

ドイツ刑法における不救助罪の 制定について

小野寺 一 浩*

- 1 はじめに
- 2 1935年法に至るまで
- 3 現行法の制定
- 4 変遷過程
- 5 結びにかえて

1 はじめに

通行人が、池で溺れかけている幼児を救助可能であったにもかかわらず、救助しなかった場合、わが国の刑法では、この通行人を処罰することはできない。この結論は、一般の人の処罰感情から直ちに肯定されるものではない。違和感を覚える人が多いであろう。

これに対して、ドイツ刑法には、このような通行人を処罰する条項、第323条c（「不救助」罪）が設けられている。ドイツ刑法第323条cは、「事故^{*1}又は公共の危険若しくは危急の際に、救助が必要とされており、その状況によれば救助することが期待でき、とりわけ自身の著しい危険がなく且つその

*福岡大学法学部教授

他の義務に違背することなく救助を行うことができたにもかかわらず、救助を行わなかった者は、1年以下の自由刑又は罰金刑に処する。」と定めている。この条項によれば、幼児が池で溺れかけるようになった原因となんら関わりなく、また、幼児との間に母親であるというような特別の関係がなくとも、例えば単なる通行人に過ぎないとしても、溺れかけた幼児を救助しなかった者は処罰される。刑罰をもって救助することを強制しているのである。

溺れかけた幼児を救助すべきではないという者はいまい。しかし、刑罰による威嚇をもって、溺れかけた幼児を救助すべきことを義務づけるべきであろうか。この義務づけは、道徳に任せるべきであり法が関わるべきことではないという考え方もあろう*2。

ドイツ刑法は刑罰による威嚇をもって救助を義務づける道を選択した。ドイツではどのような経緯を経て、現行法第323条cの制定に至ったかを検討したい。

2 1935年法に至るまで

現ドイツ刑法第323条c（一般人に対し危難に陥った者の救助を義務づけ、その義務を履行しなかった場合に処罰する条項）は、旧刑法第360条1項10号が、ナチス期である1935年の改正を経て、第二次大戦後の1953年に再び改

*1 原文では、Unglücksfällenである。本文では、事故と訳したが、この語に適切な訳語を当てるのは困難である。ドイツの通説では、Unglücksfällenとは、人または重要な財産に対する、著しい危険を必然的に生じさせるかそれが差し迫っている、突然に生じた出来事であると解されている（BGHSt. 2,150, 151; 3,65,66; 6,147,152）。例えば、労働災害、業務上の事故、家庭内での事故、交通事故などであり、さらには、殺人未遂、身体傷害、強姦、放火のような場合も Unglücksfällen に該当するとされる（Sternberg-Lieben/Hehker, in: Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar 29. Aufl., 2014, § 323c, Rn. 5）。具体的事案については議論があるものの、少なくとも、被害者の法的主体性を侵害する、差し迫った危険が生じている場合には、Unglücksfällenの際という要件を満たすと言えよう（K.Seelmann, „Unterlassene Hilfeleistung“ oder: Was darf das Strafrecht?, JuS 1995 Heft 4, S. 284）。

*2 後注22参照。

正されたものである。1935年改正までの間にいくつかの草案が提出されている。まずは、それらの草案^{*3}について概観しよう。

旧刑法第360条1項10号は、以下のように定めていた。

「事故又は公共の危険若しくは危急に際し、警察官又はその代理人によって救助を要請された者が、自己に対する著しい危険なしにその要請に従うことができたにもかかわらず、それをしなかった場合」に違警罪(Übertretung)として処罰するとしていた。

この条項は、救助のための警察官による要請に従わない者を処罰の対象としており、わが国の軽犯罪法第1条8号も、これと同様に、「風水害、地震、火事、交通事故、犯罪の発生その他の変事に際し、正当な理由がなく、現場に出入りするについて公務員若しくはこれを援助する者の指示に従うことを拒み、又は公務員から援助を求められたのにもかかわらずこれに応じなかった者」を処罰する旨を定めている^{*4}。

