

## 自殺をめぐる不作為犯の研究

—ドイツの判例・学説を中心に—

神 山 敏 雄

### 一 問題の所在

自殺行為は、ドイツ及び我国においては不可罰である。しかも、ドイツでは自殺に対する補助行為までも処罰の対象外においた。従って積極的行為による自殺補助については一切問題が起らない。これに対し、自殺に不作為が関与する場合には次のような複雑な問題が提起される。即ち、自殺不防止は共犯行為としてかそれとも正犯行為として把握されるのか。前者とみるならば、共犯従属性の理論的帰結として当該不作為は不処罰となるし、後者とみた場合には殺人罪かそれとも囑託殺人罪かの問題が

起り、又緊急救助義務者にとっては独刑三三〇条Cの真正不作為犯が問題となる。即ち、たとえ自殺不防止者が行為支配を有するとしても、自殺者自らの意思で生命を断つことが殺人罪の構成要件の結果の発生といえるのか、又三三〇条Cにおける *Unglücksfall* というのは概念的に自殺をも包含することを意味するのか。それに加え、自殺者が自由な決意で自殺を試み、意識不明の状態に陥った後に保証義務者が自殺者を救助しない場合には、法的に異った解決が与えられるのか否かの問題も追加される。

もともと不作為による正犯と補助との限界づけについ

ての理論はいまだ混沌とした状態にある。そこに作為を前提とした共犯理論がいきなり導入されることについては少からず疑問があり、従って自殺不防止の問題についても共犯に関する純理論の操作のみによっては決して解決の糸口が与えられるものではない。元来、不作為は一定の行為をしないことに特性があり、ここでは結果惹起についての物理的な役割というのではない。それならばここでは物理的役割以外のものにも判断基準が求められるなければならない。かくの如く、不作為には存在論的観察のみでは主従の役割についての判断が求められないとなれば、結局は価値論的な考察方法が加味されることになろう。もっとも自殺不防止は如何なる場合にも不処罰とするならば、かかる問題にはかかわりがなくなるが。

これらの問題を解決するためには、学者の理論はもとより、判例に現われた事例をも実証的に研究するならば、より妥当な結論が得られるであろうことは言うまでもない。かかる意味からもドイツの代表的な三つの判例を分析し、資料として提供することにした。

## 二 ドイツ判例の分析

(一)、B G H 二—一五〇（一九五二年二月一二日判決）  
事実の概要。夫は不治の病ではないがひどく苦しんだ病気がかかっており、その上妻・娘・婿の絶えない争いで疲れ果て、革紐で首をつり、意識不明になっていた。それを発見した妻（被告人）は、夫の自殺は彼女にとって重要ではなく、その上好ましいものであったのでそのまま放置した。

B G H の判決概要。三三〇条Cはここにおいて適用され得ない。三三〇条Cの Unglücksfall は人間又は物に對して相当な損害をひき起し、又は損害を更に拡大する危険が発生している、突然の外部的出来事である。この外部的出来事は災難者の意思にはよらないのであり、彼はただそれを防止することを試み得るだけである。一定の事情の下で、自殺の意外な経過がこのような外部的出来事であり得るか否かは、ここにおいてはそのままにしておくことがよい。いづれにせよ、自殺者の責任ある行為が、彼がそれを表象したように生命の危険を本質的に形成し、彼の自殺意思が存続する限り、Unglücksfall は概念的にも用語上も排除される。かくて被告人はここにおいて Unglücksfall から三三〇条Cによる救助義務は

生じない。<sup>(1)</sup>

ドイツ刑法は自殺に対する「幫助」を知らない。自殺は一致した見解によると犯罪行為ではない。これに対する幫助も可罰的主犯が欠けるために排除される。共犯(五〇条)の制限従属の原則はここにおいても何らの変更もされない。夫の行為に関する共犯の観点から、被告人(妻)はそれ故に処罰されない。<sup>(2)</sup>

しかし、彼女は夫が革紐でつり下り意識不明になっている夫を発見したときに立去り、不活動にとどまった。

この不活動は義務違反となり、被告人がそれを知っていた場合には、彼女にとって刑法上非難が加えられる。何故ならば、義務違反の不作為は、不法内容に関して禁じられた作為と原則として同等に立つからである。被告人の夫に対して吟味された種類の何らかの義務関係にも立たない者が被告人と同様に不活動の態度をとったとすると、三三〇条Cの特別の前提条件も欠けており、更に諸事情の下で自殺に対する幫助の可罰性も欠けているので、法的にはなく、道徳的に非難が彼にあてられるであろう。被告人の場合は法律状態は別である。<sup>(3)</sup>

そこで彼女は義務違反の不活動により、夫により誘発

された因果の流を中断することを放置している。それからして彼女は彼の死に対して共犯原因を与えた。<sup>(4)</sup>

Schwinggericht はこの保護義務侵害が責任あるか否かを吟味すべきであろう。特別な法的根拠に基づく義務は、それを認識しており、そうしてそれが彼に命じていることを知っている者のみによって侵害され得る。それは特に義務違反の不作為に妥当する。しかし、被告人が法的に熟慮したこと又はこのようなことに対する能力があることは義務認識にとって必ずしも必要ではない。それは彼女の結婚上の保護義務を一般に生ぜしめた事実状態を認識し、そうして夫婦が実際に助け合っているように、相互に生命の危険において力の限り救助しなければならぬことを知っている場合に十分である。それは個々の行為問題である。<sup>(5)</sup>

その他の点において次のようなことが内部的行為側面に妥当する。上述された原則によると、救助能力があつてそれを知っているにも拘らず不活動にとどまる者は、その上、死自体を欲し(故意)、又は不活動の帰結としてそれが可能と思ひ、そうしてこの場合を是認する(制限的故意)場合と同様に、又内部的に義務に違反して他

