

14. 5-54  
1200501213210  
4

14.5



始





# 料資法司

14  
54

號七十五百二第

## 間諜行爲

ヴァルター・マラー

— 竝にスイス法律に於ける其の刑法的防遏 —

〔禁轉載〕（昭和十四年九月）

司法省調査部



茲に譯出したものは Dr. Jur. Walter Malter, Spionage und ihre strafrechtliche Bekämpfung im schweizerischen Recht. である。

本書は主として瑞西國に於ける間諜法の解釋適用を論ずることを以て目的としてゐるのであるが元來間諜行爲の概念は必しも明白でなく又國々により其の意義内容を異にする爲勢ひ比較法制的研究を必要とするに至り佛獨の法制にも論及することにより此の概念の軍事的政治的及經濟的領域に於ける適用を闡明せんことに努めてゐる。筆寫に代へて排印する次第である。

譯者は佐藤莊一郎氏である。

尙卷末の附録はエース控訴院檢事次長 M. H. Verlum の La répression de l'espionnage en droit français depuis les décrets-lois des 17 juin 1938 et 20 mars 1939 (La Semaine Juridique. 1939, 7 mai, N. 19) の邦譯であり譯者は石濱三男氏である。

昭和十四年九月



司法省調査部



司法資料  
第二五七號

ヴァルター・マラー

### 間諜行爲

——竝にスイス法律に於ける其の刑法的防遏——

## 目次

序 言……………一

文獻一覽表……………三

    A 總論編……………三

    第一章 緒 說……………三

        第一節 間諜行爲 (Spionage) と其の表現の言語的竝に法律的意義……………三

            一、軍事的間諜行爲……………三七

            二、政治的間諜行爲……………三六

            三、經濟的間諜行爲……………四三

            四、間諜行爲の刑法的概念の前記諸領域への限定……………四六

司法資料





11

- 五、間諜行爲に多い附隨的犯罪…………… 五二
- 第二章 間諜行爲の刑法的意義…………… 五三
- 第二節 間諜行爲の種々なる發現形式…………… 五四
  - 一、能動的及受動的間諜行爲…………… 五四
  - 二、直接及間接間諜行爲…………… 六三
- 第三節 隱密性の契點…………… 六四
- 第四節 間諜行爲の目的『秘密』の刑法的概念…………… 七一
  - 一、秘密の概念…………… 七一
  - 二、知られざる事實 (Unbekannte Tatsachen) の範疇…………… 九五
  - 三、事實的關係に於ける間諜行爲の目的…………… 一〇六
  - 四、間諜行爲と漏泄 (Verrat) との區別…………… 一〇七
- 第五節 間諜行爲と叛逆罪 (Landesverrat) …… 一四四
  - 一、叛逆罪の概念…………… 一四四
  - 二、間諜行爲と叛逆罪との區別…………… 一三八
- 第六節 卑劣性の契點…………… 一四一
- 第七節 間諜行爲の概念の本質的特徴としての間諜者の意圖…………… 一四六

- 第八節 間諜行爲概念の定義…………… 一四九
  - 一、客觀的及主觀的構成要件…………… 一四九
  - 二、各種の間諜行爲の定義…………… 一五五
  - 三、直接關與せざる國家の領土内に於て間諜行爲が行はるゝ場合に於ける其の國家の地位…………… 一五七
- 四、對抗間諜行爲 (Gegenspiionage) …… 一六〇
- 第三章…………… 一六四
  - 第九節 間諜者の刑罰…………… 一六四
  - 第十節 外國の治外法權的代表者の地位…………… 一七三
  - B 各論編 スイス國法律に於ける間諜行爲に對する刑法規定…………… 一七七
  - 第四章 軍事の間諜行爲…………… 一七七
    - 第十一節 軍事の間諜行爲の本質…………… 一七七
    - 第十二節 軍事の間諜行爲に關する立法の發展…………… 一八〇
    - 第十三節 軍事の間諜行爲に關する現行法…………… 二〇〇
    - 第五章 政治の間諜行爲…………… 三三一
      - 第十四節 政治の間諜行爲の本質…………… 三三一



第十五節 國際政治的間諜行爲……………二三四

一、立法の發展……………二三四

二、現行法……………二三六

第十六節 國內政治的間諜行爲……………二四八

一、現行州法……………二四八

二、聯邦の共通的基础に於ける立法の發展……………二五一

第六章 經濟的間諜行爲……………二五六

第十七節 經濟的間諜行爲の本質……………二五六

第十八節 諸州に於ける現行法……………二六三

第十九節 聯邦の共通的基础に於ける立法の發展……………二六五

結尾觀察……………二七七

追 録 主要なる關係法律正文……………二八七

附 録 ヴェルダンII一九三八年六月一七日及一九三九年三月二〇日緊急大統領令以後  
ノ佛蘭西法ニ於ケル防諜……………三三五

序 言

本書に於て當初根柢となつて居た意圖は、此の主題を専らスイス國法律の範圍に於て取扱はんとするに在つた。然るに研究の進行につれて、間諜の概念について二の事實が示された。一は、此の概念が全然闡明せられて居ないといふことであり、一は、それが各國に於て夫れ／＼別箇に解釋せられて居るといふことである。随つて先づ第一に本書の根柢たる主體の基礎概念を明かにすることが急務であることが看取せられた。

次には、考慮の範圍が少くともスイスの四周に在る凡ての國々を網羅したならば頗る興味が多かつたであらうが、材料の夥多の爲めに、單にドイツとフランスとに現はれて居る多趣多様な觀念の詳細なる觀察に限定することを餘儀なくせられた。近代的間諜行爲の概念の展開を課題とした本書總論編は、之が爲め分量に於て豫想せられたよりも著しく膨脹し、之に對して各論編は、最も本質的なるもの、概説に限らるゝに至つた。

本書は、著者がチューリッヒ大學法律及國家法學部に提出したる學位論文の原狀のままの翻刻である。



## 文獻一覽表

### 一 學位論文

- Adler, Arthur (Adler と引用者)。 Die Spionage. Eine völkerrechtliche Studie. Hamburg 1906.
- Badmann, Georg. Betriebsgeheimnis und Arbeitnehmer im Strafrecht. Ein Beitrag zur Bekämpfung der Werkspionage. Köln 1934.
- Bätge, Ralf. Fahrlässige Delikte staatsgefährdender Geheimnisverletzung. Erlangen 1934.
- Brenndlin, Ernst. Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse in Deutschland und in den Vorentwürfen zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Leipzig 1918.
- Brauch, Heinrich. Der Landesverrat nach geltendem Recht und dem amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1927. Tübingen 1931.
- Braunger, Ludwig. Der Landesverrat im deutschen Strafrecht. Heiderberg 1917.
- Cavada, Pierre. L'espionage et la trahison. Paris, 1926.
- Colonien, Victor. L'espionage au point de vue du droit international et du droit penal français. Paris



1925. *De l'élément de faute dans la concurrence déloyale.* Aix-Marseille 1925.
- Detourbet, Robert. *L'espionage et la trahison.* Paris 1897.
- Du Moulin Eckart auf Berchtholdshelm, Carl Leon Graf. Die Spionage und ihre Behandlung nach Völkerrecht und Reichsstrafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1927. Erlangen 1928.
- Eberbach, Wolfgang. *Der Geheimnisverrat.* Freiburg i. B. 1926.
- Eypstein, Max. *Der Landesverrat in historischer, dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung.* Berlin 1897.
- Faber, August. *Die Rechtsstellung der Spione und Parlamentäre nach modernem Völkerrecht und deutschen Reichsrecht.*
- Fastrich, Heinz. *Die Erweiterung des Landesverrates.*
- Fillicé, Werner. *Delikte gegen das Wahlrecht.* Freiburg i. B. 1932.
- Frind, J. W. *Der Landesverrat im deutschen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe.* Breslau 1931.
- Fuchs, Walter. *Das Spionage in der Strafgesetzgebung des deutschen Reichs und die Frage seiner Reform.* Breslau 1931.

- Breslau 1931.
- Giesker, Hans. *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimnisphäre. Ein Beitrag zu der Lehre von den Individualrechten.* Zürich 1904.
- Giolino, Henri. *La concurrence déloyale ou illicite.* Nancy 1917.
- Göler von Ravensburg, Bernhard Frhr. *Der Landesverrat und seine Entwicklung seit 1871.* Tübingen 1935.
- Hahn, Bernhard. *Industriespionage.* Erlangen 1935.
- Hanass, Erich. *Die strafrechtliche Bekämpfung der Werkspionage.* Leipzig 1935.
- Hecht, Otto. *Die völkerrechtliche Bedeutung des Gesetzes gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juli 1893.* Greifswald 1899.
- Herold, Christian. *Zivil- und strafrechtlicher Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen nach schweizerischem Recht unter Berücksichtigung der Gesetzgebung und Rechtsprechung des Auslandes.* Bern 1935.
- Imbach, Alois. *Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs nach Zürcher Recht, unter Anführung der internationalen Bekämpfung sowie der Gesetzgebung des Bundes und der übrigen Kantone u. Bern* 1929.



- Jaquet, Alfred W. Die Stellung der ausländischen Gesandten und Konsuln in der Schweiz, insbesondere ihre strafrechtlichen und strafprozessualen Privilegien. Basel 1932.
- Keller, Jakob. Der strafrechtliche Schutz des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses. Leipzig 1905.
- Kern, Eduard. Industriespionage. Würzburg 1934.
- Klausener, Bruno. Kriegs- und Friedensspionage nach Reichsstrafrecht, sowie ihre Stellung in den beiden Reformprojekten. Würzburg 1913.
- Korrodi, Hermann. Die strafrechtliche Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs nach kantonalem Recht und dem Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Zürich 1907.
- Küchler, Otto. Die Spionage im Reichsstrafrecht unter Berücksichtigung der neuen Entwürfe. Würzburg 1914.
- Lehmann, Ernst Adolf. Die Verletzung fremder Geheimnisse nach geltendem Strafrecht und den neueren Entwürfen, insbesondere nach Strafgesetzentwurf. Tübingen 1927.
- Lenze, Wilhelm. Landesverrat im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch von 1927 verglichen mit dem geltenden Strafrecht. Bonn 1928.
- Meidinger, Max. Das Delikt der Spionage in der Strafgesetzgebung des Deutschen Reiches. Würzburg 1926.
- Morosow, Nicolas. *La concurrence illicite en droit suisse et d'après l'avant-projet de la fédérale*. Lausanne 1930.
- Nelsen, Hans. Der Landesverrat. Köln 1929.
- Neu, Walter. Werkspionage. Erlangen 1933.
- Neuert, Josef. Ausspähen und Verrat von Staatsgeheimnissen nach §§ 92/93 des Entwurfs zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch von 1927 in der Fassung der Beschlüsse des Reichstagsausschusses, verglichen mit dem geltenden Recht. Erlangen 1933.
- Nielsen, Georg. Der sog. diplomatische Landesverrat nach geltendem Recht (§92 RStGB) und nach dem Strafgesetzentwurf 1927. Tübingen 1931.
- Openheim, Leopold. Hoch- und Landesverrat im Vorentwurf zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch (1909). Marburg 1913.
- Oppenhoff, Walter. Die strafbare Verletzung fremder Geheimnisse nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Köln 1928.
- Pfisterer, Erhard. Der Landesverrat nach dem amtlichen Entwurf zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch von 1927 unter Berücksichtigung der vom Rechtsausschuss des Reichstags in erster Lesung gefassten Beschlüsse. Tübingen 1931.



- Pollmann, Helmut. Der strafrechtliche Schutz des Betriebsgeheimnisses. Tübingen 1932.
- Prein, Paul. Der Geheimnisschutz im wirtschaftlichen Wettbewerb nach deutschem Recht. Köln 1932.
- Ringier, Walter. Der strafrechtliche Schutz der Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse. Bern 1923.
- Rommerey, Horst. Grundfragen des Landesverrats im geltenden und künftigen deutschen Strafrecht. Leipzig 1931.
- Routier, Fernand. L'espionnage et la trahison en temps de paix et en temps de guerre. Poitiers 1913.
- Sauter, Fritz. Das Berufsgeheimnis und sein strafrechtlicher Schutz (§300 RStGB). München 1910.
- Schlatter, Ernest. Der unerlaubte Nachrichtendienst im schweizerischen Recht. Bern 1931.
- Schlink, Karl. Die zivilrechtliche Behandlung der Werkspionage. Erlangen 1932.
- Schnorf, Rolf. Der Hochverrat im schweizerischen Recht. Zürich 1935.
- Schnorr, Heinz. Die Strafbarkeit der Industriespionage unter besonderer Berücksichtigung der Reformfragen. Köln 1934.
- Schuler, Hans. Die concurrence déloyale und ihre Beziehungen zu Name, Firma, Marke, Fabrik- und Geschäftsgeheimnis im französischen, schweizerischen und deutschen Recht. Zürich 1895.
- Schwartz, Georg. Landesverrath und Kriegsverrath nach dem Staude unserer heutigen deutschen Reichsstrafgesetzgebung. Halle 1897.
- Seifert, Helmut. Die Wahlgeheimnisse. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Hamburg 1934.
- Seligsohn, Julius L. Geheimnis- und Erfindungsbesitz. Halle 1921.
- Sondermann, Waldemar. Vergeltung bei Abstimmungen und Wahlen im Reichsstrafgesetzbuch und in den Entwürfen, insbesondere im Entwurf von 1927. Tübingen 1934.
- v. Steiger, Egon. Der strafrechtliche Schutz des Berufsgeheimnisses nach geltendem Recht und nach dem Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Bern 1934.
- Stoltenberg, Ernst. Die Strafbarkeit der Verletzung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines Gesetzes zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen vom 20. Juni 1931. Köln 1932.
- Strobl, Georg. Der diplomatische Geheimnisverrat und der diplomatische Ungehorsam nach §353 a und seine Umgestaltung nach dem Entwurf von 1927. Erlangen 1934.
- Tafel, Ulrich. Die Werkspionage und ihre strafrechtliche Bekämpfung unter besonderer Berücksichtigung der durch die Notverordnung vom 9. März 1933 geschaffenen Neuerungen. Tübingen 1933.
- Thamer, Adolf. Der Schutz gegen Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Heidelberg 1910.
- Thiele, Günther. Das Geschäfts- und Betriebsgeheimnis in §17 UWG. Köln 1934.
- Weiss, Theodor. Die concurrence déloyale, ihr Begriff und die Behandlung in Zivil- und Strafrecht.



Basel 1894.

Wildt, Emil. Verbrechen gegen die Staatsmacht (Hochverrat, Landesverrat (Spionage), Verbrechen gegen befreundete Staaten) in Frankreich, Deutschland und der Schweiz unter Berücksichtigung der Stooss'schen Entwürfe und Kritik der geltenden Lehre. Bern 1905.

Wirth, Ernst-Fünfler. Der Landesverrat, ein Beitrag zur Schaffung des neuen Strafrechts des Dritten Reichs unter Berücksichtigung des geltenden Rechts und der Entwürfe. Breslau 1934.

Züblin, Anton. Die moderne Spionagesetzgebung. Zürich 1895.

## 一一 教科書、註釋書、法律辭典

Adler, Adolf. (Adler II として引用す)。Karl Strupp 編、ベルリン及ライプツィヒ一九二三年刊、'Wörterbuch des Völkerrechts' 中、'Spionage' の項。

Almann-Jakob. Kommentar zum österreichischen Strafrecht. 二卷、ウィーン、一九二八年刊。

Augier et Le Poittevin. Traité théorique et pratique de Droit pénale militaire. パリ、一九〇五年刊。

Binding, Karl. Lehrbuch des (gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. ライプツィヒ、一九〇五年刊。

van Calker, Fritz. (v. Calker II として引用す) Strafrecht. Grundriss zu Vorlesungen und Leitfaden zum Studium. 第三版、ミュンヘン、一九二七年刊。

Callmann, Rudolf. Der unlautere Wettbewerb. Kommentar. マンハイム・ベルリン・ライプツィヒ、一九三二年刊。

Clévenard, Charles. Traité de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale. 二卷、ジュネーブ・パリ、一九二八年刊。

Ebermeyer, Ludwig. Stier-Solomo, Elster 共編、ベルリン・ライプツィヒ、一九二八年刊、'Handwörterbuch der Rechtswissenschaft' 第五卷中、'Spionage' の項。

Ebermeyer-Jobe-Rosenberg. Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch. 第四版、ベルリン・ライプツィヒ、一九二九年刊。

Egger, August. Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. 第二版、チューリッヒ、一九三〇年刊。

Fabreguettes, P. Traité des délits politiques et des infraction par parole, l'écriture et la presse. 全二卷、第三版、パリ、一九〇一年刊。

Frank, Reinhard. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 第十八版、チュービンゲン、一九三一年刊。

Garçon, E. Code penal annoté. パリ、一九〇一—六年年刊。



- Garnud, R. *Traité theorique et pratique du droit penal français*. 全五卷、パリ、一九一六年刊。
- Gerland, Heinrich B. *Deutsches Reichsstrafrecht*. 第二版、ムルリン・ライプツィヒ、一九三二年刊。
- Jessen, Jens. Ludwig Elster 編、イェーナ、一九三三年刊、『*Wörterbuch der Volkswirtschaft*』の中、第三卷、『*Wirtschaftskrieg*』の項。
- Kohler, Josef. *Der unlautere Wettbewerb*. ヌルリン・ライプツィヒ、一九一四年刊。
- Lammensch-Rittler. *Grundriss des österreichischen Strafrechts*. 第五版、ウィーン、一九三一年刊。
- Lander-Saxl. *Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 26. September 1923*, erläutert durch die Vorlage der Bundesregierung, Anmerkungen und Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, sowie des Oberlandesgerichtes Wien. ヴィーン、一九三一年刊。
- v. Liszt-Schmitt. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 第二十五版、ムルリン・ライプツィヒ、一九二七年刊。
- Lohg, Adolf. (Lohg I として引用す)。Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. 全四卷、ライプツィヒ、一九〇七年刊。
- Mezger, Edmund. *Deutsches Strafrecht*. Ein Leitfad. ヌルリン、一九三六年刊。
- Mühlisen, Hugo. Hermann Sachse 編、『*ノライブルク・イム・ブライスガウ*』、一九三一年刊。『*Staatslexikon*』第四卷、『*Spionage*』の項。

- Pinner-Elster. *Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 9. März 1932*. ヌルリン・ライプツィヒ、一九三二年刊。
- Pohl, Heinrich. Paul Herren 編、『*ノライプツィヒ*』、一九二三年刊、『*Politisches Handwörterbuch*』の中、第二卷、『*Spionage*』の項。
- Riviere-Weiss. *Paraleles français. Nouveau Répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*. ハリ、一九九九年刊、第三〇卷、『*espionnage*』の項。
- Rosenthal, Alfred. *Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes*. 第七版、ムルリン、一九二八年刊。
- Stenglein, Melchior. *Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches*. 第五版、ムルリン、一九二八—一九三三年刊。
- Stoos, Carl. (Stoos I として引用す) *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*. ハーベル・デュネーヴ、一九九二年刊。
- (Stoos II として引用す) *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*. ヴィーン・ライプツィヒ、一九一三年刊。
- Strupp, Karl. Stier-Solomo, Elster 合編、一九二八年、ムルリン・ライプツィヒ刊、『*Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*』の中第五卷、『*Spionage*』の項。



Wochenfeld, Friedrich. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. ミュンヘン、一九一四年刊。  
 Wassermann, Martin. (Wassermann I として引用す) Der unlautere Wettbewerb nach deutschem Recht.  
 Kommentar. ライプツィヒ、一九一一年刊。

### 三 法律的及歴史的論著其の他

Aston, Sir George. Secret service. ロンドン、一九三〇年刊。  
 Baden-Powell, Robert. My adventures as a spy. ロンドン、一九一五年刊。  
 Berndorf, H. R. Spionage. 第七版、シタツマンツガールト、一九二九年刊。  
 Blum, Arno. Der Schutz des Betriebsgeheimnisses als gesetzgeberisches Problem. „Markenschutz und Wettbewerb“ 誌第三一年卷第九號所載。(同一題は、後出 Wassermann II にもあり) 一九三一年刊。  
 van Calker, Fritz. (v. Calker I として引用す) Hochverrat und Landesverrat. „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil“ 第一卷、スルツン、一九〇六年刊。  
 ——(v. Calker III として引用す) Der Landesverrat. „Festgabe für Reinhard Frank“ チュービンゲン、一九三〇年刊所載。  
 Degen. Fabrikspionage und Geheimnisverrat. Markenschutz und Wettbewerb 誌一九二七—二八年卷第一一號所載、一九二七—二八年刊。

Finger, A. Der Geheimnisbruch. Das Eindringen in die fremde Geheimnisphäre (die Verletzung des Urkundenverschlusses) und das Preisgeben anvertrauter (Geheimnisse (§§299, 300 RStGB). „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts“ スルツン、一九〇六年刊所載。  
 Fischer, Wilhelm. Spionage, Spione und Spioninnen. シュタイエルマルク、一九一九年刊。  
 Freisleben. Einzelne Fragen aus dem (Gebiete des Landesverrats und der Spionage. „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 誌第四五卷一九二五年刊所載。  
 Freisler, Roland. Vom Majestätenverbrechen zum Volksverrat. „Deutsche Juristenzeitung“ 誌第四〇年卷第一七號、一九三五年刊所載。  
 Friedländer, Eugen. Der strafrechtliche Schutz des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses. „Abhandlungen des kriminalistischen Seminars an der Universität Berlin“ スルツン、一九〇三年刊所載。  
 Gernann, O.A. Vortarbeiten zur eidgenössischen Gewerbegesetzgebung. Gutachten über die Postulate zur „Förderung der Gewerbe“ mit Vorentwurf und Motiven zu Bundesgesetzen gegen den unlauteren Wettbewerb und über den Schutz des Meistertitels. スーツルン、一九二七年刊。  
 Hafter, Ernst (Hafter I として引用す) Das eidgenössische militärische Kriegsstrafrecht. „Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht“ 第二七卷一九一五年刊所載。  
 ——(Hafter II として引用す) Wirtschaftsspionage und Wirtschaftsverrat. „Festgabe Fritz Fleiner“



エーリッヒ、一九三七年刊所載。

Jellinek, Walter. Der Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Arztes und des Anwaltes. Monatschrift für Kriminalpsychologie' 第三年卷一九〇六年刊所載。

Kohlrausch, Eduard. Industriespionage. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft' 誌第一號、一九二九年刊所載。

Lammersch, Heinrich. Militärischer Staatsverrath und Spionage im österreichischen Strafgesetzentwurf. Jahrbuch' 一八九二年年刊。

v. Liszt, Franz. Der Begriff des militärischen Geheimnisses. Festschrift für Heinrich Brunner zum 50 jährigen Doktorjubiläum. Neumann, Neudamm. 一九一四年刊所載。

Lobe, Adolf. (Lobe II 以下引用す)。Zum Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses. Markenschutz und Wettbewerb' 誌第二年卷一九一一年刊所載。

——(Lobe III 以下引用す)。Industriespionage. Der 'Rechtssaal' 誌第一〇二卷一九三三年刊所載。

Löwenthal. Der Landesverrath im Strafgesetzentwurf. Die Justiz' 誌第三卷第二號一九二七年刊所載。

Menèvee, R. L'espionage internationale en temps de paix. 全二卷。パリ、一九二九年刊。

Newman, Bernard. Espion (Spy.) パリ、一九三六年刊。

Nicolai, W. (Nicolai I 以下引用す)。Nachrichtendienst, Presse und Volksstimme im Weltkrieg.

ニコライ、一九二〇年刊。

——(Nicolai II 以下引用す)。Geheime Mächte. Rheinische 一九二三年刊。

v. Overbeck, Alfred. Der Schutz des Berufsgeheimnisses. Referat an den Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins 1924. Zeitschrift für schweizerisches Recht' 誌第四二卷一九二四年刊所載。

Pfenninger, H. F. Das Vergehen des unerlaubten Nachrichtendienstes. Zeitschrift für schweizerisches Recht' 誌第三七卷一九一九年刊所載。

Radtbruch, Anstav. Der Landesverrath im Strafgesetzentwurf. Die Justiz' 誌第二卷第二號一九二七年刊所載。

Richter, Hans. Die neuen Strafbestimmungen und Verfahrensvorschriften. Reichsverwaltungsblatt und Preussisches Verwaltungsblatt' 第五五卷第二五號一九三四年刊所載。

Ronge, Max. Kriegs- und Industriespionage. Jahrbuch' 一九三〇年刊。

Rowan, Richard W. L'evolution de l'espionage moderne (Spy and Counter-spy) パリ、一九三五年刊。

Schmid, Paul. Der gesetzliche Schutz der Fabrikations- und Geschäfts-Geheimnisse in Deutschland und im Auslande. Jahrbuch' 一九〇七年刊。

Schmidt, Eberhard. Bedarf das Betriebsgeheimnis eines verstärkten Schutzes? Gutachten zuhanden der Verhandlungen des 36. deutschen Juristentages. 一九三一年刊。



Schramm, Carl. Betriebsespionage und Geheimnisverrat. シュンケル・シュリン・ライプツィヒ、一九三〇年刊。

Thilo, Emil. (Thilo I ヲ引用す)。Die Bekämpfung der Spionage in der Schweiz. Eine systematische Studie auf Grund bundesstrafgerichtlicher Urteile aus den Jahren 1916 und 1917. Schweizerische Juristenzeitung 誌第一四年卷一九一八年刊所載。

——(Thilo II ヲ引用す)。Notes sur les dispositions pénales du projet d'arrêté fédéral tendant à garantir la sûreté de la Confédération et renforçant le ministère public fédéral (du 29 avril 1935). Journal des tribunaux 誌第八三年卷第九號一九三五年刊所載。

——(Thilo III ヲ引用す)。Contre les espions, les mouchards et les agents provocateurs. Notes sur les dispositions pénales de l'arrêté fédéral tendant à garantir la sûreté de la Confédération. ローザンヌ、一九三六年刊。

Thimme, Hans. Weltkrieg ohne Waffen. Die Propaganda der Weltmächte gegen Deutschland, ihre Wirkungen und ihre Abwehr. シュンケル・シュリン・ライプツィヒ、一九三二年刊。

Di Vico, Pietro. Lo spionaggio di pace (Art. 257-262 Codice penale). Rivista penale 誌一九三四年第五號所載。

Wassermann, Martin. (Wassermann II ヲ引用す)。Werkspionage und Vorschläge zu ihrer Bekämpfung.

——(Wassermann III ヲ引用す)。Die Bekämpfung der Spionage.

Die Weltkriegsspionage 二十筆者(主としてドイツ及オーストリア)共著。一九三二年、バーゼル、Molo Verlag 社刊。

Zürcher, Prof. E., Forrer, Ludwig. Gutachten betreffend den Schutz des geistigen Eigentums auf dem Gebiete der Industrie (zuhanden der Schweizer Gesellschaft für chemische Industrie.) シュンケル・シュリン・ライプツィヒ、一九二九年刊。

#### 四 各論編に對する主要資料

一八五三年二月四日スイス聯邦刑法ニ關スル聯邦法律 (Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft).

一九一四年八月六日戰時刑罰規定ニ關スル命令 (Verordnung betreffend Strafbestimmungen für den Kriegszustand vom 6. August 1914).

一九二七年六月一三日軍刑法 (Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927).

一九三五年六月二一日スイス聯邦治安保護ニ關スル聯邦決議 (Bundesbeschluss betreffend den Schutz der Sicherheit der Eidgenossenschaft—Spitzelgesetz—vom 21. Juni 1935).



一九一八年七月二三日スイス國刑法々典草案ニ關シテ聯邦議會ニ宛テタル聯邦政府豫備草案及教書  
 (Vorentwürfe und Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines  
 schweizerischen Strafgesetzbuches vom 13. Juli 1918).  
 一九三四年六月一日不正競争防止聯邦法律ニ關スル教書及草案 (Botschaft und Entwurf zu einem  
 Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb vom 11. Juni 1934).  
 各種州法律 (Kantonale Gesetze) (附録參照)  
 スイス聯邦法律及命令集  
 スイス聯邦議會速記録  
 スイス聯邦官報 (Schweizerisches Bundesblatt).

### 五 略 語 表

BGBI オーストリア聯邦法律公報  
 BGE スイス大審院判決集  
 BStG スイス聯邦刑法  
 BStGer スイス聯邦刑事裁判所

BV スイス聯邦憲法  
 E スイス聯邦刑法草案  
 MKG 軍法破毀裁判所  
 MSdG 軍刑法  
 RGBl ドイツ法律公報  
 RGSt ドイツ大審院判決集刑事篇  
 SpG 一九三五年六月二日スイス間諜法  
 UWG ドイツ不正競争防止法  
 OstUWG オーストリア不正競争防止法  
 Vo 命令 (Verordnung)



# 間 諜 行 爲

— 竝にスイス法律に於ける其の刑法的防遏 —

法學博士、工學得業士

ヴァルター・マラー

(Dr. Jur. Walter Mahler, dipl. Ing.)

## A 總 論 編

### 第一章 緒 説

#### 第一節 間諜行爲 (Spionage) といふ表現の言語的竝に 法律的意義

Spionage! それは、全世界を舞臺とする、大規模なる、冒險的にして且つ雋鋭なる、併し乍ら同時に亦、不氣味、狡猾、無遠慮、さうして動もすれば不徳義にして陰險なる或る物を言ひ表はして、



しかも亦、愛國心と犠牲的沒我精神とをも想起せしめ得る言葉である。抑も此の表現には、言語的關係に於て如何なる意味が含まれて居るか、特に法律學は之を如何に解釋するか？

Spionage」といふ表現の今日の形は、フランス語 *espionage* より假り來つたものであるが、此のフランス語は『其の固有の意味に於て、……情報……の獲得を目的とする探索、監視の行爲といふことを正確に表現するものである』(1)。

(1) (本書の註の番號は、各節について更新せられて居る。即ち以下(66)までは、第一節『間諜といふ表現の言語的並に法律的意義』に關するもの、第二節『間諜の種々なる發現形式』に對しては、更めて(1)以下が與へられて居る—譯者補) Rivière-Weiss, 第三〇卷三三六頁 *espionage* 註1。

併し乍ら、*Spionieren* (『間諜を爲すこと』—フランス語 *espier*, *espier*; イタリア語 *spiare*)、即ち *Spion* (『間諜者』) の行爲は、語原學的には、吾人の今日の用語 *spähen* に對する古高ドイツ語の表現 *spion*, *spionon* と極めて密接に關聯するものである。*spähen* とは、『目標を、認識せらるべき或るもの、探知せらるべき或るものに、鋭く力を罩めて、追跡しつゝ、向ける』ことを意味する(2)。*Grām* (Grimm)(3)に從へば、*Spion* といふ語が(或る程度まで術語として)古來の *Kundschafter* (『探りの者』)と云ふ語を驅逐したものであり、それは前者が、中世期又は上代の宮廷に在つて、屢々、探りの者、偷聽者、廻し者、『穩密』として活動した内報者を一層鋭く表現するが故である。今日のドイツ系スイス地方の口語に於ても亦、吾人は *spizak* 即ち、『窺ひつゝ、鋭く求めつゝ、見やる』

(4)と云ふ表現の中に、同一語原よりの由來を再び認め得るのである。

(2) Sanders: Wörterbuch der deutschen Sprache (ドイツ語辭典) ライプツィヒ、一八六三年刊第二卷一一二二頁。

(3) Grimm: Deutsches Wörterbuch (獨逸辭典) 一八九九年刊第一〇卷二五五三頁。

(4) Schweizerisches Idiotikon (スイス國語字典) 一九三六年刊第一〇卷三九二頁。

此等の關係よりして、*Spionage* と云ふ表現が、實はドイツを起原とする語であり、唯だその外形の故を以て、フランス渡來の外國語なるが如き印象を喚起するものに過ぎざることが認識せられる。

それは單に、謂はゆる『復歸移動』(*Rückwanderung*)(5)に依り、外國の衣裳を着けて再びドイツ語に歸來したるものに外ならない。

(5) Rudolf Plate: Deutsche Wortkunde auf sprach- und kulturgeschichtlicher Grundlage (言語史及文化史的基礎に於けるドイツ言語學)、ミュンヘン、一九三六年刊參照。

其の言語上の意味は、フランス語に於けると同様に、間諜者の知らざることを目を以て見出だす行爲、廣義に於ては、之を探索する行爲であることは疑を容れない。

然るに、ドイツの法學的文獻が悉く、間諜者に於て一個の漏泄罪者を認め(6) 間諜を以て直に叛逆罪 (*Landsverrat*—外患及國交に關する罪) の一派生種類と爲すに反し、他方フランスの文獻は、言語感覺に従ひつゝ、間諜行爲と叛逆行爲 (*Trahison*) との間に、截然たる分界線を劃して置くことを主張することは、此の語が双方に於て用法に同一の意味に使用せられて居るだけに、一層注目すべき現象である。



(6) スイスの文献にして間諜行爲を詳細に取扱つて居る著作は極めて少數であるが、此の見解と相距ること遠くない、さうして立法 (MSIG 第八十六條) も亦 *Vertrauen* の欄外標題の下に、軍事的秘密の漏泄と探知とを一括して掲げて居る。

間諜行爲の概念に關して完全に相對立する此の二種の見解に對する討究も亦、本書の領域に屬する(7)。併し乍ら先づ最初に、法律學が如何なる範圍に於て、間諜行爲を取扱つて居るか、確認せられなければならぬ。

(7) 後出、第四及五節參照。

裁判上の慣行も立法も、今日尙ほ一般に、間諜行爲の内部に於て種々なる領域を區別する。就中『軍事的』『政治的』及『經濟的』間諜行爲といふ區別の如き、其の著しきものである。此等の領域相互間の限界に關する明瞭なる觀念を有すること無しに、人々は或は之を、委任者の爲めに其の軍事上、政治上若くは經濟上の目的を利せんことを計る間諜行爲と解し、或は之を、諜知せられたる國又は其の人民に對し、軍事的、政治的若くは經濟的關係に於て危険を與へ得る間諜行爲と解して居る。此の二様の見解は、同一の事實状態について必しも無條件に合致することを要せざるものである。例へば或る民營武器工場に於ける若干の事情の探索が、委任國の側よりすれば、純粹に經濟的競争の利益の爲めに行はれたる場合があり得るに拘はらず、其の工場の所在地たる、隨つて亦、當該犯罪の處罰について裁判しなければならぬ國は、同一事件を目して、軍事的關係に於ても、將た又政治的、經濟的關係に於ても自己に危険を與ふるものと爲すが如き、是である。即ち此等の領域は、獨り截

然と相互を區別すること能はざるのみではない。彼等は亦任意に相互交錯し得るものである。

それ故に、以下の検討に於て、それにも拘らず依然として上記の名稱が使用せられて居るのは、法律上相異なる犯罪といふ意味に於ては、單に間諜行爲を専ら一定の方向に於てのみ觀察するところが問題となる限り、實際上の慣行に従つて斯くするものに過ぎない。それが法律的に觀て畢竟同一犯罪の問題に外ならざること、吾人の説明の向後の經過中に自から明かになるであらう(8)。

(8) 後出第三十二節參照。

### 一、軍事的間諜行爲

軍事的間諜行爲は、疑も無く戰爭其ものと同様に古い(9)。蓋し、軍將が自己の軍勢を戰爭に繰り出す前に、先づ敵の勢力と意圖とに關して能ふ限り精確なる知識を蓄ふことは、戰爭技術の要諦の一に屬するが故である。正規の斥候隊又は偵察機を以てして軍將の知り得ざること、詭計を以て、しかも時に其自體としては非難せらるべき手段を以て事に當る探りの者、即ち、當初の字義に於ける *spion*、——間諜者——が之を探知することに努めなければならぬ。既に此の一事を以てしても、間諜者に對する判斷は、單に一方的なる觀察方法よりしてのみ之を作り上げてはならないことが看取せられ得る。如何となれば間諜者が恐らくは、祖國に對する燃ゆるが如き愛國心に驅られつゝ、身命を賭する者なるに拘はらず、敵に取つては、彼が其の任務の爲めに心身を傾倒すること多ければ多いだけ、一層危険にして一層憎むべき者と考へらるゝが故である。



(6) 歴史的事實(10)については、Colombien 一七頁以下、Ziilin 九頁以下、Deourbet 五四頁以下、Dr Moulin Eckart 一頁以下、Schlater 九頁以下参照。

歴史は、大抵の著名なる將軍が彼等の目的の爲めに間諜を利用したことを傳へて居る。特に熱心なる奨励として屢々擧げらるゝ者は、フリードリヒ大王(10)、ナポレオン、竝に最近の時代に屬するピスマルクである。間諜勤務の組織の現代的方法是、就中ナポレオンに遡源すると稱せられて居るが(11)、其の決定的發展は、謂ふまでも無く一九一四—一八年の世界大戰に伴つて生じたものである(12)。

(10) 但し、カール・シテヒラー (Carl Stähler) は、老フリッツも亦、戰爭間諜を重要視したといふ主張に對し、『第十八世紀に於ける國事間諜と戰爭密偵』(Geheime Staatspionage und Kriegskundschafter)と題する連載記事 (Winterthur 發行、Landboten) 誌、一八九五年卷第四七—五一號) に於て、反對説を唱へて居る。之に従へば、フリードリヒは、盛に政治的間諜を利用したが、戰爭密偵に對しては之に反してさまざま多大なる信頼價值を措かなかつたものゝ如くである。

(11) Die Weltkriegsspionage 五五二頁、之に對して Mennève は第一卷三一頁以下に、フランスに於ける恒久的組織の存在は、漸く一八六八年の交以後の事に屬し、しかもそれは、一八七〇—七一年の普佛戰爭に於て尙ほ未だ十分に有效ではなかつたと述べて居る。

(12) 之に關しは、Nicolai II, Rongé, Aston, Thimme 等の詳細なる記述並に Die Weltkriegsspionage 参照。

戰爭の荒くれたる現實は、古來、敵の間諜の倫理的價值を顧慮する邊がなかつた。國家は極めて單純に間諜に依つて由々しき危險に直面せしめらるゝものと思ひ込んだ、さうして出來得る限り速に間諜を成敗することが、味方の列伍内に於ける獅子身中の蟲の害毒防止と威壓懾伏との目的を最も有效

に満たすべきことは、極めて賭易き事實なるが如く見えた(13)。併し乍ら斯かる餘りにも單純なる、後日の過誤訂正を不可能ならしめたる方法を以てしては、其の危險性の争ふべからざる間諜者と相並んで一方に於ては、單に間諜行爲の嫌疑あるに過ぎずして實は何等の罪無き者、他方に於ては、制服の着用に依りて誰が目にも敵の一味なること明かなる者、同一の無容赦なる方法を以て、且つ申聞きの機會も無く處刑せらるゝことが避け得られなかつた。

