

資料

刑法と善良の風俗

クリステイアン・キュール
佐藤拓磨
小池信太郎／訳

〔解説〕

本稿は、二〇〇五年十一月一日に慶應義塾大学大学院法学研究科において行われた、クリステイアン・キュール教授による講演原稿の翻訳である。本講演は、ドイツ刑法二二八条のいわゆる「良俗条項」の解釈に関する近時の二つの連邦通常裁判所判決（BGHSt 49, 34. および BGHSt 49, 166. 判例研究として、鈴木彰雄・名城ロースクールレビュー二号〔二〇〇五〕一五五頁以下、同三号〔二〇〇六〕七五頁以下がある）を契機に、「法と道徳」という古

典的かつ根本的テーマにつき検討を加えるものである。

本講演の前半部分においては、法と道徳の分離の問題に焦点が当てられている。現行ドイツ刑法において、法と道徳の分離が維持されているかが議論されている領域として、「雰囲気犯罪（Klimadelikt）」の問題、自殺の問題、性刑法の問題、プライヴァシー保護の問題、初期胚保護の問題、環境刑法の問題を例に挙げ、それぞれ簡明に解説されている。

後半部分では、法と道徳の結びつきということにテーマがおかれ、主として同意傷害に関するドイツ刑法二二八条のいわゆる「良俗条項」につき、詳しく検討されている。

特に、「良俗条項」の解釈に関して出された上記の二つの連邦通常裁判所判決の批判的検討が中心である。両判決は、それぞれ論理の組み立て方は異なるものの、良俗違反性の判断基準として、行為が有する被害者の生命に対する危険性の程度ないし健康侵害の程度に着目する点で共通するものである。両判決に対するキュール教授の評価をごく簡単にまとめれば次のようになる。すなわち、行為の良俗違反性は、行為の危険性を基準にして判断されるべきだとする両判決の考え方に一定の理解を示しつつも、良俗違反性の問題は危険性の問題に尽きるものではないのではないかという評価である。そして、傷害が生命の危険を伴うとかドイツ刑法二二六条の重い傷害にあたるとまではいえないものの、なお行為が善良の風俗に反する余地がある例として、医師やトレーナーがスポーツ選手の同意の下ドーピングを行った結果、一定の傷害を生じさせた場合が挙げられている。

わが国の刑法はドイツ刑法二二八条のような規定を持たず、解釈論上も、最近の学説は「良俗違反」を前面に出し

た立論を避ける傾向にある。しかし、保険金詐欺目的での同意傷害について違法性阻却を否定した最高裁昭和五五年十一月一三日決定（刑集三四卷六号三九六頁）はなお判例として妥当しており、学説の批判にもかかわらず、実務上、傷害への同意の有効性を傷害の程度や生命の危険のみで判断できるとは考えられていないようである。その意味で、「法と道徳」の分離と結びつきという根本的問題について検討した本講演は、わが国においても興味深いものであると考え、紹介することとした。なお、原文には見出しが付されていないかったが、便宜上、訳者の判断で内容に即して見出しを付した。

〔翻訳〕

一 序

この講演のテーマは、今日でもなお法哲学や「法倫理学」と称する倫理学の新しい分派の関心と呼んでいる、「法と道徳」という古くからのテーマの一断面であるかのように聞こえる。しかし、講演のきっかけはアクチュアルなもので、二〇〇三年及び二〇〇四年の、連邦通常裁判所

の二つの刑事新判例に端を発する。⁽¹⁾ これらの両判例の中心問題には、刑法二二八条がある。同条によれば、「被害者の同意を得て身体傷害を行った」者は、「……行為が同意にもかかわらず善良の風俗に反するときに限り、違法に」行為するものとされている。このように「善良の風俗」への参照が指示されることは、何も刑法に限ったことではない。民事法においても、民法一三八条のように、「善良な風俗」の参照を指示し、たとえばそれに反する法律行為を「無効」と宣言する諸規定がある。民法八二六条によれば、「善良の風俗に反する方法で他人に故意に損害を加えた」者は、「損害を賠償する義務を負う」とされている。憲法においては、「道徳律」はもつと無遠慮に援用されている。基本法二条一項によれば、「各人は……自らの人格を自由に発展させる権利」を有しているが、ただしそれは、その者が「他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序又は道徳律に違反し」ないという条件付のものなのである。

道徳律は、民事法の諸規定とは異なって、基本法二条一項や本講演においてとくに関心を惹く刑法二二八条をめぐっては、長きにわたって沈黙してきた。それ故、講義において、学生のために、いまでも現実味の感じられるような設例を見つけることは困難であつたし、ましてや実際に起