人の自殺意思に従属することによって死の結果を實際に意欲しないが、しかし不活動の帰結としてそれを予見して生ぜしめる場合にも、故意の行為正犯として責任がある。<sup>(6)</sup>義務づけられた者が彼の不活動に対して内部的に如何なる任意の意味を与えるかが問題となるのではなく、不活動が事物の流に対して如何なる意味を有するかが問題である。それ故に、このような場合には正犯者の故意が与えられる。<sup>(7)</sup>又不注意あるいは無知から義務状態を誤認する者はこの非難から免れる。しかし、彼が自分の能力の相応な努力によって適切な認識と干渉が可能であったときは、義務違反の不活動による過失殺に対する責任がある。<sup>(8)</sup>

(一)、B G H 一三—二六二(一九五九年五月一五日判決)  
事実の概要。一九五七年六月の午後、被告人・その妻・二人の子供及び妻の母親の五人は Halver から Kri-  
stide へ向う途上にあつた。姑は Halver にある養老院から被告人の家庭に連れて行かれるのであつた。途中、姑はもはや養老院へ帰る積りはないと説明した。二人の被告(原審ではその妻も有罪とされた)は姑を永久に受け入れないであろうことを暗示した。これに対して

姑は誰にも負担をかけないかも知れぬと言つた。彼女は生命を断つ積りであつた。続いて彼女は通行止の方向へ行くと言つたが、被告人等はそれをまじめに受け取らなかつた。そうするうちに、小さな人造池に来た時彼女はこの池に入ると言つた。被告人は別の池を知っていると答えた。それから彼等は Kronenberger Hammerteich (それは廻り道であつた)に行き、近くに腰を下した。姑はそこにとどまり、死ぬまで待ち続け、防水堰へ行くと述べた。妻は子供と共にそこを立ち去つた。姑は防水堰の方向に行き、そこに腰を下し、水の中に足をたらし、た。この瞬間、被告人は初めて姑の自殺意思を本気に信じた。彼は姑のすぐ後からダムの方へ行つたが、姑は自分を突き押ししてくれと頼んだ。姑は実際にこれを欲していたか否か、又は被告人を誘つて反対させ彼女を再び家に受け入れることを彼にさせるためにそれを言つたか否かは認定され得なかつた。被告人はその要請に従わなかつたが、それによって彼女の自殺を少くとも防止しないことが要求されていることを感じた。姑は自分を突き押すことを二度も要請を繰り返した。ついに彼女は水中に落ち込んだが、いかにしてそれがなされたかは認定さ

れ得なかった。彼女は溺死した。

B G Hの判決概要。嘱託に基づく殺人に対する規定(二一六条)の場合には、謀殺及び故殺に相對する独立の故意の殺人が問題となる。この規定は行為者が犠牲者をその要求に基づいて殺すことが前提となっている。ハーゲンの Schwurgericht は責任非難を二重の方法で、即ち、一方において助言を与えることによって積極的な態度の形式で、他方において義務侵害の不作為による形式での不活動によって死に導いたことに根拠を求め<sup>(9)</sup>る。しかし、先ず積極的な助言によって死に導いたことについては、事実関係の叙述の中で言及されていないことが注意を引く。ここにおいて、有罪判決の基礎とされた助言の所与は、事実裁判官の証明によるのではなく、ただ被告人の負担に対する転嫁に基づいている。それは既に事実上、法律上の破棄理由となる<sup>(10)</sup>。

犠牲者による、明白且つ真摯で決定的に影響を及ぼす要請が、当該者の死を防止するな<sup>(11)</sup>というところにあるならば、又義務違反の不作為による嘱託殺人が行われ得ることは正当である。Schwurgericht は姑のこのような要請を確定した。しかし、事実裁判官は行為者意思で行為し

たことを十分に明らかにしなかった。Schwurgericht の認定によると、被告人はむしろ姑の死に導くところの、彼女によって独自に惹起された出来事を支配する積りはなかったこと、かくて Täterville は彼に欠けていたことについて述べている。この意思は不作為による嘱託殺人の犯行の場合にも必要となる。又不作為者が救助の干渉の可能性を有していない場合に、いずれにせよ作為すべき法的義務の認識によってこの意思は補充され得ない。かくて Schwurgericht の判決が主張しているように、この観点においては救助に対して既に遅かった<sup>(11)</sup>。

さて、勿論 B G H 二一五〇における第一刑事部は、彼女の助力なくして行われた夫の自殺に対して了解し、よって不活動にとどまる妻を、殺人の犯罪行為の可能性正犯者として見た。Schwurgericht はこの判例を引合ひに出しているが、そこでは法に一致せず、不つり合ひの法の適用が存するだろう。何故ならば、この方法に基づく、他人の Täterville の下での同じような従属にも拘らず、作為による他人の自殺の促進は刑罰が科されない主たる行為に対する幫助として不可罰的であり、それに対して諸事情の下で不作為による促進は正犯の殺人

として可罰的となり、そうして第一刑事部の見解の基礎に従えば、更に同一の不作為は——同様に他人の正犯意思の下での従属の場合に——それが他人の殺人に関係する場合にはただ補助として、それに対して自殺に該当する場合には正犯者における殺人行為として処罰され得るだろうからである。<sup>(13)</sup> 結局、これまでの認定によると、二一六条の適用は考慮されない。Schwurgerichtは既に謀殺も否定し、同じ根拠から又故殺も問題外である。<sup>(14)</sup>

上告者に対する判決は、それ故に彼が有罪判決が言い渡されている限りではこの確定をもって破棄されるべきである。更新の公判においては次のようなことを注意すべきである。これまでの認定によると、ここにおいて又過失殺人も問題外である。<sup>(14)</sup>

