

スパイ行為に対する刑事責任の根拠

飯 田 忠 雄

目 次

- 一 スパイの種類と刑法的性質
- 二 刑事責任の根拠
- 三 国民による外国のためにするスパイの刑事責任
- 四 外国人による本国のためにするスパイの刑事責任
- 五 国内的政治スパイの刑事責任
- 六 産業スパイ等の私的スパイの刑事責任
- 七 過失スパイの刑事責任
- 八 スパイ組織への参加と刑事責任
- 九 スパイ行為の未遂の刑事責任
- 十 スパイの任務終了後の刑事責任の有無
- 十一 スパイ行為に対する刑事責任の根拠（飯田）

今日は、情報時代といわれるほど、業務上の知識の獲得——正確で迅速な入手——が重要な地位を占めている。情報入手の一方方法であるスパイ行為は、古い歴史をもつものであるが、今日もなお暗黒の世界において、はげしい火花を散らして荒れまわっている。とくにそれが政治や経済の手段とされるとき、人類の幸福を左右するような事態を招きかねないものをもつ。現行法上も、スパイ処罰に関するいろいろの規定があるので、今日までのスパイ行為に関する法律問題を跡づけてみることも全く無意義ではないと考えられる。一見陳腐で回避すべきもののように思われる問題を、ここに取り上げた所以は、ここにある。

一 スパイの種類と刑法的性質

スパイ行為は、これを刑法的見地からは、保護法益が国家の利益であるか私人の利益であるかによって、および知られてはならない事実であるか知られていない事実であるかによって、国家秘密のスパイ行為、私的秘密のスパイ行為および純然たる事実報告的スパイ行為とに分つことができる。前二者は、刑法による責任追求の対象となる行為とされるべきものであるが、第三の単なる事実報告的スパイ行為は、被探知国もしくは被探知者の利益は、直接には損ぜられないものである。それ故に、このようなスパイ行為は、刑法上は放任行為とされるべきであろう。

次に、スパイ行為は、情報勤務を行なうこととして全体的に把握しうるものであるが、情報勤務者の地位(身分)もしくは任務を基準として、直接的積極スパイ行為、間接的積極スパイ行為および受動的スパイ行為の三者に分類することができる。⁽²⁾これらについては項を分つて論ずることとするが、スパイ罪の構成要件は、保護法益が国家的

利益であるか私的利益であるか、スパイ行為者の地位（任務）が直接的積極か間接的積極かまたは受動的であるかによって、スパイ行為の類型を決定し、その類型ごとに定立されるのが妥当であると思われる。

このことは、スパイ行為の本体が知られていない知識の収取という抽象的觀念に収約されて把握されることからくる不当な概念拡張を、厳密に絞って、スパイ罪の限界を明確にする上からいって、等閑に付することのできない問題であると思われる。

〔一〕 国家の秘密に関するスパイ行為

(1) 直接的積極スパイ行為

スパイ行為は、今日では、スパイ組織の活動として実施せられ、スパイ行為の連鎖の中へ幾多の機関が介入しているのが通例である。というよりは、機関指揮者（スパイマスター）が外国駐在非公然スパイ組織の長として委任者より一定の任務を授けられ、この機関指揮者の下に連絡員、技術専門家、挑発工作員等をもって、スパイ機関が組織され、これらの者は直接には事実の探知偵謀の行為を行なわず、連絡員や工作員によって買収獲得された臨時エージェントや定住活動員に事実の探知収集行為をさせ、それによって獲得された報告の収集、選別および伝達のことを行うという仕組みになっているのが通例である。

臨時エージェントや定住活動員は、直接に、積極的に、事実の探知、探索の行為を行なうのを任務とする者である。それ故、これらの行なうスパイ行為を、直接的積極スパイ行為と名付け、直接には探知行為をしないが積極的

に活動を行なうスパイ機関に属する者の活動を、間接的積極スパイ行為と名付けて区別するのである。

国家秘密のスパイ行為に対する保護法益は、国家の利益に関するものであり、そのスパイ行為の構成要件の特徴は、それが国家の利益の保全に基盤を有することである。すなわち、国家の利益に反するスパイ行為だけがスパイ罪の対象とされるのである。

国家秘密のスパイ行為の取締りや科刑は、本質的には、国家の自衛権に基づく活動であり、国際法の支配下における全くの保安処分の性質を有するものである。それは国内法を以て実施されるけれども、この場合の国内法は手段的地位を占めるにすぎないと思われる。それ故に、国家秘密のスパイ行為については、道義的責任の追求は、本質的要件ではないといわねばならない。

国家秘密のスパイ行為の主体は、その秘密について全く関与したくない者であるを要する。国家秘密を任意にまたは避けることのできない理由で知ることを許された者（任意的知得者）は、既に国家秘密に関与している者であり、そのことに關する限り探知行為をするを要しない者であるからである。それ故に、秘密の漏洩者またはスパイ行為の助助者となり得る地位にあつても、直接的積極スパイ行為の主体とは事実上なり得ないものであろう。

国家秘密のスパイ行為の主体は、新知識を取得するものである。いいかえれば、それは任意的知得者以外の者である。

国家秘密に関するスパイ行為の探知偵謀の客体は、外国機関（秘密関与者すなわち任意知得者以外の者）によつて知得されることが国際政治關係（軍事的、政治的關係）において国家の利益を侵害するおそれのある事実、事物、

取扱方法、予備手段、意図、またはその他の事情である。これらのスパイ行為の客体とされる事實は、国家の秘密であるが、その内容は三種に類別しうる。その一は、知られてはならない事實であり、その二は、知られていない事實であり、その三は、スパイの関心の目的となっている軍事的、政治的、経済的領域に關係する任意知得者の知識である。それらが国家の利益を侵害するおそれがある事實に該当するかどうかは、國際政治關係において不利になるかどうかによって判断される。しかもそれは、全く客観的な判断根拠に基づくものでなければならぬであろう。それは、客体となった事実もしくは事物についての知識が外國機關に入手された場合に、自國がその利益を侵害されることがあるか、あればその利益は如何なる利益であるかが検討され、その結論に基づいて國際政治關係において不利になるとの判断がでてくるものでなければならぬであろう。そして、それは被害國の主観的立場から判断されるに止まらず、客観的判断としても是認されるものでなければならぬと思われる。そうでなければ、スパイ行為をした者でない者を主観的立場からスパイ行為をした者として処分するものであるとの批判と非難をうけ、國際法上問題とされるに至るであろう。

次に、国家秘密に關するスパイ行為の主観的要素として、「國家の利益と相容れない目的のためにこれを使用する企圖」を掲げるべきだとする見解が、學者によって主張されている。たとえば、ヴァルター・マラーによれば、スパイ行為の主観的要素として、(1) スパイ行為者がその獲得した知識を國家の利益の相容れない目的のために使用しようとする意圖により行為すること、(2) 彼が何らかの理由により問題の知識を正常の途によって既に取得した者でないこと、この二つを必要とするという。⁽³⁾この二つの要素は、厳密にいえば、行為者自身の自白が真実であ

ることが客観的に立証できるものでない限り、立証の可能性のないものである。それは行為者の心理的事情にのみ関連するものであるからである。国家秘密に関する積極的スパイ行為者の概念として、このような二要素が含まれるべきだという考え方は是認されるとしても、構成要件の要素としてこれを掲げることは、立証の可能性という点からみて、問題があると思われるのである。しかし、この二要素を構成要件の要素として取り入れることを排除するに止まるときは、スパイ罪の範囲を不当に拡張することになることも認めなければならない。たとえば、「任意にまたは避けることのできない理由によって知得することを許された者」という言葉で表現されている人々を、スパイ行為者から除外するための、何らかの立法措置を講じなければならぬであろう。そのためには、スパイ行為の類型を、客体および行為の面で、できるだけ多く客観的特徴をとらえて表現する方法をとることが必要であると思われる。これによって、主観的要素を排除した場合の概念の拡張を防止しうるものであるよう、客観的要素を設定することが必要であると思われる。

次に、国家秘密の直接の積極的スパイ行為の探知の方法もしくは手段については、それは、「直接の看取もしくは認識」または「任意知得者の知識⁽⁵⁾を探索すること」であらねばならないと思われる。その上それは、非公認または虚偽の口実によるものであるを要するであろう。秘密の直接の看取または認識であっても、それが非公認または虚偽の口実によってなされるものに限定するのだけければ、報道関係者や学者の適法な直接の調査による秘密の看取や認識と区別してスパイ行為者の行為の特徴を表示することは困難であろうし、また、非公認または虚偽の口実を設けてする秘密の看取または認識であれば、それを報道関係者や学者の行為であるとの理由で、スパイ行為から

除外しなければならない理由はないと思われるからである。

次に、秘密収取の方法、手段についても、それがスパイ行為であるとされるためには、秘匿しなければならない物件の直接の入手または撮影もしくは複写であるというだけでは不十分で、これも「非公然または虚偽の口実」によるものでなければならぬであろう。そうでなければ報道機関や学者の正当な業務による行為とスパイ行為との区別がないことになり、報道の自由や研究の自由を不当に抑圧することになるおそれがあるからである。

ここで、直接的積極スパイ行為の定義をすれば、次のようになると思われる。

直接的積極スパイ行為とは、

国家秘密を知ることを許容された者以外の者が知得することが、軍事的、政治的またはその他国際政治的關係において、国家の利益を侵害するおそれのある事実、意図その他の事情を、非公然にまたは虚偽の口実をもうけて、直接に看取もしくは認識し、またはその職務により、もしくはやむを得ない理由で、国家秘密の知得を許容された者の有する知識を探求する方法によって、知得または収取する行為である。

そして、このスパイ行為の刑法的性質は、国家の国際政治的利益を侵害する危険のある可罰的行為である。それは、国家秘密が外国に伝達されたことが確実に立証されるまでは、危険罪として取り扱いかい、国家秘密の秘密性の解除されるまでは、この種のスパイ行為者を監禁することが、被害国においては、正当防衛行為として正当性を認められるべき行為であると解せられる。その刑事責任の根拠は、それ故に、国家の対外的利益の保護にあって、道義的責任を問うべきものには該当しないと思われる。それは、政策上の犯罪であるけれども、道義上の犯罪とは、

今日の国際政治的倫理上は、されていないものであると思われる。

(2) 間接的積極スパイ行為

スパイ組織において、直接的積極スパイ行為を担当する者以外の、スパイ領導者、連絡員、通信員その他の組織構成員のすべての積極的スパイ行為者を、間接的積極スパイと名付けることがある。

間接的積極スパイ行為は、直接的積極スパイ行為によって取得された国家秘密の収集および伝達をする行為をいうのを、通例とする。ここに通例とするというのは、収集、伝達の客体とされる国家秘密の取得が、直接的積極スパイ行為によるものであるかどうかは、問うところではないからである。⁽⁶⁾しかし、間接的積極スパイによる国家秘密の収集および伝達は、非公然に、場合によっては虚偽の口実を設けて、実施されるものであるを要すると解される。公然の行為による国家秘密の収集、伝達は、合法的な報道機関の取材活動と客観的には区別し得ないものを有するから、これをスパイ行為に含めることは、問題があると思われるからである。そこで、間接的積極スパイ行為は、次のように定義されるであらう。

間接的積極スパイ行為とは、国家秘密を知ることを許容された者以外の者が知得することが、軍事的、政治的または国際政治的関係において、国家の利益を侵害するおそれのある国家秘密を、非公然または虚偽の口実の下に、収集または伝達し、もしくはその収集または伝達のために必要なすべての行為を非公然または虚偽の口実の下に行ない、または行なうことを企図する行為⁽⁷⁾である。

その刑法的性質は、直接的積極スパイ行為と本質的には、区別されるところはないと思われる。

(3) 消極的スパイ行為

故意または過失によって、積極的スパイ行為者に対し、国家秘密とされる知識について、これを与え、その取得を可能にさせ、その目撃閲覧を許容し、またはそれに接近することを許容しもしくは可能ならしめる行為を、国家秘密の消極的スパイ行為という。消極的スパイ行為者は、その職務、地位もしくは環境から国家秘密とされる知識を取得することを許容されている者、または国家の秘密を保護もしくは管理している者であることを要すると解される。そうでなければ消極的スパイ行為はなし得ないからである。

それ故に、消極的スパイ行為は、行為者が有する国家秘密とされる知識、または国家秘密とされる事物への接近の仲介をすることに止まるものである。そして、この仲介行為は、故意になされるか、過失によって実現されるのでなければ、刑事責任を問われないとするものが、刑法上の原理にかなうものでなければならぬと思われる。スパイ組織に加入している消極的スパイ行為者の仲介行為は、すべて故意の推定をうけるべきものであるといつても不当ではないと思われる。しかし、組織に参加していない者が消極的スパイ行為者とされる場合は、行為の事実的効果を基準として客観的に評価してそういわれるのであり、行為者にスパイ仲介の認識があるかどうかは、問題ではないと思われる。したがって、消極的スパイ行為の場合は、必ずしも故意の行為であると限らない。むしろ過失に基づく判断される場合が多いのである。無過失による場合も考えられる。秘密管理者または秘密保持者の注意能力の限界を越えて国家秘密に接近され、または知識を提供させられる場合である。このような場合には、過失責任も認められないのだから、如何なる意味からも刑罰を科する意味がないであろう。したがって、無過失による消極

的スパイ行為の概念は、刑法的見地からは認めるを要しないものであるし、無過失による秘密漏洩罪も認められないものであると思われる。

〔二〕 国内における外国のための他の外国の不利益となる情報勤務行為

甲国の国内において、乙国のために丙国の不利益となる情報活動をする場合、これによって、甲国の国家秘密に対する侵害は発生しないから、この種の情報勤務行為は、放任行為とされるのが通例である。しかし、外国のスパイ機関およびその組織が自国の国内において設けられ、そこに根拠を置いて、他の外国の国家秘密を侵害する行為が実行されることよって、国際政治における中立の維持がおよびやかされ、ひいては自国が外国から攻撃をうけるおそれを生ずると認められるときは、このような国内における外国のための他の外国の不利益となる情報勤務を禁ずることを、必要とするに至るであろう。スイス国の一九二七年六月一三日の軍刑法第九三条の規定は、その立法例である。

