定的な客観的危険は、行為者または承諾者自身の行動に関する主観的動機という形での、範疇的にまったく別なものとなる基準によって埋め合わせることができないことになる⁸¹⁾。この意見には確かに賛同する。ただし、ここで、主観的な事情は、あくまで、所為がもたらしうる利益を判断するために参考になるものにすぎないため、問題にならないといえよう。ここで、法的に許されるか否かという点とは異なり、「利益」といえるか否かについて、判断の主体は、法でも道徳でもなく、その追求者である。帰結として、その利益が法的に許されるならば、衡量において重要な「利益」となるが、逆に、法的に許されない利益のみが追求されるならば、そのような利益は衡量にとって重要な「不利益」とはならない。というのは、

行為者にとって不利益になるような拡張解釈は正当化できないからである。

本稿が取り扱う決闘事件において、参加者が故意による重大なルール違反を通じて相手に傷害を負わせたり、死亡させたりするという「利益」を追求するならば、当然ながら、このような「利益」は法的に許される利益とはならないため、衡量に対して影響を及ぼすことができない。他方、法的に許される重要な「利益」として、スポーツによる利益しか考えられない。これについて、Hardtungは総合格闘技として知られるMMAを例として、外国の法秩序の認可、そしてルールの遵守と審判の監督、コミッションドクターの待機を根拠としてMMAの「法的に認める利益」を説明しているが⁸²⁾、これらは重大な健康障害の具体的危険の存否に関する考慮要素であろう。この点には確かにさらなる研究が必要であるが、参考として、日本文部科学省によれば、「スポーツは、人間の体を動かすという本源的な欲求に応えるとともに、爽快感、達成感、他者との連帯感等の精神的充足や、楽しさ、喜びを与えるなど、人類の創造的な文化活動の一つであり」、「健康の保持増進、体力の向上に資するとともに」、「人間の可能性の極限を追求するという側面があり、自らの能力と技術の限界に挑む活動である」ことになる⁸³⁾。したがって、仮に参加者が決闘において、このようなスポーツの意義を追求していることに基づいて、当該決闘もこのような利益をもたらしうると認定されるなら、当該決闘における、ルールに従って、または、過失による軽微なルール違反により傷害行為は良俗に反しないと認定されることができることになる。しかし、このような状況は実際に稀であるといわざるをえないであろう。結局、決闘事件の傷害行為において、前の段階で「重大な健康障害の具体的危険」の存在が認定されれば、基本的に良俗に反するとされると思われるが、万が一の限界事例のために、このような不法阻却の余地をも残すべきであろう。

おわりに

本稿では、主に決闘事件に関する近年のドイツ判例を手がかりとして、承諾に基づく傷害行為の可罰性について考察を展開した。

ドイツでは、昔から、判例において、228条の「良俗違反性」の解釈と適用について、複数回にわたり方針の変更が行われてきた。上述のように、近年は、BGHは、決闘事件において「良俗違反性」を判断する際に、従来の判例に沿って法益侵害の重大性を基準としながらも、新たに231条を援用して「集団力学による危険の段階的拡大」の視点を考慮するに至っている。そのうち、2013年決定と2015年判決では承諾に基づく傷害行為の可罰性を拡張する傾向がみえるものの、2020年判決と2021年決定は逆に処罰を限定する方向に転じたように思われる。しかし、これらの判例においては、BGHの論述が一貫していないため、良俗違反性についての判断結果の予測は困難であるといわざるをえない。このような状況から、承諾に基づく傷害行為の可罰性の問題は確かに難解であるということも認識されている。Rostalskiのように、「道徳化、パターナリズムの傾向や集団主義的傾向の入り口としての228条は、削除されるのが最善であり、少なくとも実務から無視されるべきである」⁸⁴⁾と主張する論者も少なくない。しかし、承諾に基づく傷害行為がすべて処罰されないわけではない限り、この問題は228条の削除を通じてのみ解決されることはないであろう。日本と中国においては、ドイツ刑法典228条に相当する条項がないにもかかわらず、承諾に基づく傷害行為の可罰性の問題にも直面しなければならない。したがって、本稿は決闘事件を中心に、Hardtungが主張した衡量アプローチに基づき、承諾に関する解釈論の観点から、ドイツの現行法と判例を踏まえて解決策を検討したものである。

方法論としては、まずは、承諾論の一般的要件の充足を検討して、有効な承諾の存否を確認すべ

きである。そのうち、決闘事件において特に注意すべき要件は、承諾に重大な意思の瑕疵がないことと、所為が承諾の範囲内にあることである。具体的な事案において、有効な承諾が存在しないとすれば、228条の意味での良俗違反性を検討する前提すら欠如しているため、良俗違反性はもはや問題にならないことになる。

