

刑法三五条の制定

内田 文昭

一 はしがき

一一九〇八年、J・ハインベルガーは、内外比較刑法論の総論第四卷に、「業務権及び類似事項」と題する論文を寄せ、「正当な業務」にもとづく行為につき規定した稀有の立法例として、一九〇七年（明治四〇年）のわが刑法三五条を指摘した。⁽¹⁾そして、日本の立法者は、当時のドイツ刑法学の教科書が開拓した「業務権」を、実定法の中に活かしたのであろうと推論したのである。⁽²⁾一八八〇年（明治一三年）旧刑法七六条の限定的な「命令遵守行為の不可罰」宣言から、現行刑法三五条の包括的な「正当行為許容」規定への発展につき、かねて諸種の疑問を感じていたわたくしにとって、J・ハインベルガーの右の指摘は、殊更に興味深く、かつ、示唆的であつた。すなわち、フランス刑法（一八〇年）・ドイツ刑法（一八七一年）に先例のない「正当業務行為」を、なぜ、わが刑法が規定しようとしたのかにつき強い関心をもち、おそらく、当時の先達は、リストIIペンディングなどの「業務権論」に目を向けたに違いないと推測していたわたくしの理解が、ハインベルガーの指摘によって補強されたように思われたのである。⁽³⁾ 団藤博士も、

三五条は、この種の立法例中、最も古いものに属するものであることを指摘されている。⁽⁴⁾

だがしかし、リストやビンディング⁽⁵⁾の見解は突如として現われでてきたわけのものではない。現に、「法律にもとづく行為」・「権利行為」を処罰しないというのは、ローマ法以来の伝統なのである。⁽⁷⁾一五三二年カロリナ刑法典一四二条等の「適法なる免責せらるべき正当防衛」、同二一九条の「皇帝・王の認許にもとづく復讐」、同一五〇条の「職権的逮捕に対する抵抗者の殺害」がこれを継受したものといえようし、同一三四条の「医師の不相応なる医術による殺害」の処罰規定⁽⁹⁾は、「相応なる医術」の不処罰を示唆するものと考えうるであろう。同一四六条の「適法なる禁止せられざる行為」の免責規定がこれを確認するであろう。⁽¹⁰⁾一七九四年プロイセン普通ラント法第二部第二〇章第九節五一条の「権利の合法的行使」の不処罰、五五七条以下の「懲戒権・叱責権行使」の不処罰などや、一八一〇年フランス刑法典三二七条の「法律によって命令され、または、権限ある官憲によって指令された殺人・傷害・暴行」の不処罰、一八一三年バイエルン刑法典一二四条の「権利の合法的行使」の不処罰なども、勿論この流れの中に位置づけられよう。

(1) J. Heimberger, *Berufsrechte und verwandte Fälle*, VDA. Bd. IV, 1908, S. 28.

ちなみに、ハインベルガーは、大場博士の翻訳になる „berechtigtes Beruf“ を前提とし (J. Heimberger, a. a. O. S. 28) ‘クラインフェラーは、わが現行刑法三五条の「正当業務行為」として、ロェンホルムの翻訳になる „berechtigtes Berufsgeschäft“ を前提とするが (G. Kleinfeller, *Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten*, VDA. Bd. I, 1908, S. 320) ‘いずれも実質的な相違を示すものではないといえよう。なお S. Oba, *ZStW*. 28, 1908, S. 219.

(2) J. Heimberger, *VDA*. IV, S. 28.

ちなみに、クラインフェラーは、この点につき、触れるところがない。

- (3) ハイネルガーの指摘を知ったのは、実はごく最近のことである。この点、不勉強を深く反省する。
 - (4) 団藤重光・刑法綱要総論〔第三版〕(平四)二〇二頁注(二)。
 - (5) F. v. Liß, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2 Aufl. 1884, S. 122ff.
 - (6) K. Binding, *Handbuch des Strafrechts*, Bd. I, 1885, S. 791ff.
 - (7) たとえば、学説彙纂第九卷第二章第三法文(殺人は違法でなければならぬ)、同第九卷第二章第四法文前文(正当防衛を許すのは、自然の理性的根拠にはかならない)、同第九卷第二章第五法文第一分節(違法な殺人とは、法にもとづかない殺人、すなわち、法に反する殺人である。責を負うべき侵害が違法である)、第三分節(教師には、節度のある懲戒のみが許される)、同九卷第二章第八法文前文(医薬の不適切使用)、同第九卷第二章第三七法文前文(違法命令遵守は、命令権者の命令によるものであるときは、命令権者のみにアクイリオ法の適用があり、そうでないときは、実行者のみにアクイリオ法が適用される)、同第九卷第二章第四九法文第一分節(火災から家を守るために隣家を取り壊すのは、正当な危惧感にもとづくもので、アクイリオ法の適用はない)などを指摘しうるであろう。Digestorum D. Iustiniani, *Corpus juris civilis*, I, ed. D. Albertus etc. 1848, p. 190, 195-196.
 - (8) A. v. Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11 Aufl. 1832, §§ 32ff. なお、本文引用のカロリナ刑法典各本条については、Die peinliche Gerichtsordnung, herausgeg. von H. Zoepfl, 1876, S. 109, 117ff., 129; 塙浩「カルル五世刑事裁判令(カロリナ)」神戸法学雑誌一八卷二号二六六頁以下、二七二頁。
 - (9) H. Zoepfl, a. a. O. S. 113; 塙・前掲誌一八卷二号二六四頁。K. Binding, *Handbuch*, I, S. 803f.
 - (10) カロリナ一四六条は、従来、「過失犯処罰」の見地でとらえられるのが一般であった(内田文昭「過失犯論の史的展開について」同・研究第一卷(平二)二二五頁以下)。しかし、その出発点は、「適当なる禁止せられざる行為を、かかる行為が行なわれるべき相応なる所にてなし、しかし、これによりて、偶然のまったく故意ならざる仕方にて、行為者の意に反して何びとかを殺害するときは、当人は、適切には名づけらるべからざる多くの仕方にて、免責せらる」というのであって(塙・前掲誌一八卷二号二六九頁)、「合法行為不処罰」を確言したものと考えるべきであろう。ヒンディングも、このような理解を否定はしていない(K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. IV, 1919, S. 127 Anm. 2)。
- 尤も、ローマ法以来、ベリングに至るまで、違法阻却と責任阻却の明確な分離はなかったといわざるをえないから(内田文昭「近代ドイツ刑法における『違法』と『責任』」警察研究六五卷四号一頁以下、五号一〇頁以下)、本稿でも、この点については、十

