HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	不作為犯の体系と構造(六)
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，45(3)：589-620
発行日	2009-12-31

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

不作為犯の体系と構造　(六)

吉田敏雄

目次

はじめに
第一章　不作為犯総説
Ⅰ　不作為犯の体系と種類
Ⅱ　真正不作為犯
Ⅲ　不真正不作為犯
Ⅳ　複合的行為態様における作為と不作為
a　作為と不作為の区別
b　同時的全体事象
c　多段階的事象
d　「非難可能性の重点」説
e　作為による不作為　(第44巻第1号)
第二章　不真正不作為犯の構成要件
Ⅰ　客観的構成要件
1　結果回避義務を基礎付ける状況
2　命令された作為の非着手（不作為）
3　命令された作為に着手する事実上の可能性（個別行為能力）
4　結果の発生
5　不作為の因果関係　(第44巻第2号)
6　保障人の地位

(1) 総説
(2) 保障人の地位
a 法令
b 任意の義務引き受け（契約）（第44巻第3＝4号）
c 危険を基礎付ける先行行為
d 危険源責任
e その他（第45巻第1号）
(3) わが国の最近の諸学説
a 先行行為説
b 事実上の引き受け説（具体的依存性説）
c 法益存立の依存関係説
d 物理的危険創出行為、法益・危険源の意識的引き受け説
e 因果経過支配説
f 排他的支配、危険創出（増加）説
g 効率性説
h 機能二分説
i 準作為犯説
(4) わが国の判例
a 法令・任意の義務引き受け（契約）
b 先行行為
c 危険源責任（第45巻第2号）
II 主観的構成要件
1 故意の内容と対象
2 構成要件的錯誤
III 客観的帰属
1 行為帰属
a 等価値性修正
b 消極的安楽死
2 結果帰属
a 相当性連関
b 危険連関
c 仮定的代替適法行為（以上本号）

第二章　不真正不作為犯の構成要件

II　主観的構成要件

1　故意の内容と対象

不真正不作為犯においても、作為犯と同様に、過失犯処罰の規定がない限り、故意の不作為だけが可罰的である。故意の対象は客観的構成要件要素である。特別の故意形態を要求する構成要件がない限り、未必の故意でも十分である。[1] 但し、不作為犯にあっては、作為による結果招来に向けられる実現意欲に代わって、客観的構成要件要素の全部及び切迫している結果発生を回避することが可能であるという事実を認識しながら、不作為にとどまることの意思が必要である。[2]「構成要件の不法結果発生に向けた決断をする」というところに不作為故意と作為故意の共通点がある。[3]

行為者が自分の行為能力を知っていながら、不作為の決断を下す場合においても、作為犯におけるのと同様に、認識と意欲を各別に認定することができる。[4]

「逆転原理」によれば、不作為犯においては、結果を招来する故意というものに代わり、結果を回避する故意というものが欠如しているところに特徴がある。不作為犯には作為犯とは異なり因果経過の目的的操縦というものが存在しない。「不作為故意」には意思要素が欠如する。不作為故意というのは、事の推移のたんなる認識（予見）から成り立ちうるべきもので、行為者はこの事の推移に阻止的介入をしないのだと。[5] しかし、かかる故意というのはせいぜい認

識のある過失を意味するに過ぎない。不作為犯においても、結果「意欲」は不可欠である。内心まったく思いもかけ無いために、自ら介入する可能性をまったく考えなかった者に、故意の不作為犯を認めることはできない。例えば、離婚したい夫が、その妻が水中に転落したことを喜び、妻の死を予期したが、しかし、救助の可能性についてまったく考えが及ばなかった場合とか、寝たばこをしながら眠り込んでしまった泥酔者が、それによって火災が発生し、自分も火傷をして初めてそれに気がつき、あわてて家を逃げ出しが、その際、自ら消火をするとか、第三者や消防に連絡しなかったという場合、故意に命令された作為をしなかったとは云えないのである。(6)

不真正不作為犯においても、三形体の故意がある。目的的故意は、不作為者にとり、不作為構成要件該当事実を実現することこそが狙いであるとき、つまり、不作為の目的が構成要件的結果を発生させることにあるときに認められる。確定的故意は、不作為者が客観的構成要件要素の存在が確実だと考える、つまり、不作為による結果の発生を確実だと考えるときに認められる。未必の故意は、不作為者が客観的構成要件該当事実の実現、つまり、構成要件該当の結果の発生を真剣に可能だと考え、それを認容する場合である。この場合に、不活動の中に発生しうる法益侵害への決断が顕在化するのである。行為者が結果発生の可能性を認識したが、介入しなくとも結果は発生しないだろうと信頼するとき、認識のある過失が認められるに過ぎない。(7) 例えば、不注意運転でモーターバイクと正面衝突した自動車運転者は、その跳ね飛ばされた被害者が傷害に因り致死に至る可能性のあることを認識しながら走り去るとき、殺人の未必の故意が認められる。(8)

故意の対象は客観的構成要件要素のすべてを含む。「不作為」も故意の対象である。すなわち、行為者は、作為義務

を基礎付ける状況が存在すること、行動を起こさなければならないことの認識がありながら、それにもかかわらず、要求された作為に出ないことを決断しなければならない。この認識とこの不作為の決断が欠如する限り、不作為の故意は存在しない。不作為行為者には、一定の短い「認知・熟慮時間」が認められ、これが経過するまでは不作為は故意が欠如するため不可罰である。例えば、轢き逃げした者は直ちに救護義務違反罪に該当するが、その時点では不真正不作為犯の決断はまだ無く、数分後に状況を完全に把握しながら、それにも関わらず直ちに引き返さず、救護しない場合に初めて殺人の故意が認められる。(9)

「保障人の地位」は、客観的構成要件要素であるから、故意の対象に含まれる。保障人の地位はその構造からして規範的構成要件要素である。そうすると、故意の存在が肯定されるためには、保障人の地位の由来する事情を正しく知見し、これの社会的意味を認識するということで十分である（いわゆる「素人圏の平行評価」）。これに対して、保障人の義務は、違法性と同様に一般的犯罪要素であって、故意の対象ではない。行為者が、その直面している事情が作為の法的義務を発生させるという認識をもつに及ばない。(10)

構成要件該当の「結果の発生」も故意の対象である。それ故、一方で、救護行為をすれば結果の発生を避けられる可能性があると考えながら、他方で、少なくと、危険に瀕している者が救護なしには助からないであろうとの未必の故意があって初めて保障人は可罰的になる。(11)

「（具体的）因果過程」は作為犯においては故意の対象ではない。それと同様に、不真正不作為犯においても、仮定

的因果過程の詳細は故意の対象ではなく、全体的表象で足りる。仮定的因果過程は全体評価の問題に関わる予測判断だからである。故意の認定のためには、因果関係があることの「存否判断」だけで十分である、すなわち、要求されている作為を行うならば結果の発生を回避できることの認識及びその結果の発生を意欲しているということで十分である。[12] 結果発生の回避が可能であることの認識は必要であるが、少なくとも、いわゆる「付随共意識(Mitbewußtsein am Rande)」があれば足りる。すなわち、行為者は行為の可能性を漠然とでも認識していなければならない。救助の可能性があることにつきたんに認識可能であったということでは足りない。行為の可能性を現実に認識していない者には、当然ながら、構成要件的結果発生の意欲が認められないのである。[13] 作為の結果犯の場合に、行為者の結果発生の見込み判断が故意の存否に影響を与えないように、不作為の結果犯においても、行為者の結果不発生の見込み判断は重要でない。[14]

「命令されている作為」も詳細にわたって具体的に認識している必要はない。不作為犯者は、結果回避活動ができることを知っているだけでよい、つまり、結果回避可能性自体のいわゆる「一般的認識」があれば足りる。行為者は、特定の具体的救助行為を認識しなくとも、救助が一般的に可能であると考えるとき、既に作為命令規範に直面しているからである。その上で、行為者は、作為に出ない決断をしなければならない。[15]

2　構成要件的錯誤

行為者にその義務を基礎付ける状況の存在を認識していないとき、構成要件的錯誤がある。例えば、人を轢いたことに気づかずそのまま走行し、帰路、その事故現場を通ったときそこに倒れている被害者に気づいたが、そのまま走

り去った場合でも、不真正不作為犯の故意は認められない[16]。

行為者に実際に存在する客観的救助可能性の認識が無いときにも構成要件的錯誤が認められる。例えば、川で溺れている者に向けて浮き輪を投げ込めば助かるところ、驚愕していて浮き輪のありかを思い浮かべなかった者には故意はない[17]。

故意は行為の事情にのみ関係しなければならないのであるから、保障人の地位という構成要件要素においても、行為者の保障人の地位を基礎付ける実際の事情だけが認識の対象である。例えば、父親が川で溺れている者を自分の子だと認識しないとき、父親には、自分と救助を必要とする被害者の間の密接な家族的繋がりという保障人を基礎付ける事情の認識が欠如する。これは構成要件的錯誤であり、過失犯の可罰性だけが残る[18]。

これに対して、行為者が法秩序とは異なった評価をし、保障人の地位を基礎付ける事情を認識しながら、誤って、自分の都合の良いように保障人として介入する義務はないと考えるとき、これは禁止の錯誤である。結果回避義務は規範的構成要件要素ではなく、所為の全体評価、つまり、違法性にかかわるものだからである。これは不作為の命令違反に関する錯誤であるので、命令の錯誤とも呼ばれるが、この錯誤は回避できないときに限って責任を阻却する。例えば、父親が、自分の子どもが溺れているのを認識しているが、その子に水泳講習を受けようにと何度も言っていたのに受けなかったのだから、救助するには及ばないと考えているとき、(避けることのできる)命令の錯誤がある[19]。

不真正不作為犯においては、作為犯におけるのと同じく、期待可能性は責任の問題に位置づけられるのであるが、これと異なり、救助行為の期待可能性も構成要件要素と捉える見解によれば、故意はこれも対象とするになる。したがって、行為者がそのおかれている状況からして自分には適切な救助行為の着手が期待できないとの間違った判断をした場合、構成要件的錯誤が認められることになる。[20]

注

(1) *E. Steininger*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2001, § 2 Rn 108.; *M. Hilf*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., § 2 Rn 132. わが国では、不真正不作為犯の主観的要件として、故意のほかに、「利用する意思」という特殊の主観的要件を要求する学説もあるが（團藤重光『刑法綱要（第三版）』（一九九〇年）一五一頁。藤木英雄『刑法講義総論』（一九七五年）一三四頁）、これは不要である。

(2) *J. Wessels, W. Beulke*, Strafrecht AT, 32. Aufl., 2002, § 16 Rn 732.; *Steininger*, (Fn. 1), 2 Rn 108.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 133.

