

# 決 闘 罪 (西独)

山 口 林 之 助

目 次

略 語 表

序

本 論

- 類型 I 決闘の挑求 (第201条)  
II 殺人の意図をもってする決闘の挑求 (第202条)  
III 決闘の仲介人 (第203条)  
IV 決闘の中止 (第204条)  
V 決闘 (第205条)  
VI 決闘における殺人 (第206条)  
VII 決闘の規則の違反 (第207条)  
VIII 介添人のない決闘 (第208条)  
IX 無罪の共犯 (第209条)  
X 決闘のそそのかし (第210条)

註

決 闘 罪 (西 独)

略 語 表

略 語	引 用 書	索 引
A	Anmerkung	
a. A.	anderer Ansicht oder am Anfang	
Ann	Annalen der Reichsgerichts	
BGH	Bundesgerichtshof	
BGHSt. oder BGHStr.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen. Bd. 1ff. 1951.	Band u. Seite
Binding Hdb	Binding, Handbuch des Deutschen Strafrechts I, 1885.	Seite
Binding (Lehrb)	Binding, Lehrbuch desgemeinen Deutschen Strafrechts. Besonder er Teil. I 2. Aufl. 1902, II 12 Aufl. 1904, II 2 1905.	Band u. Seite
Binding Norm	Binding, Die Normen und ihre Übertretung. 14 Aufl. 1922, II 12. Aufl. 1914, II 22 Aufl. 1916, III 1918, IV 1919.	
Frank	R. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.	Seite od. §
GA	Goldammers Archiv für Strafrecht.	Band u. Seite
Gerland	Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Aufl. 1932.	Seite
Gers	Der Gerichtssaal	Band u. Seite
Hälschner	Hälschner, Gemeines Deutsches Strafrecht. I, II, 1881/87.	Band u. Seite
JZ	Juristenzeitung (aus DRZ und SJZ)	Jahr u. Seite
Kohler	Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts. 1912	Seite
Kohlrausch-Lange	Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch 41. Auflage	Seite
LK	Das Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar). Bd. 2 : 8. Aufl. 1958.	Seite
Maurach	Maurach, Deutsches Strafrecht. Besonder Teil	Seite
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	Jahr u. Seite
Olsh.	V. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 12., völlig neubearbeitete Aufl. 1942 ff. (1., 2. und 3. Lieferung bis § 247).	§ u. Nummer oder Seite
Recht	Das Recht (einschl Oberstrichterliche Rechtsprechung seit 1909. selbctändig).	Jahr u. Seite
RGSt. oder RGStr.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.	Band u. Seite.
Schönke-Schröder	Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar. 8. Aufl. 1957	§ u. Nummer oder Seite.

序

- I 今日蛮風として禁止されている決闘の起源については争われている。一説によれば、ギリシヤ、ローマの社会におけるそれを否定し、Tacitusの„De origine et situ Germanorum“の中に見られる当時のゲルマン族の間で個人間の紛争を格闘により解決した風習こそ、決闘の原型であるとする。この風習は、やがて、近代の決闘の前身たる裁判的決闘となり、Gibbonによれば、南はシシリー島より北は地中海に至る地域に及んだという。
- II 現行法上決闘は、二人間の、慣習的に使用されて来た（等価値の）殺人可能の兇器を用いて、協定された、または伝統的な規則に従って、真面目に為される闘争である(1)。名誉事件の解決に役立つことは必要でない(2)。決闘の処罰は、決闘者の身体または生命に対する危険を理由とするのが通説であるが、この他に、違法な自助、裁判を要請しないこと(3)、または、公安を害すること(4)を理由とする者がある。それは事実上の傷害罪または単なる危険罪となる。後者は傷害を生じない場合である。決闘者の名誉回復能力は問題でない。
- III 1. 決闘の概念が、当事者双方に統一的に与えられるべきだとすれば、少なくとも一方が、兇器を本気で使用することを必要とする。その場合、単なる防禦、単に敵手の射撃に曝されることも決闘に属する(5)。何れの側も、兇器を規則通りに使用しないときは、未だ決闘の開始は存在しない(6)。
2. 決闘は真面目なものでなければならない。何れの側によっても闘われてはならず、それゆえに空に向けて発砲するというとりきめがあるときは決闘でない（虚偽決闘）。双方が、相手は真面目に闘おうとしているのだと信じているが、事実は何れの側もそのような意図を持たない場合も同様である(7)。単なる闘戯は決闘の概念には属さない。いわゆるアメリカ式決闘は、自殺義務に関する抽籤であって闘争ではない、したがって決闘でもない。支配的見解によれば、何れの側も無罪。しかし勝利者が相手を確約の圧力の下に置き、そしてこの者が、それによって自殺するか、または、少なくとも傷つくときは、前者は間接正犯としての責を負う(8)。Duelaus dem Sack（装填した拳銃と装填しない拳銃との抽籤）も決闘でない（支配的見解）。
3. 闘争は二人の間で行なわれることを要する。それを超えるときは、喧嘩沙汰（第227条）となる。
4. 闘争は、双方の間で、「諾否」および「方法」について協定がなされねばならない。挑求と応諾とは、闘争に先行することを必要とするが、挑求と実行との間の時間の長短は問う所でない。したがって、Renkontre（協定された決闘の即時の決行）は Attacke（自衛のための挑発を伴う攻撃）とは異なる。後者は決闘ではなく、被攻撃者は正当防衛を行なうものである。
5. 闘争は、協定された、または伝統的な規則に従って行なわれねばならない（秩序違反については第207条）。
6. それは兇器を用いてする闘争である（これと対照をなすのが拳闘、レスリング等）。この場合、通説が技術的意味において兇器と解するのは、ドイツにおいて伝統的に決闘に使用される兇