分に意識を払って立論することにした。

二 ところが、「合法行為・権利行為」不処罰の方向は、その後の立法例から姿を消すに至った。わが旧刑法六七条の「命令遵守行為」不処罰は、残されたフランス刑法三二七条の方向を継承したことになる。

このような経緯の中で、わが現行刑法三五条は、「法令行為」・「正当業務行為」の不処罰を宣言したのである。改めて、その制定の由来を、より包括的な見地から訊ねる必要がある。本学法学部創立三十周年の「歴史」を記念し、本稿を草するゆえんの一端である。

二 プロイセン普通ラント法・バイエルン刑法典の「合法行為」

一 一七九四年のプロイセン普通ラント法第二部第二〇章「犯罪とその刑罰について」は、一五七七条を数える広汎な刑罰法規である。⁽¹⁾ その啓蒙主義的・警察国家的色彩は、第二部第二〇章の冒頭が、為政者・上司の悪徳防止義務や犯罪防止義務を明定(一条)し、年長者・教師の訓育義務を明定(二条)したことに端的に窺われるであろう。「官吏犯罪」が重視され(第二部第二〇章第八節)、職権濫用罪(三二三条以下)や賄賂罪(三六〇条・三六一条)などと共に、上官と部下の犯罪誘致関係等が詳細に規定された点(三四二条以下)も、この流れに沿うものといえよう。

しかし、他方、「権利行使そのもの」は、決して処罰されることはなかった。「私的犯罪」(第二部第二〇章第九節五〇九条以下)の基本原則として、「法律によって定められた制限の範囲内で自己の権利を行使する者は、それによって他の者に生じる損害につき、処罰されるものではない」という一般的規定がおかれたのである(五一五条)。「正当防衛」の許容規定が、これに続き(五一七条以下)、住居権保護規定が、さらにこれに続いた(五一五条以下)ことも、注目に

値し⁽²⁾よう。

また、第二部第二〇章第一〇節「インユリア」(五三八条以下の人格侵害)に関して、親権者・後见人・教師・上官・上司等の「懲戒」・「叱責」は、インユリアとはいえない場合があること(五五七条以下)。なお、第二部第二〇章第一節六九条、第二部第二〇章第一節「身体傷害」(六九一条以下)に関して、無免許の医療行為・医薬品販売等が禁止されたこと(六九三条以下)なども、看過してはならないであろう。

ところが、J・ハインベルガーは、普通ラント法の「懲戒権」規定のみをとりあげ、かつこれを「業務権」許容の数すくない立法例としてとらえようとしたにすぎないのである。⁽³⁾尤も、普通ラント法では、「医療業務権」は宣言されていなかったから、これをとりあげなかったことにも一理がないわけではないが、「無免許医療」等が禁止されたという⁽⁴⁾ことは、その反面として、公認の医療行為は許容されるということの意味する筈であるから、ハインベルガーの分析・検討は十分ではなかったといわざるをえないであろう。

また、ハインベルガーは、同じ内外比較刑法論総論第四巻に「合法行為と違法行為」と題する論文を登載したが、普通ラント法第二部第二〇章第九節五一五条の存在はこれを全く指摘しなかったのである。⁽⁵⁾

勿論、プロイセン普通ラント法上の「合法行為」・「正当業務行為」は、個別的・断片的であり、体系的なまとめには程遠いものがあつたといわざるをえないが、すくなくとも「権利行為」許容の一般的宣言は、立法史上、極めて重要な意義を有するものといふべきであろう。

(1) 一七九四年プロイセン普通ラント法第二部第二〇章のテキストとしては、¹⁾ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, neue Ausgabe, Teil II, Bd. II, 4, Berlin, 1817, S. 488ff.* を使用している。

(2) プロイセン普通ラント法における「権利行使」・「正当防衛」・「緊急避難」(窮迫状態)については、内田・前掲警察研究六四巻四号二二頁以下。

(3) J. Heimberger, VDA.IV, S. 16ff.

(4) K. Binding, Handbuch, I, S. 801ff.

尤も、ビンディングもまた、普通ラント法六九三条以下をとりあげようとはしなかった。

(5) J. Heimberger, Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln, VDA. Bd.IV, 1908, S. 1ff.