国内における外国のために他の外国の不利益となる情報勤務行為にも、直接的スパイ行為、間接的積極スパイ行為、および消極的スパイ行為がある。外国のために他の外国の秘密を侵害する直接的スパイ行為は、国内に駐在する外国公館または情報機関に対して実施されるものであり、特別にこれを禁止する立法がない限り、刑法典においてこれをスパイ行為とはされないのが通例である。外国のために他の外国の秘密を侵害する消極的スパイ行為も、同様である。この二種のスパイ行為は、それが滞在国の利益を侵害するものでない限り、また、刑法各則に該当す

るものでない限り、もしくは国際条約による協力関係によって違法とされない限り、放任行為とされる。

ところが、外国のために他の外国の不利益となる間接的積極スパイ行為は、それが国際秘密戦の遂行行為の主体的地位を占めることが多いことから、それが中立国の国内において設立されたスパイ組織によって遂行されるときは、被害国との外交に影響を与えることになることもあると思われる。少なくとも、国際政治における中立性を失なうことになり、中立国の地位をおびやかされることになりかねないものがある。かつて韓国は、日本漁船を打捕する根拠を漁業資源の保護に置いたが、その後、海上警察機関を改組し、スパイの海上侵入や密輸密航の取締を強化することを声明した⁽¹⁾ことがあるが、それは他国のスパイ活動に対する態度により、日本人民の利益が侵害されることになった一例であるといいい得よう。

このような間接的積極スパイ組織は、直接にはその滞在国の利益を侵害することはないにしても、間接的にはその中立的安全を侵害することになるものであり、その組織の設置された国家にとっては危険な存在である。それ故に、国家の中立的立場を実質的に守るために、このような間接的積極スパイ行為およびその組織の設定を禁じ、その違反者の刑事責任を規定することは、意味のあることであろう。そして、その刑事責任の根拠は、国家の対外的安全の保護に求められる。それ故に、この種の犯罪については、自国の国家秘密の場合におけると異なり、既遂犯の処罰に重要な意味が認められるであろう。国際政治における中立的立場の宣明の最も明確な手段の一つと認められるからである。

〔三〕 私的秘密に関するスパイ行為

私的秘密に関するスパイ行為は、特定の私的目的追求のために実行されるもので、行為の目的から、個人の人格および行動の調査行為、および企業その他私人の財産的価値あるものについての秘密に関するスパイ行為に分類しうる。後者が産業スパイと呼ばれるものである。

個人の人格および行動の調査行為については、そのためになされる行為が刑法の住居を侵す罪、秘密を侵す罪、その他の罪に該当するときは、それによって処罰されることは、いうまでもないが、この種の調査行為そのものは刑法上、秘密の侵害とはされていないので、放任行為であると解される。

いわゆる産業スパイ行為については、間接的積極スパイ組織を設け、その下に直接的積極スパイを獲得し、それによって他企業の中に消極的スパイ行為者を獲得して、他企業の工業生産上の秘密を探知、収取する、ほとんど国家秘密に関するスパイ機関と同種に属するものも発見されている。⁽¹²⁾

産業スパイにおいては、積極的スパイ行為は、故意による、計画的かつ能動的な行為であり、その刑法上の性質は、企業の対外的安全の侵害行為であって、その刑事責任の根拠は、企業の利益の侵害もしくは不公正な取引方法に對する非難に求められるべきものであると思われる。ドイツの一九〇九年六月七日の不正競争防止法（一九三二年三月九日改正）の第一七条および第一八条ならびに同法第二〇条は、産業スパイの処罰法として立法されたものであり、参考とするに足りるものと思われる。⁽¹³⁾

ドイツの一九〇九年の不正競争防止法の規定に基いて、産業スパイ行為を定義してみれば、次のようになる。

まず、消極的スパイ行為についてみれば、それは、次のように定義しうるであろう。それは、「企業の使用人が、雇傭関係によって委任され、または接近することのできた業務上または作業上もしくは技術上の秘密を、雇傭関係の効力の継続中において、故意または過失によって、権限がないのに他人に知らせる行為」である。

次に、直接的積極スパイ行為についていえば、それは、「企業の使用人の故意または過失による告知行為により、もしくは法律または善良な風格に反する行為によって、自己が所属しない他企業の業務または作業上の秘密を取得する行為」であると、定義することができようであろう。

更に、間接的積極スパイ行為については、「競争の目的のため、または利益に基いて、他人を誘惑して、他企業の業務上、作業上または技術上の秘密に関する直接的積極スパイ行為または消極的スパイ行為を行なわせ、またはさせようとする行為、または他人のかようなスパイ行為の申込を受諾する行為」であると、定義することができようであろう。

わが国の立法上は、上掲のような産業スパイ行為に関する処罰規定は、直接のものとしては存在しない。スパイ行為を構成する個々の行為が刑法、会社法その他の法律の罰則に該当する場合に限って刑事責任が問われるにすぎない。最近の産業スパイ事件の実態からは、上述のスパイ行為について、立法化することが必要であろうと思われる。

〔四〕 純然たる事実報告的スパイ行為

スパイ行為に対する刑事責任の根拠（飯田）

知られていない事実の探知および収集行為が、非公然にまたは虚偽の口実の下に実行されることがあるならば、その行為は、行為の方法からは、スパイ行為の要件を具備するものであると解されよう。しかし、その探知または収集の客体とされた「知られていない事実」が、国家または私人にとって「知られてならない事実」でない場合には、「秘密の侵害」とはされないであろう。このような場合の知識の探知または収集行為は、「純然たる事実報告的スパイ行為」といわれる。例えば、学者が研究の手段として行なう資料の収集、新聞記者その他の報道機関が行なう取材行為などは、その適例であろう。

このような事実報告的スパイ行為は、秘密を探求するものではあるが、侵害するものではない。したがって、刑法上は、放任行為とされている。

(1) スイス防諜法(一九三五年六月二日連邦の安全の保護に関する連邦決議)は、スパイ行為をすることを、情報動動を行なうという総称を以て表現している。

同法第二条 外国を利用する政治的情報動務

一、スイス国の領土内において、外国の政府、官庁、党派または類似の組織の利を図り、個人または政治的団体の政治的行動について、スイス国またはその国民または住民の不利益となるべき情報動務を行なう者またはこの種の動務を設ける者、およびこの種の動務のために人員を募集しまたはこれに援助を与える者は、軽懲役に処する。

二、重い場合には、重懲役を宣告することができる。特に犯人が行為を煽動した場合、もしくはスイス連邦の国内的または対外的安全を危険におとしいれるおそれのある虚偽の報告をした場合を、重い場合とみなす。

第三条 軍事情報動務

スイス国の領土内にあって、外国を利するため、スイス国または外国の不利益となるべき情報勤務を行い、またはこの種の勤務を設ける者、およびこの種の勤務のために人員を募集しまたはこれに援助を与える者は、軽懲役に処する。一九二七年六月二三日軍刑法第八六条はこれを留保する。

第四条 外国を利する経済的情報勤務

外国の政府、官庁、党派または類似の組織またはその代理人に接近することを得させるために、製造または業務の秘密を探知する者、および外国の政府、官庁、党派または類似の組織またはその代理人に、製造または業務の秘密に接近することを得させる者は、軽懲役に処し、重い場合には重懲役に処する。

第五条 外国における行為

外国においてなした行為は、この裁決の罰則の適用をうける。ただし外国の不利益となるべき軍事情報勤務は、そのスイス国の国民または住民に損害を与えた場合に限って、この条の適用をうけるものとする。

(2) この分類は、スパイ行為の発現形式からの分類でもある。

直接的積極スパイ行為 (Unmittelbare Spionage)、間接的積極スパイ行為 (Mittelbare aktive Spionage) および消極的スパイ行為 (Passive Spionage) との三分類説は、ドイツ、フランス、イタリーの諸国では通説的見解である。

(3) 例えは Walter Mahler, Spionage und ihre strafrechtliche Bekämpfung im schweizerischen Recht, 佐藤莊一郎訳, ウォルター、マラー、間諜行為、司法資料二五七号、一五四頁—一五五頁。

(4) たとえば、工場の被備者、軍事的要地地域の住民、兵学校、士官学校の学生、その他工場監督官、強制執行官吏、その他がこれに含まれる。

(5) 任意に秘密の知得することを容認された者および避けることのできない理由によって知得することを容認されている者をいう。その例については註(4)参照。

(6) ヴアルター・マラーは、スイス最高裁判例集 (BGE 61 I, p. 400) に所載する Lohi 事件裁判を引用して、直接的積極スパイ行為の理由による三名の被告の中、二名は間接的スパイ Lohi によって、「新聞記者」として募集された者であつて、彼らはスパイ組織のために働いていたことを全く知覚しておらず、彼らの探知した事実を、新聞記者としての信念の下に提供した者であるという理由を以て釈放されたのは、間接的スパイによる収集の客体となつた国家秘密が、必ずしも直接的積極スパイによって探知されたものであるを要しないことを示すものであると述べている。

(7) 企図する行為とは、たとえばスパイ組織を形成したり、直接的スパイを雇い入れたりすることをいう。

(8) 例えば、内閣顧問として首相の信任厚い尾崎秀実に、国家秘密を漏洩した政界人の場合。

(9) 無過失の消極的スパイ行為においては、既遂についてのみ問題とされるものであると思われるが、既遂となつた以上、行為者を隔離しても無意味であるし、無過失である以上、注意喚起処分も道義的責任を問うことも、意味がない。

(10) スイスの一九二七年六月一三日の軍刑法 (Militärstrafgesetz—MStG—vom 13. Juni 1927)

第九三条 外国に対する情報勤務

一、スイス国の領土内において一外国のために他の一外国の不利となるであろう情報勤務を行う者およびこの種の情報勤務に援助を与える者は、軽懲役または罰金に処する。

二、重い場合には重懲役を宣告することができる。

通信およびその材料は没収する。

(11) 韓国日報 (一九六二年三月二三日付)

(12) 昭和四二年一月に発覚した日本レイヨン株式会社の従業員による東洋レイヨン株式会社のナイロン「六六」スパイ事件では、日本レイヨンのスパイ組織が同会社の企画部の下に設置され、東洋レイヨンの愛知工場工務技術課主任某から、「ナイロン六六専用紡糸機およびスチームコンディショナーの開発に関する報告書」その他「タイヤコード紡糸機の資料」などの付属資

料を註文して複写した機密文書を購入していた。(昭和四二年一月一六日付読売新聞による)。

二 刑事責任の根拠

スパイ罪の刑事責任の根拠がどこにあるかという問題の追求は、スパイ罪の本質を明確にし、立法的根拠を発見するために欠かすことのできない問題であろう。

刑法上、刑事責任をどのように把握すべきかという問題について、諸種の見解の対立があるが、要するに、責任非難の客体(対象)は何であるか、責任非難の客体(対象)の性質をどのようなものとして把握すべきか、または、責任非難の客観的根拠をどこに求めるべきか、これらの問題をめぐって、諸種の責任論が展開されているのである。そして、刑法学者は、これらの問題点のいづれかの一つをとり上げて、それを中心としてそれぞれの責任論の展開を行っているように思われる。

スパイ行為に対する刑事責任について、それが行為責任であるか、性格責任であるかまたは人格責任であるかについて、現行立法を基礎としての解釈論的考察ではなく、本質的考察を試みることにする。

まず、政治的スパイまたは軍事的スパイに着目してみよう。これらの者のスパイ行為を処罰する目的は、国家機密もしくは軍事機密の敵側に渡されるのを防止することにある。そして、処罰されるスパイには、違法の意識はなくむしろ正しいことをしたとの意識を有することが多いであろう。その性格もしくは人格は、ゾルゲ事件その他のスパイ事件における被告人にみられるように、その者の本国についてみれば、危険なものではなく、有用な性格で

ある。このような者について性格責任もしくは人格責任を問題にすることは、処罰国の立場からいっても、無意味なことであろう。

それならば、スパイ罪における刑事責任の対象は行為なのであるか。いうまでもなく、スパイ行為がなければスパイ罪はないとする考え方が、スパイ処罰の真の目的からいって、必ずしも正しくない。個々のスパイ行為はなくても、スパイ行為をすることを目的とするスパイ組織が形成され、スパイ活動の実施の可能性が立証される場合、これを処罰する立法は、諸国の刑事立法中にみることができからである。しかし、この場合、スパイ罪とされる行為は、スパイ組織の形成行為、この組織への参加行為、機密の探知、収取の行為、通信連絡行為などであり、これらのいずれかの行為がなされている場合に限って、それに対する刑事責任が追求されるものである。この意味において、スパイ罪の刑事責任の対象は、行為であるといいうるであろう。

スパイ罪における責任非難の対象は行為であって、性格とか人格とかではないと思われるが、しかしこのことは、結果責任を問うものとするのではない。スパイ罪においては、結果の発生は、行為の存在の一個の立証材料にすぎず、それ自体としては重要な意味をもたない。結果発生前の行為過程が重要なのである。ということは、結果発生の危険性を問題としているのである。しかし、その危険性は、行為に内在する危険性、もしくは行為の目的に含まれる危険性であって、個々の行為者の性格とか人格とかから導き出される危険性ではない。それ故、この意味においても、スパイ罪の責任の対象は、性格とか人格ではなく、行為そのものである。具体的な危険性を帯びた行為であり、その行為のもつ危険性は、性格とか人格とから切り離して考え得る行為自体に存在する危険性なのである。

次に、責任非難の対象の性質を、心理的事実として把握するか、規範的意識として把握するかにより、心理学的責任論と規範的責任論とが分類される。前者は、心理的事実として把握された故意と過失との全体を責任であるとする。後者は、期待可能性のないときは責任はないとするものであって、行為者の行為の際の事情に、期待可能性がある場合に限って責任を認めるべきだとするものである。

スパイ罪の刑事責任の追求にあたって、規範的責任論の適用があることはいうまでもないであろう。しかし、この問題は、科刑上の主観的責任論であって、スパイ行為を犯罪類型として規定するための根拠として考察される責任の客観的根拠とはされないものであるから、ここでは特にとり立てて論ずることはしないであろう。