器に限る<sup>9)</sup>。

7. 最後に、殺人可能性ある兇器を用いる闘争でなければならない。ライヒ裁判所は、決闘の用に供される兇器の殺人可能性を判断する基準を、兇器の性質それ自体（抽象的に）が致命的傷害を与えるに適しているか否かに置き、兇器使用の際の特別の事情、特に防衛措置に何らの意味をも与えなかった<sup>10)</sup>。文献と警察の実際とは、学生の *Schlägermensur* <sup>11)</sup>に下されたこのようなライヒ裁判所の判決を常に拒否した<sup>12)</sup>。連邦裁判所の新しい判決によれば、学生の *Schlägermensur* <sup>13)</sup>は殺人可能性ある兇器による決闘ではない。けだし、その際に使用される伝統的な防衛措置は、生命に危険を与える傷害を排除するからである<sup>14)</sup>。

8. 第201条以下に属しない闘争（殺人可能の兇器を用いないもの）は、場合により、傷害および殺人に関する規定により処罰される<sup>15)</sup>。その際、第226条 a による、あるいはありうべき同意を顧慮すべきである。しかし名誉事件の解決のためになされる闘争（*Schlägermensur*）に対しては第226条 a は適用すべきでない。

#### IV 決闘の実体を確定するのは刑法典である（支配的見解<sup>16)</sup>。）

## 本 論

### 類型 I 決闘の挑求（第201条）

**Die Herausforderung zum Zweikampf mit tödlichen Waffen sowie die Annahme einer solchen Herausforderung wird mit Einschließung bis zw sechs Monaten bestraft.**

I 1. 第201条は、決闘に対する二つの予備行為、すなわち、決闘の挑求と、挑求に対する応諾とが、独立の犯罪として科刑の対象とされている。したがって、不可罰的中止犯（第46条）は本来あり得ないが、第204条の特別規定がある。爾後に決闘が行なわれるときは、第204条の犯罪は既遂の形態を取る<sup>17)</sup>。

2. 挑求（決闘の確定的要求であって、挑求の意思表示が挑求者自身によってなされようと、仲介人によってなされようと、敵手に対する態度決定の催告を伴うものである）は、応諾がない場合でも有罪である。挑求は真面目なものでなければならない。それは、挑求者は自己が敵手に対し要求をなすものであり、敵手により真面目なものと受けとられた決闘について敵手とかゝわり合うのだという認識の下に行動するという意味にすぎない。すなわち、挑求者が現実の決闘を回避する意図を有することは、挑求から真面目さを奪うことにはならない（支配的見解<sup>18)</sup>）。

3. 「殺人可能の兇器」を用いてする決闘への挑求が必要（序7）。しかし、挑求の際に、そのことについて明示的に言及することも、兇器の種類や使用法を表示することも必要でない。挑求が殺人可能の兇器を用いる決闘に向けられているか否かは、具体的事情から推定されるべきである<sup>19)</sup>。

