

〔翻 訳〕

ミヒャエル・パヴリック

『『総則の解釈論における最も暗黒の章』
——保障人義務についての覚え書き』

川 口 浩 一 (監訳)

山 下 裕 樹 (訳)

目 次

- I. 保障人義務の理論の系譜学について
 - 1. カントの見解：消極的義務と積極的義務
 - 2. フォイエルバッハにおける「特別な法的根拠」
- II. 保障人義務というシステム
 - 1. 他の人格の尊重
 - 2. 人格的存在という基礎的な現実条件の保証

ロクシンの評価によると¹⁾、保障人義務の学説は「総論の解釈論における、今日においてなお最も争われており、最も暗黒の章」である。この暗さは、結局のところ、かの学説が本来の関心事を誤認していることに由来するのではない。保障人の議論はその根源を、一般的な義務論的及び国家論的な問題において有するのである。つまり、消極的な義務と積極的な義務の間の区別と、どの程度後者の義務が法的な、特に刑法的規制の対象とされてもよいのかという問題である。第一に「誤った問題提起をするという不運²⁾」が、今日において、それを不真正不作為犯の領域へと狭めることへと導いたのである (I)。それに対して、ここでは保障人義務のシステムが素描される。そのシステムは、本来の正当化論的な問題設定と結びつく。つまり、どの態様で刑法的に重要な義務づけが根拠づけられうるのか？ ということである (II)。

1) *Roxin AT II § 32 Rn. 2.*

2) そう述べる——但し全く異なる方向付けによる——ものとして *Nagler GS 111 (1938), 1.*

I. 保障人義務の理論の系譜学について

1. カントの見解：消極的義務と積極的義務

その影響力の強い自然法の概説において、ゴットフリート・アッヒェンヴァルは権利とそれに対応する義務の2つのタイプを区別した。つまり「ある権利 (Recht) は、それが他者の積極的もしくは肯定的な拘束力と結び付けられる限りにおいて、肯定的権利 (affirmatives Recht) と呼び、消極的な拘束力と結びつく限りにおいて消極的権利 (negatives [Recht]) と呼ぶ³⁾。この異なる義務内容に、アッヒェンヴァルによれば、異なる遂行形式が対応する⁴⁾。つまり、積極的義務はその行為義務 (Handlungspflicht) に対応し、消極的義務は不作為義務に対応する。カントは、この義務の種類と遂行形式の対応関係 (Parallelisierung) を引き継いだ。カントは、「人倫の形而上学」の第二部、つまり徳論において展開した自らに対する義務の理論において、単なる自己抑制 (Selbsterhaltung) へと向かう消極的義務と、自分自身の完成へと向かう積極的義務を分けた⁵⁾。消極的義務を不作為義務に対応させ (苦痛に耐えよ、そして捨てよ [sustine et abstine])、積極的義務をそれに対して作為義務 (Begehungspflicht) に対応させたのである (許された力を用いよ [viribus concessis utere])⁶⁾。

徳論において、消極的義務と積極的義務の区別は、体系的に展開されないままであった。他方、法論の領域においては重要であるように見える。プーフェンドルフ⁷⁾ とクリスティアン・ヴォルフ⁸⁾ と、それと結びついてプロイセン一般ラント法⁹⁾ は、なお問題なく共同体の福祉を促進することを為すという個々人の法義務を認める。それに対してカントの法概念は、アッヒェンヴァルのモデルや¹⁰⁾、特にメンデルスゾーンのモデル¹¹⁾

3) *Achenwall/Pütter Anfangsgründe des Naturrechts*, 1750, § 261 (S. 89).

4) *Achenwall/Pütter* (Fn. 3) § 261 (S. 89).

5) *Kant Werke in zehn Bänden*, hrsg. v. Weischedel, 1977, Bd. 7, S. 551.

6) *Kant* (Fn. 5) S. 551.

7) *Pufendorf Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz der Natur*, hrsg. v. Luig, 1994, I/3, § 9 (S. 48); II/18, § 4 (S. 221).

8) *Wolff Vernünftige Gedanken von dem gesellschaftlichen Leben der Menschen und insonderheit dem gemeinen Wesen*, hrsg. v. Hofmann, 2004, § 462 (S. 381).

9) *Preuß. ALR Einleitung* § 73.

10) *Achenwall/Pütter* (Fn. 3) S. 79 (§ 229) 参照。

11) *Mendelssohn Jerusalem oder über religiöse Macht und Judentum*, 1783, S. 36.

にも従っている限りで、「他者の願望（従って単なる要求）に対する選択意志の関係ではなく……、むしろ単に他者の選択意志に対する関係だけである」¹²⁾。そのような法理解の文脈においては、消極的義務の余地だけが残っているのであり、カントの緊急権の否定が雄弁にそれを物語っているのである¹³⁾。

消極的義務は、徳論において樹立された義務の種類と遂行形式の結びつきによれば、例外なく不作為義務の形態で現れるので、権利には、カントのコンセプトによると、作為義務の措定は原則的には否定されているように思われる。しかし、そのような形式主義的な立場を、カント自身は徹底していたわけではない。このことは、例えば彼の契約論において明らかとなる。カントによると、契約によって、私は特定の履行を私にもたらすという「他者との約束」を得る¹⁴⁾。私は、他者の行為の自由を奪うことによって、私自身の行為の強度を拡大し、一方で約束者の自由領域がそれに応じて減少するのであり¹⁵⁾、「私はより裕福に (locupletior)」¹⁶⁾ なり、約束者は財産を失うのである。約束者が契約に違反した時には、彼が私に約束した履行をしないことによって、私に損害を加えたのであり、私から財産を盗んだのと何ら変わらない¹⁷⁾。結ばれた契約を遵守するという義務づけと、契約違反の場合において損害賠償を行うという義務は、他者の所有を尊重するという義務づけと同じレベルにあるのであって、両者の場合とも消極的義務が存在する。しかし、この義務づけは、通常、積極的な行為によって満たされる。カントによって明確に認められた、両親の子供の福祉に対する法的な責任も同様である¹⁸⁾。つまり、不作為によってはここでは何も達成されえず、むしろ両親は、様々な方法で積極的な活動を行わなければならない。

