

〔紹介〕

「特別知識」に関する最近の文献(1)

—Günther Jakobs, 「知識による管轄?」—

Festschrift für Bernd von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 235-243

川 口 浩 一
森 川 智 晶

目 次

1. はじめに
2. Jakobs 論文の紹介 (以上, 65巻6号)

1 はじめに

最近, ドイツ刑法学において論争の対象となっている問題として, いわゆる「特別知識 (Sonderwissen)」¹⁾ というテーマがある。特に Jakobs が挙げた「ある生物学専攻の学生が, 臨時雇いのウェイターとしてエキゾチックなサラダの中に, 大学での勉学で知った有毒なフルーツが入っていることに気づいたが, それにもかかわらずそのまま給仕した」²⁾ という事例を巡って, そのような「特別知識」に基づいて帰属を肯定すべきとする Roxin³⁾, Greco⁴⁾ らの見解と, 帰属を否定する Jakobs の見解の間の論争が特に知られている。本稿では Jakobs が最近この問題に関して再論した表記論文⁵⁾ をまず紹介し, 次いで最近の関連論文も併せて紹介した上, やや詳しい解説を加えたいと思う。

(川口浩一)

-
- 1) この問題に関する包括的研究として *Sacher, Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand*, 2006.
 - 2) *Jakobs, GS für Armin Kaufmann*, 1989, S. 273.
 - 3) *Roxin, Strafrecht ATI* 4. Aufl. 2006, § 11, Rn. 57.
 - 4) *Greco, Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum "Problem" des Sonderwissens*, *ZStW* 117 (2005), 519.
 - 5) *Jakobs, Zustandigkeit durch Wissen?*, *FS für Heintschel-Heinegg*, 2015, S. 235 ff.

2 Jakobs 論文の紹介

〔まえがき〕いわゆる「特別知識」(Sonderwissen)についての学説の大河からみれば、本稿は一筋の細流にすぎない、なぜなら、その概念は(とりわけ筆者自身によっても)不適當な形で形成され、それゆえに多数の副次的な議論に至ったからである。知識や、特定の(「特別の」)性質でもなく、人格が保障しなければならないことが、一次的に問題となる。しかし、そのような保障の欠如は、特別知識の幾つかの諸事例については、きわめてわかりやすく説明されうる、なぜなら、具体的に期待されえない知識の場合には、部分的に多かれ少なかれ知識を有している者が保障人でないことが明らかであるからである。——この問題にはそれほど大きな実践的意義があるとはいえないかもしれないが、自立した市民の社会における刑法的帰属の理論の精確な輪郭形成にとっては重要となる。

I. 〔原則：保障〕

以下の叙述は、主要部分においては(Ⅲ.), 実行行為(Ausführungsverhalten)に限られる。——規範が違反されるのは、人格がある許されない危険、すなわち十分に法忠誠的な人格であれば創出しなかったか防止したであろうような危険を創出したか防止しなかった場合である。危険が許されないのは、人格が、それが発生しないかそれが解消されることを保障しなければならない場合である。保障の違反なくして規範違反は認められず、それは作為犯でも同様である。もっとも、全ての人格は自己の行動に危険がないことを保障しなければならない(社会生活上の安全義務)ため、作為の場合には、不作為の場合とは異なり、通常保障人的地位が認められる。しかしそれは欠如することもありうる。たとえば、治療を行う医師は、その使用にもはや適性がない蘇生機器のスイッチを作為的に(tätig)切つてよく、そして海難事故の後に、救命ボートの最後の席に「順番」がきた者は、たとえ他者からその者の救助の機会を奪ってしまうとしても、作為的に乗り込むことが許される。

ある人格の保障されるべき義務の規定、およびそれと同時に他の人格の権利の規定の前に、前提問題に答えることになるかもしれないが、それは規範的なものの次元には及ばない。まさにこの次元は、ゲーテが述べているように、最初の「ボタンの穴」であり、それを掛け違える者は、「ベスト」をうまく着ることができない。とりわけそのアプローチが誤謬を犯すことになるのは、「リアルな個々の人間」としての「個人」の「保

護請求権」に着目する場合である。リアルな個々の人間は、その者自身が請求権を有さず、そして請求権者としては、彼はもはや個人ではなく、社会的に共同形成された (gesellschaftlich mitformen) ものなのである。すでにプロイセン一般ラント法の起草者らには周知であったように、人格のみが権利 (および義務) の担い手である。

