

タイトル	被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (3)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 52(4): 483-508
発行日	2017-03-30



被害者の自己答責的自己危殆化、承諾及び推定的承諾 (3)

吉田敏雄

目次

- 第1章 自律性原理（自己答責性原理）と自己答責的自己危殆化
 - I 概説
 - II 適用領域
 - (a) スポーツ
 - (b) 財産法上の危険引き受け
 - III 第三者の「自己答責的」介入がある場合の客観的帰属
 - (a) 救助行為
 - (aa) 自発的救助者による救助行為
 - (bb) 救助義務者による救助行為
 - (b) 追跡行為
- 第2章 自律性原理と被害者の承諾
 - I 概説
 - II ドイツ語圏の承諾に関する法制度
 - (a) ドイツ
 - (b) オーストリア
 - (c) スイス
 - III 承諾の効果根拠
- IV 自己答責性の限界
- V 自己答責性の前提要件
- VI 自己答責的自己危殆化と了解的他人危殆化の区別
(以上第五二卷第二号)

1 モデル論的考察

(a) 衝突モデル

(b) 統合モデル

(c) 基礎モデル

2 日本における議論状況

3 評価

IV 承諾の対象と範囲

(a) 対象

(b) 範囲

V 正当化事由としての承諾の前提要件と限界

1 法益保持者による承諾

2 承諾者の処分権能

(a) ドイツ

(aa) 学説

(bb) 判例

(以上第五二巻第四号)

V 正当化事由としての承諾の前提要件と限界

1 法益保持者による承諾 承諾が正当化効果を有するのは、承諾者自身が行為者によって現実化された構成要件の保護法益の保持者である場合に限られる。したがって、個人的法益に限られるのであって、公共にかかわる犯罪に對しては承諾ということは問題とならない。⁽⁶³⁾ 偽証罪（刑第一六九条）は国の審判作用の適正な運用を保護法益とするものであって、被害者の承諾は意味を有しない。しかし、構成要件が処分可能な側面と処分できない側面を有する複合的法益からなる場合、承諾が正当化効果を有するかが問題となる。例えば、虚偽告訴罪（誣告罪）（刑第一七二条）について、特定の人に向けた誤捜査から刑事司法機関を護るところに保護法益を見るなら（司法説⁽⁶⁴⁾、被誣告者の承諾はまったく無意味である。それどころか、その承諾は、刑事司法機関の捜査を迷わせたことよって、所為の不法内実をいっそう重くする。⁽⁶⁵⁾ 司法機関と並んで不当な捜査から個人を護ることも保護法益と解する見解によっても、両法益を二者択一関係で捉えるなら、いずれかが侵害されると、違法性は阻却されない（二者択一説⁽⁶⁶⁾）。刑事司法と並んで被誣告者の個人法益（自由、財産、名譽）も保護しており、後者の保護にもかなりの意味があるのだが、しかし、前

者の保護の方が優越しているので、承諾は正当化効果を有しないと解する説もある(重畳的優位・劣位説⁶⁷)。これに対して、専ら不当な捜査から免れる個人の利益を保護法益と見るなら(個人法益説⁶⁸)、承諾は意味をもつ。このように諸説が見られるが、誣告罪は、複合的法益からなる犯罪であり、各側面は対等の関係にあり、処分可能な法益部分の承諾があれば、重要な不法要素が欠如することになり、したがって、誣告罪の不法は完全には実現されていないので、誣告罪は成立しないと解すべきである⁶⁹。実際、例えば、自動車の運転者が人身事故を惹き起こしたが、同乗者が運転者に自分が身代わりになると告げ、それを受けて、運転者が警察に運転していたのは同乗者だったと告げたとき、重畳的優位・劣位説からは「自己」誣告教唆罪が成立することになるが、これは妥当でない⁷⁰。

2 承諾者の処分権能 法益保持者が自分に権利のある個人法益を侵害することを承諾しても、それが常に所為を正当化するとは限らない。法益保持者は自分の個人法益の処分権を有しなければならない。立法者は生命という法益には処分権の認められないことを明らかにした(刑第二〇二条・同意殺人罪)。それ故、生きている人の死を招くことになる臓器摘出、例えば、心臓摘出は例外なく許されない。このような事をする医師の行為は可罰的である。但し、死病者が治療を望まないとき、治療の中止が死を招いても、同意殺人罪で処罰されることはない。行為の客観的帰属が否定されるからである⁷¹。

その他の個人的法益については基本的に処分権能が認められるし、そのことは傷害にも妥当する。しかし、傷害には承諾の限界が設けられるのが一般的である。ドイツ語圏刑法にはその趣旨の規定がおかれている。

(a) ドイツ

(aa) 学説 ドイツ現行刑法第二二八条(旧第二二六a条)⁽⁷²⁾は、傷害罪について、承諾があるにもかかわらず、所為(承諾でなく)が良俗(die guten Sitten. 一般に社会倫理と同義と解される。)に反するとき⁽⁷³⁾、承諾は刑法上無意味であり、傷害は違法であることを定める。ドイツ基本法第二条第一項は、「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しないかぎり、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する」と規定しているので、憲法上、処分権能の制限は可能であるものの、刑法第二二八条は非常に不明確な、それ故、基本法第一〇三条第二項(明確性の原則)に照らし、憲法上疑いのある規定であることから、限定的解釈がなされることで法治国主義の観点からようやく甘受されると解されている⁽⁷⁶⁾。一般に、他の法益への承諾に刑法第二二八条を準用することは許されないと解されている⁽⁷⁶⁾。

一般に、所為が良俗に違反するのは、所為が「公正且つ正しく考える全ての者の礼節感に反する」場合とされている⁽⁷⁷⁾。良俗違反性について、一般的に妥当する、つまり、一般に知られた、思慮分別に従えば疑いような無い道徳的規準は見出されない場合、疑いのあるとき良俗性違反は否定されるべきと解されているのである⁽⁷⁸⁾。

良俗違反の判断に当って、所為だけが決定的意味をもつのか、所為と合わせて行為者の目的、動機も考慮されるべきかについては争いのあるところである。先ず、専ら関与者の動機、目的に焦点を合わせる純粹主観説⁽⁷⁹⁾がある。所為によって追求される目的が非難に値するとき、良俗違反がある。良俗違反をもつと狭く捉えて、非難可能性の規準を刑法上は認められない目的か否かに求める見解もある。すなわち、目的が、犯罪の準備、着手、隠蔽又は仮構にあると

きに限り、所為は良俗違反とする見解である⁽⁸⁰⁾。本説の基礎には、身体が無傷性について処分可能であることを認めながら、刑法第二二八条の意味が法益保持者をその短見から保護するところにあると見るなら、それは理解し難いという考えがある⁽⁸¹⁾。しかし、本説には次のような問題点がある。先ず、所為の主観的目的のみが良俗性判断の規準ならば、法文に反して、承諾の良俗違反性・違法性自体が判断に流れ込んでくる。これによって、実質的に「所為」の良俗違反性が放棄されてしまう⁽⁸²⁾。加えて、実態にそぐわない、規範の目的にそぐわない結論が生じうる。例えば、刑を無効化にする意図から(刑第二五八条。日本刑法第一〇三条に相当する犯罪)、銀行強盗に警察の手が回らないようにその辮髪を丸坊主にしてやる者は、そのささいな傷害にもかかわらず、傷害罪で処罰されることとなる⁽⁸³⁾。結局、専ら動機・目的を重視し、完全に法益から切り離された考察方法は法的安定性の点で問題を孕んでいる⁽⁸⁴⁾。

