

〈論 説〉

# 私戦予備陰謀罪の成立要件

長 田 秀 樹

## 目 次

はじめに

一 本罪の沿革

二 本罪の保護法益

三 本罪における予備の意義

四 本罪の成立要件及び〈設例1〉に対する本罪の適用可能性  
おわりに

## はじめに

【1】刑法93条の私戦予備陰謀罪（以下、「本罪」という）は、「外国に対して私的に戦闘行為をする目的で、その予備又は陰謀をした」場合を罪とする（以下、予備を中心に論じる）。本罪について、かつて、滝川幸辰は、「私人が国家と無関係の立場において、外国と戦争を開始するために予備・陰謀を企てることは、おとぎ噺の世界に存在するに過ぎない<sup>1)</sup>」と述べていた。本罪が適用されるのは架空のことというわけである。その後も裁判例がなかったこともあり、本罪は、これまで十分に検討されてきたということではできない。

だが、本罪は、必ずしも「おとぎ噺の世界」だけに存在するわけではないようである。2014年10月6日の報道各社の報道によれば、警視庁公安部は、本罪

---

1) 滝川幸辰・刑法各論〔現代法学全集〕（日本評論社、1929）85頁。その後も、熊倉武・日本刑法各論下巻（敬文堂、1970）403頁は、本罪の規定を「存在価値をもたない・ナンセンスな条項」であり、「かかる規定は、まったく不要なものである。すみやかに削除されるべき」と主張した。

2) 報道内容は各社ともほぼ同様であるので、ここでは、毎日新聞及び時事通信の配信の

の疑いで、ある学生をはじめとして複数の者に対する事情聴取を行ない、関係先数ヶ所を自宅搜索したというのである。警視庁公安部によると、当該学生はイラクやシリアで勢力を拡大するイスラム国に戦闘員として加わるため、10月7日に日本を出国し、シリアに渡航する計画を立てていた、という。

事実関係の詳細は不明であるので、次のような設例を仮定することにしよう。

### <設例 1 >

日本国民である甲は、A国内においてA国と戦闘状態にあるB武装集団（国家を自称するが国家として承認した国はない）に加入し、A国に対する私的な戦闘行為を行う目的で、日本国内において、B武装集団に加入するための情報を得るとともに、B武装集団と具体的な加入手続きを進めるためC国に一旦入国したうえで、さらにA国に入国するため、航空券を入手するなどして、戦闘行為の準備をした。

植松正は、「日本国民が私的に外国の軍隊の戦闘行為（たとえばベトナム戦争）に参加して、その敵軍を殺傷するようなことは許されない。その予備・陰謀は本罪を構成すると解する<sup>3)</sup>」としていたが、このような立場からは、<設例 1 >に本罪の適用があることはむしろ当然と考えられることであろう。

だが、直ちに、これに賛同することはできない。なぜなら、本罪にいう予備は、その法益及び可罰性の重さから考えて、典型的で具体的な危険を備えたものでなければならないのではないかという疑問があるからである。本稿は、この疑問に導かれながら、本罪の成立要件を改めて検討することを通して、<設

---

ものをあげておくことにする。

「イスラム：警視庁、北大生ら事情聴取 私戦予備の疑い」（配信2014年10月6日20：29）<http://mainichi.jp/select/news/20141007k0000m040070000c.html>（毎日新聞）（アクセス2014年10月10日15：45）。

「イスラム国で戦闘参加企て＝北大生聴取、関係先搜索—私戦予備および陰謀容疑」：警視庁、北大生ら事情聴取 私戦予備の疑い」（配信2014年10月6日23：45）<http://www.jiji.com/jc/zc?k=201410%2F2014100600641>（時事通信）（アクセス2014年10月10日15：30）。

3) 植松正・再訂刑法概論Ⅱ各論（頤草書房、1975）17頁。

例1 >の解決を図ろうとするものである。

## 一 本罪の沿革

【2】日本において、私戦に関する罪が立法案としてはじめて提出されたのは、明治10年（1877年）11月の『日本刑法草案』の第二稿であったが、これは確定稿で一旦削除された<sup>4)</sup>。だが、翌明治11年（1878年）の『刑法草案修正稿本』134条で再び提案され、その文言を修正した明治12年（1879年）の『刑法草案修正第二稿』133条を経て、これが修正のないまま同年の『刑法審査修正案』133条となり、『旧刑法（明治13年7月17日太政官布告第36号）』133条になった<sup>5)</sup>。

旧刑法133条（字体を新字体に、カタカナをひらがなに変えた）は、次のように規定する。

「外国に対し私に戦端を開きたる者は有期流刑に処す其予備に止る者は一等又は二等を減ず」

この旧刑法133条は、「外国に対し私に戦端を開きたる」という私戦罪を定めただうえて、「其予備に止る」という私戦予備をこれに続ける点で、私戦罪を規定せずその予備のみを処罰する現行刑法93条とは異なる。また、旧刑法133条は、「外患に関する罪」の節のもとで、134条の局外中立布告違背の罪とともに規定されていた。これは、現行刑法93条が、外国国章損壊等罪及び中立命令違反罪とともに、「国交に関する罪」の章のもとに規定されているのとは違い、注目されるところである。現行刑法93条はどのような経緯でこのような違いを有するに到ったのであろうか。

【3】旧刑法施行後、旧刑法133条はすぐに改正の対象となった。すなわち、『明治23年改正刑法草案』（以下、「明23年草案」という）は、「国際に関する罪」

---

4) 新井勉「旧刑法の編纂（一）」法学論叢98巻1号（1976）75頁。

5) 杉山晴康ほか・刑法審査修正関係諸案（早稲田大学比較法研究所、1984）67、146、214頁。

6) 倉富勇三郎ほか（監）高橋治俊＝小谷二郎（編）・刑法沿革総覧（清水書店、1923）21頁。

の章を新設し、私戦に関する罪を、局外中立布告違背の罪とともにこの章に移動させることを提案した。『改正刑法案説明書』によれば、「国際に関する罪」の章を新設する理由は、国際に関する罪に関する旧刑法の規定は、私戦に関する罪と局外中立布告違背罪があるに過ぎず、これは不備であって、この不備を是正しないと「国際の途を梗塞すべき結果を生ずるの恐れあるもの<sup>7)</sup>」ということにあった。日本の国際関係上の地位を保護する必要性が主張されたわけである。そこで、「明23年草案」149条において、外国に対し講和を破る罪が、また、第151条において、日本駐在の外国使臣、外国君主、皇族、大統領に対する侮辱罪の新設が提案されている。他方、私戦に関する罪の草案の規定は次のとおりであった<sup>8)</sup>（字体を新字体に、カタカナをひらがなに変えた）。

第146条 外国に対し私に発したる遠征軍に与したる者は左の区別に從て処断す

- 一 首魁及び扇動者は二等有期禁獄に処す
- 二 枢要の職務を為したる者及び兵器、彈藥、金穀、船舶其他軍用の物品を支給したるは三等有期禁獄に処す
- 三 其他の共犯人は六月以上三年以下の無役禁錮に処す

第147条 兵隊を招募し又は兵器、彈藥、金穀、船舶其他軍用の物品を準備して遠征の予備を為したる者は前条の例に照し各二等又は三等を減ず

第148条 遠征の予備を為すと雖も自首したる者は本刑を免じ1年以上3年以下の監視に付す

146条は私戦罪の規定であり、147条及び148条が私戦予備罪に関する規定である。これらを現行刑法93条と対比すると次のことが分かる。第1は、現行刑法93条の「私戦」に対応するのは、「軍の遠征」（146条）であり、日本の領域内から外国に軍隊を派遣することという行為の内容が具体的に了解できる。第2は、146条で、私戦罪の主体、つまり遠征加入者が、その役割に応じて、①首魁