第三に、責任非難の客観的根拠をどこに求めるべきかという問題については、従来から、道義にこれを求めるべきだとする理論と、社会的危険性もしくは社会防衛にこれを求めるべきだとする理論とが対立してきた。道義的責任論と社会的責任論である。道義的責任論は、「刑法上の責任は、違法の意識またはその可能性に結びつけられる」ものであるとしているから、法的帰結として、刑事責任は刑法立法国の道義または倫理を根底にふまえて成り立つものでなければならぬこととなる。ところが、社会的責任論では、行為者の社会的危険が処罰の根拠であるとするから、それは結局は社会防衛を根拠として責任を考えていることになる。そして、この場合の責任は、違法の意識またはその可能性には結びつけて考えることのできないものとならざるを得ない。それ故、社会的責任論における責任の概念は、道義的責任論における責任概念とは全く異ったものであり、道義的立場からの非難または非難可能性の要素は含まれないものである。それは、社会的処置としての刑事処分を科せられるべき状態であると解され

るであろう。

スパイ行為に対する刑事責任を、道義的責任として把握する場合、スパイ行為者には違法の意識またはその可能性がなければならないこととなる。ところが、スパイ行為が道義に反するとは必ずしもいい得ないし、スパイ行為者は自己の行為について違法の意識をもつことは、通例は、あり得ないであろう。スパイ行為は国家機関により指導されるか、またはある程度の正義観に基づいて実施されるのが通例だからである。それ故に、スパイ行為に対する刑事責任を、道義的責任として理解することには、無理があるといわねばならない。

それならば、スパイ行為に対する刑事責任を、社会的責任論の立場から把握することは妥当であろうか。この問題については、スパイ行為者の性格が反社会的であるかという観点から論ずる必要がある。スパイ行為は、国家その他の機密を侵害するものではあるが、その実行は、可能な限り合法的な方法をもってなされるのを通例とする。違法な方法による者があつたとしても、その方法をとつた者に限つて反社会的徴表がみられるにすぎない。大部分のスパイ行為者は、スパイ手段として合法な方法をとるものであるから、スパイ行為自体から反社会的の徴表を認めることは困難であろう。したがつて、スパイ行為者の性格が反社会的であり、社会的危険性を有するとはいい得ないであろう。このことは、スパイ行為に対する刑事責任を、社会的責任論により把握することは妥当でないという法的帰結を生ずるといわざるを得ない根拠を提示するものといつてよいのではなからうか。

スパイ行為の刑事責任の根拠が、道義にも、社会防衛にも求め難いとするならば、それは、どこに求めたいのであらうか。この問題を考察するために、われわれは、スパイ行為の本質に立ちもどつてみる必要があるであらう。

「スパイ行為は、情報手段としての性質上からは、それ自体としては加害を意味しない。」⁽¹⁾それはただ、概念的には、単に国家または企業の秘密の喪失の危険を生ずる行為であるにすぎない。それ故に、秘密の保護もしくは秘密喪失の防止の立場からは、秘密侵害の危険の排除を目的とする刑事責任が考察されなければならないこととなる。この責任を、国家もしくは国民経済の法益侵害の危険の排除を根拠とする刑事責任（略称、国家保護的責任）と呼ぶことができよう。この責任は、社会的責任論における責任のように、行為者の反社会的性格に対してなされる社会的処置としての性質をもつものではない。この責任は、国家秘密、もしくは企業秘密とされる事実がその秘密性を保有する間に限って認められるべきものである。何故なれば、秘密性のなくなった事実については、その喪失防止をすることは無意味であるからである。また、この責任は、スパイ行為またはその準備行為自体について認められるべきものであり、これらの行為に従事中か、少くともその準備活動中において発見された者に限って追求されるべきものであらねばならない。何故なれば、現在スパイ行為またはその準備活動（例、スパイ組織の結成、組織への参加等）に従事していない者の状態は、危険行為をしていないのであるから、これに対して危険防止措置をする必要性に欠けると思われるからである。このことは、スパイ行為に対する責任が性格責任を問うものでないことからくる法的帰結である。

スパイ行為の刑事責任は、上述したところから、次のように限定することができよう。単純にスパイ行為そのものの刑事責任の根拠は、秘密喪失の危険性をもつ行為であり、かつその行為の現行性を限界とする政策的責任であるとするのが合理的であると思われる。それは、今日まで唱えられた性格責任論、人格責任論、道義的責任論もし

くは社会的責任論のいづれにもしたしまない特殊な意味をもつ刑事責任として把握せらるべき性質をもつものと思われる。

最後に、スパイ行為の刑事責任が現行性の行為を根拠とすべきであるという立論⁽³⁾からして、外交特権により保護される地位にある者が実行したスパイ行為については、その者がスパイ行為の実行後、その外交特権的地位を去った場合、もはやそのスパイ行為については刑事責任を追求し得ないものとの法的帰結を生ずるものというべきものであろう。⁽⁴⁾

(1) 「スパイ行為は根本的にみて、ある者に今後なすべき決断に対する基礎を提供せんとする厳密に即物的な手段に外ならぬ。したがって、スパイ行為自体の真の本質は、本来非闘争的な、純粹に報道的なものである」(ヴァルター・マラー、間諜行為、司法資二五七号、一三二頁から引用)。

(2) 海上保安大学校研究報告第一部昭和四二年度二頁以下第二章§1、「ハーグ国際条約の条項におけるスパイ行為の規定と構成要件」を参照。

(3) 七〇頁に後述の「スパイの任務終了後の刑事責任の有無」を参照。

(4) このことについては反論があるであろう。外交特権的地位は、犯罪の成立および刑事責任の存在を否定する根拠とはならず、刑事訴追の免除を認めるにすぎないから、行為者が外交特権的地位を喪失した後においては、刑事責任を追求しうるとの見解を生じうるからである。この問題については、わが大審院判決(大正一〇年三月二五日)を参照。しかし、外交官によるスパイ行為については、「公認せられたスパイ行為」(Espionage autorisé)として、ある程度まで放任せられているのを通例とする。そして、外交官に対する免除が承認されている点で、これを国際法的に保護される犯罪とみなすことが一般の傾向と

なっている。しかし、これについては、疑問がなきを得ない。外交官が公式の地位において取得した知識は、非公然もしくは虚偽の口実の下に獲得したものでなく、公然と獲得したものであるから、その意味で、その行為はスパイ行為の刑法的概念には属しないであろう。ただ、外交官がその外交特権を利用して、非公然にスパイ機構を組織している場合には問題は残る。しかし、その外交官が本国に帰国し、任務を解除されて後、再び入国するときは、その外交官であった当時のスパイ行為について、刑事訴追をなしうるかという問題になると、スパイ行為の刑事責任の本質から考えて、否定的に解する方が妥当な見解であると思われる。もっとも、その国の刑事立法において、明文を以てこの場合をも処罰する規定を有する場合は、別問題である。

三 国民による外国のためにするスパイの刑事責任

スパイ行為の客観的構成要件として行為主体の身分、地位、国籍等が考慮されている立法では、国民による外国のためにするスパイ行為と、外国人によるスパイ行為との間に、刑事責任の程度に差異を設けている。すなわち、前者のスパイ行為を背叛罪の一種とし、後者のスパイ行為を背叛性のない純粹のスパイ行為としている。⁽¹⁾

国民による外国のためにするスパイ行為が背叛性を有するかどうかについては、あるいは論議があるであろう。⁽²⁾スパイ行為そのものの性質には背叛性は認められないとしても、行為主体が国民であることと、および行為目的が外国の利益を図るものであることが、行為者に背信者としての性質を付与することになると思われるであろう。背信行為もしくは反逆行為としてのスパイ行為を考える考え方には、国民の国家に対する忠誠義務の存在を当然のこととする思想が根底にあると思われる。忠誠義務がなければ、背信もしくは反逆という考え方も成立しないと思われるからである。

ところで、国民に国家に対する忠誠義務があるかという問題は、国民主権制の下では、国民と国家との関係の解明を根拠として考究されなければならないであろう。国家は、国民によって建設され保持されるものであり、国民の幸福追求のための一つの手段である。それ故に、国民が国家に従属するのではなく、国家が国民に従属しているのである。国民は、国家機構を創設することによって、法秩序の建設と維持をするのであるが、しかし、抽象的、概念的に考えられた国民は、その実体は、多数人の集合したものであり、その中には、法秩序に違反するものも生ずることは、いうまでもない。そして、この場合の法秩序の違反者は、国民相互間の約束としての性質をもつ法律に違反したにすぎないもので、それは忠誠義務の存在とは関係がないものである。それ故、法律違反があることが、そのまま背信行為もしくは反逆行為になるものでもない。たとえば、窃盗行為、電波法違反などそれ自体がそのまま背信行為もしくは反逆行為となると考えられないであろう。スパイ行為自体も同様であって、それ自体には背信性も反逆性も内在しないと考えるのが正当であろう。

国民による外国のためにするスパイ行為が、反逆罪もしくは背叛罪として把握されるのは、「国民による外国のためにする」という点に着眼してのことと思われる。しかし、さきにも述べたように、国民の国家に対する忠誠義務が何ら本質的なものでないとすると、国民によるスパイ行為だから背叛だとすることに疑問をさしはさまざるを得ないであろう。スパイ行為を禁止する法律があつて始めて、スパイ行為が違法とされるにすぎない。禁止する法律がない場合には、スパイ行為は放任行為とされているのであるから、それが本質として背叛性を有するものとは、いいがたいであろう。「外国のためにする」ということについても、同様のことがいいうると思われる。それにも

かわならず、国民による外国のためにするスパイ行為を、外国人によるスパイ行為と区別して立法しようとする傾向のあるのは、何故であろうか。

これについては、次の二個の理由が考えられる。その第一は、国民が相互に信頼し社会秩序の維持について責任を持つべきことは、国民社会を形成するための基本的条件であり、国家組織を形成し、これを保全するための努力をすることは、国民道義として認められるべきことであるから、自国の不利益を生ずる危険のある行為——外国のためにするスパイ行為——をすることは、国民道義に反することであるとすることである。その第二は、次のようである。すなわち、外国人が祖国のためにするスパイ行為は、国家が対立抗争している現段階においては、国際政治の手段として当然のことであり、国民が自国の機密を外国のためにスパイする場合と異って、道義的に非難すべき根拠がない。したがって、外国人のスパイを処罰する根拠は、国家の利益の保護を目的とする政策であるにすぎないし、また、外国人のスパイに対しては、一般予防も特別予防もその効果は薄弱なものとならざるを得ないものである。ところが、国民による自国を侵害するスパイ行為は、反道義的（反逆もしくは背叛の意味ではない）な性質を有すると思われるから、道義的責任を追求することも可能であるであろうし、また、一般予防の効果のみならず、特別予防の効果も期待し得るものであると思われる。これが第二の理由であると思われる。この二個の理由、すなわち、政策的理由と、罪質の相違とが、国民によるスパイ行為と、外国人によるスパイ行為とを区別して立法する根拠であると思われるのである。

要するに、国民によるスパイ行為は、国民主権制の下では、背叛罪としての性質を有するものとはいえないが、

国民道義に反するという意味での反道義性を有するものである。また、この種の行為者に対しては、外国人スパイの場合と異なり、一般予防も特別予防もその効果を期待しうる条件が存するものと思われるから、これに対する刑事責任は、国家機密の喪失の防止の危険性を除去するという政策を根拠として認められるべきものに止まらず、同時に道義的責任の性質を有するものと解するのが妥当な見解と思われる。

(1) フランス刑法七六条一号、但し、背叛性の有無にかかわらず死刑を科している。ドイツ刑法一〇〇条eおよび九二条は、反逆性のあるスパイ行為を規定し、一〇〇条二項は反逆性のないスパイ行為を規定する。ソ連刑法もまた、祖国に対する反逆罪のスパイ行為と反逆性のないスパイ行為(外国人によるスパイ行為)を区別して規定している。海上保安大学校研究報告昭和四二年度「スパイの刑事責任と刑罰」一四頁、一五頁、一九頁参照。

(2) ドイツの法律学は、極めて一般的に言えば、スパイ行為を反逆行為の部類に属すると解しているようである。立法経過をみても、ドイツ刑法の編さんにおいて、一九一四年の防諜法を廃止して、スパイ行為に関する章中に置いたことから、このことを知り得る。

四 外国人による本国のためにするスパイの刑事責任

国家の対立抗争が国際政治の基底にある現段階では、国家の利益を凶る行為は合法化されるし、国民倫理にも違背することはないとされるから、外国人による本国のためにするスパイ行為は、道義的責任の立場からは理解できないこととなる。いいかえれば、このような行為それ自体は、反道義性もしくは叛逆性を有しないものである。こ

のことは、最近の諸国の立法のあるものが、このような行為について、国民によるスパイ行為よりも軽い刑罰を規定していることから立証し得るのではあるまいか。

また、外国人による本国のためにするスパイ行為に対する刑事責任の根拠は、性格責任論や人格責任論からも理解し得ないものと思われる。この場合のスパイ行為の実行は、国家の政策の実行の一部であって、行為者の性格とか人格とかにみられる危険性とか反道義性とかは問題の焦点とはならないからである。危険性があるとすれば、それはスパイ行為を実行する国家の政策にあるのであって、そのことは、もはや刑法の範囲外の問題に属する。そして、この場合、性格責任論や人格責任論でのスパイ行為者の個人的責任をその性格とか人格とかに基いて論ずることは、刑事責任の本質から離れた、内容のない空論に近いものとなってしまふであろうからである。

外国人による本国のためにするスパイ行為は、被害国にとっては排斥すべき行為である。しかし、そうだからといって、その行為が道義に反するとは限らないし、また、行為者の性格とか人格が社会的に危険なものともいい得ない。その行為の性質が被害国の秘密を侵害するものなので、これを予防または鎮圧しなければならないのであるというに過ぎない。そうであるならば、その刑事責任は、結果責任を問うものであっては、行為がもつ性質とく違ふこととなつて、妥当なこととはいへなくなるであらう。

スパイ行為の結果の発生は、ただそれだけでは危険の発生がすぎず、国家の秘密が外国の当事者の手に渡つたかどうかは確かでない。それ故に、被害国にとって、スパイ行為者を、秘密とされたことの秘密性が解除されない限り、抑留して本国との連絡を断つことは、決して無駄なことではないであらう。

スパイ行為は、予防、鎮圧の対象であり、これに對する刑事責任も、この見地から立法されるべきものであるが、結果の発生があつたとしても、それはなお、主観的には予防、鎮圧の可能性が考えられるものである点に、その特質がみられるものである。個々のスパイ行為の既遂は、必ずしも外国への秘密の通報の既遂とは限らないからである。