1919年草案では、故殺の章に次のような条項を置くという改正案が示された。同草案は、第291条1項において、「自己の生命若しくは健康に対する著しい危険なしに、他人を生命の危険から救出できたにもかかわらず、それをしなかった者」は、軽罪(Vergehen)として処罰するとし、同条2項において、「前項の行為は、危険な状態にある者が生命を失うか、若しくは、重大なる身体の傷害を負った場合に限り処罰する。」と定めていた。

この草案は、救助のための警察による要請に対する不服従という角度から本罪を構成しようとはせず、生命の危険にさらされている者を救助すべき義務を一般的に認め、被救助者の死亡もしくは重大な身体傷害という結果が発

^{*3} zitiert nach K.Wagner, NS-Ideologie im heutigen Strafrecht, 2002, S. 68 f.

^{*4} なお、わが国の軽犯罪法の前身である警察犯処罰令では、第2条27号において、「水火災其ノ他ノ事變ニ際シ制止ヲ肯セスシテ其ノ現場ニ立入り若ハ其ノ場所ヨリ退去セス又ハ官吏ヨリ援助ノ求ヲ受ケタルニ拘ラス傍觀シテ之ニ應セサル者」と定めていた。

生した場合に限り、処罰の対象とするという構成を取っている。この草案は、被救助者が生命に対する危険にさらされていることおよび被救助者の死亡もしくは重傷という結果発生を処罰の条件とするという限定を付してはいるものの、一般的救助義務を認めるという思考に基づいたものといえよう^{*5}。

1925年草案は、第220条において、「公共の危険に際し、警察から救助のための要請を受けた者が、自己の著しい危険なしに、且つ、その他の重大な利益を損なうことなしに、その要請に従うことができたにもかかわらず、それに従わなかった者」は、軽罪として処罰すると定めた。

1919年草案が危難に陥っている者の救助を一般的に義務づけていたのに対し、本草案は、公共の危険発生時における警察による要請に服従することを義務づけるにとどまる。危難に陥っている者の救助を義務づけられる者は大幅に限定された。一般的救助義務を認めることに否定的な考え方が現れているといえよう^{*6}。

1927年草案は、第401条において、「公共の危険若しくは危急又は事故の際に、自己の著しい危険がなく、且つ、自己の重要な利益を損なうことなく、救助のための警察による要請を満足させることができたにもかかわらず、その要請に従わなかった者」は、違警罪として処罰すると定める。救助のための警察による要請への服従を義務づけるという点では、1925年草案と相違はなく、警察による要請の前提となる状況について、詳細に規定した点、および、本罪を軽罪から違警罪へと軽い犯罪区分へと配置を変えたことだけが異なるに過ぎない。1927年草案は、1925年草案と本質を異にしないと言えよう。

これらの草案が提出された後、ナチス時代である1935年の刑法改正におい

^{*5} 本草案（1919年草案）は、故殺の章にこの条項を置いており、故殺の一態様（不作為の故殺）として不救助を位置づけていたとも言える。

^{*6} 本草案（1925年草案）は、公共に対する危険な行為の章の中にこの条項を置いており、公共の危険が現実化するのを防止するという角度から立案しているとも言えよう。

て、旧規定第360条 1 項10号は削除され、軽罪として以下のような条項が設けられた。

第330条 c

「事故若しくは公共の危急の際に、健全なる民族感情に従えば、救助することがその者の義務とされるにもかかわらず、それをしなかった者、とりわけ、自己に対する著しい危険なしに、且つ、他の重要な義務に違反することなしに、救助のための警察官による要請を満足させることができたにも関わらず、その要請に従わなかった者は、2年以下の軽懲役又は罰金に処する。」

1935年改正法は、旧刑法、1925年草案、1927年草案が、救助のための警察による要請に対する不服従を処罰の対象としたのに対し、1919年草案と同様に、一般的救助義務違反を処罰の対象とし、救助のための警察による要請に対する不服従については例示的に定めるにとどめた。

当時の立法当局は、本罪について、国家社会主義の高揚により生じてきた、共同体への個々人の忠誠義務違反であると説明し、司法当局（帝国裁判所）もこれに従い、法益侵害結果の回避可能性、例えば、被救助者の救命可能性と関わりなく、救助行為をしないという不作為自体に「配慮を欠く心情」が明らかに認められる限り、その不作為は処罰されるべきであるとした^{*7}。