7) 司法省版『改正刑法案説明書』（岡島宝文館、1891）33頁。

8) 倉富・前掲【2】注（6）94頁以下。

及び扇動者、②枢要の職務を為したる者及び兵器、弾薬、金穀、船舶其他軍用の物品を支給したる（者）、③其他の共犯人、に類型化され、それぞれ別の法定刑を定めている。現行刑法の内乱罪や騒乱罪の規定ぶりに相当するものである。第3は、私戦予備においても、147条で、兵隊を招募すること又は兵器、弾薬、金穀、船舶其他軍用の物品の準備することが予備の内容として明確に規定されており、また兵隊の招募に応じたことは類型化されていない。

このように、「明23年草案」における私戦に関する罪は、類型性、具体性という点を特徴にもつ。それは妥当なものといえるが、この類型性、具体性は、『明治34年改正案』（以下、「明34年草案」という）で否定されることとなった。

【4】「明34年草案」は、「国交に関する」の章のなかで第110条に私戦予備のみを規定した。<sup>9)</sup>すなわち、

「外国に対し私に戦闘を為す目的を以て其予備又は陰謀を為したる者は五年以下の禁錮に処す但自首したる者は其刑を免除す」

というのがそれである。同条は、『明治35年改正案』（以下、「明35年草案」という）<sup>10)</sup>111条にそのまま引き継がれた。同条については、この「明35年改正案」に関する貴族院特別委員会会議において、菊池武夫委員が旧刑法133条との違いにつき趣旨説明を求め、政府委員の古賀廉造は、次のように説明した。<sup>11)</sup>

① 旧刑法133条の「外国に対し私に戦端を開きたる者」という私戦行為の犯罪類型を削除し、私戦予備だけを犯罪類型として私戦自体を除くのは、私戦自体が外国の領土内で行われる場合は、外国の犯罪になる（だから日本の刑法で処罰する必要はないというのであろう — 長田）。また日本国内で私戦行為自体を行うことは可能とは思えないから、日本国内で可能とみられる私戦予備だけを禁止するのが妥当と考えたためである。<sup>12)</sup>

---

9) 倉富・前掲【2】注（6）177頁以下。

10) 倉富・前掲【2】注（6）452頁。

11) 倉富・前掲【2】注（6）1009頁。

12) これに対して、大場茂馬・刑法各論下巻（中央大学、改訂7版、1918）664頁は、日本の港湾に停泊中の外国艦隊に水雷をもって攻撃し、国境において外国を攻撃することを

② 旧133条が外患の罪の章の中に規定されていることにつき、私戦に関する罪は、外患罪と同様の性質をもつものではなく、国交を破るといふ罪質で捉えた方が適切と考えるためである。

この質疑の後、「明35年草案」111条は貴族院特別委員会で可決された。その後は、刑法改正案委員中調査委員会において、平岡萬次郎委員により、私戦行為を犯罪類型として定めていないことにつき疑義が出され、政府委員の倉富勇三郎及び石渡敏一による回答があった。その際、外国で日本人による私戦が実行された場合、当該日本人は政治犯として日本の保護の対象となり、その対応が問題となるなどの貴族院特別委員会より突っ込んだ議論があったようだが、速記が中止されたため、詳しい議論の内容を知ることができないのは、残念である。<sup>13)</sup>

【5】こうして、その後、修正提案がなされることもなく、これが現行刑法93条となった。『刑法改正政府提出案理由書』によれば、刑法93条については、「現行法第133条を修正したもの」<sup>14)</sup>という簡単な説明があるだけである。また、私戦に関する罪が、新設の「国交に関する罪」の章に移動された理由も、従来の不備を埋めるため、外国君主、大統領、使節に対する暴行等の罪及び外国に対する非礼の罪を新設し、「現行法133条及び第134条の規定を加え」<sup>15)</sup>たものという説明がなされているが、現行刑法93条が「国交に関する罪」の章に属すべき十分な根拠があったとは必ずしもいえない。

要するに、この政府の理由書が明言するように、現行刑法93条は、旧刑法133条を修正したものであり、他方、現行刑法93条が定められた「国交に関する罪」の章は、「明23年草案」の「国際に関する罪」の章に由来する。だが、この「国際に関する罪」の章を継承した現行刑法の「国交に対する罪」に置かれた刑法93条は、「明23年草案」にあった私戦罪を採用しなかったことに伴う結果でもあろうが、「明23年草案」147条の私戦予備が有していた類型性、具体性を引き継

---

例としてあげ、日本国内で私戦が行われたいとする見解を「皮相ノ觀察ニシテ採ルニ足ラス」としていた。

13) 倉富・前掲【2】注(6)1456～1458頁。

14) 倉富・前掲【2】注(6)2166頁。

15) 倉富・前掲【2】注(6)2165頁。

ぐことはなかった。

私見によれば、それは無理もないことである。政府が「国交に関する罪」を新設し、従来の不備を埋める手段として関心があつたのは、現行刑法90条から92条までの「外国君主、大統領、使節に対する暴行等の罪及び外国に対する非礼の罪」の新設であつたのであり、93条については（中立命令違反の94条も同様であるが）、それ程の関心もみられず、この章に単に「加え」られた存在に過ぎないからである。

このようにして、現行刑法93条は、明治13年『旧刑法』133条及び明治23年の『改正刑法草案』146条に由来する複合的由来をもつ規定ということができよう。私見によれば、この現行刑法93条の複合的性格が、この罪の法益の理解に不明瞭なところを残すことになった。

## 二 本罪の保護法益

【6】本罪の保護法益をどのように考えるべきであろうか。まずは、学説の状況を見ることにしたい。だが、従来、本罪の法益論が直接論じられることは稀であり、本罪が属する「国交に関する罪」の章全体についての法益が論じられるにとどまる場合がほとんどであつた。<sup>16)</sup>そこで、本罪の法益論の学説状況は、「国交に関する罪」の章全体の法益論をもって知るほかはない。

「国交に関する罪」の章の法益論につき、まず、昭和20年（1945年）までの状況をみてみると、「国交に関する罪」の章が、「明23年草案」の「国際に関する罪」の章に由来し、立法理由が日本の国際関係上の地位を保護する必要性にあつたこともあるのであろう（【3】の冒頭部分を参照）、「国交に関する罪」の章の

---

16) たとえば、主なものとして次がある（配列は、出版年の順による。以下同じ）。

大場・前掲【4】注（12）649～650頁、新保勘解人・日本刑法要論各論（敬文堂、増訂再版、1928）21頁、宮本英脩・刑法大綱（弘文堂、1934）487頁、泉二新熊・日本刑法論下巻各論（有斐閣、43版、1936）55～56頁、牧野英一・重訂日本刑法下巻（有斐閣、67版、1943）17頁、柏木千秋・刑法各論（有斐閣、再版、1965）68頁、平野龍一・刑法概説（東京大学出版会、1977）292～293頁、団藤重光・刑法綱要各論（創文社、3版、1990）163～165、168頁、山口厚・刑法各論（有斐閣、2版、2010）535、537頁、西田典之・刑法各論（弘文堂、6版、2012）415、417頁。

法益論としては、日本の国交ないし外交上の利益をあげる外交利益説が主張されたことは当然と思われるが、意外にもこの説は少数説であった。さらに、昭和初期に、外国の利益とする外国利益説も主張されるようになったがこれも少数説にとどまった。

多数説であったのは、日本の対外的安全を法益とする対外的安全説である。対外的安全説は、本罪の法益論に関していえば、本罪の法益を「外患に関する罪」の節のもとで規定されていた旧刑法133条に由来するという側面を重視したものと理解することもできるであろう。

ところが、昭和20年（1945年）以降、状況は大きく変わり、まず、外国利益説がその支持者を増やし、次いで、外交利益説の支持が増え、最近では外国利益説と同等の支持を得ているが、対外的安全説は少数説になった。

【7】以上の見解のなかで、まず外国利益説を検討しよう。この説は、「国交に関する罪」の章の大部分の罪は国家を危うくするような性質をもつものではないこと、外国政府の請求が訴訟条件になっている場合があることを根拠に主張された。