これら全てのことは、これまで、どちらかといえば抽象的なままにとどまっていた。ある人格は、他の人格に、具体的に何を保障しなければならないのか? このことは、全てのことにに関して一度に答えることができず、むしろ社会のその都度の体制 (Verfassung) が重要となる。家族間類似、またはそれどころか恋愛関係に類似した形で構成された、すなわちかなり全体主義的な共同体 (または社会) においては、いつでも全ての者が他者に有益なことを保障しなければならないかもしれないが、このような形成が今日の社会のそれではないことを、すでに不作為犯においては保障が制限されていることが示している。なぜなら、人格が成し遂げうるであろうし、他の人格にとっては有益であろう損害経過への介入の全てが、保障が認められるくらいの強さで、要請されているわけではないからである。——反対に、極度にリベラルに構成された社会も考えられうるのであり、そこでの認知的な自己保護は優越しているであろう (仮にそれが全ての領域を捕捉しているとする、規範的構造の欠如のゆえにもはや社会とはいえないであろう)。

考察はこれまでにとどめておこう。相互に行動する者たち間のバランス (すなわち、どの程度その者たちが個人とみなされるのか、そしてどの程度人格とみなされるのか) は抽象的——理性的に筋の通った形で取り決められうるという意見に反論することでは十分である。むしろ重要であるのは、社会の体制 (Verfasstheit) を確認すること (場合によっては、それを批判すること) であるが、法政策的要請を実体化することではない。個別事例においては、その認定可能性について争いうるかもしれない。すなわち、いかなる社会も、数学の公式が導きだす程に簡単で矛盾が生じないわけではない。

II. [問題となる事例群]

人格が、自己の態度を、それが被害者の損害に至らないように調整する義務を持たない場合、日常知識であれ特別知識であれ、およそ知識を問題にする必要はない。作為的行為の領域では、この義務が損害の予測可能性にもかかわらず欠如する事例群があることが認められているか、あるいは少なくともかなり前から議論されている。すなわち、損害経過が他の人格 (それが被害者の場合もありうる) によって媒介される形成が問題

「特別知識」に関する最近の文献(1)

となり、その場合、第一の人格は自ら当該の媒介の態様を調整する必要がない。

第一のグループを形成するのは、遡及禁止の諸事例である。ある人格が、犯罪とはみられない (nicht deliktsbefangen)、つまり目立たない給付を同様に目立たないコンテキストにおいて他の人格に対して提供し、提供者された人格が、受け取ったものを犯罪に投入するような場合である。それは分離的分業である (*trennende Arbeitsteilung*)。その典型例はナイフの販売であり、販売者が何を認識していたかまたは認識可能であったのか (ある人格の殺人のため、許されない方法での動物の屠殺のため、恐喝時の脅迫のため等の利用) にかかわらず、販売者ではなく、購入者によって、せいぜいのところ焼かれた鶏がそのナイフで切り分けられることが保障されるべきである。たしかに、販売者がその将来の犯罪的利用を知っていたならば、その者は犯罪に関与するとの反論が挙げられるが、過保護な社会 (Ammenwirtschaft) のルールを法的規則として再解釈できるかどうかという問題を一先ず措くとしても、このような区別は維持されえない。これに関する主要な例は、期日通りに返済されるべき金銭債務であり、債権者が受け取った金銭を犯罪に投入するという意図を知っていたとしても、債務の返済を拒否する抗弁とはならない。

もっとも、ある給付が犯罪的に目立たないことには、そのコンテキスト (Kontext) が目立たないことも含まれる。なぜなら、ある文の中で使用されている諸概念の意味がその文脈によって色づけられるのと同じ様に、後者は給付に特定の色付けを与えるからである。再び例を挙げると、平穏なコンテキストでは危険のないものとし経過するもの (すでに述べたナイフの販売) は、激しい格闘という状況においては、その給付の受取人への加担を意味する。それは結合的分業 (*verbindende Arbeitsteilung*) のケースである。

