

私戦予備・陰謀罪の数奇なあゆみ

星 周一郎

目 次

はじめに

1. 私戦罪・同予備・陰謀罪制定前史——丸山作樂の獄
2. 旧刑法典における私戦罪・私戦予備罪の制定
3. 私戦罪・私戦予備罪に対する評価と自由党大阪事件での適用
4. 現行刑法典の制定と私戦予備罪
5. 現行刑法典下における改正動向
6. 私戦予備・陰謀罪に関する主な解釈論
7. 国外テロ行為と私戦予備罪——「イスラム国」渡航準備事件
8. 「サイバー戦争」と私戦予備罪

むすびに代えて

はじめに

明治 40 (1907) 年に制定された現行刑法典には、ほとんど適用例のない犯罪類型がある。その一つが、刑法 93 条に規定されている私戦予備・陰謀の罪である (以下、原則として「私戦予備罪」と表記する)。私戦予備罪に関しては、かつて「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……93 条はかなり愚劣な規定であるといはねばならない」¹⁾、「存在価値をもたない・ナンセンスな条項である……近代戦争を理解するかぎり、私戦などというもの

1) 瀧川幸辰『刑法各論 (現代法学全集 28 巻)』(1930 年) 85 頁。なお、長田秀樹「私戦予備陰謀罪の成立要件」創価法学 44 巻 2 号 (2014 年) 57 頁参照。

は、考える余地のないことだからである」²⁾ などとする酷評もあるほどで、適用例がほとんど見られないのも宜なることではある。ところが、近年、私戦予備罪の適用が取り沙汰される事象がまみられる、という現象が生じている。

私戦予備罪は、いかなる事態を想定して、いかなる趣旨のものとして規定されたのか、実際の適用例に乏しいこともあり、ほとんど議論されてこなかったのが実情である³⁾。そこで、本稿では、著者の能力のあたう限りで、私戦予備罪の立法経過を明らかにすることを試みたいと考える。その上で、近年の事象に関して、そのことの有する意義について若干の検討を加えることにしたい。

1. 私戦罪・同予備・陰謀罪制定前史——丸山作樂の獄

先に、私戦予備罪を「ほとんど適用例のない犯罪類型」と位置づけたが、実際には、明治維新以降の日本において私戦予備に関する規定が適用され、有罪とされた例がないわけではない。

その最初の事案が、明治維新後ほどない時期に生じた「丸山作樂の獄」である。当時の日本では、いわゆる征韓論をめぐる動きが一つの政治的問題となっていたが⁴⁾、丸山作樂の獄はその文脈の中で生じたものである。その概要を簡単に確認しておくことにしよう。

同事件の首謀者とされた島原県士族丸山作樂は、熱烈な国体論者としても知られていたが、外務権大丞に任じられていた明治3（1870）年、一部で提唱されていた朝鮮出兵論に共鳴し、当時の澤宣嘉外務卿（外務大臣）に縷々その実行を促すなどしていたが、取り入れられなかった。そこで、自らが総轄議判となって、腹心であったYら数名とともに、軍資金を国外から調達して軍艦・兵

2) 熊倉武『日本刑法各論下巻』（1970年）403頁。

3) なお、長田・前掲注（1）論文は、後掲の『『イスラム国』渡航準備事件』を契機として、私戦予備罪の罪質・成立要件について詳細な検討を加えた数少ない論稿の一つである。

4) 征韓論に関する文献は多数あるが、さしあたり田保橋潔『近代日鮮関係の研究上巻』（1940年）298頁など。

器を購入し、有志を募り、準備を整えたうえで朝鮮半島に侵攻するという計画を立てた。しかし、明治 4 (1871) 年初頭にこれが発覚し、共犯者 Y の逮捕の後、丸山は、同年 3 月 22 日に外務省出勤中に拘引され、翌 4 月 11 日に本官を免ぜられた⁵⁾。

本件当時に施行されていた新律綱領には、私戦予備罪に相当する規定はなかった。しかし、新律綱領では、罪刑法定主義も認められていなかった。丸山は、後に初代大審院長となる玉乃世履らによる尋問を受けるなどした後、司法省に設けられた臨時裁判所により、8 か月以上にわたる審理の後⁶⁾、当時のフランス刑法⁷⁾および唐律⁸⁾を参酌して⁹⁾、「丸山作楽、多衆を糾合し擅に外境を襲撃せむと謀り、未だ成らずして事発覚す。右 2 律に擬照すれば情状稍軽し。依て斟酌商量して準流 10 年に処す可し。但破廉耻の罪に非ず、準流を禁錮に換

5) 田保橋・前掲注 (4) 書 308 頁以下。

6) 新律綱領の時代の刑事裁判は、まず口供書として自白をさせ、それからいかなる罪のいかなる刑に処するかを記した擬律書を作成した。そして、この両者をあわせた罪案をもって裁判官は裁判所長らの上司に伺いをたて、「可」とする批可書を受けた裁判官が判決を下すという手続を経ていた。小泉輝三朗 (磯川全次校閲)『明治黎明期の犯罪と刑罰』(2000 年) 54 頁以下、新井勉『明治前期の叛逆について——大逆罪・内乱罪研究の前提として——』政経研究 49 巻 4 号 (2013 年) 15 頁以下。なお、丸山の口供は、明治 4 年 9 月に終了しており、丸山正彦『涙痕録—丸山作楽伝』(1899 年) 127 頁以下に、その全文が掲載されている。

7) フランス刑法典 84 条〔当時〕は「外国へ対し政府より允許せざる抗敵の所行を為すに因り、外国をして我国に対し構兵の事を公告するに至らしむる者は、追放の刑に処せらる可し。若し其事に因て現に戦争に至る時は流刑に処せらる可し」と規定していた (訳は、箕作麟祥訳『仏蘭西法律書刑法 2』(1870 年) 4 丁による。なお、原文は «Quiconque aura, par des actions hostiles non approuvées par le gouvernement, exposé l'état à une déclaration de guerre, sera puni du bannissement; et, si la guerre s'en est suivie, de la déportation.»)。

8) 『唐律疏議第 16 巻』「諸擅発兵、十人以上徒一年、百人徒一年半、百人加一等、千人絞」。

9) 律令に正条がない場合でも、他律を「^{ひきあわせ}援引比附」し、必要に応じて加減を加えて罪名を定擬することが、「断罪無正条」として認められていた。岩崎二郎「罪刑法定主義と不応為及び援引比附」神奈川法学 5 巻 2 号 (1970 年) 19 頁以下、吉川経夫「日本における罪刑法定主義の沿革」同『吉川経夫著作選集第 2 巻 罪刑法定主義と刑法思想』(2001 年) 35 頁以下など参照。

ふ」¹⁰⁾とされたものの、明治5年4月23日に下された判決では、量刑面で「士族除族」と「終身禁獄」とを申しつけられた¹¹⁾。

なお、当時の社会におけるこの丸山作樂の獄の位置づけをみると、一方では、現職の外務省高官が、その職務を利用して、外国に対する政治的暴動を計画したという「本邦空前の大事件」とでも評すべきものでもあった。しかしながら、「世には〔丸山作樂〕を嫉悪するものなきにあらず」¹²⁾、「固陋奇癖を有する人物を以て目せられ」ていたこともあり、この一件も「朝鮮出兵を理由に、諸藩及び浪士不平の徒を糾合した感があり、政治上重大化するに至らなかった」ともされている¹³⁾。現に、丸山は、明治13(1880)年1月に特赦を受けて復権し¹⁴⁾、明治23(1890)年6月には元老院議員に、同年9月には貴族院議員に勅任され、現行刑法制定過程の審議にも関与するなどしている¹⁵⁾。

このように、丸山作樂の獄は、私戦予備罪の適用事例としても、必ずしも深刻な意義を有するものではなかったともいえる。しかし、現官による国事犯として、「官民に大衝動を与え」¹⁶⁾る一件ともなったことも事実のようである。

10) 本稿では、カタカナ文語体の原文引用に際しては、読みやすさを考慮し、条文も含めて、新字体、ひらがな、算用数字表記を原則とし、また適宜句読点を付することとする。原文表記に関しては、引用文献等を適宜参照されたい。

11) 「其方儀第一、職掌柄と申し精々説諭申開等可仕答処不_レ憚_二朝憲_一、諸藩士及草莽書生輩と共に御交際上に差響候事とも輕議し不_二容易_一義相企候段重々不屈に付、除族の上、終身禁獄申付る」。丸山・前掲注(6)書122頁以下、126頁。なお、共犯者Yは禁獄10年に処せられ、その他の共犯者には免罪が認められたという。同書135頁以下。

12) 丸山・前掲注(6)書120頁。

13) 田保橋・前掲注(4)書310頁。

14) 丸山・前掲注(6)書180頁。

15) 丸山・前掲注(6)書199頁以下。

16) 田保橋・前掲注(4)書308頁。

2. 旧刑法典における私戦罪・私戦予備罪の制定

(1) 旧刑法典編纂の経緯

旧刑法の制定作業は、明治 8 (1874) 年 9 月に、大木喬任司法卿の命により、当時の司法省に「刑法草案取調掛」が設けられた時点から具体化する。明治 6 (1873) 年 11 月に来日したボアソナードの助言を受けながら、日本人編纂委員のみによって草案を起草するという当初の方針が失敗に終わった後、明治 9 (1876) 年 5 月頃から、司法省において、新たな編纂作業が開始される。そこでは、ボアソナードの起草した草案を基に、日本側委員との間での議論を踏まえ、修正を繰り返して確定案を作成するという方法が採用された。そして、同年 12 月には、❶「日本刑法草案 (第 1 稿)」が、司法卿から正院に仮に上申された。

しかし、その後も司法省内での検討が続けられる。そして、❶第 1 稿の改正案である❷「校正刑法草案原稿」を経て、明治 10 (1877) 年 6 月には❸「日本刑法草案 (第 2 稿)」の校正が終了し、さらに、11 月に❹「日本刑法草案 (確定稿)」が編纂されるに至る。同月、これが、大木司法卿に対して上呈され、その後司法卿から太政官に上程された。法制局では、なお一層の修正が必要であるとする稟議があったため、翌 12 月には、太政官の中に「刑法草案審査局」が設置され¹⁷⁾、そこで審議修正がさらに加えられ、❺「刑法草案稿本」を対象として審議修正が加えられる¹⁸⁾。

そして、審査局での修正作業を経て明治 12 (1879) 年 6 月に太政官に上申された❻「刑法審査修正案」は、明治 13 (1880) 年 3 月に元老院の議定に付された。元老院では、第一読会、第二読会および第三読会における審査を経

17) 新井勉「旧刑法の編纂 (2・完)」法学論叢 98 巻 4 号 (1976 年) 98 頁。

18) 吉井蒼生夫『『日本刑法草案』(確定稿)の編纂過程』西原春夫編著『日本立法資料全集第 30 巻 旧刑法 [明治 13 年] (2) - I』(1995 年) 5 頁以下。なお、以下では『日本立法資料全集』に関しては、原則として『立法資料全集』と略記し巻数のみを記載することとする。

て、同年4月に、元老院での修正を加えた案が上奏される。そして、同年7月、太政官布告36号として⑦「刑法（旧刑法）」が公布され、明治15（1882）年1月から施行されるに至る¹⁹⁾。

この⑦旧刑法で規定されたのは、現在の刑法とは異なり、既遂も含めた私戦罪・同予備罪であり、また、「外患に関する罪」として位置づけられていた。その条文は、

第133条

外国に対し私^{ひそか}に戦端を開きたる者は、有期流刑²⁰⁾に処す。其予備に止る者は、1等又は2等を減ず

であり、私戦予備にとどまらず、「私に戦端を開く」という私戦行為自体をも処罰対象としていた。

(2) 私戦罪・同予備罪規定の制定過程

このような制定過程を経て制定された旧刑法における私戦罪・同予備罪であるが、当該規定が制定されるに至るまでは、複雑な経緯をたどっている。しかも、現在にまで伝わる資料に依る限り、理解がかなり困難な動きすらみられるのである²¹⁾。