4. 挑求に対する応諾は、決闘の申出に対する何らかの方法で伝達された無条件の同意の意思表示である。条件付応諾は、新たな挑求と結合した拒否であり、その応諾により、最初の挑求

## 決闘罪（西独）

者は同時に応諾者となる。しかしその際、双方ともに、たゞ一度だけ一同時に挑求と応諾とのゆえにはなく一有罪とされ得る。

5. 挑求を自ら敵手に向け、または第三者をして向けさせる者が行為者である。かかる第三者には第203条が適用される。犯罪が既遂となるのは、挑求および応諾が敵手またはその代理人に達したときである。

### II 6ヶ月以下の禁錮。

類型II殺人の意図をもってする決闘の挑求（第202条）

**Einschließung von zwei Monaten bis zu zwei Jahren tritt ein, wenn bei der Herausforderung die Absicht, daß einer von beiden Teilen das Leben verlieren soll, entweder ausgesprochen ist oder aus der gewählten Art des Zweikampfes erhellt.**

I 1. 第201条に対する第202条における刑罰加重は、挑求者にも応諾者にも同様に適用される。本条にも中止犯の規定の適用があり、決闘の決行により吸収される。

2. 挑求者は挑求に際して、すなわち挑求者自身またはその仲介人による告知に際し、当事者のいずれかをしてその生命を失わせしめんとする意図を表明するか、または、かかる意図を、選択された決闘の方法から明白ならしめることを要する。この場合の意図が、直ちに犯罪の故意と解され得るか否かは甚だ疑問に思えるが、たとえ狭義の **absicht** でないとしても、確定的故意と解することができる。殺人可能の兇器を用いる決闘のみが本条の意味における決闘であるから、そのような兇器（たとえば旋条拳銃）の選択から直ちに第202条に表示された意図が明らかにはなるとはいえない。より詳細な条件が決定する。「決闘不能」に至るまでの射撃というのでは不十分。

### II 2ヶ月以上2年以下の禁錮。

類型III決闘の仲介人（第203条）

**Diejenigen, welche den Auftrag zu einer Herausforderung übernehmen und ausrichten (Kartellträger), werden mit Einschließung bis zu sechs Monaten bestraft.**

I 1. 決闘の仲介人とは、挑求の委任を引き受けそれを果す者に限るのであって、挑求を受けた者の委任を受け、条件付応諾を表明するか、または、拒否の意思表示を伝達する者を含まない（条件付応諾に被挑求者による新たな独立の挑求が存するときは、別である）支配的見。無条件応諾の伝達者は、第201条の犯罪行為に対する従犯にすぎない。したがって、第202条もまたこれに適用することができる。挑求と応諾があった後に、決闘事件について討議する者は仲介人ではない（たとえば、場所、時間等について）、しかし、それが決闘の主たる行為となったときは、従犯として処罰される。

2. 仲介は第203条により、独立の犯罪にまで高められる。それゆえに、仲介人は、挑求、応諾または拒否、および決闘が実行されたか否かを顧慮することなく処罰される。第202条は適用されない。仲介人は、決闘が行なわれたときにも第203条により処罰され、第205条による軽罪の従犯としてではないと解すべきであらう。挑求は受け容れられないであろうとの仲介人の期待は、仲

介人を無罪としな<sup>80</sup>い。

3. 挑求者は、通常、仲介人の教唆者である。しかし、通説によれば、挑求者はかゝる教唆のかどで特別の処罰を受けるべきでない。とにかく、決闘が行なわれ、そのために処罰がなされるときはそうである。しかし、決闘が第204条による中止のばあいにも、同様に処罰されない。これに反し **Olshausen 2a** は、第204条に挙げてある理由以外の理由で決闘が行なわれなかった場合は、教唆による処罰があるべきだと解する。

4. 仲介人の無罪の理由については第204条、209条。

## II 6ヶ月以下の禁錮。

### 類型IV中止（第204条）

**Die Strafe der Herausforderung und der Annahme derselben sowie die Strafe der Kartellträger fällt weg, wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn freiwillig aufgegeben haben.**

