

# 属人主義と責任

香川 達夫

- 一 二個の立法形式
- 二 双方可罰主義
- 三 但書の意味
- 四 責任主義

## 一 二個の立法形式

一 刑法の場所的適用範囲に関する原則として、通常四個の形態が予定されている。<sup>(1)</sup>すなわち、属地主義・属人主義・保護主義と世界主義の四者がこれである。そしてこれらの四原則は、その適用を予定している、それぞれの対象との関連で、さらに二個の類型に區別することが可能となってくる。なぜなら、その適用対象である人の範囲について、なんらの制約をも必要としない属地主義と——もとより、日本国内（一般的には、自国内）といった地域的制約はあるが。他方、世界主義もまた、对人関係が無限定である点では、属地主義とそれは共通したものを持っている——、その適用対象である人に関して、かならず明文規定の存在を必要とする自余の二原則との間の

差異を無視することができないからである。そこから、既述したような二個の類型化を意図し、またそのことを指摘してみたわけであるが、とくに後者の類型にあっては、そうした制約を設定せざるをえないこと自体が、ある意味ではそれが、この二原則にとつて避けがたい宿命であったといえるのかもしれない。

だからこそ、その法制化に際して、この自余の二原則を、どういった形式で規定するのが適切であるのかは争われ、それだけにこの二原則に対する明文規定による表示方式については、これまでにならずしも統一的な形でなされてきたわけのものでもなかった。単純にいえば、包括主義による規定の仕方であれば、わが国にとつて従来の立法形式であったとも思われる列挙主義に準拠し、その適用規定ないしはその適用範囲を法定するゆき方もまた、一方においては可能であったからである。<sup>(2)</sup>

そして、昭和三六(一九六一)年二月一〇日に公表された刑法改正準備草案は(以下、準備草案と略記する)、現行刑法所定の属人主義とは全くその表示方式を異にし——既述のように、自余の二原則として総括的に表現してはみたが、結果として、ここでの二原則中、その主役としては属人主義が、その対象になっている——、その二条には「この法律は、日本国外において死刑又は無期もしくは長期が五年以上の懲役もしくは禁固にあたる罪を犯した日本国民に適用する」とする方式を採用し、さらには「外国人の国外犯」規定に関する五条についてもまた、同様の表示方式が利用され、そうすることによって、包括主義採用への方向づけを示していった。<sup>(3)</sup>

私自身もまた、こうした包括主義への転換を可とし、その採用を願いながら立法による法制化に賛意を表明していたが、<sup>(4)</sup>その後の審議の傾向は、こうした私の期待とはむしろ逆の方向を示し、昭和四九(一九七四)年二月、法制審議会による決定を経て公表された改正刑法草案四条以下には(以下、草案と略記する)、昔ながらの列挙主

義が採用され、結果として現行刑法と同じ方式のままで終わっている。その意味では、準備草案のいき方を支持した私見は、一敗地にまみれたことになったわけであるが、だからといって包括主義に準拠すべきであるとする意見を、いまここで変えるつもりもない。加えて、いつかは日の目をみる可能性があるであろうといった期待をも含めて、列挙主義のもつ問題点を、いまここで検討しておきたいわけでもある。

ただそれにしても、準備草案がなぜ包括主義採用の方向を目指していったのか、その理由は知っておきたいところである。そこで、準備草案に添付されている理由書に採用の理由を求めてみたが、理由書そのものからは明快な答えは返ってこなかった。単に「実質的には大きな変化はない」<sup>(5)</sup>から、包括主義であっても妨げないのではないかとするだけのことであって、それ以上にはでていないからである。そして真実、実質的にみても大きな変化がないのなら、その法制化に際しては、包括主義によるうとあるいは列挙主義に準拠しようと、そのどちらであつても差し支えなかつたはずである、とそう思われるわけであるが、草案自体は既述のとおり、なぜか包括主義を不可として列挙主義に落ち着いている。そうだとすれば、なぜ包括主義がいけなくて列挙主義でなければならなかつたのか。その点の検討は、やはり不可避の課題とならざるをえなくなっている。

包括主義か列挙主義かの選択の谷間で、当初問題視された論点としては、つぎの三点があつたとのことである。すなわちその第一は、包括的に規定することによって、列挙主義との間で、具体的にいつてどのような罪について、その処遇上どのような差異が生ずることになるのであるうかであり、第二は、準備草案二条所定の「……にあたる罪」のなかには、未遂犯をも包含しうるかであり、第三点は「その行為が犯罪地の法律によれば罪とならないものであるときは、この限りではない」(準備草案五条但書参照。以下、但書と略記する)とする文言を設置すること

の要否についてであつた。<sup>(6)</sup>

もっとも、この三点をめぐる第一小委員会の審議は、かならずしも一貫した形でなされてきたともいえない面もある。準備草案を目前にした当初の頃の対応と、その後の対応との間には、あきらかに逆転したとも思われる反応がみられるからである。その意味では、当初の反応と、その後における変化とは区別しながら再考していくことが、公平の原則にあうといえるのかもしれない。というのは、当初準備草案の方向に好意的であつた審議内容が、最終的には否定された形で、草案として登場しているのが現状だからである。

ともあれ、既述した三個の問題点中、第一の点については、具体的・個別的な検討をおこなつた結果、対現行刑法との関連で、多少の凹凸のあることは認めなければならないとしながらも、「包括的規定でもおおむね現行刑法と大差のないこととなっている」事實は承認され、他方特別法との関連で、その国外犯処罰の問題も起こってくるが、「そのためにも包括的規定の方が望ましい」といつた雰囲気<sup>(7)</sup>が支配的であつたし、そしてそうした意見がまた、当初の段階で展開されていたところであつた。そしてそれが、包括主義の選択に対し好意的な見解の帰結でもあつた。さらに、第二の問題点については、「刑を加重し又は軽減すべき場合においては、加重し又は軽減しない刑によつて、前項の規定を適用する」とする規定を設けることによつて、「……あたる罪」とする表現の中からは、未遂犯を除外する趣旨であることが鮮明になつてゐることを考慮し、またそうした規定を新設する方向を追うことによつて、事態の解決が可能になるとされてゐた。<sup>(8)</sup>そして、最後の第三の点については、そのこと<sup>(9)</sup>の存在自体は望ましいことではあるが、それが対応を予定している外国法の有無については、その立証が困難であることを理由に、結果としてそれは規定されないことになつたとされてゐる。

(1) 加えて、この一般的な四原則以外に、代理処罰主義 (Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege) をも、ここに加えるべきであるといった所見もみられる (森下 忠・国際刑法の新動向 (一九七九年) 一九頁、名和鉄郎「国際刑法」阿部純二「板倉宏」内田文昭「香川達夫」川端 博「曾根威彦編・刑法基本講座 第一巻 (一九九二年) 六七頁等参照。ただ私個人としては、この代理処罰主義の採用については、かならずしも賛成ではない。ただ、その詳細については、今後に発表が予定されている、香川「属人主義と自国民」学習院大学法学会雑誌にゆずりたい。

なお、Vgl. Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl, 1991, S. 111; Hans-Heinrich Jescheck = Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl, 1996, S. 174.