その概要をあらかじめ概観しておく、私戦予備罪は、前述した最初の確定案である①日本刑法草按（第1稿）ではみられず、②校正刑法草案原稿において原形となる規定が登場する。そして、③日本刑法草案（第2稿）では、内容を修正のうえ、「私戦罪」としてそれが引き継がれるものの、④日本刑法草案

19) 制定過程に関する文献は多数あるが、さしあたり、新井勉「旧刑法の編纂（1）（2・完）」法学論叢98巻1号（1975年）54頁以下、同98巻4号（1976年）98頁以下、石井紫郎編『日本近代法史講義』（1972年）120頁以下〔堀内捷三〕、川口由彦『日本近代法制史〔第2版〕』（2014年）210頁以下など。

20) 有期流刑は、12年以上15年以下の島地での監獄に定役なしで拘禁するということものである（旧刑法20条）。刑の加減例に関しては、旧刑法66条以下参照。

21) 長田・前掲注（1）論文33頁以下も参照。

(確定稿) では削除される。ところが、その後の「刑法草案審査局」で審議対象となった⑤刑法草案稿本では、私戦罪・私戦予備罪の提案が早々に復活し²²⁾、それが⑥刑法審査修正案でもそのまま維持され²³⁾、前述した⑦旧刑法 133 条へとつながった。

(3) 『日本刑法草案会議筆記』における私戦罪・同予備罪の提案と削除の議論

以上に関して、明治 10 年 11 月に編纂された④日本刑法草案 (確定稿) に至るまでの審議過程を詳細に示した『日本刑法草案会議筆記』²⁴⁾ では、以下のような議論が展開されたことが記されている。

私戦罪・私戦予備罪の原形となる犯罪類型が案としてはじめて採用された②校正刑法草案原稿の規定は、以下のようなものであった。

第 156 条²⁵⁾

日本人、日本国より戦書を送らざる外国に対し交戦を起したる時は、重禁獄に処す

其未遂犯罪は、1 等を減じ、設備の所為のみなるときは、2 等を減ず
外国人、日本管内に於て交戦を起したる時は、本刑に 2 等を減ず

審議において、日本側委員である鶴田皓は、私に交戦を起こすことは、それにより当該国と日本政府と間に本当に戦争状態になりかねず、日本政府に多大な被害を生じさせかねない罪であると説明し、重禁獄 (11 年以上 16 年以下の定役のある内地拘禁) の法定刑の妥当性については、ボアソナードと共通認識を得る。そして議論は、主として、同条 2 項の未遂として想定される事態、あるいは未遂処罰の妥当性、さらには外国人処罰規定の妥当性をめぐって展開される。未遂処罰に関しては、鶴田委員は、前述した丸山作樂の獄も例示しながら

22) 『立法資料全集 36- I 巻』163 頁。

23) 『立法資料全集 36- II 巻』251 頁。

24) 早稲田大学鶴田文書研究会 = 早稲田大学編『日本刑法草案会議筆記第 II 分冊』(1976 年)、『立法資料全集 32 巻』。本稿では、『立法資料全集 32 巻』を引用する。

25) 『立法資料全集 30 巻』307 頁。

ら、未遂にとどまらず、私戦の陰謀をした場合も処罰対象とすべきことを主張するが、ボアソナードは、未遂処罰は不要であり、陰謀処罰も、集会規制（「悪事の集会を禁ずる条例」の制定）により対応可能であるから、不要であると反論する。しかし、鶴田委員は、この種の犯罪は、陰謀や「設備」の段階²⁶⁾で発覚することが多いため、未遂・予備処罰の必要性をさらに主張し、議論は、外国と交戦するために兵士を乗船させた船を出航させた段階に関して、それを未遂とみるか既遂とみるかに関して判断が困難である等の議論が展開される。なお、この議論からは、私戦罪という私戦は、日本国外で行うことが前提とされていることが読み取れる。他方、同条3項の外国人処罰規定には理由がないとして、削除することについても、両者で合意がみられた²⁷⁾。

以上の議論を経て起草され、❸日本刑法草案（第2稿）の審議対象とされた規定は、以下のようなものであった²⁸⁾。

第154条

政府の許可を得ずして、未だ戦書を送らざる外国に対し、私に戦端を開き又は開かんとしたる者は、重禁獄に処す。但戦端を開くの設備に止まる者は、本刑に1等又は2等を減ず

この段階での審議において、鶴田委員は、この罪は、もともとフランスなどでは普通にあるべき罪ではないが、日本では、今後も丸山作樂のような、私に朝鮮征伐を企てるような罪を犯す者が生ずるかもしれないので、特別に置いた

26) ❷校正刑法草案原稿では、犯罪の所為を尽くすまたは着手することを未遂とする（117条以下）一方で、その前段階として「設備を為す」、さらにはその前段階として「犯罪を犯さんと決定する」という準備的段階を規定し、それぞれ特別の規定がなければ処罰しないものとしていた（116条）（『立法資料全集30巻』303頁）。なお、中野正剛『未遂犯論の基礎』（2014年）65頁以下参照。

27) 「日本刑法草案会議筆記巻7」『立法資料全集32巻』529頁以下。

28) なお、❸日本刑法草案（第2稿）では、「第154条 政府の許可を得ずして、未だ戦書を送らざる外国に対し、私に戦争を為したる者は、重禁獄に処す」との規定であったとする資料もある（『立法資料全集30巻』363頁）。

規定であると説明し、さらに重禁獄よりも重い軽流刑²⁹⁾にすべきである主張した。これに対して、ボアソナードは、この種の罪は未遂段階で発覚することが多いため、未遂と既遂とを同等に処罰すべきであり、既遂の刑を軽い未遂に合わせるべきであることや、愛国心のゆえに犯す罪であることから、重禁獄が妥当であると主張したとされている。それによれば、②校正刑法草案原稿段階での未遂処罰不要論とは、ニュアンスを異にする見解が示されていることになる。これに対し、鶴田委員は、これは、私に戦端を開いたために、最終的に日本政府と外国政府との不和を醸すべき罪であるので、「国家の重大害を起す者と云はざるを得」ないとして、ボアソナードの見解に反論する。ただ、その一方で、未遂と既遂とを同等に処罰すべきとする見解にも一理あるとして譲歩し、ボアソナードも、前述の②校正刑法草案原稿段階での議論で、外国に対して戦端を開かなくても、そのために日本国内から兵隊を乗船させた船を出航させた場合には、同じように処罰することはすでに決定済みであるとして、この議論は収束する。

さらに議論は、未遂の前段階である「戦端を開くの設備に止まる」行為に関する処罰の必要性に及ぶ。ボアソナードは、「設備」処罰規定の必要性を主張したのに対して、鶴田委員は、私戦の「設備」行為は、禁制兵器等の製造・所持罪で処罰可能であることを理由に、当該規定の削除を求めた。

ところが、この鶴田委員の主張を契機として、ボアソナードは、私戦罪はフランスなど欧州諸国の刑法には存在しない罪であり、日本のみが特別に規定しようとするものであって、自分からは意見を主張すべきものではなく、敢えて意見を示すのであれば、日本に特有の、かつ「太だ不都合の罪」であるので、全面的な削除を主張するに至る。これに対して鶴田委員も、「元来面白からざる罪なり」として呼応し、さらに、結局においては内乱罪に関するいずれかの罪として処罰可能であることを理由として、ボアソナードの全面削除論に全面

29) ③日本刑法草案(第2稿)では、重罪の主刑は、重いものから、死刑、無期徒刑、有期徒刑、無期流刑、有期流刑、重懲役、軽懲役、重禁獄、軽禁獄の順序とすることが提案されていた(12条)。

的に賛成するのである³⁰⁾。

③日本刑法草案（第2稿）の約半年後にまとめられた④日本刑法草案（確定稿）において私戦罪に関する規定が削除されたのは、これらの議論経過に起因するものだとすれば、それ自体は容易に了解可能なものであるといえる。

（4）『刑法草按注解』におけるボアソナードの私戦罪削除批判論

ところが、ボアソナード側の資料では、ボアソナードは、以上とはまったく異なる認識に立っていたことが示されている。

ボアソナードにより、④日本刑法草案（確定稿）に対する逐条の注釈書³¹⁾として著された『刑法草按注解』では、「司法省にて除去された条文」として、私戦罪に相当する154条の2が、日本側が用意した刑法草案に比べてかなり詳細な内容をもって紹介されている³²⁾。なお、これと同趣旨の内容は、ボアソナードが司法省の刑法草案としてまとめた仏文草案の翻訳³³⁾でも、第154条の第2案として掲載されているが³⁴⁾、そこでも、「此の条は草案委員の少数に因て起草

30) 「日本刑法草案会議筆記卷7」『立法資料全集32巻』536頁。

31) 藤田正『『刑法草按注解』資料解題』『立法資料全集8巻』33頁。

32) ボアソナード講義（元老院訳述）『刑法草案註解第5』19頁以下（『立法資料全集8巻』481頁以下）。

第154条の2

凡そ日本に於て戦書を投ぜざりし外国に向て出発したる海陸軍遠征の首謀となり、之を号令したる日本人は、重禁獄に処す

其遠征に於て威権ある職務を行ふたる者は、輕禁獄に処す

其他の共犯は、都て2年以上5年以下の輕禁錮に処す

若し唯其出発に着手して、以て犯罪の施行を始めたるに止まる時は、總ての犯人に付き、各々本刑の1等或は2等を減ず

兵隊を招募し又は陸海軍の糧食装具を準備し、以て犯罪の予備を為したるに止まる時は、本刑の2等或は3等を減ず

其犯人中第139条より第141条迄に記載せる場合に入る者は、該条の恩典を適用す此遠征に際して通常の新罪又は輕罪を犯したる者は、第144条及び第145条を適用す

若し海賊の所業を爲したる時は第3章の2（第1節）の規則を適用す

33) 藤田正『『刑法草按注解』資料解題』『立法資料全集8巻』35頁。

34) ボアソナード氏起草（磯部四郎訳）『日本刑法草案直訳』（刊年不詳）142頁。

せしものなり」との注釈がなされている。私戦罪関連規定に関しては、ボアソナードによる規定の必要性の主張に対し、日本側委員が否定的であったことがうかがわれる³⁵⁾。

『刑法草按注解』におけるボアソナードの主張に戻ると、まず、当該規定が元老院の審査に付されることすらなく、草案段階で削除されたことを批判する。また、規定内容に関しても、フランス刑法においても 84 条および 85 条³⁶⁾として規定されており、決して奇怪なものではないとする。そして、日本では、旧士族の不満に基づき、その支持を得た有力者がたびたび征韓論を主張して、朝鮮国に対する日本の平和的外交を批判するのみならず、自ら朝鮮半島への出兵を考える者がいるので、日本においても格別有益な規定であると強調する。私戦の企図に関しては、その対象国のみならず当該国の同盟国からも、日本政府は重大な報復を受け、それが原因で、日本国と外国との交戦に至ることも疑いのないところであり、これは、不満分子が起こす内乱に比べても、国にとって由々しき事態であることを力説する。

それゆえに、私戦罪関連規定には、元老院において審議対象とすべき価値があり、仮に廃案とするにせよ、十分な審議を尽くすべきであると主張したのである³⁷⁾。

35) 岩谷十郎「二つの仏文刑法草案とボアソナード」法学研究 64 巻 1 号 (1991 年) 69 頁以下、同「仏文草案から見た旧刑法編纂の展開」『立法資料全集 30 巻』34 頁参照、