しかし、事実裁判官は、不作為の補助の実行(三三〇条C)の非難が被告人に科されるか否かを吟味すべきであろう。他人の自由な自殺に関する共犯の不可罰性は三三〇条Cの適用を妨げない(BGH六一—五四)。被告人の救助義務は、姑が認識された自殺意図で水辺のすぐ近くにおもむいたときに顧慮されるであろう。それでもって「不慮の災難」は始まった。<sup>(15)</sup>

(三)、B G H (一九五四年九月二日の判決)

事実の概要。被告人と自殺者とは婚約の仲にあったが、自殺者の里親がそれに反対していたため娘は被告人と家出を決心していた。二人は金を手に入れるために幾つかの犯行を重ね、捜査の対象になっていた。娘はこのことを知り、その上金銭の道が断たれた現在、世を去る以外にないと決心した。二人はA—B間の鉄道に傾斜した、静かな土手に腰をおろした。彼女は月経帯を変え、彼の寝巻はもはや要らないとして投げ棄てた。まもなくして彼女は離れなければならないと言って、そこを離れた。途中、被告人を振り向き、恋人よさよならと叫んだ。被告人は列車が近づいたこと及び彼女が軌道に登ったことを眼中に入れなかった。列車の通過後、彼が呼んだが答がなかったので調べてみた。その結果、彼女が死んでいることを発見した。

B G Hの判決概要。彼が気をつけて即座に娘の後をつけたならば、落着いて急がずに、死に向っていった娘を引き止め、又はレールの上から連れ去ることができたであろう。<sup>(16)</sup>

相互の危険防止義務については、一定の恋愛関係にあ

る場合も是認されている。それは更に婚約の場合も諸事情の下で認められるべきである。事実認定によると、被告人と娘とは異常なほど強い恋愛関係によって結ばれ、婚約によって緊密な共同体に結合していた。従って、被告人は彼女の身体及び生命に対する危険を避けることが法的に義務づけられ、可能な限り彼女の自殺を防止すべきことが法的に義務づけられる。<sup>(17)</sup>

### 三 学説の分析

学説の分析に際して注意すべき点は、自殺が自由な決心によらず、例えば精神病や錯誤等により行われる場合については、判例・学説上異論なく通常的不作為の理論が導入されることである。従って、争われるのは自由な決意により自殺を試みる場合の不作為者の刑事責任である。これには大別して刑事責任を肯認する立場と否認する立場がある。前者にあっては責任形式に若干の相違が認められる。

(一)、先ず第一のグループについて分析してみると次の通りとなる。

アンドロウラキスの見解。自殺に関する不作為による

共犯は、既に述べられたように、存在論的には不可能である。何故ならば、自殺者は自殺者として、即ち彼自身の死に直面して、いわゆる自殺に際して居合わせる者に對して *Widerster* ではなく、非常に遠くに居る *Einsamer* である。近くに居残るのは自殺者ではなく、死の危険に曝された父・夫等である。息子又は妻が救助行為を不作為とするならば、その場合、彼等の不作為は独立の殺人行為と存在論的に比較し得るようになる。彼等の不作為の「構成要件該当の結果」は、かくて他人の自殺ではなくして殺人構成要件がその結果を把握するような死である。しかるに、殺人構成要件は自殺の惹起を把握しえないゆえに、不作為の処罰は類推解釈の禁止に反するというグリュンバルトの異論は反駁される。<sup>(18)</sup>

又、二一六条(嘱託殺人)の問題に関しては次のように述べている。「真摯な嘱託」は、同情とは違ったものに達し得るような不幸に、嘱託者が悩んでいる場合にのみ存する。このような解釈によれば、単に養老院に再び帰ることを欲しないことで悩んでいた、BGH 一三一一六二の事件における姑の「嘱託」は決してまじめなものではない。かくて二一六条の適用はここにおいて全く問

題になる必要がないだろう。<sup>(19)</sup>

又、ニーゼはBGH二一五〇の立場を支持して、次のように述べている。「義務づけられた者は、自分の不活動にとどまることに内部的に如何なる任意的意味を与えるかが問題ではなく、その不活動にとどまるのが事物の経過にとって実際にどのような意味を有するかが問題である」。正当にもこれについてここでは正犯が容認される。正犯と共犯の限界の場合に客観的行為支配の正しい考えを首尾一貫して適用するならば、親類又は結果防止のために義務づけられた者による、自殺の不防止又は積極的促進のすべての場合を自己の行為として見る危険をその考えは防止するだろう。<sup>(20)</sup>

ガルラスは、BGH二一五〇の評釈において次のように述べている。しかし、自殺者の競合する事実上の行為支配の脱落は、このような競合がもとと存在しない場合におけるが如く、ここにおいても同様に潜在的行為支配の義務違反による不利用に対して、正犯の刻印を押すことが恐らく承認されなければならないだろう（結果において判決に従っている）。夫が置かれて、助けのない犠牲者の状態が災難又は自殺意思で行なわれた侵

害によるか否かは、生命救助に義務づけられた妻の正犯性に対して何らの区別もすることはできない。<sup>(21)</sup>夫の自殺意思は、被告人をして結婚生活において根拠づけられている危険防止義務から解放することができなかつたということを、そのBGHは正当にも承認した。特別の事情（例えば夫の不治でその上苦痛な病氣）は、その他の決定に導くことができるであろうか否かの問題をそのBGHは意識的に未解決にしている。その答は、いずれにせよ、二一六条やオイタナージーの問題について説明された原則と一致しなければならないだろう。<sup>(22)</sup>