(2) わが国が、近代法制に移行するための最初の草案である、明治一〇(一八七七)年一月の日本刑法草案の七条には、現在でいう属地主義の規定がおかれていた。ただ、ここでの問題点である表示方式、すなわち列挙主義か包括主義かの点については、属人主義を規定する同草案四条が、通貨・有価証券および国璽等の偽造等の国外犯処罰規定をおくほかは、一切列挙の対象とはされていなかった。そしてその四条をうけて、外国人の国外犯を規定しているのが同草案八条であったが、それもその表示方式としては、四条のそれに共通していた。これを列挙とみるか包括とみるかは、評価のわかれるところであらう。

なお、その他の原則との関連でも「前条ニ記載シタル以外ノ重罪軽罪ヲ犯シタル時ハ……」(同草案五条)として、決してそこには、特定の罪名を列挙することをしていたわけでもなかった。したがって、これもまた列挙主義を採用した先例とみるかどうかは論議をのこすところなのかもしれない。「……以外」とする表現を使うことによつて、包括的に規定したともいえるし、逆に「以外」をいちいち列挙しなかっただけのことと考えれば、列挙主義に準拠したともいえるからである。

ただ、この明治一〇年草案五条との関係で興味がそられるのは、「日本人外国ニ在テ前条ニ記載シタル以外ノ重罪軽罪ヲ犯シタル時ハ左ノ条件ヲ具備スルニ非サレハ日本ノ法律ニ依テ処断スルコトヲ得ス」とし、その条件として、自国外での裁判が未確定であるとか、帰国しているとか等々の条件が列記されている点である。そして、そこに列記された事項があれば、それらが訴訟障害として作用するという意味で、この規定が設けられたとするのなら、この規定自体が、まさしく場所的適用範囲に関する規定を、訴訟事件として認識している趣旨にも理解できるからである。

(3) 昭和二三(一九四七)年の一部改正で削除された「外国人の国外犯」の処罰規定の復活を、準備草案の五条は図っていたが、この規定自体は、すでにこの明治一〇年草案にも、おかれていたところでもある。そしてこれもまた、保護主義の規定と解されるのが通例のようである(刑法改正準備会 改正刑法準備草案 附 理由書(一九六一年)一〇〇頁参照——以下、理由書と略記する。)

自国の利益保護とする視点から、その侵害主体が内外人であることを問わないという意味で、保護主義とするのはわかる。

(4) 香川・刑法講義(総論)第三版(一九九六年)三六頁参照。なお、平野竜一「刑法の適用」平場安治||平野編・刑法改正の研究 1 概論・総則(一九七二年)一九九頁には、こうした列挙主義のいき方に対しての批判的な見解が表明されている。すなわち、「何を規準として」選ぶか、それが列挙主義に科せられた課題であるとされるのがこれである。その選択が、恣意的にならないとする保証はない、と解されたからであろう。

なお、明治一三(一八八〇)年七月一七日に太政官布告第三六号として交付された、いわゆる旧刑法は明治一五(一八八二)年一月一日から施行されたものの、同法のもつ自由主義的性格への反省は、その後同法改正への機運をもたらし、その結果、各種の草案が起草されていった。そうしたなかにあつて、たとえば「刑法改正審査委員会決議録」には、属人主義との関連で「日本人外国ニ在テ犯シタル罪(重罪)ニ付テモ亦之ヲ適用ス」とするにとどまり、また明治二八(一八九五)年、明治三〇(一九一七)年の両草案も、ともにその対象を「重罪」とするだけであつて、決して各法条を列挙しているわけではなかつた(なお、杉山晴康||吉井蒼生夫・改正刑法審査委員会決議録 刑法草案(一九八九年)参照。それでもなお、列挙主義がわが国での伝來的な表示方式であつたといふのは、疑問を保留しておきたい。

(5) 理由書九九頁。

(6) 法制審議会刑事法特別部会 第一小委員会議事要録(二)一〇九頁参照。以下、議事要録と略記する。

(7) 議事要録(二)一一一頁参照。ここでの引用は、その全てが同一頁なので、逐一その該当頁は記載しなかつた。

(8) 議事要録(二)一一三頁。本文既述のように、問題点が三個あつたことは事実としても、そのなかでの未遂の処遇に関して、この程度の記述にとどめておき、本稿での焦点は、第一と第三のそれに限定したい。

(9) 議事要録(二)一一二頁参照。

二 包括主義に好意的な雰囲気も、昭和四〇（一九六五）年一〇月開催の第三〇回の小委員会あたりから、そうした傾向に変動が生じはじめてきたようである。そしてその際、問題点として意識されていたのは、法定刑だけを基準として定めるような国外犯処罰規定の制定といたいき方が、果たして妥当であるかといえるのかとする点に、その本質的な問題意識があったようである。なぜなら、包括主義によるかぎり、特別法についても事情は同じとしなければならない。だがそのように、広く特別法の国外犯をも処罰する必要があるのかは、慎重な検討を要する課題でもあったからである。そしてもし、こうした包括主義の規定を前提として、それが特別法にも適用があるとするのなら、たとえば麻薬取締法違反といった案件についても、それは準備草案二条所定の包括主義の対象になりうるとしなければならないことにもなってくる。だが本来、この種の事案のばあいには、むしろその違反は世界主義によって処罰するのが望ましい。にもかかわらず、現実にはその適用が許されないこととなり、その意味では、この両者間に確執が生ずることにもなってくる。加えて、この世界主義を規定する準備草案四条は、準備草案二条所定の国外犯処罰規定が包括主義に準拠しているのにもかかわらず、それとは逆に、こちらは列挙主義をとっているとなると、そのことの是非といった問題もでてくる余地があると解しているからである。<sup>10)</sup>

このことが包括主義に対し、その方向転換を迫る一個の批判的な論拠となっていた。だがそれが、包括主義批判の決定打になるとは私には思えない。なぜなら、この批判自身も認めているように、世界主義は属人主義と違つて包括主義を採用してはいない。前者はその性格上、列挙主義にかぎられている。これは、現行刑法とても変わりのない表示方式であった。そうだとすれば、ここで批判の対象とされている麻薬取締法違反の事例については、それを世界主義にしたがって当該法条内に列挙するか、さもなければ特別法であるがために、準備草案四条に規定する

世界主義の原則を「準備草案四条の例に従う」として、自らのなかに取り入れる、すなわち自らのうちにその国外犯処罰規定をあげたりする問題であったからである。換言すれば、ここで批判の対象とされている問題は、属人主義か世界主義かといった二者択一あるいはこの両者の確執の問題として捉えられるものではなく、既述したような方式の一を選択することによって、その処遇に対する自らの立場をどう表明するかによって、それは解決しうる場所である。その意味では、他の主義と競合するから適切でないといった既述の批判は、それ自身として決して妥当な批判であつたともいえない。

加えて、準備草案二条のばあいには「この法律は……」とする表現をのこしている。ということは、普通刑法所定の犯罪であつて、しかも法定刑がそこに予定されている犯罪であるかぎり、それについては自国刑法の適用をうけるといふ趣旨であり、だからこそ「この法律は……」とする表現によって、普通刑法のみを対象としているにとどまっていると理解しうる。その意味では、特別法との関連を理由に非難されるべき性格のものでもないともいえるよう。

もっともだからといって、特別法との関連で類似の問題が起りうることまで否定するつもりはない。だがそれとても、基本的には特別法の側に求められる対応の仕方の問題であつて、普通刑法側に科せられた課題なのではない。換言すれば、特別法の側において、準備草案二条を自己にも「適用する」とするか、あるいは「従う」とする法条を、さらには逆に「これを適用しない」といった規定をおくか等々、その表現の仕方は多岐にわかれるのかもしれないが、いずれにせよそうした規定を、自らのうちに制定するか否かの問題であつて、その過程なしに、準備草案二条が非難されるべき性質の問題なのではないのである。だからこそ「この法律は……」としている事実を、



