

殺人・傷害に関わる「法から解放された領域」の問題性

内田文昭

目次

- 一 問題提起
- 二 「法から解放された領域」の実体
- 三 「カルネアデスの板」とその周辺
 - 一 「カルネアデスの板」と違法阻却・責任阻却
 - 二 「カルネアデスの板」の周辺
- 四 自殺・自傷の諸問題
 - 一 自殺と自傷
 - 二 受託（嘱託）殺人と自殺・自傷関与―刑法二〇二条の諸問題―
- 五 結論

一 問題提起

一 自己の生命が脅かされるような突発的な状況の発生により、生き残るためには他人の生命を犠牲にする以外に方法がないときは、他人を殺しても許されるのではないかという問題と、生きることに絶望した者は自殺してもよいのではないかという問題は、古来から刑法の根源的な問題であった。前者は、「緊急避難」の問題として、また後者は、「自殺権」ないしは「自殺の自由」の問題として、それぞれ立法的に一応の解決が与えられてはいるものの、なお検討を要する点は多々あるように思われる。現に、わが刑法とドイツ刑法とは、それぞれ違う立法に出ているのである。

難破した船から海中に投げ出された二人が、一枚の救命板を奪い合い、一方が他方を突き落して溺死させた場合を論じた「カルネアデスの板」で著名な、思想家・カルネアデスの寓例について、カントは、「赦免」が与えられると考えた。生き残った者は「殺人」を犯したことに疑いはないが、「将来の死刑」にも勝る目前の溺死の恐怖は、「定言命令」としての「刑罰」をも停止させようというのであろう。

これに対して、フォイエルバッハは、⁽²⁾火災や水難等の際の「緊急避難」を、幼児や精神病者の加害と同様、「可罰性の根拠」に欠ける場合であると考えた。「カルネアデスの板」は、「殺人」ではあるが、「心理的強制」に親しまない場合であるというのであろう。

「カルネアデスの板」で、生き残った者が「死刑」に処されない点では、カントとフォイエルバッハとで相違はないが、その根拠には違ったものがある。カントは犯罪であることを肯定しているが、フォイエルバッハは明確でないという点である。現代の刑法解釈論からすれば、カントの考え方は、「処罰」を妨げる「人的処罰阻却事由」の肯定であり、フォイエルバッハのそれは「責任阻却事由説」に近いといえようが、⁽³⁾フォイエルバッハには不明確なものがある

といわざるをえないのである。即ち、フォイエルバッハにとつて、緊急避難は、犯罪であるが、帰責できないのか、犯罪ではないのか判然しないのである。人に危害を加えた幼児・精神病者を「犯罪者」と呼んで刑罰を加えようとするのは健全な理性に反すると明言していたからである。⁽⁴⁾しかし、フォイエルバッハにとつて、責任無能力者の行為や緊急避難が犯罪であるかどうかは、そして重大な意味をもつてはいないといわざるをえない。実質的に「帰責できない」ということにはかならないのである。⁽⁵⁾正当防衛は「権利行為」であるから犯罪ではないが、緊急避難は犯罪であるといつてもよいが、犯罪ではないといつてもよいのである。ここにカントとの違いがある。フォイエルバッハの緊急避難論を「責任阻却事由論」と呼ぶことも、決して不当ではないと思われる。⁽⁶⁾

一方、ヘーゲルは、⁽⁷⁾緊急避難を「違法阻却事由」としてとらえたといわれる。しかし、その「緊急避難」とは、一五三二年カロリナ刑法典一六六条以来の「飢餓窃盜」⁽⁸⁾について、「緊急権」の行使として「合法化」されるといふものであつて、「カルネアデスの板」のように、「生命対生命」の衝突を前提とするものではないといわなければならぬ。

二 「カルネアデスの板」をめぐる考え方の不統一は、一八七一年ドイツ帝国刑法典五四条の制定以後も依然解消するに至らなかつた。⁽⁹⁾同条は、五三条の「正当防衛」以外において、自己または近親者の「生命」・「身体」に対する「現在の危難」を避けるべく、己むをえなくして行われた行為は「可罰的行為でない」と規定するにすぎなかつたからである。一八一三年バイエルン刑法典二二一条や一八五一年プロイセン刑法典四〇条が、「緊急避難」を「責任無能力」として扱つたのに較べて、「正当防衛」との親近性が強調されることにはなつたが、それにとどまつたといわなければならない。

したがつて、当時から、「緊急避難」は「違法阻却事由」であるという説と、「責任阻却事由」であるという説とが

対立してきたのも已むをえなかったといわなければならぬ⁽¹⁰⁾。同時にまた、「カルネアデスの板」は、禁止はされないが許されもしない場合、即ち「法から解放された領域」にあるとする、ビンディングやペーリングのような理解も充分可能であったわけである⁽¹¹⁾。

このような状況は、一九六九年の第二次刑法改正法により、「合法化される緊急避難(三四条)」と、「免責される緊急避難(三五条)」とが明確に区別されたことから、一挙に解消したかに思われた。しかし、実はそうではなかった。三四条は、生命を守るために財産を犠牲する場合のような「優越利益」のための緊急避難を「違法阻却事由」とする規定であり、三五条は、生命・身体・自由のための已むをえない緊急避難は違法であってもこれを「責任阻却事由」とする趣旨の規定に止どまったのである。「カルネアデスの板」では、優越利益が守られたのではないから、三四条の問題ではなくして三五条の問題であるといわざるをえないかに窺われる。現にドイツでは、多数説はこのように考えている⁽¹²⁾。しかし、依然として、「違法阻却事由」と考えるべきであるとするとギンターの所説も、少数説ながら注目に値する。「カルネアデスの板」では、先に行動を起こした方が「違法」で、これに応じて勝った方は「正当防衛」として「許される」というのは納得できない筈だからである⁽¹³⁾。緊急避難が違法ならば、これに対しては正当防衛が可能なのは当然である。したがって、エンギツシュ、アルトール・カウフマン、シルド、プリースターをはじめ、現在でも「カルネアデスの板」を「法から解放された領域」に置こうとする見解が有力なものも当然であるといわなければならない⁽¹⁴⁾。ところが、わが刑法三七条は、すでに一九〇七(明治四〇)年の昔に、「カルネアデスの板」をも「違法阻却事由」としたと考えるべきである。「生命対生命」の衝突で、生き残った者は、決して「避けようとした害の程度を超えた害」を生じさせたことにはならないから、三六条(正当防衛)と共に、「緊急避難」は「違法阻却事由」とされたことになるといってよいであろう。旧刑法七五条の「緊急避難」が「責任阻却事由」にすぎなかったといわざるをえなかった

ことに比較して、大きな変革であったといわなければならない。⁽¹⁵⁾しかし、わが国でも、「カルネアデスの板」は「責任阻却事由」であるとする考えも根強い。⁽¹⁶⁾

三 たしかに、「生命」は至高の「法益」である。生命の否定は、「人間の否定」にほかならない。正当防衛だからといって、「不正の侵害者」の生命迄をも奪うことは避けることが望ましいのは当然である。「侵害者の生命」といっても「不正の生命」ではありえないのである。わが国の判例で、殺人行為について「正当防衛」を認めた例がすくないのも、当然であるといわなければならない。一九世紀中葉、ツェッブル⁽¹⁷⁾が、正当防衛も緊急避難の最たるものであり、限りなく「有罪」に近づく⁽¹⁸⁾と立言していたことが想起されよう。

生命の質的・量的比較を拒否するロクシン⁽¹⁸⁾は、少数者の犠牲の上に多数者を救助する場合も「違法」と考えるから、「カルネアデスの板」も、当然違法であり、いわゆる「適法行為の期待可能性」がないという理由で「責任阻却」されるだけとなる⁽¹⁹⁾が、一方でロクシンは、「自殺の自由」を肯定しようとする。しかし、これでは、「死にたくない命」と「死にたい命」とを区別することになる。ロクシンの考えには矛盾があるといわざるをえない。すでにカントは、自殺が自己の生命に対する「義務違反」であることを明言していたし、リストも、英雄的動機からする自殺すら「生命軽視」にほかならないと主張していたのである。⁽²⁰⁾「人類不滅」の要請に適合するゆえんである。⁽²¹⁾

だがしかし、他方では、多数者救命のための少数者の犠牲も「許容される」場合があることを認めるべきではあるまいか。全員が死亡するよりは、せめて一部でも救われた方が「善い」のではなからうか。⁽²²⁾これもまた、「人類不滅」の要請である。⁽²³⁾

以上の観点から、本稿は、まず第一に、「カルネアデスの板」を「違法ではない」と考えるか、「責任がない」だけ

であると考えるのが妥当か、はたまた「法から解放された領域」に位置づけるしかないかを、従来からの諸説の検討の上に模索することを課題としたい。少数者の犠牲により多数者を救助した場合等も。当然に検討されなければならぬ。生命保護の限界問題である。

四 同時に、冒頭にも一言したように、「自殺」をどうとらえるかも、生命保護の限界問題として慎重な検討を必要とする。

「自殺」は一般にカントのいう「義務」に反した「法益侵害」である。⁽²⁴⁾ ヴェルツェル、シュミットホイザーが指摘している。⁽²⁵⁾ しかし、現在では処罰されない。自殺は、失敗した場合であっても、これを「責めるには忍びない」からである。諸国の刑法典は、このことを認めた上で、「自殺」を「殺人罪の構成要件」から排除したものと考えるべきである。定型的な「適法行為の期待可能性不存在」は、構成要件の定立に際しても当然考慮されてしかるべきである。⁽²⁶⁾ しかし、これを「法から解放された領域」の問題とすることも可能であろう。⁽²⁷⁾ ここに一つ問題があるといわなければならない。

これに対して、死を求める人の依頼を受けて「殺人」を行う者が、殺人罪の構成要件を実現したことは明かである。たゞ、普通の殺人罪よりは軽く罰せられてよいのではないかと思われる。諸国の刑法が、「受託殺人」を殺人罪の減輕類型としてきたのは、この理由による。⁽²⁸⁾ わが刑法二〇二条後段の「同意殺人」も、これに当たる。

しかし、わが刑法二〇二条前段は、さらに、「自殺関与」(自殺教唆・自殺幫助)をも、同意殺人と同じ刑罰をもって処罰しようとする。これは、先例がないわけではないにしても、異例な立法であるといつてよい。ドイツ刑法二一六条は、「同意殺人」・「受託殺人」だけを規定するのである。

だがしかし、立法態度としては、わが刑法二〇二条はむしろ正当だったといわざるをえない。「自殺」が「法益侵害」である以上、「自殺関与」もまた、法益侵害に「関与」したわけであり、「不法共犯論」はこれを処罰しうる実質的根拠を確保したのである。⁽²⁹⁾すでにリストが、最近ではヒルシュが、わが刑法二〇二条を評価するのも、当然であると思われる。

ところで、ドイツでは、現行法上「不可罰の自殺幫助」と、二一六条の「正犯」との区別が重大な問題となっている。そもそも、正犯と幫助犯の区別は現実には極めて困難である。判断者の判断一つで、「実行行為（正犯）」か「幫助行為（幫助犯）」かが決まるといって過言ではない。したがって、ドイツでは、「不可罰の自殺幫助」か「可罰的な受託殺人」かという重大な区別も、事実判断に委ねられざるをえない。後程改めて検討する通りである。「自殺関与」は「法から解放された領域」にあるとすることは容易でも、ことはそれで済まない実質をもっている。しかし、わが刑法上は、そのような問題は生じない。ドイツで、「自殺関与」処罰の必要性が強く求められているのは、このことを如実に示している。ここにまた、一つの問題があるといわなければならない。

しかし、「自傷関与」をめぐる問題は、わが刑法上も、重大な問題が残されている。「自殺関与」と違って、「自傷関与」の処罰規定は存在しないからである。「生命」に次ぐ「身体の安全」・「健康」の保護に欠けることは否めないであろう。他方、麻薬・覚せい剤等の「自己施用」は処罰される。刑法上も、「重大な自傷」はこれを放置しえないと考える途があるのではなからうか。すでに、ゲルラントは、「独立罪としての自傷」を提案した⁽³¹⁾ことである。「エイズ汚染」も、この見地から検討されうるであろう。

本稿の第二の課題は、「自殺」・「自傷」をめぐる「法から解放された領域」の外観をいかに受け止めるかである。そもそも、「法から解放された領域」の実体は何か、という問題から検討を始めよう。

注

- (1) I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, 2. Aufl. 1797, Akademieausgabe, VI, 1914, S.235f., 331ff., 337.
- (2) A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl. 1832, 891.
- (3) 「人の処罰阻却事由」・「責任阻却事由」については、差し当たり、内田文昭・刑法概要上巻(平七)九九頁、一七七頁、同・刑法概要中巻(平一一)一二二頁以下、二九四頁以下、六七四頁以下。
- なお、「カルネアデスの板」を人の処罰阻却事由とする近時の見解として、K. Peters, Zur Lehre von den persönlichen Strafausschließungsgründen, JR. 1949, S. 496 ff., 500; ders., Die Tötung von Menschen in Notsituationen, JR. 1950, S.742 ff., 743, 746.
- (4) A. v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des Peinlichen Rechts, Bd. I, 1799, S. 162.
- (5) 内田文昭「近代ドイツ刑法における『違法』と『責任』(一)」警察研究六四巻四号二四頁以下。
- (6) 内田・概要中巻一二〇頁以下。
- (7) G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrisse, 1821, Werke 7, Suhrkamp Verlag, 1970, §§. 30, 70, 127, 127 Zusatz, 257, 259 Zusatz.
- (8) フォイエルバッハは、カロリナー一四六条の「妻子のための飢餓窃盗」を援用するだけであるが、その根拠は不明である。Feuerbach -Mittermaier, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 12. Aufl. 1836, Note zu § 91.
- (9) F. Oetker, Notwehr und Notstand, VDA, Bd. II, 1908, S.255 ff. 328 ff., 335 ff., 339 ff.
- (10) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, 1930, S.215 f., 231 Anm. 8, 233 ff.; LiBt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, 26. Aufl. 1932, S.200 ff.
- (11) K. Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885, S.754 ff., 765 f.; E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 165 ff., 168; ders., Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl. 1930, S.15 ff.
- (12) Leipziger Kommentar, 11. Aufl. 1994, § 34 Rdn. 65, § 35 Rdn. If. (H.J. Hirsch); C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4. Aufl. 2006, S. 720 ff., 962 ff. 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.
- (13) H.L. Günther, Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtssauschluss, 1983, S.326 ff.
- (14) K.Engisch, Der rechtsfreie Raum, ZStaatsW, Bd. 108, 1952, S.385 ff.; Arth. Kaufmann, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche

- Entscheidung, Maurach-Festschrift, 1972, S.327 ff.; W. Schild, Die strafrechtlichen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes, JA, 1978, 449 ff., 570 ff., 631 ff.; J. M. Priester, Rechtsfreier Raum und strafloser Schwangerschaftsabbruch, Arth. Kaufmann-Festschrift, 1993, S. 497 ff.
- (15) しかし、オエトカーは、わが刑法三七条一項本文の「害を超えなかった場合」と、一項但書き（「過剰避難」）の「超えた場合」とが、「裁判官の裁量」によって決せられるかの如くにとらえたのである。F. Oetker, VDA, II, S.383 f. なお、内田・概要中巻一二九頁注(30)「一四七頁注(4)」。
- (16) 木村亀二＝阿部純二・刑法総論（増補版）（昭五三）二六七頁以下、内藤 謙・刑法講義総論（中）（昭五八）四〇五頁以下。
- (17) H. Zoepfl, Beiträge zur Revision der Lehre von Nothwehr, Archiv des Criminalrechts, NF., 1842, S. 118 ff., 311 ff.; 1843, S.27 ff., 42 ff.
- (18) C. Roxin, Allg. T. I, 4 Aufl, S. 738 ff., 963 ff.
- (19) C. Roxin, Die Mitwirkung beim Suizid—ein Tötungsdelikt?, Dreher-Festschrift, 1977, S.331 ff., 337.
- (20) I. Kant, Metaphysik der Sitten, S. 417 ff.; F. v. Ligt, Verbrechen und Vergehen wider das Leben, VDB, Bd. V, 1905, S. 1 ff., 139. 後出「四・二注(26)」。そして「自己に対する義務」は、また「法的義務」でもありうる。「人倫的義務」と「法的義務」を巧みに切り分けるメスは存在しないのである。Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl, 1976, S. 197 ff.
- (21) 尤も、カントは、「生命」に対する「義務」よりも、「正義」が優越するかの立言に出ることがある。民族全体が減びても、なお正義の実現が求められるべきか？ 当然しなう点（I. Kant, Metaphysik der Sitten, S.331 ff.）があるように思われるからである。しかし、天上の「正義」を実現したところを、人間の社会を前提としなう「正義」は「空虚」であることわなければならぬ。R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, 1925, S.494 f. 以下は後注(23)。
- (22) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S.228 ff.; F. Oetker, Nothwehr und Notstand, Frank-Festsgabe, Bd. I, 1930, S.359 ff., 373 ff.; E. Weigel, Das Brett des Carneades, GS, 116, 1942, S.88 ff., 93 ff., 94 ff., 97.; H. Mayer, Strafrecht, Allg. T. 1953, S.173 ff., 189 ff.
- (23) ガルラスは、「正義それ自体」のために国家・刑罰が存在するのではなけれど、「公共の福祉」に適切に奉仕するための現実的課題実現手段として存在するものであること（W. Gallas, Gründe und Grenzen der Strafbarkeit, Beiträge zur Verbrechenstheorie, 1968, S. ff., 3）。ガルラスは、「義務違反としての犯罪」を強調する立場の代表者の一人であるが、右の立言は極めて正当であるといわな

ればならぬ。なお、内田文昭「法益侵害と行為無価値の諸問題」神奈川法学四〇巻三号一頁以下、五頁。

(24) I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S.417 ff., 420; K. Engisch, *ZStaatsW.* 108, S.419 ff.