そこで、「所為」の良俗違反性が決定的に重要だと見る法益解決説(修正重度説)がとりわけヒルシュによって展開され、多くの支持者を見出している。これは、構成要件の法益侵害の重さに焦点を合わせ、限界づけのために危険性(危険な傷害罪・刑第二二四条)、強度、重い傷害罪(刑第二二六条)を援用できるとする説である⁽⁸⁵⁾。さもなければ、追求される目的の非難可能性が処罰根拠となり、構成要件によって把握される法益侵害が処罰根拠でなくなってしまうと論じられる。本説によれば、本人の承諾を得て加虐被虐的動機から蚯蚓腫れを加えても、重大な結果が生じているわけではないので良俗違反ではない。この場合、下劣さは傷害の側面ではなく、性的側面で問題となっているにすぎない。他の犯罪の準備、着手、隠蔽あるいは仮構のために行われた傷害も良俗に違反しない。この動機は、身体の不可侵性を保護する必要性の範囲とは全く関係なく、目的とされた犯罪の対象である法益と関係しているからである。例えば、愛人の承諾を得て、危険でない睡眠剤を注射するが、それは愛人の夫が殺人未遂を行ったと仮構するため

あったとか、医師が患者の犯した犯罪を隠蔽するためにその顔の整形手術を行うといった場合、不法の内実は傷害にあるのでなく、他の法益に關した犯罪にある⁽⁸⁶⁾。本説によれば、移植目的の器官摘出のように、傷害がそれ自体としてみれば良俗違反であるが、この消極的評価が積極的目的によつて相殺されるとき、例外的に目的が意味をもつ⁽⁸⁷⁾。本説は、重さだけが決定的とはいえないことを認め、臓器移植、断種、性転換が違法性を阻却されることを是認するのであるが、そうすると本説の出立点が相対化されてしまうという批判が加えられる⁽⁸⁸⁾。

基本的に法益解決策に立つハルトウングは、「法秩序は、切迫する不利益が利益と不釣り合いであるときにはじめて、所為を承諾があるにもかかわらず違法と宣言する根拠を有する」と論ずる⁽⁸⁹⁾。しかし、この見解は、経済学的見方に過ぎ、一方で許容される範囲を不当に狭め、他方でそれを拡大しすぎると批判されるのである。軽い傷害の場合、例えば、一時の気まぐれから、手術しても除去することの難しい刺青をしてもらうとき、それは違法とされることになる。ハルトウングによれば、承諾者が所為の利益と不利益を「分別をもって」評価したとはもはやいえないとき、承諾の違法性阻却効果は否定されるからである。しかし、全く無分別な傷害であっても、それが重い傷害でないとき、許容されるべきである。重い傷害の場合、例えば、多額の謝礼と引き換えに、研究目的のための両脚切断を承諾し、車椅子生活を余儀なくされる者にとつて、その経済的状况からして分別のある利益となることもありうる。それにもかかわらず、これは許されるべきでなからう⁽⁹⁰⁾。

これに対して、要求に応じた殺人罪（刑第二二六条）を援用する説がロクスティーンによつて展開される。これに依れば、先ず、具体的に生命に危険のある傷害は、被害者の承諾があつても、良俗に違反する。次に、生命に危険は無

いが、非可逆的な極めて重い身体損傷が被害者の立場からすらも理解できる根拠なしに加えられた場合も良俗に反する。⁽⁹¹⁾

これらの諸説とは異なり、フリッシュに依れば、良俗条項で問題となっているのは承諾者の「自律性欠如」なのであり、これは承諾における意思瑕疵において考慮されるべきである（良俗条項不要説）。したがって、刑法第二二八条は、「承諾の内容から見て、承諾が自律的人のした決定とは見られないとき、——なぜなら、分別のある人（eine vernünftige Person）ならこういった承諾は与えないだろうから」といった場合、自律性が欠如しているので、承諾は無効であるというように解釈されるべきである。⁽⁹²⁾ 本説に対しては、分別で問題となるのは、意思瑕疵、とりわけ弁識能力におけるのとは異なつて、本人が自分のすることを知らない又は十分知っていないということではない、事実、無分別が直ちに自律性の限界を為すのではなく、むしろ、人は無分別な行為によって自分に不利益なことをしてもよい（例えば、一瞬の気まぐれから女友達の名を刺青してもらう）、他方、他人の哀れみを引くことで割に合う収入を得るために手足を切断してもらうことは物乞いの分別に合致することになるという批判が可能である。⁽⁹³⁾ もっとも、フリッシュ説の帰結は法益解決策とほとんど変わらず、追体験理解のできない非可逆的結果を伴う重大な身体侵襲及び明らかに無意味な、きわめて危険な行為だけが「無分別」であり、違法とされる。⁽⁹⁴⁾

これに対して、ドゥットウゲは、自律性欠如思想に依拠することなく、憲法上保障された人間の尊厳に決定的意味を見出し、刑法第二二八条の目的は、「共同体の抜きん出た利益」として「本人の意思に対して人間の尊厳自体を擁護」することにあると論ずる。⁽⁹⁵⁾ 本説も問題を孕んでいる。「自己の人間の尊厳に自発的に且つ強制されることなく違反し

たということとは、これに関与した者の可罰性すら根拠づけるのに適さない」。人間の尊厳の中核には基本的自由権の保障があるのだが、本説によれば、この中核が変質して自由を制限する方向に働くことになる。そうすると、本説は刑法の濫用を導くことになりかねない。しかも規準は不明確すぎるので、例えば、公衆を楽しませるため広場で犬用鞭による尻たたきをさせるとか、その他の尊厳を傷つける虐待に曝す場合、当然自己の人間の尊厳の放棄を見ることにもなる。⁽⁹⁶⁾もつとも、ドウツトウゲも身体の不可侵性の「中核」を護ろうとして、良俗違反の判断にあたっては「侵襲の重さ」が「疑いも無くかなりの重要性」をもつこと、良俗違反の傷害の適用領域を最小限におさえるべきだと論ずるのである。⁽⁹⁷⁾

ヤーコプスは、良俗違反を傷害の誘因と結果の間の不釣合いと解釈する。「分別なき所為」は、被害者が傷害を承諾しているも、「不釣合い」の故に刑法第二二八条の意味で違法であること、この違法な傷害を具体的個人に対する犯罪ではなく、公衆の利益に対する犯罪と捉え、身体の不可侵性という個人法益に向けられるその他の傷害と対照をなすと論ずる。⁽⁹⁸⁾しかし、この見解は従来の傷害罪の理解から離れているし、良俗違反を不釣合いで代えることは許される解釈の範囲を超えていると批判されるのである。⁽⁹⁹⁾

(bb) 判例⁽¹⁰⁾

第二次世界大戦終戦前、ライヒ裁判所 (RG, *Entsch. v. 11.11.1937, NJW 1938, 30*) は、「良俗概念は確固とした判例に依れば正しく且つ公正に考える全ての人の礼節感と一致する。所為自体が——法律上これが重要なのだが——これに反するか否かは個別事例の事情から判断される。本事案では、せっかんがむき出しになった臀部への殴打によって行

