

ドイツ刑事判例研究 (86)

ドイツ刑法研究会
(代表 曲田 統)*

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
StGB §§224 I Nr. 4, 228

山本高子**

1. ライバル関係にあるグループ間での暴力闘争の中で傷害が発生した場合、ドイツ刑法第228条を適用するために認められるべき傷害行為の危険性を評価するにあたっては、この種の暴力行為に通例伴う、段階的に増大する危険 (Eskalationsgefahr) が顧慮されるべきである。

2. そのような暴力闘争に際して、危険性の潜在力を制限する申し合わせとその遵守にとって有効な防衛手段が欠如している場合、個々の傷害と死の具体的な危険が結びつけられなかったとしても、その経過で引き起こされた傷害は、承諾が存在するにもかかわらず、善良な風

* 所員・中央大学法学部教授

** 嘱託研究所員・亜細亜大学法学部専任講師

俗（ドイツ刑法第228条）に違反する。

BGH, Beschluss vom 20. 2. 2013–1 StR 585/12 (LG Stuttgart)

[NJW 2013, 1379=NSStZ 2013, 342]

《事実の概要》

Matthias Lは、証人Lの従兄弟であったが、被告人も所属する少年グループのあるメンバーに対し、揺さぶるという暴行を加え、駐車中の車に押しつけるという攻撃を試みた。この争いは、証人Lが引き離し、仲裁に入ったので、さしあたりLのグループも被告人らのグループもさらなる暴力行為には及ばなかった。もっとも、その出来事をめぐって激昂した被告人Zは、電話によって彼のグループの他のメンバーに犯行現場へ来るよう要求し、それに成功した。それから間もなくして、いまや増員された被告人らのグループと証人Lgと証人WともどものLのグループが相対峙することとなった。両グループの関与者は、相互の侮辱行為によりさらに昂揚した雰囲気に基づいて、身体的な闘争に至るであろうことを認識していた。事実上の合意に基づいて、関与者たちは、手拳による殴打や足蹴により決着をつけることに賛同した。彼らは、重大な傷害の発生をも是認していた。

引き続き、約4分から5分間続いた相互の暴力行為において、被告人らのグループが優勢であることは明らかだった。証人Wは、それにもかかわらず、被告人のグループのメンバーを、その喧嘩の間苦境に陥れた時、被告人Sは、証人Wに殴りかかり、証人Wは倒れ込んだ。地面に倒れていた証人Wは、それに続いて足蹴をうけた。証人Wは、とりわけ頭蓋骨打撲傷を負い、救急車で病院に運ばれ、入院することとなった。上告していない被告人Edin Mは、証人Lgに対し、手拳で顔面を激しく殴打したため、証人Lgは、下の歯3本を失い、インプラントにより修復されなければならなかった。その上、その殴打は鼻柱の骨折を引き起こした。その傷害は、手術による修復を必要とした。Lのグループに所属しており、血中ア

アルコール濃度が約3.0%という強い酩酊状態にあった証人Jは、手拳での殴打により、すでに鬭争の最初の段階で地面に倒れており、そこで無抵抗な状態にあった。このような状況において、証人Jに対し、とりわけ被告人Zや被告人Sは、その頭部や身体に対して、足蹴にする多数の暴行を加えた。短い時間、証人Jに対する暴行は中断され、証人Jが四つん這いで逃れることを試みた後で、共同被告人Edin Mは、足を構え、証人Jの顔面を足蹴にした。最終的に、被告人Zと被告人Sは、地面に倒れている証人Jに再度暴行を加えた。被告人Sは、証人Jの頭を足蹴にし、さらに、証人Jの頭をいくらか持ち上げ、非常にわずかな力で、アスファルトへ打ちつけた。証人Jは多くの傷害を被ったため、3日間入院し、そのうちの1日は、集中治療室で治療を受け、14日間仕事をする事ができなかった。

LGは、被告人らに対し、証人Lと証人Wの責任となる危険な傷害を理由として（もまた）有罪判決を下した。被告人らの上告は認められなかった。

《理由》

〔5〕 b) このような事情にあつては、被告人らが共同正犯として責任を負わなければならない、証人Lgと証人Wの不利益に働く傷害もまた、違法であることは明らかである。

〔6〕 aa) 両証人は、確かに、その傷害結果を引き起こす傷害行為に、被告人らのグループとの事実上の合意へ関与することにより、承諾していた。この承諾によって、被った傷害も包摂される。その限りで、承諾者が、予見される経過と予期されるべき攻撃により起こりうる結果に関して適切な表象を有していたことが重要である (BGH Urt. v. 12. 10. 1999-1 StR 417/99, NStZ 2000, 87, 88; vgl auch BGH Beschl. v. 20. 11. 2012-1 StR 530/12)。手拳による殴打と足蹴は、その合意の対象であったため、そのような行為について賛同していることは、そこから通例生じる傷害結果をもまた包摂する。

〔7〕 bb) しかし、両証人が承諾を表明したことにもかかわらず、両証人を侵害する傷害は、善良な風俗に違反し、それゆえ、ドイツ刑法第228条に従って、正当化的効果を付与されない。

〔8〕 BGH は、最近の判例において、原則的に、発生した傷害結果、並びに、それに伴い生じる被害者の身体や生命に関する危険の種類の種類と重要性を優先的な手がかりとして、当該法益主体の承諾が存在することにもかかわらず、傷害が、ドイツ刑法第228条にいう「善良な風俗」に違反することを判断した (BGH Urt. v. 11. 12. 2003-3 StR 120/03, BGHSt 49, 34, 42; und v. 26. 5. 2004-2 StR 505/03, BGHSt 49, 166, 170f., 172f.; s. auch BGH Urt. v. 16. 12. 2009-2 StR 446/09, NStZ 2010, 389f.; anders noch BGH Urt. v. 29. 1. 1953-5 StR 408/52, BGHSt 4, 24, 31)。この基準によれば、傷害は、その限りで一致した連邦最高裁判所判例に従うと、決定的な諸事情全てを含めた上で客観的に考察するにあたり、承諾を与える人物が、傷害行為により死の具体的な危険に陥った場合、いずれにせよ、良俗に違反すると評価される (BGH Urt. v. 11. 12. 2003-3 StR 120/03, BGHSt 49, 34, 44; v. 26. 5. 2004-2 StR 505/03, BGHSt 49, 166, 173; und v. 20. 11. 2008-4 StR 328/08, BGHSt 53, 55, 62 Rn 28 und 63 Rn 29; s. auch BGH Urt. v. 18. 9. 2008-5 StR 224/08 [insoweit in NStZ 2009, 401-403 nicht abgedr.]; Beschl. v. 20. 7. 2010-5 StR 255/10; und v. 12. 6. 2012-3 StR 163/12)。良俗違反性に対して援用されるべき基準を、傷害に伴って表出する法益の危殆化の程度に結びつけることは、すでに BGH の以前の判決においても見出される (etwa Urt. v. 15. 10. 1991-4 StR 349/91, BGHSt 38, 83, 87 „nur geringfügige Verletzung“)。

ドイツ刑法第228条の適用を、傷害に伴い生じる生命や身体の不可侵性という法益の危殆化の程度へと優先的に方向づけることは、原則的に、ただ、(差し迫った) 重大な傷害に際し、法益主体の処分の自由に国家が介入することが正当であるという考慮をよりどころにする (vor allem BGH Urt. v. 26. 5. 2004-2 StR 505 /03, BGHSt 49, 166, 171 mwN; s. auch Fischer 60. Aufl., § 228 Rn 10; sowie MünchKomm-StGB-Hardtung 2. Aufl., § 228 Rn 23)。

〔9〕それによると、承諾者に対する死の具体的な危険と結びつけられる傷害行為の実行は、行為の危険性とそれから生じる身体や生命に対する危険の程度を描写し、それに到達した場合、傷害は、通例、善良な風俗に違反する。しかしながら、この基準のみで、ドイツ刑法第228条が予定する、承諾を表明したにもかかわらず良俗に違反する傷害にあたるか否かを最終的に決定することはできない。それゆえ、傷害行為を実行する時点において、決定的な諸事情全てをあらかじめ考察することにより予想されるべき死の具体的な危険が表出したにもかかわらず、良俗違反性が欠落し、与えられた承諾に正当化的効果が付与されることがありうる。生命に対して危険な医師の治療的侵襲に関する承諾に対して、このことは、判例において承認されている (BGHSt 49, 166, 171)。