(25) H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, II Aufl. 1969, S.280 f.; E. Schmidhäuser, *Selbstmord und Beteiligung am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht*, *Welzel-Festschrift*, 1974, S.801 ff., 810 ff.

(26) Roxinは「なにごとも自己自身の法益に対しては「刑法上重要なかたちでは侵害を加える」とはできない」という。 (C. Roxin, *Strafrecht*, Allg. T. I., 2003, S.142 ff.)。しかし、すくなくとも「生命」に関しては、右の立言は妥当しないというべきである。この点も、本稿の最大の論点である。たゞ、「およそ人として」「自殺を思い止まらざることを求めるのは、「過酷に過ぎる」と考えることは可能なのである。この限り、「なにびと」も刑法上「有責に自殺することはできない」のである。内田文昭「刑法各論」(第三版)(平八)一四頁以下。

(27) ロクシンにとっても、「自殺」は、「法から解放された領域」にあるとするのは不可能ではなす (C. Roxin, *Strafrecht*, Allg. T. I., 4 Aufl. S. 611)。

(28) 内田・各論〔第三版〕一五頁以下。

(29) 「不法共犯論(違法共犯論)」については、差し当たり、内田・概要中巻四三六頁以下。

(30) F. v. Ligt. VDB. V. S.133 ff.; H.J. Hirsch, *Einwilligung und Selbstbestimmung*, *Welzel-Festschrift*, 1974, S.775 ff., 794 Anm. 62.

(31) H. Gerland, *Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden*, VDA. Bd. II, 1908, S. 487 ff., 520 ff., 529.

しかし、ゲルラントは、わが二〇二条の「自殺関与」については触れるべきがなす。H. Gerland, VDA. II, S. 514, 514 Anm. 12.

二 「法から解放された領域」の実体

一 カントによれば、「法」とは、人と人の「任意な意思 (Willkür)」が「自由の法則」により相互に合致しうるための諸条件の総体である。自然や動物・植物そのものは、「法から解放されている」といわなければならない。法は、

「人間社会」を前提とし、「人」のために「多数人」の合意によって定立されたのである。

人間社会を前提としても、法は人にとって「不可能」なことを求めない。男児と女児を産み分けることはできないから、法は、男児を産むことはこれを求めないのである。同様に、過去を規制することもできないし、してはならないのも当然である⁽²⁾。また、社会生活に関わりをもたない純粹の個人的行為も、法の対象にはならない。勿論、「思想そのもの」も法の干渉を受けることはない⁽³⁾。外部的行為として「賞賛」に値するものは、「勲賞」・「栄典」の対象となり（憲一四条三項）、社会に害悪を及ぼすものは処罰される。また、個人的行為でも、「公然」と行う場合は処罰されることがあり（公然猥褻罪）、他人の個人的行為を「覗く」ことも処罰されるときがある（軽犯一条二三号）。「人間」は、法から解放されたかに窺われることはあっても、「法から見放されてはいない」のである。

むしろ人間は法により守られている。そのために、「納税の義務」を負うのは当然である（憲三〇条）。人間を守るのは、「権利（人権）」としてこれを保障する憲法以下の「法律」である。勿論、完全な「保障」があるわけではない。人はみずから守らなければならない場合が多い。法はこれを「促進」しなければならない。これが、近代福祉国家の「法律」である。法律は、「正義それ自体」のために定立されたものではなくして、「人の福祉」のために存在するのである。

「政治」は、法から解放されているかに窺われる面もあろうが、実は「法」を求め、かつ、「法」を前提にしているといわなければならない⁽⁴⁾。

二 国民の権利（人権）を包括的に「保障」する憲法二一条以下の諸規定や、これらを受けた各法律の諸規定も、社会の変容、地球環境の変化により新たな対応に迫られるのが最近の傾向である。法律に宿命的な「立法の欠缺」が

みられるわけである。⁽⁶⁾これは、「法規定の不存在」であって、「法から解放された領域」の出現ではない。「欠缺」を補充すれば足りるのである。社会環境の変化に伴う「法整備」の要否が問題となるだけである。むしろ、最近の我が国は、「立法過多」の傾向にあるといつて過言ではなからう。勿論、「法」は「普遍的」であらねばならないのは、当然である。⁽⁶⁾

もともと「断片的な性格の刑法」⁽⁷⁾は、「新たな犯罪規定」の定立には、より慎重であらねばならないが、それも、「法から解放された領域」を解消するかどうかの問題ではないといわなければならない。「法規の不備」が生じた場合の「対策」にはかならないからである。

人の義務違反に基づく法益侵害としての「犯罪」防止の任に当たる刑法にとって、法の一部としての「刑法」から解放された領域は、犯罪成立を阻止する事由との関わりで論じられることにならざるをえないが、実は、違法阻却事由、責任阻却事由、そしてさらに、構成要件阻却事由の各領域で、それぞれ検討されるべき問題なのである。

三 刑法から解放される領域として、第一に論じられたのは、「違法阻却事由」との関わりである。特に、ビンディングやベーリングの「同価値法益の衝突」としての「カルネアデスの板」をめぐる諸問題であったといつて過言ではない。⁽⁸⁾

たしかに、ビンディングやベーリングのように、「禁止はされない」が「許されもしない」緊急避難を肯定するならば、これを「法から解放された領域」に位置づけ、法律上重要でないとしてもできよう。エンギツシユは、このような理解に立っていたと思われる。⁽⁹⁾しかし、「禁止されない」ことは「許される」と考えるべきではあるまいか。「カルネアデスの板」は、「自己保存の欲求」を「他人の生命」に優先させざるをえず、したがって「禁止できない」から

「許される」ことになるのではないか。オエトカー、ヒツベル、H・マイヤーはこのように考えた。⁽¹⁰⁾一方、アルトール・カウフマンは、「カルネアデスの板」を「責任阻却」とするだけでよいのかという疑問から出発して、「法から解放された領域」を考えようとした。⁽¹¹⁾ビンディングやベーリングは「違法」とみることに疑問を提示し、アルトール・カウフマンは「責任なし」とするだけでよいのかという疑問から、それぞれ、「法から解放された領域」の問題にしたといわざるをえない。シルドとブリースターも、カウフマンに近いといつてよい。⁽¹²⁾

これに対して、ヴェルツェルやロクシンは、「カルネアデスの板」を「違法阻却」とみることを拒否し、専ら「責任阻却緊急避難」と考えた。⁽¹³⁾したがって、「法から解放された領域」にはないのである。

「責任判断を差し控える」という意味での「法から解放された領域」を考えるのは、ラング・ヒンリクセンである。⁽¹⁴⁾「人間の管轄外」のことには「責任判断」は差し控えるべきであるとされる。しかし、取り上げられるのは、他の論者の場合と同様、「違法阻却」ないしは「責任阻却」に関わる問題にはかならない。この限りでは、シルドも同様であるといつてよい。⁽¹⁵⁾

したがって、「違法阻却」か「責任阻却」かで、即ち「刑法体系内」で解決が可能ならば、敢て紛わしい「法から解放された領域」は不必要となるのではないかと思われる。

四 「カルネアデスの板」に較べ、「法から解放された領域」で論じられることがすくないのが「自殺」・「自傷」である。しかし、むしろ、「法から解放された領域」を拒否するロクシンが、「禁止もされず許されない自殺」こそ、その名に値するのではないかと指摘しているのが興味深いのである。⁽¹⁶⁾

たしかに、自殺・自傷は、「構成要件」から排除されているといわざるをえない。しかし、至高の法益（生命・身体）

の処分を、法が規制から「解放」するのは、まさに「法の自殺」である。しかも、一方で法は「殺人罪」を最も重大な犯罪としている。しかし、他方で、法は「自殺」を罰しない。法も「死者に鞭を打たない」のである。これは、生きることに絶望した人に対しては、なお生き続けるべき義務履行を求めることは過酷に過ぎるといふ法の定型的決断を示したものとすべきではあるまいか。⁽¹⁷⁾つまり、刑法は、構成要件定立に当たり、「およそ人間として自殺を思い止まらざる」ことはこれを「期待することができない」と判断して、敢て構成要件から除外したのではないかと考えられるのである。しかし、「自傷」を同列に置くことには大きな疑問がある。

周知のように、「期待可能性論」は、「責任阻却事由論」として誕生した議論であるが、当初からその固有の存在意義に問題があり、一般的な責任阻却事由論としてとらえられるべきではないという批判を受けてきた。たしかに、「適法行為の期待可能性不存在」を一般的に肯定し、「責任なし」とすることは、刑法の機能を弛緩させかねない。犯罪は、すべて当該行為者の「已むをえない」行為にほかならないともいえようからである。しかし、「人間の管轄外」のことを「規制」しない「法」は、当然、「人にとって無理なこと」はこれを求めるべきではない。すでに、「一般人」として無理もないことは「違法とはいえない」として、「一般人の適法行為の期待不可能性」を「違法阻却事由」の根底に据える方向が有力である。エンギツシュ、H・マイヤー、マイホーフアー、ラムペがこの立場をとる。⁽²⁰⁾ヴェルツェルは、「一般人」もきつと「行為者の立場」に立ったならば「そうしたであろう」といえるときに「責任がない」と立言⁽²¹⁾したが、それは「違法でない」ことを意味するであろうというロクシンの批判もある。⁽²²⁾後に改めて検討しよう。

このように考えてくるときには、「およそ人」として「無理なこと」は、「構成要件実現」から除外されるべきであるといつて差し支えないことになる。「人間の弱さ」を直視するならば、「いかなる人」に対しても「自殺」を思い止まらざるべきであったと「責めることは過酷に過ぎる」という発想が、「自殺」を「殺人罪の構成要件」から排除した実

体的根拠である。そして、このことは実は多くの論者も認めてきたのである。⁽²³⁾「自傷」については、さらに付け加えるべきこともあるが、後に改めて触れたい。

勿論、「その人」にとつてのみ「己むを得なかつた」というべき場合もある。これが、「責任阻却事由」として「適法行為の期待不可能性」が肯定される場合である。しかし、この場合も、「法から解放された」わけではない。構成要件に該当する違法な行為が肯定された後にはじめて「責任阻却」が論じられるのである。⁽²⁴⁾

五 以上眺めてきたように、「カルネアデスの板」は、違法阻却される「緊急避難」として、「自殺」・「自傷」は、構成要件不該当行為として、それぞれ「刑法体系の内部」でとらえられることになり、「刑法から解放される」わけではないのであるが、それぞれまた、「多数者のための少数者の犠牲」とか、「自殺関与」・「自傷関与」などの関連領域をも抱えていることから、改めて検証・検討してゆく必要を感じる。

ここでは、罰するか罰しないかはともかくとして、法は「弊風」を傍観しているわけにはゆかないことだけを予め確認しておきたい。「公序良俗違反」をすべて罰する必要はないが、傍観するだけでは役割を果たしてはいないのである。⁽²⁵⁾刑法二四四条は、この見地において、再検討の必要がある。

注

(一) I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 230. 「自由の法則」とは何かが問題であるが、他から独立しながら相互に拘束し合う「人間故の均等性」を意味するものと考へた。I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 237 f. なお、Arth. Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, 2. Aufl., S. 101. ff.

(二) K. Engisch, *ZStaatsW.*, 108, S.386 ff., 406 ff.

- (3) そのほか、外部的義務付けのなる信仰・学問・芸術・趣味・恋愛・友情などその位置づけられる。K. Englisch, ZStraW, 108, S. 389, 399, 423; Arth. Kaufmann, Maurach-Festschrift, S. 333, 336; W. Schild, JA, 1978, S.450 ff., 456, 631 ff.
- (4) そのほか「統治行憲」が「国民の生活」を保障するたため「国家」は何をなすべきかという見地から「憲法改正」等や「幾何学国家行憲」などもとりわなければならない。「独裁国家」のみが、「法の下の平等政治」を肯定するのによろ。K. Englisch, ZStaats W, 108, S. 387 ff., 410, 414, 424 ff.
- (5) K. Englisch, ZStaats W, 108, S. 398 ff., 426 ff.; Arth. Kaufmann, Maurach-Festschrift, S. 332 ff.
- (6) 前掲 (5)。
- (7) K. Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besond. T. I, 12 Aufl. 1902, S. 20 ff.; Arth. Kaufmann, Maurach-Festschrift, S. 334.
- (8) 前掲 (1) 掲 (11)。
- (9) K. Englisch, ZStaats W, 108, S. 414 f., 423.
- (10) F. Oetker, VDA, Bd. II, S.333 f.; ders., Frank-Festgabe, I, S. 373 f.; R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S.228 ff., 234.; H. Mayer, Strafrecht, Allg. T.S.176 ff., 189 ff.
- (11) Arth. Kaufmann, Maurach-Festschrift, S. 327 ff.
- (12) W. Schild, JA, 1978, S. 573, 631 ff.; J. M. Priester, Arth. Kaufmann-Festschrift, S. 503 ff.
- (13) H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 178 f.; C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 963 ff., 1023 ff., 1030 ff.
- (14) D. Lang-Hinrichsen, Epoche und Schuld, Bährmann-Festschrift, 1975, S. 583 ff., 600 ff.
- (15) W. Schild, JA, 1978, S.572 ff.
- (16) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 611 ff.
- (17) E. Schmidhäuser, Welzel-Festschrift, S. 810 ff., 815 ff.
- (18) 内田・概要中巻二一九四頁以下、三〇五頁以下。
- (19) H. Mayer, Strafrecht, Allg. T. S. 191; Schönke-Schröder, StGB, Kommentar, 27 Aufl. 2006, S. 632 ff. (Th. Lenckner).
- (20) K. Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930, S. 441 ff., 449 ff.; H. Mayer, Strafrecht, Allg. T. S.

- 190ff. 212 ff. : W. Maihofer, Der Unrechtsvorwurf, Rittler-Festschrift, 1957, S. 141 ff., 152 ff., 163 f. ; ders. Objektive Schuldlemente, H. Mayer-Festschrift, 1966, S. 185 ff., 214 ff. ; E. J. Lampe, Das personale Unrecht, 1967, S. 206 ff., 229 ff., 241 ff., 264.
- (21) H. Welzel, Zum Notstandsproblem, ZStW. 63, 1951, S. 49 ff., 51 ff. ; ders. Das deutsche Strafrecht, II Aufl. S. 184.
- (22) C. Roxin, Strafrecht, Allg. TI. 4 Aufl. S. 1028.
- (23) 前出, 一注 (26) (27)。

適法行為の期待可能性が「定型的」に排除された「者」には、そのほか「犯人蔵匿罪」(刑一〇三条)の「前犯人」、ドイツ刑法一〇二条から排除される「自己逃走者」がある。わが刑法九七条は、「自己逃走」を予定している。他方、一〇四条は、「自己のための証拠」の隠滅はこれを明示的に排除する。いかなる行為者のいかなる行為を処罰するかは、この限りでは立法者の「決断」にあると「わが法をええなご」。

- (24) 刑法は、さらに「期待可能性低減」を考慮して、「違法減少」・「責任減少」を認める。「過剰防衛」(刑三六条二項)・「過剰避難」(刑三七条一項但書き)、「中止未遂」(刑四三条但書き)がそれである。「期待可能性不存在」を一律に「責任阻却事由」として包括することは批判されようが、「違法阻却事由」の基底として、さらには、「構成要件阻却事由」の根拠として、「刑法体系内部」で充分に考慮されているのである。内田・概要中巻二九六頁。

- (25) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, S. 7ff., 7Anm. 9. さらに、後出、四・二注 (50)。

三 「カルネアデスの板」とその周辺

一 「カルネアデスの板」と違法阻却・責任阻却

一 さきにも紹介したところであるが、カントは、「カルネアデスの板」で、生き残った者は「自己保存欲求」に基づく「無法な」行為に出たもので、「無罪とする」ことはできない (nicht unstraflich) が、「処罰することもできない」

(unstrafbar)と論じた。「緊急状態は命令を発しないが、不法を合法とする緊急状態もない」というのである。「不法」であるが「処罰」もできないということを説明するには「人的処罰阻却事由」が認められるとすることが無難であろうが、ルシユカは、⁽²⁾「違法阻却」か「責任阻却」かという視座から、カントの考えを分析しようとするのである。

ルシユカは、カントの「正当化事由」と「免責事由」が別個の体系に位置付けられているとみる。前者は「法の体系内」にあり、後者は「法の体系外」にあるというのである。⁽⁴⁾「正当防衛」は「法の許容」にあるが、「カルネアデスの板」は「法の許容」ではなくして、「法廷の赦免」に与るのである。「客観的」な合法性に欠ける「主観的」な危機脱出を合法化することはできないが、「刑事裁判」は「赦免」を与えざるをえないことになる。⁽⁵⁾ルシユカは、このように分析した。しかし、神の正義・法を地上で実現することは国家の任務ではない。ヒツペルが指摘する通りである。⁽⁶⁾ルシユカも、「緊急避難」を「法の体系内」でとらえようとしたに違いない。シュタムラーが、「カルネアデスの板」を「違法阻却」とみたことは注目に値するといっているのである。⁽⁷⁾

