

## 〔紹介〕

### 「特別知識」に関する最近の文献（２）

——Günther Jakobs 「知識による管轄？」へのコメント——

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)
3. Jakobs 論文・紹介者あとがき
4. 「知識と帰属」——Jakobs 論文へのコメント (以上, 本号)

#### 3. Jakobs 論文・紹介者あとがき (森川智晶)

以上が Jakobs 論文の紹介である。Jakobs は本論文において、「許されない危険」を（損害の不発生に関する）保障人的地位と関連付けた上で当罰性の要件と解し、これを作為犯のみならず不作為犯においても要求する（Ⅰ.）。次に作為犯では通常認められるが保障人的地位が欠如しうることが、分業の態様を基礎として判断される遡及禁止、被害者の自己危殆化および背後者が直接行為者の錯誤の除去を義務付けられていない事例群を基に示されている（Ⅱ.）。ここでは、たとえば中立的行為による幫助などの事例群も含まれており、正犯のみならず共犯も含めた議論が展開されている。最後に Jakobs は、本論文の「主要部分」と位置付けられている「特別知識」の事例群を論じている（Ⅲ.）。彼はこの場合一次的に行為者の保障人的地位が検討されるべきであり、この地位が認められなければ行為者の特別知識には刑法上の重要性は認められないと結論づける（これに加えて、行為者が自己の特別知識を他者のとの関係で自ら投入するならば、当該行為者の保障違反が認められることも、言及されている）。

Jakobs は、特別知識の刑法上の重要性の制限およびこの前提となる作為犯における保障人的地位の必要性を、かつてから本論文と同旨の主張を一貫して行ってきた。もっとも本論文の内容と従前の諸論文を比較すると、幾つかの点で若干の相違がみられる。

第一に、Jakobs はかつてから特別知識と刑法上の帰属について、行為者の特別知識

が刑法上重要となりうるのは、それが行為者の「社会的役割」に含まれる場合のみであると主張している<sup>1)</sup>。この点について、Jakobs は本論文の脚注において「保障の規定の際に、人格の『役割』概念とその『保障領域』を混同してはならない」とし、更に「『役割』は、刑法的帰属においては、せいぜいのところ補助概念であり……人格によって提供されるべき『保障』が中心概念である」<sup>2)</sup>と述べて、役割と保障の両概念に質的な違いを設けている。第二に、Jakobs は最近の著作において、問題となる行為者の保障人地位の内容に応じて危険判断の資料となる行為者の知識を三つに区別し、行為者の保障人的地位からすると投入の期待されえない特別能力に基づく特別知識は、刑法上の帰属判断から排除されると主張していた<sup>3)</sup>。このような知識の区別は、本論文において言及されているが、このことよりも行為者の保障人的地位の有無が重視されている。

しかしそのような相違にもかかわらず、Jakobs は一貫して、規範違反ないし「許されない危険」の判断では、法的な権利と義務の担い手としての行為者（人格）は行為状況において損害の不発生をどのように保障することが求められていたのかが決定的な意義を有すると主張しているといえる。そして本論文では、行為者の義務内容を規定する際には行為者の認識内容や社会的役割よりも、先ずもって行為者の保障人的地位を考慮することの重要性が強調されており、Jakobs の一連の著作を踏まえると、この点が本論文の意義といえるであろう。