二 一八一三年のバイエルン刑法典になると、「合法行為」は、かなり整理されてきた。すなわち、「被害者の有効な承諾にもとづく行為」(二二三条)・「権利の合法的行使」(二二四条)・「正当防衛」(二二五条以下)は、総則第五章「可罰性を阻却する事由」中に、「違法阻却事由」として、一括規定されるところとなったのである。⁽¹⁾「合法行為」が、総則に一括規定されたことは、普通ラント法にくらべて格段の体系的進歩であるといえよう。⁽²⁾

尤も、「緊急避難」(二二二条八号)は、「責任無能力」(二二〇条)・「錯誤」(二二一条六号)や、「上官の違法拘束命令による職権濫用・職務違反」(二二三条)と共に、「責任阻却事由」ないしは「可罰性阻却事由」にすぎないものとされたから、⁽³⁾「違法阻却事由」との相違につき、深刻な問題が残されたのであるが、⁽⁴⁾これは、本稿とは直接関係のない問題領域に属するから、今は一応措くことにしよう。問題は、「医療行為」等の「業務行為」である。⁽⁵⁾これについては、バイエルン刑法典は、普通ラント法と違って、手掛りとなる規定を置いていないのである。この限りでは、J・ハインベルガーの指摘が当たっていたということになる。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

しかしながら、プロイセン普通ラント法といい、バイエルン刑法典といい、すくなくとも、「合法な行為は罰せられることはない」という基本原則を法律上明示する態度にでていたことは、これを率直に認める必要があろう。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

- (1) Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern, Bd. I, 1813, S. 297ff.
- (2) 内田・前掲警察研究六四卷四号一四頁以下。
- (3) Anmerkungen für Baiern, Bd. I, S. 297ff.
- (4) 内田・前掲警察研究六四卷四号一七頁以下。
- (5) 尤も、外科手術や母体のための妊娠中絶手術等は、「傷害罪」(一七八条以下)・「墮胎罪」(一七二条・一七三条)の要件たる「違法な故意」を欠くものとしてとらえられた可能性はあると思われる。Anmerkungen zum Strafgesetzbuche für das Königreich Baiern, Bd. II, 1813, S. 43ff., 51ff.
- (6) 前出、一注(1)。
- (7) フォイエルバッハは、「法規」にもとづく行為、「認許」にもとづく行為、「法義務」にもとづく行為を「合法行為」に属するものとして、「被害者の承諾」にもとづく行為・正当防衛に並列させるだけであった(A. v. Feuerbach, Lehrbuch, II Aufl. §§ 32ff.)。なお、前出、一注(8)。
- (8) ちなみに、一八一三年バイエルン刑法典二〇五号は、「懲戒権濫用」による「傷害」等につき規定した。したがって、「許容される懲戒」が前提とされていることは疑いのないところであるといわなければならない(Anmerkungen für Baiern, Bd. II, S. 89)。
- (9) 「合法行為不処罰」の宣言にでたものとしては、さらに、一八四〇年ハノーバー刑法典をあげることができる。すなわち、同法典は、総則第五章「可罰性を阻却ないしは消滅させる事由」の冒頭七七条に「権利の合法的行使」を掲げ、七八条以下に「正当防衛」、八二条以下に「責任無能力」・「錯誤」・「緊急避難」を規定し、八五条に「上官の違法拘束命令による職権濫用・職務違反」を規定するという態度にでたのである。

三 その後の立法・学説における「合法行為」とわが刑法の態度

一八一三年バイエルン刑法典や一八四〇年ハノーバー刑法典のような立法態度は、その後次第に姿を消すよう

になった。一八三九年ヴュルテンベルグ刑法典九五条以下⁽¹⁾、一八四一年ザクセン刑法典六六条以下、一八四五年バーデン刑法典七〇条以下にこの方向が顕著に窺われる。一八五一年プロイセン刑法典・一八六一年バイエルン刑法典・一八七一年ドイツ帝国刑法典も、その延長上にあった⁽²⁾。一八六一年バイエルン刑法典の態度につき、J・ハインベルガーは、「合法行為不処罰」は「おそらく自明のことであるとして規定されなかったのであろう」という理解を示した⁽³⁾。「合法行為」が処罰されないのは「自明の理」であるから敢て規定するまでもないという態度は、J・ハインベルガーをはじめとする当時の一般的見解であったといえよう⁽⁴⁾。クライنفエラーも、全く同じ理解を示した⁽⁵⁾。

これに対して、ベッセラーは、一八五一年プロイセン刑法典一八一条・一八二条の「墮胎罪」に関し、医師が、母体の安全のために墮胎し、または、胎児を殺害するのは、「業務上の義務」であるとしたことであつた⁽⁶⁾。リストやビンディングが、「職務行為」・「業務行為」の「合法化」を力説したのも、「自明の理」の立法化は決して無駄ではないし、「自明の理」と、そうまではいえない場合の「限界」に関しては、適切な立法を必要とするという認識にもとづくものといふべきである⁽⁷⁾。

(1) 一八三三年ヴュルテンベルグ刑法草案一二三条は、「権利の合法的行使」を規定したが、一八三三年ヴュルテンベルグ刑法草案からは姿を消している。

(2) Goldammer, Die Materialien zum Straf = Gesetzbuche für die Preussischen Staaten, Teil I, 1851, S. 403ff., 411ff.によれば、一八五一年プロイセン刑法典は、「緊急避難」・「上官の違法拘束命令遵守行為」等についてはこれらを規定する「必要がない」という態度をとつたのである。

(3) J. Heimberger, VDA.IV, S. 3.