第二のグループを形成するのは、後の被害者が自己の危険に基づいて行為する諸事例である。その諸事例は、遡及禁止のそれと構造上同じであるが、この場合には媒介を行う人格と被害者が同一人物である (このことは関与を排除し、せいぜいのところ間接正犯が残る)。すなわち、どこにでもある客体や情報を提供し、その際に受取人がそれらを損害のない形で取り扱うことができない (または、たしかに取り扱うことができたであろうが、そうしないであろう) ことを認識した者は、受取人が何も疑わず、しかし重大な損害結果を伴う形でそれらを取り扱う場合、間接正犯として責を負わない。具体的にいうと、自身の知っているなかで最も不器用な隣人に、その者に頼まれて斧を貸した者は、この隣人が予想通り斧を足に打ちおろした場合、自己の危険に基づく行為を可能

としたが、それ以上の何ものでもない。そしてこのことは、たとえ斧を貸した者の主観的側面がどのようなものであったとしても、同じなのである。

第三の、そしてここでは最後のものとして素描されるグループは、次のような諸事例によって形成される。すなわち、第一の人格は、第二の人格が知識の欠如のために相互作用を他者侵害へ更に進展させてしまわないことを、保障する必要がない諸事例である。たしかに後の被害者は、誰も自己の不利益になるように何も知らない道具に犯罪とみられる素材を与えない、ということ并要求することができるのであり、正犯行為がなされる場合に共犯になる者は、非故意的な実行がなされる場合には間接正犯である。そのうえ、当該の被害者は、第一の人格が第二の人格の認識状態を不利益になるように悪化させない、ということを経法的に期待しうる。しかし、それら二つのことが欠けるならば、第二の人格が認識していないことは第一の人格に全くかわりがない。すなわち、5キログラムの食塩を、悪い結果を伴う形でそれを「ご主人様」の蘭に肥料として与えようとする使用人の一人に販売した食料品の商人は、これを認識していた場合でも、商人がこのような食塩の使用について助言する必要がない限りで、責任を負わない。

第三の事例群について要約すると、当該経過を媒介する第二の人格の錯誤は、必ずしも第一の人格が常に考慮しなければならないものではない。むしろ、第二の人格の欠点は当該経過を説明するかもしれず、あるいは被害者が自己の不運として受け入れなければならないかもしれない。——構造上の下位者とのかわり合いの場合には、本稿では展開されない他の諸原理が妥当する。

第一から第三の事例群について素描された解決はあらゆる種類の知識に妥当する、つまり特別知識のみならず、(補充的な)日常知識にも妥当する。第二の人格の行為は、第一の人格にそれ自体 (*an sich*) だけでは何らかかわりがない。おそらく説得力のある例は次のものである。つまり、「暴走者」と皆が知っており、自己の運転免許証が暴走行為のために没収された人格に、スポーツカーを販売および引き渡した者は、予期される購入者の運転操縦への関与者として責を負わない。

Ⅲ. 「特別知識」

上に挙げた刑法の諸制度の限界も個別の点で争われるとき、それらが教えるのは、やはり、法的に拘束されている諸人格の相互作用では、全体的な融合 (Totalverschmelzung) が行われるということではなく、むしろ規範的に限定された予期の名宛人、まさに諸人格間の交流が重要となるということである。このことは、先に挙げた諸事例の中で最も

「特別知識」に関する最近の文献（1）

極端な例にあらわれている。金銭債務の債権者は、その債務者にとっては債権者でしかなく、そして債権者が、債務者の認識していたように、その給付を違法な武器の取引あるいは搾取的な売春のために利用しようとする、または少なくとも納付期日の到来した税金を遁脱しようとする、債務者に全くかわりがない。

ここで詳細に論じられるべき——それを一部の者は非常に狭く解し、一部の者は非常に広く解するために適切な名称とはいえないが——「特別知識」という名の下で議論されている事例群では、いつ惹起する行為が侵害の実行行為という意味を示すのかという問題が重要となる。すなわち、自己の組織化領域が他者の組織化領域に組み入れられる場合、いつこの他者の組織化の状態が自己の組織化領域の意味規定で考慮されなければならないのか？ 通常の学説は、危険判断の前提となる知識プール（Wissenspool）の規定を通じてのみ責任を限界づけようと試みる。そこでは、行為者の状況において基準となる生活領域の慎重な構成員の判断が着目され、「行為者の状況において」という追加部分を介して、行為者の全ての（現実の、または現実化可能な）知識が具体的行為の規定に取り入れられる。その場合、作為犯では当然のように、全ての人格はその実行が先のように規定された危険を導くような行為を行わないようにしなければならない、ということが前提とされている。