36) フランス刑法 85 条〔当時〕は「政府より允許せざる所行を為すに因り、外国をして仏蘭西人へ対し其報復を行ふに至らしむる者は、追放の刑に処せらる可し」と規定していた（訳は、箕作・前掲注 (7) 書 5 丁による。なお、原文は «Quiconque aura, par des actes non approuvés par le gouvernement, exposé des Français à éprouver des représailles, sera puni du bannissement.»）。

37) 以上について、ボアソナード講義『刑法草按注解』21 頁以下（『立法資料全集 8 巻』483 頁以下。『刑法草按注解』として引用）。

(5) 日本刑法草案（確定稿）までの私戦罪をめぐるボアソナードと日本側との議論

ところで、翻って考えるに、私戦により、日本が国として戦争に巻き込まれる状態に陥る可能性が生ずるという状況は、外国への遠征の場合に限られるものではない。私戦が日本領土内で行われた場合でも、同様の事態は生じうる。現に、開国騒動に揺れた幕末期、薩摩藩が行った薩英戦争（1863 年）や長州藩が惹起した下関戦争（馬関戦争、1863～1864 年）によって生じた事態は、まさに当時の「日本政府」にあたる江戸幕府が窮地に追い込まれた事態であったといえる³⁸⁾。

しかし、その当事者は、まさに明治新政府の枢要部分を占めた薩摩藩であり長州藩である。以下は推測によるものでしかないが、立法過程においては、私戦罪を規定することにより、薩英戦争や下関戦争に関して、薩長出身者らに「累が及ぶ事態」が生じてしまうのを避けようとする忖度があったのではないかとも思われる。

ボアソナードは、提案にかかる私戦罪規定を、フランス刑法 84 条・85 条を「写したもの」としていた³⁹⁾。そのフランス刑法の規定では、処罰対象行為は「政府の許可を得ない敵対行為（actions hostiles non approuvées par le gouvernement）」（84 条）、「政府の許可を得ない行為（actes non approuvés par le gouvernement）」（85 条）との文言が用いられており、そういった行為がフ

38) なお、江戸時代のいわゆる幕藩体制では、江戸幕府は、その直轄地以外は大名を通じた間接統治をし、大名にはその限りでの統治権が認められていたため、薩英戦争や下関戦争は「国と国との戦争」とみる余地もあろう。しかしながら、大名は完全な自治権を有していたわけではなく、とりわけ外交に関しては、江戸幕府が日本を代表する立場にあったと解される。そうであれば、薩英戦争や下関戦争は、江戸幕府にとってみれば、薩摩藩や長州藩が「私に行った戦闘」であったとみることもできるように思われる。以上について、浅古弘ほか編『日本法制史』（2011 年）172 頁以下〔安竹貴彦〕、川口由彦『日本近代法制史〔第 2 版〕』（2014 年）21 頁以下、出口雄一ほか編著『概説日本法制史』（2018 年）245 頁以下、252 頁以下〔山本英貴〕、水谷三公『江戸は夢か』（1992 年）144 頁以下など参照。

39) ボアソナード『刑法草案註釈上巻』（1886 年）674 頁。

ランス国外で行われることを想定、ないしはそれに限定した文言ではない。ところが、『刑法草按注解』で示されたボアソナードの提案では、「遠征 (expédition)」⁴⁰⁾ という文言がわざわざ用いられている⁴¹⁾。ボアソナードとしては、国外への遠征に限定した規定を提案することにより、日本が島国であるという事情を斟酌したのみならず、前述のように薩長出身者らに累が及びかねない事態に至るのを避けようとする意図をも同時に有していたとも推測できよう。

これに対して、日本側委員が用意したそれまでの草案の規定では、「遠征」という文言は用いられておらず、その理由は詳らかではない。ただし、日本側としては、それ以上に、私戦罪・私戦予備罪を規定すること自体に消極的であったが、その本質的理由を公にしづらいといった事情があり、それが混乱を生じさせたともいえるのではなかろうか。

そもそも、『刑法草案会議筆記』に記された議論には、不可解なところが多いといわざるをえない。

まず、私戦罪規定について、フランス刑法においても規定がないとする認識⁴²⁾ は、理解に苦しむものである。ボアソナードはもちろんのこと、日本側委員も、箕作麟祥によるフランス刑法の翻訳書や、鶴田皓らが編纂した、ドイツ、ベルギー、イタリアなどの刑法を広く翻訳した『各国刑法類纂』に接していたはずである⁴³⁾。さらに、旧刑法制定過程の初期段階で、司法省刑法草案取調掛の官員に対してボアソナードが行ったフランス刑法の講義でも、同法 84 条・85 条についての講義、質疑がなされてもいる⁴⁴⁾。たしかに、欧州諸国の刑法の規定は「敵対的行為」が処罰対象であり、「戦端を開く行為」ではないと

40) 『刑法草按注解』19 頁 (『立法資料全集 8 巻』481 頁)。なお、ボアソナード・前掲注 (39) 書 675 頁も参照

41) ボアソナード・前掲注 (39) 書 675 頁参照。

42) 前掲 164 頁以下。

43) 藤田正『『日本帝国刑法初案』の編纂過程および資料解題』『立法資料全集 29 巻』18 頁、霞信彦『明治初期刑事法の基礎研究』14 頁、18 頁注 (4)、30 頁注 (56) 参照。

44) 「刑法会議筆記 後第 3 号 (仏国刑法講義後巻所収)』『立法資料全集 29 巻』258 頁以下。

いった相違はあり、その相違に基づいて、欧州諸国には存在しない規定と位置づけていた可能性も、あるいは考えられるのかもしれない。しかし、少なくともボアソナードは、実質面において両者を同等のものとしており、また一般的な理解もそうであった。それゆえ、日本側が特に制定を提案したものであるから、自分としては関知しないとする『刑法草案会議筆記』で記されているボアソナードの態度は、やはり不可解といわざるをえない。『日本刑法草按注解』では、「日本にとって格別に有益である（『日本に於て別段の裨益有り』）」⁴⁵⁾とまで主張し、旧刑法制定後に著した『日本刑法草案註釈』でも、その見解をそのまま維持している。むしろ、ボアソナードは、規定の制定に積極的であったのである。

他方で、日本側の鶴田委員も、特に置いた規定であるとして、当初、私戦の予備段階の処罰の必要性まで主張していたにもかかわらず、突如、「元々面白からざる罪」としてあっさり撤回してしまう経緯にも、不自然さを否めない。なお、国交等に関する犯罪に関連して、旧刑法制定時にボアソナードと日本側委員との間で激しく争われた論点として、海賊罪・奴隷売買罪制定の是非がある。これらの犯罪は最終的には規定されることはなかったが、その削除にあたっては、日本側から「日本の知らない（日本では生じない）犯罪である」との説明があったことが記録されている⁴⁶⁾。しかし、私戦罪の削除に関しては、「元々面白からざる罪」であり、他罪でも処罰可能なはずとする以外に、特段の説明はみあたらない。たしかに、私戦罪・私戦予備罪が「日本の知らない犯罪」であるとするのは、丸山作樂の獄をはじめとする征韓論に関連する当時の現実に反するのみならず、「断罪無正条」による援引比附、すなわち、類推解釈をしてまで丸山作樂を処罰した明治政府の認識とも異なる。征韓論への対応の必要性が私戦罪制定の根拠であるとするならば、ボアソナードが主張するように、当時の明治政府にとっても有効な処罰規定になるはずである。結局のと

45) 『刑法草按注解』21頁（『立法資料全集8巻』483頁）参照。

46) 『刑法草按注解』46頁（『立法資料全集8巻』497頁）、ボアソナード・前掲注(39)書667頁。

ころ、合理的な説明もないまま、私戦罪関連の規定が削除されたことになる。

さらに、私戦に関する具体例・比較例として、旧刑法制定作業開始時点において、まだ 10 年ほどしか経過していない薩英戦争や下関戦争が、私戦罪の適用対象たる例としてはもちろん、適用対象外の例としてもまったく挙げられていないことにも、不自然さは否めない。

前述した、旧刑法制定初期段階におけるボアソナードのフランス刑法の講義では、84 条について、日本政府から、兵器の研究・製造に携わる造兵司に雇われたフランス人が、日本政府の待遇に対する不満から、造兵司に損害を与えるための種々の行為を行ったところ、それを日本政府がフランス政府が行わせたこととみなして、フランス政府に戦書を送る事態に至る、あるいは、フランス人が日本近海で、日本政府が厳禁する海賊を行い、その責任追及のためにフランス政府に戦書を送るといった例を、また、85 条については、フランス人が日本人の商店を襲撃し、それにより日本人から恨みを受け、同じくフランス人の商店へ乱暴の襲撃をさせるに至るといった例を、それぞれ挙げていた⁴⁷⁾。後者の 85 条はともかく、前者の 84 条に関しては、私戦行為の具体例としての妥当性に、やや疑問を抱かざるをえない例示であり、しかも、ボアソナードは、その後の日本の刑法草案に関する私戦罪の制定過程では、こういった例を挙げてはいない。他方で、ボアソナードに親しい存在であった井上操は、旧刑法典制定後の著書においてであるが、ボアソナードの原案をも引用しつつ、私戦罪にあたらない場合として、外国で当該国の兵士と「私闘」をした場合、かつての中国船等に対する倭寇、さらには、日本の商船に対して外国船が空砲を放ったという当時実際に生じたとされる事例において、たとえそれが「日本の国旗」に対するものであっても日本政府に抗敵するものではないので、これらはいずれも私戦にはあたらないといった例までをも持ちだして、説明を加えている⁴⁸⁾。

47) 「刑法会議筆記 後第 3 号 (仏国刑法講義後巻所収)」『立法資料全集 29 巻』258 頁。

48) 井上操『刑法述義 (第 2 編)』(1888 年) 157 頁以下。

薩英戦争や下関戦争を、旧刑法制定過程における議論で例示対象としないという選択は、なるほど、それがまったく念頭に置かれていないがゆえの帰結であるかもしれないが、それらを例示することが不自然なまでに避けられているかのような観を呈していることも否定できない。旧刑法制定後において、宮城浩蔵が、外国政府と戦争となる可能性がほぼなくなった場合に、「粗暴過激の徒自ら憤懣に堪えず、徒党を結て」、私に外国と戦端を開くような場合を念頭に置いた規定であると説明し⁴⁹⁾、また、磯部四郎が、日本国土を離れて遠征することが私戦の要件であると留保しつつも、日本と外国との間に緊張関係が生じ、それが平和的に解決されるか開戦に至るかがまだ不明な場合などには、「国内の人心激昂し、動もすれば国威皇長若くは国論貫徹等を目的として」、現に両国政府で外交交渉中にもかかわらず、私に兵器を動かして戦端を開くようなことはありがちであり、そういった行為が私戦罪の具体例の一つであると説明し⁵⁰⁾、さらに、小疇傳が、遠征によるものか否かに言及することなく、単に、外国主権を代表する軍艦または軍隊に対して抗敵するような行為は明らかに私戦にあたる⁵¹⁾と指摘していることは、以上の理解にとっていずれも示唆的である⁵²⁾。

「〔ボアソナードは〕征韓説を例にひきながら、私戦の処罰規定をもうけることを力説しているが（草案 154 条の 2）、ここにもボアソナードと日本側委員との国際観の違いがよく現れている」⁵³⁾とする評価もあるが、果たして「国際観の違い」だけが議論紛糾の要因であったのか、やはり疑問に思われる。あくまでも法制史の門外漢による推測でしかないが、薩英戦争・下関戦争という前