本論文でも言及されているように、ドイツの通説は、「ウエイター事例」の例では、

- 
- 1) すでに *Jakobs*, GS Armin Kaufmann, 1989, S. 271 ff, 283 ff.; *ders.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl, 1991, 7/47 ff, 56 ff.; *ders.*, RW 2010, S. 309 ff. (玄守道・訳「刑法上の故意概念に関する新しいものと古いもの」松宮孝明・編訳『ギュンター・ヤコブス著作集 第1巻』(2014年)所収 237頁以下がある); *ders.*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 32 f.; *ders.*, *ders.*, Theorie der Beteiligung, 2013, S. 30.
  - 2) *Jakobs*, FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 235, Fn. 4. ここで Jakobs は、行為者の社会的役割を基礎とした保障人的地位を規定する諸見解 (*Jakobs*, RW 2010, 283 [309 ff. mit Fn. 103] [玄訳 (前掲注1)275頁]; *ders.*, System (Fn. 1) 32 ff. mit Fn 56 und 60; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff. Grundlagen einer funktionalen Revision, 1999, 257 ff.) を挙げて、これらを役割と保障を混同していると理解している。
  - 3) *Jakobs*, RW 2010, S. 309 ff. [玄訳 (前掲注1)237頁以下]; *ders.*, System (Fn. 1), S. 32 f.; *ders.*, Theorie (Fn. 1), S. 30.

## 「特別知識」に関する最近の文献(2)

行為者が構成要件実現に関する特別知識を有していながら行為することを理由として故意犯の成立を肯定しようと主張している<sup>4)</sup>。通説がそのように主張するのは、本論文でも指摘されているように、特別知識を含めた行為者の認識内容(および何らかの「能力」)を危険性判断の資料として考慮することに由来し、このことの背景には刑法は法益保護を目的とするという思考がある<sup>5)</sup>。しかし、行為者の認識内容や法益保護要請を重視すると、本論文では可罰性が否定される「エンジニア事例」でも故意犯の成立を認めなければならないこととなる。もっとも通説の一部の見解はこの例で、行為者の保障人的地位の欠如を根拠に可罰性を否定するが、そこでは作為犯ではなく不作为犯が問題になるとする<sup>6)</sup>。この見解からは、通説を支持しつつも法益保護を貫徹すると生じうる帰結を回避しようとする姿勢を看取し得る。しかしそのため行為者行為の作為と不作为の区別を持ち出すことは、それを巡る議論には未だ決着がみられていない現状からすると、妥当な方途とはいえないであろう<sup>7)</sup>。また、その見解は、一方で作為犯では行為者の特別知識が考慮され、他方不作为犯ではそれが考慮されないと解する根拠を明示的に説明しているわけではなく、この点でも不十分さを払拭しきれていないように思われる。

ところで、我が国では「生物学の学生」のような事例はそれほど活発に論じられていないが、相当因果関係において行為者の「特に認識した事情」それ自体やその事情の

---

4) 個々の論証は異なるが、結論としてこの例で行為者に故意犯の成立を認めるものとして、たとえば *Dutige*, FS Maiwald, 2010, S.144; *Greco*, ZStW 117, (2005), 519 ff., 538 ff. 544; *Kindhäuser*, GA 2007, 447 ff., 462; *Murmann*, FS Herzberg, 2008, 123 ff., 131 f.; *Sacher*, Sonderwissen und Sonderfähigkeiten in der Lehre vom Straftatbestand, 2006, S.103, 287.

5) *Roxin*, ZStW 116 (2004), 929, 943 (この文献の紹介として、松原芳博「クラウス・ロクシン『法益保護と個人の自由の狭間における刑事不法』早稲田法学80巻第4号[2005年]259頁以下がある)は、「ウェイター事例」について、「刑法の任務を法益保護に見出す立場からは、殺人罪の成立に疑いの余地がない。この学生は、毒の入ったサラダを提供することによって客の生命に対する決定的な危険を創出し、その危険が結果へと実現したからである……生命の保護は刑法の第一の任務であるところ、容易に回避し得る完全に無価値な故意の殺人を許すことにはいかなる利益があるのであろうか」とする。これに賛同するものとして、たとえば *Börgers*, Studien zum Gefährurteil im Strafrecht, 2008, S.41, Fn.135.

6) *Murmann*, (Fn.4), S.133; *Sacher*, (Fn.4), S.103 f., 287.