もう一度強調しておきたいわけである。その結果、たとえば道路交通法一一五条のばあいも、その法定刑の上限が五年であり、ためにこうした包括主義採用の結果、同条違反の国外犯が処罰されることになって適切ではないといった批判が掲記されているが、<sup>(11)</sup>それとても道路交通法自身における、場所的適用範囲の規定に対する対応の仕方の問題であつて、そのために準備草案が批判される理由とはならない。

さらにそれが、包括主義に対する直接的な批判なのかどうかは定かではないが、準備草案二条についても、同草案五条所定の「その行為が犯罪地の法律によれば罪とならないものであるときは、この限りでない」といった、但書規定を新設することの可否も問題になっていた。なぜなら、もしこうした但書が属人主義との関係でも採用されることになるすると、たとえば賭博の開帳のばあい、その法定刑は五年であり、そのかぎり包括主義の適用対象になり、したがつてその国外犯も処罰される事実は避けられない。だが他面において、その行為が、行為地では処罰の対象外といった事例は予想される。したがつて、このようなばあいには、この但書の登場が予想され、結果として自国法の適用を免れうることになってくる。それで可なのは、そのこと自身一個の問題であるし、またことは賭博にかぎらず、類似の事例は決してすくなくないことも考えられるからである。

それへの解答は、基本的にいつて属人主義の性格をどう把握し、どう基礎づけるかに依存しよう。自国民であれば、それが自国民であるがために、例外を許さず自国法を適用するという趣旨であるのか。そうではなくて、自国民ではあつても、たとえば長期に自国外に滞在している者あるいは二重国籍者等のばあいに、それらに対して同じ法理を適用できないとするのか、そういった課題にも関連してくるからである。もつとも、結果として但書の不採用は、この準備草案においてだけでなく、草案においても同じ結果に終わっている。<sup>(12)</sup>属人主義の性格を、前者すな

わち絶対的屬人主義で理解しているからのようである。<sup>(13)</sup>

ともあれ、刑法の適用範囲に関する二個の表示方式、すなわち包括主義と列挙主義をめぐる対立は、その後それぞれの立場からする原案が提示され、両案比較のうえで詳細な検討がなされたもようである。<sup>(14)</sup> だがそれも、結果として後者の選択となつて決着をみている。私見としては不満ものころが、それが立法による結末であるのなら、それはそれとして是認するほかないのかもしれないが、こうした結末との関連で生ずる別個の課題も予想される。その意味では、そのこと自身を素直に可としてゐるわけでない。<sup>(15)</sup>

(10) 議事要録(三) 一三八頁参照。

(11) 議事要録(三) 一三八頁参照。本来特別法は、とくに自分自身のうちに排除規定をおかないかぎり、刑法総則の適用をうける(準備草案九条)。したがつて、排除規定を欠くかぎり、そして現にそれを欠いている道路交通法のばあい、本文記述の問題が起つてくるのは当然のことである。したがつて本文記述のように、ことは簡単にいくものではないといつた批判もありえよう。それは了解する。ただ問題なのは、準備草案九条自体に原則が明記されている以上、この原則にしたがつた規定が設けられるべきであり、それが準備草案九条が予定し、かつ特別法側が配慮すべき対応策のはずであるといえる。それにもかかわらず、問題なのは逆に、特別法における対応の仕方自体が一樣でない点である。その点こそが、まさしく問題発生誘因なのである。準備草案九条があるのだから、それを前提に特別法側での排除規定をおく、そうした形での統一化をおこない、逆に特別法に、たとえば準備草案二条を適用するといった規定をすべきではなかった。いわば、特別法における対応の仕方の不統一を理由に、準備草案自体が批判される理由にならないといいたいわけである。

(12) この点の詳細は、香川「屬人主義と自国民」で触れる予定である。

(13) 屬人主義にあつては、それが自国法の延長であるのは事実としても、同時にその自国外での行為に対し、行為地法による処罰を必要とするという原則を双方可罰主義(Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit: principle of double criminality)とつうが、

属人主義における但書の不採用は、この原則にあわないのは事実である。

(14) その詳細については、議事要録(八) 七一七頁以下を参照されたい。

(15) 具体的には、予備に対する影響と、他は共犯との関連がこれである。前者については、香川「刑法の適用範囲と共犯行為」警察研究五六巻一号一頁以下、後者については、香川「遍在主義と共犯」森下 忠先生古稀祝賀 變動期の刑事法学(一九九五年) 一一一頁以下等参照。

## 二 双方可罰主義

一 包括主義か列挙主義かの対立・論争のなかで、立法自体は後者のいき方に軍配をあげていった。そして、そうすることによって一応の決着はみた。ただそれにしても、こうした立法による選択との関連で、さらにもう一個の検討を必要とする課題がのこされていた。それは、前項で既述した第三の課題、すなわち「犯罪地では罪にならない」とする規定の存在がこれである。この課題もまた無視しえない論点である。

属人主義を法定するばあいには——保護主義・世界主義についても、事情は同様であるが——、わが国の現行刑法にもみられるように、その適用対象を特定の法益、すなわち社会的法益とか重要な個人的法益とかに限定して規定する立法例もあれば、他方でドイツ刑法七条のように、自国法が保護している法益とは関連なしに、その意味では、保護法益による区分や制限に拘束されずに立法化されている事例もみられる。そこから、後者のようないき方を採用するのであれば格別、さもないかぎり、それが列挙であろうと包括であろうと——それらはいずれも、表示の仕方に関する差異であるにすぎない以上——、属人主義適用の対象とされる犯罪類型が、決して無限定ではない事実、これを承認しなければならぬことにもなってくる。換言すれば、その適用対象がともに制限されている点で、

包括か列挙かの間に変化はないのである。逆にあるとすれば、それはその対象の範囲が広いか狭いかだけの差異であり、<sup>(2)</sup> 広狭いずれであるにせよ、適用対象そのものが制限されている点で、これらの主義の間に径庭があるわけのものではないのである。

加えて、適用される犯罪の範囲が制限的か無制限かの差はあるにしても、屬人主義とは、もともとは自国民のみを対象とするといった共通項を前提にし、またそうした自国民であるかぎり、その自国民に対して自国刑法の適用が可能になるとするものであるのなら、ことは自国刑法によって犯罪とされておればたり、自国外である行為地の刑罰法規の存否、さらにはそこでどう処遇され、あるいはどう規定されているかといった課題とは、本来的にみて関係がない課題のほ<sup>(3)</sup> ずともい<sup>(3)</sup> うるわけである。とくに、基準となる自国民の範囲を「骨に固着した (legis ossibus in haeret)」<sup>(1)</sup> 意味での自国籍を持つ者にかぎるとい<sup>(3)</sup> う、いわば国籍主義的な発想によるかぎり、適用され<sup>(3)</sup> 準拠されるべき法は、自国刑法のみとなつてこよう。