49) 宮城浩蔵『日本刑法講義第 2 巻〔4 版〕』（1887 年）105 頁

50) 磯部四郎『改正増補刑法講義下巻』（1893 年）190 頁。

51) 小疇傳『日本刑法論各論』（1905 年）87 頁。なお、後掲 179 頁。さらに、現行刑法制定後の学説ではあるが、大場茂馬『刑法各論下巻』（1910 年）617 頁も参照。

52) もっとも、宮城や磯部の論及は、後に言及する自由党大阪事件をもあわせて念頭に置いたものであるとも考えられる。

53) 新倉修「日本刑法史におけるボアソナード刑法草案の意義—デジャールダンの評価および旧刑法との対比を通して—」『立法資料全集 8 巻』（1992 年）31 頁。

記 2 つの戦争で生じた国難という事態が再び生ずることを抑止する必要性の存在、さらには、征韓論等への対応の実際的な必要性の存在、他方で、明治政府の枢要に「累が及ぶ」事態は避けたいとする草案審議での付度、これらの思惑が入り交じるなかで不可解な経緯をたどったのではないかとする見解をもって、現時点での一応の結論としておきたい。

(6) 私戦罪・私戦予備罪の再提案と旧刑法の成立

ともあれ、④日本刑法草案（確定稿）の太政官への上呈を受け、太政官に設置された「刑法草案審査局」で、さらに審査が継続される⁵⁴⁾。刑法草案審査局にはボアソナードは参加しなかったが⁵⁵⁾、前述したとおり、その審査の初期段階において、私戦罪・私戦予備罪の規定が再び提案されるに至る（⑤）。その理由を示した立法資料は確認できないが、旧刑法の制定にかかわった名村泰蔵は、適用すべき事実があったため当該条項を入れた旨の認識を、後の現行刑法制定過程の審議中に示している⁵⁶⁾。また、磯部四郎は、私戦対象国は、当該私戦犯人の引き渡しを求め、当該国の法律に基づく処分を考えることは必然であるが、引き渡しが行なされない場合、日本の刑法に私戦処罰規定がなければ、日本政府に対し賠償金等の交渉を要求し、それに起因して国際法上の紛議にまで至ることが懸念される、というのが、草案において私戦罪・私戦予備罪を復活させた理由であると指摘し⁵⁷⁾、宮城浩蔵も同趣旨の説明をしている⁵⁸⁾。

再度の提案にかかる規定は、当初は、私戦を開いた場合（既遂）、未だ戦端を開かない場合（未遂）、予備に止まる場合の 3 段階が規定され、未遂と予備については、それぞれ 1 等および 2 等減ずるという内容であった⁵⁹⁾。しかし、

54) なお、この審査継続を主導したのは、伊藤博文と井上毅であった。

55) ボアソナード・前掲注 (39) 書 7 頁、新井・前掲注 (17) 論文 98 頁。

56) 『立法資料全集 24 巻』 423 頁。

57) 磯部四郎『改正増補刑法講義下巻』（1893 年）189 頁以下、192 頁。

58) 宮城浩蔵『刑法正義下巻』（1893 年）83 頁以下。

59) 「刑法草案審査局 1 回刑法草案稿本」の修正追加の 134 条（『立法資料全集 36 巻』 164 頁）。

その後の審議で、「未遂罪」規定をなくし、私戦罪と私戦予備罪のみを規定する旧刑法と同じ条文となり⁶⁰⁾、ボアソナードの提案に比べ、大幅に簡略化された規定内容となる。そして、前述のとおり、その規定を含んだ⑥刑法審査修正案が、元老院での議定に付された。

そして、元老院における審議でも、私戦罪・私戦予備罪の規定に関しては、特段の質疑がなされることもなく⁶¹⁾、⑦旧刑法の私戦罪・私戦予備罪規定の制定へと至ったのである。

3. 私戦罪・私戦予備罪に対する評価と自由党大阪事件での適用

(1) 旧刑法期の学説における私戦罪の評価

以上のような、やや錯綜した経緯を経て制定された旧刑法の私戦罪・私戦予備罪についての学説の評価も、論者により微妙な相違がある。

たとえば、同罪の罪質に関する議論をみると、勝本勘三郎は、私戦行為は、往々にして外患の誘致を成形するものであることに処罰根拠が求められるとし、外患の罪の一部として規定した立法者の判断を正当であるとする⁶²⁾。他方で、村田保は、私戦行為を、政府を蔑視し、兵権を擅用する重大な罪であるとし、もっぱら国家主権の侵害という側面から説明を加える⁶³⁾。

以上に対し、多数説は、私戦罪は、外患の罪とは異なり、むしろ本国の利益を目的として行われるものであって、その点において、自ずとその性質を異にするものと理解する。ただし、その内部でもニュアンスの相違はあり、国家大権の侵害と外交関係を侵害する罪として捉える見解と、もっぱら国際関係に関する罪と捉える見解とがあった。前者の例として、たとえば高木豊三は、本国

60) 「刑法草案審査局2回刑法草案」133条（『立法資料全集36巻』242頁）。

61) 吉井蒼生夫「元老院の審議と刑法の公布・施行」『立法資料全集36-I巻』19頁以下。

62) 勝本勘三郎『刑法析義各論之部上巻（巻之1）』（1899年）172頁。

63) 村田保『刑法註釈巻3』（1881年）20丁。

政府の大権を侵害し、兵権を擅用することに加え、内外両国に不穏な状況を発生させて、本国の危難を醸成することに私戦行為の処罰根拠を求めている⁶⁴⁾。亀山貞義も、外国との私戦は、一つには本国の兵権を侵害し、一つは、外国との講和を破り、本国の危難を招致する可能性があることを処罰根拠として挙げる⁶⁵⁾。これに対して後者に属する見解として、たとえば、宮城浩蔵は、私戦罪は、外国政府に対して抗敵する罪であるとし、国際関係に関する罪として捉えるのが適切であるとし⁶⁶⁾、井上操も同趣旨の見解に立つ⁶⁷⁾。さらに、小疇傳は、私戦罪で保護を受けるのは、本国と平和的国際関係を維持する場合に限った、国際法の支配を受ける他国であるとする⁶⁸⁾。

他方で、旧刑法の私戦罪・私戦予備罪に関して、宮城浩蔵は、「不完全の条文」であるとする。宮城は、いったんボアソナード案（仏文草案）で提案された規定が、日本側の草案で削除されたものの、変更を加えた形で再び規定されたという沿革を紹介しつつ、私戦罪は、多数の関与者を必然的に伴う罪であり、首魁、教唆者、指揮者、随行者等の関与の段階があるはずであるのに、関与者を等しく扱うのは刑の均衡を失するものであり、削除した理由が分からないとの批判論を展開した⁶⁹⁾。

ただ、これらの議論は、いずれも私戦罪・私戦予備罪の「具体例」が乏しいこともあり、相互に十分に噛み合っていなかったようにも思われる。その具体例については、この時期の注釈書等において示された講壇事例のうちの主要なものは、先に述べたとおりであるので、ここでは繰り返さない⁷⁰⁾。他方で、実

64) 高木豊三『校訂刑法義解』（1882 年）403 頁以下。堀田正忠『刑法釈義卷之 2』（1883 年）82 頁、小笠原美治（磯部四郎校）『刑法註釈』（1882 年）380 頁もほぼ同様の見解を示す。

65) 亀山貞義『刑法講義卷之 2』（1888 年）56 頁。

66) 宮城浩蔵『刑法正義下巻』（1893 年）80 頁以下。

67) 井上操『刑法述義第 2 編』（1888 年）157 頁。

68) 小疇・前掲注（51）書 86 頁。

69) 宮城・前掲注（58）書 83 頁。岡田朝太郎『日本刑法論完（各論之部）（訂正増補再版）』（1896 年）116 頁も同趣旨の批判を展開する。

70) 前掲 172 頁。

際に生じた事案である丸山作樂の獄に言及しているのは、村田保による注釈書⁷¹⁾にとどまる。

これに対し、明治31(1898)年刊行の亀山貞義による註釈書では、「大井憲太郎等による対朝鮮事件」が、具体例として指摘されるに至る⁷²⁾。これは、今日では「自由党大阪事件」として知られているが、明治18(1885)年に生じたもので、確認できるかぎり、私戦予備罪の2件目の適用例である。項を改めて概観することにしたい。

(2) 自由党大阪事件での私戦予備罪の適用

代言人でもあった大井憲太郎は、いわゆる自由民権運動において板垣退助らの結成した自由党に参加し、その急進派として活動するなどしていた。当時、朝鮮において、日本の支援を受けた独立党(開化派)が、清の力を背景に朝鮮を支配していた事大党政権を打倒しようとクーデターを起こすが、鎮圧されるという甲申の乱(1884〔明治17〕年)が生ずる。大井らは、これを契機として、明治18(1885)年6月、自ら朝鮮半島にわたって事大党政権を打倒し、独立党による政権樹立を後押しして朝鮮を改革するという計画を立てる。そして、そのための資金調達や、檄文の作成、同志の確保、爆弾の材料や武器の調達などに着手するなどしたが、ほどなく、大阪府警察部に発覚し、同年11月に検挙された。これが、自由党大阪事件の事案の概要である。

これら一連の動きに関して、大井をはじめとする58名が、外患(私戦予備)、爆発物取締罰則違反等の嫌疑で予審に付された後、明治20(1887)年4月、大阪重罪裁判所の井上操裁判長のもとに起訴された。そして、90回以上にわたる公判審理の末、明治20年9月24日に判決⁷³⁾が下され、首謀者とされた大井ほか38名について、私戦予備罪の成立が認定されたほか、その他にいくつ

71) 村田・前掲注(63)書20丁。

72) 亀山・前掲注(65)書58頁。

73) この判決文に関しては、『大阪弁護士史稿』(1937年)1272頁、我妻栄ほか編『日本政治裁判史録明治・後』(1969年)109頁〔大島美津子〕に全文が掲載されている。公判審理の様子などについても、同書に詳細な記述がある。

か成立の認められた罪とあわせて有罪が言い渡された。大井に関しては、いわゆる吸収主義をとる旧刑法の数罪併発規定により、成立の認められた罪のうち、もっとも重い私戦予備罪一罪に基づき軽禁獄 6 年に処された⁷⁴⁾。なお、19 名については無罪が言い渡されている。

これに対し、大井ら 4 名は、この第 1 審判決を不服とし、擬律錯誤を理由に上告したところ、大審院は、明治 21 年 3 月 28 日に原判決破棄の判決を下し、4 月 10 日に名古屋重罪裁判所に事件を移送する。名古屋重罪裁判所は、明治 21 年 7 月 14 日、大井ら 3 名に関しては、私戦予備罪のほか、第 1 審判決で認められなかった爆発物取締罰則違反の罪の成立をも認め、数罪併発により、もっとも重い同罰則違反で重懲役 9 年に処する旨の判決⁷⁵⁾が下される。これら 3 名は、さらに大審院に上告したが、明治 21 年 12 月 28 日付けで上告理由なしとしてすべて棄却される。その後も、大審院の裁判の違法を理由とした哀訴(治罪法 436 条以下)をしたものの、大審院は明治 22 年 1 月 31 日にそれも棄却して、大井らの有罪が確定する。しかし、同年 2 月 11 日の大日本帝国憲法発布と同時に命ぜられた大赦により、大井らは出獄した⁷⁶⁾。

自由党大阪事件については、「天下の耳目を聳動したる大事件」として、大阪重罪裁判所での第 1 回公判審理には、当時の午前 3、4 時ころから傍聴希望者が裁判所の門前に詰めかけるなど、世間的にもかなり注目を浴びたという⁷⁷⁾。なお、大赦により釈放された大井憲太郎は、後に衆議院議員に選出され