(4) 前注(1)。

- (5) G. Kleinfeller, VDA. I, S. 321f.
- (9) G. Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, 1851, S. 360.
- (7) F. v. Liß, Lehrbuch, 2 Aufl. S. 123ff.; ders. Lehrbuch, 21 u. 22 Aufl. 1919, S. 132ff., 144ff.; K. Binding, Handbuch, I, S. 791 ff., 801ff.

尤も、リストは、医師の「業務権」を唱えるのは誤りであるという。しかし、それは、「正当目的の正当手段」という違法阻却の基本原理に含まれるというのであって、「業務権」の内容そのものを否定するものではないことに注意しなければならない (F. v. Liß, Lehrbuch, 21 u. 22 Aufl. S. 147)。

二 「合法行為」が処罰されないのは「自明の理」であるからこれを規定する必要はないという態度は、決して正當なものとはいえない。このような態度を徹底するならば、およそ「刑法総則」の大部分が「不要」となるに違いないのである。

尤も、説の対立が激しすぎて、その選択のむづかしきゆえに、立法を差し控えるという場合もないわけではない。しかし、「自明の理」であるという理由だけで立法を断念するのは、賢明でないというべきである。「自明の理」の「限界」につき規定を設けることは、むしろ必要なことに属するのである。現に、「正当防衛」・「緊急避難」の規定しかなない最近のドイツ刑法では、「超法規的違法阻却事由」の要否をめぐり、無用の混乱を招来していることを想起する必要がある⁽¹⁾。

勿論、「違法阻却事由」をすべて個別的・網羅的に規定することは、立法技術的に困難であり、論理的にも不可能なことに属するかもしれない⁽²⁾。しかし、包括的・一般的な「許容規定」を設けることは、十分可能なのである。包括的な処罰規定は罪刑法定主義に反するが、包括的な許容規定は、何ら罪刑法定主義的制約に服するものでないことも、

また多言を要しないであろう。⁽³⁾

(1) この点は、ハイニッツが的確に指摘するところである。E. Heintz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Str. Abh. H. 211, 1926, S. 108ff., 120.

(2) J. Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit, Binding-Festschrift, Bd. II, 1911, S. 275ff., 358ff.; E. Heintz, Str. Abh. H. 211, S. 112ff.

(3) 包括的・一般的な「許容規定」を設けることにより、実定法を越えた価値に違法阻却事由の根拠を求めざるをえなかった「実質的違法性論(超法規的違法阻却事由論)」の苦悩(F. v. Liß, Lehrbuch, 21 u. 22 Aufl. S. 133ff.)も解消するに違いないのである。後出、三・三注(1)。

三 ここにおいて、わが現行刑法三五条は、「法令行為」と「正当業務行為」はこれを処罰しない旨を宣言した。勿論、違法阻却事由(正当化事由)としてである。これは、J・ハインベルガーやクライنفエラーの批判にもかかわらず、立法史的には、まさに画期的なことであつたといわなければならない。その解釈論上の成果も測りしれないものをもっているといえよう。⁽¹⁾

しかし、本稿の「ねらい」は、三五条の由来を訊ねることにある。以下、この問題に焦点を絞って検討を進めよう。さて、旧刑法七六条は、「本属長官ノ命令ニ従ヒ其職務ヲ以テ為シタル者ハ其罪ヲ論セス」と規定するのみであつた。さきに一言したように、まさに「命令遵守行為」の不処罰宣言にすぎなかつたのである。尤も、ボアソナードの「日本刑法草案」(明治一〇年)八八条は、「左ニ記載シタル諸件ニ於テハ其罪ヲ論セス」として、その第一に「抗拒ス可カラサル脅迫」によって「已ムヲ得ス」脅迫者の意に従つたとき、第二に、天災その他によって「避ク可カラサル危難

二遇ヒ自己及ヒ親屬ノ身体ヲ防衛」したときを掲げ、さらに、その第三に、「法律ヲ執行シ又ハ本属長官ノ職務ヲ以テ命令シタル事件ヲ執行シタ」ときを掲げていた。⁽²⁾ いずれも「自由」を失い、「已ムヲ得ズシテ悪事ヲ行」った場合であるとされるのであって、正当防衛が「殺傷ニ関スル宥恕及ヒ不諭罪」として、各則三四三条以下に規定されたにすぎないことと相俟つて、⁽⁴⁾ 違法阻却と責任阻却の混淆・不整理の批判を免れえないであろうが、この点は今は措こう。⁽⁵⁾ 問題は、「法律ヲ執行」する場合が削除されたかたちで旧刑法七六条が制定されたゆえんである。

ところが、この点については、現在のところ、その根拠を明らかにすることができないのである。旧刑法は、草案八八条を七五条（草案八八条一・二）と七六条（草案八八条三）とに二分したが、正当防衛は、「權利ヲ行フタルナリ」としながらも、これを依然「殺傷ニ関スル宥恕及ヒ不諭罪」として三〇九条以下に置いたままであったし、⁽⁷⁾ 「法律ヲ執行」する場合につき、何故これを削除したのかという問題に関しても、その資料的根拠はこれを審らかにすることができないからである。⁽⁸⁾

しかしながら、フランス刑法三二七条に最も近かった草案八八条第三にせよ旧刑法七六条にせよ、さらにはまた、フランス刑法三二一条・三二八条等（正当防衛等による殺傷）に近かった草案三四三条以下にせよ旧刑法三〇九条以下にせよ、⁽⁹⁾ いずれも、ローマ法・プロイセン普通ラント法等の伝統の枠内にあることはこれを否定しえないのであるから、⁽¹⁰⁾ 今はこれ以上の議論にせず、資料の収集をも含めて、将来の課題とするにとどめざるをえないであろう。