だが、本罪の法益を外国の利益とすると不都合を招く場合があるように思わ

17) 大場・前掲【4】注(12) 650頁、島田武夫・刑法概論各論（有斐閣、再版、1936）16頁、牧野・前掲注(16) 17頁、佐瀬昌三・刑法大意第二分冊（清水書店、改訂増補5版、1944）22頁。

18) 瀧川・前掲【1】注(1) 83頁、小野清一郎・刑法講義（有斐閣、1932）371頁。この二人のその後の著書を見ると、瀧川幸辰・刑法各論（世界思潮社、1951）300頁では立場に変化はみられないが、小野清一郎・刑法概論（法文社、1952）245頁では、外国の利益と「同時に外国との国交に支障を来し、ひいてわが国の対外的安全にも影響を及ぼすことがあり得る」とし、折衷の見解を示すようになっている。

19) 江木衷（監）・理論応用日本刑法通義（有斐閣、17版、1923）546頁、岡田庄作・刑法原論各論（明治大学出版部、19版、1926）48頁、新保勘解人・日本刑法要論各論（敬文堂、増訂再版、1928）21頁、宮本英脩・前掲注(16) 487頁、泉二・前掲注(16) 56頁、平井彦三郎・刑法論綱各論（松華堂書店、1934）27頁、草野豹一郎・刑法要論（有斐閣、1956）187頁。

20) 夏目文雄・刑法提要各論上（法律文化社、1960）110頁、宮内裕・新訂刑法各論講義（有信堂、1962）340頁、滝川春雄＝竹内正・刑法各論講義（有斐閣、1965）449頁、熊倉武・前掲【1】注(1) 397頁、中義勝・刑法各論（有斐閣、1975）263頁、佐伯千巳・刑法各論〔訂正版〕（有信堂、1981）14頁、吉川経夫・刑法各論（法律文化社、1982）429頁、

れる。すなわち、国家の意思としてテロリズム<sup>24)</sup>を日本に対して行ったことがある国家があり、この国家につき日本が国家・政府承認をしていないと仮定しよう。この国家を「テロ国家」とよぶことにすると、この「テロ国家」に対して私戦の予備がなされた場合、本罪は成立するであろうか。本罪の成立要件たる私戦目的の対象となる外国とは、日本が国家承認、政府承認をしたものであると否とを問わず、また国交回復の有無を問わないとされているから、国家としての実質<sup>26)</sup>が備わっていれば、本罪にあたることになる。そうであれば、この場合に認められる本罪の法益を外国利益と解すると、この「テロ国家」の利益を法益として保護することを認めざるをえない。文明国として「テロ国家」としての外国の利益を保護する必要があるというのは、十分な説得力をもちえないように思われる。そこで、この事態を不都合として、これを避けるとすれば、本罪の「外国」の意義につき、日本が国家・政府承認した国というように限定し、本罪の成立を否定することが考えられる。だが、そのように解し、「テロ国家」に対する私戦について本罪の成立を認めないとすれば、今度は、「テロ国家」によるテロリズムのリスクを日本にもたらし、日本の対外的安全は害されることになるのではなかろうか。このように考えると、外国利益説は、外国国章損

---

団藤・前掲注(16) 164頁、朝倉京一・刑法各論(酒井書店、1994) 377頁、井上正治＝江藤孝・新訂刑法学各則(法律文化社、1994) 366頁、大塚仁・刑法概説各論(有斐閣、3版、1996) 648頁、香川達夫・刑法講義各論〔3版〕(成文堂、1996) 25頁、福田平・全訂刑法各論(有斐閣、3版増補、2002) 58頁、岡野光雄・刑法要説各論(成文堂、4版、2003) 314頁、山中敬一・刑法各論II(成文堂、2004) 704頁、川崎一夫・刑法各論〔増補版〕(青林書院、2004) 488頁、川端博・刑法各論講義〔2版〕(成文堂、2010) 765頁。  
21) 木村亀二・刑法各論(法文社、1957) 333頁、平野・前掲注(16) 292頁、藤木英雄・刑法講義各論(弘文堂、1976) 16頁(日本国の国際的地位とする)、中山研一・刑法各論(成文堂、1984) 496頁、佐伯仁志・刑法講義各論〔小暮得雄ほか編〕(有斐閣、1988) 604頁、内田文昭・刑法各論〔3版〕(青林書院、1996) 692頁(国交関係の平和とする)、内藤謙・刑法原論(岩波書店、1997) 209頁、鈴木享子・大コンメンタール2版6巻〔大塚仁ほか編〕(青林書院、1999) 62頁(国家の国際関係の安全とする)、堀内捷三・刑法各論(有斐閣、2003) 335頁、斉藤信宰・新版刑法講義各論(成文堂、2007) 523頁、大谷實・刑法講義各論〔新版4版〕(成文堂、2013) 555頁、山口・前掲注(16) 535頁、西田・前掲注(16) 415頁、中森喜彦・刑法各論〔3版〕(有斐閣、2011) 239頁、高橋則夫・刑法各論(成文堂、2011) 577頁、須之内克彦・刑法概説各論(成文堂、2011) 339頁、佐久間修・刑法各論2版(成文堂、2012) 398頁、曾根威彦・刑法各論5版(弘文堂、2013) 283頁。

壊等の罪の法益論としては妥当であるかもしれないが、本罪の場合には必ずしも妥当しない場合もあることを認めざるをえないように思われる。同様のことは、外国の利益を法益の基本とするが日本の利益を間接的に保護すると考える混合説<sup>27)</sup>に対してもいえるであろう。

ところで、ドイツ連邦共和国（以下、「ドイツ」という）刑法各則第3章「外国に対する犯罪」<sup>28)</sup>は、日本刑法の「国交に関する罪」の章に相当する。この標題が示すとおり、この章の法益は、外国との良好な関係だけでなく、外国自体、及び外国の機関等を保護するものとされている。だが、この章に規定された罪は、102条（外国の機関及び代表に対する攻撃）、103条（外国の機関及び代表の侮辱）、104条（外国国旗及び国章の侵害）であり、これらの罪は、日本刑法でいえば、削除された外国元首及び使節に対する暴行、脅迫、侮辱の罪を定めた90条及び91条と外国国章損壊等罪の92条に相当するものであり、本罪や94条の中立命令違反罪は含まれていない。そこで、ドイツ刑法における外国利益説は本罪に相当する罪には妥当せず、本文【10】でふれるように別の法益が考えられているのである。また、外国利益説が本罪に必ずしも妥当しないことは、小野清一郎が外国利益説の理由として、本章の罪の「大部分は」国家を危うくす

22) 安平政吉・改正刑法各論（弘文堂、1960）423頁、江家義男・増補刑法各論（青林書院新社、1963）14頁、柏木・前掲注（16）68頁、齊藤金作・刑法各論〔全訂版〕（有斐閣、1969）15頁、河井信太郎・刑法各論（法学書院、1979）550頁（国交上の平和、その存立の安全を法益とする）、板倉宏・刑法各論（勁草書房、2004）290頁（日本国の国際関係における地位や国家としての存立とする）。

23) 小野・前掲【6】注（18）刑法講義371頁。

24) テロリズムに関しては、清水隆雄「テロリズムとその対策—国際社会の取組み」外法228号（2006）5頁以下を参照。「テロリズム」という言葉につき確定した定義はないようであるので、ここでは、アメリカ合衆国の合衆国法典第22編第2656 f(d)条に示されたテロリズムの定義、すなわち、「テロリズムという言葉は、通常、一般大衆（audience）に影響を与えることを意図し、準国家的集団（subnational group）又は秘密のエージェントによる、非戦闘員を標的とし、事前に計画された政治的な動機を持つ暴力をいう。」（翻訳は、清水・前掲8頁による）との定義にしたがう。

25) たとえば、鈴木・前掲【6】注（21）76頁。外国国章損壊等罪における「外国」の意義に関するものであるが、大塚・前掲【6】注（20）649頁は、未承認国、正式な外交関係を結んでいない国も外国に含めるのは、「その国家的名誉を尊重し、保護することは、文明国においては当然なされるべきことから」とする。