74) 余談であるが、これは被告人ら自身にとっても意外なほど軽い量刑であったようであり、その背景には、当時、大阪控訴院長であった児島惟謙の影響を指摘する研究もある。手塚豊「大阪事件の裁判と児島惟謙」法学研究 45 巻 2 号 (1972 年) 9 頁。

75) この判決文に関しては、平野義太郎『馬城大井憲太郎伝』(1938 年、覆刻 1968 年) 197 頁に全文が掲載されている。

76) 以上の経緯について、平野義太郎『大井憲太郎』(1965 年) 136 頁以下、150 頁以下、我妻ほか編・前掲注 (73) 書 107 頁以下〔大島〕、手塚・前掲注 (74) 論文 9 頁以下などを参照。

77) 前掲注 (73) 書 (『大阪弁護士史稿』) 1176 頁。

るなど、政治家としての活動が続けている⁷⁸⁾。

以上が、旧刑法期における、私戦罪・私戦予備罪をめぐる学説の議論と適用状況の概況である。

4. 現行刑法典の制定と私戦予備罪

(1) 明治 16 年刑法改正案

旧刑法に関しては、その制定・施行からほどなく改正の動きが生じ⁷⁹⁾、私戦罪・私戦予備罪の規定に関しても改正の検討がなされる。その動きは複雑であるが、ここでは、私戦罪・私戦予備罪に関連する動きのみに言及することにする。

明治 15 (1882) 年末から 16 (1883) 年初め頃にまとめられたと推定される司法省作成にかかる①「司法省改正案」では、私戦罪 (旧刑法 133 条前段) に関しては、首魁、教唆者、附和随行したにすぎない者など、関与の程度によって類型と法定刑とを区分して規定し、また、私戦予備罪 (旧刑法 133 条後段) は、独立の条文として区別して規定する案となっていた⁸⁰⁾。これは、関与の程度・態様に類型化するという点で、その具体的な内容は異なるものの、ボアソナード案に即した案であるということもできる。ところが、この①司法省改正案をもとに、参事院での検討結果まとめられた明治 16 年の②「参事院刑法改正案 (総会議議決)」では、新設された「第 4 節 外国に関する罪」として、「私に兵隊を組織する為群衆を招募し又は兵器を準備したる者」を処罰する規定が、関連するものとして設けられるにとどまる⁸¹⁾。

78) 平野・前掲注 (75) 書 289 頁以下。

79) 詳細については、手塚豊「明治十六年・参事院の刑法改正草案」同『明治刑法史の研究 (上)』(1984 年) 221 頁以下、吉井蒼生夫「明治 13 年刑法改正作業の開始・経過」『立法資料全集 20 巻』4 頁以下などの諸論稿に譲る。

80) 『立法資料全集 20 巻』102 頁。

81) 『立法資料全集 20 巻』306 頁、308 頁。

(2) 明治 23 年刑法改正案

刑法改正の機運の高まりを受けて、旧刑法の内容に対する不満から、やはり旧刑法の改正を望んだボアソナードは、再び自ら改正案を作成し、この案は、明治 18 (1885) 年、実務上の参考にするため印刷に付される⁸²⁾。このボアソナード案では、私戦罪・私戦予備罪に関しては、旧刑法制定時に自ら提案したのと同様の規定を設けることが提案されていた⁸³⁾。

刑法改正作業は、当時の条約改正交渉との関連で明治 19 (1886) 年に外務省に設置され、後に司法省に移管された法律取調委員会での作業⁸⁴⁾を経た後、明治 23 (1890) 年に③「刑法改正案 (明治 23 年 5 月 30 日、法律取調委員会)」がとりまとめられた。この改正案では、ボアソナード案に即する形で、主体を、首魁や教唆者、諸般の職務を行うなどした者、その他の共犯者に区別し、「外国に対し私に戦端を開きたる行為」およびその予備行為を処罰する規定が設けられていた⁸⁵⁾。この案は、同年 8 月に行われた元老院第 2 議会での審議に付される。

ところが、この審議では、私戦罪の削除が提案される。その提案をした村田保によれば、③改正案では、あたかも外国への遠征軍を発する行為を処罰するかのようであるが、私戦罪は遠征軍を処罰する罪ではなく、同罪は、国家が戦争をしようとする際に、当該国の国民が開戦を待ちかねて私的に戦端を開くことが考えられるため、それを防ぐために設けられた処罰規定であるはずである、とする。さらに、この③改正案では、外国との講和を破る行為および外国の報復を招きうる敵対的行為を行う行為を処罰対象とする規定の新設が提案されており⁸⁶⁾、そうであれば、ますます司法省案の私戦罪規定を設ける必要はな

82) 『立法資料全集 20-2 巻』4 頁以下〔吉井蒼生夫〕参照。

83) 『立法資料全集 20-2 巻』86 頁。

84) 吉井蒼生夫「明治 13 年刑法改正作業の経過 (つづき) と第 1 回帝国議会衆議院の審議」『立法資料全集 20-2 巻』5 頁以下参照。

85) 『立法資料全集 20-2 巻』474 頁。

86) 『立法資料全集 20-2 巻』474 頁。

い、と主張したのである⁸⁷⁾。もっとも、この元老院で審議された議案は、内閣の求めに応じて途中で内閣に返還されるに至る。

しかしながら、同年 11 月に開会された第 1 回帝国議会の会期中に提案された④「明治 23 年改正刑法草案」では、司法省案で提案された「第 2 編 公益に関する重罪及び軽罪」に「第 4 章 国際に関する罪」の冒頭に、「私的に発した遠征軍に関与する罪」が規定されていた⁸⁸⁾。先にみた村田保の説明に沿う形で私戦罪を削除したうえで、外国への私的な遠征軍に関与する罪の創設が、議会提出の改正案において提案されたことになる。もっとも、同改正草案の説明書では、その修正がなされた理由は詳らかにはされていない⁸⁹⁾。

ただ、この④明治 23 年草案は、審議未了により廃案となる。

(3) 私戦予備・陰謀罪のみの処罰規定へ——明治 28 年改正案から明治 35 年改正案

その後、改めて本格的に刑法改正作業が開始され、司法省刑法改正審査委員

87) 『立法資料全集 20-3 巻』26 頁以下。

88) 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従て処断す

一 首魁及び煽動者は 2 等有期禁獄（著者注—7 年以上 12 年以下〔同改正草案 22 条 2 号〕）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資給したる者は 3 等有期禁獄（著者注—4 年以上 9 年以下〔同改正草案 22 条 3 号〕）

三 其他の共犯人は 6 月以上 3 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す

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し 1 年以上 3 年以下の監視に付す

89) 「旧刑法典には、国交（国際）に関する罪としては、私戦罪と中立布告違反しかないが、国際関係が親密化するなか、以上に加えて、外国との講和を破って敵対的な行為をする者や、在日外交官らの職務に侮辱を加えるような行為も処罰対象とする必要があり、それによって旧刑法の不備を補う」という趣旨の説明がなされているにすぎなかった。「刑法案説明書」『立法資料全集 20-3 巻』208 頁。

会での審議により、⑤「明治 28 年刑法草案」が作成される。

⑤同草案制定に関する「刑法改正審査委員会」での審議では、私戦に関して予備・陰謀のみを処罰すべきか否かが検討課題とされた。すなわち、従前の草案において処罰対象として規定されていた「外国に対し私に戦端を開きたる者」を、果たしてどこまで処罰すべきか否かについて、(1)日本国内では、予備陰謀のみを処罰対象として、それをもって既遂罪とする見解と、(2)私に戦端を開いた者を罰するのは、外国との平和を維持し、外国政府を保護しようとする趣旨であるから、むしろ、予備陰謀ではなく、開戦行為を処罰すべきとする見解の 2 つが検討対象とされた。

(1)説は、外国で私に戦端を開く行為は、当該外国で相応の処罰をすればよく、日本の利益を害するものではないので、本来は、殺傷行為等に関して国外犯処罰規定による対処をするだけでよいとする理解に基づく。ただし、「国際上の徳義と親交を害さない」ようにするため、日本国内での私戦予備・陰謀行為は、日本政府により処罰可能であるから処罰対象とするのであり、国外での私戦行為に関しては、日本は対応すべきではなく、当該外国での処罰規定に基づく処罰をすればよいのであるから、予備・陰謀行為のみを処罰すべきであるとする。これに対して、(2)説は、私戦行為の処罰は、外国との平和を維持し、外国政府を保護することに求められるとし、あるいは、単なる予備・陰謀行為は、日本にとっても、国際関係上も、何ら害となるものではないが、開戦すれば、当該外国の公安を害し、日本との国際的平和関係に著しい影響を及ぼすことになることを理由に、本来、処罰対象とすべきなのは予備陰謀行為ではなく、開戦行為であると理解する見解である。

刑法改正審査委員会の「決議録」では、これら 2 説を検討し、(1)説を採用することが決定されたことが記録されている。この段階で予備・陰謀のみを処罰対象とする現行法の規定形式が実質的に定まったことになるが、その実質的根拠に関する明確な説明の記録は残されていない⁹⁰⁾。

90) 「刑法改正審査委員会決議録第 68 回 (明治 27 年 11 月 19 日)」『立法資料全集 21 巻』117 頁以下。

そして、⑤明治 28 年草案の「第 4 章 国交に関する罪」の 114 条において、「締盟国に対し、私に戦闘を為すの目的を以て其予備又は陰謀を為したる者は、5 年以下の禁錮に処す。但自首したる者は其刑を免す」との規定が提案された。ここでは、関与主体による区別が撤廃されているが、その根拠に関しては、管見の限り明らかではない。そして、この規定がそのまま⑥「明治 30 年刑法草案」115 条へと受け継がれる⁹¹⁾。

その後、刑法改正作業を受け継いだ「法典調査会第三部会」では、⑥明治 30 年草案を原案とした検討がなされる⁹²⁾。そこでの会議では、私戦予備罪に関連しては、内外国を問わず私戦行為をする者を処罰することにすべきとする修正案が示されたが、賛成少数により否決された。他方で、内国において戦闘行為をした者を処罰すべきとする別の修正案が提案され、これは賛成多数で可決された⁹³⁾。そして、それらを基にまとめられた⑦「明治 33 年刑法改正案」では、その 115 条に「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、5 年以下の禁錮に処す。但自首したる者は其刑を免す」との規定を設けた。なお、同改正案の「理由書」は、115 条について、旧刑法の「戦端を開く」という文言を「戦闘を為す」という文言に改めた理由について、戦端とは戦争を開始することを意味するが、戦争という文言の適用に疑義が生じうるので、「戦闘」という文言を用いることで、相手が一私人である場合（「対手の一私人たる場合」）にも広く適用することが望ましいことにあるとし、また、予備のみならず、陰謀をも処罰の必要があるため改正案に織り込んだこと、自首免除規定を設けたことの説明がなされるのみであった⁹⁴⁾。

このように、④明治 28 年草案から⑦明治 33 年草案への審議が重ねられる段階で、現行刑法 93 条の現在の私戦予備罪の原型が形成される。その後、第 15 回帝国議会に提出された⑧「明治 34 年刑法改正案」でも、同一の規定が提案

91) 『立法資料全集 21 巻』149 頁。

92) 『立法資料全集 21 巻』11 頁。

93) 『立法資料全集 21 巻』191 頁。

94) 『立法資料全集 21 巻』538 頁

されるが不成立に終わる。その後、この⑧明治 34 年案は、全国の裁判所、検事局および弁護士会に送付され、広く意見が募られる⁹⁵⁾。そこでは、私戦の「実行者」を処罰すべきである、あるいは、開戦した場合に処罰の必要を認めないことを疑問とする意見が提出されている⁹⁶⁾。