(13) 詳しくは後出第九節参照。

是に於て、先づ第一に戰爭間諜行爲の刑罰を、適當なる埒内に持ち來さんとして苦心したる國際法的努力が現はれた。さうして、ロシア皇帝アレクサンダー二世の提議に基き、一八七四年ブリュッセルに開かれたる會議に於て、初めて、間諜者の國際法的概念を、一箇の定義に依つて表現し、之に依つて就中、國際法的意味に於ける非間諜者を死刑より救ふの目的を達せんと企てられた。併し乍ら此の會議の決議は竟に批准せられず、漸く一九〇七年の海牙大國際會同(14)に至つて初めて、戰爭間諜行爲に關する規定を、殆んど無修正の形に於て、『一九〇七年一月一八日陸戰ノ法規慣例に關スル海牙條約』(Das Haager Abkommen betr. die Gesetze und febrüchle des Landkriegs vom 18. Oktober 1907)の中に、其の第二十九條乃至第三十一條として採用することに成功した。

(14) 此の會議に於てスイス國は、公使カーラン (Carlin)、陸軍參謀大佐ボレル教授 (Prof. Borel) 及マックス・フリーバー教授 (Prof. Max Huber) に依つて代表せられた。



此の規定は、フランス語原文に於て次の如くであつた（但し此處には譯文のみを掲ぐ—譯者）

## 第二章 間 諜

第二十九條 交戦者ノ作戦地帯内ニ於テ、對手交戦者ニ通報スルノ意思ヲ以テ、穩密ニ又ハ虚偽ノ口實ノ下ニ行動シテ情報ヲ蒐集シ又ハ蒐集セントスル者ニ非サレハ、之ヲ間諜ト認ムルコトヲ得ス。故ニ變装セサル軍人ニシテ情報ヲ蒐集センカ爲メ敵軍ノ作戦地帯内ニ進入シタル者ハ、之ヲ間諜ト認メス、又軍人タルト否トヲ問ハス自國軍又ハ敵軍ニ宛テタル通信ヲ傳達スルノ任務ヲ公然執行スル者モ亦之ヲ間諜ト認メス。通信ヲ傳達スル爲メ、及、總テ軍又ハ地方ノ各部間ノ聯絡ヲ通スル爲メ輕氣珠ニテ派遣セラレタル者亦同シ

第三十條 現行中捕ヘラレタル間諜ハ、裁判ヲ經ルニ非サレハ之ヲ罰スルコトヲ得ス

第三十一條 一旦所屬軍ニ復歸シタル後ニ至リ敵ノ爲メニ捕ヘラレタル間諜ハ俘虜トシテ取扱ハルヘク、前ノ間諜行爲ニ對シテハ何等ノ責ヲ負フコトナシ

（譯文、外務省刊、『條約彙纂』第二卷第一部四一五頁以下に據る—譯者）

間諜行爲の刑法的防遏に對しては、諸國に於て、就中二種の重要なる認識が之より現はれて居る。

第一に確認せられなければならないことは、國際法が間諜行爲を以て、一方に於ては必しも絶對的に擯斥すべき或るものと看做して居ないといふことである（15）。何となれば、若し然らざれば海牙會議が——其實際に於て爲したるが如く——之を當然自明なる或るものとして容認し、國際法の規定の

中に包含することを得なかつた筈なるが故である。併し乍ら他方に於ては、間諜行爲の所罰も亦、列國に依つて當然自明のことと認められて居るといふことである。即ち第三十條が單に、有罰判決に先立つて裁判審理が行はなければならないことを規定するに止まる事實が之を語つて居る。

（15）之に關しては、Fahrenguettes 七七〇頁、Radbruch 一〇八頁、Strupp 五七七頁等參照。

第二には、其の定義よりして、國際法が單に全然特殊なる種類の間諜者即ち、専ら戰場（16）に於て發見せらるゝ者、且つ此等の中に在つても特に、穩密に行動し、隨つて一見直に敵と判明し得ざる者のみを、間諜と名づけて居ることが推定せられ得る。隨つて間諜行爲に關しては、國際法は一箇の純然たる戦時法たらんことを欲するものである。

（16）Fähr. v. Lepel 誌、Deutsche Juristenzeitung、第一四號（一九三五年卷）八七一頁に戰場（Kriegsschauplatz）の概念に關して次の如く述べて居る。『戰場とは、何等の方法に於て、戰爭的事件に因り累を蒙る一切の區域と解釋せらるゝものである。』

例へば、内地が敵の飛行機に依つて攻撃せらるゝ場合には、亦之を戰場と看做さなければならぬ』云々。

但し、海牙條約に於ける『作戦地帯』（Zone d'opération）の概念は全然闡明せられて居ない。

併し乍ら、凡ての公明正大に制服を着用する者、及、就中、戰場以外に在つて又は平時に於て秘密を探究する者の大軍も亦、同様に刑法上の意味に於ける間諜であり得る。隨つて吾人は、若し刑法が有効に間諜行爲を防遏せんと欲するならば、それは國際法よりも著しく廣き範圍の諜報者を把握しなければならぬことを看取し得る。

戰場に於ける制服着用の聯絡機關、及、制服を着用せざるも公然と動作する聯絡機關は、此の場合



に勿論、國際法の定義に依り、國際的戦争に於て當初より刑法的追究に對して保護せられて居るのである。

國際法が、通則として間諜の部類にはいるべき者の範圍をかくの如く狭く解して、交戦の實施と云ふことを要求してゐるのに反し、刑法は原則として、往々自身は全然諜報者の活動を爲さざる黒幕をも包括する。あらゆる間諜組織を、及ぶ限り完全に捕捉せんことを目標として出發する。加ふるに、純然たる交戦の場合に於てすら、例へば内亂又は革命に於けるが如く、事、内政的葛藤(17)に關するときは、國際法は之に對して何等爲すところを知らない。

(17) Stoes 1 四〇五頁參照。

それ故に、國際法と刑法とは、各自の間諜概念を相互より獨立して形成しなければならぬ。さうして刑法が、前世紀末の交、疑も無く一八七四年のブリュッセル會議の影響の下に、ドイツに於ける一般的傾向が之を示したるが如く(19)不用意に國際法の間諜概念を其の儘借用せんと欲するは(18)絶對に否定せられなければならない。然るに此の見解は最近に至つても尙ほ僅かに少數の記者に依り、しかも何等精透せる理由説明を與ふること無しに代表せられて居るに過ぎない(20)。

(18) 同一の意見は、Festschriften 二五四頁に現はれて居る。

(19) Zühlke 三四頁及四五頁は、之を指摘し、但し自身は此の意見を否定して居る。

(20) Klausener 一四頁、Rommenev 一八頁、Eidemeyer 五七七頁。

併し乍ら、軍事的間諜行爲は、既に述べたるが如く、決して單に戦時と純然たる戰場とのみに限ら

れない。技術が戦争に於て尙ほ未だ重要性を有たなかつた遠き過去の時代に在つては、單に敵の部隊の運動を偵察するを以て足りたかも知れない。又事實上、當初は、此以外に、軍事的利益を有し得るものとして偵察諜知すべきものが無かつた、隨つて軍事的間諜行爲は、概念的に、戦時状態と直接の關聯に立つて居た。間諜行爲は或る程度まで之を一箇の能動的武器と解釋することを得た。然るに技術が軍隊に入るに及んで、忽ち新兵器に關する秘密が生じた。軍隊は夫れ／＼の兵團に特有なる軍需材料の支給せられ、それが各種の兵器廠に貯藏せられなければならなかつたが爲め、同時に部隊は特定の動員地に拘束せらるゝに至つた。要塞が築かれ武装せられた。鐵道は其の起生と同時に直に軍事的意義を帯びた。さうして更にあらゆる道路及河川が如何に重要であり、一般に一國の地勢が戦争に於て何物を意味するかを想起するならば、平時に於ける軍事的間諜行爲が如何に種々雑多なる目的を含むかを管々しく説明することを要しないであらう。

併し乍ら、斯かる平時間諜の重要性は、勿論極めて徐々に増大した、さうして人々は尙ほ多年の間、戦時間諜が平時間諜よりも重要であると考へて居た。前世紀の轉換の頃までは、戦時間諜と平時間諜との間に原則的區別も認められて居た(21)が、其後に至つて法律的上此の區別を立つべき理由が無いといふ認識が勝を制した、戦時間諜も平時間諜も共に同一の結果、即ち、現實又は將來の敵の意圖を逸早く察知することを目標とするものである。特に戦争が目睫の間に迫り、部隊は既に國境に向つて進軍を開始せんとし、但だ僅に宣戦が未だ布告せられないといふに過ぎざる場合には、此の間諜行爲の



兩種類が合流して一體を爲すことが明かになるのである。随つて軍事的間諜行爲について法律的に戦時と平時との區別を立つることは、今日既に過去のものとなつたと稱するを妨げない(22)。但だ、危険性の程度に於ける差異が、今も尙ほ大多數の國の立法の中に表現せられて居ることは固より當然である。即ち——是亦半は舊來の傳統に因るものであるが、戦時間諜行爲は今も尙ほ多くは軍刑法の適用を受け、之に反して平時間諜行爲は、現今殆んど排他的に普通刑法の中に見出ださるゝこと、是である。更に一九〇七年の海牙條約以來は、國際法上の規定が、戦時間諜行爲につきは立法技術的にも亦、國際法の間諜概念を考慮に加ふることを強要して居る。

(21) Zublin も尙ほ此の區別を認めて居る。

(22) 同一の意見は、Fuchs 六頁、Bridge 一頁、Lenze 九頁其他に見受けられる。

軍事的間諜行爲が刑事立法に依て周到に取扱はれたのは、一八八六年フランスに於て發布せられたる一法律を以て嚆矢とする(23)。此の法律は、フランス刑法(Code pénal)第七十八條乃至第八十二條を補完擴大することが必要となつた結果と考へられ(24)、さうして爾來殆んど凡ての大國に於ける法律規定に刺戟を與へたものである。現在それは、原則的に殆んど變更せられず、但だ僅に擴大せられたる一九三四年一月二六日附改正法として效力を有する(25)。尙ほ戦時間諜行爲、及主として軍機漏泄に關する規定は、右の法律と相並んで、既に一八五七年六月九日附陸軍々法(Code de justice militaire pour l'armée de terre)第二十六條及第二十七條、並に一八五八年六月四日附海軍々法(Code

de justice militaire pour l'armée de mer)第二百六十四條に現れて居る。

(23) Loi qui établit des pénalités contre l'espionnage du 18 avril 1886 (間諜行爲處罰規定法)。Zublin 一六五頁に轉載す。

(24) Fabreguettes 七八八頁參照。

(25) Loi tendant à réprimer les délits d'espionnage et les agissements délictueux compromettant la sûreté extérieure de l'Etat, du 26 janvier 1934 (外患誘致ノ惧アル間諜罪及犯罪行爲ノ防止ヲ目的トスル法律)。正文は本書追録三二七頁に掲載

本篇は、主としてスイス法律を取扱はんと欲するものなるが故に、以下専らスイス國に利益關係を有する諸外國の現行法のみを、極めて簡單に列舉し(26)、此等法律の注目すべき個々の點は、其の都度別に之を述べることとする。

(26) 即ち、純然たる間諜行爲に關する立法のみを擧げ、單に漏泄のみに對する規定は措いて問はない。

フランスの防諜法と近親の關係に在るものは、ベルギーの法規である。それは主として一九三四年七月一六日附新體裁に於ける、『ベルギー刑法第二章、外患ニ關スル重罪及輕罪、第一百十三條乃至第二百二十三條ノ五』に集約せられて居る。此の外尙ほ、一八七〇年五月二七日ベルギー軍刑法第十七條及第十八條にも、戦時間諜行爲に關する若干の規定が見出だされる。

ドイツは、先に一九一四年六月三日軍事機密漏泄防止法(Ugesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3. Juni 1914) (RGBl 一九五頁所載)を以て、間諜行爲及漏洩に對する特別法として居たが、同法は一九三四年四月二四日法律(RGBl 三四一頁所載)を以て再び、一般刑法第二編第一章a、叛逆罪(Landsverrat)第八十八條乃至第九十三條(27)に編入せらるゝと共に廢止せられ



た。此の改正法の條文は、フランス防諜法の若干の影響を示して居る。ドイツに於ても亦、右の外幾多の戦時間諜に關する規定が軍刑法に掲げられて居る。

(27) 條文は、本書追録三二五頁參照。

以下本篇に於て屢々試みらるゝドイツの法規との比較の爲めに豫め注意を促さなければならぬことは、一九三五年六月二八日附の謂はゆる類推改正法 (Analogienovelle) (RGBl. 第一部八三九頁所載) に依つて刑法に採り入れられた、爾餘のあらゆる諸國との根本的差異である。之に依つて『法律無きところ刑罰無し』(Nulla poena sine lege) とする古典的の原則が覆され、刑法の新しき第二條<sup>(28)</sup>に於いて、刑法に於ても亦、類推の原則を適用する可能性が造り出だされた<sup>(29)</sup>。

(28) 此の第二條は、『法律ノ準用ニ依ル法ノ創定』の標記の下に、『法律カ有罪ト宣告スル行爲又ハ或ル刑罰法規ノ根本思想及健全ナル公衆通念ニ依レハ處罰ヲ當然トスル行爲ヲ爲シタル者ハ之ヲ罰ス。行爲ニ對シテ直接ニ適用スヘキ特定ノ刑罰法規無キトキハ最モ適切ニ其ノ行爲ニ該當スル根本思想ヲ有スル刑罰法規ニ從ヒテ之ヲ罰ス』と改正せられた。

(29) Kohler は二十年前既に此の立場を採つた。同書二六五頁參照。

オーストリアは、最近に至るまで、一八五二年刑法 (一九二〇年七月一五日附改正) (Staatsgesetzbl. 第三二三號所載)、第七章、『大逆罪其他ノ犯罪』中の第六十七條を以て、唯一の間諜行爲處罰規定として居たが、此の外尙ほ、一般刑法及軍刑法の若干の補充に關する一八六二年二月一七日法律 (RGBl. 8/63 號所載) の中、印刷物に依る公表に關する第九條が、場合に依りては同種類の法規と看做され得るものであつた。次いで一九三六年七月一日を以て發布せられた『國ノ保護ヲ目的トスル聯

邦法律』(Bundesgesetz zum Schutz des Staates = Staatsschutzgesetz) (BGBl. 四五五頁) は、其の第十七條に於て、一般的に『オーストリア國ノ不利益トナルヘキ秘密情報供給』を罰することを規定して居る。イタリアに於ては、一九三〇年一〇月一九日附刑法 (Codice penale) が基準となるのであつて、其の第二百五十六條—第二百六十三條に、軍事的平時間諜行爲を取扱つて居る。戦時間諜に對する規定は、一八六九年制定一九一六年改正の軍刑法第二章、間諜と兵籍登録 (Codice penale per l'Esercito, Capo II, dello spionaggio ed arruolamento) の第七十八條及第七十九條に見出だされ、間諜については國際法の概念を離れて居なす。

世界の最強國として、イギリスも亦吾人の興味を牽くものであるが、一九一一年機密保護條令 (Official Secrets Act)<sup>(30)</sup> (一八八九年の同條令に代つたもの) 中の防諜規定は、殆んど凡ての諸國に於けると同様に、秘密の漏泄に關する規定を一括せられて居る。

(30) ドイツ語譯は『Sammlung ausserdeutscher Gesetzhüher, Berlin 1912 に採録してある。』

最後に尙ほ、中立國としてのオランダを挙げなければならぬ。オランダは、一八八一年三月三日刑法 (Wetboek van Strafrecht) 第一章『國ノ安全ニ對スル犯罪』(Misdrijven tegen de veiligheid van den staat) 第九十八條—第一百四條に、平時に於ける軍事的間諜に對する防止規定を掲げて居る。戦時防諜規定は、軍刑法 (Wetboek van Militair Strafrecht) の同章第七十八、第八十二及第八十八條に見出だされる。



## 二、政治的間諜行爲

政治的間諜行爲も亦、軍事的間諜行爲と同様に古く、且つ之と密接の關係を有するものである。しかも刑事立法が比較的之を閑却し來つたのは、惟ふに其の結果が、軍事的間諜行爲の如く、しかも直接に眼に見ゆる効果を誘致せざるが故に外ならない。併し乍ら、例へば外交政策に關する重要な國家の機密を對象とするが如き場合には、其の重大なる結果を齎らし得ること、毫も軍事的間諜行爲に譲らない。

併し乍ら政治的間諜行爲の當初の意義は、既に述べたるが如く、舊時代の宮廷の爲めに、現今の情報手段の大部分の代用を勤めなければならなかつた密偵又は廻し者に主として伴ふものであつた。之と相並んで、宮廷相互間の政策、謂はゆる『祕密室政策』(Kabinetspolitik)が古來其の重要な役割を演じたことは謂ふまでも無い。

今日見るが如き、大規模に組織立てられたる情報勤務の形式に於ける政治的間諜行爲の最も古き經驗を回顧し得るものは、疑も無くフランスであり、此の方向に於けるフランスの活動は遠く第十七世紀に其の端を發すると稱せられて居る(31)。さうして物の用に立ち得る組織の最初の創造者としては、僧正宰相リシェリユー(Cardinal de Richelieu)(32)が挙げられる。フランスに於ける今日の組織は、『公安部』(Sûreté générale)である。これは極めて有能なる一種の政治警察であつて、其の活動は、ルール地方占領中、幾多の訴訟事件に於て隠れも無き事實であつた(33)。

(31) Mühlhausen 一七八三頁。

(32) Die Weltkriegsspionage 五三三三頁。

(33) Kohlrausch は、公安部が産業的間諜行爲にも關與したことを指摘して居る(同書三三三頁)。

フランスの公安部と同様に有能であり、且つ顯著なる重要性を有するものは、イギリスの情報部(The Intelligence Service)である。同部は、一八七三年以來(34)現在の形態に於て活動して居る。さうして、何故にイギリスが其の老大なる帝國を今日に至るまで、しかく信じ難きほどに微弱なる兵力を以て克く統合維持することを得たるかの謎の大部分を其の中に包藏するものである(35)。トルコも亦夙に、古典的間諜國と稱せられ(36)、更に、かの果知れざる大領土のあらゆる住民の政治的思想を探索して一毫も遺すところ無きロシアの警察制度も、數世紀以來既に人の知るところである(37)。

(34) Aston 一九頁。

(35) Die Weltkriegsspionage 九九頁。

(36) Die Weltkriegsspionage 五〇一頁。

(37) Die Weltkriegsspionage 一〇〇頁。

政治的間諜勤務について最初に目立つことは、之に重を措く程度が國民に従つて夫れ々相異なつて居ることであるが、惟ふにそれは半ば國民性に由來するものである。間諜行爲の中に、先づ第一に不公明、背信、時としては更に甚しく、誦詐陰險の要素を認めず、寧ろ其の效用性のみを認めんが爲めには、或る程度の精神の屈曲性と、恐らくは亦之に相應する道義的無頓着との結合を要する。併し



乍ら一方に於ては亦、隣人との或る程度の接觸保持は、結局、一切の共同生活の缺くべからざる基礎である、さうして環境の裡に在りて周圍を見廻す自由も亦、元來一種の自然法に發するものであるといふ、正しき考へ方に依つて自ら慰むることも出来るのである。

ドイツに於て政治的情報組織が、ビスマルク以來大戰に致るまでの間に殆んど再び消失したことも亦同様に、上述の如き論據を以て之を説明することが出来る。蓋しドイツ人は由來稍々鈍重であり、且つ特に斯かる勤務を何等の後めたさ無しに利用せんが爲めには餘りにも正直なるが故である。

現代の政治的間諜行爲は、複雑なる目標を追求するものである。獨り國家其自體が、他の國家若くは自國の住民に關して（若くは他國の住民に關してすらも）這般の消息は、試にかの新しき世界觀を宣傳し、外國人に對しても亦此の世界觀の影響を及ぼさんと欲する國家、單に隣國人が恐らくは他日我が領土に遊ぶことあるべきの故のみを以て、彼等が尙ほ故國にあつて虚心に其日常の事にいそしみつゝある間に、既に微に入りて之を注視する國家を見れば想半に過ぐるであらう）政治的情報を蒐集するに腐心するのみならず、政黨及類似の組織も亦同様である。甚しきは個人が他の個人を政治的に探偵する場合すら稀ではない。例へば村の有力者が其の恩顧を受くる者共に對し彼の意思の如くに投票せんことを強要し、さうして此の目的の爲めに何等かの監視手段を設けてかの人々が實際如何に投票したかを彼に報告せしむるが如き是である。

世界大戰以後の時代は、あらゆる方向に於ける政治的間諜の眞の全盛期を齎らし(38)ドイツに

於ては就中、ルール地方占領に依つてそれが感せられた(39)が、併し政府部局相互間、政黨相互間の間諜行爲も亦、此の國が政黨分裂の結果、あはや深淵に陥らんとした當時には其の稀に見る花を開いた。

(38) Bendorf 二五一頁以下参照。

(39) Fraeseleben 二四四頁。

刑事立法に於て、政治的間諜行爲は明かに繼子的取扱を受けて居り、現に軍事的間諜行爲の際に列擧したる凡ての國に於て、政治的間諜行爲を主たる目的とする法律は、唯だの一つも無い。なるほどオーストリアの刑法(第六十七條)を除き、政治的間諜行爲は、平時に於ける軍事的間諜行爲に關するあらゆる外國の法律の中に併せて採り入れられて居る。併し乍ら吾人は、抑も斯かる立法の動機と爲つたものは常に専ら軍事的間諜行爲のみであり、政治的間諜行爲は、其の多大なる重要性が看過せられて、單に軍事的間諜行爲との本質上の類似に因り、之をも考慮すべき必要があるといふ理由よりしそのみ僅に一應の考慮が拂はれて居るに過ぎないといふ印象を避けることが出来ない。併し乍ら政治的間諜行爲は、あらゆる合縱連衡と同異とが、或は成立し或は改造せらるゝ場合に重要な役割を演ずるものであるといふこと、さうして一九一四—一八年の大戰中、若干の國に取つては、軍事的成功を獲得するよりは、政治的により多く有利なる側に立つて戦ふことが一層重要であつたこと—例へばルーマニアの場合を想起せよ—に想到するならば、政治的間諜行爲を以て、軍事的間諜行爲に比し重



要性に於て遜色あるものと爲すことを警めなければならぬ。フランスとイギリスとは此の誤謬に陥ること最も少きものと稱することが出来るであらう(40)。

(40) Colontier 七頁参照。

### 三、經濟的間諜行爲

間諜行爲の第三の種類として、今日の刑法は亦、經濟的間諜行爲をも識つて居る。勿論此の名稱の生じたのは、比較的最近の事に屬する。惟ふに經濟的事項に於ても亦、未知の事實を察知せんとする努力が、經濟其ものと起原を等しくすること、猶ほ同一のことが軍事的及政治的間諜についても言はれ得るが如くであることは言を俟たないであらう。併し乍ら經濟に於ては、國家の軍事的及政治的利害關係の場合と異なり、極めて一般的に見て、第三者側よりの不快なる探索と雖も必しも一概に、當然防遏することを妨げざるものと看做すことを得ざらしむる或る要素が介在して居る。それは健全なる競争と非難せらるべき競争との區別の大なる問題である。惟ふに永續的に或る經濟部門の爲めに確實安固なる生存基礎を形作り得るものが、一に競争であることは異議を容さざるところである。獨り競争のみが、經濟に携はる者に對して日常の刺戟を興へ、彼等をして最善の業績を擧げ、舊來の手法に不斷の検討を加へ、斷えず自己の業績能力の改善に努力せしむるものである。此の簡單なる指示は、國家が、經濟的領域に於ける相互の偵察行爲を禁止すべき理由を全然有せざる場合の極めて多きこと、時としては斯かる偵察が常規を逸せざる限り寧ろ歓迎すべきことであることを説明せんが爲めに外ならない。

但だそこに不正なる競争が開始せらるゝ場合に初めて國家は干涉の手を動かすべき理由を有する、しかも此の場合と雖も尙ほ、人々が刑法の巨砲の火蓋を切ることを必要とする前に、先づ民法の手段を以て目標に到達する無数の可能性があるのである。

工業的間諜行爲 (Industrielle Spionage)、工場間諜 (Fabrik- oder Werkspionage) の名稱も亦、第二十二世紀に至つて初めて現はれたものであり(41)、其の刑法文獻に入り來つてより未だ十年を算へない。

(41) 既に現世紀の初頭に於て (Tribon がフランス刑法第四百十八條——但し同條は單に、工場秘密の漏泄に對する刑罰のみを規定するに止まつて居るが——に對する註三に於て『吾人の觀るところを以てすれば、それは紛れも無き一箇の間諜行爲である……第四百十八條は、工業的間諜行爲の防遏を目的とするものと謂ふを妨げないであらう』と書いたことは、尙ほ明かに躊躇しながらも、之と軍事的間諜行爲との類似を指摘したものである。

本來の純然たる産業間諜行爲に在つては、主として専ら二人の競争者の利益のみが争ひの的と爲るに過ぎないが、斯かる間諜行爲は今日も尙ほ比較的稀である。それは單に、多少なりとも成功の見込ある諜報機關の養成維持が莫大なる費用を要するが故のみではなく、更に斯かる工場間諜行爲が、主として各自の生産を特許權に依つて保護すること能はざる少數の部門に限らるゝことにも因るのである。

之に比すれば國際的に行はるゝ經濟的間諜行爲は遙に多い。斯かる場合の經濟的間諜行爲は、工業間諜行爲と相並んで商業的間諜行爲をも包含し、且つそれが通則として國家の經營する情報組織に



依り、若くは少くとも國家の援助の下に行はるゝ事實(42)に依りて完全に政治的特質を帯び、随つて一層適切には寧ろ之を政治的經濟間諜行爲と呼ぶなければならぬものである。世界大戰後に於てドイツの軍備撤廢を監視することを任とした聯合國監督委員は、實は經濟的領域に於ける戰爭の續行に資せんことを主眼とした、能ふ限り自由無碍なる工場間諜行爲を其の最も主要なる存在目的とするものであつたといふことが指摘首肯せられて居るとすれば、少くとも此の中のフランス委員が適當なる機會を遺憾無く利用したことは、疑を容れないやうに見える(43)。

(42) Bunn 四八〇頁、Schraumm 一一三頁參照。

(43) Die Weltkriegsspionage 五八三頁參照。

合衆國と日本との間には經濟的間諜行爲が大規模に行はれつゝ、あると稱せられ、又イギリスと情報部は、恐らく斯かる國際的工場間諜の任務に在ること最も久しきものである(44)。商業間諜行爲は就中世界大戰中、かの有名なるブラック・リスト又はグレー・リストの作成に對する材料を供給した點に於て、相當なる繩張を有した(45)。併し乍ら平時に於ても亦、商業間諜は、幾多の重大なる認識を齎らすことがあり得る。

(44) Mithleisen 一七八三頁。

(45) Jesen 一〇三六頁。

此の照明に依つて觀察すれば、國際的經濟間諜と、『經濟的叛逆罪』(Wirtschaftlicher Landesverrat)

といふ新しき概念との密接なる關係も亦自から現はれて來る(46)。如何となれば斯かる場合には、個の經濟的企業者の利益は、國家の全般的經濟の利益の背後に退讓しなければならないからである。

(46) Schmidt 一〇八頁、Pollmann 六八頁、Halter 第二卷二〇二頁。

經濟的間諜行爲に對する刑事的立法は、辛うじて極めて徐々に營業法より發展したものであるが、自由主義の時代に在りては、營業法其自體が存續を全うすることが既に容易でなかつた(47)。特に吾人の興味を牽く製造及業務の祕密が、保護を要するものであるといふことは固より夙に承認せられて居たが、刑事立法は當初單に斯かる祕密の漏泄のみを取扱ふに止まり(48)、一方、經濟的間諜行爲を其の領域内に有する、本來の不正競争は、今日も尙ほラテン系諸國(フランス、イタリア其他)(49)、竝に、英米系の法律觀念を奉ずる諸國に於いては、依然として單に民法的規範を以て防遏せられて居るに過ぎなす。

(47) Gemann 七頁以下、Tafel 六頁以下參照。

(48) 例へば、フランス刑法第四百十八條の如きである。

(49) Cronanson 二六頁參照。

其の後に至り、不正競争の刑法的捕捉に於て先導と爲つて進んだドイツに於いては、一八八三年初めて製造上の祕密に對す適當なる保護といふことが、オルトロフ(Orthof)(50)に依つて首唱せられたに拘はらず、其後、特に(工業的)製造祕密の要保護性が、ドイツ技師協會(Der Verein deutscher



Iugentene)(50)に依つて一般的に否認せられた。併し乍ら間もなく一八八三年のドイツ法曹大會(Deutscher Juristentag)が、獨り製造秘密のみならず、更に業務秘密の民法的竝に刑法的保護の要望を發言するに及んで、初めて立法の爲めに門が開かれた、さうして其の最初の成果が、現在『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體裁)』(Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 [Fassung vom 9. März 1934])として效力を有し、其の第十七條乃至第二十條(52)に於て、不十分なながらも(53)經濟的間諜行爲を捕捉して居る、一八九六年五月二七日法律であつた。

(50) 一八八六年一〇月一八日附請願書。

(51) オルトロフの説は、Keller 二〇頁及 Friedländer 一七一頁に引用しあり。

(52) 正文は本書附録を見よ。

(53) Kohlransch 三二頁參照。

ドイツの模範に緊密に追隨して、間もなくオーストリアが、其の第十一條及第十二條に關係規定を掲ぐる、一九二三年九月二六日聯邦不正競争防止法(Bundesgesetz vom 26. September gegen den unlauteren Wettbewerb)を發布した。其の他に於ては、スイス(54)の外、北歐諸國、就中スカンデナヴィア諸國が、ドイツの例に倣つて、不正競争を刑法に依つて防遏せんと努めて居る。

(54) 詳細は後出第十四節參照。

#### 四、間諜行爲の刑法的概念の前記諸領域への限定

以上の敘述の示すが如く、間諜行爲の刑法的概念は、技術及經濟の底止するところ無き發展と共に

益々廣汎なる範圍を含むに至つた、それは次々と現はる、新しき各種の領域に對して、當初の戰時間諜行爲との對比がしかく必然的となり、それが爲め、間諜行爲といふ稱呼が先づ言語感覺に取り、次いで此等の新領域に對する學問に取つても亦、恰も當初より存在したるものなるかの如く感ぜらるゝに至つたからである。今日、間諜行爲の概念は、最早や之を、單に戰爭とのみ直接に關聯せしめてはならない。寧ろ從來の發展よりして、間諜行爲を結局極めて一般的に、『戰爭又は防禦の準備の爲めの一手段』と解釋することが至當であるといふことが認識せられなければならない(55)。更に、此の用言は、軍事、政治及經濟までにて足を停むること莫く、オリムピック等の世界的スポーツ競争の時代たる今日では、既に、スポーツ間諜といふ言葉が造り出された。此の表現は、試に如何なる策謀と密計とを以てスポーツ對手方の陣營が探偵せられ、かくして獲られたる知識、例へばアメリカの障礙物競走選手が其の練習に對し、負傷の危険無しにハードルのすれすれの飛躍を練習することを得んが爲め綱製ハードルを使用して居るとか、某々のクルーは、先に現代的觀念に依つて却けられた古典的なるフェニア・ベリアン様式に復歸したとか、某々の敵手は特に良好なるフォームに在るから、乃至は、對手側の陣營に於ける一般的士氣が何等かの派生的事件に因つて沮喪したとか、其の他凡そ競争の經過に對して影響を及ぼし得る種々なる事柄よりして、時機を失せず能ふ限り最大なる利益を得んとして慘憺たる苦心が拂はるゝかを見れば、蓋し眞に剴切なる表現である。

(55) Garand 五三七頁參照。



個人的生活圏も亦、好奇心に富む者若くは悪意を懐く者の探索癖の禍害に對して防禦せられて居ず、その結果最高法廷の手敷をすら煩はすに至ることも稀でない(56)(57)。

(56) BGE 44 II 三一九頁以下参照。

(57) 間諜行爲が一方の契約當事者の信義誠實を監視せんが爲めの唯一の手段なることが證據立てられたるに因り、裁判所が之を差支無きものと認めたる實例として、BGE 62 II 九七頁以下参照。

併し乍ら刑法は今日に至るまで尙ほ未だ、軍事的、政治的竝に經濟的間諜行爲の限界を踏み超えて居ない、且つ見透し得る限りの將來に於ても亦之を超ゆることはないであらう。何となれば、獨り此の三者に於てのみ國家が外來の闖入者に對する有效なる保護といふことに特別の關心を示すことは決して偶然でないからである。世界大戦は紛ふべくも無き明瞭さを以て、戦争の遂行が夙に再び、純然たる軍事的行動の域を超えて居ることを示した。固より之に比すれば遙に原始的なる形式に於ては、あるが、既に古代に在りても戦争は、凡ての種族が人と物とを擧げて征服に出で立つた場合には、全民族の大事件であつた、さうして當時既に老弱男女を問はず、一切の民族同胞は、戦争が如何に微賤なる家庭にも其の餘波が及ばずには了らないといふことを痛切に意識したに違無い。然るに後代に至り、今日も尙ほ吾人の觀念を強く支配しつゝある傭兵軍隊の現象が、忽ち人をして、兵士の仕事は最早市民の職業と全然没交渉なる或るものと觀ぜしめ、一は天職に依りて工人であり、他は戰士であり、互に何等の依存を感ずること無しに各々自己の任務を完うすることを得ると思ひ込ましむるの結果を

誘致したのである。

軍事的に觀て、其の主要なる部分が僅に數週を出でずして既に陣地戦の裡に凝固した世界大戦中、双方交戦者は、其の努力を益々相手方の國民經濟の麻痺化竝に大規模なる破壊的宣傳、即ち經濟的及政治的措置に傾倒した、さうして生死興亡を賭したる此の戦争をして終に局を結ばしめたるものも亦戦闘行爲にあらずして實に此等の措置であつた。

それ故に、兵力と政治と經濟とは、今日再び古代と同様に緊密に織り合はされて居る、さうして一國家が其の國防を時代の水準に保たんと欲するなれば、此の三つの因子に對して同一の顧慮を拂はなければならぬ。

スイス聯邦刑事裁判所は、國際的間諜行爲に關する其の判決に於て、既に世界大戦中、幾度となく如上の關係を指示する機會を有した(58)、さうして文獻に於ても亦、此の思想は最近益々多く表現せらるゝに至つた(59)。但し此の場合に於ける三者の關係は、必しも政治的財貨と經濟的財貨とが、平時に於て既に何等かの軍事的賦色を有するが如くなることを要しない。彼等に對しては全體として、直接に國防を目標とする純然たる軍事的施設と同様なる、有效なる保護が當然與へられなければならぬのである。

(58) Thilo 第一卷一〇四頁参照。

(59) Adler 第二卷五六頁、Mühlisen 一七八三頁、Romney 八四頁以下、Bälge 六頁、Göler v. Ravensburg 九六頁。



近代立法(60)も亦、缺陷を遺さざらんが爲めに上述の意味に於て表現せられて居る。此の點に於てはフランスの表現方法が最も明晰なるものと謂はれ得るであらう。

(60) フランス防諜法第一條參照。『……領土ノ防禦又ハ經濟動員……又ハ國ノ對外的安全ニ關係アル軍事、外交又ハ經濟秩序ノ秘密ナル情報……』云々。

ドイツ刑法第八十八條。『……ライヒノ安寧特ニ國防ノ利益ノ爲メニ之カ秘密嚴守ヲ必要トスル(國家ノ機密ニ關スル)情報』云々。

イタリヤ刑法第二百五十六條。『……國ノ安全ノ爲メ又ハ何等カノ方法ニ於テ國ノ國內的又ハ國際的政策ノ爲メニ秘密ニ附スルコトヲ要スル情報……』云々。

斯くの如き錯綜状態よりして亦、論理的に次の認識が生ずる。即ち、軍事的、政治的及經濟的間諜行爲の法律的區別は成立し得ない(61)、此等の相異なる名稱は、單に或る間諜行爲が具體的の場合に於て、孰れの領域に其の唯一なる又は主たる實際的意義を有するかを示唆するものに過ぎないといふこと、是である。

(61) 同一の意見は、Tullio III 一頁。尙ほ Fuchs 九頁參照。

之に反して、國際的間諜行爲と國民的間諜行爲とは、法律的に觀て之を區別しなければならぬ。但だ後者に對しては、特に賞揚に値する或るもの、韻を興へざらんが爲めに、恐らくは、國內的間諜といふ表現が一層適當するであらう(62)。前者は、其の成果が、行爲の場所たる國以外の國に於て利用せらるゝことを當初よりの目的とする間諜行爲の謂である。即ち少くとも二箇の相異なる國の利益

が其處に介在して居り、随つて犯罪の可罰性も亦、他の諸國に對する關係の眼點よりして觀察せられなければならぬ。之に對して國內的間諜行爲一例へば、選舉及投票の秘密の侵害の如き一は、單に一國の利益圏内に於て舉措進退するものに過ぎず、随つて國の內面的安寧及秩序、換言すれば國の有機組織に對する危険の見地よりして之を判斷しなければならぬ。保護の目的(63)は、前者に在りては國の、外面的安全、後者に在りては其の內面的安全であつて、其處に截然たる差異がある。随つて多くの具體の場合を此の兩範疇の下に集約することは、毫もかの軍事的、政治的及經濟的間諜行爲の三分に在りて往々著しく之を見るが如き困難を興へなす(64)。

(62) 後出一七八頁參照。

(63) 保護の目的(Das Schutzzweck)の概念については、Pleninger 一四五頁以下參照。

(64) RGLE 61 一四〇九頁以下所載、『軍事政策的』(militärpolitisch)事項を繞るコリ訴訟事件參照。

以上を綜合して吾人は次の如き結果を得る。即ち、間諜行爲の現代刑法的概念は、軍事的及政治的、經濟的領域に於ける、換言すれば、最廣義の國防の利益の範圍内に於ける國際的、竝に國內的間諜行爲を包含しなければならぬ。

##### 五、間諜行爲に多い附隨的犯罪

既に述べたるが如く、間諜行爲は或る闘争の準備の爲めに使用せらるゝ手段の一である。随つて間諜行爲に依り自己の—恐らくは單なる假想の—敵手又は競争者に關する知識を獲得せんと欲する者



が、通則として全然一方的に彼自身の利益のみに照準を置くことは、極めて自然である。然るに間諜者の裡には、此の外に通例一握の冒險精神が潜んで居る、然らざれば彼は、極めて一般的に斷言して、全然其の任務に適しないであらう。加ふるに、間諜者が仕了ほせなければならぬ探索は、往々其の委任者につけて極めて重大なる、寧ろ致命的なる意義を有すること多く、随つて苟も有爲なる間諜者は、迅速に且つ如何なる代價を拂ひても之を實行することを必要とする委任を受くる場合が稀でない。勿論誰しも最初は詭計と慧敏とを以て其の目標に到達せんことを試るであらう、併し乍ら時として亦、成果を可能ならしめんが爲めには、獨り猛進敢爲のみが役立つ場合、乃至、通常の犯罪をすら代償としなければならぬ場合も極めて多い。

惟ふに、大抵の國の立法が、間諜行爲其自體に對して過酷なる刑罰を科して居ることは、此の點に於て一箇の心理的過謬に陥るものである(65)。今日では最早何等の證明を要せざるが如く、獨り豫防的威嚇の主要目的が之に依つて達成し得られざるのみならず、斯かる嚴刑的立法は、間諜者をして、間諜行爲のみに因りて既に一身に引被つて居る罪責の上に、更に尙ほ、間諜行爲其自身よりは恐らく遙に寛大に處罰せらるゝ他の犯罪の責任が附け加へらるゝことを毫も意に介せざらしむるに至る所以である。

