

ふたたび場所的適用範囲の法的性格について

香川 達夫

- 一 訴訟条件説
- 二 ドイツにおける訴訟条件説
- 三 処罰条件説
- 四 処罰条件説と共犯
- 五 客観的処罰条件の意味
- 六 処罰条件説とその効果（一）
- 七 処罰条件説とその効果（二）

一 訴訟条件説

一 かつて、本稿と同じ表題で「場所的適用範囲の法的性格」という小稿をものし、これを公表したことがあった。^①だが、この表題をめぐる実質的な検討は、掲載誌そのもののもつ頁数の制約もあって、そこでは十分に果たせないままに終わっていた。それもあってか、この同一表題のかつての論稿自体は、格別の注目をひくこともなく、

ふたたび場所的適用範囲の法的性格について（香川）

現在にいたっているようである。⁽²⁾ 注目をひかなかったことは筆者自身の責任ではあっても、そのことが他を非難する理由にはならない。そのことはしっている。ただ、注目をひかなかったばかりに、ここでの表題すなわち「場所的適用範圍の法的性格」が、格別の論争を喚起することもなく、したがって、単一の性格づけで統一化されそうな傾向になっている。この現状に対しては、私見としては不満ものころ。それだけにまた、そうした傾向に対する警鐘は乱打しておきたい気持ちは充分存在する。と同時に、単一の基準による統一化自体が適切でないとして、この事実を指摘すると同時に、さらには統一化されそうな傾向にあること自体を批判することによって、私自身数少ない構成要件説を主張する先駆者として、その地位を占めておきたいわけでもある。そこで再度、同一表題の本稿を公表する気になったわけである。そして、そのための詳細な論議の展開の過程で、さきの小稿との関連で、多少の重複がみられる可能性は否定できない。この重複の点については、前もって寛容を戴きたいところである。

現今の社会現象として顕著な、國際的な規模での大幅な内外人の移動は、単にそうした人達の国内外への移動といった事実だけでことは終わらず、それとともに、それらの人達による犯罪の輸出入という、望ましくない悪しき結果をもたらすことになっている。となると、そのことの必然的な結果として、わが国刑法の適用の可否といった問題が、従前にも増して重大視されることにもなってくる。この事実是否定しえないところであり、論議は一段と活発化する傾向を避けられなかった。そればかりではない。さらにはそれへの対策、とくに法制化の必要性といった機運が企図されているとのことであるが、それもある程度はやむをえないところでもある。⁽³⁾

そして、これまでにみられた具体的な事例としては、自国外での賭博ツアーを自国内の旅行業者が立案し、それに対する参加者を募集しただけではなく、現にその自国外で当該賭博行為が実施されたという事案について——自

国外での賭博行為それ自身が、行為地法によっては、なんら処罰の対象になっていないばあいであつてさえ——、その賭博ツアーを立案し、参加者を募集した右旅行業者を、賭博罪の幫助犯として自国刑法によって処罰することが可能であるとなしうのか。⁽⁴⁾さらには現行刑法が、その国外犯処罰について、いわゆる列举主義を採用していることを危貨とし、たとえば公務員に対する贈賄行為を、自国内ではなくて自国外で実行したようなばあい、それに対する自国刑法の適用の有無⁽⁵⁾——贈賄罪の国外犯処罰規定は列举されていない——、あるいは逆に、自国内に大麻を密輸入するに際して、自国外でその手伝いをしたという形で関与したその外国人を、わが国の法規にもとづいて処罰することが可能なのかといった課題等々、いわば国際的な規模での犯罪、とくに正犯者の行為地と共犯者の関与地とが、それぞれその場所を異にするといった事例については、場所的適用範圍の法的性格の問題ともからんで、最近の主要な課題として論議されているところである。⁽⁷⁾

ただ、そのいずれの事例に対応するにせよ、解決への手掛かりとしては、当然のことながら、わが国刑法一条以下所定の場所的適用範圍に関する諸規定の解釈に、まずはともあれ依存せざるをえないのが現実である。ただそれにしても、同条以下の諸規定が、既述した各種の事例に対して、つねにかならずしも的確な処置ないしは対応策を明記しているともいえないし、またその対応についても、こと欠かない態勢になっているとは残念ながらいいえない。いいえないこともあつて、論議の活発化に一段の拍車をかける結果となっているのも、また否めない事実のようである。そうだとすれば、そうした状況⁽⁸⁾で、逆に論理的な整合性を担保しながら、同時に既述の諸問題を解決しようとするのなら、それへの解決の糸口は、既述したような場所的適用範圍の法的性格、換言すればそれを処罰条件として把握するのか、そうではなくて構成要件として理解するのか、さらには実体法の枠をはなれて、訴訟条

件として性格づけるのか等々、そのいずれと解するかに依存するはかなくなってくる。それもまた、避けがたいところなのかもしれない。⁽⁸⁾

そうした考慮もあってか、既述したいくつかの事例を解明するにあたっては、かならずといってよいくらい、この法的性格をめぐる選択の仕方が、一個の前提的な問題として論議され、そしてまたその結果として、かならずといってよいくらいそのなかのひとつ、すなわち処罰条件説が採用され、さらにはそれに準拠することによって——これを私は、既述のように単一の基準による統一化と称して批判しているわけであるが——、この解決ないしはそれへの解答がだされているというのが一般的な図式であるといえる。

もとより、大前提となる法的性格の検討に、問題解決の糸口を求めようとすること自体を非難するつもりもない。私自身もまた、同じ解決方法を選ぶであろうとする点での差異はないからである。ただ、このように問題解決の方法において共通した方向を選択しながら、その結果として、その多くが——あるいは、そのいずれもが——いっているのかもしれないが⁽⁹⁾、当然のように処罰条件とする性格づけに終わっている。それもひとつの選択肢である以上、そうした選択のなされること自体を否というつもりはない。ただ、期せずして一致するというそうした結果自体と、それによる問題解決の単純さ・安易さについては、驚きさえも感じている。果たして、そう断定してしまっているものなのかとする、反省を求めたい気持ちもある。加えて、その法的性格の理解に際し、他の選択肢を選ぶことが、同時にその解釈ないしはその解決にも影響し、さらには解釈論的にも差異をもたらすものであるならば——もたらずからこそ、論議されているわけでもあるが——、前提自体の選択はより重要となり、単純に処罰条件説だけで固まってしまうていいものなのかといった疑問も生じてくる。それだけにもう一度、通説によって処罰条

件とされていることの意味を反省してみたいわけでもある。もっともその前に、片づけておかなければならぬ問題があった。それは実体法上の課題としてではなく、手続法上の課題として、この場所的適用範囲の性格づけをしようとするいき方、すなわち、訴訟条件説採用の可否の問題がのこっているからである。

(1) 香川「場所的適用範囲の法的性格」研修四八四号三頁以下参照。

(2) 前出の研修四八四号とは、昭和六三（一九八八）年の一〇月に刊行されている。したがって、その後の公刊物には、通説とされる処罰条件説とならんで、少数説ではあるが、構成要件説である私見が併記されていることを期待したわけであるが、それも淡い期待に終わっている。それが現状だからである。加えて、大塚 仁「河上和雄」佐藤文哉編・大コンメンタール刑法 第一卷（一九九一年）六〇頁には「明確に構成要件の一部とする考え方は見当たらない」とされて、完全に無視されている。

(3) 真偽のほどは別として「法務省は：『国外犯規定の改正を検討している』（滝鼻卓雄「日本人の国外犯罪」受驗新報三六卷九号一六八頁）」といった報道もなされているし、大野恒太郎「国外犯処罰立法と国際法」研修四二〇号六二頁には、局付検事としての論稿ではあるが、そうした方向にある事実を推測させるような記述が、そこにはなされている。

(4) 松浦 恂「外国における犯罪と刑法の適用——賭博ツアーをめぐる——」法律のひろば三二卷一一号三八頁以下参照。なおそこには、いくつかの実例が掲記されて、それと共犯との関連が類型化され、そのうえで、それぞれに対応する記述がなされている。そして、私自身もまた「Aが外国へゆくBに対し、同地でCに暴行するようわが国内において教唆し、しかも現実にBは同地でCに暴行を加えた」（香川「国外犯と国内犯（二）」警察研究五九卷一二号三頁、同・共犯処罰の根拠（一九八八年）二四頁以下等参照）といった事例をあげて、適用範囲に関する問題点の指摘と、その解明の必要性に触れたことがあった。ここでの私の設例も、そして本文記述の賭博ツアーの問題も、ともに自国民による自国外での行為であるが、それらに対する日本国刑法の適用規定、すなわち国外犯の処罰規定が、ともに存在しない事例ばかりである。

属人主義に関する三条自体は、列挙主義を採用している。そして、そのことの反射的效果として、列挙されていないかぎり、国外犯に対する自国法の適用はない。それが列挙することの効果であるとされてきた。そうだとすると、そうした国外犯処罰規定もない

し、加えて当該行為地では、犯罪とさえされていないようなばあい、そうした行為に対する自国内での教唆・補助行為の処遇はどうなるのか。それに関しては、これまでかならずしも明確に意識され、議論されてきたわけのものではなかった。なお、在日外国人による類似の行為については、別稿として発表予定の香川「属地主義に関する諸問題」参照。

(5) 東京地判昭和五十六年三月三〇日刑事裁判月報一三卷三二四号二九九頁は、自国内で共謀のあったことを理由に「その一部が日本国内で実現するをもって足り、犯罪構成事実の範囲如何も、この範囲から決すべきもの」として、積極的に解していた。この判示は、それ自身として適切であったのかも知れないが、そのことの延長として、自国外でおこなわれた供与行為に対し、それに対する自国外犯処罰規定を欠いているにもかかわらず、自国刑法の適用が可能であるとしている点については、もうすこし検討が必要のようである。この点は、今後公表が予定されている香川「刑法の場所的適用範囲と二個の判決例」で、それへの批判を述べることにする。

なお、ここでいくつかの類型に区別しておくことが必要のようである。すなわち、当該行為が(a)行為地でも犯罪とされ、その犯罪とされる行為に対して、わが国刑法の適用規定すなわち自国外犯処罰規定も明記されている。(b)逆に、適用規定は明記されていない。したがって、自国外犯である正犯者は、すくなくとも自国刑法との関連では処罰の外におかれている。(c)行為地では犯罪とされていないが、わが国刑法の自国外犯処罰規定は存在する。(d)自国外で犯罪ともされていないし、わが国刑法の自国外犯処罰規定も存しないばあい等がこれである。

正犯行為のおこなわれたその相手国の法律制度は、それがどの国においておこなわれたかによって、当然のことながら同じではない。それだけに、本文記述の各行為を単純には処理したい面もあるが、たとえばカジノ公認の国家であれば、賭博の事例は(d)に所属させることが可能となろう。そして贈賄の事例は、その行為地でも犯罪とされているかぎり、(b)の類型に所属せざるに、かりに贈賄行為が犯罪とされていないのであれば、(d)に配属することが可能となってくる。ただ基本的にみて、自国法における自国外犯処罰規定の存在が、不可欠の前提になるとするのなら、その対象は必ずから(a)・(c)の両者にかぎられることになろう。もっとも、(c)については、香川「属人主義と責任」学習院大学法学会雑誌三三卷三二号一頁以下参照。

なお、こうした自国外犯と共犯との関連に関する詳細については、別に稿をあらためて詳論することにした。

(6) 本文既述の後の事例に関しては、名古屋高判昭和六三年二月一九日判例時報一二六五号一五六頁参照。なお、この判決について

は、香川・判例時報一二七九号六一頁以下の評釈を参照された。国際的な交流の拡大にともない、こうした問題が現実に登場することは否定しえない事実である。したがって、事実そのものは既定事実として承認せざるをえないのかもしれないが、それに対する法的な処理としては、果して本件判示のように、単純にいうものなのかどうか。それは再考する必要がある。

加えて、最決平成六年二月九日判例時報一五九号一四八頁は、この問題に対する最高裁として最初の判断を示したが、基本的に、さきの名古屋高裁判決以上にでるものではなかった。その意味では、賛意を表するわけにもゆかない（なお、本決定に対し、大淵敏和・最高裁判所判例解説 刑事編 平成六年三〇頁以下参照。只木 誠・時の判例 法学教室一七八号八八頁以下も賛成。ただし、門田成人・平成六年度 重要判例解説一四〇頁以下は、批判的）。なお、その他に、那覇地判昭和七年一〇月一二日刑事裁判月報一四卷一〇号七五五頁、大阪高判平成五年三月三〇日判例タイムズ八四〇号二一八頁等参照。

(7) 最近の傾向として、この場所的適用範囲の問題を、別名国際刑法 (internationales Strafrecht; droit pénal international; international criminal law) と称する傾向がみられる（名和鉄郎「国際刑法」阿部純二＝板倉 宏＝内田文昭＝香川＝川端 博＝曾根威彦編・刑法基本講座 第一卷（一九九二年）六七頁以下、平野竜一「国際刑法における属人主義」警察研究三七卷八号一七頁以下、森下 忠「国際刑法」日本刑法学会編・刑法講座Ⅰ（一九九三年）七三頁以下）。もとよりそれが、刑法適用法 (Strafrechtsanwendungsrecht) の意味であることは、森下博士の指摘するとおりであるにしても（森下・刑法総論（一九九三年）一三五頁）、逆に私が「最近の傾向」と表現したのは、かならずしも正確ではなかった。すでに一八世紀の頃から「国際刑法」と称することの当否については、論争があったもようだからである（そして、その間の経過については、森下「国際刑法」七三頁以下、同・国際刑法入門（一九九三年）二頁以下が詳細である）。その意味では、「わが国では」といった条件つきで、最近の傾向であるといわなければならないのかもしれない。

もっとも、「ドイツでいわれる国際刑法とは、ただ単に、ドイツ刑法の適用が可能かどうかを決定することであり、換言すれば、外国刑法の適用について、なんらかの規定を具備しているわけのものではないのである。したがって、ドイツの裁判官は、もっぱらドイツ刑法のみを適用しなければならぬ」（Hans-Joachim Rudolph=Eckhard Horn=Erich Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 1983, Vor. § 3, Rdnt. 9）と、ザムソンもこうして明らかに、実質

的に自国法の枠外にすることが許されないのなら、あえてこの名称を利用する実益は多くないといえるのかもしれない。

もっとも本書は、一九九七年に担当執筆者を變更して公刊されている。ただ、それにもかかわらず、版数は六版となっているので、そのまま引用するが、そこで、その新六版の担当者である Andreas Hoyer によれば「ドイツ刑法所定の場所的適用範圍に関する規定は、通常国際刑法とするタイトルのもとで取り扱われているが、二個の点で誤りがある。その第一は、場所的適用範圍に関する諸規定は、決して國際的な規定なのではなく、それは純粹に内國間の法規であり、第二に、これらの諸規定は、内容上二個の競合する國家の間での刑法秩序の齟齬につき、そうした「國際法的な葛藤を解決すべき地位にはないからである」(Andreas Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl. 1997, Vor. § 3, Rdnr. 1) とし、同じく国際刑法という方には、消極的のようである。