有効な承諾の存在が確認されてから、所為の良俗違反性が検討される。Hardtungは、主に体系的解釈を使い、ドイツの現行法秩序を踏まえ、228条のために次のような衡量アプローチを主張している。すなわち、衡量において重要な「不利益」は個人的身体の完全性という個人的法益に対する不利益であり、重要な「利益」は所為をもって法的に許される目的を追求する行為者と被害者の一方に対する個人的利益である。帰結として、被害者の承諾に基づいて傷害を行った者は、その所為が、それに内在する法的に認められる利益を達成するために必要ではなかった場合、または、それに対して不釣り合いな、重大な健康障害の具体的な危険を創設した場合にのみ、違法に行動したことになる。

本稿は、Hardtungの衡量アプローチを決闘事件の傷害行為に適用するために、スポーツ競技における傷害行為と比較しながら、決闘において衡量のために重要な「不利益」と「利益」について、より詳細な考察を加えた。

以上、本稿は承諾に基づく傷害行為の可罰性の問題について、決闘事件を中心として、ドイツの法秩序に合致する試論を構築しようとしたものである。もちろん、このような試論はたとえドイツについては妥当であるとしても、日本と中国の問題解決にとってはあくまで参考にすぎず、それぞれの法秩序に応じて、現行法と判例のもとで具体的なアプローチを導き出す必要がある。また、本稿における考察は決闘事件という事例群に特化したものであり、その他の事例群に対応するためには、関連の法律と判例をそれぞれ整理して検討し

なければならないが、これらの問題に関しては、本稿ではほとんど触れることができなかつたため、今後の研究課題としたい。

注

- 1) ドイツ刑法典228条(承諾)は、「被害者の承諾に基づき傷害を行った者は、行為がその承諾にもかかわらず良俗に反するときに限り、違法に行為したものである」と規定している。訳出の際には、法務省刑事局『ドイツ刑法典』(2021年)を参考にした(以下同じ)。なお、以下で条文を挙げるときは、特に断りが無い限りドイツ刑法典の条文を指す。
- 2) ドイツ基本法103条(法的審問、刑法の遡及および二重処罰の禁止)2項は、「いかなる行為も、行為が行われる前に、法律で処罰できると規定されているのでなければ、処罰することができない」と規定している。訳出の際には、<http://www.fitweb.or.jp/~nkgw/dgg/>(ドイツ連邦共和国基本法三カ国語対訳、2023年8月27日最終閲覧)を参考にした。
- 3) Vgl. nur *Rostalski*, Die Widrigkeiten der Sittenwidrigkeitsformel des § 228 StGB HRRS 2020, 211 ff., *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht 1997, 136 ff., *Morgenstern*, Abstoßend, gefährlich, sozialschädlich? Zur Unbestimmtheit der Sittenwidrigkeitsklausel des § 228 StGB, JZ 2017, 1146 ff., usw.
- 4) Vgl. nur *BGHSt* 4, 24, *BGHSt* 49,34, *BGHSt* 49, 16; *Rennicke*, Die sittenwidrige Körperverletzung im Sinne des § 228 StGB ZJS 2019, 465 ff., *Hirsch*, Einwilligung in die sittenwidrige Körperverletzung, in: Amelung-FS, 2009, 181 ff., *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht 2001, 165 ff., *Frisch*, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB), in: Hirsch-FS, 1999, 485ff., usw.
- 5) 最高人民法院刑事審判一至五廷『中国刑事審判指導案例3(破壊社会主義市場経済秩序罪)(増訂第3版)』(北京:法律出版社、2017年)281頁以下、第296号案例。この事件において、被告人Aは、Bに大きな借金を抱えていたが返済ができず、保険金詐欺を行うことを決めた。そのためにAは自分の計画をBに伝え、Bに対して自分の足を切るよう説得を繰り返し、詐欺が成功したら、高額な保険金の大半を

Bに対する借金とその利息の返済に充てることを約束した。Bは結局Aの要求を受け入れ、用意した大錠でAの具体的な指示に従ってAの足を切断した。Bが去った後にAは助けを求め、警察と保険会社に「強盗に遭って足が切断された」と偽り、保険金を得ることを企てた。しかし、保険金請求前にAとBの行為が発覚したため、2人は保険金詐欺で、Bはさらに故意傷害罪で逮捕・起訴された。裁判所は、Aには保険金詐欺の未遂で5年6月の懲役と3万人民元の罰金を、Bには故意傷害罪で6年の懲役を、それぞれ言い渡した。