しかしながら、翌年の第 16 回帝国議会に提出された⑨「明治 35 年刑法改正案」では、⑧明治 34 年案の規定内容がそのまま維持されている。そして、⑨明治 35 年案の「理由書」でも、そのことについて、特段の説明はなされていない⁹⁷⁾。

この第 16 回帝国議会では、貴族院の刑法改正案特別委員会において、旧刑法の私戦罪に改正を加えた趣旨の質疑が行われ、私戦行為、すなわち「外国に対して戦端を開く」という事実を想定することが容易ではなく、外国で戦争をするのであれば当該外国での犯罪となると思われること、また、日本国内でなしうる行為のみを禁止するのが穏当であるとして、予備・陰謀行為のみを対象としたこと、また、外交関係（交信）を侵害する性質の罪であるということで、国交に関する罪として位置づけたことの説明がなされた。また、旧刑法の制定にも関与した名村泰蔵委員から、旧刑法の制定時には私戦罪を規定すべき事実があったのであるが、依然として、なおこのような規定を設けなければならない懸念があるのかという質問があり、政府委員から、そうである旨の回答がなされたうえで、委員会として原案通りに可決されている⁹⁸⁾。また、衆議院では、刑法改正案委員中調査委員会での審議において、やはり、刑法改正案が私戦罪を削除した理由についての質疑があった。政府委員側から、私に戦端を開くことも難しいが、とにかく外国で戦をはじめたのであれば、当該外国で処分可能となり、また場合によっては当該外国と本当に戦争になるかもしれないが、そういう行為まで本国の刑法で処罰することは不要であり、国内で対処

95) 『立法資料全集 22 巻』15 頁。

96) 『立法資料全集 23 巻』38 頁、197 頁。

97) 『立法資料全集 24 巻』105 頁。

98) 「明治 35 年 2 月 14 日貴族院刑法改正案特別委員会議事速記録第 9 号」132 ～ 133 頁（『立法資料全集 24 巻』422 ～ 424 頁所収）。

可能なものだけ対処するという趣旨で、予備、陰謀のみを処罰することにした、あるいは、外国で戦端を開いたら、それは政治犯になるので、日本で処罰する必要はなく、場合によっては保護対象となるくらいであるから、修正を加えたといった説明がなされた。これに対しては、戦端を開くというのは大変なことであり、外交関係上の重大な問題を生じさせるのであるから、果たして予備、陰謀の処罰のみでよいのか、従来規定されていた私戦罪を削除するというのは、相当思い切った処置であるとする、かなり突っ込んだ議論にまで至った。もっとも、これに対しては、議事速記を中止した形で何らかの意見交換がされたようであり、結局、この議論は沙汰止みのような形になっている⁹⁹⁾。

ただし、この⑨明治35年案も審議未了により廃案となった。

(4) 明治39年刑法改正案の作成と現行刑法典の成立

明治39(1906)年に、刑法改正案の調査を行うため、司法省に設置された「法律取調委員会」において⑩「明治39年改正案」の作成に向けた審議が行われる。その過程で、私戦予備罪の法定刑に短期3月を追加する修正が加えられる。

なお、この審議においては、それ以外にも、勝本勘三郎委員から、戦闘を実行した者を処罰する必要がある、旧刑法のような私戦罪を設けるべきとの提案がなされるが、賛同者は少なく否決される。また、花井卓藏委員から、私戦予備罪の実例に関する質問があり、倉富勇三郎委員は、本稿で前述した自由党大阪事件のようなものは、とりあえずその実例になるであろう（「先づ大阪事件の如きは此中に入るべし」）と回答している¹⁰⁰⁾。

これらの審議に基づき、第23回帝国議会に提出された⑩「明治39年刑法改正案」において、現行刑法93条とまったく同一内容の規定（「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、3月以上5年以下の禁

99) 「明治35年3月6日衆議院刑法改正案委員中調査委員会会議録（速記）第3回」29頁（『立法資料全集25巻』225頁所収）。

100) 『立法資料全集26巻』200頁。

錮に処す。但自首したる者は其刑を免除す」] が提案されることとなる。同改正案の理由書は、旧刑法 133 条が「戦端を開きたる行為」とのその予備とを罰するのに対し、それを修正して戦闘をなす目的での予備及び陰謀を処罰することとなったこと、自首免除の規定を設け、自首の方法に関しては当然総則の規定に準拠すべきことを簡単に説明するのみであった¹⁰¹⁾。

第 23 回帝国議会での審議では、私戦予備罪に関しては格別の議論がなされることはなく、⑪現行刑法典 93 条が成立したのである。

5. 現行刑法典下における改正動向

(1) 改正刑法仮案

大正 10 (1921) 年に設置された臨時法制審議会による諮問により、現行刑法改正の動きが生じ、大正 15 (1926) 年に答申された「刑法改正の綱領」に基づき、司法省において「刑法改正予備草案」が作成される。そこでは、私戦予備罪に関しては、法定刑を単に「5 年以下の禁錮」に修正することが提案されたのみであった。

しかしながら、これを受け刑法並監獄法改正調査委員会から、昭和 15 (1940) 年に各則を含めて公表された「改正刑法仮案」では、予備罪に加えて、「外国に対し私に戦闘を為したる者」を 1 年以上の有期懲役で処罰対象とする私戦罪および同未遂犯を規定することが提案された。

同委員会での審議では、泉二新熊委員により、当時の陸軍刑法および海軍刑法¹⁰²⁾では、司令官・指揮官が「私戦」を行うなどの場合の処罰規定があるこ

101) 『立法資料全集 26 巻』 322 頁。

102) 陸軍刑法 (明治 41 年法律第 46 号)

第 2 章 擅権の罪 (海軍刑法 [明治 41 年法律第 48 号] も同じ章題。以下海軍刑法の規定は [] で示す)

第 35 [30] 条 司令官 [指揮官]、外国に対し故なく戦闘を開始したるときは、死刑に処す

第 36 [31] 条 司令官 [指揮官]、休戦又は講和の告知を受けたる後、故なく戦

とから、刑法典に私戦予備の処罰規定がある以上、私戦が行われた場合を処罰する規定がないのは不備であること、実際には私戦が行われることは想像したいが、まったく想像できないことではないことから、私戦罪を規定することが穏当であるとして、私戦罪の規定を追加することになったとの説明がなされた。これに対しては、牧野英一委員の提起した、国外犯処罰の是非や予備陰謀に関連した「外廓運動」の処罰規定を設けることへの示唆に関する質問をめぐり質疑がなされた程度で、私戦罪を設けることに対する異論は示されなかった¹⁰³⁾。

(2) 戦後の刑法一部改正

戦後の日本国憲法制定に伴う刑法の一部改正では、内閣に設置された臨時法制調査会の定めた「刑法の一部を改正する法律案の要綱」の一部として、国交に関する罪の刑の引き上げが定められた。しかし、国交に関する罪に関しては、日本国内に滞在する外国元首や、日本に派遣された外国の使節等への暴行・脅迫行為、あるいは侮辱行為を処罰する刑法 90 条および 91 条が、皇室に対する罪の削除との均衡論に基づいて削除することが提案され、日本国憲法 98 条 2 項等の定める国際主義に反するのではないかが激しく争われる、といった状況はあった。しかしながら、93 条の私戦予備罪については特段の議論もなされることもなかったようで、そのまま存置されることとなった¹⁰⁴⁾。

闘を為したときは、死刑に処す

第 37 [32] 条 司令官〔指揮官〕、権外の事に於て已むことを得ざる理由なくして、擅に軍隊〔艦船、軍隊〕を進退したときは、死刑又は無期若は 7 年以上の禁錮に処す

第 38 [33] 条 命令を待たず故なく戦闘を為したる者は、死刑又は無期若は 7 年以上の禁錮に処す

第 39 [34] 条 本章の未遂罪は、之を罰す

103) 法務大臣官房調査課『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録（法務資料別冊第 23 号）』（1957 年）254 頁以下。

104) 中野次雄『逐条改正刑法の研究』（1948 年）2 頁以下、および 121 頁以下参照。

(3) 改正刑法準備草案・改正刑法草案とその批判論

他方で、第二次世界大戦により中断された刑法全面改正作業は、昭和 31 (1956) 年に再開される。そして、刑法改正に関する法務省原案の作成に資するための予備的な草案として「改正刑法準備草案」が昭和 36 (1961) 年に、さらに昭和 49 (1974) 年には、法制審議会から「改正刑法草案」が公表される。

改正刑法草案では、私戦予備罪に加えて私戦罪を再び規定するという改正刑法仮案の案がそのまま踏襲されている。ただし、私戦罪の実行行為は、現行法の「外国に対して私的に戦闘行為をする」から、「外国に対して武力を行使」するへの修正、また予備、陰謀行為に関しては、法定刑の短期（禁錮 3 月）を削除すること、および自首を武力の行使に至らない段階でのそれであることの明記¹⁰⁵⁾が提案された。

これらの提案に関して、改正刑法準備草案の理由書では、小野清一郎博士の手によって、外国に対して私に戦闘を実行した者の処罰規定の不存在を、そういった場合を想像することが困難であると考えられたことにあとと推測しつつ、立法上の一つの欠陥であるとし、「私的に武力を行使」するとは、国家の組織によって公式に是認された武力行使を除外し、私の組織によって外国に対し武力をもって攻撃を加えることをいい、武器を採った、組織的な攻撃行動を必要とする旨の説明がなされていた¹⁰⁶⁾。また、改正刑法草案の理由書では、やはり、予備段階の行為だけを処罰するのは立法として異例であることに加えて、外国に対する現実の武力行使に対して、予備・陰謀よりも重い刑を規定することが、外国との正常な国交関係を維持し、ひいてはわが国の安全を確保するために必要であるとの理由から、私戦罪およびその未遂犯も処罰することを提案す

105) なお、準備草案では選択的処分として刑の必要的減輕を設けることが提案されたが、改正刑法草案では、内乱罪との整合という観点から、刑の必要的免除のみを定める現行法の規定を維持している。

106) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案 附 同理由書』（1961 年）196 頁〔小野清一郎〕。

る旨の説明がなされている¹⁰⁷⁾。

改正刑法草案のこのような提案に対して、それに批判的な、平場安治博士、平野龍一博士らによる「刑法研究会」からは、予備・陰謀のみを処罰する現行規定が異例に属することは否定しえないとしつつも、「外国に対して指摘に武力を行使」をすることの内実が不明であり、前述した準備草案の理由書の想定するような性質の「私的な武力の行使」であれば、現在においてはほとんど実益の考えられない規定となる、他方で、この概念を広く解釈して小規模な戦闘行為もこれに含まれるとするような「安易な適用」がなされ、それに伴って予備・陰謀の範囲がひろげられるのであれば、濫用の危険をはらむことになる、といった批判が加えられた¹⁰⁸⁾。

もっとも、改正刑法草案に基づく改正の動きは事実上頓挫する。そして、私戦予備罪に関しては、平成7（1995）年の刑法典の口語化のための改正による文言の修正のみがなされ、現在に至っている。

6. 私戦予備・陰謀罪に関する主な解釈論

（1）現行刑法典の制定後の学説の「展開」

以上のような経緯を辿って成立した私戦予備罪であるが、制定当初は、私戦予備、陰謀行為のみを処罰対象とすることになった経緯等、現行刑法制定時の議論に即した説明なども含めて、注釈書等で一定の解釈論が丁寧に展開される¹⁰⁹⁾。

しかし、20世紀になり、日露戦争によって、いわゆる国家総力戦ともいわれる近代戦を日本社会が経験して以降、私人が国家に対して近代戦をしかけるという事態は考えられないとの認識が広まる。それに伴い、本稿冒頭で述べた

