

資 料

〔外国文献紹介〕

早稲田大学刑事法学会

周濛沂⁽¹⁾「刑法における保障人的地位の法的基礎の再構築」⁽²⁾

蔡 芸 琦

I. はじめに

近年、日本において、保障人的地位を、「行為者に一定の行為を強制することの正当化要件」として捉える見解が主張されている。このような見解を主張する一部の論者は、「積極的に他人を侵害しない限り処罰されない」という「自由主義の観点からの要請」を持ち出して、危険創出行為を、保障人的地位を肯定するための必要条件ないし十分条件とする⁽³⁾。たしかに、保障人的地位を論ずる際に、「行為者に一定の行為を強制することがなぜ正当化されるのか」という問いに対する答えを用意する必要があると考えられる。しかし、一定の行為の強制は、果たして危険創出が肯定される場合にのみ正当化されるのかという問題は、なお検討の余地がある。

本論文は、危険創出以外の、行為者に一定の行為を強制することの正当化根拠を論究するものであり、日本の議論に新たな視点を提供できるものと思われる。

II. 不真正不作為犯に関する総則規定（台湾刑法15条）

論文の内容に移る前に、台湾における不作為犯に関する総則規定を確認しておくことにする。台湾刑法15条第1項は、「犯罪結果の発生に対して、法律上の防止義務があり、防止が可能であるのに防止しなかったときは、積極的行為によって結果を発生させたときと同じである」と定め、同条第2項は、「自己の行為によって、犯罪結果の発生する危険があるときは、その発生を防止する義務を負う」と規定する。この条文から、解釈論上の問題として、以下の二つが問題とさ

れてきた。

第一は、第 1 項にいう「法律上の防止義務」はどのように解釈されるべきか、つまり、「作為義務の成立範囲の問題」である。第二は、第 2 項にいう「自己の行為」はどのように解釈されるべきか、それは単なる危険創出行為で足りるか、それとも違法な行為でなければならないのかという、「先行行為の性質の問題」である。

本論文は、機能的二分説を採用する台湾の実務・学説において、保障人的地位は、「法益保護義務」を基礎づけるものと、「危険源管理義務」を基礎づけるものに分けられているが、両者を一貫して説明できる法的根拠は明らかではないと指摘し、前記第一の点を問題とする。本論文において、この問題を解決するためには、規範論的観点から、刑法上の義務の根拠を明らかにする必要があるとされている。その先行作業として、著者は、いくつかのドイツの学説について検討を加えている。

Ⅲ. 論文の概要

1. 学説の検討

まず、Schünemann の支配理論が取り上げられる。支配理論は、作為犯との類比という手法を採りつつ、機能的二分説により承認されてきた保障人的地位の二つの類型を、「被害者の脆弱性に対する支配」と、「結果の重要な原因に対する支配」⁽⁴⁾に転化した見解である。

作為犯の帰責根拠は、「個人の操縦中枢」(personales Steuerungszentrum) と、「身体動作」との関係にある。それゆえ、行為者は、「自らの認識に基づいて、操縦可能性のある状態において法益侵害を惹起した身体動作を行った」、という現実な支配関係を根拠に帰責される。Schünemann によると、このような現実な支配関係も、保障人的地位の発生根拠となる。

したがって、親が子を保護する義務は、(子が危険な状態に陥る前に) 親が子の生活を現実に支配していたことに由来し、飼い主の、人を攻撃しようとする犬を止める義務も、(それより前の時点に) 飼い主が犬を現実に支配していたことに由来するとされている。

Schünemann の見解に対して、著者は以下のように批判する。作為犯は、自らの身体動作に対する支配それ自体により帰責されるのではなく、身体動作により他人を侵害し、禁止規範に違反したからこそ帰責される。言い換えると、作為犯の場合において、支配は帰責が肯定される必要条件にすぎない。不作為犯の場合においても、支配は帰責が肯定される必要条件、ないし命令規範違反が肯定さ