こつたそのようなケースを見出すのは至難の業であつた。しかし、それはこの何年かで根本的に変わった。ここ数年の間に、判例——連邦通常裁判所と並んでまた上級地方裁判所——が扱った多くのケースが存在し、それらは事実関係からしてすでに多彩なので、学生達が、法的評価よりも事実関係に多くの関心を抱いてしまうことを恐れざるをえない。問題になるのは、いわゆる「自動車サーフィン」⁽²⁾（「高速度で進行する自動車の屋根にへばりついていること」）という「危険なスポーツ種目」、度胸試しとして殴られ痛めつけられることを条件とした「少年ギャング」への加入、ヘロインの共同摂取、そしてSM行為⁽³⁾のようなケースである。

これらのセンセーショナルなケースと、これらについてすべて被害者の同意にもかかわらず身体傷害での可罰性を認めた刑事裁判所の裁判は、刑法学においても大きな反響を呼んだ。多義的であり、しかしまさにそれ故に引用に値するのであるが、ハルトウング (Hardung) は、「善良な風俗は、連邦通常裁判所において好ましい動きを見せている」と言っている。⁽⁴⁾ そこで考えられているのはおそらく、刑法二二八条における「善良の風俗」の従来の解釈が新たな解釈に直面していることを悟っているということである。

しかし、ハルトウングの要約を、紳士淑女である連邦通常裁判所裁判官らの礼儀作法が弛緩し、現代的な風習に順応したのだ、というように(誤)解することもできるかもしれない。裁判官らが「好ましい動き」をするにあたって、無理をし過ぎた可能性があるということは、「果たして、連邦通常裁判所は、法と道德の現代的な分離を完全に見過(7)ごしてしまったのであろうか」と問うドウトゲ(Duttge)の批判から推測できる。

二 法と道德の分離の問題

(一) カントのテーゼと雰囲気犯罪

この問題に関して、我々は、法と道德の分離が実際に問題になってくるのは、この両者の規制範囲の関係を決めようとする場合がほとんどであるということを確認できる。

合法性と道德性の理論は、イマヌエル・カント(Immanuel Kant)以来ようやくというわけではないが、彼によって十分に洗練された形で、我々——ここ日本ではおそらく、ヨーロッパにおける我々、と留保付でいわねばならない——には馴染みのものとなっている⁽⁸⁾。国家は、合法的な、つまり外面的に適切な態度でもって満足しなければ

ならず、さらに正しい内心的態度——たとえば義務を感じての行動——を要求してはならない。それは道德の問題だからである。何者かが、その者に容易になし得る窃盗を行わない場合、合法的に振る舞っている。つまり、その者が犯罪行為を、たとえば他者の所有権の尊重のような自律的な動機からではなく、たとえば処罰されることへの不安といった他律的な動機から差し控えたということに、刑法は全くかわらないのである。

合法性と道德性の区別とまったく同じように重要なのは、いずれにせよカントによって強調された、法の守備範囲を外的自由の規制に制限するということである。カントの言葉に次のようなものがある。「法の概念は……ある人格の他の人格に対する外的でしかも実践的な関係にのみ……、それらの者の行為が事実として相互に……影響を及ぼし合う限りで……かわるものである⁽⁹⁾」。それによって、たとえば心情の処罰は排除される。一定の心情を抱くことは、他者の外的な行動の自由の領域に触れるものではないからである。そのことは、基本的に——基本法五条の表現の自由が確認しているように——心情の表明にも妥当するが、しかしそこでは、線引きの難しい、内心性という法の限界は一義性を失う。というのも、現行ドイツ刑法は、ある心

情の表明と解され得る表現の可罰性をも認めているのである。たとえば、いわゆるアウシュビッツの否定がそれにあたる。それは、刑法一三〇条三項により、煽動的性格なしに行われる場合でも国民煽動罪として処罰されるのである。また、刑法一四〇条は、他者が行った犯罪行為を是認することを処罰している。これらの問題性のある規定の正当化についてともかくも指摘できることは、それらは、否定や是認が「公共の平穩を害するのに適合した」方法で行われなければならないことを要求していることである。このいわゆる適合条項によつて、これらの刑罰法規は、保護法益、つまり公共の平穩との関連性を作り出しているのである。もっとも、このような普遍的法益は、明確な輪郭を欠く拡散的法益である。しかも、それは侵害されたり、具体的に危殆化される必要はない。抽象的危殆化で足りるのである。

これらの適合条項は、判例を一瞥すればわかるように、例として挙げた刑罰法規への疑念を払拭するのに適合していない。というのは、公共の平穩侵害への適合性は、ほとんどすべての公共的な表現の場合に想定されるからである。たとえば、刑法一三〇条の国民煽動罪の場合には、表現によつて不安をかき立てる公共的な影響が生じ、または、そ