るような性質をもつものではないとした、その留保された表現にすでにみとめられるともいえよう。<sup>30)</sup>

【8】「国交に関する罪」の章の法益について日本の利益を考慮する学説のなかでも外交利益説は、外国利益説と同様のことがいえるのではないかと思う。この説によれば、そもそも上記のような「テロ国家」との公式的な外交関係は存在しないのであるから、保護されるべき利益が欠けることになる。本罪の成立を否定せざるをえないことになろうが、そうすると、やはり日本の対外的安全は害されることになる。そこで、「テロ国家」に対する私戦につき本罪の成立を認めるべきとするのであれば、日本の対外的安全のみを法益とするほかはないであろう。そうして、このような理解は、本罪の法益につき、「外患に関する罪」の節のもとで規定されていた明治13年『旧刑法』133条に由来するという点をより重視する見方につながるものである。

さて、私戦により日本の対外的安全が害される例は、「テロ国家」に対する私戦の場合だけではない。次のような例も想定されないわけではない。

### <設例2>

甲ら数十名は、元自衛官であり、小火器等の取り扱いに慣れていた者たちであるが、日本の領土でありながら、外国Aが自国の領土と主張する無人島に上陸・滞留し、外国Aに対する抗議行動を継続的に行うことを日本国内で計画した。甲らは、当該無人島に上陸すれば、外国A所属の軍艦及

---

26) ここで「国家」とは、一定の領土と国民と排他的な統治組織とをもつ政治共同体をいうものとする一般的定義（ブリタニカ国際大百科事典小項目事典）にしたがう。

27) 小野・前掲【6】注(18) 刑法概論245頁、宮原三男・刑法理論各論（明治大学、1952）150頁（日本の国交及び国際関係をも法益とする）、青柳文雄・刑法通論Ⅱ各論（泉文堂、1963）26頁（国際間の平和状態をも法益とする）、小暮得雄・注釈刑法（3）各則（1）〔団藤重光編〕（有斐閣、1965）36頁（外交的利益をもあげる）、植松・前掲【1】注（3）14頁、斉藤信治・刑法各論第2版（有斐閣、2003）285頁、林幹人・刑法各論（東京大学出版会、2版、2007）476頁。

28) 本稿におけるドイツ刑法の翻訳は、法務大臣官房司法法制調査部（編）・ドイツ刑法典（法曹会、1982）による。

29) Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2011, S.628.

30) 小野・前掲【6】注(18) 刑法講義371頁。

びその乗組員による介入ないし攻撃があるかも知れないと思い、もし、そうなったら小火器を用いて全員で応戦し、可能な限り、当該無人島に滞留しようと考え、日本国内で、小火器及び弾薬を用意したほか、資金及び当該無人島までの交通手段を確保した。

その後、甲ら数名は、用意した小火器及び弾薬等を携え、当該無人島に上陸したが、予期されたように、上陸後、外国A所属の軍艦から出てきた乗組員から銃撃を受けたため、甲らは全員が用意していた小火器等を用いて、これに応戦した。

この〈事例2〉において、甲らは、外国A所属の軍艦の乗組員に対して、日本の国権の発動によらずに、つまり私的に、小火器等を用いて数十名で組織的に戦闘行為をする目的<sup>31)</sup>があり、日本国内で、その戦闘行為を行いうる小火器及び弾薬を用意し、また、資金及び当該無人島までの交通手段を確保しているから、本罪の予備（及び陰謀）を行ったといえる。

〈事例2〉では、甲ら数十名に対して外国A所属の軍艦及びその乗組員から攻撃があったことが仮定されている。この事態は、日本の対外的安全に対する侵害ないし脅威である。

【9】さらに、直ちに、また、常に、日本の対外的安全が害されるとはいえない。次の〈設例3〉のような場合も想定されうる。

### 〈設例3〉

ある宗教教団Aの教祖甲ら幹部数名は、教団Aが在日米軍から毒ガス攻撃を受けているとし、在日米軍と戦闘し在日米軍基地を制圧するため、サリン等の化学兵器、自動小銃、爆薬等を用いた襲撃計画を綿密に計画し、これらの兵器を教団施設内で製造するとともに、ヘリコプター及びミサイ

---

31) 甲らの戦闘行為の目的は、相手方の攻撃があったことを条件としているが、本罪の戦闘行為の目的は条件付きのものであってもよいであろう。殺人予備における殺意につき、条件付きであってもよいとするのが判例である（大判明42・6・14刑録15・769、大判大14・12・1刑集4・688）。だが、熊倉・前掲【1】注（1）402頁は、たんなる未必的認識では本罪は不成立であり、意欲又は確定的認識を必要とする。

ルを購入し、これらを用いて戦闘を行う人員を選抜し、戦闘訓練を行い、計画を実行しうる体制を整えた。

この〈設例3〉についても本罪が成立すると思われるが、この計画が実行されたとしても、アメリカ合衆国によって日本の存立が害される危険が直ちに発生するとはいえないだろう。そこで、このような場合は、日本の対外的安全の脅威はないから、本罪が成立するとしても、これにより保護される日本の利益は、日本の対外的安全というより、アメリカ合衆国等との間の外交関係の円滑ではないのか。そうすると、本罪の法益は、日本の対外的安全とともに日本の外交上の利益にあると理解することが相当であるようにも思われる。

だが、〈設例3〉において、日本の対外的安全ということ、「国家の存立の安全」と解するのであれば、たしかに、その安全を害したとはいえないかもしれないが、これを、「日本国民の対外的安全」を含むものと解するのであれば、十分にその安全を害しているといえるのではないかと考える。

〈設例3〉において、教団Aが在日米軍に対して、サリン等を散布し、自動小銃や爆薬等を用いて襲撃すれば、在日米軍が日本国内にある教団Aの本拠地を攻撃する（もちろん、日本政府の承諾を得るであろうが）可能性は十分に認められるであろう。これは、教団Aの本拠地の周辺の住民の生命、身体、自由、財産等に対する脅威であり、〈設例3〉においても、日本国民の対外的安全を害しているといえるであろう。また、外国の領土内で私戦を行えば、当該国にある日本企業の駐在員が拘束されるなどして、場合により、それらの生命、身体、自由の安全が害される可能性が生じることも十分に想定できる。

【10】このようにして、本罪の保護法益を日本及び日本国民の対外的安全と理解するのが私見である。だが、さらに本罪に最も近い規定であるドイツ刑法第80条（侵略戦争の予備）の法益論から、私見は再考を求められるように思われる。同条は、「Friedensverrat（平和に対する反逆）」の章のもとで次のように定められている。

「ドイツ連邦共和国が関与することになる侵略戦争（基本法第26条第1項）の準備をし、そしてこれによって、ドイツ連邦共和国に戦争の危険を招来

した者は、無期自由刑又は10年以上の自由刑に処する。」

同条の法益については、ドイツの存立及び国民の平和、あるいはドイツの他国との平和及び対外的安全<sup>33)</sup>とされている。このドイツ刑法の法益論に倣えば、本罪の法益についても日本の対外的安全というより、日本及び日本国民の平和と理解すべきではないかという疑問が生じる。

この点につき、すでに平川宗信は、「平和的生存（権）」を最も重要な法益と理解し、このドイツ刑法の「Friedensverrat（平和に対する反逆）」の章を参考にしながら、「平和的生存に対する罪」の章の立法を主張するとともに、現行刑法81条以下の外患罪、93条の本罪及び94条の中立命令違反罪を「平和（的生存）に対する罪」の章に属するものとしてとらえなおすことを主張していた<sup>34)</sup>。この主張を改めて検討すれば、その主張は極めて妥当なもののように思われる。そこで、本罪の保護法益につき、「日本及び日本国民の対外的安全」とした点を、「日本の平和的存立及び日本国民の平和的生存」ととらえ直すことにしたい。ただ、ここで「日本の平和的存立」をあげた点は平川説では考慮外であるかもしれない。だが、私戦に対する外国からの反撃形態として無人島の占領を受けるような場合は、日本国民の平和的生存を害しているとはいえ、このような場合を含めるためには、日本の平和的生存という点を考慮せざるをえないと考える。

### 三 本罪における予備の意義

【11】以上、私見によれば、本罪の保護法益は、日本の平和的存立及び日本国

---

32) Schönke/Schröder-Eser, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010, S. 1206.