(65) 詳しくは後出第九節參照。

伴生犯罪として今日も尙ほ最も頻繁に問題となるものは、竊盜罪である、之と類似の場合に於ける

横領罪である。これは希求せられたる目的物の代ふるに、外形の酷似せる無價値なる物を以てする、代換の形式に於て現はるゝことが多い。可能なる場合には、後日の發覺を豫防せんが爲めに寫眞が一層多く利用せられる。撮影が實驗室内に於て行はるゝ限り、それは單に刑無罪の不法使用(*Fehrbrech diebstahl*)と爲るに過ぎない。或る場合には、現場の寫眞を撮らんとして、家宅侵入罪に併觸する。更に、官吏、監督者又は其の他の邪魔になる關知者の黙秘を買はんが爲めに之に贈賄しなければならぬこともある。特に贈賄は、間諜者の爲めに郵便又は電信に關する秘密への道をも自由ならしむることを得る。さうして信書の秘密も幾多の貴重なる事實を隠して居り、其の侵害は諸國に於て、贈收賄の有無を問はず、獨立の犯罪(*Delictum sui generis*)と爲つて居る。

此等の犯罪が、間諜者の目的達成の爲めに缺くべからざる限り、悉く間諜行爲との實質的競合又は理想的競合(*Real-od. Idealkonkurrenz*)(66)に陥り得るものである。但し本篇は、詳細に此等の犯罪を論せんと欲するものではない。單に完全を庶幾して之に言及したるに過ぎない。

(66) 尙ほ Fuchs 二八頁參照。



## 第二章 間諜行爲の刑法的意義

## 第二節 間諜行爲の種々なる發現形式

## 一、能動的及受動的間諜行爲

既に述べたるが如く、間諜行爲とは、間諜者に取つて未知なる或るものを窺知し、探究するの謂である。往々にして間諜者は或る幫助者の協力を確保することに依つて最も克く其の目標に到達することが出来る。此の幫助者は、國家又は業務經營に於ける自己の地位に依り、若くは其の他の何等かの方法に依りて、特定の場所への接近又は特定の文書の閲覽、又は自己の知識の洞察を間諜者に供與することを得る者である。此の幫助者の主意は必しも自己の主人に損害を興ふるといふことなるを要しない。寧ろ間諜行爲の觀點よりすれば、それは彼に取り入りたる（且つ謂ふまでも無く、何等かの物質的報償を彼に提供したる）者の工作に對する協力といふことに存する。

斯かる幫助者が、往々にして彼れの主人に對する漏泄者と合致するであらうことは、極めて略易き事實である。但し此處では最初に、漏泄といふ非難が少くとも彼自信の確信に據れば中つて居ない者についてのみ述べることにする、一旦彼が、其の良心が疑も無く彼に命じたる道義的顧慮逡巡を征服し、さうして間諜行爲に於ける協力は、主人に對する自己の地位と或る程度まで相容るゝといふ見解

に漕ぎ着けたならば、彼は主人の利益と扞格支吾すること無しと思惟する限りに於て、探索せられんとする事項の察知を間諜者に許容するであらう。斯種の幫助者は、受動的間諜者として吾人の眼に映ずる者であり、さうして彼の主人に對する漏泄者とは明瞭に區別せられなければならない者である。

以下若干の例はかゝる間諜者の特徴の一層詳細なる説明に資せんとするものである。

(一) 之に對して、吾人は全體の間諜行爲の主動者を、能動的間諜者と名づることが出来る。今假に、此の能動的間諜者が探知せんと腐心するものが、或る特定の技術的生産品の製造方法であるとす、さて、此の方法に於て貴重なるもの、祕密を保つべきものが、特殊の眼點よりして特に細心周到に行はるゝ或る種の鑄片の選擇であり、しかも此の鑄片は其の他の點に於ては極めて平凡なる世上周知の方法に依つて鑄造せらるゝものであるに拘はらず、件の能動的間諜者は、鑄造方法其自身の中に彼の探知すべきものが潜んで居ると推測するが如き場合がある。それ故に、若し受動的間諜者が何等の懸念無く鑄造場、即ちかの重要な選擇が其所で行はれない、作業場の巡覽の便宜を能動的間諜者に與へたとしても、後者は其の庶幾したところのものを見ることが出来ず、さうして受動的間諜者は恐らくは後者が何等貴重なるものを見ることが出来ないと信じて居るであらう。然るに後者の鑄造場參觀は他の關係に於て彼が知らんと欲したるところのものと同様に重大なる價值を有し得る知識を彼に媒介する機會となるやも計られない。若くは、此の製造方法の眞の祕密は、鑄造工程の種類に存するものではないといふ消極的認識が、受動的間諜者の知らぬ間に能動的間諜者を本筋に導くかも知れ



ない。孰れにしても前者は能動の間諜者の爲めに知識の獲得を容易ならしめたことに依つて、經濟的領域に於ける受動の間諜行爲を爲した者たることを失はないのである。

(二) 間諜行爲の目的が、某省内部に於ける特種の人的關係、同志と反對者との組み合わせ、國策の一部局に於ける主要決定に對する各關與者の勢力の程度等に至つた場合を假定する。受動の間諜者が、一葉の質問用紙の上に列擧したる一群の質問に對し、何等詳細なる説明を與ふること莫く、單に、然り又は否を以て答ふべきことを承諾した。併し乍らそれにして尚ほ、或る質問は餘りにも陷阱的危險があるやうに觀えたるが爲め、流石に良心に咎められて之に對する回答を見合せた。かゝる場合には、彼の回答の知識、及時としては却つて、彼が若干の質問を默殺した事實が、能動の間諜者に其の探究せんと欲したる事情の貴重なる洞察を供與する。隨つて回答者は其の協力に因りて政治的領域に於ける受動の間諜の責を負はなければならない。

(三) 能動の間諜者が其の仕事に着手するには、恐らくは先づ多數の受動の間諜者を抱き込み、其の一人々々に對しては、極めて些細なる、一見何等の重要性無きが如き質問を提出するであらう。それが爲め後者の何人もかゝる質問に答ふるに秋毫の疑懼を懷かない。併し乍ら全部の應答の綜合よりして能動の間諜者は、其の知らんと欲したるものに關して一箇の圖形を描き出すことが出来る。此の場合に於ても、亦報道提供者の側に受動の間諜行爲が成立する。

尚ほ後來の考察(1)に於て詳述せらるゝが如く、能動の間諜者とは常に、或る知識を取得せんこと

を目的として行働する者の謂であり、之に對して受動の間諜者とは單に、或は彼自ら之を有する知識若くは之について少くとも、如何にして又は何處に能動の間諜者が独自の觀察を以て之を取し得るかを知悉する知識を供與するに止まる者の謂である。隨つて能動の間諜者と受動の間諜者とは、法律的見地よりすれば、嚴正に之を區別しなければならぬ。即ち能動の間諜者は、原則として其の間諜行爲の目的物の所有者に對して何等の關係をも有せざる闖入者として現はるゝ者であり、之に反して受動の間諜者は、間諜行爲に因りて危險を蒙る所有者に對し、例へば雇主に對する被傭者又は事務員等の如く、或は亦單に、其の居住國に對する住民、隨つて或る程度まで信賴を與へらるゝ者の如く種なる場合はあるが、要するに何等かの人的關係に在る者の範圍に屬する者である。

(1) 後出一一五頁以下並に二五二頁——一五七頁參照。

吾人は前に引用したる數例よりして亦、次の認識をも得なければならぬ。即ち、探索の目的たる秘密は、必しも一箇の要素より成るものではなく、秘密が全體として看破せらるゝまでには、換言すれば破壊せらるゝまでには、其の全部が看破せられて居なければならぬ多趣多様の要素より成ることがあり得る。併し乍ら専ら委任者の利益のみを擁護する間諜者は、場合に依りては、毫も全體の秘密を探索することを目標とすること無く、單に彼の委任者の事情に適合する其の一定の要素のみを知ることゝ以て満足することがある。譬喩的に謂へば、假に秘密の目的は一箇の家屋に在ると想像し得る場合に、間諜者は——若し全體の秘密の知識を得んと欲するならば——當然其のあらゆる室に互つ



て全家屋を觀察し得ることを必要としたるべきに拘はらず、單に其の中の一家を見ることのみを以て満足するのである。

若し受動的間諜者が無思慮に能動的間諜者をして此の一家を觀察せしむるならば、即ち、彼の確信に従へば之に因りて毫も其の主人に損害を興ふること無しに、秘密の單なる一要素のみを暴露するならば、能動的間諜者は恐らくは既に彼れの目的を成就して居る。若くはこれのみにては未だ目的を成就しないとしても、他の方法に依りて更に此の秘密の爾餘の諸要素の知識を獲得し、かくして最後に全體としての秘密を察知し得るに至るであらう。更に之と聯關して確認せられなければならない事實は、人間は通例として、其の意識的なる表現の外、不知不識の間に、彼が全然考へざる、併し乍ら彼が外界に對して興へ又は興へんと欲する印象を、本質的に左右し又は補足し得るが如き多くのものを發表して居ることである。

秘密といふことを取扱ふ法律的文獻が、殆んど例外無く單に兩極端のみを觀察するに止まること、即ち、單に完全に保護せられたる秘密又は完全に破壊せられたる秘密、隨つて亦、單に極めて接近し易き事實又は全然接近し得ざる事實のみを事とし、之に反して、或る一箇の秘密の單なる部分的露顯、或る一箇の事實の單なる部分的接近可能性に於ける複雑なる幾多の中間段階は全然之を看過して居ることは、明かに一箇の缺陷である(20)。

(20) Rosenthal 及 UVC 第十七條に對する註一六に於て、秘密の個々の要素の存在を示唆して居るが、併し此等の要素の意

義を單に場合々々に依りて判斷せんと欲するに過ぎない。

能動的間諜者をして、自己の態度に因り或る秘密の全體の察知することを得せしむる受動的間諜者は——彼が洞察供與の場合に、しかく受動的に、換言すれば毫も独自の主動性を働かしむること無しに行動する場合と雖も——常に彼の主人に對する漏泄者と感ぜられる。併し乍ら上に述べたるが如き意味に於て、單に間諜者たるに止まり、決して漏泄者ではない受動的間諜の存在すべき餘地がある。

尙ほ後條に於て説明するが如く(3) 必しも獨り秘密のみが探索の目的ではなく、往々にして亦、何人も之に接近し得る、但し尙ほ未だ知られて居ない事物も同様に探索の目的たる場合が稀でない。能動的間諜者が、或る山上に一箇の新要塞が築造せらるゝことを知り、土地の一住民を買収して彼の指圖に従ひ彼をX山頂に案内せしめたる場合、彼の面前に在る者は決して漏泄者ではないが、併し後者が其の委任者の能動的間諜者たることを知り又は知るを得べかりしと同時に、一個の受動的間諜となるのである。如何となれば、此の能動的間諜者が既に若干の精密さを以て要塞の地位を知つて居るならば、山案内人が新らしき知識として彼に供與するものは、其處に到るまでの途、即ち一片の地理のみである。委任の趣意が、『要塞を俯瞰し得る或る高地へ余を案内せよ』といふに在る場合、換言すれば、山案内人が独自の主動性——即ち適當なる高地の選擇——を働かさなければならぬ場合と雖も、尙ほ未だ必しも彼の行動を目して漏泄の要素を含むものとするとは出來ない。寧ろ彼の行爲は、彼が自己を之が用に供する間諜組織の中へ最後の一關節として添加せらるゝものに外ならない。



彼は此の所爲に依りて黙秘の義務にも、秘密嚴守の義務にも違背して居ない。

(3) 後出第四節参照。

これまで吾人の觀察したるものは、専ら故意に行はるゝ間諜行爲のみであつた、併し乍ら間諜行爲は亦、過失に因りても行はれ得るものである。過失に因る能動の間諜行爲は極めて罕であり、僅に甚だしく無教養なる人々が虚偽の口實の下に、例へば彼等の報告は新聞記事の目的の爲めに利用せらるるものであるといふが如き甘言を以て情報提供の爲めに籠絡せらるゝ場合等に現はるゝものである。併し乍ら適當なる注意を以てすれば、關係者に取つて斯かる委任の眞の背景を洞察すること必しも不可能ではなく、随つて若し彼等がそれにも拘はらず、尙ほ委任せられたることを實行するならば、當然過失の責任を負はなければならない(4)。

(4) *Escher* 一九一六年一月二四日附 *Wiss und Konsorten* 事件判決、及、*RGZ* 六一卷四〇九頁以下参照。

之に反して過失に因る受動の間諜行爲は遙に多い。産業の間諜行爲の就中關心を有するものが化學工業に於ける事情に在ることを知悉する、或る化學工場の職工が旗亭の食卓に於て、通常の注意を以てすれば、面前の見識らぬ人々の中に間諜者の混在を警戒すべき筈であつたに拘はらず、快く自己の職業上の仕事に關する彼等の質問に應じたとするには、此の職工は過失に因る受動の間諜行爲の責を負はなければならない。此の職工と全然類似する者に、過失的漏泄者(5)(6)がある。此は獨自の主動的よりして恐らくは銜耀癖よりして——生面者の間に在つて聽取者の任意の一群に對し彼の知識を吹

聽する者、不用意の饒舌を敢てする者、即ち單なる傾聽に依りて、換言すれば彼自身の側より觀て受動的なる行動に依りて其の識らんと欲する事實を探知する機會を間諜者に與ふる者である。

(5) *Gargon* の第四百十八條に對する註三二は、過失的漏泄の可能性を否定し、*Delourmel* 二七頁、*Hecht* 四五頁、*Oppenheim* 七二頁等は之を肯定して居る。尙ほフランス防諜法第四條参照。

(6) 間諜行爲の漏泄に對する關係については、後出第四節の詳述参照。

以前の説明に依りて、間諜行爲が能動の間諜行爲と受動の間諜行爲とに區別せられ得るといふ結論が獲得せられたならば、吾人は目的を達したのである。受動の間諜行爲は、獨立のものとして、換言すれば或る程度まで之を生み出だす能動の間諜行爲無しには、概念的に到底考へ得られない、併し乍ら能動の間諜行爲と同様に、故意にも過失に因りても行はれ得るものである。それは閱覽の許容、知識の供與(7)のみならず、恐らくは亦、能動の間諜者の或る行爲に對する單なる忍容又は放任よりしても成立する。それは漏泄と同一のものを意味しないが、併し之と合致することはあり得る(8)。即ちそれは或る間諜組織の連鎖に於ける一關節であり、之に反して漏泄は、能動の間諜者が其の敵と看做す者の事情の觀察圈内に屬するものである(9)(10)(11)。

(7) *Baige* 二頁参照。

(8) *Richter* 四九六頁参照。

(9) *Fuchs* 三八頁は、概括的に漏泄を受動の間諜行爲として觀察し、同時に之を間諜行爲の基礎犯罪と名づけて居る。併し乍ら此は、間諜組織の今日の諸形式と全然一致せざる見方である。

(10) *Schlatter* 一七頁は、受動の間諜行爲の本質を誤認し、一般的に報道の一切の傳達を、受動の間諜行爲と名づけて居るが



かゝる傳達は以下の説明に依りて看取せらるゝが如く、實は能動的間諜行爲の間接の形式に外ならざるものである。

(11) 『受動的』間諜行爲 (Passive Spionage) といふ語は、或は全面的に別切ではないと感ぜらるゝかも知れない。何となれば此の語の言ひ表はさんと欲するところは、單に「其の文法的意義通りに」『諜知せらるゝこと』 (Ausspioniert werden) のみならず、屢々亦、受動的間諜者の側にも現はるゝ何等かの動作——例へば質問に對する應答の如し——をも條件とするものなるが故である。併し乍ら言語的に一層適切なる名稱は恐らくは見出し難いであらう。

## 二、直接及間接間諜行爲

間諜行爲は、其の最初の單純なる形式に在つては、大抵委任者が直接に、彼の間諜者に一定の諜報任務を授けて之を派遣し、その結果についても亦再び直接に口頭又は書面を以て報告を受くるといふ方法に於て遂行せらるゝを常とした。随つて通例としては委任者と間諜者との間に何等の中間關節が無かつた。

然るに間諜組織の構造の進歩と共に、間諜行爲の連鎖の中へ幾多の機關が介入し來つた。此等の機關は、委任者より一定の任務を授けられたる後は、彼等の手に於て更に、間諜者たるべき人々を買収し、後者に對して彼等自身が委任者として立ち廻る外は、單に彼等の配下機關に依つて獲得せられたる報告の蒐集、篩別及傳達のみを事とする者である。斯くの如く組織上の理由よりして情報獲得の過程の中に挿入せられたる中間關節は、純然たる諜報者よりも一層重要なる、随つて防禦者たる國に取つて一層危険なる機關である場合が極めて多いだけに、後者と同様に間諜行爲に對する有效なる刑事立法に依つて之を把握する必要が益々加はつて來ることは言を俟たずして明かである。

随つて若し吾人が、直接間諜行爲を直接に事實の諜知、探索を主眼とする行爲其の自體と解するならば、蒐集及傳達の行爲、竝に一層廣き意味に於て間諜活動の有機組織に於ける單なる事務的職能の執行を、間接間諜行爲の名稱の下に一括することが出来る(12)(13)。

(12) Fuchs 四一頁、Degen 四三二頁も類似の説である。

(13) Bachmann 一頁は、間接間諜行爲とは、或る漏泄者の仲介を通して知識を取得する者の行爲を謂ふと解釋して居るが、これは筆者に依つて代表せらるゝ見解と相容れない。

能動的間諜行爲と受動的間諜行爲との區別の場合と反對に、直接間諜行爲と間接間諜とに在りては、法律上の區別ではなく、専ら事實上の區別の問題である。由來、情報の蒐集及傳達は、單に諜察の當然自明の結果に過ぎない——如何となれば、而後の傳達を伴はざる單なる諜察は、原則として完全に無意味なるが故である——随つて、直接間諜行爲と之に連續する間接間諜とは——それが一般に協力する多數の人に依つて遂行せらるゝ限り——法律的には之を、單に數箇の連續する幕に於て演出せらるゝ唯一の共同行爲と解釋しなければならぬ。

フランス上院議員モレル (Morellet) が、かの有名と爲つた命題、『今日の間諜者は明日の漏泄者 (叛逆者) と爲る』 (L'espion d'aujourd'hui sera la trahire de demain) (14) を以て之を表現したる、併し乍ら法律的文献に於ては就中ドイッに於て代表せらるゝ觀念、即ち、情報の傳達は、間諜者の原則的に新しき行爲であり、随つて法律的に新しきものとして一箇の交付、引渡、換言すれば一種の漏泄の



意義を帯び來るとする觀念は、非論理的なるものとして絶対に否定せられなければならない(15)。間諜行爲の間接なる形式は、一箇の純粹に『組織技術的』なる現象であり、直接間諜行爲に對する其の區別が意義を有する主要なる理由は、大規模なる間諜組織に在つては、有能敢爲なる、隨つて同時に最も危険なる頭腦が、既に述べたるが如く往々にして單に間接間諜者として行動するに止まり、隨つて法律技術的には、彼等が假令此の形式に在る場合と雖も之を刑法上の意味に於ける正犯として捕捉し得るやうに意を用ひなければならぬことに存するのである(16)。

(14) Fabreguettes 七七〇頁及其の他に於て引用せられて居る。

(15) Fabreguettes 七七〇頁、Garrand 五二二頁も亦、同一意見を有する。

(16) 後出二二二頁以下參照。

吾人が否定する、間接間諜行爲は漏泄なりとする觀念は、更に亦、法律的文獻に於て、間諜行爲其ものと漏泄との概念の間に混亂を生せしむるに與つて力と爲ること甚だ多かつたものである(17)。

(17) 後出第四節參照。

### 第三節 隱密性の契點

國際法が其の間諜の概念を定めたる目的は、かの原則として死刑に處せらるべき諜報者を、特定の批判標準に従つて正確に記述し、かくして就中、一見明かに敵として識別せらるる者——主として制服

を着けたる軍人——を捕虜としたる場合に、之に對して其の他の諜報者、即ち國際法上の意味に於て唯一に『間諜』と名づけらるる者に對するよりも武士的なる處遇を與へんとするに在つた、隨つて國際法は、行爲の隱密性を、此の意味に於ける間諜者の本質的批判標準と觀念して居る。國際法上の意味に於ては、『隱密ニ又ハ虚偽ノ口實ノ下ニ』行動する者のみが間諜者である(1)。此の表現方法よりして既に、隱密性といふことの中には、二種の意味が含まれて居ることが看取せられる。即ち、間諜者の存在の隱密性、及、意圖の隱密性、是である(2)。

(1) 前出三〇頁參照。

(2) Adler II 五六六頁參照。

單に自己の存在を隱密にするに止まり、其の意圖を隱密にせざる諜報者の例としては、かの夜陰に乗じて、若しくは晝間と雖も自然の掩蔽物を利用して敵軍の領域に潜入する制服着用軍人を擧ぐる事が出来る。謂ふまでも無く彼は、發見せられずたる場合に於てのみ間諜行爲に成功することを得るのである。何となれば彼が發見せられたる場合には何人も直に彼の——制服あるが故に隱すべくも無き——意圖を『看破』し得るが故である。さうした他方、敵兵の制服を着用したる諜報者は、此の變装を以て彼の意圖を隱密にすることに依つてのみ自己を保護するに止まり、彼の存在は毫も之を隱密にしない。何となれば彼は之に依りて敵の注意を逸らさんことを期待するが故である。

巧妙なる間諜者は其の任務に應じて其の都度此の兩つの可能性を利用するであらう、さうして、若



し出来得るならば、彼の存在を隠密にすると同時に、亦彼の眞の意圖をも隠密にすることに成功すること多きに随つて、益々確實に所期の目的を達するであらう。謂ふまでも無く此の兩者は決して互に相容れざるものではない。

併し乍ら、存在の隠密性が、『間諜者』と軍人、即ち『非間諜者』との區別の標識となるものにあらざることは、國際法の定義其の自身が、何人を非間諜者と解釋すべきかの説明の中に、單に『變装せざる軍人』(militaires non déguisés)といふ唯一の範疇、換言すれば、其の意圖を隠密にすること無しに行動する者のみを擧げて居ることよりして明かである。如何となれば、制服を着用したる軍人と雖も亦、苟も可能なる限り自己の存在を敵に對して祕密ならしむることに努むべきこと、しかも決して之に因つて國際法の觀念に依り『間諜者』と爲らざることは、かの定義が、『軍人』の中に更に亦、『隠密に』(clandestinement) 行動する者と、『隠密を欲すること無しに』(non clandestinement) 行動する者との區別を設けることを避けたことの極めて正當であるほどに、しかく自明であるからである。苟も正しく制服を着用する者は祕かに行動すると明らさまに行動すると、換言すれば、彼の存在の隠密化を以て行動すると隠密化無しに行動するとを問はず、國際法の紛ふべくも無き見解に従へば、當然、俘虜 (Kriegsgefangene, prisonniers de guerre) としての特權的待遇に對する請求權を興へられなければならぬ。随つて國際法の意味に於て間諜を軍人より區別するものは、一に、制服の不着用、即ち彼の意圖の隠密化、換言すれば、彼が其の行爲を遂げんが爲めに使用する虚偽の口實である。

併し乍ら、國際法の定義に於て『間諜者』の標識の爲めに使用せられて居る『隠密に』の語は、既に示唆したるが如く決して蛇足ではない。蓋し、存在の隠密性といふことが、『間諜者』なりや否やを決定する唯一の批判標準であり、必しも彼が同時に亦、或る虚偽の口實の下に行動することを要せざる場合もあり得るからである。如何となれば、萬一の發覺の場合に、當初より明かに虚偽なることを看破せられざるが如き口實を設くべき可能性無きことを承知しつゝ、祕かに大膽なる冒險を敢てする間諜者が、國際法の意味に於ても亦、考へ得られ、随つて斯かる間諜者は、冒頭より虚偽の口實の手段を斷念しなければならぬからである(3)。

(3) 例へば敵が祕密會議に於て評定することを聴き出ださんが爲め、會議室の戸棚に潜みたる廻し者の場合の如き、是である。發覺の場合に對して彼は到底其の存在の理由を、非間諜的意圖に歸し得ることを期待することは出来ない。惟ふに彼の唯一の希望は、一切を有體に告白して幾分なりとも寛大なる處遇を得ることのみである。併し乍ら孰れにしても彼は、單に『隠密に』行動したる者であり、決して、『虚偽の口實の下に』(sous de faux prétextes) に行動したる者ではない。

既に述べたるが如く、國際法に比すれば、諜報者の範圍は著しく廣く把握せんことを欲する刑法に取りては、先づ第一に、かの隠密性の標識を本質的なものとして、國際法の概念より繼受すべきか否かを検討することが必要である。文獻は之に關して意見の分裂を示して居る。併し乍ら、隠密性の二種の區別に對しては、アドラーを除きて、何人も何等の注意を拂つて居ない、隠密性の契點を、單に國際法の概念の構成部分として、そのまゝ、刑法に攝り入れたる學者を別とすれば、尙ほ且つ之を擁護する極めて少數の者が残つて居るに過ぎず(4)、之に反して本質的な概念標識としての隠密性の



否定が主潮の見解を成して居る。但し此の否定の態度に對する理由説明は、少數の例外に於て之を見るのみである。ラマツシュリットラー (Lammstedt-Ritter) (三八七頁) は、此の意味に於て宣告を下した二つのオーストリアの判決(5)を引用し、フリント (Frind) (6) は、フランスの『公安部』 (Sûreté Générale) が、ドイツの占領地域に於て、其の意圖を特に隱密にすること莫しに、間諜勤務に對する人員を買収することを得たる例を擧げ、之に依つて間諜行爲の性質は毫も失はれないと述べて居る。

(4) Detourbet 六頁及二〇頁。Braunger 五三頁。Gerland 三一〇頁。

(5) OMGH 一七四、OIGH 一四。

(6) Frind 一四頁。

併し乍ら若し<sup>ハ</sup>が間諜行爲を、心理的立場よりして觀察するならば、隱密性の契點の意義は直に判明する。對等の敵、況んや優勢なる敵に對する者は、間諜を働く際に發見せられざらんとするに腐心するであらう、さうして諜察が自己の存在の隱密化に依つて行はれ得ざる場合に、相手の萬一の報復を避けんが爲めには、獨り虚偽の口實が、間諜者の欲する掩蔽物を之に供與しなければならぬ(7)。之に反して人が相手の力量を見縊り、隨つて之に對する一戰を寧ろ欲するところと觀ずると同時に、存在の隱密化と虚偽の口實との二つの補助手段は其の意義を失ふであらう。斯かる場合には、此の敵に對して隱密にせられざるところか、寧ろ反對に一層際立ちて目に着くが如き間諜行爲の方法が、當初より此の弱き敵に精神的壓力を加へんが爲め、彼に對する威嚇の一要素を戦闘の準備の中に採り入

るゝに適するものである。實地は既に之に對する左の如き幾多の例を提供して居る。即ち、

一、パン製造者 R が其の製品を供給して居た或る取引先が、パン製造業者の強力なる組合の機嫌を損じた。組合は R に對して此の取引先に對する供給の停止を交渉したが不調に畢つたので、パン粉の賣込人を買収して R に對するポイコットを行はしめんことを決議したが、その爲めには先づ孰れの製粉業者が R の供給者であるかを探知しなければならなかつた。そこでパン製造業者組合は——後に裁判に依つて判明したるが如く——或る夜警組合の一職員に依頼し、R パン工場の商人出入口の附近に數週間に亙つて張番を行ひ、そこより入り来る荷車に依つてパン粉供給者の氏名を探知せしめた。さうして此の男は、R に對して毫も彼の存在竝に彼の所行の目的を祕すること無き方法に於て委任を實行した……(8)。これは上に述べた理論的説明の一實例である。

(7) 此の場合にも亦想起せらるゝ者は、敵の制服を着用し、此の變裝の中に、出来る限り平然たる舉措に依りて、即ち彼の存在を毫も隱密にすること莫しに、併し乍ら紛れも無く完全に虚偽なる口實の下に間諜を行はんと欲したる者である。

(8) BGE 57 III 三四三頁參照。

二、ゾローツルン (Solothurn) 州に於て屢次の事件の結果、一八八九年七月一六日人民投票及選舉法に對し、一九三三年二月一二日の改正に依り、其の第三十二條に左の内容を有する第三項が新に追加せられた。即ち『投票場ノ内外ニ於テ投票ノ内容ヲ尋問シ又ハ投票用紙ノ交付ヲ請求シテ選舉權者ヲ制肘スルコトヲ禁ス』云々。是亦、今此處に説明せられんとする問題の範圍に於て同様に自明なる



一規定である。

斯かる状態に在る間諜行爲も亦、それが刑法上の不法行爲であると宣告せらるゝや否や、虚偽の口實の蔭に隠るゝであらう。併し乍らさりとて反對に、獨り隱密なる種類の間諜行爲のみが有罪であるとする誤謬に陥つてはならない。如何となれば、若し然らざれば右に擧げたる例に於て、間諜行爲の種類が傍若無人であり、厚顔無恥であればあるほど却つて刑罰を免るゝであらうからである。

以上の検討は、隱密性の契點、詳しく謂へば存在の隱密化も將た又、虚偽の口實も、決して間諜の概念の本質的標識を表はし得ざること、随つて其の刑法定義(9)の中に之を採り入るゝことを容さざることを十分に示したであらう。

(9) 後出第八節參照。

戰時間諜行爲に關する近來の立法は之に反して正當に國際法の規定を考慮し、公然行動する諜報者と虚偽の口實の下に行動する諜報者との區別を表現して居る(10)。

(10) 例へばイタリアの軍刑法(Codice penale per l'Esercito)は、『戰時勤務ニ關スル規定』第三百七十七條に於て國際法への順應を實現して居る。

他方、オーストリアの立法者が、一九三六年七月一日新國家保護法に於て、『オーストリア國ノ不利益ト爲ルヘキ秘密ナル情報勤務』のみに科刑して居ることは、決して彼の眞の意圖に副ふものではないであらう。

#### 第四節 間諜行爲の目的、秘密の刑法的概念

##### 一、秘密の概念

本篇は、二つの理由よりして秘密といふことを稍詳しく取扱はねばならない。即ち、一は、秘密の法律的概念が尙ほ甚しく論争せられて居るが故であり、次には秘密の本質に關する明瞭なる概念のみが、間諜行爲と漏洩との區別の説明に對する鍵を與へ得るが故である。

一八九六年のドイツ不正競争防止法に對する立法理由書の中に、何故に法律が自から、製造及業務の秘密(Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis)の法定的定義を與へざるかにつき、爾來かなり有名となつた『理由説明』、即ち『蓋シ此ノ概念ハ之ヲ日常生活ノ用語ニ採リタルモノニシテ、且ツ然ラストスルモ既ニ法律用語ニ於テ周知ノモノニ屬スルカ故ニ』云々の一句が見出だされる(1)。今日吾人は、これが何等の理由説明でもなく、單に一箇の遁辭に過ぎなかつたとの主張を敢てすることを妨げない。如何となれば、裁判所が各自の裁量に委ねられたるが爲め、其の避くべからざる結果として、今日吾人は實際の裁判に於て、其の或るものは到底之を一箇の公分母の上に持ち來たすこと能はざる決疑主義的個々判決が吾人の眼前に山積するの状態を現出して居るが故である。

(1) Ringer 110頁其の他多くの著書に引用せられて居る。



就中、秘密といふことについて、一般的なる包括概念の存在しないことが既に一箇の缺陷である。此の缺陷は、一部の學者が秘密の概念形成を排他的に經濟的方面、即ち製造及業務の秘密より誘致せんと欲するに反し、他の一派は専ら軍事的利益のみを眼中に置き、随つて此の兩方向は到底之を同架に置くことが出来ないことの中に現はれて居る。政治的の秘密に對しては、ドイツ刑法が其の第八十八條に於て一箇の法定的定義をすら掲げて居るが、憾むらくは此の定義は之を剴切なる體裁と稱するところが出来ない。更に他の一派は排他的に職業上の秘密のみを事として居る(2)。

(2) 後出第九五頁以下参照。

以下の敍説は、『秘密』の一般的包括概念を求めんとする試に資するところあらんことを庶幾するものである。但し之に依つて生ずるものが單に一箇の『漠然たる』幾多の補足を要する價值條項(Wertformel)(3)に過ぎざるの危険あることは已むを得ない。蓋し斯くの如きと雖も尙ほ且つ現今見るが如き雜然たる決疑主義的列擧に優ることなしとしないからである(4)。

(3) 『國際刑法學會紀要』(Mitteltungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung) Neue Folge 第二卷二一頁以下所載、Graf zu Dohna 氏稿。

(4) Wassermann I, O. U. W. G. 第十七條に對する註は、二十五年前にも尙ほ、『銳利なる定義よりも寧ろ次の諸例が闡明の効果を有すること多し……』といふ意見を表現して居る。

既に秘密の本質すら甚だしく不明瞭である(5)。舊き文獻の大多數の中には尙ほ『秘密とは一箇の事實にして……なるものを謂ふ』(Geheimnis ist eine Tatsache, welche……)の語法が見出だされる。

併し乍ら間も無く、事實は單に或る秘密の目的(客體—Objekt)であり得るに過ぎざることが覺られた(6)。如何となれば、事實とは、最も廣き意義に於て之を解釋すれば、一箇の過去又は現在の出來事(Ereignis)若くは同様な状態(Zustand)(7)なるが故である。換言すれば、或る絶對的なるもの、法律的に不可變なるものであり、随つて、之と關係に持ち來たざる者が其の關知者であるか若くは不關知者であるかに従つて、同時に或は秘密たり或は非秘密たること能はざるものなるが故である。

(5) v. Calker III 二五九頁。Pinner-Elster, U. W. G. 第十七條註四参照。

(6) Schramm 八頁参照。

(7) 煩を避けんが爲め今茲に、以下の考察に於ては、對象(目的—Gegenstand)も亦『事實』といふ概念の中に併せて解せられて居るといふことを斷つて置く。

(8) ドイツの大審院は、之に反して一出來事が同時に秘密又は非秘密であり得ると考へて居る者の如くである。RUSI 第六十一卷一五一頁参照。

豫め牢記せらるべきは、法律學が取扱ふところのものが、絶對的の秘密、即ち不可解なる自然の謎でないことは謂ふまでも無く、亦單に何人も之に注意せずといふに過ぎざる事物でもないといふことである(9)。之に反して或る人が或る事實の知識を取得し、さうして他人をして此の知識を取得せしめざらんことを念とすると同時に、そこに法律的に取扱はるべき秘密が発生する。此の瞬間に、絶對的の秘密は變じて相對的の秘密と爲り、其の絶對的の秘密との差異は、單に或る者が之を識るに反して他の者は然らざる點に存する。獨り相對的の秘密のみが、他人——此の秘密につき權利を有する者の意思に従へ



ば之を知るべからざる者——に對して漏泄せられ得るものであり、隨つて獨り相對的祕密のみが、知る者と知らざる者とを分離する『相對性の障壁』の侵害を防遏又は處罰することを本分とする法律的保護(10)に對する請求權を有する。祕密の主體は、祕密を知り、祕密の侵害せられざることを以て自己の物質的若くは精神的利益とするもの(11)、又は祕密の侵害せらるゝことに因り損害を蒙る者である。祕密を知る者が唯だ一人なる場合には之を『純粹なる相對的祕密』(Reines relatives Geheimnis)(12)と名づけ、祕密を知る者が數人なる場合には、**祕密保有者**(Geheimnistäger)と**關知者**(Mitwisser)とが區別せられる。

(9) Ringer 二九五頁は、『知られざる一切のもの』を祕密と名づけて居る。併し乍ら彼は、かくして何等の祕密を意識せざる主體をも之に包括する點に於て完全に誤謬に陥つて居る。蓋し余の意識せざるものは、余に取つて何等法律的に重要性ある祕密であり得ない。

(10) Eberbach 一二二頁、Stenglein 第二卷四一四頁參照。

(11) Neu 一七頁。

(12) v. Overbeck 一頁以下參照。

實際に於て或る事實は、此の事實の知得が初めて法律的に重要性ある祕密を起生せしめ、知得が初めて、祕密理論の主として之を取扱ふ相對性の障壁の建設と同意義である點に於て、單に事實其の自身としては未だ法律的に重要性ある祕密であり得ざることは、吾人の既に識るところである(13)。斯かる事實——恐らくは單に短時間存續するに過ぎざる或る出來事——は、或る時は徹頭徹尾何人に依つても

注目留意せらるゝこと莫くして了ることがあるかも知れない。かゝる場合には此の事實は、亦一箇の相對的祕密の對象とも爲らない。或る時は單に觀察者の一定の集團に依つてのみ認識せらるゝこともある——例へば或る交通事故の一伍一什の如く——さうして此の少數の目撃人たる觀察者が彼等の間のみ留保せんと欲する相對的祕密の對象を形成する。又或る時は、事實が、或る特定し得ざる數の觀察者に依つて認識せられ——例へば或る天體現象の如く(14)——隨つて一般的に認識せられたといふ場合もあり得る、さうして斯かる場合には、何人も、觀察者の孰れの特定の集團も、自から此の出來事の唯一の認識者であり、隨つて或る相對的祕密の保持者であると主張する權利を有しない。

(13) Lobel III三三頁參照。

(14) 原則的には如何なる事實も祕密たるに適すとす。Ringer 二一頁の説は謬つて居る。

即ち、事實は、其の自身が決して一箇の相對的祕密ではないとは謂ふものゝ、斯かる祕密の根源、或る祕密の目的、對象たることはあり得る(15)、且つ亦、若し人が、之を非認識者側に於ける知覺より隔離することを得るならば、換言すれば之を彼等に取つて接近不可能なるものと爲し得るならば、永久に祕密の對象として止まることもあり得る。

(15) 例へば先に使用したる譬喩の意味に於て、未識者が之を一見せんことを渴望して居る、併し乍ら相對性障壁の内部に立つて居る家屋(前出五七頁參照)の如き、是である。

經營の祕密を精透に取扱つたシュニット(16)は、**祕密**といふ概念を以て一箇の相關概念(Relationsbeg-



iii)であるとして、『相關概念に在つては、特定の性質を有する事實が、常に秘密の概念に於て何等かの一役割を演ずる單なる一關聯點を表はして居るに過ぎない』と説いて居る。併し乍ら彼は其の定義(17)に於て『經營の秘密は、……の秘密なる事實に關して存在する』(Ein Betriebsgeheimnis ist bezüglich derjenigen geheimen Tatsachen, welche……)と云ふ語句を使用し、法律上の秘密の本質について何等積極的に記述することを避けて居る。ローゼンタールも亦類似の思想を示して居るが、併し彼の定義の中に業務又は經營の秘密を事實と目して居る(18)。更にカルマン(19)が『保護を受くるものは、秘密に附せらるべき對象ではなく、秘密を形作る事實の當該個々の經營に對する關係である』と説くところも亦、頗る明瞭を缺くものである。