(3) *K. Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2008, § 18 Rn 125.; *Wessels/Beulke*, (Fn. 1), § 16 Rn 732.; *C. Roxin*, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, § 31 Rn 184 ff.

(4) *Steininger*, (Fn. 1) § 2 Rn 108.

(5) *A. Kaufmann*, Die Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte, 1959, 60 ff., 110 ff., 148 ff., 309 ff.; *ders.* Unterlassung und Vorsatz, von Weber-FS, 1963, 207 ff.; *H. Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11 Auf., 1969, 204 f.

(6) *F. Nowakowski*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 1982, § 2 Rn 31.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 137.

(7) *Roxin*, (Fn. 3), § 31 Rn 185.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 134.

(8) *Kühl*, (Fn. 3), § 18 Rn 130. vgl. BGH NStZ 1992, 125.

(9) *H. Fuchs*, Österreichsches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 37. Kap Rn 68.; *Steininger*, (Fn. 1), § 2 Rn 24.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 138.

(10) *O. Triffterer*, Österreichsches Strafrecht AT, 2. Aufl., 1985, 14. Kap Rn 28.; *Kühl*, (Fn. 3), § 18 Rn 129.

(11) *Fuchs*, (Fn. 9), 37. Kap Rn 69.

(12) *Steininger*, (Fn. 1), § 2 Rn 110. 不作為者が、要求される救助行為をしても結果の発生を回避できないないかもしれないと認識するとき、不作為の因果関係に関して故意が欠如し、未遂の可罰性が排除されるとの見解がある。例えば、がけから転落して重傷を負った妻を救助しない夫が、救助行為に出ても助かる見込みがないだろうと考えているとき、不作為の因果関係の故意が認められず、未遂犯も成立しないと（*Fuchs*, (Fn. 9), 37. Kap Rn 31)。しかし、これは支持できない。不作為者が結果回避の見込みが五〇%あると考えるとき、不作為者はまさにこの可能性で結果の発生を認容しているのであり、未必の故意ある未遂犯を認めるに十分である。*Roxin*, (Fn. 3), § 31 Rn 48.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 136.; *W. Stree, Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 13 ff Rn 149.

(13) *Kühl*, (Fn. 3), § 18 Rn 126.

(14) *P. Cramer, D. Sternberg-Lieben, Schönke/Schröder*, (Fn. 12), § 15 Rn 98.

(15) *G. Stratenwerth*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2000, § 13 Rn 71.; *H.-J. Rudolphi, Rudolphi/Horn/Samson/Günther*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 1992, Vor § 13 Rn 24.; *Kühl*, (Fn. 3), § 18 Rn 126.; *Steininger*, (Fn. 1), § 2 Rn 110.; *Roxin*, (Fn. 3), § 31 Rn 188.

これに対して、カオフマンとヴェルツェルは、不作為犯には作為犯の故意概念に相応する故意というものは存在せず、不作為者には命令された作為の実現方法が認識可能であったということで足りると主張する。その理由は、命令された作為をすることに初めから考えが及ばない冷淡、無関心な行為者を優遇する必要はないというところにある*Kaufmann*, (Fn. 5. Die Dogmatik), 110ff., 309 ff.; *Welzel*, (FN. 5), 204 f. この学説は支持できない。行為の可能性を現実に認識していない者には、構成要件該当行為の決断が見られないからである。それどころか、構成要件の認識から来る警告、つまり、命令された作為を実現せよとの警告が行為者には届いていないのである。他方、具体的な救助行為の認識が必要だとする学説もある。*H. Gössel, H. Zipf*, Strafrecht AT II, 7. Aufl., 1989, § 46 Rn 113. これは過剰な要求であって支持できない。作為に出よとの警告は、行為者が、特定の具体的救助行為の認識がないときでも、救助が一般的に可能であると考えるときにすでに、行為者に届いているからである。*Rudolphi*, (Fn. 15), Vor § 13 Rn 23 f.; *Roxin*, (Fn. 3), § 31 Rn 187 f.

(16) *Fuchs*, (Fn. 9), 37. Kap § 2 Rn 71.

(17) *Fuchs*, (Fn. 9), 37. Kap Rn 72.

(18) *Kühl*, (Fn. 3), § 18 Rn 128.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 140. 川で溺れかかっている自分の子について、その子が自分の子であると気づかないかぎり保障人の地位は生じないとして、過失の不真正不作為犯の成立をも否定する見解もあるが（大谷實『刑法総論（第三版）』（二〇〇六年）七八頁）、これは適切ではない。

(19) *Roxin*, (Fn. 3), § 31 Rn 191.; *Kühl*, (Fn. 3), § 18 Rn 129.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 140.; BGHSt 16, 155 (Großer Senat). これに対して、構成要件的錯誤と見る学説もある。フックス（*Fuchs*, (Fn. 9), 37. Kap Rn 76）によると、保障人義務それ自体は規範的構成要件要素であって、これなしには保障人―不作為犯の犯罪類型的不法が生ずることがが無く、故意を認めるためには、行為者がその社会的意味内容を認識しなければならない。それ故、故意を排除する規範的構成要件要素の社会的意味内容に関する錯誤というものがある。但し、行為者が、危機に瀕している法益を救護する義務が特別に自分に科せられていることを「素人的」すら認識していない場合に限られる。行為者が社会的意味内容を少なくとも素人的に認識しておれば、処罰されることはないと考えても、それは無視されるべき包摂の錯誤であると。

(20) *Stree*, (Fn. 12), Vorbem §§ 13 ff Rn 155.

Ⅲ　客観的帰属

客観的帰属においては、形式的に見て、客観的、主観的に構成要件に該当する行為が、実質的に見ても、刑法規範の否認する危険領域の内にあるのか否かが問題となるのである。すなわち、刑法規範の適用範囲をその本来の適用範囲に限定するという意味において、客観的帰属は形式的に充足された構成要件の目的論的縮減、つまり、社会的に重要な危険領域あるいは規範の保護目的へ縮減することを意味するのである。(1)

1　行為帰属

客観的帰属は伝統的には結果負責と関連付けられ、客観的構成要件における因果関係の検証を補遺す

るもの、つまり、等価説の無限定性を抑制しようとするものだったのであった。等価説が結果負責を自然主義的基準によって基礎付け、客観的帰属がこの負責を規範的基準によって限定したのである。しかし、その間に、客観的帰属論は、この結果関係性から解放され、すでに行為の段階において「社会違反行為」、すなわち、行為の抽象的経験的危険と社会的相当性（許された危険）を問題とするようになったのである。すなわち、行為は、その一般的社会倫理的容認の故に、結果が実際に発生した否かに関わらず、不法内容を有しない場合がある。したがって、その場合、未遂すら認められない。行為帰属が肯定されてはじめて結果帰属の存否が議論の対象となるのである。(2)

a　等価値性修正　客観的帰属は不作為犯においても問題となる。不作為は作為による構成要件該当行為と等価値である場合にのみ、その不法が肯定される。このいわゆる「等価値性修正」によって等価値性が肯定されてはじめて保障人の不作為が可罰的となる。不作為の作為との等価値性では、行為の経験的危険が肯定された後、さらに行為の規範的危険の側面からの検証、つまり、不作為の「社会的意味内容」の検証が問題となる。不真正不作為犯における客観的帰属は、行為者の特殊保障人の地位と関係しており、それに見合った形で、規範の保護目的によって定められる。結果回避のために命令された作為に出なかったことの不法内容が、作為の行為と比較すると、不作為者に法義務を帰属し得ないほど微弱な場合があり、その場合、当該不作為はなお社会的相当性の範囲内にあるからである。(3) 等価値性修正は、保障人の地位がそもそも存在しないときに、これを穴埋めするためのものではなく、(4) 保障人の義務を限定する役割を有する。(5)

等価値性修正は、詐欺罪のように「欺罔」といった一定の行為態様による構成要件実現を要求するいわゆる「行為

態様被拘束犯（Verhaltensgebundene Delikte）」ばかりでなく、殺人罪のように行為と結果の間に因果関係があれば足りる構成要件、つまり、「純粋結果犯」にも適用されるのかが問題となる。否定説は、行為被拘束犯罪では、結果を招来する特別の行為態様は要求されておらず、保障人の義務違反の不作為と結果の発生の間に因果関係の存在が認められれば、それで構成要件該当性の判断には十分だとするものである。[6] しかし、この学説は支持できない。保障人のうっかりした作為義務違反が、純粋結果犯にあって、きわめて軽く、したがって、不作為が作為の不法内容に達していないということがありうるからである。[7]