れる際の付随現象にすぎないということである。著者は、保障人的地位の発生根拠を考える際には、規範論的観点から「誰が支配していたというべきか」ということを問題としなければならないと説く。

次に、Wolff により主張される、依存関係・信頼関係から保障人的地位を導き出す見解も紹介されている。これは、行為者と被害者の間にある事実上の依存関係（Abhängigkeitsverhältnis）ないし信頼関係（Vertrauensverhältnis）の破壊こそが刑事不法の内容であるとする見解である。人々は原則的には、他人から侵害されないことしか信頼できない。ただし、例外的には（例えば契約の締結により）、他人に救助されることを信頼することも許される。そして、そのような事実上の依存・信頼関係が、保障人的地位の発生根拠となる。

Wolff の見解に対する批判として、以下のことが述べられている。つまり、いわゆる「信頼」が違法評価の上での意義を有するものであるというのであれば、それは単なる事実上の信頼であってはならない。なぜなら、事実上の信頼は、恣意的・非合理的なものである場合もあるからである。著者は、「山小屋に住んでいる X が、日頃より無償に登山客に飲食物を提供してきた。このことは登山客の間に広く知られて、それにより自らの装備を減らす登山客もいる。ある日、X が、（飲食物を貰えたと信じていた）登山客 A に飲食物を与えなかったため、A が死亡した」という例を挙げて、本事例の X に不作為による殺人罪を問うのは適切ではないと主張する。依存関係・信頼関係が保障人的地位の理論的根拠づけではなく、保障人的地位が肯定される場合に生ずる付随現象にすぎないということが述べられている。

さらに、法社会学上の概念としての「行為予期（期待）」の存在を保障人的地位の発生根拠とする Otto、Brammsen の見解に対する批判も述べられる。彼らの見解によると、規範が存在する社会において、人々は一定の社会的役割（soziale Rolle）を引き受けている。作為義務は、このような役割から生じた、他人の予期から導き出されたものである。しかし、保障人的地位を基礎づける他人の予期は、「長期間にわたり社会における普遍的なコンセンサスにより承認されてきたものである」ので、その違背が社会を害しうる性質を有するものでなければならない。

Otto、Brammsen の見解に対する著者の批判は以下の通りである。第一に、この見解において、「予期」という法社会学上の概念を保障人的地位の発生根拠とする理論的正当性の論証が欠けている。第二に、仮に社会における普遍的なコンセンサスから義務を導き出すことが許されるというのであれば、法的義務と道徳的義務の区別が極めて困難となる。

以上の検討から、著者は、これらの学説は、保障人的地位が肯定される場合の

付随現象を語っているのにすぎないと批判する。そして、保障人的地位の発生根拠という問題の本質が以下のように展開されている。

2. 著者の見解

他人の状態を悪化させるという作為の場合において、行為者が違反したのは他者侵害禁止 (neminem laedere) 義務、つまり消極的義務である。これに対して、他人の状態を放任するという不作為の場合において、行為者が違反したのは救助義務、つまり、積極的義務である。そして、消極的義務は原則的に妥当し、積極的義務は一定の条件の下に、例外的に承認されるものにすぎないという見解が一般的である。本論文において、Kant は積極的義務を徳義務 (Tugendpflicht) として捉え、法的義務ではないとすると理解されている。⁽⁷⁾

このような前提に立つたうえで、著者は、保障人的地位の発生根拠の問題は、「積極的義務はどのような場合に、どのような理由に基づいて法的義務と評価されるのか」という問題にほかならないと主張する。

この問題の解決の方向性を提供できるものとして、「自己責任原則」と、「連帯原則」という二つの考え方が挙げられている。自己責任原則を徹底するならば、自己負責能力を有する人は、自らの行為により生じた結果を全て甘受しなければならない。言い換えれば、人々は (自らの自由意思に反して)、法によって、他人を救助することを強制されることはない。これに対して、連帯原則を徹底し、連帯性を無条件に肯定するならば、法が、自己負責能力を有する人の行為により生じた結果を、他人に負担させることもある、ということになる。言い換えると、人々は (自らの自由意思に反して)、法によって、他人を救助することを強制されることもある。