〔10〕反対に、善良な風俗という要素を法益に関連づけて解釈するに際しても、それは基本法第103条第2項の明確性の原則に抵触しないが (vgl. BGHSt 49, 166, 169), 良俗違反性は、必ずしも以下のことにより判断されるのではない。それは、個別の傷害行為の危険性や危殆化の程度を、それぞれ独立して評価するにあたって、結果において具体的な生命の危険、もしくは死の危険が発生したか否かということである。確かに、そのような危険の結果の発生を認定することは、通例、それに対して原因となる傷害行為の危険性の程度を逆に推論することを許容するが、法益の危険性を評価することに対して重要である、所為を実行するにあたって実際に存在する他の諸事情から、良俗違反性の限度を逸脱したことが導かれることを否定しない。特に、承諾が存在するにもかかわらず、所為の良俗違反性を危険の程度により評価するBGHのこれまでの判決は、圧倒的に、次のような状況に該当するという背景から認められるものである。その状況とは、これらの傷害が、多数の関与者の間で相互に行われた暴力行為の中で実行されたものではないという状況である。それゆえ、所為と結びつけられた被害者や被害者らの危殆化を評価するために、これまで、グループの動的な過程が作用していたこと、例えば、グループ内部と対立するグループ間の影響に基づき状況全体が制御できないことは (dazu Pichler

Beteiligung an einer Schlägerei [§ 231 StGB], 2010, S. 23-27 mwN), 包摂されなかった。しかし、そのような相互作用は、ドイツ刑法第228条の適用に関連する傷害の危険性の程度という基準に従って、顧慮される必要がある。2008年9月18日のBGH第5刑事部の判決 - 5StR 224/08 Rn24 (insoweit inNStZ 2009, 401-403 nicht abgedr.) から、例外なく(「ただ」)、死の具体的な危険の発生が一事後的に一認められる場合、被害者の承諾が存在するにもかかわらず、傷害は、善良な風俗に違反する(ドイツ刑法第228条)としたことが読み取られるべきである限り、当刑事部は、それに従わない。第5刑事部の判断を照会する必要はない。なぜなら、そこでは、主要な叙述にかかわる問題ではないからである。

[11] 承諾が存在するにもかかわらず、所為の良俗違反性を、「所為について決定的な事情全てを、あらかじめ客観的に考察するに際して、承諾者が傷害行為により死の具体的な危険に陥った」か否かによって決定することは、ドイツ刑法第228条の解釈に関するBGHの最近の判例に合致する(BGHSt 49, 166, 173)。それとともに、決定的なのは、時間的な観点において、傷害行為の危険性の程度の評価を事前の観点から行うことである(MünchKomm-StGB-Hardtung aaO, § 228 Rn 27)。傷害行為により死や生命の具体的な危険が惹起された場合、通常、ドイツ刑法第228条の意味における良俗違反性の限度をこえた身体や生命という法益に対する危険性の程度が認められうる(vgl. BGH Beschl. v. 20. 7. 2010-5 StR 255/10 bzgl. mit konkreter Todesgefahr verbundenen Faustschlägen gegen die Schläfenregion)。

[12] しかし、承諾が与えられた傷害の危険性の程度は、所為の実行に付随する諸事情によってもまた決定される。したがって、例えば、スポーツの試合中に発生した傷害の結果に関連して、この傷害が、試合を拘束する規則に従って許容される態度方法から結果として発生した場合には、相当した所為それ自体は、重大な健康上の侵害の危険が発生したとしても、善良な風俗に違反しないことが、結果的に、一般的に認められている(vgl. BGH Urt. v. 22. 1. 1953-4 StR 373/52, BGHSt 4, 88, 92 bzgl. des

Boxwettkampfs; siehe auch *Reinhart SpuRt* 2009, 56, 59; *NK-StGB-Paeffgen* 3. Aufl., § 228 Rn 109 mwN)). しかし, 規則により拘束され, 中立的な人物により監視されたスポーツの試合中に惹起された傷害の結果が, 与えられた承諾の基礎を形成する試合の規則から, 重大な過失により, あるいは全くの故意で逸脱したことが明白であるような態度により発生した場合, 傷害行為とそれから発生した結果は, もはや承諾に包摂されない (etwa BGH Urt. v. 22. 1. 1953-4 StR 373/52, BGHSt 4, 88, 92; *BayObLG* NJW 1961, 2072, 2073; *OLG Karlsruhe* NJW 1982, 394; *OLG Hamm* JR 1998, 465; s. auch den Überblick bei *Dölling* ZStW 96 [1984], 36, 41ff.)。

〔13〕 その際, そのような状況において, 規則に著しく違反した身体を傷害する態度は, はじめから与えられた承諾の対象ではないこと, あるいは, 所為が承諾にもかかわらず, 重大な規則違反により, 典型的な方法で高められた危険性の程度を理由として善良な風俗に違反することに, 正当化の阻却が基づくか否かは, 重要ではない。いずれにせよ, 判例は統一的に, それ自体同意された傷害行為を実行する際の具体的な諸事情が, 所為の違法性を評価するにあたって顧慮されるべきであるという法的思考を基礎においている。所為により引き起こされる, 被害者の身体の不可侵性や被害者の生命に対する危険性の程度を限定する条件の下で, 所為が行われる場合, 通常, 傷害は, 表明された承諾により正当化されるとして認められることに至る。これに対して, このような原則が欠落する場合には, 傷害は, 承諾が与えられたにもかかわらず, 原則的に良俗に違反する (BGH Urt. v. 22. 1. 1953-4 StR 373/52, BGHSt 4, 88, 92; s. auch Urt. v. 12. 10. 1999-1 StR 417/99, NStZ 2000, 87, 88)。相互に合意された身体的な闘争に関する条件をめぐる規則が欠けていることは, すなわち, 経験則に従って, 承諾により包摂される範囲をこえて, 身体を傷害する事象の危険性の程度を高めることになる。傷害行為をめぐる行為者と被害者との間で合意された規則が存在していたとしても, 合意されたことが, 十分に確実な方法で, 重大な, しかもその上, 死の危険を伴って表出する傷害を防止するための配慮をなしえない場合, 同様のことが妥当する (*BayObLGNJW*

1999, 372, 373)。

〔14〕 所為の危険性の程度を制限する予防措置の存在、あるいは不存在が、傷害の違法性を評価するに際し、承諾の表明されていることとの関連において顧慮されるという基本思考は、連邦最高裁判所の判例においてこれまでもすでに援用されている。それゆえ、BGHはいわゆる規定決闘が、その際使用された武器にもかかわらず、一以前の法によると可罰的である—「致命的な武器を使用した決闘」として評価しなかった。なぜなら、この決闘は、それを拘束する規則以上に、生命に危険な傷害に対する十分な保護措置を要請していたからである (Urt. v. 29. 1. 1953-5 StR 408/52, BGHSt 4, 24, 26f.)。スポーツの試合中に惹起された重大な傷害さえも、承諾により違法性が阻却されることは、一すでに叙述されているように—いづれにせよ、試合の規則の作成と遵守によりもたらされ、相当した態度方法による危険性の潜在力を制限するという観点にもまた基づくものである。例えばボクシングのように、身体の不可侵性や、さらに生命に対して一般的に危険を孕んでいるスポーツの試合にあっては、相当する連盟により作成され、その遵守が監視されている試合の規則が、まさに、試合の実施と結びつけられた、関与者の健康や生命に対する危険を限定することに資するのである。