客観的帰属では、実際に生じた結果とは無関係に、先ず、行為無価値が問題となる。したがって、等価値性が否定された場合、未遂犯すら成立しない。等価値性は責任とは無関係である。責任では、動機の一身専属的、主観的帰属が問題となるからである。[8]

b　消極的安楽死

生命維持措置をとらないいわゆる**消極的安楽死**、例えば、人が生命維持の医療措置を受けることなく死ぬだろうが、しかし、医師又は他の自ら救命義務のある第三者（例えば、親族）が介入せず、したがって、不作為の故に死が生ずる場合が不処罰とされるのは**行為の客観的帰属が否定される**場合である。[9] 生命維持措置がまったく開始されないか又は継続されない場合があるし、その際、殺害を直接の目的とする場合もあるだろうし、間接的に生命を止めることになる苦痛除去のためである場合もあろう。親族や医師といった関係者に生命維持義務があるとき、それ自体殺害に関する構成要件を充足する。しかし、いずれにしても、いわゆる積極的安楽死の場合と異なり、その可罰性は大幅に後

退する。死病患者の治療されたくないという意思が消極的安楽死を不処罰とする中核的要素である。苦痛が非可逆的に死に至る、ないし最終段階にあり、死が切迫している必要はない。患者が治療を受ければ生命を維持できる場合であってもよいのである。治療に関して、個人主義の自律性原理を家父長的原理よりも高く評価する自由な社会においては、患者の個人道徳的決定、**自己決定権**は尊重されるべきなのである。死病者が望まない形で、その者の運命的に免れない死、内因的死因（**自然死因**）を妨げることはその親族や医師の任務ではない。他人から見て、その判断が無分別、それどころか無責任[10]と思われようと、患者の治療拒否権は尊重される[11]。このことは、患者の自己決定権が保障人義務を限定する、つまり、結果回避のための保障人の義務がなくなることを意味する（「保障人義務遮断」）。治療に当たっている医師には患者の「自然死」への権利に応え、これを尊重する不作為の義務が生ずるのである[12]。もとより、逆に、治療を望む患者にあっては、結果回避義務のある医師は、患者を助けたり、延命するために、自分に可能なことはすべてしなければならない。患者はどの道死ぬであろうという仮定的因果関係は無視されなければならない。

命に関わらない病人の場合、不作為が死に繋がるわけではない。医師が、こういった患者の嘱託に応じて死なせること、例えば、餓死させることは「治療行為」の不作為とはいえず、消極的安楽死とは関係がない。不作為による嘱託殺人が成立する[13]。

消極的安楽死は、死病患者の苦痛が非可逆的に死に至る、あるいは、最終段階にあり、死が直接迫っていることを要しない。患者が治療を受ければ生命を維持できる場合であっても、消極的安楽死として不処罰である[14]。逆に、患者が引き続き医師の治療行為を望むならば、消極的安楽死は許されない[15]。患者の明示の意思表示もなく、又、その推定

的意思も認定できないとき、医師は通常の治療義務を負い、消極的安楽死は可罰的である。[16]

一方的治療中止も客観的帰属が否定される場合がある。非可逆的意識喪失者にあっては、多くの場合、治療中止を求める明示の意思表示もないし、その推定的意思を確定することもできないであろう。患者が、なお意識があるときに口頭でまたは書面の指図によって、生命維持を要求していることもあろう。もしも、患者の意思だけが治療の不作為を正当化するとするなら、患者の意思が不明である、あるいは、患者が治療の継続を望んでいるとき、非可逆的意識喪失者にあってはその生命の終わりまで、医療技術的に可能な限り、人工的に生命が維持されるべきだということになろう。しかし、医学的に見て意識を取り戻すことはもはや無いと確実にいえる者、つまり、非可逆的意識喪失者はその生命をもはや精神的に「体験」できないのだという事実（生物学的生命は存在するが、主体的又は社会的死と云える状態）に鑑みると、一方的治療中止を厳格に禁止することには問題があろう。まだ死期は迫っていないが、しかし、永久に意識がないか、ほぼ意思疎通能力のない大脳のきわめて重い障害者（例えば、皮質欠損を伴う大脳損傷によって意思疎通の可能性がなくなったといえる一定形態の失外套症候群）という極端な事例それである。[17] 患者が非可逆的意識喪失状態にあるとはいえない場合であっても、改善の見込みが無く極度に苦しんでいて、医的集中治療でしか生命が維持できないか、もう直に死ぬといえる瀕死者においても、患者の明示の意思表示又は推定的意思が無くとも、それどころか、患者の意思に反しても治療中止は許されよう。人間の生と死の尊厳という観点からは、純粋に生物的生命となった患者を一種の「生きている医学の缶詰」としてその露命をつなげることを命令し、一方的治療中止を禁止することは、人間の尊厳に反するといえよう。このような極端な事情の下にあっては、生命維持措置を継続することの客観的「規範的期待不可能性（normative Unzumutbarkeit）」ということもいえるのであり、[18] 社会倫理的

寛容の見地から、この不作為は作為と同値できないのであり、結果回避の法的命令はできず、したがって、作為への法義務、つまり、保障人義務は否定され、結局、客観的帰属が否定される。もっとも、医師は患者の生命を集中医療処置によって延長する義務を負わないにしても、基礎看護は確保されなければならない。人工栄養補給の中止が許されるか否かの判断に当たっては、その不作為が死に繋がる処置であるか否かが問題とされるべきである。他の処置をしないことが既に死へと影響を与えるとき、人工栄養補給を中止するべきではない。[19]

自殺未遂における消極的安楽死は客観的帰属が否定されることはなく、可罰的である。自殺未遂によって、つまり、故意に且つ自己答責的に、致死的自傷行為を行い、なおも自殺意思を継続し、他人による生命救助を許さない者は、その自己決定権につき、上述の死病患者のそれとは異なった扱いをされるべきである。なるほど、刑法第二〇一条の自殺関与罪は自殺行為それ自体を可罰的とはしていないが、しかし、第三者による自殺関与（自殺共犯）を処罰している。このことは自殺行為それ自体が、法的に中立であるものの、社会倫理的に見ると非難に値することを意味するのであって、さもなければ、第三者の自殺関与の処罰を説明できない。自殺が社会倫理的に非難できない行為ならば、それに関与する行為も非難に値しないはずだからである。自殺は法律上禁止されておらず、適法ではあるものの、刑法の実質的基礎である社会倫理的規範に違反するが故に正当とは位置づけられないのである。自殺関与罪の規定は自己決定権よりも家父長的原理に優位性を認めているのである。[20] 直接自殺に関与する自殺関与罪においては、間接自殺の形態である同意殺人罪におけるのと同様に、自殺者の死ぬ意思は無意味である。[21] 上述のいわゆる「自然死因」をその成り行きに任せることと、死因が外因的である、つまり、不自然な方法で生命から別れを告げる自殺とは根本的に異なるのである。そうすると、自殺未遂後の自殺患者の治療拒否は非難に値する自殺を直接的に継続させることにな

るのであって、そうすると第三者は不作為によって自殺に関与してはならないのである。自然死因の場合とは異なり、結果回避のための保障人義務が遮断されることはない。このように理解することによって、当初は頑強に自己の自殺意思に固執し、後に、救命を感謝する自殺者を救うことにもなるのである。[22]

2　結果帰属

不真正不作為犯においても因果関係の問題と負責の問題は区別されなければならない。不作為の因果関係は、負責を根拠付ける出立点であって、これに続き、結果の客観的帰属を検証しなければならない。

a　相当性連関　不作為の因果関係を肯定するためには、命令された作為が行われていたなら、確実性に境を接する蓋然性をもって、具体的結果の発生を阻止できたという認定が必要であり、これが認定される場合、命令された作為が行われないなら、結果が発生するということが客観的に予見可能であったことも認定されるのが普通である。これが否定された場合、既に不作為の因果関係は否定される。これにより、命令された不作為と結果の発生の間の非類型的因果関係が排除されることになる。したがって、相当性連関には限られた適用領域しか残らない。結果が後続の作為に基づき、「まったく非類型的態様で」発生するとき、例外的に、不作為の因果関係はあるが、相当性連関が欠如する。[23] 例えば、玄関前の地面の雪が凍結して非常に滑りやすくなっていること、そこで訪問客が滑って怪我をするかもしれないことの認識を有している家の所有者が、滑り止めの措置をとらずにいたところ、案の定、訪問客が滑って大腿骨骨折の大怪我をし、病院で手術を受け、その手術は成功したが、手術後、ガス壊疽で死亡したとき、家の所有者に訪問客の傷害の結果を帰属させることはできるが、その死亡の結果を帰属させることはできない。[24]

b　危険連関　前述の例において、麻酔医の重大な医療過誤により、患者が手術台の上で死亡したとき、この結果を家の所有者に客観的に帰属させることはできない。[25]

c　仮定的代替適法行為　不真正不作為犯においては、仮定的代替適法行為の問題は因果関係の問題に解消される、なぜなら、仮定的代替適法行為というのは義務に違反して実行されなかった作為以外の何ものでもなく、仮定的代替行為の結果発生への仮定的作用は既に不作為の因果関係を認定するために必要であるからだとする見解がある。[26] これは当然のように思われるが、しかし、不作為の因果関係が肯定されてもなお危険増加の欠如の故に結果を行為者に帰属できない場合がありうる。すなわち、命令された（救助）行為をしていれば疑いも無く（つまり、確実性に境を接する蓋然をもって）危機に瀕している法益を維持する（つまり、構成要件該当結果を回避する）見込みが著しく高かったか否かの検証が必要である。[27] 例えば、母子二人暮らしのマンション四階の一室で火災が発生し、炎に包まれている中で、幼児を救うには建物の外で待機している救助隊員の腕に投げ落とすしか母親には方法が残されていない。しかし、子を投げ落としても死の危険はある。下から投げ落とせという救助隊の声が聞こえるにもかかわらず、母親は逡巡する。幼児は窒息死するが、母親は間一髪救助された。この場合、母親の不作為とその子の窒息死の間には因果関係がある。命令された作為（窓から救助隊員の腕に投げ落とすという作為）があったならば、具体的結果（幼児の窒息死）は蓋然性と境を接する確実性をもって生じなかったといえるからである。しかし、命令された救助行為が疑いも無く幼児の生命を維持する見込みを著しく高めたとはいえないのであるから、結果の客観的帰属は否定されるべきなのである。[28]

注

(1) *R. Moos*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl, 2002, § 75 Rn 15. *E. Steininger*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2001, Vorbem zu § 2 Rn 57 f.