現行法三五条の出発は、明治二八年「刑法草案四八条」に遡るのではないかと思われる。尤も、明治二五年一月二三日から明治二七年一月九日までの間に、七六回に亘つてもたれた「刑法改正審査委員会決議録」⁽¹¹⁾ によれば、その三六回・三七回の決議として、刑法総則第三章中、五四条（緊急避難）・五六条（正当防衛）の間に、五五条として、「法律又ハ相当官署、官吏ノ命令ニ依リ為シタル行為ハ之ヲ罰セス」という規定を置くことが提案され、「規定無用論」・

「規定不可能論」もあつたが、旧刑法七六条の規定だけでは狭すぎるとの見地から、これを拡張した旨の「理由」が付されたのであつて、「日本刑法草案」八八条第三の復活ともいえるものであり、立法史的にも甚だ興味深い態度であつたといえるものであるが、依然、「正当業務行為」は考えられていなかったのである。

ここにおいて、明治一八年「刑法草案」四八条は、「法令又ハ正当ノ業務ニ因リ為シタル行為ハ之ヲ罰セス」と規定し、⁽¹²⁾現行法三五条へのスタートが切られたのであつた。明治三〇年「刑法草案」四八条も、これを全面的に踏襲した。⁽¹³⁾しかし、その理由づけは、いずれもあきらかにされていなかった、といわざるをえないように思われる。その後、明治三二年五月三〇日から明治三四年三月一五日までの間に、一一九回に亘つてもたれた「法典調査会」第三部の改正・立案作業では、その第一二回会議において、草案四八条につき、江木衷・富井政章両委員の「規定不要論」・「修正論」が少数で否決され、⁽¹⁴⁾明治三三年「刑法改正案」四八条へと引き継がれたのであつたが、三三年案四八条の「理由」は、「現行法第七十六条ハ……業務上為シタル行為ニ付テハ一言ノ規定ナク之カ為メ解釈上ノ困難ヲ生シタルコトアルヲ以テ修正案ハ一般ニ法令ニ因リ又ハ正当ノ業務ヲ以テ為シタル行為ハ罪トナラサルコトヲ明確ニシタ」とするにとどまり、それ以上の理由づけは全くみられなかつたのである。明治三四年「刑法改正案」四五条に関しても、全く同じ理由づけしか示されていなかったといわざるをえないであらう。⁽¹⁶⁾

現行三五条の制定をめぐる議論が本格化したことを確認できるのは、第一六回帝国議会で提出された明治三五年「刑法改正案」四五条に關してである。同改正案四五条も、「法令又ハ正当ノ業務ニ因リ為シタル行為ハ之ヲ罰セス」というものであつたが、その「理由」は、三三年案四八条の「理由」と全く同一であつたところ、⁽¹⁷⁾明治三五年二月一〇日にもたれた「貴族院刑法改正案特別委員会」において、「法令行為」と「正当業務行為」の關係が問題とされ、さらに、「罰セス」とするよりは「罪トセス」とするべきではないかという修正案（丹羽長保委員案）が提出され、あるいは、四

五条は「規定スル値打ノ無イモノ」であるから削除してもよいのではないかという提案（菊池武夫委員案）がなされたのであった。しかし、採決の結果、いずれもが少数で否決され、原案が容れられたのである。⁽¹⁸⁾「規定無用論」の復活は、立法史的にも興味深いものがあるが、その積極的な根拠には依然乏しいものがあつたといわざるをえない。しかし、同時に、「規定必要論」にも、特段の根拠は示されていなかったというべきであろう。明治三五年第一七帝国議会提出「刑法改正案」四四条の「理由」⁽¹⁹⁾が、第一六帝国議会提出案四五条のそれと全く同一であつたことが、これを端的に物語るのである。

その後、明治三九年「刑法改正案」三七条が「法令行為」・「正当業務行為」につき規定し、⁽²⁰⁾「法律取調委員会」の第一一回・一二回委員総会（明治三九年一月一九日・二一日）において、右三七条の二項として、「上司ノ職務上ノ命令ニ従ヒ為シタル行為亦同シ」を追加する提案がなされたが否決され、⁽²¹⁾第二三回帝国議会提出の明治三九年「刑法改正案（成案）」三五条として、現行法三五条の前身が完成するところとなつたが、その「理由」⁽²²⁾は、第一七回帝国議会提出案四四条等のそれと全く同一であつたことが確認される。明治四〇年「刑法改正案」三五条も、また同一規定を設けたが、⁽²³⁾これにつき、明治四〇年二月二七日の衆議院刑法改正案委員（特別調査委員）会第五回会議において、花井卓蔵委員の「三五条無用論」が提出され、平沼騏一郎・政府委員の「明確化」のための「規定必要論」が述べられ、採決の結果、結局、原案が採択されたのである。⁽²⁴⁾

以上眺めた限りでは、三五条必要論が、リスト・ビンディング等の「業務権論」をどの程度意識していたか、逆に、三五条無用論が、ハインベルガー・クラインフェラー等の「業務権無用論」をどの程度支持しようとしていたかについて、十分な資料的根拠を確認することはできないといわざるをえないであろう。わたくしの疑問は、未だ解明をみるに至っていないのである。結局は、ハインベルガーの推論を支持せざるをえない状況である。

だがしかし、三五条もまた、ローマ法以来の伝統を継受したことになる。目下のところ、その詳細な経路を明白にすることができないだけであることを指摘しなければならない。当時の学説に対しても、ほぼ同様の評価にできること⁽²⁵⁾が許されよう。