(8) 注(7)にあげた論文が、期せずして法的性格に関する学説として、本文記述の三個の見解を紹介しているが、そのいずれにおいても不思議と訴訟条件説に準拠する見解の紹介はない。もっとも、古田佑紀「刑事司法における国際協力」石原一彦・佐々木史郎・西原春夫・松尾浩也・現代刑罰法体系Ⅰ(一九八四年)三六九頁参照(以下、「国際協力」と略記して引用する)参照。他方、森下「国際刑法」七四頁以下には、こうした表現のもとに、別の意味での性格づけがなされている。もっとも、法制審議会刑事法特別部会第一小委員會議事要録(三)二〇四頁(以下、議事要録と略記する)には「国外犯の規定は、裁判権の問題であり、したがって、国外犯の規定に該当しない事件の判決は公訴棄却になるというのであり、他は、国外犯の規定は、刑法の実体的適用の問題であり、したがって、国外犯の規定に該当しない事件の判決は無罪になる」といった表現がみられ、そこには訴訟条件と解する認識がなされていないわけではなかった。そのことを伺いしることのできる記述はなされている。

他方、のこされた他の二個の基準によると、ともにわが国刑法法の適用はないということになる。ただこのばあい、自国外でおこなっても、それが犯罪である事実に変わりはない。だが、たまたま国外犯処罰規定を欠いているため、自国刑法法の適用がないと考えるのか(さきの類型化における(a))。構成要件説によれば不処罰、そうではなくて、自国外での行為は、それがその行為地において犯罪とされていないから、自国刑法法の適用規定もないと考えるのか(d)の事例。その点への配慮も必要になってこよう。もっとも、自国の内外を問わず、犯罪そのものとしては成立している。ただ、その行為地で犯罪と規定されているか否かは問わないと解

するのなら、自国刑法による処罰も可能なはずである（たとえば、さきの贈賄罪）。他方、適用規定のあることが処罰条件であるとするのなら、逆にそれを欠く（d）については、処罰条件説に準拠したからといって、当然には積極的に理解しうる契機ともならない。名和「国際刑法」七二頁は、その趣旨と解している。なお、その詳細は、後出一頁以下参照。

その辺の理解の差にも起因して、そのことがまた、自国内での共犯者の運命を左右する結果になりかねない。そうした面のあるのは事実なのかもしれない。そして、この点の理解については、これまでかならずしも明確に意識されていたわけではなかった。その意味で、刑法理論という枠内における場所的適用範囲の問題は、所詮刑法学にとって「細々とした存在（ein Kummerdasein）」であり、それはつけたし以外のなものでもなかった」（Heike Jung, Die Inlandsteinahme an ausländischer strafloser Haupttat, *Juristenzeitung*, 1979, S. 325 以下、JZと略記する。）といわれても致し方なかったといえるのかもしれない。

(9) 戦後にあらわれた、こうした適用範囲をめぐる諸事例との関係で、松浦「外国における犯罪と刑法の適用」四〇頁以下、古田「国際協力」三六三頁以下、山本和昭「国際犯罪と共犯の処罰について」警察学論集一八巻九号七五頁以下、龜山継夫「外国で販売する目的でのわいせつ物所持」研修三五号六八頁以下等は、いずれも処罰条件であるとする帰結を支持している。もっとも古田検事は、別個に独特の準拠法説を主張しているが、その点については別稿に譲りたい。

二 既述した三個の選択肢中、まずは訴訟条件とする性格づけをここでの俎上にあげることになしよう。ただそのように、場所的適用範囲に関する諸規定の性格を訴訟条件（*Prozessvoraussetzungen*）として把握するのなら、そのことと、そうではなくて処罰条件（*Bedingungen der Strafbarkeit*）とちれること——これが通説である——との違い、とくにこの両者間の概念的な差異については、最初に触れておく必要もでてこよう。

「その内容は、かならずしも統一的でない⁽¹⁰⁾」といった批判もみられる。それだけに、この両者の概念間の明確化は、一層重要なものとなってこよう。もっとも逆に、この点に対するリスト＝シュミットの解答は、きわめて単純明快なものであった。すなわち「(刑罰) 請求の前提要件（*Anspruchsvoraussetzungen*）として実体法に所属す

る処罰条件と、いわゆる訴訟条件とは、その概念さらにはその効果において、ともに區別して考えなければならぬ。なぜなら訴訟条件とは、裁判上の事実の認定を許容するための手続的な要件 (Sachentscheidungs voraussetzungen) であるにすぎないからである。加えて、こうした區別をすることの最も重要な効果は、刑事訴訟手続のうえではつぎの点に求められる。すなわち、処罰条件を欠けば (刑罰) 請求権を行使しえない (すなわち、そうした請求が無視される。ために、その結果として無罪) のに對して、訴訟条件の欠如は、訴えの放棄自体をもたらすものだからである⁽¹¹⁾とするのがこれである。

簡単にいえば、訴訟条件を欠くかぎり、実体的審判にはいることはありえないという意味で、訴訟条件のもつ機能は明確であるとされているだけである。そしてこの点はまた、リストIIシュミットによらなくても、これまでにも一般的に承認されているところでもあった。⁽¹²⁾ そうだとすると、統一的でないとするメツガーの批判は、なにを対象にしてなされたものなのだろうかといった疑問ものころが、内容不統一とする批判が、訴訟条件に對してなされたのではなく、処罰条件そのものに對してむけられたものであるのなら、その範囲内で、それは首肯せざるをえない面のある事実是否定しえないところである。

ただ、そのことの詳細は後述するところにゆずるとしても、三個の選択肢中の一として訴訟条件説が選ばれ、そしてそれに準拠する見解が現に存在するのなら、そのことと場所的適用範圍に関する規定とが、どのように関連させられているのかは、まずは最初に考えておく必要もあるう。⁽¹³⁾ それだけに、具体的に誰がどういった形で主張しているのか。とくにわが国における先驅者の学説を、ここに引用しておきたいところであるが、私自身今日現在までに、その該当者を見出してはいない。

もともと、明治一〇（一八七七）年一月に公表された、刑法草案五条には「日本人外国ニ在テ前条ニ記載シタル以外ノ重罪輕罪ヲ犯シタル時ハ日本ノ法律ニ依テ処断スルコトヲ得ス」とされて、その処断しえない事情が別途に列記されている。たとえば、自国外での裁判が未確定であるとか、あるいはすでに帰国しているとか等々の事情がこれである。ということは、これらの列挙事項の一に該当するばあいであれば、それは訴訟障害として作用するといった趣旨であるとも理解でき、したがってその趣旨であるのなら、この明治一〇年草案が予定した場所的適用範圍に関する諸規定の性格は、すでに訴訟条件説で把握されていたといえなくもない。⁽¹⁴⁾

また先例として、その趣旨の判示ではないかと思われる判決例もないわけではない。⁽¹⁵⁾ そうだとすれば、それを參考にすることによって、もし訴訟条件説を展開するとすれば、それはつぎのような立論になるのではなからうかといった、私個人の推測をもまじえたうえで、訴訟条件説ならおそらくこのように展開するであろう、といった論理の構成をはかってみると、つぎのような構成が考えられる。⁽¹⁶⁾

現行の刑事訴訟法三三八条一号は、裁判権を有しないことを理由に公訴の棄却を認めている。そこで目下の課題としては、この法条を手掛かりにしたいわけであるが、事実同条が手掛かりとなりうるものなのか否かは、ひとえに同条所定の「裁判権」の解釈に依存することにもなってくる。というのは、ここでいう裁判権が、裁判所法三条所定の意味での裁判権に限定される趣旨であるのなら、それは「法律上の争訟について審理裁判する権限」⁽¹⁷⁾の意味となり、したがって、そうした意味での裁判権とは、管轄権として分配されるための前提として存在するものといえよう。そしてそうであるのなら、ここでの裁判権とは、結果としてわが国内の問題として位置づけられることにもなってくる。そしてそのように、自国の裁判所が有する裁判権という意味での裁判権に限定されるとするのなら、

それは *compétence judiciaire* を意味することにもなり、加えてそれが、この概念のもつ本来的な定義・意義であるといえるのなら、そうした既定の定義・意義に比例して、その国内法的な制約を避けられないことになってくる。この事實は、認めざるをえないであろう。

だが、本来裁判権とは、これのみにかぎるものではない、といった見解も他方においてみられる。⁽¹⁸⁾ 管轄権とする意味とは別に、*compétence législative*、すなわち刑法の場所的効力がおよぶことの意味をも具備しているとされているからである。そうだとすれば、逆にそうした場所的適用範圍に関する規定の欠如は、既述した後者の意味での裁判権を欠くことになり、したがってそれは、三三八条一号所定の「裁判権を有しない」⁽¹⁹⁾ 事例として、いわば形式的訴訟条件を欠き、したがって、公訴棄却ということになると解さざるをえなくなってくる。

訴訟条件説が、真実そうした立論をするのかどうかは定かでないが、立論するなら、こうなるであろうとする私の推論が正しいとすれば、この見解の概略は、既述したような構成になるものと思われる。

(10) Edmund Mezger, *Strafrecht*, 3. Aufl., 1949, S. 73. も「とも、後述するように批判の対象は、もっぱら処罰条件の方にむけられてゐる。

(11) Franz von Liszt = Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26. Aufl., 1932, S. 295 ff.

(12) 団藤重光・新刑事訴訟法綱要 七訂版(一九六七年) 一五五頁以下参照。

(13) 前出七頁注(7)に引用しておいたように、このように三個の見解に区別するが通例であるのに、なぜかそのなかのひとつ、すなわち訴訟条件説を、わが国で誰がどのような形で展開しているかの記述はみられない。

(14) なお、香川「個人主義と責任」五頁以下参照。

(15) 関東庁地方法院判昭和九年四月二六日法律評論刑法三卷一四七頁以下参照。ドイツ人数名の共謀による強盗殺人罪（正確に言えば、かつての植民地関東州の領海内外にわたる事案であり、ために大正二三年勅令第二五九号「関東州ニ於ケル財物劫掠ノ目的ヲ以テ多衆結合スル者ノ処罰ニ関スル件」の二条違反として処理されたが、結果として関与者らは、死刑を含む極刑に処せられている。もっとも、対象となる財物が中国船舶であることもあって、一連の行為は関東州の領海の内外にわたってなされていた。

そこで、その公海部分については「吾領海外ノ行為ハ公海ニ於ケル外国人カ外国人ニ対シテ為シタル犯罪ニシテ我現行刑法上処罰スル規定ナキヲ以テ刑事訴訟法第三百六十四条第一項第一号（現在の三三八条一号——筆者注）ヲ適用シテ公訴棄却ノ言渡ヲ為ス」とされている。本判決自体、意識したかどうかは別として、結果として訴訟条件説を是認することにもなっているとはいいうる。

(16) 注(15)に引用した先例の理解の仕方にもよるが、本文中で展開した私の推論が、現実に主張されるであろう訴訟条件説との間で、どれだけの一致点があるというのか。その点についての保証は、なにひとつ存しないわけであるが、あたらずといえども遠からずであろうといった自信はある。

(17) 高田卓爾・刑事訴訟法（二訂版）（一九九〇年）三四頁。なお、平塚安治「中武靖夫」高田「鈴木茂嗣」注釈刑事訴訟法 上巻（全訂新版）（一九八九年）一三頁以下は、その趣旨に解している。

(18) 森下・入門四頁以下参照。同・国際刑法の新動向（一九七九年）二六八頁以下参照。

(19) 注(15)に引用した先例は、まさしくこうした推論をうらづける論理の展開をなしているし、またこの先例自体を引用している学説もみられる（青柳文雄「伊藤栄樹」柏木千秋「佐々木史郎」西原春夫・注釈刑事訴訟法 第三卷（一九八八年）五二二頁参照）。その範囲で、裁判権という概念には、森下博士の分類にもみられるような二個の区分が存在し、そのことが、当然の前提になっているともいえるわけである。

二 ドイツにおける訴訟条件説

一 他方、ドイツのばあい、訴訟条件説展開の契機は、かつての刑法四条二項に求められていた。⁽¹⁾「かつての」
ふたたび場所的適用範囲の法的性格について（香川）

とする表現は、現在は別とする認識を前提としている(そこで、両者間の區別を明確にするため、「かつての」刑法すなわち一九四〇年になされた一部改正時のそれについては、混乱を避けるため、その施行年時を明記して四〇年刑法と仮称することにする⁽²⁾)。事実、ドイツ刑法における刑法の場所的適用範圍に関する規定の変遷は、決して單調なものではなかった。そこでまずはともあれ、それへの簡単な回顧をここでしておくことにする。

一八七一年に、プロイセン王ウィルヘルム一世の手により、統一国家としてのドイツ帝国が誕生した。いわゆる第二帝国がこれであり、同帝国は同年五月一五日に、ドイツ帝国刑法典(Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 以下、七一年刑法と略記する)の登場をもたらした。そして、この七一年刑法の三条には、属地主義の原則が従前と変わることもなく規定されていた。なぜなら同条は、一八五一年四月一四日のプロイセン王国刑法における規定を、そのままの形で引き継いでいたにすぎなかったからである⁽³⁾。その意味では、七一年刑法三条が、プロイセン刑法のそれと同じく、属地主義をその基本的な原則として明記していたことは当然の結果でもあった。だが、一九三三年一月三〇日、ワイマル体制の崩壊とナチスによる政權の掌握は、この間の事情に変更を加えていった。

一九四〇年五月六日に公布された「刑法の適用範圍に関する命令(Verordnung über den Geltungsbereich des Strafrechts)」⁽⁴⁾によって、従前からの原則である属地主義は放棄され、属人主義へと移行していったからである。「国家主義的な理由から、積極的属人主義(das aktive Personalitätsprinzip)を前面にだしてきた⁽⁵⁾」とされるように、ナチス統治下のドイツにあって、ドイツ国民という国籍が重視され、またそのことの結果として、こうした形での具体化がなされたのかもしれない。そして、この原則はナチスによって構築された、いわゆる第三帝国の崩壊後も旧に復することなく、戦後のドイツにおいてもまた、そのまま変わることなく、通算三〇年の長きにわ

たつて維持されてきたところでもある。⁽⁶⁾

だがそれも、一九六九年七月四日公布、一九七三年一〇月一日施行の、第二次刑法改正法 (Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts) によつて、再びかつての属地主義に復帰するかにみえたが、この改正法自身、現実に当初の予定を大幅に遅れて、七四年四月になつて、やっと公布されることになり、翌一九七五年一月一日施行の、現在のいわゆる新刑法総則の新設といった形をまづ、かつての属人主義は漸くその姿を消し、属地主義の原則に回歸しようとする意図は実現され、七一年刑法当時の旧に復したという経過となつてゐる。いずれにせよ、このときをもつて、属地主義への復帰が実現したのは事実である。⁽⁷⁾

そこで、さきの引用にもみられるように、ドイツにおいては四〇年刑法以降七五年までの三〇余年間、属人主義が原則とされてきた。そしてこのように、四〇年刑法にとつての原則とされてきた属人主義とは、自国の刑罰請求権を、当該犯罪のおこなわれた行為地からは切りはなして、自国民であることに結びつけようとする原理であつたし、このことはいうまでもなく自明の理であつた。ナチスの発想によるかぎり、そう解される余地は充分ありえたからである。⁽⁸⁾そしてその結果、七一年刑法にとつて原則とされてきた属地主義の原則は、三条から四条に追いやられ、現今の視点からすれば、主客転倒の形でこのされることになつたわけである。

ところで、その四〇年刑法における四条の二項には、一項所定の外国人による自国内での犯罪に対してだけでなく、逆に自国外であっても、一定の要件のもとにドイツ刑法の適用が可能になるとする趣旨の規定があつた。そしてそれがまた、ここでの訴訟条件説との絡みあいのうえで、論議の対象とされることにもなつていたわけである。その意味で、同条二項がその規定の仕方から、ここでの俎上にあげられるのもわからぬわけではなかつた。だが、

この条項自体は、今日現在もはや存在してはいない。既述した七五年施行の新刑法総則によって、その姿を変えてしまっているからである。その意味では、理論史における一過程、その一環としての意味が認められるだけのことにすぎないのかもしれない。訴訟条件説の影は薄かったともいえよう。

かつては、このように「影は薄かった」とする帰結を維持するについて、格別の抵抗感もなかった。だが近着の文献は、そうした安易さに安住することを許さないようである。敗者復活とする表現が適切でないとすれば、訴訟条件説の再登場とでもいふべき現象がみられるからである。たとえば、バウマン・ウェーバー・ミッチェの見解がこれである。「ドイツ刑法適用法が予定している規範とは、自国外でなされたすべての事件との関係で、それは刑法三条以下の諸規定に関連してくる。したがって、こうした規範を基礎としながら、結果としてドイツ刑法の適用が許されえないということは、単にそれは処罰の問題というだけではなく、すでに刑事訴追そのものを妨げる事由にもなっているからである。換言すれば、訴訟障害があるわけであり、その意味で刑事手続きは停止されるのである。このように、刑法の適用範圍に関する規定が欠けているということは、その効果として、手続上、個人的な適用の問題が、法規によるよりも、それとはまったく別途の配慮にもとづいて、たとえばそれは治外法権とか不可侵特権と同一の効果をもつものである」と⁽⁹⁾とされているからである。

(1) わが国で、比較的詳細にこの間の事情を紹介したものとして、山本「國際犯罪と共犯の処罰について」七八頁参照。そして、議事要録(三)二〇四頁以下にも、さきに引用しておいたように、国外犯の規定は裁判権の問題であり、公訴棄却になるといった認識があったことは本文記述のとおりである。

(2) そして、ドイツにおけるこの間の立法の変遷については、Vgl. Jung, a. a. O., S. 326 ff. もともと、属人主義が原則化した四〇年

刑法について、それがナチスによる国家社会主義的思考の反映とみるのが、一般的な理解であるのかもしれないが、かならずしもそうともいえないとする反対論もある。そして、その間の反論については、後出注(5)参照。

(3) エーラーによれば「あまり本質的な変更をすることなしに」(Dietrich Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., 1983, S. 122)「プロイセン刑法は、ドイツ帝国刑法典となつていったとのことである」。

(4) Reichsgesetzblatt 1940, Erstes Halbjahr, S. 7 ff.