われたということが重要である。かかるやり方は男子少年に対して、例えば、童を過ぎている場合にはいずれにせよ、かなりの名誉侵害であり、良俗に反する」と説示した。

行為者の動機が重視されて有罪判決が導かれた事案もかなり見られる。加虐被虐的動機に関する事案として、RG, Entsch. v. 3.1.1928, NJW 1928, 2229 (皮膚をたたいたり、つねったり、かき傷をつけたりしたという事案)「当刑事部が強調したいことは、本件では身体傷害が専ら猥褻目的で行われたこと、それ故、その承諾があってもそれは良俗に反し、法的に無効であるとするのは完全に正しいということである。というのは、承諾は刑法によっても承認される意思に由来するときだけに、承諾は刑法上意味をもつ。しかし、その活動が良俗に反する意思は法によっても承認されない」、RG, Entsch. v. 12.10.1928, JW 1929, 1015 (乗馬用鞭でたたいたり、乳房をひっぱたりしたという事案)「被害者の承諾があっても、いずれにせよ本事案では、猥褻目的から出ているのであるから法的に効果をもたない」、RG, Entschl. v. 26.11.1942, DR 1943, 234 (臀部を籐の鞭でたたいたという事案。被告人の『官能的快楽を求める目的』)。

その他、詐欺を準備するための身体傷害に関する事案として、RG, Urt. v. 6.5.1932, DRiZ 1932, 医療に関する事案として、RG, Entsch. v. 19.5.1942, DR 1943, 579 (患者から性交の同意を得るために治療のための注射をしたという事案)「そこに医師としての義務が見られるが故に」。RG, Urt. v. 23.2.1940, RGSt 77, 91 (婦人科医師が性的動機からでなく、医学的動機から行った、しかし医学的には適切でない膣マッサージ)。

第二次世界大戦後の「良俗性」に関する連邦通常裁判所の裁判例として、先ず、一九五三年一月判決(Urt. v. 22.1.

1953. BGHSt. 4, 88) がある。「被告人は被害者から殴り合いを要請され、自分の上着を脱ぎ、それからまだ闘いの準備のできていない挑戦者のこめかみをこぶしで殴ったところ、被害者はそれに起因する脳出血で死亡したという事案」で、連邦通常裁判所はライヒ裁判所判例 (RG, *Entsch. v. 11.11.1937*) を引き合いに出してごく短く「正しく考える人の道徳観に反するか否かが規準となる」と説示して、本事案につき良俗違反を認めた。しかし、後の判例の基礎となったのが一九五三年一月二九日判決 (Urt. v. 29.1.1953. BGHSt. 4, 24) である。それは、被告人がフェンシングでの決闘を行ったという事案で、判断対象について、「身体傷害が被害者の承諾にもかかわらず良俗に反するか否かの問題は、傷害の重さによってだけ答えられるものではない。むしろ、その他の事情も、とりわけ動機が重要な役割を果たす」と説示し、判断尺度について、「道徳律を参照することは法治国の観点から基本的疑問なしとはしない。いかなる構成要件が刑罰で警告されるべきかについて不安定な結果が生じかねない。このような明白でない規定は、法治国において耐えられるためには、被告人の有利に狭く解釈されねばならない。それ故、良俗違反と見られるのは、この刑法的意味では、公正に且つ正しく考える全ての人の礼節感によれば疑いも無く刑法上当罰的不法といえることに限定される」と説示して、本事案について良俗違反を否定したのである。一九九一年一〇月判決 (BGH, Urt. v. 15.10.1991. BGHSt. 38, 83) は、「刑務所から脱走するために、同房者をその同意を得て縛り、「頭部にほんのちよつとした傷」を与えたという事案」で、「明らかにほんのわずかの傷に過ぎないことに鑑み、所為の良俗違反を認めることはできない」と判示した。脱走という動機からすると、従前の判例に依れば、良俗違反が肯定されてもよさそうな事案であつてことから、本判決は、所為の目的よりもむしろ傷害の重さに力点をおき始めたとも評価される。

この新しい動きは下級審で顕著になった。「自動車サーフィン事件」〔被告人は自動車の屋根に友人三人を乗せて時

速七〇キロないし八〇キロで走行してゆける右カーブを切ったところ、屋根上の一人が自動車にもはやしっかりと掴まることができなくなり溝へ飛ばされ重い、永続的傷害を蒙ったという事案」で、原審 (LG Mönchengladbach, Urt. v. 20.9.1996, NSZ,RR 1997, 169) は、「社会倫理的に是認できないのは基本的に、人の最高の財、つまり生命が危殆化される危険な企てである。生命という法益の最高位の故に、生命に危険な企ての場合、被害者が単に承諾しているというだけでは正当化に十分でない。むしろ、企ての誘因、目的に関して、危険の予防措置、大きさに関して特別の事情が付け加わる必要がある、これによって行為者の行為の義務違反の否定が正当化される。この理由から、承諾によってあらわれる被害者自律性の価値が所為によって追求される目的と一緒にあって生命の危殆化にある無価値を凌駕するか否かが詳細に検討されるべきである。衡量にあたっては次の原則が働く、つまり、企てにおいて死の結果又は重い身体傷害の蓋然性が大きいほど、追求される目的も、その実現がこの種の危険を犠牲にしてもなお相当と思われるために、それだけ重大でなければならない」と説示して、本事案では目的の重大性を否定した。上訴審 (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 6.6.1997, NSZ,RR 1997, 325) も原審に組した。「承諾があるにもかかわらず良俗に反するか否かの判断に当たって決定的に重要であるのは、冒された危険の程度とその所為目的との関係である。危険が大きいほど、所為目的のもつ価値が小さいほど、良俗違反が認められる」。本件では、「冒された危険が所為目的と釣り合いが取れていない」。

BayObLG, Beschl. v. 7.9.1998, NJW 1999, 372 「少年ギャング入会儀式事件」〔一五歳の被害者少年はある「少年ギャング」に加入するつもりだったし、その受け容れ儀式に服する覚悟があった。ギャング仲間三名から一分半にわたって身体、頭に拳打ちや足蹴りをされねばならなかった。被疑者は倒れてもなお虐待行為を受けた。一分が経過してから、