107) 法務省法制審議会『改正刑法草案 附 同理由書』（1974年）179頁。

108) 吉川経夫「国交に関する罪」平場安治＝平野龍一編『刑法改正の研究2各論』（1973年）145頁以下。

109) たとえば、磯部四郎『改正刑法正解』（1907年）217頁以下。

ような「おとぎ噺の世界に存在するに過ぎない」とする瀧川幸辰博士の指摘を待つまでもなく解釈論的な関心も薄れ、せいぜい、予備・陰謀行為のみを規定するというその特殊性から、私戦の「既遂」に至った場合をどのように理解するか、という理論的関心がわずかに向けられるにすぎない状況¹¹⁰⁾が続く。それゆえに、そもそも、なにゆえに予備・陰謀行為のみの処罰規定となったのか、その根拠についてすら、「忘れ去られた状態」に至るまでになっている¹¹¹⁾ともいえるのである。

(2) 罪質・保護法益および私戦の意義に関する主な学説の状況

もっとも、先に述べた、改正刑法草案での私戦罪の設置の提案を契機に、国交に関する罪の検討の機運が一時的に高まった時期もある。以下では、紙幅の制限もあるため、私戦予備罪の罪質・保護法益を中心に、議論状況を簡単に確認することにした¹¹²⁾。

すでに旧刑法期の学説においてみたように、私戦予備罪の罪質に関しては、(a)軍の統制に関する国家大権を侵害するという見解も存在したが、(b)私戦対象国とわが国との外交関係を悪化させることに求める見解が通説であるといえよう¹¹³⁾。もっとも、その内部では、④外交関係の悪化により、わが国の安全が脅かされることを処罰根拠とする見解（対外的安全説）がかつては有力であった

110) 私戦に至った場合には、当該行為の状況に応じて殺人罪、放火罪、騒乱罪等が適用され、私戦予備罪との罪数関係を問題とする見解が多数であるが、私戦の着手をもって刑罰消滅原因であるとする見解もある（宮本英脩『刑法大綱』〔1935 年〕488 頁）、といった論争などがなされている。

111) 「現実の問題として、おそらく私人が外国と戦争を行なうことなどはありませんと考えられたことによるのであろう」（大塚仁『刑法概説（各論）〔第 3 版増補版〕』（2005 年）651 頁注(1)）、「実行を罰しないのは、私戦の実行行為が日本国内で行われることは予想されないという趣旨からであろう」（藤木英雄『刑法講義各論』（1977 年）17 頁）といった程度の指摘がされるにすぎない状況が生ずる。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第 6 卷〔第 2 版〕』76 頁〔鈴木享子〕、同『〔第 3 版〕』（2015 年）91 頁〔亀井源太郎〕など。

112) 学説の状況に関しては、長田・前掲注 (1) 論文 37 頁以下が詳細である。

113) 大塚・前掲注 (111) 書 651 頁。

が¹¹⁴⁾、現在では、㊸わが国の外交作用そのものを保護するという見解（外交作用説）¹¹⁵⁾、あるいは、㊸その両者を含むとする見解も多い¹¹⁶⁾。これに対して、国際協調主義を重視する観点から、(c)国際法上の地位・義務に基づき外国の法益を保護するという見解（外国利益説）が、戦後は有力となった¹¹⁷⁾。さらに少数ではあるが、(d)日本国憲法の定める平和的生存権の観点から、平和的生存を侵害する罪と捉える見解（平和的生存説）も主張される¹¹⁸⁾。

改正刑法草案をめぐる議論が活発だった時代、当時の国際情勢に照らし、たとえば、ベトナム戦争への私的な参加を講壇設例として、(c)外国利益説の立場から、そのような行為によって敵軍を殺傷するようなことは禁止されるのであるから、ベトナム戦争参加のための渡航準備等は私戦予備罪にあたる¹¹⁹⁾、といった主張がなされることもあった¹²⁰⁾。同説の根底には、刑法典の国交に関する罪は、結局は日本の利益を保護するものではあるが、それは間接的な効果にすぎず、直接には外国の国家的法益を保護するものであるとする価値判断がある。また、条文解釈として、外国国章損壊罪（92条）が当該外国政府の請求をまって論ずるとされていることなども、その根拠として援用される。

これに対して、(b)説によれば、そのような行為がただちに日本の外交関係を悪化させ、日本の対外的安全や外交作用を損なうことになるとはいえず、私戦

114) 比較的近年の見解として、内田文昭『刑法各論〔第3版〕』（1996年）692頁。

115) 小暮得雄ほか編『刑法講義各論』（1988年）608頁〔佐伯仁志〕。平野龍一『刑法概説』（1977年）292頁もこの見解といえようか。

116) 中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（2015年）265頁、高橋則夫『刑法各論〔第3版〕』（2018年）613頁など。

117) 小野清一郎『新訂刑法講義各論〔増補3版〕』（1950年）61頁、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990年）164頁、大塚・前掲注（111）書648頁など。

118) 平川宗信『刑法各論』（1995年）17頁、長田・前掲注（1）論文44頁。なお、吉川・前掲注（108）論文146頁参照。

119) 植松正『再訂刑法概論Ⅱ各論』（1975年）17頁。

120) もっとも、この設例に関しては、外国軍隊の行っている戦闘行為それ自体は「私戦」とはいえず、それへの単なる参加を、組織的な武力行使としての私戦として捉えることができるかには、(c)外国利益説の立場からも疑問は残る。西原春夫ほか編『刑法学6』（1978年）21頁〔村井敏邦〕。

予備罪の保護法益の侵害は認められないことになろう。これらの説においては、やはり私戦予備罪は、わが国の国家的利益を保護法益とすると解するのが自然であり、また私戦予備行為の防止が国際法上の義務に基づくものとも評しえず、さらに外国の利益の尊重ということだけで処罰規定を設けることは妥当ではない、といった認識がある。そして、法益侵害の存在を否定するという帰結も、こういった理解に基づくものであるといえる。

また、私戦の「私に」の意義に関しては、国権の発動としてではなく、国家意思とは無関係に私的に行うものと解することで、「戦闘」の意義に関しては、単なる暴力行為ではなく、組織的な武力の攻撃、武力の行使を指すと解することで、それぞれニュアンスの相違はあるものの、学説はほぼ一致した見解となっているといつてよい。また、藤木英雄博士は、外国の亡命政権、反政府機構などの関係者によって組織された戦闘の形態をとる場合が典型であろうとの指摘をされていた¹²¹⁾。

7. テロ行為と私戦予備罪——「イスラム国」渡航準備事件

(1) 「イスラム国」渡航準備事件の概要

以上でみてきたように、改正刑法草案をめぐる論争といった若干の例外を除けば、戦後の議論でもほとんど顧みられることのなかった私戦予備罪であるが、平成 26 (2014) 年、「化石みみたいな条文」が適用された旨の驚きの声もある¹²²⁾ ほどの突如さで、それが注目される事態が生ずる。

事案は、日本の大学生 Y が、中東地域で活動する過激派武装組織「イスラム国 (Islamic State of Iraq and the Levant・以下『ISIL』)」に戦闘員として加入する目的で、シリアへの渡航の準備等を行ったことについて、罪名を私戦予備陰謀罪とした搜索差押許可状が発付され、それに基づいて搜索差押えがなされた、というものである。結論からいえば、同事案について私戦予備罪での立件

121) 藤木・前掲注 (111) 書 18 頁。

122) 朝日新聞 2014 年 10 月 17 日朝刊における前田雅英教授によるコメント。

はなされなかったが、この搜索差押許可状の請求・発付および同令状に基づく搜索差押えの違法を主張して、あるフリージャーナリストXが、国家賠償を求めて東京地裁に訴訟を提起している。それに対する判決である東京地判令和3年6月9日(LLI/DB:L07630655)の認定事実に基づいて、事実関係を簡単に確認することにした¹²³⁾。

ISILは、平成26(2014)年6月ころ、イラクの主要都市を制圧して「イスラム国」の樹立を宣言する一方、シリア軍兵士やシリアの地元部族を大量殺害するなどしていた。Xは、Yほか1名がシリアに渡航してISILに戦闘員として加入したいとの意向を有していたことから、シリア渡航の同行取材を行うことにし、同年8月、X、Yを含む3名分の航空券(「本件航空券」)を手配した。他方、警視庁公安部外事第三課の警察官らは、同年5月ころ、Yがシリアへ渡航してISILに戦闘員として加入することを企てているとの情報を得ており、遅くとも同年10月頃までには、Yが自身の旅券を取得し、Xを介して本件航空券を手配したとの情報を得た。そこで、外事第三課所属のB警部は、同年10月6日、東京簡裁裁判官Aに対し、被疑者をY、罪名を私戦予備陰謀罪、搜索場所をX方のXが使用する部分および郵便受け、差し押さえるべき物を「1 被疑者の犯行を明らかにする 旅券、航空券、航空券の予約状況の控え……〔略〕 2 被疑者の動機を明らかにする 反政府武装組織及びシリア・アラブ共和国等のアラブ諸国並びにイスラム教に関する書籍及び文書、雑誌、写真、文書等……〔略〕 3 被疑者の人定事項を明らかにする 旅券、運転免許証、住民票、戸籍謄本又は抄本、学生証……〔略〕」¹²⁴⁾として、搜索差押許可状の発付を請求した。被疑事実は、「Yが、ISILに戦闘員として加入しシリアに対して組織的な武力行使を実行する目的で、自身の旅券を取得するとともに、Xを介して本件航空券を手配し、もって私戦予備を行った」とされている。

123) なお、国家公安委員会＝警察庁編『平成28年版警察白書』(2016年)17頁、柑本美和「内乱・外患・国交に関する犯罪」守山正＝安部哲夫編著『ビギナーズ犯罪法』(2020年)328頁参照。

124) 詳細については、判決文に記載がある。

た。同日、A は、この請求を認めて本件令状を発付し、C 警部らが、本件令状に基づいて X 方の搜索差押えを実施し、X 所有の物件複数を差し押さえた。

外事三課は、令和元年 7 月 3 日、東京地検に対し、X を含む被疑者 5 名について私戦予備陰謀罪の被疑事実で書類送検した。東京地検は、同月 22 日、被疑者全員を不起訴処分としたうえで、その旨の記者発表を行ったが、被疑事実の詳細および不起訴理由は明らかにされていない。

(2) 私戦予備罪の成否に関する東京地裁の見解

本件国賠訴訟での争点は多岐にわたるが、ここでは、私戦予備罪の成否に関する点のみを確認しておくことにする。X は、「私戦予備罪が、私的に外国に武力を行使することにより、わが国の外交関係を悪化させたり、わが国の国際関係上の地位や国家の存立を危うくしたりすることを禁止する規定であることからすれば、既に紛争が生じているところに一私人が戦闘員として参加することは、『私的に戦闘行為をする』ことには当たらない」旨を主張した。

これに対して、東京地裁は、「刑法 93 条にいう『私的に戦闘行為をする』の意義については、本件令状請求がされた当時、複数の学説において、国家意思とは無関係に私人として組織的に武力行使をすることを意味すると解する点において見解の一致がみられていた状況にあり、反政府機構等の関係者によって組織された戦闘の形態をとることが典型例であると述べる学説も存在していた」ことを指摘して、外事三課員が、Y が ISIL に戦闘員として加入し、シリアに対して私人として組織的な武力行使を実行することが「私的に戦闘行為をする」に該当すると判断したことに不合理な点があるとはいえないと判示した。そして、X の主張するような解釈は同条の文言からただちに導かれるものであるとはいえないとする一方、仮に X 主張の解釈を前提とするとしても、ISIL の性格および活動等に照らせば、Y が ISIL に戦闘員として加入することによりわが国の外交関係の悪化等がもたらされる蓋然性があると外事三課員が判断したとしても、そのことが不合理であるとはいえないとする。