の表現がたとえば刑事手続における公開の公判手続で公衆や報道機関に観察されたこと⁽¹⁰⁾で足りる。これらの罪は、「雰囲気犯罪 (Klimadeikt)」とも呼ばれる。暴力心が育まれ、暴力活動へと転化し得る精神的雰囲気に、それを用いて対抗しようとするものだからである。しかしそのことは、これらの罪について、付加的な正当化をもたらずものではない。なぜなら、「雰囲気」を暴力行為のために利用するかどうかは、まだなお個々人の問題だからである。⁽¹¹⁾ 暴力心という雰囲気の作出は、まだ「公共の平穩」という法益の侵害または危殆化ではない。

(二) 自殺の問題

他者の外的自由への侵襲は、自殺の場合にも存在しない。というのは、自殺者は自らの自由の領域にとどまっており、自己を傷つけているだけだからである。それによつて他人の権利を侵害しておらず、したがつてその者の態度は違法とはされえない。倫理的な観点からすると、様子は変わってくる。その観点からは、自殺は道德的義務への違反とみられる。そのことは、キリスト的倫理の視点からはまったく明白である。それによれば、神が人間に生命を贈り、それ故人間は⁽¹²⁾この賜り物を恣意的に処分してはならないから

である。カントの世俗倫理によっても、自殺は義務違反である。もっとも、それは他者に対する法的義務ではなく、自分自身に対する徳義務にのみ違反するものである。たしかにカントは、「自殺は……犯罪（殺人）である」⁽¹²⁾と述べているが、それは、道徳形而上学の法論ではなく、徳論で書かれているのである。それ故、判例が自殺を道徳に反するものとしているのであれば、賛成できる。しかし、判例が——最近のように再び——自殺はさらに違法でもあるというのであれば、⁽¹³⁾反対しなければならない。道徳違反はまだ、態度を法益侵害にするものではないからである。すなわち、他人の権利が侵害されてはじめて、そのようにいえるのである。連邦通常裁判所も、自殺はドイツの刑法によれば可罰的でないということを、ともかくも承認している。しかし、法益侵害の欠如ゆえに不法がなく、そのことからしてすでに可罰的とされてはならない、とみているわけではない。

(三) 性刑法の問題

それはともかく、法益は、まさに刑法的観点から、ある刑罰法規の目的論的解釈のための決定的な基準になるというばかりではない。それには、重要な刑事政策的機能もある。

る。ドイツの刑法においてほぼ一般的に承認されているいわゆる法益構想⁽¹⁴⁾によれば、処罰してよいのは、承認されている法益を侵害し、または危殆化するような態度のあり方のみである。それによって、たとえば純粹な道徳違反の犯罪化が排除される。⁽¹⁵⁾この構想が真価を発揮したのは、一九七三年に、第四次刑法改正法によって、「風俗に対する重罪」に関する刑法典の各則である第一三章の章題が、「性的自己決定に対する罪」に改正された時であった。それとともに、「男子間のわいせつ行為」や「姦通」のような刑罰法規がなくなった。もっとも、法益構想は、性的自己決定に対する罪の領域ですら、完全な勝利を収めたわけではない。というのも、「露出症的行為」、あるいは「公衆の嫌悪の情の誘発」を、法益との関連づけが疑わしいにもかかわらず刑罰威嚇の下に禁止する諸規定は、依然として存在するのである。普及した社会道徳上の基本的見解の尊重に関する一般的利益も、被害者の私的領域という個人的利益も、あまりしつくりくるものではない。それでも、ドイツの性刑法において、法益保護という目的設定から決別して不道徳の刑事訴追に回帰する、ということは考えられない。

(四) 人格権を保護法益とする犯罪の問題

その他の場面でも、ドイツの刑法には、法益構想という目的設定へのこだわりがある。ただ、問題が提起されるのは、すでに言及した公共の平穩のような一般の拡散的法益の場合ばかりではない。一般的な人格権、または情報に関する自己決定権のような、中核において承認された個人的法益の場合もまたそうなのである。刑法による人格的領域の保護がどこから始まるのかは、構成要件のレベルでの付加的な制限がうまくなされる場合、とりわけ犯罪行為が適切に定められる場合にのみ、相当程度に明確化され得る。

それは、最近では、「発言の内密性の侵害」を捕捉する刑法二〇一条が、今や「画像撮影による一身専属的な生活領域の侵害」を規定する新しい刑法二〇一条aによって補充されたことにあらわれた。⁽¹⁶⁾ 権限のない録音が処罰されるのであれば、権限のない画像撮影が処罰されなければならないということは、それらの両場合に同じように関係する人格権にかんがみれば、もつともである。ただ、刑法的な保護は、いつ開始すべきなのであるか。ドイツの立法者は、私見によれば、次のようにあまりにも高いハードルを設定してしまった。それは、第一に、たとえば住居のような一身専属的な、帰るべき場所 (Rückzugsbereich) におけ