被告人らは被害者に「入会試験」を止めたいか否かを問うたところ、被害者は引き続き受けたいと答え、被告人らはさらに暴行を加え続けた。結局、被害者はとりわけ頭部に重い打撲傷を受け、全治一週間の診断書がでたという事案。第一審では無罪、原審では危険な傷害罪で有罪判決が言い渡された。本事案において、バイエルン上級地方裁判所は本件所為が良俗違反であるとして、傷害罪の成立を認めた。「傷害が、被害者の承諾があるにもかかわらず良俗違反となるのは、自己の身体の不可侵性に関する処分権が基本的に承認されていても、傷害の目的、動機、手段及び性質からすると、公正に且つ正しく考える全ての人の礼節感に反する、それ故、承諾の法的承認が共同生活の基礎にある秩序によって拒まれねばならないときである (BGHSt 4, 88 [91]...)」。本件はその場合に於ける。『入会試験』の内容は、——初めから予定されていたし、『試験者』が望んでもいたのだが——何度も何度も残虐な、手心を加えないそして無慈悲な拳打ちと足蹴りであり、『受験者』が倒れた場合ですら続けるつもりであったし、実際そうされた。それにまた拳打ち、足蹴りは頭部に向けられた。まともな人には直ちに明らかであるが、とりわけこのようにして加えられた頭部傷害によって、きわめて重い損傷が、そこどころか被害者の死が生じかねない。『受験者』に差し迫った且つ重大な危険は、受験者が攻撃者に対して防衛してもよい、いつでも試験の中止を要求してもよいということによって、かなりの程度低下するものでもない。というのは、三人の攻撃者の圧倒的力に鑑みると、条件の防禦の見込みはわずかでしかない。被害者が暴行の中止を要望するまで、多くのそして重い傷害が加えられていたのであって、被害者はたぶん、中止又は継続を望むか否かを、もはやまったく(自由に)決定できなかつた。原審の認定したこうした事情の下では。被告人らの所為は社会倫理的価値観念に反している。被害者少年は被告人らの行為態様によって客体へ貶められ、重い健康障害の危険に曝される。バイエルン上級裁判所は、「公正に且つ正しく考える全ての人の礼節感」に依拠した上で、被害者が「客体に貶められ、重い健康障害の危険に曝された」こと、それどころか死の危険に曝され

たと説示しているところから、本判決は法益説に近い立場にあると評価される^(四)。

連邦通常裁判所も従前の立場から離れ、新しい方向へ踏み出したと評価されるのが次の二つの判決である。BGHSt 49, 34 (11.12.2003), 3. Senat [ヘロイン注射事件] [被害者は、アルコール依存者であり、痙攣の発作にも罹っていて、治療薬を服用していた。身体の状態は悪かった。その両手は小刻みに震え、歩行も不自由で身障者用の三輪自転車を使わねばならなかった。被告人は、被害者が時々ヘロイン注射をしているのを知ってから、二度被害者と一緒にヘロインを費消した。被告人はヘロインを吸引したが、被害者はヘロインを自己注射した。被害者は二回とも被告人に「放心状態」にあるとの印象を与えたが、話しかけには応答した。犯行当日の夕方、被告人は、スーパーマーケットの前で飲み友達と話し込んでいて、缶ビールを手持っていた被害者に会った。被害者はこの時までに相当ビールを飲んでしたが、アルコール順応のために脱落症状にはなかった。被告人と被害者は一緒にヘロイン一グラムを費消することにした。被害者の住まいで、二人は先ずアルコールを飲んだ。それから被告人は自ら入手したヘロインの半分をアスコルビン酸と水と一緒に煮沸して、それを自己注射した。被告人の長い経験からすると、その効き目は普通だった。注射器を熱湯消毒してから、被告人はもう半分のヘロインを煮沸した。両手が震えてもはや自己注射ができる状態ではなかった被害者は被告人に注射をしてもらうことにした。被告人はその願いを入れてヘロイン一グラムを静脈注射してやった。被害者は注射をされた後間もなくヘロイン中毒で死亡したという事案」。本判決によれば、良俗違反とというのは、所為が、「道理上疑問とはなりえない、一般的に通用する道徳的尺度によれば、良俗違反という明白な欠陥をもっている」場合のことであり、したがって、傷害が、「公正に且つ正しく考えるすべての者の礼節感に反している」ことである。第三刑事部は、良俗違反の判断に当り、所為が非難すべき目的を追求するということだけが考慮される

のでなく、身体的虐待又は健康障害の程度、それに伴う、被害者の身体、生命に対する危険の程度が重要であること、具体的な生命に対する危険が客観的に予見可能であるとき、当該所為は良俗違反であると結論づけた。

第三刑事部は実質的に二つの点で革命的な方向へと踏み出したと評価される。まず、本判決は乞われたヘロイン注射の良俗違反を否定した。「本刑事部は、違法な薬物の使用が今日一般的に認められた、疑いような無い価値観によれば一般的になお良俗と一致しないといえるという判断を下すことはできない。おなじことは、違法な麻酔剤の了解のある投与によって惹起された傷害にもいえる」と判示するとき、旧判例の道德化する立場からの最終的離別が見られる。麻酔剤法違反の重い可罰行為すらも良俗に違反しないと、刑法第二二八条から導かれる可罰性をおよそ道德的考慮から導出することはもはやできない。次に、本判決は刑法第二二八条を精密に限定している。「被害者の承諾があるにもかかわらず傷害が良俗違反、したがって、違法であることは、被害者のためのヘロイン注射によって生じた具体的な生命の危険から導かれる」と判示するとき、「具体的危険」を「一般的道德感覚からすると、道德的非難の限界を超えている」から導くのではなく、刑法第二二六条の法思想から導いた方がよかったと云えるが、それでも刑法第二二八条の主要適用事例が限定されたところに意味がある。⁽¹⁰⁾

BGHSt. 49, 166 (26.5.2004). 2. Senat 「緊縛遊戯事件」〔被告人（男性）の伴侶（女性）は、被告人とは異なり、異常な性的行為、特に、いわゆる緊縛遊戯に大きな関心を示した。これには、被告人が物体で被害者の咽喉、舌骨、気管を圧迫して、被害者の望んでいる一時的酸素不足を惹き起こし、興奮作用を生じさせることが含まれていた。犯行日に、伴侶は被告人に改めて緊縛遊戯を要求し、自ら（綱、木片及び金属管）を用意した。被告人は最初渋ったが、結局、

伴侶の要望に応えた。被告人は伴侶が呼吸できなくなることを恐れたが、伴侶は被告人の危惧を吹き飛ばし、今回は今まで使ってきた綱に代わって金属管の利用を要求した。間隔をおいた、伴侶の頸部に向けられた数回の、少なくとも三分は続いた行為の最中に、被告人は金属管で圧迫した。伴侶は、強度の頸管圧迫とそれに伴う脳への酸素供給遮断、それに続く心臓停止により死亡したという事案。地方裁判所は、殺人の（未必の）故意の証明がなかったし、さらに、傷害については承諾があったという理由から傷害致死罪の成立を否定したが、過失致死罪の成立は肯定した。連邦通常裁判所は、生命に危険のある行為は良俗に反するから、それを有効に承諾することはできないとして、原判決を破棄差戻したという事案」。本事案において、連邦通常裁判所は、加虐被虐的性的行為が良俗違反でないこと、つまり、性的満足のための良俗違反でないことを明らかにするとともに、他の理由から、本件所為の良俗違反を肯定した。所為の良俗違反の概念にとって決定的に重要なことは、傷害結果の性質と重さであること、その場合でも、積極的な又は少なくとも納得できる所為目的があれば、それによって良俗違反が相殺されること、というのも法益保持者の自由な処分領域を超えていないからであること、そして、承諾者に傷害によって具体的な生命の危険が生じないことである。

本判決の特徴は、「ヘロイン注射事件」とは異なり、「良俗」を社会の道德観念、つまり、「公正且つ正しく考える全ての者の礼節感」と結び付けなかったところにある。そこから、本判決に対して、第二刑事部は必ずしも意識していないとしても、実質的に見ると、具体的な死の危険の侵襲がある場合に有効な承諾の限界として良俗違反を用いることを廃止して、それに代わって放棄された利益の処分不可能性を用いたと評する見解も見られる。すなわち、被害者は専ら快樂を得るといふ目的のために自分の生命を失うことを予期せざるを得ないことになる行為に承諾を与えるこ