〔15〕 そのような危険を制限する規則やその遵守を保障するための組織が存在すること以外に、被害者の承諾が存在するにもかかわらず、傷害が良俗に違反することを評価するにあたっては、相互の暴力行為の範疇にあっても、承諾者の防衛が実際に可能であったという条件の下で行われたかに照準が合わせられる。それゆえ、当刑事部は、相手を打ち負かすことはないであろうと、相手に先んじて「賭け」として挑んだ被害者に対する、傷害へと至る攻撃を、善良な風俗に違反するもの (ドイツ刑法第228条) として評価する。なぜなら、その攻撃は、先に挑んだ被害者が、「防衛の準備ができ」、「決闘の準備ができ」ておらず、同等でない「決闘手段」で闘争を行った時点で実行されたためである (BGH Urt. v. 12. 10. 1999-1 StR 417/99, NStZ 2000, 87, 88)。同様に、一表明者の承諾能力が想定され

た事例に関して一所為が善良な風俗に違反するため、その承諾に正当化的効果は認められない。なぜなら、少年グループへ加入する儀式の中で取り決められた、3人のグループのメンバーと加入を希望する者との間の闘争は、重大な傷害の防止に対する予防措置を予定しておらず、「加入を希望する者」の防衛の可能性が、はじめから非常に制限されていたためである (*BayObLG NJW 1999, 372, 373*)。

[16] すでにこれまでの連邦最高裁判所の判例において援用された基準に従うと、ドイツ刑法第228条の適用にとって決定的な、傷害行為の危険性の程度を評価する場合に使用される事前の観点は、いずれにせよ、ライバル関係にあるグループ間での暴力による闘争中に、本件において実行されたような傷害に対する段階的に増大する危険を、ともに顧慮することを要求する。加えて、連邦検事総長が、その告訴状(起訴状)において当然引き合いに出したことに関して、ドイツ刑法第231条の基礎にある保護目的が有利に作用する。第231条が抽象的危険犯であることで (BGH Urt. v. 24. 8. 1993-1 StR 380/93, BGHSt 39, 305, 307; MünchKomm-StGB-Hohmann 2. Aufl., § 231 Rn 2 mwN), 立法者は、すでに生命や健康といった法益の侵害の前段階において、多数の人物間での身体的な闘争に存在する危殆化の潜在力から保護しようとしている (vgl. BT-Dr 13/8587 S. 61; Pichler aaO, S. 39)。この喧嘩に特殊な危険性の観点は、まさにグループの動的な過程が制御できないことに存在する。この危険性の観点は、この種の事例における、相互に同意された傷害を事前の観点から判断するに際してもまた顧慮されるべきである。

[17] cc) この基準によると、証人 Lg や証人 W の不利益になる傷害は、これと結びつけられる生命や健康といった法益に対する危険性の程度を理由として、被害者の承諾が存在するにもかかわらず善良な風俗に違反する。これに関して決定的なのは、まず第一に、個々の傷害行為に存在する危険性の潜在力ではなく、その下で傷害行為が実行された全事情である。

[18] 合意に至った許された傷害を伴い、すでに少なくとも足蹴の形態においては、重大な危険性の潜在力が表出している。認定によれば、その

ような足蹴は、相手の頭部にもまた向けられたものであったことが排除できない。頭部へ足蹴りすることは、それ自体、被害者の生命に対して一般的に危険である。これが傷害行為の実行の種類により、個々の事例において、生命に危険な傷害へ至りうるであろう場合、いずれにせよ、ドイツ刑法第224条第1項第5号の意味における、生命を危険にさらす取扱いの要素を実現したものである(BGH *Beschl. v. 11. 7. 2012-2 StR 60/12*, NStZ-RR 2012, 340f.; s. auch BGH *Urt. v. 22. 3. 2002-2 StR 517/01*, NStZ 2002, 432f.; sowie *Senat Urt. v. 21. 12. 2011-1 StR 400/11*, NStZ-RR 2012, 105f.)。相当したことは、本件においてLaのグループに所属するメンバー多数が被ったような被害者の頭部に対して実行された手拳での殴打に対しても妥当する。それゆえ、例えば、証人Lgは非常に激しく顔面を殴打されたため、3本の歯を完全に失い、インプラントによって修復されなければならなかった。このように強力な手拳での殴打は、すでにそれ自体として重大な危険性の程度を孕んでいる。そのような殴打が、とりわけ、こめかみの部分のように、特に繊細な頭部の領域に向けられた場合、通例、死の具体的な危険がさらに出発点とされるべきである(BGH *Beschl. v. 20. 7. 2010-5 StR 255/10*)。

[19] しかしながら、いずれにせよ、わずかではない、取り決めにより包摂される傷害行為の危険性の程度より重要なのは、ドイツ刑法第228条による行為の評価に関して、段階的に増大する相互の傷害行為と、それに伴い傷害行為から結果として生じる法益の危険性の著しい増加を排除する申し合わせや予防措置が欠落していることである。すでに暴行をうけ、それゆえもはや効果的な防衛能力や抵抗能力のない関与者に対する傷害が否定されることを、闘争が始まる前にグループが申し合わせたであろうことは、明白でない。同様に、法的な瑕疵のない認定は、両グループからの決闘者の数が異なった状態で対峙をし、一方の「決闘者」が多数であるために、より重大な傷害の危険を、その相手や少数の相手らに対して明確に増加させたという状況を排除する申し合わせと防衛手段を認めていない。

[20] 闘争の実際の展開は、むしろ、ただ、被告人らによって実行され、

ドイツ刑法第25条第2項に従って被告人らに帰責されるべき傷害の法益の危険性を判断するにあたって、抽象的一般的に重要な諸事情が問題となるものではないことを示す。むしろ、いわゆる一般的な危険の要因が、具体的な決闘の状況においてもまた危険を増大させる結果を生じさせた。それゆえ、いずれにせよ、強い酩酊状態に基づいて、自身に向けられる傷害から防衛するための能力のない証人Jが、被告人らのグループに所属する3人のメンバーから同時に殴打され、足蹴にされただけでなく、証人Jが完全に無抵抗の状態となり、地面に倒れ、四つん這いになって闘争現場から逃れようと試みたときでさえ、傷害はなお継続していたのである。その他に、証人Müと証人Rとともに、Lのグループと取り決められた身体的な闘争に関与したのでは全くなく、すでに負傷した証人Jを、闘争現場から連れていく努力を引き起こす誘因となったため、被告人らとグループのメンバーから殴打され、足蹴にされた人物が、被告人らによる傷害の被害者になった。まさにこのような展開において、事前に判断されるべき、この種の身体的な闘争に関する危険性の潜在力が表れている。

[21] それとともに、ライバル関係にあるグループ間の相互の傷害の事例においては、関与者の生命や健康といった法益の危殆化の程度を、国家の立場により自己決定権の背景から許容される程度に制限する申し合わせや、その遵守に対する有効な防衛手段が欠落している場合 (vgl. BGH Urt. v. 26. 5. 2004-2 StR 505/03, BGHSt 49, 166, 171), 個々の傷害の結果と死の具体的な危険が結びつかないとしても、その所為は、被害者の承諾が存在するにもかかわらず、善良な風俗 (ドイツ刑法第228条) に違反する。

[22] dd) ライバル関係にあるグループ間の相互の傷害にあたり、危険性の程度や危殆化の程度を限定するための申し合わせと防衛手段が存在した場合、所為が善良な風俗に違反しないか否かについては、当刑事部は決定する必要はない。しかし、当刑事部は、この種の状況において、抽象的一般的な段階的に増大する危険を理由として、取り決められたことの遵守が、十分に確実に保障されうる場合と保障されうる限りにおいて、この問題を否定する傾向にある。

〔23〕 2. 傷害を被った証人Jの不利益になる傷害に関して、いずれにせよ、はじめから承諾による正当化は否定される。暴力行為の開始にあたり、取り決められた闘争に参与するLのグループに所属していたにもかかわらず、証人Jは、有効な承諾を表明しえなかった。その酩酊とそれにより引き起こされた状態をめぐるLGの認定によると、証人Jは、予見された経過や予期されるべき攻撃から起こりうる結果について、適切な表象を有しえなかった。それゆえ、証人Jには、承諾能力はない。

《研究》

1. ドイツ刑法第228条は、承諾をえて行った傷害行為であっても、行為が善良な風俗に違反する場合には、違法であると規定している。この規定をめぐっては、善良な風俗という概念の不明確性から、基本法第103条の明確性の原則に違反するという批判もなされ、判例や学説において盛んに議論されている。これまでの判例の流れや学説を検討する。