自己責任原則を徹底するならば、積極的義務としての作為義務は承認される余地がなく、単なる道徳的義務にすぎないということになる。著者によると、「積極的義務はなぜ法的義務と評価されるのか」という問題は、「なぜ連帯原則を取り入れて、連帯性を設定することが許されるのか」という問題そのものである。では、どのような場合に、連帯性を設定することが許されるのか。本論文において、以下の観点から連帯性の設定を肯定する見解が紹介されている。

まず、功利主義の観点から、連帯性の設定を肯定する学説がある。黄榮堅は、「法益保護」という刑法の目標から、「不法」を「許されない利益侵害」と解したうえで、「保全される利益と、失われる利益の比較衡量」こそが、義務の有無の判断基準であるとする。この見解によると、例えば、路上に倒れている人を見た通行人が、携帯電話で救急車を呼べば他人の生命を救える、という状況においては、「通行人の自由」と、「倒れている人の生命」が天秤の両側に乗せられる。結

論は、通行人が僅かな努力をしなかった、という態度が不法（作為義務違反）と評価される⁽⁸⁾。

著者は、黄榮堅の見解は論理において一貫しているものではあるが、それを徹底すると、積極的義務はあまりにも広汎に認められることになってしまうため、不法の段階で義務の成立範囲を限定する必要があると評する。

次に、「行為者を含む社会全体の福祉の増進」という観点から連帯性の設定を肯定する見解も紹介される。Merkelによると、確かに、連帯性を肯定することにより、場合によっては、人々は、他人を救助するために自身の利益を犠牲にしなければならない。しかしそのかわりに、誰でも危難に遭ったときには他人に救助してもらえることになる。そして、このような社会全体の福祉の促進が、連帯性の設定を許す根拠である。

ここで、Merkelの見解に対する批判という形で、著者の見解が展開されている。著者によると、法とは、「人々の共存」を目指すものである。そして、他人の実存を肯定するというのは、他人の任意的な選択可能性（他人の「どのような形で自らを形成していくのか」を選択する可能性）を肯定することを意味する。したがって、人を傷害することが不法と評価される理由は、行為者が、被害者の自らの状態を選択する可能性を否定したからである。不法の内実は、他人の任意的な選択可能性の侵害である。任意的な選択可能性こそが、法により保護されるべき自由である。

このような著者の見解から、社会全体の福祉の促進を根拠に連帯性を設定することは、（法によって強制される者の）任意的な選択可能性の否定を意味するため、支持できない。著者は、強制的な社会保険制度としての連帯義務の承認から、人々がより自由に行動できるというメリットを得られるかもしれないが、より根本的な自由は、そのような保険制度に入るか入らないかを選択する可能性に存すると主張し、そのような自由は法により保護されなければならないものであると説く。

ここまでの検討から、著者は自己責任原則を徹底し、連帯性に根拠づけられる積極的義務を一切否定する立場に立っているようにも思われるが、結論から述べると、著者の見解は、自己責任を原則としつつ、なお一定の場合に連帯性の設定を許容し、積極的義務を承認するものである。その具体的内容は、ヤコブスの見解に対する批判という形で展開されている。

Jakobsによると、いわゆる制度的管轄に基づく義務違反として処罰される不作為犯は、「義務犯」と呼ばれる。その見解において、制度（Institution）の機能は、一定の法益の存続を確保することであり、制度の特徴は、社会のアイデンティティーの決定に不可欠なものであることである。

著者によると、積極的義務の範囲の問題は、連帯性の設定の可否の問題であるため、たしかに、ヤコブスのいうように「刑法がどのような制度を設定すべきか」の問題ではあるが、制度が設定される理由（言い換えれば、ある制度がなぜ社会のアイデンティティーの決定に不可欠なものであるといえるのか）を説明しない限り、積極的義務の範囲を決定するのは不可能である。ヤコブスの見解は、制度を設定する際の方針を示していない点に問題があるとされる。⁽⁹⁾