(16) Schmidt 一二二頁。

(17) Schmidt 一四〇頁。尚ほ後出一〇五頁參照。

(18) Rosenthal's UWG 第十七條に對する註九及一四。

(19) Callmann's UWG 第十七條に對する註五。

併し乍ら、秘密に附せらるべき事實の秘密保有者に對する關係其自身は、必しも秘密なることを要しない。家庭醫が、其の患者の有する病氣を知らしむることが患者の神經に影響を及ぼすの惧あり、隨つて全快の速かならんことを計らんが爲めには、患者に其の眞實の狀態に關して何等の知識をも與へざることを可とするとき考へたる場合に、此の醫師は、彼が唯一の者として之を知る一箇の純粹なる相對的秘密の保有者と爲る。併し乍ら此の場合に於て、彼が主治醫であることは、毫も之を秘密に附す

ことを要しない。換言すれば、秘密に附せらるべき事、即ち患者の病氣に對する彼の關係、其の自體は、患者の全周圍に知悉せられて居る。此の關係は秘密の存在に何等の損害を與へず、隨つて亦何等法律上の保護をも要しない。

事實と秘密との間の關係は、秘密の認識者が假令唯だ一度なりとも事實を目撃する機會を有したる場合に既に十分に成立する。製造業者Aが、其の競争者たる同業者Bに對する多年の友誼に因り、好意の特別なる標徴として、或る時Bの工場を縦覽する機會を與へられたならば、彼は其の練達なる眼を以て、Bの經營其自身に於ては毫も留意せられずにある、併し乍ら彼(A)自身の經營の狀態には極めて好適であり、隨つて彼は爾來之を自己の經營の秘密として重視利用し得るが如き或る現象を看取するといふが如き場合も決して絶無ではないであらう。即ち、此の一例よりして、秘密を形作るものは、目撃に依りて記憶の中に攝取せられたる或るもの(20)、一箇の知識、或る事實の排他的知識(21)以外の何物でもなく、之に反してレーマン(22)が觀て以て本質的に重要なものとして居る、『此の事實の目撃知覺の可能性に對する實際の支配力』即ち何時にても任意に此の事實を看知し得ることの如きは、其の實重要なものではない(23)。如何となれば、吾人の引用したる例に於て、製造業者A即ち秘密保有者は、決してもう一度Bの工場に案内せられ得るものとは限らず、又第一の例に於ける醫師は、單に患者が彼の手當を要求する意思ある間のみ、此の『秘密なる事實』に立ち入ることを得るに過ぎざるが故である。



(20) Lehmann 一七頁が、秘密を『一箇の目撃知覚』(Eine Wahrnehmung)と名付けて居るのは正確を缺くものである。蓋し記憶の中に固着存続するものにあらざれば秘密であり得ない。然るに目撃知覚は、それが全然記憶の中に進入せざるほどに頗めて皮想的に爲さるゝことも亦あり得るが故である。此の思想をレーマン自身が別箇の形式に於て示唆して居る。同書五三頁脚註三〇参照。

(21) Freidelen 二五〇頁は、之に對して、獨り眞實(Wahrheit)のみが秘密であり得ると主張して居る。これは吾人が若し或る虚偽の知識をも『眞實』と觀察せんと欲するならば、首肯し得るところである。

(22) レーマン二三頁は、此の思想を基礎としたるが爲め、秘密保有者(Gehemnissträger)と秘密の所有主(Gehemnis Herr)との混同に陥つて居る。  
Schmidt 二一五頁に引用せられて居るケツケル(Kackell)、及彼と共にシュミットも亦同に、此の支配力を主要なるものと看做して居る。

(23) 筆者と同一の意見を有する者に、Loje I 四一七頁。Callmann, UWG 第十七條註五がある。

此の最後の例よりして吾人は亦、秘密保有者(Gehemnissträger)、即ち秘密を知る者が、必しも秘密所有主(Gehemnis Herr)、即ち其の秘密につきての権利の之に歸屬する者と同一にあらざることをも看取することが出来る。若しかの醫師と患者との例に於ける病氣が不治の癘であるならば、或は患者は永久に此の秘密を知らずして了ることがあるかも知れない。併し乍ら秘密につきての権利、即ち此の秘密が醫師以外の數人に告げらるべきか、若くは更に一般に流布するに任すべきかに關する處分は、依然として獨り患者の權内におみ屬することである。然るに他方、醫師が彼の知識即ち此の秘密を爾餘の人々に告げんと欲すると否とは、唯一に彼の實際的態度に繫つて存する。但し此の場合に彼が、秘密所有主に對して、其の秘密を保たんと欲する意思——場合によりてそれは單に推測せらるゝに過ぎ

ざることがある——を尊重すべき民法的義務、時としては刑法的義務を負ふことは、固より言を俟たなす(24)。

(24) v. Liszt 二一五頁は、明言的に秘密の絡む本人を「Gehemnissträger」と名づけ、秘密を知る者と對照せしめて居る。これは筆者の選びたる名稱と衝突するものであり、亦到底適切なるものと感せられ得ないものである。併し乍らフォン・リストが——爾餘の文献の凡ても亦然るが如く——秘密の二つの互に上位に在る『頭主』(Chef)を區別して居ないのは、必要と考へらるゝ注意を缺くものである。

秘密所有主と秘密保有者との區別は、秘密につきての権利が、或る法人、時としては國家に歸屬する場合に常之を没却することが出来ない。獨り自然人のみが秘密保有者、即ち或る排他的知識の所持人であり得るに反して、國家及經濟に於ては、主人、權利者が往々にして自然人ではない。一般的に謂へば、秘密所有主が個人的に秘密を知る場合には、彼は常に必然的に同時に秘密保有者である。之に反して秘密所有主が秘密を知らざるときは、即ち、彼が法人なるが故に解剖學的意味に於て徹頭徹尾何物をも『知識する』こと能はざると、將た又、自然人として、單に秘密を覺らしめられざるに過ぎざるとを問はず、之を秘密保有者より區別しなければならぬ(25)。

(25) Seligson は、秘密の保有者に對する秘密の關係を秘密占有(Gehemnisbesitz)と名付けて居る。此の名稱に依つて吾人は自から、吾人の謂はゆる秘密所有主を、秘密所有者(Gehemnisigentümer) 秘密保有者を、秘密占有者(Gehemnisbesitzer)とする觀念に導かるゝを免れないが、此の觀念はたしかに其の自體として多大の意義を有する。之に反して Seligson 自身が、秘密を物權法の原則に従つて取扱ふことは、占有保護に關する規則は效力を有し得ざるが故に十分に満足せしめ得ないであらうことを指摘して居る。例へば實際に於て此の占有の喪失は獨り忘却の形式に於てのみ考へ得るが如き、是である、隨つて秘密の占



有が或る他人へ完全に移轉するといふことは殆んどあり得ない。それは通例として、單に或る知識に於て更に或る他の共同占有者の追加が行はるゝに過ぎず、且つ亦此の追加は之を取消すことが出来ない。

尙ほ v. Steiger 四二四三頁參照。

祕密は一箇の知識、多數關知者間に於ける一箇の知識なりとする命題は、既に此處彼處に若干の學者に依つて發言せられたところであるが、併しそれは、或は事實と知識との混合の下に(26)、或は之を明瞭なる名稱を以て學示すること無しに(27)、或は之に對して何等の理由説明をも與ふること無しに(28)行はれて居るに過ぎない。吾人は亦時に、一層複雑なる定義にも逢著するが(29)、併し此等の定義は、吾人が實際に於て多く之を利用し得んが爲めには、餘りにも『神祕的』に響くの憾がある。

(26) Keller 三七一四頁。Stenglein, UWG 第十七條註四及二八六頁及其の他。

(27) v. Overbeck 一頁以下。

(28) Bachmann 三頁、Itzass 一六頁。

(29) Schramm は一頁に於て、祕密は『或る思想内容の資格の限定 (Qualifikation)』であると謂ひ、同八頁に於て『或る知識又は知識の可能性の資格の限定』であると謂つて居る。惟ふに彼は、一個の人間の『生ける』知識 (lebendes Wissen) を意味すると同時に亦、『死せる』知識 (stotes Wissen) 即ち、書籍、圖書等に描出せられたるものを意味するのである。

併し乍らこの中の後者は決して之を祕密と解釋することが出来ない。蓋し斯くの如き『公表』には明かに、祕密に附せんと欲する意思が缺けて居るが故である。孰れにもせよ前後の關係よりしてシユラムが、單に祕密に附せられたる新聞記事のみを此の語に依つて解釋せんと欲する者とは推定せられない。

Itzold 二九七頁、が祕密を『力學的に非感覺的なるもの』(Elwas dynamisch Unsinliches) と名づけて居るに至つては益々不可解である。

フィンガー (Finger) (30) は或る一箇の事實が其の觀察者に提供することを得るあらゆるものが必

しも悉く亦實際にも目撃知覺せられ、且つ知識として、其處に記録せられんが爲めに腦中に進入するものではなく、隨つて同一の事實よりして數箇の相異なる祕密が発生し得ることを指摘して居る(31)。

(30) Finger 二九七頁。外に尙ほ Lehmann 一七頁以下參照。

(31) 文盲者が或る祕密文書を眼のあたりに見ても、彼が文書の内容を知覺する能力を有せざるが故に、何等の禍害をも醸し出す惧は無いであらう。

祕密は一箇の知識であるといふ認識よりして、更に亦、或る相對的の祕密が成立し得んが爲めには必しも或る事實が、之と結びつけられて居ることを要せず、單に或る知識、或る思想のみにても、一箇の祕密たり得るといふことが結論せられる(32)。例へば或る製造業者の、某日に業務上の旅行に出立せんと欲し、しかも彼の競争者をして毫も之を知ること莫からしめんとする意圖、若くは彼の賣上高が一定の數字以下に低落すると見た場合に直に廣告戦を開始せんと欲する意圖の如き、是である。就中後者の場合の如きは、恐らくは一般に單なる計畫に了り、隨つて決して事實と接觸すること無きを常とする一祕密たることが多いであらう。

(32) 同一の見解は RGSt 第四十八卷一二頁。反對の意見は Oppenhoff 六頁。

併し乍ら精密に觀るときは、法律は此の純然たる『知識祕密』にかゝらずらふことを要しない。如何となれば、全然外界に現はるゝこと無きものは、法律的侵害の危険に暴さるゝことも無きが故である。併し乍ら斯くいふことは決して、思想若くは計畫が、如何なる場合にも法律的に重要性ある祕密



を形作り得ないといふ意味ではない。唯だ彼等が少くとも一人の關知者に告げられたる場合に初めて侵害せられ得るものと爲るのである。しかも此の場合に於ても亦、祕密は依然として或る一箇の事實の知識より、即ち思想の告知より成るのである。此の告知が或る無權能者に依つて偷聽せられ且つ流布せられたならば、祕密は既に其の瞬間に侵害せられたのである。蓋しそれは法律的に重要性あるものと爲つたからである——

以上に依りて祕密の性質は稍闡明せられたるが故に、吾人は次に其の概念を各種の方向に於て限定するの舉に轉ずることが出来る。但し以下に於ては、専ら刑法的、眼點のみが尙ほ考慮せられ、其の他の眼點は措いて之を問はない。

祕密に關與する者は、かくの如く祕密保有者 (Verheimlichter) と其の關知者 (Mitwisser) とであり、之に反して爾餘の凡ての者、『相對性牆壁』の外側に在る者は、不知者 (Nichtwisser) である。不知者に屬する者は必しも常に純然たる局外者のみならず、場合に依りて他の一範疇も亦之に屬する。今、簡單の目的の爲め此の範疇を『傍知者』 (Auchwisser) と名づけよう。即ち或る企業者が其の競争者の業務上の祕密の知識を取得することに成功し、競争者と相竝んで唯一の傍知者として此の祕密を利用することを得たが、併し彼自身としては周到なる用意を以て之を防衛した場合には、茲に謂はゆる二重祕密 (Das Doppelgeheimnis) が發生する。これは客觀的に見れば、たしかに依然として一箇の相對的祕密であるが、併し、二人の互に獨立せる祕密保有者を有し、隨つて亦二人の祕密所有主を

有するものである。此の二人の祕密所有主が、一致せる祕密確守の意思の下に在らざる限り、双方の孰れも、祕密の永久に保たることの保證を有たない、さうして人は、斯くの如き二重祕密に對しても尙ほ依然として刑法的保護を供與すべきか否かの問題を決定しなければならぬ。之に關する諸家の意見は區々である。ドイツ大審院<sup>(33)</sup>は、かゝる二重祕密を以て保護に値するものとする立場を採り、一列の學者<sup>(34)</sup>が之に賛成して居る。之に反して他の學者は之を否定し、ドイツ大審院は、其の祕密概念を把握すること廣きに失する者であると非難して居る<sup>(35)</sup>。

(33) RGSt. 第二九卷四三〇頁、第三二卷九〇頁。

(34) Schmidt 七七頁、Imbach 一三八頁、Nau 一四頁、Thiele 六頁、Schramm 三頁、Hanus 一九頁。

(35) Löwenthal 一三三頁、v. Liszt 三二七頁、Nelsen 三八頁、Pinner-Elsler S. UWG 第十七條に對する註四dも亦、此の意味に於て説を作して居る。尙ほ後出八四頁脚註(37)参照。

惟ふに問題の解決は、次の状態に求むべきであらう。即ち第一次的に祕密所有主が、彼の祕密の保護を求めんが爲めに刑法に懇へ得る前に、豫め祕密保守の爲めに必要なる一切の措置の講ぜられたることに對するあらゆる保證を提供することを要する。併し乍ら若し彼が傍知者を奈何ともすることに出來ないならば、かの相對性牆壁の譬喩を再び使用するならば彼は、此の牆壁が尙ほ祕密保守を保證し得べき場所に、即ち換言すれば傍知者も亦此の牆壁の内に立つてあらうやうに之を建つることが出來ない。隨つて吾人の見るところを以てすれば、二重祕密は最早や、之を刑法の意味に於ける祕密と看做すことを得ざるものである。但し各利害關係者が、彼自身の關知者を民法的に默祕義務に拘束



することは固より毫も之を妨げない。

秘密概念の其の他の種々なる標識は、尙ほ極めて微細なる困難を與ふるに過ぎず、随つて學說に於ても亦、以上に討究せられたる諸要素に比すればより善く闡明せられて居る。例へば秘密が保たれて居ると看做され得るは如何なる状態を指すかといふ問題の如き、其の一である。即ち之が爲めには相對性障壁が一定の場所に立つことを要する、換言すれば、關知者の範圍が確定的(36)、若くは少くとも確定可能であることを要する。之に反して關知者の絶對數は問ふところでない(37)。或る軍事上の秘密——例へば合言葉——は幾千人の將校が之を承知し得る、しかも尙ほ一箇の秘密たることを失はない。

(36) 同一の意見を有する者、v. Calker II 二五九頁、v. Liszt 一三〇頁、Callmann, UWG 第十七條註四、Schmidt 一二二頁並に同所に引用せられたる諸家、Neu 一三頁等。之に反してドイツ大審院は、個々(einzeln)の數人の局外者への告知は尙ほ未だ秘密を壊崩せしめずとの見解を持して居る。判決集第三八卷二〇八頁、第四〇卷四六〇頁、第四二卷三九四頁、第四八卷一二頁等參照。Stengler は UWG 第十七條註四に於て大審院説に加擔して居る。Bäcker 一三頁は、主潮の見解は、國家の秘密に關する限りに於て同様に此の説を採つて居ると述べてゐる(v. Liszt と反對に)。

(37) 同一の意見を有する者、Jellinek 六六四頁、v. Overbeck 四頁等。之に反して Ringier 二二頁は、關知者が『餘りに多からず』(nicht zu viele)、うゝを要すと主張する。Stenglein, UWG 第十七條註四は、『それが單に極めて少數の關與者の處分のみ屬する』(nur wenigen Beteiligten zu Gebote stehen)、うゝを要すると謂ひ、Lander-Sadt, ost UWG, 第十一條註二は、知識が『關與者の狹隘なる範圍に限定せらる』ことを要す』(Auf einen eng begrenzten Kreis der Beteiligten beschränkt sein müsse)と説き、Pinner-Elster は、秘密は、關知者が一定數を超過したる場合は勿論、既に若干少數者が分散性を示したるに過ぎざる場合と雖も、之と同時に自然に最早や秘密たり、秘密として止まることを得ない』との意見を述べて居る(UWG 第十七條註四d)。

多數の關知者を有する秘密は、假令唯一人の局外者が之を知り得たるに過ぎざる場合と雖も、當然既に破壊せられたるものと看做されなければならないといふ點に實際問題としての困難が存するのであるが、此の困難は、現在實際に用ゐられて居る一措置、即ち、秘密は其の侵害が既に行はれたることの立證せられざる限り、之を保全せられたるものと看做すといふが如くに舉證の方法を定むることに依つて容易に之を處理することが出来る(38)。

(38) Callmann, UWG 第十七條註四a、及、同所に引用せられて居るフランクフルト控訴院判決、並に Selmann 四頁參照。他の一要件は、秘密が其の關知者の範圍外に在る者に、事實的に知られざることを要するといふことである。此の場合に問題となるものは、必しも何等かの新しきもの、未だ曾て存在したること無きものたることを要しない。嘗て知られたるもの——例へば或る製造方法の如し——が、秘密に關與すべからざる人々に依つて實際に忘却せられて居ることを以て足るのである。

(39) Neu 一四頁、Callmann, UWG 第十七條註四、Selmann 三頁、Hanss 二〇頁其の他參照。併し乍ら、自己の秘密に對して刑法上の保護を請求せんと欲する秘密所有主は、更に、其の秘密が、關知者の側に於て刑法上の過失無しに、彼等の範圍内に於ても十分に保全せられて居ることに對する確實性(Sicherheit)、若くは少くとも大なる推測可能性(Wahrscheinlichkeit)(40)が存在するといふ證據を提示することが出来なければならぬ。

(40) Pinner-Elster, UWG 第十七條註四。參照。



秘密所有主が、確實性を以て秘密の保全を計り得るといふのは、彼が或る實際の状態又は例へば其の内容が何等かの秘密を包蔵する文書等を局外者に取つて接近不可能ならしむべき確實且つ容易なる手段を有する場合を指すのである(41)。例へば、要塞内、外交上の機密文書、或る經營の内部に於て發展したる技術的工程(42)に於けるが如き、是である。

(41) 家宅侵入、漏洩等に依る秘密破壊の單なる可能性は、秘密の性質に何等の障害を與へない。Schramm 三頁參照。

(42) 或る經營の各被備者が例外無しに目撃知覺することを得るまでは、勿論原則として經營秘密たるべき適性を有しない。如何となれば秘密所有主は、或る被備者が孰れかの他の場所に於て其の知識を利用せんが爲に當該經營を辭去することを避くべき確實且つ容易なる手段を有せざるが故である。併し乍ら重大なる場合に於ては被備者は、之に民法上の義務を負はしむることに依りて之を、秘密保全義務ある永續的關知者と爲すことを得る。Schmidt 一四〇頁、Lobe II 二一〇頁參照。

併し乍ら世には前記の如き事實と相並んで、秘密所有主の絶對的支配圏外に在り、隨つて秘密所有主が之を接近不可能ならしむること能はざる、しかもそれにも拘はらず、若し吾人が強ひて異説を固執せんと欲せざる限り、之を秘密の目的と認めざるを得ざる(43)が如き事實の知識も亦存在する。斯かる事實に關しては、秘密所有主は單に、其の秘密が局外者の作爲に因りて露顯せざること若くは少くとも當分の間は露顯せざることの推測可能性に對して保證し得るに過ぎないのである。

(43) *Art. 17* は、任意の各人が之に接近し得るものは、最早や秘密の目的たり得ないといふ説を採つて居る。これは軍事上の事項については廣き範圍に於て適切と稱し得るが、斯くの如く一般的に斷言することは行き過ぎである。

時としては、單なる偶然の事變が、多大の價值ある知識を、思ひ懸け無く或る者に與ふることがあり得る(44)。オッペンホーフ(45)は、或る工場に於て或る繁忙時に當り、光澤革製品が、個々の工程間に於ける放置時間を異常に短縮したるが爲め、却つて特に優秀なる出來上りを示した實例を擧げて居る。斯かる偶然、及之と關聯する知識は、同種類の經濟部門に屬する孰れの工場に於ても發生し得るものであるが、併し他工場に於てそれが反覆せられ發見せらるゝことの推測可能性は極めて小さく、隨つて同時に亦著大なる物質的價值をも示す此の知識は、それが第三者に依つて獨立的に發見せられざる限り、製造上の秘密として刑法的保護に値するものである。ベルトルト・シュヴァルツ (Berthold Schwarz) が、鍊金方箋を探究して、其の際に火藥の起生に對する代價として殆んど一命を支拂ひたる時、凡そ世界史に識らるゝ最も重大なる結果を伴ひたる偶然の發見が生じたと謂ひ得る。併し乍ら實際上の理由よりして、獨り或る程度まで稀なる偶然のみが、刑法的に重要性ある秘密の基礎となり得るものである(46)。

(44) Friedländer 一九八頁、Schramm 二頁。

(45) Oppenhoff 九頁。

(46) Rosenthal, UWG 第十七條註一六は、第三者が偶然に之を知る可能性多きものは、公開的 (offenkundig) と看做されなければならぬと主張して居るが、併し註一九に於て、公開性は、通常 (gewöhnlich) の方法に依り或る事實の確實且つ永續的なる知識を取得することが出来る場合に於てのみ推定せられ得ると説いて居るのは、自家撞着たることを免れない。

併し乍ら、第二には、例へばダイヤモンドの鑑識家が、不純正なるダイヤモンドの一群の中より、唯だ一顆の純正なるものを發見する場合、若くは化學者が尋常平凡なる過程に於て多大なる經費節約



となるべき或る發明に成功する場合の如く、特殊の能力(47)も亦、貴重なる發明又は發見への鍵を提  
供することが出来る。

(47) 之に關しては、Oppenbach 八一九頁參照。

最後に、或る卑近なる事實よりして、特に多大なる辛勞の傾倒に依り祕密を獲得したる者に對して  
も亦、彼の祕密の保護を供與しなればならない(48)。巨費を要する潜水作業に依り、海底に横たは  
る難破船體の中に尙ほ、如何なる貴重なる財寶が残存するかを確かめたる潜水會社、若くは、廣大な  
る地域に於て周到なる試掘に依り初めて同處に存在する石油採掘の可能性に關する状態を識り得たる  
石油トラストは、當然此の知識を彼等の貴重なる業務上の祕密と觀るであらう、さうして此の祕密に  
對して刑法は、漏泄に對する保護を拒むことが出来ない。併し乍ら同時に此の『特に多大なる辛勞』  
は嚴格なる尺度を以て之を規律することを要するであらう、例へば、間諜者が敵國の凡ての鐵道線路  
につきて、何處が單線、何處が複線として建設せられて居るかを確認せんが爲めに幾週に亙つて國境  
地方を縦横に踏破するの勞を敢てしたる場合に、其の結果を綜合したる一目瞭然たる特殊地圖が、多  
大なる勞力を要したるものであり、彼の委託國の參謀本部に取つて疑も無く極めて貴重なる書類たる  
べきに拘はらず、何人も之を以て、間諜者の個人的祕密と看做すことを得ざるが如き、是である。

(48) Schmidt 一七頁、Callmann, UWG 第十七條註四、Neu 一三頁參照。

ピンナー・エルスター(49)は、製造及業務の祕密の概念に對する他の特徴として『高級なる創造的  
内容』(50)を要求して居るが、これは否定せられなければならない。如何となれば、例へば織物工業に  
於て或る織り損ひが却つて有效奇抜なる『新趣向』(Nouveautés)と認められ、若くは、密業に於て  
燒きくづれの結果が偶々或る流行に適合する場合に於けるが如く、製造の祕密の目的と爲るに適する  
全然非創造的なる偶然を別としても、『斯様々々にしてはならない』といふ消極的經驗も亦、舊來の  
經驗を基礎とすること能はざる或る企業の武器たるを失はざること、決して積極的工夫に劣らざるが  
故である。

(49) Rinner-Eister, UWG 第十七條註四p。

(50) 同一意見を有する者 Thiele 四頁、反對説、Hahn 一三頁。

更に祕密の概念を爲す他の一特徴として、今日何等の異論無き唯一のものは、祕密保全の意思であ  
る(51)。既に指摘したるが如く、或る祕密が保守せらるべきか否かについて、第一に基準となる者は  
祕密保有者ではなく、祕密所有主——但し此の兩者が往々にして同一人であることは謂ふまでも無い  
——である。祕密保有者は、祕密所有主が之を主張する限り、之に對して其の意思に追隨する義務を負  
ひ(52)、之に反して祕密所有主が祕密の保全より彼を解放したる場合には、彼自身の意思に基きて依  
然此の祕密を保守することは、彼の權内に在る。祕密保全の意思は、祕密所有主に依り若くは祕密保  
有者に依り明言的に表示せらるゝことを要せず、單に隱約的に表現せらるるのみにて、若くは全然表



現せられずとも單に全般の事情よりして推定せられなければならないといふのみにて足るのである(53)。又、凡ての關知者は、祕密保有者が其の意思を固持する限り、各自之に對して祕密保守の義務を負はなければならない。但し一の關知者が單に他の一關知者に對してのみ祕密保守の義務を負ふといふことも亦あり得ること、次の例の示すが如くである。

圖案家が其の圖案の一を織物業者に賣渡した場合、此の圖案家は之と共に亦、此の圖案の使用に關する決定権をも後者に委付し、且つ之に因りて祕密保有者より單なる關知者に『低下する』それは、自己を不關知者と爲さんが爲めに、圖案賣渡の際、同時に亦之を忘却すべきことも約束することは出來ないからである。加ふるに彼の業務上の秩序は、當然彼が圖案の寫しを保存することを要求する織物業者が此の圖案を市場に發表せざる限り、それは彼の業務上の祕密の對象であり、隨つて圖案家の使用人が圖案をもう一度第三者に賣渡すならばそれは、祕密の侵害を意味する。併し乍ら此の使用人は、織物業者に對してではなく、彼の雇主、圖案家、即ち一の單なる關知者に對して祕密保守の義務を負ふのである(54)。

(51) Schmidt 一二五頁參照。

(52) 時としては此の意思の代りに法定の義務が現はることがある。例へば職業上又は公務上の祕密の場合の如き、特に其の著しきものである。

(53) Schramm 三三四頁參照。

(54) Lohé I 四一七頁に引用せられたる例。

類似の關係は辯護士の事務所員醫師の助手等の場合に存在する。

此の機會に於て注意を促がさなければならぬことは、特許權を與へられたる工程は、決して祕密の目的であり得ないといふことである。といふのは、斯かる工程は明かに公表、即ち、専門刊行物を通して公告せらるゝが故である。隨つて特許法は、摸倣者に豫め此の方法を以て、特許權者の意思と共に告知せられたるものゝ、摸倣のみを罰するのである。即ち特許權を與ふるとは、先づ公告し、然後、之に基きて未必の摸倣を罰せしむるの謂である。故を以て特許權は、祕密にあらずして、謂はる『公開性への逃避』(Flucht in die Öffentlichkeit)(55)である。

(55) 同一の意見を有する者 Schmidt 一二二頁、Wassermann 三二八頁所載 Reiner Hanass 一九頁。反對説は、Oppenhoff 一三三頁、Schramm 三三頁、RGSt 第四〇卷四〇六頁一等。

最後に吾人は尙ほ、かの謂はゆる利益説 (Die Interessentheorie)(56)を考究しなければならぬ。利益説とは、刑法が或る祕密を重要性あるものと認め得んが爲めには、祕密保全の意思と相並んで、此の祕密保全につき何等かの客觀的なる、保護に値する利益が存在することを要すと主張するものである。極めて一般的に觀て、利益説は、かの雇主と被傭者との間の關係に在つて常に然るが如く、彼等の知識の自由性を以て彼等自身の利益とする關知者が祕密に關與する場合に常に正當であると謂ふことが出来る。隨つて製造及業務上の祕密に對しては、吾人はシュミットと共に全然利益説の基礎の上に立たなければならぬ。この點に於て利益説は今日最早や殆んど重大なる異論を見ない。利益説の



適宜なる應用は、取得せられたる知識の保護と『有爲なる者には自由なる途』の合言葉との間に於ける黄金の中道を見出だすべき恰好なる手段を、裁判の實地に提供するものである。

(56) 利益説の近時に於ける主たる代表者と看做され得る者は Schmidt である。同著一二七頁並に同處に引用せられて居る同説の賛成者及反對者参照。

之に反して、秘密所有主又は秘密保有者と相容れざる關知者の利益が介在すること莫き場合、若くは市民の私的生活圏に於て之を見るが如く、法律が原則として秘密保有者に彼の自我主義の發動を許容する場合には、——かく無造作に利益説に歸依することが出来ないやうに観える。併し乍ら自我主義は、關知者が單に秘密に關與することのみに因りても直に自明なる限界につき當るのである。刑法が利益説を否定して市民(57)の放縱又は氣まぐれの爲めに門戸を開放するのみか、更に進んで、例へば關知者が×の家庭に於ては、萬事が道德の原則に従つて行はれざることを警察に知らしめたるが如き場合に、秘密侵害として之に刑罰を科することのあり得ざるは、多言を俟たずして明かである。混水したる牛乳を賣る者、色附ソーセイヂを賣る者、乃至、麥粉に重晶石を混じて利益を計る者の『業務上の秘密』は極めて一般的に謂つて、特許權侵害者の業務の秘密と同様に毫も保護に値せざるものである(58)(59)。即ち利益説は、相異なる多數個人(法人をも含みて)の利益が會合する凡ての場合に適用せられ得るものである(60)。

(57) Schramm 六頁参照。

(58) Blum 四七六頁。

(59) Hamass 一七頁は、『或る企業に取りて重要なものは、悉く秘密の對象となり得る』と主張する。併し乍らこれは利益説と相容れない。

(60) Sauter 一二三頁以下は、職業上の秘密に對して利益説の否定に到達し、その理由として、公の利益の爲めに一切の職業秘密が破壊に對して保全せられなければならないからであると説いて居る。

併し乍ら若し吾人が、此の意味よりすれば、孰れの職業秘密にも、事實上何等かの客觀的なる保護に値する利益即ち公の利益が存在することを承認するならば、ザウターの觀方は必しも絶對に利益説と衝突するものではない。

國家の秘密に關しては、利益説は一應誤謬なるが如く觀える。蓋し國家が秘密保全の意思を表明するならば、既に其の中には暗黙に亦、存在する客觀的の利益の肯定も含まれて居るが故である。併し乍らフォン・リスト(61)は、國家が人間に依つて指導せらるゝこと、竝に國家の秘密保全意思を宣言する者は常に單なる機關に過ぎざること、隨つて冒頭より直に此等の機關の意思が、取りも直さず國家の利益に一致するといふ保證は決して存在しないこと、剴切に指摘して居る(62)(63)。

(61) Lowenthal 一三六頁に引用。

(62) 此の場合、ドイツに於て政府が、秘密の兵器庫を刊行物に依りて、公衆に、隨つて同時に舊交戰國の諸機關に知らしめたる人々を叛逆罪者として追究したるとき、特に切實の問題となつた。

(63) Page 一五頁は、ドイツに於ける既成法律に據れば國家の秘密の場合には一般に専ら秘密保全の利益のみが基準であり、之に反して意思といふことは全然問題とせられて居ないことを指示して居る。Krieg 第八十八條参照。

斯くして吾人は、秘密の刑法的概念に取りての利益説の有効が孰れの場合に於ても承認せられなければならぬことを看取する(64)者であるが、適正なる立場は謂ふまでも無く次の如くであらう。即



利益説は、四圍の社會に屬する何等の利益も最早や、秘密保守意思に依つて損傷せられざるところに於て消滅しなければならぬ、換言すれば、四圍の社會がある秘密につき其の保守の價値を察知せず、併し乍ら自身も亦、此の秘密に依つて取り立て、謂ふほどに制肘せられざる場合には、斯かる秘密も亦、秘密として承認せられなければならない。即ち秘密保守の意思が第一要件であり、之に反して利益説は、四圍の社會の利益の爲めに其の必要ありと認めらるゝ場合に、一箇の制限を樹立すべきものに過ぎない(65)。

(64) Lehmann 二一頁は、信書の例を採り、信書は秘密保守の意思又は秘密保守の利益の存在せざる場合にも、第一次的に技術的理由よりして既に密封せられて居るが故に、意思説も利益説も共に信書の秘密には適合しないとの理由に依りて、兩者の否定に到達して居る。併し乍ら此の外觀的矛盾は、信書の秘密といふものが、眞正なる秘密と異なり、單に局外者に依る侵害に對してのみ保護せられなければならないといふ點に於て、概念的にも法律技術的にも一箇の特殊の場合を爲すものであるといふことの中に解決を見出し得るであらう。信書は其自體として、交通の安全の一般的理由より保護せらるゝ秘密の目的に過ぎず、隨つて秘密の概念とは全然同一視することを得ざるものである。

(65) 此處に主張せられて居る意見と、一般に行はれて居る利益説との相異は、後者が、秘密所有主が秘密保守に於ける彼の利益を證明しなければならぬと要求するに反し、吾人は、告知せられたる秘密保守の意思に對して法律の保護が拒絶せられんが爲めには、四圍の社會が或る秘密を承認せざるが彼の利益である所以を證明しなければならぬと觀るを正しとする點に存する。これは經濟政策的に觀ても亦、雇主と被僱者との關係に於ける正當なる立場と謂ひ得るであらう。

以上を以て、秘密の概念のあらゆる本質的特徴を説明したる後、吾人は吾人の凡ての考察を次の定

義に於て總括することが出来る。此の定義は冒頭に述べたるが如く、刑法的に重要性ある秘密の一般的包括概念を記述せんと欲するものである。

刑法上の意味に於ける秘密とは、非關知者(Nichtmitwisser)に知られざる其の接近し得ざる、若くは接近し得るも専ら特別な能力に基きてのみ、又は特別な勞力の使用に依りてのみ、又は特別な偶然事變に因りてのみ感知し得る事實の知識が、秘密所有主(Jelheimsherr)又は秘密保有者(Jelheimsträger)の意思を以て、秘密所有主又は秘密保有者及關知者(Mitwisser)に依り、非關知者に對して、秘密に附せらるゝ限り、竝に、此の秘密保守が客觀的なる、保護に値する利益と衝突せざる限に於ける此の知識を謂ふ。

此の定義の意味に於ける關知者とは、秘密保有者又は他の關知者に對して、明言的又は暗黙的に秘密保守の義務を有する者のみを謂ふ(66)。

(66) 尙ほ之に關しては、Keller 三七頁、Braendlin 二七頁、Ringier 二五頁、Polmann 二六頁の各定義、竝に私的秘に關しては Jelinek 六六二頁參照。

## 二、『知られざる事實』(Unbekannte Tatsachen)の範疇

これまで吾人は、或る事實の中に秘密の目的たるべき適性を認め得ざる場合に、其の故を以て直に此等の事實を、明白(公開的)なる事實と名づくることを、故意に避けて居た。如何となれば、若し人が、單に或る事實を如何にしても秘密なる事實と名づけ得ざることを認識したるの故のみを以て、



直に之を明白なる事實の範疇の中に編入しなければならぬと信ずるならば、彼自身の言語感との矛盾に陥る場合が餘りにも多きが故である。又逆に、全然一般的には知られて居ず、随つて言語感に依りても亦、たしかに之を明白なるものと名づけ得ざる、しかも其の故を以て之を秘密の目的と同一視せんと欲することが、往々にして同様に現實に適合しないといふが如き事實も決して稀ではない(67)。これは就中、軍事に於て見るところである。ドイツ大審院は、軍事上の秘密の概念を極度に廣く解釋し、簡単に謂へば、苟も刑法的保護に依りて之が偵知を防遏することを何人も極めて正當と感ずべきあらゆる事實が其の中に包含せらるゝものとする慣行を展開して居る。併し乍ら斯かる事實を悉く秘密の目的と名づくることは、往々にして方柄圓鑿の憾がある。それは例へば、地理的事情が外國間諜の目的たるが如き場合が稀でないからである。これが爲め大戦前二名のイギリス士官が有罪の宣告を受けた。これは、北海沿岸の状態就中重要な個處に在りては水深や海底状態に關する詳細なる覺書を作らんが爲めに、單純なる旅行者を装ひ帆船を操つて北海々岸を航行した者であつた。當時ドイツ大審院は此の間諜者に對して刑法を適用することを得んが爲め、強ひて次の如き見解を構成しなければならなかつた。即ち、斯かる筆記は、それが何等かの利用し得る方法に於て一覽的に綜合せらるゝと同時に、軍事上の秘密と爲り得る、『全體トシテ觀タルドイツ海岸、ドイツ海岸ノ全圖』(Die deutsche Küste in ihrer Totalität, ihr Gesamtbild)は一箇の秘密の可能なる目的であるといふのであつた(68)。同様に、一群の他の確認、例へば一定の區域に於ける兵營及武器庫の存在及状態に關する表

示の綜合、軍隊の渡渉可能性に關して河川の状態、重砲兵隊の車行可能性に關して道路の情況を認識すること、甚しきは、或る地方に於ける食料品、飲料水、家畜、藁等の存在に關して調査することすら、軍事上の秘密の侵害と看做されて居る(69)。加ふるにドイツ大審院は、斯種の『秘密』を、相對的の秘密(Relative Geheimnisse)と名づくるの誤に陥つて居る(70)。フォン・リスト並に之と共にローエリヴェンタール及其他の諸家(71)が、斯かる見解の科學的なる秘密概念と相容れざるの故を以て異議を唱へて居ることは當然である。

(67) Schramm 二頁は、他の多くの學者と同様に、單に明白と秘密とその區別を樹つるに止まつて居る。

(68) RGSt 第二五卷四八頁。

(69) Freisleben 二四九頁參照。

(70) RGSt 第一〇卷四二〇頁、第二五卷四八頁。

(71) Lowenthal 一三二頁參照。v. List は、此の論理の最後の結果は『ドイツ帝國の全地理が一箇の大なる軍事的秘密』と看做されなければならないといふこととなるであらうと述べて居る。

併し乍ら此の非難を受くべき者は決して第一次的にドイツ大審院ではなく、寧ろ専ら國家の秘密のみを刑法的保護の下に置き、しかも國家の秘密といふことの中に、苟もそれが知らるゝこと、就中外國政府に知らるゝことを好まざるあらゆる財貨を包含せしめんと欲したるドイツ立法者である。——經濟的事項に於ても亦、秘密にあらざる、さりとて亦明白(公開的)にもあらざる幾多の事實がある。總括的に謂へば、實際に公開的ではないが、併し工場への入口に在つて容易に之を看取し得る一



切の事、若くは經營内に於て取得せられ、自由に利用し得る知識として被傭者に委ねられなければならぬ事項中の幾多のものが、是である。しかし工業間諜に取つては、幾許の労働者が毎日出入するか、幾箇の交替に於て作業が行はれつゝあるか、何人が買入原料の搬入に當るか、買入原料の種類如何、何人に完製品が賣渡さるか、乃至、従業員一般の情況、氣分、思想如何等は、多大なる關心事たることを失はないのである。