2. 判例は、RG以降、実行された傷害行為の目的や動機を考慮して、善良な風俗に違反するか否かを決定していた。例えば、①BGHSt 4, 24 (NJW 1953, 473)は、規定決闘の事例であるが、包帯やサポーター、その他の予防措置により、生命に危険な傷害の発生を防止していたものである。この事例において、「被害者の承諾にもかかわらず、傷害が善良な風俗に違反するか否かという問題は、傷害の重大性によって答えられるものだけでなく、その他の諸事情や、とりわけ動機もまた本質的な役割を演じる」とした上で、「この規定は、どのような構成要件が、刑罰をもって威嚇されているのかが明確でないため、被告人の有利に判断されなければならない。善良な風俗に違反するのは、あらゆる正当な思考により疑いなく当罰的な不法と考えられるものである」旨判示した。この事例は、善良な風俗に違反しないと判断されている。

3. このような傾向の転機となったのが、以下に述べる②と③の判決である。②BGHSt 49, 34 (NJW 2004, 1054 = NStZ 2004, 204)は、違法薬物(ヘロイン)を手交した事例であるが、「所為の良俗違反性の検討は、

非難されるべき目的、例えば、犯罪行為の予備、実行、隠蔽、仮装あるいはその他の不当な目標に資するためというような目的を追求していたことに、所為が結びつけられるだけではない。むしろ、常に顧慮されるべきは、各々の構成要件の法益に対する攻撃が重大なために、とりわけ、被害者に対する身体的虐待や健康障害の程度、並びに、それと結びつけられたさらなる身体や生命の危険の程度を理由として、傷害が、善良な風俗と両立しないとして評価されるかである」と判断した。この事例においては、麻薬法違反が存在していたことを理由として可罰性を認め、善良な風俗に反するとした。この判決での決定的な基準は、健康への危険や中毒の危険が発生したか、あるいは強められたかにあった。決定的な事情全てを、あらかじめ客観的に考察するにあたり、被害者が、麻薬の手交により、死の具体的な危険に陥った場合、一般的な倫理的感觉に従って、道義的非難の限界をこえることになる」と判断されている。同様に、③ BGHSt 49, 166 (NJW 2004, 2458 = NStZ 2004, 621) においては、サドマゾ行為に対して、「所為の決定的な諸事情全てを、あらかじめ客観的に考察するにあたり、承諾者が、傷害行為により死の具体的な危険に陥った場合、良俗違反性の限界をこえることになる。第228条は、殺人や傷害における承諾の正当化的効果を限定している。なぜなら、法は、これらの法益の維持に関して社会的利益を、該当者の意思に反しても追求するからである」と判示し、少なくとも3分間、金属の鎖を使用して首を絞め続ける行為は、生命の具体的な危険であるとして、良俗違反性を認め、承諾は無効と判断した。

なお、近年も②判決と③判決を踏襲した判断が多数示されている。④ BGH 18. 9. 2008 5StR 224/08は、危険な同性愛行為を行うために、違法薬物を手交し、その薬物を摂取したことにより死亡した事例であるが、②、③判決を踏襲し、良俗違反性を認め、承諾は無効と判断した。また、⑤ BGHSt 53, 55 (NJW 2009, 1155 = NStZ 2009, 148) は、公道上で実行された加速テストの事例である。同乗者の死亡の結果について、②、③判決を踏襲し、「所為の決定的な諸事情全てを、あらかじめ客観的に考察する

にあたり、承諾者が、傷害行為により死の具体的な危険に陥った場合、良俗違反に対する限界をこえることになる」と判断し、関与していない第三者の車両を追い越すことを試みた時点でその危険を肯定し、良俗違反性を認めている。さらに、⑥ BGH 20. 7. 2010 5StR 255/10は、こめかみへの殴打が問題となり、②、③、⑤判決を踏襲し、承諾者が、傷害行為により具体的な死の危険に陥っているとして、良俗違反性を認め、承諾を無効と判断した。最後に、⑦ BGH 12. 6. 2012 3StR 163/12は、サングラスで鼻を殴打した後、被害者から「戦って決着をつけよう」と言われ、暴行した事例において、②、③判決を踏襲し、喧嘩の目的とともに、法益侵害の程度、それと結びつけられた被害者の身体や生命に対するさらなる危険を考慮することに言及したが、被害者が、入院し、手術が必要であったものの、生命の具体的な危険に陥っていないとし、良俗違反性を否定し、承諾を有効と判断した。

また、下級審においては、車の屋根に数人が乗り、その車を高速で走行させる「Auto Surfen」を実行した事例において、OLG-Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325は、極めて高い危険が生じていること、並びに行為の目的を考慮した上で、良俗違反性を肯定している。さらに、BayObLG NJW 1999, 372は、少年グループに加入する際の儀式として、1分半にわたり、被害者が、3人の相手と同時に殴り合いをした事例において、善良な風俗に違反すると判断している。

4. このような判例の流れに関して、特に②判決以降、判例が、死の具体的な危険に陥ったか否かという客観的観点から判断する傾向に賛意を表す論者が多い一方、デュトゲは、特に、②と③の判決について、「良俗違反を判断する基礎を明らかにしていない」と批判する。②判決については、規範的な解釈ではなく、存在する道義的確信を認めることにより、③判決については、社会の考え方の絶対化を試みていると評価する。「一般的に妥当する道義的基準」や、「変わりゆく道義観念」を基準として含ませていると主張する¹⁾。

1) G. Duttge, Der BGH auf rechtsphilosophischen Abwegen - Einwilligung in

5. 学説においては、ドイツ刑法第228条が、その不明確性ゆえに、基本法に違反するとの批判がされている。例えば、「傷害行為を評価するにあたり、何を基準にするべきかが不明確であり、基本法に違反する」との批判や²⁾、「どのような結果無価値と行為無価値が類型化されているのかに対する十分なよりどころを、国民や裁判官がこの規定から見出すことができない」との主張である³⁾。

これに対して、ロクシンは、基本法第2条第1項には、処分の自由を他人の権利や憲法秩序、公序良俗の範囲内で保障するとの規定があり、ドイツ刑法第228条のような制限を規定することも可能であると反論した上で、そのような限定を試みるにあたっては、その侵害が、社会的な害を引き起こすという意味において把握する必要があると主張する⁴⁾。その理由として、a) 倫理原則それ自体は、刑法の保護の対象ではないこと、b) 明確性の原則は、法益に関連しない道徳的評価を禁止していること、c) そのような解釈は、刑法第223条（傷害）以下の法益と相違することを挙げている⁵⁾。

6. ドイツ刑法第228条が、明確性の原則に違反しないという前提の下で、学説においては、ドイツ刑法第228条の「善良な風俗に違反する場合」の判断基準について、様々な立場が主張されている。

まず、かつての判例がとっていたように、1) 行為の目的を考慮する立場が主張されている。侵害とともに追求された動機や、目標設定が重要であると解する立場である⁶⁾。この立場は、現在、2) 規範化された目的を

Körperverletzung und „gute Sitten“, NJW, 2005, S. 260.

2) H. U. Paeffgan (U. Neumann/ H. U. Paeffgan hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band , 3. Aufl., 2010, § 228, Rn. 53ff.

3) W. Stree/D. Sternberg-Lieben (A. Schönke/ H. Schröder hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 228, Rn. 3.

4) C. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I , 4. Aufl., 2005, S. 558ff., Rn. 38.

5) C. Roxin, a. a. O., S. 558ff., Rn. 38.

6) W. Stree/D. Sternberg-Lieben (A. Schönke/ H. Schröder hrsg.), a. a. O., § 228, Rn. 6.; E. Horn-G. Wolters (H. J. Rudolphi, E. Horn, H. L. Günther, A. Hoyer, G.