外国人による本国のためにするスパイ行為が、予防、鎮圧を理由としてのみ刑事責任の対象となるということは、この場合の刑事責任の觀念から、道義的もしくは規範的意味における非難もしくは非難可能性の意味での責任觀念とはその性質を異にするものであることを認めなければならない根拠となるであろう。それは、国家の法益侵害の予防措置という政策的、保安的意味での強制処分をうけるべき法律上の地位ともいうべき意味内容をもつものであると思われる。それ故に、刑事責任という言葉を刑罰を科せられる根拠という意味で用いているけれども、非難可能性という意味での刑事責任ではない。このような意味での刑事責任は、現実の刑事立法ではしばしば行政刑罰法においてみられるし、刑法においても規定されていると思われる。その一例がスパイ処罰規定である。

上述したところから、外国人による本国のためにするスパイ行為が刑罰の対象とされる場合、その刑事責任の性質は、非難もしくは非難可能性という性質を有せず、純粹に予防もしくは鎮圧の処置を受けるべき地位もしくは条件という性質をもつべきであらう。

五 国内政治スパイの刑事責任

国内的政治スパイは、その性質により大別すれば、国内に相対立する複数の政権が存在する場合におけるその政権相互間のスパイ活動と、同一憲法秩序の下における国内的政治スパイとに大別することができる。前者は、国家分裂もしくは内乱（国内戦争）の下における政治スパイ活動であり、その性質は、敵のために有利な行為である点で、国際的政治スパイと同様のものであると解するのが妥当であると思われる。相対立抗争する政権は、国際法上の承認手続を別にすれば、国家対立とその事実上の性質は異ならないと思われるからである。西ドイツ刑法第九二条の「憲法に対する反逆的な情報勤務」の規定は、まさにこの場合に該当するものと解されるであろう。⁽¹⁾ それ故に、この場合の国内的政治スパイの刑事責任の根拠は、国際的政治スパイのそれと同様に論じうるのではなからうか。

国内的政治スパイのうち、後者は、国家分裂もしくは内乱の事態を現出していない国家内における政治的スパイを意味する。これはさらに大別して、政府機関が実施するものと、それ以外の者が実施するものとに分類できる。政府機関が実施するスパイ活動は、さらに、政府機関によって実施される行政取締もしくは政治的取締のためのスパイ行為と、対スパイ活動としてのスパイ行為とに分類されよう。

政治的スパイ行為は、当初は、旧時代の宮廷のための情報手段の大部分を占めた密偵または廻し者の行為として理解されたことは、まず間違いないことであると思われる。それが今日の大規模に組織された情報勤務としての政治的スパイ行為の最も古い形式であったと思われる。この形式のスパイ活動は、フランスにおいては、第一七世紀にその端を発するといわれている。⁽²⁾⁽³⁾ イギリスにおいても、第一七世紀の頃に政治スパイ機構の発生をみ、イギリ

スの情報部 (The Intelligence Service) は、一八七三年以来現在の形態において活動しているといわれる。⁽⁴⁾

政府機関が実施するスパイ活動は、国家活動であるから、刑事立法の客体とされることはない。それ故、刑事責任を考察する対象となる国内的政治スパイ行為は、政府機関に属さない者の国内的政治スパイ活動に限定されるであらう。

刑事責任を考察する対象として採り上げられるべき国内的政治スパイは、(1) 選挙および投票の秘密等政治上の秘密を探知目的とするスパイ行為、(2) 他政党の秘密を探知客体とするスパイ行為、(3) 国内政治に利用する目的でなされる国家機密を探知客体とするスパイ行為の三個の類型に分類しうる。

選挙および投票の秘密の侵害は、個人相互間の政治的闘争に関するスパイ活動によるものであるが、それは、ただ単に私人の利益を侵害するに止まらず、重大な国家的利益に抵触するものである。それ故に、選挙および投票の秘密の侵害に対する刑事立法を規定する国も一二に止まらない。⁽⁵⁾特に国民主権制の国家においては、選挙および投票の秘密の侵害は、国民の正当な主権の行使を妨害するものであり、国民倫理に反する行為である。それ故に、この行為は、他のスパイ行為が道義責任と結びつき難い性質を有するのと異なり、国民主権制においては、本質的に反道義的性質を有するものであり、その刑事責任の根拠は道義に求めらるべきものであると解せられる。それが従来多くの国の刑法に規定されることがなかったのは、それらの国における政治体制に基づくものであったと思われる。君主国であったわが国においては、選挙は主権の行使ではなく、政策に対する協力者の選定手段であるにすぎないものであった。それ故に、選挙に対する国民的感情は、選挙違反を行政取締の問題として理解し、反道義的感

情は薄弱なものであるのを通例とした。そのため選挙違反の取締を行政取締の一種とし理解し、道義責任の追求を本質とする刑法の規定として取り上げることがなかったものと思われる。改正刑法準備草案は、公の選挙及び投票に関する罪について数カ条を設けたが、ドイツ刑法第一〇七条Cにみられるような選挙の秘密の侵害を処罰する規定を設けていない。このことは、選挙管理の公正が事実上不侵害のものであることを前提として始めて適切な立法であることを見ないものであるといひ得よう。選挙管理にあたって、全く選挙および投票の秘密が侵害されないという保障がないならば、選挙および投票の秘密の侵害を可罰行為とする立法を必要とするであろうからである。

他政党の秘密を探知客体とするスパイ行為は、国内的政治闘争手段であるが、それ自体としては、他政党に関する特定の事実を確認する行為たるに止まる。その効果も政党間の相互監視を可能にして政治浄化のための競争手段となることはあつても、国民主権制を侵害することはないと思われる。また経済スパイもしくは産業スパイのように、国民経済の利益を侵害したり、個人の財産的利益に損害を与える手段に用いられたりすることもないから、多くの国家では、これを刑事立法の対象とすることはない。ただ国家分裂の状態または国内戦争を實行中の国家では、政党相互間において、自政党の秘密の保護の立場から、刑事立法をしていると解される国があるに過ぎない。⁶⁾

国内政治に利用する目的でなされる国家機密を探知客体とするスパイ行為は、結局は探知した国家機密を暴露することにより、政権担当政党を圧倒する行為に関連するものである。したがって、その国家機密が軍事上または外交上のものである場合、結局は外国にこれを暴露することになる。ここに国家的利益に抵触する所以がある。しか

し、国家機密が外国に対するものではなく、専ら国内政治上のものである場合は、その探知行為は、政権担当者が秘密とするところを国民の前に暴露して、国民の公正な批判を求めめるための手段となるものである。したがって、この種の行為について刑事立法をすることは、正当なことではないであろう。それ故に国内政治に利用する目的でなされる国家機密の探知・収取の行為について刑事立法をする場合には、機密の種類の種類を厳密に限定する必要があるといわねばならない。

国内政治に利用する目的でなされる国家機密を探知客体とするスパイ行為の刑事責任の根拠は、国際政治上のスパイ行為の刑事責任において論じたところと特に区別するを要しないと思われる。これを刑法の客体とする理由はこの行為が国家機密を外国に暴露する危険性を有するからに外ならないからである。

(1) 海上保安大学校研究報告第一部昭和四二年度・スパイの刑事責任と刑罰第二章。2〔五〕参照。

(2) Mühlisen, Hugo. Hermann Sacher 編「フライブルク・イム・ブライスガウ、一九三一」、「Staatslexikon」第四巻、「Spionage」一七八三頁参照。

(3) 最初の有効な機構の組織者は、僧正宰相リシュリュノー(Cardinal de Richelieu)であった。

なお、フランスにおける今日の組織は *Sûreté générale* である。*Sûreté générale* は、公安部とも訳すべき機関で、極めて有能な一種の政治警察である。その活動は、ルール地方占領中、幾多の訴訟事件において隠れもない事実であった(ヴァルター・マラー、問議行為、司法資料二五七号三八頁)。Kohlrausch, Eduard, *Industriespionage*, (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Nummer Ite, 1929) S. 33 は、*Sûreté générale* が産業スパイ行為にも関与したことを指摘している。

(4) Die Weltkriegsspionage, S. 99, Aston, Sir George, Secret service, London, 1930, 一九頁参照。

(5) ドイツ刑法一〇七条C 「ある者がいかに選挙したかを他人に知らせる目的をもって、選挙の秘密の保護に役立つ規定に違反する者は、二年以下の軽懲役をもって罰する。」

一九〇七年一月二六日のオーストリアの法律第一条 「秘密選挙にあたって、故意に違法の手段によって各選挙権者の投票に関する知識を取得した者は、違警の罪によって、一週間から三月までの拘留に処する。」

一九一八年のスイス刑法草案第二五三条 「不正当の行為によって個々の有権者が如何に表決または選挙するかについて知識を取得する者は、禁固または罰金に処する。」

(6) 例えば、中華人民共和国懲治反革命条例六条一号、七条二号、六号、同国国家機密保守の暫行条例二三条を参照。 中華人民共和国の法令では、これらにみられるように、国内にある敵人のためにする行為を処罰している。 なお、ドイツ刑法九二条参照。

六 産業スパイ等の私的スパイの刑事責任

〔一〕 産業スパイ行為に対する刑事立法

産業スパイ行為に対する刑事立法は、営業法から徐々に発展してきたものであるが、自由主義が資本主義経済機構と結びつく時代においては、営業法それ自体が危殆におち入り、製造と業務の秘密の保護を必要とするに至っている。しかし、これに対する刑事立法は、多くは秘密の漏洩を取り扱うに止まり、スパイ行為にまで及ぼされることは少ないものであった。ラテン系の諸国⁽²⁾（フランス、イタリヤその他の諸国）や、英米系の法律観念の下にあ

スパイ行為に対する刑事責任の根拠（飯田）

る諸国では、今日もなお産業スパイ行為は単に民法的規範を以て損害賠償の対象として取り扱われているにすぎない。

産業スパイ行為に対する刑事立法を最初に有したのはドイツであった。不正競争の刑法的取り上げについて先導となったドイツにおいては、一八八三年にオルトロフ(Orloff)によって製造上の秘密に対する適切な刑法的保護の必要が主張されたが、その後一八八六年に、ドイツ技師協会(Der Verein deutscher Ingenieure)による同年一〇月一八日附請願書によって、特に工業的製造秘密保護性が一般的に否定された。⁽⁴⁾しかしながら一八八三年のドイツ法律家会議(Deutscher Juristentag)が、製造の秘密および業務の秘密の民法的ならびに刑法的保護の要望を発言するに及び、はじめてその立法化がとり上げられた。そしてその最初の立法が、一八九六年五月二七日の法律であり、それは、一九〇九年六月七日不正競争防止法(一九三二年三月九日附改正の際の表現)(Gesetz gegen der unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni, 1909)として発展し、その第一七条から第二〇条において、不十分ではあるが、産業スパイ行為を取り上げている。⁽⁵⁾

このドイツの不正競争防止法にならって、オーストリアが一九二三年九月二六日連邦不正競争防止法(Bundesgesetz vom 26. September gegen den unlauteren Wettbewerb)を立法し、その第一一条および第二二条に産業スパイ行為の処罰を規定した。また、一九六二年および一九六四年のオーストリアの刑法草案には、産業スパイに関する規定を置いている。その他、スイス、北欧諸国(スカンジナビア諸国)が、不正競争を刑法によって取りあげている。⁽⁶⁾

わが国では、従来から会社法によって会社に対する特別背任罪⁽⁹⁾が設けられ、企業の秘密漏洩行為を処罰する立法がなされ、また、私的独占の禁止および公正取引の確保に関する法律⁽¹⁰⁾によって、不正な取引方法の禁止および禁止違反の事業者に損害賠償責任を課する立法がなされているが、ドイツの一九〇九年の不正競争防止法第二〇条⁽¹¹⁾にみられるようなスパイ行為を禁止し処罰することを目的とする立法は、ないようである。

ところが、最近に至って、わが国においても、企業相互間の不正競争が激しくなり、産業スパイ事件がしばしば明るみに出るに至った⁽¹²⁾。

産業スパイ行為は、ヨーロッパにおいてそうであったように、日本においても、機密の買収の形式をとるのが通例である。それは、相手企業の従業員が業務上知得した企業秘密の漏洩または引渡を教唆または勧誘し、その漏洩または引渡の代償として金銭を交付する契約をもってするものである。それ故に、産業スパイ行為は、法律上は、企業秘密の漏洩または引渡の教唆行為、換言すれば、企業（会社）に対する特別背任罪⁽¹³⁾の教唆行為⁽¹⁴⁾であり、被教唆者が設計図等の秘密文書を盗取して教唆者に引渡す行為は、赃物故買または赃物收受の罪⁽¹⁵⁾となるであろう。

わが国の商法第四八六条は、会社に対する特別背任罪⁽¹⁶⁾の規定であるが、それによれば、「会社の特定の事項の委任を受けた使用人が、自己または第三者を利し、または会社を害せんことを図り、その任務に背き、会社に財産上の損害を加える」行為を、可罰的行為としてゐる。

会社の特定の事項の委任を受けた使用人がその地位により知得した会社の機密を、他会社またはその依頼人に漏洩または引渡したまたは故意に会社の機密に権限のない者を接近させる行為は、その者の任務に背き、かつ会社に財

産上の損害を加える行為であり、会社に財産上の損害が現実には生じていないとしても、損害を生ずる可能性が存するものであるから、その未遂行為であるといいうるであろう。産業スパイ行為のある種のもは、このような会社に対する特別背任罪についての教唆または勧誘の行為として把握することができるであろう。

ところが、会社の従業員ではあるが会社の役員その他特定事項の委任を受けていない者は、会社に対する特別背任罪の主体とはなり得ないから、このような従業員が職務に従事する過程において知得した知識を、会社外の者に漏らしたまたは交付した場合には、会社に対する特別背任罪とはならず、このような従業員から知識を収取する行為、または買取る行為は、会社機密の漏洩、交付の教唆となるとしても、犯罪を構成するかどうかには、疑問がある。このような場合、会社の従業員には、一般的にその担当事務以外の事務を処理する地位は付与されていないとみるのが妥当であり、したがって、一般的に会社の従業員が会社の機密を保持すべき任務をもつものとはなし得ないから、会社の機密保持の任務を有しない会社の従業員が偶然知得した会社機密を外部に漏らしたとしても、刑法の背任罪を構成することにはならないと解せられる。したがって、このような会社の従業員を教唆して会社の機密を探知させたとしても、会社の機密の探知行為が可罰行為とされない限り、このような方法でのスパイ行為が犯罪となることはないと思われる。

