

# 近時のドイツ判例に見る同意傷害の処罰範囲 (一)

田 中 優 輝

目次

- I . はじめに
- II . 従前のドイツ判例の状況
  - 1 . 行為の動機・目的を重視するかつての判例
  - 2 . 法益侵害の重大性を重視する近時の判例
- III . 集団乱闘に関する 2 つの判例
  - 1 . 連邦通常裁判所 2013 年 2 月 20 日決定
  - 2 . 連邦通常裁判所 2015 年 1 月 22 日判決
  - 3 . 両判例の意義・位置づけ (以上、本号)
- IV . 学説上の評価
- V . 若干の検討
- VI . おわりに

## I . はじめに

被害者の同意に基づく傷害行為 (同意傷害) の可罰性ないし処罰範囲如何は、刑法上の一重要論点であり、我が国の学説においてもこれまで盛んに議論されてきた。同意傷害を一律に不可罰とする見解は少数であり<sup>(1)</sup>、多数説は一定範囲でその可罰性を肯定する。肯定説を大別すれば、①もっぱら傷害の程度に着目して、重大な傷害を与える場合には同意による正当化を認めないもの<sup>(2)</sup>と、②行為態様や行為の目的・動機をも考慮し、公序良俗ないし社会的相当性の見地から同意傷害の処罰範囲を画そうとするもの<sup>(3)</sup>がある。判例は、保険金騙取という目的の違法性を理由に傷害罪の違法性阻却を認めな

---

(1) 西田典之ほか編『注釈刑法 第 1 卷』(2010 年、有斐閣) 364 頁 [深町晋也]、高山佳奈子「自己決定とその限界 (上)」法学教室 284 号 (2004 年) 61 頁など。

かった最高裁昭和 55 年決定<sup>(4)</sup>により、②の立場にあると評価されているが、近時の学説は、むしろ①の立場によるものが多数を形成しているといえるであろう。もっとも、我が国では同意傷害の違法性が争われた裁判例が少ないこともあってか、重大な傷害の範囲や判断方法に関する掘り下げた議論はあまり進展していないように見受けられる<sup>(5)</sup>。これらの点の検討は、昭和 55 年決定が「損傷の部位、程度」を考慮事情に挙げていることにも示されるように、②の立場においても意味をもつと思われる。

一方、ドイツでは、刑法 228 条<sup>(6)</sup>が明文で同意傷害について規定しており、その処罰範囲は「善良な風俗」の解釈問題として議論される。ドイツでも、従前、我が国と同様の議論が行われてきたところ<sup>(7)</sup>、2000 年代に入って注目すべき判例がいくつか現れ、さらに近時、合意に基づく集団乱闘の事案を扱った 2 つの連邦通常裁判所判例が登場したことを受けて、議論が活発になっている。そこでは、傷害の重大性に着目する立場を基本としつつ、同意傷害の処罰範囲について我が国よりも詳細な検討が行われており、その議論状況を

---

(2) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975 年、有斐閣) 254 頁、内藤謙『刑法講義総論(中)』(1986 年、有斐閣) 587 頁以下、山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』(2016 年、有斐閣) 175 頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第 4 版〕』(2012 年、成文堂) 254 頁、井田良『講義刑法学・総論』(2008 年、有斐閣) 322 頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013 年、有斐閣) 224 頁など。

(3) 大塚仁『刑法概説(総論)〔第 4 版〕』(2008 年、有斐閣)、福田平『全訂刑法総論〔第 5 版〕』(2011 年、有斐閣) 181 頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 2 卷〔第 3 版〕』(2016 年、青林書院) 442 頁〔古田佑紀=渡辺咲子〕など。

(4) 最決昭和 55 年 11 月 13 日刑集 34 卷 6 号 396 頁。

(5) ただし、①の立場の中でも、生命の危険を生じさせる傷害の場合に限って処罰を認めるか、それとも、手足の切断のように身体の枢要部分に対する回復不能な傷害をも含めるかという点については、比較的意識的に論じられている。

(6) ドイツ刑法 228 条(同意)は、「被害者の同意を得て傷害を行った者は、同意があるにもかかわらず所為が善良な風俗に反する場合に限り、違法に行為を行ったものとする。」と規定する。

(7) 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(2004 年、法律文化社) 126 頁以下を参照。

参照することにより、我が国の議論にも有益な示唆が得られるのではないかとと思われる。こうした問題意識のもと、本稿は、従前のドイツ判例の状況を概観した上で、とりわけ集団乱闘に関する近時の 2 つの判例を詳しく紹介し、それをめぐるドイツ学説の議論状況を参照しつつ、若干の検討を加えるものである。

## II . 従前のドイツ判例の状況

ドイツの判例においては、刑法 228 条の良俗違反性の判断基準につき、行為の動機・目的を重視するかつての立場から、法益侵害の重大性を重視する近時の立場への変遷が見られる。そのことは既に我が国にも紹介されているところではあるが<sup>(8)</sup>、ここで簡単に確認しておく。

### 1. 行為の動機・目的を重視するかつての判例

判例は、戦前から、良俗違反性判断の基準として、「公正かつ正当に考えるすべての人の礼節感情」(Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden) を据えていた。戦後に入っても、喧嘩にかかる事案を扱った連邦通常裁判所 1953 年 1 月 22 日判決は、「公正に考える人の道徳感情に反するか否かが基準となる」旨判示し、結論として良俗違反性を認めている<sup>(9)</sup>。また、決闘(一騎打ち)の事案に関する連邦通常裁判所 1953 年 1 月 29 日判決は、「被害者の同意があるにもかかわらず傷害が善良な風俗に反するか否かの問題は、傷害

(8) 近時の文献として、佐藤陽子『被害者の承諾－各論的考察による再構成－』(2011 年、成文堂) 270 頁以下、吉田敏雄「被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (3)」北海学園大学法学研究 52 卷 4 号 (2017 年) 490 頁以下(後述Ⅲで取り上げる近時の 2 つの BGH 判例も紹介されている)など。拙稿「被害者による危険の引受けについて (五)・完」法学論叢 174 卷 5 号 (2014 年) 90 頁以下、96 頁以下でも簡単に取り上げた。

(9) BGHSt 4, 88, 91.