(2) *R. Moos*, Sozialadäquanz und objektive Zurechnung bei Tatbeiträgen im Finanzstrafrecht, in: *R. Leitner* (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1996, 87, 89 ff.; *ders.*, (Fn. 1), § 75 Rn 15.; *Steininger*, (Fn. 1), Vorbem zu § 2 Rn 60.

(3) *Moos*, (Fn. 1), § 75 Rn 21.; *Steininger*, (Fn. 1), § 2 Rn 123.

(4) *F. Nowakowski*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 1982, § 2 Rn 13.; *Steininger*, (Fn. 1), § 2 Rn 117.

(5) これに対して、トリフテラーは、次のような理由から、等価値性は、客観的構成要件における保障人の地位の直後に位置付けられるべきであって、客観的帰属の規準とされるべきではないと論ずる。「たしかに、等価値性では、行為が一定の構成要件実現と関連して評価される。しかし、ここで問題となっているのは、行為者が法的に是認されない危険を創出したか否か、まさにこの危険が実際に実現したのか否か、したがって、行為者に結果の帰属ができるという、あらゆる犯罪類型に一般的に提起される問題ではない。一定の不作為が作為と『社会的に意味が等しい』か否かの調査が必要なのはむしろ作為と不作為の特殊な社会的差異から生ずる。したがって、等価値性は不作為の概念から切り離されるべきではなく、結果発生前の不作為の属性として調査されるべきである」と。*O. Triffterer*, Österreichsches Strafrecht AT, 2. Aufl., 1985, 14. Kap Rn 67. この見解は、客観的帰属を専ら結果の帰属とのみ関連付け、行為の帰属というものを認めないことの帰結である。

さらに、ドイツ語圏刑法学では、等価値性は不作為の故意にも影響を及ぼすのではないかが問題となった。キーナッペルによれば、作為犯では、行為に先立ち積極的決断があるが、作為義務者にはこの種の決断の見られずに行動に出ないことが多い、「必要とされるようにすばやく決心することがまったくできないとか、状況のせいで葛藤状態に陥り、ここから抜け出る決心がどうにもつかないとか、決断を迫る状況にあるとはまったく感じず、そのため行為刺激を感じないのであれ」そういえるのであって、したがって、不作為犯の一般的規準として「どうにも決心がつかないことから行動に出ないというのは……『現実の』不作為故意と『同視される』べきだ」ということが必要とされるのではないかと。*D. Kienapfel*, Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 197 ff., 201. しかし、故意には未必の故意があり、これは不作為犯でも等しく認められるのである、つまり、作為義務を基礎付ける事情を認識しながら、消極的態度から抜け出る動機を生じさせず、且つ、行為に出ないことで構成要件該当事実が生ずることを少なくとも認容する者には未必の故意が認められる。*Triffterer*, (Fn. 5), 14. Kap Rn 69.

(6) D. *Kienapfel*, *F. Höpfel*, Grundriss des Strafrechts AT, 12. Aufl., 2007, Z 29 Rn 20.; *H. Gössel*, *H. Zipf*, *Strafrecht* AT II, 7. Aufl., 1989, § 46 Rn 54.; *W. Stree*, *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 13 Rn 4.; *H.-H. Jescheck*, *Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 59 V 1.

(7) *Moos*, (Fn. 1), § 75 Rn 21.; *Nowakowski*, (Fn. 4), § 2 Rn 14.; *Trifferer*, (Fn. 5), 14. Kap Rn 66「行為被拘束犯でも純粋惹起犯でも性急に客観的構成要件において『等価値性条項という安全弁』を放棄してはならない」。

ドイツ刑法第一三条の等価値性条項について、特別予防、一般予防の観点から捉える見解もある。「社会的に完全に適応している不作為犯に対して刑法上の制裁を科する特別予防の理由の無いことが多い。場合によって一般予防の必要性がある場合であっても、不作為犯の多くの場合、作為犯ほどではないように思われる」と。*K. Seelmann*, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 13 Rn 70. しかし、論者自身も認めるように、この当罰性検証はその輪郭が不明確にすぎ問題解決には役立たないといえよう。

ドイツ刑法第一三条の定める等価値要件について、特に、純粋結果犯においては不要であるというのが多数説であることについては、岩間康夫「不真正不作為犯の成立要件としての構成要件同価値性について（一）、（二）」愛媛法学第一八巻第一号（一九九一年）二九頁以下、第一八巻第二号（一九九一年）九一頁以下が詳しい。

我が国では、同価値性の要件は、たんなる不作為による作為犯の構成要件の解釈原理と解すべきであり、それ自体として作為義務の限定原理でも、不作為犯の成立を限定する独立の原理でもないとする説もあるが（山中敬一『刑法総論（第二版）』（二〇〇八年）二二九頁）、作為との同価値性を要求することによって罪刑法定主義違反の疑問が解消できると論ずる説もある（川端博『刑法総論講義（第二版）』（二〇〇六年）二一九頁）。

我が国の同価値性をめぐる特殊な議論状況については、参照、岩間康夫「我が国における構成要件同価値性論」愛媛法学第一八巻第三号（一九九一年）七七頁以下。

(8) *Moos*, (Rn. 1), § 75 Rn 22.

キーナッペルは、次のような理由から、等価値性が責任要素である故意にも影響を及ぼすのではないだろうかと論ずる。作為犯では、行為に先立って常に行為に出る積極的判断がある。ところが、不作為犯では、「必要とされる迅速な決断がそもそもできないとか、出来事のために葛藤状況に陥り、そこから抜け出て『思い切った決断をする』ことがまったくできないとか、状況が緊迫しているとはまったく感じず、まったく行為に出る刺激を感じないとか、いずれにせよこの種の決断を下すことがない」ために、作為義務者が作為に出ないことがよくある。そこで、不決断だけからの不作為も「現実の」不作為故意と「同視」されるべきではないかと。*D.*

Kienapfel, Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, 197 ff., 201. しかし、この説には疑問がある。故意概念は、作為犯、不作為犯に共通であり、客観的構成要件を実現する意思、少なくとも認容する意思を必要とする。作為義務を基礎付ける事情を知りながら、消極性から抜け出る動機をもたず、客観的構成要件が不作為によって実現することを少なくとも認容する者には未必の故意がある。これに対して、無思慮にあるいは結果の不発生を信頼している者には故意は認められない。*O. Triffterer*, (Fn. 5), 14. Kap Rn 69.

(9)　我が国では、内藤謙（『刑法講義総論（上）』（一九八三年）五三七頁）が、患者が注射などの措置をとらないことの意味を理解して措置を拒否しているときは、患者の拒否に反して、健康の回復にまったく役立つことなく死苦を長引かせるにすぎない措置をとるべき刑法上の作為義務（不真正不作為犯における作為義務）は医師にないとしながらも、違法性阻却事由と捉えるようである。甲斐克則（「治療行為中止および安楽死の許容要件」法学教室一七八号（一九九五年）三七頁以下、四〇頁）も、「違法論のレベルで、治療行為という場を設定したうえで、そこに生命維持利益のほかに治療に直接関係する対抗利益（主として苦痛除去利益ないし必要以上に干渉を受けたくない利益）が生ずる場合が治療拒絶の範疇であり、発生している作為義務（治療義務）が患者の延命拒否により解除され（緊急状況下で生命維持利益より対抗利益が優越）、正当化が導かれる」（緊急避難、又は少なくともその準用）と論じて、作為義務を否定しながら、構成要件不該当ではなく、違法性阻却と捉える。

(10)　*C. Roxin*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, in: *C. Roxin, U. Schroth* (Hrsg.), Medizinstrafrecht, 2. Aufl., 2001, 93 ff., 100.; BVerfGE 32, 98 ff.〔四人の子供のいる母親が宗教上の理由から救命に必要な輸血を拒否した〕。

(11)　患者の中には、まだ完全な意識があるときに、書面で治療を拒否することがある。これは、「患者遺言」とか「患者指図」と呼ばれる。それが、完全に具体的な、現在の又は切迫している状況に関係しているときには拘束力を有する。しかし、そうでない場合には問題が生ずる。それが一般的に書かれていればいるほど、非常に長期にわたっていればいるほど、患者が他でもなく具体的症例のことを念頭においていたのか否かがますます不確かになるからである。しかし、いずれにしても、患者指図は、医師に、尊重されるべき推定的意思の根拠を与える。外国における患者指図に関する法制度についての紹介論文の一つとして、参照、吉田敏雄「オーストリアの患者指図に関する連邦法（一）（二）」北海学園大学『法学研究』第四二巻第四号（二〇〇七年）八三一頁以下、第四三巻第一号（二〇〇七年）二八五頁以下。

(12)　*R. Moos*, Sterbehilfe, Selbstmord und die ärztliche Behandlungspflicht von Suizidpatienten, in: *A. Birkbauer* (Hrsg.), Recht zu sterben oder Pflicht zu leben?, 2002, 15 ff.; *Moos*, (Fn. 1), Vorbem zu § 75–79, Rn 31–32.; *ders*., Die vorsätzlichen Tötungsdeli-

kte im neuen Strafrecht, LJZ 1 (1991), 9 ff., 13.