(1) たとえば、最決昭和三十九年二月一三日刑集一八巻一〇号六九八頁(「舞鶴事件」)の一・二審判決は、「超法規的違法阻却事由」の根拠を、刑法三五条そのものに求めるのである。

(2) 日本刑法草案会議筆記第I分冊(早稲田大学図書館資料叢刊I)(昭五一)二三六頁以下、吉井蒼生夫・藤田正・新倉修編・刑法草案注解上(日本立法資料全集8)(平四)二四五頁以下。

ちなみに、「日本刑法草案」(明一〇年)八八条は、ボアソナードの「再閣修正草案」(明治一九年)では、九〇条となっており(宮城浩蔵・刑法正義上巻(明二六)五五五頁以下参照)、これを前提として立論する論者もいる(たとえば、岡田朝太郎・日本刑法論(訂正増補再版)(明二八)三一八頁以下)ことを付言しておく。

(3) 吉井・藤田・新倉編・前掲刑法草案注解上二四五頁以下。

(4) 吉井・藤田・新倉修編・刑法草案注解下(日本立法資料全集9)(平四)九四七頁以下、九六八頁以下参照。

(5) 尤も、吉井・藤田・新倉編・前掲刑法草案注解下九六九頁以下によれば、「宥恕」の問題と「行為ノ罪ヲ論セサルモノ」との相違が区別され、ローマ法上、正当防衛は「権利ヲ行フタルナリ」とされていたというのであるから(前出、一注(7)参照)、ボアソナードにおいても、「責任阻却」と「違法阻却」の区別は意識されていたといえよう。

(6) 前注(5)参照。

(7) これに対して、宮城浩蔵・刑法正義下巻(明二六)六六三頁以下、岡田・前掲書三二五頁以下、古賀廉造・刑法新論総論之部(増補訂正五版)(明三三)五一九頁以下は、いずれも強い批判を展開していたのである。

(8) 吉井・藤田・新倉編・前掲刑法草案注解上二五一頁によれば、「法律ノ命スル所ニ従ヒ一事件ヲ執行シタル者罪ナキハ論ヲ待タスシテ明カナリ」とされる。いわゆる「自明の理」の理論にはかならないわけである。

また、「ロエスレル起稿『日本刑法草案第一篇総則ニ対スル意見』」(伊藤博文編・秘書類纂法制関係資料上巻)(昭九)五七四頁以下、五九九頁以下が、「法律ニ拠テ為ス所ノ所為ヲ罰スベカラザル事ハ勿論ノ事ナリ」という理由で、草案八八条(九〇条)の「削除」を具申ししていたことは興味深いものをもっているように思われる。現に、ロエスレルの意見には、頻りに、一八七一年ドイツ刑法の援用がみられるのである。

(9) 高木豊三・校訂刑法義解(明一五)二二二頁以下、八五八頁以下、八七〇頁以下参照。

(10) 尤も、フランス刑法は、その総則六四条に、「責任無能力」・「絶対的強制下の所為」を犯罪不存在事由として掲げ、六五条で「責任阻却」・「減輕」可能の余地を認め、六六条で若年犯人に対する「減輕」等を規定する態度にでていたのであって、プロイセン普通ラント法等の態度に近く(内田・前掲警察研究六四卷四号一一頁以下参照)、「違法阻却事由」との関係が明確さを欠き、この点では、わが旧刑法や明治一〇年草案よりも後進的で、比較法的にも「特異であつた」(J. Heimberger, VDA. IV, S. 10)といわざるをえないものがあつたが、ここでは、特に問題とする必要はなからう。なお、G. Kleinfeller, VDA. I, S. 295ff.