33) Lackner/Kuehl, 前掲【7】注(29) S.583.

34) 平川宗信・刑法各論（有斐閣、1995）9、11、14～19頁。これより早く、吉川経夫も、私戦に関する罪につき、「平和に対する罪」のなかに規定すべきと主張していた（吉川経夫「第3章 国交に関する罪」〔平場安治＝平野龍一（編）刑法改正の研究2各則（東京大学出版会、1973）146頁）。

民の平和的生存ということになるが、刑法93条は、その文言上、この法益侵害の危険の発生を要件とはしていない。そこで、本罪は、私戦目的をもって予備行為が行われれば直ちに成立する抽象的危険犯ということになる。本罪にいう「予備」とは、私戦の開始以前の段階における私戦の準備行為をいい、とくに条文上、類型も示されていないので、「方法のいかんを問わない」とされても仕方がないところがある。だが、予備もその目的とする行為の手段として適したものであることを要するから、ゆるやかには類型化されているというべきであり、また、罪刑法定主義上、できる限り明確化をはかり、行為を類型化することが望ましい<sup>37)</sup>。また、本罪は、その法定刑の重さからみて、その重い法定刑に相当するだけの実質を有している必要があると思われる。そこで、本罪が危険犯であるとしても、予備行為によって目的実現に至る類型をもち、さらに法益侵害に対する現実的・具体的な危険の発生が認められることを要すると解すべきである。

このように、予備罪も類型性や危険性という点から一定範囲に限定すべきという考え方は、たとえば、殺人予備につき、ピストルを「買う」のは予備であるが「買いに行く」のは予備ではないとする学説のほか、下級審の裁判例によっても認められている。すなわち、破壊活動防止法39条及び40条所定の予備罪が

---

35) 大塚・前掲【6】注(20)651頁。

36) 鈴木・前掲【6】注(21)77頁。

37) 予備罪の解釈上の限定にも限界があり、また予備罪の犯罪予防上の効果を疑問とし、予備罪の廃止を主張するものとして、中森喜彦「法学論叢」116巻1～6号(1985)541～543頁がある。

38) 本文【12】で示すとおり、現行刑法は、本罪の目的とする私戦自体を処罰しておらず、私戦自体は、騒乱罪、殺人罪、強盗罪や放火罪などの刑罰法規によって処罰されるというのが通説である。そこで、本罪はこれら騒乱罪等の予備的性質をもつと解されるところ、その予備が可罰的であるのは、放火予備(刑113条)、殺人予備(刑201)、強盗予備(刑207)であるが、それらの法定刑は、いずれも2年以下の懲役であり、これと比較すると本罪の3月以上5年以下というのは、かなり重いといえる。また、破壊活動防止法39条によって処罰される政治目的のために行う放火予備の法定刑は、5年以下の懲役又は禁こであり、破壊活動防止法40条の定める政治目的のために行う騒乱予備は3年以下の懲役又は禁この法定刑を定めるが、いずれも本罪の方が重い。

39) 柏木千秋・刑法総論(有斐閣、1982)263頁。

問題となった事案に関する東京高判昭42・6・5高刑集20・3・351<sup>40)</sup>は、検察官の「予備行為がその実現せんとする目的との関連において、目的実現のために役立ちうること、つまり、有益性さえ備わつておれば予備罪が成立するものと解すべきである」という控訴趣意に対して、まず、これを否定した。そうして、「実行行為着手前の行為が予備罪として処罰されるためには、当該基本的構成要件に属する犯罪類型の種類、規模等に照らし、当該構成要件実現（実行の着手もふくめて）のための客観的な危険性という観点からみて、実質的に重要な意義を持ち、客観的に相当の危険性の認められる程度の準備が整えられた場合たることを要する、と解するのが、前述のような予備行為の態様の無定型と無限定という特徴を把握する一方、罪刑法定主義の要請をも顧慮する目的論的解釈の立場からみて、もっとも当を得たものと思われる」と判示した。この東京高判は、原判決の「実行に着手しようと思えばいつでもそれを利用して実行に着手しうる程度の準備が整えられること」を同趣旨として肯定しているが、これとその他の判示箇所を総合して考えると、東京高判は、事後客観的立場から判断して、実行の着手に至る近接した客観的危険の発生が認められることを予備処罰の要件としたものと理解することができよう。これは、きわめて妥当であり、この要件を「予備危険要件」ということにする。

【12】私戦が行われた場合には、本罪の実行行為たる私戦自体を処罰する規定はないので、騒乱罪等の適用を認めるのが通説である。そこで、本罪は騒乱罪の予備の実質を有する場合もあることになるから、東京高判昭42・6・5が示した「予備危険要件」は本罪についても妥当するものといつてよいであろう。すなわち、本罪が成立するためには、本罪の目的である「外国に対し私的に戦闘行為」の着手に至る近接した具体的危険の発生が客観的に認められることが必要である。ここで、「外国」とは、具体的には外国政府又は外国軍隊をいい、<sup>42)</sup>

---

40) 本件の上告審である最判昭45・7・2刑集24・7・412では予備の成否は争われていない。

41) 騒乱罪の成立可能性を認めるものに、泉二・前掲【6】注(16)61頁、小暮・前掲【7】注(27)38頁、柏木・前掲【6】注(16)70頁、植松・前掲【1】注(3)16頁、大塚・前掲【6】注(20)651頁など。

42) 夏目・前掲【6】注(20)114頁、江家・前掲【6】注(22)15頁、熊倉・前掲【6】

外国に対して「戦闘行為をする」とは、外国政府又は外国軍隊に対する「組織的な武力の行使」である。<sup>43)</sup> 一般に「戦闘行為」とは、人を殺傷し又は物を破壊する行為をいい、<sup>44)</sup> 個々人の行為について観念しうる概念であるが、本罪にいう「戦闘行為」とは組織的に行われることを要し、これを「武力の行使」というのだとすれば、<sup>45)</sup> 本罪の「予備危険要件」は、「組織的な戦闘行為」つまり「武力の行使」に至る近接した具体的危険の発生が客観的に認められることということになる。これは、「その行使が具体的に可能な武力が客観的に成立した」と認められることと言い換えることができるであろう。

この「その行使が具体的に可能な武力が客観的に成立した」と認められることとはどういうことかにつき、「武力」自体の分析を行いながら、さらに検討を加えたい。「武力」は、「人的構成」と「物的構成」によって成り立ち、それぞれが個々の要素によって充足されるものとみられる。このなかで、第1に、「物的構成」の要素は、武器等戦闘自体に用いるもの、食料等、戦闘の現場で用いるもの、資材、資金等その他の要素など多様なものがあろうが、戦闘を行う上で有益なものはすべて含まれ、具体的な私戦計画上必要な物的要素がすべて整えば、「武力の物的構成」が整ったといえる。他方、第2に、「人的構成」の要素は、戦闘能力を有する者など、自然人がその構成要素となるのは当然であるが、人が単に集合しても武力を構成する「人的構成」が整ったとはいえない。集合した人が組織的に共同して戦闘を現実に行うことができるよう編成され、これらを戦闘目的上一体として動かすことを可能とする指揮・命令系統が整備されることが必要である。このようにして、武力の「人的構成」は、単なる人

---

注 (20) 401 頁など。

43) 宮内・前掲【6】注 (20) 341 頁、植松・前掲【1】注 (3) 16 頁、鈴木・前掲【6】注 (21) 76、大塚・前掲【6】注 (20) 651、中森・前掲【6】注 (21) 240 頁など。