7) この点については *Jakobs*, RW 2010, S.311, Fn.101〔玄訳(前掲注1)274頁〕を参照。

「客観的」存在を相当性判断で取り込む点で見解は一致しており、また我が国では刑法の目的を法益保護と解することも広く認められている。この二点に鑑みれば、我が国の多くの諸学説もドイツの通説と同様、行為者が構成要件実現にかかわる特別知識を有して行為する場合、犯罪の成立を認めることに抵抗は少ないのではないだろうか<sup>8)</sup>。

#### 4. 「知識と帰属」——Jakobs 論文へのコメント（川口浩一）

##### (1) 知識の分類

前号で紹介した Jakobs 論文の中では、客観的帰属論またはその基礎となる管轄論における行為者の知識の役割について以前よりさらに細分化した分類がなされ、より精緻な議論が行なわれている。それによれば問題となる行為者の知識は、① 一般的な日常知識、② 補充的な日常知識、③ 特別知識および ④ 個別知識の4つに分類される<sup>9)</sup>。それぞれの知識と帰属との関係には次のような原則が妥当するとされる。

##### ① 一般的な日常知識 (allgemeines Alltagswissen)

日常的な活動の場合、万人は自己の現実的または現実化可能な知識を自己の活動の危険性判断のために提供しなければならないが、その場合、通常は、危険の予測をステレオタイプの定めてよいであろうとされる。例えば、幼児の近くに一緒にいる場合、(a) 柔らかい素材のボールが転がることはステレオタイプの危険がないものとみなされるのに対して、(b) 熱湯を使用する仕事はステレオタイプの危険なものとなされる

##### ② 補充的な日常知識 (ergänzendes Alltagswissen)

これは、一般的でないが、諸人格がその様々な生活領域で習得する知識のことであるが、例えばAが一計画通りであれ偶然的であれ、しかし特別能力を利用することなく一隣人の子供Bが重度のナッツアレルギーにかかっていることを認識していた場合、Aは、たとえ該のアレルギーについて何も知らない他の者がそのように振舞ったならば許された危険行為とされる場合であっても、Bにナッツの菓子を与えてはならないということになるとされる。

8) なお松原芳博(注5)267頁以下は Jakobs が刑法の任務を規範妥当に求めている点につき、これを「法益の侵害・危殆化という結果の意義を適切に説明し得ず、また、『規範のひとり歩き』を許す点で問題を含んでいる」とし、同268頁註(10)では「ウェイター事例」での Jakobs の見解を「処罰縮小方向での『規範のひとり歩き』として興味深い」と述べている。

9) *Jakobs*, FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 237 Fn. 9.

## 「特別知識」に関する最近の文献(2)

### ③ 特別知識 (Sonderwissen)

これは、日常的な活動または他の領域における活動に一定の専門知識が付け加わる場合である。この専門知識も社会的に実践される知識であり、それゆえに予測の基礎の構成要素である。しかしこれが具体的に投入されるべきかどうかは規範的に管轄があるかどうかによって決定される。

### ④ 個別知識 (Einzelwissen)

この知識は、それに社会的実践が欠如している場合、例えば研究者がある関連を発見し、行為時までこの研究者自身だけがこのことを知っていたような場合である。Jakobs は、この類型については紹介した論文の検討対象ではないとして検討を留保しているが、制度的管轄の存在についてもすでに問題となることを示唆している。

この分類は、議論の明確化のために非常に重要な意義を持っているように思える。なぜならば従来の議論においては、上述の②～④の各知識は区別されずに「特別知識」として一括して論じられてきたように思えるからである。③の類型はそれと区別する意味で「狭義の特別知識」と名付けることができよう。以下では犯罪論を自由論的に構成された国家共同体の構成員である市民の権利／義務関係、すなわち自由権／協働義務の関係を基礎にして再構成し、その市民としての協働義務の不履行が(統一的)不法=犯罪であるとする Pawlik 説<sup>10)</sup>に従い、その帰属論における中心概念である管轄概念との関係において知識の考慮の問題を概観してみたい。