後掲(注12)横浜地裁「東海大学安楽死事件判決」は、傍論ではあるが、消極的安楽死は治療行為の中止としてその許容性を考えれば足りるとして、次のように論ずる。「一　般論として末期患者に対する治療行為の中止の許容性について考えると、治療不可能な病気におかされた患者が回復の見込みがなく、治療を続けても迫っている死を避けられないとき、なお延命のための治療を続けなければならないか、あるいは意味のない延命治療を中止することが許されるか、というのが治療行為の中止の問題であり、無駄な延命治療を打ち切って自然な死を迎えることを望むいわゆる尊厳死の問題でもある。……そこで、治療行為の中止が許容されるための要件を考えてみる。一　患者が治癒不可能な病気に冒され、回復の見込みがなく死が避けられない末期状態にあることが、まず必要である。……治療の中止が患者の自己決定権に由来するとはいえ、その権利は、死そのものを選ぶ権利、死ぬ権利を認めたものではなく、死の迎え方ないし死に至る過程についての選択権を認めたにすぎないと考えられ、また、治癒不可能な病気とはいえ治療義務の限界を安易に容認することはできず、早すぎる治療の中止を認めることは、生命軽視の一般的風潮をもたらす危険があるので、生命を救助することが不可能で死が避けられず、単に延命を図るだけの措置しかできない状態になったときはじめて、そうした延命のための措置が、中止することが許されるか否かの検討の対象となる……二　治療行為の中止を求める患者の意思表示が存在し、それは治療行為の中止を行なう時点で存在することが必要である。……中止を検討する段階で患者の明確な意思表示が存在しないときには、患者の推定的意思によることを是認してよい……患者の事前の意思表示が何等存在しない場合……家族の意思表示から患者の意思を推定することが許される……家族の意思表示から患者の意思を推定するには、家族の意思表示がそうした推定をさせるに足りるだけのものでなければならないが、そのためには、意思表示をする家族が、患者の性格、価値観、人生観等について十分に知り、その意思を的確に推定しうる立場にあることが必要であり、さらに患者自身が意思表示をする場合と同様、患者の病状、治療内容、予後等について、十分な情報と正確な認識を持っていることが必要である。そして、患者の立場に立った上での真摯な考慮に基づいた意思表示でなければならない。また、家族の意思表示を判断する医師側においても、患者及び家族との接触や意思疎通に努めることによって、患者自身の病気や治療方針に関する考えや態度、及び患者と家族の関係の程度や密接さなどについて必要な情報を収集し、患者及び家族をよく認識し理解する的確な立場にあることが必要である。……三　治療行為の中止の対象となる措置は、薬物投与、化学療法、人工透析、人工呼吸器、輸血、栄養・水分補給など、疾病を治療するための治療措置、さらには生命維持のための治療措置など、すべてが対象となってよいと考えられる。しかし、どのような措置を何時どの時点で中止するかは、死期の切迫の程度、当該措置の中止による死期への影響の程度等を考慮して、医学的にもはや無意味であるとの適正さを判断し、自然の死を迎えさせるという目的に

沿って決定されるべきである。」。本判決は、佐伯仁志「末期医療と患者の意思」（樋口範雄（編著）『ケース・スタディ　生命倫理と法』（ジュリスト増刊・二〇〇四年所収八六頁）の影響受けたと見られ、患者の自己決定論と治療義務限界論を基礎にして正当化要件を導出しているが、両者の相互関係を未決にしている。

横浜地判平成一七・三・二五〔川崎協同病院事件。被害者の主治医であった被告人が、気管支喘息発作に伴う低酸素性脳損傷となり昏睡状態が続いていた被害者に対し、延命を続けることでその肉体が細菌に冒されるなどして汚れていく前に、できる限り自然なかたちで息を引き取らせて看取りたいとの気持ちを抱き、器官確保のために挿入されていた器官内のチューブを抜き取り（治療行為の中止）、死亡するのを待ったが、予期に反して、被害者が身体を海老のように反り返らせるなどして苦しそうに見える呼吸を繰り返し、鎮静剤を大量に投与してもその呼吸を鎮めることができなかったことから、そのような状態を家族らに見せるのは好ましくないと考え、筋弛緩剤で窒息させようと決意し、筋弛緩剤を注射して死亡させた（積極的安楽死）という事案〕も、横浜地裁「東海大安楽死事件判決」で示された一般的要件にしたがって判決を下した。「末期医療において患者の死に直結しうる治療中止の許容性について検討してみると、このような治療中止は、患者の自己決定権の尊重と医学的判断に基づく治療義務の限界を根拠として認められる……末期、とりわけその終末期における患者の自己決定権の尊重は、自殺や死ぬ権利を認めるというものではなく、あくまでも人間の尊厳、幸福追求権の発露として、各人が人間存在として自己の生き方、生き様を自分で決め、それを実行していくことを貫徹し、全うする結果、最後の行き方、すなわち死の迎え方を自分で決めることができるということのいわば反射的なものとして位置づけられるべきである。そうすると、その自己決定には、回復の見込みがなく死が目前に迫っていること、それを患者が正確に理解し判断能力を保持しているということが、その不可欠の前提となるというべきである。……もっとも……患者本人の任意な自己決定及びその意思の表明や真意の確認ができない場合も少なくないと思われる。このような場合には、前記自己決定の趣旨にできるだけ沿い、これを尊重できるように、患者の真意を探求していくほかない。……その探求にもかかわらず真意が不明であれば、『疑わしきは生命の利益に』医師は患者の生命保護を優先させ、医学的に最も適応した諸措置を継続すべきである。治療義務の限界については、……医師が可能な限りの適切な治療を尽くし医学的に有効な治療が限界に達している状況に至れば、患者が望んでいる場合であっても、それが医学的にみて有害あるいは意味がないと判断される治療については、医師においてその治療を続ける義務、あるいは、それを行なう義務は法的にはないというべきであり、この場合にもその限度での治療の中止が許容されることになる（実際には、医師が、患者や家族の納得などのためにそのような治療を続ける場合もあり得るがそれは法的義務ではないというべきである。）」。本件においては、「回復不可能で死期が切迫している場合」に当たるとは云えず、又、「患者本人に治療中止の意思があったことを窺わせるよう

な事情」はない。殺人罪が成立。懲役三年、執行猶予五年。本判決は、患者の自己決定権論と治療義務限界論をそれぞれ独立の正当化理由と捉えているようである。

これに対し、控訴審（東京高判平成一九・二・二八判タ一二三七号一五三頁）は、治療を中止すべく患者の意思を推定するに足りる家族からの強い要請があったと認定した上で(原審判決は家族の承諾はなかったと認定していた)、終末期の患者の生命を短縮させる治療中止行為の適法要件に関して、患者の自己決定権と医師の治療義務の限界からの捉え方があるが、いずれの方法にも限界があるところ、本件では、患者の意思は不明であるし、又、患者の死期が切迫していたともいえないと判示して、職権により量刑不当として原判決を破棄し、殺人罪で懲役一年六月、執行猶予三年を言い渡した。最三決平成二一・一二・七は、延命治療中止が許される一般的要件を論ずることなく、被告人の上告を棄却した。「被害者が気管支ぜん息の重積発作を起こして入院した後、本件抜管時までに、同人の余命等を判断するために必要とされる脳波等の検査は実施されておらず、発症からいまだ二週間の時点でもあり、その回復可能性や余命について的確な判断を下せる状況にはなかったものと認められる。そして、被害者は、本件時、こん睡状態にあったものであるところ、本件気管内チューブの抜管は、被害者の回復をあきらめた家族からの要請に基づき行われたものであるが、その要請は上記の状況から認められるとおり被害者の病状等について適切な情報が伝えられた上でされたものでなく、上記抜管が被害者の推定的意思に基づくということもできない。以上によれば、上記抜管行為は、法律上許容される治療中止には当たらないというべきである。そうすると、本件における気管内チューブの抜管行為をミオブロックの投与行為と併せ殺人行為を構成するとした原判断は、正当である」。

ここで、その他の形態の「安楽死」について触れることにする。先ず、**間接的積極的安楽死**についてであるが、これは、苦痛緩和のための薬剤（例えば、モルヒネ）を投与するが、その副作用として患者の生命力を弱め、そのことによって死の発生を早めた場合であって、薬剤の投与と死の発生の間に等価的因果関係が認められる（いわゆる「死における介助（Hilfe im Sterben）」）。この副作用を認識し、しかも認容している医師には殺す確定的故意又は未必の故意がある。医師が患者に強い薬剤を処方するほど、患者の死はますます早まる。それにもかかわらず、医師がなお自己決定能力のある患者の苦痛緩和を望む意思を考慮するとき、医師の行為は客観的に社会的相当であると見られ、したがって、**故意行為自体の客観的帰属が否定される**。したがって、医師がいかなる種類の故意で生命短縮行為をしているかは問題とならないのである。注意しなければならないのは、こういった場合、鎮痛剤を望む患者の意思が間接的積極的安楽死を正当化するものではないということである。それは直接的積極的安楽死の場合と同様である。但し、苦痛緩和措置をしてもらうことなく死にたい、つまり、治療を拒否する患者の意思は尊重されねばならず、この場合間接的積極的安楽死