二 カントにとっては、「カルネアデスの板」で、板を奪い取った者に対しては「正当防衛権」を付与しえず、したがってまた「法の体系内」では「許容」を与えることはできないとしても、地上の「人間」にとっては、均しく「生存」のための「権利」が与えられるべきである。これが、「人類不滅」の要請にほかならない。それがまた、生命対生命の緊急避難を合法化する根拠なのではあるまいか。カントが、「カルネアデスの板」を罰する「刑罰法規」を否定し、「法廷」は「カルネアデスの板」を「赦す」というのは、実は「地上の正義」を肯定したものというべきであろう。⁽⁸⁾

さきにも紹介したが、「カルネアデスの板」を「自己保存欲求」に基づく違法阻却緊急避難の確固とした根拠に据えようとしたのは、オエトカーである。⁽⁹⁾

オエトカーは、「生命対生命」の緊急避難では「優越利益擁護」の要請ではなくして、「自己保存欲求」が優先されなければならないと主張する。「優越利益擁護」は、「物対物」の衝突の場合のように、価値の比較が可能なときの指導原理に過ぎないのである。ヒツペルや、H・マイヤーが同じ考えであったし、「許されはしないが禁止されもしない緊急避難」を肯定するビンディングも、結局は、同価値利益ないしは低価値利益の犠牲の上に成り立つ「緊急避難」を認めたのである。⁽¹²⁾「違法阻却か責任阻却かはどちらでもよい緊急避難」を考えようとするフェルネックやドーナも、緊急避難を「違法」とはみないのである。⁽¹³⁾「法から解放された領域」にある「緊急避難」を唱える論者が緊急避難を「違法」とみないのも、当然であるといわなければならない。⁽¹⁴⁾

このような理解を支える決定的な根拠は、「一般人としての適法行為の期待不可能性」を認めることにある。

三 「カルネアデスの板」の場合、二人共に「運命」と諦めて海底の藻屑と消えることもあろうし、一方が自己犠牲に徹して板を譲ることもないではなからう。オエトカーも、二人が夫婦であったなら、一緒に死を選ぶのがより「人倫的」であるという。⁽¹⁵⁾しかし、刑法は「自己保存欲求」を優先させてよいというのである。すでに、フオイエルバッハも、「通常の人の常態(Stäндigkeit)」で耐え難い苦難を前提として「緊急避難」を考えていたのである。⁽¹⁶⁾

たしかに、このような場合、普通の平凡な人に対して「死を選ぶこと」を求めるのは「無理」である。これが、「カルネアデスの板」を「許容」する唯一の根拠であるといわなければならない。さきに確認したところでもある。このような場合には、「自己保存欲求」を優先させることが「人類不滅」の要請に適合するのである。心臓移植が許容されるのも、その究極の根拠はここにあるといえよう。⁽¹⁷⁾

これに対して、ヒルシュやロクシンは、「優越的利益擁護」の原理が、「違法阻却緊急避難」の根拠であると、二

人の生命に優劣は付け難いと考えるから、「カルネアデスの板」について違法阻却を認めることはできないのである。しかし、これだけでは「自己保存欲求」からする緊急避難や「同価値利益衝突」の際の緊急避難を「違法阻却緊急避難」から排除する根拠が示されたわけではないといわなければならない。

そればかりではない。ロクシンも、「人間の力」を超えることはこれを法は求めないし、人は「可能なこと」だけを尽くすことよって「正当化」されるという⁽¹⁸⁾。したがって、溺れた二人の子供のうち一人しか救助できなかった父親も「正当化」されるというのである。「優越的利益擁護」だけを違法阻却緊急避難の指導原理とするのは一面的に過ぎるといわなければならない。

四 そもそも、違法阻却事由を完全に網羅することは不可能であるとされてきた。「超法規的違法阻却事由」が肯定されるゆえんでもあった⁽¹⁹⁾。しかし、わが刑法三五条と昭和四九年改正刑法草案一三条の下では、超法規的違法阻却事由を認める必要はないし、三七条の下では、同価値利益衝突の場合の緊急避難も違法阻却緊急避難と考えるべきである。耐え難い法益侵害のみを犯罪とみるべきことの帰結として、「二厘事件」から「正当行為」・「正当防衛」に至る多種多様の「違法阻却事由」を肯定するのが、わが刑法解釈論のとるべき態度なのである⁽²⁰⁾。刑法は、許せるものは可能な限り許してよいのである。

違法阻却の根拠としての「一般的期待可能性不存在」と責任阻却の根拠としての「個別的期待可能性不存在」との関係についても、同様の考量が妥当する。

国民の同意に基づいて成立する法は、国民に無理を強制することができない。この場合の国民には三種類の「人」が観念される。第一が、「おおよそ人」としての人であり、第二が、「一般国民」としての「人」であり、第三が、「特定個

人」としての人である。法にとつて最も重要なのは、第二の「一般人としての国民」である。法は、一般人のために一般人に対して、その可能性の範囲内において禁止命令を発してよい。「適法行為」の期待可能性は、本来「一般人」の可能性を前提にする筈である。⁽²¹⁾しかし、一般人には可能であっても、「特定個人」にとつては、その経験・環境等の特異性の故に、法の禁止命令の履行が「無理」な場合もある。これが、「個別的個人」としての「適法行為の期待可能性」に欠ける場合なのである。いわゆる「規範的責任論」は、このような場合だけを追求するべきであった。⁽²²⁾しかし、一般人の期待可能性をもって、行為者個人の可能性に代えざるをえなかったために、破綻をきたしたのである。⁽²³⁾だがしかし、「一般人」としての人も、「特定個人」としての人も、「適法行為の期待可能性」に関しては「共通」しているといわなければならない。即ち、一般人に期待できることは特定個人に対しても期待してよい。これが裏切られたときが「違法」が行われたことになる。しかし、一般人に対して期待できないことは、特定個人に対しても期待しない方がよい。違法阻却緊急避難はこの場合に当たる。⁽²⁴⁾一般人に対しては期待できるが、特定個人に対しては期待できない場合が、「その人」の経験の特異性とか随伴事情の異常性の故に認められる「真正の期待可能性不存在」である。責任阻却緊急避難がこれに当たる。⁽²⁵⁾判例中にも、「真正の期待可能性不存在」を追求したことになるものがある。⁽²⁶⁾

尤も、「一般的期待可能性」が肯定される場合に、「個別的期待可能性」即ち「真正の期待可能性」が否定されることは稀であるといわなければならない。「人」は「一般人」なのが普通である。違法阻却事由が「一般的」であるのに「責任阻却事由」が「特殊的」で稀有なのと対応するわけである。

しかし、いわゆる規範的責任論者は、このようには考えない。「一般人」とつての「適法行為の期待可能性」をも責任要素とするのである。たとえば、ヴェルツェルは、行為者の立場に立ったならば一般人の人もそのように行爲したに違いないといえるときは、「責任」がないと考えるべきであるとする。⁽²⁷⁾また、すでにゴールトシュミットは、オエト

カーの「自己保存欲求」や、E・シュミットの「自己保存規範」を「責任」の問題と考えていた。⁽²⁸⁾ 果たして、「自己保存欲求」は、行為者の「特異な動機付け」に過ぎないものであろうか。「カルネアデスの板」で、進んで死に赴く人こそ「特異な人」であるといわなければならない。ゴルトシュミットやヴェルツェルにとつても、「カルネアデスの板」は「違法阻却緊急避難」であらねばなるまい。オフトカーやヒッペルも、「自己保存欲求」を、すぐれた「主観的な」。「しかし一般的なの欲求」としてとらえ、これを「優越利益擁護」に並置したのである。⁽²⁹⁾ ヴァイゲリン、ブラウネックがこれに従ったことになる。⁽³⁰⁾

「責任論」は、刑罰を軽減する議論でなければならない。しかし、「規範的責任論」の先駆者・フランクは、責任は重くもなると考えた。金銭的に恵まれた人の横領は、貧しい人の横領よりも責任が重いというのである。⁽³¹⁾ だがしかし、横領額が同じ場合は、貧しい人の責任が「軽い」のであって、豊かな人の責任が重いわけではないと考えるべきである。刑罰の根拠は、「不法」にある。「責任」はこれを限定するべきなのである。「一般的」に「許される」ことが多くて、「特殊的」に「赦される」ことが少くとも、刑法の機能に蔭りはないのである。

「およそ人として」の期待可能性を断念した場合については、「自殺不処罰」の根拠として、後程改めて検討しよう。ここでは、「カルネアデスの板」の殺人は、「法から解放された領域」あるのではなくして、「法によって許容された領域」にあることを確認しておくにとどめたい。

注

(1) I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 235 f.

(2) J. Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, 1913, S. 7 f. *キムダ* 前出 一注 (2)。

- (3) J. Hruschka, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe : Das Brett des Carneades bei Gertz und bei Kant, GA, 1991, S. 1 ff.
- (4) J. Hruschka, GA, 1991, S. 8 ff.
- (5) J. Hruschka, GA, 1991, S. 9 f. *「カントの『道徳論』(I. Kant, Metaphysik der Sitten, S. 331 ff., 337.) の『道徳論』の問題点について。*
- (6) 前出(1)注(23)。
- (7) J. Hruschka, GA, 1991, S. 10 Anm. 34.
- (8) 内田・概要上巻五三頁以下。
- (9) F. Oetker, VDA, II, S. 255 ff., 333 f.; ders. Frank-Festgabe, I, S. 373 ff.
- (10) F. Oetker, VDA, II, S. 330 ff., 333 f.
- (11) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 228 ff.; H. Mayer, Strafrecht, Allg. T. S. 176 ff., 189 ff., 210 ff.
- (12) K. Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 754 ff., 757, 766.
- (13) H. v. Fernex, Die Rechtswidrigkeit, II, 1905, S. 40 ff., 121, 144, 145, 151; G. zu Dohna, Zum neuesten Stande der Schuldlehre, ZStrW, 32, 1911, S. 323 ff., 335 f.
- (14) 前出(1)・1注(9) (11) (12) (14)。
- (15) F. Oetker, Frank-Festgabe, I, S. 373 f.
- (16) A. v. Feuerbach, Lehrbuch, 11. Aufl., §. 91.
- (17) LK, 11. Aufl., § 34 Rdn. 1 ff., § 35 Rdn. 1 ff. (H. J. Hirsch) ; C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4. Aufl. S. 723 ff., 737 ff., 963 ff., 1023 ff.
- (18) C. Roxin, Die notstandähnliche Lage—ein Strafrechtsauslassungsgrund?, Oehler-Festschrift, 1985, 181 ff., 185 f.; ders. Strafrecht, Allg. T. I, 4. Aufl. S. 778 ff.
- (19) E. Heintz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Str. Abh. H. 211, 1926, S. 19 ff., 24 ff., 27 ff., 54 ff., 108 ff., 112 ff.
- (20) 「一厘事件」とは、明治末期、煙草栽培業者が、政府に納入するべき葉煙草を、当時の価格として約一厘程手揉みにして費消したことが「煙草専売法(明三十七年法律一四号)四八条違反に問われ、罰金に処せられた事件であるが、大審院は、「零細な反法行為」に対しては特段の「危険性」が認められない限り「刑罰」を加える必要がないと判示して原判決を破棄し、「無罪」を言渡したものである。

である(大判明治四三年一〇月一日刑録一六輯一六二〇頁)。一銭の十分の一の「一厘」の「犯罪」に対して一〇円の「罰金」が科されたということであるが、余りにも「重刑」である。大審院の態度は是認されてしかるべきである(内田 概要中巻五二頁以下)。わが刑法一八五条但書きが「一時の娯楽に供する物を賭けたにとどまる」賭博は罰しないと規定すること相俟って、わが刑法は「此事を取り上げない」ことになる(内田 概要中巻五四頁注(6)以下)。さらに、三五条である。わが国の可罰的違法性論は正当な根拠に由来するのである。しかし、ロクシンは余り注目しな³³。C. Roxin, *Oehler-Festschrift*, S. 183. なお、超法規的違法阻却事由については、内田・概要中巻七〇頁。

(21) R. v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, II, S. 230 Anm. 1; H. Mayer, *Strafrecht*, Allg. T. S. 190 f. 212 ff.

(22) 内田・概要中巻二一七頁以下、三〇五頁以下。

(23) 内田・概要中巻二〇三頁以下。

(24) F. Oetker, *VDA*, II, S. 334; ders., *Frank-Festsgabe*, I, S. 374; R. v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, II, S. 231 ff.

(25) H. マーヤーが、違法阻却緊急避難が認められない場合に、「真正の期待可能性不存在」をも否定しながら、「自己」の所為を「支配」した以上、「平均人」のように振舞えなかつたとしても「責任」を負わなければならないと主張するのは(H. Mayer, *Strafrecht*, Allg. T. S. 214 f.)、行き過ぎであるといわざるをえない。ただし、「真正の期待可能性」が欠けるときは、「その人」には「その所為を支配する力」を認めるべきかどうか疑問が生じるからである。W. Maihofer, H. Mayer-Festschrift, S. 215ff. 215 Anm. 9f.

(26) たとえば、一九五三年一月二日の連邦裁判所第四刑事部判決(BGH, Str. Bd. 4, 1954, S. 20 ff. 23 f.)は、酔客の自動車運転を止めずに人の死傷を惹起させた居酒屋の女主人に対して、営業上の損失があることも、飲酒運転を阻止する義務があるとしながらも、彼女には現実にはいかなる阻止行為が可能であったといえるか警察に電話するか、交番に警官は駐在していたか、警官は適宜に対応できたか、交番はどれ位の距離にあったかという点が明確にされない限り、運転者の惹起した「死傷」について「責任」があるとはいえないと判示したのである。「真正の期待可能性」を追求しようという態度が窺われる。なお、H. Henkel, *Zunutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, *Mezger-Festschrift*, 1954, S. 249 ff. 254, 288 f. 309 Anm. I 及び 310 f. 内田 概要中巻三一頁注(16)。

(27) 前出、二注(21)。「この趣旨を肯定する判例もあった(RG, Str. Bd. 66, 1933, S. 222 ff. 224 f.)。「自己保存欲求」に駆られた行為は、違法であるが、責任がないというのである。

- (28) J. Goldschmidt, Frank-Festgabe, I, S. 440 ff. ちなみに、E・シュミットは、「自己保存規範」を明確に認めるが (Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25 Aufl. 1927, S. 209 Anm. 4) それは、「一般人の期待可能性不存在」を擬制する機能を営むもの (Liszt-Schmidt, Lehrbuch, 25 Aufl. S. 268 ; ders. 26 Aufl. 1932, S. 285)。²⁰⁾ 次に、次注 (29)。
- (29) F. Oetker, VDA, II, S. 233ff. ; ders. Frank-Festgabe, I, S. 374 ; R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 229. ゴールトシュミットは、「優越利益」のための緊急避難だけを違法阻却事由と考え、「主観的優越利益」・「自己保存欲求」のための緊急避難はこれを「適法行為の期待可能性」に欠ける責任阻却事由に過ぎないとした。²¹⁾ に誤りがある。
- (30) E. Weigelin, Das Brett des Carneades GS, 116, 1942, S. 88 ff. 93 ff. ; A.E. Brauneck, Der strafrechtliche Schuld begriff, GA, 1959, S. 261 ff. 269, 270, 271.
- (31) R. v. Frank, Über den Aufbau des Schuld begriffs, 1907, S. 4 f.