とはできない。刑法第二一六条が自分の生命を処分できないことを定めるとき、快樂の獲得だけを求める限り、自己の生命の危殆化も処分の対象とならない。この場合、良俗違反を持ち出す必要はない。本事案においては、処分可能性の限界を超えたという観点から解決できたのであり、「少年キャンピング入会儀式事件」では、生命の危殆化を伴わない傷害が問題となっており、それはまだ承諾権能の範囲内にあるが、所為の良俗違反から可罰性が肯定される事案であると。⁽¹⁰⁾

連邦通常裁判所は、「ヘロイン注射事件」に見られるように、刑法第二二八条の良俗違反を基礎づけるために他の刑罰規範違反を援用することをしてこなかったのであるが、次の二つの裁判例は刑法第二三一条を援用したのである。⁽¹¹⁾

BGH, Beschluss v. 20.2.2013, I. Senat, NJW 2013, 1379 「少年集団抗争事件」〔事件の引き金となったのは、A、B及びCも属する少年集団の構成員の一人Dに対して対立少年集団のLが攻撃をしたことであつた。LはDを揺さぶりそれから自動車に押し付けようとした。この争いには仲裁が入りそれ以上の暴行沙汰には到らなかった。しかし、この件に怒りを感じたCは自分の所属集団の構成員らに事件現場に来るように促した。間も無く、補強されたA、B、C及びDから成る集団とL、M、N及びOから成る集団が対峙した。両集団の構成員は、相互の罵詈雑言が昂じて暴行に発展することを認識していた。関与者らは拳打ちと足蹴りで決着をつけることで一致した。重い傷害も容認された。その後四分ないし五分続いた乱闘から、A、B、C及びDから成る集団が優勢であることがはっきりした。Mがこのことを顧みず対立集団の一人を攻撃したとき、AはMをさんざん殴りつけたので、Mは転倒した。倒れたままのMは一発足蹴りをくらい頭蓋骨打撲傷を負い、病院へ救急搬送され、入院治療を受けねばならなかった。BはNの顔

を激しく拳打ちしたので、Nは下顎の歯三本を失い、植歯されねばならないほどだった。加えて、鼻中隔がずれたので、手術による矯正を要するほどだった。血中アルコール濃度三プロミルだったOは拳打ちを食らったのですでに闘争の最初の段階で倒れており、抵抗能力の無い状態だった。それでも、AとCはOの頭部と体を数度足蹴りした。その攻撃が終わったので、Oは四つんばいの状態ではってその場を去ろうとしたが、Bが足を後方に伸ばして弾みをつけてOの顔を蹴った。引き続き、AとCもOを再度踏みつけた。AはOの頭部も踏みつけ、さらに、その頭部を少し持ち上げ、強くは無かったが、アスファルトに打ち付けた。無数の傷を負ったOは三日間入院し、そのうち一日は集中治療室で治療を受け、一四日間は就労不能だったという事案。原審はA、B及びCを少年刑に処した。上告棄却」

「承諾者に具体的死の危険を伴う傷害行為というのは行為の危険性の程度とそこから生ずる生命及び身体にとつての危険を意味し、それに到れば傷害に良俗違反が認められるのが普通である。しかし、この規準は、刑法第二二八条が想定する承諾があるにもかかわらず良俗違反が認められる状況を余すところ無く扱っているわけではない」「連邦通常裁判所が従前扱った裁判例はほぼすべて、何人かの間で暴力行為が行われた事案ではなかった。それ故、今まで、所為に伴う被害者ないし被害者らの危殆化を判断するために、集団力学的進行の影響、例えば、集団内の及び反目する集団間の影響に起因する全体状況の統制不可能性といったことが考慮されえなかった」「所為がそれから生ずる危険性を限定する条件の下で行われるなら、通常、傷害は承諾の表示によって正当化される。これに対して、このような調節措置がなされていないとき、傷害は基本的に良俗に反する。規則がないと、経験上、承諾の範囲を超えて傷害の危険の程度が高まると云えるからである。同じことは、行為者と被害者の間に規則が作られた場合ですら、その取り決めたことが十分に確実な方法で、重大な、それどころか死の危険を伴う傷害の防止への配慮がなされていないときにも云える」、重要なのは、傷害行為の危険性の程度を事前の観点から評価することである(……)。傷害行為によつ

て惹起された具体的死なしいし生命の危険の場合、通常、刑法第二二八条の意味での良俗違反の限界を超え、身体、生命という法益に対する危険性が生じていると考えることができる（……）。しかし、承諾のなされた傷害の危険性の程度は実行行為に付随する事情によっても影響される」所為が、そこから生ずる、身体の不可侵性それどころか負傷者の生命に対する危険の程度を限定する条件の下で行われるなら、通常、傷害は承諾の表示によって正当化されると考えられる。これに対して、この種の規制措置がとられていないなら、傷害は承諾表示にもかかわらず、基本的に良俗違反である」「いずれにせよ、本事実におけるような、敵対する集団の間での暴行抗争における傷害には、段階的拡大の危険のあることが考慮されるべきである。このことは、……刑法第二三一条の基礎にある保護目的からも云える。この抽象的危険犯で（……）、立法者はすでに法益侵害の前域において生命、健康を何人かの者の間の暴力的対決による危殆化可能性から保護しようとしている（……）。乱闘のこの特有の危険性の側面はまさに集団力動的推移の統制不可能性にある。この危険性の側面が本件のような合意の上の相互傷害の事前的判断にあっても考慮されねばならない」、「取り決めによって許された傷害に、少なくとも足蹴りの形で、すでに些細とはいえない危険可能性が伴っている。認定事実によれば、こういった足蹴りが喧嘩相手の頭部にも向けられたことは否定できない。頭部への足蹴はそれ自体生命に一般的に危険である。……同じことはLの側の者が蒙ったような頭部に向けられた拳打ちにも云える。……こういった拳打ちが特に敏感な頭部、とりわけこめかみに向けられると、具体的死の危険すら考えられるのが普通である」しかし、より重要なのは、……相互傷害行為の段階的拡大、これに伴って、それから生ずる法益危険性の著しい高まりを排除するいかなる取り決めも予防措置も無かったことである。集団間で、……もはや効果的な防禦能力を失った関与者に対する傷害を排除する取り決めがなされたとは認められない。同様に、……一方には多数の『闘士』が揃っているので、数において劣る者にとって重い傷害の危険が高まる状況を起りえなくする取り決めや安全

対策も認定できない」。

本決定は、少年集団間の対立抗争という面だけでなく、スポーツ、殊にサッカーとの関連で、「第三の地での殴りあい」、「第三ハーフトタイム」とか「試合」とか呼ばれる頻繁に発生したフリーガンの抗争事件との関連でも注目を浴びた裁判例である。本事案では、刑法第二二三条（傷害罪）第一項、同第二四條（危険な傷害罪）第一項第四号（傷害の共同）該当行為が承諾によって正当化されるか、所為の良俗違反性の故に承諾が無効となるかが争われた。同第二三一條（乱闘関与罪）の適用がなかったのは、同条が要求している死亡又は同第二二六條の意味での重い傷害（客観的処罰条件）が生じなかったからである。第一刑事部は本決定において「行為の危険性」を引き合いに出し次のように説示した。良俗性の判断に当たり重要なのは、傷害結果の性質、重さではなく、むしろ、従来の具体的考察方法に代わって、敵対する集団間の暴行対決ではこれに典型的に伴う、抽象的な段階的拡大であること、こういった対決で、危険性潜在力を限定する取り決め、その遵守のための効果的安全対策がなされないと、この経過の中で加えられた傷害は、具体的に死の危険が迫っていなくても良俗違反であると¹⁶⁶。