準備草案二条が法定刑のみを基準とし、しかもその法定刑が、当然のことながら、わが国刑法典所定の法定刑を前提にし、しかもドイツ刑法七条所定のような「犯罪地の法律で刑を科せられている」犯罪であるばあいといった制限規定をおかなかつたのも、立案者自身が自覚していたか否かは別にして、基本的には既述したような認識を前提にするものであつたのなら、そういうい<sup>(3)</sup> うる余地はあるし、またそれならそれはそれとしてわからぬわけではない。

もっとも、自国民であるかぎり無条件に自国法の適用が可能になるとするいき方に対しては、それへの反省も要求されている。なぜなら、国籍主義的な発想をはなれて、その適用を考えなければならぬ面もあるとされているからである。その意味では、準備草案二条のような規定さえおいておけば、それがた<sup>(3)</sup> りるともい<sup>(3)</sup> えなくな<sup>(3)</sup> っ

てくる余地もある。そしてこのことは、列挙か包括かないしは無制限にかかわらず、属人主義そのものに科せられた宿命でもあったというる。となると、日本国籍を持つとはいふものの、日本国内に居住していない日本人に対し、それが日本国籍の保持者であるという、ただそれだけの理由で、当然に自国法の適用対象になるといふものなのか。そう断定してしまつて妨げないのかは、それ自身反省される必要のある課題ともなつてくる。その意味でも、草案審議の過程で最終的には葬り去られたとはいへ、既述した第三の課題検討の必要性は消えるものではなかつた。

草案のばあい、結果としてこの但書は、「外国人の国外犯」についてだけのこされ、草案四条所定の「国民の国外犯」との関係では、同趣旨の規定の登場はみられなかつた。だが、外国人の国外犯規定である六条自身にはその姿をのこしている意味では、包括か列挙かの選択とは関連なしに、この種但書規定存置の存在意義が消えることはないともいえ、またそのことの証左でもあつたといえるのかもしれない。そうだとすれば、この種の規定をおくことによつて生ずる「対応する外国法の有無……についての立証が困難」であるとか、さらには「外国法を調べなければならぬ」という手続上の困難<sup>6)</sup>さがあるので、そのことを根拠に但書を削除せよといった批判も、結果的には無意味なものになつてくる可能性もある。

属人主義か保護主義か、そのよつてたつ基盤は異にするにしても、外国人の国外犯について「行為地法において正当とされる行為をした外国人に日本刑法を適用するのは行き過ぎ」であるとして、既述したような但書規定の存在理由を認めるのなら、日本国籍は持つものの、日本国内に居住したこともないような日本人に対して、同じような要求をすることもまた「行き過ぎ」であるとされる面もでてこよう。このように自国民でありながら、コスモポリ

タン化した自国民の増加現象という現状を考えると、草案四条についても同様の規定の存在理由は、決して皆無ではなかったともいえるし、このことはまた列挙主義に準拠するから規定する必要はない、といった性質の問題でもなかったとはいえるわけである。

(1) もっとも 'die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgevalt unterliegt' といった制約はある。

ただそれにしても、特定の構成要件だけにかぎるといった方式を採用しているわけではないからである。

(2) この点は、草案審議の過程で詳細な検討がなされ、列挙主義によったばあいと包括主義によったばあいの功罪、とくにその適用範囲の凹凸については、詳細な比較がなされている。議事要録(二)一六一頁以下参照。

(3) 同じく、準備草案審議の過程で「それが行為地では犯罪とならなくても処罰してもよい」という意見のあったことが紹介されているが(議事要録(二)一一二頁)、こうした発言がみられるのも、本文既述のような思考があったからであろう。なお、「行為者がその行為を、どこでおこなったかはどうでもいい」(Jurgen Baumann = Ulrich Weber = Wolfgang Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10. Aufl., 1995, S. 90) と同じ方にも、同種の意図が感じられてならない。

(4) 森下・国際刑法入門(一九九三年)四〇頁は「*ius ossibus in haeret*」としているが、本文引用の部分は Jescheck = Weigend, a. O., S. 168 に準拠した。単純に言えば、その表現上立法法かの差だけであろうと思われるが、そのいずれが正確な法諺の再現であるのかは知らない。

(5) 議事要録(二)一一二頁。

(6) 法制審議会 改正刑法草案 附 同説明書(昭和四九年二月二〇一頁。以下、説明書と略記する。

(7) 説明書二〇一頁。

二 草案六条にいう「行為地の法律によれば罰せられない」(準備草案五条も同趣旨)とする規定は、昭和二二(一九四七)年法律一二四号によって削除された「外国人の国外犯」規定の復活に連動して登場してきた。もっと

も、「外国人による国外犯」という、この本文規定そのものの復活には、それ自身議論もあつたもようであるが、<sup>(8)</sup>ここでの問題点は、これまで縷述のように、但書であつて本文なのではない。そしてこの種但書の登場は、もとはといえば、比較法的な考慮もさることながら、実質的にみてそれは「国外犯の処罰はなるべく制限する」<sup>(9)</sup>ためのものであつたとされている。そうであるのなら、同じ国外犯規定である「国民の国外犯」すなわち属人主義との関連でも、同種の但書の新設が考えられてよかつたはずである、<sup>(10)</sup>とするのがここでの課題となつてゐる。だが、準備草案二条（草案四条）所定の属人主義については、但書の新設は実現することもなく終わつてゐる。「犯罪の可罰性はその国の風土にもよるのでそのようなただし書を設けることも考慮の余地がある」という点では異論はなかつた」とはするものの、すなわち一時期ではあるにせよ肯定的に解する雰囲気もみられたようであるが、結局それも「外国において日本国民が……犯した罪については、たとえそれが行為地では犯罪とならなくても処罰してもよいという意見等があり……ただし書を設けることは見送る」<sup>(11)</sup>ことになつたのが、その理由とのことである。そのこと自体、多角的な論議の結果であるのなら、それはそれとして受け取る以外に方法がないのかもしれない。だが、立法化の有無にかかわらず、理論的な問題として、属人主義との関連でもこの但書自体の存在の可否を検討する必要性はこつてゐる。

検討への契機として、なぜ準備草案にこうした規定が登場してきたのか。その理由はなんなのか——もとより、直接的には属人主義との関連での理由づけはみられない。準備草案とても、但書の対象は「外国人の国外犯」にかざられていたからである——、その点の反省が重要となつてくる。もとよりそれは、準備草案自体の理由書にその答えを求める以外に方法もない。そこで引用としては、若干長すぎるくらいもあるが、この引用がこれからの論点

に關連する点も多いので、煩雜といわれるかもしれないが長文のまま転記しておく。「但し、その行為が犯罪地の法律によれば罪とならないものであるときは、この法律を適用しない。犯罪地の法律によれば罪とならない外国人の行為に日本の刑法を適用して処罰することは、責任主義に反するであろう。これは、消極的な面において外国刑法の適用を認めるものである。消極的な属人主義ともいえよう。この点現行刑法にない新しい立法思想である。スイス刑法第五条、その他最近の草案例に示唆されて、仮案において立案されたものである。本条において『犯罪地』とは、専ら行為地を指すものと解すべきである<sup>(12)</sup>とするのがこれである。