3 現行法の制定

第二次大戦後、ナチス思想を除去すべきであるという動きの中で、刑法第330条 c についても、ナチス思想に基づく規定ではないかが問題とされ、さらには、基本法との関連、条文の構成自体についても議論が生じた。

刑法第330条 c に対する疑念として指摘されたもののうち重要なものは、以下の3点である。第一は、刑法第330条 c が心情刑法的規定であるという

^{*7} Seelmann, a.a.O., S. 281f., Wagner, a.a.O., S. 69, W. Gallas, Zur Revision des §330c StGB, JZ 1952, S. 396.

ことであり、次いで、「民族感情」によって救助義務の存否を判断することは、可罰的行為と不可罰的行為とを明確に区分するものではなく、基本法の要求する明確性の原則に反するという点である。最後に、刑法第330条cは、救助のための警察による要請に対する服従を義務づけているが、これは、自発的救助義務という考え方と相容れないということである*8。

(1) 心情刑法について

ナチス時代には、一般に、刑法第330条cに該当する行為の不法性は、救助しないという不作為それ自体ではなく、他人に対し配慮しようとしなかったことにあるとし、救助しないという不作為は、他人に対し配慮しようとしがないという意思の表れとしてしか意味を持たないと解されていた*9。このような考え方は、まさに、処罰すべきは行為それ自体ではなく、行為者の心情であるという心情刑法として刑法第330条cを捉えるものである。

確かに、刑法第330条cにおいては、救助しないという行為あるいは警察官の要請に対する不服従を処罰の対象としており、それらの行為と法益侵害結果発生との関連はなんら要求されていない。刑法第330条cの不法性の根拠は他人に対し配慮しようとしがない意思を有していたことにあると解することもできよう。しかし、刑法第330条cに該当する行為と法益侵害結果との関係を条文上明示していないからといって、刑法第330条cが、このように行為者の心情を処罰の対象とする条項であるとは必ずしも言えない。

ガルラスは、このような見地に立ち、刑法第330条cが救助義務を課しているのは、救助をする心構えがあるかどうかを調べ、悪人を見つけ出すためではなく、義務を履行させることにより法益侵害結果の発生を回避しようとすることにありと主張する*10。それ故、ガルラスによれば、救助が不要な場

*8 Gallas, a.a.O., S 396.

*9 RGSt. 71, 203; 74, 200; 77, 303.

合あるいは救助がもはや意味を持たない場合には、救助義務は課されず、救助行為をしないうという不作為は、刑法第330条cで処罰され得ない。もっとも、ガルラスは、いわば不真正不作為犯のように、救助しないという不作為と具体的な法益侵害結果発生とを結び付けるわけではない。刑法第330条cの不法性の根拠は、救助行為をなし得る者が救助の機会を役立てなかったという点にあると指摘する。

以上のように解する場合には、刑法第330条cが心情刑法であるという批判に抗することができよう。しかし、それは、条文の解釈論の次元においてのことであり、心情刑法であるという批判の背後には、一般的救助義務を認めることは、本来、道徳領域にとどめられるべき事柄に法が介入することになるという危惧がある。ナチス思想の高揚により、超個人的利益のための個々人の義務は拡張され、道徳領域に法が踏み込んでいったことは否定できない。

ガルラスは、法共同体構成員の連帯および個人と社会とが相互に責任を負い負担をし合うべきだという社会的責任という見地から、刑法第330条cの存在は肯定されるべきだとした^{*11}。ガルラスは、このような観念に基づいて一般的救助義務を認めるという考え方は、19世紀以来ヨーロッパにおいて発展してきたものであると指摘し、刑法第330条cは、ナチス思想の高揚の中で制定されたものの、本来の思想的根拠は、ナチス思想ではなく、連帯と社会的責任という考え方に求められるべきだと強調する^{*12}。このような観念は、——溺死しそうな幼児を救助しなかった者は道徳的に非難されるばかりではなく、社会的共同体の場においても責任を問われるべきであるということが一般的に認められているように——、一般人の意識の中に浸透しているとし、刑法第330条cは廃止すべきではないとする。その上で、ガルラスは、連帯および社会的責任という観念と個人の自由という伝統的理念との

*10 Gallas, aa.O., S 396.