る画像撮影のみを捕捉したことによってであり、第二に、さらに付加的に、撮影によって被盜撮者の一身専属的な生活領域が害されることを要求したことによってである。それによって、一方で、公共のビーチにおけるわずかな衣服しかまといっていない女性や公道上で醜い姿となった事故被害者の画像撮影が捕捉されない。他方で、たとえば自宅の勉強机で学問研究をしている教授の画像撮影も処罰されないことになる。

逆に適切だったのは、立法者が、可罰性をはじめて認め得る行為を規定したことである。それは——たとえばスイスにおけるように——画像撮影機器を携えて観察することでもう始まってしまっているわけではない。というのも、「庭垣の裂け目から厚顔無恥に覗くこと」は、たしかに反道徳的だが、違法ではないからである。被盜撮者の人格権への違法な侵襲は、画像撮影によってはじめて認められるというのが正当である。なぜなら、それによって、個人が存在する瞬間的な状況が固定され、ずっと継続させられることになるからである。状況とともにはかなく過ぎ去る「厚顔無恥に覗くこと」とは異なつて、撮影された画像は、はかなくさを免れるものであり、それこそが、かかる状況で撮影された個人の人格権を侵害するものにほかならない。

(五) 初期胚保護の問題・環境刑法の問題

いわゆる法益構想が直面するさらなる困難は、刑法が人間の外的自由の保護から離れる場合に生じる。それはすでに、生命の保護にあたって、立法者が、出生後の生命と並んで、生成中のまだ出生していない生命を保護する場合にあらわされる。それは、着床前の初期胚を保護する場合には、なおさら顕著である。

別の問題は、環境の刑法的保護にあたって浮かび上がる。純粹に生態学的な法益規定が、人に關する、人間に照準を合わせた法益構想に對置されるだろう。それに対し、純粹に人間中心的な法益規定は、刑法的な環境保護を、具体的な危殆化が生じた場合にはじめて、またはそれどころか人間の健康が侵害された場合によりやく開始させることになり、遲きに失するだろう。それ故ドイツでも、生態学的な必要性を、土壤、大氣及び水のような環境媒体の承認によつて正當視するものの、人間への最終的な關連づけは見失われない折衷説が支配的である。このいわゆる生態学的—人間中心の法益構想⁽¹⁷⁾によれば、環境はそれ自体のためにはなく、現在の人間のために最廣義の人間の生存条件を維持し、またそれを将来世代のために保証する機能において保護される利益である。かかる折衷説は、一九九四年以來、

基本法二〇条aにいわゆる国家目的規定をもつドイツの憲法に最もよく適合するだろう。同条によれば、「国は、将来世代のための責任を果たすためにも、自然的な生活基盤を……保護する」のである。

しかし、この拡大された法益構想によつても、人間の環境の保護ではなく、自然や動物の保護が問題になる場合には、決して乗り越えられない限界に突き当たると。諸々の植物や動物もまた人間の生活基盤に数えられるということが、絶滅の危機に瀕している植物や動物種の刑法的保護を正當化するために十分なのかは、疑わしいように思われる。この疑念を理由に法益構想を拡大し、あるいは放棄しなければならぬのかについて、学問的議論ではまだ決着がついていない。

三 法と道德の結びつき

(一) 刑罰と道德

これまで、刑法と道德の必要な分離についての話題であった。しかし、この二つの領域の間には結びつきもある。殺人や身体傷害のように、他人を害する一定の態度は、道德的にも法的にも否定的に評価され、それ故、それぞれ異

なった制裁による威嚇の下に禁止されているということは、明らかである。ここで、この異なった制裁ということに關して次のことを指摘しよう。すなわち、法の領域に属する刑事罰は、道德的な否認による裏づけなしには立ち行かないと思われることである。刑罰は、その本質からして、「社会倫理的な否認」として特徴づけられる。というのも、害悪としての性格からは、たとえば保安監置という自由剝奪処分は、自由刑と異ならない。つまり、どちらも、その執行の際には、多くの場合、移動の自由を一定期間剝奪する。その際、「社会倫理的な否認」は、形而上学的に刑罰に広報的な意味を与えるものではなく、刑罰と法領域における他の制裁を区別する決定的な基準なのである。ここ数年のうちに、連邦憲法裁判所⁽¹⁸⁾だけでも、四度、刑罰の否認の性格に着目した。刑罰を保安監置及び追徴から区別するため、また、廃止された資産刑、及び少年刑や少年拘禁といった少年刑法における様々な制裁の刑罰的性格を規定するためである。このことは、たとえば明確性の要請や基本法一〇三条二項の遡及効の禁止が妥当するかという問題にとって、実践的な意義を有したのである。