連帯性を設定する理由を考えるにあたっては、「個人の任意的な選択可能性（自由）の保護」という法の目的から出発しなければならないとされている。個人の任意的な選択可能性の承認は、個人が自らの行為の責任をとることを前提とするので、法に設定される制度（積極的義務）の内容は、自己責任原則に抵触してはならないことが述べられている。

このような前提から、著者が認める積極的義務は、以下の二つの類型に限られる。第一の類型は、親の、自己⁽¹⁰⁾負責能力のない子供に対する積極的義務である。これは、義務の原始取得の類型とされている。この種の制度は、以下の二つの理由を根拠に設定されるものである。第一に、子供の自己⁽¹¹⁾負責能力の欠缺は補われるべきであり、子供が自己負責能力を有する段階まで生存し続ける可能性は、法により保障されるべきことである。第二に、子供の実存は、親の自己答責的な行為の結果であり、それについて親が責任を負わなければならない、ということである。注意しなければならないのは、この種の積極的義務は、決して民法の規定に由来するものではない。また、子供が自己負責能力を有する段階まで成長したのであれば、親の義務が消滅する。たとえ共同生活の事実があっても変わりはない。

第二の類型は、合意に基づく危険管轄の移転から肯定された積極的義務である。これは、義務の承継取得の類型とされている。積極的義務の移転可能性を認める理由は、その肯定は個人の自由意志の実現にとって有益であるからである。例えば、ベビーシッターが子供を保護する義務は、この類型に属する。積極的義務が、当事者が引き受けた範囲内に限って肯定される。また、危険管轄の移転に関する合意は、双方の当事者が一定の社会的な活動に参加することにより肯定されることもある。例えば、プールの監視員がその地位につくことにより、彼の、溺れる人を助ける任務を引き受ける意思が肯定される。また、（本論文では明言されていないが、）この場合に、泳ぐ人も、プールに入るという行為を通じて、自身に関する危険の管轄をプールの監視員に移転した、ということになるであろう。

著者によると、この二つの類型の積極的義務の肯定は、「自己負責能力を有する人は、自らの行為により生じた結果を全て甘受しなければならない」という自

己責任原則に抵触しないだけでなく、個人の自由の実現にとって役に立つものでもあるので、正当化される。

ところで、Jakobs の見解においては、さらに組織化管轄に基づく義務違反として処罰される不作為犯の類型があり、それは、「支配犯」と呼ばれる。Jakobs によると、組織化管轄に基づく義務というのは、行動の自由の対価として負わなければならない義務であり、その中には、危険源管理義務や、先行行為に基づく作為義務が含まれている。例えば、穴を掘った者は、警告標識を設置することや、道路を封鎖することにより、他人が穴に転落しないよう配慮しなければならない。警告標識を設置すること・道路を封鎖することは、組織化管轄に基づく義務の内容とされている。⁽¹²⁾

これに対して著者は、作為というのは、「行為者に由来する危険」の現実化の防止が問題となる場合であり、不作為というのは、「行為者に由来しない危険」の現実化の防止が問題とする場合を意味するとしうえて、穴を掘って他人に傷害を負わせた事例においても、「行為者に由来する危険」の現実化の防止が問題となるので、消極的義務違反しか問題とならないとする。警告標識を設置しなければならない、道路を封鎖しなければならないというのは、銃で他人を殺そうとする人が、銃の向きを変えなければならないというのと同じく、もともと他害禁止原則から、法により要求されうるものであるとされている。

結論を述べると、著者は、いわゆる組織化管轄に基づく義務を認めず、危険源管理義務や、先行行為に基づく作為義務を認めない。したがって、犬を散歩に連れて行った人が、人に噛み付こうとする犬を止めなかったため、人に傷害を負わせたという事例も、「犬を利用して人に傷害を負わせた」という作為犯として捉えられるべきであるとされている。