1. 決闘の任意の中止は、有効な悔悟として刑罰消滅原因である。これは、挑求者、応諾者および仲介人を無罪にする。仲介人に対しては、第209条の適用がない場合にのみ本条が顧慮される。決闘が最終的に放棄された事が中止である。中止者は、明示的にまたは的確な行為によって、兇器を用いてする決闘の実行をもはや欲しないということを認識できるようにすることが必要<sup>81</sup>。放棄は闘争の開始前になさねばならない。双方が立ち向い、少なくとも一方が敵手の殺人または傷害に向けられた行為をなすとき、たとえば、打撃に対する防禦の姿勢を取り、（たとえ無益でも）拳銃を発射しようと努力するときは、決闘は開始されたのであ<sup>82</sup>る。開始には、少なくとも、一方により真面目な攻撃がなされ、そして敵手がこれに立ち向うことが必要<sup>83</sup>。先行行為、たとえば、包帯をする、歩測をする。装填をする等は予備行為に過ぎない。

2. さらに、中止は任意に出たものでなければならない。闘争の実行が当事者の意思に左右されない事情により阻止されたときは、任意とはいえない。たとえば、決闘者が、決闘場に行く途中で警官に逮捕されたときは、当事者が爾後に和解して決闘の中止に同意したとしても、自由意思による中止とはならな<sup>84</sup>い。決闘の任意の放棄は、挑求が未だ受け容れられないときにもあり得る。しかし、挑求が既に拒否された場合は、確定的拒否の後に始めて生じた挑戦の撤回には、第204条は適用できな<sup>85</sup>い。当事者が、審理の圧力によるのではなく、和解しようとする誠実な決意により闘争を中止するときは、審理開始後にも任意の中止があり得る。当事者が判決に服するように強制され、または、事前に協定して、名誉裁判所の判決により決闘が中止されるばあいは、任意の中止は存在しない<sup>86</sup>（支配的見解）。

3. 当事者一方の任意の中止でもって、すでに全当事者のために第204条の適用ができ<sup>87</sup>る（通説）。

## II 上記の犯罪行為に対する共犯者には意味にしたがって、同様に第204条が適用される。

### 類型V決闘（第205条）

**Der zweikampf wird mit Einschließung von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.**

## 決闘罪（西独）

I 1. 決闘の概念は序説IIに述べた。共同正犯は必要でない。けだし、決闘者の一人が責任無能力者であることができ、または闘争意思を缺くことができるから。

2. 構成要件は闘争参加そのものである。行為の既遂は結果（敵手に対する勝利または敵手の負傷）に左右されない。敵手の生命または身体に対する単なる危険で積極的な闘争行為として十分であらう。

II 客観的違法性は、あることを得べき敵手の同意によっても（第226条 a により問題になるかも知れない）、正当防衛によっても阻却されない。Frank Iによれば、決闘の規則が違反され、したがって、決闘がもはや存在しないときのみ正当防衛があり得る。

III 故意に属するのは、協定および兇器の殺人可能性の了承、さらに、闘争意思、故意は攻撃的意思である限り、決闘の本質上、実害故意であっても、危険故意であっても宜しい。もちろん、敵手を殺しまたは傷つけることが行為者に取り問題であるということは、決闘の概念に属さない。敵手が殺され、または傷つけられることがあり得るように攻撃し、敵手もかゝる結果を可能なものとして是認したことをもって十分であらう。未必の故意、および、純粹に防禦的態度を取ろうとする意思をもってしても十分である、ということについては争がない。動機は問う所でない。ライヒ裁判所刑事判決によれば、使用された兇器は、用途に即した使用の際に、それ自体致命的傷害を招来するに適することを行為者が知ることを要する。それにも拘らず、行為者が、右の兇器が法的意味における致命的兇器であることを認識しないときは、責任に影響を与える禁止の錯誤が問題にならう。

IV 決闘において加えられた傷害は、特別の処罰を受けない、けだし決闘も侵害犯であるから。因に、第226条 a による傷害罪は、多くの場合排除されるであろう<sup>40</sup>。第205条以下の諸規定は、第16章および第17章の諸規定に対し特別規定とみなされる。したがって、相像的併合は問題とならない。贖罪金の言渡をすることはできない。