二 「カルネアデスの板」の周辺

一 「カルネアデスの板」の周辺には、さらに多くの問題がある。ゴールトシュミットは、⁽¹⁾ 責任阻却緊急避難としながら、「板」の收容能力に関して錯誤を生じさせたり、救命ボートが間近に到着しているのに気付かなかつたりした場合を「事実の錯誤」と考え、二人のうち一人は救助義務者でありながら、そのことを看過していた場合で、その者が「板」を奪取しようなるときを「法律の錯誤」であると考えた。そして、当時の通説に従って、前者は「無罪」、後者は「有罪」であるという。問題がないわけではないが、⁽²⁾ 今は触れないでおこう。

これに対して、「カルネアデスの板」を違法阻却緊急避難とみる立場は、「自己保存欲求」の具現が肯定される限り、「緊急避難」を認めるべきである。眼前にある事実だけが真実である。「板」の收容力とか救命ボートの接近などを考える「暇がない」。また、刑法三七条二項の「特別義務者」といえども、「生命」を犠牲する必要はない。⁽³⁾ 「錯誤論」を

展開する場はないといわなければならない。彼等はブラウネックのいう「パニック」に陥っているのである。⁽⁴⁾

このこととの関連で、「板」の占有・所有関係も論じられる。二人のうち、どちらが先に板を占有したのかとか、一人が板を所有していたのに奪われてしまったときはどうするかといった問題である。オットーは、先に板を占有していた者が勝ったときは、自己保存機会の確保故に許されるが、逆に負けたときは、相手方が敗者の自己保存の機会を奪ったもので許されず、単に「赦される」ことがありうると思われる。しかし、単なる占有の有無で解決できる問題ではないと思われる。万一に備えた救命用具を準備していたことが幸いして、命拾いできた場合は、「自己保存欲求」が功を奏したわけで違法阻却緊急避難が成立するが、それ以外は、双方の「自己保存欲求」の赤裸々な衝突としてとらえるべきではあるまいか。たゞ、準備された救命用具を奪い取って生き残った者には、ドイツ刑法三五条の「責任阻却緊急避難」の可能性は残されるであろう。⁽⁶⁾

このように考えるときには、海中に投げ出された三人が、一人しか収容できない板を争い、二人を犠牲にして生き残った一人がいた場合は、その者に対しても、三人に共通して認められる「生きる権利(自己保存欲求)」の衝突の決着として、「違法阻却緊急避難」を認めるべきではないかと思われる。一人に対しては「違法阻却」、もう一人に対しては「責任阻却」を考えるのは技巧的に過ぎるからである。生命の質的・量的比較は許されないが、「自己保存欲求」は、なにびとに対しても、そして幾人に対しても通用しなければならないのである。⁽⁷⁾

二 「カルネアデスの板」との関連で、特に注目し値する場合の一つに「ミニヨネット号事件」⁽⁸⁾がある。事案は、英國籍の帆船・ミニヨネット号が、一八八四年五月、航海中に嵐のために難破、船長ほか少年を含む船員達が小さなボートに乗り移った際、食料登載に失敗し、そのまゝ、海中を漂った後、八日間は食料に欠け、その後の六日間は飲料水も

なしに浮游し続け、遂に誰かを犠牲にして生き延びる以外に方法はないと判断した一同は、海水を飲んで衰弱し切った少年を小刀で刺し殺し、その血肉を食んだが、その後、ドイツ船に救助されたというものである。イギリスの王室裁判所は、被告人らに対し禁錮六月の温情ある判決に出たが、H・マイヤー⁽⁹⁾は、ドイツでならば無罪であろうと論評した。これに対して、「責任阻却緊急避難」しか認めようとしないのが最近の多数説である⁽¹⁰⁾。

たしかに、「ミニョネット号事件」では、違法でないという判断は下しにくい面がある。「カルネアデスの板」ほど死に直面した状況はみられなかったのである。現に船員達は救助されたのである。もうすこし耐えることができたのではないかと考え易いわけである。にも拘らず、衰弱し切った若者を刺して、その血肉を食んだことは「許せない」という判断に達するのも理解できないわけではない。この意味では、多数説にも正しさがあると思われる⁽¹¹⁾。

しかしながら、十数日も漂流を続けた末の船員達の「自己保存欲求」の発現に対しては、「一般的許容」が与えられてしかるべきではあるまいか。それぞれに対し、特に「個人的特性」を考慮して「赦し」を与える前に、すでに「一般的許容」を与えるのが、「弱い人間一般」の自然の姿を直視した判断ではあるまいか。そのような状況に置かれた人に対して、理性的判断を求めることは無理である。彼等にとつては、すべてが「悪夢」だったといわなければなるまい。「ミニョネット号事件」も、「法が許す領域」にあると考えたい⁽¹²⁾。

三 「カルネアデスの板」の関連では、もう一つ重要な問題がある。ペーターズ、ヴェルツェル、ガルラス以来、多くの関心を集めてきた「転轍手の事例」⁽¹³⁾である。ヴェルツェルは、急斜面を急速度で降下する貨車を発見した転轍手が、このまゝでは、貨車は多数客を乗せて駅に停車中の客車に追突し、乗客に死傷の被害を生じさせると察知し、最早や他に衝突回避手段がないことから、たまたま別の線路上で作業をしていた数人の作業員の犠牲も已むなしと判断

し、咄嗟に転轍を切り換え、貨車を別の線路に誘導、作業員を死に至らしめたが、客車中の乗客には被害を生じさせなかったという「設例」を提起した。転轍手は、有罪か無罪か、無罪だとして、その根拠は、違法阻却緊急避難か責任阻却緊急避難かというのである。ヴェルツェルは、責任阻却緊急避難を考えた。根拠は、「生命」の質的・量的比較は許されず、ある人の「生命」を他人の「生命」を救うための「手段」に供することも許されないから、「違法阻却緊急避難」はこれを認めることはできないが、「転轍手の立場」に立ったならば、「一般人」も同様の措置に出たであろうが故に、「責任阻却緊急避難」だけはこれを肯定しようというのである。これに対して、ロクシンは、さきにも紹介したように、「一般人」に期待できるかどうかという視点で考えるのは「違法論」にほかならないと批判を加えたのである。⁽¹⁵⁾

たしかに、「生命」は、それ自体において独立した至高の価値（法益）であるといわなければならない。個々の生命の質的・量的比較が許されないのも当然である。しかし、「カルネアデスの板」や「ミニョネット号事件」は「許される」べきである。だがしかし、その理由は、「生き残った者」と「犠牲になった者」の「生命の比較」にあるのではなくして、「自己保存欲求」の衝突決済の承認にあるといわなければならない。⁽¹⁶⁾ 法は、全員を救助しなかったに違いないが、それが事実上不可能な状態に至ったために、解決をそれぞれに任せたのである。⁽¹⁷⁾ また、人を手段として利用することが許されないのは、人間の尊厳を害するが故であって、いかなる場合においてもではない。「人材登用」が成功した場合は賞賛を博するのである。「間接正犯」は、犯罪のために人を利用した場合であることを看過してはならない。したがって、この限りでは、ヴェルツェルもロクシンも、共に批判されるべきである。

一方、「適法行為の一般的期待可能性」の問題についていえば、さきに検討したところから明白であるように、ロクシンが妥当である。⁽¹⁸⁾

四 「カルネアデスの板」や「ミニョネット号事件」は、「自己保存欲求」の決済として解決されるべきであるが、「転轍手事例」は、「多数者のための少数者の犠牲」を法はいかにとらえるべきかの問題である。

法は、「転轍手事例」をも「許容」する必要があると思われる。

第一に、転轍手は、単なる通行人ではないことに注意しなければならない。通行人ならば、追突回避のための通報手段などがない状態では神に祈るしかないかもしれない。しかし、転轍手は違う。乗客等の安全を守るべき鉄道会社の職員なのである。すくなくとも「拱手傍観」はできない筈である。⁽¹⁹⁾しかし、少人数ではあれ、作業員の命も守らなければならない。「義務の衝突」⁽²⁰⁾がみられる。

緊急時の「義務の衝突」は、緊急避難の問題である。転轍手の行為は違法阻却緊急避難か責任阻却緊急避難かである。⁽²¹⁾

ところが、ロクシンは、責任阻却緊急避難をも否定する。少数者の犠牲も「赦されない」というのである。「運命」に任せるしかないのである。たしかに、設備の不十分な病院に急を要する重症患者が運び込まれたような場合は、手の施しようがないであろう。しかし、「転轍手事例」は違う。「選択の余地」があるからである。両者を混同し、「拱手傍観」以外の方法がないとするのは、妥当とはいえない。⁽²²⁾

他方、ロクシンは、転轍手の可罰性が減少しているという。⁽²³⁾しかし、その根拠は明白ではない。ここにロクシンの曖昧さがある。「違法減弱」ないしは「責任減弱」を認めること自体、状況による「生命の比較」を前提にする筈なのである。⁽²⁴⁾

第二に、このことは、「多数者」を救うか「少数者」を救うかの「選択」を迫られた場合の「一般的」な「選択基準」を示すことになるものといわなければならない。「多数者」を選ぶことが「人類不滅」の要請に一步近づくのである。

二人のうち一人しか救助できない状況では、一人を選ぶことで「正当化」されるということは、ロクシンもこれを是認する。⁽²⁵⁾「多数者」を選ぶことが「許される」のは、当然であろう。

これは、「最少被害の選択」であって、「優越利益の擁護」ではない。しかし、「一般人」も、転轍手と同様、「多数の乗客」を選ぶであろう。「違法阻却緊急避難」の成立を肯定する根拠がここにある。しかし、作業員の中に転轍手の親族がいたような場合は、多数者を犠牲にすることも「赦される」可能性がであろう。そのときこそ「転轍手の良心的決断」に任せられるべきである。ヴェイゲリン、ブラウネック、オットー、シルド、プリースターがこのように考えているものと思われる。⁽²⁶⁾ ガルラスは明確ではない。これに対して、ラング・ヒンリクセンは、「責任に嵌まり込んだ転轍手」は身動きがとれなくなっているから、彼に対する「責任判断」も差し控えられるべきであるという。⁽²⁸⁾ しかし、その前に、何故「違法判断」がなされたのかは不明である。⁽²⁹⁾

最後に、犠牲となった作業員について一言しておきたい。彼等が、多数客のための手段となったことは明白である。生きる権利が否定されたのである。ヒツペルが言うように、「自己保存欲求」実現のためのあらゆる行為が「許される」べきである。⁽³⁰⁾ 万一に備えて「見張り」も置かれるべきであった。何故突然貨車が動き出したのかも、当然究明されなければならぬ。

法は、転轍手を許しうるが、避け得た事故を許してはならないのである。

なお、「カルネアデスの板」と「ミノネット号事件」を「人的処罰阻却事由」とするペーターズが、「転轍手事件」では「合法化の可能性」もありえないではないとするのは興味深いであろう。⁽³¹⁾

注

- (1) J. Goldschmidt, Der Notstand S. 41.
- (2) 「事実の錯誤」・「法律の錯誤」に関しては、差し当たり、内田・概要中巻三三三頁以下、三三三三頁以下。
- (3) 内田・概要中巻三七頁以下。
- (4) A. E. Braunack, GA. 1959, S. 267, 269, 270, 271.
- (5) H. Otto, Pflichtenkonkollision und Rechtswidrigkeitsurteil, 1965, S. 3, 79, 83 ff., 114.
- (6) このことは、単に、「生命」と「財産」の双方、つまり「優越利益」を害したから「違法阻却緊急避難」は認められないということから導かれるのではない。「救命具を準備した人の生命を、その準備のない人が奪うことは、同じ生命の衝突の場合であっても違う評価を受けざるをえない」という考えの帰結なのである。殺人罪(刑一九九条)と受諾殺人罪(刑二〇二条後段)の相違と共通面をもつ。
- (7) シルドは、三人のうち、二人が親子であって、二人が収容できる板を獲得するために他人一人を犠牲にしたときは「違法」であると考える(W. Schild, JA. 1978, S. 633)。しかし、「法から解放された領域」にあるとする「カルネアデスの板」を、場合により区別して考えるのは不要であろう。「子」を守らなかつたことの「期待不可能性」が吟味されるべきである。ちなみに、コリアートにも、シルドに似た発想がみられる。H. Koriath, Das Brett des Karneades, JA. 1998, S. 250 ff.
- (8) A. Simonson, Der „Mignonette“ –fall in England, ZStr. W. 5, 1885, S. 369 ff.; F. Oetker, VDA. II, S. 374 ff.; H. Otto, Pflichtenkonkollision, S. 1 ff., 78 ff., 87; K. Bernsmann, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, S. 45 ff., 170, 202 ff.; Jeseck–Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. T. 5 Aufl. 1996, S. 195, 489.
- (9) H. Mayer, Strafrecht, Allg. T. S. 191, 197 Anm. 18.
- (10) H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 179; C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 739 ff.; ders. Oehler–Festschrift, S. 193, ちなみに、ベーターズは「カルネアデスの板」も「マリョネット号事件」も「直接殺した」のだから、「人的処罰阻却事由」が認められるに過ぎぬらう。K. Peters, JR. 1950, S. 743.
- (11) オットーも、船員達は「若者の「生きる機会」を奪ったから「許されぬ」と考え(H. Otto, Pflichtenkonkollision, S. 87)、「ギョンターも、各人の生命の危機は若者のせいによるものではないから「攻撃的緊急避難」に出ることは「許されぬ」と主張する(H. L. Gün-

ther, Strafrechtswidrigkeit, S. 346)。

(12) ロクシンは、「責任阻却緊急避難」(ドイツ刑法三五条)には、「二重の責任減少」が考慮されているという。第一が行為者の心的重圧による責任低下であり、第二は「ある法益侵害招来と同時に」他の法益保全「確保による責任低下である」(C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 966 ff.)。「リニョネット号事件」でも、助かった船員達の生命が守られたことは、彼等の「不法」を低下させ、したがってまた「責任」を低下させるに違いない(内田・概要中巻二八頁、二〇〇頁)。責任減少だけに拘泥する必要がどこにあるか、理解に苦しむところであるといわなければならぬ。後注(23)(24)。

(13) K. Peters, JR. 1950, S. 742 ff.; H. Welzel, ZStW. 63, S. 51 ff.; W. Gallas, Pflichtenkollision als Schuldausschiebungsgrund, Beiträge, S. 74 ff.

(14) 前出、二注(21)。

(15) 前出、二注(22)。

(16) 前出、三・一注(9) — (16)(29)(30)。

(17) 法が、事態の解決を個人の判断に委ねたということが、「責任」は「個人の心」の問題にはかならないということの意味するわけではない点については、すでに「ヒッセル・エンギシュ、H・マイヤーが正当に指示するものがある」。R. v. Hippel, Deutsches

Strafrecht, Bd. II, S. 23 ff.; K. Engisch, ZStaats W. 108, S. 414 ff.; H. Mayer, Strafrecht, Allg. T. S. 189 ff.

(18) 前出(15)・前出、三・一注(18)。

(19) 通りすがりの散策者には、「緊急救助義務」が問題となりうるだけであり、それは当然否定されるをえないが(ドイツ刑法三二三条C)・転轍手は、乗客・作業員の双方に対し、「保障人」の立場に置かれているのである。D. Lang-Hinrichsen, Bärnann-Festschrift, S. 593 ff. なお、後注(22)。

(20) H. Otto, Pflichtenkollision, S. 4 ff.

(21) 内田・概要中巻一四三頁以下。von G. R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 236 ff.

(22) ロクシンは、人工蘇生器の準備がない病院に運び込まれた心肺停止者を救う手段はないが故に、「運命」に任せる以外に方法はないという(C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 1032 f.)。たしかに、そのような場合は「諦める」しかない。移植に適合する心臓がない場合も同様である。

- しかし、今は違う。多数が助かる可能性がある。「選択」は可能である(J. M. Priester, Arth. Kaufmann-Festschrift, S. 512 f.)。ウルツェルは、少数者の犠牲の上に多数者を助けることが、「一般人の人倫的責任低減」のゆえんであると考えた(H. Welzel, ZStW, 63 S. 51 ff.)。しかし、「良心の痛み」は、少数者の犠牲によつて低下するわけではなく(D. Lang-Hinrichsen, Bärmann-Festschrift, S. 590 ff.)。むしろ、「最少被害の選択」に「正当化」の根拠を求めるべきである(H. Otto, Pflichtenkollision, S. 108 ff., 110 ff.; Maurach-Zipf, Strafrecht, Allg. T. I, 8 Aufl. 1992, S. 450 f.)。
- (23) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 966.
- (24) 受諾殺人(刑二〇二条後段)が普通殺人(刑一九九条)より刑が軽いのも、「死にたい生命」と「死にたくない生命」の比較以外の何物でもないのであろう。内田・概要中巻二八頁。後出、四・二注(五)(六)。さらに前注(12)。
- (25) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 737 f., 781 f.
- (26) E. Weigelin, GS, 116, S. 93 ff.; A. E. Brauneck, GA, 1959, S. 271 f.; H. Otto, Pflichtenkollision, S. 109, 112 ff.; W. Schild, JA, 1978, S. 633 ff.; J. M. Priester, Arth. Kaufmann-Festschrift, S. 512 ff.
- (27) ガルラスは、「転轍手」が「最少被害」を求めることを是認するのは、不当な「目的考量」に赴くものであると考えているように思われる。W. Gallas, Beiträge, S. 76.
- (28) D. Lang-Hinrichsen, Bärmann-Festschrift, S. 600 ff.
- (29) H. J. Hirsch, Strafrecht und rechtsfreier Raum, Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 109 Anm. 64.
- しかし、実はビルシユも、「責任減少」の極限だけしか考えようとしないのである。この限りでは、ロタシンと同様であるといわなければなるまい。前注(23)。
- (30) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, S. 235.
- (31) K. Peters, JR, 1950, S. 744, xvii ff. 前出(3) 前注(2)。
- なお、同数の乗客・乗務員を乗せた二機の航空機が衝突直前であったときは、いずれか一機を犠牲にすることも「許される」と考えざるをえない。内田・概要中巻一三六頁以下。

四 自殺・自傷の諸問題

一 自殺と自傷

一 自殺や自傷を処罰する国は、現在ではないといつてよからう。しかし、「生命」が至高の価値であり、あらゆる価値の源泉である以上、そして、生命の質的・量的比較が許されないのが原則である以上、「捨てたい生命」も、「生きたい生命」と全く同様、無条件に保護されるべきである。⁽¹⁾ 生命はタブーなのである。そして、生命を宿す「身体」も、同様の保護を受けなければなるまい。すでに、カントは、このように考えていた。⁽²⁾ にも拘わらず、自殺も自傷も、処罰されない。その理由は、現在の刑法解釈論としては、自殺・自傷は法益侵害ではあるが、処罰するには「忍びない」ものがあるという発想に求められるべきであろう。すなわち「適法行為の期待可能性」が否定されざるをえないということである。

これに対しては、「自殺」は「権利行為」であり、「自己決定権」の行使であつて、そもそも「違法ではない」から、当然に処罰されないという主張があり、「自傷」に至っては「薬物中毒」から暴力団の「指つめ」などを含めて「自由」であり「放任」されているという考えが、かなり一般化してゐるのである。いかに考えるべきか、以下順次検討することにしよう。

二 自殺は当然処罰されるべきではないという考え方は、生命は専ら「個人的価値(法益)」であり、その処分も専ら個人の「自由」に属しているとする理解を基礎にするものである。神から授かった「生命」であるという宗教的生命観は、証明不能なことを前提にするばかりか、宗教的にも、自殺を否定する根拠は見出し難いといふのである。⁽⁴⁾