(5) Vgl. Oehler, a. a. O., S. 122. なお、平野「属人主義」二二頁もまた、その後に加された一九五六年草案が、かつてのいき方に対し「国家社会主義の理論に迎合したものであり、著しくその権力政治的かつ民族的目標を貫徹することに適合した」ものであるとした、そうした批判を展開している点を引用することによって、四〇年刑法のもつ意図や方向づけを特色づけている。そして、この間の事情については、シュトラッテンヴェルトによる簡単な記述があるので、それをもあわせて付記しておくことにしよう。すなわち「一八七一年の刑法にあっては、属人主義はごく僅かな例外的事例として規定されていたにすぎなかった。だが一九四〇年、ナチスによる全体主義的な支配からくる要請は、自国外で生活するドイツ人についても、なおドイツ刑法を拡張しようとする努力となつて具体化し、そこからすべての犯罪行為に対して適用されるようになった。……ただ、現行法は属人主義に戻っている」(Günter Straßner, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1980, S. 52)とあるのがこれである。

(6) Vgl. Oehler, a. a. O., S. 122.

(7) 一九六二年の草案作成当時に、すでに属地主義への復帰は企図されていたことである(法務省刑事局・一九六二年ドイツ刑法草案理由書(総則編)——第一分冊——三八頁以下参照)。

(8) Vgl. Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 74.

(9) Jürgen Baumann = Ulrich Weber = Wolfgang Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995, S. 85. 以下中「Exterritorialität und Immunität」とする文言がある。前者を治外法権と訳すと後者の処理に困難をもたらす。そこで、不可侵特権と訳してみたが自信はない。新矢悦「二」吉田宣之共訳・C・ロクシン ドイツ刑事訴訟法(一九九二年)二〇二頁には、免責特権といった訳がなされている(本文とは、なんら関係がないが、既述のパウマンの共同執筆者であるMitschについては、それをどう表現するの

が正確ないい方なのかに思い悩み、ミッシュと表現してみたら、大阪大学 佐久間 修教授から、ドイツでは「ミツチェ」と呼ばれていますという御指摘を戴いた。「ギョエテとは、俺のことかとゲーテいい」という川柳を思い出し、そのいづれを選択すべきか、これまたハムレットの心境を味わったわけであるが、現地読みが強いとなれば、素直に佐久間教授の進言にしたがうべきかと考え、ミッシュをあらためミツチェとした。記して感謝の意を表する。

そして勿論、訴訟条件の欠如であるから、ドイツ刑法(二六〇条所定の無罪になるという趣旨のものではない。加えて、こうした思考は他にもみられる。たとえば、ホイアーもまた、「実体的な刑法を適用しえない」ということは訴訟障害であり、それは手続法の分野に導かれるべきものである」(Hofer, Systematischer Kommentar, Vor. § 3, Rdnr. 3) としているからである。

二 ただ当然のことながら、新刑法総則にも四条という規定はある。その意味では、同じ四条どうしの新旧比較をすこしく回顧しておくことも、訴訟条件説との関連でかならずしも無意味であるともいえまい。ところで、その新総則四条とは、これまでの多角的な四〇年刑法四条の規定から脱皮し、結果として一九六二年の刑法草案の線に近づき、自国外におけるドイツ船舶・航空機上でおこなわれた犯罪に対して、ドイツ刑法の適用が可能であると規定している。⁽¹⁰⁾ただそうなるとこの規定、わが国刑法にいう一条二項に相応するだけのものであって、別に属人主義に対応する規定であるわけではないということになる。⁽¹¹⁾

他方、かつての四〇年刑法四条は、既述のとおりまさしく属人主義に関する規定であった。そうなると「旧四条の規定から脱皮し」という既述したような表現は正確ではなく、別の法典が別の形で、それぞれ各別に四条を利用していただけにすぎないことにもなってくる。となると逆に、新総則における属人主義のゆく先が気になってくるが、現実には新総則七条に求めなければならないようである。⁽¹²⁾ともあれ、四〇年刑法の四条二項が、その対象が特

定されているとはいえ、外国人による国外犯について自国法による処罰が可能とされていたことは事実であった。加えて、この旧規定の性格づけをめぐって、ここでの課題である訴訟条件説の展開がなされていたのも、また否定しないところである。¹³⁾ 具体的には、カロールスフェルトの主張がこれであった。¹⁴⁾

なぜ、四〇年刑法四条二項をめぐって、訴訟条件説の展開が可能となったのか、それがここでの主題であり、そしてその主題を導きだすために、大分大幅な回り道をしてきたのが、これまでの経過であるが、ともあれここで、彼のいい分を再現することによって、訴訟条件説の概略をみてみることにしよう。

ところで、ここで論議されるべき最初の課題としてカロールスフェルト自身がとりあげ、結果として訴訟条件説に傾く契機となったのは、四〇年刑法における四条二項の規定自体が、訴訟手続きの終結との関連で問題をのこすと解したからである。たとえば国際的な関連で、とある事件が発生したとしよう。このようなばあい、そのとある事件に対しては、有罪判決が宣告されることもあるであろうし、あるいは逆に無罪判決といった形で訴訟が終結することもありうる場所である。¹⁵⁾ ただ外国人の国内犯であるのなら、四〇年刑法の四条一項によって、自国法によりその外国人を処罰することが可能であるし、それがまた法の予定するところでもある。そうだとすると、さきの事例を若干変えて、外国人による自国外での行為についても、——四〇年刑法四条二項のような例外規定が、たとえ関連しないようなばあいであっても、——また同様に処理しうるのが、問題として考えられてよいはずである。

ただ後者の事例について、その審理を担当する際に、たとえ外国人による自国外での犯行があったという事実自体があきらかになったとしても、既述した四〇年刑法の四条の二項によるかぎり、ドイツ刑法にとって、それはなんらの可罰性を具備しているわけのものでもないし、したがってその結果、無罪判決をくださざるをえないという

結論に達することになってくる。ただそうなると、つぎのような誤った印象を与えかねないことにもなつてよう。すなわち当該被告人は、その行為をおこなつていなかったとか、さもなければ実体法的に、有罪判決を妨げるなんらかの理由があつたのであらうといった、誤った印象を与えることがこれである。

もし自国内で同じことをおこなえば有罪となりえたものが、たまたま自国外でおこなわれたばかりに、有罪判決をえられないという事実が、現にこのように存在するのなら、そのことの合理的な根拠、換言すれば、これまでになされてきた論理とは別の論理が必要となってくるはずである。具体的にいえば、実体法から手続法への移行がこれである。別のいい方をすれば、ドイツの裁判所はドイツの立法者によって、その点について判断する権限を与えられていなかったからとする点に、その基礎を見出す以外に方法もない。いうなれば、訴訟障害があるだけであり、それが訴訟手続きの終結として作用しているだけのこともなってくる。

そしてこうした結論に達することは、同時に、つぎのような利益をもたらすことにもなる。すなわち、一方では外国でなされた判決の既判力に影響されることはないとする利益であり、他方では実体法的にみても、当該行為に対して、なんらの審判も存在していないことになるという点がこれである。⁽¹⁶⁾ 実体法にわかれをつけて、訴訟条件としてその性格を理解すべきである、とすることの論拠は右のとおりであつた。だがこの所説、現実には賛同者を多く期待することはできなかったもようである。そうだとすれば、この見解を批判する側の意見をも、あわせて聞いておく必要はあらう。たとえば、カロールスフェルトの論文を紹介した山本検察官のばあい、こうした性格づけが「証拠収集の容易性等の訴訟手続上の要請は副次的なものである」⁽¹⁸⁾ から、すべからず実体法上の理由にその基礎を求めるべきであるとして処罰条件説に傾き、そのことのためにも訴訟条件説に準拠する必要はないとして批判的で

あるし、さらには、それが刑法の適用範囲の問題と裁判権とを混同するものであって適切ではない、といった批判も他の者によって提起されている。⁽¹⁹⁾

(10) 六二年草案のばあい「外国にある (im Ausland)」船舶・航空機とされていたが、新総則四条にはそうした表現はみられない。外国にあるとする表現が、なぜ削除されたのかは定かでないが、公海・公空上の犯罪を排除しない意味では、新法の方が適切であるといえる。もっとも「外国にある」とする表現が自国以外のすべての区域、したがって他国の主権のおよばない区域をも含む趣旨と解するのなら、この表現の削除に格別の思いをよせる必要はないのかもしれない。

(11) 「内国 (Inland)」という概念に、それらが包含されることは、自明のこととして認められているからである。ただ、行為地の法律とは独立してドイツ刑法の適用が可能になるといった表現に接すると (Vgl. Paul Bockelmann = Klaus Volk, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1987, S. 24) やはり外国にあるという制約が前提になっているのかもしれない。

(12) 「当該行為が、行為地において刑罰が科せられているか (刑事罰にかざられ、行政罰を含まない)、あるいは行為地自体で、なんら刑罰権の対象になっていないばあいであっても、およそ当該行為地での行為者がドイツ人であるかぎり、自国法であるドイツ法の適用が可能であり、その行為者とは、行為後ドイツ人になった者であっても妨げない。これを制限的属人主義 (eingeschränktes Personalitätsprinzip) と呼ぶ」とボッケルマン＝フォルクはいつている (Vgl. Bockelmann = Volk, a. a. O., S. 24)。^{なお、後出六二頁以下参照。}

(13) 山本「国際犯罪と共犯の処罰について」七四頁には、そうした趣旨の記述がみられる。

(14) Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Probleme des internationalen Strafprozessrechts, in Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, 615 ff.

(15) 有罪になる事例として「外国人による自国内での犯罪については、四〇年刑法四条一項により、その処罰を避けられないことをあげている (Vgl. Carolsfeld, a. a. O., S. 616)。

なお、適用規定を欠くため無罪判決をくださざるをえなくなるのは、自国外でその犯罪をおこなったという印象を与え

ることになって好ましくない。だから訴訟条件として処理し、実態にはいらない形で処理せよとするのもわからぬわけではないが、無罪判決自体が、その犯罪をおこなわなかった事例だけに直結するものではない、この事実を併考すると、多少論拠として薄弱かなといった印象はのこる。この点、ドイツでも証明がないばあいは、主文ではなくて理由中で詳細に述べられるとのことである(新矢 吉田訳・前掲書四九八頁参照)。無罪判決が、犯罪事実の不存在に直結しないことは、ドイツにあっても同様である。

(16) ただ、かつての三条二項のように、自国民の自国外での犯罪に対して、それが当該行為が構成要件該当性に欠けているからとしている(vgl. Carostfeld, a. a. O., S. 617)。

(17) Karl Peters, Strafprozess, Lehrbuch, 2. Aufl., 1966, S. 82 には、この趣旨の記述がみられる。もっとも、前出注(6)参照。

(18) 山本「国際犯罪と共犯の処罰について」七九頁。

(19) 龜山「外国で販売する目的でのわいせつ物所持」六八頁、古田「国際協力」三三四頁等参照。もっとも、この古田論文は、かならずしも訴訟条件説に対して否定的ではない。後出一八頁参照。

三 これまで述べたように、訴訟条件説に対する賛同者は、かならずしも多いともいえない⁽²⁰⁾。というよりも、これまでにはその多くを見出すことができなかった。ただ、国外犯処罰規定があれば、その範囲で、それは訴訟の対象になりうるとする意味では、それは当然の事理を当然のこととして表現したまでであって、その点ではきわめて論理的であったし、ホイヤーらの後発組みが、こうして見解に好意的な面もある。となると、それにもかかわらず、訴訟条件説が大勢を支配するにいたらなかったのはなぜなのか。それが問題視される余地もでてくる。ひとつには、本来実体的に解決すべき問題を、手続法に移行させるという方法自体に、基本的に誤りがあると解したためなのかもしれない⁽²¹⁾。

実体法・手続法のそれぞれにおいて、その守備範囲があるとするのなら、それをこえての介入が正当でないのはそのとおりであろう。だがそれとて、この両法がともに自己の守備範囲を堅固に固守して譲らないばいにおみ、そういうだけのことであって、かりに一部分であるにせよ、その間の境界を越えるものがあるとすれば、あまりに潔癖な立論は、かえって自己の崩壊を招く結果にもなりかねまい。具体的には、親告罪の処遇がこれである。⁽²²⁾

告訴権をめぐる諸規定は、たしかに手続法上の問題である。だが、親告罪であるか否かの確定は、実体法をはなれては決定しがたい。いわば、そういった意味での相互乗り入れが、現になされているのが実状である。そうだとすると、場所的適用範囲に関する諸規定が、実体法上の規定であるからといって、そのことにこだわった結果、訴訟条件説を否とする必要が必然的にでてくるものでもない。いわば、実体法・手続法といった差異だけから、論理必然的に訴訟条件説が否定されなければならない事由にはならないとはいいうるわけである。

加えて、この訴訟条件説は公平の原則にもあっている。それが、実質的に妥当であるかどうかの評価は別としても、場所的適用範囲に関する規定があれば、それで形式的訴訟条件は満たされ、逆にそれを欠けば訴訟の対象にならないという意味で——パウマン・ウェバー・ミッチェの主張は、まさにそこにあった——、場所的適用範囲に関する規定の有無だけで運命が左右され、後述するような解釈論上、多少無理とも思われるような立論をする必要がないだけ、それはすっきりした面をもっているともいえるからである。そしてこの点は、さきに引用したカロール・スフェルトもまた、素直に認めていた点でもあった。すなわち、七一年刑法の三条二項のように——「行為地の法によれば、なんら処罰の対象になっていない、自国外でおこなわれたその行為に対しては、当該行為が行為地の