の適用はない。間接的積極的安楽死で問題となっているのは、苦痛を伴う生命を終結させることではなく、死病患者に鎮痛剤によって身体に影響を及ぼし、その生命を耐えるものにするという「治療行為」である。もしもこのような医療処置が許されないなら、残される選択肢は、患者を苦痛から解放しないか、そのことは思いやりの欠如を意味するが、又は患者を即座に殺すことである。いずれの選択肢も耐え難いことである。間接的積極的安楽死が許されることによって、無痛医学の更なる発展も期待できよう。なお、間接的積極的安楽死は、苦痛緩和のために医学的適応の投薬量のみを許容するのであるが、苦痛が激しいほど、投薬量はそれだけ多くなる。明白な過剰投薬量は直接的積極的安楽死に移行するのであり、可罰的である。

ドイツの判例（BGHSt 42, 301）も、「患者の明示または推定的意思に応じて行なわれる医療上必要な苦痛緩和のための投薬は、意図されないが、しかし甘受される死の発生という避けがたい副次効果を早めるかもしれないということがあっても、許されないわけではない」として、間接的積極的安楽死は不可罰としているが、その法的根拠を未決にしている。学説では、承諾又は推定的承諾を根拠にする説が多数説のようである。ロクスイーンによれば、間接的積極的安楽死においては、患者自身の比較考量の結果、できるだけ長く生命を維持する義務が苦痛を緩和する義務に劣後することになる。激痛を伴わない幾分短かくなる生命の方が耐えがたい苦痛を伴う、それほど長いとはいえない生命よりも価値があるということもありうると。*Roxin*, (Fn. 10), 97. しかし、ヘルツベルク（*R. D. Herzberg*, Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?, NJW 1996, 3043 ff., 3048）は、間接的積極的安楽死においては緊急避難の法理の適用は考えられない、なぜなら、一方で、生命延長には患者自身の（推定的）承諾があることから「当事者の生命利益」が欠如し、他方で、「自然消滅」の形で死が発生するという性格は失われていないのであるから「他者の禁忌尊重利益」も充足されている、したがって、利益衝突が存在しないからであり、むしろ、社会的相当行為を理由とする結果の客観的帰属が否定されるべきだと論ずる。

我が国では、内藤謙（注9）五三六頁が、医学的適応性（患者の激しい苦痛を除去・緩和するためにどうしても必要である）、医術的正当性（現代の医術の基準に合致した方法でなされる）、死期を早める危険性のある方法によって苦痛を緩和することについての患者の同意（現実の同意でなければならず、推定的同意ではたりない）の要件がそろえば違法性阻却を認める。

最後に、**直接的積極的安楽死**、すなわち、患者の救済のために「死の注射」を打ち、死の予定時期よりも早め、生命を「力ずくで」断絶させる場合、いわゆる「死に向けての介助（Hilfe zum Sterben）」の場合は可罰的である。患者はどの道死ぬであろうという仮定的因果関係は、積極的介入によって断絶されるのであり、重要な意味を有しない。患者に死の希望があるということ、そして、それがいかに説得的であろうと、それがこの積極的介入形態の安楽死を正当化することはない。他人の作為によって死ぬか否かといっ

たことが当の死ぬ意思のある本人にとってどうでもよいことであるといった事情があっても、それは重要ではない。死病者に許されないことは、瀕死ではないが、しかし、耐え難い苦しみの患者においても許されないし、ましてや、生活に飽きた健常者においても許されない。

直接的積極的安楽死が違法である法律体系的理由は自殺関与罪、同意殺人罪の存在にある。すなわち、死の意思のある患者への治療の差し控え、停止といった例外はあるものの、本人の死ぬ意思というものは、生命に対する他者からのいかなる侵害にあっても、無視されるということである。生命の不可侵性は他者からの侵害から守られねばならない。

これに社会倫理的根拠が付け加わる。直接的積極的安楽死は、患者に「自然死」への権利が認められる直接的消極的安楽死とはまったく異なった社会倫理的性質を有する。医師は「自然死因」に自己の運命を委ねる患者の意思を尊重するのではなく、その生命を力ずくで断絶するのである。この「不自然な死因」に基づく死は、病気ないし傷害の結果ではなく、直接的に他者の「仕業」である。

さらに、積極的作為の形態における殺人行為の内的抑制閾（規範的障壁）は消極的形態における殺人行為よりもはるかに高いといえるのであり、したがって、作為の殺人行為はより多くのエネルギーを要することも指摘でき、この点でも、両者を同値することはできない。

直接的積極的安楽死を不法とすることによって、生命が一般的により効果的に保護されるばかりか、相続人、看護職その他経済的条件から、医師が自然死に先手を打つべきとの圧力に晒される危険も無くなる。

個人主義的功利主義的観点から、緊急避難の法理を用いて、激痛からの救済という利益と長短はあれ生存期間の維持という利益を衡量することで、生命を犠牲にすること、これによって苦しみを「最終的に」除去することを正当化する考え（*R. Merkel*, Ärztliche Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, JZ 1996, pp. 1145 ff., 1151.; *ders.*, Früheuthanasie 552, 578, 639; *R. D. Herzberg*, Der Fall Hackethal: Strafbare Tötung auf Verlangen?, NJW 1986, 1635 ff., 1639.）、同じく緊急避難の法理を用いるが、利益衡量を主観化させる考え、すなわち、安楽死の場合、利益主体は患者一人しかいなく、そうすると、「苦痛のある生命」と「苦痛のない生命」の優越性判断は患者自身の自己決定によるとする考え（町野朔「安楽死――一つの視点（二）」ジュリスト六三一号（一九七七年）一一四頁以下、一二一頁。後に、患者が短い生命より死苦の除去を望み、さらに客観的な優越利益が付け加わることにより、生命の後見的保護の必要性が脱落し、違法性が阻却されると修正。「被害者の承諾」（西原春夫他編『判例刑法研究』（一九八一年）所収一六五頁以下、一九三頁以下。同旨、堀内捷三『刑法総論（第二版）』（二〇〇四年）一九一頁）、さらに、「最も基本的な権利である生命権の具体的内容の一つであるとして生命・身体に関する自己決定権を承認する」人権論の立場から、「自律的生存（自己決定

をなし得る主体）の可罰性がなくなったときには、死の意思の真実性を担保する客観的な条件を考慮して本人の自己の生命に対する処分権」が許容され、「死期が切迫している状況下で、苦痛と催眠状態を繰り返し、あるいは催眠状態に置かれ放しになるような場合には、本人の意思を実現する行為としての積極的安楽死は正当行為」であるとの考え（福田雅章「安楽死」（飯立明、中井美雄編『医療過誤法入門』一九七九年所収）二三七頁以下、二五一頁以下。同「安楽死をめぐる二つの論点」――安楽死はタブーか」自由と正義第三四巻第七号（一九八三年）四八頁以下）は支持できない。社会的にあるいは生物的に低価値の、あるいは、それどころか「生存に値しない生命」というものは存在しないのである。苦痛のある生命であっても苦痛からの解放よりも比較にならないほど高い価値を有する。生命の価値はその見込まれる期間に依存するものではないからである。積極的安楽死を正当化する方向に向けて「生命利益の欠如」を持ち出してはならない。但し、極限的事例においては、慈悲殺の超法規的責任阻却緊急避難が認められるべきである。*Moos*, (Fn. 12. Sterbehilfe), 15 ff.（邦訳、吉田敏雄「臨死介助、自殺及び自殺患者に対する医師の治療義務（上）」北海学園大学『法学研究』第四三巻第二号・二〇〇七年・四六九頁以下）。*Moos*, (Fn. 1), Vorbem zu §§ 75-79 Rn 20-30. 甲斐克則「治療行為中止および安楽死の許容要件」法学教室一七八号（一九九五年）三七頁以下、四四頁。

以下に、我が国の積極的安楽死関連判決を列挙する。①東京地判昭和二五・四・一四裁判所時報五八号四頁〔脳溢血で半身不随となり、しかも帰鮮の望みを絶たれて失望落胆した母から「早く殺してくれ」と頼まれ、青酸カリを服用させて殺害したという事案。嘱託殺人罪。懲役一年、執行猶予二年。本判決は、被害者の苦悩は精神的なものであり、それがいかに激烈であっても、疾病による肉体的苦痛がない以上、違法性阻却を認めることはできないと判示した〕。②名古屋高判昭和三七・一二・二二高刑集一五巻九号六七四頁〔脳溢血で倒れ、衰弱して激痛を訴え、「早く死にたい」、「殺してくれ」などと叫ぶ父に有機燐殺虫剤入りの牛乳を飲ませて殺害したという事案。嘱託殺人。懲役一年、執行猶予二年。本判決は、安楽死の違法性阻却要件として、(1)病者が現代医学の知識と技術から見て不治の病に冒され、しかもその死が目前に迫っていること、(2)病者の苦痛が甚だしく、何人も真にこれを見るに忍びない程度のものなること、(3)もっぱら病者の死苦の緩和の目的でなされたこと、(4)病者の意識がなお明瞭であって意思を表明できる場合には、本人の真摯な嘱託又は承諾のあること、(5)医師の手によることを本則とし、これにより得ない場合には医師によりえないと首肯するに足る特別な事情があること、(6)その方法が倫理的にも妥当なものとして認容しうるものなることの六点を挙げ、本事案については(5)、(6)の要件に欠け、違法と判示した。本判決は、小野清一郎「安楽死の問題」（一九五〇年。同『刑罰の本質について・その他』（一九五五年）所収）が同情心・慈悲心・惻隠の情を基礎に展開した安楽死の適法要件を受け継いでいる。本判決の示す安楽死の要件をおおむね妥当と評価するのが、大塚仁『刑法論集(1)』（一九七六年）一五一頁以下）。③鹿児島地判昭和五〇・一〇・一判時八〇八