そしてこの規定は、草案においても五条から六条へと、その設置場所に移動はあったものの、加えて包括主義から列挙主義へと表示の仕方自体にも変更はあったものの、但書自体は変わることもなく、草案六条に引き継がれてゐる。そこでさらに、草案の説明書にも目を転ずることが必要になってくる。そして、そこには「この種の規定を設けると、外国法を調べなければならないという手続上の困難が生じないではないが、……行為地法において正当とされる行為をした外国人に日本刑法を適用するのは行き過ぎ<sup>(13)</sup>」であると考えたからであるとされている。ということは、準備草案の理由書にみられる、責任主義に反するからといった思考と、それは同工異曲の発想を基礎とするものであるともいえよう。そしてそうだとすれば、既述したようにコスモポリタン化した自国民についても、事情は同じといえる余地がありえないのか。ありうるとすれば、但書の存在理由は、外国人の国外犯のみに限定される必要もなかったともいえるし、その範囲でおよそ国外犯であるかぎり、自国民・外国人の区別を問わず、但書制定の可否が論ぜられなければならないとされるのも、理解できないわけではない。

このように、自国法を適用される自国民との関係で、行為地国の法における処罰規定の存否が、実質的な課題と



してのこるのなら、単に立証上の困難といった手続法上の理由から——そして、六条において同様の課題があるにもかかわらず、こちらには但書をのこし——、四条について不採用に終わっている点については、疑問をのこす余地もある。加えて、但書設置の効果として「罰せられない」というのは、……犯罪としては成立するが処罰事件の不存在その他の理由により不可罰とされる場合を含むが、日本刑法と同じ罪名又は構成要件の罪として罰せられるかどうかを問わないので、その行為が行為地の法律において全く処罰の対象とされていない場合に限り、本条但書の適用があることになる」といった説明をつうじて、行為地法における処罰規定の範囲に関する記述もなされている。そのこと自体、但書との関連で重要な問題点にもなるので、とりあえず、ここで付記しておくこととした。<sup>(15)</sup>

(8) 議事要録(二) 一二五頁参照。

(9) 議事要録(二) 一一二頁参照。

(10) ただ、準備草案五条には「但し、その行為が犯罪地での法律によれば罪とならないものであるときは、この限りではない」と考  
れていたのに対し、草案は「但し、その行為が行為地の法律によれば罰せられないものであるときは、この限りではない」として、  
両草案とも同趣旨の但書を規定しているが、その間には微妙な差もみられる。これらの問題については、後出二九頁以下参照。

(11) 議事要録(二) 一一二頁。

(12) 理由書一〇〇頁。なお、注(8)の同一頁で「犯罪の可罰性はその国の風土にもよるのでそのようなただし書を設けることも考  
慮の余地がある」といった審議内容が紹介され、準備草案二条所定の属人主義についても但書登場の機運は意識されていた。

(13) 説明書一〇二頁。

(14) 理由書一〇〇頁。

(15) 説明書一〇二頁。

### 三 但書の意味

一 但書新設に関する立法者の意図は、前項既述のとおりである。ただ、理由書・説明書さらには議事要録等を回顧した時点で、直ちにいくつかの疑問点がでてくる。以下、順序不同のきらいはあるが、おもいつくままにその疑問点・問題点を列挙すれば、つぎのとおりである。

その第一は、行為地ないし犯罪地とされることの意味である。但書新設の意図において共通しながら、その意図を具体化するに際しては、すでに犯罪地か行為地かの選択をめぐっての論争があり、結果として後者すなわち犯罪地に落ち着いたという経過もある。そして、こうした経過を反映して、理由書・説明書には、それなりの説明がなされているにしても、他方において、こうした但書の新設が、そのこと自身多くの問題を随伴することを予想させる。ただ、行為地か・犯罪地かの選択は、同時に他面において責任主義の課題にも関連してくる。この事実を、まずは最初に指摘しておきたい。

そして第二は、この但書に該当するばあいの、その効果に関する表現の仕方である。すなわち、準備草案においては「罪とならない」とされていたのに対し、草案では「罰せられない」と変更されて、その間の表現に変動がみられる。なるべく国外犯の処罰を制限しようとする共通の立法目的をあげながら、両草案における、こうした表現の差はなんなのか。それは気になる点である。

加えて第三に、責任主義に反するとされているが、その責任主義とはなにを意味する趣旨なのかであり、第四にここでの記述は、いずれも「外国人の国外犯」に関するものであるが、国外犯を制限しようとする意図は、単にこ

の法条についてだけでなく、既述したように属人主義・保護主義についても類似の事態は予想されるところであり、現に、属人主義に関する準備草案二条をめぐるその後の審議は、この種の但書新設の可否を審議していたところだからである。もっとも、そこでの審議対象は、属人主義どまりで終わっているが、事情は保護主義についても同じといえるはずであり、それがまた問題として意識されうる余地はある。なぜなら、保護主義のばあい、行為主体の内外人を問わない範囲で、外国人の国外犯と——保護法益の点は別にして——重複する面もあるからである。そうだとすれば、保護主義にも但書の登場が許されないのかは、それ自身一個の問題として意識されてよい課題でもあったからである。

さらに第五に、細かい点であるが、先例として仮案をあげることが適切なのかであり、そして最後に第六点として、この但書の存在は関連する外国法の調査を必要とし、煩わしいとされているが、そのこと自体、不採用の理由として適切であるのかといった点がこれである。

こうした各種の問題点のなかで、格段の論議を必要とする課題は、後述するところにゆずるとして、簡単な問題点への検討結果だけはこの記述しておく。まずは最後の第六点がこれである。すなわち、外国法の調査が必然的に要求されることになって煩雑であるとされている。そしてそのことは、単に但書排除の理由としてだけではなく、包括主義それ自体に対しても提起された批判となっている。だがそのことが、なぜマイナス事由として作用するのか、私には理解しがたい。なぜなら、外国法の調査を必要とする例は、但書の登場によって初めて問題にされる課題ではないからである。既述の二草案も、そして現行刑法自体も、四種の原則採用の結果、同一人に対して内外諸法規が競合して登場することは避けられない。そして、外国判決の効力を認めているのなら、その結果として

外国法の調査は避けがたい事実となってくるはずだからである。<sup>(1)</sup>したがって、それを知りながら、調査の困難さを理由にすることが私には理解しがたいとするわけである。もっとも、国外犯のばあいには、外国法そのものの調査まで要求されるのに対して、外国判決の効力について要求される調査の範囲は、刑どまりであると反論されるのかもしれない。そうではないとはいわれない。ただ、刑どまりであるとはいっても、やはり外国法の調査を必要とする事実に変わりはないはずである。加えて、但書を一切採用しないのならともかく、採用する法条としない法条の共存を認めるかぎり、前者との関係で外国法の調査は不可避となってくる。それを知ったうえで、調査困難を理由に上げているのであろうか。そうだとすれば、適切であるともいえない。

また、先例として仮案をあげること自体を否とはいわれないが、すでに明治二五(一八九二)年二月一〇日、第三回の刑法改正審査委員会決議録にも「縦令帝国外ノ犯罪ト雖モ自国又ハ自国ノ臣民ニ対シ害ヲ及ホスモノナルトキハ其犯人ノ誰タルヲ問ハス自国又ハ臣民保護ノ為メ之ヲ罰セサルヘカラサルト固<sup>(マコ)</sup>ヨリ当然」といった論議があり、その結果「外国人帝国外ニ於テ帝国又ハ日本人ニ対シ犯シタル重罪、軽罪ニ付テモ亦同シ」とする法条の誕生が予定されていたからである。<sup>(2)</sup>

(1) また、明治一〇年草案の登場を迎えることになるのだが、同草案四条には「若シ其罪ヲ犯シタル外国ニ於テ己ニ確定ノ裁判ヲ受ケタル者ハ再ヒ之ヲ裁判スルコトナシ」とされていた。そうした処理が許されるのなら、こうした問題は起こらないのかもしれない。