両親の子供に対する配慮義務 (Versorgungspflicht) は、それに加えて、法義務として考慮されうるのは消極的義務だけであるというカントのテーゼとは相いれない。カントの何人かの同時代人は、子供に不利益になるこの緊張関係を解消し、子供は援助や世

12) *Kant* (Fn. 5) S. 337.

13) これに関して、詳細には *Kühnbach Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, S. 18ff; *Küper Immanuel Kant und das Brett des Karneades*, 1999, S. 6ff; *Pawlik Der rechtfertigende Notstand*, 2002, S. 18ff.

14) *Kant* (Fn. 5) S. 386.

15) *Kersting Wohlgeordnete Freiheit*, 1993, S. 297.

16) *Kant* (Fn. 5) S. 393f.

17) それを明示するものとして *Pufendorf* (Fn. 7) I/6, § 5 (S. 73).

18) *Kant* (Fn. 5) S. 394.

話を受ける本来的な法的請求権を有していないと主張する¹⁹⁾。厳格な消極的法概念の他の主張者は、両親が共同生活をするという行為によって、契約を子供の有利になるように結んだという想定をし²⁰⁾、もしくは両親が子供を生殖 (Zeugung) と出産 (Geburt) によって、両親が子供を救い出さなければならない保護のない状態へと置くという考慮を逃げ道にする²¹⁾。後者の考えをカントでさえも自説に取り入れた。つまり、両親は生殖という行為によって「一人の人格をその同意なしにこの世界へと置き、専断的に世界へともたらした」のであって、この行為に対して、両親は今や、「この人格が自分のこの状態に満足するように力の及ぶ限り努める義務がある」²²⁾。

一見すると、カントはここで確かに事物の本性上、先行行為という根拠づけの類型を取り扱い、それによって誰も害してはならない (neminem laedere) という思想によって方向づけられる法的理解の枠内にとどまっているように見える²³⁾。そのように理解すると、カントの考慮は維持できるものではないだろう。先行行為思想は、行為者の介入の前に、相対的に危険のない現状 (Dasein) を享受する主体が存在することを明らかに前提としている。それに対して、後に存在することになる子供は、その生殖の前には全く存在していない。そもそも、子供は人格として存在すると同時に、助けがなく (hilflos)、依存し、危険にさらされている。つまり、子供はおよそ世界に置かれることによって、何かを失うわけではない。埋め合わせできる損害を、子供達は——一度生まれると——国家機関が、ドイツにおいて基本法6条2項〔「子どもの保護及び教育は、親の自然の権利であり、まずもって親に課される義務である。…」〕〔石川健次訳『[新版] 世界憲法集 (2007年)』高橋和之編, 168頁] 監訳者記す〕に定められている規範的な両親の優位性を尊重するがゆえに、いずれにせよ国家機関が子供達を自らの監護下に置かないことによって被るのである。しかし、両親や国家が作為によるか不作為によるかはどちらでもよい—両者のケースにおいて予定されていることは、子供が、あらかじ

19) v. *Gros* Lehrbuch der philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts, 1829, § 122 Anm. (S. 86f); *Schmid* Grundris des Naturrechts, 1795 (Neudruck 1973), § 202 (S. 90).

20) *Mendelssohn* (Fn. 11) S. 40.

21) *Höpfner* Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker, 1790, § 160 (S. 152); *Meister* Lehrbuch des Natur-Rechtes, 1808, § 421 (S. 363ff).

22) *Kant* (Fn. 5) S. 394.

23) 誰も害してはならない (neminem laedere) という原則に先行行為が由来することについては、後述Ⅲ. 1. を見よ。

め存在する配慮に対する権利を有していることである。カントの根拠づけのアプローチは、積極的な配慮 (Zuwendung) を求める子供の権利が、この着想によって既に肯定されたときに初めて、実質的に正しいと看做される。つまり、誰が保護のない子供に対する配慮について、子供の生成と誕生について責任がある者として看做されるのだろうか²⁴⁾？ カントのオリジナルな法概念からは、しかし、そのような権利やそれと一致する義務を導き出すことはできないのである。

カントの第二の中心的なテーゼ——義務の種類と遂行形式の対応関係の想定並びに法領域の消極的義務への制限——は、したがって維持できるものではありえない。しかし、ある一点においてカントは賛同を得る。つまり、特別な不作為の問題は彼にとっては存在しないということである。彼の体系的な関心は、いかなる義務を国家は強制的に、そして刑法という道具によって貫徹してもよいのかという問題に向けられているのであって、不作為という現象を、カントは単に義務論的な問題設定の派生問題としてとらえているのである。フォイエルバッハは、今日において一般的に——ロクシンによっても²⁵⁾——保障人説の創始者としてたたえられているが、不幸にも逆の見解を主張した。つまり、フォイエルバッハはカント的理論の問題を孕んだ特徴を広く維持したのである。しかしその特徴は、カントの適切な理解を妨げるものであった。

2. フォイエルバッハにおける「特別な法的根拠」

フォイエルバッハの教科書の第24節では、僅かな行数で幾重にも重なった論証がなされている。その教科書において、問題のないものを問題とするに値するものから分けるならば、フォイエルバッハの業績についての判断は、通常の見方とは異なり、著しく批判的なものになるのである。

犯罪の概念と区分に関する章における第24節の立場に応じて、フォイエルバッハはさしあたり、不作為犯の存在を彼の犯罪概念と一致させることに尽力した。犯罪は他者の権利を侵害することを意味するので²⁶⁾、可罰的な不作為が前提とするのは、被害者が「我々の活動を実際に表明する権利」を有することである²⁷⁾。つまり、権利なしに権

24) NK-*Wohlers* § 13 Rn. 59; Kühl AT § 18 Rn. 49.