号一一二頁〔肺結核等で療養中の妻の苦悶する姿を見かねて、同女の数回にわたる哀願を容れ、絞殺したという事案。嘱託殺人罪。懲役一年、執行猶予二年。本判決は、(1)妻の病は現代医学上必ずしも不治の病というわけのものでもなく、(2)その程度も死期が目前に迫っているというような状況にあったわけではなく、また、(3)殺害の方法としても、医学的処置によることなく絞頸の方法によったのであるから、被告人の行為は社会的相当性を欠く行為として、違法性を阻却されないと判示した〕。④神戸地判昭和五〇・一〇・二九判時八〇八号一一三頁〔激しい痙攣発作を起こす病弱老齢の母の病気が治癒しないものと悲観し、同女が就寝中またもや痙攣発作を起こしたところを絞殺したという事案。殺人罪。懲役三年、執行猶予四年。本判決は、(1)被害者が現代医学の水準からみて不治の病に冒されていたことは認められるものの、その死が目前に切迫していることが明白な状態にあったとは認め難く、(2)その苦痛の程度も何人も見るに忍びないような死にまさるものであったとはいえず、また、(3)被害者自身が被告人に殺してくれるよう嘱託しあるいは積極的に死を希望したものとは認められないので、その他の要件を論ずるまでもなく、違法性を阻却しないと判示した〕。⑤大阪地判昭和五二・一一・三〇判時八七九号一五八頁〔末期胃癌による激痛に悩み、二回にわたって自殺を図っていた妻の泣訴哀願を入れて刺身包丁でこれを刺殺したという事案。嘱託殺人罪。懲役一年、執行猶予二年。本判決は、前記名古屋高裁判決の挙げる六要件を前提として、(1)被害者は病院に入院中で、医師の医療行為を受けていたものであるから、医師の手によることのできない特別の事情はなかったといえること、(2)刺身包丁で胸部を二回突刺しているが、刃物を用いた殺害方法が果たして倫理的に妥当なものといえるか甚だ疑問であるとして、正当行為に当たらないと判示した〕。⑥高知地判平成二・九・一七判時一三六三号一六〇頁〔軟骨肉腫の末期症状で激痛に悩む妻が剃刀自殺を図ったが失敗したので夫に剃刀で首を切ってくれと頼み、夫が実行したもののうまく行かず、ついに頚部を締めて殺害したという事案。嘱託殺人罪。懲役三年、執行猶予一年。本判決は、前記名古屋高裁判決の(5)を「医師の手によって行なわれるべきもの」に、(6)を「安楽死の方法がそれ自体社会通念上、相当な方法であること」へと修正している〕。

このように、いずれの事例も近親者が行為者であり、前記②名古屋高裁判決がその後の実務に大きな影響与えていたところ、次の東海大安楽死事件判決では医師の処置の刑事責任が問われ、その間に学界で喧伝されるようになった患者の「自己決定権」を機軸とした新たな安楽死論が展開されたのである。横浜地判平成七年三月二八日判時一五三〇号二八頁〔東海大安楽死事件。被告人は、東海大学付属病院に多発性骨髄腫で入院していた患者（当時五八歳）に対し、患者が既に末期状態にあり死が迫っていたものの、苦しそうな呼吸をしている様子を見た長男から、その苦しそうな状態から解放してやるためすぐに息を引き取らせるようにしてほしいと強く要請されて、患者に息を引き取らせることを決意し、殺意をもって、徐脈、一過性心停止等の副作用のある不整脈治療剤である塩酸ベラパミル製剤（商品名「ワソラン」注射液）の通常の二倍の使用量に当たる二アンプル四ミリリットルを患者に静脈注射した。

しかし、患者の脈拍等に変化が見られなかったことから、被告人は、続いて、心臓伝道障害の副作用があり、希釈しないで使用すれば心停止を惹き起こす作用のある塩化カリウム製剤（商品名「ＫＣＬ」注射液）を、希釈することなく静脈注射した。途中患者の心電図モニターに異常を発見した看護士が、心電図モニターを病室に運んできて、「心室細動が出ています」と声をかけたが、被告人はそのまま注射を続けて打ち終え、間も無く心電図モニターで心停止するのを確認し、心音や脈拍、瞳孔等を調べて「ご臨終です」と告げ、よって、患者を急性高カリウム血症に基づく心停止により死亡させたという事案）「回復の見込みがなく死が避けられない状態にある末期患者が、なおも激しい苦痛に苦しむとき、その苦痛を除去・緩和するため死期に影響するような措置をし、さらにはその苦痛から免れさせるため積極的に死を迎えさせる措置を施すことが許されるかということであるが……ここでは、安楽死が許容されるための要件を考察する……一　まず、患者に耐えがたい激しい肉体的苦痛が存在することが必要である。……この苦痛の存在ということは、現に存在するか、または生じることが確実に予想される場合も含まれる……二　次に、患者について死が避けられず、かつ死期が迫っていることが必要である。……ただ、……積極的安楽死については、死期の切迫性は高度のものが要求されるが、間接的安楽死については、それよりも低いもので足りる……三　さらに、患者の意思表示が必要である。末期状態にある患者が耐えがたい苦痛にさいなまれるとき、その苦痛に耐えながら生命の存続を望むか、生命の短縮があっても苦痛からの解放を望むか、その選択を患者自身に委ねるべきであるという患者の自己決定権の理論が、安楽死を許容する一つの根拠であるから、安楽死のためには患者の意思表示が必要である。……四　そこで、安楽死の方法としては、どのような方法が許されるかである。……消極的安楽死といわれる方法は、……治療行為の中止としての許容性を考えれば足りる。間接的安楽死といわれる方法は、死期の迫った患者がなお激しい肉体的苦痛に苦しむとき、その苦痛の除去・緩和を目的とした行為を、副次的効果として生命を短縮する可能性があるにもかかわらず行なうという場合であるが、こうした行為は、主目的が苦痛の除去・緩和にある医学的適正性をもった治療行為の範囲内の行為とみなし得ることと、たとえ生命の短縮の危険があったとしても苦痛の除去を選択するという患者の自己決定権を根拠に、許容されるものと考えられる。間接的安楽死の場合、前記要件としての患者の意思表示は、明示のものはもとより、この間接的安楽死が客観的に医学的適正性をもった治療行為の範囲内の行為として行われると考えられることから、……患者の推定的意思（家族の意思表示から推定される意思も含む。）でも足りる……積極的安楽死といわれる方法は、苦痛から解放してやるためとはいえ、直接生命を絶つことを目的とするので、その許容性についてはなお慎重に検討を加える。……それは、苦痛から免れるため他に代替手段がなく生命を犠牲にすることの選択も許されてよいという緊急避難の法理と、その選択を患者の自己決定権に委ねるという自己決定権の理論を根拠に、認められる……この積極的安楽死が許されるための患者の自己決定権の行使としての意思表示は、生命の短縮に直結する選択

であるだけに、それを行なう時点での明示の意思表示が要求され、間接的安楽死の場合と異なり、前記の推定的意思では足りない……本件で起訴の対象となっているような末期患者に対する致死行為が、積極的安楽死として許容されるための要件をまとめてみると、①患者が耐えがたい肉体的苦痛に苦しんでいること、②患者は死が避けられず、その死期が迫っていること、③患者の肉体的苦痛を除去・緩和するために方法を尽くし他に代替手段がないこと、④生命の短縮を承諾する患者の明示の意思表示があること、ということになる。」。本判決は、本事案起訴事実に関しては、そもそも安楽死の前提となる①を充足せず、さらに、③、④も充足していないとして、被告人に懲役二年、執行猶予二年の刑を言い渡した。本判決の犯罪理論上の問題点は、安楽死の不処罰根拠を違法性阻却に見て、間接的安楽死の正当化の根拠として患者の自己決定権を挙げているところ、積極的安楽死の正当化の根拠として緊急避難の法理と自己決定権を挙げているところにある。

(13) *Moos*, (Fn. 1), Vorbem zu § 75-79 Rn 32.

(14) BGHSt 40, 260〔患者が非可逆的に判断能力を失っている場合、人工呼吸、輸血あるいは人工栄養補給といった生命延長措置を採らないことも許される〕。

(15) *Moos*, (Fn. 1), Vorbem zu §§ 75-79 Rn 32.

(16) *Moos*, (Fn. 1), Vorbem zu §§ 75-79 Rn 37.

(17) 甲斐克則（「集末期医療・尊厳死と医師の刑事責任――川崎協同病院第一審判決に寄せて」ジュリスト一二九三号（二〇〇五年）九八頁以下、一〇三頁）は、遷延性植物状態の患者について、「人間の尊厳」の観点から、延命治療の打ち切りを肯定する。井田良（「生命維持治療の限界と刑法」法曹時報第五一巻第二号（一九九九年）一頁以下、一九頁）は、治癒不可能な疾病のために死期が迫り、しかも意識を失っており回復が不可能又は困難というとき、本人や近親者の意思にかかわらず治療義務が否定される場合があると論ずる。町野朔「法律問題としての『尊厳死』」（加藤一郎、森島昭夫編『医療と人権』（一九八四年）所収）二〇九頁以下、二三八頁以下は、医師の生命維持義務を阻却する患者の回復不能性というのは、その人間としての生命の回復不可能性であり、意識の回復不可能性ではないという観点から、「意識回復の可能性がないことをもって、尊厳死を行なうことは許されない。そのような患者の生命を維持することは医師の義務である。ただ、そのような患者が末期状態に入り、生命回復の可能性がなくなった場合にのみ、延命措置中断が許される」と論ずる。諸学説の検討は、内藤五五五頁以下が詳しい。参照、ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ（福田平、宮澤浩一監訳）『ドイツ刑法学の現代的展開』（一九八七年）一六〇頁。

(18) *A. Eser, Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 211 ff., n 29.