たしかに、われわれの「生命」は個人的な法益である。国家・社会のものではない。しかし、われわれ自身が自らの力で生み出したものではなくして、創造されたものであることを看過してはならない。アルトゥール・カウフマンが指摘するところである。⁽⁵⁾そして、社会の構成員として、世界に送り出された個人的価値なのである。⁽⁶⁾ここに、「自己自身に対する義務 (Pflicht gegen sich selbst)」を考えようとしたのである。⁽⁷⁾「自律 (Autonomie)」もここに始まることになろう。⁽⁸⁾

ところで、フォイエルバッハは、当初、外部からの拘束なしに「義務」履行を可能ならしめるためには、「理性」は人に「死を選ぶ権利」を与えなければならないと考えた。⁽⁹⁾フォイエルバッハも、カントと同様、「人倫的完成」が世界の究極の目的なのであったが、この目的達成のための手段としての義務履行には、「死ぬ権利」が認められなければならないというのである。しかし、カントの「自己自身に対する生きる義務」とフォイエルバッハの「死ぬ権利」は、対立するといわざるをえない。

ところが、カントも、「誇り高き人」は死を選び、「悪人 (Schein)」は牢獄で車を押すといひ、⁽¹¹⁾フォイエルバッハも、やがて、国民として「自殺」は「違法であるが」、国家がこれを処罰するのは「非理性的」であるとするようになった。⁽¹²⁾これは、一体何を意味するのであろうか。

三 カントも、フォイエルバッハも、おそらく、「義務に反する違法な自殺」と「法・義務を超越する自殺」の区別を肯定したものと思われる。⁽¹³⁾後者には「殉死」・「大義のための死」など、人倫の完成に一歩近づいた自殺として、万人の共感と賞賛を集めた「誇り高き死」が挙げられよう。「カルネアデスの板」の場合、相手と争うことなしに従容として死についた人がいたならば、その人の「自殺」もここに位置づけられよう。しかし、刑法にとって、このような

超人の「誇り高き死」は問題にはならない。それは、法から解放された領域にあるのではなくして「法を超克した領域」にあり、法もこれをひたすら哀悼の念で受容しなければならぬのである。

したがって、「義務に反する違法な自殺」だけが刑法の問題となる。そもそも、刑法にとっては、超人や天才のすぐれた行為は本来対象外である。利己的で弱いわれわれ一般人の行為が問題なのである。「義務に反する違法な自殺」だけが取り上げられるのも当然である。これと「誇り高き自殺」とを一括して論ずることは許されるべきではあるまい。しかし、従来、この点は充分意識されていたとは思われないのである。

四 一八一三年のバイエルン刑法典一四二条によれば、自殺は、「自己に対する義務」には違反しているが、「他の人の権利」を侵害しないが故にこの刑法には取り上げられないという理由で不処罰となった。¹⁴⁾ 以来、ドイツ刑法は、自殺不処罰を維持し続けた。

このような考え方は、二種類の「自殺」を理解する上にも、大きな意義を有するであろう。

第一に、バイエルン刑法典一四二条は、カントの「誇り高き自殺」を想定していなかったであろう点に注目しなければならぬ。「誇り高き自殺」は、自己自身に対する義務違反の観念を超克した次元にあるといわなければならないからである。第二に、同法一四二条は、その注釈にも明白であるように、自己に対する義務には違反するが、他人の権利を侵害することがないという限りでは「違法でない自殺」を考えていた点を看過してはならないであろう。創造者の意思に反し、自己に対する義務に違反して、自己の生命(法益)をも毀損するが、なお「違法ではない自殺」は考えられるか、これが問題である。まず、「権利に守られた自殺」という観念が取り上げられるべきであろう。しかし、このような自殺は否定されるべきである。「義務を伴わない権利」を認める「人倫」はないからである。¹⁵⁾ 他人に対する

権利の主張は、自己に対する義務を前提として、はじめて意味をもつのである。カントも、自己自身の生命に対する義務の自覚なしには、他人の生命に対する尊重の意識をもつことはできないと考え⁽¹⁶⁾、世界人権宣言（一九四八年）二二八・二九条がこれを確認している。また、エンギツシユは、「自己への義務」という名の「他人への義務」を肯定する⁽¹⁷⁾。これに対して、自殺は権利行使であるとする現代の代表者・ロクシン⁽¹⁸⁾は、ドイツ連邦共和国基本法二条二項を援用する。しかしながら、同条項は生命・身体が法律上の根拠なしには他人から侵害されない権利を有すると規定するのであって、自己自身に対する義務を否定するものではない。また、ガurlラスは、人倫的義務としての「生きる義務そのもの」が、社会に対する法的義務としての「生き続ける義務」になることはないというが、人倫的義務と法的義務とは同一でないという当然の事理を述べるだけであり、「生きる義務」とは「今死んではならないという義務」にすぎないことを看過しているといわなければならない⁽²⁰⁾。

いずれにせよ、「誇り高き自殺」を除いては、自殺は創造者の意思に反し、自己自身に対する義務にも反する「許されない行為」であるといふべきことになる⁽²¹⁾。

義務には違反するが、違法ではないと考えてよいのではないかという視座で取り上げられる自殺としては、つぎに、「権利」・「義務」の次元を超えた「人間の尊厳」そのものに基づく「自殺」が挙げられてよからう。最近では、特に、F・クリスチャン・シュレーダー、アルツトが強調するところである⁽²²⁾。しかし、実は、このような「自殺」は、まさに「誇り高き自殺」ではなからうか。カントが⁽²³⁾、「人間の尊厳」は他人を「踏み付けない」こと、他人の「下僕にならない」ことであると説いていたのを想起する必要がある。現代の大多数の自殺は、むしろ、シュミットホイザーやプリンゲバートが指摘するように、「生きる希望を失った自殺」なのである⁽²⁴⁾。これは、みずからの手でみずからの尊厳を害するものといわなければなるまい。

また、ロクシンは、専ら「敵意からする自殺」もあるというが、敵意だけで自己の命は絶えない筈である。しばしば指摘される「病的自殺」も「誇り高き自殺」ではなからう。このような場合に、「自由な意思決定に基づく自殺」を唱えることは、プリンゲバートがいうように「フィクション」にすぎないのである。⁽²⁶⁾ 他方、シムソンが唱える「英雄的自殺」は「誇り高き自殺」そのものであろう。⁽²⁷⁾

以上眺めたように、「誇り高き自殺」以外は、「疲れ果てた自殺」を含めて、すべて「自己自身に対する義務」に反する「許されざる自殺」であり、「経験的自由意思」に発する自殺とは大きく隔たつたものであるといわざるをえないのである。⁽²⁸⁾ 一九五四年三月一〇日の連邦裁判所刑事連合部決定は、「自殺」が極端な例外を除いて「タブー」に反し、「人倫律」に反する行為であると明言した。ガルラスやシムソンの反対にも拘わらずこの決定は、将来も生き続けるべきである。論者は、「タブー」とは「他人の生命」に対する関係でのみ意味をもつと考える傾向にあるが、⁽³¹⁾ さきにも言及してきたところから明らかのように、「自己自身の生命」に対しても「触れてはならない」のが「真のタブー」なのである。自己の生命に対する「タブー」なしには、「他人の生命」を「タブー視」することは不可能な筈だからである。⁽³²⁾

五 しかし、それにも拘わらず、「自殺」は処罰されない。その根拠は、さきにも一言したように、そして、これまでの検討から明白であるように、自殺を処罰することは「理性的でない」からである。「何故今死のうとしたのか」を責めることは残酷過ぎるからである。⁽³³⁾ 刑法的には、いわゆる「適法行為の期待可能性がない」と考えるしかないが、それで済む筈はない。死を迫る絶望感に喘いでるのに気付かなかつたことを悔み、共に悲しむのが「残された人」なのである。

ベーリングは、自殺は殺人罪の構成要件から除外されていると明言する。⁽³⁴⁾ これに従うものも多い。たしかにその通

りであるが、その実質的な根拠は、刑法上の「責任」を問うには「忍びない」が故に「構成要件」から「一般的に除外された」ことに求められなければならないまい。「適法行為の期待可能性不存在」は、「違法阻却」の場面でも機能することはすでにエンギツシユ以来の多数説のとりどころであるが、より一般的には、「構成要件定立」に際しても、充分に考慮されているのである。この点も、さきに確認したところである。⁽³⁵⁾ そもそも、犯罪構成要件は、「不可能」を禁止・命令してはならないのである。⁽³⁶⁾

一方、シュミットホイザーは、自殺も、他殺と同じ構成要件に該当し、同じように違法であると考ええる。⁽³⁷⁾ これは、その主唱に関わる「不法構成要件論」⁽³⁸⁾の当然の帰結であるといつてよからう。シュミットホイザーにとつては、「自殺」は「他殺」と同じ「不法」なのであるが、「責任」が否定されるが故に「無罪」なのである。しかし、これは行き過ぎである。「およそ人を殺すこと」は殺人の構成要件に該当するというのは、妥当ではないと考えるべきだからである。

勿論、殺人罪の構成要件は、単に「人を殺した者」としか表示していないのであるから、ペーリングのように、この場合の「人」を、「他人」に限定するのは論理的ではない。「故意殺」と「過失殺」とは同一の構成要件であるという彼の形式的「構成要件論」⁽³⁹⁾からしても一貫しない面をもっているといわなければならない。したがって、シュミットホイザーのように、自殺も他殺も、同一の「不法構成要件」に該当すると考えることも可能である。いわゆる「新構成要件論」⁽⁴⁰⁾からすれば、このような考え方が一貫しているといつてよい。しかし、「不法構成要件」と「責任構成要件」の分離の必要はないと思われる。故意殺と過失殺は、「別条文」に規定され、「不法」にも相違があるから別個の「構成要件」に該当するが、自殺は、典型的に「責任」を否定せざるをえないから、「殺人の構成要件」から除外されたと考える方が「体系論」として有益であるように思われるのである。⁽⁴¹⁾

このようにして、はじめて、「自殺は構成要件に該当しない」ということになるわけである。勿論、シュミットホイ

ザ⁽⁴²⁾の立言を俟つまでもなく自殺が「法から解放された領域」に置かれなければならないのは当然である。

六 「自傷」についても、ほぼ同じ考え方が妥当するが、ドイツ刑法二二三条は、「他の人の身体」を傷害したことを要件としているから、わが刑法二〇四条と違って、自傷はこの限りで問題となりえないことに注意しなければならぬのである。これはドイツ刑法の伝統ともいべき傾向であって、一八二三年バイエルン刑法典一七八条以下同じ態度を示していたといつてよい⁽⁴³⁾。しかし、カントは、「人間の尊厳」を傷つける「自傷」を指摘しており、「部分的自殺」とでも称しうる「器官毀損」はこれに当たると考えていたものと思われる⁽⁴⁴⁾。器官とはいえない身体の一部、たとえば頭髮や爪などはこれを切り取っても「尊厳」を害さないのである。

さらに、「自殺」と違って、「誇り高き自傷」はまず考えられないことにも注意を払いたい。「血盟」はもとより、「義を欠いた詫び」としての「指つめ」も、「誇り高き自傷」とは称しえないであろう。血をすすり合わなくても、詫びの印に指を切断しなくても、尊厳を保った行動で対処するのが「人倫律」を全うするゆえんなのである。「タブー」としての、「身体の安全」は、「自己自身に対する義務」の根拠である。この限りでは、自殺も自傷も「人倫律」に反するといわなければならない⁽⁴⁵⁾。人は生まれたままの姿で自己を完成させなければならないのである。

さらにまた、「自傷」は「自殺」ほどには社会の関心と呼ばないことにも、注意しなければならない。それは、「私事」として扱われることが多いのである。自傷は、他人の目に触れにくいこと、苦痛の大きさと故に重傷に到らない場合が多いことなどからも、競馬・競輪・宝くじなどが「人の夢」を追う限りでは刑法三五条によって許されているのと同様、一時の好奇心や欲求によって美しくなりたいという夢を求めながら失敗した場合などについても、法は、「自傷」を「放任」するかたちに出たものといえよう。したがって、「自傷」が、他の法益を侵害するような場合は別のか

たちが取られるのである。ドイツ刑法一〇九条の「兵役拒否のための自傷」などが処罰されるのはこの理由による。⁽⁴⁶⁾これに対して、「生命」を維持するために、患部器官を切除するような「自傷」は、優越利益保護に出るわけであるから、当然に「許容」されうるが、単独でこれに成功することは不可能に近いのである。

わが刑法二〇四条は、「人の身体」を傷害した者を規定するだけであるが、ここでの「人」もまた「他人」に限定されるのは、以上のような考量の帰結として、「自傷」は傷害罪の構成要件から除外されたものと考えられるからである。自殺とは違って、「適法行為の期待可能性」の欠如というよりも、「処罰価値の稀薄さ」即ち、「可罰的違法性の不足」が特に考慮されたからであると解するのが妥当であろう。⁽⁴⁷⁾この点が、一律に「自傷」を構成要件から排除した根拠であると考えたい。

七 「自傷」は、傷害罪から排除されたからといって、それは法から「解放」されたことにはならない。たとえば、麻薬の自己使用によって「中毒」を招来したような場合は、当然、「麻薬及び向精神薬取締法」一二条の「施用」として、同法六四条の三で処罰される。麻薬の「自己施用」は、「中毒（自傷）」を俟たずに処罰されるのである。「覚せい剤」・「大麻」の「自己施用」も同じである。このような場合、その処罰根拠は「個人」の健康ではなくして、「国民（公衆）」の健康に対する「危険惹起」にあるに過ぎないと考えたところで、⁽⁴⁸⁾「個人の健康」に有害であるが故にこそ処罰されることに変わりはない。個人の健康なくしては、公衆の健康もないからである。ただ、いかに重大な中毒症状を惹起した麻薬の自己施用も、「自傷」として処罰されることはないというだけである。

この関係では、不良食品や粗悪化粧品などによる「自傷」が、提供者の「過失致傷罪」成立の前提となることにも注意しなければならない。被害者が死亡したときは、提供者は「過失致死罪」なのである。この場合の提供者には、

さらに「食品衛生法」・「薬事法」違反罪が成立することを看過してはなるまい。

いずれにもせよ、「自傷」は傷害罪を成立させることはないというだけであって、法から解放されてはいないのである。

序でながら、実は、自己所有の「財物処分」すら、法の規制を受けることがあるという点を付言しておきたい。「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」一六条は、「何人も、みだりに廃棄物を捨ててはならない」と規定し、その違反を二五条一項九号で処罰する。「環境保全」のためには、個人の自由制限もやむをえないのである。⁽⁴⁹⁾

ヒルシュが正当に指摘するように、「個人の法益」は「極楽島」という「孤島」ではなくして、多くの「社会的群島」の一部なのである。⁽⁵⁰⁾ それ故にこそ、「法益」であることを自覚しなければならない。「人倫」としての「自己自身に対する義務」・「自己への命令」は、その当然の帰結なのである。R・シュミットやロクシンを中心とする「極端な主観主義的法益観」は、このことを等閑に付していることになる。一九七〇年四月一五日のドイツ連邦憲法裁判所第二部決定は、ドイツ基本法が前提とする「人間像」を「自己支配的な個人像ではなくして、社会に生き、社会に対して多様の義務を負う人格像」としてとらえようとする。⁽⁵¹⁾ 国家機密漏洩の怖れがある人物との「接触」を処罰する旧一〇〇条eは、刑法法規明確性の要請に反し、「自由」を侵害するとの主張を斥けたものであり、「生命」・「身体」の「処分自由」を直接否定したのではないが、法益の「孤立性」を否定し、「公共性」を肯定した点で、ここでも極めて重要な判例であるといわなければならない。ヒルシュがこのようにとらえている。⁽⁵²⁾

注

(一) H. Hirsch, Einwilligung und Selbstbestimmung, *Welzel-Festschrift*, 1974, S. 775 ff.; E. Schmidhäuser, *Selbstmord und Beteiligung*

am Selbstmord in strafrechtlicher Sicht, Welzel-Festschrift, 1974, S. 801 ff.; H. Otto, Strafloße Teilnahme, Lange-Festschrift, 1976, S. 197 ff.; K. Kutzer, Strafrechtliche Überlegungen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten und zur Zulässigkeit der Sterbehilfe, MDR, 1985, S. 710 ff.

「他人の生命」だけを「タザー」視してはならない (C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 738 ff.; ders. Die Mitwirkung beim Suizid – ein Tötungsdelikt?, Dreher-Festschrift, 1977, 331ff, 335 ff.)
 R. Schmitt, Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?, Maurach-Festschrift, 1972, S. 113 ff.; ders. § 226 a StGB ist überflüssig, H. Schröder-Gedächtnisschrift, 1978, S. 263 ff.)。また「自殺」の「自殺の権限」を認めようとする (G. Simson, Ein Ja zur Sterbehilfe aus Barmherzigkeit, Schwinge-Festschrift, 1973, S. 89 ff, 101 ff.)。また、後注 (21) (22) (23)。
 「タナー」が「刑法上の殺害行為」を必要とするのは当然である。C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4 Aufl. S. 24, 27 ff, 557 ff.

(2) H. J. Hirsch, Welzel-Festschrift, S. 797 ff.; H. Otto, Lange-Festschrift, S. 212 ff.

(3) I. Kant, Metaphysik der Sitten, S. 229 ff, 417 ff, 422 ff, 436 ff.

(4) R. Schmitt, Maurach-Festschrift, S. 117 ff.; G. Simson, Schwinge-Festschrift, S. 102 ff.