25) *Roxin* AT II § 32 Rn. 3.

26) *Feuerbach* Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 1847, § 21 (S. 45).

27) *Feuerbach* (Rn. 26) § 24 (S. 50).

利侵害は存在しないのである。ただし、権利侵害という概念の内容及び法概念と遂行形式の関係について、この所見は何も述べていない。この問題においては、フォイエルバッハはオーソドックスなカント主義者である。カントに従い、フォイエルバッハは、一つには、法律、特に刑法は、原則的に消極的義務の確定へと制限されるという解釈を行う。つまり、犯罪にあたる権利侵害を犯す者は、その自らの法的な自由の境界を越え、他者の自由を侵害した者である²⁸⁾。それに加えて、カントからフォイエルバッハは消極的義務を不作為義務と同置することを受け継ぐ。第24節において²⁹⁾、彼が論理必然的に、市民の本来的な義務は不作為にのみ向けられているということを定式化するならば、このことは、純粋な義務論的立場を遂行形式と関係する形で反映するものとなる。したがって、消極的義務は命令の形態においても表現されうるという理解に対しては、フォイエルバッハの場合にはその余地はないのであり、「遂行に関する義務」は、彼の場合、むしろ全体として (in toto) 本来的な消極的義務づけ類型の外側に位置しているのである。しかし、フォイエルバッハは実体法の論者として、かの義務を拒絶しえないのであるから——上述のように、カントは一度も行っていないのだが——、彼はその許容性を「特別な法的根拠」の存在に依存させることに満足するのである³⁰⁾。「特別な法的根拠なくして、人は不作為によって犯罪者とはならない」³¹⁾。

フォイエルバッハの叙述は、したがって、カントの自由主義的な法義務構想を背景にしてのみ理解できる³²⁾。しかし、それは、フォイエルバッハ自身の時代にすでに時代遅れであった遂行形式理論という衣服をまとっている。正当化論の文脈においては重大なひずみが生じるのである。つまり、フォイエルバッハの「特別な法的根拠」は——契約による——消極的義務だけではなく、全く異なる由来を持ち、質も全く異なる積極的義務をも含む。つまり、一方では、法的に定められた告発義務や後見義務であり³³⁾、

28) *Feuerbach* (Rn. 26) § 21 (S. 45).

29) *Feuerbach* (Rn. 26) § 24 (S. 50).

30) *Feuerbach* (Rn. 26) § 24 (S. 50); § 49 (S. 93) において、フォイエルバッハは「特別な法的根拠」として、それに加えてさらに「引き受けられた公務的義務 (Amtsverbindlichkeit)」に言及する。

31) *Feuerbach* (Rn. 26) § 24 (S. 50).

32) 同様に *Jakobs Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin*, in Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 112.

33) フォイエルバッハの時代に妥当していた法的な作為義務についての概観を与えるものとして *Spangenberg NACrimR* 4 (1829), 534f.

他方では公務員の義務である。この積極的義務の正当性について、フォリエルバッハは第24節において何も述べていない。積極的義務は、上述のように、彼によって前提とされていた法概念と厄介な関係に立つにもかかわらずである。フォリエルバッハはその限りにおいて、彼の犯罪構想において、形式的な不作為犯の統一にのみ成功し、それに対して不作為犯の内容的な統一には成功していないのである。暗黙的に、フォリエルバッハは、彼の同時代の哲学者を駆り立てる法の根拠の問題 (*Rechtsgrundfrage*) ——どの義務が法概念という観点から正当化されうるのか? ——を単なるな法源の問題 (*Rechtsquellenfrage*) と置き換えた。つまり、彼は個々の義務の様々な発生根拠を挙げることに限定し、しかしながら、実質的な価値へとは立ち入らなかったのである。フォリエルバッハによって根拠付けられた見解は、「特別な法関係」³⁴⁾ という事例群と先行為³⁵⁾ を補充して、後に続く不作為の理論に決定的な影響を与えた。ただし、その先天的欠陥は、いわゆる形式的法義務説を決して脱ぎ捨てていなかったことである。つまり、その場合、個々の義務を根拠づける構成要件を納得のいくように³⁶⁾ 連ねることですらないのであり、それに対して、体系的に基礎づけられた義務論ではないのである。

しかし、広い刑法学的発展へのフォリエルバッハの影響は、法義務説の創始者としての役割に尽きないのである。義務論から遂行形式論へ彼が指導的な問題提起を推移したことで、彼は全体的に次のような論議に方向を与えた。確かに消極的義務と積極的義務の違いは、メルケルからゴールドシュミットにまで一致して受け継がれている「不真正」(作為と同価値的な) 不作為犯と「真正」不作為犯を区別するいくつかの試みにおいて見られる。すなわち、第一のケースにおいて、我々は、害するな (*non laede*) という消極的義務を特徴づけることによって行わなければならない、それに対して第二のケースにおいては、純粋な為すことへの義務 (*obligatio ad faciendum*)³⁷⁾ によって行わなければならない。——従って、真正不作為犯は単なる夜警に位置付けられていた³⁸⁾。しか

34) *Spangenberg* NACrimR 4 (1829), 535 ff.