自殺は原則として一般に三三〇条Cの意味における“Unglücksfall”としてみられ得ないというBGHの承認はそれに対して疑念を呼び起す。その見解は概念の言葉上の意味に一致するかも知れない。それにも拘らず、その規定の意味に適合して生じた解釈は、私の見解によると、自殺者が自分の行為による、どうにもならない犠牲者になった瞬間から救助実行義務を呼び起す災難の地位の承認を必要とする。突然、来合わせた隣人は、意識不明になってそこに倒れている人が自殺の意思でガス栓をねじあけていた場合に、ガスの充滿した部屋の窓を押

し開けることが義務づけられるべきではないか?<sup>(23)</sup>

ペーリッシュはB G Hの立場に関連して次のように述べている。一九五二年二月一二日の判決では、夫の意識不明の状態を妻が救助しない場合には殺人罪を適用し、一九五九年五月一日の判決では姑が助けを叫んだときには救助することは既に遅かったために無罪判決を下した。この区別した考えは、私には根拠がないように思われる。二つの検討された事件に関する解決は、私の考えでは、両事件において無罪であるか又は有罪であるかという解決のみであり得る。<sup>(24)</sup> 干渉が義務づけられる者の場合には、一般にこの犠牲者に親密な者が問題となるであろう。それ故に、干渉義務——又は少くとも高められた保護義務——が、自殺者か又は出来事の支配主ではないときには、生命を処分する自殺者の意思が明らかに認め得るときに、始めさせるときには、それは要求の誇大を意味しない。何故ならば、通常、救助義務の課された者は、その場合、事実状態の完全なる支配又は支配の大部分を有し、そうしてB G Hが適切に詳説しているように、彼の干渉によって事実状態に決定的な変更を与えることが出来るからである。<sup>(25)</sup>

ウェーバーの見解。彼は原則として自殺不防止を不処罰とする立場であるが、不作為者の判断如何によっては三三〇条Cによって処罰され得るとする。先ずは論述を追うてみよう。しかし、又この判断は個々の場合に問題であるかも知れないが、それが現在の危険状態に関連して名宛人に救助を義務づけることによって、一般的に三三〇条Cの規範目的を先ず現実化することが認められねばならない。そこで、第三者が真の状態を誤認することにおいて客観的に命ぜられた救助行為を不作為することは阻止され得る。即ち、その外の第三者は、完全なる確実さでもってしては決して判断することは出来ないであろうところの、経過している事象過程に直面する。この視界からは、自殺はDrohgefahrとして妥当すべきである。この点において、三三〇条Cによる処罰は許し得る。<sup>(26)</sup>

最後にゼーラーの三三〇条Cによる解決について概観してみよう。しかし、三三〇条Cの規定は、自殺者に向けられるのではなく、この状態に気づく者に向けられる。何故ならば、当該者が救助をすべきであるからである。従って、彼の観点から自殺の試みは判断される。更に、救助のために位置づけられる者にとっては、自殺の試み

は自殺者に身体及び生命の重大な危険をもたらす恐れがある状態であり、かくて Unglücksfall である。<sup>(27)</sup> 多くの場合において、自殺の試みが自由な決定に基づいて存在するか否か、又は犯罪又は外部から生じた Unglück が当該者に襲ったか否かはしばしば認識され得ない。ここでは第三者は彼に認められた状態に対して如何なる態度を採るかについてのみ問題となり得る。<sup>(28)</sup> 又、健全で正常な者は、自殺をして無造作に Unglücksfall として認めないような場合もあろう。例えば、政治的又は人種的に迫害された者がそれまで位置してきた、又は位置している事情、又は不治の病者が位置している事情について考えるべきである。主観的事実面については、正しい考慮は常に必要な場合には禁止の錯誤の観点に従って可能であろう。又、これらの場合においても自殺の試みは構成要件該格的に Unglücksfall にとどまる。<sup>(29)</sup>

かくて結論として、自殺の試みは三三〇条Cの意味における Unglücksfall であり、しかもその Unglück は、自殺者は三三〇条Cによって命ぜられた救助が既に必要となっている故に、自殺者が真摯な自殺意思を有し、それを認識せしめたときに既にはじまることが固執される。<sup>(30)</sup>

(二)、次に自殺不防止を不可罰とするグループについて概観してみよう。

先ず筆頭にシェーンケ・シュレーダーの見解が挙げられる。彼は次の如く説明する。自殺への共犯は不可罰である。何故ならば、この自殺は刑罰が科されてない行為であるからである。そのことは幫助に対してと同様に教唆にも妥当する。Nitzsch が自殺を防止することを不作為する限り、次のようなことが妥当する。即ち、自殺の不可罰に対する立法者の決定はいずれにせよ、又責任ある意思による自由な決定に対する尊重に基づくのであるから、保証人義務を有する者は自殺を防止することの不作為に対して刑法的責任があるという効果をもって、Cyprius 又はその他の突然の出来事と法的に同等に置かれ得ない。正犯者意思と共犯者意思との区別又は行為支配の基準が問題であろうとも、共犯理論はいずれにせよ、ここで使用し得る結論を提供するに不適當である。その場合、自殺者がなお決定の自由を有しているか否か、又は彼が既に行為能力がないか否かは重要ではない。その不作為は又過失殺としても処罰され得ない。<sup>(31)</sup>

グリュンバルトの見解。自殺に対する幫助は、それ故

に二つの事情の競合、即ち一方において自殺者の自由な決心・他方において自殺者の行為支配（第三者側での行為支配の欠缺）によって無罪である。第三者によって自殺が防止されない場合に、無罪の第一の前提条件、即ち生命を断つ自由な決心が明らかに存在する。第二の前提条件に関しては不作為犯の無価値についての章において述べられたことが妥当する。即ち *Not* に対する不作為者の関与によって、作為者は *Täter* であることを中断するものではない。かくて、自殺者はここにおいて行為支配を有している<sup>(32)</sup>。自殺者が決心の自由を中止した後不作為が持続する場合——即ち例えば自殺者が無意識になつた場合には、異つて妥当するか否かを問題とすることが残っている。この問題は、*Stratlosigkeit* の二つの前提条件の一つが失われる場合に肯定されるだろう。行為者が結果を防止する可能性を中止した場合に、不作為者によって事象の支配に対して何にも変更されないことは他の関係において詳説された。だが、たえず自殺者がこの時点において彼の行為支配を失つたんだと異論を唱えることが欲せられるならば、誰が行為支配を有し、又は有しないかの確定は、全事象の評価であり、この時点