の重大性のみによって答えられるものではない。むしろ、その他の諸事情も、とりわけ動機が重要な役割を果たす。」と判示しつつ、具体的事案においては「礼節感情」基準に照らして良俗違反性を否定している<sup>(10)</sup>。

このように、かつての判例は、「公正かつ正当に考えるすべての人の礼節感情」という法律外の事情を基準にして、とりわけ行為の動機を重視して良俗違反性を判断する立場を示していたといえる<sup>(11)</sup>。「礼節感情」基準は、「すべての人の」という限定に表現されているように、個別の社会的集団や裁判所の価値観による恣意的な良俗違反性判断を排除する意味を有していたが、とくに行為の目的を重視する点については、良俗違反性判断が不明確になり、法益保護からあまりにも離れてしまうといった批判が向けられていた<sup>(12)</sup>。

## 2. 法益侵害の重大性を重視する近時の判例

しかし、その後の判例では、行為の目的よりも傷害の程度の方を重視して良俗違反性を判断するものが見られるようになった<sup>(13)</sup>。その方向性を決定的なものにしたのは、2000年代に入って出された次の2つの判例である。

第1に、連邦通常裁判所2003年12月11日判決(第3刑事部)は、大量のアルコールを摂取していた被害者の依頼に基づいてヘロインを注射してやっ

---

(10) BGHSt 4, 24, 31 f.

(11) ほかに、いわゆる SM プレイによる傷害の事案につき、わいせつ目的で行為に出ていることから良俗違反性を否定したものとして、ライヒ裁判所1928年1月31日決定(RG JW 1928, 2229)などがある。

(12) 後述する BGHSt 49, 166, 170 とそこに引用されている文献を参照。

(13) たとえば、連邦通常裁判所1991年10月15日判決(BGHSt 38, 83)は、刑務所から脱走するために、同意を得て同室の囚人を縛り、その頭部に軽微な傷害を与えた事案につき、傷害の軽微性を理由にして良俗違反性を否定した。逆に、傷害の重大性を理由に良俗違反性を肯定したものとして、少年のギャングへの加入儀式として、ギャングの3名が加入志願の被害者に対して1分半にわたり身体や頭部に殴打や足蹴りを加えた事案に関するバイエルン上級地方裁判所1998年9月8日決定(BayObLG NJW 1999, 372)がある。

たところ、同人をヘロイン中毒により死亡させたという傷害致死事件である。判決は、同意傷害の良俗違反性は「公正かつ正当に考えるすべての人の礼節感情」に反する場合に認められるとしつつ、行為により追求される目的の非難可能性だけでなく、むしろ「当該構成要件の法益侵害の特別の重大性、すなわち、被害者の甘受する身体的虐待または健康侵害の範囲と、それに伴うさらなる身体・生命の危険の程度」が常に考慮されなければならないという。その上で、非合法の薬物使用に関して、「一般的な道徳感情によれば、重要な全事情を予測的・客観的に考察して、被害者が死の具体的危険にさらされる場合に、道徳的非難の限界が超えられる。」とし、本件はそのような場合であると判断している<sup>(14)</sup>。

第 2 に、連邦通常裁判所 2004 年 5 月 26 日判決 (第 2 刑事部) は、SM プレイによる傷害致死事件に関するものである。判決は、まず、「『善良な風俗』という概念は、法律外の倫理的・道徳的カテゴリーにかかるものではない。国家刑罰の予測可能性の要請を充たすためには、良俗概念はその法的な核心部分に限定されなければならない。」という。その上で、上記 2003 年第 3 刑事部判決と同じく、「当該構成要件の法益侵害の重大性を優先的に」考慮し、「いずれにしても、重要な全事情を予測的・客観的に考察して、同意者が死の具体的危険にさらされる場合には、良俗違反の限界が超えられる。」と述べ、続けて、「刑法 228 条の規範目的も、刑法 216 条<sup>(15)</sup>の規定から導かれる立法者

---

(14) BGHSt 49, 35, 41 f., 44. 事案の解決としては、正当化事情に関する錯誤が問題になるとして、原審に差し戻されている。本判決の紹介・検討として、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究 (三) 合意によるヘロインの使用と傷害致死罪の成否」名城ロースクール・レビュー 3 号 (2006 年) 75 頁、塩谷毅「麻薬事例における被害者の危険引受け」浅田和茂ほか編『自由と安全の刑事法学 生田勝義先生古稀祝賀論文集』(2014 年、法律文化社) 266 頁。

(15) ドイツ刑法 216 条 (囑託殺人) 1 項は、「被殺者の明示的かつ真摯な囑託により殺害を決意した者がいるときは、6 月以上 5 年以下の自由刑を言い渡すものとする。」と規定する。