基準的に集中して(!)判断する具体的人格（その者からすると危険であると判断されたもののみが具体的に回避されうる）に替えて、生活領域の抽象的な構成員を置くことの奇妙さ（それは警察的な考察方法であるが、刑法的・帰属的な考察方法ではない）は、本稿では論じない。このことへの批判よりも、行為する人格がそもそも危険の不発生を保障しなければならないのかという考慮が重要であろう。そのような保障が存在しない事例群は初めに（上記Ⅱ.）挙げたが（遡及禁止、自己の危険に基づく行為、実行者の錯誤に対する管轄の欠如）、いわゆる特別知識の幾つかの諸事例できわめて明らかとされうる事例群が存在するが、それはこの知識の全ての諸事例を捕捉せず、かつこの種の知識に限定されたままではない（「裏返された遡及禁止」が論じられうる）。たとえば、自動車ブレーキの専門家である開発技師が、自己の特別な知識によって、その者の運転していたレンタカーのブレーキが間もなくそれ以上の前兆なくして突然に利かなくなることに気付いたが、その者は当該車両を貸主にそのことを説明せず返却した。すでに貸主側の整備担当者が現実化したその故障のために壁に衝突したか、または次にレンタルした者がカーブを曲がり切れなくなった等の場合である。その車両の返却は作為である（拳銃の返却もまさしく同様に作為であろう）が、過保護な社会のように

(ammenwirtschaftlich) 組織化されていない社会に、誰も保障義務を見出すことはない。重大な損害が差し迫るときに、返却時に然るべき警告を行わないことは救助の不作为である。つまり、その救助の本質は、故障に関する説明に（場合によっては車両の一時的な抑留）ある。ただし、保障人犯罪（Garantendelikt）は問題にならない。おそらく最も知られている講談事例を更に行け加えよう。その内容は以下の通りである。学期末休暇に臨時雇いのウェイトーのアルバイトをして過ごしていた生物学の学生は、自己の特別な専門知識によって、彼によって給仕されるサラダの中に、よく知られた薬味に外観の点で似ているが当地では知られていない有毒植物を発見した。彼はそれを平然と給仕して、客がすぐに激烈であるが一時的な咳の発作、アレルギー性ショック、継続する麻痺を患ったか、またはそれどころか客が死亡した。上記の自動車の例において返却を行う者は（その具体的な返却以外には）何も保障する必要がないのに対して、ここでは客に給仕されるものが飲食に適するものでなければならないという考えが前面に出てくる。その点について、給仕される料理が無害のものでなければならないということは正当であるが、それに対する保障を、まさしく無条件に、給仕を行う者が担う必要はない。

自己の組織化領域内で行動する者は、他の諸人格に損害が生じないことを保障しなければならない。その者が当該領域で標準化された他者の給付を利用する場合、その者は、特段の前兆がみられない場合、他の諸人格の適切さ（Korrektheit）を信頼してよい。すなわちそれは信頼の原則である。この原則は（作為においても不作においても）保障人に妥当し、理由は何であれ信頼の対象者（Vertrauensempfänger）の給付の瑕疵が知られている場合には妥当しない。たとえば、自分の客をもてなす食品科学者も、信頼における製品を予め専門家として調査する必要はない。しかし、信頼する助手が誤りを犯したことに偶然気づいた外科医と同様に、その食品科学者が調査を行って有害物質を発見したならば、その製品に対する信頼は消失し、そのことを何ら知らなかったときと同じ行動を引き続きとってはならない。

このことは、上で最初に挙げた例に関していえば、次のことを意味する。エンジニアは、たしかに車両の走行の安全性をもはや信頼しえないが（その運転はその者自身の組織化領域に属する）、その客体を他者が利用する場合には、そのエンジニアは自己の領域における組織化を行っているわけではない。——よりやっかいであるのは臨時雇いのウェイトーの例である。すなわち、レストランの営業を組織化するのはマネージャー（Geschäftsführender）であり、その組織化に基づいて、このマネージャーは給仕される料理が無害であることに対する保障人となる。それに必要な配慮は、コックの組織化