次に、私的独占の禁止および公正取引の確保に関する法律は、事業者が不公正な取引方法を用いること、⁽¹⁹⁾ 不公正な取引方法に該当する事項を内容とする国際的協定をすることを禁止し、⁽²⁰⁾ 前者については無過失損害賠償責任を、⁽²¹⁾ 後者については罰則を規定している。⁽²²⁾ そして、不公正な取引方法について定めた告示の中で、「国内における競争

関係にある会社の株主もしくは役員に対し、秘密の漏えいをするように不当に誘引し、そのかし、または強制すること」を、不正取引方法としている。会社の役員秘密漏洩は、会社に対する特別背任罪またはその未遂罪となると解されるから、その教唆犯が可罰行為となることはいうまでもない。しかし、会社の株主については会社に対する特別背任罪は一般的には成立しないから、その教唆もまた犯罪とはならないと解される。

わが国内法上の産業スパイに対する刑事責任の限界は、上述したとおりであるが、特定事項の委任を受けていない会社の従業員を買収して実施される不正競争を防止して、企業の安全を保護することは、資本主義経済機構を保持する限り、なおざりに出来ない問題であると思われる。したがって、特定の企業その他個人の財産的価値のある秘密の、非公然的探知、収集行為について、換言すれば、産業スパイ行為について、一般的な可罰的規定を設けることの可否についての研究が必要であると思う。少なくとも、自己の属する企業の利益を害するおそれのあるその企業の秘密を、自己または他人の利益を図るために、故意に漏洩しまたは引渡す行為、およびこのような秘密の漏洩または引渡を教唆し、勧誘しもしくは買入れる行為を、一般的に禁止し、可罰的行為とすることは、認められるべきことではなからうか。

また、故意にプライバシーの侵害を生ずるような積極的スパイ行為をも、可罰的行為とすることも、検討される価値があるのでなからうか。

（二） 産業スパイ行為の本質

スパイ行為に対する刑事責任の根拠（飯田）

産業スパイ行為は、これを純経済的観点からみるときは、資本主義経済機構における企業内の自由競争の産物である。それは、私人としての個々の競争者間に行なわれるものである点で、軍事的スパイ行為や政治的スパイ行為とは、区別されるべき要素を有するものである。それ故に、産業スパイ行為が私個人間の競争の範囲を越えて、国民経済の競争の手段とされ、政治の領域に移行するときは、国際的産業スパイ行為として、国際政治の手段とみるのが妥当となるであろう。そして、このような国際産業スパイ行為は、資本主義社会に特有の現象ではなく、資本主義国相互間のみならず、社会主義国と資本主義国間、さらには社会主義国相互間にさえも発生しうる現象である。したがって、その限りでは、国際的産業スパイ行為は、軍事的スパイ行為や国際政治的スパイ行為と、その本質において異ならないともいえるものである。それ故に、刑事立法においても、これらを単一の条項に入れて規定することも可能であるし、むしろそうすることの方が適当であると思われるのである。⁽²³⁾

自由主義的資本主義社会においては、合法的な企業競争は、経済発展の手段として助長促進されるし、合法的な経験交換は禁止すべきものとはされない。このような社会機構の下においては、経済的效果を獲得しようとする努力によって相手方の工業技術および業務上の秘密を探知することは、それが合法限界内にある限り、競争者の圧倒を目標とする共通の競争における闘争の手段として承認されるべきところであろう。合法的限界外の手段による競争は、不正競争といわれるものであるが、ここに問題となるのは、何が合法的限界であるかということであろう。わが国の公正取引委員会告示第一一号は、「不公正な取引方法」について規定している。その一二には、「競争会社の株主、役員に対して、秘密の漏洩その他その会社の不利益となる行為をするように不当に誘引し、そのかし、

または強制すること」を掲げている。それ故に、競争会社の株主、役員を、情報提供者として使用したり獲得したりすることは、不正競争行為として取り扱われることになる。しかし、競争会社の従業員であっても、株主役員以外の者については、たとえその者をスパイとして使用しても、不正競争ではない。

このような「不公正な取引方法」に規定するところから引き出される不正競争としてのスパイ行為が、極めて限定された意味のものであることは、いうまでもない。それは、産業スパイといわれるものの特殊な一形態である。それ故に、スパイ行為とされるための本質的限界がこれによって決定されるものではない。産業スパイ行為もまたスパイ行為の概念に含まれる以上、その本質的要素は、スパイ行為一般の本質的要素と区別されるものではない。しかし、産業スパイ行為が特にスパイ行為一般の中で占める特殊性を限定するという意味での要素は、行為の性質が政治性を有しないこと、従ってスパイ行為者が国家との結びつきにおいて行動するものでないこと、および保護法益が国民経済もしくは国際経済の秘密に直接には結びつかない私的企業の秘密であることとなければならぬであろう。保護の客体に国家の利益が介在している場合には、私的企業の秘密であっても、その秘密の探知もしくは漏洩の教唆または強制は、政治的スパイ行為として把握するのが妥当と思われるからである。

次に、産業スパイ行為が可罰的に把握される場合、その刑法的性質をどうとらえるかが問題とされなければならない。

スパイ行為は、情報手段としては、概念的には、それ自体の本質として加害を意味するものではない。具体的個々の場合、スパイ行為の手段として各種の加害行為がなされる場合があるとしても、その加害行為は、スパイ行

為自体の本質的要素ではないと思われる。また、スパイ行為の結果を以て、何らかの加害行為がなされたとしても、スパイ行為は、概念的には、単に一個の危険性を有するにすぎず、それ自体に加害性を具備するものとはいいい得ない。産業スパイ行為も、スパイ行為一般のもつ本質を有するものである。

産業スパイ行為は、それ故に、それを可罰的の行為として把握する場合には、危険犯の性質を有すると考えるのが至当であると思われる。そして、その保護法益は、「企業の秘密」または「産業上の技術もしくは業務に関する秘密」は、「知られていない事実」を指すのではなく、「知られてはならない事実」を意味するものとして、理解するのが一そう妥当な見解であると思われる。このことについては、さきに論じたから重ねて述べることを避けるが、この場合、「知られてはならない事実」の内容は、その事実自体が直接に財産的価値評価の可能な物件または事実であることを要しない。知られてはならない事実自体は、財産的価値のない事実であっても、スパイ行為の客体となり得るものだからである。例えば、特定企業の事業計画や、工場の設備等についての知識それ自体としては財産的に価値のないものであるが、しかしながら、その企業にとっては経営の生命線を押えられる重要な機密であることもある。このような場合、財産的無価値の事実ではあっても、知られてはならない事実として、スパイ行為の客体となり得るであろう。

それ故に、産業スパイ行為の客体たる企業秘密は、それ自体としては財産的価値であるを要しないが、しかし、企業として知られてはならない事実であるから、その本質は、企業プライバシーであるといえることができる。要するに、産業スパイ行為は、企業プライバシーの侵害行為であり、経済的にみるときは、危険性ある行為であるの

を本質とするというる。犯罪としてこれを見るならば、産業スパイ行為は、企業秘密を犯す行為である。結果として財産侵害を伴う行為をひきおこすとしても、それは財産的には危険犯としての性質を有するにすぎないと思われる。したがって、産業スパイ行為自体は、企業秘密の侵害犯ではあるが、それを財産犯に属させることは、正しい見解ではないであろう。

〔三〕 産業スパイ行為の形態と刑事責任

(1) 国際的産業スパイと国内的産業スパイ

産業スパイ行為は、それを他と区別する基準を経済性に求めることができるものであるが、それが国家または政党の政策と結びつく場合には、政策に奉仕するスパイ行為となるから、政治的スパイ行為と同様に取扱われることとなるであろう。いわゆる政治的産業スパイ行為といわれるものである。そしてそれは、主として国際間において行なわれることが多いので、国際的産業スパイ行為と呼ばれることもある。

しかし、国際的産業スパイ行為のすべてが政治性をもつものではない。純粹に経済的な国際的産業スパイ行為も存在する。国家の政策の全く介在していない産業スパイが、国際的規模で実施されている場合である。

国際的スパイ行為は、今日の段階では、事実としては存在するが、いまだ国際法もしくは世界法上の効果をもつ行為にまで法的に高められていない。したがって、これに対する刑事責任の問題は、国内法の範囲に限られている。すなわち、国際的スパイ行為の目的物が、国家の利益または国民経済の利益を直接的に侵害する場合には、このよ

うな行為に対してその国の刑法による刑事責任を問うことがあるであろう。しかし、國際的スパイ行為の目的物が、国家の利益または国民經濟の利益を直接的に侵害するものでない場合には、国家の刑法は、このようなスパイ行為を放任するか、または国内的スパイ行為に対すると同様の刑事責任を規定するに止まるであろう。

次に、國際的産業スパイ行為には、行為者の本国の利益のためにするものと、外国の利益のためにするものがある。本国のためにする行為は、その国の政策に合致し、その国の法律上は、合法行為とされるから、刑事責任の問題は、国内法上は生じないであろう。ところが外国の利益のためにする産業スパイ行為は、その行為が本国の經濟政策を妨害するおそれがある場合には、純經濟的な国内的産業スパイ行為に比して、一そう重い刑事責任を問われるべき根拠があるように思われる。外国の利益のためにする國際的産業スパイ行為は、外国の産業政策に奉仕するために本国の産業政策もしくは企業利益を侵害するもので、その公共利益を危険に陥れる行為の代償として、外国の政府機関または政策的企業から、個人的利益を獲得することを實質としているからである。その行為は、企業倫理に反するばかりでなく、国民倫理にも反するものと思われる。したがって、このような政治性を帯びた外国のためにする産業スパイ行為に対する刑事責任は、外国への秘密の漏洩防止という保安処分的な責任の外に、道義責任をも加えて追求されるべき性質を有するものと解すべきものであろう。

ところが、外国企業のためにする純粹に經濟的な産業スパイ行為においては、それが国家利益または国民經濟の利益を全く害しない性質のものである場合には、その行為に対する保護法益は、私的な「企業秘密」または「産業上の技術もしくは業務の秘密」であると解されよう。それは、本質的には、經濟社会における企業相互間の競争

が生んだ純粹に經濟的な社会活動である。そして、その競争が不正なものとして認定されるに至って、合法的な情報収集行為のわくからはみ出て、スパイ行為として指弾されるに至るものである。したがって、このような産業スパイ行為は、たとえそれが外国企業のためにするものであっても、国内産業スパイ行為とその本質において區別されるべきものではないであろう。それは、企業倫理に反する行為であり、企業に危険性を生ぜしめた行為である点で、道義的責任と損害賠償責任とを追求されるべき行為であると思われる。それが外国企業のためにするものであるかどうかは、国民經濟を直接に侵害する危険性が認められないものである限り、問題とされるべきものではないであろう。

(2) 消極的産業スパイ行為

次に、産業スパイ行為もスパイ行為の概念に含まれるものであるから、形態上からは、スパイ行為一般にみられる類型を有するものである。すなわち、企業秘密の漏洩がスパイ組織と結合した場合にみられる消極的スパイ行為と、企業秘密を探知または収集する行為としての実体をもつ積極的スパイ行為との二類型に類別しうるであろう。さらに、積極的スパイ行為が直接的スパイ行為と間接的スパイ行為とに類別されることも、政治的スパイ行為におけると同様である。

産業スパイ行為における消極的スパイ行為は、競争相手企業の株主、役員または特定の従業員の地位を獲得することによって、その企業の秘密を入手できる地位を獲得し、職務上入手できた秘密を漏洩するという方法でなされる場合と、競争相手企業の株主、役員または秘密に接近し得る従業員を買収して、秘密を漏洩させる方法をとる場

合とがある。ともに背信的秘密漏洩行為であることにおいて相違はない。しかし前者の方法は、計画的潜入行為が先行している点で、積極的スパイ行為に属すべきものであるかもしれない。企業にとって、一そう危険なのは、積極的スパイ行為よりも、消極的スパイ行為であり、企業秘密の漏洩は、最も悪質な背信行為として非難されるべきものであろう。それ故に、産業スパイ行為においては、積極的スパイ行為よりも消極的スパイ行為に重点を置いて可罰性を認めようとする傾向が今日までのところ通例となっている。

産業スパイ行為においては、積極的スパイ行為は、消極的スパイ行為に対する教唆または強制という共犯形態で把握せられ、消極的スパイ行為と無関係な形でとらえられることは、ほとんどその例をみないといってよいであろう。この点は、政治的スパイ行為や軍事的スパイ行為が消極的スパイ行為との結びつきを原則としていないのと、異なっていると思われる。このような相違は、情報収集の必要性の切実さの相違であろうと思われる。

計画的潜入行為を先行する消極的スパイ行為は、競争企業に対する破壊性において考察するときは、企業倫理を無視した不正競争手段の中でも、最も悪質なものと思われる。企業秘密の漏洩の絶対的可能性を獲得することを企図するとともに、秘密漏洩の絶対的可能性を獲得した上での秘密の漏洩という絶対的背信行為ともいえるべき危険性と侵害性との両者を具備した行為だからである。それ故に、その責任は、消極的スパイ行為に対するそれと、積極的スパイ行為のそれとの両責任を負担すべきものではなからうか。

消極的スパイ行為の刑事責任の性質は、企業秘密の漏洩または企業秘密への秘密不知者の接近の可能性の付与という背信的行為に対する責任であることにある。その責任の本質は、企業に対する財産的侵害に対する非難ではな

くて、そのような侵害の危険に対する非難である点にある。秘密の漏洩等の消極的スパイ行為は、直接的には、企業の財産的侵害をするものではなく、その危険性を発生するにすぎないものだからである。しかし、企業秘密自体を侵害するものである点では、侵害犯である。ただ、この場合の侵害犯としての性質は、未だ企業に対する実質的損害を生じているという意味での侵害ではない。したがって、実害の発生を以て侵害とする考え方に従えば、侵害犯ではなく、危険犯であるとするのが正当であろう。この点は、計画的潜入行為を先行する消極的スパイ行為および積極的スパイ行為においても同様である。