の評価も、この限界づけを支える。」と説明して、良俗違反を肯定する結論を下している<sup>(16)</sup>。

これら両判例は、その出発点において立場を異にする。前者の2003年判決は、従前の非法律的な「礼節感情」基準をなお踏襲しているが、後者の2004年判決は、「礼節感情」という常套句を用いず、むしろ良俗概念は法律外の倫理的・道徳的カテゴリーに関係しないと判示しており、この点に画期的な意義が見出される。すなわち、両判決は、同じく、死の具体的危険が生じる場合には良俗違反性が肯定されるとの帰結に行き着いているものの、2003年判決が道徳的非難によってこれを説明しているのに対して、2004年判決は、囑託殺人を処罰する刑法216条を挙げて、法的観点から説明しているのである。このような傷害の程度を重視する立場は、判決文の中でたびたび引用されていることから明らかなように、学説の、とりわけヒルシュの見解<sup>(17)</sup>の影響を受けたものである。両判決は学説からも比較的好意的に受け止められており<sup>(18)</sup>、まずもって法益侵害の重大性に着目する立場は、その後の判例においても確認され<sup>(19)</sup>、確固たるものとなっている<sup>(20)</sup>。

### Ⅲ. 集団乱闘に関する2つの判例

---

(16) BGHSt 49, 166, 169, 171 f., 173. 前掲注11のライヒ裁判所の見解は、「とりわけ道徳観念の変化により、時代に合わなくなっている」とも述べられている。本判決を紹介・検討するものとして、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究(二) 同意傷害の反良俗性」名城ロースクール・レビュー2号(2005年)155頁、塩谷毅「加虐的行為事例における承諾と危険引受け」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(2016年、成文堂)195頁。

(17) Hans Joachim Hirsch, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Bd.6, 11. Aufl., 2005, § 228 Rn. 9.

(18) Z.B. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I, 4. Aufl., 2006, S. 566 f.; Hans Joachim Hirsch, Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, in: Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 181.

このような流れの中で登場したのが、集団間の乱闘の事案を扱った 2013 年と 2015 年の 2 つの判例であり、刑法 228 条の良俗違反性判断につき、これまでの判例にはなかった新たな判断を示したことから、学説からの注目を浴びている。以下では、これら両判例について詳しく紹介する。

## 1. 連邦通常裁判所 2013 年 2 月 20 日決定<sup>(21)</sup>

### (1) 事実の概要

本件は、2 つの少年集団の衝突にかかる事案である。

衝突に至るきっかけは、一方の集団に属する L. が、他方の集団に属する 1 人に対して、身体を揺さぶり、停車中の自動車に押しつけようとする暴行を加えたことにある。この争い自体は、L. の従兄弟である La. が仲裁に入ったことにより、それ以上の暴力沙汰には発展しなかったが、暴行を加えられた被害者と同じ集団に属する被告人 Z. が、この出来事に激怒し、自分たちの仲間電話をかけて現場に来るよう呼び出したことから、両集団が対峙することとなった。ここに至り、両集団は、手拳での殴打や足蹴りによって決着を

- 
- (19) 重要な判例として、公道上での自動車競走による同業者の死亡事故を扱った連邦通常裁判所 2008 年 11 月 20 日判決 (BGHSt 53, 55) があり、過失致死罪においても、同意者が死の具体的危険にさらされる場合には良俗違反性が認められることが確認されている。本判決の紹介・検討として、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究 (十七) 自動車競走による死亡事故について過失致死罪の成立が認められた事例」名城ロースクール・レビュー 13 号 (2009 年) 147 頁、塩谷毅「自動車競走事件における危険引受け」立命館法学 345・346 号 (2013 年) 364 頁。過失犯の場合には刑法 228 条の適用はないとの見解もあるが、本稿ではこの点は検討対象外とする。参照、拙稿・前掲注 8・92 頁以下。
- (20) もっとも、行為の目的の考慮が完全に排除されたわけではない。2004 年判決では、目的その他の事情を所為の評価に取り入れるか否かにつき、判断が留保されている。BGHSt 49, 160, 173.
- (21) BGHSt 58, 140. 本決定を紹介・検討するものとして、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 卷 3 号 (2013 年) 221 頁。

つけることで一致し、重大な傷害の発生についても同意した。

その後およそ4～5分間行われた乱闘は、被告人側集団の優勢のもとに展開した。①被害者 W. がそれを顧みることなく被告人側集団の1人に対して攻撃したところ、被告人 S. は、W. に襲いかかって W. を転倒させた。さらに、地面に倒れていた W. は、足蹴りを一発受けた。W. は、とりわけ頭蓋骨打撲傷を負い、救急車で搬送されて入院治療を受けることとなった。②また、被告人 M. (上告していない) は、手拳で被害者 La. の顔面を強く殴打した。その結果、La. は、下の歯3本を喪失してインプラントによる修復を受け、また、鼻柱がずれたことにより矯正手術を受けることとなった。③さらに、被害者 J. は、血中アルコール濃度約3.0%という強度の酩酊状態にあり、既に乱闘の初期段階で手拳による殴打を食らって地面に倒れていたが、このような無抵抗状態にある J. に対して、とりわけ被告人 Z. および被告人 S. は、複数回にわたり頭部や身体を足蹴りにする暴行を加えた。また、J. が這ってその場を逃れようとする、被告人 M. は、J. の顔面を蹴り上げた。それに続いて被告人 Z. と S. も、再度、倒れている J. を踏みつける暴行を加えた。被告人 Z. が J. の頭部に一蹴り入れたほか、被告人 S. は、J. の頭を持ち上げ、弱い力によってではあるがアスファルトに打ちつけた。多くの傷害を負った J. は、3日間入院し、そのうちの1日は集中治療室に入っており、また、14日間仕事をすることができない状態となった<sup>(22)</sup>。

原審 LG Stuttgart は、被告人らを危険傷害罪 (刑法 223 条, 224 条 1 項 4 号)<sup>(23)</sup> で有罪とした。

---

(22) BGHSt 58, 140, 141-142 (Rn. 3-4).