35) 基本的なものとしては *Oersted* *Abhandlungen aus dem Gebiete der Moral- und Gesetzgebungsphilosophie*, Bd. 1, 1818, S. 311 並びに *Stübel* *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, 1828, S. 61.

36) さしあたり *Roxin* AT II § 32 Rn. 10 ff. を参照

37) *Merkel* *Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, 1867, S. 78 f; *Goldschmidt* *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902 (Neudruck 1962), S. 344 Fn. 28, 545. を参照

38) *Merkel* (Fn. 37) S. 97 f; *Goldschmidt* (Fn. 37) S. 344 Fn. 28, 545.

し特に、どの要件の下で（外見上の）不作為が作為として評価されうるのかという問題について議論がなされている。この帰結は、いずれにせよ、その論議がこの問題について二次的な意義しかもっていないことに尽きるものである。——これについて典型的であるのは、不作為の因果関係に関する争いであり、リストの評価によると³⁹⁾「これまで刑法学を導いた最も実りの乏しいものである」。——一方で、刑法学は本来の実質的問題を次第に見失なっていった。

不作為を作為へと解釈しなおすあらゆる試みが失敗したことに鑑みると⁴⁰⁾、この議論の参加者の多数は、その原則的な権限において疑念のない実践的刑罰⁴¹⁾の必要性を考慮するという努力において、世紀の転換期以来、一定の地位を得たのであり、その地位をピンディング⁴²⁾はいつもの口の悪さで「ドグマティックな悲観主義」として特徴づけた。つまり、不作為の作為への引き上げ要求が放漫な解釈によって補われるのであり、その結果、すでに不作為と作為の実質的な同価値性で、作為構成要件を不作為へと適用するためには十分なのである。この同価値性の決定的な基準と看做されるのは、特別な法義務の存在である⁴³⁾。この究極的な定式化を1938年のナーグラールの見解が含んでいた。不作為が「行為と同等のもの」⁴⁴⁾として看做される条件の総体を、ナーグラールは不作為者の保障人的身分において見い出す⁴⁵⁾。その際、彼に唯一かつ単独で問題となるのは、実体法の犯罪構成要件の規定方式によって投げかけられる包摂の問題の解決の手がかりとなることである。その場合、包括的な義務論的問題領域からの断片を問題としているに過ぎないことを、ナーグラールはもはや想像すらしていない。すなわち、「まったく単純で、そして本来的に自明であるように、規則的に犯罪構成要件の規定が

39) *v. Listz/Schmidt Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1932, S. 128.

40) これについて包括的であるのは *Armin Kaufmann Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, S. 241 ff.

41) 従って、例えば *M. E. Mayer AT S. 190* は、明確な法的規定が無いことを理由として不作為を原則的に不可罰とする見解を「明らかに不適當なもの」であるとす。 *Nagler GS 111 (1938), 15* は、この見解を「事実上役に立たないもの」とする。

42) *Binding Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. II/1, 1914, S. 544.

43) これに関してより詳しくは *Rudolphi Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, 1966, S. 26 ff. 並びに *Welp Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, S. 61 ff.

44) *Nagler GS 111 (1938), 69*.

45) *Nagler GS 111 (1938), 59*.

指摘する積極的活動と消極的な態度が法的に同等であるのかどうかチェックされなければならないということ⁴⁶⁾を認識するためには、すでに解釈論史に目を向けることで十分なのである。以下では、このような問題の限定的な捉え方(Engführung)を克服することと、本来の問題提起の領域に少なくとも端緒として立ち帰ることが試みられる。

II. 保障人義務というシステム

保障人義務という探求されたシステムの輪郭が、これまでの考察によって広範囲に描かれた。法、特に刑法の主な任務は、市民にその生活を自らの洞察によって送ることができるということを可能にすることにある。これに関して、市民は、特にその権利領域の不可侵性が、他の人格から尊重されることを信頼できるようにならなければならない。したがって、各市民への刑法の基本的な期待、さらにいえば「人間間の態度の根本規範」⁴⁷⁾は、次のようなところへと向かうのである。つまり、市民が——ヘーゲルの定式化においては⁴⁸⁾——他の市民を、自分自身であるようにそのままにしておく、すなわち彼によって見いだされたこの権利領域の不可侵性のレベルを悪化させないようにすることである(1.)。しかし、刑法は市民に一定の範囲においては広く給付も要求してよい。つまり、市民は——一部ではその一般的な市民の役割に基づいて、一部では帰属可能な形で引き受けられた特別な役割に基づいて——国家が機能していく能力の維持や人格的存在という他の放棄できない現実的条件を保証することに寄与しなければならない(2.)。

1. 他の人格の尊重

法的な尊重義務というシステムにおいて、個々の人格は「不尊重(Anmaßungen)から保護され、しかしながら、他の人格とは結び付けられない」⁴⁹⁾。したがって、ある人格は他の人格に対し「消極的な同胞性(Mitmenschlichkeit)」⁵⁰⁾を負っているに過ぎない。ある人格は、確かに他の人格の権利領域を「踏み越えることのできない魔力の及ぶ

46) Nagler GS 111 (1938), 1f.

47) Stratenwerth ZStW 68 (1956), 44.

48) Hegel Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831, Bd. 3 (Nachschrift Hotho), 1974, S. 194f.

49) Jakobs FS Arthur Kaufmann, 1993, 461.

50) Kersting Der Markt—das Ende der Geschichte, in: Brieskorn/Wallacher (Hrsg.), Homooeconomicus: Der Mensch der Zukunft?, 1998, S. 107.