V （少なくとも未遂に達した）決闘の刑罰は、挑求および応諾の予備行為を理由とする科刑を吸収する。かゝる予備行為に対する共犯者もまた、決闘が行なわれるに至ったときは、決闘そのものに対する共犯を理由として処罰される。しかし、仲介人は、かゝる場合にも、依然として、たゞ第203条により処罰され<sup>41</sup>る。因に、共犯は第209条、第210条を除いて一般的規則に従う。決闘の適法性に賛意を表明する名誉裁判所の裁判官は、決闘が既に終り、兇器の種類についてのみ裁判するときでさえも、従犯の罪を犯すものであらう。Rspr. 9285は、名誉裁判所の投票権を有しない調書作製者をも有罪とみなす。決闘を行なうために情を知りながら場所を提供する家主は従犯となる。包帯をしてやることなども同様であらう。

VI 第206条、第208条は、本条の加重を意味する。

VII 3ヵ月以上5年以下の禁錮。

類型VI決闘における殺人（第206条）

Wer seinen Gegner im Zweikampf tötet, wird mit Einschließung nicht unter zwei Jahren und, wenn der Zweikampf ein solcher war, welcher den Tod des einen von

beiden herbeiführen sollte, mit Einschließung nicht unter drei Jahren bestraft.

I 1. 死亡の結果は、第205条の決闘に対する刑罰加重原因として作用する。死亡の結果は、決闘行為の間にすでに生じたことを必要としない。ライヒ裁判所刑事判決は、本条の „im“ を狭く解し、死亡は決闘の直接の結果でなければならぬとする。たとえば、死に導く傷害が、折れて飛んだ刃、もしくは拳銃の破裂によりもたらされた<sup>(44)</sup>き、または、それ自体は危険でない傷の治療経過が被害者もしくは第三者の適切なならざる態度<sup>(45)</sup>により妨げられるときは、本条の要件を充たさない。

2. この場合にも、殺人の故意は必要でなく、たゞ、死亡の結果に導く傷害を加える闘争行為が違法の認識の下に欲せられることを要するに過ぎない<sup>(46)</sup>。加重された可罰性を理由づけるためには、少なくとも、第56条により必要とされる過失は、決闘においては、すでにその概念に属する殺人可能の兇器の使用から生ずる。

II 決闘の協定の際の明白な意図、または、事情から推定される意図が、決闘者の一人が決闘により（たとえ必ずしも決闘中でなくても）生命を失わねばならぬ、とするものであるときは、第205条の決闘は二重に加重される。Olshausen は、かゝる意図が決闘中に存在したか否か、または、決闘者が敵手の死を欲したかもしくは自己の死を欲したかは問題でないと解する。

III 第206条の刑罰加重が、共犯者にも適用あるか否かについては争われる。たとえ決闘者に、死亡の結果に関して過失の責が負わされようとも（第56条）本条は共犯をも把握する、と解する説<sup>(47)</sup>と、本条は文言上、行為者自身にのみ適用すべきである、と解する説<sup>(48)</sup>とがある。

IV 相手を殺したときは2年を下らない禁錮。いずれか一方の死亡を招来する仕組のものであるときは、3年を下らない禁錮。

類型VII決闘の規則の違反（第207条）

Ist eine Tötung oder Körperverletzung mittels vorsätzlicher Übertretung der vereinbarten oder hergebrachten Regeln des Zweikampfes bewirkt worden, so ist der Übertreter, sofern nicht nach den vorhergehenden Bestimmungen eine härtere Strafe verwirkt ist, nach den allgemeinen Vorschriften über das Verbrechen der Tötung oder der Körperverletzung zu bestrafen.

1. 一定の規則に従う闘争たる決闘が規則に違反するときは、決闘たることを止める。したがって特別の規定がなくても、協定された、または、伝統的規則に違反して戦われた闘争より生じた傷害または殺人は、傷害または殺人に関する規定により処罰される。

II 1. 第207条は、決闘により死亡または傷害が生じ、そして、かかる結果が決闘規則の故意による違反——もちろんそれは決闘規則の認識を前提とする——により生じたときにのみ適用される。殺人または傷害は故意により生じたことを要しない、と解する説<sup>(49)</sup>と、故意または過失を傷害に対しても要求する説<sup>(50)</sup>とがある。決闘規則の違反が過失に基づくものに過ぎないときは、処罰は第15章の規定によってのみ生ずる。しかも、殺人または傷害が故意によるものであるときでさえも。規則違反は、過失によるものであっても、正当防衛の理由と<sup>(51)</sup>なる。