- 6) 中国の議論は、黄忠軍「被害人承諾在故意傷害罪中的規範限度」南大法学2022年1号76頁以下、楊春然「論被害者對同意效力範圍的限制」清華法學2013年7卷3号126頁以下、車浩「論被害人同意在故意傷害罪中的界限：以我國刑法第234條第2款中段為中心」中外法學2008年5号708頁以下等参照。日本の議論は、柏崎早陽子「同意傷害における良俗概念と罪刑法定主義」犯罪と刑罰32号(2023年)95-120頁、丸山雅夫「生命・身体に対する犯罪と被害者の同意」丸山雅夫『刑法の論点と解釈』(成文堂、2014年)149-173頁、須之内克彦「刑法における『社会的相当性』と『公序良俗』に関する一考察—被害者の同意との関連で」明治大学法科大学院論集8巻(2010年)1-29頁、佐藤陽子『被害者の承諾—各論的考察による再構成』(成文堂、2011年)258頁以下、河野敏也「傷害罪における被害者の承諾の正当化の根拠」法學研究論集34号(2010年)193-212頁等参照。
- 7) *Morgenstern*, a. a. O. (Fn. 3), 1146.
- 8) *BGHSt* 4, 88, 91.
- 9) *Morgenstern*, a. a. O. (Fn. 3), 1149.
- 10) *BGHSt* 38, 83, 87.
- 11) *BGHSt* 49, 34.
- 12) *BGHSt* 49, 34.
- 13) *BGHSt* 49, 166.
- 14) ドイツ刑法典216条は、「1項 被殺者の明示的かつ真摯な要求によって殺人へと決意させられた者は、6月以上5年以下の自由刑に処する。」「2項 本条の罪の未遂は、罰する。」と規定している。
- 15) *BGH*, Beschl. v. 20.2.2013-1 StR 585/12, HRRS 2013 Nr. 342, vgl. *Zöller/Lorenz*, Entscheidungsbesprechung zum BGH Beschl. v. 20.2.2013, ZJS 2013, S. 429 ff. 本決定を紹介・検討する日本の文献として、吉田敏雄