44) テロ特別措置法 (平成 13 年 11 月 2 日法律第 113 号) 2 条 3 項は、「戦闘行為」とは、国際的な武力紛争の一環として行われる人を殺傷し又は物を破壊する行為をいうものとしているが、その「国際的な武力紛争の一環として行われる」という箇所を除く「人を殺傷し又は物を破壊する行為」が戦闘行為の意味の根幹である。

45) 「衆議院議員金田誠一君提出『戦争』、『紛争』、『武力の行使』等の違いに関する質問に対する答弁書 (内閣衆質一五三第二七号 平成十四年二月五日)」(衆議院) (アクセス 2014 年 10 月 12 日 18:00) における政府の見解も基本的な考えとしては同様であろう。

の集合体ではなく、共同して戦闘の実行が可能な組織的集団と理解すべきであり、このような組織的戦闘集団の成立をもって、武力の「人的構成」が整ったというべきであろう。そうして、この武力の「物的構成」と「人的構成」が具体的な私戦の作戦計画のもとで統合され具体的に編成されたときに、「その行使が具体的に可能な武力（以下では、「私戦武力」とする）が客観的に成立した」といえるであろう。

【13】問題は、この「私戦武力」成立の判断の方法であるが、その判断を行う際、前掲・東京高判昭42・6・5が指摘する留意点を確認しておきたい。東京高判昭42・6・5は、騒乱罪の予備の判断につき、たとえば、殺人予備の場合のように構成要件が比較的単純なばあいとは異なり、「二人以上の者の間に一応の通謀がなされると、ただちにそれで陰謀の段階が終了し、爾後何らかの物的あるいは人的な準備行為がなされれば、すべて、それが予備の範疇に入るといような簡明な進展形態を示さないのが通常」であり、「計画そのものの熟否の程度ないしはこれに見合う人的、物的の準備工作の実質的進捗状況を全体的、客観的立場から観察し、それらが、近く、所期の目的の達成を目指す実行着手の域にまで至りうる程度に危険性が具体化しているかどうかを基準として、これを判定する」必要を指摘していた。

本罪においても同様の留意が必要であるが、ここでは「私戦武力」成立の判断を<設例3>（【9】を参照）を用いて簡単に行うことにする。<設例3>において、ある宗教教団Aの教祖甲ら幹部数名が在日米軍と戦闘し在日米軍基地を制圧することを計画し、その後、実行者の選抜や計画の説明・了承などを得るための準備行為が行われ、また、これと同時に、サリン等の化学兵器を開発し、自動小銃、爆薬等を教団施設内で製造する活動が行われることになろうが、この段階でもまだ本罪の予備は成立しない。その後、選抜された複数の者において私戦に関する共同実行の意思が成立し、私戦を実行するだけの兵員が確保され、また私戦を可能とする兵器の準備が伴い、全体として、計画された在日米軍との戦闘を可能とする物的・人的編成が客観的に成立したと判断された段階において、はじめて「私戦武力」が成立したと判断することができるであろう。

ここで、「私戦武力」を構成する要素としての個々の準備行為があっても、「私

戦武力」が成立しない限り本罪の予備とはならないということに注意すべきである。実行者の選抜や計画の説明・了承などを得るための武力の「人的構成」を準備する行為やサリン等の化学兵器の開発・製造等の武力の「物的構成」を準備する行為は、その行為時点において可罰的なのではなく、「私戦武力」が成立したときに、事後的に可罰的になるのである。他方、この「私戦武力」が成立した後は、その「物的構成」を準備する行為はそれが行われれば直ちに本罪の予備が成立することになろう。他方、「人的構成」を準備する行為、すなわち、戦闘員を募集しまたはその募集に応じる行為は、直ちに募集行為や募集に応じた行為につき本罪の予備が成立するのではなく、募集に応じた者が実際に「私戦武力」に組み込まれてその一員になったときに可罰的になるものと解したい。

これらの準備行為の可罰性を付与するのが「私戦武力」の成立という本罪の「予備危険要件」である。その犯罪成立要件上の位置づけについては【17】で検討する。

【14】次に「私戦武力」の場所的關係が本罪の成立に与える影響を考えたい。すなわち、本罪が関わる場所的關係には、①私戦予定地、②「武力組織」の成立地、③その現在地、④予備行為地がある。〈設例2〉（【8】を参照）及び〈設例3〉（【9】を参照）では、①～④のすべてが日本国内の場合であるが、それぞれが異なる場合もありうる。まず、④の私戦予備地であるが、本罪は国外犯が処罰されていないから、これについては日本国内で行われることを前提として考える。また、①の私戦予定地については、それが日本国外である場合は、本罪の法益をどのように考えようと、その侵害性は日本国外より高まるであろうから、この点についても、ここでとくに問題とすべきことはない。

問題があるように思われるのは②及び③についてである。たとえば、「私戦武力」が外国人によって外国Aで成立したものの、それが日本において私戦を行うために日本に移動してきて、その現在地が日本国内にある場合に、さらに国内の日本人が私戦の準備行為をしたとき、本罪の法益論との関係で問題は生じないであろうか。外国Aで組織化された「私戦武力」が他の外国Bに対する私戦予備を行っても、私戦対象国Bと日本との外交関係が直ちに悪化するわけではないとする場合には、本罪の法益につき外国利益説によれば本罪の成立は肯定されようが、外交利益説をとるときは、本罪の成立を否定することもありう

るであろう。本罪の保護法益につき、日本の平和的存立及び日本国民の平和的生存とする私見によれば、たとえ、〈設例2〉及び〈設例3〉において、外国Aから来た「私戦武力」によるB国に対する私戦が日本国内で行われたのであれば、直ちに外交関係上の問題が生じなくても、やはり、日本国民の平和的生存が脅かされると解されるから本罪の成立は認められることになる。

他方、日本人によって又は日本人を中心として「私戦武力」が成立した場合、この「私戦武力」は外国からは「日本」の武力と観念されるから、その成立地が日本国内であろうが外国国内であろうが、外国で私戦が行われるとき、これによって日本の平和的存立及び日本国民の平和的生存が脅かされる危険が発生し、日本国内でその私戦の予備を行えば、本罪が成立することになる。だが、外国人によって又は外国人を中心として外国で成立した「私戦武力」の場合は、この「私戦武力」が「日本」と結びつけて観念される特別の事情がない限り、日本への影響は少ないであろう。したがって、このような「私戦武力」が、外国に現在し外国で私戦を行う場合は、たとえ、その「私戦武力」の一部に日本人が加入し、この者が日本で私戦の準備を行ったとしても、これにより必ずしも日本の平和的存立及び日本国民の平和的生存が害されることはないと思われるので、原則として本罪の成立は否定されるべきであろう。本罪の法益につき外交利益説によっても、この場合には直ちに日本の外交上の支障が生じるとは思えないので同様の結論になると解されるが、外国利益説によれば、この場合であっても外国の利益を害するから本罪の成立を認めることになる。

このように、「私戦武力」が外国人によって又は外国人を中心として成立した場合の本罪の成否については、本罪の法益の理解が影響するとみられる。ここで本罪の法益を、私見のように、日本の平和的存立及び日本国民の平和的生存と解すれば本罪の成立が否定されるから、本罪の成立要件としては、「私戦武力」すなわち「その行使が具体的に可能な武力」が客観的に成立したと認められたことだけでなく、これにより法益が害される危険性が発生したことが必要であることになる。これは外交利益説でも同様と思われるし、外国利益説でも【7】で検討したような「テロ国家」に対する私戦につき法益侵害性を否定するならば、やはり、「私戦武力」の成立により法益が侵害されたかどうかを具体的に検討する必要があり、この点を本罪の成立要件として認めることが妥当であろう。