(23) ドイツ刑法 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。」旨を規定する。



## (2) 決定要旨

連邦通常裁判所第 1 刑事部は、被害者 W. と La. につき傷害への同意があったと認めつつ、本件傷害行為は、刑法 228 条にいう善良な風俗に反するから正当化されないと判断し、被告人の上告を棄却した<sup>(24)</sup>。その理由の概要は以下の通りである。

(a) 同刑事部は、まず、前述 II 2 で取り上げた近時の判例を引用しながら、そこで判示された内容を確認する。

すなわち、良俗違反性は、「原則として、発生した傷害結果の種類と程度、および、それに伴って生じる被害者の身体・生命に対する危険の程度を優先的な手がかりとして」判断される。この基準によれば、少なくとも、「重要なあらゆる事情を考慮した客観的考察のもと、同意者が傷害行為により死の具体的危険に陥った場合」には良俗違反性が認められる<sup>(25)</sup>。

(b) しかし、同刑事部は、以下のように述べ、良俗違反性が認められるのはそうした場合に限られないという。

「良俗違反性は、もっぱら、個々の傷害行為の危険性・危殆化の程度を独立に取り上げて評価した場合に、結果として生命ないし死の具体的危険が生じたといえるか否かによって判断されるのではない。……法益に対する危険性の評価にとって重要な他の諸事情から、良俗違反の限界の逸脱を導くことは否定されない。……所為に伴う被害者の危殆化の評価に際して、これまでの判例では、集団力学的進行の作用、たとえば集団内の影響や対立集団間の影響に起因して全体状況が制御不可能であることは考慮されていなかった。しかし、そのような相互作用は、刑法 228 条の適用にかかる傷害の危険性の程

---

(24) 被害者 J. に関しては、酩酊状態のため同意能力がなかったと判断されている。  
BGHSt 58, 140, 151 (Rn. 23).

(25) BGHSt 58, 140, 143-144 (Rn. 8).

度という基準によって、考慮される必要がある。」<sup>(26)</sup>

「重要なのは、判断時点につき、傷害行為の危険性の程度を事前的観点から評価することである。」<sup>(27)</sup>

「被害者の身体の不可侵性や生命に対する危険性の程度を限定する条件のもとで所為が遂行される場合には、通常、その傷害は同意表明により正当化されるものと認められる。これに対して、そのような規則がない場合には、同意が与えられていても、傷害は基本的に良俗違反となる。すなわち、合意の上での身体的相互闘争行為の条件に関する規則が存在しないことは、経験則上、同意により包摂される範囲を超えて傷害事象の危険性の程度を高めることになる。行為者と被害者の間で傷害行為に関する規則が取り決められていたとしても、その取決めが重大な傷害を、さらには死の危険を伴う傷害を阻止するために十分に確実な方法で配慮しうるものでない場合には、やはり同様のことが妥当する。」<sup>(28)</sup>「危険を限定する規則やその遵守を保証するための措置の存在のほか、相互闘争行為における同意傷害の良俗違反性判断に際しては、闘争が同意者の防御の可能性を認める条件のもとで行われたか否か」も、過去の判例において考慮されていた<sup>(29)</sup>。

「刑法 228 条の適用基準となる傷害行為の危険性の事前評価は、少なくとも本件のような、ライバル関係にある集団間の暴力闘争において加えられる傷害については、エスカレートする危険を考慮することを要求する。さらに、連邦検事総長が正当にも指摘したように、刑法 231 条<sup>(30)</sup>の基礎にある保護目的もその支えとなる。この抽象的危険犯でもって、立法者は、既に法益侵害の前段階において、生命および健康を、多数人の間の身体的闘争の潜在的危

---

(26) BGHSt 58, 140, 144-145 (Rn. 10).

(27) BGHSt 58, 140, 146 (Rn. 11).

(28) BGHSt 58, 140, 147 (Rn. 13).

(29) BGHSt 58, 140, 148 (Rn. 15). 過去の判例の 1 つとして、前掲注 13・BayObLG NJW 1999, 372 が挙げられている。

殆化から保護しようとしている。闘争に特殊のこの危険の観点は、まさしく集団力学的進行の制御不可能性に存する。こうした危険性の観点は、本件のような合意の上での相互傷害の事前判断においても考慮されなければならない。」<sup>(31)</sup>

(c) 以上の一般論をもとに、第 1 刑事部は、本件事案について次のように判示する。

「既に合意された傷害に伴って、少なくとも足蹴りの形態においては、軽微とはいえない潜在的危険性が表れていた。認定によれば、そうした足蹴りが相手方の頭部にも向けられていたことは否定されない。頭部に対する足蹴りは、それ自体として一般的に、相手方の生命に対する危険性を有する。」<sup>(32)</sup>