このような著者の見解に対してあり得る批判としては、いわゆる組織化管轄に基づく義務を一切否定すると、不適切な結論を導き出すのではないか、ということである。具体的には、たとえば、行為者は、「台風が来ているので、自宅のベランダに置いてある盆栽は落下し、他人に怪我を負わせるかもしれない」のを認識しつつ、盆栽を移動しなかったため、盆栽が路上に落下し、他人に傷害を負わせた、という事例【**盆栽事例**】について、通説は、行為者に危険源管理義務の違反を肯定し、「盆栽を移動しなかったこと」につき、不作為による傷害罪の成立を肯定する。危険源管理義務を一切否定する著者の見解からすると、本事例の行為者を処罰できなくなるのではないか、ということである。

しかしこれに対して、著者は、行為は、単なる身体運動として理解されるべきではなく、むしろ「身体動作から結果発生までの一連のプロセス」として捉えられるべきであると主張する。具体的には、【**盆栽事例**】の行為者の「(盆栽をベラ

ンタに置くという)身体動作が終わる時点から、被害者の傷害結果が生じるまでの一連のプロセス」が、行為者の一つの作為として捉えられるため、行為者に故意による傷害罪の成立を肯定しても、同時存在原則に抵触しないことになるという。

また、例えば、X が車を運転し、A に重傷を負わせた。その後、救助可能性があるにもかかわらず、X が A を放置したため、A が死亡した事例【**ひき逃げ事例**】においても、行為者に由来する危険の現実化の阻止が問題となるため、積極的義務違反しか問題とならない。著者は、この場合に、行為者に先行行為の責任を負わせば、評価を尽くしていると主張する。したがって、【**ひき逃げ事例**】において、X は(彼の行動の自由の対価として、)過失致死罪により処罰されるが、不作为による殺人罪として処罰されないという結論が導き出されている。

IV. まとめ

本論文は、保障人的地位の問題を、「どのような場合に連帯性を設定することが許されるのか」と捉えた上で、「個人の任意的な選択可能性」に抵触しない限度で、積極的義務としての作為義務を肯定するものである。その結論として、いわゆる危険源管理義務、及び先行行為に基づく作為義務が否定されている。

著者の見解を採用すると、通説では危険源管理義務を負うとされる者は、場合によっては、消極的義務違反、すなわち、作為犯として処罰されることになる。これに対して、先行行為の場合においては、先行行為それ自体を処罰すれば足りるとされ、先行行為後の救助義務が否定されることになる。

本論文は、台湾刑法15条第1項の「法律上防止の義務」という文言を、親の子供に対する作為義務と、合意に基づく危険管轄の移転から生じた作為義務と解釈したものである。15条第2項の存在から、先行行為に基づく作為義務を肯定する台湾の実務及び通説に反して、本論文は、15条第2項に対する立法論上の批判を提起するものである。その意味において本論文は、異色の存在でもある⁽¹³⁾。

V. 若干の疑問

もっとも、本論文においては、若干の疑問も残されているように思われる。

第一に、【**盆栽事例**】において、故意が生じた時点での作為可能性が要求されるかどうかは必ずしも明らかではない。仮に著者が、これを作為犯と構成することで、作為可能性のない不作为犯処罰を容認するのであれば、それは適切ではないように思われる。

第二に、先行行為に基づく作為義務の事例の取り扱いに関する疑問である。**〔盆栽事例〕**において、行為の一体化を認めることが許されるのであれば、**〔ひき逃げ事例〕**において、交通事故が起きた時点から、被害者が死亡する時点までの一連のプロセスを一つの「作為」として捉え、行為者に故意による殺人罪を肯定することができるように思われる。そうならなかった理由は、本論文からは必ずしも明らかではない。また、著者の見解によると、過失の先行行為を行った者の罪責は、無過失の先行行為を行った者の罪責より軽くなる可能性があり、その当否もまた問題となるであろう。