(11) 内田文昭Ⅱ山火正則Ⅱ吉井蒼生夫編・刑法(2)(日本立法資料全集21)(平五)四五頁以下、八七頁。

(12) 内田Ⅱ山火Ⅱ吉井編・前掲刑法(2)一三八頁。

(13) 内田Ⅱ山火Ⅱ吉井編・前掲刑法(2)一三八頁。

(14) 内田Ⅱ山火Ⅱ吉井編・前掲刑法(2)一八六頁。

(15) 内田Ⅱ山火Ⅱ吉井編・前掲刑法(2)五一五頁。

(16) 内田文昭Ⅱ山火正則Ⅱ吉井蒼生夫編・刑法(3)——1(日本立法資料全集22)(平六)八六頁。

(17) 近く刊行する予定の内田文昭Ⅱ山火正則Ⅱ吉井蒼生夫編・刑法(4)(日本立法資料全集24)において紹介する。

(18) 内田Ⅱ山火Ⅱ吉井編・前掲刑法(4)において紹介する。

(19) 近く刊行する予定の内田文昭Ⅱ山火正則Ⅱ吉井蒼生夫編・刑法(5)(日本立法資料全集25)において紹介する。

(20) 近く刊行する予定の内田文昭Ⅱ山火正則Ⅱ吉井蒼生夫編・刑法(6)(日本立法資料全集26)において紹介する。

(21) 内田Ⅱ山火Ⅱ吉井編・前掲刑法(6)において紹介する。

(22) 内田Ⅱ山火Ⅱ吉井編・前掲刑法(6)において紹介する。

(23) 近く刊行する予定の内田文昭Ⅱ山火正則Ⅱ吉井蒼生夫編・刑法(7)(日本立法資料全集27)において紹介する。

(24) 内田山火吉井編・前掲刑法(7)において紹介する。

(25) 江木衷・現行刑法原論卷之二(訂正増補再版)(明二七)三二頁以下は、旧刑法七六条の精神につき、「法律ノ命スル所ノ所為ハ罪トナラサルコトヲ示スモノニ過キス」といい、岡田・前掲書一八五頁以下、三〇六頁以下は、「權利行為」と「無責任」との区別を前提とし、旧刑法七六条の場合や、正当防衛は「權利行為」であるのに対して、旧刑法七五条は「無責任」の場合にすぎないというだけであった。また、宮城・前掲書五二三頁以下は、旧刑法七六条をも、同七五条と同じ「自由欠如」の見地でとらえるべきであるとしながら、宮城浩蔵・刑法正義下巻(明二六)六六二頁以下は、正当防衛はこれを「權利実行」としてとらえるべきであるとするのであって、それ自体に問題を包蔵するわけであるが、「正当業務行為」については触れるところが多かったのである。

これに対して、古賀・前掲書五一四頁以下は、フランス刑法三二七条・旧刑法七六条無用論にたちながらも、「若シ少シク本條ヲ改正スルコトヲ為サハ或ハ大ニ社会ニ実益ヲ為スニ足ル可シ其改正トハ果シテ如何スルカ曰ク『慣習又ハ業務ニ從テ為シタル行為ハ之ヲ罰セス』トノ規定ヲ設クハ可ナランカ……今撃剣家、角力師、外科医等カ業務執行ノ場合ニ於テ犯罪ヲ構成スト為スハ実ニ刑法ノ原則ニ違フ甚シト謂ハサルヲ得ス」と論述した。わが国の学説で、「業務行為」に論及したのは、わたくしのみる限り、古賀博士をもって嚆矢とするばかりか、右の論述は、明治四〇年二月二七日の衆議院刑法改正案委員会第五回会議における平沼委員の趣旨説明(前注(24))よりもさらに詳細な内容をもつものであって、極めて重要な意義を有しているといつて過言ではない。しかしながら、それが、ドイツ刑法理論等とかかわりをもつのか、あるいは、全く古賀博士独自の卓見になるものかについては説明がない点で、わたくしにとっては、なお不満が残ることを否定しえないのである。

四 むすび

一 明治一〇年「日本刑法草案」八八条や旧刑法七五条・七六条は、あきらかにフランス刑法の影響を受けた規定であった。⁽¹⁾これに対して、現行刑法三五条、とりわけ「正当業務行為」条項は、その直接のモデルをもたないものであることが示されたといわざるをえない。⁽²⁾これが、本稿の結論の第一である。また、ベルナーやリストの見解は、死刑存廢論等をめぐって紹介されたが、「正当業務行為」の見地ではとりあげられた形跡が窺われないのである。

尤も、現行刑法の立法者は、フランス刑法のみならず、一八八一年オランダ刑法典四二条・四三条や一八八九年イタリー刑法典四九条等をも参看している⁽³⁾。しかしながら、「正当業務行為」の前例は、ハインベルガーの指摘のように、勿論存在しなかったのである⁽⁴⁾。

結局、わが立法者は、「正当な行為はこれを許す」という「自明の理」を敢然と立法したことになる⁽⁵⁾。これが、本稿の第二の結論である。

(1) 前掲、日本刑法草案会議筆記第1分冊二二六頁以下、高木・前掲書二二〇頁、二二三頁、岡田・前掲書二二〇頁以下。

(2) 内田Ⅱ山火Ⅱ吉井編・前掲刑法(2)一九頁以下参照。

(3) 内田Ⅱ山火Ⅱ吉井編・前掲刑法(2)三九頁、田中正身・改正刑法釋義上巻(日本立法資料全集別巻35)(平六・復刻版)四〇〇頁以下。なお、G. Kleinfeller, VDA. I, S. 311ff.; J. Heimberger, VDA. IV, S. 4ff., 28ff.

(4) ちなみに、ハインベルガーは、大学教授が労働者決起を呼びかける講義をしたからといって、それだけでは、いかなる構成要件にも該当しないから、敢て「業務権」を持ち出すまでもないし、医師が外科手術を行ったからといって、「傷害罪」の構成要件を現するわけではないから、やはり「業務権」に訴える必要もないという(J. Heimberger, VDA. IV, S. 35ff., 37ff.)。逆に、医師の専断的身体侵襲は当罰性を失うものではないから「業務権」を援用するのは妥当でないという(J. Heimberger, VDA. IV, S. 57ff.)。たしかに、内乱・騒擾などの構成要件該当性をもたない行為は、それが講義であれ、酒飲み友達の世間話であれ、処罰されるいわれはない。「業務権」などを持ち出すまでもないのは、当然である。しかし、医師の外科「手術」は、あきらかに「傷害」の構成要件に該当する(内田文昭・刑法各論(第二版)(昭五九)三〇頁以下、三一頁注(2))。したがって、「違法阻却」を考えなければならぬのは、当然である。手術は、健康回復という「優越利益」のための「正当な手段」である限り許容されるのである。それは、「業務行為」だから許容されるというのではなく、優越利益確保のための「正当な手段」であるから許容されるのである。この限り、「正当業務行為」は「業務権」論の問題ではなしに(前出、三・一注(7))、「正当行為」論の一面面にすぎないことになるものである点に注意しなければならぬ。したがってまた、患者等の承諾なしに行われた「専断的侵襲」は、「緊急避難」たりえな