「特別知識」に関する最近の文献（1）

が通常のものである場合、保障を根拠づける態様で引き受けられることになるであろう。しかし給仕を行う人格は、その場合、その者には検査の可能性も独自性も欠如しているという理由だけで、何事も引き受けない。おそらく雇用契約上は、異様なことを報告する義務を負うが、このことは客に対する保障を根拠づけるわけではない。その場合には自己の組織化がないために（たとえば熱いスープを扱う仕事の場合には異なる）、コックに対する信頼は問題とならない。

結論において重要であるのは、交錯する相互行為で問題となる特別な、専門的な知識ではなく、むしろ行為者に保障人的地位があるかないかということである。仮に、上で挙げた特にブレーキに精通しているエンジニアの例で、たとえば賃借期間中に、返却する車両のブレーキがすでにほんの数回、ただし悪い結果を伴わずに、うまく作動しなかったために、誰もがその故障を認識したとしても、その故障は保障人的地位を発生させない。人格が、自ら組織化を行わない場合、そしてその限りで、日常知識——それが一般的であれ補充的であれ——が存在する場合ですら、不真正不作為犯では知識のみが保障人的地位を生み出さないのと同じように、管轄を生み出すのではない。反対に、日常的に組織化を行う専門家も、自己の特殊な知識を提供しなければならない。なぜなら、この知識は広く用いられているので、ともかくそれは社会的な世界の一部である。——たとえばある研究者によって新たな種類の関係の発見を通じて生み出されたが、その者自身にだけ入手可能な個別知識が、他の規則に従うのかは、本稿では未決定とする。

最後に述べるが決して軽んじられないこととして (*last but not least*)、実行されたことを確認するためには、本稿で扱われた複数人関係の交錯した構造を理由として、知識からの消極的義務の導出は原則的に何事ももたらさないであろうということ、指摘しておこう。なぜなら、作為犯の場合には禁止された行為が控え (*unterlassen*) られることによって消極的義務が充足されるが、他者の組織化内での作為の場合、当該組織化保有者のその後の瑕疵ある給付には異なった配慮がなされるであろう（貸主が車両を取ってきてもらう、他のウェ이터が給仕するなど）。そのことから理解されうるのは、その解決の「機知」は行為禁止という構成に存在しうるのではなく、告知的、すなわち救助的介入に関する行為命令のそれにのみ存在しうるということである。したがって、上のような諸事例において、当該の瑕疵は作為ではなく、説明を付さない作為であろう。しかし、説明することの命令が保障された命令として根拠づけられえないのは、それが甚大な損害が差し迫る場合にも救助に関する法的命令として、かつ、常に道徳的命令として存在することになる場合である。

差し当たっては保障人として管轄を持たない人格は、組織化それ自体を破る (reißen) ことができ、それゆえ自己の領域の中で組織化を行うことができるということは、ほとんど自明なことであろう。このことが当てはまるのは、当該人格が自己の知識をその者に好都合な状況の変更のために投入する場合である。これによって当該人格は自ら、すなわち保障人として組織化するのである。上に挙げた諸事例に関していうと、そのようなヴァリエーションが認められることになるのは、エンジニアが、その者が損害を「願う」人格に、他の車両ではなく、先ほどのエンジニアによって返却された車両を借りる気を起こさせる場合、またはウェ이터が、食べることのできない料理を間もなく来店する嫌われ者に提供するために、それを取っておく場合であろう。そのような場合、前の段落で取り扱われた作為の不作为で、同様に十分であろう、なぜなら、その場合には誰も当該作為を置き換えようとはしないからである。——状況に依存せず存在する消極的または積極的内容の保障人的地位が、状況からのみでは導出されえない管轄を根拠づけうるということは、指摘だけでもしておかなければならない。最後に、これについての例を挙げると、自分の庭のランプがテロリスト達によって爆薬と接続されていたことを認識していたにもかかわらず、そのランプのスイッチを入れて、ランプを(も)自ら破壊した者である。なぜなら、自分自身に対する注意は、保障人的地位に重要であるからである。しかし、その者は、隣人に発生する破壊に対して、せいぜいのところ救助の不作为を理由とする責任を負うにすぎないのである。 (森川智晶)