特別の事情から、処罰に値いするほどの不法性をもたない以上、「ドイツ刑法の適用も許されない」といった趣旨の規定がおかれていた——、法が不処罰を規定しているということは、当該行為が構成要件該当性に欠けると解しているからであるが、逆に当該行為に關して、なんらかの規定があれば、それは訴訟条件として性格づけうることもなっているからである。⁽²³⁾

さらに証拠収集の容易さが、果たして訴訟条件説採用の根拠となっているのかどうかについては、そのこと自体かならずしも定かではない。かりにそうした配慮があったとしても、訴訟条件とする性格づけと証拠収集の容易さとが直結するわけのものでもあるまい。訴訟条件とすることは既述のとおり、規定のないかぎり自国法の適用はなく、したがって訴訟の対象とはならないとする効果だけを具備するにすぎないからである。

そして最後に、自国法の適用範圍の問題と裁判權とを混同するものであつて適切ではないとする、そうした批判への解答も必要になつてこよう。⁽²⁴⁾そして、訴訟条件説を主張したカロルスフルト自身もまた「裁判所は、原則として自国の法秩序のもとにのみおかれるという事実を、本論文執筆の前提としておいておく」と明言している。⁽²⁵⁾それでいながら、結果として訴訟条件説を採用しているということは、このような批判を眼中においていなかったためなのかもしれない。加えて、さきの森下博士の論稿にもみられるように、裁判權とする表現が一義的でないとするのなら、そのことを理由に訴訟条件説を拒否する理由にもなるまい。

(20) 二三頁注(17)で紹介したペーターズのはか、一九三三年四月二〇日のライヒ裁判所判決(Urteil von 20. April 1933, Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, Bd. 57, S. 206 ff. 以下「ERGSr」と略記する。もっとも、本件は直接的に場所的

適用範圍に関して判示した例ではない)がみられる程度であり、わが国においても、さきに引用した関東庁地方法院の判決が、訴訟条件説であることを自覚したうえでこの判示であつたとすれば、それを引用する既述の青柳等の注解が、その代表としてあげられるのかもしれないし、またその程度にとどまっているものもある。

(21) 古田「國際協力」三六四頁以下には「国外での行為に対し刑法を適用して処罰するか否かは実体法上の政策の問題」としている。

(22) この点は、ドイツでもふるくから指摘されている課題でもある。たとえば、パウマン＝ウエーバー＝ミッチェは、この間の事情をつぎのように述べている。すなわち一五三二年、ドイツにおける最初の刑法典であつたカロリナ刑法は、実体法と手続法の峻別化をしてはいなかった。だがだからといって、現在もそうであるとはいえない。現に、一八七七年の刑事訴訟法は、あきらかに実体法との訣別を示しているからである。その結果、当面の問題である告訴権は、疑いもなく手続法に所屬させられている。ということは——本文記述のとおり——、それは訴訟条件として位置づけられているからである(わが国においては、刑訴法三三八条四号参照)。

だが他方で、告訴権はまた、刑法七十七条以下にも規定されている。ということとは、輕微な事案(Bagatellsachen)については、処罰する必要があるわけではないといった原則は、なにも手続法的な基本原則だけのものではなく、同時にまた、強く実体法的性格をも具備しているからであるとするのがこれである。Vgl. Baumann＝Weber＝Mitsch, a. a. O., S. 43. そして、この表現からもあきらかなように、そこには相互乗り入れの事実が、存しているわけである。

(23) Vgl. Carolstfeld, a. a. O., S. 617.

(24) 龜山「外国で販売する目的でのわいせつ物所持」六八頁参照。なお、吉田「國際協力」三六一頁以下。ただ、こうした批判をする側にとって、さきに引用した関東州の判決はどうけとめられているのだろうか。それは氣になるところでもある。そのこと自体が、間違ひであつたとしてもするのだろうか。そうではなくて、一審判決であるため、一個の見解として存在しうだけのことであつて、判例としての拘束力はないとでもするのであるか。その辺の処理については、ひとことあつてしかるべきであつたらうとは思われる。

(25) Vgl. Carolstfeld, a. a. O., S. 615. なお、さきにも述べたように、訴訟条件説の主張が、国外犯の規定がなくても、実体法的には犯罪として成立し、したがつてその処罰が可能になるとしている、とする名和「國際刑法」七三頁の見解については、やはり疑問を

留保しておきたい。

三 処罰条件説

一 学説上、すぎない処遇にさらされているとはいえ、訴訟条件説自体、それは決してその存在価値を否定されるべきものともいえない。すくなくとも、私はそう考える。そしてこの確信は、既述のように近時における訴訟条件説の復活によっても是認しうところである。だからこそ、そのことの論証が二での中心課題となっていた。ただそうはいいながら、私自身もまた訴訟条件説に準拠するつもりはない。実体法上の問題は、可及的に可能な限り、やはり実体法の分野で処理していきたいと考えているからである。したがって、のこされた問題としては、構成要件説で考えるのかあるいは処罰条件説でいくのか、そのいずれかの選択に還元されることにもなってくる。そして後者と解するのが、既述したように通説的な見解であるとされている。現にこれまでも、他に主張された構成要件説の存在を見出しがたいとするのであれば、⁽¹⁾ 処罰条件説が通説として位置づけられるのは当然のことなかもしれない。ただ通説が、そのように場所的適用範圍の性格を処罰条件として位置づけることによって、そこになを期待したなを予定しているのであろうか。それは検討しておく必要があるようである。

その第一として考えられるのは、刑法の場所的適用範圍に関する諸規定は、それが処罰条件であるがため、そのこと自身認識の対象とはならない。したがって、認識の対象とはならないところからその錯誤、たとえばここが自国外であるとはしなかったとか、あるいは自国外での犯罪であるため、自国法の適用があるとはしなかったと

しても、それらはともに故意の成立に影響することはないと、そういった点である。⁽²⁾ たしかに、処罰条件をもつて「国家の高権力実現のための条件 (Bedingungen der Ausübung der staatlichen Hoheitsgewalt)」とするのなら、行為地に関する規定は「違法構成要件の構成要素ではなく、したがって、その行為地についてまで認識がおよんでいる必要はない」⁽⁴⁾とされるのは事実であろうし、そこからまた「その法的効果に関する錯誤もまた注目する必要がなくなってくる」⁽⁵⁾ともいうる。そして、そうした効果を予定しているのが処罰条件説であったのは事実であろう。そして、第二には「構成要件説をとれば、国外犯処罰規定のない犯罪については外国における正犯の行為が構成要件該当性を欠くことになるので……共犯者を処罰することは出来ないことになるが、処罰条件説によれば共犯者を処罰出来ることになる」⁽⁶⁾とされる点であった。

この二点が、処罰条件説のもつ特徴として、現に主張されているところである。そしてもし、真実こうした効果がえられるのであれば、既述した事例すなわち自国外での——しかもそこで、すなわち行為地国での賭博行為そのものが、処罰の対象にすらなっていないいばあいであっても——、賭博ツアーを設定した、その自国内の旅行者は、自国外でなされた当該賭博行為について、その幫助犯であるとして国内法で処罰されても致し方ないことにもなってくる。⁽⁷⁾それをいいたいための処罰条件説であったのかもしれない。

たしかに、処罰条件と解するかぎり、第一の効果すなわち場所的適用範囲に関する諸規定が、故意の認識対象にならないとするのはそのとおりであろう。ただ、認識の対象外であるとするこの帰結は、処罰条件説にのみ特有の帰結なのではない。訴訟条件説にしたがったとしても、それが認識の対象外である事実に変更はないからである。なぜなら、訴訟条件説にとって必要なのは、訴訟条件を具備しているか否かだけの問題であって、認識の問題とは

直接的に関連しないからである。したがって、こうした効果は処罰条件説でなければ、もたらしえないものでもない。そのことを基礎に、それを訴訟条件説批判の核心となしうるものでもない。その意味では、処罰条件説を採用することによって、既述したような効果とされるものに、それは当然のように直結しうるわけではない。事情は、錯誤の点についても、同様だからである。

その意味では、直結しうると断定するについては、なお若干の躊躇も感じている。もっとも、そうした躊躇に対して、かつては「そのとおりであるのかもしれない⁽⁸⁾」として、処罰条件説の主張する既述の効果を肯定するような発言をしていたはず、といった反論がでてくるであろうことは予想される。そうした発言をした事実是否定しないにもかかわらず、ここであえて躊躇を示すのは、処罰条件説内部における不統一とも思われるような所見の存在に気がつき、そうした不統一を示すような方をするのなら、素直に「そのとおりであろう」という評価を与えにくい面もでてくると、思い直すにいたったからである。

(1) この点を強調する者として、龜山「外国で販売する目的でのわいせつ物所持」六八頁、古田「国際協力」三六五頁、山本「国際犯罪と共犯の処罰について」七九頁等参照。いずれも検察官によって書かれた論文である。

なお、「自国刑法の適用範囲に関する諸規定は、法定された構成要件の徴表に属するものではなく、国際的な関連でおこなわれた行為について、自国のもつ刑罰権に限定を加えようとするものである。したがって、国際刑法に関するこうした諸規定は、決して構成要件に結びつくものではなく、客観的処罰条件そのものである」と明確に自認している例もある (Hans Heinrich Jescheck = Thomas Weigend/Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 180)。もちろん私自身は、すびじつした通説の見解に対しては、疑義を提起しておいたところである (香川「場所的適用範囲の法的性格」三頁以下参照)。

(2) 龜山「外国で販売する目的でのわいせつ物所持」六八頁、古田「国際協力」三六五頁、山本「国際犯罪と共犯の処罰について」

七八頁等参照。もっとも、古田「国際協力」三六四頁は、後出四四頁注(1)に引用しておいたように、処罰条件説とする名称は利用するが、その内容は決して従前の処罰条件説と同じものではなかった(その後の論文には、準拠法説といった自称がなされている。古田「国外犯と共犯」阿部等編・刑法基本講座 第一巻八一頁参照)。それでいながら、処罰条件説と同一の効果を認めているが、もし「法の欠缺の場合の処理の方法として、犯罪論……の考え方を類推した」のが、古田検事特有の処罰条件説であるのなら、犯罪論を類推適用しながら、それが認識の対象にならないとする主張と、それがどこでどう結びつきうるものなのかについては、明確にしておいてはしかった。さもないと、単なる便宜論に終わる危険性ものこるからである。

(3) Hans-Heinrich Jescheck = Wolfgang Ruß = Günther Willms, Strafrechtbuch, Leipziger Kommentar, Grosskommentar, 10. Aufl., Erster Band, 1985. 本書は「§ 9, Rdnr. 9」の「§ 9, Rdnr. 9」を「§ 9, Rdnr. 9」として引用する。したがって以下、Tröndle, Leipziger Kommentar, § 9, Rdnr. 9と引用する。また Vgl. Jescheck = Weigend, a. a. O., S. 555 ff. そしてまた Adolf Schönke = Horst Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 25. Aufl., 1997. 本書もまた「§ 9, Rdnr. 9」として引用する。したがって以下、Eser = Schönke = Schröder, Kommentar, § 9, Rdnr. 9といたして引用する。

(4) Tröndle, Leipziger Kommentar, § 9, Rdnr. 9, Eser = Schönke = Schröder, Kommentar, § 9, Rdnr. 15.

(5) Tröndle, Leipziger Kommentar, § 9, Rdnr. 9.

(6) 松浦「外国における犯罪と刑法の適用」四〇頁。

(7) ただ、なぜ処罰が可能なのかの理由づけについては、後述するように、かならずしも単一ではない。もっとも、処罰条件説にしたがうから共犯者の処罰が可能であるとするのなら、その論理過程は同一のはずと考えるのが一般であろうが、事実はそのようではなかった。そこに私が不統一を感ずるのも、それはやむをえない対応であろう。

(8) 香川「場所的適用範囲の法的性格」五頁。

二 第一に、処罰条件説の説く「外国における正犯の行為が構成要件該当性を欠く」ため、「共犯の従属性に關し通説である制限従属性説の立場によっても、共犯者を処罰することは出来ないが、処罰条件説によれば共犯者を

処罰出来る」とする、この文章の意味が明確でなく、また素直に理解しえない点である。たしかに構成要件説によるとき、国外犯処罰規定そのものを欠くため、自国外でのその行為が、自国法との関連で犯罪として存在しえないとはいへよう。したがって、從属性理論が登場する余地がないとするのも理解しうるところである。⁽⁹⁾だがそれに対し、処罰条件説によるとき、逆に自国内での共犯行為のみを処罰できるとされているが、なぜそうした断定をなしうるのか。その論拠についてはひとことの説明もみられない。説明がなくても自明の理、とされるのかもしれないが、批判する側にしてみれば、焦点が明確でない点での困惑感はある。ただ、推定できる立論としては、つぎのような二個のいき方が考えられる程度である。

その第一は、たとえ国外犯処罰規定を欠いていても、自国外でのその行為は犯罪として成立している。換言すれば、構成要件に該当し違法な行為としての存在は認められうる。そうだとすれば、自国法により幫助犯として処罰されるのは当然のこと、と解する趣旨なのかとも思われる。もっとも、なぜ処罰条件説によると、そういうものかは定かでない。そこで、第二に考えられる点としては、国外犯処罰規定を欠くため、当該国外犯の違法性云々の問題はおこってこない。おこってはこないが、所詮国外犯処罰規定とは、その性格上処罰条件であるにすぎないから、それは從属性理論に拘束されることもなく、単独で共犯者の処罰が可能になるとする理由づけがこれである。もっとも、処罰条件説によると、なぜ犯罪論との断絶が当然のように可能になるのか。その説明はなんにもみられないし、またその点の説明のないことが、最大に弱点のように私には思われる。

そのいずれが、処罰条件説の真意であるのかは不明であり、ために私なりにそれへの推論はしてみたが、そのことと自体、的を射ている推論であるかどうかは不明である。加えて既述の二個の理由のほかに、第三の理由づけがあ

るのかもしれない。そしてもし、それがあるとするのなら、その第三の理由をも含めて、そのいずれの理由づけに準拠することによって「共犯者を処罰出来る」としているのか、その間の基礎づけは明確にしておいてほしいところである。

ただ、処罰条件説に準拠してみたところで、国外犯処罰規定のない自国外での犯罪が、なぜ当然のように、自国法の予定する構成要件該当性を取得するといいうことになるのか。もとよりそれが、処罰条件説のもたらす特徴であるといわれるのかもしれないが、なぜそういうのかの説明にはなっていない。逆に説明しようとすれば、国外犯処罰規定があり、しかもそれが処罰条件として作用しているから、そして処罰条件であるため、その前提として犯罪としての成立があるから、とでもいわなければ、その間の説明はできないはずである。ただ、そうしたいのなら、そのための最大に契機としては、既述のように国外犯処罰規定の存在そのものに依存する以外に方法もないはずである。したがって、それなしに右の立論は許されないし、またそうすることによってのみ、それは初めてなりたちうる立論である事実を看過してはならない。

逆にそうではなくて、後者の理解すなわち国外犯としての成否・処罰規定の有無にかかわらず、したがって、従属性理論による拘束をも考慮にいれないで処理すればたりとする意味であるのなら、あらためて聞いておきたい疑問も生ずる。すなわち、通説とされる処罰条件説にとって、そこで予定されている処罰条件とは一体なんなのか、とする基本的な疑問も登場してくるからである。