又はあの時点に対する状態の評価ではないことが誤認されるだろう。又、第二の *Stratlosigkeit* の前提も失われていない。死に対する真摯な望みは決心者が意向の変更をすることによってのみその効果は失われ、彼が意向変更の可能性を中止していることによってはその効果は失われない。そのことは囑託殺人の場合とを比較しても明らかとなる。即ち、真摯な囑託に基づいて、眠っている者、又は意識を失つた者を殺す者は減刑の恩恵を享受することは問題視され得ない。従つて、自由な決心に基づく自殺に対する、防止の不作為はこの場合にも無罪である<sup>(33)</sup>。

ハイニツツの見解。もし誰かが他人に対して自由な死のために睡眠剤を供給する場合にその人が不可罰的であるならば、彼は給付によって惹起された危険を除去しないことに対して又三三〇条Cによって処罰することに、よつても責任が負わされ得ない。毒又は繩を自殺者へ与える場合のように、これまで自殺への不可罰的幫助として判断された或る場合は、事情によってはその後の不作為を、義務違反による死の結果の共同原因にするとその危険状態の創造としてみるべきだとするドレッヘルの

見解はしたがって否定することが決定的である<sup>(34)</sup>。同じことは又法的干渉義務が先行行為によるのではなく、生活共同体から生ずる危険防止義務に基づく場合においても妥当すべきである<sup>(35)</sup>。さて、同じことは、私の見解によれば、又三三〇条Cの適用にも妥当しななければならない。積極的に他人の自殺を促進した誰かが処罰される必要がないならば、彼が単にそれに干渉することを不作為した場合にはいわんやその可能性がない。自殺者が自分の考えを変える場合に、例えば水の中で声高く救助を求めて叫ぶ場合<sup>(36)</sup>にのみ、彼の自由な行為は *Unglückfall* に変ずる。

カウチョールの見解。自殺の教唆及び幫助が不可罰にとどまるならば、それは第三者の自殺の単なる不防止にも、より一層妥当すべきである。何故ならば、反対の見解は基本的な思考法則に反することになるだろうからである<sup>(37)</sup>。例え、三三〇条Cの適用が *Selbstmordversuch* について否認されようとも、実際には、私の見解によれば、何らの望ましくない無罪判決の生起をも恐れるべきではない。即ち、例えば誰かが水の中で助けもなく漂流している、或る人を発見するならば、彼は三三〇条Cに

よって "*Unglückfall*" の存在の場合として救助行為に指名される。彼の不活動にとどまる場合の科刑は、認識され、意欲された自殺が問題である限り勿論失われる。かくして、局外者は *Unglückfall* の場合における彼の不干渉により、自分自身を可罰的とする危険を冒すことになる。自殺の試みを阻止して反対する可能性と道德的義務は、私の見解によれば、 *versuchte Selbsttötung* の場合への、*Unglückfall* の構成要件的メルクマールの拡張を無用にする<sup>(38)</sup>。

ヴェルツェルの見解。自殺の試みは不可罰的に行われる意識的な行為である。従って、又この自殺についての共犯も幫助又は教唆が問題であるか否かに拘らず、特別の規定がないので不可罰である。同様に自殺の不防止もそうである。しかし、それは真正な自殺、即ち自殺者が完全な行為支配を有するような自殺に関してのみ妥当する<sup>(39)</sup>。

シュバイガーの見解。私の語感によれば、"*Unglückfall*" の概念のこの種の主観化は次のように拒絶されるべきである。即ち、私の見解によれば、自由な意思決定に基づいて責任能力の状態で行われる自殺は、決して

“Unluckfall”ではあり得ない。Selbstmordversuchは、即ち、自殺者が事実上又は可能的方法上、自分を救助したがっている場合や彼が諸事情ないし失神状態によって自殺の試みから妨げられる場合に、せいぜい Unluckfallとなり得る<sup>(40)</sup>。けれども私は第一刑事部の引用された判決の中でこれに関連する表明がより納得が行くように思う。即ち、いづれにせよ、Unluckfallは自殺者の責任ある行為が生命の危険を、彼がそれを表象したように、本質的に形成する限り、そうして彼の自殺意思が存続する限り、概念的にも用語的にも排除される<sup>(41)</sup>。積極的な自殺者の意思に反する救助義務の肯定から、不作為による自殺者の意思に反する医者の干渉義務の肯定にいたるまで何らの大きな差もない。私は、自由な意思を尊重するところの Entscheidungは両者の場合において、よりよき法律上の良心を有することになるだろうと思ふ。そうして被告人のために、道徳的な良心よりも法律的良心に優位は偏すべきである<sup>(42)</sup>。

マイスターの見解。自殺者が自由な固有の責任ある決心から行為したならば、それは別である。ここにおいては、不真正不作為犯の原則に基づいての干渉すべき法的

義務の単なる確定は、殺人犯における干与者の消極的関与の Umdeutungを正当化するためには不十分である<sup>(43)</sup>。又、ガルラスは自殺者の行為支配の程度によって自殺防止者の不可罰的行為と可罰的行為の限界を設定したが、自殺の段階によってその差異が出てくるのは不当であり、ドレッヘルは死の結果の原因に問題を求め、自殺防止の可罰性を無限に拡大する点で不当であるとする<sup>(44)</sup>。結局、マイスターは、自殺者の責任無能力又はそれと同視され得るような場合について具体的に検討し、この場合には不作為による殺人正犯を認めようとする<sup>(45)</sup>。