*11 Gallas, aa.O., S 396 f.

高い次元における融合を目指し刑法第330条の解釈を行うべきであると高調する。

(2) 救助義務の不明確性について

刑法第330条cにおいては、「民族感情」を基準として救助義務の存否が判断される。「民族感情」という要件は、文言それ自体が、ナチス思想的表現として問題があるのは明らかであるが、さらに、刑法典において何ら定義されていない刑法典以外の価値観に依拠する不明確な概念であるため、刑法第330条cは、基本法の要求する明確性の原則（§ 103 II GG）に反するのではないかという疑義が生じた。

ガルラスは、この疑義に対し、そもそも、規制すべき対象によっては、刑法典以外の価値観に依拠する概念を用いて条文を作らざるを得ず、また、条文が一定程度不明確となるのはやむを得ないとしたうえで、刑法第330条cは、基本法の要求する明確性の範囲内にあるとする^{*13}。

一般的救助義務が生じる場合を個別具体的に定めることは、困難若しくは不可能である。刑法典から一切の規範的構成要件要素を排除すべきだといふのでなければ、一般的救助義務を認めるための基準についても、「民族感情」というナチス的表現を用いるべきではないものの、何らかの社会一般に認め

^{*12} H. Welzel, Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330c StGB, NJW 1953 Heft 9, S. 328.は、旧刑法第360条1項10号は、個々人に対し、事故若しくは公共の危急の際に警察の援助者として活動することを求めていたが、その背後には、公共の安全及び秩序に対する配慮は、もっぱら警察の任務であり、個々人は、もっぱら警察の援助者として行動をするに過ぎないという自由主義的官権国家的思考があったとし、それに対して、330条cは、個々人に事故の際に救助する自立した義務を課しており、この自立した義務は、全体主義的なものとしても理解可能ではあるものの、そう解さなければならないものとは言えず、むしろ、社会民主主義における市民の社会的義務から生じるものとして理解すべきであると指摘する。

^{*13} Gallas, a.a.o., S. 397.

られる価値観に依拠する概念を用いて設定せざるを得ないであろう。

(3) 自発的救助義務と救助のための警察による要請に対する不服従との関係
刑法第330条cは、救助のための警察による要請に対する不服従を例示的に定めている。これと自発的救助義務（刑法第330条のcの前半部分）との関係が問題となる。一般的救助義務が、自発的義務であるすれば、この義務と救助のための警察による要請に従う義務との整合性について疑問が生じる。

そもそも、警察による救助のための要請がなされなくとも、刑法第330条cが定める状況下においては一般人に対し救助義務が生じる。また、刑法第330条cは、一般人に対し救助を義務づける権限を警察に与える規定ではない。警察は、刑法第330条cの一般的救助義務が認められる状況下において、救助のための要請をなし得るに過ぎない^{*14}。したがって、刑法第330条cの法文中、救助のための警察による要請に対する不服従について定めている部分は、刑法第330条cの条文解釈において、不要なものであるばかりか混乱を招くものであり削除すべきだとガルラスは主張した^{*15}。

なお、刑法第330条cは、同条所定の状況下にある者に対して救助を義務づけることができるかどうかについて、自発的救助義務（刑法第330条c前半部分）に関しては、「民族感情に従えば」と一般的に規定するとどまるのに対し、警察の要請による救助義務の場合には、「自己に対する著しい危険なしに、且つ、他の重要な義務に違反することなしに」というようにある程度具体的に定めている。刑法第330条cから警察の救助要請に対する不服従について定めている部分を削除すべきだということであれば、当然、これと結びつけられている要件も削除すべきこととなる。

*14 警察が緊急状態下において一般人に援助を要請する権限は、警察の緊急救助規定によって認められている。

*15 Gallas, aa.O., S. 297 f.