自国外での犯罪行為を自国法に照らして判断したばあい、自国法そのものに、それに対する国外犯処罰規定があるかぎり、その構成要件該当性を認めうるのは当然である。だがそれに対し、自国法による処罰が許されないのは、

国外犯処罰規定を欠き、その適用範囲が自国内にかぎられているという、ただそれだけのことだからである。換言すれば、構成要件に対する地域的制約があるからである。そしてこのことは、属地主義の規定を想起すれば、それはきわめて明白な帰結でもある。

属地主義の原則が明記されているから、自国内での犯罪の成立はあり、したがってその処罰もまた可能になってくる。そうだとすれば、国外犯についてもこの法理に変わりはないはずである。にもかかわらず、処罰条件説は国外犯処罰規定を欠くにもかかわらず、この後者の事例について、既述したような二様の立論を、なぜ構成しうるとするのであろうか。国外犯の構成要件該当性は、それが国外犯処罰規定が存在する範囲でそういうだけのことであつて、処罰条件説に準拠したからといって、「外国における正犯の行為が構成要件該当性」を当然のように取得しうるものではない。また、そのことの論証が充分になされているものとも思えない。その点で、処罰条件説は犯罪としての成立と、国外犯処罰規定の把握との間に混同がみられるともいえる。

簡潔な文章からは、その意を付度する以外に方法もないし、同時にそのこと自体にも困難をとまなうが、やはり基本的には、自国外における正犯行為が、国外犯処罰規定を欠きながら、なぜ当然のように構成要件該当性を得るといえるのか。また、そうはいわないまでも、なぜ共犯だけの処罰が可能なのか、そのことの論証こそが、処罰条件説に科せられた宿題のはずである。そうだとすれば、国外犯処罰規定があるからとする解答は、この立場からは使えない。当該処罰規定の存否にかかわらず、積極的に解しようとするのが処罰条件説であつたからである。だが、もともと構成要件説か処罰条件説かの争いは、基本的にいって国外犯処罰規定の性格をめぐる対立以上のものではなかつたはずである。にもかかわらず、国外犯処罰規定の存在を欠いた事例についてまで、処罰条件説で

その性格づけをなしうるとするのなら、それは、こうした両説間に共通する性格論といった、この対象をも失わせることにもなってくる。そうだとすると、処罰条件説は失った対象との関連で、なぜ共犯者の処罰が可能になるとするのであろうか。

もっとも処罰条件とは、もともと犯罪としての成立を前提としている。したがって、正犯者の犯罪としての成立が認められる以上、共犯者の処罰が可能になるのは当然と反論されるのかもしれない。真実、そう反論するつもりなのかどうかは定かでないが、もしそうであるのなら、さらに聞いておきたい問題がある。ここでは、国外犯処罰規定がないはいにどうなるのか、といった前提で疑問を提起しているのに、それに対して、なぜ既述のような反論をするのかであり、逆に国外犯の処罰規定の有無にかかわらず、自国外でも犯罪として成立しているというのなら、問題は当初の課題——すなわち、既述した二個のいき方——にもどり、そういううることの論拠は明確にしてほしい、ということにもなってくる。

既述のようにこの両説の対立は、国外犯処罰規定の性格をめぐっての対立である。したがって、処罰規定の存在を前提にして、初めてこの両説の対立は有意義ともなってくる。にもかかわらず、逆にその国外犯処罰規定がない事例についてまで、なぜ処罰条件説は自説を拡張し、加えてその共犯者をも処罰可能とするのだろうか。この問題が論議されるきっかけのひとつに、賭博ツアーの先例があったことはしっている。そして、賭博罪に対する国外犯処罰規定はない。にもかかわらず、処罰条件説はそれへの幫助を自国法で処罰できるとしている。⁽¹⁰⁾ 処罰したいとする気持ちは理解するが、どう考えてもその間の論理が結びつかない。どう説明するつもりなのだろうか。懇切な論理の展開を期待したいところである。

(9) この間の詳細については、別稿で「遍在主義と共犯」とする項目のもとに検討する予定である。なお、その一部については、すでに森下 忠先生古稀祝賀 變動期の刑事法学(一九九五年) 一二頁以下で触れておいた。あわせて、参照されたい。

(10) 松浦「外国における犯罪と刑法の適用」四三頁、古田「国際協力」三六九頁、山本「国際犯罪と共犯の処罰について」八三頁等参照。もっともその間に、かならずしも共通性があるわけではない。どう共通性がないのかについては、後出三七頁以下参照。

四 処罰条件説と共犯

一 もっともこうした疑問に対し、処罰条件説の側からなんらの解答がないわけではなかった。ただ、その間に統一性がないのが気にかかるところなのである。本来、期せずして処罰条件説という同一の前提にたつのなら、そこから同一の帰結に達するのが自然であろうし、またそのための処罰条件説であつたとも思われるのに、現状はかならずしもそうではなかった。そうだとすると、なんのための処罰条件説なのか、といった疑問はのこるからである。たとえば、ここでの事例である賭博ツアーについて、「わが国内における賭博幫助行為が禁ぜられている以上⁽¹⁾、秩序維持的観点からは、本犯地法(本犯の行為地法の趣旨と理解する——著者注)の考慮は要しない」とされている。その趣旨自体がかならずしも明確ではないが、自国法で幫助行為が処罰されている以上、当該行為が、行為地法によれば、処罰されていようといなかつと、さらにはそれに対する自国法の国外犯処罰規定がなくても、この法理に変更はないとする趣旨であろうと推測する。「正犯の法的性格決定は、内国刑法に従って判断すべきである。——犯罪地法たる外国法は、内国共犯の可罰性にとってなんら意義をもたない⁽²⁾」とされるのなら、既述の理解が間違いでであるとされる必要もないし、その結果として、自国内共犯行為の処罰は可能であるとされる趣旨のようであ

る。

そしてこの推測が正しいとするのなら、行為地で逆に当該正犯行為が、処罰の対象になっているようなばあい、加えてそれに対する国外犯罰規定もあるようなばあい、こうした事例における自国内共犯行為の処遇はどうなるのかといった疑問がでてくるし、同時にそれに対する解答が期待される。もっとも、そうした処遇ないしは規定の存在は、自国内共犯行為の処遇について、なんらの関係もないとする返事がよせられるであろうし、またそれがこの立場からする正解となつてこよう。さもないと、論理は一貫しない結果になりかねないし、また「内国共犯の可罰性にとってなんらの意義をもたない」とされているからである。ただそのように、内国刑法のみをその拠りどころとするのなら、拠りどころとされる内国刑法のどこに、内国共犯のみを単独で処罰しうることの明文上の根拠があるのかは、聞いておきたいところであるし、またそれを明示しておくべき義務があるであろう。

だが、それに対する明文上の根拠は、残念ながら提示されていない。あるのはドイツ刑法九条の引用だけだからである。ドイツ刑法九条が、そのための規定であることを否定するつもりはない。だがそれも、ドイツではそうであるといえるだけのことであって、わが国刑法典に類似の規定が存在するわけのものでもない。存在しないのに、同一の結論に達しようとする根拠はなにか。それがここでの質問であるのなら、それに対する答がなされなければならないまい。さもないかぎり、それはドクマであっても論理とはいいがたいからである。

このように、私自身は処罰条件説主張の論拠とその効果については、それを理解しかねている。だが、逆に私のこのような理解不能は別として、それが処罰条件説からくる帰結なのだと断定されれば、素直に批判的な立場からの撤退をしなければならないことになるのかも知れない。撤退せよといわれれば、そうすることもやぶさかではな

い。だが、同じく処罰条件説に準拠しながら、「正犯の行為が行為地たる外国で不可罰なものであれば国内法上も違法性を欠き、共犯の従属性により国内の共犯者も処罰されない⁽³⁾」といった所見の存在が、他方において存在していることが気になってくる。そこにおいては、同一前提・同一帰結という私の予測は、見事に裏切られているからである。となると、その前提からくるその帰結として、果たしてそのどちらが正解であるのか、といった疑問がでてくるのも当然であろう。撤退を強要されるのなら、その前にこうした疑問への解答を期待したいわけである。

さきに、部内不統一であると批判した。それがまさしくこの点であり、そこから逆に、部内の統一を期待したいとする批判もでてくるし、加えて、こうした一般的な批判のほかに、後者のこの所見自身に対しても疑問点がないわけではないからである。というのは、既述の引用にもみられるように、自国外で不処罰であるから、自国内の共犯行為も不処罰であるとしながら、「国内における……行為が教唆、幫助の実質を備えるときは、教唆者、幫助者について刑法が適用されるが、実行正犯については適用されない⁽⁴⁾」といった、一見して矛盾するような記述もみられるからである。その意味でも、処罰条件説内における、もうひとつのこうした立場に対する批判も提示しておきたい。

ただこの立場、基本的には行為地法と運命をとにもする、といった認識を前提にしているのかとも思われる。というのは、行為地法で許されているのなら、自国法との関連でも違法性を欠くとしているからである。ただそうはいいながら、既述のように「実行正犯については適用されない」とする範囲で、完全な運命共同体として把握しているわけでもない面もみられる。いずれが、その認識の前提になるのかは定かでない。加えて、ここでの事例である賭博行為につき、それが公営カジノでなされていれば違法性を欠き、したがって自国内における共犯者が処罰さ

れることはないとし、逆にそれ以外であれば、自国内の共犯者をも罰するのなら、その範囲ではもとの原則に帰り、行為地の違法判断と、その運命を共同にする趣旨かとも理解される。ただ、余計な批判なのかもしれないが、公営カジノの存在は、カジノ内でおこなわれる範囲で合法化され、自余の場所での賭博は違法であるとする趣旨で、こうした施設が認められているのか、そうではなくて、およそ賭博自体に違法性を認めない。認めないから、公営事業としても設営されているとみるのか。公営カジノの存在に関する理解とその実態は、かならずしも一律にはいかなない面もあるであろう。その意味では、公営カジノにかぎって違法性がなくなると、それほど単純にいうものなのかどうかは、なお検討を要する課題ではある。

ただ既述の所見は、公営のばあいだけは、違法性がなくなるとする認識が前提になっている意味では、既述のように、違法性の有無は行為地のそれに依存させている。したがって、運命共同体とする認識が前提になっているものと理解してみたわけである。だが他方で、違法性の有無は自国法にかからしめている、とそのように解するのが処罰条件説であり、それは既引用の主張からも明確なところだからである。となると、ここでもまたその間のくいちがいの問題がのこり、のこるからこそ同じ処罰条件説内での不統一が気になるわけであるし、気になるからこそ、その点を強調し指摘してみたわけでもある。

ともあれ、処罰条件説という同一表現のもとに内在するこうした二様の見解は、ともに正犯行為が行為地では不処罰とされているとする認識では共通している。この点までは指摘できるものの、問題なのは行為地で不処罰とされているその行為に対して、わが国刑法所定の国外犯処罰規定の存否との関連で、そのいずれのばあいを前提にしての立論であるのか、その点がかならずしも明確ではない点については既述したし、またその点について果たして

充分な関心をもったうえでの立論であつたのかさえも気になる点である。もっともそういえば、賭博の事例からもあきらかなように、それは国外犯処罰規定を欠くことを前提にしての立論であるといわれるのかもしれない。そして事実、そうした解答がよせられるのであれば、それは国外犯処罰規定の有無にかかわらず、犯罪は犯罪であるという認識に依拠することになり、ただ行為地法では不処罰だから対象外と解さざるをえないということになつてこよう。だがそれは、国外犯処罰規定の性格論としての処罰条件説のもつ、その範圍・枠を逸脱しなければでない主張である。なぜなら本来的に、犯罪とは構成要件の問題であり、その構成要件自体は「この法律」の規定するところに準拠し、したがって、この法律に定める国外犯の処罰規定がないかぎり、國境を越えることはありえないはずのものだからである。その意味では、國境を越えることのできない賭博について、なぜ処罰条件説は行為地の不可罰であるかどうかを問題視し、既述したような二様の対応が可能になるとするのであるうか。処罰条件説で理解すること自体には、このように疑問があるし、だからこそ、ことはすべからず構成要件説で理解すべきであるとするのが私見なのである。⁽⁵⁾

(1) 山本「國際犯罪と共犯の処罰について」八四頁。もっとも、松浦「外国における犯罪と刑法の適用」四三頁は批判的。

(2) 山本「國際犯罪と共犯の処罰について」八三頁。

(3) 松浦「外国における犯罪と刑法の適用」四二頁参照。

(4) 松浦「外国における犯罪と刑法の適用」四三頁参照。実は矛盾しているのではなく、違法内容を行為地のそれに連動させるため、こうした差がでてくるだけである。

(5) 香川「場所的適用範圍の法的性格」三頁以下参照。

二 さらに、共犯從属性の理論との関連も気になるところである。既述した二個の処罰条件説が主張するように、從属性の前提要件となる違法性の有無を、行為地のそれに求めるのか、そうではなくて、もうひとつの処罰条件説所説のように、あげて自国法に求めるのか、その基準自体の不統一は、既述のように内部不統一の感を否めないが、その根拠を自国法に求めるとする後者の処罰条件説に対しては、さらにつきのような疑問も生じてくる。それが、前項で保留した問題、すなわち「内国共犯の可罰性にとってならん意義をもたない」といいうることの、実定法上の根拠はなにかに関連するところでもある。

というのは、かりにこうした認識を前提としたばあい、自国法には各種の犯罪類型が規定され、しかもこの法律にいう「罪を犯した」の意味内容として、そこには共犯行為を含みうるとするのなら、およそ共犯行為が国内法によって処罰されるかぎり、たとえ二条以下の国外犯処罰規定に列挙されていなくても、自国法の適用を避けられないことにもなってくるが、それを予定しての発言なのであろうか。もしそれを予定しての発言であるのなら、その範囲で、国外犯規定はこの見解によるかぎり無用なものとなってこよう。もっともそういえば、正犯の行為が犯罪になるから、したがって正犯として処罰せよとはひとこともいっていない。ただ、違法になるとしているだけのことである、といった解答がよせられるのかもしれない。

そうすることによって、從属性理論との連結を願っているのかもしれない——もっとも、自国内での共犯者を基準に、自国外の正犯者を考慮する点で、論理は逆とする既述の批判点はこのころが——。ただそれにしても、国外犯処罰規定を欠いても、正犯行為の違法性が自国法によって制約されるとするのなら、逆に国外犯処罰規定があるばあいに、それは国内法による違法と、国外犯処罰規定のあることからでくる違法性と、その二重の制約をうける

ことになりかねないが、真実それを認識したうえで、そうした主張をされるつもりなのであろうか。国外犯処罰規定を処罰条件説で理解するというのなら、そうならざるをえまいとも思われるのだが、そうした質問に対してどう解答するつもりなのか。それへの所見もあきらかにしておいてほしいところである。

加えて設例のばあい、自国外で犯罪としての成立さえ認められておらず、さらには自国法の適用さえも拒否されている。自国法の適用が拒否されている点では、処罰条件さえ欠如しているといえる。そうだとすると、処罰条件説にしたがったからといって、当然に自国内での共犯行為を処罰するとはいえないはずである。だが事実は、処罰条件説によると、それが自動的に可能であるとされている。充分な説明もなしに、なぜそういうのか。それが理解しがたい点である。それだけで、解答になっているとでもするのであろうか。