(5) Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2 Aufl. S. 118 ff, 122 ff, 244; マンントナー、人は生命の主入らなければならない。古有者である。この「生命」は「自殺」である (H. J. Hirsch, Welzel-Festschrift, S. 788)。

(6) H. J. Hirsch, Welzel-Festschrift, S. 785 ff. 「マナー」は「生命」に命令する。実存の人間像を養った (W. Maihofer, Vom Sinn menschlicher Ordnung, 1956, S. 13 ff, 23 ff.)。

(7) 前注 (6)。

(8) W. Maihofer, Vom Sinn, S. 20 ff, 33; Arth. Kaufmann, Schuldprinzip, 2 Aufl. S. 116 ff, 122 ff. ちなみに、「マナー」によれば「形式的な法律」は「内容的な法律」である (W. Maihofer, Vom Sinn, S. 22)。「マナー」によれば「法律」は「他律」の内側である (Arth. Kaufmann, Schuldprinzip, 2 Aufl. S. 126)。

(9) A. v. Feuerbach, Kritik des natürlichen Rechts, 1796, S. 289 ff.

(10) A. v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe I, S. 39 ff. また、後注 (8)。

- (11) I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 233 f.
- (12) A. v. Feuerbach, *Lehrbuch*, 11. Aufl. § 241.
- (13) カントによれば「死を選んだ誇り高き人」は「生命より高いと考えたもの、即ち「名誉」を選んだもので、異論の余地なしに軽く罰せられるべき」となるのであり (I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 334)。⁷ フォイエルバッハ初期の「自殺する権利」も、「義務履行」のための「権利」にはかならなかつたのであつた (A. v. Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts*, S. 290 f.)。内田「概要上巻七九頁」前注 (6)。
- (14) Anmerkungen zum STGB für das Königreich Bayern, Bd. II 1813, S. 3.
- (15) 自己の「権利」は、他人にその尊重を「義務」付けうる点に「存在理由」があるが、その前提として、他人の「権利」はこれを尊重する「義務」を負ひ、相互的権利・義務関係を生じさせるのが「社会関係」であることを看過してはならない。「義務付ける私」が同時に「義務付けられる私」となることは、決して「矛盾」ではないのである。I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 417; A. v. Feuerbach, *Kritik des natürlichen Rechts*, S. 237 ff.
- (16) I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, S. 417.
- (17) K. Engisch, *ZStaats W.* 108, S. 421.
- (18) C. Roxin, *Dreher—Festschrift*, S. 337 ff.
- (19) W. Gallas, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbstströfung*, Beiträge zur Verbrechenslehre, S. 165 ff., 174 ff.
- (20) プリンケンベーターは、「生ある義務」とは寿命を延ばす義務ではなく、指摘 2 (P. Bringewat, *Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbstströfung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik ZStW* W. 87, 1975, S. 623 ff., 640 ff.)⁸ クリンケンベルグは、「生ある義務」に「人間としての死を求める権利」とは矛盾しなかつた (H. Klünkenberg, *Die Rechtspflicht zum Weiterleben und ihre Grenzen*, JR 1978, S. 441 ff., 444)。また古ケルナーは「人は生きつゝ限り国家その他に対して義務を負つが、「生きるための義務」を負つわけではなかつた (A. F. Berner, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 18. Aufl. 1898, S. 97 ff.)。すなわち、カントの「自己自身に対する義務」を前提にするものであるとかわなければならぬ。
- (21) ヴェルツェルは、「自殺も「法益侵害」にはかならなかつた (H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. S. 281)」。なお後出⁹ 四・二注 (8)。

- (22) F. Chr. Schroeder, Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, ZStW. 106, 1994, S. 565 ff.; Maurach-Schroeder-Maiwald, Strafrecht, Besond. T. Teil I, 9. Aufl. 2003, S. 18; Arzt-Weber, Strafrecht, Besond. T. 2001, S. 80 f. [G. A. rzt], 「人間の尊厳に基づく自殺」がらわゆる「尊厳死」と異質のものごらわゆる「明らかな自殺」である。
- (23) I. Kant, Metaphysik der Sitten, S. 436.
- (24) E. Schmidhäuser, Welzel-Festschrift, S. 815 ff.; P. Bringewat, ZStW. 87, S. 642 ff.
- (25) C. Roxin, Dreher-Festschrift, S. 340.
- (26) P. Bringewat, ZStW. 87, S. 634, 637.
- (27) G. Simson, Schwinge-Festschrift, S. 104.
- (28) もちろん、心的重圧に喘ぐ行為は、「非自由」な「病的思想」によらるものごらわゆる「病」である。P. Bringewat, ZStW. 87, S. 636 f. 「経験的自由意思」にららるは、「内田文昭「経験的自由意思論にららる」中山研一先生古希祝賀論文集三卷一七三頁以下。
- (29) BGH, Str. Bd. 6, 1954, S. 147 ff., 153 ff. なお、前注(10)。尤も、ルシユは、特定の「人倫観」に偏る危険があると指摘しららる (H. J. Hirsch, Welzel-Festschrift, S. 789, Aun. 50)。
- (30) W. Gallas, Beiträge, S. 176 ff.; G. Simson, Schwinge-Festschrift, S. 101 ff. これにららるしてシムニットホイヤーは、「刑事連合部決定を肯定的に捉ららる (E. Schmidhäuser, Welzel-Festschrift, S. 816 ff.)」。
- (31) C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4. Aufl. S. 557 ff.; ders., Dreher-Festschrift, S. 338 ff.; G. Jakobs, Strafrecht, Allg. T. 2. Aufl. 1991, S. 624 ff.
- (32) E. Schmidhäuser, Welzel-Festschrift, S. 818, 819, 前注(16)、「内田・概要上巻四一〇頁。ちなみに、「ホエルスターは、「タブー」が、「形而上学的・宗教学的に予め与えらられた観念ではなくして、文化的・世界観的に形成された成果であること」を力説する (N. Hoerster, Rechtsethische Überlegungen zur Freigabe der Sterbehilfe NJW. 1986, S. 1786 ff., 1788, 1790, 1792)。しかし、「タブー」が、「人類不滅」の要請にららる確信であることごらわゆる「異論はなごらる」である。
- (33) E. Schmidhäuser, Welzel-Festschrift, S. 815; H. Otto, Lange-Festschrift, S. 213.
- (34) E. Baling, Lehre vom Verbrechen, S. 219 ff.
- (35) 前出(二注(17)) (19) (20) (三一注(24)) (25)。刑法一〇三条の「罰金以上の刑に当たらる罪を犯した者」から、「犯人本人」が

- 排除されると解されてきたのも、同じ理由による。」の問題については、改めて考察したい。
- (36) Baumann-Weber-Mitsch, Strafrecht, Allg. T. 11 Aufl. 2003, S. 554 [U. Weber].
「構成要件」は、人間を超えてはならぬものとする。
- (37) E. Schmidhäuser, Wezel-Festschrift, S. 810 ff.
- (38) E. Schmidhäuser, Strafrecht, Allg. T. 2 Aufl. 1975, S. 144 ff., 188 ff.
- (39) 内田・概要上巻一四六頁以下、一五二頁以下。
- (40) 内田・概要上巻一五五頁注(12)。
- (41) 故意殺は、過失殺よりも「不法」が重く「責任」も重いが故に、別個の構成要件に該当するが、過失による自殺は存在せず、故意の自殺も「責任」に欠けるが故に、定型的に構成要件から排除されたと考えるわけである。
- (42) E. Schmidhäuser, Wezel-Festschrift, S. 819.
- (43) Anmerkungen für Bayern, II, S. 51 ff.
- (44) I. Kant, Metaphysik der Sitten, S. 420, 422 f.
- (45) H. J. Hirsch, Wezel-Festschrift, S. 797 ff. くれに對してウエバーは、頭髪・爪・歯などの切除・切断は自由であるとして、身体の処分可能性を強調する (Arzt-Weber, Strafrecht Besond. T. 2001, S. 144 ff., 148, 149 [U. Weber])。妥協せよ。
- (46) Maurach-Schroeder-Maiwald, Strafrecht, Besond. T. 1. 9 Aufl. S. 100 f. [Schroeder]。54 H. Wezel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 494 f.
- (47) ヒルシュ (H. J. Hirsch, Wezel-Festschrift, S. 797 ff. 797) は、「刑法草案一代案」各論第一部「人に対する罪」(一九七〇年) 一一二条一項が、一般的な成人は、自己の身体の安全性については自由に処分しうるという立場 (A.E. B.T. I. 1970, S. 45, 51) を示したことを批判し、「処分の可否」ではなくして、「処分の程度」が論じられるべきであると指摘している。「可罰的違法性論」(内田・概要中巻六一頁以下) と共通の基礎をたもつものと思われる。なお、Arzt-Weber, Strafrecht, Besond. T. S. 144 ff. [U. Weber].
- (48) R. Schmitt, Maurach-Festschrift, S. 125; Maurach-Schroeder-Maiwald, Strafrecht, Besond. T. 1. 9 Aufl. 101 [Schroeder].
- (49) 自己の身体・自由・財産と云ふも、「他律」を前提として、始めて「自律」に任せられるのである。前注(80)。後出、四・二注(30)以下。

(50) H. J. Hirsch, Welzel-Festschrift, S. 800.

(51) BVerfGE, Bd. 28, 1970, S. 175 ff. 189.

(52) H. J. Hirsch, Welzel-Festschrift, S. 786.

二 受託（嘱託）殺人と自殺・自傷関与—刑法二〇二条の諸問題—

一 わが刑法二〇二条は、嘱託・承諾殺人と自殺関与を同等に処罰する。前段が自殺関与（自殺教唆・自殺幫助）であり、後段が嘱託殺人・承諾殺人である。嘱託・承諾殺人罪の処罰は歴史的にも一般的であるが、自殺関与罪の処罰は、むしろ一般的ではないといつてよい。

「生命」は、自己の生命であつても、これを「処分」することは特殊な事情がない限り「許されない」のであるから、人にその処分を依頼することもまた「許されない」わけであり、したがつて、「嘱託」・「承諾」を受けた者が、被害者を殺害する場合即ち「受託殺人」が、許されないのは当然であるといわなければならない。諸国の立法例は、このことを確認しているのである。ドイツ刑法も制定当時から、二一六条に受託殺人罪規定を置いてきた。これに対して、「他人の生命」のみが「タブー」であり、「自己の生命」は「処分が許される」と考える立場は、自己の生命を他人に任せることだけは許されないとして、嘱託・承諾殺人の可罰性を合理化しようとする。すぐれて「個人的な営み」は「代理」に親しまないというわけである。F・クリスチャン・シュレーダが主張するところである。⁽¹⁾一応の説明にはなるが、嘱託・承諾殺人は「自殺の代理」ではありえないし、自殺は「単独行為としての法律行為」でもないことを看過するものであるといわなければならない。⁽²⁾「死の決定」は、シュレーダも認める通り、「実存的な重み」をもつので

あるから、それは、「誇り高き自殺」のみに固有のものなのである。

二 受託殺人は、本来可罰的であるとしたところで、シュミットホイザー⁽³⁾のような立場を取らない限り、通常の殺人罪と区別されるのはやむをえないと思われる。自殺と他殺が「同一の不法構成要件」に該当する以上は、受託殺人と普通殺人も、また同じでなければならぬ筈のところ、刑法は、殺人罪と受託殺人罪を区別して、別個の「条文」に規定し、法定刑にも大きな差異を定めていることの説明が困難だからである。シュミットホイザーは、「責任」の重さが考慮されたからであると考えるが、「死にたい人」の囑託を受けたからといって、あるいは、その承諾を得たからといって、故意に人を殺す場合の「責任」が一般的・定型的に「軽い」と考えることは無理である。「同情心」からする受託殺人すら、保障人の地位にある者のそれについては、これを一般的に「減輕」することには疑問があろう。しかし、一七九四年プロイセン普通ラント法第二部第二〇章八三四条やこれを受けた一八四〇年ブラウンシュヴァイク刑法典一四七条は、「囑託殺人」・「承諾殺人」を殺人罪の「減輕類型」したことであった。⁽⁴⁾そして、「刑法草案―代案」各論第一部「人に対する罪」(一九七〇年)一〇一条は、「受託殺人」を、むしろ「不法減少」の面でとらえるべきであると考えたのである。⁽⁵⁾

「法益侵害」とは、純粹の結果無価値ではなくして、「客観的義務違反」によってもたらされた「結果無価値」と考へるべきである以上、「同じ生命侵害」も、「死にたくない人」の生命侵害と「死にたい人」のそれとの間には、その無価値性に強弱の差があると考へるのが、理屈抜きの根源的な法感覚であると思われる。⁽⁶⁾「代案一〇一条の考へ方に賛成したい。「不法」が低下した受託殺人は、それに伴って「責任」も低下する。法定刑が画一的に軽いのは当然である。

かくして、ドイツ刑法二一六条やわが刑法二〇二条の立法態度が支持されるのである。

三 二〇二条前段の「自殺教唆」・「自殺幫助」には、さらに重大な問題がある。立法例としても、かなり特異な面をもつからである。プロイセン普通ラント法八三四条やブラウンシュヴァイク刑法典一四八条と違って、ドイツでは、自殺関与は一般的に処罰されなかったといつてよ⁽⁷⁾し、現行刑法にも処罰規定はない。受託殺人は、「殺人」であるから処罰されるのは当然であるが、「自殺は不処罰」なのであるから、「その関与もまた不処罰」とされるべきではないかとか、正犯に当たる「自殺行為」が処罰されない以上、その共犯形態にすぎない「自殺関与」も処罰されないというのが、共犯論の帰結ではないかといった誤った議論にも支えられてきたといえよう。⁽⁸⁾わが国でも、「正犯なき共犯」は現行刑法の建前に反すると考⁽⁹⁾える立場は、「自殺関与」の処罰規定を特殊な例外としての「独立罪」とみるのである。

しかし、自殺関与を罰しないドイツ刑法の下では、自殺関与と受託殺人・殺人との限界に関し、不可罰にとどまるかどうかをめぐり深刻な議論が生じていることを想起する必要がある。

まず、「自殺関与不処罰」に反省を求めるきっかけとなったのが、一九五二年二月一二日の連邦裁判所第一刑事部判決である。⁽¹⁰⁾事案は夫が首を吊って自殺を凶つたのを発見した妻が、未だ蘇生可能な無意識状態であったのにこれを傍観していたというものであるが、第一刑事部は、夫婦不仲だけでは相互の保障人的地位を否定することはできないから、妻には、「不作為による殺人罪」か、場合によっては「不作為による過失致死罪」が成立しうると判示したのである。ドイツ刑法の下では、このように考えることが素直であろうが、わが刑法二〇二条の関係では、「不作為の殺人罪」を肯定するよりも、「自殺幫助罪」が成立するとみるのがより自然ではないかと思われる。「不作為」の内部にお

いても、「実行行為（正犯）」と「関与行為（共犯行為）」の区別は必要であり、単なる「傍観行為」は実行行為といえる程の「行為支配力」をもたないのが普通だからである。⁽¹¹⁾ しかも、「作為の自殺幫助」が不可罰なのに、「不作為の自殺幫助」は、保障人の関与であれば、直ちに「正犯」とされるといいうのも全く不当である。シユミットホイザーが、この判決を契機として、「自殺幫助の可罰性」を力説したのも当然である。⁽¹²⁾

これに対して、一九六三年八月一四日の連邦裁判所第二刑事部判決は、「心中（同死）」事件で生き残った心中相手を不可罰の「自殺幫助」とした原判決を破棄した。事案は、一六歳の少女との結婚に反対された被告人が、同女との「心中」を図り、乗用車内にガスを充満させ共に意識不明となり発見されたが、少女だけが死亡したというもので、第二刑事部は、同女が意を翻して車内から脱出しようと思えば充分可能であった筈なのに、最後まで被告人の隣座席に居続けたとみて、被告人に「行為支配」があったと判断した上で、不可罰の「自殺幫助」として「無罪」を言渡した原判決を破棄し、二一六条の成立を認めたのである。ここでは、果たして、被告人に「受託殺人」の行為支配が認められるかどうかが問題となる。第一刑事部判決では、「殺人と自殺幫助」の区別が争点であったのに対して、第二刑事部判決では「受託殺人と自殺幫助」の区別が争点で、いずれもドイツ刑法の下で、考えられる一つの解決であるといわざるをえないが、わが刑法二〇二条の下では、両事案共すくなくとも「自殺幫助」成立の点に問題はないのであり、ただ、第二刑事部判決の事案につき、被告人は委託を受けて少女を「殺した」とみてよいかどうかだけが残されることになるものと思われるのである。⁽¹⁴⁾

しかし、刑法二〇二条の下でも、第二刑事部の事案は、やはり受託殺人罪たりうるのではないかが理論的に問題となる。死亡した少女は、「一緒に死のう」としただけではなくして、「一緒に死なせて」と懇請したことになるのではないかという疑問が生じるからである。そうだとすると、第二刑事部の結論に達することも可能となる。⁽¹⁵⁾ G・シリ

グも、自殺と他殺の共同正犯という観念の可能性を示唆する。⁽¹⁶⁾ 行為支配の共有というわけである。したがって、生き残った被告人は、わが刑法上は、二〇二条後段の「受諾殺人」で、前段の「自殺関与」ではなくなる。二〇二条前段と後段の区別は、理論的には大きな問題なのである。