2. 殺人および傷害に関する一般的規定の適用のその他の要件は、先行する数条の規定により、一層重い刑が科せられないことである。標準となるのは、法律に予告された刑ではなくて、具体的の場合に実現される刑である。なお、第207条の要件が存するとしても、決闘に関するすべての規定が殺人または傷害に関する規定と比較されるのではなく、第207条の前数条の規定、すなわち、第205条、第206条が比較されるのであって、後に続く第208条も比較されるのではない。支配的見解である。

3. 第205条以下と第211条以下、または、第223条以下との競合は問題を生じない。

4. 第207条が適用されるのは、決闘の規則に違反する者のみであって、その敵手にも適用されるのではない。しかし、故意による違反者に対する有責の関与者にも適用される（関与者が通常ならば第209条により無罪であるような場合でさえも）。

Ⅲ 如上の要件存するときは、処分は殺人または傷害に関する一般の規定による。

#### 類型Ⅷ介添人のない決闘（第208条）

**Hat der Zweikampf ohne Sekundanten stattgefunden, so kann die verwirkte Strafe bis um die Hälfte, jedoch nicht über fünfzehn Jahre erhöht werden.**

I 介添人なき決闘の刑罰加重は、介添人なくしては、決闘規則の厳守に対する保証がない、との理由による。

II 介添人とは、決闘者から選ばれ、決闘そのものの行なわれるに際して、決闘者に援助を与えるものであって、その任務の本質は、決闘の場所において、協定されたまたは伝統的規則の遵守を確保することに在る。したがって、被挑求者の委任を受け、挑求者の受任者と共に決闘の条件を確認し、そしてそれを挑求者に伝達する者は、介添人ではなく、決闘が行なわれる場合には従犯として罰せられる。

Ⅲ 1. 本条の許す刑罰加重は、本条なくして決定されるであろう刑期に対する50%までの増加である（長期15年を留保して）。ゆえに裁判所は、先ず決闘が介添人の立会の下に行なわれた場合に科せられる刑を確定し、そして判決においてこれを明瞭にすることを要し、次に第208条により刑を加重することができる。

2. 支配的見解によれば、裁判官は介添なき決闘においてはあらゆる場合に、したがって、第207条の要件が存するときにも（第15章の規定による刑は重いので第15章の規定により処罰されるにも拘らず）第208条により刑の加重を為すことができる。

3. 第208条による刑罰加重を、決闘者双方に対して生ぜしめるか、または、一方に対してのみ生ぜしめるかは、裁判官の義務的裁量に属する。

#### 類型Ⅸ無罪の共犯（第209条）

**Kartellträger, welche ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern, Sekundanten sowie zum Zweikampf zugezogene Zeugen, Ärzte und Wundärzte sind straflos.**

I 1. 一定の決闘補助者は刑事政策的理由から（その協働を容易にするためには第208条参照）

## 決闘罪（西独）

かなる事情の下にも無罪とされる。すなわち、介添人および立会った証人（特に中立的）、医師および外科医がそれである。人的刑罰阻却原因<sup>64</sup>説と客観的無罪宣言<sup>65</sup>説とに分れる。もちろんその際、これらの者がこのような資格において決闘に関与したことが要件である。同時に別の形式で関与するときは共犯と同じく有罪となる<sup>66</sup>。

2. 仲介人はこれに反し、決闘を阻止することに真摯に努力したときにのみ無罪である。仲介人は第203条の特別刑罰規定の下に立たされ、決闘が実際に行なわれたときは、第205条、第206条の共犯のゆえではなく、第203条により処罰<sup>67</sup>される。それゆえに、仲介人に対し、第209条は人的刑罰消滅原因を意味する。行為者は、挑求の伝達の委任の引受と被挑求者に対する伝達により始めて仲介人となる<sup>68</sup>。仲介人の可罰性は、彼が最初から、被挑求者が挑求を拒否することを期待していた事<sup>69</sup>実、または被挑求者が挑求を直ちに拒否したがために決闘の調停をしようとする意図を遂行できなかった、という事実により阻却されない。仲介人の真摯な努力は外部に対して表示することを要し、そして、決闘そのものをその継続のみならず、その開始を阻止すること、すなわち、不可能にすることに向けられねばならない。右の努力は真摯なものなければならない。その真否は具体的な場合の状況によって決せられる。成果が伴ったか否かは問わ<sup>70</sup>ない。成果があった場合は、しばしば、第204条による無罪が生ずるのである。