もっとも処罰条件説とは、もともとそうしたばあいの共犯行為を、処罰するための立論——処罰条件としての性格や論理をこえて——であるとするのなら、それもまた一個の解答ではあろう。だがそうだとすると、逆に共犯従属性理論の放棄を宣言する必要もなかった。⁽⁶⁾なぜなら、処罰条件説に準拠するかぎり、共犯者の処罰が当然に可能になるとするだけでことはたり——既述のように処罰条件説のなかには、正犯行為の犯罪としての成立に関連づけ、自己の位置づけをしていない立論も介在するからである——、ことさらそこに従属性理論を意識したり、さらには逆に従属性の理論を放棄するといった主張をする必要は、なんら存在しなかったはずだからある。換言すれば、処罰条件とする性格づけと従属性理論とは、この見解にとっては本来縁なき衆生のはずである。にもかかわらず、従属性理論の登場とその否定を予定している点に、この学説のもつ一貫性のなさを感じられてならない。

(6) 古田「國際協力」三六九頁は、既引用の山本論文と同様に、共犯行為に対してわが国刑法の適用があるから、共犯行為の処罰は可能であり「正犯の国外犯処罰規定の有無と無関係」と断言する。結論の当否は別にして「国外犯処罰規定」の有無にこだわらないと明言している点で簡明直截である。ただ、そういうのなら「共犯從屬性理論を持ち」こむのは「誤り」である事実を是認しているし、その意味では、処罰条件説は、從屬性説と縁を切るのか切らないのかとする本文既述の批判が、決して意味のないものではないといいうる。

五 客観的処罰条件の意味

一 もっとも、こうした批判に対しては、処罰条件とされるものの理解に差があると反論されることになるのかもしれない。事実、さきのメツガーの批判にもみられるように、その内容は不統一であるとするのが現実であるのなら、場所的適用範囲の性格づけの問題に先立って、さらには処罰条件説批判を展開する以前に、まずは処罰条件とはなにか。その問題の確定から、始めていかなければならなかったのかもしれない。

ただ、場所的適用範囲の問題に関するかぎり、そこでの記述は、不思議と処罰条件といった表現で一致している。そこで、そのことと講学上にいわゆる客観的処罰条件とされていることは同質のものなのか、そうではなくて逆に異質なもののかの確認が先決ともなってくる。もとより、同質のものと解してよいようである。⁽¹⁾ただ同質であるとなると、すでにM・E・マイヤーによって指摘されているように、それは「名前だけがあって、形のないもの⁽²⁾」といった側面を否定しきれず、それだけにメツガーによる不統一といった批判を避けてとおれなかったといいうるのかもしれない。だがだからといって、メツガーによる批判の是認は、ここでの問題解決への端緒を失わせる結果になりかねない。したがって、逆にそれを避けなければ、まずは処罰条件とされることの意義なり性格なりを、

お互いの協調のうえで明確にしておく必要はあり、それがまたここでの緊急課題ともなってくる。そしてこの課題は、不統一とされていた時代からの古典的な問題点であると同時に、いままなお論争のあるところでもある。⁽³⁾

そして、この概念に関する一応の確定者とされているリトララーによれば、「客観的処罰条件とは、構成要件的徴表との鋭い対立においてあらわれる」⁽⁴⁾とされている。したがって、こうしたリトララー流の概念規定を確かなものとして信奉するかぎり、それはこれまで縷述のように、犯罪の成立要件としてではなく、むしろ刑罰権発生の要件として、その実態を規制しているものと、そうみるのが素直となつてこよう。そして、かねてからこうした形で、客観的処罰条件を理解してきた私にとっては、この帰結はそれ自身として素直に維持していきたいところである。⁽⁵⁾そしてまた、そう解するのがドイツでの通説でもあった。この事実だけは付記しておきたい。

だが他方において、かならずしもこの帰結に落ち着くことをいさぎよしとしない選択肢もみられた。⁽⁶⁾もっとも、いさぎよしとしないとする結果自体においては共通しながらも、その態様はかならずしも統一的でなかった面はある。そして、この間の事情をめぐって、パウマン・ウエーバーはつぎのようにいつている。すなわち、通説所説のような客観的処罰条件に関する理解によるかぎり、それは基本的にいつて「たとえ、客観的条件がなくても、違法・有責な形で構成要件の充足はなされている」⁽⁷⁾とみているわけであり、またそれを予定しての定義でもあったはずである。そしてこうした理解が、客観的処罰条件と解することの効果とも考えられてきたが、実は既述のとおり、そうした理解に対抗する異端児がいなかった。すなわち「こうした通説のもつ構成を拒否し、つぎのような立論も意図されている。⁽⁸⁾いふなれば、当罰性 (Strafwürdigkeit) と処罰の必要性 (Strafbedürftigkeit) とを区別して考えようとする見解がこれである。⁽⁹⁾したがってその結果、客観的処罰条件が存しない犯罪行為とは、

それ自身処罰に値しないだけのことであり、換言すれば、処罰の必要性に欠けたばあいである⁽¹⁰⁾とする所見の登場がこれである。

従前の論争の態様は、主として客観的処罰条件の位置づけ、換言すれば違法性あるいは責任への還元が可能であるのかどうか。逆にこうした方向を拒否し、全面的に成立要件からの訣別を意図して、客観的処罰条件それ自身として自己を確立していくのか、そのいずれかの方法に集約されていた。そして、こうした選択をめぐる論争は、現在においても変わりなく展開されている問題でもある⁽¹¹⁾。だが、既引用のバウマン・ウエーバーの所見を参照するとき、そこにはこうしたこれまでの論争のいき方との間で、若干の変動がみられるとしなければならないようである。すなわち、(a) 構成要件との対立において、客観的処罰条件という別個の類型を是認するのか、(b) そうではなくて、違法性ないしは責任といった成立要件のいずれかに、それは還元されなければならないのかといった、これまでの古典的な論争のほかに、(c) 第三の、基本的には(a)型に共通しながらも、それを処罰の必要性に結びつけていこうとするいき方、この三者の存在が予想されるからである⁽¹²⁾。

このように、客観的処罰条件をめぐる三者の理解が現存しうるのなら、そのそれぞれに対する検討をおこない、そのうえで、そのいずれかの帰結に帰着するというのが公平の原則にもあうといえるであろう。そのこと自体は、私としても理解している。ただそうはいいいながら、私見としては、すでに(a)型の帰結に賛意を示している。それだけに、検討の必要性についてはある種の遲疑感ものこるが、だからといって私見だけを根拠に、処罰条件説を対象として批判するのは適切であるともいえない。そして事実、そうした自制から解放されていないのなら、やはり既述の三者の理解をそれぞれ前提としながら、他方で場所的適用範囲の法的性格を、処罰条件として把握しよう

とする通説への批判を、展開していくのが素直ともなつてこよう。その方がフェアともいいうるからである。ただそういいながら、つぎのようなひとことをここで追加しておくことは、多少公平感に反する感じがしないわけではないが、バウマン＝ウエーバー＝ミッチェによる言葉を併記しておこう。すなわち、(c)型のいき方に対しては、「それがあまりにも技巧的であり (geeknisch)、加えて論理的にも一貫しないとする批判がある。なぜなら、たとえば刑事政策的な考慮からみて、なんら処罰の必要が認められず、したがってそれを否定するかもしれないような事例であっても、なおその事例の当罰性が問題になりうるばあいはありうる。そうだとすれば、当罰性と処罰の必要性を区別することに意味があるのは、つぎのような事例にかぎられてくる。すなわち、行為者あるいは行為者のおこった行為に対して、当罰性を向けるか、あるいは一般的な秩序の維持、換言すれば共同社会といった視点に向けられたばあいだけに意味があるにすぎない。……だが、例外的に有意義とされる、この両者の区別は、それと客観的処罰条件とされるものとの間で、なんらの関係もない」⁽¹³⁾とされているからである。

(1) Vgl. Liszt = Schmidt, a. a. O., S. 298 ff. 名和「国際刑法」七二頁も、迷わずに同一視しているが、古田「国際協力」三六四頁には「通常考えられる処罰条件とも異」なり、「法の欠缺の場合の処理の方法」であるとしている。そのこと自体、一個の見解ではあるが、そうしたニュー・フェイスの登場が従前の刑法体系のなかで、どこにどう位置づけられるかの論証はなされていない。また、処罰条件とは異なるとしておきながら、処罰条件説の主張する効果がそのままは認められている。その根拠も定かでない。

(2) M. E. Mayer, a. a. O., S. 100 ff.

(3) 客観的処罰条件の問題にいち早く着目し、「ザウアー所説の見解を基本的には正当と解」(Vgl. Wilhelm Sauer, Die beiden Tatbestandsbegriffe, Zur Lehre von den äusseren Strafbarkeitsvoraussetzungen, in Festschrift für E. Mezger, 1953, S. 126 (註

細は、香川・結果的加重犯の本質（一九七八年）一五頁以下参照）、客観的処罰条件をもって、可罰的違法類型への還元をはかった先人として、佐伯千仞「客観的処罰条件（二）」法学論叢三六卷二号二六八頁以下がある。なお、最近の論文でも、かつての佐伯博士と同一の方向を追う者として、松原芳博「客観的処罰条件と犯罪概念」刑法雑誌三三卷三号四一頁以下がみられる。加えて、ドイツにおけるその後の学説の展開については、松原「西ドイツにおける客観的処罰条件の現状（一）（二）」早稲田大学大学院「法研究集」四七号二二三頁以下、四八号二八九頁以下がある。ただ、この論文の（一）の二一八頁には、要罰性（Strafbarkeit）といった訳がなされている。私自身は、本文記述のとおり、処罰の必要性といった表現を用いている。なお、この二論文は、その後、松原・犯罪概念と可罰性（一九九七年）の第四章と第五章に収録されているが、引用は収録前の論文によった。加えて、北野通世「客観的処罰条件論（一）」山形大学紀要（社会科学）二四卷一号三三頁以下も、あわせ参照されたい。

（４） Vgl. Theodor Rittler, Strafbanksbedingungen, in Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. 2, 1930, S. 2.

（５） 香川・結果的加重犯の本質一五頁以下参照。

（６） 違法と責任からの完全な訣別、それが本来的な意味での客観的処罰条件であると私は考えているし、ドイツの通説も、そして本文引用のバウマン・ウエーバーの認識もまた、その点では共通するものがあつたといえる。ただ、そうした認識で一致するとはいえないものの、訣別の仕方はかならずしも完全ではなかつた、といった意味での異端児がいなかつたわけではなかつたし、さらに他方では、完全に訣別を拒否するいき方もみられた。この点の認識は、マウラッハ・ティップの見解においても同様であつた。すなわち「客観的処罰条件とは、構成要件の外にある犯罪徴表（außerhalb des Tatbestandes stehende Verbrechenmerkmale）であり、また客観的処罰条件の存在は、構成要件に該当する違法な行為について、その刑罰効果を是認するための要件である。したがつてそれは、行為が関連する全体的な事象あるいは全体的な地位としての構成要素ではあるが、決して行為の一部を構成するものではない」（Reinhart Maurach = Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1992, S. 297）と明確に定義づけられているからである。だがそれと同時に、マウラッハ・ティップは他方において、佐伯博士らの所見と同じく、この概念自体に消極的なベムマンのほか（Vgl. Günter Bemann, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957, S. 52）いわゆる処罰制限事由説や松原助教教授のいう不法要素説（マウラッハ・ティップは、Heinrich Schweikert, Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten）

ふたたび場所的適用範囲の法的性格について（香川）

ten? Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 70, S. 394 ff. (以下「ZStW」と略記する) : derselbe, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beeling, 1957, S. 86 ff.をみれば) にも触れている。それだけ「ドイツにおける論争の激しさを反映しているのかもしれない」。

ところで、このでいう処罰制限事由という名称の由来は、一九六二年草案の理由書が、客観的処罰条件をもって、「可罰性に対する制限 (Einschränkung der Strafbarkeit) である」としていたことに由来するものと思われる (Entwurf eines StGB 1962 mit Begründung, S. 268)。

もっとも、こうした分類が専門用語的な方法として興味があるにしても、最終的になら実質的な効果をもたらすものではないとして「マウラッハ」は批判的である (Maurach = Zipf, a. a. O., S. 298)。

(7) Baumann = Weber, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1985, S. S. 463. さらに「ミッチェ」が参加した本書の一〇版を引用しておいたが、この一〇版にはこの言葉はみられない。したがって、引用は九版からのそれである。

(8) Vgl. Eberhard Schmidhäuser, Objektive Strafbarkeitsbedingungen, ZStW, Bd. 71, S. 545 ff.; Stratenwerth, Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuches 1969, ZStW, Bd. 71, S. 565 ff. そして「松原」現狀 (二) 二二頁以下には、この両者を通説的見解として、あわせて処罰制限事由として位置付けている。そうであることを否定するつもりはない。ただ、パウマン＝ウエーバーにいわせれば、それは既述のように通説に内在する異端児であるとされ、通説とはむしろリトラ流の古典的な性格づけがこれであるとされている。「違法内容に関係がない」、にもかかわらず、違法から完全に中立ではない事例をも、ここに含ませようとする、いわゆる処罰制限事由のもつ構成は、「なら満足にゆく説明を示すものではない」 (Baumann = Weber, a. a. O., 9. Aufl., S. 464) とする発言に注目したい。

(9) 注 (6) 記載のとおり、六二年草案作成時の論議に影響されているものようである。そして、この理論の主張者であるシュミット・ハイザーやシュトラーター・ウェルトの見解については、松原「現狀 (二)」二二三頁以下に詳しい。

(10) Baumann = Weber, a. a. O., 9. Aufl., S. 464.

(11) 松原「犯罪概念」四二頁以下がこれである。

(12) ただ、(c) については、多少の整理が必要のようである。すなわち、パウマン＝ウエバーが、通説に對峙する見解としてあげてゐるのは、「客観性と処罰の必要性とを区別し、『客観的処罰条件を欠く犯罪行為は、処罰の必要性に欠ける』」(Baumann = Weber, a. a. O., 9. Aufl., S. 464) という意味で、いわゆる「処罰制限事由説」のほかに、「真正・不真正の二種類の客観的処罰条件を区別する不要素説が同居」しているからである。

(13) Baumann = Weber = Mitsch, a. a. O., S. 464.