「しかし、より重要なのは、……相互傷害行為のエスカレートと、それに伴って生じる法益の危険の著しい高まりを排除するためのいかなる取決めや予防措置も存在していないことである。両集団が、衝突開始前に、暴行を受けてもはや効果的に防御・抵抗する能力を失った者に対する傷害を排除する旨取り決めていたとは認められない。同様に、……一方集団の『闘士』の数が多いために、人数の劣る他方集団に重大な侵害が生じる危険が明らかに高まるという状況を排除するための取決めや安全対策も認められない。」<sup>(33)</sup>「ライバ

---

(30) ドイツ刑法 231 条 (喧嘩闘争への関与) 1 項は、「喧嘩闘争又は複数人により行われる攻撃に関与した者は、喧嘩闘争又は攻撃により人の死亡又は重大な傷害 (226 条) が生じたとき、これに関与したことだけで 3 年以下の自由刑又は罰金に処する。」と規定する。また、刑法 226 条 (重大な傷害) 1 項に規定されている傷害は、「1. 片眼若しくは両眼の視力、聴力、会話能力若しくは生殖能力の喪失、2. 身体の重要な部位の喪失若しくは永続的な使用不能、3. 永続的な著しい外観変更、若しくは、慢性疾病、麻痺、精神的な疾病若しくは障害」である。

(31) BGHSt 58, 140, 149 (Rn. 16).

(32) BGHSt 58, 140, 149 (Rn. 18).

(33) BGHSt 58, 140, 150 (Rn. 19).

ル関係にある集団間の相互傷害において、関与者の生命および健康法益の危殆化の程度を、自己決定権を背景にして国家の側から許容可能な程度に限定する取決めやその遵守のための有効な措置が欠如している場合は、個々の傷害結果が死の具体的危険に結びついていなかったときでも、その所為は、被害者の同意があっても善良な風俗に違反する。」<sup>(34)</sup>

## 2. 連邦通常裁判所 2015 年 1 月 22 日判決<sup>(35)</sup>

### (1) 事実の概要

本件は、フーリガン集団間の抗争にかかる事案である。

被告人 5 名は、ドレスデンを本拠地とするフーリガン集団のリーダーないし（指導部に属する）構成員であった。この集団は、遅くとも 2007 年末には形成されたものであり、極右思想を共有しつつ、2009 年までの間に、他のフーリガン集団との決闘を多数回にわたり行った。決闘は、事前に集団間で申し合わせた上で、大抵はサッカーの試合を契機としてスタジアムの周辺で行われ、時には試合とは関係なく他の場所でも行われた。

こうした決闘には、不文の、しかし関係集団には一般に承認されたルールが存在しており、個別事案において適宜修正の上で適用されていた。その主な内容は次の通りである。両集団は事前に取決めを行い、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。武器は使用不可だが、防具は着用可能である。手拳での殴打や足蹴りなど、暴行の態様には基本的に限定はない。地面に倒れて起き上がれない者や、その他戦闘意思を失ったと認められる者には、攻撃を加えない。一方集団が全員倒された場合、逃走し

---

(34) BGHSt 58, 140, 151 (Rn. 21). なお、危険性の程度を限定するための取決めや措置が存在する場合の良俗違反性については、判断を留保している。BGHSt 58, 140, 151 (Rn. 22).

(35) BGHSt 60, 166. なお、このほかに同種事案につき所為の良俗違反性を認めたものとして、OLG München Urteil v. 26.9.2013, NStZ 2014, 706 がある。

た場合、敗北を認めた場合は、決闘は終了となる<sup>(36)</sup>。

決闘は、通常は 1 分以内、長くても数分程度で終わるものであった。参加者のルール違反や負傷があった場合に制裁を加えあるいは治療を可能にすべく直ちに介入する審判員は、置かれていなかった。しかし、場合によっては、自らは戦いに加わらないフリーガンが決闘を監視し、決闘の後で審議をして、その結果、重大な違反を行った者がその後の決闘に参加させてもらえなくなることはあった<sup>(37)</sup>。

このような条件のもと、2008 年から 2009 年にかけて、被告人らの集団は決闘を複数回計画・実行した。その中には、警察官が臨場・阻止したことにより決闘実現にまでは至らなかったものもあった。他方、重大な被害が認定されたものとして、2009 年 10 月 31 日の決闘が挙げられる。この日の決闘は、フランクフルトのフリーガンとのいわゆる U25 戦、すなわち 25 歳以下の者のみが参加可能なものであり、近隣住民や農業従事者のみに利用されていたアスファルトの道路上で行われた。被告人 L. がこれを企画・主導し、被告人 K.、P.、N. を含む合計 28 人が決闘に参加した（被告人 R. は現場にはいなかった）。冒頭にトレーナーが簡単な挨拶を行い、公正に戦うよう呼びかけた後、戦いは約 1 分 20 秒間続いた。そこでは、顔面、頭部、上半身への殴打や足蹴りが、参加者が立っているか倒れているかにかかわらず加えられた。複数人が 1 人に対して、その前後両方向から攻撃を加える場面もあった。フランクフルト側の参加者 H. は、既に開始数秒後に倒されて出血し、顔面に集中治療を要する多数の損傷を負った<sup>(38)</sup>。

原審 LG Dresden は、被告人らを犯罪結社罪（刑法 129 条 1 項。L. ら一部の被告人は同条 4 項にいう首謀者に該当）で有罪とし<sup>(39)</sup>、さらに、R. を除く被告人 4 名につき、2009 年 10 月 31 日の決闘に関して危険傷害罪の共同正犯

(36) BGHSt 60, 166, 169 (Rn. 7).