(二) 刑法と「善良の風俗」

刑法的観点からは、「刑罰」という制裁のみが、道德の領域から裏づけを得ているわけではない。可罰性に関しても、実体刑法は、善良の風俗という形で道德を使用しているのである。ここで我々は、私の講演のきっかけ、すなわち冒頭で挙げた刑法二二八条に立ち戻ることになる。この規定を、予断を持たずに読むと、刑法の立法者が善良の風俗という形で道德を参照するよう指示していることがわかる。その道德というのは、法の外部の制度として、法律問題、つまり、いかなる場合に被害者の同意にもかかわらず身体傷害が違法であるべきなのか、したがって免責事由またはその他の処罰阻却事由がなければ最終的に可罰的になり得るのか、について答えを与えることになるのである。これにより、刑法の立法者は行為の違法性に関する純粹に法的な判断を自制しているのである。もちろん、もし善良の風俗が法的な観点からものはや容認できないと思われるれば、刑法の立法者は、上記のような法的な判断の放棄と、それと結びついた善良の風俗といった法の外部の制度への判断の委任を、撤回することもできる。ドイツの立法者は、これを売春の分野で行った。売春は、これまで、風俗に反すると判断され、売春婦は彼女によってなされたサービス

に對する支払を請求する權利を有しないとされてゐた。このような請求權は、風俗に反するが故に、民法一三八条にしたがつて無効だという理由からである。刑法的な観点からは、さらに、欺罔された売春婦——古い用語法でいえば、「騙された娼婦 (gepöbelte Dirne)」——は、詐欺の被害者となりえないとされた。なぜなら、彼女の無効な支払請求權は、刑法的に保護された財産とみなされなかったからである。このような状況は、新売春法の一が、今日、法律上、売春婦が彼女によつて提供された給付に對する支払を請求する權利を有するということを承認することにより、變化した。これにより、支払意思があるように装つた客の欺罔によつても、売春婦は、請求權を侵害され得るのである。¹⁹⁾

規制の領域が善良の風俗から法に取り戻されたさらなる例として、ドーピングの分野がある。これまで、医師またはトレーナーによるスポーツ選手に對する薬物の不正使用が刑法二二八条の意味において風俗に反し、それ故違法な身体傷害であると主張されることは稀であつたが、立法者が薬品法 (Arzneimittel-Gesetz) に他人に對する薬物の不正使用を捕提する刑罰規定を創設して以來、これがしばしば主張されている。このような評価の変更の論拠は、既

に立法者がこのような形式で薬物の不正使用を違法である、それどころか可罰的であると明言しているのであれば、刑法二二八条の意味においても、風俗に反し、それ故違法でなければならぬものである。²⁰⁾ もちろん、これについては、それぞれ見かけ上法益が異なる——薬品法は「国民の健康」を、刑法二三条は個人の身体の完全性を保護するとされている——ことから、争われている。このような善良の風俗に委ねられた規制領域の抑制にもかかわらず、善良の風俗への抵触ないしは風俗違反性が、法律行為の無効や被害者の同意を伴つてなされた身体傷害の違法性を決定することは、民法一三八条についても刑法二二八条についても、これまで同様変わらない。連邦通常裁判所第三刑事部は、行為者が、被害者と共同してヘロインを使用した際に、同意の下で、被害者にヘロインの注射をし、死に至らせたという事例で、このことを確認した。同刑事部の見解によれば、刑法二二八条は、善良の風俗という形で、法の外部の倫理的・道徳的カテゴリーに結びついているのである。これは、本条の従来の理解に合致している。經驗的に認定されるべき道徳的確信が問題となるのだというさなるテーゼと同様に、そのアプローチにおいて、これに賛成することができる。もっとも、第三刑事部は、そのよ

うな経験的な認定を試みていない。しかし、結局のところ、これも正当だといえる。というのも、風俗違反の認定についての従来の基準は、同刑事部によっても用いられた「すべての公正かつ公平に考える人々の礼節の感情」というものだからである。経験的な調査の際、質問されている人間が「公正かつ公平に考える人々」に属するかどうか、一体どのように認定するであろうか。というのも、この公式にしたがえば、全市民ではなく、「公正かつ公平に考える人々」の「礼節の感情」のみが重要だということになるからである。