BGH, Urteil v. 22. Januar 2015, 3. Senat, NSStZ 2015, 270 「フリーガン乱闘事件」〔ドレースデンを本拠地とするフリーガンに所属する被告人らは二年以上にわたって他のフリーガンの諸集団と取り決めた上で乱闘を行ってきた。乱闘は不文の、しかし集団間では一般に承認された規則に従って行われた。乱闘は、数秒間、せいぜい数分間続き、一方の全ての闘士が打ちのめされるか、逃走するか、負けが認められると終わった。参加者の規則違反や傷害があったとき直ちに介入する「審判員」は用意されていなかった。場合によって、規則違反について引き続き話し合いが行われ、

違反者は以後の戦いには参加できなくなったという事案。原審は、一連の乱闘事件のうちの一件にのみ危険な傷害罪の成立を認めた。この一件では、両集団の闘士の人数から見て相互攻撃の危険性が大きく、傷害行為は傷害の承諾があるにもかかわらず良俗に違反するとされた」。「刑法第二二八条の良俗要素はそれだけ捉えれば輪郭を欠いている。道徳的評価の変遷可能性に鑑み、個々の社会集団、それどころか判断を下す裁判所がもつ観念は良俗判断の糸口とはならない（……）。一般的に通用する道徳規準を調べることも多元的社会において問題なしとはしない」「それ故に確認できる良俗という概念の不明確性に対処するためには、この概念が刑法第二二八条において嚴格に傷害罪の利益に関連づけられ、その中核内容に縮減されねばならない。社会的観念や所為によって追求される目的は、例えば、医的治療侵襲の場合のように、承諾を重い法益侵害にもかかわらず有効とするために援用できるに過ぎない」「あらゆる重要な事情を事前の観点から客観的に考察して、承諾者に傷害行為による具体的死の危険が生じた場合に所為の良俗違反が肯定されるのだが、それは刑法第二一六条の立法者の評価から導かれる限りにおいて、上述したことは従来の判例に沿うものである。すなわち、被害者が承諾しているだけでなく、真摯に要求している殺人がそれでも可罰的であるという事情から、被害者が第三者によって殺害されることの承諾は無効であることが導かれうる。この評価から刑法第二二八条にかかわる判例は、公共の利益において、自己の身体の不可侵性や自己の生命の法益の生存にかかわる処分を下す可能性が制限されることを導いた。それ故、身体の不可侵性や生命という法益の第三者からの侵害の保護は、そのものでなく、法秩序にとり耐えられうる範囲内においてのみ個人の処分に委ねられる（……）。この範囲が超えられるのは、傷害を承諾する者に所為によって具体的死の危険が発生するときである」「しかし、立法者の評価は、切迫する死の危険にかかわる刑法第二一六条からだけでなく、傷害行為の態様のために刑法第二三一条の規定からも得ることができる。この規定に依れば、乱闘に関与する又はいくつかの攻撃中の一つに関与する者は違法且つ有責に

刑法の構成要件を実現する。この者が処罰されるのは、なるほど、乱闘によって又は攻撃によって人の死又は刑法第二二六条の意味での重い傷害が惹起された場合に限られる。しかし、完全に支配的見解では、この結果は客観的処罰条件に過ぎない。この構成要件の構成に表れているのは、社会倫理的に非難に値する行為が既に乱闘への関与に又はいくつかの攻撃の一つに関与することにあること、なぜなら、それによって、関与自体がもう当罰的不法となるほど経路上重い結果の危険が創出されるからであるということである。「取り決めの上身体的対決に関与した被告人らの集団構成員並びに敵方の関与者は刑法第二二二条第一項の構成要件を違法且つ有責に実現した。……このことから、——すくなくとも、乱闘に関与した者に必要な事前の視座からすると少なくとも重い健康障害の具体的危険が生じている一連の本案において——上記の諸原則からすると、対決に伴う傷害行為の（推断的）に与えられた承諾は無視しても良いことが導かれる」「刑法第二二二条の構成要件の目的は、抽象的危険犯として（……）乱闘によって又は攻撃によって実際に負傷した者又は殺された者の生命、健康を保護することだけでなく、乱闘や攻撃によって危険に曝される——無関与の——全ての者の生命、健康の保護にもある。後者の観点は公共の利益であるから、乱闘に関与した者一人又は全員の承諾は刑法第二二二条の範囲内では正当化効果を有しない」「これらの諸原則からすると、一方で傷害の所為——本件では刑法第二二二条第一項第四号——他方で乱闘関与の観念的競合の場合、刑法第二二二条第一項の構成要件が——違法且つ有責に——実現されると、刑法第二二二条の意味での傷害所為の良俗違反が認められる（……）。というのは、乱闘関与者が当罰的不法を実現したという法律違反に（……）、刑法第二二二条の立法者評価の無視が見て取れるからである。刑法第二二二条によって生ずる身体、生命に対する危険の増大に対して、対決の段階的拡大を妨げる予防措置がとられうるか否かとは関係なく、立法者の評価は良俗違反判断を基礎づけている」「刑法第二二二条の構成要件の充足による傷害行為の良俗違反が常にそして具体的に生じた危険とは関係なく承諾を顧慮しな

くても良いか否か、例えば、事前の考察から軽微な傷害しか予期してないときもそうであるかは未決しておくことができる。少なくとも、——本件のように——負傷者が所為によって重い健康障害の具体的危険の発生が予見できるとき、……刑法第二三一条の法律評価に対する違反によって、刑法第二二八条の意味での所為の違法性が肯定される。

第三刑事部は、被告人らの集団が刑法第二二九条第一項の犯罪的団体であると認定してから、一連の乱闘について危険な傷害罪（刑第二二四条第一項第四号）を認定した。第三刑事部は、後者の結論を、被告人らは違法且つ有責に乱闘に関与したこと（刑第二三一条）、闘士らが傷害行為の承諾を与えたということは、刑法典の構成上初めから正当化作用を有し得ないということから導出した。一連の殴り合いにおいて、刑法第二三一条の定める客観的処罰条件（人の死又は刑法第二二六条の意味での重い傷害）が生じていない、それ故本条による処罰ができないからといってこの結論が変わるものでもない。被告人らの集団形成は乱闘の範囲内の暴行に合っていたのであるから、その目的、その活動は可罰的（危険な）傷害を行うことにあつたと判示した。「ヘロイン注射事件」でも「緊縛遊戯事件」でも、刑法第二二八条の意味内容が刑法第二一六条で補充されることによって、可罰範囲の限定傾向が垣間見られたのであるが、「フリーガン乱闘事件」では、刑法第二三一条が援用されることにより、可罰範囲の拡大傾向が見られるようになった。⁽¹⁶⁾