以上の敘述よりして吾人は、秘密なる事實と公開的なる事實との外に、更に、第三の一範疇——しかも實際上凡ての範疇の中、最も範圍廣きもの——を區別するの必要あることを認めなければならぬ。之に對しては適當なる既存の名稱無きが故に、假に之を、知られざる事實の範疇と名づけることとする。何となれば、此の場合に問題となるものは(72)、斯くの如き接近可能なる事實であり乍ら、しかも知らんと欲する者には、尙ほ未だ知られて居ず、隨つてそれが彼の知識とならんが爲めには、特別な豫備行爲を要するものなるが故である(73)。今茲に恐らくは百萬部又はそれ以上の書籍を擁すると思しき公開圖書館があるとして、此の圖書館は決して秘密を藏せんとする目的を有するものではない。しかも其の内容は決して明白ではなく、利用者は先づ圖書目錄に就きて、或る書物が果して存在するか否か、若し存在するとせば如何なる番號の下に之を見出し得るかを探究しなければならぬ。若し目錄が不明瞭なるか、又は何等かの缺陷があるならば、利用者が其の目標に到達するまでには、時として夥しき豫備行爲を要するであらう。或る書籍が置き違へられてある場合又は暫時見當

らない場合と雖も、それは秘密の目的を爲さない。何となれば斯かる場合には何人も其の所在を知らないからである。圖書館の全内容は、秘密でもなければ公開的に明白でもない、それは接近可能なる併し乍ら知られざる事實の一群を表はすものである(74)。

(72) 此等の事實が秘密の目的の範疇に採り入れられざる限に於ての問題である。尙ほ前出九五頁、秘密の定義參照。

(73) BGE 61 I 四〇九頁以下、Ew. /a 參照。

(74) Giesker III頁以下は、『閉鎖秘密』(Verschlussgeheimnis)と『距離秘密』(Distanzgeheimnis)との區別を樹て居る。

此の『閉鎖』とは、或る事實の知覚可能性に對して、假令如何に微弱不完全なりとも何等その物質的障礙があり、且つそれが秘密保守の意思を具體的に表現するものなる限りに於てかゝる一切の障礙の謂である。又、或る事實が接近可能ではあるが、併し一定の(形容的に解せらるべき)距離に依つて之を識らんと欲する者より隔てられて居る場合に、此の事實は『距離秘密』と名づけられるのであるが、此の事實の知覚を目的とする『距離の征服』は、結果に於て、知識に到達せんが爲めの特別な豫備行爲の適用に歸着する。併し乍ら此の場合に於ける接近可能性には、單に理想的障礙——個人の私的生活圏への侵入に於て屢々見るべきが如く、多くは倫理的又は道德的性質を帶ぶる——が之を妨ぐるに過ぎず、隨つて刑法とは没交渉である。吾人の名辭法に從へば『距離秘密』の目的は、當初より互に『知られざる事實』の中に編入せられなければならず、或る『秘密侵害』の對象であり得ない。ギースケルの意味に於ける個人の『秘密圏』(Geheimnisphäre)といふ名稱は隨つて狭きに失する觀がある。何となれば、此の名稱の包含せんと欲するところは、單に實際に於ても秘密に附せらるゝことを得るものゝみにあらざるが故である。

吾人が斯くの如く、秘密の事實と知られざる事實とを説明したる後に、尙ほ残るものは、明白(公開性——Offenkundigkeit)と云ふことの意味を決定することである(75)。簡単に謂へば、人が人生の學校に於て永續的知識として體得したる一切のもの、人が其の個人的(時としては専門家的)圖書室より收得し得るもの、更に新聞が常規的に人に寄與するもの(76)、歴史的に確立するもの、竝に一般に、外



界に關する目撃知覺に於て、主體が特別な作爲を用ゐること無しに彼の知識の中に到達する一切のものが之に屬する。此の際に、知られざる事實と明白なる事實との間の境界が、此の兩者と秘密なる事實との間に於けるが如く單純明瞭に劃せられ得ざることは、事の性質上當然である。如何となれば、一定の秘密なる事實は、單に若干の個人の特定の集團、即ち秘密に於ける關與者に取つてのみ接近可能であり、隨つて秘密保有者は、欲するが儘に其以外の凡ての者を此の事實の知識より永久に排斥すること、換言すれば、相對性障壁を永久に同一の場所に存續せしむることを得る。之に反して知られざる事實と明白なる事實とは、或る障壁に依つて相互より隔離せられて居ない、何人も從來知られざりし事實として彼自身に取つて明白なるものと爲らしめんが爲めに、換言すれば彼の知識に到達せしめんが爲めに必要なる豫備行爲を施すことの自由を有つて居る。隨つて、一定の秘密ならざる事實につきては、秘密なる事實に於けるが如く、何れの個人が之を知るか、換言すれば何人に取つて此の事實が明白であるか、及、何人が之を知らざるか、何人に取つてそれが尙ほ未だ知られざるかを斷言することが出来ないからである。

(75) 公開性の概念は、就中、特許法に於て重大なる役割を勤むるものであるが、併し一般に主として『秘密ならざる』とい消極的概念と同一視せられて居る。即ち、秘密保全の欠缺に因りて特許能力を喪ひたる一切の發明が『公開的となりたる』ものと看做されて居るからである。Hermann Isay, Patengesetz und Gesetz betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern 第六版伯林一九三二年刊、一一二頁以下、第二條に對する註一七一、並に Weidlich und Blum, Das schweizerische Patentrecht, I Lieferung 1. Teil, 1934年刊、第四條に對する註三三六(外に BGE 54 I 58頁をも參照)。

併し乍ら吾人の考察に従へば、明白(公開性)の概念の斯くの如き解釋は廣きに失するが如く見える。

(76) 後出一五三頁、Freiwilling Kington『任意に秘密を示されたる者』に關する個處、特に脚註(4)參照。

最後に尙ほ一言しなければならぬことは、知られざる事實は決して、秘密なる事實と公開的なる事實との中間に横たはるものではなく、隨つて秘密なる事實が公開的なる事實となるまでの間には、必ず一旦、知られざる事實の段階を経なければならぬといふことである。これは秘密を新聞に投書して即座に之を公開的ならしむる漏洩者を想起すれば、直に判明することである。即ち此の場合には秘密なる事實が一足飛びに公開的なる事實と爲るのである。之に反して、或る秘密に於て、何等かの理由よりして秘密保守の意思が最早や存在せざるに至りたる場合に、此の秘密の目的は單に一箇の接近不可能なる事實より一箇の接近可能なる事實と爲りたるに過ぎず、隨つて、何人かが此の事實を自己の知識の中に採り入れんと欲すると否とは、換言すれば、それが依然としてこれまでの如く、知られざるものとして止まるか、若くは其の全部又は一部が公開的なるものと爲るか否かは他人の奈何ともすること能はざる因縁に委ねらるゝのである(77)。

(77) Oskar Schanze, Patentrechtliche Untersuchungen (イーターナ、一九〇一年刊) 七八頁は、特許權につきて、單に秘密性 (Geheimheit) のみならず、亦公開性をも、積極的資格として擧げ(前出一〇〇頁脚註(75)參照)、兩者の間に、公開的にもならず、秘密にもあらざる一種の『中立地帯』が存在し得ると説いて居る。併し乍ら此の形容は當を得たものではない、何となれば主たる區別は、事實の接近可能性と接近不可能性に在り、且つ接近可能なる事實は、其自身の間際にて更に二つの下位集團に區別せられなければならないからである。此種事實の中、或るものは、謂はゞ獨自の力に因りて個人が之を知得するに至るものであり——例へば、自然の出來事。天候上の事實、新聞の報道、風評(謂はゆる『瞭原の火』の如く擴がる)等——之に反して



他のものは、其の性質に従ひ、個人に依つて探求せらるゝを待ち、且つそれまでは知られざるものとして止まつて居る。

知られざる事實の存在は、法律學に依つて看過せられて居た譯ではなく、但だ今日に至るまで明瞭に發言せられなかつたのである。例へば或る學者は、當初より若くは最早や秘密に附せられざる事實は、單に未知 (unbekannt) の事實に過ぎざることを指摘して居り(78) 他の學者は逆に、明白(公開的)ならざるものは、その公開ならざるの故を以て單に、時として秘密なることもあり得るが、併し決して必然的に秘密であるとは看做し得ないと説いて居る(79)。即ち此等の説は、完全に吾人が上に述べたる思想経路と實質的に一致するものである。

(78) Nielsen 四〇頁に引用せられて居る Kohler の説、Rosenthal, DWG 第十七條に對する註二〇、Neuert 一八頁等。尙ほ趣旨より觀れば Altmann-Jacob 第六十七條に關する説も同様である。同書二二八頁參照。

(79) Prehn 五頁。尙ほ Schramm 二頁參照。

學問上、秘密の概念を如何に廣く把握すべきかに關する全然未解決の論争は、或る學者が、専ら論理の原則に従つて之を秘密と名づけ得るのみを、秘密と解釋せんと欲するに反して、他の學者は、實際に於て一箇の大なる憑據を有する理由に基き、公開的ならざる一切のもの、即ち前記の説明の意味に於て、單に眞に秘密なる事實のみならず、亦、知られざる事實をも之に一括せんと欲する點に在ると、疑を容れない。

若し人が、ドイツ立法者を批判して、彼が一九三四年四月二四日改正刑法の最近體裁に於ても亦、

其の第八十八條に掲げたる國家の秘密の定義の適確ならざる所以を責めんと欲するなら——第八十八條『國家の秘密トハ……文書、圖面、其ノ他ノ目的物、事實又ハ之ニ關スル報道ニシテ國ノ休戚特ニ國防ノ利益ノ爲メ外國政府ニ對スル之カ秘密保守ヲ必要トスルモノヲ謂フ』云々——人はたしかに一方に於て、就中間諜行爲に鑑みて保護せらるゝことを要する一切の財貨、即ち獨り秘密なる事實なるのみならず、亦、知られざる事實(80)も、之に依つて適切に表現せられて居ることを承認しなければならぬが、併し之に對して『秘密』といふ語が使用せられて居ることは斷然之を拒否しなければならぬ。之に比してフォン・リストが、軍事上の秘密につきて與へたる定義は、當時主潮的見解に依りて、狹隘に過ぐるものとして異議を申立てられたるものであるが、大體に於て極めて正鵠を得たるものと謂はなければならぬ。それは次の如くである(81)。

『軍事上の秘密とは、軍事官憲が國防の利益の爲めに之を施行し且つ克く之が秘密を保守することを得たる凡ての處置及豫備行爲にして、其の秘密保守が國防の利益の爲めに必要なるものを謂ふ。克く處置及豫備行爲の秘密を保守することを得たるとは、此等の處置及豫備行爲が、職務上又は勤務上の地位に依り又は職務上の委任に基きて之が知識を有する者の範圍以外に知られざりし場合を謂ふ』。

(80) ドイツ大審院も亦、(Friedberg 二四八頁に引用せられたるに據る)『秘密に於ける主件は、それが外國政府に知られざりしことに在り、國內に於て何人が之を知るかは問ふところにあらず』と述べて居る。



(81) v. Liszt 11110頁。

爾餘の四周諸國の立法者も亦、凡て略ぼ同一の行爲目的(82)を輪廓づけて居るが、彼等は文法的にも亦、秘密といふことに拘泥せんと欲せざる限に於て、その表現がドイツ立法者のそれより優るものがある。オーストリア刑法第六十七條は、『國ノ戰鬪力又ハ其ノ軍事的防禦ニ關係ヲ有シ且ツ國カ公然之ヲ施行シ又ハ取扱ハサル豫備行爲又ハ目的』といふ文言を用ゐて居る。さうしてオーストリア破毀裁判所も亦、一兵營の建設の偵知に對して(83)些の躊躇無く刑罰を科した。但し同裁判所は、其以前の一判決に於ては(84)、次の如き理由説明を以て此の概念を稍々狭く解釋して居る。『公然之ヲ施行シ及取扱フ豫備行爲又ハ目的トハ、國カ之ヲ公示又ハ公然説明セサル、若クハ少クトモ局外者ノ看取ヨリ之ヲ遮ラサル豫備行爲又ハ目的ノミヲ謂フ。豫備行爲又ハ目的カ局外者ニ取リテ看取シ得ル如ク外界ニ顯現スルコトハ其ノ偵知ノ目的ト爲ルヘキ適性ヲ除斥スルコト無シ』(85)。

(82) 行爲目的 (Handlungsobjekt) 又は通過目的 (Durchgangsobjekt) の概念に關しては、Pfenninger 一四五頁以下參照。

(83) KII (Kassationshof) 判決第三八〇三號。但し Altmann-Jacob は此の判決を肯定して居ない。

(84) KII 三六二四號。

(85) Altmann-Jacob 二二八頁。

イタリアは、國家の秘密の中に、國法上の理由よりして單に公表せられずといふに止まるものと、其の發表が禁止せられたるものとの區別を樹て、居る。即ち、イタリア刑法第二百五十六條(第二項)『本章ノ規定ノ效力ニ於テハ國家ノ政治上ノ利益ニ於テ秘密ニ保ツコトヲ要スル情報ノ中ニハ内部又

ハ國際ノ政治上ノ秩序ノ故ニ因リ公表セサル政府ノ書類ノ内容タルモノヲ包括ス』云々、及、同條第三項に於て、『若シ該管官憲カ公表ヲ禁止シタル報報ニ關スルトキハ……』と謂ふもの、是である。(岡田朝太郎博士譯、『司法資料』第一九八號『伊太利刑法典』に據る——譯者)。

現行法の草案に於ては、右の外更に一特別條項に於て『秘密ニアラス將タ又保留セラレサル報道』に對しても亦、保護を興ふる場合なることが規定せられて居たが、併し同條は結局削除せられた(86)。

(86) Di Vico 一五五七頁が之を遺憾として居ることは當然である。

フランスは、通常の *Raisonnements* 及秘密なる報報 (*Raisonnements secrets*) との兩語を交互に使用して居る——。

經濟の領域に於ては、主として製造及業務の秘密の定義に對する幾多の提案が、學界に依つて試みられた(87)。稍々古き時代のものとしては、多少冗長に陥つた嫌はあるが、就中シュミット (Schmidt) の定義を擧ぐべく、近時に在つては恐らくシュミット (Schmidt) の定義が、最も完全なる紹介に對する請求を提出することが出来るであらう。曰く

『經營秘密は、主要なる經營關與者の意思が其の秘密保守を庶幾し加ふるに其の秘密保守が經營の特性より觀て競争上の利益と一致する事實に關して生ずる』。

(87) Friedländer 一九九頁、Keller 四一頁、Schmid 二一頁、Thamer 四三頁、Schmid 一四〇頁、Polmann 二八頁、Schink 二三頁、Thiele 一六頁等參照。



但だ之に對して爲されなければならぬ主たる非難は、此の定義が秘密の本質に關して片言の及ぶところ無きことである。

### 三、事實的關係に於ける間諜行爲の目的

事實の分類に關する考察の結果として、吾人は尙ほ最後に、抑も間諜者が偵知せんと欲する目的は、孰れの範疇に屬するかについて結論を報告することが出来る。フランスの文献は、既に以前より、それが決して秘密のみを問題とするものにあらざることを指摘して居り(88)、就中ファールブルゲツ(Faurel) (89)は、或る軍隊の動員が大體に於て地理に依り豫定せられ、しかも此の地理は自國の責任ある凡ての當局者と殆んど同様に敵國も亦之を知悉するものであることを十分に覺悟して居る軍事當局者の幾多の意見を紹介して居る。

(88) 既に Colonieu 七頁は (Garrard と共に) 斯かる目的が、『程度にも異なれ秘密なる情報』(Des informations plus ou moins secrets) に於ることを指摘して居る。

(89) Faurel 七七三頁は、フランス議會 (一八九九年一月) に於ける、『軍隊には秘密なるもの甚だ少し』といふ、陸相フレイシネエの言を引用して居る。

ドイツ語の文献に在りては、比較的最近に至るまで、此の目的は秘密なることを要すとす立場が見受けられた(90)。

(90) Zühlke 八五頁及一四〇頁、Krebs 二三頁 (但し此の點に於てはドイツ大審院の多年の慣行に追隨して居る)、Schlatter 一九頁等參照。

併し乍ら吾人が既に述べたるが如く(91)、今日の見解に従へば、獨り秘密なる事實のみならず、軍事的、政治的及經濟的に重要性を有する、知られざる事實も亦、現代の間諜行爲の目的の中に算へられなければならないこと、隨つて僅に公開的(明白)なる事實のみが之より除外せらるゝに過ぎざることは、毫も疑を容れない(92)。

(91) 前出二〇二頁參照。

(92) 『秘密とは、意識せられざる一切の事の謂である』といふ Rieger の言は、若し人が之を『間諜者に依りて意識せられざる一切の事は、之を偵知に對して保護することを要す』と翻譯するならば、此の場合に於て、或る程度まで消極的に適用性を有し來るものである。

### 四、間諜行爲と漏泄 (Verrat) との區別

惟ふに學問上、間諜行爲と漏泄との如く、しかく根本的に——絶望的にと謂ふことをすら妨げざるほどに——混合せられ、時としては更に進んで混同せらるる概念は、決して多くない。此の場合には、獨り斯かる混亂のみが役割を演じて居るのではなく、漏泄の概念其自體も亦、それが吾人の當面の問題に就いて有する其の二つの主たる意義に於て屢々誤用せられて居るのである。

日常生活の用語に於て、Verrat とは、就中秘密漏泄と解せられて居る。此の意味に於ける漏泄するといふことは、『秘密に附すべき或る事を或る者の損害と爲るが如くに、若くは損害と爲らざるまでも、少くとも其の意思に反して公表し口外すること、往々にして亦、秘密保守の概念が退却する場合に於て、或る事を其の主體の意圖無しに目撃せしめ、認識せしめ、認識し得るが如くに示し、之が



爲めその事が掩蔽せられたるまゝに止まり得ざるに至ること』の謂である(93)。ロマンス系の諸國語に於ても亦、ラテン語 *Traitor* 及 *Proditor* より轉來したる表現は、同一の意味を有つて居る。

即ち *Traitor* は *tradere* (フランス語 *trahir*, 交付する、引渡す) より、*proditor prodere* (フランス語 *produire à la lumière* || 明るみへ持ち來す——*révéler* || 發く、暴露する、顯示する——*devoiler* || 面帛を剥く、蓋を除く——*communiquer* || 告ぐる、通信する) より形作られたものである(94)。

(93) 前掲 Sanders 六五〇—六五一頁。後半の語法については、紅潮又は昂奮状態、又は火を *verruen* する烟の例が挙げられて居る。

(94) Rivière-Weiss 三三六頁、註八。

今此處で既に注意を促がして置かなければならないことは、*livrer, communiquer* (引渡すこと、通知すること) は、それが或る程度に於て、*révéler, dévoiler* (暴露、摘發) の具體的外形である場合にのみ一箇の *Verraten* (漏泄) であること、随つて一般的に、一切の通知又は報道傳達(95)を無造作に漏泄と名づけることは、言語の慣用に暴力を加ふることを意味することである(96)(97)。

(95) Eberhard 一九頁は、此の意味に於て『報道漏泄』(*Nachrichteverrat*)といふ、不可能なる表現を使用して居る。

(96) 同意見を有する者、*Fabre'stales* 七八九頁、*Girard* 五二二頁、異説、*Kieffer* 四九四頁。

(97) フランスの文献に現はれて居る *Espionnage* (間諜行爲) と *Trahison* (漏泄、叛逆) との概念混合は之より生じたものである。尙ほ後出第五節、竝に前出、間接間諜行爲に關する六二頁以下参照。

*Verrat* の第二の意味は、『或る者に對して背信的且つ詐欺的に行爲すること、友人を *verruen* する、

破廉耻的方法を以て之を危険なる地位に陥るゝこと』である(98)。此の意味よりして *Landesverrat* (國に對する叛逆) の語が誘導せられたことは疑を容れない。併し乍ら此の語は、背信 (*Treubruch*) (99) の要素がその中に含まれて居る場合に於てのみ、言語的に完全に正當化せらるゝものである。

(98) 前掲 Sanders 辭書。

(99) 後出第五節参照。

之に依りて吾人は、間諜行爲が一方に於て、秘密漏泄——以下單に漏泄と稱す——他方に於て、叛逆 (*Landesverrat*) と關聯すること(100)併し乍ら亦、*Verrat* の此の兩種類は明瞭に相互より區別せられなければならないことを看取する。間諜行爲と叛逆との關係は次節に於て説明せられて居る。吾人は先づ、間諜行爲と秘密漏泄との關係に限定することとする。但し、*Verrat* の兩概念の混合を開析することが往々にして不可能なるが故に、秘密漏泄と叛逆との明晰なる區別が、必しも常に行はれ難うであらう。例へばフランスの文献は、徹頭徹尾、双方の概念に對して、名詞としての *Trahison* 動詞としての *trahir* としふ表現以外のものを識らざるが如き、是である。又ドイツ語文献に在りては、障礙は就中、ドイツの裁判が言語的に正しからざる法律語法に累せられて、實は何等の秘密にあらざる或る種の犯罪構成事實を國家の秘密の漏泄として科刑して居る點に存する。惟ふに斯かる犯罪は、國に損害を與ふるの意識を以て行はるゝことがあり得る、随つて之を、秘密漏泄と看做すよりも叛逆と



看做す方が一層正しいであらう。

(100) 間諜行爲といふ表現の言語的意味に關しては、前出二四頁以下參照。

間諜行爲と漏泄との間に於ける明瞭なる區別を樹てんとして努力したる功績は、言語感覺に従ひ明晰なる分離を庶幾する限に於て一致せるフランスの法律學に屬する。此の點に於てドイツ語文獻が怠慢の罪を犯して居るといふ印象を最も剴切に再現するものは、カヴァディア (Cavaglia) の言である(101)、曰く

『何人も之を認むる、漏泄及間諜行爲の語の緊密なる接近、と謂はんよりも寧ろ混同は、ドイツ刑法學者の精神の内に、問題の兩犯罪の間に於ける截然たる限界の存在せざることを示すに足るものである。ドイツに於ては、法文にも學說にも、漏泄と間諜行爲との正確なる差別が見られぬ』

(101) Cavaglia 六六頁、

間諜行爲と漏泄とが原則的に相異なる二つの事項であるといふこと、即ち——兩者が秘密侵害の領域に於て相合する限に於て——一方は或る秘密の占取であり、他は其の拋棄であることは、勿論ドイツの學者も亦稀に之を指摘して居る。併し乍らその多くは單に從屬的に之を説くに過ぎず、且つ概念の區別に於ける種々なる結果を究明したる者は絶無である(102)(103)。

(102) Schmid 一四頁、Tafel 一三頁、Zeu 四五頁、Herold 三〇頁。最も明瞭に區別を力説する者は Jellinek 六六三頁。

(103) Di Vico 一五六頁も同様に、『漏泄は間諜行爲と合致するものにあらず』と道破して、イタリア刑法第二百六十一條に於

ける『間諜行爲ヲ目的トスル情報ノ漏泄』の文言を非難して居る。

漏泄者が或る秘密を拋棄するか否か、若くは從來局外者としての間諜が或る秘密の中に侵入するか否かが、二つの全然相異なる、明確に區別せらるべき過程たることは、毫も疑を容れざるところである。

軍事的間諜行爲の領域に於て、此の兩概念の分離の必要が、殆んどドイツ以外に於てのみ感ぜられた(104)ことは、惟ふに決して一箇の單なる偶然のみではない。蓋し此の國は比較的に近き過去に至るまで尙ほ羅馬法の直接影響の下に在つたからである。即ち既に羅馬人が *Exploratores* (偵察者、間諜者、探索者)と *Proditores* (漏泄者)とを同視して居た(105)。そこへ更に稍々偶然なる要素が加はつた。それは、ドイツに於ける間諜行爲は屢々フランスと關係したものであり、さうして實際上重要な事件は、多くはドイツ人、即ち内國人がフランスの間諜行爲の爲めに手先として働いた場合であつたことである。これは言語上の理由よりして容易に説明せられ得ることである。更に吾人が、間諜行爲の本質が、元來さなきだに、ドイツ人の性質と相容れ難きところであることを想起するならば、何故にドイツに於て人々が既に感情的理由よりして、他の孰れの國に於けるよりも容易に、間諜者を冒頭より直に一個の背信的裏切者、一個の惡漢と看做す傾向を有し得るかの説明は立所に發見せられる(106)。これは、『敵國ノ爲メニ間諜者トシテ服務スル者』(„*Wer dem Feinde als Spion dient*“)と云ふ字句が使用せられたる一八九三年及一九一四年のドイツ防諜法の條文よりしても亦明に窺はるゝとこ



ろである。既にかゝる稱呼の中には行爲者に對する一種の犯罪の烙印が含まれて居るのであつて、ドイツ人に取つては、間諜者が例外的に自から敵國人であり、隨つてしかく甚しく漏泄者と感ぜられ得なかつたといふが如きことは、眞に豫想外の場合の如くに感ぜられたに違無かつた(107)

(104) Wildt 一五五頁參照。趣旨よりすれば *Stoos* 一四〇五頁も亦同様である。

(105) Ziblin 一〇頁に引用せられたる *L. 6 §. 4 de re militari* XLXVIII 16. : *Exploratores qui secreta nuntiverunt hostibus proditores sunt et capitis poena launt.* (秘密ヲ敵ニ通報シタル間諜者ハ漏泄者トシ死刑ニ處ス)。

(106) Fuchs 五頁、Klausener 一四頁以下、Frind 一一一頁參照。

(107) Klausener 四〇頁、Nielsen 一九頁參照。

併し乍ら、間諜行爲と漏泄との明確なる區別は、元來何等の困難をも與ふること無かるべき筈であつた。と謂ふのは、若し人が、間諜するといふことは、探索すること、知識を取得することであり、漏泄するといふことは、引渡すこと、知識を授與することであり、且つ加ふるにそれが秘密所有主の意思に反して、又は、法律の定むる秘密所有主に對する秘密保全の義務に違反して行はるゝことであるといふことより出發するならば、今或る者が一箇の知られざる事實の知識を他人に傳へたとしても、元來斯かる事實は秘密の目的にあらざるが故に、此の者の所爲は決して漏泄を意味すること能はざることは直下に看取せられる。既に述べたるが如く(108)、かの受動的間諜行爲が漏泄と合致せざる場合、一般的に謂へば、全體の間諜行爲が、一種の漏泄と解釋せられ得ざる場合は勿論、秘密漏泄といふことと何等相觸るゝこと無き場合に於て眞實である(109)。

(108) 前出五九頁以下參照。

(109) Degen 四三二頁は、『工場間諜行爲の中に秘密漏泄が根ざして居る』と主張して居る。併し乍ら右の説明に依れば、これは決して必ずしも常に事實であると謂ふことは出来ない。

之に反して、間諜者が或る秘密に關する知識を取得せんと欲する場合には、間諜行爲と漏泄との間に相互關聯を生ずることがあり得る、しかしこれとても決して必然的ではない、何となれば、漏泄は秘密を、破壊せしむる唯一無二の可能性ではないからである。吾人は姑らく、相對性牆壁の譬喩を放棄しなければならぬ。何となれば此の牆壁は單に、如何に秘密關與者の知識が、局外者のそれより隔離せらるゝかを示さんとするに過ぎないからである。即ち、間諜者は、依つて以て其の欲したる知識を取得せんが爲めに、一切の秘密關與者の協力を回避し、何等かの方法を以て當該秘密の目的を爲す事實への直接の入口を求めて、秘密に侵入することも亦あり得るのである。これは當該事實——若くは目的物——の種類に應じて種々なる方法に依りて行はれ得る。例へば或は要塞哨兵の不注意を利用し、或は何等かの口實の下に工場門衛を暫時其の地位より立ち去らしめ、或は出入商人、小賣人、行商人、若くは時として慈善の目的の爲めに來訪せる者を装ひて或る建物に入込むが如き、是である。或は又鐵道の車中、對席者が讀みつゝあつた書類を一瞥したるに、その對席者が意外にも外交上の急使であつたといふが如く、偶然に依つて援助せらるゝこともある。甚しきは、此の使者が危険を意識して文書の表側を他人の眼より掩護せんと努むる場合にすら、文字が完全に透き通つて見ゆることが



無いとは謂へない、さうしてかゝる逆文字を苦も無く讀み下すことの如きは間諜者の初步の技倆に屬するものである！ それ故に秘密探索の場合と雖も、必しも自己の知識をさらけ出す漏泄者が働くことを要しない。吾人の使用したる幾多の形容の觀念の中に編入すれば、或る秘密の知識取得に於ける斯種の方法は、假に或る家屋が秘密の目的であるとした場合に、凡ての關知者が其の秘密保守の義務を忠實に遵守する限り、一箇の超え難き障礙たる相對性障壁を回避せんが爲め、に地下道を利用して此の家屋に侵入すること、略ぼ同一義を有するであらう。

先に秘密の概念を説明したる場合に述べたるが如く、接近可能なる事實も亦、秘密の目的となることとが出来る。さうして他方、或る事實が接近不可能であるといふことは、其の事實が監視せらるゝといふことを豫想する、しかし乍ら監視は當然常に多少の費用と結び付けられて居る。それ故に或る秘密の物質的價値如何によりては、完全に有效なる監視が明かに高價に過ぎ、随つて秘密所有主は、包括的なる、但し理論的に觀れば不十分なる監視を以て満足しなければならぬといふ場合が無いではない。それ故に今假に、秘密の目的に到るべき數條の地下道があるものと想像するならば、その中には、それぞれの情勢に應じて嚴重に監視せられて居るものもあれば、極めて粗略に監視せらるゝに過ぎざるものもあり、更に——接近可能なる秘密目的に應じて——全然監視せられざる、併し乍ら、かの秘密の定義の意味に於て、専ら偶然か、特殊の能力か、然らざれば特別なる努力の使用かを以てせざれば之を發見すること能はざるが如き隱密の場所に存在するものもあり得るのである。

即ち、間諜者が、右に述べたるが如く、秘密目的への直接到達の手段を取得する代りに、關知者を利用して其の知識を取得しなければならぬ場合は、吾人の觀るところを以てすれば、或る秘密に侵入する二つの可能性の中の一たるに過ぎない。さうして此の場合に於てのみ漏泄を云爲し得るのであるが、しかも此の場合と雖も、秘密保守の義務に違反し、随つて漏泄を行ふ者は、獨り關知者のみであり、之に反して、秘密所有主との間に何等の契約的關係を有せざる侵入者に對しては、斯かる非難を適用することは出来ない。法律の意味に於ける秘密漏泄は、契約違反と不可分に結びつけられて居るものである。

但し秘密の存在といふことに取つては、それが斯くの如き契約違反、即ち漏泄に依つて破壊せられたると、秘密目的への直接到達に依つて破壊せられたるとは、謂ふまでも無く同一事に歸著する(110)。秘密はいづれにしても崩壊したのである。

(110) Schramm 三頁は、善良なる風俗に反する方法に依りて知識を取得したる場合には秘密の崩壊ありたるものと看做さないと主張して居る。併し乍ら論理は、此の場合に於ても亦、破壊を承認することを強要する。

之と關聯して再び注意を促すべきものは、前出第二節に於て述べた、受動的間諜行爲に關する説明である。漏泄者が其の知識を意識的に或る間諜機關に提供する場合には、彼は漏泄者であると同時に受動的間諜者である。漏泄と受動的間諜行爲とは、理想的競合となつて彼の中に合致する。併し乍ら吾人は既に、漏泄者と區別せられなければならない受動的間諜者、當初より最終に至るまで少くと



も故意には何等の漏泄をも行はざる受動的間諜者について述べた。斯かる受動的間諜者は、秘密の知識を傳達せんとする場合に、或は關知者たることもあれば、或は亦、不關知者たることもあり得る。即ち彼が秘密に關する知識を有せずして單に秘密目的への接近を監視することを要するに止まる場合、具體的に謂へば秘密の戸棚の鍵を保管する場合、若くは單に或る秘密目的が保存せられて居る場所を監視するに過ぎざる場合等に在りては彼は常に不關知者である。例へば問題の秘密目的が、素人たる番人の全然理解し得ざる或る複雑なる機械であるといふが如き場合には、番人自身には何等の懸念なく、此の機械に接近することを許容することが出来るが、併し番人の義務は、一切の他人に知識取得を可能ならしめざることである。不關知者たる彼は、何等の漏泄をも行ふことが出来ない。精々のところ、監視義務の怠慢の責を負ふことを要するに過ぎない。

受動的間諜者が關知者である場合と雖も、漏泄者と區別せらるべき場合のあり得ることも既に説明したるが如くである。これは、受動的間諜者が能動的間諜者に對し、秘密の全體を提供すること無しに、單に自己の知識の一端を窺知することを得せしむるに止め、形容的に謂へば、相對性障壁に於ける一箇の物見窓を開くに止め、之に依りて二人の主仕へ得ると信ずる場合に該當するものである。更に進んで、漏泄者にあらざる受動的關知者間諜と漏泄者たる受動的關知者間諜との間に明瞭なる限界ありや否やを穿鑿することは、何等實際上の價值を有しないであらう。蓋し結果は兩者に在つて等しく秘密の破壊に歸着するが故である。

或る秘密の破壊といふ觀點よりすれば、間諜行爲と漏泄との兩概念の差別は、之を總括して次の如くに表現することが出来る。即ち、能動的間諜者は、或は一關知者の知識の中に侵入するにもせよ或は自から直接に秘密目的に接近するにもせよ、要するに常に侵入者として現はるゝ者である。

他方、漏泄者は必然的に一個の關知者にして、自己の知識を提供し之に依りて一箇の秘密保守義務に違反する者である。

受動的間諜者は、謂はゞ兩者の中間に位する者である。關知者たる場合の彼が、能動的間諜者に自己の全知識を打明くる場合には、之に依りて漏泄者と爲り、之に反して單に知識の一部を之に打明くるに過ぎざる場合には、之に依つて漏泄者と區別せられる。最後に彼は、關知者たる場合と不關知者たる場合とを問はず、能動的間諜者に對して單に秘密目的への接近を可能ならしむるに過ぎざることもあり得る、さうして之に依りて監視義務の怠慢の責を負はなければならぬ。

以上の全體よりして、侵入者に漏泄者の名を冠することは嚴格に之を拒否しなければならぬ(II)、之に反して逆に漏泄者は屢々間諜者の名稱に値することがある(III)、但しこれとても決して常に然りといふことは出来ないといふ結論を生ずる。或る漏泄者が同時に間諜者であるとしても、それは決して、かるが故に漏泄と間諜行爲との概念が同一であることを意味せざるは勿論、本質的に類似性を有するといふことをすら意味しない。

(III) 同一意見は、v. Overlock 九頁、反對説は Kohler 二六一頁、Neuert 二二頁。



(112) Freistellen 二五五頁、Die Weltkriegsspionage 一二二頁參照。v. Liszt-Schmidt 七七二頁は、間諜者に關して『探索無き漏泄を以て足る』と説いて居る。

最後に尙ほ補完の爲めに述べなければならぬことは、能動的間諜者が、或る祕密の知識を取得するには、上に擧げたる二つの可能性の外、更に第三の可能性があるといふことである。それは彼が單に其の欲する知識を信任濫用の方法に依りて取得し、次いで之を彼の間諜行爲委任者に傳達せんが爲めにのみ、例へば或る祕密保有者の業務經營の使用人と爲るが如き手段に依り、此の祕密保有者の信任の中に潛入して自己を關知者と爲す場合である。斯くして、能動的間諜行爲と漏泄とが理想的競合(113)に於て合致する場合が生ずる。併し乍ら實際に於ては、能動的間諜者と漏泄者とが別人であることが通則と爲つて居る。――

(113) Tafel 五〇頁。Bäcker 六一頁參照。

以上を以て吾人は、間諜行爲と漏泄との兩概念を、原則的に互に沒交渉なる二箇の犯罪に分離するといふ意味に於て、此の兩者の關係に對する獨自の態度を詳述したので、次に主として文献に現はれて居る二種の異説の檢討に轉ずることを得る。

ドイツに於て主として軍事的竝に政治的領域に於て代表せられ、さうして他の點に於ては一般的に兩者の分離を固執するフランスの文献に於ても亦、此處彼處に主張せられて居る普及せる意見は、間諜行爲を、漏泄に對する一箇の豫備行爲 (Vorbereitungshandlung) 若くは更に進んで、未遂行爲 (Vor-

satzhandlung) と解釋せんと欲するものである(114)(115)。併し乍ら此の解釋は、豫備行爲又は未遂行爲を行ひたる同一行爲者が、後に至つても亦、自から行爲を爲す場合に於てのみ意味を有し得るものである。如何となれば、刑法に謂はゆる豫備及未遂とは一に此の意味に外ならざるが故である。即ち右の見解は、行爲者自身が後に至つて漏泄者と看做さるゝことを、不言不語の裡に前提とするものである、かゝることは、吾人の既に説明したるが如く、單なる知られざる事實の探索の場合には當初よりして考へられ得ない。さうして祕密探索が問題と爲る場合には、行爲者は、必しも漏泄者と接觸すると定まつてすら居ない侵入者である。斯かる場合、彼が祕密の中に侵入することに依つて取得したる知識の單なる傳達が、漏泄行爲と解釋せられ得ないことも亦同様に、吾人が明示したるところである(116)(117)。

(114) Binding 四九〇頁、Radbruch 一〇六頁、Ehmerer-Loh-Rosenberg 三八七頁、Gerland 三三三頁、Neu 八二頁、Faslich

四頁、Colomieu 六八頁、Garçon 五三六頁、Riviere-Weiss 三三六頁註一〇。

(115) フランスの政治家モレレー (Morel) の『今日の間諜者は明日の漏泄者 (叛逆者) と爲るべし』と謂へる言は、此の意味に解釋せらるべきである。前出六三三頁參照。

(116) 前出六三三頁參照。吾人が謂はゞ間諜行爲活動に於ける技術的細項と名づけたる傳達は、――例へば經濟的領域に於て之を見るが如く――能動的間諜者が其の取得したる知識を毫も他に傳達するの必要無しに、自から直接に利用し得る場合が極めて多いといふ理由のみを以てしても既に、探索の概念上必然なる結果にあらざることとは明かである。随つて彼の探索行爲は何等他の性質を帯びない。

(117) 併し乍ら Schmidt 二一八頁は、侵入者を現行法 (UWG) に従つて把握することを得んが爲めといふ實際上の理由よりし



て、知識の傳達を漏泄行爲と解釋せんと欲して居る。

實際上に於ても亦、此の見解は、多くの學者に依つて指摘せられ、時として缺陷と感ぜられて居る一箇の障礙に逢著する。それは斯かる見解を基礎とすれば、純粹なる間諜行爲、即ち單純なる探索の可罰性は、謂はゆる漏泄が後に至つて實際にも亦發現するか否かに繫存する點である。いづれにもせよ、軍事的竝に政治的間諜行爲に對しては、立法者も亦此の見解を探りつゝあるドイツに於ける既成法律(118)に依れば、今日も尙ほ、單なる探索は條文に依りて把握せられず(119)、僅に類推條項第二條の援助を以て把握せられ得るに過ぎない。とに角、同法の施行(一九三五年)までは、其の報道の傳達を行はなかつたことは(其の實、假令傳達せんと欲しても拘禁せられて居たが爲めに之を妨げられた場合が大部分を占めて居るのである)、尙ほ未だ時機を失せざる間に『未遂を中止せん』とする意思に因つたものであるといふことが、裁判所に引出だされたる間諜者の常套的遁辭であつた、さうして彼に對して反證が擧げられ得なかつた限り、未遂其自體には刑罰が科せられなかつたが故に、此の間諜者は刑罰を免れた(120)。