フリーベの見解。三三〇条Cを認めると次のような矛盾が生ずるとする。即ち、連発ピストルや毒を与えて積極的支援をした者は無罪にとどまり、自殺を防止しない者は処罰される。ところが自殺の不防止は自殺に対する積極的幫助よりも非難が少い<sup>(46)</sup>。そこでフリーベは将来の立法について次の如く提言する。不作為の幫助行為は、どんな場合でも常に可罰的としてみなされ得るのではなく、むしろ救助を拒む者の場合におけるこのような非難すべき動機が存する場合にのみ可罰的としてみなされ得る。非難さるべき動機が欠けるならば、その場合

に救助を拒む者は無罪である。<sup>(47)</sup>

#### 四 判例・学説の批判と私見

(一)、BGH二一五〇の立場は、自殺行為が既に開始された後、自殺者が行為能力を失っている点に着眼して、その場合不作為者は行為支配を有し、殺人正犯であるとした。これに対して、BGH一三一六二においては、姑が助けを求めていたときにはその救助行為は婿にとつて既に遅かったことと彼には Taterhille が欠けていたとの二つの理由で殺人正犯及び嘱託殺人を否定した。そこで、敢えて両判例に共通する理論的支柱を求めるとすれば、それは自殺者が自由意思で自殺過程をコントロールできる場合に作為義務者は正犯性を取得しないであろうということである。問題なのは、自殺過程の各段階において、当該結果発生に対して誰が行為支配を有するかの個々の判断によって自殺不防止の本質が解明されるかということである。

作為を前提とする共犯理論においては、結果発生役割に対する行為の主従は存在論的に確定され得るといってもよい。ところが、不作為においては、いずれの場合

も一定の可能な行為をしないという点で全く同一構造を有している。しかるに、不作為それ自体のみに正犯・共犯の区別の根拠が求められないとすれば、不作為態度以外の事情の相違に価値判断の素材を求めて、不作為者の役割というのを価値論的に判断する以外に道は残されていないと言わざるを得ない。

然らば、かかる観点に立脚すれば、自殺不防止には如何なる価値判断が下されるか。責任能力者が自由な意思判断で自殺を遂行する場合に、当該結果発生物理的な惹起は自殺者において主たる役割を果たしたことは何人も否定できないだろう。その場合に、不作為者の潜在的支配可能性をもってきて、なおも彼は結果に対して主たる役割を果たしたものと評価されるであろうか。むしろ彼の不作為態度は、自殺者自ら事象を支配していくことをスムーズにする、従たる役割を果たしたものと評価するのが事理にかなうのではないか。又、かかる役割は自殺の各段階において異なるのではなく、全過程を通じて全く同じだといってよい。そのことは、自殺者がピストルで自殺しようとするのを阻止しない場合と睡眠薬を服用して昏睡状態に陥った者を救助しない場合とを比較して

みると、両者には全体として本質的に何らの遜色もないと言ふことから理解できる。従つて、ここにおいては、独刑三三〇条Cは別として、不作為は正犯なのか幫助なのかの折一的判断が残されるだけであり、私見によれば後者の評価が下されることになる。ところが、独刑法は自殺幫助の特別規定を知らないもので、かかる場合の不作為者は制限従属性の理論的帰結として不可罰とならざるを得ない。よつてB G Hの立場は不当であることが結論づけられる。

次に独刑三三〇条Cの適用の要否について簡単に触れることにしよう。前者の判例は、三三〇条Cの *Unglücksfall* は外部的出来事であり災難者の意思によるものではないので、従つて、自殺者が生命の危険性を惹起して、なおも自殺意図が存続する限り、その *Selbstmordversuch* は概念的にも用語的にもそれに該当しないとす。これに対して、後者の判例は、姑が自殺意思で水辺のすぐ近くにおもむいたときに、*Unglücksfall* が始つたと考ふる余地があるとす。私は前者の立場が妥当だと解する。その理由は、判例が述べている以外に次のようなことから明らかとなる。三三〇条Cと不作為によ

る殺人犯とは、一般法と特別法との關係にあり、前者には緊急救助義務が、後者には特別の保証義務が要求されることと異なり、不作為自体においては一定の結果を防止しない点で同一である。ところが後者の判例は婿が特別の保証義務を有するにも拘らず、水辺に赴くときは殺人の不作為を否定しながらも、三三〇条Cの不作為は認められるとした。これは明かに矛盾した思考過程を辿っている。

一九五四年の過失殺人を認めたB G Hの立場は、私見からすれば支持できない。何となれば、前述の如く自殺をめぐつての不作為による殺人正犯は本質的に認められなかつたし、しかも、独刑法では積極的又は消極的幫助さえも不可罰であるのに、ましてや過失正犯でもつて処罰するというのは思考法則に反するものがあるからである。

(一)、次に学説の検討に移ることにしよう。

(a)、自殺不防止の可罰性を肯定する立場にも種々とニュアンスがあるが、先ず、アンドロウラキスの見解は、自殺行為によつて惹起された結果発生危険性を、自然の因果の流れによるそれと同一視し、不作為者の殺人に

対する正犯を認める点に特色がある。勿論、同じ正犯とは言っても自殺者の主観的事情によっては独刑二一六条の嘱託殺人にもなる。この見解は自殺過程に段階を設けずに全過程を通して自殺不防止を正犯とする点で、BGHの理論的矛盾を克服しているように思われるが、当該の不作為を正犯と評価する点で、前述の私見の立場からの批判は免れない。嘱託殺人も正犯である以上、私の立場からは問題にする必要はない。