範囲のように尊重しなければならず、その限りにおいて、すべての介入を控えなければならず⁵¹⁾、また他の人格を手助けする必要はないのである⁵²⁾。「(外部的)自由という概念においてそれ自体として存在するのは、すべての人格は、自ら責任を負うべきものであれ、偶然のものであれ、行為可能性の拡大ないし制限を自ら捉えなければならないということである⁵³⁾。権利関係のそのような形式化を、非人間的あるいは皮相的なものとして軽視することは重大な誤解であろう。逆に、そのような定式化において表現された「あえて無視する (Wegsehen) という平等志向的道德」を「至上の革命的なアプローチ」のみが基礎に置いているのではない。なぜならば、そのような道徳は事実的な優越を法的な特権へと転用するすべての試みの正当化を除去してしまうからである⁵⁴⁾。加えて、尊重においては、他者という人格を尊重することが直接的な方法で表明されている。——というのも、まさにこの他者は「世界の空間を間に挟んで眺め」られるからである⁵⁵⁾。連帯への期待を抑制することで初めて、個人に自分自身の生活を送る機会、すなわち彼によって選択された自己表現という方法を行為によってやり抜く機会が開かれるのである⁵⁶⁾。すなわち、この独立性はそうでなければ保持されえない。つまり、「隣人の無分別な生活形成に実際に影響を与えるという権利なくして、どのようにしてある人格が、繰り返し隣人を助けなければならないことへと至るのだろうか？」⁵⁷⁾

尊重義務は、第一に、他者の権利領域へ介入することを禁止するという形態において現れるが、それはそのことに尽きない。サムゾンの可塑的な特徴付けによると⁵⁸⁾、尊重義務は「集団の危険から解放されるべき法益の個別化」を目的とする。その他者は、私と出会わなかった時には、より悪い状態にはならないのである。他者を危険から守ることについて、中立要請は積極的な損害行為の禁止と比べてあまり意味がないわけではない。この関係を、アドルフ・メルケルよりも簡単で的を射た表現をした者はいない。19世紀末の重要

51) *F. v. Hippel* Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, 1930, S. 11.

52) *Jakobs* FS Roxin, 2001, 799.

53) *Köhler* AT S. 282.

54) *Kersting* Internationale Solidarität, in: Bayertz (Hrsg.), Solidarität—Begriff und Problem, 1998, S. 416. 参照。

55) *H. Arendt* Vita Activa oder Vom tätigen Leben, 1994, S. 238.

56) これについてより詳しくは *Pawlik* Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 41f.

57) *E. A. Wolff* Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 39.

58) *Samson* FS Welzel, 1974, 594.

な刑法の著者として、メルケルは義務論的問題を不作為に関する彼の論文の重要点に置いた。カントに従って、メルケルは次のようなことから出発する。つまり「個々人の相手との関係において、一般に……他者の領域へ侵害的には介入しないという消極的義務のみが根拠付けられる」⁵⁹⁾ ということである。「他者の権利領域の内部で侵害的な変更を引き起こした者 (Urheber)」は、それにもかかわらず、自らの権利領域の危険な組織化⁶⁰⁾ や特定の活動の引き受けによって⁶¹⁾、他者の利益の不可侵性を、自らの実効性に依存させておきながら、その後でこの実効性を展開しなかった者でもあるとされる⁶²⁾。したがって、メルケルによれば、我々が他者の不可侵性を、帰属可能な方法で、対応する作為の実行へとかからしめた限りにおいて、何らかの侵害の発生に対して不作為も責めを負わされうる⁶³⁾。消極的義務が積極的な行為要請をもたらすという上述の洞察は、それゆえメルケルにおいて、その確証を見出したのである。中立化〔行為者が創出した危険などを中和すること——訳者記す〕の義務づけは、それがその名宛人に積極的な給付を要求するにもかかわらず、体系的な観点の下では、まさに「本来的な義務ではないのであり、むしろその規範的な力を被害者の防御権を通じてはじめて手に入れる」⁶⁴⁾ のであり、その実質的な負責根拠を、中立化義務は尊重要求において見出すのである⁶⁵⁾。

中立化の努力をするきっかけを与える危険源の多くは、許されない態度である（先行

59) *Merkel* Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts, Zweiter Teil, 1899, S. 89.

60) *Merkel* (Fn. 59) S. 85 における例を見よ。

61) *Merkel* (Fn. 59) S. 81.

62) *Merkel* (Fn. 59) S. 90.

63) *Merkel* (Fn. 59) S. 81f. (原文において強調している)

64) *Hoßfeld* Tun und Unterlassen, 2007, S. 68.

65) *Doner* Die Zumutbarkeitsgrenzen der vorsätzlichen unechten Unterlassungsdelikte, 2007, S. 197; *Gauger* Die Dogmatik der konkludenten Täuschung, 2001, S. 203; *Grünwald* Zivilrechtlich begründete Garantienpflichten im Strafrecht, 2001, S. 133f; *Herzberg* Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip, 1972, S. 286; *ders.* JZ 1986, 988; *Jakobs* AT 29/29, 38; *ders.* FG BGH, 2000, 29f; *Jescheck/Weigend* AT § 59 IV 4 a; *Otto* NJW 1974, 532; *Pawlik* (Fn. 56) S. 184; *Prdomo-Torres* Garantienpflichten aus Vertrauenheit, 2006, S. 162; *Sánchez-Vera* Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 55, 60ff; *AK-Seelmann* § 13 Rn. 49; *Stree* FS H. Mayer, 1966, 155f; *Timpe* Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelverwertungsverbot, 1983, S. 187; *Vogel* Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, S. 364; *NK-Wohlens* § 13 Rn. 34.