(19) *Moos*, (Fn. 1), Vorbem zu §§ 75–79 Rn 39–42.; *ders.*, (Fn. 12. Sterbehilfe), 13.; BGHSt 32, 367, 379 f.「消えつつある生命をなんとしてでも維持するという法的義務は存在しない。生命延長の処置は、それが技術的に可能であるからといってそれだけで不可欠というわけではない。従来の限界を超える医学技術の進歩に鑑み、装置の効率ではなく、生命及び**人間の尊厳**の尊重を基準とする個別事例判断が医師の治療義務の限界を決する」。

心肺装置ないし人工呼吸器の遮断も価値的には一方的治療中止と同じ扱いをされるべきである。脳機能が無傷であるにもかかわらず心肺装置ないし人工呼吸器を遮断することは、自然主義的に見ると作為であるが、見込みのない医学状況においては、生命維持処置をとらないという不作為よりも当罰的とはいえない。社会的意味によると、医学的—治療的処置をしないということが問題となっている。医師が偶然に機器を遮断するか、それどころかそれを始動させないか、病室の空気へ切り替えるかは、規範的には重要でない。この点で、自然主義的作為の規範的客観的帰属は不作為の規範的客観的帰属に帰着するのであって、当該作為が許容される不作為と異なった評価を受けるべきでない。*Moos*, (Fn. 1), Vorbem zu §§ 75–79 Rn 45.; *Moos*, (Fn. 12. Sterbehilfe), 21.; *Roxin*, (Fn. 10), 101 f. もっとも、作為と見ても、薬剤治療をしないことがゆるされるならば、機械を使用する治療をしないということも許されざるを得ないので、作為か不作為かという問題は可罰性の問題の結論を左右するものではない。又、医師以外の者、例えば、看護師、親族が心肺装置などのの取り外しをした場合も同様である。*Eser*, (Fn. 18), Vorbem §§ 211 ff. Rn 32.; LG Ravensburg, NStZ 87, 229〔麻痺が進行していくと終末段階には喉頭及び呼吸筋に麻痺に至る、不治の脊髄病に罹患している妻をその夫は仕事をなげうって面倒を見ていた。死が避けられない状態になって、妻は入院し、人工呼吸器を取り付けられた。妻は特別の電動筆記器具の助けを借りて、もはや耐え難いので死にたい、早ければ早いほどよい、心からお願いすると訴えた。夫は、病室には他に誰もいない時を見計らって人工呼吸器を取り外し、心臓が停止するまで看取ったという事案。ラフェンスブルク地方裁判所は、妻の真摯な死の願望が夫の臨死介助を正当化するとして、要求に基づく殺人罪に関して無罪を言い渡した〕。

(20) 欧州会議は、欧州人権条約第二条「すべての者の有する生命への権利は法律で保護される」につき、法益主体の承諾があっても、第三者の侵害から保護されることを明らかにした。このことは、私的領域の尊重が同条約第八条第二項の定める社会「倫理」の保護の留保の下にあることを意味する。*Moos*, (Fn. 12. Sterbehilfe), 34（翻訳　六二四頁）; *G. Dutige*, Sterbehilfe aus rechtsphilosophischer Sicht, GA 2001, 158 ff., 175.

これに対して、我が国では、上田健二（「生命倫理学の視点から見た臨死介助の重要問題」現代刑事法四二号（二〇〇二年）二六頁以下、三五頁以下）は、自殺それ自体は違法でも適法でもなく、「法的に自由な領域（Rechtsfreier Raum）」に属するから、自殺者の

明示的且つ真摯な死への意思を前提として、自殺援助も「法的に自由な領域」に属するので、自殺援助はあたかも「適法である」として扱うのと同じ法的効果が付与されるべきと論じ、刑法第二〇二条の改正条文を提案している。「他人の自殺行為への関与および彼の要求に基づく殺人は、それが自殺者または被殺者の真摯な意思の尊重によって決定づけられている場合には、罰せられない」。

(21) 自殺関与罪も同意殺人罪も処罰され、しかも殺人罪に比してその法定刑が軽いのであるが、それは自己の生命の維持がその個人を超える社会的次元を有しているからである。すなわち、一方で、個人が有するその生命を維持する利益があり、他方で、法共同体が有する他人からの生命の不可侵性への利益というものがある。個人はその利益に関して法的には自由に処分でき、したがって、自殺未遂は不処罰であるが、個人は法共同体の利益を処分できない。後者の側面が「殺害禁忌」に繋がる。*R. Moos*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 77 Rn 8; *ders.* Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl, 2002, § 78 Rn 3.

(22) *Moos*, (Fn. 1), Vorbem zu §§ 75-79, Rn 46-51.; *ders.*, (Fn. 12. Sterbehilfe), 28 ff. (邦訳、吉田敏雄「臨死介助、自殺及び自殺患者に対する医師の治療義務（下）」北海学園大学『法学研究』第四三巻第三・四号・二〇〇八年・六一九頁以下)。

自殺関与の処罰規定のないドイツでも、連邦裁判所は可罰性を肯定する。BGHSt 32, 367 ff.〔重病で、夫に先立たれ、生活に疲れた七六歳の女性がモルヒネの過剰摂取と睡眠薬で死のうと決意した。彼女が残した遺書には、入院も、集中治療も望まない、生命延長のための投薬の必要もないと書かれていた。尊厳のある死を迎えたいと。医師（*Wittig*）が回診のために訪問しときには、この女性は意識は無かったが、まだ生きていた。医師はそのままの状態で死を迎えさせた。連邦裁判所は、医師を無罪としたが、その理由は、患者が救われたとしても重い、非可逆的損傷が残ると思われ、このような場合、集中治療室には入れないという医師の良心判断を擁護できるというものだった。しかし、普通の場合は、医師が自殺者の死の願望に屈することは基本的に許されないと〕。しかし、学説は一般に可罰性を否定する。自殺者に心理的障害があれば、救助・治療義務も肯定できようが、そうでない場合には、患者の自律的決定を自殺の場合に尊重しないという合理的理由は見当たらないと。*Roxin*, (Fn. 10), 101.

(23) *Hilf*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005, § 2 Rn 63.

(24) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 29 Rn 12a.

(25) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 29 Rn 12b.; *M. Burgstaller*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2001, § 6 Rn 64 ff.; *ders.*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2001, § 80 Rn 72 ff. 82.

(26) *Burgstaller*, § 6 Rn 78.; *ders.*, § 80 Rn 66.; *Steininger*, (Fn. 1) § 2 Rn 124.

(27) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 29 Rn 12c.; *Hilf*, (Fn. 23), § 2 Rn 65.; *J. Wessels, W. Beulke*, Strafrecht AT, 32. Aufl., 2002, Rn 713.;

K. Kühl, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2008, § 19 Rn 4a.

(28) BGH JZ 73, 173 [Fensterwurffall]; *Kienapfel / Höpfel*, (Fn. 6), Z 29 Rn 12c.; *Hilf*, (Fn. 23) § 2 Rn 65.; *Wessels / Beulke*, (Fn. 27), Rn 712.

（つづく）

Die Systematik der Unterlassungsdelikte (6)

Toshio YOSHIDA

Inhaltsverzeichnis

Einführung
Erster Abschnitt Unterlassungsdelikte im Allgemein
1. Systematik und Arten der Unterlassungsdelikte
2. Echte Unterlassungsdelikte
3. Unechte Unterlassungsdelikte
4. Komplexe Verhaltensweisen
a) Unterscheidung des Tuns und Unterlassens
b) Ein einheitliches Gesamtgeschen
c) Mehrphasige Geschensabläufe
d) Schwerpunkttheorie
e) Unterlassen durch Tun (Band 44, Heft 1)
Zweiter Abschnitt Tatbestand der unechten Unterlassungsdelikte
A. Objektiver Tatbestand
1. Vorliegen einer die Erfolgsabwendungspflicht begründenden Situation
2. Nichtvornahme der gebotenen Handlung (Unterlassung)
3. Tatsächliche Möglichkeit zur Vornahme der gebotenen Handlung
4. Eintritt des Erfolgs
5. Unterlassungskausalität (Band 44, Heft 2)
6. Garantenstellung
a) Grundlegendes
b) Einzelne Garantenstellung
(1) Rechtsvorschrift
(2) Freiwillige Pflichtübernahme (Band 44, Heft 3/4)
(3) Gefahrbegründendes Vorverhalten (Ingerenzprinzip)
(4) Verantwortung für Gefahrenquellen
(5) Weitere dogmatische Möglichkeiten? (Band 45, Heft 1)
c) Japanische neuere Lehren
d) Japanische Rechtsprechung (Band 45, Heft 2)
B. Subjetiver Tatbestand

1. Inhalt und Gegenstand des Unterlassungsvorsatzes
2. Tatbestandsirrtum

C. Objektive Zurechnung

a) Handlungsunrecht

(1) Gleichwertigkeitskorrektiv

(2) Passive Euthanasie

b) Erfolgsunrecht

(1) Adäquanzzusammenhang

(2) Risikozusammenhang

(3) Rechtmäßiges Alternativverhalten (Band 45, Heft 3)

(Fortsetszubg folgt.)