(37) BGHSt 60, 166, 169 (Rn. 7).

(38) BGHSt 60, 166, 170-171 (Rn. 8-16).

(刑法 224 条 1 項 4 号、25 条 2 項) の成立を認めた (その他の日の決闘に関して危険傷害罪は認定されていない。) <sup>(40)</sup>。

## (2) 判決要旨

連邦通常裁判所第 3 刑事部は、上記両罪につき有罪とした地裁の結論を是認した。本件では、危険傷害罪の成否も問われているが、犯罪結社罪に関しても同意傷害の良俗違反性の肯否が問題となる。すなわち、同罪の成立には、団体の目的または活動が「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かかる各種傷害の罪であり、そこで相手方の同意の有無および傷害の良俗違反性が問われるのである <sup>(41)</sup>。本判決も、犯罪結社罪の他の要件の充足を確認した上で <sup>(42)</sup>、「犯罪行為の遂行」目的の判断の中で、以下の通り、刑法 228 条の解釈を展開している <sup>(43)</sup>。

(a) 同刑事部は、まず、他のフーリガン集団との決闘について危険傷害

---

(39) ドイツ刑法 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、4 項は、「行為者が首謀者若しくは背後者であるとき、又は、その他とくに犯情の重い事案であるときは、6 月以上 5 年以下の自由刑を言い渡す。……」と規定する。

(40) BGHSt 60, 166 ff. には掲載されていないが、Juris Online で入手した判決文によると、とくに Rn. 21-22 にその旨の判示がある。なお、以上のほかに、別件に関する騒乱 (刑法 129 条 a) と危険傷害があるが、本稿の主題に関わらないので省略する。BGHSt 60, 166 ff. にもその点に関する判示 (Rn. 62 ff.) は掲載されていない。

(41) 刑法 129 条 1 項にいう「犯罪行為」は、構成要件該当・違法・有責な可罰的行為であることを要する。Matthias Krauß, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Bd.5, 12. Aufl., 2009, § 129 Rn. 51.

(42) BGH NJW 2015, 1540, 1540-1541 (Rn. 25-29).

罪の構成要件に該当すること、および、そこで加えられる傷害について同意があることを確認する。

「正当にも、地裁はまず、本件各行為が刑法 223 条・224 条 1 項 4 号の構成要件に該当することを認めた。」<sup>(44)</sup>「しかしながら、決闘関与者らは、地裁の認定によれば、相手集団による各傷害行為に同意していた。少なくとも、事前に取り決められたルールが遵守され、あるいは、過熱、興奮、技能不足、身体制御不能を原因として破られるにとどまる限り、決闘関与者の同意が原則有効であることに疑問の余地はない。とりわけ 2009 年 10 月 31 日の決闘に関する認定と証拠評価によれば多くのルール違反が認められるが、意図的なルール違反は認定されなかった。」<sup>(45)</sup>

(b) これに続けて同刑事部は、従前の判例や学説の展開を概観した上で<sup>(46)</sup>、「法益侵害の性質および重大性に着目する判例に当刑事部も従う。」と判示し<sup>(47)</sup>、それについて以下のように詳述する。

「刑法 228 条の善良な風俗という基準は、それ自体としては輪郭のはっきりしないものである。道徳的評価の不安定さに鑑みれば、良俗違反性判断の糸口として、個々の社会的集団の、あるいは判決を下すべき裁判所の観念は考

---

(43) 本件のような事案を傷害罪（だけ）ではなく犯罪結社罪に問うことは、通信傍受が可能になるという点で、捜査手続上重要な意味を持つようである。通信傍受の対象犯罪を列挙するドイツ刑事訴訟法 100 条 a 第 2 項には、犯罪結社罪は含まれているが（1 号 d）、刑法 223 条以下の傷害の罪は規定されていないのである。本件事案で企画された決闘の中にも、携帯電話通信の傍受を実施した結果として警察の知るところとなったものがある。BGHSt 60, 166, 170 (Rn. 14). Vgl. Florian Knauer, Die Unwirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung wegen Sittenwidrigkeit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung, HRRS 2015, 437.

(44) BGHSt 60, 166, 174 (Rn. 33).

(45) BGHSt 60, 166, 174-175 (Rn. 34).

(46) BGHSt 60, 166, 175-178 (Rn. 36-39).

(47) BGHSt 60, 166, 178 (Rn. 40).

慮に値しない。一般的に通用する道德基準を調査することも、多元的社会においては問題なしとしない。」<sup>(48)</sup>「このようにして確認される良俗概念の不明確さは、刑法 228 条において良俗概念を厳格に傷害罪の法益に関係づけ、その核心内容に限定することによって対処されるべきである。社会的観念あるいは行為により追求される目的は、重大な法益侵害があってもなお同意が有効となることを導きうるにすぎない。たとえば、医的治療侵襲がそのような場合であると認められ、あるいは、直接的に対戦相手の身体的虐待が行われ、競技の実行により対戦相手に極めて重大な傷害ないし健康侵害、さらには死亡結果まで生じさせうる格闘技系のスポーツもそれに当たる。これに対して、良俗違反の認定およびそれによる - 同意を考慮しないことによる - 同意傷害処罰の根拠づけには、社会的観念や行為の目的は援用されない。その点につきしかし、立法者の提示した評価は考慮されるべきである。」<sup>(49)</sup>