行為という中核領域)。ただし、必然的にそうなるわけではない。法秩序は、個々の市民の行為の余地を形成する2つの根本的に異なる可能性を自由に使用できる⁶⁶⁾。一つには、法秩序がその起こりうる損害の回避についての領域を初めから狭く限定し、その際には、法秩序は逆に、刑罰的責任を厳しく義務違反的な態度と結びつけることを許す。もしくは、法秩序は、個々の市民に、更なる人格の発展の余地を与えるが、その代償として細分化された答責規則を発展させなければならない。自由の観点のもとで優越的であるのは——そして基本法2条1項〔「何人も、他人の権利を侵害せず、かつ、合憲的秩序又は人倫法則に反しない限りにおいて、自己の人格を自由に発展させる権利を有する。」〕〔前掲書167頁〕——監訳者記す〕の支配的な拡張された解釈に鑑みて、憲法的にも要請されているのは——後者の選択肢であり⁶⁷⁾、それによって、極めて(qualifiziert)危険ではあるが法に適った形での危険の創出を、先行行為の答責性の適用領域へと組み込むことである⁶⁸⁾。

社会生活上の義務 (Verkehrspflichten) に鑑みると、法にあって創造された危険を組み込むことは、いずれにせよ一般的に認められている⁶⁹⁾。社会生活上の義務に基づいて、個々の市民には、態度に基づく危険の中立化だけでなく、物の危険の中立化も課せられている。「一度放出されると絶え間ない統制に支配されるときにのみ、人間に対して危険でない特定の力を放出した者は、その力を軽減し、制御し、人間に損害のないものにするために、その力に対処しなければならない」⁷⁰⁾。所有者がその事物の危険な状態に対して何も為し得ない時でさえ、その者は中立化的に介入しなければならない。民法 (BGB) 903条1文〔「ある物の所有者は、法律又は第三者の権利の妨げとならない限りにおいて、その物を任意に取り扱い、他人をあらゆる影響から排除することができる。」——訳者記す〕が模範的に示すように、法的な組織化の自由は、使用することや利用に対する権限だけではなくて、(同じように本質的に) 他の人格の排除に関する

66) 基本的には *Otto NJW* 1974, 533.

67) 同様に *Timpe* (Fn. 65) S. 177.

68) 体系的に適切であることは、先行行為によって根拠付けられる保障人の「譲渡義務 (Gebepflicht)」の範囲を、防御的緊急避難状況を通じて根拠付けられる被侵害者の「受領権 (Nehmerechts)」の範囲と適合させることである。より詳しくは *Pawlik* (Fn. 13) S. 316f Fn. 136; 同様に *Jakobs FG BGH* 2000, 47f; 類似したものとして *Roxin AT II* § 32 Rn. 155ff.

69) このことを正当にも *Timpe* (Fn. 65) S. 184 は指摘する。

70) *Kohler Studien aus dem Strafrecht*, Bd. I, 1890, S. 59.

権限を有する。他者には、他者の権利領域が危険ではない状態にあるということを信頼する以外に残された道はない。かの安全性への信頼 (Sicherheitsvertrauen) が裏切られそうな状態が生じたならば、権利領域を有する者は、いわば他者を排除することに関するその者の権限をその者にこれまでもたらしていた自由に対する代償を支払わなければならない。その者 [権利領域の所有者——訳者記す] はその権利領域を別の形で組織化しえたのであり、一方で他者には初めからこれに関する法的権限 (Rechtsmacht) が欠けていたのであるから、その者は規範的に考察する場合には、他者よりも危険により近い関係にあったのである。このことには、権利領域の所有者の側からすると、危険の中立化の措置に対する管轄が相応する⁷¹⁾。

最後に、尊重義務は、ある者が他者の利益を「その者の活動に依存させる」⁷²⁾ ようなある一定の立場をとることから生じる (事実上の引き受け)。他者が明確にもしくは黙示に表示された保全 (Sicherung) や救助に関する用意 (Bereitschaft) を信頼して、その財の存続に危険をもたらすような弱点をさらしたときには、表示をはじめた者は、尊重要求に基づいて、その者によって帰属可能な形で引き起こされた保護の不足 (Schutzdefizit) を、自らの活動によって調整しなければならないのであって、本来的な侵害の禁止は、その限りにおいて、その者に対して回避要請へと変更されるのである⁷³⁾。それは自己矛盾した態度の禁止であり、ここでは行為者の負担で介入するものである。自由を要請する法状況の共通の目的のために、この法状況には、一度表示した危険の引き受けの用意から任意的に離れるというオプションは認められていない⁷⁴⁾。行為者に責任がある行為の連続性及び行為の首尾一貫性は、社会関係に内在している不確実要素を減少させ、それによって、およそ社会的な協力を交換社会というレベルを超えて可能にするのである⁷⁵⁾。

ヘーゲルはこの関係を明確に概念へともたらしめた。カントは、純粹理性の要請として

71) 同様に *Freund* AT § 6 Rn. 26f; *Frister* AT 22/24; *Kühl* AT § 18 Rn. 106; *Otto* AT § 9 Rn. 85; *SK-Rudolphi* § 13 Rn. 27; *LK-Weigend* § 13 Rn. 24; *Wessels/Beulke* AT Rn. 723; *NK-Wohlers* § 13 Rn. 46.

72) *Merkel* (Fn. 59) S. 81.

73) 新たな議論についての基本的なことは *Stree* FS H. Mayer, 1966, 151ff; 同様に *Roxin* AT II § 32 Rn. 55.