ガルラスは、これと関連して、自発的救助義務について、一般人に対し過度の要求をすべきではなく、具体的状況下で救助を要請される者の個々の身体的能力、精神的素質、生活経験、専門的知識などを考慮したうえで、その者に救助を義務づけることができるかどうかを判断すべきであると主張した^{*16}。そして、立法案として、法文中に（救助義務の履行が）「期待可能」であるという文言を入れること、および、救助者に対する著しい危険がある場合または他の重要な義務と衝突する場合には救助義務が欠落する旨を例示的に条文中に定めることを提言した。

このような見解が受け入れられ、刑法第330条cの改正において、救助のための警察による要請に対する不服従について定めた部分は削除され、また救助義務を課するための新たな要件が付加され、刑法第323条cが制定されるに至った^{*17}。

4 変遷過程

ドイツにおいては、帝国刑法典制定以降、危難に陥っている者を救助しない行為について、救助のための警察による要請に従わなかった場合に限り処罰すべきとする草案とこのような要請がなくとも一般的に不救助を処罰すべきとする草案とが提出され、両者の間を揺れ動きながら、ナチス期には、基

^{*16} Gallas, a.a.O., S. 400.

^{*17} ガルラスの提出した草案と立法化された条文（刑法第323条c）とは、構成要件に関しては、「救助が必要なものである」という要件が立法化された条文において付加された点を除き差違はない。刑罰に関しては、ガルラス草案は、人の生命に対する直接的危険が存在した場合には、通常の不救助より重く処罰する規定を置いていた（Gallas, a.a.O., S. 400.）が、立法化された条文では、このような加重規定は設けられていない。ガルラスのように加重規定を置くべきだという立場は近時も見られる。フロイントは、近時、危難に陥っている者の死亡が容易に予見でき若しくは予見していたような不救助については、通常の不救助に比し加重して処罰するように条文を改正すべきだと高調している（G.Freund, in: Hafendehl/Hohmann, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch 2. Aufl., 2014, § 323c, Rn. 131.）。

本的には、後者、すなわち一般的救助義務を認め、その義務違反を処罰する条項が制定されるに至った。そして、第二次大戦後、一般的救助義務違反を処罰する立場は徹底され、ナチス期の条文では、一般的救助義務の例示的規定とされていた警察の要請に基づく救助義務は削除されるに至った。

救助のための警察による要請に対する不服従を可罰的とするという条項は、危難に陥っている者を救助しない行為のうちのごく一部を処罰の対象とするに過ぎない。また、不救助が常に殺人、傷害等の不真正不作為犯を構成するわけではない。救助のための警察による要請がなされた場合に限り救助義務を認めることは、一般人に対し危難に陥っている者の救助を促し、その者の生命、身体等への侵害を回避するという効果をさほど持たない。ドイツでは、幅広く救助義務を認めその違反を可罰的とすることによって、個人的法益の保護を徹底しようとしたといえよう^{*18}。

はたして、刑罰をもって、一般的救助義務の履行を強制すべきであろうか。ドイツにおいて一般的不救助罪を刑事立法化したのは、ナチス期である^{*19}。ナチス思想の高揚の中で、法改正がなされ、立法者もナチス思想に依拠すると説明していた。しかし、戦後、そもそも、一般的救助義務違反を処罰する条項は、ヨーロッパ刑法思想の中で認められてきた「連帯」という理念に依拠するものであると指摘され、現在、ナチス刑法思想が現れた規定とはいえないという見解が有力である。

しかし、「連帯」という概念は、何を意味するのか^{*20}、そしてそれが刑罰

^{*18} なお、ナチス期の条項（第330条c）において、重大な侵害が差し迫った状態にある財産についても救助義務は認められると一般に解されており、基本的にその解釈は第二次大戦後も維持されたが、一般的救助義務を認める他国の法においては、人の生命身体に対する場合にのみ救助義務を課していること、また、物に対する救助義務を認めるのは過度の要求ではないかということから、物に対する救助義務に関してはその要件をめぐる論議がある（Vgl. Gallas, a.a.O., S. 399; Seilmann, a.a.O., S. 284; Freund, a.a.O., Rn. 26.）。