## (2) 管轄論における知識の考慮

Jakobs は、管轄論における知識の考慮に関する原則を次のようなテーゼに要約している。すなわち「ある市民が、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(管轄がない)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」<sup>11)</sup>。Pawlik もまた逆に「ある者の資源〔引用者注：知識も含む〕の占有は他の者に、原則的に、この者の有利になるようなその資源投入への法的権原を与えるのものではない」<sup>12)</sup>として知識と保障の分離を主張している。

このことは、いわゆる不真正不作為犯の場合には、当然視されていた。

10) Pawlik, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien einer allgemeinen Verbrechenslehre, 2012, S. 158 ff. und passim.

11) Jakobs, FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 235.

12) Pawlik (Fn. 9), S. 343 mit Fn. 528.

a) 不作為的行為

【事例1】 A（だけ）が他人の子供Bが溺れているのを知っていたが、AはBを救助せず、Bは溺死した。

通説によれば、保障人でない者が、救助義務のない他人の子供を救助しなくても（たとえ救助が必要なことを知っていたとしても）不可罰である。すなわち（不真正）不作為犯の場合には、その知識は管轄を基礎づけないことは、通説によっても認められているのである。なお Jakobs=Pawlik 説によれば、作為／不作為という現象類型的区別が問題となるのではなく、組織化管轄／制度的管轄という規範的区別が重要となるのであるが、制度的管轄の場合には（介入しなければ）法益が侵害されそうになっているという認識（知識）のみで管轄が基礎づけられることはないのである。

b) 作為的行為（組織化管轄の場合）

これに対して作為犯、あるいは Jakobs=Pawlik 説による組織化管轄の場合には、次のような原則が妥当する。すなわち「損害経過が他者（それが被害者の場合もありうる）によって媒介され形成（組織化）される場合には、自ら当該の媒介の態様を調整する必要はない。」このことを Jakobs は以下の①～③の事例群について解決策を素描し、ここで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（狭義の）特別知識のみならず、（補充的な）日常知識にも妥当するとする<sup>12)</sup>。

① 遡及禁止事例（第1類型）<sup>13)</sup>

【事例2】 Y教授から100万円を借りていたK教授は、Y教授が返済された金で拳銃を購入しM教授を殺害しようとしていることを知っていたが、その借金を返済し、実際に返済金で購入された拳銃を使用してY教授はM教授を殺害した。

Jakobs によれば、ある人格が、社会的に犯罪とはみられない（nicht deliktsbefangen）、すなわち犯罪的意味を持たない目立たない給付（寄与）を、同様に犯罪的意味を持たない目立たないコンテク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には、いわゆる分離的分業（*trennende*

13) これについては *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Taten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004; *Caro John*, Das erlaubte Kausieren verbotener Taten, 2007; *Jakobs*, FS Lampe, 2003, 561 (564 Fn. 14); LK/*Schünemann*, Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2006 ff., StGB § 27 Rn. 17-28; それぞれに挙げられている文献を参照。

「特別知識」に関する最近の文献(2)

Arbeitsteilung)<sup>14)</sup> が問題となり、たとえそのことを知ってしたとしてもK教授は殺人罪の共犯とはならないとする。この結論も理論的説明も妥当なものであると考える。これに対し単純に因果的に考えたならば、共犯の成立を否定するのは困難であろう。

【事例3】 (合法的な) ナイフの販売者が、購入者がそのナイフを(a)殺人、(b)許されない方法での動物の屠殺、または(c)恐喝の際の脅迫のため等に利用しようとしていることを認識またはそれが認識可能であるにも拘わらず販売した。

この場合販売者の認識／認識可能性に拘わらず、購入者の犯罪につき共犯とはならない。なぜならば、そのようなことに使用しないことは、販売者ではなく、購入者が保障すべき事柄だからである。これはいわゆる中立的行為による共犯の問題<sup>15)</sup>である。