(2) 杉山ニ吉井編・前掲書三二頁。

二 草案八条にいう「行為地の法律によれば罰せられない」(準備草案五条も同趣旨)とは、ドイツ刑法七条に

いふ“die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder der Tatort keiner Strafgewalt unterliegt”あるいは同法九条所定の「an jedem Ort……an dem der Täter gehandelt hat」にみられる「TatortあるいはOrtに類似し、したがってそれについての理解が、草案六条の解釈に際して、それへのヒントを与えてくれるといえるのかもしれない。もっとも前者のばあい、トレンドルもいっているように<sup>(3)</sup>、それは属人主義や保護主義の適用範囲を拡張するための規定であり、後者もまた属地主義の解釈をめぐり、結果として自国法の適用が拡大されるための規定である」とされるのなら、逆にその制限を意図している草案六条の理解に、これらの法条に関する理解を参考にするのは筋違いであるといった批判を免れないのかもしれない。それを知らないわけではない。ただ、ともに行為地が基準になる点で、この両者間に径庭があるわけのものでもない。他方草案六条については、この文言が新設の規定であるだけに、それをどう解釈すべきか。その点の理解が、かならずしも充分になされていないのも現状である。それだけに、それへの理解を促進するためにも、先例として存在する、ドイツ刑法における上述の文言を対象とし、それをめぐる解釈をたよりに、その解明を図ることがまた、決して無意味とは考えられないからである。

自国外でなされたその行為が、その犯罪行為をおこなった行為地法そのものによっては処罰されないということとは、単純にいつて構成要件そのものが存在しないばあいをいうとする趣旨なのかといえは、ことはそれほど単純ではなかった。現に、草案審議の際に「罪とならない」のか「罰せられない」のかの表現をめぐっては争いのあったところであり、前者すなわち「罪とならない」とすると「同種の罪に限らず何らかの犯罪になればよいということになり、このままでは同種の罪に限るという解釈は困難<sup>(4)</sup>」であるとされ、その結果「罰せられない」とする表現の方が合理的であるといった反論も提起され、結果として後者に落ち着いたというのが、草案審議の経過であったか

らである。

事情は、ドイツにあっては同様であった。「ドイツ法に相応する構成要件が存在するといふだけでは、通常充分であるともいえない」<sup>(5)</sup>とされ、さらには「比較対照される両国間の法律が、それ自身で一致したあるいは同一名称の刑罰規範を具備しているかどうかが決定的ではなくて、むしろ当該具体的な行為が、行為地法における規範のもとにおかれているかどうかが問題なのである。したがって、行為地法における構成要件が、自国法のそれと一致している必要もないし、さらには比較可能な外国の法規が、同一の法思想を追求するものである必要もない」<sup>(6)</sup>とされ、構成要件のみが唯一の基準とはされていなかったからである。と同時にこうした解説は、むしろわが国で予定された「罰せられない」とする表現に訣別を表示し、むしろ「罪にならない」に近い基準によっているといえるのかもしれない。そしてそれは基本的にいって、この間の差すなわち制限か拡大かの選択の差に、それは起因しているのであろう。

ただ、わが国のばあい、「罰せられない」とする表現の採用によって、さらに「定型的には違法性があるが、当該行為は罰せられない場合……犯罪は成立するが処罰されない場合」<sup>(7)</sup>をも含みうるとされている。その意味では、構成要件にかぎる趣旨であろうとする理解は、はかなくも消滅せざるをえないことになってくる。なぜなら、構成要件自体が存在しないことを要件するばあいにかぎらず、構成要件は存在するが違法性阻却事由をも包含しうるとする意味で、行為地法における不処罰の範囲を限定的に解しようとする提案は、拒否される結果となってくる。逆にいえば、国外犯の処罰を可及的に制限しようとする意図に、それはそうことになっているからである。換言すれば「行為地の法律において全く処罰の対象とされていない場合」<sup>(8)</sup>にかぎられるため、違法性阻却事由やあるいは責

任阻却事由の登場をもたらすことになってくるのかも知れない。

もっとも、これらの阻却事由についてまで容認することが妥当であるのかどうかは、問題視されている面もあり、「どの程度まで行為地法における違法性阻却事由や責任阻却事由を考慮にいれなければならないかは、論議のわかれるところである」<sup>(9)</sup>といった悩みもあるもようである。「これらの事情を考慮すべきかどうかについては、それほど容易に決定できるものではなく、またドイツ刑法の適用に際しては、保護主義によるかあるいは代理処罰主義が基準になるかどうか<sup>(10)</sup>に依存する」とされ、全面的に背認されているわけのものでもない、だがわが国のばあい、その点での迷いはあまりなかったようである。

(3) ドイツ刑法七条自体は、保護主義、属人主義さらには代理処罰主義にしたがいながら、より広い範囲でドイツ刑法を適用しようとするものであり (Vgl. Herbert Tröndle, Leipziger Kommentar, 10. Aufl. 1985, §7, Rdnr. 1)、その意味では、適用範囲の拡張に関する規定であり、それを草案六条所定のように、その適用を制限しようとする規定の解釈に利用するのは、そのこと自体がナンセンスであるといわれかねない事実<sup>(11)</sup>は知っている。にもかかわらず、ここでことさらドイツ刑法七条に依存しようとするのは、同条のばあい、ドイツ刑法の適用を拡張することの前提として、当然のことながら、自国法と拡張される他国法との比較が必要になってくるし、またその点をめぐっての注釈がなされている。いわば、内外の比較を必要としている点では、草案六条のばあいと同様であり、その意味では、その方向に差がある事実を知りながら、手がかりとしてドイツ刑法七条の登場を待ったわけである。

(4) 議事要録(三) 一八七頁。もっとも、「構成要件として規定されていない趣旨」といった記録も同一頁にみられる。なお、後出注(5)参照。

(5) 説明書には、つぎのような解説が載せられている。すなわち「日本刑法と同じ罪名又は構成要件の罪として罰せられるかどうかをとわないので、その行為が行為地の法律において全く処罰の対象とされていない場合に限って、本条但書の適用が可能になる」(説明書・一〇一頁以下)とするのがこれである。ただ、この説明書の記載と本文引用の部分との食い違いは気になるところで

ある。もっとも、説明書の執筆者は、なんのわだかまりもなく、本文と本注の説明を記載したものと思われるが、それを読む側からみると、論理的に一貫しない恨みがあり、肩がほぐれない感じがのこる。というのは、「全く処罰」の対象にさえなっていない「場合に限」るとするのなら、その意味は犯罪にすらなっていない、あるいは構成要件が存在しないばあいと、読むのが通例であろう。という意味は、この但書の適用をきわめて狭く解しようとする発想に結びつく。現に準備草案における「罪にならない」が、その趣旨に解されていたからである。そしてそれが、狭すぎるから「罰せられない」と変えることによって、本文引用のように、犯罪として成立するが処罰条件を欠くばあひもまた、但書の中にいれたはずである(議事要録(三)一八八頁参照)。そこまでの変更を認めながら、なぜそれに続けて「限る」とするのか。そしてそうすることによって、なぜ途端に元に戻ってしまうのか。あるいはそう解されても致し方ないような表現を使うのか。説明書執筆者の意図は聞いておきたいところである。

(6) Albin Eser = Adolf Schönke = Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl., 1991, 7, Rdnr., 8 u. 9.