それ故、社会科学的な質問調査による経験的な認定は考慮しえないし、また、それ以外にも善良の風俗はそれ自身何かを語るものではないから、最終的には、裁判官が風俗違反性を決定しなければならない。確かに、これは、基本法一〇三条二項で要求されている法規上の可罰性の明確性を裁判官に委ねるものであり、疑念がある。けれどもしかし、善良の風俗を他の方法で探ることはできない。善良の風俗という問題について鑑定人などいないのである。第三刑事部もまた、ヘロインの共同使用について独自の評価を試み、次のような結論に至った。すなわち、「当刑事部は、違法な薬物の使用が、今日一般的に承認されている疑う余

地のない価値観にしたがえば、いまだ一般的に善良の風俗と相容れないと評価されているということを認めることができない」とし、さらに付け加えて、「同じことは、同意を得てなされた違法な麻薬の施用によって惹起された身体傷害についてもあてはまる」としたのである。前者についてはなお賛成し得るであろうが、後者についてはむしろそうではないだろう。問題の事案におけるヘロインの施用は麻薬法 (Betäubungsmittelgesetz) 一九九条により可罰的であつたという批判を見越しての、麻薬法上の可罰性は刑法二二八条の風俗違反性に関しては重要でないという反論は、ほとんど維持できないように思われる。このことは、

—— 上述の薬品法における他人に対する薬物の不正使用の刑法的な捕捉の場合と同様—— 見かけ上異なった法益が問題となっているということにより根拠づけられる—— すなわち、麻薬法では国民の健康、刑法では個人の健康というように——。しかし、これもあまり説得的ではない。というのは、国民には身体はないから (mangels eines Volkskörpers)、直接に保護されている国民の健康の背後には、常に、間接的に保護されている個人の健康、つまり薬物の不正使用やヘロインの交付によって打撃をこうむる被害者の健康があるのである。

第二刑事部は、拘束ブレイと首絞めを伴う「SM行為」により、身体傷害に同意していた被害者が最終的にやはり死亡に至った事案において、第三刑事部と全く異なったアプローチをしている。第二刑事部の見解によれば、刑法二二八条は、法の外部の、倫理的・道徳的カテゴリーに結びつかない。すなわち、むしろ『善良の風俗』の概念は、法的な中核部分に制限されなくてはならないとするのである。しかし、これは、善良の風俗によって法の外部にある制度を指し示している文言とも、刑法二二八条の従来の理解とも矛盾する。それ故、——一貫すれば——「すべての公正かつ公平に考える人々の礼節の感情」という公式は成り立たないことになるのである。

善良な風俗の「法的な中核部分」に着目することは、法を、一貫して、広汎かつ不安定な道徳の強固な中核部分として特徴づける限りでは、正当性を有する。既に述べたとおり、法は、外的自由の規制に限定される。この自由の制約を通じて、あらゆる人が、その行動の自由の領域を可能な限り広く保てるようにするためである。これに対し、道徳は、内心的な態度をも問題とする。このことは、既に触れたいわゆる合法性と道徳性の理論からだけではなく、「倫理的最小限度」(Georg Jellinek, 1878)としての法の

特徴からも生じるのである。このように、法は道徳の強固な中核部分であるとする言い回しは意義深いものではある。しかし、善良の風俗を法的に理解すべきだとする第二刑事部の考え方を支えるものではない。身体傷害の違法性は、刑法二二八条により、善良の風俗への抵触、及び、行為の風俗違反性に従属させられているからである。このことは、善良の風俗を法的に規定し、風俗違反性を違法性として理解することによっても、妨げることはできない。もし、この考えを推し進めるのであれば、刑法二二八条は次のように理解されることになるだろう。すなわち、法に反する行為は違法である、またはさらに推し進めれば、違法な身体傷害は違法である、というように。これはナンセンスである！

第二刑事部は、その法的な出发点にもかかわらず、SM行為が風俗に反するかどうかという問題に、従来の方法で取り組んだ。しかし、善良の風俗を法的に理解した場合、ただちにそのような行為の法的な評価について問わないことは、一貫しないように思われるとまではいわないにしても、少なくとも回り道である。法的な出发点を採った場合に、SM行為につき、「わいせつ目的」及びそれによる風俗違反性を認めたライヒ裁判所時代から「道徳観」が変化