【事例4】 ナイフの販売者が現に激しい格闘が行われている状況においてその当事者にナイフを販売した。

しかし Jakobs は、給付が犯罪意味を持つかどうかは、その文脈 (Kontext) も考慮されるべきであり、この事例のような文脈においては、当該販売行為は犯罪的意味連関を持つ結合的分業 (verbindende Arbeitsteilung)<sup>16)</sup> であるとする。その限界には、不明確な部分が残るが、社会的意味は文脈によって異なるので、結論的にはここでも Jakobs 説に賛成しておきたい。

【事例5】 (ウィニー事例) 被告人は、適法用途にも著作権侵害用途にも利用できるファイル共有ソフト Winny をインターネットを通じて不特定多数の者に公開、提供し、正犯者がこれを利用して著作物の公衆送信権を侵害することを幫助したとして、著作権法違反幫助に問われた<sup>17)</sup>。

最高裁は本件につき被告人において、(a) 現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら Winny の公開、提供を行ったものでないことは明らかである上、(b) その公開、提供に当たり、常時利用者に対し Winny を著作権侵害のために利用することがないよう警告を発していたなどの本件事実関係の下で

14) これについては Jakobs, FS Lampe, 2003, 561 (565 f.); ders., System (Fn. 1) S. 29 ff.

15) Roxin, Strafrecht AT II, 2003, 26/221 ff. [山中敬一(監訳)／松尾誠紀(訳)『ロクシン刑法総論 第2巻 [犯罪の特別現象形態]』(2011年) 265頁以下] もこのことを「犯罪的意味連関 (deliktischer Sinnbezug)」に制限しているが、Roxin はそれを非常に広く理解している。これに対する批判として Lesch (Fn. 2) 258 ff.

16) Jakobs, FS Lampe, 2003, 561 (563 f.); ders., Theorie (Fn. 1) S. 29 ff.

17) 最決平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁。

は、例外的とはいええない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めることも困難であり、被告人には著作権法違反罪の幫助犯の故意が欠けるとした。

この事例をドイツにおいて紹介し、管轄論的観点から認識の有無／程度にかかわらず結論的に幫助犯の成立を否定する Kubiciel の見解をわれわれは本誌において既に紹介した<sup>18)</sup>が、これも Jakobs のいう遡及禁止の事例の1つとすることができよう。

【事例6】 Aは、「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Bに、スポーツカーを販売し引き渡した。

Jakobs は、Aは、予期されうる購入者Bによる危険運転への関与者として責を負わないとする<sup>19)</sup>。無免許者に自動車を販売することは、法律によって禁止されているわけではなく、上述の原則からすると一貫した結論であるが、引渡の際にBが無免許で直接運転しようとしている場合や酩酊運転をしようとしているような場合には、文脈的に犯罪の意味連関が認められる場合もあるかもしれない。

② 自己の危険に基づく行為の諸事例（第2類型）<sup>20)</sup>

この類型は、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点に差異がある（このことは関与を排除し、せいぜいのところ間接正犯を残す）。すなわち、遍在的な（＝どこにでもある）客体や情報を提供し、その際にその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だであろうが、そうしないであろうという）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という原則が妥当すると Jakobs はいう。

【事例7】 Aは、自身の知っているなかで最も不器用な隣人Vに、その者に頼まれて斧を貸したところ、Vは予想通り斧を自分の足に打ちおろした。

この場合、Jakobs によればAはVの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

18) Kubiciel, wistra 2012, 453 ff. [川口浩一監訳／森川智晶訳「ソフトウェア作成者に対する可罰性のリスク——幫助行為としてのファイル交換ソフトのプログラミング」関法63巻4号（2013年）209頁以下。]

19) Jakobs, FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 239.