(118) ドイツ刑法第九十條。參照。

(119) Fuchs 二六頁、Fried 一一九頁參照。

(120) Gerland 三三三頁、Fastrich 四頁、Kommuney 八八頁は、向後發布せらるべき法律に依り此の方向に於ける科刑を要求し、Stollenberg 九〇頁及 Neu 八二頁は、UWG に於て同様なることを要求して居る。

此の關係に於て興味あるものは、オーストリア刑法第六十七條である。同條はドイツと反對に、其

の文言に依りて専ら偵察のみを處罰し、漏泄に及ばない(121)。新しき國家保護法の第十七條に依り此の點に關して或る程度の缺陷補充が行はれたと見ることが出来る、但し同條の刑量は、叛逆罪(Verratsverbrechen)に對するものとして甚だ不十分である(122)。

(121) 刑法第六十七條に關する Altmann-Jacob 二二八頁の説明、Lammach-Kittler 三八七頁。尙ほ Stoops 一四〇五頁參照。

(122) 最大限度は二箇年の禁錮。

第二の見解は、元來不正競争防止法に因りて發生し、隨つて亦主として經濟的間諜行爲の領域に於て主張せらるゝものであるが、これは、間諜行爲を漏泄に對する教唆として取扱はんと欲する。といふのは、元來不正競争防止法(123)は——製造及業務の祕密が其の中に取扱はるゝ限に於て——特許立法の補充と考へられたものである、即ち特許權に依つて有効に保護せらるゝこと能はざる生産品(124)に對して適當なる保護を享有せしめんことを欲したが故である(125)。今日、漏泄、漏泄に依りて取得したる知識の傳達、營業上の祕密の不正競争を目的とする利用、竝に此等の不法行爲に對する教唆(126)(127)(128)のみが刑罰を科せられ、之に反して立法の當時全然想ひ浮べられなかつた單なる偵知(129)は、精確に觀て刑罰の威嚇を受けて居ないことは、之に由來するものである(127)(128)。併し乍ら世界大戰以降特にドイツに於て現はれたるが如き工場間諜行爲は、不正競争防止法の提供するもの以外に何等の法律的取締をも有せず、隨つて間諜行爲を、少くとも不正競争防止法に依りて之を爲し得る場合に常に捕捉することは當然であつた。さうしてそれは、工場間諜を不正競争防止法第二十條に依



りて罰し得んが爲めに、之を秘密漏泄に對する教唆と名づくることに依つて最も容易に行はれ得た(12)。勿論、此の場合に裁判所は、斯くても尙ほ殘存する幾多の缺隙を補填せんが爲め、言語感覺を無視して漏泄といふ概念を、科學的解釋方法の承認し得るよりも著しく廣義に解した(13)、さうして之が爲め、今日吾人がドイツの法律文献の領域に於て漏洩の概念が一齊に曖昧模糊のものと化して居ることを確認しなければならぬやうに、此の概念を變造するに與つて力と爲つたことは疑を容れな

S(13)。

(12) 此處には但だドイツ及オーストリアのVWGのみを説明する。

(13) 此種の生産品は主として化學的生産品である。

(14) Blum 四八〇頁。

(15) 勿論、不正競争防止法第十七條は、法律又は善良なる風俗に反する方法に依る探索を問題とするのである。

(16) Stenglein, UWG 第十七條註、Oppenhoff 六六頁、Kern 二二頁、Nai 四五頁、Ringier 七〇頁、Thamer 八〇頁、RGSt

第三〇卷二五一頁、第五七卷一三三頁。

(17) 單なる探索偵知も亦之を罰すべしとする者、Blum 四八三頁、Schnorr 三〇頁、Hanas 五七頁等。

(18) Korrodi 一一九頁、Germann 一六七頁、Imbach 一四八頁。

(19) Blum 四八三頁、Hahn 四八頁。

(20) Stenglein 四三〇頁は、防諜法について『探索行爲は、漏泄行爲に依つて併吞せられ、罪責關係に於ては完全に姿を潜める』

と述べ Schlink 二四頁は、工場間諜行爲を『製造及經營秘密の探索及漏泄』と定義して居る。

併し乍ら、間諜行爲は漏泄に對する教唆なりとする見解も亦、幾多の實際上の不便を有する。第一には、此の方法を以てしても亦、單に間諜行爲の二三の附隨現象が捕捉せらるゝに止まり(12)、事件

の核心は毫も抉剔せられざる場合が少くない。第二には、人的に觀て漏泄者は恐らくは貧しき、無邪氣なる、服從關係に在る使用人等なる場合が多いであらうが、斯かる者が主犯として刑罰を科せられ、之に反して多くの場合に之よりも遙に危険なる漢子である彼の誘惑者は、單に教唆者として、換言すれば漏泄者自身よりは軽く罰せられ得るに過ぎない。しかも更に一層危険なる人間、即ち舞臺裏に在る間接間諜者は、全然刑罰に觸るゝこと莫く身を躲して去るのである。かゝる状態が慊らずと感ぜらるゝことは當然である(13)。若し間諜行爲を適切に捕捉するならば、少くとも間諜組織をして其の活動の本據を外國に移すとか、或は其の他の方法に依つて正體を鞫晦することを餘儀無からしめ得るであらう。さうして彼等の效力を確實に妨碍することを得るであらう(14)。

(12) Pinner-Elster, UWG 第十七條に對する註二に引用せられたる Kohlransch の説。

(13) Blum 四七六頁。

(14) Kohlransch 三一頁、Schramm 一一六頁參照。

間諜行爲と漏泄との截然たる區別のみが、本書の擧げたる文献の全部に通じて今日も尙ほ普ねく行き互つて居る觀念の紛糾混亂の中に明晰を誘致するの結果を生ぜしめ得ること、竝に、間諜行爲が決して必しも漏泄と聯關することを要せざるものであるだけに、一層容易に幾多の明瞭なる標識に依つて斯くの如き區別を爲すことの可能であることは、以上の説明に依つて示されたであらう。

以下の數節に於て、更に間諜行爲と叛逆罪との關係が闡明せられなければならない。



## 第五節 間諜行爲と叛逆罪 (Landesverrat)

## 一、叛逆罪の概念

Landesverrat の語は、それが君主 (Landesherr) に關する秘密漏泄を表示し、さうして當初、臣民が其の主君に對して負ふべかりし忠誠の義務の違反と同義であつた時代に由來するものである。隨つて叛逆は、概念上徹頭徹尾、専ら臣民 (Ein Untertan) に依つてのみ、現代的用語に従へば、内國人 (國民——Ein Inländer) に依つてのみ行はれ得るものであつた。併し乍ら文化の進歩に伴ひ、變動したる種々なる關係に此の概念を適合せしむることの必要が益々多くなつた。先づ第一に、絶對的君主の地位が『國家の第一の僕』への變遷を爲し遂げた。換言すれば、立憲君主國に在りては『國家』の概念が、凡ての臣民は謂ふまでも無く、君主自身すらも之に對して忠誠の義務を負はしめられたる存在物と爲つた(1)。さうして既に之と共に、果して人は抽象的存在に對して忠誠關係といふが如きものを有ち得るか否か、言葉を変へて表現すれば、果して一個の自然人が、斯かる抽象的存在を *haben* し得るか否かの疑問が生じた。併し乍ら、譬喩の意味に於て此の概念は尙ほ十分に成り立ち得た。之に反して或る國が民主的政治形式に轉移し、民衆が自己を統治し、就中それがスイス國に於て最も普遍的に完成せられたるが如く、投票用箋の援助に依りて國家の意思を形作るに至つたと同時に、此の概念は完全に倒壊しなければならなかつた。『國家』は之と共に、全一體として見たる『民衆』

(Das Volk) が依つて以て自己の意思を行爲に置き換へんが爲めの一施設として現はれる。換言すれば國家は、民衆の最も重要な道具と爲り、さうして民主政體的に組織せられて居る諸民族の場合と稍々趣を異にして、其の主人、即ち民衆に對して自己の責務を果たさなければならぬ(2)。假令吾人がスイス人として、飽くまで民主主義の土臺の上に立たんことを欲するとも、尙ほ且つ、普遍的なる精神的世界革命の現在の時期に於て、民主主義にも亦、試に吾が聯邦の不合理なる補助金經濟に想到すれば直下に首肯せらるゝが如く、幾多の暗黒面の現はるゝことを隱蔽する必要は毛頭も無い。

(1) 此の思想は、最近英國エドワード第八世の讓位(一九三六年二月)の機會に——彼の退位は各方面より、其の國に對する背信と感ぜられた——探照燈に照らさるゝが如く確證せられた。

(2) Erster 九九九頁參照。

併し乍ら、獨り政治的方面のみならず、文化的方面よりしても亦、背信の觀念は覆滅せられた。文明の進歩と共に國際的移住が大規模に行はれ、その結果として、孰れの國に於ても廣く各方面に互りて内國人と同一の地位を占むる外國人のかなりの部分が定住するやうになつた。然るに『叛逆』は元來、極めて多趣多様な犯罪より成立したるものであるが、今日では、全體としての國家の加害に對する綜合概念と爲つて居るのである。

之と相並んで、大叛罪 (Hochverrat)——君主に對する罪及内亂に關する罪を總稱す——譯者補)と叛逆罪(外患に關する罪——譯者補)との區別を一言しなければならぬ。此の區別はドイツが適切に之を樹て、居るものであつて(3)、大逆罪とは、國家の内面的安全、即ち其の有機組織を危くする



犯罪、特に政治形式の非合法的變更を目標とする犯罪を意味し、之に反して叛逆罪の概念の下には、國土の外面的安全を危殆ならしむるに至る犯罪、換言すれば國家を個體と觀て、他の諸國家、又は更に一般的に謂へば、諸種の國外勢力(4)に對する關係に於て之を不利に陥るゝことあるべき(5)あらゆる犯罪が綜合せられて居るのである。今其の最も主要なるもの二三を擧ぐれば、外國軍隊への加入に依る吾が國防力減殺、一般に戰時に於ける敵國勢力の支援——例へば財政的關係に於て之を爲す場合の如きも亦同様である——國家機密の漏泄、サボターヂ行爲、國家の不利となるべき宣傳等が之に屬する。

(3) スイスの文獻も亦此の區別に従つて居るが、之に反してオーストリアは今日も尙ほ、一層廣義の大逆罪概念のみを認めて居る。Lammusch-Rittler 三二八頁參照。

(4) 例へば、或る外國内に在りて決定的勢力因子となつて居る政黨又は政黨類似の組織、又は教會又は其の他の諸勢力にして政治上重要性を擁するもの。Binding, Eberlach 九頁、Lenze 六頁等參照。

(5) Schmorl 四四頁參照。

之に由れば、右に擧げられたる諸例の中、獨り第一のもののみが、専ら内國人に依りてのみ行はれ得ること、しかも決して孰れの内國人に依つても行はれ得ると爲し難きこと、之に反して第二のものは、財政的方面が問題と爲る限り、一箇の疑問の場合を示すこと、爾餘のものは、内國人と外國人とを問はず同様に之を實行し得ることが看取せられる。隨つて叛逆罪を背信の場合に限定して、單に内國人に對してのみ刑罰の適用あるものと宣言し、之に反して外國人を不問に附することは、現代的文明

國の利益に合致せざるものである。

主潮的意見も亦、背信の要素を以て、叛逆の概念の標識とすることを否定して居る(6)。併し乍ら吾人は同時に亦、Landesverrat といふ稱呼が、此の犯罪の有する今日の意味に取つて甚しく不適當となつた(7)ことを認めなければならぬ。それ故に以下の敘述に於て、概念の標識を容易ならしむるに效ありと認むる場合には、吾人は此の犯罪を、Landesverrat 、『國に對する加害』と名づくるであらう。

(6) Zöllin 六九頁に引用せられたる v. Kries の説。v. Calker I 一〇頁及八八頁、v. Calker III 二四六頁、Oppenheim

II 頁、Wachenfeld 五三二頁、Gerland III 〇八頁、Giesel II 〇頁、Pfleger 九頁、Brauch II 頁、Binding 四五七頁は依然として反對説を持して居る。

(7) Binding 四五五頁、Lenze 八頁參照。

ゲルマン時代に起原を有する此の背信の要素は、ドイツ固有の觀念に廣範圍に於て適合するが故に、爾來未だ曾て全面的に否定せられたことはない(8)。特に最近に至つてそれはドイツに取つて再び極度に緊切とすらなつた。如何となれば、國民社會主義の政治形式は、其の特性より觀て君主主義的と名づくることを妨げざるのみならず、寧ろ絶對的君主制度の諸種の特徴をすら有つて居り——總統の個人を目標とする國防軍の忠誠宣誓を想起せよ——隨つて今日のドイツに於ては、再び背信の概念を容るべき廣汎なる餘地が生じたからである。現に再び古來の叛逆概念を導入することに賛成する聲も亦乏しくない(9)、さうして立法者も亦、此の思想に應從したることは、ドイツ刑法の新しき第八十



九條が、國家機密の漏泄につき、苟も之に因りてライヒの安寧幸福に對する何等かの危険が誘致せられ得る限り、内國人に對しては無條件に死刑を以て論じ、之に反して外國人——彼等に對しては『背信』がさまで重大視せられない——の場合に在りても亦、終身懲役を宣告することを得として居ることによつても之を窺ふことが出来る(10)(11)。併し乍ら以下の敘述に於ては、吾人は、背信の要素を本質的ならざるものとして之を擱き、叛逆を専ら國家に對する加害の眼點より觀察することとする。

(8) Braunger 三五頁、Eberbach 一一頁、Nelsen 二〇頁、Rommeny 五頁、Nelsen 一九頁、經濟的領域に於ては Draue 五一頁、Pinner-Elster, UWG 第十七條註五、Göler v. Ravensburg は、背信の要素と、叛逆(Landesverrat)といふ表現との時代遅れなることを認めつゝも、依然として兩者を存続せしめんと欲する點に於て、中間の地位を探る者である。

外國人に關しては、此の意見は、内國人の忠誠義務と類似せる國內に於ける客寓者の一種の忠誠義務を設定することに依つて之に處した。

(9) Wirth, Richter 四九六頁、Feisler 一〇〇四頁。

(10) With は前掲著書に於て、叛逆を再び背信の犯罪と定義し、その代りに、『外國人の叛逆』(Ausländerlandesverrat)といふ特別の一章を設け之に科刑せんことを主張して居る。併し乍ら斯かる見解に取りては、凡ての違法者に對して共通の『國家に對する加害』といふ名稱を用ひる方がより多く論理的であらう。此の場合には、國籍の内外は犯罪の性質程度を決定する效力を有するものと説明せられ得る。

(11) 尙ほ Di Vico 一五四六頁をも參照。

## 二、間諜行爲と叛逆との區別

ドイツの法律學は、間諜行爲——但し經濟的間諜行爲は、謂ふまでも無く當初より除外せられて居るものと見なければならぬ——を、極めて一般的に謂へば、叛逆の一部類と解釋して居る(12)、し

かも此の見解は、立法者すらが、刑法の最近の編纂に於て、一九一四年防諜法を廢止し、間諜行爲に關する規定を叛逆に關する章中に合併することを得たほどに何人も之に對して異議を挾まない。その中に明言せられたる間諜規定を捕捉せんと欲する者は、固より之を發見するに苦むであらう。如何となれば、國家の機密の場合に於ける漏泄の規定のみが著しく前面に進出して居るが爲め、本來の探索の構成要件は謂はばその中に涵沒して居るが故である(13)。刑法第九十條第一項は次の如き規定を含んで居る、『之ヲ漏泄スルノ目的ヲ以テ國家ノ祕密ヲ知得セントコトヲ企テタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス』。此處に謂ふ『漏泄する』(Verraten)は、同第八十八條第二項に於ける法定々義に従へば『ライヒノ安寧幸福ヲ危クスルノ目的ヲ以テ國家ノ祕密ヲ他人ニ通シタル者』を意味する。既に此の刑の威嚇よりして、それが専ら現實に重大なる叛逆罪のみを意味し得ること、換言すれば此の規定が、更に一般的なる間諜行爲條項と看做され得ることが看取せられる。國家祕密の法定々義に對する吾人の所見については既に述べた(14)、亦、此の定義の表現するが如き漏泄概念に對する吾人の否定に於ても同様である。(即ち、單なる侵入も亦、『漏泄』を以て論ぜらるゝことがあり得る。)

(12) v. Calke I 六〇頁、Hecht 一一頁、v. Liszt-Schmidt 七五五頁、Fuchs 五四頁、Kühler 八頁、Braunger 七〇頁、Pohl 六五九頁其の他。

(13) 全文に關しては、追録三三五頁參照。

(14) 前出二〇二頁以下參照。

之と相竝んで尙ほ第九十條第二項が問題と爲るものである。『國家ノ祕密ヲ取得セントコトヲ企テ之



ニ依リ過チテライヒノ安寧幸福ヲ危クシタル者ハ禁錮ニ處ス』云々。此の規定は前記第九十條第一項と近似するものである。次に、軍事上重要な場所に於ける虚偽の答申を罰する第九十二條も亦。間諜行爲に觸れて居り、第九十二條 f は、斯種の区域内に於ける寫眞の撮影調製を禁止して居る。

併し乍ら吾人がこれまでに識り得たるが如き間諜行爲は、しかく多趣多様であり、此等僅々二三の規定を以てしては單に其の九牛一毛を捕捉し得るに過ぎず、特に間諜行爲の性質に關するドイツの見解に従へば、間諜行爲が實際に國家に對する危害を表はす場合に限り(15)、間接間諜行爲、間諜組織の巢窟は殆んど悉く刑罰に觸るゝこと無くして畢るのである。

(15) Lange 一五頁、Hage 四〇頁參照。

併し乍ら一國內に於て行はるゝ間諜行爲は、必しも悉く亦同時に國家に對する加害を表はすものではない。但だドイツの文献が具體的實例を擧げて居るところに於ては、謂ふまでも無く、殆んど排他的に稱するを妨げざるほどに、フランス對ドイツ關係の場合のみに逢著する。さうして既に上に述べたるが如く、此の場合の行爲者は、十中八九當初よりフランスの利益を計る間諜者として白眼視せらるるドイツ人である(16)。斯くの如き形勢より生ずる實例に在つては、殆んど常に一國に對する他國の或る種の鋒鏑が感覺せらるゝであらうこと、換言すれば、間諜行爲が總括的に觀て斯かる場合に或る程度まで攻勢的性質を帶ぶること、竝に、隨つて其處にドイツライヒに對する少くとも過失的なる加害を推定することの極めてあり勝ちなること(17)は、何人も之を容認しなければならぬ。

(16) 前出一一一頁、『敵國ノ爲メニ間諜者トシテ服務スル者』云々參照。

(17) Michalewicz 一七八三頁參照。

併し乍ら間諜行爲は、亦より多く防禦的なる性質をも有し得るものである。例へばスイスは、中立性と國民的自己主張との理由よりして、其の軍隊を以て凡そ考へ得らるゝあらゆる戦争の場合に對する武装を整ふることは自明の事と考へなければならぬ。さうして吾が國に於ては、周知の如く各方向に於ける軍隊通過が考へ得らるゝことについては、歴史が十分に實例を提供して居る。隨つて吾が接壤國の各箇が可能な敵國であり、さうして何人もスイス人が已むを得ずして其の諸隣邦の軍事的情勢の探究に努むることを以て彼を責むることは出来ない(18)。例へばドイツ對フランス事端に於ける軍隊通過の妨止より觀て、吾等スイス人が能ふ限り有效強力にドイツ國境に對して防衛せられてあることは、フランスに取つて洵に幸慶であり、さうしてドイツに取つては、それがフランス國境に於ける有效強力なるスイスの防禦に依頼し得ることが同様に貴重である。如何となれば兩國に取つてスイス領土が戦争地帯に包容せらるゝことは、就中戦線の著しき延長を意味するが故である。隨つて兩國の孰れも、スイス對ドイツ間諜行爲、若くはスイス對フランス間諜行爲の場合に、斯くの如き間諜行爲は其の國の安寧幸福を危くするものであると眞面目に主張することは出来ないであらう。如何となればスイスは、單に其の中立義務と自己保存意思とに従つて行住したる者に外ならざるが故である。さうして若し吾人が、双方に對し甲乙無き注意を以て間諜を爲したることをだに證明するならば、更



に鋒を逆にして、吾人は謂はば此等二國の各箇の利益の爲めに行爲した者であるとすら主張することが出来るのである(19)(20)。

(18) 筆者は純然たる理論的理由よりして以下の例を擧ぐるに過ぎず、此の點に於てスイス側の軍事當局が實際に如何なる豫備手段を採つて居るかは、筆者の與り知るところではない。

(19) 之に關しては、Lowenthal 一三八頁參照。

(20) 勿論かく謂ふことは決して、スイスが其の中立意思に依り、凡ての隣接國に對する間諜行爲の免許狀の請求權を有すとの意味ではない。

併し乍ら精密に觀察すれば、間諜行爲は其の本質として、必然的に攻勢的性質を帯びるか、然らざれば防禦的性質を帯びて居なければならぬといふことすらない。寧ろ間諜行爲は根本的に見て、或る者に先づ、向後爲すべき決斷に對する基礎を提供せんとする、嚴密に即物的なる手段に外ならない。隨つて間諜行爲其自體の眞の本質は、本來非鬭争的なる、純粹に報道的なるものであり、或國が、他國の軍隊に於ける軍事的に興味ある改新を、必しもそれが此の國に對する將來の攻撃の底意と結び付けらるゝこと無しに、單に自國の軍隊に於ても適用せられ得るか否かを検討せんと欲して之を探知する場合も亦あり得る。此の場合に恐らく何人にも愕しきれないと思しき間諜者をして之を探らしむることは極めて容易である(21)が、併し他方或る國家が、自家の獨立の利益の爲め、斯かる間諜行爲をも不問に附し得ざることは言を俟たない。但だ國家間に於て緊張を解消し、盟約を鞏固にし、操縦力を發揮し、接近の試を細心に準備し瀕踏みしなければならぬといふが如き高等政策の領域に於て、

初めて間諜行爲は、或る國家の態度決定に對する各種の基礎を得んが爲めの貴重微妙なる道具となるのである。さうして一國に關する情報、或る時は兩國間の疎隔、或る時は再び接近の原因となることは避け難い、隨つて間諜者は、苟も自國に有益なる報告を提供し、之に依つて有效なる役目を勤めんと欲するならば、原則的に最眞目を以て視、又は毛嫌を以て眺むる先入見を全然擺脫しなければならぬ(22)。

(21) 嘗て印度を經由する旅行の途上、筆者自身、さる會合に於て、印度軍隊所屬の一人のイギリス將校に逢つた。筆者がスイスの將校であることを知つたとき、彼はスイス兵士の個人的裝備の細目について種々なる質問を筆者に提供した。併し乍らそれはいづれも極めて些細なる事項に關するものであつたので、筆者は彼に對して返答を吝み得なかつた。次いで筆者が反對に彼に向つて、スイスの軍事に關する斯くの如く驚くべき詳細なる知識は一體何處より得たのであるかと不審を打つた。さうして彼の説明に依つて筆者の疑問は完全に氷解した。之に據れば、イギリスは、印度に於ける其の常備軍隊の組織について常に種々難多なる困難を感じて居り、隨つて之に代ふるに民兵制度を以てした方が得策ではないかといふことが絶えず論せらるゝ問題と爲つて居る。それで何等かの細目事項を知る必要があるならば、民兵軍隊の完全に組織せられて居る唯一の生きた實例、スイス軍隊を見學し、其處で出来るならば實地に就いて欲するところのものを求むることが最も簡單である。然るにそれが悉く公式の方法に依り、駐在武官を通して配慮せられ得ないことは容易に首肯し得らるゝところである。例へば早急に多くの疑問を解決する必要がある場合、若しくはスイス人として恐らく隣國人に示すことを好まず、隨つてイギリス人に對しても同様に之を秘さなければならぬ事項を見る必要がある場合の如き、是である。斯うした場合には、イギリスの情報部が、自ら其の代理人をスイスに派遣し、かくして得たる知識を後日印度の事情に適用せんことを計るであらうといふのであつた。

斯かる場合に於ても亦、此の中にスイスに對するイギリスの敵意を認め得ると主張せんと欲する者は無いであらう。

(22) Mannevee 第一卷五頁以下參照。同所には、歴史的經驗に據れば、同盟を結んで居る諸國家と雖も決して永久に同一の利害



關係を有するものではなく、随つて、相互間の情報的『監視間諜行爲』(Kontroll-Spionage)を拋棄することが出来ないことを指摘して居る。

吾人が既に他の關係に於て指示したるが如く、間諜者は如何なる場合に於ても、徹頭徹尾、彼の委任者の利益を眼中に置くことを要し、彼の活動の行はるゝ國の利害關係に依つて秋毫も左右せらるゝことを容さない。人の彼に求むるところは、眞實<sup>(23)</sup>の通知であり、事實の報告である。此の報告が究極に於て其の國家の利益と爲るか不利益と爲るかは問ふところではない。何等かの理由よりして、一方的に常に有利なる通知のみを、若くは不利なる通知のみを——即ち此の第二の場合に於ては、恐らくは叛逆の意圖に出づるものであらう——提供する間諜者は、劣悪にして信頼すべからざる間諜者であり、彼の報知を何人も價値あるものと認めざるべきが故に、随つて亦、多くの損害を惹起することも出来ない者である。

(23) Manneke. 第一卷二七頁及六〇頁參照。

随つて如上の光線に照らして觀察すれば、間諜行爲と國に對する加害、換言すれば間諜に依つて偵察せらるゝ國の危害とを結び付くることは、斯かる概念解釋が、其自體として、單に政治的及軍事の間諜行爲のみを、且つその中にも單に『攻勢的性質』を有する國際的の種類に屬するもののみを包括し得るに過ぎざることを全然別としても、頗る無理であり、根本的に見て非論理的であると謂はなければならぬ。間諜行爲は、時として革命、内亂又は大逆の準備の爲めに役立つこともあり得る、

さうして斯かる場合に決して、叛逆 (Landesverrat) の一亞種にあらざることが特に明白であり、強ひて謂へば、大逆 (Hochverrat) の一亞種と見るべきであらう。

優秀なる、随つて危険なる間諜者に對しては、以上の考察の意味に於て、本來よりすれば、全然圖に對する加害の意圖 (Landeschädigungsabsicht) と云ふ非難を加ふることが出来ないものであり、強ひて謂へば、過失に因る『叛逆』(Der fahrlässige Landesverrat) を以て責め得るに過ぎないであらう。——それ故に、若し間諜行爲の本質を正當に評價せんと欲するならば、獨り祕密漏洩に對してのみならず、亦叛逆に對しても、全然獨立なるものと解釋しなければならぬ<sup>(24)</sup>。

(24) 間諜行爲と叛逆とは『一切の關係に於て互に補完する』といふ、Hecht 三三頁の説は否定せられなければならない。他の多くの學者の如く、誤つて間諜行爲の場合に、自國の損害と間諜委任國の利益との間に一箇の必然的交互關係を認むる Meisinger 二八頁も同様である。

同時に、それに拘はらず、間諜行爲と叛逆とが合流し得る可能性が比較的によくの場合に存在することは、決して争はれない。例へば間諜者が、或る國家祕密の露顯のいづれにしても國家に對する危険なることを知つて之が知識の收取に成功したる場合の如き、是である。これが祕密漏洩の場合に可能なるが如く、叛逆も亦間諜行爲と理想的競合に於て合致することがあり得る。併し乍らそれは決して一般的に適用せられ得る通則ではなく、單に各個の場合につきて判斷せられなければならないものに過ぎなす<sup>(25)</sup>。



(25) Dehouhet 二頁は、理想的競合の可能性を指摘せる唯一の者であるが、併し之を、犯人が内國人である場合には、直に間諜行爲 (Espionage) と叛逆 (Trahison) との間に於ける關係につき、例外無く全然一般的に生ずるものと解釋して居る。併し乍ら此の解釋は拒否せられなければならない。後出一三九頁參照。

次に尙ほ、フ、ラ、ン、ス、の學説は如何なる立場を採つて居るかを検討して見よう。フランスの學説を數言に於て特徴化することは若干の困難に逢著する。如何となれば、吾人はフランスの學説が、一箇の解き難きディレンマに陥つて居るとの印象を避くることが出来ない。と謂ふのは、一方に於てそれは、外國に向つて發せられ、最も廣き意味に於ける國防に關係を有つ報道に因つて惹起せらるる、しかも自然の數として、其の報道が吾人の見解に依れば、漏泄に由來すると、將た又、漏泄を伴はざる間諜行爲に依つて取得せらるる、とを問はず、同一の程度に於て惹起せらるる、國の危害を、就中客觀的に重要なものと看做して居る。斯くの如き見解は、法律的に全然重要性無き從屬的現象、即ち、漏泄の場合にも間諜行爲の場合にも必然的に同一なる外形に於て發現する。報道の傳達といふことに重を措くものである。併し乍ら此の觀念は同時に亦、客觀的標識に依りて間諜行爲と漏泄とを區別することを全然不可能ならしむることの原因をも爲すものである。如何となれば、此の觀察方法を以てすれば、人は漏泄者 (Traître) と間諜者 (Espion) とを同一の坩堝に投げ込まなければならぬであらう。換言すれば、兩者の間に全然何等の區別をも設けてはならないであらう。是れ、『事實として、實體的要素は、漏泄と間諜行爲との兩者に於て同一であり得る。犯罪の本體は同一である』(26)(27)との斷言を

生じた所以である。

(26) Garrud 五二二頁、同様に Caradit 七四頁。

(27) Colouhat 六八頁は、間諜行爲と漏泄とを『双生兒の姉妹』と名づけてゐる。

然るに他方、フランス人の民族的性質に取つて、全體として觀たる間諜行爲は、ドイツ人の感覺に取つて然るが如く、多少の反感を促がす不正、不義の混味を有つて居ず、寧ろ人は間諜行爲を、全然正當なるものと觀察し隨つて同一の事がフランスに對して鋒鏑を向くる場合にも、敵が之を敢てすることを一議に及ばず認容する。斯うした倫理觀よりして自然の禮儀の感情は、フランス人に、漏泄者と間諜との間に、通常以上の極めて明確なる區別を立つることを命令する。蓋し人は後者を以て、獨自の觀念に依り自己の最善を竭す者として尊重しをければならないとせられて居るからである(28)。

(28) Dehouhet 二六頁『……併し乍ら單に彼(國家)に取つて危険なる、併し乍ら之を爲す者に取つて極めて名譽なる一行爲を呼ぶに、侮蔑的名稱を以てせざることは云々……』

ドイツに於て普及せる見解に依れば、間諜行爲、即ち單なる探索は報道の準備に過ぎず、之に反して次いで行はるる傳達が其の漏泄である、即ち事は、前後繼起する、法律的に區別せらるべき二箇の行爲に關するとせられて居るが、斯かる見解はフランスの學説の非論理的と感ずるところである。蓋しそれは、同一人が正當なる感覺に従へば單に一箇の法律的に重要性ある行爲を爲したる場合に、今日は之を名譽ある間諜者、明日は之に反して唾棄すべき漏泄者として觀念することを得ざるが故で



ある(29)(30)。

(29) Garrau 五二二頁、『併し乍ら此の區別は眞實に反するが故に之を首肯することが出来ない。一方に於て彼は、之を交付せんが爲めにのみ探索する者である。』として、彼は必ずしも正確に其の探索したるものにあらざる文書、偶然又は公職が、之を交付する者の手中に置きたる文書を交付することがあり得る』云々。

(30) 前出六三一六四頁及一九頁以下に於て、筆者も亦同様に此の見解を否定したる箇所参照。

以上の外に尙ほ、一八八六年のフランス防諜法に因つて實際上竝に裁判上に生じたる混亂がある。由來同法は、其自身が既に漏泄間諜行爲とに關する規定を含む刑法の當該條項の補完と考へられたものである。併し乍ら防諜法も亦、眞正なる間諜規定と相竝んで、漏泄に對する規定をも含んで居り、隨つて刑法と同様に此の關係に於ては一箇の混合物 (Mélange) である(31)。唯一の差異は、刑法に於ては漏泄に對する規定、之に反して防諜法に於ては間諜行爲に對する規定が主となつて居るといふことに存するが如く見える。其の結果は、刑法の規定に基いて判決せらる者は、其の故を以て漏泄者と看做され、之と對應して防諜法は其の犠牲を、假令現實又は法律感覺に矛盾する場合と雖も、自動的の間諜者として烙印づけるといふことである。さうして何人が刑法に依り、何人が防諜法に依りて判斷せらるべきかに對する批判標準は見受けられない、隨つて學者も亦。之に關して全領域に遍ねく現はれて居る甚しき法の不安固と混亂とを批難して居る(32)(33)。

(31) Rivière-Weiss 三三六頁、註二一。

(32) Cavada 五一頁、Garraud 五二二頁。

(33) Garçon フランス刑法第八十條註一〇は、場合に依りて同一事實が防諜法に依りても刑法に依りても罰せられ得るが故に、そこに理想的競合が存在すると主張して居る。併し乍ら其實、これは法律の競合の問題に外ならない。

客觀的の法律的觀念と倫理的觀念との間に於けるディレンマは、隨つて當分の間、存續する、さうして學者は、法律的の區別標識を有せざるが爲め一時、犯人の内面的動機を批判標準として受取ることを以て當面を糊塗しなければならなかつたが、併し決して之に依つて満足して居ない(34)。此の理論に従へば、區別に對して基準となるものは、犯人がフランス國に對して『敵意』(Animus hostilis)を有したりや否やといふのである(35)。

(34) Garrau 五二二頁、『加之、これは其の適用に危険と專斷とを伴ふ心理的區別である。併し乍ら條文の現狀に於ては、此以外に提案すべきものあるを知らない』

(35) Garçon フランス刑法第七十六條註一五、Garraud 五二二頁、Cavada 七六頁。

此の問題の觀察せらるゝ全方法様式の缺陷とするところは、既に述べたるが如く、客觀的構成要件が、漏泄者の場合と間諜者の場合とに對して同一なるもの——即ち兩者に在りて共に外國への情報傳達——と解釋せられ、しかも同時に倫理的理由が、外面的に何等の區別の認められざるところに、區別を求めんことを強要する點に存する。その論理的結果は、外面的に區別し得ざる双生兒として現はれ、隨つて單に内面的のみ相異なる存在として觀察せられなければならない。漏泄者と間諜者との觀念の中へ、兩者が互に排斥し、さうして例へば漏泄行爲と間諜行爲との間に於ける理想的競合の如きことが考へられ得ざるものであるやうに觀ゆるといふ意味に於ての一箇の『兩者不併立』(Entweder-oder)



が強ひて押し込まれることである(36)。

(36) 此の場合に何人も自然に想ひ起す譬喩は、命の限り正確に同一のことを反復して居り、随つて何故に彼等が合して一のものとなり得ざるかを覺らざる、併し乍ら人間といふ運命に依つて二つの相異なる存在として永久に同一の距離を保ちつゝ並行して走らなければならないと宣告せられて居る二條の擬人化せられたる、併し乍ら其自身は無心なる鐵道軌條である。尙ほ前出二三六頁脚註二五參照。

併し乍ら、内面的動機を唯一の批判標準とすることは、實際に於て餘りにも疑問的であり不確實であるところよりして、法律的に有效なる區別標識の爲めに、將た又、今日の狀態の法律技術的改善といふ見地よりして幾多の學者が試みて居る提案は、殆んど一樣に、犯人の國の民性(Nationalität)を決定的なるものと看做すことに歸著して居る(37)(38)。之に就いてカヴァディア(Cavalia)は次の如く述べて居る、『自己の國に背く(叛逆する、漏泄する——trahir——)國民は、彼の忠誠の義務を無視する者であり、間諜を爲す外國人は、單に國際的禮儀の法則に違反するに過ぎざる者であり、且つ恐らくは彼自身の祖國の最高利益の爲めに之を爲す者である』。吾人は之よりして、國民性を決定的批判標準にまで引き揚ぐることは、必然的にかの背信説に歸著しなければならぬこと、併し乍ら此の説は、フランスの如き民主々義國、特にフランス人の個人主義的態度と徹頭徹尾、適合せざるものである。さりとてフランスに於ても亦、或る官廳の女秘書が、例へば常規的に或種の書信の謄本を無權限者に交付するといふが如き方法に依りて、繼續的性質を有する叛逆に加擔したる場合に於て、彼女が或る外國人と結婚したる日以後は、彼女が叛逆行爲と間諜行爲との區別の主たる批判標準たる彼女の國民性

を變更したるの故を以て、單に尙ほ『單純なる間諜行爲』とのみ看做さるべきであると主張する者は無いであらう。随つて區別標識としての國民性は、完全に無効なるものとして否定せられなければならない。

(37) Colbeau 七四頁、Detourhet 一頁、Router 一五頁、Garraud 五二二頁、Cavalia 六一頁。

(38) 一九三四年の改正防諜法は、勿論此の提案に耳を假さなかつた。

それ故に吾人は、此の問題の有效なる解決を求むるに腐心して、しかも今日に至るまで尙ほ未だ之を見出し得なかつたフランスの學者達の憂悶に同情を禁せざる者である。唯だ吾人が先に述べたるが如く、間諜行爲と叛逆とは、時に理想的競合に於て合致することがあり得るが元來は根本的に夫れ／＼別箇のものであるとする意味に於て、兩者の觀念を根柢より一變することのみが、此の場合に血路に導き得るものである(39)。

(39) 之に關しては Manneve 第一卷一三二頁參照。

## 第六節 卑劣性 (Schimpflichkeit) の契點

これまでに吾人は、間諜行爲犯罪が、祕密漏泄とも、叛逆とも、無關係なる別箇のものであることを證明し、同時に間諜者を漏泄者、叛逆者の特別なる烙印より解放せんと努めた、さうして之と共に



今や、間諜行爲構成要件には、右の外尙ほ何等かの卑劣性の契點の纏綿するものありや否やについて發言し得る時期が到着した。

何人も他人より觀察せらるゝことを感ずるときは、假令、彼に關して不利益なることが發見せらる氣遣は無いと確信する場合と雖も、決して之を特に愉快と感じないであらう。併し乍ら他方に於て各人は、彼が其の周圍の世界に取つて關心の目標と爲り得ることを、當然自明と考へるのであらう。それどころか、其の同胞隣人に對して或る程度まで顧慮を拂ふことは、正しく禮儀の一命令である。併し乍ら、愉快と不愉快との限界が何處に存するかは、或る民族の性格に繋ることが甚だ多い、さうして、國家と國家との接觸の中に其の元來の、且つ亦恐らく最も重要な意義を有する間諜行爲に關しては、更に世界觀の諸問題が此の問題に影響を及ぼして來るのである。それ故に例へば、イギリス人に取つて、謂はゆる端正なる紳士 (Fair Gentleman) に取つて、間諜行爲に依る情報收取は、それがイギリス人の犯罪學と探偵心とに對する興味に適合すること多きが故に、極めて當然なる家常茶飯事と感ぜられる。情報部 (The Intelligence Service) の存在は、多くの他の諸國に於ける類似の組織と反對に、特に默秘せらるゝことは無い、さうして、ボーイ・スカウツの現在の最高指導者、バーデン・パウエル (Baden-Powell) (1) の如き人物すら、教訓に富みたる一列の實驗間諜譚を、My adventures as a spy 『スパイとしての吾が冒険』といふ標題の下に公表することを憚らなかつた。