二 さきにもすこしく触れておいたように、「処罰条件説を採用することのひとつの効果として、それが処罰条件であるだけに、故意の成立に必要な認識の対象とはならないとする点にあった。そしてこの点は、格別の異論もなく認められているところでもある。」⁽¹⁴⁾したがって、「認識不要とする点を非難するつもりはない。」しかし、「処罰条件として性格づけるのなら、それが認識の対象にならないのは事実としても、逆に認識の対象にならないからといって、そのすべてが客観的処罰条件とされるわけではない。」その意味では、「認識の対象外」客観的処罰条件とする公式はなりたないし、⁽¹⁵⁾そこから「処罰条件説が、認識の対象にならないことを自説の根拠とすることも、かならずしも充分なものであるともいえなくなってくる。」認識を必要としないからといって、そのことから必然的に「処罰条件説を是認するものでもないからである。」また「認識の対象にならないため、その錯誤が故意の成立に對して影響のないのは当然としても、だからといって錯誤が問題にならないから、処罰条件説が正しいとする理由づけにもならない。」

もっとも、「処罰条件説に直結しうるか否かの問題は別にして、それが故意の対象にならないとする範囲で、その点についての思い違い、たとえば行為地が自国外であるとはしなかったとか、あるいは自国外であることの認識

はあったが、自国法の適用があるとはしらなかった等の、いわゆる場所的適用範囲に關しての錯誤は、それが認識の対象外の事項であるだけに、その点についての思い違いがあったからといって、それが故意の成立にとって、なんらかの影響をおよぼすものではない。このことは当然の事理でもあった。⁽¹⁶⁾とくに、既述した(a)型の処罰条件に關する理解に準拠するかぎり、この帰結は容易に是認しうるところとなつてこよう。そして、私自身もまたそうであるとして、この帰結を妥当なものとして理解している。したがって、それ以上に触れる必要はないといえるが、さきに引用したパウマン・ウエバーのばあい、わざわざ「処罰条件の錯誤」という一項目を設けて、それへの記述をなしている。となると、とりあえずはその再現をここで図っておく必要もあるようである。⁽¹⁷⁾

「禁止の錯誤を認めると同時に、それをどう評価するかといった課題についての議論との関連で、以前からきわめて広汎に、つぎのような事実を認める点で、論者の意見は一致していた。すなわち、違法性の意識のみが責任の分野でその主役を演じうるにしても、処罰条件がその地位を取得しうるものではない。なぜなら行為者は、自己の行為が可罰的であるか否かまでしている必要はないからである。したがって、処罰条件についての錯誤を、故意の阻却あるいは責任の阻却として考慮するといった要求が、かつてフォエルバッハによってなされたことがあったが、この種の錯誤は、決して責任に關連することはありえないわけである。なぜなら行為者は、さしあたって刑罰効果によつて拘束されるのではなく、すでに法によつて拘束されているからである。法が自己を拘束することをしている行為者は、法の命令するところにしたがわなければならない。逆に、それにしたがわれないのなら、その刑罰効果をしらなかったとしても、法を侵害している事実はしっているとしなければならぬ。いわば、効果をしていたかどうかではなくて、法をしいたこと、そのことが目的となるものでなければならぬからである。その

意味で、処罰条件についての錯誤は、つねに重要視されうるものではないし、このことはまた、一七条の表現が明らかにしているところでもある。処罰条件についてしていなかったことではなくて、ただ単にそれが違法であることをしなかっただけである……より高い法に反して刑罰規範を害しているか、さまなければ無効とするか、あるいは無視するといった考えを行為者がもっているかぎり、それは決して処罰条件の錯誤ではない。こうした事例にあっては、行為者は単に違法性の意識を欠いているだけである⁽¹⁹⁾とするのがこれである。

禁止の錯誤との対比において論理が展開されているため、多少わずらわしい引用になったかもしれないが、むしろこうした対比の形で記述する方が、さきの(a)・(b)・(c)の三基準による、それぞれの結論の差を明確にしようとする出発点からみれば、それはきわめて便利な記述であったともいえる。すなわち、錯誤の処理に関して、(a)型の処罰条件説によるのなら、その結論については既述したとおりである。それなら逆に、(c)型の処罰条件を前提としたらどうであろう。それがどういう帰結になるのかは、検討しておく必要もあるからである。と同時に、それに先行して(a)型と(c)型との差異はなんなのか、そのこと自身の反省も必要である。

そして、この間の事情に詳しいさきの松原論文は、こうした疑問点に対して、つぎのように解答している。すなわち「客観的処罰条件は、不法を基礎づけるものではなく、既に不法(かつ有責)な行為について、その処罰を制限する事由⁽¹⁹⁾」であるとするのがこれである。処罰制限事由説が、その念頭にあるからであろうと推測される。そして、その代表であるシュミットホイザーもまた、責任がおよぶ必要のないことは自認している。⁽²⁰⁾ そうだとすれば、処罰制限事由説とされる範囲での(c)型は、結果として(a)型とは大差のない結論ともなってくる。

(14) もともと、客観的処罰条件とされることが、そうした効果を予定しているわけだし(本文記述の(a)型参照)、したがって場所的適用範囲に関する諸規定を、処罰条件説で理解する見解が、こうした効果を強調するのも当然のことであった(古田「国際協力」三六五頁、龜山「外国で販売する目的でのわいせつ物所持」六八頁等参照。そこから、(a)型の客観的処罰条件を前提にするマウラッハタイプの場合は、「故意は、客観的処罰条件に関係しない」(Maurach = Zipf, a. a. O., S. 297)と明言しているのもうなずかれるところである。

もっとも類型的には、(c)型に属するイエシュエック・ワイゲンドもまた「特定の刑法秩序が、どこまで適用しうるかについて、当該行為者はそれを故意の内容として認識してなければならぬものではない」(Jescheck = Weigend, a. a. O., S. 162 und S. 505)としている。したがって(c)型によっても、行為者の認識とは関係なしに、その行為地が自国か自国以外かを、事後的に判断して決めればたりることになってくる。もっともそれも、行為者のおこなった、その行為地を確定する範囲において、その効果を示すだけのことであるにすぎない。そこから、その行為地での行為に対して国外犯処罰規定がある範囲では、その行為者に対する自国法の適用が可能になるにしても、逆にそれがなかったばあい、自国内での共犯者の処遇はどうなるのかは未解決の問題としてのこり、その意味では本稿での課題がそれによって氷解するわけではない。

(15) たとえば、責任能力に関する認識は必要とされていない。だがだからといって、それが客観的処罰条件とされているわけではない。まさしく、責任の前提条件なのか、責任要素なのかとして争われているところだからである。香川・刑法講義(総論)第三版(一九九五年)二二七頁以下参照。

(16) 基本的に、この線を変更する必要はないと考えるが、さきに(a)類型に所属させたマウラッハタイプのなかに、気になるつぎのような表現がみられる。「客観的処罰条件は、決して構成要件要素ではない。したがって、それは故意にも過失にも関係がない」とするのは了解する。ただそういいたがら、さらに言葉を続けて、そうではあるが「犯罪の徴表である事実に変わりはないから、こうした客観的処罰条件の欠如は、刑事訴訟法二六〇条により無罪判決を認めるべきであり、手続きの打ち切り(Feststellung des Verfaehens)によるべきではならぬ」(Maurach = Zipf, a. a. O., S. 299)とするのがこれである。

(17) Baumann = Weber, a. a. O., 9. Aufl., S. 461 ff. ㉑㉒㉓㉔㉕㉖㉗㉘㉙㉚㉛㉜㉝㉞㉟㊱㊲㊳㊴㊵㊶㊷㊸㊹㊺㊻㊼㊽㊾㊿㋀㋁㋂㋃㋄㋅㋆㋇㋈㋉㋊㋋㋌㋍㋎㋏㋐㋑㋒㋓㋔㋕㋖㋗㋘㋙㋚㋛㋜㋝㋞㋟㋠㋡㋢㋣㋤㋥㋦㋧㋨㋩㋪㋫㋬㋭㋮㋯㋰㋱㋲㋳㋴㋵㋶㋷㋸㋹㋺㋻㋼㋽㋾㋿㌀㌁㌂㌃㌄㌅㌆㌇㌈㌉㌊㌋㌌㌍㌎㌏㌐㌑㌒㌓㌔㌕㌖㌗㌘㌙㌚㌛㌜㌝㌞㌟㌠㌡㌢㌣㌤㌥㌦㌧㌨㌩㌪㌫㌬㌭㌮㌯㌰㌱㌲㌳㌴㌵㌶㌷㌸㌹㌺㌻㌼㌽㌾㌿㍀㍁㍂㍃㍄㍅㍆㍇㍈㍉㍊㍋㍌㍍㍎㍏㍐㍑㍒㍓㍔㍕㍖㍗㍘㍙㍚㍛㍜㍝㍞㍟㍠㍡㍢㍣㍤㍥㍦㍧㍨㍩㍪㍫㍬㍭㍮㍯㍰

されている。

(18) 当然のことなのかもしれないが、パウマン・ウエーバーは、本文に引用した文章のなかで、つぎのような事例をあげている。たとえば、窃盗自体が違法であることをしっている行為者は、単に処罰条件について錯誤を生じているだけのことである。したがって、禁止の錯誤は存在しないとするのがこれである。

(19) 松原「現状(一)」三三三頁以下。

(20) Vgl. Schmidhäuser, a. a. O., S. 546 ff.

六 処罰条件説とその効果(一)

一 ただ、処罰制限事由説にいう、当罰性と処罰の必要性という概念自体、その区別が明確でないとする批判のあることは既述した。⁽¹⁾そこから、真正客観的処罰条件 (echte objektive Bedingungen der Strafbarkeit) と不真正客観的処罰条件 (unechte objektive Bedingungen der Strafbarkeit) とを区別し、前者の真正客観的処罰条件とは、純粹に処罰制限事由 (reine Strafeinschränkungsgründe) として作用するため、責任の原理にもとづいて、とやかくいうべきではないのに対し、後者の不真正客観的処罰条件にあつては、その本質上「違法構成要件に属する、隠された刑罰加重事由に関連してはくるものの、形式的には客観的処罰条件として形成されているものであり、したがって、立法者がそれを故意ないしは過失の要件からは切りはなそうとしている」と⁽²⁾といった所見が展開されているし、そしてこうした所見もまた、類型的にはここでの(c)型に含まれることにもなってくる。⁽³⁾そうだとすれば、そうした所見の存在を無視して、「結果として(c)型とは大差のない」と断定するについては、問

題がのこることであろうし、またそれが(c)型の結論であるとする点についても、批判をまねがれえないところなのかもしれない。その意味ではここでもまた、その代表者であるイェシュェック・ワイゲンドの主張に耳を傾けなければなるまい。

そしてこの課題に対し、イェシュェック・ワイゲンドもまた、つぎのような答えを準備している。すなわち、客観的処罰条件の「錯誤は、法的にみてなんらの意味をもつものではない。不真正客観的処罰条件のばあいであっても、それは不法構成要件に属さないものとして取り扱われている。ために、同じく有意味ではない。なぜなら、不真正客観的処罰条件とは、立法者にとって刑事政策的な理由から、故意あるいは過失との関連から解放されているからである⁽⁴⁾」とするのがこれである。そして、これがそこでの結論であるとするのなら、結果としてこうした二分類を前提とした(c)型においてもまた、こと錯誤の問題に関するかぎり、(a)型との間に差異はないことにもなってくるし、その意味では、既述の結論を変更する必要を認めないわけでもある。

ただそれと同時に、こうした二個に分類された客観的処罰条件の存在や、さらには処罰制限事由説といった所見の展開が、当面の課題である場所的適用範囲の問題との関連で、どう影響してくるのか。あるいはどう利用されているのか。それは、錯誤の問題とは別途に考えておかなければならない問題である。だが、たとえば処罰制限事由説のばあい、その代表とされるシュトラーター・テングヴェルトの主張には、結果として、こうした疑問に答える文言を見出すことができなかった。もっとも、つぎのような気になる文言は存在していた。すなわち「加えて立法者は、刑事政策的に争いのある各種の構成要件については、行為地を外国にまで伸展させることによって、ドイツ刑法の適用を確実にすることが必要であると認めているからである⁽⁵⁾」とするのがこれである。構成要件の自国外への伸展と

いう、この表現をどう理解するのか。その理解の仕方にもよるのであるが、すくなくともこれが客観的処罰条件説に結びつくとはどうしても考えられない。となれば、客観的処罰条件としての把握と場所的処罰範囲の問題とは、この所説にとって、相互に関連して把握されているものではないといえるのかもしれない。もっとも他方において、真正・不真正の区別を前提とするイェシュェック⁽⁶⁾||ワイゲンドのばあいは、すでに紹介したように、明確に処罰条件に結びつけて考えている。その意味では、それを(c)型内における不統一として指摘することができるのかもしれない。

さらに、のこされたもう一個の選択肢、すなわち(b)型との関連も考えられなければならない。そしてこの(b)型によるかぎり、ここでの課題は禁止の錯誤とされる余地の多いことは事実であろう。それはこれまでの引用から、あきらかなおりでからである。ただ、つねに禁止の錯誤であるといえるのかといえ、そうだと断定するたためには、なお若干の検討が必要のようである。さきに、そこが自国外であるとしらなかった、あるいは自国外であるとしっていたが、自国法の適用があるとしらなかったという表現を通じて、場所的適用範囲をめぐる錯誤の事例を掲記しておいた。したがって、ここでもその各々についての錯誤を、各別に検討しておく必要もでてくるからである。

前者すなわち自国外であるとしなかったとは——外国籍の船舶に乗船し、その船舶内で傷害行為を犯した。ただ、傷害行為時のその船舶の所在位置が、自国領海内であると思っていれば、実は領海外であったというような事例——、事実の錯誤として処理されるばあいが多いであろう。⁽⁷⁾他方、自国外での犯行である事実に変わりがないが、その犯行自体について、自国法の適用があるとしなかったという後者の事例については、著名な先例であ

る「狸・むじな事件」と「もま・むささび事件」をめぐる、逆趣旨とも思われる判例の存在が想起されよう。もっとも、この両者の先例を逆趣旨と断定してしまっているものかどうかについては争いもあり、したがってこの両判決の理解に関しては見解のわかれるところではあるが——それが、ここでの主題なのではない——、すくなくともこの両判決をとともに法律の錯誤として把握するのなら、ここでの後者の事例もまた同様に、法律の錯誤と理解されることになってこよう。⁽⁸⁾そして、法律の錯誤と解するかぎり、それは既述したパウマンIIウエーバーの所説のように、違法性の意識の問題に還元され、したがって違法性の意識に関する私見によるかぎり、結果として責任説による処理が可能となってくるだけのことである。

(1) この点は、前出四二頁以下記載のとおり、パウマンIIウエーバーによる批判として紹介しておいたとおりである。

(2) Jescheck = Weigend, a. a. O., S. 556.

(3) Jescheck = Weigend, a. a. O., S. 556 に、こうした区分がみられる。すなわち、イエシェックIIワイゲンドによれば、真正客観的処罰条件とは、処罰制限事由としてのそれであり、したがってシュトラーターテンヴェルトらのいう意味でのそれに共通する。このばあいにおいては、すでに基本となる所為は、当罰的であるとされているからである。

他方、不真正客観的処罰条件とは、刑罰拡張事由として把握される。というのは、基本的な所為そのものが、まだ当罰的ともいえない状態にあるからである。そうした区別を前提としての立論に対しては、Walter Stree, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, Juristische Schulung, 1965, S. 465 (以下、JUS略記する。)も、この見解に賛意を表している。隠された刑罰加重事由以外の何者でもないと解しているからである。

(4) Jescheck = Weigend, a. a. O., S. 559.

(5) Stratenwerth, Strafrecht, S. 53.

(6) Vgl. Jescheck = Weigend, a. a. O., S. 559.