(7) 議事要録(三)一八七頁以下。

(8) 説明書一〇二頁。

(9) 説明書一〇二頁。

(10) Eser = Schönke = Schröder, Kommentar, §7, Rdnr., 9. ところで、わが国と同じく積極的に解する者として、Vgl. Günther Arzt, Zur identischen Strafnorm, Schweizer Juristentag, Festgabe, 1988, S. 419ff. の論文があるとのことであるが、残念ながらこの論文は参照しえなかった。

#### 四 責任主義

一 のこされた問題点に移行しよう。のこされた問題点とは、行為地・犯罪地、罪か罰か、そして責任主義との関連の三者がこれであった。そしてこの三者のうち、最初と最後とは相互に関連する。したがって、まずはこの両者の問題点からさきに検討してみることにする。



さきに引用したパウマン<sup>1</sup>ウエーバー<sup>2</sup>ミッシュの解説にもみられるように、属人主義によるかぎり、行為地の規範に拘束される必要はなくなってくる。一般的な原理として、これはそのとおりである。そしてH・マイアーもまた、この一般的な原理を拒否することなく、原則的には属人主義をもって「自国民の自国外での行為に対し、これを処罰するもの」<sup>1</sup>といった基本線を維持する点での差異はなかった。いわばその範囲で、パウマンらの解説と共通の理解を示していたわけである。ただ他方で、制限的属人主義への配慮もあつてか、「だが (jedoch)」とする一言を媒介とすることによって、「自国刑法の適用は、行為地の法律によっても可罰的であること、それに制約される」<sup>3</sup>として、行為地で犯罪とされているかどうか、それをも問題視しなければならぬとしていた。代理処罰的な思考を前提にしているからである。結果として、パウマン<sup>4</sup>ウエーバー<sup>5</sup>ミッシュもまた、この帰結を認めるにやぶさかではなかった。実定法としての規定がおかれている以上、それは当然のことでもあつたからである。

ただ、制限的属人主義への準拠は、自国民の自国外での犯罪行為に対し、自国外での処罰規定の存在が停止条件的に作用する。それなら逆に、自国民以外の者による自国内での犯罪行為に対しては、自国法以外の法による代罰が問題視され、その結果自国法そのものの適用が許されないことになってくる、といった結果に結びつく危険性を誘発する。だがそれは、他面において属地主義によって解決されるべき課題であり、その意味では、この間の調整に欠ける結果となりかねないし、またそのこと自体好ましくないことでもない。この事実は、認識しておかなければならない点である。

そしてこの点はまた、理由書もいっているように、責任主義に反するからということと、一脈あい通ずるものがあるのかもしれない。もっとも、ここでいう責任主義とはなにか、それは問題視されなければなるまい。それが非

難ないし非難可能性の意味であるとするのなら、そうした非難の対象者は、自国の規範の名宛人である自国籍の保持者にかぎられよう。もっとも、自国民とする身分の取得時を訴追時説によって把握するとき<sup>(5)</sup>、行為時に自国籍を欠いていても、訴追時に取得していれば自国法の適用が可能であるとされるところから、行為時には自国民でなかった者に、なぜ責任主義との対応を要求することが可能になるといえるのかといった問題はのこり、したがってその間の関連を、どう調整し把握するのが合理的かといった宿題はのころう。だが、こうした問題に接したとき、すくなくとも自国民とする身分の取得時については、訴追時説ではなくて行為時説に準拠するかぎり、そこからはなんらの障害も生じてこない。その意味では、責任主義との間で格別の問題もなく、したがって、責任主義の要請に対応するのなら、但書新設の必要はなかったとするのもわからぬわけではない。

だがたとえば、長期にわたり海外に滞在し、自国への帰国経験のない自国籍者については、その者にとっては自国における法規範との対決に欠ける面もあり、責任主義の要請に対応できない自国民が存在する事例は予想しうる。そうした者が、決して皆無であるともいえないのもまた事実である。

そしてこのように、責任主義の要請に対応できるかできないかといった基準だけが強調されることになると、「責任主義に反する」という性格は、単に外国人の国外犯についてのみ特有な問題であるともいえなくなってくる。換言すれば、但書と同趣旨の処遇は、すくなくともH・マイアー流の理解によるかぎり、それは必要な法定要件であり、その意味では単に準備草案五条(草案六条)だけでなく、属人主義に関する準備草案二条(草案四条)についても、同趣旨の規定の存在が必要となってくるはずである。そしてまたそうすることが、H・マイアーの主張にもそうところである。だが現実には、その一方にのみにこの規定がおかれ、他方では無視されている。なぜ、採用

されなかつたのかは興味のある疑問である。

審議内容の詳細はわかりかねるが、「対応する外国法の有無……についての立証が困難であるから、むしろそのような問題は情状として考慮すればよい」という意見、外国において日本国民が日本国民に対して犯した罪については、たとえそれが行為地では犯罪とはならなくても処罰してもよい」といった理由が、属人主義との関連で但書不採用の理由としてあげられている。もっとも、こうした属人主義との関連で、但書の新設不可の理由については、ここだけではなく、説明書においても外国法の調査が困難なことがその理由としてあげられている。だがそのことが但書不採用の理由として、決して充分なものでない点は既に述べたとおりである。

不採用の第二の論拠は「日本国民が日本国または日本国民に対して犯した罪については……処罰してもよい」とする点にあった。察するに属人主義には、自国民であることが前提になるし、その自国民による侵害である以上、但書規定の存在は不必要と解するからであつたらう。したがって、その点は理解する。だが、属人主義といえども、自国民が自国外で自国民のみを対象とする事例にかぎられるものではない。自国民以外の者に対する侵害も、その適用範囲から排除されているわけではないからである。換言すれば、自国民が現行法でいえば、同法三条所定の罪を自国外で犯したばあいの規定であつて、それらの罪の被害者が自国民でなければならぬとはしていないのである。その意味では、既述の引用にみられるように、被害の範囲を自国と自国民のみに制限し、そのことを理由に、但書をおかなかつたことの正当性を基礎づけているのは適切であるともいえない。被害が自国民以外の者におよんでもなお、属人主義の範囲内に属することを考慮にいれての立論であつてほしかつた。

そして、そうした非難を記述しながら、それに関連してまた、つぎのような疑問もでてくる。それは保護主義の

ばあい、そこにおいては自国外という前提が重要であり、自国外であれば加害者が自国民か自国民以外の者であるかは問わない。そこで自国外であつて、自国民以外の者が加害者になるとき、その行為者には「外国人の国外犯」のばあいと同じく、責任主義、單純に言えば違法性の意識に欠ける点で差異はないことになりはしないのだろうか。そしてもしそうであるのなら、但書新設の必要度は、保護主義についてもまた同じであるとしなければならぬようである。だが、保護主義に但書制定の必要さは——屬人主義とは違つて——論議の対象にすらなっていない。

もとより、私見として但書を制定せよとして、こうした発言をしているわけではない。ただ、自国民か自国民かの差はあるにせよ、その根幹において自国という制約から逃れられず、逆にそうした制約があるかぎり、自国法の適用を避けられない意味では、屬人主義も保護主義も、ともに結果的には大差のないことにもなる。ただ、保護主義のばあい、それが保護しようとする対象は自国の利益という不動のものであるのに対して、屬人主義のばあいは實際的な範囲で移動する自国民が対象になる。それだけに、移動先でなにが許され、なにが禁止されているのか。その認識に欠けることはありうる。その意味で、但書の必要さが、屬人主義との関連ですくなくとも審議されたのは、それなりの成果であつたとはいひうる。だが、ことが保護主義となると、まったく無視されている点に疑問はのこるとしているだけである。ということは、三者ともに但書をつけるか、逆につけないかのいずれかであつて、その三者間の処遇に差がある草案等のいき方は、論議の過程での均衡・公平さに欠けるのではないか。それが気になつているわけであるし、またそうした危惧からでた発言であるに過ぎない。問題なのは、そのいずれに解するのが妥当かという問題以前に、その要否に関する理由書・説明書さらには議事要録の記述に統一性に欠ける点を指摘したかつただけである。

(1) Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 91.