- 『刑法理論の基礎Ⅵ：被害者の承諾』（成文堂、2018年）57頁以下、田中優輝「近時のドイツ判例に見る同意傷害の処罰範囲（一）」*広島法学*41巻4号（2018年）152-132頁、山本高子「ドイツ刑事判例研究（86）被害者の承諾の存在にもかかわらず善良な風俗に違反する傷害」*比較法雑誌*47巻3号（2013年）221頁等。
- 16) Vgl. *Zöller/Lorenz*, a. a. O. (Fn. 15), S. 429.
- 17) 223条（傷害）1項は、「他人を身体的に虐待し又はその健康を害した者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。」と規定し、224条（危険傷害）1項4号は、「他の関与者と共同して傷害を行った者は、6月以上10年以下の自由刑に、犯情が重くない場合には3月以上5年以下の自由刑に処する。」と規定している。
- 18) *BGH*, HRRS 2013 Nr. 342. なお、角括弧〔 〕内は判決文の欄外番号を意味する（以下同じ）。
- 19) ドイツ刑法典231条（喧嘩闘争への関与）は「1項喧嘩闘争又は複数人によりなされる攻撃に関与した者は、その闘争又は攻撃により人の死亡又は重傷害が引き起こされたときは、既にこれに関与したことを理由として、3年以下の自由刑又は罰金刑に処する。」「2項 喧嘩闘争又は攻撃に関与した者は、その関与が非難できないときは、第1項によっては罰しない。」と規定している。
- 20) *BGH*, Urt. v. 22.1.2015-3 StR 233/14, HRRS 2015 Nr. 285, vgl. *Knauer*, Die Unwirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung wegen Sittenwidrigkeit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, HRRS 2015, S. 435 ff. 本判決を紹介する日本の文献として、吉田・前掲注15) 60頁以下、田中・前掲注15) 152-132頁等。
- 21) *BGH*, HRRS 2015 Nr. 285, Rn. 3-19, 田中・前掲注15) 141-142頁参照。
- 22) ドイツ刑法典129条（犯罪団体の結成）1項は、「目的又は活動が犯罪行為の遂行に向けられた団体を設立した者、又は、そのような団体に構成員として関与し、団体のために構成員若しくは支持者を募り、若しくは団体を支援した者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。」と規定している。
- 23) ドイツ刑法典25条2項（共同正犯）は、「数人が共同して犯罪行為を遂行したときは、各人を正犯として罰する。」と規定している。
- 24) 田中・前掲注15) 152-132頁。
- 25) ドイツ刑法典226条（重傷害）1項は、「傷害の結果として、被害者が、1. 片眼若しくは両眼の視力、聴力、発話能力若しくは生殖能力を喪失し、2. 身体の重要な部位を喪失し、若しくは永続的に使えなくなり、又は、3. 永続的に著しく外観を損なわれ、若しくは慢性疾患、麻痺、若しくは精神の疾患若しくは障害に陥ったときは、刑は1年以上10年以下の自由刑とする。」と規定している。
- 26) *BGH*, Urt. v. 12.5.2020-1 StR 368/19, HRRS 2020 Nr.1139., vgl. *NStZ* 2021, 494 ff. 本判決を紹介・検討する日本の文献として、柏崎早陽子「ドイツ刑法判例研究（2）—同意傷害に関する良俗違反性判断—」*法律論叢*95巻1号（2022）351-369頁等。
- 27) *BGH*, HRRS 2020 Nr. 1139, Rn. 10-17.
- 28) 本件では被告人Rの他に、共同被告人ら（R側の支持者ら）の行為も法的評価の対象となっている。ただし、本件が1対1の決闘から複数人の喧嘩闘争へと発展した事案であることと、*BGH*がRを単独犯として認定したことに基づき、本稿では被告人Rの傷害行為の良俗違反性のみを取り扱うこととする。
- 29) *BGH*, *Beschl.* v. 26.1.2021-1 StR 463/20, HRRS 2021 Nr. 427, vgl. *Jahn*, *Strafrecht: Einwilligung in die Körperverletzung*, *JuS* 2021, 890 ff. 本決定を紹介・検討する日本の文献として、柏崎・前掲注26) 351-369頁等。
- 30) *BGH*, HRRS 2021 Nr. 427, vgl. *Jahn*, a. a. O. (Fn. 29), 890.
- 31) *Knauer*, a. a. O. (Fn. 20), S. 439.
- 32) *Knauer*, a. a. O. (Fn. 20), S. 439.
- 33) *Knauer*, a. a. O. (Fn. 20), S. 439.
- 34) *Knauer*, a. a. O. (Fn. 20), S. 440.
- 35) *BGHSt* 60,166, vgl. *Knauer*, a. a. O. (Fn. 20), 435 ff.
- 36) *BGH*, HRRS 2019 Nr. 1006.
- 37) *BGH*, HRRS 2019 Nr. 1006, Rn. 21.
- 38) v. Heintschel-Heinegg/*Eschelbach*, *BeckOK StGB*, 56. Edition, 2023, § 228 Rn. 25.
- 39) *Eschelbach*, a. a. O. (Fn. 38), Rn. 26.
- 40) *Eschelbach*, a. a. O. (Fn. 38), Rn. 26.
- 41) *BGH*, HRRS 2015 Nr. 285 Rn. 42.
- 42) *Zöller/Lorenz*, a. a. O. (Fn. 15), S. 433.
- 43) *Morgenstern*, a. a. O. (Fn. 3), S. 1151.
- 44) *Morgenstern*, a. a. O. (Fn. 3), S. 1151.
- 45) *Rennicke*, a. a. O. (Fn. 4), S. 468 f.
- 46) *BGH NJW* 2015, 1540, 1543 f. Rn. 47.