注

(63) 大正大正一五・二・二五評論二五刑法一〇六「刑法第九十五条ニ所謂陵虐ノ行為トハ、汎ク被害者ヲ陵辱苛虐スル一切ノ行為ヲ包含スルモノニシテ、其ノ行為ガ被害者ノ意思ニ反スルヤ否ヤハ、敢テ問フ所ニ非ズ。何トナレバ、本条ノ罪ハ所謂流職罪ノ一種ト

- シテ公務員ノ職務違反ノ行為ヲ処罰スルノ趣旨ナリト解スベク、其ノ行為ガ職務違反トナルヤ否ヤハ、毫モ被害者ノ意見如何ニ関セザレバナリ」。東京高判平成一五・一・二九判時一八三五・一五七「本罪（特別公務員暴行陵虐罪）は、このような看守者等の公務執行の適正を保持するため、看守者等が、一般的、類型的にみて、前記のような関係にある被拘禁者に対し、精神的又は肉体的苦痛を与えたと考えられる行為（看守者等が被拘禁者を姦淫する行為「性交」がこれに含まれることは明らかである。）に及んだ場合を処罰する趣旨であつて、現実とその相手方が承諾したか否か、精神的又は肉体的苦痛を被ったか否かを問わないものと解するのが相当である」。
- (64) *R. Mannach, F.-Ch. Schroeder u. M. Mannwald*, Strafrecht BT, Tb. 2, 9. Aufl., 2005, 421; *H. Otto*, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., 2005, § 95 Rn. 1.
- (65) *Roxin*, (Fn. 11), § 13 Rn. 34.
- (66) *Th. Lenchner, Schönlke/Schröder* Stragesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 164 Rn. 1, n.w.N.; BGHSt. 5, 66; BGH JR 1965, 306.
- (67) 大判大正一・一一・二〇刑録一八・一五六六「誣告罪ハ、一方所論ノ如ク個人ノ権利ヲ侵害スルト同時ニ他ノ一方ニ於テ公益上当該官憲ノ職務ヲ誤ラシムル危険アルガ為メ処罰スルモノナルガ故ニ、縦シ本案ハ所論ノ如ク被誣告者ニ於テ承諾アリタル事実ナリトスルモ、本罪構成上何等影響ヲ来スベキ理由ナシ」。 *Kienappel/Höpfel/Kert*, (Fn. 111), Rn. 81; *Steninger*, (Fn. 12), II, Kap. Rn. 93; BGHSt. 5, 66, 68.
- (68) *H. J. Hirsch*, Zur Rechtsnatur der falschen Verdächtigung, in: *Schröder-GS*, 1978, 307; *Eb. Schmidhäuser*, Strafrecht BT 2, Studienbuch, 2. Aufl., 1983, 6/6.
- (69) *R. Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 164, Anm. 1; *Fuchs*, (Fn. 117), 16, Kap. Rn. 27; *Hinterhofer*, (Fn. 111), 28; *Lewisch*, (Fn. 112), Nachbem. zu § 3 Rn. 223.
- (70) *Fuchs*, (Fn. 117), 16, Kap. Rn. 27.
- (71) 吉田敏雄『不真正不作爲犯の体系と構造』二〇一〇・一一九頁以下。
- (72) 刑法旧第二二六a条は一九三三年五月二六日の刑法改正法によつて導入され、同年六月一日に施行されたのであるが、その主要な目的は優生学的及び重い社会的適応のある場合に自発的断種を可能とする点にあった。vgl. *R. Mannach, F.-Ch. Schroeder u. M. Mannwald*, Strafrecht BT, Tb. 1, 9. Aufl., 2003, § 8 Rn. 13.
- (73) 例えは、治験の承諾をするが、謝礼として受領したお金で児童ポルノを購入するためだったという場合、承諾は良俗違反となりう

- るが、所為そのものは良俗違反とはならない。vgl. *Maurach/Schroeder/Matwald*, (Fn. II-72), § 8 Rn. 14.
- (74) *H. U. Paefgen*, NomosKommentar Strafrechtzbuch, Bd. 3, 2. Aufl., 2000, § 228 Rn. 40 ff.; *D. Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, 136 ff.
- (75) *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn. 38; *Hirsch*, (Fn. II-15), Rn. 2. ユルシュは、正当化事由は構成要件ほど厳格に明確性原理に服するところ、良俗性条項は、所為の良俗性を前提とするのではなく、所為の良俗違反性を際立たせているので、明らかに良俗違反が認められる場合に限り、承諾は無効であるとしているので、所為の評価が不確かであるとき、承諾は有効であること、それでも本条の精密化が喫緊の立法課題であると論じられる。Vgl. *H. Niedemair*, Verletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten. Zum Funktionslust einer Generalklausel, 1999.
- (76) 他は法廷での一般的な適用も可能な少数説である。G. *Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, Abschn. 14 Rn. 9 FN. 12 m.w.N.; *Th. Lencker, Stönke/Schröder* Strafrechtzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vorbem. § 8 32 ff. Rn. 37 (特に侮辱的なきか人間の尊厳に反する名誉侵害)の承諾は、その所為が良俗に反するから、正当化効力を有しない。
- (77) ツイツ民法第一三八条「善良の風俗に反する法律行為は無効とする」。RGZ 80, 221; BGH 4, 24, 32 u. 4, 88, 91; BayOLG, JR 1978, 296, 297.
- (78) *Krey/Esser*, (Fn. I-24), § 17 Rn. 664; BGH St. 49, 34, 41.
- (79) *U. Berr*, Die Bedeutung der Sittenwidrigkeit für die rechtfertigende Einwilligung, GA 1969, 145, 151 f.
- (80) *E. Horn, G. Wolters*, Systematischer Kommentar zum Strafrechtzbuch, Stand: März 2003 § 228 Rn. 9; *Maurach/Schroeder/Matwald*, (Fn. II-72), § 8 Rn. 14 「公正に且公正に考慮する全ての人の礼節感。社会倫理的価値観は、かなりの傷害、特に、実質傷害が納得される目的なく生ずることに常に傷つけられる。犯罪目的の場合には常にそう言えるが、(むしろ)承諾が強要されたこと(特別だか)によってのみ」。C. *Roxin*, Verwertlichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht, JUS 1964, 371, 379 (旧説。後に改説。例えば、詐欺目的の傷害は、詐欺罪の構成要件に対処されるべきであり、もし傷害罪に処罰されるなら、実質的には詐欺の予備行為が処罰されることになるというのが改説の理由である。Roxin, (Fn. I-1), § 13 Rn. 39, 49)。
- 戦前の判例は、加虐被虐の動機から出た傷害も良俗違反としていた。RG JW 1928, 2229 (殴る、こねる、皮膚にかき傷をいける)。
RG JW 1929, 1015 (乗馬用鞭をたたく) RG DR 1943, 234 (籐の鞭棒をたたく)。
- (81) *Horn/Wolters*, (Fn. II-80), § 228 Rn. 9.