したということが、なぜ重要なのだろうか。第二刑事部は、なぜ「サドマゾヒズム」の「様々な現象形態」に立ち入ったのだろうか。そして、とりわけなぜ、善良の風俗を法的に理解した場合に、「公衆における一般の見解にしたがった、一義的な風俗違反性判断は……おそらくまず」確認されえないということが重要なのだろうか。この最後の表現の中に、避けたはずの「すべての公正かつ公平に考える人々の礼節の感情」の公式がひそかに承認されているのを、確かに看取することができるのである。しかし、そうだとすると、法的な出発点は従来の倫理的・道徳的アプローチと対立するものではなく、単なる言葉上のバリエーションに過ぎないだろう。いずれにせよ両刑事部は、異なった事案であったにもかかわらず、同じ中間的帰結に達している。共同のヘロイン使用に関しても、SM行為に関しても、「すべての公正かつ公平に考える人々の礼節の感情」を基礎に置くことによって、または「公衆における一般の見解」にしたがって、善良の風俗に対する明白な抵触を認定することはできないのである。善良の風俗が倫理的・道徳的に理解されているのか、それとも強固な法的中核部分に制限されているのかは関係ないのである。

この中間的帰結からすれば、第三刑事部は、その倫理

的・道徳的アプローチから、次のような結論に至らなければならなかっただろう。すなわち、善良の風俗に対する明白な抵触が認められない以上、行為は違法ではなく、それ故、身体傷害は、被害者の同意を理由として不可罰だという結論である。けれども、驚くべきことに、第三刑事部は、次のような帰結を示したのである。すなわち、「一般の風俗感情」にしたがえば、「道徳的な非難の限界」は、少なくとも、あらゆる重要な事情を事前の観点から客観的に観察した場合に、麻薬の施用——具体的には、ヘロインを充填した注射を打つこと——によって、被侵襲者に「具体的な生命の危険」がもたらされるのであるならば、乗り越えられるというのである。なぜ、「少なくとも」そのときには行為に関する明白な風俗違反性の判断が下され得るのかは、同刑事部にとってはあまりにも自明であるらしく、根拠づけを必要だと考えていないようである。具体的な生命の危険の創出は倫理的・道徳的に非難されるというテーゼの根拠づけが可能であるということは、現に根拠づけが欠けているという上述指摘によつては、反駁され得ないということだろうか。

しかし、より興味深いのは、ここで問題となっていることとの関係で、第二刑事部も、SM行為に関して、法的な

アプローチから、同様の結論に至っていることである。同刑事事は、「一般の風俗感情」及び「道徳的非難の限界」を一貫して放棄した上で、次のような原則を示した。すなわち、「事前の観点から客観的に観察して、身体傷害行為により同意者に具体的な生命の危険がもたらされた場合に、行為は風俗に反する。」とするのである。出発点が異なるにもかかわらず、このように同様の中間的帰結及び最終的帰結になることを見たとき、いくつかの疑問が生じる。第一に、中間的帰結が正しいのかどうか疑問である。このことは、ヘロイン注射についてよりも、むしろSM行為についていうことができるだろう。次に、そもそも異なったアプローチが重要なのかという疑問である。このことは、両刑事事がそれぞれのアプローチを一貫して追求したということを前提にした場合にのみ、否定され得るだろう。しかし、このことは、とりわけ第三刑事事については、疑わしいといえる。なぜなら、同刑事事は、同意によるヘロイン注射について、一義的な風俗違反性判断を確定できなかった以上、身体傷害の可罰性の否定に至らなくてはならなかったはずだからである。「SM事例」についても、同刑事事が判断していたならば、風俗違反性の否定により、被害者の同意を理由として、身体傷害については不可罰だ

という結論に至らなくてはならなかっただろう。これに対し、首尾一貫してSM行為の違法性を認めた第二刑事事に對しては、SM行為の倫理的・道徳的評価についてわざわざ考える必要はなかったはずであろうということについて、批判し得るだけである。つまり、同刑事部の法的な出発点からは、具体的な生命の危険の創出が法的に是認されえない、ということと十分だといわなければならなかっただろう。さしあたり、異なったアプローチは、首尾一貫すれば異なった結論に至り得るということを心に留めておいてもよいだろう。

更なる問題は、両判決が、刑法二二八条の将来にとってどういう意味を持つかである。共通する中間的帰結——共同のヘロイン使用に関しても、SM行為に関しても、明白な風俗違反の判断を下すことができない——は、この規定中の善良の風俗を完全に放棄することに有利なものだろう。もっとも、これには、次のことが前提とされているだろう。すなわち、道徳観は変化することに鑑みれば、もはや一義的な風俗違反性の判断などおそできないということである。風俗に反する態度についての可能的なコンセンサスが欠けるとすれば、善良の風俗への抵触を参照するよう指示することは無意味となるだろう。我々ドイツ人の多元的な