消極的スパイ行為に対する刑事責任の限界は、主体については、(1) 株主または役員、(2) 企業秘密に職務上関与または接近しうる従業者、(3) その他の従業者で偶然に企業秘密に接近し得た者、(4) 当該企業の従業者でなくして企業秘密に接近し得る者、以上の四者を区別して考察するを要するであろう。また、客体については、企業秘密として、(1) 企業の経営上の計画または方針、(2) 工業技術または工場設備、(3) 企業の経営内容または財産状況、(4) 企業の重要人事その他企業の極秘を要すると認められる事項、以上の四者が考察の対象となるであろう。

さらに行為については、企業秘密の漏洩行為もしくは企業秘密への接近援助または黙認の行為がとり上げられなければならない。そして、これらの行為が、故意になされる場合としては、積極的スパイ行為者の買収に応ずることによってなされる場合と、競争企業の内部に潜入することによって企業秘密に接近しうる地位を獲得して、その地位を利用してなされる場合とがある。過失によってなされる場合は、買収されていることに気づかないですることが多いと思われる。このような行為形態について、その本質を究明して、刑事責任の限界を考察することが必要

であろう。

それでは、上掲の各項目について、刑事責任の限界を考察することとする。

まず、消極的スパイ行為の主体について考察するに、株主または役員が企業秘密の漏洩について刑事責任を負うべきものとされることは、各国の不正競争防止法において規定されているばかりでなく、商法もしくは各種の会社法においても、立法化されているのを通例とするから、まず問題とはならないと思われるであろう。しかし、これについても、全般的に公訴犯罪とすることについては、企業秘密の保護という点から、反対されるであろうことは、想像に難くない。それ故に、親告罪とする政策的措置が必要とされるであろう。

次に、企業秘密に職務上関与または接近しうる従業者について、その取得秘密の漏洩もしくは接近援助の刑事責任について考察する。わが国の現行法は、このような従業者の背信行為についての刑事責任については規定していない。しかし、産業スパイ行為事件において、競争相手の企業からするスパイ行為による買収に應ずるのは、多くは株主や役員でない従業者であるのが通例ではなからうか。このような従業者は、その職務上得た企業秘密を、競争企業に売り渡したとしても直接には損害を蒙らないし、むしろその功績によって相手企業から優遇される可能性のあることを期待し得る者であるからである。それ故に、このような地位にある従業者の消極的スパイ行為は、企業にとって一そう危険性のあるものとして、可罰性を考慮すべきものではなからうか。ただこの場合にも、企業秘密の保護という観点からは全般的に公訴犯罪とすることには疑問があり、親告罪とするのが妥当であるといえよう。

次に、その他の従業者で偶然に企業秘密に接近し得た者についての刑事責任を認めるべきであるかという問題がある。秘密への偶然接近は、企業側の秘密防止上の過失が然らしめるものと思われるから、この場合における秘密漏洩の責任を、偶然接近者に負担させることを一般的に認めることは、偶然接近者への過失責任の転換を一般的に認めることになって、妥当なこととは思われない。ただ、特定の事実に限って、偶然知得をした従業員に対する秘密漏洩防止義務を企業自体における内部規約によって課し、それが契約上の義務として従業員にとって遵守可能なものである場合には、問題は別であると思われる。この場合に、道義的責任を追求するのを妥当と考えられる限度において、刑事責任を科たしとしても、不当とは言い得ないのではなかるうか。もっとも、この場合にも親告罪とする必要のあることは、企業秘密の保護の上から認められるべきことであろう。

当該企業の従事者ではなくて企業秘密に接近し得る者については、これを消極的スパイ行為の主体とすることに、疑問があると思われる。当該企業が軍事産業その他政策に基づく企業の場合には、別の立場から考慮されなければならぬものがあるであろうが、ここで問題としているのは、純経済的な産業スパイ行為についてであるから、当該企業に対して全く企業秘密の保全義務を負担しない当該企業の非企業者に対して、秘密漏洩上の如何なる責任をも科し得ないとするのが正当な考え方であると思われる。

第二の問題として、客体についての限界を考察してみよう。この客体に関する考察においては、その秘密が企業にとって致命的な秘密であり、その秘密の漏洩により、企業が財産上または経営上の損失をうけることになる可能性がある場合となるかどうか、その秘密が当該企業にとって「知られてはならない」秘密であるかどうかを、判

定すべき客観的基準となると解すべきものであると思われる。企業にとって財産上または企業経営上の損失をうける可能性を具備しない秘密は、企業秘密として保護するに値しないものと解されるからである。

このような見解に立てば、さきに掲げた産業スパイ行為の客体としての企業秘密の四個の種類に属するものを侵害する行為は、すべて刑事責任を問われるべき性質のものであると思われる。ところで、そのように解する場合、企業にとって知られてはならない秘密は、決定的には、客観的なものとしては把握できず、企業の主観的判断に基づかざるを得ないものではないかとの疑問が生ずるのである。さきに掲げた「企業の経営上の計画または方針」、「工業技術または工場設備」、「企業の経営内容または財産状況」、「企業の重要人事その他企業の極秘を要すると認められる事項」等について、それが真に企業秘密に属するかどうかは、ただこれらの事項に該当するということだけでは決定されないであろう。企業にとって真に知られてはならない秘密は、全く企業の主観的判断に基いてのみいえることだからである。

ところが、犯罪の構成を被害者の主観的判断に基いて決定するということは、法的安定性を害することとなって妥当でない。それ故に、知られてはならない秘密ということは、企業の主観的判断とは独立して観察されうる客観的判断でなければならぬであろう。客観的判断として企業秘密を把握する場合には、具体的事実を明確にして、それを根拠として判断をしなければ、その企業にとって知られてはならない秘密であるかどうかを判断することは困難であると思われる。それ故に、産業スパイ行為であるかどうかを裁判するにあたっては、秘密の公開を強制せざるを得ないし、そうしなければ企業にとってその秘密の放棄を余儀なくさせられることになり、角をためんと欲して

牛を殺すことになるであろう。ここに産業スパイ行為を公訴犯罪とすることのむづかしさがあるのである。

そこで、この問題を解決するために、スパイ行為によって企業秘密がその秘密性を喪失した程度をまず調査し、その喪失程度いかえれば秘密の拡散範囲が狭少である場合には、企業秘密は未だ完全には失なわれていないから拡散範囲内にある者に秘密を守ると共に秘密を使用しないことを義務づけることによって、犯罪構成を阻却することとするのが妥当ではなからうか。もっともこの場合、秘密拡散の範囲が狭少であるかどうかは、秘密の性質によっては、形式的には取り扱いかい得ない問題であるから、被害者たる企業の意見を十分にとり入れることを条件とすべきであろう。

そして、企業秘密の喪失程度がその秘密性をいちじるしく毀損するものである場合には、それによって企業に財産上の損失を生じまたは得らるべき利益を失なわせるに至る危険がある場合に限って、産業スパイ罪の構成があるものとするのが妥当ではなからうか。もっともこの場合においても、親告罪とすることが企業秘密を保護する上からは、必要なことであろう。特に工業技術上の秘密その他さきに掲げた事項については、その秘密の公開は漏洩後であってもなお避けるのを適当とする場合が多いからである。このことは、産業スパイ行為それ自体を処罰する規定がなく、窃盗罪もしくは背任罪で訴追する場合であっても、同様の事情にあることが、忘れられてはならないであろう。

第三の問題として、行為についての限界を考察しなければならない。まず、故意の漏洩と、故意による秘密への接近援助または黙認について考察するであろう。これらの行為は、厳密な意味ではスパイ行為ではないが、スパイ

行為と関連をもつものである。しかし、それは、スパイ行為と結合することを意識しているとは限らない。全くスパイ行為に奉仕する意図も意識もなくして実施される場合も、多く見られるところだからである。ここではこのような単純漏洩行為を取り上げんとするものではない。産業スパイ行為においては、このような単純漏洩行為は、利用手段であるにすぎない。その反道義性は、漏洩行為者の職務上の義務の性質によって決定され、それが背任行為に該当する場合に、多くは漏洩の刑事責任が規定される。ところが、漏洩行為または秘密接近の援助行為が、スパイ行為を意識してなされる場合については、これをスパイ行為と区別して刑事責任の対象としなければならない理由にとぼしいため、両者の法律上または事実上の構造の相違にもかかわらず、スパイ行為として統一して理解するのが適当な場合もある。そこで、この両者を対象としてスパイ行為を考え、その刑事責任の程度を考察してみようと思う。

故意によるスパイ行為は、上掲のスパイ行為を意識しての秘密漏洩、秘密への接近援助等の外、真正のスパイ行為である秘密の探知、収取の行為および漏洩もしくは秘密への接近援助、黙認の教唆もしくは強制行為を含めて、ここでは考察する。これらの行為が、故意による不正競争の手段であることはいうまでもなく、このような行為を無制限に放置しておくときは、企業界における公安の秩序は失なわれることになるであろう。それ故に、このような行為の禁止および可罰性の付与がなされていることは、さきに述べたとおりである。ところが、これらのスパイ行為が企業秘密を客体とし、全く政治性を有しない場合には、これらの行為を直ちに取り上げて公訴犯罪とするときには、秘密の公開の防止という企業利益保護の観点から問題があることは、これまでしばしば述べてきたとおり

である。それ故、ここでは、問題を単純化するため、この問題を一応棚上げして考察することとしたい。

上述の企業秘密へのスパイ行為は、財産上の侵害という点からは、未だ侵害犯ではなく、危険犯にすぎないことは、前述したとおりである。また、それを国内法の領域に限ってみるときは、企業道義に対する違反もしくは社会道義に対する違反として把握することができるであろう。その反道義性は、株主、企業企業者および債権者の利益を侵害する危険を有するという点で反公共性を帯びており、刑法的非難の対象とされるに足りるものと思われる。

ただ、企業秘密を探知、収集するということが自体は未だ企業の財産的利益に何らの侵害をも加えていないものであることから考えて、このようなスパイ行為を公判にかけることにより、企業秘密の強制公開がなされるという、企業にとって致命的な結果を招来することは、企業自体の利益のみを考慮に置くときは、避けなければならないこととなるであろう。そこで、産業スパイ行為を、刑法的非難の対象として、公訴犯罪とするかどうかは、それによって得られる社会防衛もしくは企業防衛の利益の大きさと、それによって失なわれる企業秘密の喪失の結果としての企業利益の喪失の大ききとの、利益評量により決定されるべきものとするのが妥当な見解ではなからうか。もっとも、この場合に、一般的に利益評量することは、企業秘密の当該企業にとっての重要度および企業秘密の拡散度が区々まちまちであるために、具体的事情を考慮しないでは適正な評量をなし難いであろう。しかも、この利益評量は、公判以前においてなされなければ意味がないものである。それ故に、この場合の利益評量は、立法にさき立って一般的に立法者が行ないうる範囲と程度に、大きな制限が生じていることになる。立法するかどうか、どのように立法するかを決定するために、上述の利益評量がなければならないが、事実上の原因から、その利益評量は

不完全なものならざるを得ない。そこで、立法した上で、それを制約する手段が設けられなければならないことになる。公判以前における制約であることを要するから、公訴提起権に対する制約を規定する以外にないことになると思われる。そのためには、産業スパイ行為を親告罪とし、企業の意志決定者に告訴権を付与するのが最も妥当なことであろうと考えられる。この問題は、過失犯についても同様であると思われる。

(3) 積極的産業スパイ行為

ここでさらに、積極的産業スパイ行為における直接スパイ行為と間接スパイ行為との間に、可罰性を区別すべき理由があるかという問題を考察してみる必要がある。間接スパイ行為者は、産業スパイにおいても、スパイ組織の領導者を含む主体的地位にあるものであり、直接スパイ行為者は、間接スパイ行為者によって使用される地位、もしくは利用されて探知行為をする地位にあるのを通例とする。それ故に、一般的にいつて、間接スパイ行為者が当該産業スパイ行為の事実上、実質上の主体であって、その刑事責任もまた直接スパイ行為者のそれに劣るものではないと思われる。むしろ、間接スパイ行為者の領導によって実行された産業スパイ行為においては、直接スパイ行為者と間接スパイ行為者とは共謀共同正犯であり、いわゆる首謀者は間接スパイ行為者であるから、量刑上は、間接スパイ行為者の方が重いとするのが適正なことではなからうか。

直接的積極スパイ行為は、競争企業への潜入して探知する方法、または非合法行為（住宅侵入、窃盗、器物損壊等）を用いてする方法をもって実施される。前者の方法は、合法的手段をとるものであるから、競争企業への潜入もしくは企業秘密の探知を処罰する規定がない限り、犯罪とはされないが、後者の方法は、スパイ行為の処罰規定

の有無にかかわらず、刑法上の犯罪に問われるものであろう。ところで、上述の両者の方法についての特徴は、前者の方法は、企業秘密の存在と切り離しては認識し得ないものであるが、後者の方法は、企業秘密と無関係に切り離して認識し得る点にある。すなわち、後者の方法によるスパイ行為は、企業秘密の存在の立証を必要としないから、秘密保護の立場からの立法上の考慮を必要としない。ところが、前者の方法によるスパイ行為は、これを必要とする点に両者の間の差異がある。

間接的積極的スパイ行為は、直接的スパイ行為者への指令、任務付与、伝達または通信連絡の方法をとるものである。

これらの行為は、それ自体としては非合法手段をとらない限り、可罰的対象とはされないであろう。しかし、競争企業の秘密を収取する行為の内容をなす点において、これを不可罰として放置するときは、不正競争を結局は防ぎできないことになるであろう。直接的スパイ行為者が負担する危険を償う以上の補償約束をすることにより、直接的スパイ行為に対する可罰性を無効に近いものに化しうるからである。それ故に、消極的スパイ行為、直接的スパイに可罰性を付与する以上は、間接的スパイ行為をもまた可罰的なものとしなければ、衡平を欠くばかりでなく、スパイ行為に可罰性を付与する意味を減少させることになるであろう。したがって、上掲の間接的積極スパイ行為の方法に対して、これを可罰的行為とする立法が合理的だということになる。

しかし、この場合にも、企業秘密の保護の目的のためには、これらの犯罪を親告罪にすることが要件となるであろう。

(4) 国内人による産業スパイ行為と外国人による産業スパイ行為との間にみられる刑事責任の本質上の差異
産業スパイ行為が国内人によって国内企業に対して実施される場合には、企業間に存在する社会道徳もしくは企業倫理に違背するという観点からの刑事責任が考えられるが、産業スパイ行為に対する刑事責任がこのような道義的責任のみに立脚するものとは断定し難い。というのは、産業スパイ行為に対する可罰性の付与は、立法歴史上からは、不正競争の禁止もしくは防止という政策的観点からなされてきたものだからである。