いではないにしても、「業務行為」のゆえをもって合法化されることはありえないものである点にも注意する必要がある（内田・前掲刑法各論三一頁注（3）、七六頁注（1））。

したがって、「業務権」そのものは、これを徹底する必要もないし、ハインベルガーのように、これを全面的に否定する必要もないのである。「優越利益確保」・「正当目的の正当手段」はこれを「許容する」趣旨が宣言されたかどうかが重要である。そして、一九世紀以降の諸立法例が、この趣旨の宣言にでていなかったことが問題とされるべきなのである。

（5）刑法三五条は、「上官の命令遵守行為」につき、直接規定していない。したがって、これに関連する古典的な問題（前出、一・一注（7）、二・二注（3）、三・一注（2）等参照）は、結局、解釈に委ねられることになったわけである。違法拘束命令を発して法益侵害を生じさせた上官は、当然「間接正犯」、ないしは、すくなくとも「教唆犯」たりえよう。上官に従った部下も、勿論「違法行為」にでたわけであるが、「適法行為の期待可能性」を欠くことがあろうが、また、「緊急避難」として違法阻却されることも絶無ではなからう。これに対して、法益侵害の危険にさらされた側に「正当防衛」が可能であることは、いうまでもないところである（内田・改訂刑法Ⅰ（総論（昭六一）二〇三頁以下、同・前掲刑法各論六一頁以下））。

二 ところが、わが現行刑法三五条の趣旨は、その後の立法例にも採用されているのである。ここでは、一九四〇年のブラジル刑法典一九条二号と一九四四年のスペイン刑法典八条一号とをあげることしよう。すなわち、ブラジル刑法一九条は、「可罰性を阻却する事由」として、その一号に「緊急避難」を、その二号に「正当防衛」を、その三号に「法律上の義務の厳格な履行、または、権利の合法的な行使」をそれぞれ掲げ、いずれの場合も「犯罪不存在」である旨を宣言し、⁽¹⁾ スペイン刑法典八条は、「刑事責任を阻却する事由」として、精神障害（一号）、一六歳以下の刑事未成年（二号）、正当防衛（四号）、緊急避難（七号）などと共に、その一号に「義務履行、権利・業務・公職の合法的実行」を掲げたのである。⁽²⁾ 二〇世紀に至り、刑法三五条は稀有の例外ではなくなっているわけである。ここにおいて、昭和四九年改正刑法草案一三条は、さらに包括的に「法令による行為、正当な業務による行為その他法律上許さ

れた行為は、これを罰しない」と規定した。「自明の理」の立法化は、ここに完結したかたちをとることになったわけである。まさに、画期的なことであるといえよう。

このような方向は、さらに、一九七四年オーストリー刑法典四二条の「軽微犯罪における所為の当罰性の欠如」に発展することも可能である。⁽³⁾「法律上許された行為」の不処罰は、法律上許されたとまではいえなくても「被害が極めて軽微な犯罪」についてはこれを許すという不処罰宣言に通じえないではないからである。刑法三五条の精神は、「可罰的違法」に達しない行為の「不処罰」をも包含しうるわけである。

すでに再三に亘って指摘してきたように、刑法三五条のモデル・前身は決して定かではない。しかし、それ故にこそ、敢て三五条の制定に踏み切った明治のわが立法者の卓見には、最大の讃辞が寄せられてしかるべきである。なお、一九九四年三月一日施行のフランス新刑法典は、「法令遵守行為」(二二一四条)・「正当防衛」(二二一五条)・「緊急避難」(二二一七条)を、「責任無能力」(二二一一一条)・「不可抗力・強制」(二二一二条)・「法の錯誤」(二二一三条)・「未成年」(二二一八条)などと共に、総則第二章「無答責事由・責任軽減事由」として一括規定する立法にたが、「業務行為」についての規定は設けられていないことを一言しておくことにしたい。

(1) Das Brasilianische Strafgesetzbuch vom 7. Dez. 1940, D. Lang-Hinrichsen, 1953, S. 24.

(2) Das Spanische Strafgesetzbuch vom 23. Dez. 1944, A. Quintano-Ripollés etc. 1955, S. 2ff.

ちなみに、一八七〇年のスペイン刑法典八条一一号は、「義務履行、権利・公務・官職の合法的実行」を掲げていた(Spanisches Strafgesetzbuch vom 17. Juni 1870, A. Hartwig, 1909, S. 2ff.)。

(3) ドイツ刑法の伝統の下で、オーストリー新刑法典が軽微犯罪の不処罰を宣言したことは、当然に多くの批判にさらされるをえなかった。その詳細に触れることは、本稿の範囲を越える。ここでは、オーストリー刑法四二条の趣旨を、「構成要件阻却事由」の

同書より、J. Driendl, Wege zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in Österreich und Schweiz, ZStW. 90, 1978, S. 1017ff., 1037ff.より「寛恕阻却」の要件として、F. Pallin, Die leichten Fälle und österreichische Strafrechtsreform, Der modernen Gesellschaft ein modernes Strafrecht, 1968, S. 23ff.より「責任阻却」の見地として、W. Zagler, Zur Anwendung des §42 StGB, ÖJZ, 1976, S. 348 Anm. 11より「客観的処罰阻却事由」とみる。Meyerhofer-Rieder, Das österreichische Strafrecht, I Teil, 2 Aufl. 1981, S. 228よりそれぞれあげておくこととする。

なお、オーストリー新刑法典も、わが刑法三五条のような「許容規定」はこれを置いていないことを付言しておく。

(平成六(一九九四)年一〇月九日 脱稿)