【15】本罪の個々の予備行為の検討に移ろう。まず、本罪の個々の予備行為について類型性や危険性は問題とならないであろうか。すでにふれたように、本罪は騒乱罪の予備的性質をもつが、刑法106条の騒乱罪は、首謀者、他人の指揮者、率先助勢者、付和随行者に類型化して関与者を処罰している。10万円以下の罰金のみを法定刑とする付和随行者と最高刑を10年又は7年の懲役又は禁錮とする、それ以外の関与類型とではかなりの可罰的評価の違いが認められる。他方、本罪の法定刑は3月以上5年以下の禁錮であって罰金刑は定められていない。私戦が実行された場合より予備の方が刑が重くなる合理的説明はできないだろうから、付和随行者として私戦に参加することを予定する者などは本罪からは除かれると解すべきであろう。もっとも、騒乱罪における付和随行者とは群衆心理に駆られて雷同的に騒乱に参加した者をいうが、本罪におけるそのような関与は、私戦が行われる際に付和雷同的に共に戦闘行為に参加した場合などが考えられる。だが、付和雷同的な私戦参加の準備行為ということ想定することは困難であり、このような場合はそもそも問題とならないようにも思えるが、この付和雷同性という点と同質的な例は考える。たとえば、私戦のための兵の募集に対して、さしたる思想もなく何となく募集に応じた者の心理の実質はこの付和随行者と同等の可罰的評価を加えるべきといえることができるのではなかろうか。そうしてこのような場合には本罪を否定すべきであろう。すでに【13】でふれたように、私戦の募集に応じた段階にとどまる者は「予備危険要件」点から本罪の予備罪にあたらないと考えたわけであるが、ここでは付和雷同性という点からも同様の結論を主張することになる。「明23年草案」147条（【3】を参照）が、兵隊を招募する類型のみを示し、兵隊の招募に応じた者の可罰性を認めていないことも、この解釈を許す一つの根拠となるであろう。だが、私戦の戦闘員として「募集に応じた」者について一切本罪の成立が認められないということではない。【13】でふれたように、募集に応じた者が実際に「私戦武力」に組み込まれて、その一員になったときに可罰性を認めることになる。これを言い換えると、私戦の戦闘員として募集に応じた者について成立する本罪の予備行為とは、「私戦武力」の構成員になることである。

他方、本罪の予備は、騒乱罪にいう首謀者、他人の指揮者、率先助勢者など一定の類型化が可能なる者に限定されるわけではない。「明23年草案」146条（【3】

を参照)は、私戦罪として可罰性が認められる者の類型を定めていたが、「首魁」、「扇動者」、「枢要の職務を為したる者」、「兵器、弾薬、金穀、船舶其他軍用の物品を支給したる」のほか、「其他の共犯人」というような一般類型を用意していた。本罪についても、本罪の成立要件である「私戦武力」を構成する上で「実質的に重要な意義をもつ準備行為」は、本罪の予備として可罰的なものと解すべきである。

【16】本罪が成立するためには、戦闘行為を「する」目的が必要である。これは、「自ら」戦闘行為を「実行する」意思が認められることが必要であり、自らは戦闘行為をする意思はなく、他人に戦闘行為をする目的があることを知って、これに有用な準備行使をするに過ぎないという他人予備の場合を含まないという趣旨に解すべきである。他人予備の場合は、本罪の幫助の成立が考えられるが、私戦が不可罰であるから共犯の従属性の見地から私戦幫助も不可罰であり、ひいては私戦予備の幫助も不可罰との解釈も成り立つであろう。

また、「自ら」戦闘行為を「実行する」意思とは、自ら戦闘地に赴いて戦闘行為の実行を行う意思があるという場合のほか、自らは戦闘行為を実行しないが、他人の実行を通じて自らが実行すると解することができる事情が認められる場合、いわば共謀共同正犯における「正犯性」に相当する実質が認められる場合を含むと解すべきであろう。

#### 四 本罪の成立要件及び〈設例1〉に対する本罪の適用可能性

【17】以上の検討により、本罪の成立要件の全体を具体的に示すことにしたい。だがその前に検討を要するのは、本罪が成立する上で重要と考えられる「私戦武力」の成立という要素の位置づけである。この要素は、本罪の個々の私戦の準備行為を可罰的な程度にまで高める違法要素と考えられるが、この要素が構成要件要素であるか否か問題となる。これを構成要件要素であるとすれば、それは故意の認識対象となるが、「私戦武力」の成立は、裁判所によって事後的に客観的に判断される要素であるから、このような性質をもつ事実が故意の対象になるとはいえないように思われる。したがって、本罪の処罰のために必要な「私戦武力」は、構成要件要素ではなく、処罰条件であり、故意の認識対象とは

ならないと解する。

こうして、私見による本罪の成立要件を刑法93条前段の文言を変える形で示すならば、次のようになる。

「外国に対して私的に武力を行使する目的で、その陰謀を行い、又はその武力を構成する上で重要な人的及び物的準備を行った者は、その行使を具体的に可能とする武力が客観的に成立したことにより法益が害される危険性が認められる場合において、3月以上5年以下の禁錮に処する。」

【18】本罪の成立要件は、＜設例1＞（【1】を参照）の甲において充足されているであろうか。＜設例1＞における甲には、B武装集団に加入してA国に対する戦闘行為を行うという目的があった。これは、「外国に対して私的に武力を行使する目的」があったとすることができるであろう。次に、甲がA国に対して戦闘行為を行うためにB武装集団に加入を試みた種々の行為が「その武力を構成する上で重要な人的及び物的準備を行った」といえるかであるが、私戦の戦闘員として単に「募集に応じた」段階にとどまる場合、それだけでは本罪の予備罪にあたらないと考える（【15】を参照）ので、甲の行為はこれにはあたらないことになる。その後、甲がB武装集団を構成する一員としてその集団に組み込まれてはじめて、本罪の対象とする予備を行ったと解すべきであろう。だが、B武装集団は、「その行使を具体的に可能とする武力が客観的に成立した」集団と認められるとしても、この集団は、日本国外のA国内で組織されているから、ここ集団による私戦が行われても、「日本の平和的存立及び日本国民の平和的生存」が害されるとはいえないから、この集団に入って予備行為を行ってもその法益侵害の危険性は認められない。この点からいっても本罪の成立は否定されるべきである（【14】を参照）。以上から＜設例1＞に対する本罪の適用は否定されるべきである。

【19】このように、＜設例1＞の甲に対する本罪の適用可能性を認めることはできないが、このことは、直ちに＜設例1＞の甲のような行為を規制する必要性が全くないというわけではない。＜設例＞1の仮定を一部変えて、B武装集団（国家としての実質を有すると仮定しよう）に対する戦闘行為を行うために

A国の戦闘員の一人となるために渡航準備をする乙がいて、その後、乙がA国に渡りA国の軍隊の一員となったとすると、私見によっても、乙の行為について本罪を適用しうる実質が備わっていることを認めざるをえない。だが、この仮定であっても、現行法では、本罪は国内犯に限って成立するから、乙の行為は可罰的でない。よって、ここには不備がみられるので、本罪の国外犯を認める規定の立法、さらには、私戦自体を処罰する規定の立法の必要性が認められる。私戦自体の処罰化については、すでに、改正刑法仮案189条、改正刑法準備草案140条、改正刑法草案126条で、提案されているところであるが、現実的に適用可能性があるのは、自衛隊の部隊が海外に展開され、その一部が私的に外国に対して戦闘を開始する場合が考えられる。<sup>47)</sup>

【20】いずれにしても、現行法を前提とする限り、外国で行われることを予定する私戦の準備行為を日本国内で行うことについて本罪の成立を認める可能性は低いことになるが、日本国内で行われる私戦の準備行為に対する規制をどのように考えるのが適切であろうか。私見によれば、〈設例1〉における甲のような人物の行動を規制するよりも、その周囲にあつて、私戦を勧誘し、斡旋し、仲介するような者を規制する方が望ましい。この点で参考になるのは、ドイツ刑法109条h 1項である。<sup>48)</sup>これは、次のように規定する。