産業スパイ行為に対する可罰性を認める根拠は、企業社会の利益の保護という政策的根拠にあることには、根拠があると思われる。不正競争の禁止は、元来、資本主義経済機構における企業競争がその正常な方法を逸脱した企業倫理に違反する方法によって行なわれるのを禁止し、不正競争によって企業が不当な圧迫をうけ、その株主、従業員の利益が不法かつ不当に侵害されるのを防止し、国民経済社会の安全を保証せんとするものであるからである。このことは、産業スパイ行為の行為者が国内人であると外国人であることによって区別されることはないと思われる。

それ故に、論点はむしろ、行為者が国内人であると外国人であることによって、その刑事責任の性質に差異があるかという点にあると思われる。

行為者が国内人である場合には、同一国内法の支配下において社会生活を営むものとして、国内法において不正とされる競争行為をすることは、社会道義に反することであり、産業スパイ行為がこのような不正競争の手段とされる限り、道義的責任が追求されるべきものであろう。それ故に、国内人による国内企業に対する産業スパイ行為

は、国民経済社会の安全保障という政策的立場からの責任追求とともに、道義的責任をも追求されるべきものであると思われる。

それでは、外国人による国内企業に対する産業スパイ行為、特に外国企業の利益のために国内企業に対する産業スパイ行為については、いかなる刑事責任が問われるべきであろうか。外国企業から派遣されて外国企業の利益のためにスパイ行為を行なう者が内国に居住する場合には、この者が国内法に従うべきものであることはいうまでもないが、そのことは、内国に居住するという事実によって課せられる反射的拘束であって、国内道義に服従する責任を生ずるものとはいい難いであろう。道徳もしくは倫理に関する考え方は、人間性に関する基本的な倫理に関するものは一般的普遍的であるといいうるとしても、社会環境や時代思潮や国家観というようなもので支配され決定される倫理規則は、必ずしも世界共通であるとはいい難い。また、愛国心とか国土愛とか社会愛といったような抽象的観念としては共通であっても、そのことの具体的内容については、国を異にするに従って異なるものであることは、しばしば見られるところである。

それ故に、企業の自由という原則の下に行なわれる自由競争の一つの手段として、外国の産業スパイが国内企業に対してスパイ行為を行ったとしても、この場合の産業スパイが反道義行為をしたとはいい得ないであろう。この場合、かような産業スパイに対する刑事責任を追求しようとすると、それは国内企業の秘密を保護する立場からの非難として把握する以外に責任を考へることはできないのではなからうか。それ故に、この場合の責任は、道義責任を問うものではなく、国家の立場から自国の国民経済を構成する自国の企業の秘密の保護もしくは安全を保持す

るという立場から加えられる非難としての刑事責任——それは政策的な刑事責任であるとみるのが正しいと思われる。

〔五〕 全般的に公訴犯罪とすることに対する反対

産業スパイ行為を犯罪類型として取り上げる場合、重要な問題点は、それを一般的に公訴犯罪として規定した場合、企業の秘密の保護の目的が、公判手続において重大な毀損をうけることになることであろうことである。真実、企業秘密が探知収取されたことの立証は、公判廷において企業秘密を公開することによってのみ、合法的になしうるであろう。もっともスパイ事件の裁判に限って密行主義を採用するとともに、関係人に秘密厳守義務を課する場合は別である。しかし、このような裁判の密行主義は、自由主義的民主主義国家においては、憲法によって禁止されるのが通例であるから、裁判公開の原則に従う立法の下では承認されないと考えられる。

従って、産業スパイ行為を一般的に公訴犯罪とすることは、企業の秘密を保護しようとする企業にとって、一つの恐怖の種となる。また、企業競争の手段として、裁判の公開を利用する企業秘密の探究が企図され実行されることも稀ではないという事態を惹起することになるであろう。それ故に、このような不正競争を防止するためにどうしたらよいかということが、問題とされなければならないであろう。

これに対する方策としては、これまでもしばしば述べてきたように、産業スパイ罪を親告罪とし、秘密公開の可否の決定を、被害企業の意思にまかせるのが適切であると思われる。

(1) 例えは、フランス刑法四一八条の二に於てある。

(2) Cronanson, Marthe-Claude, De l'élément de faute dans la concurrence déloyale. Aix-Marseille 1925, p. 26
参照。

(3) エントロンの著、Keller, Jakob, Der strafrechtliche Schutz des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses, Leipzig 1905, S. 20 及び Friedländer, Eugen, Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses,

„Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin“, Berlin, 1903, S. 171 に引用してある。
司法資料二五七号四五頁以下参照。

(4) Walter Mahler, Spionage und ihre strafrechtliche Bekämpfung im schweizerischen Recht, 佐藤莊一郎訳、四五—四六頁、司法資料二五七号参照。

(5) ドイツの不正競争防止法については、前掲三〔四〕脚註〔六三〕参照。

(6) 一九六二年のオーストリア刑法草案は、次の二箇条を設けている。

一四七条（業務または営業の秘密の諜報）

(一) 業務または営業の秘密を利用する故意または他人に利用させまたは公衆に暴露する故意をもって諜報した者は、二年以下の自由刑または五〇万シリング以下の罰金に処する。二つの刑はこれを併科することができる。

(二) この所為は、被害者の要求にもとづいてのみ、これを訴追する。

一四八条（外国のためにする業務または営業の諜報）

(一) 業務または営業の秘密を外国において利用し、使用し、またはその他役立てる故意をもって諜報した者は、三年以下の自由刑に処する。自由刑に併せて百万シリング以下の罰金を宣告することができる。

(二) 自己がその保持を義務づけられている業務または営業の秘密を、外国において利用し、使用し、またはその他役立てるた

め暴露した者も、同じである。(法務省刑事局、刑事基本法令改正資料第五号、一九六二年オーストリア刑法草案より引用)。
一九六四年のオーストリア刑法草案は、一九六二年の草案の条項を整理し、次の一箇条を設けている。

一四八条

(一) 業務または営業の秘密が外国において利用され、使用され、またはその他役立てられることの故意をもってこれを探知した者は、三年以下の自由刑に処する。自由刑に併せて、百万シリング以下の罰金を宣告することができる。

(二) 自己がその保持を義務づけられている業務または営業の秘密を、利用、使用またはその他の活用に供するため、外国において暴露した者も、同じである。(法務省刑事局、刑事基本法令改正資料第九号、一九六四年オーストリア刑法草案より引用)。
なお、スイス、北欧諸国もまた、産業スパイ処罰法令を有する (Walker Mahler, Spionage, 佐藤訳、司法資料一五七号四六頁参照)。

(7) 商法四八六条、四八七条、有限会社法七七条。

(8) いわゆる独占禁止法であり、この法律の第五章は、不正な取引方法の禁止(一九九条)とその差止(二〇〇条)について規定する。

(9) 不正な取引方法については、昭和二八年九月一日公正取引委員会告示一一号によって規定される。その二二項目に、「競争会社の株主、役員に対して秘密の漏洩その他その会社の不利益となる行為をするように不当に誘引し、そのかし、または強制すること」を不正な取引方法に含めている。

(10) 独占禁止法第二五条は、不正な取引方法を用いた事業者に対し、無過失損害賠償責任を課している。

(11) ドイツの一九〇九年六月七日の不正競争防止法第二〇条は、競争の目的のためまたは私益に基いて、他人を誘惑し、その者の雇傭関係にある企業の秘密を告知させ、またはその告知の申込を受諾する行為を、二年以下の禁固または罰金に該する行為として規定する。商業スパイ行為に対する処罰を規定するものである。それは、秘密漏洩の教唆に止まるものでなく、積極的ス

イ行為を可罰類型として設定しているものと解することができる。

(12) 前掲一、(三)脚註(12)参照。

(13) 商法四八六条、四八七条、四八八条(未遂処罰)、四九二条(併科)参照。

(14) 刑法総則の規定によるもので、特別の教唆処罰規定があるわけではない。

(15) 刑法二五六条。

(16) 特別背任罪としては、有限会社法七七条の規定もある。

(17) 商法四八六条は、七年以下の懲役または五〇万円以下の罰金を規定し、同法四九二条は両者の併科の選択刑を定める。有限会社法七七条は、五年以下の懲役または三〇万円以下の罰金を規定し、同法八〇条は両者の併科の選択刑を規定する。

(18) 刑法二四七条は、背任罪の主体は「他人のため其事務を処理する者」であることを要件とするから、会社の機密保持の任務を有しない者は、背任罪の主体としての要件を欠くものと解される。

(19) 独占禁止法一九条。

(20) 独占禁止法六条。

(21) 独占禁止法二五条。

(22) 独占禁止法九〇条、二年以下の懲役または三〇万円以下の罰金を規定する。

(23) *Walker Mahler* は、秘密の漏洩の場合によっては、何らかの名譽剝奪的刑罰の適用を受けるべきものであるという理由だけをもってしても、スパイ行為は秘密漏洩から分離することが妥当であるし、このように両者を分離するに当って、国際的経済的スパイ行為は、軍事的ならびに政治的スパイ行為と共に、単一の法律条項の中に合するのを適当とし、これに反して国内的経済的スパイ行為に対しては、別個の特殊構成要件を設けるのが正当であろうと、述べている (*Walker Mahler, Spionage*, 佐藤莊一郎訳、司法資料二五七号、二七五頁参照)。

七 過失スパイの刑事責任

国家の政治上、外交上または軍事上の秘密を過失によって入手した場合、その秘密を他国の政府機関またはその依頼者に通報もしくは売却するならば、その行為は、それが危険なものであることにおいて、スパイ行為の実施とその実質において区別するところがないとい得よう。それ故、秘密の過失による入手を、過失によるスパイ行為として把握したとしても不当なことではないであろう。ある国の刑法は、国家機密の無権限所持を処罰の客体とする。⁽¹⁾

また、国家秘密を保有しまたは通報する職責を有する者の過失によって、スパイ行為が助長された場合について考察してみると、この場合の過失行為には、国家機密の敵方または外国政府への引渡の危険性の存在が認められよう。それ故にこのような過失行為による秘密漏洩の危険性に対しては、予防手段がほどこされる必要があるであろう。イタリア刑法第二五九条は、まさにこの場合に対する一般予防手段としての刑罰規定である。

厳格な意味での過失スパイ行為は、過失による秘密の無権限入手または無権限所持の行為をいうものであるが、一そう広い意味では、秘密占有者または秘密通報者の過失によるスパイ行為助長をもまた、過失スパイ行為に含められる。これらの行為は、ともに危険性を有するものであり、その危険性を根拠として可罰性を認められているものである。

それ故に、過失スパイ行為に対する処罰は、通常の過失犯がすべて結果の発生をまつて罰せられるのと異なり、

スパイ行為の完成があるかどうかは問われな⁽²⁾いで、結果発生⁽²⁾の危険があれば、処罰の客体とされるのである。

過失スパイを犯罪とする思想は、スパイ行為に背叛性を認めず、これを純粹に保安処分の対象とすべきであるとの考え方を内包していると思われる。スパイ行為を国家秘密の保護の立場からする保安処分の対象と考える限り、国家の秘密の入手が故意によるものであろうと、過失によるものであろうと、その行為者は、国家の立場から保安処分の客体として取り扱われるべき根拠を提出するものといえるのではなからうか。ここに、過失スパイ罪を定立して、これを処罰すべき根拠があると思われる。また、実務的見地からして、この種の危険犯については、故意の立証がしばしば困難であるが、故意の立証の困難な場合でも、過失の立証ができれば処罰しようと規定することによって、スパイ行為者が処罰を免れるのを防止することができるであらう。このような政策的見地からしても、過失スパイ罪の規定は意味をもつものといわねばならないであらう。

ところが、多くの国家の刑事立法は、過失によるスパイ行為を犯罪類型として扱ってはいない。このことは、過失による秘密の入手を、スパイ行為として把握することに抵抗をもって⁽³⁾いるからに外ならないが、それは道義的責任主義の影響に外ならないのではなからうか。スパイ行為に対する刑事責任を、道義的責任として理解することが必ずしも正しくないことは、これまで⁽⁴⁾もしばしば指摘したところである。

スパイ行為に対する刑事責任を保安責任として理解する限り、国家機密を探知入手する行為が故意によってなされようと過失によってなされようと、スパイ行為として把握して、刑事責任を問うのが妥当なこととなると思われる。

過失スパイ行為は、上述のような性質をもつものであるから、その刑事責任の性質は保安責任であり、その根拠

は、国家機密の保全という政策にあると解するのが正しいのではなからうか。

しかし、過失スパイ行為を、秘密の過失による漏洩、または過失によるスパイ行為の助長にまで拡張して考えるときは、このような場合の過失スパイ行為の刑事責任は、必ずしも保安責任の性質だけを有するものとはいい得ないであろう。国家機密の保持者は、機密の漏洩をしてはならない義務を有するから、それを過失によって漏洩すれば、そこに道義的責任を認めざるを得ないものがあるといわねばならないからである。過失漏洩に、漏洩者の側に道義的責任があると解される事情があると思われるが、過失入手には入手者の側の道義的責任は認め難いものではなからうか。しかし、過失入手の行為についても、入手した秘密を入手者の身分上要求される義務に違反して漏洩もしくは引渡す行為がある場合には、道義的責任を科せられるべき性質をも有するものであるといつてよいのではなからうか。

(1) ハンガリー刑法四三条「軍事的秘密もしくは他のハンガリー国の安全または重要な利益が関係する秘密を含む文書もしくは他の事物を、所持する権能を与えられていないのに手もとに所持する者は、その行為が他の規定でより重い刑罰をもって威嚇されていない限りは、一年以下の重懲役をもつて罰せられる。」

(2) イタリア刑法二五九条は、過失によるスパイ行為の助長を罰する規定である。

フランス刑法八一条二号は、過失もしくは法令違反による防衛秘密の漏洩について規定する。

トルコ刑法一三四条一項は、スパイ行為の実行が、機密の書類、文書または情報を所持する人の過失の結果として可能となり、または促進されるとき、その過失に可罰性を認めている。