20) Jakobs, AT (Fn. 1), 7/129 f. に挙げられている文献を参照。



「特別知識」に関する最近の文献(2)

がどのようなものであったとしても、同じなものである。たとえば日本の事例としては次のような事例が考えられるが、このような場合においてもAのCの傷害に対する帰属は否定されるべきだと思われる。

**【事例8】** Aは、非常に不器用な夫婦に餅つき用の杵と臼を貸した。Aの予想通り、夫Bは杵でもちをこねる妻Cの手をついて重傷を負わせた。

③ 実行者の錯誤に対する管轄の欠如(第3類型)

これは、第一の人格は、第二の人格に知識が欠けているために相互作用を他者侵害へさら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の場合である<sup>21)</sup>。

**【事例9】** 主人が大切に育てている蘭に、食塩を肥料として与えようとする使用人に販売した食料品店主は、これを認識していた。使用人は欄に肥料のつもりで塩を欄に与えて枯らしてしまった。

この場合でも、Jakobsによれば店主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<sup>22)</sup>。同じことは次のような事例においても妥当するであろう。

**【事例10】** 菓子屋の店員Aが、客Bが自分の愛犬Cにチョコレートを与えようとしていることを知っていたにもかかわらず、それを販売し、BはCにチョコレートを与え、Cは死亡した。

c) 間接正犯の事例との区別

Jakobsは、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(事情を知らない看護師に毒を注射させない)ということを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となるとする<sup>23)</sup>。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、ということを法的に期待しうる<sup>24)</sup>。このことは【事例10】のヴァリエーションである次の事例を考えれば明らかになろう。

---

21) これを詳細に論じているのは Jakobs, GA 1997, 553 (562 ff) [松宮孝明(訳)「故意なき道具を利用した間接正犯における客観的帰属」同編訳(注1)167頁(177頁以下)]。

22) この例については Jakobs, GA 1997, 564 f. [松宮訳(注21)182頁。]

23) Jakobs, GA 1997, 562 ff. [松宮訳(注21)180頁以下。]

24) Jakobs, GA 1997, 565 ff. [松宮訳(注21)183頁以下。]

【事例11】 菓子屋の店員Aは、犬や猫にチョコレートを与えることが危険だということを知らない客Bに、(その危険性を知りながら) Bの愛犬Cにチョコレートを与えることを勧めて、それを販売し、BはCにチョコレートを与え、Cは死亡した。

この場合には、Bの不知を利用した組織化がみとめられ、器物損壊罪の間接正犯となるのである。

その際、Jakobsによれば、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。なお構造(組織)上の下位者とのかかわり合いの場合には、他の諸原理が妥当するとされる。

### (3) 狭義の特別知識

狭義の特別知識の事例としては次のような事例が挙げられる。Jakobsは、ここにおいても決定的な帰属基準は、主観的知識(認識)の有無といった(心理学的な)事実的基準はなく、管轄の有無という規範的な基準であり、特に事故による組織化管轄の有無とその限界が問題となるとする。そのことを具体的な事例で明らかにしてみよう。

【事例12】 自動車ブレーキの専門家であるエンジニアA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づいたが、Aは、当該車両を貸主にそのことを説明することなく返却した。すでにレンタカー会社の整備担当者Bが現実化した故障のために壁に衝突し、または次にレンタルしたCがカーブを切り損ねてスリップ事故をおこし、負傷した。

ここにおいて、Aは自己の持つ専門知識(特別知識)により欠陥を認識して、(現象類型的にみれば)明らかに作為によってレンタカーを返却しているが、そのレンタカーを次の客が利用する場合には、Aは自らの組織化を行っているわけではないのである。

【事例13】 学期末休暇に臨時雇いのボーイとしてアルバイトをして過ごしていた生物学の学生Aは、自己の特別な専門知識によって、Aが給仕す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。Aは平然と給仕して、それを食べた客Bにアレルギー性のショック、継続する麻痺等による傷害または傷害致死の結果が生じた。