- 47) *Rostalski*, a. a. O. (Fn. 3), S. 213.
- 48) *Rostalski*, a. a. O. (Fn. 3), S. 213.
- 49) *v. Heintschel-Heinegg*, *Praxiskommentar, NStZ* 2021, S. 498.
- 50) *v. Heintschel-Heinegg*, a. a. O. (Fn. 49), S. 499.
- 51) *v. Heintschel-Heinegg*, a. a. O. (Fn. 49), S. 499.
- 52) *v. Heintschel-Heinegg*, a. a. O. (Fn. 49), S. 499.
- 53) *v. Heintschel-Heinegg*, a. a. O. (Fn. 49), S. 499.
- 54) *v. Heintschel-Heinegg*, a. a. O. (Fn. 49), S. 499.
- 55) *Zöller/Lorenz*, a. a. O. (Fn. 15), S. 433.
- 56) *Zöller/Lorenz*, a. a. O. (Fn. 15), S. 433.
- 57) *Zöller/Lorenz*, a. a. O. (Fn. 15), S. 434.
- 58) *Zöller/Lorenz*, a. a. O. (Fn. 15), S. 434.
- 59) *Erb/Volker/Hardtung*, *MüKo StGB*, 4. Aufl., 2021, § 228 Rn. 16.
- 60) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 17.
- 61) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 18.
- 62) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 33.
- 63) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 19.
- 64) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 21-23.
- 65) ドイツ民法典1904条1項1文は、「健康状態の検査、治療行為および医的侵襲に関する世話人の承諾は、被世話人がその措置によって死亡するか、または長期間持続する重大な健康被害を被る危険がある場合には、世話裁判所の許可を必要とする。」と規定している。
- 66) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 24.
- 67) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 25.
- 68) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 30.
- 69) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 26.
- 70) ドイツ刑法典34条（正当化的緊急避難）は、「生命、身体、自由、名誉またはその他の法益に対する現在の他の回避しえない危険において、自己または他の者に対するその危険を回避するために行為を遂行した者は、対立する利益、特に、問題となる法益およびこれに対する危険の程度を比較考量して、保全される利益が侵害される利益に著しく優越するときは、違法に行為をしたものではない。ただし、その行為が危険を回避するために相当な手段である場合に限る。」と規定している。
- 71) ドイツ民法典228条（緊急避難）は、「他人の物によって生じた切迫した危険を、自己または他人が回避するために他人の物を毀損または破壊した者は、毀損または破壊が、危険の回避にとって必要であり、損害が危険に対して均衡を失わないときは、違法に行為した者ではない。……」と規定している。
- 72) ドイツ去勢法2条は、「1項 1.本人が承諾したこと、2.その処置が、医学の知識に基づき、本人の異常な性欲に関連する重篤な病気、精神障害または苦痛を、予防、治療または軽減するために適切であること、3.本人が25歳に達した、4.去勢により、処置をもって達成しようとする結果に対して均衡を失する、本人にとって身体的または精神的な不利益が予期されえないこと、かつ、5.処置が医学の知識に基づいて行われることが備えているとき、医師による去勢は傷害罪として処罰されない。」
- 73) ドイツ臓器移植法8条1項は、「他者への移植を目的として、生体から臓器または組織の摘出は、同法8条aに別段の規定がある場合を除き、1.その者が、a) 成年であり、かつ承諾能力のある、b) 2条1項と2項に従って説明を受け、摘出に承諾した、c) 医師の評価により、ドナーとして適切であり、かつ、手術の危険性以上の危殆化が予見されず、または、摘出の直接的な結果以上の深刻な健康被害が予見されない、2.予想されたレシピエントに臓器または組織を提供することが、医師の評価により、その者の生命を維持したり、その者の重篤な病気を治療したり、その病気の悪化を防止したり、または、その病気による苦痛を緩和したりするために適切であり、3.臓器摘出の時点において、同法3条または4条のドナーから適切な臓器が入手できず、かつ、4.手術が医師により行われる、という場合に限り許可される。」と規定している。
- 74) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 31.
- 75) 拙稿「犯罪論における『被害者の承諾』の体系的地位—日本・ドイツ・中国の比較法的研究—」大学院研究年報法学研究科篇52号（2023年）128頁以下参照。
- 76) *Stegmüller*, *Die Sittenwidrigkeit der Körperverletzung trotz Einwilligung des Verletzten*, 2009 S. 58.
- 77) *Stegmüller*, a. a. O. (Fn. 76), S. 59.
- 78) *BayObLG*, *JR* 1961, S. 72 (73), usw., vgl. *Stegmüller*, a. a. O. (Fn. 76), S. 59.
- 79) *BGHSt* 4, S. 88 (91), vgl. *Stegmüller*, a. a. O. (Fn. 76), S. 72.
- 80) *BGHSt* 4, 88 (92); *BGH*, *NStZ* 2000, 87 (88); *BayObLG*, *NJW* 1999, 372 (373), vgl. *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 44.
- 81) *Rostalski*, a. a. O. (Fn. 3), S. 214.

82) *Hardtung*, a. a. O. (Fn. 59), Rn. 45.

83) 文部科学省「1 競技スポーツは人類の創造的な文化活動の一つである」(https://www.mext.go.jp/a_

[menu/sports/athletic/070817/001.htm](https://www.mext.go.jp/a_menu/sports/athletic/070817/001.htm), 2023年8月27日最終閲覧)。

84) *Rostalski*, a. a. O. (Fn. 3), S. 214.