II 1. 第201条以下により、従犯としての責任を負うところの挑求受容者の代理人には、第209条の直接の適用はない。しかし、意味上一種の仲介人として取り扱われるべきである。

2. 仲介人の行為に対する共犯者が、決闘の阻止に真摯に努力するときは、同様に意味上第209条による特権が与えられる。

### 類型X決闘のそそのかし（第210条）

Wer einen anderen zum Zweikampf mit einem Dritten absichtlich, insonderheit durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung anreizt wird, falls der Zweikampf stattgefunden hat, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

I 1. そそのかしによって生ずる、第三者との決闘への精神的強制は処罰される。しかも、禁錮ではなく、軽懲役が科せられる（3ヶ月以上5年以下）。

2. 決闘の挑求は、より多く、被挑求者の理解に向けられ、相手に認識可能な直接の影響を意味する。これに反し、そそのかしにおいて問題になるのは、相手に（いかなる種類の態度が要求され、または、期待されるかを告知することがなくてさえも）行為に対する刺戟、すなわち、行為に対する動機を喚起すること、行為者の望む作為不作為に対し相手の気分を作り出すこと、そそのかされた者の意欲または激情を誘発し、それをその展開に任せること、相手を自己の決心により実行に踏み切らせることである。この場合、理性と激情とに対する作用を通しての意思の影響は、事情によっては相手に全く認識されない間接のものであることを得、そして、しばしばそのようなものである<sup>71</sup>。「軽蔑の念の表示または軽蔑の念の脅迫」は例示に過ぎない。決闘の要件がそそのかし以前に存在することは必要でなく、そそのかしそのものにより、そそのかしによりはじめて生ずることができる。そそのかしと同時に、教唆または知的従犯、事情によっては

## 決闘罪（西独）

間接正犯さえもが存す<sup>(9)</sup>としても、処罰はたゞ第210条による。この場合の「意図的」というのは「故意」を意味する。

3. 処罰の要件は、決闘が行なわれたこと。そそのかしと決闘との間に反証を許す因果関係を認める<sup>(10)</sup>説、反証を許さない因果関係であると解する<sup>(11)</sup>説、因果関係ではなく時間関係を必要とし、構成要件の外に存する訴追条件を認める<sup>(12)</sup>説が対立する。

4. 第209条に掲げられる者もまた本条の適用を受けることがあり得る。仲介人がこれを犯すときは、想像的競合または実質的競合が存在する。

### II 3ヶ月を下らない軽懲役。

第210条 a (1946年1月30日の管理委員会 *Kontrollrat* の法律第11号第1条により削除)。

#### 註

(1) RGSt. 4409, 21146, 5250, BGHSt 424.

(2) BGSt. 637.

(3) 違法な自助 (*Hälschner 2939*) ;

決闘は協定による準裁判を敢えてするものであるから、国家の刑事司法独占権をも侵害する (*Maurach 47*).

(4) 現在は稀、たとえば *Gerland 319* によって主張される古い見解。

(5) RGSt. 4409, 5250.

(6) RGSt. 21146.

(7) RGSt. 21148 ; *Recht 103685*

(8) *Binding Hd b. 1702, Lehrb. 126* (自殺の強要) ; *Kohler Studien 1144* は応諾者の殺人である、とするが支持し難い (*LK 192*).

(9) RGSt. 729, *Olshausen 5, Kohlrausch VDB 3142, Frank II 1, Binding 169* および *Schwarz 1C* はかゝる制限を承認しない。

(10) RGSt. 889, 60257, 637.

(11) *Schlägermensur* ドイツは共和制になってから、刑法をもって決闘を禁止した。しかし、ベルリンの学生間だけでも12の決闘団があった。学生は鋼鉄製の面を被り、腕と胸を包み、剣には先に刃がない。試合の得点は技によらず、試合中の態度によりクラブ員により判定された。ハイデルブルク等の大学生間には今日もなおこの風習があるという。

(12) *Nagler Ger S 9412*.