(2) 制限的属人主義 (eingeschränktes Personalitätsprinzip) とは、「当該行為が行為地で可罰的であるばあい」のみ、自国民からには、まれに居住者が自国外でおこなったその行為について「処罰を避けられないばあい」をいうとされている (Vgl. Dietrich Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., 1963, S. 448)。

(3) H. Mayer, a. a. O., S. 91. そしてそれが、代罰主義的思考に由来することは、H・マイヤー自身もまた、自認しているところである。

(4) 森下博士によれば、代理主義的処罰についての正確な定義は存在しないとのことである。ただ、そうはいいながら、同博士によれば、三個の種類を認めている。すなわち、自国民の引渡しに代わる処罰の原則、純代理処罰主義と代理主義の三者がこれである。

森下・入門六三頁以下参照。

(5) 自国民といいうるためには、自国籍の取得が前提になる。ただ、その取得時期をどこに求めるべきかに関し、行為時説と訴追時説の対立がみられるわけである。なお、その詳細については、香川「属人主義と自国民」にゆずる。

(6) 議事要録(一)一、二二頁。(5) 引用の論稿でも指摘しておいたように、自国民の範囲を確定するについて、住居主義が説かれているのが現状である。だが、それによる自国民の範囲確定はかならずしも統一的ではなかったし、また国際的なものでもなかった。このように国際的な統一原理ができていない段階で、骨から切り離した立論をおこなっても妨げないかについては、やはり若干の遲疑はある。

二 さらに「犯罪地」か「行為地」か、「罪とならない」か「罰せられない」かの選択がのこされている。ただ、前者の犯罪地から行為地への変動については、議事要録からはかならずしも変動への明確な理由づけを見出すことができなかった。もっとも、後者の罪か罰かの争いにはシリアスなものがあつたもようである。

準備草案は「罪」という表現を使っていた。だが、それに対する批判を要約すると、まずは第一に「罪とならな

い」とする表現を採用すると、それは同種の犯罪にかざられるとする制約をはなれ、なんらかの犯罪になつていればよいというの意味に理解されかねないこと、逆にいえば、それは同種の犯罪にかざるとする解釈を困難にすること。第二に、罪とならないとは、構成要件として規定されていない趣旨を表すつもりであろうが、ここでの但書は、むしろ違法性の有無に主眼をおいている。そうだとすれば、罪にならないとするのではなくて罰せられないとして、その趣旨をあきらかにすべきである。そして第三に、犯罪として不成立のばあいだけではなく、犯罪としての成立はあるが不処罰のばあいを含ませるためにも、罰の方が表現として妥当であるとするのが、「罪」論に対する「罰」論側からする批判の概要であつた。

勿論、こうした批判に対する「罪」論からの反論も提起されている。「罪」と表現したからといって、さきの批判がいうように、構成要件だけを意味するものでもなく、違法性も責任も含むといふ。そうだとすれば、この批判は当たらないし、また罰せられないとする表現は、「罪」以上に範囲が広くなり、その結果、定型的には違法性があるばあいであっても、その行為が処罰されないようなばあいまでも、但書の適用をうけることになつて適切ではない。但書適用の範囲を犯罪不成立のばあいにかぎるのなら、やはり「罪」の方が適切であるとする点にあつたもようである。

もっとも、結果として草案自身は「罰」論に軍配をあげている。そこから、説明書も自認しているように「犯罪」としては成立するが処罰条件の不存在その他の理由により不可罰とされる場合を含むが、日本刑法と同じ罪名又は構成要件の罪として罰せられるかどうかを問わないので、その行為が行為地の法律において全く処罰の対象とされていない場合に限つて、本項但書の適用がある」とされている。そのこと自体問題をのこすところではあるが、い

ずれにせよ、立法上「罰」論に勝利宣言が下されたのなら、そのことを前提にして、ここでの本来的な課題への反省が必要となってくる。

外国人の国外犯についてだけ但書の存在は予定され、その他の適用範囲についてはこの規定は存在しない。基本的にみて、それと共通性の予想される属人主義・保護主義については、結果として但書はともに採用されてはいない。外国人の国外犯についてだけ但書があり、後二者には但書を欠くのが現実である。そうだとすると、後二者のばあい、行為地法で罰せられないばあいであっても、自国法の適用を避けられないことになり、逆に、自国法の適用が認められるばあいであっても、但書さえあれば自国法による処罰は免れうることもなる。この事實は、承認せざるをえないようである。ただそうなると、但書の存在が当該行為の成否に影響するのではなくて、その存在が処罰を阻却し、逆にその不存在が処罰を基礎づけるということになりかねない。そうだとすると、国外犯に関する場所的適用範囲の規定は、処罰条件説によってのみ、よく説明しうるとされることになるのかもしれない。<sup>(9)</sup> 事実、そうした立論も可能ではあるう。

ただ近い過去において、つぎのような裁判例のあったことが思いだされる。すなわち、一七五条後段に規定する「販売の目的」とは「日本国内において販売する目的をいうものであり、したがって、猥せつの図画等を日本国内で所持していても日本国外で販売する目的であったにすぎない場合には同条後段の罪は成立しない」とするのがこれである。もとより、本判決の当否については賛否両論の分れるところではあろう。ただ本判決が、販売目的が国内にかぎられることの論拠を「刑法二条、三条の国外犯の処罰例中に同条一七五条が掲げられていないことからあきらかである<sup>(10)</sup>」として、当該構成要件に対する国外犯処罰規定を欠くかぎり、自国外にはおよばないとしている点

は注目に値する。それはあきらかに、構成要件説に準拠したものであるといえ、決して処罰条件説のみが、その性格づけに関する唯一の基準でないことを明示したものともしいうるからである。

(7) 準備草案七条所定の「刑法の時に關する効力」との關連では、この問題は討議されている。ただ、この問題は別途に發表予定である。ある還在主義との關連で避けておられる問題でない。したがって、詳細はそこにゆずる。

(8) 説明書九八頁。

(9) 場所的適用範圍の法的性格に關する論争に、訴訟条件説・構成要件説・処罰条件説の対立がある。その詳細もまた、別途に公表する予定であるが、とりあえずは、香川「場所的適用範圍の法的性格」研修四八四号三頁以下参照。

(10) 最判昭和五二年二月三日刑集三一巻七号一一七六頁参照。なお、本判決に關し、龜山繼夫「外国で販売する目的でのわいせつ物所持」研修三五五号六五頁以下、森下「刑法二七五条にいう『販売ノ目的』の意義」昭和五三年度 重要判例解説一七七頁以下等参照。