同じく、ペーリッシュの理論も、自殺者が意識を失うと否とに拘らず、自殺者の意思が明かに認められる時点で作為義務を開始させ、殺人正犯を肯定する点で一貫性がある。しかし、自殺者の、自殺意思の下における結果発生に対する物理的な主たる役割を考慮してない点で同じく決定的な誤ちを犯している。

ニーゼの見解はBGH二一五〇の立場——即ち自殺者が意識不明の状態であるならば、不作為者は殺人正犯とする——に賛同しているので、当該判例に対する批判がそのままあてはまる。

同じく、ガルラスもBGH二一五〇の論評に際して、結論的には当該判例の立場と同一であるが、三三〇条C

の適用については見解を異にするので、その点に絞って検討してみよう。彼は、三三〇条Cの適用は、自殺者が意識不明になっている状態ではじめて緊急救助義務者に可能であるとする。その点、殺人正犯と理論的な統一を計っていることはBGHの欠陥を補っている。しかし、自殺不防止を正犯とするのも、自殺の試みを三三〇条CのUnglücksfallとするのも妥当でないことは既に判例の批判において論破した。

ウェーバーの立場は、第三者が自殺だということを認識して自殺不防止の態度を採るならば、不処罰であるが、それとは知らずにかかる事実状態に直面した場合には三三〇条Cが適用される主旨と解される。しかし、ここでの先決問題は、自殺の試みそのものが三三〇条CのUnglücksfallに該当するか否かであり、不作為者の主観は一般の錯誤理論によって処理すべきである。不作為者が自殺であると知っているか否かによって客観的要素であるUnglücksfallへのその該当性の成否を論ずるの  
は明らかに誤っている。

ゼーラーの見解は、三三〇条CにいうUnglücksfallは自殺をすべて含むが、ただ不治の病にかかった者や政

治的又は人種的に迫害された者の自殺を認識した場合に  
は、それを必ずしも Unglücksfall とは認識しない場合  
があるとして、その場合には禁止の錯誤として処理する。  
しかし、如何なる自殺も三三〇条Cの構成要件には該当  
するとする。この点で既にB G Hの批判において反論さ  
れた。

(b)、ここでは自殺不防止の不可罰論を検討するとしよ  
う。

先ずはシェーンケ・シュレーダーの見解によれば、自  
殺不防止が一切の刑事責任に問われない理由は、立法者  
が自殺者の自由な決意を尊重したことに基づいていると  
する。従ってそこには共犯理論も適用されないとする。

しかし、立法者が自殺者の意思を尊重したということは、  
自殺者の不可罰性を導びき出すには決定的であるが、自  
殺不防止の不可罰性を論理必然的に帰結し得るとは限ら  
ない。

彼等は、不作為による共犯において、結果発生の危険  
性が自然又は人間の犯罪行為によろうとも、それを防止  
しない不作為者は正犯だとする立場にある<sup>(48)</sup>。かかる観点  
に立つと自殺による結果発生の危険性もこれらの場合と

同一視される余地がある。にも拘らず、あえてその理論  
の適用を避けたのは不当な結論に達するのを恐れたから  
であろう。私見によれば、自殺不防止者は、犯罪的攻撃  
から結果を防止しない者と同質の立場に位置づけられ、  
従ってそれは幫助として評価された。かかる過程を経て  
はじめて不可罰性が帰結され得る。

グリュンバルトは自殺不防止の不処罰理由を、先ず自  
殺者に自由な決心が存すること、第二に自殺者が行為支  
配を有していることの二点に求めている。従って、自殺  
者が自由な決心で実行に着手し、その過程で意識を失う  
か否かに関係なく、不作為者は作為の幫助者よりも軽い  
度合で事象に関与し、自殺者が行為支配を有する以上、  
刑法上不処罰となる。此の考え方は基本的には正  
しいが、かかる帰結に到るまでの評価判断については吟  
味さるべき点が残されている。

ハイニッツ、カウチョール、マイスター及びフリーベ  
の見解は、自殺不防止を幫助形態とみる立場に立脚して  
その不処罰を認めている点で結論的には正しい。ところが  
が、何故自殺不防止は幫助と評価されねばならないか  
についての吟味において、今一步突込みが足りない。

ヴェルツェルの立場も右の見解と同一であるが、自殺者が意識を失っている場合についてはことさらには言及していない。

シュバイガーの見解は、BGH II 一五〇が主張しているように、自殺の試みは三三〇条Cの Unlickstaffall に概念的にも用語的にも該当しないとす。これはきわめて正しい立場である。

(三)、これまで検討してきたように、ドイツの判例・学説の中には、一方では自殺不防止の刑事責任を追求するために紆余曲折を経て、殺人正犯、嘱託殺人、三三〇条C、過失殺人等を根拠づける一群があったが、他方には種々な理由により自殺不防止の刑事責任を否定する一群もあった。かかる議論の紛糾の主要原因の一つに、独刑法は自殺幫助を処罰しないことも考えられる。しかし、いずれにせよ、解釈論上、同じ自殺不防止という不作為態度が一方の極では殺人罪、他方の極では無罪という極端な結論が出され得る点に、問題の重要性と危険性が内在していることが強く認識されなければならない。然るに、そこで要求される理論は、単なる自殺不防止の問題に限っての場あたりの解決のためではなく、不作為に