## 「特別知識」に関する最近の文献(2)

この場合、Aは主観的には危険性の認識を持ち、現象類型的には作為によって料理を運んでいる<sup>25)</sup>が、レストランにおける組織化に関しては、Jakobsによれば、給仕される料理の安全性に関する保障人であるレストランのマネージャーと、それに必要な配慮を引き受けたコックの組織化が問題となっているのであり、ウェ이터自身の組織化とはいえないので、この場合には帰属が否定されるのである。ただし Jakobs が論文の中で挙げているウェーター自身が気に入らない客に有毒なサラダを取り置きしておいて出したというような場合には、自己の組織化が認められることになろう。

**【事例14】** Aは、自分の庭のランプがテロリストによって爆薬と接続され、スイッチを入れると爆発する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、自分のランプを損壊したのみならず、隣人Bにも器物損壊結果が発生した。

Jakobs も、この場合、自分自身に対する注意は、保障人的地位にとって重要であるとする<sup>26)</sup>。しかし、その者は、隣人に発生する損壊に対して、せいぜいのところ不救助罪（ドイツ刑法323c条）を理由とする責任を負うに過ぎないとされる。ただしこの事例においても遡及禁止論のところでも述べたような特殊な文脈（例えばランプのスイッチが核爆弾に接続されていたというような場合）には、そのことが考慮されるのかどうかについて疑問もある。

### (4) 個別知識

最後に前述の個別知識が問題となる事例としては次のような事例が挙げられるであろう。

**【事例15】** 生物学者Aは、研究の成果として、これまで安全だと考えられてきた食品Xが一定の体質を持った者に毒性を持つことを発見したがそれを論文にしたり学会で公表したりしなかった。(a) Aは食品Xの安全性を審査する委員会のメンバーに選ばれたが、その毒性を指摘せず、Xは審査をパスし、販売が続けられ、その結果、そのような体質を持った消費者Bがそれを食べて死亡した。(b) Aは、自分のライバルであった生物学者Cがそのような体質を持っていたことを知り、Cを殺害する

---

25) これを作為（組織化）としたうえで殺人を肯定する見解として *Murmann* (Fn. 4), S. 132 がある（これに対して【事例12】は不作為とする）。

26) *Jakobs* FS von Heintschel-Heinegg, 2015, S. 243; *der.*, AT (Fn. 1) 15/11 ff.（義務衝突について）。

ために、CにXを食べることを勧め、CはXを食べて死亡した。

Jakobs は個別知識に関する結論を留保しているが、その立場を一貫すれば(a)についても社会の一部となっていない純粋に個別的な知識は、社会的な問題である管轄判断の基礎とはなりえないので、制度的管轄は否定されよう。しかし特別知識のところ述べてように(b)のような場合にはA自身の組織化が認められ、いわばその組織化によってAの個別知識は社会の一部になったといえるので、この場合には組織化管轄が認められ、殺人罪が成立するとされるのではないだろうか。

#### (5) 要約と今後の課題

結論的に Jakobs 説（そして Pawlik 説）において決定的な帰属基準は、主観的知識（認識）の有無といった（心理学的な）事実的基準でも、作為／不作為の区別といった現象類型的基準でもなく、管轄の有無という規範的な基準であり、組織化管轄／制度的管轄の区別とそれぞれの限界が問題となるのである。故意犯におけるいわゆる「狭義の特別知識」問題においても同じことが妥当することを Jakobs 論文は明らかにしようとしているのである。Jakobs 論文では留保されている個別知識の問題や過失犯における特別能力の問題にも、このことは妥当すると考えられる。後者については今回紹介した Jakobs 論文においては直接取り上げられていないが、本誌に掲載予定の森川論文<sup>27)</sup>によってそのことが明らかにされることが期待される。

---

27) 森川智晶「過失犯における特別知識と特別能力の考慮について」本誌掲載予定。なお詐欺罪における被害者側の特別知識の問題については森永真綱「三角詐欺の予備的考察」『続・例外状態と法に関する諸問題』（関西大学法学研究所研究叢書第54冊・2016年）82頁以下参照。