^{*19} 帝国刑法典制定後の草案としては、1919年草案が一般的救助義務違反を可罰的とする条文を置いていた。

を科する根拠となり得るのかをめぐり、さらには、そもそも危難にある者を救助すべきことは社会倫理的規範として承認できるのか、その根拠は何かについて論議^{*21}が続いている。作為を強制することは、不作為を強制する場合に比し、一般的に自由の制限は大きくなる。救助を強制することは、例えば、溺れかけた幼児を救助するよう強制することはその後の予定を中断ないし放棄しろということであり、他の行動を禁ずることである。一般的救助義務を基礎づける根拠を明らかにする必要性は高いといえよう。

5 結びにかえて

ドイツにおいては、帝国刑法典において、救助のための警察による要請に対する不服従を処罰の対象としていたが、いくつかの草案が出された後、1935年には、一般的救助義務違反を処罰の対象とする条項へと改正され、さらに1953年には、救助のための警察による要請に対する不服従という、一般的救助義務違反の例示的規定を削除するに至った。

一般的救助義務違反を処罰の対象とするドイツ刑法第323条cについては、そもそも条文の存立根拠をめぐり激しい論議^{*22}が展開されている。これは、

^{*20} 「連帯」という概念には、(1)契約的連帯、(2)共同体の連帯、(3)利他主義に基づく連帯という三つのものがあると指摘されている (Andreas von Hirsch und Vivian C. Schorscher, Die Kriminalisierung der unterlassenen Hilfeleistung: Eine Frage von 'Solidarität' oder Altruismus? in: Andreas von Hirsch /Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann(Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 79.)。

^{*21} Seelmann, a.a.O., S. 282.

^{*22} Seelmann, a.a.O., S. 282以下は、救助義務を法的義務とすべきでないとするカント、ジョン・スチュアート・ミルなどヨーロッパの伝統的倫理学の立場およびそれ以外の近時の見解について批判的検討を加えたうえで、救助義務を法的義務とすることは可能であるとする。これに関する近時の文献として、Andreas von Hirsch /Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann(Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013がある。この文献においては、救助義務を法的義務としていない諸国の見地をも含め、救助義務を法的義務とすべきかについて検討がなされている。

法と道徳との関係、さらにそれ以前に他人を救助すべきことが社会倫理規範として承認され得るのかという問題に関わる。この論議を検討することは、刑法の基盤となる思想を明らかにするために重要な意味を持つといえよう。

また、ドイツ刑法第323条cは、このような存立根拠をめぐる議論はあるにせよ、シンボリックな条項としてではなく、現実に適用され機能している^{*23}。しかし、実際の適用場面においては、例えば被救助者が死亡を免れないほどの重傷を負っているなど被救助者を救助し得ない場合、逆に、被救助者自ら自力で回復可能であるなど救助が意味を持たない場合に救助義務を認めるべきか^{*24}、また、被救助者が生命・身体に対する危険な状態に陥った原因がいかなるものであっても救助義務を認めるべきか（例えば、被救助者があえて自らの生命・身体に対する危険な行為をした結果自らの生命・身体が危険な状態に陥った場合など^{*25}）、さらには、自己利益のために危難に陥っている者を救助しなかった場合、どのような自己利益であれば、その不救助は期待不可能であるとして構成要件該当性を欠くのか^{*26}など、解釈論上解決すべき問題が少なからず存在している。これらについて検討することは、一定の要件の下で不救助を可罰的とする、わが国の道交法などの特別法、さらには、殺人、傷害などの不真正不作為犯の解釈に多に資するものといえよう。

以上の問題については、稿を改めて検討することとしたい。

^{*23} Seelmann, a.a.O., S. 284は、刑法第323条cが適用される主たる場面は、主に交通事故——そこでは、専門的救助が次第に個々人の行動を不必要なものとした——から、急性疾患の際の医師の救助という領域に移行したと指摘する。

^{*24} Seelmann, a.a.O., S. 284は、事故の際といえるかどうか、すなわち、危難に陥っているといえるかどうかの判断について、救助義務者の視点から事前的に判断する立場、客観的視点（当該状況に関係していない第三者の視点）から事前的に判断する立場、さらには、事後的に判断する立場があるとする。この問題は、刑法第323条cにおける義務づけの根拠と密接に関係する。

^{*25} Vgl. Freund, a.a.O., Rn. 58ff.

^{*26} Vgl. Freund, a.a.O., Rn. 90ff.