(13) *HartungNJW 541225, Eberh. Schmidt JZ 54369*.

(14) RGSt. 603, 889, 60257.

(15) RGSt. 492.

(16) a. A. *Frank Vorbem. vor § 201 V*.

(17) RGSt. 4409.

(18) a. A. *Frank*.

(19) RGSt. 22140.

決闘罪（西独）

- ⑳ Frank 1<sub>2</sub>, Schönke II, Schwarz 2B, a. A. Olshausen II.
- ㉑ 一般に決闘の方法と解される限り、手巾を中間において射撃することがそれである（LK 194）。Liszt は Berger がこれを決闘に非ずというのは正当である、としている。
- ㉒ Binding Norm 2<sub>1168</sub>, Olshausen 2.
- ㉓ Schönke-Schröder II, V. Hippel Lehrb. 201 N. 7.
- ㉔ 異説：Binding 1<sub>71</sub>, Schönke-Schröder I はかゝる取次者を常に仲介人とみなす。
- ㉕ RGSt. 25<sub>81</sub>.
- ㉖ RGSt. 25<sub>81</sub>.
- ㉗ RGSt. 11<sub>279</sub>.
- ㉘ RGSt. 22<sub>220</sub>.
- ㉙ GA 58<sub>199</sub>.
- ㉚ RGSt. 4<sub>409</sub>, この場合の開始は同時に決闘罪の法律上の既遂である（Kohlrausch-Lange 416）。
- ㉛ RGSt. 52<sub>64</sub>.
- ㉜ RGSt. 13<sub>1</sub>, RGSt. 34<sub>200</sub>.
- ㉝ RGSt. 4<sub>114</sub>.
- ㉞ GA 54<sub>474</sub>, a. A. Frank 1<sub>2</sub>, Schönke-Schröder I 1.
- ㉟ RGSt. 35<sub>230</sub>, Schönke-Schröder II, Schwarz 1 B, a. M. Frank II, Gerland 323.
- ㊱ RGSt. 51<sub>64</sub>
- ㊲ Recht 11<sub>1239</sub>.
- ㊳ RGSt. 63<sub>6</sub>.
- ㊴ BGHSt. 2<sub>194</sub>, 3<sub>105</sub>, 45.
- ㊵ しかし RGHSt. 4<sub>32</sub>, 91（名誉事件の解決のための決闘 Mensur）参照。
- ㊶ RGSt. 11<sub>270</sub>, a. M. Olshausen 4.
- ㊷ RGSt. 13<sub>265</sub>, Rspr 9<sub>285</sub>.
- ㊸ Recht 09<sub>1239</sub>, Anm. 9<sub>213</sub>.
- ㊹ RGSt. 63<sub>9</sub>.
- ㊺ RGSt. 64<sub>143</sub>.
- ㊻ Binding 1<sub>72</sub>, Liszt-Schmidt 495, Olshausen, 1 Schönke-Schroder II, RGSt. 63<sub>6</sub>.
- ㊼ L. K. 196.
- ㊽ a. A. Frank III, Schwarz III.
- ㊾ L. K. 197.
- ㊿ Frank II, Olshausen 2, Schönke-Schröder I, Schwarz 2.
- ㊱ Olshausen 6, Schwarz 1.
- ㊲ a. A. Binding 1<sub>73</sub> N. 1.
- ㊳ RGSt. 25<sub>82</sub>.
- ㊴ L. K. 198.
- ㊵ a. A. Frank II, Schönke-Schröder II, Schwarz 3.

決 闘 罪 (西 独)

- ⑤⑥ RGSt. 25<sub>81</sub>.
- ⑤⑦ RGSt. 11<sub>270</sub>, a. M. Olshawsen § 205 A
- ⑤⑧ RGSt. 17<sub>244</sub>.
- ⑤⑨ RGSt. 22<sub>218</sub>, RMG 1<sub>22</sub>.
- ⑥⑩ RGSt. 17<sub>244</sub>.
- ⑥⑪ RGSt. 74<sub>413</sub>, 63<sub>173</sub>.
- ⑥⑫ Binding 1<sub>74</sub>.
- ⑥⑬ Frank I, Schwarz 2.
- ⑥⑭ Binding Lehrb. 1
- ⑥⑮ Schönke-Schröder II, Olshausen 5, Schwarz 2.