「以上のことは、重要な全事情を事前的・客観的に考察して、同意者が傷害行為により死の具体的危険にさらされた場合に所為の良俗違反性が肯定され、それは第一次的には刑法 216 条の立法者評価から導かれるという点で、従来の判例に適うものである。」<sup>(50)</sup>

「しかし、立法者の評価は、死亡結果の切迫という観点で刑法 216 条からのみ読み取られるものではなく、傷害行為遂行の方法・態様の点で、刑法 231 条の規定からも導かれる。この規定によると、乱闘にあるいは複数人により実行される攻撃に関与する者は、刑法の構成要件を違法かつ有責に充足する。確かに、この関与者が処罰されるのは、乱闘または攻撃により人の死または刑法 226 条にいう重大な傷害が惹起された場合に限られる。しかし、これらの結果は、支配的見解によれば客観的処罰条件にすぎない。こうした構造の刑罰構成要件において、次のことが表明されている。すなわち、社会倫理的

---

(48) BGHSt 60, 166, 178 (Rn. 41).

(49) BGHSt 60, 166, 178-179 (Rn. 42).

(50) BGHSt 60, 166, 179 (Rn. 43).



に非難に値する行為が、既に乱闘または複数人の攻撃への関与において存するのであり、その理由は、それによって、関与自体が当罰的不法を構成するほどに、経験上しばしば、重大な結果の危険が創出されるからである。」<sup>(51)</sup>

(c) 以上をもとに、裁判所は、被告人らを含めて本件各決闘に関与した者は、違法かつ有責的に刑法 231 条 1 項の構成要件を充足していることから、決闘に伴う傷害行為に対して（推断的に）与えられた同意は無視してよいとの結論を導く<sup>(52)</sup>。その上で、この判断について、さらに次のように説明を加える。

「刑法 231 条の構成要件は、抽象的危険犯として、乱闘あるいは攻撃により実際に負傷した者または死亡した者の生命・健康の保護だけでなく、乱闘または攻撃によって危険にさらされる者すべて－非関与者も含む－の生命・健康の保護をも目的としている。後者の観点は公共の利益なので、乱闘関与者の 1 人または全員の同意は、刑法 231 条の中では正当化の効果を有しない。」<sup>(53)</sup>

「こうした諸原則は、傷害行為－本件では刑法 224 条 1 項 4 号－と乱闘関与とが競合する所為単一の場合、刑法 231 条 1 項の構成要件の－違法かつ有責な－実現により、刑法 228 条にいう傷害行為の良俗違反性を認める帰結をもたらす。なぜなら、乱闘関与者が当罰的不法を実現したこの法律違反に、刑法 231 条の立法者評価の無視が存するからである。この立法者評価は、刑法 231 条から生じる生命・身体への高度の危険が、乱闘のエスカレートを阻止する予防措置によって妨げられうるか否かにかかわらず、良俗違反性を基礎づけるものである。さらに、傷害が生じる可能性への同意によって不可罰性

---

(51) BGHSt 60, 166, 180 (Rn. 44).

(52) BGHSt 60, 166, 181 (Rn. 45). なお、本件で刑法 231 条の適用がないのは、客観的処罰条件として同条が要求する死亡または重大な傷害結果が発生していないからである。この点は 2013 年決定についても同様である。

(53) BGHSt 60, 166, 182 (Rn. 46).

を認めると、上記場合において解消不可能な矛盾を生じさせてしまう。1つの同じ行為が、一方では明示的に禁止され、他方では同意付与の結果として許容されることになるからである。」<sup>(54)</sup>「また、刑法 231 条 1 項の構成要件の充足による所為の良俗違反性は、重大な結果が実際に発生した場合にのみ認められるのではない。……結果に着目することは、同意の有効性が - 既述のように - 事前判断されることと矛盾するであろう。」<sup>(55)</sup>

「刑法 231 条 1 項の構成要件の充足により条件づけられた傷害行為の良俗違反性が、常に、そして具体的に生じた危険にかかわらず、たとえば事前判断によれば軽微な傷害しか予測されない場合にも、同意の不顧慮を導くのか否かについては、判断を留保することができる。少なくとも - 本件のように - 被害者が所為によって重大な健康侵害の具体的危険にさらされると予測される場合には、……刑法 231 条の立法者評価に対する違反は、刑法 228 条にいう所為の良俗違反性を肯定させる。」<sup>(56)</sup>

「傷害行為の方法・態様にも関係する立法評価への着目を支えるものとして、さらに次の点が挙げられる。もっぱら潜在的傷害結果の重大性に着目すると、とりわけ被告人 R. の上告理由の中で指摘されていた評価矛盾が生じうる。すなわち、フーリガンあるいはその他の対立集団の乱闘が所為の良俗違反のゆえに可罰的傷害として追及され、他方でしかし、ボクシング、キックボクシングあるいはいわゆる総合格闘技において相互に加えられ、場合によっては重大なものとなる傷害行為が通常不可罰とされる点を、説明できなくなってしまう。……これらの事例の異なる取扱いは、既に、乱闘あるいは多数人の攻撃への関与の事例では、これを当罰的不法として規範化する法規定が存在し、個人の暴力行為にはそのような規定が存在しないことによって正当化される。」<sup>(57)</sup>

---

(54) BGHSt 60, 166, 182-183 (Rn. 47).

(55) BGHSt 60, 166, 183 (Rn. 48).