よる共犯論”の一環としての理論的解決が要求されてくる。

さて、私見によれば、結果発生の危険性の惹起が、自然現象にしようとして、犯罪的攻击又は自殺行為にしようとして、それを防止しない不作為者の態度自体は、存在論的には同一構造を有するが、不作為自体のみでは当該結果発生に対する法的関係を位置づけることは不可能であった。そこで、当該関係を吟味するには、不作為態度以外の客観的要素を素材として不作為の役割を評価する以外にない。前者の場合においては、自然が行為支配の主体とみることが許されないので、結局、不作為者のみが当該事象を支配し得る地位におかれ、従って主たる役割を果すものと評価されることについては、何人も異論はあるまい。ところが後者の二つの場合には、当該結果の発生にいたるまでの過程はすべて作為犯罪者又は自殺行為者によってコントロールされており、この点で前者とは客観的事実において異っている。かかる事実の相違を前提として、不作為者の結果に対する態度を評価するならば、それは主たる行為を促進するための従たる役割として評価され、従ってそれは幫助形態として位置づけられ

るべきである。かかる観点に立脚すれば、独刑二二六条の嘱託殺人も問題にならない。何故ならば、嘱託殺人も正犯概念に含まれるからである。

然るに、私見によれば、ドイツでは自殺幇助を処罰する独立規定がないので、制限従属性の理論的帰結として無罪が結論づけられることになる。

ちなみに、我国の刑法の下における自殺不防止は、私見によれば、刑法二〇二条の自殺幇助罪の適用があることとはいうまでもない。無論、我国においても、ドイツにおけると同様、殺人罪・嘱託殺人罪及び過失殺人罪が成立するか否かの問題は依然として生ずる余地があるが、私の大ざっぱな調査の限りではかかる問題に関する論文を知ることができなかった。かかる理由から今回はドイツの判例・学説を中心に自殺不防止の根本理論にだけ目を向けて論を進めてきたが、そこにはいまだ検討されるべき問題があり、これと併わせて、我国における問題は今後の研究に譲ることにする。

(註)

- (1) BGHSt 2, SS, 150~151.  
 (2) BGHSt 2, S, 152.

- (3) BGHSt 2, SS, 152~153.  
 (4) BGHSt 2, S, 154.  
 (5) BGHSt 2, SS, 154~155.  
 (6) BGHSt 2, SS, 155~156.  
 (7) BGHSt 2, S, 156.  
 (8) BGHSt 2, S, 156.  
 (9) BGHSt 13, S, 165.  
 (10) BGHSt 13, SS, 165~166.  
 (11) BGHSt 13, S, 166.  
 (12) BGHSt 13, S, 167.  
 (13) BGHSt 13, S, 168.  
 (14) BGHSt 13, S, 168.  
 (15) BGHSt 13, SS, 168~169.  
 (16) Juristische Rundschau, 1955, S, 105.  
 (17) Juristische Rundschau, 1955, S, 105.  
 (18) Nikolaos K. Androulakis, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, SS, 165~166.  
 (19) Androulakis, a, a, O, S, 167.  
 (20) Niese, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, JZ, 1953, S, 175.  
 (21) Wilhelm Gallas, JZ, 1952, SS, 372~373.  
 (22) W, Gallas, a, a, O, S, 373.  
 (23) W, Gallas, a, a, O, S, 373.

- (2) Christian Behrlich, Der subjektive Tatbestand der Tötung durch Unterlassen, NJW, 1960, S, 471.
- (3) C. Behrlich, a, a, O, S, 471.
- (4) Gunter Weber, Die Grenzen der Anwendbarkeit des § 330 o StGB auf die Beihilfe zum Selbstmord, NJW, 1959, S, 134.
- (5) H. J. Seeler, Beihilfe zum Selbstmord-unterlassene Hilfeleistung? NJW, 1958, SS, 1860~1861.
- (6) H. J. Seeler, a, a, O, S, 1861.
- (7) H. J. Seeler, a, a, O, S, 1861.
- (8) Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., 1965, S, 921.
- (9) Gerald Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA, 1959, SS, 120~121.
- (10) G. Grünwald, a, a, O, S, 121.
- (11) Ernst Heinitz, Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord, JR, 1954, S, 405. E. Heinitz, Fahrlässige Tötung durch Nichthindern der Selbsttötung, JR, 1955, S, 105.
- (12) E. Heinitz, a, a, O, S, 405.
- (13) E. Heinitz, a, a, O, S, 405.
- (14) Herbert Kauzorf, Ist das Nichteingreifen bei fremdem Selbstmord gemäss § 330 StGB strafbar? NJW, 1962, S, 479.
- (15) H. Kauzorf, a, a, O, S, 480.
- (16) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 9. Aufl., 1965, S, 254~255.
- (17) Karl Schweigert, Selbstmord und Hilfeleistungspflicht, NJW, 1955, S, 817.
- (18) K. Schweigert, a, a, O, S, 817.
- (19) K. Schweigert, a, a, O, S, 818.
- (20) Hans-Georg Meister, Zur Abgrenzung der Beteiligung am Selbstmord vom strafbaren Tötungsdelikt, GA, 1953, S, 169.
- (21) H. Meister, a, a, O, SS, 171~172.
- (22) H. Meister, a, a, O, S, 167 ff.
- (23) Friebe, Soll im kommenden Strafgesetzbuch Unterstützung des Selbstmordes unter Strafe gestellt werden? GA, 1959, SS, 165~166.
- (24) Friebe, a, a, O, S, 174.
- (25) Schönke-Schröder, a, a, O, SS, 297~298.

(補筆)

本稿は自殺幫助に関する三つの代表的なドイツ判例を分析し、批判してきたが、その中の一つ(BGH II—150)については、宮沢教授が既に「別冊ウィット」(ドイツ判例百選)で適切な論評をなされており、右論策に接

することができたのは拙稿が完成し、それをすでに発送  
(五月九日)した後の五月三〇日であった。我国にはかか  
る論文がほとんどみられないので、右論策は貴重な存在と  
なる。それだけにそれを文献として用いることができな

ったのは誠に残念である。今後の研究に是非とも参照させ  
ていただきたいと思ひます。

(沖繩大学助教授)