(1) 文献一覽表一二頁參照。

フランス人も亦、間諜行爲に依りて外國又は他人に關する知識を取得する權利を自己の爲めに請求する、さうして反對の場合に彼の感情は、イギリス人の場合に比すれば恐らくは多少強烈に現はるゝを常とするが、尙ほ且つ法律學も裁判も共に紛れも無く、對抗權利が固執せられなければならないとする立場を採つて居る(2)。コロニー (Colonies) (3) は戦争遂行の手段を『力』と『詭計』とに分ち、さうして、間諜行爲も亦其の中に數へらるゝ詭計が、力よりも人道的なる方法に於て決定に導く場合が少なくないと説いて居る。詭計はそれか敵手に對する背信と同意義にあらざる限り、秋毫の卑劣なるものを其自體として有つて居ない(4)。加之、フランスに於ては當初、防諜法といふものを發布すること其自體すら、自らは之を行ひ、しかも相手方がフランスに對して之を行ふことを防碍することを不當と感じたるが故に、之を躊躇した程である(5)。更に、優秀なる間諜者が如何に種々なる技能材幹を有しなければならぬかを知悉する者は、最後に斯かる間諜者に對して尊敬を拒むことが出來な(6)。

(2) 前出二三六頁、脚註二五に引用したる Detourbet の言參照。

(3) Colonia 二八頁以下、及、四七頁。

(4) 例へば、伴りて負傷したる體を裝ひ、相手が善意を以て武裝無く彼に近づきたるとき之を射殺する兵士の如きは、卑劣なる詭計を用ゐる者である。

(5) Rivière-Weiss 三三六頁、註一六。

(6) Faignagues 七七二頁、『斯くの如く解釋すれば、諸國の陸軍省内に於ける情報勤務は、かの間諜行爲と呼ばれたるところのものに偉大さの性質を附與する一箇の學問と爲るのである。斯かる外國資源の恒常的調査の中には、密偵者の掠奪慾若くは復



警心を利用しての秘密獲取といふ、全體より見て賞讃し得ざる誘惑とは別箇の物がある。要は、機智と思慮と多大なる敏感と一種の相對的忠實とを要求する此の勤務が如何に實行せらるべきかを知る點に繫つて居る。

ドイツに於ては、既に詳述したるが如く、間諜者が原則として一個の漏泄者（叛逆者）と看做されて居ることに依つて、間諜者に對する判斷には當初より若干の強制が加へられて居る。併し乍らドイツの文献に於ても亦、間諜者を客觀的立場より判斷しなければならぬとの主張に賛成する者が少なくない。更に一方に於ては、國際法も亦、間諜行爲を目して嚴責に値するものと爲して居ず（7）、又他の人々は、幾多の偉大なる武將が好んで間諜行爲を利用したる事實を想起し（8）、さうして經濟的領域に於ては、産業的間諜行爲を利器とする競争が、根本に於て極めて健全にして歓迎せらるべきものであることを忘れてはならない（9）。同時に他方に於て、凡ての間諜者が必しも悉く水準を保つことを解し、必しも『フェア・プレイ』の標語を以て彼の鬭争を遂行する者ではなく、此等の人々の中には、殊に彼等が通例として冒險心に富みたる者の寄り集まりであるだけに、種々雑多なる性格を有することは争はれない。併し乍ら此の事實の故を以て直に間諜行爲を無差別に一括して、一箇の非難すべき卑劣なる所業と宣告するの過誤に陥つてはならない（10）。寧ろ吾人は、間諜行爲が其の本質上、鬭争の爲の手段として、鬭争の必然的附隨現象であることを固執しなければならぬ。固より今日の形式に於ける戦争は専ら忌まるべきものに違ないが、しかも人類として自己を主張し自己を進歩せしむることを得せしむるものが、一に健全なる生存競争の戦であることが牢記せられなければならぬ。

ない。間諜行爲無ければ、多くの鬭争は當初より一箇の狂想、一箇の無益なる精力濫費と價值浪費とである。

(7) Radbruch 一〇〇頁に引用せられて居る Hamm の説 Strupp 五七七頁、Mühlisen 一七八三頁。

(8) Faber 一一頁。

(9) Schmid 一四頁。

(10) Degen 四四〇頁、Blum 四八三頁、Stollenberg 七二頁、Göler v. Ravensburg 九六頁、尙ほ Fuchs 五四頁參照。

惡しき意味に於て或る間諜者と接觸したる者は、無造作に一般化すること無く、彼の相手方が此の場合には單に一個の間諜者たるに止まらずして、間諜者たると同時に亦惡漢であつたことは明瞭にしなければならぬ。

全體として觀たる間諜行爲を吾人は一段高き望臺より判斷しなければならぬ。間諜行爲其自體、サポターヂュをも行はず宣傳をも試みずして、單に事實確認を事とする者に過ぎない。併し乍ら事實確認は、決して倫理的に有罪を宣告せられ、隨つて卑劣なるものと烙印せらるゝことを容さざる真相報告——假令それが如何に不快なる結果を齎らすにせよ——と同義のものである。

間諜者は、單に一個の危険なる犯罪者に過ぎず、決して卑劣なる犯罪者ではない（11）。

(11) スイス陸軍の『戰場勤務』（Felddienst）規定は、國防に關する一節第三號第三項に於て『偵察者ノ勤務ハ祖國ノ爲メノ勤務トス。其ノ死亡ハ之ヲ鬭争ニ於ケル死亡ト看做ス』と規定して居る。



## 第七節 間諜行爲の概念の本質的特徴としての間諜者の意圖

以上の考察に於て吾人は、隱密性の契點を間諜行爲に取つて重要ならざるものとして否定し、且つ間諜行爲を秘密漏泄及叛逆の兩者より獨立せるものと斷定した。此の意味に於て吾人は單に消極的結果のみを取得したに過ぎない。斯くして吾人の眼に映ずる間諜者は、依然として知識を収得する或る者たるに止まり、間諜者に對する其以外の批判標準は竟に發見せられなかつた。供し乍ら間諜者以外にも、知識を収得せんことを欲する、しかも國家が其の故を以て刑法を之れに擬することを得ざる他の一群の人々がある。随つて、知識を得んと腐心する間諜者を、單純にして無害なる好奇心者、若くは修養衝動よりして知識を得んと腐心する者より區別することが必要である。研學者に對しては障礙を以て其の途を塞がざることを要し(1)、新聞記者に對して其の生計職業を妨碍せざることを要する、職業的探偵社すら、毛頭も咎むべからざるのみならず、寧ろ反對に健全なる經濟に利する堂々たる一箇の營業を行ふものである。

(1) Tard 五一頁參照。

此等の人々の凡てが、其の取得したる知識を以て何事に着手せんと欲するかの意圖に依つて區別せらるゝものであることは多く説明を要しない。随つて吾人は單に、果して此の批判標準が、就中裁判の實際に於て、遺憾無く確認せられ得るか否かといふことのみを明かにすれば足るのである。尙ほ

次節に於て説明すべきが如く(2)、罰せらるべき間諜者は、其の取得したる知識を『國家の利益と相容れざる目的の爲めに』使用せんとする意圖を有することに依つて、吾人が今方に列舉したる其の他の凡ての適法なる知識収得者と區別せらるゝものである。即ち此等の者の行爲は、間諜者のそれと異り、國家の利益と少くとも衝突しない。人は時として、或る間諜者に就きて、其の眞の意圖を立證することが、通則として困難なるを免れないといふ疑惧に逢着する、さうして實際上、警察の手に捕へられたる間諜者も亦、依つて以て再び自由を得んが爲めに、苟も可能なる限り虚偽の口實を振り翳して身を護らんとするであらう。併し乍ら幸にして官憲の爲めに助太刀となるべき二つの契點がある。如何となれば、第一に、間諜者以外の他の凡ての知識執心者達に取つては、本來亦全然之を默秘する必要も無き彼等の意圖を證明し、之に依つて自己の非間諜者たることを認知せしむることが遙に容易であり、さうして之に比例して間諜者は、何人でも首肯せしむるに足るだけの效力を有する論據を提示し得る場合にのみ、彼の保身の試に成功するであらうからである。さうして若し之に反して彼の陳辯説明に何等かの疑惑が付き纏ふならば、彼は到底即座に再び釋放せらるゝことを望み得ず、反對に警察は斯かる人間を一層精密に觀察するに違無い、さうして彼の一身に於て、若くは彼の住所に於て具體的證據手段を發見する可能性は、人が通常推測するよりも遙に大きい。間諜者は人も知るが如く、動もすれば虚偽の氏名、虚偽の旅券、假面、奇怪に小さき寫真機、及び特に好んで出來事の暗號的備忘又は略圖を使用する、さうして斯かる文書が假令如何に緻密に衣服、裝飾品、白粉盒、散歩用



ステッキ又は葉巻煙草等に隠匿せられても、警察も亦多くの經驗に依つて伶俐となつて居り、容疑者をして、それでも尙ほ尤もらしき口實を設けて言ひ抜けることを利底不可能ならしむる隠匿場所より既に幾多のものを搜出した。

(2) 後出一五二頁以下参照。

(3) *Kommeney* 五二頁、*Di Vico* 一五四四頁。

之に依つて吾人は、遲疑すること無く間諜者の意圖を彼の識別の爲めの本質的標識を想定すること出来る、さうしてこれは文献に於ても屢々見受けらるゝところである(4)。國際法上の間諜者の概念も亦、此の契點を含んで居る(5)が、普通の立法に於ては之に反して、軍事上重要な區域の侵入に科刑して居るところには殆んど全く此の契點が缺けて居り、若干の法律に於ては、それは單に性質限定の效力を有するに過ぎない(6)、但だ不正競争防止法(7)に於ては拘束的に規定せられ(それは同法が模倣を防止することを主旨とするが故である)、オーストリア刑法第六十七條に於ても亦同様である。

(4) *Epstein* 四一頁、*Adler* 第一卷六五頁、*Encls* 二四頁、*Blum* 四八〇頁、*Pollmann* 七九頁参照。

(5) 前出三〇頁参照、『對手交戦者ニ通報スルノ意思ヲ以テ』云々。

(6) フランス防諜法に於ては…… dans un but d'espionnage 『間諜行爲の目的に於て』イタリヤ刑法に於ては…… a scopo di spionaggio 『間諜行爲の目的を以て』、竝にドイツ刑法第九十二條、及び第九十二條b参照。

(7) フランス刑法第四百十八條を含む。

以上の外尙ほ一言しなければならぬことは、犯人の内面的動機である。といふのはそれがフラン

スの文献に於て一箇の重要な役割を勤めて居るからである。併し乍ら吾人が既に述べたるが如く(9)、動機といふことが援用せらるゝのは、意圖といふ標識が最も重要な場合に於て、即ち間諜行爲と漏泄(叛逆)との間に於ける區別について其の用を爲さざるが故のみであり、且つ動機其自身は大多數のフランスの學者も亦、之を不確實にして疑問的であると感じて居るのである。刑法の一般的原则に従へば、意圖(目的)と區別せらるゝ動機といふことは、其自體として重要ならざるものと觀られなければならない。強いて謂へばそれは、刑の加重又は減輕に關し、倫理的性質制限の要素として、或る犯人の主觀的判斷に多少の影響を有し得るに過ぎない(10)。

(8) フランス語に於て、意圖(目的) (Intention) に對する *le motif*

(9) 前出一三九頁参照。

(10) *Cicou* 二五頁参照。

## 第八節 間諜行爲概念の定義

### 一、客觀的及主觀的構成要件

周知の如く、法律は孰れの構成要件に就きても必ず、其の客觀的一面と主觀的一面とを區別して居り、或る具體の場合に於て、犯人に事件の責任を負はしむることを得んが爲めには、此の兩方面が適合しなければならぬ。これは間諜犯罪に在りて特別なる重要性を有する。といふのは、吾人が既



に述べたるが如く、此の犯罪は國家の側よりすれば純然たる防禦の目的たる犯罪の問題である、しかも主觀的方面に於ては必しも何等卑劣なる分子の含まるゝことを要せざるものなるが故である。若し或る行爲者に何等破廉恥的情意の非難すべきもの無きに拘はらず、尙ほ且つ之を罰せんと欲するならば、斯かる行爲者に對して吾人は、客觀的犯罪構成要件の諸特徴と共に亦、其の主觀的構成要件のそれをも詳細に明示すべき責任を十分に負はなければならない。

尙ほ後に述ぶるが如く、政治的（對外）利害關係に依つて『變質せられざる』純粹なる形式に於ては、被攻撃も亦單に一個人であるところの經濟的間諜行爲に在りても亦、刑法は勿論、國家の直接利益が侵害せらるゝと同時に初めて之に干渉する。随つて客觀的構成要件の特徴を擧示せんが爲めには専ら國家の利益を眼中に置くことを以て足るのである。

第一に明白なることは、國家自身の利益の爲めに行はるゝ一切の探知は、實體的に觀れば是亦、間諜行爲と名づけられなければならないに拘はらず。之を犯罪の中に數ふることを得ないといふことである。例へば警察が、國法上權限ある部局の委任を受けて、或る種の反國家的組織の行爲を監視に當る場合の如き、是である。

併し乍ら、逆に、國家の利益に反馳する、間諜行爲のみが、即ち、吾人の謂はゆる『攻勢的』間諜行爲のみが禁遏せらるべきものであるといふ結論も亦、間諜行爲といふものゝ、根本に於ては無色にして非鬭争的なる性質に照らして成り立たない。なるほど、或る經濟的企業者の利益を不當なる方法に於

て侵害損傷することに與つて力と爲る内國人の産業間諜者は、確かに國家の經濟的利益に反して、行爲する者であり、又、他日來寇の可能性ありと看做さるゝ國の委任を受け其の利益の爲めに行爲する軍事的間諜者は、彼が少くとも可能的には、被探知國の利益に反して、行爲する者であることを反駁することは出来ない。之に反して先に實例を以て示されたるが如き(1)主として防禦的姿勢に在る間諜行爲に在りては既に疑問を生じ、更に、例へばかのスイスIIイギリスII印度の場合(2)の示すが如き、純然たる事實報道的間諜行爲に於ては、被探知國の利益は毫も直接に牴觸せられずと斷言し得るであらう。如何となれば、イギリス人が印度に於ける秩序を維持するに常備軍を以てすると民兵隊を以てするとは、結局スイスに取つて對岸の火災なるが故である。併し乍ら間接的には、此の例に於けるスイスの利益は、スイスが中立と獨立との原則的理由よりして、其の領土内に他國の軍事的間諜行爲を擅にすることを容忍し得ざるが故に、依然として危くせられて居ると見なければならぬ。即ち間諜行爲を行ふ國の側よりすれば、此の場合に問題となるものは、單にスイス國の利益とは没交渉なる利益といふに過ぎない。然るに國家に取りて没交渉なる點に於ては、觀光客、外國新聞記者及恐らくは職業的探偵社の利益も亦同様である。但だ此種の個々の利益は、同じく没交渉とは謂ふものゝ、彼等が其の常規的範圍を超えざる限り、かのスイスIIイギリスII印度の例の場合と異り、少くとも國家の利益と扞格せざるのみならず、場合に依りては寧ろ歡迎にすら値する。随つて防遏せらるべき間諜行爲に對する批判標準は、事實探求者に依つて追求せらるゝ目的が國家の利益と相容るゝか否かの疑問に



對する答の如何に存する。

(1) 前出二二九—二三〇頁參照。

(2) 前出二三三頁脚註二一參照。

構成要件の客觀的一面を完全に闡明せんが爲めには、もう一度間諜行爲の目的(3)にも言及しなければならぬ。如何となれば吾人は單に、如何なる事實が探知に對して保護せらるゝを要するかの疑問のみならず、更に亦、何人の知識が從來の局外者に傳達せらるゝを容さざるかの疑問に答へなければならぬからである。既に述べたる如く、吾人は事實的關係に於ける目的の中に、あらゆる秘密なる事實(Verheimliche Tatsachen)と知られざる事實(Unerkannte Tatsachen)との二種類を包括しなければならぬ。ところで、若し事が單に秘密なる事實のみに關するならば、國家は、其の問題と爲る知識を有すと認められ、同時に亦之を自己の胸裡に秘むることを要すべき者全部の氏名表を作成することが出来る。それは單に秘密のあらゆる關與者、即ち秘密保有者(Verheimlichtrüger)との關與者(Mitwisser)との問題に過ぎないであらう。然るに右の外に、知られざる事實も亦、間諜行爲の目的を爲すが故に且つ知られざる事實の知得者は何人に對しても秘密保守の義務を有せざるが故に、斯種の事實につきは、前記の如き氏名表を作成することが出来ない。それにも拘はらず國家は、或種の地理的事情若くは軍隊に關する、秘密ならざる知識が、避くべからざる範圍以上の人々に到達せざるを利益とするこゝと、恰も工場主が一群の知識を、單に己むを得ざるが故にのみ、彼の被備者に傳へざるべからざるが

如くである。それ故に或種の知識に關しては、斯かる共知者(Mitwisser)の範圍を成るべく擴大せざることを要するのである。即ち此の範圍は、一部は任意に知識を授けられたる者、一部は己むことを得ずして知識を授けられたる者より成り、其の共通の特徴は、問題の知識が特別なる獨自の作爲無しに彼等に歸屬したといふことである。今便宜上、あらゆる秘密保有者、關與者、共知者の中、此の範圍に屬する者を、『任意的承知者』(Freiwillig Eingeweihte)の總稱を以て一括することとする(即ち一層精密に謂へば、『任意に又は避くべからざる理由に因りて承知することを許されたる者』——Freiwillig oder aus unvermeidlichen Gründen Eingeweihte——を之に依つて表はさんとするものである)實際に於て之に屬する者は、或る製造工場の被備者、又は、或る軍事的な重要地域(4)の住民(謂はゆる『土民』)等の外、例へば、公の使命を帯びて、スイス軍隊に於ける新兵學校、士官學校及其他の教程を講習する支那將校(5)の如き、是である。更に、工場監督官、強制執行及破産官吏、稅務官吏等の公職員、竝に信託機關、眞面目なる賣買當事者等も亦、之に屬する。

(3) 前出二〇六頁參照。

(4) オートリア情報部が、世界大戦中の或る時、イタリヤ全土に散布して施工せられつゝあつた或種の軍事上重要な建築事業に關して急速の偵察を爲すべき緊急の必要に迫られたことがある。そこで諜報部は、ミラノ市に一箇の私設廣告取扱店を開設し、此の掩蔽物の蔭に隠れて疑はれずにイタリヤのあらゆる地方新聞を購讀し、此等の紙上に於て國家が入札募集の爲めに廣告したる建築設計を探知せんと試みた。此の知識は凡て單に日刊新聞より獲得せられたものに過ぎないとは謂ふものゝ獨り斯かる新聞の常規的讀者のみが、國家に依つて『任意に知識を與へられたる者』に算へられ得ることは言を俟たない。尙ほ前出二〇二頁、



公開性の説明参照。  
(5) これは、近年屢々見たる事實がある。

以上を總括して、吾人は、間諜行為に對して保護を要する目的として、一方には秘密の事實及知られざる事實、他方に於ては、それ自體として何人に對しても無差別に公開せられて居るものではなく、且つ、それが専ら刑法的の意味に於て間諜行為の關心の目的となる軍事的、政治的若くは經濟的領域に關係する限りに於て、任意的承知者の知識の兩者を擧ぐる事が出来る。

以上に依り、主觀的關係に於ては、單に尙ほ次のことを擧ぐれば足るのである。即ち、罰せらるべき能動的間諜者は、單に左の二要件に適合する者たることを要する。即ち第一は、既に述べたるが如く彼が其の知識を國家の利益と相容れざる目的の爲めに使用せんとする意圖に於て行為すること、第二は、彼が何等かの理由よりして自から任意的承知者の中に加へらるゝ者にあらざること、換言すれば、問題の知識を正常の途に依りて既に取得したる者にあらざること、是である。知られざる事實と公開的事實との間に於ける吾人の區別の意味に於て、能動的間諜者とは、簡單に謂へば、彼に取つて公開的にあらざる事實の知識を取得せんとする者、即ち換言すれば、此の知識を取得せんが爲に特別な豫備手段を要する者である(6)。さうして此の場合に任意的承知者の資格に對しては、相當に嚴格なる尺度を以て臨むことを要するのであらう。例へば、或る要塞の建造中、必要以上に構造の細目について承知せんと欲する『土民』は、之を任意的承知者の範疇より排斥し、之に對して凡ての建築労働

者は、不可避的に前者と異なる取扱を爲さなければならぬことの如き、是である。

(9) RStGer 一九一七年一〇月二日附 Austenmeyer 及一味事件判決、一九一八年二月七日 Berset und Drescher 事件判決、茲に、一九一五年一月二日附 MKG 判決参照。

### 二、各種の間諜行為の定義

本節第一段に於て吾人は、明晰の爲めに吾人の目標は専ら本來の諜報者、即ち直接能動的間諜者に置いた、さうして之に依り彼の行為を次の定義に於て輪廓づける事が出来る、即ち直接能動的間諜行為 (Unmittelbare aktive Spionage) とは、任意承知者以外の者の之を知得すること、軍事的、政治的又は政治的關係に於て國家の利益を動搖又は侵害するの惧ある目的物、事實、處理方法、豫備手段、意圖又は其の他の事情に付き、國家の利益と相容れざる目的の爲に之を使用する企圖を以て直接の看取認識に依り又は任意承知者の知識の探求に依りて行はるゝ偵察の謂である(7)。

(7) 特別な豫備手段を要する事實探知のみが、能動的間諜行為の主觀的構成要件を満たすといふ要件は、偵察 (Auskundschaffen) の概念の中に暗黙に含まれて居る。

(8) 之に關しては、Coloniae 七頁、Delouriet 二〇頁、Hecht 一五頁、Adler 一六五頁、Fuchs 一七頁、Routier 一五頁、Trilio 一八八頁に引用せられたるスイス聯邦最高法院判決 Frind 一一四頁、並に Di Vice 一五四頁の諸定義参照(中、最後の定義は直接にイタリヤ刑法の文言より轉來したものである)。

今日の諜報組織に於て、行為の中樞と看做さるべき間接能動的間諜行為 (Mittelbare aktive Spionage)



は、既に述べたる如く、能動的直接間諜行為に依りて取得せられたる情報の蒐集及傳達、若くは一層一般的に謂へば單に上に掲げられたる客觀的構成要件のみを満たすものと認められなければならない。報道の取得を事とするものである。此の場合に斯かる報道が罰すべき直接間諜行為に依つて取得せられたることにあらざることは問ふところでない(9)。

(9) 例へば、BGE 61 I 140頁以下所載、Lohr事件裁判に於て、能動的直接間諜行為の理由に依る三名の被告の中、二名は間接間諜者 Lohrに依つて『新聞記者』として募集せられた者であり、隨つて亦彼等が實は或る間諜組織の爲めに働きつゝあつたことを毫も覺らずして彼等の探知したる事實を、新聞記者としての信念の下に提供した者であるといふ理由を以て釋放せられたるが如き、是である。此の兩人に對して訴訟上の損害賠償が與へられなかつたのは、單にそれが過失に因る間諜行為に該當したるが爲めであるが、防諜法に従へば此種の間諜行為は罰せられない。

即ち、間接能動的間諜行為とは、吾人の觀るところを以つてすれば『任意承知者以外の者の之を知得すること、軍事的、政治的又は經濟的關係に於て國家の利益を動搖又は侵害するの惧ある情報の蒐集及傳達の爲めに必要にして國家の利益と相容れざる目的の爲めに之を使用することを企圖する行為』である。

最後に吾人が受動的間諜行為 (Passive Spionage) と解釋するものは、知識を與ふること、知識取得を可能ならしむること、目撃閱覽を許容すること、接近を許容し又は可能ならしむること等の意味に於て、『故意に又は過失に因りて能動的間諜者の諜知を放任し又は之に依つて諜知せらるゝこと』である。さうして必然的に受動的間諜者は、任意承知であり、之に反して能動的間諜者は任意承知者に非

ざる者でなければならぬ。受動的間諜者は常に、彼が既に有する知識又は接近可能ならしむる知識を仲介するに止まり、能動的間諜者は之に反して新に知識を取得する。世界大戦中屢々用ゐられたる方法、即ち、なるべく最近まで戦線に在つた歸休兵を物色し之に報酬を與へて彼等の軍事上の知識を聞き出すといふ方法は、隨つて此等の戦線兵士の側よりすれば、受動的間諜行為であつた(10)。

(10) BStGer 一九一七年一月一九日附 Fricker 及一味事件判決、一九一八年七月一八日附 Schellin 判決、一九一八年一〇月一五日附 Gänzhirt 及一味判決、一九一九年二月一四日附 Philipp 判決、並に一九一七年三月七日附 Bösch 判決參照。

以上三箇の定義に於て表現せられて居る間諜行為は、スイス防諜法及オーストリア國家保護法に見るが如く、一括して之を『情報勤務』を行ふ (Nachrichtendienst betreiben) (11) ことといふ總稱を以て適切に言ひ現はすことが出来る。此の用語の中には、就中亦、罰すべき間諜行為に屬すべきものは、之が取得の爲めに特別な豫備手段(12)を必要とする情報、即ち、一般的に公開的にあらざる情報の取得のみであるといふことも表現せられて居る。

(11) フランス語の *pratiquer un service de renseignements* イタリア語の *fare un servizio d'informazioni*

(12) BGE 61 I 140頁以下參照。

三、直接關與せざる國家の領土内に於て間諜行為が行はるゝ場合に於ける其の國家の地位  
スイス國は、就中世界大戦の當時、其の領土内に於て種々雜多なる外國の間諜組織が設置せられたる國であつた。それは此の中立國よりして彼等の間諜行為を目的とする諸種の機關を疑はるゝこと莫



く各交戦國に派遣することを爲めであつた。斯かる國際的間諜行爲に對して刑罰を科することは、決してスイス聯邦政府の最初の戦時措置の一として當初より自明のことを考へられたものではなかつた。それはスイス國自身が毫も斯かる間諜行爲に依つて累を蒙つたのでないからである。國際法よりしても亦、スイスは、『一九〇七年一月一八日附陸戦ノ場合ニ於ケル中立國及中立人ノ權利義務ニ關スル海牙條約(第五條)』に依り、單に其の領土より、交戦國の無線電信又は其の他の方法に依る一切の通信設備を排除するの義務を負ふに止まり、之に反して間諜行爲は、國際上、不可避なるものと看做されて居る。併し乍らスイスは、此の國際的間諜行爲が——其の後問もなく明かになつた如く——益々大規模に行はるゝに至つたが爲め、自發的に之を禁遏することが、正當且つ有效なる中立政策の維持に於ける獨自の利益上、當然の義務と爲つた。

斯くの如くスイス國の領土よりして行はるゝ間諜行爲に依りて、被諜察國の利益が危殆ならしめ又は侵害せられたるものと看做されなければならなかつたと同時に、スイスも亦隨つて、其の中立及獨立の維持を目的とする獨自の利益が危殆ならしめられたるものと看做すことを得た。それ故極めて一般的に觀て、或る他國の損害と爲るべき間諜行爲の構成要件が成立すると同時に、其の領土が間諜行爲組織に依つて利用せらるゝ凡ての國家に對する關係も亦、之に依つて累せらるゝと謂はなければならぬ(13)。

(13) Pfenninger 一五〇頁參照。

然るにスイスの裁判所は、大戰中更に一步を進めて、意識的に虚偽なる報道の傳達は勿論、全然無價値なる報道の傳達をも、國際的間諜行爲の構成要件の中に屬せしめた(14)が、併しこれは、法律規定の埒を越ゆるものと批判せられたことは正當である(15)。如何となれば、若し報道が確證的に無價値であつたならば、被諜知國の利益も亦何等の累を蒙らなかつたからである。さうして若しスイス裁判所が、斯くの如き『空籤』(Nietan)と雖も亦、スイス國の利益を危殆ならしむることがあり得るといふことを以て自家の立場を辯護せんと欲したならば、之に對しては、若し報道の無價値が更に裁判所に依つてまでも確認せらるゝならば、そのときには確實に利益の毀損が成立し得ないといふ議論を差し向けることが出来る。

(14) 軍事裁判所第三部、一九一六年一月一日附判決、Egger 一九一六年一月二四日附 及一味判決、一九一六年一月二五日附 Müller 及一味判決、一九一七年四月一〇日附 Schenkel 及一味判決、一九一八年四月二一日附 Jordan 判決、一九一八年一月一日附 Latsch 及一味判決參照。

(15) Pfenninger 一五七頁。

然るに、意識的に虚偽なる報道に關しては、事態が別箇に觀察せられなければならない。蓋し斯る報道に依つては、なるほど被諜知國の利益は毀損せられないが、委任國の利益は累を蒙るが故である。併し乍ら此の場合に成立するものは、最早、間諜行爲、(即ち、事實報告)にあらずして、かのサボタージュ(Sabotage)の範疇に屬すべき虚報(Irreführung)である。然るに虚報と間諜行爲との間には、何等の本質的同種性も存在しないのであつて、此の二箇の構成要件の一見しかく近接せる合致



は、單に双方に取つて極めて適當なる、世界的に網を張つて忙しく活動しつゝ、しかも細心なる、さうして反對の方向に於ては亦、宣傳の目的の爲めに使用せられ得る組織が存在するが故に外ならない。

#### 四、對抗間諜 (Jegespionage) (16)

此の關係に於て尙ほ一言しなければならぬものは、世界大戦中、スイスの軍事裁判所も通常裁判所も等しく其の判決に於て之を間諜行爲構成要件の中に包括したる間諜行爲防止、即ち謂はゆる對抗間諜行爲である。對抗間諜行爲は、敵の間諜行爲の確證、及可能なる場合には、無効化を任務とする。さうして、それが彼諜知國自身の領土内に行はるゝ限り、完全に普通の警察行爲の性質を有するものである。併し乍ら、間諜犯人を能ふ限り速に逮捕することが必しも常に最大なる利益と看做されざるが故に、對抗間諜行爲が純然たる警察機關自身に委任せられざることは十分なる理由があるのである(17)。例へば、イギリスに於て、イギリス情報部側よりドイツの間諜行爲に對して向けられた對抗間諜行爲が、世界大戦勃發の寸前に、ドイツも亦之を承認したるほどの成功を收め得たのは、それが多年の間平然としてドイツの密偵者の活躍するに委かせ、しかも最も重大且緊要なる瞬間、即ちイギリスの參戰の日(一九一四年八月五日)に、一網打盡に依つて其の戦闘力を抹殺し得たからである、さうして爾來、イギリス島國に於ける入國旅客に對する監督が極めて有効に形成せられ得たるが爲め、ドイツの對英間諜行爲は、竟に再び十分なる効果を發揮し得なかつたものゝ如くである(18)。

(16) Menneke 第一卷二二頁參照。

(17) Muhlisen 一七八三頁參照。

(18) Nicolai I 及 Aston 參照。

又他の場合には、巧に敵の間諜を誘ひて、一見極めて貴重なるが如くにして、其の實虛偽なる報道を掴ましめ、斯くして彼等を挫折せしめんが爲めに故らに之を放任することもある。

併し乍ら對抗間諜行爲が國境の彼方に於て、即ち敵の本據とする國に於て行はるゝと同時に、最早之に警察行爲の性質が附屬しない。如何となれば、其處に在る敵の間諜組織は、多くの場合に國家的施設であり、之に對して何人も其の行動を制肘せず、亦全然何等の犯罪的なるものをも其自體として有すること無きものなるが故である。併し乍ら或る者が其の對抗間諜行爲に依りて單に、敵の間諜組織を敵自身の國內に在りて偵知せんことを目的として行動するときは、此の者に取つてそれは再び通常の間諜行爲の問題である、換言すれば、軍事的、政治的乃至經濟的利害關係を有する事實確認であり、斯くの如きものとして通常間諜行爲と同様に刑罰の適用を受くるものである。

對抗間諜行爲が自國の國境を超えたる場合に其の性質を一變することは、之よりして看取せられ得る。随つて對抗間諜行爲が中立の國土上に於て如何なる種類に屬するかは、特別なる検討を必要とする。此の場合に決定的なる標準は、間諜行爲が刑罰を以て威嚇せられて居るか、換言すれば、犯罪の烙印を捺されて居るか否かに存するであらう。如何となれば、之を行ふも罪無しとせられて居る場合には、中立國の警察も亦之を意に介することを要せず、又、他の國家が其の對抗間諜行爲を以て右



の間諜行爲を襲撃することをも同様に放任するであらうからである。此の對抗間諜行爲も亦、此の場合には相手の逮捕拘禁を誘致せんと欲することを得ず、僅に確認と、精々虚報欺惑とを以て満足しなければならぬであらう。之に反して間諜行爲が中立國に於て一箇の犯罪と認めらるゝと同時に、之に對して彈壓の手を加ふことは警察の公務であり、さうして此の場合に國家を無關係なる組織の側よりする一切の對抗間諜行爲は、此の組織の権限内に屬せず、且ついづれにしても國際法違反と看做されなければならぬ警察權能行使と同意義のものとするのである(19)。随つて、例へばスイス防諜法第一條に見るが如く(20)、斯る警察權能の篡奪其のものが犯罪の極印を打たれて居る限り、對抗間諜行爲は此の構成要件の中に包括せられ得るであらう、さうして此の犯罪と間諜行爲とに共通する、單なる事實確認の要素は消滅したるものと看做さるゝであらう。併し乍ら世界大戰當時、スイスの刑法は尙ほ未だかゝる規定を有しなかつた(21)、さうして若し、對抗間諜行爲を通常の間諜行爲と同様に情報勤務の構成要件の中に包括することを拒まんと欲したならば、其の結果は、對抗間諜行爲の無罪といふこととなるであらう。斯くの如きは、本來斯種の間諜行爲に對して豫見せられたるものにあらざるだけに、たしかに不十分ではあるが、決して全然不適切にはあらざる一箇の法條の下に包括することよりも、尙ほ一層不合理であると謂はなければならぬであらう(22)。中立國に於ける對抗間諜は、法律的に觀て、間諜行爲と警察權能との結合であり、間諜行爲處罰規定に依りて少くとも部分的に把握せらるゝものである。

(19) スイス聯邦警保局長 (Bundesanwalt) シュテムフリ (Stämpfli) 稿 Schweiz. Zeitschrift für Strafrecht 誌第四七卷 (一九三四年) 五八頁以下所載 Die Strafbarkeit des ausländischen Polizeispiels 參照。

(20) Thilo I 二五八頁參照。

(21) 國際法違反行爲に對して刑罰を科する EStG 第三十九條は、未だ會て引用せられなかつた。

(22) 同様の意見は Thilo I 一九〇頁、反對説は Penninger 一五七頁、尙ほ Richter 四九六頁參照。



### 第三章

#### 第九節 間諜者の刑罰

警察の手に捕へられたる間諜者の運命は古來甚だ單調であつた、それは嚴苛にして無容赦であつた。即ち間諜者を待つものは殆ど一律に死であつた。しかも大多數の人々は間諜者を通常の裁判所に曳き出すことすら無益の手續と考へ、寧ろ萬人の眼前に於てあらん限りの印象深き烙印を附したる公開の仕置が、間諜者に相應しきものと看做されたる凡てであつた。型の如き埋葬を受くることを得ざらしめんが爲めに、人々は彼を車裂し、若くは死屍を四斷した。古代の刑罰史は大抵單に、間諜者は死刑に處せらるゝを常とすと記すに止まり、間諜者は最も唾棄すべき重罪犯人の範疇に加へられた(1)。

(1) Zöllner 九頁以下參照。

斯くの如きは、謂ふまでも無く今日吾人が識るが如き間諜行爲の本質と氷炭相容れざるものであり、間諜者が最も卑劣不信なる裏切者の一と看做されたる上代の觀念よりしてのみ説明せられ得るところである。しかも間諜者の運命は、今日も尙ほ決して著しく改善せられて居ない。如何となれば、なるほど裁判が一般に文化に相應したる進歩を遂げたとは謂ふものゝ、大多數の國に於ては依然とし

て最も重き刑罰が、漏泄(叛逆)及間諜行爲に臨んで居り、さうして後者は、今日に至るも尙ほ、本篇の取扱ふ諸國のいづれの一に於ても、未だ完全に前者と區別せられて居ないからである。

併し乍ら、一方に於ては國際法が、間諜者も亦、通常正規の刑事裁判手續が彼の罪責を確認したる後にあらざれば之に對して有罪の判決を下すことを得ざるの規定を普及せしむるに努めて居り、他方に之と相並んで、此の犯罪に關する今日の觀念に一層適合する特別法規が間諜行爲に對して此處彼處に發布せられて居る。

ドイツ及イタリヤに於ては、間諜行爲の防遏に關する全部の規定が尙ほ漏泄に關する規定と混合して居り(2)、隨つて此の兩國に於ては、必然的に漏泄者の刑罰が其の種類に應じて間諜者を追究して居る。『之ヲ漏泄センガ爲メニ國家ノ祕密ヲ收得スルコトヲ企テタル者』に對するドイツの規定は、死刑又は無期懲役を科し(第九十條)、單に國の幸福を過失に因りて國の幸福を危殆ならしむること、即ち過失に因る叛逆(Fahrlässiger Landesverrat)の罪に問はるゝ者のみが、禁錮を以て放免せられ(第九十條d)、間諜行爲の嫌疑の下に軍事上重要なる區域に於て逮捕せられたる者も同様である(第九十條e)。經濟的間諜行爲の領域に於て間諜者及漏泄者に對する刑罰は、禁錮又は罰金、又は兩刑併科である。經濟的間諜行爲は全然之を罰せざるイタリヤに於ても同様に、其の刑罰は嚴重である。即ち有罪者は懲役刑(reclusion)に處せらるゝを常とするが、時には亦、無期禁錮刑(Ergastolo)又は死刑を科せらるゝこともある。



(2) ドイツに於ては、一九一四年の防諜法が廢止せられて以來のことである。

イギリスの官公機密保護法 (The Official Secrets Act) は、或る意味に於て漏泄よりも間諜行爲を一層重く處罰して居る。即ち、設計圖面及其の他の文書の作成及收得、竝に軍事上の立入禁止區域に於ける單なる徘徊すら、三年乃至七年の懲役 (Penal servitude) を以て罰せらるゝに反し、文書の告知、留置及受領に對しては、此等の文書が交附者に寄託せられたる場合と雖も、單に強制勞役を伴ふ又は伴はざる二年以下の禁錮、又は罰金、時としては兩刑の威嚇があるに過ぎない。