第三に、なぜ、「合意に基づく危険管轄の移転」を根拠に、危険源管理義務を肯定できないのか、ということも問題となる。著者の見解において、危険源管理義務が一切排除される理由は、必ずしも明らかではないように思われる。

VI. おわりに

若干の疑問も残されているが、本論文はなお、日本の不作为犯論に一定の示唆を与えることができるものであると評することができる。なぜなら、保障人的地位の発生根拠を明らかにするためには、積極的義務としての作為義務の法的根拠の解明が必要であり、そして、本論文においては、「社会全体の福祉の増進」、や「任意的な選択可能性としての自由の実現」といった従来あまり論じられていなかった観点から、作為義務を課すことの正当化を論ずる見解の検討がなされているからである。法により保障されるべき「自由」の意義を掘り下げ、それに抵触しない限度で連帯性を設定する著者の見解は、示唆に富むものであり、日本にない議論を提供したものでもあったと考えられる。

- (1) 國立臺灣大学法學院助教授。ボン大学法学博士。
- (2) 本論文は、臺大法學論叢43卷1期（2014年3月）209～269頁に掲載されたものである。
- (3) 島田聡一郎「不作为犯」法学教室263号（2002）116頁以下、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013）90頁、小林憲太郎「不作为による関与」判例時報2249号（2015）4頁を参照。
- (4) Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 235 ff.
- (5) E. A. Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 37f.
- (6) Brammsen, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986, S. 117; Otto/Brammsen, Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, Jura 1985, S. 536; Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, §9 Rn. 32.
- (7) Kant の消極的義務と積極的義務に対する理解について、さらに Pawlik, „Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils“ — Bemerkungen zur Lehre von den

- Garantenpflichten, in: Heinrich/ Jäger/ Schünemann (Hrsg.), FS für Roxin, 2011, S. 931ff. を参照。本論文の翻訳として、川口浩一＝山下裕樹『『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』関西大学法学論集63巻2号(2013)298-315頁がある。
- (8) 黄榮堅『基礎刑法學 下〔第4版〕』(元照・2012)701頁以下を参照。ただし黄榮堅は、(危険創出を内容とする)保障人的地位を責任要素として、事前に危険を創出しなかった者の責任を否定するため、本事例の通行人の責任は否定されることになる。
- (9) 著者は、同じく積極的義務の根拠を制度設定として捉える Pawlik, a. a. O. (Fn. 7), S. 942ff. は、制度の目的を個人の存続にとって基本的・現実的な条件の保障 (Gewährleistung grundlegender Realbedingungen personaler Existenz) と解するが、それは制度の機能を語っているのにすぎないため、Pawlik の見解は、積極的義務の範囲を確定できない点に問題があると評する。
- (10) 本論文において、自己負責能力は、「一般的な認識能力及び判断能力」と抽象的に定義づけられている。著者は、自己負責能力は自由意志 (Freiwilligkeit) にかかわる概念であることを指摘することにとどまる。
- (11) Seelmann も、この種の義務は、自己答責原理に方向づけられる刑法体系の「前提」として認められるもの (Voraussetzungs - Garantenpflicht) とする。Seelmann, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik, GA, 1989, S. 255を参照。その意味において、本論文は Seelmann の見解に似ているところもあるが、本論文の著者は、この種の義務が刑法体系の前提とされる理由——個人の自由実現の促進——を説明できている点に、自説はより優れているものであると主張する。
- (12) Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1991, 28/14.
- (13) 台湾実務において、適法な先行行為を結果防止義務の発生根拠として認める裁判例が多く見られるが、近年、被害者ないし第三者の自己答責的な行為が介在する事案について、裁判所は、先行行為に義務違反性を要求する傾向がある。蔡芸琦「台湾刑法における先行行為に基づく保障人的地位」早稲田大学大学院法研論集150号(2014)183頁以下を参照。また、台湾学説における有力説も、先行行為に義務違反性を要求しているが、その理由は必ずしも明らかではない。林山田『刑法通論〔増訂十版〕』(元照・2008)254-255頁を参照。