考慮する立場となっている。ホルンによると、犯罪行為の予備や実行、隠蔽、仮装のために実行されたものである場合には、善良な風俗に違反すると解する⁷⁾。この立場により善良な風俗に違反すると考えられる事例は、保険金詐欺やその他の犯罪行為の前段階としての傷害である。

これに対して、最近の判例の立場に示唆を与えた見解が広く支持を得ている。この立場は、3) 善良な風俗に違反するか否かを判断するにあたり、傷害結果の種類や重要性に限定することを試みる⁸⁾。その理由として、重大な侵害の領域においては、個人の自己決定権に対する国家の一般予防的な介入が合法化されることが挙げられる。しかし、この立場にあっても、目的を一切考慮しないのではなく、補助的に考慮することにより、医療の事例のように傷害結果の重要性を基準とすることから生じる明らかに不当な結論を阻止することを試みるのである。

Wolters hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 1997, § 228, Rn. 9; U. Berz, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA, 1969, S. 145.

7) 注6に挙げた文献のほかに、P. Noll, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, 1955, S. 87; H. Tröndle / T. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 49. Aufl., § 228, Rn. 9.

8) G. Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, S. 36ff.; H. J. Hirsch, Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, ZStW 83(1971), S. 166ff.; H. J. Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung: Festschrift für H. Welzel, 1974, S. 798; H. J. Rudolphi, Bespr. v. Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung (1970), ZStW 86(1974), S. 86; T. Weigend, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98(1986), S. 64ff.; H. Otto, Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung: Festschrift für H. Tröndle, 1989, S. 168; A. A. Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrecht, 1992, S. 51ff.; H. Otto, Einverständnis, Einwilligung, und eigenverantwortliche Selbstgefährdung: Festschrift für F. Geerds, 1995, S. 618; H. Tröndle / T. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 52. Aufl., 2004, § 228, Rn. 92; G. Stratenwerth / L. Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, S. 120, Rn. 20.

7. 近年、「善良な風俗」の判断基準に関して、上述した3つの立場と異なる新たな見解が主張されている。

例えば、ロクシンは、関与者の介入の重大性に照準を合わせる見解（上述した3）の立場であり、重大性説と命名している）は、正しい側面を持っていると評価しながらも、介入の重大性は決定的な基準ではないとする⁹⁾。刑法は、個人が独自の判断で、納得できる理由なしに、後の人生での活動の可能性を制限するような方法で、その身体を侵害することを防止することを目的としているのであり、生命の危険性にその基準を求める立場を主張している。ロクシンによると、公衆は、第三者の身体的な完全性の中核となる領域に対する介入をタブーとすることに関して利益を有しているため、生命の重大性に照準を合わせることは、正当化されるとする¹⁰⁾。

また、結果や介入の重大性だけではなく、目的が了解可能であるかをも含めて考慮する立場が存在する。シュレーダーは、善良な風俗とは、社会倫理的な価値の観念により決定されるとし、ただ、このような道義違反を、著しい傷害、特に了解可能な目的なく追求された傷害に適用することを主張する¹¹⁾。ヒルシュも同様に、善良な風俗に違反するか否かは、構成要件上の法益に対する攻撃の重要性により評価することになるとし、積極的な、あるいはいずれにせよ了解可能な目的による重大な傷害もまた、不可罰であると主張する。その際には、結果の射程、危険の程度、故意や過失を考慮にいった上で、判断することになる¹²⁾。

フリッシュは、承諾者の自律性の欠如に基準を求め、自律的な人物の決

9) C. Roxin, a. a. O., S. 559, Rn. 40.

10) C. Roxin, a. a. O., S. 560, Rn. 44.

11) F. C. Schroeder (R. Maurach/F. C. Schroeder/M. Maiwald), Strafrecht, Besonderer Teil, 9. Aufl., 2003, § 8, Rn. 14.

12) H. J. Hirsch, Strafgesetzbuch : Leipziger Kommentar : Großkommentar, 11. Aufl., 1992, § 228, Rn. 9ff.;

定の表明と理解できない場合には、善良な風俗に違反すると解する¹³⁾。
ドイツ刑法第228条は自己決定権の保護を目的としていると解している。

最後に、デュトゲは、ドイツ刑法第228条は、社会の優越的利益としての被害者の意思に反した人間の尊厳の維持それ自体を目的にしているとする¹⁴⁾。ここでは、超個人的利益に照準が合わせられている。

8. 本決定においては、基本的に最近の判例を踏襲し、死の具体的な危険に陥ったか否かに重点を置きながらも、それを唯一の判断基準とせず、他の事情を考慮することを肯定した。実際に問題となった事例が、複数人が関与する喧嘩闘争の事例であったという特徴を踏まえ、特に、グループ間の動的な過程、状況全体の制御が不可能であったことを前提とし、身体傷害の危険性の程度を顧慮している。その際には、これまでの判例が採用してきた事後判断から、事前判断へと視点を変えている。さらに、スポーツの事例を参考にし、危険を制限する規則や、その遵守を保障する組織が存在したかを挙げ、その存在がない場合には、被害者の防衛可能性を軸に、申し合わせと有効な防衛手段が採られていたかを検討する。以前の判例の立場では、傷害行為の目的を加味することにより、時には社会的相当性の観点の下で包摂してきた観点を、これまでの判例を参照しつつ、具体的に明確化したものとして評価できるだろう。また、判決理由の中で目的といった言葉を使用せず、目的をともに考慮する立場と一線を画すことを試みているものともいえる。承諾が存在するにもかかわらず、善良な風俗に違反する傷害に関するこれまでの判例を詳細に分析しており、また、具体的な判断の基準を示したものとして評価できるものといえよう。

最後に、この決定の射程として、この種の喧嘩闘争の事例においても、一定の場合には善良な風俗に違反しないことを示したものといえるが、善良な風俗に違反しない事例が如何なるものであるのかについては、今後の

13) W. Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228) : Festschrift für H. J. Hirsch, 1999, S. 485.

14) G. Duttge, Abschied des Strafrechts von den „guten Sitten“? : Gedächtnisschrift für E. Schlüchter, 2002, S. 775.

判例の集積を待つほかない。これまでの判例や本決定から検討すると、どのような方法で実施するかについて双方に合意があり、人数や武器が対等な状況で行われ、重大な傷害を回避するための措置がとられていた場合には、善良な風俗に違反しないとする可能性も残されているものと思われる。

本決定は、承諾が存在するにもかかわらず、傷害が善良な風俗に違反するかについて、連邦最高裁判所の立場を詳細に示したものであり、日本における議論への示唆にも富むものとして紹介・検討した次第である。

2013年8月18日

要求に基づく殺人——要求の真摯性 StGB § 216 I

秋 山 紘 範*

瑕疵ある意思でないことは、確かに殺害要求が真摯であることの必要条件ではあるが、十分条件であるわけではない。いずれにせよ、一時的な抑鬱的気分で行った要求は、それが内心における決意の固さと一途さ、即ち所為の被害者が自らの死の願望について一層深く省みているということに支えられていないのであるとすれば不十分なものである。

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

BGH, Urteil vom 7. 10. 2010–3 StR 168/10 (LG Verden)

《事案の概要》

〔原審の〕認定によれば、犯行時に74歳であった被告人は、後の被害者である当時53歳のBと1986年以来四度目の婚姻状態にあった。B女は長年にわたり筋腫に苦しんでおり、その筋腫は1885gまで肥大化し、腹腔のほぼ全体を埋め尽くし、硬化しているため腹壁を外から触って分かる状態にあった。当該筋腫によって、少なくとも漠然とした下腹部の痛み、消化不良そして尿意逼迫が生じていた。B女は腫瘍の発症を認識していたが、周囲には隠していた。B女がそれ以上聞かれても何も答えることなしに自分が下腹部の痛みを苦しんでいることを被告人に初めて打ち明けたのも犯行の数日前であった。B女が医者にかかっていたか否かをLGは認定することができなかった。

当該夫婦は建築業者の到着を待っていたため、2009年6月3日の早朝に起床した。二人が会話する中で、B女は被告人に自身が下腹部の悪性潰瘍に苦しんでいること、これ以上耐え難いほどの強い痛みが伴うこと、そして死期が近いと感じていることを打ち明けた。B女は「この時」生きる気力を失い、死にたくなった。そのためB女は「真摯にかつ明白に」死にたいという希望を述べた。B女は被告人に、自分を射殺して欲しいと願い出た。この夫婦の間で「それに関するやや長い議論が始ま」り、その議論の過程で被告人は、「B女のたつての願いを叶えてやろうと」同人を殺害することに最終的に賛成した。もっとも被告人はその時「一緒に死ぬ」つもりだったとされている。被告人は、飼い犬も殺してから自分も死ぬと約束した。B女は正装と装飾品を身に付け、化粧をし、リビングのソファに横になった。被告人は背後からB女に歩み寄り、同人の頭頂部に拳銃を押し当て頭部に発砲した。B女は数分後に死亡した。その後、被告人は飼い犬を殺し、直後には自己の左胸部にピストルを押し当てて発射した。被告人は重傷を負いながらも生き残った。