社会が、既にそこまでバラバラになっているとは私は認めたくない。日本の社会については、私が勝手な判断をすることはできないが。

確かに、仮に不明確な善良の風俗への参照指示を、いくら具体的なものに置き換えたとしたら、ドイツの憲法によって要請されている法規上の可罰性の明確性に関して改善といえるだろう。連邦通常裁判所の両判決にしたがえば、行為者の態度が予見可能な形で被害者の具体的な生命の危険に至る場合には、被害者の同意を刑罰阻却的に——正当化的にせよ構成要件阻却的にせよ——介入させない、ということがふさわしいということになるだろう。このことは、刑法二二六条の意味における重大な傷害の参照を指示することによっても補充されるであろう。この刑法二二六条への補充的な参照指示の代わりに、既に第三刑事部がヒルシユを引用して用いているような、独立の表現を選ぶこともできるだろう。それにしたたとえば、被侵害者の同意の刑罰阻却的な効果に関しては、次のことに着目すべきことになる。すなわち、「身体傷害が、そのときどきの構成要件的な法益への攻撃の特別の重大さ、つまり被害者によって引き受けられた身体的な虐待または健康侵害の大きさ、及び、それと結びついたさらなる肉体または生命の危険の程度を

考慮して、甘受されえないかどうか」である。ただ、特別に重い身体傷害も存在せず、生命の危険も惹起されなかったが、しかし善良の風俗への抵触を理由に、なお刑罰阻却的な同意が認められないであろう事例が存在しないかどうか、という問題だけが残る。たとえば、医師またはトレーナーによる他人に対する薬物の不正使用の事例が考えられるだろう。もし、薬品法において法律上規定された可罰性は、身体傷害の風俗違反性に関して決定的であると評価しないのであれば、現在の刑法二二八条を維持する場合には、善良の風俗に対する抵触に着目しなくてはならないだろう。薬物の不正使用が、スポーツ競技における機会の平等を妨げるという理由から、スポーツ倫理上の価値に反するということとは、風俗違反性の判断にとって十分ではない。というのは、価値違反性は、一般的なものでなくてはならないはずだからである。つまり、価値違反性は、「すべての公正かつ公平に考える人々の礼節の感情」から生じなければならないはずだからである。しかし、このことは、スポーツがテレビを通じてのみ楽しまれているとしても、公平な競技には、狭いスポーツの社会だけではなく、社会全体のかかなりの部分が興味を持っているということにもかかわらず、疑わしいように思われる。たとえば、薬物の不正使用に

ついで、風俗に反する目的の追求を前提にしたとしても、一定の重さの身体傷害になった場合にのみ、スポーツ選手の同意の刑罰阻却的な効果を否認することができよう。しかし、刑法二二六条の意味における重い身体傷害である必要はなく、薬物の不正使用による生命の危険が創出される必要もない。

四 結 語

我々が、刑法において、とりわけ身体傷害の違法性の評価の際に、いまや善良の風俗と別れを告げるべきかどうかという問題は、いまだ決断するのに期が熟していないように思われる。しかし、善良の風俗との離別は、仮に、さるなる上級裁判所の裁判において、態度の風俗違反性について今日もはや一義的な判断をなしえないことが明らかになれば、近づくことになるだろう。そのような社会を望むべきかどうかについては、そのような社会が日本においてもまだ存在しないことを期待しつつ、未解決のままにしたいと思う。

(1) BGHSt. 49, 34ff. und 166ff.

- (2) OLG Düsseldorf NSZ-RR 1997, 325.
- (3) BayObLG NJW 1999, 372.
- (4) BGHSt 49, 34ff.
- (5) BGHSt 49, 166ff.
- (6) *Hardung*, Jura 2005, 401.
- (7) *Dutge*, NJW 2005, 260.
- (8) *Kant*, Metaphisik der Sitten, 1797, wird zitiert nach der Akademie-Ausgabe, AA VI 219.
- (9) *Kant*, AA VI 230.
- (10) Kritisch *Kühl*, Geilen-Symposium, 2003, S.103ff.
- (11) Kritisch *Lackner/ Kühl*, StGB-Kommentar, 25. Aufl. 2004, § 130 Rn.1.
- (12) *Kant*, AA VI 422.
- (13) BGHSt 46, 279, 285.
- (14) Näher *Kühl*, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001, S. 34 ff.
- (15) *Roxin*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1997, § 2 Rn. 3.
- (16) Näher *Kühl*, AfP 2004, 190 ff.
- (17) *Lackner/Kühl*, Fn. 11, Vor § 324 Rn. 7 m.w.N.
- (18) Näher *Kühl*, Eszr-FS, 2005, S. 149 ff.
- (19) Näher *Kühl*, Meurer-GS, 2002, S. 543, 552 und in: Schreiber-FS, 2003, S. 957, 967.
- (20) Näher *Kühl*, Meurer-GS, 2002, S. 543, 554.