---

46) 実には、現行刑法上、本罪の国外犯は処罰されていないとはいえ、旧陸軍刑法（明治41年法律第46号）及び旧海軍刑法（明治41年法律第48号）は、それぞれ第2条において、一部の罪につき、人的適用範囲を拡張し、軍人でない国民に対しても適用を認めており、第2条5号により、私戦予備陰謀罪については、陸軍刑法及び海軍刑法が適用される結果、それぞれの第3条により国外犯も処罰されることになっていた。

47) 前掲注(46)でふれた旧陸軍刑法及び旧海軍刑法では、いずれも「擅権ノ罪」として、私戦を処罰していた。すなわち、司令官及び指揮官が「外国ニ対シ故ナク戦闘ヲ開始シタルトキハ死刑ニ処ス」としており（陸軍刑法35条、海軍刑法30条）、また司令官や指揮官でなくても、「命令ヲ待タズ故ナク戦闘ヲ為シタル者ハ死刑又ハ無期若ハ七年以上ノ禁錮ニ処ス」としていた（陸軍刑法38条、海軍刑法33条）。また、それぞれの未遂は可罰的であったが（陸軍刑法39条、海軍刑法34条）、予備は不可罰であった。

48) フランス刑法85条も、「平時において、外国のためにフランス領域内で募兵した者は、1年以上5年以下の拘禁及び3,000フラン以上40,000フラン以下の罰金に処する。」と定め（翻訳は、法務大臣官房司法法制調査部編・フランス刑法典（法曹会、1991）による）、

「外国の勢力の利益のために、ドイツ人を、軍事上の若しくは軍事類似の組織で軍務に就かせるため徴募し、又はその募集者若しくはこのような組織の軍務に斡旋した者は、3月以上5年以下の自由刑に処する。」

この規定の解釈の概要をSchönke/Schröder-Eser（前掲【10】注（32））によってみてみよう。①本罪の法益は、複雑で、個人の保護並びに個人の保護によって保持されるドイツの防衛力及びその中立性とされている（S.1315）。②行為客体であるドイツ人は被害者（Opfer）という位置づけであり、ドイツ人であれば年齢、技能、性別を問わないが、ドイツに住所を持つドイツ人に限定するという説もある（S.1315）。③外国の勢力とは、軍事高権又は国際法上の承認を得た国家だけでなくすべての事実上の勢力をいうものとされる（S.1315）。④故意は条件付きであってもよいとされる（S.1316）。⑤未遂は可罰的であるが、被害者が外国の勢力のために軍務を行う承諾をしたとき徴募は既遂になり、斡旋は募集者や軍事上の若しくは軍事類似の組織の機関に影響を及ぼしたときに既遂に達する（S.1316）。なお、徴募に応じた者は可罰的とされず、また109条h 1項の罪の共犯の成立については全くふれられていないので、おそらくは認められていないのであろう。

日本においてこのドイツの規定に類似する刑罰法規を立法する際、次の検討が必要となるであろう。第1は、軍務の募集者と募集に応じる者とは必要的共犯の関係にあるが、募集に応じた者の可罰性を正犯としても共犯としても認めないか否かである。ドイツにおいては、募集に応じるドイツ人自体が法益と考えられており、109条h 1項の罪の被害者という位置づけから不可罰性が基礎づけられるものとみられるが、日本においても法益の検討が重要となるし、又、徴募の抑止のため、募集に応じた者を不可罰とした方が、募集者や斡旋者の情報を得られやすいように思われるが、このような捜査上の事情等を考慮する必

---

スウェーデン刑法19章12条も、「政府の許可なしにここ王国において人々を外国の軍務もしくはそれと同等な役務に募集し又は右の役務に就くために不法に王国から出国するように人々を誘引する者は、『不法募兵』として、罰金もしくは6月以下の拘禁に処する。（1974年法律第565号）と定める（翻訳は、坂田仁「スウェーデン刑法典（試訳）— 2006年1月1日現在の正文 —」法学研究79巻11号（2006）による）。

要もある。第2は、ドイツにおけるように客体を日本人に限定するかどうかである。第3は、国外犯を処罰するかであるが、ドイツ刑法5条5号bは、行為者がドイツ人であり、かつ生活の基盤がドイツ刑法の適用範囲にある場合のみに刑法109条h 1項の罪の国外犯を罰している。第4は、インターネット上の情報規制の在り方である。

【21】もつとも、以上の立法提案では、2014年9月24日に採択されたテロリズムに関する決議2178 (2014)<sup>49)</sup>の要求は満たされそうにない。同決議は、テロ行為の実行・準備・参加等のために国民が外国に渡航しようとする個人につき、「決議6」において、この犯罪の重大さを正しく反映する形で確かに訴追し刑罰を科すことができるように、国内法令の重大犯罪に関する規定を確実に調整しなければならないと決定した。決議6は、「テロ行為の実行・準備・参加等のために国民が外国に渡航しようとする」行為を可罰的なものにするを要求するものであるが、この要求に対応する現行刑法の規定は本罪しかないわけである。しかし、私見によれば本罪の適用は可能ではなく、また本罪の予備の範囲をこの決議に比べられるよう広げることについては賛成できない。また、決議6が要求するのは、私戦にあたるようなテロ行為に限定されず、テロ行為一般に対するものであるから、所詮、私戦関連処罰の範囲内で対応を考慮するのは狭すぎるわけである。そこで、決議6に比べるためには、全く新たな立法によらざるを得ないが、立法案として参考になるのは、テロ活動に向けられた「団体を設立した者、又はそのような団体に構成員として参加し、このために宣伝し、若しくは支援した者」を可罰的とするドイツ刑法129条aである。そうして、日本において、このドイツの規定のようにテロリスト団体に構成員として参加、これを宣伝、支援する行為だけを可罰的なものとするのではなく、さらに構成員として参加するための準備を行うことを犯罪化すれば、決議6の要求に比べることができるかもしれない。だが、そこまで可罰性を広げることは刑法の謙抑性に反するように思われる。

---

49) 安全保障理事会決議2178 (2014) [http://www.unic.or.jp/files/s\\_res\\_2178.pdf](http://www.unic.or.jp/files/s_res_2178.pdf)  
(国際連合広報センター) (アクセス2014年10月10日15:52)

## おわりに

【22】本罪は、やはり「おとぎ噺の世界」に閉じ込めたままにしておくべきであった。しかし、警視庁公安部の動きの直前に前掲【21】の国連安全保障理事会の決議が出されていることもあり、〈設例1〉における甲のような者の渡航を差し止める国際関係上の必要があったということかもしれない。渡航差し止めのために本罪以外の適用は可能でなかったか。司法警察活動として甲の渡航を阻止するには本罪以外には殺人予備罪も考えられた。甲には外国で戦闘行為を行う意図があったのであり、そこには条件付ながら殺人の意思が認められるからである。だが、その殺人予備の危険性は本罪にもまして少ないといわざるをえない。それでは、行政警察活動によって渡航差し止めが可能であったかといえ、考えられるのは、警察官職務執行法3条1項1号所定の「自己又は他人の生命、身体又は財産に危害を及ぼすおそれのある者」に対する保護であるが、その「おそれ」は「精神錯乱又は泥酔」によるものに限定されているから、甲には適用可能ではない。甲を強引に「精神錯乱」にあるとして保護を認めることは極めて危険であり認められない。

要するに、〈設例1〉の甲のような人物の渡航を差し止めることを可能とする法的根拠は存在しなかったわけである。そこで、私見によれば認められないけれども他説によればまだ適用の余地のある本罪を用いざるを得なかったという事情については十分に理解できるころではある。だが、それは法制度の不備による窮余の策であったのであり、窮余の策が多用されることは望ましくない。国連決議が要求する渡航の差し止めを可能とする法整備の必要が存在するというのであれば立法によるべきであるが、その際も、一定の目的追求のみを考えて行うことは避けるべきである。刑法の謙抑主義をおろそかにすべきではないことが強調されなければならない。

(2014. 11. 11)