ところで、「受諾殺人」について、「無罪」を言渡した判例がある。一九八四年七月四日の連邦裁判所第三刑事部判決⁽¹⁷⁾である。事案は、動脈硬化や膝関節炎等で歩行が困難な七六歳の老女が、死別した夫の許へ行きたいと遺書を残し、モルヒネ・睡眠薬を服用して自殺を図ったのを発見した、かねてからの家庭医が、夜半から翌朝七時頃迄、死の床の傍に付き添って臨終を見守っていたというもので、同女はかねて延命措置を嫌い、医師もそれを熟知し、前夜往診して同女の自殺行為を発見、翌朝まで付き添ったというのである。第三刑事部は、事案が、さきの第二刑事部判決のそれとは違って、「一緒に死のう」でもなければ「早く楽にして」でもない、みずからの劇薬施用、すなわち、「自殺行為性」の濃厚な行為を、「受託殺人」の前提行為としてとらえた上で、無罪を言渡したもので、ここに同判決の特徴が窺われるが、ここでも、「行為支配」の転換⁽¹⁸⁾が認められ、家庭医にそれが移ったことが前提となっているといわざるをえない。その上で、さらに、第三刑事部は、家庭医の「良心的決断」を尊重し、結局は、救命手段を求めることは期待できないという判断を示したことになるものと考えべきである。⁽¹⁹⁾

しかし、「自殺関与」の場合といえども、「受諾殺人」の場合と同様、「死を思い止どまらせる」ことが「期待される」程度は、自殺者の「心的重圧」との比較において、極めて高いといわなければならない。にも拘わらず、老女の選択を尊重して救命措置に出なかったのも「赦される」とすることは、自殺幫助を可罰的とするわが刑法の下でも充分可能なのである。つまり、自殺幫助か受託殺人かは、「適法行為の期待可能性」に関する限り、大きな問題ではないのである。⁽²⁰⁾

四 以上の検討の結果、ドイツでは、「自殺関与不可罰」の前提の故に、敢えて問題を、「殺人」ないしは「受託殺人」に移し換えて考え、「行為支配」を簡単に「死者」から「行為者」に移転しようとする傾向が強いことが窺われる。⁽²¹⁾そこで、「自殺関与不可罰」の前提そのものの再検討の必要性が自覚されるのである。

ヴェルツェルも明言しているように、「自殺」も「法益侵害」であるから、制限従属形式・違法共犯論の下では、自殺関与も、当然「共犯」たりうる筈である。しかし、自殺処罰規定はない。ヴェルツェルは、それ故「自殺関与」を不可罰であるとし、⁽²²⁾シユミットホイザー、プリンゲバートは、自殺も他殺と同一の不法構成要件に該当するから、自殺関与は殺人の構成要件実現への共働として、「殺人罪の共犯」たりうる⁽²³⁾と考える。しかし、処罰規定に欠けるということは、「犯罪構成要件」に欠けることを意味するべきであるから、「自殺罪」の構成要件は定立されていないと考える⁽²⁴⁾はかばかしい。すでに検討したように、典型的に、「適法行為の期待可能性」に欠けるといふ決断が、構成要件化を阻止したのである。「正犯なき共犯」を認めることは可能であるが、「構成要件なき共犯」を肯定することは刑法上は不可能であろう。⁽²⁴⁾したがって、ドイツでは、現行法上、自殺関与は共犯たりえないと解さざるをえないのである。そこで、独立罪としての「自殺関与罪」の新設が提案されるわけである。

すでに古く、リストやゲルラントは、自殺関与罪新設に積極的であったといつてよい。⁽²⁵⁾そして、自殺関与処罰が、刑法近代化の方向であるとして、比較法的考察を行い、「独立罪(delictum sui generis)」としての自殺関与罪の新設を示唆したことであった。⁽²⁶⁾さらに、「代案」二〇三条は、一八歳未満の少年や心的障害者の自殺を阻止しなかった者を処罰し(一項)、刑だけを減軽しうるもの(二項)とする提案にでたのである。⁽²⁷⁾また、ヒルシュは、わが刑法二〇二条を評価する態度を表明している。⁽²⁸⁾

二〇二条には、さきにも指摘したように、前段と後段の一括が、特に自殺幫助と受託殺人と理論的区別の妨げとなつ

ているという問題があるが、わが刑法が、「自殺関与処罰」をすでに一〇〇年以上も前に明確に宣言していたという点で、比較法的にも、注目に値するものがあつたといわなければならぬ。⁽²⁹⁾ そもそも自殺が「法益侵害」でないとするならば、「自殺関与」を処罰することは、「罪刑法定主義」に反する「いわれなき処罰」なのである。ただ自殺幫助か受託殺人かは、刑法二〇二条の解釈論として重要でないとするだけでは、理論的には妥当ではないのである。「代案」一〇三条のような立法態度が望まれる。また、受託殺人未遂の場合、生き残った被殺者は、囑託殺人未遂の教唆犯たりうるかどうかにも、問題がある。後に触れる。

五 それでは、「自傷関与」はどうか。

わが刑法二〇四条の文言はともかくとして、「自傷」が処罰されないのは、「他人傷害」に限走するドイツ刑法二二三条と同じであると解されている。すでに指摘した通りである。したがってこの限り「自傷関与」も傷害罪の關係では不可能である。また、「受託傷害」は、「受託殺人」と異り、処罰規定を欠く。しかし、それは二〇四条に該当するが、刑法三五条により違法阻却されるかどうかの問題となる。「自殺教唆」に対応する「自傷教唆」は、仲間を裏切つた詫びの印に「指をつめろ」と詰寄る場合などにみられるであろうが、自傷者は勿論不可罰であり、二〇二条のような規定がない以上、教唆者も不可罰といわざるをえない。尤も、教唆者に傷害罪の間接正犯や強要罪が成立する場合があることはいうまでもない。「自殺幫助」に対応する「自傷幫助」としては、場所・道具を提供するなどの「指つめ」支援などが考えられるが、処罰規定がない以上、やはり、現行法上は不可罰である。

「自傷教唆」にしろ「自傷幫助」にしろ、いずれも、「人間の尊厳」を傷つけるものといわざるをえないが、法は処罰を断念したものと考えるべきである。⁽³⁰⁾ したがって、法が処罰価値を肯定せざるをえないと決断したような重大な場合

に対処するためには、後ほど触れるが、ゲルラントが提案していたように、「独立罪」としての「自傷関与罪」を新設する必要が生じよう。しかし、そのような決断を必要とすることが刑事政策上妥当かどうかは、なお慎重な検討に俟つべきである。さきにも一言したように、法は「弊風」を傍観してはならないが、その限界の検討である。

尤も、さきにも検討したように、「自傷」を生じさせるような汚染食品や不良化粧品等の提供などは、特別刑法の問題となり、被害者が「自傷」したときは、「業務上過失傷害罪」を成立させることになる。提供者は、「他人に自傷」すなわち「傷害」を与えたからである。麻薬提供者等にも、同様の考量が可能である。わが国では、麻薬・覚せい剤等による「中毒」を「傷害」とみない傾向があるが、反省の必要があろう。故意に麻薬類等を「譲り渡す」行為は、傷害罪を成立させることがあるとすべきであろう。

六 「受託傷害」の関係で、若干補足しておきたい。手術の依頼を受けた外科医が手術を行うような場合、優越利益が確保されたときは、正当な医療行為として、刑法三五条により違法阻却されることは、さきに指摘した。しかし、逃亡中の犯人が人相を変えるために行った整形手術や特異な価値観からする美容手術等が、この観点から違法阻却されるかどうかは、極めて問題であるといわなければなるまい。また、身体の一部を売り渡すことなども、同様に考えられるであろう。かような場合にまで、「承諾」を得て行われた「傷害」であるという理由で許されるといつてよいかどうかである。

フリッツシュは、「自律」尊重の見地を強調して、「公序良俗」に反する「承諾傷害」の違反性阻却を拒否するドイツ刑法二二八条を批判し、「善良の風俗 (gute Sitten)」に反するからといっても、承諾に基づく傷害は許容されるべきであると主張する。⁽³¹⁾最近では、このような傾向が強いといえよう。⁽³²⁾したがって、フリッツシュによれば、傷害を伴った器

官の売買も自由化されうることにもなりかねない。⁽³³⁾

しかし、すでに確認したように「自律」は「他律」の一部である。⁽³⁴⁾「生命」を支える「身体」を「個人」の処分に委せることは許されないと考えるべきである。身体に対する義務は、一個人の選択によって解除されるべきではないのである。カントの指摘にもあつた通りである。ドイツ刑法二二八条が、「人倫・良俗」に反する行為の承諾を認めないのは、当然のことであるといわなければならない。⁽³⁵⁾そして、判例も、「人倫・良俗違反」かどうかを極めて厳格にしほろうとするのである。⁽³⁶⁾わが国でも、「承諾」の動機・目的・手段とか、「傷害」の部位・程度などを総合的に検討して、「許容」されうるものかどうかを決しなければならぬとする著名な最高裁判例があることは、すでに周知の通りである。ドイツ刑法二二八条を、わが判例は肯定するわけである。

このような場合には、さらに、「受傷者本人」にも「傷害罪」の共犯が成立するのではないかという問題も生じよう。「自傷関与」では、実行行為者（自傷者）が不可罰であるから、その関与も共犯たりえないということになるが、「人間の尊厳」を害する傷害依頼者は、正犯（傷害実行者）を作出し、これに関与するわけであるから、現行法上、共犯たりうることに理論的支障はない。ただ、受傷者は「被害者」であることに変わりがないのに、なお、「加害者」としての「共犯」たりうるというのは何故かが問題となる。

問題解決の鍵は、やはり、「身体の安全」・「健康」という法益に関する認識にあるといわなければならない。この法益は、一個人の自由な処分を許さない「タブー」であるという認識が、「傷害依頼者」の行為を傷害教唆罪・傷害幫助罪たらしめる根拠となるのである。⁽³⁸⁾「傷害依頼者」は、他人から傷害を受けたという限りで「被害者」であるが、自己自身の身体に対する自己自身の義務に反して受傷を求めたという面では「加害者」なのである。偏った「自律論」や極端な「自己責任論」に依拠して「自傷」も「受傷の承諾」も自由であると考えざるべきではないという認識に立つこ

とである。⁽³⁹⁾このような見地から、受傷依頼者に共犯の成立を肯定しようとするヒルシユヤオットーの考え方が支持されるであろう。⁽⁴⁰⁾被害者と第三者の共同正犯を論じるシリングの見解は、⁽⁴¹⁾ここでも貴重である。

さきに援用した最高裁判例は、交通事故を装い、過失により「傷害」を与えたかの如く仕組んで人に傷害を与え、保険金を騙取しようとしたという事案に関わるものであるが、「受傷者」と「加害者」の間に、「傷害」を手段とした保険金詐欺の合意が形成されていたとするならば、「受傷者」も受傷を求めた「傷害関与者」の地位を占めることになるものというべきである。しかし、事案からは、両者の間にこのような合意があったかどうか審らかではないといわなければならない。⁽⁴²⁾

七 ところで、さきに留保した「受託殺人未遂教唆」では、殺人依頼者は、犯してはならない法益を消滅させることを懇請している。それが失敗したからといって「許される」いわれはない。しかし、懇請せざるをえなかった本人の心的重圧；心情は、自殺者のそれと変わるところがないといえよう。したがって、殺人依頼も、「自己の生命」に関わる場合に限り、「適法行為の期待可能性」に欠けるといってよい。⁽⁴³⁾

これに対して、「傷害依頼」が、「自己の身体」に関わる場合であっても、「期待可能性」に欠けるなどとは到底いえないであろう。勿論、「優越利益」を求めて手術を依頼するような場合は別である。しかし、その場合は、すでに違法でないのである。手術医に刑法三五条の適用があり、受傷者も、「身体の安全」「健康」取り戻したことにより、法的非難の対象になりえないことになるわけである。

問題は、「詫びの印し」に指を切断しようとする者の依頼に応じた医師がいたような場合であるが、さきの最高裁判例の立場から、この医師に「傷害罪」が成立すると共に、依頼者にはその教唆罪が成立すると考えるのが筋道という

ことになるが、受託殺人の場合と同様、「受託傷害」も、普通傷害に比較して、その「不法」は減少するものといわざるをえないのであって、それに対応する「傷害依頼」も、著しく「不法」を減少させ、傷害教唆罪の「可罰的違法性」を否定させることになったと考えるべきではなからうか。⁽⁴⁴⁾つまり、受託殺人依頼者については「期待可能性」を欠き、優越利益を求めた受傷者については「違法性」を欠くという理由で、それぞれこれを処罰するべきではないが、「公序良俗」に反し、「人間の尊厳」を害する「傷害依頼」については、それにも拘わらず、「可罰的違法性」を肯定するまでもないと法は決断したのではないかと思われるのである。刑法二〇二条に対応する「自傷関与」・「受託傷害」規定が存在しない現行法の下では、このように考えるしかないが、自傷関与については、さきに一言した「独立罪」の規定、⁽⁴⁵⁾受託傷害については傷害罪の「減輕類型」規定の新設等の是非⁽⁴⁶⁾を検討する必要があるのではなからうか。

最近特に関心を集めている「エイズ」罹患に纏わる問題についても、この関係が議論される。「エイズ・ウイルス」に汚染されていることを覚知する者が、敢えて性交に及んだ結果、相手に「エイズ」を感染させた場合、相手が事情を知らずに性交に応じたときには、感染させた者が「傷害罪」の責任を負うべきあるか、⁽⁴⁷⁾相手が罹患を受容して性交に応じたときは、被害者は「自傷」に出たことになるであろう。この場合、加害者は「自傷関与」に止どまるとして不可罰なのか、「受託傷害」として「公序良俗」違反の故に有罪たりうるのか、あるいは「有効な承諾」を得たものとして傷害罪の違法阻却が可能か、深刻な問題が生じるであろう。⁽⁴⁸⁾感染予防対策の法的整備が必要となる可能性もある。⁽⁴⁹⁾

いずれにしても、「自傷」・「受託傷害」は、法の関心をより強めるべきではあるまいか。⁽⁵⁰⁾

注

- (1) F. Chr. Schroeder, ZStW. 106, S. 574
- (2) H. Gerland, Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden, VDA. Bd. II, 1908, S. 503.
- (3) E. Schmidhäuser, Welzel-Festschrift, S. 810 ff.
- (4) Das Criminal-Gesetz=Buch für das Herzogthum Braunschweig, 1840, § 147, S. 271.
- (5) 受託殺人罪の歴史について、Libel-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25 Aufl. S. 471.
- (6) AE, Besonderer Teil, I, 1970, § 101, S. 21
- (7) 内田文昭「法益侵害と行為無価値の諸問題」神奈川法学四〇巻三号二八頁以下、八一頁以下、同・概要中巻二八頁。さらに前出、三・二注(24)。
- (8) 一八四〇年ブラウンシュヴァイク刑法典一四八条は、自殺教唆罪(一年以上の強制労働)と自殺幫助罪(一年以上の軽懲役)を区別して規定した(CGB, für Braunschweig, 1840, § 148, S. 271)。これに対して一七九四年プロセイン普通ラント法八三四条は、受託殺人と自殺幫助を六年以上二〇年以下の懲役に処していたのである。しかし、一八七一年帝國刑法典は「自殺関与」の規定を置かなかった。受託殺人との区別が不可能と考えられたのではないかとされる(Libel-Schmidt, 25 Aufl. 471)。
- (9) しかし、人はみずからを殺しうる(Libel-Schmidt, 25 Aufl. S. 461)。それは法益侵害のみならず(H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 281)とこういふを看過してはならない。(I. Kant, Metaphysik der Sitten, S. 417 ff.)。そして「共犯」の実体は「間接的・第二次的法益侵害にはかならないことを改めて想起しなければならない(内田・概要中巻四三六頁以下)。それ故にこそ、わが刑法二〇二条前段は自殺関与を処罰しようとしたと考えるべきである。ただし、法益侵害への関与なしには「共犯」はありえないと考ええるのが「不法共犯論」にはかならないからである。なお、山中恵一・刑法各論「第二版」(平二二)二三頁以下。
- (10) 団藤重光・綱要各論「第三版」(平二)三九九頁、平野龍一・刑法概説(昭五二)一五八頁。
- (11) BGH, Str. Bd. 2, 1952, S. 150 ff. 154 ff. 191 ff. W. Gallas, Beiträge, S. 168 ff. 191 ff. H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 281; E. Schmidhäuser, Welzel-Festschrift, S. 801 ff.
- (12) ヴェルツェルは、事案を「自殺幫助」として捉えるが、保障人の不作為はすべて「行為者性に基づく正犯」とされなければならないというのであるから、その限りで、第一刑事判決と結論を一致させるであろう(H. Welzel, 11 Aufl. S. 206 ff. 221 ff. 281)。なお、内