74) *Pawlik* (Fn. 56) S. 129; *Perdomo-Torres* (Fn. 65) S. 174.

75) *Luhmann* Soziologische Aufklärung 6 (Die Soziologie und der Mensch), 1995, S. 149ff.

なお定言命法に⁷⁶⁾、それによって究極的には個々の人格の道徳に、自分が行った約束を守るという義務を位置づけた⁷⁷⁾。ヘーゲルは、これに依拠しようとしな。なされた約束を守るという義務は「私は内面において同じままであるということ、つまり私の心情や信念などを変更すべきでないという道徳的な理由から」は生じないとするのである。このことを私は確かに変更しうる、「しかし、私の意思は承認されたものとしてのみ定在し、私は私にだけ矛盾しているのではなく、私の意思が承認される者にも矛盾しているのである」⁷⁸⁾。このヘーゲルの根拠付けは、管轄の根拠付けの全体像の根源へ目を向けることに導く。つまり、この根拠づけは、個々の法的人格を、その人格自身に法的に認められたものを可能にする条件に結びつける。この理由から、この人格は、法的に保証された組織化自由の領域の所有者として自らを廃棄することなしには、その人格に課された管轄を拒絶することはできない。義務の履行は自由の代償なのである⁷⁹⁾。

2. 人格的存在という基礎的な現実条件の保証

自ら決定して生活することは、非常に多くの前提を必要とするプロジェクトである。安定した外部的な関係、それは長期的に設定された計画を初めて可能にするものであるが、そのような関係は実質的な財を伴った一定の基本装備 (Grundausstattung) や、特に相当な知識水準、選好の合理的な形成に関する能力や、それをしっかりと実現する能力を要求する。肉体的、精神的、そして道徳的な行為力や自己実現力 (Handlungs- und Selbstmächtigkeit) なしに、つまり一定の経済的基盤の安定性なしには、ケルステングの言葉によるところの⁸⁰⁾、古典的な市民権は、「自由主義者の思想によれば、自律的な生活の形成や個人的な自己価値形成に対して有している意義を獲得しえない」。尊重義務というシステムは、この要件の比較的になずかな部分のみをカバーするのである。ケルステングがカントの法概念に関して述べたように⁸¹⁾、尊重義務というシステムは「行為機能を持つ者 (Handlungsmächtigen) の自己保護共同体」を具体化することへと制限されるが、この行為機能を可能にする条件について何も述べていない。そのよ

76) Kant (Fn. 5) S. 385.

77) Liebsch Gegebenes Wort oder gelebtes Versprechen, 2008, S. 105.

78) Hegel Jenaer Systementwürfe III, hrsg. v. Horstmann, 1987, S. 211. (原文における強調)

79) Jakobs ZStW 117 (2005), 261.

80) Kersting Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 2000, S. 394.

81) Kersting (Fn. 15) S. 98.

うなシステムは、それ自体としてみれば、人格の自由の現実性を保証することはできず、多くの個々の人格を超えたいわば社会的経済基盤的な枠組み条件が付け加わらなければならない。これを維持するために、具体的現実的な自由の状態に対するその共同責任に基づいて⁸²⁾、その状態の保護下で生活するすべての市民は寄与しなければならない。対応する保障人的地位は、ゼールマンによれば⁸³⁾「前提管轄 (Voraussetzungszuständigkeit)」、ヤコブスによれば⁸⁴⁾制度的に根拠づけられた管轄と呼ばれる。それらに共通しているのは、義務者に、予め存在する法の存続の不可侵性を守ることだけでなく、改善することも要求することである⁸⁵⁾。このカテゴリーに存在する義務づけの多くは、構成要件的に独立している。関与する義務者の多様性は、納税義務 (租税法 [AO] 370条) から証言義務 (刑法53条以下) を経て、自然の資源を尊重して取り扱うことに関する義務に達する。この一般的な市民義務の具体化 (Ausprägungen) は、従来の保障人論からは評価について一言も論じられておらず、そのような考え方とは全くかけ離れた種類の刑法思想の引き出し、すなわち法益論からは拒絶された。それに対しては、私見によると、両方の領域において、異なった具体化レベルではあるが、一つの同一の問題が存在する。すなわち、どのように市民の刑法上の要求の根拠や限界が、自由な刑法秩序の内部において特定されなければならないのか? という問題である。

一般的な市民の義務は、帰属可能な形で引き受けられた特別な役割に基づく保障人義務によって補われる。これは、一つには国家的な組織の内部における活動の引き受けから生じる。国家が特別な法的権限を一人の人格について根拠づけた限りにおいて、国家は、その公務担当者 (Amtsträger) [ドイツ法においては、「公務員 (Beamte)」と「公務担当者」は概念的に区別されており、例えば裁判官は前者ではないが後者にあたる——監訳者記す] によって代表されて、次のようなことに関する配慮をしなければならない。つまり、この人格に、当該特別権利関係に対応する程度の保護や福祉 (Fürsorge) が与えられることに配慮しなければならないのである⁸⁶⁾。国家的任務の中核領域が話題となる限りで、国

82) これについては *Pawlik Staatlicher Strafanspruch und Strafzwecke*, in: Schumann (Hrsg.), *Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat*, 2010, S. 82ff.

83) *Seelmann GA* 1989, 256.

84) *Jakobs AT* 29/28, 57ff.