LGは要求に基づく殺人 (§ 216 StGB) により被告人に2年6月の自由刑を宣告した。これに対し、謀殺による有罪判決を強く望む付帯訴訟人が

ら、実体法違反を理由とした上告がなされた。付帯訴訟人の解するところでは、LGは不当にも、被告人が所為被害者の明示的かつ真摯な要求によってその殺害を決意したと想定している。当該上告は認められた。

《理由》

2. 上告の対象となった原判決は二つの点において法的再検討に耐えないものである。第一に、LGの証拠判断は、心証形成についての説明が不十分であるが故に当刑事部には完全に理解することができず、第二に、当該認定は当刑事部に、所為被害者の殺害の要求が § 216 I StGB の意味での真摯なものであったか否かの検討を可能ならしめるものではない。

a) 被害者の殺害要求についての LG の認定は、公判における被告人の当該主張に基づくものであり、LGは当該主張を被告人の弁護士によって読み上げさせ、反論〔Einlassung〕としてこれを認め、口頭で補足した。LGの刑事部は、「存在する間接証拠全てを総合評価」すると、所為の経過が被告人の述べた通りに起こったことを排除することができず、それ故「疑わしきは被告人の利益に」の原則を適用して、StGB216条に従い被告人に有罪を宣告した。しかしながら、LGがその根底にある心証形成において証拠資料を必要な範囲で評価し尽したか否かは、重大な点において未解決のままである。このことによって原審判決は破棄を免れない (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 337 Rn. 26 f.)。以下、詳細にこれを論じる。

LGは所為以前の出来事、とりわけ被告人の妻が自らの病気の厳密な種類について有していた知識と、周囲に病気を隠していたことについて、被告人の反論と両立しないと見做されるような認定を一切行うことができていない。被告人の所為の動機が別のものであるということに関しても、十分な証拠資料は見受けられない。こうした背景から、被告人の反論の正当性はさしあたり、客観的な証拠〔Spurenbild〕が被告人の主張と一致しているということに支えられているということが認められる。被告人の一発作的にパニックを起こしたことがきっかけとなった一所為と自殺未遂の間

の態度についての反論も、複数の証人が証言する発見時の状況に合致するとLGはいう(庭に通じる門と玄関のドアは開いていた)。「またLGは、」更に、弁護人が陳述を読み上げている間、被告人が感情的に狼狽していたという事情がある〔、とする〕。

それに対して、LGは被告人の主張の正当性に不利となるような複数の証跡を認定している。当該夫婦は2009年7月中旬に南ドイツに住むB女の母を訪問し、その後の休暇中には所為被害者の孫を自分たちの家に泊めるつもりであった。それに加えて、B女は休暇旅行まで予定していた。しかし何よりも2009年7月3日、つまり犯行日に、かねてから長期にわたり予定されていた共同住宅の修理が始まることになっていたのであり、この修理をB女は楽しみにしていたが、予定されていた作業の範囲〔が大きいこと〕から不安をも抱いていた。建築業者は犯行日の午前中に来る予定だった。その前夜、B女は習慣通り1時少し前までコンピュータで仕事をし、最新のニュースを読み、そして庭の手入れをした。更に加えて、法医学者による検死結果の鑑定書が提出される直前になって初めて、被告人は第四回公判期日で妻の殺害要求を主張したという事情がある。

確かにLGはこれらの間接証拠の意義について誤った判断をしている。だがそれは、LGは間接証拠の意義を、被告人の反論の正当性を否定するにふさわしいであろうというほどには重要であると判断しなかったからである。「LGの論ずるところでは、」間接証拠の信用性は、精神鑑定人による検査でのやりとりでも、LGによる口頭での勾留審査〔Haftprüfung〕でも、そして勾留に対する抗告手続でも、公判で主張した所為形式を述べてこなかったということによっても特に揺るがされることはないという。何故ならば、これは自殺未遂の肉体的—精神的結果によって説明がつくからだというのである。それ故LGの刑事部は被告人の利益となるように、被告人はその病状のために当初はそもそも反論ができる状態になかったということから出発している。

この評価には根本的な欠陥がある。特殊な証拠状況に直面しているならば、LGは被告人のそれ以前の反論の厳密な内容に、手続において詳細に

取り組まなくてはならない。だが判決理由からは、被告人が公判の開始以前に既に何度か事件について反論しており、これらの反論は公判での被告人の供述と一致しないらしい、ということしか判明しない。しかるに被告人が事件について本来何を述べていたかということは、原審判決では報告されていない。しかし、事件についての以前の主張をより詳細に見なければ、被告人の以前とは異なる反論行為は健康状態の変化から説明がつくとする LG の結論が法的に誤っているか否かは後から確認することができないであろう。既にしてこのことにより、争われた判決は破棄を免れない。

b) § 216 I StGB によると、要求に基づく殺人の減輕〔Privilegierung〕には、行為者に所為を決意させる被害者の殺害要求が明示的かつ真摯なものであるという前提がある。明示性とは要求の内容が明確であることを求めるものであり、真摯性とは規範的観点のもとで法的に認めるべき所為被害者の自己の殺害要求の動機を、法規範が減輕を認めない動機と区別するものである。しかしながらこの点で、この限界がどこに引かれるべきであるかについては争いがある。

aa) BGH の判例では、殺害要求の真摯性には何が求められるべきかという問題はこれまで明らかにされていない。もっとも、BGH は1981年1月22日判決 (4 StR 480/80, NJW 1981, 932) で、§ 216 I StGB の意味において真摯であるのは、瑕疵なき意思形成に基づいた要求のみであるということを確認している。これは、自己の殺害を要求する者は、自らの決断の意義と射程を理性的に概観し、慎重に検討するために、判断力を有していなければならないということである。従って、重要なのは生きることに疲れた者の本来の弁識—判断能力であるということである。つまり、この者が例えば精神病患者又は未成年者であって、年相応の理性的成熟をしているものではなく、自身の生命についての自由な自己決定が常態的にさもなくば具体的状況においてできないならば (16歳の「年齢以上に成熟した少女」がなした「真摯かつその射程について十分意識的に表した」死の要求について判断した BGH Urt. v. 14. 8. 1963-2 StR 181/63, BGHSt 19, 135も参照)、真摯な要求が欠けているということになる。当該判決を踏襲して、

BGH は、2005年4月22日判決において——傍論ながら——殺害要求を認めなかったが、それは所為被害者が重度の精神障害によって弁識—意思能力が低減しており、それによって自身を殺害させるという決断の射程を合理的に見通さなかったからである (2 StR 310/04, BGHSt 50, 80, Rn 5, 37)。

しかしながらこれは、被侵害者の個人的法益の放棄にその都度要求されるべきところのものであり、そして法益の放棄があっても人の殺害については無罪を基礎付ける違法性阻却事由を認めることはできないにもかかわらず § 216にも効力を認めるところの根本的な前提を言い換えたに過ぎない。さしあたり、殺害の要求は被害者が自由で答責的に決定し、自らの決断の意義と射程を理性的に見通し、慎重に検討することができるだけの十分かつ本来の弁識—判断能力を有している場合にのみ認められるということとは、争いがない。また、学説でも、被害者にこの能力が——例えば年齢又は病気による瑕疵又はアルコール若しくはドラッグの影響によって——ない場合には、殺害要求を認めていない (vgl. Fischer 57. Aufl., § 216 Rn 7; Lackner/Kühl 27. Aufl., § 216 Rn 2; LK-Jähnke 11. Aufl., § 216 Rn 7; MünchKomm-StGB-Schneider § 216 Rn 21; S/S-Eser 26. Aufl., § 216 Rn 8; SK-StGB-Horn 6. Aufl., § 216 Rn 8)。