- (82) *Th. Fischer*, Strafrechtbuch, 60. Aufl., 2013, § 228 Rn. 9.
- (83) Vgl. *W. Stree*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 228 Rn. 8.
- (84) *S. Volz*, Die Anwendung und Interpretation des mysteriösen § 228 StGB, JA 2009, 421, 422.
- (85) *G. Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, 1970, 39, *Hirsch*, (Fn. II-15), § 228 Rn. 9; *ders.*, Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, ZStW 83 (1971), 141, 166 f.; *Jeschek/Wiegand*, (Fn. I-20), § 34 II 3, III 2, *E. Sanson*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 1977, Vor. 32 Rn. 46; vgl. BGHSt 49, 34 ff. u. 166 ff.
- (86) *Hirsch*, (Fn. II-15), Rn. 9.
- (87) *Arzt*, (Fn. II-85), 39, *Hirsch*, (Fn. II-85), 166 f.
- (88) *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn. 40, 51.
- (89) *B. Hardung*, Die guten Sitten am Bundesgerichtshof, JURA 2005, 401, 405.
- (90) *H. J. Hirsch*, Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, in: *Amelung*, FS, 2009, 181, 197.
- (91) *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn. 41 ff.
 ① 立法者は、殺人を被害者の考えとは関係なくいかなる場合でも処罰しようとしているとき、具体的な生命の危殆化がある場合にも同じ判断を下すのが目的合理的である。傷害の可罰性は、危険な傷害罪（刑第二二四条）、傷害致死罪（刑第二二七条）から分かるように、生命の危険性によって影響を受ける。② 懇請された断種とか性転換は、それをしてもらう立場から十分な理由があり、客観的に見ても、人格の自由な発展の表れとして受け容れられる。しかし、視力を失わせるとか脚を切断させるのはそれとは異なる。承諾者がそれを単なる厭世観とか自己破壊衝動からでなく、物乞い生活をしたが、そのために哀れみを買う姿を見せたい場合ですら、生活の質や生活・機会の喪失はひょっとして得ることの出来る利益と全く釣り合いがとれない。承諾というのは法益保持者の生活発展の可能性を保障すべきものであって、その破壊を保障すべきものでない。③ 要求に応える殺人罪（刑第二一六条）は、死を意欲する者を非逆的性急さから護り、最高価値の生命を第三者の介入に対して禁制化する必要性から制定されたが、刑法第二二八条も同様に解釈されるべきである。個人は、生涯にわたって活動の可能性を持続的に制約するような形で、身体を良く理解できる理由もなく損傷することから阻止されるべきであり、それは自分自身のためである。一般の人々も、外部の者が身体の不可侵性という中核領域に介入することを禁制化することに関心を有している。つまり、一般予防の理由から及びこのように阻止された者は国の世話や支援を必要とせざるを得ないという理由から。
- (92) *W. Fritsch*, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung, in: *Hirsch*, FS, 1999, 485, 490 ff., 498, 504 f.; vgl. *Niedermair*, (Fn. II-75),

- 59 ff., 260.
- (33) *Hirsch*, (Fn. II-90), 191 f.; *ders.*, Rechtfertigungsfragen und Judikatur des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof-FG, Bd. 4, 2000, 219 ff.; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 52.
- (34) *Frisch*, (Fn. II-92), 499 f.
- (35) *G. Dutige*, Abschied des Strafrechts von den *guten Sitten*?, in: Schlüchter-GS, 2002, 775; vgl. Schmidhäuser, Strafrecht AT (Lehrbuch), 2. Aufl., 8/131 「他人の行動や要求に係る権利としての人の尊厳や誰か他人の行動を禁止する」° *ders.*, (Fn. II-25), 5 Kap Rn 120 「人間の尊厳が行為者の所為によつて侵害されたら場合ごとの承諾の意味をめぐって」° *Groß*, (Fn. II-17), § 5 Rn 98 「良俗の反対の意味としての人間の尊厳に反する扱ひをめぐって」°
- (36) *Hirsch*, (Fn. II-90), 197 f.; *K. Kühl*, Der Abschied des Strafrechts von den guten Sitten, in: Jakobs-FS, 2007, 306 f.; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 55; *D. Sternberg-Lieben*, Strafbare Körperverletzung bei einverständlichem Verabreichen illegaler Betäubungsmittel - BGH, NJW 2004, 1054, 954, 956.
- (37) *Dutige*, (Fn. II-95), 784, 797 f., 801.
- (38) *G. Jakobs*, Einwilligung in sittenwidrige Körperverletzung, in: Fr-Ch. Schroeder-FS, 2006, 507, 520.
- (39) *K. Kühl*, Der Abschied des Strafrechts von den guten Sitten, in: Jakobs-FS, 2007, 293, 307.
- (40) Vgl. *Handlung*, (Fn. II-89), 401.
- (41) *H. Otto*, Anmerkung zum Beschluß des BayObLG v. 7.9.1998, JR 1999, 124 f.
- (42) *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 62 f.
- (43) *W. Groß*, Indisponibilität statt Sittenwidrigkeit - Überlegungen zu BGHSt 49, 166, ZfS 2012, 602; *ders.*, (Fn. II-17), § 5 Rn 78, 99; vgl. *K. Kühl*, Die sittenwidrige Körperverletzung, in: Schroeder-FS, 2006, 521, 526 ff.; *ders.*, Der Umgang des Strafrechts mit Moral und Sitten, JA 2009, 833, 836 f.; *Roxin*, (Fn. I-1), § 13 Rn 64 f.; *Wessels/Hettinger*, (II-56), § 5 Rn 318a.
- (44) Vgl. *Wessels/Benkler/Satzger*, (Fn. I-4), § 11 Rn 561 u. 564.
- (45) Vgl. *M. A. Zöllner, M. Lorenz*, Entscheidungsbesprechung zum BGH, Beschl. v. 20.2.2013, ZfS 2013, 429.
- (46) Vgl. *F. Kramer*, Die Unwirksamkeit der Einwilligung in die Körperverletzung wegen Sittenwidrigkeit in der neueren hochstrichterlichen Rechtsprechung, HRKS 2015, 435, 440.

Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung (3)

Toshio YOSHIDA

Kapitel 1 Autonomieprinzip und eigenverantwortliche Selbstgefährdung

- I. Allgemeines
- II. Anwendungsbereiche
 - a) Sportverletzungen
 - b) Übernahme vermögensrechtlicher Risiken
- III. Objektive Zurechnung bei eigenverantwortlichem Eingreifen Dritter
 - a) Rettungshandlungen
 - aa) Rettungshandlungen durch freiwillige Helfer
 - bb) Rettungshandlungen durch Pflichtübernahme
 - b) Verfolgungen
- IV. Schranken der Eigenverantwortlichkeit
- V. Voraussetzungen der Eigenverantwortlichkeit
- VI. Eigenverantwortlichkeit und einverständliche Fremdgefährdung
(Bd. 52, Nr. 2)

Kapitel 2 Autonomieprinzip und Einwilligung des Verletzten

- I. Allgemeines
- II. Ausländisches Recht
 - a) Deutschland
 - b) Österreich
 - c) Die Schweiz
- III. Zum Wirkgrund der Einwilligung
 - 1. Grundmodelle
 - a) Kollisionsmodell
 - b) Integrationsmodell
 - c) Basismodell
 - 2. Theorienstreit in Japan
 - 3. Würdigung
- IV. Gegenstand und Reichweite der Einwilligung
 - a) Gegenstand

b) Reichweite

(Bd. 52, Nr. 3)

V. Voraussetzungen und Grenzen der rechtfertigenden Einwilligung

1. Einwilligung durch den Rechtsgutsträger

2. Dispositionsbefugnis des Einwilligenden

a) Deutschland

aa) Theorienstreit

bb) Rechtsprechung

(Bd. 52, Nr. 4)

(Die Fortsetzung folgt.)