そのうえで、Y が「ISIL に戦闘員として加入するには、その活動地域へ渡航

することが不可欠であるところ、旅券を取得し本件航空券を手配した行為は、上記戦闘行為への参加に向けた物的な準備行為として、『予備』に当たると解し得る」との判断を示した。

(3) 東京地裁の見解の妥当性

本件は、搜索差押許可状の発付の点においてであるが、明治期以降、私戦予備に関する処罰規定が適用された3件目の、そして現行刑法93条の適用としては初の事案ということになる。

たしかに、ISILといった海外での武装テロ組織に「戦闘員」としての参加準備をする行為は、立法時に想定された典型的な私戦予備とはいえない面は残る。しかし、国際法的に承認された国家間で行われている戦闘に私的に参加する場合とは異なり、戦闘を行いうる実態を備えた武装テロ組織が既存国家を相手に行う戦闘は「私的な戦闘」にあたりうる¹²⁵⁾。そして、それに参加することは、前述した私戦予備罪の罪質に関する(c)外国利益説の想定する法益侵害の発生はもちろん、後述するように、テロ組織への外国人戦闘員の参加が国際的な重要課題となっている現状のもと、わが国の外交関係や外交作用に対して及ぼす影響に起因する、(b)①対外的安全説や(b)②外交作用説の想定する法益侵害の発生も十分に想定しえよう。

その意味で、当該事案について、私戦予備罪が成立するという解釈論は十分に成立しうる。また、選定された渡航先やISIL支配地域での事情などの本件事実関係のもとでは、渡航準備のための航空券の手配に準備行為としての当罰性を認めることは可能である。それゆえ、令状の発付とそれに基づく搜索・押収について違法性がないとした本件東京地裁の判断は、是認することができる¹²⁶⁾。

125) 前述したように、藤木英雄博士は、これを私戦の典型であると指摘している。

126) これに対して、長田・前掲注(1)論文は、本件事実関係では、武装集団を構成する一員としてその集団に組み込まれた段階で予備が完成するとする当罰性判断、および保護法益に関する(d)平和的生存説の双方の観点から、本件での私戦予備罪の成立を否定する。しかし、同罪を(d)平和的生存説で解する前提、およびその当

(4) 私戦予備罪とテロ対策の課題

もっとも、テロ対策との関係でいえば、私戦予備罪の適用による対応については、かなり限定的なものとならざるをえない。たとえば、新左翼武装組織・日本赤軍がかつて発生させた、昭和 47 (1972) 年イスラエル・テルアビブ空港銃乱射事件などの一連のテロも、その実情からすれば「組織的な武力による攻撃・防御」とまではいえないであろう。ISIL は、本件当時、国家を僭称するほどの勢力となり、まさに軍と比肩しうような武装組織を有し、既存国家との戦闘が可能な実力を備えていたのであるから、それへの参加準備をもって、私戦予備として捉えることができたわけである。大多数のテロ組織は、そこまでの実態を有しているのが常態であるとはいえない。

他方で、ISIL をはじめとする武装組織に各国から多数の外国人テロ戦闘員が加勢し、国際秩序に対する重大な脅威となっていたことを踏まえ、国連の安全保障理事会は、平成 26 (2014) 年 9 月に、「安保理決議第 2178 号 (Resolution 2178 (2014))」を採択している¹²⁷⁾。それに含まれた「決議 6」では、「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」、「テロ行為の実行、立案、またはその準備、若しくはそれへの参加、あるいはテロリストの訓練を提供することまたは受けることのために、居住国または国籍国以外の国家へ渡航するかあるいは渡航しようとする自国民および自国領域から居住国または国籍国以外の国家へ渡航するかあるいは渡航しようとするその他の個人」に関する、国内法令の重大犯罪に関する規定の確実な調整を求めている¹²⁸⁾。

現在の日本では、とりわけ、日本人がテロ戦闘員となるために国外に出国することを直接的に規制対象とする法整備は十分ではない¹²⁹⁾。この問題は本稿の

罰性の解釈には疑問が残る。

127) 外務省「国連及び G8 におけるグローバルなテロ対策協力」(https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/terro/kyoryoku_01.html)

128) 「安全保障理事会決議 2178 (2014)」(2014 年 9 月 24 日、安全保障理事会第 7272 回会合にて採択) (https://www.unic.or.jp/files/s_res_2178.pdf)。

129) 国外への渡航制限だけに関しても、旅券法 13 条 1 項 6 号・7 号および 19

テーマを外れるので今後の検討課題とするが、いずれにせよ、国際情勢の変化などにより、20世紀以降に生じた近代戦を国家以外の私的組織が行うことはできないという前提が崩れ¹³⁰⁾、再び私戦予備罪の適用が現実のものとして考える余地のある事態が生じていることだけ指摘しておくことにしたい。

8. 「サイバー戦争」と私戦予備罪

(1) 在日大使館による義勇兵への参加呼びかけ

令和4(2022)年2月、ロシア軍がウクライナ国内に軍事侵攻するという事態が発生した。これに関連して、在日ウクライナ大使館は、Twitter上で、「新しく設置されるウクライナ領土防衛部隊外国人軍隊」への参加呼びかけ、すなわち義勇兵としての参加呼びかけがなされ、これへの参加が私戦予備にあたるのではないかが取り沙汰された。

たしかに、私戦予備罪の罪質に関する(c)外国利益説に基づき、ベトナム戦争参加のための渡航準備等は私戦予備罪にあたるとする、前述の見解によるのであれば、ウクライナの外国人部隊への参加準備が私戦予備罪に該当する可能性も考えられなくはない。しかしながら、すでにみたように、このような見解には(c)説の論者からも疑問が呈されている¹³¹⁾。やはり、「私的な戦闘」という場合、当該戦闘自体が国家意思によらないものであることが必要であろう。その意味で、このような国外における正規の義勇兵への参加やその準備は、私戦予備罪にあたらないものではない。

もっとも、このような日本の防衛とは無関係な武力行使に日本人が参加することが、現在の日本の法制のもとで許容されるのかは、必ずしも明らかではな

条1項1号・2号等による対応が可能な場合はありうるかもしれない。なお、東京地判令和2年9月3日(LL/DB:L07531795)参照。

130) CONFLICT ARMAMENT RESEARCH, WEAPONS OF THE ISLAMIC STATE, 2017. 中東調査会「中東かわら版No.144『イスラーム国の生態』: 武器・弾薬調達の実態」(2017年)(https://www.meij.or.jp/kawara/2017_144.html)。

131) 前掲190頁注(120)。

い。当該事態に対して、日本政府としては、ウクライナ全土の危険情報について、最高度の「レベル 4 (退避勧告)」に設定されていることを理由に、参加しないよう促したにすぎない。もとより、このような「勧告」には法的拘束力はなく、約 70 人の日本人が志願した旨が報じられている¹³²⁾。

(2) サイバー戦争と私戦予備罪

ところで、令和 4 (2022) 年のロシア・ウクライナ間の戦闘においても、「サイバー戦争」が行われている旨が縷々報じられている。ウクライナ政府は「IT 軍」を創設してサイバー攻撃を仕掛ける旨を公表したこともあり、また、ロシア政府・軍によるとみられるサイバー攻撃も多発しているようである。

現代の戦争では、陸、海、空、宇宙に次ぐ「第 5 の戦場」としてサイバー空間を観念する理解が定着している¹³³⁾。日本においても、自衛隊サイバー防衛隊が設置されている。現時点では、サイバー攻撃と他の戦闘とを組み合わせた「ハイブリッド戦争 (hybrid warfare)」が主流であり、サイバー空間のみを対象とした戦争というものがあるかどうかの判断は、著者のよくするところではない。ただし、ウクライナ政府が「IT 軍」の創設と同時に、国内外のデジタル人材に「参戦」するよう求めた¹³⁴⁾ ことに象徴されるように、戦闘を構成するような「組織的なサイバー攻撃による攻撃・防御」は考えうるものとなっている。そして、仮に、サイバー攻撃が現実空間における「武力の行使」と同等の効果を持つのであれば¹³⁵⁾、それを私人が行うことで、私戦予備罪が保護しようとする法益侵害を惹起させることも可能となる。

132) 毎日新聞 2022 年 3 月 2 日朝刊。なお、令和 4 (2022) 年 11 月には、ウクライナ軍志願兵である日本人 1 名が戦闘により死亡した旨も明らかになっている。朝日新聞 2022 年 11 月 13 日朝刊など。

133) 伊東寛『サイバー戦争論——ナショナルセキュリティの現在』(2016 年) 30 頁など。

134) 毎日新聞 2022 年 6 月 20 日朝刊など。

135) ジョセフ・S・ナイ・ジュニア=デイヴィッド・A・ウェルチ(田中明彦=村田晃嗣訳)『国際紛争——理論と歴史〔原書第 10 版〕』(2017 年) 432 頁以下など参照。

たしかに、現在の社会一般の状況を前提にした場合、たとえば、日本国内の通信キャリア全社に対して、サイバー攻撃により一斉に通信障害を生じさせるならば、物理的な戦闘によるものに比べ、社会全体にはるかに甚大な損失を被らせることができる。それは、単にオンラインでの取引等が不可能となることだけでなく、病院機能の停止など、人の生命・身体に直接影響を及ぼすものにもなりうる。今後の社会のIT化の進展は、とどまるところを知らないであろう。ここでも、サイバー利用の普及に伴う社会の変化に伴って戦闘のパラダイムにも変化が生ずることにより、20世紀には不可能とされた「私的な戦闘」を、再び行いうる状況が生じているともいえるのである。

むすびに代えて

本稿で検討してきたように、私戦予備罪に関しては、その制定自体をめぐっても、その前身にあたる旧刑法の私戦罪の制定過程も含めて、現在にまで残されている資料を見る限り、かなり錯綜した状況があった。その考えられる理由は、すでに検討してきたとおりであるが、私戦行為・私戦予備行為が、多くの場合、他の罪でも処罰可能であるため、江戸末期から明治初期にかけての国内情勢をも背景としつつ、その当罰性の存否について、また、それが肯定されても、それを私戦罪・私戦予備罪として処罰が適切か否かについて複数の理解が可能であったことも、議論が錯綜した要因の一つであろう。

そして、現行の刑法93条の制定後、国家総力戦を基本とする近代戦の時代を迎え、私戦予備罪は「おとぎ噺の世界の存在」になった。同条は、私戦予備・陰謀行為のみが規定されているという特殊な形式の規定であるがゆえの「理論的な関心」を呼び寄せるだけの存在となり、いつしか「化石みたいな条文」の様相を呈することとなった。

ところが、時代を経て国際情勢の変化により、非国家組織の行うテロ行為が、国家間の戦闘と等価になりうるものとなった。また、サイバー社会の出現に伴い、私人が「サイバー戦争」を国家に対して行うことも十分に可能で、ま

たそれを「私的な戦闘」と観念しうる状況も生じつつあるといえよう。いわば「巡り巡って」、私戦予備罪が機能しうる状況が再び登場しているのである。

もとより、本稿は、私戦予備罪の積極的適用を主張しようとするものではない。すでに縷々述べたところでも指摘したように、私戦の予備行為は、その立法時から、他罪でも処罰できる行為がほとんどであった。「イスラム国」渡航準備事件においても、旅券法などに基づいた出入国管理による対応やテロ対策立法での対応が望ましい。「サイバー戦争」への対処についても、サイバーセキュリティ自体が重要な課題になっている現在、それに直接関連した法的対応をすべきであろう。とはいえ、戦闘概念自体がそもそも一義的に明確なものではないうえ、その実態も時代を経ることによる社会状況の変化などに伴い大きく変化するなか、これら相互に関連性の低い事態を「一括りに捉えうる」ものとして、私戦予備罪は、現在でもその数奇なあゆみを重ねているのである。