行為者が強制、脅迫又は悪巧みのある欺罔、例えば自らの虚偽の自殺の計画によって惹起したために、自由かつ自己責任での決断に基づいていない死の願望にも、同じことが妥当する (Fischer; LK-Jähnke; S/S-Eser; MünchKomm-StGB-Schneider Rn 22—alle aaO; vgl. auch BGH Urt. v. 3. 12. 1985—5 StR 637/85, JZ 1987, 474)。

bb) しかし、真摯性という規範的構成要件要素が殺害要求の減輕効果に関して前提としている要求の内容は、結局のところこれによって画定されてはいない。確かに、上述のような態様による瑕疵ある意思でないことは殺害要求の真摯性の必要条件ではあるが、十分条件であるわけではない。その限りで当刑事部は、上述の基準に従って瑕疵ある意思でない被害者の決断に死の欲求に基づいていた場合であっても、その欲求には真摯性がないとして減輕効果を認めるべきではないことがあり得るとする刑法学

説上異論のない解釈に原則として賛同するものである。

だが、それに従って更にどのように構成要件要素の限定をする必要があるのかは、学説上統一的な答えは出されていない。もっとも、一部には、この概念の輪郭をより鮮明にすることなく、死の願望が軽率であると看做すべきものであるならば、それだけで真摯性を認めないとするものがある (Kühl aaO)。支配的見解は、要求がその場の気分又は一時的な抑鬱から生じたものである場合には、そのような要求は認めない (Fischer; LK-Jähnke; S/S-Eser; SK-StGB-Horn-alle aaO)。更に、時として、被害者が決断に際して不適切な前提に基づいていた又は本質的な動機の錯誤に陥っていた、つまり例えば不治の病であると誤解していた場合にも、死にたいという被害者の願望は考慮されないものとして評価される (S/S-Eser; SK-StGB-Horn; jew. aaO)。最も広く解するのは、所為被害者が承諾に関して意思に瑕疵が一切生じていない場合には、それだけで原則的に殺害要求を認めるべきであるから、殺害要求とは承諾の下位事例であるとするものである。もっとも、この見解も制限的に、何気なく又は軽率に表明された殺害要求には備わっていないような、生きることに疲れた者の意思の固さと一途さが表れている内心的態度を要求する (MünchKomm-StGB-Schneider aaO, Rn 19f.)。

これらの見解のいずれに従うべきか、詳細な態度決定を行う必要は当刑事部にはない。いずれにせよ、瑕疵ある意思によらず表明された死の願望を最も広く認める見解でさえも、一時的な抑鬱的気分で行った要求は、それが内心における決意の固さと一途さに支えられているのでなければ不十分なものであるとしている (MünchKomm-StGB-Schneider aaO, Rn 19f.)。当刑事部はかかる見解に従うが、それはこのことによって殺害要求が真摯なものと認められるために少なくとも満たす必要がある前提が画定されるという限りにおいてである。しかしながら、本件被害者の要求が真摯なものであったか否かを判断するためには、かかる基準のあてはめでは既にして認定に不足が生じている。何故なら、その限りで原審判決は本質的には法律の文言を反復しているだけだからである。所為の数日前の会話の内容

も、またとりわけ所為の直前に被告人とその妻との間での長時間にわたる話し合いの内容も、いずれも報告されていない。同様に、内心における決意の固さと一途さに支えられた死の願望を否定する、上述のような別の証拠についても、ほとんど検討されていない。とりわけ、所為被害者が既に相当長期間にわたり病気に苦しんでいたものの、それは近い将来の具体的な計画を立てることや、所為の直前まで日常的な仕事に専念していたということを妨げるものではなかった、ということが検討不尽である。

《研究》

1. 本判決は、StGB216条1項の成立要件として構成要件上規定されている「真摯な要求」という文言の解釈について、事実認定上の問題から原審を破棄しつつ、当該概念の定義に関してBGHとしては初めて一定程度ながらも言及を行ったものであると評価することができる。

本件判決中で第三刑事部自身が認めているように、従前のBGHの判例においては「真摯な要求」が認められるための積極的要件論については、判断が示されてこなかった。もっとも、事例判断として真摯な要求にあたるか否かについて争われた事案は幾つか存在するところである。BGH1981年1月22日第四刑事部判決¹⁾は、被害女性Nの要求に基づいて被告人は彼女を殺害したものの、行為時には重度の情緒不安定によって判断力と意思形成に障害が生じており、客観的合理的な状況判断が最早できる状態にはなかったと認定された事案であるが、この事案において第四刑事部は「真摯性のメルクマールは、瑕疵なき意思形成に基づく要求にのみ認められる」との規範を示している。そしてここでは、例えば年相応の成熟を果たしていない精神病患者や未成年者である場合には、要求の真摯性は認められないとされている。しかしこれは裏を返せば、年齢や精神病といった事情が要求の真摯性を否定する画一的な基準とはならないということであり、実際1963年8月14日第二刑事部判決²⁾では、16歳の少女であった

1) NJW 1981, 932.

被害者 Gisela D. の弁識—判断能力については特に争われることなく、端的に StGB216条の成否が問題とされている。他方で, „Kannibale von Rotenburg” として知られる2005年4月22日第二刑事部判決³⁾では, 被害者 B が重度の性的マゾヒズムに倒錯していたという点が認定されており, これによって弁識—意思能力が低下していたために, 殺害要求の射程を合理的に見通すことができなかつたとの認定から, 要求に基づく殺人は否定されている。

BGH は「生きることに疲れた者の本来の (natürlich) 弁識—判断能力」こそが問題であると述べているが, この点に着目して上記三つの判例, そして本件判決を比較してみると, 1963年判決では Gisela が遺書を自筆しているなど死ぬ意思が明示的にかつ確固たるものとして表示されているものとして認められているが, のみならず背景事情として, Gisela と被告人は交際関係にあったが, 結婚を両親から認められなかつたことから, Gisela が自殺を決意したという経緯が存在しているという点を無視することはできない。これに対して BGH1981年判決では N が子供を出産して以来病的な精神障害に苦しんでいたことが立証されており, また2005年判決でも前述の通り B は病的なマゾヒズムに倒錯していた状態にあったとされている⁴⁾。何を以てしてその者の「本来の能力」とするかという問題はあるが, 本件判決においては B 女が所為以前に将来的な計画を立てていた点についての原審の検討不尽を指摘し, 「一時的な抑鬱的気分で行った要求」について一定の規範を定立したものであることを考えると, 被害者が死の願望を抱きそして行為者に自身を殺害させるに至るまでの経過が事

2) BGHSt 19, 135.

3) BGHSt 50, 80.

4) ただし, StGB216条にいう「決意」とは単なる被害者の承諾以上のものを前提としているところ, 2005年判決では, 致死結果をもたらすことになった性器切断行為は被告人の殺人衝動に端を発するものであって, B はそれに応じたにすぎないとされている点については注意を要する。この点を重視するのであれば, B の弁識—判断能力の問題はこの事案で要求に基づく殺人の成立を否定するにあたり, 必ずしも重要な意味を持たなくなる。

実上の判断基準として用いられていると解される。

2. 学説においても、意思形成に瑕疵がないことを要求するBGHの従来の基準はどの見解においても一致して支持されているところであり、それを具体化する形で、それに加えてアルコールやドラッグの影響による弁識—判断能力の喪失状態での要求⁵⁾や、強制・脅迫・欺罔等により自由で自己答責的とはいえない要求⁶⁾についても、真摯な要求にはあたらないとするものがある。

しかしそれだけで真摯な要求であると認めることができるものはない。このStGB216条にいう真摯性の解釈について、Meyerは「要求」を「承諾」との関係においてどのように位置づけるかという問題があることを確認する。即ち、「要求」を単なる「合意」以上のものとして考えるのか、それとも「承諾」に引き付けて解釈するのかという二通りのアプローチがそれである。そもそも、「合意」とは他人の意図に単に同意することを指すのであって、その限りでは自己の内心的な態度が相手のそれと合致していることを結果的に表明していれば良いということになる。しかし、「要求」をそれ以上のものとして考えるとするならば、殺人要求は被殺者自身の願望として表明されていなければならず、その内心的態度は決意の固さと一途さによって裏打ちされていなければならぬということになる。他方で「承諾」に引き付けて「要求」を解釈するのであれば、イニシアチブは行為者の側にあっても良いということになり、従って行為者が被害者に死ぬことを「要求」した場合にもStGB216条は認められ得るという帰結に至ることになる⁷⁾。BGHはこの点については前者の解釈を採

5) Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze 60. Aufl., § 216 Rn 9a; Kühl, Strafgesetzbuch : Kommentar 27. Aufl., § 216 Rn 2; Jähnke, Leipziger Kommentar 11. Aufl., § 216 Rn 4; Schönke/Schröder-Eser, 28. Aufl., § 216 Rn 8; Sinn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch 133. Lfg., § 216 Rn 8.