ドイツ刑法一〇〇条Cは、過失による国家機密の漏洩、公表に、可罰性を認めている。

八 スパイ組織への参加と刑事責任

スパイ行為は、必ずしもスパイ組織と結合してのみ存在しうるものではないが、国家または企業によって企図されるスパイ活動は、組織的な活動でなければ成立し得ない。スパイ行為の実行者は単独であるとしても、少くともこれに任務を付与する者がなければ組織体としてのみ存在しうる国家機関または企業による活動はあり得ないからである。スパイ行為は、情報提供を生計の資をうる手段としている者による場合でない限り、単独に実行されることとはないであろう。それ故、スパイ活動の実行は、スパイ組織を以てなされるのが、通常の形態であるといつてよいであろう。

スパイ組織は、それへの参加者なければ成り立たない。スパイ組織は、国家の秘密もしくは企業の秘密に対する侵害の危険性を有するものである。従つて、これへの参加は、危険性の増大の危険性を有する行為であるとみることができるとであろう。ここに、スパイ組織を組織する行為とともに、スパイ組織への参加行為もまた刑事責任の対象とされる所以がある。

外国のスパイ組織への参加行為は、最近の刑事立法においても、重い罪とされ、刑罰として極刑を科する国も少なくない。ハンガリー刑法第四〇条は、「外国の当局、報国の団体、彼らの代理人もしくは彼らの利益のために活動する者に、スパイにならうと申込み、または彼らのためにスパイ活動の準備をしたことが明らかにした者」を、国家反逆罪として一〇年以上一五年以下の重懲役に処し、戦時にはこれに死刑を科している。チェコスロバキヤ刑

法では、その第八六条二項bで、「国家の秘密を探知することを目的として存在する機関の構成員として」スパイ行為をした者を、二五年以上の自由剝奪または死刑にしている。また、チェコスロバキヤ刑法第八六条三項では、スパイ組織と結びついて行動する者にも刑罰（五年以上一五年以下の自由剝奪）を科している。中華人民共和国の反革命を処罰する条例の第七条では、「反革命の特務または間諜組織に参加し」た者、法定の情状が具備する者を、死刑または無期徒刑としている。ソビエト連邦では、スパイ行為および外国の対ソ連スパイ行為の援助行為は、その刑法第六四a項により一〇年から一五年の重い自由刑または極刑と財産没収の併科がなされている。

自由圏諸国の刑法にも、スパイ組織を組織したり⁽¹⁾、スパイ組織に参加する行為に可罪性を付与するものがみられる。また、イギリスの一九二〇年の公務秘密条例のように、「スパイ行為の企図、扇動、勧誘、教唆、予備を、正犯と同一に罰する」と規定して、スパイ組織の結成、参加を罰しようとした立法や、アメリカ合衆国連邦刑法におけるように、外国政府等を助けるためのスパイ行為について、共謀共同正犯の規定を設けて、スパイ組織者の全員を処罰できるようにした立法もある。

スパイ組織への参加行為は、スパイ組織を組織する行為と同様に、秘密の保持にとって危険性のある行為であることは認められなければならないところであろう。このことは、上掲の各国の立法上からもいえるところである。そして、この行為に対する刑事責任については、共産圏諸国の立法では、参加者が内国民である場合には、反逆行為もしくは反革命行為に対する刑事責任と同一視されている⁽²⁾。自由圏諸国では、反逆行為として規定したものはないようであるが、フランス刑法では、スパイ組織の設立行為を、国家の対外的安全に対する罪として規定している⁽³⁾。

しかし、ソ連邦刑法が、「ソ連邦に対して、敵対的活動を行なうために、外国諜報機関に引入られたソ連市民が、委託された犯罪的任務を遂行するいかなる行為をも行なわず、また、任意に、権力機関に対して自己と外国諜報機関との關係を申告した場合には、刑事責任を問われない」と規定しているのは、スパイ組織への對抗手段を規定したものであり、スパイ組織を暴露するためのいわゆるアジャン・プロボカトゥールの合法性を保証せんとする規定でもあると思われる。ロシア・ソビエト連邦共和国の刑法が、ソ連市民によるスパイ行為を「祖国に対する反逆」として規定していることは明らかであるが、たとえスパイ組織に参加しても、スパイ活動に従事しなければ、ただ参加しただけでは、刑事責任を問われないとされるから、スパイ組織への参加行為自体を反逆行為としているのではないと解される。また、スパイ組織に参加した者がスパイ活動に従事しても、任意に、権力機関に対して自己と外国スパイ機関との關係を申告した場合には、その行為の反逆性は阻却されるとしている。⁽¹⁰⁾ このソ連刑法のスパイ行為およびその組織への参加に対する見解は、行為者がソ連市民であるということに反逆性の根拠を求めているものの、スパイ行為自体およびスパイ組織への参加行為自体に反逆性を見ているものではないと思われる。むしろソ連刑法は、スパイ組織への参加行為の刑事責任の性質を、国家秘密の保全を基礎とする刑事責任を考えているとみることの方が一そう正確なのではないかと思われる。

スパイ組織への参加行為は、行為者の国籍を別にして考察すれば、ある事実を確認するための行為を計画的組織的に実行することを目的として設立された組織に参加することであるから、その行為自体には反逆性も、反道義性もないはずのものである。国家または企業への忠誠義務がその行為者になく以上、スパイ組織への参加はいうまで

もなく、スパイ行為自体にもまた、反逆性は認められないであろう。また、国家に対する忠誠または企業に対する忠誠が、国民道義として確立されているのでなければ、スパイ行為またはスパイ組織への参加は、反道義的行為でもないであろう。スパイ行為またはスパイ組織への参加行為が、反逆的、または反道義的と解されるためには、その国家における道義が如何なる内容をもって樹立されているかによるであろう。しかもそれは、スパイ行為またはスパイ組織への参加行為自体について反逆性、反道義性をみるべきものではなく、それは行為者の国籍もしくは身分に附着する道義観念の中に、反逆性、反道義性を見るところというのが正しい見方であるといわねばならないのでなかろうか。

上述したところから、スパイ組織への参加行為に対する刑事責任は、道義的責任として把握すべきものではなく、国家または企業の秘密の保護という見地から認められるべき刑事責任であるとみるのが正しいであろう。しかしながら、ただ国家道義の観点から、道義的責任が付加して認められることがあることは、否定し得ないところであろう。

- (1) フランス刑法八二条二項参照。
- (2) ドイツ刑法一〇〇条e一項および二項参照。
- (3) イギリス、The Official Secrets Act, 1920. (10 & 11 Geo. 5, c. 75) 七条。
- (4) アメリカ合衆国連邦刑法七九四条d参照。
- (5) ハンガリー刑法三七条一項(f)号は、スパイ行為の実行の目的で設備を設立しまたは維持する者を、国家反逆罪とし、六ヶ月以上五年以下の重懲役に処するものと規定する。

- (6) フランス刑法八二条。
- (7) ロシア・ソビエト連邦共和国刑法六四条b項。
- (8) ロシア・ソビエト連邦共和国刑法六四条a項参照。
- (9) ロシア・ソビエト連邦共和国刑法六四条b項参照。
- (10) ロシア・ソビエト連邦共和国刑法六四条b項後段参照。

九 スパイ行為の未遂の刑事責任

スパイ行為の可罰性は、国家または企業の秘密をこれと競争関係にある国家または企業に伝達して国家または企業の利益を損害する危険性に、基いているものである。しかも、この可罰性の本質は、行為結果に対する懲罰的なものとして理解すべきでなく、秘密喪失の防止という目的から生れた政策的なものとして理解すべきものであることは、これまでにもしばしば述べてきたところである。

スパイ行為に対する処罰の根拠が、秘密喪失の防止にあると考える立場からは、スパイ罪については、既遂よりも未遂に、未遂よりも予備もしくは企図に重点を置いて可罰性を考慮しなければならないことになるであろう。

もっとも、現行の各国の刑法は、スパイ行為の可罰性について、このように割切って考えていないようである。しかし、このことは、国民もしくは市民という身分との関連でそうなのであって、スパイ行為そのものの性質からの考慮としては、未遂および予備を重要視する考え方も、多くの各国刑法に現れている。イギリス法は、スパイ行

為について企図を正犯と同一に処罰しているし、アメリカ合衆国連法刑法も企図を処罰している。⁽¹⁾ フランス刑法およびドイツ刑法では、未遂処罰規定を設けているし、ハンガリー、⁽⁴⁾ ユーゴスラビア、⁽⁵⁾ 韓国、⁽⁷⁾ 中華民國等の刑法においても同様である。

スパイ行為の未遂は、既遂と同様に罰するとする立法は、未遂のもつ危険性の重大さを既遂と同様と考えるものであるが、この点においては次の理由で正しい見解といわねばならない。すなわち、スパイ行為の既遂は、秘密喪失の危険性の最も大なるものであるが、その危険性は、スパイの入手した秘密がこれを利用する者の手に入る以前の段階において存するものであり、未遂の危険性は、スパイ行為の実行に着手して後、これを遂げなかつた者について、存するものである。未遂も既遂ともに秘密の利用者にそれが入手される可能性についての危険性である点では、同一の性質を有するものであるというるであらう。ただ異なるのは、既遂の場合は、秘密はスパイ行為者に入手されており、その危険性は利用との関係において存在するものであるが、未遂の場合には、秘密はスパイ行為者に完全には入手されていないから、スパイ行為の反復とそれにつづく利用者への通報の危険性として把握される点にある。しかし、両者の危険性は、秘密の保全という見地からは、未遂者の放置は、未発見の既遂の危険性をはらむものであるから、未遂と既遂とは、その危険の程度に差異があるとは思われぬものである。このようなわけであるから、スパイ行為については、その未遂のもつ危険性は、既遂のもつ危険性とその重大さにおいて異ならないと考えるのが正しいと思われるのである。

スパイ行為の未遂の危険性が、既遂の危険性と其の程度において異ならないことは、スパイ行為の未遂の可罰性

を考へる上に、決定的な要素となるといふ得よう。しかし、スパイ行為の未遂について可罰性を認める根拠については、他に政策的な理由も存在する。秘密の探知とか入手とかは、客観的には無形の方法でなされることがあるが、その場合、既遂の立証は、事実上極めて困難となる。それ故、未遂を処罰する立法がなければ、スパイ行為者を不処罰のまま放置することとなって、国家機密や企業秘密の保全という目的は、重大な支障を来すこととなるであろう。このような政策的配慮が、スパイ行為の未遂を処罰する立法の重要な理由となつて注意するを要するであらう。

スパイ行為の未遂の処罰規定の設定根拠は、上述のようなものであるが、このことは、スパイ行為の未遂に対する刑事責任の性質を決定するものといわねばならない。すなわち、それは、本質的には、秘密保全政策に基づいて考慮された刑事責任であるであらう。ただ、国民性とか市民性とかに基づく反道義性が、スパイ行為の未遂の刑事責任の副次的性質として考慮されることがあるのは、スパイ行為一般についていわれるところと同様であると思われる。

- (1) 一九二〇年公務秘密条例七条参照。
- (2) 一九四八年アメリカ連邦刑法七九三条参照。
- (3) フランス刑法八三条六項(一九五八年一月二三日改正)は、スパイ行為の未遂は既遂と同様に罰せられると規定する。
- (4) ドイツ刑法一〇〇条dは、スパイ組織への参加行為に関連して、未遂処罰の規定を設けている。
- (5) ハンガリー刑法三六条一項d号、三七条一項d号、e号参照。

スパイ行為に対する刑事責任の根拠(飯田)

- (6) ユーゴスラビア刑法一〇五条二項参照。もっとも同刑法同条は、スパイ行為の未遂について直接に規定してはいないが、スパイ活動の援助、活動の組織を処罰しているので、未遂の処罰もこれによって罰せられることになる。
- (7) 大韓民国刑法一〇〇条参照。
- (8) 中華民國刑法二二二条二項参照。

十 スパイの任務終了後の刑事責任の有無

スパイ行為の刑事責任の根拠が秘密の保全という政策に求められるべきものであるとすれば、スパイ勤務を離れた者を逮捕し処罰することは、無意味であるといわねばならない。この問題については、一九〇七年のハーグ国際条約の附属規則第二九条に掲げるスパイの定義において、スパイ活動と認められるための要件として、「行動中」(agissant)のものであることを挙げていることが、参考となるであろう。ハーグ条約が現行性をスパイ行為の構成要件としているのは、前述したように、スパイがその任務を終了し、公然の身分に帰り、将来に向って、または現在において危険性が消滅していれば、それを逮捕して処罰することは無意味であるとしたからに外ならないであろう。

しかしながら、現行の各国刑法は、スパイ行為についても、既遂処罰を原則とし、現行性を構成要件とはしていない。このことは各国の現行刑法が、スパイ行為を純粹に、政治的に無色な報道的なものとは考えず、背信的なもの、もしくは反革命的なものとして把握していることからくる法的帰結なのである。したがって、各国現行刑法におけるスパイ罪の規定は、必ずしも刑事責任の基礎を政策に求めず、多分に道義的責任を考慮しているものと解される。と云うことができる。

しかし、この各国の現行刑法における立法態度は、スパイの任務終了後の刑事責任について、これを肯定的に解すべき決定的な理論的根拠を提供するものとは、必ずしも解し得ないであろう。一九六〇年のロシア・ソビエト連邦社会主義共和国刑法第六四条b項が、「ソ連邦に対して、敵対的活動を行なうために、外国諜報機関に引き入れられたソ連市民が、委託された犯罪的任务を遂行するいかなる行為をも行なわず、または、任意に、権力機関に対して自己と外国諜報機関との關係を申告した場合には、刑事責任を問われない」と規定していることは、この国の刑法が、スパイ行為に対する刑事責任を、国家の秘密の保全についての政策に基づいて把握していることを、推測させる根拠となると解しうるであろう。ロシア共和国刑法もまた、スパイ行為について現行性を構成要件の要素として掲げてはいないけれども、スパイ行為に対する刑事責任を、秘密保全政策を根拠として考える以上、現行性を構成要件中にとり上げないことは、理論的には筋が通らないことになると思われる。

スパイの任務終了後の刑事責任については、スパイ行為の性質上から論ずるならば、これを否定的に結論せざるを得ない。しかし、刑事責任の有無は、現行刑法がどのようにこれを規定しているかによって決定されるものであるから、理論上の帰結と、実際上の問題とは、必ずしも一致しないことは、いうまでもない。(昭和四五年二月)