(7) 一般的には、そういつていいのかもしれないが、同じく自国外であることをしなかったはあいであつても、たとえば領海の範囲が一二海里であると思つていたら、実は三海里であつたとかおよびその逆の事例になると、類型的には後者のそれに所属することになるのかもしれない。この点、マウラッハ・ティップは「客観的処罰条件が存在しなければ無罪」(Maurach = Zipf, a. a. O., S. 296)として、きわめて明快な解答をだしているが、この不存在のなかに、錯誤がはいりうるもののかどうかは定かでない。他方イェシュエック・ワイゲンドは「錯誤は法的にみて、なんらの意味をもたない。不真正客観的処罰条件のばあいでも、それが違法・構成要件に属さないかぎり、その処遇は同様である」(Jescheck = Weigend, a. a. O., S. 566)としている。

(8) 香川・総論二七二頁参照。なお、行為の違法内容に関する錯誤であれば、それが禁止の錯誤として処理されるのは当然であると「えよう」(Vgl. Jescheck = Weigend, a. a. O., S. 162)。

二 さらに、処罰条件説に準拠することの第二の効果、すなわち国外犯と共犯との関連について、真実そういうるのかどうかの検討が必要となつてこよう。もとより、場所的範囲に関する諸規定を、処罰条件として性格づける見解は、異口同音にその点は積極的に解し、つぎのようにいつている。すなわち、さきにも引用しておいたとおり「処罰条件説によれば共犯者を処罰出来ることになる」⁽⁹⁾とするのがこれである。そして事実、わが国で処罰条件説に準拠する見解は、この効果を当然のこととして承認している。⁽¹⁰⁾だが、同じく通説とされるドイツにあつては、場所的適用範囲の法的性格を処罰条件と解するところから、自動的に自国内での共犯者の処罰が可能となるとはされてない。その意味で私には、処罰条件とされることと共犯者の処罰が可能であるとする⁽¹¹⁾ことが、有機的に関連するという、こうしたわが国での見解の論理的な根拠がわからないわけでもある。加えて既述の引用も、類型化からくる結論の明示だけであるにとどまり、その論理過程については、かならずしもあきらかにされていない。したがつて、真実そういつるのかどうかは、やはり疑問としてのこらざるをえないのである。

ふたたび場所的適用範囲の法的性格について(香川)

もっとも、この問題を考えるに当たっては、各種の配慮が必要になってこよう。たとえば、行為地の意味をどう考えるのか。さらには、「罪を犯した」とする表現のなかには、基本的といってなが予定されているのか等々の課題がこれであるが、それにもまして「国外犯処罰規定のない犯罪」と簡単にいうが、その国外犯処罰規定を現に欠如しているのにもかかわらず、なぜ処罰条件説によると、それに対する共犯者の処罰が、当然のように可能になってくるというのか。それらの事柄に対する論証は重要である。加えて、既述の「国外犯」とは、当該国外犯の行為者が自国民であることを前提としての発言かとも思われるが、それとても属人主義を前提とするかぎり、ういえるだけのことであって、他方で、保護主義や世界主義の採用は、当該国外犯を自国民のみに限定するという保証には、なにひとつつながない。この事実を看過してはならない。

そうだとすると、そのそれぞれに対する配慮がなされたうえで、そのいずれの宿題に対しても処罰条件説は、それに準拠することによって、共犯の処罰が可能になることの基礎づけを実証しなければなるまい。だが現実には、その前提からこの課題を証明した例を聞かない。ただ「処罰出来る」とするだけである。だがそれでは、単なるドグマ以外のなものでもないことになってくる。そこで、単に国外犯処罰規定がない事例だけでなく、犯罪地の刑法典自体が、当該行為を処罰の対象とさえしていない事例をも併考し、それぞれの組合せのうえに、ここでの課題を検討していく必要もあろう。すなわち、(1) 自国では犯罪とされ、行為地でも犯罪とされているが、自国法にはその国外犯処罰規定はない。そのような自国外で、① 自国民が当該犯罪行為をおこなったばかりと、② 自国民以外の者が当該犯罪をしたばかりのほか、(2) 同じく国外犯処罰規定を欠いているだけでなく、行為地では犯罪とすらされていない、その場所で(ただし、自国法では犯罪とされている) ① 自国民が当該行為をおこなった

ばあいと、② 自国民外の者が当該行為をおこなったばあいの両者がこれである。

もとよりこれらの問題は、別稿において改めて詳論するつもりであるが、いずれにせよこうした類型化のすべてについて、処罰条件説は自国法の適用が可能になるとするのであるか。あるいは可能なばあいとそうでない事例とを、なんらかの基準で区別するつもりなのだろうか。既述の引用だけからでは、その辺の事情についての解答は、かならずしもあきらかでない面もある。ただ、表現自体に格別の制限的な記述もない以上、自国外における正犯者が内・外人であるかどうかを問わず、自国内にある共犯者はその正犯者との関係で、すべてその処罰が可能であるとしているようにも読める。格別の制限も付記されていないのなら、答えは積極的とならざるをえまいとも思われるからである。したがってこの点は、改めて処罰条件説に対して質問しておきたい点であるし、同時に処罰条件説にとって、自説の核心となっている客観的処罰条件とは、一体どうしたものとして把握されているのかといった、前項記載の疑問点を、もう一度ここに提起しておきたいわけである。既述のとおり、(a)・(b)・(c)といった三通りの性格づけのある客観的処罰条件のうち、(b)型あるいは(c)型の意味での客観的処罰条件は、すくなくともここでは使えまい。なぜなら、(b)・(c)の両型によるかぎり、たとえその範囲に広狭があるといいうるにしても、(b)・(c)両型の意味に解するかぎり、それはおのずから構成要件説に近づくことにもなってくるからである。⁽¹⁾ そうだとすると、すくなくともその否定のうえに、自説を展開してきた処罰条件説が、(b)・(c)両型の客観的処罰条件を前提とし、それに準拠するわけにもゆくまいと思われるからである。したがって、のこされた選択肢としては、(a)型しかありえないわけである。

そして、最後の牙城である(a)型によれば、これまで繰述のとおり、それは構成要件との対立において、自己

を確立している事実是否定しえないところである。換言すれば、それは違法性・責任といった犯罪としての成立要件を満たしたうえで、初めて客観的処罰条件の登場が可能となってくるにすぎないのである。この事実は、くどいようだが看過しえない事実である。逆にいえば、前二者の要件を欠如したまま、客観的処罰条件が登場する余地は皆無なのであるといわなければならない。そしてこの点は、私が改めて強調するまでもなく、これまでの諸見解が明言しているところでもある。

このように、犯罪としての成立が不可欠の前提になるのなら、既述した二個の類型(一)・(二)の、いずれであるかを問わず)のいずれもが、ともに犯罪としての成立要件を具備していること、それが不可欠の前提となっていなければならない。その意味では、さきの類型のそれぞれにおいて、まずはそれらが犯罪としての成立があること、そのことの論証がなされなければならないはずである。それにもかかわらず、処罰条件説はその間の論証を現実に実行しているものとは到底思えない。その論証の過程を看過したまま、処罰条件と解するかぎり、つねに自国法の適用が共犯者に対して可能になるとする論理が、どうしてでてくるのか。それが、私には理解しえないわけである。別ないい方をすれば、処罰条件説への準拠が、自動的に既引用の結論に結びつくものではないといいたいのである。

そして、処罰条件説批判の最後の論点として、もうひとつだけ加えておきたい問題点がある。それは処罰条件説にとつて、処罰条件として性格づけられる対象の範囲は、どこまでなのかといった、きわめて素朴な質問がこれである。もっともそう質問すれば、それに対しては当然のように、一条所定の属地主義から四条の二所定の世界主義までといった解答がよせられることであろう。それが自然な答えである。場所的適用範囲規定に共通する性格その

ものを聞いているのなら、こうした解答がよせられるのは当然の事理だからでもある。だがそれに対しては、つぎのような疑問を提起しておきたい。すなわち、一条所定の属地主義は、処罰条件説所説のように、やはり客観的処罰条件にすぎないのかがこれである。換言すれば、この規定の存在を待たなければ、国内犯の処罰は不可能なのかとする質問がこれである。属地主義の規定の有無にかかわらず、自国刑法が自国内の犯罪に対して適用されるのは当然であろうし、だからこそ「この法律は……」とされて、確認的な規定をしているだけであって、この規定が処罰条件として作用しているわけのものではあるまい。もっともそういえば、同じ処罰条件説のなかでも、こうした批判を予想してか、一条を除外し、二条以下のみを対象にして立論している見解もある。⁽¹²⁾賢明な対応策であるといえるのかもしれないが、それならば、のこされた一条は、他の場所的適用範囲規定とは性格の違う規定なのかといった疑問をのこすことになるう。

(9) 松浦「国際犯罪と共犯の処罰について」四〇頁。

(10) 古田「国際協力」三六八頁以下、山本「外国における犯罪と刑法の適用」七五頁参照。

(11) ただ、(c)を纏めて一本として記載することには抵抗感もあらう。(3)のなかでの処罰制限事由説は、基本的にみて(a)と変わらないともいえるからである。他方、不法要素説の意味であるのなら、抵抗感も減少する。

(12) 古田「国際協力」三五九頁参照。

七 処罰条件説とその効果 (二)

一 自らの主張の基礎づけは、自らの手によってなさるべきであって、それを批判する側に与えられた課題では

ふたたび場所的適用範囲の法的性格について(香川)

ないとも考えるが、ともあれ既述したような両類型が現に予想されるのなら、そのそれぞれとの関連で、おそらく処罰条件説ならこうした解答をするであろうといった論拠を、さらにここでの課題として推論してみることにした。と同時にそのこと自体、批判する側にとっても決して無意味ではないと考えられるからである。

もっとも、既述したように自国外における行為者が、自国民にかざられる事例とそうでないばあいの両者が前提になっていた。そこでまずは、この視点から區別して考えるところと、そこには属人主義と保護主義の両者の登場を促すことにもなってくる。保護主義から、最初に始めることにしよう。

たとえば保護主義のばあい⁽¹⁾、その行為地が自国以外にかざられる点で、属地主義との間で格差があるにしても、他方でその行為者は、内外人のいずれであるかを問わない点で、属地主義と共通する面がある。この両主義とも、自国の利益の保護を優先させている点での差異はないからである。ただ保護主義のばあい、その優先のさせ方が、属地主義のように自国内にかざらず、自国外にも波及させているだけのことである。そしてこう考えれば、自国外での行為者が自国民であろうと自国民以外であろうと、さらにはその自国外の行為地で犯罪とされていようといまいと——自国法で犯罪とされているかぎり——、そのすべてに対し、自国法の適用が可能になってくるといわざるをえない。だからこそ、保護主義とは「属地主義と同じく、第一次的性質(primary nature)のものであって……補充的性質(residuary nature)のものではない。それゆえ、行為が犯罪地において、罪とならないものであるかどうかは問わない⁽²⁾」とされ、そしてそのこと自身、それはそれとして是認せざるをえないのが現状である。そうだとすると、さきの両類型中の(2)については、ここでそれへの解答をだすことが可能になってくる。すなわち、保護主義によるかぎり——停止条件つきで——、(2)の①・②については、ともに自国法の適用が可能

になり、したがって行為者の処罰も可能であり、またその範囲で格別の問題も生じてこないとするのがこれである。その意味では、行為者すなわち正犯者には犯罪としての成立があり、したがってそれへの共犯行為が処罰されるだけのことであって、そのこと自体、処罰条件説の登場を待たなければ解決しえない課題ではない。換言すれば、それは保護主義を採用することからくる帰結であって、処罰条件とする性格づけからでてくる帰結なのではない。

もっともそれも、既述のように停止条件つきであって、決して無条件なのではない。当然のことながら、既述の結論は国外犯処罰規定の存在を前提にしてのみ意味のあるところであって、それを欠いていても、なお可能としている趣旨ではないからである。それだけに、処罰条件説は国外犯処罰規定の存在を欠いていても、なお既述の結論を是認しようとするものであって、そうした主張に疑問がのこるわけである。そういうのなら、なぜ是認しうるのか。そういうものとする自説すなわち処罰条件説にとっての、もっとも基本的な課題に対する解答を、納得のいく形で提示する義務があろう。

(1) 論稿を準備し、そこでその詳細を取り扱っているが、同稿を別途に発表するか、単行本にまとめる段階で公表するかは、現段階では未定である。

(2) 森下・入門五一頁。

二 さらに、属人主義によったとしたらどうなるであろう。とくに、既述した両類型中の(2)について触れたあとは、のこされた(1)の処遇も問題になるからである。ただ、単純に属人主義といわれているが、属人主義とは通常二個の類型に区別されている。すなわち、積極的属人主義(aktive Personalitätsprinzip)と消極的属人主

義 (passive Personalitätsprinzip) の二者がこれである。そして、ここでの対象とされる属人主義とは、前者の意味であって、後者のそれではない。

ところで、その積極的属人主義とは、通常「行為者の国籍に依存する。したがって、自国民に対しては、自国法の適用が可能であるとされ、そこから当該行為が、自国内でおこなわれたか、自国外でおこなわれたかは問われない⁽³⁾」とされている。このように、自国民であることとの結合に、属人主義のもつ重点なり特質なりがあるとするのなら、逆にこうした関係のみが属人主義にとっての必要な課題であり、それ以上のものを要求するものではない、ということにもなってくる。その結果、「この原則を適用するについては、その行為のおこなわれたその国の規範に、適合するかどうかの検討を必要とするものではない⁽⁴⁾」ということになろう。

その範囲で、既述した保護主義と同じく、属人主義もまた、行為地である自国外において当該行為が犯罪として規定されているか否かは、本原則の適用について、なんらの障害ともなっていない。そして、こう解するのが一般のようであるし、また私自身もそう解したいところであるが、この点については、異論がないわけではない⁽⁵⁾。

たとえば、H・マイアー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⁽⁶⁾」と定義し、その範囲では通説と共通の認識にしたがいながら、「だが (jedoch)」とするひとこと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⁽⁶⁾」として、決して既述した一般的な認識には同調せず、行為地で犯罪とされているかどうか、それを問題視しているからである。

基本的なみて、代理処罰な思考 (das Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege)⁽⁷⁾ を前提にしているからである。だがこうした異説が、結果として大勢を支配するにいたらなかったのは、この原理の適用は、逆に自国

民以外の者による、自国内での犯罪に対して、自国法による処罰を許さないとする帰結に結びつく。しかしそれは、他面において属地主義によって解決されるべき問題である。その意味では、この両者間の調整に欠ける結果になると解したからであった。

自国の利益か自国民かの差はあるにしても、その根幹において自国という制約から脱出できないのなら、逆にその拘束があるかぎり、自国法の適用は避けられなくなってくる。その範囲で、属人主義に準拠しても、結果として既述した保護主義との間で大差のない帰結に落ち着きうるといえるのかもしれない。だが、保護主義が擁護しようとする利益は、自国の利益という不動のものである。他方、属人主義によって対象とされる自国民とは、つねに自国をはなれて移動している。それだけに、移動先におけるその処遇に関する明文規定の存在は、不可欠の要件であるといえるのかもしれない。その意味では、既述した(1)の類型については、やはり国外犯に対する処罰規定の存在が不可欠のものとなってこよう。ただそうなると、本来的に犯罪となるものが、国外犯処罰規定を欠くため処罰できないにしても、犯罪そのものとしての成立はあるのであるから、その共犯の処罰もまた可能になってくともいえ、まただからこそ処罰条件説が主張されうとするのが、この説の基礎にあるとするのなら、三条所定の意味での国外犯規定を、処罰条件説で説明することも不可能ではなく、それだけにまた、処罰条件説に対して、むきになって批判を展開する必要もなからうと、宥められそうな感じもする。

ただ「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」⁽⁸⁾として、当該構成要件に関する国外犯処罰規定を欠くかぎり、自国外におよぶことはないとした先例を併考するとき、それはあきらかに構成要件説に準拠しての判示であると理解しうるし、またその範囲でことは、決して処罰条件説で解

明可能なものではなかったことの実例ともなりうる。その意味では、処罰条件説のみが場所的適用範囲の性格づけに関する唯一の基準ともなりえないし、またその点を明示したものとして、本判示自体注目に値するともいいうるわけである。

- (3) Oehler, a. a. O., S. 143.
- (4) Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 110.
- (5) Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1963, S. 91.
- (6) H. Mayer, a. a. O., S. 91.
- (7) なお、代理処罰主義についても、森下・入門六三頁以下参照。
- (8) 最判昭和五二年二月二二日刑集三一巻七号一一七六頁参照。