6) Fischer, Jähnke, Eser(alle o. Fn. 5); Schneider, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch 2 Aufl., § 216 Rn. 22.

7) Meyer, Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, 1984, S. 223.

用しており⁸⁾、学説の多くもこれに従っている⁹⁾。

「要求」は「承諾」よりも高いハードルが設定されているという前提から出発すると、「要求」においては必然的に、「承諾」よりも厳格な要件が課されるということになる。そこにおいては「承諾」の場合と同様、意思形成に瑕疵がないことが要求されるわけであるが、しかし本件判決でも確認されているように、瑕疵ある意思に基づいた要求でないことは真摯な要求であるために必要であるが、無瑕疵であれば即ち真摯であるということにはならない。つまり、意思形成に瑕疵がないことは、必要条件ではあるが充分条件ではないのである。そして、意思形成に瑕疵がないことに+ α として付け加わる条件付けについて、学説では様々な限定が試みられている。Kühlの見解によれば軽率な表明は真摯な要求から排除されるとするが¹⁰⁾、しかしどのような場合が「軽率」にあたるか否かについての具体的言及はない。支配的見解とされるものとしては、例えばFischerは表面上の抑鬱的な不機嫌のために又は内心における決意の固さに支えられていない抑鬱的気分で表明された要求は有効ではないとし¹¹⁾、EserやHornもその場の気分や一時的な抑鬱による要求については真摯であると認めることはできないとしている¹²⁾。

他方で、判例や多数説とは異なり、「要求」は「承諾」以上のものであるとする立場によらない場合、解釈論としては「要求」は「承諾」の下位事例として解されることになる。これは即ち、通常の被害者の承諾と要求に基づく殺人との区別を、「要求」と「承諾」という点にではなく、保護法益が処分可能なものであるか否かという点に求めるという解釈である。

8) BGHSt 50, 80, 92.

9) Kühl(o. Fn. 5), Rn. 7a; Jähnke(o. Fn. 5), Rn. 4; Eser(o. Fn. 5), Rn 5; Sinn(o. Fn. 5), Rn 8; Küpper, Strafrecht Besonderer Teil 1 2. Aufl., Rn 63.

10) Kühl(o. Fn. 5), Rn. 2.

11) Fischer(o. Fn. 5), Rn. 9a.

12) Eser(o. Fn. 5), Rn. 8; Horn, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch 6. Aufl., § 216 Rn 8; auch Sinn(o. Fn. 5), Rn. 8.

そうすると要求に基づく殺人の成否を判断するにあたっては、被害者の自律的な意思決定であるか否かということが基準となるのであって、「真摯な」という文言は格別の意味を有さないという帰結に至ることになる¹³⁾。従って、この解釈によれば、支配的見解とは異なり、その場の気分や一時的な抑鬱による要求であっても StGB216条の成立は否定されないということになるが、しかしこの見解によっても、被害者の承諾と同様に、真摯な要求であるためには被害者の主観的に自由で答責的な意思決定が前提とされることに変わりはないため、生きることに疲れた者の意思の固さと一途さが表れている内心的態度というものが必要とされる¹⁴⁾。

3. 本件判決で BGH は、これらの学説のいずれに立脚するかについて態度決定することを明確に避けており、あくまでも「要求」を「承諾」の下位事例として解する見解に仮に立ったとしても真摯な要求が認められないとされる限界を示したに過ぎないが、しかしこれは同見解の基準をそのまま判例の基準として採用したと評価することはできないであろう。何故ならば、この基準を採用する上での解釈学的な前提は、まさしく「要求」と「承諾」との間に明確な差異を認めないという点にこそあるわけだが、前述の通り BGH は既に「要求」では「承諾」以上のものが求められているとする見解を示しているところである。それ故、学説における解釈論をそのまま辿るとするならば、支配的見解が述べるようにその場の気分や一時的な抑鬱による要求についてはそもそも真摯性を認めないという態度を表明する方が妥当であるようにも思われる。しかし私見によれば、BGH が明確な態度決定を回避したのは、理由のあることであると考えられる。

そもそも、「真摯」という概念を刑法的に定義することは極めて困難である。即ち、とりわけ日常用語的な文言が用いられている構成要件について、当該語は往々にして多義的に用いられ得るところであり、そのような非専門用語については確かに本件判決で示された程度において最低限の限

13) Schneider(o. Fn. 6), Rn. 12.

14) Schneider(o. Fn. 6), Rn. 19f.

定を図らなければ、無際限に適用範囲が拡大しかねない。しかし、究極的には事例判断、更に言うならばその根底にある事実認定を通じて行われる「例外」の画定においてこそ、その「原則」が確認されるのであり¹⁵⁾、„ernstlich“のような日常用語については、何を以てして„ernstlich“であるとするかを定義しようとする自体に不可能性が内在しているのであって、結局この点については具体的事情に触れる原審が専ら引き受けるべき仕事として、BGHは極めて大枠の条件を提示するに留まらざるを得ないと考えられる。

4. このように、態度決定を曖昧にした基準を示したものであるために、本件判決の判断枠組そのものについては、学説からは特に異論などは提起されていないようである。もっとも、評釈の中には、本件判決を終末期医療の問題との関連において参照するものがある。即ち、近時の判例においてBGHは生命法益を切り崩しているのではないかとの印象が抱かれているところ、それに対して本件判決は要求に基づく殺人に減軽効果をもたらす意思にさえも厳格な要求を課すということを明確化することでこれを否定しているというのである¹⁶⁾。BGHが臨死介助と要求に基づく殺人とをどのような関係において把握しているかは明らかではないが、いずれにせよ本件における行為者は一般人であり、両者を単純に比較対照するのは適切でないように思われる。むしろ、本判決は、要求に基づく殺人によって故殺ないし謀殺から刑を大幅に減軽する効果を導くための要件論において、極めて大枠ではあるが一定の判断枠組みを提示したものであると位置づけるのが妥当であろう。

また、比較法的観点では、今日の日本刑法学においては法益関係的錯誤

15) 事実、上述のいずれの文献においても、判例にいう「瑕疵なき意思形成」までは「真摯性」を積極的に定義しているが、それ以上についてはアルコール、ドラッグ、脅迫、強要、欺罔そしてその場の気分や一時的抑鬱といったように、例外を列挙する形でしか「真摯性」を定義することができておらず、またそれは原理的にも当然の帰結である。

16) Wolfslast/Weinrich, StV 5-2011, S. 289.

説が極めて有力に支持を集めているところではあるが、BGHはあくまでも被害者の意思形成という側面に重きを置き、いわば生命法益を放棄している状況において、それが短絡的に表明されたものではないということを証拠から判断する必要があることをLGに対して命じている。確かに、日本の同意殺人罪とドイツの要求に基づく殺人を同列に扱うことは条文構造からしても不可能ではあるが、単純な錯誤の有無のみならず要求に至る経緯を丁寧に精査すべしとしたBGHの判断は、日本の同意殺人罪の解釈にとっても示唆を与えるものである。

なお、本件判決で示された「真摯性」の基準は、真摯な要求の存在についての錯誤が問題とされた2011年9月14日第二刑事部判決¹⁷⁾においてそのまま踏襲されており、従って判例上既に確立された一つの基準として機能していると言うことができるであろう。

17) NStZ 2012, 85.