以上に引用せられたる刑罰の峻嚴と一致して、フランス刑法に於ても亦、唯一の例外 (第八十二條即ち中立國又は同盟國の利益の爲めにする若干の叛逆行爲犯罪の場合に於ける禁錮刑) を除きて、悉く最重の刑罰が見出だされる。即ち死刑 (3) 又は流刑 (Deportation) を以て通則とし、比較的輕き場合に於てのみ、要塞禁錮 (Défension) が問題となり、しかも此の場合に、『間諜行爲ノ事實ヲ構成スル合意』 (Concert constituant un fait d'espionnage) (第七十八條) は、直に再び加重の效力を發揮する。それ故にフランスが他國に率先して一八八六年、吾人が既に屢々記したるが如き間諜行爲に對する特別法律を發布し、從來の刑法を離れて破廉恥罪の刑罰を廢止し、僅かに尙ほ禁錮 (最高限度五箇年) 又は罰金 (五、〇〇〇フラン以下) の威嚇を存續するといふ、唯一に論理的なる立場に明白に轉向したることは、此の國の最も古き傳統との喫驚すべき絶縁と看做されなければならなかつた。勿論此の改新が必しも一般的に是認せられなかつたと思しきことは、其の後數年ならずして既に、刑罰

を再び著しく峻嚴ならしめんことを主張したる改正提議が現はれたることに依つても明かである (4)。併し乍ら此の逆轉傾向は自己を貫徹することが出来なかつた、さうして最後に行はれたる一九三四年の改正も亦、單に若干の輕微なる變更を齎したるに過ぎず、禁錮刑の最大限度は依然として五箇年に止められた。罰金の最大限度亦、唯一の例外 (一〇、〇〇〇フランまでの加重可能性) を設けたるのみにて、依然として五、〇〇〇フランに止められたが、これは爾來發現したる略ぼ九十%の貨幣價值下落に照應するときは、刑罰の重大なる減輕に歸着するものである。但し戰時に對して同法第十八條は、要塞禁錮を宣告する可能性を豫見して居る。併し乍ら此の法律に現はれて居る大なる進歩は、不幸にして今日に至るまで尙ほ、防諜法と刑法との關係が未だ明確ならざること、即ち一切の間諜者が、實際に於ても亦、此の防諜法の適用の下に裁判せらるゝ状態に達して居ないことに依つて、少なからず妨碍せられて居るのである (5)。

(3) 政治的犯罪に對して死刑を廢止したる一八三〇年の法律が、之に關する漏泄禁止規定にも適用せらるべきか否かについては意見が分裂して居る。但し裁判所は此の疑問を肯定して居る、Menevet 第二卷七〇頁以下參照。

(4) 一八八六年の法律は何等の討議無しに上下兩院を通過した、併し乍ら既に一八八八年には、懲役刑を豫見したる改正案が提出せられた。更に二年の後、一八九〇年には、一步を進めて間諜行爲に對し死刑を施行せんことを主張したる一草案が現はれ、續いて一八九一年、一八九四年春、及一八九四年秋の三草案も亦同様であつた。此の年にかの歴史的有名に達したるドレーフィウス事件 (Dreyfus-Prozess) が始まり、その結果として翌一八九五年中、三を下らざる改正案が現はれたが、中二案は現行刑法を防諜法の趣旨に於て補修せんと欲し、一案は單に軍刑法を一層峻嚴ならしめんと欲するに止まるものであつた。此の最初の二案には、一八九八年に至つて更に第三案が續いた。併し乍ら其の間、ドレーフィウス事件裁判の内部、竝に之を繞つて、斯種



の法律の戦慄的峻厳を固執することは當を得たるものではないと感ぜしめたる諸種の事件が起り、それが爲め當初の法律は暫時の間何等の變更をも加へらるゝことなくして了つたが、一九二一年に、別箇の理由よりして同法の補整が必要とせられた。此の改正案も亦、刑罰の限度五箇年の禁錮といふことを動かさんとしなかつた。但し同案並に其の後一九一三年及一九一四年に出でた兩案は悉く單に草案たるに畢つた。次いで一九一八年一月四日、可能なる刑罰として全財産没收を豫見する一特別法律が發効した。但し此の沒收は、既婚者又は有子女既婚者の場合には、一種の『生前相續分』(Erfolgung bei Lebzeiten)にまで緩和せらるゝものである。一九二二年に至り、一八八六年防諜法の變更に對する草案が更めて議會に現はれ、此の中に初めて、教唆(Instigation)が包括せられ、竝に『産業的又ハ經濟的動員』(Mobilisation industriel ou économique)への延長が豫見せられたが、此の草案並に一九二三年の草案も亦、草案に畢つた。かくて一九三四年、此の異常に長く且つ波瀾に富みたる進化歲月を経て遂に現行防諜法の施行を見るに至つたのである。Manneve 第二卷四一—四二〇頁參照。

(5) 前出一三八頁參照。

次いで本書を包擁する諸國の中に在りては、スイスが率先してフランスの例に倣つた(6)。即ち世界大戰の初頭、半は既存軍刑法の補充として、半は、ユウロッパの中立的旋車盤たる自國の領土内に於ける凡ての事情が、スイスと直接交渉無き國際的間諜行爲の活躍を特に甚しく誘致したる事實に鑑み、一九一四年八月六日命令に依りて間諜行爲防遏規定を發布したること、是である。随つて、其の漏泄及叛逆との没交渉性が、此の法規に於て現はれたるが如く、しかく特に明瞭に認識せられ得たる一犯罪に對して、不當に重き刑罰を科せざることも亦、論理的であつた。但し、スイス國自身に對して向けらるゝ間諜行爲に對しては、謂ふまでも無く、軍刑法の重き漏泄罰則が留保せられた。右の命令は、世界大戰終了後に至つて再び廢止せられた、さうして現行法の諸規定は、尙ほ後條(7)に於

て説明せらるゝが如き理由に基き、軍刑法と防諜法との兩者に分配せられて居る。軍刑法に於ては今日も尙ほ、間諜行爲と漏泄とが混在し、軍事上の祕密の漏泄と同様に、其の探索も亦、懲役刑を以て威嚇せられ、第八十六條更に戰時に於ては死刑をすら宣告をすら可能性が附加せられて居るに反し、他方、過失犯は單に禁錮刑を以て罰せらるゝに過ぎない。『中立違反』の一節に包括せらるゝ、外國の利益又は不利益を目的とする間諜行爲は、禁錮刑又は罰金刑、重き場合には、漏泄及探索と同様に懲役刑を誘致する。主として間諜行爲に對する特別法と名づけられ得る一九三五年防諜法に於ては、刑罰として主として禁錮刑を掲げて居り、且つ『重き場合』には亦懲役刑をも宣告することが出来る。併し乍ら尙ほ後に(8)證明せらるゝが如く、これは特に、精確に觀て、叛逆罪の概念に屬する場合に適用するものである。

(6) 一九一四年改正一八九三年ドイツ防諜法にも亦、懲役刑の威嚇が含まれて居る。

(7) 後出第十二節參照。

(8) 後出第十五節參照。

最後に尙ほオーストリアを挙げなければならぬ。同國の刑法は、既に述べたるが如く、第六十七條に於て文言に従へば勿論單に探索(Spionerie)のみを追究するに過ぎざるが如くなるも、威嚇する刑罰の程度(平時に在りては一年乃至五年、情報傳達の成功したる場合には五年乃至十年、更に戰時に在りては十年乃至無期の重禁錮)より之を觀れば、紛れもなき漏泄規定の意義を有するものであ



る。併し乍ら其の一九三六年新國家保護法に於て此の國も亦今や、新時代の觀念に歸向した、さうして情報勤務(第十七條)を、單に尙ほ二年以下の重禁錮(Strafer Arrest)を以て罰せらるゝ輕罪(Vergeltung)と名づくるに止まつて居る(外國人は右の外、國外に追放せられる)。最後に尙ほ擧ぐべきものは、一九二三年不正競争防止法である。同法は、第十一條に於て禁錮又は罰金の威嚇を規定し且つドイツの不正競争防止法と類似せる方法に於て、經濟的間諜行爲の若干の伴生現象を追究するものである。

以上を總括して吾人は次の如く斷言することが出来る。即ち西歐の最も重要な此等文化國家に於ける間諜者の刑法的取扱の決算は、決して多く賞讃に値するものでない。それは立法が尙ほ未だ、卑劣ならざる犯罪と卑劣なる犯罪との明晰なる區別を徹底的に成就して居ないと謂はんよりは、寧ろ反對に依然として種々雜多なる端緒的試験の域を脱しないからである。刑罰の威嚇を一層現實に即應せしむることは、世人が間諜者に對して時に感傷的とも思はるゝ程の同情を有する事實に鑑みて、頗る重要であるのみではなく、裁判の實際も亦、法の安固といふ見地よりして之を要求する。如何となれば、假りに或る者が紛れもなく間諜を行つた。併し乍ら決して同時に漏泄乃至叛逆の罪を犯した者ではない場合に、若し此の犯人に對する刑罰の威嚇が、裁判官竝に證人の感覺に依り、當初より餘りにも苛酷であると觀らるゝならば、證人に取つては完全なる眞實を發言せざらんとする誘惑、若くは裁判官に取つては手續に於ける何等かの些細なる缺陷を、無罪放免の爲めの口實として利用せんとする

誘惑の生ずることは極めて賭易き事實であり、しかもそれは決して嚴正なる裁判を助成促進する所以でないからである。刑罰威嚇の効力は、其の嚴重性に存せずして、執行の確實性に存することは、かのフランス防諜法が其の起生の直後既に、寛大に失するとして攻撃せられたる當時、ラマツシュ(9)が剴切に道破したるが如くである。

(9) Lammach 一六頁。

戦時間諜者を罰するに死を以てすることは、今日も尙ほ依然として減少せざる效力を以て固執せらるゝ習慣であるが、此の習慣に對して如何なる態度を採るべきかは、其自體として一問題である。如何となれば、今日人が間諜者と看做す者は、實際に於ても亦間諜者たる者のみであり、單なる嫌疑者をも直に追究迫害するの擧に出でざる限りに於て、國際に對し尊重が拂はれて居るとしても、一方、時としては兵士よりも一層危険なる此の間諜者を敵として取扱ふことを無造作に排斥することは出来ないからである。兵士が其の武器拋棄の瞬間に、俘虜としての取扱に對する請求権を有することは、相手と同一なる武器を以て戦ひたる武士に對する古來の尊敬の表現に外ならない。然るに詐謀、虚偽の口實を以て武器とする間諜は、同一の利益を自己の爲めに要求することが出来ない。蓋し、彼の武器は、彼が其の相手を武装せざる状態に於て襲撃することを、其の必然的前提とするが故である。戦闘の武士道性の契點は之と共に著しく減退する、隨つて間諜者に對する反動が兵士に對するよりも峻烈に現はるゝことに對して、少くとも非常なる不正の烙印を與ふことは中らない。



併し乍ら法律の見地よりすれば、間諜者は、今日も尙ほ依然として彼に與へられつゝある取扱よりも一層面目を重んじたる取扱——戦時間諜者は、法律違反よりも敵對行爲の罪を犯したる者に外ならない——に値する。蓋し彼に於て防止すべきものは、其の危険性に在つて、卑劣性に在らざるが故である。論理よりしても亦斯かる見解を餘儀なくせらるゝであらう。何となれば、各國孰れも單に外國の間諜行爲を不可避なるものとして覺悟しなければならぬのみならず、逆に獨自の利益の爲めに自らも亦之を行使しつゝあるが故である。

斯かる場合に若し、故意又は過失に因る叛逆若くは秘密漏泄が、理想的競合に於て間諜行爲と合致するならば、間諜者は、時としてそれが極度に苛酷且つ屈辱的なる場合にも尙ほ適當なりと感ぜらるるが如き刑罰を受くべきことは當然である。

#### 第十節 外國の治外法權的代表者の地位(1)

一國の使臣、公使館附武官、商務官並に領事は、彼等の駐在國に對し、派遣國の公式代表者として若くは法律的に表現すれば、機關として行住する者であり、隨つて國際法上の原則に依り、治外法權的である、換言すれば駐在國の法律の適用を受けない。併し乍らこれは決して、彼等の行爲が其の故を以て如何なる場合にも犯罪を構成し得ないといふことを意味しないことは勿論、治外法權とは當該者の一身に取りての一般的刑罰除斥の原因と同意義であるといふことをすら意味しない。治外法權は

單に、訴訟上の不追究性(2)を實現せしむるに過ぎず、しかも此の不追究性すら、純然たる私的事件——例へば交通上の犯罪の如き——の場合には、駐在國をして治外法權の濫用の印象を懐かしめざらんが爲め、往々にして自發的に拋棄せらるゝものである(3)。此等の國家的代表者の任務は、派遣國との間に存する往復兩途の『交通方向』と對應して、亦二つの領域に分れて居る。即ち彼等は、一方に於て派遣國に代りて各種の交渉談判を行ふと共に、他方に於ては亦、之に劣らざる重要事として、駐在國のあらゆる重要な事件及事情につき、常に派遣國に報告することを任とするものである。

(1) Memmes 第一卷二五頁以下參照。

(2) Jaquet 參照。

(3) 領事は、さなくとも、單に彼等の職務上の行爲に關してのみ治外法權を有するに止まつて居る。

斯くして吾人は、此處でも亦再び、吾人が既に幾度と無く間諜行爲と名づけたる事實報告に逢着する。さうして加ふるに此の事實に報告が依然として或る外國の利益の爲めに行はるゝものであるところよりして、人は之を間諜行爲の客觀的構成要件が明瞭に成就して居るものと認めつゝ、併し『公認せられたる間諜行爲』(Espionage autorisé)(4)として、或る程度まで當初より寛假し、さうして單に治外法權のみが外國使臣を訴追より保護する點に於て、之を國際法的に掩護せらるゝ一犯罪と看做すことが一般の傾向となつて居る。併し乍ら、それにしても外國使臣の斯かる行爲の中に一種の『紳士の犯罪』(J'délit des éhrliehen Mannes)(かの通稅行爲の如きも亦、往々にして斯く呼ばれて居



る)を認むることは、特に彼があらゆる形式に於て其の派遣國を代表して居る者であるだけに一層、うなづき難い何物か含まれて居るが如く感ぜられる。警察に捕へらるゝ間諜者を委任國側が通例として見殺しにすることより見ても、凡ての國家が其の行ふ間諜行爲を決して公然と告白せざる事が現在に於て一般的習慣と爲つて居る。間諜行爲が國家對國家の事件と觀て、依然として無禮なる所業といふ混味を帶ぶるといふ感情は、之に依つて明かに現はれて居る、随つて外交官が行ふ間諜行爲を目安として彼等を特に禮儀を缺く者と看做すことは、たしかに誤謬である。

(4) *Colonien* 一三六頁以下。尙ほ外に *Adler* 一六六頁以下、*Du Moulin Bekart* 六〇頁以下、*Schlatter* 五六頁以下参照。

公使若くは特に駐在武官が知らんと欲するものにして、或る程度まで公式に彼に與へらるゝものが決して少くない、といふのは彼が常に當路の要人等と接觸する機會を有する者であり、さうして特に此等要人の性格の強弱に關して自身直接の印象を掴み得るが故である。かくして駐在武官が例へば駐在國の或る樞要なる指導者が、主動的、身體強健、勇敢にして進攻的であるか、若くは小心翼翼々打算周密であるか、若くは其の他如何なる個人的特性を有するかについて派遣國に通報することを得るのみにても、既に多大なる收穫である。之と相並んで外交官も亦、彼に對して寛嚴の程度に多少の差こそあれ、當初より規定せられて居る途を踏み外さざる範圍内に於て發見し得る多くのことを知り得んと努むるであらう。極めて一般的に觀て、彼も亦、能ふ限り周到に洩らすことなく本國に報告せんことを努むるであらう(6)。併し乍ら其處には自ら一定の限界がある。それは國際的禮儀に依つて劃せ

られ、さうして苟も自己の聲譽を墜さざらんことに意を用ゐる正しき外交官の尊重しなければならぬ限界である。しかも此の限界こそ亦同時に、正しき外交官をして、彼と然らざる者との間に於ける明瞭なる差異を看取せしむるものである。即ち後者は、或種の知識が自己の分にあらざること、竝に之を探索することが駐在國の信賴を濫用する所以であることを知悉しつゝも、尙ほ且つ此の知識を收得せんが爲めに此の限界を蹂躪する者である。國家が外交官に寄する此の信賴こそ、正しき外交官の行動の自由を一定の方向に於て局限するものである。

(5) *Fabreguettes* 七七二頁、『外國の大使及外交官は、彼等が目撃、聞知及推測し得る一切の事につき、彼等の屬する政府に報告することを任務とする辨事者たることは明かである。當事者は宜しく彼等が秘密たることを要すと判斷するものを隠蔽し國防の準備の上に最も厚き遮閉物を投ずべし』云々。

併し乍ら、正しき外交官が、間諜行爲に關する吾人の定義の意味に於て、殆んど自明的に、謂はゆる任意承知者の範疇に編入せらるゝ者なること、換言すれば、彼が其の公式の地位に於て取得したる知識は、彼に取つて『職權に依り明白なる』ものと解釋せられ得ること、竝に隨つて彼が、此の知識の取得の爲めに、間諜行爲構成要件の意味に於ける『特別の豫備手段』を毫も必要とせざる者なることは、何人も容易に看取するところである(6)。隨つて彼の行爲は、獨り主觀的に觀て然るのみならず、客觀的に觀ても亦、間諜行爲の刑法的概念に屬しない。國家が或る外國の使臣に啓示するところのものは、畢竟、國家が相手の國家自身に對して之を告示するものである。如何となれば、使臣は



正しく其の機關に外ならざるが故である。

(6) 之に反して Manneke 第一卷二六頁は、ウィックフォール (Wickforth) の「大使は、國際法の下に庇護せらるゝ高位の間諜に外ならず」といふ言葉を引用して居る。

以上の觀察に照らすときは、情報の單なる傳達を以て、例へば漏泄といふが如き何等かの犯罪の本質的な一特徴と看做すことの如何に謬であるかといふことも亦自ら明かである。如何となれば、傳達は徹頭徹尾、單に目的の爲めの手段に過ぎず、さうして獨り或る知識取得の方法、様式のみが、法律的意思を有し得るが故である。正しき外交官正しからざる外交官も、同一の方法に於て彼等の知識を傳達する。但だ實際に於ては、獨り正しかざる外交官のみが間諜行爲の主觀的構成要件を満たすと同時に亦、客觀的構成要件をも満たすことに依つて兩者の間に區別が生ずるのである。正しからざる外交官も亦、國際法に依つて法律的追求より保護せらるゝことは謂ふまでも無い、しかも非禮儀の極印は依然として彼に纏綿するに反し、外交官の正しき情報傳達は、如何なる點に於ても非難を伴ない得ない。随つて外交官は單に國際法に依つて掩蔽せらるゝ間諜者に外ならずとする。普及せる見解は之を否定しなければならぬ。

## B 各論編

スイス國法律に於ける間諜行爲に對する刑法規定

### 第四章 軍事的間諜行爲

#### 第十一節 軍事的間諜行爲の本質

前に述べたる如く、間諜行爲は其の本質より觀て、事實の確認であり、さうして正確に謂へば、間諜行爲が事とする事實は、或る未必の敵國又は競争者が其の闘争準備の目的の爲めに之を知らんことを切望する事實である。それ故に吾人が軍事的間諜行爲と謂ふならば、それは就中『未必の敵國が軍事的關係に於て興味を有し得る一切の事』の意味である。併し乍ら吾人が本研究の冒頭(1)に於て既に指摘したる如く、刑法的に追究せらるゝ間諜行爲は、純然たる軍事的間諜行爲と相並んで、亦就中政治的並に經濟的事實探知をも包含する、それは、政治經濟とが今日に在りては、最も廣義に於ける國防と極めて密接に結び付けられて居り、随つて軍事、政治及經濟といふ三箇の部類を明確に區別し其の中の最後の二者が戦時に於ては考慮の埒外に在るものと考ふことが出来ないからである。なる



ほど世には、例へば政黨の諸機關が互に行ふ選舉民の情勢偵察、若くは、戦時に於て全然不要なる奢侈品を製造する二人の同業者の競争の附隨現象としての經濟的間諜行爲の如く、一切の軍事的性質を缺く間諜行爲の場合があり、又他方に於ては、例へば、或る新しき戰術的方法の探索の如き、政治及經濟と明瞭に區別し得る。純粹に軍事的なる場合も無いではない。併し乍らあらゆる間諜行爲事件の壓到的多數、就中其の最も重大なるものは、必ず同時に數箇の領域に觸れて居り、隨つて軍事、政治又は經濟といふ風に區別することは、科學的立場よりしては全然不可能である。或る國に於ける其自體として元來非政治的なる諸團體が政治的には如何なる態度を有するかは探索は、其の國の食料品工業乃至紡織工業の事情の知識と同様に、軍事的重要性を有し得るのである。

(1) 前述第一節參照。

之に反して國家の利益は、其の敵が國內に在ると外國に在るとに従つて、其の蒙る累禍が全然異つて居る。第一の場合に於ては、國家の有機組織、政治的秩序が内面的に危險に陥り、之に反して第二の場合に於ては、『國家』といふ個體として他の諸國家に對する關係、其の自存性、安全又は獨立性若くは亦、他の國家に對する中立性が危くせられる。即ち保護の目的物、全體として觀たる國家の共同體利益は、或は國家の内面的安全であり、或は其の外面的安全及獨立性であり、時としては亦中立性なる場合もある(2)。吾人が先に擧げたる間諜行爲の二種(3)、即ち内國の間諜行爲 (Interne Spionage) と國際的間諜行爲とは、其の保護目的物に従つて明瞭に區別せられ得る。

(2) 前出五一—五二頁、並に Thilo 一八五頁、Planinger 一五五頁、Festsleben 二四六頁、Schaller 四八頁參照。

(3) 前出五一—五二頁參照。

それにも拘はらず、以下に於て依然として、軍事的政治的並に經濟的間諜行爲の三分法を持續するのは、斯くすることが吾人の考察せんとするスイス國法律の分類法に合致するが故である。併し乍ら同時に、斯かる法律技術的三分法は、不純正なる法律競合の危險を包藏することも亦確認せられなければならない。といふのは、訴訟事件が重大であればあるほど、或る構成要件を間諜行爲の孰れの領域に攝容すべきかの問題が発生し得るからである。刑の威嚇が凡ての領域を通じて同一ではなく、加ふるに現行法に見るが如く、軍事的間諜行爲が部分的に軍事裁判の管轄に屬して居る限り、右の如き事態は決して絶無でない(4)。

(4) Thilo 一一頁參照。先にスイス聯邦議會は、防諜法が明瞭と精確とを缺くといふ非難を除かんが爲め、之を更に多くの章條に細分せんことを決議した。併し乍ら筆者の觀るところを以てすれば、正しき解決は寧ろ反對に、現在の各種の間諜行爲領域を、單に一種の刑罰威嚇を有する單一の法條に綜合するに在るであらう。尙ほ後出二八〇頁以下頁參照。

軍事的間諜行爲は、原則として内國的にも國際的にも行はれ得るものである。併し乍らそれは法律技術上、あらゆる國に於て専ら其の國際的形式に於てのみ問題とせられ、之に反してかの大逆罪及内亂罪に對する附隨現象として發現することがある、軍事的性質の内國の間諜行爲は、特殊なる犯罪として罰せられない。併し乍ら今日の立法の傾向は、大逆罪の場合に於て極めて一般的に其のあらゆる準備行爲をも刑罰に處することゝなつて居るが故に、斯かる内國の間諜行爲と雖も之に依つて捕捉せ



られる。

スイス國の立法に對應して本章に於ては、専ら國際的、軍事的間諜行爲、換言すれば、スイス國の、即ち其の國防の直接不利益を目的とするものなると、スイス國領土を利用して或る外國の不利益を目的とするものなるとを問はず、凡て外國よりして行はるゝ軍事的間諜行爲のみが論及せらるるであらう。

### 第十二節 軍事的間諜行爲に關する立法の發展

スイス國に於ける軍事は、殆んど排他的に聯邦の所管事項であり、各州には彼等の往時の獨立性の中、此關係に於ては、極めて些細なる殘餘を止むるに過ぎない。それ故に、假令些細とは謂へそれが殘存する以上、理論的には或る州の不利益となるべき軍事的間諜行爲の可能性は依然として存在すると謂ひ得るが、併し吾人の考究に取つて亦、斯る可能性は、理論的に觀察圈外に在るものと看做すを妨げない。如何となれば聯邦が諸州相互間の一切爭議、竝に諸州に對する外國の一切の攻撃に對する措置を聯邦自身の專管事項と看做す(1)と共に、一方、戰を宣し和を講ずる權限も亦、獨り聯邦のみ之を有し(2)、隨つて軍隊制度に關する全部の立法も亦、聯邦に一任せられて居るからである(3)。

(1) BV 第十四條及第十五條。

(2) BV 第八條。

(3) BV 第二十條。

それ故に、間諜行爲に關する規定は、之を、現行一八五三年聯邦刑法の中に求めなければならぬであらう。併し乍ら同法の當該章『スイス聯邦ノ外面的安寧ニ對スル罪』(Verbrechen gegen die äussere Sicherheit und Ruhe der Eidgenossenschaft) (第三十六條乃至第四十條)には、一も間諜行爲に對する直接規定を含まず、又、一般的形式に於て叛逆罪を説明して居る第三十八條(4)も亦、僅に間諜行爲の若干の附隨現象を捕捉し得るに過ぎない。

(4) BZG 第三十八條、『スイス國の境界ヲ故意ニ變更シ又ハ不明ナラシメタル者、若クハ文書ノ竊取、破毀又ハ變造ニ依リ、若クハ其ノ他ノ不法行爲ニ依リ外國ノ利益ヲ援助シテスイス聯邦ノ不利益ヲ誘致シタル者、若クハ斯カル行爲ヲ幫助シタ者ハ懲役刑ヲ科ス』。

更に亦、間諜行爲防止の必要がスイス國に於ては多年の間、全然感ぜられなかつたかの觀もある。といふのは、スイス刑法典に對する當初數次の草案に於ても、單に漏泄に對する規定のみが見出ださるゝに過ぎないからである。奇異なることには、其の後スイス國に於て最初に危險なるものと認められたものゝ、單に吾が中立國土を根據地として利用するといふに止まり、其の他に於ては全然スイス國と何等の關係なく、専ら他國を目標とする間諜行爲であり、しかも注目すべきことは、一九一四年春——即ち世界大戰直前の一般的軍備擴張と當時既に激烈を加へつゝあつた政治的緊張との時期に於て——刑法草案の審議に従事して居た『第二專門委員會 (Die Zweite Expert enkommission)』に、左の



如き内容を有する新しき第二百二十二條其四の制定を提案したる者が、餘人ならぬ國際法の碩學マックス・フーバー教授 (Prof. Max Huber) 及、當時の警保局長クロイナウエル (Bundesanwalt Kronauer) 即ち實地に於て幾多の國際的犯罪と接觸したる一人であつたことである。同條の内容は次の如くであつた。

『外國ノ軍事上ノ秘密ノ探索。

『他ノ一外國ニ之ヲ交付センガ爲メ業トシテ一外國ノ軍事上ノ秘密ヲ探知スル者、此ノ目的ノ爲ニスル施設ニ關與スル者ハ禁錮ニ處ス』(5)。

(5) 之に對する直接動機と爲つたものは、ヂエネーヴに於ける Laffin 事件であつた。

併し乍ら同専門委員會は斯かる法條に對してあらゆる疑問を表明した。即ち、スイス國としては、外國が間諜行爲に依つて探索せらるゝことに對して之を保護するに助力すべき因縁は全然無く、況んや義務は當然尙更無い、そのみならず、抑もスイスの裁判所が、或る外國に取つて何物が軍事上の秘密であるかを判断せんと欲することが、謂はば一種の越權の如く感ぜらるゝではないかといふことが指摘せられた。斯くして結局此の規定は、専門委員會に依り、滿場一致を以て否決せられた。

(6) 一九一四年四月二十九日第二讀會。尙ほ第二専門委員會議事録第四卷、一九一四年四月十五日、三四〇—三四二頁參照。

併し乍ら現實は別箇の途を進んだ。即ち、世界大戰の勃發後直ちに、斯様の間諜行爲に對する措置がスイス國の中立性の理由よりして極めて緊急なることが判明し、且つスイス國自身に對して差向けらるゝ間諜行爲の重要性も亦同時に認識せられたが爲め、聯邦政府は、此の兩様の意味に於ける間諜

行爲を刑罰に附せんが爲、既に一九一四年八月六日、其の非常權限を要求しなければならなかつた。此の『一九一四年八月六日戰爭狀態に對する刑罰規定に關する命令』 (Verordnung betreffend Strafbestimmung für den Kriegszustand vom 6. August 1914) 第三條は、從來の軍刑法第四十二條を次の如く補足した。

『右ノ外左ニ掲グル者ハ漏泄ノ罪ヲ以テ之ヲ論ズ

一、戰爭ノ場合ニ對シ又ハ戰時ニ於テスイス聯邦ノ安寧ノ爲メ之カ秘密保守ヲ必要トスル事實、豫備手段又ハ目的物ヲ外國、外國ノ代理者又ハ一般公衆ニ知ラシメ又ハ接近可能ナラシメンカ爲メニ探索スル者

戰爭ノ場合ニ對シ又ハ戰ニ於テスイス聯邦ノ安寧ノ爲メ之カ秘密保守ヲ必要トスル事實、豫備手段又ハ目的物ヲ外國、外國ノ代理者又ハ一般公衆ニ知ラシメ又ハ接近可能ナラシムル者

二、……………

三、……………

斯くして四半年前にしかくつれなく取扱はれたるフーバー教授及クロイナウエル氏の提案は、同令第五に於て次の如く其の結實を見出した。

『スイス國領土内ニ於テ外國ノ利益ノ爲メニ情報勤務ヲ行フ者ハ禁錮竝ニ二萬フラン以下ノ罰金ニ處ス



通信及材料（傳書鳩、飛行機、自動車等）ハ之ヲ沒收ス』

本命令に於て刑罰を以て威嚇せらるる凡ての行爲は、軍事裁判所に附託して其の判定に委ねられた。

先に提議せられたる刑法草案第二百二十二條其四に比較して、本令第五條の文言に見らるゝ一大進歩は『秘密』の語に代ふるに『情報勤務』(„Nachrichtendienst“)との語を以てしたる第三條は爾來極めて稀に適用せられたが、之に反して第五條の規定を適用せられた裁判事件は二百件以上に及んだ。さうして間も無く、此等の事件は通則としてスイス軍隊と何等の關係をも有せざるが故に、正當には通常裁判所の管轄に屬すべきものであることも認められた。かくて一九一六年二月二日命令を以て此の第五條は、其の適用が聯邦刑事裁判所 (Das Bundesstrafgericht) に委任せられたる限に於て、一九一四年八月六日命令より除去せられ、爾來聯邦刑事裁判所は、これまでの凡ての軍事裁判所を總計したるよりも遙に多くの關係事件を判決した。

世界大戦及大戦のスイス國に及ぼしたる凡ての効果の清算と關聯して、一九一四年八月六日命令は一九二〇年一〇月一日を以て、再び全部失效し、之と共にスイスの防諜規定は一先再び過去のものとなつた。

作し乍ら、斯うした間にも、此の新に生れ出でんとする法律の發展は決して休止したのではなかつた。即ち一九一四年の晩秋、刑法草案を取扱ふ専門委員會が更めて會合して數次の審議を遂げ、さう

して再び第二百二十二條其四に關する彼等の決議に復歸した。それは第三國の利益の爲めにスイス國土に於て行はるゝ間諜行爲の放任を容さざることが、幾多の現實事情に依つて明かに立證せられたからであつた。かくて委員會は一九一四年一月一六日、四分の三の多數（一四對五票）を以て、草案第二百二十二條に第三號を採り入れた。これは、一九一四年八月六日聯邦政府命令第五條に合致し、隨つて前年の委員會の立場を正反對に轉回せしめたものであつた(7)。些細なる若干の變更を以て此の規定は『一九一六年暫定草案』(„Vorwurf 1916“)の中に其の第二百六十七條として、次いで一九一八年の確定草案に於て第二百六十五條として復活し、『外國ニ對スル犯罪』(„Verbrechen gegen fremde Staaten“)の章に收容せられ(但し同章は其の後に至りて、『外國ニ對スル關係ノ破壞』—— „Störung der Beziehungen zum Auslande“ ——と改稱せられたことは正當である)、『外國ニ對スル情報勤務』(„Nachrichtendienst gegen fremde Staaten“)の欄外標題の下に左の如き文言と爲つた。

『スイス國の領土内ニ於テ一外國ノ爲メニ他ノ外國ノ不利益ト爲ルヘキ軍事的情報勤務ヲ行フ者、前段ノ情報勤務ニ幫助ヲ與フル者ハ、

禁錮及罰金ニ處ス

通信及材料ハ之ヲ沒收ス』

(7) 第二専門委員會議事録第四卷、一九一四年一月、九六—九九頁參照

之に依りて單に間接の影響をスイス國に及ぼすに過ぎざる間諜行爲の一種類を犯罪と宣言したる以上、直接にスイス國を目標とする間諜行爲に對しても刑罰を科することは自然の數である。先に擧げ



たる一九一四年八月六日命令第三條は、謂ふまでもなく單に軍刑法の一補足に過ぎなかつたが、併しそれは決して單に軍人の犯罪のみの問題でなかつたが故に、人々が斯種類の間諜行爲をも通常刑法中に編入せんと欲したることは當然であつた。それ故に此の第三條を基礎として一九一六年暫定草案の中に、第二百三十六條の一條が加へられたが、同條は更に一九一八年草案の中に、其の決定的形式に於て第二百三十四條として『國及國防ニ對スル犯罪』(Vergehen gegen den Staat und die Landesverteidigung)の章中に在りて、『漏泄。軍事上ノ秘密ノ叛逆的侵害』(Verletzung militärischer Geheimnisse)の欄外標題の下に、次の如き文言となつて居る、

『一、國防ノ見地ヨリ之ヲ秘密ニ附スル事實、豫備手段又ハ目的物ヲ外國、外國ノ代理者又ハ一般公衆ニ知ラシメ又ハ接近可能ナラシメンカ爲メニ探索スル者

國防ノ見地ヨリ之ヲ秘密ニ防スル事實豫備手段又ハ目的物ヲ外國、外國ノ代理者又ハ一般公衆ニ故意ニ知ラシメ又ハ接近可能ナラシムル者ハ

懲役ニ處ス

二、前號ノ行爲カ現役期間中ニ行ハレタルトキハ懲役刑ハ三年ヲ下ルコトナシ

三、犯人ノ行爲過失ニ因ルトキハ禁錮ヲ刑トス』(80)。

(8) 此處に至るまでの防諜立法の發展に關しは Schaller 四〇頁以下參照。

此の規定に對する補充として、右の外、一九一六年暫定草案に於て、輕微なる違警罪構成要件の補

捉の爲め、チューブリンの提議に遡源したる(9) 第三百四十一條の一箇條が採り入れられた。同條は一九一八年草案中、第三百三十四條として、『國防ニ對スル違警罪。軍事上ノ秘密ノ侵害』(Übertretungen gegen die Landesverteidigung. Verletzung militärischer Geheimnisse)の欄外標題の下に、次の文言を以て反復せられて居る。

『軍官憲ニ於テ之ニ接近スルコトヲ禁止シタル要塞區域、營造物又ハ其他ノ場所ニ權限ナクシテ侵入スル者

要塞ノ設備、軍事上ノ營造物又ハ目的物ヲ模寫スル者

前段ノ模寫ヲ複製又ハ公表スル者ハ

拘留又ハ罰金ニ處ス。

未遂ハ之ヲ罰ス』

(9) Zöblin 一五九頁。

一九一八年七月二三日附スイス國刑法確定草案は、此の法律計畫に取つて約二十五年の發展歲月を閲したる後の一大段落を意味した。それは此の計畫が此の草案を以て初めて『議會上程に熟したる』が故である。併し乍ら此の大事業を之に依つて普通の期間内に完成、即ち法律化せしめんとする希望は、先づ世界大戰の終局と共に忽ち消滅した。それは單に議會が、間もなく其の兆を示した新しき時代の到來と共に、全般的に仕事に忙殺せられたのみならず、特に刑法の領域に於て更に他の一障礙が



之に附け加はつたからである。といふのは、大戦中の現役時代の経験に依り、軍刑法が完全に時代遅れのものであることが、あらゆる明瞭さを以て示されたからである。蓋し軍刑法は當初専ら戦時刑法として案出せられたものであり、平時に對して單に若干の減輕を豫見するに過ぎなかつた。併し乍ら孰れにしてもそれは嚴苛に過ぎた、さうして夙に其の刑罰最低限度の高さに因りて國民の間に往々多大なる反對を喚起した。

休戦協定の締結後、全世界を風靡したる戦争倦怠と呼應して、此の反對は一九一九年中、聯邦議會に於て、軍事司法其の物の全廢を主張したる社會主義者の動議をすら出現せしむるに至つた。

併し乍ら、聯邦政府は是より先き既に現役時代中より、軍刑法の改正の緊急なることを明かに認識して居た、さうして夙にチュリッヒのハフター教授 (Prof. Hafter) に改正法律草案の稿成を委嘱し、同草案も亦既に一九一六—一七年至つて提出せられた、さうして聯邦政府に依つて任命せられたる一委員會の審議を経て、聯邦政府案の形式に於て議會に現はれたのである。

然るに間も無く軍刑法の改正の方が、通常刑法の手入れよりも急を要するものと認められた、さうして同時に双方の事業に着手することを得なかつたが爲め——特に當該の議會委員會が、大體に於て同一の顔觸れの議員より組織せられて居たが爲め——大草案は後廻しとなつて、軍刑法に議會の審議の優先權を譲らなければならなかつた。しかも議會の審議は、漸く一九二一年春に至つて初めて上院に依り開始せらるゝことを得た。

軍刑法草案に於ては、通常刑法草案第二百三十四條が第八十七條として、又、第二百六十五條Eが第九十四條として、双方共に略ぼ正確に其の模範の文言を踏襲しつゝ、再び現れた、さうして最後にも亦、第八十六條及第九十三條として、殆んど變更せられざる體裁に於て全法案と共に、一九二七年六月一三日に法律と爲つた。

之に依りて、犯罪構成要件の法律的定義は殆んど異議が無かつたが、その代りに、市民刑法草案の其の後の發展に於ける遷延は、此のまゝ黙認すべきか否かについて多大なる議論が生じた。それは、間諜行爲に對する決定的刑罰規定の創造が、世界大戦後も依然として痛切に必要と感ぜられ、殊に、臨時的戦時措置の性質を有した、一九一四年八月六日命令も亦、其の後（一九二〇年）既に再び廢止せられて居ただけに一層此の感が深かつたからである。即ち、平人を軍刑法の適用領域の中に包含することに依つて、實際上の必要の爲めには此の缺陷を簡單に補充することを得た、併し乍ら元來、軍刑法は、一般平人に對する法律ではなしに、軍人に對する法律を制定せんと欲するものなるが故に、右の如き着想に對しては重大なる原則上の疑問があつた。それ故に此の思想の反對者の中には、若し一般的草案の法律化を待つことを欲しないならば、寧ろ一般市民に適用する特別法を發布するを可とすると提議する者もあつた(10)。

(10) 下院議員 Mammour 議事速記銀一九二五年六月二日。

聯邦政府の作成したる軍刑法草案は、人的適用範圍を、平時に於ては主として全然軍人 (Militärrichter)