田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法學三四卷三二頁以下。

- (12) E. Schmidhäuser, *Welzel-Festschrift*, S. 808 ff. 821 f. なる「Arzt-Weber, *Strafrecht*, Besond. T. S. 102f. [G. Arzt].」もなみに、一九五九年五月一五日の連邦裁判所第四刑事部判決 (BGH, Str. Bd. 13, 1960, S. 162 ff. 167 f.) も「自殺関与は作為のときは不可罰なのに、保障人の不作為のときは容易に正犯とされる」との不都合を意識し、「主観的な『支配意思』が認められる場合に限り「正犯」たりうる」とする修正を要請しなした。
- (13) BGH, Str. Bd. 19, 1964, S. 135 ff. 137 f. の「H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl. S. 281, 286; E. Schmidhäuser, *Welzel-Festschrift*, S. 802; H. Otto, *Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung*, Tröndle-Festschrift, 1989, S. 157ff. 160 ff.; F. Chr. Schroeder, *ZStrW*, 106, S. 574 ff.; Arzt-Weber, Besond. T. S. 99 ff. [G. Arzt].
- (14) LK, 11 Aufl. 2001, § 216 Rdn. 12, 15 [B. Jähnke].
- (15) アルツトは「死亡した少女も」「行為支配」に欠けたわけではないし、「殺してもらう」という「心理学的傾き」に身を任せたことが、受諾殺人を肯定させたゆえんであると考える。Arzt-Weber, Besond. T. S. 100 f. [G. Arzt].
- (16) G. Schilling, *Abschied vom Teilnahmeargument bei der Mitwirkung zum Selbstmord*, JZ, 1979, S. 159 ff.
- (17) BGH, Str. Bd. 32, 1984, S. 367 ff. 370 ff. の「K. Kutzer, MDR, 1985, S. 710 ff.; D. Dölling, *Suizid und unterlassene Hilfeleistung*, NIW, 1986, S. 1011; RD, Herzberg, *Der Fall Hackethal*, NJW, 1986, S. 1635 ff. 1639 ff.; Arzt-Weber, Besond. T. S. 104 [G. Arzt].
- (18) BGH, Str. Bd. 32, S. 374.
- (19) Arzt-Weber, Besond. T. S. 104 [G. Arzt]. なる「K. Kutzer, MDR, 1985, S. 711 ff.; OLG, München NJW, 1987, S. 2940.
- (20) けだし、わが刑法上においても「自殺関与者」に対して「適法行為の期待可能性」を求めることは充分可能であるにしても、ときには、その者の「良心的決断」を尊重してしかるべき場合がありうるからである。実行者の行為に関する「期待可能性」は自殺者と受諾殺人者とで相違するものがあるが、関与者の関与行為のそれについても、別個に判断しなければならぬわけである。内田・概要中巻三二〇頁注 (12)。
- (21) 「行為支配」が肯定されるときには、殺人・受諾殺人の「正犯」たりうるが、「行為支配」に欠けるときには、「不可罰の自殺補助」に止まるからである。よきに引用した連邦裁判所判例がこのことを如実に示しているといえよう。なお、H. G. Meister, *Zur Abgrenzung der Beteiligung am Selbstmord von strafbaren Tötungsdelikt*, GA, 1953, S. 166 ff. 尤も、ドイツ刑法二三三條の緊急救助義務

- 違反罪成立の可能性はあるが、自殺関与と性質を異にするとは当然である。BGH Str. Bd. 6, 1954, S. 147 ff.
- (22) H. Welzer, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. S. 280 f., 286.
- (23) E. Schmidhäuser, Welzel-Festschrift, S. 810 ff., 815 ff.; P. Bringewat, ZStW, 87, S. 639 ff., 644 ff.
- (24) 「正犯なき共犯」とは、「実行行為者」が、法技術的な意味で「正犯性」を欠く場合であっても法益侵害に加担した者は「共犯」たりえないわけではないという問題であるが(内田・概要中巻四六六頁注(8)・四七二頁注(6))、「構成要件なき共犯」とは、「処罰価値のない行為」への加担をもなお処罰しうるかという問題であって、これは否定されなければならないのである。わが刑法二〇二条の「自殺関与」は、「正犯なき共犯」を規定しているが、ドイツ刑法は、「自殺関与」の処罰規定を欠くが故に、「構成要件なき共犯」を考えざるをえないのである。しかし、自殺という「異常な行為」への加担と通常の「社会的営み」への関与との間に存在する懸隔を直視する必要がある。
- (25) F. v. Ligt, Verbrechen und Vergehen wider das Leben, VDB, Bd. V, 1905, S. 1 ff., 133 ff., 135 ff.; H. Gerland, VDA, Bd. II, S. 520 ff., 529 ff.
- (26) しかし、わが刑法二〇二条の「自殺関与」については触れるところがある(H. Gerland, VDA, II, S. 514)。なお、リストは、「誇り高き自殺」に対する「生命軽視」を指摘する(F. v. Ligt, VDB, V, S. 139) 前出、一注(2)。
- (27) AE, BT, I, S. 21 f.
- (28) H. J. Hirsch, Welzel-Festschrift, S. 794 Aum. 62.
- (29) 旧刑法三三〇条は、一七九四年プロンセン普通ラント法八三四条や一八四〇年ブラウンシュヴァイク刑法典一四八条の流れを汲んでいたと見よう。内田・各論【第三版】一八頁注(10)。
- (30) 自傷も「人間の尊厳」を害するとのカントの理解については、前出、四一注(44)。したがって、「人倫律」に反する「法益侵害」であることについては、前出、四一注(49)、後注(34)(35)。にも拘わらず「可罰的違法性」に達しないことがあることについては、前出、四一注(47)。
- (31) W. Frisch, Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung, Hirsch-Festschrift, 1999, S. 485 ff., 488 ff.
- (32) R. Schmitt, Maurach-Festschrift, S. 113 ff., 120 ff.; ders., § 226 a StGB ist überflüssig, Schröder-Gedächtnisschrift, 1978, S. 263 ff.; Arzt-Weber, Besond. T. S. 148 ff. [U. Weber]; Maurach-Schroeder-Matwald, Besond. T. I, S. 100 ff. [F. Chr. Schroeder], xv, 5, 17.

後注(59)。

(33) W. Frisch, Hirsch-Festschrift, S. 503 Anm. 63.

(34) W. Mahhofer, Vom Sinn, S. 22; Arth. Kaufmann, Schuldprinzip, 2 Aufl. S. 118 ff. *以下*に、前出、四・一注(80)、後注(36)。

(35) ヒッペルは、一九三三年改正によつて導入された旧二二六条(現行二二八条)に先立って、公序良俗に反する身体傷害の違法性を肯定し、違法阻却を拒否する立場に立った。そして、美容のために健康な歯を抜いて義歯に替えた歯科医に傷害罪の成立が認められたことを報じた新聞を指摘した(R. v. Hippel, Strafrecht, II, S. 245 ff., 247 Anm. 4)。フリッツシュの反対にも拘わらず、ヒルシュは、社会的混乱を避けるためには二二八条は無用ではないと強調する(LK, 11 Aufl. 2001, § 228 Rdn. 2, 6 [H. J. Hirsch])。以下に、後注(50)。(36) 伝統的な学生同士の「ぶつかり合い」(決闘)は、防護策を用い、ルールに従つて行われる限り、軽傷を負う者がいても、一般に大目にみられるものであつて「良俗違反」とはいえないとする一九五三年一月二十九日の連邦裁判所第五刑事部判決(BGH, Str. Bd. 4, 1954, S. 24 ff., 36)を挙げておきたい。ヒルシュも、「良俗」のこのような限定づけの必要性を求めている(LK, 11 Aufl. § 228 Rdn. 2 [H. J. Hirsch])。尤も、傷害の「軽微性」を「良俗」に反しなごとの前提とするかに窺われる点に於ては疑問であるところ。かつ、ヴェルツェルが、このような疑問を表明してゐた(H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. S. 97)。「か」、傷害の程度が重大であるときには、「大目にみれない」のは当然であらう。

(37) 最決昭和五五年一月一三日刑集三四卷六号三九六頁。

(38) 「自傷関与」と違つて、「受託傷害」が傷害罪を成立させることについては疑問はない。「依頼者」は、「傷害」を依頼したのであるから、その傷害が「自己の身体」に生じた場合であつたとしても、「傷害関与」であつて、決して「自傷関与」ではない。両者の混同は許されない。問題は、一方で「被害者」、他方で「加害者」となることの説明である。

ロクシンは、なにびとも自己の法益を「刑法的に重要なかたちでは害しえなご」とごう(C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. II, 2003, S. 130, 137, 142 ff.)。「他人の生命・身体」のみが「タブー」であると考えられるロクシンの立場(前出、四・一注(31))の帰結としては一貫しているといえようが、われわれの立場では否定せざるをえない。「刑法的に重要なかたちでは侵害しえない」というのも曖昧である。すでに明かなように自殺も自傷も法益侵害であるが処罰されない。加害者と被害者が一致したのである。しかし猥褻物購入者は「被害者」の市民としては処罰されないが、当該猥褻物販売の「教唆者」としては、刑法一七五条の「正犯」に加担した「加害者」として可罰的たりうる(内田・概要中巻四二五頁)のと同様、傷害の被害者も加害者(正犯)と共働することによつて傷害罪の加害者(共犯)

- たりうるのである。ただ、生き残った受諾殺人依頼者は「期待可能性」の欠如により処罰されず、受諾傷害依頼者は、受諾傷害の正犯に加担した共犯(教唆犯)たりうるという違いが生じるわけである。いずれにせよ、被害者も、状況の変化によって加害者になりうることを看過してはならない。即ち、「刑法的に重要なかたち」で自己の法益侵害に関与することが可能なのである。後注(40)(41)。
- (39) 「自律」と「他律」を極端に対置するものとしては、G. Simson, *Schwinge-Festschrift*, S. 102; C. Roxin, *Dreher-Festschrift*, S. 339. 「自己責任論」の見地から、自己の責任に基いて「自傷」に出る者に加担した第三者は、その者が「行為支配」を握らない限り、「不可罰」に止むべきとするものについては、U. Neumann, *Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des Opfers*, JA, 1987, S. 244 ff. 256. さらに、余りにも自己を主観的に「孤立させる」ものといわなければならぬ。
- (40) H. J. Hirsch, *Welzel-Festschrift*, S. 797 ff.; H. Otto, *Lange-Festschrift*, S. 213.
- (41) 受傷者は、自己の法益を損った者としては「被害者」であるが、傷害者に共働した者としては傷害罪の共犯者として「加害者」の地位を取得する。シリリングの立場では、傷害の共同正犯が考えられるであろう。G. Schilling, *Iz*, 1979, S. 160 f.
- (42) 即ち、保険金詐欺の共謀者以外の者に傷害を負わせたのではないかという疑いがある。刑集三四卷六号四〇六頁以下。
- (43) 前出、四・一注(33)。そして、このことと、受託殺人の不法減少(前注(6))との間に不調和はないことに注意しなければならぬ。ただし、死を求める者の「絶望感」と殺人者の「不法」とは、一致する必要がないからである。
- (44) ここでは、加害者の「不法」が、被害者の「不法依頼」によって「低下」することになる。「傷害の不法」は、「殺人の不法」に較べて大きな幅をもつことになるといわれるべきである。
- (45) H. Gerland, *VDA*, II, S. 520 f. 530; H. J. Hirsch, *Welzel-Festschrift*, S. 797 ff.
- (46) 身体の平穩・健康の重要性につき、わが国でも、もつとこし神経質になってしかるべきではないかという見地からは、二〇四条の減輕類型の新設も考慮に値するのではなからうか。それによって、「傷害不法」の質と量につき、社会的自覚を喚起する契機が与えられるように思われるからである。
- ちなみに、一九七〇年の「代案」一一二条四項は、同意に基く不妊手術・去勢が違法阻却されることを前提としながら、二五歳未満の者に対して行われたような場合等には「不法減少」に止まらるものとして、「三月」の「日数罰金」に処することを提案したのである(AE, § 112 Abs. 4, S. 53)。さらに、格闘技等の際の「傷害」等についても、検討されてよいのではなからうか。
- (47) BGH, *Str. Bd.* 36, 1990, S. 1 ff., 16 ff.; Maurach-Schroeder-Maiwald, *Bessond.* T. I, S. 121 [F. Chr. Schroeder].

- (48) 受傷者が、みずからの「行為支配」に基いて性交に応じ、感染した場合は、「自傷」に出たのであって、相手は「自傷関与」に止まるとする判例があり (Bay OLG, JR. 1990, S. 473 f.)、これに賛成する学説も有力である (D. Dölling, JR. 1990, S. 474 ff.; Maurach-Schroeder-Maivald, Besond. T. I, S. 116 [F. Chr. Schroeder]). したがって、この「行為支配がいずれの側に認められるかが決定的な意味をもつことになる。(D. Dölling, JR. 1990, S. 475). しかしながら、この種の事案では、ドエーリングも認めるように「行為支配」が双方にあることが多いであろう。にも拘わらず、「自傷関与」に止まるとすることには問題があるろう。前注(21)。なお、H. Otto, Tröndle-Festschrift, S. 166 f. 以下に、「エイズ患者」の性交がもたらす「傷害」が、「公序良俗」に反して違法を阻却しないかどうかにも疑問がある。ただし、「性交」は、「一三歳以上の者にとっては自由であり、いわゆる「自己責任」に任されているといわざるをえないし、エイズ患者の性交を「禁止」する法規も見当たらない(次注(49))といえようからである。ちなみに、「シエーネマン」は、この「法から解放された領域」を問題にするが、それは「法規制」の欠如を意味するだけである。B. Schunemann, Die Rechtsprobleme von Aids, Eser-Festschrift, 2005, S. 1141 ff., 1143, 1144 f., 1148 ff.
- (49) ドイツでも、「性病患者」の性交を禁止する法規はみられるが、「エイズ患者」のそれは存在しないといわれる。Arzt-Weber, Besond. T. S. 153 [U. Weber].
- (50) ロクシンは、「教科書・総論 I (第四版) の「序文」において、ドイツ刑法二二八条の「良俗違反」と「受託傷害罪違法阻却」の關係につき、前者は後者を否定する根拠たりうるかどうかに関する学説・判例の展開が、版を新たにさせる大きな理由であったと明言する (C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4. Aufl. Vorwort VII)。しかし、問題領域の詳細な分析にも拘わらず、「行為の自由」を強く保障しようという基本的な姿勢(たとえば、前出、一注(19)。なお、前出(31)(32)はこれを堅持し、「良俗違反」は「社会的有害性」を伴う場合に限って、「違法阻却」を否定する根拠たりうるに止まるという結論に達している (C. Roxin, Strafrecht, Allg. T. I, 4. Aufl. S. 558 ff., 562)。
- だがしかし、「弊風」即ち「良俗違反」を助長する風潮は、常に社会的に「有害」であると考えるべきであろう。前出、二注(25)、四・一注(50) — (52)、前注(30) — (37) (46) (48)。
- そして、この意味では、内田・各論(第三版)三二頁注(3)が、「公序良俗」の刑法的意義につき、消極的に過ぎたことをも反省 (内田・神奈川法学四〇巻三号二〇頁以下) しなければならぬと考えている。

五 結論

一 法治国家においては、法の管轄に属する事柄について、「法から解放された領域」を認めることはできない。いみじくも、ヒツベルが指摘した⁽¹⁾ように、法から解放された領域で社会生活を送ることは、空気の無い地球で生きることと同様、不可能なのである。自己保存欲求の飽くなき追求がもたらす禍を調整するため、刑法は、一定の禁止・命令を発する⁽²⁾。人は、憲法をはじめ、多くの法の下で社会生活を営むことになる。

しかし、刑法では、かねて「カルネアデスの板」や「転轍手事例」が、許されはしないが「禁止」されもしない領域、即ち「刑法から解放された領域」にあるのではないかという議論が盛であり、さらには、「自殺」・「自傷」も、そもそも構成要件の「禁止」から除外されているが故に、「刑法から解放」されているといわざるをえないと考えることも可能であった。

二 たしかに、以上の諸例は、外観上、「法から解放された領域」にあるかにみえる。しかし、それは「法の空白」によるものではない。「法の承認」という実質に支えられた刑法的思考の産物なのである。

「自殺」・「自傷」は、「法益侵害」であり、「処罰価値」があるが——それ故、自殺関与は罰せられ、他人に影響を与える自傷も特別法で罰せられる——、「自殺」は「生物としての人間の脆弱さ」の故に「生きる義務」の履行を期待することが困難であるため、また、「自傷そのもの」は「私事」であることが多いため、「画一的」に構成要件の外側に置かれたもので、刑法の歴史そのものであるといつて過言ではないであろう。

一方、「カルネアデスの板」や「ミニョネット号事件」は、「優越利益のための緊急避難」ではない。しかし、「自己

保存欲求」の貫徹が、ここでは「優越利益」に代わって、「通常人」に「許される」のである。ヒルシュには、この視点が欠けているといわざるをえない。⁽³⁾

また、「転轍手事例」では、少人数ではあっても、その人達の至高の「生命」を犠牲にしている。到底優越利益を守ったとはいえない。転轍手の自己保存欲求の具現でもない。しかし、「最少被害」に止どめたこともたしかである。転轍手の立場に置かれた者は、みな彼と同様の行為に出たに違いないというヴェルツェルの見解は、正当である。⁽⁴⁾しかし、それは、「一般的期待可能性」の欠如を示すのであって、転轍手の特殊個人的事情を斟酌するまでもないことなのである。したがって、「真正の期待可能性」の欠如故に「赦される」わけではないと考えるべきである。ヴェルツェルも、わが刑法三七条が想定する「緊急避難」ならばこれを「違法阻却事由」とするのではなからうか。

注

- (1) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, I, S. 7.
 (2) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, I, S. 7.
 (3) ヒルシュは、生命・身体の「タブー」を強調し、生命の質的・量的比較を許さないことの帰結として、多数者のための少数者の犠牲をも認めないから、「転轍手事例」をも違法阻却緊急避難から排除する (JK. 11 Aufl. 1994, Vor. § 32 Rdn. 11 ff. § 34 Rdn. 62 ff. [H. J. Hirsch])。しかし、「最少被害」については、特に触れるところがないのである。
 (4) ヴェルツェルは、転轍手には「社会的非難可能性 (soziale Vorwerfbarkeit)」が欠けると言うのである。H. Welzel, ZStW, 63, S. 54. しかし、ヴェルツェルにとつて、「社会的非難可能性」の欠如とは、「通常人の適法行為の期待可能性」の欠如にはかならないことを看過してはならない。