(56) BGHSt 60, 166, 184 (Rn. 50).

「刑法 231 条の保護法益と殺人罪あるいは傷害罪の保護法益とでは、異なるものが問題になっているのではなく、同じものが問われている。－既述のように－一方では公共利益として保護されているけれども、他方では刑法 211 条以下・223 条以下と刑法 231 条のいずれによっても個人的利益として保護されているのである。」<sup>(57)</sup>「当刑事部の 2003 年 12 月 11 日判決から、普遍的法益－麻薬法 29 条 1 項 6 号違反の当該事案では国民の健康－の保護に資するが、同時に個人的法益の保護にもかかわるような法規定に違反することは、所為の良俗違反性の問題にとって意味をなさないと理解されるのであれば、当刑事部はこれを維持しない。」<sup>(59)</sup>

### 3. 両判例の意義・位置づけ

両判例は、従前の判例には見られなかった集団同士の乱闘、すなわち多数の関与者が相互に暴行を加え合う事案を扱ったものであり、そうした事案の性質を踏まえて、刑法 228 条の良俗違反性判断につき、新たな視点・基準を提示している。

まず、出発点として、いずれの判例においても、かつての「礼節感情」基準は用いられていないことが確認される。2013 年第 1 刑事部決定は、この点についてとくに説明することなく、法益侵害の重大性を重視する近時の判例の立場を確認するとどめているが、2015 年第 3 刑事部判決は、多元的社会においては一般的に通用する道徳基準を探索すべきではなく、刑法 228 条の良俗概念は厳格に傷害罪の法益に関係づけられるべきであると判示している。すなわち、第 3 刑事部としても、同刑事部が 2003 年のヘロイン注射事件判決で示した「礼節感情」基準に依拠しないことを明らかにしたのであり、ここに至り、連邦通常裁判所の各刑事部は、良俗違反性判断において法律外

(57) BGHSt 60, 166, 186 (Rn. 54).

(58) BGHSt 60, 166, 186-7 (Rn. 55).

(59) BGHSt 60, 166, 187 (Rn. 56).

の倫理的・道徳的観点からの考慮を排除する点で一致を見たことになる<sup>(60)</sup>。

その上で、両判例は、近時の判例の流れに乗って、法益侵害の重大性を重視する立場に依拠し、同意者が死の具体的危険にさらされる場合には良俗違反性が認められるとの立場を再確認する。他方で、従前の判例では位置づけのはっきりしなかった行為目的の考慮について、2015年決定が明確な判断を示している点も注目される。すなわち、前述のように、行為の目的は、医的治療侵襲やスポーツの場合など、重大な法益侵害があってもなお同意の有効性を肯定する意味を持つにすぎず、処罰を肯定する方向では考慮されないことが明示されているのである<sup>(61)</sup>。この点についても、判決文に引用されている文献から分かるように、ヒルシュ<sup>(62)</sup>らの有力学説が判例に取り入れられたものといえる。

もっとも、両判例は、良俗違反性が肯定されるのは、同意者が死の具体的危険にさらされる場合に限られないという。この点が、従来判例には見られなかった新たな判断であり、最も重要なものといえるであろう。2013年決定によれば、良俗違反性に関わる所為の危険性は、個々の傷害行為だけでなくその他の諸事情をも考慮して判断されるべきであり、本件のような集団の乱闘の事案では、集団力学的観点から、暴力行為がエスカレートして制御不可能になる抽象的・一般的危険を備えていることが重要であって、そのような危険を排除するための措置が講じられていない場合には良俗違反性が認められる。それを支える立法上の評価として、前述のように、2013年決定は、喧嘩闘争への関与を処罰する刑法 231 条の基礎にある保護目的に言及

---

(60) Knauer, a.a.O. (Anm. 43), S. 440.

(61) なお、2013年決定の中にも、同じく医的治療侵襲の例を挙げて、死の具体的危険があるにもかかわらず同意の正当化効果が認められる場合があることを述べる部分があるものの、目的という言葉の使用は意識的に控えられているように見られる。BGHSt 58, 140, 144 (Rn. 9). 山本・前掲注 21・238 頁は、2013年決定は「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」と評している。

(62) Hirsch, a.a.O. (Anm. 17), Rn. 9.

していたところ、2015 年判決は、この点についてかなり詳細に説明を加えている。

このように、両判例は、従前の判例との関係で見れば、良俗違反性を肯定する場面を新たに認めたものであり、処罰拡張的な意味を持つ。2013 年決定は、その事案自体は少年集団の争いにかかるものであったが、その判示は「第 3 ハーフタイム」(dritte Halbzeit) などと称されていたフーリガン集団の決闘にも同様に妥当しうるものと考えられたため注目を浴び、とくにそのような事案を意識しながら同決定を批判的に論評する見解が複数提示されていた<sup>(63)</sup>。その後程なくして登場した 2015 年判決が、刑法 231 条の立法評価を援用する理由について詳細に説明するのは、こうした学説からの批判的論評に対する反論という側面をも有している。そこで次に、刑法 231 条の立法評価の援用の当否をめぐる議論を中心に、項を改めて取り上げる。

\* 本稿は、科学研究費若手研究 B (課題番号 25780047 および 16K17011) の助成を受けたものである。

---

(63) Z.B. Detlev Sternberg-Lieben, JZ 2013, 953; Hans Theile, Das Strafrecht und die "Dritte Halbzeit"-Zur paternalistischen Deutung von § 228 StGB, in: Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 557.