85) 但し、扶助の要請に損害の禁止は含まれている。「共通の世界の構築について積極的に義務付けられており、消極的な制度を侵害した者は、それによって同時に積極的な制度にも違反している」(*Sánchez-Vera* [Fn. 65] S. 98f)。

86) このことは争われていない。さしあたり *Roxin AT II* § 32 Rn. 85 を参照。

家公務員の刑法上関係する保障人義務が、さらにまた、国家との特別な依存関係にない市民に対しても存在する⁸⁷⁾。警察官に刑法上許可された犯罪行為の阻止に関する義務が該当するならば⁸⁸⁾、市民の法的立場への可罰的介入に対抗するという国家への期待は、国家的任務のもっとも内部にある中核を意味する⁸⁹⁾。事実的な引き受けのケースとの違いにおいて、公務担当者のこの義務は、自ら行った危殆化行為の補償という基本思想の下に提立されるのではなく、国家の中心的任務、つまり秩序の維持や存在への配慮への協働作用という根本思想の下に提立されるのである。事実的な引き受けの場合に、個別的に探知されるべき違った形で保護の放棄を、市民はその国家との関係において、すなわち、そのようなものとしての法秩序へ自らを従属させることによって実行したのである⁹⁰⁾。したがって、公務担当者への期待は、彼がその地位を開始した際に見出した偶然的な条件を無視して特定されるのであり、特にその地位を開始したことによって、別の形で存在する保護が排除されるかどうか、もしくは制限されるかどうかは重要ではない⁹¹⁾。

もう一つには、その先行する行為に基づいて、他者の保護のない状態を阻止することや、他者を場合によっては自立へと導くことは、私人の義務である。このタイプの義務づけは、いわば次のようなことに対する代償を形成する。つまり、国家が当該生活領域から退くことや——明白な不能のケースにおいて介入の留保による制限を伴い——その自律を尊重することに対する代償である。このケースの最も重要なものは、両親と子供の関係である⁹²⁾。同じことが妥当するのは、多数の者が（特に婚姻という方法によっ

87) 特定の任務を引き受けることが、この意味において管轄を根拠付けるかどうかは、よく争われている（より詳しくは *Hüwels Fehlerhafter Gesetzesvollzug und strafrechtliche Zurechnung*, 1986, S. 145ff; *Jakobs AT* 29/76ff.）。しかしながら、この不確実性は、まず第一に、現代的な、体系論による表現によって（*Willke Die Ironie des Staates*, 1996, S. 216ff）「多中心的に（polyzentrisch）」記述されている社会においては、特定の政治的関心事の自由の意義や——それと密接に関連して——現代国家の機能に関する避けられない議論を反映している。この「中間領域」の存在は、見てきたように、第一に、本稿の問い合わせ客体（Referenzobjekt）——現代的社会にふさわしい国家——の特別な性質から生じるのであり、この理論の欠陥それ自体を意味するのではない。

88) BGHSt 38, 388 (389ff); *Roxin AT II* § 32 Rn. 93.

89) *Waldhoff Staat und Zwang*, 2008, S. 53.

90) *Pawlik ZStW* 111 (1999), 346; 同様に *Roxin AT II* § 32 Rn. 93.

91) *Pawlik ZStW* 111 (1999), 348 Fn. 50.

92) 両親のその（未成年の）子供に対する刑法的責任は一般的に認められている。↗

て) 互いに、重大な危険の場合には相互的に扶助することを約束する場合である。この種の関係は、保険に類似した構造を示す。つまり、引き受ける者と保護を必要とする者の間の役割分配が初めから確定している事実的な引き受けの事案とは異なり、ここで不確かであることは、関与者のいずれの者が場合によっては救助の履行から利益を得ようとするのかであり、すべての者は、潜在的な受益者でもあり潜在的な義務者でもある。しかし、とりわけ、このケースにおいては、単に、以前から保持されている安全な状態に対する補償が重要なのではなく、取り決めの意味や目的は、むしろすべてのパートナーの利益になるように、これまでの安全レベルを改善することである。それにもかかわらず、このような関係を尊重義務に関する原則を手掛かりとして評価すること（そしてこの関係をそれによって、防御準備から遠ざけるような先行行為に対する答責性〔責任〕へと制限すること）は⁹³⁾、その規範的な構造に明らかに矛盾するだろう⁹⁴⁾。本当に繊細な犯罪論は、むしろ、さらに分断された、独立の保障人義務によって考慮することはできないのである。

これによって、刑法の任務の特定から導き出された保障人論のここでの素描は、その完結を見る。自由な権利関係というものを基礎として、それは原則の忠実さと有用性を一体化しようと試みた。この試みに、敬愛する被祝賀者の関心が向けられんことを〔望む〕！

【監訳者あとがき】 本翻訳は Michael Pawlik „Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils“—Bemerkungen zur Lehre von den Garantenpflichten in: Heinrich, Manfred / Jäger, Christian / Schönemann, Bernd / et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Band 1, 2011, Berlin / New York, S. 931-945 の全訳である。なお、本論文は、大幅な修正、補充を加えて、Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 162-165, 168-170, 172-174, 179-189 に組み入れられている。翻訳に際しては、東京経済大学現代法学部の中

↘少なくとも LK-Weigend § 13 Rn. 26; S. Böhm Garantenpflichten aus familiären Beziehungen, 2006, S. 29 ff. を参照。

93) しかし、結論において、そのように解する者として Stathenwerth/Kuhlen AT § 13 Rn. 41 f. や SK-Rudolphi § 13 Rn. 55 (危険共同体について) 並びに AK-Seelmann § 13 Rn. 137.

94) 当然、相互的な信頼関係や依存関係は実際には存在する。したがって配偶者の保障人義務は、互いに、別居によって終結する (BGHSt 48, 301; Roxin AT II § 32 Rn. 50)。

「『総則の解釈論における最も暗黒の章』——保障人義務についての覚え書き」

村悠人専任講師より貴重なご助言を頂いたので記して感謝の意を表しておきたい。